

社會保險法의 憲法的 問題에
관한 研究

2000. 12.

憲法裁判所

憲法裁判所에서는 1989년부터 매년 學術團體 등에 研究用
役을 의뢰하여 憲法裁判制度에 관한 研究를 하여 왔습니
다. 이 책자는 2000년도 研究계획에 의하여 韓國公法學會
로부터 제출받은 研究報告書로서 憲法裁判制度研究에 활
용되도록 하고자 발간한 것입니다.

머 리 말

사회보장은 현대국가의 중요한 과제이다. 국가는 구조적인 성격을 갖는 사회적 위험을 분산하여 사회적 위험이 발생하기 전 개인이 가졌던 생활수준을 보호하여야 할 과제를 갖는다. 그런데 국가의 과제가 이와 같은 소극적인 불개입이 아니라 적극적인 개입을 내용으로 하는 경우 그러한 정책의 대상은 필연적으로 선택적이다. 이로써 사회문제를 해결하기 위한 국가의 사회보장정책에는 항상 평등의 불완전성이 내재해 있을 수밖에 없다. 무엇을 기준으로 평등을 실현하고 판단할 것인가의 문제도 헌법적 접근이 요청되는 문제이지만 어떠한 기준을 적용하더라도 새로운 불평등의 문제는 다시 제기된다. 결국 사회보장법 자체와 마찬가지로 사회보장을 통한 헌법의 실현이라는 요청은 지속적인 정치적 과정에 유보되어 있다. 그러나 바로 이러한 동태적인 과정속에서 최소한의 안정성을 보장하기 위한 과제를 헌법이 안게 된다.

이 공동과제의 연구자들은 오늘날 개인운명의 중요한 의존처인 사회보장의 영역에서 법학의 고유의 과제라고 할 수 있는 개인의 법적 지위를 안정적으로 보장하는 가능성을 모색하려고 하였다. 그리고 이를 위해서는 이러한 요청이 사회보장법적 과제의 다양성, 개방성, 그리고 헌법의 추상성과 개방성 때문에 제한적으로만 가능하다는 점을 우선 밝힐 필요가 있었다. 법적 안정성에 대한 객관적 타당성을 초월하는 기대는 오히려 사회보장법의 기동성을 약화시키고, 이로써 효율성, 형평성을 갖춘 사회보장법의 형성에 장애로서 작용할 가능성이 있을 것이기 때문이다.

위와 같은 기본적인 인식하에 이 연구에서는 우선 사회보장법의

헌법적 기초를 다루었다. 사회보장법적 중요한 결정이 민주주의적 의사결정의 대상이며, 이때 이러한 의사결정과정을 개방적인 상태에서 투명하게 형성하는 가능성이 헌법의 중요한 과제라고 생각되었다. 그리고 헌법이 구체적인 사회보장청구권에 대한 방어적 기능을 수행할 수 있는 가능성을 살펴보았다. 다음 이러한 이론적인 작업에 기초하여 헌법재판소 및 대법원에서 내려진 사회보장법에 관한 결정 및 판례를 분석하는 작업을 하였다. 그리고 헌법으로부터 사회보장법을 해석할 때 중요하다고 생각되는 기준을 추출하고, 이를 토대로 현행 사회보장법의 규정들을 평가하는 시도를 하였다. 이때 가장 필요한 작업으로서 사회보장법에 대한 용어를 통일적으로 이해하고 제도적 취지를 정리하며, 이것들이 운영되는 원리들을 정립하여야 했다. 이러한 작업을 통하여 비로소 이들이 갖는 개별 헌법원리, 제도, 그리고 기본권들과의 상관성이 파악될 수 있을 것이기 때문이다. 헌법은 각각의 생활영역에서 개인에게 자기결정권을 보장하는 것을 궁극적인 목적으로 하고 있다. 그런데 이들 생활영역에서의 사회보장법의 기능을 이해하지 않고는 헌법적인 관련성을 추출해 낼 수는 없을 것이다. 이러한 작업이 의도가 성공적으로 수행되었다면 이제 헌법에 기초하여 개별 사회보장법을 평가하고, 또 헌법의 이념적 요청과 조화롭게 사회보장법을 개정, 형성하는 작업이 앞으로의 과제이다.

마지막으로 이번 사회보장법의 헌법적 과제라는 용역을 수행할 수 있도록 배려를 아끼지 않은 헌법재판소 관계자분들께 감사드린다. 헌법재판소는 우리 학회에 대하여 월례발표회 장소를 제공할 뿐만 아니라 기타 물심양면으로 연구활동에 많은 지원을 아끼지 않고 있다. 이러한 지원은 우리 학회에 큰 보탬이 될 뿐만 아니라 우리 공법학계의 발전에도 지대한 공헌을 한 것으로 생각한다. 그간 헌법

재판소의 여러 판례는 우리 헌법 및 행정법의 해석에 많은 영향을 끼쳤으며, 우리 사회의 민주화와 법치주의의 발전에도 초석을 놓았다. 앞으로 헌법재판소의 무궁한 발전을 기원하는 바이다.

2000. 10.

共同研究責任者 金 榮 三

목 차

I. 사회보장법의 헌법적 기초	1
1. 사회보장법과 헌법	1
2. 사회보장법의 구조와 헌법적 관련성	16
3. 사회보장법에서 이루어지는 헌법적 논의의 유형	28
4. 사회보장법과 헌법의 구조적 원리	41
5. 사회보장법과 국제질서	82
6. 사회보장법과 기본권-재산권을 제외하고	96
7. 사회보장법과 경제질서	153
8. 결 어	156
II. 사회보험 수급권과 재산권 보장	160
1. 서 론	160
2. 사회보험의 의의와 발전	162
3. 공법상의 지위와 재산권	170
4. 사회보험과 재산권의 관계	174
5. 결 어	198
III. 사회보험법에 대한 위헌심사의 기준	201
1. 사회보험법과 헌법	201
2. 사회보험법과 법치주의	201
3. 사회보험법의 입법 및 운용과정에서 발생가능한 헌법문제	208

4. 사회보험에 적용될 수 있는 기본권 및 헌법원칙	210
5. 각 기본권 및 원칙의 개별적 보험영역에 대한 적용	226
IV. 사회보장법에 관한 헌법재판소 결정례 분석	231
1. 대상결정의 유형	231
2. 주제별 쟁점과 헌법재판소의 결정, 그리고 평가	240
3. 결 어	301
IV. 사회보험에 관한 대법원 판례	304
1. 국민연금 관련 대법원 판례	304
2. 의료보험법 관련 대법원 판례	306
3. 산업재해보상보험법 관련 대법원 판례	322
V. 일본 사회보장관계 판례	347
[부 록]	366
[참고문헌]	371

I. 사회보장법의 헌법적 기초

1. 사회보장법과 헌법

가. 사회보장법

사회보장법은 개인에게 질병, 노령, 장애, 사망, 산재, 실업 등 사회적 위험이 발생하여 이를 원인으로 개인이 정상적인 생활을 수행할 수 없는 상황을 극복하기 위하여 행해지는 조치를 규율하는 법 영역이다. 이와 같이 사회보장법을 넓은 의미로 파악하는 경우 사회보장법은 법체계, 입법목적, 정책의 주체, 정책의 수단, 정책집행의 기술 등에 있어서 체계화할 수 없을 정도로 다양한 구조를 나타낸다.¹⁾ 사법체계와 공법체계를 망라하며, 개별법이 추구하는 다양한 입법목적이 혼재해 있다. 국가와 사인, 공법인과 사법인, 영리단체와 비영리단체 등 정책의 주체가 극히 이질적이다. 법적 보호와 제도적 보호, 개별급여와 공급행정, 적극적인 급여와 소극적인 의무의 감면, 직접급여와 시설 혹은 제도적 보호 등의 방법이 동시에 관찰된다.

1) 이와 같이 넓은 의미에서 사회보장법을 파악하고, 이에 기초하여 사안에 접근하여야 할 필요성은 충분히 있다. 이때 비로소 개인의 사회적 상황을 개선하기 위해서 이념적 및 제도적으로 다양한 접근이 가능해지며, 또 접근방법 상호간에 기능이 보충될 수 있을 것이기 때문이다. 예컨대 노령, 가족보호, 빈곤문제, 장애인문제 등에 대한 이러한 접근방법으로는 전광석, “한국 노령보장법제의 현황과 과제-소득보장을 중심으로”, 전광석, 사회보장법학(한림대 출판부, 1993), 174면 이하; 전광석, “가족의 사회보장기능과 사회보장법의 가족보호기능”, 사회보장연구 제12권 제1호(1996), 177면 이하; 전광석, “빈곤문제와 법학의 과제”, 전광석, 사회보장법학(한림대 출판부, 1993), 251면 이하; 전광석, 한국사회보장법론(법문사, 2000), 415면 이하 등 참조. 우리 헌법재판소는 생계보호기준이 인간다운 최저생활에 관한 권리를 보장하고 있는가의 여부가 문제된 사안에서 인간다운 최저생활의 보장 여부는 생활보호법상의 급여 뿐 아니라 그밖의 국가의 급여가 종합적으로 고려되어 판단되어야 한다는 태도를 밝힌 바 있다. 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33(1994년 생계보호기준 확인), 판례집 9-1(1997), 543, 555 참조. 같은 맥락에서 소극적인 보호인 세법적 배려와 적극적인 보호인 사회보장적 배려가 역시 종합적으로 관찰되고, 상호기능보완관계가 인식, 형성되어야 할 것이다. 이 점에 대해서는 아래 각주 82 참조.

이 모든 경우에 이를 재정적으로 지원할 재정 수입과 재정 분배의 문제가 또한 사회보장의 목적과 밀접한 관련이 있다.²⁾ 또 이들 법들이 추구하는 사회정책적 목적의 집중도에 있어서 차이가 있다. 이에 상응하여 사회보장의 기능을 수행함에 있어서 기본권적, 그리고 사회정책적 한계가 발견되기도 한다.³⁾ 따라서 이론적, 그리고 실천적인 목적에서 사회보장법의 체계화가 요청된다. 이를 위해서 사회보장법을 좁은 의미로 파악할 필요가 있다.⁴⁾ 이에 따르면 국가 혹은 공법상의 법인이 주체가 되어, 해당 사회적 위험이 발생한 상황을 극복하기 위해서 필요한 급여를 직접적으로 제공하는 것을 목적으로 제정된 법을 사회보장법이라고 정의할 수 있다.⁵⁾ 우리 실정법적으로는 국민건강보험법, 국민연금법, 산재보험법, 고용보험법 등 사회보험법과 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률, 독립유공자 예우에 관한 법률, 범죄피해자구조법, 의사상자예우에 관한 법률 등 사회보상법, 그리고 국민기초생활보장법과 의료보호법 등 공공부조법, 그리고 마지막으로 아동복지법, 노인복지법, 장애인복지법 등 사회복지관계법이 사회보장법에 속한다. 이밖에 공무원, 군인 등 특수

-
- 2) 사회정책 범주의 다양성에 대해서는 예컨대 Franz-Xaver Kaufmann, "Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht", *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* Bd.13, Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, 1983, 65면 이하 등 참조.
 - 3) 이에 대해서는 예컨대 전광석, 한국사회보장법론(법문사, 2000), 10면 이하 참조. 이 글 아래에서 보다 자세히 다룬다.
 - 4) 사회보장법의 개념정의에 대해서 보다 자세한는 예컨대 전광석, 위 각주 3의 책, 42면 이하 등 참조. 이밖에 사회보장법 개념에 대한 이해에 있어서의 비교법적 연구로는 예컨대 Felix Schmid, *Sozialrecht und Recht der sozialen Sicherheit*(Duncker & Humblot, 1981) 참조.
 - 5) 이는 사회보장법에 대한 학문적인 정의이다. 따라서 사회보장법에 포함되는 모든 법령역이 이러한 개념적 요소를 충족시키는 것은 아니다. 대표적인 예가 사회복지관계법이다. 이들 법들이 직접적인 급여를 제공하고 있기도 한다. 예컨대 노인복지법상의 경로연금(법 제9조 이하), 장애인복지법상의 장애수당 등이 좋은 예이다(법 제44조 이하). 그러나 이들 법은 주로 보호대상자를 위해서 행정적 시설을 설치·운영하거나 또 혹은 동시에 이에 대한 법률적인 윤곽설서를 마련하여 이들 시설이 합목적적으로 운영될 수 있도록 하는 방법을 통해서 이들을 보호하고 있기 때문이다. 이러한 방법은 이들이 특별한 수요를 가지고 있다는 점에서 이들의 일반적인 사회적 수요를 배려하고 있는 것이지만, 개별적으로 이들이 갖는 경제적 수요를 직접 급여를 통해서 적극적으로 보장하는 것은 아니다. 동시에 이러한 점들은 우리 사회복지관계법의 개선방향을 암시하는 것이기도 한다. 이에 대해서는 예컨대 전광석, "한국 사회복지법제의 현황과 과제", 법제연구 제7권(1994), 28면 이하 등 참조.

직역종사자를 대상으로 하는 사회보험이 독립하여 형성되어 있다.

우리나라에서 사회보장법에 대한 논의는 1960년대 이후 본격적으로 시작되었다. 그러나 이러한 논의가 사회보장입법으로 결실을 맺지는 못했다.⁶⁾ 1970년대 후반에 와서 비로소 사회보장법입법이 이루어지게 된다. 1977년 처음으로 근로자를 대상으로 한 의료보험법이 도입되었다. 의료보험법은 이후 가입대상자를 확대하여 왔다.⁷⁾ 특히 1988년 농어촌주민이, 그리고 1989년에는 도시자영인이 의료보험법의 가입대상에 포섭되었다.⁸⁾ 이로써 현재 거의 전국민이 의료보험법에 의해서 보호되고 있다.⁹⁾ 가장 일찍 제정된 사회보험입법은 산재보험법이다.¹⁰⁾ 산재보험법 역시 꾸준히 가입대상을 확대하여 현재 전체 사업장의 사업주가 가입대상이 되어 있다. 국민연금법은 1988년 시행되었다.¹¹⁾ 이후 1995년 농어촌주민이, 그리고 1999년에는 도시자영인이 가입대상이 되면서, 역시 거의 전국민이 국민연금

6) 이 시기 사회보장에 대한 논의에 대해서는 예컨대 권문일, “1960년대의 사회보험”, 하상락(편), 한국사회복지사론(박영사, 1991), 472면 이하; 성경룡, “한국의 정치체제변동과 사회정책의 변화”, 성경룡, 체제변동의 정치사회학(한울, 1995), 318면 이하; 손준규, 사회보장·사회개발론(김문당, 1983), 132면 이하; 전광석, “헌법 50년과 사회보장법의 발전”, 헌법법학 FORUM, 제8권(1999), 153면 이하 등 참조.

7) 의료보험 입법의 발전에 대해서는 예컨대 차홍봉, “한국 의료보험정책의 형성 및 변화에 관한 이론적 고찰”, 비교사회복지, 제1집(1991), 65면 이하 등 참조.

8) 이 당시 입법과정에서는 의료보험 도입 초기부터 쟁점이었던 관리운영방식에 있어서 조합주의와 통합주의의 선택문제가 다시 한번 중요한 논의의 대상이었다. 이에 대해서는 예컨대 김연명, “국민의료보험 입법과정에서의 쟁점에 대한 일고찰”, 보건과 사회연구회(편), 한국의료보장연구(청년세대, 1989), 179면 이하; 박정호, “의료보험법개정(1989)과 제5공화국의 정책자율성”, 사회보장연구 제12권 제1집(1996), 87면 이하; 이두호 외, 국민의료보장론(나남, 1992), 317면 이하; 한달선 외, 의료보험관리운영체제와 보험제정(소화, 1995), 10면 이하 등 참조.

9) 1998년 현재 의료보험 적용인구는 약 4,500만명으로 전체 인구 대비 약 97%에 이르고 있다. 나머지 약 3%의 국민은 의료보호의 대상이다.

10) 사회보험 중 산재보험법이 가장 먼저 입법화되는 것은 각국에서 일반적인 경향이다. 산재보험이 사용자책임보험의 성격을 동시에 띠고 있는 사실이 중요한 입법의 계기이기 때문이라고 생각된다. 이에 대해서는 전광석, 위 각주 6의 논문, 156면 이하 등 참조.

11) 이미 1973년 국민복지연금법이 제정되었으나 이는 정치적 혹은 재정적인 이유에서 시행이 보류되고 있었다. 이 법 제정 당시 법률안을 둘러싼 논의에 대해서는 예컨대 국민연금관리공단, 국민연금십년사, 1998, 58면 이하; 최영기/전광석/이철수/유범상, 한국의 노동법개정과 노사관계(한국노동연구원, 2000), 100면 이하 등 참조.

에 의해서 보호되고 있다.¹²⁾ 공무원과 군인 및 사립학교교직원에 대해서는 별개의 독립된 법률을 기초로 연금제도가 시행되고 있다.¹³⁾ 고용보험은 가장 늦게 1993년 제정되어, 1996년 시행에 들어갔다.¹⁴⁾ 이후 1997년 닥친 외환위기와 이를 극복하기 위해서 경제구조조정을 하는 과정에서 실업에 대한 사회보장법적 안전망이 절실히 요청되었다.¹⁵⁾ 이에 급격히 고용보험법의 가입대상이 확대되어 1998년 이미 전체 사업장의 근로자를 가입대상에 포섭하였다.¹⁶⁾

사회보상제도는 1950년 군사원호법과 1951년 경찰원호법 등 전통적인 사회보상의 영역을 출발점으로 하여 형성, 발전하여 왔다.¹⁷⁾ 1988년 헌법은 제30조에 범죄피해자구조청구권을 규정하였다. 이로써 전쟁 등 특수한 상황 뿐 아니라(전시보상), 정상적인 상황에서 국가에게 책임이 귀속되는 행위 혹은 공동체를 위한 희생에 대한 보상이 가능해졌다(평시보상).¹⁸⁾ 이후 실제 의사상자, 예방접종희생

-
- 12) 1999년 현재 사업장 가입자는 약 504만명, 지역가입자는 약 1,000만명이고, 임의가입자는 약 3만 4천명, 임의계속가입자는 약 13만명이다. 보건복지부, 보건복지백서(1999), 393면 참조.
- 13) 이들 특수직역종사자연금보험과 국민연금과의 관계, 그리고 통합의 가능성에 대해서는 예컨대 고철기/오영희/김성희, 국민연금제도와 특수직역연금간 연계방안(한국보건사회연구원, 1999) 등 참조.
- 14) 고용보험법의 제정논의에 대해서는 예컨대 유길상/이철수, 고용보험해설(박영사, 1996), 133면 이하; 이홍재, “고용보험법의 생성과 노동세력의 주장”, 사회보장연구 제14권 제1호(1998), 61면 이하; 최영기/전광석/이철수/유범상, 위 각주 11의 책, 250면 이하 등 참조.
- 15) 고용보험입법의 형성 및 발전에 있어서는 다른 사회보험입법에 비해서 노동자와 사용자의 이익집단적 이해관계가 중요한 역할을 하였다. 이 점에 대해서는 예컨대 최영기/전광석/이철수/유범상, 위 각주 11의 책, 250면 이하 등 참조.
- 16) 1998년 현재 5,267,658명이 고용보험사업 전체에 가입되어 있다. 노동부, 고용보험백서(1999), 89면 참조.
- 17) 국가유공자보상의 역사적 발전에 대해서는 현재 1995. 7. 21. 93헌가14(국가유공자예우등에관한법률 제9조 본문 위헌제청), 판례집 7-2, 1면 이하(12면 이하); 2000. 6. 1. 98헌마216(국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제20조 제2항 등 위헌확인), 판례집 12-1, 622면 이하(635면 이하) 참조.
- 18) 범죄피해자구조청구권의 이념적 및 제도적 특성에 대해서는 예컨대 전광석, “범죄피해자구조청구권의 헌법체계내 위치의 문제와 사회보장법적 구체화 문제에 관한 시론”, 전광석, 사회보장법학(한림대 출판부, 1993), 221면 이하 등 참조. 사회보상제도에 대한 일반적인 논의에 대해서는 예컨대 전광석, 한국사회보장법론(법문사, 2000), 353면 이하; Bertram Schulin, “Die soziale Entschädigung im System des Sozialrechts”, Festschrift für Wolfgang Gitter. 1995, 464면 이하; Hans F. Zacher, “Die Frage nach der Entwicklung eines sozialen Entschädigungsrechts”, Hans F. Zacher, Abhandlungen zum Sozialrecht(C. F. Müller, 1993), 473면 이하 참조.

자에게 사회보상의 가능성이 입법되었다.

공공부조는 오랜 동안 개혁의 대상에서 소홀히 되었다. 1961년 제정된 생활보호법은 여러 시각에서 아직 빈민구호행정의 구조를 가지고 있었다. 따라서 모든 개인에게 인간다운 생활을 보장하기 위한 최종적인 사회안정망으로 기능하기는 부족하였다.¹⁹⁾ 생활보호법은 2000년 비로소 국민기초생활보장법에 의해서 대체되었다.²⁰⁾ 이념과 제도에 있어서 국민기초생활보장법은 생활보장법의 문제점을 대부분 보완하였다. 그러나 실제 집행을 위한 하부구조가 결여되어 있기 때문에 규범적 요청이 현실화될 수 있는가에 대한 우려가 제기되고 있다. 이는 앞으로의 과제로 남아있다. 사회복지관련법들은 아동, 노인, 장애인 등 연령, 신체상의 이유 등으로 소득활동 여부를 불문하고 스스로의 힘으로는 정상적인 생활을 영위하는데 어려움이 있는 집단에 대한 보호를 입법목적으로 하고 있다. 아동복지법은 1961년 제정되어, 1981년 4월 13일 전면 개정되었다. 장애인복지법과 노인복지법은 1981년 6월 5일 각각 제정되었다. 이로써 소득근로자를 대상으로 하는 사회보험과 빈곤계층을 대상으로 하는 공적 부조 외에 신체, 연령 등의 이유로 사회적 수요가 큰 집단에 대한 목적론적인 보호수단으로서의 사회복지법체계가 형성되게 되었다.²¹⁾ 그러나 이 법들은 법의 본래의 체계적 의미와는 달리 적용대상을 한정하고 있다.²²⁾ 또 급여에 대한 규정을 대체로 재량규정으로 형성하였기 때문에 아직은 입법적 보충의 여지가 많은 상태에 머물러 있었다.²³⁾

19) 이에 대해서는 예컨대 박순일, 한국의 빈곤현실과 사회보장(일신사, 1994), 295면 이하; 이두호 외, 빈곤론(나남, 1991), 257면 이하; 전광석, “빈곤문제와 법학의 과제”, 전광석, 사회보장법학(한림대 출판부, 1993), 269면 이하; 전광석, “생활보호법의 개선방향”, 한국사회정책 제3집(1996), 121면 이하 등 참조.

20) 생활보호법과 국민기초생활보장법의 비교에 대해서는 예컨대 전광석, 한국사회보장법론(법문사, 2000), 375면 이하 등 참조.

21) 이들 법령역의 성격에 대해서는 아직 명확히 규명되어 있다고 보기 힘들다. 위 각주 5 참조.

22) 이 점에 대해서는 예컨대 조홍식, 한국사회복지론(나남, 1995), 363면 참조.

나. 헌 법

헌법은 국가생활공동체를 형성·유지하며, 국가생활공동체내에서 개인과 국가와의 관계를 규율하는 국내 최고의 근본규범이다. 국가생활공동체이기 위해서는 다음과 같은 특성이 인정되어야 한다. 이는 동시에 헌법의 규범적 과제이기도 하다.

첫째, 국가공권력의 지배와 국민의 이에 대한 기속관계가 형성된다는 의미에서 정치적 공동체의 성격을 갖는다. 가장 오랜 의미에서의 국가공동체의 속성이다.²⁴⁾ 이러한 정치적 공동체가 국민적 정당성에 기초하여 형성되어야 한다는 인식과 이에 기초하여 발전된 정치적 변화를 계기로 근대적 의미의 헌법이 탄생한다.²⁵⁾ 이는 서구에서 발생한 시민혁명이 직접적인 계기가 되었다. 이제 개인은 기본권의 주체로서, 통치조직은 개인의 기본권을 효율적으로 보장하기 위한 수단으로서의 성격을 띠게 되었다. 이와 같은 근대국가의 헌법은 국가의 영역과 구별되는 사회영역에서 시민의 자율권을 보장하는 것을 최대의 과제로 하였다.²⁶⁾ 정치영역에서 민주주의원리가 적용되는 반면, 사회의 영역, 그리고 국가와 사회와의 관계는 법치국가원리를 기초로 형성되었다. 특히 경제영역은 시장의 원칙이 지배하면서 국가는 시장이 기능을 유지하기 위해서 필요한 질서를 창출하고, 또 시장에 대한 최소한의 개입을 하는데 그쳤다.²⁷⁾ 그리고 이 점은 주

23) 예컨대 노인복지법에 노령수당의 수급연령이 65세로 되어 있음에도 불구하고 실제 70세부터 노령수당을 지급하던 행정조치가 대표적인 예이다. 다행히 대법원은 이에 대해서 위법결정을 하여 제동을 건바 있다. 대법원 1996. 4. 12. 선고 95누7272 판결 참조.

24) 이에 대해서는 예컨대 권영성, 헌법학원론(법문사, 1999), 6면; 김철수, 헌법학개론(박영사, 1999), 5면 등 참조.

25) 이러한 용어례에 대해서는 역시 위 각주 24의 문헌 참조.

26) 국가와 사회의 관계 일반에 대해서는 예컨대 허영, 헌법이론과 헌법(박영사, 2000), 167면 이하; Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart", Ernst-Wolfgang Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit(Suhrkamp, 1991), 209면 이하; Hans Heinrich Rupp, "Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft", Josef Isensee/Paul Kirchhof(편), Handbuch des Staatsrechts Bd.I(C. F. Müller, 1987), 1187면 이하 등 참조.

로 기본권의 형태로 표현되었다. 재산권, 직업의 자유, 거주이전의 자유 등이 이에 봉사하는 대표적인 기본권들이다. 설혹 국가가 여기에 개입한다 하더라도 다음과 같은 제한이 따랐다. 먼저 양적으로 보면 이 제한은 최소한에 그치도록 요청되었다. 국가는 전통적인 과제, 즉 국내 치안유지와 외부로부터 자국민의 생명, 재산, 신체의 자유 등을 보호하기 위하여 전쟁수행에 필요한 범위내에서 개인의 권리에 제한을 가했다. 질적으로 보면 국가가 사회경제영역에 대한 개입을 하더라도 이는 어디까지나 개별적인 교정을 위한 규율이었지 사회경제질서에 대한 구조적인 형성을 목표로 한 것은 아니었다.

둘째, 헌법에 형성 및 유지의 과제가 부과되어 있는, 또 헌법을 정당화하는 국가공동체이기 위해서는 최소한의 사회적 및 경제적 동질성이 보장되어야 한다. 근대적 의미의 헌법을 통해서 개인에게 자유가 보장되었지만, 다른 한편으로 이는 개인이 새로운 생활위험의 부담을 지게되는 계기가 되기도 하였다. 19세기 후반 산업화과정에서 발생하는 사회문제는 개인의 능력으로 극복할 수 없는 구조적인 성격을 띠게 되었다. 우선 산업화, 공장화, 도시화, 농촌의 파괴, 대가족구조의 해체와 핵가족구조의 일반화 등은 함께 작용하여 실업 및 저임금현상을 야기하였다(사회적 배경).²⁸⁾ 공급과 수요의 균형, 그리

27) 비교역사적으로 보면 시민혁명이 경제사회질서의 변혁을 필연적으로 동시에 수반한 것은 아니다. 예컨대 프랑스혁명은 경제사회체제의 전환을 의도하였다. 이에 비해서 미국 혁명의 목표는 정치질서의 개편에 있었을 뿐이다. 당시 미국이 이미 자유주의적 경제사회질서를 구축하고 있었기 때문이다. 이 두 유형에 있어서는 시민혁명의 결과 탄생한 기본권의 기능에 있어서도 어느 정도 차이가 있다. 전자의 예에서는 기본권이 국가에 대한 방어권적 성격과 동시에 새로운 경제사회질서를 형성하는 객관적 성격을 갖게 된다. 반면 후자의 경우에는 기본권의 질서형성적, 객관적 성격은 결여되어 있다. 이에 대해서는 예컨대, 전광석, “기본권의 객관적 성격과 헌법이론”, 고시계 1992. 11. 특히 77면 이하; Dieter Grimm, “Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?”, Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung(Suhrkamp, 1991). 244면 이하 등 참조.

28) 이에 대해서는 예컨대 Peter Flora/Arnold J. Heideheimer, The Development of Welfare States(Transaction Books, 1984); Hans Günter Hockerts, “Die historische Perspektive-Entwicklung und Gestalt des modernen Sozialstaates in Europa”, Hans Günter Hockerts 외, Sozialstaat-Idee und Entwicklung, Reformzwänge und Reformziele (Westdeutscher Verlag, 1996), 27면 이하; Gerhard A. Ritter, Der Sozialstaat(Oldenbourg, 1993); Gerhard

고 균형점에서 최적 가격이 형성되는 것으로 가정되었던 시장은 실패(the failure of the market)를 보이기 시작했다(경제적 배경).²⁹⁾ 근대 시민혁명이 표방했던 평등사회는 제4계급을 고려하지 않은 불완전한 평등사회로 인식되었다(사상적 배경).³⁰⁾ 헌법사상적으로는 헌법상의 기본권이 결국 기본권행사의 전제조건을 갖춘 자를 위한 것이며, 그렇지 못한 자에게는 공허한 것으로 인식되었다(헌법적 배경).³¹⁾ 이러한 총체적이고 구조적인 사회문제에 직면하여 헌법이 생명력을 유지하기 위해서는 국가의 적극적인 개입을 통하여 개인의 생활위험을 보호하는 과제가 요청되었다. 그리고 국가에게는 공동체가 최소한의 사회경제적 동질성을 유지하고, 개인에게 자유를 행사하기 위한 조건을 보호하는 새로운 과제가 부과되었다. 이러한 시대적 상황에 적응할 수 없다면, 정치권력의 입장에서 보면 더 이상 정치적 정당성을 유지할 수 없게 되었다.

1948년 제정된 우리 헌법은 근대적 의미의 헌법과 이에 따르는 시민사회의 형성을 거치지 않은 채 곧바로 국가에게 경제사회적 과제를 부과하는 내용을 가졌다.³²⁾ 이와 같은 헌법기능의 변화는 국가

A. Ritter, *Soziale Frage und Sozialpolitik*(Leske+Budrich, 1998); Gerhard A. Ritter, *Sozialversicherung in Deutschland und England*(C. H. Beck, 1983)(전광석(역), 복지국가의 기원(교육과학사, 1992)); Michael Stolleis, "Die Geschichtlichkeit des Sozialrechts", *Die Sozialgerichtsbarkeit* 1984. 378면 이하; Michael Stolleis, "Sozialversicherung und Interventionsstaat; 1881-1981", 100 Jahre Deutsche Sozialversicherung, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes. Bd.XXII. 1982. 104면 이하; Hans F. Zacher(편), *Bedingungen für die Entstehung und Entwicklung von Sozialversicherung*(Duncker & Humblot, 1979) 등 참조.

29) 이에 대해서는 예컨대 Franz-Xaver Kaufmann/Hans-Günter Krüselberg(편), *Markt, Staat, Solidarität bei Adam Smith*(Campus, 1984) 등 참조.

30) 이에 대해서는 예컨대 Dieter Grimm, "Die sozialgeschichtliche und verfassungsrechtliche Entwicklung zum Sozialstaat", Dieter Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*(Suhrkamp, 1987), 138면 이하; Dieter Grimm, "Soziale, wirtschaftliche und politische Voraussetzungen der Vertragsfreiheit", Dieter Grimm, 위 책, 165면 이하 등 참조.

31) 이러한 문제의식에 대해서는 예컨대 Michael Kloepfer, *Grundrechte als Entstehungs- und Bestandsschutz*(C. H. Beck, 1970) 등 참조.

32) 이에 대해서는 예컨대 유진오, "우리 헌법의 윤곽" 혹은 "국가의 사회적 기능" 등의 논문 참조. 이 두 논문은 모두 유진오, *헌법의 기초이론*(명세당, 1949)에 실려있다. 특히 21면, 83면

에게는 다음과 같은 두 가지 이념적 과제를 부과하였다. 첫째, 한편으로 국가는 개인의 자유를 존중하고, 이에 기초하여 개인이 자기결정권을 기초하여 각 생활영역을 형성할 수 있도록 개입을 자제하여야 한다. 다른 한편 국가는 개인이 자유를 실질적으로 향유할 수 있도록 조건을 창출하는 과제를 가졌다.³³⁾ 이는 노동의 권리, 노동자의 권리, 교육의 권리, 인간다운 생활을 할 권리 등 사회적 기본권의 형태로 표현되었다. 둘째, 국가에게는 위에서 지정한 첫 번째의 목적을 실현하기 위해서 전체 경제사회질서를 형성하는 과제 혹은 경제질서를 사회적 과제에 적합하게 유지하는 과제가 부여되었다.³⁴⁾ 다만 이는 국가의 경제에 대한 포괄적인 관리책임을 내용으로 하는 것은 아니다. 즉 국가는 시장의 기능유지와 이에 의해서 보호되지 못하는 사회적 약자에 대한 책임을 부담하게 되었을 뿐 이러한 사회적인 목적을 위하여 경제를 완전히 재구성하고 이에 대한 포괄적인 책임을 부담하는 것은 아니다.³⁵⁾ 국가의 사회경제적 과제에 대한

참조. 이러한 유진오의 헌법구상에 대한 평가에 대해서는, 전광석, “헌법학자 유진오”, 연세법학연구 제2집 1992, 특히 76면 이하 참조.

- 33) 독일과 같이 사회적 기본권이 헌법에 규정되어 있지 않은 경우 자유의 실현을 위한 노력은 기본권의 객관적 성격을 이론적 기반으로 하여 기본권의 효력을 확장시키는 작업을 통하여, 혹은 기본권을 참여권적으로 이론구성하여 이루어졌다. 이에 대해서는, 전광석, 각주 27의 논문 참조. 이밖에 이에 대한 문헌으로는 이승우, “국가의 기본권 보호의무”, 양승두교수 화갑기념논문집 1994, 1153면 이하; 정태호, “기본권 보호의무”, 김남진교수 정년기념논문집(고대법학연구소), 1997, 361면 이하; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1989; Rüdiger Breuer, “Grundrechte als Anspruchsnorm”, Festgabe aus Anlaß zum 25jährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, 1978, 89면 이하; Bernd Jean d’Heur, “Grundrechte im Spannungsverhältnis zwischen subjektiven Freiheitsgarantien und objektiven Grundrechtsnormen”, *Juristen Zeitung*, 1995, 161면 이하; Konrad Redeker, “Zur Ausgleichsfunktion von Teilhaberechten zwischen Freiheit und Bindung”, Festgabe aus Anlaß zum 25jährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, 1978, 511면 이하 등 참조.
- 34) 잘 알려져 있다시피 국가의 사회적 과제가 경제적 과제와 불가분의 관계에 있다는 인식은 1919년 바이마르 헌법에 체계적으로 표현되어 있다. 제151조가 대표적인 예이다. 이에 따르면, “경제질서는 모든 개인에게 인간의 존엄에 상응하는 생활을 보장하기 위하여 정의의 기본적인 원칙에 상응하게 형성되어야 한다.” 바이마르 헌법하에서의 경제질서에 대해서는 예컨대 Christoph Gusy, Die Weimarer Reichsverfassung(Mohr, 1997); Hans Schneider, “Die Reichsverfassung vom 11. August 1919”, Josef Isensee/Paul Kirchhof(편), Handbuch des Staatsrechts Bd.I(C. F. Müller, 1987), 108면 이하 등 참조.
- 35) 국가의 포괄적인 관리책임을 선언하고 있는 1992년 북한 헌법 제20조 및 제34조와 비교된

헌법례는 다양하다. 우리 헌법은 사회적 기본권과 경제질서에 관한 과제를 선언하는 객관적 규범을 동시에 규정하고 있다. 이에 비해 객관적 규범의 형식으로 사회적 기본권의 규율대상을 규율하는데 그친 경우도 있다.³⁶⁾ 기본권 형태의 사회적 강령은 필연적으로 규범력에 있어서 한계가 있다는 우려 때문이다.³⁷⁾ 또 국가의 사회적 과제를 포괄적으로 선언하는 형식을 취하는 헌법도 있다.³⁸⁾

셋째, 국가는 모든 개인이 한 사회, 그리고 그 시대의 최소한의 문화적 가치를 향유해야 한다는 의미에서 문화적 공동체의 성격을 갖는다. 헌법의 규정 자체가 헌법이 예정하는 현실을 실현하는 것은 물론 아니다. 특히 다른 법의 경우 개인을 수범자로 하고 국가가 이의 실현을 담보하는 기능을 수행하는데 비해, 헌법은 국가를 수범자로 한다.³⁹⁾ 그렇기 때문에 적어도 다른 법률영역과 비교하면 헌법적인 가치는 수범자인 국가가 헌법을 실현하려는 의지와, 또 이를 비판적으로 통제하는 의지와 능력을 가지고 있는 국민을 매개로 해서

다. 제20조에 따르면 “조선민주주의 인민공화국에서 생산수단은 국가와 협동단체만이 소유한다”. 또 제34조는 “조선민주주의 인민공화국의 인민경제는 계획경제이다. 국가는 사회주의 경제발전법칙에 따라 축적과 소비의 균형을 옹계 잡으며 경제건설을 다그치고 인민생활을 끊임없이 높이며 국방력을 강화할 수 있도록 인민경제발전계획을 세우고 실행한다. 국가는 계획의 일원화, 세부화 방침을 관철하여 생산장성의 높은 속도와 인민경제의 균형적 발전을 보장한다”고 규율하고 있다.

- 36) 예컨대 통일후 독일헌법이 개정되어 환경에 대한 국가목표규정이 삽입된 것이 대표적인 예이다. 독일기본법 제20a조.
- 37) 물론 사회적 기본권이 규범력에 있어서 한계를 갖는다는 사실이 사회적 기본권의 실정화를 포기하는 유일한 이유는 아니다. 사회적 기본권의 존재가 자유권적 기본권을 제한하는 헌법심리적 원인이 될 수 있다는 위험이 원인으로 작용하기도 한다. 예컨대 국가는 사회적 기본권을 보장하기 때문에 국민은 자유권적 기본권에 대한 어느 정도의 제한은 한시적으로 수인하여야 한다는 논리, 혹은 나아가서는 사회적 기본권의 최소한의 내용에 대한 보장을 하는 대신 다른 기본권의 규범력에 대해서 국민에게 자제를 요청하는 논리 등이 제기될 우려가 있다는 것이다. 이에 대해서는 예컨대, 전광석, “사회보장법과 헌법의 규범력”, 연세법학연구, 창간호 1990, 101면 이하 참조.
- 38) 여기에 해당하는 대표적인 예가 독일 헌법의 사회국가조항이다. 독일 헌법제정 당시 이에 대한 논의와 이론적인 접근에 대해서 자세히는, 예컨대, Werner Weber, “Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen”, *Der Staat*, 1965, 409면 이하; Hans F. Zacher, “Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen?”, *Festschrift für Hans-Peter Ipsen*, 1977, 207면 이하 등 참조.
- 39) 이와 같은 헌법의 법적 특성에 대해서는 예컨대 최대권, “헌법의 법적 성격”, 최대권, 헌법학 (박영사, 1989), 19면 이하 등 참조.

비로소 실현된다. 그렇다면 헌법국가의 실현은 필연적으로 헌법의 이념과 동질화되어 있는 국민의 존재를 전제로 한다. 이 점에서 헌법적 가치에 대한 인식과 국민적 동일화의 과정이 요구된다. 이것이 다른 아닌 문화실현의 과정이다. 이 점에서 헌법과 문화의 관계는 이중적이다.⁴⁰⁾ 즉 한편으로 문화현상은 특히 그 자유의 측면이 헌법적 보호의 대상이다. 학문의 자유, 예술의 자유 등 기본권들이 이에 대한 헌법적 표현이다. 다른 한편 헌법은 일정한 문화상태를 전제로 실현된다. 문화적 공동체는 구체적으로는 문화의 자유 뿐 아니라, 적극적으로는 문화를 향유할 권리와 문화활동을 할 수 있는 여건을 조성할 국가의 의무를 내용으로 하는 공동체이다.⁴¹⁾

넷째, 오늘날 국제관계는 더 이상 주권국가가 폐쇄적이고 적대적으로 병존하는 상황에 있지 않다. 이러한 개방화는 특히 1980년대 이후 동구권의 붕괴를 계기로 급격히 현실화되고 있다. 따라서 국가 공동체는 국제사회의 일원으로서 국제사회에 개방적인 공동체이어야 한다. 제2차 세계대전 이후 국제평화를 중심으로 국제사회에서의 국제협력이 논의되었던 데 비해, 동구권의 붕괴 이후 국제사회에서 국제협력의 장은 사회경제적 영역으로 급격히 이동하게 되었다.⁴²⁾ 사회경제적 활동의 장이 국가단위를 넘어서서 세계 전체가 하나의 단

40) 이 점, 그리고 문화와 국가와의 관계가 발전해 온 역사에 대해서는 예컨대 전광석, “헌법과 문화”, 공법연구, 제18권(1990), 161면 이하; Dieter Grimm, “Kulturauftrag des Staates”, Dieter Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft(Suhrkamp, 1983), 104면 이하; Peter Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft(Duncker & Humblot, 1972) 등 참조.

41) 이 점에 대해서는 전광석, 위 각주 40의 논문, 174면 이하 등 참조.

42) 동시에 동구권 국가들 스스로가 사회경제체제의 변화를 모색하여야 하는 과제를 갖게 되었다. 이러한 과정에 대해서는 예컨대 Bernd von Maydell/Eva-Maria Hohnerlein(편), Die Umgestaltung der Systeme sozialer Sicherheit in den Staaten Mittel- und Osteuropas: Fragen und Lösungsansätze(Duncker & Humblot, 1993); Bernd von Maydell/ Angelika Nußberger(편), Transformation von Systemen sozialer Sicherheit in Mittel- und Osteuropa. Bestandsaufnahme und kritische Analyse aus der Sicht der Rechtswissenschaft(Duncker & Humblot, 2000); Bernd von Maydell 외, Die Umwandlung der Arbeits- und Sozialordnung(Leske+Budrich, 1996) 등 참조.

위로 발전하고 있다.⁴³⁾ 이는 헌법의 국제사회에 대한 접근이 개인의 경제사회활동을 중심으로 이루어져야 한다는 점을 인식시키게 되었다. 따라서 헌법은 국민이 국제공동체에 편입될 수 있도록 제도적으로 지원하고, 또 외국인이 국내공동체에 편입되는 데에 있어서 불이익을 받지 않도록 하기 위하여 국제공동체에 우호적인 이념 및 제도의 기본이 되어야 한다. 사회보장법은 이러한 국가의 정책적 노력이 이루어져야 하는 대표적인 영역이다. 헌법상 거주이전의 자유를 국제적으로 보장하여야 할 필요성이 점점 증가하고 있는 것이 좋은 예이다.⁴⁴⁾

위와 같이 헌법을 기초로 형성되는 국가공동체의 다양한 개념요소는 개인과 국가의 관계에 관한 근본규범인 기본권과 밀접한 상호기능보완관계에 있다. 시대발전에 따라, 그리고 헌법적 구조의 변화에 따라 개인의 기본권 역시 다양하고, 풍부해지고, 또 예민해진다. 그리고 다른 한편 기본권은 헌법이 의도하는 공동체형성을 위한 국가기능에 적극적인 형성규범으로, 혹은 소극적인 통제규범으로 기능하기도 한다.⁴⁵⁾

43) 세계화(Globalisation)가 이를 상징하는 용어가 되었으며, 이는 각 방면에 일찍이 경험하지 못한 정도의 변화를 가져왔고, 앞으로 계속 변화가 진행될 것이다. 세계화와 사회보장의 관계에 대해서는 에컨대 송호근, “세계화와 한국의 사회발전”, 김경원/임현진(편), 세계화의 도전과 한국의 대응(나남, 1995), 423면 이하; 김영화/이옥희, “세계화와 한국사회복지의 비관적 검토”, 한국사회복지학, 제39권(1999), 74면 이하; 서진영(편), 세계화시대의 사회통합(나남, 1998); Nobert Berthold, Der Sozialstaat im Zeitalter der Globalisierung(Mohr, 1997); Dieter Döhring, Sozialstaat in der Globalisierung(Suhrkamp, 1999); Fritz Franzmeyer, “Kippt die Globalisierung den Sozialstaat?”, *Aus Politik und Zeitgeschichte* B49/99, 25면 이하; Walter Hanesch, “Der Sozialstaat in der Globalisierung”, *Aus Politik und Zeitgeschichte* B49/99, 3면 이하; Franz-Xaver Kaufmann, Herausforderung des Sozialstaates(Suhrkamp, 1997); Otto G. Mayer, “Globalisierung und wohlfahrtsstaatliche Aufgaben”, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B33-34/97, 29면 이하; Friedrich Ortman, “Der Sozialstaat in der Globalisierungsfalle?”, *Zeitschrift für Sozialreform*, 1997, 585면 이하; Wandel der Arbeit und Soziale Sicherung, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes Bd.44, 1998 등 참조.

44) 이러한 작업에 대해서는 에컨대 전광석, “국제사회보장법의 이념적, 규범적 및 사회정책적 기초”, 사회보장연구, 제14권 제1호(1998), 89면 이하; 전광석, “의료보장의 국제기준 및 국제적 보장에 관한 연구”, 사회보장연구, 제15권 제2호(1999), 147면 이하 등 참조.

45) 현재 1997. 5. 29. 94헌마33(1994년 생계보호기준 위헌확인), 판례집 9-1, 543, 553 참조.

다. 사회보장법과 헌법

위와 같은 사회보장법과 헌법의 개념정의, 그리고 역사적 구조를 통해서 사회보장법과 헌법 사이의 상호관계를 우선 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 모든 제도가 그렇듯이 사회보장법의 입법상태가 헌법의 직접적이고 규범적인 요청의 결과는 아니다. 오히려 사회보장법의 형성은 역사적 배경 하에서 보다 잘 이해될 수 있다.⁴⁶⁾ 그러나 사회보장법의 입법자는 국가공동체로 존속하기 위해서 필요한 요소 모두를 반영하여야 할 입법적 과제를 갖는다. 사회보장법의 입법자에게 국민의 사회경제적 동질성(평등)이 유일한 헌법적 기준으로 제시되는 것은 아니라는 것이다. 물론 사회보장법은 제1차적으로는 공동체의 사회경제적 동질성을 형성·발전시키는 과제가 있다. 그러나 국가공동체이기 위해서 요구되는 또 다른 속성들은 사회경제적인 측면에서 보는 사회보장법과 경우에 따라서는 조화적인 관계에, 경우에 따라서는 모순적인 관계에 있다는 사실이 인식되어야 한다. 사회경제적 동질성을 실현하기 위한 정책목표는 기본적으로 선택적일 수밖에 없고, 이때 다음과 같은 어려운 문제가 발생한다. 사회경제적 동질성을 실현하기 위한 정책영역에서 정치적 공동체의 의사결정방식에 따르면 다수집단이 현실적으로 정책목표로서 우선적인 비중을 차지한다. 그리고 이들을 중심으로 보면 평등사회가 실현된다는 의미에서는 정치적 정당성이 있다. 그러나 소수가 사회정책적 미아로 전락한다는 점에서는 새로운 불평등의 계기이다. 이는 결코 헌법상의 복지국가의 이념과는 조화될 수 없을 것이다. 민주주의의 사회화 혹은 재사회화가 요구되는 이유이다.⁴⁷⁾ 이러한 부조화는 노동정책과 관련

46) 위 각주 28의 문헌 참조.

47) 이에 대해서는 아래 IV. 2. 참조.

하여 다층적으로 나타난다. 국가는 모든 개인에게 고용의 기회를 부여할 과제를 가지고 있다. 그리고 노동은 오늘날 사회보장법적 보호의 가장 중요한 계기이다. 노동은 현재의 소비재원인 임금이 취득되는 계기가 될 뿐 아니라 장래의 소비재원인 사회보장청구권을 형성하는 계기가 되기도 하기 때문이다.⁴⁸⁾ 이 점에서 보면 국가의 고용관계를 보호하기 위한 노동정책은 사회보장의 과제와 조화로운 관계에 있다. 그러나 다른 한편 이러한 국가의 고용정책은 경제질서와 모순관계에 빠질 수 있다. 다음과 같은 두 가지 경우이다. 첫째, 고용관계를 사회보장정책이 형성되는 경우 필연적으로 사용자의 추가비용이 수반된다. 이에 대한 헌법적 한계와 관련된 문제이다.⁴⁹⁾ 둘째, 고용관계를 유지하기 위해서 취해진 각종 노동법적 조치는 해고보호 등 근로자를 보호하기 위한 기능을 하며, 결국 실업의 부담을 현재 고용관계에 있지 않은 자에게 전가하는 효과가 있다. 이는 객관적으로 보면 오늘날 경제질서에 요구되는 노동시장의 유연화 요청에 역행하며 결국 경제성장의 정책적 목표에 부담으로 작용하게 될 염려가 있다.⁵⁰⁾ 그런데 이들 목표간의 조화와 충돌은 정책의 문제임과 동시에 헌법의 문제이기도 하기 때문이다.

둘째, 사회보장정책에 있어서 개인의 지위는 국가와 개인과의 관계를 구체적으로 규율하는 기본권을 통해서 비로소 구체화된다. 즉 헌법적 요청을 정책적으로 실현함에 있어서 기본권의 적극적 보장의 과제와 소극적인 방어기능이 존중되어야 한다는 것이다. 그리고 이 점에 있어서 사회보장과 기본권의 관계는 이중적이다. 한편으로는 사회보장정책을 통해서 자유의 조건이 보장된다는 점에서 사회정책

48) 이에 대해서는 아래 VI. 5.(1) 참조.

49) 이 점에 대해서는 예컨대 Walter Leisner, Verfassungsrechtliche Belastungsgrenze der Unternehmen(Duncker & Humblot, 1996) 등 참조.

50) 이에 대한 자세한 논의로는 예컨대 Nobert Berthold, 위 각주 43의 책 참조.

과 기본권은 조화관계에 있다. 그러나 다른 한편 국민이, 그것도 대부분의 국민이 사회보장급여를 통해서 비로소 자유의 조건을 창출할 수 있고, 이를 기초로 자유를 향유한다는 사실은 기본권과 모순관계에 있을 위험이 있다.⁵¹⁾ 이는 국가의 공권력행위를 통해서 비로소 가능하게 된 자유이며, 그만큼 순화된 자유를 의미할 것이기 때문이다. 이 점은 급여의 조건이 개인의 자유를 직접적으로 관련되어 있는 경우, 특히 그러한 조건을 충족할 것이 개인에게 기대가능한가 하는 논의를 중심으로 이루어진다.⁵²⁾

셋째, 헌법은 사회보장법에 비해서 효력이 우월한 법영역이다. 따라서 헌법의 규범적 요청에 반하는 내용으로 사회보장법이 구체화된 경우 여기에 대해서는 비난이 가해진다. 가장 명백하고 구체적인 비난은 헌법재판기관에 의해서 가해지는 위헌결정 형태의 법적 비난이다.⁵³⁾ 다른 한편 헌법은 법적 기준으로 기능하는데 그치는 것은 아니다. 헌법은 어느 정도 헌법정치적 비난의 기준이 되기도 한다. 그리고 이러한 사회보장법에 대해서 가해지는 헌법정치적 비난은 명백하고 구체적인 것은 아니더라도 헌법의 규범력을 확보하기 위한 중

51) 이와 같은 이른바 정치적 포섭(Politische Inklusion)에 내재해 있는 위험이다 이에 대해서는 예컨대 Niklas Luhmann, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat(Olzog, 1981), 25면 이하 등 참조.

52) 이에 대해서는 예컨대 전광석, “사회보장법과 헌법의 규범력”, 연세법학연구 장간호. 1990. 특히 130면 이하; Helmar Bley, “Die (Un)Zumutbarkeit als Sozialrechtsbegriff”, Festschrift für Georg Wannagat, 1981, 19면 이하; Bernd von Maydell, “Die Zumutbarkeit in besonderer Berücksichtigung der §§62 bis 66 SGB-AT”, Festschrift für Georg Wannagat. 1981. 271면 이하; Peter Lerche, “Schutz der Persönlichkeitssphäre im Bereich der sozialen Sicherheit”, Freiheit und Zwang im Recht der sozialen Sicherheit, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes. Bd.IX. 1972. 102면 이하; Hans F. Zacher/ Alexander Pelz, “Der Verfassungsschutz von der Menschenwürde und die nicht wirtschaftlichen Freiheitsrechte,” Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, 1979, 704면 이하 등 참조. 세법에서도 유사한 질문과 논의가 가능하다. 같은 법적 효과를 가지는 경우 처음부터 과세하지 않는 방법과 과세 후 사회적 상황을 고려하여 급여를 하는 방법 중 어느 것이 보다 개인의 자유권과 조화될 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 이에 대해서는 예컨대 Paul Kirchhof, “Steuergerechtigkeit und sozialstaatliche Geldleistung”, *Juristen Zeitung* 1982, 305면 이하 등 참조.

53) 이에 대해서는 아래 각주 117 참조.

요한 수단이라는 점이 인식되어야 한다.⁵⁴⁾

2. 사회보장법의 구조와 헌법적 관련성

가. 사회보장법의 미시적 구조와 거시적 구조

자본주의 시장경제질서에서 개인은 다음과 같은 생활유형을 가지고 있다고 전제하고 있다. 사회보장법이 전제하는 정상적인 생활상황이다.⁵⁵⁾ 즉 개인은 성인이 되면 스스로 노동력을 제공하여, 그 대가로서 임금을 받고(노동력과 임금의 교환영역), 그것을 기초로 시장에서 상품과 서비스를 구매하며(상품 및 서비스 교환영역), 이와 같이 구입된 상품 및 서비스는 자신과 자신이 부양하는 가족에게 발생한 수요를 충족시킨다는 것이다(부양영역). 그런데 이러한 생활유형은 원칙으로 의제될 뿐 여기에는 무수한 예외가 있다. 저임금, 고가, 비정상적인 규모의 가족수요 등이 대표적인 예이다. 또 노동능력이 없는 경우 혹은 노동의 기회를 가지지 못하는 경우, 가족구성원 중 소득원의 기능을 하였던 자가 사망한 경우에는 위와 같은 생활유형에 원천적으로 접근이 봉쇄되거나 혹은 배제되는 상황이 나타난다. 이와 같은 상황이 일반화의 경향을 보이는 경우, 그리고 이를 보호하기 위한 이념 및 제도가 존재하지 않는 경우 정치체제는 정당성의 위기에 처하게 된다. 이를 극복하기 위해서는 국가는 어떠한 형태로든 대응할 수밖에 없다. 최근 사회국가의 위기에 대한 논의는 바로 위와 같은 기본적인 전제 자체가 더 이상 타당성을 가질

54) 이는 다른 한편에서 보면 헌법재판의 기능상의 한계이기도 하다. 이 점에 대해서는 예컨대 Konrad Hesse, Funktionelle Grenze der Verfassungsgerichtsbarkeit, Alexander Hollerbach/ Peter Häberle(편), Konrad Hesse-Ausgewählte Schriften, 1984, 313면 이하 등 참조.

55) 이 점에 대해서는 예컨대 Hans F. Zacher, "Grundtypen des Sozialrechts", Hans F. Zacher, Abhandlungen zum Sozialrecht(C. F. Müller, 1993), 257면 이하 등 참조.

수 있는가 하는 근본적인 문제를 제기하게 하고 있다.⁵⁶⁾

위와 같은 상황에 대한 국가적 대응의 방법은 다양하다. 우선 정치체계적으로 보면 사회주의와 개량주의의 선택이 있다. 전자를 채택한 역사적 실험은 실패하였다.⁵⁷⁾ 후자의 선택은 복지국가 혹은 사회민주주의의 이념을 실현하는 것을 국가의 과제로 하였다.⁵⁸⁾ 이러한 실험은 계속되고 있으며, 또 새로운 도전에 직면하고 있다. 복지국가개편의 논의와 세계화에 따른 사회보장에 관한, 그리고 사회보장의 주변환경의 변화, 그리고 이에 대한 대응이 주된 논의이다.⁵⁹⁾ 개입의 유형을 중심으로 보면 사회적 위험이 발생한 영역 자체에 개입을 하는 방법과 사회적 위험이 발생한 영역의 독자성을 존중하면서 사회적 위험을 보호하는 것 자체를 입법목적으로 하는 새로운 법영역을 창설하는 방법이 있다. 그리고 사회보장의 헌법적 요청은 여러 가지 이유에서 두 방법을 혼합하여 실현하고 있다.⁶⁰⁾

위와 같은 국가의 사회적 개입은 이미 언급했듯이 헌법의 요청임과 동시에 혹은 보다 강하게는 역사적 산물이다.⁶¹⁾ 마치 헌법이 사회보장법이 형성되는데 있어서 작용하는 규범적 환경의 하나이듯이 사실적인 면에서는 많은 정책영역들과의 상관관계속에서 사회보장법이 형성된다. 그리고 사회보장법이 헌법과 기능상의 상관관계에 있

56) 위 각주 43의 문헌들 참조.

57) 위 각주 42의 문헌들 참조.

58) 이 점에 대해서는 에컨대 전광석, “국가의 사회적 과제와 사회적 기본권”, 고시연구, 1995, 10, 40면 이하 등 참조.

59) 세계화와 사회보장의 관계에 대해서는 위 각주 43의 문헌들 참조. 복지국가개편에 대한 논의에 대해서는 에컨대 Walter Leisner, Umbau des Sozialstaates, 1996; Bernd von Maydell, “Die Krise des Sozialstaates in internationaler Perspektive”, *Sozialer Fortschritt*, 1997, 1면 이하; Burkhard von Seggern, “Verfassungsrechtliche Grenzen des Sozialabbaus”, *Soziale Sicherheit*, 1996, 367면 이하 등 참조.

60) 이와 같은 혼합적인 복지정책 혹은 복지다원주의의 필요성 및 당위성에 대해서는 에컨대 위 각주 2 및 Franz-Xaver Kaufmann, Herausforderung des Sozialstaates(Suhrkamp, 1997), 특히 99면 이하 등 참조.

61) 위 각주 28의 문헌 참조.

듯이 이러한 정책영역들 역시 헌법과 기능적인 상관관계에 있다. 경제질서가 대표적인 예이다. 헌법상의 경제질서는 기본적으로 시장기능의 유지를 목표로 하고 있으며, 이와 더불어 경제성장과 가격안정, 완전고용 그리고 국제수지의 균형을 추구하고 있다.⁶²⁾ 경제성장은 사회보장의 전제조건이다. 사회보장법은 급부법이며, 따라서 재정에 대한 처분가능성이 있어야 하기 때문이다. 그러나 다른 한편 사회보장을 위한 경제적 부담은 바로 경제성장에 장애요소로 지적되기도 한다.⁶³⁾ 우리나라에서 오랜 동안 있었던 성장론자와 분배론자의 대립이 좋은 예이다.⁶⁴⁾ 가격의 안정은 사회보장법의 부담을 덜어줄 것이다. 그러나 다른 한편 가격안정정책이 가격통제로 발전하는 경우 사회보장목적에 봉사하기 위한 공급자의 활동에 오히려 장애요소로 작용한다. 공급자는 상품 및 서비스의 생산을 중단하거나 질을 낮추는 대응을 할 것이기 때문이다.⁶⁵⁾ 완전고용은 역시 사회보장이 기능하기 위한 최적조건이다. 그러나 완전고용은 오늘날과 같은 산업사회에서는 불가능하다. 이를 가능하게 하기 위해서는 경제의 효율성, 따라서 경제의 성장이 포기되어야 한다.⁶⁶⁾ 따라서 절대적 해고보호는 있을 수 없으며, 정리해고를 수용하는 노동법의 경향이 이를 대변하고 있다.⁶⁷⁾ 이 점에서 간접적으로 사회보장에 영향을 미친다.

62) 예컨대 1967년 독일은 경제성장과 안정을 추진하기 위한 법률(Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums)에서 경제정책의 목표로 본문에서 들은 4가지를 열거한 바 있다. 이에 대해서는 예컨대 Peter Badura, "Wachstumsvorsorge und Wirtschaftsfreiheit", Festschrift für Hans-Peter Ipsen, 1977, 367면 이하 ; Hans-Jürgen Papier, Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, Ernst Benda/ Werner Maihofer/ Hans-Jochen Vogel(편), Handbuch des Verfassungsrechts(Walter de Gruyter, 1994), 808면 이하 등 참조.

63) 최근 우리나라에서 이러한 문제점이 점차 지적되고 있다. 이 문제에 대한 헌법적인 논의에 대해서는 예컨대 Walter Leisner, Verfassungsrechtliche Belastungsgrenzen der Unternehmen (Duncker & Humblot, 1996) 등 참조.

64) 이에 대해서는 예컨대 변형윤, 분배의 경제학(한길사, 1983) 등 참조.

65) 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, 한국사회보장법론(법문사, 2000), 13면 이하 등 참조.

66) 사회주의 중앙계획경제질서에서 나타났던 현상이다. 이에 대한 규범적인 분석으로는 예컨대 전광석, "노동의 권리의 실현구조; 헌법의 변천과 이론의 형성 및 전개", 한국에서의 기본권 이론의 형성과 발전(허영박사 화갑기념논문집)(박영사, 1997), 440면 이하 등 참조.

국제수지의 균형 문제 역시 사회보장에 간접적으로 영향을 미친다. 국제수지의 균형을 최우선적인 목표로 추구하는 경우 일부 필수적인 수요를 충족시키기 위한 상품 및 서비스가 공급될 수 없을 것이기 때문이다.⁶⁸⁾ 이와 같이 보면 경제정책의 목표를 모두 실현하는 것이 이상적이지만, 이는 실현불가능하다. 그리고 어디에 정책적인 비중을 둘 것인가에 대해서 유일한 헌법적 기준은 있을 수 없다. 이에 상응하여 경제정책과 밀접한 상관관계에 있는 사회정책에 대한 헌법적 기준 역시 유동적이게 된다.

나. 헌법적 관련성의 구조

사회보장법의 미시적인 구조속에서 나타나는 헌법문제를 먼저 정리해 본다. 미시적인 구조속에서 발생하는 사회적 위험은 우선 해당 사회적 위험이 발생한 영역에서 법률관계 당사자간에 적용되는 원칙을 부분적으로 수정하여 극복될 수 있다.⁶⁹⁾

먼저 노동력과 임금이 교환되는 영역에서는 노동력의 질과 양에 비례하여 이에 대한 대가로서 임금이 지급된다는 원칙이 적용된다. 경우에 따라서는 산출을 기준으로, 즉 생산력에 비례하여 임금이 산정될 수도 있다. 그러나 이는 원칙이 될 수는 없다. 왜냐하면 산출은 기본적으로 투자의 결과이기 때문에 이에 대한 참여는 자본의 몫이기 때문이다.⁷⁰⁾ 다만 최근 인적 자본의 중요성이 증가하면서 산

67) 구조조정기에 필연적으로 나타날 수밖에 없는 현상이다. 우리나라에서 1997년 이후 경제구조조정과정에 대두되었던 정리해고문제에 대해서는 예컨대 최영기/전광석/이철수/유범상, 한국의 노동법개정과 노사관계(한국노동연구원, 2000), 357면 이하 등 참조.

68) 예컨대 차우체스쿠 통치하의 루마니아가 대표적인 예였다. 모든 국민이 동사, 아사할지언정 채무국이 되지는 않겠다는 정책이 추구되었다.

69) 이에 대해서 자세한 것은 전광석, 위 각주 65의 책, 7면 이하 참조.

70) 이와 같은 관점에서 보면 1948년 우리 헌법이 제18조 제3항에서 사기업의 근로자에게 이익 분배권준권을 기본권으로 보장한 것은 사용자의 재산권 및 자본에 대해서 헌법이 독자적인 보호가치를 부정한다는 것을 암시하고 있다고 할 수 있다. 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, 위 각주 66의 논문, 426면 이하 등 참조.

출에 비례하여 노동력에 대한 보상을 결정하는 예들이 나타나고 있다. 이러한 특수한 경우를 제외하고는 부분적으로 노동력 이외에 노동자의 상황을 임금산정 및 노동환경의 조성에 반영하는 것이 가능할 뿐이다. 직접적으로는 가족수당 및 근로기준법상의 근로자를 배려하기 위한 각종 급여가 여기에 속한다. 제도적으로는 근로자의 보호, 단결권 및 참여권 등이 근로자의 사회적 상황에 영향을 미치게 된다. 특히 공동결정권은 가장 발달한 근로자에 대한 제도적 보호라고 할 수 있다.⁷¹⁾ 그러나 그렇더라도 노동시장에서 임금이 노동력에 대한 대가라는 점은 여전히 포기될 수 없는 원칙이다. 따라서 여기에 국가가 과도하게 개입하는 경우 경제의 자율성이 침해되고, 자본과 노동의 대립을 전제로 형성되는 기본권관계가 정상성을 이탈하게 된다.⁷²⁾ 또 국가의 과도한 개입으로 기존의 고용관계를 보호하는 것은 고용기회의 세대간 분배의 요청에도 반하는 결과가 된다.⁷³⁾

둘째, 상품 및 서비스가 교환되는 시장에서 발생하는 사회적 문제를 시장기제를 그대로 유지하면서 어느 정도 해결하는 것이 가능하다. 다음과 같은 두 가지 방법이 있다. 첫째, 일부 생활필수품에 대해서 가격안정조치 혹은 가격통제제도를 도입하는 방법이다. 우리 주택시장, 교통수단 등에 적용되어 왔던 원칙이다. 이때 이에 대한 보상으로서 정부의 보조조치가 따르는 경우도 있다. 둘째, 일부 공공재의 성격을 가지고 있는 상품 및 서비스가 민간경제영역에서 안정적이고 지속적으로 공급되리라 기대될 수 없는 경우 국가 혹은 국가가 영향을 미치는 조직형태를 통해서 공급을 하는 방법이다. 전통적인 공급행정의 영역이다. 전기, 가스, 상하수도, 일부 교통수단

71) 이에 대한 비교제도적인 연구로는 예컨대 조우현(편), 세계의 노동자경영참가(창비, 1995) 등 참조.

72) 위 각주 70 참조.

73) 위 각주 50 참조.

등이 여기에 속한다. 영국에서 국민보건제도(NHS)를 통해서 의료보장이 이루어지는 경우도 이러한 예에 속한다. 다만 여기서는 개인의 사회적 상황과는 무관하게, 즉 사회적으로 중립적으로 보호가 이루어진다.⁷⁴⁾ 위와 같은 방법들 역시 모두 헌법적 관련성을 갖는다. 우선 두 방법 모두 시장경제질서와 충돌할 가능성이 있다.⁷⁵⁾ 또 두 방법 모두 무엇보다도 기본권질서와 모순관계에 있을 가능성이 있다. 이는 이중적이다. 첫째, 국가로부터의 자유를 내용으로 하는 기본권과 관련하여 개인의 영업의 자유와 직업선택의 자유 등 경제활동의 자유를 침해할 가능성이 있다. 예컨대 국가의 가격통제는 투자결정의 자유에 결정적으로 부정적인 영향을 미칠 것이며, 국가의 독점은 개인의 직업선택의 자유와 충돌할 것이다. 둘째, 위에서 언급한 두 가지 방법은 모두 구매자 혹은 이용자의 경제적 상황과는 무관하게, 즉 중립적으로 개인의 수요를 안정적으로 보호하기 위한 방법이다. 따라서 개인의 사회적 상황을 직접적으로 보호하는 방법이 되지 못한다. 헌법적으로 보면 개인의 사회보장을 위해서는 이를 보완하는 조치가 요구된다는 것이다.

셋째, 부양이 이루어지는 가족단위에서도 여기에 적용되는 원칙에 부분적으로 수정을 가하여 문제를 해결하는 것이 가능하다. 부양의 무자가 없는 아동에게 대체가정을 마련한다든가⁷⁶⁾ 혹은 가족법적 보호의 가능성을 제고하기 위하여 부양 의무의 범위를 넓히는 방법 등이 동원될 수 있다.⁷⁷⁾ 그러나 여기에도 다음과 같은 헌법적인 문

74) 이탈리아 역시 이러한 예에 속한다. 이에 대해서는 예컨대 Thomas Simons, Verfahren und verfahrensäquivalente Rechtsform im Sozialrecht(Nomos, 1985), 440면 이하 등 참조.

75) 물론 이 경우 헌법적 우려와 동시에 사회정책적 우려가 있다. 가격통제가 일정한 단계에 이르르면 공급자는 이에 적용할 것이기 때문이다. 즉 저질의 상품 혹은 서비스를 제공하거나 결국에는 공급을 중단할 것이다. 이에 대해서는 전광석, 위 각주 65의 책, 13면 등 참조.

76) 아동복지법 제10조 참조.

77) 부양 의무의 범위에 대해서는 민법 974조 참조.

제가 따른다. 가족의 헌법적 보호의 목적은 제1차적으로는 가족의 자율성을 보호하는 데에 있다.⁷⁸⁾ 따라서 개인을 보호하기 위한 가족에 대한 국가의 개입은 그만큼 가족의 자율성과 모순관계에 들어설 위험이 있다. 가족의 경제적 기능, 그리고 부양공동체로서의 기능만을 강조할 경우 그만큼 애정공동체로서의 가족의 자율성에는 제한이 가해질 염려가 있다는 것이다.

위와 같은 방법에 보충적이고, 또 경우에 따라서는 독자적인 역할을 수행하는 것이 세법이다. 세법은 우선 사회보장의 재원이 된다. 중요한 사회보장의 주변환경이 되는 셈이다. 다만 이러한 측면에서 세법의 헌법과의 관련성은 아직 추상적이다. 다음과 같은 두 가지 의미에서 그렇다. 첫째, 조세는 반대급역을 예정하지 않은 공과금으로서의 법적 성격을 가진다. 따라서 적어도 세법상의 수입인 조세의 지출에 대한 통제는 거의 불가능하다. 세수의 확대가 사회보장예산의 확대로 이어지리라는 법적 기대는 존재할 수 없다는 것이다. 둘째, 예산법상 조세수입 및 지출에 대한 국회의 통제가 예정되어 있는 것은 사실이다.⁷⁹⁾ 그러나 국회의 비전문성으로 인하여 이에 대한 정치적 통제는 효율성과 집중성이 결여되어 있다. 특히 결산에 대한 통제는 정치적인 주목마저 받지 못하고 있는 것이 사실이다.

세법은 소득의 분배과정에 수정을 가하는 기능을 수행한다는 의미에서는 사회보장의 중요한 기제이며, 따라서 사회보장에 직접적인 영향을 미친다. 세법은 다음과 같은 기능을 수행하기 때문이다. 세법은 침해적 법률이므로 적극적으로 개인의 수요를 충족시키기 위한

78) 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, “형법 제241조의 위헌 여부에 대한 헌법소원”, 전광석, 헌법판례연구(법문사, 2000), 특히 227면 이하; 허영, “헌법과 가족법”, 법률연구, 제3집(1982), 421면 이하 등 참조.

79) 이에 대해서는 예컨대 김성수, “국가의 재정적 책임과 국가의 재정행위에 대한 법적 통제”, 공법연구 제22집 제2호(1994), 162면 이하 등 참조.

급여의 수단이 될 수는 없다.⁸⁰⁾ 그러나 개인에게 수요가 발생한 경우 이를 극복하기 위해서 필요한 범위내에서 과세를 포기함으로써 소극적으로 사회보장의 기능을 수행할 수 있다.⁸¹⁾ 특히 우리나라와 같이 사회보장의 기본적인 수단으로 사회보험과 공공부조를 시행하는 경우 세법은 다음과 같은 독자적인 기능을 수행한다. 사회보험은 개인에게 추상적으로 기존의 생활수준을 부분적으로 보장한다. 즉 개인의 구체적인 상황을 심사하지 않고 기존 소득수준의 일부를 보장함으로써 사회적 위험이 극복된다는 의제를 한다. 이에 비해 공공부조에서는 구체적인 개인의 수요를 심사하여 보호를 하지만, 이때 보호의 수준은 최저한도의 인간다운 생활을 보호하기 위한 급여에 그치고 있다.⁸²⁾ 결국 우리 사회보장에서는 구체적으로 개인의 생활 상황을 기준으로 적절한 보호를 행하는 제도는 존재하지 않는다. 그런데 세법은 바로 개인이 가지고 있는 특별한 상황에 대해서 이를 극복하기 위해서 필요한 범위내에서 과세를 면제하는 방법을 통하여 적절한, 그리고 구체적인 보호를 할 수 있다는 것이다. 그렇다면 여기서도 다음과 같은 헌법적 문제가 제기된다. 즉 세법이 개인의 생활을 유지하는 데에 투입되어야 할 소득 혹은 재산에 대해서 과세를 하는 한 이는 헌법의 사회보장의 요청은 반한다는 것이다.⁸³⁾ 마

80) 이에 대한 예외가 이른바 부의 소득세제도(negative income tax)이다. 그러나 이는 이미 전통적인 세법의 범주에 포함될 수는 없는 정책수단이다. 이 제도에 대해서는 예컨대 이두호, 빈곤론(나남, 1991), 114면 이하 등 참조.

81) 예컨대 독일의 연방헌법재판소는 명시적으로 최저생활수준을 유지하기 위해서 필요한 비용은 과세대상이 되어서는 안된다는 결정을 한 바 있다. BVerfGE 82, 60; 87, 153ff.; 89, 346(352f.). 이에 대해서는 예컨대 Bernd von Maydell, "Steuerfreies Existenzminimum und Sozialhilfe-zur Verhältnis vom Steuerrecht und Sozialrecht", Festschrift für Wolfgang Gitter. 1995. 567면 이하; Moris Lehner, Einkommenssteuerrecht und Sozialhilferecht(Mohr, 1993); Otfried Seewald/Dagmar Felix, "Das steuerfreie Existenzminimum der Familie-Widerspruch oder Wende in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", Vierteljahresschrift für Sozialrecht. 1995. 277면 이하; Klaus Vogel, "Berücksichtigung von Unterhaltspflichten im Einkommenssteuerrecht", Klaus Vogel, Der offene Finanz- und Steuerstaat(C.F.Müller, 1991), 678면 이하 등 참조.

82) 이 점에 대해서는 전광석, 위 각주 65의 책, 56면 이하 참조.

83) 위 각주 81의 문헌들 참조.

지막으로 세법은 사회적 소득인, 사회보장급여에 대한 과세를 통해서 사회보장급여에 대한 개인의 처분권한에 영향을 미친다. 이러한 조세법의 기능영역에서도 다음과 같은 헌법적인 문제에 대한 논의가 필요하다. 과세평등의 원칙, 그리고 과세정의의 요청 등이 세법의 일반적인 원칙으로 존중되어야 한다.⁸⁴⁾ 최근 보험료에 대한 소득공제와 연금에 대한 과세를 내용으로 하는 연금급여에 대한 세법적 취급에 대한 논의가 여기에 해당한다. 그런데 이러한 원칙은 사회보장급여에 대한 과세에 있어서는 세분화된 내용을 갖는다. 첫째, 이미 언급했듯이 과세권의 행사로 인하여 개인이 처분할 수 있는 소득 및 재산상황이 최저생활을 유지하는데 미달해서는 안된다.⁸⁵⁾ 둘째, 만약 사회보장급여가 개인의 기존의 생활수준을 어느 정도 보호하는 기능을 수행한다면 이러한 개인간의 급여의 차이가 다시 세법을 통하여 균일화되어서는 안된다는 것이다.

위와 같은 사회보장방법론이 한계를 갖기 때문에 사회적 위험이 발생한 영역으로부터 독립하여 개인의 사회적 위험을 보호하는 것을 제1차적인 목적으로 하는 범영역이 창설될 필요가 있다. 이는 공법적인 방법일 수도 있고, 또 사법적인 방법일 수도 있다. 근로기준법상의 퇴직금제도, 그리고 각종 개인보험이 후자의 예에 속한다. 그러나 여기에서도 다음과 같은 다양한 헌법적인 문제가 제기된다.

첫째, 사회적 위험이 발생한 영역에서 이루어지는 사회보장을 위한 조치들에서는 이들 법률관계의 당사자들이 직접 협의의 주체이며, 동시에 수혜자이다. 그렇기 때문에 사적 자율성이 보장되어 있고, 또 그만큼 정책의 수용력이 크다는 장점이 있다. 이에 비해 공

84) 이에 대해서는 예컨대 김성수, “조세법의 기본원칙”, 김도창박사 고회기념논문집 1993, 885면 이하; 전광석, “사회보장재정에 대한 재정헌법적 분석”, 강원법학, 제11권(1999), 213면 이하 등 참조.

85) 위 각주 81 참조.

적인 사회보장에서는 개인의 자유가 공법적인 체계에 편입되어 희생될 가능성이 있으며, 그 대가로 보장이 이루어진다.⁸⁶⁾ 이러한 결점에도 불구하고 이러한 방법은 어느 정도 안전성이 있다는 장점이 있다.⁸⁷⁾ 물론 이러한 장단점은 절대적인 것은 아니며, 상대적이다. 국가가 계속해서 기존의 정책에 우선순위를 두리라는 보장은 없기 때문이다. 이에 대해서는 예컨대 헌법상의 신뢰보호의 원칙에 따르는 극히 제한적인 보장이 있을 뿐이다. 그러면 과연 사적 사회보장과 공적 사회보장 중 헌법적인 우선순위가 존재하는가, 아니면 헌법은 이 문제에 대해서 중립적인가 하는 문제가 제기된다. 이 문제를 논의함에 있어서는 이미 위에서 암시되었듯이 헌법의 객관적인 질서, 그리고 개인의 주관적인 기본권이 모두 기준으로 적용될 것이다.

둘째, 공적 사회보장을 시행하는 경우 보호의 인적 대상을 확정하는 데에 있어서 헌법이 어느 정도 기준을 제시할 수 있는가 하는 문제이다. 사회경제적 동질성을 기준으로 공동체가 형성되어야 할 필연성이 있는가, 아니면 헌법은 이 문제에 대해서도 중립적이기 때문에 공동체의 규모는 입법적 형성의 대상인가 하는 문제이다. 여기에는 필연적으로 평등의 문제가 논의의 기준으로 적용될 것이다. 구체적으로는 보험강제의 정당성의 문제, 보험강제가 적용되는 인적 대상의 범위확정의 문제 등이 제기된다.⁸⁸⁾ 최근 집중적인 논의의 대

86) 위 각주 52 참조.

87) 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, “인간다운 생활을 할 권리의 사회정책적 실현구조”, 전광석, 사회보장법학(한림대 출판부, 1993), 101면 이하; Hans F. Zacher/ Francis Kessler, “Die Rolle der öffentlichen Verwaltung und der privaten Träger in der sozialen Sicherheit”, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht*, 1990, 97면 이하 등 참조.

88) 이 점에 대해서는 예컨대 Cheon Kwang-Seok, Das Recht der sozialen Sicherheit und seine verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen in der Bundesrepublik Deutschland und in der Republik Korea(Nomos, 1990), 166면 이하; Josef Isensee, Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge(Duncker & Humblot, 1973), 17면 이하; Michael Klopfer, Sozialversicherungsbeiträge und Gruppensolidarität, *Vierteljahresschrift für Sozialrecht*. 1974. 160면 이하 등 참조.

상이 되었던 의료보험에 있어서 직장의료보험과 지역의료보험의 통합에 따르는 헌법적 문제 역시 여기에 해당한다.⁸⁹⁾

셋째, 공적 사회보장제도에서 파생하는 급여는 급여의 법적 성격이 사법적인 것과는 구별된다. 사법상의 권리에 대해서는 개인의 자유로운 사용, 처분 및 지배가 허용되어 있다. 이에 비해서 공법상의 급여는 이러한 속성을 결여하고 있다. 각종 급여에 대해서 양도·압류 및 담보제공 등이 금지되어 있는 것이 좋은 예이다.⁹⁰⁾ 그런데 그러한 이유에서 공법상의 급여에 대해서 권리로서의 성격을 인정하지 않는다면, 따라서 포괄적으로 입법적인 처분에 맡겨져 있다면 개인의 사회보장은 지극히 안정성을 상실할 것이다. 그렇다면 이와 같은 문제를 극복하기 위해서는 공법상의 급여에 대해서 권리로서의 성격을 인정하는 이론구성이 필요하지 않는가 하는 점이다. 재산권 이론 및 법치국가이론의 과제이다.⁹¹⁾

89) 여기에는 동시에 재정운영의 문제가 수반되기도 한다. 이에 대한 결정으로는 예컨대 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289(국민건강보험법 제33조 제2항 등 위헌확인), 판례집 12-1(2000), 913 이하 참조.

90) 사회보장기본법 제12조 참조. 이에 대한 헌법재판소의 결정으로는 헌재 1992. 9. 16. 92헌마185(군인연금법 제7조 위헌확인) 판례집 4, 582면 이하; 2000. 3. 30. 99헌마53, 2000헌마9. 98헌마401(병합)(공무원연금법 제32조 위헌소원, 민사소송법 제579조 제4호 위헌확인), 판례집 12-1, 344 이하 등 참조.

91) 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, “재산권과 사회보장청구권”, 전광석, 사회보장법학(한림대출판부, 1993), 122면 이하 등 참조. 특히 산재보험급여와 유족연금과 같이 수급권자의 기여에 기초한 것이 아닌 급여의 경우 이에 대한 재산권적 보호의 논의는 더욱 복잡해진다. 지금까지 우리 헌법재판소는 가입자가 아니라 사용자의 부담금에 의해서 형성된 급여에 대해서는 재산권적 성격을 부인한 바 있다. 예컨대 헌재 1994. 6. 30. 92헌가9(군인연금법 제21조 제5항 위헌제정). 판례집 6-1, 543, 550); 1995. 7. 21. 94헌마27.29(병합)(공무원연금법 제64조 제1항 위헌소원), 판례집 7-2, 82, 90면 참조. 이에 대한 비판적인 평석으로는 예컨대 전광석, “군인연금법 제21조 제5항에 대한 한정위헌결정”, 전광석, 헌법판례연구(법문사, 2000), 79면 이하; 전광석, “공무원연금법 제64조 제1항에 대한 위헌소원”, 전광석, 위 같은 책, 265면 이하 등 참조. 최근 독일연방헌법재판소는 유족연금에 대한 재산권적 보호의 가능성을 부인한 바 있다. BVerfGE 97, 271ff. 이 결정은 다시 한번 사회보험급여에 대한 재산권적 보호의 가능성에 대한 논의를 일으키고 있다. 이에 대해서는 예컨대 Friedhelm Hase, “Hinterbliebenrente als Eigentum im verfassungsrechtlichen Sinn”, *Juristen Zeitung*, 2000, 591면 이하 참조. 기존에 이에 대한 논의로는 예컨대 Otto Depenheuer, “Wie sicher ist verfassungsrechtlich die Rente? - Vom liberalen zum solidarischen Eigentumsbegriff”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1995, 417면 이하; Fritz Ossenbühl, “Der Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, 1987, 630면 이하 등 참조.

넷째, 사회보장법에서는 보험료를 매개로 사회보험의 영역에서, 그리고 조세를 매개로 공공부조 등의 영역에서 어느 정도의 소득재분배효과가 나타난다. 그런데 사회보험법은 소득재분배를 제1차적인 목적으로 하는 영역은 아니다. 보험료는 어느 정도 반대급여를 예정하고 있는 공과금이기 때문이다. 소득재분배의 과제는 오히려 조세법에 부과되어 있다.⁹²⁾ 따라서 보험료를 매개로, 즉 사회보험의 영역에서 소득재분배가 이루어질 때 여기에는 헌법적인 한계가 있을 수밖에 없다. 이 점에 대한 규명이 필요하다.

다섯째, 사회보장에서 국가 혹은 공법상의 법인이 주체가 된다고 해서 이들이 직접 급여를 제공해야 할 필연성은 없다. 오히려 급여의 효율성과 경제성을 도모하기 위하여 이를 민간경제영역에 위임하는 것이 일반적이다. 의료보험이 대표적인 예이다.⁹³⁾ 그런데 이 경우 민간경제주체는 사경제질서에서 활동하는 것과 같은 법적 지위를 가질 수는 없다. 경제성과 효율성을 위하여 국가가 직접 급여의 주체가 되지 않았지만 국가 혹은 공법상의 법인은 이에 대한 규범적 윤곽을 제시할 과제가 있다. 이를 위해서 사경제주체들은 필연적으로 공법체계에 편입되어야 한다. 여기서 사경제주체들의 급여전달활동을 공법적으로 조정하는데 따르는 자유의 제한의 가능성과 한계의 문제가 제기된다. 기본적으로 경제질서, 그리고 직업선택의 자유가 헌법적 접근의 기준이 된다. 그 동안 이 문제는 주로 사회정책적 시각에서 의료보험에서의 의료보험 보험자와 진료기관간의 법률관계, 특히 진료방법선택의 자유와 수가결정 등의 문제와 관련하여 논의되

92) 각종 공과금의 법적 성격 및 정책형성의 가능성에 대해서는 예컨대 전광석, 위 각주 84의 논문, 210면 이하; Kim Sung-Soo, Rechtfertigung von Sonderabgaben(Duncker & Humblot, 1989); Josef Isensee, 위 각주 88의 책, 31면 이하 등 참조.

93) 이에 대한 일반적인 논의에 대해서는 예컨대 Hans F. Zacher, Krankenkassen oder nationaler Gesundheitsdienst?(v. Decker & Müller, 1989) 등 참조.

어 왔다.⁹⁴⁾

3. 사회보장법에서 이루어지는 헌법적 논의의 유형

가. 형성(행위)규범으로서의 헌법과 제한(통제)규범으로서의 헌법

위에서 사회보장법이 개인의 자유를 보호하고 신장하는 작용에 있어서 이중적인 의미가 있다는 사실을 알 수 있었다. 다시 한번 정리하면 사회보장법은 개인의 존엄을 실현하기 위해서 필요한 사실적인 전제조건을 제공하는 기능을 수행한다. 그러나 이러한 자유는 처음부터 개인이 처분할 수 있는 자유와는 질적으로 다르다. 즉 국가의 공권력행위를 통해서 가능하게 된 자유이다. 이러한 자유에는 다음과 같은 두 가지 위험이 내재해 있을 수밖에 없다. 첫째, 개인이 이러한 자유를 향유하기 위해서는 국가가 제시하는 조건을 충족시켜야 한다. 그리고 이 과정에서 개인이 처음부터 처분할 수 있는 자유의 영역이 침해될 가능성이 있다.⁹⁵⁾ 둘째, 국가의 행위를 통해서 비로소 향유할 수 있게된 자유는 다시 회수될 가능성이 있다는 것이다. 물론 이러한 가능성의 기본권적 관련성은 간접적이다. 왜냐하면 국가는 자유 그 자체를 회수하는 것이 아니라 자유의 조건을 회수하는 것이기 때문이다. 특히 이 점에 있어서 법치국가, 그리고 법치국가의 중요한 실질적인 내용인 기본권의 기능이 기대된다.

위와 같은 사회보장법의 기능을 염두에 두면 사회보장법의 형성 및 발전에 있어서 헌법이 영향을 미치는 구조는 다음과 같이 두 가

94) 기존에 이러한 법률관계는 정부가 일방적으로 형성하는 파행적인 모습을 보였다. 이 점에 대해서는 예컨대 한국의료법학회, 한국사회 의료부문 정상화를 위한 의료보험제도의 합리화 연구, 1989, 30면 이하 참조. 1999년 제정된 국민건강보험법은 적어도 수가결정문제는 국민건강보험의 보험자인 국민건강보험공단과 의약계를 대표하는 자와의 계약에 의해서 형성되도록 하였다. 이러한 계약이 성립되지 않는 경우에는 보건복지부장관은 심의조정위원회의 심의를 거쳐 요양급여비용을 정하도록 하였다. 법 제42조 이하 참조.

95) 위 각주 52 참조.

지로 유형화하여 정리할 수 있다.

첫째, 헌법이 적극적으로 사회보장 입법자를 자극하여 개인에게 사회보장법적 보호의 가능성을 확대시키는 기능이다. 구체적으로는 우리 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리, 제11조의 내용을 이루는 사회적 평등의 요청, 제36조의 혼인과 가족의 보호 등이 국가의 적극적인 형성과제를 지도하는 규범들이다.⁹⁶⁾ 헌법 제34조, 특히 제5항을 통해서 국가에게는 스스로의 능력으로 정상적인 생활을 유지하지 못하는 모든 국민에게 최저생활을 보장하는 과제가 부과되어 있다. 헌법상 국가의 사회보장의 과제는 개인의 감당할 수 없는 특별한 사회적 위험이 발생하여 소득이 상실되고, 따라서 기존의 정상적인 생활이 유지될 수 없다는 인식 하에 사회적 위험의 발생을 방지하고, 또 혹은 적어도 사회적 위험이 가져오는 경제적 파급효과를 보호하는 것이다. 이때 국가는 개인의 기존의 생활수준을 어느 정도 유지할 수 있도록 하여야 한다. 마지막으로 국가는 일정한 기준에 따라 개인이 평등하게 사회보장법적 보호를 받을 수 있도록 하여야 한다.⁹⁷⁾ 보다 구체적으로는 사회보험이 일반화되고 있으면서 여전히 사회보험의 혜택을 보지 못하는 자, 혹은 스스로의 능력으로 최저생활을 할 수 없으면서도 국가로부터 보호를 받지 못하거나, 또 혹은 그 급여수준이 낮아 실질적으로 최저생활을 영위할 수 없는 경우 국가의 적절한 조치를 요구하는 논거로서 헌법이 원용되는 경우가 여기에 해당한다.⁹⁸⁾ 헌법은 위와 같은 복지국가의 이념을 제시하거

96) 다만 우리 헌법재판소는 헌법 제34조 인간다운 생활을 할 권리를 아직 포괄적인 사회보장의 권리로 파악하고 있지는 않다. 헌법 제34조를 생존청구권 혹은 필요한 최소한의 재화를 요구할 수 있는 권리 정도로 이해하고 있기 때문이다. 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14(국가유공자 예우 등에 관한 법률 제9조 본문 위헌제정), 판례집 7-2, 1, 31; 2000. 6. 1. 98헌마216(국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제20조 제2항 등 위헌확인), 판례집 12-1. 622, 640면 등 참조.

97) 이 점에 대해서는 예컨대 Hans F. Zacher, "Das soziale Staatsziel", Josef Isensee/ Paul Kirchhof(편), Handbuch des Staatsrechts Bd.I(C. F. Müller, 1987), 1062면 이하 등 참조.

98) 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33(1994년 생계보호기준 위헌확인), 판례집 9-1(1997), 543면 이하

나 혹은 해석상 위와 같은 이념이 헌법에서 도출될 수 있다는 사실은 실현에 있어서는 또 다른 문제를 제기한다. 왜냐하면 민주주의 혹은 법치국가원리와는 달리 복지국가원리는 이를 실현하기 위한 제도 및 절차, 그리고 조직을 헌법이 직접 예정하고 있지는 않기 때문이다. 따라서 복지국가원리의 실현은 다른 헌법상의 의사결정절차에 의해서 실현될 수밖에 없다. 즉 복지국가원리를 실현하기 위한 제도, 목표선택 및 목표실현을 위한 현실적인 여건들에 대한 결정은 원칙적으로는 민주주의적 의사결정절차에 유보될 수밖에 없는 한계가 있다는 것이다.⁹⁹⁾

그런데 복지국가를 실현하는 민주주의적 의사결정은 다음과 같은 부담을 가지고 있다. 첫째, 민주주의적 의사결정절차가 복지국가적 이념만을 대상으로 하는 것은 아니다. 적극적으로 보면 민주주의적 의사결정의 주체는 국가의 사회보장의 과제와 국가의 다른 과제를 동시에 배려하여야 할 과제가 있다는 것이다. 둘째, 민주주의적 의사결정이 복지국가원리를 실현하는데 집중되어 있더라도 위에서 이미 살펴본 복지국가원리의 다양한 목표 중 어디에 중점을 둘 것인가는 다시 민주주의적 의사결정을 필요로 한다. 이는 바로 이러한 의사결정을 헌법이 직접 지도하는 것은 극히 예외적이라는 사실을 보여주는 것이다. 아마도 모든 국민에게 최저생활을 보장하는 과제

참조. 이 결정에 대해서는 예컨대 김선택, “인간다운 생활을 할 권리의 헌법규범성”, 판례연구(고려대) 제9집(1998), 1면 이하; 이덕연, “우리는 왜 ‘인간다운 생활을 할 권리’를 헌법에 규정하고 있는가?”, 헌법판례연구 제1권(1999), 143면 이하 등 참조.

99) 예외적인 문제상황에 대해서는 아래 각주 100 참조. 그밖의 경우 헌법재판소는 지속적으로 입법적 형성의 가능성을 강조하고 있다. 예컨대 헌재 1994. 6. 30. 91헌마161(국가유공자예우 등에 관한 법률 제4조 등에 대한 헌법소원), 판례집 6-1, 653면 이하(666면 이하); 1995. 7. 21. 93헌가14(국가유공자예우 등에 관한 법률 제9조 본문 위헌제정), 판례집 7-2, 1면 이하(20면 이하); 1997. 5. 29. 94헌마33(1994년 생계보호기준 위헌확인), 판례집 9-1, 543면 이하(554면 이하) 등 참조. 최근 헌법재판소는 사회국가원리를 헌법상 독자적인 원리로 인정하는 뚜렷한 경향을 보이고 있다. 다만 이때 헌법재판소는 사회국가원리의 기능에 대해서는 지극히 소극적이다. 즉 사회국가원리는 주로 입법적 형성권을 정당화하는 기능을 수행하는 것으로 이해하고 있다. 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289(국민건강보험법 제33조 제2항 등 위헌확인), 판례집 12-1. 913면 이하(955면) 참조.

정도가 민주주의적 의사결정과정에서 어떠한 경우에도 소홀히 될 수 없는, 따라서 헌법이 민주주의적 의사결정의 실질적인 내용을 지도할 수 있는 영역이 아닌가 한다. 이 권리는 국가재정과의 관련성이 그렇게 크지 않으며, 그리고 내용이 다른 사회보장청구권에 비해서는 상대적으로 구체적이며, 타인의 권리와 관련성도 없기 때문이다. 다만 물론 최저생활을 보장받을 권리의 구체적인 내용에 대한 합의가 언제나 용이한 것은 아니다.¹⁰⁰⁾ 마지막으로 복지국가의 이념을 실현하기 위해서는 예산상의 조치가 수반되어야 한다. 특히 사회보장청구권과 같이 실체법적인 상태를 실현하여야 하는 기본권의 경우에는 그러하다. 그런데 이에 대한 결정 역시 민주주의적 의사결정, 특히 국회의 판단과 결정에 유보되어 있는 것이며, 이를 헌법적으로 제도하는 가능성은 극히 제한되어 있다. 이 점에서 같은 사회적 기본권이더라도 절차법적인 성격을 갖는 기본권과는 구별된다. 예컨대 노동 3권과 같은 기본권이 여기에 해당하며, 이들 기본권의 실현에는 예산법상의 문제는 간접적인 관련성을 가질 뿐이다.¹⁰¹⁾

둘째, 사회보장에 있어서 헌법의 기능은 사회보장영역에서 국가권력을 제한하는 가능성과 관련되어 있다. 국가로부터 개인의 자율적인 결정권을 방어하는 기능은 헌법에 전형적인 과제이다. 이는 다시 두 가지로 세분화할 수 있다. 첫째, 국가공권력의 사회보장청구권에 대한 침해 자체를 방어하는 기능이다. 둘째, 사회보장법적 보호의 조건을 통해서 개인의 자기결정권이 간접적으로 침해될 가능성에 대한 방어기능이다.

사회보장청구권에 대한 직접적인 제한을 방어할 가능성은 이른바

100) 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, “국가의 사회적 과제와 사회적 기본권”, 고시연구, 1995. 10. 54면 이하; 전광석, “최저생활보장을 위한 법제도의 현황과 과제”, 한국사회정책연구, 창간호(1994), 18면 이하 등 참조.

101) 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, 위 각주 66의 논문, 423면 이하; 전광석, “노동쟁의조정법 제12조 제2항에 대한 헌법소원”, 전광석, 헌법판례연구(법문사, 2000), 275면 이하 등 참조.

사회보장청구권의 존속보장이라는 주제로 일반화되어 있다.¹⁰²⁾ 역사적으로 보면 사회보장제도가 실시되는 초기에는 헌법규정은 주로 아직 사회보장의 혜택을 받지 못하는 자가 공적 사회보장급여체계에 참여하기 위한 논거로서 원용된다. 위에서 살펴본 형성기능이다. 그러나 일단 사회보장청구권이 성립된 후에는 헌법은 사회보장청구권의 존속을 보호하는 근거로서 기능하게 된다. 보다 구체적으로는 사회보장재정의 악화 등 주변상황의 변화로 인하여 기존의 사회보장급여수준을 낮추거나 급여조건을 엄격하게 하는 등 사회보장청구권의 내용을 악화시키는 조치에 대해서 저항하는 논거로서 헌법이 제시된다. 그런데 오늘날 긴급사회보장의 필연성은 일반적인 현상이다. 다음과 같은 몇 가지 이유를 들 수 있다. 가장 일반적으로는 1970년대 후반 이후 1970년대초의 석유과동(oil shock)의 과급효과가 나타나면서 서구에서의 황금의 50년대(그리고 60년대)가 종식되고 경제성장의 한계가 보이기 시작했다는 사실이다.¹⁰³⁾ 이것이 직접 혹은 간접적으로 사회보장에 부정적인 영향을 치미는 것은 물론이다.

102) 이 문제는 이미 1980년대 초반 이후 서구 사회에서는 활발하게 논의의 대상된 바 있다. 이에 대해서는 예컨대 Karl-Jürgen Bieback, *Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstruktuiierung von Sozialleistungen*(Walter de Gruyter, 1997); Eberhard Eichenhofer, "Der verfassungsrechtliche Schutz von sozialversicherungsrechtlichen Anrechten in der Bundesrepublik Deutschland, Italien und USA", *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht*, 1988, 239면 이하; Josef Isensee, "Der Sozialstaat in der Wirtschaftskrise", *Festschrift für Johannes Broermann*, 1982, 365면 이하; Volker Neumann, "Der Grundrechtsschutz von Sozialleistungen in Zeiten der Finanznot", *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, 1998, 401면 이하; Michael Stolleis, *Möglichkeiten der Fortentwicklung des Rechts der sozialen Sicherheit zwischen Anpassungszwang und Bestandsschutz*(C. H. Beck, 1984); Rolf-Ulrich Schlenker, *Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz*(Duncker & Humblot, 1986); Rupert Scholz, *Sozialstaat zwischen Wachstums- und Rezessionsgesellschaft*(C. F. Müller, 1981); Bernd Schulte, "Bestandsschutz sozialer Rechtspositionen. Eine vergleichende Betrachtung", *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht*, 1988, 205면 이하; Burkhard von Seggern, "Verfassungsrechtliche Grenzen des Sozialabbaus", *Soziale Sicherheit*, 1996, 367면 이하; Hans F. Zacher, "Der gebeutelte Sozialstaat in der wirtschaftlichen Krise", *Sozialer Fortschritt*, 1984, 1면 이하 등 참조.

103) 이와 같은 기본적인 전제 하에 사회보장의 발전에 대한 비교연구로는 예컨대 Peter Flora (편), *Growth to Limits vol.1*(Sweden, Norway, Finland, Denmark), *vol.2*(Germany, United Kingdom, Irland, Italy)(Walter de Gruyter, 1986) 참조.

이밖에 좀더 구체적으로는 다음과 같은 상황을 들 수 있다. 첫째, 서구 사회의 경우 이미 1980년대부터 제기된 인구구조의 불균형이다. 이로써 사회보험에서 보험료수입과 지출의 관계가 계속 악화되고 있기 때문이다. 사회보험의 재정방식으로 부과방식을 채택하고 있는 경우 이러한 발전은 사회보험의 재정에 직접적인 영향을 미친다.¹⁰⁴⁾ 둘째, 예컨대 우리나라에서 나타나는 현상으로 일부 사회보장기금의 방만한 운영으로 인하여, 혹은 초기의 잘못된 재정계측으로 인하여 급여의 긴축이 요구되는 경우이다. 공무원 및 군인연금에서의 보험료와 급여의 불균형,¹⁰⁵⁾ 국민연금기금의 방만한 운영 등이 전자의 예에 속한다.¹⁰⁶⁾ 국민연금에서의 보험료와 급여관계에 대한 낙관적인 계측이 후자의 예에 속한다.¹⁰⁷⁾ 셋째, 산업사회에서 일반화되어가고 있는 실업의 문제이다. 역사적으로 사회보장은 고용사회를 전제로 형성되어 왔다. 그런데 이제 이러한 전제가 근본적으로 의문시되는 상황이 전개되고 있다. 노동시장의 유연화에 대한 요청, 고용기회의 세대간 분배 등의 문제가 고용사회의 정상성에 의문을 제기하는 논점들이다. 이는 다시 두 가지 계기가 구별되어야 한다.

104) 이 점에 대해서는 예컨대 Hans-Joachim Reinhard/Bernd von Maydell(편), Demographischer Wandel: Herausforderung und Chance für die Alterssicherungssysteme. Ein Rechtsvergleich(Nomos, 2000) 참조.

105) 이는 1995년 공무원연금법의 개정을 가져왔다. 우선 연금수급연령제도가 도입되었고, 보험료율이 인상되었다. 그러나 기존의 공무원에게는 이러한 개정 법률이 적용되지 않도록 하였고, 또 급여산정의 기준을 여전히 최종보수월액으로 하고 있어 개혁의 필요성은 여전히 존재한다. 이 점에 대해서는 위 각주 13의 문헌 참조. 이밖에 문형표/유일호, “우리나라 노후소득보장제도의 과제”, 사회보장연구, 제10권 제1호(1994), 39면 등 참조. 보다 근본적으로 이는 국민연금과 통합하는 논의가 필요하다. 이에 대한 헌법적인 장애는 발견되지 않는다. 이에 대한 간단한 분석으로는 예컨대 전광석, 위 각주 65의 책, 110면 이하 참조.

106) 현재 1996. 10. 4. 96헌가6(공공자금관리기본법 제5조 제1항 등 위헌제청), 판례집 8-2, 308면 이하 참조. 이 결정에 대해서는 예컨대 전광석, “국민연금기금의 운용과 통제-공공자금관리기본법 제5조 제1항 등에 대한 위헌제청사건을 중심으로”, 전광석, 헌법판례연구(법문사, 2000), 367면 이하 등 참조.

107) 이에 대한 논의로는 예컨대 김용하/석지은/윤석원, 국민연금 재정안정화를 위한 구조조정방안(한국보건사회연구원, 1995); 남상우/민재성/장충식, 국민연금의 안정화를 위한 정책과제 및 방향(한국개발연구원, 1990); 민재성/문형표/김원식/김용하, 국민연금제정의 장기적 안정화를 위한 정책과제와 대책(한국개발연구원, 1992); 윤석명, 국민연금 기금운용 개선방안(한국보건사회연구원, 1998) 등 참조.

첫째, 산업사회에서 일반적으로 나타날 수밖에 없는 구조적 실업이다. 즉 실업이 더 이상 단순한 경기적 문제가 아니며, 구조적인 성격을 띠고 있다는 것이다. 둘째, 여기에 더하여 최근 보이는 본질적인 변화는 이른바 세계화(Globalisation)의 결과로서 나타나는 노동환경의 변화이다.¹⁰⁸⁾ 이러한 사회보장 주변환경의 변화속에서 사회보장예산을 삭감하는 필연성이 발생하였을 때 새로운 환경변화에 사회보장을 적응시켜야 한다는 필연성과 사회보장급여의 존속에 대한 개인의 이익이 충돌하면서 이를 둘러싼 헌법적 논의가 활발하게 전개될 것이다.¹⁰⁹⁾

다음, 사회보장의 발달은 개인의 경제생활의 기초에 변화를 가져왔다. 즉 과거에는 개인은 소득활동이 가능한 기간에는 소득에, 그리고 노후에는 저축 혹은 부양의무가 있는 자녀에게 의존하여 왔던 반면, 이제 개인의 생활은 포괄적으로 사회보장의 공적 체계에 포섭되게 되었다.¹¹⁰⁾ 그런데 이들 급여는 공법적 체계에 편입되어 있기 때문에 이들 급여는 해당 체계의 효율적인 운영을 위해서 필요한 조건들과 상호작용을 한다. 그리고 이러한 조건은 경우에 따라서 개인에게 기대가능하지 않은 의무를 부과하고, 이러한 의무는 다시 경우에 따라서 개인에게 헌법상 보장되어 있는 자기결정권을 침해하는 효과를 갖는다. 사회보험에 특유한 의무가입과 보험료 납부의무는 각각 개인의 재산권과 충돌될 염려가 있고, 또 각종 신고의무, 검진 의무 등 사회보험에 따르는 부수적인 의무들은 개인의 사생활 보호, 신체불훼손의 자유 등과 충돌될 가능성이 있다.¹¹¹⁾ 특히 공공부조체

108) 이에 대해서는 위 각주 43의 문헌들 참조.

109) 위 각주 102 참조.

110) 이러한 정치적 현상에 대해서는 위 각주 51 참조.

111) 이들 각종 협조의무에 대해서 자세히는 예컨대 전광석, 위 각주 65의 책, 72면 이하 등 참조.

도에 있어서와 같이 급여의 조건으로 요구되는 각종 심사에 응할 의무는 이에 응하는가의 여부에 따라 최저한도의 생활을 유지하기 위한 급여의 지급 여부와 연계될 수도 있다. 그리고 이때 수급자에게 이를 거부할 것을 기대할 수 없다. 따라서 대부분 사회보장법에서는 급여의 조건으로 제시되는 의무에 대해서 수급권자가 자발적으로 응하는 외형이 나타난다.¹¹²⁾ 그렇기 때문에 여기서는 극단적으로는 이러한 급여가 수급자의 자유와 교환되는 위험이 있다. 그만큼 어떤 다른 분야에 비해서도 예민한 헌법적 접근이 요구된다는 것이다.

사회보장법의 형성과 관련하여 이루어지는 헌법적 논의는 사회보장의 주체와 객체간에 한정되어 발생하는 것은 아니다. 사회보장법적 보호를 위해서 제공되는 급여는 국가 등이 직접 담당하지 않고, 사경제주체가 담당하는 경우가 많다. 의료보험이 대표적인 예이다. 예컨대 의료보험에서 보험급여전달자의 위치에 있는 의사의 경우에도 민감한 자유권적 기본권의 문제가 발생한다. 오늘날 우리나라에서도 대부분의 국민이 의료보험에 가입되어 있다.¹¹³⁾ 따라서 의료보험환자를 진료할 수 있는 가능성, 의료보험환자의 진료조건, 의사의 진료행위를 규율하는 규범 등은 의사의 직업활동에 결정적인 영향을 미친다. 특히 의료인에게 의료보험환자를 진료할 수 있는 자격을 박탈한다면 사실상 의료행위를 영업으로서 행할 수 있는 가능성은 없다고 보아야 한다. 그러므로 이러한 결정에는 직업선택의 자유 등의 관점에서 엄격한 헌법적인 기준이 적용되어야 할 것이다.¹¹⁴⁾ 또 의료보험급여

112) 이러한 지적에 대해서는 예컨대 Peter Lerche, 위 각주 52의 논문; Hans F. Zacher/ Alexander Pelz, 위 각주 52의 논문 등 참조.

113) 위 각주 9 참조.

114) 따라서 요양기관의 취소에 대한 기준을 보건복지부장관에게 거의 백지위임하고 있었던 개정 전 의료보험법 제33조 제1항은 헌법적인 정당성을 가질 수 없었다. 헌법재판소는 실제 이 규정에 대해서 위헌결정을 한 바 있다. 헌재 1998. 5. 28. 96헌가1(의료보험법 제33조 제1항 위헌제정). 판례집 10-1, 509면 이하 참조. 이 결정에 대해서는 예컨대 전광석, “요양기관의 지정취소에 대한 위헌결정”, 전광석, 헌법판례연구(법문사, 2000), 357면 이하 등 참조.

를 직접 제공하는 주체가 사경제주체임에도 불구하고 서비스제공의 대가관계를 국가가 일방적으로 결정하는 조치 역시 직업수행의 자유 및 계약의 자유 등에 비추어 헌법적 정당성을 가질 수 없다.¹¹⁵⁾ 이와 같은 헌법적인 가치를 무시하고, 자유에 대한 억압이 강하다면 의료보험법은 정책적 실현가능성이 가장 강한 영역이다. 우리나라에서 사회보험입법 중 산재보험법을 제외하고는 의료보험법이 가장 먼저 시행될 수 있었던 것은 이러한 상황에 원인이 있을 것이다.¹¹⁶⁾ 다만 이들 법률관계에 대해서는 최근 변화가 있었다. 즉 의료보험수가의 결정을 더 이상 일방적인 행정처분이 아니라 공법상의 계약의 형식을 취하도록 의료보험법이 개정되었다(국민건강보험법 제42조).

나. 헌법의 정치적, 교육적 기능과 법적 기능

헌법과 사회보장법은 이미 위에서 보았듯이 상위법과 하위법의 관계에 있다. 따라서 사회보장법의 입법자는 헌법의 이념 및 제도적 요청을 충실히 실현하도록 하여야 하며, 또 헌법의 이념 및 제도적 요청에 반하는 사회보장법 규정의 효력을 상실시키는 제도적인 장치가 필요하다. 우리 헌법에서는 헌법재판소가 이러한 기능을 담당하고 있다. 또 지금까지 우리 헌법재판소는 몇 번의 결정을 통하여 사회보장법의 규정에 대해서 비난을 가한 바 있다.¹¹⁷⁾

115) 위 각주 94 참조.

116) 이에 대한 분석으로는 예컨대 전광석, “헌법 50년과 사회보장법의 발전”, 헌법법학FORUM 제8권(1999), 160면 이하 등 참조.

117) 위헌결정례로는 현재 1998. 5. 28. 96헌가1(의료보험법 제33조 제1항 위헌제정), 판례집 10-1, 509면 이하; 1999. 12. 23. 98헌바33(구 국가유공자예우 등에 관한 법률 제70조 등 위헌소원), 판례집 11-2, 732면 이하 등이 있다. 한정위헌결정례로는 현재 1994. 4. 28. 92헌가3(보훈기금법 부칙 제5조 및 한국보훈복지공단법 부칙 제4조 제2항 후단에 관한 위헌심판), 판례집 6-1, 203면 이하; 1994. 6. 30. 92헌가9(군인연금법 제21조 제5항 위헌제정), 판례집 6-1, 543면 이하 등이 있다. 기각 혹은 합헌결정의 예로는 현재 1994. 6. 30. 91헌마161(국가유공자예우예우등에관한 법률 제4조 등에 대한 헌법소원), 판례집 6-2, 653면 이하; 1995. 7. 21. 93헌가14(국가유공자예우 등에 관한 법률 제9조 본문 위헌제정), 판례집 7-2, 1면 이하; 1995. 7. 21. 94헌바27.29(병합)(공무원연금법 제64조 제1항 위헌소원), 판례집 7-2, 82면 이하; 1996. 8. 29. 95헌바36(구 산업재해보상보험법 제4조 단서 위헌소원), 판례집 8-2, 90

그러나 다른 한편 사회보장법에 대한 헌법적 평가가 헌법재판의 수단에 국한되어 있는 것은 아니다. 적극적으로 보면 헌법의 이념 및 제도적 요청을 하위법에서 관철하는 방법이 사법적 결정에 국한되어 있는 것은 아니다. 헌법은 모든 국가기관을 구속하며, 따라서 모든 국가기관이 헌법의 사회보장법적 요청을 실현하도록 노력할 법적, 정치적 과제가 있다. 또 국민 개개인은 모두 헌법의 해석자로서 정치적 통제의 주체이기도 하다. 이는 보통 및 평등선거를 통하여 제도화되어 있다. 자유위임의 대의제원리하에서 필연적으로 나타나는 대의기관의 의사와 국민의사의 간격은 기본권에 기초하여 국가의사결정과정에서 지속적으로 국민의 의사를 투입하는 가능

면 이하; 1996. 10. 4. 96헌가6(공공자금관리기금법 제5조 제1항 위헌제청), 판례집 8-2, 308면 이하; 1996. 10. 31. 93헌바55(군인연금법 제16조 제9항 위헌소원), 판례집 8-2, 457면 이하; 1997. 5. 29. 94헌마33(1994년 생계보호기준 위헌확인), 판례집 9-1, 543면 이하; 1996. 8. 29. 95헌바36(구 산업재해보상보험법 제4조 단서 위헌소원), 판례집 8-2, 90면 이하; 1998. 2. 27. 97헌가10, 97헌바42, 97헌바354(병합)(국가유공자예우 등에 관한 법률 제9조 위헌제청 등), 판례집 10-1, 15면 이하; 1998. 12. 24. 96헌바73(공무원연금법 제30조 제1항 위헌소원), 판례집 10-2, 856면 이하; 1999. 4. 29. 97헌바333(공무원연금법 제30조 제2항 위헌확인), 판례집 11-1, 503면 이하; 1999. 9. 16. 97헌바28(공무원연금법 제23조 제2항 등 위헌소원), 판례집 11-2, 272면 이하; 2000. 1. 27. 99헌바23(의료보험법 제29조 제3항 위헌소원), 판례집 12-1, 62면 이하; 2000. 3. 30. 99헌바53, 2000헌바9, 98헌바401(병합)(공무원연금법 제32조 위헌소원, 민사소송법 제579조 제4호 위헌확인), 판례집 12-1, 344면 이하; 2000. 6. 1. 98헌바8(산업재해보상보험법 제94조 제2항 등 위헌소원), 판례집 12-1, 590면 이하; 2000. 6. 1. 98헌바216(국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제20조 제2항 등 위헌확인), 판례집 12-1, 622면 이하; 2000. 6. 29. 98헌바106(공무원연금법 제47조 제1호 등 위헌소원), 판례집 12-1, 833면 이하; 2000. 6. 29. 99헌바289(국민건강보험법 제33조 제2항 등 위헌확인), 판례집 12-1. 913면 이하 등이 있다. 마지막으로 각하결정의 예로는 현재 1992. 6. 9. 92헌바105(장애인복지법 제34조 등에 대한 헌법소원) 판례집 4, 290면 이하; 1992. 9. 16. 92헌바185(군인연금법 제7조 위헌확인) 판례집 4, 582면 이하; 1992. 10. 31. 92헌바42(국가유공자예우 등에 관한 법률 시행령 제17조 제1항 위헌소원) 판례집 4, 708면 이하; 1992. 11. 25. 92헌바258(군인연금법 제16조 제9항 위헌확인) 판례집 4, 834면 이하; 1992. 12. 8. 92헌아3(국가유공자예우 등에 관한 법률 시행령 제17조 제1항 위헌소원(재심)) 판례집 4, 845면 이하; 1993. 4. 13. 93헌바74(국가유공자예우 등에 관한 법률 제4조 등 위헌확인) 판례집 5-1, 214면 이하; 1993. 9. 27. 93헌바45(요양불승인처분취소) 판례집 5-2, 362면 이하; 1994. 2. 18. 94헌바12(군인연금법 부칙 제1조 위헌확인), 판례집 6-1, 17면 이하; 1994. 3. 23. 94헌바32(국가유공자예우 등에 관한 법률 제70조 위헌확인), 판례집 6-1, 199면 이하; 1994. 4. 28. 93헌바151(연금청구거부처분취소 등), 판례집 6-1, 455면 이하; 1998. 2. 27. 96헌바134(의료보험법 제49조 제3항 위헌확인 등), 판례집 10-1, 176면 이하; 1999. 1. 28. 98헌바16(상이등급구분 신체검사 등외판정 처분취소), 판례집 11-1, 65면 이하; 1999. 9. 16. 98헌바46(공무원연금법 제3조 제1항 등 위헌소원), 판례집 11-2, 306면 이하; 2000. 4. 27. 99헌바76(국가유공자예우 및 지원에 관한 법률 제4조 위헌확인), 판례집 12-1, 556면 이하 등이 있다.

