

憲法裁判所 決定에 의한 生存權의 基本權의 具體化

송길웅*

I 序 論	IV 生存權의 基本權의 內容에 대한 憲 法裁判所의 具體的 決定
II 生存權의 基本權의 意義와 沿革에 대한 憲法裁判所의 具體的 決定	1. 敎育을 받을 權利
1 意 義	2 勤勞의 權利
2 沿 革	3 勤勞者의 勞動3權
III. 生存權의 基本權의 法的性格에 대한 憲法裁判所의 具體的 決定	4. 人間다운 生活을 할 權利
1 生存權의 基本權의 法的性格	5 環境權
2 法的性格에 대한 憲法裁判所의 判例	V. 結 論

I. 序 論

현대국가의 基本權保障은 전통적인 自由權의 基本權과 함께 20세기적 人權으로서 生存權의 基本權 내지 社會의 基本權을 동시에 규정하고 있는 것이 특색이다. 生存權의 基本權이란 국민의 人間다운 生活을 보장하기 위하여 生活에 필요한 제조건을 국가권력의 적극적인 관여와 배려에 의해 확보해 줄 것을 요청할 수 있는 權利라고 할 수 있다¹⁾

이러한 生存權의 基本權은 이른바 自由權의 基本權과 구별된다. 自由權의 基本權은 個人主義自由主義에 근거하여 궁극적으로는 개인의 자유영역에 대한 국가권력의 간섭의 배제를 요구하는 소극적 權利인데 반하여 生存權은 국가권력의 적극적 관여에 의해 보장되는 권리를 의미하기 때문이다.

이러한 生存權의 基本權은 자본주의경제 발전의 결과로서 20세기에 들어와 權利로서 인정되게 된 것이다. 1819세기의 각국의 人權宣言이나 헌법에 규정된 것은 거의

* 부경대학교 법학과 교수, 법학박사.

1) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2004, 770면 · 권영성, 헌법학 원론, 법문사, 1999, 552면.

自由權의 基本權이었다. 그러한 권리의 보장이 民主主義를 발전시키고 특히 所有權과 契約의 自由가 자본주의경제의 급속한 발전을 가능케 하여 근대문명사회를 성립시켰으나, 그 반면에 자본주의의 발전은 經濟的 弱者로서의 노동자계급을 대량 출현시키고 공황·불경기에 의한 失業 등으로 그들을 생활난에 빠뜨리게 되고 그들의 自由는 공허한 것이 되어, 결국 그 生存 자체가 위협을 받게 되는 심각한 사회문제를 제기하게 되었다. 그러한 현실을 계기로 개인의 生存을 단지 개인의 책임만이 아니라 社會의 책임으로 인식하게 되고 그 생존의 위협에 대한 慈惠的인 구제에 의한 대처가 아니라 生存 그 자체를 權利로서 존중함으로써 모든 사람의 人間다운 生活을 보장할 수 있다는 生存權思想이 출현하게 된 것이다²⁾

그리고 그러한 사상에 기초하여 資本主義經濟에 입각한 국가에서 生存權의 基本權을 규정한 선구적 의의를 갖는 헌법이 제1차대전 후의 바이마르헌법인 것이다. 이 헌법은 “經濟生活의 秩序는 각인으로 하여금 人間다운 生活을 保障하는 것을 목적으로 하는 정의의 원칙에 합치하여야 한다”(제151조)라고 하여 최초로 실정헌법상 명문으로 生存權의 基本權을 규정하였다 또한 이 헌법에서는 所有權이나 個人의 經濟的 自由를 인정할 뿐만 아니라 재산권의 제약이나 특히 生存權의 基本權을 목적으로 하고 있다. 이러한 사상에 기인하여 국가는 국민의 생존을 위한 여러 조건을 보장하는 의무가 발생하며, 국민은 국가에 生存權을 保障받기 위한 노동의 기화·생활비의 제공을 요구하는 권리가 생긴다. 이것은 20세기에 있어서 政治的 權利와 같이 經濟的·社會的·文化的 權利 즉 勤勞者의 生存權勤勞者의 勞動3權勤勞權教育을 받을 權利 등을 실질적으로 보장하기 위하여 헌법상의 기본적 권리로써 명백히 인정하게 된 것이다.

그 후 각국의 여러 헌법이 생존권적 기본권을 규정하게 되었는데, 불란서 제4공화국 헌법(1946년), 일본헌법(1947년), 한국헌법(1948년), 세계인권선언(1448년) 등이 다 같이 生存權의 基本權이 기본적 인권 중에 포함되어 있다. 제2차대전 후에 그 체계가 차차 각국의 헌법에 파급 확대되어가는 경향이다. 특히 世界人權宣言에서 “누구나 의식주 생활 의료 또는 필수적의 사회시설에 대하여 자신이나 그 가족의 건강과 행복을 위한 충분한 생활을 보장할 수 있는 권리를 가지며 또한 실업·질병·생활능력의 상실·노쇠 혹은 불가항력에 인한 생계유지불능의 경우에는 사회보장을 받을 권리를 향유한다”³⁾고 규정하고 우리 헌법에서도 모든 국민은 “人間다운 生活을 할 權利”(제34조 1항)를 비롯하여 교육을 받을 권리, 근로의 권리, 근로자의 노동3권, 사회보장을 받을

2) 生存權理論의 기초를 확립한 대표적 학자인 Anton Menger의 저술로는 Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung(1886) · 森戶辰男譯, 全勞動收益權史論(1924) 참조

3) 세계인권선언 제25조 참조

권리, 환경권, 혼인과 보전에 관한 권리 등 일련의 生存權의 基本權을 규정하고 있다.

그리고 현대 복리국가에서의 生存權의 基本權의 실현에 있어서는 自由權의 基本權과는 달리 立法行政에 의한 광범위한 국가의 적극적인 관여를 필요로 하는 것이기 때문에 이러한 생존권규정에 대한 정부의 책임감과 일반국민의 정치의식이 결여된 경우에는 生存權의 基本權의 규정은 거의 空文化되고 만다는 문제가 제기되게 된다.

더욱이 生存權의 基本權은 자본주의경제가 전제로 되고 있는 한, 그 권리의 완전한 형태의 실현은 사실상 불가능한 것이다. 자본주의경제가 財產權의 보장과 契約의 자유에 입각하고 있는 이상 개인의 生存의 문제는 원칙적으로 개인의 책임이지 국가의 책임이 아니라고 할 때 生存權의 사상과 그것을 실현해야 하는 體制 사이에는 괴리가 있게 된다.

그렇다고 해서 생존권규정이 自由權의 基本權 체계와 정면으로 대립·모순되는 것은 아니며, 오히려 그것은 自由權의 基本權體系를 전제로 하면서 국가의 적극적 시책에 의해 국민의 實質의 자유와 평등을 확보하기 위한 새로운 질서를 형성하기 위해 규정된 것을 의미한다. 따라서 이러한 현대헌법의 이념으로서의 福祉國家社會國家原理의 구현을 위해서는 自由權 못지 않게 生存權이 중시되어야 할 것이다.

그리하여 본고에서는 生存權의 基本權의 意義와 沿革을 살펴보고, 生存權의 基本權의 法的性格에 관한 여러가지 學說의 內容을 분석해 보고, 특히 전통적 이론이 어떻게 판례를 통하여 구체화되고 있으며 또 어떠한 새로운 변화, 새로운 이론의 발전이 요청되고 있는지를 헌법재판소의 결정을 통해 검토한다. 또한 生存權의 基本權의 구체적인 내용을 살펴 본 후 우리나라 헌법상 生存權의 基本權의 保障에 관한 諸問題를 언급해보고자 한다.

II. 生存權의 基本權의 意義와 沿革에 대한 憲法裁判所의 具體的 決定

1. 意 義

生存權이라는 관념을 가장 단순하게 이해하면 단지 개인의 생명과 생활을 유지하기 위한 권리를 뜻하게 된다. 그리하여 “生存權이라는 표현은 단순한 동물적인 생존을 위한 권리로 해석되기 때문에 적절하지 아니하며 生存은 물론 人間다운 生活과 人間으로서의 尊嚴과 價値를 존중받는 정도에 이르는 최소한도의 문화적인 생활을 영위하기

위한 권리로 이해되려면 生活權의 基本權이라는 표현이 더 정확하다”는 주장도 있다.⁴⁾

그러나 生存權의 이념은 단순한 인간의 동물적 생존뿐만 아니라 인간생존 자체의 보다 나은 생존으로의 적극적 지향과 가치목적의 의의를 내포하고 있으며 또한 현실의 역사적 제약하에서 이러한 지향과 의의를 구체화시킬 가능성을 가지고 있는 것이다. 따라서 生存權의 基本權이라고 표현하는 것이 더욱 적절한 것으로 생각된다.⁵⁾

生存權의 基本權은 「人間다운 生活」에 대한 배려라는 관점에서 볼 때 협의의 생존권과 광의의 생존권으로 나누어 볼 수 있다. 협의의 생존권은 본래적 의미의 생존권으로서 「바이마르헌법」 제151조의 규정과 現代 自由民主主義國家의 헌법이 규정하고 있는 生存權이 바로 그것이다. 이것은 자본주의경제질서를 전제로 하고 여기에서 야기되는 경제적, 사회적 모순점을 수정내지 개량함으로써 인간다운 생활을 실질적으로 보장하려는 것이다. 따라서 자본주의경제질서 및 법질서를 유지하면서 이를 개량하는 것이므로 改良主義的 生存權⁶⁾이라고 할 수 있다.

이에 대해 광의의 生存權에서는 사회의 각구성원의 욕망이 균등하다고 보고 일정한 조건하에서는 대개 균등한 생활자료의 분배를 계획하는 형식적인 平等的 生存權⁷⁾이 상정될 수 있다. 또 모든 생활자료는 가장 긴요한 수요자에게 귀속되어야 한다는 요구가 구체적으로는 실현불가능하지만 추상적으로는 가능할 수 있다. 이 경우에 각인의 요구에 따라 그 수요를 충족해 주는 사회적 의무를 국가에 인정하는 완전한 생존권 즉 이상적 생존권이 있을 수 있다. 물론 이와 같은 생존권은 이론상으로는 가능할지 모르나 현대의 자본주의질서에 있어서는 기대할만 한 수준은 아니다.

따라서 生存權의 基本權이라 함은 생활에 필요한 제조건을 국가권력이 적극적으로 관여하여 확보해줄 것을 요청할 수 있는 權利라고 개념지을 수 있다. 현대복지국가의 실현을 전제로 하는 生存權의 基本權은 사회정의의 구현과 실질적 평등의 보장을 이념으로 하고 있으며, 국민의 적극적인 요구에 대한 국가의 生活責任⁸⁾을 그 내용으로 하는 基本權을 의미한다고 할 수 있다.

2 沿 革

(1) 18·19세기의 生存權

4) 유경춘, 생활권적 기본권의 보장, 강원대학 연구논문집 제10집, 1977, 16면.

5) 김철수, 헌법학 개론, 법문사, 1977, 274면. 박일경, 신헌법, 일명사, 1977, 218면

6) 小林直樹, 憲法の構成原理, 東京大學出版會, 1975, 290면.

7) 小林直樹, 전개서, 294면.

8) 김도창, 행정법론(하), 청운사, 1978, 240면.

生存權의 사상은 18세기의 人權宣言에까지 거슬러 올라가 볼 수 있다. 1793년의 프랑스헌법의 「市民의 權利宣言」에는 “公的 救濟는 하나의 신성한 義務이다. 사회는 불행한 시민에게는 노동을 주고 또한 노동할 수 없는 사람들의 생존을 확보하기 위해 이들의 생계를 책임질 의무가 있다”(제21조)라고 말하고 國家의 生存權의 保障의 義務를 제시하고 있다. 특히 1849년의 프랑스헌법 제2장에 규정된 「노동의 자유, 병약자 및 재산이 없는 노인의 구제」 등은 권리의 보장이라기 보다는 약자보호의 성질을 다분히 내포하고 있는 것으로, 제2차대전후의 社會國家原理에 기초한 社會權의 선언과 동일시할 수는 없으나 그 萌芽로서의 意義를 갖는다고 할 수 있다.

