

헌법 제34조 제5항의 국가 책임과 롤즈의 시민 상호부조 원칙

하 재 흥*

< 목 차 >

- I. 문제 제기
- II. 헌법상 국가의 요부조자 보호의무 규정
- III. 롤즈의 정의론과 시민 상호부조의 원칙
- IV. 결론

I. 문제 제기

우리 헌법은 제헌헌법 이래로 생활능력 없는 요부조자에 대한 국가의 보호책임을 규정하고 있다(제34조 제5항).¹⁾ 그러나 요부조자에 대한 국가의 보호책임을 어떻게 이해해야 하는지는 여전히 논란이 있다. 생활능력 없는 사람에 대한 보호의무는 헌법 이전에 인류의 보편적 윤리 문제일 수도 있지만 이에 관한 사항이 헌법에 명문으로 규정되었다는 사실은 우리 헌법이 예정한 헌법 질서 속에서 그 이념적 원리와 성격을 규명해야 할 문제를 제기한다. 헌법 제34조가

* 경기대학교 사회과학대학 법학과, 교수.

1) 제헌헌법은 제19조에 노령, 질병 기타 근로능력의 상실로 인하여 생활유지의 능력이 없는 자는 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다는 규정을 두었다. 1952년 헌법 및 1954년 헌법, 1960년 헌법은 이를 그대로 계승했다. 1963년 헌법은 제30조 제1항에 인간다운 생활에 대한 권리를 규정하고 제2항에 사회보장 증진을 위한 국가의 의무를 규정하는 한편, 제3항에서 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의해 국가의 보호를 받는다는 규정을 두었다. 1969년 헌법 및 1972년 헌법, 1980년 헌법(제32조로 이동)은 이를 계승했다. 1988년 헌법은 제34조로 옮겨서 여자(제3항) 및 노인과 청소년(제4항)의 복지에 관한 사항을 특별히 규정했고, 제5항에서 “신체장애자 및 질병과 노령 기타 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다”라고 규정했다.

보충성 원리를 담고 있다는 점에 관해 헌법학자들 사이에는 이견은 없어 보인다.²⁾ 다만 보충성의 원리가 무엇이며 어떻게 작용하는지는 견해 차이가 크다.

우리 사회가 평탄하게 성장을 거듭하고 있다면 특별히 거론할 일이 없었어도 모르지만, 지난 1998년 IMF 위기나 최근의 코로나 사태는 우리 사회에서 요부조자 보호 문제가 그저 경제가 나아지면 다 해결될 일시적 문제가 아님을 잘 보여주었다. 아울러 요부조자가 발생하는 원인이 주로 (자연) 재해일 것이라는 생각도 순진한 것임이 드러났는데, 국가가 재해를 예방하고 그 위협으로부터 국민을 보호해야 한다(헌법 제34조 제6항)는 것은 이제 재해의 정의나 범위에 비추어볼 때(재난 및 안전관리 기본법 제3조) 사회 전 영역에 걸쳐 국가에 안전에 대한 최대한의 관심을 요구하고 책임을 지우는 것을 의미하기 때문이다. 과거에 절대권력자는 (감시를 위해) 유리처럼 투명한 세계를 원한다는 말이 유행했는데, 이제 국가는 재난으로부터 국민을 보호하기 위해 잠들 수 없는 불면의 세계에 간혀 산다고 말해야 할 지경이 되었다. 하지만 현대 사회를 바로 위험사회라고 부르는 사실에서 보듯 요부조자나 재해에 대해 일차적으로 국가 책임을 강조하는 것은 곧 국가권력의 비대화와 직결되는 것이다.³⁾

한편 제헌헌법이 처음 등장했던 시대와 현재를 비교해보면, 특히 달라진 사정이 바로 민간과 시민사회의 역할과 비중이라 생각된다. 헌법의 실천이라는 현실에서 이제는 시민사회의 존재와 역할을 외면하는 것은 불가능하다.⁴⁾ 헌법 제34조의 규정에서 전제가 되는 국가개입의 보충성 원리라고 하는 것은 곧 가정과 시민사회가 일차적인 책임의 주체라는 의미이다. 따라서 제헌헌법이 등장

2) 홍성방 교수는 보충성 원리를 전제로 하느냐 아니냐를 기준으로 사회국가 원리와 복지국가 원리로 구분하고 우리 헌법은 사회국가 원리에 따르고 있다고 한다. 홍성방, “사회국가의 개념과 한계”, 『서강법학』 제9권 제2호, 서강대학교 법학연구소, 2007, 148면. 반면 적어도 한국 헌법의 이해에 있어서 사회국가 원리와 복지국가 원리를 구별할 필요가 없다고 보는 견해도 있다. 이 견해는 보충성 원리를 따르는 점에서 양자 사이에 차이가 없다고 본다. 성낙인, 『헌법학』 제24판, 법문사, 2024, 273면, 278면.

3) 재난으로부터 국민을 보호해야 한다는 국가의 의무는 어떤 재난을 겪든 나라의 모든 공무원이 국민의 안전을 보장하기 위해 현장에서 빈틈없이 대비하고 있어야 한다는 것을 의미한다고 생각되지 않는다. 그런데도 우리 헌법과 같이 국가의 보호책임을 채택하는 방식이 인기를 끄는 이유는 국가의 책임을 앞세울수록 보호의무 위반을 발미로 국가에 대한 손해배상책임을 추궁하기 쉽기 때문은 아닌지 의문이 든다.

4) 우리 헌법은 개개의 시민이 시민사회 및 정치사회의 구성원이라는 사실임을 간과하고 있다는 의문이 있다. 개개의 시민은 전체 주권자인 국민의 일원으로서 국가기관에 권한을 부여하고 국정을 감시하며 모든 국가권력의 정당성을 평가하는 역할을 하지만, 이와 같은 정치 참여는 개별적이고 고립된 개인 단위에서만 아니라 시민사회의 일원으로서 공적 이성에 의해 형성되는 공론의 표현이자 연장으로라도 하는 것이다.

한 시대와 현재를 비교해 시민사회의 비중과 역할이 달라진 사실을 인식하면 헌법 제34조의 해석에서 시민사회의 책임을 우선순위로 두고 보충성 원리를 복원할 필요가 있음을 알게 된다.

본 논문은 롤즈의 정의론에 나타난 상호부조의 원리를 중심으로 헌법상 요부조자에 대한 국가의 보호의무 규정을 비판적으로 검토하는 것이다. 롤즈가 재산소유 민주주의론을 옹호하면서 현대 복지국가 경향의 정책에 대해 가한 비판은 헌법상 요부조자 보호의무 규정을 이해하고 평가하는 데 매우 유용하다. 정의로운 사회를 만들어가는 과정에서 시민사회의 역할을 롤즈만큼 강조한 이도 없을 것인데, 요부조자 문제를 포함해 모든 것을 국가에 요구하고 국가가 책임 지우려는 태도는 롤즈의 정의론과 완전히 상치된 것이다. 롤즈는 요부조자에 대한 보호를 시민의 자연적 의무로 이해했지 국가가 일차적으로 떠안을 과제로 보지 않았기 때문이다. 이하에서는 먼저 헌법상 요부조자 보호 문제와 관련해 우리 헌법 규정과 법제의 현실과 특징을 살펴보고, 이어 롤즈의 정의론을 중심으로 상호부조의 원칙에 대한 롤즈의 이해를 검토하고 헌법적 함의를 도출해 본다.

II. 헌법상 국가의 요부조자 보호의무 규정

1. 입법례로서 이례성

먼저 세계 여러 나라의 헌법을 살펴보면, 우리 헌법처럼 요부조자에 대한 보호를 국가의 직접적인 책임으로 규정한 예는 찾기 어렵다. 요부조자에 대한 보호를 국가가 아니라 가족이나 동료 시민 또는 시민사회의 일차적인 책임으로 이해하는 것이야말로 세계적 추세로 보인다. 먼저 그리스 헌법을 보면, 동법은 모든 국민이 자신의 수입에 비례하여 생활보호대상자의 지원에 기여한다는 규정을 두고 있다(제4조 제5항).⁵⁾ 모성에 관해 ‘공동체’의 보호를 규정한 예도 있는데, 독일 헌법은 모든 어머니는 ‘공동체’의 보호와 부조를 받을 권리를 가진다는 규정을 두고 있다(제6조 제4항)⁶⁾. 이외에도 가족을 책임 주체로 규정한

5) 국회도서관 법률정보실 (편), 「세계의 헌법: 제40개국 헌법 전문」 제1권, 국회도서관, 2018, 15면(이하 ‘세계의 헌법1’로 약칭한다).

예도 있는데, 러시아 헌법은 18세 이상 근로 능력자는 노동능력 없는 부모를 부양해야 한다고 규정했다. 아울러 노령, 질병, 신체장애, 가장의 사망과 아동 양육에 대해 법률이 정하는 바에 따라 사회적 보장을 허용한다고 하고 자발적인 사회적 보험이나 추가적인 형태의 사회보장 및 자선단체의 창설이 장려된다고 규정했다(러시아 헌법 제38조 제3항, 제39조 제1항, 제3항).⁷⁾ 스웨덴 헌법도 사회적 배려와 사회적 보장을 촉진하는 것이 공공기관의 목표라 했다(제2조).⁸⁾ 아예 책임 주체를 언급하지 않고 또 요부조자를 보호대상이 아니라 동료 시민으로서 사회적 통합의 대상으로 선언한 예도 있는데, 룩셈부르크 헌법은 빈곤 타파 및 장애가 있는 시민의 사회적 통합에 관한 사항을 법률로 규정한다고 했다(헌법 제11조 제5항).⁹⁾ 연방과 주의 공동책임으로 본 예로 스위스 헌법은 빈민구제의 기본원칙은 연방이 법률로 명확하게 정하고 그 시행법률의 제정과 집행은 주의 소관이라 규정하면서(제12조) 공핍 상태에서 조력을 받을 권리에 대해 구체적으로 연방이 노령·유족·장애에 대해 연방보험이나 연금과 같은 보장책을 시행하고 또 그 기능이 유지되도록 책임진다고 하고, 연금액의 상한이나 소요 재원의 부담 및 충당에 관해서도 원칙적 사항을 규정했다(헌법 제12조, 제111조, 제112조).¹⁰⁾ 스페인 헌법은 국가가 실업에 대한 사회보장제도를 유지하되 보충적 원조 및 급부를 받을지를 국민의 선택사항이라 규정했다(제42조).¹¹⁾ 슬로바키아 헌법은 수단이나 방법에 관해 특정하지 않고 물질적 필요로 곤란을 겪는 국민은 생활수준을 보장하는 데 필요한 지원을 받을 권리를 가진다고 하고 상세는 법률로 정한다고 했다(제39조 제2항, 제3항).¹²⁾ 중국 헌법은 공민이 의무노동에 종사할 것을 제창한다고 하고 퇴직자가 국가와 사회의 보장을 받으며(제42조, 제44조), 늙고 병들거나 노동력을 상실한 때 국가 및 사회로부터 물질적인 도움을 받을 권리가 있다고 했다(제45조).¹³⁾ 그 외 자신과 피부

6) 국회도서관 법률정보실 (편), 앞의 책, 220면.
 7) 국회도서관 법률정보실 (편), 앞의 책, 281면.
 8) 국회도서관 법률정보실 (편), 앞의 책, 512면.
 9) 국회도서관 법률정보실 (편), 앞의 책, 575면, 591면.
 10) 국회도서관 법률정보실 (편), 「세계의 헌법: 제40개국 헌법 전문」 제2권, 국회도서관, 2018, 102면(이하 ‘세계의 헌법2’로 약칭한다).
 11) 국회도서관 법률정보실 (편), 앞의 「세계의 헌법1」, 620면.
 12) 국회도서관 법률정보실 (편), 앞의 「세계의 헌법1」, 655면. 아이슬란드 헌법 제76조도 유사. 국회도서관 법률정보실 (편), 앞의 「세계의 헌법2」, 42면.
 13) 국회도서관 법률정보실 (편), 앞의 「세계의 헌법2」, 239면, 240면.

