

## “사회권 영역의 몇 가지 이론적·실천적 문제들 : 샌드라 프레드만의 이론을 중심으로”

조효제 (성공회대 사회과학부 겸 NGO대학원)

이 글은 샌드라 프레드만의 최신작 《인권의 대전환》에서 새롭게 제기한 이론적 쟁점을 정리·해설한 것이다.<sup>1)</sup> 인권의 중요한 구성요소인 사회권 영역에서 오래 전부터 제기되어온 의문은 다음과 같이 몇 가지로 나뉘어 생각할 수 있다. 첫째, 자유의 개념을 어떻게 이해할 것인가? 둘째, 지구화 시대에 인권과 민주주의는 필연적으로 축소되거나 제한될 수밖에 없지 않은가? 셋째, 개인의 권리에 대해 국가가 어떤 의무를 가져야 하는가? 전통적 인권 담론에서는 ‘권리’가 지나치게 강조되면서 그것의 대응 의무가 상대적으로 적게 강조되지 않았는가? 넷째, 사회권은 사법부가 다룰 수 있는 문제인가? 자원의 배분은 궁극적으로 민주정치 과정에서 결정되어야 할 문제가 아닌가? 판사가 인간의 기본적 욕구의 수준을 정할 수 있는가? 다섯째, 인권규범을 준수하도록 하는 것은 결국 법적 구속력을 타 하위시스템에 강요한다는 말인데 이것이 실질적으로 가능한가? 여섯째, 사회권에서 평등은 분배의 평등에 국한되는가? 도대체 인권에서 평등은 무엇을 의미하는가? 마지막으로, 복지권의 바람직한 설정을 위해 필요한 새 모델이 무엇인가? 지금부터 위의 질문들을 한 가지씩 검토해 보도록 하겠다.

### 1. 자유의 개념

저자는 자유를 억압하는 요인도, 자유를 신장하는 행위도, 전통적인 방식으로는 제대로 파악할 수 없다는 입장을 견지한다. 국가의 압제 때문에 개인의 자유가 침해되기도 하지만 빈곤, 질병, 저발전, 낮은 교육으로부터도 개인의 자유가 억압되곤 한다. 그러므로 인권을 제대로 실행하려면 반(反)자유와 주요한 원천들--그것이 국가의 간섭이든, 빈곤이든, 공공 서비스의 부족이든--을 제거하는 것이 되어야 한다. 이와 함께 국가의 불간섭(무행동 또는 소극적 행동)과 국가의 적극적 행동을 명확히 나누는 것도 불가능하다. 국가의 불간섭은 개인의 자유 즉 시민적·정치적 권리를 보호하고, 국가의 적극적 행동은 경제적·사회적 권리를 신장한다는 단순한 이분법이 통용되고 있다. 그러나 흔히 불간섭이라 생각되는 행위도 근본 차원에서는 적극적 간섭인 경우가 많다. 예를 들어, 국가가 빈민을 돕지 않아서(불간섭) 빈곤이 발생한 것이 아니라, 국가가 특정 계층 사람들만 적극적으로 도왔기 때문에 빈곤이 발생했을 수도 있음을 상상할 수 있어야 한다.

1) 샌드라 프레드만. 2009. 《인권의 대전환》. 조효제 옮김. 교양인.(근간)  
[Fredman, S. 2008. *Human Rights Transformed*. Oxford: Oxford University Press.]

왜냐하면 국가가 소유권을 창설하고 국가의 법체계를 동원하여 특정 계층의 소유권을 적극적으로 보호해 주기 때문에 부의 불평등이 발생한다고 볼 수 있기 때문이다. 같은 논리로, 어떤 사람이 돈이 없어 쪼들린다는 사실 역시 국가의 적극적 간섭의 결과일 수 있다. 돈을 더 가진 사람이 더 많은 자유를 누릴 수 있도록 국가가 돈에 대해 특별한 기능을 부여해 주었기 때문이다. 그러므로, 국가가 시민들의 인권을 보호해 주겠다고 한다면, 국가는 지금보다 더 적극적인 역할을 수행할 필요가 있다. 권리를, 단자적이고 소외된 인간들이 서로를 서로로부터 보호하기 위해 사용하는 수단으로 이해해서는 안 된다. 인권은 개인이 사회보다 앞선다는 전제 위에서는 성립될 수 없는 개념이기 때문이다. 사회 속 개인의 자유라는 관념은 국가가 시민들에게 다양한 선택지점을 부여하고, 인간관계가 활짝 개화할 수 있도록 하는 틀을 제공할 적극적 의무를 부과한다. 이와 관련해서 국가가 중립적이라거나 중립일 수 있다는 주장 자체가 일종의 환상에 불과하다. 자율성이니 개인주의니 개인의 선택이니 하는 것 자체가 특정한 가치관, 특정한 맥락에 달린 일종의 예외주의적 주장이기 때문이다. 국가는 모든 사람이 동의해야 마땅한 도덕의 보편적 원칙을 추구해야 한다. 그러한 보편 원칙 중 가장 중요한 것이 인권이라 할 수 있으며, 인권은 다시 자유, 평등, 연대, 민주주의라는 근본 가치들로 표현될 수 있다. 이러한 가치들을 외면하고 ‘국가 중립’이라는 허구의 배일 뒤에 숨는다는 것은 국가의 존립목적 자체를 저버리는 심각한 오류이고 착각이다. 국가는 시민들에게 특정한 세계관을 강요하지 않으면서도 공적 도덕성을 추구할 수 있어야 한다.

