

산업재해보상보험법상 출·퇴근 중 재해 사건에서 헌법재판소 견해 평가

- 현재 2016. 9. 29. 2014헌바254를 분석하며 -

An Appraisalment of the Korean Constitutional Court'
Decision concerning Occupational Accidents during
Commuting to or from Work in Industrial Accident
Compensation Insurance Act

이 부 하*
Lee, Boo-Ha

목 차

- I. 서 론
- II. 현재 결정의 사건개요 및 결정요지
- III. 이 사건에서 헌법재판소 심사기준의 문제점
- IV. 사회적 기본권에 적용할 심사기준 제시
- V. 결 론

국문초록

도보나 자기 소유 교통수단 또는 대중교통수단 등을 이용하여 출퇴근하는 산업재해보상보험(‘산재보험’) 가입 근로자(‘비혜택근로자’)의 통상의 출퇴근 재해를 산재보험법상 업무상 재해에서 제외하고 있는 산업재해보상보험법 조항에

논문접수일 : 2017. 01. 26.

심사완료일 : 2017. 02. 13.

게재확정일 : 2017. 02. 13.

* 법학박사·영남대 법학전문대학원 교수

대해 헌법재판소는 합리적 이유 없이 비혜택근로자를 자의적으로 차별하는 것으로서 헌법상 평등원칙에 위배된다고 헌법불합치결정을 내렸다.

이 사건에서 청구인은 ‘비혜택근로자’라는 사회적 신분에 해당되어 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우이고, 차별적 취급으로 인하여 ‘평등권’에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에 해당된다. 따라서 ‘비례성원칙’(엄격한 심사척도)을 적용해야 한다. 그에 반해 산업재해보상보험법이라는 수혜적 성격의 법률이 적용되므로, 입법자에게 광범위한 입법형성의 자유가 인정되는 경우이다. 따라서 ‘자의금지원칙’(완화된 심사척도)을 적용할 수 있다. 이렇게 헌법재판소 견해에 의하면, 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 사회적 신분에 해당하는 경우이고, 차별적 취급으로 인해 평등권에 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에 해당하므로 ‘비례성원칙’(엄격한 심사척도)을 적용해야 하지만, 이 사건에 적용하는 법률이 수혜적 성격의 법률이므로 ‘자의금지원칙’(완화된 심사척도)을 적용할 수도 있다. 그런데 이 사건에서 헌법재판소 법정의견은 아무런 설명 없이 ‘자의금지원칙’(완화된 심사척도)을 적용하고 있다.

헌법재판소는 “입법자는 광범위한 입법재량을 가지고 국가의 재정능력, 국민 전체의 소득 및 생활수준, 기타 여러 가지 사회적·경제적 여건 등을 종합하여 합리적인 수준에서 결정할 수 있다. 국가가 최저생활보장에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈함으로써 사회적 기본권을 보장하여야 할 국가의 최소한 보장 의무의 불이행으로 볼 수 있는 경우에 한하여 헌법에 위반된다.”고 판시하고 있다. 여기서 ‘최소한 보장’이 어떠한 내용을 담고 있으며, 그 구체적인 판단기준이 무엇인지를 헌법재판소는 제시하지 못하고 있다.

주제어 : 산업재해보상보험법, 사회적 기본권, 평등원칙, 통제강도, 최소한 보장

1. 서론

현대 복지국가(Wohlfahrtsstaat)에게는 국민의 생존배려¹⁾를 위해 적극적 관여

가 요청되고 있다. 이로 인해 사회적 기본권이 비교적 최근에 헌법에 수용되게 되었다. 현대 헌법은 국민의 생존배려를 위해 사회적 기본권 조항들을 규정하고 있지만, 실제 그 실현은 법률에 의해 구체화되어야만 가능하다. 이러한 이유에서 사회적 기본권의 법적 성격²⁾에 대해 견해들이 분분하다.

사회적 기본권은 국민이 인간다운 생활을 누릴 수 있도록 하기 위해 국가가 생활에 필요한 제반 조건을 확보해 주도록 국가의 적극적인 개입·관여를 청구할 수 있는 기본권을 말한다. 사회적·경제적 약자는 형식적 자유의 보장이 중요한 것이 아니라, '생존' 그 자체를 스스로 해결할 수 없는 경우이므로 실질적 생존을 보장해 주어야 할 필요가 있다. 이를 위해 사회정의와 실질적 평등 실현을 목표로 하는 사회국가가 등장하게 되었다. 사회적 기본권은 자유권 실현을 위한 '조건의 형성'을 의미하며,³⁾ 국가의 적극적인 관여를 통해 실현된다는 점에서 '국가에 의한 자유'(freedom by state)를 의미한다.

실제 헌법재판에서 국가 공권력의 부작위가 청구인의 사회적 기본권을 침해했다고 청구하는 사건들이 다수를 이룬다. 이 경우에 우리 헌법재판소는 청구인의 사회적 기본권을 침해하는지를 평등원칙 위반 여부로 주로 심사하고 있다. 이는 헌법재판에서 사회적 기본권과 관련한 독자적인 심사기준이 부재하다는 반증이다.

본고에서는 먼저 현재 2016. 9. 29. 2014헌바254 결정의 사건개요 및 결정 요지를 소개해 본다(이하 II). 다음으로 이 사건에서 헌법재판소가 사용한 심사기준으로서 평등원칙의 문제점과 사회적 기본권 관련 심사기준의 문제점을 살펴본다(이하 III). 마지막으로 헌법재판에서 사회적 기본권 관련 사건에 적용할 새로운 심사기준을 제시해 본다(이하 IV).

1) 생존배려의 개념에 관하여는 양천수, "생존배려 개념의 기원 - 법철학의 시각에서 본 포르스트호프(E. Forsthoff)의 사회보장법체계 -", 「영남법학」 제26호, 2008. 4, 101면 이하.

2) 한수용, "사회복지의 헌법적 기초로서 사회적 기본권 - 사회적 기본권의 개념과 법적 성격을 중심으로 -", 「헌법학연구」 제18권 제4호, 2012. 12, 51면 이하; 홍석한, "사회적 기본권의 법적 성격에 대한 고찰", 「법학연구」 제23권 제4호, 2015. 10, 417면 이하; 김종보, "사회적 기본권의 구체적 권리성 여부", 「법학연구」 제49권 제1호, 2008. 8, 75면 이하.

3) Susanne Baer, Das Soziale und die Grundrechte, NZS 2014, S. 3.