성이 실제 행사됨으로써 극복된다. 이때 헌법은 복지국가적 요청을 통하여 국민의 복지국가적 의식을 제공하는 기능을 수행하기도 한다. 특히 헌법 자체가 국민의 민주주의적 의식성장의 결과인 경우 국민은 더욱 헌법적 가치와 일체감과 갖고 헌법적 가치의 실현을 위하여 국가권력에 비판적인 태도를 갖게 된다. 헌법의 정치적, 교육적 기능이다.

소극적으로 보면 헌법을 기준으로 사회보장법에 대한 법적 평가를 하는 가능성은 그만큼 제한되어 있기도 하다. 이는 헌법적 특성과 사회보장법적 특성이 중첩적으로 원인이 된다. 먼저 헌법적 원인이다. 헌법은 다른 규범과는 달리 추상성, 개방성, 탄력성 등을 특징으로 한다. 따라서 헌법은 구체적인 사안에 대해서 구체적인 언명을 하기보다는 본질적이고, 근본적인 가치를 선언하는데 그치는 것이 일반적이다.¹¹⁸⁾ 그만큼 현실을 지도할 구체적인 기준을 헌법으로부터 직접 도출하는 것은 어렵다는 것이다. 그렇다면 헌법은 헌법의 이념 및 제도적 요청에 명백히 반하는 공권력행사에 대해서 비난을 가하는 법적 근거가 될 수는 있어도, 헌법이 가장 효율적이고, 이상적인 정책을 도출하는 근거가 될 수는 없다.¹¹⁹⁾ 이는 어디까지나 헌법의 이념과 제도적 요청에 충실하여야 하는 과제를 가지고 있는

118) 통치조직의 구성과 권한에 대해서도 마찬가지로, 따라서 헌법적 형성의 가능성이 열려있다. 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, “국회의 인사에 관한 권한”, 고시연구 1998/2, 77면 이하 등 참조.

119) 이 점에 대한 헌법재판소의 입장으로는 예컨대 다음을 들 수 있다. “... 우리 사회보장법제는 18세 이상의 자... 다 나은 미래를 위해 직업교육 등을 받고 있는 자를 포함하여...를 제한대상자로 선택한 것이다. 요컨대 아직 우리의 사회보장수준은 이들에 대하여까지 유족급여를 지급할만큼 성숙되어 있지 않은 것이 안타까울 뿐이다”. 헌재 1999. 4. 29. 97헌마 333(공무원연금법 제3조 제2항 위헌확인), 판례집 11-1, 503면 이하(518면) 참조. 혹은 “물론 사립학교 교원도 그가 담당하는 직무의 내용은 국·공립학교 교원과 조금도 다른 바가 없으므로(이른바 공교육으로서의 동질성) 우리 헌법 제34조 제1항, 제2항의 정신에 따라 국가는 사립학교 교원에게도 국·공립학교 교원과 마찬가지로 사회보장·사회복지증진의 측면에서 예우를 하고 보훈을 하는 것이 바람직스러우나..., 신분상의 차이로 인하여 그 예우나 보훈에 있어서 차별이 있다고 하더라도, 그것이 곧 사립학교 교원의 평등권 침해로서 헌법위반이 된다고는 보기 어렵다”. 헌재 1994. 6. 30. 91헌마161(국가유공자예우 등에 관한 법률 제4조 등에 대한 헌법소원), 판례집 6-1, 653면 이하(670면 이하) 참조.

정치과정에 위임되어 있다고 보아야 한다. 이 점은 실제 헌법재판에서 다른 일반 사법작용과는 달리 여러 가지 변형결정을 채택하는 형태로 반영되고 있다. 헌법을 기준으로 보면 일정한 공권력의 상태는 헌법에 명백히 반하는 상태와 헌법에 조화되는 상태 두 가지로만 분류할 수는 없다. 이 중간에 헌법에 반하지는 않지만 정치적으로 바람직하지 않은 상태도 존재한다. 이러한 바람직하지 않은 상태는 조금 더 발전할 경우 헌법적 비난이 가능해지는 것이 예견될 정도에 이른 경우도 있다. 이러한 상태에 헌법이 직접, 그리고 현재 비난을 할 수는 없다.¹²⁰⁾ 결국 이미 언급했듯이 헌법이 직접 효율적이고, 이상적인 정책의 법적 근거가 되는 것은 아니다. 또 예컨대 단순한 정책적인 불만은 아직 법적 권리에 대한 침해라고 볼 수 없다. 각하결정이 여기에 해당하는 사례들이다.¹²¹⁾ 또 현재의 공권력의 상태가 헌법에 위반된다는 평가가 가능하더라도 해당 공권력에 대한 헌법적 비난이 곧 새로운 정책의 결정을 의미하는 경우 헌법재판은 위헌결정을 피하고 이러한 헌법적으로 비난받는 상태를 헌법적으로 바람직한 상태로 개선하는 과제를 입법자에게 유보할 수밖에 없다.¹²²⁾ 우리 헌법재판에서 변형결정은 바로 위와 같은 헌법의 정치적 기능을 반영한 관례이며, 이는 헌법이 규범력을 발휘하기 위한 제도적 발명품이라고 할 수 있다.

120) 이 경우 예컨대 독일의 연방헌법재판소는 입법촉구결정을 한 예가 있다. 우리 헌법재판소는 불합치결정에 수반되는 입법촉구결정을 하고 있으며, 아직 입법촉구결정을 독자적인 주문으로 채택한 적은 없다. 입법촉구결정에 대해서는 예컨대 전광석, “헌법재판에 있어서의 결정주문의 유형과 효력”, 헌법재판연구 제2권. 헌법재판 및 제도의 활성화에 관한 연구. 1991. 160면 이하; Christian Pestalozza, “‘Noch verfassungsmäßige’ und ‘bloß verfassungswidrige Rechtslagen’”, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Bd.I (J.C.B.Mohr, 1976), 519면 이하 등 참조.

121) 위 각주 117 참조.

122) 불합치결정은 이와 같이 헌법에 합치하는 상태를 헌법재판소가 직접 결정하는 경우 이것이 입법권을 침해하는 결과가 되는 것을 방지하기 위한 주문결정방식이다. 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, “불합치결정에 대한 헌법재판소결정 분석”, 전광석, 헌법판례연구(법문사, 2000), 39면 이하 등 참조.

헌법의 규범력의 한계는 사회보장법의 구조속에서도 확인될 수 있다. 우선 미시적인 구조속에서 헌법은 해당 미시적인 구조를 규율하는 법률들에 비해서 상위법이기는 하지만, 그러나 헌법은 이들 법률의 특수성을 존중할 과제가 있다. 결국 이 경우 헌법이 직접 적용되기보다는 이들 법률관계의 해석 및 적용에 있어서 기준으로 작용하게 된다. 그만큼 규범력에 있어서 한계가 있다. 다만 해당 법률관계가 공법관계로서 형성되어 있는 경우 사법관계로 형성되어 있는 경우에 비해서 헌법의 이념적 및 제도적 요청을 존중될 가능성은 보다 강할 것이다.

다음, 거시구조속에서 헌법의 규범력은 보다 제한적이다. 이미 언급했듯이 경제질서는 사회보장질서에 대한 전제조건적 성격을 갖는다.¹²³⁾ 적어도 경제질서와 사회보장질서는 상호보완 및 상호의존적 관계에 있다. 그런데 경제질서에 대한 국가의 책임이 인정되지만 경제정책의 형성에 있어서 헌법이 구체적이고, 절대적인 지침을 주는 것은 아니다.¹²⁴⁾ 그렇다면 사회보장질서에 대한 헌법적 규범력은 이중적인 의미에서 제한적이다. 첫째, 경제질서 및 사회보장질서 두 분야에 있어서 각각 헌법의 지도기능은 추상적이다. 또 경우에 따라서 모순적이다. 결국 이를 해결하는 것은 민주주의적 정치과정에 유보되어 있다. 둘째, 그렇기 때문에 경제질서와 사회보장질서 간의 관계는 보다 유동적이다. 경제질서에 대한 판단하에, 그리고 이러한 거시구조속에서 행해지는 사회보장질서에 대한 결정은 결국 헌법의 실제적인 내용이 기준이 되기보다는 이때 헌법은 절차적 혹은 조직적 윤곽질서를 제공하는 기능을 수행하는데 그친다고 할 수 있다.¹²⁵⁾ 정치질서와 사회보장의 관계 역시 헌법적으로는 개방적이다.

123) 위 각주 103 참조.

124) 위 각주 62 참조.

가장 이상적으로 사회적 배려가 민주주의적 의사결정에 제도적으로 반영되는 것이다. 그러나 이러한 가능성은 존재하지 않는다. 따라서 이를 제도적으로 극복하기 위한 역사적 실험은 실패할 수밖에 없었다. 첫째, 민주주의의 의사결정과정에 사회적 약자가 대표되도록 하는 민주주의의 사회화를 예정할 수 있다. 그러나 이는 정치적 평등의 이념을 희생하지 않고서는 불가능하다.¹²⁶⁾ 둘째, 민주주의원리를 사회의 원리로 변형하여 사회영역 자체에서 다수인 사회적 약자의 의사결정과정에 중요한 영향력을 행사할 수 있도록 제도화하는 방법이 있을 수 있다. 그러나 이는 법치국가원리를 희생하지 않고서는 역시 실현이 불가능하다.¹²⁷⁾ 이러한 내용의 이른바 사회의 민주화는 사회영역의 존재목적이 부정되고, 사회영역에서 당사자의 기본권을 제한하는 결과가 될 것이기 때문이다.

4. 사회보장법과 헌법의 구조적 원리

가. 인간의 존엄과 가치

헌법 제10조 인간의 존엄과 가치는 헌법의 최고원리이며 헌법질서의 구조적 원리로서의 성격을 갖는다. 헌법의 존재의의는 궁극적으로는 인간의 존엄과 가치를 실현하는 데에 있기 때문이다.¹²⁸⁾ 따라서 인간의 존엄과 가치는 다른 헌법규정에 대해서 지도원리로서

125) 이 점에 대해서는 예컨대 Hans F. Zacher, "Der Sozialstaat als Prozeß", Hans F. Zacher, *Abhandlungen zum Sozialrecht*(C.F.Müller, 1993), 73면 이하 등 참조.

126) 1919년 바이마르헌법 제165조에 의한 제국경제위원회의 제도화와 실패의 경험이 좋은 예이다. 이에 대해서는 예컨대 Hans Schneider, "Die Reichsverfassung vom 11. August 1919", Josef Isensee/Paul Kirchhof(편), *Handbuch des Staatsrechts Bd.I*(C.F.Müller, 1987), 120면 등 참조.

127) 민주주의의 생활화가 이에 관한 대표적인 모토이다. 이러한 주장으로는 예컨대 김종철, "입헌주의의 본질과 현대적 의미", *고시계*, 2000. 10. 17면 이하 참조.

128) 현재 1992. 10. 1. 91헌마31(불기소처분에 대한 헌법소원). 판례집 4, 620면 이하(633면 이하) 등 참조.

가능한다. 인간의 존엄과 가치는 기본권질서의 핵심적인 내용이다.¹²⁹⁾ 헌법에 보장된 다른 기본권들은 경제, 사회, 문화, 정치 등 각각의 생활영역에서 인간의 존엄과 가치라는 기본이념을 실현하는 수단의 성격을 가진다. 실제 우리 헌법의 일부 기본권은 이를 명시적으로 선언하고 있다. 예컨대 근로조건은 기본적으로 사용자와 근로자의 협의에 의해서 정해지며, 이것이 헌법이 보호하는 사적 자치의 원칙에 충실한 방법이기도 하다. 그러나 다른 한편으로 국가는 열악한 근로조건이 강요되는 것을 방지하여야 하며, 헌법 제32조 제3항은 근로조건을 법률로 정하도록 하였다. 이때 헌법은 근로조건을 기준이 인간의 존엄성을 보장할 수 있어야 한다고 함으로써 헌법 제10조의 이념이 노동의 영역에 반영되어야 한다는 점을 명백히 하였다. 또 헌법 제36조에서 혼인과 가족의 보호를 규정하면서, 가족의 생활이 양성의 평등과 개인의 존엄에 기초하여야 한다고 규정한 것도 헌법 제10조의 이념을 선언한 것이다. 사회보장의 권리를 선언한 우리 헌법 제34조 제1항 역시 해석에 있어서 헌법 제10조가 예정하고, 또 보장하고 있는 인간상이 결정적인 해석의 기준이 되어야 할 것이다. 마지막으로 인간의 존엄과 가치는 헌법이 예정하는 인간상을 표현한 것이기도 하다. 즉 개인은 공동체에서 유리된 개인주의적 인간도, 그리고 공동체에 함몰된 전체주의적 인간도 아닌, 사회적 관련성과 사회적 책임성을 갖는 인격체로서 예정되어 있다.¹³⁰⁾

위와 같은 인간의 존엄과 가치의 헌법적 위치때문에 헌법 제10조는 헌법적 분쟁의 해결에 있어서 논증의 핵심을 이룰 것이라는 생

129) 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82(형법 제241조의 위헌여부에 관한 헌법소원). 관례집 2(1990), 306면 이하(310면) 참조.

130) 독일연방헌법재판소의 판시였으며(BVerfGE 4, 7(15f.)), 우리 헌법상의 인간상 역시 이에 기초하여 이해되고 있다. 권영성, 헌법학원론(법문사, 1999), 338면; 허영, 한국헌법론(박영사, 2000), 316면 등 참조.

각을 하기 쉽다. 그러나 실제 헌법적 분쟁에서 인간의 존엄과 가치에 관한 우리 헌법 제10조가 직접적인 논거로서 원용되는 것은 드물다. 왜냐하면 이미 언급했듯이 인간의 존엄과 가치는 개별 생활영역에서 구체적인 기본권을 통해서 실현되기 때문에 각 생활영역을 규율대상으로 하는 개별 기본권이 보다 구체적인 헌법적 논거로서 적용되기 때문이다. 그렇더라도 인간의 존엄과 가치는 사회보장법의 형성과 발전에 있어서 다음과 같은 중요한 지도지침을 준다.

첫째, 개인은 존엄과 가치를 갖기 때문에 개인이 더 이상 통치권의 단순한 객체의 지위에 있을 수 없다. 오히려 개인은 국가권력에 지속되기는 하지만 주체적 지위에서 자신의 권리를 형성하는 위치에 있다. 국가와 개인과의 관계가 더 이상 일방적인 지배복종관계가 아니라 권리와 의무를 내용으로 쌍방적인 법률관계에 있다는 것이다. 이와 관련하여 사회보장법적으로 중요한 요청은 다음과 같은 두 가지이다. 첫째, 사회보장법의 형성에 있어서 거시적인 정책의도와 더불어 개인의 법적 지위에 대한 보호의 필요성이 함께 고려·형량되어야 한다는 것이다. 예컨대 국민기초생활보장법에서 개인에게 노동에의 의무를 부과하고 있다(법 제9조). 이 규정은 해당개인으로 하여금 노동사회에 편입하기 위한 기회를 보장하는 데에 제1차적인 목적이 있다. 따라서 이러한 제도가 수급권자의 결정능력을 전혀 도외시하고 노동을 강요하는 수단으로, 혹은 더 나아가서는 노동력을 확보하기 수단으로 이용되어서는 안된다. 빈민에 대한 보호 그 자체가 입법목적이어야 한다는 것이다.¹³¹⁾ 둘째, 개인은 국가권력과 관계에서 권리와 의무를 갖는 주체적인 지위에 있다. 그렇기 때문에 개인의 법적 지위에 대한 제한은 법적 근거에 기초하여 이루어져야

131) 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, “빈곤문제와 법학의 과제”, 전광석, 사회보장법학(한림대출판부, 1993), 265면 이하 등 참조.

한다.¹³²⁾ 이때 비로소 개인에게 예견가능성과 법적 안정성이 보장되며, 이로써 개인의 자기결정의 기회가 보장되기 때문이다.

둘째, 인간의 존엄과 가치는 단순히 국가에게 개인의 인격을 침해하지 않을 것으로 요구하는 내용만을 갖는 것은 아니다. 인간의 존엄과 가치는 헌법이 예정하는 상태이기는 하지만 다른 한편 보호의 대상이기도 하다. 따라서 인간의 존엄은 국가권력에게 적극적인 행위의 의무를 부과하기도 한다. 이 점은 특히 사회적 보호를 특히 필요로 하는 장애인 등에게는 첫번째 관점과 함께 작용하여 국가에게 이들에 대한 적극적인 보호의 요청하는 헌법적인 근거가 된다. 다만 인간의 존엄조항으로부터 구체적인 내용의 행위의무가 국가에게 부과되지는 않는다. 이미 위에서 언급했듯이 인간의 존엄이라는 개념은 가치관련적이며, 가치의 가변성 때문에 이를 일의적으로 규정할 수 없기 때문이다. 예컨대 인간의 존엄조항으로부터 최저생활을 보장할 의무가 도출되는가, 그리고 그 내용은 무엇인가에 대해서 일의적으로 결정될 수는 없다는 것이다.¹³³⁾ 이 문제는 자신의 다른 권리, 다른 개인의 권리, 그리고 헌법이 실현되는 거시구조속에서 결정되어야 한다. 그렇기 때문에 사회보장법에서 중요한 질문중의 하나인 사회보장급여의 수준에 관한 질문도 구체적으로는 여기에 적용되는 특수한 기본권인 헌법 제34조의 해석과 관련하여 대답되어야 할 것이다.¹³⁴⁾

132) 헌재 2000. 1. 27. 99헌바23(의료보험법 제29조 제3항 위헌소원), 판례집 12-1, 62면 이하 참조.

133) 유사한 논증의 예를 독일의 연방헌법재판소의 판결에서 볼 수 있다. 초기에 연방헌법재판소는 인간의 존엄을 주로 방어권적 시각에서 평가하였다. BVerfGE 1, 97(104) 참조. 이후 최저생활보장의 문제가 쟁점이 되는 경우 연방헌법재판소는 인간의 존엄조항만을 기초로 삼기보다는 사회국가원리와 연계하여 논리를 전개하고 있다. BVerfGE 45, 187(228) 등 참조. 이에 대해서는 예컨대 Volker Neumann, "Menschenwürde und Existenzminimum", Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1995, 426면 이하; Tade Matthisa Spranger, "Die Unzulänglichkeit des Menschenwürdebegriffs im Sozialhilferecht", Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung, 1999, 5면 이하 등 참조.

134) 이에 대해서는 예컨대 전광석, "인간다운 생활을 할 권리의 사회정책적 실현구조", 전광석,

셋째, 인간의 존엄과 가치는 사회적 책임성과 사회적 관련성을 갖는 인간상을 전제로 하고 있다. 따라서 국가의 사회보장의 과제는 이와 같은 인간상을 보호하는 내용을 가져야 한다. 단순히 의식주 등 물리적인 생존가능성이 존재한다는 것으로는 아직 헌법, 그리고 인간의 존엄조항이 예정하고 있는 인간상이 보호되고 있다고 볼 수 없다. 인간이 존엄이 보장되기 위해서는 개인이 사회적 주변환경과의 의사소통을 할 수 있는 상태에 있어야 하며, 여기서 자신이 주변환경에 영향을 미치고 또 영향을 받는 상태가 실현되어야 한다는 것이다.¹³⁵⁾ 이 점은 특히 공공부조급여의 내용과 방법 및 수준을 결정하는데 중요한 지침으로 작용하여야 할 것이다.¹³⁶⁾

넷째, 인간의 존엄조항이 위와 같이 사회보장의 형성에 있어서 실질적인 기준을 제시하는데 적절한 헌법적인 근거가 아니기 때문에 인간의 존엄조항은 더욱 더 국가기관에게 인간의 존엄을 실현하기 위해서 신중한 결정절차를 거칠 것을 요구한다.¹³⁷⁾ 다만 이때 신중한 절차의 요구가 구체적으로 무엇을 요구하는가에 대해서는 역시 일반적인 기준을 제시하기는 힘들다. 따라서 이러한 요청은 오히려 국가기관의 결정이 인간의 존엄을 실현하기에 불충분하더라도 이를 절차적으로 정당화하는 헌법적인 논거로서 사용될 가능성이 많다. 즉 적어도 국가기관이 개인을 일방적으로 통치의 객체로서 파악하지 않고 해당 개인의 구체적인 상황에 대한 배려를 하였다면 인간의

사회보장법학(한림대 출판부, 1993), 89면 이하 등 참조.

135) 그러나 최저생활보장의 헌법적 요청이 실현되고 있는가를 심사한 바 있는 헌법재판소는 위와 같은 관점을 전혀 도외시하고 있다. 위 각주 98 참조.

136) 이에 대해서는 예컨대 전광석, 위 각주 65의 책, 391면 이하 등 참조.

137) 이 점에 대해서는 예컨대 Michael Stolleis, "Die Rechtsgrundlage der Regelsätze unter besonderer Berücksichtigung verfassungsrechtlicher und sozialhilferechtlicher Grundsätze", Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, 1981, 99면 이하. 이에 대한 독일 연방행정법원의 결정으로는 예컨대 BVerwGE 25, 307(317); 35, 178(180f.) 등 참조.

존엄조항을 근거로 헌법적인 비난을 할 수는 없다는 것이다.

나. 민주주의원리

(1) 민주주의의 실현구조와 사회보장법적 관련성

헌법은 국가형태로서 민주주의를 예정하고 있다. 이에 따라 국가권력은 국민으로부터 나온다(제1조). 이와 같은 민주주의 국가형태는 시대의 발전에 따라 다양한 이념과 제도에 의해서 지배되어 왔다. 그리고 이러한 민주주의 국가형태는 필연적으로 국가의 사회적 과제, 그리고 국가의 사회보장법적 과제에 영향을 미치고, 또 영향을 받아오면서 발전되어 왔다.

민주주의 국가형태는 단순화해서 말하면 국가권력의 정당성의 근거가 국민에 있는 국가형태이다. 이러한 민주주의 국가형태는 다음과 같은 두 가지 이념에 의해서 지도되고 있다. 첫째, 정치적 평등이다. 정치의 영역에서 모든 개인은 정치적 의사의 가치에 관한 한 평등하다. 다른 생활영역과 결정적으로 구분되는 점이다.¹³⁸⁾ 정치의 영역은 다원적인 가치가 혼재하여 있으며, 따라서 특정한 가치의 지배를 배제하기 때문이다. 따라서 민주주의 의사결정은 필연적으로 다수의 의사에 의해서 지배된다. 일반적으로는 선거제도가 이를 담보하는 대표적인 수단이다. 또 독립된 국가기관으로서의 지위를 가지고 국민전체의 의사를 형성하는 과제가 부과된 국회에서의 의사결정 역시 다수결의 원칙이 지배한다. 다만 이때 다수결의 원칙이라는 형식적인 조건에 의하여 의사결정이 모두 정당화되는 것은 아니다.

138) 위 각주 127 참조. 교육영역이 좋은 예이다. 교육영역에서 교육과정에 참여하는 모든 구성원의 의사가 동등한 가치를 갖고 의사결정에 반영될 수는 없다는 것이다. 예컨대 대학공동체에서 대학을 구성하는 구성원들이 어느 정도 참여권 혹은 참여의 기회를 가지고 있는 것을 사실이지만 연구와 교육에 관한 영역에서는 교수집단의 의사가 결정적인 영향력을 가져야 한다는 것이다. 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, “대학생의 헌법적 지위”, 양승두교수 화합기념논문집 1994, 786면 이하 등 참조.

즉 다수결에 이르는 자유로운 토론과 표결에 관련된 절차적인 요건이 충족되어야 하며, 이러한 절차적 정의를 존중되지 않은 경우의 결행위 자체, 그리고 다수결에 의해서 의결된 의안 자체가 효력을 가질 수 없도록 하여야 한다.¹³⁹⁾ 둘째, 소수의 보호이다. 민주주의에서 의사결정이 다수의 의사에 의해서 지배되기는 하지만 이때 다수의 의사가 가치의 우월성을 징표하는 것은 아니다. 따라서 제도적으로는 소수가 다수의 지지를 받을 수 있는 기회인 선거가 주기적으로 이루어져야 하며, 비제도적으로는 소수가 자신의 의견을 제시하고 또 설득하여 다수를 형성할 수 있는 기회가 기본권적으로 보장되어야 한다.¹⁴⁰⁾ 그만큼 민주주의 국가형태와 기본권은 상호의존관계에 있다는 것을 알 수 있다.¹⁴¹⁾

그런데 민주주의의 이념이 직접적으로 실현되는 데에는 한계가 있다. 현실적으로 모든 국가과제에 대한 토론과 표결에 모든 국민에 참여하는 것이 불가능하며, 또 이론적으로 보더라도 공익을 지향하는 국민 전체의 의사는 존재론적으로 이해될 수 없을 것이기 때문이다. 따라서 국민 전체의 의사를 형성하는 과제가 부과된 대의기관을 통해서 민주주의가 실현될 수밖에 없다.¹⁴²⁾ 대의기관에게는 국민

139) 헌법재판소는 이른바 낚치기의결이 국회의원의 자유로운 토론과 표결에 관한 권한을 침해하였다는 확인을 한 바 있다. 그러나 이들 권한을 침해한 것이 중대하고 명백한 절차상의 하자는 아니라는 이유로 통과된 법률안의 효력을 문제삼지는 않았다. 헌법에 대한 지난친 형식논리적인 해석의 결과라고 생각된다. 헌재 1995. 2. 23. 90헌라1(국회의원과 국회의장간의 권한쟁의), 판례집 7-1, 140면 이하; 1997. 7. 16. 96헌라2(국회의원과 국회의장간의 권한쟁의), 판례집 9-2, 154면 이하 등 참조. 이들 결정에 대해서는 예컨대 명재진, “입법과정에 대한 헌법적 통제 - 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2”, 헌법판례연구 1(1999), 특히 292면 이하 등 참조.

140) 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, “집회 및 시위에 관한 법률 제2조 등에 대한 헌법소원”, 전광석, 헌법판례연구(법문사, 2000), 117면 이하 등 참조.

141) 반면 만약 민주주의가 직접민주주의의 형태로 실현된다면 기본권의 기능은 그만큼 제한될 것이다. 왜냐하면 대의기관은 국민 개개인의 의사에 종속되어 있기 때문에 대의기관의 의사와 국민 개개인의 의사가 불일치하는 경우 국민소환의 제도적 수단이 동원될 수 있을 것이기 때문이다.

142) 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, “민주주의의 실현구조와 국민투표”, 고시연구, 1989. 5. 59면 이하; Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie”, Festschrift für Eichberger, 1982, 312면 이하 등 참조.

개개인의 의사와는 독립하여 국민 전체의 의사를 형성하는 권위와 책임이 부과되어 있다(헌법 제46조 제2항; 자유위임관계). 그런데 이와 같이 국민 전체의 의사가 형성되는 대의과정은 실질적인 내용에 의해서 지배되는 것은 아니다. 대의기관에게 국민 전체의 의사를 형성할 권한이 부여되어 있는 것이지, 헌법이 이 과정에서 특정한 내용을 제시하고 있는 것은 아니라는 것이다. 따라서 민주주의에서 대의기관의 의사와 국민의 기본권적인 의사가 차이를 보이는 것은 비교적 자연적이다. 이러한 자연적인 간격을 좁히는 중요한 기제가 기본권이다. 그러나 이때 기본권은 개인적 의지의 실현수단이며, 따라서 민주주의적 의사결정에서 복지국가적 평등은 부분집단의 평등으로 그칠 위험이 내재되어 있다. 여기서 소외된 다른 집단과의 새로운 불평등의 출발이다. 그렇다고 이 문제가 헌법상 평등의 원칙에 기초한 비난의 대상이 되지도 않을 것이다. 평등의 원칙을 근거로 판단하기 위한 기준을 설정하는 것은 가치관련적 문제이기 때문이다.¹⁴³⁾ 보다 심각한 문제는 대의기관 스스로가 경직적인 가치에 사로잡혀 국민의 의사투입을 불가능하게 하거나, 혹은 대의기관이 국민 일부분의 이익에 종속되는 현실이 나타나는 경우이다. 이때에는 민주주의 국가형태에서 복지국가적 요청은 지극히 최소한의 범위내에서 반영되거나 아니면 민주주의적 정당성이 현실적으로 의존해 있는 집단만이 복지국가적 정책의 대상에 포섭될 위험이 있다.¹⁴⁴⁾

위와 같은 위험을 방지하는 과제는 조직법적으로는 권력분립의 원칙에 의해서 담당되고 있다. 이에 따르면 국가권력의 남용을 방지하기 위하여 국가권력을 기능적으로 분리하고, 분리된 기능을 독립된 기관에 부여하며, 이들 기관 상호간의 견제와 균형을 통하여 국

143) 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, 위 각주 65의 책, 105면 이하 등 참조.

144) 아래 각주 149 참조.

가권력의 남용을 방지하고, 이로써 개인의 기본권을 보장하는 기능을 수행한다. 이러한 조직기술은 전통적으로는 입법, 행정, 사법간의 권력의 분리와 분산, 그리고 견제를 통한 균형을 이루도록 형성되어 왔다. 우리 헌법은 대통령에게 국가최고기관으로서의 지위를 부여하고(제66조 제1항), 대통령 및 국회, 그리고 사법부가 상호 견제와 협력을 하도록 예정하고 있다(제40조 이하, 제66조 이하, 제101조 이하).¹⁴⁵⁾ 현대 국가에서 사회구조의 변화, 국가과제의 증대 및 전문화, 그리고 정당정치가 발달하면서 권력분립은 보다 세분화되어 형성되어야 하는 요청에 처하게 되었다.¹⁴⁶⁾ 행정부 내부에서의 정치적 공무원과 직업공무원의 균형관계, 정당간의 견제와 균형의 가능성 제고, 그리고 정당내부에서의 독단적인 전횡의 가능성을 방지하기 위한 정당의 민주화 등이 보충적인 내용으로 제안되고 있다.¹⁴⁷⁾

(2) 민주주의의 유형과 사회보장법

위와 같은 민주주의의 이념과 실현구조, 그리고 조직원리 등은 사회보장법의 발전에 직접적인 영향을 미치는 요소들이다. 그러나 이미 살펴본 바와 같이 민주주의의 국가형태는 절차법적 성격이 강하며, 따라서 사회보장의 이념을 충실하게 실현할 수 있는 제도적인 장치를 가지고 있지는 않다. 따라서 실제 민주주의에서 사회보장의 현실은 사회보장의 가치가 충실히 존중되는 경우와 그렇지 않은 경우가 다음과 같이 다양한 형태로 나타난다.

첫째, 정치체제가 다른 정책목표에 우선 순위를 두고 전혀 사회문

145) 국회의 인사권과 관련된 예에 대해서는 예컨대 전광석, “국회의 인사에 관한 권한”, 고시연구 1998. 2, 62면 이하 등 참조.

146) 이 점에 대해서는 예컨대 허영, 헌법이론과 헌법(박영사, 2000), 818면 이하 등 참조.

147) 정당민주화의 다양한 내용에 대해서는 예컨대 전광석, “정당의 내부질서와 민주적인 공직선거 임후보자 추천”, 헌법학연구 제6권 제1호(2000), 130면 이하 등 참조.

제를 의식하지 않으려는 경우이다. 우리나라에서는 경제개발의 초기에서 1970년대 중반까지 나타났던 정책적인 기조였다.

둘째, 정치체제가 국민의 객관적인 사회상황과는 관계없이 정치체제의 정당성을 유지하기 위한 최소한의 사회정책을 실시하는 경우이다. 이를 “외견적 사회정책”이라고 부를 수 있을 것이다. 이러한 경우 사회정책 그 자체가 목표가 아니고 사회정책은 다른 정책적 목표에 종속되는 특징을 나타낸다. 위에서 지적한 사회보장과 민주주의의 첫번째의 관계는 두번째 관계와 중복하여 나타나는 것이 보통이다. 정치권력이 사회정책에 정책적 비중을 전혀 두지 않는다는 점을 직설적으로 표현하지는 않을 것이기 때문이다.¹⁴⁸⁾

셋째, 정치체제가 국민의 객관적인 사회상황과는 관계없이 체제유지에 영향을 미치는 특정 집단을 중심으로 사회정책을 형성해 나가는 경우이다. 두번째의 경우에 비하여 이를 “정치종속적 사회정책”이라고 부를 수 있을 것이다. 이전 사회주의 동구권의 사회정책 및 남미 각국의 사회정책이 이러한 범주에 속한다고 할 수 있다.¹⁴⁹⁾

넷째, 정치체제가 현실정치적 이유에서 유권자 다수를 지향하는 사회정책을 실시하는 경우이다. 여기에서는 사회적 상황보다는 이들이 정치적 정당성에 결정적으로 영향을 미치는 집단이라는 사실이 주목된다. 민주주의 종속적 혹은 “유권자 종속적 사회정책”이라고 할 수 있다. 발전된 서구 민주주의 국가에서도 최근 이러한 사회정책적 불균형에 대한 반성이 제기되고 있다.¹⁵⁰⁾

148) 헌법심리적으로 보면 이러한 정책은 다양한 사회적 기본권 중 최저생활을 할 권리를 실현하기 위한 정책을 추진하는 대신 국가는 국민에게 다른 기본권에 대한 기대를 유보하도록 설득하는 작업을 통해서 이루어질 것이다. 이에 대해서는 예컨대 전광석, “국가의 사회적 과제와 사회적 기본권”, 고시연구 1995/10, 47면 참조.

149) 민주화 이전의 동유럽, 특히 통일 전 동독의 사회정책에서 나타나는 이러한 특징에 대해서는 예컨대 전광석, “동서독통일과 사회보장법”, 전광석, 사회보장법학(한림대 출판부, 1993), 295면, 302면 등 참조. 이밖에 남미의 사회정책을 위와 같은 관점에서 분석하는 문헌으로는 예컨대 Carlo Mesa-Lago, Social Security in Latin America. Pressure Groups, Stratification and Inequality(University Press, 1978) 등 참조.

마지막으로 다섯째, 이상적으로 실현되는 민주주의적 정치체제와 사회정책과의 상호작용이다. 여기서는 민주주의적 합의에 기초하여 사회정책이 실시되지만 사회정책은 독자적인 가치기준을 가지고, 민주주의의 실현에 영향을 미친다.

(3) 다수의 지배와 소수의 보호-이념적 관련성과 제도화의 가능성 및 한계

민주주의와의 관계에서 사회보장법에서 제기되는 가장 어려운 문제는 다수의 지배와 소수 보호의 관계를 어떻게 제도화할 수 있는가 하는 문제이다. 국민 다수를 대상으로 하는 사회보장법의 영역에서 민주주의원리는 이들의 이익에 긍정적으로 작용한다. 다음과 같은 세 가지 이유가 작용할 것이다.

첫째, 국민 다수를 대상으로 하는 사회보장법의 영역에서는 법률의 개선 및 개악은 이들의 권리의무의 변동을 가져오며, 이는 정치권력에 대해서 직접적으로 긍정적 혹은 부정적인 평가의 원인이 된다. 선거가 이를 매개하는 직접적인 수단이다.

둘째, 이들 다수는 질적으로 민주주의적 의사결정과정에 영향을 미칠 수 있는 조직능력을 가지고 있는 것이 보통이다. 복지국가가 형성되는 중요한 계기는 노동자집단이 사회적 보호를 필요로 하는 사회적 약자로서 평가되었기 때문이다.¹⁵¹⁾ 그런데 이제 고용사회가 일반화되어 있는 상황에서, 그리고 그 동안 노동법의 발전을 통해서 노동자가 조직력과 협상력을 가지게 됨에 따라 노동조합은 사회보장법을 형성하는 과정에서 주요한 이익집단의 역할을 담당하게 되었

150) 이러한 현상에 대한 분석으로는 예컨대 Stephan Leibfried/ Florian Tennstedt(편), Politik der Armut und die Spaltung des Sozialstaates(Suhrkamp, 1985); Hans F. Zacher, "Der gebeutelte Sozialstaat in der wirtschaftlichen Krise", Sozialer Fortschritt, 1984, 특히 8면 이하 등 참조.

151) 위 각주 28의 문헌 참조.

다. 노동조합이 단순히 사용자와의 관계에서 협상의 대등한 상대방으로 성장하여, 사용자에 대한 이익집단으로서의 지위를 갖게 되었을 뿐 아니라 노동조합은 국가 경제사회질서의 한 축을 형성하게 되었다는 것이다.¹⁵²⁾ 이는 필연적으로 이와 같은 조직력과 영향력을 가지고 있지 못한 집단이 사회정책적 의사결정과정에서 소홀히 되는 계기가 될 것이다.

셋째, 국가에 따라서 차이가 있지만 사회보험을 중심으로 사회보장법이 운영되는 경우 사회보험의 관리운영에 있어서 가입자 스스로가 일정한 범위에서 참여하는 것이 일반적이다. 가장 강한 참여의 형태는 사회보험의 관리운영의 주체가 공법상의 사단으로 형성되어 있고, 여기에 가입자가(일반적으로는 사용자와 함께) 의사결정에 참여권을 가지고 있는 형태이다. 독일이 여기에 해당하는 대표적인 예이다.¹⁵³⁾ 이 경우 공법상의 법인은 국가의 전체적인 조직 및 재정질서에 어느 정도 독립된 지위에 있으며, 그만큼 일반적인 민주주의의

152) 이와 같은 노동조합의 정치구도속으로의 편입은 우리나라에서도 1990년대 이후 노동조합의 전략으로 자리잡게 되었다. 이 점에 대해서는 예컨대 예컨대 최영기/전광석/이철수/유범상, 한국의 노동법개정과 노사관계(한국노동연구원, 2000), 239면 이하 등 참조. 노동조합의 정치적 편입과 사용자 및 국가와의 대타협을 통하여 사회보장의 및 노사관계의 안정화를 시도했던 좋은 예를 스웨덴에서 찾아볼 수 있다. 1938년 스웨덴 노동조합연맹(LO)과 경영자총연맹(SAF) 사이에 체결된 살츠요바덴협약(Saltsjöbaden Agreement)이 그것이다. 이에 대해서는 예컨대 송호근, “스웨덴의 사회정책”, 송호근, 시장과 복지정치(나남, 1997), 특히 148면 이하; 신광영, “스웨덴 사회복지제도의 형성과 특징”, 비교사회복지 제1집(1991), 135면 이하 등 참조. 이러한 시각에서 스웨덴에 비해서 영국은 사회정책의 사회구조적 기반이 형성되어 있지 않았으며, 이는 영국 사회정책이 안정성이 결여되어 있는 원인이라고 분석되고 있기도 하다. 이 점에 대해서는 예컨대 Roger Lawson, “Gegensätzliche Tendenzen in der sozialen Sicherheit; ein Vergleich zwischen Großbritannien und Schweden”, Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht, 1988. 23면 이하 등 참조.

153) 이 점에 대해서는 예컨대 Otto Esser, “Ordnungspolitische Aspekte der sozialen Selbstverwaltung aus Arbeitgebersicht”, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, 1979, 135면 이하; Reinhard Hendler, “Organisation und Selbstverwaltung der Sozialversicherung”, Bernd von Maydell/Franz Ruland(편), Sozialrechtshandbuch(Luchterhand, 1996), 207면 이하; Friedrich E. Schnapp, “Die Selbstverwaltung in der Sozialversicherung”, Festschrift für Georg Christoph von Unruhe, 1983. 881면 이하; Heinz Oskar Vetter, “Entwicklung der Selbstverwaltung aus der Sicht der Gewerkschaften”, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, 1979, 109면 이하 등 참조.

의사결정구조에서 독립된 위치를 가지고 있기도 하다.¹⁵⁴⁾ 심지어 사회보험조직 자체가 하나의 민주주의적 단위로써 기능하게 된다. 우리나라의 경우 사회보험 관리운영주체가 공법상의 사단 혹은 공법상의 재단으로 구성되어 있다.¹⁵⁵⁾ 개정전 의료보험법상의 의료보험조합은 공법상의 사단으로서의 성격을 가졌다.¹⁵⁶⁾ 그러나 그렇다고 해서 가입자가 민주주의적 의사결정의 주체가 되는 관리운영조직을 가지고 있었던 것은 아니다.¹⁵⁷⁾ 다른 한편 국민연금관리공단의 경우 공법상의 재단으로서의 성격을 갖는다.¹⁵⁸⁾ 따라서 가입자 개인에게 의사결정에의 참여권을 부여하는 것이 필연적으로 요청되는 것은 아니다. 행정조직법적으로 보면 사단의 경우 가입자가 구성원의 지위를 갖지만 재단의 경우 가입자는 이용자의 위치에 있을 뿐이기 때문이다. 그만큼 적어도 상대적으로 보면 사단의 경우에 비해서 가입자의 참여권은 제한되어 있는 셈이다.¹⁵⁹⁾ 그러나 다른 한편 사회보

154) 이 점에 대해서는 예컨대 Josef Isensee, “Finanzverfassung und Sozialrecht”, Sozialfinanzverfassung. Schriftreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes. Bd.35. 1992. 7면 이하; Ferdinand Kirchhof, “Funktionale Einheit bei gegliederter Finanzierung”, Sozialversicherung - Organisatorische Gliederung und funktionale Einheit der Sozialverwaltung, Schriftreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes Bd.XXXI, 1988, 특히 66면 이하 등 참조.

155) 사회보험 관리운영 일반에 있어서 민주주의적 자치운영의 가능성에 대해서는 예컨대 전광석, “사회보장법에서 자치행정의 문제”, 김철수교수 정년기념논문집 1998, 1142면 이하 등 참조.

156) 현재 2000. 6. 29. 99헌마289(국민건강보험법 제33조 제2항 등 위헌확인), 판례집 12-1집(2000), 945면 참조.

157) 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 의료보험법이 중요한 사항을 직접 규율하지 않고, 시행령에 유보한 것에 대해서 의료보험법상의 중요 사항이 의료보험심의위원회의 심사를 거친다는 이유로 허용되는 것으로 이해하고 있다. 현재 1997. 12. 24. 95헌마390(의료보험법 제31조 제2항 위헌확인), 판례집 9-2, 817면 이하(830면); 2000. 1. 27. 99헌마23(의료보험법 제29조 제3항 위헌소원), 판례집 12-1집(2000), 62면 이하(73면 이하) 등 참조. 그러나 의료보험심의위원회의 심사가 법률에 의한 규율을 대체하기 위해서는 심사위원회 자체가 민주적인 정당성을 가지고 있어야 한다. 이 점에서 민주적인 정당성을 갖추고 있는 지방의회에서 제정되는 조례에 위임을 하는 경우 법률에 대해서 요구되는 위임의 구체성의 정도가 완화된다는 대법원 판례와는 사안을 달리하는 것이다. 대법원 1991. 8. 27. 선고 90누6613 판결 참조. 이 점에 대해서 자세히는 예컨대 전광석, “법률유보의 문제와 위임입법의 한계”, 전광석, 헌법판례연구(법문사, 2000), 353면 이하 등 참조.

158) 국민연금법 제44조 참조.

159) 이 점은 예컨대 대학의 법적 성격과 이에 상응하는 대학구성원의 대학운영에의 참여의 기회에 있어서도 중요한 판단기준이 된다. 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, 위 각주 138의

험은 가입자 및 사용자가 각출하는 보험료를 재원으로 운영된다. 그런데 이러한 재정법적 특성 때문에 가입자 및 사용자가 운영에 참여하고 있으며, 이러한 참여의 요청은 점점 강해지고 있다.¹⁶⁰⁾

위와 같이 민주주의 국가형태에서 나타나는 사회정책적 불균형은 정치적 정당성을 부여하고 박탈하는 가장 중요한 제도수단인 선거와 함께 상승작용을 하는 것이 일반적이다. 선거를 전후해서, 특히 선거 직전 국민 다수를 대상으로 하는 사회정책적 조치가 남발되는 것이 대표적인 예이다. 그만큼 민주주의에서 사회정책이 현실정치에 종속되어 있으며, 탈정치화하여 독자적인 가치에 기초하여 형성되는 것이 어렵다는 것을 보여준다. 또 이와 같은 사회정책의 민주주의적 관련성은 선거제도 및 정부형태와도 밀접한 관련성이 있다. 적어도 우리나라와 같이 대통령중심제 정부형태를 가지고 있는 경우 의원내각제 정부형태에 비해서는 편향적인 사회정책의 가능성이 클 것이다. 의원내각제의 경우 주요 의사결정이 의회를 중심으로 이루어지고, 그만큼 의회에 대표되어 있는 정당, 특히 소수정당의 의사결정에의 투입가능성이 열려있을 것이기 때문이다. 이는 선거제도에 있어서도 마찬가지이다. 비례선거의 성격이 강할수록 다양한 사회정책적 이슈가 타협과 절충의 과정을 거칠 것이며, 다수대표의 성격이 강할수록 다수를 위한 사회정책이 선택될 가능성이 많을 것이다.¹⁶¹⁾

위와 같은 이유에서 민주주의 국가형태에서는 정도의 차이는 있

논문 참조.

160) 사회보험 보험료의 재정법적 특성 및 조직법적 관련성에 대해서는 예컨대 전광석, “국민연금 기금의 운용과 통제-공공자금관리기본법 제5조 제1항 등에 대한 위헌제청사건을 중심으로”, 전광석, 헌법판례연구(법문사, 2000), 367면 이하; 전광석, “사회보장제정에 대한 재정헌법적 분석”, 강원법학 제11권(1999), 213면 이하 등 참조. 최근 가입자의 사회보험운영에의 참여강화를 위한 요구 및 입법적 조치에 대해서는 예컨대 최영기/전광석/이철수/유범상, 한국의 노동법개정과 노사관계(한국노동연구원, 2000), 443면 이하, 453면 이하 등 참조.

161) 선거제도와 정부운영의 유형에 대해서는 예컨대 양건, “정부형태론”, 양건, 헌법연구(법문사, 1995), 특히 470면 이하 등 참조.

지만 복지국가의 편향성이 보편적으로 나타난다.¹⁶²⁾ 그런데 이는 민주주의적 절차가 존중된 것이기는 하지만 헌법의 다른 가치와 충돌을 일으키게 된다. 헌법은 사회적 기본권 등 복지국가실현을 위한 국가의 과제를 선언하고 있기 때문이다. 그런데 문제는 현실정치적 의사결정과 헌법의 이념이 충돌할 경우 이를 조정하기 위한 제도적인 장치를 민주주의 국가형태 자체에는 결여되어 있다는 것이다. 그렇다고 복지국가원리가 이러한 기제를 가지고 있는 것도 아니다. 이미 여러 차례 언급했듯이 복지국가원리 그것이 추구하는 이념 외에 제도 및 조직에 대한 언명을 결여하고 있기 때문이다. 역사적으로 이를 극복하기 위한 노력이 없었던 것은 아니다. 그러나 이들 노력은 민주주의 자체의 이념과 모순관계에 있으며, 또 현실적으로 성공적이지도 못했다.

위와 같은 민주주의의 한계는 대상계층의 편향성만을 결과하는 것이 아니다. 국민의 민주주의적 정당성에 호소하는 정부의 정책은 국민에게 가장 가시적으로 사회정책적 효과가 나타나도록 사회정책을 형성하는 경향이 있을 수밖에 없다. 그리고 이는 바로 사회정책이 현금급여 중심으로 발달하는 원인이 되기도 한다. 현금급여는 법적 접근이 가장 용이한 급여형태이며, 따라서 여기에서는 법적 개선이 동반된다. 그리고 이는 유권자에게 가시적인 이익증진의 효과가 있기 때문이다. 이로써 서비스급여를 필요로 하는 계층은 그만큼 정치적 관심의 영역에서 멀어지는 가능성이 있다는 것이다. 그런데 사실은 이들이 특히 사회적 보호의 필요성이 크다고 할 수 있다. 그런데 이들에 대한 보호는 주로 행정집행에 의존되어 있기 때문에 가시적이지 못하고 그만큼 정책형성이 민주주의적 정당성에 기여하는 효과가 적다.

162) 위 각주 150 참조.

마지막으로 민주주의적 정당성은 주기적으로 평가의 대상이 되
는 점도 복지국가가 불균형하게 발전하는 원인이 된다.¹⁶³⁾ 현재의
국가권력의 담당자가 국민 다수의 지지를 얻기 위해서 현재 유권자
의 이익에 기여하여야 한다. 이와 같은 현실정치에 충실한 정치권력
은 장래 세대의 부담으로 현재 세대의 복지를 피하는 정책을 선택
할 것이고, 이는 필연적으로 장기적인 체제형성이 소홀히 하는 계기
가 된다. 그리고 이는 사회보장에 있어서는 세대간 부담, 즉 보다
구체적으로 사회보험 재정부담의 형평이 상실되는 결과가 될 것이
다. 특히 사회보험의 재정이 부과방식으로 운영되는 경우 이러한 세
대간 불균형은 극명하게 나타난다.¹⁶⁴⁾ 이 점이 고용보험을 통해서
고용기회의 형평한 세대간 부담을 저해하는 원인이 될 수도 있
다.¹⁶⁵⁾ 그런데 이러한 세대간 형평의 문제가 헌법이론적으로 접근의
대상이 되지 않는 것이다. 그만큼 이 문제에 대한 헌법적인 통제는 결
여되어 있다는 것이다.¹⁶⁶⁾

163) 시간적인 요소에 대한 일반 헌법적인 문제에 대해서는 예컨대 Peter Häberle, "Zeit und Verfassung", Peter Häberle, Verfassung als öffentlicher Prozeß(Duncker & Humblot, 1978), 59면 이하 등 참조.

164) 위 각주 104 참조.

165) 이 점에 대해서는 특히 위 각주 51 참조.

166) 이와 유사한 문제의식은 국가부채의 범위에 대해서 제기된다. 예컨대 독일 헌법 제115조 제2항 제2문에서는 국가부채가 원칙적으로 예산상의 투자예정액을 초과할 수 없도록 하고 있다. 이는 국가부채가 기본적으로 미래 세대의 부담이며, 이에 비해 투자는 미래를 위한 현재의 희생이라는 이해하에 양자의 균형을 형성하려는 의도이다. 그러나 독일 헌법은 전체국민경제적 고려에서 이에 대한 예외를 허용하고 있다. 그런데 이러한 예외 규정에 대해서 체계일탈의 비난이라는 비난을 가하는 견해가 있다. 그러나 이러한 예외 규정이 과연 헌법적인 평가의 대상이 될 수 있는지 의문이다. 우선 현재의 이익을 위한 미래의 부담인 "국가부채", 그리고 거꾸로 미래 세대의 부담 하에 미래 세대의 이익인 "투자"라는 구별이 그렇게 확실히 유효화될 수 있는지 의문이다. 둘째, 민주주의의 정당적이 한시적이라는 점은 타당하다. 그러나 그렇다고 해서 민주주의적 의사결정의 대상 조차 한시적인 것은 아니다. 민주주의적 의사결정은 오히려 일반적으로 미래지향적이어야 하며, 그 결과 미래 세대의 부담이 될 수도 있다는 사실은 정치적 평가의 대상이 될지언정 헌법적인 평가될 수는 없다고 생각된다. 이러한 논의에 대해서는 예컨대 Karl Heinrich Friauf, "Staatskredit", Josef Isensee/Paul Kirchhoff(편), Handbuch des Staatsrechts Bd.IV(C.F.Müller, 1990), 348면 이하; Peter Häberle, "Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens", Archiv des öffentlichen Rechts. 1977, 27면 이하; Günter Püttner, Staatsverschulden als Rechtsproblem. Ein verfassungsrechtliches Plädoyer gegen die Kreditfinanzierung der öffentlichen Haushalte, 1980, 11면 이하 등 참조.

결국 위에서 살펴본 바와 같은 민주주의 국가형태에서 나타나는 모순은 민주주의가 기능하기 위해서 헌법이 보호하는 다른, 즉 비제도적인 방법에 의존할 수밖에 없다. 이는 바로 공익을 지향하는 사회적 단위를 자극하고, 또 이들의 의견을 적극적으로 정책에 반영하는 방법이다. 그리고 이러한 헌법에의 의지를 자극할 수 있기 위해서는 전제조건으로서, 정책 및 정책의 결과, 그리고 현재 및 장래의 발전에 대한 객관적인 상황이 충실히 조사되고, 평가되는 과정을 필요로 한다. 사회정책의 영역에서도 민주주의적 모순은 사회적 압력과 이에 의해서 형성되는 여론, 그리고 이러한 작업에 기초를 제공하는 학문적 노력에 의해서 비로소 가능해진다는 것이다.¹⁶⁷⁾ 이와 같은 이유에서 사회보장법을 민주주의원리에 기초하여 통제할 가능성은 거의 없다. 따라서 민주주의원리는 헌법의 원칙이기는 하지만 주로 형성규범으로서, 그리고 주로 정치적 요청으로서 사회보장법의 형성에 영향을 미치게 된다.

(4) 민주주의적 의사결정주체의 문제

민주주의 국가형태에서는 민주주의실현에 관련된 주요 사항, 특히 개인의 기본권의 실현에 관련된 사항에 대해서 국민의 대표기관인 국회의 결정을 요구한다. 법치국가적 법률유보의 원칙은 기본권의 제한을 내용으로 하는 입법에 있어서 행정부의 결정을 배제하는 소극적인 내용을 가졌다.¹⁶⁸⁾ 이에 비해서 민주주의적 의회유보이론에

167) 이 점에 대해서는 예컨대 Hans F. Zacher, "Sozialstaat und Gesundheitspolitik", Gerhard Igl/Gerhard Naegele(편), Perspektiven einer sozialstaatlichen Umverteilung im Gesundheitswesen(Oldenbourg, 1999), 143면 이하 등 참조. 이 점은 사실 사회정책에 한정된 문제는 아니며, 정도의 차이는 있지만 모든 정책영역에 타당한 명제이기도 하다. 이 점에 대해서는 예컨대 Michael Stolleis, Staatsrechtslehre und Politik(C.F. Muller, 1996) 등 참조.

168) 이에 대해서는 예컨대 김향기, 「「법률의 유보」이론의 전개와 과제」, 김영훈박사 화갑기념논문집 1995, 365면 이하; Siegfried Magiera, "Allgemeine Regelungsgewalt("Rechtssetzung") zwischen Parlament und Regierung", Der Staat, 1974 특히 6면 이하 등 참조.

서는 기본권의 실현 등 주요한 사항에 대해서 의회의 결정을 요구하는 적극적인 내용을 가지고 있다.¹⁶⁹⁾ 다만 이러한 요청을 실현함에 있어서는 다음과 같은 딜레마가 있다. 사회보장입법과 같이 전문적이고, 또 급부행정적이며, 또 장기적인 예측을 필요로 하는 영역에서 전면적으로 의회입법을 요구하는 것은 가능하지 않고, 또 바람직하지도 않을 것이기 때문이다.¹⁷⁰⁾ 첫째, 국회는 제도적으로 전문지식을 보유하고 있는 기관이 아니다. 전문가가 의회에 진출하는 것이 바람직하며, 또 현행 선거법에서 채택되고 있는 비례대표제 선거제도는 이러한 기능을 수행할 수 있어야 한다. 그러나 이에 대한 제도적 보장이 있는 존재하는 것은 아니다. 또 이에 대한 제도적 보장은 정치적 평등의 원칙과 조화될 수 없을 것이다. 둘째, 그럼에도 불구하고 의회입법을 요구할 경우 필연적으로 의회는 외부, 즉 행정부 혹은 이익집단의 영향을 강하게 받을 수밖에 없을 것이다. 위와 같은 두 가지 사유가 의회입법적인 결정에 부정적인 평가를 하는 이유에 해당한다. 그러나 다른 한편 그럼에도 불구하고 다음과 같은 이유에서 의회의 직접적인 결정이 요청된다. 국회는 급부행정의 영역에서도 중요한 결정을 직접 하여야 할 과제가 있다. 이는 개인의

169) 따라서 우리 헌법재판소가 초기 판결에서 규범형식을 채택하는 문제는 입법정책적 문제라고 하는 것은 문제를 지나치게 단순화한 것이다. 예컨대 헌재 1989. 9. 29, 89헌마13(감사의 공권력행사 및 형사소송법 개정 등에 관한 헌법소원), 판례집 1, 294면 이하(296면) 참조. 법률유보에 있어서의 이러한 민주주의원리에 기초한 접근은 독일의 연방헌법재판소가 학교법(Schulrecht)에서 교육과 관련된 중요한 사항은 입법적 결정을 필요로 한다는 결정을 한 이래 일반적으로 수용되어 왔다. BVerfGE 33, 303ff. 우리 헌법재판소 역시 아래에서 살펴 보듯이 기본적으로는 이러한 입장에서 규율의 형식과 관련된 헌법적 판단을 하고 있다. 헌재 1998. 5. 28. 96헌가1(의료보험법 제33조 제1항 위헌제정), 판례집 10-1, 509면 이하(516면) 참조. 이 결정에 대해서는 예컨대 진광석, “요양기관의 지정취소에 대한 헌법소원”, 진광석, 헌법판례연구(법문사, 2000), 357면 이하 참조. 이밖에 이 점에 대해서 자세히는 예컨대 Emil Baader, “Parlamentsvorbehalt, Wesentlichkeitsgrundsatz, Delegationsbefugnis”, Juristen Zeitung, 1992, 399면 이하; Peter Badura, Die parteienstaatliche Demokratie und die Gesetzgebung(Walter de Gruyter, 1986), 11면 이하; Fritz Ossenbühl, “Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes”, Josef Isensee/ Paul Kirchhof(편), Handbuch des Staatsrechts Bd.III(C.F.Müller, 1988), 335면 이하 등 참조

170) 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14(국가유공자예우 등에 관한 법률 제9조 본문 위헌제정), 판례집 7-2, 1면 이하(21면) 등 참조.

기본권 실현에 결정적인 영향을 미칠 것이기 때문이다.

둘째, 국회는 입법권의 주체일 뿐 아니라 예산에 대한 최종적인 결정권자이기도 하다(헌법 제54조 이하). 그런데 사회보장입법은 바로 예산조치를 필요로 하기 때문에 예산의 배분권자인 의회의 권한에 종속되어야 하기 때문이다.

위와 같은 문제의식을 우리 헌법 역시 하고 있다. 우리 헌법 제40조는 입법권을 국회에 부여하고 있고, 동시에 제75조 및 제95조는 행정입법권의 근거를 제공하고 있다. 그렇다면 사회보장영역에서 국회제정법과 행정입법의 기능분담을 어떻게 이루어지는가? 물론 헌법 제37조 제2항은 개인의 기본권을 제한하는 경우 제한의 형식으로서 법률의 근거가 필요하다는 요청하고 있다. 그러나 사회보장사항에 대한 규율이 기본권제한의 형식논리만으로는 파악될 수 없다. 그렇기 때문에 역시 규범간의 기능분담에 대한 논의는 우리 헌법 제40조의 입법권의 의미를 규명하는 방법을 통해서 이루어져야 할 것이다. 국가권력이 개인의 자유를 제한하는 경우에 법률의 근거가 필요하다는 것이 근대적 의미의 헌법을 기초로 생성된 전통적인 법률유보이론이었다. 그러나 오늘날 법률의 기능이 여기에 한정된다고 할 수는 없다. 헌법은 개인의 기본권을 보장하는 목적을 중심으로 이해되어야 하기 때문에 기본권의 실현에 관련된 본질적인 사항이라면 모두 법률의 근거가 필요하다고 보아야 하기 때문이다. 그리고 이는 법치국가의 요청일 뿐 아니라 민주주의의 요청이기도 하다. 국회에서의 입법절차는 행정입법에 비해서 공론화의 가능성을 제고하고, 이로써 민주주의가 기능하기 위한 필수적인 요청, 즉 의사과정의 투명성이 담보되는 효과가 있기 때문이다.

위와 같은 본질성이론은 사회보장입법에 더욱 요청되는 헌법적인 명제이다. 다음과 같은 두 가지 이유에서이다.

첫째, 사회보장급여에 관한 사항이 법률에 규정되면서 특히 그것이 강행규정의 형식을 띠 때 현대 사회보장의 중요한 특성의 하나인 급여에 대한 개인의 법적 청구권으로서의 성격이 인정될 수 있기 때문이다.¹⁷¹⁾

둘째, 사회보장급여는 개인에게는 생존적 중요성을 갖는다. 따라서 사회보장법관계는 법률의 형식으로 규율되었을 때 비로소 언제 사회보장의 급여청구권이 성립되는가, 그리고 어떠한 종류와 내용의 급여가, 어떠한 형태로 지급되는가에 대한 예측을 가능케 하고, 또 이를 기초로 개인이 자신의 생활을 설계할 수 있다는 것이다. 이는 법치국가의 중요한 내용중의 하나인 법적 안정성에 기여하기도 한다.

위와 같은 헌법적 요청을 우리 사회보장법은 대단히 불충분하게 반영하고 있다. 개인의 사회보장을 받을 권리와 관련된 중요한 사항, 즉 각 제도에 의한 보호의 인적 대상, 각 제도가 보호하는 위험의 내용, 급여의 종류와 내용, 형태, 그리고 재정 및 조직의 중요한(본질적인) 사항이 법률의 형태가 아니고, 시행령의 형태로 규율되고 있기 때문이다. 물론 사회보장의 모든 세부적인 사항을 법률의 형태로 규율할 수는 없을 것이다. 집행을 위한 세부적인 사항은 행정적 결정에 의존할 수밖에 없는 입법기술적 한계가 있다는 것이다. 또 개인에게 발생하는 구체적인 수요를 현실적으로 충족시키는 것을 과제로 하고 있는 공공부조법과 복지관계법의 경우 구체적인 상황에 따라서 그때 그때 합목적적으로 행정적인 차원에서 결정을 행할 필요성이 인정될 수밖에 없기도 하다. 또 급여의 종류가 서비스급여인 경우 금전적 급여와는 달리 법제화의 가능성이 본질적으로 제한되는 점을 부인할 수는 없다.¹⁷²⁾ 그러나 이와 같은 법제화를 어렵게 하는

171) 위 각주 23 참조.

172) 이에 대해서는 예컨대 Peter Krause, "Rechtsprobleme einer Konkretisierung von Dienst- und Sachleistungen", Festschrift für Georg Wannagat. 1981. 239면 이하; Hans F. Zacher,

사정이 없는 한 단순히 사회보장법이 급부법의 영역에 속한다는 이유로 의회입법의 원칙에 대한 예외를 인정할 수는 없는 것이다.¹⁷³⁾ 국민기초생활보장법의 경우 역시 위임이 폭이 너무 넓다. 보호대상자가 대부분 행정적 기준에 따라 결정될 뿐 아니라 급여수준 역시 행정적 결정을 지도할 만한 기준을 입법적으로 제시하고 있지 못하다. 공공부조법에서도 구체적인 급여에 대한 결정은 행정적 결정에 위임하더라도 급여를 산정하는 최소한의 기준과 절차 정도는 법률의 형식으로 규율하는 것은 가능하지 않을까 생각된다.¹⁷⁴⁾ 생계급여의 수준을 결정하는데 결정적인 중요성을 갖는 최저생계비 심의위원회를 설치하고, 여기에 각계의 의견이 반영될 수 있는 제도적 장치를 만든다면 이는 민주주의원리를 사회보장영역에서 실현하는 중요한 걸음이 될 것이다. 반면 법제화(legalisation)의 요청은 금전적 형태로 이루어지는 자기기여, 즉 보험료와, 그리고 이에 대한 반대 급여로서 역시 금전적 형태로 급여가 제공되는 사회보험의 영역에서는 충실하게 법률의 형식으로 규율하는데 큰 어려움이 존재하지 않는다.¹⁷⁵⁾ 그런데 우리의 경우 사회보험법에서도 중요한 결정, 즉 보호되는 인적 범위, 급여의 종류와 내용, 재정 및 조직에 관한 사항이 시행령의 형태로 규율되고 있다. 이는 개인의 기본권 실현과 관련된 본질적인 사항은 법률의 형식으로 규율되어야 한다는 민주주의 원리에 반하는 것으로 우리 사회보장법의 규율형식에 대한 근본적인

“Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts”, Friedrich Kübler(편), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität(Suhrkamp, 1985), 35면 이하 등 참조.

173) 이 점에서 분만급여의 자녀수 혹은 산재보험법의 인적 적용범위를 시행령에 위임하는 것은 타당성이 없어 보인다. 예컨대 현재 1996. 8. 29. 95헌바36(구 산업재해보상보험법 제4조 단서 위헌소원), 판례집 8-2, 90면 이하. 이 점에 대해서는 전광석, 위 각주 130의 논문 참조.

174) 이에 대해서는 예컨대 전광석, “생활보호법의 개선방향”, 한국사회정책 제3집(1996), 130면 이하 참조.

175) 사회보험 중에서도 의료보험의 경우에는 서비스급여가 주로 이루어지기 때문에 법제화의 어려움이 있을 것이다.

문제점으로서 지적되고 개선되어야 할 것이다.

(5) 민주주의적 분권화와 사회보장행정

민주주의 국가형태는 결정 및 집행권한의 분산을 통하여 소극적으로는 권력의 집중으로 인한 국가권력의 남용 및 개인의 권리에 대한 침해를 방지하고, 적극적으로는 개인으로 하여금 의사결정과정에의 참여를 충실히 보장하여야 한다. 이는 사회보장행정에 대해서도 타당함은 물론이다. 이와 관련하여 민주주의적 의사결정이 어느 정도 사회보험공동체 자체에 위임될 수 있는가 하는 문제가 논의될 수 있다. 이는 행정조직법 및 재정법적인 접근이 요구되는 문제이다.¹⁷⁶⁾ 우선 조직법적으로 사단의 형태 혹은 재단의 형태를 선택하는가에 따라서 보험공동체에서 가입자가 관리운영에 참여하는 가능성에 있어서 차이가 있을 수 있다. 다음 재정법적으로 보면 사회보험이 가입자가 각출하는 보험료를 재원으로 운영되기 때문에 가입자의 참여의 기회가 보장되어야 한다는 요청이 정당성을 가질 수 있다. 그러나 우선은 조직법적인 선택의 문제에 있어서 헌법은 아무런 직접적인 지침을 제시하지 않고 있으며, 따라서 이 문제에 대한 결정은 입법자에게 위임되어 있다. 입법적 형성의 가능성이 넓게 열려 있다는 것이다. 따라서 현행 제도에 대한 존속이 헌법적으로 보장되는 것은 아니다.¹⁷⁷⁾ 또 재정법적인 체계일관성, 즉 보험료를 재원으로 하는 경우 가입자의 참여의 기회가 보장되어야 한다는 것은 행정재정법적인 요청일 수도 있어 헌법적인 청구권을 근거지을 수 있는 것은 아니다. 그렇기 때문에 입법자가 조직형태 및 가입자의 참여의 보장과 같은 문제를 형성함에 있어서 정책적인 체계일관성을

176) 위 각주 160 참조.

177) BVerfGE 39, 302(315); 53, 313(326) 등 참조.

존중할 의무가 있기는 하지만, 개인이 헌법을 근거로 특정한 조직형태를 요구하거나 혹은 해당 조직의 의사결정절차에 참여할 것을 요구하는 내용의 청구권이 도출된다고 볼 수는 없다.

우리 헌법은 사회보장행정에 대해서 직접적인 관련성을 갖는 규정을 두고 있지는 않다. 다만 지방자치에 대한 제도보장은 사회보장행정과 관련하여 간접적이기는 하지만 중요성을 갖는다. 이는 사회보장행정에 있어서는 중앙정부와 지방정부간의 기능분담에 관한 문제로 구체화될 수 있다. 우리 헌법은 지방정부에 자치권을 보장하고 있고, 이때 자치권의 내용으로 주민의 복리에 관한 사무를 들고 있다(헌법 제117조 제1항). 따라서 가능한 범위내에서 사회보장행정은 지방분권화되어야 한다는 헌법적 요청이 근거지워질 수 있다. 그러나 다른 한편 이러한 요청은 한계가 있으며, 분야별로 세분화하여 관찰할 필요가 있다. 사회보장행정은 대량행정이며, 또 형평에 기초한 집행이 필요한 영역이다. 그렇기 때문에 분권적 집행에는 한계가 있다.¹⁷⁸⁾ 아마도 금전적 급여를 집행하는 영역 보다는 현물 혹은 서비스 급여를 통해서 이루어지는 사회보장행정이 분권적 행정이 요청되고, 또 가능한 주요 대상이 될 것이다. 분야별로는 사회보험 보다는 공공부조 및 각종 복지관계법상의 서비스 급여가 지방자치의 전개와 더불어 분권화되어야 할 영역이다.¹⁷⁹⁾ 또 이러한 급여는 보호대상자와 밀접한 관계를 유지하면서 근거리행정이 이루어질 때 효율적인 집행이 될 수 있기 때문에 정당성을 갖기도 한다.

178) 우리 법원은 조례를 통해서 생활보호대상자에게 추가적인 보호를 행하는 것은 합법이라는 판결을 한 바 있다. 대판 1997. 4. 25. 96주244. 지방자치와 사회보장의 과제에 대해서는 예컨대 김홍식, “지방자치와 사회복지체계”, 사회보장연구 제10권 제2호(1994), 237면 이하; 윤찬영, “지방자치단체의 사회복지조례에 관한 연구”, 호남사회연구 제3집(1996); Rainer Pitschas, “Kommunale Sozialpolitik”, Bernd von Maydell/Franz Ruland(편), Sozialrechtshandbuch (Luchterhand, 1996), 257면 이하 등 참조.

179) 이에 대해서는 사회보장법기본법이 제25조 제1,2항에서 다루고 있다. 이에 대해서 자세한 전광석, 위 각주 65의 책, 185면 이하 등 참조.

다. 법치국가원리

(1) 법치국가원리의 이념과 제도, 그리고 사회보장법적 관련성

법치국가원리를 우리 헌법이 직접 규정하고 있는 것은 아니다. 그러나 우리 헌법의 이념 및 원리, 그리고 여러 규정을 통하여 우리 헌법이 법치국가원리를 헌법의 기본원리로 전제하고 있음을 알 수 있다.¹⁸⁰⁾ 법치국가원리는 국가와 사회의 구별을 통하여, 개인의 자기결정영역을 국가권력의 간섭으로부터 배제하려는 이념을 출발점으로 하고 있다.¹⁸¹⁾ 따라서 법치국가원리의 가장 중요한 실질적인 내용은 개인의 기본권 보장이다. 그리고 여기에는 당연히 개인의 기본권이 국가권력의 행사에 의하여 침해된 경우 이에 대한 충실한 구제의 요청이 따른다. 침해된 권리 자체를 회복시키거나 혹은 이것이 불가능한 경우 적어도 침해된 권리의 가치가 보상되어야 한다.¹⁸²⁾ 이와 같은 법치국가원리의 실질적인 내용을 보장하기 위하여 여러 가지 세부적인 원리가 형성되어 왔고, 또 헌법에 실정화되었다.

먼저 법치국가원리는 공권력이 개인의 자기결정영역에 개입하는 경우 법적 근거를 요구한다(법률유보의 원칙). 행정은 법률의 내용

180) 우리 헌법재판소 역시 일관해서 법치국가원리를 헌법의 기본원리로서 인정하고 있다. 이에 대해서는 헌재 1992. 4. 28. 90헌바24(특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조의 3 제2항 제1호에 대한 헌법소원), 판례집 4, 225면 이하(230면); 1995. 7. 21. 94헌마125(영화법 제26조 등 위헌확인), 판례집 7-2, 155면 이하(165면); 1995. 11. 30. 91헌바1등(병합)(소득세법 제60조 등에 대한 헌법소원), 판례집 7-2, 562면 이하(590면); 1995. 11. 30. 94헌바40등(병합)(소득세법 제23조 제2항, 제23조 제4항 제1호 단서 등 위헌소원), 판례집 7-2, 616면 이하(634면); 1996. 2. 16. 96헌가2등(병합)(5.18 민주화운동 등에 관한 특별법 제2조 위헌제정 등), 판례집 8-1, 51면 이하(84면) 등 참조.

181) 이에 대해서 자세히는 위 각주 26의 문헌들 참조.

182) 다만 이와 같은 사후구제제도는 최후의 수단(ultima ratio)으로 강구되어야 하며, 사전구제수단이 존재한다면 개인은 이를 먼저 행사하여야 한다. 독일에서는 특히 재산권구제와 관련하여 이른바 수용유사적 침해(enteignungsgleiche Eingriffe)에 따른 보상청구와 취소소송의 가능성이 병립하는 경우 후자의 가능성을 먼저 사용하여야 한다는 점이 연방헌법재판소의 이른바 자갈채취결정(Naßbauskiesungs-Urteil)을 통해서 확인된바 있다. BVerfGE 58, 300(324). 다만 보상청구권을 인정하더라도 헌법으로부터 직접적인 청구권이 발생하는가, 아니면 이에 대해서 위헌확인만이 가능할 뿐인가에 대해서는 논란의 여지가 있다. 이에 대한 논의에 대해서는 예컨대 김문현, “보상규정없는 법률에 기한 수용적 재산권 제한에 대한 권리구제방법”, 고시연구, 2000. 8. 15면 이하 등 참조.

에 반할 수 없으며, 이 경우 법은 헌법합치적이어야 한다(법률우위의 원칙, 법률의 헌법합치성). 둘째, 개인은 법률의 내용에 기초하여 개인의 행태를 조정하고, 또 행위의 결과를 예측할 수 있어야 한다. 그리고 이와 같은 목적을 위하여 법률의 내용이 명확하게 형성되어야 한다(법률의 명확성의 요청).¹⁸³⁾ 개인은 장래 법적 효과를 예측할 수 있어야 하기 때문에 과거에 이미 개인이 법적 근거에 의하여 가지게 된 신뢰가 침해되어서는 안된다. 다만 이때 개인의 모든 기대가 헌법적인 보호의 대상은 아니다.¹⁸⁴⁾ 국가가 제시한 조건을 충족시켜서 그 결과 취득한 법적 지위가 지속되리라는 신뢰가 보호될 뿐이다. 소급입법이 이에 해당하는, 따라서 헌법적 정당성을 갖기 위해서는 특별한 심사를 필요로 하는 대표적인 예이다(신뢰보호의 원칙, 소급입법금지의 원칙). 공권력이 개인의 자기결정영역에 대한 간섭을 하는 것은 그 자체가 목적이 아니며, 일정한 공익을 달성하기 위한 수단이다. 따라서 이 경우 목적과 수단과의 관계에 있어서 다음과 같은 요청이 존중되어야 한다(비례의 원칙). 즉 첫째, 개인의 권리에 대한 제한이 공익을 달성하기 위한 적절한 수단으로 평가되어야 한다(적합성의 원칙). 둘째, 공권력에 의한 권리의 제한은 공익을 달성하기 위해서 채택될 수 있는 여러 수단 중 개인의 기본권을 제한하는 정도가 가장 낮아야 한다(최소침해의 원칙). 셋째, 침해되는 개인의 이익과 이를 통해서 도모되는 공익과의 사이에 적절한 비례관계가 유지되어야 한다(좁은 의미의 비례의 원칙).

법치국가원리는 이념의 실현을 위하여 다음과 같은 절차법적 및

183) 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113(국가보안법 제7조에 대한 위헌심판), 판례집 2, 49면 이하(55면 이하); 1992. 2. 25. 89헌가104(군사기밀보호법 제6조 등에 대한 위헌심판), 판례집 4, 64면 이하(76면 이하); 1994. 7. 29. 93헌가4.6(병합)(구 대통령선거법 제36조 제1항 위헌제청 등), 판례집 6-2, 15면 이하(32면 이하); 1995. 5. 25. 91헌바20(군형법 제47조에 대한 헌법소원), 판례집 7-1, 615면 이하(622면) 등 참조.

184) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등(병합)(도시계획법 제21조에 대한 위헌소원), 판례집 10-2, 927면 이하(948면) 참조.

조직법적 요청을 하고 있다. 첫째, 개인의 권리에 영향을 미치는 공권력의 행사에 있어서 적법절차가 존중되어야 한다. 특히 관련당사자는 자신의 권리가 침해되는 개별적인 결정과정에서 의견진술의 기회 등 적절한 형태로 참여할 수 있어야 한다.¹⁸⁵⁾ 둘째, 국가권력의 집중은 필연적으로 남용의 가능성을 내포하고 있다. 따라서 법치국가원리는 권력분립의 원칙을 필연적으로 요청한다.

법치국가원리의 이념과 관련하여 사회보장법에서 우선 다음과 같은 질문이 제기된다. 즉 법치국가원리는 국가와 사회의 구별을 전제로 한다. 그런데, 이러한 이념이 공적 영역과 사적 영역에서 사회보장의 기능분담에 지침으로 기능할 수 있는가 하는 문제이다. 둘째, 법치국가의 이념을 실현하기 위한 각종 방법상의 요청은 사회보장법에 대한 평가에 있어서 어떠한 특성을 갖는가, 그리고 이러한 특수성이 사회보장법에 대한 헌법적 평가에 있어서 어떠한 영향을 미치는가 하는 문제이다. 셋째, 법치국가원리는 기본권을 효율적으로 실현하기 위하여 절차적 정당성을 요청하고 있다. 그런데 이러한 요청에 따라 개인은 사회보장법적 정책결정 및 개인에게 관련이 있는 개별적인 결정에 있어서 어느 정도가 참여의 기회가 보장되어야 하며, 또 개인이 이에 대한 청구권을 갖는가 하는 문제이다. 넷째, 마지막으로 국가기관 내부에서의 의사결정과정에서 기관간의 균형 및 상호견제의 문제는 사회보장법의 영역에서 어느 정도 가능한가, 그리고 권력분립의 원칙은 사회보장법의 영역에서는 어떠한 특수성을 갖는가 하는 문제 등이다. 다섯째, 법치국가원리는 권리가 침해된

185) 헌재 1990. 11. 19. 90헌가48(번호사법 제15조에 대한 위헌심판), 판례집 2, 393면 이하 참조. 이러한 참여권에 대한 헌법적 요청에 대해서는 예컨대 전광석, “국민연금기금의 운용과 통제-공공자금관리기본법 제5조 제1항 등에 대한 위헌제청사건을 중심으로”, 전광석, 헌법 판례연구(법문사, 2000), 특히 114면 이하; Peter Lerche/Walter Schmitt Glaeser/Eberhard Schmidt-Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie (v. Decker, 1984) 등 참조.

개인에게 사법적 권리구제청구권을 보장하고, 또 이를 위하여 충실한 제도의 형성을 요구한다. 그런데 이러한 요청이 다른 법영역에 비해서 사회보장법의 특성을 반영하여 특별한 권리구제절차를 요구하는가, 그리고 그렇기 때문에 사회보장법의 특수성을 고려하여 특별한 권리구제절차가 형성되어 있을 때 이는 헌법적으로 정당화되는가 하는 문제이다.

(2) 국가와 사회의 구별과 사회보장방법론의 문제

이미 위에서 언급했듯이 오늘날 산업사회에서 개인의 자유는 한편으로는 국가의 불간섭을 요청할 뿐 아니라 다른 한편 국가는 개인의 자유를 실질적으로 행사하기 위한 전제조건을 보장하는 과제를 갖는다. 이러한 요청에서 국가의 사회보장의 과제는 정당성을 갖는다. 따라서 법치국가의 이념적 요청인 국가와 사회의 구별이 사회의 영역에 제1차적인 사회보장의 과제가 있으며, 국가는 보충적으로 사회보장의 과제를 갖는다는 요청을 하고 있다고 볼 수는 없다.¹⁸⁶⁾ 그러나 국가와 사회 영역의 원칙적인 구별과 교차관계로 특징지워지는 법치국가적 이념은 여전히 사회보장법의 영역에서 다음과 같은 내용의 지침으로 작용한다.

첫째, 사회보장법은 기존의 법률관계를 완전히 대체하는 기술을 사용하고 있지는 않다. 사회보험은 노사간의 합의에 의하여 운영되는 근로자에 대한 사회보장의 가능성과 병존하거나 혹은 이를 보충하는 기능을 수행한다. 공공부조는 기존의 가족법적 부양관계를 대체하는 것이 아니며 이것을 보충하는 기능을 수행한다.¹⁸⁷⁾ 이와 같

186) 이러한 내용의 보충성의 원칙이 헌법의 일반적인 원칙을 형성하고 있다고 볼 수도 없다. 이에 대해서는 예컨대 Georg W. Brück, "Solidarität und Subsidiarität in ihrer gegenseitigen Bedingtheit", Sozialer Fortschritt, 1984. 197면 이하; Josef Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht(Duncker & Humblot, 1968) 등 참조.

187) 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, "가족의 사회보장기능과 사회보장법의 가족보호기능", 사

은 사회보장법의 기능방식은 다음과 같은 두 가지 점에서 장점이 있다. 첫째, 국가가 사회보장의 과제를 갖는 것은 사실이지만 국가가 사회보장의 과제를 독점하는 것은 국가능력의 범위를 벗어난다. 예산상의 한계가 있을 뿐 아니라 국가가 개인의 사회보장을 필요로 하는 상황에 전면적, 구체적, 개별적으로 개입하는 것은 불가능하고, 또 비효율적이기 때문이다.¹⁸⁸⁾ 둘째, 보다 중요한 문제는 공법적 체계속에 개인이 편입되는 것에 비해서는 사법적인 법률관계속에서 개인의 자기결정권이 보다 존중될 수 있기 때문이다. 그리고 동시에 당사자간의 해결방안이 당사자들에게 수용될 가능성이 높을 것이다. 다만 이 경우 시장의 기능을 유지하기 위한 국가의 과제가 충실히 실현되어야 한다. 따라서 국가로서는 시장에서의 분배과정에 있어서 최대한 사적 합의의 가능성을 보장하고, 재분배정책을 통하여 시장에서의 분배기재만으로는 보호의 가능성이 약한 인적 대상 및 사회적 위험에 대해서 사회적 보호를 행하는 것이 보다 범치국가의 이념에 충실하다고 할 수 있다.¹⁸⁹⁾ 국가와 사회의 구별을 부인하는 경우 재분배정책의 필연성을 존재하지 않는다. 국가와 사회의 구별이 없다면 이미 분배과정에서 사회보장의 목적이 충분히 반영될 수 있으며 법률관계 당사자의 사적 자율성을 보장하기 위한 별도의 재분배과정은 필요하지 않을 것이기 때문이다. 사회주의 계획경제가 여기에 해당하는 예이다.¹⁹⁰⁾ 여기서는 사회보장법은 노동법의 한 부분

회보장연구 제12권 제1호(1996), 183면 이하 등 참조.

188) 위 각주 172 참조.

189) 재분배정책의 필연성에 대해서는 예컨대 전광석, “사회보장의 소득재분배구조에 대한 헌법적 분석”, 전광석, 사회보장법학(한림대 출판부, 1993), 53면 이하 등 참조. 이밖에 사회보장에서 이루어지는 소득재분배에 대해서는 예컨대 Josef Isensee, Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge(Duncker & Humblot, 1973); Hans F. Zacher, “Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung”, Die öffentliche Verwaltung, 1970. 3면 이하 등 참조.

190) 이에 대해서는 예컨대 Ulrich Lohmann, “Sozialistisches Sozialrecht?”, Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht. 1988. 269면 이하; Günter Manz/Gunnar Winkler(편), Sozialpolitik(Die Wirtschaft, 1988); Bruno Schönfelder,

영역을 이룰 것이며, 공적부조는 행정법과의 독자성을 상실할 것이다. 다시 한번 이른바 복지혼합주의가 정책적인 요청인 동시에 법치국가적인 헌법의 요청임을 할 수 있다.¹⁹¹⁾

둘째, 국가와 사회의 구별 및 사회보장의 과제실현에 있어서 국가와 사회의 기능분담은 법치국가의 이념적 목표인 자유의 충실한 보장을 위해서도 필요하다. 사회보장은 이념적으로는 개인에게 자유의 전제조건을 보장하는 기능을 수행한다. 그러나 사회보장급여를 통해서 보호되는 자유의 전제조건은 공법적인 기재를 통해서 가능해진다. 그리고 이때 이러한 전제조건을 보장받기 위해서는 개인이 공법적인 체제에 편입되고, 개인은 이 체제에서 요구되는 각종 의무에 충실하여야 한다. 결국 개인의 사회보장이 전적으로 공법적인 체제에 의존하는 경우 개인의 자유는 공법상의 의무에 종속되는 인위적인 자유의 성격을 띠게 된다.¹⁹²⁾ 더 이상 국가로부터 구별되는 사회의 자기결정권한이 존재하지 않을 위험이 있다는 것이다. 공법적인 기재를 통해서 비로소 가능해지는 인위적 자유의 영역이 전적으로 지배하는 것을 방지하기 위해서라도 공법적인 규율에서 자유로운 공간에서 개인의 자유로운 결정에 의해서 자신의 사회보장을 도모하는 가능성이 보호되어야 한다는 것이다.

위와 같은 공법적인 체제의 개입으로부터 자유로운 사회보장의 형성은 사회보장법과 세법의 관계형성에 있어서도 충분히 반영되어야 한다. 개인의 사회적 상황이 국가적인 보호를 필요로 한다면 이러한 상황을 극복하기 위해서 필요한 비용을 과세의 대상에서 제외

Sozialpolitik in den sozialistischen Ländern(Günter Olzog, 1987); Hans F. Zacher, "Sozialrecht in sozialistischen Ländern Osteuropas", Jahrbuch für Ostrecht. 1982. 331면 이하 등 참조.

191) 위 각주 2 및 60 참조.

192) 위 각주 110 이하 참조.

되어야 할 것이다. 이것이 세법상의 일반원칙인 능력에 따른 부담의 원칙과 조화될 수 있을 것이다.¹⁹³⁾ 일단 소득에 대해서 사회적 보호의 필요성과는 관계없이 과세를 하고, 사회적 보호의 필요성을 이유로 적극적인 급여를 하는 경우에도 결과적으로 같은 효과가 나타난다. 그런데 이 경우 불필요하게 개인이 이중적으로 공법적인 체제에 편입되고, 이중적으로 공법적인 의무에 종속되기 때문에 개인의 권리를 보호하기 위한 적합한 수단이라고 할 수 없다.¹⁹⁴⁾

셋째, 국가와 사회와의 구별은 법치국가의 존재목적인 개인의 기본권에 직접적인 영향을 미친다. 개인에게는 국가의 개입에도 불구하고 본인의 구체적이고, 개별적인 수요를 고려하여 자기 스스로 장래를 설계, 결정할 수 있는 여지가 남아있어야 한다. 이 경우 개인의 자기결정을 위해서는 시장에서의 다양한 선택을 할 수 있는 자유가 있어야 하며, 이러한 여지가 없는 경우 객관적으로는 국가에 대한 사회의 독자성이 상실되고, 주관적으로는 개인의 인격실현의 기회가 상실되는 것으로 평가된다. 이와 관련하여 국민연금법 및 의료보험법에 대해서는 다음과 같은 평가가 가능하다. 우선 국민연금의 경우 개인의 모든 소득을 보험료산정의 대상으로 하지 않고, 일정한 소득을 초과하는 경우 그 초과하는 부분은 보험료산정의 대상에서 제외하고 있다.¹⁹⁵⁾ 이는 개인의 자율적인 보호를 위한 기회를 부여한 것으로 평가될 수 있다. 어려운 문제는 의료보험에서 나타난다. 의료보험법에서는 국민연금과는 달리 가입자의 모든 소득을 보

193) 조세법의 원칙의 하나인 능력부담의 원칙에 대해서는 예컨대 김성수, “조세법의 일반원칙”, 김도창박사 고회기념논문집, 1993, 873면 이하; 현재 1990. 9. 3. 89헌가95(국세기본법 제35조 제1항 제3호의 위헌심판), 판례집 2, 245면 이하(255면) 등 참조.

194) 이 점에 대해서는 예컨대 Paul Kirchhof, 위 각주 52의 논문; Franz Ruland, “Die Besteuerung der Renten”, Festschrift für Otto Ernst Krasney, 1997, 411면 이하 등 참조.

195) 국민연금법 시행령 별표 1 참조.

혐료산정의 대상으로 하고 있다.¹⁹⁶⁾ 그러나 그렇다고 해서 이것이 개인의 자기결정의 기회를 박탈한 것이라고 평가할 수는 없다. 의료보험의 보험료율은 약 3%를 유지하고 있다. 따라서 모든 소득이 혐료산정의 기초로 되더라도 개인에게는 민간의료보험을 통하여 자기배려를 할 수 있는 가능성이 남아 있다고 볼 수 있으며, 또 민간기업의 입장에서 보면 현행 의료보험법이 의료보험분야에서 민간기업의 진입을 봉쇄하는 효과를 갖는다고 볼 수 없다. 또 사회보험은 공법상의 계약이다. 그리고 가입강제는 개인의 계약자유와 기본권을 제한하는 효과가 있다.¹⁹⁷⁾ 이 점을 감안하면 개인에게 자기설계에 의한 생활형성의 자유를 배제하는 것을 계약의 자유를 과도하게 침해하는 것으로 평가될 수도 있다. 위와 같은 상황은 개인의 수요를 충족시키기 위한 상품 및 서비스를 제공하는 사업자의 입장에서 보면 이들의 직업의 자유와 충돌할 것이며, 이것이 헌법적 정당성을 갖기 위해서는 특별한 정당화 사유가 존재하여야 한다.¹⁹⁸⁾

(3) 기본권제한에 있어서의 법치국가요청과 사회보장법

보다 구체적인 법치국가적 요청은 기본권을 제한하는 공권력의 행사에 있어서 헌법적 판단의 기준이 된다. 법적 명확성의 요청은 사회보장법이 개인의 장기적인 생활설계에 관한 중요한 기준이 되기 때문에 특히 존중되어야 한다.¹⁹⁹⁾

신뢰보호의 원칙은 사회보장법에서 다음과 같은 이유에서 특히

196) 의료보험법 제50조, 동법 시행령 별표 2 참조.

197) 계약의 자유의 기본권으로서의 성격에 대해서는 예컨대 헌재 1991. 6. 3. 89헌마204(화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률 제5조 제1항의 위헌여부에 관한 헌법소원), 판례집 3, 268면 이하(276면) 등 참조.

198) 아래에서 직업선택의 자유와 관련하여 설명하겠지만 직업알선 및 실업보험에 있어서 국가독점이 여기에 해당하는 대표적인 예이다. 아래 VI. 2. (6) 참조.

199) 위 각주 183 참조. 특히 범죄피해자구조법에서 나타나는 문제들에 대해서는 예컨대 전광석, 위 각주 18의 논문, 250면 등 참조.

중요성이 있다. 이미 위에서 언급했듯이 사회보장법, 특히 사회보험법 및 사회보상법은 장기적인 법률관계를 형성하고 있다.²⁰⁰⁾ 따라서 개인이 국가권력에 대해서 신뢰를 갖는 경우, 이는 경제적 결정을 행하고 있는 개인에게 장기적인 영향을 미치게 되기 때문이다. 다만 신뢰보호의 원칙이 개인이 갖는 모든 기대를 보호하는 것은 아니다.²⁰¹⁾ 따라서 법률의 개정 및 이로 인하여 개인에게 발생하는 모든 불이익을 보호하는 것은 아니다. 헌법에 의해서 보호되기 위해서는 개인이 공권력의 요청에 따라 일정한 처분행위를 하여야 하며, 또 신뢰 자체가 보호가치가 있어야 한다. 또 이 경우에도 공익과의 형량에 의해서 최종적으로 보호 여부가 결정된다. 특히 사회보장법의 영역에서 법률의 개정이 빈번하고, 또 법률의 개정 문제가 빈번하게 정책적인 논의가 대상이 되며, 이때 개정의 필요성이 논의되는 상황에서는 일반적인 신뢰가 보호될 가능성은 없다. 따라서 신뢰보호의 원칙은 주로 소급입법금지의 원칙의 형태로 헌법적 평가의 기준이 된다. 지금까지 우리 헌법재판소는 소급입법금지의 원칙을 진정소급입법과 부진정소급입법으로 유형화하고, 각 유형에 대해서 헌법적 평가를 달리한 바 있다. 즉 전자는 원칙적으로 헌법적으로 허용되지 않는 반면, 후자는 원칙적으로 허용된다는 것이다. 후자의 경우 구 법질서에 의해서 취득한 개인의 이익 보다 공익을 지향하는 입법자 형성권이 보다 존중되어야 한다는 논거이다.²⁰²⁾ 그러나 실제 사회보장법에서 진정소급입법으로 평가될 수 있는 입법이 이루어지는 경우는 거의 없다. 또 사회보장법에서 이루어지는 부진정소급입법의 경우 일반적으로는 위와 같은 논리에 의하여 합헌성이 인정될 것이다.

200) 위 각주 170 참조.

201) 위 각주 184 참조.

202) 예컨대 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1(사법서사법 시행규칙에 관한 헌법소원), 판례집 1, 9면 이하(17면 이하) 등 참조.

부진정소급입법을 통하여 개인의 신뢰가 침해되는 것은 사실이다. 다만 사회보장법에서 입법자는 공익을 지향하여 사회보장법의 기능을 유지될 수 있도록 노력할 의무가 있다. 이때 입법자는 사회정책적 변화를 고려하고, 사회보장법의 상태를 여기에 적응시키는 과제가 있으며, 이는 필연적으로 개별적인 경우 개인에게 불이익한 법률 개정이 있을 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 개인이 기존에 가졌던 법적 상태가 계속해서 유지되리라는 기대를 할 수는 없을 것이기 때문이다.²⁰³⁾ 보다 엄격한 평가를 위해서는 재산권이라는 보다 구체적인 기본권이 필요하며, 사회보장청구권에 대한 재산권적 논의의 의미도 여기에 있다.²⁰⁴⁾ 그러나 다른 한편 재산권 역시 입법적 형성의 여지가 넓기 때문에 헌법적 평가의 결과에 있어서는 크게 다르다고 할 수는 없다. 특히 헌법재판소는 재산권 제한의 허용정도를 판단하는 기준으로 사회적 관련성과 사회적 기능을 들고 있다. 즉 해당 권리의 사회적 관련성과 기능이 크면 클수록 입법적 제한의 허용 정도가 크다는 것이다.²⁰⁵⁾ 그런데 이러한 논리를 사회보장법에 적용할 경우 사회보장법에 의한 개인의 권리는 물론 개인의 생활보장에 기여하는 기능을 수행하지만, 사회보장법은 전체 국민에게 사회적 위험으로부터 자유로운 생활을 보장하는 기능을 수행하며, 이 점에서 사회적 관련성과 기능이 크기 때문이다. 다만 그렇다고 해서 신뢰보호의 원칙을 기준으로 한 헌법적 평가가 의미가 없는 것은

203) BVerfGE 51, 356(363) 참조.

204) 위 각주 91의 문헌들 및 Hans-Jürgen Papier, "Verfassungsschutz sozialrechtlicher Rentenansprüche, -anwartschaften und -berechtigungen", Vierteljahresschrift für Sozialrecht, 1973/ 74. 49면 이하; Peter Krause, Eigentum an subjektiven öffentlichen Rechten(Duncker & Humblot, 1982), 51면 이하; Rolf Stober, "Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz sozialer Rechtspositionen", Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz sozialer Rechtspositionen, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Bd.XXIII, 1982, 104면 이하 등 참조.

205) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등(병합)(도시계획법 제21조에 대한 위헌소원), 판례집 10-2, 927면 이하(945면) 참조.

물론 아니다. 진정소급효의 경우 엄격한 심사가 이루어져야 한다. 또 부진정소급입법의 경우에도 개별적으로 정당성을 가질 수 없는 경우가 있다. 형식적으로는 부진정소급입법의 형태를 띠고 있지만 구체적인 경우에 신뢰침해의 정도가 지극히 크며, 동시에 이러한 불이익과 도모되는 공익과의 형량 결과 후자가 우월하다고 할 수 없는 경우에는 진정소급입법과 마찬가지로 평가되어야 한다는 것이다.²⁰⁶⁾

기본권제한이라는 수단과 공익목적과의 비례관계를 요구하는 비례의 원칙 역시 사회보장법에서 존중되어야 하는 물론이다. 다만 사회정책적 목적을 달성하기 위해서 여러 정책적 수단이 존재하는 경우 헌법이 이 중에서 가장 효율적이고 합목적적인 수단을 선택하도록 요청하는 것은 아니다. 이는 정책적 선택 및 정치적 결정의 과제이며, 따라서 법치국가적 비례의 원칙에 의해서 헌법적 비난을 가하는 가능성은 그만큼 제한되어 있다. 특히 비례의 원칙을 심사하는 기준인 적합성 및 좁은 의미의 비례의 원칙이 존중되었는가의 여부를 판단하는 경우 사회보장급여가 사회적 관련성과 사회적 기능을 강하게 띠고 있기 때문에 더욱 입법적 형성의 자유는 넓게 인정될 것이라는 점을 감안하면 입법적 조치에 대해서 헌법적 비난을 가하는 가능성은 그만큼 제한되어 있다. 다만 사회보장법에서도 개인의 자유영역에 대한 간섭을 통하여 불이익을 가하는 전형적인 침해적 법률의 경우 비례의 원칙은 엄격하게 존중되어야 할 것이다.²⁰⁷⁾

206) 헌재 1995. 10. 26. 94헌바12(조세법감면규제법 부칙 제13조 등 위헌소원), 판례집 7-2, 447면 이하(459면 이하); BVerfGE 51, 356(363ff) 참조.

207) 헌재 1998. 5. 28. 96헌가1(의료보험법 제33조 제1항 위헌제정), 판례집 10-1, 509면 이하 참조. 다만 이 결정에서 헌법재판소는 법률유보의 문제를 기준으로 판단하였을 뿐 기본권제한의 요건을 기준이 존중되었는가의 여부를 판단하지는 않았다. 급여관계를 규율하는 영역에 비해서 침해적 법률의 경우 기본권제한의 요건이 엄격하게 심사되어야 한다는 점에 대해서는 예컨대 Bertram Schulin, "Die Freiheit des Berufs im Sozialrecht", Die Sozialgerichtsbarkeit, 1989, 특히 101면 이하 등 참조.

(4) 사회보장청구권의 형성과 개인의 참여권

이미 여러 차례 언급했듯이 사회보장법의 형성에 관한 정책결정에 있어서 주도적인 기능은 국회가 수행한다. 다만 사회보험공동체 자체가 민주적으로 구성되고, 따라서 국가의사결정이 부분적으로 위임되어 있는 조직형태가 채택되어 있다면 구성원인 개인은 의사결정에의 참여권을 가진다.²⁰⁸⁾ 이러한 공동체는 민주주의적 정당성과 법치국가적 독자성을 동시에 갖고, 개인에게는 참여권이 인정되기 때문이다.²⁰⁹⁾ 이에 비해서 개인에게 불이익이 되는 행정적 결정에 있어서 개인의 의견진술권은 법치국가원리와 관련된 특유한 문제이다. 우리 헌법재판소는 이미 결정을 통하여 우리 헌법 제12조 신체의 자유에 한하여 명시되어 있는 절차적 기본권을 일반화한 바 있다.²¹⁰⁾ 따라서 사회보장법의 영역에서도 개별적인 불이익결정을 하는 경우 개인에게 이에 대한 자신의 의견을 제시할 수 있는 기회가 보장되어야 할 것이다. 다만 법률의 규정에 의하여 개인의 권리제한이 명확히 표현되어 있는 경우까지만 개인에게 의견진술의 기회를 부여할 필요는 없다.²¹¹⁾

(5) 권력분립의 원칙과 사회보장법적 형성권한의 분배의 문제

권력분립의 관점에서 보면 입법기능과 행정기능은 각각 분리되어 독립한 기관에게 부여되고, 또 이들 기관간의 견제와 균형을 통하여 권력의 집중이 방지되어야 한다.²¹²⁾ 이 점은 특히 행정입법의 기능

208) 이에 대해서는 위 각주 153 참조.

209) 우리나라 사회보험조직에서의 가입자의 참여의 가능성 및 한계에 대해서는 위 각주 152 및 155 참조.

210) 위 각주 185 참조.

211) 현재 2000. 6. 29. 98헌바106(공무원연금법 제47조 제1호 등 위헌소원), 관례집 12-1, 833면 이하(847면) 참조.

212) 이와 같은 권력분립의 기능분립으로서의 이해방법에 대해서는 예컨대 허 영, 한국헌법론(박영사, 2000), 655면 이하; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der

성과 한계와 관련하여 논의가 필요하다. 행정기능을 담당하는 국가기관이 동시에 입법권을 행사하는 것은 언뜻 보기에는 권력분립의 원칙에 반한다고 보여질 수도 있다.²¹³⁾ 예컨대 전통 행정법적인 관점에서 보면 행정규칙으로서의 외형을 띠고 있지만 이것이 외부적인 효력을 갖는다면 여기에 대해서는 일단 권력분립의 관점에서 설명이 필요하다. 다만 민주주의 국가형태에 있어서는 행정권의 그에게 부여된 기능을 수행하기 위하여 필요한 범위내에서 독자적인 입법권이 부여되더라도 이것이 권력분립의 원칙에 원칙적으로 반하는 것은 아니다. 먼저 외부적인 효력을 갖는 법률관계에 대한 형성은 원칙적으로 국회의 기능범위에 속한다. 따라서 외부적인 효력을 갖는 행정입법은 국회의 입법을 통해서 내려진 근본적인 결정을 행정적으로 구체화하기 위해서 필요한 범위내에서 허용된다. 이렇게 이해하는 것이 기능분립으로 이해되는 권력분립의 원칙에 충실하게 된다. 특히 우리나라에서와 같이 행정입법에 대한 국회통제의 가능성이 없는 경우에는 더욱 그러하다.²¹⁴⁾ 입법권을 중심으로 말하면 국회가 법률의 내용을 확정짓지 않은 상태에서 구체적인 내용에 대한 규율을 행정입법에 위임할 수는 없다. 우리 헌법 제75조 및 제95조가 위임입법시 법률은 행정입법사항을 구체적으로 범위를 정하여야 한다는 명제는 바로 위와 같은 권력분립의 관점을 반영한 것이다. 이는 다시 수범자인 개인을 중심으로 말하면 다음과 같은 명제가 성립되어야 한다. 즉 개인은 행정입법이 아니라 법률을 통하여 입법자의 의도를

Bundesrepublik Deutschland(C.F.Müller, 1988), 188면 이하 등 참조.

213) 실제 예컨대 행정규칙에 외부적 효력을 인정하는 시도를 부정적으로 평가하는 논거로 대부분 권력분립의 관점을 들고 있다. 김남진, 행정법 I(법문사, 1997), 199면 이하; 김동희, 행정법 I(박영사, 1998), 151면; 유지태, 행정법신론(신영사, 1996), 217면 이하 등 참조.

214) 비교법적으로 보면 행정입법에 대한 국회통제의 가능성은 다양하다. 이 점에 대해서 자세히는 위임입법의 한계에 관한 연구, 헌법재판연구 제8권, 1996, 298면 이하; Manfred Lapa, "Verfassungsrechtliche Probleme der Rechtssetzung durch Rechtsprechung", Archiv des öffentlichen Rechts, 1980, 347면 이하 등 참조.

인식하고, 이에 기초하여 자신의 행태를 조정할 수 있어야 한다는 것이다.²¹⁵⁾

위와 같은 명제는 사회보장법에서도 타당하다. 물론 급부법의 영역에서 입법적 판단의 여지가 넓다는 것은 사실이다. 급부법의 영역에서 입법적 결정에 대한 헌법적 판단의 여지가 좁다는 것은 바로 이 때문이다.²¹⁶⁾ 그러나 입법적 판단의 여지가 넓다는 관점으로부터 입법적 결정을 행정부가 대신할 수 있다는 의미의 기능전환의 논리는 성립되지 않는다. 입법적 결정과 행정적 집행은 두 개의 엄연히 구분되는 별개의 기능영역이다. 그렇기 때문에 행정입법이 정당성을 갖기 위해서는 입법적 결정이 불가능하거나 혹은 바람직하지 않다는 별개의 논리가 존재하여야 하기 때문이다.²¹⁷⁾

(6) 사회보장법상의 권리구제

우리 헌법은 사회보장법적 분쟁을 해결하기 위한 특별한 법원의 창설을 예정하고 있지는 않다.²¹⁸⁾ 따라서 행정소송의 일종인 사회보장소송에는 일반 행정소송법이 적용된다. 우리 헌법이 사회보장법적 분쟁을 관할하는 특별법원을 설치할 것을 의무화하고 있지는 않지만, 사회보장의 특수성을 반영하는 법원의 설치가 부정되는 것은 또

215) 헌재 1993. 5. 13. 92헌마80(체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규칙 제5조에 대한 헌법소원), 판례집 5-1, 365면 이하(379면 이하) 등 참조.

216) 비교헌법적으로 보면 사회적 기본권을 헌법에 구체적으로 보장하는 결정을 주지하는 것은 대부분 위와 같은 이유에서이다. 이에 대해서는 예컨대 Georg Brunner, Die Problematik der sozialen Grundrechte(J.C.B.Mohr, 1971); Josef Isensee, "Verfassung ohne soziale Grundrechte", Der Staat, 1980, 367면 이하; Wolfgang Rübner, "Grundrechtliche Leistungsansprüche", Festschrift für Georg Wannagat, 1981, 379면 이하; Theodor Thandl, Der Einbau der sozialen Grundrechte in das positive Recht(J.C.B.Mohr, 1967); Hans Jürgen Wipfelder, "Die verfassungsrechtliche Kodifizierung sozialer Grundrechte", Zeitschrift für Rechtspolitik, 1986, 140면 이하 등 참조.

217) 이 점에 대한 비판적 검토로는 예컨대 전광석, "법률유보의 문제와 위임입법의 한계", 전광석, 헌법판례연구(법문사, 2000), 특히 338면 이하 등 참조.

218) 사회보장법적 권리구제의 비교법적 유형에 대해서는 예컨대 Hans F. Zacher, "Der Rechtsschutz auf dem Gebiet des Sozialrechts im Ausland", Entwicklung des Sozialrechts. Aufgabe der Rechtsprechung, 1984, 773면 이하 등 참조.

한 아니다. 오히려 헌법의 해석상 이러한 법원의 설치는 바람직하기도 하다. 사회보장소송은 대부분 전심절차로서 행정심판을 거치게 된다. 이와 관련하여 헌법은 행정심판이 실질적으로 개인의 권리구제를 위한 절차로서 기능할 수 있도록 행정심판에 사법절차가 준용되도록 하였다(제107조 제3항). 따라서 개별 사회보장법이 직접 행정심판에 적용될 심리절차에 대해서 규율하고 있지 않는 경우에는 행정심판법상의 심리절차가 적용된다. 결국 일반적인 행정심판법이 아니라 사회보장법에 특유한 전심절차를 적용하는 것 자체가 헌법적인 문제가 있는 것은 아니다. 다만 헌법은 행정심판에 있어서 사법절차를 준용하고, 또 대법원을 중심으로 할 것을 요청하고 있을 뿐이다. 그리고 이때 준용되어야 하는 사법절차란 판단기준의 독립성과 공정성, 대심적 심리구조, 그리고 당사자의 절차적 권리보장 등이 요구된다.²¹⁹⁾

라. 복지국가원리

위에서 설명한 민주주의 국가형태 또는 법치국가원리는 헌법적인 원리로서 이념과, 또 이러한 이념을 실현하기 위한 제도를 발전시켜왔다. 민주주의 국가형태의 경우 국민주권주의라는 기본이념, 정치적 평등과 소수의 보호라는 가치, 그리고 이를 실현하기 위한 원리로서 대의제 및 권력분립의 원칙을 내포하고 있다. 이들 원리들은 다시 선거제도, 정당제도, 공무원제도, 지방자치제도 등 제도를 통하여 실현된다. 또 법치국가원리는 국가와 사회의 구별이라는 기본이념, 기본권 보장이라는 목적, 그리고 법률유보와 법률의 우위라는 원칙, 그리고 법적 명확성의 요청, 신뢰보호의 원칙, 비례의 원칙 등 실현

219) 헌재 2000. 6. 1. 98헌바8(산업재해보상보험법 제94조 제2항 위헌소원), 판례집 12-1(2000), 590면 이하(601면) 등 참조.

방법상의 원리를 내포하고 있다. 그리고 이들 원리들은 동시에 제도로서의 성격을 가지고 있다. 이에 비해서 복지국가원리는 우리 헌법의 해석상 도출되는 원리이기는 하다.²²⁰⁾ 모든 국민에게 인간다운 생활을 보장할 권리를 이념으로 하며, 이들 이념은 다시 구체적 생활영역에서 세분화되어 보장되고 있다. 이에 대한 현실적인 조건을 보장하기 위하여 국가는 한편으로는 시장경제질서를 존중하여야 하며, 다른 한편으로는 시장경제의 사회적 조정을 위하여 균형있는 경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다(제119조 제2항). 그러나 복지국가원리는 이념과 목표가 제시되어 있을 뿐 이를 실현하기 위한 구체적 제도에 대해서는 아무런 헌법적인 윤곽이 제기되어 있는 것은 아니다.

위와 같은 복지국가원리의 헌법원리로서의 특징은 사회보장법에 대한 헌법적 규범력을 실현하는데 있어서 몇 가지 특징을 보인다. 첫째, 헌법 자체가 복지국가원리를 실현하기 위한 제도적 지침을 주지 않고 있기 때문에 사회보장법의 실현방법은 개방되어 있으며, 그만큼 입법적 형성의 여지가 넓다는 것이다. 이미 언급했듯이 우리 헌법재판소는 사회국가원리를 헌법의 원리로서 수용하고 있으나 사회국가원리의 구체적인 내용을 형성하고 국가기관에 기속력 있는 규범으로 형성하기 보다는 사회보장법의 영역에서 입법행위를 정당화하는 기능을 수행하는 것으로 소극적으로 이해하고 있을 뿐이다. 둘째, 복지국가원리가 헌법해석의 결과 도출되는 원리이며, 헌법적으로 형성된 것이 아니다. 그렇기 때문에 복지국가원리의 이념과 내용은

220) 헌법재판소도 최근에 와서 사회국가원리를 헌법적 원리로서 언급하기 시작하고 있다. 예컨대 위 각주 99 참조.