이와 관련해 사회권에 대해서 누가 비용을 대는가 하는 문제가 흔히 부각되곤 한다. 사회적 약정에 대한 책임은 사회의 모든 사람들이 져야 할 의무이다. 그것은 특정 사회적 혜택에 대해 비용을 지불하는 것이 아니고(거래형 모델), 책임과 혜택 사이의 일대일 관계도 아니다(계약형 모델). 이런 것들은 모두 상호적인 관계를 전제로 한다. 그러나 모든 사람이 더 큰 자유를 갖고 살아가기 위해서 사회가 있어야 하므로 모든 사람이 사회에 대해 다 함께 일정한 의무를 져야 한다. 따라서 우리가 흔히 빠지기 쉬운 일차원적 ‘상호성의 원칙’으로부터 ‘사회적 연대의 원칙’으로 나아가야 진정한 인권존중 사회의 토대가 마련될 수 있다. 우리 사회에서 인권담론이 성행하면서 권리를 마치 “내 것을 철저히 찾아먹을 줄 아는 능력”으로 오해하는 경우가 많아졌다. 그러나 사회권을 비롯한 모든 인권은 사회의 전체 구성원들이 서로 우애의 정신으로 전체 사회에 자신의 의무를 다할 때에만 진정으로 얻어질 수 있는 성격의 연대적 가치이다.

## 2. 인권, 민주주의, 그리고 지구화

인권은 민주주의의 한 구석을 차지하고 있는 뜨거운 감자가 아니다. 인권은 민주주의를 구성하고 그것을 유지하기 위해 반드시 필요하며 국가의 적극적

인권보호 의무는 모든 민주주의 이론들의 핵심인 ‘민의 참여’를 달성하는데 있어 본질적인 것이다. 모든 인민이 자신의 민주적 권리를 평등하게 행사할 수 있는 체제가 바로 민주주의 체제라는 데에는 그 누구도 이의를 달지 않을 것이다. 그렇다면 국가는 사람들이 민주적 권리를 평등하게 행사할 수 없게 만드는 모든 장애물--지위, 계급, 성별, 영향력, 정체성 등--을 최대한 적극적으로 제거할 의무가 있다. 이렇게 볼 때 인권을 최대한 보장한다는 것은 곧 국가의 민주주의적 성격을 최대한 확대시켜 준다는 말과 같다. 특히 지구화 시대에 이 점은 더욱 강조되어야 한다. 지구화는 그 자체로서 목표가 아니라 인류의 복리를 위한 하나의 수단이요 실험적 과정일 뿐이다. 그런데 지구화가 성공하려면 국가가 간섭해서는 안 된다는 주장은 어불성설이다. 국가들의 연합체인 WTO를 보더라도 이 같은 사실을 즉시 알 수 있다. WTO체제는 역사상 유례가 없을 정도로 촘촘하게 짜여진 국제적 규제 시스템이기 때문이다. 원활한 자유무역을 위해서는 이처럼 고도의 규제를 할 수 있게 만들어 놓으면서, 인권을 위해서는 국가가 전혀 개입하지 말아야 한다는 주장은 성립될 수 없는 논리이다. 따라서 규제(간섭)나 탈규제나 하는 양분법은 허위의 구분법에 불과하다. 문제는 어떤 규제를 선택할 것인가 하는 것이며, 어떤 가치를 우위에 놓을까 하는 것이다. 지구화만으로 인간의 복리를 달성하지 못한다는 점은 이제 너무나 분명해졌다. 노동권에 대한 국가의 규제가 잘 작동되는 곳에서 생산성도 높고 투자유치도 더욱 활발하다는 실증적 연구가 많이 나오고 있다. 그러므로 각국이 자국내 사회적 권리를 축소시킴으로써 상대국에 대해 비교우위를 획득할 수 있다는 주장은 현실을 전혀 반영하지 못한다. 그리고 설령 민영화가 이루어지더라도 인권의 원칙을 지킬 수 있는 방법이 없는 것이 아니다. 어떤 공적 기능을 민간에 넘기더라도 국가가 최종책임을 질 수 있고 또 저야만 한다. 계약조건을 이용해서 공공 업무를 위탁받은 민간업자에게 인권보호 의무를 실행하게끔 할 수 있다. 또는 민간 수탁조직에 대해 직접적으로 인권보호 의무를 부과하는 방법도 고려할만 하다. 요컨대, 공적이든 사적이든 모든 주체들이 인권보호 의무를 저야 한다는 원칙을 기억할 필요가 있는 것이다.

