

## 사회국가에 있어서의 자유에 관한 일고찰

류 시 조\*

### <목 차>

- I. 머리말
- II. 사회국가개념의 형성과 수용
- III. 사회국가의 개념
- IV. 사회국가에 있어서 자유의 본질과 성격
  - 1. 자유 및 자유권의 이중성
  - 2. 자유권의 반독점권성의 상실
  - 3. 자유권의 생존권성과 사회권의 반독점권성
- V. 맺는말

### I. 머리말

현대국가의 성격을 규정하는 말은 매우 다양하다. 현대국가를 특징지워서 일컫는 말에는 사회국가·복지국가·조세국가·재정국가·정의국가·적극국가·행정국가·급부국가·계획국가·문화국가·정당국가 등과 같이 매우 다양하다. 현대국가의 개념을 특징지우는 여러 수식어는 모두 현대국가의 특성을 내용·영역·기능 등의 어느 한 측면에서 강조한 것이라 할 수 있다. 이 중에는 그 개념이 비교적 정립된 것이 있는가

\* 부산외국어대학교 법학부 교수.

하면, 어떤 개념은 학문적 개념으로서 정립되었다기 보다는 편의적으로 통칭되는 것들도 있다. 현대국가를 어떤 말로 일컫든 간에 현대국가의 특성을 비교적 명료하게 함축하고 있는 것임은 물론이다. 현대국가는 근대국가의 정치적 이념이나 목적을 실질화하기 위하여 이전의 근대 시민국가의 전통적 기능과 역할을 보다 적극적으로 실질적으로 이해하고 있다는 점에서 근대국가와 본질적인 차이는 없다고 할 수 있다. 그러나 자유와 권리의 理想은 동질적이라 할 수 있으나 그 실천방법과 이해구조에서는 많은 차이점을 가진다는 점에서 그 성격을 명확히함은 매우 중요하다. 그 중 헌법학에서 자유는 가장 본질적인 문제이고, 자유의 이해구조와 실천방법은 헌법상의 모든 논쟁의 귀일점이라 할 수 있다. 그리고 국가의 성격론과 본질론의 중심에는 바로 자유의 개념구조가 자리 잡고 있다는 점에서 현대국가의 국가성격과 자유의 의미를 고찰해 보는 것은 매우 유용하다고 하겠다. 현대국가의 법적 성격을 개념규정하는 사회국가라는 용어는 학문적 개념으로서는 많은 논란이 있었음에도 불구하고, 비교적 널리 수용되고 있다고 할 수 있다. 사회국가의 개념적 특성을 이해함에 있어서는 학자들에 따라 매우 상이한 입장이 있으며, 현대 한국헌법의 기본원리의 하나로 사회국가원리를 드는 경우에도 그 개념적 성격에 대해서는 다양한 견해가 있음은 주지의 사실이다.

따라서 사회국가의 개념적 특성과 이의 해석모델을 통해 사회국가의 자유에 관한 기본권적 특성을 비교함으로써 사회국가에 있어서 자유의 본질과 자유권의 법적 성격을 재구성해 보아 헌법상의 기본권체계를 다시 한번 음미해 보고자 한다.

## II. 사회국가개념의 형성과 수용

근대사회 이전에는 시민사회의 미형성으로 인하여 사회는 없고 국가만이 존재하였으나, 사회계약론의 등장과 함께 시민개인의 생명·자

유·재산의 보존을 위한 전재로서 국가와 구별되는 시민사회가 성립되었다. 따라서 고전적 시민사회는 봉건적인 신분의 정치적 경제적 지위를 특권적으로 보장하는 신분제사회와는 달리 개인주의 자유주의를 사상적 배경으로 하여 근대 시민계급의 정치적 경제적 지위를 보장하는 자유·평등사회이다. 시민사회의 정치적 법적 보장을 위한 시민국가는 근대 시민의 정치적 경제적 자유를 합법적인 절차에 의하지 아니하고는 침해할 수 없다는 의미에서 법치국가이며, 시민의 법적 자유와 평등은 국가의 최소한의 간섭과 개인의 최대한의 자율성에 바탕을 둔 유토피아의 실현을 내용으로 하는 자유국가이다. 그러나 산업사회로 사회구조가 변질되고 시민의 계층분화가 가속화됨에 따라 시민사회에서 개인의 자유와 평등의 내용과 실질은 현실적으로는 부자유와 불평등이라는 이질적인 것으로 기능하는 매우 관념적이며, 비현실적이라는 사실로 나타났다. 시민국가는 구체제의 사회적 모순에 대한 시민혁명이라는 새로운 정치적 투쟁의 산물이었으며,<sup>1)</sup> 시민국가가 산업국가로 변질되어 감에 따라 시민국가의 새로운 사회적 모순은 시민사회의 자유와 평등의 의미를 변질시켰다. 즉 사회계급의 분화와 경쟁·대립, 사회이익의 다원화, 도시화 산업화로 인한 재해와 질병의 급증, 공황과 실업의 일상화 등으로 인한 사회적 적폐의 중심에는 종래의 정치적 자유와 평등 이념에 기초한 계약의 자유와 결합한 소유권의 독점적 지배구조가 그 중심에 자리 잡고 있었다.<sup>2)</sup> 시민사회의 자유와 평등은 사회 경제적으로 뿐만 아니라 정치적으로도 매우 형식적인 것이고, 내용적으로도 매우 공허한 내용의 구호에 지나지 않는다는 경험과 자각은 종래의 시민국가의 법제도적 현실에 대한 반성과 이의 개혁에 대한 사회적 욕구를 증폭시키고, 그 결과 시민국가에 대체하는 새로운 국가모델을 모색하게 되리라는 것은

1) E.R.Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, in: E.Forsthoff(Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1956., S.591.

2) Vgl. A.Gehlen, Soziologische Voraussetzungen in gegenwertigen Staat, in: E.Forsthoff(Hrsg.), a.a.O., S 328.

매우 자연스러운 결과였다.