그만큼 헌법의 다른 규정, 즉 복지국가원리를 도출하는 근거가 된 헌법규정에 의존할 수밖에 없다.²²¹⁾ 복지국가원리 자체로부터 복지국가원리의 내용 및 이념을 연역적으로 형성하는 작업은 우리 헌법상은 근거를 결여하고 있다는 것이다. 이는 결과론적으로 보면 헌법재판소가 사회보장법의 규정을 복지국가원리를 기준으로 평가할 가능성은 그만큼 없다는 것이다. 지금까지 헌법재판소 역시 복지국가원리(사회국가원리)로부터 최소한의 인간다운 생활을 할 권리를 도출하고 있을 뿐이며, 복지국가원리(사회국가원리)의 기능에 대해서 입법적 결정을 정당화하는 기능을 부여하고 있다고 하면서 적어도 “헌법적” 규범력에 대해서는 소극적인 입장을 보이고 있다.²²²⁾

마. 문화국가원리

문화국가원리 역시 복지국가원리와 마찬가지로의 문제점을 가지고 있다. 문화국가원리는 다음과 같은 두 가지 의미에서 헌법원리로서의 성격을 가지고 있다. 첫째, 헌법 자체가 기능하기 위해서는 일정한 문화적 상황이 전제되어야 한다. 이를 기초로 모든 개인이 시대의 문화적 가치를 공감하고 있을 때 비로소 개인간의 의사소통과 상호작용을 통하여 헌법이 예정하는 상태가 실현될 수 있다. 둘째, 헌법은 특히 학문과 예술의 자유, 종교의 자유, 교육의 권리 등 문화에 관련된 영역을 보호하고 혹은 적극적으로 촉진한다. 따라서 문

221) 이 점에서 사회국가원리가 헌법적인 원칙으로 선언되어 있는 독일 헌법과 구별된다. 그러나 독일 헌법의 경우에도 사회국가원리가 이를 실현하기 위한 헌법적 체도를 내용으로 하고 있는 것은 아니라는 점은 마찬가지이며, 따라서 독일의 사회국가원리 역시 이념과 내용이 개방적이다. 독일의 연방헌법재판소는 사회보장법 조항을 사회국가원리를 기준으로 위헌결정하는 예가 거의 없는 것은 위와 같은 이유 때문이다. 사회국가원리의 개방성에 대해서는 예컨대 Hans F. Zacher, “Der Sozialstaat als Prozeß”, Hans F. Zacher, *Abhandlungen zum Sozialrecht*(C.F.Müller, 1993), 면 이하; Hans F. Zacher, “Das soziale Staatsziel” Josef Isensee/Paul Kirchhof(편), *Handbuch des Staatsrechts Bd.I*(C.F.Müller, 1987), 1100면 이하 등 참조.

222) 위 각주 99 참조.

화국가적 과제는 모든 헌법규범 및 현실을 지도하는 원리로서의 성격을 가지고 있다.

위와 같은 국가의 문화적 과제는 사회보장법의 영역에서 있어서는 제한적으로 관련되어 있다. 다음과 같은 두 가지 이유에서이다. 첫째, 문화 현상 자체의 속성에서 오는 이유로, 문화현상과 사회보장법과의 접점이 제한적이기 때문이다. 문화는 축진의 대상은 될 수 있어도 그것이 사회적 위험이라고 할 수는 없다. 다만 사회보장법 중 사회적 위험 뿐 아니라 인격실현의 장애를 제거하는 것을 목표로 하는 경우 사회보장법은 문화적 관련성을 갖는다. 먼저 공공부조법이 여기에 해당한다.²²³⁾ 공공부조법은 특정한 사회적 위험으로부터 개인을 보호하는 것이 제도적인 목표가 아니다. 오히려 빈곤의 원인에 관계없이 개인이 스스로의 능력으로 자신의 정상적인 생활을 영위하지 못하는 경우 이를 극복하기 위한 조건을 보호하여야 한다. 그리고 이로써 스스로의 능력으로 정상적인 생활을 영위할 수 있도록 보호하는 것이 공공부조의 제도적인 목표이다. 그리고 이 경우 개인이 스스로의 능력으로 최저생활을 영위할 수 있는 조건은 무엇인가 하는 질문이 제기된다. 이때 문화국가조항은 개인에게 단순히 물질적인 최소한을 보호하는 것으로 불충분하며 어느 정도 문화적인 가치를 공유할 수 있는 가능성이 보장되어야 한다는 요청의 근거가 될 수 있다는 것이다.²²⁴⁾ 각종 사회복지서비스법 역시 혹은 공공부조법에 비해서 보다 더 문화국가원리가 입법형성에 있어서 존중되어야 한다. 사회복지서비스법은 그들에게 특유한 상황으로 인하여 스

223) 실제 국민기초생활보장법은 제4조 제1항에서 보호의 수준이 수급자에게 건강하고 문화적인 최저생활을 유지할 수 있도록 형성되어야 한다는 요청을 하고 있다.

224) 위 각주 134 및 135 참조. 다만 우리 헌법재판소는 지금까지 이러한 가능성을 부인하고, 최소한의 물질적인 생활에 국가의 과제를 한정하고 있다. 또 헌법재판소는 이 문제에 대한 접근에 있어서 문화국가조항을 원용하고 있지도 않는다. 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33(1994년 생계보호기준 위헌확인), 판례집 9-1, 543면 이하 참조.

스로의 능력으로 정상적인 생활을 영위할 수 없는 인적 집단을 보호의 대상으로 하고 있다. 아동, 노인 및 장애인 등이 그들이다. 그런데 이들은 물질적인 수요 뿐 아니라 특히 주변사회와의 접촉가능성이 차단될 위험을 가지고 있다. 따라서 이들이 외부세계와의 의사소통을 통하여 소외를 겪지 않고 정상적으로 사회에 통합되도록 하는 데에 특히 정책의 중점이 있어야 한다. 그리고 그렇다면 이들에 대한 보호에 있어서 문화적 영역에 대한 보호가 소홀히 되어서는 안될 것이다. 이밖에 사회보험법에 있어서도 사회보험법이 가입자의 가족에 대한 보호를 내용으로 하고 있는 경우 특히 자녀의 교육수요를 문화적 수요로서 이해하고, 보호하는 적극적인 조치가 요구된다.²²⁵⁾

5. 사회보장법과 국제질서

우리 헌법은 제2차 세계대전후 제정된 대부분의 헌법의 전통에 따라 국제평화와 또 국제질서에의 편입을 중요한 헌법적인 과제로 제시하고 있다. 국제정치적인 평화를 위하여 침략전쟁을 부인하고 있다(제5조 제1항).²²⁶⁾ 국제정치적인 평화를 포함한 국제질서에의 편입과 이를 통한 국제협력을 위하여 헌법에 의해서 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규에 국내법과 같은 효력을 부여하고 있다. 인적 교류를 보호하여 국가간의 협력을 증진하기 위해서

225) 헌법재판소가 이를 아직 헌법적인 요청으로 이해하고 있지는 않고 있다. 다만 정책적으로 바람직한 입법의 방향으로 제시하고 있기는 하다. 헌재 1999. 4. 29. 97헌마333(공무원연급법 제3조 제2항 위헌확인), 판례집 11-1, 503면 이하(517면) 참조.

226) 반면 국가의 안전보장과 국토방위를 국군의 의무로서 선언하고, 또 국군의 정치적 중립성을 요청하고 있는 제5조 제2항은 그 실질헌법적인 위치와는 달리 국제질서와의 관련성은 제한적이다. 이는 오히려 군인의 정치적 개입에 의해서 어지럽혀져왔던 우리 헌정사를 반성하고 국군의 정치적 중립성을 다시 한 번 강조하는 국내정치적인 의미를 보다 갖는 규정이라고 할 수 있다. 이 점에서 보면 편제상의 체계성을 결여하고 있는 규정이라고 할 수 있다.

외국에 거주하는 국민을 보호하고, 또 국내에 거주하는 외국인을 적극적으로 보호하도록 요청하고 있다(제2조 제2항, 제6조 제2항).

오늘날 헌법상 국제질서는 국제사회의 변화에 따라 점점 정치적 공동체에서 사회경제적 공동체로 발전되는 경향을 보이고 있다.²²⁷⁾ 특히 1980년대 이후 동구권이 급격하게 붕괴되면서 국가간의 협력과 긴장관계는 정치적인 사안보다는 사회경제적인 사안을 중심으로 이루어지고 있다.²²⁸⁾ 이 점이 사회보장 국제협력에 있어서 국제적인 과제를 부과하고 있음은 물론이다. 최근 국가간의 자본 및 노동력의 이동, 그리고 그밖의 원인에 의한 인적 교류가 활발해지고 있다. 이는 규범적으로는 거주 혹은 노동장소의 이동으로 인하여 사회보장청구권의 형성 및 청구권의 보호에 있어서 불이익한 결과가 발생해서는 안된다는 요청을 하고 있다. 이에 상응하여 다음과 같은 객관적인, 그리고 주관적인 요청이 규범적으로 반영되어야 하며, 이와 관련하여 헌법의 적극적인 기능이 요청되고 있다.

첫째, 객관적으로 국가에게는 국민이 외국과의 관계속에서 법률관계를 형성하는 경우에 기존의 국내법적 사회보장법관계를 계속 유지하여 계속성을 갖고 국내법적 보호를 받을 수 있도록 하여야 한다. 또 외국과의 관계에서 사회보장법관계를 형성하는 국민이 외국의 법률관계에 동시에 포섭되어 이중부담을 갖지 않도록 하여야 한다. 국가간의 협력에 충실하기 위해서 국가는 외국인에게도 사회보장제도의 특성상 허용되는 범위내에서 내국인과 같은 사회보장청구권을 인정하여야 할 과제가 있다. 다만 이는 국가의 객관적인 과제로서, 보다 구체적으로 이들 개인의 지위는 기본권관계를 통해서 구체화될

227) 이 점에 대해서는 위 각주 43 참조.

228) 이에 상응하여 사회주의 계획경제에서 자본주의 시장경제질서로 질서변화를 꾀하고 있는 국가들은 그들의 체제변화에 상응하여 사회보장질서를 개편하는 과제가 부과되고 있다. 이 점에 대해서는 위 각주 42 참조.

것이다.

위와 같은 사회보장에 있어서 국제협력과 이에 관한 개인의 권리에 대한 새로운 이해는 다음과 같이 개별적인 기본권에 대한 이해에도 변화를 가져왔다. 이 중에는 사회보장 국제협력에 있어서 직접적인 영향을 미치는 기본권이 있는가 하면, 간접적인 영향을 미치는 기본권들이 있다. 나누어서 살펴보기로 한다.

먼저 우리 헌법상 국제법에 국내법적 효력을 부여하는 규정은 직접적인 관련성을 갖는다. 국제법은 우선 국내법질서의 발전에 상위규범적인 성격을 갖는다.²²⁹⁾ 적어도 국내입법자가 국제법준중의 의무를 진다는 점에서 그러하다. 그러나 다른 한편 국제법은 헌법과는 달리 그 자체가 국제사회보장법의 실질적인 내용을 규율하고 있다. 헌법의 사회적 요청은 일반적으로 입법 등 다른 국가권력에 의한 구체화를 통해서 실현되는 것과 비교되는 점이다. 따라서 이러한 실질적인 내용을 포함하고 있는 국제법이 어떠한 규범적 효력을 갖는가 하는 문제가 제기된다. 이러한 맥락에서 우리나라와 외국과의 사회보장에 관한 양자조약 뿐 아니라,²³⁰⁾ 국제연합(UN)²³¹⁾과 국제노동기구(ILO)²³²⁾ 등 국제기구에서 채택된 다자조약의 국내법적 효력

229) 이 점에 대해서 자세히는 예컨대 Hans F. Zacher, "Horizontal und Vertikaler Sozialrechtsvergleich", Hans F. Zacher, Abhandlungen zum Sozialrecht(C.F.Müller, 1993), 특히 385면 이하 참조.

230) 여기에 해당하는 것으로 현재 대한민국 정부와 캐나다 정부간의 사회보장에 관한 협정이 있다.

231) 이에 대해서는 예컨대 Peter A. Köhler, Sozialpolitische und sozialrechtliche Aktivitäten in den Vereinten Nationen(Nomos, 1987); Bruno Simma/Markus Zöckler, "Social Protection by International Law; Law-Making by Universal Organisations(Especially the United Nations)", Bernd von Maydell/Angelika Nußberger(편), Social Protection by Way of International Law(Duncker & Humblot, 1996), 69면 이하; Danilo Türk, "The United Nations and the realization of economic, social and cultural rights", Franz Matscher(편), Die Durchführung wirtschaftlicher und sozialer Grundrechte(Erich Verlag, 1991), 95면 이하 등 참조.

232) 국제노동기구의 사회보장입법에 대해서는 예컨대 전광석, "국제노동기구(ILO)의 사회보장 국제기준", 강원법학 제10권(1998), 347면 이하; Helmut Creutz, "The I.L.O and Social Security for Foreign and Migrant Workers", International Labour Review, 1968, 351면 이하; Edda-Blenk Knocke, "Die internationale Regelung sozialer Sicherung für Entwicklungsländer", Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und

이 규명되어야 할 것이다.

우리 헌법 제6조에 따르면 헌법에 의해서 체결공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 갖는다. 이때 국내법적 효력이란 일반적으로 국내법률과 같은 효력을 갖는 것으로 이해되고 있다. 따라서 국내법과 국제법이 충돌하는 경우 신법우선의 원칙과 특별법우선의 원칙이 적용된다. 이에 따라 후에 체결된 국제조약은 기존의 국내법을 개폐하는 효력을 갖는다. 기존의 조약의 내용과 후에 제정된 국내법이 충돌하는 경우에는 설명이 필요하다. 우선 이때 규범의 충돌이 해석상의 문제인 경우에는 국제법준중의 원칙에 따라 되도록이면 구법인 국제법의 내용과 조화될 수 있도록 국내법이 해석되어야 한다. 국내법에 국제법개폐의 효력을 부여하는 것은 명확히 국제법의 내용과 다른 정책결정이 국내법을 통하여 이루어진 경우에 한하여 가능하다고 보아야 할 것이다. 일반적으로는 국내입법자가 국제법적 의무에 반하는 입법을 의도한다고 볼 수 없기 때문이다.²³³⁾

먼저 헌법에 의해서 체결공포된 조약이란 우리나라가 당사자가 되어 사회보장사안에 대해서 외국과 체결한 문서상의 합의를 말한다. 다만 이것이 국내법상의 효력을 갖기 위해서는 헌법 제60조에 따른 국회동의절차를 거쳐야 한다. 이때 조약에는 양자조약 뿐 아니라 다자조약이 포함된다. 국제연합 및 국제노동기구와 같은 국제기구의 입법은 바로 다자조약의 성격을 갖는다.

Sozialrecht, 1994, 7면 이하; Wolfgang Zschke, "Internationale Sozialpolitik", Aus Politik und Zeitgeschichte B.51/52, 1984, 12면 이하 등 참조.

233) 예컨대 독일연방헌법재판소의 태도이다. BVerfGE 74, 358(370). 한 걸음 더 나아가서 독일의 연방헌법재판소는 독일 헌법의 해석에 있어서도 유럽인권규약(The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950)이 해석의 준칙이 되어야 한다는 입장을 취하고 있다. 이에 대해서 자세히는 예컨대 Rolf Schuler, "The Consideration of International Standards in National Legal Practice(Administration and Court Decisions)", Bernd von Maydell/ Angelika Nußberger(편), Social Protection by Way of International Law(Duncker & Humblot, 1996), 147면 이하 등 참조.

이제 일반적으로 승인된 국제법규를 어떻게 이해할 것인가 하는 문제가 남는다. 이에 관한 본격적인 논의는 아직 이루어지지 않고 있다. 먼저 일반적으로 승인된 국제법규에 국제관습법이 포함된다고 보고 있다. 그러면 국제사회보장법에서 국제관습법으로 형성된 내용은 무엇인가? 이 점에 있어서 일반적인 견해에 따르면 적어도 사회보장의 사안과 관련해서는 아직 국제관습법이 형성되어 있지 않다고 보고 있다. 다만 일반 국제관습법상의 원칙이 부분적으로 사회보장사안에 적용될 수 있을 것이다. 대표적인 원칙이 외국인에 대해서 문명국의 법질서에 따라서 최소한의 법적 지위를 인정할 국가의 의무이다.²³⁴⁾ 이는 다름 아니라 헌법상의 인간의 존엄에 상응하는 법적 지위를 외국인에게 인정할 국가의 의무를 근거지우는 것이다. 다만 이러한 원칙을 국제관습법으로 수용하더라도 국제사회보장법을 형성하는데 있어 실제 지침으로 기능할 만큼 이것이 구체화될 수 있는가 하는 점에 대해서 회의적이다.²³⁵⁾ 또 사회보장사안에서 중요한 지침인 외국인의 내국민과의 동등취급의 원칙이 아직 국제관습법으로 성숙되었다고 보지는 않는다.²³⁶⁾

234) 예컨대 Albrecht Randelzhofer, *Der Einfluß des Völker- und Europarechts auf das deutsche Ausländerrecht* (Walter de Gruyter, 1980), 20면에서 다음과 같이 국제관습법상의 최소보장원칙을 구체화하는 시도가 이루어지고 있다.

1. 모든 외국인에게 권리주체로서의 성격이 인정되어야 한다.
2. 외국인은 원칙적으로 사법상의 권리를 자유로이 취득할 수 있어야 한다.
3. 합법적으로 취득된 외국인의 사법상의 권리는 존중되어야 한다.
4. 외국인에게 국내법상의 사법적 구제수단이 인정되어야 한다.
5. 외국인은 형법상의 중대한 범죄혐의가 있는 경우에 한하여 체포가 가능하다.
6. 국가는 외국인의 생명, 자유, 재산 및 명예를 보호하여야 한다.
7. 외국인에게 정치적 권리나 특정한 직업에 관한 권리가 부여되지는 않는다.

235) 이러한 회의적인 견해에 대해서는 예컨대 Bernd von Maydell, "Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme des Auslandsrentenrechts", *Deutsche Rentenversicherung*, 1983. 특히 189면 이하 참조. 실제 국제법에서 외국인의 법적 지위를 실정화하는 경우에도 청구권을 도출하는 데에는 한계가 있도록 법문이 형성되는 것이 일반적이다. 이 점에 대해서 자세히는 예컨대 Meinhard Hilf, "Zum Recht auf Nahrung im Staats- und Völkerrecht", *Festschrift für Helmut Simon*. 873면 이하; Albrecht Randelzhofer, 위 각주 234의 책, 20면 등 참조.

236) 이에 대해서는 예컨대 Lothar Frank, "Die Gleichbehandlungsklausel in Sozialversicherungsabkommen", *Die Sozialgerichtsbarkeit*. 1986. 265면; Albrecht Randelzhofer, 위 각

일반적으로 승인된 국제법규에는 국제관습법 외에도 우리나라가 당사자는 아니지만 세계 대다수 국가가 가입해 있는 국제조약이 포함된다고 이해되고 있다.²³⁷⁾ 대부분의 경우 법적 확신이 의제될 수 있을 것이기 때문이다.²³⁸⁾ 그러나 적어도 사회보장사안에 관한 이러한 명제가 타당할 수 있는지에 대해서는 회의적이다. 각국은 국내의 사회보장을 둘러싼 주변환경을 고려하여 국제조약에 가입 여부를 결정한다. 그런데 단순히 양적으로 대다수의 국가가 가입하였다는 이유로 해당 조약의 국내법적 효력을 인정한다면 이는 국제법의 효력을 일반적으로 국내법에 비해서 상위에 두는 결과가 될 것이기 때문이다. 다만 이러한 주장이 제기되는 동기가 각국에서 인류가 이룬 문명 수준의 최소한을 향유하게 하기 위한 데에 있다면 이러한 목표는 이미 위에서 설명한 국제관습법을 통해서 보호될 수 있다.²³⁹⁾

사회보장 국제협력에 직접적인 영향을 미치는 두번째 헌법규정은 평등권이다. 여기서는 국내거주 자국민과 국내거주 외국인의 관계, 국내거주 자국민과 국외거주 자국민의 관계, 그리고 국내거주 외국인과 국외거주 외국인의 관계, 마지막으로 국외거주 자국민과 국외거주 외국인의 관계가 평등권의 기준에서 평가되어야 한다.

평등권은 국내 헌법상의 원칙이다. 따라서 국내거주 외국인에게도 원칙적으로 적용된다. 다만 그렇다고 합리적인 차별의 가능성이 배제되는 것은 아니다.²⁴⁰⁾ 반면 평등권은 세계질서법적인 성격을 갖는

주 234의 책, 20면; Rolf Schuler, *Das Internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland*(Nomos, 1988), 372면 이하; Verdroß-Simma, *Universelles Völkerrecht* (Duncker & Humblot, 1984), §§1209 이하 등 참조.

237) 이러한 견해로는 예컨대 권영성, *헌법학원론*(법문사, 1999), 170면; 김철수, *헌법학개론*(박영사, 1999), 223면 이하; 허 영, *한국헌법론*(박영사, 2000), 177면 등 참조.

238) 이 점에 대해서는 예컨대 최대권, *헌법학강의*(박영사, 1997), 353면 참조.

239) 다만 이때 국제관습법의 내용을 인정한다해도 그 실효성은 의심스럽다는 점에 대해서는 이미 설명하였다.

240) 특히 정치적인 권리와 관련하여 국적에 따른 차별은 정당성을 갖는 것으로 이해되고 있다. 이에 대해서는 예컨대 Hans-Jürgen Papier, "Verfassungsfragen des kommunalen

것은 아니다. 그렇기 때문에 외국거주 외국인에게도 당연히 적용되는 것은 아니다. 다만 외국인이 국내법질서에 따른 권리를 획득한 경우에는 비교의 기준이 새로이 형성된다. 따라서 한 나라의 법질서에서 해당권리의 주체가 외국인이라거나 혹은 권리주체인 외국인이 단순히 외국에 거주한다는 이유로 보호가 거부된다면 여기에 대해서는 특별히 헌법적인 정당화 사유가 제시되어야 한다.

국내 경제질서에 편입되어 있는 국내거주 외국인에게 국내 사회보험에의 가입가능성을 부인하는 것은 일반적으로 평등의 원칙에 비추어 보아 바람직하지 않다. 다음과 같은 세 가지 측면에서 그러하다. 첫째, 절대적인 관점에서 보면 생활의 기반이 국내경제질서에 편입되어 있는 외국인에게 국내법상의 임금보상이 이루어지는 것처럼 사회적 위험이 발생한 경우에 대한 보호 역시 국내법적으로 이루어지는 것이 체계정당한 입법이다. 둘째, 자국민과의 평등의 문제이다. 사회보험의 입법목적을 기준으로 볼 때 가입자격과 관련하여 자국민과 외국인을 구별할 합리적인 논거가 존재하지 않기 때문이다. 사회보험 자격기준, 즉 국제사회보장법적으로 말하면 준거점은 고용지이어야 할 것이기 때문이다.²⁴¹⁾ 셋째, 헌법정책적인 차원의 논거이다. 국제법에 우호적으로 국내법을 형성할 입법자의 정치적 의무가 존재하기 때문이다. 물론 자국민과 외국인에 대한 평등취급의 원칙이 국제관습법의 내용으로 성숙되어 있는 것은 아니다.²⁴²⁾ 또 자국민과 외국인을 평등하게 취급하는 조약관계가 다수 형성되어 있더라도 이

Ausländerwahlrechts", Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1987, 309면 이하; Hans H. Rupp, "Wahlrecht für Ausländer?", Zeitschrift für Rechtspolitik, 1989, 363면 이하 등 참조.

241) 실제 국제노동기구 협약 제157호 및 유럽공동체조약 등은 일반적으로 고용지를 사회보험의 준거점으로 하고 있다. 이에 대해서는 예컨대 전광석, 위 각주 232의 논문; Bernd Schulte, "Allgemeine Regeln des internationalen Sozialrechts-supranationales Recht", Bernd von Maydell/Franz Ruland(편), Sozialrechtshandbuch(Luchterhand, 1996), 1547면 이하 등 참조.

242) 이에 대해서는 이미 위에서 설명하였다. 위 각주 236 참조.

것이 곧 국제관습법을 형성하고 있는 것은 아니다.²⁴³⁾ 그렇더라도 국제적 관습으로 형성되어 있는 평등취급의 원칙을 되도록 존중하여야 할 입법자의 정치적 의무는 존재한다고 하여야 할 것이다.

국내의 자국민과 국외의 자국민에 대해서 역시 기본적으로는 평등취급의 원칙이 엄격하게 존중되어야 한다. 물론 국외의 자국민이 해당 외국의 경제질서에 편입되어 있는 경우 사회보험의 기반이 더 이상 국내에 존재하지 않기 때문에 국내 사회보험의 대상에서 제외하는 것은 체계정당한 입법태도이다. 그러나 그렇지 않은 경우 단순히 국외에 체류한다는 사실만으로 국내 사회보험법과의 법률관계가 종료되는 것은 아니다. 이미 국내경제질서에 편입되어 있는 외국인이 일시적으로 외국에 체류하는 경우에도 마찬가지로 국내 사회보험과의 법률관계가 종료되는 것이라고 볼 수 없다.²⁴⁴⁾

일단 사회보험에 가입되고 사회보험이 보호하는 사회적 위험이 발생한 경우 사회보험법상의 급여는 내외국인을 불문하고, 또 국내 체류의 경우와 국외체류의 경우가 동일하게 지급되어야 한다. 다만 국외에 체류하는 수급권자에 대해서는 집행기술적인 어려움 때문에 국내에 체류하는 수급권자에 비해서 급여에 제한이 가해지는 것이 피할 수 없는 경우가 있다. 예컨대 의료보험의 경우 외국에 체류하는 수급권자에게 국내에 체류하는 자와 마찬가지로 국내 의료기관에 의한 급여를 제공하는 것을 물리적으로 불가능하다.²⁴⁵⁾ 또 우리 의

243) 이 점에 대해서는 위 각주 239 참조.

244) 국내법의 외국으로의 확대적용(Ausstrahlung) 및 외국법의 국내에서의 적용을 위한 규정들이다(Einstrahlung). 이에 대해서 자세히는, Heinz-Dietrich Steinmeyer, "Einführung in das internationale Sozialrecht", Bernd von Maydell/ Franz Ruland(편), Sozialrechts-handbuch(Luchterhand, 1996), 1516면 이하; Heinz-Dietrich Steinmeyer, Die Einstrahlung im internationalen Sozialversicherungsrecht(Duncker & Humblot, 1980); Ingeborg Wolff/Gottfried Rokita, "Aus- und Einstrahlungstheorie in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung", Entwicklung des Sozialrechts-Aufgabe der Rechtsprechung, 1984, 709면 이하 등 참조.

245) 따라서 이와 관련하여 특히 국제협력의 필요성이 크다. 이에 대해서 자세히는 전광석, "의료보장의 국제기준과 국제적 보장에 관한 연구", 사회보장연구 제15권 제2호(1999), 147면

료보험법이 외국에 체류하는 국민에게 해당 국가의 의료보험법을 적용할 것을 요청할 수는 없다. 외국환에 관한 법률 혹은 외교상의 문제 등이 장애가 될 수도 있다. 그러나 이러한 문제들은 입법적인 노력으로 부분적으로는 해결될 수 있는 문제들이다. 예컨대 의료보험에서는 현물 혹은 서비스급여 대신 비용보상(Kostenerstattung)의 방법을 통해서 보호를 행하는 것이 가능할 것이다.²⁴⁶⁾ 그러나 이밖에 국제사법과는 달리 우리가 일방적으로 공법인 외국 의료보험법의 적용을 명령하는 것은 불가능하다.²⁴⁷⁾ 따라서 외국과의 협정을 통하여 우리 법에 의하여 형성된 사회보장청구권을 국제적으로 보장하는 정책적 노력이 이루어져야 할 것이다.

사회보험급여에 있어 상호주의원칙을 적용하여 외국인에게 급여를 거부하는 것은 평등의 원칙에 비추어 헌법적 정당성을 인정할 수 없다.²⁴⁸⁾ 이러한 측면에서 볼 때 외국인에게 상호주의원칙을 적용하

이하 등 참조.

- 246) 현재 우리 국민건강보험법을 기준으로 보면 이러한 해결을 불가능하다. 왜냐하면 국민건강보험법 제49조에 따르면 가입자가 국외에 여행중인 때에는 의료보험급여는 정지되기 때문이다. 다만 만약 제49조가 존재하지 않는다면 외국에서의 급여가능성에 대한 법적 근거가 전혀 없는 것은 아니다. 우리 국민건강보험법은 예외적으로 긴급 혹은 부득이한 사유로 지정의료기관 외의 의료기관에서 요양급여를 받는 경우 현금급여로서 요양비를 지급할 수 있도록 하고 있기 때문이다. 법 제44조 참조. 이와 같은 문제에 대해서 자세히는 예컨대 전광석, 위 각주 245의 논문, 194면 이하; Rolf Schuler, "Zur Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenkasse bei Erkrankungen während eines vorübergehenden Aufenthalts im Ausland", Die Sozialgerichtsbarkeit, 1983. 469면 이하; Albrecht Wortmann, "Zur Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenkasse bei Erkrankungen während eines vorübergehenden Aufenthalts im Ausland", Die Sozialgerichtsbarkeit, 1983. 473면 이하 등 참조.
- 247) 국제사회보장법의 이러한 특성에 대해서 자세히는 전광석, "국제사회보장법연구의 필요성, 연구의 대상 및 방법론", 한국사회정책 제4집 제2호(1997), 279면; Eberhard Eichenhofer, "Internationales Sozialrecht-Versuch einer Grundlegung", Vierteljahresschrift für Sozialrecht, 1994, 5면 이하; Eberhard Eichenhofer, Internationales Sozialrecht und Internationales Privatrecht(Nomos, 1987), 219면 이하; Rolf Schuler, Das Internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland(Nomos, 1988), 238면 이하 및 341면 이하 등 참조.
- 248) 이러한 논거로 예컨대 독일의 연방헌법재판소는 외국에 거주하는 외국인인 연금수급권자에게 연금수급권을 정지시키고 있었던 독일 연금보험법상의 규정에 대해서 평등위반을 이유로 위헌결정을 한 바 있다. BVerfGE 51, 1. 다만 이 판결에서 연방헌법재판소는 자국민과 외국인을 연금지급과 관련하여 완전히 동등하게 취급하여야 한다는 요청을 하지는 않았다. 즉 독일 헌법상의 사회국가원칙에 의하여 보호의 대상이 되는 집단은 제1차적으로는 국내

여 외국인 가입자의 본국법이 대한민국 국민에게 반환일시금을 지급하는 경우에 한하여 국민연금법상의 반환일시금 규정이 적용되도록 하고 있는 국민연금법 제102조 제2항에 대해서는 근본적인 검토가 이루어져야 한다. 왜냐하면 이로써 개인의 권리가 해당국가에게 입법을 강요하는 압력수단으로 전락하기 때문이다. 개인은 그 자체가 목적이며 다른 목적을 위한 수단으로 격하되어서는 안된다는 인권의 기본적인 원칙이 상호주의원칙을 통하여 침해되고 있다는 것이다.²⁴⁹⁾

공공부조법의 영역에서 자국민과 외국인을 급여의 종류와 내용 등을 기준으로 할 때 평등하게 취급하여야 할 것을 평등권이 요구하고 있는 것은 아니다. 다만 모든 개인에게 거주하는 장소에 관계 없이 최저생활이 보장되어야 한다는 것은 국제법상의 일반원칙 혹은 국제관습법에 속하고, 또 이는 외국인에게도 인정되는 인권의 일부를 이룬다고 보아야 한다.

국제관계속에서 형성되는 사회보장법에 직접적인 영향을 미치는 헌법규정은 재산권이다. 외국인의 사회보장급여청구권은 평등권 이외에도 재산권에 의한 보호의 대상이 된다.²⁵⁰⁾ 이러한 인식에 기초하여 보면 외국인인 사회보험급여 수급권자에게 외국에 거주한다는 이유로 급여를 거부하거나 제한하는 입법은 평등권의 측면에서 뿐

에 거주하는 자국민이기 때문에 외국에 거주하는 외국인에게 예컨대 연금 대신 반환일시금을 지급하는 것은 허용된다는 것이다. 다만 연방헌법재판소는 적어도 상호주의의 원칙에 대해서는 헌법적 정당성이 인정될 수 없다는 점을 명확히 하였다. 이 결정에는 외국인에게 반환일시금을 지급하는 것만으로는 평등의 원칙이 충족되지 못한다는 반대의견이 개진되었다. 이 판결에 대해서는 대체로 소수의견에 동조하면서 판결을 비판하는 것이 일반적이다. 이에 대해서는 예컨대 Bernd v. Maydell, 위 각주 235의 논문, 186면 이하; Ursula Köbl, "Soziale Rechte von Ausländern und Gegenseitigkeitsprinzip", Die Sozialgerichtsbarkeit, 1980, 370면 이하; Rolf Schuler, 위 각주 247의 책, 601면 이하 등 참조.

249) 이 점에서 보면 외국인에 대한 사회보장법적 지위에 있어서 상호주의원칙을 채택하도록 하고 있는 사회보장기본법 제8조에 대해서도 입법정책적인 재검토가 필요하다. 이에 대해서는 예컨대 전광석, 위 각주 65의 책, 192면 이하 등 참조.

250) 위 각주 91 참조.

아니라 헌법상의 재산권의 시각에서도 그 헌법적인 정당성이 인정될 수 없다.²⁵¹⁾ 우리 국민연금법과 같이 상호주의의 조건하에 외국인에게 급여를 지급하는 입법은 헌법상의 평등의 원칙에 반할 뿐 아니라 수급권자의 재산권에 대한 중대한 침해이기도 하다는 것이다.

마지막으로 국제관계에서 형성되는 사회보장법에 영향을 미치는 헌법규정으로 최저생활보호에 관한 기본권을 들 수 있다. 우리 헌법 제34조 제1항 및 제5항에서 도출되는 최저생활을 보장받을 권리는 인권으로서의 성격을 갖는다.²⁵²⁾ 따라서 외국인이 여기에서 배제되는 것은 아니다. 다만 그렇다고 해서 우리 헌법이 외국인에게 자국민과 동일한 종류와 내용 및 수준의 급여가 지급되어야 한다는 것을 요청하는 것은 아니다. 예컨대 해당외국인이 국내법질서에 편입되어 있는 정도에 따라서 보호 여부 및 보호 내용을 결정하는 것은 허용될 수 있을 것이다.²⁵³⁾ 자기기여에 대한 반대급여의 성격을 갖고 급여의 산정 및 지급에 있어서 국적에 따른 차별이 이루어져서는 안되는 사회보험급여와 다른 점이다. 우리 기초생활보장법에서는 교육급여와 자활급여가 여기에 해당할 것이다(법 제7조 제1항 제4호, 제7호). 그런데 단기간 체류한 후 본국으로의 귀국이 예정되어 있는 자에게는 이러한 종류의 급여가 제공되어야 할 필연성은 없을

251) 이에 대해서는 예컨대 Bernd von Maydell, 위 각주 235의 논문, 191면 이하. 위에서 이미 소개한 연방헌법재판소 판결에서 제시된 소수의견의 입장이다. BVerfGE 51, 1(34f.) 참조.

252) 이 점에 대한 본격적인 논의가 아직 보이지는 않는다. 다만 외국인이 포괄적으로 우리 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리의 주체가 될 수 없다는 주장이 보일 뿐이다. 이에 대해서는 예컨대 권영성, 위 각주 237의 책, 564면; 김철수, 위 각주 237의 책, 679면 등 참조.

253) 예컨대 1953년 유럽평의회(The Council of Europe)에서 제정된 유럽공공부조협정(European Convention on Social and Medical Assistance)은 연령에 따라서 5년 혹은 10년 동안 거주한 자에 대해서는 사회부조급여를 받는다는 이유로 강제로 출국시키는 것을 금지하고 있다(제6조). 이에 대해서는 예컨대 Horst Fenge, "25 Jahre Europäisches Fürsorgeabkommen -Rückblick, Inhalt und Würdigung-", Zeitschrift für Sozialhilfe. 1979. 267면; Karl Marquardt, "Schutz gegen Ausweisung ausländischer Fürsorgeempfänger durch Abkommen des Europarats", Nachrichten des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, 1992, 22면; Rolf Schuler, 위 각주 247의 책, 780면 이하 등 참조.

것이기 때문이다.²⁵⁴⁾

국제관계에서 형성되는 사회보장법의 형성에 간접적인 영향을 미치는 다음과 같은 규정들이 있다. 직업선택의 자유, 거주이전의 자유, 또 가족보호의 요청 등이 그것이다.

헌법은 더 이상 각국의 사회보장의 수준이 균등하게 발전하도록 도모하는 것과 노동력의 이동에 필연적으로 따르는 사회보장청구권과 관련된 불이익을 방지하려는 데에 무심할 수 없다. 특히 후자의 측면에서 볼 때 사회보장법의 형성은 헌법에 보장된 직업선택의 자유를 국경을 초월하여 보장하기 위해서 필수적이라고 할 수 있다. 따라서 국제기구 및 국내입법자는 사회보장 실체적인 국제기준 혹은 국제협력을 위한 국내입법을 형성할 때 개인의 직업선택 및 행사의 자유가 최대한 실현될 수 있도록 하여야 한다. 다른 한편 헌법상의 직업선택의 자유가 사회보장법을 지도하는 원칙으로서의 성격을 갖는다 하더라도 직업선택의 자유가 직접적인 규범적인 효력을 갖고 사회보장법이 형성되는데 있어서 상위법으로 기능하는 데에는 한계가 있다. 왜냐하면 개인이 근무지를 변경하면서 발생할 수 있는 사회보장청구권과 관련된 불이익은 노동력의 이동을 저해하고 그 결과 개인으로 하여금 직업의 자유를 행사하는데 장애요인이 될 뿐 직접적으로 직업의 선택을 불가능하게 하는 것은 아니기 때문이다.²⁵⁵⁾ 따라서 직업의 자유는 사회보장법을 제정하는 입법자에게는 우선은

254) 다만 이때 자활급여와 교육급여간에는 다시 어느 정도 차이가 있다는 점이 간과되어서는 안된다. 교육급여의 대상은 아동이고, 아동의 교육기회를 중단시키는 것은 아동 개인의 성장에 중요한 영향을 미치기 때문에 자활급여에 있어서 보다는 좀더 적극적인 입법이 필요하다고 생각된다. 이 점에 대해서는 예컨대 Christian Tomuschat, "Menschenrechte als Mindeststandard für Menschen ohne Heimat", Zeitschrift für Ausländerrecht. 1984, 98면 이하 등 참조.

255) 물론 개별적인 경우에 따라서는 이와 같은 저해요인이 갖는 사실상의 효과가 개인으로 하여금 특정한 직업의 선택을 불가능하게 이르는 것으로 판단되는 경우도 있으며, 이때에는 기본권을 침해하는 것으로 보아야 한다. 이 점에 대해서 자세히는 예컨대 Wolfgang Roth, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum(Duncker & Humblot, 1994) 참조.

객관적인 지침으로서의 성격을 갖는다고 하겠다.

근무지의 이동에 수반되는 사회보장법적 지위의 불이익한 형성을 방지하려는 기능은 헌법의 거주이전의 자유를 실현하는 의미를 갖는 것이기도 하다. 우선 거주이전의 자유에는 해외로의 거주이전이 포함된다고 이해되고 있다.²⁵⁶⁾ 현재 국민연금법이 외국에 이주하는 연금수급권자의 권리행사 가능성에 대해서 침묵하고 있는 것은 따라서 입법적 태만이라고 할 수 있다. 반면 외국인에게 국내로의 거주이전의 자유가 제한없이 인정될 수는 없을 것이다.²⁵⁷⁾ 실제 각종 국제협약에서는 외국인의 국내에서의 직업활동과 관련하여 내국민과 평등하게 취급하도록 요청하고는 있다. 다만 이는 국내입국 및 체류 혹은 거주허가가 존재한다는 사실을 전제로 한 것이며, 국내입국의 자유를 인정하고 있는 것은 아니다.²⁵⁸⁾ 그러나 일단 일정 기간 국내에서 체류한 외국인에게 대해서 행정청이 자유로이 국내체류의 가능성 여부에 대해서 결정할 수 있다면 이는 해당 근로자의 생활기반을 심각히 불안정하게 만드는 것이 된다. 따라서 이 경우 행정청의 재량은 대폭 축소되어야 할 것이다.

이미 위에서 일반적으로 살펴보았지만 특히 외국인의 공공부조청구권은 필연적으로 체류권과 밀접한 기능적인 상관관계에 있다. 그러나 다른 한편 위와 같이 공공부조청구권과 체류의 자유와의 기능

256) 이에 대해서는 권영성, 위 각주 237의 책, 416면 이하; 김철수, 위 각주 237의 책, 499면 이하; 허영, 위 각주 237의 책, 433면 이하 등 참조. 우리 헌법재판소도 거주이전의 자유에 해외로의 거주이전의 자유가 포함된다는 점을 시사하고 있다. 헌재 1993. 12. 23. 89헌마 189(1980년 해직공무원의 보상 등에 관한 특별조치법에 대한 헌법소원), 판례집 5-2, 622면 이하(645면) 등 참조.

257) 이에 대해서는 예컨대 권영성, 위 각주 237의 책, 416면; 김철수, 위 각주 237의 책, 497면; Josef Isensee, "Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland", VVDStRL 32(1973). 69면 이하; Manfred Zuleeg, "Zur staatsrechtlichen Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland", Die Öffentliche Verwaltung, 1983, 366면 등 참조.

258) 이 점에 대해서 자세히는 예컨대 Albrecht Randelzhofer, 위 각주 234의 책, 13면 이하 및 23면 이하 참조.

적인 상관관계를 염두에 두더라도 사회급여수준이 높은 국가에서 공공부조급여를 받을 목적으로 입국하는 것은 물론 거주이전의 자유에 의한 보호대상이 될 수는 없다.²⁵⁹⁾ 다만 국내에서 공공부조를 받는 외국인을 강제로 출국시키는 것이 헌법과 조화될 수 있는지는 의문이다.²⁶⁰⁾ 각종 국제협약은 이를 금지하고 있다.²⁶¹⁾ 이 경우 오히려 일반적인 판단을 하기 보다는 국가의 재정적 고려 및 외국인의 대량이주를 예방한다는 법정정책적 고려와 외국인의 인권이 형량되어 개별적인 판단이 이루어져야 할 것이다.²⁶²⁾

노동력의 이동은 직접 생산에 필요한 인력 뿐 아니라 부양가족의 이동을 수반할 수도 있다. 따라서 국제사회보장법은 노동력의 이동 뿐 아니라 이에 따르는 가족의 거주이전에 대해서도 사회보장법적 지위에 있어서 불이익이 따르지 않도록 배려하여야 한다.²⁶³⁾ 이때 외국인 근로자의 가족관계를 확정하는 데에도 헌법의 이념이 존중되어야 한다. 즉 외국인의 혼인 및 가족관계를 규율하는 국제사법적 규율이 국제사회보장법에 자동적으로 적용되어야 하는 것은 아니다. 예컨대 국제사법이 적용을 지시하는 해당 국내법적으로 보면 혼인관

259) 이에 관한 입법례로 독일 연방사회부조법 제120조 제1항을 들 수 있다. 이에 대한 판례로는 BVerwG 59, 73 등 참조.

260) 재정적 및 법정정책적 고려에서 이와 같은 입법이 필요하다는 견해로는 예컨대 Horst Fenge, 위 각주 253의 논문, 266면 참조.

261) 예컨대 유럽평의회 의 유럽사회헌장 제13조 제4호 및 유럽 공공부조협정 제6조 a항 등 참조.

262) 예컨대 독일과 스위스간의 협약은 이 문제를 입법적으로 해결하고 있다. 즉 이에 따르면 30일 이상 양국민이 조약 당사국인 다른 국가에서 공공부조를 받는 경우 해당 보호대상자의 국가가 보호를 행하는 국가에게 비용보상을 하도록 하고 있다. 이에 대해서는 Rolf Schuler, "Der Einfluß des Europäischen Fürsorgeabkommens auf den sozialhilfe- und aufenthaltsrechtlichen Status der in der Bundesrepublik Deutschland lebenden Ausländer", Klaus Barwig/ Klaus Lörcher/ Christoph Schumacher(편), Familiennachzug von Ausländern auf dem Hintergrund völkerrechtlicher Verträge(Nomos, 1985), 78면 이하 등 참조.

263) 이에 관한 독일의 판결로는, BVerfGE 76, 1. 이 판결에서 연방헌법재판소가 외국인 근로자의 가족에게 체류권을 부여한 것은 아니다. 그러나 이 판결에서 가족의 체류와 관련된 결정에서 행정청은 헌법상의 가족보호의 원칙을 충분히 존중하여야 하며, 그만큼 재량이 축소된다는 점을 명백히 하였다. 이 점에 대해서 자세히는 예컨대 Rolf Schuler, 위 각주 262의 논문, 67면 이하 등 참조.

계가 인정되지는 않지만 해당 외국인의 자국 법률에 따르면 혼인관계가 인정되는 경우 국제사법과는 독자적으로 국제사회보장법에서 혼인개념을 형성하는 것이 헌법의 가족의 보호의 이념에 합치될 것이다.²⁶⁴⁾

6. 사회보장법과 기본권—재산권을 제외하고

우리 헌법상의 기본권은 평등권, 국가로부터의 자유를 내용으로 하는 기본권, 국가기능에의 참여를 내용으로 하는 기본권, 권리구제를 내용으로 하는 기본권, 그리고 국가의 적극적인 보호행위를 내용으로 하는 기본권으로 분류될 수 있다. 이들 기본권이 모두 사회보장법의 형성에 있어서 직접적인 지침이 되는 것은 아니다. 아래에서는 우리 헌법상의 기본권 중 사회보장법의 형성에 중요한 기준으로 기능하는 기본권에 한하여 설명하기로 한다.

가. 평등의 원칙, 평등권

헌법 제11조에 의해서 보장되는 평등권은 소극적인 측면과 적극적인 측면을 동시에 가지고 있다. 법적 평등의 요청과 사실적 평등의 요청이 그것이다. 이 중 특히 사실적 평등의 요청은 우리 헌법에서는 사회적 기본권의 형태로 구체화되어 있으며, 평등의 영역이 개별적으로 열거되어 있다.

264) 독일의 사회법원(BSG)은 최초에는 이러한 혼인을 인정하지 않았었고, 따라서 이러한 혼인의 당사자에게 유족급여청구권을 인정하지 않았다. 예컨대 BSGE 10, 1: 33, 219: 45, 180 등 참조. 이후 1982년 독일의 연방헌법재판소는 헌법의 이념을 존중하여 그러한 혼인(이른바 "hinkende Ehe")의 당사자에게도 사회보장청구권을 인정하도록 하였다. BVerfGE 62, 323. 이 점에 대해서 자세히는 예컨대 Wolfram Müller-Freienfels, Sozialversicherungs-, Familien- und Internationalprivatrecht und das Bundesverfassungsgericht(C.F.Müller, 1984) 등 참조.

나. 법적 평등과 사회보장법

(1) 자의의 금지

헌법 제11조를 통해서 보호되고 있는 평등의 원칙은 우선 평가대상인 개인의 주어진 조건이 본질적으로 같은 경우에는 같은 취급을, 그리고 본질적으로 다른 조건에 대해서는 다른 취급을 하여야 한다는 의미의 상대적 평등을 내용으로 한다. 말을 바꾸어 하면 헌법 제 11조의 평등의 원칙은 본질적으로 같은 상황에 대해서 자의적으로 상이한 취급을 하거나, 혹은 본질적으로 다른 상황임에도 불구하고 자의적으로 같은 취급을 하는 것을 금지한다(자의의 금지).²⁶⁵⁾ 결국 합리적인 이유가 존재한다면 적극적으로 차별을 할 것을 요청하기도 한다(합리적 차별의 요청).²⁶⁶⁾ 제대군인에게 가산점을 부여하는 규정의 합헌성을 심사함에 있어서 자의의 금지와 더불어 비례의 원칙을 적용하여 엄격심사의 원칙을 표방한바 있으나, 이러한 평등의 원칙에 대한 이해가 새로운 것은 아니다.

평등의 원칙은 한편으로는 적극적으로 평등하게 사회보장을 받을 권리의 근거로 제시되는가 하면, 다른 한편으로는 급여의 제한에 있어서 이를 방어하는 근거로 제시되기도 한다. 그러나 이 두 경우 모두 평등의 원칙이 실제 개인의 권리를 청구하고 방어하는데 실효적이지는 못하다. 전자의 경우 입법자의 형성의 자유가, 후자의 경우 공익과의 형량에 의해서 입법조치가 정당성을 갖기 때문이다. 특히 급여의 제한이 일반적인 성격을 가질수록 평등의 원칙에 기초하여 헌법적 비난을 할 수 있는 가능성은 그만큼 줄어든다. 평등의 원칙은 이념의 타당성에도 불구하고 다음과 같은 이유에서 실현에 한계

265) 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95(국세기본법 제35조 제1항 제3호의 위헌심판), 판례집 2, 245면 이하(254면 이하); 1999. 9. 16 97헌바28(공무원연금법 제23조 제2항 등 위헌소원), 판례집 11-2, 272면 이하(280면) 등 참조.

266) 헌재 1999. 4. 29. 97헌마333(공무원연금법 제3조 제2항 위헌확인), 판례집 11-1, 503면 이하(515면 이하) 등 참조.

가 있기도 하다. 첫째, 아래에서 살펴보듯이 평등의 원칙은 추상적이며, 가치중속적이기 때문이다. 둘째, 평등의 원칙이 침해된 경우 이제 이를 극복하는 것은 입법적 과제이다. 그런데 침해된 평등관계를 회복하는 방법은 두 가지이다. 즉 적극적인 이익평등을 이루거나 아니면 소극적으로 불이익한 상태에 있어서의 평등을 실현하는 것도 가능하다. 이때 전자의 해결방법이 헌법적인 필연성을 가지기 위해서는 이에 대한 근거나 헌법에 명백히 근거가 있어야 한다. 그런데 이러한 헌법적 근거가 항상 존재하는 것은 아니기 때문에 평등의 원칙은 실현에 있어서 구조적인 한계가 있다는 것이다.

위와 같은 내용의 평등의 원칙의 내용이 기계적으로 적용되어 헌법적 평가가 이루어질 수는 없다. 왜냐하면 도대체 비교의 대상인 두개 이상의 사안을 무엇을 기준으로 평가하여 본질적으로 다르다는, 혹은 같다는 평가를 할 것인가 하는, 즉 비교의 기준을 찾는 작업은 가치중속적 문제일 수밖에 없기 때문이다.²⁶⁷⁾ 예컨대 사회보장법에서 목적론적 기준을 제시하여 두개의 급여를 평가하는 경우 모든 차별적인 급여는 평등의 원칙에 반하는 공권력의 행사가 될 것이다. 이때에는 예컨대 공공부조급여와 사회보험급여는 급여의 원인관계, 즉 사회적 위험이 발생하기 전에 급여대상자가 보험료를 각출하여 보호관계를 형성하였는가 하는 원인관계는 함몰된다. 즉 하나의 급여는 최저한도의 생계수준 마저도 보호하지 못하고, 반면 다른 하나의 급여는 기존의 생활수준 혹은 그것의 일부를 보장하는 상대적으로 높은 수준의 급여이기 때문에 평등에 반하게 된다. 반대로 원인관계를 중시하여 급여가 차별적으로 이루어지는 상황을 평가하는 경우 이러한 차별적인 급여는 모두 헌법에 합치하는 것으로 평

267) 이에 대해서는 예컨대 Michael Stolleis, Möglichkeiten der Fortentwicklung des Rechts der sozialen Sicherheit zwischen Anpassungszwang und Bestandsschutz (C.H.Beck, 1984), 35면 이하 등 참조.

가될 수밖에 없을 것이다. 그러나 이와 같은 헌법적 평가는 타당하지 않다. 사회보험급여가 공공부조급여에 비해서 높은 수준을 유지하는 것은 사회보험급여의 경우 가입자의 보험료납부라는 원인관계가 존재하기 때문에 당연히 그러한 사전배려관계가 존재하지 않는 공공부조에 비해서는 다른 수준의 급여가 제공되는 것이 헌법적 정당성을 가질 수 있기 때문이다.

위와 같은 관점은 사회보장개혁과 관련해서 자주 논의되는 다음과 같은 두 개의 사안을 평가하는 데에도 일정한 시사를 준다. 먼저 의료보장에 관한 문제이다. 의료보호는 급여가 열악하고, 또 낙인효과를 가지고 있다는 점에 착안하여 의료보호대상자를 보다 효과적으로 보호하기 위해서 의료보호를 의료보험과 통합하여 일원화하자는 논의가 있다.²⁶⁸⁾ 의료보호를 의료보험과 통합할 경우 목적론적 기준에서의 평등, 즉 모든 개인이 동등한 의료급여를 받는다는 장점이 있는 것은 사실이다. 그러나 다른 한편 이 경우 원인관계에 기초하여 의료급여를 형성함으로써 나타나는 상대적 평등의 장점은 사라지게 된다. 위와 같은 기준은 의료보험통합과정에서 지역의료보험에 대한 재정보조가 요청되고 있는데 이에 대한 다음과 같은 평가를 할 수 있는 계기가 된다. 정부는 의료보험통합으로 인하여 지역의료보험재정이 열악하다는 사실, 그리고 지역의료보험재정이 열악하기 때문에 통합으로 인하여 직장의료보험의 재정에 부담요인이 된다는 사실을 인식하고 통합 후에도 지역의료보험재정의 50%에 대한 국고로부터의 재정보조를 약속한 바 있다.²⁶⁹⁾ 그런데 지역의료보험을 포함하여 의료보험은 사회보험의 한 종류이기 때문에 이에 대한 재

268) 예컨대 김병익, “한국의료보장제도가 나아가야 할 방향”, 보건과 사회연구회(편), 한국의료보장연구(청년세대, 1989), 190면 이하 등 참조.

269) 이러한 논의에서 대해서는 예컨대 최영기/전광석/이철수/유범상, 한국의 노동법개정과 노사관계(한국노동연구원, 2000), 451면 이하 등 참조.

정은 원칙적으로 보험료재정수입으로 충당되어야 한다. 따라서 정부가 위와 같은 문제점을 인식하고 재정보조를 하는 것이 바람직하기는 하지만 이에 대한 권리가 존재할 수는 없다는 것이다. 둘째, 고령으로 인하여 이미 국민연금에의 가입기회를 상실하고, 따라서 연금없이 노후를 보내야 하는 자에게 국민연금에 이른바 무각출노령연금을 도입하여 보호하자는 논의이다. 연금보험은 기본적으로 보험료를 각출하는 자들의 공동체연대에 기초하여 이루어지는 사회보장이다. 따라서 주로 상대적 평등을 실현하는 제도이다. 그런데 위와 같은 무각출연금을 도입할 경우 연금혜택을 갖지 못하는 자를 보호한다는 사회정책론적 기준에서의 평등은 달성되겠지만 국민연금의 체계는 일탈된다. 국민연금은 상대적 평등을 보호하는 제도로서 보험료납부라는 원인관계에 기초하여 운영되기 때문이다. 따라서 조세를 재원으로 하여 운영되는 무각출연금을 도입하는 것은 가능하다. 조세는 반대급여를 예정하지 않은 공과금이고, 따라서 조세지출에 있어서는 평등의 원칙이 적용될 여지가 거의 없기 때문이다.²⁷⁰⁾ 그러나 국민연금 가입자의 부담으로 보험료를 납부하여 사전배려를 하지 않은 자에게 지급되는 연금의 재원을 삼는다면 여기에는 체계일탈의 비난이 피해질 수 없다.

결국 위와 같은 구체적인 평가의 기준을 찾는 작업은 각 생활영역에 따라서 중시되는 헌법적 기준이 평가의 대상이 될 수밖에 없으며, 따라서 이에 관한 구체적인 논의는 개별 기본권을 적용하면서 해결되어야 할 것이다. 이러한 맥락에서 특히 혼인과 가족의 보호와 관련하여 심각하게 형평을 상실하고, 따라서 평등의 원칙의 시각에서 헌법적 의심이 가는 규정이 각종 연금법에서 나타난다. 다음과 같이 세 가지로 유형화할 수 있다.

270) 조세의 법적 성격에 대해서는 예컨대 전광석, 위 각주 84의 논문, 210면 이하 등 참조.

첫째, 연금보험법상 유족급여청구권자의 확정과 관련된 남녀차별의 문제이다. 우리 연금보험법상 제1순위의 유족연금수급권자는 가입자의 배우자이다. 그런데 우리 연금법은 사망한 가입자가 남자인 경우에는 여자인 남은 배우자는 소득활동여부에 관계없이 부양대체급여로서 연금수급권을 부여한다. 반면 사망한 가입자가 여자인 경우에는 남자인 남은 배우자는 60세 이상이거나 일정한 등급 이상의 장애상태에 있어야 연금수급권을 부여하고 있다.²⁷¹⁾ 이와 같이 남자의 경우 엄격한 제한을 하는 입법의 태도는 남자는 일반적으로 소득활동을 하고, 따라서 여자의 사망으로 가족의 존속이 영향을 받지 않는다는 생각이 반영된 것이라고 생각된다. 그러나 이러한 일반적인 가정은 타당성이 없다. 첫째, 고용구조의 변화에 따라 여자가 소득활동을 하는 것도 더 이상 이례적이라고 볼 수도 없다. 둘째, 설혹 위와 같은 가정이 타당하다 해도 여성은 가사활동을 수행해왔고 이러한 인력이 상실된다면 이제 남은 남편은 가사활동을 위한 인력을 시장에서 구입할 수밖에 없는 위험에 닥친다. 결국 남자의 소득활동과 여자의 가사활동은 가족의 기능유지라는 기준에서 관찰하면 본질적으로 같은 위험임에도 불구하고 우리 연금보험법이 자의적으로 차별취급을 하고 있다는 것이다. 물론 사회보험과 같이 대량행정이 이루어지는 영역에서 어느 정도 정형화(Typisierung)의 필요성이 부인될 수는 없을 것이다.²⁷²⁾ 그러나 위와 같은 우리 연금보험법의 태도는 허용되지 않는 정형화로 헌법적 한계를 일탈한 것으로

271) 국민연금법 제63조 제1항; 산재보험법 제17조 제1항 등. 반면 공무원연금법 등 특수직역종사자 연금보험에는 이와 같은 제한규정이 없다.

272) 헌법재판소는 명시적으로 표현하지는 않았지만 18세 이상의 자녀를 연금수급권자의 범외에서 제외하는 입법에 대해서 정당성을 부여하면서 정형화의 필연성을 암시하고 있다. 헌재 1999. 4. 29. 97헌마333(공무원연금법 제3조 제2항 위헌확인), 판례집 11-1, 503면 이하(515면 이하) 참조. 사회보장입법에 있어서의 정형화의 가능과 한계에 대해서는 예컨대 Bertram Schulm, "Zum Problem der Typisierung im Recht der sozialen Sicherheit", Hans Braun(편), Selbstverantwortung in der Solidargemeinschaft(Nomos, 1981), 77면 이하 등 참조.

볼 수밖에 없다.

둘째, 오늘날 가족의 해체가 사별 이외에 이혼을 사유로 하여 이루어지는 경우가 점차 의미있는 비중을 차지해가고 있다는 사실과 관련된 문제이다.²⁷³⁾ 이와 관련하여 이혼배우자에 대한 사회보장법적 불평등취급의 문제이다. 현행 연금보험법에 의하면 제1순위의 유족연금수급권자는 가입자의 사망시 가입자에 의해서 부양되고 있던 배우자이다.²⁷⁴⁾ 따라서 가입자가 이혼후 재혼을 하고 사망한 경우 가입자의 연금기대권에서 파생하는 유족연금은 두번째 배우자가 독점할 가능성이 있다. 그리고 이 경우 이혼배우자가 행한 가족의 보호와 유지를 위한 활동이 전혀 배려되지 않는 결과가 된다. 일반적으로 여성인 이혼배우자는 혼인기간중 소득활동을 하지 않았고, 따라서 독자적인 보험급여기대권이 없기 때문에 문제상황은 보다 심각하다. 또 이는 첫번째 혼인관계에 있던 배우자와 재혼관계에 있던 배우자간의 사회보장법적 지위를 비교하더라도 헌법적으로 허용되지 않는 불합리한 차별취급이라고 할 수밖에 없다.²⁷⁵⁾ 우리 민법은 1990년 개정을 통해서 이혼시 재산분할청구권이 도입한 바 있다.²⁷⁶⁾²⁷⁷⁾ 그 동안 이러한 이념이 연금보험법에도 반영되는 해결방법이 강구되어야 한다는 주장이 제기되어 왔다. 구체적으로는 혼인 기간 동안 소득근로자인 배

273) 이에 대해서는 예컨대 공세권 외, 가족결손의 유형별 특징과 가족정책의 접근방향(한국보건사회연구원, 1995), 140면 이하 등 참조.

274) 국민연금법 제63조 제1항 참조.

275) 이에 대해서 자세히는, 전광석, “혼인과 가족의 보호와 남녀평등권”, 전광석, 사회보장법학(한림대 출판부, 1993), 106면 이하 등 참조.

276) 이혼시 재산분할청구권은 민법 제839조의 2에 다음과 같이 규율되어 있다. 제1항; 협의상 이혼한 자의 일방은 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있다. 제2항; 제1항의 재산분할에 관하여 협의가 되지 아니하거나 협의를 할 수 없는 때에는 가정법원은 당사자의 청구에 의하여 당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수, 기타 사정을 참작하여 분할의 액수와 방법을 정한다. 제3항; 제1항의 재산분할청구권은 이혼한 날로부터 2년을 경과한 때에는 소멸한다.

277) 이에 대해서는 예컨대 이화숙, “부부재산제와 처의 가사노동에 대한 경제적 평가”, 현대가족법과 가족정책(김주수교수 화갑기념논문집)(삼영사, 1988), 145면 이하; 전광석, 각주 275의 논문 등 참조.

우자가 취득한 연금기대권의 일부를 타방 배우자에게 분배할 수 있도록 명시적으로 제도화하거나,²⁷⁸⁾ 또는 이혼시 재산분할청구권의 적극적인 해석을 통해서 위와 같은 결과를 도출할 수 있도록 하여야 한다는 것이다.²⁷⁹⁾ 우리 국민연금법은 1998년 노령연금에 대한 이혼 배우자의 분할청구권을 인정하는 법개정을 통하여 헌법의 이념에 충실한 상태를 실현하였다.²⁸⁰⁾ 또 헌법재판소는 이혼배우자에 대한 재

278) 이러한 입법례의 대표적인 것이 독일과 캐나다이다. 독일은 민법적인 해결방법을 택하여 공법상의 청구권 뿐 아니라 사법상의 청구권 역시 이른바 扶養調整(Versorgungsausgleich)의 대상으로 하였다. 독일 민법 제1587조 이하에서 규율되고 있다. 반면 캐나다의 경우 사회보장법에서 부양조정을 규율하고 있다. 이에 대해서는 예컨대 Neil Gilbert, “Sozialpolitik und Familienbeziehungen im Wandel”, Internationale Revue für soziale Sicherheit 1994/3-4, 182면 이하; Hans F. Zacher(편), Der Versorgungsausgleich im internationalen Vergleich und in der zwischenstaatlichen Praxis(Duncker & Humblot, 1985) 등 참조.

279) 우리 대법원은 퇴직금을 혼인중 형성된 재산의 일부로 보고 부부 중 일방이 직장에서 일하다가 이혼 당시에 이미 퇴직금을 수령하여 소지하고 있는 경우에는 분할청산의 대상으로 할 수 있다고 한다. 대법원 1995. 3. 28. 선고 94므1584. 이 판결이 퇴직금을 청산의 대상으로 한 것은 찬성할 만하다. 그러나 이혼 당시 퇴직금을 수령하였을 때에 한하여 청산의 대상이 된다는 인상을 남긴 것은 문제가 있다. 퇴직금기대권 자체가 청산의 대상이 되어야 하기 때문이다.

280) 연금분할청구권에 관한 조문은 다음과 같다.

제57조의2

제1항; 혼인기간(배우자의 가입기간중의 혼인기간에 한한다. 이하 같다)이 5년 이상인 자가 다음 각 호의 1에 해당하게 되는 때에는 그때부터 그가 생존하는 동안 배우자이었던 자의 노령연금을 분할한 일정한 금액의 연금(이하 “분할연금”이라 한다)을 지급받을 수 있다. 1. 노령연금수급권자인 배우자와 이혼한 후 60세가 된 때, 2. 60세가 된 이후에 노령연금수급권자인 배우자와 이혼한 때, 3. 60세가 된 이후에 배우자이었던 자가 노령연금수급권을 취득한 때, 4. 배우자이었던 자가 노령연금수급권을 취득한 후 본인이 60세가 된 때. 제2항; 제1항의 규정에 의한 분할연금액은 배우자이었던 자의 노령연금액(가급연금액을 제외한다)중 혼인기간에 해당하는 연금액을 균분한 액으로 한다. 제3항; 분할연금수급권자가 재혼한 때에는 그 재혼기간동안 해당 분할연금의 지급을 정지한다. 제4항; 분할연금을 청구할 권리는 제1항 각 호의 1에 해당하는 때부터 3년을 경과한 때에는 소멸한다.

제57조의3

제1항; 제57조의2제1항의 규정에 의한 분할연금수급권은 그 수급권을 취득한 후에 배우자이었던 자에게 발생한 사유로 인한 노령연금수급권의 소멸·정지에 의하여 영향을 받지 아니한다. 제2항; 분할연금은 분할연금수급권이 소멸한 때에는 그때부터, 지급이 정지된 때에는 그 정지기간동안 이를 노령연금수급권자에게 지급한다. 제3항; 분할연금은 그 수급권자에게 2 이상의 분할연금수급권이 발생한 경우에는 제52조의 규정에 불구하고 2 이상의 분할연금액을 합산하여 지급하되, 2 이상의 분할연금수급권과 다른 급여의 수급권이 발생한 경우에는 그 2 이상의 분할연금수급권을 하나의 분할연금수급권으로 보고 그 자의 선택에 의하여 그 분할연금 또는 다른 급여 중 하나만을 지급하고 선택하지 아니한 분할연금 또는 다른 급여의 지급은 정지된다. 제4항; 분할연금수급권자는 제62조제1항의 규정에 의한 유족연금을 지급함에 있어서 노령연금수급권자로 보지 아니한다.

제57조의 4

제1항; 제56조 제4항 및 제57조 제4항의 규정에 의하여 조기노령연금을 수급하고 있는

산분할에 대해서 증여세를 부과하는 것은 헌법에 반한다는 결정을 하여 이혼배우자에 대한 세법적 배려를 충실히 하였다.²⁸¹⁾ 다만 현행 국민연금법은 이혼배우자가 재혼한 경우에는 연금분할청구권을 정지하며 이를 노령연금수급권자에게 지급하도록 하고 있다.²⁸²⁾ 이로써 이혼한 배우자의 혼인에 불이익한 처우를 하여 헌법상 혼인의 자유 및 평등의 원칙과 조화될 수 없는 내용을 가지고 있다. 이 점 등을 감안하여 앞으로 국민연금법을 보다 평등의 원칙에 합치하게 개선하고, 또 이러한 이념 및 제도가 국민연금 뿐 아니라 다른 사회보장제도에도 연금분할청구권의 형태로 일반화하는 작업이 계속되어야 할 것이다.

셋째, 연금의 조정과 관련된 문제이다. 연금은 국가의 일방적인 급여가 아니며, 가입자가 사회적 위험이 발생하기 전 보험료를 각출하여 형성한 보험법적 관계에서 성립되며, 따라서 자기기여에 대한 반대급여로서의 성격을 갖는다. 그런데 정책적으로 보면 연금수급자가 계속 소득활동을 하여 소득이 있는 경우 연금과의 조정에 관한 문제가 발생한다. 국민연금법은 이 경우 일정 기간 연금을 삭감하여 지급한다(재직자노령연금).²⁸³⁾ 이에 비해 공무원연금과 군인연금 등은 다음과 같이 차별화하여 규율하고 있다. 첫째, 노령연금수급자가 민간기업에 취업하여 소득이 있는 경우 이 소득은 연금과 조정되지 않는다. 둘째, 이들이 다른 특수직종종사자를 대상으로 하는 연금보

자로서 65세 미만인 자가 제56조 제5항의 규정에 의한 소득이 있는 업무에 종사하게 된 때에는 그 기간에 해당하는 조기노령연금은 그 지급을 정지한다. 제2항; 제1항의 규정에 의하여 조기노령연금의 지급이 정지된 자가 그 후 소득이 있는 업무에 종사하지 아니하게 되어 다시 조기노령연금을 수급하게 되는 경우의 기본연금액은 전후의 가입기간을 합산하여 제47조의 규정에 의하여 다시 계산한 기본연금액에 조기노령연금을 처음 수급할 당시의 지급률을 적용한 액으로 한다.

281) 헌재 1997. 10. 30. 96헌바14(구 상속세법 제29조의2 제1항 제1호 중 이혼한 자의 재산분할에 대한 증여세 규정 부분 위헌소원), 관례집 9-2, 454면 이하 참조.

282) 국민연금법 제57조의2 제3항 및 제57조의 3 제2항 참조.

283) 국민연금법 제57조 제3항.

협법이 적용되는 직장에 취업하여 소득이 있는 경우에는 연금이 지급되지 않는다. 셋째, 노령연금수급권자가 국가 또는 지방자치단체가 자본금의 2분의 1 이상을 출자한 기관 및 한국은행과 국가, 지방자치단체 및 정부투자기관이 단독 또는 공동으로 출자한 총액이 자본금의 2분의 1 이상인 기관 등에서 보수 혹은 급여를 지급받고 있을 때에는 연금의 50%가 지급정지된다.²⁸⁴⁾ 그런데 이와 같이 임금지급기관의 종류가 다르다고 해서 임금의 법적 성격이 달라지는 것은 아니다.²⁸⁵⁾ 그럼에도 불구하고 임금지급기관의 종류에 따라서 조정 여부 및 내용을 달리하는 데에 합리적인 이유가 보이지 않는다.

평등의 원칙은 사회보장체계에 참여하고 있는 가입자집단과 기능집단간의 형평을 도모하는 기준이 되기도 한다. 즉 의료보험에 있어서와 같이 사회보험법상의 급여가 민간경제주체가 참여하여 제공되는 경우 사회보험의 체계를 운영하기 위한 부담은 가입자와 급여제공자간에 부담의 형평이 유지되어야 한다. 민간의료기관의 일방적인 희생하에 가입자의 의료보장이 시행되는 것은 직업의 자유 등 자유권적 기본권 뿐 아니라 평등의 원칙에 비추어볼 때에도 헌법적 비난의 대상이 된다는 것이다. 이 점에서 보면 의료보험법의 개정을 통하여 보험자와 진료기관간의 진료제공을 규율하는 관계가 더 이상 일방적인 행정처분이 아닌 공법상의 계약의 형식에 의하도록 한 것은 바람직한 방향이라고 생각된다.²⁸⁶⁾

284) 공무원연금법 제47조 및 동법 시행령 제40조 제1, 2항; 군인연금법 제21조 제5항 제2호 및 동법 시행령 제23조 제1항 제2호 참조.

285) 우리 헌법재판소는 이 사안이 문제된 사건에서 이러한 문제의식을 결여하고 있다. 헌재 1994. 6. 30. 92헌가9(군인연금법 제21조 제5항 위헌제정), 판례집 6-1, 543면 이하; 2000. 6. 29. 98헌바106(공무원연금법 제47조 제1호 등 위헌소원), 판례집 12-1집(2000), 833면 이하 등 참조. 이 점에 대해서 자세히는 예컨대 전광석, “군인연금법 제21조 제5항에 대한 헌정 위헌결정”, 전광석, 헌법판례연구(법문사, 2000), 79면 이하 등 참조.

286) 위 각주 94 참조.

(2) 체계정당성

법적 평등의 원칙과 관련하여 논의가 필요한 기준이 이른바 체계정당성(Systemgerechtigkeit)의 문제이다. 평등의 원칙의 한 내용을 이루는 체계정당성의 원칙에 따르면 입법자는 그가 선택한 가치기준을 법질서를 형성함에 있어서 일관되게 존중하여야 한다. 보다 구체적으로 말하면 입법자는 특정한 상황을 규율하기 위해서 선택한 가치기준을 하나의 법률 내부에서 뿐 아니라, 동일한 규율대상을 갖는 다른 법률에서도 일관되게 준수하여야 한다.²⁸⁷⁾ 법정책적으로 보면 사회정책의 형평성을 보장하기 위해서 위와 같은 내용을 갖는 내적 및 외적 체계정당성의 요청은 되도록 존중되어야 할 것이다. 그러나 규율대상이 같다고 해서 해당 규율대상이 속해 있는 법률의 입법목적도 동일한 것은 아니다. 그리고 이와 같은 기존의 입법목적, 의미 및 체계를 일탈하는 것 자체가 입법형성권의 한계를 일탈하는 것이라고 할 수는 없다.²⁸⁸⁾ 따라서 체계정당성에 반한다는 사실이 헌법적 판단에 있어서 중요한 것이 아니고, 체계를 벗어나는 합리적인 근거가 있는가 하는 문제가 검토되어야 한다. 이 질문이 긍정된다면 평등의 원칙에 반한다고 할 수는 없다.²⁸⁹⁾

위와 같은 내용을 갖는 체계정당성의 원칙은 우리 사회보장법 등 평등의 원칙을 기준으로 평가하는 데에도 도움을 준다. 체계정당성

287) 체계정당성에 관한 일반적인 설명으로는 Christoph Degenhart, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat (C.H.Beck, 1976) 참조.

288) 이에 대해서는 예컨대 Christoph Degenhart, 각주 287의 책, 52면 이하; Wolfgang Rübner, "Das Sozialrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", Vierteljahresschrift für Sozialrecht, 1974, 87면 등 참조.

289) 실제 자주 체계정당성을 적용하여 헌법적 판단을 하고 있는 독일의 연방헌법재판소는 체계정당성의 논거를 법률이 평등의 원칙에 합치되는가의 여부를 판단하는데 있어서 하나의 징표(Indiz)로서 인정하고 있을 뿐 체계정당성에 엄격한 규범력을 인정하고 있지는 않다. 오히려 체계정당성의 논거는 반대해석을 통해서 결정의 대상이 된 법률의 합헌성을 논증하는 이론으로 사용되는 것이 일반적이다. 즉 합리적인 체계일탈의 근거가 있다면 체계일탈 자체로 인하여 위헌의 판단이 내려질 수는 없다는 것이다. 이에 대해서는 Konrad Hesse, Diskussionsbeitrag in: Christoph Link(편), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat (Nomos, 1982), 77면 등 참조.

에 반하지만 평등의 원칙에 위반된다고 할 수는 없는 경우와 체계 정당성에 반하면서 동시에 평등의 원칙을 침해하여 헌법과 합치될 수 없다고 생각되는 예를 각각 들어 보자. 두 경우 모두 우리 연금 보험법에서 발견된다.

첫번째 예는 국민연금과 특수직역종사자연금과의 관계에서 나타난다. 일반 국민을 대상으로 하는 국민연금과 특수직역종사자를 대상으로 하는 연금간에는 연금산정방법이 다르며, 그렇기 때문에 상실되는 소득에 대한 보상비율이 현저히 다르다. 가입기간 20년을 기준으로 국민연금에서는 가입자 생애평균소득의 약 30%가 지급되는 반면, 특수직역종사자 연금보험에서는 최종보수를 기준으로 50%가 지급된다.²⁹⁰⁾ 또 특수직역종사자를 대상으로 하는 연금제도간에는 가입자가 직역을 바꾼 경우 기간합산의 규정이 있다.²⁹¹⁾ 이에 비해 일반 국민연금과 특수직역종사자를 대상으로 하는 사회보험간에는 기간합산의 규정이 없다. 이러한 규율의 차이는 사회정책적으로 보면 형평을 상실하고 있는 상황이라고 볼 수 있다. 따라서 앞으로 두 제도가 통합되거나 적어도 두 제도가 합산규정을 두어 직역을 바꾸었다고 해도 연금법적 불이익이 발생하지 않도록 하여야 할 것이다.²⁹²⁾ 그러나 정책론적 판단에서 더 나아가서 위와 같은 입법적 상황이 체계정당성에 반하며, 따라서 평등의 원칙을 침해하여 헌법에 반한다고 할 수는 없다. 왜냐하면 특수직역종사자, 그 중에서 특히 공무원, 군인과 일반근로자와의 사이에는 근로의 성격 및 고용관계와 관련하여 일정한 차이가 있다는 점을 부인할 수 없으며, 따라서

290) 공무원연금법 제27조 및 제46조 제4항; 사립학교교직원연금법 제42조; 군인연금법 제21조 제2항 등 참조.

291) 공무원연금법 제23조 제2항; 사립학교교직원연금법 제32조; 군인연금법 제16조 제6항 등 참조.

292) 이러한 논의에 대해서는 예컨대 전광석, “한국사회보장법의 현황과 과제”, 법제연구 제7권 (1994). 36면 이하 등 참조.

입법자가 이 점을 착안하여 체계를 일탈하여 입법을 한다면 이를 입법형성권으로서 존중하여야 하기 때문이다. 이러한 입법이 사회정책적으로 바람직하지 않은 것은 사실이지만, 그렇다고 가장 효율적이고 형평에 맞는 해결방법을 제시하고 이에 따라 실정법을 판단하는 것이 헌법의 기능은 아니다. 물론 그렇다고 우리 헌법상 두 제도의 통합을 저해하는 장애가 존재하는 것은 아니다.²⁹³⁾ 따라서 입법자가 통합입법을 행하는 것 역시 헌법에 합치하는 입법권의 행사가 될 것이다.

둘째, 체계일탈의 정당성이 존재하지 않기 때문에 평등의 원칙에 반하는 예로 연금과 임금과의 조정에 관한 규정을 들 수 있다.²⁹⁴⁾ 근로자의 입장에서 보면 재원이 국고이건 민간기업이건 임금의 법적 성격이 달라지지는 않는다. 또 연금과 임금은 급여의 원인관계가 다르다. 즉 연금은 본인이 각출한 보험료에 대한 반대급여로서 제공되는 것이며, 급여는 근로자의 근로의 대가로서 지급되는 것이다. 그런데 우연히 임금의 재원이 국고이며, 따라서 비용부담자의 입장에서 보면 이중부담이 되더라도 이는 법적 정당성이 있는 이중부담이 된다. 실질적으로 국고부담이 되는 임금을 받는다는 이유로 사회보험급여가 삭감되는 것은 사회보험의 본질에 반하여 체계정당성(Systemgerechtigkeit)을 침해하는 것이다. 물론 이미 언급했듯이 체계일탈이 곧 평등권위반을 결과하는 것은 아니다. 그러나 이 사안에서는 체계일탈의 합리적인 근거가 발견되지 않으며, 따라서 자의

293) 이 점에서 독일 헌법은 독특하다. 독일 헌법 제34조 제4항은 “공무원법은 직업공무원제도의 여러 원칙을 존중하여 형성되어야 한다”고 규율하고 있다. 그런데 공무원 자신의 각출없이 국가재정에 의해서 운영되는 공무원부양제도(Beamtenversorgung)는 전통적인 공무원법의 일부를 구성하고 있는 것으로 이해되고 있으며, 따라서 이를 일반 국민을 대상으로 하는 연금보험과 통합하는 것에 대해서는 헌법적인 논의가 필요하다. 이 점에 대해서는 예컨대 Franz Ruland, *Möglichkeit und Grenze einer Annäherung der Beamtenversorgung an die Rentenversicherung*, 1983, 106면 이하 등 참조.

294) 이에 대해서는 위 각주 285 참조.

적인 차별취급이라고 하여야 한다. 다음과 같은 두 가지 이유이다. 첫째, 민간기업에서의 임금과 국고부담의 임금은 법적 성격이 동일함에도 불구하고 국고부담의 임금에 한하여 사회보험급여와 조정하는 합리적인 근거가 발견되지 않는다. 둘째, 만약 연금수급권자의 개별적인 재산상황을 사회보험급여산정에 반영한다면 왜 임금만이 고려의 대상이 되며 다른 재산상황은 고려되지 않는지 설명하기 쉽지 않을 것이기 때문이다.²⁹⁵⁾ 이밖에 특수직종종사자연금 수급권자가 다른 특수직종에 종사하게 된 연금 전액이 지급정지되는 입법 역시 평등의 원칙에 따른 심사가 필요하다. 특수직종종사자의 경우 다른 특수직종에 종사하게 된 경우 이들 특수직종종사자연금보험은 조직적으로 분리되어 있을 뿐 실질적으로는 위험공동체로서 통일적인 기능을 수행한다는 점을 염두에 두면 연금의 지급이 정지되는 것이 정당성을 가질 수도 있다.²⁹⁶⁾ 그러나 다른 한편 다음과 같은 차별을 정당화할 논거나 필요하다. 첫째, 국민연금법과의 관계이다. 국민연금법의 경우 연금수급권자가 계속 소득활동을 하는 경우 연금의 지급이 50% 정지되기는 한다. 그러나 연령이 높아지면서 지급정지되는 연금액이 줄어든다. 그리고 65세에 이르게 되면 소득활동 및 소득액에 관계없이 연금이 전액지급된다. 둘째, 같은 특수직종종사연금의 수급권자이더라도 이들이 민간기업에 취업한 경우에는 연금지급에 영향을 주지 않기 때문이다.

우리 사회보장법은 합리적인 이유가 존재하지 않으면서 체계부조화를 나타내어 헌법적 의심이 가는 많은 조항을 가지고 있다. 두개 이상의 사회보장급여청구권의 조건을 동시에 충족시키는 경우 급여

295) 이에 대해서 자세히는 예컨대 전광석, 위 각주 285의 논문 참조.

296) 헌법재판소는 이 점만을 존중하여 해당 입법에 대해서 합헌결정을 내린 바 있다. 헌재 2000. 6. 29. 98헌바106(공무원연금법 제47조 제1호 등 위헌소원), 판례집 12-1(2000), 833면 이하 참조.

의 조정이 대단히 무원칙하게 이루어지고 있는 것이 좋은 예이다.²⁹⁷⁾ 또 연금보험에서 유족급여가 지급되는 경우 일반 사회보험과 특수직역 종사자를 대상으로 하는 사회보험 사이에 유족급여청구권이 성립되기 위한 조건이 다르다는 상황도 헌법적 비난을 받아야 한다. 즉 전자에서는 유족의 소득활동능력을 고려하여 소득활동능력이 없다고 의제되는 조건이 충족되었을 경우에 한하여 유족급여가 지급된다.²⁹⁸⁾ 반면 특수직역종사자 사회보험에서는 이러한 급여의 제한이 없다. 그런데 이와 같은 차별취급의 합리적인 근거가 발견되지 않는다는 것이다.

이밖에 헌법재판소는 제대군인지원에 관한 법률에 의하여 제대군인에게 채용시험에 있어서 가산점을 부여하는 제도가 장애인보호의 입법목적과 체계부조화의 관계에 있다는 이유로 평등의 원칙에 반하며, 따라서 위헌이라는 결정을 한 바 있다. 여기서 헌법재판소는 체계조화의 헌법적 요청이 규범간에도 존중되어야 한다는 점을 명확히 한 것이다.²⁹⁹⁾

(3) 사실적 평등과 사회보장법

평등의 원칙은 위에서 설명한 법적 평등 뿐 아니라 법적 평등(rechtliche Gleichheit)이 실질적으로는 평등사회를 실현하지 못한다는 한계를 주목하고, 실질적인 평등을 추구하고 있기도 한다. 법적 평등은 결국 주어진 사실상의 불평등을 지속화하는 결과를 낳기 때문이다. 이때 실질적인 평등은 모든 개인의 동일화를 추구하는 것

297) 이에 대해서 자세히는 진광석, “한국노령보장법제의 현황과 과제”, 진광석, 사회보장법학(한림대출판부, 1993), 190면 이하 참조.

298) 위 각주 271 참조.

299) 평등의 원칙, 그리고 사실적 평등의 요청에 따른 헌법적 심사의 가능성과 한계에 대해서는 예컨대 박경신, “미연방대법원의 다단계심사의 도입과 제대군인가산점제도결정”, 헌법판례연구II(2000), 193면 이하; 정연주, “가산점제도의 헌법적 문제점-현재 1999. 12. 23. 98헌마 363을 중심으로”, 위 같은 책, 171면 등 참조.

은 아니다. 개인의 인격을 발현하기 위한 기초적인 조건을 보장하기 위해서 필요한 범위에서 기준을 제시하여 이 기준에 따른 평등을 추구한다는 것이다. 이를 사실적 평등(faktische Gleichheit) 혹은 결과적 평등(Folgentgleichheit)이라고 부르기도 한다. 그러나 이 두 개념은 총체적인 동일화의 인상을 준다. 따라서 이러한 개념보다는 오히려 인격발현을 위해서 필요한, 정책적으로 정해진 기준에 따라서 동일한 조건을 보장한다는 의미에서는 출발의 평등(Startengleichheit)이라는 표현이 보다 적합할 것으로 생각된다.

위와 같은 내용을 갖는 평등은 바로 사회보장법에 의해서 추구되며, 그리고 사회보장법에 대한 헌법적 판단의 중요한 논거이다. 그리고 이때 매우 다양하게 사회보장법에서 실현되어야 사회적 평등의 문제들, 예컨대 사회적 평등의 내용, 실현의 방법 및 형태, 그리고 사회적 평등의 헌법적 기속력의 정도 등등이 제기되고 대답되어야 할 것이다. 그런데 우리 헌법은 사회적 기본권을 입법화하여 사회적 평등이 실현되는 구체적인 생활영역을 열거하고 있다. 따라서 사회보장법에서 사회적 평등과 관련된 논의는 구체적으로는 사회적 기본권을 설명하는 곳에서 행하는 것이 바람직하다. 헌법 제11조와 관련하여 사회적 평등을 논의할 경우 필연적으로 추상적인 논의의 차원에 머무를 수밖에 없기 때문이다.

다. 국가로부터의 자유를 위한 기본권

국가로부터의 자유를 내용으로 하는 기본권 중 아래에서는 행복추구권, 생명권·인격권·신체불훼손권, 사생활의 비밀과 자유, 양심의 자유와 종교의 자유, 거주이전의 자유, 직업선택의 자유에 한정하여 설명한다.

(1) 행복추구권

행복추구권에 대한 이해방법은 다양하다.³⁰⁰⁾ 가장 일반적으로는 행복추구권은 일반적인(포괄적인) 자유권으로 이해되고 있다.³⁰¹⁾ 이때 행복추구권은 국가에게 행복을 추구하기 위한 적극적인 행동을 요청하는 헌법적인 근거가 아니라 국가의 간섭을 배제하는 내용의 소극적인 내용의 기본권으로 이해되고 있다. 이에 기초하여 예컨대 개인의 계약의 자유가 헌법상의 기본권으로 이해되고 있다.³⁰²⁾ 이와 같은 내용의 행복추구권이 사회보장법을 헌법적으로 판단하기 위한 기준으로 등장하는 경우는 드물다. 다음과 같은 두 가지 경우가 사회보장법에서 문제가 될 수 있다.

첫째, 사회보장법 중 사회보험법은 가입자와 사회보험주체간의 공법상의 계약에 의해서 성립·존속되는 법률관계이다. 그리고 이때 이러한 공법상의 계약관계는 강제적으로 성립된다.³⁰³⁾ 따라서 이 경우 가입자가 행복추구권을 근거로 사회보험에 강제적으로 가입되는 법률관계에 대해서 헌법적 이의를 제기할 수 있을 것이다. 그러나 이와 같은 내용의 헌법적 이의가 수용될 가능성은 극단적인 경우를 제외하고는 드물다. 사회보험이 개인의 계약의 자유를 제한하는 효과를 갖는 것은 사실이지만 이러한 기본권의 제한은 다음과 같은 두 가지 논거로 일반적으로는 정당화될 것이기 때문이다. 첫째, 사회보험은 가입자에게 부담만을 부과하는 법률관계가 아니다. 오히려 모든 개인에게 동일한 확률로 발생할 가능성이 있는 사회적 위험으

300) 이에 대해서는 예컨대 김선택, “행복추구권”, 고시연구 1993/10, 351면 이하; 전광석, “형법 제241조의 위헌 여부에 대한 헌법소원”, 전광석, 헌법관례연구(법문사, 2000), 221면 이하 등 참조.

301) 현재 1995. 7. 21. 93헌가14(국가유공자예우 등에 관한 법률 제9조 본문 위헌제청), 관례집 7-2, 1면 이하(32면) 등 참조.

302) 위 각주 197 참조.

303) 이 점을 비롯하여 사회보험법적 법률관계의 내용에 대해서는 예컨대 전광석, 위 각주 65의 책, 66면 이하 등 참조.

로부터 개인을 보호하는 입법목적을 가지고 있다. 사회보험에서 강제가입이 사회적 연대의 원칙에 정당성의 근거를 두고 있지만 사회적 연대의 원칙은 가입자의 사회적 보호에 기여하기 위한 것이기 때문이다.³⁰⁴⁾ 둘째, 사회보험은 모든 개인을 사회적 위험으로부터 보호하는 입법목적을 가지고 있다. 이와 같은 공공복리는 개인의 계약의 자유에 대한 제한을 정당화할 것이기 때문이다. 다만 개인의 장래 생활을 전적으로 공법체계에 포섭하는 경우와 같은 극단적인 경우에는 헌법적인 비난의 정도가 증가하며, 일정한 단계에서는 위헌의 판단을 피할 수 없을 것이다.³⁰⁵⁾ 이 경우 개인은 자기결정권에 기초한 장래의 경제적 생활에 대한 자기설계의 기회를 완전히 박탈당하고 전적으로 공법적인 체계에 편입되어 국가가 제시하는 조건하에서 비로소 자유로운 생활환경을 가지게 될 것이기 때문이다.

둘째, 행복추구권이 다른 기본권과 결합하여 국가에게 개인의 사회보장을 위해서 적극적인 행위를 요구하는 헌법적인 근거로서 기능하는 경우이다. 그러나 이러한 상황에서 행복추구권은 독자적인 기능을 갖는 것은 아니다. 이미 언급했듯이 행복추구권은 국가의 간섭으로부터 자유를 내용으로 소극적인 기본권으로 이해되고 있기 때문이다.³⁰⁶⁾ 우리 헌법재판소 역시 현재까지 이러한 청구를 내용으로 하는 사안에서 행복추구권에 독자적인 기능을 부여하지 않고 있다.³⁰⁷⁾

304) 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289(국민건강보험법 제33조 제2항 등 위헌확인), 판례집 12-1(2000), 913면 이하(943면 이하) 참조. 가입강제에 대해서 독일연방헌법재판소 역시 가입자에 대한 사회적 보호의 필요성 혹은 가입자에 경제적 이익의 귀속에서 헌법적으로 정당화하고 있다. 예컨대 BVerfGE 10, 34(36ff.); 29, 221(237, 241); 53, 313(326); 75, 108(159ff.) 등 참조.

305) 위 각주 194, 195 등 참조.

306) 위 각주 302 참조.

307) 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14(국가유공자예우 등에 관한 법률 제9조 본문 위헌제정), 판례집 7-2, 1면 이하; 2000. 6. 1. 98헌마216(국가유공자예우 등 및 지원에 관한 법률 제20조 제2항 등 위헌확인), 판례집 12-1집(2000), 622면 이하 등 참조.

(2) 생명권, 인격권, 신체불훼손권

헌법재판소는 인간의 존엄조항을 한편으로는 헌법의 존재근거, 혹은 헌법질서의 핵 또 혹은 기본권의 기본질서와 같이 객관적인 원칙규범으로 파악하고,³⁰⁸⁾ 다른 한편으로는 경우에 따라서 개별적인 기본권의 근거로서 이해하고 있기도 하다.

먼저 인간의 존엄으로부터 개인은 국가에 대해서 생명권을 갖는다.³⁰⁹⁾ 그러나 생명권이 사회보장법에서 직접적인 형성 혹은 통제규범으로 기능하는 가능성은 별로 없다. 경우에 따라서 의료보험법이 보호의 내용 및 범위를 불충실하게 형성하여, 이로써 의료보험법적 보호의 대상이 되지 못하고, 따라서 생명권이 위협된다는 논거가 있을 수 있다. 그러나 이 경우에도 생명을 직접 위협하는 것은 자신의 질병 자체이며, 생명권으로부터 모든 개인이 질병으로부터 자유로울 수 있는 권리가 도출되는 것은 아니다. 첫째, 국가가 개인을 질병으로부터 보호할 과제가 있는 것은 사실이지만 국가가 질병을 예방하거나 질병으로 인한 신체의 비정상적인 상태를 모두 방지할 수는 없다. 국가가 질병을 통제할 수는 없을 것이기 때문이다. 둘째, 개인을 질병으로부터 보호하는 국가가 국가로 하여금 이를 위한 제도를 충실히 형성할 정치적 과제를 내용으로 하는 것이며, 개인이 이에 대한 구체적인 권리를 가질 수는 없다.

인간의 존엄조항은 인격권의 근거로서 기능하기도 한다.³¹⁰⁾ 사회보장법을 효율적으로 형성하고 운영하는 과제를 갖는 국가는 이를 충실히 실현하기 위해서 보호대상자인 개인의 세부적인 정보를 보유

308) 위 IV.1. 참조.

309) 헌재 1996. 11. 28. 95헌바1(형법 제250조 등 위헌소원), 판례집 8-2, 537면 이하 참조.

310) 헌재 1991. 4. 1. 89헌마160(민법 제764조의 위헌여부에 관한 헌법소원), 판례집 3, 149면 이하(155면); 1991. 9. 16. 89헌마165(정기간행물의 등록 등에 관한 법률 제16조 제3항, 제19조 제3항의 위헌여부에 관한 헌법소원), 판례집 3 518면 이하(527면) 등 참조.

하고 있어야 한다. 따라서 국가의 정보활동에 의해서 개인의 인격이 침해될 가능성이 있는 것은 사실이다. 그러나 이들 정보를 요구하고 보유하고 있다는 사실로부터 곧 인격권이 침해되는 것은 아니다.³¹¹⁾ 이들 정보가 인격권을 침해하는 내용으로 사용되었을 때 비로소 인격권과의 관련성이 생기기 때문이다. 그런데 사회보장법에서 이와 같이 인격권을 침해하는 행위 및 의도가 확인되는 경우는 지극히 예외적이다. 따라서 사회보장법이 기능하기 위해서 필요한 정보과정에서 인격권보다는 사생활의 비밀과 자유가 보다 직접적인 관련성을 갖고 헌법적 심사의 기준이 된다.

마지막으로 인간의 존엄은 신체불훼손권의 헌법적 근거가 되기도 한다.³¹²⁾ 이는 특히 사회보장법이 급여의 조건으로 보호대상자에게 일정한 협조의무가 부과되어 있고, 이러한 협조의무가 의료적 조치를 내용으로 하는 경우 문제가 될 수 있다. 예컨대 의료보험법상 효율적인 진료를 위하여 수급권자가 보험자의 요구에 따라 진료받을 의무가 부과되는 경우가 있다. 그런데 이러한 진료의 내용이 진료의 효율성을 증진시키는 목적과 비례관계에 있지 않고, 수급권자의 의사에 반하여 수급권자의 신체의 완전성을 훼손할 가능성이 있는 경우 수급권자는 신체불훼손에 대한 권리를 근거로 협조의무를 거부할 수 있을 것이다.³¹³⁾ 이외에 산재보험법과 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 등과 같이 급여 여부 및 내용을 결정하기 위하여

311) 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, “정보화사회의 헌법구조”, 전광석, 헌법판례연구(법문사, 2000), 452면 등 참조.

312) 우리 헌법상 신체불훼손권이 인정된다고 일반적으로 이해하고 있다. 다만 그 근거에 대해서는 논란이 있다. 이에 대해서는 예컨대 권영성, 위 각주 237의 책, 347면; 김철수, 위 각주 237책의 책, 367면 등 참조. 예컨대 독일 헌법은 제2조 제2항에서 신체불훼손권(Das Recht auf körperliche Unversehrtheit)을 명시적으로 보호하고 있다.

313) 이 점에 대해서는 예컨대 Helmar Bley, “Die Relevanz verfassungsrechtlicher Grundentscheidungen im materiellen Sozialrecht”, Die Sozialgerichtsbarkeit. 1974. 330면; Hans F. Zacher/ Alexander Peltner, “Der Verfassungssatz von der Menschenwürde und die nichtwirtschaftlichen Freiheitsrechte”, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, 1979, 714면 등 참조.

신체장애등급을 측정할 필요성이 있는 경우에도 같은 문제 상황이 발생할 수 있다.

(3) 사생활의 비밀과 자유

사회보장법에 의한 보호의 여부 및 급여의 종류와 내용은 개인의 사회적 상황을 기준으로 결정된다. 그런데 이때 경우에 따라서 수급권자 개인 혹은 그 가족은 이러한 상황이 외부에 공개되기를 원치 않을 것이며, 따라서 이때 사회보장의 기능유지를 위하여 필요한 정보수요와 개인의 사적인 은밀한 영역에 대한 보호의 요청은 충돌하게 된다. 특히 정형화된 사회적 위험에 대한 정형화된 급여가 제공되는 사회보험의 영역보다는 비전형적인 위험을 보호하고, 또 급여 자체가 낙인효과가 있을 수 있는 공공부조법에서 이러한 경향은 강할 것이다. 역시 구체적인 상황에 대한 보호를 내용으로 하고 있는 아동복지법, 노인복지법 및 장애인복지법에 의한 조치 역시 같은 문제에 노출되어 있다. 따라서 이에 관한 실정법은 특히 이들 법률에서 개인의 정보보호에 대한 요청을 행하고 있다.³¹⁴⁾ 즉 이들 영역에 종사하는 자는 업무상 지득한 사실을 외부에 공개해서는 안될 의무가 있다. 또 이들에 대한 정보의 요구 자체도 제도의 기능을 유지하는 데에 최소한의 범위내에서 이루어져야 할 것이다.

(4) 양심의 자유, 종교의 자유

고용보험법에서 실업으로 인정되기 위해서는 실업인정기관에 신고를 하여야 하며, 또 가입자가 실업인정기관에서 알선하는 직업을 수행할 의무가 있다.³¹⁵⁾ 이때 알선되는 직업이 수급권자의 양심 혹은

314) 사회보장기본법 제31조; 아동복지법 제38조; 장애인복지법 제30조 및 동법 시행령 제17조 등 참조.

315) 고용보험법 제34조 및 제46조 참조.

종교의 자유와 충돌한다는 이유로 이를 거부하는 것이 가능한가, 그리고 이는 실업급여를 거부하는 사유가 될 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 양심의 자유 및 종교의 자유는 단순히 내심의 영역에서의 개인의 자유로운 형성권만을 보호하는 것은 아니다. 즉 양심 및 종교실현의 자유가 동시에 보호된다.³¹⁶⁾ 그러나 현실에 있어서 객관적으로 개인의 양심 및 종교의 자유와 배치되는 직업을 수행하도록 요구하는 경우는 지극히 희귀하다. 그러나 이러한 상황이 발생하는 경우에는 수급권자의 종교 및 양심의 자유가 우선적으로 존중되어야 하리라고 생각된다. 수급권자에게 알선될 수 있는 직업에 대해서는 직업안정기관이 선택가능성이 있는 것이 일반적이기 때문이다. 그렇다면 고용보험을 집행하는 행정청은 고용보험법의 입법목적과 개인의 양심 혹은 종교의 자유가 조화롭게 실현될 수 있도록 개인에게 선택의 자유를 부여하여야 할 것이다.

(5) 거주이전의 자유

헌법 제14조 거주이전의 자유는 개인이 거주공간을 자유롭게 선택할 수 있는 권리를 국가의 간섭으로부터 보호한다. 여기에는 해외이주의 자유가 포함되며, 해외로의 여행의 자유 역시 포함된다.³¹⁷⁾ 거주이전의 자유는 개인의 경제생활의 자유와 밀접한 관련성을 갖고 있기도 하다. 거주이전의 자유의 영업장소 선택의 자유를 보호하기 때문이다.

거주이전의 자유가 사회보장법에서 직접적으로 제한되는 경우는 드물다. 그러나 그렇더라도 거주이전의 자유는 사회보장법의 형성에 있어서 중요한 기능을 수행한다. 다음과 같은 몇 가지 점에서 그러

316) 헌재 1998. 7. 16. 96헌바35(국 국가보안법 제10조 위헌소원), 판례집 10-2, 159면 이하(166면) 참조.

317) 위 각주 256 참조.

하다. 첫째, 고용보험에 있어서 수급권자가 실업급여를 받기 위해서는 직업수행의 능력과 의사가 있어야 한다. 그리고 이러한 맥락에서 수급권자는 직업안정기관이 알선하는 직업을 수행할 의무가 있다. 이를 거부하는 경우 실업급여수급권은 상실된다.³¹⁸⁾ 그런데 경우에 따라서 알선된 직업이 수행되는 장소가 기존의 거주지와 멀리 떨어져 있어 거주장소를 이전할 필요성이 생길 수도 있을 것이기 때문이다. 그런데 기존의 생활관계를 고려하고, 특히 가족의 이주의 어려움이 있는 경우 이는 사실상 개인에게 거주이전의 자유를 제한하여 기대가능하지 않은 거주지의 이전을 강요하는 효과가 있을 것이기 때문이다. 이 점을 우리 고용보험법은 다음과 같이 반영하고 있다. 즉 취업하거나 직업능력개발훈련을 받기 위해서는 주거의 이전이 필요한데 그 이전이 곤란한 경우에는 ... 취직 또는 직업훈련을 거부하더라도 급여가 정지되지 않는다.³¹⁹⁾ 그런데 이 조문을 적용하는 경우 개인의 거주이전의 자유가 기준이 되어 비례의 원칙에 따라 급여 제한의 정당성 여부가 판단되어야 한다. 둘째, 해외여행의 자유 또는 해외이주의 자유가 헌법적으로 보장되어 있기 때문에 이러한 기본권을 행사했다는 이유로 사회보장법적 불이익을 받아서는 안되며, 국가는 이들에게 사회보장법적인 불이익이 발생하지 않도록 입법 및 행정적 조치를 취할 의무가 있다. 이 점에 대해서는 위에서 상세히 설명하였으므로 그 곳에서의 설명을 참조하기 바란다.³²⁰⁾ 이와 같이 거주장소의 이동으로 인하여 발생할 수 있는 사회보장법적인 불이익은 국내에서의 거주이전의 경우에도 마찬가지이다. 따라서 예컨대 기존의 거주장소에서 일정한 기간 거주한 사실이 있는 경우

318) 고용보험법 제46조 제2항 참조.

319) 고용보험법 제46조 제1항 참조.

320) 이 글 위 V 참조.

에 한하여 공공부조급여를 행한다거나 혹은 거주장소를 이동한 경우 일정한 기간 공공부조급여를 제한하는 것은 거주이전의 자유와 조화될 수 없을 것이다.

(6) 직업선택의 자유

(가) 직업선택의 자유의 내용과 기능

헌법 제15조에서 보장되는 직업선택의 자유는 개인의 생활을 영위하기 위해서 필요한 물질적 기반을 획득하는 기회를 보호한다. 이러한 의미에서 직업선택의 자유는 재산권과 함께 개인의 경제적 생활영역에 적용되는 대표적인 기본권이다. 헌법이 비록 직업선택의 자유라는 표현을 사용하고 있지만 여기에는 당연히 선택한 직업을 자유롭게 행사하는 자유가 포함된다. 다만 직업선택의 자유와 직업행사의 자유는 제한의 경제적 파급효과가 다르기 때문에 제한에 있어서 적용되는 기준이 다르다. 직업선택의 자유는 주관적 권리로서의 성격 뿐 아니라, 사회경제질서를 형성하는 객관적인 질서로서의 성격을 갖기도 한다. 이러한 관점에서 직업선택의 자유는 영업의 자유, 즉 영업을 자유롭게 개시하고, 수행할 자유를 보장한다. 나아가서 영업의 자유의 당연한 결과로서 자유경쟁을 배제하는 독점이나 그밖의 형태의 자유경쟁의 제한은 원칙적으로 허용되지 않는다. 따라서 국가적 독점은 특별히 이를 정당화하는 자유가 존재하는 경우에 한하여 가능하다. 직업선택의 자유는 국가에게 적극적인 직업보호의 과제를 부담시킨다. 따라서 고용정책 및 사회보장정책에 있어서는 국가는 단순히 노동의 기회를 부여하고, 고용관계를 보호하는 데에 그치지 않고 적극적으로 직업교육 및 촉진을 통하여 노동의 질을 유지시킬 객관적인 의무를 진다.

사회보장법에서 직업선택의 자유가 헌법적 판단의 기준으로 적용

되는 경우는 다음과 같이 유형화할 수 있다.

첫째, 사회보장급여의 조건으로 수급권자의 직업의 자유가 제한되는 경우이다.

둘째, 특히 의료보험에서 나타나는 현상으로, 사회보장주체가 급여체계의 효율적인 운영을 위하여 의사 등 급여전달자의 직업의 자유를 제한하는 경우이다. 여기서는 해당 공법적인 체계에의 접근의 기회 자체, 기회의 박탈 등의 제한 그리고 대가관계 등이 규율의 대상이 되며, 동시에 헌법적인 평가의 대상이 된다.

셋째, 기존의 민간기업이 수행하던 사회보장의 기능을 국가가 독점하거나 혹은 국가가 참여하여 사기업의 활동을 위축시킴으로서 민간기업의 영업의 자유를 제한하는 경우이다. 민간기업의 시장참여를 봉쇄하는 것을 정당화할만한 공익이 존재하는가, 그리고 이러한 방법이 적합한 수단으로 평가될 수 있는가 하는 문제가 검토되어야 할 것이다.

넷째, 고용관계에서 사용자가 부담하는 각종 사회보장비용, 경우에 따라서 사용자에게 부담되어 있는 고용의무가 기업의 자유로운 활동을 침해하는 정도에 이르는가의 여부가 검토되어야 한다. 마지막으로 사회보장법상의 급여의 조건으로 노동의 의무가 부과되어 있는 이와 같은 의무의 내용이 구체적인 경우에 있어서 국가의 직업보호의 의무와 조화될 수 없다는 평가가 이루어질 수 있지 않을까 하는 점에 대한 접근이 요구된다.

(나) 연금급여와 임금의 조정과 관련된 문제

우리 사회보장법은 일반적으로 연금수급자가 독자적인 소득활동을 하는 경우 연금급여에 대한 조정을 하고 있다. 국민연금의 경우 연금수급자의 소득이 법에 정한 일정한 수준을 넘는 경우 연금의 지

급을 2분의 1로 줄이고, 65세가 이르러서야 비로소 소득에 관계없이 연금 전액이 지급된다.³²¹⁾ 특수지역연금의 경우는 조금 복잡하다. 즉 퇴직자가 기존의 직장에서 퇴직하였지만 특수지역연금법이 적용되는 다른 직역에 종사하는 경우에는 연금의 전액이 지불되지 않는다. 법에 정해진 정부출연기관에 취업한 경우에는 연금의 2분의 1이 삭감된다.³²²⁾ 반면 민간기업에 취업한 경우에는 연금의 전액이 지급된다. 이러한 입법상황을 직업선택의 자유를 기준으로 보면 다음과 같은 몇가지 헌법적 판단이 가능하다.

특수직역간의 퇴직과 재취업의 경우 연금 전액이 지급되지 않는 것은 직업선택의 자유와의 관련성이 거의 없다. 공무원연금과 군인연금, 그리고 사립학교교직원연금은 각각 독립된 법률로 운영되고 있기는 하지만 보호되는 사회적 위험을 중심으로 보면 하나의 통일체를 이룬다고 보아야 한다. 이와 같이 통일체를 이루는 사회보험에서는 가입자가 직역을 옮겼더라도 퇴직이라는 사회적 위험이 아직 발생한 것이 아니다.³²³⁾ 그러나 이는 직장을 옮긴 후 여전히 보험가입대상으로 남아 있고, 따라서 근무기간이 합산의 대상인 경우 적용되는 논리이다. 새로운 직장에서의 업무가 이미 보험가입대상인 업무에 속하지 않는 경우에는 아래에서 보는 바와 같이 일반 민간기업에 취업한 경우에 비해서 불이익을 받으며, 이로써 직업선택의 자유를 행사하는데 있어서 장애가 발생할 수 있다.³²⁴⁾

321) 국민연금법 제56조 제3항, 제57조 제3항.

322) 공무원연금법 제47조 및 동법 시행령 제40조; 사립학교교직원연금법 제42조; 군인연금법 제21조 제5항 및 동법 시행령 제23조 제1항.

323) 헌재 2000. 6. 29. 98헌바106(공무원연금법 제47조 제1호 등 위헌소원), 판례집 12-1(2000), 833면 이하 참조.

324) 헌법재판소는 특수직종간 이동의 경우 연금지급을 정지하는 규정에 대한 평가를 하면서 특수직종종사자를 대상으로 하는 연금보험이 상호 통일체를 이룬다는 이유로 합헌으로 평가하였다. 헌재 2000. 6. 29. 98헌바106(공무원연금법 제47조 제1호 등 위헌소원), 판례집 12-1(2000), 833면 이하; 그러나 이때 직업의 자유를 기준으로 하는 접근을 하지는 않고 있다. 특히 헌법재판소가 제대군인에게 채용시험에 있어서 가산점을 부여한 규정에 대한 위헌성 심사에서 사실상의 기본권 침해를 이유로 위헌결정을 했다. 위 각주 299 참조. 이 점

퇴직자가 민간기업에 재취업한 경우에는 다음과 같은 불균형이 나타난다. 즉 국민연금법에서는 일정한 수준 이상의 소득이 있는 경우 65세에 달할 때까지 연금의 일부가 지급되지 않는 반면, 특수직역연금에서는 연금이 조정되지 않는다. 이러한 불균형을 정당화할만한 헌법적 근거는 존재하지 않는다고 생각된다. 특수직역연금에서 정부출연기관에 재취업한 자에게 연금의 2분의 1을 삭감하는 규정 역시 헌법적 정당성을 갖기 힘들다. 소득의 원천이 되는 직업활동을 한다는 이유로 그러한 직업활동을 하지 않는 자에 비해서 불이익한 처분을 하는 것이 되기 때문이다. 물론 이러한 연금법의 규정을 통해서 개인의 직업선택의 자유가 직접 침해되는 것은 아니다. 그렇지만 간접적인 영향을 주는 것을 부인할 수가 없다. 헌법재판소는 이와 유사한 사안에서 연금의 일부가 삭감되는 것을 인지하고 취업하는 것은 자신의 선택이기 때문에 불이익을 감내하여야 한다는 논리를 전개한 바 있다.³²⁵⁾ 그러나 직업선택의 자유는 바로 자신이 원하는 직업을 선택할 자유를 국가로부터 침해당하지 않을 것을 보장하는 것이다. 따라서 자신의 선택에 의한 직업을 수행하는 것에 대해서 국가가 불이익취급을 한다면 이는 직업선택의 자유를 간접적인 방법을 통해서 제한하는 것이다. 다만 이러한 간접적인 직업선택의 자유에 대한 제한이 위헌으로 판단될 수 있는가 하는 문제에 대해서는 좀더 본격적인 이론구성을 통해서 대답되어야 할 것이다. 앞으로 기본권이론의 과제이다. 아마도 우선은 기본권에 대한 간접적인 제한을 통해서 나타나는 경제적 및 인격실현에 있어서의 파급효과가 직접적인 방법을 통해서 기본권을 침해하는 정도에 이르렀을

을 고려하면 향후 위와 같은 문제에 대한 적극적인 심사가 요구된다.

325) 헌재 1994. 6. 30. 92헌가9(군인연금법 제21조 제5항 위헌제청), 판례집 6-1, 543면 이하(554면). 이 결정에 대해서 자세히는, 전광석, 위 각주 285의 논문 참조.

때 비로소 위헌으로 판단된다고 할 수 있을 것이다.³²⁶⁾

(다) 급여전달자의 직업선택의 자유

우리 의료보험법에서 의료급여는 국가가 직접 제공하는 것이 아니고, 민간경제주체인 의사의 행위를 통해서 전달된다. 여기서 이미 언급했듯이 의사가 의료보험체계에 편입되는 가능성, 법률관계의 내용, 그리고 진료행위에 대한 보상의 문제가 헌법적인 검토를 필요로 한다.

기존의 의료보험법은 보건복지부장관이 정하는 바에 따라서 보험자 또는 보험자단체가 요양기관을 지정하도록 하였다. 또 의료보험법상의 의무에 위반되는 경우 지정취소의 제재가 가능하였다.³²⁷⁾ 이 규정은 1999년 폐지되었다. 대신 모든 의료기관이 당연 요양기관으로 지정된다.³²⁸⁾ 또 의무위반에 대한 제재로서 업무정지를 명하거나 혹은 과징금이 부과되도록 하였다.³²⁹⁾ 이로써 지정취소로 인하여 사실상 직업선택의 자유를 제한하는 결과가 발생하는 가능성은 사라졌다. 그러나 업무정지명령을 내리거나 과징금을 부과하는 경우 여전히, 비례의 원칙, 그리고 이것이 직업의 자유의 영역에서 구체화된 이른바 단계이론(Stufentheorie)에 따른 심사가 이루어져야 할 것이다.³³⁰⁾

326) 이에 대해서는 예컨대, Rüdiger Breuer, “Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung”, Josef Isensee/ Paul Kirchhof(편), Handbuch des Staatsrechts Bd.VI(C.F.Müller, 1989), 982면 이하.

327) 개정전 의료보험법 제33조 제1항에 의하면 보험자 또는 보험자단체는 보건복지부장관이 정하는 바에 따라 요양기관의 지정을 취소할 수 있다. 이 규정은 거의 백지위임에 가까운 규정이다. 실제 헌법재판소는 이 규정에 대해서 위헌결정을 한 바 있다. 헌재 1998. 5. 28. 96헌가1(의료보험법 제33조 제1항 위헌제정), 판례집 10-1, 509면 이하 참조. 이 결정에 대해서 자세히는 예컨대 전광석, “요양기관의 지정취소에 대한 위헌결정”, 전광석, 헌법판례연구(법문사, 2000), 357면 이하 등 참조. 이에 관한 독일연방헌법재판소의 결정으로는 예컨대 BVerfGE 69, 233(243f.); BSGE 60, 76(76f.) 등 참조.

328) 국민건강보험법 제40조 제1항.

329) 국민건강보험법 제85조.