### 3. 권리를 위한 적극적 의무: 인권의 새로운 경지

어떤 권리가 국가의 적극적 의무를 발생시키는지 또는 소극적 의무를 발생시키는지 하는 구분에 근거하여 그 권리의 성격을 나누어서는 안 된다. 예컨대, 소극적 의무를 발생시키면 시민적·정치적 권리, 적극적 의무를 발생시키면 경제적·사회적 권리라는 식의 구분은 이제 과거지사가 된 것이다. 모든 권리는 적어도 세 종류의 대응의무를 발생시킨다. “존중할 의무”(회피할 의무)는 국가가 개인의 자유를 존중하고 그것에 간섭하지 말아야 할 의무이다. “보호할 의무”는 제삼자가 어떤 개인의 권리를 침해하지 못하도록 국가가 조치를 취할 의무를 말한다. “충족시킬 의무”(지원할 의무)는 국가가 그 권리에 대해 직접 재화나 서비스를 제공해 주어야

함을 뜻한다.

‘인권’ 특히 적극적 인권(경제적·사회권)을 반대하는 논리 중 이론적으로 제일 어려운 논리는 적극적 인권이 불확정적이라는 주장이고, 현실적으로 반박하기 까다로운 논리는 자원이 부족해서 사회권을 충족할 수 없다는 주장이다. 우선 인권이 불확정적이라고 주장하는 사람들의 이야기를 들어보자. 이런 사람들은 적극적 인권의 내용을 구체적으로 정할 수 없으므로 적극적 인권(사회권)은 규범력이 없으며 따라서 진짜 인권이 될 수 없다고 주장한다. 이러한 주장은, 어떤 의무가 ‘확정적’이 되려면, 충족시켜야 할 명확한 기준들을 미리 구체적으로 설정해 놓아야 한다는 가정에 근거하고 있다. 사회권을 열렬히 옹호하는 사람들 중에도 사회권의 내용을 확정해 두어야 한다고 생각하는 일종의 강박감을 느끼는 이들이 많다. 그래서 사회권을 규정한 여러 법규를 연구하고, 빈곤선이나 욕구이론 등을 이용해서 사회권의 내용을 확정짓고 싶어 한다. 그러나 우리는 여기서 ‘규정’과 ‘원칙’을 구분해야 한다. ‘규정’을 발생시키는 인권도 있고, ‘원칙’을 발생시키는 인권도 있기 때문이다. 국가가 개인에게 간섭하지 말아야 한다는 소극적 의무는 흔히 ‘규정’을 발생시킨다. 규정이란 국가가 개인의 자율성을 존중해 주어야 할 절대적 의무를 말한다. 대부분의 전통적 인권--시민적·정치적 권리 항목들--이 여기에 속한다. 규정은 준수되거나 위배되거나, 둘 중의 하나이다. 따라서 규정의 규범력은 “실질적 강제력”을 특징으로 한다. 규정을 위배하면 법원의 결정에 의해 처벌을 받게 된다. 이와 반면, 국가의 적극적 의무는 ‘원칙’의 문제로 볼 수 있다. 예컨대, 국가의 적극적 의무에 속하는 사회권의 문제를 규정의 문제로만 해석해서, 준수나 위배나 하는 식의 양분법으로 보기는 어렵다. 가용자원의 배분이 달린 문제이며 정치적 의사결정 과정과 이해관계에 따른 협상이 흔히 개재되기 때문이다. 따라서 사회권을 준수나 위배나 하는 양분법으로만 해석하면 사회권의 옹호자들은 사회권이 문자 그대로 100% 충족되지 않을 경우 실망하기 쉽고, 사회권의 반대자들은 사회권이 제대로 준수되기 어려운 현실을 역으로 이용해서 바로 그 때문에 사회권은 인권이 될 수 없다고 강변하곤 한다. 이런 상황을 타개하기 위해 다양한 학문적 모색이 이루어졌다. 예컨대, 사회권에서 적용되는 ‘원칙’은, ‘규정’과는 달리, 준수되거나 위배되는 것 외에도 여러 다양한 수준에서 충족될 수 있다. ‘원칙’의 규범력은 단순한 강제력에서 나오는 것이 아니다. 원칙의 규범력은 법적·현실적 가능성을 감안하되 원칙의 내용을 최대한 실현하도록 요구할 수 있는 ‘일관된 힘’에서 나온다. 다른 말로 하자면, 원칙은 “최적화를 향한 요구”라 할 수 있다. 원칙은 실질적 강제력이 아니라 “자명한 구속력”을 갖는다. “자명한 구속력”이란 쟁점이 되는 원칙이 옳은 원칙이고 마땅히 지켜져야 하는 원칙이지만, 특정 상황 하에서 다른 원칙의 지배를 받을 수도 있다는 뜻이다. 자명한 구속력으로 인해 나타나는 결과는, 실질적 강제력을 가진 ‘규정’에서와 같이 전부(준수) 아니면 전무(위배)가 아니라, 서로 경합하는 여러 원칙들의 맥락 내에서 유동적인 성격의 최종결정이 나온다는 것이다.

