

# 인간다운 생활을 할 권리와 건강권

박 지 용\*

I. 서론
II. 인간다운 생활을 할 권리와 건강권의 관계
1. 헌법의 규정
2. 인간다운 생활을 할 권리 및 건강권의 의의
III. 인간다운 생활을 할 권리 및 건강권에 관한 현재결정례 비판적 검토
1. 문제의 제기
2. 기본권 보호의무와 과소보호금지 원칙
3. 인간다운 생활을 할 권리의 내용과 보호수준
IV. 맺음말을 같음하여 : 개헌안의 건강권 규정 검토

## I. 서론

1987년 6월 항쟁의 역사적 산물인 현행 헌법은 군부의 장기집권을 종식시키고, 민주주의를 정착시키는 데 있어 큰 역할을 담당하였음은 주지의 사실이다. 그리고 2016년 말경에 시작된 소위 ‘촛불혁명’이 헌법적 절차, 즉 국회의 탄핵소추와 헌법재판소의 탄핵심판을 통하여 당시 현직 대통령으로 재임하던 박근혜의 파면으로 귀결된 것은 한국에서 적어도 ‘절차적’ 민주주의가 어느 정도 정착된 것으로 평가할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 현행 헌법의 역사적 성과에도 불구하고, 다른 한편에서는 이른바 ‘87년 체제’의 한계를 지적하면

\* 논문접수: 2019. 6. 5. \* 심사개시: 2019. 6. 5. \* 게재확정: 2019. 6. 26.

\* 연세대학교 법학전문대학원 조교수.

\* 본 논문은 2018. 5. 19. 대한의료법학회 월례학술발표회 발표문을 수정, 보완한 것이다.

#### 4 박지용

서, 현행 헌법에 대한 문제 제기와 함께 헌법 개정을 요구하는 목소리도 적지 않게 표출되고 있다.<sup>1)</sup>

최근 정치권의 개헌 논의 과정에서 여론의 가장 큰 관심 대상이 되었던 것은 역시 ‘정부형태’에 관한 것이었다. 하지만 개헌 논의에 있어서 1987년에 개정되어 시행되고 있는 현행 헌법이 지난 30년간의 변화된 사회상 내지 사회경제적 과제를 제대로 반영하지 못하고 있다는 보다 근본적인 성찰을 간과해서는 안 될 것이다. 즉, 한국은 1987년 이후 대통령 직선제를 도입한 현행 헌법을 통하여 정치적 민주주의의 형식적 제도화에는 어느 정도 성공했지만,<sup>2)</sup> 사회경제적 측면에서의 불평등과 양극화는 매우 심화되었다.<sup>3)</sup> 예컨대, ‘비정규직’으로 표상되는 노동의 유연화는 그 경제적 효용성에도 불구하고 소득 불평등을 심화시켰고,<sup>4)</sup> 더 나아가 정규직 노동자와 비정규직 노동자로의 사회적 계급의 분화 및 이에 기인한 사회적 차별의 발생을 가져왔으며, 궁극적으로는 사회 통합을 저해하는 결과를 초래하였다.<sup>5)</sup>

요컨대, 현행 헌법이 시행된 이후의 한국 사회를 전체적으로 조망한다면 정치적인 측면에서는 민주주의의 제도화와 시민적 성숙은 어느 정도 이루어 냈지만, 이와는 대조적으로 사회경제적 불평등은 심화되고 이로 인한 사회적 갈등은 증폭되었다고 할 수 있다. 이러한 현실 인식하에서 인간다운 생활을 보장하기 위한 사회적 기본권의 확대 내지 강화는 보다 중요한 헌법적 과제로 등장하지 않을 수 없었다.<sup>6)</sup>

- 
- 1) 한국 정치사에서의 이른바 ‘체제논쟁’ 및 헌법 개정과 체제변화와의 관계에 관하여 자세한 것은 손호철, 『촛불혁명과 2017년 체제』, 서강대학교 출판부, 2017, 132면 이하 참조.
  - 2) 정치적 민주주의의 형식적 제도화 단계를 넘어 실질적 제도화에 이르기 위해서 무엇보다 중요한 것은 보다 민주적인 정당 및 선거 제도를 도입하고 이를 구조화하는 것이다.
  - 3) 소위 ‘IMF 사태’ 이후 신자유주의적 경제체제 수립으로 인한 한국 사회의 근본적 변화에 주목하여 그 이후의 한국을 ‘97년 체제’라고 부르기도 한다. 97년 체제 명명(命名)의 정당성 논쟁에 관하여 자세한 것은 손호철, 앞의 책, 164면 이하 참조.
  - 4) 피케티는 현대 자본주의 경제에서 경제적 불평등이 주로 임금소득의 불평등에서 초래된 것임을 실증적으로 밝힌 바 있다. 이에 대하여 자세한 것은 Thomas Piketty, 유명 옮김, 『불평등경제』, 마로니에북스, 2014, 124면 이하 참조. 이는 경제적 불평등의 해소를 위한 정책적 접근에 있어 재분배정책보다는 분배정책이 보다 본질적인 것임을 시사한다.
  - 5) 이에 대하여 자세한 것은 장귀연, 『비정규직』, 책세상, 2009, 64면 이하 참조.
  - 6) 같은 맥락에서 헌법상 경제 질서와 관련해서는 경제민주화 내지 사회경제적 시장경제질서의 강화라는 화두가 논의되고 있다. 경제헌법의 개정 논의에 관하여 자세한 것은 홍준형,

문재인 대통령은 지난 대통령 선거 과정에서 2018년 6월 지방선거일에 개헌안에 대한 국민투표를 실시할 것을 대선 공약으로 제시하였고, 지난 2018년 3월 26일 헌법 개정안(이하 ‘개헌안’)을 발의한 바 있다.<sup>7)</sup> 사회적 기본권과 관련하여, 개헌안은 제안이유를 다음과 같이 밝히고 있다: “사회보장을 받을 권리 및 성별·장애 등에 따른 차별 개선에 노력할 국가의 의무 등을 신설하는 한편, 사회적 약자의 권리를 강화하여 인간으로서의 존엄성을 존중받을 수 있도록 하였다”. 특히 헌법 개정안 제35조는 ‘건강권’ 규정을 신설하여 건강권의 기본권성을 명시적으로 규정하였다.