양자를 부양할 수 없는 경우 적정한 사회부조를 포함한 사회보장에의 접근권을 선언하는 규정을 두거나(남아프리카공화국 헌법 제27조 제1항), 거주민으로서 스스로 생계를 돌보지 못하는 국민에 법률이 정하는 바에 따라 ‘공적 부조’를 제공한다(네덜란드 헌법 제20조 제3항, 덴마크 헌법 제75조 제2항), 모든 사람은 노령·장애·실업에 관한 사회보장을 비롯해 법률이 정한 기타 경우의 사회보장에 관한 권리를 가진다(라트비아 헌법 제109조)는 식으로 규정하는 것이 대체적인 경향으로 보인다.¹⁴⁾ 즉 국가의 관여나 책임의 형식을 기준으로 구분하면 법률이 정하는 바에 따라 사회보장의 권리가 있다거나(벨기에 헌법 제23조 제2호, 슬로베니아 헌법 제50조, 핀란드 헌법 제19조, 헝가리 헌법 제19조)¹⁵⁾ 공적 부조를 포함해 국가가 사회보장 제도에 대한 책임이 있다(칠레 헌법 제19조 제18호, 포르투갈 헌법 제63조), 또는 (추상적으로) 노력한다(일본국 헌법 제25조)고 규정하고 있을 뿐¹⁶⁾ 국가를 보호 책임의 직접적인 주체로 전면에 세우는 일은 찾기 어렵다.¹⁷⁾

이상과 같이 다른 헌법례와 비교해 볼 때 우리 헌법 규정의 이례적인 특징은 첫째, 가족이나 시민사회, 공동체의 책임에 관해 일언반구의 언급 없이 국가의 직접적인 보호책임을 규정한 것, 둘째, 사회보장 및 사회복지 증진 의무와 여성이나 노인, 청소년에 대한 복지증진 의무(제2항 내지 제4항)를 규정하는 한편

14) 국회도서관 법률정보실 (편), 앞의 「세계의 헌법1」, 60면, 143면, 213면, 274면.

15) 국회도서관 법률정보실 (편), 앞의 「세계의 헌법1」, 456면, 688면. 국회도서관 법률정보실 (편), 앞의 「세계의 헌법2」, 539면, 607면.

16) 국회도서관 법률정보실 (편), 앞의 「세계의 헌법2」, 279면, 432면, 223면.

17) 이덕연 교수는 우리 헌법이 인간다운 생활을 할 권리를 대전제로 밝히고 이어 여자, 노인, 청소년에 신체장애자 및 질병·노령 기타 사유로 인한 생활 무능력자와 같이 대상을 세분해 직접 헌법에 복지국가 실현과 관련한 세부적인 국가 목표조항을 규정한 것은 대개 헌법 차원에서 추상적인 사회보장 이념을 확인하는 데 그치고 구체적인 규범적 제도적 실현의 수준과 방법을 개방해놓는 일반적인 입헌례에 비하면 이례적이라 한다. 이덕연, “헌법 제3조”, (사)한국헌법학회 편, 「헌법주석」[1], 박영사, 2013, 1115면. 드문 예로 국가의 직접 책임을 규정했다고 해석할 여지는 있어도 그 책임이 법률적인 것이 아니라 도덕적인 것으로 본 예도 있다. 아일랜드 헌법은 국가가 노약자, 미망인, 고아, 노인의 지원에 기여할 것을 ‘맹세’한다는 규정을 두고 있다(제45조 제4항). 국회도서관 법률정보실 (편), 앞의 「세계의 헌법2」, 68면. 캐나다 헌법도 연방의회와 주 입법부가 연방정부 및 주 정부와 함께 필수 공공서비스의 이행을 ‘서약’한다는 규정을 두었다(제36조). 국회도서관 법률정보실 (편), 앞의 「세계의 헌법2」, 349면. 우리 헌법처럼 국가의 보호의무를 규정한 예로는 터키 헌법이 유일해 보인다. 터키 헌법은 장애인 및 재향군인, 전쟁 및 공무 중에 사망한 자의 배우자 및 자녀, 노인 등에 대한 국가의 보호의무를 규정했고 보호가 필요한 어린이의 사회정착을 위한 모든 종류의 조치를 취해야 한다고 규정하고 있다(제61조). 국회도서관 법률정보실 (편), 앞의 「세계의 헌법2」, 375면.

요부조자나 재해와 관련해서는 국가의 보호책임을 직접 규정한 것(제5항, 제6항), 셋째 일반적인 사회보장이나 복지의 증진에 관한 국가 책임과 요부조자 및 재해 관련 국가의 보호책임 사이에 여러 항을 둬으로써 책임을 다차원적이면서 중첩되도록 규정한 점이다.

2. 보충성 원리와 보충적 국가작용

헌법학계에서는 헌법 제34조를 넓게 사회보장이나 사회복지 규정으로 부르고 있다. 하지만 앞서 본 바와 같이 제34조 내에서도 각 항에 따라 국가 책임의 성격이 다차원적으로 규정된 점을 눈여겨볼 필요가 있다. 헌법학계에는 헌법 제34조를 근거로 구체적인 급부청구권을 인정할 수 있는가에 관해 논란이 있는데, 각 항이 국가 책임을 다차원적으로 규정한 점에 비추어보면 쉽게 해명될 수 있는 문제라 생각된다. 구체적 청구권성을 부정하는 견해는 가령 독일 헌법 이론에 의하더라도 사회국가의 내용이 무엇인지에 대한 견해가 확립되어 있지 않다는 사정, 독일 연방헌법재판소의 헌법해석에 따르더라도 사회국가의 원리는 국민의 실질적 자유와 평등을 실현하기 위해 사회구조의 골격이나 테두리를 형성하는 것을 본질로 한다는 사정을 근거로 든다. 이런 견해는 헌법상 사회국가 조항을 근거로 구체적인 생활보장의 수단을 국가에 요구하는 것은 허용되지 않는다고 본다.¹⁸⁾ 하지만 이런 해석론이 우리 헌법에 대해서도 타당하려면 단순히 사회국가 원리의 본질에 기대는 것보다 추가적인 해명이 필요하다고 생각된다. 앞서 본 바와 같이 헌법 제34조 1항이 일반적인 사회국가 원리를 선언하고 제2항에서 제4항이 여성과 노인, 청소년의 복지증진에 관한 국가의 책임을 규정하고 있지만, 이외에도 헌법 제34조 제5항과 제6항이 국가의 직접적인 보호책임을 선언하고 있다는 사정을 고려해야 한다. 즉 우리 헌법은 대상을 세분

18) 허영, 「헌법이론과 헌법」 제7판, 박영사, 2015, 313면, 322면. 다만 근래 들어 독일 연방헌법재판소가 사회국가 원리를 근거로 일정한 청구권을 인정하려는 태도를 보이고 있는데, 참여권이 그것이라 한다. 그러나 참여권이 국가로부터 일정한 재정적·물질적·시설적 급부나 혜택을 요구할 수 있는 권리를 의미하는 것이라면 확실히 문제가 있다는 비판적 견해가 강하다고 한다. 허영, 앞의 책, 323-324면. 참여권 사안은 사립학교 설립의 자유로부터 설립자가 국가에 대해 재정지원을 청구할 수 있는가 하는 문제이다. 이에 관해서는 김주환, “사회국가적 보장사무의 구체화-독일 연방헌법재판소의 사립학교 재정지원 판결(1987)에 대한 분석-”, 「홍익법학」 제21권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2020; 홍성방, “독일기본법과 사회적 기본권”, 「서강법학」 제11권 제2호, 서강대학교 법학연구소, 2009.

화해 복지국가 실현과 관련한 세부적인 국가목표를 정하고 있다는 것이다. 또한 헌법재판소 결정에 의하면 헌법 규정의 법적 성격을 추상적 권리설로 이해한다 해도 국가가 법률로 사회보장수급권을 구체화하는 규정을 두고 보장하고 있는 경우에는 헌법상 권리는 이미 구체적인 법적 권리로 존재한다는 것인데¹⁹⁾, 이와 관련해 일반 국민이 직면할 수 있는 생활 위기와 관련해 국가의 직접 책임을 규정한 법률들을 쉽게 찾아볼 수 있기 때문이다. 따라서 이와 같은 사정을 고려하지 않고 헌법 규정만 놓고 구체적 권리성을 따지는 것은 적절하지 않은 것이다.