그럼에도 불구하고, ‘원칙’은 여전히 “자명한 구속력”이라는 일관된 방향성을 가진다. 거칠게 비유하자면, ‘규정’은 못질하는 것과 비슷하다. 못질을 할 때 못을 박거나 빼거나 둘 중 하나가 된다. 그러나 ‘원칙’은 못질과 다르다. 큰 호수에 보트를 띄워 호수를 건너간다고 상상해 보자. 그런데 이 호수에는 통나무들이 아주 많이 떠다니고 있어서 보트가 통나무를 헤치고 호수 이편으로 건너오기가 참으로 어렵게 되어 있다. 따라서 이 상태에서 노를 젓는 것만으로는 보트가 앞으로 나아가는 것이 거의 불가능에 가깝다. 그런데 보트에 밧줄을 매어 호수 이쪽 편에서 계속 당겨준다고 치자. 줄을 당겨도 통나무들 때문에 보트를 끌어오기가 쉽진 않지만 그래도 밧줄을 계속 당기면 보트가 조금씩이라도 이쪽으로 올 수 있다. 이 비유에서 보트가 이쪽 편으로 건너와야 한다는 규범은 ‘원칙’이라 할 수 있다. 보트에 밧줄을 매어 이쪽으로 오게 하는 힘은 ‘자명한 구속력’이다. 호수 위에 떠있는 장애물인 통나무들은 자명한 구속력을 방해하는 ‘다른 원칙’들이다. 그러므로 이 사례에서, 보트가 호수 저쪽 편에 그냥 떠 있거나(의무의 위배), 아니면 호수 이쪽 편에 도착하거나(의무의 준수), 이 두 가지 경우만 존재하는 것이 아니다. 그 중간 단계가 여러 가지 있을 수 있다는 말이다. 따라서 사회권의 경우, 보트가 당장 이쪽 편에 도착했느냐 하는 것으로 그것의 준수 여부를 가리지 않고, 보트에 밧줄을 매어 계속해서, 쉬지 않고, 조금씩이라도 이쪽으로 당기고 있느냐 하는 것으로 준수 여부를 판단하게 된다. 어떤 특정 시점에서 보트의 위치를 보자면 보트가 통나무들 사이에 끼어 움직이기가 어렵게 되어 있다 하더라도 통나무들과의 간격, 보트의 각도, 바람의 방향, 노 젓는 사람의 노력 등을 합쳐서 그 상황에서 앞으로 나아갈 수 있는 가장 좋은 조건을 형성할 수는 있다. 이것을 “최적화를 향한 요구”라 할 수 있다.