330) 단계이론(Stufentheorie)은 독일의 연방헌법재판소가 이른바 “약국판결(Apotheken-Urteil)”에서 발전시키고 적용하여 왔다. BVerfGE 7, 377f. 우리 헌법재판소 역시 유사한 취지의 결정을 한 바 있다. 헌재 1993. 5. 13. 92헌마80(체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규

이미 언급한 바와 같이 헌법 제15조는 직업선택의 자유만을 명시하고 있지만 여기에는 직업행사의 자유가 포함되어 있다. 다만 제한의 대상이 직업에의 접근 자체인가, 혹은 직업의 행사인가에 따라서 입법자가 행사하는 권리의 제한 및 그 한계의 내용이 다르다고 보아야 한다. 단계이론의 출발점은 여기에 있다. 단계이론은 다음과 같은 내용을 갖는다. 입법자는 공공복리를 합리적으로 고려하여 필요한 경우 먼저 “직업의 행사와 관련된 규율이나 제한”을 하여 목적을 달성할 수 있는지를 검토하여야 한다. 직업선택의 자유는 특히 중요한 공공의 이익을 보호하기 위한 경우에 한하여 제한될 수 있다. 왜냐하면 기본권제한이 개인생활에 미치는 경제적 파급효과에 있어서 직업선택의 자유에 대한 제한은 직업행사의 자유에 대한 제한에 비해서 훨씬 심각하기 때문이다. 직업행사의 자유를 제한하는 경우와 마찬가지로 “직업선택의 자유에 대한 제한”은 입법자가 해당 직업을 선택하려는 자에게 일정한 전제조건을 충족시킬 것을 요구함으로써 이루어진다. 이 전제조건은 “객관적 성격”의 것과 “주관적 성격”의 것으로 구분될 수 있다. 그리고 각각의 경우에 입법적 규율에 있어 제시되는 기준도 다르다. 특정한 직업에 접근하기 위해서 객관적 성격의 전제조건을 충족시킬 것이 요구되고 있다면 직업희망자는 주관적으로는, 즉 개인의 능력으로는 그러한 조건을 충족시키는 데에 아무런 영향력을 행사할 수 없다. 따라서 입법자는 직업선택의 자유를 제한하는 경우에 기본권침해의 정도가 약한 방법, 즉 주관적 조건을 제시하는 방법을 먼저 선택하여야 한다. 객관적 조건을 충족시킬 것을 요구하는 형태로 직업선택의 자유를 제한하기 위해서는 해당 직업의 선택이 허용될 경우 중대한 공공의 이익에 대

칙 제5조에 대한 헌법소원), 판례집 5-1, 365면 이하(374면) 참조. 이에 대해서 자세히는 예컨대 방승주, “직업선택의 자유-헌법재판소의 지난 10년간의 판례를 중심으로”, 헌법논총 제9집(1998), 238면 이하 등 참조.

한 위험이 발생할 것이 확실하거나, 심각한 위험을 방지하기 위해서 입법적 제한이 불가결하여야 하여야 한다.³³¹⁾ 이때 보호되는 공공의 이익의 중요성, 그것의 실제의 위험도, 그리고 위험의 방지를 위해 사용되는 수단의 적정성 및 필요성에 대한 판단에 대해서는 입법자의 재량이 인정되지 않는다. 오히려 이에 대한 입증책임은 입법자가 부담해야 한다.³³²⁾ 입법자는 위에 살펴본, 직업의 자유에 대한 제한의 효과가 적은 순서로 규율을 해야 한다. 그리고 직업의 자유를 제한하는 경우에도 그 제한이 최소한에 그치도록 해야 한다는 것이 단계이론의 내용이다.

(라) 국가독점과 직업의 자유

우리 헌법은 모든 국민이 생활위험에 대한 적절한 사전배려조치를 취하여 생활위험이 발생한 경우에도 기존의 생활수준을 유지할 수 있도록 노력하여야 하는 과제를 국가에게 부과하고 있다. 그러나 이러한 국가의 사회보장의 과제로부터 사회보장분야에서 국가의 독점적 지위가 정당화되는 것은 아니다. 오히려 국가와 개인 혹은 민간복지기관은 사회보장이라는 공동과제의 실현을 위해서 협조관계에 있어야 하며, 또 국가는 개인 스스로의 선택에 의해서 자기보호를 할 수 있는 자율적인 영역을 보호하여야 한다.³³³⁾ 이와 관련하여 다

331) BVerfGE 7, 377(405).

332) 이에 대해서는 Hans-Jürgen Papier, "Art.12 GG - Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit", Deutsches Verwaltungsblatt, 1984. 806면; Hans-Jürgen Papier, Zulassungsbefreiung für Ärzte aus verfassungsrechtlicher Sicht(Verband der privaten Krankenversicherung, 1985) 등 참조.

333) BVerfGE 29, 221(236). 이에 관한 일반적인 논의로는, Hans F. Zacher, "Das Soziale Staatsziel", Josef Isensee/ Paul Kirchhof(편), Handbuch des Staatsrechts Bd.I(C.F.Müller, 1987). 1060면 이하. 독일에서 의료보험법상의 현물급여공급을 둘러싸고 일어나는 공적 급부주체와 민간기업간의 경쟁의 문제 및 직업의 자유를 기준으로 판단에 대해서는 예컨대, Hans F. Zacher, Krankenkassen oder nationaler Gesundheitsdienst?(C.F. Müller, 1980); Hans F. Zacher, Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege, 1964; BVerfGE 22, 180(204) 등 참조.

음과 같은 몇 가지 문제가 제기된다.

국민연금법은 개인의 모든 소득을 보험료산정의 대상으로 하지 않고, 일정한 소득을 초과하는 경우 그 초과하는 부분은 보험료산정의 대상에서 제외하고 있다.³³⁴⁾ 이는 개인의 자율적인 보호를 위한 기회를 부여한다는 점에서 헌법적 정당성을 갖는다고 하겠다. 또 이에 상응하여 개인연금 등의 상품을 가지고 사기업이 영업을 할 수 있는 여지도 남아 있는 셈이 된다. 어려운 문제는 의료보험법에서 나타난다. 의료보험법에서는 국민연금과는 달리 가입자의 모든 소득을 보험료산정의 대상으로 하고 있다.³³⁵⁾ 그렇다면 이러한 입법적 태도는 위에서 설명한 바와 같은 스스로의 설계를 통한 독자적인 자기보호의 가능성을 봉쇄하고 있기 때문에 헌법에 반한다고 하여야 하는가 하는 문제가 제기된다. 생각컨대 이러한 결론에 이를 수는 없다. 의료보험법은 보험료율을 3% 이하 정도의 낮은 비율로 책정하고 있다.³³⁶⁾ 따라서 모든 소득이 보험료산정의 기초로 책정되더라도 개인에게는 민간의료보험을 통한 자기보호의 배려가능성이 남아 있으며, 민간기업의 입장에서 보면 현행 의료보험법이 의료보험분야에서 민간기업의 진입봉쇄를 결과하는 것은 아니기 때문이다.

사회보장의 분야에 따라서는 법적 독점이 정당성을 갖는 경우도 있다. 고용보험의 시행에 따라서 고용보험이 실업의 방지라는 본래의 목적을 달성하기 위해서는 노동시장에서의 실업실태 및 노동력 수급상황에 관하여 정확한 파악되어야 한다. 그리고 바로 그러한 복잡한 작업을 국가 이외 일반 개인에게는 기대할 수 없다. 또 실업이라는 사회적 위험은 질병, 장애, 노령 등과는 달리 미리 예측가능한

334) 국민연금법 시행령 별표

335) 의료보험법 시행령 별표

336) 의료보험법 제51조.

성격을 가지고 있지 않다. 왜냐하면 실업은 그때 그때의 경제적 상황에 종속되어 있는 현상이기 때문이다. 민간기업이 감당할 수 있는 사회적 위험이 될 수 없다는 것이다. 고용보험이 소극적으로 실업에 대한 경제적 보호의 기능과 함께 적극적인 노동시장정책의 한 수단으로 시행되고 있는 점을 고려하면 민간기업의 활동은 더욱 기대될 수 없을 것이다. 따라서 이러한 경우에는 법적 독점이 정당성을 가질 수 있을 것이다.³³⁷⁾

(마) 국가의 직업보호의무와 사회보장법

이미 언급했듯이 국가는 단순히 개인의 직업의 자유를 방어권으로 보호할 뿐 아니라 적극적으로 직업의 질을 유지하여 노동력이 적절한 효율적으로 수행될 수 있도록 하여야 한다. 그렇다면 예컨대 기존의 교육수준 및 직업의 종류와 관계없이 사회보장급여의 조건으로 국가가 알선하는 직업에 종사할 것을 요구하는 것은 국가의 고용정책적 과제와 조화되기는 힘들다.³³⁸⁾ 다만 이로부터 개인이 직업보호의 구체적인 권리를 갖는가 하는 점에 대해서는 보다 신중한 접근이 요구된다. 그러나 예컨대 고용보험법이 개인에게 구직급여의 지급 조건으로 직업안정기관이 알선하는 직업을 요구하고 있는데, 이때 알선되는 직업이 개인의 기존의 직업이나 교육수준과 적절한 비례관계를 유지하고 있어서 개인에게 알선된 직업을 수행할 기대가능성이 있어야 할 것이다. 고용보험법은 실업에 대한 사후적인 보호

337) 독일에서는 바로 위와 같은 이유에서 연방노동공단(Bundesanstalt für Arbeit)의 독점적 직업소개활동에 대해서 헌법적 정당성을 인정한 바 있다. BVerfGE 21, 245(257ff.). 다만 독일은 1994년 법률 개정을 통하여 민간인에게 직업알선활동을 허용하였다. 이에 대해서는 예컨대 Klaus-Peter Wagner, Arbeitslosenversicherung/ Arbeitsförderung, Bernd von Maydell/Franz Ruland(편), Sozialrechtshandbuch (Luchterhand, 1996), 1124면, 1127면 이하 등 참조.

338) 이 점에 대해서는 예컨대 Bertram Schulin, "Die Freiheit des Berufs im Sozialrecht", Die Sozialgerichtsbarkeit, 1989, 특히 103면 이하 등 참조.

와 더불어 직업보호의 기능을 수행하는 이중적인 성격이 있기 때문이다.³³⁹⁾ 우리 고용보험법은 이를 입법하고 있지만 구체적인 경우 헌법적 기준에 따른 판단이 필요하다는 것이다. 직업은 노동 그 자체와 마찬가지로 단순히 경제적 생활수단의 성격만을 가지고 있는 것만은 아니며 인격실현의 중요한 매체라는 점이 충분히 고려되어야 할 것이다.³⁴⁰⁾

라. 국가기능에의 참여를 위한 기본권

여기에 포섭되는 기본권으로는 제24조 선거권과 제25조 공무담임권, 그리고 제26조 청원권이 있다. 이 중 선거권이 민주주의 정치체제와의 관련에서 사회보장법의 형성에 결정적으로 중요한 역할을 하며, 또 유권자 지향적인 사회정책의 원인이 된다는 점에서는 이미 설명하였다.³⁴¹⁾ 이에 비해 공무담임권은 사회보장법과의 관련성을 찾기 힘들다. 청원권은 다음과 같은 두 가지 평가가 가능하다.

청원권은 오늘날 국가공권력에 의해서 침해된 권리를 비형식적인 방법을 통해서 호소하는 수단으로서의 성격이 없다고 할 수 없다. 그러나 무엇보다도 청원권은 국민의 의견을 수렴하는데 공백이 있는 제도적인 대의과정을 비제도적인 수단을 통하여 보충하는 기능에 보다 중점이 있는 기본권이다.³⁴²⁾ 그렇기 때문에 청원권은 대의과정에 조직화된 의견을 반영하지 못하는 인적 집단이 자신의 의사를 표현하는 매체로서 기능할 수 있다.³⁴³⁾ 이 점에서 청원권은 민주주의의 의

339) 고용보험의 이중적 성격에 대해서는 예컨대 Klaus-Peter Wagner, 위 337의 논문, 1135면 이하 등 참조.

340) 노동의 다원적인 기능에 대해서는 아래 각주 360의 문헌들 참조.

341) 위 IV.2. 참조.

342) 청원권의 현대적 기능에 대해서는 예컨대 허영, 위 각주 237의 책, 506면 이하 등 참조.

343) 이 점에서, 즉 청원권 역시 사회구성원간의 의사소통을 원활히 하고, 대의과정에 다양한 의사를 투입할 수 있도록 한다는 점에서 청원권은 집회 및 시위의 자유와 기능상의 공통성이 있다. 이러한 기본권의 기능에 대해서는 예컨대 전광석, “집회 및 시위에 관한 법률 제2조

사결정과정에서 소홀히 될 수 있는 집단의 상황을 투입하고 이로써 객관적인 사회정책을 형성하는 수단이 될 수 있다. 그러나 다른 한편 오늘날 주로 조직적인 이해관철력을 가진 집단의 청원이 주로 사회적 관심을 환기시킨다는 점을 생각하면 청원권이 진정한 의미에서 대의과정을 보충하는 기제가 되리라고는 생각되지 않는다. 그만큼 객관적이고 균형있는, 그리고 사회적 약자를 위한 조직력을 갖춘 시민단체의 역할이 기대된다. 그리고 이 경우에 비로소 청원권은 대의과정의 경직성과 편향성을 교정할 수 있는 수단으로 기능할 수 있을 것이다.

마. 권리구제를 위한 기본권-범죄피해자구조청구권을 중심으로

여기에는 제27조 재판청구권, 제28조 형사보상청구권, 제29조 국가배상청구권, 그리고 제30조 범죄피해자구조청구권이 속한다. 이 중 앞의 3개의 기본권은 사회보장법과의 관련성이 간접적이다. 재판청구권은 적극적으로는 사회보장법적 권리구제의 특수성을 충분히 반영하여 제도를 형성할 과제를 부과하고, 소극적으로 사회보장법의 영역에서 적용되는 사법구제방법이 헌법이 요구하는 재판청구권의 본질적인 내용을 벗어나서는 안된다는 요구를 한다.³⁴⁴⁾ 국가배상청구권은 주로 사회적 위험이 발생한 원인이 국가공무원의 불법행위에 있는 경우 국가에 대한 국가배상청구권과 사회보장법적 청구권이 경합하게 되는데, 이 경우 두 급여를 조정하는 가능성 및 한계의 문제와 관련하여 헌법적인 기준으로 나타날 것이다.³⁴⁵⁾ 위와 같은 기본

등에 대한 헌법소원”, 전광석, 헌법판례연구(법문사, 2000), 107면 이하 등 참조.

344) 현재 2000. 6. 1. 98헌바8(산업계해보상보험법 제94조 제2항 등 위헌소원), 판례집 12-1(2000), 590면 이하 참조.

345) 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, “국가배상법상 이른바 이중배상금지원칙의 위헌성”, 전광석, 헌법판례연구(법문사, 2000), 특히 155면 이하 참조.

권과는 달리 헌법 제30조 범죄피해자구조청구권은 범죄라는 사회적 위험으로 인하여 발생한 피해에 대하여 국가의 사회정책적 과제를 제시하고 있다. 따라서 아래에서는 범죄피해자구조청구권의 헌법체계상의 위치와 사회보장법적 구체화 가능성에 대해서 알아본다.

헌법 제30조는 타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민이 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있도록 하고 있다. 그런데 이때 범죄피해자구조청구권이 인과론적 국가책임을 실현하기 위한 기본권의 성격을 갖는지, 사회적 기본권과 같이 목적론적 성격의 기본권으로 파악하여야 하는지 하는 문제가 생긴다. 이러한 성격 규명에 따라서 실정법적 구체화에 있어서 제시되는 기준이 다를 것이기 때문이다. 생각컨대 범죄피해자구조청구권은 위 두 가지 성격을 함께 가지고 있다고 볼 수 있다. 한편으로는 범죄예방을 게을리하여 발생한 범죄피해에 대한 국가책임의 제도화라고 할 수 있다. 그러나 이때 국가의 책임이 국가배상책임에 있어서와 같은 정도의 것이라고 할 수는 없다. 범죄피해의 원인은 국가의 행위가 아니며, 가해자인 범죄인이 제공하였기 때문이다. 결국 범죄피해자구조청구권은 범죄발생과 그 피해에 대한 국가의 관련성(책임성)이 완전히 배제되지 않지만, 그러나 다른 한편 범죄피해가 개인의 생활유형을 파괴하는 효과를 가지며, 따라서 이를 보호하기 목적론적 제도라고 이해하여야 한다.³⁴⁶⁾ 우리 헌법에서 범죄피해자구조청구권이 전통적으로 권리구제를 위한 기본권으로 이해되는 국가배상청구권(헌법 제29조)과 사회적 기본권(헌법 제31조 이하)의 중간에 규정된 것이 우연이 아닌 셈이다.

범죄피해자구조청구권이 위와 같은 이중적인 성격을 가지며, 이는

346) 범죄피해자구조제도를 정당화하는 다양한 이론에 대해서는 예컨대 전광석, “범죄피해자구조청구권의 헌법체계내 위치의 문제와 사회보장법적 구체화문제에 관한 시론”, 전광석, 사회보장법학(한림대 출판부, 1993), 특히 227면 이하 등 참조.

입법적인 형성에 있어서 다음과 같은 영향을 미친다. 먼저 범죄피해자구조청구권을 권리구제를 위한 기본권으로 이해할 때 입법자에게는 실정법 차원에서의 제도와 절차를 마련할 과제가 있다. 따라서 그 제도의 존재여부가 곧 헌법적 판단의 기준이 된다. 다만 이때 범죄피해자구조청구권에는 재판청구권(헌법 제27조), 형사보상청구권(헌법 제28조), 국가배상청구권(헌법 제29조) 등과는 달리 전통적으로 형성된 본질적인 내용이 확인될 수 없기 때문에 그 제도와 절차의 형성에는 비교적 넓은 입법자의 형성권이 인정될 수밖에 없다. 이는 사회적 기본권으로 이해하는 경우에 비해서 다음과 같은 차이가 있다. 사회적 기본권은 그 내용이 불확정하고, 그 실현방법이 다양하여 입법자에게 그 실현을 위한 방법, 즉 특정한 제도 및 절차의 선택여부에 넓은 형성의 자유가 부여되어 있다.³⁴⁷⁾ 그런데 범죄피해자구조청구권에 대해서는 헌법제정권자는 이미 범죄피해를 국가가 보호해야 하는 사회적 위험으로 명시적으로 결정하였다. 그렇기 때문에 그 위험을 보호하는 제도 및 절차의 존재 여부가 곧 입법상태의 사회성과 비사회성, 즉 합헌성과 위헌성을 판단하는 기준이 될 것이기 때문이다.

범죄피해자구조청구권을 사회적 기본권으로 이해하는 의미는 범죄피해자구조청구권이 그 제도와 절차의 구체적인 내용과 관련하여 논의될 때이다. 왜냐하면 범죄피해자구조는 결국 범죄피해에 대한 금전적 피해의 보상을 국가에게 요구하는 것이고, 그렇다면 여기서 사회적 기본권의 실현구조가 그대로 적용될 것이기 때문이다. 즉 범죄피해자구조청구권이라는 기본권이 사실에 대한 규범력을 갖는 것은 사실이지만, 그러나 거꾸로 그 규범력의 실현은 국가재정능력과 같은 사실적 요소가 성숙했느냐에 역시 의존하는 것이다. 바로 이 점

347) 위 IV.4. 참조.

이 어느 정도 사회적 기본권의 성격을 띠고 있는 범죄피해자구조청구권과 순수히 권리구제를 위한 기본권으로 이해되고 있는 우리 헌법 제29조의 국가배상청구권과 다른 점이기도 하다. 국가배상청구권은 공무원의 직무상의 불법행위에 의해서 발생한 피해에 대해서 공무원 자신이 아니라 국가가 책임진다는 사상의 표현이다.³⁴⁸⁾ 따라서 여기서는 공무원의 “불법행위와 상당인과 관계있는 모든 손해”가 배상되어야 하고, 사회적 기본권적 요소, 즉 기본권실현에 있어서의 “자원예의 중속성”은 개입될 여지가 없다.³⁴⁹⁾ 결국 범죄피해자구조청구권의 헌법체계내 위치에 관한 논의에서 얻을 수 있는 결론은 범죄피해자구조를 목적으로 하는 제도와 그 절차의 구체적 내용을 형성하는데 있어서 헌법이 제시하는 지침은 입법자에게 비교적 넓은 형성권을 부여하는 사회적 기본권과 전통적으로 그 배상의 요건 및 배상의 범위가 확립되어 있는 국가배상청구권의 중간 어디에서 찾아져야 한다는 것이다.

위와 같은 이념에 기초하여 형성된 범영역이 사회보상법이다. 이는 다음과 같이 유형화될 수 있다.

첫째, 개인이 해당 행위를 행하는 데에 있어서 국가가 강제력을 행사한 경우이다. 군복무중 발생한 재해가 대표적인 예이다. 정도의 차이가 있지만 공무원 등의 공무수행중 발생한 재해 역시 이러한 범주에 포섭될 수 있다.

둘째, 국가가 강제력을 행사한 것이 아니라 단순히 권고한 행위를 행한 결과 개인에게 피해가 발생한 경우이다. 집중피해가 여기에 해

348) 우리 대법원은 이 문제에 대해서 여러 차례 판례변경을 해본 바 있다. 예컨대 대법원 1994. 4. 12. 선고 93다11807; 1996. 2. 15. 선고 95다38677 등 참조.

349) 따라서 다른 국가책임을 묻는 청구권에 비해서 국가배상청구권에 대해서는 처음부터 헌법으로부터 직접 청구권을 도출하는 가능성이 인정되어 왔다. 예컨대 유진오, 신고 헌법해의 (일조각, 1959), 94면 이하 등 참조.

당하는 대표적인 예이다.³⁵⁰⁾

셋째, 국가가 해당 상황이 발생하는데 강제력을 행사하지도, 또 구체적인 권고를 행한 것도 아니며, 따라서 행위의 동기가 개인의 자발적인 의사에 있는 경우도 보상의 대상으로 포섭되고 있다. 해당 행위가 공공의 이익에 기여하며, 그러한 행위를 하던 중 재해가 발생한 경우이다. 우리 법제에서는 의사상자보호법이 보호하는 행위가 대표적인 예이다.³⁵¹⁾

넷째, 바로 범죄피해이다. 범죄피해는 사실 범죄를 당하는 것 자체가 공동체의 이익에 기여하는 것은 아니라는 점에서 다른 사회보상상과는 그 보호의 원인관계를 달리한다. 따라서 여기서는 사회보상의 정당성을 다른 논거에 기초하여 정당화하고 있다. 여기서는 행위의 공동체이익 관련성보다는 결과에 대한 책임이 보다 전면에 나타난다. 또 국가의 강요가 존재하는 것도 아니다. 따라서 국가의 범죄 예방의무와 국가의 폭력이 독점이 보상의 보다 중요한 계기가 된다. 국가가 범죄를 예방할 의무가 있으며, 폭력을 국가가 독점하고 있기 때문에 범죄피해를 개인의 운명으로 부담시킬 수는 없다는 것이다. 범죄피해 중 예컨대 형사사건과 관련된 진술 등을 저지하기 위하여 행해진 범죄로 인하여 피해가 발생한 때에는 경우에 따라서는 위에

350) 물론 이때 단순한 권고라고 표현한 것은 강제력이 수반되지 않았다는 의미이다. 일반적인 권고로는 보상의 요건이 충족되지 않으며 적어도 법적 근거가 있는 권고에 기초하여 절충을 행하고 그 결과 피해가 발생한 경우 보상이 대상이 된다.

351) 예컨대 독일의 사회보장법은 이러한 유형의 행위를 다양하게 보호하고 있다. 수형행위, 장기기증행위, 재난구호행위 등이 대표적인 예이다. 특이한 것은 독일 사회보장법에서는 이들 행위 중 발생한 피해는 재해보험법(Unfallversicherungsgesetz)에 의해서 이른바 비진정재해보험에 의해서 보호되고 있다. 다만 형식적으로는 이러한 보상이 재해보험법에 의해서 규율되고 있지만 재원은 조세에 의해서 충당되는 등 법체계적으로 보면 이는 사회보상법체계에 속하는 것으로 분류되고 있다. 이에 대해서는 예컨대 전광석, 독일사회보장법론(법문사, 1994), 73면 이하; Wolfgang Gitter, "Möglichkeiten und Grenzen, die Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung und die der sozialen Entschädigung einander anzupassen", Die Sozialgerichtsbarkeit, 1981, 204면 이하; Bertram Schulin, "Die soziale Entschädigung im System des Sozialrechts", Festschrift für Wolfgang Gitter. 1997. 474면 이하; Hans F. Zacher, "Die Frage nach der Entwicklung eines sozialen Entschädigungsrechts". Die öffentliche Verwaltung, 1972, 461면 이하 등 참조.

서 지적한 세 가지 책임의 계기가 모두 발견된다.³⁵²⁾

이밖에 오늘날 산업기술의 발전과 환경의 변화에 따라서 개인이 처하게 되는 위험상황에 대한 국가의 책임이 점차 사회보상의 차원에서 논의의 대상이 되고 있다는 점도 주목되어야 한다.³⁵³⁾

위와 같은 유형의 간접적인 국가책임에 대해서 책임의 정도에 따라서 넓은 입법형성권이 부여되어 있다. 급여의 조건과 급여의 종류 및 내용, 그리고 수준을 형성에 있어서 국가책임사상을 충실히 반영하고 또 사회보장의 효과가 나타날 수 있도록 형성하는 것이 입법론적으로 바람직한 것은 물론이다. 예컨대 개인의 구체적인 상황에 관계없이 급여의 지급 여부가 결정되어야 하며, 또 연금과 같이 피해자의 기존의 소득과 연계하여 장기급여를 지급하는 것이 사회보장의 이념에 충실할 것이다. 그러나 여기에 헌법적인 필연성이 있는 것은 아니다. 이 점에서 보면 현행 범죄피해자구조청구제도는 입법적인 한계를 벗어난 것은 아니지만, 입법론적으로 소극적인 태도를 보이고 있다. 급여의 지급 여부에 대한 결정에 있어서 공공부조와 같은 보충성의 원칙을 요구하고 있고, 또 급여의 종류가 일시금으로 한정되어 있기 때문이다.³⁵⁴⁾ 위와 같은 범죄피해자구조청구권의 헌법적 위치, 그리고 사회보장법적 실현의 가능성은 향후 동 제도의 개선방향을 제시해주고 있다.³⁵⁵⁾

352) 같은 범죄피해자구조청구제도 위와 같이 책임의 밀도에 있어서 차이가 있으며, 이러한 차이를 범죄피해자구조법은 급여의 조건과 관련된 규율에 반영하고 있다. 즉 이 경우 일반적인 범죄피해와는 달리 엄격히 보충성의 원칙이 적용되지는 않는다.

353) 이 점에 대해서는 예컨대 Bertram Schulin, 위 각주 351의 논문, 480면 이하 등 참조. 이밖에 산업기술의 발전과 환경변화에 수반되는 위험상황에 대한 국가책임 일반에 대해서는 예컨대 Udo di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat; zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung(Mohr, 1994); Dietrich Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik - Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung (Duncker Humblot, 1985), 88면 이하 등 참조.

354) 현행 범죄피해자구조법의 자세한 내용에 대해서는 전광석, 위 각주 346의 논문, 특히 241면 이하 등 참조.

355) 예컨대 독일의 범죄피해자구조법은 급여의 구성요건, 급여의 조건을 등을 규율하고, 급여의

바. 국가의 적극적인 행위를 청구하는 기본권

국가의 적극적인 행위를 통해서 자유권을 향유하기 위해서 필요한 사실적 조건에 대한 보호를 내용으로 하는 기본권이 사회적 기본권이다. 헌법 제31조 교육의 권리, 제32조 노동의 권리, 제33조 노동자의 권리, 제34조 인간다운 생활을 할 권리, 그리고 부분적으로 제36조 혼인과 가족의 보호가 여기에 해당한다. 이 중 노동자의 권리는 사회보장법의 거시적인 구조에서 보면 중요한 기본권이다. 오늘날 사회보장법, 그 중에서도 특히 사회보험법은 고용관계를 기초로 하여 형성되고, 따라서 노사관계가 사회보장정책형성에 있어서 중요한 이해관계의 당사자로 등장하고, 노사집단은 바로 노동자의 권리를 기초로 이에 적극적으로 참여하는 경향을 점점 강하게 띠고 있기 때문이다.³⁵⁶⁾ 그러나 다른 한편 노동자의 권리는 실체적인 내용을 보호하기 위한 기본권이라기 보다는 노사간의 합의를 가능하게 하는 절차법적인 성격이 강하다.³⁵⁷⁾ 그리고 그렇기 때문에 이미 민주주의원리와 사회보장법의 관계를 설명하면서 부분적으로 언급되었다.³⁵⁸⁾ 따라서 아래에서는 노동의 권리와 인간다운 생활을 할 권리, 그리고 혼인과 가족의 보호에 대한 기본권에 한정해서 설명하기로 한다.

(1) 노동의 권리

(가) 노동의 권리의 내용과 실현구조, 그리고 사회보장법적 관련성

종류와 내용, 그리고 수준에 대해서는 전형적인 사회보장법인 연방부양법(Bundesversorgungsgesetz)을 준용하도록 하고 있다. 이에 대해서는 예컨대 전광석, “서독의 범피해자구조법”, 법조 1990/10, 169면 이하; Sabine Hackspiel, “Opferentschädigung und europäisches Gemeinschaft”, Neue Juristische Wochenschrift, 1989, 2166면 이하 등 참조.

356) 위 각주 152 참조.

357) 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, “노동쟁의조정법 제12조 제2항에 대한 헌법소원”, 전광석, 헌법판례연구(법문사, 2000), 특히 275면 이하; Peter Lerche, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, 1968, 37면 이하, 47면 이하 등 참조.

358) 위 IV.2.(3) 참조.

헌법 제32조에 보장된 노동의 권리는 그 내용을 크게 두 가지로 유형화할 수 있다. 첫째가 고용에 관한 권리이고, 둘째가 노동조건과 관련 권리이다. 그리고 노동의 영역에서 여성, 아동 등 보호의 필요성이 강한 집단에 대한 특별한 보호를 요청하고 있다. 노동의 권리는 한편으로는 개인의 개성실현을 위한 중요한 수단이고, 또 사회적 관련성을 갖는 계기가 된다. 다른 한편 노동의 권리는 오늘날 종속노동이 일반화되어 있는 현실에서 생활의 물질적 기반을 보장하는 성격을 가지고 있다. 즉 물질적 측면에서 개인의 자기책임에 기초한 자유로운 생활형성의 전제조건이 되는 기본권으로서의 성격을 갖는다.³⁵⁹⁾ 이러한 맥락에서 실업은 개인에게는 경제적 의미를 가질 뿐 아니라, 인격적 상실감, 즉 사회적 소외의 원인이 되기도 한다. 또 오늘날 간과할 수 없는 점은 노동의 결과 취득되는 임금이 개인의 사회보장을 위한 사전기여로서 기능한다는 것이다. 즉 노동의 기회가 상실되는 것은 당장의 생계 뿐 아니라 미래의 불확실한 운명에 대한 배려를 할 수 없는 상황에 빠뜨린다는 것이다.³⁶⁰⁾ 그렇다면 노동의 권리는 그 자체 중요성이 있을 뿐 아니라 개인적으로, 그리고 객관적으로 고용관계를 유지하여 사회보장법 혹은 사회보장의 권리를 형성·유지하는 기능을 수행한다. 따라서 노동의 권리의 실현은 정도의 차이는 있지만 중요한 사회보장법적인 관련성이 있으며, 또 이러한 시각에서 접근되어야 한다.

359) 이에 대해서는 Peter Badura, “Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland”, Der Staat, 1975, 20면; Hans-Peter Schneider, “Art.12 GG-Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit”, VVDStRL 43, 40면 등 참조.

360) 이와 같은 다원적인 노동의 기능에 대해서는 예컨대 전광석, “노동의 권리의 실현구조: 헌법의 변천과 이론의 형성 및 전개”, 한국에서의 기본권이론의 형성과 전개(허영박사 화갑기념논문집)(박영사, 1997), 423면 이하; Bernd von Maydell, “Die Arbeitslosigkeit-eine Herausforderung für das Arbeits- und Sozialrecht”, Festschrift für Ernst Krasney. 1997. 301면 이하; Hans F. Zacher, “Der Wandel der Arbeit und der sozialen Sicherheit im internationalen Vergleich”, Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht, 1999, 특히 3면 이하 등 참조.

그런데 특히 고용에 관한 권리를 내용으로 하는 노동의 권리는 우리 헌법상의 경제질서가 자본주의, 시장경제질서를 유지하고 있는 한 실현에 본질적인 한계가 있을 수밖에 없다. 왜냐하면 한 나라가 자본주의경제질서를 채택하고 있다면 고용의 주체는 기본적으로私人이다. 국가가 포괄적인 경제의 주체가 된다면 국가가 고용과정 뿐 아니라 개인의 직업선택에도 개입을 하여야 한다. 그러나 이는 이미 자본주의 경제질서라고 볼 수 없다.³⁶¹⁾ 물론 자본주의경제에서도 국가가 경제주체로 나타나는 경우도 있지만 이는 극히 제한되어 있다.³⁶²⁾ 적어도 개인에게 고용의 기회를 실현하여 노동의 권리를 보장할 수 있을 정도의 규모를 가지고 있지는 못하다. 이와 같이 기본

361) 이에 비해 사회주의 경제질서에 노동의 권리는 일반적으로 보장되며, 또 이를 보장하기 위한 헌법적인 전제조건을 규율하고 있다. 노동의 권리에 대한 사회주의국가에서의 입법례에 대해서는, Der Bundesministre des Innern/ Der Bundesminister der Justiz, Staatszielbestimmung, Gesetzgebungsaufträge, Bericht der Sachverständigenkommission, 1983, 75면 참조. 노동의 권리가 실현되기 위한 헌법구조를 가장 체계적으로 입법한 예는 구동독 헌법 제24조였다. 제24조는 제1항에서 노동의 권리를 인정하고, 제2항에서 노동의 권리와 노동의 의무는 통일체를 이룬다는 규정하고 있다. 이로써 법적인 노동의 의무가 노동의 권리를 실현하기 위한 필수적인 상황조건임을 명백히 하였다. 또 제3항에서는 노동의 권리가 생산수단에 대한 사회주의적 재산권, 생산과정에 대한 계획과 지도 등을 통해서 비로소 실현된다는 점을 명확히 하였다. 노동의 권리가 실현되는 규범적 조건을 완벽하게 갖춘 셈이다.

362) 국가작용의 가능성과 한계에 대한 일반적인 설명으로는 예컨대 전면적인 국공유화의 문제 외에 부분적인 국공유화, 국가의 기능확대, 또 보다 좁게는 국가의 수익활동의 가능성 및 한계 등에 대해서는 국가기능 및 조직론, 그리고 기본권적인 관점에서 보다 세밀한 헌법적인 접근이 요구되며, 앞으로의 중요한 헌법학적 과제중의 하나이다. 이에 대해서는 예컨대 배득중/김성수/유평준, 민자유치론, 1995. 특히 145면 이하; 이덕연, “지방자치단체의 영리활동의 법적 한계”, 고시계 1996/5, 104면 이하; Udi Di Fabio, “Privatisierung und Staatsvorbehalt”, Juristen Zeitung 1999, 585면 이하; Winfried Fiedler, “Berufsfreiheit als Schranke der Verwaltungsmonopole”, Die Öffentliche Verwaltung, 1977, 390면 이하; Dieter Grimm, “Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung”, Dieter Grimm(편), Staatsaufgaben(Nomos, 1994), 613면 이하; Klaus König, “Rückzug des Staates?”, Die Öffentliche Verwaltung, 1998, 963면 이하; Hans-Jürgen Papier, “Grundgesetz und Wirtschaftsordnung”, Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel(편), Handbuch des Verfassungsrechts(Walter de Gruyter, 1994), 816면 이하; Rupert Scholz, “Grenzen staatlicher Aktivität unter der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung”, Duwendag(편), Der Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft (Duncker & Humblot, 1976), 113면 이하; Gunnar Folke Schuppert, “Rückzug des Staates?”, Die Öffentliche Verwaltung, 1995, 761면 이하; Hans Tietmeyer, “Die Aufgabenteilung zwischen Staat und Privatsektor in der Sozialen Marktwirtschaft”, Duwendag(편), Der Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft (Duncker & Humblot, 1976), 21면 이하 등 참조.

적으로 고용의 주체가 私人일 수밖에 없고, 또 이때 고용주가 자신의 수요에 따라서 고용인원을 결정하는 과정은 헌법 제15조 직업의 자유 등의 한 내용을 이룬다.³⁶³⁾ 그렇기 때문에 고용을 증대시키는 국가목표의 수범자가 될 수는 없기 때문이다. 결국 우리 헌법 제32조의 내용 중 고용의 권리는 우리 헌법의 전체 구조와 조화될 수 없는 내용이 된다.³⁶⁴⁾ 따라서 헌법 제32조의 내용 중 고용과 관련된 규정은 국가에게 고용의 증진을 위해서 노력할 의무가 있다는 정도로 해석하여야 할 것이다.³⁶⁵⁾ 즉 우리 헌법 제32조의 노동의 권리를 사법적으로 訴求할 수 있는 일자리를 얻을 권리로 이해할 수는 없다는 것이다.³⁶⁶⁾

우리 헌법은 국가유공자, 상이군경 및 전몰군경의 유가족에게 우선적으로 취업할 기회를 부여하고 있다. 오늘날 노동의 기회는 공공재의 성격을 가지고 있기 때문에 국가를 위한 희생에 대한 보상으로써 공공재에 접근할 수 있는 기회를 우선적으로 부여한 것이다.³⁶⁷⁾ 그러나 노동의 기회는 기본적으로는 민간기업에 의해서 제공

363) 위 각주 361 참조.

364) 그렇기 때문에 비교법적으로 보면 대부분의 입법례는 국가의 고용정책적 목표를 기본권의 형태보다는 객관적인 규범의 형태로 규율하고 있다. 여기에는 다음과 같은 세가지 유형이 있다. 첫째, 국가목표로서 규정되어 있는 경우이다. 핀란드, 아일랜드, 노르웨이, 터키 등이 여기에 속한다. 둘째, 단순한 정치적 선언으로 규정되어 있는 입법례가 있다. 이탈리아, 룩셈부르크가 여기에 속한다. 셋째, 국가목표규정에 명시적으로 국가의 의무규정을 결합하는 입법례이다. 프랑스, 포르투갈 등의 헌법의 태도이다. 독일의 1980년대 헌법개정논의에서도 전문가위원회는 국가목표규정의 형식으로 고용정책적 과제를 신설할 것을 권고한 바 있다. 이에 대해서는 Der Bundesminister des Innern/ Der Bundesminister der Justiz, 위 각주 361의 책, 67면 이하; Peter Badura, "Grundfreiheiten der Arbeit", Festschrift für Berber, 1973, 38면 이하 등 참조.

365) 이에 대해서 자세히는, 전광석, 위 각주 360의 논문, 특히 440면 이하; Görg Haverkate, Rechtsfragen des Leistungsstaats(Mohr, 1983), 109면 이하 등 참조.

366) 이 점에 대해서는 예컨대 허영, 한국헌법론(박영사, 2000), 473면 참조. 노동의 중요성에도 불구하고 노동의 권리를 헌법상의 기본권으로 포섭하려는 시도에 부정적인 평가가 이루어지는 것도 이와 같이 노동권은 필연적으로 실현에 한계가 있기 때문이다. 이에 대해서는 예컨대 Rupert Scholz, "Das Recht der Arbeit", Böckenförde/ Jekewitz/Ramm(편), Soziale Grundrechte(C.F.Müller, 1981), 77면 등 참조.

367) 그러나 헌법에 명시적으로 열거된 인적 집단 외에 예컨대 제대군인에 대해서 채용시험에 있어서 가산점을 부여하는 규정에 대해서 이를 개인의 헌법상의 권리로서 인정하지는 않았다. 헌재 1999. 12. 23. 98헌바33(구 국가유공자에우 등에 관한 법률 제70조 등 위헌소원),

되는 것이기 때문에 우선적인 취업의 기회가 보장된다고 해서 실제 직장알선청구권이 존재하는 것은 아니다. 다만 국가는 사기업이 일정한 비율로 이들을 우선적으로 고용할 의무를 부과하고, 이를 이행하지 않았을 경우 이에 대한 제재를 가하거나 이들을 우선적으로 채용하도록 유인하는 정책은 허용될 것이다.³⁶⁸⁾ 국가 스스로가 이들을 우선적으로 취업할 수 있는 제도를 마련하도록 노력하여야 하는 것은 물론이다. 이밖에도 노동의 권리를 노동의 능력을 가진 자에게 직장을 알선하도록 노력하는데 그치지 않고 국가로 하여금 장애인들에게 노동능력을 개발하도록 정책을 시행할 의무를 부과한다. 현행 장애인고용촉진 및 직업재활촉진법은 일정한 범위의 기업체로 하여금 장애인을 고용하도록 의무를 지우고 있다. 이 경우에도 의무를 위반한 경우 과태료를 부과하고 있다.³⁶⁹⁾ 이러한 정책은 사용자의 영업의 자유 및 재산권과 충돌하기는 하지만 기업의 경쟁력을 심히 저해하지 않는 한 사회적 기속성을 통해서 정당화될 수 있을 것이다. 그러나 이로부터 예컨대 장애인을 채용인원의 일정한 비율 선발하도록 요구하는 청구권이 발생하는 것은 아니다.³⁷⁰⁾

고용의 기회를 요구하는 내용의 노동의 권리는 위와 같은 이유에서 국가목표규정 혹은 입법지침규정으로 이해되어야 한다. 이로부터 국가의 적극적인 노동시장정책이 요구된다. 특히 최근의 노동시장의 변화에서 나타나고 있듯이 기술개발을 원인으로 하고, 또 이를 촉진하기 위하여 노동시장의 유연화가 요청되는 등 노동시장의 급격한 변화가 이루어지고 있다.³⁷¹⁾ 이러한 상황에서 국가가 고용기회를 보

판례집 11-2, 732면 이하(747면) 참조.

368) 국가유공자예우 등에 관한 법률 제29조 이하, 동법 시행령 제46조 이하 참조.

369) 장애인고용촉진 및 직업재활촉진법 제27조 제1항 참조.

370) 헌재 1999. 12. 23. 98헌바33(구 국가유공자예우 등에 관한 법률 제70조 등 위헌소원), 판례집 11-2, 732면 이하, 특히 760면 이하 참조.

371) 이 점에 대해서는 예컨대 최영기/ 전광석/ 이철수/ 유범상, 한국의 노동법개정과 노사관계

장하는 것은 근본적으로 한계가 있고, 따라서 국가의 노동시장정책은 근로자가 새로운 기술환경에 적응할 수 있도록 직업교육 및 훈련, 그리고 이를 통한 전직 등을 앞선해야 할 과제를 갖게 되었다. 그런데 이들 과제는 그 성격상 민간차원에서 보장될 수 있는 것은 아니다. 그런데 이 모든 것이 노동의 권리 자체 뿐 아니라 사회보장의 전제조건적 성격을 가지기 때문에 노동시장에서의 국가의 과제는 그만큼 비중을 더하게 된다.

(나) 노동의 권리의 고용보험법적 실현

노동의 권리가 갖는 사회보장법적 중요성을 감안하여 사회보장법을 형성함에 있어서 다음과 같이 반영되어야 한다. 이미 언급했듯이 노동의 권리를 직접, 즉 국가가 일자리를 잃은 혹은 처음부터 갖지 못한 자에게 고용의 기회를 부여하거나 민간기업으로 하여금 고용의무를 부과하는 방법을 통해서도 실현될 수 없다. 그러나 노동의 권리를 간접적으로 실현하는 방법은 강구될 수 있다. 즉 일자리가 없어서 임금이 상실된 경우 이를 대체하는 급여를 국가가 제공할 수 있다면 적어도 노동의 권리가 가지고 있는 성격 중 물질적인 측면이 보장될 수 있지 않을까 하는 점이다.³⁷²⁾

1996년 도입되어 시행되고 있는 고용보험법은 바로 위와 같이 노

(한국노동연구원, 2000); Wandel der Arbeit und Soziale Sicherung. Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes Bd.44., 1998 등 참조.

372) 이러한 인식에 대해서는 예컨대 Franz Ruland, "Recht auf Arbeit-Recht auf Arbeitslosenunterstützung", Festschrift für Wolfgang Martens, 1987, 679면 이하 등 참조. 헌법적인 차원에서 이러한 입법례는 오랜 역사를 가지고 있다. 예컨대 1893년 프랑스의 이른바 자코뱅헌법 제21조에서 이미 국가는 개인에게 노동의 기회를 부여하거나, 아니면 생계를 보장하여야 한다고 하여 노동의 권리를 대체적으로 보장하는 가능성을 입법하였다. 1948년 프랑스 헌법 전문 제8조에도 유사한 규정이 보인다. 우리에게 친숙한 바이마르 헌법은 제163조에서 국가는 개인에게 적절한 직업을 앞선하여야 하며, 그것이 불가능할 경우 필요한 생계를 보장하여야 한다고 규정한 바 있다. 이에 대해서는 Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge", Böckenförde/ Jekewitz/ Ramm(편), Soziale Grundrechte (C.F.Müller, 1981), 7면 이하 등 참조.

동의 권리를 간접적으로 실현하는 제도적인 장치로 이해되어야 할 것이다. 따라서 입법자는 되도록 전국민이 고용보험에 의해서 보호되도록 하여야 하고, 고용보험을 통해서 지급되는 급여가 기존의 임금수준에 근접하도록 입법적 조치를 취하여야 할 것이다. 물론 고용보험은 전국민에게 노동의 권리를 간접적으로 실현하는 데에도 한계가 있는 것은 사실이다. 고용보험에 의해서 이루어지는 급여 중 실업급여는 보험으로서의 성격을 가지고 있기 때문에 기존의 근로자가 실직한 경우, 그것도 일정한 보험가입기간을 충족시킨 자에 한하여 지급된다.³⁷³⁾ 따라서 보험관계에 있지 않은 실업자는 고용보험의 실업급여에 의한 보호를 받지는 못한다. 이들에게는 고용보험법상의 고용증진을 위한 조치의 대상이 될 뿐이다.

우리 고용보험법은 임금대체급여로서의 성격을 가지는 실업급여를 보험가입기간 등 수급요건을 갖춘 자에게 지급하며, 그 외의 보험가입자 혹은 근로자에게 취업증진을 위한 각종 조치를 규정하고 있다. 그런데 이때 노동의 권리와 관련하여 다음과 같은 고려가 필요하다. 기존의 고용관계에 있다가 고용관계가 해소된 자에 한하여 노동의 권리의 주체가 되는 것은 아니다. 그렇다면 보험가입기간 등의 요건을 충족시키지 못하는 자에게도 노동의 권리를 간접적으로 실현시키는 제도장치가 필요하다는 것이다. 생각컨대 헌법 제32조에서 국가에게 고용증진의 의무를 부여하였다면, 그리고 특정한 개인이 일자리를 가지고 있지 못하다면 이에 대해서 국가는 어느 정도 책임이 있다고 할 수 있다. 물론 이 책임이 국가의 불법행위책임 등과 같은 뚜렷한 법적 책임이 되지는 못하지만 적어도 정책적인 책임은 물을 수 있을 것이다. 따라서 보험관계에 있지 않은 자에 대한 금전적 급

373) 고용보험법 제36조 제1항. 이에 대해서 자세히는 전광석, 위 각주 65의 책, 340면 이하 등 참조.

여 등을 제공하여 노동의 권리를 보장하지 못한데 대한 국가적 책임을 실현하는 제도적 장치가 필요하다.

입법자에게는 실업자를 공공부조대상자로 선정하여 보호하는 가능성과 노동의 권리를 보다 충실히 보장하기 위해서 고용보험 등의 특별한 제도적 장치를 시행하여 보호하는 방법 중에 선택가능성을 갖는다고 할 수 있다. 즉 이들의 해결방법 중 하나에 헌법적 필연성이 있는 것은 아니라는 것이다. 그러나 입법정책적으로 보면 후자의 해결방법이 훨씬 헌법적 이념에 가깝다.³⁷⁴⁾ 실업자를 공공부조대상자로 선정하여 보호하는 경우 다음과 같은 두 가지 문제가 생긴다.

첫째, 필연적으로 증가하게 될 실업자에 대한 보호를 공공부조제도가 맡게 되면서 비전형적인 생활위험에 대한 보호를 목표로 하고 있는 공공부조제도의 부담이 가중될 것이다.

둘째, 실업은 헌법 제32조를 통해서 국가에게 부과되어 있는 고용증진의무를 다하지 못했기 때문에 발생한 것이며, 따라서 여기에 대해서 국가는 순수이 목적론적인 관점에서의 책임보다는 강한 책임이 인정된다. 그런데 실업에 대한 보호를 주로 국민기초생활보장법이 담당할 경우 이 점이 입법에 전혀 반영되지 못한다. 즉 실업의 문제를 헌법 제32조와의 관련성에서 파악하지 못하고, 헌법 제34조의 문제로만 보게 되는 불합리가 생긴다는 것이다.

국가가 노동의 권리를 반드시 고용보험을 통해서 실현하여야 할 의무가 있는 것은 아니다. 따라서 개인에게 노동의 권리가 고용보험

374) 독일의 고용촉진법(Arbeitsförderungsgesetz)은 이러한 기초에 입각해 있다. 고용촉진법은 실업을 보험법적으로 보호(Arbeitslosengeld)할 뿐 아니라 보험급여의 요건을 충족시키지 못하는 자에게는 실업부조급여(Arbeitslosenhilfe)를 지급한다. 그런데 이들 급여는 기존의 임금과 연계되어 산정, 지급되고 있기 때문에 노동의 권리와 직접적인 관련성을 갖고 형성되어 있다고 볼 수 있다. 특히 최저생계비를 기준으로 급여가 산정되는 사회부조법(Bundessozialhilfegesetz)과 비교되는 점이다. 이러한 차이를 근거로 고용촉진법에서 노동의 권리가 대체적으로 실현되고 있다는 견해도 있다. 예컨대 Franz Ruland, "Recht auf Arbeit-Recht auf Arbeitslosenunterstützung", Festschrift für Wolfgang Martens, 1987, 679면 이하 등 참조.

을 통해서 임금대체급여를 행하는 것을 청구하는 근거가 될 수는 없다. 특정한 제도의 창설을 내용으로 하는 이른바 본래적 의미의 참여권(Teilhaberecht im originären Sinne)이 보장될 수는 없기 때문이다. 다만 입법자가 고용보험의 기능을 동등한 효율성을 갖고 수행하는 대체적인 제도를 마련하지 않고 폐기하는 것은 입법권의 한계를 일탈한 것으로 보아야 할 것이다. 반면 일단 입법자가 고용보험을 도입하였다면 이제 개인은 이 제도를 통해서 평등하게 보호될 권리를 갖고[이른바 파생적 참여권(derivative Teilhaberechte)], 이는 헌법적 심사의 대상이 된다.³⁷⁵⁾ 다만 이때에도 고용보험 자체 및 그 구체적인 내용에 대한 존속보장(Bestandsschutz)이 헌법에서 도출되는 것은 아니다. 고용보험과 유사한 기능을 수행하는 전혀 다른 체계를 채택하는 것이 금지되는 것은 아니라는 것이다. 따라서 현재의 고용보험과 같은 형태의, 또 같은 내용의 제도를 헌법이 보장하고 있다고 볼 수는 없다.

(2) 인간다운 생활을 할 권리

(가) 사회보장법적 관련성

헌법 제34조 인간다운 생활을 할 권리는 개인을 각종의 생활위험으로부터 다양한 제도적 장치를 통해서 보호하고, 이로써 인간의 존엄에 상응하는 생활을 보장하는 것을 목표로 한다. 헌법 제34조가 보장하는 내용은 다음과 같은 두 가지 질문에 의해서 보다 구체화될 수 있다.

첫째, 많은 생활위험 중 어떠한 것을 사회적 위험으로 정책선택할 것인가, 이러한 사회적 위험으로부터 개인을 보호하기 위해서 국가

375) 참여권이 논의되는 사회구조적 맥락, 참여권의 “본래적 의미의 참여권”과 “파생적 참여권”으로의 구분, 그리고 그 각각에 대한 헌법적 평가에 대해서 자세히는, BVerfGE 33, 303ff.

는 어떠한 내용, 종류 및 수준의 급여를 하여야 할 것인가 하는 문제이다.

둘째, 헌법 제34조는 이러한 사회적 위험에 대한 국가의 개입을 요청하고, 또 정당화한다. 그런데 국가는 어떠한 형태로 개인의 사회경제생활에 개입할 것이며, 그 한계는 어디에 있는가 하는 질문이다. 이 중 두번째 질문에 대해서는 이미 앞에서 설명한 바 있다.³⁷⁶⁾ 따라서 아래에서는 첫번째 질문에 국한하여 다루고, 이때 특히 최저한도의 생활보장에 대한 논의를 따로 다루어 본다.

(나) 사회보장의 종류와 급여수준에 대한 지침

인간다운 생활을 할 권리를 보장하기 위해서는 어떠한 생활위험에 대해서 어떠한 보호하여야 하는가 하는 문제에 대해서 우리 헌법이 직접적이고, 구체적인 지침을 주고 있지는 않다. 따라서 국민이 헌법 제34조를 근거로 특정한 생활위험으로부터 보호받을 것을 국가에 요청할 수 있는가, 특정한 수준의 급여를 요구할 수 있는가, 또 나아가서 기존의 급여수준을 장래에도 계속해서 요구할 수 있는가 하는 질문에 대해서는 다음과 같은 규범적 및 현실적 이유에서 부정적인 대답을 할 수밖에 없다.³⁷⁷⁾

첫째, 무엇이 현재의 대응을 필요로 하는 정책적 우선순위를 갖는 사회적 위험인가 하는 문제는 각각의 생활위험이 개인 및 국가공동체에 대해서 갖는 사회경제적 파급효과에 대한 판단이 선행되어야 하는 문제이다.³⁷⁸⁾ 사회보장의 정책적 의무만을 규정했을 뿐 그 구

376) 위 IV. 3. 참조.

377) 위 각주 102 참조.

378) 사회보장의 구체적인 내용, 즉 보호되는 위험 혹은 제도장치를 헌법에 규정하는 것이 바람직한가 하는 질문은 “헌법정책적”인 문제이다. 이 질문은 부정적으로 대답할 수밖에 없다. 사회보장의 구체적인 내용이 헌법적 보호의 대상이 된다는 장점이 있을 수는 있다. 그러나 다른 한편 이제 헌법은 역동적으로 변화하는 사회환경에서 새로운 위험 혹은 새로운 사회보장 방법론을 하위법이 신속히 포섭하는 데에 장애가 될 것이기 때문이다.

체적인 내용을 명시하지 않은 우리 헌법 하에서 보호되는 사회적 위험의 범위를 사법부가 직접 판단할 수는 없다. 이로써 사법부는 정치의 기능을 담당하게 되기 때문이다. 그런데 이는 헌법국가의 기능 및 조직의 원칙인 권력분립에 반한다. 결국 현행 헌법의 해석론으로는 사회적 위험의 범위에 대한 결정은 민주적 정당성과 동시에 정치적 책임의 귀속체인 입법부의 관할에 속하며, 또 부분적으로는 전문적 판단능력을 갖추고 있는 행정부에 유보되어야 할 것이다.

둘째, 사회적 위험에 대한 보호는 국가의 급부행위를 통해서 실현된다. 그러나 다른 사회적 기본권과 마찬가지로 사회보장을 받을 권리 역시 절대적으로 제한된 자원, 즉 구체적으로는 국가의 재정능력에 종속되는 한계가 있다. 따라서 개인에게 헌법 제34조를 근거로 특정한 위험에 대한 보호청구권을 인정한다면 이는 마치 헌법에 불가능한 것을 요구하는 것과 같은 결과가 될 것이다.

다만 위와 같은 결론에는 다음과 같은 유보가 필요하다. 정책목표와 관련하여 헌법이 포기할 수 없는 절대적 목표의 성격을 가지고 있으며, 또 이것을 실현하는데 장애가 될 수 있는 재정적인 요인이 극복될 수 있는 것이라면, 이러한 종류의 급여에 대해서는 구체적인 청구권을 인정할 수 있다는 것이다. 헌법 제34조 제1항 및 제5항을 근거로 개인에게 보장되어 있는 인간다운 최저생활을 할 권리가 그것이다. 이러한 권리는 타인의 기본권과의 관련성도 거의 없다.³⁷⁹⁾ 또 이러한 권리를 실현하는데 국가의 재정능력과 관련된 어려움은 극복가능한 것이기도 하다. 그렇기 때문에 구체적 청구권으로서의 성격이 결여된다고 할 수 없다는 것이다.³⁸⁰⁾

379) 굳이 따지자면 이러한 급여의 재원인 조세에 대한 헌법적 통제를 들 수 있다. 그러나 이는 조세지출과 관련된 문제이고, 조세는 목적기속성을 갖지 않기 때문에 조세지출에 대한 통제는 극히 제한되어 있다.

380) 이러한 시도에 대해서는 예컨대, 전광석, “최저생활보장을 위한 법제도의 현황과 과제”, 한국사회정책연구 창간호(1994), 17면 이하 참조. 헌법재판소 역시 최저생활보장을 위한 구체

(다) 급여수준의 문제

어느 수준의 급여가 제공되어야 개인은 인간다운 생활을 보장받고 있는가 라는 질문에 대해서 역시 헌법이 직접 대답을 하고 있지는 않다. 그러나 그렇다고 해서 인간다운 생활을 할 권리가 최저생활보장을 할 권리에 한정하여 헌법적 기준으로 적용되는 것은 아니다. 헌법 제34조 제2항에 국가과제의 영역으로 제시되어 있듯이 사회보장제도 전반에 걸쳐 인간다운 생활을 할 권리의 규범력이 실현되어야 한다는 것이다.³⁸¹⁾ 따라서 이미 시행되고 있는 제도를 평가의 대상으로 하면, 이 문제에 대답하기 위해서 중요한 관점은 해당 사회보장급여의 법적 원인관계이다. 보험료납부를 통해서 성립된 법적 원인관계에 기하여(kausal) 급여가 지급되는 사회보험에서는 급여가 개인이 각출한 보험료에 상응하는 것이어야 한다. 이때 보험료는 개인의 소득에 비례하여 책정되고, 따라서 사회적 위험이 현재화 되어도 개인에게 위험발생전의 생활수준을 유지할 수 있도록 형성된다. 결국 사회보험에서는 급여수준을 평가하는데 있어서 법학적 판단에 적합한 상대적 관점이 제공되어 있는 셈이다. 사회보험에 의한 급여수준을 결정함에 있어서는 다음과 같은 관점 역시 존중되어야 한다. 사회보험은 보험의 원칙과 사회적 연대의 원칙에 기초하여 운영된다. 이를 근거로 강제가입이 정당화되기도 한다.³⁸²⁾ 그렇다면

적인 청구권의 존재를 인정하고 있기는 하다. 다만 최저생활보장의 내용에 대하여 소극적인 이해를 하고 있는 문제점이 보인다. 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33(1994년 생계보호기준 위헌확인), 판례집 9-1, 543면 이하(554면 이하) 참조.

381) 이 점에서 명확한 것은 아니지만 헌법재판소는 인간다운 생활을 권리의 적용영역을 최저생활보장의 권리로 한정하여 논하는 경향이 발견되며, 이는 너무 소극적인 이다. 이에 대해서는 예컨대 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14(국가유공자예우 등에 관한 법률 제9조 본문 위헌제청), 판례집 7-2, 1면 이하(30면 이하); 1998. 2. 27. 97헌가10, 97헌바42, 97헌마354(병합)(국가유공자 등 예우에 관한 법률 제9조 위헌제청 등), 판례집 10-2, 15면 이하(30면 이하); 2000. 6. 1. 98헌마216(국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제20조 제2항 등 위헌확인), 판례집 12-1, 622면 이하(640면) 등 참조.

382) 이 점에 대해서는 예컨대 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289(국민건강보험법 제33조 제2항 등 위헌확인), 판례집 12-1, 913면 이하(943면) 등 참조.

사회보험급여의 수준이 적어도 일반적인 국민적 연대에 기초하여 제공되는 공공부조급여와는 달리 어느 정도 임금대체급여로서의 성격을 유지하고 있어야 한다. 물론 사회보험급여가 최저생활보장을 위한 수준에 머물러 있더라도 이것이 공공부조급여에 비해서는 개인에게 자유보장의 효과가 큰 것은 사실이다. 공공부조급여에 비해서 사회보험급여는 급여의 조건으로 자산조사와 수요조사 등이 선행되는 것은 아니기 때문이다. 그러나 그렇더라도 사회보험급여가 공공부조급여수준에 머문다면 개인에게 사회적 보호를 위해서 강제가입의 방법을 선택한 국가의 행위형식은 적절한 것이 아니다. 이러한 과제는 보험료보다는 국가의 일반목적을 위해서 징수되는 조세의 기능이기 때문이다.³⁸³⁾

순수한 사회정책적 목적에서(final) 지급되는 공공부조급여에서는 급여수준의 평가는 인간다운 생활의 보장이라는 절대적인 잣대를 가지고 행할 수밖에 없다. 그리고 빈곤정책을 구체화하는데 있어서 빈곤선의 설정을 절대적 기준으로 할 것인가, 즉 최소한의 생활수준을 기준으로 할 것인가, 혹은 상대적 기준에 따를 것인가, 즉 국민 전체의 소득수준의 일정비율에 미치지 못하는 생활상태를 빈곤으로 정의하고, 이와 같은 생활수준을 보호하는 것을 빈곤정책의 목표로 할 것인가는 정책적인 선택의 문제이다.³⁸⁴⁾ 즉 여기에 헌법적인 구체적인 요청이 있는 것은 아니다. 또 (우리 국민기초생활보장법이 그러하듯이) 절대빈곤의 보호를 공공부조제도의 목표로 한 경우에도 빈곤이란 가치론적인 판단에 유보되어 있는 문제이기 때문에 공공부조급여

383) 이 점에 대해서는 예컨대 Karl-Jürgen Bieback, Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen(Walter de Gruyter, 1997), 35면 이하; Volker Neumann, "Menschenwürde und Existenzminimum", Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1995, 406면 이하 등 참조.

384) 공공부조제도의 국제비교에 대해서는 예컨대 Bernd Schulte, "Politik der Armut. Internationale Perspektive", Stephan Leibfried/Florian Tennstedt(편), Politik der Armut und die Spaltung des Sozialstaats(Suhrkamp, 1985), 383면 이하 등 참조.

의 특정한 수준을 헌법적으로 근거짓기는 대단히 어려울 것이다.

급여수준의 문제는 다음과 같이 구체화하여 제기되기도 한다. 즉 인간다운 생활을 보장할 국가의 과제는 물질적인 최저생활을 보장하는데 있는 것인지, 아니면 문화적인 생활 역시 포함하는가 하는 질문이다. 생각컨대 인간다운 최저생활을 위해서는 우선 물질적인 수요가 해결되어야 하는 것은 물론이다. 그러나 우리 헌법이 전제하고 있는 인간상에 비추어 보면, 물질적인 수준에 대한 보장만으로 헌법적 요청이 충족되었다고 할 수는 없다. 우리 헌법의 인간상은 사회에서 고립된 개인주의적 인간도, 또 그렇다고 인격이 단체에 함몰된 집단주의적 인간도 아닌 사회적 관련성을 가진 인격체이다.³⁸⁵⁾ 그렇다면 적어도 헌법이론적으로 인간다운 생활은 개인이 물질적 궁핍으로부터 해방되었을 뿐 아니라 주변환경과의 사회적 의사소통(soziale Kommunikation)이 가능할 때 비로소 이루어지는 것이다. 따라서 현실적인, 특히 재정적인 이유에서 실정법이 헌법적 이념을 구체화시킬 능력이 있는 것인가 라는 질문과는 별도로 적어도 헌법적으로는 입법자는 문화적인 접촉가능성을 보장하기 위한 급여제공을 통해서 개인에게 인간다운 생활을 보장할 의무가 있다고 하겠다.³⁸⁶⁾ 이러한 결론은 또 우리 헌법 제9조의 문화국가조항이 존재하기 때문에 확고한 헌법적 보충근거를 갖고 있기도 하다.³⁸⁷⁾

다만 위와 같은 헌법적인 요청을 실현하기 위한 방법선택의 문제에 있어서는 입법자에게 넓은 형성권이 보장되어 있다.

385) 위 각주 130 참조.

386) 실제 우리 국민기초생활보장법은 제4조 제1항을 통해서 법적 이념으로는 이러한 입장을 취하고 있다. 다만 이 이념을 실현할 법적 절차와 구체화를 전혀 하고 있지 않고 있는 것이 문제이다. 이에 대한 우리 헌법재판소의 태도에 대해서는 이미 언급하였다. 독일의 연방헌법재판소는 이 문제에 대해서 보다 적극적이다. BVerfGE 40, 121 참조. 이 점에 대해서는 예컨대 Volker Neumann, "Menschenwürde und Existenzminimum", Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1995, 426면 이하 등 참조.

387) 이에 대해서 위 각주 IV.5. 참조.

(라) 인간다운 생활을 할 권리의 최소한의 사회정책적 요청

헌법 제34조가 사회보장급여와 관련하여 갖는 중요성은 헌법 제34조를 매개로 사회보장급여가 이제 더 이상 국가정책의 반사적 이익으로서 아니고, 개인의 국가에 대한 권리로 이해되게 되었다는 데에 있다. 이것은 특히 공공부조급여에 있어서 그렇다. 개인은 단순히 통치권의 객체가 아니고, 기본권의 주체로서 공공부조를 받을 권리가 헌법에 기본권으로 규정되어 있다면, 이 규정으로부터 개인이 특정한 급여수준에 대한 직접적인 청구권을 이끌어낼 수는 없더라도 적어도 하위 실정법이 이를 구체화하였다면 이 급여에 대해서는 권리로서의 성격이 인정된다는 것이다.³⁸⁸⁾

(3) 혼인과 가족의 보호

(가) 혼인과 가족의 보호와 사회보장법적 요청

헌법 제36조 혼인과 가족의 보호는 다원적인 내용을 갖는 기본권이다. 첫째, 혼인과 가족의 사적 자율성이 국가권력에 의해서 침해되어서는 안된다는 점에서 자유권적 기본권의 성격을 갖는다. 나아가서 국가는 사회질서의 기본단위인 혼인과 가족의 제도를 보호하여야 한다. 이러한 혼인과 가족질서에 대한 제도보장의 요청으로부터 국가권력, 특히 입법자는 다음과 같은 소극적인, 그리고 적극적인 의무를 갖는다. 먼저 국가는 혼인과 가족의 형성을 저해하는 조치를 취해서는 안된다. 적극적인 측면에서는 국가는 혼인과 가족이 형성, 유지될 수 있도록 다각적으로 조장하여야 한다.³⁸⁹⁾ 둘째, 헌법 제36

388) 위 각주 171 참조. 예컨대 독일에서는 이미 1954년 연방행정법원이 사회부조 급여의 권리로서의 성격을 확인한 바 있다. BVerwGE 1, 159. 이 판결은 즉각 입법상태에 변화를 가져와서, 1961년 제정된 연방사회부조법 제4조는 "이 법에 급여에 관한 규정이 강행규정으로 형성되어 있는 경우에는 이 급여에 대해서는 법적 청구권이 인정된다"고 규정하게 되었다.

389) 이에 대해서는 예컨대 전광석, "헌법 제241조의 위헌 여부에 대한 헌법소원", 전광석, 헌법판례연구(법문사, 2000), 227면 이하; 허영, "헌법과 가족법", 법률연구 제3집(1983). 421면 등 참조.

조 제1항은 사회적 기본권의 측면을 갖기도 한다. 국가는 혼인 및 가족의 성립·유지를 적극적으로 촉진하기 위해서 가족공동체를 기타의 공동체에 비해서 불이익대우를 해서는 안될 뿐 아니라, 나아가서 국가재정이 허락하는 범위내에서 가족공동체의 추가부담을 경제적·물질적으로 보조하여야 한다는 것이다.

헌법 제36조가 보호하는 가족은 사회보장법과 다음과 같은 상호 기능보완관계에 있다. 먼저 가족구성원은 주부양자의 입장에서 보면 부담의 증가요인이 된다. 따라서 헌법 제36조 제1항은 사회보장법을 통해서 가족의 부담을 경감하는 적극적인 요청을 하고, 이것이 정당성을 갖는다. 둘째, 가족은 부양공동체로서 가족내부의 기능분배를 통해서 사회문제를 해결하는 사회보장의 담당자의 위치에 있기도 하다. 주부양자를 중심으로 보면 주부양자의 소득능력이 상실되거나 주부양자가 사망한 경우에는 다른 가족구성원은 대체소득원이 되거나 제2차적으로 부양의무자의 지위에 들어서게 된다. 또 무엇보다도 주부양자가 온존해 있는 경우에 다른 가족구성원은 주부양자를 보조하는 서비스제공의 기능을 수행할 수 있다. 따라서 국가는 가족의 부담을 직접 경감하는 조치를 취하여야 할 뿐 아니라, 가족의 기능이 제대로 유지될 수 있도록 가족의 결손을 예방하고 보호하여야 한다. 물론 위에서 살펴본 두 가지의 관계는 서로 유리되는 것은 아니다. 후자의 가족의 기능이 제대로 수행되기 위해서는 가족의 부담을 경감하는 적극적인 정책을 통해서 가족의 형성과 존속에 사실상 가해질 수 있는 불이익이 방지되거나 혹은 보다 적극적으로는 가족의 형성과 존속이 촉진되어야 하기 때문이다.³⁹⁰⁾

390) 이 점에 대해서 자세한 예컨대 전광석, “가족의 사회보장기능과 사회보장법의 가족보호기능”, 제12권 제1호(1996), 183면 이하; Hans F. Zacher, “Ehe und Familie in der Sozialrechtsordnung”, Hans F. Zacher, Abhandlungen zum Sozialrecht(C.F.Müller, 1993), 특히 564면 이하 등 참조.

(나) 소득보장을 통한 가족보호

가족의 주부양자에게 사회적 위험이 발생하여 소득이 상실되는 경우 사회보장법은 이를 보전하는 급여를 제공한다. 그런데 이는 직접적으로는 주부양자의 소득상실을 보호하는 것이지만, 주부양자의 소득은 가족부양의 기능을 수행하는 것이기 때문에 소득보장급여는 간접적으로는 가족보호의 기능을 수행한다. 이 경우 헌법의 가족보호의 요청이 사회보장법에 반영되기 위해서는 주부양자의 상실된 소득 뿐 아니라 배우자와 아동 등 피부양가족의 수요 역시 연금산정에서 고려되어야 할 것이다. 또 가족의 부양을 위하여 소득활동을 중단할 수밖에 없는 경우 사회보장기대권의 형성단계에서 일정한 배려를 한다면 헌법상의 가족의 보호의 이념에 훨씬 충실하게 될 것이다.³⁹¹⁾ 그러나 우리 국민연금 등에서는 연금산정에 가족의 수요를 고려할 뿐 아동 등에 대한 양육활동을 연금기대권형성에 반영하는 제도적 장치는 없다. 가족부양을 위한 보험료면제제도가 있기는 하다.³⁹²⁾ 그러나 이 제도를 통해서 보험료납부가 면제된 기간에 대한 연금급여를 통한 보호가 이루어지는 것은 아니다. 연금산정의 반영도 매우 낮은 수준이고, 그것도 18세 미만의 자녀 혹은 60세 이상의 부모만을 고려하고 있기 때문에 가족의 수요를 충실히 반영하고 있지는 않다.³⁹³⁾

391) 이러한 주장으로는 예컨대 김용욱, “가사노동의 법적 평가”, 가족법학논총(박병호 교수 환갑기념논문집 I), 1991, 177면; 전광석, 위 각주 391의 논문, 193면 등 참조.

392) 국민연금법 제77조의2 참조.

393) 18세 이상의 아동을 유족급여청구권자의 범위에서 제외하고 있는 규정에 대해서 헌법재판소는 합헌결정을 한 바 있다. 다만 이 결정에서 헌법재판소는 18세 이상의 아동에게도 여전히 교육수요가 있다는 점을 인식하고 이들을 유족급여의 대상에 포함시키는 것이 정책적으로 바람직하다는 의견을 제시하고 있다. 나아가서 아직 교육과정에 있는 경우 예외를 인정하여 유족급여를 지급할 것인가의 문제가 검토되어야 한다는 견해를 제시하고 있다. 헌재 1999. 4. 29. 97헌마333(공무원연금법 제3조 제2항 위헌확인), 판례집 11-1, 503면 이하(518면, 516면) 참조.

(다) 가족부담의 경감을 통한 가족보호의 요청

가족기능의 유지 및 보호라는 헌법의 요청을 가장 충실하게, 그리고 직접적으로 반영할 수 있는 영역이 가족부담경감을 위한 사회복지관계법들이다. 가족에 부담이 되는 인적 집단인 아동, 노인, 장애인 등에 대한 보호가 그것이다. 이러한 급여가 가족부담의 경감이라는 입법목적을 충실히 달성하기 위해서는 사전기여를 전제하지 않고 보호가 이루어져야 한다. 또 가족부담의 존재 외에 다른 요건, 예컨대 소득상황 등을 기준으로 엄격하게 보호 여부를 결정되어서는 안 된다. 특히 장애인의 사회적 보호의 필요성이 헌법상 인간의 존엄의 요청과 관련하여 집중적으로 인식되고, 사회보장법에서 정책적 우선순위가 두어져야 한다. 아동과 노인이 사회적 보호의 대상이 되어야 함은 물론이다. 그러나 장애인은 이들과는 또 다른 특수성이 있다. 아동과 노인은 생애에 있어서 보호의 주체와 보호의 객체의 지위를 함께 가지고 있다. 이들은 과거의 보호의 주체이거나 혹은 장래 보호의 주체의 지위에 있게 된다. 따라서 특히 사회보장이 어느 정도 발달된 국가에서 이들은 스스로를 배려할 기회와 이에 상응하여 권리를 가지고 있는 것이 보통이다. 이에 비해서 장애인은, 특히 선천적인 장애인의 경우 평생 보호의 객체의 지위에 있다. 그만큼 자연적인 자유의 영역은 제한되어 있다는 것이다.³⁹⁴⁾ 따라서 이들이 그럼에도 불구하고 사회의 영역에서 인격의 주체로서 기능할 수 있도록 하기 위해서는 단순히 물질적인 보호 뿐 아니라 가족 및 사회에의 통합을 조장할 수 있는 종합적인 보호가 필요하다는 것이다.³⁹⁵⁾

394) 장애인정책의 특수성에 대해서는 예컨대 Hans F. Zacher, "Der Behinderte als Aufgabe der Rechtsordnung", Hans F. Zacher, Abhandlungen zum Sozialrecht(C.F.Müller, 1993), 533면 이하 등 참조.

395) 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, 위 각주 65의 책, 415면 이하 등 참조. 독일 헌법은 제3조 제3항에 장애를 이유로 차별을 받지 않는다는 삽입하는 개정을 한 바 있다. 이것이 시사하는 바가 면밀히 관찰되어야 할 것이다. 이 점에 대해서는 예컨대 Helmut Hansen/Volker Jacobi/ Klauch Lachwitz/ Alexander Vater, "Menschenwürde und soziale Rechte

7. 사회보장법과 경제질서

우리 헌법은 전문에서 “국민생활의 균등한 향상을 기하기” 위한 국가의 과제를 선언하고 있다. 제9장에는 경제에 관한 장을 두어 우리 헌법상 경제질서의 기본모형으로서 순수한 시장경제와 계획경제의 양극단을 취하지 않는 혼합경제질서를 예정하고 있다.³⁹⁶⁾ 그리고 시장경제에 대한 조정의 한 방법으로 소득의 적정한 분배를 명시적으로 열거하고 있다(제119조 제2항). 따라서 헌법 제119조 제2항의 명시된 표현에서, 그리고 그밖의 경제질서에 관한 산발적인 표현에서 사회적 고려에 입각한 분배정책은 헌법적으로 허용될 뿐 아니라, 헌법이 요구하고 있는 과제임을 알 수 있고, 그 방법의 하나가 사회보장법임은 물론이다. 그리고 위에서 언급한 경제질서를 기본권적으로 뒷받침하기 위해서 우리 헌법은 자유권적 기본권에 대한 제한가능성을 규정하고, 또 사회적 기본권을 통해서 국가에게는 적극적인 사회적 평등을 위한 권한위임을, 그리고 국민에게는 이에 대한 권리를 보장하고 있다.

우리 헌법이 경제질서로서 원칙적으로 시장경제질서를 채택하고 있기 때문에 소득분배의 기준은 제1차적으로는 시장경제의 원칙이다. 그리고 이 원칙은 우리 헌법의 경제질서에 관한 원칙 및 각종 자유권적 기본권, 특히 직업의 자유와 재산권 등 경제적 기본권에 의해서 보호되고 있다. 그리고 여기에 국가의 경제에 대한 책임이

von Menschen mit geistiger Behinderung”, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, 1992, 189면 이하; Mattias Herdegen, “Die Aufnahme besonderer Vorschriften zugunsten behinderter Personen in das Grundgesetz”, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, 1992, 245면 이하 등 참조.

396) 이에 대해서 자세히는, 김형성, “경제헌법과 경제간섭의 한계”, 공법연구 제21집(1993), 225면 이하; 정순훈, “경제질서의 기본원칙과 우리나라 헌법상의 경제질서”, 연세법학연구 창간호(1990), 171면 이하 등 참조.

부여되어 있다.³⁹⁷⁾ 이는 사회주의 계획경제에서의 국가의 경제관리 책임과는 구별되어야 하며, 국가는 시장의 기능유지를 위해서 각종 제도를 운영하고, 또 개입할 권한과 의무를 갖는다.³⁹⁸⁾ 다만 우리 헌법은 소득의 분배가 순수한 시장의 원칙에 의해서 지배될 것을 요구하는 것은 아니다. 사회적 평등을 실현시키기 위해서 소득분배 과정에 이미 사회적 고려를 하여 수정할 수도 있다. 노동과 임금의 교환, 상품가격의 결정 등에 국가가 임금정책, 가격정책 등을 사용하여 소득분배과정에 사회적 고려를 하는 것이 여기에 해당한다. 이와 같은 간접적인 방법 외에 사회적 평등을 실현하기 위하여 국가가 경제영역에 적극적으로 개입하는 또 하나의 형태가 소득재분배이다. 여기서는 국가는 간접적으로 개인간의 경제적 관계에 수정을 가하는 데에 그치지 않는다.³⁹⁹⁾ 여기서 국가는 직접 분배관계의 당사자가 되어 하나의 경제주체로부터 소득의 일부를 이전(transfer)받고, 사회적 고려에 의해서 산정된 소득(이른바 Sozialeinkommen)을 다른 경제주체에게 이전하는 기능을 수행한다.⁴⁰⁰⁾ 결국 소득분배와 소득재분배는 그 기능에 있어서는 동일하다.⁴⁰¹⁾ 그렇다면 여기에는 다음과 같은 의문이 제기된다. 왜 국가는 분배정책(Verteilungspolitik)과 더불어 재분배정책(Umverteilungspolitik)을 시행하는가 하는 문제이다.

397) 위 각주 62 참조.

398) 이 점에 대해서는 예컨대 Hans F. Zacher, "Sozialrecht und sozialer Marktwirtschaft", Hans F. Zacher, Abhandlungen zum Sozialrecht(C.F.Müller, 1993), 166면 이하 등 참조.

399) 소득분배과정에서는 법률관계의 당사자는 사인이며, 국가는 단지 사인간의 법률관계에 적용되는 일정한 지침을 지시할 뿐이다.

400) 이에 대해서 자세히는 전광석, "사회보장의 소득재분배구조에 대한 헌법적 접근", 전광석, 사회보장법학(한림대 출판부, 1993), 53면 이하; Hans F. Zacher, "Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung", Die öffentliche Verwaltung, 1970, 4면 이하 등 참조.

401) 그렇기 때문에 사회보장의 기능을 수행하는 모든 범영역을 사회보장법으로 이해하면, 여기에는 소득분배과정에 이미 사회적 고려를 하는 모든 범영역과 소득재분배효과를 갖는 범영역이 모두 포괄된다. 이에 대해서 자세히는, 전광석, "사회행정법-헌법구조적 이해와 행정법적 실현을 위한 시론", 김도창박사 고회기념논문집(1993), 844면 이하 등 참조.

시장경제질서를 채택하고 헌법에서 국가가 분배과정에 개입하여 모든 사회문제를 해결하는 데에는 여러 가지 측면에서 한계가 있다.⁴⁰²⁾ 사회문제를 해결하기 위해서 국가가 시장경제의 독자적인 메카니즘을 공동화시키면 곧 이 메카니즘의 기능과정에 참여하는 개인의 기본권이 침해되기 때문에 동시에 헌법상의 한계에 부딪히는 것이 좋은 예이다. 그렇기 때문에 국가는 기존의 시장경제의 메카니즘을 그대로 기능하도록 두면서, 사회문제를 해결하기 위한 새로운 메카니즘을 창설하는 방법을 채택할 수밖에 없다.⁴⁰³⁾ 여기서는 소득분배의 결과인 개인의 1차 소득의 일부가 개인 혹은 집단의 사회문제의 해결이 위임된 국가 혹은 공법인에게 이전되고, 이것을 재원으로 사회적 고려에 따라 개인 혹은 집단에게 재분배된다. 결국 우리 헌법상의 경제질서는 1차 소득의 적절한 분배와 동시에 사회보장법을 통한 재분배정책을 조화롭게 혼합하여 사회정의 실현하는 요청을 하고 있다고 하겠다. 반면 한 나라가 시장경제질서가 아니고 사회주의 계획경제를 채택하고 있다면 여기서는 분배정책과 재분배정책이 분화될 필요는 없다. 왜냐하면 사회주의 계획경제에서는 이미 분배과정에서 국가가 사회적 제세력의 규범적, 사실적 통제를 받지 않고 자유로이 사회적 고려를 입법화할 수 있기 때문이다.⁴⁰⁴⁾

헌법상의 경제질서는 위와 같이 국가의 사회보장정책에 대한 정

402) 이에 대해서 자세히는 위 각주 3 참조.

403) 이에 대해서는 예컨대 전광석, 위 각주 65의 책, 14면 참조; Hans F. Zacher, "Zur Anatomie des Sozialrechts", Die Sozialgerichtsbarkeit, 1982, 332면 등 참조.

404) 따라서 사회주의국가에서는 일반적으로 소득재분배정책이 무의미하다. 실제 사회주의국가에서 사회보장은 노동정책과 통합되어 추진되는 것이 일반적이다. 단기적인 급여관계인 질병에 대한 보호는 기업단위에서 수행된다. 다만 장기적인 급여관계인 연금보험의 경우 특별한 계획의 필요에서 독자적인 제도형태를 유지하고 있는 경우가 대부분이었다. 이에 대해서는 예컨대 전광석, "동서독통일과 사회보장법", 성곡논총 제23집 1992, 1505면 이하; Ulrich Lohmann, "Sozialistisches Sozialrecht?", Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht, 1988, 269면 이하; Günter Manz/ Gunnar Winkler(편), Sozialpolitik(Die wirtschaft, 1988); Bruno Schönfelder, Sozialpolitik in den sozialistischen Ländern(Günter Olzog, 1987) 등 참조.

당성을 부여한다. 그러나 한 걸음 나아가서 헌법상의 경제질서가 어떠한 사회정책을 요청하는가 하는 질문에 대해서 헌법이 직접적이고, 구체적임 지침을 제시하는 것은 아니다. 헌법상의 경제정책적 목표가 다양하고, 이러한 다양한 경제정책적 목표들은 다시 국가의 다양한 사회정책적 목표들과 상관관계에 있으며, 이러한 정책적인 다양성 속에서 가장 효율적인 사회정책적 해법을 찾는 것이 헌법의 과제가 될 수는 없을 것이기 때문이다.

8. 결 어

가. 사회보장법

우리 사회보장법은 1960년대에 출발하여 1970년대 후반 본격적으로 전국민을 포섭하는 제도로 발전하기 시작하였다. 1989년에는 의료보험법이, 1998년 국민연금법과 고용보험법이 거의 전국민을 보호의 대상으로 하였다. 그러나 사회보장법이 개인을 사회적 위험으로부터 보호하기 위한 충실한 내용을 입법하였던 것은 아니다. 또 국민연금의 경우 장기적인 법률관계를 전제로 보호가 이루어지기 때문에 거의 전국민이 가입대상이라는 하지만 아직 보호가 본격적으로 이루어지기 시작한 것은 아니다. 그런데 이미 현재 우리 사회보장법은 각 분야에서 건축조정의 압박을 받고 있다. 또 구조조정의 도전에 직면해 있다. 미숙아에게 조로의 위험이 닥친 것이다. 이는 크게 다음과 같은 두 가지 상황을 원인으로 한다.

첫째, 사회보장법 내부적인 원인이다. 이는 다시 다음과 같은 몇 가지로 나누어볼 수 있다. 첫째, 사회보장법이 면밀한 상황분석이 결여되어 있는 상태에서 입법되어 실제 국가에 부담이 되는 집행상황에 들어서자 최초의 입법적 기대를 충족시킬 수 없게 된 문제들

이다. 국민연금, 특수직종종사자연금보험 등에서 최근 가시화되고 있는 재정문제가 대표적인 예이다. 둘째, 사회보장법 자체의 입법적인 체계가 결여되어 있어, 사회보장법 상호간에 불균형한 상태가 빈번하게 발견되고 있다. 급여의 제한과 조정에 있어서 법이론적 일관성이 결여되어 있으며, 따라서 법률간의 차이를 설명할 수 없는 것이 좋은 예이다. 셋째, 사회보장법적 보호의 결정은 필연적으로 선택적이다. 이는 정책적 우선순위가 두어진 집단과 그렇지 못한 집단간의 평등의 문제를 제기하게 한다. 그런데 이들 문제들이 사전적인 충분한 준비없이 해결방안이 제시되고 집행되면서 새로운 불평등의 문제를 낳고 있다. 의료보험조직의 통합과 통합으로 인한 재정불균형을 보전하기 위한 국고보조의 정책공약 및 미이행 등의 좋은 예이다. 정책적인 선택이 가시적인 정책효과가 보이는 영역에 집중되는 문제도 보인다. 넷째, 그간 사회보장법의 발전은 수급권자의 의식변화를 가져오기도 하였다. 최근 의료보험비용의 급격한 팽창이 좋은 예이다. 앞으로 국민연금과 고용보험 등이 어떠한 의식의 변화를 가져올지 예측되어야 한다. 다섯째, 특히 의료보험에서 나타나는 현상으로 의료보험체계에 참여하는 이익집단의 일방적인 희생을 통해서 제도가 유지되리라는 기대는 더 이상 가능하지 않다. 이는 최근 우리 의료보험에게 큰 역사적 부담으로 다가오고 있다.

둘째, 사회보장법 외부적인 요인이다. 첫째, 인구구조의 변화이다. 앞으로 계속 진행될 고령화 사회는 장기적인 법률관계를 형성하는 연금보험에 재정부담적 요인이 될 것이다. 또 고령노동력과 신규노동력과의 고용기회분담의 문제 역시 사회보장법에 직접적으로 영향을 미치는 외부환경이다. 둘째, 기술발전과 고용형태의 변화, 그리고 이에 따라 고용사회가 근본적으로 동요하는 상황이다. 다만 이들 요인들은 우리에게 아직 시사적인 중요성을 갖지는 않는다. 역설적이

기는 하지만 우리나라가 향후 이들 문제와 관련하여 세계적인 경향에 편입될수록 사회보장법의 발전에는 거센 새로운 도전으로 다가올 것이다.

위와 같은 두 가지 상황 외에 모든 생활영역에서 나타나는 세계적인 규격화의 경향이 우리 사회보장법의 미래에 중요한 변수로서 기능할 것이다. 이는 한편으로는 우리에게 사회보장법의 입법방향을 제시한다는 점에서 유용한 기회일 수 있다. 그러나 다른 한편 우리의 특유한 정책적 상황에 관계없이 외부적으로 사회보장정책의 결정이 강요된다는 점에서는 국내정치적 입지를 좁히는 부정적인 변수가 될 수도 있다.

나. 헌 법

헌법은 사회발전에 있어서 다음과 같은 의미에서 역사적 진화의 계기가 될 것이다. 국민은 한편으로는 정치적인 과정에서 주체의 위치에 있으면서 다른 한편 정책의 대상이다. 그런데 전자는 추상적인 반면, 후자는 구체적이다. 즉 정책적 대상의 범위를 설정함에 있어서는 국민이 선택적으로 수혜자의 입장이 될 수밖에 없다. 이유는 다음과 같다. 첫째, 지극히 현실적인 이유에서 국가가 국민의 다양한 요구를 모두 수용하는 것은 불가능하다. 둘째, 정치적인 이유에서 국가권력의 당사자는 그들의 정치적 정당성을 유지하기 위해서 직접적이고 중요한 영향력을 갖는 집단을 선호하는 행태를 보일 수밖에 없을 것이기 때문이다. 셋째, 자연적인 이유에서 헌법은 점점 개인이 자유를 실제 향유할 수 있는 사실적인 조건을 창설하는 과제를 갖게 된다, 그런데 기본적으로 불평등한 인간의 조건을 평등하게 하는 것은 자연적인 정의, 그리고 자연적인 평등의 원칙에 반하기 때문이다. 절대적인 평등과 상대적인 평등은 적어도 전자의 방향

으로 발전할 수는 없다는 것이다. 그리고 바로 여기서 계속해서 평등의 요청이 제기되고, 해결방안이 모색되며, 이러한 해결방안은 새로운 불평등의 원인이 될 것이다. 법치국가의 존재의의는 여기에 있다. 즉 이러한 역동적인 과정속에서 개인에게 개별적으로 닥치는 이익 또는 불이익에 대해서 헌법적인, 경우에 따라서는 소송을 통하여 이를 방어할 수 있는 기제가 법치국가원리이기 때문이다. 이에 비해 역동적인 정치과정을 지배하는 정치원리들은 제도적인 요청과 더불어 국민의식, 정치문화 등 의지적 요소에 종속되어 있다. 민주주의 원리, 복지국가원리, 문화국가원리 등이 여기에 해당한다. 헌법의 사회보장법에 있어서의 규범력은 결국 정도의 차이는 있지만 다른 법영역에 있어서와 마찬가지로 국민의 헌법에의 의지에 종속되어 있다는 것이다. 이와 같이 제도적으로 보장되지 않는 헌법의 규범력은 다음과 같은 실현조건을 필수적으로 요구한다. 즉 국민에게 사회보장법의 현재 및 미래의 상황에 대한 종합적인 정보가 제공되고, 문제상황 및 문제해결을 위하여 개방적인 토론이 활성화되어야 한다는 것이다. 이때 비로소 그 실질적인 내용에 대해서는 견해의 차이가 있더라도 문제해결의 방향 및 실현가능성, 그리고 이로써 헌법적인 이념의 실현 가능성 및 한계에 대한 국민적 공감대가 형성되고, 이러한 의미에서 절차적 정당성을 통한 국가공동체의 사회경제적 동질성이 형성될 수 있을 것이기 때문이다. 학문의 영역에는 이러한 논의에 합리성을 더하는 과제가 부여되어 있다.

II. 사회보험 수급권과 재산권 보장

1. 서 론

물질적인 생활조건이 어느 정도로는 충족된 근대 産業社會 형성 이후에도 인간은 항상 불안과 위기에 직면하고 있다. 공핍, 사고, 실업 및 노화에 대한 불안은 개인에게 끊임없는 짐이 되고 있다. 종래 이런 불안의 많은 부분이 家族制度和 宗教에 의해 구제되었다면, 현재의 그것은 핵가족화 및 종교의 비중감소로 인하여 많은 부분 國家에 의해 구제되고 있다. 국가가 이러한 책무를 제도적으로 이행하는 방법으로는 社會扶助, 社會保險 및 社會福祉制度 등이 있다. 이 글에서는 사회보험제도 중에서도 특히 당해 수급권의 財產權 保障적인 측면을 다루도록 한다.

근대 이후 각국의 헌법에 의해서 國民의 基本權의 하나로 保障되고 있는 財產權의 중요성은 새삼스럽게 강조할 필요조차 없을 것이다. 財產權은 政治運動으로서의 自由主義의 목표가 되어온 憲政國家의 내적인 관계를 형성하는 기본적 제도로서의 의미를 지닌다.¹⁾ 우리나라 헌법도 또한 국민의 기본권으로서의 財產權을 保障하고 있다(憲法 제23조). 이 憲法 규정은 건국과 함께 입법되어 그 후 그 표현은 조금씩 수정되어 왔으나 그 기본적인 내용은 시대의 변화에도 불구하고 바뀌지 않고 유지되고 있다.²⁾ 그러나 憲法上的 財產權

1) Hans-Jürgen Papier, Grundfälle zu Eigentum, Enteignung und enteignungsgleichem Eingriff, JuS 1989, 630; Kimminich, in: BK, 3. Bearb. (1976), Art.14 Rdnrn. 5ff.; Martin Kriele, Einführung in die Staatslehre, Rowohlt, 1975, p.195; 마르틴 크렐레 지음, 국순욱 옮김, 憲法學入門, 종로서적, 1983, p.238

2) 이제까지 財產權條項의 변경은 모두 5회에 걸쳐 이루어져 온 바 그것은 모두 손실보상과 관

保障條項과 함께 혹은 별개로, 특히 社會 및 經濟의 발전과 함께 財產權 保障의 내용과 정도는 늘 변화하기 마련이다.³⁾ 여기서는 우선 판례와 학설을 중심으로 재산권의 개념, 재산권 제도보장 및 재산권의 내용 그리고 재산권에 대한 사회적 구속의 문제 등을 고찰한다. 다음에는 재산권보장과 사회보험과의 관계에 관한 판례와 학설을 고찰하도록 한다.

재산권은 개개인이 각자 자기의 책임과 노력 아래에 생활할 수 있는 토대로서의 의미를 가진다. 사회보험도 이와 유사한 성격을 가지나 재산권이 현재의 법적인 상태에 대한 存續的인 保護의 성격을 가지는 반면에 사회보험은 채권적-은급적인 성격을 가진다. 따라서 사회보험의 수급권을 재산권과 같은 것으로 보게되면 이에 대한 입법적인 변경은 재산권보장에 반하고 따라서 헌법상 허용되지 않는다.

그러나 社會保障은 말 그대로 사회 혹은 국가가 개인의 장래의 위기에 대하여 대비하는 성격을 가지는 것이므로 사회의 변화에 조응하여 부단히 이에 적응할 것이 사회적, 법적으로 요청된다고 하겠다. 그러나 社會保障이 완전히 입법자의 形成自由에 맡겨져 있다고 볼 경우에는 사회보장에 대한 개인의 신뢰를 허물 뿐만이 아니라 사회보장에 대한 개인의 기여분까지 완전히 무시하는 결과를 낳기 때문에 사회보장제도 자체에 대한 존립이 문제될 수 있다. 그러면 여기서 문제는 보다 간단하게 정리된다. 첫째, 社會保險에서 입법자의 형성의 한계는 어디까지인가? 특히 재산권 보장과의 관계에서 그것을 어떻게 정당화할 것인가? 둘째, 사회보험의 수급권이 財產權 保障과 관계된다면 재산권 보장의 여부를 어떤 기준에 의하여 판별

련된 변경이었다. 특히 보상의 방법에 대해서 1962년의 헌법만이 보상의 법률유보를 하지 않고 있으며, 다른 헌법은 모두 보상에 관하여 법률에 유보하고 있다.

3) 財產權의 발전과 그 헌법적인 의미에 대해서는 Helmut Rittstieg, Eigentum als Verfassungsproblem, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1975, Sp.286 이하 참조.

할 수 있을 것인가 하는 문제가 남는다. 이하에서는 이들 문제를 중심으로 논의를 전개하도록 한다.

2. 사회보험의 의의와 발전

가. 사회보험의 의의

보험은 장애의 불확실한 위험에 대비하며, 이를 피보험자 전체에게 분산시키는 역할을 한다. 그 가운데서도 사회보험은 사회에서 발생가능한 위험을 당해 사회의 공동책임으로 인식하고 이에 대비하는 것을 목적으로 한다. 과거에는 궁핍, 질병, 무지, 나태 등의 사회악을 개인의 책임으로 인식하였으나 사회가 발전하면서 이를 社會構造의인 原因에 기인하는 것으로 보려는 시도가 증대하였다. 또한, 국가의 역할을 단순히 사회안전을 소극적으로 유지하는 것에 한정시키지 아니하고, 보다 적극적으로 시민들의 생활수준을 향상시키고 사회발전을 유도하는 것으로 넓혀서 생각하면서 사회속에서 개개인이 부닥치는 위기에 대하여 이를 직접 해결해 주려는 노력이 증대하게 되었으며 이러한 노력이 社會扶助 및 社會保險 등의 방법으로 나타났다.

사회복지제도는 영국에서 먼저 광범위한 제도적인 모습을 갖추었다. 영국이 사회보험의 선진국이 된 데는 여러 요인을 들 수 있겠으나, 첫째로 산업사회의 발전과 함께 이에 따르는 병리 현상도 먼저 나타난 점, 둘째로 생산력 발전과 식민지 개척 등으로 경제적인 여유가 있었던 점, 그리고 마지막으로 나치 독일과의 전쟁 및 소련의 사회주의화에 대응할 민심 수습의 필요성을 들 수 있다.⁴⁾

4) 咸世南 외 6인 공저, 선진국 사회복지발달사, 홍익재, 2000, p.78 이하; 武田文祥, 社會保險と 福祉國家, 東京大學社會科學研究所編, 福祉國家 1(福祉國家の形成), 1984, p.87 이하.

우리나라에서는 1960년대 이후 수출위주의 경제성장 정책을 추진하면서 이에 따르는 사회문제도 부수적으로 나타났다. 이러한 사회 문제로는 빈부격차, 도시화에 따르는 주택부족, 의료비의 증대 등을 들 수 있다. 이들 문제에 대처하기 위하여 1962년 2월 각령으로 ‘사회보장제도 심의위원회규정’이 제정되어 보사부장관의 자문기관으로 사회보장제도 심의위원회가 설치되었다.⁵⁾

이런 노력에 따라 사회복지 입법이 대량으로 생겨나게 되었다. 여기에는 생활보호법(1961), 군사원호보상법(1961), 국가유공자와 월남귀순용사 특별보호법(1962), 재해구호법(1962), 자활지도사업에 관한 임시조치법(1965), 아동복지법(1961), 공무원연금법(1960), 군인연금법(1963), 산업재해보상법(1963) 및 의료보험법(1963) 등의 법률이 포함된다.

1970년에는 사회복지사업법이 제정, 시행되었다. 그리고 1977년에는 1963년에 임의적용방식으로 제정되어 있던 의료보험을 500인 이상의 사업장에 강제로 적용하게 됨으로써 의료보험이 본격적으로 시행되는 단계에 진입하였다. 1980년대에는 의료보험과 의료보호제도가 확대되고, 장애자복지법과 노인복지법이 제정되었다. 특히 1988년에는 국민연금제가 실시되고 최저임금제가 도입되었으며, 이후 의료보험이 국민개보험화로 확대되고 모자복지법이 제정되는 등의 발전이 있었다. 그리고 1995년에는 사회보험의 꽃이라 할 수 있는 고용보험이 도입됨으로써 선진국형의 사회복지를 제도화하였다.

그러나 1997년 말 금융위기와 함께 경제구조조정이라는 과제가 국가에 부과되면서 사회복지제도 또한 전면적인 재조정의 필요성이라는 문제에 봉착하였다. 경제의 규모가 커지고 재정이 확대되는 국면에 있어서는 사회복지에 큰 문제가 없다. 그러나 경기가 하강하면

5) 威世南 외, 위의 책, p.570.

서 실업자와 퇴직자가 늘어나고 재정이 축소되는 국면에서는 자연히 복지를 위한 재원이 감소하고 사회복지 제도 또한 재조정되지 않을 수 없다. 이 경우에는 필연적으로 기존의 사회복지에 대한 제한의 방향으로 나가는데, 그것이 국민의 기득권 혹은 재산권에 대한 침해를 가져오는 것이 아닌가 하는 의문이 제기되는 것은 당연하다 하겠다.

나. 사회보험 수급권의 제형태

(1) 국민연금보험 수급권

현재 우리나라에서 중요한 사회보험으로는 국민연금, 의료보험, 산재보험 및 고용보험이 있다. 국민연금제도는 가입자인 국민이 노령, 폐질 또는 사망으로 소득능력이 상실 또는 감퇴된 경우, 본인이나 그 유족에게 금전적인 급부를 행함으로써 생활상의 곤란을 방지하고자 한다. 이러한 금전적인 급부를 年金給與라고 부른다. 연금급여의 종류에는 노령연금, 장애연금, 유족연금 및 반환일시금의 4종이 있다.

노령연금은 가입기간이 10년 내지 20년 이상이고 55세 내지 60세에 달한 때 지급받는 연금이다. 노령연금은 가입기간·연령 및 소득의 유무에 따라 완전노령연금, 감액노령연금, 재직자노령연금, 조기노령연금 및 특례노령연금의 5종으로 나누어진다. 또한 연금가입자와 혼인기간이 5년 이상인 자가 이혼한 경우에는 배우자이었던 자의 노령연금을 분할한 일정 금액의 연금을 지급받을 수 있는 분할연금수급권이 발생한다.

특례노령연금은 1988년 1월 1일 현재 45세 이상 60세 미만인 자(특수직종 근로자의 경우에는 40세 이상 55세 미만인 자)가 가입기간이 5년 이상이 되는 때에는 제56조의 규정에 불구하고 일정 금액의 연금(이하 “특례노령연금”이라 한다)을 지급한다는 것을 말한

다(국민연금법 부칙 제5조). 제1항의 규정에 의한 특례노령연금액은 기본연금액의 1천분의 250에 해당하는 액에 가급연금액을 가산한 액으로 한다. 다만, 5년을 초과하는 경우에는 그 초과하는 1년(1년 미만의 매 1월은 12분의 1년으로 계산한다) 마다 기본연금액의 1천분의 50에 해당하는 액을 가산한다.(동조 제2항)

障碍年金은 가입자가 가입기간중에 발생한 질병 또는 부상으로 인하여 신체 혹은 정신상의 장애가 발생한 경우 그 장애가 존속하는 동안 장애정도에 따라 지급되는 연금을 말한다. 遺族年金은 연금 가입자 혹은 연금가입자이었던 자가 사망한 경우 이러한 자와 일정한 친족관계에 있는 자, 즉 유족에게 생계의 보장을 위하여 지급되는 국민연금의 한 종류이다. 반환일시금은 국민연금 가입기간이 비교적 단기간인 자 또는 유족에게 연금급여의 지급사유가 발생한 경우 연금가입자 또는 연금가입자 이었던 자가 납부한 기여금, 부담금, 퇴직금전환금 또는 연금보험료에 일정한 이자율을 곱한 금액을 일시에 반환하도록 하는 제도이다.

국민연금법 제49조는 연금액의 최고한도를 정하고 있다. 즉, 연금의 월지급액은 연금수급전년도를 기준으로 하여 제47조 제1항 제2호의 규정에 준하여 산정한 가입자이었던 최종 5년간의 표준소득월액의 평균액과 가입기간중의 표준소득월액의 평균액을 동조 제2항의 규정에 준하여 조정한 각각의 금액 중에서 많은 금액을 초과하지 못한다. 이는 국민연금이 표준소득월액을 기준으로 산정되며 또한 적정한 생계비의 지원을 목적으로 하는 것임을 나타내 주는 조항이라 할 것이다.

(2) 의료보험 수급권

의료보험은 국민 개개인이 질병·부상·분만 또는 사망의 위난에

직면한 경우에 보험급여를 실시함으로써 國民保健을 增進하고 社會保障을 確保함을 목적으로 한다. 의료보험제도는 강제가입의 원칙에 의하여 단기보험방식을 채택하고 있으며, 부담능력에 따른 보험료의 차등부담 및 필요에 따른 균등급여, 보험료 징수의 강제성이 특징이다.

의료보험에 의한 보험급여의 종류에는 법정급여와 부가급여가 있다. 법정급여에는 요양급여, 요양비, 분만급여 및 분만비가 있고, 부가급여에는 장제비와 본인부담보상금이 있다.

요양급여란 피보험자 또는 피부양자가 질병에 걸리거나 또는 부상을 입었을 때 보험자 요양기관을 통하여 의료서비스를 제공하는 것을 말한다. 요양급여는 원칙적으로 현물로 이루어진다. 피보험자나 피부양자가 긴급 기타 부득이한 사유로 인하여 요양기관 외의 의료기관이나 약국 등에서 요양을 받은 경우에는 요양급여에 상당하는 금액을 금전으로 지급하게 되는데 이를 요양비라고 한다. 분만급여란 피보험자 또는 피부양자가 요양기관에서 분만하는 때에 요양기관이 제공하는 서비스를 말한다. 여기서 분만이란 통상적으로 4개월 이상의 피보험자 또는 피부양자가 분만하는 경우를 말하며, 임신 4개월 이상의 분만에는 정상분만, 사산, 유산 및 조산이 모두 포함된다. 그리고 피보험자 혹은 피부양자가 요양기관 법정 요양기관 이외의 장소에서 분만한 경우 분만비를 지급하게 된다.

부가급여는 기본급여와는 달리 보험자의 재정상태에 따라서 재량적으로 지급할 수 있는 보험급여로서 장제비,⁶⁾ 분만수당 및 본인부담보상금 등이 있다. 현재 장제비 및 본인부담보상금이 부가급여로 행해지고 있으나 분만수당은 시행되지 않고 있다. 본인부담보상금이란 의료비 고액화 경향 등에 따라서 본인일부 부담금이 고액화되어

6) 국민건강보험법 제55조(임의급여) 공단은 이 법에 규정한 요양급여 이외에 대통령령이 정하는 바에 의하여 장제비·상병수당 기타의 급여를 실시할 수 있다.

가계에 부담이 되는 점을 감안하여 환자의 부담을 경감할 목적으로 시행하고 있다. 그 액수는 30일 이내에 동일한 의료기관에서의 의료보험 비급여를 제외한 본인부담금이 50만원을 초과한 경우 초과된 금액의 100%이다.

보험에 가입되었다고 하여도 일정한 사유가 발생하면 보험급여가 지급되지 아니하는 경우가 있다. 여기에는 1. 국외에 여행중인 때, 2. 국외에서 업무에 종사하고 있을 때, 3. 하사(단기복무자에 한한다)·병 및 무관후보생으로 복무중인 때 그리고 4. 교도소 기타 이에 준하는 시설에 수용되어 있는 때 등이 포함된다.(국민건강보험법 제49조)

(3) 산업재해보상보험 수급권

산업재해보상보험제도는 근로자에게는 業務上의 災害를 신속·공정하게 보상하고 불의의 재해를 당한 근로자나 그 가족의 생활을 보장하며, 사업자에게는 산재로 인한 불시의 부담을 분산·경감시켜 주려는 목적을 가지고 있다.

산업재해보상보험법이 규정하는 보험급여에는 요양급여, 휴업급여, 장해급여, 유족급여, 상병보상연금 및 장의비가 포함된다. 이밖에 특별급여로 장해특별급여와 유족특별급여가 있다.

요양급여는 산재보험 적용사업장에서 근로자가 업무상 부상 또는 질병에 걸린 경우에 근로자로 하여금 병원 등의 시설에서 완치될 때까지 치료를 받도록 하는 보상급여를 말한다. 요양급여는 현물급여가 원칙이나 예외적으로 요양비를 현금으로 지급하는 경우도 있다. 휴업급여란 근로자가 부상 또는 질병으로 휴업한 기간 동안의 소득을 보전해 주는 금전적인 급부를 말한다. 평균임금의 100분의 70에 해당하는 금전이 지급된다. 장해급여라 함은 근로자가 업무상

의 부상 또는 질병에 걸려 치유되었으나 당해 부상 또는 질병과 상당인과관계에 있는 장애가 남게되는 경우에 지급하는 보험급여를 말한다. 유족급여라 함은 근로자가 업무상의 재해로 인하여 사망한 경우에 그에 의하여 부양되고 있던 가족들의 생활보장을 위하여 지급되는 보험급여이다. 상병보상연금이란 업무상 부상 또는 질병으로 인하여 2년 이상의 장기요양을 필요로 하는 경우에 그 피재근로자와 가족의 생활안정을 도모하고 폐질상태에 있는 근로자의 재기의욕을 고취시키기 위한 보험급여이다. 장의비란 근로자가 사망한 경우 그 장제에 소요되는 비용을 지급하는 보험급여이다.

이밖에 장애특별급여라 함은 사업주의 고의·과실로 발생한 업무상의 재해로 인하여 피재근로자가 민법에 의한 손해배상청구에 갈음하여 장애특별급여를 청구한 때 민사상 손해배상액에 상당한 금액을 지급하는 보험급여이다. 유족특별급여란 보험자의 고의·과실로 업무상 재해가 발생하여 근로자가 사망한 경우에 수급권자가 민법에 의한 손해배상에 갈음하여 지급받는 보험급여이다.

(4) 고용보험 수급권

고용보험은 실업의 예방, 고용의 촉진 및 근로자의 직업능력의 개발향상을 도모하고, 국가의 직업지도·직업소개 기능을 강화하며, 근로자가 실직한 경우에 생활에 필요한 급여를 실시함으로써 근로자 생활의 安定과 求職活動을 촉진하여 사회·경제 발전에 이바지함을 목적으로 하는 제도이다.

고용보험에 의해 실업급여가 지급된다. 실업급여는 실직자의 생계보장을 위한 구직급여와 조속한 재취업을 장려하기 위한 취직촉진수당으로 구분되며, 취직촉진수당의 종류에는 조기재취직 수당, 직업능력개발수당, 광역구직활동비 및 이주비로 구분된다.

구직급여는 피보험자가 실업한 경우에 지급된다. 수급자격자가 실업의 신고를 한 후에 질병 또는 부상으로 말미암아 취업이 불가하여 실업의 인정을 받지 못한 때에는 당해 受給資格者의 請求에 의하여 구직급여일액에 상당하는 금액을 구직급여에 같음하여 지급할 수 있다. 실직자의 조속한 재취업을 장려하기 위하여 구직급여 이외에 지급하는 취업촉진수당에는 조기재취직수당, 직업능력개발수당, 광역구직활동비 및 이주비가 있다. 조기재취직수당은 실업급여의 수급자격자가 소정의 실업급여기간을 모두 소진하지 아니하고, 즉 실업급여의 일수를 2분의 1 이상 남긴 상태에서 재취업하였을 경우 조기취업을 촉진하는 차원에서 지급하는 일종의 인센티브를 제공하는 급여이다. 직업능력개발 수당은 실직자에 대한 職業訓練을 앞선하고 이를 장려하기 위해 失業給與와는 별도로 지급하는 금전급부이다. 광역구직활동비란 직업안정기관의 직업소개에 의하여 원거리 소개 사업체를 방문하여 면접 등을 하는 경우에 소요되는 교통비, 숙박료 등 실비충당을 위하여 지급되는 비용을 말한다. 그리고 이주비는 수급자격자가 직업안정기관이 소개한 직업에 취직하거나 직업안정기관장이 지시한 훈련을 받기 위하여 그 주거를 이전하는 경우에 지급할 수 있는 금전적인 지원을 말한다.

다. 보험급여 사이의 조정

국민연금 수급권자에게 이 법에 의한 2이상의 급여의 수급권이 발생한 때에는 그 자의 선택에 의하여 그 중의 하나만을 지급하고 다른 급여의 지급은 정지된다.(국민연금법 제52조) 국민연금법상의 장해연금 혹은 유족연금의 수급권자가 동법에 의한 장해연금 혹은 유족연금의 지급사유와 동일한 사유로 산업재해보상보험법 등의 다른 법률에 의하여 급여·보상·배상 등 금품을 받을 수 있는 경우

에는 국민연금법에 의한 장해연금 또는 유족연금을 조정하여 지급하거나 지급하지 않을 수 있다(국민연금법 제93조). 55세 이상 65세 미만의 노령연금수급권자가 고용보험법 제31조의 규정에 따라 구직급여를 지급받을 수 있는 경우에는 그 기간동안에는 노령연금의 지급을 정지한다.(국민연금법 제93조의2)

산재보험법에서는 원칙적으로 수급권자가 동일한 사유로 민법 기타 법령에 의하여 보험급여에서 상당한 금품을 지급받은 경우에는 그 금액의 한도에서 산재보험급여를 지급하지 않도록 하고 있으나, 장애보상일시금과 유족보상일시금의 경우에는 예외적으로 산재보험급여를 하고 있다(산업재해보상보험법 제48조 제3항).

의료보험에서도 보험자는 보험급여를 받을 수 있는 자가 다른 법령에 의하여 요양을 받거나 요양비를 지급받은 때에는 그 한도 내에서 보험급여를 지급하지 아니하며(의료보험법 제41조 제4항), 또한 업무상 재해로 인하여 다른 법령에 의한 보험급여나 보상을 받게 되 자에 대하여는 의료보험급여는 실시하지 않도록 규정하고 있다(동조 제5항).

3. 공법상의 지위와 재산권

가. 재산권의 보장의 범위

헌법상 보장되는 재산권은 민법의 그것과는 다르다. 헌법상으로는 단지 물건 뿐만이 아니라 모든 재산가치 있는 권리를(jedes vermögenswerte Recht) 보장한다.⁷⁾ 기본법상의 재산권 개념은 사회적 가치관(gesellschaftliche Anschauungen)에 의하여 인정된 재산권의 개념을 재산권으로 인정하고 있다. 이 사회적 가치관이라는

7) Kimminich, JuS 1978, 217(218). 저작권에 대해서는 BVerfGE 31, 229.