이러한 사회적 모순은 국가기능과 사회의 본질에 대한 근본적 인식의 변화를 초래하였으며, 동시에 국가의 영역과 사회의 영역을 이원론적으로 구별하는 사고방식에도 의문이 제기되었다. 즉 사회는 국가 이전에 존재하는 인민의 사회적 본성에 의하여 성립된 본성적 집단이고, 국가는 사회계약에 의하여 비로소 성립된 인위적인 정치적 조직으로서 국가기능은 자연상태의 사회의 본질을 보호유지 하는 범위 안에서만 그 존립의 의의를 가지는 것에 불과하다. 그러나 국가권력을 인민으로부터 수입한 통치자는 현실적으로 권력을 남용하여 인민의 자유와 권리를 침해하게 되어 인민은 국가로부터 점점 유리되어 국가와 사회의 긴장은 고착화되어 갔으며, 사회적 모순은 사회적 동질성을 급속히 해체해 감에 따라 국가와 사회를 이원적인 존재로서 분립과 대립의 구조로 이해하게 되어 시민사회의 「사회성」의 해체를 가속화시켜, 시민국가의 존립을 위태롭게 되었다.<sup>3)</sup>

그러나 시민사회는 국가의 질서유지기능을 담보로 하여 자유와 평등이라는 이상의 실현을 목적으로 자율성·동질성을 본질로 한다는 점에서 「사회 없는 국가」를 상상할 수 없으며, 또한 국가와 사회는 본질적으로 대립적인 존재라고 할 수 없다. 사회와 국가의 대립과 갈등을 조정하고, 이해를 일치시키는 움직임은 국가의 사회정책의 필요성과 당위성을 수용하는 것으로 국가와 사회의 일원적 이해에 기초하는 것이라 할 수 있다.<sup>4)</sup>

3) 칼 슈미트는 국가와 사회의 구별을 전제로 정치적 구성부분과 법치국가적 구성부분을 대립시켜 권력분리원리와 기본권을 개인의 자유보장을 위한 법치국가적 구성부분, 즉 사회적 영역으로 보고 있다(C.Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, § 12); 국가와 사회는 그 이념(전체성과 개별성), 목적(공익과 사익), 내용(질서와 자유), 수단(강제성과 자율성), 절차(규제·간섭과 사적 자치), 한계(공익성과 사회성)에서 차이를 보이고 있다는 점에서 사회성과 국가성은 특성상 상호 대립관계에 있으나 국가는 시민사회를 부분사회로 한다는 점에서 사회없는 국가는 존재할 수 없다. 이러한 관점에서 오늘날 사회성에 국가성의 침투의 문제 혹은 국가성의 약화에 의한 사회성의 강화의 문제가 논의의 중심이 되고 있다.

4) Vgl. H.H.Rupp, in: J.Isensee/P.Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*

따라서 국가가 '규제와 간섭'을 통하여 임금 조정과 물가 조절 등 시민 사회의 경제적 분배기능에 관여하고, 고용의 확충과 사회적 약자에 대한 급부와 구호를 확대하여 사회적 생존배려를 확대함으로써 사회의 동질성을 확충하여 사회성을 강화하고, 사회의 국가의존가능성과 국가의 사회적 과제를 변증법적으로 부여함으로써 사회적 영역에서 국가성의 보장을 요청하였다.<sup>5)</sup> 이러한 시대적 요청을 독일 기본법 제20조 1항과 제28조 1항에서 "사회적 연방국가"와 "사회적 법치국가"라는 용어를 사용함으로써 종래의 시민국가와는 전혀 성격을 달리하는 새로운 성격의 국가, 즉 사회국가(Sozialstaat)가 비로소 등장하였다. 사회국가의 정체성은 「사회적(soziale)」이란 의미를 어떻게 이해하느냐에 따라 그 성격을 전혀 달리하며, 그 의미적 스펙트럼은 학자에 따라 매우 다양한 양상을 보이고 있다.

### III. 사회국가의 개념

독일 기본법상의 사회국가원리는 그 이전의 사회적 이념을 헌법에 수용한 것으로 평가되어지고, 그 사회적 이념을 이해하는 입장에 따라 사회국가의 개념도 상이한 것으로 이해되고 있다. 즉 사회국가를 사회주의·민주주의·법치주의·자유주의·연방주의 등과 같은 이념적 관점에 따라 다양한 성격의 개념적 모델로 유형화되고 있다.

이미 바이마르헌법상에 여러 사회정책적 규정을 두고 있었지만, 바이마르 헌법상의 사회정책적 규정은 아직 국가권력을 구속하는 정도로까지 이해되지 아니하고, 다만 선언적 성격에 그치는 것으로 해석되었기

---

der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1987, §28 Rn.4ff.; R.Herzog, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Art 20 II, Rn. 54.

5) Vgl.. H.F.Zacher, in: J.Isensee/P.Kichhof(Hrsg.), a.a.O., Rn.25, 26.

때문에 산업사회의 진전으로 출현된 사회적 이념이 아직 국가구속적이기에는 한계를 지니고 있어 이후의 기본법이 등장하기까지 시민국가에서 사회국가로 이행과정에 나타난 과도기적인 상태였으므로 아직 사회국가로서 특성을 가질 수는 없었다. 그러나 기본법의 출현으로 사회적 기본권을 비롯한 사회정책적 규정은 전통적인 시민사회의 정치적 동질성을 회복하기 위한 보충규정으로서는 뿐만 아니라 국가권력을 구속하는 ‘사회적’ 규범으로 등장됨으로써 새로운 이념의 국가, 즉 사회국가원리로 무장한 사회국가는 규범성을 가지게 되었다.<sup>6)</sup>

그러나 “사회적” 개념은 독일 기본법 제20조 1항과 제28조1항에서 공화적 민주적이라는 용어와 함께 법치국가의 形容重語로 사용되었으나 그 어의의 실체를 파악하기 어렵다는 점과 이의 실현 방법론에 관한 상세규정이 미흡하다는 점에서 사회국가는 “사회적”이라는 어의를 어떻게 이해하고, 어떻게 실현해 가느냐에 따라 다양한 개념적 모델이 설정될 수 있고, 그 개념적 모델에 따라 종래의 시민국가의 자유와 평등의 내용 및 실천의 방법과 폭이 상이하게 나타날 수 있는 여지를 남겨 놓게 된다. 독일의 경우에 있어서 사회적이란 어의를 정의불가능한 것으로 보아 사회국가조항의 규범성을 부인하는 견해<sup>7)</sup>에서 규범적 의미를 적극적으로 부여하는 견해,<sup>8)</sup> 그리고 규범적 의미를 긍정하는 견해에도 다양한

6) Vgl. H.P.Ipsen, Über das Grundgesetz, in: E.Forsthoff(Hrsg.), a.a.O., S.21ff.