II. 현재 결정의 사건개요 및 결정요지

1. 사건의 개요

아파트 관리사무소에서 전기기사로 근무하던 청구인은 2011. 11. 11. 자전거를 타고 퇴근하다가 넘어지면서 버스 뒷바퀴에 왼손이 깔려 왼손 둘째, 셋째 손가락이 부러지는 상처를 입었다. 청구인은 근로복지공단에 산업재해보상보험법이 정한 요양급여를 신청하였으나, 근로복지공단은 2011. 12. 14. 청구인이 입은 부상이 업무상 재해에 해당하지 않는다는 이유로 요양불승인처분을 하였다. 청구인은 근로복지공단을 상대로 요양불승인처분 취소를 구하는 소송을 제기하였고, 그 소송 계속 중 처분의 근거가 된 산업재해보상보험법 제37조 제1항 제1호 다목이 헌법에 위반된다고 주장하며 위헌법률심판제청신청을 하였다. 그러나 법원은 청구인의 요양불승인처분 취소청구와 위헌법률심판제청신청을 모두 기각하였다. 청구인은 2014. 6. 9. 산업재해보상보험법 제37조 제1항 제1호 다목과 산업재해보상보험법 시행령 제29조가 헌법에 위반된다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.⁴⁾

2. 심판대상 조문

산업재해보상보험법(2007. 12. 14. 법률 제8694호로 전부개정된 것) 제37조 (업무상의 재해의 인정 기준) ① 근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 부상·질병 또는 장애가 발생하거나 사망하면 업무상의 재해로 본다. 다만, 업무와 재해 사이에 상당인과관계(相當因果關係)가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 업무상 사고

다. 사업주가 제공한 교통수단이나 그에 준하는 교통수단을 이용하는 등

4) 현재 2016. 9. 29. 2014헌바254, 공보 제240호, 1474, 1476.

사업주의 지배관리하에서 출퇴근 중 발생한 사고

산업재해보상보험법 시행령(2008. 6. 25. 대통령령 제20875호로 전부개정된 것) 제29조(출퇴근 중의 사고) 근로자가 출퇴근하던 중에 발생한 사고가 다음 각 호의 요건 모두에 해당하면 법 제37조 제1항 제1호 다목에 따른 업무상 사고로 본다.

1. 사업주가 출퇴근용으로 제공한 교통수단이나 사업주가 제공한 것으로 볼 수 있는 교통수단을 이용하던 중에 사고가 발생하였을 것
2. 출퇴근용으로 이용한 교통수단의 관리 또는 이용권이 근로자 측의 전속적 권한에 속하지 아니하였을 것

3. 결정요지

도보나 자기 소유 교통수단 또는 대중교통수단 등을 이용하여 출퇴근하는 산업재해보상보험(이하 '산재보험'이라 한다) 가입 근로자(이하 '비혜택근로자'라 한다)는 사업주가 제공하거나 그에 준하는 교통수단을 이용하여 출퇴근하는 산재보험 가입 근로자(이하 '혜택근로자'라 한다)와 같은 근로자인데도 사업주의 지배관리 아래 있다고 볼 수 없는 통상적 경로와 방법으로 출퇴근하던 중에 발생한 재해(이하 '통상의 출퇴근 재해'라 한다)를 업무상 재해로 인정받지 못한다는 점에서 차별취급이 존재한다.⁵⁾

산재보험제도는 사업주의 무과실배상책임을 전보하는 기능도 있지만, 오늘날 산업재해로부터 피재근로자와 그 가족의 생활을 보장하는 기능의 중요성이 더 커지고 있다. 그런데 근로자의 출퇴근 행위는 업무의 전 단계로서 업무와 밀접·불가분의 관계에 있고, 사실상 사업주가 정한 출퇴근 시각과 근무지에 기속된다. 대법원은 출장행위 중 발생한 재해를 사업주의 지배관리 아래 발생한 업무상 재해로 인정하는데, 이러한 출장행위도 이동방법이나 경로선택이 근로자에게 맡겨져 있다는 점에서 통상의 출퇴근행위와 다를 바 없다. 따라서 통상의

5) 헌재 2016. 9. 29. 2014헌바254, 공보 제240호, 1474.

출퇴근 재해를 업무상 재해로 인정하여 근로자를 보호해 주는 것이 산재보험의 생활보장적 성격에 부합한다.⁶⁾ 사업장 규모나 재정여건의 부족 또는 사업주의 일방적 의사나 개인 사정 등으로 출퇴근용 차량을 제공받지 못하거나 그에 준하는 교통수단을 지원받지 못하는 비혜택근로자는 비록 산재보험에 가입되어 있다 하더라도 출퇴근 재해에 대하여 보상을 받을 수 없는데, 이러한 차별을 정당화할 수 있는 합리적 근거를 찾을 수 없다.⁷⁾

통상의 출퇴근 재해를 산재보험법상 업무상 재해로 인정할 경우 산재보험 재정상황이 악화되거나 사업주 부담 보험료가 인상될 수 있다는 문제점은 보상대상을 제한하거나 근로자에게도 해당 보험료의 일정 부분을 부담시키는 방법 등으로 어느 정도 해결할 수 있다. 반면에 통상의 출퇴근 중 재해를 입은 비혜택근로자는 가해자를 상대로 불법행위 책임을 물어도 충분한 구제를 받지 못하는 것이 현실이고, 심판대상조항으로 초래되는 비혜택근로자와 그 가족의 정신적·신체적 혹은 경제적 불이익은 매우 중대하다. 따라서 심판대상조항은 합리적 이유 없이 비혜택근로자를 자의적으로 차별하는 것이므로, 헌법상 평등원칙에 위배된다.⁸⁾

Ⅲ. 이 사건에서 헌법재판소 심사기준의 문제점

1. 평등원칙 심사기준 적용의 혼란

이 사건에서 헌법재판소는 사업주가 제공하거나 그에 준하는 교통수단을 이용하여 출퇴근하는 산업재해보상보험(‘산재보험’) 가입 근로자(‘혜택근로자’)와 다르게, 도보나 자기 소유 교통수단 또는 대중교통수단 등을 이용하여 출퇴근하는 산재보험 가입 근로자(‘비혜택근로자’)가 통상적 경로와 방법으로 출퇴근하던 중에 발생한 재해를 업무상 재해로 인정하지 않는 산업재해보상보험법 조항

6) 헌재 2016. 9. 29. 2014헌바254, 공보 제240호, 1474.

7) 헌재 2016. 9. 29. 2014헌바254, 공보 제240호, 1474, 1475.

8) 헌재 2016. 9. 29. 2014헌바254, 공보 제240호, 1474, 1475.

은 합리적 이유 없이 비혜택근로자를 자의적으로 차별하는 것이므로, 헌법상 평등원칙에 위배된다고 하여 헌법불합치결정을 내렸다.

