

社會國家의 概念과 限界

洪 性 邦*

목 차

- I. 序言
- II. 韓國憲法の 基本原理
- III. 社會國家의 概念
- IV. 社會國家의 限界
- V. 要約

I. 序言

2000년대에 들어서 제3세대 헌법학자들의 헌법교과서가 대거 출판되었다. 이제 그 숫자는 제2세대 헌법학자들의 교과서들의 수를 능가하게 되었다. 그러나 헌법학의 일반이론 부분에서는 그 내용이 거의 변한 것이 없는 듯하고, 더 나아가서 이론적 논거 제시에서도 진일보한 것이 없는 듯하다. 특히 사회국가원리의 개념과 한계에 대하여는 예나 지금이나 여러 가지 견해들이 주장되고 있어 명료성보다는 혼란이 가중되고 있다. 이에 이 글에서는 국내의 교과서들을 중심으로 사회국가의 개념과 한계에 대하여 검토함으로써 조금이라도 혼란에서 벗어나보고자 한다.

사회국가의 개념과 한계에 대하여 이야기하기 위해서는 그것이 헌법의 기본원리의 하나로 이야기되고 있는 만큼 헌법의 기본원리가 무엇인지에 대하여 이야기하지 않으면 안 된다. 그리고 헌법의 기본원리에 대하여 이야기하기 위해서는 도대체 헌법이 무엇인가에 대하여 이야기하지 않으면 안 된다. 그러나 이곳에서는 지면상 헌법의 기본원리에서부터 시작하기로 한다.

* 서강대학교 법과대학 교수, 법학박사

II. 韓國憲法의 基本原理

1. 憲法の 基本原理를 다루는 두 가지 態度

헌법학교과서들에서 헌법의 기본원리를 다루는 방법은 두 가지로 분류될 수 있다. 하나는 헌법의 기본원리가 무엇인지를 개념정의함이 없이 한국헌법의 기본원리를 열거하는 방법이다. 이 경우에도 한국헌법의 기본원리가 구체적으로 무엇인지에 대하여는 견해가 나누어진다. 제1설은 국민주권주의, 자유민주주의와 권력분립주의, 평화통일주의, 문화국가주의, 국제평화주의, 군의 정치적 중립성보장, 기본권존중주의, 복지국가주의, 사회적 시장경제주의 등을 한국헌법의 기본원리로 든다.¹⁾ 제2설은 국민주권의 원리, 자유민주주의, 사회국가의 원리, 문화국가의 원리, 법치국가의 원리, 평화국가의 원리 등을 한국헌법의 기본원리라 한다.²⁾ 제3설은 헌법의 기본원리를 이념적·법적 기초로서의 국민주권주의, 정치적 기본원리로서의 자유민주주의원리, 경제·사회·문화의 기본원리로서의 사회복지국가, 국제질서의 기본원리로서의 국제평화주의를 들고 있다.³⁾ 제4설은 법치주의, 민주주의, 사회국가를 든다. 그러면서 그러한 원리에 기초하여 국제평화주의와 문화국가원리에 대한 설명이 가능하다고 한다.⁴⁾ 제5설은 헌법의 기본원리로서 국민주권, 기본권의 보장, 공동체의 보장, 국가구조원리(민주국가원리, 법치국가원리, 국가형태원리)를 들고, 한국헌법의 기본이념을 국민주권, 입헌주의, 기본권의 보호, 공동체의 보호로 든 후, 한국헌법의 기본원리로 국가구조원리(민주공화국가, 법치국가, 단일국가), 경제영역의 기본원리(시장경제), 사회영역의 기본원리(복지국가), 문화영역의 기본원리(문화공동체), 국제영역의 기본원리(평화주의)를 든다.⁵⁾

이에 대하여 헌법의 기본원리를 개념규정하는 경우에도 그 내용과 구체적 기본원리가 무엇인가에 대하여는 학자마다 많은 편차를 보이고 있다. 제1설은 헌법전문에 우리 헌법이 추구하고 있는 근본이념이 표현된 것으로 보아 그것을 국민주권의 이념, 정의 사회의 이념, 문화민족의 이념, 평화추구의 이념으로 4분하고,⁶⁾ 이러한 근본이념을 실

1) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2004, 87쪽 이하.

2) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2007, 135쪽 이하.

3) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2007, 120쪽 이하.

4) 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2005, 118쪽 이하.

5) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2007, 113쪽 이하, 191쪽 이하, 195쪽 이하 참조.

6) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2007, 136쪽.

현하는 원리를 헌법의 기본원리로 본다. 따라서 이 견해에 따르면 통치권의 기본권에 의 기속, 자유민주주의원리, 법치주의원리(이상 국민주권의 이념실현), 사회적 기본권의 보장, 사회국가원리, 수정자본주의원리(=사회적 시장경제질서, 이상 정의사회의 이념실현), 문화국가원리, 혼인·가족제도(이상 문화민족의 이념실현), 평화통일의 원칙, 국제법존중의 원칙(이상 평화추구의 이념실현)이 한국헌법의 기본원리가 된다.⁷⁾ 제2절은 헌법의 기본원리를 헌법질서의 전체적 형성에 있어서 그 기초 내지 지주가 되는 원리라고 하고,⁸⁾ 헌법의 기본원리를 국제질서에 대한 것과 국내질서에 대한 것으로 나누고, 국제질서와 관련하여 국제평화주의를, 국내질서와 관련하여 민주주의의 원리, 법치주의의 원리, 사회국가의 원리, 문화국가의 원리를 한국헌법의 기본원리로 들고 있다.⁹⁾ 제3절은 헌법의 기본원리를 국가질서를 실질적으로 형성하고 유지하는 기준 내지 지침이 되는 원리라 정의하고,¹⁰⁾ 민주주의원리, 법치주의, 사회국가원리, 문화국가원리, 환경국가원리, 국제평화주의(헌법의 기본원리로 점차 폭넓게 인정되고 있는 것)를 헌법의 기본원리라고 한다.¹¹⁾ 제4절은 헌법의 기본원리(헌법원리)는 헌법전체에 투영된 공동체의 기본적 가치를 말한다고 하고 무엇이 헌법원리에 해당하는가는 헌법의 전문과 본문을 통합적으로 일관되게 이해한 토대 위에서 추출될 수 있다고 하면서, 우리 헌법의 기본원리로 국민주권주의, 권력분립주의, 기본권보장, 방어적 민주주의, 평화통일주의, 국제평화주의, 수정자본주의적 경제질서, 법치주의를 들고 있다.¹²⁾ 제5절은 우리 헌법의 근본이념과 기본원리가 구체적으로 무엇인가는 헌법전문 속에서 찾아보는 것이 중요하다고 하고, 우리 헌법의 근본이념을 국민주권으로 보고,¹³⁾ 주권을 국가의사를 전면적·최종적으로 결정할 수 있는 최고권력으로 정의한 후,¹⁴⁾ 헌법의 기본원리를 국민주권이념의 실현원리로 보고,¹⁵⁾ 한국헌법의 기본원리로 민주주의원리, 법치주의원리, 사회국가원리, 문화국가원리, 평화국가원리를 든다.¹⁶⁾ 헌법재판소는 처음에는 헌법의

7) 허영, (주 6), 137쪽 이하.

8) 계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005, 194쪽.

9) 계희열, (주 8), 195쪽 이하.

10) 장영수, 헌법총론, 홍문사, 2004, 193쪽.

11) 장영수, (주 10), 198쪽.

12) 양건, 헌법강의 I, 법문사, 2007, 97·98쪽.

13) 이승우, 헌법총론, 도서출판 두남, 2007, 228쪽.

14) 이승우, (주 13), 239쪽.

15) 이승우, (주 13), 246쪽.

기본원리를 “대한민국의 정치적 존재형태와 기본적 가치질서에 관한 이념적 기초”¹⁷⁾라 하다가, 최근에는 “헌법의 이념적 가치인 동시에 헌법을 지배하는 지도원리”¹⁸⁾라고 하고 있다.

2. 憲法의 基本原理의 概念定義

어떤 대상을 논하기 위해서는 그 대상에 대한 개념정의가 선행되어야 한다는 점에서 헌법의 기본원리에 대한 개념정의 없이 헌법의 기본원리를 나열할 수는 없다. 그러한 점에서 헌법의 기본원리에 대한 개념정의를 하고 난 후 구체적인 헌법의 기본원리를 나열하고 있는 후자의 방법이 옳은 것으로 판단된다.