다음으로 보충성 원리에 관해서도 국회가 헌법 규정을 구체화하는 법률을 제정하면서 무엇을 보충적인 국가 역할이라고 이해하고 있는지도 비로소 알게 되는데, 헌법 제34조 규정이 다차원적으로 구성된 결과 개별법률에서도 보충적 원리에 대한 이해가 다르게 나타나는 것을 볼 수 있다. 헌법 제34조가 일반적인 사회보장과 사회복지의 증진에 관한 국가 책임과 여성, 노인, 청소년의 복지와 권익에 관한 국가의 책임, 요부조자와 재해 관련 국민보호책임을 달리 규정하고 있듯이 개별법률도 국가의 책임의 내용이나 관여 정도를 다르게 규정하고 있다는 것이다. 개별법률을 크게 세 유형으로 구분해 보면, 첫째는 국가의 책임을 연금이나 보험과 같은 사회보장제도나 사회복지 시스템의 구축과 원활한 작

19) 헌법재판소 2003. 5. 15. 2002헌마90 결정에 의하면 헌법은 제32조 제6항에서 국가유공자 등에게 우선적으로 근로의 기회를 제공할 국가의 의무만을 명시하고 있지만, 이는 보훈의 한 방법을 구체적으로 예시한 것일 뿐이며, 동 규정과 헌법전문에 담긴 헌법정신에 따르면, 국가는 사회적 특수계급을 창설하지 않는 범위 내에서 국가유공자 등을 예우할 포괄적인 의무를 지고 있다. 또한 헌법은 제34조 제1항에서 국민에게 인간다운 생활을 할 권리를 보장하는 한편, 동조 제2항에서는 국가의 사회보장 및 사회복지 증진의무를 천명하고 있다. ‘인간다운 생활을 할 권리’는 여타 사회적 기본권에 관한 헌법규범들의 이념적인 목표를 제시하고 있는 동시에 국민이 인간적 생존의 최소한을 확보하는 데 있어서 필요한 최소한의 재화를 국가에게 요구할 수 있는 권리를 내용으로 한다. 국가의 사회복지·사회보장증진의 의무도 국가에게 물질적 궁핍이나 각종 재난으로부터 국민을 보호할 대책을 세울 의무를 부과함으로써, 결국 ‘인간다운 생활을 할 권리’의 실현을 위한 수단적인 성격을 갖는다. 이 헌법의 규정에 따라 국민에게 주어지는 수급권은 국가에게 적극적으로 급부를 요구할 수 있는 권리를 주된 내용으로 하므로 국가가 국민에게 ‘인간다운 생활을 할 권리’를 보장하기 위하여 국가의 보호를 필요로 하는 국민들에게 한정된 가용자원을 분배하는 이른바 사회보장권에 관한 입법을 할 경우에는 국가의 재정부담능력, 전체적인 사회보장수준과 국민감정 등 사회정책적인 고려, 제도의 장기적인 지속을 전제로 하는 데서 오는 제도의 비탄력성과 같은 사회보장제도의 특성 등 여러 가지 요소를 감안해야 하며 입법자에게 광범위한 입법재량이 부여되지 않을 수 없다. 따라서 헌법상의 사회보장권은 그에 관한 수급요건, 수급자의 범위, 수급액 등 구체적인 사항이 법률에 규정됨으로써 비로소 구체적인 법적 권리로 형성되는 것이다.

동의 보장을 의미한다고 이해하는 유형²⁰⁾, 둘째는 보충적이되 국가가 금전 등을 직접 지원할 수 있다고 규정한 유형²¹⁾, 셋째는 대상자에 대해 국가의 직접 보호책임을 규정한 유형이다.²²⁾ 구체적으로 공무원연금법이나 화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률과 같은 법률은 첫째 유형에, 국민기초생활 보장법과 같은 법률은 둘째 유형에, 공무원재해보상법과 같은 법률은 셋째 유형에 속한다고 볼 수 있다.²³⁾ 위 유형 중에 국회가 헌법 제34조 제5항을 구체화한 법률로 대표적인 것이 국민기초생활보장법인데, 보충성 원리에 관해서는 국가가 직접 요부조자를 지원할 수 있다고 보며 다만 그 지원이 본인의 노력에 대해 2차적, 즉 보충적이라고 이해하고 있음을 볼 수 있다.²⁴⁾

한편 위와 같은 법제 현실에 비추어보면, 보충성 원리에 대한 대개의 설명이 놓치고 있는 점도 볼 수 있다. 먼저 일반적으로 보충성 원리는 국가의 책임을 사회보장제도의 도입 및 시행에 대한 것으로 이해하고 국가가 직접 사회보장적 급부를 지급하는 것을 국가의 책임으로 이해하지 않는다. 즉 보충적으로 개입

20) 넓게 이런 유형의 법률은 국가가 소요사업의 경비를 지원한다는 내용을 담기도 한다. 산업재해보상보험법이나 학교안전사고 예방 및 보상에 관한 법률이 그 예이다.

21) 법률은 여기에서 급부 주체를 국가와 지방자치단체로 규정하고 있다. 타 헌법에서 연방과 주정부의 역할로 보충성 원리를 선언한 예는 더러 있는데, 국가와 지방자치단체의 관계에서 보충성 원리를 양자 사이에 적용해서 살핀 연구도 있다. 진훈, “양극화해소대책과 보충성원칙”, 『공법연구』 제35집 제1호, 한국공법학회, 2006.

22) 국가를 위해 특별한 희생에 한 분들과 그 유족 및 국가의 수호·안전보장 또는 국민의 생명·재산 보호와 직접적인 관련이 없는 직무수행 중에 발생한 사망 등 재해와 관련해 지급하는 보훈 및 보상에 관한 법률이 셋째 유형에 해당한다. 국가에 대한 특별한 희생을 전제로 당사자나 유족에 지급하는 보훈에 관한 사항은 헌법 제34조 제5항에서 규정한 요부조자의 한 유형일 수 있으나 희생과 공적에 대한 정당한 보답과 예우라는 차원에서 하는 것이므로 부조를 필요로 하는 일반적인 유형과 구분된다. 여기서는 이런 사안은 논외로 하고 일반적인 요부조자 보호 문제를 다룬다.

23) 둘째 및 셋째 유형의 법률은 보건복지부 등 국가기관이 해당 개인에 대해 직접 수급권을 보장하도록 규정하는데, 이런 법률에 의한 수급청구권은 국가에 광범위한 입법형성권이 인정되어도 일단 법률로 규정되면 구체적인 법적 권리가 된다.

24) 국민기초생활보장법은 생활이 어려운 사람에게 필요한 급여를 제공해 이들의 최저생활을 보장하고 자활을 돕는 것을 목적으로 제정된 법률로 동 법에 따른 급여는 수급자가 자기 생활의 유지·향상을 위하여 그의 소득, 재산, 근로능력 등을 활용하여 최대한 노력하는 것을 전제로 이를 보충·발전시키는 것을 기본원칙으로 한다고 규정한다(제3조 제1항). 헌법 제34조 제5항이 생활능력 없는 요부조자에 대한 국가의 보호책임을 규정한 것이라면 근로 능력과 구직의사가 있으면서 취업에 어려움을 겪는 국민에 대한 구직 및 생활안정 지원을 위한 법률도 시행되고 있는데, 바로 구직자 취업촉진 및 생활안정지원에 관한 법률이다. 노인복지법은 노동능력과 의사가 있는 노인에 대한 구직지원은 물론 노동능력이 없는 노인에 대한 요양지원에 관한 사항까지 규정하고 있어 둘째 및 셋째 유형의 요소를 모두 포괄하고 있다.

하는 국가의 역할이 제도 운영이나 직접 지원이나 하는 것에서 보충성의 원칙은 전자를 의미하지 않느냐는 것인데, 그런 점에서 보면 위의 둘째 유형의 법률은 분명 후자로 이해하고 있음을 볼 수 있다. 이런 특징 역시 헌법 제34조 제1항이 사회보장 제도의 구성과 시행에 관한 일반적인 국가 책임을 규정하고 이와 별도로 그리고 중첩적으로 제5항에서 요부조자에 대한 국가의 보호책임을 직접 규정한 결과로 보아야 할 것이다. 즉, 우리 헌법 제34조의 다차원성 및 중첩성을 고려하지 않은 채 사회국가 원리에서 말하는 보충성 원리라는 이론을 추상적으로 수용하는 것은 우리 법제의 현실을 설명하지 못한다는 것이다. 다음으로 사회국가 원리를 채택하고 있는 국가에서는 사회보장이라는 공동과제의 실현을 위하여 공적 단체와 민간단체의 공동작업이 요청되고 권장되므로 원칙적으로 민간단체가 일차적인 책임과 자조의 기능을 수행하는 것이 가능한 경우에는 공적 단체의 보조는 불필요한 것이고, 따라서 보충성의 원리는 사회국가 원리에서 추론되는 것이면서 동시에 사회국가 원리의 한계로 작용한다는 견해가 있다.²⁵⁾ 이 견해는 보충성 원리를 국가가 가정은 물론 민간이나 공적 단체와 협업한다는 관점에서 이해하고 있다고 생각된다. 이 견해가 지적인 것처럼 여기서 분명하게 해 둘 점이 있다고 생각되는데, 국가의 책임이 2차적인 것으로서 공동체나 공적 또는 민간단체와 협업하는 것이라면 그런 협업이 구체적으로 작동하도록 민간 및 공적 단체나 공동체를 세우고 지원하는 것이 곧 2차적이라고 하는 국가작용의 구체적인 내용을 이루어야 하는 것 아닌지, 공동체나 시민사회의 구체적인 역할은 어디에도 언급이 없고 이들 단위와 협업을 위해 구체적으로 어떤 노력을 한다는 것인지 완전히 생략한 채 급부를 받는 개인의 자립을 지원하고 보충한다고 선언한 다음 국가의 직접 지원을 규정한 것이 과연 협업 원리에 따르는 보충성 원리에 맞느냐 하는 의문이다.

3. 소결

이상에서 살펴본 내용을 토대로 우리 헌법과 법제 현실의 특징을 요약하면

25) 정극원, “헌법상 보충성의 원리”, 『헌법학연구』 제12권 제3호, 한국헌법학회, 2006, 192-193면. 구체적으로 사회보장기본법 제6조 제2항, 모자복지법 제3조, 장애인복지법 제5조 제1항, 노인복지법 제25조 등이 우리 사회보장법제에서 보충성의 원칙을 규정한 것이라 한다[다만, 모자복지법은 모·부자복지법으로, 현재는 한부모가족지원법으로 명칭이 변경되었다].

다음과 같다. 첫째, 헌법 제34조는 국가의 책임을 다차원적이면서 중첩적으로 규정하고 있다. 둘째, 보충성 원리 역시 사회보장 제도의 수립과 시행에서부터 직접적인 급부 책임까지 다양하게 구체화 되어 있다. 셋째, 보충적 원리와 관련해 가정이나 공동체 또는 시민사회가 중심적인 역할을 하도록 지원하는 간접적인 방식보다 개인에 대한 직접 급부를 통해 당사자 개인이 자립하는 상태나 지위를 회복하도록 지원하는 방식을 채택하고 있다.

이상과 같은 헌법 규정이나 법제 현실이 보여주는 특징은 무엇보다 국가에 일차적이면서 과도한 책임을 부여하고 있다는 점이다. 한 개인이 겪는 불운이 일반적인 위험사회에서 예상되는 바이면 헌법 제34조 제1항에 따라 사회보장 차원에서 보험이나 연금 문제로 돌아가지만, 재해나 재난으로 생겨난 것이면 제6항에 따라 국가에 직접 보호책임을 추궁할 수 있다는 논리는 다차원적이고 중첩적으로 국민을 보호하는 방식일 수도 있지만 정치적 논쟁과 사회적 분열을 일으킬 수 있다. 모든 사람의 삶이 우열 없이 다 가치 있고 불운으로서 겪는 고통은 누가 더 크고 적다고 할 것 없이 동등하게 평가하는 것이 옳다는 관점에서는 그런 분류에 따라 차별하는 것이 과연 정당하냐는 의문이 있기 때문이다. 우리 헌법 규정 및 법제 현실을 마냥 긍정적으로 평가할 수 없다고 생각되는 다른 이유는 요부조자 문제에서 특히 중심적인 역할을 맡아야 하는 것이 공동체나 시민사회임에도 이들의 존재나 구체적인 역할에 관해 헌법은 물론 개별 법률이 완전히 침묵하고 있기 때문이다. 우리 헌법의 규정이 국가 주도의 복지 형성 모델임을 인정하고 이제는 국외의 복지국가 경향이 퇴조하는 점이나 사회의 자율적 역할에 대한 분명한 인식으로 나가야 한다는 견해도 귀를 기울일 필요가 있다고 생각되는 이유도 그 때문이다.²⁶⁾ 헌법 제34조를 이해하고 평가하는 관건이 바로 보충성 원리라 할 수 있는데, 우리는 지금까지 헌법 규정이 간과했어도 사회국가 원리라는 헌법적 원리를 통해 추상적이거나 골격을 이해하는 안목을 길러왔다고 생각된다. 그러나 20세기에 목격한 복지국가 현상이나 역사적 변천, 제도적 구체화가 법문화권마다 다양하게 나타나는 만큼 외국의 헌법이론이나 제도를 근거로 삼아 단일한 법리로 설명할 수 없고 그럴 필요도 없는 것이 보충성 원리라 생각된다.²⁷⁾ 대신 이제는 보충성 원리에 대해서는 역

26) 정철, “사회보장의 헌법적 실현방식”, 『세계헌법연구』 제23권 제3호, 세계헌법학회한국학회, 2017, 151-152면.