7) E.Forsthoff, Verfassungsprobleme des Sozialstaats, in: E.Forsthoff(Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, S.27ff.; E.Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: E.Forsthoff(Hrsg.), a.a.O., S.75-82.

8) 사회국가개념을 규범적인 것으로 이해하는 경우에도 사회국가조항을 국가목표 규정설(U.Scheuner, Staatszielbestimmungen, in: Festschrift für E.Forsthoff, 1972, SS. 335-336.), 법해석지침설(A.v.Hueck, Der Sozialstaatsgedenke in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: E.Forsthoff(Hrsg.), a.a.O., SS.411-430.), 입법자에 대한 수권 위임설(K.Hesse, Grundzüge des verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1980, S.84.), 대국가구속규범설(O.Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. Der soziale Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher Sicht, in: E.Forsthoff(Hrsg.), a.a.O., S.39, S.41.), 자유구속규범설(H.Gerber, Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, in: E.Forsthoff

해석유형<sup>9)</sup>으로 나타난다. 우리의 경우에는 사회국가조항을 헌법상 명문화하고 있지는 않으나 판례나 학자들은 그 개념적 혼란을 겪으면서도 독일과 같이 대체로 사회국가의 원리를 우리 헌법의 기본원리로 수용하고 있음을 수증한다. 따라서 우리의 경우에 있어서도 해석론을 통하여 사회국가원리는 민주주의 법치주의 이념과 대립 모순하는 것이 아니라 ‘조화적’ 내지는 ‘통일적’ 해석작업을 통해 그 개념적 정체성을 정립하여야 함은 지극히 당연하다고 하겠다. 사회국가원리는 다른 헌법의 제원리와 함께 통일적인 규범체계를 이루고 있음으로 인하여 이들 이념은 서로 구속적이며, 통일성을 해치지 않는 범위 내에서 독자적인 법원리를 이루고 있다고 할 수 있다. 따라서 사회적 법치국가원리를 볼 때에도 공화제나 민주제 법치국가원리와 사회국가원리는 헌법상의 최고가치로서 기본권보장을 목적으로 한다는 점에서 사회국가를 프롤레타리아적 사회정치혁명의 과도기적 유형의 국가로 보아 일반 시민의 실질적 기본권보장을 부인하는 사회주의적 해석유형은 수용할 수 없으며, 또한 사회국가

---

(Hrsg.), a.a.O., S.396.; Ch-F.Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates in Bonner Grundgesetz, in: E.Forsthoff(Hrsg.), a.a.O., SS.42-72.), 제도적 보장설 (E.R.Huber, Der Streit um des Wirtschaftsverfassungsrecht, DöV, 1956, S.201), 사회적 후퇴금지규범설(D.Suhr, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Der Staat, 1970, S.92.), 국가구조원리설(K.Stern, Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland, 1977, S.713.), 국가최고지도원리설(Müller-Volbehr, Der soziale Rechtsstaat im System des Grundgesetzes, JZ 1984 Nr.1 S.10 ff.) 등과 같이 다양한 견해로 나타나고 있다.

9) 사회국가에 관한 해석의 유형은 사회적 모순이나 사회정의를 민주주의적 절차나 방식에 의해 해결하려는 민주주의적 해석유형(H.Heller, Staatslehre, 1934, S.115f., 137f.; W.Abendroth, Zum begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: E.Forsthoff, a.a.O., S.118ff.), 법치주의적 방식에 의해 해결하려는 보수주의적 해석유형(E.Forsthoff, a.a.O., 66ff.; E.R.Huber, Rchtstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, in: E.Forsthoff, a.a.O., S.590ff.), 기본적으로 실질적 자유와 평등을 회복함으로써 해결하려는 자유주의적 해석유형(R.Herzog, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art 20 VIII, Rn.34.; K.Hesse, a.a.O., S.79.) 등으로 나타나고 있다.

를 민주주의나 법치주의적 관점에서 사회국가원리를 이해하고자 하는 입장은 목적과 수단을 혼동하는 것이라 하지 않을 수 없다. 즉 민주주의나 법치주의는 기본권보장이라는 ‘목적가치’를 실현하기 위한 ‘수단적 가치’라고 볼 수 있고, 그 목적가치로서 기본권보장은 자유권을 중심으로 하는 전통적인 기본권이라고 할 수 있다. 사회국가를 민주주의나 법치주의적 관점에서 실질적 국민민주주의나 실질적 법치주의의 이념을 실현하기 위한 수단적 개념으로 보는 경우에는 민주주의와 법치주의 이념의 실질화를 위한 ‘범위 내에서 한계’를 가진다고 할 수 밖에 없다. 즉 다수결의 원리나 국민주권의 실질화를 위한 수단으로서 “사회적”이어야 하며, 실질적 법에 의한 지배를 위한 수단으로 “사회적”이어야 한다는 점에서 민주주의적 또는 법치주의적 해석유형<sup>10)</sup>은 ‘사회적이념의 국가화’에는 한계를 가지고 있다고 하지 않을 수 없다. 따라서 사회국가원리는 민주국가·법치국가가 지향하고자 하는 정치적·법적 기본가치와 다른 사회적 기본가치를 실현하고자 전통적 기본권보장을 현대 산업사회에 있어서 ‘사회적’ 의미로 재해석함으로써 단순히 민주국가화와 법치국가화를 보다 철저히 하고자 하는 국가원리에 그치는 것이 아니라, 종래의 민주국가나 법치국가와는 다른 독립의 국가원리로서 기본권보장의 의미를 보다 철저히 하기 위하여 자유와 평등의 이념을 실질화하여 사회적 통합을 하고자 하는 국가원리라고 할 수 있다.<sup>11)</sup> 따라서 사회국가원리는 민주국가원리나 법치국가원리의 보충을 위한 縱的 原理가 아니라 현대 고도 산업화사회에서 자유와 평등의 현대적 평가와 실현을 위

10) 권영성교수는 “사회국가원리는 실질적 법치국가를 실천목표로 하고, 사회적 시장경제질서에 의하여 뒷받침된다는 점에서 사회적 법치국가의 원리와 표리의 관계에 있다”고 한다.(권영성, 헌법학원론, 2002, 141쪽.)

