한국사회정책
Korea Social Policy Review, 제25권 제2호, 2018, pp.3~29.

돌봄: 헌법적 가치*

김 희 강**

요 약

이 논문은 헌법에 투영된 규범적 관점에 견주어 돌봄을 살펴봄으로써, 정의의 입장에서 돌봄을 재고함과 동시에 우리의 삶과 가까운 불가분의 생활영역에서 다뤄지는 구체적인 정치적 가치로서 돌봄의 위상을 정립하고자 한다. 헌법에서 이 논문이 주목하는 지점은 '국민의 권리와 의무'를 규정하는 헌법 제2장의 시작인 제10조 제1문의 '인간으로서의 존엄과 가치' 및 '행복추구권' 조항이다. 헌법 제10조의 '인간으로서의 존엄과 가치' 및 '행복추구권' 조항은 헌법질서의 최고 가치로 해석된다. 이 논문은 돌봄의 관점에서 인간존엄 및 행복추구조항을 살펴보고, 헌법의 최고이념이자 구성원리인 인간존엄으로서 돌봄의 가치를 강조함과 동시에 행복추구권에 함축된 자유주의적 자유의 개념 틀로 돌볼 자유를 설명하는 것의 한계를 지적하고자 한다. 이를 통해 궁극적으로 돌봄을 헌법에 명시해야 함을 주장하고자 한다. 결론적으로 이 논문을 통해서 우리의 삶과 사회를 지탱하고 견인하는 가치이자, 국가운영의 주축이 되는 원리이자, 부정의를 시정하고 정의로운 국가의 제작방향을 알려주는 길잡이로서 돌봄의 의의를 재고할 수 있기를 기대한다.

주요어: 돌봄, 헌법, 인간존엄, 행복추구, 돌봄부정의

* 이 논문은 2015년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2015S1A3A2046562)
본 논문의 초고는 2018년 4월 6일 한국사회정책학회 '돌봄의 딜레마와 권리 보장' 포럼에서 발표되었습니다. 사회자 및 토론자 선생님을 포함하여 포럼에서 날카로운 질문과 의미 있는 논평을 해주신 모든 분들께 감사드립니다. 더불어 본 논문의 초고에 대해 유익한 논평을 해준 고려대학교 행정학과 <공공철학> 대학원 수업의 학생들(강묘정, 난살마, 양지은, 연보라, 오현석, 원인재, 이수천, 정세나, 조아인)에게도 고마움을 전합니다.
** 고려대학교 행정학과 교수(heekangkim@korea.ac.kr)

www.kci.go.kr

> 출산 후 신생아에게 **양수 및 이물질을 제거하는 최초의 산후조치**를 하지 않아 신생아를 숨지게 한 산모에 대한 최근 인천지방법원의 판결이 있었다. 산모는 1심에서 유죄, 2심에서 집행유예 판결을 받았다. 미혼모인 산모는 임신 후 아이를 책임지지 않겠다는 남자친구와 헤어지고 가족들에게도 임신 사실을 알리지 못한 채 지내오다가 혼자서 아이를 출산하게 되었다. 아이를 낳은 직후 키울 생각이 **막막하고 두려워서 양육할 수 없음을 예상하고** 신생아에 대해 아무런 조치를 하지 않았다고 한다(뉴시스, 2016.12.06)[필자 강조].

1. 序: 돌봄을 논하는데 있어 왜 헌법인가?

돌봄을 공적 가치로 보는 것은 이제 큰 이견이 없는 듯하다. 장기요양보험제, 치매국가책임제, 공공보육제, 초등학교 돌봄교실 등 국가에서 추진하고 있는 다양한 돌봄정책들은 돌봄이 사회적 이슈이며 공적 책임이라는 것을 확연히 보여준다. 예컨대, 노인장기요양보험법은 국가에서 지원하는 노인돌봄은 "노후의 건강증진 및 생활안정을 도모하고 그 가족의 부담을 덜어줌으로써 국민의 삶의 질을 향상하도록 함"을 목적으로 명문화함으로써, 노인돌봄을 가족의 부담이 아닌 사회와 국가의 책임으로 인정하고 있다(「노인장기요양보험법」 제1조). 물론 개별 돌봄정책의 정책대상은 다양하며 국가책임의 정도와 범위 및 요건도 상이하겠지만, 적어도 돌봄이 사적 이슈이며 개인 혹은 가족만의 책임이라는 주장은 한국 사회에서 더 이상 유의미하지 않아 보인다(허라금, 2006; 류연규, 2012; 송다영, 2014).

이러한 맥락에서 이 논문은 국가와 사회가 돌봄의 가치를 인정하고 지지하는 것이 어떤 의미인지를 보다 구체화하고자 한다. 특히 이 논문은 헌법이 추구하는 가치의 입장에서 돌봄의 위상을 정립하고자 한다. 헌법이란 같이 살겠다는 뜻(commitment to live together)을 지닌 구성원의 의지로 구성되는 정치공동체의 제작 방향에 관한 원칙과 가치의 집합이다. 부연하면, 헌법이란 정치공동체의 주인인 국민 저마다가 자유롭고 평등한 존재로 함께 살아가기 위해 수직적으로는 국가와의 관계를, 수평적으로는 동료 국민과의 생활을 기율할 수 있는 공감대가 형성된 가치들이다. 따라서 헌법은 국민생활을 조정할 수 있는 근거가 되며, 주권자에게 위임받은 권한을 주권자에게 강제적으로 행사할 수 있는 국가권력의 정통성을 판단할 수 있는 근거가 된다. 나아가, 헌법은 제2차 세계대전의 참상과 인종학살 같은 두 번 다시 정치공동체에서 반복되어서는 안 될 과오에 대한 반성이라는 성찰적 가치를 담아 보다 나은 미래의 이정표가 된다. 정리하면, 헌법은 국민 각인의 생활을 강제할 수 있는 국가

www.kci.go.kr

의 제작 방향을 보다 정의롭게 설정하고 견인하는 공감대가 형성된 명문화된 정치공동체의 근본 가치들이자, 국가와 국민생활을 판단할 수 있는 성찰적 미래 비전을 담은 가치들이다(성낙인, 2016: 27-31; 허영, 2017: 23-32).[1)]

기존에도 돌봄의 규범성(윤리성)에 대한 연구들이 있었지만, 대부분은 그 당위성의 논거를 주로 철학적으로 접근했다. 대표적으로 돌봄윤리(care ethics)는 돌봄을 노동을 넘어 윤리적 가치로 접근한다. 최근의 많은 돌봄윤리 논의는 개인적 혹은 여성적 윤리를 넘어 정치사회적 의의를 지닌 정의의 이슈로서 돌봄을 다루기도 한다(Tronto, 1993; Sevenhuijsen, 1998; Engster, 2007; Held, 2006; Engster and Hamington, 2015). 하지만, 이러한 논의들은 여전히 돌봄윤리에 기초해 함께 할 수 있는 국가의 모습을 모색하고 구체적인 제도를 디자인하는 것에는 많은 관심을 기울이지 않는다.[2)] 반면 이 글은 헌법에 투영된 규범적 관점에 견주어 돌봄을 살펴봄으로써, 정의의 입장에서 돌봄을 재고함과 동시에 우리의 삶과 가까운 불가분의 생활영역에서 다뤄지는 구체적인 정치적 가치로서 돌봄을 이야기하고자 한다. 다시 말해, 추상적 수준의 당위적 담론보다 생활정치의 가장 핵심이자 정치의 최고위상을 갖는 헌법을 통해 돌봄의 공적 가치와 실천을 논하고자 하는 것이 이 논문의 목적이다. 결국 이 논문을 통해서 우리의 삶과 사회를 지탱하고 견인하는 가치이자, 국가운영의 주축이 되는 원리이자, 부정의를 시정하고 정의로운 국가의 제작방향을 알려주는 길잡이로서 돌봄의 의의를 재고할 수 있기를 기대한다.

대한민국 헌법은 전문 및 9개의 장과 부칙으로 구성되어있다. 헌법의 대의(大意)를 담고 있는 전문을 시작으로 국민의 기본권과 의무를 한 축으로 하며, 권력분립의 원리로 구성된 통치구조를 다른 한 축으로 하고 있다. 이 논문이 주목하는 지점은 '국민의 권리와 의무'를 규정하는 헌법 제2장의 시작인 제10조 제1문의 '인간으로서의 존엄과 가치' 및 '행복추구권' 조항에 대해서이다. 이 논문은 돌봄의 관점에서 인간존엄 및 행복추구조항을 살펴보고, 헌법의 최고이념이자 구성원리인 인간존엄으로서 돌봄의 가치를 강조함과 동시에 행복추구권에 함축된 자유주의적 자유의 개념 틀로 돌볼 자유를 설명하는 것의 궁극적인 한계를 지적하고, 돌봄을 헌법에 명시해야 함을 주장하고자 한다.

이 논문은 2장에서 헌법 제10조 인간존엄 및 행복추구조항의 내용 및 의의를 다루고, 3장에서 '취약한 인간의 필요에 응답하는, 모든 인간의 삶에서 선결적이며 필수불가결한 실천이자 가치'로서 돌봄을 살펴본다. 4장에서는 돌봄의 관점에서 헌법 제10조를 분석한다. 돌봄의 인간상에 기초하여 인

1) 헌법에 대한 국내 헌법학자들의 정의는 일반적으로 다음의 특징을 포함한다 - ①국가의 성립·유지를 가능케 하는 실질적 측면에서 정치적 힘, ②통일체적 단위로서 법질서, ③정치공동체 구성원이 지키고 추구해야 할 가치규범적 요소.

2) 예외적으로 Engster(2015)는 돌봄윤리에 기초한 복지국가의 모습을 구체적으로 설명한다.

www.kci.go.kr

간존엄과 등가적인 돌봄을 강조하며, 돌봄제공자가 가지는 돌볼 권리가 헌법상 자유의 기본권체계 내에서 궁극적으로 부합하지 않음을 살펴본다. 결론의 5장에서는 돌봄의 헌법적 위상에 대해서 다루고 돌봄이 헌법에 명시되어야 하는 당위를 지적한다.

2. 헌법 제10조: '인간으로서의 존엄과 가치' 및 '행복추구권'

대한민국 헌법의 가치들은 18세기 후반 근대 입헌주의를 알리는 「버지니아 권리선언」과 프랑스 혁명기의 「인간과 시민의 권리선언」 이래로, 바이마르 공화국 헌법과 제2차 세계대전의 반성으로 다져지고 계승되어 서독·이탈리아·일본 등 자유민주주의 체제를 관류해 한국의 헌법적 조항으로 전수 구현되어 왔다. 이들 가치들의 핵심은 인간존엄과 행복추구 그리고 권리로 표현되는 자유라는데 큰 이견이 없어 보인다.[3)]

헌법 제10조는 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다"고 규정한다. 이는 모든 국민이 인간으로서의 존엄과 가치를 지닌 주체임을 명시하고, 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 것을 금지함은 물론 더 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 보호해야 하는 의무가 있음을 천명한 것이다(권영성, 1981: 44). 특히 헌법 제10조 제1문에 함께 규정되어 있는 '인간으로서의 존엄과 가치' 및 '행복추구권'은 헌법질서의 최고 가치로 해석된다. 이하 논의에서 언급하겠지만, 인간존엄 및 행복추구규정이 개별로 상이한 규범적·헌법적 성격을 내포하고 있음에도, 이 두 규정은 본질적으로 서로 관련되며 모두 기본권 파생의 이념적 기초가 된다는 데에 헌법학계의 의견이 모아진다. 예컨대, 이는 헌법재판소가 기본권 침해여부를 판단하면서 헌법 제10조를 원용하는 경우, 대부분 '인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권'을 함께 언급하고 있음을 통해서도 확인할 수 있다(유은정, 2016: 190-191).[4)]

3) 허영(2017: 338)에 따르면, "우리 헌법 질서는...국민의 자유와 권리를 헌법적 가치로 보호하고 있다...좀 더 구체적으로 말하면, 우리 헌법은 기본권의 이념적 기초를 '인간의 존엄성'에 두고, 기본권 실현의 방법적 기초를 '평등권'에서 찾으면서, 모든 국민에게 사생활과 정신생활, 그리고 정치·경제·사회·문화생활에서 필요로 하는 자유와 권리를 보장하고 있다."

