독일기본법과 사회적 기본권*

홍 성 방**

목차

Ⅰ. 머리말
II. 사회적 기본권의 불수용
1. 사회적 기본권 불수용의 이유
2. 사회적 기본권 불수용에 대한 비판
III. 기본법으로부터 사회권을 도출하려는 시도
1. 자유권으로부터 사회권을 도출하려는 시도
(1) 시도
(2) 비판
2. 사회적 참여권
(1) 연방헌법재판소의 제1차 대학입학정원제한 판결과 사회적 참여권
1) 대학입학정원제한 판결 이전
2) 제1차 대학입학정원제한 판결
3) 사회적 참여권의 이론적 논거
(2) 사회적 참여권의 이론에 대한 평가
IV. 맺는 말

Ⅰ. 머리말

오늘날 자유(권적 기본)권과 사회(적 기본)권은 국가에 대한 개인의 관계를 규정하는 중추개념이다. 그리고 사회권의 문제는 인간의 존엄과 불가분적으로

* 이 논문은 2009학년도 서강대학교 특별연구비 지원으로 연구되었음(과제번호 200916017).
** 서강대학교 법학전문대학원 교수

결합되어 있는 자유권의 문제라고 할 수 있다. 왜냐하면 사회권에서 문제되고 있는 것은 '자유의 현실적 제 조건'(die Realbedingungen der Freiheit),[1] 곧 자유권이 현실화될 수 있는 외적 조건과 전제에 대한 것이기 때문이다. 어떤 사람이 항상 타인의 자비를 구해야 하고 언제나 타인의 자비에 의탁하여 생활을 영위하여야 한다면 그 사람은 자유롭지 못할 뿐만 아니라 존엄하다고 할 수도 없다. 따라서 이미 반세기도 전에 W. Eucken이 '사회적 안전과 사회적 정의는 우리 시대의 중대관심사'(Soziale Sicherheit und soziale Gerechtigkeit sind die großen Anliegen der Zeit)라고 지적한 바[2]는 다음과 같은 두 가지 이유 때문에 우리 시대에도 여전히 타당하다고 할 수 있다.[3] 그 하나는 여전히 자유의 실질적 실현가능성이 충분할 정도로 현실화되고 있지 않기 때문이다. 다른 하나는 Eucken의 지적은 바로 한 사람의 자유가 다른 사람의 자유와 함께 성립되지 않으면 안 된다는 것, 곧 자유는 모든 인간을 위해서 존재해야지, 소수의 인간을 위해서만 존재해서는 안 된다는 바로 자연법적 원리의 논리적 결과를 가리키고 있기 때문이다.

이렇게 사회적 기본권이 중요성을 가짐에도 불구하고 1949년에 제정된 독일 기본법(이하에서는 기본법이라 한다)은, 제2장 제5절 경제생활의 부분에서 광범위하게 사회적 기본권을 규정하고 있었던 바이마르헌법[4]과는 달리, 사회적 기본권을 규정하고 있지 않다.[5] 그 대신 사회문제에 대하여 기본법은 동 제20

---

1) M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, 6. Aufl.(2003), S. 210.

2) E. Eucken-Erdsiek/K. P. Hensel(hrsg.), *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 1952, S. 10.

3) 물론 그간의 사정의 변화로 무엇보다도 환경문제의 해결이 우리 시대에 커다란 문제로 부과되어 있다는 점을 지적해둘 필요가 있을 것이다.

4) 바이마르헌법(Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11 August 1919, RGBL 1383) 제151조 이하 참조.

5) 이 견해는 K. Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1978, S. 427ff.(434)(계희열 역, 헌법의 기초이론, 삼영사, 1985, 176쪽 이하 참조)를 위시한 다수설의 입장이다. 이에 대하여 소수설은 특히 기본법 제6조 제4항 "어머니는 누구든지 공동체의 보호와 부조를 청구할 권리를 가진다"라는 규정은 진정한 의미에서 사회적 기본권이라고 주장한다. 그러한 소수설의 입장에 있는 학자로는 예컨대 Th. Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz - Kommentar*, Rdnrn. 41ff. zu Art. 6; I. v. Münch, *Grundgesetzkommentar*, Bd. 1, 2 Aufl.(1981), Anm. 35 zu Art. 6; K. Löw, Ist die Würde des Menschen im Grundgesetz eine Anspruchsgrundlage?, DÖV 1958, S, 516ff.(520); K.-D. Heymann/E. Stein, Das Recht auf Bildung. Dargestellt am Beispiel der Schulbildung, AöR 97(1972), S. 185ff.(192); H. J. Dellmann, Zur Problematik eines "Grundrechts auf menschenwürdige Umwelt", DÖV 1975, S.

조와 제28조에서 '사회국가'(Sozialstaat)를 규정하고 있을 뿐이다. 이러한 기본법의 기본권목록에 있어서의 '사회적 권리의 결손'(sozialrechtliches Defizit)에 대하여는 비판이 가해지고 있으며, 학설과 판례는 이러한 미비점을 해석을 통하여 보완하려고 노력하고 있다.

따라서 이 글에서는 기본법이 사회적 기본권을 규정하지 않은 이유 및 그에 대한 비판(II), 기본법의 기본권규정들로부터 사회적 권리를 도출하려는 시도, 특히 제2차 세계대전 이후 독일의 기본권이론발전사에 하나의 새로운 방향을 제시하였다는 평가를 받은 바 있는 사회적 참여권 이론의 내용과 그에 대한 평가를 정리하는 순으로 기본법과 사회적 기본권의 문제를 살펴보고(III), 이러한 독일에서의 논의가 우리 헌법의 기본권해석에 어느 정도 도움이 되는가에 대한 간단한 언급으로 결론을 대신하고자 한다(IV).

II. 사회적 기본권의 불수용

1. 사회적 기본권 불수용의 이유

서독의 기본법 제정과정에서 '기본법 제정회의'(Der Parlamentarischer Rat)의 자문역할을 담당한 '헤렌히임제 헌법기초위원회'(Der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee)는 그 기본법초안에서 해당 소위원회의 견해를 받아들여 기본권목록을 '중요한 개인의 인권과 자유권'에 한정하였다.[6] 동 위원회는 보고서의 설명부분에서 '인간적 자유권 중 중요한 권리를 제외하고는 어떻든 기본권으로 표시되는 제도들을 연방기본권목록에 수용하는 것'이 필수적인 것은 아니라고 선언하였다.[7]

588ff.(589); R. Breuer, Grundrechte als Anspruchsnormen, in: O. Bachof u. a.(hrsg), *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung. Festgabe am Anlaß des 25 järigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts*, 1978, S. 89ff.(92); D. Lorenz, Bundesverfassungsgericht und Soziale Grundrechte, JBl. 1981, S. 16ff.(20)를 들 수 있다.

6) Verfassungsausschuß der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen, *Bericht über den Verfassungskonvent von Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948*, 1948, S. 20.

7) Verfassungsausschuß der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen, (주 6), S. 21.

그리고 1948년 9월 1일 Bonn에서 소집되어 이듬해 5월까지 진행된 기본법제정회의는 군소정당의 대표자들, 특히 '독일당'(Die Deutsche Partei), '중앙당'(Das Zentrum) 및 '독일공산당'(KPD)의 대표자들이 사회적 기본권을 수용하라는 주장에도 불구하고[8] 기본권의 목록을 헤렌히임제 헌법기초위원회의 원안대로 개인의 인권과 자유권에 한정하였다.[9] 이렇게 기본법의 기본권목록이 전통적인 자유권에만 국한된 것은 기본법제정회의의 구성원들이 사회적 기본권의 중요성을 인식하지 못한 때문이 아니다. 오히려 전후독일의 특수한 사정들을 고려하여 사회적 기본권의 수용은 유보되었다고 보아야 할 것이다.