그러나 우리의 헌법교과서들에서 헌법의 기본원리에 대한 개념정의가 각각 다른 것에서 볼 수 있듯이, 헌법의 기본원리를 무엇으로 개념정의해야 하는가는 간단치 않다. 이는 국내에서 말하고 있는 헌법의 기본원리에 상응하는 개념으로 독일에서도 ‘법적 원리’(Rechtsgrundsätze)¹⁹⁾, ‘헌법의 기본원리’(verfassungsrechtliche Leitgrundsätze, verfassungsrechtliche Leitprinzipien),²⁰⁾ ‘국가목표규정’(Staatszielbestimmungen),²¹⁾ ‘국가의 기초규범’(Staatsfundamentalnormen),²²⁾ ‘헌법형성적 기본결단’(verfassungsgestaltende Grundentscheidungen),²³⁾ ‘헌법명령’(Verfassungsdirektiven)²⁴⁾ 등이 있기 때문이다. 따라서 이곳에서는 헌법의 기본원리를 명칭과는 관계없이 헌법에는 헌법질서

16) 이승우, (주 13), 248쪽 이하.

17) 헌재 1996. 4. 25. 92헌바47 결정.

18) 헌재 2001. 3. 21. 99헌마139 등 병합결정.

19) W. Abendroth, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: Aus Geschichte und Politik. Festschrift zum 70. Geburtstag von L. Bergstreser, 1954, S. 279ff.

20) U. Scheuner, *Die Ausgestaltung verfassungsrechtlicher Leitgrundsätze, Rechtsgutachten zu der Frage der unmittelbaren Rechtswirkung des Artikels 41 der hessischen Verfassung vom 11. Dezember 1946*, 1952, S. 39.

21) H. P. Ipsen, *Über das Grundgesetz*, 1950, S. 14ff.

22) H. Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, 2. Aufl.(1948), S. 41.

23) H. J. Wolff, Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in: *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, 1955, S. 33ff.

24) P. Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961, S. 61ff.

의 전체적 형성에 있어서 그 기초나 지주(支柱)가 되는 원리, 즉 헌법에는 정치적 통일과 정의로운 경제질서를 형성하고 국가의 과제를 수행하는데 준거가 되는 지도적 원리들이 있는 바, 이를 헌법의 기본원리라 보기로 한다. 달리 표현하면 헌법의 기본원리란 헌법의 핵(核)이라 할 수 있다.²⁵⁾

3. 韓國憲法の 具體的 基本原理

(1) 學說에 대한 檢討

헌법의 기본원리를 개념정의하는 경우에도 구체적으로 무엇을 한국헌법의 기본원리로 볼 것인가는 학자에 따라 견해가 일치되어 있지 아니하다. 그러한 한에서 학자들의 견해를 짧게 검토할 필요가 있다.

우선, 제1설이 헌법의 근본이념을 실현하는 것을 헌법의 기본원리로 본 것은 탁견(卓見)이다. 그렇지만 예컨대 문화국가원리, 혼인·가족제도와 같이 기본원리와 기본원리를 구체화하고 있는 구체적인 제도들을 같이 취급하고 있는 것은 논리적으로 문제가 있다. 제2설은 헌법의 기본원리에 구체적으로 어떤 규정들이 포함되는가에 대한 언급이 부족한 흠이 있다. 제3설은 환경국가원리를 헌법의 기본원리의 하나로 보고 있는 바, 이는 문제가 있다. 우리 헌법은 제35조의 환경권조항을 제외하고는 어디에도 환경보호에 대한 규정이 없기 때문이다. 경우에 따라서는 제35조 제1항 후단 “국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다”를 환경보호에 대한 명령으로 보고 이를 환경

25) 헌법의 기본원리는 헌법의 핵에 해당되기 때문에 헌법의 개념정의가 헌법의 기본원리의 개념정의에 절대적일 수밖에 없다. 그러한 한에서 여기서 헌법의 기본원리를 개념정의하는 데서 시작하는 학자들의 헌법에 대한 개념정의를 검토할 필요가 있다. 그러나 지면상의 이유로 여기서는 소개에 그친다. 허영, (주 6)은 명시적으로 헌법에 대한 개념정의를 하지 않는다. 그러나 헌법의 개념정의에 대한 근거가 되는 헌법의 본질부분에서는 규범주의적 헌법관, 결단주의적 헌법관, 통합과정론적 헌법관을 설명하고, 이 세 가지를 종합적으로 고찰하는 법학과적 자세가 필요하다고 한다(20쪽). 계희열, (주 8), 49쪽은 통합론자인 K. Hesse를 따라 헌법을 “공동체의 법적 기본질서로서 정치적 통일의 형성과 국가적 과제를 수행할 지도원리를 규정하고 공동체 내에서의 갈등을 극복할 절차를 규정하고 정치적 통일 형성과 국가작용의 조직과 절차를 규정하고 공동체의 전체적 법질서의 기초를 마련하며 그 대강을 규정하는 공동체의 구조에 관한 설계도”를 말한다고 한다. 장영수, (주 10), 51쪽은 헌법이란 “공동체의 법적 형성을 위한, 특종의 의미원리를 지향하는 구조의 계획”이란 K. Hesse의 정의를 인용하고 있다. 양건, (주 12), 3쪽은 헌법을 “국가의 구성과 작용의 기본이 되는 법규범의 총체”라고 한다. 이승우, (주 13), 36쪽은 “헌법이란 국가사회의 모든 구성원의 공감대적 가치를 바탕으로 동화적 통합을 실현시키고자 하는 국가의 조직과 작용에 관한 근본규범”이라고 한다.

국가원리로 볼 여지가 없는 것은 아니다. 즉 이 조항이 국가목표규정으로 이해될 수 없지는 않으나 모든 국가목표규정이 헌법의 기본원리가 되는 것은 아니다. 사회적 기본권의 경우 국가의 노력의무는 일차적으로 입법위임으로 이해되기 때문이다. 제4설은 헌법의 기본원리로 국민주권주의, 권력분립주의, 기본권보장, 방어적 민주주의, 평화통일주의, 국제평화주의, 수정자본주의적 경제질서, 법치주의를 들고 있으나, 이는 중첩된 감이 없지 아니하다. 예컨대 자유민주주의원리(국민주권주의, 방어적 민주주의), 법치주의원리(기본권보장, 권력분립주의, 법치주의), 평화국가원리(국제평화주의, 평화통일주의), 사회국가원리(수정자본주의적 경제질서)로 종합하는 것이 더 체계적일 것이다. 더구나 무엇이 헌법원리에 해당하는가는 헌법의 전문과 헌법의 본문을 일관되게 이해한 토대 위에서 추출될 수 있다고 하면서도, 헌법전문의 “유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민”, “정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고”, 제9조, 제69조, 제19조, 제20조, 제21조, 제22조, 제31조 등의 의미를 고려하지 않은 것도 문제가 있다. 제5설은 우리 헌법의 근본이념을 국민주권으로 보고 있다는 점에서 문제가 있다. 개인적으로는 우리 헌법의 근본이념을 국민주권으로 보기 위해서는 그에 대한 면밀한 논증이 필요하다고 생각된다. 그러나 그에 대한 논증은 제5설의 경우 수긍할 수 있을 만큼 제시되어 있지 않다.

(2) 私見

이처럼 국내학자들이 구체적인 한국헌법의 기본원리에 대하여 상이한 견해를 보이고 그에 대하여 비판적 검토를 받을 수밖에 없는 이유는 헌법의 기본원리에 대한 개념규정을 하는 경우에도 헌법의 기본원리에 어떤 헌법규정들이 포함되는가에 대한 검토가 행해지고 있지 않기 때문이다. 헌법의 기본원리를 나타내는 규정들은 국체와 정체(국가형태 - 필자의 삽입)에 대한 규정, 비국가적 조직체에 대한 국가의 관계에 관한 규정과 ‘국가의 이념을 표현하는 규정’(Bestimmungen über staatsideologische Staatsprädi-zierungen), 다른 국가들과의 관계에 대한 규정들을 포함한다.²⁶⁾ 그리고 이러한 규정들은 우리 헌법의 경우 헌법전문에 축약적으로 표현되고, 헌법의 본문에서 구체화되고

26) I. Contiades, *Verfassungsgesetzliche Staatsstrukturbestimmungen*, 1967, S. 81ff. Contiades는 이밖에 도 국가의 영역과 ‘국가의 구성부분’(Staatsgliederung)을 포함하는 ‘국가구성규정’(Staatsaufbaubestimmungen)을 이에 포함시키고 있다.