그런데 헌법에서 건강권을 기본권으로 규정하였다는 것 내지 헌법이 건강권을 기본권으로 보장한다는 것은 도대체 어떠한 의미를 지니고 있는가? 그 헌법적 의미를 파악하기 위해서는 실체법적으로 기본권의 구체적 내용 내지 보호범위를, 소송법적으로는 헌법소송에서의 구체적인 사법심사의 기준을 각각 규명하여야 할 것이다.<sup>8)</sup> 이 글에서는 현행 헌법의 규정과 헌법재판소 결정 그리고 개헌안의 건강권 신설 규정 등을 비판적으로 검토함으로써 건강권의 헌법적 의미를 특히 ‘인간다운 생활을 할 권리’와의 관련성 속에서 살펴보고자 한다.

## II. 인간다운 생활을 할 권리와 건강권의 관계

### 1. 헌법의 규정

헌법은 건강권에 대한 명시적인 규정을 두고 있지는 않다. 그러나 헌법도 건

---

“경제헌법 개정의 방향”, 공법연구(제46권 4호), 한국공법학회, 2018, 149면 이하 참조.

7) 의안번호 12670호. 동 개헌안이 국회에서 진지하게 논의되지 못하고 폐기된 점은 개헌안의 당부를 떠나서 심히 유감이 아닐 수 없다. 그러나 비록 동 개헌안이 국회에서 진지한 논의 없이 폐기되었음에도 불구하고 향후 개헌 논의에서 하나의 기준점으로 제시된 측면도 있기 때문에 이에 대한 학문적 논의에 소홀해서는 안 될 것이다.

8) 김복기, “사회적 기본권의 법적 성격”, 사회보장법연구(제3권 1호), 서울대 사회보장법연구회, 2014, 132-133면.

강이 가지고 있는 가치와 의미에 대해서는 특별한 관심을 보이고 있다. 예컨대, 헌법 제36조 제3항은 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다”고 규정하고 있다. 동 규정은 비록 문언적으로는 국민에게 건강권이라는 주관적 권리를 부여하는 형식이 아니라 보건에 대한 국가의 보호의무를 규정하고 있는 형식을 취하고 있다. 하지만 동 규정은 학설상 일반적으로 헌법해석상 기본권으로서의 건강권을 도출할 때 직접적인 근거로 원용되고 있다.<sup>9)</sup> 또한 헌법 제35조 제1항은 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다”고 규정하고 있다. 물론 이 조항은 ‘환경권’에 관한 규정이지만, 헌법에서 ‘건강’이라는 용어를 사용하는 유일한 조항이라는 점과 건강은 환경과 매우 밀접한 관련성을 맺고 있다는 점에서, 동조는 건강권에 관련해서도 중요한 의미를 지니고 있으며, 오히려 건강과 환경 문제를 통합적으로 접근하여야 함을 시사하고 있다.<sup>10)</sup>

한편, 헌법 제34조 제1항은 “모든 인간은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다”고 규정하고, 동조 제2항은 “국가는 사회보장·사회복지 증진에 노력할 의무를 진다”고 규정하고 있다. 그리고 동조 제5항은 “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다”고 규정하고 있다. 그렇다면 인간다운 생활을 할 권리를 규정하고 있는 헌법 제34조와 국가의 보건 보호의무를 규정하고 있는 헌법 제36조 제3항과의 관계는 어떻게 이해하여야 할까?

우선 국가의 보건 보호의무를 규정하고 있는 헌법 제36조의 규정의 ‘위치’와 ‘체계’를 살펴볼 필요가 있다. 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”고 규정하고, 동조 제2항은 “국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야

9) 예컨대, 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2014, 809면. 한편, 이를 문언 그대로 국가의 기본권 보호의무에 관한 규정으로 소극적으로 해석하는 헌법재판소 결정으로는 헌재결 2008. 12. 26. 2008헌마419. 이에 대하여 자세한 것은 후술한다.

10) 박지용, “공중보건법학의 개념과 이념적 기초”, 저스티스(제141호), 한국법학원, 2014, 86면.

한다”고 규정하고 있는데, 결국 헌법 제36조는 혼인과 가족, 모성 보호 등에 관한 ‘제도적 보장’ 규정임을 알 수 있다. 그리고 혼인, 가족 및 모성 보호에 관한 제1항과 제2항에 이어 동조 제3항에서 국가의 보건 보호의무를 규정하고 있다. 이러한 규정상의 체계는 가족의 순결과 건강에 대한 국가의 지원을 규정한 독일 바이마르 헌법 제119조 제2항을 계수한 1948년 제헌 헌법 제22조에서 기원한다고 판단된다.<sup>11)</sup> 즉, 헌법사(史)의 관점에서 볼 때 애초 건강 문제는 ‘가족 내의 건강’이라는 지극히 협소한 인식에서 출발한 것이었다. 이것이 가족 내의 건강이라는 울타리를 벗어나 현재와 같이 독자적인 국가의 보건 보호 의무 규정으로 정립된 것은 현행 헌법의 직전 헌법인 1980년 헌법에 이르러서다. 다만, 현행 헌법에서도 동 규정이 제36조에 위치한 것은 바로 이러한 헌법사의 잔재(殘滓)를 완전히 벗어나지 못함을 보여줄 뿐이다.

그러나 헌법 제36조 제3항의 국가의 보건 보호의무 규정은 혼인 및 가족의 보호와 필연적인 기능적 연관관계를 맺고 있지는 않다.<sup>12)</sup> 오히려 헌법 제36조 제3항에서 의미하는 일반적인 사회적 위험인 질병에 대한 보호와 공중보건 및 국민건강증진이라는 국가 과제는 인간다운 생활을 할 권리에 관한 헌법 제34조의 구체적 내용을 구성하는 것이라고 이해되어야 한다.<sup>13)</sup> 질병을 단순히 개인적 요인으로만 바라보는 관점은 이미 오래 전에 극복되었고, 오히려 현대 사회의 전형적인 사회적 위험으로 파악하게 되었다.<sup>14)</sup> 이러한 상황에서 건강은 개인의 일반적인 행위 및 가치실현의 전제가 되는 기본적인 자유로서의 성격을 갖게 되었고,<sup>15)</sup> 따라서 국가는 개인의 건강을 보호하여 가장 기본적인

11) 제헌 헌법 제22조는 “혼인은 남녀동권을 기본으로 하며, 혼인의 순결과 가족의 건강은 국가의 특별한 보호를 받는다”라고 규정하고 있었다. 이에 대해서는 박지용, 위의 논문, 86면.

12) 같은 취지로 헌법제정권자가 가족질서에 국한하여 건강권을 보호하거나 혹은 가족질서에 있어서 건강권을 특히 강조하고 있다고 이해할 수는 없다. 이에 대해서는 전광석, 『한국헌법론』, 집현재, 2018, 472-473면.