이제 그 불수용의 원인을 간추리면 다음과 같다. 첫째로, 기본법제정에 관계했던 사람들은 누구나 새로 제정되는 기본법을 단지 '잠정적 제도'(Provisorium)[10]로만 생각했다는 점이다. 그리고 그들은 이러한 잠정적 제도에 규정된 새로운 경제·사회질서 때문에 이와 다른 경제·사회구조를 갖게 될지도 모르는 미래의 통일된 독일에의 길이 방해를 받아서는 안 된다고 생각하였다. 따라서 기본법제정회의에서는 예측불가능한 발전[11]에 직면하여 사회·경제질서의 형성을 의식적으로 정치적 의사형성의 과정에 위임하였다.[12]

---

8) 예컨대 독일당의 Seebohm의원은 기본법에 사회질서에 관한 필수적인 규정이 빠진 것, 3권분립이 국가생활의 여러 영역, 특히 문화영역과 경제영역에서 실현되지 않은 것에 대하여 유감을 표명하였다(Parlamantarischer Rat, *Stenographische Bericht, 1-12. Sitzung 1948/49*, 1948/49, S. 219). 중앙당의 Wessel의원은 다음과 같이 선언하였다. "기본법에는 사회적 기본권이 수용되어야 한다. 우리는 자연법은 물론 문화적 관점에서 자연법적 요청에 충실하여 사회적 권리들에 대해서도 동일한 충실성을 보여야 한다고 생각한다. 그 이유는 인간의 도덕적·종교적 자유에 대한 자연법이 존재하는 것과 마찬가지로 사회적 영역에 대해서도 일정한 자연법이 존재하기 때문이다. 후자의 권리들이 기본법에 규정되지 않은 것은 기본법이 잠정적 성격을 갖는다는 것과 그것이 보완될 필요가 있음을 가리키는 것이다. 어떻든 사회적 권리가 없는 기본법은 헌법이라고 주장될 수 없다."(앞의 책, S. 215). 그리고 Renner의원은 독일공산당의 의견을 대변하여 사회적 기본권을 수용할 것을 강조하면서 상세한 사회적 권리의 목록을 제시하였다(앞의 책, S. 180f.).

9) Parlamantarischer Rat, (주 8), S. 180f., 215, 219; K.-L. v. Doemming/R. W. Füsslein/W. Matz, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes im Auftrag der Abwicklungsstelle des Parlamentarischen Rates und des Inneren aufgrund der Verhandlungen des Parlamentarischen Rates, JöR N.F. Bd. 1(1951), S. 43

10) F. Werner, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, S. 527ff.(527)에 따르면 자유민주당의 Heuß의원은 Provisorium이란 용어 대신 '과도적 제도'(Transitorium)라는 용어를 사용할 것을 강조했다고 한다.

11) Heuß(FDP), in: v. Doemming/Füsslein/Matz, (주 9), S. 43.

12) H. v. Mangoldt, Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner Grundgesetzes, AöR 75(1949),

둘째로, 기본법제정에 관계했던 사람들은 바이마르헌법에 있어서와 같이 본질상 '방침규정적'(programmatisch) 성격을 가질 수도 있는 기본권의 수용을 피하려 하였다는 점이다.[13] 왜냐하면 이러한 기본권들 때문에 바이마르 헌법하에서 행해진 것처럼 다른 기본권들까지 방침규정적 성격을 가졌다고 해석될 염려가 있었기 때문이다.[14]

셋째로, 기본법의 기본권부분은 특히 그 당시의 시대정신에 영향을 받았다는 점이다.[15] 조직된 압제와 심하게 인간의 존엄을 침해당한 시대를 겪고 난 사람들은 인간존엄의 존중의 필수적 기초로서 구래(舊來)의 자유권을 보장함이 불가결하다고 생각하게 되었고 그와 동시에 사회적인 권리들은 후퇴할 수밖에 없었다.[16]

2. 사회적 기본권 불수용에 대한 비판

사회적·경제적 기본권을 규정하지 않고 오래된 개인적 자유권만을 규정하고 있는 기본권목록은 주로 사회적 정의와 사회적 안전을 보장하고 있지 않다는 점 때문에 비난을 받는다.[17] 그리고 이러한 비난은 국가의 침해로부터 현실의 관계를 보호하는 데 치중하고 있는 기본법의 기본권목록에도 그대로 적용된다.

S. 273ff.(275). 이와 관련하여 기본법의 '개방성요청'(Offenheitspostulat)이 언급되기도 한다(H. Hartwich, *Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo*, 3. Aufl., 1978, S. 50ff.).

13) I. Staff, *Verfassungsrecht*, 1976, S. 129f.; J. Isensee, Verfassung ohne soziale Grundrechte, Der Staat 19(1980), S. 367ff.(371).

14) D. Merten, Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichlkeit - Art. 2 I GG in der Entwicklung, Jus 1976, S. 345ff.(350).

15) H. v. Mangoldt, Die Grundrechte, DÖV 1949, S. 261ff.(262).

16) H. v. Mangoldt, (주 12), S. 275. 이외에도 K.-H. Niclauß, Der Parlamentarische Rat und das Sozialstaatspostulat, PVS 1974, S. 33ff.(48)와 F.-J. Kunert, Das Grundgesetz im Parlamentarischen Rat, Jus 1979, S. 322ff.(324)는 기본법제정회의에서 사회F.-J원들이 가능성이 있음에도 불구하고 사회적 기본권을 기본법에 수용하기 위하여 진지한 노력을 하지 않았다f.(32 그러나 이와 같은 주장에는 찬성할 수 없32 왜냐하면 사회F.-J원들은 기본법의 잠정적 me성을 확신하고 있었을 뿐 아니라, 사실상 사회적 기본권을 기본법에 규정할 입장에 놓여 있지 못했기 때문이다. Jahrbuch der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands 1948/1949, S. 138.

17) F. Thieme, Die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte, Rechte und Freiheit 1951, S. 9ff.(10) 참조.

기본법의 기본권목록에 대하여는 특히 두 가지 방향에서 비판이 행해지고 있다.

한편으로는 오늘날 헌법의 과제가 어디에 있는가에 대하여 의문이 제기된다.[18] 달리 표현하면, 도대체 헌법으로부터 무엇을 기대하여야 하고 헌법은 무엇을 제공할 수 있는가에 대하여 의문이 제기된다. 공동체의 기본법인 헌법은 가능한 한 전체 사회현실과 전체 법질서를 조직하여야 한다. 곧 헌법은 일정 시대에 존재하는 특정 공동체의 모든 인간과 집단, 모든 이념과 이해관계, 희망과 소원을 포괄하지 않으면 안 된다.[19] 일반대중이 최소한의 사회적 정의와 사회적 안전이 보장되기를 바라고 있다면,[20] "사회국가라는 법원칙적 목표규정만 가지고는 기본법은 이러한 기대에 충분히 부응할 수 없다"[21] 할 것이다.

다른 한편으로는 기본법의 자유민주적 기본질서는 그 전제요건이 충족되지 않더라도 유지될 수 있는가라는 질문이 제기된다. 만일 소속 구성원(체)들이 종속적이고 그 사회적 구조상 자유롭지 못하다면 문자상(文字上) 자유민주적인 헌법문서는 자유에 대한 초청이고자 하는 자신의 과제를 완수할 수 없게 되어 거꾸로 질곡으로 작용하는 환멸로 변할지도 모른다는 것이다.[22] 왜냐하면 모든 사람에게 귀속되는 자유권은 이러한 자유권을 행사할 수 있는 경제적 가능성을 가지지 못한 자에게는 아직은 자유를 의미한다고 볼 수 없기 때문이다.[23] 그리

---

18) H. P. Ipsen, Über das Grundgesetz, in: E. Forsthoff(hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Esseays*, 1968, S. 16ff.((23).