있다. 우리 헌법에 축약된 형태로 표현되고 있는 헌법의 기본원리는 자유민주주의원리, 법치주의원리, 사회국가원리, 문화국가원리, 평화국가원리이다.

III. 社會國家의 概念

1. 社會國家의 概念에 대한 學說과 檢討

(1) 學說의 現況

헌법의 기본원리를 개념정의하든 그렇지 않든 사회국가(경우에 따라서는 복지국가라는 용어를 사용하기도 함)가 헌법의 기본원리 중의 하나라는데 대하여는 국내에서 널리 견해가 일치되어 있다. 우선 국내학자들의 사회국가에 대한 개념정의를 정리하여 보기로 한다.

제1설은 사회국가라는 용어 대신 복지국가라는 용어를 사용하면서 그것을 “개인의 정치적·경제적·사회적 활동의 자유를 허용하는 자유주의에 입각하면서 경제적 자유경쟁의 결과가 낳은 여러 모순을 국가권력의 적극적 활동에 의하여 해소하는 것을 목적으로 하는 국가이다. 즉 사회적·경제적 원인에 의한 실업·질병·빈곤 등을 제거함으로써 인간으로 하여금 인간다운 생활을 하게 하기 위하여 재산권이나 경제활동을 규제하거나 또는 적극적으로 경제정책·사회정책을 실시하는 국가”라고 한다.²⁷⁾

제2설은 “사회국가라 함은 모든 국민에게 그 생활의 기본적 수요를 충족시킴으로써 건강하고 문화적인 생활을 영위할 수 있도록 하는 것이 국가의 책임이면서, 그것에 대한 요구가 국민의 권리로서 인정되어 있는 국가를 말한다. 사회국가의 원리는 사회정의를 구현하기 위하여 법치국가적 방법으로 모든 국민의 복지를 실현하려는 국가적 원리를 말한다”고 한다.²⁸⁾

제3설은 사회국가에 대하여 명시적인 개념정의를 하지 않는다. 그러나 사회국가의 내용을 ‘실질적인 자유와 평등의 실현’²⁹⁾으로 보고 있다는 점에서 사회국가를 실질적인 자유와 평등을 실현하려는 국가로 본다고 추측된다.

27) 김철수, (주 1), 91쪽.

28) 권영성, (주 2), 142-143쪽.

29) 허 영, (주 6), 155쪽.

제4설은 사회국가를 “대체로 사회적·경제적 약자와 소외계층, 특히 산업사회가 성립하면서 대량으로 발생한 무산근로대중의 생존을 보호하고 정의로운 사회·경제질서를 확립하려는 국가”라고 정의한다.³⁰⁾

제5설은 사회복지국가란 용어를 사용하면서 “사회복지국가원리는 18·19세기적인 정치적 민주주의가 갖는 한계를 극복하기 위하여 경제·사회영역에서의 민주주의를 구현함으로써 국가공동체 구성원 상호간의 연대를 확보하려는 원리이다”라고 한다.³¹⁾

제6설은 별도의 개념정의를 하지 않으나 ‘사회적 정의의 이념을 실현시키고자 하는 사회국가’라는 표현을 쓰고 있다.³²⁾

제7설은 복지국가라는 용어를 사용하면서 “시장경제를 기본으로 하면서 실업과 분배 문제를 해결하기 위하여 사회보장제도를 확립하고 시장가격보다 싼 일련의 서비스를 제공하여 빈곤을 예방하고 사회적 약자를 보호하며, 산업재해로부터 안전을 보장하고 시장과 별도로 국가가 국민에게 일정한 공공복지를 제공하는 것을 복지국가”라고 한다.³³⁾

제8설은 우리 헌법상 경제질서는 복지국가 또는 사회국가의 원리에 입각하고 있다고 보는 것이 일반적인 견해³⁴⁾라고 한 후, 다만 복지국가와 사회국가의 개념은 그 역사적 형성과정과 실현방법 등에서 구별된다고 하면서, 사회국가를 모든 사람에게 인간다운 생활을 보장하고 사회정의를 실현하기 위해 사회·경제정책을 통하여 적극적으로 경제적·사회적 영역에 관여하는 국가라고 한다.³⁵⁾

헌법재판소는 민주복지국가,³⁶⁾ 사회복지국가,³⁷⁾ 복지국가³⁸⁾란 용어를 사용하다가, 최근에는 사회국가란 용어를 사용하면서 그것을 “한마디로, 사회정의의 이념을 헌법에 수용한 국가, 사회현상에 대하여 방관적인 국가가 아니라 경제·사회·문화의 모든 영역에서 정의로운 사회질서의 형성을 위하여 사회현상에 관여하고 간섭하고 분배하고

30) 계획열, (주 8), 375쪽.

31) 성낙인, (주 3), 182쪽.

32) 장영수, (주 10), 303쪽.

33) 정중섭, (주 5), 206쪽.

34) 양 건, (주 12), 169쪽.

35) 양 건, (주 12), 170쪽.

36) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13 결정.

37) 헌재 1993. 3. 11. 92헌바33 결정.

38) 헌재 1995. 11. 30. 94헌가2 결정.

조정하는 국가이며, 궁극적으로는 국민 각자가 실제로 자유를 행사할 수 있는 그 실질적 조건을 마련해줄 의무가 있는 국가”³⁹⁾라고 한다.

(2) 檢討

1) 社會國家와 福祉國家를 混用하거나 福祉國家를 使用하는 見解

① 內容

앞에서도 보았듯이 사회국가라는 용어 대신 복지국가라는 용어를 사용하는 견해도 있고, 사회국가와 복지국가를 혼용하는 견해도 있으며, 양자를 결합시켜 사회복지국가라는 용어를 사용하는 경우도 있다. 이들은 다음과 같은 이유를 든다.

우선, 사회국가라는 용어 대신 복지국가라는 용어를 사용하는 견해는 아무런 근거 없이 복지국가라는 용어를 쓰는 입장⁴⁰⁾과 복지국가를 사용해야 하는 이유를 제시하는 입장으로 나누어진다. 후자에 따르면 경찰국가에서 복지국가로 전환되는 과정에서 복지국가를 지칭하는 용어로 프랑스에서는 Etat-providence, 영국에서는 welfare state, 독일에서는 Sozialstaat를 사용하나, 이러한 개념들은 유사한 것으로 이해된다고 한다. 그러면서 welfare state라는 말은 1941년 영국의 요크시의 주교 William Temple이 전쟁을 목적으로 조직된 warfare state라는 말에 대칭되는 의미로 welfare state라는 말을 사용한 것에서 시작되었다고 한다. 그런데 독일에서 온정적이고 시혜적인 국가관을 배경으로 Wohlfahrtsstaat라는 개념이 복지국가로 이해되었고, 사회국가라는 개념은 이러한 국가우위의 온정적·시혜적인 관점은 많이 탈각하였으나 기본적으로 독일의 개념이 이러한 역사적 맥락에서 형성되고 전개되어온 것임을 고려할 때 국민의 복지를 배려하는 용어로는 복지국가라는 용어를 사용하는 것이 더 합당하다고 한다.⁴¹⁾

다음으로, 복지국가 또는 사회국가를 사용하는 견해는 우리 헌법상 경제질서는 복지국가 또는 사회국가의 원리에 입각하고 있다는 것이 일반적인 견해라고 한다.⁴²⁾

끝으로, 사회복지국가원리라는 용어를 사용하는 견해는 복지국가원리가 “국민의 일상생활이 하나에서 열까지 철저히 국가의 사회보장제도에 의해서 규율되는 것을 내용

39) 헌재 2002. 12. 18. 2002헌마52 결정.

40) 김철수, (주 1), 91쪽.

41) 정종섭, (주 5), 206쪽.

42) 양 건, (주 12), 169쪽.