이러한 生存權의 萌芽의 존재는 단지 프랑스만의 현상은 아니며, 19세기 중엽부터 80년대에 걸쳐 영국과 독일에 있어서도 救貧法이나 社會保險立法 등에 구체화되어 있었다. 이렇게 볼 때 1848년부터 제1차 대전에 이르는 시대에 거의 모든 유럽 각국에서 이미 개인적 성질이 아닌 사회적 성질의 基本權 주장의 새로운 전선이 형성된 것이다. 즉 그것은 노동자의 團結의 自由와 集會의 權利를 획득하기 위한 투쟁의 결과로서 1849년에 최초로 선언된 勞動權을 비롯하여 고전적 自由權의 무제한적인 財產權 개념을 제약하는 것을 시도한 收用과 社會化로 향하게 되었다고 할 수 있다⁹⁾ 특히 이러한 노력이 權利의 선언이라는 형태로 헌법의 條文에 처음으로 꽃을 피운 것이 1919년의 바이마르헌법이다.

(2) 바이마르憲法の 生存權

바이마르헌법의 權利宣言은 전통적인 고전적 自由權 외에 다수의 生存權을 상세히 규정하고 있다. 동헌법의 제2편 제5장의 「제151조부터 165조」가 이에 해당한다. 즉 제151조 1항에서 “經濟生活의 秩序는 모든 것이 人間다운 價値가 生存을 保障하는 것을 목적으로 하는 정의의 원칙에 적합해야 한다”라고 하고 있다. 동조문을 보면 직접적으로는 이 권리를 명시하고 있지 않지만 「인간답게 가치있는 생존」이 그 권리를 의미한다고 할 수 있다. 또한 그 권리를 명확히 하기 위해 “所有權은 義務를 수반한다. 그 행사는 동시에 公共의 福祉에 적합하여야 한다”(제153조)고 규정하고 또 다시 “노동력은 국가의 특별한 보호를 받는다”(제157조) 등을 규정하는 일반원칙과 함께 勞動條件-經濟條件의 維持改善을 위한 團結權의 保障(제159조), 국영의 보험제도(제161조), 적당한 노동의 기회가 부여되어 있지 않은 자에 대한 필요한 생계의 배려를 행할

9) H. Maier, Die Grundrechte des Menschen im modernen Staat, 1973, S.36(鄭萬喜, 生存權의 基本權의 法的性格, 考試研究22卷 10號(259號), (95. 10) 30면.

義務(제163조), 經營參加權(제165조) 등에 이르기까지 종래의 權利宣言으로서는 그 예를 볼 수 없는 규정들이 포함되어 있다.

이와 같이 바이마르헌법이 전통적인 自由權을 보장하면서 다수의 社會權규정과 所有權制約條項을 설치한 배경에는 러시아혁명에 의해 성립된 소비에트공화국헌법(1918)의 영향이라든지 그것에 호응하여 국내에서 일어난 社會主義體制 수립의 동향에의 배려도 있었던 것이다. 즉 市民的 自由主義를 기조로 하는 자본주의체제를 유지하면서 거기에 사회주의적 사상과 크리스토포적 전통을 혼합하여 성립시킨 것이 바로 바이마르헌법이며, 여기에 基本權의 社會化條項이 「타협의 선물」로 불려지는 이유가 있는 것이다.¹⁰⁾

그러나 바이마르헌법의 社會權은 프로그램規定으로 해석되어 1920년대 후반에서 30년대의 나치즘에 의한 혁명적 상황속에서 實效性을 상실하고 오히려 헌법 그 자체가 統合과 秩序化의 힘을 잃어버리게 되었다.¹¹⁾

(3) 戰後 헌법의 生存權

제2차대전 후의 서구민주주의헌법의 권리선언의 특색은 自然法思想의 부활과 함께 社會國家思想에 기초한 社會權(國家에 의한 自由)이 보장되었다는 것이다.

1949년의 독일 Bonn基本法은 나치스體制에 대한 반동으로서 제1장의 「基本權」보장에 전통적인 각종의 自由權을 보장하고 있으나, 生存權的 基本權규정에 관하여는 勞動基本權과 혼인가정·모성의 보호 등에 그치고 있으나, 동헌법은 독일연방공화국을 社會國家(sozialer Staat)라고 규정하고 있기 때문에(제20조 1항, 제28조 1항) 이 조항에 의해 生存權保障이 국가의 의무로 인정되게 되었다.

Bonn基本權은 바이마르헌법에 비해 社會的 基本權에 관한 규정은 적지만 社會國家라는 개념이 실정법상 처음으로 채택되어 그것은 단지 프로그램의 선언을 의미하는 것이 아니라 國家權力을 구속하는 일정한 法的 效力을 갖는 것으로 해석된 것이다.¹²⁾

10) 初宿正典, 社會國家と人權—ドイツ, 阿部照哉外, 基本的人權の歴史, 1987, 108면(鄭萬喜, 前掲論文, 31면 참조).

11) Maier, a.a.O., S. 40(정희만, 전개논문, 31면 참조).

12) v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Bd 1, 1957, S. 606.

Ⅲ. 生存權의 基本權의 法的性格에 대한 憲法裁判所의 具體的 決定

1. 生存權의 基本權의 法的性格

(1) 생존권적 기본권의 법적성격에 대한 학설로서는, 헌법상 生存權의 基本權은 具體的現實的 權利가 아니라 국가의 사회정책적 목표 내지 정치적강령을 선언한 것에 불과 하므로 국가가 그 권리의 실현에 필요한 입법 또는 시설을 하지 아니하는 한 그 에 관한 헌법규정만으로는 국가에 대하여 그 의무이행을 재판상 청구할 수 없다고 하는 프로그램(Programm)的 規定說(立法方針規定說), Alexy의 原則모델에 따라 社會的 基本權은 일응 개인에게 주관적 권리를 부여하지만 이 권리는 형량을 거친 후에야 비로소 확정적인 권리가 될 수 있다는 原則모델에 따른 權利說(相對的 權利說)¹³⁾, 헌법상의 生存權規定은 확실히 개개의 국민에 대하여 구체적인 給付請求權을 직접 부여하고 있는 것은 아니지만 국가에 대하여 人間다운 生活을 영위할 수 있도록 立法 기타의 국정상의 필요한 조치를 강구할 것을 요구하는 추상적인 權利를 인정하는 것이라는 抽象的 權利說¹⁴⁾, 헌법상의 生存權의 基本權을 구체화하는 立法이 존재하지 않는 경우에도 그 헌법규정은 현실적 효력을 갖는 것으로서 국가의 立法不作爲는 現實的具體的 權利의 침해가 되어 司法的 救濟의 대상이 된다는 具體的 權利說¹⁵⁾, 社會權의 基本權은 자유권적 기본권처럼 직접적 효력을 가지는 완전한 의미의 具體的 權利일 수는 없다고 하더라도 적어도 일부 청구권적 기본권이나 정치적 기본권과 동일한 수준의 불완전하나마 具體的인 權利로서의 성격을 가지는 것이라고 하는 不完全한 具體的 權利說¹⁶⁾, 일반적인 성격규명을 기피하고 다양한 입장에서 이를 파악해야 한다고 주장한다. 그리하여 개개 生存權의 내용에 따라 國家目的, 憲法委任, 立法委任, 制度保障, 主觀的 公權 등으로 具體化해야 한다고 주장하는 折衷說(複合的 權利와 國家目的 規範重層構造說)¹⁷⁾이 있다.

13) 桂禧悅, 憲法學(中), 博英社, 2000, 628면, 정태호, 原理로서의 社會的 基本權 : R Alexy의 原理 모델을 중심으로 「法과 人間의 尊嚴」 정경식박사 화갑기념논문집, 1997, 238(242)면.

14) 抽象的 權利說을 취하는 국내학자로는 尹世昌, 新憲法, 1988, 157면, 文鴻柱, 第6共和國憲法, 1987, 213면.

15) 具體的 權利說을 취하는 학자로는 金哲洙, 憲法學概論, 2004, 779면.

16) 權寧星, 社會的 基本權의 憲法規範性考, - 憲法訴訟의 實現을 위한 原論 -, 憲法論叢, 제2권, 1991, 177(200)면

17) 金哲洙, 生存權의 基本權의 法的 性格考, 世界憲法研究(제6호), 國際憲法學會 韓國學會, 2001,

(2) 이에 대해, 프로그램(Programm)적 규정설¹⁸⁾은 바이마르 헌법하의 독일에서 주장되어 세계각국에 큰 영향을 주었으나 이 설은 생존權의 基本權의 權利性을 否定하고 있다는 批判이 있고, 相對的 權利說설은 생존權의 基本權의 실현정도를 상대화 한 것으로 해석자마다 해석을 달리할 수 있는 여지를 준다는 批判이 있으며, 抽象的 權利說은 法律이 존재하지 않는 경우에는 프로그램規定說과 다름이 없으나 뒤의 경우에는 결정적으로 다르게 되지만 法律이 없으면 아무것도 청구할 수 없다는 바로 그 점에 문제가 있으며, 구체적 權利說은 立法에 의해 具體化 되지 않으면 具體的現實的 權利가 되지 못한다는 사실에 영향을 주지 못한다는 批判이 있다.¹⁹⁾ 그리고 不完全한 具體的 權利說에 대해서는 일부청구권적 기본권이나 정치적 기본권과 동일한 수준의 具體的 權利라는 것은 의미가 애매모호하다는 批判이 있다.

(3) 우리나라 헌법 문헌상 「人間다운 生活을 할 權利를 가진다」라고 표현되어 있는 이상 그것을 법적 구속력이 없는 정치적·도의적 선언이나 지침으로 볼 수는 없으며,²⁰⁾ 國民의 權利라고 보아야 한다. 또한 생존權의 基本權도 自由權의 基本權과 같이 具體的으로 立法權 行政權 司法權을 拘束하여야 한다고 본다. 하지만 규범내용이 불명확하기 때문에 생존權의 基本權에 대한 입법조치가 없으면 행정권을 전혀 구속할 수 없다는 설도 있으나 行政權은 法治行政의 原則이 적용되므로 법률이 없으면 직접적으로 완전히 구속한다고 하기는 힘들 것이나 그렇더라도 가능한 한 예산을 확보하여 생존權을 실현시킬 의무를 진다고 보아야 할 것이다. 그것은 국가의 재정, 즉 豫算是 憲法에 拘束되는 성격을 가지기 때문에 예산이 없다고 하여 생존權의 基本權의 法的權利性을 부인할 수는 없을 것이기 때문이다.²¹⁾

생존權의 基本權도 權利인 이상 만약 개개의 국민에 대한 국가의 구체적 행위가 있고, 그것이 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 침해하고 있는 경우, 개개의 국민이 생존權에 기하여 法院이나 憲法裁判所에 訴訟이나 憲法訴願을 통하여 그러한 적극적인 침해행위의 배제를 주장할 수 있는 것은 당연하다. 이 의미에서 생존權은 단순한 抽象的 權利에 불과한 것이 아니고 침해배제청구권으로서, 具體的 權利의 측면을 가지고 있고 裁判規範으로서의 측면도 가진다고 하겠다.²²⁾

300면

18) Programm적 규정과 법적 권리와와의 차이에 대해서는 V.Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, SS 78ff 참조

19) 桂禧悅, 前掲書, 627면

20) 桂禧悅, 前掲書, 620면 참조.

21) 金哲洙, 憲法學概論, 博英社, 2004, 779면.

22) 상세한 것은 金文顯, 생존권적 기본권에 관한 헌법규정의 규범성-헌제 1997. 5. 29 선고, 94헌

2. 法的性格에 대한 憲法裁判所의 判例

(1) 國家有功者禮遇등에관한法律제9조본문違憲提請 事件

人間다운 生活을 할 權利로부터는 人間의 尊嚴에 상응하는 生活에 필요한 “최소한의 물질적인 생활”의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 상황에 따라서는 직접 도출될 수 있다고 할 수는 있어도, 동 基本權이 직접 그 이상의 급부를 내용으로 하는 具體的인 權利를 발생케 한다고는 볼 수 없다고 할 것이다. 이러한 구체적 권리는 국가가 재정형편 등 여러 가지 상황들을 종합적으로 감안하여 法律을 통하여 具體化할 때에 비로소 인정되는 法律的 權利라고 할 것이다.