19) P. Häberle, Verfassungstheorie ohne Naturrecht, AöR 99(1974), S. 437ff.(454).

20) W. Friedmann, *Recht und sozialer Wandel*, 1969, S. 15는 이러한 사정을 다음과 같이 정리하고 있다. "보수주의자와 자유주의자, 민주주의자와 공화주의자, 사회주의자와 개인주의자, 이들 모두는 국가가 공적 위임과 공적 보조금에 의하여 그리고 조세정책상의 조치 및 그 밖의 조치들에 의하여 지속적 완전고용의 전제조건들을 창출할 것을 요구하고 있다. 일반대중은 최저수준의 생활과 주거, 근로조건과 사회권이 보장되기를 기대하고 있다. 모든 거대정당들은 국가가 경제생활에 적극적으로 참여하여 경제생활을 어느 정도의 범위 내에서 국가의 통제 하에 두어야 할 필요성을 인식하고 있다." 또한 K. H. Friauf, Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat, DVBl. 1971, S. 674ff.(676)도 "시민대중은 제3자에 의한 위험으로부터 보호받는 것보다 물질적 궁핍으로부터 보호받는 것에 훨씬 커다란 관심을 가진다"고 지적하고 있다.

21) H. P. Ipsen, (주 18), S. 23.

22) A. Arndt, *Das nicht erfüllte Grundgesetz*, 1960, S. 8.

23) 이러한 확인은 새로운 것이 아니다. 예컨대 L. v. Stein, *Das Königtum, die Republik und die Souveränität der französischen Gesellschaft seit der Februarrevolution 1848*, Nachdruck 1959, S. 104는 다음과 같이 표현한 바 있다. "자유는 자결의 전제를 가지는 자보다 물질적·정신적 상품을 가지는 조건을 가진 자의 경우에 비로소 현실적인 자유가 된다." 여기서는 J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 1977, S. 248에서 재인용.

고 그러한 경우에는 기본권은 유효한 사회생활을 창출하기보다는 참을성 있게 종이장 위에서 그 실현을 기다릴 수밖에 없을 것이다.

III. 기본법으로부터 사회권을 도출하려는 시도

1. 자유권으로부터 사회권을 도출하려는 시도

(1) 시도

이러한 비판과 더불어 기본법에 규정되어 있는 자유권으로부터 사회적 기본권을 도출하려는 시도들이 행해지고 있다. 그러한 시도로는 기본법 제1조(인간의 존엄)와 제2조 제1항(자유로운 인격발현권) 및 사회국가원리를 결합하여 그로부터 최저생계비 청구권을 도출하려는 시도,[24] 기본법 제12조 제1항(직업의 자유), 기본법 제109조 제2항(경제전체의 균형의 요청) 및 사회국가원리를 결합하여 그로부터 근로의 권리를 도출하려는 시도,[25] 기본법 제2조 제1항과 합하항, 기본법 제6조 제2항(자녀의 부양과 교육), 제7조(학교제도), 제12조 제1항 및 사회국가원리를 결합시켜 그로부터 교육을 받을 권리를 도출하려는 시도,[26] 기본법 제12조 제1항, 제3조 제1항(법률 앞의 평등), 제12조 제1항 및 사회국가원리를 결합하여 그로부터 교육장소청구권을 도출하려는 시도[27] 및 기본법 제1조[28]와 제2조 및 사회국가원리를 결합하여 환경보호청구권을 도출하려는 시도

---

24) 이는 도움이 필요한 자에게 생활배려보장 청구권을 인정한 BVerwGE 1, 159(161f.)의 입장이다.

25) F. Werner, Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung, AöR 81(1956), S. 84ff.(99) 및 H.-H. Rupp, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 92(1967), S. 212ff.(231)의 생각이 이에 해당된다.

26) 예컨대 R. Herzog, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz - Kommentar*, Rdnr. 31 zu Art. Art. 6; M. Abelein, Recht auf Bildung, DÖV 1967, S. 375ff(376f.); F. Klein/F. Fabricus, *Das Recht auf Bildung und seine Verwirklichung im Ballungsraum*, 1969; I. Richter, *Öffentliche Verantwortung für die berufliche Bildung*, 1970; E. Stein, *Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule*, 1967, S. 41f. 및 K.-D. Heymann/E. Stein, (주 5), S. 193ff.의 입장이 여기에 속한다.

27) 특히 G. Herbig, Die öffentlichen Einrichtungen im sozialen Rechtsstaat der Gegenwart, 1970, S. 209ff.의 입장이 여기에 속한다.

28) H.-H. Rupp, Die verfassungsrechtliche Seite des Umweltschutzes, JZ 1971, S. 401ff.(403)과 E. Rehbinder, Grundfragen des Umweltrechts, ZRP 1979, S. 250ff.(252)이 입장이 이에 속한다.

등이 있다.

(2) 비판

이러한 시도들은 적극적 내용을 가지는 적 권적 청구권이 희귀한 것이 아니라한 것적 법치이 내에서 적 권 라한위적 법인정되는 것임을 가리키고정되는.[29]

그러나 이러한 시도들에 대해서는 그러한 시도들이 헌법정책과 헌법해석[30]을 혼동하고 있기 때문에 신랄한 비판이 가해지고 있다. 즉 이러한 시도들은 변화된 사회적 현실 속에서 기본권의 의미와 목적이 어디에 있는가를 질문하는 목적론적 해석방법의 극단적 변종이라는 것이다.[31]

따라서 자유권을 사회적 청구권으로 바꿔 해석하는 데 대해서는 다음과 같은 비판이 가해진다. 첫째로, 기본법은 위에서 설명한 여러 가지 이유 때문에[32] 그 기본권목록에 사회적 기본권을 수용하지 않았는데 이것을 해석이라는 조작을 통하여 적극적이고 기본권적인 청구권을 인정하는 결과가 된다면 이것은 기본법제정자의 명백한 의사에 반한다는 것이다.[33]

둘째로, 여러 번 언급된 기본권이해의 변화[34]에도 불구하고 기본권은 공권력에 대한 시민의 방어권으로서 기능한다[35]는 데에서 출발하여야 하며, 그와 동시에 급부청구권과 보호청구권은 구별하여야 한다는 것이다. 이러한 사고에 따르면 자유권에는 직접적으로 소구(訴求)할 수 있는 특정의 국가적 조치에 대한

---

29) R. Breuer, (주 5), S. 89ff.

30) 헌법해석과 헌법정책을 왜 구별해야 하는가에 대해서는 M. Kriele, Verfassungsrechtliche und rechtspolitische Erwägungen, in: K. Duden u. a.(hrsg.), *Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft*, 1974, S. 141ff.를 참조.

31) H. Kratzmann, *Grundrechte - Rechte auf Leistungen*, 1974, S. 79.

32) 위의 II. 1. 사회적 기본권 불수용의 이유 참조.

33) BverfGE 1, 97(104f.) 참조.

34) 예컨대 W. Geiger, Die Wandlung der Grundrechte, in: M. Imboden(hrsg.), *Gedanke und Gestalt des demokratischen Rechtsstaates*, 1965, S. 9ff.; R. Bernhardt, *Wandlungen der Grundrechte*, 1970; P. Saladin, *Grundrechte im Wandel*, 1970; H.-H. Rupp, Vom Wandel der Grundrechte, AöR 101(1976), S. 161ff. 참조.

35) 개인권적 방어기능은 주관적 공권으로서의 기본권이 가지는 '원래의 그리고 현재까지도 남아있는 의미'(ursprüglicher und bleibender Sinne)이다(BVerfGE 50, 290, 337).

청구권이 결여되어 있다고 한다.