13) 박중현, “보건권의 헌법적 의미: 복지국가 실현을 이끄는 역동적 인권”, 생명윤리정책연구(제9권 2호), 생명의료법연구소, 2015, 64면.

14) 질병의 복합적 결정요인에 관하여 자세한 것은 김창엽, 『건강할 권리』, 후마니타스, 2013, 29-33면 참조.

‘인간다운’의 조건을 보장하고 자유 실현의 기초를 마련해야 한다.<sup>16)</sup> 이러한 점에서 인간다운 생활을 할 권리는 평등한 자유권의 실질적 실현을 위한 것이고, 그 실천은 자유권의 제약이 아니라 자유권의 실현이라고 할 것이다.<sup>17)</sup>

## 2. 인간다운 생활을 할 권리 및 건강권의 의의

### 가. 인간다운 생활을 할 권리와 사회보장법

위와 같이 건강권을 인간다운 생활을 할 권리의 구체적 내용으로 인식한다면, 건강권의 헌법적 의의를 규명하기 위해서는 우선 인간다운 생활을 할 권리의 헌법적 위상을 정립하여야 할 것이다. 이에 대해서는 헌법 제34조를 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치를 사회경제적 영역에서 실현하기 위한 사회적 기본권의 총칙적 성격을 갖는 규정으로 파악하여, 헌법 제34조는 사회적 기본권뿐만 아니라 인간의 존엄을 구체화시키는 사회경제적 생활의 이념적 및 방법론적 기초로서의 성격을 갖는다는 입장도 있다.<sup>18)</sup>

그러나 비록 인간다운 생활을 할 권리의 보호영역과 보호수준에 관해서는 학설상 이론적 간극이 적지 않게 존재하고 있는 것은 사실이고, 인간다운 생활을 할 권리가 인간의 존엄성과 내적 연관성을 갖는다는 점을 부인할 수는 없지만, 헌법상 개별적인 기본권으로 규정되어 있는 인간다운 생활을 할 권리의 주관적 권리성을 부정하는 것은 타당하지 않다. 오히려 헌법 제34조 제1항과 제2항을 유기적으로 해석하여 이를 ‘사회보장에 관한 권리’ 내지 ‘사회보장권’으로 구체화하고,<sup>19)</sup> 제34조 제3항 내지 제6항, 제35조 제1항 및 제3항, 제36조 제3항 등은 ‘개별적 사회적 기본권’으로서 헌법의 사회적 과제를 실현하기 위해서 입법자가 적극적으로 활동해야 할 영역, 예컨대, 주거, 건강, 환경 등을 구

15) 전광석, 앞의 책, 481면.

16) 박중현, 앞의 논문, 68면.

17) Jurgen Habermas, 한상진·박영도 옮김, 『사실성과 타당성』, 나남, 2007. 480면.

18) 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2007, 491면.

19) 전광석, 앞의 책, 473면.

체적으로 지시한 것으로 해석하는 것이 타당하다.<sup>20)</sup>

여기서 ‘사회보장’이란 사회적 위험으로부터 국민을 보호하고 인간다운 생활을 향유하기 위해 필요한 소득, 의료, 그리고 복지서비스 등을 보장하는 것이라고 할 수 있으며, 결국 인간다운 생활을 할 권리로부터 위와 같은 소득보장, 건강보장 그리고 복지서비스를 받을 권리 등이 도출된다고 할 것이다. 그리고 사회보장권으로서의 인간다운 생활을 할 권리는 주로 각 개별 입법 영역에서 ‘사회보장법’을 통하여 실현된다.<sup>21)</sup> 특히 질병, 노령·사망·장애, 산업재해, 실업, 장기요양 등과 같은 전형적인 사회적 위험에 대하여 한국은 이를 사회보험에 의하여 보호하는 법체계를 채택하고 있다. 예컨대, 질병에 관해서는 「국민건강보험법」이, 장기요양에 관해서는 「노인장기요양보험법」 등이 시행되고 있다.

위와 같이 인간다운 생활을 할 권리를 ‘사회보장권’으로 이해할 경우, 건강권의 헌법적 의미는 다음과 같이 비교적 명료하게 개념지울 수 있다. 즉, 헌법상 건강권은 ‘건강에 관한 사회보장권’ 내지 ‘건강보장권’을 의미한다. 헌법재판소 역시 이 점에 있어서 일부 결정을 제외하고 비교적 적극적인 해석론을 전개하였다. 즉, 헌법재판소는 건강권을 “헌법 제36조 제3항이 규정하고 있는 국민의 보건에 관한 권리는 국민이 자신의 건강을 유지하는 데 필요한 국가적 급부와 배려를 요구할 수 있는 권리를 말하는 것으로서, 국가는 국민의 건강을 소극적으로 침해하여서는 아니될 의무를 부담하는 것에서 한걸음 더 나아가 적극적으로 국민의 보건을 위한 정책을 수립하고 시행하여야 할 의무를 부담한다는 것을 의미한다.”<sup>22)</sup>라고 해석하고 있다.

20) 이와 같은 해석론에 있어 개별적인 사회적 기본권을 규정하고 있는 한국 헌법과 국가에 ‘일반적인 사회정책 의무’를 부과하는 독일 헌법에서의 사회국가원리와의 차이를 지적하는 견해로는 전광석, 위의 책, 473면. 참조.

21) 전광석, 위의 책, 475면.

22) 헌재결 1995. 4. 20. 91헌바11.

### 나. 건강권의 의의

개인이 건강하지 못하다면, 적극적으로 행복을 추구할 수 없을 것이고, 생명에 대한 침해로 이어질 수 있으며, 인간의 존엄과 품위를 떨어뜨릴 수 있다.<sup>23)</sup> 이처럼 건강은 인간의 생명, 존엄성과 품위 그리고 행복추구와 긴밀한 내적 연관 관계에 있으며, 그러한 관점에서 건강은 인간의 실존에 필요한 최소한의 조건으로서 ‘인간다운’의 기본 토대라 할 것이다. 한편, 헌법은 사회적 책임성과 사회적 관련성 속에서 자기결정권을 실현하는 인간상(像)을 전제한다. 인간으로서의 존엄과 가치는 개인이 사회적 주변 환경과 의사소통을 할 수 있는 상태에서, 자신이 주변 환경에 영향을 미치고 또 영향을 받는 과정을 통해 실현되어야 한다.<sup>24)</sup> 건강은 사회적 참여와 의사소통의 전제 조건이다. 건강하지 못함은 자칫 공동체의 해악으로 인식되어 사회적 참여에서 배제되고 그 결과 공동체 내에서의 연대의 가치가 허물어질 수도 있을 것이다.<sup>25)</sup>