同法이 각종 보호와 지원을 하고 있는 사정과 “人間다운 生活”이라고 하는 개념이 사회의 경제적 수준 등에 따라 달라질 수 있는 상대적 개념이라는 점을 고려하면, 이 事件 法律條項이 憲法 제34조 제1항의 人間의 尊嚴에 상응하는 “최소한의 물질생활”의 보장을 내용으로 하는 人間다운 生活을 할 權利를 侵害하였다고 할 수 없다²³⁾

(2) 保健福祉部長官이 告示한 生活保護事業指針上的 “1994年生計保護基準違憲確認” 事件

모든 국민은 人間다운 生活을 할 權利를 가지며 국가는 생활능력없는 국민을 보호할 의무가 있다는 憲法의 규정은 입법부와 행정부에 대하여는 국민소득, 국가의 재정 능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 人間의 尊嚴性에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위의 지침 즉 行爲規範으로서 작용하지만, 憲法裁判에 있어서는 다른 국가기관 즉 입법부나 행정부가 국민으로 하여금 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지의 여부를 심사하여야 한다는 統制規範으로 작용하는 것이다. 그러므로 국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적인 의무를 다하였는지의 여부가 司法的 審査의 대상이 된 경우에는, 國家가 生計保護에 관한 立法을 전혀 하지 아니하였든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 憲法에 違反된다고 할 수 있다.

이 사건 生計保護基準이 청구인들의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 국가가 실현

마33과 관련하여-, 이화여대 법학논집, 제2권 2호, 1998 참조

23) 헌재, 1995. 7. 21 선고, 93헌가14 결정.

해야 할 객관적 내용의 최소한도의 보장에도 이르지 못하였다거나 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈하였다고는 보기 어렵고, 따라서 비록 위와 같은 생계 보호의 수준이 일반 最低生活費에 못미친다고 하더라도 그 사실만으로 곧 그것이 憲法에 違反된다거나 청구인들의 幸福追求權이나 人間다운 生活을 할 權利를 侵害한 것이라고는 볼 수 없다.²⁴⁾

(3) 國民年金法 第52條 違憲確認 事件

國民年金은 국민이 人間다운 生活을 할 수 있도록 최저생활을 보장하기 위한 社會保障的 給與로서 법상의 급여액은 국민의 生活水準物價 기타 경제사정에 맞추어 최저생활을 유지할 수 있도록 될 수 있으면 많은 급여를 지급하는 것이 바람직할 것이나, 한편 급여에 필요한 재원은 한정되어 있고, 인구의 노령화 등으로 급여대상자는 점점 증가하고 있어 급여수준은 國民年金財政의 장기적인 균형이 유지되도록 조정되어야 할 필요가 있으므로 한 사람의 수급권자에게 여러 종류의 연금의 수급권이 발생한 경우 그 연금을 모두 지급하는 것 보다는 일정한 범위에서 그 지급을 제한하여야 할 필요성이 있고 國民年金의 급여수준은 수급권자가 최저생활을 유지하는데 필요한 금액을 기준으로 결정해야 할 것이지 납입한 연금보험료의 금액을 기준으로 결정하거나 여러 종류의 수급권이 발생하였다고 하여 반드시 중복하여 지급해야 할 것은 아니므로, 이 사건 法律條項이 수급권자에게 2 이상의 급여의 수급권이 발생한 때 그 자의 선택에 의하여 그 중의 하나만을 지급하고 다른 급여의 지급을 정지하도록 한 것은 公共福利를 위하여 필요하고 적정한 방법으로서 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한의 立法的 限界를 逸脫한 것으로 볼 수 없고, 또 합리적인 이유가 있으므로 平等權을 侵害한 것도 아니다.²⁵⁾

(4) 國家有功者等優遇및지원에관한법률제20조제2항등違憲確認 事件

이 사건 규정에 의하여 일부 연금이나 수당이 지급정지된다고 하여도 청구인들에게 기본연금이 계속 지급되며, 더구나 양로시설에서 무상으로 생활할 수 있게 된다는 점, 그리고 人間다운 生活이라고 하는 概念이 사회의 경제적 수준 등에 따라 달라질 수 있는 相對的 概念이라는 점을 고려하면, 이 사건 규정으로 인하여 헌법 제34조 제1항의 人間の 尊嚴에 상응하는 최소한의 物質生活의 保障을 내용으로 하는 人間다운 生

24) 헌재, 1997. 5. 29 선고, 94헌마33 결정.

25) 헌재, 2000. 6. 1 선고, 97헌마190 결정.

活을 할 權利를 侵害하였다고 볼 수는 없어 입법재량의 범위를 일탈한 규정이라고 할 수 없다고 하였다.²⁶⁾

IV. 生存權의 基本權의 內容에 대한 憲法裁判所의 具體的 決定

우리 憲法은 生存權의 基本權에 관한 규정을 두고 있다. 즉, 전문에서 실질적 평등 사회 건설의 이념을 천명하고, 제10조에서 「모든 國民은 人間으로서의 尊嚴과 價値를 가지며, 幸福을 추구할 權利를 가진다」라고 하여 基本權保障의 大原則을 선언하고, 헌법 제34조 1항에서 「모든 國民은 人間다운 生活을 할 權利를 가진다」라고 규정함으로써 生存權의 基本權의 大原則을 선언하고 있다. 또 이를 위하여 제119조 2항에서는 「국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다」라고 하여 국가의 경제적 기능 내지는 의무를 명시하고 있다. 뿐만 아니라 제31조는 敎育을 받을 權利, 제32조는 勤勞의 權利, 제33조는 勤勞者의 勤勞3權, 제34조는 社會保障을 받을 權利, 제35조는 環境權 및 住居生活에 관한 權利, 제36조는 婚姻과 家族生活에서의 兩性平等과 母性, 保健에 관하여 國家의 保護를 받을 權利 등을 규정하고 있다.

本考에서는 人間의 尊嚴과 價値의 保障과 平等權의 保障에 당연히 포함되는 것으로 볼 수 있으나 憲法에 따로 규정한 제36조(혼인과 가족보전에 관한 권리)를 제외한 나머지 生存權의 基本權에 대하여 意義, 法的性格, 內容을 이하에서 살펴보기로 한다.

1. 敎育을 받을 權利

(1) 意 義

敎育을 받을 權利라 함은 넓은 의미에서 개개인이 능력에 따라 균등하게 敎育을 받을 수 있는 修學權뿐만 아니라 학부모가 그 보호하에 있는 자녀에게 적절한 敎育의 기회를 제공하여 주도록 요구할 수 있는 敎育기획제공청구권까지 포괄하는 개념이다. 그러나 좁은 의미에서 敎育을 받을 權利라 함은 敎育을 받을 것을 국가로부터 방해받

26) 헌재, 2000. 6. 1 선고, 98헌마216 결정

지 아니함은 물론 교육을 받을 수 있도록 국가가 적극적으로 배려하여 주도록 요구할 수 있는 權利(修學權)를 말한다.²⁷⁾ 이는 현대적 사회국가문화국가에 있어서는 人間다운 生活의 必要要件이 되며, 국민의 능력의 개발과 실현을 위하여 운영되고 요구된다.²⁸⁾ 또한 憲法裁判所는 教育을 받을 權利에 대하여 첫째 教育을 통해 개인의 잠재적인 能力을 啓發시켜 줌으로써 人間다운 文化生活과 職業生活을 할 수 있는 기초를 마련해 주고, 둘째 文化的이고 지적인 사회풍토를 조성하고 문화창조의 바탕을 마련함으로써 憲法이 추구하는 文化國家를 촉진시키고, 셋째 合理的이고 계속적인 教育을 통해서 民主主義가 필요로 하는 민주시민의 윤리적 생활철학을 어렸을 때부터 습성화시킴으로써 헌법이 추구하는 민주주의 토착화에 이바지하고, 넷째 能力에 따른 균등한 教育을 통해서 職業生活과 經濟生活의 영역에서 실질적인 평등을 실현시킴으로써 헌법이 추구하는 社會國家, 福祉國家의 理念을 실현한다는 의의와 기능을 가지고 있다고²⁹⁾ 하였다.

(2) 法的性格

1) 學說

① 自由權說 : 教育을 받을 權利는 教育을 받을 수 있는 才能과 經濟力을 가진 자는 누구나 능력에 따라 均等하게 教育을 받는 것을 國家權力 또는 제3자로부터 방해받지 아니하는 것을 내용으로 한다

② 生存權說抽象的 權利說 : 국가의 적극적인 배려에 의하여 확보되어야 할 生存權的 基本權이라고 보되, 教育을 받을 權利는 教育시설의 정비·확충 기타 국가의 적극적 시책에 의하여 실현되어질 권리이나, 教育을 받는데 필요한 비용을 청구할 구체적인 請求權은 아니라고 한다.

③ 生存權說具體的 權利說 : 모든 국민, 특히 어린이는 生來的으로 教育을 받아 학습하는 것에 의하여 인간적으로 성장·발달하여 갈 權利를 가지며, 이 어린이의 學習權·發達權은 국가에 대하여 적극적인 조건 정비를 요구할 生存權的 基本權이라고 보아 具體的 請求權이 발생한다고 본다.³⁰⁾

④ 總合的 基本權說 教育을 받을 權利는 教育의 자유권과 教育을 받을 생존권이 합쳐 있으며 인격형성권 등과 결합되어 있다고 한다.³¹⁾

27) 權寧星, 憲法學原論, 法文社, 1999, 572면

28) 현재 1991 2. 11 선고, 90헌가27 결정.

29) 현재 1994 2. 24 선고, 93헌마192 결정

30) 申鉉直, 教育基本權에 관한 研究, 서울대학교박사학위논문, 1990 참조.

2) 憲裁判例

국민의 教育을 받을 權利를 修學權이라고 하고 이는 헌법상 보장된 基本權의 하나라고 한다.³²⁾ 憲法裁判所는 수확권을 국가에 의한 교육조건의 개선·정비와 교육기회의 균등한 보장을 적극적으로 요구할 수 있는 권리로 보고 있다.³³⁾ 教育을 받을 權利는 生存權의 基本權으로서 이는 직접 행정권과 사법권을 구속하는 것이 아니라 입법의 방향만을 지시하는 것이고, 따라서 義務教育의 無償에 관한 규정도 사법권을 구속하는 재판규범이 될 수 없는 것이다³⁴⁾라고 判示하였다.

3) 小 結

教育을 받을 權利를 좁게 이해하여 修學權으로 이해할 경우 生存權으로 한정된다. 그러나 教育을 받을 것을 국가로부터 방해받지 않을 권리인 教育의 自由까지 포괄하는 개념으로 넓힐 경우 自由權의 性格도 동시에 가진다고 볼 수 있다. 憲法裁判所는 教育을 받을 權利는 社會權이라고 하면서 의무교육무상제도와 관련하여 무상초등교육을 받을 권리는 具體的 權利이나, 무상중등교육을 받을 권리는 抽象的 權利라고 判示하였다.³⁵⁾ 그러므로 헌법재판소의 견해에 따르면 教育을 받을 權利는 단순히 自由權이나 生存權으로 이해할 수는 없다고 보며, 여러 가지 統合的인 性質을 가진 複合的인 基本權이라고 할 수 있다³⁶⁾.

(3) 內 容

1) 「能力에 따라」 教育을 받을 權利

能力에 따른 教育이란 精神的·肉體的 能力에 상응하는 教育을 의미한다. 따라서 불합리한 차별이 아닌 능력에 따른 차별은 정당하다. 그러므로 입학에 있어서 공개경쟁

31) 金哲洙, 憲法學概論, 博英社, 2004, 805면.

32) 헌재 1992. 11. 12 선고, 89헌마88 결정.

33) 헌재 1999. 3. 25 선고, 97헌마130 결정.

34) 헌재 1991. 2. 11 선고, 90헌가27 결정.

35) 헌재 1991. 2. 11 선고, 90헌가27 결정.

36) 이러한 헌법재판소 다수의 견해는 아마도 生存權의 法的性格을 프로그램규정설 내지 抽象的 權利說에 입각한 것이라고 보여진다. 그러나 복지주의 헌법을 지향하는 오늘날의 헌법학에서는 점점 그 힘을 잃어가고 있다. 立法者의 形成裁量도 한계가 있고 절차상, 내용상 憲法原理에 부합되도록 요구할 수 있으므로, 法律規定이 있어야만 權利性을 가진다는 입장은 타당하지 않는다고 본다.