4) 김철수(2013: 418-425)는 헌법 제10조 제1문 전단의 "인간으로서의 존엄과 가치"와 후단의 "행복추구권"을 함께 묶어 하나의 기본권으로 해석하기도 한다.

www.kci.go.kr

1) 인간으로서의 존엄과 가치

헌법 제10조 제1문 전단의 인간존엄규정은 1962년 제3공화국 헌법에서 처음 명시되었다. '인간으로서의 존엄과 가치'는 "헌법질서의 최고가치," "국가의 근본질서," "법해석의 최고기준," "국법체계상 최고규범," "객관적 헌법원리" 등으로 표현됨으로써 대한민국 헌법의 최고원리이자 절대적 가치로서 평가된다(허영, 2017: 341; 성낙인, 2016: 1002; 권영성, 2007: 376). 헌법이 지향하는 이념은 국민의 자유와 권리의 보장이며 이러한 자유와 권리보장의 전제와 목적이 바로 인간으로서의 존엄과 가치의 보호와 존중이라는 의미이다. 보다 구체적으로, 인간존엄은 기본권의 이념적 전제로서 "기본권의 근원" 혹은 "기본권의 핵"을 뜻하며, 이는 인간존엄이 모든 기본권 조항과 "목적과 수단 관계"에 있음을 의미한다(권영성, 1981: 31-32). 인간의 존엄은 국가, 개인 혹은 공동체 등 가능한 모든 침해자로부터 절대로 보호되어야하기 때문에, 헌법 제37조 제2항에 따라 모든 기본권은 법률로서 제한될 수 있음에도, 헌법의 최고 이념인 인간존엄은 '자유와 권리의 본질적 내용'에 해당하기 때문에 기본권 제한의 한계로 제시된다. 또한 인간존엄은 입법, 행정, 사법 등 모든 국가 활동의 가치판단의 기준이 된다. 국가가 '인간으로서의 존엄과 가치'를 침해하는 행위를 한 경우에는 인간존엄조항에 의거하여 위헌 및 무효를 주장할 수 있고, 그러한 국가의 행위로 말미암아 손해를 입은 경우에는 국가에 대해서 손해배상을 청구할 수 있다. 더불어 인간존엄은 헌법규정을 포함한 모든 법령의 해석기준이 되며, 헌법개정권력 및 헌법에 규정된 개정절차에 의해서도 제한될 수 없는 헌법개정의 한계가 된다(권영성, 2007: 375-377; 성낙인, 2016: 1002-1003; 홍성방, 2010: 11-13). 즉, 인간존엄은 국가를 "통제하는 원리"이자 국가가 "넘을 수 없는 한계"를 구성한다고 할 수 있다(홍성방, 1999: 72).

그렇다면, 인간존엄이란 무엇을 의미하는가? 그 근간과 구체적인 내용은 무엇인가? 어떤 이유로 인간존엄이 헌법 최고의 가치로 인정받게 되는가 혹은 인정받을 수 있는가? 이에 대한 대답으로 대다수 헌법학자들은 다음의 지점을 주목한다.

첫째, 인간이 존엄하다는 것은 단지 인간으로서 그리고 인간이라는 이유만으로도 가치 있고 존귀한 존재임을 의미하는 것이다. 다수의 헌법학자들은 인간존엄의 근거를 인간의 인격성(人格性)에서 찾는다. 인격성은 "인간의 본질로 간주되는 존귀한 인격주체성"(권영성, 2007: 374), "인격의 내용을 이루는 윤리적 가치"(허영, 2017: 340), "인간의 인격과 평가"(김철수, 2013: 426) 등으로 통칭되며, 이는 "양도할 수도 포기할 수도 없는 것으로서 시(時)·소(所)를 초월한 인간에게 고유한 가치"로 설명된다(권영성, 1981: 30). 보다 구체적으로, 인격성(인격주체성)은 "자기책임능력이 있는 인격체"로서의 인간을 인정하는 것으로, 인간이란 "자기자신을 의식하고 자기자신의 결단에 의하여 스

www.kci.go.kr

스로를 규율하며, 자신과 주변세계를 형성할 능력의 소유자"임을 의미하는 것이다(권영성, 2007: 374). 이러한 인간상에 기초하여 헌법재판소도 '헌법상의 인간상은 자기결정권을 지닌 창의적이고 성숙한 개체로서의 국민이다'라고 판시한다(헌재 1998. 5. 28. 96헌가5 결정). 이와 같은 헌법상의 인간상은 인간에 대한 칸트(Immanuel Kant)의 논의에 근거한다(임미원, 2001; 차수봉, 2016). 칸트(Kant, 1996[1785]: 79)에 따르면, 인간은 사물이나 동물과 구별되는 이성을 지닌 존재로서, 이성을 활용하여 보편적인 도덕률을 스스로 발견할 수 있고, 스스로 찾아낸 도덕률에 따라 윤리적인 사고와 행동을 할 수 있는 자율적인 존재이다. 이러한 인간을 칸트는 인격(person)이라 표현한다.[5] 다시 말해, 인간의 인격성은 이성적·윤리적 자율성을 갖는 존재로서의 인간 고유한 가치를 의미하고, 인격성이야 말로 인간존엄의 근거라고 보는 것이다. 인간의 인격성은 모든 인간의 "잠재적 속성"으로서 인간 모두에게 "평등하게 선존하는 것"으로 전제된다(홍성방, 1999: 67).

둘째, 인간의 존엄은 바로 인간은 이성적·윤리적 자율성을 지닌 인격이라는 의미이며, 따라서 인격적 존재로서 인간은 객체나 수단으로 취급되어서는 안 된다는 것이 인간존엄의 핵심내용이다. 다시 말해, 인간이 존엄하다는 것은 인간이 국가권력의 목적을 달성하기 위한 수단으로 사용되거나 고문, 노예, 대량학살, 강제노역, 인간실험, 잔인하고 가혹한 형벌 등과 같이 객체화되거나 인간 최저한의 생명까지도 위협받는 대상으로 취급되어서는 안 된다는 것을 뜻한다. 인간존엄의 경시는 단지 희생자가 고통을 느끼는가의 여부로 결정되는 것이 아니라, 인격성 지닌 인간이 인간 그 목적 자체가 아니라 다른 어떤 수단이나 객체로 대상화되었을 때 발생하는 것이다(권영성, 1981: 34-35). 이는 인간이 스스로를 방어할 수 없는 것, 치욕을 느끼는 것 혹은 쓸데없는 존재로 생각되는 것 등도 포함된다(홍성방, 1999: 66).

셋째, '인간으로서의 존엄과 가치'에서 의미하는 인간상은 개인주의 사회에서 전제하는 "고립적·이기적 인간상"이 아니며 전체주의 사회에서 전제하는 스스로 자율성을 갖지 못하고 "국가권력의 객체로 격하된 인간상"도 아니다. 헌법의 인간존엄에서 의미하는 인간상은 인격주의적 사회에서 전제하는 "인간의 고유가치를 유지하면서 사회와 긴밀한 관계를 가지고 사회에 의해서 구속되는 인간"을 뜻한다(권영성, 1981: 30). 즉, 헌법이 예상하는 인간상은 고립되지 않지만 스스로의 고유한 가

5) "이성적 존재자들은 **인격들**(persons)이라 불린다. 왜냐하면 그들의 본성이 그들을 이미 목적 그 자체로, 다시 말해 한낱 수단으로 사용되어서는 안 되는 어떤 것을 표시하고, 그러므로 그런 한에서 모든 자의를 제한하기 (그리고 존경의 대상이기) 때문이다. 그러므로 인격들은 한낱 그들의 실존이 우리 행위의 결과로서 **우리에 대해서** 가치를 갖는 주관적 목적들이 아니라, 오히려 **객관적인 목적**들이다. 다시 말해, 그들은 현재 그 자체가 목적인, 그것에 대신에 다른 어떤 목적도 두어질 수 없는 그런 것들로, 다른 것들은 **한낱** 수단으로서 이에 봉사해야 할 것이다. 왜냐하면 이렇지 않다면, 도무지 어디서도 **절대적 가치**를 가진 것을 만나지 못할 터이니 말이다"(Kant, 1996[1785]: 79).

www.kci.go.kr

치를 지닌 주체로서, 동시에 사회에 지배되어 자유가 부재하지 않지만 사회와 일정한 관계를 유지하면서 사회의 공동생활을 책임 있게 형성해나가는 자주적 주체를 의미한다(홍성방, 1999: 68). 이는 개인주의와 전체주의 간의 "중용"의 지점을 이루는 인격주의 인간상이다(권영성, 1981: 30).

넷째, 인간은 존엄하기 때문에 그 가치를 인정받으며 이러한 가치를 최고의 가치로서 헌법이 지향한다는 의미는 인간존엄을 실현하기 위해 국가가 존재한다는 뜻이다(홍성방, 1999: 70). 다시 말해, 인간은 국가를 형성하는 구성적 지위를 가진다는 것으로, 이는 즉 국가의 존재이유가 바로 인간임을 의미한다. "국가가 인간을 위해서 존재하지, 인간이 국가를 위해 존재하는 것은 아니다"라고 밝힌 독일기본법 제1조 초안의 규정처럼, 정치공동체의 최종적 전제와 최고의 목표는 "인간에게 인간적인 것을 유지하고 발전"시키는 것임을 명확히 한 것이다(홍성방, 1999: 71, 각주 37 재인용). 즉, 인간존엄을 보호하고 실현하는 것이야 말로 바로 국가의 일차적인 의무와 과제임을 천명한 것이다(한수웅, 2016: 527).

추가적으로, 헌법학계는 '인간으로서의 존엄과 가치'가 헌법의 최고 원리 및 근본이념으로서의 성격을 지님과 동시에 구체적으로 기본권으로서의 성격을 가진다고도 평가한다. 이는 헌법재판소의 판시를 통해서도 확인할 수 있다. 인간존엄에 기초한 기본권의 주목할 만한 예로 생명권을 들 수 있다.[6] 헌법재판소는 '인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간존재의 근원'이기 때문에, 생명에 대한 권리인 생명권은 헌법에 명문화된 규정이 없다고 하더라도 '인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선험적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제'라고 판시한다(헌재 1996. 11. 28. 95헌바1 결정).[7] 인간의 존엄은 어디까지나 생명을 전제한 것이다. 생명을 잃은 인간이란 존재할 수 없기에, 생명을 부인하고서는 인간존엄을 논의할 수 없다. "인간의 생명→인간존엄→개별기본권"의 순서로 보는 것이 논리적으로 타당하며, 따라서 생명권의 헌법적 근거를 개별 기본권에서 유추하기보다 '인간으로서의 존엄과 가치'에서 찾아야 한다는 것이다.[8] 요약하자면, 인간존엄은 그 자체로 생명권으로 기능한다고 본다(홍성방, 1999: 78-79).