셋째로, 그때그때의 법률위임이나 정치적으로 희망되는 바에 기본권적 장식을 하는 것은 기본권제도에 거의 도움이 되지 않는다는 것이다.

넷째로, 기본법은 사회국가를 선언하고 있기 때문에 필요한 경우 국민이 도움을 요청하기 위해서는 사회국가조항이 자유권보다 더 중요한 역할을 한다는 것이다.

2. 사회적 참여권

(1) 연방헌법재판소의 제1차 대학입학정원제한 판결과 사회적 참여권

1) 대학입학정원제한 판결 이전

원래 '참여'(Teilhabe)란 용어는 G. Jellinek의 '지위론'(Statuslehre)[36] 중 '능동적 지위' (status activus)에만 그 사용이 한정되어 있었다.[37] "개인은 … 사회가 관념적이고 현실적인 생활에 있어서 제공하는 모든 것에 참여함에 결정적으로 의존하고 있다"(Der Einzelmensch … ist auf die Teilhabe an dieser Gemeinschaft mit allem, was sie an ideelen und realen Lebensqualitäten bietet, in lebenswichtiger weise verwiesen)고 하여 이 용어를 처음으로 적극적 지위에 사용한 학자는 E. Forsthoff였다.[38]

---

36) G. Jellinek, *System der Subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl.(1905), S. 94ff., 136ff.

37) 그렇기 때문에 참여란 용어를 '적극적 지위'(status positivus)에 사용함은 잘못이고 혼동을 일으키게 하는 것이라고 지적하는 학자들이 있다. O. Kimminich, Anmerkung zur Rechtsprechung. Bundesverfassungsgerichtsurteil vom 18. 7. 1972-I BVL 32/70 und I BVL 25.71, JZ 1972, S. 6deff. (6d7); G. Dürig, Rdnr. 113C zu Art. 3 Abs. 1고 혼동을 일aunz/Dürig/Herzog/Scholz, *JZ 19gesetz - Kommentur*, A. v옳 일utiu BuJZ 1972, S. als "Teilhabe72, S."BuZu den verfassungs72, Slichen Aspekt 7. 1s "numerus c25usus"BuVerwArch. Bd. 64ürig3), S. 183ff.(184f.); H. H. Rupp, (주 34), S. 180f.

38) E. Forsthoff, *Die Verwaltung als Lestungsträger*, 1938, S. 15ff. 이에 대하여 J. Schwabe, (주 23), S. 241, FN 2는 이 용어를 Forsthoff가 처음 적극적 지위에 사용한 것은 위의 논문에서가 아니라 E. Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, *VVDStRL* Heft 12(1954), S. 8ff.(18ff.)에서였다고 한다.

그러나 사회적 참여권의 이론이 학계에서 관심의 대상이 되기 시작한 것은 W. Martens와 P. Häberle가 1971년 독일공법학회 주제발표에서[39] 이 이론에 대하여 찬반의 의견을 개진하고, 이들의 영향을 받은[40] 연방헌법재판소가 '제1차 대학입학정원제한 판결'에서 이 이론을 수용한 이후부터이다.

2) 제1차 '대학입학정원제한 판결'(Numerus-clausus- Entscheidung)

이 판결은 그 전문이 우리말로 번역되고 평석되어 있다.[41] 그러나 연방헌법재판소는 이 판결에서 '국가적 급부에 대한 참여'(Teilhabe an staatlichen Leistungen)[42] 또는 기본권적 '참여권'(Teihaberecht)이라는 용어를 사용함으로써 기본권은 국가에 대한 방어권이라는 종래의 기본권관을 버리고 종래 학설상으로만 인정되고 있었던 '기본권의 이원성'(zwei Dimensionalität der Grundrechte), 즉 자유로운 직업선택권(기본법 제12조)의 방어권적 성격과 참여권적 성격을 명백하게 인정했다[43]는 점에서 다시 그 판결의 사건개요와 해당 판결내용을 이곳에서 다시 간추려 소개할 필요가 있다.

이 판결은 다음과 같은 두 가지 사건을 계기로 이루어졌다. 우선, 함부르크에서 소송을 개시한 원고는 1969년 5월에 평균성적 3.25(* 독일의 경우 가장 좋은 점수는 1점이기 때문에 3.25는 우리의 계산으로 판단하면 매우 하위에 속하는 성적이다 - 필자)로 졸업시험에 합격하고, 1969/70년 겨울학기에 의학과에 지원하였으나 실패하였고, 1970년 여름학기에 또 다시 지원하였다. 이 신청 역시 자리가 부족하다는 이유로 등급순위가 게재된 입학불허의 통지를 받은 원고는 이의신청을 하였으나 기각되었다. 이렇게 되자 그는 이 거부가 위법이었다는 확인

---

39) Grundrechte im Leistungsstaat, *VVDStRL* Heft 30(1972), S. 7ff., 43ff. 이들과는 별도로 R. Scholz, *Wirtschaftsaufsicht und Subjektivkonkurrentenschutz*, 1971, S. 152ff.도 참여권을 다루고 있다.

40) G. Dürig, (주 37), FN 2.

41) 계희열, '대학입학정원제한 판결 - 1972년 7월 18일 연방헌법재판소 제일차심판부 판결', 「판례연구」 제1집 , 고려대학교 법학연구소, 1982, 1쪽 이하.

42) BverfGE 33, 303(330f.).

43) A. v. Mutius, (주 37), S. 184에 따르면 이 판결에서 결정적 역할을 담당하였던 H. Simon 재판관은 판결이 끝난 후 1972년 7월 18일의 기자회견에서 이 판결의 기본권이론적 측면을 지적하면서 연방헌법재판소는 사실상 처음으로 기본권의 보장을 참여권의 영역에까지 확대하였고, 이 판결에서 처음으로 헌법적으로 보장된 참여권을 인정하였다고 말하였다고 한다.

소송을 제기하였다. 원고의 견해에 따르면, 의학의 여러 분야에서 의사를 절실히 찾고 있고, 이전에는 훨씬 더 많은 사람들의 입학이 허가되었었고, 교육시설의 확장을 위하여서도 충분한 시간이 주어졌음에도 불구하고 이미 수년 전부터 실시되고 있는 대학입학정원 제한제도를 유지하는 것은 위헌이라는 것이다.

다음으로, 뮌헨에서 소송을 개시한 원고는 1969년 6월 바이에른 지방에서 평균성적 3.25로 졸업시험에 합격하였고 1970/71년 겨울학기에 의학과에 지원하였다. 이 지원과 이의신청도, 마찬가지로 등급순위와 또한 그 지방출신에 대한 특혜도 고려되었다는 사실을 적시한 통지를 통해 거부되었는 바, 그 근거는 대학입학지침이 아직은 적용할 수 있다는 판결에 기인한다고 한다. 원고는 이 소송을 통하여 거부통고의 철회와 의학과에의 입학허가를 요구하며, 보조적으로 재판부의 법적 견해를 고려하여 피고가 재차 결정해줄 것을 요구하였다. 원고의 견해에 따르면 이전의 대학입학허가지침만이 아니라 교육부의 집행명령도 충분한 법적 위임의 근거가 없으므로 무효라는 것이다. 그밖에도 입학허가규정은 혹시 성적을 기준으로 할 수 있을는지는 모르나 고참(古參)순위에 따를 수는 없다는 것이다.[44]

따라서 이 판결에서 연방헌법재판소는 대학입학정원을 제한하고 있는 1969년 4월 25일자 함부르크대학법과 1970년 7월 8일자 '바이에른 지방(支邦) 소재의 대학입학허가에 관한 법률'이 합헌인가의 여부에 대하여 판단하면서 다음과 같은 문제를 함께 다루고 그에 대하여 원칙적으로 긍정적으로 대답하였다. 기본권은 오늘날과 같은 사회국가 또는 급부국가에서 그리고 현실적 자유의 조건이 변화된 상황에서 본래적 참여권으로 이해될 수 있고 이해되어야 하는지? 기본권으로부터 기존의 급부제도에 평등하게 참여하는 것 외에 국가의 급부를 청구할 권리를 추론해낼 수 있는지?