그런데 국가의 적극적 의무가 실질적 강제력을 가진 ‘규정’과 구분되는, 자명한 구속력을 가진 ‘원칙’의 문제라 하더라도, 그러한 의무가 얼마나 충족되었는지를 판단해야 할 필요성은 있다. 즉, 국가의 적극적 의무가 지금 당장 충족되지 않는다 하더라도, 사회권 원칙이 자명한 구속력을 가지도록 노력하고, 현 시점에서 최적화되도록 노력했는가 하는 점을 어떤 기준으로 판단할 수 있을까? 여기서 적극적 의무의 “구성요건” 이론이 나온다. 이 요건들은 유효성, 참여성, 책무성, 평등성을 말한다. 이 네 가지 요건들이 최적화되었는지를 합당한 수준에서 판단하면 어떤 적극적 의무가 충족되었는지를 결정할 수 있다. 더 정확히 말하면, 사회권의 경우, 준수 또는 위배와는 다른 여러 차원이 존재할 수 있으며, 그것이 충족되는 쪽으로 가고 있는지, 아니면 충족되지 않는 쪽으로 가고 있는지를 알아볼 수 있는 것이다. 물론 사회권 영역에서도 “최저한의 핵심”이라는 개념을 통해 즉각적인 충족이 필요한 부분을 미리 확정해 놓을 수는 있다. 그러나 “최저한의 핵심”이라는 개념 역시 구체적인 기준을 설정하는 문제라기보다 우선순위와 시간설정의 문제를 다루고 있다는 점을 기억해야 한다. 그럼에도 불구하고, 진정으로 즉각적 충족을 요구하는 최저한의 핵심이 있을 수 있다. 이때 최저한의

핵심 개념은 사회에서 가장 소외된 계층의 기본권을 최적화하기 위해 모든 방안을 강구해야 할 의무를 지칭한다. 이런 경우 최저한의 핵심 개념은 “절대적 핵심” 개념에 가까워진다. 그러므로 가장 소외된 계층의 기본권 보장 문제는 그것이 시민적·정치적 권리가 아닌 사회권으로 표현되긴 하지만, 마치 고문이나 노예제가 절대적으로 금지되어야 할 “절대적 핵심” 개념인 것처럼, 사회권 역시 절대적 핵심 권리나 마찬가지로인 셈이다. 최저한의 핵심에 속하는 사회적 기본권은 극히 무거운 다른 원칙들이 따로 존재하지 않는 한 반드시 충족시킬 필요가 있다. 다시 말해, 사회권에 부수된 국가의 적극적 의무의 이론적 성격 때문에 그 의무를 통상적인 의미에서 ‘확정적’으로 표현하기는 어렵지만, 실질적으로 보면, 고문금지가 절대적으로 지켜져야 할 국가의 의무인 것처럼, 가장 소외된 계층의 사회적 기본권 역시 절대적으로 지켜져야 할 국가의 의무인 것이다.

또한 어떤 사회적 권리를 특정한 대상을 “소유”하는 권리로만 이해할 필요는 없다. 권리는 특정한 “행동”에 대한 권리일 수도 있기 때문이다. 특히 보건·복지권과 관련해서 권리를 단순히 어떤 사람이 복지 꾸러미를 받는 것으로 이해하지 않아야 한다. 그렇게 넓게 이해하게 되면 편리한 점도 생긴다. 권리를 특정한 대상으로 규정해 버리면 사람들의 욕구를 어떻게 결정할 것인가 하는, 풀리지 않는 문제에 봉착할 수밖에 없다. 흔히 사회정책 전문가들과 사회권에 대해 토론하다보면 사람들의 최소한의 욕구를 어떻게 객관적으로 정할 것인가에 대해서만 논의가 집중되는 경향이 있다. 확실하게 규정할 수 있는 대상 권리를 구체적으로 정하는 데에만 치중한다는 느낌이 들 때가 있다. 그러나 어떤 욕구를 권리(일종의 사회적 선익)로 규정하는 일은, 전문가들이 모여 기술적이고 공리적으로 결정할 수 있는 사안 이상의 어떤 과제일 수 있다. 욕구의 전반적 형태를 둘러싼 민주적 토론이 필요한 것이다. 이것은 심의(또는 ‘숙의’熟議) 민주주의의 기본 전제라 할 수 있다. 사회권에서 심의 민주주의를 특히 강조하는 것은 인간의 기본욕구와 발전적 소망을 미리 정해두려는 시도 자체가 경우에 따라선 비민주적일 수 있기 때문이다. 또한 권리를 어떤 것을 “소유”할 권리가 아니라, “행동”에 대한 권리로 이해한다면 사회권이 오로지 소득 재분배에만 관심을 갖는다--현존하는 분배 불평등의 저변에 깔려 있는 사회구조나 제도적 맥락을 도외시한 채--는 비판으로부터 자유로울 수 있다. 이와 덧붙여 사회권은 시간의 축에 따라 장기적으로 이해될 필요가 있는 권리이기도 하다. 이는 아래에서 다시 설명할 것이다.