용어가 헌법상 재산권의 개념을 정하는 하나의 일반조항으로서의 기능을 한다고 볼 수 있는데, 결국 영업권의 재산권 객체성의 여부도 이에 따라서 판단될 것이다.

재산권 보장의 중요한 표지로 떠오른 ‘설비되고 가동된 영업’(der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb)이라는 관념은 우선 라이히 법원과 연방대법원의 불법행위 및 방해제거에 기초한 청구권론(deliktische und negatorische Ansprüche)에서 발전하였으며, 그것의 위치는 독일민법 제823조 제1항의 의미에서의 ‘기타의 권리’라는 위치에 자리하였다.⁸⁾ 이러한 사법상의 권리에 헌법적으로도 보호되는 재산권의 지위를 부여하기 위해서는 이러한 영업권이 갖는 내용이 무엇인지를 분명히 하여야 할 것이다. 이러한 재산권으로서의 요건을 판단하는 기준으로 제시된 것이 바로 설비되고 가동된 영업이라고 하는 표준이다. 여기서 전자는 영업시설의 현상을 말하는 것이며, 후자는 현재 영업이 진행상황을 가리키는 말이다. 여기서도 영업에 부가된 자산투자와 노무의 존재를 하나의 표준으로 삼고 있음을 볼 수 있다.⁹⁾

그런데 여기서 더욱 중요한 것은 그러한 영업이 재산권자의 지위와 비교했을 때, 이와 유사한 권리상태를 가지고 있어야 한다는 점이다. 말하자면 영업상의 재산적 가치가 물건과 마찬가지로 보호될 가치를 가지고 있는지의 여부가 문제시된다.¹⁰⁾ 역시 이 때에도 재산

8) “Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.”: “고의 혹은 과실로 위법하게 타인의 생명, 신체, 자유, 재산혹은 기타의 권리를 침해한 사람은 그로부터 발생하는 손해를 배상하여야 하는 책임이 있다”. Peter Badura, Eigentumsschutz des Eigentumsbetriebes, AöR 98(1973), p.157. 여기서 바두라가 드는 전거로는 Fikentsche, Das Recht am Gewerbebetrieb (Unternehmen) als “sonstiges Recht” im Sinne des§823 Abs. 1 BGB in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, in: Festgabe für HeinrichKronstein, 1967, p.261 이 있다.

9) Badura, aaO, p.159.

10) Friedrich Kref, Öffentlich-rechtliche Ersatzleistungen, 1980, p.29ff.; Nüßgens/ Boujong,

권 보호의 방어적인 성격은 그대로 유지되기 때문에 보장되는 범위는 종래 계속되어온 영업의 범위에서만 보호를 하는 것이지 소득을 보장하는 것은 아니며,¹¹⁾ 아울러 여기서 보호하는 재산권은 ‘權利’ 자체이며, 단순한 ‘機會’는 보호하지 아니한다.¹²⁾ 영업권에 대한 침해성의 여부는 재산권의 보장 및 收用의 一般論으로 귀착될 것이다.¹³⁾

나. 재산권과 공법상의 지위

헌법상의 재산권 보장과 관련하여 公法的 地位(öffentlichrechtliche Rechtsstellungen)에 대한 보장의 문제가 존재한다. 바이마르 헌법 아래에서는 공법적 지위에 대해서는 재산권의 보장이 미치지 않는다고 하는 것이 통설로 인정되어 왔다.¹⁴⁾ 문제는 기본법 제33조 제5항과¹⁵⁾ 제14조의 관계에서 찾을 수 있다. 기본법 제33조 제5항의 규정에 따라서 공무원은 기본법 제14조의 보호를 받지 못하게 된다. 그러면 이로부터 논리적으로 다음의 결과가 도출된다. 즉, 만인에 대하여 적용되는 재산권 규정이 공무원이라는 신분에 적용되지 아니하면, 역으로 기본법 제33조 제5항은 공무원에 대하여 기본법 제14조의 재산권 보장조항으로 기능하여야 한다는 것이다.¹⁶⁾

Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, 1987, p.41.

- 11) BGHZ 92, 34. 독일 헌법상 보장되는 영업권의 각 유형과 판례에 대해서는, Nüßgens/Boujong, aaO, p.40-48 참조.
- 12) Walter Leisner, Eigentumswende?, DVBl. 1983, 61; Günter Krohn, Entschädigung für enteignende Eingriffe in das Grundeigentum in Wasserschutzgebieten, DVBl. 1986, 745(745); BGHZ 83, 1; 94, 94.
- 13) Nüßgens/Boujong, aaO, p.42; Badura, aaO, 161ff.
- 14) Werner Weber, Öffentlich-rechtliche Rechtsstellungen als Gegenstand der Eigentums-garantie in der Rechtsprechung, AöR 91(1966), p.382.
- 15) “Das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln”.: “公務員의 권리는 종래의 職業公務員에 관한 원칙의 고려 아래 규율하여야 한다.”
- 16) BGHZ 13, 265(318); Weber, aaO, p.283.

또한 바이마르 헌법에서 있었던 직업군인에 관한 특별규정이 기본법에서 없어짐으로 인해서, 직업군인의 공무에 관한 재산적 가치에 대한 청구권은 기본법 제14조에 의하여야 할 것이라고 주장되었다.¹⁷⁾ 이러한 공법상의 法的地位가 재산권에 준하는 보호를 받으면 이에 상응하는 法的要件을 갖추어야 한다. 이것이 인정되었던 경우는 공무원의 청구권이 자신과 가족의 신분상 상응하는 생활유지에 불가결한 때였다.¹⁸⁾ 또한 재산권 보장의 요건으로 주장되는 것은 자신의 노력으로 재산가치 있는 法的地位를 획득한 경우이다.¹⁹⁾ 또 다른 연방헌법재판소의 관례에 따르면 ① 그러한 권리가 범주체에게 私的效用 있는 것으로 排他的으로 귀속되어 있고, ② 적지 않은 자신의 기여로 그러한 지위를 이룩했으며, ③ 그것이 자신의 생존에 이바지할 수 있을 때에는 재산권에 준하는 법적 보호를 받을 수 있다고 한다.²⁰⁾ 따라서 국가의 행정작용에 의한 반사적인 영업지위,²¹⁾ (청구권자의 기여 없이) 국가의 보장행정으로 인한 지위 등은²²⁾ 보장의 범위에서 배제된다.

그래서 위에서 보듯이 公法上の 法的地位에²³⁾ 대한 헌법적인 보호는 자신의 役務와 寄與의 존재여부를 표준으로 함이 명백하다.²⁴⁾ 그런데, 여기에 대해서는, 보호되는 것은 결국 公法上の 法的地位가 아니라, 공법상의 허용과 지지의 기초 위에 개인의 의무, 자본의 투자 혹은 양자를 통하여 만들어 낸 私法上の 財産權地位가 아닌가

17) BVerfGE 3, 58; Weber, aaO, p.388.

18) BGHZ 16, 192.

19) BVerfGE 11, 221(226).

20) BVerfGE 69, 272(299ff.).

21) BVerfGE 1, 264.

22) BVerfGE 29, 283(302); 58, 81(112).

23) '法的地位'의 구체적인 내용에 대해서는 Günter Krohn, Die Bedeutung der Rechtsposition in der neueren Rechtsprechung, FS für Willi Geiger zum 80. Geburtstag, p.419ff. 참조.

24) BVerfGE 40, 65(83); 45, 142(170); 53, 257(289ff.)

라는 의문이 제기된다.²⁵⁾

4. 사회보험과 재산권의 관계

가. 사회보험 수급권의 법적 성격

社會保險은 인간다운 생활을 규정하고 있는 헌법 제34조에 의하여 그 법적인 근거를 가진다. 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다(헌법 제34조 제2항). 이러한 의무는 결국 각종의 사회보장 입법에 의하여 구체화되며, 그로부터 국민의 사회복지에 관한 급부청구권이 발생한다. 사회보험 수급권은 국가의 사회보장 및 사회복지 증진에 관한 노력에 의해 구체화되는 請求權이라는 점에서 公法的인 性格을 가진다. 사회보장 수급권의 공법적인 성격은 그것의 강제성에서 두드러진다. 즉 피보험자 등의 보험료 납부의무는 자신의 보험가입 여부에 대하여 선택권이 없으며, 가입이 강제된다. 그리고 보험료율의 결정은 획일적인 성격을 가진다. 반면에 사회보험은 급여 혹은 비용의 일정부분을 국가가 담당함으로써 모든 비용을 피보험자가 부담하는 私保險과 구별된다.

그리고 사회보험 수급권은 공법적인 권리의 일종으로 여러 가지 제한이 따르게 된다. 여기에는 양도 또는 압류의 금지가 포함되어 있다.²⁶⁾

한편 사회보험 수급권의 내용은 절대적인 성격을 가지는 것은 아니고 입법자가 당시의 사회·경제적 상황과 필요에 의하여 조정할 수 있다고 하겠다. 그러나 입법자가 사회보험 수급권의 내용을 결정하거나 혹은 변경하는 경우에도 그 내용을 자의적으로 형성할 수는

25) Weber, aaO, p.401.

26) 국민건강보험법 제54조, 산업재해보상보험법 제55조 제2항, 국민연금법 제54조(담보제공 금지 포함) 및 고용보험법 제29조(담보제공금지 포함).

없으며, 비례원칙, 평등원칙, 신뢰보호의 원칙 등의 법적인 제한을 받게 된다.

나. 사회보험 수급권과 재산권

(1) 사회보험 수급권의 재산권성 인정여부의 의의

사회보험은 국가의 사회보장·사회복지의 증진노력에 의해 형성되는 給付請求權이라고 하는 점에서 이미 형성되어 있는 재산권에 대한 現存狀態의 保障을 의미하는 재산권의 보장과 구별된다. 헌법 제23조의 재산권은 일차적으로는 동산이나 부동산의 유체 물건과 저축과 채권 등의 구체적 형태의 청구권을 보장하는 것이다. 이에 대해서 사회보험 급부 수령권은 국가에 의해 개인의 생활을 보장하는 성격을 가지는(사회정책적인 성격도 포함되는) 것이며, 아직 급부청구권이 발생하지 아니한 경우에는 일정한 사실의 발생이나 행위를 조건으로 하는 기대권적인 성격에 머물러 있기 때문에 아직은 완전한 형태의 재산권이라고는 하지 못하는 특수한 성격을 가진다.

그런데 사회보험 수급권을 재산권이라고 하는 경우에 단순한(재산권적인 성격을 가지지 못하는) 公法上의 請求權과는 어떤 법적인 차별성이 있게 되는가의 문제가 중요하다. 앞에서 사회보험 수급권은 헌법상 입법자의 법적인 형성권 아래에 존재하는 것이라 하였을 때 이러한 입법자의 형성자유는 재산권에 대해서도 동일하게 존재하는 것이다. 즉, 헌법 제23조에서는 “모든 국민의 재산권은 보장된다”고 하면서도 “그 내용과 한계는 법률로 정한다”라고 하여 재산권의 내용도 무제한적인 것은 아니고 이미 입법자에 의한 형성의 범위 안에 귀속되어 있음을 명시하고 있는 것이다. 단지 차이가 있다면 동조 제3항에서, “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한

다”고 함으로써 사회보험 수급권을 공공필요에 의하여 제한하는 경우에 그에 대한 보상문제가 발생하는지의 여부가 재산권성의 인정여부에 관한 중요한 의미를 가지는 것이다.

(2) 사회보험 수급권의 재산권성 존재여부에 대한 논의

앞에서 논의한 바와 같이 재산권은 국민 개개인이 이미 형성된 재산 혹은 재산적인 가치에 대하여 가지는 방어적인 성격의 권리로 자본주의 사회에서 생활의 토대로서의 의미를 가진다. 그리고 주지하듯이 국민의 자유와 재산을 보장하는 것은 (자유주의적인) 법치국가에 있어서 국가의 기본적인 과제로 인식되었다. 이에 비해서 사회보험 수급권이라는 것은 사회보장제도가 발달한 이후에 비로소 등장한 것으로, 이러한 사회적인 권리의 형성과 발전은 소위 사회국가 개념과 밀접한 관계를 맺고 있다. 사회보험 수급권이 재산권적인 성격을 가지는가 하는 문제에 대하여 일찍이 많은 논란이 있어 왔다.

이 문제에 대하여 독일의 학설은 재산권적인 성질에 대하여 긍정적인 입장이 다수였으나 판례는 사회보험의 재산권으로서의 성질을 부정하는 입장에서 출발하였다.²⁷⁾ 그 이유는 무엇보다도 재산권 개념이 가지는 私法中心的인 성격에서 찾아야 할 것이다. 위에서 보듯이 처음에 연방헌법재판소는 기본법 제14조상 보장되는 재산권 개념을 ‘民法 및 社會的 價値觀에 의해서 형성된 財產權制度’(das Rechtsinstitut des Eigentums, so wie es das bürgerliche Recht und die gesellschaftlichen Anschauungen geformt haben)에서 찾았다.²⁸⁾ 따라서 연방헌법재판소로서는 공법상의 입법에 의한 개인의 법적인 지위를 재산권에 포함시켜서 생각하지는 않았다. 다음에

27) BVerfGE 2, 380(399f.); 11, 221(226).

28) BVerfGE 1, 264(278); 11, 70; 18, 132.

법원이 사회복지에 관한 권리에 대하여 재산권적인 성격부여를 주지한 것은 재산권이 가지는 방어적인 성격 때문이라고 할 수 있다. 개인의 법적 지위에 대하여 재산권으로서의 성격을 인정하게 되면 그 법적인 지위를 변경 혹은 박탈하기 위해서는 信賴保護 및 收用補償 등의 조치가 뒤따라야 한다. 따라서 사회복지에 대하여 재산권적인 성격을 인정하는 것은 사회복지 정책 입안자에게 큰 부담을 지울 뿐만 아니라 사회복지의 사회·경제적인 여건 변화에 대한 적응 가능성을 크게 위협하는 요인이 되는 것으로 파악되었다.²⁹⁾

사회보장 급부의 재산권적 성질에 대한 부인은 1971년 헌법재판소 판사 룽 폰 브뤼넥(Rupp-von-Brüneck)의 개별의견으로 전환점을 맞이하였다. 브뤼넥은 여기서 재산권의 시민에 대한 자기책임 아래에 생활을 가능케 하는 물질적인 토대로서의 측면에 주목하고, 사회-경제적인 여건이 변화하여 시민이 단지 사법관계만이 아니라 공법적인 급부에 의존하지 않을 수 없는 현실을 지적하면서, 종래 공사법의 이분론에 근거한 권리론을 비판하였다. 즉, 시민에게 변화된 사회안에서 안정적인 생활을 가능하게 하기 위해서는 공법적인 사회보장 청구권에 대하여도 재산권적인 성격을 인정하여야 한다는 것이 그의 주장이다.³⁰⁾ 그리고 종래 사회보장 급부의 재산권 부인 논거로 지적되었던 사회보장의 유연성에 대하여는, 재산권으로 인정되면 존속보장의 요청으로 인하여 사회보장 제도의 발전에 대한 장애물이 될 것이라는 주장에 대해서는 재산권 자체가 이미 그 내용 형성에 대하여는 입법자에게 위임되어 있기 때문에 큰 문제 없다고 주장하였다.

29) Gitter, Wolfgang, Möglichkeiten der Fortentwicklung des Rechts der sozialen Sicherheit zwischen Anpassungszwang und Bestandsschutz, in: herg. von Stober, Rolf, Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen, 1986, p.101.

30) BVerfGE 32, 129ff.

이러한 주장 등에 고무되어 연방헌법재판소는 방론에서나마 사회 보장법적 지위의 보호에 대한 적극적인 입장을 표명하였다.³¹⁾ 그 후에 연방헌법재판소는 연금 기대권에 관한 결정에서 재산권적인 성질을 긍정하기에 이르게 된다. 이 판결의 판지는 다음과 같다.³²⁾

“연금보험법적인 지위는 …재산권 보장과 동일한 보호 임무를 가진다. 또한 그것은 기본법 제14조상 보호되는 재산권과 동일한 구성요소적인 징표를 가진다… 현대 사회에서 국민의 대다수는 자신의 경제적인 생존을 사적인 유형적 재산보다는 노동계약을 통하여 그리고 그와 결합되어 연대적으로 행해지는 생존배려를 통하여 보장받게 되는데, 이는 바로 역사적으로 보아 재산권과 밀접한 관계를 맺고 있는 것이다. 그런 한에서 개인의 연금보험에 대한 청구권은 사적인 보호와 보장의 성격을 가지는 것이다.”

이러한 주장의 보다 구체적인 논거는 다음과 같이 계속된다.³³⁾

“원칙적인 처분권능이라는 요소안에서 재산권 목적물에 대한 지배권이 포함되며, 이와 함께 소유자의 목적물에 대한 인적인 연관이 표현된다. 연금청구권 및 연금 기대권에서의 인적인 연관이라는 것은 나중에 그것을 이용한다는 것만이 아니라 수입에 비례해서 보험료가 정해지는 데서 알 수 있듯이 그것의 범위가 피보험자의 인적인 노동에 의하여 함께 결정된다는 사실에서 발생한다. 그러니까 피보험자의 권리는 자기 자신의 업적과 관련이 있는 것인데, 이 업적은 재산권자 지위의 특별한 보호근거로 인정된다. 이것은 국가가 자신의 보호의무를 수행하기 위하여 법률을 통하여 부여하는 청구권에만 기초하는 것도 아니고, 헌법재판소의 일관된 판지와 같이 헌법이 보장하는 재산권에 의하여 포괄적으로 보장되는

31) BVerfGE 40, 65(82).

32) BVerfGE 53, 257(290).

33) BVerfGE 53, 257(291).

것도 아니다. 여기서 권리와 개인의 기여는 서로 일치하는 것은 아니다. 그렇지만 청구권과 관련하여 개인의 기여의 몫이 커지면 커질수록 헌법상 본질적인 인적인 연관성이 커지며, 이와 함께 재산권 보장의 더 확실한 근거가 된다.”

(다) 사회보험 수급권의 재산권적 보장의 요건

사회보험 수급권이 재산권적인 성질을 가지기 위해서는 다음과 같은 세 가지의 요건을 구비하여야 한다. 첫째로, 그것이 법적으로 확정된 구체적인 기대권이어야 한다. 둘째로, 이 기대권은 피보험자 개인의 현저한 기여에 의한 것이어야 한다. 셋째로 이 수급권이 권리자의 생존보호를 위하여 이바지 할 목적으로 형성된 것이어야 한다.³⁴⁾

첫번째 요건의 의미는 개인이 사회복지제도로 인하여 혜택을 입는다고 하더라도 일시적이거나, 혹은 정부의 공익상의 정책에 의하여 급부되는 부분은 ‘권리성’을 가지지 못한다는 의미이다. 개인이 어떤 급부에 대하여 ‘기대’한다는 것은 그러한 급부가 사전에 예상되며, 또 그러한 기대에 맞추어 생활을 설계한다는 의미를 가진다. 보통 社會保險의 경우에는 둘째의 요건인 개인의 寄與分이 있기 때문에 그러한 기대는 당연히 발생하게 된다. 따라서 장래의 급부에 대한 구체적인 기대권의 존재 여부는 사회보험 수급권의 경우에는 보통 당연히 전제되는 것으로, 크게 문제되는 것은 아니다.

두번째의 요건은 개인의 기여에 관한 것이다. 재산권이라는 것은 보통 사람들이 자신의 노력에 의하여 형성한 재화를 의미하므로 개인의 기여 혹은 노력의 존재가 중요하다. 개인의 기여는 여러 형태

34) Ruland, Franz, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Juli 1985 zum Eigentumsschutz von Anrechten aus der gesetzlichen Rentenversicherung, in: herg. von Stober, Rolf, Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen, 1986, p.48ff.

가 있을 수 있는데, 자기가 부담하는 경우에는 그것을 직접 납부하든 아니면 소득에서 원천징수 당하든 그 해당부분은 개인의 기여로 볼 수 있다. 다음에 사업자가 납부하는 경우에도 근로자가 노동을 하여 생산한 총수익 혹은 총매출에서 보험료가 납부되는 것인 까닭에 사업자의 부담분은 사업자가 부담한다는 의미와 함께 궁극적으로는 피보험자의 노동의 대가로서 지급되는 성질을 가지는 것이기에 역시 노동자 자신의 기여분이 있는 것으로 생각된다. 헌법재판소의 판례에서도 “퇴역연금 중 기여금에 상당한 부분만은 봉급연불적인 성질을 갖는다 할 것이다”라고 판시하여 연금 중 일정부분의 성격을 임금의 연장선상에 있는 것으로 본다.³⁵⁾

그렇지만 사회보험법상의 권리에 대한 재산권보호는 단지 利子를 포함하여 그 동안 저축된 개인의 기여금에 제한된다는 생각은 잘못된 것이다. 비록 개인의 기여가 사회보험 조정문제에 관한 본질적인 내용을 형성한다고 하여도,³⁶⁾ 사회보험법에 의한 재산권은 전체 법체계를 통하여 형성된 수급권이며, 결코 개인이 현실적으로 납부한 기여금과 그 이자에 국한되는 것은 아니다.³⁷⁾ 물론 개인의 기여가 많고 개인의 노력에 의한 보험금이라는 징표가 뚜렷할수록 재산권보장의 확실성은 증대한다. 개인의 기여라는 사실은 반드시 노무에 대한 임금만을 의미하는 것은 아니다. 가령 국가를 위하여 하는 업무 수행과정에서 발생한 각종의 희생에 대하여 보상이 주어진다면 이는 본인의 기여에 의한 재산권으로서의 성격을 가지는 것이다. 이런 의미에서 헌법재판소는 국가유공자예우에 관한 법률에 의한 보상금을 재산권의 범주에 넣어서 보호하고 있다.³⁸⁾

35) 헌재 1994. 6. 30. 선고 92헌가 9 결정.

36) 헌재 1994. 6. 30. 선고 92헌가9 결정.

37) 鄭夏重, 憲法裁判所の 판례에 있어서 財産權保障, 憲法論叢 제9집, pp.305-306.

38) 헌재 1995. 7. 21. 선고 93헌가14 결정.

마지막의 요건은 사회보험 급부가 개인에 대하여 가지는 의미이다. 즉, 당해 급부가 개인에 대하여 生存保障의인 性格을 가져야 한다. 이는 재산의 개인적 특성에 기인하는 요소이다. 인간은 사회적 동물이며, 재산권을 바탕으로 하는 자본주의 사회 내에서는 재산은 개개인의 생존 및 사회적 생활에 있어서 본질적인 역할을 한다. 사회보험의 수급권이 재산권적인 성격을 가진다는 것은 바로 사회보험으로 인한 급부가 개개인의 생존 및 생활에 불가결한 의미를 가진다는 뜻이다. 현대 국가에서 사회복지제도의 중요성을 논의하는 이유도 바로 여기에 있다. 흔히 ‘財産權의 機能轉換’(Funktionswandel des Eigentums)이라고 불리는 부분도 따지고 보면 이러한 사회복지제도의 중요성에 기인한다.³⁹⁾ 과거에 사람들은 전답 등의 토지를 삶의 기반으로 했다면, 이제는 독립적인 생산자이기보다는 거대 생산조직의 일원이 됨으로써 임금에 의존하고 있다. 고용계약상 표면적으로는 매월 혹은 매년 지급되는 급여에 의존하고 있는 듯하지만 개인의 일생 전체를 놓고 생각하면, 사고나 노령 등의 사유로 직장을 그만 둔 경우에는 사회보험 수급권이 보다 중요한 의미를 가진다. 현대 의학의 발달로 평균수명이 늘면서, 또한 과거와는 달리 자식이 부모를 한 가정에서 봉양하지 않는 사회구조 안에서는 연금은 취업기간의 급여만큼이나 혹은 그 이상으로 중요한 의미를 가진다.

그런데, 사회보험 수급권이 가지는 개인에 대한 유용성이라는 요건은 그것이 개인의 생존에 유용하다는 의미와 함께 그것이 개인의

39) P. Badura, in: Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel (hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1983, p.656; Vogel은 1975년 11월 뉘른겐 변호사회에서 행한 강연에서 재산권 발전의 경향을 형식적 법치주의에서 실질적 법치주의로의 발전이라고 규정하고, 사적 재산권의 기능은 경제 영역에 대하여 정치영역으로부터의 상대적인 자율성을 부여하는 것이라고 주장한다. Hans-Jochen Vogel, Kontinuität und Wandlungen der Eigentumsverfassung, p.6,19 참조.

처분에 맡겨져 있는 ‘임의 처분성’을 의미하게 된다. 말하자면 사회 보장 수급권이 재산권으로서의 성질을 가지기 위해서는 그것이 개인에게 대단히 필요한 것일 뿐만 아니고, 그 자체가 단순히 행정의 재량이 아닌 개인의 처분 가능범위에 들어와 있어야 한다는 의미이다. 따라서 이런 관점에서 보면 국민연금법 제42조 이하의 복지사업이나 국민건강보험법 제45조의 장제비나 상병수당과 같은 임의급여는 재산권으로서의 성질보다는 사회적 시혜로서의 성격을 가진다고 보아야 한다.⁴⁰⁾

다. 우리나라 사회보험상의 재산권적 기여요인

(1) 보험료의 납부의무

국민연금법상의 각종의 연금급여의 지급 등 국민연금 사업에 소요되는 비용에 충당하기 위하여 가입자 및 사용자로부터 가입기간 동안 가입자의 소득에 비례하여 일정소득의 연금보험료를 징수한다. 이 연금보험료는 가입자의 표준소득월액에 연금보험요율을 곱하여 산정된다. 연금보험료는 사업자가 부담하는 것과 근로자가 부담하는 부분이 있는데, 이 가운데 사업자가 부담하는 부분을 기여금이라고 하고, 근로자가 부담하는 부분을 부담금이라고 한다. 현재 연금보험요율은 각각 1000분의 45이다. 그런데 지역가입자, 임의가입자 및 임의계속 가입자의 연금보험료는 모두 본인이 부담하며, 그 액수는 1999년 4월에는 표준월소득액의 1000분의 30으로 시작하였으나 이것이 점점 상승하여 2005년 7월부터는 1000분의 90으로 조정되는 방식이 채택되었다.(국민연금법 제75조 참조)

국민건강보험의 보험요율은 표준보수월액의 1000분의 20 내지 1000분의 80 범위내에서 조합정관으로 정하며, 국외에서 업무에 종

40) 全光錫, 社會保障法學, 한림대학교출판부, 1993, p.130.

사하는 피보험자의 보험료는 국내 사업장에 종사하는 피보험자의 보험료의 1000분의 80 범위내에서 조합 정관으로 정한다. 전체 보험료 가운데서 피보험자와 사용자가 각각 보험료의 50%씩 부담하고 사용자가 납부하여야 하며, 다만 임의계속피보험자의 보험료는 피보험자가 전액 부담하여야 한다.

산업재해보상보험사업에 소요되는 비용은 원칙적으로 사업주가 전액을 부담한다. 다만, 보험사무의 사무집행에 소요되는 비용을 국가가 일반회계에서 부담하여야 한다. 또한 국가는 매년도 예산의 범위 안에서 보험사업에 소요되는 비용의 일부를 지원할 수 있다.(산업재해보상보험법 제3조) 보험사업에 소요되는 비용의 일부를 국가가 지원한다는 것은 산업재해보상보험의 국가 정책적인 성격을 잘 나타내는 것이라고 할 것이다.

고용보험의 보험료는 사업주와 피보험자인 근로자가 각각 이를 부담한다. 피보험자인 근로자가 부담하여야 하는 보험료는 자기 임금의 총액에 실업급여 보험료율의 2분의 1을 곱한 금액으로 한다. 사업주로부터 임금을 지급받지 않는 경우에는 당해 근로자가 자기 임금의 총액에 실업급여의 보험료율을 곱한 금액을 부담하여야 한다. 사업주가 부담하여야 하는 보험료는 당해 사업에 종사하는 피보험자인 근로자의 임금의 총액에 고용안정사업의 보험료율을 곱한 금액, 직업능력 개발사업의 보험료율을 곱한 금액, 실업급여의 보험료율의 2분의 1을 곱한 금액을 합한 금액으로 한다. 다만, 피보험자인 근로자가 64세에 달한 경우에는 그 날이 속한 달부터의 피보험 기간에 대하여는 보험료를 징수하지 아니한다. 이 가운데 고용안정사업의 보험료율은 1000분의 3, 직업능력개발사업의 보험료율은 상시 근로자의 수에 따라서 1000분의 1 내지 1000분의 7, 실업급여의 보험료율은 1000분의 6이다.

(2) 보험급여에 대한 개인의 기여

보험급여가 주어지기 위해서는 일정한 사업장에 취업하여 노동력을 제공하거나 스스로 보험료를 납부하는 이외에 또한 법적으로 요구되는 합당한 요건을 갖추어야 한다. 여기서 보험료를 지급받기 위한 요건에는 부정적인 행위를 하지 않는 것이 포함된다. 이런 행위에는 각종의 징계, 형벌 등이 포함된다. 또한 적극적으로 어떤 노력을 할 것을 요구하는 경우도 있다.

징계나 형벌 등에 의한 급여의 제한은 공무원연금법에서 대표적인 예를 찾아볼 수 있다. 즉, “공무원 또는 공무원이었던 자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급한다. 이 경우 퇴직급여액은 이미 납부한 기여금의 총액에 민법의 규정에 의한 이자를 가산한 금액이하로 감액할 수 없다.”(공무원연금법 제64조 제1항) 이러한 사유에는, 1. 재직중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때, 2. 탄핵 또는 징계에 의하여 파면된 때 등이 있다. 또한, “재직중의 사유로 금고이상의 형에 처할 범죄행위로 인하여 수사가 진행중에 있거나 형사재판이 계속중에 있는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부에 대하여 지급을 정지할 수 있다. 이 경우 급여의 제한사유에 해당하지 아니하게 된 때에는 그 잔여금에 대통령령이 정하는 이자를 가산하여 지급한다.”(동조 제2항) 또한, “형법 제2편 제1장(내란의 죄), 제2장(외환의 죄), 군형법 제2편 제1장(반란의 죄), 제2장(이적의 죄), 국가보안법(제10조를 제외한다)에 규정된 죄를 범하여 금고이상의 형을 받은 경우에는 이미 납부한 기여금의 총액에 민법의 규정에 의한 이자를 가산한 금액을 반환하되 급여는 지급하지 아니한다.”(동조 제3항) 그리고 제4항에는 “연금인 급여를 받을 권리가 있는 자가 국적을 상실한 때에는

연금인 급여에 갈음하여 국적상실한 달을 기준으로 한 연금액의 4 배에 상당하는 금액을 일시에 지급한다.”고 규정함으로써 공무원연금의 가입관계를 대한민국의 국적이 있는 것을 전제로 하고 있다. 이는 국민연금법 제12조에서 국적을 상실하거나 국외에 이주하게 되는 경우에는 가입자격을 잃게 되는 것과 같은 맥락이다.

국민연금 가운데 장애연금 지급의 제한사유로는 “가입자 또는 가입자이었던 자가 고의로 질병·부상 또는 그 원인이 되는 사고를 발생시켜 그로 인하여 장애를 입은 경우에는 당해 장애를 지급사유로 하는 장애연금을 지급하지 아니할 수 있다.”(제70조 제1항) 또한 “가입자 또는 가입자이었던 자가 고의 또는 중대한 과실로 요양지시에 따르지 아니하거나 정당한 사유없이 요양지시에 따르지 아니함으로써 장애·사망 또는 그 원인이 되는 사고를 발생하게 하거나 그 장애를 악화시키거나 회복을 방해한 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 원인으로 하는 급여의 전부 또는 일부를 지급하지 아니할 수 있다.”(제70조 제2항)고 함으로써 요양지시에 대한 복종의무를 부과한다.

국민연금법상의 유족연금에는 가입자 또는 가입자이었던 자를 고의로 사망하게 한 경우, 유족연금의 수급권자로 될 수 있는 자를 고의로 사망하게 한 경우 및 유족연금의 수급권자가 다른 수급권자를 고의로 사망하게 한 때 지급제한이 있게 된다.(제72조) 이러한 규정은 공무원연금법 제26조에서도 찾아볼 수 있다.

국민건강보험의 경우에도, “공단은 보험급여를 받을 수 있는 자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 보험급여를 하지 아니한다.”(제48조)고 규정하고 있는데, 이러한 사유로는, 1. 고의 또는 중대한 과실로 인한 범죄행위에 기인하거나 고의로 사고를 발생시킨 때 2. 고의 또는 중대한 과실로 공단이나 요양기관의 요양에 관한 지시에 따르

지 아니한 때 3. 고의 또는 중대한 과실로 제50조의 규정에 의한 문서 기타 물건의 제출을 거부하거나 질문 또는 진단을 기피한 때 등이 포함된다.

산업재해보상보험법의 경우에도, “공단은 근로자가 정당한 이유없이 요양에 관한 지시를 위반함으로써 부상·질병 또는 신체장해의 상태를 악화시키거나 그 치유를 방해한 것이 명백한 경우에는 보험급여의 전부 또는 일부를 지급하지 아니할 수 있다.”(제52조)고 규정한다. 이와 같은 규정들은 피보험자에게 법령의 준수 혹은 범죄의 예방 및 선량한 사회풍속에 따르도록 하는 정책적인 효과를 가져오는 것으로 생각할 수 있다.

여기서 한 걸음 나가서 보험수급자에게 보다 적극적인 행위를 요구하는 경우가 있다. 즉, 고용보험법 제34조 제3항에서는 “실업의 인정을 받고자 하는 수급자격자는 제33조의 규정에 의하여 실업의 신고를 한 날부터 기산하여 2주간에 1회씩 직업안정기관에 출석하여 재취직을 위한 구직노력을 하였음을 신고하여야 하며,”라고 규정하여 본인이 적극적으로 구직 노력을 계속하고 있는 상태를 소명하도록 하고 있다.

이들 규정은 사회보험의 취지에 의하여 피보험자인 개인에게 특정의 행위 또는 금지를 명하고 이에 의하여 보험급여의 제한 혹은 소멸이라는 법적인 효과를 부여하고 있는 데에 공통점이 있다. 이러한 조항을 통하여 개인의 보험수급에 대한 부가적 기여요건을 확인할 수도 있는 것이다. 한편, 보험수급권의 재산권성을 인정한다면 이러한 제한조항은 헌법 제23조 제2항의 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.”는 내용을 구체화하는 조항으로, 재산권의 내용결정이라고 파악할 수 있다.

사회보험 수급권은 오로지 자신의 노력에 의하여 발생하는 경우

가 있는 반면에 또한 친족관계에 의하여 발생하기도 한다. 이런 경우에 개인의 기여는, 피보험자와 가족관계를 유지하면서 가정생활을 통하여 자신이 한 기여에 그 근거를 두고 있는 것으로 파악할 수 있다. 사회보험에서 특징적인 것은 배우자에 대하여, 법률혼만이 아니고 사실혼 관계도 보호하는 데서 찾아볼 수 있다. 이는 사회보험법 분야에서 법률적인 관계가 아니라 사실적이고 실질적인 사회관계를 중시하는 사회정책적인 표현이라고 본다. “이 법의 적용에 있어서 배우자·부 또는 처에는 사실상의 혼인관계에 있는 자를 포함한다.”(국민연금법 제3조 제2항) “수급자격자가 사망한 경우 그 수급자격자에게 지급되어야 할 구직급여로서 아직 지급되지 아니한 것이 있는 경우에는 당해 수급자격자의 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 자를 포함한다)·자녀·부모·손자녀·조부모 또는 형제자매로서 수급자격자와 생계를 같이하고 있던 자의 청구에 의하여 그 미지급분을 지급한다.”(고용보험법 제44조) 「3. “유족”이라 함은 사망한 자의 배우자(사실상 혼인관계에 있는 자를 포함한다)·자녀·부모·손·조부모 또는 형제자매를 말한다.」(산업재해보상보험법 제4조 제3호) 다만 국민건강보험법상 배우자에는 사실상의 혼인관계에 있는 자에 대한 언급이 전혀 없는 점에 주의하여야 한다.

라. 사회보험을 재산권으로 인정하는 경우의 문제점

(1) 사회보험과 재산권의 차이점

社會保險이 財産權으로서의 성질을 가진다고 해서 재산권과 완전히 동질적인 성질을 가진다거나 혹은 가져야 한다는 의미는 아니다. 사회보험 수급권이 재산권으로서의 성질을 가질 때는 재산권과 같은 정도의 재산권적 성질 보장, 즉 존속보장의 특성을 가진다. 만일 재산권적인 성질이 아니고 단순한 공법상의 청구권으로서의 지위에 있

다면 존속보상의 대상은 아니다. 그러나 그런 경우에도 기타의 법적인 보장, 평등원칙이나 비례원칙 혹은 신뢰보호의 대상이 된다.

주지하듯이 재산권은 법률상의 근거 없이는 수용·사용 또는 제한당하지 않으며 그 경우에도 반드시 정당한 보상이 주어져야 한다. 사회보장 수급권에 대하여 재산권의 일종으로 보호한다는 것은 바로 사전에 보호하기로 약속된 금액은 원칙적으로 지급되어야 한다는 말이 된다. 왜냐하면 금전적인 가치를 수용하면서 이를 정당하게 보상한다는 것은 그것을 그대로 돌려주는 것과 차이가 없기 때문이다.

우리 법제에서 사회보장 수급권을 憲法上 保障되는 財産權의 일종으로 파악하는 것은 그 대상성의 면에서는 큰 저항을 느끼지 못한다. 왜냐하면 재산이란 말 그대로 재산적 가치 있는 모든 것을 뜻하며, 단순히 동산이나 부동산의 유체물에 한정되는 것은 아니기 때문이다. 헌법재판소에서는 재산권의 개념을 비교적 폭넓게 인정하고 있다. 헌법재판소의 판례에서 헌법상의 재산권이라고 인정된 것은 담배자판기의 설치,⁴¹⁾ 국채증서,⁴²⁾ 공탁금의 이자,⁴³⁾ 퇴직금채권⁴⁴⁾ 및 공무원연금⁴⁵⁾ 등이다. 그러나 이에 대해서 산업재해보상보험 강제적용대상의 제외,⁴⁶⁾ 한약조제권⁴⁷⁾ 등은 헌법상 보장되는 재산권이

41) 헌재 1995. 4. 20. 선고 92헌마264, 279(병합) 결정(부천시 담배자동판매기 설치금지조례 제4조 등 위헌확인, 강남구 담배자동판매기 설치금지조례 제4조 등 위헌확인).

42) 헌재 1995. 10. 26. 선고 93헌마246(국채법 제7조 위헌확인) 결정.

43) 헌재 1995. 2. 23. 선고 90헌마214(공탁금의 이자에 관한 규칙에 대한 헌법소원) 결정.

44) 헌재 1998. 6. 25. 선고 96헌바27(근로기준법 제41조 위헌소원) 결정.

45) 헌재 1999. 4. 29. 선고 97헌마333(공무원연금법 제3조 제2항 위헌확인) 결정.

46) 헌재 1996. 8. 29. 선고 95헌바36(구 산업재해보상보험법 제4조 단서 위헌소원) 결정. “헌법 제23조 제1항의 재산권보장에 의하여 보호되는 재산권은 사적유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치있는 구체적 권리이므로 구체적인 권리가 아닌 단순한 이익이나 제하의 획득에 관한 기회 등은 재산권보장의 대상이 아닌바...”.

47) 헌재 1997. 11. 27. 선고 97헌바10(약사법 부칙 제4조 제2항 위헌소원) 결정. “약사의 한약조제권이란 그것이 타인에 의하여 침해되었을 때 방해를 배제하거나 원상회복 내지 손해배상을 청구할 수 있는 권리가 아니라 법률에 의하여 약사의 지위에서 인정되는 하나의 권능에 불과하고, 더욱이 의약품을 판매하여 얻게 되는 이익 역시 장래의 불확실한 기대이익에 불과한 것이므로, 구 약사법상 약사에게 인정된 한약조제권은 위 헌법조항들이 말하는 재산권의 범위에 속하지 아니한다.”

아니라 하였다. 이들 판례를 보면 재산권의 보장은 자유의 충분조건이지만 필요조건은 아닌 것을 알 수 있다. 즉, 재산권 보장이 구체화되어 있으면 이를 통하여 자유를 실현할 기회를 가지나 자유의 실현에 이바지할 가능성이 있다고 하여서 바로 재산권이 되지 못하는 것이다. 재산권으로 보장받기 위해서는 ‘권리’로 구체화되어 있을 것이 요구되는 것이다.

그렇지만 사회보장 수급권을 재산권과 완전히 동일시 할 수 없는 이유는 비록 그것이 개인의 삶에 있어서 가지는 중요성은 기타의 재산과 동일한 역할을 한다고는 하지만 사회보험이라는 것은 저축이나 채권과는 달리 장래 발생 가능한 사회적 위험의 현실적 발생을 조건으로 하여 지급되는 것이기 때문이다. 즉, 재산이 속성상 상시 처분성을 가지는 것이라면 사회보장 수급권은 그러한 성질이 없다. 재산권은 획득과 처분에 있어서의 양면적인 자유라는 속성이 있는 반면에 사회보장 수급권은 가입에 있어서는 강제적이면서 또한 수급권의 발생은 우연적인 측면이 있고, 처분에 있어서는 비자유적인 측면이 있는 것이다.

그리고 재산과 사회보장 수급권의 개인에 대한 효용이라는 측면에 보면 재산권은 효용에 있어서의 자유가 원칙이다. 개인의 자신의 재산을 어디에 쓰든지 자유이지만 사회보장으로 인하여 획득하는 ‘재산’은 생존, 생활 혹은 치료 등의 목적으로 제한된다. 이 경우에 현실적으로 반드시 제한되는 것은 아니겠지만 사회보장제도의 목적으로 인하여 그런 제한성이 있다는 뜻이다. 이렇게 보면 재산권과 사회보장 수급권은 차이가 있고, 보호되는 강도에 있어서 동일시할 수 있는 접점이 있다고는 하지만 그 의미나 현실적인 모습에 있어서는 여러 가지 차이를 발견할 수 있는 것이다.

헌법재판소에서는 사회보험의 이러한 측면에 주목하여, “공무원연

금법에 의한 퇴직급여가 후불임금으로서의 성격 뿐만 아니라 사회보장 혹은 공로보상적 급여로서의 성격을 아울러 갖는다는 점에 비추어 볼 때, 동법 제64조 제1항에 의한 퇴직급여청구권의 제한은 국민 전체에 대한 봉사자로서 엄격한 직무상의 의무를 부담하는 공무원으로 하여금 재직중 성실하고 청렴하게 근무하도록 유도하기 위한 것으로서 그 목적의 정당성과 수단의 상당성 및 법익의 균형성을 갖춘 것으로서 이를 가리켜 재산권의 본질적 내용을 침해하였거나 과잉금지의 원칙에 반하는 자의적인 것이라고 볼 수 없다.”고 판시하였다.⁴⁸⁾ 이는 바로 사회보험의 정책적인 성격을 판결에 반영하고 있는 것이다. 사회보험은 국민 개인의 노력에 의하여 지급되는 성격을 가지는 것이면서, 사회보험 가입자의 신분에 따르는 법적인 의무를 다하지 않는 경우 그 지급금액을 조정할 수 있음을 나타내는 것이다.

또한 사회보험 수급권이 재산권과 다른 점은 그 관리를 국가적인 차원에서 하는 점을 들 수 있다. 즉, 헌법이 보장하는 재산권은 그것의 일차적인 지배를 재산권자인 국민 개개인에게 맡기는데 비하여 사회보험 수급권은 이를 공적주체가 관리하면서 그로부터의 청구권을 보험 수급권자에게 할당하는 방식을 취한다. 이렇게 보면, 사회보험 수급권의 재산권적인 성격을 인정한다고 하여도 그것의 실제적인 내용은 사회보험을 어떻게 운용하는가 하는 여부에 의하여 달라질 수 있다. 따라서 사회보험 재정을 운용하는 방식은 경제적이며, 안전하고 또 투명하여야 한다. 경제성과 안전성 및 투명성에 대한 조정은 입법자의 형성의 자유에 맡겨져 있다. 즉, 헌법재판소의 판례에서 보듯이 연금기금의 여유자금을 공공자금관리기금에 예치하는 경우에 금융부분보다 수익률이 다소 떨어진다고 하더라도 장기적인 관점에서 보면 안전성이 보장되기 때문에 장래의 연금수급권을 침해

48) 헌재 1995. 7. 21. 선고 94헌바27, 29(병합) 결정.

하는 것은 아니다.⁴⁹⁾

앞으로 사회보험 재정의 운용방식이 사회보험의 이슈가 될 것이 분명하다. 종래 공적인 기금 및 자금에 대한 일관된 운용기준이 마련되지 못하였을 뿐만이 아니라, 그 운용내역이 일반에 공개되지 않았기 때문에 부실화를 가져오는 원인을 제공하였고, 한편으로는 피보험자들의 사회보험에 대한 불신을 증폭시키는 계기가 되었다. 이런 점에서 보면 사회보험 재정의 운영방식의 투명성 제고가 시급하다 할 것이다. 이런 점을 감안하여 이번 공무원연금법 개정 입법예고안에는 “연금기금 운용의 전문성과 투명성 강화를 위하여 전문가와 공무원 단체 대표를 연금기금운용심의회 위원에 참여시킨다.”는 방안이 포함되어 있다.(부록참조) 바람직한 제도개선 방안이라 할 수 있다. 앞으로 어떻게 구체적인 방안이 마련되어서 재정운용의 내실을 기할 수 있을 것인가가 초점이 된다 할 것이다. 피보험자는 관련 법규상 재정운용에 대한 직접적인 참여권이나 재정의 배분권 등은 없다고 하여도, 결국 재정은 사회보험 수급권의 원천이 되는 것이므로, 이들에게는 재정운영에 대한 정보공개, 제도변경에 대한 각종의 절차참여 기회보장, 제도개선 요구 등의 권한이 주어져야 할 것이다.

(2) 사회보험의 특성과 조정방안

사회보험의 종류와 보장정도 및 보장내용은 사회·경제 발전의 수준과 상황에 따라서 다양한 모습을 가질 수 있다. 경제가 성장하고 사회보장이 확대되는 국면에 있어서는 재산권보장이라는 측면에서 큰 문제가 될 수는 없다. 그러나 사회보장의 내용이 축소되거나 보험료가 증대하는 국면에 있어서는 그것은 한편으로는 국민의 부담

49) 현재 1996. 10. 4. 선고 96헌가6 결정.

증가와 보장의 감소라는 측면에서 큰 문제를 야기한다.

사회보장을 운영하는 정부와 공공단체의 입장에서는 사회보장 자체의 지속과 사회보장의 실질화라고 하는 측면에서 보험료의 인상 혹은 보장내용의 축소를 검토하지 않을 수 없다. 현재 검토되고 있는 연금 수급의 연령제한이나 지급방법 개선 및 의료보험료 인상 등도 이런 맥락에서 이해될 수 있다. 그러나 피보험자의 입장에서는 자신이 내어야 하는 보험료가 자꾸 인상되면서도 실제로 보장받는 내용은 부실하고, 그러면서도 임의로 탈퇴할 수 없는 상황에 저항감을 느낄 수도 있을 것이다. 특히 국민연금과 같이 장기간의 기여를 통하여 누적되는 성질을 가지는 장기보험의 경우에는 과거세대와 현재세대 그리고 미래세대간의 부담 릴레이 방식이므로(적립방식을 취한다고 하여도 과거세대가 자신의 적립액보다 상대적으로 많은 액수를 지급받는 경우에 연금재정의 고갈을 가져오게 되고, 이는 결국 현재세대 및 미래세대의 부담이 된다.), 세대간의 형평성 문제가 발생한다.

법치국가의 존재이유는 국민에게 法的安定性和 豫測可能性을 보장하는데 있다. 국민의 기본권보장은 그 자체가 목적이면서, 동시에 보장된 기본권을 바탕으로 사회에서 자신의 책임과 창의를 바탕으로 다른 사람과 자유로운 계약을 통하여 사회생활을 영위하는 기초를 제공함에 있다. 사회보험 수급권에 대하여 재산권적인 지위를 인정한다는 것은 이러한 법적 안정성과 예측가능성을 신장하는 측면이 있는 것이다. 이는 자본주의 발전에서 재산권이 기여한 부분을 생각해 보면 금방 알 수 있다. 그렇다고 하여 이미 보장된 사회보험 수급권의 불변성만을 강조하면, 경우에 따라서는 사회보장제도 자체의 부실과 중단을 의미할 수도 있다. 그렇기 때문에 합리적인 조정의 문제를 심각하게 고려할 필요도 생기는 것이다.

사회보장 수급권에 대하여 재산권적인 보장이 인정되면 그것은 어떤 조정의 과정을 거치지 않고는 침해할 수 없음을 의미한다. 그리고 조정에는 가치보호에 대하여 현상보장이 우선적인 지위를 가진다. 일반적 사회보장 수급권의 경우에도 신뢰보호의 원칙이 적용되는 것은 앞에서 지적한 바와 같지만 신뢰보호는 재산권 보장보다는 보호정도의 면에서 약하다고 말할 수 있다. 그리고 신뢰보호는 그 자체로 법적안정성과 법률적합성간의 형량을 내포하는 개념이다. 재산권은 그 자체로 존속이 보장되는 성질을 가진다. 한편 재산권은 또한 그 자신 법률에 의한 내용결정의 대상인 점은 앞에서 지적한 바와 같다.

마. 헌법재판소의 판례에서 나타난 사회보험의 재산권적인 성격

(1) 사회보험의 재산권적인 성격에 관한 헌법재판소의 최근판례

헌법재판소는 최근의 직장의료보험과 지역의료보험의 통합을 둘러싸고 빚어진 국민건강보험법 제33조 제2항 등⁵⁰⁾ 위헌확인 소송에서 사회보험에 관한 재산권 보장여부와 관련하여 중요한 판례를 내었다. 헌법재판소 2000. 6. 29. 선고 99헌마289 판결에서 헌법재판소는 사회보험의 재산권적인 성격이 인정되기 위해서는 다음의 요건을 갖추어야 한다고 판시하였다. 즉, 그것은 첫째, 공법상의 권리가 권리주체에게 귀속되어 개인의 이익을 위하여 이용가능해야 하며(사적 유용성), 둘째, 국가의 일방적인 급부에 의한 것이 아니라 권리주체의 노동이나 투자, 특별한 희생에 의하여 획득되어 자신이 행한 급부의 등가물에 해당하는 것이어야 하며(수급자의 상당한 자기기여), 셋째, 수급자의 생존의 확보에 기여해야 한다는 것이다. 이들의 요건은 앞에서 살펴본 독일 판례 및 학설상의 재산권보장에 관한 요건을

50) 제33조(회계) ② 공단은 직장가입자와 지역가입자의 재정을 통합하여 운영한다.

참조한 것으로, 재산권 보장에 관한 헌법재판소 판례의 발전을 보여주는 중요한 단서라 할 것이다. 이 판례에서 나타나듯이 헌법재판소는 종래의 결정에서 군인연금법상의 연금수급권(헌재 1994. 6. 30. 92헌가9, 판례집 6-1, 543, 550), 공무원연금법상의 연금수급권(헌재 1995. 7. 21. 94헌바27등, 판례집 7-2, 82, 90; 1996. 10. 4. 96헌가6, 판례집 8-2, 308, 329; 1999. 4. 29. 97헌마333, 판례집 11-1, 503, 513), 국가유공자의 보상수급권(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 22)을 헌법상의 재산권에 포함시켰다. 특히 구 공무원연금법 제64조 제1항에 대한 위헌소원사건에서 헌법재판소는 공법상의 권리가 재산권보장의 보호를 받기 위해서는 “개인의 노력과 금전적 기여를 통하여 취득되고 자신과 그의 가족의 생활비를 충당하기 위한 경제적 가치가 있는 권리”여야 한다고 판시(헌재 1995. 7. 21. 94헌바27 등, 판례집 7-2, 82, 90)한 바 있었다. 이 판례에서는 이들의 요건을 한층 명확히 하여 사회보험 관계에서의 재산권성의 인정여부에 대하여 구체적으로 그 요건을 제시한 것이다.

그러면서 한편, 의료보험 적립금의 재산권성 인정여부에 대해서는 이를 부인하였다. 헌법재판소는 다음과 같이 판시한다. “사회보험법상의 지위는 청구권자에게 구체적인 급여에 대한 법적 권리가 인정되어 있는 경우에 한하여 재산권의 보호대상이 된다. 그러나 이 사건 적립금의 경우, 법률이 조합의 해산이나 합병시 적립금을 청구할 수 있는 조합원의 권리를 규정하고 있지 않을 뿐만 아니라, 공법상의 권리인 사회보험법상의 권리가 재산권보장의 보호를 받기 위해서는 법적 지위가 사적 이익을 위하여 유용한 것으로서 권리주체에게 귀속될 수 있는 성질의 것이어야 하는데, 적립금에는 사법상의 재산권과 비교될 만한 최소한의 재산권적 특성이 결여되어 있다. 따라서 의료보험조합의 적립금은 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산권의

보호대상이라고 볼 수 없다. 그리고 의료보험수급권은 의료보험법상 재산권의 보장을 받는 공법상의 권리이다. 그러나 적립금의 통합이 의료보험 수급권의 존속을 위태롭게 하거나 의료보험법 제29조 내지 제46조에 규정된 구체적인 급여의 내용을 직장가입자에게 불리하게 변경하는 것이 아니므로, 적립금의 통합에 의하여 재산권인 의료보험 수급권이 제한되는 것은 아니다.”

그 구체적인 판단에 있어서 살펴보면, “공법상의 재산적 가치있는 지위가 헌법상 재산권의 보호를 받기 위하여는, 우선 입법자에 의하여 수급요건, 수급자의 범위, 수금액 등 구체적인 사항이 법률에 규정됨으로써 구체적인 법적 권리로 형성되어 개인의 주관적 공권의 형태를 갖추어야 한다. 따라서 사회보험법상의 지위는 청구권자에게 구체적인 급여에 대한 법적 권리가 인정되어 있는 경우에 한하여 재산권의 보호대상이 된다. 그러나 이 사건 적립금에 관하여는 법률이 조합의 해산이나 합병시 적립금을 청구할 수 있는 조합원의 권리를 규정하고 있지 않을 뿐만 아니라, 공법상의 권리인 사회보험법상의 권리가 재산권보장의 보호를 받기 위해서는, 법적 지위가 사적 이익을 위하여 유용한 것으로서 권리주체에게 귀속될 수 있는 성질의 것이어야 하는데, 적립금에는 사법상의 재산권과 비교될 만한 최소한의 재산권적 특성이 결여되어 있다. 적립금은 조합원 개인에 귀속되어 사적 이익을 위하여 사용될 수 있는 재산적 가치가 아니라, 의료보험이라는 공적 기능을 보장하고 원활하게 하고자 조성되는 기금이기 때문이다. 따라서 의료보험조합의 적립금은 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산권의 보호대상이라 보기 어렵다.”고 한다.

그리고 마찬가지로 의료보험 수급권의 침해여부에 대해서도 “일단 법률로써 규정된 사회보험법상의 권리가 비용절감의 이유 등 국가의 정책적 필요에 의하여 사후적으로 축소되거나 제거되는 때에는 헌법

상 보장된 재산권에 대한 제한이 문제될 수 있다. 의료보험법 제47조의 보험급여를 받을 권리인 의료보험 수급권은 의료보험법상 재산권의 보장을 받는 공법상의 권리이다. 그러나 적립금의 통합이 의료보험 수급권의 존속을 위태롭게 하거나 의료보험법 제29조 내지 제46조에 규정된 구체적인 급여의 내용을 직장가입자에게 불리하게 변경하는 것이 아니므로, 적립금의 통합에 의하여 재산권인 의료보험 수급권이 제한되는 것은 아니다.”고 판단하고 있다.

(2) 판례에 대한 분석

헌법재판소의 위 판례는 기본적으로 타당한 것으로 평가할 수 있다. 먼저, 재산권 보호의 요건을 구체적으로 명확하게 제사한 점, 사회보험 수급권의 재산권적 속성을 제시한 점 등은 긍정적으로 평가할 수 있다. 한편, 그에 추가하여 여기서 문제가 되는 점을 지적하여 보면 다음과 같다.

첫째는 재산권 보장의 요건에 관한 부분이다. 여기서 제시한 사적 유용성, 자기기여 및 생존에 필요성 등의 요건은 재산권 보장의 중요한 내용임에는 틀림이 없다. 그러나 좀더 구체적으로 살펴보면, 첫번째의 사적 유용성이라는 것은 그러한 지위가 단지 제도적인 보장에만 머물러 있는 것이 아니라, 개인을 보호하기 위하여 법적으로 주어진 구체적인 권리일 것이 요청된다는 것이다. 다시 말하면 우리가 흔히 공권이나 반사적 이익이나를 놓고 구별하여 생각하듯이 단순히 제도적인 혹은 사회정책적인 보장이 아니라 개인의 구체적인 법적 이익을 보장하는 것으로 규정된 것이어야 한다는 것이다. 그렇게 보면 이 요건은 사적 유용성이라는 표현보다는 사익 보호성이라는 표현이 더 적합하지 않는가 하고 생각한다. 다음에는 개인의 기여에 관한 부분인데, 헌법재판소가 제시한 요건이 완전히 타당하

다고 본다. 다만, 개인의 기여는 적극적으로 혹은 소극적으로도 이루어질 수 있는 것으로 여기에 대한 구체적인 이론의 정립이 필요하다 고 본다. 마지막으로 개인의 생존에 필요하다는 개념은 너무 범위를 좁힌 것이 아닌가 한다. 물론 생존이라는 개념 자체가 다양한 내용을 포함하는 것으로 생존권 자체에 대한 범위는 생물적인 생명보전으로부터 문화적인 생존까지 그 범위가 넓다. 그렇지만 오해의 소지를 없애기 위해서는 ‘사회적인 생존’ 정도의 기준이 필요하다고 본다. 그리고 생존에 기여한다는 것은 생존을 위해 필요하다는 것만 이 아니라 그러한 필요성을 개인이 주도적으로 처분할 수 있다는 것을 의미한다. 이를 임의처분성이라고 부를 수 있다.

다음에, 의료보험 적립금의 재산권적 성질에 대한 판단에 대하여 살펴보기로 한다. 의료보험 적립금은 의료보험 급부 사유가 발생할 경우에 대비하여 보험료를 적립한 것이다. 이 적립금에 대하여 피보험자는 직접적인 금전적 급부청구권이 없으며, 단지 이를 토대로 의료보험이 충실하게 보장되고 유지될 수 있는 자산이 된다. 따라서 피보험자는 적립금에 대한 직접적인 청구권은 없다고 하여도 의료보험의 재정확보라고 하는 점에서 간접적인 권리를 가진다. 만일 문제가 되는 직장의보와 지역의보의 통합으로 인하여 종전의 의료보장내용이 축소되거나 전혀 이행되지 않는 사정이 발생한다면 적립금의 독립적 관리 혹은 지역의보 재정에 대한 국가지원을 요청할 수 있을 것이다. 그러나 그렇지 않은 경우에는 적립금 자체에 대한 특별한 직접적인 권리는 존재하지 않는다고 본다. 적립금에 대한 권리는 어디까지나 의료보험 수급권의 행사를 통하여 간접적으로 행사할 수 있는 것이다.

마지막으로 의료보험 수급권의 재산권적인 성질에 대하여 헌법재판소는 이를 긍정하면서 의료보험의 통합적 관리로 인하여 급여 내

용이 직장의료보험 가입자에게 불리하게 변경되는 것은 아니므로 재산권에 대한 침해는 아니라고 한다. 결론에 있어서는 헌법재판소의 판례가 타당하다고 생각한다. 그러나 여기서 지적할 점이 있다. 의료보험은 그 성질상 단기기간의 보장적인 성질을 가지고, 금전적인 급부가 아니라 진료 및 치료라고 하는 현물급부 보장적인 성질을 가지기 때문에 재산권과 동일시하는 데에는 난점이 있다. 물론 의료보험이 없는 경우에는 그에 상응하는 진료 및 치료를 받기 위해서는 개인이 직접 금전적인 부담을 하여야 한다고 하는 점에 있어서는 ‘재산권적’인 성질을 가진다고 볼 수도 있지만 그렇다고 하여 이를 다른 사회보험 수급권과 같은 정도의 재산권적인 지위로 보는 것은 곤란하다. 의료보험 수급권의 법적인 지위는 재산권에 준하는 법적인 지위를 가진다고 보는 것이 옳다. 즉, 정부는 의료보험법(국민건강보험법)의 내용에 따라서 개인에게 적절한 의료보험 서비스를 제공할 법적인 의무를 지며, 개인은 이에 상응하는 급부 청구권을 가진다.

5. 결 어

재산권은 자유주의적인 법치국가 내에서 개인이 법령에 의해서 혹은 스스로의 노력에 의해서 획득한 금전적인 가치있는 재화에 대하여 법적인 권리를 인정하면서 발전하였다. 국민은 재산권의 보장에 의한 財產權을 基礎로 하여 사회활동을 하게 된다. 우리 헌법상의 재산권은 일찍부터 동산이나 부동산의 유체물에 한정되지 않고, 사법상 혹은 공법상의 모든 재산적인 성질을 가지는 권리에 대해서 인정되고 있다.

특히 사회보험 급부청구권에 대해서 재산적인 지위를 인정하는

것은 다음과 같은 의미를 지닌다. 우선 사회보험 급부청구권이 가지는 개인의 생활에 대한 중요성이다. 현대인의 사회생활은 과거의 농경이나 수공업 위주의 사회와는 매우 다르며, 현대인은 모든 생활에 대하여 스스로 책임지는 한편으로는 국가의 급부에 대한 의존성이 매우 높아졌다. 따라서 사회보험 급부청구권은 과거의 토지나 집에 대한 재산권 이상으로 현대인의 생활에 있어서 중요한 지위를 차지한다. 다음에, 현대인이 나날이 직면하는 위험과 생활상의 각종 위기 그리고 산업생활의 안전성은 개개인이 일일이 이를 예측하고 혼자서 책임지기에는 너무 복잡할 뿐만이 아니라 감당하기에 힘겨운 성질을 가지고 있다. 그래서 국가로서는 사회 및 국가의 유지를 위해서도 이런 위험을 공동의 부담으로 하여 개인이 당한 고통을 사회의 부담으로 처리하지 않으면 안되게 되었다. 따라서 사회보험은 이제 선택 사항이 아니라 현대인의 필수품이 된 것이다.

전통적인 재산권의 특성이라는 측면에서도 사회보험 수급권은 재산권적인 속성을 가지고 있는 것으로 본다. 먼저 재산권은 개인의 노력에 의한 것이어야 하는데, 사회보험 수급권은 개인의 기여금, 보험료 등을 납부하며, 사업주나 국가가 그 일부를 부담하는 경우에도 고용관계라는 계약관계에 의하여 이를 부담하게 되므로 개인성을 띤다 할 것이다. 그리고 사회보험 급부를 인정하는 것은 개인의 생활에 직접 도움을 주기 위한 것이므로 개인의 입장에서는 생활상 절실한 것이라 할 것이다. 다만 사회보험 급부의 종류는 다양하므로 모든 사회보험 급부를 일률적으로 재산권으로 파악하는 것은 타당하지 않다. 가령 국민건강보험에 의한 요양급부는 현물급부가 원칙이므로 전통적인 재산권 관념으로는 파악하기 어려운 측면이 있다.

사회보험 급부 청구권이 재산권적인 속성을 가진다고 하나, 재산권도 또한 입법자에 의하여 내용이 결정되는 측면이 있기 때문에

한번 보장된 수급권이 절대적으로 보장된다고는 말할 수 없다. 단지 일단 보장된 급부 청구권을 立法者가 마음대로 變更하지 못한다는 의미를 가질 뿐이다. 그러나 사회보험 자체가 국가정책의 표현이고, 그 내용은 사회의 상황과 경제 상황 등에 의하여 변화하여야 하므로, 사회보험의 내용을 고정시킨다는 것은 바람직하지 않을 뿐만 아니라 입법자에게도 큰 부담을 줄 것이다. 따라서 사회보험 수급권을 상황에 맞게 조정할 필요가 있는 경우에 개인에게 이미 보장된 청구권을 장래에 어떻게 변화시킬 수 있을 것인지가 항상 문제가 된다. 이런 경우에도 적절한 경과조치 없이는 이미 보장된 사회보장 수급권을 박탈하지 못한다고 하는 것이 사회보험 수급권을 憲法上 財產權의 일종으로 인정하는 취지라고 할 것이다.

Ⅲ. 사회보험법에 대한 위헌심사의 기준

1. 사회보험법과 헌법

국가의 모든 하위법이 그런 것과 마찬가지로 사회보험관계법 역시 헌법의 수권을 기초로 하며, 헌법에 위반해서는 안된다. 또한 사회보험법의 입법이나 시행에 있어서도 헌법에 근거하고 또한 헌법에 합치하도록, 입법, 해석 및 운용되어야 한다. 이는 소위 실질적 법치주의라고 하는 근대 법치주의의 요청이기도 하다. 사회보험법관계에서 발생하는 제반문제의 해석에는 역시 가장 중요한 기준은 당해 사회보험법이 된다. 그런데 경우에 따라서는 사회보험법 규정 자체가 헌법에 합치하느냐의 여부가 문제가 되기도 한다. 가령 지난 해 문제가 된 연금수급권 발생의 시점을 60세 이후로 연기하느냐의 여부는 연금수급자의 입장에서는 큰 문제일 뿐만이 아니라, 그런 조치가 합헌이야 하는 의문도 당연히 발생하는 것이다. 이런 문제를 헌법적으로 판단하기 위해서는 헌법상 기본권 및 헌법의 해석 및 적용의 일반원칙을 기준으로 판단해야 할 것이다.

2. 사회보험법과 법치주의

가. 행정의 법률적합성의 원칙

행정의 법률적합성 원칙은 행정을 입법자의 규율에 종속시킴과 동시에 행정이 법률을 잘 집행했는지의 여부에 대하여 사법권에서 심사할 수 있도록하는 것을 의미한다. 이 원칙은 법률이 우위와 법

률의 유보라고 하는 두 가지의 원칙으로 구성된다.

(1) 법률우위의 원칙

이 원칙은 행정은 기존의 법률에 구속된다는 것을 표현한 것으로, 즉 행정은 법률에 위반되는 조치를 하면 안된다는 것을 의미한다. 법률 우위의 원칙은 무제한적으로 행정의 전영역에 대하여 적용된다. 따라서 사회보장 행정도 예외가 아니다.

(2) 법률유보의 원칙

(가) 개 념

법률유보의 원칙에 따라서 행정은 법률에 의하여 수권된 범위 안에서만 활동할 수 있다. 이 원칙은 법률우위의 원칙 이상의 것을 요구한다. 법률우위의 원칙은 행정이 (소극적으로)실정법에 위반되어서는 안된다는 것을 의미하지만, 법률유보의 원칙은 행정에 대한 (적극적인)근거가 있을 것을 요구한다. 법률우위의 원칙상으로는 법률의 부존재가 행정의 활동을 방해하는 것은 아니지만 법률의 유보 원칙에 따르면 법률이 없을 경우에는 행정은 이루어질 수 없다.

(나) 근 거

법률유보의 원칙은 대체적으로 의회적 민주주의 및 법치국가 원리 그리고 기본권으로부터 도출되는 것으로 생각할 수 있다.

민주주의 원리는 국민에 의하여 선출되고 그와 함께 직접적으로 민주적인 정당성을 가지는 의회가 공동체에 관한 본질적인 결정, 특히 일반적으로 시민에 대하여 의미있는 규율을 할 것을 요구하고 있다. 이는 행정이 법률적인 수권을 근거해서만 가능하다고 하는 법률유보의 원칙에 의해서 달성될 수 있다. 이런 의미에서 법률유보는

동시에 의회유보로서 권력 분립적인 의미를 동시에 가진다.

법치주의 원리는 행정작용을 결정할 뿐만이 아니라, 또한 행정작용을 시민이 예측가능할 수 있고 또한 계산가능할 수 있도록 하는 일반적인 법률에 의하여 결정할 것을 요구한다.

마지막으로는 시민의 자유와 재산을 광범위하게 보호하며, 단지 법률의 근거 아래서만 제한하도록 하는 기본권이 법률유보의 근거가 된다. ‘기본권적인 법률유보’와 법률유보의 일반원칙이 서로 완전히 동일한 것은 아니다. 그러나, 양자는 서로 밀접한 관계를 가지고 있으며, 민주주의 원리와 법치주의에 의하여 기본권의 한계가 의회의 입법자에 의하여 결정될 것을 요구하고 있다.

법률유보라고 할 때의 법률은 형식적 의미의 법률을 말한다. 전통적인 견해에 따르면 법규명령의 경우에도 그것이 형식적 의미의 법률에 의한 근거를 가지며, 그 내용이 법률에 의하여 결정된다는 의미에서 법률유보의 근거로 충분하다고 본다. 따라서 법률유보는 그것이 형식적 법률이든 아니면 법규명령이든 행정은 규범적인 수권이 필요하다는 것을 의미한다. 최근에는 이점이 더욱 세분되어, 특정의 사안에 대해서는 형식적 법률에 의한 규율만을 요구하는 경향이 있다. 관습법은 법률유보의 근거로 충분하지 못하다.

(3) 법률유보의 유효범위와 규율밀도

법률우위의 원칙은 행정의 전영역에 대하여 의문이 없이 인정되는 반면에 법률유보의 범위에 대해서는 많은 논란이 있다.

19세기에 헌정주의의 헌법국가적인 도구로 발전된 법률유보의 원리는 처음에는 침해행정에 제한되었다. 법률유보는 사회영역 및 개인을 군주적인 집행권으로부터 보호하고, 국민의 대표에 의한 동의를 법률의 형식으로 얻도록 하는 성질을 가지고 있었다. 즉 그것은

이미 의회민주주의적, 법치국가적인 기능을 가지고 있었으나, 그 범위를 자유와 재산의 침해에 제한하고 있었다. 당시의 시민계급은 자신의 영역에 대한 존중만을 위했을 뿐 당시에 막 자라난 급부행정 분야에 대해서는 관심이 없었고, 학교, 감옥, 기타의 영조물 및 공무원 관계에 대해서는 행정이 스스로 하도록 방치하였다.

그러나 법률유보를 침해행정에 제한하는 것은 낡은 것이 되었다. 의회민주주의의 발전, 급부행정의 증대하는 중요성 및 모든 국가영역에 대한 기본권의 확대는 법률유보의 적용범위의 신장을 요구하고 있다. 이제 전 영역으로 확장되고 있는 법률유보의 원래의 의미 및 오늘날의 기능, 즉 법치국가적, 민주주의적 기능을 고려할 때도 그것은 의미 있는 일이다. 그로부터 모든 행정영역을 포괄하는 의미의 ‘전부유보’가 도출되는 것은 아니다. 그러나 공동체 및 시민 개개인에게 유의미한 결정은 입법자를 통하여 이루어지고, 그에 의하여 책임 지워져야 한다.

문제가 되는 것은 어떤 부분에 대해서는 입법자 자신이 담당하며, 어떤 부분에 대해서는 하위 입법에 위임되어야 하는 가이다. 이 부분에 대해서는 독일연방헌법재판소에 의해 발전한 본질성설에 의해서 판단할 수 있는데, 본질성이라는 기준은 쉽사리 추측할 수 있는 것과 마찬가지로, ‘사물의 본질’에 의해서 결정되는 것은 아니며, 어떤 규율이 시민에 대하여 얼마만큼 중요하며, 결정적인 의미를 지지는가에 달려 있다. 여기서 ‘본질성’이라는 말은 고정된 개념이 아니라 형식개념이라는 것을 알 수 있다. 어떤 사항이 일반이나 시민에 대하여 중요하면 중요할수록 그것이 입법자에 의해서 규율되어야 한다는 필요성은 증대한다. 여기서 다음과 같은 규율밀도를 생각할 수 있다. 개인의 기본권에 대한 영향이 지속적이고 증대할수록 법률의 규율은 세밀하고 자세해야 한다. 법률과 법규명령의 구별에 대해서

는 기본법 제80조 1항 2호의 정함에 의한다. 여기에서 다음과 같은 본질성에 의한 규율의 순서가 나타난다. 우선 제일 위에는 어느 경우든 의회의 법률로 규율해야 하는 본질적인 사항이 있다. 다음에는 법률의 수권에 의하여 법률 하위의 규정으로 규율할 수 있는 보다 덜 본질적인 사항이 있다. 제일 마지막으로는 법률유보의 범위 아래에 들지 않는 사항들이 있다. 이 본질유보론은 통찰적인 면은 있으나, 구체적인 경우에 항상 명확한 답을 이끄는 것은 아니다.

(4) 개별영역

(가) 침해행정

국민의 자유와 침해는 언제나 법률적 근거에 의해 지지되어야 한다. 이는 전통적인 침해유보의 이론만이 아니라 시민의 자유 및 재산에 대한 침해는 법률의 근거에 의해서만 하도록 하는 기본법적인 기본권에 의해서도 요청되는 것이다. 만일 국민의 특별한 기본권이 구성요건에 맞게 침해된 경우가 아니면, 행위자유를 광범위하게 보호하는 2조 1항에 의하여 기본권보호를 하여야 한다. 따라서 ‘기본권적인 법률유보’는 침해행정의 영역에서는 법률유보의 일반적 원리와 일치한다.

행정의 침해권한은 그 내용, 대상 및 목적과 범위가 법률적으로 충분히 규정되어서 시민이 이를 예측가능하며 또한 계산가능하도록 되어야 한다. 침해행정의 영역에서는 ‘규율밀도’에 대한 엄격한 기준이 정해져야 하는데, 그럼에도 행정의 불확정 개념과 재량여지는 피할 수 없다.

(나) 급부행정

법률유보가 급부행정의 범위에 얼마나 타당할 것인지는 늘 다투

어진다. 오늘날에는 급부영역이 대개는 실정법에 의해 규율되고있기 때문에 그 실제적인 의미는 상당히 상실하였다.

그러나 이러한 영역에 대한 법률적 규율이 필요한가라는 원론적인 질문만이 아니라 광범한 국가의 급부가 법률적인 수권이 없이도 행해질 수 있는가 하는 실제적인 문제도 아직 남아 있다.

이제까지 부분적으로만 법률에 의해서 규율되어 온 보조금의 급부나 기타의 재정적인 급부에 관하여 늘 이러한 문제가 발생한다. 일부의 견해에 의하면 보조금에 대해서는 법률적인 근거가 전혀 필요하지 않으며, 의회의 기타의 결정, 즉 예산을 준비한다든가 하는 것으로 충분하다고 한다. 그러나 대다수는 보조금의 경우도 원칙적으로는 법률의 수권이 필요하다고 본다.

해답은 법률유보의 원칙 및 기능으로부터 출발해야 한다. 연방행정법원의 판례에 의하면 보조금 지급에 관하여도 의회민주주의의 원리에 따라서 법률로 정해야 한다고 보고 있다. 그러나 예산계획은 단지 일반적으로만 이루어진다. 누구에게, 어떤 조건 아래에, 얼마만큼 교부해야 하는가는 다시 규율이 필요한 문제이다. 만일 법률의 근거가 없는 경우에는 관계 장관 혹은 행정청의 행정규칙으로 정할 것이다. 사회적, 경제적 및 문화적인 목적 수행을 위한 국가적 수단의 배분은 개인에게 구속적이며 예측 가능하게 하며, 그에 상응하는 권리를 부여하는 법률의 형식으로 하여야만 한다. 사회적 법치국가 안에서는 국가로부터의 자유만이 아니라 국가 안에서의 자유와 국가를 통한 자유도 중요하다. 국가의 급부를 주지 않는 것이 경우에 따라서는 자유와 재산에 대한 침해보다 더 심각한 문제가 될 수 있다.

또한 법률의 규정이 없는 경우에 행정규칙이 필요하다는 것은 보조금에 대한 전제조건이 필요하다는 것을 의미한다. 그러나 개별적인 경우까지의 규율은 필요하지 않으며, 이 경우에는 행정청에게 신

축적인 행위의 여지가 주어진다.

물론 법률유보는 사회경제적 혹은 문화적인 동기를 가지며, 광범한 인적범위와 장기간의 시간을 요하는 ‘통상의 경우’에만 필요하다. 자연재해와 같은 긴급한 경우라든가 경기불황의 경우에 법률적 수권이 없다고 즉각적인 지원이 이루어지지 않으면 낭패이다.

기본권을 단지 방어적인 권리로만 보지 아니하고 급부 국가적인 요소를 가지는 급부청구권을 가져오는 것으로 보는 경우에도 비슷한 결론이 도출된다. 기본권적인 법률유보가 급부 국가적인 측면에도 적용되며, 급부에 대해서도 법적인 규율을 필요로 하는 경우에 그것은 좋은 결과를 얻을 수 있다.

(다) 특별한 법관계

19세기적인 헌정국가에서 연원하는 ‘특별권력관계’는 학교, 형무소, 기타의 영조물 시설의 이용 및 공무원과 군인의 근무관계 등 국가와 시민의 좁은 관계에서 주어진다. 이런 이론에 의하면 특별권력관계 내부에는 국가-시민의 일반관계에 타당한 기본권과 법률유보가 타당하지 않다. 이 관계 내부에서는 행정규칙의 형식으로 행정이 정한다. 이 이론은 바이마르 시대만이 아니라 그 이후 본 기본법 제정 후에도 계속 타당하였다.

(라) 행정조직 및 행정절차

행정조직 및 행정절차에 대해서도 시민과 국가의 실질적인 관계와 마찬가지로 법률유보가 적용된다. 행정의 조직 및 구조, 행정주체의 설립, 행정의 관할 및 행정절차에 관하여 기본적인 사항은 법률의 형식으로 규정할 필요가 있다. 이러한 사상은 이미 국민의 기본권은 실제적인 보증만이 아니라 조직적이거나 절차적인 과정을 통해서도 확

인되거나 강화될 수 있다는 사상에서 표현되고 있다. 이러한 분야의 규율 필요성이나 규율 밀도는 본질성설을 통하여 형성된다.

3. 사회보험법의 입법 및 운용과정에서 발생가능한 헌법문제

가. 보험의 가입에 관련되는 문제

사회보험은 강제보험의 성격을 띤다. 그러므로 피보험자는 보험가입 여부를 스스로 선택할 지위에 있지 아니다. 뿐만 아니라 피보험자를 위하여 보험료의 일부를 납부하여야 하는 사업주로서는 경영에 부담을 가질 수 있다. 나아가 의료보험(국민건강보험)의 경우 보험적용의료기관으로 지정되면 의료보험 환자를 진료하고 의약을 투여하는 방법이나 의료비 수납에 있어서 법률상의 제한을 받는다. 이러한 문제와 관련하여 헌법상의 평등원칙, 직업선택의 자유, 영업의 자유, 계약의 자유, 비례원칙 등의 문제가 발생할 소지가 있다.

나. 보험료의 산정에 관련되는 문제

보험은 만인에게 발생할 수 있는 위험에 대비하여 실제 그러한 위험을 당하는 사람의 부담을 전체의 부담으로 전환시키는 의미를 가진다. 따라서 보험료는 실제 발생할 수 있는 위험 전체를 커버하기에 충분한 재원을 확보할 수 있을 정도로 충분히 확보되어야 하지만 한편으로는 사회보험은 사회보장적인 측면을 가지는 점을 고려할 때, 보험에 의하여 지급되는 급부는 개개인의 생활에 필요최소한으로 제한되지 않으면 안되며, 보험료 납부자 사이에도 여러 가지 사정을 고려하여 형평성이 확보되어야 한다. 이런 점에서 보험료의 산정과 관련하여서는 평등원칙, 비례원칙 등의 요소가 고려되어야 한다.

마찬가지의 문제가 의료보험 해당기관으로 지정된 병원의 경우에 진료 및 치료 그리고 약품의 대가로 받는 비용이 적정인가 하는 문제가 발생한다. 이러한 비용이 충분하지 못한다면 가입이 강제되는 경우에는 영업의 자유 혹은 재산권의 보장을 심히 침해할 수 있다. 특히 지금은 산재보험이 전사업장으로 강제되고 있는데, 이런 경우사업장간의 위험도의 상이성에 따르는 보험료의 형평성 문제가 발생한다.

다음에 보험료의 산정과 관련하여 실질적인 평등 문제가 발생할 수 있다. 국민건강보험과 같이 모든 국민에 대하여 통일적인 시스템에 의하여 운영되는 보험의 경우에, 만일 그 보험료가 정액이 아니고 소득에 비례하는 경우에 다음과 같은 문제가 발생할 수 있다. 즉, 임금노동자와 자영업자의 경우에, 사회제도적인 구조의 결함으로 인하여 임금노동자의 소득은 명명백백하게 노출되지만 자영업자의 소득은 분명히 파악되지 않는 사례가 빈번하다. 그러면, 자영업자의 경우에는 사회보험금납부상의 신고와 실질소득간의 괴리가 발생한다. 이러한 괴리는 전체 국민건강보험 및 다른 보험 가입자에게 영향을 미치고 임금노동자는 상대적으로 보험료를 과다하게 납부한다는 심리적 박탈감에 젖게된다. 이런 경우에 발생하는 헌법적인 문제로는 평등원칙, 비례원칙, 직업선택의 자유 등이 있다.

다. 급부의 내용과 관련되는 문제

사회보험 수급권과 관련되어 급부의 내용과 관련되어서는 두 가지의 경우로 나누어서 생각해 볼 수 있다. 먼저 급부내용이 고정되어 있는 경우이다. 이때에는 보장되는 급부의 내용이 사회적으로 충분한가 하는 점이 먼저 문제로 떠오른다. 즉, 국민연금이나 고용보험의 경우에 사회변화 등으로 충분한 생계보장이 되지 않는 경우도 있고, 의료보험의 경우에는 꼭 필요한 진료 혹은 치료방법 또는 약

품이 보험의 내용으로 되어 있지 않는 경우도 있다. 산업재해보상보험의 경우에도 역시 마찬가지로 문제가 발생한다. 이 경우에 문제되는 점은 인간으로서의 존엄성, 행복추구권을 비롯하여 생존권 보장 등이다. 한편, 급부의 내용이 급부수령자의 직업이나 근무연수 혹은 기타의 사정에 의하여 크게 차이가 나는 경우에는 피보험자간의 헌법상 평등원칙이 제기될 수 있다.

다음에, 급부의 수준이나 내용이 사회변화에 의하여 조정되는 경우에 문제가 발생한다. 이때, 사회·경제의 발전으로 급부수준이 이전보다 향상되는 경우에 국가재정의 악화라고 하는 문제를 제외하면 피보험자와의 관계에서는 문제가 없으나 다만, 사회보험은 또 세대간의 부담교대라고 하는 문제를 가지고 있으므로 현재 보험료를 내면서 오랜 시간이 경과한 이후에나 수급을 기대할 수 있는 사람들과의 형평문제가 발생할 수 있다. 문제는 급부의 내용이 현재보다 악화되거나 혹은 낮은 보장수준으로 변경되는 경우이다. 사회보험의 내용은 고정될 수 없고, 사회의 변화나 경제사정 혹은 인구변동 및 의학기술의 발전 등의 다양한 요인에 의하여 변화할 수 있다. 이때 의료보험이나 산재보험과 같이 단기성의 보험인 경우에는 보험료율도 당장 조정되므로 큰 문제는 없으나 연금보험이나 고용보험과 같이 저축성도 아울러 지니고 있는 경우에는, 오랜 기간 부담한 기여분에 비하여 보험수급액이 경감되는 것은 바로 재산상의 손실을 의미할 수가 있다. 이런 경우에 재산권의 보장, 인간다운 생활권 및 신뢰보호의 문제가 발생하게 된다.

4. 사회보험에 적용될 수 있는 기본권 및 헌법원칙

이상의 고찰을 통하여 사회보험상 문제가 될 수 있는 헌법상의

기본권과 원칙은 다음과 같은 것들이 있다.

가. 사회국가원리

우리 헌법이 사회보장제도를 국가의 기본적인 임무로 채택하고 있는 것은 헌법 제34조에서 “국가는 社會保障·社會福祉의 증진에 노력할 의무가 있다”고 한 선언에서 잘 나타난다. 사회권적 기본권의 구체적인 내용이 무엇인가에 대해서는 각 논자에 따라서 서로 차이가 있을 수 있으나 사회보험을 비롯한 사회보장제도는 바로 사회국가를 지향하는 헌법의 구조에서 그 일부를 이루는 것이며, 또한 사회국가를 강화하는 요소이기도 하다.

우리 헌법상 사회국가를 지향하는 것으로 인정되는 조항으로는 행복추구권(제10조)을 비롯하여 평등권(제11조), 직업의 자유(제15조), 사유재산권 보장과 사회기속성의 강조(제23조), 사영기업의 국공유화금지(제126조), 교육의 기회균등(제31조), 근로의 권리와 최저생활을 보장하기 위한 최저임금제도(제32조, 제119조 제2항), 근로자의 사회적 지위를 위한 노동3권(제33조), 인간다운 생활을 할 권리 및 생활무능력자에 대한 국가적 보호(제34조), 환경권(제34조)과 보건권(제35조), 범죄피해자에 대한 국가구조제도(제30조), 여자의 복지와 권익 및 기회균등의 보장(제32조 제4항, 제34조 제3항, 제36조 제1항 및 제2항), 연소근로자보호에 관한 규정(제32조 제5항) 등이 있다.

그러나 우리 헌법상으로는 사회국가적 내용을 가지는 조항들을 국민의 기본권이 아니라 국가적 의무의 형식으로 규정하고 있다. 그래서 이러한 국가의 의무를 어떻게 해석하여야 할 것인가에 대하여 규범적인 성격을 부인하는 입장과 이를 긍정하는 입장으로 나누어진다. 헌법상 사회국가원리를 선언한 위 조항들의 규범성을 부인하는

입장에서는 이들 조항이 국민에게 어떤 기대권이나 권리를 주는 것은 아니고 단순한 프로그램 규정이라든지 혹은 정치적, 정책적 선언에 지나지 않는 것으로 해석한다. 그러나 다수설적인 입장에서는 이들 조항이 단순한 선언적인 조항은 아니며, 적어도 사회국가실현의 헌법지침적인 성격과 아울러 사회국가 실현을 위한 수권규범적인 성격을 가진다고 설명한다.¹⁾

사회국가의 내용은 아직 구체적으로 확정된 바는 없다. 법치국가가 국민의 자연적인 기본권을 전제로 하여 이를 국가 및 다른 주체의 침해로부터 방어하는 소극적인 성격을 위주로 하는 것이라면 사회국가는 법치국가를 근간으로 하면서도 사회에서 발생하는 개인의 빈곤과 질병 등의 곤란한 문제를 적극적으로 해결하고자 하는 국가 원리라고 하는 점은 분명하다. 즉, 법치주의가 형식적인 자유 및 형식적인 평등을 기본적인 구조로 하는 것이라면 사회국가는 실질적인 자유와 실질적인 평등, 그리고 사회연대의 원리를 기초로 하는 국가 제도라고 보는 것이다.

그러나 한편으로 사회국가의 발전 역사로부터 고찰하면 사회국가는 개인의 모든 필요를 국가와 사회가 알아서 보장해준다는 공산주의의 안티 테제로부터 출발했다는 점에 유의할 필요가 있다. 즉, 사회국가 원리는 일차적으로는 개인에게 그의 생활에 관한 모든 것을 책임지게 하면서도 개인이 감당하지 못하는 예외적인 빈곤과 사고 및 노령 등에 대비하게 하는 시스템인 것이다. 이는 바로 사회국가 안에서 사회 및 국가발전의 원동력은 개인의 노력과 창의로부터 나온다고 하는 것이다.

이는 헌법 제119조 제1항에서 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의존중을 우리나라 경제질서의 기본으로 명시하면서(제119조 제1

1) 許營, 한국헌법론, 박영사, 1999, p.152-153.

항), 시장지배와 경제권력남용의 방지(제119조 제2항), 농지의 소작제도 원칙적인 금지(제121조), 중소기업의 보호·육성(제123조), 소비자 보호(제124조) 등의 규정을 두고 있는 데서 잘 나타난다. 또한 사회보장을 위한 재원은 개인의 급부 및 조세에서 충당된다. 재원의 조달과 사용방법에 있어서는 각 국가의 형편과 경제사정 등에 의하여 달라질 수밖에 없을 것이다. 이러한 것을 구체화 하는 방법도 역시 헌법의 합리적인 해석 및 적용에 의하여 결정되어야 한다.

나. 인간다운 생활을 할 권리

사회국가 원리가 국민의 생활에 대하여 이를 직접적인 방법으로 구조하는 이념을 담고 있는 것이라 하더라도 그 구체적인 내용은 헌법으로부터 바로 확정되는 것은 아니고 법률의 규정에 의하여 구체화되는 성격을 가진다. 사회권에서 가장 중심적인 위치를 점하는 것은 바로 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리이다. 국민의 인간다운 생활을 뒷받침하기 위하여 국가에게 社會保障·社會福祉의 증진에 노력할 의무(제34조 제2항), 여자의 복지 및 권익향상을 위하여 노력할 의무(동조 제3항), 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무(동조 제4항), 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 자에 대한 국가의 보호(동조 제5항) 그리고 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위한 노력(동조 제6항) 등 임무를 부과하고 있다.

인간이라는 의미가 다양하게 규정될 수 있듯이 ‘인간다운 생활’의 의미 또한 시대와 상황에 따라서 다양한 의미를 가질 수 있다. 그러나 인간다운 생활은 (헌)법적인 의미를 가지는 개념으로, 법적인 평가 대상이 되는 법개념이다. 말하자면 여기서 인간이라는 것은 우리나라에서 현재 보통적인 의미의 인간을 의미하며, ‘생활’이라고 하는

것도 현재 일반인들의 구체적인 삶의 평균적인 수준을 기준으로 하는 것이다.

그러면 헌법이 보장하는 ‘인간다운 생활’의 기준은 무엇인가가 문제된다. 여기에는 세 가지의 기준이 있는데, 그것은 (1) 현상적 인간이 생물학적·생리학적인 차원에서 생명을 보전하고 기력을 유지할 수 있는 정도라고 보는 생물학적 최저생존 수준설, (2) 육체적·정신적 통일체로서의 인간이 정상적인 사회생활을 할 수 있는 정도라고 보는 인간적 최저생존수준설 그리고 (3) 정신적 존재로서의 인간이 자신의 인생을 자신의 가치관에 따라 자율적으로 설계하고 추구할 수 있는 정도를 의미한다고 보는 이상적 생활수준설 등이 있다. 일반적으로 인간다운 생활이라고 할 때에는 (2)의 인간적 최저생존 수준설이 채택된다.²⁾

인간다운 생활권의 법적 성질이 무엇인가에 대하여 학설상 많은 논의가 있다. 프로그램설에 의하면 인간다운 생활권에 대한 헌법의 규정은 모든 국민이 건강하고 문화적인 생활을 할 수 있도록 배려할 것을 선언한 정책 혹은 정치적 의미만을 가지며 이로부터 국민에 대한 직접적인 의무가 도출되는 것은 아니라고 한다. 이에 대하여 추상적 권리설에 의하면 인간다운 생활권은 법적인 성질을 가지기는 하지만 그 권리성의 정도는 아직 구체화되어 있는 것은 아니라고 본다. 즉, 국가는 국민에 대하여 ‘입법 기타 국정에 필요한 조치를 강구할 법적인 의무’를 지는데 그친다고 본다. 이 설의 특징은 우선 프로그램적 규정설과는 달리 아직 구체화되어 있지 않다고 하여 권리성을 부인하지는 않지만, 구체적인 입법이 없는 한도에서는 국민의 국가에 대한 직접적인 청구권을 부인하고 있는데 있다. 따라서 이 설에 의하면 인간다운 생활권은 국가에 대하여 소극적·방어

2) 권영성, 헌법학개론, 법문사, 2000, p.604.

적인 성격을 가지는데 그친다. 구체적 권리설은 인간다운 생활권을 보장하는 헌법규정으로부터 직접적으로 국민의 재판청구권이 발생한다고 보는 설이다. 그 근거는 “인간다운 생활을 할 권리는 인간의 존엄성을 실현시키기 위한 최소한의 방법적인 기초를 뜻하고, 경제생활에 관한 기본권들의 이념적 기초를 뜻할 뿐만 아니라 국가의 경제정책과도 불가분의 함수관계에 있기 때문에, 사회국가실현의 국가적 의무를 내포하는 국민의 구체적인 권리이다”고 한다.³⁾ 한편 인간다운 생활권의 향수주체의 상황을 기준으로 자족적인 생활이 불가능한 국민과 그렇지 않은 국민으로 나누어서 전자에게 구체적인 권리성을 인정하는 불완전 구체적 권리가 주장되기도 한다.⁴⁾

한편 헌법재판소 판례에 의하면 “인간다운 생활을 할 권리에 관한 헌법의 규정이, 입법부나 행정부에 대하여는 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위 안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위의 지침, 즉 행위규범으로 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 심사한다는 통제규범으로 작용하는 것이다. … 그러므로 국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적 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 있을

3) 허영, 위의 책, p.493.

4) 권영성, 위의 책, p.603.

것이다”고 한다.⁵⁾ 이 판례에 따르면 인간다운 생활의 입법에 대하여 국가는 입법재량을 가지고 있으며, 그에 따라서 합리적으로 재량권을 행사한 이상 위헌의 문제는 발생하지 아니한다.

다음의 판례에서는 인간다운 생활권의 추상적인 권리로서의 성격이 보다 더 분명하게 드러난다. “인간다운 생활을 할 권리로부터는, 그것이 사회복지·사회보장이 지향하여야 할 이념적 목표가 된다는 점을 별론으로 하면, 인간의 존엄성에 상응하는 ‘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 발생한다고 볼 수는 없을 것이다. 이러한 구체적인 권리는 국가 재정형편 등 여러 가지 상황들을 종합적으로 감안하여 법률을 통하여 구체화 할 때에 비로소 인정되는 법률적 차원의 권리라고 할 것이다”라고 한다.⁶⁾ 이들 판례를 종합해보면 인간다운 생활을 규정하고 있는 헌법 규정은 입법·행정 및 사법을 구속하는 법적 규범으로서의 성질을 가지는 것이나, 그 내용은 구체적이지 아니하며 오히려 광범위한 재량권이 주어지고, 이들 권리는 법률에 의하여 구체적으로 확정되는 성질을 가진다. 경우에 따라서는 이들 헌법조문의 규정으로부터 직접적으로 국민에게 청구권이 발생하는 일이 전혀 없는 것은 아니지만 국민이 자신에게 어떤 급부를 해 줄 것을 법적으로 청구하기 위해서는 그에 관한 입법이 명시적으로 전제되어 있어야 하는 것이다. 그러한 법률이 바로 사회보장법을 비롯한 국민의 사회적 권리를 규정한 제반 법률인 것이다.

5) 헌재 1997. 5. 29. 선고 94헌마33(1994년 생계보호기준 위헌확인) 결정.

6) 헌재 1995. 7. 21. 선고 93헌가14(국가유공자예우 등에 관한 법률 제9조 본문 위헌제청) 결정.

다. 사회보장 수급권

사회보장수급권 혹은 사회보장권이라 하는 것은 사회적 위험으로 말미암아 국가의 보호를 필요로 하는 개인이 인간의 존엄에 상응한 인간다운 생활을 영위하기 위하여 국가에 대해 일정한 내용의 적극적인 급부를 요구할 수 있는 권리를 말한다. 사회보장수급권의 개념적 요소로는 (1) 사회적 위험, (2) 보호를 요하는 상태, (3) 인간다운 생활의 보장 및 (4) 국가의 적극적인 급부의무 등이다.⁷⁾

사회보장수급권의 헌법적인 근거로는 헌법상의 인간다운 생활권 등을 비롯한 사회권적 기본권이 될 것이다. 그러나 이들 기본권은 앞에서 보았듯이 불완전하며 추상적인 성격을 가지므로 충분히 구체적인 성격을 가지기 위해서는 개별적인 입법에 의하여 구체적인 모습으로 형성될 필요성이 있다.

우리나라의 사회보장수급권은 사회보장에 관한 체계와 관련되어 사회보험수급권, 공공부조청구권, 사회보상청구권, 사회복지청구권 등으로 나눌 수 있다. 사회보험수급권에는 의료보험청구권, 연금보험청구권, 산업재해보상보험청구권 및 실업보험청구권 등이 포함된다.

라. 인간의 존엄성과 행복추구권

인간다운 생활의 보호를 이념으로 하는 사회보장 체계의 이면에는 인간으로서의 존엄과 가치라고 하는 헌법상의 이념이 전제되어 있다. 물론 인간의 존엄과 가치의 구체적인 내용에 대해서 아직 완전한 합의는 존재하지 않는다. 그러나 인간의 존엄과 가치를 선언하는 헌법의 이면에는 전제주의에 대한 반성, 인간의 고귀함에 대한 각성, 국가작용의 목표설정 등의 여러 의미가 내포되어 있다. 인간다운 생활 및 그의 구체화 형태인 사회보험 급부 수급권이라는 것

7) 권영성, 위의 책, p.606 이하.

은 바로 이 인간으로서의 존엄과 가치를 바탕으로 하며 또한 이를 실현하기 위한 법적인 장치라는 의미를 가진다.

행복추구권의 내용 또한 명확한 것은 아니다. 행복이라는 감정 혹은 가치는 다분히 주관적인 것이어서 각자의 가치관에 따라서 정신적인 것일 수도 있고 물질적인 것일 수도 있다. 그러나 근대 법제도에서 상정하는 합리적 인간상을 전제로 한다면, 어느 정도의 물질적인 조건이 갖추어져야 비로소 사회인으로서의 정상적인 생활 및 이를 바탕으로 하는 행복추구도 가능하다고 할 것이다. 이런 관점에서 보면 행복추구권도 생활권 보장의 대전제가 되며, 생활권의 보장을 통하여 행복을 추구할 수 있는 실질적인 토대가 형성된다고 할 수 있다. 행복추구권의 기본권 체계내의 위치에 대해서도 개인주의적 사상에 속하는 것으로 봉건주의와 전체주의를 부정하는 권리이므로 자유권에 속하는 총칙규정이라고 보는 설이 있는 한편, 물질적 충족이라는 사회국가의 이념을 구현하기 위한 것으로 사회적 기본권에 관한 총칙규정이라고 보는 설도 있다. 그렇게 보면 행복추구권은 인간다운 생활을 할 권리의 전제가 되는 국민의 기본권인 것으로 파악된다.

마. 인신의 자유

인신의 자유에는 생명권과 신체의 자유가 포함된다. 과거에는 생명권이 자명한 것으로 전제되었지만 공권력에 의한 생명경시를 경험한 이래 생명권은 모든 기본권의 전제가 되는 기본권으로 인식·보장되고 있다. 우리 법원도 생명권의 기본권성을 인정하면서 다음과 같이 실시한 바 있다. “인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리는 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존

본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것이다.”⁸⁾ 생명권의 헌법적인 근거로는 인간의 존엄과 행복추구권(헌법 제10조), 신체의 자유(헌법 제12조) 및 헌법 제37조 제1항을 들 수 있다.

헌법 제12조에서 보장하는 신체의 자유는 적법절차에 의하지 아니하고는 신체의 안전성과 자율성을 제한 또는 침해당하지 않는 것을 말한다. 이 권리는 전형적인 자유권적 기본권에 속한다. 즉, 국가에 대한 방어적·소극적인 성질을 가지는 공권이다. 그러나 신체의 자유는 전통적인 의미의 방어권에서 신체의 자유를 적극적으로 보장하도록 요구하는 청구권적인 성격도 아울러 가지고 있는 것이다. 헌법 제28조의 형사보상청구권은 형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 정당한 보상을 청구할 수 있도록 하였다. 이러한 청구권이 헌법상의 신체의 자유를 전제로 하고 있음은 물론이다.

신체의 자유는 또한 각종의 질병 등에 의하여 침해될 수 있다. 이를 방지하기 위하여 헌법 제36조 제3항에서는 모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다고 규정하고 있다. 보건에는 각종의 질병을 예방하는 일 뿐만이 아니라 실제로 병이 난 경우에 이를 편리하고 저렴하게 치료할 수 있는 제도까지 포함하는 것이다. 국민건강보험은 바로 이 목적으로 제정된 것이며, 그 전제로는 보건에 관한 국가의 보호와 신체의 자유가 있다. 그리고 현대 산업사회에서는 근로자인 국민이 각종의 산업재해에 노출되어 있다. 산재사고를 줄이고 그에 관해 적절한 대책을 세우는 일이 국가의 중요한 임무가 되

8) 헌재 1996. 11. 28. 선고 95헌바1 결정.

며, 산업재해보상보험은 바로 이 목적을 위해 제정되어 있다.

바. 평등권

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”라고 하는 평등의 원칙을 선언하고 있다. 이 평등의 원칙은 법적용의 대상이 되는 모든 인간을 원칙적으로 공평하게 다루어야 한다는 법원칙을 말한다. 그 내용은 법 앞의 기회균등과 자의에 의한 차별의 금지이다. 즉, 평등의 이상은 같은 것은 같게, 다른 것은 같지 않게 다루는 것을 의미한다. 따라서 법적으로 같은 것을 서로 달리 취급하는 것이나 같지 아니한 것을 똑같은 것으로 취급하는 것은 모두 평등의 원칙에 반한다.

그러나 무엇이 합리적인 차별이고 무엇이 자의적인 차별인지의 기준은 반드시 일정하지 않다. 사회보험관계에서 보험가입자의 연령이나 가입연한에 따라서 급여의 액수를 달리하는 것은 합리적인 차별일 것이다. 그리고 각자의 소득에 따라서 보험료에 대한 차이를 두는 것도 합리적이라고 할 수 있다. 그러나 이 경우에는 각자의 소득에 대한 실제적인 파악이 가능함을 전제로 한다. 만일 보험료의 부과가 실질적인 소득에 의한 것이 아니고 소득표준이라든가 신고된 소득만을 근거로 하는 경우에는 실제 소득에 대해 보험료를 부과하는 경우와의 불평등 문제가 발생할 소지가 있다. 국민건강보험법은 제33조에서 “공단은 직장가입자와 지역가입자의 재정을 통합하여 운영한다”고 규정하고 있다. 이는 종전의 독립 재산제에서 완전한 통합으로의 변화를 의미하는데, 이러한 통합이 설득력을 가지기 위해서는 지역가입자와 직장가입자에게 실질소득에 따르는 공정한 보

협료의 부과를 전제로 할 것이 요청된다.

평등의 원칙은 행정법상으로도 헌법에 근거하는 불문의 법원으로 인정된다. 보다 정확하게는 헌법적인 근거를 가지는 조리라고 보아야 할 것이다. 따라서 평등원칙에 위반하게 되면 위헌·위법으로서 무효가 된다.

헌법재판소의 판결을 보면, 「퇴역연금을 받을 권리가 있는 자가 이 법 제21조 제5항 제1호에 해당하는 “국가나 지방자치단체의 기관 또는 사립학교교원연금법 제3조의 학교기관” 으로부터 보수 기타 급여를 지급받고 있는 때에는, 퇴역연금 수급자의 선택에 따라 종전의 복무기간을 연금계산의 기초가 되는 복무기간에 합산할 수 있고, 합산을 선택한 후 다시 퇴직하는 경우에는 전의 퇴직당시의 보수월액이 재임용 후의 퇴직당시의 보수월액보다 많으면 퇴직연금의 금액은 재임용되기 전에 받던 퇴역연금에다 재임용후 퇴직당시의 보수연액에 재임용후의 복무연수를 곱한 금액의 100분의 2에 상당하는 금액을 가산한 금액으로 하고, 이를 보장하기 위하여 군인연금 기금과 공무원연금관리공단 및 사립학교연금관리공단 사이에는 연금액 이체제도가 있다(이 법 제16조 제6항, 제21조 제7항, 제40조의2, 공무원연금법 제23조 제2항, 제24조, 제46조 제5항, 제70조, 사립학교교원연금법 제32조 제1항, 제42조, 제52조의2 참조). 그러나 이 법 제21조 제5항 제2호에 해당하는 기관으로부터 보수 기타 급여를 지급받고 있는 때에는 그와 같은 내용의 제도가 없다. 그러므로 이 법 제21조 제5항 제2호에 해당하는 기관으로부터 보수 기타 급여를 지급받고 있는 때에 대통령령에 의하여 지급정지되는 퇴역연금의 정도는 특별한 사정이 없는 한 이 법 제21조 제5항 제1호에 해당하는 기관으로부터 보수 기타 급여를 지급받고 있는 경우에 지급이 정지되는 정도보다 적어야 마땅하고, 그런 점에서 퇴역연금 전부의 지급

정지를 할 수는 없을 것이다.»고 하면서 이런 경우에는 평등원칙에 위반된다고 판시하였다.⁹⁾ 정당한 판시내용이라고 생각된다.

그렇지만 2 이상의 급여 수급권이 발생한 경우에 수급권자로 하여금 가장 유리한 급여를 선택하도록 하고, 다른 급여는 이를 지급 정지하도록 한 사안과 관련된 다음의 판례는 다소 문제가 있다. 즉, 헌법재판소는 “그러므로 이 사건 법률조항이 수급권자에게 2 이상의 급여의 수급권이 발생한 때 그 자의 선택에 의하여 그 중의 하나만을 지급하고 다른 급여의 지급을 정지하도록 한 것은 공공복리를 위하여 필요하고 적정한 방법으로서 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한의 입법적 한계를 일탈한 것으로 볼 수 없다. 또한 위에서 본 바와 같이 국민연금의 사회보장적 성격에 비추어 여러 종류의 수급권이 발생한 경우에 이 사건 법률조항이 병급 즉 중복하여 지급을 하지 않고 수급권자의 선택에 의하여 하나만을 지급하도록 제한한 것은 합리적인 이유가 있으므로, 이 사건 법률조항이 병급을 하지 아니하였다고 하여 청구인의 평등권 및 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리를 침해하였거나 같은 조 제2항의 국가의 사회보장 사회복지의 증진에 노력할 의무에 위반된다고 할 수 없다.”고 판시하였다.¹⁰⁾ 그러나 이 경우에 2 이상의 수급권이 동시에 발생했는데 하나의 수급권만을 인정하는 것은 다른 오직 하나의 수급권만을 가지는 경우와 불합리한 차별을 의미한다고 볼 것이다. 이 경우에도 만일 하나의 수급권이 발생했는데, 다른 수급권이 발생한다고 하더라도 기 발생한 수급금액보다 적다고 판단되는 경우에는 당해 연금보험료를 면제해 주는 방안을 취하거나 아니면, 2 이상의 수급권이 발생한 경우에는 전액을 병급하지 않더라도 적어도 2분의 1

9) 헌재 1994. 6. 30. 선고 92헌가9 결정.

10) 헌재 2000. 6. 1. 선고 97헌마190 결정.

정도 가급하여 금액을 조정하는 것이 타당한 방안이 될 것이다.

평등권과 관련하여 언급할 것은 국민연금법 제65조에서 유족연금의 수급권자가 다음 각호의 1에 해당하게 된 때에는 그 수급권은 소멸한다고 하면서 4. 자녀 또는 손자녀인 수급권자가 출가한 때라고 되어 있다. 이 경우에 일반적으로는 ‘결혼’이라고 하는데 여기서 출가라고 하는 것은 여자인 자녀 혹은 손자녀에 관한 것으로 해석될 수 있는 점에 문제가 있다. 그렇다면 이 조항은 남녀평등에 관한 헌법원칙에 위반될 소지가 있다 할 것이다.

사. 비례원칙

비례원칙은 일반적으로 행정작용에 있어서 목적실현을 위한 수단과 당해목적 사이에는 합리적인 비례관계가 있어야 한다는 것을 의미한다. 비례원칙의 내용은 적합성의 원칙, 필요성의 원칙 및 협의의 비례원칙으로 이루어진다. 적합성의 원칙이라 함은 행정작용이 그 목적의 달성을 위하여 적합한 수단이어야 한다는 것이다. 필요성의 원칙은 목적달성을 위한 당해 행정작용은 그 상대방과 국민에게 필요최소한으로 침해적인 것을 선택하여야 한다는 원리이다. 그리고 협의의 비례원칙은 당해작용에 의한 침해와 그 추구하는 목적 사이에는 합리적인 비례관계가 있어야 함을 의미한다.

비례원칙의 그 근거를 정의 혹은 형평관념에서도 찾을 수 있다. 그러나 일반적으로는 헌법 제37조 제2항에서 찾고 있다. 재판소의 판례에서도 “퇴역연금 중 기여금에 상당한 부분만은 봉급연불적인 성질을 갖는다 할 것이다”라고 판시하여 연금 중 일정부분의 성격을 임금의 연장선상에 있는 것으로 본다.¹¹⁾ 이와 함께 “이 법 제21조 제5항 제2호에 해당하는 기관에 근무하여 그로부터 보수 기타

11) 헌재 1994. 6. 30. 선고 92헌가9 결정.

급여를 지급받고 있는 때에는 그 퇴역연금의 2분의 1 이내에서 그 지급을 정지하는 조치는 현재의 제도와 상황에서는 입법자의 형성재량의 범위내에 속하는 것으로 이를 정당하다 할 것이다. 그러나 이를 초과하여 지급을 정지한다면, 이는 퇴역연금수급자의 퇴역연금수급권을 제한하는 정도가 지나쳐 헌법 제37조 제2항에 의한 비례의 원칙에 어긋나므로, 헌법 제23조 제1항 및 헌법 제37조 제2항에 위반된다”고 판시하였다. 이러한 판시내용은 정당하다고 할 것이다.

비례원칙은 특히 재량권의 행사를 통제하는 행정법의 일반원리로 인정된다. 급부행정영역에 있어서 비례원칙은 과잉급부금지와 연결된다. 과잉급부금지란 행정이 필요에 따라서 급부를 하는 경우에도 그 액수는 필요최소한에 그쳐야 한다는 것을 말한다. 사회보장 행정의 경우에 그것은 개인의 생활을 각자의 책임에 맡기면서도 혼자서 해결이 되지 않는 부분을 보충하는 의미를 가지고 있으므로 그 범위를 넘는다든가 혹은 중복적으로 급부하는 일은 허용되지 아니한다고 볼 것이다.

아. 신뢰보호

신뢰보호의 원칙이란 행정청의 일정한 언동의 정당성이나 존속에 대해 개인의 보호가치 있는 신뢰는 이를 보호해 주어야 한다는 원칙이다. 신뢰보호의 법적 근거는 신의칙설과 법적안정성설이 유력하다. 신의칙설의 입장에서는 신뢰보호의 법적인 근거를 사법에서 발달한 신의성실의 원칙에서 구하고 있다. 특히 신의칙설은 행정과 사인간에 계약관계 등이 있을 때 유효하다. 법적 안정성설은 신뢰보호의 근거를 공행정작용등의 예측가능성 및 계속성 등에서 찾는 견해이다. 이러한 원리는 모두 법치국가적인 표현이다.

행정절차법 제4조 제1항은 행정청은 직무를 수행함에 있어서 신의에 따라서 성실히 하여야 한다고 함으로서 신의성실을 행정에 대

해서도 적용되는 원칙으로 선언하였으며, 이 조항으로 인하여 신뢰 보호 또한 실정법적인 근거를 가지는 것으로 볼 수 있다.

법원은 신뢰보호에 대하여, “행정상의 법률관계에 있어서 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위해서는, 첫째 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하여야 하고, 둘째, 행정청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데 대하여 그 개인에게 귀책사유가 없어야 하며, 셋째 그 개인이 그 견해표명을 신뢰하고 이에 따라 어떠한 행위를 하였어야 하며, 넷째 행정청이 위 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 그 견해표명을 신뢰한 개인의 이익이 침해되는 결과가 초래되어야 하는 것이며, 이러한 요건을 충족할 때에는 행정청의 처분은 신뢰보호의 원칙에 반하는 행위로서 위법하다고 할 것”이라고¹²⁾ 판시한 바 있다.

신뢰보호도 역시 절대적인 것은 아니고 일정한 한계가 있다. 신뢰보호란 말 그대로 행정의 상대방이 행정의 선행행위에 대한 신뢰를 보호하는 것인데, 법률의 변경 등으로 당해 신뢰가 보호되는 경우에는 실정법과 모순되는 결과가 발생할 수 있는 가능성도 있는 것이다. 이런 경우에 신뢰보호를 우선할 것인가 아니면 법률적합성을 우선시킬 것인가 하는 문제가 발생하게 된다. 상대방이 가지는 신뢰이익을 중시하는 입장에서는 법률적합성이 이 경우에 후퇴할 수도 있다고 보지만, 법치주의의 표현인 행정의 법률적합성 원칙을 우선시하는 입장에 서게 되면 법률의 내용을 위반하면서까지 상대방의 신뢰를 보장해 주어야 하는 법적인 정당성을 찾을 수는 없다고 한다. 그런데 신뢰보호의 결과 물론 개인의 이익이 보다 확실히 보장되는 측면이 있는 것은 사실이나, 신뢰보호가 필요한 이유는 반드시 개인이익의 보호상의 필요 때문만이 아니라라는 점에 주목할 필요성이 있

12) 대법원 1992. 5. 26. 선고 91누10091 판결.

다. 즉, 신뢰보호를 법적안정성에서 구하는 입장에 의하면 신뢰를 보호하는 이유가 공행정작용의 예측가능성 및 계속성 보장의 필요에 있게 되는데, 법적안정성과 예측가능성은 모두 법치주의의 표현으로서 양자사이의 우열관계는 명백하지 않다. 양자는 동위에 있는 법적인 원칙인 것이다. 따라서 신뢰보호의 요건이 충족되는 경우에는 관계인의 보호이익, 그에 따르는 공익과 그로 인해 손실되는 공익을 서로 비교 교량하여 신뢰보호의 여부와 정도가 결정되게 된다.