---

6) 다른 예로 인격권(성명권, 초상권, 명예권 등)을 들 수 있다. 예컨대, 헌법재판소는 '헌법 제10조는 모든 기본권 보장의 종국적 목적(기본이념)이라 할 수 있는 인간의 본질과 고유한 가치인 개인의 인격권을 보장하고 있다'고 결정함으로써, '인간의 존엄성에서 유래하는 개인의 일반적 인격권'을 확인하고 있다(헌재 1990. 9. 10. 89헌마82 결정; 헌재 1991. 9. 16. 89헌마165 결정).

7) 대법원의 유사한 판시 참조. '생명은 한 번 잃으면 영원히 회복할 수 없고, 이 세상 무엇과도 바꿀 수 없는 절대적 존재이며, 한 사람의 생명은 고귀하고 전 지구보다 무겁고 또 귀중하고 엄숙한 것이며, 존엄한 인간 존재의 근원이다'(대법원 1967. 9. 19. 선고 67도988 판결).

8) 생명권의 헌법적 근거에 대해서는 헌법학자들 마다 이견이 존재한다. 대표적으로 홍성방(2010: 20)과 김철수(2013: 431)는 그 근거를 헌법 제10조의 인간존엄조항에서 찾는다.

www.kci.go.kr

2) 행복추구권

‘행복을 추구할 권리’는 헌법 제10조 제1문에 ‘인간으로서의 존엄과 가치’의 보장과 함께 하나의 문장으로 규정되어 있다. 대한민국 헌법에서 행복추구권은 1980년 헌법에서 처음 명문화되었다. 입법례에 따르면 이 조항은 1776년 미국의 버지니아 권리장전과 미국의 독립선언문 제2절의 인간의 양도할 수 없는 권리로서 ‘생명, 자유 및 행복을 추구할 권리’에서 처음 나타났으며, 우리 헌법의 행복추구권은 이러한 미국의 헌법문서에서의 행복추구조항을 계수한 것으로 일반적으로 평가된다(한수웅 2016, 540).[9)]

행복추구조항은 그 개념과 내용의 모호함과 불확실성으로 인하여 헌법학계에서 학설의 대립이 심하고 그 법적·규범적 성격의 해석에 대해서 정설이 확립되지 못하고 있다. 예를 들어, 행복이라는 용어의 “상대성과 세속성”으로 인해 행복추구권의 규범성을 인정하기 어려우며, 행복추구는 법적 규제의 대상이 아닌 인간본능의 문제로 다뤄져야 할 원리일 뿐 “모든 국민의 당위적인 삶의 지표”를 단지 설정해 놓은 것에 불과하다는 해석이 있다(허영, 2016: 346). 혹은 행복이라는 말이 “지나치게 철학적이고 관념적이며 추상적이고 불확정적이며 다의적이고 주관적”이어서 행복추구는 윤리규범일 뿐 법규범으로 규율하기 어렵다고 보기도 한다(김명식, 2017: 203). 혹은 행복추구권의 권리성을 부인한 채, ‘인간으로서의 존엄과 가치’와 결합하여 이해하면서 기본권보장체계의 이념적 기초와 원리로 보는 견해도 존재한다(박일경, 1990: 226-227). 정리하건대, 행복추구와 같이 모호하고 불확실한 개념을 일반적인 법규범으로 인정할 수 있는지, 법규범으로 인정하더라도 헌법상 권리로 규정할 수 있는지, 혹은 행복추구권의 권리성을 인정하는 경우에도 인간존엄규정과 더불어 주기본권으로 이해되어야 하는지, 국가의 간섭이나 침해에 대한 소극적 방어권으로서 구체적 권리로 상정되어야 하는지, 혹은 헌법에 열거되지 않은 권리까지도 포괄하는 보충적 권리로 파악되어야 하는지 등에 대한 헌법학계의 논쟁은 현재 진행 중이다(성낙인, 2016: 1014-1016).

이와 같이 행복추구권의 법적 성격과 본질에 대해서 헌법학계의 다양한 의견이 피력됨에도 불구하고, 현재 수용되는 주류의 학설은 행복추구권이 헌법상 원리에 그치는 것이 아니라 이것의 주관적 권리성을 인정하고 있다. 여전히 행복추구권의 독자적 권리성의 인정여부와 그 보호범위의 한계에

9) 실제로 어떠한 의도로 행복추구조항이 헌법에 명문화되었는지에 대해서는 분명히 밝혀지지 않고 있다. 조항에 대한 충분한 숙고 없이 무비판적으로 모방한 나머지 헌법의 구성체계상 혼란을 초래하고 있다는 비판도 있다(권영성, 1981: 37). 그러나 도입 동기나 과정의 모호성에도 불구하고 행복추구권이 현재 헌법조항으로 규정되어 있는 이상, “현재의 우리의 안목을 가지고서 이 조항이 헌법체계 속에서 차지하는 위치를 파악해 내야 하는 한편, 그의 뜻을 체계적으로 풀이해내야 하고 또한 이를 이론적으로 새로이 구성해야 할 부담을 안고 있”다고 김운용(1988, 58-59)은 주장한다.

www.kci.go.kr

관한 세부적인 내용에 대하여 다양한 의견이 존재하지만, 행복추구권은 인간의 모든 자유로운 활동과 관련이 있는 일반적 행동의 자유권을 의미한다고 보는 견해가 헌법학계의 일반적인 중론이다(김선택, 1993; 김일환 2003, 2014). 아래 김운용의 주장은 이를 잘 대변한다.

> 행복추구권은 궁극적으로 선택의 자유를 내실로 한다. 그리고 이것을 바탕으로 하여 일반적인 의미의 자유의 원칙과 자율의 원칙이 행복추구권 안에 자리잡고 있는 것이다. '행복'의 개념정의가 중요한 것은 아니다. '행복'의 의미내용을 누가 어떻게 정하느냐가 중요할 뿐이다. '행복'의 의미내용을 구체적으로 결정하는 것은 바로 제각기 다른 생각을 가지고 있는 개개인이며 이 개개인은 그 의미내용을 스스로 원하는 대로 정하며 그렇게 정해진 행복을 자율적으로 추구한다는 데에 행복추구권의 기본적인 뜻이 있는 것이다(김운용, 1988: 60-61).

다시 말해, 행복의 목표를 스스로 선택할 수 있는 자유와 이를 달성하기 위한 수단을 스스로 결정할 수 있는 자율이 행복추구권의 핵심적인 규범적 의미이며, 이를 통해서 행복추구권을 자유권으로 해석하게 된다고 보는 것이다. 이는 현행 헌법이 행복추구권을 '행복할 권리'가 아니라 '행복을 추구할 권리'임을 보여주는 것이라고 설명한다(김명식, 2017: 204).

행복추구권을 일반적 행동의 자유권으로 해석하는 이러한 입장은 헌법재판소 활동 초기부터 이루어진 다수의 판결을 통해서도 알 수 있다(헌재 1989. 10. 27. 89헌마56 결정; 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14 결정; 헌재 2000. 6. 1. 98헌마216 결정; 헌재 2008. 10. 30. 2006헌마35 결정).[10]

> 헌법 제10조의 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것이 아니라, 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 가진다(헌재 2000. 6. 1. 98헌마216).

따라서 헌법재판소가 해석하는 행복추구권은 국민이 행복을 추구함에 있어 국가의 침해가 있어서는 안 된다는 자유권적 기본권으로서의 성격이며, 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에 대하여 적극적으로 요구할 수 있는 사회권적 기본권으로서의 성격을 의미하지는 않는다.

추가적으로, 행복추구권을 자유권으로서 해석하는 헌법학계와 헌법재판소의 중론과는 달리, 이

10) 헌법재판소는 개성의 자유로운 발현권, 자기결정권 및 계약의 자유도 헌법상 행복추구권에 포함된 일반적 행동자유권에서 파생된 것으로 규정한다.

www.kci.go.kr

를 자유권으로서 소극적 권리와 더불어 적극적으로 국가에 권리를 청구할 수 있는 사회권을 포함하는 포괄적 기본권으로 보는 해석도 존재한다(권영성, 2007: 381-383; 홍성방, 2010: 38). 이러한 입장에서 본다면, 행복은 "생명이나 자유의 관념처럼 권리의 실체"를 뜻하는 반면 추구는 "권리의 실체를 실현하거나 획득하는 수단"을 의미하기 때문에, 행복추구권이라는 것은 자유권과 같은 소극적 성질의 권리임과 동시에 권리를 실현하기 위해 국가에 급부를 요구할 수 있는 적극적 성질의 권리이기도 하다는 것이다(권영성, 1981: 40). 예를 들면, 국민의 행복추구를 위해 최저생계 등 최소한의 물질적인 생활유지에 필요한 급부를 국가에 요구할 수 있는, 즉 최소한의 사회복지를 보장하는 근거로 행복추구권이 해석되기도 한다(유은정, 2016).

3. 돌봄: 인격적·사회적·정치공동체적 가치이자 실천, 그리고 돌봄부정의

인간은 취약하고 의존적인 존재이다. 인간은 자유롭고 평등하지 않은 삶의 구간을 누군가의 에너지와 시간이 소진되는 돌봄에 힘입지 않으면 지날 수 없는 취약하고(vulnerable) 의존적인(dependent) 존재이다. 탯줄에서 분리되어 모체와 분리된 독립된 생이 시작되는 갓 태어난 인간에게 아무런 행위도 작용하지 않는다면, 다시 말해 생명유지에 필요한 그 무엇을 충족해주는 작위가 개입 혹은 간섭하지 않는다면, 아무것도 할 수 없는 이 인간의 생명유지는 곧 멈추게 될 것이다. 아무것도 할 수 없는 이 취약한 개체 밖에 있는, 이러한 취약성을 인지한 외부의 개입 혹은 간섭이 있어야 한다. 그렇지 않다면 이는 죽음으로의 방치일 뿐이다.

서문의 사례가 보여주듯, 신생아 입속의 양수 및 이물질을 누군가가 제거해 주는 최초의 돌봄을 받지 못한다면 신생아의 생명유지는 정지된다. 갓 나면서부터 본인에게 필요한 바를 자급할 수 있을 정도로 비의존적(independent) 인간으로 세상에 나오는 인간은 없다. 탯줄을 대신한 누군가의 돌봄이 시작되고 연속될 때 인간은 그 후 삶의 시간을 전망할 수 있다. 영유아의 시기뿐만 아니라, 성인기라 하더라도 혹은 아프거나 나이가 들어 혼자서 충당할 수 없는 필요가 늘어가게 되는 취약한 인간의 실상은 보편적인 생물학적 조건이다. 모든 인간이 죽는다는 명제처럼, 모든 인간은 취약한 삶의 구간을 스스로 극복할 수 없다는 명제도 참이다. 이런 점에서 홉스(Thomas Hobbes)는 틀렸다. 인간은 버섯처럼 혼자서 자라지 않는다(Held, 2006: 37).