11) 사회국가를 법치국가와 구별하여 사회국가원리의 독자성을 “사회국가실현의 방법적 한계를...반드시 법치국가원리에서 사회국가실현의 방법적 한계를 찾아야 되는 것은 아니다”(허영, 한국헌법론, 2002, 153쪽.)라고 하거나 “특유의 내용을 가졌다”(홍성방, 헌법학, 2002, 166쪽)라고 하여 법치국과 차별성을 인정하고 있다.

한 새로운 국가패러다임이라 할 수 있다. 즉 자유와 평등의 실질적 의미와 내용을 '개인적' 평가에 그치지 않고 나아가 '사회적' 평가로 재해석할 뿐만 아니라, 이의 실현을 위한 '개인적' '국가적' 노력과 활동을 '사회적'으로 재평가함으로써 민주국가나 법치국가가 지향하여야 할 궁극적 국가목적보다 선명하게 설정하여 주는 독자적인 국가원리라고 할 수 있다. 그러나 기본권의 실질적 보장을 위한 사회화의 과정이나 절차, 사회화의 이념은 전통적인 시민국가의 이념인 민주주의 법치주의의 실질적 이념이나 가치에 交叉적으로 구속된다는 점에서 이들 이념은 서로 구속적이면서도 상호충족적 이념으로 해석되어야 하는 이념적 역사적 한계를 가진다고 할 수 있다. 그러므로 사회국가는 민주국가여야 하며, 또한 법치국가여야 한다.

이렇게 볼 때 사회국가원리는 법치주의와 민주주의와 비록 긴장관계를 유지하나 궁극적으로는 서로 배타적이거나 적대적 법원리가 아니라 는 점과 개인의 인간으로서 최소한의 생존의 보장을 위하여 사회적 평등과 사회적 안정·사회적 보상·일반적 복지향상과 이를 위한 개인 몫의 확장을 요소로 하는 국가원리라 할 수 있으며,<sup>12)</sup> 이를 위한 보다 광범위하고 포괄적인 국가의 급부적 활동과 국가의 사회적 기능과 역할이 적극적으로 요구되고, 평가되어야 하는 법원리라 할 수 있다.

#### IV. 사회국가에 있어서 자유의 본질과 성격

##### 1. 자유 및 자유권의 이중성

시민국가는 시민사회를 불가결의 구성요소로 하는 국가이다. 시민사회는 시민계급의 정치적·경제적·사회적 이익을 실현하기 위하여 시민

12) H.F.Zacher, in: J.Isensee/P.Kichhof(Hrsg.), a.a.O., §25, Rn, 27~60.

계급이 정치적 권력을 장악한 국가이다. 시민혁명 이전에 개인은 정치 경제적으로 주체적으로 활동할 수 있는 법적 공간은 확보되지 못하였으며, 개인은 오로지 국가에 신분과 안위를 위탁하여 생존을 보장받는 범위 안에서 주권자의 수동적이고 소극적인 충성스러운 臣民에 지나지 않았다. 그러나 구체제의 모순으로 인하여 국가가 더 이상 개인의 생명과 재산을 지켜주지 못할 뿐만 아니라 오히려 각종의 의무와 착취로 인하여 개인의 자연적 권리의 침해자로 인식되고, 이는 개인주의 자유주의적 사회관에 따라 개인의 사적 생활영역을 공적 생활영역으로부터 구별하여 그 스스로의 능력이나 노력으로 자기의 생존을 보장하여야 한다는 정치적 자각을 갖게 하였다. 시민사회는 개인의 사회적 생존을 사적 소유권을 기초로 하여 시민 개인의 자유와 평등을 구현하려는 자유권 중심의 사회이다. 이 사회는 공공의 이익을 위한 종래와 같은 국가의 간섭이나 구속은 자유와 평등의 이념에 반하는 것으로 이해하고, 국가의 간섭과 이로 인한 개인의 자유와 권리의 제한은 최소한에 그쳐야 한다는 개인주의 사회이다. 역사적으로 국가는 개인에 있어서 자유의 침해자였으며, 장래에도 잠재적으로 가장 강력한 침해적 존재로 등장하면서 국가와 사회는 개인의 자유를 이념적인 경계로 하여 대립하여 왔다. 즉 시민의 자유는 시민사회의 형성에 불가결한 「사회성」을 강화하는 형성적 이념이며, 동시에 자유이념은 사회에 대한 국가권력 행사의 한계를 제공하여 「국가성」을 약화시키는 소극적 이념으로서 기능한다는 점에서, 자유는 한편으로는 사회의 조직과 운영의 원리로서 다른 한편으로는 국가의 통치권의 한계로서 기능하였다.<sup>13)</sup> 이러한 의미에서 시민국가에 있어서 자유권은 국가와 사회를 구별하는 이념적 징표이다. 즉, 자유권은 국가에 대해서는 국가에 의한 개인의 자연권의 침해의 배제를 내용으로 하는 방어권으로서 가능한 불법적인 통치권행사를 최소화함으로써 자유실현을 극대화하는 소극적 법원리이며,<sup>14)</sup> 시민사회 대해서는 자유의 실현

13) Vgl. H.H.Rupp, in: J.Isensee/P.Kirchhof(Hrsg.), a.a.O., §28 Rn.33,35,37.

