[논 문]

사회복지법의 개념과 법체계의 개선방안*

이 중 호**

≪차 례≫

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 이론적 배경
1. 사회복지법의 개념
2. 사회복지법의 근거와 지위
3. 한국 사회복지법의 형성과제
4. 사회복지법의 체계화
Ⅲ. 사회복지법의 개선방안
Ⅳ. 결 론

Ⅰ. 서 론

사회복지법제는 복지국가를 지향하는 현대자본주의국가에서 국민의 생존권과 생활권을 보장하기 위한 사회보장정책이나 제도의 근간이 되는 법제이다. 또한 이는 사회복지실천을 규정하는 법적 규범이다. 사회복지의 대부분은 '사회복지 관련법'인 실정법이나 이와 연관된 행정지침 등에 의거하여 사회복지가 이루어지므로 사회복지법제의 연구는 중요하다. 사회복지법·사회보장법[1]은 역사적 소산으로서 자본주의 체제와 시민사회의 성립·진행·발전 과정과

* 이 논문은 2012년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2012S1A5B5A07036147)
** 동아대학교 법학연구소 특별연구원, 법학박사
1) 사회복지법의 개념범주에 대해서는 논란이 있다. 이에 대해서는 윤찬영, 사회복지법제론, 나남출판, 2001, 59 쪽 이하 참조.

www.kci.go.kr

불가분의 연관성 속에서 생성・발전하여 왔다. 이들 '사회복지'법제는 일정한 정치적 조건, 노사당사자 또는 국민의 의식과 요구, 경제적 관계 등과 관련어 발전되어 왔으나, 자생적이며 자율적인 발전 과정을 거친 서구의 자본주의와는 달리 한국자본주의는 일제 식민지하에서 타율적으로 성립・발전하여 왔다.

헌법에 국민의 생존권이 규정되고 각종 사회복지법제가 정비된 오늘날, 일반 국민들은 국가가 국민의 생존권 보장을 위하여 어떠한 법적・제도적 조치를 취하여야 하는지를 인식하게 되었다. 그러나 지난 60년을 돌아보면, 사회복지법이 우리 일상생활의 장식물에 불과한 시기도 있었고, 국민의 생존권 보장보다는 경제성장을 우선시 하고 국가주도의 명분적・전시적인 사회정책을 실현하기 위한 도구로 기능하였던 시기도 있었다. 사회복지 관련법이 국민의 생존권 보장을 위한 입법이라는 인식과 그러한 방향으로의 진지한 개선노력은 최근 15여 년 사이에 행해졌다고 해도 과언이 아니다.[2] 그런데 우리나라의 사회복지 관련법은 지난 반세기 동안 수많은 법의 도입과 시행을 통해 외형적 기본 틀을 어느 정도 갖추었지만, 그간의 경제성장에 비추어 볼 때 아직도 내실 있는 법을 만들지는 못한 것이 사실이다. 즉, 국민의 다양한 복지욕구에 국가가 적극적으로 대응해 나가지 못하고 있다는 것이다.

본 연구에서는 사회복지법에 대한 개념 및 그 법체계에 대한 논의를 전개하고자 한다. 이러한 논의를 토대로 현행 전체 법률 중에서 사회복지 관련법을 구분하여 그 범주를 분류하고 체계화하여 실체법상의 사회복지법을 중심으로 한 사회복지법제 틀의 정립에 대한 관점 및 그 개선방안을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 이론적 배경

사회복지실천가는 규정된 법적・제도적 장치의 한계 내에서 합법적으로 자신에게 주어진 전문가적 재량권을 충분히 발휘하여 사회복지대상자가 가진

2) 김인재, "한국 사회복지 입법의 전개와 향후 과제", 이화여자대학교 법학연구소, 「법학논집」, 14(1). 2009, 166-167쪽.

www.kci.go.kr

문제를 해결하기 위해서 창조적인 노력을 경주해야 한다. 이러한 상황에서 활동하는 사회복지실천가는 그 역할에 있어 기본적으로 사회복지법제를 충분하게 이해하여 실천에 응용할 줄 아는 역량을 구비해야 한다. 사회복지실천가는 당장의 문제해결과 함께 보다 이상적이고 효과적인 서비스를 고안하고 보다 나은 사회복지정책과 프로그램을 설립하는 데에 중요한 역할을 수행한다. 역시 이 과정에서 사회복지실천가는 사회복지법제에 관한 지식을 기반으로 할 때 가능하므로 사회복지법제에 대한 폭넓은 이해를 필요로 한다. 사회복지실천가는 사회복지기관을 경영하고 관리하는 차원에서 보다 거시적으로 법적·정책적 지식과 관점을 필요로 한다. 따라서 사회복지실천가는 사회복지법제에 대한 이해를 필수적으로 갖추어야 한다.