우리 헌법 제11조 제1항에는 “모든 국민은 법 앞에 평등하다.”고 규정하고 있다. 이 경우 헌법에서 요구하는 ‘평등’은 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라, 상대적 평등을 의미한다.⁹⁾ 상대적 평등이란 입법과 법의 적용에 있어서 차별을 정당화하는 합리적 근거가 있어야 한다는 것이다. 우리나라 헌법재판소는 평등원칙 위반 여부¹⁰⁾에 대한 심사기준의 선정은 “입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라” 달라진다고 하면서,¹¹⁾ 평등원칙의 심사기준은 원칙적으로 ‘자의금지원칙’(완화된 심사척도)으로 하고, 예외적으로 특별한 사정이 있는 경우 ‘비례성 원칙’(엄격한 심사척도)으로 심사하고 있다. 즉, “헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인해 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우”에는 ‘엄격한 심사척도’를 적용하고, 그렇지 않은 경우에는 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는지 여부를 심사하는 ‘완화된 심사척도’를 적용한다.¹²⁾ 또한 “수혜적 성격의 법률에 있어서는 입법자에게

9) 헌재 1994. 2. 24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72, 75; 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701; 헌재 2001. 6. 28. 99헌마516, 판례집 13-1, 1393, 1406; 헌재 2001. 11. 29. 2001헌바4, 공보 63, 66; 헌재 2002. 3. 28. 2000헌바53, 판례집 제14권 1집, 159, 162; 헌재 2002. 6. 27. 2000헌마642, 판례집 제14권 1집, 644, 669; 헌재 2002. 12. 18. 2001헌바55; 헌재 2005. 12. 22. 2003헌가8, 판례집 제17권 2집, 577, 614; 헌재 2008. 12. 26. 2005헌바34, 판례집 제20권 2집 하, 594, 607; 헌재 2011. 10. 25. 2010헌마661; 헌재 2016. 3. 31. 2015헌바299, 1, 6; 헌재 2016. 4. 28. 2015헌바216, 판례집 28-1하, 30, 34; 헌재 2016. 7. 28. 2015헌바20, 공보 제238호, 1240, 1244.

10) 평등원칙의 심사구조에 관해서는 김해원, “일반적 평등원칙의 심사구조와 심사강도”, 「공법학연구」 제14권 제2호, 2013. 5, 175면 이하 참조(차등대우가 문제되는 경우 1단계에서 ‘국가의 비교기준 선정행위’, 2단계에서 ‘선택된 비교기준에 의거한 국가행위’ 심사구조를 취한다(184-195면)).

11) 헌재 1999. 9. 16. 97헌바28, 판례집 11-2, 272, 280; 헌재 2004. 12. 16. 2003헌바78, 판례집 16-2하, 472, 486-487; 헌재 2009. 12. 29. 2008헌마141 등, 판례집 21-2하, 869, 884; 헌재 2011. 10. 25. 2010헌마661, 판례집 23-2하, 101, 129-130; 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마328, 판례집 24-2상, 624, 636.

12) 헌재 1999. 9. 16. 97헌바28, 판례집 11-2, 272, 280; 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787; 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403-404; 헌재 2008. 9. 25. 2005헌마586, 판례집 20-2상, 556, 565-566; 헌재 2010. 11. 25. 2010헌마144, 판례집 22-2하, 499, 504-505; 헌재 2011. 10. 25. 2010헌마661, 판례집 23-2하, 101, 129-130; 헌재 2012. 2. 23. 2011헌마340, 판례집 24-1상, 379, 388; 헌재 2012. 7.

광범위한 입법형성의 자유가 인정되므로 제정된 법률의 내용이 객관적으로 인정되는 합리적인 근거를 가지지 못하여 현저히 자의적일 경우에만 헌법에 위반된다고 할 수 있다.”¹³⁾

우리나라 헌법재판소는 평등원칙 위반 여부의 심사기준 선정은 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라진다고 하고, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우나 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 입법형성권이 축소되어 보다 ‘엄격한 심사척도’가 적용된다고 한다. 또한 수혜적 성격의 법률에 있어서는 입법자에게 광범위한 입법형성의 자유가 인정되어 ‘자의금지원칙’(완화된 심사척도)이 사용된다는 것이다.

기본권에 대한 ‘중대한 제한’을 초래하는 경우에 대한 판단이 문제된다. ‘중대한’ 제한이라는 제한의 정도 판단은 가치판단의 문제이고,¹⁴⁾ 불명확한 기준을 가지고 평등원칙의 심사강도를 선정하여 사용하는 것은 자의적이고 주관적인 판단 가능성을 높이게 된다. 기본권에 대한 ‘중대한 제한’이라는 기준으로 기본권의 침해 정도를 유형화하기는 어렵기 때문에, 헌법재판소가 ‘기본권에 대한 중대한 제한’이라는 심사기준을 사용하기 위해서는 더욱 구체화된 하위 심사기준들을 제시해야만 한다.¹⁵⁾

이 사건에서 청구인은 ‘비혜택근로자’라는 사회적 신분에 해당되어, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우이고, 차별적 취급으로 인하여 ‘평등권’에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에 해당된다. 따라서 ‘비례성원칙’(엄격한 심사척도)을 적용해야 한다. 그에 반해 산업재해보상보험법이라는 수혜적 성격의 법률이 적용되므로, 입법자에게 광범위한 입법형성의 자유가 인정되는 경우이므로, ‘자의금지원칙’(완화된 심사척도)을 적용할 수 있다. 이렇게 헌법재판소의 이론에 의하면, ‘비례성원칙’(엄격한 심사척도)을 적용할 수도 있고, ‘자의금지원칙’(완화

26. 2009헌마499, 판례집 24-2상, 177, 186; 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마328, 판례집 24-2상, 624, 636; 헌재 2013. 7. 25. 2011헌마676, 판례집 25-2상, 266, 272; 헌재 2015. 12. 23. 2011헌바139, 판례집 27-2하, 456, 462.

13) 헌재 1999. 9. 16. 97헌바28, 판례집 11-2, 272, 280; 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마328, 판례집 24-2상, 624, 636.

14) 정문식, “평등위반 심사기준으로서 비례원칙”, 『법학연구』 제51권 제1호, 2010. 2, 39면.

15) 이부하, “헌법상 평등원칙에 대한 심사기준”, 『법학연구』 제19권 제2호, 2011. 8, 275면.

된 심사척도)을 적용할 수도 있다. 이 사건에서 헌법재판소 법정의견은 아무런 설명 없이 ‘자의금지원칙’(완화된 심사척도)을 사용하고 있다. 이는 헌법재판소가 평등원칙 심사강도를 선정할 때 어떠한 이유에서 자의금지원칙을 사용하는지에 대한 논증을 생략함으로써 인해, 헌법재판소 결정의 설득력을 떨어뜨린다.