시험제도는 합리적이다.³⁷⁾ 하지만 능력이 떨어지는 자에 대한 교육을 경시하거나 무시하여서는 아니되며, 오히려 국가는 이에 대한 적극적인 배려를 하여야 한다. 憲法裁判所는 의무교육의 취학연령을 획일적으로 만6세로 정한 것이 능력에 따라 교육을 받을 권리를 침해한 것은 아니라고 하였다.³⁸⁾

2) 「均等하게」 교육을 받을 權利

균등이란 모든 국민이 정신적·육체적 능력 이외의 성별·사회적 지위나 신분에 의하여 취학의 기회가 차별되어서는 안된다는 것과 모든 국민이 균등하게 교육을 받을 수 있도록 제정책(교육시설의 확장)을 시행하여야 한다는 의미로 해석해야 할 것이다.³⁹⁾ 균등하게란 소극적인 차별금지의 평등권적 측면의 문제 이외에도 적극적으로 균등한 교육여건을 마련해 줄 것을 청구하는 생존권적 측면이 강조되어야 한다.⁴⁰⁾ 憲法裁判所는 거주지를 기준으로 중·고등학교 입학에 제한하거나(학군제), 특수목적고등학교에 내신성적산출방법을 달리할 수 있도록 한 것이 균등하게 교육을 받을 권리를 침해한 것은 아니라고 하였다.⁴¹⁾ 이 권리와 관련하여 헌법재판소는 첫째, 취학의 機會均等이 保障되어야 하고 둘째, 國家와 地方自治團體는 教育의 機會均等を 保障하기 위한 시책을 수립·실시하여야 한다고 한다.⁴²⁾

教育의 機會均等の 原則 중에 모든 교육시설의 이용에 균등하게 참여할 것을 요구할 수 있는 教育參與請求權이 포함되느냐가 문제되고 있다. 독일 연방헌법재판소는 이른바 社會的 參與權의 理論으로써 이를 긍정하고 있다.⁴³⁾

3) 「教育을」 받을 權利

權利의 대상이 되는 教育에는 學校教育·家庭教育·社會教育(平生教育 등)·공민교육 등을 포괄하는 넓은 의미의 교육을 말하나 그 중에서 교육체계를 이루고 있는 제도적인

37) 대법원 1983. 6. 28 선고, 83누193 판결

38) 1996. 10. 4. 93헌가13 헌판연 참조

39) 권영성, 헌법학원론, 614면

40) 문홍주, 한국헌법, 304면.

41) 헌결 1995. 2. 23 91헌마204.

42) 헌재 1994. 2. 24 선고, 93헌마192 결정.

43) 桂禧悅, “大學入學定員制限 判決(1972)”, 판례연구 제1집, 고려대, 1982, 1면 이하 참조. 독일의 다수견해가 참여권을 비판한 논거를 그대로 원용하면서 우리 헌법에서도 참여권 이론을 받아들일 수 없다는 견해(허영, 한국헌법론, 410면)에 대하여, 우리 헌법은 독일과 달리 폭넓게 생존권을 규정하고 있으므로 참여권을 원용할 여지가 없을 것이라고 해석하는 것이 타당하다는 비판(홍성방, 헌법(2), 194면.)이 있는바, 설득력 있는 견해이다.

기관에서 행하는 學校教育이 가장 중요하다. 교육은 공교육과 사교육으로 나눌 수도 있는데, 教育을 받을 權利에 있어서는 사교육보다는 공교육이 중심이 된다. 다만 학교 밖의 교육영역에서는 원칙적으로 부모의 교육권이 우위를 차지한다.⁴⁴⁾ 부모의 교육권은 부모의 자기결정권이라는 의미에서 보장되는 것이 아니라, 자녀의 보호와 인격발현을 위해 보장되는 것이다.⁴⁵⁾

4) 教育을 「받을 權利」

教育을 받을 權利는 修學權(學習權)으로 파악되며, 이는 오늘날 어린이를 비롯하여 모든 국민은 나면서부터 교육을 받아 학습하고 인간적으로 발달성장하여갈 권리를 말한다. 憲裁도 이를 修學權이라 하면서 “이 權利는 통상국가에 의한 교육조건의 개선·정비와 교육기회의 균등한 보장을 적극적으로 요청할 수 있는 權利로 이해되고 있다”⁴⁶⁾고 한다.

또한 學習權에 대응하여 授業權(教育權)은 어린이 등의 피교육자의 인간성을 개발하고, 그들에게 문화를 전달하며, 민주적인 국가사회의 담당자를 육성한다고 하는 국민적인 의무와 책임 및 그를 다하기 위한 권한을 총괄한 개념을 말한다.⁴⁷⁾

(4) 教育의 義務와 義務教育의 無償

1) 教育의 義務

憲法 제31조 제2항은 “모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 初等教育과 法律이 정하는 教育을 받게 할 義務를 진다”라고 규정하고 있다. 이 규정에 따라 모든 국민은 현행 教育基本法과 初中等教育法에 따라 6년의 초등교육과 3년의 중등교육을 받을 권리를 보장받고 있다. 다만, 3년의 中等教育에 대한 義務教育은 대통령령이 정하

44) 헌법재판소는 과외교습행위를 원칙적으로 금지한 다음, 예외적인 몇 가지 유형에만 허용하고 이를 위반한 자를 형사처벌하고 있는 학원의실통운영에관한법률 제3조에대한 위헌사건에서, 위 조항들은 지나친 고액과외교습과열과외경쟁의 방지, 학교교육의 정상화, 학부모의 경제적 부담 해소라는 입법목적의 정당성과 수단의 적합성에도 불구하고, 모든 과외교습에 대한 원칙적인 금지와 예외적인 허용을 통해 고액과외의 위험이 없는 교습행위까지도 금지하고 있어 국민의 자녀교육권, 인격의 자유로운 발현권 및 직업선택의 자유를 침해하는 것이라고 하였다(2000 4 27. 98헌가16. 헌판연 2000-16 참조).

45) 헌결 2000 4. 27. 98헌가16.

46) 헌재 1992 11 12 선고, 89헌마88 결정; 헌재 1999 3 25 선고, 97헌마130 결정.

47) 金哲洙, 前掲書, 809면

는 바에 의하여 순차적으로 실시한다(教育基本法 제8조 제1항).⁴⁸⁾ 교육의 의무의 주체는 학령아동의 親權者 또는 後見人이다. 자녀가 불구·폐질·병약한 경우에는 교육을 받게 할 의무가 면제된다.

2) 義務教育의 無償

憲法 제31조 제3항은 義務教育制의 실효를 거두기 위하여 “義務教育은 無償으로 한다”라고 하고 있다. 無償義務教育의 대상은 初等教育과 法律이 정하는 教育이다. 無償의 범위에 관해서는 法律이 정하는 바에 따른다는 무상범위법정설, 수업료만 면제된다는 수업료무상설, 그 외에 교재·학용품의 지급과 급식의 무상까지 포함된다는 취학필수비무상설 등이 있다. 취학필수 비무상설이 다수설이고 타당하다. 다만, 국·공립학교의 수용능력이 있음에도 불구하고 사립학교에 자진하여 취학한 경우에는 유상으로 할 수 있다.

2. 勤勞의 權利

(1) 意 義

勤勞의 權利는 1919년 바이마르 憲法에서 규정된 이래, 특히 세계대전이후의 헌법(예컨대 프랑스 제4공화국 헌법전문 등)에서 일반적으로 수용되었다. 韓國憲法에서도 制憲憲法 이래 勤勞의 權利를 규정하고 있다. 勤勞의 權利라 함은 勤勞者가 자신의 의사능력·취미에 따라 근로의 종류·내용·장소 등을 선택하여 勤勞關係를 형성하고 타인의 방해를 받음이 없이 勤勞關係를 계속 유지하며, 근로의 기회를 얻지 못한 경우에는 국가에 대하여 勤勞의 機會를 제공하여 줄 것을 요구할 수 있는 權利를 말한다. 勤勞라 함은 勤勞者가 使用者로부터 임금을 받는 대가로 제공하는 肉體·精神의 活動을 말한다.

48) 3년의 중등교육의 구체적인 권리여부에 대한 헌법재판소의 견해는 현재 1991. 2. 11 선고, 90헌가27 결정 참고. ,중등의무교육 시행시기를 법률이 아닌 대통령령으로 정한 교육법 제8조의2에 대한 위헌심판사건에서 헌법재판소는 헌법의 요구사항은 교육제도의 기본방침을 법률로 정하라는 의미이지 세부적 사항(기본방침을 구체화하거나 이를 집행하기 위한 세부사항)라지 법률로 정하라는 것은 아니므로, 실시의 시기·범위 등 세부사항은 반드시 형식적 의미의 법률로 정할 필요가 없고, 법률이란 실질적 의미의 법률을 포함한다고 보아야 할 것이므로 합헌이라고 하였다(1998 2 27 96헌바2, 헌판연 95-5 참조.).

(2) 法的性格

1) 自由權說

自由權說은 勤勞權을 17·18세기의 자연법학적인 시각에서 파악하여 개인이 특별한 法律의 規定이 없는 한 근로의 종류·내용·장소 등을 자유로이 선택할 수 있는 勤勞의 自由로 이해한다. 즉 근로 의욕자는 항상 자유롭게 근로하도록 하는 의미로 해석하여 과거의 봉건적인 신분의 구속이라든지 혹은 강제노동이라고 하는 신분구속으로부터 해방되어 자기가 희망하는 勤勞라든지 또는 자기가 희망하는 직장을 자기의 책임하에 자유롭게 선택할 수 있게 하는 權利라고 보는 것이다. 이처럼 勤勞權을 하나의 특별한 權利로서 취급하는 것은 아니고⁴⁹⁾ 다만 국민이 자유롭게 勤勞할 수 있는 각종의 국민의 勞動基本의 人權이 타인에 의하여 여하한 이유로도 침해될 수 없는 自由權⁵⁰⁾의 일종으로 인정하는 견해이다. 따라서 개인이 근로의 기회를 얻음에 있어서 국가가 이를 침범하지 못한다는 소극적 의미를 가진다고 본다.

2) 생존권설

① Programm規定說(立法方針規定說)

國家는 國民 각자의 능력과 체력에 따라서 勞動을 할 수 있게 하고 勤勞의 量과 質에 대응하는 보수를 받아 人間다운 生活을 할 수 있게 할 義務를 지는데, 이러한 의무는 직접적으로 행정·사법을 구속하지 않고 다만 입법자가 여하한 勤勞權을 여하히 입법할 것을 방침으로 제시하는 정도로 입법자를 구속하는데 지나지 않는 것으로서, 국가에 대하여 職業을 요구하거나 失業手當을 요구하는 權利라는 것은 그러한 입법이 없는 한 인정할 수 없다는 견해이다.⁵¹⁾

② 직접적 효력규정설

49) 李喆源, “勤勞의 權利와 義務(下)”, 考試研究, 1978, 7월호, 120면.

50) 자유권적 기본권은 천부불가양의 자연권을 전제로 하여 국가권력으로부터 침범을 방지하자는 데에 그 시초의 출발이었고, 자유권은 ‘국가로부터의 자유’가 본질적 성격이라고 한다(文鴻柱, 韓國憲法, 海巖社, 1993, 297면).

51) 韓相範, “勤勞의 權利와 義務”, 考試界, 1976 6 : 문홍주 교수는 “근로에 관한 규정은 하나의 프로그램적 규정이다 그러나 고용의 증진에 배치되는 입법은 위헌을 면치 못하므로 이것을 단순한 프로그램이 아니라 법적 규범성이 있고, 따라서 권리성이 있다”고 한다(文鴻柱, 韓國憲法, 海巖社, 1987, 307면).

이에는 抽象的 權利說과 具體的 權利說이 있는데, 전자는 勤勞의 權利란 立法에 의하여 具體化 될 수 있는 추상적 권리이며, 만약 근로의 권리를 실현하기 위한 법률이 제정된 경우, 그 법률의 해석·준용의 준거가 될 수 있는 것이라고 보는 견해⁵²⁾이고, 후자는 勤勞의 權利를 積極的·現實的으로 해석하여 국가가 국민에게 자주적인 노동의 기회를 제공할 뿐만 아니라 만일 실업자가 있을 때에는 국가는 그에게 직업을 알선하거나 또는 최소한도 취업할 때까지 失業手當으로서 상당한 생활비를 지불해야 할 法的義務를 진다고 보는 견해⁵³⁾이다. 국가가 필요한 입법이나 시책을 강구하지 않는 경우에는 국가의 부작위에 의한 침해에 대해서도 재판상 다룰 수 있는 具體的 權利라고 한다

3) 憲裁判決

憲裁는 勤勞의 權利는 社會的 基本權으로서 국가에 대하여 직접 일자리(직장)를 청구하거나 일자리에 갈음하는 生計費의 支給請求權을 의미하는 것이 아니라, 雇傭增進을 위한 社會的·經濟的 정책을 요구할 수 있는 權利에 그친다」고 하여 立法方針規定으로 보고 있는 듯하다.⁵⁴⁾

4) 小 結

勤勞의 權利는 단순한 18세기적 自由權이 아니고, 20세기적 生存權에 속한다고 할 것이다. 가장 타당한 설은 勞動法學者들이 주장하고 있는 것처럼 直接的 效力規定說이다. 그런데 이러한 勤勞의 權利를 확보하기 위한 憲法訴願制度가 있기 때문에 直接的 效力規定說 중에서도 具體的 權利說이 타당할 것이다. 그리고 具體的인 法的 權利로 보장해 주기 위한 입법을 해주는 것이 바람직 할 것이다. 그러나 아직 완전고용을 위한 제도들은 미흡한 실정이므로 완전고용법의 제정이 요청된다.