1. 사회복지법의 개념

1) 일반적 개념

사회복지법이란 사회복지가 법의 형태를 띤 것이라고 할 수 있다. 다시 말하면 사회복지법이란 사회복지에서 추구하는 생존권 이념을 실현하기 위한 구체적 실천방안들을 우리사회를 규율하는 가장 중요한 규범인 법으로 명문화한 것이다. 사회복지가 법으로서 명문화되었다는 의미는 사회복지법에서 규정하고 있는 내용들이 국가와 사회를 강제할 수 있는 권리성을 갖게 되었다는 데 그 중요성이 있다.

즉 '인간다운 삶을 달성시키기 위한 모든 사회적 노력'이란 사회복지와 '사회 속의 인간의 행위를 규정하는 사회규범'인 법이 합쳐진 의미이다(김 구, 2012:27). 따라서 사회복지법은 사회구성원 다수가 평안하고 만족스러운 상태를 유지하며 살아갈 수 있도록 규정하는 제반 법규를 의미한다(조원탁, 2013: 26-27).

2) 사회복지법의 다양성과 분류

우리나라의 사회복지법에 관한 개념정의는 지금까지 학문적 차원에서 논

www.kci.go.kr

의되는 것이 미흡한데, 그것은 무엇보다도 사회복지법이 현실적으로 중요하게 인식되지 못할 뿐만 아니라 하나의 형식적인 모습으로 존재하고 있기 때문이다.

사회복지법의 개념정의를 위해서는 사회복지의 개념을 어떻게 규정하느냐에 따라 그 범위가 달라지므로 먼저 사회복지 개념을 어떠한 수준에서 정의할 것인지를 결정하는 것이 필요하다. 사회복지의 개념을 정의한 대표적인 학자들 중 Friedlander 와 Apte(1980)는 '사회복지는 국민의 복지에 기본적인 것으로 인정된 사회적 욕구를 충족시키기 위하여 그리고 사회질서의 회복을 위하여 제반 급부를 확보하거나 강화시키는 법률, 프로그램, 급여 및 서비스 체계'라고 하였으며, Romanyshyn(19 71)은 사회복지를 '개개인과 사회전체의 복리를 증진시키려는 모든 형태의 사회적 노력을 포함하며, 사회문제의 치료와 예방・인력자원의 개발・인간생활의 향상에 직접적인 관련을 갖는 일체의 시책과 과정을 포함한다.'고 정의하였다(박송규, 1998:41). 이러한 사회복지의 개념정의를 바탕으로 우리나라의 헌법에 명문화된 사회복지 이념을 반영하여 사회복지법의 개념을 정의해보면, 사회복지법은 '사회복지에 관한 법으로서 사회관계속에서 인간다운 생활을 보장하고 사회적 정의를 실현하기 위한 공적・사적 제도와 정책 등을 규율하기 위한 제반 법규'라고 할 수 있다. 즉, 사회복지법은 모든 국민들이 사회적으로 안녕한 상태, 인간의 존엄성과 가치가 실현되는 상태, 개인의 노동능력, 재산, 성별, 장애, 사고능력 등과 관계없이 개인의 인간다운 삶을 개선시켜주기 위한 공사의 노력으로서 행위규범이 된다(김훈,2008:528). 그러나 이러한 사회복지법의 정의는 광의의 사회복지의 개념을 적용한 것으로 추상적 표현이 될 수밖에 없어 사회복지법원으로서의 사회복지법을 규정하기에는 무리가 있는 것이 사실이다. 따라서 우리나라 헌법상의 인간다운 삶 보장의 사회복지 이념을 실현하기 위한 구체적 수단으로서의 사회복지법원으로 기능할 수 있는 사회복지법의 개념과 그 범주에 대한 통일된 체계화를 위한 보다 많은 연구노력이 있어야 할 것이다.