법정의견에 대한 보충의견에서는 법정의견이 사용한 자의금지원칙(완화된 심사척도)에 대해 이의를 제기하며, 자의금지원칙 보다 더 강화된 심사강도를 적용해야 한다고 주장한다. 산재보험수급권은 ‘사회보장수급권’의 성격을 가지고 있기 때문에, 산재보험수급권과 관련된 영역에서의 평등심사에 있어 그 심사의 강도를 합리성 심사에서 좀 더 강화된 수준으로 높일 필요가 있다는 점, 산재보험수급권은 잠재적 재산권성이 인정되는 공법상의 지위를 가진다는 점을 고려해 평등원칙 심사에서 자의금지원칙 보다 심사강도를 더 높일 필요가 있다는 것이다.¹⁶⁾

보충의견에서는 “근로자의 통상의 출퇴근 재해 위험에 대해서는 국가와 사용자의 강화된 책임과 배려가 필요하다고 할 것이다(보호영역의 특성). 그리고 산업사회의 근로자에게 근로가 가지는 의미를 고려하면 통상의 출퇴근 중 재해를 입은 비혜택근로자에 대한 급부는 필요하고 긴절하다고 할 수 있다(보호의 긴절성). 또한 심판대상조항은 비혜택근로자에 대한 안전 배려, 급부와 관련된 의무 이행을 소홀히 한 것으로서 비혜택근로자에 대하여 적절하고 효과적인 보호를 위한 충분한 조치를 한 것이라고 할 수 없으며, 사회보장제도로서 산재보험제도의 본질에 반하는 측면이 있다고 할 수 있다(보호수준의 적절성).”고 주장한다.¹⁷⁾

보충의견에서 주장한 ‘강화된 심사강도’는 ‘자의금지원칙’(완화된 심사척도)이나 ‘비례성 원칙’(엄격한 심사척도)과는 다른 새로운 심사기준이다. 그런데 ‘강화된 심사강도’가 어떠한 사건의 경우 또는 어떠한 기본권이 문제되는 경우에 적용해야 하는지에 대한 추가적인 논증이 필요하다. 또한 ‘보호영역의 특성’이라는 세부적 심사기준을 제시하고 있다. 그러나 ‘보호영역’이란 평등원칙과 호

16) 헌재 2016. 9. 29. 2014헌바254, 공보 제240호, 1474, 1481.

17) 헌재 2016. 9. 29. 2014헌바254, 공보 제240호, 1474, 1482.

응되지 않는 용어이다. 기본권의 보호영역(Schutzbereich)¹⁸⁾은 국가의 기본권 침입(Eingriff)이 정당화하려면 헌법상 기본권 침입에 요구되는 형식적·실질적 요건을 충족해야 하는 영역을 말한다.¹⁹⁾ 이러한 기본권 보호영역의 확정은 원칙적으로 법익형량에 의해 개별적으로 확정되는 것이 아니라, 헌법해석에 의해 확정된다.²⁰⁾ 기본권 보호영역은 기본권의 성격이나 보호법익처럼 유동적이지 않고 확정적이므로, ‘특성’이라는 용어와 어울리지 않는다. 또한 보호영역은 방어권(특히 자유권)에 있어서 사용되는 개념이고, 평등권이나 평등원칙에는 보호영역이 존재하지 않기 때문에²¹⁾ 보호영역이라는 용어를 사용하는 것이 적절하지 않다. ‘보호의 긴절성’ 판단에 있어서도 어떠한 급부가 필요하고 긴절한지를 판단하기 용이하지 않다. 또한 ‘보호수준의 적절성’ 문제도 국가가 적절하고 효과적인 보호를 위한 충분한 조치를 취한 것인지를 판단하기 위해서 구체적인 기준이 제시되어야 한다.

2. 사회적 기본권 관련 심사기준의 부재

헌법재판소는 사회적 기본권 관련 심사에서 다음과 같이 실시하고 있다. “국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 최저생활보장에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈함으로써 사회적 기본권을 보장하여야 할 국가의 최소한 보장 의무의

18) 기본권의 보호영역은 인적 보호영역, 물적 보호영역, 규범영역(기본권 내용)을 의미한다 (Ulrich Jan Schröder, Der Schutzbereich der Grundrechte, JA 2016, S. 641).

19) 이에 관하여는 G. Lübke-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 25 이하; 정태호, “자유권적 기본권의 “제한”에 관한 고찰 - 이른바 사실상의 기본권제약을 중심으로 -”, 「헌법논총」 제13집, 2002, 565면 이하; 한수웅, “자유권의 보호범위”, 「헌법학연구」 제12권 제5호, 2006. 12, 47면.

20) 이부하, “헌법유보와 법률유보”, 「공법연구」 제36집 제3호, 2008. 2, 205-206면. Josef Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und das staatliche Schutzpflicht, § 111 Rn. 42 (‘보호영역’은 침입의 효력범위 및 국가의 정당성근거 등 그 범위가 경직되고 확정적이다. 반면, ‘보호법익’은 법적 또는 현실적 가능성 기준에 따라 고려되어야 한다. 따라서 보호법익은 효과적인 조치나 기본권주체에 따라 다양하게 조절되기에 유동적이다).

21) 이부하, 전제논문(주 15), 265면.

불이행으로 볼 수 있는 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다.”²²⁾

헌법재판소는 사회적 기본권과 관련하여, ‘국가의 최소한 보장 의무의 불이행’이라는 심사척도를 제시하고 있다. 그러나 ‘최소한 보장’이라는 것이 무엇을 의미하며, 어떠한 내용을 지닌 심사기준인지를 이해하기 어렵다. 주목할 것은 여기서 말하는 사회적 기본권과 관련된 ‘국가의 최소한 보장 의무’는 자유권적 기본권에 국한되어 적용되는 ‘국가의 기본권보호 의무’²³⁾ 내지 ‘과소보호금지 원칙’과는 전혀 다른 개념이다.

[표 1] 사회적 기본권에 사용한 심사기준의 내용

	사건번호	심사기준의 주요 내용
(A) 유형	(가) 94헌마33 2002헌마328 2009헌마617 2010헌마204 2011헌마123 2015헌바191	국가가 최저생활보장에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다. 심판대상조항이 인간다운 생활을 보장하기 위하여 국가가 실현해야 할 객관적 내용의 최소한의 보장에도 이르지 못하였다거나 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 벗어난 경우라고 볼 수 없다.
	(나) 2002헌마90	국가유공자 등의 보상수급권에 관해서도 입법자는 전·공상자 등에게 인간다운 생활에 필요한 최소한의 물질적 수요

22) 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543, 555; 헌재 2003. 5. 15. 2002헌마90, 판례집 15-1, 581, 601; 헌재 2004. 10. 28. 2002헌마328, 판례집 16-2하, 195, 204-205; 헌재 2008. 10. 30. 2005헌마1156, 판례집 20-2상, 1007, 1019; 헌재 2011. 3. 31. 2009헌마617 등, 판례집 23-1상, 416, 423.