#### 4. 사회권과 사법부의 역할

사회권과 국가의 적극적 의무를 사법부가 다룰 수 있을 것인가 하는 문제 역시 좀더 다차원적으로 이해할 필요가 있다. 사회정책 분야에서 국가의 적극적 의무가 사법심사에 적합하지 않다고 생각하는 판사들도 사법부의 자원 확충을 위해 국가가

적극적으로 지원하는 것에 대해서는 환영하곤 한다. 이율배반인 셈이다. 따라서 국가의 적극적 의무가 사법심사의 대상이 되는가 하는 문제는, 쟁점이 된 인권의 개념 자체에 달려 있는 것이 아니라(즉, 자유권은 사법심사 대상이 되고, 사회권은 사법심사 대상이 되지 못한다는 식의), 궁극적으로 법원이 자유의 의미를 어떻게 이해하느냐에 달려 있다. 결국 적극적 인권보호 의무의 궁극적인 목표는 민주주의를 강화하는 것이다. 그렇다면 사법심사적합성은 그것이 민주주의를 강화한다는 목적에 부합될 경우엔 적절한 수단이라고 볼 수 있다. 따라서 구체적인 쟁점에 대해 법원의 사법심사가 적합한가, 부적합한가를 따지기보다 민주주의의 원칙으로 법원의 역할을 이론적으로 정립하는 것이 중요하다. 여기서도 위에서 말한 적극적 의무의 구성요건을 다시 활용할 수 있다. 즉, 유효성, 책무성, 참여성, 평등성 등의 측면에서 법원이 일정한 보완적 역할을 수행할 수 있는 한, 법원이 사회권 문제에 대해 사법적 심사를 하는 것이 정당하다는 말이다. 법원은 선출된 국민의 대표가 수궁할 수 있는 논증을 동원하여 유권자들에게 자신의 결정을 설명하도록 명령할 수 있어야 한다. 법원은 또한 국민의 대표가 적극적 인권보호 의무를 수행했는지에 대해 설명을 요구해야 한다. 적극적 인권보호가 민주주의의 핵심인 “민의 참여”를 보장하기 때문이다. 적극적 인권보호를 사법심사의 대상으로 삼을 때 그것은 사법부가 민주정치에 간섭하여 민주주의를 저해하는 것이 아니라, 오히려 민주주의를 강화할 수 있다. 이것을 “대의제 강화이론”이라고 한다(“대의제 대체이론”이 아니라는 점을 기억하라). 그런데 일반 대중이 정치와 사회에 효과적으로 참여하려면 자원에 대한 접근성이 있어야 한다. 하루 벌어 하루 먹고살기도 급급한 사람들이 민주적 과정에 참여하기는 어렵기 때문이다. 따라서 사회 내의 혜택을 분배하는 행위는 단순히 물질적 분배행위를 넘어서 정치참여의 평등성을 보장하는 민주주의의 본질적 조건이 될 것이다. 특히 인권 관련 소송에서 법원은 가장 약한 집단의 목소리를 보장해 주어야만 정당한 민주적 역할을 수행한다고 할 수 있다.

## 5. 시스템 이론과 인권규범의 준수

국가의 적극적 의무를 강조하는 것은 전통적인 “형식적 법규” 모델이 아니라 “실질적 법이성” 모델에 더 가깝다. 실질적 법이성 모델에 따르면 국가는 사회활동에 대해 실질적 요건을 적극적으로 부여함으로써 인간의 행동을 조정하려고 한다. 그런데 법적인 규범을 통해 사회의 여러 하위시스템들을 조정하려 해도 하위시스템들이 그 규범에 맞추지 못할 가능성이 높다. 시스템마다 사용하는 ‘언어’가 다르고, 조직 문화도 다르며, 외부의 규범을 따르려 하다가 하위시스템 내의 재생산 능력과 활력이 떨어질 수도 있기 때문이다. 예를 들어, 인권이라는 규범(법규범에 가까운 규범)을 군대나 경찰이나 학교와 같은 하위시스템에 적용하려 할 때 흔히 직면하게 되는 문제를 생각해 보라. 갖가지