> 연방헌법재판소는 여러 차례 기본권은 동시에 객관적 규범으로서 하나의 가치질서를 확립하고 있으며, 이는 헌법적 근본결단으로서 모든 법분야에서 효력을 주장하며 또한 그렇기 때문에 기본권은 단순히 국가에 대한 시민의 방어권을 넘어선다고 선언한 바 있다. 현대국가가 시민의 사회적보장과 문화적

44) BVerfGE 33, 303(314f.).

장려에 더욱 강하게 노력할수록 시민과 국가 간의 관계에서 국가에 대한 기본권적 자유보장이라는 본래의 요청 외에 국가적 급부에 참여하는 것을 기본권적으로 보장하라는 보충적요구가 더욱 더 많이 나타나게 된다. 이러한 발전은 교육제도의 분야에서 특히 분명하게 나타난다. … 교육장소의 자유선택권은 그 권리를 주장할 수 있는 사실상의 전제조건이 존재하지 않는다면 무가치하다. … 이 권리를 인정하는 것은 입법자의 임의에 달려 있는 것이 아니다. 이 경우 사회적법치국가가 기본권적 가치체계를 헌법현실로 바꾸어 놓을 것을 보장할 지위에 있다는 것으로부터 이미 참여권이 어느 정도 도출될 수 있느냐 여부의 문제는 별개의 문제이다. … 절대적 입학허가제한제도는 심한 불평등을 가져온다. 즉 일부 지원자는 모든 것을 얻고 나머지 지원자는 아무것도 얻지 못하게 된다. … 이러한 효과에 대하여는 수용능력을 확장함으로써만 지속적인 대처가 가능하기 때문에 다음과 같은 질문을 제기하게 된다. 즉 기본권적 가치결단과 교육의 독점을 취하는 데서부터 여러 계열 학과의 교육수용능력을 충분히 제공하도록 객관적·사회국가적 헌법명령이 나오지 않는가. 그러나 이 질문에 대하여 긍정적으로 대답할 것인가의 문제와 이 헌법명령에서부터 특별한 조건 하에서 국민이 학습장소를 마련해 달라는 소송을 제기할 수 있는 개인적 청구권을 도출해낼 수 있는가의 문제를 여기서 판결할 필요는 없다. 그 이유는 헌법적 결론을 내리는 것은 위와 같은 헌법명령이 분명히 침해되는 경우에 비로소 고려될 수 있기 때문이다. 현재로서는 의학분야에서 그러한 침해의 실례가 확인되고 있지 않다. 참여권을 그때그때의 기존(旣存)하는 것에만 국한시키지 않을 경우에도 참여권은 개인이 사회에 대해 합리적으로 요구해야 한다는 의미에서 가능성의 유보 하에 있게 된다(BVerfGE 33, 330-333).

이와 같이 연방헌법재판소는 기본법 제12조 제1항[45](제3조 제1항[46]과 사회국가원리를 결합시켜서)으로부터 '주관적 입학요건을 충족하는 모든 국민의, 그가 선택하는 대학의 학과에서 공부할 권리'를 도출하였다.[47] 그리고 이 권리는

45) "모든 독일인은 직업, 직장 및 직업훈련장을 자유로이 선택할 권리를 가진다. 직업행사는 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여 규제될 수 있다."
46) "모든 인간은 법률 앞에서 평등하다."

'공권력의 침해에 대한 자유권의 전통적인 보호기능'과 결합될 수 없으리라는 전제 하에 이 권리를 참여권이라고 해석하였다. 그러나 연방헌법재판소는 기존하는 교육수용능력의 확대참여권이라고 해가 국민에게 인정될 것인가에 대해서는 판단을 유보하였다. 왜냐하면 대학입학정원제한은 '헌법적 수용가능성의 경계'(am Rande des verfassungsrechtlich Hinnehmbaren)에서 움직이고 있기 때문이다. 즉 참여권은 그때그때의 기존하는 것에만 국한하지 않는다고 하는 경우에도 참여권은 개인이 사회에 대하여, 합리적으로 요구해야 한다는 의미에서 '가능성의 유보 하에'(unter dem Vorbehalt des Möglichen) 있게 되기 때문이다. 그리고 이때 합리적인 것의 척도는 국가예산에 있어서 다른 요구와 전체경제의 균형을 고려해야만 하는 입법자가 일차적으로 판단한다. 어떠한 경우에도 '일반을 희생하는 무제한적인 주관적 청구권의 사고'(ein unbegrenztes subjektives Anspruchsdenken auf Kosten der Allgemeinheit)는 사회국가원리와는 결합될 수 없을 것이라는 것이다.

3) 사회적 참여권의 이론적 논거

사회적 참여권의 주장자에 의하면 기본권적 자유는 실제로 많은 사람들에게는 실현될 수 없는 '기본권의 결손'(grundrechtliches Defizit)상태에 있기 때문에, 참여에 있어서 문제되는 것은 '기본권의 효율화'(Effektivierung von Grundrechten)[48]라고 한다. 즉 사회적 참여권의 이론은 기본권의 전통적 보호영역을 확대시킴에 그 주안점이 있다. 따라서 사회적 참여권의 이론에 의하면 기본권은 기본권적 자유의 실현을 위하여 요구되는 사회적 전제요건을 창조할 국가의 의무까지를 포함한다. "왜냐하면 자유권은 그것을 주장할 수 있는 실질적인 전제요건이 없으면 무가치한 것일"[49] 것이기 때문이다. 그리고 각 개인은 이러한 국가적 급부와 국가에 의하여 창설된 여러 제도에 참여할 청구권을 갖는다.[50] 그리고 이렇게 자유권을 참여권적으로 해석하는 것은 '기본권으로부터

47) BverfGE 33, 303(332). 이 판결의 내용과 논거는 BverfGE 37, 104(113ff.); 39, 258(269ff.); 39, 276(293ff.); 43, 291(313ff.)(제2차 대학입학정원제한 판결)에서 계속하여 인정되고 보완되었다.
48) P. Häberle, (주 39), S. 65, 66, 67, 68.
49) BverfGE 33, 303(331).

연역되는 객관적이며 법원칙적인 내용이 분명해지는 것으로서'(Ausprägung der aus den Grundrechten zu entnehmenden objektiven, rechtsgrundsätzlichen Gehalte) 자명한 것이라고 한다.[51]

(2) 사회적 참여권의 이론에 대한 평가

위에서 본 연방헌법재판소에 의한 자유권의 참여권적 재해석은 기본법제정 이후에 변화된 사회적 현실로부터 오는 압력과 그에 대한 법관의 반작용 사이의 상호작용의 결과이다. 그리고 이에 대해서는 찬반의 견해가 나누어져 있다. 그 이유는 이 문제가 기본권해석의 문제[52] 외에도 법해석과 법정책의 문제, 더 나아가서는 권력분립원칙 밑에서 통치기구 사이의 권한의 범위의 문제들이 관련되어 있기 때문이다.

여하튼 변화된 사회에서 기본권의 역할은 변화된 사회의 필요를 해결해 주어야 한다고 생각하는 학자들은 연방헌법재판소에 의한 사회적 참여권의 이론구성을 '개혁적 판결' (Reformurteil),[53] '원칙판결'(Grundsatzurteil)[54] 또는 '기본권의 역사에 고무적인 순간' (eine erregenden Augenblick in der Geschichte der Grundrechte)[55]을 획한 판결이라고 극찬하고 있다.