27) 독일에서 사회국가 원리가 형성된 역사적 배경에 대해서는 박진완, “사회국가원리의 이론

사적 흐름이나 정치적 경향에 좌우되지 않고 시민들 사이에 공정한 원칙으로서 일반적으로 합의할 수 있는 바를 근거로 삼을 필요가 있다고 생각된다. 그런 점에서 롤즈의 정의론을 살펴보게 되는데, 롤즈는 자유롭고 평등한 시민들이 공적 이성과 중립적 합의를 통해 정의를 중심으로 질서정연한 사회로 나아가는 과정에 관해 설명하는 한편 곤궁에 처한 동료 시민에 도움을 제공하는 문제도 정의론의 내용으로 다루었기 때문이다. 이하에서는 보충성 원리를 이해하는 다른 방식으로 롤즈의 정의론과 상호부조의 원칙에 관해 살펴보기로 한다.

Ⅲ. 롤즈의 정의론과 시민 상호부조의 원칙

1. 상호부조 원칙

1) 롤즈의 설명

롤즈는 「정의론」에서 무지의 베일 및 원초적 지위라는 개념 장치로부터 시작해 합리적인 개인이 공정한 사회적 협력의 조건으로서 수용할 수 있는 원칙들을 정립해가는 과정을 논증했다. 그런 과정의 결과로 롤즈가 동등한 정치적 자유의 우선 원칙 및 여기에 종속되는 전제에서 공정한 기회균등과 차등의 원칙을 정의의 두 원칙으로 제시한 것도 잘 알려져 있다. 롤즈는 이 두 원칙 외에 합리적인 개인들이 어떤 원칙을 더 채택할 것인지도 간단히 언급했는데, 다만

적 형성과 법적 구현과정 과정에 대한 검토 - 독일에서의 논의를 중심으로 -”, 『헌법학연구』 제29권 제2호, 한국헌법학회, 2023, 98-101면. 독일에서 사회국가 원리는 헌법원리 중 가장 개방적이며 내용이 확정적이지 않은 원리로 꼽히는데, 그 이유는 사회국가 원리가 내용이 없거나 그 의미를 학계나 사회에서 몰라서가 아니라 (독일이) 지나온 역사적 경험에 비추어 그 맥락에 따라 해석해야 한다(역사적 맥락에 따라 구체화된 내용이 다르며 또 달라질 수도 있다)고 보기 때문이라는 점은 정수진, “사회국가원리의 문화적 전제”, 『공법연구』 제51집 제1호, 한국공법학회, 2022, 159면. 시민사회가 곤경에 처한 시민을 돕는 것은 시민들 사이의 연대와 관련된 문제이기도 한데, 독일학계에는 연대를 헌법적 가치나 원리로 볼 수 있을 것인지 논란이 있다고 한다. 정수진, “사회 연대의식에 대한 소고 - 독일 헌법학계 논의를 중심으로-”, 『법학연구』 제33권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2023, 157-158면에 의하면 연대는 기본법상의 사회국가 원리의 헌법적 수용으로 볼 수 있겠지만, 사회국가 원리에는 자유나 개인의 책임, 보충성 원리 등과 분리해서 파악할 수 없다는 견해도 있다고 한다.

그런 원칙들을 체계적으로 다루지 않고 몇 가지를 열거하는 선에서 다루었다. 정의의 두 원칙이 특히 잘 알려져 있고 또 비평가들 사이에 중요하게 다루어졌기에 정의의 두 원칙 외에 롤즈가 합리적인 개인이 서로 간에 이익을 독차지하거나 손실만 떠안는 결과가 되지 않도록, 즉 공정하게 서로 협력할 수 있는 사회를 이루고 또 거기에 참여하는 조건으로서 합의할 수 있는 원칙들로 무엇이 있다고 말했는지 잘 알려지지 않았다.²⁸⁾

롤즈는 개인이 어느 정도 정의에 관해 사고할 수 있는 능력을 갖추게 되면 시민 사이에 서로 합의할 수 있는 원칙들에 대해서도 추론을 통해 선택할 수 있게 되는데, 여기에는 시민으로서 타인과 사회생활을 할 때는 개인적인 이해관계의 유불리를 떠나 공정하게 행동해야 한다는 공정성의 원칙(principle of fairness)은 물론 충실성(fidelity), 상호 존중(mutual respect) 및 선행(beneficence)의 원칙에도 합의하게 된다고 보았다. 롤즈는 일반 시민이 이런 의무를 타인에 대해서나 국가에 대해서나 똑같이 부담하는 것이라 했는데, 공직을 맡은 시민이라면 특히 정치적 책무로서도 부담하는 것이지만 공직을 맡지 않은 일반 시민이라면 정치적 책무로서 부담하는 것은 없다고 했다(시민성이나 시민적 책임 하면 일반인이라도 시민이라는 자격에서 부담하는 특별한 정치적 의무가 있다고 여기기 쉬운데, 롤즈는 제도에 따라 부여받은 의무만을 책무라고 보므로 공직을 맡지 않은 일반 시민의 경우에는 특별한 정치적 책무를 생각할 수 없다고 본다).²⁹⁾ 롤즈는 이와 별도로 일반 시민의 자연적 의무에 대해서 언급했는데(특히 어떤 사회를 구성하기 이전에도 인간인 이상 자연적인 의무로서 부담하는 것이기에 자연적 의무라 하는 것이다³⁰⁾), 1) 지나친 위험이나 손실을 초래하지 않는 한 도움이 필요하거나 위험에 처한 타인을 도와야 한다는 의무, 2) 타인에게 해악을 가해서는 안 된다는 의무, 3) 필요 없이

28) 롤즈가 자주 협력에 대해 말했어도 그것이 어떤 또는 무엇에 관한 협력인지 분명하지 않다는 점을 지적하고 크게 상호이익(mutual advantage)으로서의 협동, 호혜성(reciprocity)으로서의 협동, 그리고 생산적 상호작용(productive interaction)으로서의 협동을 함축한다고 분석한 연구로 송지우, “Justice and Cooperation”, 『철학적 분석』 제38호, 한국분석철학회, 2017, 266-267면. 정치공동체나 사회를 시민 사이의 공동의 이익, 즉 공동선을 위한 자발적 연합이라 이해하는 것은 아리스토텔레스 이래의 오랜 전통이며, 롤즈의 연구는 하나의 정치공동체에서 자발적 연합을 이루는 공정한 조건이 무엇이고 또 어떻게 강화할 것인지를 규명하는 것에 초점이 있다고 생각된다.

29) John Rawls, *A Theory of Justice*(Revised Edition), The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, p.95, p.98.

30) *Ibid.*, pp.97-98.

타인에 고통을 초래해서는 안 된다는 의무를 예로 들었다. 여기서 첫째 의무를 ‘어려울 때는 서로 돕는다는 상호부조의 의무’(duty of mutual aid)라 하는데, 다른 자연적 의무와 마찬가지로 특별히 그렇게 하겠다고 자발적으로 동의했기 때문에 의무인 것이 아니며 또 특별히 어떤 제도 속에 서로 협력하며 살기 때문에서가 아니라 시민이 서로에 대해 도덕적 인격으로 존재한다는 사실로부터 모든 시민에 적용되는 의무라는 것이 특징이라 했다.³¹⁾ 롤즈는 이런 자연적 의무는 근본적인 차원에서 타인에 대해 정의롭게 행동해야 한다는 원칙의 구현이며, 정치적 책무가 공직을 맡은 사람에게 적용되는 반면 자연적인 의무는 시민 일반을 모두 구속하는 것이라 한다.³²⁾

롤즈는 원초적 입장에 선 사람들이 자연적 의무를 채택하는 이유와 그렇게 함으로써 얻는 유익에 관해서도 설명했다. 롤즈는 먼저 정의론의 관점에서 가장 근원적인 자연적 의무는 무엇보다 우선적으로 정의로운 제도를 찾아 채택하도록 노력해야 한다는 것, 그리고 그런 제도가 합당한 것이면 그런 제도를 따르고 그 속에서 시민으로서 역할을 다해야 한다는 것이라 한다. 롤즈가 정의로운 제도로서 정의의 두 원칙을 제시한 것도 바로 이와 관련된 것이다. 그 외에 롤즈가 사람들이 자연적인 의무로서 상호부조의 의무를 채택하는 이유에 관해 설명한 부분을 살펴본다. 먼저 롤즈는 상호 존중이라는 자연적 의무에 관해 한 개인이 자기 삶의 목적에 대해 자기 혼자 가지는 확신이나 존중감보다 더 큰 영향력을 갖는 것이 타인이 나의 삶에 대해 보여주는 태도임을 볼 수 있다고 한다. 타인의 무관심이나 경멸을 받으면서 자기 삶의 목적에 대한 가치감을 지켜내기는 어렵기 때문이다. 그런데 이런 사정은 모두에게 공통되고 또 공지의 효과로 서로에게 알려지는 것이다. 그런 점에서 보면 내가 타인을 존중해야 하는 이유는 내가 어떤 경우에 타인을 존중한 행위가 그 자체로서 큰 가치를 초래해서가 아니라 그런 행동이 타인의 자기 삶에 대한 감정이나 바람에 대해 우리가 인식하고 있음을 알게 해 주는 것을 표현하는 것이 되기 때문에 중요한 것이라 한다. 롤즈는 상호부조의 의무도 마찬가지로 보는데, 이것이 의무인 이유는 내가 어려운 타인을 돕는다는 것이 구체적으로 누구에게 얼마나 도움이 되었나 때문이 아니다. 중요한 것은 상호부조의 원칙이 채택되었는지 아닌지가 어떻게든 사회에 공지되어 알려지는 것이고³³⁾, 바로 그런 차원에서 볼 때 그것

31) *Ibid.*, pp.98-99.

32) *Ibid.*, pp.99-100.