(3) 內 容

1) 雇傭增進義務

憲法 제32조 제1항 에는 「國家는 사회적·경제적 방법으로 勤勞者의 雇傭의 增進

52) 金亨培, 勞動法, 博英社, 1990, 140면

53) 朴一慶, 第6共和國 新憲法, 법경출판사, 1990, 327면.

54) 헌재 2002 11 28 선고, 2001헌바50 결정.

…에 노력하여야 하며」라고 규정하고 있으므로, 勤勞의 權利의 내용은 勤勞機會提供을 요구할 수 있는 權利이다. 이에 따라 국가는 근로자의 고용을 증진할 입법은 물론, 고용확대·실업대책을 수립하고 추진해야 할 의무가 있다. 국가는 이러한 雇傭의 增進을 위한 義務를 실현하는 사회적·경제적 방법으로서 職業安定法·雇傭政策基本法·障礙人雇傭促進及職業再活法·勤勞者職業訓練促進法·雇傭保險法·高齡者雇傭促進法 등이 제정되어 있다.

2) 勤勞者의 適正賃金保障努力과 最低賃金制 實施

憲法 제32조 제1항의 「國家는 社會的·經濟的 方法으로 … 適正賃金의 保障에 노력하여야 하며, 法律이 정하는 바에 의하여 最低賃金制를 실시하여야 한다」라는 규정에 비추어 適正賃金의 보장과 最低賃金制의 실시는 헌법상의 요청이다. 또한 憲法 제32조 제4항의 규정상 女子에게도 동일노동·동일임금의 원칙이 적용되어야 한다.

勤勞基準法은 퇴직금을 다른 담보채권보다 우선변제하도록 규정하였는데(법 제37조1항), 憲裁는 이것은 다른 擔保債權에 무조건 우선한다는 이유로 이를 違憲宣言하였다.⁵⁵⁾ 이에 賃金債權保障法(1998.2.20제정)을 제정하여 퇴직금과 임금, 휴업수당 등을 보장하고 있다(법 제6조), 국회는 勤勞基準法 제37조 2항을 개정하여 최종 3년의 퇴직금만 優先辨濟하도록 하였다.

3) 勤勞條件基準의 法定主義

憲法 제32조 제3항은 「勤勞條件의 基準은 人間의 尊嚴性을 보장하도록 法律로 정한다」라고 규정하고 있는바 이는 勤勞條件에 관하여 법률이 최저한의 제한을 설정한다는 의미로 해석된다.⁵⁶⁾ 따라서 이 규정은 契約自由의 原則에 대한 수정을 의미하게 된다. 勤勞條件의 基準을 정하고 있는 勤勞基準法 제22조에서는 “이 법에 정한 기준에 미치지 못하는 勤勞條件을 정한 勤勞契約은 그 부분에 한하여 無效로 한다. 無效로 된 부분은 이 법에 정한 기준에 의한다”고 규정하고 있다.

4) 年少者의 勤勞保護 및 女子勤勞者에 대한 차별금지

憲法 제32조 제5항은 「年少者의 勤勞는 특별한 보호를 받는다」라고 규정하고 있고, 개정 勤勞基準法에서는 의무교육과정이 중학교까지 확대되고 있는 추세를 감안하

55) 헌재 1987. 8. 21 선고, 94헌바19 결정 등 병합.

56) 權寧星, 憲法學原論, 法文社, 1999, 584면

여 최저취업연령을 종래 13세에서 15세로 상향조정하였다(법 제62조). 또한 15세이상 18세 미만인 자의 勤勞時間은 1일에 7시간, 1주일에 40시간을 초과 하지 못한다(제67조).

또한 憲法 제32조 제4항은 「女子의 勤勞는 특별한 보호를 받으며, 雇傭賃金 및 勤勞條件에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다」라고 규정하고 있다. 이에 따라 大法院은 성별작업구분이나 勤勞條件의 구분을 명확히 하지 아니한 채 남녀를 차별하여 정년을 규정한 團體協約書 및 就業規則의 조항이 勤勞基準法 제5조와 男女雇傭平等法 제8조 제1항에 위배되어 無效라고 보았다.⁵⁷⁾

5) 國家有功者 등의 우선적 근로기회부여

憲法 제32조 제6항에서는 「國家有功者傷痍軍警 및 戰歿軍警의 遺家族은 法律이 정하는 바에 의하여 優先的으로 勤勞의 機會를 부여받는다」라고 규정하여 國家有功者 등에 대해 勤勞機會를 우선적으로 보장하고 있다.⁵⁸⁾ 憲裁는 제대군인은 여기서 말하는 國家有功者에 해당하지 않는 것으로 보고 있다.⁵⁹⁾

6) 勤勞權과 解雇自由制限 問題

憲法 제32조에서 勤勞權을 保障하고 있고, 그 내용을 구체적으로 보면 就業權의 保障, 生活費支給保障, 雇傭增進義務, 適正賃金의 保障 등 다양한 책무를 국가에 부과하

57) 대판 1993 4 9 선고, 92누15765 판결

58) 헌법재판소는 국가 등이 공무원을 채용함에 있어 국가유공자에게는 과목별 만점의 10퍼센트를 가산하여 주는 국가유공자등예우및지위예관한법률 제34조 제1항의 위헌성을 다툰 사건에서, 평등권위반여부를 판단함에 있어 자의심사와 비례심사로 나누고, 헌법이 특별히 평등을 요구하는 경우나, 차별적 취급으로 중대한 기본권제한이 초래되는 경우에는 비례심사에 따른 엄격한 심사를 하여야 한다는 제대군인가산점제도결정(99 12 23. 98헌마363)에 따라, 이 사건은 후자에 해당되고, 따라서 비례심사가 요구되는 경우이나, 헌법이 차별명령규정을 두었기에(헌법 제32조 제6항), 비례심사과정에서 보다 완화된 기준을 적용하여야 할 것이라 하면서, 가산점제도는 신체의 상이 또는 가족의 사망 등으로 정신적, 재정적으로 어려움을 겪어 통상적으로 일반인에 견주어 수험준비가 상대적으로 미흡한 국가유공자와 그 유족 등에게 가산점의 부여를 통해 헌법 제32조 제6항이 규정하고 있는 우선적 근로의 기회를 제공함으로써 이들의 생활안정을 도모하고, 다시 한번 국가사회에 봉사할 수 있는 기회를 부여하는 데 있다고 할 수 있으며, 비록 법익균형을 판단함에 있어 일부 문제가 있더라도 전체적으로 입법목적의 비중과 차별대우의 정도가 균형을 이루고 있다면 법익균형을 상실한 것으로 볼 수 없다고하여 기각하였다(2001. 2 22 2000헌마25).

59) 헌재 1999 12. 23 선고, 98헌마363 결정, 제대군인지원에 관한법률 제8조 제1항 등 위헌확인.

고 있다. 그런데 勤勞權을 헌법상 보장하고 있다는 사실이 사용자의 解雇의 自由(employment at will)를 제한할 수 있는 규범적 근거가 될 수 있는가 하는 문제에 대해 살펴보면, 生存權으로서의 勤勞權의 法的意義와 沿革으로 볼 때, 사인간에도 효력을 발생하여 憲法 제32조는 제33조와 더불어 국가의 勤勞權保障義務에 그치는 것이 아니라 解雇豫防 등도 요구할 수 있는 것이며, 不當한 解雇 등을 금지하고 있는 것이다.⁶⁰⁾ 그런데 이러한 解雇禁止 등은 고용주의 解雇의 自由 내지 契約自由를 제한하여 勤勞權이라는 生存權을 보장하는 것이므로, 그 고용주의 자유에 대한 제한은 利益衡量的의 原則에 따라 행하여져야 된다고 하겠다.⁶¹⁾

3. 勤勞者의 勞動3權

(1) 意 義

私所有權絕對의 原則, 契約自由의 原則 및 過失責任主義를 3대지주로 하는 資本主義經濟에 있어서 한편으로는 사회의 부와 번영을 가져 왔으나, 다른 한편으로는 근로 대중의 실업과 빈곤을 야기 시켰다. 그러므로 勤勞者의 건강과 문화적인 최저한도의 人間다운 生活을 보장키 위하여서는 使用者와 勤勞者가 대등한 지위에서 勤勞條件을 결정할 수 있도록 해야 하는 것이다. 이를 위해 現代 憲法에서 勤勞3權을 보장하고 있으며 이들 권리는 勤勞者의 生存權을 확보하기 위한 유효한 구체적 수단으로서 행사 되어 온 것이다.

(2) 法的性格

1) 學說

勤勞者의 團結權과 團體行動權을 소극적인 自由權의 일종으로 이해하는 見解가 있고, 國家는 勤勞者가 團結團體交涉團體行動 등의 권리행사를 보장해주도록 노력할 의무를 지므로 憲法의 勤勞3權은 生存權으로서 보장된다는 견해⁶²⁾가 있으며, 勤勞3權을 自由權이나 生存權이나로 분류할 필요가 없고, 勤勞3權에는 勤勞者가 勤勞3權을 행사하는 것을 국가가 방해해서는 안된다는 自由權的 측면과 勤勞者의 생활향상을 위하여

60) 헌재 2001. 7. 19 선고, 99헌마663 결정.

61) 김철수, 전거서, 823면.

62) 文鴻柱, 前掲書, 309면

국가가 그러한 행동을 할 수 있도록 적극적으로 법률을 제정한다고 하는 生存權의 인면이 병존하고 있다고 한다.⁶³⁾

2) 憲裁判例

憲裁는 “憲法 제32조 및 제33조에 각 규정된 勤勞基本權은 勤勞者의 勤勞條件을 개선함으로써 그들의 經濟的, 社會的 지위의 향상을 기하기 위한 것으로서 自由權의 基本權으로서의 성격보다는 生存權 내지 社會權의 基本權으로서의 측면이 보다 강한 것으로 그 권리의 실질적 보장을 위해서는 국가의 적극적인 개입과 뒷받침이 요구되는 基本權이다”라고 하여 이를 生存權의 基本權으로 보고 있다.⁶⁴⁾ 그러나 憲裁는 그 뒤의 決定⁶⁵⁾에서 勤勞3權의 自由權의 性格을 강조하여 ‘社會的 保護 機能을 담당하는 自由權’ 또는 社會權의 性格을 띤 自由權이라고 하고 있다. 이러한 勤勞3權의 성격으로부터 단지 勤勞者의 團結權을 존중하고 부당한 침해라 하지 아니함으로써 보장되는 自由權의 측면인 국가로부터의 자유권이 아니라, 입법조치를 통하여 勤勞者의 헌법적 권리를 보장할 국가의 의무가 나온다고 한다.

3) 小 結

勤勞者의 勤勞3權은 사회적 약자인 勤勞者가 사회적 강자인 使用者와 대등한 勞使契約을 할 수 있게 하기 위하여 헌법이 보장하고 있는 勤勞者의 生存權이라고 하겠다. 또 勤勞3權은 自由權의 측면도 무시할 수는 없다. 그러므로 생각건대 勤勞3權은 生存權의 성격과 自由權의 성격이 병존하는 권리라고 할 수 있을 것이다. 또한 勤勞3權은 基本權의 분류체계상 개인적 基本權의 측면보다는 집단적 基本權의 측면이 강하다.

(3) 內 容

1) 團結權

① 意 義 : 團結權이라 함은 勤勞者가 勤勞條件向上을 목적으로 사용자와 대등한 교섭력을 가지기 위하여 자주적으로 勞動組合 기타 團結體를 조직·가입하거나 그 團結體를 운영할 權利를 의미한다. 즉 勞動組合을 조직·운영할 권리가 그 주된 것이지만,

63) 朴一慶, 전개서, 287면.