으로” 한다는 비판은 지나치기 때문에, 한국헌법의 이해에 있어서 적어도 사회국가원리와 복지국가원리를 굳이 구별할 필요는 없다고 하면서, 헌법재판소도 사회국가, 사회복지국가, 복지국가, 민주복지국가라는 표현을 동시에 쓰고 있다고 한다.⁴³⁾ 또한 사회국가와 복지국가에서 국가개입은 정도의 차이일 뿐이라고 하면서 헌법재판소도 사회국가 대신에 사회복지국가라는 표현을 사용하기도 한다는 견해도 있다.⁴⁴⁾

② 檢討

우선, 아무런 근거 없이 복지국가라는 용어를 쓰는 견해에 대해서는 검토할 필요조차 없다. 왜냐하면 어떤 사항에 대하여 여러 가지 용어가 있을 경우에는 그 사항과 가장 가까운 용어를 사용하되, 왜 그 용어가 그 사항과 가장 가까운지를 밝히는 것은 학문의 기초이기 때문이다.

다음으로, 사회국가라는 용어 대신 복지국가라는 용어를 사용해야 하는 이유를 밝힌 입장에 대해서 검토해보면 우선, 이 견해는 시대구분에서 약간의 혼란을 일으킨 것으로 보인다. 보통 경찰국가에서 복지국가로 이행한 최초의 헌법을 우리는 1919년의 바이마르헌법으로 보고 있다. 그렇다면 1919년을 전후하여 이미 복지국가라는 개념이 성립되어 있어야 하는데, 이 견해의 주장자가 이야기하듯이 복지국가라는 용어가 명시적으로 처음 사용된 것은 1941년 William Temple에 의해서였다. 다음으로, 이 견해는 독일에서는 Wohlfahrtsstaat(복지국가)라는 개념이 온정적이고 시혜적인 국가관을 바탕으로 성립했고 그 전통이 많이 약화되었으나 그 잔재가 사회국가란 개념에도 남아있기 때문에 복지국가라는 용어를 사용하여야 한다고 한다. 그러나 이러한 주장은 다음과 같은 사실에 주의한다면 견지될 수 없을 것으로 보인다. 기본법제정회의에서 사회국가를 헌법에 도입할 것을 주장한 사람은 일반적으로 1930년에 사회적 법치국가라는 용어를 처음으로 사용한 H. Heller의 친구이자 사민당의원인 C. Schmid인 것으로 알려지고 있다.⁴⁵⁾ 그러나 사회국가에 대한 언급은 1919년 바이마르헌법제정을 위한 논의과

43) 성낙인, (주 3), 183쪽

44) 이준일, (주 4), 178·179쪽.

45) 이는 다수설적 입장이다. 예컨대 Chr. Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz, 1953, S. 3; W. Bogs, Der soziale Rechtsstaat im deutschen Verfassungsrecht, in: Sozialer Rechtsstaat, Weg oder Irrweg?, 1963, S. 44ff.(48); W. Weber, Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, Der Staat 4(1965), S. 409ff.(411); O. Volker, Das Staatsverständnis des Parlamentarischen Rates. Ein Beitrag für die Bundesrepublik Deutschland, 1971, S. 65;

정에서 이미 등장한다. 그 당시 국민회의의 헌법위원회에서는 우선 전통적 의미(즉 자유권 위주)의 조항들만을 헌법에 수용하자는 의견이 주장되었다.⁴⁶⁾ 이에 대하여 사민당의원인 Fr. Naumann은 1918년 러시아의 “공장노동자와 착취당하는 민중의 권리선언”에 자극을 받아 이러한 견해에 반대하였다. 나우만은 정부초안에 포함되어 있는 몇 안 되는 조항들을 과거법문화의 박물관에나 전시할 골동품으로 표현하고 “우리가 제정하려고 하는 헌법의 직접적인 경쟁상대는 말하자면 현대의 최신헌법, 즉 1918년 7월 5일의 소비에트러시아 헌법”이라고 하였다.⁴⁷⁾ 따라서 나우만은 시민적·개인주의적 국가도 아니고 볼셰비키적·사회주의적 국가도 아닌 ‘사회적 민중국가’(sozialer Volksstaat)를 위한 헌법을 제정할 것을 주장하였다. 그러면서 그는 이러한 일이 성공하지 못한다면 그것은 “우리가 건설하려는 국가의 결함”⁴⁸⁾이 될 것이라고 하였다. 즉 사회국가에는 과거의 시혜적·온정적 국가관의 잔재가 남아 있기 때문에 복지국가를 사용하는 것이 옳다는 견해와는 달리 사회국가는 과거에 대한 결별을 의미한다.

세 번째로, 우리 헌법상 경제질서는 복지국가 또는 사회국가의 원리에 입각하고 있다고 보는 것이 일반적인 견해이기 때문에 복지국가 또는 사회국가를 혼용해서 사용해도 무방하다는 견해 또한 문제점이 있다. 이 견해가 말하듯이 복지국가와 사회국가의 개념이 그 역사적 형성과정과 실현방법에서 차이가 있다면 그 차이를 분명히 한 후 우리 헌법의 경제질서가 이들 양자 중의 어느 하나에 해당하는가 내지는 가까운가를 검토하여 그에 알맞은 용어를 선택하였어야 할 것이다.

마지막으로, 복지국가원리가 “국민의 일상생활이 하나에서 열까지 철저히 국가의 사회보장제도에 의해서 규율되는 것을 내용으로” 한다는 비판은 지나치기 때문에, 한국 헌법의 이해에 있어서 적어도 사회국가원리와 복지국가원리를 굳이 구별할 필요는 없다고 하면서 사회복지국가원리라는 용어를 사용하는 견해도 문제가 있기는 마찬가지이다. 왜냐하면 이 견해에서는 왜 그러한 비판이 지나친 것인지에 대한 설명이 없기 때문이다. 더구나 이 견해가 헌법재판소를 인용하여 헌법재판소도 사회국가, 사회복지국

E. Stein, Staatsrecht, 9. Aufl.(1984), S. 71 참조. 이에 대하여 소수설은 사회국가를 제안한 것은 v. Mangoldt라고 한다. 예컨대 Niclaß, Der Parlamentarische Rat und das Sozialstaatspostulat, PVS 1974, S. 33(47); K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl.(1984), S. 878.

46) G. Oestreich, Die Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in: Bettermann/Naumann/Nipperdey, Die Grundrechte, Bd. I/1, 1966, S. 1ff.(98).

47) G. Oestreich, (주 46), S. 98.

48) C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 162에서 인용.

가, 복지국가, 민주복지국가라는 표현을 동시에 쓰고 있다는 것을 사회국가와 복지국가를 구별할 이유가 되지 못한다고 하는 것도 문제가 있다. 왜냐하면 헌법재판소도 자신들이 그러한 용어들을 혼용하는 이유를 설명하고 있지 않기 때문이다.

2) 社會國家라는 用語를 使用하는 見解

① 內容

사회국가라는 용어를 사용하는 경우에도 아무런 이유없이 사용하는 경우⁴⁹⁾와 사회국가라는 용어를 사용해야 하는 이유를 밝히는 두 가지 입장이 있다. 전자의 경우는 용어의 자의적인 사용에 해당되기 때문에 이곳에서는 후자의 입장에 대해서만 살펴보기로 한다.

제1설은 복지국가를 국민의 일상생활이 하나에서 열까지 철저히 국가의 사회보장제도에 의해서 규율되는 것을 내용으로 하는 국가를 의미한다고 하고, 사회국가는 국민 각자의 자율적인 생활설계를 그 근본으로 하기 때문에, 그 본질적인 차이를 유념하여 사회국가라는 용어를 사용하여야 한다고 한다.⁵⁰⁾

제2설은 사회국가라는 용어를 사용하는 이유를 다음과 같이 설명하고 있다. 복지국가와 사회국가는 “모두 사회적 곤궁과 생활의 위험(질병, 사고, 노령...)을 방지 또는 제거하려고 하고 개인의 안전과 복지를 보장하려고 한다는 점에서는 같다. 그러나 복지국가가 이러한 보장을 전적으로 책임지려고 하는데 반해, 사회국가는 개인의 생활을 가급적 스스로 책임지도록 하려고 한다는 점에서 그 근본적 차이를 찾을 수 있다. 즉 사회국가는 개인의 생활을 스스로 설계하고 형성하도록 하여 스스로 책임지는 자유의 범위를 확대하려고 한다.”⁵¹⁾

② 檢討

결국 사회국가라는 용어를 사용하여야 한다는 견해의 요점은 사회국가의 부분적 개입과 복지국가의 전면적 개입, 즉 개입 정도의 차이와 사회국가의 개인에 대한 자율성 보장 때문에 사회국가라는 용어를 사용하여야 한다는 것으로 요약될 수 있다. 그러나 국가개입정도에 따라 사회국가와 복지국가를 구별하기는 힘들 것이라고 생각된다. 실

49) 권영성, (주 2), 142쪽 이하; 장영수, (주 10), 295쪽 이하가 이에 해당한다.