14) Vgl. K.Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.III- I

을 위한 주관적 권리로서 개인상호간의 법률관계를 규율하는 사회형성의 법원리로서 기능하면서 국가와 사회는 서로 긴장관계를 유지한다<sup>15)</sup>는 점에서 국가의 간섭이나 규제로부터 해방의 논리로서 「국가로부터의 자유」를, 이의 보장을 위한 수단으로서 자유「권」의 보장을 요구하였다. 이와 같이 자유권은 사회적 영역과 국가적 영역을 엄격히 구별하고, 개인의 시민권의 보장을 위하여 시민 개인의 생활영역에 국가규율을 최소화함으로써 자유를 극대화하는 소극적 법원리이다.

시민혁명 이전에는 개인의 기본권 주체성이 부인되고, 국가에서 신민에로의 일방통행식의 통치권의 행사만이 존재하였으므로 개인의 자율적 영역인 「사회」는 없었으며, 이 당시의 개인의 정치 사회적 권리라는 것들은 그 보장의 정당성의 근거를 국가로부터 ‘수령’한다는 점에서 매우 불완전하고 반사적인 성격에 지나지 않아 기본권의 주관적 권리성이 부인되었다. 따라서 개인은 국가 속에 매몰되어 있었으며, 국가는 개인 삶의 총체적 권원으로서 이른바 국가는 정치·경제·사회적 권원의 독점체였다고 할 수 있다. 국가는 기본권보장자로서 보다는 기본권침해자로서 기능하여 근대사회에 있어서 「국가로부터의 자유」는 국가의 독점권에 대한 반독점권으로서 기능하였다.

그러나 자유와 평등을 이념으로 하는 시민사회가 산업자본주의사회로 급격히 변질되어감에 따라 자유권에 의하여 담보된다고 믿었던 시민사회의 자율성과 동질성은 점점 상실되어 자유와 평등은 시민상호간에 서로 이질적인 것으로 인식되었다. 자유권은 역사적 의미에서는 적극적으로 국가에 의하여 유보되었던 자유를 회복한다는 의미에서 반독점권으로 기능하고, 법적인 의미에서는 소극적으로 국가의 침해적 간섭으로부터 고유의 법적 자유를 보호하는 방어권으로서 기능한다는 점에서 관념적으로 누구에게나 동질적인 것이다. 그러나 적극적으로 자유를 실현하

(1994), S.625f.; G.Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Recht, 2.Aufl., 1905, S.85,87.

15) Vgl. K.Stern, a.a.O., S.817f.

기 위해서는 일정한 자유실현의 사회 경제적 조건이 필요하며, 이러한 조건을 충족한 사회적 강자와 그렇지 못한 사회적 약자 사이의 현실적 자유는 질적으로 전혀 상이하다. 사실 자유권의 실현은 이러한 자유실현을 위한 사회 경제적 조건을 획득하기 위한 배타적 권리의 행사를 의미한다는 속성을 지니고 있다. 따라서 자유권은 국가로부터의 해방권에서 경제적 사회적 약자에 대한 지배권으로서 기능하는 독점의 법원리로 전락하여 사회적 약자에 대한 독점권으로서 성격을 가지게 되었다. 사회국가는 시장의 기능이 실패하고, 자유권이 자유보장에 대한 실질적 법원리로서 작동하지 아니하는 시민사회의 일정한 계급과 영역에 대하여 국가의 다양한 급부와 역무에 의거하여 개인의 자유와 평등의 실현조건을 보충함으로써 사회복지를 향상하고, 시민사회의 사회적 동질성 회복을 목적으로 국가적 급부와 역무에 의하여 개인의 실질적 자유를 회복·실현한다는 점에서 「국가에 의한 자유」라는 발상은 사회에 대한 국가의 간섭과 규제를 용인하고 국가와 사회간의 대립적 관계를 해소하였다.

따라서 사회국가는 시민국가의 정치구조를 전면적으로 부인하는 것이 아니라 오히려 시민국가의 이상을 강화하려는 것을 목적으로 한다는 점에서 「국가로부터의 자유」를 「국가에 의한 자유」로 보충함으로써 시민사회의 정치 사회 경제적 틀을 유지하고자 한다. 이렇게 볼 때 자유권은 국가에 대한 반독점권으로서 등장하였으나 시민사회에 대해서는 독점권으로서 기능하는 이중적 성격을 내재하고 있음을 알 수 있다. 사회국가에 있어서의 자유에 관한 기본적 이해도 「국가로부터의 자유」에서 「국가에 의한 자유」로의 완전한 이행이 아니라 「국가에 의한 자유」에 의하여 「국가로부터의 자유」를 보충하는 점에서 이중적 성격을 가진다.