사회보험법에 있어서 신뢰보호 원칙이 적용되면 사회보험 수급에 대한 기대권의 내용을 함부로 변경할 수 없으며, 위법하게 급부가 행해진 경우에도 그것을 행정의 자유롭게 취소 혹은 철회하지 못하게 된다.

자. 재산권보장

사회보험 수급권이 재산적인 내용을 가지는 경우에는 위의 제반 원칙에 의한 법적 보호를 넘어서 재산적 가치있는 권리로 보호받게 된다. 그 내용에 대해서는 다른 장에서 설명하였으므로 여기서 구체적인 내용은 생략하기로 한다.

5. 각 기본권 및 원칙의 개별적 보험영역에 대한 적용

가. 국민연금

국민연금에 관련해서 문제된 것은 국민연금법 제52조의 위헌여부이다. 공무원연금법상 급여의 수급권자에게 2 이상의 급여의 수급권이 발생한 때 수급권자의 선택에 의하여 그 중의 하나만을 지급하고 다른 급여의 지급을 정지하도록 한 것이 기본권 제한의 입법한계를 넘어 재산권인 급여를 받을 권리와 평등권을 침해하는지 여부

가 문제된 본 사안에서 헌법재판소는 “국민연금은 국민이 인간다운 생활을 할 수 있도록 최저생활을 보장하기 위한 사회보장적 급여로서 법상의 급여액은 국민의 생활수준·물가 기타 경제사정에 맞추어 최저생활을 유지할 수 있도록 될 수 있으면 많은 급여를 지급하는 것이 바람직할 것이나, 한편 급여에 필요한 재원은 한정되어 있고, 인구의 노령화 등으로 급여대상자는 점점 증가하고 있어 급여수준은 국민연금재정의 장기적인 균형이 유지되도록 조정되어야 할 필요가 있으므로 한 사람의 수급권자에게 여러 종류의 연금의 수급권이 발생한 경우 그 연금을 모두 지급하는 것 보다는 일정한 범위에서 그 지급을 제한하여야 할 필요성이 있고 국민연금의 급여수준은 수급권자가 최저생활을 유지하는데 필요한 금액을 기준으로 결정해야 할 것이지 납입한 연금보험료의 금액을 기준으로 결정하거나 여러 종류의 수급권이 발생하였다고 하여 반드시 중복하여 지급해야 할 것은 아니므로, 이 사건 법률조항이 수급권자에게 2 이상의 급여의 수급권이 발생한 때 그 자의 선택에 의하여 그 중의 하나만을 지급하고 다른 급여의 지급을 정지하도록 한 것은 공공복리를 위하여 필요하고 적절한 방법으로서 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한의 입법적 한계를 일탈한 것으로 볼 수 없고, 또 합리적인 이유가 있으므로 평등권을 침해한 것도 아니다.”고 판시하였다.¹³⁾

나. 국민건강보험

국민건강보험의 경우 강제가입과 이에 따른 보험료의 강제징수가 종종 논란의 대상이 된다. “가입자는 국내에 거주하게 된 날에 직장가입자 또는 지역가입자의 자격을 얻는다.”(국민건강보험법 제7조 제1항) “공단은 제1항의 규정에 의한 독촉을 받은 자가 그 납부기

13) 헌재 2000. 6. 1. 선고 97헌마190 결정.

한까지 보험료 등을 납부하지 아니한 때에는 보건복지부장관의 승인을 얻어 국세채납처분의 예에 의하여 이를 징수할 수 있다.”(동법 제70조 제3항) 이에 대하여 국민의 사유재산권과 기본적 자유권을 침해하여 국민으로 하여금 헌법에 규정된 납세의무 이외의 또다른 형태의 금전납부의무를 부담하게 하는 것이어서, 헌법 제23조(재산권보장), 제37조 제1항(규정의 기본권의 경시금지), 제2항(본질침해금지), 제38조(법률이 정하는 바에 따르는 납세의무) 그리고 국세기본법 제2조 제1호(국세의 종류)에 위반되므로 위 법의 규정들에 근거하여 보험료를 부과하는 처분은 위법하다고 주장할 수 이에 대하여 판단하고 있는 행정법원의 판시를 보면, “...위 법의 규정들은, 국가가 현대 사회에서 요구되는 사회복지 국가의 기틀을 마련하기 위해 모든 국민으로 하여금 의무적으로 의료보험에 가입케 하고, 그에 따른 보험료를 납부하도록 하여 의료보험제도의 튼튼한 재정을 마련함으로써 모든 국민으로 하여금 의료보험의 혜택을 받아 질병, 부상 등으로부터 보호받도록 하여 인간다운 생활을 누릴 수 있게끔 할 목적으로 제정된 것인 바, 보험강제 및 보험료의 부과징수에 따른 개인의 계약체결 자유 및 재산권의 침해 정도를 이러한 입법목적에 비추어 고려해 본다면, 위 법의 규정들은 공공복리를 위하여 개인의 기본권을 최소한도로 제한한 것이라고 볼 것이고, 이를 결코 개인의 기본권을 과도하게 침해함으로써 비례의 원칙에 어긋난 것이라고 볼 수는 없다(헌법 제34조, 제36조 참조).”고 한다.¹⁴⁾ 보험 가입의 강제는 전국민에 대한 의료보험 혜택의 부여와 함께 가입자의 수가 많아지는데 따르는 재원확보가 주 목적일 것이다. 그러나 이런 경우에 전국민에게 획일적인 의료보험 서비스의 강요는 위와 같은 반발을 불러 올 수 있다. 이를 적절하게 해결하기 위해서는 국민권

14) 서울행정법원 2000. 7. 14. 선고 99구37463 제4부 판결.

강보험을 기본적인 보험과 추가적인 보험의 두 종류로 나누어서 기본적인 보험으로는 최소한의 부분에 대한 보장을 하고 이에 대해서는 가입을 강제하는 반면에, 추가적인 부분에 대해서는 선택적으로 가입하도록 하는 방안이 필요할 것이다. 그리고 추가적인 국민건강보험 이외에 다양한 내용을 가지는 사적인 건강보험을 자유롭게 설립할 수 있도록 함으로써 의료보험에 있어서의 경쟁을 유발하고, 피보험자인 국민들에게는 선택의 기회를 제공하는 방안의 도입이 장기적으로 필요하다고 본다.

한편 요양기관의 입장에서도 강제적인 지정이 문제될 수 있다. 즉, 국민건강보험법 제40조에서는 “요양급여는 다음 각호의 요양기관에서 행한다”고 하면서 그 기관을, 1. 의료법에 의하여 개설된 의료기관, 2. 약사법에 의하여 등록된 약국 등을 열거하고 있으며, 동조의 제4항에서는 “제1항 및 제2항의 규정에 의한 요양기관은 정당한 이유없이 요양급여를 거부하지 못한다”고 규정하고 있다. 이 요양기관 지정에 있어서의 강제제도는 헌법상 재산권 보장(제23조 제1항)과 직업선택의 자유를 침해할 우려가 있다. 특히 요양급여비용이 의료비용을 충당하지 못하는 경우에는 개인에게 과중한 희생을 강요하는 결과가 되어 헌법위반의 문제를 불러올 것이다.

국민건강보험의 보험료에 대한 부담은 직장가입자와 지역가입자간에 차별이 있다. “직장가입자의 보험료는 직장가입자와 다음 각호의 구분에 의한 자가 각각 보험료액의 100분의 50씩 부담한다. 다만, 직장가입자가 교직원인 경우의 보험료액은 그 직장가입자가 100분의 50을, 제3조 제2호 다목에 규정된 자가 100분의 30을, 국가가 100분의 20을 각각 부담한다.”(국민건강보험법 제67조 제1항) 반면에 “지역가입자의 보험료는 그 가입자가 속한 세대의 지역가입자 전원이 연대하여 부담한다.” 그러나 이 경우 “국가는 대통령령이 정

하는 바에 의하여 예산의 범위안에서 지역가입자가 부담할 보험료의 일부를 부담할 수 있다.” 이 규정에 의하면 직장가입자와 지역가입자 상호간 및 직장가입자 가운데서도 일반직장가입자와 교직원인 경우 보험료 납부의 차이가 존재한다. 이는 직장가입자 및 교직원의 업무상의 특지에 의한 합리적인 차별이라 생각한다.

다. 산업재해보상보험

“공단은 제3자의 행위에 의한 재해로 인하여 보험급여를 지급한 경우에는 그 급여액의 한도안에서 급여를 받은 자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위한다. 다만, 보험가입자인 2이상의 사업주가 같은 장소에서 하나의 사업을 분할하여 각각 행하다가 그 중 사업주를 달리하는 근로자의 행위로 재해가 발생한 경우에는 그러하지 아니하다.”(제54조 제1항) “제1항의 경우에 수급권자가 제3자로부터 동일한 사유로 인하여 이 법의 보험급여에 상당하는 손해배상을 받은 경우에는 공단은 그 배상액을 대통령령이 정하는 방법에 따라 환산한 금액의 한도안에서 이 법에 의한 보험급여를 지급하지 아니한다.”(동조 제2항) 이 조항은 동일한 사유로 인한 이중적인 손해배상을 제한하려는 취지를 담고 있는 것으로, 보험의 목적인 업무상의 재해에 대한 신속하고 공정한 보상을 하는 것과 서로 부합한다고 보겠다.

IV. 사회보장법에 관한 헌법재판소 결정례 분석

1. 대상결정의 유형

헌법재판소는 1992년 6월 9일 장애인복지법 제34조 등에 대한 헌법소원을 시작으로 2000년 6월 30일까지 사회보장법을 심판대상으로 하여 36개의 결정을 내린바 있다. 다만 이는 헌법재판소에 발간된 헌법재판소판례집에 수록된 결정을 기준으로 한 통계이다. 이외에 사회보장법에 관한 헌법재판소의 결정이 더 있을 것을 배제할 수 없다. 그러나 헌법재판소판례집에 수록되지 않은 결정은 헌법재판소가 사회보장법의 영역에서 내린 결정을 전반적으로 이해하는 데에 필수적으로 중요한 결정이라고는 생각지 않는다. 아래에서는 헌법재판소의 사회보장법에 대한 결정에 대해서 헌법적인 평가를 하기에 앞서 헌법재판소 결정의 대강의 윤곽을 전체적으로 파악하기 위하여 우선 다음과 같은 기준에 따라 분류해 본다.

가. 심판대상인 법률의 종류에 따른 분류

이 연구가 분석의 대상으로 하는 헌법재판소의 결정은 사회보장법 각 영역에 분포되어 있다. 이례적으로 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률에 관한 소송이 11건으로 가장 많다.¹⁾ 이밖에 보훈

1) 현재 1999. 12. 23. 98헌바33(구 국가유공자예우 등에 관한 법률 제70조 등 위헌소원), 판례집 11-2, 732면 이하; 1994. 6. 30. 91헌마161(국가유공자예우 등에 관한 법률 제4조 등에 대한 헌법소원), 판례집 6-1호, 653면 이하; 1995. 7. 21. 93헌가14(국가유공자예우 등에 관한 법률 제9조 본문 위헌제청), 판례집 7-2, 1면 이하; 1998. 2. 27. 97헌가10, 97헌바42, 97헌마354(병합)(국가유공자예우 등에 관한 법률 제9조 위헌제청 등), 판례집 10-1, 15면 이하; 1992. 10. 31. 92헌바42(국가유공자예우 등에 관한 법률 시행령 제17조 제1항 위헌소원) 판례집 4, 708면 이하; 1992. 12. 8. 92헌아3(국가유공자예우 등에 관한 법률 시행령 제17조 제1항 위헌소원

기금법에 관련된 결정이 1건 있다.²⁾ 사회보험법에 해당하는 법률에 관련된 소송으로는 의료보험법에 관한 결정이 5건,³⁾ 국민연금법에 관한 결정이 1건,⁴⁾ 산업재해보상보험법에 관한 결정이 3건이 있다.⁵⁾ 고용보험법에 관한 결정은 아직 없다. 다만 장애인고용촉진법에 관한 결정이 1건 있다.⁶⁾ 일반 국민을 대상으로 하는 사회보험에 비해서는 특수직종종사자를 대상으로 하는 사회보험법이 보다 헌법재판소에서 헌법소송의 대상으로 빈번하게 등장하고 있다. 공무원연금법에 관한 결정이 7건,⁷⁾ 군인연금법에 관한 결정이 6건 있었다.⁸⁾ 국가의 일방적인 급여관계를 규율하는 사회보장법에 관한 소송으로는

-
- (제심) 판례집 4, 845면 이하; 1993. 4. 13. 93헌마74(국가유공자예우 등에 관한 법률 제4조 등 위헌확인) 판례집 5-1, 214면 이하; 1994. 3. 23. 94헌마32(국가유공자예우 등에 관한 법률 제70조 위헌확인), 판례집 6-1, 199면 이하; 1999. 1. 28. 98헌마16(상이등급구분 신체검사 등 외관정 처분취소), 판례집 11-1, 65면 이하 등이 있다.
- 2) 현재 1994. 4. 28. 92헌가3(보훈기금법 부칙 제5조 및 한국보훈복지공단법 부칙 제4조 제2항 후단에 관한 위헌심판), 판례집 6-1, 203면 이하.
- 3) 현재 1998. 5. 28. 96헌가1(의료보험법 제33조 제1항 위헌제정), 판례집 10-1, 509면 이하; 1997. 12. 24. 95헌마390(의료보험법 제31조 제2항 위헌확인), 판례집 9-2, 817면 이하; 2000. 1. 27. 99헌마23(의료보험법 제29조 제3항 위헌소원), 판례집 12-1, 62면 이하; 2000. 6. 29. 99헌마289(국민건강보험법 제33조 제2항 등 위헌확인), 판례집 12-1. 913면 이하; 1998. 2. 27. 96헌마134(의료보험법 제49조 제3항 위헌확인 등), 판례집 10-1, 176면 이하.
- 4) 현재 1996. 10. 4. 96헌가6(공공자금관리기본법 제5조 제1항 위헌제정), 판례집 8-2, 308면 이하.
- 5) 현재 1996. 8. 29. 95헌바36(구 산업재해보상보험법 제4조 단서 위헌소원), 판례집 8-2, 90면 이하; 2000. 6. 1. 98헌바8(산업재해보상보험법 제94조 제2항 위헌소원), 판례집 12-1, 590면 이하; 1993. 9. 27. 93헌마45(요양불승인처분취소) 판례집 5-2, 362면 이하 등.
- 6) 현재 1999. 12. 23. 98헌바33(구 국가유공자예우 등에 관한 법률 제70조 등 위헌소원), 판례집 11-2, 732면 이하.
- 7) 현재 1995. 7. 21. 94헌바27.29(병합)(공무원연금법 제64조 제1항 위헌소원), 판례집 7-2, 82면 이하; 1998. 12. 24. 96헌바73(공무원연금법 제30조 제1항 위헌소원), 판례집 10-2, 856면 이하; 1999. 4. 29. 97헌마333(공무원연금법 제3조 제2항 위헌확인), 판례집 11-1, 503면 이하; 1999. 9. 16. 97헌마28(공무원연금법 제23조 제2항 등 위헌소원), 판례집 11-2, 272면 이하; 2000. 3. 30. 99헌바53, 2000헌바9, 98헌마401(병합)(공무원연금법 제32조 위헌소원, 민사소송법 제579조 제4호 위헌확인), 판례집 12-1, 344면 이하; 2000. 6. 29. 98헌마106(공무원연금법 제47조 제1호 등 위헌소원), 판례집 12-1, 833면 이하; 1999. 9. 16. 98헌바46(공무원연금법 제3조 제1항 등 위헌소원), 판례집 11-2, 306면 이하.
- 8) 현재 1994. 6. 30. 92헌가9(군인연금법 제21조 제5항 위헌제정), 판례집 6-1, 543면 이하 1996. 10. 31. 93헌바55(군인연금법 제16조 제9항 위헌소원), 판례집 8-2, 457면 이하; 1992. 9. 16. 92헌바185(군인연금법 제7조 위헌확인) 판례집 4, 582면 이하; 1992. 11. 25. 92헌마258(군인연금법 제16조 제9항 위헌확인) 판례집 4, 834면 이하; 1994. 2. 18. 94헌마12(군인연금법 부칙 제1조 위헌확인), 판례집 6-1, 17면 이하; 1994. 4. 28. 93헌마151(연금징구거부취소처분 등), 판례집 6-1, 455면 이하.

생활보호법과 장애인복지법에 관한 결정이 각각 1건씩 있었다.⁹⁾

위와 같은 정리를 통해서 다음 두 가지가 확인된다. 첫째, 일반적인 기대와는 달리 일반 국민을 대상으로 하는 사회보장법에 비해서 특수직종종사자를 대상으로 하는 사회보험법이 보다 빈번하게 헌법소송의 대상이 되었다는 점이다. 그러나 이를 일반화하기는 힘들다. 이러한 현상은 특수직종종사자를 대상으로 하는 사회보험법 자체의 특성에 원인이 있다고 볼 수는 없다. 국민 일반을 대상으로 하는 다른 사회보험에 비해서 법률들이 시행된 지 오래되었다. 따라서 이들 법률관계들이 소송으로 발전할 만큼 성숙되어 있다는 점이 보다 본질적인 원인이라고 생각된다. 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률이 빈번하게 헌법소송의 대상이 되었다는 사실도 법률의 특성에서 보다는 시행의 역사가 오래되었다는 사실이 보다 중요한 원인이라고 할 수 있다. 다만 다음과 같은 원인이 작용하였을 수는 있다. 사회보상법은 사회보험과 같이 급여의 원인관계가 뚜렷한 것은 아니다. 그러나 다른 한편 정도의 차이는 있지만 국가의 행위가 매개되어 있는 희생이 개인에게 발생하였을 때 이에 대한 구제의 문제는 국민의 국가에 대한 보상의식과 밀접한 관련이 있다. 즉 국민의 권리의식이 발달할수록 국민 개인에게 발생한 희생을 개인의 운명의 문제로 돌리기보다는 누군가에게 책임을 묻게 되는 것이 자연스럽다. 그것이 헌법 혹은 법률적인 근거가 있건 없건 국민의 권리 혹은 보상의식이 이와 같이 그 동안 발달하였다는 사실이 사회보장청구권을 둘러싼 헌법소송을 빈번하게 하는 원인이 될 수는 있다는 것이다. 산업재해보상보험법이 시행되지 오래 되었음에도 불구하고 이에 대한 헌법소송이 드물었던 점에 대해서는 설명이 필요하다. 산업재

9) 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33(1994년 생계보호기준 위헌확인), 판례집 9-1, 543면 이하; 1992. 6. 9. 92헌마105(장애인복지법 제34조 등에 대한 헌법소원) 판례집 4, 290면 이하.

해보상보험법은 사용자와 근로자와의 관계에서 형성되는 민사법적 책임관계에서 발생하는 특별법의 성격을 가지고 있다.¹⁰⁾ 따라서 산재보험법상의 분쟁은 헌법상의 청구권으로서보다는 일반법적 해석의 문제로서 보다 빈번하게 분쟁의 대상이 되어 왔기 때문이라고 생각된다.¹¹⁾ 둘째, 국가의 일방적인 급여관계를 규율하는 사회보장법에 비해서 개인의 자기기여에 기초하여 지급되는 사회보장급여관계를 규율하는 법률이 보다 빈번하게 헌법소송의 대상이 되고 있다는 사실이다. 법률시행의 역사가 오래된 생활보호법이나 장애인복지법이 헌법재판소에서 다투어진 경우가 드문 것이 좋은 예이다. 이와 같이 원인관계가 존재하지 않는 경우 개인은 이에 대한 권리의식이 약할 수밖에 없고, 따라서 개인이 국가에게 목적론적인 책임을 묻는 구제 방법은 국민에게 낯설었을 것이다.

나. 보호대상인 사회적 위험에 따른 분류

전체 결정 중 사회적 위험에 대한 보호 여부가 소송의 대상의 대상이 된 경우는 23건이다. 이 중 퇴직급여 및 유족급여 등 현금급여를 대상으로 한 것이 15건이며, 분만급여를 대상으로 한 것이 1건 있다. 이밖에 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 혹은 산업재해보상보험법 등의 보호대상자에 포섭되어야 한다는 것을 청구의 내용으로 하는 결정은 7건 있다. 이는 현금급여와 현물급여가 함께 포함되어 있다. 나머지 결정들은 급여청구권이 직접 소송의 대상이 된 것이 아니다. 요양기관지정취소, 보험료산정, 보험조직 및 재정의 운영 등 사회보장청구권의 실현과 간접적인 관련성을 가진 법률관계가

10) 산업재해보상보험법의 민사법에 대한 특별법으로서의 성격에 대해서는 예컨대 전광석, 한국 사회보장법론(법문사, 2000), 285면 이하 등 참조.

11) 이 점에 대해서는 예컨대 이교림, “대법원판례를 중심으로 본 업무상 재해”, 특별법연구 제4권(1994), 338면 이하; 전광석, 위 각주 10의 책, 288면 이하 등 참조.

소송의 대상이 되었다.

위와 같은 정리에서 보면 많지 않은 헌법재판소의 결정 중 현금급여에 대한 청구권을 대상으로 하는 결정이 다수를 차지하고 있다는 사실을 알 수 있다. 이는 다음과 같은 두 가지 사실을 확인시켜 준다. 첫째, 현금급여의 경우 구체적인 내용이 법제화되어 있기 때문에 소송의 대상으로 쉽게 쟁점화될 수 있다는 사실이다. 법제화에 한계가 있는 현물 및 서비스급여와 구별이 되는 점이다.¹²⁾ 둘째, 현금급여는 법제화의 가능성이 크기 때문에 국민으로서 자신의 법적 지위에 대한 절대적인 이해와 다른 개인과의 비교의 가능성이 크다는 점이다. 이 점 역시 인간다운 생활을 할 권리 혹은 평등권을 기준으로 헌법소송의 중요한 계기가 된다는 것이다.

다. 심판대상의 헌법적인 쟁점에 따른 분류

헌법재판소가 다룬 결정들에서 쟁점화되었던 헌법적인 문제는 다음과 같이 유형화될 수 있다.

첫째, 기존에 사회보장법적 보호의 대상에 포섭되지 못했던 개인이 적극적으로 보호를 청구하는 소송의 유형이다. 여기에는 다시 다음과 같은 몇 가지 유형이 있다. 첫째, 사회적 위험의 성격을 가지고 있으면서 보호하지 못하는 못했던 위험에 대해서 새로이 제도적인 보호를 청구하는 경우이다. 통근상의 재해에 대한 보호청구권에 대한 소송이 여기에 속한다.¹³⁾ 여기서는 해당 사회적 위험에 대한 보호가 절대적인 논거로서 제시된다. 둘째, 기존의 제도가 보호대상

12) 급여의 종류와 법제화 가능성과의 관계에 대해서는 예컨대 Peter Krause, "Rechtsprobleme einer Konkretisierung von Dienst- und Sachleistungen", Festschrift für Georg Wannagat, 1981, 239면 이하; Hans F. Zacher, "Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts", Friedrich Kübler(편), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität (Suhrkamp, 1985), 35면 이하 등 참조.

13) 헌재 1993. 9. 27. 93헌마45(요양불승인 처분취소) 판례집 5-2, 362면 이하.

자를 한정하고 있는 경우 보호의 인적 대상에 새로이 포섭되기 위한 청구이다. 장애인의 생활보조급여에 대한 청구권에 대한 소송,¹⁴⁾ 국가유공자의 범주에 사립학교교원이 추가적으로 포함되어야 한다는 청구,¹⁵⁾ 또 특수부대원이 포함되어야 한다는 청구,¹⁶⁾ 모든 근로자가 산업재해보상법상의 보호의 대상자가 되어야 한다는 청구,¹⁷⁾ 18세 이상의 자녀 역시 유족급여의 대상이 되어야 한다는 청구¹⁸⁾ 등이 여기에 해당한다. 여기서는 절대적 논거와 더불어 상대적인 평등위반의 논거가 제시된다. 보호대상자에 포섭되어 있는 자와의 관계에서 상대적 불이익을 주장하는 소송 역시 넓은 의미에서 여기에 속한다. 국가유공자에 비해서 신체장애인이 취업에 있어서 상대적으로 불이익을 받는다는 주장,¹⁹⁾ 병이 장교에 비해서 전투종사기간이 연금법적으로 불이익하게 반영된다는 주장 등이 여기에 속한다.²⁰⁾ 셋째, 사회보장급여의 내용이 보다 충실하게 형성되어야 한다는 청구를 내용으로 하는 소송이다. 개인에게 인간다운 최저생활을 보장하기 위한 급여가 제공되어야 한다는 내용의 청구²¹⁾가 이러한 유형에 해당한다. 넷째, 법률 시행 시점 이전의 기간²²⁾ 혹은 급여신청을 위

14) 헌재 1992. 6. 9. 92헌마105(장애인복지법 제34조 등에 대한 헌법소원) 판례집 4, 290면 이하.
 15) 헌재 1994. 6. 30. 91헌마161(국가유공자예우 등에 관한 법률 제4조 등에 대한 헌법소원), 판례집 6-1, 653면 이하.
 16) 헌재 2000. 4. 27. 99헌마76(국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제4조 위헌확인), 판례집 12-1(2000), 556면 이하
 17) 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36(구 산업재해보상보험법 제4조 단서 위헌소원), 판례집 8-2, 90면 이하.
 18) 헌재 1999. 4. 29. 97헌마333(공무원연금법 제3조 제2항 위헌확인), 판례집 11-1, 503면 이하.
 19) 헌재 1994. 3. 23. 94헌마32(국가유공자예우 등에 관한 법률 제70조 위헌확인), 판례집 6-1, 199면 이하; 1999. 12. 23. 98헌바33(구 국가유공자예우 등에 관한 법률 제70조 등 위헌소원), 판례집 11-2, 732면 이하.
 20) 헌재 1999. 9. 16. 97헌바28(공무원연금법 제23조 제2항 등 위헌소원), 판례집 11-2, 272면 이하.
 21) 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33(1994년 생계보호기준 위헌확인), 판례집 9-1, 543면 이하.
 22) 헌재 1992. 11. 25. 92헌마258(군인연금법 제16조 제9항 위헌확인) 판례집 4, 834면 이하; 1994. 2. 18. 94헌마12(군인연금법 부칙 제1조 위헌확인), 판례집 6-1, 17면 이하; 1994. 4. 28. 93헌마151(연금청구거부취소처분 등), 판례집 6-1, 455면 이하; 1996. 10. 31. 93헌바55(군인연금법 제16조 제9항 위헌소원), 판례집 8-2, 457면 이하.

한 절차인 등록을 한 시점에 관계없이 보호를 청구하는 내용의 소송이다.²³⁾ 여기서는 우선 해당권리가 헌법상의 권리인가 혹은 법률에 의하여 비로소 성립되는 권리인가의 여부가 핵심적인 질문이 된다. 이와 같은 소송의 유형에 있어서는 인간다운 생활을 할 권리가 주로 헌법적인 심사기준으로 등장하였다. 또 평등권 역시 비슷한 비중으로 언급되었다. 특히 이러한 종류의 결정에서 헌법재판소는 인간다운 생활을 할 권리의 내용을 명확히 할 수 있는 기회를 가졌다. 지금까지 이론적인 회색지대로 남아있던 국가유공자 보상에 대한 헌법적 접근을 할 수 있는 계기가 되기도 하였다.

둘째, 헌법재판소가 가장 빈번하게 다루었던 쟁점으로, 급여의 제한 및 조정에 관한 사회보장법적 규정의 합헌성 여부에 대한 문제이다. 당연퇴직자에게 연금급여청구권을 인정하지 않는 공무원연금법 규정의 위헌 여부에 대한 소송,²⁴⁾ 재직중 사유로 형사상의 처벌을 받은 자에게 연금청구권을 제한하는 규정의 위헌 여부 등이 급여의 제한에 관련된 결정들이다.²⁵⁾ 급여의 조정과 관련해서는 연금수급자가 다른 소득활동을 하는 경우 직장의 종류에 따라서 연금의 일부 혹은 전부에 대한 지급정지하는 규정의 위헌 여부가 문제되었다.²⁶⁾ 또 시설보호를 하는 경우 현금급여의 일부를 지급정지하는 규정 역시 헌법소송의 대상이 되었다.²⁷⁾ 연금청구권에 대한 압류금지

23) 현재 1995. 7. 21. 93헌가14(국가유공자예우 등에 관한 법률 제9조 본문 위헌제청), 판례집 7-2, 1면 이하; 1998. 2. 27. 97헌가10, 97헌바42, 97헌바354(병합)(국가유공자 등 예우에 관한 법률 제9조 위헌제청 등), 판례집 10-1, 15면 이하.

24) 현재 1999. 9. 16. 98헌바46(공무원연금법 제3조 제1항 등 위헌소원), 판례집 11-2, 306면 이하.

25) 현재 1995. 7. 21. 94헌바27,29(병합)(공무원연금법 제64조 제1항 위헌소원), 판례집 7-2, 82면 이하.

26) 현재 1994. 6. 30. 92헌가9(군인연금법 제21조 제5항 위헌제청), 판례집 6-1, 543면 이하; 2000. 6. 29. 98헌바106(공무원연금법 제47조 제1호 등 위헌소원), 판례집 12-1(2000), 833면 이하.

27) 현재 2000. 6. 1. 98헌바216(국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제20조 제2항 등 위헌 확인), 판례집 12-1(2000), 622면 이하.

의 합헌 여부에 대한 소송 역시 넓은 의미에서는 급여의 제한과 관련된 문제이다.²⁸⁾ 유사한 맥락에서 법률에 정한 유족이 아닌 유족이 사망한 가입자의 급여청구권을 상속할 수 있는가의 문제가 제기되기도 하였다.²⁹⁾ 이러한 종류의 소송에서는 특히 연금청구권의 재산권적 보호의 여부 및 제한의 가능성이 주로 논의되었으며, 이 과정에서 가입자 본인이 아닌 제3자, 즉 국가가 부담한 보험료에 기초하여 형성된 급여의 법적 성격에 대한 논의가 집중적으로 이루어졌다.

셋째, 사회보험의 재정운영 및 조직형태에 대한 문제가 헌법소송의 대상이 되었다. 국민연금기금의 운용에 대한 문제,³⁰⁾ 의료보험의 조직통합에 관한 문제 등이 여기에 속한다.³¹⁾ 이러한 종류의 소송에서는 보험료의 법적 성격, 보험조직의 법적 성격 및 보험단체의 운영에 있어서 가입자의 참여가능성이 주로 논의되었다.

넷째, 의료보험 급여를 직접 지급하는 의료기관의 법적 지위가 헌법적 소송의 대상이 된 바 있다. 이들에 대한 요양기관 지정취소가 개인의 직업의 자유를 침해하는가의 문제가 제기된 바 있다.³²⁾

다섯째, 사회보장법관계에 대한 규율의 형식이 헌법적인 쟁점이 된 바 있다. 이 문제는 몇 개의 결정에서 실체법적 기준과 함께 쟁점으로 논의되었다.³³⁾ 이 점이 독자적으로 헌법적인 심사의 기준으로

28) 헌재 1992. 9. 16. 92헌마185(군인연금법 제7조 위헌확인) 판례집 4, 582면 이하; 2000. 3. 30. 99헌바53, 2000헌바9, 98헌마401(병합)(공무원연금법 제32조 위헌소원, 민사소송법 제579조 제4호 위헌확인), 판례집 12-1(2000), 344면 이하.

29) 헌재 1998. 12. 24. 96헌바73(공무원연금법 제30조 제1항 위헌소원), 판례집 10-2, 856면 이하.

30) 헌재 1996. 10. 4. 96헌가6(공공자금관리기본법 제5조 제1항 위헌제청), 판례집 8-2, 308면 이하.

31) 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289(국민건강보험법 제33조 제2항 등 위헌확인), 판례집 12-1(2000), 913면 이하.

32) 헌재 1998. 5. 28. 96헌가1(의료보험법 제33조 제1항 위헌제청), 판례집 10-1, 510면 이하.

33) 예컨대 헌재 1997. 12. 24. 95헌마390(의료보험법 제31조 제2항 위헌확인), 판례집 9-2, 817면 이하; 1998. 5. 28. 96헌가1(의료보험법 제33조 제1항 위헌제청), 판례집 10-1, 509면 이하; 1996. 8. 29. 95헌바36(구 산업재해보상보험법 제4조 단서 위헌소원), 판례집 8-2, 90면 이하.

로 등장한 경우도 있다.³⁴⁾

마지막으로 헌법재판소는 산재보험법상의 심사 및 재심사 등 행정구제절차가 헌법이 요청하고 있는 사법적 구제절차에 반하는가의 여부를 판단한 바 있다.³⁵⁾

라. 심판의 유형 및 주문유형에 따른 분류

전체 결정 중 헌법소원심판사건이 30건으로 압도적인 다수를 차지하고 있다. 이 중 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원이 19건, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원이 11건이다. 위헌심판사건은 5건이다. 이밖에 재심사건이 1건 있다.

전체 결정 중 위헌결정된 사건은 2건이다.³⁶⁾ 2건에 대해서는 한정 위헌결정이 내려졌다.³⁷⁾ 18건에 대해서는 합헌 혹은 기각결정이 내려졌다.³⁸⁾ 나머지 14건에 대해서는 각하결정이 내려졌다.³⁹⁾ 헌법재

-
- 34) 헌재 2000. 1. 27. 99헌바23(의료보험법 제29조 제3항 위헌소원), 판례집 12-1(2000), 62면 이하;
- 35) 헌재 2000. 6. 1. 98헌바8(산업재해보상보험법 제94조 제2항 위헌소원), 판례집 12-1(2000), 590면 이하.
- 36) 헌재 1998. 5. 28. 96헌가1(의료보험법 제33조 제1항 위헌제청), 판례집 10-1, 509면 이하; 1999. 12. 23. 98헌바33(구 국가유공자에우 등에 관한 법률 제70조 등 위헌소원), 판례집 11-2, 732면 이하.
- 37) 헌재 1994. 4. 28. 92헌가3(호훈기금법 부칙 제5조 및 한국호훈복지공단법 부칙 제4조 제2항 후단에 관한 위헌심판), 판례집 6-1, 203면 이하; 1994. 6. 30. 92헌가9(군인연금법 제21조 제5항 위헌제청), 판례집 6-1, 543면 이하.
- 38) 헌재 1994. 6. 30. 91헌마161(국가유공자에우 등에 관한 법률 제4조 등에 대한 헌법소원), 판례집 6-1, 653면 이하; 1995. 7. 21. 93헌가14(국가유공자에우 등에 관한 법률 제9조 본문 위헌제청), 판례집 7-2, 1면 이하; 1995. 7. 21. 94헌바27.29(병합)(공무원연금법 제64조 제1항 위헌소원), 판례집 7-2, 82면 이하; 1996. 8. 29. 95헌바36(구 산업재해보상보험법 제4조 단서 위헌소원), 판례집 8-2, 90면 이하; 1996. 10. 4. 96헌가6(공공자금관리기본법 제5조 제1항 위헌제청), 판례집 8-2, 308면 이하; 1996. 10. 31. 93헌바55(군인연금법 제16조 제9항 위헌소원), 판례집 8-2, 457면 이하; 1997. 5. 29. 94헌마33(1994년 생계보호기준 위헌확인), 판례집 9-1, 543면 이하; 1997. 12. 24. 95헌마390(의료보험법 제31조 제2항 위헌확인), 판례집 9-2, 817면 이하; 1998. 2. 27. 97헌가10. 97헌바42. 97헌바354(병합)(국가유공자 등 예우에 관한 법률 제9조 위헌제청 등), 판례집 10-1, 15면 이하; 1998. 12. 24. 96헌바73(공무원연금법 제30조 제1항 위헌소원), 판례집 10-2, 856면 이하; 1999. 4. 29. 97헌마333(공무원연금법 제3조 제2항 위헌확인), 판례집 11-1, 503면 이하; 1999. 9. 16. 97헌바28(공무원연금법 제23조 제2항 등 위헌소원), 판례집 11-2, 272면 이하; 2000. 1. 27. 99헌바23(의료보험법 제29조 제3항 위헌소원), 판례집 12-1집(2000), 62면 이하; 2000. 3. 30. 99헌바53, 2000헌바9. 98헌바401(병합)(공무원연금법 제32조 위헌소원, 민사소송법 제579조 제4호 위헌확인), 판례집 12-1집

판소의 사회보장법영역에서의 결정은 아직 많다고는 할 수 없다. 따라서 위와 같은 위헌결정의 비율이 전체 헌법재판소의 주문유형과 비교하여, 사회보장법의 영역에서 헌법재판소가 적극적인 혹은 소극적인 태도를 보이고 있는지를 판단할 수 있는 유의미한 통계라고 할 수는 없겠다.

2. 주제별 쟁점과 헌법재판소의 결정, 그리고 평가

가. 사회보장청구권 자체의 헌법적 보호의 가능성

(1) 헌법적인 보호의 대상인 사회적 위험의 종류 및 내용

산재보험법상의 보호되는 사회적 위험에 통근상의 재해가 포함되어야 한다는 청구는 각하되었다.⁴⁰⁾ 행정소송을 거친 원처분에 대한 헌법소원이라는 이유이다.⁴¹⁾ 이밖에 헌법재판소는 본 사안이 법률해

(2000), 344면 이하; 2000. 6. 1. 98헌바8(산업재해보상보험법 제94조 제2항 위헌소원), 판례집 12-1집(2000), 590면 이하; 2000. 6. 1. 98헌바216(국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제20조 제2항 등 위헌확인), 판례집 12-1집(2000), 622면 이하; 2000. 6. 29. 98헌바106(공무원연금법 제47조 제1호 등 위헌소원), 판례집 12-1집(2000), 833면 이하; 2000. 6. 29. 99헌바289(국민건강보험법 제33조 제2항 등 위헌확인), 판례집 12-1집(2000), 913면 이하.

39) 현재 1992. 6. 9. 92헌바105(장애인복지법 제34조 등에 대한 헌법소원) 판례집 4, 290면 이하; 1992. 9. 16. 92헌바185(군인연금법 제7조 위헌확인) 판례집 4, 582면 이하; 1992. 10. 31. 92헌바42(국가유공자예우 등에 관한 법률 시행령 제17조 제1항 위헌소원) 판례집 4, 708면 이하; 1992. 11. 25. 92헌바258(군인연금법 제16조 제9장 위헌확인) 판례집 4, 834면 이하; 1992. 12. 8. 92헌아3(국가유공자예우 등에 관한 법률 시행령 제17조 제1항 위헌소원(재심)) 판례집 4, 845면 이하; 1993. 4. 13. 93헌바74(국가유공자예우 등에 관한 법률 제4조 등 위헌확인) 판례집 5-1, 214면 이하; 1993. 9. 27. 93헌바45(요양불승인 처분취소) 판례집 5-2, 362면 이하; 1994. 2. 18. 94헌바12(군인연금법 부칙 제1조 위헌확인), 판례집 6-1, 17면 이하; 1994. 3. 23. 94헌바32(국가유공자예우 등에 관한 법률 제70조 위헌확인), 판례집 6-1, 199면 이하; 1994. 4. 28. 93헌바151(연금청구 거부취소처분 등), 판례집 6-1, 455면 이하; 1998. 2. 27. 96헌바134(의료보험법 제49조 제3항 위헌확인 등), 판례집 10-1, 176면 이하; 1999. 1. 28. 98헌바16(상이등급구분 신체검사 등의관정 처분취소), 판례집 11-1, 65면 이하; 1999. 9. 16. 98헌바46(공무원연금법 제3조 제1항 등 위헌소원), 판례집 11-2, 306면 이하; 2000. 4. 27. 99헌바76(국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제4조 위헌확인), 판례집 12-1집(2000), 556면 이하.

40) 현재 1993. 9. 27. 93헌바45(요양불승인 처분취소) 판례집 5-2, 362면 이하.

41) 이후 헌법재판소는 법원의 판결에 대한 헌법소원이 허용되는 경우에는 판결의 대상이 된 행정처분에 대한 헌법소원 심판청구가 허용된다는 예외를 인정하고 있다. 원처분에 대한 헌법소원을 인정하는 예로는 예컨대 현재 1997. 12. 24. 96헌바172.173(병합)(헌법재판소법 제68조 제1항 위헌확인 등), 판례집 9-2, 842면 이하 참조. 부정하는 예로는 현재 1998. 5. 28. 91

석의 문제라는 논거 역시 제시하였다. 따라서 해당 청구가 헌법상의 권리에 근거를 갖는가, 아니면 법률상의 권리인가의 여부에 대한 논의가 필요하였다. 이밖에 제대군인에 대해서 가산점을 부여하여 장애인 등의 고용기회를 제한하는 법률의 위헌성이 문제된 바 있다.⁴²⁾

산재보험법은 업무상의 재해를 보호하는 입법 목적을 갖는 사회보험제도이다. 산재보험법이 다른 사회적 위험과는 달리 사용자책임보험의 성격을 갖고, 따라서 다른 사회보험에 비해서 모든 근로자를 보호의 대상으로 하여야 하는 것이 산재보험법의 입법체계에 충실한 것은 사실이다.⁴³⁾ 그러나 그렇다고 이로부터 고용관계에서 발생하는 모든 사회적 위험을 산재보험법이 보호하여야 한다는 헌법적인 당위성이 도출되는 것은 아니다. 생각컨대 통근행위는 엄격히 보면 업무행위에 속하지 않는다. 그렇기 때문에 통근중 발생한 사고로 인한 피해에 대한 보호는 산재보험법의 해석에 의해서도 도출될 수 없다.⁴⁴⁾ 다만 현재 사용자가 제공하는 교통수단에 의하여 통근을 하던 중 재해가 발생한 경우에는 산재보험법에 의한 보호를 행하고 있다. 이는 사용자의 지배관리하에서 발생한 재해라고 평가할 수 있기 때문이다.

위에서 살펴본 바와 같이 통근상의 재해에 대한 보호청구권은 현행 헌법 및 산재보험법의 해석상 도출될 수 없는 요청이다. 그러나

헌마98, 93헌마253(병합)(양도소득세 등 부과처분에 대한 헌법소원), 판례집 10-1, 660면 이하 등 참조. 재판에 대한 헌법소원의 가능성에 대해서는 예컨대 장영수, “현행 헌법소원제도의 의의, 본질과 헌법소원의 대상”, 현대헌법학이론(이명구박사 화갑기념논문집(I)), 1996. 649면 이하; 황치연, “재판소원금지의 위헌성”, 현대헌법학의 현황과 과제(김철수교수 정년기념논문집), 1998. 990면 이하 등 참조. 원처분에 대한 헌법소원의 가능성에 대해서는 예컨대 황도수, “원처분에 대한 헌법소원”, 헌법논총 제6집(1995) 등 참조.

42) 현재 1999. 12. 23. 98헌바33(구 국가유공자예우 등에 관한 법률 제70조 등 위헌소원), 판례집 11-2, 732면 이하.

43) 이에 대해서는 예컨대 전광석, “산업재해보상보험법의 법적 문제”, 전광석, 사회보장법학(헌법대 출판부, 1993), 특히 205면 이하 참조.

44) 따라서 산재보험법에 의해서 통근상의 재해를 보호하고 있는 것은 독일의 경우 업무상의 재해와는 독립된 구성요건으로 통근상의 재해(Wegeunfall)를 보호하고 있다. 독일 사회법전 제7권(SGB VII) 제8조 제2항 참조. 통근상의 재해를 보호하고 있는 일본 역시 업무상의 재해와 통근상의 재해를 독자적인 구성요건으로 규율하고 있다.

다음과 같은 두 가지 이유에서 통근상의 재해 역시 산재보험법상의 재해에 포섭하는 것이 입법론적으로 보면 바람직하다.⁴⁵⁾ 따라서 입법론적인 논의가 필요하다고 생각된다. 첫째, 통근행위가 업무행위 그 자체에는 포섭되지 않는다 하더라도 업무행위와 밀접한 관련이 있기 때문이다. 둘째, 업무상의 재해를 보호하는 다른 사회보장법, 즉 공무원, 군인 및 사립학교교직원을 대상으로 하는 연금보험법은 통근상의 재해를 보호하고 있다.⁴⁶⁾ 그런데 산재보험법이 이들 법률들과 달리 통근상의 재해를 보호의 대상에서 제외할 특별한 이유가 보이지 않기 때문이다. 통근상의 재해를 보호해야 할 절대적인 정당화 사유는 보이지 않지만, 법률간의 불평등한 내용에 대한 적극적인 정당화 사유가 발견되지 않는다는 것이다. 물론 이러한 체계부조화가 곧 헌법위반이라고 할 수는 없다.⁴⁷⁾ 그러나 적어도 입법적 재검토의 필요는 있다고 생각된다.

제대군인에게 고용에 있어서 가산점을 부여한 법률의 위헌 여부가 문제된 사건에서는 다음과 같이 2단계의 심사가 필요했다. 첫째, 제대군인에게 채용시험에 있어서 가산점을 부여하는 것이 헌법적인 권리의 실현으로 볼 수 있는가 하는 문제이다. 이 점에 대해서 헌법

45) 정부는 1998년 발표된 사회보장 장기발전계획(1999-2003)에서 통근상의 재해를 2002년부터 산재보험의 보호대상에 포함시킬 것이라고 선언한 바 있다. 그러나 아직 이러한 선언이 실현되고 있지는 않다.

46) 예컨대 대법원 1993. 10. 8. 선고 93다16161; 대법원 1998. 11. 24. 선고 97누16121 등 판결 참조. 이에 대해서는 예컨대 전광석, 위 각주 10의 책, 264면 등 참조.

47) 체계정당성에 관한 일반적인 설명으로는 Christoph Degenhart, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat (C.H.Beck, 1976); Wolfgang Rübner, "Das Sozialrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *Vierteljahresschrift für Sozialrecht*, 1974. 87면 등 참조. 실제 자주 체계정당성을 적용하여 헌법적 판단을 하고 있는 독일의 연방헌법재판소는 체계정당성의 논거를 법률이 평등의 원칙에 함치되는가의 여부를 판단하는데 있어서 하나의 정표(Indiz)로서 인정하고 있을 뿐 체계정당성에 엄격한 규범력을 인정하고 있지는 않다. 오히려 체계정당성의 논거는 반대해석을 통해서 결정의 대상이 된 법률의 합헌성을 논증하는 이론으로 사용되는 것이 일반적이다. 즉 합리적인 체계일탈의 근거가 있다면 체계일탈 자체로 인하여 위헌의 판단이 내려질 수는 없다는 것이다. 이에 대해서는 Konrad Hesse, Diskussionsbeitrag in: Christoph Link (편), *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat(Nomos, 1982)*. 77면 등 참조.

재판소는 가산점제도는 헌법에 명시되어 있는 집단에 대한 보호의 범주에 속하지 않으며, 이를 헌법적인 보호로서 인정하지는 않았다. 나아가서 헌법재판소에 따르면 가산점제도는 법률상의 제도를 통해서 헌법상 보호되는 개인의 고용의 기회에 관한 권리를 제한하는 것을 이해했다.⁴⁸⁾ 그리고 이때 제한되는 권리가 헌법이 명시적으로 보호하는 기본권의 영역에 속한다는 이유로 평등의 원칙을 적용함에 있어서 엄격한 심사를 하였다.⁴⁹⁾ 그리고 결과 위헌결정을 하였다. 이러한 심사의 기준과 결과가 올바른지에 대해서는 엇갈린 평가가 있다.⁵⁰⁾ 다른 한편 이 결정에서 현행 장애인고용비율이 충분한 장애인보호의 내용으로 평가될 수 있는가의 여부 역시 문제되었다. 헌법 재판소에 따르면 가산점제도가 결국 장애인고용의 국가의무와 체계 부조화의 관계에 있지만 그렇다고 이것이 장애인고용비율에 관한 장애인고용촉진법을 위헌으로 결정할 수 있는 것은 아니라는 태도를 보이고 있다. 즉 체계정당성을 평등의 문제로, 그리고 장애인고용비율에 관한 문제를 인간다운 생활을 할 권리의 적용영역으로 보고, 후자에 보다 입법적 형성의 여지를 넓게 인정하고 있다.

(2) 보호되는 인적 대상확정의 문제

기존에 존재하는 제도에 의해서 특정 집단이 보호되지 못하고 있

48) 헌재 1999. 12. 23. 98헌바33(구 국가유공자예우 등에 관한 법률 제70조 등 위헌소원), 판례집 11-2, 732면 이하 참조.

49) 다만 이 결정에서 헌법재판소는 엄격심사의 원칙을 적용한다고 하였지만 헌법재판소에서는 기존의 결정에서도 평등권의 심사에 있어서 비례의 원칙을 적용하여 왔다. 그렇기 때문에 이번 결정이 기존의 결정과 새로운 기준을 제시한 것이라고 보기는 힘들다. 평등권을 기준으로 통제기준으로서 과잉금지 원칙에 대해서는 예컨대 이육한, “검찰청법 제12조 제4항 등 위헌확인판결에 나타난 과잉금지원칙적용의 문제점”, 헌법판례연구 제1권(1999), 341면 등 참조.

50) 이 결정에 찬성하는 견해로는 예컨대 예컨대 박경신, “대연방대법원의 다단계심사의 도입과 제대군인가산점제도 결정”, 헌법판례연구 제2권(2000), 193면 이하 등 참조. 반대하는 견해로는 예컨대 정연주, “가산점제도의 헌법적 문제점-헌재 1999. 12. 23. 98헌바363을 중심으로”, 헌법판례연구 제2권(2000), 171면 이하 등 참조.

다는 내용의 소송은 대부분 평등권을 기초하여 판단될 수 있다. 이 밖에 인간다운 생활을 할 권리, 그리고 부분적으로 재산권적 기본권을 근거를 판단의 기준으로 하고 있다. 기본적으로 사회보장법 사안에서 헌법재판소는 평등의 원칙을 자의의 금지 혹은 합리적 차별의 요청으로 이해하고 있다.⁵¹⁾ 따라서 이 경우 헌법적인 심사의 기준은 완화될 수밖에 없다. 장애인의 생활보조급여에 대한 청구권을 주장하는 소송은 각하결정이 내려졌기 때문에 본안판단을 하지는 않았다.⁵²⁾ 산재보험법상 보호대상자를 확정함에 있어서 보호대상에서 제외되는 기준으로 헌법재판소는 기업의 규모, 산재발생률 등을 제시했다. 즉 기업이 소규모이고, 또 위험발생률이 낮은 경우 이들 기업에 산재보험법을 적용하지 않더라도 이것이 평등의 원칙에 반하지는 않는다는 것이다.⁵³⁾ 그러나 정책적으로 보면 산재보험법이 적용되지 않는 경우 개인에게는 산재로부터의 보상방법으로 근로기준법 혹은 민법이 적용되고, 이로써 심각한 불이익을 발생한다는 점을 고려하면 기업의 규모와 위험발생률을 차별의 기준으로 선택한 것이 타당한지 의심이 간다. 이들 법률에 의한 공법인 산재보험법에 의한 보호에 비해서는 불안정하기 때문이다. 이 점은 업무와의 인과성이 요구되지 않고 목적론적인 보호가 이루어지는 다른 사회보험법과 비교되고, 또 이 점이 산재보험법의 보호대상자를 결정함에 있어 반영되어야 하는 것이 보다 체계적이다.⁵⁴⁾ 그러나 이를 명백히 자의적인 차별이라고 볼 수는 없으며, 따라서 헌법에 위반된다고 볼 수는 없

51) 헌재 1999. 9. 16 97헌바28(공무원연금법 제23조 제2항 등 위헌소원), 판례집 11-2, 272면 이하(280면); 1999. 4. 29. 97헌마333(공무원연금법 제3조 제2항 위헌확인), 판례집 11-1, 503면 이하(519면 이하) 등 참조.

52) 헌재 1992. 6. 9. 92헌마105(장애인복지법 제34조 등에 대한 헌법소원) 판례집 4, 290면 이하.

53) 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36(구 산업재해보상보험법 제4조 단서 위헌소원), 판례집 8-2, 90면 이하(103면) 참조.

54) 이러한 문제점에 대해서는 예컨대 전광석, 위 각주 43의 논문, 202면 이하 등 참조.

다. 이러한 평가는 사립학교교원의 경우 국립학교교원과 달리 국가유공자보상의 대상에서 제외되어 있는 상태가 헌법에 위반되지 않는다는 헌법재판소의 결정에서 비슷하게 표현되어 있다. 즉 헌법재판소에 따르면 사립학교교원이 기능상 국립학교교원과 유사하기 때문에 전자 역시 국가유공자보상의 대상에 포함되는 것이 바람직하다고 한다. 그러나 다른 한편 헌법재판소는 헌법의 보호이념에 명백히 반하지 않는 한 이러한 차별은 입법정책적 문제라고 함으로써 평등권을 자의의 원칙에 따라 적용할 것을 다시 한번 강조하고 있다.⁵⁵⁾ 사립학교교원이 헌법적으로 국가유공보상을 받을 청구권이 있는가의 문제에 대해서는 헌법재판소는 부정하고 있으며, 이에 대한 논의는 아래에서 따로 다룬다. 특수부대원이 국가유공자보상의 제외된 것이 헌법에 위반되는가의 여부에 관한 문제 역시 같은 문제양상이다.⁵⁶⁾ 헌법재판소는 병이 장교에 비해서 전투중사기간이 연금법적으로 불이익하게 반영되는 것이 평등권에 위반되는가 여부가 문제된 사건에서 평등권의 내용을 사회보장법의 특성과 관련하여 보다 명확하게 표현하고 있다. 즉 공무원연금법과 같은 수혜적 성격을 가진 영역에서는 광범위한 입법적 형성의 자유가 인정되어 있으며, 현저한 자의적 차별이라고 평가되지 않는 한 평등권에 반하는 것은 아니라는 것이다.⁵⁷⁾ 특히 이 결정에서 헌법재판소는 장교의 경우 복무 자체가 생활의 기반이 되며 따라서 이에 대한 사회보험법적 보호의 필요성이 인정되는데 비해, 병의 경우 국민의 의무를 이행하는 성격을 갖기 때문에 사회보험법적 보호의 대상으로 하는데 적합지

55) 헌재 1994. 6. 30. 91헌마161(국가유공자예우 등에 관한 법률 제4조 등에 대한 헌법소원), 판례집 6-1, 653면 이하(668면 이하) 참조.

56) 헌재 2000. 4. 27. 99헌마76(국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제4조 위헌확인), 판례집 12-1(2000), 556면 이하(565면 이하) 참조.

57) 헌재 1999. 9. 16. 97헌바28(공무원연금법 제23조 제2항 등 위헌소원), 판례집 11-2, 272면 이하(283면 이하) 참조.

않다는 이해를 하고 있다. 이로써 명시적인 것은 아니지만 사회보험 급여가 소득대체급여로서의 성격을 갖는다는 이해를 하고 있다고 볼 수 있다. 그리고 이 점은 급여의 제한 및 조정에 있어서 일관성있게 적용되어야 할 것이다. 그런데 우리 헌법재판소는 아래에서 자세히 살펴보겠지만 이 점을 일관되게 반영하고 있지는 않다.

기존의 제도가 보호대상자를 한정하고 있는 경우 보호의 인적 대상에 새로이 포섭되기 위한 청구에서 헌법재판소는 부분적으로 재산권을 심사의 기준으로 적용하고 있다. 그러나 재산권이 이러한 종류의 심사를 하는 데에 유용한 심사의 기준이 될 수는 없다. 재산권은 개인의 자기기여에 대한 반대급여를 보호하는 헌법적인 논거이다.⁵⁸⁾ 즉 재산권이 적극적으로 법률에 의하여 수급권자로서 구체화되어 있지 않은 자에게 새로이 보호청구권자로서의 자격을 부여하는 논거가 될 수는 없다는 것이다. 다만 헌법에 의해서 보호청구권이 직접 도출되는 경우에는 문제가 다르다.⁵⁹⁾ 따라서 예컨대 공무원연금법에서 급여에 대한 재산권적 보호가 적용될 수 있더라도 이로부터 구체적으로 18세 이상의 자녀에 대한 급여청구권을 근거지울 수는 없다. 이 점에서 18세 이상의 자녀를 급여청구권자의 범위에서 제외하는 것을 헌법적으로 정당화하는 논거로서 공무원연금급여가 부분적으로만 재산권적 보호의 대상이며, 따라서 입법적 형성의 여지가 넓다는 논거는 부적절하다.⁶⁰⁾

58) 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, “재산권과 사회보장청구권”, 전광석, 사회보장법학(한림대출판부, 1993), 122면 이하 등 참조.

59) 이에 대해서는 아래 유공자보상청구권의 헌법적 및 법적 성격에 대한 설명 참조.

60) 현재 1999. 4. 29. 97헌마333(공무원연금법 제3조 제2항 위헌확인), 판례집 11-1, 503면 이하(513면 이하) 참조. 헌법재판소는 이 결정에서 해당 권리에 사회보장수급권과 재산권적 성격이 혼재해 있는 경우 입법자로서는 연금수급권의 구체적인 내용을 정함에 있어 어느 한쪽의 요소에 보다 중점을 둘 수 있다고 보고 있다. 그리고 이러한 이해를 하는 지면에는 전자의 내용으로 구체화하는 경우 입법적 재량의 폭이 넓다는 결론을 내려고 생각이 깔려 있다. 그러나 이는 내용반복의 순환논리일 뿐 아니라 재산권에 대한 헌법재판소의 이해와도 조화될 수 없다. 헌법재판소에 따르면 해당 권리가 사회적 관련성과 사회적 기능이 강하면 강할수록 재산권을 형성하는 입법자의 자유가 보다 넓게 인정된다는 이해를 하고 있기 때문이다.

평등의 원칙의 문제에 그치지 않고 다른 헌법적인 기준이 동시에 관련되어 있는 경우 이에 대한 심사는 신중하여야 한다. 공무원연금법상 18세 이상의 자녀 역시 유족급여의 대상이 되어야 한다는 청구가 여기에 해당하는 대표적인 예이다.⁶¹⁾ 사회보험에서 가입자 혹은 연금수급권자가 사망한 경우 유족급여의 대상이 되는 유족에 자녀를 포함시킬 것인가의 문제는 기본적으로 입법적 재량의 문제라고 생각된다. 그리고 우리 사회보험법은 자녀를 유족급여청구권자의 범위에 포함시키고 있다. 유족인 자녀는 동시에 유족급여산정에 있어서도 반영되어 있다. 즉 유족급여청구권자의 숫자에 따라 부가적으로 급여를 제공하게 되어 있다. 이는 결국 유족급여가 가입자 혹은 연금수급권자에 의해서 부양되던 가족의 수요를 가입자 혹은 연금수급권자의 사망에도 불구하고 충실하게 보호하려는 이념에 기초해 있다는 사실을 알 수 있다. 그렇다면, 즉 이와 같은 체계를 채택했다면 유족급여청구권 혹은 유족급여의 산정에 있어서 18세 이상의 유족을 배제하는 것은 체계일관한 입법이라고 보여지지는 않는다. 18세 이상의 자녀가 노동가능연령에 도달해 있다는 사실판단에 기초하여 이들을 연금수급권자의 범위에서 제외하는 것은 입법자 자신의 유족급여에 대한 결정을 벗어날 뿐 아니라 지나친 정형화가 이루어진 것이라고 보여지기 때문이다. 18세 이상의 연령이더라도 아직 교육에 대한 수요를 존재한다고 할 수 있으며, 따라서 이들은 여전히 가족법적 부양의 대상이기 때문이다.⁶²⁾ 그럼에도 불구하고 이들이 노동능력이 있다는 사실만을 평가의 기준으로 하는 것은 자녀의 교

즉 재산권으로의 성격규명 자체가 중요한 것이 아니라 해당 권리의 사회적 관련성 및 기능이 입법적 형성의 가능성을 판단하는 기준이다.

61) 현제 1999. 4. 29. 97헌마333(공무원연금법 제3조 제2항 위헌확인), 판례집 11-1, 503면 이하.
 62) 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, “가족의 사회보장기능과 사회보장법의 가족보호기능”, 사회보장연구 제12권 제1호(1996), 192면 이하 등 참조.

육과정 및 이것이 가족수요에 미치는 영향을 도외시키고 있는 것으로 보여진다. 결국 우리 헌법재판소가 이 사안의 판단에 있어서 교육의 권리, 그리고 가족보호 등의 헌법적 요청을 충실히 반영하지 못한 아쉬움이 있다. 이 점은 헌법재판소 스스로가 인정하고 있기도 하다. 즉 헌법재판소에 따르면 “18세 이상이지만 고등교육이나 직업교육 기타 교육을 받는 중에 있어서 교육을 포기하지 않는 한 생활능력을 구비하지 못할 경우에 예외를 인정하여 유족급여를 지급할 것인가의 문제는 제기될 수 있다”고 인정하고 있다.⁶³⁾ 그러나 다른 한편 그렇다고 해서 이러한 입법적인 결정이 평등권 및 가족보호의 요청, 그리고 교육의 기회보장 등 헌법적 요청에 정면으로 반하는 규정이라고 할 수는 없다. 정책적으로 바람직하지 못한 전제에 기초하여 내려진 결정이지만 적어도 18세는 신체적으로 또 무엇보다도 제도적으로 노동시장에의 접근을 가능하게 하는 유의미한 기준이 될 수 있기 때문이다.

마지막으로 헌법재판소는 위와 같은 문제에 접근하기 위해서 헌법 제34조 인간다운 생활을 할 권리를 검토한 바 있다. 그러나 헌법재판소는 일반적으로 인간다운 생활을 할 권리를 최저생활보장을 위한 구체적인 청구권의 근거로 이해하고 있다.⁶⁴⁾ 그런데 위에서 문제된 법률들은 개인에게 최저생활을 보장하는 것을 입법목적으로 하고 있지는 않기 때문에 당연히 헌법 제34조로부터 위와 같은 청구권을 긍정할 수는 없을 것이다. 다만 일반적으로 보면 위와 같은 이해는 헌법의 체계에 맞지 않는다. 헌법 제34조는 인간다운 생활을 할 권

63) 헌재 1999. 4. 29. 97헌마333(공무원연금법 제3조 제2항 위헌확인), 판례집 11-1, 503면 이하(516면) 참조

64) 이에 대해서는 예컨대 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14(국가유공자예우 등에 관한 법률 제9조 본문 위헌제청), 판례집 7-2, 1면 이하(20면); 1998. 2. 27. 97헌가10, 97헌마42, 97헌마354(병합)(국가유공자예우 등에 관한 법률 제9조 위헌제청 등), 판례집 10-1, 15면 이하(31면); 2000. 6. 1. 98헌마216(국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제20조 제2항 등 위헌확인), 판례집 12-1, 622면 이하(640면) 등 참조.

리를 보장하고, 그 실현수단으로서 사회보장 및 사회복지의 증진에 노력할 의무를 국가에게 부여하고 있다. 이는 결국 헌법제정권자가 기존의 사회보장의 수단을 헌법적으로 수용한 것이다. 물론 그렇다고 국가에게 기존의 사회보장의 수단인 사회보험 등을 도입할 구체적인 의무를 부과한 것은 아니다. 그러나 일단 입법자가 이러한 결정을 하였다면 사회보험법의 입법목적은 헌법적인 차원에서 존중되어야 한다. 인간다운 생활을 할 권리의 내용은 최저생활보장에 그치는 것이 될 수 없을 것이다.

(3) 최저생활보장에 관한 권리

생활보호급여의 수준이 낮아서 개인에게 인간다운 생활을 보장받을 권리가 침해되었는가의 문제가 헌법적 쟁점이 된 바 있다.⁶⁵⁾ 이 문제를 판단하기 위하여 헌법재판소는 다음과 같은 세 가지 명제를 정립하고 심사하였다. 첫째, 인간다운 생활을 할 권리는 경우에 따라서 개인에게 구체적인 청구권으로 행사될 수 있다는 것이다. 이로써 헌법재판소는 인간다운 최저생활보장에 대한 구체적인 청구권을 인정한 셈이다. 다만 이때 헌법재판소는 인간다운 최저생활은 물질적인 최소한보장을 내용으로 한다고 이해하고 있다. 둘째, 그러나 다른 한편 인간다운 생활을 할 권리는 가치종속적이며, 또 국가재정 능력에 대한 종속성이 강하기 때문에 이에 대한 입법적인 결정이 존중되어야 한다는 것이다. 셋째, 인간다운 생활을 할 권리를 보장하는 국가의 과제는 반드시 생활보호제도를 유일한 수단으로 하는 것은 아니며, 빈곤으로부터 개인을 보호하기 위한 다양한 제도적 보호의 내용이 함께 고려되어야 한다는 것이다.

위와 같은 헌법재판소의 견해 중 최저생활보장에 대한 권리를 구

65) 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33(1994년 생계보호기준 위헌확인), 판례집 9-1, 543면 이하.

체적인 청구권으로 인정한 것은 그 동안 이 권리의 법적 성격을 둘러싸고 이루어졌던 논쟁을 종식시키는 의미가 있다. 또 사회적 기본권 일반의 논의가 최저생활보장에 관한 기본권에 그대로 적용될 수는 없다는 점을 명백히 한 점에서 중요한 의미가 있다고 생각된다.⁶⁶⁾ 일반적으로 사회적 기본권이 실현에 있어서 한계가 있는 이유로 다음과 같은 세 가지 논거가 제시되고 있다.⁶⁷⁾ 즉 첫째, 사회적 기본권으로 표현된 국가의 사회적 과제는 급부법적으로 실현된다. 이 점이 국가의 부작위를 요구하는 자유권적 기본권과 구별되는 점이다. 그렇다면 사회적 기본권은 국가의 재정능력을 필연적으로 전제로 하는데 이러한 사실상의 여건을 헌법의 규정을 통하여 조성되는 것이 아니다. 사회적 기본권이 국가의 재정행위에 대한 하나의 기준규범이 되겠지만 사회적 기본권이 재정창출을 하는 것은 물론 아니기 때문이다. 재정창출 및 재정지출에 대한 기본적인 결정은 의회의 과제이기 때문이다. 둘째, 사회적 기본권은 일반적으로 규범의 목표를 제시할 뿐 규범목표를 실현하는 방법론을 제시하고 있지는 않는다. 그런데 하나의 규범목표를 실현하기 위한 방법은 다양하며, 또 그 방법들의 배경이 되는 이념 및 이행과정에서 있어서의 법률관계 등에 있어서 현저한 차이가 있다. 따라서 이에 대한 결정을 헌법이 직접 하지 않았다면 이에 대한 결정은 민주주의적 의사결정과정, 즉 입법부에 유보될 수밖에 없을 것이기 때문이다. 셋째, 사회적 기본권은 그의 실현을 위해서 필연적으로 다른 개인의 기본권에 영향을 미친다. 사용자의 기본권과 조정되어 실현되어야 하는 노동의

66) 이러한 시도에 대해서는 예컨대, 전광석, “최저생활보장을 위한 법제도의 현황과 과제”, 한국사회정책연구 창간호 1994, 17면 이하 참조.

67) 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, “국가의 사회적 과제와 사회적 기본권”, 고시연구 1995/10, 54면 이하 등 참조. 노동의 권리와 관련된 구체적인 예에 대해서는 예컨대 전광석, “노동의 권리의 실현구조: 헌법의 변천과 이론의 형성 및 전개”, 한국에서의 기본권이론의 형성과 발전(허영박사 화갑기념논문집), 1997, 특히 440면 이하 등 참조.

권리 및 노동자의 권리가 대표적인 예이다. 그런데 이와 같이 사회적 기본권이 실현에 한계가 있다는 사실은 말을 바꾸어 하면 위와 같은 사회적 기본권의 실현에 저해가 되는 상황이 존재하지 않는다면 사회적 기본권의 한계는 극복될 수 있다는 점이 인식되어야 한다. 그런데 바로 최저생활보장에 대한 권리는 위와 같은 상황이 작용하지 않는다. 우선 최저생활보장의 국가의 과제는 절대적인 정의와 평등의 요청으로 헌법적으로 요청되거나와 다른 목표와 충돌하는 관계에 있지도 않다. 둘째, 최저생활보장을 위한 국가의 재정능력은 감당하지 못할 정도에 달한다고 할 수도 없다. 마지막으로 개인에게 최저생활을 보장하기 위한 국가의 과제는 다른 개인의 기본권과 충돌하는 관계에 있지도 않다. 따라서 헌법재판소가 위와 같은 논리를 명백히 한 것은 아니지만 결론은 환영할 만하다.

다른 한편 급여의 수준에 대한 헌법재판소의 견해는 단순히 국가 재정능력이 우월한 가치를 부여한 단견이며, 헌법에 대한 종합적인 평가가 결여되어 있다는 점에서 비난의 여지가 있다. 인간다운 생활을 보장할 국가의 과제는 물질적인 최저생활을 보장하는데 있는 것인지, 아니면 문화적인 생활 역시 포함하는가 하는 질문은 오랜 논쟁점이다. 생각컨대 인간다운 최저생활을 위해서는 우선 물질적인 수요가 해결되어야 하는 것은 물론이다. 그러나 우리 헌법이 전제로 하고 있는 인간상에 비추어 보면, 물질적인 수준에 대한 보장만으로 헌법적 요청이 충족되었다고 할 수는 없다. 우리 헌법의 인간상은 사회에서 고립된 개인주의적 인간도, 또 그렇다고 인격이 단체에 함몰된 집단주의적 인간도 아닌 사회적 관련성을 가진 인격체이다.⁶⁸⁾ 그렇다면 적어도 헌법이론적으로 인간다운 생활은 개인이 물질적 궁

68) 독일연방헌법재판소의 관시였으며(BVerfGE 4, 7(15f.)), 우리 헌법상의 인간상 역시 이에 기초하여 이해되고 있다. 예컨대 권영성, 헌법학원론(법문사, 1999), 338면; 허영, 한국헌법론(박영사, 2000), 316면 등 참조.

핍으로부터 해방되었을 뿐 아니라 주변환경과의 사회적 의사소통 (soziale Kommunikation)이 가능할 때 비로소 이루어지는 것이다. 따라서 현실적인, 특히 재정적인 이유에서 실정법이 헌법적 이념을 구체화시킬 능력이 있는 것인가라는 질문과는 별도로 적어도 헌법적으로는 입법자는 문화적인 접촉가능성을 보장하기 위한 급여제공을 통해서 개인에게 인간다운 생활을 보장할 의무가 있다고 하겠다.⁶⁹⁾ 이러한 결론은 또 우리 헌법 제9조의 문화국가조항이 존재하기 때문에 확고한 헌법적 보충근거를 갖고 있기도 하다.⁷⁰⁾

헌법재판소에 따르면 인간다운 생활을 할 권리는 가치중속적인 개념이기 때문에 이에 대한 입법적인 결정은 존중되어야 한다. 이러한 주장 자체는 옳다. 그러나 다른 한편 헌법재판소는 개인이 인간다운 최저생활을 하기 위해서 필요한 급여수준에 대한 결정을 하여야 한다. 적어도 헌법재판소는 현재의 생계보호수준이 빈곤으로부터 개인을 보호하기 위한 다른 제도에 의한 보호내용을 동시에 참고하여 국가의 최저생활보장을 위한 과제와 합치할 수 있는지의 여부를 판단하였어야 했다. 그런데 헌법재판소는 이 점에 대한 판단을 결여하고 있으며, 대단히 추상적인 형태로 합헌성을 논증하고 있을 뿐이다.

(4) 급여청구권의 성립시기에 관한 문제

사회보장청구권의 성립시기에 관한 문제는 해당 청구권이 헌법으로부터 직접 도출되는 권리일 경우 기본권제한 및 제한의 한계에 대한 논의를 필요로 한다. 그러나 해당 청구권이 법률상의 권리인 경우 청구권의 성립시기를 결정하는 문제는 기본적으로 법률해석의

69) 같은 견해로는 예컨대 김선택, “인간다운 생활을 할 권리의 헌법규범성-생계보호기준결정: 헌법재판소 1997. 5. 29. 선고. 94헌마33 결정”, 판례연구 제9집(1998), 1면 이하 등 참조. 실제 우리 국민기초생활보장은 제4조에서 법적 이념으로는 이러한 입장을 취하고 있다. 다만 이 이념을 실현할 법적 절차와 구체화를 전혀 하고 있지 않고 있는 것이 문제이다.

70) 이에 대해서 자세히는 전광석, “헌법과 문화”, 공법연구 제18집, 1990, 특히 176면 이하.

문제이다.⁷¹⁾ 다만 평등의 원칙이 중요한 심사의 기준은 될 것이다. 이와 같은 소송의 유형에 있어서는 인간다운 생활을 할 권리가 주로 헌법적인 심사기준으로 등장하였다. 이를 계기로 헌법재판소는 인간다운 생활을 할 권리의 내용을 명확히 할 수 있는 기회를 가지기도 하였다. 심사대상인 법률의 종류를 기준으로 보면 이와 같은 문제는 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률에 의한 급여청구권이 헌법상의 권리인지의 여부가 주로 쟁점화되었다. 이로써 동시에 지금까지 이론적인 회색지대로 남아있던 국가유공자 보상에 대한 헌법적 접근을 할 수 있는 기회를 되었다. 아래에서 따로 다룬다.

(5) 국가유공자보상청구권

지난 12년간 이례적으로 헌법재판소에서는 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률이 빈번하게 헌법소송의 대상이 되어왔다.⁷²⁾ 이에 대한 판단을 위하여 헌법재판소는 다음과 같은 헌법적인 기준을 심사하였다.

첫째, 국가유공자보상이 헌법적인 권리인가, 아니면 법적인 권리인가 하는 문제이다. 헌법적인 권리라면 법률에 의하여 이를 제한하기 위해서는 기본권제한의 요건을 충족시켜야 하기 때문이다. 이에 비해서 단순히 법적 권리라면 이를 권리로서 인정할 것인가의 여부에 대해서는 입법적인 자유가 인정된다.

둘째, 국가유공행위에 대해서 국가유공자보상을 행하지 않는 것이

71) 헌재 1992. 11. 25. 92헌마258(군인연금법 제16조 제9항 위헌확인) 판례집 4, 834면 이하; 1994. 2. 18. 94헌마12(군인연금법 부칙 제1조 위헌확인), 판례집 6-1, 17면 이하; 1994. 4. 28. 93헌마151(연금청구 거부취소처분 등), 판례집 6-1, 455면 이하; 1996. 10. 31. 93헌바55(군인연금법 제16조 제9항 위헌소원), 판례집 8-2, 457면 이하; 1995. 7. 21. 93헌가14(국가유공자 예우 등에 관한 법률 제9조 본문 위헌제정), 판례집 7-2, 1면 이하; 1998. 2. 27. 97헌가10, 97헌바42. 97헌마354(병합)(국가유공자 등 예우에 관한 법률 제9조 위헌제정 등), 판례집 10-1, 15면 이하 등.

72) 위 각주 1 참조.

헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는가의 문제이다.

셋째, 국가유공자보상은 재산권적 보호를 받으며, 따라서 유공행위에 대한 보상을 배제하는 것은 재산권을 침해하는 공권력행사인가의 문제 등이 제기된다. 차례로 살펴보기로 한다.

(가) 헌법적인 권리와 법적인 권리

국가책임이론에 비추어보면 국가유공행위에 대한 보상이 헌법적인 권리로서의 성격을 가진다고 볼 수는 없다. 국가책임을 제도화한 대표적인 경우가 우리 헌법 제29조 국가배상청구권이다. 이와 비교하면 적어도 국가유공자보상은 국가의 불법행위로 인한 피해가 아니며, 따라서 국가의 불법행위로 인한 피해에 대한 배상책임 정도의 책임이 인정되는 것은 아니라는 것을 알 수 있다. 그러면 이와 같은 비교제도적인 논거를 제외하고 개인에게 발생한 특별희생에 대한 보상청구권이 헌법적인 권리 혹은 제도로서 존재하는가 하는 질문이 제기된다. 기본적으로 헌법재판소는 국가유공자보상을 헌법이념적으로 요청되고 있기는 하지만 그렇다고 이에 대한 개인의 헌법적인 권리로 이해하고 있지는 않고 있다. 국가유공자보상에 대한 입법적 형성은 헌법 전문, 제10조, 제34조 및 제32조 제6항 등이 요청하고 있는 것은 사실이다. 그러나 구체적인 입법적 형성은 국가의 재정능력, 사회보장수준, 국가유공자에 대한 평가기준 및 사회적 가치관에 종속되어 있는 문제이며, 따라서 헌법의 보호이념에 명백히 어긋나지 않는 한 입법정책의 문제라고 보고 있기 때문이다.⁷³⁾

개인이 공동체의 이익에 기여할 목적으로 행한 행위 중에, 그것을 원인으로 하여 신체의 손상 등 피해가 발생했을 때 국가의 이에 대

73) 예컨대 헌재 1994. 6. 30. 91헌마161(국가유공자예우 등에 관한 법률 제4조 등에 대한 헌법소원), 판례집 6-1, 653면 이하(666면 이하) 참조.

한 책임에 기초하여 일정한 보상은 하는 것은 보편적인 현상이다. 이에 대한 보상을 규율하는 입법체계가 사회보상법체계이다. 이와 같은 특별희생에 대한 보상에 속하는 가장 전통적이고, 대표적인 제도가 전쟁희생자에 대한 보상이다. 이때 국가의 책임은 희생에 이르게 된 데에 국가의 강제력이 계기가 되었다는 점이 주목되었다. 그러나 오늘날 국가책임에 기초한 보상의 대상이 여기에 그치는 것은 아니다. 국가의 선행행위인 희생의 원인행위 보다는 공동체에 기여한 개인의 행위 자체에 대한 보호의 필요성에서 점차 법적 대응을 필요로 하게 되었으며, 이로써 목적론적인 급여의 성격을 띠어가고 있는 추세가 발견된다. 이러한 피해를 개인의 운명으로 돌리고 국가가 방치하는 것은 정의의 관념에 맞지 않다고 판단되었기 때문이다. 사회보상법적 보호의 범위를 확대시키는 다음과 같은 몇 가지 계기가 발견된다.

첫째, 개인이 해당행위를 행하는 데에 있어서 국가가 강제력을 행사한 경우이다. 군복무중 발생한 재해가 대표적인 예이다. 정도의 차이가 있지만 공무원 등의 공무수행중 발생한 재해 역시 이러한 범주에 포섭될 수 있다. 둘째, 국가가 강제력을 행사한 것이 아니라 단순히 권고한 행위를 행한 결과 개인에게 피해가 발생한 경우이다. 접촉피해가 여기에 해당하는 대표적인 예이다.⁷⁴⁾

둘째, 국가가 해당 상황이 발생하는데 강제력을 행사하지도, 또 구체적인 권고를 행한 것도 아니며, 따라서 행위의 동기가 개인의 자발적인 의사에 있는 경우도 보상의 대상으로 포섭되고 있다. 해당 행위가 공공의 이익에 기여하며, 그러한 행위를 하던 중 재해가 발생한 경우이다. 우리 법제에서는 의사상자보호법이 보호하는 행위가

74) 물론 이때 단순한 권고라고 표현한 것은 강제력이 수반되지 않았다는 의미이다. 일반적인 권고로는 보상의 요건이 충족되지 않으며 적어도 법적 근거가 있는 권고에 기초하여 접촉을 행하고 그 결과 피해가 발생한 경우 보상이 대상이 된다.

대표적인 예이다.⁷⁵⁾

셋째, 범죄피해이다. 범죄피해는 사실 범죄를 당하는 것 자체가 공동체의 이익에 기여하는 것은 아니라는 점에서 다른 사회보상과는 그 보호의 원인관계를 달리한다.⁷⁶⁾ 따라서 여기서는 사회보상은 다른 논거에 기초하여 정당화하고 있다. 여기서는 행위의 공동체이익 관련성보다는 결과에 대한 책임이 보다 전면에 나타난다. 또 국가의 강요가 존재하는 것도 아니다. 따라서 국가의 범죄예방의무와 국가의 폭력이 독점이 보상의 보다 중요한 계기가 된다. 국가가 범죄를 예방할 의무가 있으며, 폭력을 국가가 독점하고 있기 때문에 범죄피해를 개인의 운명으로 부담시킬 수는 없다는 것이다. 범죄피해 중 예컨대 형사사건과 관련된 진술 등을 저지하기 위하여 행해진 범죄로 인하여 피해가 발생한 때에는 경우에 따라서는 위에서 지적한 세 가지 책임의 계기가 모두 발견된다.⁷⁷⁾

이밖에 오늘날 산업기술의 발전과 환경의 변화에 따라서 개인이 처하게 되는 위험상황에 대한 국가의 책임이 점차 사회보상의 차원에서 논의의 대상이 되고 있다는 점도 주목되어야 한다.⁷⁸⁾

75) 예컨대 독일의 사회보장법은 이러한 유형의 행위를 다양하게 보호하고 있다. 수혈행위, 장기 기증행위, 재난구조행위 등이 대표적인 예이다. 특이한 것은 독일 사회보장법에서는 이들 행위 중 발생한 피해는 재해보험법(Unfallversicherungsgesetz)에 의해서 이른바 비진정재해보험으로서 보호되고 있다. 다만 형식적으로는 이러한 보상이 재해보험법에 의해서 규율되고 있지만 제한은 조세에 의해서 충당되는 등 법체계적으로 보면 이는 사회보장법체계에 속하는 것으로 분류되고 있다. 이에 대해서는 예컨대 전광석, 독일사회보장법론(법문사, 1994), 면 이하; Wolfgang Gitter, "Möglichkeiten und Grenzen, die Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung und die der sozialen Entschädigung einander anzupassen", *Die Sozialgerichtsbarkeit*, 1981, 204면 이하; Bertram Schulin, "Die soziale Entschädigung im System des Sozialrechts", *Festschrift für Wolfgang Gitter*. 1997. 474면 이하; Hans F. Zacher, "Die Frage nach der Entwicklung eines sozialen Entschädigungsrechts". *Die öffentliche Verwaltung*, 1972, 461면 이하 등 참조.

76) 범죄피해에 대한 보상의 법체계적인 특징에 대해서는 예컨대 전광석, "범죄피해자구조청구권의 헌법체계내 위치의 문제와 사회보장법적 구체화문제에 관한 시론", 전광석, 사회보장법학(한림대 출판부, 1993), 221면 이하 등 참조.

77) 같은 범죄피해이더라도 위와 같이 책임의 밀도에 있어서 차이가 있으며, 이러한 차이를 범죄피해자구조법은 급여의 조건과 관련된 규율에 반영하고 있다. 즉 이 경우 일반적인 범죄피해와는 달리 엄격히 보충성의 원칙이 적용되지는 않는다.

78) 이 점에 대해서는 예컨대 Bertram Schulin, "Die soziale Entschädigung im System des

사회보상은 위에서 설명한 바와 같이 다양한 구성요건을 가지고 있다. 정확히 범주가 설정되어 있지 않으며, 또 무엇보다도 다양한 법에 산재해 있다. 또 구성요건에 대한 국가책임과의 관련성이 모두 동일한 것이 아니다. 이들 구성요건을 비교하여 보면 가장 강한 국가책임이 인정되어야 하는 경우가 전쟁희생자보상이라는 사실을 알 수 있다. 그런데 이 경우에도 피해의 직접적인 원인은 외국 정부에 있다. 다만 그렇더라도 이 경우 국가가 해당개인에게 피해가 발생하는 상황에 투입되어야 할 원인을 제공한 것이기는 하다. 따라서 이 경우 일반적으로 평등의 관점에서 개인에게 특별히 발생한 희생에 대한 보상을 하는 제도가 일반적으로 발달되어 온 것이다. 따라서 이러한 희생에 대한 보상청구권을 평등의 원칙 이외의 헌법적인 규정을 근거로 독자적인 기본권 혹은 제도보장으로 이해할 수는 없다. 그리고 이에 대한 주된 헌법적인 논거가 평등의 원칙이기 때문에 이러한 청구권을 인정할 것인가의 여부에 대해서는 입법적 형성의 자유가 널리 인정되어 있다고 볼 수 있다. 결국 희생보상청구권을 헌법적인 권리라고 할 수는 없으며, 이를 법률에 의해서 구체적인 청구권으로 형성되는 권리라고 보아야 한다.⁷⁹⁾ 이와 같이 전쟁희생

Sozialrechts", Festschrift für Wolfgang Gitter, 1997, 480면 이하 등 참조. 이밖에 산업기술의 발전과 환경변화에 수반되는 위험상황에 대한 국가책임 일반에 대해서는 예컨대 Udo di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat: zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung(Mohr, 1994); Dietrich Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik- Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung(Duncker & Humblot, 1985), 88면 이하 등 참조.

79) 예컨대 고엽제피해자에 대해서 신뢰보호의 원칙에 기초하여 소급적으로 보호하여야 하며, 따라서 고엽제후유증환자 등에 관한 법률이 등록신청을 한 날로부터 보상을 행하는 규정이 위헌이라는 견해가 있다. 예컨대 이덕연, “고엽제후유증환자의 보상기준일”, 「법률신문」, 2000. 9. 25. 14, 15면 참조. 이 견해는 동시에 위 법률규정에 대한 합헌판단을 한 헌법재판소의 결정에 대한 비판이기도 하다. 현재 2000. 7. 20. 98헌가4. 그러나 이러한 견해가 입법정책의 문제일 수는 있어도 해당 권리가 법률상의 권리이기 때문에 위헌의 판단을 할 수는 없을 것이다. 신뢰보호의 원칙을 적용하기 위해서는 개인의 행위를 통해서 보유하고 있는 법적 지위가 존재하여야하는데, 해당 보상청구권이 법률상의 권리이기 때문에 이러한 법적 지위를 법률의 규정에 의해서 비로소 획득되었기 때문이다.

자에 대한 보상이 헌법상의 기본권으로서, 또 제도보장으로서의 헌법적인 존속을 가질 수 없기 때문에 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률상의 급여 전체에 대해서 헌법상의 권리 혹은 제도로서의 성격을 인정하지 않을 수밖에 없을 것이다.

(나) 희생보상청구권과 인간다운 생활을 할 권리, 행복추구권

헌법 제34조 인간다운 생활을 할 권리는 사회보장의 권리와 이를 실현하기 위한 국가의 과제를 근거짓는 헌법적인 기능을 수행한다. 그런데 이때 사회보장의 목표를 위하여 어떠한 사회적 위험을, 어떠한 제도를 통해서, 그리고 어떠한 내용과 수준의 보호를 할 것인가는 원칙적으로 입법적 형성에 유보되어 있다.⁸⁰⁾ 물론 국가는 국가유공자를 보호하는 사회보장제도를 창설하고 이를 통해서 희생으로 상실된 경제적 기초를 적극적인 급여를 통해서 보호하여야 할 정치적인 의무를 진다고는 할 수 있다. 그러나 인간다운 생활을 할 권리 자체가 국가유공자에 대한 특별한 보호를 명시하고 있는 것은 아니다.⁸¹⁾ 또 헌법재판소는 인간다운 생활을 할 권리는 주로 필요한 최소한의 재화를 요구할 권리로서 이해되고 있다.⁸²⁾ 따라서 인간다운 생활을 할 권리로부터 국가유공자의 희생에 대한 보상청구권이라는 또 하나의 독자적인 권리가 도출된다고 할 수는 없다.

이밖에 행복추구권 역시 희생보상청구권을 헌법적인 권리로 이해하는 근거가 될 수 없다. 헌법재판소는 행복추구권을 국가의 간섭을

80) 이 점에 대해서 상세히는 전광석, “인간다운 생활을 할 권리의 실현구조” 전광석, 사회보장법학(한림대 출판부, 1993), 88면 이하 등 참조.

81) 헌재 1994. 6. 30. 91헌마161(국가유공자예우 등에 관한 법률 제4조 등에 대한 헌법소원), 판례집 6-1, 653면 이하(666면 이하) 참조.

82) 이에 대해서는 예컨대 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14(국가유공자예우 등에 관한 법률 제9조 본문 위헌제청), 판례집 7-2, 1면 이하(30면 이하); 1998. 2. 27. 97헌가10, 97헌마42, 97헌마354(병합)(국가유공자예우 등에 관한 법률 제9조 위헌제청 등), 판례집 10-1, 15면 이하(30면 이하); 2000. 6. 1. 98헌마216(국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제20조 제2항 등 위헌 확인), 판례집 12-1, 622면 이하(640면) 등 참조.

배제하는 포괄적인 행동권으로 소극적인 이해를 하고 있으며, 국가에 대해서 적극적인 청구권을 도출하는 근거로 이해하고 있지 않고 있기 때문이다.⁸³⁾

(다) 희생보상청구권과 재산권

재산권은 개인의 경제적 기초를 국가의 침해로부터 보호하여 개인으로 하여금 자기결정권에 기초한 인격을 발현하는 데에 기여하는 기본권이다.⁸⁴⁾ 따라서 재산권은 원칙적으로는 방어권적 기능을 수행한다. 물론 재산권이 국가권력으로 하여금 개인의 재산형성을 도모하도록 하는 과제를 부여하고 있기도 하다. 그러나 재산권에 이와 같은 객관적인 기능이 있더라도 이로부터 개인이 국가에 대해서 이러한 내용의 주관적인 청구권을 갖는 것은 아니다. 그렇다면 재산권이 희생보상청구권을 성립시키는 헌법적인 근거가 될 수 없는 것은 당연하다.

위와 같은 문제와 구별되어야 질문이 이미 법률에 의하여 형성된 국가유공자에 대한 희생보상청구권이 재산권적 보호의 대상이 되는가 하는 문제이다. 이 질문은 다음과 같은 이유에서, 그리고 조건하에 긍정되어야 한다. 공법상의 권리가 재산권적 보호의 대상이 되기 위해서는 해당 권리가 국가의 일방적인 급여가 아닌 개인의 일정한 기여에 대한 반대급여(erdiente Leistungen)에 의하여 형성된 것이어야 한다.⁸⁵⁾ 또 사회보장청구권이 재산권적 보호의 대상이 되기 위

83) 헌재 2000. 6. 1. 98헌마216(국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제20조 제2항 등 위헌확인), 판례집 12-1, 622면 이하(648면 이하) 참조.

84) 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289(국민건강보험법 제33조 제2항 등 위헌확인), 판례집 12-1. 913면 이하(947면) 참조. 이 점에 대해서는 예컨대 한태연, 헌법학(법문사, 1983), 1036면 이하; 허영, 한국헌법론(박영사, 2000), 447면 이하 등 참조.

85) 이에 대해서는 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289(국민건강보험법 제33조 제2항 등 위헌확인), 판례집 12-1, 913면 이하(948면 이하) 참조. 이밖에 BVerfGE 14, 288(293); 22, 241(253); 45, 142(170); 48, 403(412); 53, 257(291f.). 개인의 기여의 형태가 자기성취에 의해 형성된 급여만에 한정되는 것은 아니다. 재산권적 보호의 여부 및 정도에 관한 판단에 있어서 중요한

해서는 사적 유용성과 처분가능성이 있어야 한다.⁸⁶⁾ 따라서 이 기준에 따르면 우선 순수이 사회정책적 목적에서, 즉 특별한 원인관계를 전제로 하지 않고 주어지는 사회보장 청구권은 재산권적 보호의 대상에서 제외된다. 따라서 사회보험급여에 대해서는 원칙적으로 재산권적 보호가 인정되는 반면, 공공부조급여 등은 재산권적 보호의 대상이 아니다.⁸⁷⁾ 그런데 사회보상급여는 생명 혹은 신체의 손상이라는 특별희생에 대한 반대급여이다. 따라서 재산권적 보호의 대상이 되어야 한다. 또 결과론적으로 보더라도 사회보험급여와는 달리 사회보상급여에 대해서 재산권적 보호가 인정되지 않는다면, 이는 곧

점은 누가 기여의 부담자인가에 있는 것이 아니고, 해당 청구권자의 법적 지위가 국가로부터 일반적으로 주어졌던 것인가, 아니면 반대급여로서의 성격을 갖고 있는가 하는 것이다. 따라서 해당 청구권의 내용이 청구권자 자신이 아닌 제3자의 기여에 의하여 형성된 것이더라도 역시 재산권적 보호의 대상이 된다. 이에 대해서는 예컨대 Peter Badura, "Eigentumsordnung", Festschrift zum 25 jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, 1979, 686면. 따라서 사용자의 보험료인 부담금, 그리고 사망한 가입자가 각출한 보험료에 대한 반대급여의 성격을 갖는 재해보험법상의 본인급여와 유족급여 역시 재산권적 보호의 대상이 된다. 이에 대해서는 Rolf Stober, "Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz sozialer Rechtspositionen", Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz sozialer Rechtspositionen, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Bd.XXIII, 1982, 34면; BVerfGE 51, 1(29) 등 참조.

86) 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36(구 산업재해보상보험법 제4조 단서 위헌소원), 판례집 8-2, 90면 이하(103면) 참조. 이밖에 헌법재판소는 사회보장청구권이 재산권적 보호의 대상이 되기 위해서는 자신과 가족의 생활비를 충당하기 위한 혹은 생존의 확보에 기여하기 위한 경제적 가치가 있는 권리로서의 성격을 가지고 있어야 한다고 한다. 헌재 1995. 7. 21. 94헌바27.29(병합)(공무원연금법 제64조 제1항 위헌소원), 판례집 7-2, 82면 이하(90면); 2000. 6. 29. 99헌마289(국민건강보험법 제33조 제2항 등 위헌확인), 판례집 12-1, 913면 이하(949면) 등 참조. 그러나 생계유지의 기능을 수행하는 것에 한하여 재산권적 보호가 이루어지는지에 대해서는 검토가 필요하다. 사회보험급여가 추상적으로 생계유지의 기능을 수행하는가의 여부가 기준이라면 이 질문이 부정되는 경우란 없다. 이에 비해서 사회보장급여가 구체적으로 생계유지의 기능을 수행한 경우에 한하여 재산권적 보호의 대상이라면 이는 구체적인 평가의 대상이기 때문에 적용에 큰 어려움이 따를 수밖에 없다. 이에 대해서는 예컨대 Walter Leisner, "Eigentum als Existenzminimum?", Festschrift für Klaus Obermayer, 1986, 65면 이하 등 참조. 특히 이 점은 급여의 조정에 있어서도 중요한 논점을 제공한다. 이에 대해서는 아래 급여의 조정에 대한 설명 참조.

87) 다만 그렇다고 공공부조급여가 헌법적으로 전혀 보호되지 않는 것은 아니다. 왜냐하면 이 경우에도 일반적인 헌법원칙인, 신뢰보호의 원칙, 비례의 원칙이 존중되어야 하고, 또 무엇보다도 모든 국민에게 최저생활의 보장을 요구하는 인간다운 생활을 할 권리를 근거로 한 헌법적 보호는 충분히 예정할 수 있기 때문이다. 이에 대해서는 Hans-Jürgen Papier, "Verfassungsschutz sozialrechtlicher Rentenansprüche, -anwartschaften und -erwerbsberechtigungen", *Vierteljahresschrift für Sozialrecht*, 1973/74, 49면 이하; Peter Krause, Eigentum an subjektiven öffentlichen Rechten(Duncker & Humblot, 1982), 51면 이하 등 참조.

생명 및 건강에 비해서 금전형태의 기여에 보다 높은 가치를 부여하는 것이 되기 때문에 수급할 수 없다.⁸⁸⁾ 다만 우리 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률에 의한 급여가 재산권적 보호의 대상이 되는가 하는 질문에 대해서는 세분화된 접근이 필요하다. 이 법은 개인의 신체상의 손상 등과 같은 희생을 전제로 하지 않고 지급되는, 따라서 예우의 성격을 갖는 급여를 예정하고 있기 때문이다. 국가유공행위로 인하여 상실된 소득기회를 보상하거나 혹은 공헌에 대한 보상의 성격을 가지는 경우에 비해서, 단순히 예우로서의 성격을 갖는 급여에 대해서 재산권적 보호가 이루어질 수는 없을 것이기 때문이다. 우리 헌법재판소 역시 국가유공자보상을 이중적으로 이해하고 있다. 즉 한편으로는 특별희생에 대한 국가보상으로서, 그리고 다른 한편 생활보호를 위한 사회보장적 성격을 갖는다는 것이다.⁸⁹⁾ 그리고 이때 사회보장적 성격을 가지고 있는 설명은 재산권적인 보호의 대상이 되지 않는 국가의 일방적인 급여라는 의미로 사용하고 있다. 그러나 이는 국가유공자보상 전체에 대한 평가이어서는 안된다. 위에서 언급한 바와 같이 국가유공자 보상급여의 종류에 따라서 각각 세분화된 평가를 하여야 할 것이다. 헌법재판소와 같이 평가할 경우 국가유공자보상 청구권은 모두가 부분적으로만 재산권적 보호의 대상이 될 뿐이기 때문이다.

사회보상급여는 청구권자에게 구체적인 급여에 대한 법적 권리가 인정되어 있는 경우에 한하여 재산권적 보호의 대상이 된다. 따라서 예컨대 같은 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률상의 급여이

88) 예컨대 독일의 연방사회법원이 이러한 내용의 결정을 한 바 있다. 1986년 5월 7일 결정. *Die Sozialgerichtsbarkeit*. 1987. 76면 이하. 이밖에 이점에 대해서는 예컨대 Günter Dürig, "Der Staat und die vermögenswerten Berechtigungen seiner Bürger", Festschrift für Willibald Apelt. 1958. 13면 이하; Hans F. Zacher, Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik Deutschland(Schweitzer, 1981), 939면 이하 등 참조.

89) 헌재 2000. 6. 1. 98헌마216(국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제20조 제2항 등 위헌 확인), 판례집 12-1, 622면 이하(641면) 참조.

더라도 급여 여부 결정에 대한 행정청의 재량이 인정되어 있는 경우에는 재산권적 보호가 인정되지 않을 것이다.

위에서 설명한 바와 같은 논거로 사회보상청구권이 헌법적으로 도출되는 것은 아니지만 일단 법률에 의해서 구체화된 권리는 재산권적 보호의 대상이 된다는 것을 알 수 있다. 그러나 다른 한편 사회보상청구권이 재산권적 보호의 대상이 된다고 해서 구체적인 내용에 대한 존속보장이 이루어지는 것은 아니다. 사회보상청구권이라는 재산권의 내용과 한계는 입법사항이 되고, 따라서 입법자에게는 사회보장청구권에 대한 형성의 자유가 인정되기 때문이다.⁹⁰⁾ 즉 입법자는 급여의 절대액이라든가, 급여산정방식, 그리고 급여산정요소 등을 형성함에 있어서 이를 개인에게 불이익하게 형성하더라도 이것이 국가의 재정능력, 제도의 효율적인 형성을 위해서 필요한 경우에 헌법적인 비난을 할 수 없을 것이다. 헌법재판소의 결정대상이 되었던 사안들, 즉 등록을 요건으로 한다거나 일정 시점 이전의 행위에 대해서는 보상의 대상에서 제외하는 것은 적어도 재산권적 기본권을 기준으로 했을 때 원칙적으로 비난가능성이 있다고 할 수 없다. 이러한 비난은 해당 청구권의 성립이 헌법적인 존속력을 가질 때 비로소 가능하기 때문이다.

나. 급여의 제한과 조정

헌법재판소는 연금급여의 제한, 그리고 연금수급권자의 다른 소득과의 조정 가능성에 대한 헌법적인 판단을 하였다. 급여의 제한에

90) 따라서 재산권보호의 범위를 사회보장청구권에 까지 확대시킬 경우 공법적 급여에 대한 현상유지적 보장(status quo-Sicherung)이 이루어질 것이며, 이로써 균형있는, 그리고 객관적인 상황의 변화에 적절히 대응하여야 한다는 의미에서 필연적으로 역동적일 수밖에 없는 사회정의의 요청에 반한다는 주장은 설득력이 없어 보인다. Hans-Jürgen Papier, 각주 87의 논문, 39면; Hans F. Zacher, "Der Bestandsschutz von Sozialversicherungsrenten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *Die Sozialgerichtsbarkeit*, 1974, 442면 등 참조.

대한 문제는 주로 급여의 법적 성격, 특히 사회보험에의 가입자 본인이 아닌 국가가 납부한 부담금에 의하여 형성된 급여가 재산권적 보호의 대상인가, 그리고 이에 대한 제한가능성에 관한 문제와 관련하여 논의되었다. 아래에서는 급여의 조정에 대한 헌법재판소의 결정과 이에 대한 평가를 중심으로 논의를 전개한다.

위와 같은 사안에서 쟁점은 다음과 같다.

첫째, 연금급여청구권이 재산권 보호의 대상이며, 제한 및 조정이 재산권에 대한 입법적 형성의 범위내에서 이루어지고 있는가의 문제이다.

둘째, 이들 사안에서 문제되었던 공무원연금법 및 군인연금법에서는 제한 또는 조정의 범위를 연금급여청구권의 2분 1을 삭감하는 내용으로 하는 경우가 있는가 하면, 연금청구권 전액을 지급정지하는 경우도 있다.

전자의 경우 헌법재판소가 이들 법률에 대해서 합헌결정을 내리는 주요 논거는 연금청구권이 임금후불의 성격과 사회보장의 성격을 가지고 있으며, 특히 국가가 부담하는 부담금에 기초하여 형성된 급여는 은혜적 급여의 성격이 있으며, 따라서 이에 대해서는 국가의 처분권이 인정된다는 것이다.

후자의 경우, 연금청구권 전체가 정지되는 경우에는 특수직종종사자연금은 전체적인 통일적인 제도이며, 따라서 하나의 직역에서 다른 직역으로 이동하는 경우 아직 해당 제도가 보호하는 사회적 위험이 발생하지 않았다는 논리를 전개하고 있다. 이들 쟁점에 대해서 각각 평가하기로 한다.

(1) 부담금에 의하여 형성된 급여의 재산권적 성격

헌법재판소는 급여의 제한 및 조정이 헌법에 반하는가의 여부가

문제된 사건에서 모두 국가의 부담금에 의하여 형성된 급여가 재산권적 보호의 대상이 아니라는 점을 중요한 논거로 제시하고 있다.⁹¹⁾ 헌법재판소에 따르면 보험료 중 기여금은 가입자 본인이 부담하는 것이기 때문에 기여금에 대한 급여는 봉급연불적인 성격을 갖는다. 반면 부담금은 근로자를 중심으로 보면 제3자의(즉, 사용자인 국가의) 급여이기 때문에 은혜적인 급여라는 견해를 밝히고 있다. 더 나아가서 헌법재판소에 따르면 “연금수급권의 구체적인 내용을 정함에 있어서 이를 하나의 전체로서 파악하여 어느 한쪽의 요소에 보다 중점을 둘 수도 있다고 할 것이다”.⁹²⁾ 그러나 이러한 견해에는 찬성할 수 없다. 다음과 같은 몇 가지 이유를 들 수 있다.

첫째, 사회보험의 성격 자체에서 파생되는 논리이다. 사회보험은 사회의 구조가 자영노동사회에서 종속노동사회로 옮겨지는 것을 시대적 배경으로 하여 생성되었다.⁹³⁾ 노동력 이외에 생활수단이 없는 근로자에게 노무를 제공할 수 없는 원인, 예컨대 질병, 장애, 노령, 사망과 같은 사회적 위험이 발생하여 스스로 생활을 할 수 없게 되는 사회문제를 해결하기 위한 제도로서 형성·발달하였다는 것이다. 사회보험에서 보험료 및 보험급여의 산정은 근로자가 고용관계에서 취득하는 임금을 기준으로 하여 이루어진다. 근로자의 자산이나 그 밖에 재산적 상황은 고려되지 않는다는 것이다.⁹⁴⁾ 이 점은 사회보험

91) 헌재 1994. 6. 30. 92헌가9(군인연금법 제21조 제5항 위헌제정), 판례집 6-1, 543면 이하(551면); 1995. 7. 21. 94헌바27.29(병합)(공무원연금법 제64조 제1항 위헌소원), 판례집 7-2, 82면 이하(90면) 참조.

92) 헌재 1999. 4. 29. 97헌마333(공무원연금법 제3조 제2항 위헌확인), 판례집 11-1, 503면 이하(514면) 참조.

93) 이에 대해서는 예컨대, Hans F. Zacher, “Traditionelle Solidarität und moderne soziale Sicherheit—ein sozialpolitisches Dilemma der Entwicklungsländer”, Festschrift für Kurt Noell. 1986. 37면 이하 참조. 이밖에 사회보장성립의 정치, 경제, 사회적 배경에 대해서 자세히는, Gerhard A. Ritter, Sozialversicherung in Deutschland und England(C.H.Beck, 1983)(전광석(역), 복지국가의 기원(교육과학사, 1992)); Hans F. Zacher(편), Bedingungen für die Entstehung und Entwicklung von Sozialversicherungen(Duncker & Humblot, 1979) 등 참조.

94) 따라서 가입자의 소득뿐 아니라 자산 역시 보험료 산정의 기초로 하고 있는 현행 의료보험법, 그리고 부양가족의 수에 따라 보험료를 차등부과하고 있는 과거의 지역의료보험은 사회

이 위에서 설명한 바와 같이 종속노동사회에서 개인이 영위하는 생활유형의 정상성을 사회적 위험이 발생한 경우에도 유지시키려는 취지에서 입안된 제도라는 역사적 맥락에서 설명될 수 있는 것이다.⁹⁵⁾ 그렇다면 사회보험의 급여는 근로자가 정상적으로 노동을 제공하는 상황에서 취득하였던 임금 혹은 임금의 일부를 대체하는 기능을 수행하여야 한다. 이에 상응하여 사회보험급여에 대해서는 그것이 갖는 보험료에 대한 반대급여로서의 성격때문에 재산권적 보호가 이루어져야 하며, 이때 그 보호의 대상은 법률에 정해진 소득대체부분 전체가 되어야 한다. 즉 사회보험급여가 기여금 외에 사용자인 국가가 부담하는 부담금에 의해서 형성되었다고 해서 부담금에 의해서 형성된 부분에 대해서 재산권적 보호가 부인되지는 않는다.⁹⁶⁾

둘째, 사회보험의 부담금은 적극적으로 재산권적 보호의 요건을 충족시킨다. 재산권적 보호의 대상이 되기 위해서는 우선 급여가 자기 기여에 의해서 형성되어야 한다.⁹⁷⁾ 이를 기준으로 하여 판단하면 부담금은 제3자에 의한 급여이기 때문에 재산권적 보호의 요건을 충족시키지 못한다는 주장이 있을 수 있다. 바로 우리 헌법재판소의 견해이다.⁹⁸⁾ 그러나 위에서 살펴본 사회보험의 성격을 고려하면 사용자가 각출하는 부담금은 근로자에게 사회적 위험이 발생했을 때 “근로

보험의 본질에서 보면 이례적인 제도이다.

95) 따라서 우리 사회보험 중 농어촌 및 도시자영자를 대상으로 한 의료보험은 엄격히 보면 사회보험의 사회구조적 시행여건이 도래하지 않은 상태에서 실현된 것이다. 국민보건의적 차원에서 보면 특히 의료수요가 큰 농어촌지역에서 의료보험을 시행하는 것은 충분한 정당성이 있다. 그러나 사회보험법적 방법을 채택할 때 필연적으로 시행의 어려움을 안고 있다는 것이다. 따라서 예컨대 농어촌의 경우 개인의 소득 뿐 아니라 자산까지 보험료산정의 기준으로 하는 이례적인 정책이 시행되고 있는 것이다. 또 대규모의 국고보조가 이루어질 수밖에 없는 근본적인 이유도 아직 사회보험을 시행하기 위한 사회구조가 갖추어져 있지 않기 때문이다.

96) 이에 대해서는 예컨대, Josef Isensee, “Der Sozialversicherungsbeitrag des Arbeitgebers in der Finanzordnung des Grundgesetzes”, *Deutsche Rentenversicherung* 1980. 146면 이하; Josef Isensee, “Finanzverfassung des Grundgesetzes und Sozialrecht”, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes Bd.35, Sozialfinanzverfassung 1992. 특히 28면 이하 참조.

97) 위 각주 85 참조.

98) 위 각주 91 참조.

자를 보호하기 위한 목적”에서 각출되는 것이고, 또 “근로자에게 귀속”되는 것이다. 따라서 부담금에 대해서 근로자의 자기기여의 성격을 부인할 수는 없다.⁹⁹⁾ 또 무엇보다도 위에서 설명한 재산권적 보호의 요건인 사적 유용성의 요건을 충족시킨다. 따라서 이에 기초하여 형성되는 급여에 대해서는 재산권적 권리가 인정되어야 한다.¹⁰⁰⁾ 이러한 결론에 이르기 위해서 편의상 재산권보호의 요건인 자기성취성을 다음과 같이 완화해서 해석하기도 한다. 자기성취성이라는 요건은 국가의 일방적인 급여가 아닌 경우에는 충족되며, 반드시 가입자 자신이 보험료를 각출하여야 하는 것은 아니라는 것이다. 즉 제3자가 보험료 부담자인 경우에도 자기성취성이 부인되는 것은 아니다. 따라서 사회보험에서 부담금과 기여금은 통일체를 이루면서 재산권적 보호의 대상이 된다. 그렇다면 제3자가 각출한 보험료에 대한 반대급여의 성격을 갖는 유족급여¹⁰¹⁾와 산재보험법상의 급여¹⁰²⁾에 대

99) 물론 이때 사용자가 근로자의 사회보장을 위해서 부담금을 각출하여야 하는 정당성 근거는 어디에 있는가 하는 질문이 제기될 수 있다. 이에 대해서 독일에서는 일반적으로 사용자의 근로자에 대한 보호의무(Fürsorgepflicht)를 들고 있다. 사용자의 이러한 보호의무는 사용자와 근로자 사이에 존재하는 밀접한 상호의존관계 혹은 (연방헌법재판소의 용어를 그대로 옮기면) “共生關係(rechtliche Symbiose)”에서 파생한다고 보고 있다. 이에 대해서 자세히는, BVerfGE 69, 272(302); Franz Ruland, “Grundprinzipien des Rentenversicherungsrechts”, Franz Ruland(편), Handbuch der Gesetzlichen Rentenversicherung(Luchterhand, 1990). 492면 이하 등 참조.

100) 독일연방헌법재판소의 확립된 견해이기도 하다. 예컨대 BVerfGE 69, 272(302); 72, 9(19) 참조.

101) BVerfGE 48, 346(354ff.); 51, 1(29). 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, “재산권과 사회보장 청구권”, 전광석, 사회보장법학(한림대 출판부, 1993), 122면 이하 등 참조. 최근 독일연방헌법재판소는 유족연금에 대한 재산권적 보호의 가능성을 부인한 바 있다. BVerfGE 97, 271ff. 이 결정은 다시 한번 사회보험급여에 대한 재산권적 보호의 가능성에 대한 논의를 일으키고 있다. 이에 대해서는 예컨대 Friedhelm Hase, “Hinterbliebenenrente als Eigentum im verfassungsrechtlichen Sinn”, *Juristen Zeitung*, 2000. 591면 이하 참조. 기존에 이에 대한 논의로는 예컨대 Otto Depenheuer, “Wie sicher ist verfassungsrechtlich die Rente?-Vom liberalen zum solidarischen Eigentumsbegriff”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1995. 417면 이하; Fritz Ossenbühl, “Der Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, 1987. 630면 이하 등 참조.

102) 이에 대해서는 예컨대 Rolf Stober, “Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz sozialer Rechtspositionen”, *Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz sozialer Rechtspositionen*, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Bd.XXIII, 1982. 34면 등 참조.

해서도 본인급여와 마찬가지로 재산권적 보호는 긍정된다.

셋째, 부담금의 법적 성격을 규명하는데 있어서 더욱 적극적으로는 부담금을 임금의 일부로 볼 수도 있다.¹⁰³⁾ 그리고 부담금에 대해서 임금으로서의 성격을 부여하는 것은 그렇게 낮은 이론구성이 아니다. 이미 위에서 살펴보았듯이 부담금에 대해서 사적 유용성이 인정되어 있다면 이제 부담금과 임금과의 차이는 임금이 현재 개인의 소비재원으로 기능하는데 비해 부담금은 사회적 위험이 발생한 후 개인의 소비재원이 된다. 그런데 이러한 시간적 차이만으로 법적 성격이 달라지는 것은 아니다. 그렇기 때문에 부담금을 임금의 일부로 보는 것은 타당하다. 위와 같은 이유에서 결국 부담금에 기초하여 산정된 사회보험급여에 대해서는 재산권적 성격을 부인하는 헌법재판소의 판단은 헌법적 근거가 없다. 이러한 이론구성을 더욱 뒷받침하는 것은 퇴직금에 대한 학설 및 판례의 태도이다. 근로기준법상 사용자가 사용자의 재원으로 의무적으로 운용하게 되어 있는 퇴직금에 대해서 학설 및 판례는 퇴직금이 임금후불적인 성격을 가지고 있다고 보고 있다.¹⁰⁴⁾ 이러한 학설 및 판례의 태도를 사회보험 부담금의 법적 성격을 규명하는데 유추적용하면 기여금 뿐 아니라 부담금 역시 임금후불적인 성격을 갖게 된다. 이러한 견해를 수용하면 부담금에 의해서 형성된 급여에 대해서도 재산권적 보호가 이루어져야 함은 물론이다.

103) 이에 대해서는, Josef Isensee, "Die Rolle des Beitrags in der sozialen Sicherung", Hans F. Zacher(편), Die Rolle des Beitrags in der sozialen Sicherung(Duncker & Humblot, 1980). 486면 이하; Ferdinand Kirchof, "Das Solidarprinzip im Sozialversicherungsbeitrag", Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes Bd.35 1992. 74면 이하 등 참조.

104) 이에 대해서는 이철수, 임금에 관한 법리(한국노동연구원, 1993). 특히 68면 이하; 대법원 1969. 12. 20. 선고 67나1597; 대법원 1973. 10. 10. 선고 73다278; 대법원 1975. 7. 22. 선고 74다1840 등 판결 참조.