50) 허 영, (주 6), 156~157쪽.

51) 계획열, (주 8), 381쪽.

제로 복지국가를 채택하고 있다고 생각되는 국가들에서도 전면적 개입은 하지 않기 때문이다. 따라서 사회국가를 복지국가와 구별하여야 하는 주된 이유는 사회국가가 개인의 자율성을 중시한다는 점에서 찾을 수 있다. 그러나 이러한 견해들에는 왜 사회국가가 국민 개개인의 자율을 중시하는가에 대한 설명이 없다. 그리고 그러한 설명이 없는 한에서 그러한 견해들도 사회국가라는 용어를 사용해야 하는 데 대한 논증을 다하지 못하고 있는 것으로 판단된다. 이하에서는 왜 사회국가가 국민 개개인의 자율을 중시하는가에 대하여 설명해보려고 한다.

독일에서 사회국가의 해석을 둘러싸고 초기에 형식적 법치국가적 해석론, 사회주의적 해석론 및 자유주의적 해석론이 주장되었고, 이 중에서 사회국가의 해석모델로서는 사회국가의 성립과 목적에 있어서의 다양성, 사회국가의 법적 구속성과 기능상의 개방성에서 출발하는 모델만이 가능한 해석모델이며, 그것은 바로 자유주의적 해석론을 통해서만 가능하다는 것은 이미 잘 알려진 사실이다.⁵²⁾ 그런데 이러한 자유주의적 해석론은 사회국가원리를 ‘개인의 보충’(Subsidium der Person)⁵³⁾으로 본다. 따라서 사회국가원리를 개인의 보충으로 본다는 것이 무엇을 의미하는지를 살펴보아야 할 것이다.

‘보충’(Subsidium)을 개념에 충실하게 번역하면 그것은 ‘삼감’(사양, Reserve), ‘보호와 원조’(Schutz und Hilfe), 자유롭고 독자적이며 자기책임 하에 행동하는 인간에 대한 ‘은신처이자 지원’(Zufluchtsstätte und Rückhalt)을 의미한다. 따라서 사회국가는 급부체계를 통하여 자신의 소질과 능력을 발현시키려는 그리고 독자적인 생활을 성취시키려는 개인의 노력을 보증하고 촉진하며 조장하여야 한다. 사회국가는 사회적 안전, 사회적 정의, ‘사회’(Gesellschaft)의 통합 및 개인적 자유의 물질적 조건이라는 목표에 균형되게 접근함으로써 이러한 개인들의 노력이 성공할 수 있는 기회를 개선하여야 한다. 그러나 이러한 노력은 개인의 권리이자 의무로서 이해된다.

그러나 개인생활의 성공, 개인의 발전, 개인의 사회에의 통합 및 개인의 사회적 안전은 일차적으로 개인의 자유와 개인의 책임에 맡겨져 있다. 사회국가는 인간으로부터 이러한 노력을 박탈할 수도 그러한 노력의 성공을 보장할 수도 없다. 모든 원조는 부담이 될 수 있고 모든 은신처는 감옥이 될 수 있는 것처럼 또한 사회국가는 개인의 노

52) 이에 대하여는 홍성방, 사회국가 해석모델에 대한 비판적 검토, 안암법학, 창간호(1993), 148쪽 이하 참조.

53) W. Wertenbruch, Sozialhilfeanspruch und Sozialstaatlichkeit, in: Staat und Gesellschaft, Festgabe für Günther Küchenhoff zum 60. Geburtstag, 1967, S. 343ff.(355).

력을 봉쇄하지는 않는다 하더라도 개인의 노력에 저해가 될 수 있다.

보충으로 개념정의된 사회국가는 시민과 사회에 대하여 간섭할 권리와 경우에 따라서는 의무를 가진다. 이러한 사회국가의 간섭을 정당화하는 목표들인 사회적 안전과 사회적 정의는 국가가 질서의 보호자일 뿐만 아니라 또한 시민과 시민집단이 그들의 소질과 능력을 발현함에 있어 그리고 자신들의 과제를 수행함에 있어 그들을 지지하기 위하여 법정립권과 제재독점을 가진 기구라는 점을 지적한다. 이로써 이러한 사회국가관의 기초를 이루는 국가철학적 전제는 하나의 목적론적 구조를 띤다. 즉 국가는 이러한 목적들을 달성하기 위하여 목표지향적인 기구로 나타난다.

이러한 설명으로부터 사회국가는 본질적으로 보충성의 원리에 기초하고 있으며, 그러한 한에서 보충성의 원리에 기초를 두고 있지 않는 복지국가와는 다르기 때문에 우리 헌법의 국가를 복지국가가 아닌 사회국가로 불러야 하는 것이다.

2. 社會國家의 理念

(1) 社會國家의 概念定義에서 社會國家理念의 重要性

앞에서 본 헌법교과서들의 사회국가에 대한 개념정의는 사회국가의 이념에만 주목하여 개념정의를 하고 있는 입장과 사회국가의 현상학적 요소를 사회국가의 이념과 접목하여 개념정의를 하는 두 가지 방법으로 분류할 수 있다. 그러나 사회국가의 본질을 현상학적으로만 파악하려는 시도는 실패할 수밖에 없다. 왜냐하면 사회국가는 모든 자신의 부분현상을 자체 내에 변증법적으로 종합하고 있을 뿐만 아니라 모든 사회국가의 현상을 개념정의 내에 열거하는 것은 가능하지도 필요하지도 않기 때문이다. 따라서 사회국가는 이러한 현상들을 포함하되, 목적론적으로 개념정의되어야 할 것이다.

(2) 學說의 內容

사회국가의 이념에 대한 헌법교과서들의 설명은 사회국가의 내용이라는 목차에서 설명하는 견해와 사회국가의 이념이라는 목차에서 설명하는 두 가지 방법이 있다. 개인적으로는 사회국가의 내용에는 이념적 내용뿐만 아니라 그 밖의 다른 것도 있을 수 있기 때문에, 사회국가의 내용이란 목차는 적절한 표현은 아니라고 생각된다. 그러나 그것은 이 글과 관련하여 커다란 의미는 가지지 않기 때문에 이곳에서는 사회국가의 내

용, 사회국가의 이념 양자를 모두 사회국가의 이념을 지칭하는 것으로 이해하기로 한다. 어쨌든 국내의 헌법교과서에서는 사회국가의 이념으로 다음과 같은 것을 들고 있다.

- 사회정의⁵⁴⁾
- 실질적인 자유와 평등⁵⁵⁾
- 생활할만한 여건의 조성의무, 사회적 안전, 사회적 평등, 사회적 자유⁵⁶⁾
- 사회적 정의(실질적 자유와 실질적 평등)⁵⁷⁾
- 사실적 자유(실질적 자유)⁵⁸⁾⁵⁹⁾

(3) 檢討

우선, 사회국가의 이념을 사회정의로 보는 견해는 사회정의를 “사회구성원 전체의 이익이 조정되고 모든 국민의 복지가 균등하게 추구되며, 갖가지 공적 부담이 균등하게 부과되고 개개인에게 적정수준의 경제적·문화적 생활을 보장하는 공평분배의 원리”를 말한다고 한다.

그러나 이 견해에 대해서는 사회정의를 공평분배의 원리로 환원시킬 수 있겠는가 하는 점은 별개로 치더라도, 자체 내에 사회국가의 보충성에 대한 무시가 들어 있다는 점이 문제된다. “모든 국민의 복지가 균등하게 추구되며, 갖가지 공적 부담이 균등하게 부과되고”라는 사회정의에 대한 설명은 개인의 자율성을 전제로 획일주의(전체주의)를 반대하는 사회국가와는 정면으로 배치될 것이며, “갖가지 공적 부담이 균등하게 부과”된다면 이는 사회적 약자를 배려하겠다는 사회국가의 본래의 의도에도 어긋날 것이다.