64) 헌재 1991. 7. 22 선고, 89헌가106 결정.

65) 헌재 1998. 2. 27 선고, 94헌바13 결정 등 병합.

일시적 團結體를 조직·운영할 권리도 포함된다. 그리고 勞動組合 및 勞動關係調停法은 勞動組合을 "勤勞者가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 勤勞條件의 維持·改善 기타 勤勞者의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 團體 또는 그 聯合團體"라고 정의하고 있다.

② 內 容 : 團結權은 勤勞者의 개인이 갖는 개인적 단결권과 근로자집단이 갖는 집단적단결권으로 나누어 볼 수 있는데, 전자는 勤勞者가 勞動組合과 같은 단체를 결성하거나 여기에 가입함에 있어 국가나 사용자의 부당한 개입 또는 간섭을 받지 아니함을 의미한다.

따라서 團體에의 불가입이나 그로부터의 탈퇴를 조건으로 고용한다는 Yellow Dog Contract의 締結은 물론 단체의 결성이나 그에 가입을 이유로 해고 등은 不當勞動行爲로서 違憲·違法이다. 특히 문제가 되는 것은 勤勞者에 대하여 단결하지 않을 자유 또는 단체불가입의 자유인 소극적 단결권⁶⁶⁾까지도 보장하는가의 문제인데, 근로자 개인의 團結權에는 단결하지 아니할 자유와 단체불가입의 자유 등 소극적 團結權이 포함된다고 본다.⁶⁷⁾ 노동조합법이 노동조합의 설립에 관하여 신고주의를 택하고 있는 것은 단결권의 침해가 될 수 없다.⁶⁸⁾ 노조설립에 제3자가 조종·선동하는 것을 처벌하는 것(제3자 개입금지)은 합헌이다.⁶⁹⁾ 노동조합이 가입한 산업별 연합단체나 총연합단체 또는 사용자가 가입한 사용자단체는 노사활동을 지원할 수 있다(노동법 §40①) Shop제도는⁷⁰⁾ 근로자의 단결에 강제성을 부여하게 되므로 일반적으로 허용되지 않으나, 노동조합이 노동자의 가입을 강제하는 union shop 협정을 체결할 수 있는가가 문제된다. union shop 조항은 근로자의 소극적 단결권을 침해하는 것으로 원칙적으로 금

66) 김철수 교수의 경우, 소극적 단결권은 자유권에 속하는 결사의 자유에서는 인정될 수 있지만 생존권으로서의 단결권에서는 인정할 수 없다고 하고 있다. 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 1995, 613면

67) 단결권을 결사의 자유와 함께 규정하고 있는 독일기본법 제9조의 경우, 제3항에서 규정하고 있는 단결권에 적극적 단결권과 소극적 단결권이 포함되어 있다고 본다. 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1993, 553면

68) 대판 1997. 10. 14. 96수9829

69) 헌법재판소는 단결권과 단체교섭권행사에 있어서 제3자 개입을 금지하고 있는 노동조합법 제12조의2와 동법 제45조의2에 대한 헌법소원사건에서 합헌이라고 하였고(헌판연 93-2참조), 헌법재판소는 단체행동권 행사에 있어 제3자 개입을 금지하고 있는 노동쟁의조정법 제13조의2에 대한 위헌심판사건에서 합헌이라고 하였다. 소수의견은 언론·출판의 본질적 내용을 침해할 우려가 있다는 위헌의견을 표명하고 있다(1990. 1. 15. 89헌가103, 헌판연 90-1참조).

70) 근로자의 단결을 강제하는 조항으로 근로자는 반드시 노조에 가입하여야 한다는 union shop조항, 노조원이 아니면 고용하지 않는다는 closed shop조항, 노조로부터 탈퇴한 근로자를 해고하도록 하는 maintenance of membership조항 등이 있다.

지된다. 다만 노동조합및노동관계조정법(§81)은 노조가 근로자의 2/3이상을 대표하고 있을 때에는 노조원이 될 것을 조건으로 하는 단체협약의 체결을 부당노동행위로 보고 있지 않으며, 대법원도 union shop 협정이 있는 경우에 사용자는 노조를 탈퇴한 근로자를 해고할 의무가 있다고 본다.⁷¹⁾

2) 團體交渉權

① 意 義 : 團體交渉權이란 勤勞者가 단결권에 기초하여 결성한 단체가 사용자 또는 使用者團體와 자주적으로 交渉하는 權利이다. 따라서 “勞動組合의 대표자는 그 勞動組合 또는 組合員을 위하여 사용자나 使用者團體와 交渉하고 團體協約을 締結할 권한을 가진다”(勞組調停法 제29조 제1항).

② 內 容 : 團體交渉權은 작업환경의 유지, 개선을 위해서 인정되는 권리로 목적상 계약을 받는다, 주로 합리적 勤勞條件과 適正賃金保障 등 교섭당사자의 이해관계가 서로 상반되는 문제에 대하여 행하여지는 것으로 團體交渉結果 맺어지는 團體協約에 대해서 일반사법상 계약에 대한 보호보다도 더 강력한 보호가 요청된다. 그리고 憲裁에 따르면 勤勞條件의 향상을 위한 근로자 및 그 단체의 본질적인 활동의 자유인 團體交渉權에는 團體協約 締結權이 포함되어있다고 한다.⁷²⁾ 쟁의 당사자의 신청이 없음에도 불구하고 노동위원회가 ‘직권으로 쟁의를 중재에 회부’하는 것(강제중재제도)이 공익사업의 경우 신속원만한 타결의 필요성이 요청되므로 공익사업근로자들의 단체교섭권이 나 행동권을 침해하였다고 볼 수 없다.⁷³⁾ 사립학교교원이 노동운동을 한 경우 면직시킬 수 있도록 한 것은 헌법에 위반되지 않는다.⁷⁴⁾ 단체교섭 역시 근로조건의 유지·개선을 목적으로 하는 것이므로 근로조건개선과 무관한 사용자의 경영권·인사권·이윤취득권에 속하는 사항은 단체교섭의 대상에서 제외되나, 노사합의로 단체협약에서 그것을 내용으로 정한 경우에는 그 절차에 따라야 한다.⁷⁵⁾ 사용자는 정당한 이유 없이 교섭

71) 대판 1998. 2. 27. 94헌바13

72) 헌재 1998. 2. 27. 선고, 94헌바13 결정 등 병합.

73) 헌법재판소는 노동쟁의가 발생한 경우 사후에 이를 조정하는 긴급조정제도 외에 사전중재제도인 강제중재제도를 인정하고 있는 노동쟁의조정법 제31조에 대한 헌법소원사건에서, 공익사업의 경우 쟁의행위에 이르기 이전에 노동쟁의를 신속하고 원만하게 타결할 필요성이 요청되므로, 강제중재제도를 위헌이라고 할 수 없다고 하였고, 강제중재에 회부된 경우 15일간 쟁의행위를 할 수 없도록 한 것도 과잉금지원칙의 위반이 아니라고 하였다(합헌의견4인, 위헌의견 5인, 1996. 12. 26. 90헌바19, 헌판연 96-43참조).

74) 헌결 1998. 2. 27. 95헌바10.

75) 대판 1993. 9. 28. 91다30628

을 거부할 수 없으며, 거부할 때에는 부당노동행위가⁷⁶⁾ 되어 근로자측에 손해배상청구권이 발생하며 쟁의행위의 정당한 이유가 된다. 단체교섭의 결과 체결된 단체협약은 국법상 보호를 받는바, 이는 일반 사법상계약보다 강력한 보호 요구되기 때문이다.

3) 團體行動權

① 意義 · 團體行動權을 勤勞者가 罷業이나 怠業 등 그 주장을 관철할 목적으로 업무를 저해하는 행위로, 爭議行爲를 할 權利를 의미한다.

이러한 團體行動權에는 爭議權 이외에 勞動組合의 목적을 달성하기 위하여 집회의 개최, 참가, 리본 또는 머리띠 등의 착용, 유인물의 배포, 벽보의 부착, 연설 등의 행위 등 組合活動權이 포함된다고 하는 것이 多數說 및 判例의 태도이다.⁷⁷⁾

② 內容 : 團體行動權은 국가권력관계에 대하여 형사상 책임을 추궁당하지 아니하고, 사용자에 대하여 민사상 책임을 추궁당하지 않음을 주요내용으로 하고, 또한 團體行動을 이유로 勤勞者를 해고하거나 불이익처우를 해서는 안된다. 다만, 使用者의 직장폐쇄와의 문제에 있어서 직장폐쇄의 헌법적 근거로서 제23조와 관계가 헌법 해석론상 대립이 있는바, 직장폐쇄를 부인하는 견해⁷⁸⁾ 團體行動의 헌법적 보호는 財産權에 대한 勞動3權의 상대적 우월성을 인정하고 있다는 견해⁷⁹⁾ 및 使用者가 불가피한 경우 직장폐쇄로 대항하는 것까지 배제하는 효과는 없는 것으로 보는 견해⁸⁰⁾가 있는바, 爭議行爲權과 財産權保障間의 調和的 解釋이 요청된다.⁸¹⁾

76) 헌법재판소는 노동조합법 제46조에 대한 위헌심판사건에서 사용자의 부당노동행위에 대한 특별 구제절차로서 노동위원회의 구제명령제도를 두었고(노조법 제39조), 구제명령에 대하여 신속한 이행을 확보하는 것이 필요하나(노조법 제44조, 구제명령의 효력은 재심신청이나 소송에 의하여 효력이 정지되지 아니한다), 행정형벌은 행정명령에 대한 의무확보수단으로서 최후적·보충적이어야 하는 바, 재심이나 소송에 의하여 반복될 가능성이 있는 미확정의 구제명령에 대하여까지 그 위반의 경우 징역형으로 처벌할 수 있도록 한 것은 적법절차 및 과잉금지에 위반된다고 하여 위헌으로 선언하였다(1995. 3. 23. 92헌가14. 헌판연 95-12참조).

77) 金亨培, 勞動法, 博英社, 1998, 621면.

78) 김철수 교수가 이에 따르고 있다. 許 營, 憲法理論과 憲法, 博英社, 1995, 629면.

79) 권영성, 전거서, 555면.

80) 허영, 전거서, 629면.

81) 헌법재판소가 근로3권과 관련하여 결정한 구체적인 판결은 다음과 같다. 근로3권을 침해한 것으로 본 헌재결정례로는 모든 공무원에게 단체행동권을 일률적으로 금지한 노동쟁의조정법 제12조 제2항(헌결 93. 3. 11. 88헌바5)이 있고, 근로3권 침해가 아닌 것으로 본 헌재결정례로는, ①제3자 개입금지를 규정한 노동쟁의조정법 제13조의 2(헌결 90. 1. 15. 89헌가103) ② 사립학교교원의 근로3권 제한(헌결 91. 7. 22. 89헌가106) ③공익사업에 대한 강제중재제도(헌결 96. 12. 26. 90헌바19) ④방위산업체 근로자의 쟁의행위를 금지하고 있는 방위산업에관한특별조치법

4. 人間다운 生活을 할 權利

(1) 意 義

人間다운 生活을 할 權利란 生存權의 基本權 중에서 가장 핵심적인 권리로서 Weimar 憲法의 '人間다운 生活', 세계인권선언의 '人間的 尊嚴性에 상응하는 生活' 즉 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 할 권리를 말한다. 유엔의 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 國際規約에서는 '상당한 生活條件을 가질 權利'로서 표현되고 있다(同規約 제11조 1항).

우리 憲法은 모든 국민이 '물질적인 최저생활'을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 추구하고 또 현실적으로 누리는 것을 진실로 바라고 또 그것을 위해서 幸福追求權을 비롯해서 生命權, 신체적 완전성에 관한 權利, 保健에 관한 權利, 環境權, 財産權, 勤勞活動權, 職業의 自由 등을 보장하고 있다. 따라서 이들 여러 가지 基本權을 적절히 활용해서 人間的 尊嚴性에 상응하는 건강하고 문화적인 생활을 꾸려나가는 것은 기본권주체 스스로의 노력에 의해서 이루어질 일이고, 國家로서는 모든 國民에게 우선 '궁핍으로부터의 해방'을 보장해 줌으로써 사회·경제생활의 최소한의 바탕을 마련해 준다는데 '人間다운 生活權'의 헌법적 의의가 있다고 할 것이다.⁸²⁾

(2) 法的性格⁸³⁾

1) 프로그램 規定說: 人間다운 生活權에 관한 憲法規定은 모든 국민이 건강하고 문화적인 생활을 영위할 수 있도록 국정을 운영할 것을 국가의 책무로 선언한 것에 불과하고 개개의 國民을 위한 具體的·現實的 權利를 보장한 것은 아니라고 한다.