(2) 연금급여청구권의 재산권으로서의 성격과 보호의 범위, 그리고 급여의 조정

부담금에 의해서 형성된 보험급여가 재산권적 보호의 대상이 된다고 해서 보험급여수준에 대한 입법적 제한이 절대적으로 금지되는 것은 아니다.¹⁰⁵⁾ 사회보험급여가 재산권적 기본권에 의한 보호의 대상이 된다는 사실이 사회보험의 공적 성격, 즉 사회보험은 국민 전체의 사회보장이라는 공적 기능을 수행하는 제도라는 성격을 변화시키는 것은 아니다. 따라서 입법자는 이러한 제도가 기능을 유지하기 위해서 필요하다면 개인의 급여청구권을 제한할 수 있으며, 이는 개인의 재산권에 내재된 사회적 기속성의 범위내에서 이루어지는 재산권에 대한 제한이다. 이제 핵심적인 질문은 사회보험급여를 개인의 임금과 조정하는 것이 가능한가, 즉 연금수급권자가 임금을 취득하는 경우 사회보험급여의 일부를 제한하는 것이 헌법적 정당성이 있는가 하는 문제이다.

연금보험에서 보험급여가 가입자에게 사회적 위험이 발생하여 그로 인하여 상실된 소득을 보상하는 기능이 있는 것은 사실이다. 그러나 사회보험에 특유한 이러한 사회정책적 기능은 사회보험급여가 갖고 있는 재산권적 성격을 존중하는 범위내에서 형성되어야 한다. 즉 연금급여의 소득대체기능이 헌법적 검증이 없이 폐기될 수는 없다는 것이다.

사회보장급여의 조정은 헌법적으로 허용된다. 오히려 요청되기 까지 한다. 예컨대 가입자에게 하나의 사회적 위험이 발생한 것이 동시에 여러 사회보험법상의 구성요건을 충족시키는 경우 여러 개의

105) 따라서 헌법적 정당성이 있는 사회보장급여에 대한 조정조치에 대해서 재산권이 장애요소로 기능할 것이라는 우려는 타당한 것은 아니다. 위 각주 90 참조. 이에 대해서 자세히는, 예컨대 Michael Stolleis, Möglichkeiten der Fortentwicklung des Rechts der sozialen Sicherheit zwischen Anpassungszwang und Bestandsschutz(C.H.Beck, 1984). 38면 이하.

사회보장급여가 동시에 지급된다면 이는 재산권이념에 충실하기는 하지만 과잉사회보장을 결과하고 사회보장이 남용되는 결과가 된다.¹⁰⁶⁾ 그렇기 때문에 사회보장급여의 조정은 헌법적 정당성을 갖는 재산권에 대한 제한이라고 평가하여야 할 것이다. 우리 사회보장법에서 국민연금법상의 장애급여와 산재보험법의 장해급여, 또는 국민연금법상의 유족급여와 산재보험법상의 유족급여의 요건이 동시에 충족된 경우 산재보험법상의 급여를 우선적으로 지급하고 국민연금법상의 급여는 2분의 1 삭감되는 것은¹⁰⁷⁾ 그 이념 자체로서는 헌법에 반한다고 할 수 없다. 같은 사회적 위험이 발생하여 사회보험급여와 그밖의 일방적인 국가의 급여, 예컨대 공공부조급여의 요건을 충족시키는 경우에도 물론 조정이 된다.¹⁰⁸⁾ 또 이 경우 국가의 일방적인 급여를 조정의 대상으로 할 때에는 재산권문제가 발생하지도 않을 것이다. 공공부조급여와 같이 국가의 일방적인 급여의 성격을 가지는 사회보장급여에 대해서는 재산권적 보호가 인정되지 않기 때문이다.¹⁰⁹⁾ 또 공공부조제도의 기본원칙 중의 하나인 개별성의 원칙¹¹⁰⁾에 따르면 생활보호는 개인의 구체적인 수요를 충족시키기 위한 급여이다. 그렇기 때문에 개인에게 다른 급여가 있다면 공공부조급여는 그만큼 조정(삭감)되는 것은 제도적 본질에서 오는 당연한 결과이기도 하다. 그러나 개인의 소득은 개인을 사회적 위험으로 보호하기 위한 공적인 성격의 사회보장급여가 아니다. 그렇기 때문에 사회보험급여와 임금이 동시에 개인에게 지급된다 하더라도 과잉보

106) 이에 대한 일반적인 설명으로는, Eberhard Eichenhofer, "Mißbrauch von Sozialleistungen", Die Sozialgerichtsbarkeit 1983. 137면 이하 참조.

107) 국민연금법 제93조 및 동법 시행령 제85조 참조.

108) 국민기초생활보장법 제3조 제2항에 의하면 수급권자에게 다른 사회보장급여 청구권이 있는 경우 국민기초생활보장법에 의한 급여는 지급되지 않는다.

109) 위 각주 87 참조.

110) 이에 대해서 자세히는, "빈곤문제와 법학의 과제", 전광석, 사회보장법학(한림대 출판부, 1993), 274면 이하 참조.

장의 문제가 발생하지는 않는다는 것이다.

사회보험급여와 급여청구권자의 임금을 조정하는 것은 사회보장의 체계에도 반한다. 사회보험은 개인의 구체적인 수요를 현실적으로 충족시키는 데에 제도적 목적이 있는 공공부조와는 달리 다음과 같은 두 가지 가정에 기초하여 운영된다.¹¹¹⁾ 첫째, 사회적 위험이 발생하면 개인의 구체적인 상황을 고려하지 않고 가입자에게 추상적으로 수요가 발생했다는 의제를 한다. 둘째, 이때 법에 정해진 사회보험급여가 지급되면 가입자는 자신에게 발생한 수요를 충족시킨다. 이러한 사회보험의 사회보장법체계에서 오는 특징은 사회보험급여에 대한 재산권적인 보호를 긍정함으로써 헌법적 타당성을 갖기도 한다. 즉 가입자 자신의 소득상황에 관계없이 사회적 위험이 발생하면 급여는 지급되어야 한다는 것이다. 따라서 군인연금법이 연금수급권자에게 임금이 있는 경우 사회보험급여를 제한한다면 이는 사회보험에 자산심사제도(means test)가 도입되는 결과가 된다. 그런데 자산심사제도는 사회보험과는 그 체계를 달리하는 공공부조체계에 특유한 제도이다. 따라서 입법자는 자신이 선택한 체계를 일탈하는 것이 된다.¹¹²⁾ 그리고 이와 같이 체계에 반하여 개인의 소득을 사회보장급여산정에 반영한다면 이는 더 이상 사회적 기속성의 범위내에서 이루어지는 재산권에 대한 제한이 될 수 없다. 이 점은 아래에서 살펴퍼듯이 군인연금법 제21조 제5항 제2호에 열거된 기관이 아닌 민간기업에 재취업하여 소득이 있는 경우에는 연금이 조정되지 않으면

111) 이에 대해서 자세히는 전광석, 한국사회보장법론(법문사, 2000), 56면 이하 참조.

112) 이에 대해서 자세히는, Christoph Degenhard, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat(C.H.Beck, 1976). 물론 체계정당성(Systemgerechtigkeit)이 헌법적 판단을 위한 종국적인 기준이 될 수는 없다. 그러나 위의 경우 체계를 일탈한 합리적인 이유가 보이지 않기 때문에 평등의 원칙에 반하는 재산권침해가 확인되는 것이다. 우리 헌법재판소도 위헌판단의 기준으로 체계적합성을 제시한바 있다. 헌재 1992. 4. 28. 90헌바24(특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조의 3 제2항 제1호에 대한 헌법소원), 판례집 4, 225면 이하(230면 이하) 등 참조.

서, 군인연금법 제21조 제5항 제2호에 열거된 기관에 재취업한 경우에 한하여 연금급여를 제한하는 입법태도에 대한 헌법적 평가를 통해서 보다 뚜렷해 질 것이다.

연금수급권자의 소득이 연금급여산정에 반영되어 급여의 내용이 조정된다면 이로써 사회보험의 법적 성격에도 변화가 온다. 이제 사회보험에 대한 보험료는 극단적으로는 국가가 법에 정한 일정한 수준의 생활을 보장하기 위한 목적에서 징수되는 조세와 같은 성격을 띠게 된다는 것이다.¹¹³⁾ 그런데 이러한 결론은 우리 헌법과 모순된다. 왜냐하면 보험료가 조세의 성격을 갖게 된다면 여기에는 조세법률주의가 적용되어 현재와 같은 법적 근거로서는 보험료를 징수할 권한이 국가기관에게 없을 것이기 때문이다. 또 실체법적으로 보면 조세로서 충당되어야 하는 국가의 과제를 가입자의 보험료에 의해서 충당하는 것은 보험료가 갖는 목적기속성(Zweckbindung)을 상실시키는 것이 된다.¹¹⁴⁾ 이로써 보험료의 강제징수 역시 더 이상 재산권에 대한 사회적 기속의 한 내용을 이루는 것이 아니고 재산권에 대한 수용으로 평가될 수밖에 없다.

(3) 연금조정과 평등권

우리 연금보험은 복합행정체계를 유지하고 있다. 이러한 체계를 유지하고 있기 때문에 하나의 직종에서 다른 직종으로 직장을 옮기는 가입협자의 연금법적 지위에 대한 조정(합산)규정이 필요하다. 그런데 현재 우리나라에서는 공무원, 군인, 사립학교교직원 등을 대상으로 하는 연금보험의 경우 합산규정이 있다. 즉, 하나의 직종에

113) 이러한 법적 성격의 전환을 수용한다해도 문제는 남는다. 즉 그렇다면 왜 자산이나 그밖의 재산은 제외하고 임금만을 조정의 대상으로 하는지에 대해서 설명할 수 없을 것이기 때문이다. 이 글 위에서 들은 사회보험의 성격중 소득대체기능이 이에 대한 정당성의 근거가 될 수는 없다. 왜냐하면 이미 사회보험의 성격이 상실되어 있기 때문이다.

114) 이 문제는 아래에서 논의되는 소득재분배와 관련하여 다시 한번 제기된다.

서 다른 직종으로 직장을 옮기는 경우 기존의 직장에서의 연금가입 기간과 새로운 직장에서의 연금가입기간이 합산되어 연금산정의 기초가 된다.¹¹⁵⁾ 이러한 합산은 임의적이다. 반면 특수직종종사자 연금보험과 국민연금과의 합산규정은 아직 마련되어 있지 않다. 합산규정이 적용되면 물론 기존의 직종에서 연금수급요건을 충족시켰더라도 연금은 지급되지 않는다. 이것은 당연한 결론이다. 공무원연금과 군인연금, 그리고 사립학교교직원연금은 각각 독립된 법률로 운영되고 있기는 하나 보호되는 사회적 위험을 중심으로 보면 하나의 통일체를 이룬다고 보아야 한다. 이와 같이 통일체를 이루는 사회보험에서는 가입자가 직종을 옮겼더라도 퇴직이라는 사회적 위험이 아직 발생한 것이 아니다. 즉, 적용법률이 달라지더라도 연금가입이 진행중이라는 것이다. 이것이 군인연금법 제21조 제5항 제1호 및 동법 시행령 제23조 제1항 제1호의 입법내용이다. 이러한 사안과 비교하여 헌법재판소는 군인연금법 제21조 제5항 제2호에 해당하는 기관에 취업한 경우 연금액의 2분의 1이하를 지급정지한다면 평등권에 합치한다는 판단을 하였다.¹¹⁶⁾ 또 이미 연금수급권이 성립된 이후에도 종류는 다르지만 특수직종종사자 연금법이 적용되는 직종에 재직하는 경우 연금액 전체가 지급정지되도록 한 규정에 대해서 역시 합헌결정을 하였다.¹¹⁷⁾ 그러나 이러한 평가에는 찬성할 수 없다. 두 가지 이유에서이다. 첫째, 두 집단의 비교의 결과 평등권에 합치된다는 평가를 하기 위해서는 군인연금법 제21조 제5항 제1호에 해당하는 기관에 취업한 자가 취업후 각출하는 보험료라는 부담과 그

115) 공무원연금법 제23조 제2항; 사립학교교직원연금법 제32조 제1항; 군인연금법 제16조 제6항 등 참조.

116) 헌재 1994. 6. 30. 92헌가9(군인연금법 제21조 제5항 위헌제정), 판례집 6-1, 543면 이하 참조.

117) 헌재 2000. 6. 29. 98헌바106(공무원연금법 제47조 제1호 등 위헌소원), 판례집 12-1, 833면 이하 참조.

보험료에 기초하여 증가하는 연금액과의 차액을 한편으로 하고, 군인연금법 제21조 제5항 제2호에 해당하는 자에게 지급정지되는 연금의 액을 다른 한편으로 했을 때 이 두 가지가 형평을 이루어야 한다. 그러나 이 두 가지는 비교가능하지가 않다. 실제 헌법재판소는 구체적인 비교작업을 행하지 않고 평등권에 대한 판단을 하고 있어 헌법재판소의 논거가 무엇인지 알 수가 없다. 둘째, 군인연금법 제21조 제5항 제1호에 해당하는 기관에 취업한 자가 만약 합산규정을 포기한다면 연금의 전액이 지불된다. 그런데 군인연금법 제21조 제5항 제2호에 해당하는 기관에 재취업한 자에게는 연금의 지급이 2분의 1 이하이기는 하지만 지급정지되기 때문이다. 결국 군인연금법은 군인연금가입이라는 동일한 상황에 대해서 순수이 이후의 직장의 종류에 따라서 차별취급을 하고 있는 것이다. 그런데 이러한 차별취급에는 합리적인 이유가 발견되지도 않고, 또 헌법재판소가 이것을 제시하고 있지도 않기 때문에 임의적인 차별취급으로서 평등권에 반한다는 판단을 할 수밖에 없다. 셋째, 특수직종종사자 연금수급권자가 특수직종연금법이 적용되는 업종에 재직하게 된 경우 연금액 전체를 지급정지하도록 한 규정 역시 적어도 해당 법률이 적용되지 않는 민간기업에 취업한 자와의 형평의 문제는 제기되며, 실제 이러한 규정의 헌법적 정당성이 유지되기는 힘들 것이다.

헌법재판소가 행한 평등권을 기준으로 한 두번째 판단은 군인연금법 제21조 제5항 제1호에 해당하는 기관에 재취업한 자에게 대해서는 합산규정이 있는데, 제21조 제5항 제2호에 해당하는 기관에 재취업한 자에 대해서는 합산규정이 없는 것은 평등권에 반하지 않는가 하는 문제이다. 합산제도 자체가 존재하지 않는다는 문제는 본사안과 직접적인 관련성은 없다. 그럼에도 불구하고 정책적인 중요한 문제이기 때문에 법적 판단을 하면 다음과 같다. 물론 정책적으

로는 군인연금법 제21조 제5항 제1호와 제2호에 해당하는 경우 모두 합산규정이 있는 것이 바람직하다. 실제 이 합산문제에 관해서 부분적으로 연구가 되고 있기도 하다.¹¹⁸⁾ 그러나 헌법적으로 보면 위와 같이 특수직종종사자연금보험과 국민연금간에 합산제도가 없는 것이 헌법에 반한다고 볼 수는 없다. 이러한 입법상태에서 대한 비관은 불충분한 내용을 갖는 법률의 내용에 대한 보충을 요구하는 청구에 해당할텐데 지금까지 우리 헌법재판소는 이러한 종류의 헌법적 청구를 수용하고 있지 않고 있다.¹¹⁹⁾

셋째, 헌법재판소는 평등권을 판단함에 있어서 퇴역후 퇴역군인이 민간기업에 취업한 경우와 군인연금법 제21조 제5항 제2호에 해당하는 기관에 재취업한 경우를 비교하였다. 그리고 이에 대해서 헌법재판소는 민간기업에 취업하는 경우에 지급되는 봉급 기타 급여와는 달리 군인연금법 제21조 제5항 제2호에 해당하는 기관에 재취업할 경우 급여는 국고부담의 성격을 띠는 것이고, 따라서 봉급 기타 급여와 연금을 동시에 지급할 경우 국고의 이중부담을 낳고 이로써 소득재분배가 왜곡된다고 한다. 그러나 이러한 판단에 대해서도 의견을 같이 할 수 없다.

118) 이에 대해서는 고철기/오영호/김성희, 위 각주 60의 책; 문영표/유일호, “우리나라 노령소득 보장제도의 과제: 공적 연금제도를 중심으로”, 사회보장연구, 제10호(1994), 특히 39면 이하 참조.

119) 그렇다고 헌법적 심사가 완전히 부인되는 것은 아니다. 사회보장을 받을 권리를 기준으로 한 헌법소송은 대부분의 경우 입법부작위이거나 혹은 불충분한 입법을 대상으로 할 것이다. 입법부작위의 위헌성을 다룰 수 있는가에 대해서 우리 헌법재판소는 대단히 신중하지 만 그 가능성을 인정하고 있다. 즉, “헌법에서 기본권보장을 위해 법령에 명시적인 입법위 임을 하였음에도 입법자가 이를 행하지 않았을 때, 그리고 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생함이 명확함 에도 불구하고 입법자가 전혀 아무런 조치를 취하고 있지 않은 경우”에는 입법부작위가 헌 법소원의 대상이 된다는 것이다. 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1(사법서사법 시행규칙에 대한 헌 법소원), 판례집 1, 9면 이하(17면); 1991. 9. 16. 89헌마163(약사관리제도 불법운용과 한약업 사업권 침해에 관한 헌법소원), 판례집 3, 505면 이하(515면 이하 등 참조). 반면 우리 헌법 재판소는 “보충입법을 구하는 헌법소원”은 헌법소원의 대상이 될 수 없다고 하고 있다. 헌 재 1989. 9. 8. 89헌마37(사법서사 자격에 관한 헌법소원), 판례집 1, 274면 등 참조. 그러나 보충입법이 필요한 입법상태가 명백히 헌법에 위반되는 경우 헌법소원의 대상에서 제외할 이유는 없다고 생각된다.

근로자의 입장에서 보면 그 재원이 국고이건 민간기업이건 임금의 법적성격이 달라지지는 않는다. 연금과 임금은 그 급여의 원인관계가 다르다. 즉, 연금은 본인이 각출한 보험료에 대한 반대급여로서 제공되는 것이며, 급여는 근로자의 근로의 대가로서 지급되는 것이다. 따라서 이 사안에 있어서 우연히 임금의 재원이 국고이며, 따라서 비용부담자의 입장에서 보면 이중부담이 되더라도 이는 법적 정당성이 있는 이중부담이 된다. 이미 언급했듯이 실질적으로 국고 부담이 되는 임금을 받는다는 이유로 사회보험급여가 삭감되는 것은 사회보험의 본질에 반하여 체계정당성을 침해하는 것이다.¹²⁰⁾ 물론 이러한 체계일탈이 곧 평등권위반을 결과하는 것은 아니다. 그러나 이 사안에서는 체계일탈의 합리적인 근거가 발견되지 않으며, 따라서 자의적인 차별취급이라고 하여야 한다. 다음과 같은 두 가지 이유이다. 첫째, 이미 위에서 언급했듯이 민간기업에서의 임금과 국고 부담의 임금은 그 법적 성격이 동일함에도 불구하고 국고부담의 임금에 한하여 사회보험급여와 조정하는 합리적인 근거가 발견되지 않는다. 둘째, 만약 연금수급권자의 개별적인 재산상황을 사회보험급여 산정에 반영한다면 왜 임금만이 고려의 대상이 되며 다른 재산상황은 고려되지 않는지 설명하기 쉽지 않다.

소득재분배가 왜곡된다는 평가도 피상적인 판단의 결과이다. 우선 소득재분배정책이 일반적인 헌법의 과제인 것은 사실이지만 일반적인 소득재분배정책도 헌법의 모든 가치에 우월한 정책적 목표가 될 수 없다.¹²¹⁾ 사회보장을 통해서 소득재분배의 효과가 발생하는 것은 사실이다. 다만 사회보장에서의 소득재분배는 사회보장의 체계를 유

120) 이에 대해서는 위 각주 112 참조.

121) 헌법적 근거로서, 특히 우리 헌법 제119조 제2항을 들 수 있다. 이에 대해서 자세히는, 전광석, “사회보장의 소득재분배구조에 대한 헌법적 접근”, 전광석, 사회보장법학(법문사, 2000), 53면 이하 등 참조.

지하는 범위내에서 이루어져야 한다. 사회보험에서의 소득재분배는 가입자간(interpersonale) 소득재분배, 같은 가입 자에 있어서 생애 전체에 걸쳐서 시간적으로 이루어지는(intertemporale) 소득재분배, 그리고 세대간(intergenerationelle) 소득재분배 등 관점에 따라서 여러 가지로 나타난다.¹²²⁾ 이 중 개인의 생애주기에 나타나는 소득재분배는 사회보험에 특유한 것이 아니며 민간보험에서도 나타난다. 세대간 소득재분배는 연금보험이 재정방식으로 부과방식(Umlageverfahren)¹²³⁾을 채택했을 때 나타나는 것으로 이 사안에서는 관련성이 없다. 이 사안에서도 문제가 되는 것은 가입자간 소득재분배이다. 그리고 가입자간 소득재분배는 일반적으로 개인의 사회적 위험 발생가능성을 고려하지 않고 가입자의 소득에 비례하여 급여가 산정되는 방식을 통해서 이루어진다. 따라서 사회보험에서는 결과적으로 사회적 위험발생가능성이 적은 자로부터 사회적 위험발생가능성이 낮은 자로 또는 (사회적 조정의 요소를 매개로) 고소득자에서 저소득자로 사회적 소득(Sozialeinkommen)이 이전(transfer)되는 형태로 이루어진다. 그리고 이때 소득재분배의 매체는 보험료이다. 그런데 헌법재판소가 말하는 소득재분배는 기타 임금이 없는 자와 비교하여 임금이 있는 자에 대해서 연금지급을 할 경우 재산적 지위에 있어서 불평등한 현상이 나타나기 때문에 연금지급을 조정한다는 것이다. 이러한 소득재분배는 우선 사회보장제도에서 나타나는 소득재분배가 아니다. 따라서 만약 국가가 이러한 형태의 소득재분배를 피한다면 이러한 정책을 집행하기 위한 수단은 보험료이어서는 않되

122) 이에 대해서는, Hans F. Zacher, “Zur Rechtdogmatik sozialer Umverteilung”. Die Öffentliche Verwaltung 1970. 4면 이하 참조.

123) 부과방식에서는 가입자가 각출하는 보험료는 현재 사회적 위험이 발생한 급여수급권자에게 지급되는 급여의 재원이 된다. 반면 적립방식(Kapitaldeckungsverfahren)을 채택하는 경우 가입자의 보험료는 적립되어 가입자에게 사회적 위험이 발생했을 때 지급되는 보험급여의 재원으로 사용된다.

며, 일반적 국가정책의 재원인 조세이어야 한다. 그렇기 때문에 조세를 재원으로 하여 추진되어야 하는 이와 같은 일반적인 소득재분배정책이 보험료를 통해서 집행된다면 이는 형식위반(Formenmißbrauch)의 국가행위이다. 또 보험료 부담자에게는 특별희생(Sonderopfer)을 부담시킨다는 의미에서 공평부담의 원칙을 내용으로 하는 개인의 평등권을 침해하는 것이 된다.

(4) 연금조정과 직업선택의 자유와의 관련성

위에서 논의한 바에 따르면 당연히 다음과 같은 의문이 생긴다. 즉 군인연금법 제21조 제5항 제2호에 열거된 기관에 재취업한 경우에 연금의 일부를 지급정지하는 것은 개인이 동법에 열거된 기관에 재취업하는 것에 대해서 불이익하게 취급함으로써 개인의 직업선택의 자유를 침해하는 것이 아닌가 하는 점이다. 생각컨대 위와 같은 연금법의 규정을 통해서 물론 군인연금법을 통해서 개인의 직업선택의 자유가 직접 침해되는 것은 아니다. 그렇지만 간접적인 영향을 주는 것을 부인할 수가 없다. 헌법재판소는 군인연금법 제21조 제5항 제2호에 열거된 기관에 취업하는 것은 자신의 선택이기 때문에 불이익을 감내하여야 한다는 논리를 은연중 전개하고 있다. 그리고 이 논리는 연금수급권자에게 연금 전액을 정지하는 규정의 헌법심사에서도 적용될 수 있다.¹²⁴⁾ 그렇지만 직업선택의 자유는 바로 자신이 원하는 직업을 선택할 자유를 국가로부터 침해당하지 않을 것을 보장하는 것이다. 따라서 자신이 선택한 직업을 수행하는 것에 대해서 국가가 불이익취급을 한다면 이는 직업선택의 자유를 간접적인

124) 헌재 1994. 6. 30. 92헌가9(군인연금법 제21조 제5항 위헌제청), 판례집 6-1, 543면 이하(554면). 그러나 연금 전액을 정지하도록 하고 있는 공무원연금법에 대한 헌법심사에서는 청구인의 주장에도 불구하고 이 점에 대한 논의는 보이지 않는다. 헌재 2000. 6. 29. 98헌바106(공무원연금법 제47조 제1호 등 위헌소원), 판례집 12-1, 833면 이하 참조.

방법을 통해서 제한하는 것으로 평가되어야 할 것이다. 특히 군인연금법 제21조 제5항 제2호에 열거된 기관에서의 취업은 공직에의 취업이라기 볼 수 없기 때문에 여기서 직업선택의 자유는 중요한 헌법적 판단의 기준으로 적용되어야 한다. 다만 이러한 간접적인 직업선택의 자유에 대한 제한이 위헌으로 판단될 수 있는가 하는 문제에 대해서는 간접적인 기본권 제한에 대한 좀더 본격적인 이론구성을 통해서 대답되어야 할 것이다. 앞으로 기본권이론의 과제이다. 아마도 우선은 간접적인 기본권에 대한 제한은 그것이 실질적으로 직접적인 기본권제한의 정도에 이르렀을 때 비로소 위헌으로 판단된다고 할 수 있을 것이다.¹²⁵⁾ 이미 연금청구권을 취득한 자가 연금가입대상인 직장에 취업한 경우 계속 연금 가입과 합산의 가능성이 없음에도 불구하고 연금의 전액을 지급정지하는 규정 역시 직업선택의 자유를 제한하는 효과가 있다. 이것이 절대적인 의미에서 개인의 직업선택의 자유를 침해한다고는 할 수 없다. 그러나 적어도 다른 직장에 취업한 자에 비해서는 불이익한 처우를 받는 것이며, 이것이 정당화하기는 어렵다. 따라서 위에서 언급한 군인연금법에서와 같이 헌법적인 정당성을 증명하기 힘들다고 생각된다.

다. 재정운영과 재정통합

사회보험 재정운영과 관련해서는 1993년 제정된 공공자금관리기본법(이하 “공자법”으로 줄임)이 국민연금기금 중 “여유자금”을 공공자금관리기금으로 강제편입하도록 한 것이 헌법에 위반되는가의 여부가 헌법적인 쟁점이 되었다(제5조 제1항 제2호 및 제2항 제1호). 이로써 국민연금기금이 수익성이 낮은 재정투융자 등에 임의로

125) 이에 대해서는 예컨대, Rüdiger Breuer, “Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung”, Josef Isensee/ Paul Kirchhof(편), Handbuch des Staatsrechts Bd.VI (C.F.Möller, 1989). 982면 이하 참조.

사용되어 기금고갈의 위험이 발생한다. 또 공공자금관리기금에의 강제편입은 기금기여자인 국민연금 가입자가 기금운용과 관련된 의사 결정에 참여할 수 있는 기회를 봉쇄하여 가입자의 연금수급권을 침해할 가능성이 있다는 점이 논의되었다. 재정통합과 관련된 문제는 국민의료보험과 직장의료보험의 통합을 규정하고 있는 국민건강보험법의 규정에 대한 헌법심사에서 주된 쟁점이 되었다.

(1) 사회보험조직의 법적 성격

헌법재판소는 국민연금운영에 대해서 국가가 최종적인 책임자일 뿐 아니라 급여의 상대방 역시 국가라는 이해를 하고 있다. 이렇게 되면 국민연금관리공단은 단순히 국가의 업무를 위탁받아 행하는 보조기관에 불과하게 된다. 따라서 국민연금기금은 공적 기금으로서 국가의 처분에 맡겨져 있게 된다. 만약 그렇다면 국민 개인의 급여 청구권에 대한 기본권적 보장을 청구하는 실체법적인 권리 외에 기금운영에의 참여와 같은 절차법적인 권리, 그리고 기관상호간의 조직법적인 통제의 가능성은 거의 없는 셈이다. 그만큼 막대한 기금의 운용에 따르는 남용의 가능성에 대한 통제의 가능성은 제한된다. 그러나 이러한 헌법재판소의 이해는 문제가 있다. 사회보험법의 법률관계는 민법상의 채권채무관계와 유사한 공법상의 채권채무관계로서의 성격을 가진다.¹²⁶⁾ 여기서 가입자는 보험료 납부 등의 의무를 부담하며, 국민연금법이 보호하는 사회적 위험이 현실화되었을 때 보험급여에 대한 청구권을 갖는다. 그리고 이러한 보험관계의 내용을

126) 이에 대해서는 예컨대 전광석, “사회행정법-헌법구조적 이해와 행정법적 실현을 위한 시론”, 전광석, 사회보장법학(한림대 출판부, 1993). 특히 33면 이하; Stefan Hertwig, Das Verwaltungsrechtsverhältnis der Mitglieder Versicherter in einer gesetzlichen Krankenkasse-zugleich ein Beitrag zur Theorie des öffentlich-rechtlichen Sonder-schuldverhältnisses(C.H.Beck, 1989); Peter Krause, “Das Sozialrechtsverhältnis”, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes. Bd.XVIII. 1980. 12면 이하등 참조.

이루는 권리의무의 당사자는 가입자와 보험자이다. 따라서 가입자와 직접적인 권리의무관계를 갖는 보험자는 국민연금관리공단이다. 물론 입법정책적으로 보면 보험자가 국가와는 조직법적으로 독립된 법인이어야 하는 것은 아니다. 이에 대한 헌법적인 필연성은 존재하지 않는다는 것이다.¹²⁷⁾ 그러나 현행법은 국민연금사업의 효율적인 시행을 위하여 국가를 직접 보험자로 하지 않고 국민연금관리공단이라는 독립된 법인을 보험자로 형성하였다. 그리고 이러한 조직형태에 대한 입법적 결정은 국민연금운영에 있어서 기능적 연관성을 동시에 가질 때 비로소 체계일관한 것이다. 그렇기 때문에 헌법재판소가 국가를 연금지급에 대한 채무자로서 이해하고 있는 것은 국민연금법상의 법률관계를 오해한 데에 기인한 것이다. 헌법재판소는 물론 국가가 최종적인 책임자라는 표현을 하고 있기도 하다. 그러나 국가의 연금보험에 대한 최종적인 책임성과 법률상의 급여실현에 대한 책임은 별개의 문제이다. 물론 현재와 같이 법률관계의 대부분의 내용이 입법화된 상태에서 국가의 책임과 보험자의 책임이 실질에 있어서 큰 차이가 있을 수는 없다.¹²⁸⁾ 그러나 그렇더라도 여전히 국민연금에 대한 제1차적인 지급의무는 어디까지나 국민연금관리공단에 있다. 그리고 국민연금관리공단이 법률상의 의무를 이행할 수 없는 경우 헌법상 사회보장에 대한 과제로부터 국가의 담보책임이 도출되다는 논리가 보다 헌법 및 실정법의 책임구조에 충실한 것이다.¹²⁹⁾ 결

127) 이에 대해서는 예컨대 전광석, “인간다운 생활을 할 권리의 사회정책적 실현구조”, 전광석, 위 각주 12의 책, 특히 99면 이하 참조. 이와 같은 문제를 다룬 독일연방헌법재판소의 판례로는 BVerfGE 39, 302(314f.) 참조.

128) 이 점이 예컨대 보험료율이 조합의 정관에 의해서 결정되고, 정관에 따른 부가급여의 가능성을 예정하고 있는 의료보험법과 다른 점이다. 의료보험의 경우 보험자인 조합은 보험료율의 인상 및 급여의 삭감을 통한 자구노력의 가능성이 존재하며, 따라서 그만큼 국가적 개입을 보충적인 것으로 형성할 가능성이 존재하기 때문이다. 이에 대한 독일연방사회법원의 판결로는 BSGE 34, 177; 47, 148 등 참조.

129) 사실 국민연금관리공단의 연금지급권 보장 의무에 대해서 국가가 과연 최종적인 책임을 지는가의 여부에 관한 문제 역시 헌법적으로 보면 간단한 것은 아니다. 공법상의 법인이 지 불능력을 상실하는 경우 이를 국가가 담보해야 한다는 논리는 원칙적으로 인정되지 않음

국 위와 같은 국민연금관리공단의 성격과 기능을 무시한채 국민연금 기금에 대한 국가의 권한을 근거짓는 헌법재판소의 시도는 타당성을 결여하고 있다.

의료보험조합은 국민연금관리공단과는 달리 공법상의 사단으로서의 성격을 갖는다. 따라서 적어도 행정조직법적으로 보면 구성원인 가입자의 참여가능성이 넓게 열려 있어야 한다. 그러나 이 경우에도 헌법적으로 보면 구성원에게 특별한 형태의 참여의 기회가 보장되어 있는 것은 아니다. 가장 효율적인 조직의 운영에 필요한 조직형태, 그리고 조직내부에서의 의사결정방식을 결정함에 있어서 입법적 형성권이 인정되어야 하기 때문이다.

(2) 가입자의 참여 가능성

구체적으로 국민연금 가입자가 의사결정에 미칠 수 있는 영향력의 정도 및 영향력 행사의 방법은 국민연금관리공단의 법적 성격에 의존해 있는 문제이다. 이미 언급했듯이 입법자에게 국민연금관리공단의 조직형태에 대한 구체적인 헌법적인 요청이 도출되는 것은 아니다. 즉 이 문제에 대해서는 입법적 재량이 인정되어 있다는 것이다. 예컨대 입법자가 국민연금관리공단을 공법상의 사단으로 형성하였다면 이에 상응하여 가입자는 참여권을 갖는 형태로 국민연금관리공단의 의사형성에 참여할 수 있다. 그런데 국민연금법은 국민연금관리공단에 민법상의 재단에 관한 규정을 준용토록 하고 있어, 국민연금관리공단의 조직형태를 공법상의 재단으로 예정하고 있

며, 이를 인정하기 위해서는 특별한 논증을 필요로 하기 때문이다. 이 점에 대해서는 예컨대 BVerwGE 72, 212. 또 설혹 국가가 공법상의 법인의 책임을 담보하는 경우에도 담보의 대상이 실정법상 공법상의 법인이 부담하는 것과 동일한 것은 아니다. 예컨대 공법상의 법인인 의료보험조합의 피보험자에 대한 책임과 국가의 피보험자에 대한 그것은 다르다. 전자가 법률에 정해진 적절한 급여를 보장할 책임이라면, 후자는 피보험자가 의료보장의 본질을 훼손하지 않는 정도의 보장을 받아야 한다는 의미에서의 헌법적인 책임이라고 할 수 있다. 이에 대한 독일사회법원의 판결로는 BSGE 34, 177; 47, 148 등 참조.

다.¹³⁰⁾ 그렇기 때문에 이에 상응하여 가입자의 참여의 기회는 제한되어 있다. 그러나 그렇다고 해서 국가의 일방적인 운영만이 국민연금법에 충실하다고 할 수는 없다. 국민연금관리공단이 공법상의 재단이더라도 이는 국가의 일방적인 출연에 의해서 형성된 것이 아니며, 가입자의 보험료를 통해서 형성되었다는 재정법적인 특성은 여전히 존재하기 때문이다. 즉 국가의 일방적인 출연행위에 의하여 형성된 재단에 비해서는 가입자의 영향력이 존중되어야 하는 것이 재정법적인 요청이다. 국민연금관리공단은 한편으로는 공법상의 재단으로서 조직법적으로 보면 가입자는 단순히 수혜자의 지위에 있지만, 그 재단은 가입자의 기여에 의하여 기금이 형성되어 있기 때문에 가입자를 의사결정과정에서 배제하는 것은 보험료로 형성된 재단의 성격과 조화되기 힘들다는 것이다.

(3) 국민연금기금운용의 헌법문제

국민연금기금운용에 대한 국가의 간여와 관련되어 문제가 되는 것은 국민연금기금이 공공자금관리기금에 강제예탁된다는 점, 그리고 이로써 기금의 수익률이 낮아진다는 점이다. 이와 같은 문제에 대한 평가를 위해서는 다음과 같은 질문이 순차적으로 제기되고 대답되어야 한다고 생각된다. 먼저 강제예탁 자체가 헌법에 합치되는가 하는 문제이다. 말을 바꾸어 하면 국민연금은 목적기속적인 기금인데, 그렇다면 이를 공공자금으로 전용하는 것은 기금의 목적에 반하는 것으로 그 자체 위헌인가 하는 문제이다. 헌법재판소의 이에 대한 결정에서 반대의견은 바로 이러한 입장을 취하고 있다. 둘째, 설혹 강제예탁 자체에 대해서는 위헌이라고 할 수 없더라도 강제예탁되는 기금의 범위 및 수익률에 대한 결정이 기금의 목적기금으로

130) 국민연금법 제24조 및 제44조 참조.

서의 성격에 합치되는 방법으로 이루어지고 있는가 하는 질문이다. 이 질문은 기금의 목적성을 담보하기 위한 실체법적인, 그리고 절차적 및 조직법적인 제도장치가 담보되어 있는가 하는 문제와 불가분의 관계에 있다. 그리고 이에 대한 보장은 기금운용에 대한 사전적인 통제의 형태를 띠는 것이다.

국민연금기금의 강제예탁의 허용 여부는 국민연금기금이 목적기속적인 기금이기 때문에 강제예탁이 기금의 목적을 달성하는데 기여하는 정당성이 있으며, 그것이 필요한 조치인가의 문제로 귀착된다. 이 사건 반대의견은 국민연금기금이 연금지급에 사용되어야 하며, 연금 외적인 목적의 공공자금으로 전용하는 것 자체가 허용되지 않는다는 입장이다. 그러나 적어도 현재와 같이 국민연금의 재정방식으로 적립방식이 채택되어 있는 한 본격적으로 연금지급이 시작되는 2008년 까지는 연금지출의 범위는 제한되어 있으며, 기금의 운용은 필연적으로 발생한다.¹³¹⁾ 따라서 공공자금으로의 사용 자체가 헌법에 반한다고 할 수는 없다. 그러나 그렇다고 해서 기금운용의 강제예탁에 대한 제한이 전혀 없는 것은 아니다. 생각컨대 강제예탁을 통해서 도모하려는 목적이 기금의 안정성을 유지하는 데에 있다면 강제예탁이 적어도 헌법에 반한다고 할 수는 없다. 물론 기금의 안정성을 보장하기 위해서 강제예탁이 가장 효율적인 방법인가의 문제는 별개의 문제이다. 이미 언급했듯이 국민연금기금의 운용에 대한 제1차적인 책임은 국민연금관리공단에 있다. 그렇지만 국가로서는 기금을 비효율적으로 운용하여 연금수급권의 최소한의 내용이 실현되지 못하는 상황을 방지할 의무가 있다. 그렇기 때문에 높은 수익률에 따르는 위험을 방지하기 위해서 수익성이 높은 부문에 지나치

131) 이 점, 그리고 적립방식과 부과방식에 따른 제정운영에 있어서의 차이점에 대해서는 예컨대 김 상호, “적립방식과 부과방식의 비교와 정책적 시사점”, 사회보장연구 제14권 제1호 (1998), 1면 이하 등 참조.

게 많은 부분이 투자되지 못하도록 하는 데에는 정당성이 있다고 보여진다. 반대로 만약 기금의 공공부문에의 투자가 그 자체 목적이 라면 여기에 대해서는 정당성을 인정하기 힘들 것이다. 만약 그렇다면 기금 외적 경제상황에 따라 기금의 투자범위 및 수익률이 결정 되는 것이 오히려 체계일관한 것인데, 이러한 기금의 운용은 기금의 성격과 조화될 수 없기 때문이다.

결국 헌법재판소의 견해와 같이 공자법상의 강제예탁제도 자체가 헌법에 반한다고 할 수는 없다. 다만 기금의 재원인 보험료의 재정법적인 성격상 강제예탁제도가 체계적인 정당성을 갖기 위해서는 기금의 가치를 유지하기 위한 조치, 그리고 기금의 강제예탁의 범위를 결정함에 있어서 국민연금가입자의 이해관계를 대변할 수 있는 제도적인 장치가 존재하여야 한다. 이 문제 대한 헌법재판소의 논의는 대단히 피상적이다.

(4) 기금운용에 대한 법적 기준

(가) 실체법적인 기준

기금운용에 있어서 가장 중요한 기준은 기금이 실제 연금수급권을 보장하는데 기여할 수 있도록 안정성과 적절한 수익성을 가지고 있어야 한다. 국민연금법은 이와 관련하여 기금의 투자영역으로 수익의 최대한 증진을 위한 금융투자, 안정적인 공공사업에의 예탁, 그리고 복지증진사업을 들고 있다.¹³²⁾ 그런데 국민연금법에 따르면 공공부분과 금융투자에 대한 기금의 사용비율 자체가 법정화되어 있지는 않다. 즉 공공부문에의 투자에 관한 한 투자의 범위를 통제할 수 실체법적인 기준은 존재하지 않는다는 것이다.¹³³⁾ 다만 공자법이

132) 국민연금법 제85조 참조.

133) 이 문제에 대해서 제2기 노사정위원회에서 구체적인 합의가 시도되었으며, 법제화가 예정되어 있었다. 이 안에 따르면 1999년과 2000년에 국민연금기금의 공공부문에의 투자의 비

다음과 같은 추상적인 기준을 제기하고 있을 뿐이다. 즉 첫째, 기금 전체가 아니고 여유자금이 예탁된다. 둘째, 공공자금관리기금운용위원회는 관리기금과 기금 등의 설치목적에 지장이 없는 범위내에서 예외로 인정하는 경우 여유자금의 예탁에서 제외될 수 있다.¹³⁴⁾

그러나 위와 같은 기준은 기금의 수익적 및 안정적 운용을 위한 실효적인 기준이 될 수 없다. 첫째, 현재 적립방식으로 운용되는 국민연금의 특성상 국민연금기금의 대부분이 여유자금에 해당될 것이다. 둘째, 예탁제외의 조항이 있기는 하지만 이에 대한 결정권한은 공공자금관리기금운용위원회에 있다.¹³⁵⁾ 따라서 기금의 예탁 여부 및 범위를 결정하는 데에 있어서 기금의 특수목적이 아니라 일반 공공목적이라는 관점이 지배할 가능성이 존재하기 때문이다. 위와 같이 기금의 운용과 관련된 실체법적인 기준이 존재하지 않는 것은 국민연금기금의 성격과 조화되기 어려운 것이 사실이다. 그러나 다른 한편 그렇다고 해서 공자법상의 해당 규정을 위헌이라고 할 수 있는가? 생각컨대 기금운용에 적용되는 실체법적인 기준을 법제화하는 것은 가능하지 않다. 이에 대한 결정은 그때 그때의 사회정책적 관점 뿐 아니라 재정정책적, 경제정책적 관점에서 평가가 이루어지고 이에 기초하여 결정되어야 하기 때문이다. 다만 이에 대한 판단은 제1차적으로는 국민연금관리공단에 유보되어야 한다는 조직법상의 한계는 여전히 중요하다.

율이 전체 여유자금의 65% 및 40%를 넘지 않도록 한 바 있다. 이에 대해서는 김 연명, “국민연금기금운용의 민주적 통제와 전문성제고 방안”, 국민연금제도 도입 10년의 평가와 향후 발전방향, 1998년 사회보장학회 제28회 학술발표회 자료집, 108면 참조. 실제 이러한 내용은 99년 개정된 공자법에 반영되었다. 즉 개정법에 따르면 국민연금기금의 강제예탁은 2000년까지 시행된다. 다만 이때 강제예탁의 비율이 법정화되었다. 강제예탁의 비율이 1999년에는 65%, 2000년에는 40%를 초과할 수 없도록 하였다.

134) 공자법 제5조 제1항 참조.

135) 공자법 제10조 제1항 제3호 참조.

(나) 절차법적인 기준

이 사건에서 중요한 쟁점중의 하나는 기금운용에 있어서 가입자의 영향력을 배제하고 있는 입법이 헌법적인 정당성을 가질 수 있는가 하는 문제이다. 그러나 헌법재판소는 이와 같이 이 사건 해결을 위한 중요한 기준에 대해서 침묵하고 있다. 이미 언급했듯이 이 문제는 국민연금관리공단의 법적 성격과 밀접히 관련되어 있다. 만약 국민연금관리공단이 공법상의 사단으로서의 성격을 갖는다면 기금운용에 있어서 가입자의 직접적인 혹은 적어도 간접적인 영향력이 존재하여야 한다. 그러나 이러한 조직형태에 대한 헌법적인 필연성이 존재하는 것은 아니다. 보험료의 재정법적인 성격상 공법상의 사단의 조직형태가 입법적으로 바람직한 것은 사실이지만 입법자가 다른 조직형태에 대한 선택을 하는 것을 방해하는 것은 아니라는 것이다. 실제 국민연금법의 입법자는 국민연금관리공단을 공법상의 재단으로 형성하였다.¹³⁶⁾ 그리고 이렇게 되면 기금의 운용에 가입자가 어느 정도 영향을 행사하여야 한다는 법적 필연성은 존재하지 않는다. 다만 보험료의 목적기속적인 공과금으로서의 성격을 존중하여 가입자가 기금운용에 참여하는 가능성은 부여하는 것이 금지되는 것은 아니다.

(다) 조직법적인 기준

공자법상 국민연금기금 강제예탁의 가장 중요한 문제점은 예탁에 대한 조직법적인 통제가 전혀 존재하지 않는다는 데에 있다. 국민연금법상 국민연금기금의 예탁 등 중요 사항은 국민연금기금운용위원회에서 심의·의결된다.¹³⁷⁾ 그리고 공자법은 이에 대한 결정권한을

136) 국민연금법 제44조 참조.

137) 공자법 제84조 제1항 참조.

공공자금관리기금운용위원회에게 부여하고 있다. 여기에는 기금의 합리적인 운용 여부에 영향을 미칠 수 있는 두 개의 법률관계가 나타난다. 차례로 살펴본다.

먼저 국민연금관리공단 내부조직법적인 문제이다. 여기에는 다시 다음과 같은 두 가지 법률관계에 대한 접근이 필요하다. 첫째, 가입자의 이익과 보험자의 이익이 균형을 이룰 수 있는 제도적 장치가 필요하다. 다만 이 문제는 이미 언급했듯이 국민연금관리공단이 공법상의 재단으로 형성되어 있기 때문에 적어도 조직법적으로 접근하는 데에는 한계가 있다. 다만 가입자가 공법상의 법인인 국민연금관리공단에 대해서 가지는 기본권 주체로서의 지위에서 헌법적인 비난을 하는 것은 별개의 문제이다. 둘째, 국민연금관리공단 내부에서의 의사결정이 국민연금관리공단과는 별개의 관점에서 정책을 결정·집행하는 국가의 일방적인 영향력에 종속되어서는 안된다. 그런데 심판대상인 국민연금법상의 구도속에서는 국민연금관리공단의 독자성이 관철되기는 힘들다. 왜냐하면 국민연금기금운용위원회의 전체 위원 15인중 적어도 과반수인 8인이 정부 소속이거나 아니면 정부가 인선에 영향력을 행사하는 것을 배제할 수 없기 때문이다. 우선 6명의 관련 장관이 참여하고 나머지 9명은 위원장인 경제기획원장관이 위촉하도록 되어 있다. 그런데 사용자대표 2인과 가입자대표 4인 및 공단이사장을 제외한 공익위원 2명은 경제기획원장관이 정책노선에 따르는 위원으로 임명되는 것이 가능하기 때문이다. 결국 국민연금관리공단내에서의 의사결정에 있어서도 국가의 의사결정과 독립된 기준에 따른 의사결정이 담보되어 있지 않다. 따라서 국민연금의 보험자를 국가와는 조직적, 그리고 기능적으로 분리하여 규정한 입법체계는 일탈되어 있다고 할 수 있다. 다만 본 사건 심판이 제기된 후 정부조직법의 변경으로 인하여 경제기획원장관과 재무부장관이

재정경제원장관으로 통합되었다. 이로써 국민연금 자체의 정책적 관점이 중시될 가능성이 커졌다.

위에서 살펴보았듯이 국민연금관리공단의 내부적인 조직이 기금의 운용을 위하여 체계적으로 정비되어 있다고는 볼 수 없다. 그러나 이러한 논거 역시 재정법적인 특성이 조직법적으로 반영되어야 한다는 행정조직법적인 논거일 뿐 이러한 조직형태를 통해서 개인의 기본권이 직접 침해된다거나 헌법의 기본원칙에 반한다는 평가를 할 수 있는 기준은 존재하지 않는다.

보다 심각한 기금남용의 가능성은 기금의 사용이 국민연금기금운용위원회가 아닌 공공자금관리기금운용위원회에서 일방적으로 결정된다는 데에 있다. 다음과 같은 몇 가지 단계에서 그러하다. 첫째, 공자법은 기금의 관리자에게 기금의 설치에 관한 규정에 불구하고 기금예탁의무를 부과하고 있다. 결국 이로써 공자법상의 기금에 대한 예탁규정은 국민연금법상의 기금운용에 대해서 국민연금기금운용위원회가 가질 수 있는 결정권한을 선점하고 있는 셈이다. 그리고 이로써 기금의 사회정책적 목적보다는 일반정책적 목적이 보다 우선할 수 있는 가능성이 열려 있는 셈이다. 둘째, 예탁되는 기금의 범위가 공공자금관리기금운용위원회에서 독자적으로 결정된다.¹³⁸⁾ 셋째, 공자법은 국민연금기금의 일부를 기금예탁의무에서 제외시킬 수 있는 가능성을 두고 있기는 하다. 그러나 제외조항을 적용할 것인가의 여부는 공공자금관리기금운용위원회에 유보되어 있다.¹³⁹⁾ 그렇기 때문에 이 결정 역시 일반정책적 판단에 종속될 가능성이 농후하다. 그렇다면 결국 국민연금관리공단과 공공자금관리기금 운용위원회와의 관계에서도 국민연금기금의 목적성을 담보할 수 있는 장치는 존

138) 공자법 제5조 제2항 제2호 참조.

139) 공자법 제5조 제1항 단서 및 제10조 제1항 제3호 참조.

재하지 않는 셈이다.

위와 같은 조직법적인 견제장치가 미비되어 있음에도 불구하고 이러한 입법이 헌법에 반한다는 평가를 하기는 힘들다. 예컨대 청구인은 재산권 및 인간다운 생활을 할 권리를 기준으로 위와 같은 입법에 대한 위헌심판을 신청하고 있다. 그런데 인간다운 생활을 할 권리는 권리의 실체적인 내용과 관련해서는 지극히 추상적이다. 다만 사회보장급여의 권리성을 근거짓는 헌법적인 근거로 기능할 수 있다. 재산권 역시 보험료에 대한 어느 정도 상응하는 급여가 지급될 것을 보호하고 있을 뿐이다. 그리고 이들 기본권이 실현되는데 기여하는 절차법적인, 그리고 조직법적인 정비를 객관적으로 요청하는 것은 사실이다.¹⁴⁰⁾ 그러나 이와 같은 요청이 개인에게 이에 대한 주관적인 청구권을 부여하는 것은 아니다. 따라서 위와 같은 조직법적인 입법이 개인의 기본권실현에 간접적인 효과를 가질 수 있을지 언정 기본권을 침해하고 있다고 할 수는 없기 때문이다.

(5) 기관간 통제의 가능성

헌법재판소 결정의 다수의견은 기금운용에 있어서 국회의 포괄적인 통제의 가능성이 존재한다고 한다. 그러나 헌법재판소 다수의견의 평가와는 달리 기금운용에 대한 국회통제의 가능성은 극히 제한적이다. 국민연금법, 공자법, 기금관리기본법상 국회의 간여 모두에 대해서 같은 평가를 할 수 있다.¹⁴¹⁾ 먼저 국민연금법에서는 기금의

140) 이 점에 대해서 자세히는 예컨대 이승우, “국가의 기본권 보호의무”, 양승두교수 화갑기념논문집, 1994. 1153면 이하; 전광석, “기본권의 객관적인 성격과 헌법이론”, 고시계, 1992. 11. 특히 89면 이하; 정태호, “기본권 보호의무”, 김남진교수 정년기념논문집, 1997. 361면 이하; Christian Starck, “Staatliche Organisation und Finanzierung als Hilfe zur Grundrechtsverwirklichung?”, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Bd.II. 1976. 516면 이하 등 참조.

141) 이밖에 감사원에 의한 감사를 통한 통제가 있으나, 이는 국민연금기금에 특유한 통제방법은 아니기 때문에 설명을 약한다.

운용계획이 대통령의 승인사항일 뿐,¹⁴²⁾ 국회의 간여는 예정되어 있지 않다. 공자법 역시 마찬가지이다. 다만 기금관리기본법은 다음과 같은 국회의 간여를 예정하고 있다. 즉 기금관리기본법은 기금관리자가 수립한 기금관리계획을 회계연도 개시 80일전에 국회에 제출하도록 하고, 중앙관서의 장이 관리하는 기금운용계획에 계상된 국채발행 또는 차입금의 한도액을 예산회계법 제26조의 규정에 의한 예산총칙에 규정하여 국회의 의결을 얻도록 규정하고 있다.¹⁴³⁾ 이밖에 공공기금의 관리운영주체는 국정감사의 대상이 된다.¹⁴⁴⁾

위와 같은 통제는 모두 법규정 자체에 표현되어 있듯이 공공기금의 전체에 대한 추상적인 통제는 될 수 있다. 그러나 국민연금기금의 설치목적은 담보하기 위한 공공기금에의 예탁 여부 및 예탁범위, 그리고 수익률에 대한 실효적인 통제가 될 수는 없다는 한계가 있다. 그리고 예산 일반이 그렇듯이 국회의 통제는 국회 자체가 제도적으로 전문적인 기관은 아니라는 한계가 있다는 점도 동시에 고려되어야 한다. 따라서 기금운용에 대해서 국회의 포괄적인 통제가 이루어지고 있다는 다수의견의 이해는 기금관리법의 입법취지에 충실한 것은 아니다. 대규모의 기금운용은 필연적으로 이와 관련된 권력과정을 수반하고 여기에 권력남용의 위험이 있다는 사실을 부인할 수 없다. 그리고 이에 대한 국회로부터의 통제가 바람직한 것은 물론이다. 또 설혹 우리 헌법이 이에 대한 명시적인 규정을 두고 있지 않더라도 입법적인 차원에서 국회의 간여를 허용하는 것이 요청되기도 한다.¹⁴⁵⁾ 그러나 헌법이 명시적으로 예정하지 않은 국회의 통제

142) 국민연금법 제87조 참조.

143) 기금관리기본법 제7조 제1항 참조.

144) 기금관리기본법 제13조 참조.

145) 일반적으로 국회의 국정통제권에 대한 헌법규정이 결코 한정적이고 예시적으로 것으로 이해되어서는 안된다. 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, “국회의 인사에 관한 권한”, 고시연구 1998/2, 특히 76면 이하 참조.

가 입법적으로 실현되지 못하고 있다고 해서 위헌이라고 할 수는 없다.

(6) 기금운용에 대한 사후적인 보장의 문제

이 사건 헌법재판소 결정에 나타난 마지막 쟁점은 강제예탁이 국채발생의 외형을 띠지 못하고, 따라서 투자기금의 회수가 담보되어 있지 못하다는 점이다. 강제예탁에 대해서 단순히 예수금증서 만이 교부되는 것은 국채를 발생하는 경우에 한하여 국회의 사전동의권의 대상이 되기 때문에 이를 회피하기 위한 것으로 허용될 수 없는 방법이 사용되고 있는가 하는 문제가 제기된다. 생각컨대 국민연금기금의 강제예탁에는 국채발생의 방법을 선택하는 것이 헌법의 이념과 조화될 수 있으리라고 생각된다. 국가부채의 유형에는 여러 가지가 있을 수 있다. 그런데 기본적으로 국가부채는 국민의 부담이 된다. 따라서 우리 헌법상 국가부채의 원칙적인 형태는 국채발행을 통하여 이루어져야 한다고 보아야 한다. 근대헌법의 중요한 기원이 국가재정행위에 대한 대의기관에 의한 통제의 필요성에 있기 때문에 위와 같은 결론은 결과론적으로 보더라도 타당하다. 기금의 강제예탁이 형식적으로 회계내 이전이라고 하더라도 실질적으로는 조세에 의한 수입의 이전이 아니라 보험료에 의해 형성된 기금으로부터의 이월이기 때문에 부채의 성격을 인정하는 것이 타당하리라고 생각된다.

그러나 여기에 대해서도 헌법적인 필연성이 있다고 볼 수는 없다. 엄격히 법적으로 보면 국민연금기금은 공공재정이며, 따라서 헌법재판소의 다수의견과 같이 회계내이전의 성격이 완전히 부인될 수는 없기 때문이다. 다만 그렇다고 해서 국채의 발행을 통해서 채무를 담보하는 데에 헌법적인 장애가 존재하는 것은 아니다. 사실 이러한 방법은 기금의 회수라는 안정성의 관점에서 보면 예수증증서의 발행

에 비해서 현저한 효과가 있는 것은 아니다. 국채의 경우 어느 정도 유통 가능성이 존재하지만 기금의 회수를 내용으로 하는 국채를 금융시장에 유통시킬 가능성은 거의 없다. 따라서 국채발행은 오히려 국민연금기금의 운용에 대해서 국회에서의 공론화를 가능하게 한다는 점에서 의미가 있는 것이다. 이로써 기금의 운용을 투명화하며, 그 결과 국회로부터의 제도적인 통제와 여론으로부터의 비제도적인 통제를 가능케하는 효과가 있기 때문이다.¹⁴⁶⁾ 그러나 여전히 이는 헌법적으로 바람직한 상태일 뿐, 국가부채의 유일한 방법이 국채발행의 형태를 띠어야 하는 것은 아니다.

헌법재판소의 결론과 같이 이 사건 심판대상인 법률이 위헌이라고 할 수는 없지만 전체적으로 입법체계를 일탈해 있다는 점을 살펴야 했다. 국민연금과 같이 국민생활에 중요하고 장기적인 영향을 미치는 정책영역에서 국민의 권리가 실현될 수 있도록 실체법적인, 절차법적인, 그리고 조직법적인 준비를 할 것을 요청하는 것은 헌법의 과제이다. 그러나 이를 헌법재판소가 통제하는 수단은 현재의 (재정)헌법이론의 발전단계에서는 형성되어 있지 않다. 위 사안은 입법적 과오에 대한 헌법적인 통제의 가능성이 제한적이라는 사실을 보여주는 대표적인 예이다. 따라서 재정헌법에는 보다 세밀한 실체법적, 절차법적, 그리고 조직법적인 기준을 정립하는 과제가 부여되어 있으며, 향후 재정헌법의 중요한 과제라고 생각된다. 국민연금은 기금운용의 안정성, 효율성, 투명성 등이 제고되는 경우에 한하여 국민적인 공감대를 형성할 수 있고, 제도적인 목적이 달성될 수 있다. 특히 이때 국민연금기금이 보험료라는 국민의 기여에 의하여 형성된 것이라는 점을 충분히 고려하여 일반정치적인 기준에 따라서

146) 국가의 재정행위에 대한 여론을 통한 통제의 중요성에 대해서는 예컨대 Gunter Kisker, "Staatshaushalt", Josef Isensee/ Paul Kirchhof(편), Handbuch des Staatsrechts Bd.IV(C.F.Müller, 1990). 278면 등 참조.

국민연금기금이 재단되어서는 안되며, 이러한 의미에서 탈정치적(Entpolitisierung) 기금운용의 가능성과 이에 대한 재정헌법적인 통제가능성이 적극적으로 모색되어야 할 것이다. 향후 입법 및 재정헌법의 과제이다.

라. 규범형식의 문제

사회보장법적 사안을 규율하는 형식의 헌법적 요청과 관련하여 문제된 것은 입법권과 행정권의 규범정립권을 분배하는 기준은 무엇인가 하는 질문이다. 여기서는 헌법 일반의 요청인 이른바 본질성이론이 사회보장법이라는 특수한 영역에서 어느 정도 관철될 수 있는가 하는 문제가 주된 쟁점이 된다. 보다 구체적으로는 사회보장법에서 법률에 의한 직접적인 규율의 대상과 행정입법에의 위임가능성, 그리고 그 한계 등이 문제된다.

헌법재판소는 국가기능론적인 관점에서 오늘날 국가과제가 양적으로 확대되고, 질적으로 고도화됨에 따라 행정입법의 필요성을 긍정한다. 또 오늘날 적극행정의 시대에는 법률이 규율적인 성격에서 지침제시적 성격을 점차 강하게 띠어 간다는 점을 지적하기도 한다. 이러한 경향의 헌법적 표현이 헌법 제75조 및 제95조의 행정입법에 대한 위임가능성이다. 그리고 이러한 위임의 허용 및 한계는 확일적으로 판단될 수 없다는 점도 밝히고 있다. 즉 위임의 구체성과 명확성은 기본권의 성질 및 행정분야, 국민에 대한 영향력의 정도, 현실적 및 입법기술적 곤란성, 그리고 수임자의 민주적 정당성, 조직형태에 따라서 차별적으로 판단되어야 한다는 것이다. 위와 같은 기본적인 인식하에서 헌법재판소는 의료보험법의 급부법적 특성을 근거로 위임입법의 가능성을 널리 인정한다. 즉 의료보험법과 같은 급부법적 영역에서의 개인의 권리는 그 실현 여부가 자원종속적이고 따

라서 입법적 판단의 여지가 넓다. 그리고 이때 입법자는 이에 대한 구체화는 반드시 직접 하여야 하는 것은 아니며, 행정입법에 위임하는 것이 가능하다는 것이다. 이어 헌법재판소는 위임입법의 한계에 대해서 보다 구체적으로 논하고 있다. 먼저 헌법재판소는 위임의 구체성 여부가 규율대상의 종류와 성격에 따라서 달라진다는 점을 제시하고 있다. 여기서 규율대상의 특성과 관련하여 헌법재판소는 두 가지 기준을 제시한다. 첫째, 급부행정의 영역에서는 구체성의 요구가 다소 약화된다. 둘째, 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 역시 위임의 구체성에 대한 요구가 완화된다.¹⁴⁷⁾ 다음 헌법재판소는 위임의 구체성을 판단하는 기준이 되는 위임규정의 범위를 확대하여 이해하고 있다. 즉 위임조항 자체 뿐 아니라 당해법률의 전반적인 체계와 관련규정을 모두 판단 기준으로 하여 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 일반적이고 포괄적인 백지위임이라고 할 수 없으며, 따라서 헌법적 요청에 반하지 않는다.¹⁴⁸⁾ 이어 위와 같은 기준에 비추어 이 사건 심판대상인 법률의 합헌성을 다음과 같은 두 가지로 논증하고 있다. 첫째, 의료보험급여는 재정종속적으로 실현되기 때문에 그 범위 및 상한기준 등을 법률에 상세히 규정하는 것은 입법기술상 어렵다. 둘째, 의료보험법은 의료보험급여의 기준과 비용에 관한 주요 사항을 심의하기 위하여 자문기관으로 의료보험심의위원회를 두도록 하고 있다.¹⁴⁹⁾ 이로써 결국 의료보험법 전체를

147) 이는 이미 헌법재판소가 이전 결정에 밝힌 바 있다. 예컨대 헌재 1991. 2. 11. 90 헌가 27 (교육법 제8조의 2에 대한 위헌심판) 참조. 이 결정에는 교육법 제8조의 2가 의무교육의 실시시기를 아무런 기준이 없이 행정입법에 위임한 것은 포괄위임에 해당하여 헌법에 반한다는 소수의견이 제시되어 있다.

148) 이 점 역시 헌법재판소의 결정을 통해서 이미 제시된 바 있다. 예컨대 헌재 1996. 10. 31. 93헌바14(직업안정 및 고용촉진법 제10조 제1항에 의한 유로직업소개사업의 허가제의 위헌 여부사건) 참조. 판례집 8-2(1996), 434면 참조.

149) 의료보험법 제5조 및 동법 시행령 제5조 참조.

보면 분만급여의 구체적인 내용은 별도의 절차를 거쳐서 결정될 것이 예정되어 있으며, 따라서 법 제31조 제2항 자체가 위임의 기준을 제시하고 있지 않더라도 그 기준이 추측될 수 있다는 의도인 듯하다.¹⁵⁰⁾

행정의 기능유지를 위해서 필요한 범위내에서는 행정입법에 대한 국가이론에 따른 거부감은 오늘날의 민주주의 헌법에서는 사라졌다. 이러한 영역에서는 행정이 입법적 활동을 하는 것은 금지되어 있지 않을 뿐 아니라 요청되기도 한다고 보아야 한다. 그러나 다른 한편 여전히 원칙적인 입법권은 의회가 보유하고 있으며, 행정입법은 그것이 외부적 효력을 가지는 한 의회입법에서 파생하여 이를 보충 혹은 구체화하거나 또 혹은 이를 대위하는 입법권을 성격을 갖는다. 따라서 법률의 근거가 없이 행해지는 행정입법은 여전히 제한된 범위내에서만 허용된다. 또 적극적으로 보면 헌법의 실현과 관련된 중요한 사항은 직접 의회입법의 형식으로 규율되어야 한다.¹⁵¹⁾ 결국 전통적인 법률유보이론이 행정입법의 가능성을 제한하기 위한 이론도구였다면 민주주의원리에 기초해서는 보다 적극적인 내용, 즉 의회입법권의 발동을 의무짓는 내용을 가지게 되었다.¹⁵²⁾

위와 같은 관점에서 보면 의료보험법상의 법률관계는 질병으로부터 보호를 받을 권리라는 기본권을 실현하기 위한 중요한 사항이며, 따라서 의회입법을 통하여 규율되어야 한다. 다만 입법형식의 선택

150) 그러나 이는 논리의 비약이다. 왜냐하면 이로써 위임입법의 대상이, 그것도 불명확하게 예시되어 있을 뿐 그 내용 및 기준이 제시되어 있는 것은 아니기 때문이다.

151) 법률유보에 있어서의 이러한 민주주의원리에 기초한 접근은 독일의 연방헌법재판소가 학교법(Schulrecht)에서 교육과 관련된 중요한 사항은 입법적 결정을 필요로 한다는 결정을 한 이래 일반적으로 수용되어 왔다. BVerfGE 33, 303. 우리 헌법재판소 역시 아래에서 살펴보듯이 기본적으로는 이러한 입장에서 규율의 형식과 관련된 헌법적 판단을 하고 있다.

152) 이 점에 대해서 자세히는 예컨대 Emil Baader, "Parlamentarvorbehalt, Wesentlichkeitsgrundsatz, Delegationsbefugnis", Juristenzeitung 1992. 399면 이하; Peter Badura, Die parteienstaatliche Demokratie und die Gesetzgebung(Walter de Gruyter, 1986), 11면 이하; Fritz Ossenbühl, "Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes", Josef Isensee/ Paul Kirchhof (편), Handbuch des Staatsrechts Bd.III(C.F.Müller, 1988). 335면 이하 등 참조.

에 대한 헌법적인 평가에 있어서는 2단계의 심사를 요구한다. 먼저 해당법률관계가 의회입법의 형식에 의하여 규율되어야 하는 문제인가의 여부가 심사되어야 한다. 두번째 단계로는 행정입법에의 위임이 이루어지는 경우 수권법에 대한 헌법 제75조 및 제95조에 따른 요청, 즉 구체적으로 범위를 정하여 위임이 행해지고 있는가의 여부가 판단되어야 한다.

헌법재판소는 첫번째 단계의 심사와 관련하여 의료보험법의 급부법적 특성을 이유로 합헌성을 논증하고 있다. 즉 의료보험법상의 권리는 자원예의 종속성이 강하고 따라서 입법적 판단의 여지가 넓으며, 동시에 이에 대한 구체화는 입법적 영역이라기 보다는 행정적 판단의 영역이라는 것이다. 또 보다 구체적으로는 분만급여의 방법, 절차, 범위, 상한기준 등은 의료보험제도와 관련된 기본적인 사항이 아니며, 따라서 심사의 중점은 두번째 단계에 놓여 있다는 듯한 입장을 취하고 있다. 다만 이때 이들 사항이 왜 기본적인 사항이 아니며, 따라서 입법적 결정의 대상에도 제외될 수 있는가, 그리고 결과적으로 민주주의적 승인의 필요성이 약화되는 것인지에 대해서는 본격적인 논증을 행하고 있지 않다.

의료보험법에서 보호의 내용이 일반적으로 의료기술의 발전과 상관관계가 있으며, 따라서 이를 입법적으로 결정하는 데에는 여러 가지 제한이 있는 것이 사실이다. 그러나 이러한 문제상황은 모든 경우에 나타나는 것은 아니다. 이 사안에서 문제된 분만자녀수의 제한 문제가 좋은 예이다. 우선 분만급여의 자녀수의 제한문제는 의료급여의 제공 여부를 결정하고, 따라서 개인의 기본권실현에 직접적으로 관련된 문제이기 때문에 의회입법을 통한 결정이 반드시 요구되는 사항이라고 생각된다. 또 사회보장법 일반에 있어서 자녀수에 대한 규율이 생소한 것이 아니다. 그리고 자녀수의 제한문제는 위에서

지적인 바와 같은 의료기술의 발전과의 상관성이 있는 문제가 아니다. 즉 이를 규율하는데 입법기술적인 한계가 있으며, 따라서 보다 탄력성있는 행정입법의 필요성이 요청되는 사항이 아니라는 것이다. 오히려 문제가 된다면 분만급여의 자녀수에 대한 규정이 가져오는 재정적인 효과에 대한 평가이다. 그러나 이러한 재정적인 효과의 문제는 비교적 쉽게 의회입법적 결정단계에서 계측이 가능하기 때문에 자녀수제한에 대한 행정입법적 필연성이 존재한다고도 할 수 없다. 오히려 분만급여에 있어서 자녀수를 제한하는 규정은 인구억제를 내용으로 하는 인구정책적 고려를 반영한 것이라고 생각된다. 그러나 이러한 의도는 입법자만이 판단할 수 있는 문제로서 입법단계에서 그것이 실체법적으로, 특히 평등의 원칙 및 혼인과 가족의 보호 등의 요청과 헌법적으로 조화될 수 있는가 여부가 검토되어 결정되어야 한다. 따라서 이를 행정적 차원에서 결정하는 것은 형식위반의 국가작용이라는 헌법적인 비난을 피할 수 없을 것이다.¹⁵³⁾

헌법재판소가 다룬 사안에서 문제되는 요양급여기준 및 분만급여기준은 보건사회부고시로서 외형적으로는 행정규칙의 모습을 가지고 있다. 그런데 전통적인 이해와 같이 행정규칙을 내부적인 효력을 갖는 것으로 확일적으로 이해하여야 하는가 하는 점에 대해서는 의문이다. 행정규칙에 대한 전통적인 이해는 나름대로의 당시의 정치상황, 즉 입법부와 달리 행정부가 제한적인 민주적 정당성을 갖고 있었다는 사실을 배경으로 한다. 그런데 오늘날 이러한 정치구조는 더 이상 존재하지 않기 때문이다. 그렇다면 오히려 행정의 기능유지를 위해서, 그리고 또 행정 및 국가목적의 적극적인 실현을 위하여 경

153) 따라서 실혹 분만급여의 자녀수제한에 관한 규정이 본질적인 사항이 아니더라도 입법적으로 확정 혹은 예측될 수 없는 인구정책적인 고려를 행정입법을 통하여 고려를 하였다면 이는 입법적 위임의 한계를 일탈한 위임입법이라는 비난을 피할 수 없다. 다만 이때 위임입법 자체가 헌법에 위반되는가의 여부는 별개의 문제이다.

우에 따라서는 행정규칙에 대해서 법규적 효력을 인정하는 데에 부정적일 필요는 없다.¹⁵⁴⁾ 기능적으로 이해되는 권력분립의 원칙에 모순되는 것은 아니라는 것이다.¹⁵⁵⁾ 이러한 이해에 따르면 행정규칙은 적어도 그 종류에 따라 부분적으로는 법규명령과 동일한 효력을 갖게 된다.¹⁵⁶⁾ 그리고 이로써 행정권에게 일정한 사항을 규율함에 있어서 적어도 법규명령과 행정규칙간에는 자유로운 선택권을 인정하는 것이 헌법적으로는 장애가 없다고 생각된다.¹⁵⁷⁾ 이와 같은 입장에 따르면 요양급여 및 분만급여기준이 행정규칙의 외형을 가지고 있지만 법규명령의 효력을 갖고 있다고 해서 그 자체로서 형식위반이라고 할 수는 없다. 다만 이 경우 다음과 같은 두 가지 관점에서 요양급여기준 및 분만급여기준이라는 규범형식을 채택한 것은 문제가 있다. 첫째, 이른바 규범구체화 행정규칙을 인정하여 행정규칙에 법규적 효력을 인정하는 논리가 항상 통용되는 것은 아니다. 즉 법률이 일반조항 혹은 불확정개념을 사용하여 행정입법에 대한 위임을 행하고 있으며, 이를 이유로 규범을 행정적으로 구체화해야 할 필요

154) 홍정선, 행정법원론(상)(박영사, 1996), 223면 이하 참조. 대법원 역시 원칙적으로 행정규칙의 법규적 성격을 부인하지만, 행정규칙의 법규적 효력을 인정하는 몇 개의 판결을 남기고 있기도 하다. 예컨대 대판 1984. 9. 11. 82 누 116; 1989.11.14. 89 누 5676; 1994. 3. 8. 92 누 1728(고시의 법규성); 1994. 10. 28. 92 누 9463 등 참조. 독일에서는 연방행정법원의 이른바 뮐(Wyhl)결정(BVerwGE 72, 300)에서 연방내부장관의 지침인 “방사선유출량 산출기준”이 위임한계를 벗어나지 않는 범위내에서 법원에 대해서 기속력을 갖는다는 판결을 행한바 있다. 이는 이른바 규범구체화 행정규칙(normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift)의 개념을 정립하는 계기가 된 바 있다.

155) 우리 행정법학에서는 행정규칙이 사실상 외부적인 효력을 갖는 것은 별론으로 하고 내부적인 효력을 갖는다는 것이 일반적인 견해인 듯 하다. 그리고 이때 그 논거로서 권력분립의 원칙을 들고 있다. 예컨대 김남진, 행정법 I(법문사, 1997), 199면 이하; 김동희, 행정법I(박영사, 1998), 151면; 유지태, 행정법신론(신영사, 1996), 217면 이하 등 참조. 이에 대한 판결로는 예컨대 헌재 1990. 9. 3. 90헌마13 참조.

156) 이 점에 대해서는 예컨대 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt(Duncker & Humblot, 1981), 393면 이하; Fritz Ossenbühl, “Autonome Rechtssetzung der Verwaltung”, Josef Isensee/ Paul Kirchhof(편), Handbuch des Staatsrechts Bd.III(C.F.Müller, 1988), 444면 이하; Hans-Jürgen Papier, “Der Wesentlichkeitsgrundsatz-am Beispiel des Gesundheitsreformgesetzes”, Vierteljahresschrift für Sozialrecht 1990. 127, 129면 등 참조.

157) 이에 비해 행정규칙의 외부적 효력을 인정하는 대법원의 판결들에서는 이 경우 행정규칙이 상위법령의 위임의 범위내에서 제정되어야 한다는 점을 전제로 하고 있다.

성이 존재하여야 한다. 그런데 이 사안에서 심판의 대상인 의료보험법 제31조 제2항은 이러한 속성을 가지고 있는 조항이 아니다.¹⁵⁸⁾ 둘째, 요양급여기준 및 분만급여기준을 이른바 법률대위적 행정규칙으로 볼 수 있는가 하는 문제이다. 이러한 논리를 전개하기 위해서는 우선 분만급여에 있어서 자녀의 수를 제한하는 문제가 법률유보의 원칙이 적용되지 않는 규율대상이라는 것이 전제되어야 한다. 그리고 이러한 법률유보의 원칙의 적용대상에서 제외되기 위해서는 해당 규율대상이 침해행정의 성격을 갖고 있지 않아야 한다.¹⁵⁹⁾ 그런데 분만급여의 제한은 바로 개인의 권리에 불이익한 영향을 미치는 것이다. 따라서 법률대위적 행정규칙의 논리속에서도 위와 같은 규율형식의 채택이 정당화된다고 볼 수는 없다. 결국 분만급여의 기준을 법규명령의 형식으로 규율하여야 할 헌법적인 필연성은 없지만 행정규칙의 형식을 채택하는 것에 비해서 훨씬 바람직하다고 보아야 한다.

헌법재판소는 의료보험법이 급여의 내용 및 기준, 그리고 비용문제에 대한 심의를 의료보험심의회에서 하도록 하고 있는 점을 주목하고 있다. 이와 같은 의료보험의 전반적인 체계를 보면 분만급여관계에 대한 위임의 내용, 범위가 어느 정도 예측될 수 있다는 것이다. 따라서 분만급여에 대한 규정을 행정입법에 위임하는 것은 포괄적인 백지위임이라고 할 수 없다고 한다. 그런데 다수의견과 소수의견이 견해를 달리하는 데에서도 나타나 있지만 의료보험심의회 기능이 의료보험법 자체에서 명확히 인식될 수 있는 것은 아니다. 그

158) 독일 행정법에서 보면 환경기준으로 학문적 및 기술적 발전수준(jeweiliger Stand der Wissenschaft und Technik)이라는 불확정개념이 사용되는 경우 이를 구체화하는 행정규칙에 대해서 외부적 효력을 인정하는 것이 대표적인 예이다. BVerwGE 72, 300(320) 등 참조.

159) 따라서 법률대위적 행정규칙은 급부행정의 영역에서 주로 채택되며, 보조금준칙(Subventionsrichtlinien)이 여기에 해당하는 대표적인 예이다. 이 점에 대해서는 예컨대 Fritz Ossenbühl, 위 각주 135의 논문, 438면 이하 등 참조.

럼에도 불구하고 이러한 불확실한 상황에 구체성에 대한 판단을 의존시키는 것은 위임입법에 대한 헌법적 요청에 전혀 충실치 못한 판단이라고 생각된다.

이와 관련하여 헌법재판소는 위임의 구체성에 대한 판단이 일률적으로 이루어질 수는 없으며 그 기준의 하나로서 수임기관의 조직 형태를 제시하고 있다. 명확하지는 않지만 아마도 헌법재판소는 수임기관의 민주성이 위임의 구체성의 정도를 완화한다는 입장을 암시하고 있는 것이 아닌가 한다.¹⁶⁰⁾ 그러나 법률과 조례의 관계를 이 사안에서 문제되는 의료보험법과 의료보험심의회에서의 심의와 동일시하여 의료보험법에서 위임의 구체성이 완화된다는 결론에 이를 수는 없다. 조례는 지방의회에서 제정되는 것이고, 지방의회는 국민으로부터 국가기관에서 부여되는 민주적 정당성이 연계되어 있는 기관이다. 따라서 조례를 통해서 수권법으로부터 구체적인 위임이 없이도 독자적인 입법권을 행사할 수 있는 지방의회의 권한은 민주주의 원칙에 의하여 설명이 가능하다.¹⁶¹⁾ 그런데 의료보험심의회는 위와 같은 민주주의원칙에 의해서 설명될 수 있는 조직과 권한을 가지고 있지 않기 때문이다.¹⁶²⁾

160) 실제 예컨대 대법원은 조례에 대한 위임규정에 대해서 조례가 지방의회에서 제정된다는 점을 논거로 위임의 구체성에 대한 요청을 완화하여 판단한 바 있다. 예컨대 대판 1991. 8. 27. 90 누 6613 참조.

161) 예컨대 의료보험이 자치운영의 원칙(Selbstverwaltungsprinzip)에 따라 운영되며, 실제 의료보험 자치기구가 민주적으로 구성되고 기능하는 경우 여기서 제정되는 정관에 대해서는 위임의 구체성에 대한 판단이 달라질 수 있을 것이다. 이 점에 대해서 자세히는 전광석, “사회보장에서 자치행정의 원칙”, 김철수교수 정년기념논문집, 1998 참조.

162) 의료보험심의위원회는 보험자를 대표하는 위원 2인, 피보험자를 대표하는 위원 4인, 사용자를 대표하는 위원 2인, 의약계를 대표하는 위원 8인과 공익을 대표하는 위원 5인으로 구성되어 있다(의료보험법 시행령 제6조). 의료보험법에 의하면 의료보험심의위원회는 요양급여의 기준과 요양급여 및 분담금여에 관한 비용의 기준 기타 의료보험사업에 관한 주요 사항을 심의한다(제5조). 의료보험법 시행령에 의하면 의료보험심의위원회는 의료보험제도에 관한 사항, 보험금여에 관한 사항, 보험료에 관한 사항, 기타 의료보험에 관하여 보건복지부장관이 부의하는 사항을 심의한다(제5조).

3. 결 어

사회보장법은 모든 국민을 사회적 위험으로 보호하는 국가의 정책영역이다. 따라서 입법부 및 행정부 등 정책결정권자는 가장 효율적으로, 그리고 다른 정책영역과의 조화를 이루면서 사회정책을 형성할 과제가 있다. 헌법재판소가 사회보장법의 형성에 있어서 입법적 형성의 자유를 폭넓게 인정하고, 이에 대한 헌법적 심사에 있어서 완화된 기준을 적용하는 의미는 여기에 있다. 그러나 다른 한편 사회보장법은 오늘날 개인 생활의 가장 중요한 경제적 기초를 이룬다. 그리고 이러한 경제적 기초인 사회보장청구권은 장기적인 법률관계를 내용으로 한다. 즉 특히 사회보험의 경우 장기적으로 형성되고, 또 지급된다. 그만큼 오늘날 사회보장법의 제정 및 개정은 국민 생활에 중요한 변화를 가져온다. 따라서 앞으로 사회보장법에 대한 헌법소송이 양적으로 많이 제시되리라고 쉽게 예상할 수 있다. 헌법은 사회보장법을 형성하는 많은 주변환경의 하나이다. 따라서 정책결정권자는 사회보장법을 다른 정책요소들, 예컨대 경제, 노동, 국제정책들과 조화를 이룰 수 있도록 효율적으로, 또 실현가능할 수 있도록 형성하여야 한다. 그런데 헌법은 국민이 자신의 권리를 실현하는데 있어서 최종적으로 의존하는 법적 수단이다. 따라서 헌법적 설득력을 갖지 못하는 사회보장법에 대해서 은 정책에 대한 국민적 수용을 기대할 수 없다는 사실도 간과되어서는 안된다. 이는 물론 제1차적으로는 입법권 및 행정권과 같은 적극적인 국가권력의 과제이다. 그리고 이때 입법 및 행정적 결정의 단계에서 이미 헌법적 가치 및 원리, 그리고 개별 헌법규정들이 고려되어야 한다. 헌법재판의 사실상의 예방적인 효과이다. 이러한 의미에서 입법부 및 행정부

는 가장 중요한 헌법의 수호자이다. 그러나 최후의 헌법의 수호자는 헌법재판소이다.

위에서 설명한 바와 같은 사회보장법에 대한 헌법재판소의 결정을 분석한 결과 세부적으로는 다음과 같은 문제들이 좀더 논의의 필요로 한다.

첫째, 최근 헌법의 원리로서 언급하기 시작한 사회국가원리의 내용을 좀더 본격적으로 규명하고, 또 그 성격을 명확히 하여야 한다. 헌법재판소의 견해대로 단순히 입법적인 결정을 정당화하기 위한 기능을 수행한다면 과연 사회국가원리를 헌법적인 원리로 새삼스럽게 정립할 필요가 없을 것이다. 사회국가원리는 적어도 자유를 전제로 평등과 복지를 향한 국가의 지속적인 과제를 요청한다고 생각된다. 또 사회국가원리는 그간 우리나라에서 발달해 온 사회보장제도를 기초로 사회보장입법을 자극하는 내용을 가져야 한다고 생각된다. 따라서 그 자체로서 주관적인 청구권의 도출근거가 될 수는 없더라도 다른 기본권을 이해하고 해석하는 기준으로 기능하여야 하며, 적어도 기존의 제도에 의해서 보호되고 있던 사회적 위험에 대한 보호가 지속되리라는 신뢰를 부여한 근거가 되리라고는 생각된다.

둘째, 절대적 정의의 요청이며, 또 따라서 가장 기본적인 국가의 사회보장정책적 요청, 즉 최저생활보장을 위한 권리에 대한 보다 적극적인 접근이 요구된다. 이 문제를 접근함에 있어서 국가의 재정능력, 입법적 형성권 등이 중요한 논거이기는 하다. 그러나 헌법 제34조 자체에 대한 보다 헌법구조에 적합한 이해, 그리고 헌법 제34조와 제10조, 그리고 제9조 등과의 관계가 좀더 존중되어야 할 것이다.

셋째, 사회보장청구권의 내용을 분석함에 있어서 보다 사회보장법의 구조에 충실한 접근이 필요하다. 사회보장수급권이 사회보장법의 각종의 제도에 의해서 형성된 청구권을 포괄하는 것이라면 그 구체

적인 성격을 규명하고 그 각각에 대한 헌법적인 보호의 가능성이 세분화되어 접근대상이 되어야 한다는 것이다. 현재 헌법재판소는 사회보장수급권을 입법적 형성권이 포괄적으로 인정되며, 따라서 재산권적 보호의 아니라는 논거로 주로 사용하고 있다.

넷째, 오늘날 사회보장청구권은 이미 언급했듯이 국민 생활에 밀접한 관련된 생활의 기초를 이루고 있다. 그렇다면 사회보장청구권에 대한 입법적 변화에 따라 여러 가지 기본권이 실현되는 데에 영향을 미친다. 그렇기 때문에 이들 기본권들 역시 사회보장입법의 변화를 헌법적으로 판단하는 기준이 되어야 한다. 직업의 자유가 대표적인 예이다.

V. 사회보험에 관한 대법원 판례

1. 국민연금 관련 대법원 판례

사회보험에 관한 대법원 판례는 이미 상당수 나와 있다. 사회보험 관계 판례 가운데는 산업재해보상보험법 관련 판례가 다수를 차지하고 있으며, 국민연금과 의료보험관계는 상대적으로 적은 편에 속한다.

가. 국민연금의 수급권자의 범위

국민연금에 관련된 판례로는 우선 유족연금지급정지기간결정처분취소 사건이 있다. 여기서는 국민연금법 제94조 제2항 소정의 “수급권자”의 범위가 다투어졌다. 대법원은 이 사건에서, 「국민연금법 제94조 제1항에서 말하는 “수급권자”를 실제로 유족연금을 지급받은 사람 뿐 아니라 연금가입자의 상속인인 유족들이 모두 포함되는 것으로 확장 해석 할 근거가 없을 뿐만 아니라, 그와 같이 확장해석하게 되면 수급권자 이외의 상속인인 유족들은 유족연금을 지급받지 아니하고도 그들이 제3자에 대하여 가지는 손해배상청구권을 상실하거나 그 액을 감액당하는 경우가 발생하여 유족들에게 뜻하지 아니한 손해를 입히게 될 것이므로, 위에서 말하는 “수급권자”라 함은 그 문언대로 현실로 국민연금관리공단으로부터 유족연금을 지급받은 자를 의미하는 것으로 풀이함이 상당하고, 따라서 제3자의 행위에 의하여 유족연금의 지급사유가 발생한 경우 그와 동일한 사유로 제3자로부터 손해배상을 받은 때에 국민연금관리공단이 그 배상액의 범위 안에서 유족연금을 지급하지 아니한다는 같은 법 제94조 제2항의 규정 역시 수급권자인

유족에 대한 배상액의 범위내로 한정된다.」고 판시하였다.¹⁾

이는 실제로 배상을 받은 수급권자인 유족에 대해서만 유족연금의 지급제한을 인정하려는 취지로 합리적인 법해석이라 볼 것이다.

나. 국민연금과 평등원칙

다음에 국민연금법 제68조 제1항의 헌법상의 평등원칙 위반 여부에 대한 판례가 있다. 여기서 대법원 판례는 “국민연금법 제58조 제1항이 질병으로 인한 장애의 경우 초진일 현재 가입기간이 1년 이상인 자에 한하여 장애연금 수급권을 인정한 취지는 가입기간 1년 미만의 국민연금기금 조서에 기여도가 아주 적은 자를 장애연금의 수급권자에서 제외함으로써 장기간의 가입으로 오랫동안 각출료를 부담하여 온 자와의 관계에서 형평을 기하고, 한편 장애의 원인질병을 가진 자가 오로지 장애연금을 지급받을 부정한 목적으로 연금에 가입함으로써 기금의 안정유지를 위태롭게 함을 방지하려는 데 있으므로, 위 법규정이 국민연금가입자 사이의 불합리한 차별 또는 권리의 제한이라고는 보여지지 아니하여 헌법상의 평등의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다.”고 하였다.²⁾

다. 국민연금법상 장애연금과 초진일의 의미

같은 사건에서 제58조 제1항에 의한 초진일에 대한 의미가 문제가 되었는데, 대법원은 “국민연금법 제58조 제1항 소정의 초진일은

1) 대법원 1996. 5. 10. 선고 95누11993 판결

2) 대법원 1991. 11. 26. 선고 91누2205 제2부 판결. 이 조항은 다음과 같이 개정되었다. 제58조 (장애연금의 수급권자) ① 가입중에 발생한 질병 또는 부상으로 인하여 그 완치후에도 신체 또는 정신상의 장애가 있는 자에 대하여는 그 장애가 존속하는 동안 장애정도에 따라 장애연금을 지급한다. <개정 98.12.31 법5623> ② 제1항의 규정에 의한 질병 또는 부상을 당한 자가 초진일로부터 2년이 경과하여도 완치되지 아니하는 경우에는 그 2년이 경과된 날을 기준으로 장애정도를 결정하되, 그 2년이 경과된 날에 장애연금의 지급대상이 되지 아니하는 자가 그 질병 또는 부상의 악화로 인하여 60세가 되기전에 장애연금의 지급대상이 되는 경우에는 본인의 청구에 의하여 그 청구한 날을 기준으로 장애정도를 결정한다. <개정 98.12.31>

신체 또는 정신상의 장애를 초래한 직접적인 질병에 대한 진료개시 일을 의미하는 것이지, 위 장애의 원인이 된 질병의 진료개시일이나 또는 종전에 일응 그 질병에 합당한 치료를 받고 정상생활을 하다가, 그 후 신체의 장애를 초래할 질병이 재발된 경우에 종전의 진료개시 일을 의미하는 것은 아니다.”고 하여 초진일이라고 하는 것은 문제가 된 당해 질병에 관하여 직접 진료를 개시한 날임을 분명히 하였다. 즉, 과거에 질병이 있었으나 그간 완치되었거나, 원인이 된 질병으로 치료를 받은 적이 있었다고 하여도 이는 여기서 말하는 초진일과는 상관이 없다.

2. 의료보험법 관련 대법원 판례

가. 의료보험법상 심사청구의 필요적 전심절차로서의 성격

의료보험법관계 대법원 판례로는 우선 재활및물리치료실시기관인정해지처분취소 사건을 들 수 있다. 여기서 대법원은 “재활및물리치료실시기관인정해지처분은 구 의료보험법(1995. 8. 4. 법률 제4972호로 개정되기 전의 것) 제35조 제1항의 규정에 의하여 보건사회부고시로서 정한 의료보험진료수가기준에 관한 규정 중 ‘재활및물리치료실시기관인정등기준’에 따라 이루어진 것으로서 같은 법 제60조 소정의 보험급여비용에 관한 처분이라 할 것이고, 같은 법 제70조 본문은 보험급여비용에 관한 처분에 대한 불복의 소는 같은 법 제61조 소정의 재심사위원회의 결정을 거친 후가 아니면 이를 제기할 수 없도록 규정하고 있으므로, 당해 처분에 관하여 같은 법 제60조의 규정에 따라 심사청구를 하여 그 기각결정을 송달받고도 정해진 기간 내에 같은 법 제61조 소정의 재심사청구를 하지 아니하여 적법한 전심절차를 거치지 아니하였다면 당해 처분의 취소를 구하는

소는 부적법하다.”는 것을 들 수 있다.³⁾ 이는 보험급여비용에 관한 처분에 대한 불복의 소를 제기하는 경우에는 반드시 법에 정하여진 절차를 다한 후에 소송을 제기하여야 하는 것을 다시 확인한 판례이다.

이 조항은 의료보험법이 국민건강보험법으로 개정되면서 다음과 같이 변화하였다.

제76조(이의신청) ① 가입자 및 피부양자의 자격·보험료 등·보험급여 및 보험급여비용에 관한 공단의 처분에 이의가 있는 자는 공단에 이의신청을 할 수 있다.

② 요양급여비용 및 요양급여의 적정성에 대한 평가 등에 관한 심사평가원의 처분에 이의가 있는 공단·요양기관 기타의 자는 심사평가원에 이의신청을 할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 이의신청은 처분이 있는 날부터 90일 이내에 문서로 하여야 한다. 다만, 정당한 사유에 의하여 그 기간내에 이의신청을 할 수 없었음을 소명한 때에는 그러하지 아니하다.

④ 이의신청에 대한 결정, 그 결정의 통지 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제77조(심사청구) ① 제76조의 규정에 의한 이의신청에 대한 결정에 불복이 있는 자는 건강보험분쟁조정위원회(이하 “분쟁조정위원회”라 한다)에 심사청구를 할 수 있다. 이 경우 제76조 제3항의 규정은 심사청구에 관하여 이를 준용한다.

② 분쟁조정위원회는 보건복지부장관 소속하에 둔다.

③ 분쟁조정위원회는 건강보험에 관한 법학 또는 의학 분야의 학식과 경험이 풍부한 자 중 보건복지부장관이 임명 또는 위촉하는 20인이내의 위원으로 구성한다.

④ 심사청구에 대한 결정, 그 결정의 통지 및 분쟁조정위원회의 조직·운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

3) 대법원 1997. 8. 22. 선고 96누5711 판결.

제78조(행정소송) 공단 또는 심사평가원의 처분에 이의가 있는 자와 제76조의 규정에 의한 이의신청 또는 제77조의 규정에 의한 심사청구에 대한 결정에 불복이 있는 자는 행정소송법이 정하는 바에 의하여 행정소송을 제기할 수 있다.

여기서 주의할 점은 행정소송법의 개정으로 행정심판을 제기할 수 있는 경우라고 하더라도 관계법에서 반드시 행정심판을 거치도록 한 경우가 아니라면 반드시 행정심판을 먼저 거치도록 하는 행정심판 전치주의가 행정심판의 임의절차주의로 변화된 점이다(행정소송법 제18조). 따라서 이 경우에 행정심판을 반드시 거쳐야 한다는 취지로 해석할 수는 없기 때문에 이제는 이의신청 혹은 그에 대한 불복청구와 관계없이 바로 행정심판을 거칠 수 있는 것으로 보아야 할 것이다.

나. 의료보험요양기관 지정해제와 이중적 제재의 문제

같은 사건에서 대법원은 또 “재활및물리치료실시기관인정해지처분은 구 의료보험법(1995. 8. 4. 법률 제4972호로 개정되기 전의 것) 제33조의 규정에 의한 요양기관지정취소처분과 별도로 같은 법 제35조의 규정과 이에 터잡은 보건사회부 고시에 따라 이루어진 것으로서, 당해 요양기관이 청구한 보험급여의 비용 중 특히 재활 및 물리치료로 인한 비용에 대하여는 이를 지급하지 아니하겠다는 내용의 보험급여비용에 관한 처분이므로, 이 사건 처분이 법령상의 근거가 없다거나 피고가 동일한 사안에 대하여 의료보험요양기관지정취소처분과 중복하여 2중으로 제재처분을 한 것으로 볼 수 없다.”고 판시하였다.⁴⁾

2중의 제재처분은 우리 헌법 제13조가 규정하고 있는 일사부재리의 원칙으로부터 나온다. 이 규정에 따르면 “모든 국민은 행위시의

4) 대법원 1997. 8. 22. 선고 96누5711 판결.

법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.”(대한민국 헌법 제13조 제1항) 여기서의 표현으로는 처벌이라 되어 있지만 여기에는 행정처분을 포함하는 불이익한 조치를 포괄하는 개념으로 이해할 수 있다. 이 사안의 경우에 요양기관의 취소와 재활및물리치료실시기관인정해지처분은 법적인 근거와 요건이 다른 것이므로 하나의 행위에 대한 2중적인 제재조치는 아니라고 생각할 수 있다. 오히려 이는 하나의 행위가 2개의 제재처분의 요건을 충족시키는 경우로서 행정목적 달성을 위해서 2가지의 제재를 병과한 것이라고 볼 수 있다. 이 경우에 두번째의 조치를 취하지 아니하면 요양기관 지정은 취소되었으나 여전히 의료보험의 청구를 할 수 있는 기관으로서의 자격은 가질 수 있으므로 이는 오히려 불합리할 뿐만이 아니고, 행정처분의 효력을 제대로 확보할 수 없는 결과가 된다고 할 것이다.

그리고 재활및물리치료실시기관인정해지처분이 없었다고 하여도 실질적으로 당해기관이 법적인 요건을 결하고 있었던 경우에는 물리치료비를 의료보험법에 의한 요양급여비로 청구하지 못한다고 하는 대법원의 판례를 주목할 필요성이 있다. 대법원은 “의료보험법 제35조 제1항, 보건사회부고시 제89-72호 진료수가기준 제7장 [산정지침(算定指針)] 제1항, 제3항, [부록] 재활 및 물리치료 실시기관인정기준 등의 규정들이 재활 및 물리치료 실시기관으로 인정된 기관에게 그 인력기준 및 시설·장비기준(裝備基準)에 해당하지 아니하게 된 때에는 지체없이 진료비심사기관에 변경신청을 하여 실시기관인정을 해지받아야 할 의무를 지우고 있고, 또 진료비심사기관도 그와 같은 사실을 적발한 때에는 지체 없이 그 인정을 해지하도록 규정하고 있으며, 진료비심사기관으로 하여금 진료수가를 각 분류항목의 진료소요시간과 요양기관의 시설·장비(裝備)·인력기준(人力基準)

에 맞게 산정하도록 규정하고 있는 취지에 비추어 보면, 위 보사부 고시에 명시적인 규정은 없지만 만약 그 실시기관으로 인정된 기관이 인력기준에 미달된 사실을 숨기고 계속하여 물리치료를 하였다면 재할 및 물리치료 실시기관 인정해지처분이 없었다고 하더라도 물리치료비를 요양급여에 대한 비용으로 산정하지 못한다고 해석함이 상당하다.”고 판시하였다.

이러한 판단에는 상당한 논란이 따를 수 있다. 우선 요양기관의 지정에 관해서는 다음과 같은 조항이 적용된다.

제32조(요양기관의 지정) ① 제29조 제2항 제1호의 요양기관은 보건복지부장관이 정하는 바에 따라 보험자 또는 보험자 단체가 이를 지정한다.

② 보험자는 제1항의 규정에 의한 요양기관지정 권한을 보험자단체에 위임할 수 있다.

③ 보험자 또는 보험자단체는 제1항의 규정에 의하여 요양기관을 지정함에 있어 필요한 때에는 보건복지부장관이 정하는 바에 따라 제1차진료기관, 제2차진료기관, 제3차진료기관 또는 특수진료기관으로 구분하여 지정할 수 있다.

④ 보건복지부장관은 필요하다고 인정할 때에는 보험자 또는 보험자단체에 대하여 요양기관을 지정하게 할 수 있다.

⑤ 제1항 또는 제4항의 규정에 의하여 지정을 받은 의료기관 및 약국은 정당한 이유없이 이를 거부하지 못한다.

제33조(요양기관지정의 취소) ① 보험자 또는 보험자단체는 보건복지부장관이 정하는 바에 따라 요양기관의 지정을 취소할 수 있다.

② 보건복지부장관은 요양기관이 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 그 요양기관의 지정을 취소할 것을 보험자 또는 보험자단체에 명할 수 있다.

1. 제35조의 규정에 의한 요양급여나 분만급여의 비용의 청구에 있어서 부정이 있을 때
2. 제76조 제2항의 규정에 의한 명령에 위반하거나 허위보고를

하거나 관계공무원의 검사 또는 질문을 거부·방해 또는 기피한 때

위의 규정들에 의하면 요양기관은 보건복지부장관이 정하는 바에 의하여 보험자 또는 보험자 단체가 지정하도록 되어 있다. 요양기관으로 지정되면 일정한 진료행위에 대해서 요양급여비용을 청구할 수 있으며, 그에 상응하는 법적의무가 부과되어 있는 것을 고려할 때, 공법상의 새로운 권리·의무관계가 발생하도록 하는 행정행위임을 알 수 있다. 따라서 행정행위의 일반적인 성질에 의하면, 행정행위에 대해서는 공정력이라고 하는 것이 있어서 그 지정처분이 취소되기 이전에는 요양기관으로서의 자격을 다룰 수 없는 법적인 효과가 발생한다. 그러나 대법원에서는 요양기관으로서의 지정에 대한 취소가 있기 전에도 법적인 요건에 미달하게 되면 치료행위에 대한 요양급여비용을 청구하지 못하는 것으로 해석하였다.

이에 대해서는 우선 요양기관의 지정행위가 단순히 사법상의 행위가 아냐 하는 생각을 할 수 있다. 요양기관은 보건복지부장관이 직접 지정하는 것도 아니고, 보험자 또는 보험자단체의 지정행위이므로 사법적인 성질을 가진다고 생각할 수도 있겠다. 그러나 법률에서 분명히 보건복지부장관이 정하는 바에 의하여 라고 규정한 것은 보건복지부장관이 그의 권한을 위임한 것으로 볼 수 있다. 다음에는 지정취소와 관련된 법령에서 법적인 요건을 결여한 경우에는 스스로 그에 관한 신고를 하여 해지받을 의무를 부과하고 있는 점에 유의할 수 있다. 이는 요양기관에 대하여 해지신고의 의무를 부과한 것이다. 그런데 스스로 자격을 충족시키지 못하게 된 경우에, 그에 관한 자발적인 해지신고도 없었고, 보험자나 보험자단체에 의한 지정취소가 없다면 요양기관의 지정행위 효력 자체는 유효하다고 보아야 할 것이 아닌가 하고 생각된다.

다. 의료보험 제한사유로서의 범죄의 의미

의료보험관계 판례 가운데 범칙금의 부과 대상이 되는 행위가 의료보험법이 정하고 있는 범죄행위에 해당하는가 하는 문제가 있다. 즉, 의료보험법 제48조에는 일정한 행위로 인한 사고에 대해서는 의료보험 급여를 제한하는 규정을 두고 있는 것이다.

제48조(급여의 제한) ① 공단은 보험급여를 받을 수 있는 자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 보험급여를 하지 아니한다.

1. 고의 또는 중대한 과실로 인한 범죄행위에 기인하거나 고의로 사고를 발생시킨 때
2. 고의 또는 중대한 과실로 공단이나 요양기관의 요양에 관한 지시에 따르지 아니한 때
3. 고의 또는 중대한 과실로 제50조의 규정에 의한 문서 기타 물건의 제출을 거부하거나 질문 또는 진단을 기피한 때
4. 업무상 또는 공무상 질병·부상·재해로 인하여 다른 법령에 의한 보험급여나 보상 또는 보상을 받게 되는 때

이에 관하여 대법원은 다음과 같이 판시하였다. “오토바이를 타고 트럭을 뒤따라 가다가 안전거리를 확보하지 아니한 채 전방주시를 태만히 한 과실로 앞서 가던 트럭이 속도를 줄이는 것을 미처 보지 못하고 추돌한 경우 이는 도로교통법 제44조를 위반한 행위에 기인하여 발생한 사고로서, 범칙금이 부과되는 도로교통법 위반행위로 의료보험법 제41조 제1항 소정의 범죄행위에 포함되므로 이 추돌사고는 보험급여를 행하지 아니하는 사고에 해당한다.”⁵⁾

이와 유사한 판례로 다음의 사건을 들 수 있다. “보험급여제한사유를 규정한 의료보험법 제41조 제1항에서 말하는 범죄행위에는 형법에 의하여 처벌되는 범죄행위는 물론 특별법령에 의하여 처벌되는

5) 대법원 1994. 9. 27. 선고 94누9214 제1부 판결.

범죄행위도 포함되는 것이므로 도로교통법 제12장 범칙행위도 위 범죄행위에 해당한다고 할 것이다.”⁶⁾

“공무원및사립학교교직원의료보험법 제42조 제1항의 범죄행위에는 고의적인 범죄행위는 물론 과실로 인한 범죄행위도 모두 포함되며, 형법에 의하여 처벌되는 범죄행위가 포함되는 것은 물론 특별법령에 의하여 처벌되는 범죄행위도 여기에서 제외되지 아니한다고 할 것이므로 도로교통법 제12장의 범칙행위도 위 범죄행위에 포함된다고 해석함이 상당하다.”⁷⁾

행정범과 형사범의 차이에 대해서는 많은 논의가 있다. 일부 학설에 의하면 형사범은 도덕적인 비난가능성을 포함하는 자연범인데 반하여 행정범은 행정목적 달성에 대한 비협조를 비난하는 것으로 범정범에 불과하다 하여 이를 서로 구분하기도 한다. 그러나 일부의 학설에 의하면 자연범과 범정범의 구별은 시대와 사회의 변천에 따라서 변화할 수 있는 상대적인 개념으로 본다. 이 사안의 경우에도 위의 어느 학설을 취하느냐에 따라서 범칙금 부과 대상이 되는 행위를 범죄행위로 볼 수도 있고, 이를 제외할 수도 있다고 생각한다. 의료보험법의 규정 태도로 보면 여기서의 범죄행위는 형법이 말하는 범죄행위에 해당한다고 해석할 수도 있다. 그러나 대법원에서는 범죄행위에 대하여 상당히 넓게 보고 있다.

판례가 근거로 한 구법에서는 보험자는 “보험급여를 받을 자가 자신의 범죄행위에 기인하거나 고의로 사고를 발생시킨 때에는 보험급여를 실시하지 아니한다”고 규정하였으나 현재는 고의와 과실을 구별하고 있다. 즉, 범죄의 경우에도 고의 또는 중과실로 범죄행위를 야기한 경우로 한정하고 있다.

6) 대법원 1990. 5. 22. 선고 90누752 제1부 판결.

7) 대법원 1990. 2. 13. 선고 89누2295 제3부 판결.

그러나 범죄행위로 인한 경우라고 하더라도 그것이 오직 자신의 과실로 인한 것이 아닌 경우에는 제한사유에 해당하지 아니한다는 판례가 있다.

“공무원및사립학교교직원의료보험법 제42조 제1항 소정의 자신의 범죄행위에 기인한 경우라 함은 오로지 또는 주로 자기의 범죄행위로 인하여 보험사고가 발생한 경우를 말한다고 해석함이 상당하다고 할 것인 바, 보험가입자가 그 소유의 승용차를 운전하여 2차선 도로의 자기차선을 따라 시속 약 50킬로미터로 운전하던 중 도로 맞은편에서 번호불상의 트럭이 중앙선을 침범한 채 진행하여 오고 있고 도로 오른쪽에서 개가 갑자기 튀어나오는 것을 보고 이를 피하기 위하여 급제동하는 순간 그 탄력으로 위 승용차가 왼쪽으로 미끄러지면서 중앙선을 침범하여 반대편에 있는 교각을 들이받은 뒤 3미터 아래의 개울로 떨어져 부상을 입었다면 그 부상은 오로지 또는 주로 보험가입자 자신의 안전운전의무 위반행위로 인하여 입은 부상이라고 할 수 없으므로 같은 조항 소정의 보험급여의 제한사유에 해당하지 아니한다고 할 것이다.”⁸⁾

이러한 문제는 경과실을 범죄의 성립원인에 포함시킨 데서 기인하는 것이었다. 이를 법의 개정으로 고의나 중과실로 한정시켰으므로 이제 위와 같은 논의의 실익은 없다고 할 것이다.

라. 의료보험 중 사용자 부담금의 법적 성질

대법원은 의료보험법상의 사용자 부담분에 대하여, “의료보험료 중 구 의료보험법(1994. 1. 7. 법률 제4728호로 전문 개정되기 전의 것) 제51조의 규정 등에 의한 사용자 부담분은 근로자가 근로의 대상으로서 사용자로부터 지급받는 임금에 해당한다고 볼 수는 없다.”

8) 대법원 1990. 2. 13. 선고 89누2295 제3부 판결.

고 판시하였다.⁹⁾

의료보험과 국민연금법상의 연금은 그 법적인 성질을 달리한다고 볼 것이다. 연금은 비교적 장기간에 걸쳐서 적립되는 성격을 가지며, 연금 지급권이 발생하는 경우에는 일시에 혹은 정기적으로 지급되는 금전급부적인 성격을 가진다. 그런데 의료보험은 그 보장기간이 비교적 단기일 뿐만이 아니라 의료보험의 지급권은 현물급여를 원칙으로 하고 있다. 의료보험에 의한 보험급여의 종류에는 법정급여와 부가급여가 있다. 법정급여에는 요양급여, 요양비, 분만급여 및 분만비가 있고, 부가급여에는 장제비와 본인부담보상금이 있다.

요양급여란 피보험자 또는 피부양자가 질병에 걸리거나 또는 부상을 입었을 때 보험자 요양기관을 통하여 의료서비스를 제공하는 것을 말한다. 요양급여는 원칙적으로 현물로 이루어진다. 피보험자나 피부양자가 긴급 기타 부득이한 사유로 인하여 요양기관 외의 의료기관이나 약국 등에서 요양을 받은 경우에는 요양급여에 상당하는 금액을 금전으로 지급하게 되는데 이를 요양비라고 한다. 분만급여란 피보험자 또는 피부양자가 요양기관에서 분만하는 때에 요양기관이 제공하는 서비스를 말한다. 여기서 분만이란 통상적으로 4개월 이상의 피보험자 또는 피부양자가 분만하는 경우를 말하며, 임신4개월 이상의 분만에는 정상분만, 사산 유산 및 조산이 모두 포함된다. 그리고 피보험자 혹은 피부양자가 요양기관 법정 요양기관 이외의 장소에서 분만한 경우 분만비를 지급하게 된다.

부가급여는 기본급여와는 달리 보험자의 재정상태에 따라서 재량적으로 지급할 수 있는 보험급여로서 장제비,¹⁰⁾ 분만수당 및 본인부담보상금 등이 있다. 현재 장제비 및 본인부담보상금이 부가급여로

9) 대법원 1994. 7. 29. 선고 92다30801 제3부 판결.

10) 국민건강보험법 제55조(임의급여) 공단은 이 법에 규정한 요양급여 이외에 대통령령이 정하는 바에 의하여 장제비·상병수당 기타의 급여를 실시할 수 있다.

행해지고 있으나 분만수당은 시행되지 않고 있다. 본인부담금보상금이란 의료비 고액화 경향 등에 따라서 본인일부 부담금이 고액화되어 가계에 부담이 되는 점을 감안하여 환자의 부담을 경감할 목적으로 시행하고 있다. 그 액수는 30일 이내에 동일한 의료기관에서의 의료보험 비급여를 제외한 본인부담금이 50만원을 초과한 경우 초과된 금액의 100%이다.

따라서 의료보험법상 사용자가 부담하는 부담분은 근로에 대한 대가적인 성질은 가지면서도 이는 근로자에게 지급되는 임금이라기 보다는 사용자가 직접 부담하는 보험료로서의 성질을 가진다고 보겠다.

마. 의료보험의 징수절차에 관한 대법원 판례

(1) (직장)의료보험료 징수권의 발생시기

“의료보험법 제11조가 1987. 12. 4. 법률 제3986호로 개정되기 전에 있어서는 직장피보험자는 그가 사용되고 있는 사업장이 이미 의료보험조합에 편입되어 있을 때에는 그 사업장에 사용된 날에 일단 보험가입자격을 취득하고 나아가 사용자가 의료보험조합에 피보험자 자격의 취득신고를 하여 조합이 그 자격취득사실을 확인한 다음 이들 문서로 통지함과 아울러 의료보험증을 교부하면 이때에 구체적인 피보험자의 자격을 취득하게 되어 보험자의 보험료징수권도 이때에 발생한다.”¹¹⁾

의료보험 가입자가 자신의 권리를 행사하기 위해서는 (의료보험 혜택을 받기 위해서는) 의료보험증을 제시하거나 그에 상응하는 서류를 제출해야 한다.

국민건강보험법 제11조(건강보험증) ① 국민건강보험공단은 가입자

11) 대법원 1989. 7. 11. 선고 88누1592 제1부 판결.

에 대하여 건강보험증을 발급하여야 한다.

② 가입자 및 피부양자가 요양급여를 받을 때에는 제1항의 건강보험증을 제40조 제1항의 규정에 의한 요양기관(이하 “요양기관”이라 한다)에 제출하여야 한다. 다만, 천재·지변 기타 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 제1항의 규정에 의한 건강보험증의 서식과 그 교부 및 사용 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

따라서 보험료 납부의무도 의료(건강)보험증을 교부받은 다음에 발생한다고 보는 것이 합리적일 것이다. 이 점에 대해 대법원의 판단은 합리적이라 본다.