이에 대하여 다른 학자들은 참여권적 기본권의 이론구성에 대하여 신랄하게 비판하고 있다. 그들은 사회적 참여권을 '파생적 참여권'(derivative Teilhaberechte)과 '본래적 참여권' (originäre Teilhaberechte)으로 나누어 비판의 근거를 달리한다. 왜냐하면 전자는 '현상유지적'(Status-quo-orientiertes)[56] 참여권으로 '기

---

50) BverfGE 33, 303(330ff.).
51) P. Badura, Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland, Der Staat Bd. 14(1975), S. 17ff.(37).
52) 이에 대하여 자세한 것은 계희열, (주 41), 53쪽 이하 참조.
53) P. Häberle, Das Bundesverfassungsgericht im Leistungsstaat. Die Numerus-clausus-Entscheidung vom 18. 7. 1972, DÖV, S. 729ff.(729).
54) J. Lüthje, Ausbildungsfreiheit im Hochschulwesen, Anmerkungen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Numerus clausus, JZ 1977, S. 577ff.(577).
55) O. Kimminich, (주 37), S. 696.
56) G. Haverkate, *Rechtsfragen des Leistungsstaates. Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln*, 1983, S. 208.

존의 수용능력 내에서 그것에 참여할 청구권'[57]인 반면에, 후자는 '현상유지를 뛰어 넘는'(Status-quo-sprengendes)[58] 참여권으로서 '기존의 능력과는 관계없이 국가에 급부를 요구하는 청구권'[59]을 의미하기 때문이다.

파생적 참여권에 대해서는 '외견적으로만 전혀 새로운 문제점'(eine scheinbar völlig neue Problematik)[60]을 제시하고 있다거나, '새로운 것이 전혀 없다'(Nichts Neues)[61]는 비판이 가해지고 있다. 왜냐하면 이미 기존하는 시설에 대한 동등한 참여권은 평등의 원칙에서부터 바로 연역해낼 수 있기 때문에[62] 동등한 참여를 보증하고 그러한 참여를 제한하는 것을 객관적으로 정당화하기 위해서 '참여권적 기본권의 이해'(teilhaberechtliches Grundrechtsverständnis)라는 새로운 개념을 필요로 하지 않을 것이기 때문이다.

본래적 참여권에 대해서는 앞에서 기본법으로부터 사회적 기본권을 도출하는 데 대하여 행해진 비판(특히 그 중에서도 첫 번째 비판)이 그대로 적용되는 외에도 다음과 같은 비판이 가해진다. 첫째로, 만일 법원이 막대한 물자의 분배와 국가정책과 사회정책상의 결정권을 자기의 것이라고 한다면 그것은 잘못이라고 한다.[63] 왜냐하면 기본법의 정치질서는 대의민주주의이기 때문에[64] 물자를 순서를 정하여 분배하는 권한은 의회와 정부에 귀속되는 것이지, 정치적으로 책임을 지지 않는 법관에게 속하는 것은 아니다. 따라서 후자가 기본권을 본래적 급부청구권으로 '개주한다면'(ummünzen) 그것은 자신의 권한을 일탈하여 권력분립이라는 헌법원리의 핵심을 침해하는 것이 된다.[65] 즉 법원은 '기본

57) W. Martens, (주 39), S. 21, 40 Leitsatz 10. 또한 P. Häberle, (주 39), S. 91f.도 참조.
58) G. Haverkate, (주 56) 참조.
59) W. Martens, (주 39) 참조.
60) J. Schwabe, (주 23), S. 247ff.
61) G. Haverkate, (주 56), S. 208.
62) W. Martens, (주 39), S. 21ff.; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 18. Aufl.(1991), S. 123, Rdnr. 289; E. Frisenhahn, Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, in: *Verhandlungen des 50. DJT*, Bd. 2, 1947, G1ff.(21f., 31ff.); Fr. Ossenbühl, Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgterchts, NJW 1976, S. 2100ff.(2104); K. Keögte, *Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem*, 1978, S. 29; J. Schwabe, (주 23), S. 248f.; G. Haverkate, (주 56), S. 208f.
63) E. Frisenhahn, (주 62), S. 98f.; A. v. Mutius, (주 37), S. 189ff.
64) BverfGE 20, 56(113); 29, 154(154).
65) W. Martens, (주 39), S. 35f. 이 부분을 K. Hesse, (주 62), S. 124, Rdnr. 289는 대략 다음과 같이 표현하고 있다. 참여권이 권리로서의 의의를 가지려면 직접 소송을 통하여 이를 관철할 수

권의 효율화'라는 이름아래 헌법상의 권한질서를 해소시켜서는 안 된다.

둘째로, 자유보장의 범위가 국가재정상태에 종속되게 된다. 곧 재정적 수단이 고갈되면 기본권 보장 또한 감축될 수밖에 없다. 이러한 종속성은 기본권에 대한 국가권력의 구속을 상대화한다. 그 결과 이 이론은 "이하의 기본권은 직접 효력을 갖는 법으로서 입법, 집행 및 사법을 구속한다"고 규정하고 있는 기본법 제1조 제3항과 모순될 수도 있으며,[66] 청구에 비하여 물자가 부족한 관계로 참여권이 이행되지 않은 채 남아 있을 수 있기 때문에 기본권이 단순한 방침규정으로 해석을 통하여 축소될 위험도 존재한다고 한다.[67]

셋째로, 이 이론을 사상적으로 끝까지 캐어보면 인간의 독립을 유지하는 대신 종속관계가 성립되는 위험이 생겨난다. 왜냐하면 다양한 개인적 요구를 충족시키기 위하여 국가의 기능이 더욱 증대되는 경우 국가의 급부에 의존하는 개인에 대하여 국가의 지위는 높아질 것이기 때문이다. 그렇게 되면 그렇지 않아도 곤란한 포괄적 국가활동에 대한 통제는 그저 형식이 되고 말 것이다. 왜냐하면 그 경우 국가의 급부에 한계를 설정할 객관적 척도가 더 이상 존재하지 않게 될 것이기 때문이다. 그렇게 되면 인간과 시민은 전지전능한 지배권에 굴복하게 될 것이다. 그러나 기본권은 그러한 전권(全權)을 막기 위해서 헌법에 수용된 것이다.[68]

IV. 맺는 말

사회적 참여권의 이론은 제2차 세계대전 이후 독일의 기본권이론발전사에 하나의 새로운 방향을 제시한 이론이다. 왜냐하면 전통적 자유권을 참여권으로

있어야 한다. 그러나 만일 참여권을 근거로 소송을 통하여 직접 국가에 의무를 부과하는 경우(재정사정으로 실현이 불가능하다는 것은 별개의 문제로 하더라도) 급부의 내용과 한계가 법원의 재판에 의하여 구체화되는 결과가 된다. 이렇게 되면 의회의 전통적 예산에 관한 권한과 국가적 급부의 구체화에 관한 권한이 축소되게 마련이다. 이는 공개적 민주주의질서의 구성요소인 의회의 의사형성영역이 결정적으로 축소되는 것이다. 이처럼 본래적 참여권으로서의 기본권과 민주질서 간에는 체제상의 모순이 나타나기 때문에 바로 여기에 본래적 참여권의 한계가 있다.

66) H.-W. Arndt/W. Rudolf, *öffentliches Recht*, 4. Aufl.(1983), S. 114.

67) A. v. Mutius, (주 37), S. 193; E.-W. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529ff.(1536); O. Kimminich, (주 37), S. 698

68) G.-Chr. v. Unruh, *Grundkurs Öffentliches Recht*, 1976, S. 85.