헌법이 인간다운 생활을 할 권리의 내용으로서 건강권을 개별적인 사회적 기본권으로 규정한 것은 가장 기본적인 자유의 조건이자 인간다운 토대인 건강을 기본권으로 보장함으로써 인간다운 생활을 할 권리를 구체화하고 궁극적으로 헌법의 이념적 기초인 인간의 존엄과 가치를 보장하기 위한 것이라고 할 수 있다. 특히 의료와 같은 기본적 복지를 시장에 방임함으로써 나타날 수 있는 위험을 방지하고, 건강에 있어 소수자 및 사회적 약자의 소외를 막는 것에서도 건강권의 의의를 찾을 수 있다.<sup>26)</sup> 여기서 국민의 질병보호와 건강증진을 위하여 각종 제도를 마련하여 국민 모두가 접근할 수 있도록 하여야 할 국가의 의무가 도출된다.<sup>27)</sup> 국가는 이러한 의무에 대응하기 위해서 국민건강보험과 의료급여제도 등과 같은 사회보장제도를 법제화하여 사회적 위험인 질병으로

23) Sandra Fredman, 조효제 옮김, 『인권의 대전환』, 교양인, 2009, 445면.

24) 전광석, 앞의 책, 276-277면.

25) Sandra Fredman, 앞의 책, 445면.

26) 박종현, 앞의 논문, 75면.

27) 헌재결 2009. 11. 26. 2007헌마734.

부터의 보호를 도모하여야 하고, 또한 이러한 제도들은 공중보건정책과 협력 관계를 형성하여야 한다.<sup>28)</sup>

#### 다. 건강권과 의료보험수급권 등 법률상 권리의 구별

여기서 주의할 것은 ‘의료보장권’은 헌법상 건강권의 구체적 내용으로서 헌법상의 권리에 해당하지만, ‘의료보험수급권’은 사회보장수급권의 일종으로서 어디까지나 법률상의 권리에 해당할 뿐, 헌법상의 권리는 아니라는 점이다. 헌법재판소의 일부 결정은 이를 혼동하고 있다. 즉, 헌법재판소는 “의료보험제도는 피보험자인 국민이 납부하는 기여금 형태의 보험료와 국고부담을 재원으로 하여, 국민에게 발생하는 질병·상해·분만·사망 등 상당한 재산상 부담이 되는 사회적 위험을 보험방식에 의하여 대처하는 사회보험제도(사회보장기본법 제3조 제2호, 구 국민의료보험법 제1조)이므로 이 제도에 따른 의료보험수급권은 이른바 사회보장수급권의 하나에 속한다. 원래 사회보장기본법에서는 “모든 국민은 사회보장에 관한 관계법령이 정하는 바에 의하여 사회보장의 급여를 받을 권리를 가진다”고 규정하고 있는데(사회보장기본법 제9조) 이러한 사회보장수급권은 헌법 제34조 제1항에 의한 인간다운 생활을 보장하기 위한 사회적 기본권 중의 핵심적인 것이고 의료보험수급권은 바로 이러한 사회적 기본권에 속한다.”고 판시하여,<sup>29)</sup> 의료보험수급권을 헌법상의 사회적 기본권으로 해석하고 있다.

그러나 이는 중대한 오류에 해당한다. 헌법상 사회적 기본권에 해당하는 것은 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리, 즉 사회보장을 받을 권리 내지 사회보장권이며, 이를 실현하기 위한 개별적인 입법에 의하여 구체적으로 형성된 권리가 의료보험수급권과 같은 사회보장수급권인 것이다.<sup>30)</sup> 예컨대, 헌법상 인간다운 생활을 할 권리에서 도출되는 건강권, 그리고 그 구체적 내용으로

28) 전광석, 앞의 책, 481면.

29) 헌재결 2003. 12. 18. 2002헌바1.

30) 한수용, 『헌법학』, 법문사, 2013, 1026면.

서 의료보장권을 실현하기 위해서, 국민건강보험과 같은 사회보험제도가 아니라 마치 영국의 ‘국민보건의료제도(NHS)’와 같은 공공의료제도를 채택할 수도 있고, 이는 원칙적으로 입법자의 정책적 선택의 문제에 불과한 것이다.<sup>31)</sup> 그런데 우리 입법자는 국민건강보험제도를 채택하여 「국민건강보험법」을 제정, 시행하고 있기 때문에 동 법률로부터 의료보험수급권이 도출되는 것이다. 다시 말하면, 의료보험수급권은 위 「국민건강보험법」에 근거한 법률상의 권리에 불과할 뿐, 그 자체가 헌법상의 기본권에 해당하는 것은 아니다.<sup>32)</sup>

### III. 인간다운 생활을 할 권리 및 건강권에 관한 헌재결정례 비판적 검토

#### 1. 문제의 제기

인간다운 생활을 할 권리 및 건강권에 관한 헌법적 의미와 가치가 매우 중대하고, 그 중요성은 점점 더 커지고 있음에도 불구하고, 헌법재판소에서 헌법상의 권리로서 인간다운 생활을 할 권리 및 건강권의 침해로 위헌 결정을 한 사례를 찾기 어려운 것이 우리의 헌법 현실이다. 이것은 인간다운 생활을 할 권리와 같은 헌법상 사회적 기본권이 그 권리성을 긍정적인 헌법 문언에도 불구하고 정치적 선언 내지 정책 프로그램에 불과하다는 과거의 인식과 무관하지 않다.<sup>33)</sup>

31) 이에 대하여 자세한 것은 박지용, “보건의료법학에 있어 역사적 연구방법”, 의료법학(제 18권 1호), 2017, 190면 이하 참조.

32) 이 점을 타당하게 파악하고 있는 헌법재판소 결정례로는, 예컨대, 헌재결 2003. 7. 24. 2002헌바51; “사회보장수급권은 헌법 제34조 제1항 및 제2항 등으로부터 개인에게 직접 주어지는 헌법적 차원의 권리라거나 사회적 기본권의 하나라고 볼 수는 없고, 다만 위와 같은 사회보장·사회복지 증진의무를 포섭하는 이념적 지표로서의 인간다운 생활을 할 권리를 실현하기 위하여 입법자가 입법재량권을 행사하여 제정하는 사회보장입법에 그 수급요건, 수급자의 범위, 수급액 등 구체적인 사항이 규정될 때 비로소 형성되는 법률적 차원의 권리에 불과하다 할 것이다.”