다음으로, 사회국가의 이념을 실질적 자유와 실질적 평등으로 보는 견해에 대하여는 법치국가의 이념과 사회국가의 이념을 혼동하고 있다는 것을 지적할 수 있을 것이다. 그리고 이러한 견해를 주장하는 쪽에서 실질적 법치국가와 사회적 법치국가를 동일시

54) 권영성, (주 2), 143쪽.

55) 허 영, (주 6), 155쪽.

56) 계희열, (주 8), 382쪽 이하.

57) 장영수, (주 10), 301, 303쪽.

58) 이준일, (주 4), 177쪽.

59) 이밖에도 특이하게 김철수, (주 1), 91쪽은 생활환경의 파괴에서 인간을 보호하는 것을 복지국가의 목적의 하나로 들고 있다. 그러나 우리 헌법은 환경권을 별도로 규정하고 있기 때문에 그러한 주장은 견지되기 힘들 것이다.

한다면 사회국가의 원리의 독자적 헌법의 기본원리성은 부정되고 말 것이다. 사회국가의 이념을 사회적 정의(실질적 자유와 실질적 평등)로 보는 견해와 사실적 자유(실질적 자유)로 보는 견해에 대하여도 동일한 이야기를 할 수 있을 것이다.

마지막으로, 사회국가의 이념을 생활할만한 여건의 조성의무, 사회적 안전, 사회적 평등, 사회적 자유로 보는 견해에 대하여는 우선, 생활할만한 여건의 조성의무는 사회국가의 이념이 아니라 사회국가의 의무라는 것을 지적할 수 있을 것이다. 다음으로, 이 견해의 주장자는 사회적 평등을 실질적 평등으로,⁶⁰⁾ 사회적 자유를 실질적 자유⁶¹⁾로 이해하고 있는 바, 이에 대하여는 사회국가의 이념으로 실질적 자유와 실질적 평등을 들고 있는 견해에 대한 지적이 해당될 것이다. 그렇다면 이 견해의 주장자가 사회국가의 이념으로 들고 있는 것은 사회적 안전, 즉 실업, 질병, 노령, 생업불능 또는 노동불능 등과 같은 위기나 긴급상황으로부터 개인을 사전예방적으로 또는 사후구제적으로 보호하기 위해 필요한 제도들을 마련하고 유지하는 것만이 남게 되는 바, 과연 사회국가의 이념이 이러한 사회적 안전에 환원될 수 있을지는 의심스럽다 하겠다. 왜냐하면 오늘날 ‘사회국가’(Sozialstaat)의 ‘사회적’(sozial)이라는 말은 사회문제, 노동자문제, 사회개혁, 사회입법 등과 관련하여 “빈곤, 부적절한 복지수준의 차이 및 종속에 반대하는”⁶²⁾ 또는 “모든 사람에게 인간의 존엄에 적합한 생존을 보장하고 복지수준의 차이를 균형되도록 하며 종속관계를 완화시키고 제거하는 방향의”⁶³⁾라는 의미로 사용되고 있기 때문이다.⁶⁴⁾

60) 계희열, (주 8), 384쪽.

61) 계희열, (주 8), 385쪽.

62) H. F. Zacher, Freiheits- und Sozialrechte im modernen Verfassungsstaat, in: S.-E. Szydzik(Hrsg.), *Christliche Gesellschaftsdenken im Umbruch*, 1977, S. 75ff.(76).

63) J. P. Müller, Soziale Grundrechte in der Verfassung, in: Schweizer. Juristenverband 107(1973), S. 695ff.(711).

64) 그러한 한에서 사회국가의 사회라는 말을 연대성(Solidarität)으로 이해하는 장영수, (주 10), 297쪽은 문제가 있다. 물론 사회국가와 연대성의 관계를 인정하는 견해가 없는 것은 아니다. 예컨대 R. Zippelius, *Allgemeine Staatslehre*, 8. Aufl.(1982), S. 318은 fraternité(박애 또는 형제애)는 ‘사회국가성’ 또는 ‘연대성’(Solidarität)이라는 명칭하에 우리 시대에 만개하였다고 한다. 그러나 예컨대 H. Krüger, Brüderlichkeit—das dritte fast vergessene Ideal der Demokratie, in: *Festgabe für Theodor Maunz zum 70. Geburtstag*, 1971, S. 249ff.는 그렇지 않다고 한다. 연대성은 프랑스대혁명의 3대 구호 중의 하나인 fraternité의 현대적 표현이고, fraternité는 성서의 이웃사랑의 다른 표현이다. 그렇다면 하더라도 사회국가에 연대성이 표현되었다고 할 수 있을지는 모르나, 사회국가의 ‘사회’를 바로 ‘Solidarität’로 옮기기는 어려울 것이다.

(4) 私見

따라서 사회국가의 이념에 대한 국내 교과서들의 입장은 따를 수가 없다. 사회국가의 이념적 내용은 ‘사회적 정의’(soziale Gerechtigkeit), ‘사회적 안전’(soziale Sicherheit), ‘사회의 통합’(Integration der Gesellschaft) 및 개인적 자유로 요약될 수 있다. 이때 사회적 정의란 법적 평등을 기회균등을 통하여 보충하는 노력의 표현으로,⁶⁵⁾ 사회적 안전의 주요내용은 사회보험, 노동력보호, 가정의 보호 및 도움을 필요로 하는 자에 대한 배려 등⁶⁶⁾으로 이해할 수 있다. 즉 사회국가는 이러한 사회적 정의와 사회적 안전을 추구함으로써 사회의 통합과 개인적 자유의 실현에 기여하여 결국 인간의 존엄을 실현하고자 한다.

3. 社會國家의 概念定義

이상의 논의를 바탕으로 사회국가는 산업혁명 이후의 사회변동을 통하여 조건지워진 여러 관계들을 사회의 영역에서도 각자에게 인간의 존엄에 적합한 생활을 보장하고, 복지수준의 차이를 좁히고, 종속관계를 제거하거나 조장하기 위하여 개인에게 그의 인격의 발전과 자기 책임에 필요한 균등한 기회를 보장하는 분배하고 급부하며, 지도하고 감시하며, 계획하고 형성하며, 고무하고 조장하는 국가, 즉 사회적 정의, 사회적 안전, 사회의 통합 및 개인적 자유를 실현시키려는 국가로 정의할 수 있을 것이다.

IV. 社會國家의 限界

1. 學說

제1설은 사회국가는 현대국가가 지향해야 할 이상적인 목표이기는 하나 여기에는 일정한 한계가 있다고 하고, 그 한계로서 다음과 같은 다섯 가지를 든다. 1) 사회국가는 사회주의국가와는 엄격히 구분되는 개념이므로 사회국가적 목표를 실현함에 있어 사회개혁적 방법을 벗어날 수 없다(개념본질상의 한계). 2) 사회국가도 또 하나의 헌법원리인 법치국가의 원리를 이탈할 수는 없기 때문에, 법치국가적 절차를 무시한 사회국가

65) J. Isensee, Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens, NJW 1977, S. 545ff.(547) 참조.

66) 예컨대 E. Benda, *Industrielle Herrschaft und sozialer Staat*, 1966, S. 71 참조.