고쳐 해석한다는 것은 기본법이 수용하지 않은 사회적 기본권을 인정하는 결과가 되기 때문이다.[69]

그러나 사회적 참여권은 비록 사회적 기본권과 완전히 동일하지는 않지만,[70] (특히 본래적 참여권의 경우에는) 국가에 대하여 급부를 청구한다는 사회적 기본권의 문제점을 그대로 갖고 있다는 점에서,[71] 찬성보다는 비판을 더 많이 받X갖고 즉 이 이론은 전개되던 당시부터 실제의 문제해결에 그렇게 중요한 역할을 하지 못할 것으로 생각되었다.[72] 즉 독일의 경우에도 이 이론은 기껏해서 몇몇의 극단적인 경우에만 문제시될 수 있을 것이라는 판단을 받았다.[73]

그동안 독일은 통일되었고 따라서 이제 더 이상 기본법은 잠정적 제도가 아니기 때문에 모두가 실현되기를 바라는 사회적 정의와 사회적 안전의 보장을 사회국가조항에만 맡겨둘 것인가 아니면 사회적 기본권을 수용할 것인가 여부의 문제는 이제는 헌법해석의 문제라기보다는 헌법정책의 문제가 되어 있다 할 것이다. 그리고 전통적인 사회적 기본권에는 속하지 않으나 사회적 기본권의 성격을 동시에 가지고 있는 환경권은 1994년 기본법개정을 통하여 환경국가의 형태로 헌법에 도입되었다.[74]

사회적 참여권(특히 본래적 참여권)은 사회적 기본권의 문제점을 그대로 가지고 있다는 점에서 우리 헌법에 규정되어 있는 사회적 기본권을 이해하고 그 문제점을 재인식하는 데에는 커다란 도움이 된다 할 것이다. 그러나 그러한 것을 넘어서 우리 헌법의 기본권을 이해하는데 이 이론으로부터 새로운 착상을 구하는 것은 문제가 있다 할 것이다. 왜냐하면 기본권목록을 자유권에 한정하고 있는 기본법과는 달리 우리 헌법은 자유권 외에도 사회적 기본권을 규정하고 있기 때문에 자유권으로부터 사회적 기본권을 추론하려는 시도가 필요하지 않기 때문이다. 또 이른바 '자유권의 생활권화현상'을 이야기하거나 더 나아가

---

69) P. Badura, (주 51), 37.

70) M. Kloepfer, *Grundrechte als Entstehungssicherung und Bestandsschutz*, 1971, S. 12f. 또한 A. v. Mutius, (주 37), S. 185; H. Bethge, *Zur Problematik der Grundrechtskollisionen*, 1977, S. 240, FN 410도 참조.

71) K. Hesse, (주 62) 참조.

72) K. Kröger, (주 62), S. 29.

73) K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, 2. Aufl.(1984), S. 935 m. w. N.

74) 이에 대한 자세한 내용은 홍성방, 「환경보호의 법적 문제」, 서강대학교 출판부, 1999, 102쪽 - 156쪽 참조.

서 '자유권의 생활권화현상'의 보편성을 이야기하면서 '자유권의 생활권화현상'에 부응할 수 있는 새로운 기본권의 유형화와 체계화를 모색하는 일은 무엇보다도 개념사용에 있어서 문제가 있기 때문에[75] 재고를 요한다 할 것이다.

[논문투고일 : 2009. 11. 5, 논문심사일 : 2009. 12. 15, 게재확정일 : 2009. 12. 23]

주제어 기본법, 사회적 안전, 사회적 정의, 사회국가, 참여권, 사회적 권리의 결손, 기본권의 효율화, 대학입학정원제한판결, 파생적 참여권, 본래적 참여권

75) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2009, 318쪽은 생활권(사회권)이라고 표현하면서 예컨대 '거주·이전의 자유', '직업의 자유', '학문과 예술의 자유', '종교의 자유'가 가지는 생활수단으로서의 의미와 '통신의 자유'가 가지는 영업수단적인 의미를 들면서 전통적인 자유권들이 생활의 수단 내지 영업의 수단으로서 생활권적인 기능을 해야만 되는 것을 '자유권의 생활권화현상'이라고 부르고 있다. 그러나 '인권의 활성화를 위해서 경제적·사회적·문화적 조건을 창출해줄 것을 국가에 대하여 적극적으로 요구할 수 있는 권리'(P. Häberle, 주 39, S. 96f. 참조)라는 사회적 기본권의 개념정의에 따를 때 전통적인 자유권들이 생활의 수단 내지 영업의 수단으로 기능하는 것을 사회권(생활권)적인 것으로 볼 수 있을지 여부에 대해서는 매우 부정적인 대답을 할 수밖에 없으리라고 본다.

▌참고문헌▐

계희열, '대학입학정원제한 판결 - 1972년 7월 18일 연방헌법재판소 제1심판부 판결'. 「판례연구」 제1집, 고려대학교 법학연구소, 1982, 1-59쪽.

허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2009.

홍성방, 「환경보호의 법적 문제」, 서강대학교 출판부, 1999.

Abelein, M.: Recht auf Bildung, DÖV 1967, S. 375ff.

Arndt, A.: *Das nicht erfüllte Grundgesetz*, 1960.

Arndt, H.-W./Rudolf, W.: *Öffentliches Recht*, 4. Aufl.(1983).

Badura, P.: Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland, Der Staat Bd. 14(1975), S. 17ff.

Bernhardt, R.: *Wandlungen der Grundrechte*, 1970.

Bethge, H.: *Zur Problematik der Grundrechtskollisionen*, 1977.

Böckenförde, E.-W.: Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529ff.

Breuer, R.: Grundrechte als Anspruchsnormen, in: O. Bachof u. a.(hrsg), *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung. Festgabe am Anlaß des 25 järigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts*, 1978, S. 89ff.

Dellmann, H. J.: Zur Problematik eines "Grundrechts auf menschenwürdige Umwelt", DÖV 1975, S. 588ff.

Doemming, K.-L. v./Füsslein, R. W./Matz, W.: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes im Auftrag der Abwicklungsstelle des Parlamentarischen Rates und des Inneren aufgrund der Verhandlungen des Parlamentarischen Rates, JöR N.F. Bd. 1(1951).

Eucken-Erdsiek, E./Hensel, K. P(hrsg.): *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 1952.

Forsthoff, E.: *Die Verwaltung als Leistungsträger*, 1938.

ders.: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, *VVDStRL* Heft 12(1954), S. 8ff.

Friauf, K. H.: Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat, DVBl. 1971, S. 674ff.

Friedmann, W.: *Recht und sozialer Wandel*, 1969.

Frisenhahn, E.: Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, in: *Verhandlungen des 50. DJT*, Bd. 2, 1947, G1ff.(21f., 31ff.).

Geiger, W.: Die Wandlung der Grundrechte, in: M. Imboden(hrsg.), *Gedanke und Gestalt des demokratischen Rechtsstaates*, 1965.

Hartwich, H.: Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo, 3. Aufl.(1978).

Häberle, P.: Grundrechte im Leistungsstaat, *VVDStRL* Heft 30(1972), S. 43ff.

ders.: Das Bundesverfassungsgericht im Leistungsstaat. Die Numerus-clausus-Entscheidung vom 18. 7. 1972, DÖV, S. 729ff.

ders.: Verfassungstheorie ohne Naturrecht, AöR 99(1974), S. 437ff.

Haverkate, G.: *Rechtsfragen des Leistungsstaates. Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln*, 1983.

Herbig, G.: Die öffentlichen Einrichtungen im sozialen Rechtsstaat der Gegenwart, 1970.

Hesse, K.: Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1978, S. 427ff.

ders.: *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 18. Aufl.(1991).

Heymann, K. D. /Stein, E.: Das Recht auf Bildung. Dargestellt am Beispiel der Schulbildung, AöR 97(1972), S. 185ff.