33) 사회적 기본권의 법적 성격에 대하여 자세한 것은 김복기, 앞의 논문, 114면 이하; 한수웅,

그러나 사회적 기본권의 헌법에서 수용 과정과 취지, 규정 형식 그리고 헌법소원제도를 통한 사법적 권리구제가가능성 등을 고려할 때, 사회적 기본권이 정치적 강령이나 프로그램에 불과하다는 입장은 극복되었으며, 그 구체적 권리성을 적극적으로 수용하여야 한다.<sup>34)</sup> 아래에서는 위와 같은 관점에서 헌법재판소의 인간다운 생활을 할 권리 및 건강권에 관한 리딩케이스(leading case)를 비판적으로 검토해보고자 한다.

## 2. 기본권 보호의무와 과소보호금지 원칙

헌법재판소는 헌법 제36조 제3항을 근거로 헌법상 기본권으로서 건강권 내지 보건권을 인정하는 것이 주류적 입장으로 채택하고는 있으나, 다음의 ‘미국산 쇠고기 및 쇠고기제품 수입위생조건 위헌 확인’에 관한 결정과 같이,<sup>35)</sup> 헌법 제36조 제3항을 국가의 기본권보호의무에 관한 조항으로 바라보는 입장도 있다.

위 사건에서 헌법재판소는 “헌법은 (중략) 질병으로부터 생명·신체의 보호 등 보건에 관하여 특별히 국가의 보호의무를 강조하고 있으므로(제36조 제3항), 국민의 생명·신체의 안전이 질병 등으로부터 위협받거나 받게 될 우려가 있는 경우 국가로서는 그 위협의 원인과 정도에 따라 사회·경제적인 여건 및 재정사정 등을 감안하여 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기에 필요한 적절하고 효율적인 입법·행정상의 조치를 취하여 그 침해의 위험을 방지하고 이를 유지할 포괄적인 의무를 진다 할 것이다. (중략) 따라서 국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 ‘과소보호 금지원칙’의 위반 여부를 기준으로 삼아, 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황인

앞의 책, 933면 이하 참조.

34) 김복기, 위의 논문, 127면.

35) 헌재결 2008. 12. 26. 2008헌마419.

데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것임이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무의 위반을 확인하여야 하는 것이다”고 판시하고 있다. 즉, 헌법재판소는 건강권에 대한 언급 없이 이를 오로지 국가의 기본권보호의무의 문제로 파악하여 과소보호금지원칙에 따라 심사를 진행하였다.

이러한 입장은 사회적 기본권을 개인의 주관적 권리가 아니라 사회적 기본권을 실현해야 할 국가의 목표 또는 의무를 부과하는 객관적 규범(국가목표, 입법위임, 헌법위임 등)으로 이해하는 견해와 일맥상통한다.<sup>36)</sup> 헌법 제36조 제3항은 규정 방식이 주관적 권리를 부여하는 것이 아니라 국가에게 보건 보호의무를 부과하는 것으로 되어 있기 때문에, 이 규정을 국가의 기본권보호의무에 관한 조항으로 파악하는 입장은 적어도 형식적으로는 헌법 문언에 충실한 해석으로 받아들여질 여지가 없는 것은 아니다.

그러나 위에서 논한 바와 같이 헌법상 건강권은 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리의 구체적 내용을 형성하는 것으로 인간다운 생활을 할 권리의 구체화된 권리라고 할 것이다. 헌법 제36조 제3항의 국가의 보건 보호의무 규정은 인간다운 생활을 할 권리를 구체적이고 실질적으로 보장하기 위해서 국가가 보호해야 할 사회 영역과 위험을 헌법이 특별히 규정한 것으로 이해하여야 한다. 따라서 인간다운 생활을 할 권리의 주관적 권리성을 긍정하는 한 그 구체화된 권리인 건강권의 주관적 권리성도 인정하는 것이 논리적으로 타당하다. 또한 헌법 제36조 제3항의 규정 형식이 국가의 의무를 규정하고 있는 다른 헌법 조항들과는 다른 구조를 가지고 있음에 착안하여 이를 주관적 권리를 보장하는 규정으로 해석하는 견해도 있다.<sup>37)</sup> 예컨대, 헌법 제36조 제2항은 국가의 모성 보호의무를 규정하면서 “국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여

36) 객관적 규범설의 대표적 입장으로는 한수웅, 앞의 책, 934면 이하. 한편, 객관적 규범설도 이를 각각 국가목표, 입법위임 및 헌법위임 등으로 파악하는 견해로 나누어질 수 있다. 이에 대하여 자세한 것은 김복기, 위의 논문, 116-118면 참조.

37) 박종현, 앞의 논문, 63-64면.

야 한다.”라고 규정하여 의무주체인 국가가 어떠한 의무를 진다는 형식의 구조를 가지고 있는 반면, 동조 제3항은 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다”고 규정하여 의무의 주체인 국가가 아닌 의무의 상대방인 국민을 문장 주어로 표현하고 ‘국가의 보호’를 목적어로 삼고 있다. 이것은 기타의 국가 의무조항들과는 달리 국민이 보건에 대한 국가의 보호를 받는다고 표현하여 국민이 국가의 보건보호를 받을 응당한 자격이 있음을 직접적으로 드러낸 것이고, 이는 그에 대한 주관적 권리를 있는 것으로 해석할 수 있다는 것이다.<sup>38)</sup>

결론적으로 헌법 제36조 제3항의 문언을 근거로 이를 단순히 국가의 국민에 대한 보건 보호의무를 규정한 것이라고 소극적으로 해석하는 것은 타당하지 않으며, 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리와 의 유기적 관계 속에서 헌법은 건강권을 주관적 권리로서 보장하고 있다고 해석하여야 한다. 그럼에도 불구하고 헌법 제36조 제3항을 객관적 규범으로 보아 그 사법심사에 있어 과소보호금지원칙 심사기준을 채택할 경우, 건강권의 사법적 보장은 사실상 유명무실해진다고 하지 않을 수 없다. 헌법재판소의 판시와 같이 국가의 건강보호조치가 ‘전적으로 부적합’하거나 ‘매우 불충분’한 것이 ‘명백’한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 판단하기 때문이다.