23) 기본권보호의무에 관하여는 표명환, “국가의 기본권보호의무와 행정법상의 개인적 공권이론”, 『헌법학연구』 제10권 제1호, 2004, 277면 이하; 표명환, “입법자의 기본권보호의무와 헌법적 통제”, 『헌법학연구』 제11권 제2호, 2005. 6, 212면 이하; 표명환, “기본권보호청구권의 구조와 체계에 관한 고찰”, 『법학연구』 제45집, 2012. 2, 23면 이하; 허완중, “기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계”, 『공법연구』 제37집 제1-2호, 한국공법학회, 2008. 10, 201면 이하; 이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 『법학연구』 제17집 제2호, 2014. 6, 39면 이하; 이부하, “생명에 대한 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 『동아법학』 제62호, 2014. 2, 1면 이하; 이부하, “비례성원칙과 과소보호금지원칙”, 『헌법학연구』 제13권 제2호, 2007. 6, 275면 이하; 이부하, “헌법영역에서의 기본권보호의무”, 『공법학연구』 제8권 제3호, 2007. 8, 123면 이하.

		<p>를 충족시켜 주고 있고 헌법상의 사회보장·사회복지의 이념과 국가유공자에 대한 우선적 보호이념에 명백히 어긋나지 않는 한 광범위한 입법재량권을 행사할 수 있다.</p>
	<p>(다) 97헌마333 2005헌마1156 2012헌마515 2012헌마459 2013헌마435 2014헌바371</p>	<p>인간다운 생활을 할 권리로부터는 인간의 존엄에 상응하는 생활에 필요한 “최소한의 물질적인 생활”의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 상황에 따라서는 직접 도출될 수 있다고 할 수는 있어도, 동 기본권이 직접 그 이상의 급부를 내용으로 하는 구체적인 권리를 발생케 한다고는 볼 수 없다.</p> <p>입법자는 광범위한 입법재량을 가지고 국가의 재정능력, 국민 전체의 소득 및 생활수준, 기타 여러 가지 사회적·경제적 여건 등을 종합하여 합리적인 수준에서 결정할 수 있다. 다만 그 결정이 현저히 자의적이거나 사회적 기본권의 최소한 내용마저 보장하지 않은 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다.</p> <p>1) 그 입법형성의 한계를 일탈하여 최소한의 보장마저 외면함으로써 위 권리들을 침해하는 것이라고 볼 수 없다. 2) 인간다운 생활을 보장하기 위하여 국가가 실현해야 할 객관적 내용의 최소한도 보장에도 이르지 못하였고 보기 어렵다.</p>
<p>(B) 유형</p>	<p>(라) 2002헌바1</p>	<p>사회적 기본권의 성격을 가지는 의료보험수급권은 국가에 대하여 적극적으로 급부를 요구하는 것이므로 헌법규정만으로는 이를 실현할 수 없고 법률에 의한 형성을 필요로 한다. 의료보험수급권의 구체적 내용 즉, 수급요건·수급권자의 범위·급여금액 등은 법률에 의하여 비로소 확정된다.</p> <p>의료보험수급권을 법률로 형성함에 있어서 의회가 비록 폭넓은 재량권을 가진다는 점을 고려한다고 하더라도 계쟁 조항이 경과실의 범죄행위에 기인한 보험사고의 경우에까지 의료보험의 수급권을 부정하는 것은 우연한 사고로 인한 위험으로부터 다수의 국민을 보호하고자 하는 사회보장제도로서의 의료보험의 본질에 반하고, 의료보험을 절실히 필요로 하는 다수 국민의 우연한 위험에 대하여 그 보호를 거절하는 것이 되어 사회보장의 증진에 노력할 국가의 책임에 역행하는 것이므로 이러한 입법은 재량의 범위를 현저히 일탈하여 위헌이라고 할 것이다.</p>

헌법재판소는 (A)유형의 (가)결정에서 대표적으로 사회적 기본권 관련 심사기준의 내용으로 “입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다.”고 설시하고 있다. 이는 ‘명백성 통제’ 기준을 의미하는 듯하다. 명백성 통제는 사회적 기본권에 특유한 심사기준이 아니라, 헌법재판소가 비례성 원칙 심사에서 입법자의 예측판단을 심사하는 통제 기준이다.

비례성 원칙에 의한 심사에 있어서 수단의 적합성 심사 단계에서 독일 연방헌법재판소는 입법자의 예측판단을 심사한다. 이 경우 독일 연방헌법재판소는 입법자의 미래에 대한 상황발전에 대한 예측판단을 규율영역의 특성, 확실한 판단을 내릴 수 있는 현실적 가능성의 정도 및 침해된 법익에 따라 통제 강도를 다르게 사용한다. 독일 연방헌법재판소는 입법자의 예측판단을 3가지의 통제강도 즉, 명백성 통제(Evidenzkontrolle), 설득력 통제(주장가능성 통제; Vertretbarkeitskontrolle), 내용통제(Inhaltskontrolle)를 사용한다.²⁴⁾

‘명백성 통제’ 기준에 의하면, 헌법재판소가 입법자의 재량 한계를 명백히 일탈했는지 여부만을 심사하게 된다. 이 통제 기준에 의하면, 입법자의 예측판단권이 광범위하게 인정되고, 헌법재판소는 법률상 입법목적 실현이 명백하게 부적합한 수단인지 여부만을 심사한다.²⁵⁾ 이에 반해, ‘설득력 통제’(주장가능성 통제) 기준에 의하면, 헌법재판소가 입법자의 예측판단을 심사함에 있어서 입법자가 가용한 모든 판단자료를 활용하여, 장래에 발생할 법률의 효과를 납득할만하게 지니도록 노력했는가를 심사한다.²⁶⁾ ‘내용통제’ 기준을 사용하는 경우, 헌법재판소는 입법자의 예측판단이 내용적·실체적으로 타당한가 여부를 심사하게

24) BVerfGE 50, 290 (332); Schneider, NJW 1980, S. 2105 f.; Ossenbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellung und Prognoseentscheidungen durch das BVerfG, in: BVerfG und GG I, S. 484 ff. 한수용, “헌법재판의 한계 및 심사기준 - 헌법재판소와 입법자의 관계를 중심으로 -”, 「헌법논총」 제8집, 1997, 217면 이하와 233면; 방승주, “독일 연방헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도”, 「헌법논총」 제7집, 1996, 308면 이하(“입법자의 선택 수단에 대한 헌법재판소의 통제 강도는 관련된 기본권적 법익의 중대성, 그 가해의 심각성, 그 가해의 빈도 등에 따라서 달라지게 된다.”).

25) BVerfGE 36, 1 (17); 37, 1 (20); 196, 223. 방승주, “헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도”, 「공법연구」 제37집 제2호, 2008. 12, 151면.

26) BVerfGE 25, 1 (12 f., 17); 30, 250 (263); 39, 210 (225 f.). 방승주, 상계논문(주 25), 152면.