2) 抽象的 權利說: 人間다운 生活權은 權利이기거나 그것은 단지 人間다운 生活에 필요한 조치를 요구할 수 있는 抽象的 權利를 규정한 것에 불과하고, 이에 관한 具體的 立法이 없는 한 개개인인 人間다운 生活의 보장을 具體的인 權利로서 주장할 수 없다고 한다.

(헌결 99. 2. 27. 95헌바10) ⑤노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임받은 자에게 단체 교섭권과 함께 단체협약체결권을 부여한 노동조합법 제33조 제1항(헌결 98. 2. 27. 94헌바13)

⑥정당행위로 인정되지 않는 근로자들의 집단적 노무제공 거부행위를 구 형법 제314조의 위협에 의한 업무방해죄로 형사처벌하는 것(헌결 98. 7. 16. 97헌바23) ⑦택시운송 수입금 전액관리제를 규정한 자동차운수사업법(헌결 98. 10. 29. 97헌바345)이 있다

82) 許營, 韓國憲法論, 博英社, 2004, 500면.

83) 權寧星, 憲法學原論, 法文社, 1999, 563면.

3) 具體的 權利說 : 개개의 國民은 人間다운 生活의 保障에 관한 입법이 없거나 그에 관한 입법이 불완전 또는 불충분한 경우에도 법률의 제정이나 개정을 요구할 수 있음은 물론 직접 憲法 제 34조 제1항에 의거하여 인간다운 생활을 국가에 대하여 具體的이고 現實的인 權利로서 주장할 수 있다고 한다.

4) 憲裁判例 : 헌법재판소의 판례는 우선 인간다운 생활을 할 권리가 단순한 프로그램적 규정이 아닌 실천적 규범임을 확인⁸⁴⁾해 주고 있다. 국가가 人間다운 生活을 保障하기 위한 헌법적 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는 國家가 生計保護에 관한 입법을 전치 하지 아니하였다고 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 裁量의 範圍를 명백히 逸脫한 경우에 한하여 憲法에 위반된다고 할 수 있다.⁸⁵⁾ 그러나 헌법재판소의 인간다운 생활을 할 권리에 대한 인식에 관여하는 의문이 있다.

헌법재판소는 주택건설촉진법 제3조 제9호가 주택조합(지역조합과 직장조합)의 조합원 자격을 무주택자로 한정하고 있는 것은 헌법에 위반되지 않는다고 판시하면서 헌법 제34조 인간다운 생활을 할 권리를 인용⁸⁶⁾하고 있다. 이 때 인간다운 생활을 할 권리는 사실상 유주택자에 대한 조합원자격(능력?)을 가진 무주택자의 특혜를 합리화(합리적 차별)하는 근거로써 원용되고 있는 셈이다. 물론 이 때 조합원 자격을 가진 무주택자보다 열악한 환경 속에서 생활하고 있는 최저생활자가 없다면 인간다운 생활을 할 권리라는 헌법규범의 인용은 아무 문제도 없다. 그러나 그런 경우가 아니라면 문제이다.

문제의 발생은 정부의 규제조정에 의한 효율왜곡의 대가를 재분배하는 데 있어 '최저생활의 문제'와 '적정한 소득의 분배문제를' 구별하지 않고 모두를 인간다운 생활의 문제로 포괄하고 있다는 사실로부터 나오는 것이다. 분명한 것은 어떤 경우라도 효율적인 노동력 재생산을 위한 적정소득분배과정에 인간다운 생활을 할 권리개념을 남용해서는 안 된다는 것이다. 왜냐하면 이 때 인간다운 생활을 할 권리를 인용하는 것은 경우에 따라서는 마지막 최저생활자의 최저한의 사회적 삶을 누릴 권리를 오히려

84) 憲裁判決 1992. 11. 12. 89헌마88, 同 1994. 2. 24. 93헌바43, 同 1994. 7. 29. 92헌바4952(병합), 同 1995. 3. 2. 92헌가4, 95헌가3, 93헌바4, 94헌바33(병합), 사회적 기본권의 헌법소송적 실현방법에 대해서는 권영성, 사회적 기본권의 헌법규범성고·헌법소송적 실현을 위한 시론, 「헌법은 총」(제2집), 1991참조.

85) 헌재 1997. 5. 29 선고, 94헌마33 결정.

86) 憲裁判決 1994. 2. 24. 93헌바43, 同 1994. 7. 29. 92헌바4952(병합)에소도 인간다운 생활을 할 권리가 이와 유사한 방식으로 인용되고 있다. 헌법재판소는 인간다운 생활을 할 권리를 택지소유제한범위 내의 나머지 소유자와 건축물이 존재하는 토지소유자간의 관계에서 문제삼고 있다.

방해하는 결과가 될 수도 있기 때문이다. 그리고 이는 인간다운 생활을 할 권리의 규범적 의의를 무력화시키는 것이다. 결국 인간다운 생활을 할 권리를 고려한다면 모든 소득재분배정책은 특정분야의 효율왜곡의 대가가 또다시 특정계층에게만 효율적·정치적으로 집중되는 방식⁸⁷⁾을 넘어서서 전체적인 조세정책을 통한 효율관리와 분배방식으로 최저한의 사회적 생활수준향상에 최대한의 노력을 기울이는 방식으로 나아가야 할 것이다. 그리고 이것이 헌법규범을 전체로서 조화롭게 실천하는 길이다

5) 小 結

人間다운 生活을 할 權利는 人間의 尊嚴性을 실현하기 위한 최소한의 방법적 기초를 뜻하고, 경제생활에 관한 基本權들의 이념적 기초를 뜻할 뿐만 아니라 국가의 경제정책과도 불가분의 함수관계에 있기 때문에 사회국가실현의 국가적 의무를 내포하는 국민의 具體的인 權利라고 할 것이다.⁸⁸⁾ 그러므로 具體的으로 국가에 대해 청구할 수 있는 권리로써 어디까지나 法的權利라고 보아야 한다. 이 권리는 立法에 의하여 訴求할 수 있는 완전한 請求權이 생긴다고 보아야 한다.⁸⁹⁾

(3) 內 容

1) 生活無能力者の 保護請求權

生活無能力者の 保護請求權이라 함은 신체·장애·질병·노령 기타 근로능력의 상실로 인하여 자조적인 생활유지의 능력이 없는 사람이 국가에 대해서 生計保護 및 醫療保護 등을 요구할 수 있는 具體的인 權利를 말한다. 이와 같은 權利를 실현시키고 具體化하기 위하여 제정된 대표적인 법률이 國民基礎生活保障法과 醫療保護法인데, 그 밖에도 國家有功者優遇 등에 관한 法律, 障礙人雇傭促進 및 職業再活法 등이 있다.

87) 물론 이러한 방식이 인간다운 생활을 할 권리의 직접적인 효과가 아니라고 해서 언제나 가차 없이 위헌판단을 내리기는 쉽지 않을 것이다. 왜냐하면 어떤 방식이든지 소득격차 완화효과가 있다면 그것은 일단 헌법적 근거가 있는 것이기 때문이다. 다만 '소득격차의 완화'가 '최저생활의 보장'을 대체하지는 못하는 상황에서 극단적인 최저생활의 회생을 전제로 하는 소득격차 완화정책은 위헌사태를 불러일으킨 것이다. 예컨대 최상층에 대한 누진세 강화의 대가가 언제나 최저생활비 향상에는 미치지 않은 채 중산층의 조세부담감에만 극단적으로 기여하는 등의 경우이다.

88) 허영, 전제서, 502면.

89) 현재 1995. 7. 21 선고, 93헌가14 결정.

國民基礎生活保障法은 '건강하고 문화적인 최저생활을 유지할 수 있는' 수준에서 生活給與를 하여야 한다고 규정함으로써(제4조 제1항) 최소한도 물질적인 최저생활이 유지될 수 있도록 노력하고 있다. 그래서 생활이 어렵고 자활능력이 없는 국민은 누구나 國家로부터 最低生計費를 지원받을 수 있다(제1조, 제2조, 제5조, 제6조) 인간다운 생활을 할 권리는 최저생계 수준에 그칠 수 밖에 없을 것이다.⁹⁰⁾

2) 國家의 社會國家實現義務

國家의 社會國家實現義務라 함은 모든 국민이 '물질적인 궁핍'과 '재난'에 봉착함이 없이 자율적인 생활설계에 의한 자조적인 생활유지가 가능하도록 合理的인 社會保障制度를 마련할 義務를 말한다. 우리 憲法은 특히 사회적 약자라고 볼 수 있는 여자의 복지와 권익향상 그리고 장애인 및 노인과 청소년의 복지향상을 사회보장정책에서 특별히 배려할 것과 현대산업사회에서 흔히 발생할 수 있는 각종 재해를 예방하고 재해 위험으로부터 국민을 보호할 수 있는 합리적이고 실효성 있는 社會保障政策을 추구하도록 國家에 명하고 있다.⁹¹⁾

헌법재판소는 공무원연금법상의 연금수급권은 사회보장수급권의 성격과 재산권의 성격을 아울러 지니고 있는바, 연금수급권의 내용을 형성함에 있어 반드시 민법상 상속의 법리와 순위를 따라야 하는 것은 아니며, 독자적으로 규율할 수 있으며,⁹²⁾ 고엽제후유증환자의 보상수급권의 발생시기를 일반 전상군경과 동일하게 등록신청을 한 때부터 정한 것은 자의적이라 할 수 없고,⁹³⁾ 장교와 병은 그 법적 지위, 사회보장의 필요성, 연금제도의 적합성 등에 차이가 있는바 군복무기간을 공무원연금법상의 공무원 재직기간에 산입함에 있어 장교와 사병을 차별한 것은 합리적이라고 한다.⁹⁴⁾ 또한 국민연금에 있어 한 사람의 수급권자에게 여러 종류의 수급권이 발생한 경우에 국민연금의 특성상(재원의 제한, 급여 대상자의 증가) 반드시 중복하여 지급할 필요가 없으며,⁹⁵⁾ 퇴직연금의 수급자가 '사립학교교직원연금법 제3조의 학교 기관'으로부터 보수 기타 급여를 지급받은 경우 퇴직연금의 지급을 정지하도록 한 것은 위헌이 아니다.⁹⁶⁾

90) 헌결 1995. 7. 21 93헌가14.

91) 헌재 2003 7 24 선고, 2001헌바96 결정

92) 헌결 1999. 4. 29. 97헌마333.

93) 헌결 2000. 7. 20. 98헌가4.

94) 헌결 1999. 9. 16. 97헌바28.

95) 헌결 2000. 6. 1. 97헌마190.

96) 헌결 2000. 6 29 98헌바106.

5. 環境權

(1) 意義

環境權은 '건강하고 쾌적한 環境에서 公害 없는 생활을 누릴 수 있는 權利'를 말할 수 있는데, 여기서 '건강하고 쾌적한 環境'은 自然環境이라고 볼때, 자연환경은 그것을 권리의 객체 내지는 법적 규율의 대상으로 삼는 데는 스스로 일정한 한계가 있다. 따라서 憲法이 '건강하고 쾌적한 環境'을 基本權으로 보장한다고 하는 것은 결국 자연환경에 나쁜 영향을 미치는 행위를 자체 내지 규제해서라도 자연환경이 '건강하고 쾌적한 環境'으로 보전될 수 있도록 노력하겠다는 것이다.⁹⁷⁾

(2) 法的性格⁹⁸⁾

環境權의 法的性格에 관해서는 여러 學說이 있으나 生存權으로서의 성격을 인정하는 경우에 다음과 같이 나누어진다.

1) 프로그램 說 : 環境權은 立法權의 政治·道德的 義務를 정하고 있을 뿐이며 法的 義務는 아니라고 한다. 그러므로 국가의 의무달성에 대해서는 그 정치적인 책임은 물을 수 있어도 재판에 의하여 그 법적 책임을 물을 수 없다고 한다.

2) 抽象的 權利說 : 環境權은 人間다운 생활환경 속에서 살 수 있도록 필요한 입법을 요구할 수 있는 法的 權利를 보장하고 있다고 본다. 다만 이 權利는 그것이 입법에 의하여 실현되고 그 具體的인 請求權으로서 정해진 경우에만 그 입법에 기하여 權利侵害의 구제를 法院에 訴求할 수 있다고 한다.