### 3. 인간다운 생활을 할 권리의 내용과 보호수준

헌법재판소가 인간다운 생활을 할 권리에 관하여 최초로 실시한 것은 「국가유공자예우등에 관한 법률 제9조 본문 위헌제청」 사건이다. 이 사건에서 헌법재판소는 “인간다운 생활을 할 권리”는 여타 사회적 기본권에 관한 헌법규범들의 이념적인 목표를 제시하고 있는 동시에 국민이 인간적 생존의 최소한을 확보하는데 있어서 필요한 최소한의 재화를 국가에게 요구할 수 있는 권리를 내용으로

---

38) 같은 구조의 헌법 규정으로 헌법 제30조를 들 수 있다고 한다. 헌법 제30조도 국민이 국가로부터 범죄피해구조를 받는다는 규정 형식을 취하고 있는데, 이를 학계 및 실무의 일치된 견해는 범죄피해자구조청구권이라는 주관적 권리의 근거규정으로 해석하고 있다. 이에 대하여 자세한 것은 박종현, 위의 논문, 64면 참조.

하고 있다. 국가의 사회복지·사회보장증진의 의무도 국가에게 물질적 궁핍이나 각종 재난으로부터 국민을 보호할 대책을 세울 의무를 부과함으로써, 결국 ‘인간다운 생활을 할 권리’의 실현을 위한 수단적인 성격을 갖는다고 할 것이다. 이 헌법의 규정에 의거하여 국민에게 주어지게 되는 사회보장에 따른 국민의 수급권(受給權)은 국가에게 단순히 국민의 자유를 침해하지 말 것을 내용으로 하는 것이 아니라 적극적으로 급부를 요구할 수 있는 권리를 주된 내용으로 하기 때문에, 그 권리의 구체적인 부여 여부, 그 내용 등은 무엇보다도 국가의 경제적인 수준, 재정능력 등에 따르는 재원확보의 가능성이라는 요인에 의하여 크게 좌우되게 된다.”고 전제하면서, “인간의 존엄에 상응하는 생활에 필요한 최소한의 물질적인 생활의 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 없다고 할 것이다. 이러한 구체적 권리는 국가가 재정형편 등 여러 가지 상황들을 종합적으로 감안하여 법률을 통하여 구체화할 때에 비로소 인정되는 법률적 차원의 권리라고 할 것이다. 그러므로 이 사건 규정의 입법자도 전공상자 등에게 인간다운 생활에 필요한 최소한의 물질적 수요를 충족시켜 주고 있고 헌법상의 사회보장, 사회복지의 이념과 국가유공자에 대한 우선적 보호이념에 명백히 어긋나지 않는 한 광범위한 입법재량권을 행사할 수 있다고 할 것이다.”고 판시한 바 있다.<sup>39)</sup>

또한 헌법재판소는 이후의 결정인 「1994년 생계보호기준 위헌확인」 사건 등에서 인간다운 생활을 할 권리의 의의에 관하여 입법부와 행정부 등 정치부에 대한 의미와 헌법재판소와 같은 사법부에 대한 의미를 구별하여 다음과 같이 판시한다; “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지며 국가는 생활능력 없는 국민을 보호할 의무가 있다는 헌법의 규정은 입법부와 행정부에 대하여는 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위 안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건

---

39) 헌재결 1995. 7. 21. 93헌가14.

강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위의 지침 즉 행위규범으로서 작용하지만, 헌법재판에 있어서는 다른 국가기관 즉 입법부나 행정부가 국민으로 하여금 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지의 여부를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하여야 한다는 통제규범으로 작용하는 것이다. 그러므로 국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적인 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다.”<sup>40)</sup> 그리고 헌법재판소는 여기서 ‘최소한의 조치’에 관하여 “헌법 제34조 제1항이 보장하는 인간다운 생활을 할 권리는 사회권적 기본권의 일종으로서 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리를 의미”한다고 판시한다.<sup>41)</sup>

결국 헌법재판소는 헌법이 규정하고 있는 인간다운 생활을 할 권리의 보호 범위, 즉 기본권의 내용에 관하여 처음에는 ‘인간적 생존의 최소한을 확보하는데 있어서 필요한 최소한의 재화를 국가에게 요구할 수 있는 권리’로 파악하였으나, 현재에는 입법부와 행정부와 같은 정치부에 대하여는 ‘국가의 재정능력 안에서 최대한으로 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 권리’를 의미하지만, 사법심사를 담당하는 사법부에 대하여는 여전히 ‘인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리’를 의미한다는 입장이라고 할 수 있다.

이와 같이 헌법재판소가 인간다운 생활을 할 권리의 규범적 의미를 입법부나 행정부에 대하여는 행위지침으로, 사법부에 대하여는 통제규범으로 각각 달리 정의하고 있는 점은 사회적 기본권의 실현 구조와 각 국가기관의 기능을 고려할 때 이해되는 측면이 없는 것은 아니다.<sup>42)</sup> 그러나 구체적인 기본권의 내용이나

40) 헌재결 1997. 5. 29. 94헌마33.

41) 헌재결 2004. 10. 28. 2002헌마328.

보호범위가 입법부, 행정부 또는 사법부 등과 같은 국가기관에 따라 달라지는 것은 아니라고 할 것이며, 헌법재판소는 인간다운 생활을 할 권리의 내용과 보호 수준을 혼동하고 있다. 헌법재판소가 입법부나 행정부의 행위지침으로 기능할 때의 인간다운 생활을 할 권리의 의의, 즉 “인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활”이 바로 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리의 올바른 정의이며, 이렇게 정의내릴 때에 인간다운 생활을 할 권리와 건강권의 관계를 보다 선명하게 확인할 수 있다. 다만, 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누리기 위한 구체적인 국가의 급부 수준이 어느 지점에 있는가의 판단 문제는 일차적으로 입법부나 행정부의 입법재량 영역에 속하는 것이라고 할 수 있다. 그 수준 설정이 어느 정도면 헌법적으로 수인할 수 있는가의 문제, 예컨대 헌법재판소가 실시한 최소한의 보장 내지 최저수준의 보장과 같은 문제는 기본권의 ‘보호수준’의 영역에 속하며, 이는 입법형성권의 재량 통제의 문제로 연결된다. 헌법재판소는 기본권의 보호영역 내지 내용 설정의 영역에서 보호수준에 관한 내용을 선택(先取)하여 그 보호영역을 좁히는 부당한 결과를 초래하고 있다.