인간의 생물학적 취약성에서 비롯된 생존과 이후 성장을 위한 필요를 충족하기 위해 누군가는 해줘야 하는 시간과 에너지가 소진되는 실천이자 책임을 돌봄이라 할 수 있다. 취약한 인간 생명은

www.kci.go.kr

–영양, 여러 위험으로부터의 보존, 교감 등– 돌봄에 힘입어 절대적 취약성에서 탈피되는 정도만큼 (물론 누군가는 평생 절대적 취약성이 동반되는 삶을 영위해야 하지만), 자급자족할 수 있는 사람으로 거듭나게 된다. 이렇게 보면, 모든 인간에게 취약성으로부터의 구조(救助), 즉 돌봄은 그 질적 성공 여부를 떠나 누군가가 외면하지 않은 실천(임무)을 통해 받은 보편적인 인간경험이라 할 수 있다 (Kittay, 1999). 모든 인간의 돌봄 경험은 보편적이며 이 같은 돌봄수혜의 경험에서 그 누구도 예외일 수 없다.

인간 모두의 보편적 경험인 돌봄은 인간을 매개로 하지만, 자연법을 모태로 하는 자유주의의 신조이자 중심 가치인 이성적 사유의 조건이자 결과물인 언어를 반드시 매개하는 것은 아니며, 비언어적인 인간의 품과 시선, 단순한 표정과 손짓 혹은 수발만으로도 서로에게 유의미한 때에 따라서는 뇌리에 박히는 경험까지 포괄한다. 취약한 의존인은 자신의 필요에 대한 (정기적 혹은 간헐적이더라도) 지속적인 응답인 돌봄을 통해 자신을 둘러싼 세상을 접하고 뇌리에 남는 근거들(비언어적인 것을 포함하여)을 담는다. 이러한 근거들의 축적과 상호작용으로 사람됨과 정체성이 형성되는 자양분이고 된다고 할 때, 사람됨과 정체성을 구성하는 밑거름이 돌봄이라 해도 무리가 없을 듯하다. 돌봄은 생물학적 인간이 그 잠복된 사람됨과 정체성을 실질적으로 발현시킬 수 있는 조건과 매개가 된다는 점에서, 즉 인격적 존재로 거듭나게 하는 구성적 가치이자 누군가는 선결해줘야 하는 경험적·실천적 가치라 할 수 있다.

돌봄은 한 인간의 인격형성의 구성적 차원에서 뿐만 아니라 정치공동체 차원에서도 필수불가결한 구성적 가치이다. 생물학적 자원의 충원이라는 관점에서 보더라도, 돌봄은 정치공동체에 그 인적 구성원을 지속적으로 충원시켜주는 역할을 담당한다. 안보를 국가와 국민의 안전을 위한 국가의 노력이라 할 때, 국가 안보의 핵심 가치로서, 즉 국민이라는 국가의 근원적 인적 자원을 안전하게 지속·유지시켜 주는 동력이 되는 돌봄은 필수적이다. 돌봄이 없다면 구성원의 충원이 불가하며, 공동체의 존립과 유지는 불가능하다. 유대 민족의 사례에서 보듯이, 영토 없는 사람은 존립이 가능하지만, 사람(국민) 없이 성립될 수 있는 정치공동체는 없다.

또한 사회의 측면에서 보더라도, 돌봄, 즉 의존인과 돌봄제공자의 돌봄관계는 더 이상 미분 될 수 없는 사회적 관계이자 개인으로 환원될 수 없는 유대의 시발점을 포함하는 관계이다. 돌봄은 사회적 유대를 가능케 하는 선결조건이 된다.[11] 비록 돌봄의 경험이 인간사의 그늘 속에서 제대로 된 평가를 받지 못하고 있지만, 개인과 사회의 연속성과 유대를 가능케 하는 전제조건이 되는, 시간과 개인 그리고 세대를 초월하는, 누군가가 담당해왔지만 정치공동체 구성원으로부터 그 진가를 인정받지

11) 헬드(Virginia Held)는 이를 선구질(precursor)로 표현한다(Held, 2006: 190).

www.kci.go.kr

못했던 정치공동체의 유대를 가능케 하는 구성원의 관계적 가치라 할 수 있다.

주는 자아(giving self), 용해성 자아(soluble self), 투명 자아(transparent self) 등으로 표현되듯, 취약한 의존인의 돌봄필요를 우선적으로 생각하게 되는 돌봄제공자는 의존인과 본인을 동시에 돌봐야 하는 1인 2역의 돌봄이 요구되는, 그러나 정작 자신은 돌보지 못하게 되는 위태로운 지위에 처하게 된다(Kittay, 1999: 114-117). 돌봄은 그 자체로 돌봄제공자의 시간과 심신의 에너지가 소진되는 임무이다. 취약한 의존인은 (그 취약성에 있어 편차가 있겠지만) 생각지도 못하는 시시각각의 치명적인 위협에 돌발적이자 상시적으로 노출될 수 있기 때문에, 돌봄제공자는 이에 대한 즉각적인 대처가 가능하도록 항시적으로 응답해야 한다. 돌봄제공자는 비록 휴식을 할 수 있는 틈이 생긴다 하더라도 제3자의 도움이 개입되지 않는 한, 한시라도 의존인에게 신경을 거두어 본인에게 기울이지 못하는 비상이 해제되지 않는 상시 경계태세에 있을 뿐이다. 의존인의 취약성 정도가 완화되더라도, 돌봄제공자의 시간과 심신의 에너지가 온전히 돌봄제공자의 것으로 돌아오는 것은 아니다. 취약성이 완화된 정도만큼 요구되는 심신의 에너지는 덜 소진되겠지만, 시간의 질을 감안하면 크게 차이가 나지 않는다. 의존인의 돌봄필요가 항시적이지 않고 간헐적으로 발생한다 하더라도, 규칙성이 담보되지 않는 돌봄필요를 놓치지 않고 응답하기 위해 돌봄제공자는 긴장의 끈을 늦추지 않을 수 없다는 점에서, 돌봄제공자의 시간과 에너지의 소진 정도는 크게 달라지지 않는다.

게다가, 노동으로서 돌봄은 쉽게 저평가된다. 오랜 기간 고도의 훈련을 받고 일정한 시간에 집중적으로 할당된 일을 완료하는 대부분의 전문직과 비교하면, 취약한 의존인의 완료될 수 없는 일상의 전반적인 필요를 항시적으로 충족해야 하는 돌봄노동의 본질적인 특성은 이를 분절적이며 분산적인 비전문 담당자로 대체하기 쉬운 미완의 임무로 만든다. 누구도 만족할 수 없는 영원한 미완의 임무인 돌봄노동은 시간과 에너지와 함께 자취를 남기지 않고 사라지는 그 증발적 노동으로서의 특징 때문에, 돌봄제공을 경험하지 못한 제3자에게 돌봄노동만의 성과를 객관적으로, 돌봄제공자의 시간과 에너지 그리고 정성이 그 흔적으로 남아있는 주름진 피부와 손마디의 굳은살을 제외하면, 보여주기가 어렵다. 따라서 돌봄노동의 경험이 없는 사람들에게는 누구나 마음만 먹으면 어렵지 않게 할 수 있어 보이는, 그러나 노동의 성과가 장기적인 숙성으로 드러나거나 그 노동의 빈자리가 드러나야 실감하게 되는 돌봄은 그 노동에 비해 저평가되기 쉽다.[12)]

노동으로서 돌봄의 취약성에 더해, 보다 본질적인 문제는 돌봄제공자를 상대적으로 열위적인 지위에 처하기 쉽게 하는 돌봄관계의 취약성이다. 돌봄관계의 취약성은 돌봄관계 내에서 취약한 의존인의 필요를 우선시할 때 돌봄제공자가 처하게 되는 관계 내적 취약성과 돌봄관계를 유지하기 위해

12) 노동의 가치를 넘어 돌봄의 윤리적·사회문화적 가치를 강조한 논의로는 허라금(2018) 참조.

www.kci.go.kr

그 관계 밖에 있는 조달자(돌봄자원제공자)에게 돌봄제공자가 취약해지기 쉬운 관계 외적인 취약성으로 나뉠 수 있다.

취약한 의존인의 돌봄필요와 돌봄제공자 본인에 대한 필요(혹은 사회적 욕구)가 충돌할 경우, 돌봄제공자는 의존인의 필요를 일반적으로 우선시한다. 심지어 돌봄제공자가 의존인의 다른 종류의 취약성으로 말미암아 상대적으로 더 취약한 경우라 할지라도, 돌봄제공자는 자신의 필요보다 의존인의 필요를 우선시한다.[13] 돌봄제공자가 자신의 이해관계보다 의존인의 돌봄필요를 우선한다 함은, 돌봄제공자의 선택지가 후순위가 된다는 것이다. 게다가 돌봄제공자 본인만이 의존인의 필요에 응답할 수 있는 유일한 사람이라면, 사회경제적 지위를 차지하기 위한 시장적 경쟁에 나설 수 있는 돌봄제공자의 조건과 역량은 크게 잠식되고 축소되게 된다. 뿐만 아니라, 돌봄제공자가 돌봄담당의 책임과 양립시키기 위해 실질적으로 선택할 수 있는 시장적 재화는 본인이 최선으로 원하는 선택이 아닌, (돌봄관계를 유지할 수 있는 일로 조건화된) 비선택적으로 조정된 차선의 선택이다. 차선의 선택이 거듭됨으로써 -계약에서의 열위적 지위와 같은- 돌봄제공자의 선택(자유)의 질은 계속해서 악화되게 되며, 이에 돌봄제공자의 돌봄 이외의 자유는 와해되기 시작한다. 이러한 불평등의 지점을 트론토(Joan Tronto)는 "악성 선택"으로 명명했다(Tronto, 2013: 37). 돌봄제공자를 위태롭게 하는 돌봄관계의 이러한 내재적 특징은, 의존인의 생물학적인 취약성에서 파생된 돌봄필요와 이를 충족해야 하며 동시에 자신의 사회적 욕구를 함께 갖고 있는 돌봄제공자의 이해관계와의 돌봄관계 내적 긴장에서 기인한다.