3) 具體的 權利說 : 環境權은 法的權利이며 이의 침해에 대해서는 재판 등을 통한 구제를 요구할 수 있고, 環境侵害行爲의 中止請求나 妨害排除, 豫防請求를 기초지우는 具體的 權利라고 한다.

4) 判例 : 大法院은 “環境權에 관한 위 규정만으로는 그 보호대상인 環境의 內容과 範圍, 權利의 主體가 되는 權利者의 範圍 등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵고, 사법상의 권리로서의 環境權이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 關係法令의 規定趣旨나 條理에 비추어 권리의 主體, 對象, 內容, 行使方法 등이 具體的으로 정립될 수 있어야 할 것이다⁹⁹⁾”라고 하고 있다.

97) 許營, 韓國憲法論, 博英社, 2004, 425면

98) 김철수, 전거서, 858면

99) 대판 1997. 7. 22 선고, 96다56153 판결

5) 小 結

環境權은 基本權으로서 人間의 尊嚴과 價値·幸福追求權에서 파생된 基本權으로서 生存權의 基本權에 포함된다고 본다. 또 개인이 누려야 할 건강하고 쾌적한 환경에 대한 침해배제를 청구할 수 있는 自由權의 基本權의 측면도 있다고 보아야 한다. 그러므로 環境權의 法的性格을 總合的 基本權이라고 볼 수 있다.¹⁰⁰⁾

(3) 內 容

1) 公害豫防請求權(環境保全請求權)

公害豫防請求權이라 함은 國家·公共團體 또는 私인이 개발·사업·공사 등을 시행함에 있어 自然環境 또는 生活環境을 훼손·파괴함으로써 環境汚染이나 公害를 유발하는 결과를 초래하지 아니하도록 環境영향평가·環境훼손행위규제 등과 같은 충분한 예방적 조치를 강구하여 주도록 요구할 수 있는 權利를 말한다.

2) 公害排除請求權(環境復舊請求權)

公害排除請求權이라 함은 國家·公共團體 또는 私인의 行위로 말미암아 環境이 오염되거나 公害가 발생하고 그것이 수인의 한도를 초과하는 경우에 그 環境汚染이나 公害를 배제하여 주도록 요구할 수 있는 權利를 말한다.

3) 쾌적한 주거생활

人間生活에서 衣·食·住라는 基本權의인 생활의 수요가 충족되어야 인간다운 생활의 최소한을 확보할 수 있다. 住居問題는 특히 都市化·産業化 과정에서 심각한 사회문제로 대두되고 있다. 이에 國家는 住宅政策開發을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 하고, 특히 都市貧民問題를 해결하기 위해서는 庶民賃貸住宅을 대량으로 공급하여야 한다. 또한 都市화에 따른 住居環境改善을 위하여 적극적인 공적 개입이 필요하다.

(4) 현행 環境權規定의 問題點

환경권의 객체를 '건강하고 쾌적한 환경' 대신에 자연환경으로 국한하며, '환경권의

100) 成樂寅, 憲法學, 法文社, 2004, 520면.

내용과 행사를 법률로 정한다'에서 '행사'부분을 삭제하고, 쾌적한 주거환경을 환경권에서 규정한 것은 환경정책과 사회보장정책을 혼동한 것으로 제35조가 아니라 제34조에서 규율하는 것이 타당하며, 환경권외에 환경보호를 헌법의 기본원리나 국가목표규정으로 규정하는 것이 바람직하다고 한다.¹⁰¹⁾

V. 結 論

이상에서 生存權의 基本權의 意義와 生存權의 沿革을 살펴보고, 또 生存權의 基本權의 法的性格과 內容 및 生存權의 基本權에 관한 몇가지 문제점을 살펴보았다

生存權의 基本權은 20세기에 들어와 資本主義의 경제체제의 모순과 갈등이 심화되고 또한 독점자본세력이 정치권력과 결합한 제국주의의 발호로 인하여 사회적 갈등이 심화되면서 등장하기 시작한 것이다. 그것은 곧 人間의 실질적 평등을 구가하기 위한 自由와 平等理念의 실질적 구현에 초점이 놓여질 수 밖에 없었다. 이러한 이념의 憲法的 表現이 바로 1919년 바이마르 헌법을 통하여 나타났다. 이 憲法은 “經濟生活의 秩序는 각인으로 하여금 人間다운 生活을 保障하는 것을 목적으로 하는 정의의 원칙에 합치하여야 한다”(제151조)라고 하여 최초로 生存權의 基本權에 관한 규정을 명문으로 하였다.

그 후 각국의 여러 헌법이 生存權의 基本權을 규정하게 되었고, 우리 憲法도 건국 이래 현재에 이르기까지 生存權의 基本權을 규정해 왔다.

그러나 生存權의 基本權의 헌법이론상 法的性格에 관하여 ① 立法方針規定說 ② 原則모델에 따른 權利說 ③ 抽象的 權利說 ④ 具體的 權利說 ⑤ 불완전한 具體的 權利說 ⑥ 折衷說 등 學說이 여러 가지로 대립되고 있다. 그러나 종래에는 立法方針規定說이 지배하다가 1970년대에 抽象的 權利說이 지배하였으며, 1990년대 이후 憲法裁判所가 기능하면서 具體的 權利說을 채택하고 있으나 이에 대하여도 학자들의 批判이 있다.

다음으로 生存權의 基本權의 內容을 살펴보면, 우리 憲法은 전문에서 실질적 평등 사회 건설의 이념을 천명하고, 제10조에서 「人間으로서의 尊嚴과 價値, 幸福을 追求할 權利를 가진다」라고 하여 基本權保障의 大原則을 선언하고, 憲法 제34조 1항에서

101) 홍성방, 헌법(2), 229면 이하 참조.

「人間다운 生活을 할 權利를 가진다」라고 규정함으로써 生存權의 基本權의 大原則을 선언하고 있다. 그리고 제31조는 教育을 받을 權利, 제32조는 勤勞의 權利, 제33조는 勤勞者의 勤勞3權, 제34조는 社會保障을 받을 權利, 제35조는 環境權 및 住居生活에 관한 權利, 제36조는 婚姻과 家族生活에서의 兩性平等과 母性, 保健에 관하여 국가의 보호를 받을 權利 등을 규정하고 있다. 그러므로 모든 國民은 人間다운 生活을 할 權利를 가지며 국가는 生活능력없는 國民을 보호할 의무가 있다는 憲法의 규정은 입법부와 행정부에 대하여는 國民소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위 안에서 최대한으로 모든 國民이 물질적인 최저생활을 넘어서 人間의 尊嚴性에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 할 것이다.

그리고 生存權의 基本權에 관하여 여러 가지 문제점이 있겠지만 여기서 몇가지 문제점을 살펴보면, 첫째, 生存權의 基本權實現에 있어 法院이나 憲法裁判所의 機能은 매우 제한적일 수 밖에 없으므로 헌법규정이 최저생활수준의 보장에 대한 具體的 權利의 保障을 포함한다고 하면 이러한 권리가 침해될 경우 이의 구제를 위한 司法的 節次가 문제될 수 있고, ② 無償의 義務教育이 權利의 性格을 가진다고 볼 경우에 이는 헌법규정에 의하여 직접적으로 나오는 것인지 아니면 法律로 정해야 權利로 保障되는 것인지 하는 문제가 있고, ③ 勤勞權의 對私人的效力과 관련된 勤勞權과 解雇自由制限 문제로 요약해 볼 수 있는데, 이에 대하여 살펴보았다.

生存權의 基本權은 모든 國民이 적어도 생존을 위한 最低水準의 社會保障을 받아서 ‘人間다운 生活을 할 權利’는 國家의 財政事情 등의 여건이나 정치 혹은 정책적 배려에 의해 좌우될 수 있는 가변적이고, 反射的인 利益도, 訴求可能性이 부인되는 抽象的인 權利도 아니다. 그것은 국가에 대한 객관적인 의무부과를 넘어서 재판을 통한 구체적인 給付請求權이 보장되는 主觀的인 權利로 이해된다¹⁰²⁾는 주장은 설득력을 갖는다. 그러한 한에서 生存權의 基本權과 관련해서 憲法裁判所는 憲法判斷의 최종권한을 가지고 있으므로 憲法理念을 그 나름대로 具體的이고 客觀的으로 결정하여 生存權이 단순한 이념형에서 벗어날 수 있도록 좀더 적극적이고 전향적인 태도를 취할 것이 요청된다고 하겠다.

102) 이덕연, 우리는 왜 “인간다운 생활을 할 권리”를 헌법에 규정하고 있는가?, 헌법판례연구 제1집(1999), 143면 이하(181면)



송길웅

교육을 받을 권리(Right to Education) 노동의 권리(Right to Labor)

노무(동)자의, 노동 3권(Labor's Three Rights to Labor)

인간다운 생활을 할 권리(Right to enjoy the human living)

환경권(Environmental Rights)

[ABSTRACT]

The Materialization of the Survival and Fundamental Rights Under the Decision of the Constitutional Court

Song, Geel-Woong

The Right of Life in the Constitutional Law has started to appear in the beginning of 20c because the contradiction and conflict of capitalistic economic regime deepened and as well as the social dissension got worse owing to a imperialistic domination with which the monopoly capital force and political authority was in collusion. Immediately it has no choice but to focused on the substantial embodiment of freedom and equality idea for singing the substantial equality of human. The constitutional embodiment of the idea showed through the Weimarer Verfassung in 1919. This constitution suggested that "the order of economic life is in accord with a principles of justice which enabled everybody to secure human life"(Article 151) , stipulating first for a provision on the Right of Life.

After then, many constitutions in each nation got provided the Right of Life, the Constitution of Korea also has provided it up to now since the establishment of country.

But there are many opposing theories on the constitutional theoretic legal character: ①the legislative principle provision test ②the right test according to principle model ③the abstract right test ④the concrete right test ⑤the incomplete concrete right test ⑥the compromise test. But the legislative principle provision test has dominated hitherto, the abstract right test governed in 1970s, and as the Constitutional Court of Korea has been working since 1990s, the concrete right test has adopted, but several scholars criticize about it.

Next as the contents of the Right of Life shows, the Constitution of

Korea declares the idea of substantially equal social establishment in the preamble, proclaims the broad principle of fundamental human right security saying 「Everybody has the dignity and value as human being, the right of happiness pursuit」 in Article 10, and pronounces the broad principle of the Right of Life by providing 「Everybody has the right to enjoy the human living」 in Clause 1, Art. 34. And it prescribes the Right to Education in Article 31, the Right to Labor in Art. 32, the Labor's Three Rights to Labor in Art. 33, the Right to Social Security in Art. 34, the Environmental Rights as well as the Right to Housing Life in Art. 35, and the Right to National Protection on Equality of the two Sexes, Motherhood, and Health in Marriage and Family Living in Art. 36. Therefore as the constitution provides that every national people have the right to enjoy the human living and the nation has the obligation to protect its people without living ability, the legislative and administrative bodies should guarantee that all people enjoy a healthy and cultural life coincided with human dignity beyond the materially minimum standard of living within the limits of the possible according to the national income, financial capacity, and policy.

And there are many problems on the Right of Life but here examine some: ① If the constitutional provision includes the security of concrete right on the guarantee of minimum standard living because the Court of Justice and Constitutional Court of Korea have very limited functions in realizing the Right of Life, there will be judicial procedure for reliving it in the case of the invasion of constitutional right. ② If the gratis compulsory education has a character of right, there will be question whether the character of right directly comes from the constitutional provision or be guaranteed by the law as the Right, ③ It may be summed up as the problems of the Right to Labor and the limits of dismissal freedom related the versus individual effect of the Right to Labor, I considered about it.

The Right of Life provides that all national could enjoy the human living through the minimum standard of social security at least for

survival, hence it is not only variable, reflective profit swayed by the financial conditions, political or policy concerns of nation, but also the abstract right which denies the possibility of lawsuit. It is persuasive that the Right of Life is not objective obligatory levy on the nation, but subjective right which guarantees a presentation demand through trial. As far as it goes, since the Constitutional Court of Korea has the final authority on constitutional judgement connected with the Right of Life, it should decide concretely and objectively the constitutional idea, taking a positively reformative attitude more than before for getting the Right of Life out of a simply ideological form.