## 2. 자유권의 반독점권성의 상실

시민국가는 시민사회와의 구별을 전제로 하고, 시민사회와의 한계설정을 명확히 함으로써 그 역사적 기능과 사명을 다하였다. 즉 시민사회

는 개인의 자연법상의 자유를 실현하는 자율적 영역으로서 사적 자치를 내용으로 하고 있고, 국가는 이러한 개인의 자유를 정치적으로 보장할 뿐만 아니라 이를 침해할 수 없다는 의미에서 「국가로부터의 자유」를 국가권력행사의 한계로 설정을 하고 있다는 점에서 자유의 자율성과 국가권력행사의 소극성을 예정하고 있다. 시민혁명을 계기로 실정화된 자유권은 시민사회 초기의 자본의 원시축적기에는 봉건적 국가권력으로부터 자유보장이라는 기능과 시민사회 초기의 사적 독점의 타도라는 역사적 역할을 담당하였다. 또한 자유권은 시민사회의 성숙기에는 계약의 자유와 과실책임의 법리를 기초로 한편으로는 자본주의사회 발전의 원동력이 되었으나 다른 한편으로는 자유권의 배타적 성격으로 인하여 근대적 사회·경제적 독점의 권원이 되었다.<sup>16)</sup> 특히 근대 시민헌법의 소유권을 중심으로 한 자유권법리는 자유경쟁을 사적 자치의 법리로, 독점적 소유구조를 불가침적 자연권법리로 포괄함으로써 시민사회의 개인의 자유권은 자유의 사회적 본질과는 상이한 의미로 나타나게 되었다. 즉 자유의 실질을 충족할 수 있는 현실적 자원은 매우 한정적이고, 자유를 실현할 수 있는 상황 또한 제한적이라는 점에서 자유를 장래에 향유할 수 있는 잠재적 可能權으로서 자유권은 누구에게나 관념적으로 동질적이었으며, 자유는 그 내용이 매우 주관적으로 구체화됨으로써 비로소 확정될 수 있는 추상적인 내용의 권리에 지나지 않으나 사회적 동물로서 인간이 향유하는 자유는 사회적 가치평가에서 결코 자유로울 수 없는 사회구속적 자유에 지나지 않는다. 즉, 자유는 소유·직업·주거 등과 같은 일정한 영역에 있어서 뿐만 아니라 신체·거주이전·종교 등과 관련한 일정한 상황에 있어서도 매우 상대적 의미를 가지고, 사회적 제약을 받는다는 점에서 자유의 현실은 매우 경쟁적이며 유한한 측면을 지니고 있다. 따라서 자유의 실현 가능권으로서 자유권은 개인의 능력이나 상황에 따라 매우 이질적인 것으로 등장되었다. 로크적 소유권관과

16) 류시조, 헌법의 기본원리로서 반독점원리, 외대논총 제22집(2001), 16쪽.

자유권관에 의하면 개인의 개체적 생존에 필요한 목적과 범위 안에서는 권리의 자연권성 내지 불가침권성이 인정되며, 권리의 본질적 한계를 벗어나 타인의 개체적 생존을 침해할 때에는 그 권리성을 상실한다.<sup>17)</sup> 이러한 의미에서 자유권은 그 본질적 한계 내에서는 국가에 대하여 방어권으로서 기능할 뿐만 아니라 사회내에서는 제3자에 대하여 일정 부분 배타적인 支配權으로서 보장받을 수 있다. 그러나 자유권은 역사적으로 시민 개인에게는 시민혁명 이전부터 전통적으로 보장되어 온 기득권의 보장으로서가 아니라 전근대적 독점과 독점의 권원인 국가로부터 개인에게 소유한 천부적 권리의 회복을 위한 반독점권으로서 기능하였으며, 시민혁명 이후의 초기 시민사회에 내에 있어서도 개인의 개인에 대한 현실적 자유 또한 매우 불안정하였으므로 자유권은 타인에 대하여 개인의 개체적 생존의 보장을 위한 반독점권으로서 기능하였다.<sup>18)</sup>

그러나 시민사회가 산업사회로 접어든 자본제사회의 성숙기에 있어서 자유권은 시민국가의 소극국가로서의 역사적 한계와 시민법원리와 결합하면서 점점 방어권으로서의 본질적 한계를 벗어나 타인에 대한 지배권으로서 기능하게 되고, 나아가 이기적 자유의 내용충족에 필요한 자원과 상황을 지배가능하게 하는 독점권으로서 등장하여 새로운 사회적 모순을 양산하였으며, 시민국가의 정치적 존립마저 위태롭게 하였다. 이와 같이 볼 때 자유권은 역사적으로 방어권에서 지배권으로, 반독점권에서 독점권으로 그 성격이 변질되었다고 할 수 있으며, 작금의 자유권의 시대적·사회상황적 성격을 돌이켜 볼 때, 즉 현대 산업시대에 있어서 자유권은 현대적 사회모순을 야기하는 독점적인 이기적 권리로 변질되어 반독점권적 성격을 점점 상실하여 왔다고 할 수 있다.

17) J.Locke, Two Treatises of Government, a critical edition by P. Laslett, 2nd., Cambridge Univ. Pr., 1980, Chap. 6, Sec.27.,31.Chap. 6, Sec.27.,31.

18) 류시조, 앞의 논문, 219쪽.

### 3. 자유권의 생존권성과 사회권의 반독점권성

앞에서 보는 바와 같이 자유권은 그 논리구조상으로 초기의 봉건적 특권으로부터의 해방의 논리와 근대 자본주의사회에 있어서의 수탈의 논리도 동시에 내포하는 이중성을 가지고 있음을 알 수 있다. 특히 근대 초기 사적 소유권은 개인의 생존에 불가결한 절대권으로 이해되고 정당화되었으나 산업자본주의 단계에서는 노동과 자본이라는 이질적 요소가 자본주의적 생산양식과 결합하여 자본주의적 재산을 양산하고, 개체적 생존을 위한 불가침권적 소유권 관념은 예정조화적 사회관을 기반으로 하는 시민사회의 동질성과 자율성을 위협할 정도로 엄청난 사회적 모순을 초래하였다. 자유권적 이데올로기에 바탕을 둔 산업사회는 사용자와 노동자, 유산자와 무산자, 생산자와 소비자 등과 같이 초기 시민사회에서 볼 수 없었던 새로운 유형의 사회적 계급을 양산함에 따라서 기본권으로서 자유권은 계급적 계층적 의미를 달리하여 왔고, 자유 그 자체에 대한 의미와 가치를 수정하지 않으면 안되었다. 즉, 사용자와 노동자, 유산자와 무산자, 생산자와 소비자 등과 같이 계급과 계층분리의 가속화와 자본주의적 소유형태가 성장·발전하게 됨에 따라 소유권은 독점이라는 사적 소유의 사회적 형태를 창출하여 타방을 지배·예속화하는 수단으로 전락하였으며, 재산권의 보장은 결과적으로 독점적 재산권의 보장법리로 변질되었다. 오늘날 독점은 자본주의경제질서하의 전형적인 재산권의 사회적 존재양식으로서 재산권의 특수한 집적형태란 점과 또한 독점이라는 사회적 권력은 경제적 약자의 사회적 생존을 침해하여 그들의 생존권 및 실질적 자유를 침해하고, 나아가 정치적 동질성을 위협하게 되었다. 이와 같이 자본주의적 재산권의 출현으로 인하여 동질적이고 평등한 물질 소유구조에 기반을 두고 있던 시민사회는 그의 자유와 자유권에 관한 인식도 크게 변질되게 되었다.