이와 유사한 판례로 다음 판례를 찾아볼 수 있다. “의료보험법 제7조, 제8조, 제9조 제1항, 제49조 및 동법시행규칙 제2조, 제6조, 제16조, 제11조의 각 규정을 종합하여 보면 직장피보험자는 그가 사용되고 있는 사업장이 이미 의료보험조합에 편입되어 있을 때에는 그 사업장에 사용된 날에 일단 보험가입자를 취득하게 되어 나가고 사용자가 의료보험조합에 피보험자격의 취득신고를 하여 조합이 그 자격취득사실을 확인한 다음 이를 문서로 통지함을 아울러 의료보험증을 교부하게 되면 이때에 구체적인 피보험자의 자격을 취득하게 되므로 보험자의 보험료 징수권도 이때에 비로서 발생한다고 할 것이다.”¹²⁾

(2) 의료보험료의 징수방법

의료보험료의 징수절차는 국세징수절차에 준하여 하도록 규정되어 있다.

제70조(보험료 등의 독촉 및 체납처분) ① 공단은 제68조의 규정에

12) 대법원 1987. 8. 18 선고 87누368 제2부 판결.

의한 납부의무자가 보험료 등을 납부하지 아니한 때에는 기한을 정하여 독촉할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 독촉을 하는 때에는 10일이상 15일이내의 납부기한을 정하여 독촉장을 발부하여야 한다.

③ 공단은 제1항의 규정에 의한 독촉을 받은 자가 그 납부기한까지 보험료 등을 납부하지 아니한 때에는 보건복지부장관의 승인을 얻어 국세채납처분의 예에 의하여 이를 징수할 수 있다.

④ 공단은 제3항의 규정에 의한 국세채납처분의 예에 의하여 압류한 재산의 공매에 전문지식이 필요하거나 기타 특수한 사정이 있어 직접 공매하기에는 적당하지 아니하다고 인정하는 때에는 금융기관부실자산등의효율적처리및성업공사의설립에관한법률에 의하여 설립된 성업공사(이하 “성업공사”라 한다)로 하여금 이를 대행하게 할 수 있으며, 이 경우 공매는 공단이 한 것으로 본다.

⑤ 공단은 제4항의 규정에 의하여 성업공사가 공매를 대행하는 경우에는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 수수료를 지급할 수 있다.

그러나 그 절차를 국세징수의 예에 의하여 하도록 하는 이외에 의료보험채무가 완전히 국세채무와 그 성질이 같은 것은 아니라 할 것이다. 다음 판례는 이점에 대하여 분명히 하고 있다.

“의료보험료 기타 의료보험법에 의한 징수금(이하 의료보험료 등이라고 표시한다)은 의료보험법 제55조 제3항에 의하여 주무부장관의 승인을 얻으면 국세채납처분의 예에 의하여 징수할 수 있게 되어 있다. 이처럼 의료보험료 등이 세금과 마찬가지로 국세채납처분의 예에 의하여 징수할 수 있게 되어 있으므로 같은 법 제56조에 보험료 등의 징수순위는 국세 및 지방세 다음으로 한다고 규정하고 있다. 그밖에는 의료보험료의 징수에 관하여 아무런 규정이 없으므로 법은 의료보험료의 징수절차에 관해서만 국세채납처분의 예에 따르도록 규정한 것이라 할 것이요, 따라서 국세징수법이 의료보험료 등의 징수절차에 준용될 수 있다 할 것이나 국세징수법 제2조에 의

하여 국세기본법 제35조 제1항 단서 제3호 또는 지방세법 제31조 제2항 제3호도 준용된다고 볼 것이 아니다. 그 이유는 그 규정들도 준용된다고 보면 전세권, 질권, 저당권 등의 설정시기와 국세, 지방세, 의료보험료 등의 납부기한 여하에 따라서는 의료보험료 등의 징수순위가 국세, 지방세 등에 우선하는 결과가 되는 수도 있게 되어 의료보험법 제56조에 반하게 되기 때문이다. 이 사건에서 원심이 의료보험료 등의 징수절차에 국세기본법 제35조 제1항 단서 제3호도 준용된다는 전제하에 실시 소외회사에 대한 원고의 저당채권에 비하여 피고의 의료보험료 등의 채권이 우선한다고 판시하여 원고의 청구를 배척한 것은 위에서 본 의료보험법의 관계조항을 오해한 것이라 할 것이고 이는 현저히 정의와 형평에 반한다고 인정할 만한 중대한 법령위반이라 할 것”이라고 하였다.¹³⁾

바. 의료보험과 관련되는 행정적 제재처분

다음의 대법원 판례는 의료보험의 과다처분과 이에 따른 행정적 제재처분의 당부를 판단하고 있다. “의료보험 요양기관인 의원을 개설경영하는 의사가 간호보조원이 작성한 보험금 급여청구서와 근거서류를 경신하고 이를 제대로 대조확인하지 아니한 결과 과다히 보험급여청구를 하였다 하더라도 그 뒤 실제로 조사결과 과다청구부분을 공제하고도 오히려 더 많은 액수를 청구할 수 있었던 이 사건에 있어서 위 의사의 그 보조원에 대한 감독상의 해태과실책임은 면할 수 없다 하더라도 피고(보건사회부장관)가 아무런 경고 또는 시정조치를 취한 바도 없이 곧바로 2개월간 의사면허 자격정지 처분을 한 것은 재량권의 범위를 일탈하여 위법하다.”¹⁴⁾

13) 대법원 1988. 9. 27. 선고 87다카428 제2부 판결.

14) 대법원 1983. 12. 27. 선고 83누509 제2부 판결.

국민건강보험은 의료보험급여 비용의 과다청구를 근절하기 위하여 이에 대한 엄격한 제재를 예정하고 있다.

제85조(과징금 등) ① 보건복지부장관은 요양기관이 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 1년의 범위안에서 기간을 정하여 요양기관의 업무정지를 명할 수 있다.

1. 사위 기타 부당한 방법으로 보험자·가입자 및 피부양자에게 요양급여비용을 부담하게 한 때
2. 제84조 제2항의 규정에 의한 명령에 위반하거나 허위보고를 하거나 소속공무원의 검사 또는 질문을 거부·방해 또는 기피한 때

② 보건복지부장관은 요양기관이 제1항 제1호의 규정에 해당하여 업무정지처분을 하여야 하는 경우로서 그 업무정지처분이 당해 요양기관을 이용하는 자에게 심한 불편을 주거나 기타 특별한 사유가 있다고 인정되는 때에는 그 업무정지처분에 갈음하여 사위 기타 부당한 방법으로 부담하게 한 금액의 5배이하의 금액을 과징금으로 부과·징수할 수 있다. 이 경우 과징금을 부과하는 위반행위의 종별·정도 등에 따른 과징금의 금액 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③ 제1항의 규정에 의하여 업무정지처분을 받은 자는 당해 업무정지기간중에는 요양급여를 행하지 못한다.

④ 제2항의 규정에 의하여 징수한 과징금은 다음 각호외의 용도로는 이를 사용할 수 없다.

1. 제43조 제3항 본문의 규정에 의하여 보험자가 지급하는 요양급여비용에 필요한 자금의 지원
2. 응급의료에관한법률에 의한 응급의료기금에의 지원

⑤ 제4항의 규정에 의한 과징금의 용도별 지원규모·사용절차 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

⑥ 제2항의 규정에 의한 과징금을 납부하여야 할 자가 납부기한까지 납부하지 아니한 때에는 국세체납처분의 예에 의하여 이를 징수한다.

이 조치의 규정형식은 소위 말하는 재량처분의 형식으로 수권하

고 있다. 따라서 이러한 잘못이 적발되었더라도 반드시 그에 대하여 업무정지처분이 부과되어야 하는 것은 아니고, 행위와 제재처분간의 비례관계가 유지되어야 한다. 사안의 내용은 간호보조원이 보험금을 과다청구하였으나 그 실제 내용은 오히려 청구한 보험금보다 많은 진료 내용이 있어서 과다청구한 것이 아니고, 또 사전에 경고 없이 바로 2개월간의 업무정지를 명한 것이 위법하다고 하는 취지이다.

이에 대한 행정절차에 관하여 의료보험법 자체에서는 별도의 규정을 두고 있지 아니하다. 따라서 이 경우에는 행정절차에 관한 일반적인 규정이 적용될 수 있다. 행정절차법에는 상대방에게 불이익을 주는 경우에는 적어도 의견제출절차를 부여할 것을 규정하고 있다.

제22조(의견청취) ① 행정청이 처분을 함에 있어서 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 청문을 실시한다.

1. 다른 법령등에서 청문을 실시하도록 규정하고 있는 경우
 2. 행정청이 필요하다고 인정하는 경우
- ② 행정청이 처분을 함에 있어서 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 공청회를 개최한다.
1. 다른 법령등에서 공청회를 개최하도록 규정하고 있는 경우
 2. 당해 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 행정청이 인정하는 경우
- ③ 행정청이 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 함에 있어서 제1항 또는 제2항의 경우외에는 당사자 등에게 의견제출의 기회를 주어야 한다.
- ④ 제1항 내지 제3항의 규정에 불구하고 제21조 제4항 각호의 1에 해당하는 경우와 당사자가 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우에는 의견청취를 아니할 수 있다.
- ⑤ 행정청은 청문·공청회 또는 의견제출을 거친 때에는 신속히 처분하여 당해 처분이 지연되지 아니하도록 하여야 한다.
- ⑥ 행정청은 처분후 1년 이내에 당사자 등의 요청이 있는 경우에는 청문·공청회 또는 의견제출을 위하여 제출받은 서류 기타 물건을

반환하여야 한다.

이 판결이 내려진 1980년대에는 행정절차에 관한 일반적인 법률의 규정이 존재하지 아니하였다. 그렇지만 본 판결의 대상이 되는 사안과 같이 상대방에게 영업정지 2개월과 같은 중대한 불이익을 부과하는 경우에는 적법절차를 거치는 것이 타당할 것이다. 왜냐하면 우리 헌법 제12조에서는 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”(제1항)라고 규정하고 있는데, 여기서 말하는 적법절차는 단지 형사절차만이 아니라 행정절차에도 적용된다고 보는 것이 타당하다.

사안에 대한 판례에서는 절차와 아울러 실제적인 청구내용이 과다하지 않았다는 판단을 한 것은 결론에 있어서는 타당하다고 하겠다.

3. 산업재해보상보험법 관련 대법원 판례

가. 산업재해보상보험법의 수급권자

(1) 산업재해보상보험법상의 수급권자인 근로자의 의미

“산업재해보상보험법은 같은 법상의 보험급여를 받을 수 있는 근로자에 대하여 근로기준법상의 근로자를 말한다고 규정하는 외에 다른 규정을 두고 있지 아니하므로 보험급여대상자인 근로자는 오로지 근로기준법상의 근로자에 해당하는지의 여부에 의하여 판가름나는 것이고, 그 해당 여부는 그 실질에 있어 그가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하기 때문에 그와 근로복지공단과의 관

계가 아니라 근로관계의 상대방인 사용자와의 관계에서 결정되는 것이다.”¹⁵⁾

이 판례는 산업재해보상보험법상의 보험급여를 받을 수 있는 자격을 결정하는 기준이 근로기준법상의 근로자임을 밝히고 있다. 그 근거는 본법 제4조가 “‘근로자’·‘임금’·‘평균임금’·‘통상임금’이라 함은 각각 근로기준법에 의한 ‘근로자’·‘임금’·‘평균임금’·‘통상임금’을 말한다. 다만, 근로기준법에 의하여 ‘임금’ 또는 ‘평균임금’을 결정하기 곤란하다고 인정되는 경우에는 노동부장관이 정하여 고시하는 금액을 당해 ‘임금’ 또는 ‘평균임금’으로 한다.”(제2호)라고 하는 규정에 근거하는 것이다. 즉, 산업재해보상보험법은 근로기준법상의 모든 근로자에게 적용된다는 것을 분명히 한 것이다. 이러한 원칙은 이 법의 목적에서 “법은 산업재해보상보험사업(이하 ‘보험사업’이라 한다)을 행하여 근로자의 업무상의 재해를 신속하고 공정하게 보상하고, 이에 필요한 보험시설을 설치·운영하며 재해예방 기타 근로자의 복지증진을 위한 사업을 행함으로써 근로자 보호에 이바지함을 목적으로 한다.”(제1조)라고 규정하고 있는 데서 잘 나타나고 있다고 본다.

근로기준법은 제14조에서 근로자의 정의를, “이 법에서 ‘근로자’라 함은 직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자를 말한다.”고 규정한다. 이 기준에서 중요한 것은 첫째로는 직업의 종류를 불문한다는 것이다. 다음으로는 임금을 목적으로 근로를 제공하는 것을 말한다. 임금이라 하는 것은 “사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 임금, 봉급 기타 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다”(근로기준법 제18조). 즉, 임금이란 근로의 대가로 지급되는 모든 금품을 말하는 것이다. 이를 중

15) 대법원 1999. 2. 24. 선고 98두2201 판결.

합해보면 산업재해보상보험법은 금품을 대가로 노동을 제공하는 모든 고용관계에 적용되는 것이다.

또한 이러한 관계는 신고되어야 비로소 성립하는 것은 아니다. “산업재해보상보험법 제5조, 제7조, 제10조는 대통령령이 정하는 예외적인 경우를 제외하고는 모든 사업의 사업주는 당연히 산업재해보상보험의 보험가입자가 되고, 그 사업이 개시한 날 또는 사업주가 당연가입자가 되는 사업에 해당되게 된 날에 산업재해보상보험관계가 성립한다고 규정하고 있으므로, 이러한 경우 보험가입자 등 보험관계의 당사자 또는 그 변경은 근로복지공단에 대한 신고에 의하여 신고내용대로 결정되는 것이 아니라 신고와는 관계없이 해당 사실의 실질에 의하여 결정된다고 봄이 상당하다.”고 한다.¹⁶⁾

이와 같은 취지는 다음 판례에서도 확인할 수 있다.

“구 산업재해보상보험법 (1994. 12. 22. 법률 제4826호로 개정되기 전의 것) 제6조 제1항, 제7조의 각 규정에 의하면, 사업의 사업주는 같은 법 제4조 단서, 같은 법 시행령 제2조의 사업이 아닌 한 당연히 산업재해보상보험의 보험가입자가 되어 당해 사업개시일에 보험관계가 성립하는 것으로 규정하고 있으므로 위와 같이 당연 가입되는 사업주가 사업을 개시한 후에 그 사업에 소속한 근로자가 업무상 재해를 입은 때에는 그는 당연히 같은 법 소정의 보험급여의 지급을 청구할 수 있다고 할 것이고, 사업주가 같은 법 시행령 제4조 제1항 소정의 보험관계성립의 신고를 하거나 보험료를 납부하는 등의 절차를 밟은 후에 발생한 업무상 재해에 한하여 보험급여의 지급을 청구할 수 있는 것은 아니라고 할 것이다.”¹⁷⁾

16) 대법원 1999. 2. 24. 선고 98두2201 판결.

17) 대법원 1995. 3. 14. 선고 93다42238 제1부 판결.

(2) 보험가입자

산업재해보상보험법상의 가입자는 근로자를 고용하는 모든 사업자를 원칙으로 한다.

제5조(적용범위) 이 법은 모든 사업 또는 사업장(이하 “사업”이라 한다)에 적용한다. 다만, 사업의 위험률·규모 및 사업장소등을 참작하여 대통령령이 정하는 사업은 그러하지 아니하다.

제7조(보험가입자) ① 사업의 사업주는 당연히 산업재해보상보험(이하 ‘보험’이라 한다)의 보험가입자가 된다. 다만, 제5조 단서의 규정에 의한 사업의 사업주는 그러하지 아니하다.

② 제5조 단서의 규정에 의한 사업의 사업주는 제13조의 규정에 의한 근로복지공단의 승인을 얻어 보험에 가입할 수 있다.

③ 제2항의 규정에 의하여 보험에 가입한 사업주가 보험계약을 해지하고자 할 때에는 근로복지공단의 승인을 얻어야 한다. 다만, 이 경우의 해지는 그 보험관계가 성립한 날부터 1년을 경과한 때에만 한다.

④ 근로복지공단은 계속해서 보험관계를 유지할 수 없다고 인정하는 경우에는 당해 보험관계를 소멸시킬 수 있다.

제10조(보험관계의 성립일) 보험관계는 다음 각호의 1에 해당하는 날에 성립한다.

1. 제7조 제1항의 규정에 의하여 그 사업주가 보험의 당연가입자가 되는 사업에 있어서는 당해 사업이 개시된 날(제5조 단서의 규정에 의한 사업이 제7조 제1항의 규정에 의하여 사업주가 보험의 당연가입자가 되는 사업에 해당하게 된 경우에는 그 해당하게 된 날)
2. 제7조 제2항의 규정에 의하여 보험에 가입하는 사업에 있어서는 그 사업의 사업주가 근로복지공단의 승인을 얻은 날의 다음 날

위의 규정을 종합해 볼 때 법령에 의해 규정된 사업장을 제외하고, 사업이나 근로관계의 실질에 의하여 산업재해보상보험법의 적용

여부가 결정되며, 신고 등의 형식적 행위에 의하여 보험관계가 발생하는 것은 아니라고 본다.

우리 대법원 판례에 의하면 농수산물유통및가격안정에관한법률 소정 농수산물도매시장의 지정도매법인이 그 도매시장에서 농수산물하역작업에 종사하는 전국항운노동조합연맹 산하 단위노동조합 소속 근로자들에 대한 관계에서 구 산업재해보상보험법상 사업주의 지위에 있다고 보기 어렵다고 하였다.

“구 산업재해보상보험법(1993. 12. 27. 법률 제4641호로 개정되기 전의 것) 제1조, 제3조, 제4조, 제6조, 제19조, 근로기준법 제14조, 제18조 등의 관계규정을 종합하면, 산업재해보상보험사업을 행하여 근로자의 업무상 재해를 신속하고 공정하게 보상하는 등 근로자 보호에 기여함을 목적으로 한 산업재해보상보험법은 사업의 위험률·규모 및 사업장소 등을 참작하여 대통령령이 정하는 예외적인 사업의 경우를 제외하고는 모든 사업의 사업주를 산업재해보상보험의 당연가입자로 하고 위 예외적인 사업의 경우에는 노동부장관의 승인을 얻어 임의가입할 수 있도록 하여 그 보험가입자로 하여금 보험료를 납부하도록 하고 있는바, 이 경우 사업주는 근로기준법 소정의 근로자 즉, 직업의 종류를 불문하고 자신의 근로의 대상으로 사용자로부터 금품을 받을 것을 목적으로 사용자와의 사이에 실질적인 사용·종속관계를 유지하면서 사용자에게 근로를 제공하는 자에 대한 관계에서만 보험가입자로서의 보험료납부의무가 있다.

농수산물유통및가격안정에관한법률 소정 농수산물도매시장의 지정도매법인이 그 도매시장에서 농수산물하역작업에 종사하는 전국항운노동조합연맹 산하 단위노동조합 소속 근로자들에 대한 관계에서 구 산업재해보상보험법상 사업주의 지위에 있다고 보기 어렵다.”¹⁸⁾

18) 대법원 1994. 1. 4. 선고 94누9290 제1부 판결.

“산업재해보상보험법에 의한 보험가입의 단위는 그 가입자가 되는 사업자라 할 것이고 한사람의 사업주에 소속되는 그 사업의 각 현장을 단위로 하는 것이 아니다.”¹⁹⁾

(3) 사실혼관계에 있는 배우자

산업재해보상보험법상의 수급권자에는 사실상의 혼인관계에 있는 배우자도 포함된다. 즉, 동법 제4조에는, “유족이라 함은 사망한 자의 배우자(사실상 혼인관계에 있는 자를 포함한다)·자녀·부모·손·조부모 또는 형제자매를 말한다.”(제3호)고 규정하고 있다. 그런데 이 경우에 사실상의 혼인관계를 확인하는 방법이 문제된다. 여기에 관련되는 판례로 다음의 사건을 들 수 있다.

“사실혼관계에 있던 당사자 일방이 사망하였더라도, 현재적 또는 잠재적 법적 분쟁을 일거에 해결하는 유효 적절한 수단이 될 수 있는 한, 그 사실혼관계존부확인청구에는 확인의 이익이 인정되고 이러한 경우 친생자관계존부확인청구에 관한 민법 제865조와 인지청구에 관한 민법 제863조의 규정을 유추적용하여, 생존 당사자는 그 사망을 안 날로부터 1년 내에 검사를 상대로 과거의 사실혼관계에 대한 존부확인청구를 할 수 있다고 보아야 한다.”²⁰⁾

또한 사실혼 관계에 있는 배우자와 호적에는 배우자로 되어 있는 배우자가 있으나 실제적으로는 이혼관계에 있는 배우자가 있는 경우에는 사실상의 혼인관계에 있는 배우자의 급여청구권이 우선한다.

“사실상 이혼한 법률상의 처와 사실상 부양받던 여자가 있는 경우 부의 사망으로 인하여 지급되는 산업재해보상보험법상의 유족 보상일시금의 수급권자는 사망 당시 부양되고 있던 사실상 혼인관계에

19) 대법원 1970. 11. 24. 선고 70누111 판결.

20) 대법원 1995. 3. 28. 선고 94므1447 제1부 판결.

있던 여자이다.”²¹⁾

(4) 생모의 보험급여 수급권

산업재해보상보험법에서 부모는 호적상의 부모를 의미하는 것이지만 친생관계가 분명하다면 수급권자의 생모도 유족의 범위에 포함된다.

“근로자의 생모는 호적상의 등재와 관계없이 산업재해보상보험법 제3조 제3항, 제12조, 같은 법 시행령 제25조 소정의 모에 해당한다.”²²⁾

(5) 유언에 의한 수급권자의 지정

산업재해보상보험법에서의 수급권자는 법률에 정하여진 범위로 한정되고 유언에 의하여 따로 정해질 수 없다는 판례이다. “산업재해보상보험법 소정의 유족급여를 받을 수급권자는 같은 법 제3조 제3항 소정의 유족에 한정되고, 같은 법 시행령 제25조 제5항은 당해 근로자가 위 법조항에 수급권자로 규정된 유족들의 순위에 관하여 같은 법 시행령에 규정된 순위와 달리 수급권자를 유언으로써 지정할 수 있음을 규정한 것에 불과하며, 유족급여의 수급권자의 범위에 관하여는 민법 제1001조의 대습상속에 관한 규정이 준용될 여지도 없으므로, 근로자가 사망할 당시 같은 법 제3조 제3항 소정의 유족이 없었고 위 망인이 유언으로 가장 가까운 친족인 조카를 유족급여의 수급권자로 지정하였다고 하더라도, 사망한 근로자의 조카가 유족급여의 수급권자로 될 수는 없는 것이다.”

산업재해보상보험법에서는 유족의 범위를 다음과 같이 규정한다. “유족이라 함은 사망한 자의 배우자(사실상 혼인관계에 있는 자를 포

21) 대법원 1977. 12. 27 선고 75다1098 제3부 판결.

22) 대법원 1989. 7. 11. 선고 88누10565 제2부 판결.

함한다)·자녀·부모·손·조부모 또는 형제자매를 말한다.”(제4조 3호) 따라서 조카는 산업재해보상보험법상 유족의 법적인 범위내에 포함되지 않는 것이다. 산업재해보상보험법상의 급여가 그 자체로 독자적인 재산권으로서의 성격을 가지는 경우에는 그에 대한 유언이 성립할 수 있을 것이다. 그러나 산업재해보상보험법에서는 이 법에 의한 수급자의 범위를 미리 정하고 있기 때문에 그 범위를 수급권자가 임의로 확장할 수는 없는 것이다. 이는 산업재해보상보험 수급권의 성질을 재산권으로 보는 경우에도 그 내용을 입법자가 정해놓은 것으로 볼 수 있다. 이는 입법자가 본 수급권의 사회적인 의미를 고려하여 그 내용을 형성한 것으로 입법재량의 범위 아래에 든다고 할 것이다.

나. 다른 보험청구권과의 관계

(1) 다른 보상청구권과의 관계

산업재해보상보험법도 실제 발생한 손해를 전보해 주는 의미를 가지므로 동일한 손해에 대한 중복적인 배상 혹은 보상을 배제하거나, 다른 보상보험법에서 산업재해보상보험법에 의한 보상과의 중복지급을 배제하는 경우가 있다. 다음의 판례는 자동차손해보상보험과 산업재해보상보험의 관계를 조정하는 문제에 관한 것이다.

“자동차종합보험계약의 대인배상책임보험에 있어서 사고의 피해자가 배상책임의무 있는 피보험자의 피용자로서 근로기준법에 의한 재해보상을 받을 수 있는 경우에는 그 사고로 인하여 피보험자가 입은 손해를 보험자가 보상하지 아니하기로 정한 보험약관의 면책조항은 노사관계에서 발생하는 재해보상에 대하여는 원칙적으로 산업재해보상보험에 의하여 전보받도록 하고 제3자에 대한 손해배상책임을 전보하는 것을 목적으로 한 자동차보험의 대인배상 범위에서는 이를 제외하려는데 그 취지가 있으므로, 배상책임의무 있는 피보험

자의 피용자가 피해자인 경우에 보험자가 약관의 면책조항에 의하여 면책되려면 그 피용자가 근로기준법에 따라 재해보상을 받을 수 있을 뿐만 아니라 산업재해보상보험법에 따라 보험급여를 지급받을 수 있어야 한다.”²³⁾

이 경우에 하나의 보험사고로 인하여 배상책임을 지는 피보험자가 복수로 존재하는 경우, 자동차종합보험약관상의 면책조항은 각 피보험자 별로 그 적용요건의 유무를 개별적으로 가려 적용하여야 하며, 위와 같은 면책조항 개별적용의 법리는 피보험자 중 1인이 다른 피보험자의 부담 부분에 대하여 직접 보험자에게 구상금청구를 하는 경우에도 적용된다.

「자동차종합보험보통약관상의 “배상책임을무가 있는 피보험자의 피용자로서 근로기준법에 의한 재해보상을 받을 수 있는 사람이 대인사고로 죽거나 다친 경우에는 보상을 하지 아니한다.”는 약관조항은 배상책임 있는 피보험자와 피해자 사이의 인적관계와 보상관계를 근거로 보험자의 면책을 규정한 것이라 할 것이므로 하나의 보험사고로 인하여 배상책임을 지는 피보험자가 복수로 존재하는 경우에 위 면책조항의 적용 여부를 판단함에 있어서는 특별한 사정이 없는 한 그 약관에 피보험자 개별적용조항을 별도로 규정하고 있지 않더라도 각 피보험자별로 면책조항의 적용요건인 인적관계의 유무를 가려 보험자의 면책 여부를 결정하여야 하며, 이러한 면책조항 개별적용의 법리는 그 보험사고가 복수의 피보험자들의 공동불법행위로 인하여 발생한 경우에 피보험자 중 1인(갑)의 출연에 의하여 다른 피보험자(을)를 면책시킨 다음 갑이 을의 부담부분에 대한 구상권 행사로서 직접 보험자에 대하여 구상금 청구를 하는 경우에도 적용되는 것으로

23) 대법원 1999. 3. 23. 선고 98다63773 판결, 참조판례 대법원 1994. 3. 11. 선고 93다58622 판결; 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다4424 판결; 대법원 1995. 3. 14. 선고 93다42238 판결; 대법원 1995. 11. 24. 선고 95다39540 판결.

로서, 이러한 경우에 면책조항의 적용요건인 인적관계의 유무는 보험금 청구의 원인이 된 구상금 지급의무자를 기준으로 가려본 다음 그에 따라 보험자의 면책여부를 판단하여야 할 것이므로, 보험자는 피보험자 갑에 대한 면책조항을 들어 피보험자 을의 책임 부분에 관한 구상금 청구에 대하여 그 면책을 주장할 수 없다.»²⁴⁾

산업재해보상보험법상의 보험급여와 근로기준법상의 보험급여는 다음과 같은 관계에 있다.

“산업재해보상보험법상의 모든 보험급여는 근로기준법상의 해당 재해보상에 상당하는 산업재해보상보험법의 유족급여, 장의비와 근로기준법상의 유족보상, 장사비는 그 성질이 동일하다.”²⁵⁾

(2) 제3자에 대한 구상

산업재해보상보험법에서는 제3자에 의하여 손해가 발생한 경우에 그에 대한 배상관계를 조정하기 위하여 제3자에 대한 구상권에 관한 규정을 두고 있다.

제54조(제3자에 대한 구상권) ① 공단은 제3자의 행위에 의한 재해로 인하여 보험급여를 지급한 경우에는 그 급여액의 한도안에서 급여를 받은 자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위한다. 다만, 보험가입자인 2이상의 사업주가 같은 장소에서 하나의 사업을 분할하여 각각 행하다가 그 중 사업주를 달리하는 근로자의 행위로 재해가 발생한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항의 경우에 수급권자가 제3자로부터 동일한 사유로 인하여 이 법의 보험급여에 상당하는 손해배상을 받은 경우에는 공단은 그

24) 대법원 1999. 5. 14. 선고 98다58283 판결. 참조판례: 대법원 1988. 6. 14. 선고 87다카2276 판결; 대법원 1996. 5. 14. 선고 96다4305 판결; 대법원 1998. 4. 23. 선고 97다19403 전원합의체 판결.

25) 대법원 1981. 10. 13. 80다2928 제3부 판결. 참조판례: 대법원 1969. 1. 28. 선고, 68다1464 판결; 대법원 1969. 2. 4. 선고 68다2274 판결; 대법원 1969. 3. 25. 선고 68다2445 판결; 대법원 1974. 7. 23. 선고 74다566 판결; 대법원 1977. 7. 26. 선고 77다537 판결.

배상액을 대통령령이 정하는 방법에 따라 환산한 금액의 한도안에
서 이 법에 의한 보험급여를 지급하지 아니한다.

③ 수급권자 및 보험가입자는 제3자의 행위로 인한 재해가 발생한
때에는 지체없이 이를 공단에 신고하여야 한다.

산업재해보상보험법상의 구상권을 발생시키는 제3자에 해당하는가
의 여부에 대한 대법원의 판례에는 다음과 같은 사안이 있다.

“원심판결은 그 이유에서 산업재해보상보험법에 의한 보험가입자
인 피고회사가 소외 인천중기주식회사(마찬가지로 산업재해보상보험
법에 의한 보험가입자이다)로부터 기증기를 임차하였기 때문에 서울
강남구 신사동 78의6 앞 서울시 지하철3호선 제328공구에서 피고회
사의 지휘감독을 받으면서 그 기증기를 운전하는 업무에 종사하던
위 소외회사 소속의 기증기운전기사인 소외 김종호가, 1982. 4. 30.
08:50경 기증기 운전작업중 피고회사소속 작업원인 소외 정진태의
과실로 감전되어 사지 및 복부에 화상을 입은 사실과 원고가 위 김
종호에게 법이 정한 요양급여와 휴업급여로 4,996,798원을 지급한
사실을 확정된 다음, 위 사고는 피고의 피용자인 소외 정진태의 사
무집행상의 과실로 인하여 발생된 것이고 위 정진태의 사용자인 피
고는 산업재해보상보험법 제15조 소정의 제3자에 해당하므로 같은
제1항에 기하여 보험금액을 지급함으로써 수급권자인 소외 김종호
의 피고에 대한 손해배상청구권을 취득한 보험자의 지위에서 위 보
험급여액의 상환을 구한다는 원고의 주장에 대하여, 같은 법 제15조
소정의 제3자라 함은 피해근로자와의 사이에 산업재해보험관계가
없는 자로서, 피해근로자에 대하여 불법행위 등으로 인한 손해배상
책임을 지는 자를 지칭한다 할 것인 바, 산업재해보상보험 가입자인
피고회사는 소외회사로부터 위 김종호가 운전사로 있는 기증기를 임
차하였고, 위 김종호는 피고회사의 지휘감독을 받으면서 기증기의

운전업무에 종사하였던 것이므로 동인은 피고회사에 대하여 근로자의 지위에 있게 된다 할 것이고, 위 김종호와 피고회사 사이에는 산업재해보험관계가 성립되어 피고는 같은 법 제15조 소정의 제3자에 해당하지 아니한다고 판단하여 배척하였다.

산업재해보상보험법 제15조 소정의 제3자가 피해근로자와의 사이에 산업재해보험관계가 없는 자로서 피해근로자에 대하여 불법행위 등으로 인한 손해배상책임을 지는 자를 지칭한다 함은 원심의 판단과 같다(대법원 1978. 2. 14. 선고 77다1967 판결).

그러나 이 사건에 있어서 피해자인 소외 김종호와 산업재해보상보험 가입자인 피고회사와의 사이에 산업재해보험관계의 성립이 있다고 할 수 있으려면 위 김종호가 피고회사의 근로자에 해당되어야 할 것인 바, 산업재해보상보험법 제3조 제2항에 의하면 이 법에서 근로자라 함은 근로기준법에 규정된 근로자를 말한다고 되어 있고, 근로기준법 제14조에서는 이 법에서 근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공한 자를 말한다고 규정하고 있으며, 같은 법 제18조는 이 법에서 임금이라 함은 사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 임금, 봉급 기타 여하한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다고 규정하고 있으므로, 근로기준법의 적용을 받는 근로자란 사용자로부터 자기의 근로의 대상으로 금품을 받을 것을 목적으로 하여 사용자에게 근로를 제공하는 자를 말한다 할 것인데(대법원 1972. 3. 28. 선고 72도334 판결 참조), 원심이 확정된 사실만으로는 소외 김종호와 피고회사 사이에 위와 같은 관계가 있었는지 여부를 가려볼 수 없다. 만일 소외 김종호가 직접 피고회사로부터 자기의 근로의 대상으로 금품을 받을 것을 목적으로 하여 근로를 제공하는 지위에 있지 않았다면 설령 원심확정과 같이 피고회사의 지휘감독을 받아 같은 회사가 임차한 소

외 인천중기주식회사 소유의 중기를 운전하였다 하더라도 같은 소외인을 가리켜 피고회사의 근로자라 할 수 없을 것이고, 따라서 피고회사와 같은 소외인 사이에는 산업재해보험관계의 성립을 인정할 수 없어 피고회사는 산업재해보상보험법 제15조 소정의 제3자에 해당한다고 보아야 할 것이다.

원심이 그 판시와 같은 사실만을 확정하고 피고회사와 소외 김종호 사이에 앞서와 같은 근로의 제공, 임금수령의 관계가 있었는지 여부를 가려봄이 없이 산업재해보험관계의 성립이 있다고 판단하여 원고의 청구를 배척한 조치에는 산업재해보상보험법상의 근로자의 정의와 같은 법 제15조에서 말하는 제3자에 곤한 법리오해 및 심리미진, 이유불비 등의 위법이 있고, 이는 소송촉진등에 관한 특례법 제12조 소정의 파기사유에 해당한다 할 것이므로 상고논지는 이유있다.”²⁶⁾

(3) 산업재해보상보험법에 의한 보상과 불법행위에 의한 손해배상의 관계

산업재해보상보험법은 근로자의 재해로 인한 손실을 국가가 보상하는 것인데, 불법행위로 인한 손해배상을 받은 경우에는 그 범위내에서 보상금청구에 관한 권한이 소멸한다고 본다. 그러나 불법행위에 의한 배상으로 전체의 손해를 보전하지 못하는 한에 있어서는 여전히 산업재해보상보험법에 의한 손해배상청구권이 유효하다고 본다. “산업재해보상보험법에 의한 보험급여는 근로자의 재해로 인한 손실을 국가가 보험자의 지위에서 근로자에게 직접 보상하려는데 목적이 있으므로 그 보험급여의 원인이 되는 업무상 재해가 동시에 불법행위의 요건을 갖춘 경우에 이를 원인으로 민법에 의한 손해배상을 받았을 때에는 그 범위내에서 수급권자의 보험급여청구권은 소멸하고

26) 대법원 1986. 4. 8. 선고 85다카2429 제3부 판결.

노동부장관은 그 범위내에서 보험급여의 지급책임을 면하는 것이나 그 받은 배상액에 포함되지 아니한 보험급여청구권은 소멸되지 아니하며 따라서 노동부장관은 이에 대한 보험금지급의무가 있다.”²⁷⁾

관련되는 판례로는 다음의 사건을 들 수 있다.

“산업재해보상보험법에 의한 보험급여는 국가가 보험자의 입장에서 사용자가 보상하여야 할 근로자의 업무상 재해로 인한 손실을 근로자에게 직접 전보하는 성질의 것이므로 수급자가 그 보험급여의 원인이 되는 업무상 재해와 동일한 사유로 사용자로부터 민법에 의한 손해배상 등을 받음으로서 사용자에게 대한 근로기준법상의 재해보상청구권이 소멸한 경우에는 이 보험급여청구권도 소멸한다고 보아야 할 것이나, 수급권자가 사용자에게 대한 근로기준법상의 재해보상청구권을 행사할 수 있는 지위에 있는 이상 그 전보를 목적으로 하는 위 보험급여청구권은 소멸되지 않는다.”²⁸⁾

다음 사안도 동일한 입장에 서있는 판례이다.

“산업재해보상보험법에 의한 보험급여는 국가가 보험사업장에서 사용자가 보상해야 할 근로자의 업무상 재해로 인한 손실을 근로자에게 직접 전보하는 성질의 것이므로 수급권자가 그 보험급여의 원인이 되는 업무상 재해와 동일한 사유로 사용자로부터 민법에 의한 손해배상을 받는 등 함으로써 사용자에게 대한 근로기준법상의 재해보상청구권이 소멸한 경우에는 이 보험급여청구권도 소멸한다고 보아야 할 것이나, 이 사건에서와 같이 사용자와 근로자간의 손해배상소송관계중 손해금으로 승소금보다 적은 금액을 지급받은 대신 장해급여금은 산재결정에 따라 근로자가 직접 수령하기로 하는 함의를 한 경우에는 수급권자는 근로기준법상의 재해보상청구권을 행사할 수

27) 대법원 1985. 5. 14. 85누12 제2부 판결.

28) 대법원 1985. 12. 24. 선고 84누697 제1부 판결.

있는 지위에 있으므로 그 전보를 목적으로 하는 위 보험급여청구권은 소멸되지 아니한다.”²⁹⁾

손해배상과의 관계에서 본인의 과실에 속하는 부분은 상계를 하고 지급하게 된다. “피해자인 원고가 산업재해보상보험법의 규정에 따라 요양급여를 받았기 때문에 치료비를 청구하지 아니한 경우에도 사용자인 피고의 항변에 따라 원고가 이미 지급받은 위 요양급여 중 원고 자신의 과실비용에 따른 금원을 피고가 배상할 손해배상액 중에서 공제하였음은 정당하다.”³⁰⁾

다. 산업재해보상보험법상 요양기관 지정의 법적 성질

“구 산업재해보상보험법(1994. 12. 22. 법률 제4826호로 전문 개정되기 전의 것) 제9조의3 제1항 본문 및 같은 법 시행령(1995. 4. 15. 대통령령 제14628호로 전문 개정되기 전의 것) 제9조의 규정에 의하여 노동부장관이 요양급여를 담당할 의료기관을 지정하는 행위는 의료기관의 개설자와 사이에 그 의료기관이 산재보험법상의 요양급여를 담당하기로 하는 내용의 요양담당계약이 체결된 것을 전제로 노동부장관이 피재근로자에 대한 요양급여를 결정했을 때에 당해 의료기관이 노동부장관에 대하여 요양에 관한 진료비상환청구권을 취득하는 반면 그 범위내에서 당해 환자에 대한 진료보수청구권을 상실하는 효력을 발생시키는 절차적 행위이다.”³¹⁾

이 판결의 의미는 노동부장관이 요양급여를 담당할 의료기관을 지정하는 행위는 특별한 공법상의 효력을 발생시키는 행위는 아니라 사법상의 법률관계의 설정·확인을 의미하는 인가로서의 의미를 가

29) 대법원 1983. 11. 8. 선고 83누242 제3부 판결.

30) 대법원 1981. 7. 28. 선고 80다3252 제2부 판결.

31) 대법원 1997. 2. 13. 선고 97다47675 판결.

진다는 것이다. 따라서 인가의 본질상 사법상의 계약의 효과를 완성시키는 동시에, 그것이 적법하도록 해 주는 성질을 가지는 것이다. 인가가 적법하기 위해서는 그 전제가 되는 사법행위가 유효하다는 것을 전제로 한다.

라. 산업재해보상보험법상의 적용대상 사업자의 변경과 행정소송 판례에서는 산업재해보상보험법상의 적용사업변경처분은 항고소송의 대상이 아니라고 한다. “행정소송법상 항고소송의 대상이 되는 행정처분은 행정청이 공권력의 행사로서 행하는 처분 중 국민의 권리의무에 직접적으로 법률적 영향을 미치는 것에 한하는 것이므로, 그 상대방이나 관계인의 권리의무에 직접 법률상 변동을 가져오지 아니하는 처분은 이에 해당하지 아니하는바, 산업재해보상보험 적용사업 변경처분은 보험료 부과처분에 앞선 처분으로서 보험가입자가 그로 인하여 구체적인 보험료 납부의무를 부담하게 된다거나 그밖에 현실적으로 어떠한 권리침해 내지 불이익을 받는다고는 할 수 없으므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다 할 것이다”³²⁾

관계되는 판례로는 다음의 판결을 들 수 있다. “관계 법령과 기록에 비추어 살펴보면, 노동부장관이 사업종류별로 산업재해보상보험료율을 정하여 고시한 사업종류예시표의 내용에 누락되어 있는 원고의 사업은 원심 판시와 같은 사정들에 비추어 사업분류예시표상 이제까지 적용하여 오던 요업 또는 토석제품 제조업 중 ‘각종 시멘트 제품 제조업(세목번호 21504)’에 속하는 것으로 봄이 상당하다고 하여, 피고가 이를 기타 비금속광물제품 제조업(세목번호 21805)에 해당하는 것으로 변경하고 변경후의 보험료율에 따라 추가보험료를 소

32) 대법원 1989. 5. 23. 선고 87누634 판결.

급부과한 이 사건 처분은 위법하다고 한 원심의 사실인정과 판단은 모두 수긍이 가고, 거기에 소론과 같은 심리미진, 이유모순, 법리오해 등의 위법이 없으므로, 논지는 모두 이유 없다. 그리고, 1994년도에 적용하기 위하여 고시된 사업종류예시표의 법적 성질에 관한 원심의 판단은 이 사건의 결론에 영향이 없는 부가적인 판단에 불과하므로, 이 점을 다투는 논지는 받아들일 수 없다.”³³⁾

이 판결에 따르면 산업재해보상보험 적용사업 변경처분은 보험료 부과처분에 앞선 처분으로서 보험가입자가 그로 인하여 구체적인 보험료 납부의무를 부담하게 된대거나 그밖에 현실적으로 어떠한 권리 침해 내지 불이익을 받는다고는 할 수 없다는 것이다.

마. 산업재해보상보험법상의 보험료와 비용관계

(1) 보험요율의 통지의 법적 성격

판례에 따르면 보험요율의 적용통지는 행정소송의 대상이 아니다. “피고가 원고에 대하여 한 관광안내업체에 대한 보험요율의 일률적용통지는 그 내용이 차량을 보유 운행하는 관광안내업을 종전과 달리 자동차여객운수업으로 분류 변경하여 차액의 보험료를 부과하니 법령의 일률적용상 불가피한 조치로 이해하고 납부하여 주기 바란다는 취지로서 이 통지와 함께 산업재해보상보험법시행령 제55조의 규정에 의한 조사통지서를 발부하고 있지만 이 건 통지는 조사징수 통지를 하게 된 경위를 설명한 사실상의 통지 내지 권고행위에 불과하므로 그 같은 통지만으로는 원고의 보험료지급의무에 대한 어떠한 법률적 영향을 미친다고 볼 수 없으니 이는 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다.”³⁴⁾

33) 대법원 1995. 7. 28. 선고 94누8853 제3부 판결.

34) 대법원 1982. 9. 14. 선고 82누161 제1부 판결.

(2) 요양급여비용청구의 소멸시효

요양급여비용의 청구는 사법관계를 전제로 하는 것인데, 여기에 관한 소멸시효는 의사의 진료에 관한 채권으로 3년의 단기소멸시효가 적용된다고 한다.

“요양급여기관 지정행위의 실체적 전제가 되는 요양담당계약은 사법상의 계약으로서 그 계약에서 정하는 바에 따라 의료기관의 개설자가 국가 또는 그로부터 업무를 위탁받은 자에 대하여 진료비상환청구권을 취득하며, 이러한 진료비상환청구권(진료비채권)은 보험급여청구권 자체는 아니므로 구 산업재해보상보험법(1994. 12. 22. 법률 제4826호로 전문 개정되기 전의 것) 제30조 소정의 단기시효가 적용될 여지는 없지만, 민법 제163조 제2호가 의사의 치료비채권의 시효기간을 3년으로 규정하고 있고, 치료에 부수하여 행하여지는 개호, 이송 및 식사에 관한 비용은 치료행위를 위하여 필요불가결하거나 그와 일체를 이루는 비용이므로 시효기간을 정함에 있어서도 치료비채권과 일체로 취급함이 상당하며, 국가에 대한 금전채권이더라도 시효에 관하여 타 법률에 예산회계법 제96조 소정의 5년보다도 짧은 시효규정이 있는 것은 예산회계법의 범조를 적용할 것은 아닌 점에 비추어 볼 때, 그 전체가 민법 제163조 제2호 소정의 ‘의사의 치료에 관한 채권’으로서 그 시효기간은 3년이라고 보아야 한다.”³⁵⁾

국가에 대한 금전채권의 소멸시효는 예산회계법 제96조에 의하여 5년의 소멸시효가 적용된다.

제96조(금전채권과 채무의 소멸시효) ① 금전의 급부를 목적으로 하는 국가의 권리로서 시효에 관하여 다른 법률에 규정이 없는 것은

35) 대법원 1997. 2. 13. 선고 97다47675 판결.

5년간 행사하지 아니할 때에는 시효로 인하여 소멸한다.

② 국가에 대한 권리로서 금전의 급부를 목적으로 하는 것도 또한 제1항과 같다.

그런데 이 경우에는 그 원인되는 행위가 사법상의 의사의 진료행위이므로 그에 관한 법적인 규정이 우선적으로 적용된 것이다. 우리나라의 법체계는 공법관계와 사법관계로 나뉘진다. 국가에 대한 관계는 보통은 공법관계가 될 것이나 단지 국가에 대하여 금전지급을 청구하는 관계는 소위 국고관계라 하여 일반적인 사법관계와 다르지 않는 것으로 본다. 국가에 대한 금전채권의 소멸시효는 예산회계법의 규정에 의하여 5년이지만 다른 특별한 법규정에 의하여 이보다 단기의 소멸시효가 정하여진 경우에는 그에 의한다. 따라서 민법상의 의사에 의한 진료에 의하여 발생한 채권의 소멸시효인 3년의 단기소멸시효가 적용된 것이 여기에 해당한다.

이 경우에도 그 소멸시효의 산정에 대한 기산점이 문제가 되는데, 이에 대하여 법원은 다음과 같이 판시하였다.

“산업재해보상보험법상 지정 의료기관이 피재근로자에 대하여 요양 등을 실시하더라도 그로 인한 진료비채무를 국가가 당연히 부담하는 것이 아니라 그에 관한 요양결정 내지는 추인이 이루어진 경우에 한하여 국가가 진료비채무를 부담하기로 하는 내용의 요양담당계약이 체결되어 있는 경우, 요양결정이 있는 후에 요양급여의 진료행위가 행하여졌다면 그 진료비상환청구권의 소멸시효는 원칙적으로 개개의 진료행위가 행하여진 때로부터 진행되나, 진료행위가 먼저 행하여지고 후에 그에 관한 요양결정 내지는 추인이 이루어졌다면 그 진료비상환청구권은 처음부터 요양결정 내지는 추인을 정지조건으로 하여 발생하였다고 할 것이므로, 그에 대한 시효기간은 각각의 요양결정 내지는 추인이 있는 다음날부터 진행한다.”³⁶⁾

바. 보험료의 징수

(1) 보험가입신고를 태만히 한 기간

보험가입신고를 태만히 한 경우의 법적 효과에 대해서는 다음의 판례를 참조할 수 있다. “산업재해보상보험법 제72조 제1항 제1호 소정의 보험가입신고를 태만히 한 기간중에 발생한 재해라 함은 같은 법 시행령 제78조 제1항의 문언과 같이 보험가입신고를 하여야 할 기한이 만료되는 날의 다음날부터 보험가입신고를 한 날을 포함시킨 기간중에 발생한 재해를 의미한다 할 것인 바, 그 까닭은 신고일에 발생한 재해에 있어서의 신고와 재해발생의 시간적 선후의 입증상의 분쟁을 피할 수 있게 하고 또한 사업주가 신고를 태만히 해 오다가 신고를 하게 되면 신고와 재해 발생의 선후를 막론하고 일률적으로 불이익을 줌으로써 신고의무이행을 독려하려는 것이 그 규정의 취지라고 풀이해야 할 것이기 때문이다.”³⁷⁾

또한, 산업재해보상보험법에서는 일정 경우에 그 급여액의 전부 또는 일부를 보험가입자로부터 징수할 수 있도록 하고 있다.

제72조(보험가입자로부터의 보험급여액의 징수) ① 공단은 다음 각 호의 1에 해당하는 재해에 대하여 보험급여를 지급하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 급여액의 전부 또는 일부를 보험가입자로부터 징수할 수 있다.

1. 사업주가 제12조의 규정에 의한 보험가입신고 또는 사업개시 신고를 태만히 한 기간중에 발생한 재해
 2. 보험가입자가 보험료의 납부를 태만히 한 기간중에 발생한 재해
- ② 공단은 제1항의 규정에 의하여 보험급여액의 전부 또는 일부를 징수하기로 결정한 때에는 지체없이 이를 보험가입자에게 통지하

36) 대법원 1997. 2. 13. 선고 97다47675 판결.

37) 대법원 1999. 5. 14. 선고 98두3877 판결.

여야 한다.

(2) 징수에 대한 불복절차

산업재해보상보험법상 보험징수에 불복하는 방법에 관하여 다음의 판례가 있다. “구 산업재해보상보험법(1997. 8. 28. 법률 제5398호로 개정되기 전의 것) 제72조 제1항 제1호의 규정에 의하면 사업주가 같은 법 제12조의 규정에 의한 보험가입신고를 태만히 한 기간중에 발생한 재해에 대하여 보험급여를 지급하는 경우에는 근로복지공단은 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 급여액의 전부 또는 일부를 보험가입자로부터 징수할 수 있고, 같은 법 제88조 제1항, 제3항, 제5항, 제90조 제1항, 제3항의 규정에 의하면 보험급여에 관한 결정에 대하여 불복이 있는 자는 보험급여에 관한 결정이 있음을 안 날부터 60일 이내에 공단에 심사청구를 할 수 있는 반면, 보험급여에 관한 결정에 대하여는 행정심판법에 의한 행정심판을 제기할 수 없고, 심사청구에 대한 결정에 불복이 있는 자는 심사청구에 대한 결정이 있음을 안 날로부터 60일 이내에 산업재해보상보험심사위원회에 재심사청구를 할 수 있는바, 같은 법 제72조에 의한 보험급여징수처분에 대한 불복 방법에 대하여는 같은 법 제88조 제1항, 제3항, 제5항, 제90조 제1항, 제3항의 규정이 적용되어 같은 법조에서 정하는 심사청구, 재심사청구를 거쳐 행정소송을 제기하여야 한다.”³⁸⁾

앞에서 문제된 산업재해보상보험법 제88조는 다음과 같다.

제88조(심사청구의 제기) ① 보험급여에 관한 결정에 대하여 불복이 있는 자는 공단에 심사청구를 할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 심사청구는 당해 보험급여에 관한 결정을 행한 공단의 소속기관을 거쳐 공단에 제기하여야 한다.

38) 대법원 1998. 5. 12. 선고 98두2546 판결.

- ③ 제1항의 규정에 의한 심사청구는 보험급여에 관한 결정이 있음을 안 날부터 90일 이내에 하여야 한다.
- ④ 제2항의 규정에 의하여 심사청구서를 받은 공단의 소속기관은 5일 이내에 의견서를 첨부하여 이를 공단에 송부하여야 한다.
- ⑤ 보험급여에 관한 결정에 대하여는 행정심판법에 의한 행정심판을 제기할 수 없다.

또한 산업재해보상보험법 제90조는 다음과 같다.

- 제90조(재심사청구의 제기) ① 제89조 제1항의 규정에 의한 심사청구에 대한 결정에 불복이 있는 자는 제91조의 규정에 의한 산업재해보상보험심사위원회에 재심사청구를 할 수 있다.
- ② 제1항의 규정에 의한 재심사청구는 당해 보험급여에 관한 결정을 행한 공단의 소속기관을 거쳐 산업재해보상보험심사위원회에 제기하여야 한다.
 - ③ 제1항의 규정에 의한 재심사청구는 심사청구에 대한 결정이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다.
 - ④ 제88조 제4항의 규정은 재심사청구에 관하여 이를 준용한다. 이 경우 “심사청구서”는 “재심사청구서”로, “공단”은 “산업재해보상보험심사위원회”로 본다.

앞에서도 살펴보았듯이 행정심판법에서는 행정심판을 임의절차로 규정하였다. 그러나 이 사안에 의하면 산업재해보상보험법상의 심사청구 및 재심사청구는 필요적 전치절차로 본다. 그 근거로는 제5항의 “보험급여에 관한 결정에 대하여는 행정심판법에 의한 행정심판을 제기할 수 있다.”고 하는 규정을 들 수 있을 지 모르겠다. 그러나 법규정에서 보듯이 심사청구를 할 수 있다고 규정한 것만 가지고 소송을 제기하기 전에는 반드시 심사청구 및 재심사청구를 하여야 한다고 보는 데에는 문제점이 있다고 본다. 이러한 해석은 행정심판을 임의절차화하고 원고의 소송제기를 간편하게 하려는 입법추

세에 역행한다고 볼 것이다. 그에 관한 참조판례로 당원 대법원 1975. 9. 23. 선고 75누8 판결 및 1983. 12. 23. 선고 81누344 판결을 들고 있으나 이 판례는 행정절차가 필요적 전심절차였던 시기의 판례임을 유의하여야 할 것이다.

(3) 보험료 징수의 절차

산업재해보상보험법의 징수와 기타 채권의 우선순위에 대해서는 다음과 같은 판례가 있다.

“산업재해보상보험법 제27조의2 제1항의 국세채납처분의 예에 의하여 징수할 수 있다는 규정은 그 문언이나 법규정의 형식상 국세징수법중 제3장에서 규정한 채납처분의 절차에 따라 강제징수할 수 있다는 소위 자력집행권이 있음을 규정한 것이지, 국세, 지방세가 저당권부채권 등에 우선한다는 국세기본법 제35조, 지방세법 제31조 제1항, 제2항의 규정도 준용됨을 규정한 것이라 볼 수 없다.”³⁹⁾

앞에서 의료보험료의 징수절차에 관하여 살펴본 바와 같이 산업재해보상보험법의 징수에 관해서도 국세징수법상의 채납처분에 관한 절차가 준용된다. 그런데 이 경우에 보험료와 국세, 지방세 및 기타의 공과금과 저당권부 채권과의 관계가 문제된다.

이에 대해서 같은 판례에서는 “산업재해보상보험법 제27조의4에 산업재해보상보험료의 징수 우선순위를 국세, 지방세 다음으로 한다고 규정한 것은 산업재해보상보험재정의 확보를 위하여 산업재해보상보험료의 징수순위를 각종 공과금과 일반채권보다 우선순위에 있음을 정한 것으로 보아야 할 것이고, 여기에서 국세, 지방세는 저당권부 채권보다 후순위인 국세, 지방세를 의미한다고 보아야 할 것이다.”⁴⁰⁾

39) 대법원 1990. 3. 9. 선고 89다카17898 제3부 판결.

40) 대법원 1990. 3. 9. 선고 89다카17898 제3부 판결.

즉, 보험료 채권은 각종 공과금이나 일반채권보다는 우선하지만 저당권부 채권보다는 후순위에 있음이 분명한 것이다.

사. 산업재해보상보험법과 처분권주의

산업재해보상보험법에 의한 보상금의 청구는 처분권주의에 속하는 것으로 당사자가 직접 청구한 경우에 이를 인정할 수 있는 것이며, 법원에서 이를 임의로 할 수 있는 성질은 가지고 있지 않다.

“기록에 의하면, 원고는 소외 망 이덕로가 공무에 기인하여 사망하였다는 이유로 공무원연금법 제61조에 따라 유족보상금의 지급을 청구하였으나 피고는 위 이덕로의 사망원인을 본인의 신체적인 조건에 기인된 것이지 공무로 인한 것이 아니라는 이유로 부지급처분을 하였으므로 피고의 그 부지급처분이 위법이다는 이유로 그 취소를 구하고 있음이 명백하다. 그런데 원심판결에 의하면, 원심은 원고가 피고에게 산업재해보상보험법에 의한 유족급여의 지급을 청구하였으나 피고가 부지급처분을 하였는 바, 근로기준법 제82조, 제83조, 산업재해보상보험법 제9조의 6, 제9조의 8, 제3조의 제1항의 각 규정에 따르면 위 이덕로의 사망이 업무에 기인한 사망으로 봄이 상당하고 위 이덕로의 처인 원고도 산업재해보상보험법 제9조의 6(원심판결에는 제9조의 제6항으로 표현하였으나 오기로 보인다) 소정의 유족보상일시금을 지급받을 권리가 있다고 하여 피고의 위 유족보상금 지급청구부결처분을 취소한다고 판시하였다. 결국 원심은 이 사건 청구의 내용을 오해하여 원고가 청구하지 아니한 사항에 대하여 판결하였으니 이는 처분권주의에 위배하여(행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제188조 참조) 판결결과에 영향을 미친 위법을 저질렀다고 할 것이므로 이 점에 관한 논지는 이유없다. 그러므로 나머지 상고이유에 관하여는 판단을 아니하고 원심판결을 파기하여 사건을

다시 심리판단케 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 관여법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.”⁴¹⁾

아. 산업재해보상보험 수급권과 증여세

“구상속세법(1967. 11. 29. 법률 1911호) 제33조 1항은 생명보험 계약에 관한 보험금의 경우에 한정하여 증여한 것으로 간주하여 과세한다는 규정이므로 산업재해보상보험법에 의하여 지급되는 보험금은 구상속세법상의 증여세의 과세대상이 아니다.”⁴²⁾

41) 대법원 1989. 12. 26 선고 88누9510 제2부 판결.

42) 대법원 1974. 2. 12. 선고 73누256 제2부 판결.

VI. 일본 사회보장관계 판례

1. 헌법 제25조의 생존권 조항은 소위 프로그램 규정이다.

(식량관리법 위반사건, 最判 1948년 9월 29일 刑集 2권 10호 1235페이지)

【사실관계】 피고인은 오카야마 현에서 소위 암거래 쌀 백미 1말과 현미 2되를 구입하여 운반하다가 식량관리법 위반으로 검거되어 1948년 1월 24일 츠야마 구의 법원에서 징역 4월 및 백미 1말 그리고 현미 2되(모두 환가한 금액)를 몰수하는 판결을 받았다. 동판결은, 「피고인은 본건 행위를 헌법에서 인정된 생활권보장에 의한 것이라 하여 죄가 되지 않는다고 주장하고 있으나 일본에서 생산하는 주요 양곡의 절대량이 매우 부족한 오늘날 본건과 같은 매출 및 수송을 방임하는 경우에는 아마도 주식의 공출을 저해하여 현재의 배급기구를 파괴하고 국민 대다수는 기아에 빠질 것이다. 헌법 제25조는 모든 국민이 평등하게 최저한도의 생활을 보증하기 위하여서는主食의 양도 및 이동을 제한하는 것은 국민 전체를 위하여 당연한 조치이므로 식량관리법은 조금도 헌법에 위반하지 않는다고 인정되고 따라서 피고인의 주장은 채택할 수 없다」고 말하고 있다. 이에 대해서 피고인은 배급식만으로는 생명을 부지하고 건강을 유지하는 것이 가능하지 않은 현상에 비추어 볼 때, 국민이 이 부족식량을 구입하고 운반하는 것은 헌법이 보장하는 생활권의 행사이기 때문에, 원판결은 헌법 위반의 무효인 법령을 적용한 재판이라 하여 상고하였다.

【관 지】 棄却 「헌법 제25조 제2항에서, 『국민은 모든 생활방면에 대하여, 사회복지, 사회보장 및 공중위생의 향상 및 증진에 노력해야 한다』고 규정하고 있는 것은, 전술한 사회생활의 추이에 따르는 적극주의의 政治인 사회적 시설의 확충증강에 노력해야 할 것을 국가의 임무로 하여 선언한 것이다. 그리하여 동조 제1항은 마찬가지로의 적극주의의 정치로서 모든 국민이 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 영위할 수 있는 국정을 운영하여야 할 것을 국가의 책무로 선언한 것이다. 이는 주로 사회적 입법의 제정 및 그 실시에 의하여야 할 것이나, 이러한 생활수준의 확보와 향상과 확보 또한 국가임무의 하나로 한 것이다. 즉, 국가는 국민일반에 대하여 개괄적으로 이러한 책무를 부담하고 이를 국정상의 임무로 한 것이지만 개개의 국민에 대하여 구체적, 현실적으로 이러한 의무를 지는 것은 아니다. 환언하면, 이 규정에 의하여 직접적으로 개별 국민은 국가에 대하여 구체적, 현실적으로 이러한 권리를 가지는 것은 아니다. 사회적 입법 및 사회적 시설의 확충에 따라서 비로소 개개 국민의 구체적, 현실적인 생활권은 설정되고 충실하게 되어 가는 것이다. 그러므로 상고인이 헌법 규정으로부터 직접 현실적인 생활권이 보장되고 부족식량의 구입·운반은 생활권의 행사이므로, 이를 위법하다고 규정하는 식량관리법의 규정은 헌법위반이라고 논하는 것은 동조에 대한 오해에 기초한 논지이므로 채용할 수 없다.

식량관리법은 국민식량의 확보 및 국민경제의 안정을 도모하기 위하여, 식량을 관리하고 그 수급 및 가격의 조정 및 배급의 통제를 행하는 것을 목적으로 하며, 이 목적달성을 위하여 필요한 수단, 방법, 기구 및 조직을 정한 법률이다. 국가경제가 어떠한 원인에 의한 것이든 현저하게 주요식량의 부족을 노정하고 있는 경우에 만일 어떠한 통제도 하지 아니하고 그 획득을 자유거래와 자유경쟁에 방임

하면 매점, 매식 등에 의하여 점차 주식의 편재 및 은닉을 초래하고 따라서 그 가격의 현저한 양등을 초래하여 결국에는 대다수 국민은 심각한 주요 식량의 부족에 빠지는 것은 누구에게나 명백한 사실이다. 식량관리법은 1942년 전시중에 전쟁으로 인하여 주요 식량의 부족이 초래된 탓으로 제정된 것이나, 전후인 오늘날도 누구에게나 主食의 부족은 전후 사정으로 인하여 또한 의연히 계속되고 있기 때문에 동법 존속의 필요성은 아직 소멸했다고 말할 수 없다. 이런 점에서 말하면 동법은 국민전반의 복지를 위하여 최대한 그 생활조건을 안정시키기 위한 법률로서 바로 헌법 제25조의 취지에 적합한 입법이라고 말하지 않으면 안된다. 그렇다면 동법을 위헌무효라고 주장하는 논지는, 이 점에서 잘못된 것이 명백하다.」(출전: 佐藤 進編, 社會保障判例, 有斐閣雙書, 1974, p.2-4)

2. 아사히(朝日) 訴訟

(생활보호법에 의한 보호에 관하여 불복신청에 대한 재결청구취소사건, 最判 1967년 5월 24일 民集21권5호 1043페이지)

【사실관계】戰前부터 결핵으로 국립 오카야마 요양소에 입원하고 있던 원고 X가 1956년 8월 이후 형으로부터 월 1,500엔의 송금을 받게 되었기 때문에 Y₁복지사무소장은 X의 생활부조를 폐지하고, 앞의 송금액으로부터 일용품비 600엔을 차감한 월액 900엔을 X의 의료비의 일부 자기부담으로서 부담시키고, 그 잔액에 대해서만 의료부조를 행한다는 취지의 보호변경결정을 하였다. 이에 대해 X는 중증환자는 요양소의 급식만으로는 영양이 부족하기 때문에 일용품비 600엔 이외에 간식비로서 400엔의 유보를 인정하고, 의료비 자기부담액을 500엔으로 감액받고 싶다는 이유에서 Y₂오카야마 현

지사에게 불복신청을 하였으나, 일용품비 600엔이라고 하는 것은 후생대신이 인정한 보호기준이므로, 불복신청의 요건을 결여하고 있다고 하여 각하되었다. 그래서 피고 Y₃(후생대신)에게 불복신청을 한 결과, Y₂의 각하결정은 정당하지 않다고 하면서도 영양소의 급식은 후생성의 방침대로 완전급식과 같은 수준에서 급식을 행하고 있다고 하여 다시 불복신청이 기각당하였다. 여기서 X는 1957년 8월 동경 지사에 대하여 일용품비 600엔으로는 환자의 생명과 건강은 유지되지 못하므로 Y₃의 재결은 헌법 제25조 및 생활보호법 제1조 내지 제5조에 위반한다고 하는 이유로 그 재결의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다.

▶동경 지방법원 1960년 10월 19일

【판지】 認容 (1) 「생활보호법(1950년 법률 제144호)은 국가가 바로 일본 헌법 제25조에서 규정하는 생존권의 이념에 기초하여 곤궁자의 생활보호제도를 동조 제2항에서 말하는 사회보장의 일환으로서, 국가의 직접적인 책임 아래에 실현하려고 하는 것으로, 헌법의 전기 규정을 현실화하고, 구체화한 것에 다름 아니다. 동법 제2조는 『모든 국민은, 이 법률이 정하는 요건을 충족시키는 한, 이 법률이 정하는 보호를, 무차별하고 평등하게 받을 수 있다.』고 규정하고 있다. 이는 동법이 정하는 보호를 받을 자격을 갖추고 있는 한 누구에 대해서도 단순히 국가의 사실상의 보호행위에 의한 반사적 이익을 받도록 하는데 그치지 않고, 적극적으로 국가에 대하여 동법 제3조에 규정하는 것과 같은 『건강하고 문화적인 생활수준』을 유지할 수 있는 최저한도의 생활수준을 보장하는 보호의 실시를 청구하는 권리, 즉 보호청구권을 부여하는 것을 규정한 것으로 해석하여야 한다. ...따라서, 보호실시기관이 현재 보호를 받고 있는 자 또는 보호의

개시를 신청한 자의 보호 청구권을 부당하게 침해하는 것과 같은 처분을 행한 경우에는 그 처분이 위법하다고 하는 것은 말할 필요조차 없다.」

(2) 「구체적으로 어떤 정도의 생활수준을 가지고 여기서 말하는 『건강하고 문화적인 생활수준』이라고 해석할 수 있는가는 그것이 단순히 액수의 산정에 그치지 않고 미묘한 가치판단을 수반하는 만큼 심히 곤란한 문제로서, 앞에서 지적한 제반 요소의 인식 위에 서서 기술적, 전문적 검토를 요하는 것은 당연하며, 또한 그렇기 때문에 법 제8조 제1항에서 보호는 후생대신이 정하는 기준에 의하여 충족한 요보호자의 수요를 기초로 하여 간접적으로 최저한도의 생활수준의 인정을 일차적으로는 정부의 책임에 넘기고 있는 것이다. 그러나 이는 어디까지나 일본 헌법으로부터 유래하는 법 제3조, 제8조 제2항에 규정된 바를 일탈할 수 없는 것이며, 그러한 의미에서 소위 기속행위라고 할 수 있는 것이다. 따라서 이것이 과연 본법에 적합한 것인가의 여부는 그 점이 다투어지는 한에 있어서는 법원에서 판단되어야 하는 부분이다.

만일 피고가 결정한 일반적 기준 자체가 그 적용 대상인 대다수의 요보호자에 대하여 생활보호법 제8조 제2항에서 말하는 최저한도의 생활수준을 충족시키기 위해 충분한 정도, 즉, 『건강하고 문화적인 생활수준을』을 유지하는 것이 가능한 정도의 보장에 미치지 아니하는 것인 경우에는 이 기준은 동항, 동법 제2조, 제3조 등의 규정에 위반하고 따라서 헌법 제25조의 이념을 충족시키지 아니하는 것으로 무효라고 할 수 있다.」

(3) 「생활보호법 제8조에서 … 말하는 『최저한도의 생활』이라 함은 … 국민이 단지 겨우 생물로서의 생존을 유지할 수 있는 정도의 것은 아니고, 반드시 국민에 대하여 『인간으로서 가치있는 생존』 혹

은 『인간으로서의 생활』이라고 말할 수 있는 것을 가능하도록 하는 것과 같은 정도의 것이어야 함은 부언을 요하지 않는다. 원래 앞에서 말한 의미에서의 『건강하고 문화적인 생활수준』은 학자들이 말하는 생활수준의 각종의 구분 가운데 어디에 속하는 것인가에 대한 논쟁이 있고, 또한 그것 자체는 각국의 사회적, 문화적 발달정도, 국민경제력, 국민소득수준, 국민의 생활감정에 의하여 좌우되는 것으로 따라서 그 구체적인 내용은 결코 고정된 것은 아니고 통상적으로는 끊임없이 진전, 향상하고 있는 것으로 생각되지만, 그것이 인간으로서의 생활의 최저한도라고 하는 선을 가지는 이상 이론적으로는 특정의 국가에 있어서 특정의 시점에 있어서는 일단 객관적으로 결정될 수 있는 것이며, 또한 결정할 수 있는 것이라 할 수 있을 것이다. … 최저한도의 생활수준을 판단하는데 있어서 주의해야 할 것의 하나는 현재 국내에 있어서의 최저소득층, 예를 들면 저임금의 일용노동자, 영세어업자 등 소위 한계선상에 위치하는 사람들이 현실적으로 유지하고 있는 생활수준을 가지고 바로 생활보호법이 보장하는 『건강하고 문화적인 생활수준』에 해당한다고 해석하여서는 안 된다고 하는 것이다. 다음에 주의하여야 할 것은 그 때마다의 국가예산의 배분에 의하여 좌우되어서는 안 된다고 하는 점이다. 예산을 윤택하게 하는 것에 의하여 최저한도 이상의 수준을 보장하는 것은 입법정책으로서는 자유이나, 최저한도의 수준은 결코 예산의 유무에 의하여 결정되는 것은 아니고 오히려 이를 지도하여야 하는 것이다. 그 의미에서는 결코 상대적이지 않다. 그리고 세번째로는 『건강하고 문화적인 생활』은 국민 누구에 대하여도 전적으로 보장되지 않으면 안 되는 것으로 생각되어야 한다는 것이다.

(4) 「본건 보호기준은 요보호환자에 대하여 앞에서 서술한 바와 같은 취지에 있어서의 『건강하고 문화적인 생활수준』을 유지하는

것이 가능한 정도의 것이라고는 할 수 없을 것이다. 그것이 어느 정도이어야 하는가에 대해서는 여기서 결정할 필요는 없고, 또한 적당하지도 않다. 그러나 위와 같은 생활수준을 유지하는데 부족하다고 하는 한도에서, 그것은 생활보호법 제8조 제2항, 제3조에 위반된다고 말하지 않을 수 없다. 그렇다면 이와 같은 보호기준에 기초하여 원고에 대하여 본래 원고의 소득에 속하는 금액 가운데 일용품비로서 600엔 만을 수중에 남기는 것을 인정하고, 이것만을 공제한 송금의 잔액(월액 900엔)에 의하여 의료비의 일부부담을 명한 본건 보호결정변경은 이것만으로 이미 위법하다 할 수 있다.]

▶ 東京 高判 1963년 11월 4일

【판 지】 棄却 (1) 「생활보호법 제2조는, … 동법의 기타의 규정과 상응하여 국민의 보호수급권을 정하고 있다. 이는 일본 헌법 제25조가 규정하는 이념을 구체화하며, 동조에 의한 국가의 책임을 전개하여 개개의 국민이 가지는 국가에 대한 구체적인 권리를 정한 것으로, 이것에 의해 당해 국민이 입는 이익은, 결코 국가의 은혜 내지 사회정책의 실시에 의하는 반사적 이익에 지나지 않는 것은 아니다.」

(2) 「(생활보호)법 제8조는, 향소인(후생대신)이 정하는 기준에 의해 측정한 요보호자의 수요를 기초로 하여 보호를 행한다는 뜻을 규정하고 있는 것으로, 그 기준의 정하는 방법에 대해서는, 이 또한 동조 제2항에 추상적, 다의적인 규정을 하고 있으며, 그 내용을 명확한 일의적인 개념을 가지고 나타내고 있는 것은 아니다. 그 의미에 있어서 동조는 일반적 방침을 규정하고 있는데 지나고 있지는 않지만, 그 때문에 동조를 훈시규정이라고 해석하고, 동조에 기초하여 향소인이 설정한 보호기준에 대하여 사법심사가 행해질 수 없다

고 하는 것은 타당하지 않다. 만일 그렇다면 그것은 헌법 제25조의 이념에 기초하여 생활보호법이 국민의 보호수익권을 정한 취지를 몰각하는 결과가 되기 때문이다. 따라서 만일 보호기준 자체가 위법하면, 보호의 개시 또는 변경의 결정은 법률상의 근거를 상실하고, 위법하다는 것을 피할 수 없다. 이를 본건에 관하여 본다면 본건 일용품비의 기준이 위법한 경우에는 본건의 보호변경결정도 또한 위법한 까닭이다. ... 『건강하고 문화적인 생활수준』이라는 개념은, 추상적인 개념으로서 그 구체적인 내용은 항소인이 적극적으로 확정하는 것을 기다릴 수밖에 없다. 이와 같이 생활보호법이 보호기준의 설정에 있어서 항소인을 구속하는 구체적이고 결정적인 보호기준을 정하지 않은 것은 원래 건강하고 문화적인 생활수준 자체가 문화의 발전, 국민경제의 진전 등에 따라서 끊임없이 진전, 향상하는 것이고, 결코 고정된 것은 아니며, 또한 다수의 불확정 요소의 종합적 파악 위에 정립되지 않으면 안 되는 것으로, 이를 고정적이고 구속적인 개념으로 좁은 범위내에 유착시키는 것은 부적당하기 때문에, 그 설정에 관하여 구체적인 판단을 실질상 항소인의 재량에 위임했다고 볼 수 있다. 무엇보다 여기서 재량이라고 하는 것은 행정청의 완전한 선택을 허용하는 자유재량의 의미는 아니다. 이 경우에도 행정청은 동법의 이념에 따라서 가장 타당한 객관적인 기준을 탐구, 결정하여 여기에 따라야 할 것이나, 전기와 같은 사정에 의하여 그 선택이 어떤 범위내에서 행해지는 한 당부당의 논평을 하는 것은 가능하여도, 그 위법을 논증하는 것은 가능하지 않은 결과, 행정청의 당해 판단에 기초한 조치가 그 효력을 부정당하지 않는다고 할 수밖에 없다. 행정청의 판단이 법이 정하는 추상적인 요건으로부터 이탈하여, 이미 당부당의 문제를 넘어서 그 법률상의 요건이 충족되었다고 생각할 수 있는 여지를 잃어버린 경우에는 앞의 판단에 기한 조치는 위법

이라 하여야 한다. 본건의 일용품비의 기준에 대해서도, 그것이 위법인가 아닌가를 명확하게 하기 위해서는 단지 그 당부당을 논하는 것으로는 부족하다 할 것이다.」

(3) 「본건에 있어서 3개월을 넘는 입원 입소중의 단신환자의 최저한도의 생활 수요를 충족하는 합리적인 일용품비의 기준을 정하는 것은 다수 환자의 다양한 경제적 수요의 실태를 조사하여 파악한 다음, 생활과학인 생계비 이론을 여기에 적용하는 전문·기술적 검토를 요하는 사항이다. 따라서 본건 일용품비 기준의 설정이 위법하다고 하기 위해서는 일별한 것만으로 이를 무효시 할 수 있는 경우 이외에는 단지 일반인의 감각 또는 판단에 의지할 수는 없는 것으로, 전문·기술적 사항에 속하는 사항도 전부 사법심사의 대상으로 하지 않으면 안된다. 또한 생활보호 행정이 예산을 수반하는 것은 말할 필요도 없으나, 국가의 재정 기타 국정전반에 대한 정책적인 고려를 거쳐서 정해진 예산의 배분에 따랐다고 하는 이유만으로, 당해 기준의 설정이 적법하다고는 할 수 없다. 그러나 반면에 생활보호를 위한 비용은 납세를 통하여 국민이 부담하는 것인 이상, 보호의 기준도 국민소득 내지 그 반영인 국가의 재정과 유리되어 이를 무관계하게 정할 수 있는 것은 아니고, 이 또한 그 시기의 국민의 생활수준, 문화수준의 정도도 당연히 대조하여야 하며, 국민감정도 무시하여서는 아니 된다.」

(4) 「이상과 같이 볼 때, 별표 개정기준에 의해서도 팬티 2년 1착 및 화장지 월 1두루말이 정도는 부족하다고 할 수밖에 없다. 그러나 그 이외에는 비목·수량·단가에 있어서 앞의 기준으로는 입원, 입소 생활에 있어서 일상 신변의 최저한도의 수요를 충족시키는데 부족하다고 하는 것을 입증할 수 있는 충분한 증거는 없다. 앞의 팬티와 화장지의 부족분을 별표 기재의 단가로써 계산하여 보면 월액

30엔 정도가 되고, 이를 앞의 기준액에 더하면 입원 입소환자의 일용품비로서 월액 670엔 정도의 숫자가 나오며, 본건 일용품비의 기준 600엔은 이를 약 1할 정도 하회하는 것이 된다. ... 결국 월액 670엔이라고 하는 것도 상당한 폭을 가진 금액이라고 할 수 있고, 1엔이라도 부족하면 안 된다고 하는 취지에서의 최저한도의 금액은 아니다. 나아가 앞에서도 실시한 바와 같이 1956년 8월 당시 본건 일용품비의 기준은 조만간 개정되지 않으면 안될 단계에 와 있었던 것으로, 기준의 개정에는 조사·연구를 위하여 어느 정도의 시간을 요하기 때문에 개정직전의 시기에 있어서 1할 정도의 부족을 낳는 것도 어쩔 수 없는 일이다. 따라서, 1할 정도의 부족을 가지고 본건 보호결정기준을 당부당에 그치지 아니하고 확정적으로 위법이라고 단정하는 것은 옳지 못하다 할 것이다.」

▶ 最判 1967년 5월 24일

【관 지】 却下 「생활보호법의 규정에 기초한 요보호자 또는 피보호자가 국가로부터 생활보호를 받는 것은 단순히 은혜 내지 사회정책의 실시에 수반하는 반사적 이익인 것은 아니고, 법적인 권리이며, 보호수급권이라고 칭할 수 있는 것으로 해석하여야 한다. 그러나 이 권리는 피보호자 자신의 최저한도의 생활을 유지하기 위하여 당해 개인에게 주어진 일신전속적인 권리로서 타인에게 이를 양도할 수 없다.」(이하는 방론이다.)

(1) 「헌법 제25조 제1항은 『모든 국민은, 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 영위할 권리를 가진다.』라고 규정하고 있다. 이 규정은 모든 국민이 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 영위할 수 있도록 국정을 운영하여야 하는 것을 국가의 책무로서 선언한 것에 불과하고, 직접 개개의 국민에 대하여 구체적인 권리를 부여한 것은 아

니다. 구체적인 권리로서는 헌법의 규정 취지를 실현하기 위하여 제정된 생활보호법에 의하여 비로소 주어져 있는 것으로 볼 수 있다.」

(2) 「후생대신이 정하는 보호기준은 법 제8조 제2항 소정의 사항을 준수한 것을 요하며, 결국에는 헌법이 정하는 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 유지하는데 충분한 것이어야 한다. 그러나 건강하고 문화적인 최저한도의 생활이라고 하는 것은, 추상적이며 상대적인 개념으로서, 그 구체적인 내용은 문화의 발달, 국민경제의 진전에 따라서 향상되는 것은 물론, 다수의 불확정적인 요소를 종합적으로 고려하여 비로소 결정할 수 있는 것이다. 따라서 무엇이 건강하고 문화적인 최저한도의 생활인가의 인정판단은, 일단 후생대신의 합목적적인 판단에 위임되어 있으며, 그 판단은 당부당의 문제로서 정부의 정치적 책임을 묻는 것은 가능하나 직접적으로 위법의 문제를 발생시키지는 않는다. 단지, 현실의 생활조건을 무시하고 현저히 낮은 기준을 설정하는 등 헌법 및 생활보호법의 취지·목적에 반하고, 법률에 의해 주어진 재량권의 한계를 넘은 경우에는 위법한 행위로서 사법심사의 대상이 되는 것을 피할 수 없다.」

(3) 「원판결이 본건 생활보호기준의 적부를 판단함에 있어서 고려한 소위 생활외적 요소라고 하는 것은, 당시의 국민소득 내지는 그 반영인 국가의 재정상태, 국민의 일반적 생활수준, 도시와 농촌에 있어서의 생활의 격차, 저소득자의 생활정도와 이 층에 속하는 자의 전체 인구에서 차지하는 비율, 생활보호를 받고 있는 자의 생활이 보호를 받고 있지 아니한 다수 빈곤자의 생활보다 우대받고 있는 것은 부당하다고 하는 일부 국민감정 및 예산분배의 사정 등이다. 이상과 같은 제요소를 고려하는 것은 보호 기준의 설정에 있어서 후생대신의 재량에 속하는 것으로서, 그 판단에 대하여는 법의 취지· 목적을 일탈하지 않는 한, 당부당의 문제를 발생시키는데 지나

지 않는 것으로서, 위법의 문제를 발생시키지는 아니한다.」

(4) 「본건 생활부조기준이라고 하는 환자의 일용품에 대한 일반 추상적인 수요측정의 척도가 구체적으로 타당한 것인가 아닌가를 검토함에 있어서는 일용품의 소비량이 각인의 절약의 정도, 당해 일용품의 품질 등에 따라 다른 것은 물론, 중증환자와 중·경증환자 간에는 필요로 하는 세목이 다르고, 특정 환자에 있어서는 어느 정도 상호교류의 가능성이 존재하기 때문에 단지 본건 기준의 각 비목, 수량, 단가를 개별적으로 고찰하는 것만이 아니라 그 전체를 통일적으로 판단하여야 한다. 또한 입원 입소중의 환자의 일용품이더라도, 정상적으로 필요로 하는 것과 임시·예외적으로 필요로 하는 것의 구별이 있고, 임시·예외적인 것을 일반기준에 넣을 것인가, 특별기준 내지는 일시지급, 대여의 제도로 넘길 것인가는 후생대신의 재량으로 정할 수 있는 것이다.

이상을 염두에 두고 검토하여 보면, 원판결이 확정한 사실관계 아래에서는 본건 생활부조 기준이 입원 입소환자의 최저한도의 일용품비를 대는데 충분하다고 본 후생대신의 인정판단은, 주어진 재량권의 한계를 넘거나 혹은 재량권을 남용한 위법이 있는 것으로는 도저히 단정할 수 없다.」(출전: 佐藤 進 編, 社會保障判例, 有斐閣雙書, 1974, p.4-13)

3. 마키노(牧野) 訴訟

(노령복지연금 부부수령제한 사건, 동경지판 1968년 7월 15일 判時 523호 21페이지)

【사실관계】 원고 X는 1965년 1월 70세에 달하여, 국민연금법 제80조 제2항에 의하여 노령복지연금의 수급자격을 취득하였기 때

문에, 북해도 지사에 대하여 그 수급자격의 재정을 청구하여 바로 인정받았다. 그러나 동시에 지사는 1963년 3월부터 노령복지연금의 지급을 받고 있는 배우자가 원고에게 있다는 이유로 국민연금법 제 79조의2 제5항의 규정에 기초하여, 원고에 대한 노령복지연금 액 1만 5천엔으로부터 금 3000엔에 상당하는 부분의 지급정지결정을 하고, 배우자에 대하여도 마찬가지로의 지급정지결정을 하였다. 여기서 X는 이와 같은 부부지급제한의 규정은 부부인 노령자를 부당하게 차별한다고 하고 또한 부부인 노령자를 개인으로서 존중하지 않기 때문에 헌법 제13조, 제14조에 위반하여 무효이며, 따라서 이에 기초한 지급정지의 결정도 무효라고 하여 피고 Y(국가, 대표 법무대신)에 대하여 노령복지연금지급정지 총액 금 6,750엔의 지급을 구하는 소송을 제기하였다.

【판 지】 認容 「헌법 제14조 제1항은, 『모든 국민은, 법 아래서 평등하고, 인종, 신조, 성별, 사회적 신분 또는 가문에 의하여, 정치적, 경제적 혹은 사회적 관계에서 차별받지 아니한다.』고 규정하고 있다. 이 규정은 국민에 대하여 법 아래에서의 평등을 보장한 것이므로, 여기서 열거한 사유는 예시적인 것으로, 반드시 위의 사항에 한정되는 것은 아니나, 또한 그 반면에 국민에 대하여 절대적인 평등을 보장한 것은 아니고, 사항의 성질에 따라서 차별하여야 할 합리적인 이유가 있다고 인정되지 않는에도 차별하는 것을 금지하고 있다(최고재판소 1964년 5월 27일 대법정판결 참조). 따라서 노령복지연금에 있어서 부부수급제한의 규정은, 부부가 함께 노령복지연금의 지급을 받는 경우에는 노령자가 부부라고 하는 이유로 단신노령자와 비교하여, 각각 3,000엔 씩의 지급을 정지하는 취지를 규정한 것으로, 노령자가 부부라고 하는 사회적 신분에 의하여 경제관계에 대한 시책에 있어서 차별적인 취급을 하는 것이라고 말할 수 있다.

따라서 이러한 차별적인 취급이 사항의 성질에 응하여 합리적인 이유가 있는 것이라고 인정되지 아니하는 한, 위의 부부수급 제한 규정은 상기 헌법 조항에 위반하여 무효라고 할 수밖에 없다.

현행의 노령복지연금은, … (국민연금) 법 제1조가 드는 헌법 제25조 제2항의 이념으로부터 본다면 매우 불충분하다고는 하더라도, 그것 자체는 사회복지의 촉진, 공중위생, 생활환경의 개선 등 국민의 일반 생활에 필수적인 측면에 있어서 배려하여야 할 것이 많은 일본의 사회정세와 선진제국에 비교하여 결코 운택하다고 할 수 없는 국가재정의 사정을 고려하면 어쩔 수 없다고 할 수밖에 없으나, 그렇다고 하여서 국가예산의 사정으로부터 노령복지연금의 수급대상자가 부부인가 단신자인가에 의하여 그 지급액을 차별하는 것조차 허용되어서는 아니될 것이다.

피고는 부부가 건재하다면 그 공동생활에 유래하는 공통부분에 대하여 비용의 절약이 이루어질 수 있는 것은 공지의 사실로서, 생활비의 일부에 충당되어야 하는 노령복지연금에 대하여도 동일하게 말할 수 있으므로 연금액을 정하는 경우에 이것을 감안하는 것은 합리적이라고 주장한다. 부부의 공동생활에서 유래하는 공통부분에 대하여 비용의 절약이 이루어질 수 있는 것 자체는 이론상 당연한 것이나, 반면에 노령자부부가 공동생활을 하는 경우에 생활비가 단신인 경우와 비교하면, 대단히 고액인 것은 누구나 아는 것으로, 노령자를 부양하는 저소득자 계층의 부양의무자의 생활을 압박하고, 부부인 노령자가 단신인 노령자보다 한층 어려운 생활을 하고 있는 것은 앞에서 말한 바와 같으므로, 이러한 노령자의 생활상을 감안하면 부부인 노령자의 경우에 이론상 생활의 공통부분에 대하여 비용의 절약이 가능하다고 하여 지급액이 위에서 밝힌 바와 같은 최저생활비(농촌 4지구의 최저생활비)의 거의 절반에 지나지 않고, 전기

노령복지연금제도의 이상에서 보자면 너무나 저액인 현단계에서 부부인 노령자를 단신인 노령자와 차별하여, 부부인 노령자에게 지급되는 노령복지연금 가운데 다시 금 3,000엔(월액 250엔)의 지급을 정지하는 것은 국가재정의 형편이라는 핑계로, 노령자의 생활실태를 외면한다는 비난을 피할 수 없다고 할 수 있고, 도저히 차별하여야 하는 합리적인 이유가 있다고는 인정할 수 없다. 따라서 피고의 위주장은 채용할 수 없다.

따라서 부부수급제한의 규정은 차별할 수 있는 합리적인 이유가 인정되지 아니하는데도 부부인 노령자를 차별하는 것으로서, 헌법 제14조 제1항에 위반하여 무효라고 말할 수밖에 없다. 따라서 위의 규정을 적용하여 북해도 지사가 1965년 3월 25일 원고에 대하여 내린 지급정지결정도 또한 무효라고 단정하지 않을 수 없다.」(출전: 佐藤 進 編, 社會保障判例, 有斐閣雙書, 1974, p.13-15)

4. 호리키(堀木) 訴訟

(장해복지연금·아동부양수당 併給禁止 사건, 코베 地判 1972년 9월 20일 判時 678호 19페이지)

【사실관계】 원고 X는 손님의 시력장애자로, 이혼한 이래 차남을 교육시키고 있는 바에 의하여, 아동부양수당법 제5조에 정해진 아동부양수당의 수급자격이 있기 때문에, 1970년 2월 피고 Y(효고현 지사)에 대하여, 그 자격인정을 청구하였다. 그러나 Y는, X가 국민연금법에 의하여 장해복지연금의 수급자인 것으로부터, 다른 공적연금과의 併給을 금지하고 있는 아동부양수당법 제4조 제3항 3호에 해당한다고 하여, X의 청구를 각하하였다. 그 후 X는 Y에 대하여 이의신청을 하였으나, Y는 X의 이의신청을 기각하는 취지의 재결을

하였다. 여기서 X는 Y에 대하여 아동부양수당병급금지 조항은, 母가 장해복지연금을 받고 있는 아동을 母가 장해복지연금을 받고 있지 않고 있는 아동과 부당하게 차별하고 있으므로 헌법 제14조 제1항에 위반하고, 나아가 헌법 제25조 제2항 및 제13조에 위반한다고 하여, 병급금지 조항에 기초한 위의 각하처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였다. 그리고 나아가, 의무화소송이라 하여도 행정청의 의무가 재량의 여지가 없을 정도로 명료하고, 또한 개인의 권리 혹은 이익이 침해되는 경우에는 허용될 수 있다고 하여서, 아동부양수당 수급자격을 인정하는 판결을 구하는 소송을 병합제기 하였다.

【판 지】 一部認容・一部却下 「헌법 제14조 제1항은, 국민에 대하여 법 아래의 평등을 보장한 것으로, 동 조항 거시의 인종, 신조, 사회적 신분, 가문 등의 차별사유는 예시적인 것이다. 따라서, 동 조항 중의 『사회적 신분』이란 넓게 인간이 사회에서 접하는 어느 정도 계속적인 지위를 가리키는 것으로, 사람의 출생에 의하여 결정되는 사회적인 지위 또는 신분에 한정되는 것은 아니라고 해석하는 것이 적당하므로, 본건 조항 중의 『공적연금을 받을 수 있는 지위』도 또한, 앞의 『사회적 신분』에 상응하는 것이라고 할 수 있는 것으로, 헌법 제14조 제1항은 이와 같은 지위에 의한 차별을 금지하고 있는 것이라고 할 수 있다.

그리하여, 수당법 제4조 제1항 각호 소정의 수급자격을 충족하는 자도, 공적 연금을 수급할 수 있는 경우에는, 본건 조항에 의하여 수당을 받을 수 없는 것으로 되어 있으나, 이것은, 수당법이 주는 수당의 수급이라하는 이익의 면에 있어서, 공적 연금을 받을 수 있는 지위에 있는 자를 그렇지 않은 자로부터 차별하는 것이라 할 수 있다. 원래, 수당의 수급자격의 요건을 어떻게 할 것인가에 대해서는 입법시에 있어서의 입법자의 재량에 속하는 것이라고 하여도, 그

재량에 의하여 제정된 수당법상의 차별적인 취급이, 현저히 합리성을 결하는 경우에는 당해 차별을 낳는 규정은 헌법 제14조 제1항에 위반하여 무효인 것이라고 하여야 한다.

본건 조항은 어떤 합리적인 이유가 없음에도 불구하고, 국민연금법 별표기재의 1종 1급의 시각장애자로서, 장해복지연금을 수급하고 있는 자로, 아동을 감호하는 母라는 지위에 있는 여성을, 일방에 있어서는 동정도의 시각장애자인 장해복지연금수급자인 父인 남성과 성별에 의하여 차별하며, 한편으로는 공적연금을 수급할 수 있는 장애자가 아닌 건강한 母인 여성과 사회적 신분의 일종인 지위에 의하여 차별하는 결과를 가져오는 것이어서 피차별자인 위 여성의 경제적인 생활환경은 극도로 나쁘고, 법률에 의하여 수당의 지급을 거부당하고 있는 당해여성의 피차별감은 극도로 큰 것임을 용이하게 감득할 수 있으며, 그 피차별감은 일반 사회인으로서도 쉽사리 수긍할 수 있고, 동감할 수 있다고 생각되는 건전한 감각으로서, 이유가 있는 것이므로, 이러한 사태를 야기하고 있는 본건 조항은 현행 규정 그대로는 헌법 제14조 제1항에 위반하여, 무효라고 할 수밖에 없다. 그렇다면, 본건 조항을 현행 규정 그대로 유효로 파악하여, 원고가 위의 장해복지연금을 수급하고 있다는 이유로, 1970년 3월 23일부로 원고의 수당인정청구를 각하한 피고의 처분은 위법으로, 취소되어야 할 것이라고 할 것이다.

『피고는 원고가 수당의 수급자격을 가진다고 하는 취지의 인정을 하여야 한다』라는 위의 청구는, 피고에 대하여 작위를 구하는 것이나, 이는 행정청이 행정권을 발동함에 있어서 가지는 일차적인 판단권을 침해하는 것이므로, 삼권분립의 원칙에 반하는 것으로, 현행법상 허용되지 않는 소송이다. 이를 상언하면, 본건에 있어서는 본 바와 같이 원고가 수당의 지급을 받기 위한 장해로 되어 있는 본건

조항은 위헌무효로서 배제되었으나, 수당법 소정의 기타의 수당지급의 장해규정에 원고가 해당하는가 아닌가 하는 점에 대해서는, 피고가 개별적인 견지로부터 새롭게 스스로 판단해야 하는 것으로서, 그 점에 대한 피고의 판단을 거치지 아니하고, 법원이 판결에 의하여 가벼이 피고에 대해서, 원고주장과 같은 인정을 하도록 강제할 수 있는 것은 아니다. 따라서 위의 소송은 현행법상 허용되지 아니하는 부적법한 소송으로서 각하한다.」(출전: 佐藤 進 編, 社會保障判例, 有斐閣雙書, 1974, p.15-17)

5. 보험료의 강제징수를 정한 국민건강보험 조례의 합헌성

(체납처분무효확인청구 사건, 最判 1958년 2월 12일 민집 12권 2호 72페이지)

【사실관계】 A町에서는 1948년 11월 1일 A町 국민건강보험조례가 제정되어, 지사의 인가를 받은 후에 동년 10월 1일에 소급하여 시행되었다. 이 조례에는 A町 내에 세대를 가지는 사람은 모두 강제적으로 피보험자로 되고, 세대주는 보험료 납부의 의무를 부담한다는 취지의 규정이 있다. 상고인 X는 A町 내 세대주로서 보험료 납부 고지를 받았으나 이를 거부했기 때문에, A町은 X에 대하여 X 소유의 동산에 대하여 체납처분을 행한다는 취지를 통고하였다. X는 町 내의 주민을 전부 강제가입시키고, 보험료의 납부를 강제하는 Y町 국민건강보험 조례는 헌법이 보장하는 기본적 인권 및 재산권을 침해하기 때문에 이와 같은 조례에 기초하여 행해지는 체납처분은 무효라고 하여 제소하였다. 제1심, 제2심 모두 헌법상 보장된 기본권 및 재산권은 공공의 복지에 반하지 않는 범위내에서 인정되는 것으로, 국가가 공공의 복지를 도모하는 관점으로부터 국민건강보험

법을 제정하고, 이에 의해서 市町村이 그 조례에 의하여, 시민에게 가입 및 보험료 납입을 강제하여도, 그들의 권리를 침해하는 것이라고는 말할 수 없고, 체납처분은 유효하다고 하였다. X는 이에 불복하여 상고하였다.

【판 지】 棄却 「국민건강보험은 상부상조의 정신에 서서, 국민의 질병, 부상, 분만 또는 사망에 관하여 보험급부를 하는 것을 목적으로 하는 것으로서, 그것의 목적으로 하는 것은 국민의 건강을 유지, 증진하고 그 생활을 안정시켜서 이로써 공공의 복지에 이바지 하고자 하는 것인 점이 명백하기 때문에, 그 보험급부를 받는 피보험자는, 가능한 한 보험사고를 당할 수 있는 사람 전부로 하여야 하는 것이 오히려 당연하며, 또한 상부상조의 보험의 성질상 보험사고에 의하여 생기는 개인의 경제적 손해를 가입자 상호 간에 분담하여야 하는 것 또한 논할 필요가 없다.

町民의 대표자인 町 의회가 절대과반수로서 결의하고, 현지사의 인가를 얻어서 적법하게 제정된 A町 국민건강보험조례 제5조가, 이 町은, 이 町 내의 세대주 및 그 세대에 속하는 자를 피보험자로 한다(...)고 규정하여, 원칙적으로 주민전체를 피보험자로서 국민건강보험에 소위 강제가입 시키도록 하였고, 또한 동조례 제31조가 세대주인 피보험자는 町民稅의 부과등급에 의하여 보험료를 납부하여야 한다고 규정하여, 피보험자 중 보험료 지불의 능력이 있다고 인정된 세대주만을 町民稅의 부과등급에 의하여 보험료 지불의무 있다는 취지의 규정을 하였다고 하여 헌법 제19조에 관계되는 것이 아님은 물론, 기타 헌법상의 자유권 및 동법 제29조 제1항 소정의 재산권을 까닭 없이 침해하는 것이라고 할 수 없다. 따라서 소론 위헌의 주장은 채택할 수 없다.」(출전: 佐藤 進 編, 社會保障判例, 有斐閣雙書, 1974, pp.62-63)

[부 록]

▶공무원연금법 개정안 입법예고

정부는 10월 9일, 공무원연금법 개정안을 마련하여 입법예고 하였다. 이번 정부의 개정안은 지난 해 한국개발연구원(KDI)이 용역연구 결과 제시한 개선방안과 금년 6월 30일 연금제도개선 공청회를 개최한 이후, 공무원 단체와 학계·연구기관·시민단체 등 전문가 그룹과의 여러 차례에 걸친 간담회와 토론회를 거쳐 의견을 수렴하여 마련한 것이다.

이번 개정의 주된 목적은 당면한 연금재정 문제를 해결함으로써 장기적으로 안정된 연금제도의 틀을 마련하고자 하는데 있다. 1960년에 도입된 공무원연금제도는 40여 년이 지나 연금지출이 크게 늘어나고 있는 반면, 수입은 이에 미치지 못하여 재정문제가 발생되고 있다. 특히, 최근에는 정부의 구조조정에 따른 대량퇴직으로 연금재정이 급격하게 악화되었으며, 종합적인 대책을 세우지 못할 경우 1~2년 내에 연금기금이 고갈될 전망이다.

정부가 마련한 제도개선 의 기본방향은 현행제도의 기본 틀을 유지하되 민간이나 외국과 비교하여 현저히 불합리한 일부 제도를 개선하고, 공무원과 정부의 비용부담률을 적정한 수준까지 인상하되 사용자인 정부와 지방자치단체가 다소 더 부담하도록 하는 것이다.

주요 제도개선 내용은 비용부담률 인상, 연금지급개시연령제의 단계적 확대, 물가연동제의 도입, 연금산정기준보수의 개정, 고소득자의 연금 감액지급 및 기타 불합리하거나 미비한 일부제도를 보완하는 것이다.

1) 비용부담률 인상 : 정부와 공무원의 비용부담률을 현행 7.5%에서 9.0%로 각각 인상한다.

2) 연금지급개시연령제 단계적 확대 : 연령에 관계없이 지급하던 연금을 50세부터 지급하되, 2년에 1세씩 올려 60세로 제도화한다. 다만, 정년이 60세보다 빠른 경우에는 해당 정년(예를 들어 6급 이하는 57세)부터 연금을 지급한다. 그리고 법개정 당시 이미 20년 이상 재직한 자는 기득권을 인정하여 퇴직 즉시 연금을 지급하고, 법개정 당시 15년 이상 20년 미만 재직자는 22년 내지 30년간 재직하면 연금을 지급토록 하는 경과규정을 두어 재직기간에 따른 불형평을 완화한다. 직제·정원의 개폐 등 구조조정에 의하여 퇴직한 경우와 폐질상태에 있는 때에도 연령에 관계없이 바로 연금을 지급한다. 그리고 연금지급개시연령 이전 조기퇴직자를 위하여 5년의 범위내에서 1년에 5%씩 감액하여 지급하는 조기퇴직연금제도를 마련하는 등 제도변경의 충격완화를 위해 세심한 보완장치를 두고 있다.

3) 물가연동제 도입 : 퇴직자의 연금액 산정을 재직자 보수인상률에 따르던 것을 소비자물가지수를 적용함으로써 연금의 실질가치를 유지토록 한다. 이 때 물가상승률과 보수인상률이 현격하게 차이가 날 경우에는 연금재정상황 등을 종합적으로 고려하여 5년 주기로 연금액을 재조정하는 방안도 마련한다.

4) 연금산정 기준보수 개정 : 퇴직 당시 최종보수를 기준으로 연금을 산정하던 것을 퇴직 전 3년 평균보수를 기준으로 산정하도록 개정한다.

5) 고소득자에 대한 연금 감액지급 : 연금수급자가 정부투자기관 등 공공의 직에 취업한 경우 연금액을 감액 지급하는 현행의 연금지급정지제도를 민간기업 취업이나 자영업으로 상당한 소득이 있는 경우에도 소득수준에 따라 일정액을 감액 지급하는 제도를 도입한다. 다만, 자영업자의 소득과약 문제 등을 감안하여 시행시기를 5년 정도 유예토록 한다.

6) 기타 연금제도 보완

- 연금기금 운용의 전문성과 투명성 강화를 위하여 전문가와 공무원 단체 대표를 연금기금운용심의회 위원에 참여시킨다.
- 부담률 인상에 따라 본인 부담액보다 적어지는 5년미만 재직자의 퇴직일시금을 상향조정한다.
- 화재·재난구호 현장에서 화상 등을 입은 경우 현재 본인이 부담하고 있는 일부 특진·특수약재 및 특수장치 등에 의한 치료비를 전액 국가가 부담토록 한다.
- 정년단축으로 20년을 채울 수 없어 연금수급권을 확보할 수 없는 공무원에게 과거경력을 합산신청할 수 있는 기회를 부여한다.
- 임용 초기의 소급기여금 납부부담을 완화하기 위해 임용전 병역복무기간 산입을 의무산입에서 임의산입으로 개정한다.
- 재해보상급여를 보험료 방식으로 개정함으로써 지방자치단체의 예산부족 등에 따른 보상지연을 방지한다.
- 공무원 본인도 대여장학금 대부대상에 포함시키고, 대여장학금 상환기간을 졸업 후 2년 거치 3년 상환에서 4년 상환으로 연장한다.
- 아울러, 공무원과 일반기업간에 직장을 이동할 경우 공무원연금과 국민연금에서 모두 가입기간 미달로 연금수급권을 확보할 수 없는 무연금 상태가 발생될 수 있으므로 이를 방지하기 위해 양 제도의 가입기간을 상호 통산하는 제도를 마련할 계획이다. 다만, 이는 국민연금법 개정과 동시에 추진되어야 하는 사항이므로 관계기관과 협의하여 이번 개정 이후에 별도로 추진할 계획이다.

이와 같은 비용부담률 인상과 연금급여의 개선후에도 발생하는 연금부족액은 정부가 보전토록 한다. 2001년부터 2005년까지 정부보전

율은 매년 약 5% 내외가 될 것으로 예상되며, 2001년 보전규모는 총 8,612억원으로서 국가 3,100억원, 지방 2,282억원, 교육 3,230억원을 부담하게 된다. 정부가 부족분을 보전하는 것은 공무원연금의 지급책임은 궁극적으로 사용주인 정부에 있고, 정부 구조조정으로 인건비가 대폭 절감된 반면에 막대한 연금 추가지출이 있었으며, 외국의 경우 연금부족분을 정부가 부담하고 있는 점, 그리고 과거 40년간 민간에 비해 정부가 적게 부담한 점 등을 고려한 것이다. 이러한 제도개선과 함께 앞으로 연금기금 운용의 효율을 기하고, 기금운용에 있어 전문성과 투명성 확보를 위한 조치도 강구할 계획이다.

정부는 입법예고 과정에서 제시되는 의견을 참고하여 공무원이 이해하고 국민들이 공감할 수 있는 「공무원연금법 개정안」을 마련할 계획이다. 이 개정안은 금년 정기국회에 상정할 예정이며, 내년 부터 시행할 계획이다.

▶국민연금법의 개정배경(중앙일보 10월 9일자)

정부가 9일 입법예고한 공무원연금법 개정안은 바닥난 연금제정을 안정시키려는 것이지만 애초에 잘못 설계된 연금구조를 이 기회에 근본적으로 뜯어 고치자는 의도가 더욱 강하다.

1960년에 도입된 공무원연금은 지난 97년 기금규모가 6조2천억원이었던 것이 올 연말에는 1조 2천억원으로 줄어들 전망이다. 그나마 연금제도가 수술되지 않으면 내년 1조6천억원, 2005년에는 총10조 원 가량의 적자가 예상된다. 여기에는 정부와 공무원의 비용부담률이 제도 시행 초기부터 장기간 낮게 책정돼 온 구조적 문제가 가장 크다. 뒷감당을 생각하지 않고 정치적 선심으로 ‘저부담 고지급’ 형태로 설계된 탓이다. 비용부담률이 인상돼 왔지만 이는 적정하게 연금을 운용하는 데는 턱없이 낮았다. 그 동안 연금 수혜자들은 후배

들의 부담을 담보로 큰 혜택을 누려온 것이다.

평균수명도 60년 52세에서 99년에는 74.5세로 연장되면서 연금 수혜자도 80년 1천8백명에서 90년 2만5천4백명으로, 올 6월에는 14만2백명으로 급속히 늘었다. 부담액에 비해 지급액 수준이 엄청나게 높아지면서 연금재정의 고갈은 예정돼 있었던 셈이다. 비슷한 문제에 처해 있는 군인연금, 사학연금, 국민연금, 의료보험 등 사회보험의 개혁에 공무원연금의 수술은 시급적이 될 전망이다. 모두 다 ‘저부담 고지급’ 구조여서 ‘적정 부담, 적정 지급’ 형태로의 쇄신이 요구되고 있다. 공무원연금 수술에 나선 정부의 안은 앞으로 재정 고갈을 걱정하지 않아도 되도록 짜여 있다. 논란 소지는 있으나 부족하면 정부 예산으로 메운다는 것이다.

정부는 2001년부터 2005년까지 정부와 공무원이 추가 부담하고도 모자라 재정에서 메워야 할 금액이 월급여의 5% 내외가 될 것으로 추산했다. 당장 내년도 보전금은 8천6백12억원이 소요된다. 이를 통해 올 연말에 남게 될 1조2천억원은 그대로 축적, 운용할 수 있게 된다. 연금법 개정으로 내년부터 공무원들이 직면할 현상은 20년 이상 근무했다라도 50세가 넘지 않으면 퇴직 즉시 연금을 받을 수 없다는 것이다. 근로능력이 있는 40~50대에 연금을 지급하는 것은 노후생활 보장이란 연금제도의 취지에 맞지 않아 개선한다는 게 행자부의 설명이다.

정부는 연금액 산정기준을 퇴직전 최종 3년간의 평균 보수월액으로 바꿔 연간 4백20억원 정도의 연금 수지를 개선할 수 있게 됐다고 밝혔다. 따라서 연금 산정공식인 최종 3년 평균 보수월액×(10%+재직연수×2%)을 33년 근무하고 6급27호봉으로 퇴직하는 공무원의 경우에 대입하면 현행보다 1% 정도인 월 1만4천9백80원 가량이 줄어들게 된다.

[참 고 문 헌]

- 고철기·오영희·김성희, 국민연금제도와 특수직역연금간 연계방안(한국보건사회연구원, 1990)
- 김성수, “교통안전기금 분담금의 법적 성격; 특별부담금과 그 정당화 문제”, 헌법판례연구회(편), 헌법판례연구(I)(박영사, 1999)
- 김용하·석지은·윤석원, 국민연금 재정안정화를 위한 구조조정방안(한국보건사회연구원, 1995)
- 남상우·민재성·장충식, 국민연금의 안정화를 위한 정책과제 및 방향(한국개발연구원, 1990)
- 민재성·문형표·김원식·김용하, 국민연금재정의 장기적 안정화를 위한 정책과제와 대책(한국개발연구원, 1992)
- 윤석명, 국민연금 기금운용 개선방안(한국보건사회연구원, 1998)
- 전광석, 사회보장법학(한림대출판부, 1993)
- , 독일사회보장법론(법문사, 1994)
- , 한국사회보장법론(법문사, 2000)
- , “헌법 50년과 사회보장법의 발전” 한림법학FORUM 제8권. 1999
- , “사회보장제정에 대한 재정헌법적 분석”, 강원법학(강원대 비교법학연구소) 제11권. 1999
- , 헌법판례연구(법문사, 2000)
- , “사회보장법과 헌법의 규범력-독일의 경험”, 연세법학연구 창간호. 1990
- 鄭夏重, 憲法裁判所の 판례에 있어서 財産權保障, 憲法論叢 제9집
- Cheon Kwang-Seok, Das Recht der sozialen Sicherheit und seine verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen in der Bundesrepublik Deutschland und in der Republik Korea(Nomos, 1990)
- Gerhard Igl, “Sozialrecht und Verfassungsrecht in den Vereinigten Staaten”, Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht. 1991
- Hans-Jürgen Papier, “Der Einfluß des Verfassungsrechts auf das Sozialrecht”, Bernd von Maydell/ Franz Ruland(편), Sozialrechtshandbuch(Luchterhand, 1996)
- Hans F. Zacher, “Verfassung und Sozialrecht”, Festschrift für Günter

Dürig. 1990

Ferdinand Kirchhof, “Finanzierung der Sozialversicherung”, Josef Isensee/ Paul Kirchhof (편), Handbuch des Staatsrechts Bd. IV(C.F.Müller, 1990)

Walter Leisner, Sozialversicherung und Privatversicherung(Duncker & Humblot, 1974)

Hans F. Zacher, “Das soziale Staatsziel”, Josef Isensee/ Paul Kirchhof (편), Handbuch des Staatsrechts Bd.I(C.F.Müller, 1987)

Josef Isensee, “Finanzverfassung und Sozialrecht”, Sozialfinanzverfassung. Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes. Bd.35. 1992

—————, Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge (Duncker & Humblot, 1973)

Hans F. Zacher, “Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung”, Die Öffentliche Verwaltung 1970

佐藤 進, 社會保障判例, 有斐閣

東京大學社會科學研究所編, 福祉國家 1, 2

憲法裁判研究用役集 索引

區 分	論 題
憲法裁判研究 第1卷 (1989)	法律의 違憲決定과 憲法訴願의 對象
憲法裁判研究 第2卷 (1990)	憲法裁判 및 制度의 活性化에 관한 研究
憲法裁判研究 第3卷 (1991)	權限爭議審判制度에 관한 研究
憲法裁判研究 第4卷 (1992)	憲法裁判節次의 改善을 위한 立法論的 研究
憲法裁判研究 第5卷 (1993)	憲法解釋에 관한 研究
憲法裁判研究 第6卷 (1994)	基本權의 概念과 範圍에 관한 研究
憲法裁判研究 第7卷 (1995)	憲法裁判所 決定의 效力에 관한 研究
憲法裁判研究 第8卷 (1996)	委任立法의 限界에 관한 研究
憲法裁判研究 第9卷 (1997)	「補償없는 財產權制限의 限界」와 「國家機關과 地方自治團體間의 權 限爭議」
憲法裁判研究 第10卷 (1999)	憲法裁判所法의 改正方向에 관한 研 究用役報告書

研究者 略歷

金 榮 三

延世大學校 法科大學 法學科 卒業
延世大學校 大學院 法學科 卒業(法學碩士)
延世大學校 大學院 法學科 卒業(法學博士)
韓國公法學會 常任理事(總務理事)
韓國不動產法學會 常任理事
慶南大學校 法學科 專任講師
現 仁川大學校 法學科 教授

全 光 錫

延世大學校 法科大學 法學科 卒業
延世大學校 大學院 法學科 卒業(法學碩士)
獨逸 뮌헨大學校 法大 法學博士
獨逸 막스프랑크研究所 研究員
韓國社會保障學會 理事
韓國社會政策學會 理事
韓國公法學會 理事
現 翰林大學校 法學科 教授

金 光 洙

서울大學校 法科大學 法學科 卒業
서울大學校 大學院 法學科 卒業(法學碩士)
서울大學校 大學院 法學科 卒業(法學博士)
韓國公法學會 理事
日本 東京大學校 研究員
순천향大學校 法科大學 助教授
現 明知大學校 法學科 副教授

版 權
所 有

憲法裁判研究 第11卷
社會保險法의 憲法的 問題에
관한 研究

2000年 12月 19日 印刷

2000年 12月 23日 發行

印刷處 憲 法 裁 判 所

서울 종로구 채동 83

전화 : (代) 708-3456

印 刷 三和印刷株式會社

(非賣品)