오해, 내부구성원들의 저항, 냉소주의와 고의적 대만, 제도적 한계, 현실적 애로 등등이 발생할 소지가 크다. 이것을 시스템 조정의 문제라고 하는데, 이것을 해결할 수 있는 방법은 법률이 스스로 새로운 모델을 채택해서 자기 자신부터 환경에 적응해 가는 수밖에 없다. 그렇게 해서 다른 하위시스템과 인접한 영역에서 조금이라도 변화가 올 때 그 하위시스템의 변화도 기대할 수 있게 된다. 이것을 “재귀적 법률”이라고 하는데 이는 법이 스스로의 규범을 다른 하위시스템에게 강요하지 않고 여러 하위시스템들의 분권화된 의사결정 방식과 그것의 타당성을 인정하는 방식이다. 이는 법률이 여타 하위시스템과 적절한 관계 맺기를 시도하는 것이며, 다른 시스템의 내적인 역학을 이해하면서 그것과 함께 작동하는 방식을 모색하는 것이다. 오늘날 재귀적 법률 이론은 놀라울 정도로 발전해 있다. 예를 들어, 법률이나 행정 등의 전통적인 하위시스템만이 아니라 여러 사회적 결사체들도 하위시스템의 정당한 분석단위로 인정하기에 이르렀다. 즉, 분권화된 다양한 집단들의 의사결정을 전체 거버넌스 내의 “분권화된 입법행위”로 간주하게 된 것이다. 따라서 넓은 뜻에서 국정의 거버넌스에 참여하는 모든 주체들은, 그것이 정부이든 NGO이든 간에, 현장에서 “실제로 법률을 제정하는 주체들”로 인정되는 단계에까지 와 있는 것이다. 보수정부 하에서 시민사회단체를 백안시하는 오늘의 한국 사회현실과 비교하면 참으로 그 격차가 크다고 하지 않을 수 없다.

## 6. 평등의 두 차원

평등은 소극적 인권보호 의무와 적극적 인권보호 의무를 잇는 핵심 고리이다. 평등에 대해 통일된 접근을 취해야만 진정한 사회진보가 일어날 수 있다. 그런데 평등은 서로 전혀 다른 두 가지 경로를 통해 발전해 왔다. 하나는 국가가 모든 인간에게 똑 같이 간섭하지 말라는 식의 소극적 의무의 형태로, 다른 하나는 국가가 모든 인간에게 최소한의 생존조건을 보장해 주어야 한다는 사회정책의 형태로 발전해 온 것이다. 이는 다시 ‘인정’과 ‘재분배’라는 식으로 개념화될 수 있다. 인간을 그 사람의 계급이나 지위나 정체성에 근거해서 차별하지 말고 똑 같은 존재로 인정해 주어야 한다는 개념이 “인정상의 평등” 개념이다. 그리고 사회 내의 경제적 서열과 관련된 영향력을 공평하게 분포시켜야 한다는 개념이 “재분배적 평등” 개념이다. 그런데 인정과 재분배의 문제는 밀접하게 연관되어 있다. 예컨대, 경제적 빈곤이 특정 정체성 집단들--여성, 소수민족, 장애인, 노령자 등--에 유독 많이 분포되어 있음이 사회학적으로 입증되고 있다. ‘인정상의 불평등’과 ‘재분배적 불평등’은 동전의 양면일 가능성이 높다. 지금까지 평등의 문제는 주로 기회의 평등과 결과의 평등이라는 식으로 논의되어 왔다. 그러나 인권에서의 평등문제는 이제 사전적·적극적(proactive) 행동을 위한 전략에 더욱 치중해야 한다. 이렇게 볼 때 인권에서의 평등은 다음과 같은 네 가지 목표를 가진다. 첫째, 모든 사람의 동등한 존엄성과 가치(평등한 가치). 둘째, 어떤 집단의

특유한 정체성을 인정하고 장려한다(차이의 인정). 셋째, 소외집단의 불이익을 없애야 한다(소외집단의 기본권 보장). 넷째, 모든 집단의 참여를 보장해야 한다(평등한 참여). 평등의 문제에 있어 한 사회 내의 여러 다양한 집단들을 어떤 식으로 ‘범주 구분’하는가 하는 점이 점점 더 핵심적 이슈로 대두되고 있다. 그리고 평등 전략을 추진할 때에도 의무의 준수 모델이 어느 정도의 ‘규범력’을 가지는지를 늘 의식할 필요가 있다. 규범력이 너무 낮은 모델이 되면 ‘권리’ 모델이라기보다 단순한 사회정책 모델과 유사해질 수 있기 때문이다.

## 7. 새로운 복지권리의 모색

“제3의 길” 논쟁이 사회복지에 미친 영향은 지대하다. 아마도 제3의 길 류의 핵심 이론들보다 더욱 바람직한 방식은 프랭크 반덴부르크의 접근일 것이다. 그는 과도한 복지와 비효율적인 재분배 정책에 대한 반성으로 출현한 ‘개인의 책임론’이 단지 “빈민과 약자의 도덕적 책임에 관한 손쉬운 수사”로만 끝나서는 안 된다고 주장한다. 그 대신 ‘상호연결된 책임망’ 이론을 통해, 시장이 개인의 책임과 노력을 진정으로 반영하지 못할 때에, 부유층과 권력층 그리고 국가가 적극적으로 문제해결에 개입해야 한다고 본다.