즉, 자유의 의미·내용에 관하여 경제적 성격 이외에 정치·사회·문화적 성격을 고려하고, 개인의 개체적 생존에 필요한 기본권으로서 자유

권은 그 존립의 기초가 되는 사회구조가 변질된 현대사회에 있어서 정치·사회·문화적 생존에 불가결한 기본권으로서 사회적 한계를 가지게 되어 자유와 자유권에 대한 평가도 변질되는 계기를 안게 되었다. 재산권은 더 이상 절대권이 아니라 국가와 제3자와의 관계에서 상대권으로 전환되었으며, 자유권이 가지고 있는 '자유'의 개인주의적 성격과 '권리'의 배타성을 가지고 있음에도 불구하고 개인이 누리는 자유는 여전히 사회적으로는 제한적일 수밖에 없다. 이는 인간의 개체적 생존권으로서 기능하였던 자유권이 현대사회에 있어서는 상황에 따라서 매우 제한적이거나 상대적이며, 일정한 경우에는 타인에 대한 지배권으로서 변질됨을 의미한다. 여기서 인간의 사회적 생존 내지 실질적 자유와의 대항관계에 있는 자유권의 독점권적 논리를 사회적 약자의 개체적 생존을 위한 법리로 재구성하여 인권으로서 생존권 회복의 시도가 필요하며, 생존권조항이 명문화된 현대헌법에 있어서는 독점자본에 의한 지배의 법적 근거가 되고 있는 전통적인 시민법원리를 사회적 약자의 생존권보장을 위한 법리로 전환시킬 필요가 있다<sup>19)</sup>. 즉, 생존권에 의한 개인의 사회적 생존에의 배려가 개인의 실질적 자유를 위한 수단이라면, 자본주의적 재산권의 자유에 대한 제한은 개인의 자유보장, 즉 개체적 생존을 실질적으로 보장하기 위한 제한이라고 할 수 있다. 오늘날 개인의 생존보장 및 생활형성의 기초는 한편으로는 여전히 전통적 의미에 있어서 사적 영역으로서 개인의 자유와 책임일 뿐만 아니라, 다른 한편으로는 공적 영역으로서 사회적 책임이기도 하다는 점에서 개인의 자유영역을 벗어난 일정한 영역의 자유는 「자유권의 사회적 한계」로서 뿐만 아니라 사회적 약자의 몫으로서 사회권의 기본영역으로 편입되었거나 장래에 편입되어야 할 것으로 유보된 영역이라고 할 수 있다. 이는 자유권의 한계를 일탈한 자유영역은 사적 支配圈을 벗어난 공적 영역으로서 사회적 영역이고, 이 범위 내에서는 국가에 의한 정책적 고려와 판단의 필요성이 높아질 수밖에 없다는 점

19) 山下建次, “財産權の保護”, *ジュリスト*, No. 638(1977), p.328.

에서 자유권에서 사회권적 의미와 성격이 도출될 수 있는 여지가 마련되고 있다.

따라서 현대 헌법상의 재산권보장조항은 근대헌법에 있어서와는 다른 차원에서 재산권보장의 법리를 모색하게 되고, 재산권에 대한 국가의 불간섭주의에서 간섭주의로 그 의미와 성격이 변질되게 된 것은 오늘날 사회국가에로의 국가기능 변화에 따른 재산권의 의미변천을 뜻한다<sup>20)</sup>. 여기서 자유권과 생존권은 양자택일의 관계가 아니라 인간의 존엄과 가치를 실현하기 위한 모든 개인의 인격의 자유로운 발현의 질서원리로서 받아들여지고, 사회권보장 내지 공공복리에 의한 기본권제약을 자유권의 개입침해로 보지 않고 자유를 현실화·실질화하기 위한 법원리, 즉 사회국가원리로 수용되고 있다.<sup>21)</sup> 이때 재산권의 사회적 구속성법리·노동기본권 등의 사회권은 생존권으로서 생존배려를 위한 배분청구권으로서의 성격을 가진다고 할 수 있으며, 그 보장의 질적 내용은 국가의 재정능력에 의존하는 것이겠으나 현대적 기본권인 사회권은 전통적인 자유권의 보충적 관계로 이해되어야 할 것이다. 여기서 일반 국민의 생존권보장을 위해서 시민헌법상의 자유주의적 자유권의 지배를 배제하고, 인간다운 생존보장을 통한 국민의 실질적 자유와 평등을 보장하기 위하여 개인의 생활에 관하여 국가가 사회정책적·경제정책적 수단으로 적극적으로 관여·조정할 뿐만 아니라 사회국가적 기본권해석을 필요로 하게 된다. 이와같이 사회국가적 기본권해석은 자유권의 역사적 사회적 성격을 명확히 함으로써 자유권의 생존권적 성격을 구명하는 것으로 시작하여야 할 것이다.

우리는 재산권 및 자유권의 내용이나 권리행사의 공익성 및 상대성을

20) Vgl. K.Hesse, a.a.O., SS.180-181.; E.R.Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.2, 2.Aufl. 1954, S.10.

21) Vgl. U.Scheuner, "Aussprache und Schlußworte", VVDStRL Bd.30(1972), S.143.; P.Häberle, "Grundrechte im Leistungsstaat", VVDStRL Bd.30(1972), SS.133-134.

평가함에 있어서 뿐만 아니라 기본권의 한계를 판단하는 경우에도 그 권리가 권리주체에게 사회적으로 어떠한 의미를 지니느냐는 매우 중요하다. 따라서 자유권의 내용과 행사가 권리주체와 제3에게 생존권적 관점에서 평가하여 생존권보장적 성격을 가지느냐 아니면 생존권침해적 성격을 가지느냐에 따라 기본권보장의 강도는 차이가 생기게 된다. 예컨대 사회국가적 기본권해석은 재산권을 개인의 생존에 필요한 재산을 지배하는 권리라고 보고, 독점적 재산권에 대해서는 전통적인 자유권적 성격을 시정하는 계기를 내포하고 있다.<sup>22)</sup> 사회국가에서 이러한 생존권적 사고는 사회권이나 사회정책적 규정을 통하여 보다 노골적으로 표출되고 있다. 인간다운 생활권·노동권·노동3권·교육권·환경권 등과 같은 사회권은 일종의 자유권의 생존권적 성격의 外延的 권리로서 성격을 지니면서 동시에 독자적으로 생존권성을 획득하고 있다는 점에서 사회권은 생존권침해적 사회적 제세력에 대한 반독점권으로서 역사적 사명을 수행한다고 할 수 있다.