무엇보다도 사회복지법과 연관된 모든 사회현상에 관한 체계적인 개념정의가 필요하다. 정의를 내리는 사람의 개인적 가치관과 그 개념을 둘러싸고 있는 사회 환경을 반영하고 있어서 복잡하고 통일적이지 못하다. 사람, 국가,

www.kci.go.kr

시간, 이념에 따라 사회복지법의 개념이 다양하다. 사회복지법은 최근에 이르러 출현하였으며 급속하게 변화하고 있는 법 규정일 뿐만 아니라, 그 내용이 다른 법과는 달리 추상적이고 전문기술적인 사회복지의 성격을 지니고 있어 개념규정이 쉽지 않다. 잠정적으로 사회복지법의 개념정의는 법의 존재 형식에 따라 형식적 의미의 사회복지법과 실질적의미의 사회복지법으로 나눌 수 있다. 그리고 사회복지법을 규정하기 위해서는 법의 존재 형식에 따라 구분하는 방법이 있다.

3) 형식적 의미의 사회복지법

사회복지법이라는 외적 형식을 갖춘 제반 법규를 찾아내 구분하는 형식적 의미의 사회복지법 개념규정 방법이다. 사회복지법은 그 역사적 생성과정이 산발적이고 복합적이며, 또한 매우 최근의 변화하고 있는 법이므로 다른 법들, 예컨대 민법전이나 형법전과 같은 통일 법전의 존재형식을 갖추지 못하고 있다. 형식적 의미의 사회복지법이란 사회복지법이라는 외적 형식을 갖춘 제반 법규를 개념 규정하는 것으로 주로 각국의 실정법상 사회복지와 연관된 법규의 모든 법들이 이에 포함된다. 일본의 '복지6법' 등의 예에서처럼 점차 고유의 법전을 갖추어 가는 모습에서, 형식적 의미의 개념규정이 사회복지법의 범위와 고유성을 분명하게 해 주는 개념규정 방법이 될 수 있는 것이다. 그러나 현재로서는 사회복지법은 '변화하는 법' 이니만큼 이러한 개념규정 방법은 그만큼 한계를 지닌다.

이러한 형식적 의미의 개념 규정 방법으로는 사회복지법의 범위와 고유성을 명확히 할 수 있겠으나 그 분류 방법에 있어 매우 제한적이어서 실질적 내용의 사회복지 관련 법률들을 내포할 수 없는 한계가 있다.

4) 실질적 의미의 사회복지법

실질적 의미의 사회복지법 개념규정 방법으로서 법규에 내포된 규범 내용이나, 법규의 목적과 기능에 따라 그 규범의 공통된 특징을 도출하고, 그것을 토대로 사회복지법의 법규를 체계화하는 방식의 실질적 의미의 사회복지법을

www.kci.go.kr

규정하는 방법이다. 이 경우 사회복지 관련법은 법의 존재의 형식과 명칭에 관계없이 법규범의 내용, 목적, 기능에 따라 사회정의, 사회형평, 사회연대, 사회통합, 인간다운 생활, 행복추구권 등과 같이 그 법규범에 내재하는 공통된 법 원리에 내재 내지 가치에 부합되는 법규를 모두 포함하는 것에 중점을 둔 개념규정 방법이다. 실질적 의미의 사회복지법 개념규정 방법에는 사회복지법의 포괄 범위에 따라 '광의의 사회복지법' 과 '협의의 사회복지법' 으로 개념규정을 나눌 수 있다.

(1) 광의의 사회복지법

광의의 사회복지법이란 전 국민의 물질적·정신적·사회적 기본 욕구를 해결함으로써 인간다운 생활을 영위케 하는 공사의 제반 사회적 서비스와 관련된 법률을 말한다. 물론 이러한 제반 서비스는 사회복지정책이나 사회정책이라는 추상적 정책으로 지침과 기준이 설정되며 이의 구체적 모습이 사회복지법으로 표현된다. 사회복지법의 규정에 따라 사회복지의 서비스와 실천이 이루어진다. 그러므로 넓은 의미의 사회복지법이란 사회복지의 넓은 개념, 즉 현대사회에서 인간다운 생활을 유지하기 위해 필요한 물질적· 비물질적인 사회서비스를 제공하는 공사의 노력의 총화를 규율하는 법 규정이라고 볼 수 있다. 이러한 사회복지법의 내용상 사회서비스의 공급주체가 궁극적으로 국가인 점은, 인간다운 생활을 가로막는 사회생활문제의 성격이 사회성과 보편성을 지니고 있다는 사실의 발견과 현대 국가의 성격이 국민의 생존권을 확보·보장하는 데 일차적인 국가 존립의 목적이 있는 것과 역사적으로 긴밀하게 연결되어 있다. 따라서 국가는 국민의 인간다운 생활을 보장하는 구체적 정책적 표현으로서 사회복지입법을 발전시켜 왔다고 볼 수 있다.