한편 헌법재판소가 인간다운 생활을 할 권리에 대한 사법부에 대한 통제규범으로 설정하고 있는 내용, 즉 기본권의 보호수준 내지 사법심사기준 또한 인간다운 생활을 권리, 건강권 등 사회적 기본권을 보장하기에는 역부족이다. 즉, 헌법재판소는 입법을 ‘전혀’하지 아니하거나 그 내용이 ‘현저히’ 불합리하여 재량의 범위를 ‘명백히’ 이탈한 경우에 한하여 헌법 위반으로 판단한다는 것인데, 이것은 사실상 과소보호금지원칙과 동일하게 심사기준을 설정하고 있는 것이다. 헌법재판소가 스스로 ‘최소한’이라는 기준을 제시했다면, ‘최소한의 생활수준이 과연 무엇인지’에 관한 실체법적 해명이 반드시 존재하여야만

---

42) 예컨대, 김복기, “헌법상 사회보장권 보장에 관한 소고”, 사회보장법학(제7권 1호), 한국사회보장법학회, 2018, 54면은 입법부나 행정부에 대한 행위규범에 대한 판시 중 제시된 “인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활”이 헌법이 권리로 보장하고자 인간다운 생활의 원형이라 할 것이며, 통제규범에서 제시된 “객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지”는 사법심사의 기준, 즉 위헌심사의 기준의 하나를 제시한 것으로 이해한다.

심사기준으로서의 의미를 담지할 수 있다.<sup>43)</sup> 즉, 헌법재판소는 생존을 위한 물질적인 조건뿐만 아니라 건강과 같은 사회경제적 참여의 기회, 그리고 문화 생활을 위한 최소한의 급여 수준을 직접 설정하여야 하고, 이에 따라 그 최저생활이 실현되고 있는가에 대한 적극적 판단을 수행하여야 한다.<sup>44)</sup> 그러나 헌법재판소는 이러한 작업을 행하지 않고 있으며, ‘명백성 통제’라는 대폭 완화된 형식적인 심사기준을 적용하는 데 그치고 있다. 이러한 잘못된 심사기준의 적용으로 말미암아 헌법재판소는 사회보장입법에 대한 위헌심사에서 이를 사회보장권의 제한 또는 침해로 논증하지 않고 평등의 원칙 위반이나 재산권 논증으로 우회하고 있다.<sup>45)</sup>

결론적으로 인간다운 생활을 할 권리는 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 향유할 수 있는 권리로서, 보다 구체적으로는 그에 필요한 급부를 국가에 요구할 수 있는 권리라 할 것이고, 다만 그 수준이 어느 지점인지에 대한 판단은 일차적으로 입법재량에 맡겨져 있을 뿐이다. 그렇다면 인간다운 생활을 할 권리에 관한 사법심사는 입법재량의 통제 문제이며, 입법부 등이 그 재량의 범위를 벗어나 헌법재판소가 스스로 판단한 최소한의 기준점에 미달한 수준으로 설정하였거나 불합리하게 그 기준을 설정하였는지의 문제로 귀결될 것이다.<sup>46)</sup>

#### IV. 맺음말을 같음하여: 개헌안의 건강권 규정 검토

개헌안 제35조 제5항은 건강권 규정을 신설하여 “모든 국민은 건강하게 살 권리를 가진다. 국가는 질병을 예방하고 보건의료 제도를 개선하기 위하여 노

43) 김선택, “인간다운 생활을 할 권리의 헌법규범성”, 판례연구(제9권), 고려대학교 법학연구원, 1998, 39-40면.

44) 전광석, 앞의 책, 477-478면; 이덕연, “인간다운 생활을 할 권리’의 본질과 법적 성격”, 공법연구(제27집 2호), 한국공법학회, 1999, 246면.

45) 이에 대하여 자세한 것은 김복기, 앞의 논문, 62-64면 참조.

46) 김복기, 위의 논문, 56면.

력하여야 하며, 이에 필요한 사항은 법률로 정한다”고 규정하였다. 위 개헌안은 다음과 같은 점에서는 일응 긍정적으로 평가할 수 있다. 첫째, 개헌안은 현행 헌법에서 불필요한 논란을 유발하는 규정 형식을 개정하여 주관적 권리로서의 기본권 형식을 채택하였다. 위에서 논한 바와 같이, 현행 헌법 제36조 제3항은 국가에서 보건보호 의무를 부과하는 형식을 채택하고 있다. 비록 다수의 학설과 헌법재판소 결정례가 이를 ‘보건권’ 내지 ‘건강권’이라는 주관적 권리로서의 기본권을 규정한 것이라고 해석하고 있지만, 문언상으로는 이를 주관적 권리로서의 기본권이 아니라 객관적인 국가의 기본권 보호의무를 규정한 것으로 해석할 여지를 남기고 있다. 개헌안은 “모든 국민은 건강하게 살 권리를 가진다”라고 규정함으로써 그 주관적 권리로서의 기본권성을 명확하게 표현하였다. 둘째, 개헌안은 국가의 질병 예방 및 보건의료제도 개선 노력을 명시적으로 규정하였다. 건강권은 단순히 의료보험수급권에 불과한 것이 아니라, 다양한 층위의 공중보건 활동과 보건의료제도가 뒷받침되어야 비로소 실효성 있게 보장될 수 있는데, 개헌안은 건강권을 보장하기 위한 국가의 구체적인 활동영역을 제시하고 있다. 셋째, 개헌안은 건강권 조항의 위치를 인간다운 생활을 할 권리(개헌안 제35조 제1항)에 관한 조항에 삽입하고 있다. 현행 헌법이 혼인, 가족 및 모성 보호에 관한 제36조 제1항 및 제2항에 이어 동조 제3항에서 국가의 보건보호 의무 규정을 두고 있는 것이 타당하지 않음은 전술한 바와 같다. 개헌안이 인간다운 생활을 할 권리에 구체적 내용으로서 건강권을 인식하고 인간다운 생활을 할 권리와 건강권의 긴밀한 관련성을 밝히고 있다.

그러나 위와 같은 긍정적 요소에도 불구하고 개헌안의 건강권 조항에는 다음과 같은 문제가 있다. ‘건강하게 살 권리’라고 표현하여 마치 자유권적 기본권처럼 오해될 소지가 있는 점,<sup>47)</sup> 질병 예방 등의 개선 ‘노력’이라는 문언을 사

47) 앞에서 논한 바와 같이 헌법상 건강권은 ‘건강에 대한 사회보장권’ 내지 ‘건강보장권’으로 이해되어야 하고, 보다 구체적으로 표현하면 ‘건강보호 제도에 관한 권리’라고 할 수 있다. 이에 대해서는 UN 사회권 규약 위원회 건강권에 관한 일반논평(General Comment No.14 E/C.12/2000/4) 참조.