돌봄관계에서 돌봄제공자를 위태롭게 하는 내적 긴장과 더불어, 돌봄제공자를 위태롭게 하는 다른 한 겹의 비대칭적 긴장관계 또한 존재한다. 일반적으로 의존인을 지속적으로 돌보기 위해서는 돌봄에 필요한 자원이 안정적으로 이 관계에 투입되어야 한다. 안정적인 일차적 돌봄관계를 위해 돌봄제공자는 그것에 필요한 자원뿐만 아니라 돌봄제공자 자신의 필요에 요구되는 자원을 이 관계 밖에 있는 조달자에게 의존하게 된다. 경제활동이 공간적으로 가정과 분리되기 시작한 산업화 이후, 일차적 돌봄관계에 자원을 조달하는 임무는 주로 가장(남편)이, 돌봄제공자의 임무는 그 배우자(아내)가 담당해 왔다. 가족이라는 일종의 사회제도와 맞물려, 이 같은 분담(아내-돌봄제공자, 남편-조달자)은 돌봄제공자의 지위를 한 겹 더 위태롭게 만든다. 왜냐하면 돌봄을 둘러싼 분담은 일종의 협력적 특징뿐만 아니라 갈등적 특징을 동시에 갖기 때문이다. 돌봄제공자와 조달자 간의 센(Amartya Sen)이 설명한 '협력적 갈등'(cooperative conflicts) 구조는 돌봄자원의 분배와 역할분담을 두고 양자 간에

13) 뒤 늦게 암 진단을 받은 산모는 치료를 미루면 생명이 위험할 수 있다는 의사의 경고에도 불구하고, 태아의 안전을 위해 출산까지 항암치료를 받지 않았으며, 건강한 신생아 출산 3개월 후 상태가 악화되어 눈을 감았다(서울신문, 2018.04.15.).

www.kci.go.kr

벌이는 협상의 모습을 띠지만(Sen, 1989), 협상이 거듭될수록 돌봄관계를 유지하기 위한 자원이 필요한 경우에 있어서 돌봄제공자가 협상에서 조달자에 상대적으로 수세적인 위치에 있게 되는 열위적 지위(worsen-off position)로 이어지게 된다(Kittay, 1999: 105). 특히 조달자와의 협상을 통해 자신이 자원을 통제할 수 없다는 점을 인식하기 시작하면서, 돌봄제공자의 자아 인식이 가정 밖에서의 사회적 지위를 차지한 조달자의 심기(disposition)를 건드리지 않아야 하는 필요가 되거나 그 필요를 넘어선 바램이 될 때, 돌봄제공자는 협력적 갈등이라는 협상이 파국을 맞기 직전까지 자신의 이해관계가 조달자에 의해 좌우됨을 받아들이는 주관적 종속 지점까지 취약하게 된다.

돌봄이 인격적·사회적·정치공동체적 가치를 제공하는 실천임에도 불구하고, 이러한 가치를 실현하는 모태가 되는 돌봄제공자는 이를 제공함으로써 놓이게 되는 돌봄관계의 기울어진 겹층위 속에서 서서히 자신의 자유가 경제적·사회적·심리적으로 나아가 정치적으로도 잠식당하는 취약한 상황을 견디면서, 서문 사례의 미혼모가 예상했던 더 악화 될 미래에 대한 '두려움'을 품고 살아야 한다. 부정의한 돌봄이란 돌봄을 받거나 담당함으로써, 즉 돌봄관계에 속함으로써 돌봄관계 안과 밖에 밀착된 열위적 지위가 겹층위로 가중되어 일정한 패턴으로 지속·악화되는 구조화된 불평등이라 할 수 있다. 구조화된 불평등은 얼핏 개인의 자유로운 선택의 결과이자 그렇기 때문에 돌봄제공자가 응당 감당해야 하는 부담으로 보일 수 있으나, 자유로운 선택의 관점에서 보면 그렇지 않다. 돌봄제공자가 하는 선택은 대안이 주어진 복수의 선택지들 중에서 하나를 고르는 자유로운 선택이라기보다 의존인의 취약성을 외면할 수 없는 조건과 열위적 상황에서 어쩔 수 없이 수용(be forced to accommodate)하게 된 선택에 가깝다. 개인에게 그 책임을 전가하고 있지만, 이러한 책임을 감당해야 한다는 두려움은 이러한 열위적 지위와 불평등을 혼자서 감당하게 방치하는 부실한 국가와 사회에 대한 두려움이기도 하다.

돌봄부정의의 모습으로는 착취(exploitation), 주변화(marginalization), 무력함(powerlessness), 악순환(vicious circle), 젠더화(gendered) 등을 들 수 있다(김희강, 2018). 통상의 경우, 돌봄에 필요한 자원이 돌봄제공자가 통제할 수 없는 범위 밖으로부터 조달자에 의해 투입·분배되는 필연적인 비대칭성 때문에, 돌봄제공자가 일단 돌봄을 전담하게 되면 심리적·물적 자원의 통제 측면 모두에서 취약하게 되는 착취 시스템에서 벗어나기 어렵게 된다. 경제가 가정의 울타리 밖으로 분리되기 시작한 산업화 이후, 취약한 의존인과 돌봄제공자는 시장경제중심의 사회에서 주변화된 삶을 살게 된다. 시장적 가치를 인정받지 못한 아이, 장애인, 노인뿐만 아니라 돌봄을 주로 담당해온 여성은 사회경제적으로 배제·주변화될 뿐만 아니라, 이들을 돌보는 보육·요양·장애인시설 등은 지역의 혐오 기피의 대상이 된다. 설상가상으로, 동료 시민들을 대할 때 자신의 정당한 권위나 힘(power)을 발휘하지 못

www.kci.go.kr

하는 것을 무력함이라 하는데, 의존인과 돌봄제공자는 사회경제적 가치를 인정받지 못하기 때문에 돌봄관계의 지위에서 파생된 권위와 자긍심이 미미하게 된다. 나아가 본인이 속한 각종 조직에서 의사결정적 권한과 힘을 행사하지 못하며 정치사회영역에서 스스로를 비정치화하거나 비대표화하게 된다. 결과적으로, 이들은 명령은 무조건 따르되, 명령을 내릴 권한을 거의 갖지 못하게 된다. 또한 이 같은 돌봄의 경제사회적 불평등과 정치적 불평등은 서로 맞물려 불평등을 가중시키는데 이를 돌봄불평등의 악순환이라 한다. 돌봄을 주로 담당하던 사람은 경쟁력 있는 노동자가 되지 못하기 때문에, 시장경쟁에서 주변화되어 낮은 사회경제적 지위에 처하게 되며, 이러한 사회경제적 지위 하락으로 공적 영역에서 본인들의 불만을 담을 수 있는 정치적 목소리와 영향력이 미약하게 된다. 이렇게 힘없는 정치적 영향력으로 인해 부정의한 돌봄관계에 도전하고 비판할 수 있는 정치세력으로 성장하지 못하고 결국 악순환의 구조 속에 매몰되기 쉽다는 것이다. 또한 특정 성(주로 여성)이 주로 돌봄책임의 부담을 안고 있는 현실에서 돌봄불평등은 젠더, 즉 주요 성불평등과 직접적으로 결부된다.

이 같은 돌봄의 부정의는 누적된 긴 시간 조금씩 그러나 차곡차곡 일정한 패턴을 향해 작용된 결과로, 그 피해자와 가해자를 개인수준에서 일대일 대응시키기가 사실상 불가능하다. 피해는 여성, 아동, 장애인, 노인 등 특정한 집단에서 일정하게 발생하지만, 그렇다고 피해와 가해의 직접적인 인과성을 규명하기가 어렵기 때문에 가해자를 특정하기가 불가능하다. 사실상 돌봄부정의의 피해와 교정의 문제는 불간섭(non-interference) 자유가 강조하는 개인 책임으로 설명할 수 없는 사회구성원 전체의 공유된 연대 책임, 즉 정치적 책임의 이슈가 된다(Young, 2011).

4. 돌봄의 관점에서 본 헌법 제10조

1) 인간존엄으로서 돌봄

앞서 살펴보았듯이, '인간으로서의 존엄과 가치'는 헌법의 최고원리이자 최고이념이라는 데에 헌법학계의 이견이 있어 보이지 않는다. 인간존엄은 헌법의 구성원리로서 모든 기본권을 "지배"하며, 개별 기본권은 인간존엄을 이념적으로 전제하고 이를 실현시키기 위한 수단으로서 존재한다(홍성방, 1999: 74). 헌법상 인간이 그 자체로, 그 이유 하나만으로도 존엄한 존재라는 것은 인간이 지니는 인격성의 가치에 주목하는 칸티안 인간상에서 기인한다. 인격성을 지닌 주체로서 인간은 이성의 능력을 통해서 윤리적 사고와 행동이 가능한 자율적인 인간이다. 오직 인간만이 이성적·윤리적·자율적

www.kci.go.kr

사고와 행동이 가능하며, 인간 고유의 이러한 인격성의 가치는 모든 인간에게 잠재적이고 보편적이기에, 인간은 객체나 수단으로 취급받아서는 안 되며 목적 그 자체로 대우받아 마땅하다.

그러나 돌봄의 관점에서 볼 때, 헌법상 인간존엄의 기초가 되는 이러한 칸티안 인간상은 한계를 노출한다. 인간은 원래 이성적·윤리적 자율성을 지닌 존재가 아니다. 인간은 본래 "자기자신을 의식하고 자기자신의 결단에 의하여 스스로를 규율하며, 자신과 주변세계를 형성할 능력의 소유자"가 아니다(권영성, 2007: 374). 인간존엄의 바탕이 되는 칸티안 인간상은 인간의 불가피한 취약성을 반영하지 않고 있으며, 단지 인간 삶의 일 단면(slice)만을 강조하고 있다. 앞서 언급한 바, 자의식과 자주성으로 자신의 세계를 만들어갈 유능함을 지니고 태어나면서부터 자급자족하고 자신에게 필요한 자원을 알아서 충당하며 자라는 인간은 없다. 인간은 세상에 나오는 최초의 순간부터 입속의 양수와 이물질을 제거해주는 누군가의 돌봄을 받지 않으면 살아 숨 쉴 수 없는 취약하고 의존적이며 타율적인 존재로 생을 시작한다. 어느 누구도 태어나면서부터 본인 입속의 양수와 이물질을 자력으로 제거하고 숨 쉴 수 있을 정도로 유능한 존재로 세상에 나오지 않는다. 이것은 인간이란 종이라면 예외 없이 겪게 되는 보편적인 사실이다. 누군가의 돌봄에 힘입어 숨통이 터진 후로도 갓 태어난 인간은 생명유지와 이후의 성장을 기대하기 위해, 상당 기간 동안 영양공급과 위험에 노출되지 않는 보호 등 누군가의 돌봄에 자신을 전적으로 의탁할 수밖에 없는 취약하고 의존적인 상태로 수년 간 돌봄을 받아야 생명을 부지(扶持)할 수 있는 나약한 존재이다.

때문에 인간의 취약성과 불가피한 의존성을 간과하고 있는 칸티안 인간상은 모든 인간이 필연적이고 선결적으로 받아야 하고 누군가는 시간과 에너지를 소진하며 제공해야 하는, 나아가 인간과 정치공동체에 그 구성적 밑거름으로 기여하는 필수불가결한 돌봄을 간과한다. 다시 강조하지만, 돌봄은 생명을 유지하고 인격을 형성하는 조건이자 가치이며, 정치사회의 생물학적 밑거름을 제공하며 정치공동체에 유대라는 필수불가결한 자양분을 제공하는 선결적이고 실천적인 가치라 할 수 있다. 이러한 인간의 의존성과 취약성을 염두에 두지 않는 칸티안 인간상은, 무력하고 취약한 인간을 이성적이고 유능한 인간으로 탈바꿈하도록 복무하는 -잠재적 이성의 힘을 포함한 가능성을 발현케 하는 선결적이자 실천적 가치인- 돌봄(이 경우 일생을 돌봄을 하며 지내는 어느 누군가의 돌봄 가치와 삶은 저평가된다) 가치를 함께 간과할 우려가 있다. 인간은 자신에게는 없었던 돌봄의 힘을 통해 비로소 인격적인 존재로 탈바꿈하는 것이다. 취약하고 무력한 인간은 돌봄을 통해 비로소 사람(人格)의 탈(persona)을 쓰게 된다. (돌봄의 질적 문제를 차치하면) 돌봄이 없을 경우, 생명의 유지는 정지된다. 극단적으로 표현하면, 살아있는 인간 중 돌봄에 힘입지(indebt) 않은 인간은 없다. 돌봄이 없다면 인격이 있는 인간은 있을 수 없다. "자주적" 혹은 "자기결정권을 지닌 창의적이고 성숙한 개체"로

www.kci.go.kr

상정되는 헌법의 인간상에서 인간의 취약성은 반영되지 않으며(허영, 2017: 340), 취약성에 따른 누군가는 해왔고 하고 있으며 해야 할 돌봄 필요와 가치를 오히려 왜곡·주변화 시키거나 결과적으로 배제시키게 되는 결과를 야기할 우려가 있다.