화는 허용될 수 없다(법치국가원리에 의한 한계). 3) 사회국가는 비록 그 목적달성을 위하여 자유권적 기본권 등을 제한할 수 있다고 하더라도 자유와 권리의 본질적 내용을 침해하는 제한은 허용되지 아니한다(기본권제한상의 한계). 4) 사회국가의 실현에 소요되는 방대한 사회정책적 투자를 위한 재원의 확보는 국가의 재정능력과 경제력에 의존할 수밖에 없다(재정·경제력에 의한 한계). 5) 사회국가라고 하여 국가가 일방적으로 국민생활의 평준화·일원화를 강요할 수는 없다. 경제적·사회적 문제의 해결은 1차적으로는 개인적 차원에서 이루어지도록 하고 개인적 차원에서 해결하는 것이 불가능한 경우에 비로소 국가가 개입해야 한다(보충성의 원리에 의한 한계).⁶⁷⁾

제2설은 사회국가의 한계를 사회국가실현의 방법적 한계로 보고 그것을 어디까지나 사회국가원리의 체계적합성의 문제이지, 흔히 주장되는 것처럼 반드시 법치국가원리에서 사회국가실현의 방법적 한계를 찾아야 하는 것은 아니라고 하면서, 사회국가의 실현은 이념적인 한계와 실질적인 한계를 존중하는 선에서 이루어져야 한다고 한다. 그리고 사회국가실현의 이념적 한계로서 자율적인 생활설계의 존중, 생활수준의 상향적 조정의 추구(자유를 전제로 한 자유 속의 평등), 국민생활의 다양성 보장(기본권보장의 필연적 결과)를, 사회국가실현의 실질적 한계로서 경제정책적 한계(물가안정, 경제성장, 무역수지의 균형, 완전고용으로 요약되는 4대 경제목표를 성취할 수 있는 경제정책의 필요성)와 사회국가실현의 제도적·재산권적 한계를 든다.⁶⁸⁾

제3설은 사회국가원리의 한계로서 법치국가적 한계(실질적 법치국가의 원리에 의한 제한), 이념적·개념적 한계(혁명이 아닌 개혁의 방법, 사유재산과 사기업 인정, 국민생활의 평준화 방지, 개인의 창의력과 자기 책임보장) 및 재정적 한계(경제력에 의한 한계)를 든다.⁶⁹⁾

제4설은 사회복지국가원리의 한계로서 자유시장경제질서를 전제로 한 한계(공산주의적 계획경제질서의 부정), 법치국가적 한계(적법절차 존중, 실질적 법치국가의 이념), 개인의 자율과 창의를 의한 한계, 기본권제한상의 한계(자유와 권리의 본질적 내용 침해불가), 재정·경제상의 한계를 든다.⁷⁰⁾

제5설은 사회국가원리의 한계를 이념적 한계(개인의 자율성 보장, 국민생활의 획일

67) 권영성, (주 2), 144쪽.

68) 허 영, (주 6), 159쪽 이하. 이승우, (주 13), 281·282쪽은 이러한 분류를 그대로 따르고 있다.

69) 계희열, (주 8), 388·389쪽.

70) 성낙인, (주 3), 186·187쪽.

적 균일화 방지)와 현실적 한계(국가의 재정력에 의한 한계)로 이분하고 있다.⁷¹⁾

제6설은 현행헌법은 시장경제와 자유주의를 채택하고 있으므로 사회주의적 복지국가는 허용되지 않는다고 전제하고, 복지국가의 한계를 다섯 가지로 설명한다. 1) 복지국가가 시장경제와 자유주의, 자본주의의 체제를 전복하는 것이 될 수는 없다(이념적 한계). 2) 복지국가도 헌법원리인 법치국가의 원리에 위반될 수 없으므로 법치주의의 절차를 무시한 복지국가화는 허용되지 않는다(헌법원리적 한계). 3) 복지국가는 그 목적달성을 위하여 복지정책을 수립하고 실시하는데 자유권이 제한된다고 하더라도 자유와 권리의 본질적 내용을 침해하는 제한은 허용되지 아니한다(기본권보장적 한계). 4) 복지국가의 실현에 소요되는 사회정책적 투자를 위한 재원의 확보는 국가의 재정능력과 경제력에 의존할 수밖에 없고, 이러한 재원을 마련하기 위하여 과도하게 국민에게 과세하는 것은 허용되지 않는다(사실상의 한계). 5) 복지국가라고 하여 시장의 기능에 의하여 해결할 수 있음에도 국가가 전면에서 나서서 일방적으로 국민생활을 통제하면서 평준화·일원화를 강요할 수는 없다. 복지국가에서도 경제적·사회적 문제의 해결은 1차적으로는 개인과 시장의 차원에서 이루어지도록 하고 이러한 것이 불가능한 경우에 2차적으로 국가가 개입해야 한다(보충성의 원리).⁷²⁾

2. 檢討

(1) 要約

사회국가의 한계에 대한 국내교과서들의 설명을 검토하기에 앞서 이들을 대충 요약하면 그 명칭은 각각 다르더라도 다음과 같다.

- 사회개량적 방법을 벗어날 수 없다(제1설의 개념본질상의 한계, 제2설의 국민생활의 평준화 방지, 제3설의 이념적·개념적 한계 중의 혁명이 아닌 개혁의 방법, 사유재산과 사기업의 존중, 제4설의 공산주의적 계획질서의 부정, 제5설의 획일적 균일화 방지, 제6설의 이념적 한계)
- 법치국가적 한계(제1설의 법치국가원리에 의한 제한 = 법치국가적 절차를 무시한 사회국가화는 허용될 수 없다, 제3설의 법치국가적 한계 = 실질적 법치국가의 원

71) 장영수, (주 10), 314·315쪽.

72) 정종섭, (주 5), 207쪽.

리에 의한 제한, 제4설의 법치국가적 한계 = 적법절차준중과 실질적 법치국가의 이념, 제6설의 헌법원리적 한계 = 법치주의의 절차를 무시한 복지국가화는 인정되지 않는다)

- 기본권적 한계(제1설의 기본권제한상의 한계 = 자유와 권리의 본질적인 내용침해 불가, 제2설의 재산권적 한계, 제4설의 기본권제한상의 한계 = 자유와 권리의 본질적 내용침해불가, 제6설의 기본권보장적 한계 = 자유와 권리의 본질적 내용침해 불가)
- 재정·경제력에 의한 한계(제1설의 재정·경제력에 의한 한계, 제2설의 경제정책적 한계, 제3설의 재정적 한계, 제4설의 재정·경제상의 한계, 제5설의 현실적 한계 = 국가의 재정력에 의한 한계, 제6설의 사실상의 한계)
- 보충성의 원리에 의한 한계(제1설의 보충성의 원리에 의한 한계, 제2설의 자율적인 생활설계의 존중, 국민생활의 다양성보장, 제3설의 개인의 창의력과 자기 책임 보장, 제4설의 개인의 자율과 창의를 의한 한계, 제5설의 개인의 자율성 보장, 제6설의 보충성의 원리)

(2) 檢討

국내헌법교과서들의 사회국가의 한계에 대한 설명 중 가장 특징적인 것은 거의 모든 견해가 사회국가원리의 한계로서 법치국가적 한계를 들고 있음에 비하여, 제2설은 유독 법치국가원리에서 사회국가원리의 한계를 찾아야 하는 것은 아니라고 하는 데 있다. 그러나 사회국가해석 모델 중 현재 독일의 사회국가해석에서 통설적인 입장인 자유주의적 해석론에 따르면 사회국가가 법치국가적 형식을 벗어날 경우 급양국가로 전락하게 된다고 한다. 그러한 한에서 사회국가와 복지국가(급양국가-필자의 삽입)를 구별하는 제2설이 사회국가의 한계로서 법치국가적 한계를 부인하는 것은 논리적 모순이라고 할 수 있다.

다음으로, 사회국가의 한계로서 법치국가적 한계를 드는 경우에도 그 내용으로는 법치주의의 절차(적법절차)에 의한 한계와 실질적 법치국가에 의한 제한을 든다면 그것은 약간의 문제가 있는 것으로 보인다. 우선, 적법절차에서 말하는 법이란 실정법 외에도 법의 실질 내지 이념인 정의, 윤리, 사회상규 등을 포함한다. 그리고 사회국가가 법치국가에 의한 한계가 있다고 하는 경우에 법치국가에 의한 절차를 실정법 전부와

정의, 윤리, 사회상규에 의한 절차로 본다는 것은 무리가 있다. 그러한 한에서 사회국가의 법치국가에 의한 한계는 주로 합법률성의 원칙이란 의미를 가지는 것으로 보아야 할 것이다. 다음으로, 사회국가의 법치국가적 한계의 내용을 실질적 법치국가에 의한 한계로 보는 경우도 문제가 있다. 왜냐하면 실질적 법치국가란 형식적인 법률이 정의에 일치하는 내용을 가질 것을 요구하는 것이라고 하고, 그것은 실질적 자유와 실질적 평등을 요구하는 것이라고 한다면, 이때 실질적이라는 말과 사회적이라는 말은 일치되지 않기 때문이다. 즉 형식적 법치국가에서 실질적 법치국가로 그것이 다시 사회적 법치국가로 발전했다고 볼 때 실질적 = 사회적이 아니며, 실질적 법치국가와 사회적 법치국가를 같은 것으로 보는 경우 사회국가의 독자성을 부정하고 사회국가를 법치국가에 흡수·소멸되게 하여 사회국가의 독자적 헌법의 기본원리성을 부정하는 결과가 될 것이기 때문이다. 오히려 우리 헌법에 기본원리로 구현되어 있는 법치국가(실질적 법치국가)의 가장 오래되고 가장 중요한 내용을 국민의 자유와 권리(국민의 기본권)를 보장하는 데 있다고 한다면, 국내교과서들이 사회국가의 독립적 한계로 인정하고 있는 기본권적 한계는 독립적 한계가 아니라 법치국가적 한계의 한 부분으로 이해되어야 더 논리적일 것이다. 그러한 한에서 사회국가의 법치국가적 한계의 내용은 합법률성의 원칙과 기본권적 한계의 양자로 구성될 것이다.