된다.²⁷⁾ 내용통제 기준은 침해되는 법익이 생명권이나 신체의 자유, 의식주 등 인간의 기본적 욕구, 직업의 자유 등 가장 기본적이고 개인적인 자유가 관련되는 영역에 적용한다.²⁸⁾ 이러한 내용통제 기준의 사용은 입법자의 예측판단을 헌법재판소의 예측판단으로 대체하게 된다.²⁹⁾

입법자의 예측판단에 대한 헌법재판소의 통제강도 3단계화는 입법자와 국민 간의 실제법적인 입증책임 분배하는데 초점이 있다.³⁰⁾ 독일 연방헌법재판소에 의하여 형성된 3단계의 통제 기준은 입증책임 분배의 구분이다.³¹⁾ 법률이 개인의 핵심적 자유영역(생명권, 신체의 자유 등)을 침해하는 경우, 입증책임 입법자에게 부담시킴으로써 기본권 보장을 강화하려는 것이다. 이에 반해, 경제적 활동을 규율하는 법률에 대해서는 입법자가 보다 광범위한 입법형성권을 지닌다. 이 경우 헌법재판소는 명백성 통제에 의해 심사한다.³²⁾

헌법재판소는 (A)유형 (나)결정에서 사회적 기본권과 관련하여, “입법자는 ... 광범위한 입법재량권을 행사할 수 있다. ... 인간다운 생활을 할 권리로부터는 ... 직접 그 이상의 급부를 내용으로 하는 구체적인 권리를 발생케 한다고는 볼 수 없다.”고 실시하고 있다. 헌법재판소는 인간다운 생활을 할 권리를 사회적 기본권으로 인정하면서도, 그 법적 성격을 ‘추상적 권리’로 보고 있다.

헌법재판소는 (A)유형 중 (다)결정에서 사회적 기본권 관련 심사기준으로서 종종 “국가가 실현해야 할 사회적 기본권의 최소한 내용 보장”을 이행했는지 여부에 중요한 기준을 둔다. ‘최소한 내용 보장’³³⁾이 무엇을 의미하는지 불투명하고, 이는 입법자가 사회적 기본권의 보장 의무를 면할 수 있는 구실로서 작용할 수 있다.³⁴⁾

27) BVerfGE 7, 377 (415); 11, 30 (45); 17, 269 (276 ff.); 39, 1 (46, 51 ff.); 45, 187 (238).

28) BVerfGE 50, 290 (333); H.-P. Schneider, NJW 1980, S. 2105.

29) 이부하, “입법자의 입법형성권의 내용과 한계”, 「법과 정책연구」 제13집 제1호, 2013. 3, 108면.

30) M. Kriele, Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum, Rn. 44 ff.

31) BVerfGE 50, 290 (331, 333, 340 ff.).

32) 한수웅, 전제논문(주 24), 233-237면; 이부하, 상계논문(주 29), 108-109면.

33) 이와 관련하여 ‘최소핵심 의무’를 설명하는 논문으로는 정영훈, “남아프리카공화국 헌법상 사회적 기본권 침해 여부의 심사기준에 관한 연구”, 「법과 정책연구」 제16집 제1호, 2016. 3, 483면.

34) 정태호, “원리모델에 의한 사회적 기본권 침해여부의 판단기준 및 심사구조”, 「헌법학연구」 제13권 제3호, 2007. 9, 553면(“입법자는 언제나 ‘최소한 조치’만을 취하기만 하면 항상 그

이와 유사한 논리로 (B)유형의 (라)결정에서 해당조항이 “사회보장제도로서의 의료보험의 본질에 반”한다고 설명하지만, 의료보험의 본질이 무엇인지와 어떠한 경우 의료보험의 본질에 반하는지에 대한 설득력있는 논거가 제시되어야 한다.

Ⅳ. 사회적 기본권에 적용할 심사기준 제시

이 사건에서 헌법재판소는 청구인의 산재보험수급권 침해 문제에 관해 사회적 기본권 침해 여부로 직접 판단하지 않고, 평등원칙 위반 여부로 우회적인 방법을 사용했다. 이러한 이유 중 하나는 사회적 기본권에 대한 구체적인 심사기준이 존재하지 않기 때문이다. 이에 헌법재판에서 사회적 기본권에 적용할 구체적인 심사기준을 제시하는 견해들이 있다.³⁵⁾ 이러한 견해들을 참조하여 다음과 같은 심사기준을 제시해 본다.

1. 국가 공권력의 행위 의무 내지 보호 의무 유무 확인

우리나라 헌법재판소는 “입법부작위에 대한 헌법소원은 헌법에서 기본권보장을 위해 법률에 명시적으로 입법위임을 하였음에도 불구하고 입법자가 이를 이행하지 않고 있는 경우, 또는 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위 의무 내지 보호 의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 아니한 경우에 한하여만 허용

위헌판단을 면할 수 있다는 것이라면 이에 동의할 수 없다.”).

35) 정태호, 상계논문(주 34), 558-559면(1) 청구인이 주장하는 급부의 제공을 내용으로 하는 일용 사회적 기본권의 헌법적 근거가 존재하는가?, 2) 청구인이 주장하는 급부의 일부 또는 전부가 적극적·소극적인 방식으로 공권력에 의해 거부되고 있는가?, 3) 공권력에 의한 급부거부가 헌법적으로 정당화되는가?.

김해원, “급부권적 기본권의 심사구조 - 국회입법부작위를 중심으로 -”, 『공법학연구』 제13권 제2호, 2012. 5, 265-285면(1) 잠정적 보호영역을 확인하는 단계, 2) 국가 공권력의 부작위의 정당성을 심사하는 단계(진정입법부작위와 부진정입법부작위로 구분)).

정극원, “헌법재판에서의 사회적 기본권의 심사기준과 그 적용”, 『세계헌법연구』 제17권 제2호, 2011, 157-181면(원리모델에 따른 주관적 공권성의 도출, 국가의 기본권보호의무, 평등원칙).

된다.”³⁶⁾고 판시하고 있다.

“공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어’가 의미하는 바는, 첫째, 헌법상 명문으로 공권력 주체의 작위의무가 규정되어 있는 경우, 둘째, 헌법의 해석상 공권력 주체의 작위의무가 도출되는 경우, 셋째, 공권력 주체의 작위의무가 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우 등을 포괄하고 있는 것으로 볼 수 있다.”³⁷⁾

사회적 기본권의 경우 헌법해석에 의해 국가의 행위의무나 보호의무가 있는지 여부를 확인하는 작업이 필요하다. 헌법재판소 판시이유에서도 실시하고 있듯이, 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하는 경우는 청구인에게 ‘헌법해석상 구체적인 기본권이 보장’되는 경우이거나 헌법에서 기본권보장을 위해 ‘법률에 명시적으로 입법위임’을 하고 있는 경우이다.