이 책에서 저자가 주장하는 “적극적 복지제공 의무이론”은 이러한 ‘상호연결된 책임망’의 접근방식을 채택하고 있다. 이 접근방식에서 제시된 적극적 자유 개념은 국가가 개인의 자유와 권리행사를 보장해야 할 적극적 의무가 있음을 분명히 밝히고 있다. 이와 함께, 이러한 책임 이론을, 일방적인 복지급여 제공 또는 부유층이 빈곤층에게 부를 이전한다는 식으로만 해석할 필요도 없다. 적극적 의무 개념은 대단히 풍부하고 복합적인 차원을 가진 개념이다. 이때 국가의 역할은 개인을 촉진하고 자력화하는 것이다. 이런 개념 하에서 권리를 가진 사람은 수동적인 복지 수급자가 아니라 적극적인 행위주체가 된다. 즉, 국가의 적극적 의무가 직접적인 복지제공, 그리고 사람들이 처해있는 환경조건의 원활한 촉진, 두 차원을 모두 포함한다는 뜻이다. 그러나 복지를 제공해야 할 적극적 의무가 반드시 구체적으로 표현되는 사회보장권 영역에서만 발생할 필요는 없다. 이 경우 어쩌면 가장 기본적인 시민적·정치적 권리, 즉 “잔인하거나 비인도적인 처우를 받지 않을 권리”로부터도 사회보장의 적극적 의무가 발생할 수 있다. 예를 들어, 영국에서 망명신청자들에게 인간으로서 생존에 필요한 가장 기본적인 처우조차 고의적으로 거부한 정책을 놓고, 망명신청자들이 제기한 소송에 대해 사법부가 국가의 적극적 의무를 인정한 사례가 있다. 복지 영역에서 적극적 의무의 또 다른 원천은 평등 원칙이라 할 수 있다. 평등 역시, 다른 영역과 마찬가지로, 전통적인 시민적·정치적 권리로부터 적극적 의무를 도출해 낼 수 있다. 예를 들어, 재산관련 조항으로부터 사회보장을 제공해야 할 적극적 의무를 끌어낼 수 있다. 재산권 조항이 국가의 자기억제 의무의 형태로 규정되어 있긴 하지만 말이다. <유럽인권협약

제1추가개정서>의 제1조는 다음과 같이 되어 있다. “모든 자연인 또는 법인은 자신의 재산을 평화적으로 향유할 권리를 가진다. 어느 누구도 공익을 위하여 그리고 법률 및 국제법의 일반원칙에 의하여 규정된 조건에 따르는 경우를 제외하고는 자신의 재산을 박탈당하지 아니한다.” 이 조항은 그 자체로서 사회보장 권리를 발생시키지 않는다. 그러나 유럽인권재판소는, 당사국들이 법률로 제공하는 사회보장 급여가 수급자의 입장에서는 재산권에 해당한다는 점을 인정하였다. 그렇다면 여기에서 법원의 역할은 무엇일까? 사법부는 생존에 필요한 최소한의 조건을 제공하라고 요구하는 것을 넘어, 복지영역에서 적극적 의무의 적절한 형태를 갖추기 위해 큰 힘을 기울여야 한다. 사회보장 영역의 복합적 성격과 그것의 광범위한 분배적 결과를 감안할 때, 법원이 특정한 복지 모델을 취하라고 요구하는 것은 적절치 않다. 그러나 법원은 평등 원칙에 의거해서 가장 효과적인 영향을 미칠 수 있어야 한다. 법원은, 분배적 평등을 신장할 목적을 가진 어떤 정책이 실제로는 인정상의 불평등 또는 지위상의 불평등을 고착시킬 때, 그것을 해결하기 위해 중요한 역할을 수행할 수 있다. 예를 들어, 지위상의 불평등에 대단히 큰 영향을 미칠 수 있는 방식으로 사회집단들의 범주를 구분하는 행위는, 국가가 그런 행위를 정당화하지 못하는 한, 그 자체로서 ‘자명한 차별’이 된다. 이때 사법부는 국가에 대해 정치적 책무성과 투명성을 지키라고 요구할 수 있다. 사법부가 어느 정도나 심의 민주주의적 의미로서 이런 요구를 하는가 하는 점은 법원이 국가의 정당화를 검증해 보겠다는 의지의 강도, 그리고 법원이 요구하는 참여의 범위와 성격에 달려 있다.