헌법의 인간상이 지적하듯, 인간은 개인주의 사회의 "고립적·이기적 인간상"이 아니며 전체주의 사회의 "국가권력의 객체로 격하된 인간상"도 아닐 수 있다(권영성, 1981: 30). 그러나 고립된 개인의 인간상이나 그렇다고 집단의 가치나 국가라는 전체주의가 제시하는 목적에 함몰된 인간상이 아니어도, 타인의 돌봄필요를 외면하지 않는 돌봄인의 존재가 고립되지 않는 개인과 사회적 관계의 유대의 시발점이 될 수 있다(김희강, 2018a). 돌봄관계는 인간상을 고립된 개인으로 환원하지 않을 뿐 아니라 사회 혹은 집단의 이름에 인간을 매몰시키지도 않는, 더 이상 미분될 수 없는 사회적 유대의 시발점이다. 샌델(Michael Sandel)의 표현을 차용하자면, 돌봄관계에서 자유로운 인간은 없다. 우리 모두는 돌봄연고적(care-encumbered) 인간일 뿐이다.

인간존엄이란 추상적인 어떤 근거나 논리가 아니라 우리가 실감할 수 있는 취약한 인간생명의 가능성에 대한 긍정이다. 이는 우리를 인격적으로 구성해주는 돌봄의 체험 속에서 구체화된다. 돌봄은 인간의, 인간에 의한, 인간을 위한 실천이자 경험이자 가치라 할 수 있다. 돌봄은 인간이라는 그 이유만으로도 가능하다. 인종이나 언어, 남녀노소, 학력, 성별, 장애와 무관하게 인간이라는 그 이유로 돌봄을 제공할 수 있다. 인간 이외의 다른 것이 대체할 수 없다는 점에서, 돌봄은 인간의 가치이자 실천이다. 돌봄을 제공하는데 있어 사회적 신분이나 지위고하, 학력 혹은 문맹이나 문해력에 상관없이 인간의 취약성에 대한 긍정의 태도를 지닌 인간이 아닌 다른 것을 매개하지 않는다는 점에서, 돌봄은 인간에 의한 가치이자 실천이다. 돌봄은 종교나 문화적 신념을 위한 어떤 것이 아니라는 점에서, 인간 이외의 다른 것을 목적으로 하지 않는다는 점에서, 돌봄은 인간을 위한 실천이자 가치이다. 따라서 돌봄은 인간의, 인간에 의한, 인간을 위한 실천이자 가치라는 점에서 인간적 가치(human goods)라 할 수 있다. 인간이라는 바로 그 이유만으로 가능하고 충분한 돌봄이 바로 인간존엄이다. 인간이 그 자체로 그 이유라는 만으로도 수단과 객체가 아니라 목적으로서 대우받는 것은 돌봄을 통해서 가능하다.

실제로 헌법학계에서는 인간존엄의 주체를 논의하며 육신·영혼·정신의 통합체로서의 모든 자연인이 주체가 된다고 강조한다. 존재 그 자체로 목적으로 보호되고 존중되어야 하는 대상으로서의 "잠재적인 인격성"을 지닌 모든 인간은 성별·나이·종교·인종·국적·질병의 유무·학력의 유무에 상관없이 인간존엄의 주체가 된다고 지적한다(권영성, 1981: 34). 예를 들면, 인간의 "생명이 생식(生殖)의 순간부터 시작"됨을 고려한다면 태아도 인간으로서의 존엄과 가치의 주체가 될 수 있으며, 신

www.kci.go.kr

체적·지적 장애인과 심지어 식물인간도 "인간으로서의 고유가치를 부인하거나 생존할 가치가 없는 것"으로 간주해서는 안 된다고 강조한다(권영성, 1981: 34). 다시 말해, 인간존엄의 주체를 논의하면서 "생존할 가치"를 지닌, 즉 생명을 부지하고 있는 모든 인간을 염두하고 있는 것이라면, 돌봄이야말로 인간의 생명을 유지시키는 실천 그 자체이다. 누구도 돌봄 없이 생명을 부지하거나 다음 단계의 성장으로 이어갈 수 없다는 인간 모두의 보편적 사실 그 자체로 생물학적 생명에 인격성을 부여할 수 있는 누군가의 돌봄을 전제하는 것이다. 인격성을 발현토록 해주는 돌봄이 선제함을 전제해야 "잠재적인 인격성"이 논리적으로 보다 명확해질 수 있다. 헌법학자들이 주체가 존엄의 의식하는지의 여부나 존엄을 지킬 수 있는 여부가 아니라, 단지 "생명이 존재하는 곳에 존엄이 따른다"고 설명하며 "인간의 생명→인간의 존엄→개별기본권"의 논리적인 순서로 이야기 하는 것을 고려할 때(홍성방, 1999: 78), 실제로 이는 돌봄→인간의 생명→인간의 존엄→개별기본권의 순서가 될 수 있다고 본다.

결국, 인간존엄이 국가구성의 원리이자 국가의 존재이유라고 한다면, 인간존엄을 구성하며 인간존엄 그 자체인 돌봄이야말로 국가구성의 원리이자 국가성립의 근거가 될 수 있다. 국가의 대의(大義)로 돌봄을 제시하는 것은 논리적으로 전혀 모순되지 않는다. 앞서 언급한 헌법재판소의 판시처럼 인간존엄이 생명권으로 기능할 수 있다면, 인간존엄은 돌봄을 받을 권리로도 기능할 수 있을 것이다. 즉, 인간존엄이 어디까지나 생명을 전제한 것이라면, 돌봄 없이는 생명을 유지·존속하는 것이 그 어떤 인간에게도 불가능하기 때문에, 돌봄을 받을 권리 역시 인간존엄에서 파생될 수 있다고 본다. 생명권은 '이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간존재의 근원'이기 때문에 '헌법에 규정된 모든 기본권의 전제'라는 헌법재판소의 해석과 마찬가지로(헌재 1996. 11. 28. 95헌바1 결정), 돌봄을 받을 권리도 '이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간존재의 근원'이기 때문에 '헌법에 규정된 모든 기본권의 전제'가 될 수 있을 것이다.

2) 행복추구(자유)와 돌봄

헌법학계의 중론과 헌법재판소는 행복추구권을 자유권적 기본권의 성격으로 인정하고 있음을 앞서 알 수 있었다. 행복추구권은 국민이 행복을 추구함에 있어 국가의 침해가 있어서는 안 된다는 의미에서 자유권으로 간주되며, 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에 대하여 적극적으로 요구할 수 있는 사회권으로 행복추구권을 인정하고 있지 않다. 부연하면, 행복추구권은 행복을 추구하기 위한 일반적 행동의 자유를 보호하는 부재적(negative)[14] 권리로 해석되고 있다. 행복추구

14) 국가의 운영원리를 논하는 헌법학계에서 negative를 개인에 대한 국가의 간섭이 없어야 한다는 의미에서 소극적

www.kci.go.kr

권 속에 일반적 행동의 자유권이 함축되어 있다면, 돌봄 행위(실천)의 자유도 행복추구권 속에 함축되어 있다고 볼 수 있는가? 다시 말해, 돌볼 권리(돌봄을 할 권리 혹은 돌봄을 제공할 권리)도 일반적 행동의 자유권으로 인정될 수 있는가? 무리 없이 추정컨대, 돌봄은 일종의 행위(작위)이기 때문에, 돌볼 자유는 일반적 행동의 자유로 설명될 수 있으리라 기대할 수 있겠다.

그러나 돌볼 자유를 일반적 행동의 자유, 간섭이 없어야 한다는 부재적 성격의 자유권으로 이해하기에는 다음의 어려움이 존재한다. 첫째, 돌볼 자유는 여타 행동의 자유와 그 성격이 다르다. 앞서 살펴보았듯이, 인간존엄을 위해서 돌봄의 행위는 없어서는 안 되는(require not to be negative), 무엇보다 선결되며 인간에게 필수불가결한 것이다. 인간이 그 자체로 존엄하고 존귀한 존재로서 보호받기 위해서는 다른 누군가로부터 인간존엄이 긍정되는 선결적 실천이자 행위인 돌봄이 없어서는 안 된다. 돌봄은 반드시 있어야 하는 행위이다! 돌봄 없이는 한 인간의 생존도 일체의 인간존엄도 보장받지 못한다. 나의 생명과 삶의 가능성이 정지되지 않고 있다는 것은 누군가가 나를 긍정하는 행위, 즉 돌봄에 힘입었다는 사실을 반증한다. 따라서 인간의 생명은 누군가의 인간에 대한 긍정의 행위인 돌봄 권리를 통해서 만이, 즉 누군가의 돌볼 자유(권리)가 보장될 때 비로소 보호될 수 있는 것이다.

하여 돌볼 자유는 헌법의 최고원리이자 구성원리인 인간존엄에 선결적이며 불가분의 관계이다. 인간존엄규정에서 생명권(생명에 대한 권리)이 파생되듯, 돌봄을 받을 권리(돌봄에 대한 권리) 역시 파생될 수 있다고 앞서 살펴보았다. 돌볼 자유가 인간존엄과 필연적으로 관련됨을 고려한다면, 역시 인간존엄에서 돌봄을 제공한 권리도 파생될 수 있다고 볼 수 있다. 이 점에서 '인간으로서의 존엄과 가치'는 인간의 실존과 관련되는 반면 '행복추구권'은 인간 삶의 행동영역에 관련되기 때문에, 이 둘을 구별하는 것이 필요하다는 김선택(1993: 154)의 주장은 돌봄의 경우에 해당되지 않는다. 김선택(1993: 154)에 따르면, "인간으로서의 존엄과 가치는 자기보존"과 "행복추구권은 자기발현"과 "각각 상응"하기 때문에, "인격자의 정태적 존재양상을 보호"하는 인간존엄과 "그의 동태적 행동양식을 보호"하는 행복추구는 서로 구별되어야 한다고 주장한다. 그러나 돌볼 자유의 경우, 이는 인격자의 "동태적 행동양식"임과 동시에 그의 "정태적 존재양상"과 필연적으로 관련된다. 이는 누군가의 돌봄 행위가 없다면 누군가의 삶이 유지·존속될 수 없기 때문이다.