이 의무로 수용되어 있음이 공지로서 알려질 때 초래하는 효과가 훨씬 더 크고 중요하기 때문이다. 그래서 상호부조가 의무인 이유에 관한 칸트식의 설명에 의하면 타인으로부터 부조를 기대하려면 마땅히 베풀 수 있어야 한다는 것이 전제조건이 되기 때문이라 하겠지만, 롤즈는 자연적 의무가 채택되었느냐가 공개성의 효과(publicity effects)를 통해 사회에 미치는 영향이 크기 때문에 선택되는 것이라 본다.

그렇다면 롤즈는 이런 자연적 의무가 사회에서 어떤 역할을 한다고 보는가. 롤즈는 자유롭고 평등한 시민들이 전 인생을 걸쳐 평등하고 공정한 조건으로 협력하는 공간을 사회라고 본다. 롤즈는 그런 사회를 세우려면 시민들이 정의감과 선관(善觀)이라는 최소한의 도덕적 능력을 갖추고 있어야 한다고 가정해야 하고, 공정한 협력의 조건이 완전히 실현될 때 질서정연한 사회에 도달한다고 본다.³⁴⁾ 롤즈는 여기서 상호부조와 같은 자연적 의무를 채택하는 것이 시민들 사이에 서로 협력할 수 있는 바탕을 훨씬 더 견고하게 만들 수 있다고 본다. 쉽게 말해 내가 곤경에 처했을 때 사회가 나를 도울 것이라고 믿을 수 있느냐 아니냐는 (실제로 곤경에 처했을 때 얼마나 도움을 받느냐가 중요해서가 아니라) 내가 사회에 참여하며 타인과 협력하는 방식과 결속에 큰 차이를 만들어낸다는 것이다.³⁵⁾

2) 우리 헌법 규정에 대한 적용과 평가

이상의 논의를 바탕으로 우리 헌법상 요부조자에 대한 국가보호 의무에 관한 규정의 성격을 검토해 본다. 먼저 우리 헌법은 요부조자를 해당 개인과 국가기관의 직접적인 보호 관계 속에서 보고 있다. 헌법이나 개별법률은 요부조자가 국민의 일원으로서 국가에 부조 청구를 하기 이전에 다른 시민과 어떻게 관계 맺는지 침묵하고 있다. 앞서 언급한 것처럼 우리 헌법이 헌법적 주체로 국민과

33) 롤즈는 공지의 정도를 셋으로 구분하는데 최고 수준의 완전한 공지는 시민들 사이에 공정으로서의 정의에 대한 의견의 일치 및 공적 문화의 수준으로 구현된 것을 의미한다. 롤즈는 이런 수준의 공지성 조건을 충족하는 사회는 맑스가 말한 허위의식 또는 환상이나 망상과 같은 이데올로기적 의식이 없는 사회일 것이며 시민이 가지는 믿음은 상식이나 논란의 여지 없는 과학 정도와 같이 충분한 근거를 가지고 수용될 것이라 한다. John Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement*, Erin Kelly (ed), The Belknap Press of Harvard University Press, 2001, pp.120-122.

34) Rawls, *supra* note 29, pp.18-20, pp.24-25.

35) Rawls, *supra* note 29, pp.293-301.

국가기관 외에 시민사회의 존재를 언급하지 않은 결과 시민사회가 존재하지 않아서가 아니라 헌법의 침묵 덕에 요부조자의 문제는 시민사회나 개별 시민의 개입을 상정할 여지 없이 국가가 직접적인 책임을 떠안는 모양새가 된 것이다.

이를 롤즈의 이해와 대조해보면, 우리 헌법의 세계에서 시민은 다른 시민이 자신을 지지하고 도움을 준다는 믿음에 근거해서가 아니라 일차적으로 국가가 자신의 삶을 지지한다는 믿음에 근거해서 살아간다. 그 결과 시민과 시민 사이에 공정한 협력의 조건에 대한 이해나 성찰이 생겨나거나 그런 함의를 통해 결속이라 할 것이 형성될 여지는 적고 시민이 직접 국가의 보호에 대한 신뢰를 근거로 국가와 관계맺음에 참여하는 것이 된다. 우리 법제상 시민의 의무라면 국가가 그런 일을 하고 나서면 협조해야 한다는 것, 자신이 소유 또는 관리하는 재산이나 시설이 재난의 원인이 되지 않도록 노력해야 한다는 것이 사실상 전부인 셈이다(재난 및 안전관리 기본법 제5조). 물론 헌법의 침묵이 시민의 자연적 의무를 부정하는 근거가 될 수는 없다. 헌법의 침묵에도 불구하고 시민이 자연적 의무로서 상호부조의 의무를 수용한다는 것이 공지로 알려진 사회라면 롤즈가 기대한 대로 자유롭고 평등한 시민들이 공정한 조건에서 사회에 참여하고 협력하며 결속하는 정도는 커질 것이기 때문이다. 그러나 헌법이 침묵하고 있는 것이 바로 이 부분이다. 전근대적이거나 혹은 개발지상주의적이거나 국가가 전체적으로 국민을 관리하고 통제하며 필요하면 보호하는 대상으로 본다는 식의 인식이 아니라면 국가의 역할은 그야말로 보충적인 역할에 머물러야 한다. 그 보충적인 역할은 곧 시민들 사이에 공정한 협력의 조건에 관한 논의가 전개되도록 해서 합당한 제도로 결실을 이루도록 촉진하는 것을 말한다.

앞서 본 것처럼 우리 헌법은 다차원적이면서 중첩적으로 국가 책임을 규정하는 방식을 채택하고 있다. 이렇게 국가가 직접 국가의 책임으로 요부조자 문제에 대처하는 방식은 상호부조 의무가 자연적 의무로 채택되는 사회와 비교해 어떤 점에서든 나은 면이 있는 것 아닐까. 또 현대에 나라마다 복지국가를 이해하고 구현하는 방식이 다양한 것에서 보듯 어떤 기준으로 우열을 평가하는 것이 적절하지 않은 면도 있다고 말할 수 있을 것인데 그런 제도들 사이에 어떤 식의 비교를 해본다면 과연 어떤 점에 착안해서 어떻게 접근하는 것이 타당할까. 이 문제에 관해 롤즈는 상호부조라는 자연적 의무를 제도화하는 방식과 관련해 정체(regime)의 유형을 몇 가지 구분해 검토했는데, 이하에서 그 내용을 살펴본 후에 최종적인 평가를 시도해보기로 한다.

2. 재산소유 민주주의

롤즈는 「공정으로서의 정의: 재서술」(*Justice as Fairness: A Restatement*)에서 정의의 두 원칙에 내포된 정치적 가치들을 충실하게 실현하는 정체와 그렇지 않은 정체를 구분하고 전자의 장점을 설명했다. 롤즈는 제대로 정체를 구분하고 비교하자면 엄밀한 분석이 필요함은 당연하고, 따라서 자신의 논의는 잠정적이며 매우 거칠게 다루는 것이라는 전제에서 하는 것이라 했다.³⁶⁾ 아울러 롤즈가 정체를 구분하면서 붙인 이름이 풍길 수 있는 선입견에 주의해야 하는데, 중요한 것은 명칭이 아니라 각 정체를 구분하는 롤즈의 의도이기 때문이다. 롤즈는 자본주의라는 기본적 제도를 출발점으로 놓고 생각해 볼 때 정의의 두 원칙은 자유롭고 평등한 시민에게 서로 공정하게 협력하는 체제로 나아가기 위한 발판을 제공할 수 있다고 믿는다. 하지만 그런 체제로 나아가는 도정에서 실제로 정치나 경제, 사회의 제도들이 조합되는 방식을 여러 유형으로 상정해 볼 수도 있다 하고, 크게 자유방임적인 자본주의, 복지 문제를 국가가 책임지는 자본주의, 국가의 명령으로 경제가 계획되는 국가사회주의, 그리고 재산소유 민주주의와 자유주의적(민주적) 사회주의를 들었다.³⁷⁾ 여기서 우리의 관심사로나 롤즈의 설명에서나 재산소유 민주주의와 복지국가 자본주의의 차이점이나 비교가 눈길을 끈다. 롤즈는 첫 세 유형의 정체는 모두 정의의 두 원칙을 위반한 것을 볼 수 있다고 한다. 자유방임 자본주의(자연적 자유의 체제)는 형식적인 평등만 보장할 뿐 동등한 정치적 자유라는 가치나 공정한 기회균등의 가치를 거부한다. 복지국가 자본주의는 동등한 정치적 자유라는 공정한 가치를 거부하며 기회균등에 일정한 관심을 두기는 해도 그것을 이루는데 필요한 정책을 수반하지 않는 약점이 있다.³⁸⁾ 롤즈의 분석이나 평가는 명칭이 주는 선입견 때문에 사실 주어와 술어를 바꾸어놓고 보는 편이 나올 수 있는데, 롤즈의 논의에서 중요한 것은 정의의 두 원칙과 그것이 포함하는 정치적 가치들을 충실하게 지지하지 않는 정체를 유형화한 것이지 일반의 통념이 말하는 정체를 평가하는 논의는 아니라고 생각되기 때문이다. 따라서 롤즈가 복지국가 자본주의 정체라 해서 비판하는 정체란, 국가가 요부조자 문제에 대해 관심을 갖지만 상당한 소

36) Rawls, *supra* note 33, pp.135-136.

37) Rawls, *supra* note 33, pp.137-138.

38) Rawls, *supra* note 33, pp.137-138.

득 불평등을 초래하는 경제적 제도를 그대로 방치할 뿐 개선하려고 하지 않는 정체이다. 소수가 부의 원천을 장악하고 있으며 거기서 생겨나는 정치적 힘의 우위가 동등한 정치적 자유의 평등이라는 가치를 훼손하고 있다.³⁹⁾ 롤즈의 비유에 의하면 이 정체는 매 분기 말에 가장 소득이 낮은 사람을 선별해 지원해 주기는 한다. 하지만 정의의 원칙에 더 부합하는 것은 매 분기의 시작 때 모든 시민이 자유롭고 평등한 출발점에 서게 하는 정체이다. 롤즈는 이런 정체를 재산소유 민주주의라 명명한다. 이 정체는 요부조자에 대해 복지급여를 지급하는 것이 관심의 전부가 아니라 소득의 불평등을 초래하는 사회경제적 배경을 개선하는 것에 더 큰 관심을 가질 것이다. 아울러 누군가를 계속 부조가 필요한 상태에 머물게 한다는 것도 복지국가 자본주의의 약점인데, 복지급여가 긴급한 곤궁에서 벗어나게 해 줄 수는 있어도 근원적으로는 그런 시민을 다른 시민에 비해 열등하다고 여기는 인식을 조장할 것이다. 나아가 이런 인식은 그런 계층에 해당하는 시민의 자존감에도 부정적인 영향을 미치며, 공정한 협력을 위해 사회에 참여하며 사회를 구성하는 시민으로서 역할을 해낼 수 있어야 한다는 차원에서 볼 때는 동등한 정치적 자유도 위축할 수 있다. 롤즈는 시민이 요부조자를 서로 돕는다는 것이 의무라는 인식은 정의의 두 원칙이 수용되는 정체에서 단지 불운한 사람을 돕는 것이 시민의 의무라는 선에 머물지 않고 모든 시민이 어느 정도는 사회경제적으로 동등한 토대 위에 설 수 있게 만들 것이며 또한 그 위에 자기의 삶을 살아갈 수 있게 보장하는 것으로 나타날 것이라 한다. 롤즈가 재산소유 민주주의라 부르는 정체에서는 불운한 사람을 동등은 물론 자선이나 연민의 대상으로 보지 않는다. 이런 사회에서는 흔히 말하는 불운한 탓에 불쌍한 시민은 존재하지 않으며 대신 자신이 할 수 있는 헌신을 다했음에도 불구하고 정치적 정의의 차원에서 호혜적인 관계를 인정받지 못하는 이