용하여 국가의 의무성을 확실히 표현하지 아니한 점, 건강권 보장을 위한 보다 적극적인 국가의 과제나 의무, 예컨대 응급의료 및 공공의료 확충의무, 국민건강보험 등 의료서비스에 대한 재원 확충의무, 공중보건서비스 제공의무 등을 구체화하지 아니한 점 등을 지적할 수 있을 것이다.<sup>48)</sup>

보다 근본적으로는 현행 헌법에서도 명문의 규정이 없어서 인간다운 생활을 할 권리나 건강권이 제대로 보장되지 못한 것은 아니었다는 점을 깊이 인식할 필요가 있다. 인간다운 생활을 할 권리, 건강권 등의 사회보장권에 관한 인식의 전환이 없다면, 또 그 실현 의지의 부족이 극복되지 않는다면, 보다 구체적으로는 이에 대한 헌법재판소의 접근 방법이 변화되지 않는다면, 이는 또 다른 의미에서의 헌법의 ‘장식화(裝飾化)’라는 비판을 면할 수 없을 것이다.

---

48) 김남희, “대통령 발의 헌법 개정안에 담긴 사회권의 의미와 한계”, 사회보장법학(제7권 1호), 한국사회보장법학회, 2018, 88-89면.

[ 참 고 문 헌 ]

- 김남희, “대통령 발의 헌법 개정안에 담긴 사회권의 의미와 한계”, 『사회보장법학』 제7권 1호, 한국사회보장법학회, 2018.
- 김복기, “사회적 기본권의 법적 성격”, 『사회보장법연구』 제3권 1호, 서울대 사회보장법연구회, 2014.
- \_\_\_\_\_, “헌법상 사회보장권 보장에 관한 소고”, 『사회보장법학』 제7권 1호, 한국사회보장법학회, 2018.
- 김선택, “인간다운 생활을 할 권리의 헌법규범성”, 『판례연구』 제9권, 고려대학교 법학연구원, 1998.
- 김창엽, 『건강할 권리』, 후마니타스, 2013.
- 박종현, “보건권의 헌법적 의미: 복지국가 실현을 이끄는 역동적 인권”, 『생명윤리 정책연구』 제9권 2호, 생명의료법연구소, 2015.
- 박지용, “공중보건법학의 개념과 이념적 기초”, 『저스티스』 제141호, 한국법학원, 2014.
- \_\_\_\_\_, “보건의료법학에 있어 역사적 연구방법”, 『의료법학』 제18권 1호, 2017.
- 손호철, 『촛불혁명과 2017년 체제』, 서강대학교 출판부, 2017.
- 이덕연, “‘인간다운 생활을 할 권리’의 본질과 법적 성격”, 『공법연구』 제27집 2호, 한국공법학회, 1999.
- 장귀연, 『비정규직』, 책세상, 2009.
- 전광석, 『한국헌법론』, 집현재, 2018.
- 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2014.
- 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2013.
- 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2007.
- 홍준형, “경제헌법 개정의 방향”, 『공법연구』 제46권 4호, 한국공법학회, 2018.
- Fredman, 조효제 옮김, 『인권의 대전환』, 교양인, 2009.
- Habermas, 한상진·박영도 옮김, 『사실성과 타당성』, 나남, 2007.
- Piketty, 유명 옮김, 『불평등경제』, 마로니에북스, 2014.

[국문초록]

## 인간다운 생활을 할 권리와 건강권

박지용(연세대학교 법학전문대학원 조교수)

이 글은 현행 헌법의 규정과 헌법재판소 결정 그리고 개헌안의 건강권 신설 규정 등을 비판적으로 검토함으로써 건강권의 헌법적 의미를 특히 ‘인간다운 생활을 할 권리’와의 관련성 속에서 고찰하는 것을 목적으로 한다.

건강은 개인의 일반적인 행위 및 가치실현의 전제가 되는 기본적인 자유로서의 성격을 갖게 되었으며, 국가는 개인의 건강을 보호하여 가장 기본적인 ‘인간다운’의 조건을 보장하고 자유 실현의 기초를 마련해야 한다. 헌법 제36조 제3항에서 규정하는 보건 보호라는 국가 과제는 인간다운 생활을 할 권리에 관한 헌법 제34조의 구체적 내용으로 이해되어야 한다. 그리고 인간다운 생활을 할 권리를 ‘사회보장권’으로 이해할 경우, 헌법상 건강권은 ‘건강에 관한 사회보장권’ 내지 ‘건강보장권’을 의미한다고 할 수 있다.

한편, 헌법재판소는 인간다운 생활을 할 권리에 대한 사법심사에서 소위 ‘최소한의 물질적인 생활 기준’을 채택함으로써 동 권리의 내용을 협소하게 파악하고 있다. 그러나 인간다운 생활을 할 권리는 ‘인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 향유할 수 있는 권리’를 의미하고, 다만 그 보호의 수준이 어느 지점인지에 대한 판단이 일차적으로 입법재량에 맡겨져 있을 뿐이다. 그렇다면 인간다운 생활을 할 권리에 관한 사법심사는 입법재량의 통제 문제로 귀결된다.

주제어: 인간다운 생활을 할 권리, 건강권, 사회보장권, 사법심사, 입법재량

## **The Right to a Humane Livelihood and the Right to Health on Korean Constitution**

Jiyong Park

*Yonsei Law School*

### **=ABSTRACT=**

This research examines the constitutional meaning of the right to health through reviewing the decisions of the Constitutional Court and proposed amendment of the Constitution issued by the President. This article further discusses the relationship between the right to a humane livelihood and the right to health.

Health is a fundamental freedom and inalienable human right which is a prerequisite to accomplish individual's independent activity and realization of value. Thus, the government is obligated to protect and uphold the right. Article 36(3) of the Constitution delineates the government's duty to protect and fulfill the right to health. Through the interpretation of both Article 36(3) and Article 34 of the Constitution, I suggest that the right to health implies 'the right to social security for health'.

The Constitutional Court has narrowly interpreted the scope of the right to a humane livelihood by defining the term as "minimum material living standards". However, it should be interpreted as 'the right to enjoy a healthy and cultural life for human dignity' and setting the level of protection is solely on the discretion of the legislative branch. Ultimately, the judicial review on the right to a humane livelihood connects with the issue of rational control for legislative discretion.

Keyword : The Right to a Humane Livelihood, The Right to Health, The Right to Social Security, Judicial Review, Legislative Discretion
--