둘째, 앞 장에서 언급했듯이, 돌봄 행위는 그 자체로 불평등과 부정의에 밀착되어있다. 돌봄불평등은 돌봄관계 안과 밖에 내재해 있는 불평등으로, 돌봄제공자가 취약한 의존인의 필요를 우선하게 됨으로써 감내하게 되는 불평등과 돌봄관계에서 필요로 하는 자원과 돌봄제공자의 필요를 위한 자

으로 번역하고 있으나, 국가와 개인(개별 국민) 뿐만 아니라 개인과 개인의 관계에서 무엇이 없는 것(부재(不在)하는 것)을 자유로 볼 수 있느냐는 자유론의 본질적인 질문을 감안하면, negative를 (있으면 안 되는 것이라는 의미의) 부재적이라 보는 것이 더 타당하다고 생각한다.

www.kci.go.kr

원까지 공급받기 위해 돌봄관계의 활동 반경 밖에서 이를 조달하는 조달자와의 관계에서 파생된 돌봄제공자의 열위적 지위와 관련된 불평등을 의미한다. 나아가, 이러한 돌봄부정의는 일종의 구조화된 돌봄불평등이라 할 수 있는데, 착취, 주변화, 무력함, 악순환, 젠더화 등을 포함한다. 이러한 돌봄의 구조적 부정의는 누적된 긴 시간 조금씩 그러나 차곡차곡 일정한 패턴을 향해 작용된 결과로, 그 피해자와 가해자를 개인수준에서 일대일로 대응시키기가 사실상 불가능하기 때문에, 피해는 여성, 아동, 장애인, 노인 등 특정한 집단에서 일정하게 발생하지만 피해와 가해의 직접적인 인과성을 규명하기가 어렵고 가해자를 특정하기가 불가능한 부정의의 영역이다. 따라서 돌볼 자유를 국가의 간섭 혹은 침해의 금지라는 부재적(불간섭) 의미의 자유를 이해한다면, 돌봄제공자가 감내하게 되는 구조적 문제인 돌봄부정의를 돌봄제공자 개인 책임으로 환원하게 만든다. 돌봄의 문제에 있어, 개인 책임이 아닌 일을 개인에게 감당하도록 하는 국가의 방임은 그 자체로 인간존엄에 대한 훼손을 의미할 수 있다. 돌봄부정의는 개인 책임이라기보다 돌봄의 구조적 불평등을 방관하고 일조한 혹은 편승한 우리 모두의 공유된 책임, 즉 정치적 책임이라 할 수 있다(김희강, 2018b).

돌봄의 부정의를 정치적 책임으로 이해하는 입장에서 볼 때, 자유는 불간섭이라기보다 지배의 부재(비지배, non-domination)로 이해될 수 있다(Young, 2000: 255-256). 이러한 시각에서 국가는 국민의 자유보호를 위해 중립적이라기보다 적극적으로 불의를 규정하고 시정해야 한다. 서문의 미혼모 사례에서 보이듯, 구조적 부정의를 겪고 있는 돌봄제공자에게 국가의 '정의로운' 중립과 방임은 방관과 방치(放置)일 뿐이다. 국가의 불간섭이 부정의에 방치됨과 동일시되는 돌봄 영역을 감안한다면, 돌봄은 국가의 불간섭을 자유로 이해하는 (행위의 자유인) 행복추구로는 담아내지 못하는 인간과 정치공동체의 필수불가결한 원천을 제공하는 영역이라 할 수 있다. 돌봄은 불간섭 자유로 이해될 수 없는 지점을 담고 있다.

정리하건대, 돌볼 자유는 일반적 행동의 자유로 생각될 수 있으나 이는 기본적인 헌법 체계상 자유권의 성격과 부합하지 않는다. 돌볼 자유는 인간존엄으로부터 직접적으로 파생되며, 국가의 부작위는 돌봄제공자가 겪는 불평등과 부정의를 방임하고 결국 인간존엄을 훼손하는 것이기 때문이다. 관련하여 혹자는 돌볼 자유를 자신이 원하는 바를 적극적으로 성취하도록 하는 적극적 성격의 사회권으로 해석될 수 있음을 제안할 수 있겠다. 사회권적 기본권은 적극적으로 국가에 급부를 청구할 수 있는 권리이다. 그러나 이러한 입장도 문제가 있다. 일반적으로 사회권은 그것을 규정하는 정도에 따라서 국가의 성격과 관련되며(예를 들면, 사회복지국가) 국가가 정책 및 재정형편 등에 따라서 보장의 정도를 달리할 수 있는 권리이기 때문에 자유권에 비해 사법적으로 약한 보장에 그친다. 돌봄의 할 권리(돌봄을 제공할 권리)는 그 자체로 인간존엄을 구성하며 인간존엄의 전제이기 때문에

www.kci.go.kr

"인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔" 권리임이 명확하며, 이는 모든 "기본권의 전제"일 뿐만 아니라 "기본권 중의 기본권"으로 간주될 수 있다(헌재 1996. 11. 28. 95헌바1 결정). 이를 보장 정도가 약한 임의적인 사회권으로 여기는 것은 그 자체로 인간존엄의 가치를 절하하고 훼손하는 것과 동일한 의미일 것이다.

5. 結: 돌봄의 헌법적 위상

이 논문은 대한민국 헌법의 근본규범이자 최고가치인 '인간으로서의 존엄과 가치' 및 '행복추구권'(제10조)에 비추어 돌봄의 위상을 정립하고자 하였다. 돌봄을 인간존엄의 가치로 위치시켰으며, 돌봄의 관점에서 행복추구권에 내포된 불간섭 자유의 한계를 지적하였다.

현행 헌법은 돌봄(돌봄관계)을 명시적으로 언급하고 있지 않다. 관련하여, 헌법은 국가가 국민의 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무(제34조 제2항), 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력할 의무(제34조 제3항), 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무(제34조 제4항), 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민을 보호해야 할 의무(제34조 제5항)를 명시하고 있다. 또한 국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다고 적시한다(제36조 제2항). 그러나 국민의 사회보장 및 사회복지 증진이나 여성·노인·청소년·장애인의 복지 증진에 관한 이러한 조항들은 주로 사회적 약자나 개인의 사회경제적 생존을 지원하는 의미에 한정되어 해석된다. 출산·보육(육아)·교육(사회화)·건강(의료) 등을 포함하는 포괄적 의미에서 돌봄을 지원하는 조항이라 보기에 무리가 있다.[15] 또한 모성의 보호에 관한 조항도 모성을 출산 중심으로 이해함으로써(「모자보건법」), 모성의 보호와 지원을 가임이 가능한 여성에 대한 지원으로 한정시키고 있다.[16] 이는 자칫 돌봄을 여성의 몫으로 당연시 여기고 고착화시킴이 헌법적으로 정당화될 수 있는 우를 범할 수 있을 것이다.

필자는 돌봄을 헌법에 명문화해야 한다고 주장한다. 왜 명문화해야 하는가? 명문화해야 한다면, 어떻게 명문화해야 하는가? 이 질문에 답하는 것으로 결론을 갈음하고자 한다. 첫째, 돌봄을 헌법에 명문화함으로써 인간상과 돌봄의 의미를 재정립할 수 있다. 현재 헌법체계가 전제하는 자유주의적

15) 「사회보장기본법」은 "출산, 양육..노령, 장애, 질병...사망 등"의 모든 인간이 경험하는 필수불가결한 조건을 "사회적 위험"으로 상정하는 오류를 범하였고, "돌봄"을 "사회서비스"의 일환 혹은 종류로 간주함으로써 돌봄의 의미를 매우 협소하게 정의하는 한계를 보인다(제3조 제1항, 제4항).

16) 「모자보건법」에서 "모성"은 "임산부와 가임기 여성"으로 정의된다(제2조 제2항).

www.kci.go.kr

인간상은 자유롭고 평등한 독립적인 인간을 상정한다. 하지만, 이는 허상이다. 인간은 취약하고 의존적으로 태어났으며, 누군가의 손에서 상당 부분 돌봄을 받아야 하는 존재이다. 모든 인간은 돌봄에 힘입어야 비로소 자유롭고 평등한 인간으로 거듭나게 된다. 이를 인정하지 않은 자유주의적 인간상은 인간과 정치공동체에서 돌봄의 가치와 위상을 간과하는 인간관을 투영해왔다. 모든 인간이 피할 수 없는 의존이라는 실상이 반영된 인간상과 그에 걸 맞는 가치를 헌법에 명시함으로써 정치공동체의 비뚤어진 좌표를 재정립할 수 있을 것이다.

둘째, 돌봄을 헌법에 명문화함으로써 불간섭 자유가 담아내지 못하는 인간존엄의 가치를 명시할 수 있다. 인간존엄이 불간섭 자유주의의 전유물이 아님을 상기한다면, 나아가 자유주의의 불간섭 자유가 인간존엄에 맞는 위상의 돌봄의 가치를 반영하지 못함을 상기한다면, 자유주의적 패러다임과는 별개로 돌봄의 가치를 헌법에 명기해야 한다. 나아가 이는 돌봄제공자가 구조적으로 감당하게 되는 돌봄불평등을 개인의 책임으로 탓하지 않고 우리 모두의 연대 책임으로 함께 시정해 나간다는 정치적 의지의 표현이기도 하다. 또한 이는 구조적 부정의 속에서 더 나빠질 미래에 대한 '두려움'을 품고 살아야 하는 정치공동체 구성원들의 고통을 정치공동체가 더는 외면하지 않을 것이며, 보다 더 정의로운 정치공동체를 함께 만들자는 정치적 결단의 표시이기도 하다. "헌법은 정치적 선언이다"(홍성방, 1999: 62).

셋째, 돌봄을 헌법에 명문화해야 한다는 필자의 주장은 돌봄을 사회권의 일환으로 복속시키고자 함이 아니다. 실제로, 최근 개헌 논의 속에서 여성계는 사회보장의 일환으로 '돌봄을 받을 권리와 국가가 이를 보장할 의무'를 돌봄권 조항으로 신설할 필요가 있음을 주장하고 있다(여성단체연합 홈페이지). 최근 대통령발의 헌법개정안은 돌봄에 관해 명시하지 않았지만, '국민의 인간다운 생활을 할 권리' 조항에 '장애, 질병, 노령, 실업, 빈곤 등 사회적 위험으로부터 벗어나...사회보장을 받을 권리' 및 '임신, 출산, 양육과 관련하여 국가의 지원을 받을 권리'를 추가했으며, 어린이, 노인, 장애인의 권리보호와 존중을 위한 조항을 신설하고 있다(대한민국 청와대 홈페이지). 더불어, 최근 학계에서는 행복추구조항에 대해 불가섭 자유의 해석을 넘어 공적 행복이나 공화주의적 자유, 사회권적 해석의 필요성이 적극 제시되기도 한다(김희강, 2006; 이재승, 2008; 유은정, 2016; 이영효, 2017). 행복추구권을 자유권적 성격을 넘어 공공의 행복이나 사회권적 성격의 권리로 이해한다면 국가에 급부를 요구하는 권리로서 돌봄의 해석에 도움이 되리라고 기대할 수 있을 것이다. 그러나 본 논문의 주장은 구체적인 돌봄권을 제안하거나 혹은 돌봄을 포함하는 사회권의 범위를 확장함을 제안하는 것에 비해 보다 더 근본적이다. 논문은 헌법이 상정하는 인간상을 재정립할 것을 제안하고 돌봄이 인간존엄의 가치의 핵심에 있다고 본다. 그렇다면 돌봄을 받을 권리는 인간존엄과 등가 하는 기본권으로 이

www.kci.go.kr

해될 수 있으며, 돌볼 권리에는 국가의 작위가 반드시 있어야 함이다. 왜냐하면 돌봄은 인간존엄(인간긍정)이며 돌봄이 자유 자체를 구성하기 때문이다.