39) 롤즈의 복지국가 비판은 다음과 같다. 국가가 국민을 위해 최소한의 삶의 수준을 보장하는 것은 근사한 정책으로 보일 수 있다. 그러나 정치적 자유에 대한 공정한 가치와 양립하기 어려운 불평등한 부의 분배와 그 상속을 방치한다면, 그리고 차등 원칙과 양립할 수 없는 소득의 차별을 방치한다면 그런 복지국가는 부의 불평등이나 그것이 초래하는 정치적 영향을 전제로 하는 한 불충분하거나 비효율적이다. 국가가 제공하는 급부에 지속적으로 의존해야 하는 계층이 존재하도록 내버려 두면 그 계층은 사회로부터 탈락했다는 느낌을 가지며 사회의 정치문화에 참여하기를 멈출 것이다. Rawls, *supra* note 33, pp.139-140. 그래서 롤즈는 재산소유 민주주의를 지지하는데, 이 정체의 목적은 사회의 이상이 자유롭고 평등한 시민 사이에 공정한 협력의 조건이 지배하도록 하는 데 있다. 부조가 필요한 시민을 돕는 것뿐 아니라 이들이 사회의 정치적 문화에 참여하도록 보장하는 것, 사회에 대한 소속감을 갖게 하는 것이 장점이다.

들이야말로 최소한의 보답도 받지 못하는 사람에 해당할 것이다.⁴⁰⁾

이제 롤즈의 논의를 한편에 놓고 우리 헌법을 돌아보면서 상호부조가 자연적 의무로 인정되고 또 정의의 두 원칙에 불운한 시민을 동정의 눈으로 보지 않는 재산소유 민주주의를 채택했다는 관점에서 어떤 평가를 할 수 있을지 살펴본다. 먼저 헌법상 요부조자에 대해 국가에 보호의무를 규정한 것은 우리 사회가 자유방임적 자본주의국가는 아니고 그래도 복지국가 자본주의의 특성을 보유하고 있음을 보여주는 것이라 할 수 있다. 문제는 롤즈가 비판한 것처럼 우리 헌법과 사회가 모든 시민이 가급적 동등한 출발점에 설 수 있도록 소유나 분배의 개선에 대한 관심을 갖는지, 특히 동등한 정치적 자유의 평등이라는 가치에 우선적인 지위를 부여하고 있는지 살펴보는 것이다. 먼저 우리 헌법은 경제적 불평등이 정치적 자유의 동등성을 해치지 않는다는 전제에서 있는 것으로 보인다. 경제구조나 소득분배의 원천적인 불평등 문제에 대해서도 우리 헌법은 개선이 필요하다는 방향 정도는 제대로 채택한 것으로 보인다(헌법 제119조, 122조). 롤즈의 진단이나 평가가 거친 만큼 엄밀하게 우리 헌법이 분배정의를 어느 정도나 구체화하고 있는지를 평가하는 것, 그리고 우리 사회의 현실을 진단한다는 것은 상당히 어려운 작업일 것이다. 롤즈는 정의의 두 원칙이 목적으로 작용하고 또 실행될 수 있게 여러 제도를 고안하는 것도 시민의 몫이라 말하는데, 그런 점에서 보면 중요하게 다룰 것은 우리 사회에 대한 엄정한 진단보다는 우리의 관점이나 관심의 방향이다.

레닝(P. Lehning)은 롤즈의 공정으로서의 정의 개념은 (특정한 경제조직이나 제도를 뒷받침한다기보다는) 정의를 중심으로 질서지위진 사회를 향해 나아가는 절차적 수단이라는 도구로서 성격이 강하고, 이를 구체화하는 것에는 여러 현실적인 장애가 많을 수밖에 없다고 한다. 현실의 입법은 과정과 절차가 합리적인 범위 내에서 진행되는 한 합법적인 권위를 인정받겠지만, 절차적 정의는

40) Rawls, *supra* note 33, pp.139-140. 다만 롤즈가 말한 재산소유 민주주의가 구체적으로 무엇인지 분명치 않은 점이 있고, 특히 기업정책이나 조세정책에서 어떤 모습으로 나타날 것인지 논리 체계적으로 규명하는 것에는 한계가 있다. 재산소유 민주주의론은 롤즈의 정의론에서 처음부터 중요한 주제로 부각된 안건이 아니었으며, 롤즈가 그의 정의론이 복지국가 옹호론으로 해석되는 것에 대한 반발에서 제시한 것이라 알려져 있다. 여기에 미드가 영향을 미친 사정도 있다고 하지만, 롤즈 자신이 미드의 재산소유 민주주의에서 영감을 받았을 뿐 구별되는 주장이라 하고 있어 용어 문제 등에서 미해결의 문제가 많다. 이에 대해서는 홍성우, “재산 소유적 민주주의의 이념: 미드와 롤즈의 비교”, 『법한철학』 제70집, 법한철학회, 2013; 정태욱, “존 롤즈의 정의론과 ‘재산소유 민주주의’론”, 『법학연구』 제27권 제3호, 충북대학교 법학연구소, 2016.

그런 결과물에 대해서도 비판적인 관점에서 재평가하고 어떤 방향의 변화가 필요한 것인지 특정할 수 있게 한다.⁴¹⁾ 롤즈의 공정으로서의 정의를 중심으로 여기서 우리가 더 관심을 가질 부분은 현실적인 변수가 많은 경제 제도론보다는 자유롭고 평등한 시민이 공정한 협력의 조건을 통해 사회에 참여하도록 보장해야 한다는 관점에서 볼 때 요부조자에 대한 국가의 직접 책임이 시민의 자존감에 미치는 영향이다. 상호부조는 인생살이의 운이나 사회경제적인 불평등이 표면화된 결과 나타나는 문제에 대한 해법이기만 한 것이 아니라 도움이 필요한 시민을 동료 시민이 나서서 돕는 사회적 조직방식으로서 자유롭고 평등한 시민으로서 마땅히 가져야 하는 자존감에 큰 영향을 미친다. 동료 시민이나 시민사회 또는 공동체의 관심이나 관여를 완전히 뒷전으로 해 두고 국가가 ‘불우(不遇) 국민 돕기’ 식으로 요부조자 문제를 간단히 다루는 것은 그 사회의 결속에 부정적 영향을 미칠 수 있다는 것이다. 이하에서는 이에 관해 롤즈가 한 사회의 시민이 가지는 자기 존중감에 대해 논의한 바를 통해 살펴본다.

3. 자기 존중감

롤즈는 정의의 두 원칙을 출발점 삼아 공정으로서의 정의를 논의하고 그 원칙에 따라 수용할 수 있는 원칙을 합의해가기를 희망한다. 이런 여정에서 출발점이 되는 것이 모든 시민에 기본재가 보장되어야 한다는 것인데, 기본재에서 특히 중요한 요소가 시민의 자기 존중감을 이루는 사회적 기본구조이다. 자기 존중감이란 자기 자신의 존재 가치에 대한 분명한 믿음과 자신이 어떤 인생을 계획하고 살든 자기 삶은 가치가 있다는 굳은 믿음에 뿌리를 둔다.⁴²⁾ 레닝(P.

41) Percy B. Lehning, *John Rawls: An Introduction*, Cambridge University Press, 2009, pp.232-234.

42) John Rawls, *Collected Papers*, Samuel Freeman (ed), Harvard University Press, 1999, p.158. 롤즈의 자기 존중감에 대해서는 논란이 있다. 롤즈가 「정의론」에서 자주 이 단어를 사용했어도 태도로서의 자기 존중감과 기본재로서 자기 존중감의 토대를 구분하지 못한 것은 롤즈 자신도 인정한 바이고(자기 존중감이 기본재가 아니라 자기 존중감을 이루는 사회적 토대가 기본재라는 것), 또 후자에 관해서도 무엇이 자기 존중감의 사회적 토대를 이루는지 분명하게 밝히지 않았다는 것이다. 목광수, “자존감의 사회적 토대에 대한 비판적 고찰”, 「철학」 제130집, 한국철학회, 2017, 186-192면은 자존감의 사회적 토대에 평등한 자유와 권리가 포함된다는 점에 대해서는 학자들이 대체로 동의해도 물질적 부가 포함되는지, 그 외에 새로운 재화도 포함될 수 있는지 논란이 있다고 한다. 여기서 깊이 논의하기는 어렵지만, 한 개인이 자기 삶의 전망을 어떤 식으로든 조망하고 형성해 나가고자 할 때 자기 인생이 다른 사람의 인생만큼이나 소중하고 가치 있다는 자기 인식이 다른 시민의 인정이 자기 존중감을 만들어낼 것인데, 그런 자기 존중감은 사회가 채택한

Lehning)은 자기 존중감의 형성은 정의감을 효율적으로 사용하는 것처럼 도덕적 능력이 개발되어 행사됨을 전제로 하며, 또 한 개인이 자기 인생에 대해 독자적으로 어떻게 평가하는가보다 사회적인 환경에 의해 영향을 받기 쉽다고 보았다. 레닝은 그런 점에서 롤즈가 자기 존중감에 영향을 미치는 사회의 기본구조야말로 한 시민이 자신을 도덕적 존재로 인식하게 만들고 또 자신의 존재 가치를 확신하며 살아가게 하느냐에 핵심적인 요소로 보았다고 지적했다. 정의의 원칙들은 개인에게 정의감과 도덕적 사유 능력을 전제로 하면서 또 강화하는 것이고, 또 시민으로서 자신의 존재 가치를 자각하게 만들면서 그런 시민에게 정의를 중심으로 잘 질서지워진 사회를 향해 나아갈 때 수용해야 할 정의의 원칙들도 발견하도록 북돋는다.⁴³⁾ 그래서 시민들 사이에 상호부조가 자연적 의무로서 수용된 사회에서 자기 존중감은 더 잘 보전되는 것이고, 이런 자기 존중감으로부터 시민 사이에 상호 존중도 생겨나기도 쉽다고 하는 것이다. 시민 사이에 상호부조의 원칙이 자연적 의무로 수용되면 자기 존중감은 부조를 받는 사람뿐 아니라 주는 사람 모두에게 다 중요한 자산으로 지켜질 수 있다.⁴⁴⁾ 그