## V. 맺는말

인간에 있어서 자유는 인간의 인격적인 생활의 불가결한 요소로서 자연권의 본질적 내용을 이룬다. 시민국가의 등장으로 인하여 인간 본연의 개체적 생존에 필요 불가결한 인간의 기본적 삶의 자원인 자유는 국가에 의하여 배타적 권리로 인정받고, 국가권력의 행사의 소극적 한계를 이루었다. 따라서 자유의 법적 권리로서 자유권은 국가에 대한 방어권으로서 뿐만 아니라 개인에게는 자유의 의미와 내용을 스스로 개척하고 이를 실현할 자주적이고 자율적인 인간의 固有權으로서 전근대적인 절대권력이나 불평등한 정치 경제 사회의 모든 권력에 의한 인격침해에

22) 류시조, 앞의 논문, 18쪽.

대한 최소한의 자기의 개체적 생존의 보장을 위한 기본적 권리였다. 전근대적 절대체제나 봉건적 신분제도는 오로지 정치적·경제적·사회적 특권을 유지하기 위한 반자유적 독점 이데올로기에 지나지 않는다. 따라서 근대적 소유권이나 신체의 자유 등과 같은 자유권은 이러한 전근대적 독점 이데올로기에 대한 해방권으로서 모든 불법적인 정치·사회적 부자유·불평등에 대한 반독점권으로서 그 역사적 사명을 다하였다. 근대 시민사회와 국가는 기본적으로 자유권적 반독점 이데올로기에 기반을 두었다. 그러나 근대적 사적 소유권과 자유권적 사고는 시민사회를 자본주의의 고도 산업사회로 변천시키고, 독점적 자본이나 자유권의 이기적 행사 등으로 인한 사회적 강자의 「자유적 독점」 현상은 시민사회의 체제내적 갈등과 긴장을 증폭시켰다. 즉 자유를 실현할 수 있는 능력을 가진 자와 그렇지 못한 자의 자유와 권리는 질적으로 뿐만 아니라 현실적으로 전혀 다른 의미를 가지게 되고, 더 나아가서 현실의 자유도 일정한 영역에 있어서는 무한정의 자유재와 같은 것이 아니라 사회적 문화적으로는 상대적 의미와 가치를 가지는 것이라 할 수 있다. 따라서 자유를 실현할 수 있는 능력을 가진 자에게 자유권은 일종의 사회적 자유란 재화를 독식할 수 있는 독점권과 같은 권리이고, 그러한 능력을 갖지 못한 자에게 자유권은 호수에 비친 창백한 권리의 그림자에 지나지 않으며, 일정한 영역에서는 財貨的 의미의 자유, 예컨대 소유의 자유·직업선택의 자유·주거의 자유 등과 같은 영역에 있어서 자유의 내용인 소유의 객체·직업·주거시설 등은 매우 제한적이고 유한한 것이므로 이들에 관한 지배 可能權으로서 자유권은 현실적으로 사회적 강자인 일방이 사회적 약자인 타방에 대한 배타적인 독점권으로서 기능한다. 이와 같이 역사적으로 반독점권으로서 등장한 자유권이 오히려 사회적 약자에게 배타적인 지배권으로서 기능하는 현대사회에 있어서는 자유권의 생존권적 성격을 회복하고, 사회적 약자에게도 자유의 현실적 향유가능성을 법적으로 보장하는 노력이 요청되었다. 이는 자유권의 내용과 한

계로서 생존권성 문제를 제기하고, 자유권의 외연으로 이른바 사회권은 재화적 자유를 정치적으로 뿐만 아니라 법적으로 보장하기 위한 하나의 제도적 방편이라고 할 수 있다. 따라서 오늘날 사회국가는 자유와 자유권의 상대성과 공익성을 인정하고 사회권의 법적 성격을 자유권적 수준으로 격상하는 것이 현대국가의 궁극적 과제의 하나이기도 하다.

논문주제검색키워드 : 사회국가, 자유, 자유권, 생존권, 반독점권, 사회권, 현대국가, 자유의 본질, 자유권의 본질, 기본권의 효력

<Abstract>

A Study on the Freedom of Social State

Ryu, Si Jo

This paper aims to verify the character of the existence right of the right of freedom and the character of the antimonopoly right of the social rights in social state. For this purpose, we have to understand the political social character of monopoly and antimonopoly in each historical stages and the nature of freedom. The antimonopoly that has a character of protesting or shaping conception for civil society also has become constitutionally very important ideology since modern society. We can prove the fact that the antimonopoly work as a symbol of liberalism and individualism, the nature of freedom is an antimonopolistic character. After civil revolution, the ideological character of the antimonopoly has become a fundamental principle of constitution according as modern civil constitution has received the ideology of antimonopoly. But the right of freedom in modern society fell into a very selfish right to control other's freedom and lost it's historical antimonopolistic character. From this fact, we can find a contradictory double character of the right of freedom and a character of existence right from the right of freedom. The existence right is an another side of the right of freedom to guarantee the freedom and equality of human being against the monopoly and concentration of all political social economical power. The right of freedom came into close connection with other existing social

fundamental rights. We couldn't find any contradiction between the right of freedom and the social right. Therefore the antimonopolistic thought in fundamental rights is very important to analyze the structure and function of the right of freedom, to comprehend and interpretate modern constitution. Namely, the right of freedom has an antimonopolistic character and a character of existence right, especially today the right of existence has the character of antimonopolistic right. The right of freedom in the social state has the character of existence right that is very important to realize social freedom.