넷째, 필자는 돌봄을 개인과 국가 그리고 사회가 추구하고 수호해야 하는 가치로서 명문화해야 한다고 주장한다. 이는 기존의 헌법체계가 자유주의를 그 패러다임으로 해왔음을 비판적으로 인정함과 동시에 돌봄을, 일각에서 주장하듯, 기본권 체계의 일부로 편입시키거나 사회보장의 목록을 확대하는 수준을 넘어 돌봄의 진가(眞價)에 맞는 위상을 찾아 헌법에 명기되어야 함을 의미한다. 이를 위해 국가가 책임지고 수호해야 할 가치로서 '돌봄'을 헌법 전문이나 특정 조항에 구체화할 수 있을 것이며, 혹은 헌법의 인간상을 의미하며 '모든, 돌봄에 힘입은, 사람'이라 적시할 수 있을 것이다. 예를 들면, 헌법 전문에서 '우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서'에서 돌봄을 첨언하여 '우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복과 돌봄을 영원히 확보할 것을 다짐하면서'라고 수정될 수 있을 것이다. 혹은 헌법 제1장 총강에서 개별 조항을 추가하여 '제10조 국가는 돌봄의 가치와 돌봄관계를 수호하기 위하여 노력하여야 한다'고 조항이 신설될 수 있을 것이다. 혹은 헌법의 '제2장 국민의 권리와 의무'의 제목을 '제2장 돌봄에 힘입은 국민의 권리와 의무'로 수정될 수 있을 것이다. 이렇듯 전문과 총칙에서 돌봄을 언급함으로써 권리와 의무로서의 돌봄 논의가 보다 확장될 수 있으리라 기대한다.

마지막으로, 헌법은 성찰적 측면이 있다. 헌법에 인간존엄을 명문화한 것은 제2차 세계대전의 참상과 제노사이드에 대한 반성으로 인권, 즉 인간존엄을 명시화하고 권리를 강조한 역사적 성찰이 반영된 것이다. 돌봄의 명문화는 이러한 성찰적 측면이 있다. 이제껏 돌봄을 사적인 것으로 규정하거나 그렇게 봄으로써 우리 모두가 방치하고 편승했던 (젠더를 포함한) 부정의에 대한 우리 모두의 성찰을 이제는 헌법에 반영해야 한다. 현재 한국은 세계 1위의 저출산 국가이다. 이는 미래의 공멸을 의미한다. 동시에 이는 돌봄의 책임이 국가적으로 인정받았음이 아니라 오히려 서두의 미혼모에게 엄습한 '두려움'의 부담이 되었다는 직접적인 증거이다. 이는 특정 성(주로 여성)에게 당연하고 자연스럽게 떠넘겨진 돌봄부담에 무임승차하며, 누구에게는 돌봄을 '두려움'으로 만들어 놓은 사회적 환경을 우리 모두가 조장·편승해왔음을 의미한다. 이러한 부정의에 대해 우리는 반성해야하고 성찰해야 한다. 돌봄을 헌법에 명시함으로, 국가는 그 동안 돌봄을 개인 책임으로 경시·방조하고 해태해왔음을 치열하게 반성하는 계기로 삼고, 더 나은 국가에서 함께 살자는 새로운 의지를 공화국 헌법의 이정표로서 천명할 수 있을 것이다. 따라서 헌법에 명시하는 것은 돌봄부정의의 악순환을 끊는 선순환의 명시적 출발이자 강제적 출발이고, 새로운 가치와 보다 정의로운 가치를 지향하는 새로운 공화국으로 거듭남을 의미하게 될 것이다.

www.kci.go.kr

▮ 참고문헌

권영성(1981). 인간의 존엄성과 행복추구권. 고시계. *26(2)*. 28-44.

_____(2007). 헌법학원론. 서울: 법문사.

김명식(2017). 행복추구권에 대한 헌법개정 논의. 홍익법학. *18(1)*. 197-222.

김선택(1993). 행복추구권. 고시연구. *20(10)*. 351-362.

김운용(1988). 행복추구권의 해석. 고시연구. *12월호*. 58-67.

김일환(2003). 행복추구권의 기본권 체계적 해석에 관한 고찰. 고시연구 *30(3)*. 35-47.

_____(2014). 자기결정권의 도출근거에 관한 헌법재판소 결정의 비판적 검토. 미국헌법연구. *25(2)*. 65-96.

김종철(2004). 헌법은 우리에게 무엇인가: 헌법의 의의, 헌법의 정신. 황해문화. *45*. 13-30.

김철수(2013). 헌법학신론. 서울: 박영사.

김희강(2006). 미국 독립선언문의 사상적 기원과 제퍼슨 공화주의. 국제정치논총. *46(2)*. 121-144.

_____(2018a). 돌봄과 돌봄 없는 정치이론. 한국정치학회보. *52(2)*.

_____(2018b). 케어리즘: 정치이론으로서 돌봄. 김희강·임현(편). 돌봄과 공정. 서울: 박영사.

김희강, 나상원(역)(2014). 돌봄 민주주의. Tronto, J. *Caring democracy*. (2013). 서울: 아포리아.

_____(2016). 돌봄: 사랑의 노동. Kittay, E. *Love's labor: Essays on women, equality and dependency*. (1999). 서울 박영사.

_____(2017a). 돌봄: 돌봄윤리. Held, V. *The ethics of care: Personal, political, and global*. (2006). 서울: 박영사.

_____(2017b). 돌봄: 정의의 심장. Engster, D. *The heart of justice: Care ethics and political theory*. (2007). 서울 박영사.

류연규(2012). 가족의 돌봄 공백에 대응하는 돌봄의 사회화 정책의 성격 규명. 비판사회정책. *37*. 113-153.

박일경(1990). 신헌법. 서울: 일명사.

성낙인(2016). 헌법학. 서울: 법문사

송다영(2014). 돌봄의 사회화와 복지국가의 지연. 한국여성학. *30(4)*. 119-152.

유은정(2016). 미국 헌법문서의 행복 및 안전에 관한 권리의 검토: 우리 헌법상 행복추구권의 새로운 해석 가능성. 법학논총. *35*. 183-216.

이영효(2017). 미국독립선언서와 행복추구권. 미국사연구. *46*. 75-114.

이재승(2008). 행복추구권의 기원과 본질. 민주법학. *38*. 99-136.

임미원(2001). 칸트의 정언명령과 인간존엄사상: 근대 보편적 인권관념의 기초. 법사학연구. *24*. 161-177.

www.kci.go.kr

차수봉(2016). 인간존엄의 법사상사적 고찰. 법학연구. *16(2).* 1-22.

한수웅(2016). **헌법학**. 서울: 법문사.

허라금(2006). 보살핌의 사회화를 위한 여성주의의 사유. 한국여성학. *22(1).* 115-145.

_____(2018). 관계적 돌봄의 철학: '필요의 노동'을 넘어 '정치적 행위'로. 김희강·임현(편). **돌봄과 공정**. 서울: 박영사.

허라금·김양희·천수정(역)(2013). **정치적 책임에 관하여**. Young, I. *Responsibility for justice*(2011). 서울: 이후.

허영(2017). **한국헌법론**. 서울: 박영사.

홍성방(1999). 인간으로서의 존엄과 가치: 인간의 존엄에 대한 헌법적 고찰. 가톨릭사회과학연구. *11.* 61-84.

_____(2010). **헌법학(중)**. 서울: 박영사.

노인장기요양보험법

대한민국 헌법

모자보건법

사회보장기본법

헌재 1989. 10. 27. 89헌마56 결정.

헌재 1990. 9. 10. 89헌마82 결정.

헌재 1991. 9. 16. 89헌마165 결정.

헌재 1995. 7. 21. 93헌가14 결정.

헌재 1996. 11. 28. 95헌바1 결정.

헌재 1998. 5. 28. 96헌가5 결정.

헌재 2000. 6. 1. 98헌마216 결정.

헌재 2008. 10. 30. 2006헌마35 결정.

뉴시스. 2016/12/07. 아이 출산 후 방치해 숨지게 한 20대母 2심서 '집유.' http://www.newsis.com/ar_detail/view.html/?ar_id=NISX20161206_0014563975&cID=10203&pID=10200 (검색일: 2018.3.15.)

서울신문. 2018/04/15. 배 속 아기 위해…출산 후 세상떠난 말기암 엄마. http://nownews.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20180415601006&wlog_tag3=daum (검색일: 2018.4.15.)

한국여성단체연합 홈페이지 http://women21.or.kr/index.php?mid=policy&page=2&document_srl=10297 (검색일: 2018.04.30.)

대한민국 청와대 홈페이지
http://www1.president.go.kr/Amendment (검색일: 2018.04.30.)

www.kci.go.kr

Engster, D. (2015). *Justice, care, and the welfare state*. Oxford: Oxford University Press.

Engster, D & Hamington, M. (2015). *Care ethics and political theory*. Oxford: Oxford University Press.

Kant, I. (1996[1785]). Groundwork of the metaphysics of morals. In *Practical philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press.

Sen, A. (1989). Gender and cooperative conflict. In *Persistent inequalities*. Tinker, I. (ed). New York: Oxford University Press.

Sevenhuijsen, S. (1998). *Citizenship and the ethics of care: Feminist considerations on justice, morality, and politics*. New York: Routledge.

Tronto, J. (1993). *Moral boundaries: A political argument for an ethic of care*. London: Routledge.

Young, I. (2000). *Inclusion and democracy*. Oxford: Oxford University Press.

www.kci.go.kr

Abstract

Care as a Constitutional Value

Hee-Kang Kim*

By examining care from a normative perspective projected in the Constitution of South Korea, this paper attempts to assess care from the standpoint of justice and establish the status of care as a concrete political value. The point that this paper focuses on in the Constitution is about the "human worth and dignity" and "right to pursue happiness" clauses of the Article 10 at the beginning of Chapter II which defines the rights and duties of citizens. The clauses of "human worth and dignity" and the "right to pursue happiness" are generally interpreted as the highest values of the constitutional order. While exploring the human dignity and the pursuit of happiness clauses in light of care, this paper intends to address the value of care as human dignity, which is the highest ideology and constitutional principle of the Constitution and, at the same time, the limitation of explaining the freedom to care with a liberal concept of freedom implied in the pursuit of happiness. Ultimately, this paper argues for the justification of putting 'care' in the Constitution. In the end, this paper aims to emphasize the significance of care as a guiding principle for the maintenance of our lives and society, a primary principle of social regulation and public governance, and a direction for a just state which can identify and rectify care injustices.

Key Words: care, Constitution, human dignity, pursuit of happiness, care injustice

◈ 2018. 4. 30. 접수 / 2018. 6. 7. 1차수정 / 2018. 6. 12. 게재확정

* Korea University(heekangkim@korea.ac.kr)

www.kci.go.kr