여러 원칙과 합의에서 생겨난 것이므로 그것이 바로 자기 존중감의 원천, 즉 사회적 토대가 된다. 나아가 그런 토대가 공정한 협력을 위한 한 조건을 이룬다는 것이므로 기본적으로는 사회가 모든 사람을 자유로운 존재로 대하는 것, 또 분배에서도 정의의 원칙, 즉 넓게 말해 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 취급하는 원리(불합리한 불평등을 제거하는 의미에서 차등 원칙은 후자에 해당한다)에 따라 공정한 협력의 조건을 정한다는 사회적 방식이나 절차 같은 것이 합의되었다는 사실이 그런 자기 존중감을 지지하는 토대가 될 수 있을 것이다. 그래서 분배의 대상과 분배의 원칙을 구분하면서 공정한 협력의 조건이 후자와 밀접하게 관련된 것이라 하면 자유나 평등, 기회의 공정과 같은 형식적 재화만으로 자기 존중감의 사회적 토대를 구성하더라도 무리가 없을 것이다. 이렇게 보면, 정의론에서 강조하는 자존감의 사회적 토대라는 것은 독자적인 개념이나 대상이 갖는 것이 아니라 결국 동등한 자유나 기회의 공정 외에 다른 것이 아니지 않느냐는 의문이 생긴다. 목광수, “롤즈의 자존감과 자존감의 사회적 토대의 역할과 의미에 대한 비판적 고찰”, 『철학논총』 제87집 제1권, 새한철학회, 2017, 126-127면은 자기 존중감의 사회적 토대를 이루는 내용이 다른 재화들과 중복된다는 해석에 학계 논의가 대체로 일치한다고 하고, 다만 이러한 해석이 롤즈의 논의가 갖는 단순함과 명료함의 미덕을 훼손하므로 자기 존중감의 사회적 토대라는 개념이 꼭 필요한지 또 어떤 역할을 하는 것인지 규명할 필요가 생긴다고 한다. 목광수 교수는 자기 존중감이 심리적인 내면적인 태도라는 것이 롤즈에 의해 시인되었다고 하고 롤즈 정의론의 논지에 따라 자기 존중감에 대한 보안을 시도했는데, 롤즈의 자기 존중감은 소극적인 칸트적 자존감과 적극적인 자중감의 의미가 공존하고 있으며 양자가 모두 공동체주의적 성격과 결합한다는 것이다. 아울러 좋음에 대한 전체 이론에 속하는 자존감이 좋음에 대한 기초 이론인 자중감의 사회적 토대를 원초적 입장에 제공한다고 주장했다. 목광수, 앞의 논문, 127-139면.

43) Lehning, *supra* note 41, p.234; Rawls, *supra* note 42, p.366, p.314.

44) James Boettcher, “Respect”, Roberto Luppi (ed), *John Rawls and the Common Good*, Routledge, 2022, p.183.

런데 부조를 필요로 하는 사람에 국가가 직접 지원하는 방식은 받는 사람이나 동료 시민에게나 자기 존중감의 침해를 부를 수 있다고 생각된다.

먼저 전자에 관해 보면, 국가의 직접 지원은 동료 시민에 의존하거나 동정에 호소할 필요가 없게 하니 받는 사람의 자존감을 지켜주는 좋은 방식이라는 견해가 있을 수 있다. 그러나 보충성이 가지는 의미의 하나는 받는 사람의 인격에 대한 존중으로부터 그의 삶에 대한 개입은 차선이나 보충적인 선에 그쳐야 한다는 것이다. 그런 점에서 보면 국가가 적극적으로 나설수록 보충성 원리를 무너뜨릴 위험이 그만큼 더 큰 것이고, 특히 국가의 직접 지원은 보충성 원리와 충돌할 수 있다. 롤즈가 복지국가 비판할 때 지적한 것도 무엇보다 경제적 도움이 필요한 시민을 열등한 시민이 아니라 정치적으로 대등하고 평등한 시민으로 인정해야 한다는 것이다. 상호부조가 자연적 의무라고 하는 것 역시 모든 시민이 자유롭고 평등한 정치적 주체로서 그의 자유를 완전히 누릴 수 있도록 시민들이 서로서로 버팀목이 되는 것이 정의롭고 합당하다고 보기 때문이다. 그런데 현행 국민기초생활보장법을 보면, 동 법에 따른 급여는 수급자가 자기 생활의 유지·향상을 위하여 그의 소득, 재산, 근로능력 등을 활용하여 최대한 노력하는 것을 전제로 이를 보충·발전시키는 것을 기본원칙으로 한다(제3조 제1항)고 규정하고 있다.⁴⁵⁾ 쉽게 말해 본인이 자기 힘으로 먹고살도록 노력하라고 격려하는 차원에서 급부를 제공한다는 것이다. 생활능력 없는 사람이라 특정해 놓고서 주는 급부라는 것인데 차상위니 지원 대상이니 하는 표지를 붙여서 주는 급부를 받고서 자존감 침해를 느끼지 않을 시민은 없을 것이다. 반면 노인복지법을 보면 동 법은 노인은 후손의 양육과 국가 및 사회의 발전에 기여하여 온 자로서 존경받으며 건전하고 안정된 생활을 보장받는다는 규정을 두고 있다(제2조 제1항). 여기서 차이는 받는 사람이 곤궁에 처한 상황 때문에 받더라도 받는 이에 대한 존중을 담아서 제공하는 것이 합당하다는 것이다. 그런 점에서 보면 국민기초생활보장법에도 (국가의 직접 지급방식에 불만은 있지만 일단 이를 논외로 하면) 모든 시민은 나라의 근간으로서 존중받으며 이 법에 의한 급여는 시민의 정치적 자유와 평등, 시민으로서 받아야 할 합당한 존중에서 지급하는 것이라는 규정을 두면 어떨까 하는 아쉬움이 있다.

다음으로 국가의 직접 지원은 지원받는 시민뿐 아니라 동료 시민의 자존감에

45) 전훈, 앞의 논문, 628-629면.

도 부정적인 영향을 미칠 수 있다. 그 이유는 다음과 같다. 먼저 국가의 재원이란 시민이 납부하는 세금을 재원으로 마련되는 것이다. 국가는 납세의무자와의 관계에서 재원을 어떤 용도로 얼마나 사용할 것인지에 관해 시민에 설명하고 동의를 얻을 정치적 책임을 진다. 국가의 직접 지원방식을 채택하면 급부를 받는 시민과 국가 사이에 결속은 강해질 수 있겠지만 그것은 시민 사이에 유대가 형성되거나 굳건해질 기회의 상실을 대가로 한 것이다. 감사한 마음을 가진다면 국가가 아니라 동료 시민에 대해 가져야 하는 마음일 텐데 정작 선심은 국가기관이 쓰고 생색은 주도한 정치가나 공직자가 차지하는 결과가 되면 열심히 일해서 세금 내는 시민이 피해의식을 느끼는 것은 당연할 것이다. 이런 피해의식은 어려운 시민의 처지를 공감하고 지원하는 마음이 없는 인색함에서가 아니라 실질은 시민들 사이에 공정한 협력의 조건이 해쳐질까 염려하는 마음에서 생겨난다. 누구는 열심히 일해서 세금이나 내고 누구는 일하지 않고 복지 급부를 받는 것 아닌가 우려하거나 불평하는 목소리가 있다면 그것은 간단히 넘길 수 없는데, 그런 목소리는 바로 시민들 사이에 협력의 조건이 해쳐지고 있다고 말하는 것이기 때문이다. 여기에 국가의 직접 지원방식은 정치적 매료의 수단으로 동원되기 쉬운 약점이 있다. 포퓰리즘이 강할수록 국가의 직접 지원은 그런 경향을 악화할 위험이 크다. 둘째, 국가의 직접 지원 대신 동료 시민이나 시민사회에 의한 상호부조를 강조하는 방식에 대해서는 지원받는 시민에 대한 우월감을 만들어낼 수 있다는 이유에서 반대하는 견해가 있을 수 있다. 그러나 자연적 의무로서 상호부조라는 것은 누가 우월해서 열등한 사람에게 동정 베풀듯이 그저 나눠준다는 생각으로 하는 것을 의미하지 않는다. 그런 동정이나 자선을 상호부조라고 부를 수 없는 이유는 오직 서로를 자유롭고 평등한 시민으로 여기는 사람들 사이에서만 정의롭고 공정한 상호부조가 가능하기 때문이다. 흔히 자유롭고 평등한 시민들의 공동의 문제를 돌보는 것을 공화라고 부르는데, 대개 제도적인 차원에서 권력의 분립과 견제라든지 혼합정과 같은 요소를 구축하는 것에 많은 관심을 가진다. 하지만 진정한 공화란 자유롭고 평등한 시민들이 살아가는 삶의 기초에 더 많은 관심을 가지며, 특히 경제적으로 곤궁한 사정이 정치나 사회생활에서 지배나 예측의 빌미가 되지 않게 하는 것에 더 유념한다. 롤즈가 자유롭고 평등한 시민들이 공정한 사회적 협력의 조건에 관해 합의하고 그런 사회적 관계 속에서 자신과 서로를 위해 헌신하는 사회로 나아가고 할 때 굳건한 토대로 삼은 것이 곧 동등한 정치적 자유의 우선인 것도 그

때문이다. 진정한 공화적 시민은 특히 자신이 누리는 자유와 평등이야말로 자기 삶을 가치 있게 만드는 핵심적인 요소라는 사정을 분명하게 인식하기에 타인의 자유와 평등에 대해서도 자기 일처럼 관심을 가진다. 이때 다른 시민의 삶, 특히 자유와 평등에 대해서도 관심을 가지는 것이 정의롭고 공정하다고 보는 이유는 자신이 누리는 자유나 평등조차도 온전히 자신의 공로가 아니라 사회적 관계의 소산으로서 누리는 것이기 때문이다. 자신이 누리는 자유와 평등이 온전한 자신의 것이 될 수 있는 것도 그런 삶에 대한 타인의 지지가 있기 때문이다. 바로 이 사실을 이해하면 누구든지 자신의 자유와 평등을 올바르게 선용할 것, 즉 타인의 자유와 평등에 대한 지지를 위해 사용할 것이라는 신뢰 속에서 모두가 자유와 평등을 누리며 살아간다는 원리를 이해하게 된다.⁴⁶⁾

IV. 결론

이상에서 헌법 제34조 제5항을 검토해 보았다. 먼저 생활능력 없는 사람에 대한 국가의 직접 보호책임을 규정한 것은 다른 나라의 헌법에서 찾아보기 어려운 특이한 점임을 지적했다. 다음으로 헌법 제34조의 전체적인 구성을 보면 사회보장제도의 시행과 운영에 대한 일반적인 책임을 선언한 것에서부터 여성과 노인, 청소년에 대한 복지·복리 증진의무를 규정한 것, 생활능력 없는 사람과 재난으로부터 국민을 보호할 책임까지 다차원적이면서 중첩적으로 규정한

46) 이외에도 상호부조의 원리에 대한 이해의 원천으로 나눔과 베품의 원리도 언급할 수 있다. 그저 받아 누리는 것은 그저 나눠줄 수 있어야 한다는 것인데, 공동체의 긴 역사에서 보면 조상이나 이웃은 물론, 한국전쟁 때의 자유우방과 같이 누군가의 희생이나 헌신 위에 오늘이 있는 것이다. 그래서 현세대가 누리는 자유와 평등은 현세대가 특별히 노력하고 헌신한 결과가 아니라 그저 나눠 받은 선물이라 할 수 있다. 그러므로 그렇게 받은 것을 온전하게 후세에 그리고 피를 흘린 자유우방에 다시 나눠주어 자유와 평등의 토대 위에 더 나은 삶을 살아가게 하는 것이 현세대에 공정하고 정의로운 의무가 된다. 롤즈는 「만민법」(*Laws of People*)에서 자연적 의무로서의 상호부조 의무가 한 국가 안에서만 적용되는 것이 아니고 국경을 넘어서 국제사회에 대한 의무라고 주장했다. 김일수, “롤즈의 해외 원조 의무 논증에 관한 고찰-자연적 의무와 지원의 의무를 중심으로-”, 『윤리교육연구』 제62집, 한국윤리교육학회, 2021, 307면. 한편 롤즈의 자연적 의무에 관한 논의에는 기독교 전통이 계승되어 있다고 한다. 「만민법」에서 천명한 ‘원조의 의무’는 선한 사마리아 사람의 비유에 담긴 가치의 반영이라는 견해로 백충현, “존 롤즈의 정치철학의 형성에 있어서 기독교적 유산에 대한 연구”, 『신학과 선교』 제50집, 서울신학대학교 기독교신학연구소, 2017, 124면.