사회복지입법의 내용과 범위는 자본주의가 가져온 사회문제 중에서도 사회적 약자의 사회생활 문제를 해결하려는 데서 생성되어 왔다. 이는 자본주의 사회가 가져온 사회적 위험 혹은 사고-즉, 질병, 노령, 장애, 실업, 출산, 사망 등-가 그것 자체로 또는 부차적으로 소득, 의료, 교육, 주택 및 심리사회적 문제를 야기 시키는 데 대한 제도적 장치를 발전시켜 온 것이기 때문이다. 따라서 사회복지법의 내용은 이들을 포함하는 사회보장과 보건의료, 교육, 주택,

www.kci.go.kr

그리고 대인적 서비스(personal services)로 표현되는 제반 사회서비스가 포함된다.

(2) 협의의 사회복지법

좁은 의미의 사회복지법이란 현대사회에서 스스로 자신의 생활을 영위하지 못하는 사회적 약자들에 대해서 제한적으로 도움을 제공하는 노력의 총화와 관련된 법규범이다.

좁은 의미의 사회복지 개념이 중심이므로, 결국 좁은 의미의 사회복지적 의미를 지닌 제반 제도의 정책의 실천을 표현한 법률이 바로 여기에 포함될 것이다. 이때의 사회복지 개념의 대상과 문제의 의미는 매우 제한적인데, 그것은 자본주의 사회의 발전에 따른 생활문제의 발생이라든지 하는 거시적 사회구조적인 측면과는 관계없이 주로 개인적 측면에서 문제의 발생 원인과 대상을 선별하는 특징을 지닌다. 따라서 이때의 사회복지는 임시적이고 다른 사회제도의 기능을 보완하는 기능을 지니는 것으로 이해된다. 좁은 의미의 사회복지란 보충적 개념이 될 것이며, 넓은 의미의 사회복지란 제도적 개념이 될 것이다. 그러므로 좁은 의미의 사회복지란 이처럼 현실생활에서 어려움을 겪는 사회적 약자 혹은 보호대상자를 위한 한정적인 제반 사회복지정책 및 사회정책을 의미한다.

2. 사회복지법의 근거와 지위

사회복지법제의 규범적 특성을 볼 때 현대복지국가는 국민들의 사회복지현상을 법적으로 규범화하여 국가체제를 유지하고자 하는 정당성의 이념을 추구하는 복지자본주의체제를 지향하는 것으로 볼 수 있다.

1) 헌법과 사회복지법

우리나라의 현행 사회복지법을 지도하는 최고의 법규범은 헌법이다. 오늘날 사회복지급여가 복지국가행정, 사회국가행정을 표방하고 있고 국가나 지방자치단체의 국민에 대한 의무로써, 특히 행정에 의해서 서비스가 행해지는

www.kci.go.kr

시대에, 그러한 의무를 규정해 놓은 헌법의 관계 조항의 전체의 의미는 지극히 중요하다(현외성, 2008:60). 이들 헌법규정은 사회복지 관련법들의 존립근거가 되면서 동시에 재판의 규범으로서 기능하게 된다.

우리나라의 헌법에는 모든 국민의 행복추구권을 불가침의 기본적 인권으로 보장해야 한다고 하였으며(헌법 제10조), 범죄행위로부터의 구조와(헌법 제30조), 균등한 교육을 받을 권리(헌법 제32조), 근로의 권리 및 적정한 임금 보장(헌법 제32조), 근로자의 단결권·단체행동권 등을 보장(헌법 제33조) 받도록 규정하고 있다. 또한 모든 국민의 인간다운 생활을 할 권리와 국가의 사회보장·사회복지 증진에의 노력 의무를 명문화(헌법 제34조)하여 현재 우리나라는 복지국가적 이념을 표방하고 있음을 알 수 있다. 나아가 건강·환경·주거에 대한 권리(헌법 제35조)와 국민의 보건에 관한 국가의 의무(헌법 제36조)를 분명히 하였다. 또한 경제에 관하여는 국민의 재산권을 보장하되 공공복리를 위해 사회적 구속을 받을 수 있게 하였고(헌법 제23조), 개인과 기업의 경제상의 자유를 보장하되 정부의 균형 있는 적정 소득분배를 위한 시장경제 개입의 여지를 열어두어 복지국가의 경제원칙을 규정(헌법 제119조)하였다.