Ipsen, H. P.: Über das Grundgesetz, in: E. Forsthoff(hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Esseays,* 1968, S. 16ff.

Isensee, J.: Verfassung ohne soziale Grundrechte, Der Staat 19(1980), S.

367ff.

Jellinek, G.: *System der Subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl.(1905).

Kimminich, O.: Anmerkung zur Rechtsprechung. Bundesverfassungsgerichtsurteil vom 18. 7. 1972-I BVL 32/70 und I BVL 25.71, JZ 1972, S. 696ff.

Klein, F./Fabricus, F.: *Das Recht auf Bildung und seine Verwirklichung im Ballungsraum*, 1969.

Kloepfer, M.: *Grundrechte als Entstehungssicherung und Bestandsschutz*, 1971.

Kratzmann, H.: *Grundrechte - Rechte auf Leistungen*, 1974.

Kriele, M.: Verfassungsrechtliche und rechtspolitische Erwägungen, in: K. Duden u. a.(hrsg.), *Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft*, 1974.
ders.: *Einführung in die Staatslehre*, 6. Aufl.(2003).

Kröger, K.: *Grundrechtstheorie als Verfassungsproblem*, 1978.

Kunert, F.-J.: Das Grundgesetz im Parlamentarischen Rat, Jus 1979, S. 322ff.

Löw, K.: Ist die Würde des Menschen im Grundgesetz eine Anspruchsgrundlage?, DÖV 1958, S, 516ff.

Lorenz, D.: Bundesverfassungsgericht und Soziale Grundrechte, JBl. 1981, S. 16ff.

Lüthje, J.: Ausbildungsbreiheit im Hochschulwesen, Anmerkungen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Numerus clausus, JZ 1977, S. 577ff.

Mangoldt, H. v.: Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner Grundgesetzes, AöR 75(1949), S. 273ff.
ders.: Die Grundrechte, DÖV 1949, S. 261ff.

Martens, W.: Grundrechte im Leistungsstaat, *VVDStRL* Heft 30(1972), S/ 7ff.

Merten, D.: Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichlkeit - Art. 2 I GG in der Entwicklung, Jus 1976, S. 345ff.

Münch, I. v.: *Grundgesetzkommentar*, Bd. 1, 2 Aufl.(1981).

Mutius, A. v.: Grundrechte als "Teilhaberechte", Zu den verfassungsrechtlichen Aspekten des "numerus clausus, VerwArch. Bd. 64(1973), S. 183ff.

Niclauß, K.-H.: Der Parlamentische Rat und das Sozialstaatspostulat, PVS 1974, S. 33ff.

Ossenbühl, Fr.: Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1976, S. 2100ff.

Parlamantarischer Rat, *Stenographisce Bericht, 1-12. Sitzung 1948/49*, 1948/49.

Rehbinder, E.: Grundfragen des Umweltrechts, ZRP 1979, S. 250ff.

Richter, I.*: Öffentliche Verantwortung für die berufliche Bildung*, 1970.

Rupp, H.-H.: Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 92(1967), S. 212ff.

ders.: Die verfassungsrechtliche Seite des Umweltschutzes, JZ 1971, S. 401ff.

Saladin, P.: *Grundrechte im Wandel*, 1970.

ders.: Vom Wandel der Grundrechte, AöR 101(1976), S. 161ff.

Scholz, R.: *Wirtschaftsaufsicht und Subjektivkonkurrentenschutz*, 1971.

Schwabe, J.: *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 1977.

Staff, I.: *Verfassungsrecht*, 1976.

Stein, E.: *Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule*, 1967.

Stein, L. v.: *Das Königtum, die Republik und die Souveränität der französichen Gesellschaft seit der Februarrevolution 1848*, Nachdruck 1959.

Stern, K.: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, 2. Aufl.(1984).

Thieme, F.: Die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte, Rechte und Freiheit 1951, S. 9ff.

Unruh, G.-Chr. v.: *Grundkurs Öffentliches Recht*, 1976.

Verfassungsausschuß der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen, *Bericht über den Verfassungskonvent von Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948*, 1948.

Werner, F.: Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung, AöR 81(1956), S. 84ff.

ders.: Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, S. 527ff.

Zusammenfassung

Bonner Grundgesetz und soziale Grundrechte

Seong-Bang Hong
(Professor, Sogang University Law school)

Die Bundesrepublik Deutschland hat im Bereich der sozialen Rechte auf der Ebene ihres Grundgesetezes wenig an ausdrücklichen Verfassungsnormen aufzuweisen. Stattdessen hat das Grundgesetz diesbezüglich in seinen Artikeln 20 und 28 den Sozialstaat aufgenommen. In dieser Gestaltung der Staatszielbestimmung unterscheidet es sich von der Weimarer Verfassung, die einen umfangreichen Katalog der sozialen Grundrechte kannte.

Angesichts des sozialrechtlichen Defizits des Grundgesetzes versucht die Verfassungsinterpretation und Verfassungsrechtsprechung nachzuholen, was die Verfassungsgebeung versäumt hat. Dabei konzentrieren sie sich darauf, aus den Freiheitsrechten sozialrechtliche Momente abzuleiten und in dem abstrakten Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit bestehenden Grundrechten positive Leistungsansprüche zu sehen.

Die Ableitungsversuche der sozialrechtlichen Ansprüche aus dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes zeigen, dass grundrechtliche Ansprüche positiven Inhalts keine Seltenheit, sondern eine anerkannte Ausprägung des Grundrechtsschutzes im sozialen Rechtsstaat sind. Aber solchen Versuche begegnen schwierwiegender Kritik, weil sie Verfassungspolitik und Verfassungsinterpretation miteinander vermengen. Mit anderen Worten, sie stellen im Grunde extreme Abarten der teleologischen Interpretation dar, in dem nach Sinn und Zweck der Grundrechte

in der veränderten sozialen Wirklichkeit gefragt wird.

Fortsthoff hat den Begriff "teilhabe" zum ersten Mal in den Bereich des status positivus einbezogen. Dann wurde er von Martens und Häberle auf der Staatsrechtslehrertagung 1971 sowie von Scholz verwendet und in der ersten Numerus-clausus-Entscheidung(BverfGE 33, 303ff.) unter dem Eindruck der Referate der ersten beiden übernommen. Das Bundesverfassungsgericht hat die Zweidimensionalität der Grundrechte, d.h. Abwehrrechts- sowie Teilhabrechtscharakter des Grundrechts der freien Berufswahl(Art. 12 GG) zum ersten Mal ausdrücklich anerkannt. Nach der Teilhaberechstheorie handelt es sich bei der Teilhabe um die "Effektivierung" der Grundrechte. Man unterscheidet unter dem "Teilhaberecht" das "derivative" Telihaberecht von einem "originären".

Abegesehen von einer Mindermeinung, wird an dieser Einführung von Teilhaberechten scharfe Kritik geübt. Zum einen spricht man davon, dass durch sie das Verfassungsprinzip der Gewaltenteilung in seinem Kern verletzt werde, desweiteren von der Gefahr, dass das postulierte Teilhaberecht unvollziehbar bleiben könnte, die Grundrechte also zu bloßen Programmsätzen reduziert würden.

Im Gegensatz zum Grundgesetz ist die koreanische Verfassung reich an Bestimmungen, welche die traditionelle sowie die moderne Materie der sozialen Rechte berühren. Deshalb besagt die Teilhaberechtstheorie wenig für die Interpretation der sozialen Grundrechte der koreanischen Verfassung.

Key words Grundgesetz, soziale Sicherheit, soziale Gerechhtigkeit, Sozialstaat, Teilhaberecht, sozialrechtliches Defizit, Effektivierung der Grundrechte, Numerus-clausus-Urteil, derivative Teilhaberechte, originäre Teilhaberechte