것이 특색이다. 끝으로 가정이나 공동체, 시민사회의 존재나 역할에 대해 언급하지 않은 것 역시 쉽게 드러나지 않지만 중요한 특징이라 할 수 있다. 이와 같은 헌법 규정에 대해 평가하면, 먼저 헌법 제34조 제5항이 가정이나 시민사회의 역할을 논외로 하고 국가의 직접적인 보호책임을 규정한 것은 헌법 세계의 규범력을 지탱하는 주체의 범위를 축소하는 한편 헌법의 규범력을 지탱하는 근간을 무너뜨리는 것이어서 타당하다고 하기 어렵다. 이제 우리가 시민사회가 중요한 헌법 주체이고 헌법 세계에서 규범력을 뒷받침하는 근거를 이루고 있음을 사실로 받아들일 수밖에 없는 시대에 접어들었다면 헌법 제34조 제5항과 관련해 국가와 시민사회의 관계를 바르게 정립하는 것은 미룰 수 없는 과제이다. 여기서 시민사회의 역할을 분명히 하는 것은 국가 책임의 내용과 한계를 명확하게 하는 것과 직결되기 때문이다. 헌법상 복지국가나 사회국가 원리와 관련해 누구든 동의하는 것이 보충성 원리라는 것인데, 헌법 규정에서나 법제 현실은 국가가 직접 급부 책임을 부담하는 것으로 규정하고 운영되고 있어 보충성 원리는 사실상 형식에 그치고 있다. 끝으로 헌법 제34조 제5항이 국가의 직접 보호책임을 규정한 것에 대해 긍정적으로 평가하기 어려운 이유를 몇 가지 지적했다. 첫째, 헌법은 가정이나 공동체, 시민사회의 존재와 역량을 키워가는 방향이 아니라 국가가 보호대상인 국민에 직접 급부를 지급하는 방식을 채택했다고 할 수 있다. 여기에는 롤즈가 재산소유 민주주의론을 통해 복지국가 정체를 비판했던 점, 즉 불평등의 근원적인 시정을 위한 노력보다 시혜적인 급부에 그치는 문제가 간과된다는 문제가 남아 있다. 둘째, 헌법 규정은 시민이 자유와 평등한 관계 속에서 자기 존중감을 가지고 살아가게 하지 못하고 급부를 받는 열등한 존재인 것처럼 인식하게 할 위험이 있다. 셋째, 국가가 급부를 위해 사용하는 재원은 동료 시민이 납부하는 세금인데 납세자인 시민에 대해서도 피해 의식을 불러일으켜 결국 시민의 자기 존중감을 해칠 위험이 있다. 결론으로 롤즈는 자유롭고 평등한 시민 사이에 자연적 의무로서 상호부조라는 원칙이 공정으로서의 정의라는 합리성을 추구하는 사회에 수용될 것이라 기대했다. 그런 기대에서 볼 때 헌법 제34조 제5항은 생활능력이 없는 시민의 보호 문제를 시민들 사이의 정의감과 공적 이성을 건너뛰고 국가의 직접 책임 문제로 만든 것이어서 재고의 여지가 크다.

투고일 : 2024.9.25. / 심사완료일 : 2024.12.20. / 게재확정일 : 2024.12.23.

[참고문헌]

국회도서관 법률정보실 (편), 「세계의 헌법: 제40개국 헌법 전문」 제1, 2권, 국회도서관, 2018.

성낙인, 「헌법학」 제24판, 법문사, 2024.

허영, 「헌법이론과 헌법」 제7판, 박영사, 2015.

박진완, “사회국가원리의 이론적 형성과 법적 구현과정 과정에 대한 검토 -독일에서의 논의를 중심으로 -”, 「헌법학연구」 제29권 제2호, 한국헌법학회, 2023.

송지우, “Justice and Cooperation”, 「철학적 분석」 제38호, 한국분석철학회, 2017.

이덕연, “헌법 제3조”, (사)한국헌법학회 편, 「헌법주석」[I], 박영사, 2013.

전훈, “양극화해소대책과 보충성원칙”, 「공법연구」 제35집 제1호, 한국공법학회, 2006.

정극원, “헌법상 보충성의 원리”, 「헌법학연구」 제12권 제3호, 한국헌법학회, 2006.

정수진, “사회국가원리의 문화적 전제”, 「공법연구」 제51집 제1호, 한국공법학회, 2022.

_____, “사회 연대의식에 대한 소고 -독일 헌법학계 논의를 중심으로-”, 「법학연구」 제33권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2023.

정철, “사회보장의 헌법적 실현방식”, 「세계헌법연구」 제23권 제3호, 세계헌법학회 한국학회, 2017.

Lehning, Percy B., John Rawls: An Introduction, Cambridge University Press, 2009.

Rawls, John, Collected Papers, Samuel Freeman (ed), Harvard University Press, 1999.

_____, A Theory of Justice(Revised Edition), The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

_____, *Justice as Fairness: A Restatement*, Erin Kelly (ed), The Belknap Press of Harvard University Press, 2001.

Boettcher, James, “Respect”, Roberto Luppi (ed), John Rawls and the Common Good, Routledge, 2022.

헌법재판소 2003. 5. 15. 2002헌마90 결정.

[국문초록]

헌법 제34조 제5항의 국가 책임과 롤즈의 시민 상호부조 원칙

하 재 홍*

우리 헌법은 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민에 대한 국가의 보호책임을 규정하고 있다(제34조 제5항). 하지만 우리 헌법 외에 부조를 필요로 하는 시민에 대한 보호책임을 국가에 직접 지운 헌법례는 찾기 어렵다. 요부조자에 대해서는 대개 시민사회의 존재를 전제로 시민사회가 1차적인 책임을 부담하는 것을 원칙으로 하며 국가의 개입은 사회보장제도나 보험제도의 조직과 지원에 그친다고 보는 것이 일반적이다. 사회국가 원리와 관련한 헌법해석에서 보충성 원리라 하는 것도 이를 의미하는 것이다. 이에 비추어 보면 우리 헌법은 국가에 더한층 강한 책임을 지운 것임은 분명하다. 본 논문의 목적은 위 규정이 롤즈가 제기한 시민의 상호 부조원칙에 비추어 타당한지 검토하는 것이다. 롤즈는 「정의론」을 비롯한 여러 저술에서 시민이 곤경에 처한 동료 시민을 돕는 것은 자연적 의무라고 이해했다. 롤즈의 정의론, 특히 재산소유 민주주의론에 비추어 보면, 위 헌법 규정은 시민이 자유와 평등한 관계 속에서 자기 존중감을 가지고 살아가게 하지 못하고 급부를 받는 열등한 존재인 것처럼 인식하게 할 위험이 있다. 또한 국가가 급부를 위해 사용하는 재원은 국민이 납부하는 세금인데 납세자인 시민에 대해서도 피해의식을 불러일으켜 결국 납세자인 시민의 자기 존중감도 해칠 위험이 있다. 과거 국민 대다수가 절대빈곤으로 고통받았던 시기도 있었지만 이제 우리는 경제성장을 통해 선진국 대열에 들어섰다고 널리 인정받는 시대에 살고 있다. 시민사회가 정치 및 경제, 사회와 문화 등 제반 영역에서 헌법 주체로서 든든하게 활약하고 있는 것이 현실인 만큼, 부조를 요하는 시민에 대해서도 시민사회가 본연의 책임을 다하는 방향으로, 국가는 보충성 원리에 충실하게 역할을 재정립하는 방향으로 헌법의 정상화가 이루어질 필요가 있다.

* 경기대학교 사회과학대학 법학과, 교수.

주제어 : 헌법 제34조 제5항, 요부조자에 대한 보호책임, 보충성 원리, 존 롤즈,
시민의 상호부조 의무, 자연적 의무

[Abstract]

State responsibility under Article 34 Paragraph 5 of the Korean Constitution and Rawls' principle of mutual assistance of citizens

Ha, Jaihong*

Article 34(5) of the CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF KOREA provides that citizens who are incapable of earning a livelihood due to a physical disability, disease, old age, or other reasons shall be protected by the state under the conditions as prescribed by Act. However, it's hard to find other constitutions putting the responsibility to protect such citizens directly upon the state. The general approach to the situation shows that it is for fellow citizens to take upon the responsibility and the state work for institutional construction, like public/national security or an insurance system. And that is the secondary principle in interpreting the constitutional provisions for the welfare state. In this regard, Article 34(5), by putting direct responsibility upon the state, ignores fellow citizens aside. But then, where are the fellow citizens, and what is the civil society for? This article aims to review Article 34(5) by the principles of justice of J. Rawls. In his *A Theory of Justice and Justice as Fairness: A Restatement*, Rawls argued that to help and support the citizen in need is the fellow citizen's natural duty. Especially in his theory of property-owning democracy, citizens' mutual respect carries a central function to ensure each life is desirable and justifiable. This article asserts that Article 34(5) separates the feeling of self-respect of the citizen in need from the free and equal relation with fellow citizens and makes them perceived as inferior beings rather than living with others in free and equal relationships. And the financial resources used by the state for benefits are from taxpayers. It causes a sense of feeling of loss to citizens who are taxpayers and eventually harms

* Kyonggi University College of Law, Professor.

citizens' self-esteem.

Key words : Article 34(5) of the CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF KOREA,
Giving protection to citizen in need,
the secondary principle of state intervention, J. Rawls,
the Duty of mutual Aid, the Natural Duty