2. 국가 공권력의 행위의무 불이행 여부

국가 공권력이 행위의무를 이행하지 않고 있음을 확인하기는 쉽지 않다. 국가 공권력의 행위의무 불이행 여부는 방어권처럼 국가 공권력에 의한 특정한 기본권 침해행위 자체를 확인하는 것이 아니라, 간접적으로 작위의무의 불이행 상태를 확인해야 한다.³⁸⁾ 사회적 기본권에 있어서 국가가 부진정입법부작위³⁹⁾

36) 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 17; 1989. 9. 29. 89헌마13, 판례집 1, 294, 296; 헌재 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 395, 405-406; 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 299; 헌재 2003. 5. 15. 2000헌마192등, 판례집 15-1, 551, 558; 헌재 2003. 6. 26. 2002헌마624; 헌재 2012. 4. 3. 2012헌마223, 1, 2; 헌재 2014. 12. 24. 2014헌마1069, 1, 2; 헌재 2016. 4. 28. 2015헌마1177 등, 판례집 28-1하, 141, 151; 헌재 2016. 7. 26. 2016헌마590, 1, 2.

37) 헌재 2004. 10. 28. 2003헌마898, 판례집 16-2하, 212, 219; 헌재 2011. 8. 30. 2008헌마 648, 판례집 23-2상, 417, 433; 헌재 2011. 12. 29. 2009헌마621, 판례집 23-2하, 853, 858.

38) 김해원, 전계논문(주 35), 268면.

39) “넓은 의미의 입법부작위에는 입법자가 헌법상 입법의무가 있는 어떤 사항에 관하여 전혀 입법을 하지 아니함으로써 입법행위의 흠결이 있는 경우와 입법자가 어떤 사항에 관하여 입법은 하였으나 그 입법의 내용·범위·절차 등이 당해 사항을 불완전, 불충분 또는 불공정하게 규율함으로써 입법행위에 결함이 있는 경우가 있는데, 일반적으로 전자를 ‘진정입법부작위’, 후자를 ‘부진정입법부작위’라고 부르고 있다.”(헌재 1996. 10. 31. 94헌마204, 공보 18, 648, 651; 헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735, 판례집 13-1, 1431, 1437; 헌재 2007. 7. 26. 2006

를 하는 경우가 많은데, 이 경우 입법부작위라는 헌법소원을 제기할 수 없고, 헌법위반이라는 적극적인 헌법소원을 청구할 수 있다.⁴⁰⁾

국가 공권력의 행위 의무 불이행의 확인은 사회적 기본권을 보장하는 헌법규정에 의하여 입법부작위가 발생한 지 ‘상당기간이 경과’하였음에도 입법부작위 상황에 있는 경우 인정될 수 있다.⁴¹⁾

3. 국가 공권력의 부작위의 정당성 여부

사회적 기본권을 실현해야 할 국가 의무가 존재한다. 헌법해석상 국가의 행위 의무 내지 보호의무가 있음에도 불구하고 국가 공권력이 부작위하는 경우, 이러한 부작위가 정당화되는지 여부에 대해 헌법재판적 심사가 이루어진다. 사회적 기본권 관련 심사에서 자유권적 기본권 심사와 유사하게 ‘헌법원칙’에 의한 심사가 이루어진다. 사회적 기본권 관련 헌법재판에서 법률유보원칙, 포괄위임입법금지원칙 등 ‘형식적 헌법심사원칙’⁴²⁾과 명확성원칙,⁴³⁾ 신뢰보호원칙,⁴⁴⁾ 과소보호금지원칙 등 ‘실질적 헌법심사원칙’을 사용해야 한다. 다만, 사회적 기본권 관련 심사에서는 공권력에 의한 제한 문제가 아니므로, 비례성원칙(과잉금

헌마1164, 판례집 19-2, 194, 201; 헌재 2009. 7. 14. 2009헌마349, 공보 제154호, 1524, 1525; 헌재 2012. 2. 23. 2010헌마300, 공보 제185호, 492, 494).

40) “부진정입법부작위의 경우에는 그 불완전한 법규정 자체를 대상으로 하여 그것이 헌법위반이라는 적극적인 헌법소원을 청구할 수 있을 뿐 이를 입법부작위라 하여 헌법소원을 제기할 수 없다.”(헌재 1993. 3. 11. 89헌마79, 판례집 5-1, 92, 102; 1996. 6. 13. 93헌마276, 판례집 8-1, 493, 496; 헌재 2003. 5. 15. 2000헌마192 등, 판례집 15-1, 551, 558).

41) 정태호, 전제논문(주 34), 560면.

42) 김해원, “수권법률에 대한 수권방식통제로서 포괄위임금지원칙 - 기본권심사를 중심으로 -”, 헌법학연구 제21권 제2호, 2015, 167면(형식적 헌법심사의 내용으로는 ① 수권법률(법률정립권자)이 ‘누구’에게 ‘어떤 법률하위규범’의 정립을 수권하고 있으며(피수권기관·피수권규범특정에 관한 헌법적 통제), ② 이러한 수권은 ‘어떤 사항’에 대하여(수권내용에 관한 헌법적 통제), ③ ‘어떤 방식’으로(수권방식에 관한 헌법적 통제) 행해지는가? 이다).

43) 이에 관해서는 이부하, “법적 안정성의 의미에서 명확성의 원칙”, 『세계헌법연구』 제20권 제1호, 2014. 4, 1면 이하.

44) 이부하, “헌법상 신뢰보호원칙에 대한 고찰”, 『한양법학』 제21권 제4집, 2010. 11, 147면 이하; 이부하, “헌법재판소의 신뢰보호원칙 심사기준에 대한 평가”, 『법학논고』 제48집, 2014. 11, 145면 이하.

지원칙)이 사용될 여지는 적다.

V. 결 론

1. 헌법재판의 생명은 논증의 설득가능성과 논증의 타당성에 있다. 연구대상인 위 사건에서 헌법재판소는 사회적 기본권 침해 여부를 직접 판단하지 않고, 우회적으로 평등원칙 위반 여부를 판단했다. 이러한 이유는 사회적 기본권에 대한 구체적인 심사기준이 존재하지 않기 때문이다. 사회적 기본권과 관련하여, 헌법재판소는 ‘국가의 최소한 보장 의무의 불이행’이라는 심사척도를 제시하고 있다. 그러나 ‘최소한 보장’이라는 것이 국가에게 어느 정도의 보장 의무를 지우는지 여부가 불투명하며, 어떠한 내용을 지닌 심사기준인지 납득가능하게 설명해야 한다.

2. 이 사건에서 심사기준으로서 평등원칙의 심사강도와 관련하여, 청구인은 ‘비혜택근로자’라는 사회적 신분에 해당되어 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우이고, 차별적 취급으로 인하여 ‘평등권’에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에 해당된다. 따라서 ‘비례성원칙’(엄격한 심사척도)을 적용해야 한다. 그에 반해 산업재해보상보험법이라는 수혜적 성격의 법률이 적용되므로 입법자에게 광범위한 입법형성의 자유가 인정되는 경우이다. 따라서 ‘자의금지원칙’(완화된 심사척도)을 적용해야 한다. 헌법재판소 이론에 의하면, ‘비례성원칙’(엄격한 심사척도)을 적용할 수도, ‘자의금지원칙’(완화된 심사척도)을 적용할 수도 있다. 그런데 헌법재판소는 아무런 설명 없이 ‘자의금지원칙’(완화된 심사척도)을 사용함으로써 임의적인 기준을 사용하고 있다.