다음으로, 국내교과서들이 사회국가의 이념적 한계, 개념적 한계, 보충성의 원리에 의한 한계로 들고 있는 것은 모두 보충성의 원리에 의한 한계 또는 개념적 한계로 통일되어 사용되어야 할 것이다. 왜냐하면 앞서서도 보았듯이 사회국가는 보충성의 원리에 기초하고 있고 시장경제를 전제로 하고 있기 때문에 복지국가나 사회주의국가와 구별되기 때문이다. 또한 용어는 상이하지만 국내교과서들이 모두 사용하고 있는 사회국가의 이념적 한계라는 용어는 가능하면 사용하지 않는 것이 바람직하다. 왜냐하면 제2설이 적절히 지적하고 있듯이 사회국가의 한계는 사회국가의 이념을 실현하는 방법상의 한계이기 때문에, 이념을 실현하는 방법상의 한계에 이념적 한계가 있다는 것은 논리적으로 모순되기 때문이다.

3. 私見

따라서 사회국가의 한계로는 개념적 한계로서의 보충성의 원리에 의한 한계, 법치국가적 한계(합법률성의 한계, 기본권적 한계) 및 사실적 한계로서의 국가의 재정·경제

력에 의한 한계를 들 수 있다.

V. 要約

1. 헌법에는 헌법질서의 전체적 형성에 있어서 그 기초나 지주(支柱)가 되는 원리, 즉 헌법에는 정치적 통일과 정의로운 경제질서를 형성하고 국가의 과제를 수행하는데 준거가 되는 지도적 원리들이 있는 바, 이를 헌법의 기본원리라 보기로 한다. 달리 표현하면 헌법의 기본원리란 헌법의 핵(核)이라 할 수 있다. 헌법의 기본원리를 나타내는 규정들은 국가형태에 대한 규정, 비국가적 조직체에 대한 국가의 관계에 관한 규정과 ‘국가의 이념을 표현하는 규정’, 다른 국가들과의 관계에 대한 규정들을 포함한다. 그리고 이러한 규정들은 우리 헌법의 경우 헌법전문에 축약적으로 표현되고, 헌법의 본문에서 구체화되고 있다. 우리 헌법전문은 자유민주주의원리, 법치주의원리, 사회국가원리, 문화국가원리, 평화국가원리를 직·간접으로 선언하고 있다 하겠다.
2. 사회국가는 산업혁명 이후의 사회변동을 통하여 조건지워진 여러 관계들을 사회의 영역에서도 각자에게 인간의 존엄에 적합한 생활을 보장하고, 복지수준의 차이를 좁히고, 종속관계를 제거하거나 조장하기 위하여 개인에게 그의 인격의 발전과 자기 책임에 필요한 균등한 기회를 보장하는 분배하고 급부하며, 지도하고 감시하며, 계획하고 형성하며, 고무하고 조장하는 국가, 즉 사회적 정의, 사회적 안전, 사회의 통합 및 개인적 자유를 실현시키려는 국가로 정의될 수 있다.
3. 사회국가의 한계로는 보충성의 원리에 의한 한계, 법치국가적 한계(합법률성의 한계, 기본권적 한계) 및 국가의 재정·경제력에 의한 한계를 들 수 있다.



주제어

헌법의 기본원리, 사회국가, 사회적 정의, 사회적 안전, 사회의 통합, 개인적 자유, 보충성, 법치국가, 국가의 재정·경제력

■ 참고문헌 ■

- 계획열, 헌법학(상), 박영사, 2005.
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2007.
- 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2004.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2007.
- 양 건, 헌법강의 I, 법문사, 2007.
- 이승우, 헌법총론, 도서출판 두남, 2007.
- 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2005.
- 장영수, 헌법총론, 홍문사, 2004.
- 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2007.
- 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2007.
- 홍성방, 사회국가 해석모델에 대한 비판적 검토, 안암법학, 창간호(1993), 148쪽 이하.

- Abendroth, W.: Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: Aus Geschichte und Politik. Festschrift zum 70. Geburtstag von L. Bergstreser, 1954, S. 279ff.
- Benda, E.: Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, 1966.
- Bogs, W.: Der soziale Rechtsstaat im deutschen Verfassungsrecht, in: Sozialer Rechtsstaat, Weg oder Irrweg?, 1963, S. 44ff.
- Contiades, I.: Verfassungsgesetzliche Staatsstrukturbestimmungen, 1967.
- Ipsen, H. P.: Über das Grundgesetz, 1950.
- Isensee, J.: Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens, NJW 1977, S. 545ff.
- Krüger, H.: Brüderlichkeit—das dritte fast vergessene Ideal der Demokratie, in: Festgabe für Theodor Maunz zum 70. Geburtstag, 1971, S. 249ff.
- Lerche, P.: Übermaß und Verfassungsrecht, 1961.
- Menger, Chr.: Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz, 1953.
- Müller, J. P.: Soziale Grundrechte in der Verfassung, in: Schweizer. Juristenverband 107 (1973), S. 695ff.
- Nawiasky, H.: Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl. (1948).
- Niclauß, K.-H.: Der Parlamentarische Rat und das Sozialstaatspostulat, PVS 1974, S. 33ff.

- Oestreich, G.: Die Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in: Bettermann/Naumann/Nipperdey, Die Grundrechte, Bd. I/1, 1966, S. 1ff.
- Scheuner, U.: Die Ausgestaltung verfassungsrechtlicher Leitgrundsätze, Rechtsgutachten zu der Frage der unmittelbaren Rechtswirkung des Artikels 41 der hessischen Verfassung vom 11. Dezember 1946, 1952.
- Schmitt, C.: Verfassungslehre, 1928.
- Stein, E.: Staatsrecht, 9. Aufl.(1984).
- Stern, K.: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl.(1984).
- Volker, O.: Das Staatsverständnis des Parlamentarischen Rates. Ein Beitrag für die Bundesrepublik Deutschland, 1971.
- Weber, W.: Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, Der Staat 4(1965), S. 409ff.
- Wertenbruch, W.: Sozialhilfeanspruch und Sozialstaatlichkeit, in: Staat und Gesellschaft, Festgabe für Günther Küchenhoff zum 60. Geburtstag, 1967, S. 343ff.
- Wolff, H. J.: Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S. 33ff.
- Zacher, H. F.: Freiheits- und Sozialrechte im modernen Verfassungsstaat, in: S.-E. Szydzik (Hrsg.), Christliche Gesellschaftsdenken im Umbruch, 1977, S. 75ff.
- Zippelius, R.: Allgemeine Staatslehre, 8. Aufl.(1982).



Zusammenfassung

Begriff und Grenzen des Sozialstaates

by Seong Bang, Hong

(Professor, college of Law, Sogang University)

Zu den Verfassungsgrundprinzipien der koreansischen Verfassung gehören die freiheitliche Demokratie, die Rechtsstaatlichkeit, die Sozialstaatlichkeit, die Friedensstaatlichkeit und die Kulturstaatlichkeit.

Der Sozialstaat ist nicht durch seine Phänomenologie, sondern durch seine Teleologie begriffen. Die Teleologie des Sozialstaates ist soziale Sicherheit, soziale Gerechtigkeit, Integration der Gesellschaft und individuelle Freiheit.

Der Sozialstaat begrenzt sich durch das Subsidiaritätsprinzip, den Rechtsstaat und die wirtschaftliche Kapazität des Staates.



Schlagwörter

Verfassungsgrundprinzipien, Sozialstaat, soziale Gerechtigkeit, soziale Sicherheit, Integration der Gesellschaft, individuelle Freiheit, Subsidiarität, Rechtsstaat, wirtschaftliche Kapazität des Staates