3. 사회적 기본권 침해 여부를 판단할 심사기준으로 1) 국가 공권력의 행위 의무 내지 보호의무 유무 확인, 2) 국가 공권력의 행위의무 불이행 여부, 3) 국가 공권력의 부작위의 정당성 여부 등 3단계 심사를 제안해 본다.

참고문헌

- 김종보, “사회적 기본권의 구체적 권리성 여부”, 「법학연구」 제49권 제1호, 2008. 8.
- 김해원, “일반적 평등원칙의 심사구조와 심사강도”, 「공법학연구」 제14권 제2호, 2013. 5.
- 김해원, “급부권적 기본권의 심사구조 - 국회입법부작위를 중심으로 -”, 「공법학연구」 제13권 제2호, 2012. 5.
- 김해원, “수권법률에 대한 수권방식통제로서 포괄위임금지원칙 - 기본권심사를 중심으로 -”, 「헌법학연구」 제21권 제2호, 2015.
- 방승주, “독일 연방헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도”, 「헌법논총」 제7집, 1996.
- 방승주, “헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도”, 「공법학연구」 제37집 제2호, 2008. 12.
- 양천수, “생존배려 개념의 기원 - 법철학의 시각에서 본 포르스트호프(E. Forsthoff)의 사회보장법체계 -”, 「영남법학」 제26호, 2008. 4.
- 이부하, “비례성원칙과 과소보호금지원칙”, 「헌법학연구」 제13권 제2호, 2007. 6.
- 이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 「법학연구」 제17집 제2호, 2014.
- 이부하, “생명에 대한 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 「동아법학」 제62호, 2014.
- 이부하, “법적 안정성의 의미에서 명확성의 원칙”, 「세계헌법연구」 제20권 제1호, 2014.
- 이부하, “헌법영역에서의 기본권보호의무”, 「공법학연구」 제8권 제3호, 2007. 8.
- 이부하, “입법자의 입법형성권의 내용과 한계”, 「법과 정책연구」 제13집 제1호, 2013. 3.
- 이부하, “헌법상 평등원칙에 대한 심사기준”, 「법학연구」 제19권 제2호, 2011. 8.
- 이부하, “헌법유보와 법률유보”, 「공법연구」 제36집 제3호, 2008. 2.

- 이부하, “헌법상 신뢰보호원칙에 대한 고찰”, 「한양법학」 제21권 제4집, 2010. 11.
- 이부하, “헌법재판소의 신뢰보호원칙 심사기준에 대한 평가”, 「법학논고」 제48집, 2014. 11.
- 이부하, “입법자의 입법형성권의 내용과 한계”, 「법과 정책연구」 제13집 제1호, 2013. 3.
- 정극원, “헌법재판에서의 사회적 기본권의 심사기준과 그 적용”, 「세계헌법연구」 제17권 제2호, 2011.
- 정문식, “평등위반 심사기준으로서 비례원칙”, 「법학연구」 제51권 제1호, 2010. 2.
- 정영훈, “남아프리카공화국 헌법상 사회적 기본권 침해 여부의 심사기준에 관한 연구”, 「법과 정책연구」 제16집 제1호, 2016. 3.
- 정태호, “자유권적 기본권의 “제한”에 관한 고찰 - 이른바 사실상의 기본권제약을 중심으로 -”, 「헌법논총」 제13집, 2002.
- 정태호, “원리모델에 의한 사회적 기본권 침해여부의 판단기준 및 심사구조”, 「헌법학연구」 제13권 제3호, 2007. 9.
- 표명환, “국가의 기본권보호의무와 행정법상의 개인적 공권이론”, 「헌법학연구」 제10권 제1호, 2004. 3.
- 표명환, “입법자의 기본권보호의무와 헌법적 통제”, 「헌법학연구」 제11권 제2호, 2005. 6.
- 표명환, “기본권보호청구권의 구조와 체계에 관한 고찰”, 「법학연구」 제45집, 2012. 2.
- 한수웅, “자유권의 보호범위”, 「헌법학연구」 제12권 제5호, 2006. 12.
- 한수웅, “헌법재판의 한계 및 심사기준 - 헌법재판소와 입법자의 관계를 중심으로 -”, 「헌법논총」 제8집, 1997.
- 한수웅, “사회복지의 헌법적 기초로서 사회적 기본권 - 사회적 기본권의 개념과 법적 성격을 중심으로 -”, 「헌법학연구」 제18권 제4호, 2012. 12.
- 허완중, “기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계”, 「공법연구」 제37집 제1-2호, 2008. 10.
- 홍석한, “사회적 기본권의 법적 성격에 대한 고찰”, 「법학연구」 제23권 제4호, 2015. 10.

Susanne Baer, Das Soziale und die Grundrechte, NZS 2014, S. 1 ff.

Ulrich Jan Schröder, Der Schutzbereich der Grundrechte, JA 2016, S. 641 ff.

[Abstract]

**An Appraisal of the Korean Constitutional Court'
Decision concerning Occupational Accidents during
Commuting to or from Work in Industrial Accident
Compensation Insurance Act**

Lee, Boo-Ha

Professor, Yeungnam University Law School

The Korean Constitutional Court has ruled that Article 37 (1) 1 (c) of Industrial Accident Compensation Insurance Act that does not recognize an accident that happens while a worker is commuting to or from work as an Occupational Accident is unconstitutional because of violating the principle of equality.

In this case, the applicant falls under the social status of 'non-beneficial workers', which requires special equality in the Constitution, and is subject to serious restrictions on 'equal rights' due to discriminatory treatment. Therefore, 'proportionality principle' (strict scrutiny standard) should be applied. On the other hand, it is the case that the legislator is granted the authority to form broad legislation, because the benefit of the Industrial Accident Compensation Insurance Act is applied. Therefore, the 'arbitrary prohibition principle' (relaxation test standard) should be applied. However, the Korean Constitutional

Court has applied the ‘arbitrary prohibition principle’ (relaxation test standard) without any explanation. In this case, the Korean Constitutional Court should have used strict scrutiny test.

The Korean Constitutional Court stated, “Legislators can make decisions at a reasonable level with a wide range of legislative discretion, taking into account the financial capacity of the state, the income and living standards of the entire nation, and various social and economic conditions. The state can not be regarded as the default of minimum guarantee obligation of the state which is obliged to guarantee the social fundamental rights by not explicitly deviating from the scope of the discretion which can be accepted by the Constitution.” The Korean Constitutional Court should propose what is the minimum guarantee and what is the specific test standard.

Key words : Industrial Accident Compensation Insurance Act, social fundamental rights, the principle of equality, control density, minimum guarantee