이와 같이 헌법이 보장하는 국민의 기본적 권리 즉, 평등권, 자유권적 기본권, 경제적 기본권, 정치적 기본권, 청구권적 기본권, 사회권적 기본권 중 가장 상위의 규범으로 모든 기본권의 내용과 해석을 규정하는 것은 헌법 제10조이다. 또한 이러한 제10조의 규정을 받는 기본권으로서 사회권적 기본권 규정에서 가장 최고의 규범이 되는 것은 제34조 제1항의 규정이다(윤찬영, 2010:148).

① 헌법 제34조 1항과 2항의 관계

헌법 제34조 1항의 "국민의 인간다운 생활을 할 권리의 보장"이나 제34조 2항의 국가의 "사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무"란 어디까지나 정치적·도덕적 의미의 규정으로서 국가가 국민에 대해서 개괄적으로 책무를 지는 것을 말하는 것이지, 전술한 바와 같이 이 헌법규정에 의해서 국민 개개인이 직접 국가에 대해서 구체적이고 현실적인 권리를 갖는 것은 아니다.

여기서의 "사회보장"은 주로 소득보장을 말하는데, 국민의 생존 및 생활을

www.kci.go.kr

위협하는 각종 빈곤의 원인이 되는 사회적 사고에 대해 금품을 제공함으로써 그 경제적·사회적 생활을 유지시키는 것을 말함. 이러한 제도로서는 여러 가지 사회보험제도에 의한 소득 또는 의료비 급여, 공공부조로서의 기초생활보장제도 등이 있다.

그리고 "사회복지"는 공적인 사회복지 즉, 사회복지서비스 급여를 말한다. 예컨대, 아동, 장애인, 노령자, 무소득자, 저소득자, 범죄자 또는 재해를 입은 자 등 어떠한 이유로든지 스스로 자립해서 사회생활을 영위해 나갈 수 없는 자 또는 그 가족이 필요로 하는 대인적인 각종 사회복지 서비스를 가정에서나 시설에서 급여하는 것 등이 있다.

한편 헌법 제34조 2항이 있음에도 불구하고 헌법 제34조 5항이 "신체장애자, 질병, 노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다."라고 규정한 사회보험이나 공적부조제도는 국가경제사정에 따라 달라질 수 있기 때문에 "국가가...의 증진에 노력할 의무를 진다."라는 규정에 비해 동 조항은 생활무능력자는 국가의 재정형편을 물을 것 없이 당연히 인간의 생존권자체로서 가장 중요하고 제1차적인 권리로 보호해야 한다는 뜻으로 제2항에 대해 보다 구체적이고 더욱 강조된 규정으로 볼 수 있다.

2) 행정법과 사회복지법

사회복지법의 대부분이 국가의 주요 행정의 일부로서 행정관청에 의하여 실시되어 왔다는 점과 국가의 강한 입법 의지를 담은 사회 정책적 입법이라는 점, 그리고 인간다운 생활의 보장이 국가의 강한 행정행위에 의하여 실현된다는 점에서 사회복지법과 행정법은 관련성을 가지고 있다. 또한 복지국가를 달성하기 위해서는 국가 개입이 필요하므로 오늘날 사회복지급여는 국가에 의한 사회복지행정을 통해 국민에게 전달된다. 따라서 사회복지법은 기본적으로 행정법적 속성을 가지고 있다고 보아야 할 것이다.

3) 법률상의 사회복지법 규범

법률은 법규범의 위계상 헌법 다음 단계의 규범이다 법령의 위계는 통상적

www.kci.go.kr

으로 헌법, 법률, 시행령, 시행규칙, 조례, 행정규칙 순으로 단계적 효력을 발생한다. 법률은 국회의 의결을 거쳐 제정되는데 이들 법률과 법률의 시행을 위한 보다 구체적인 사항을 규정하는 시행령과 시행규칙을 통합하여 법령이라 부른다.

법규범의 위계에서 헌법 다음 단계의 규범이 법률이다. 여기서 법률이란 헌법기구인 국회와 행정부 그리고 대통령의 권력관계에 의한 산물로서 탄생하였고, 사회복지법 역시 법률로서 존재하고 효력을 얻기 위해서는 일련의 과정을 거쳐야 한다. 사회복지법 에서도 대통령의 법률안거부권에 의해 희생된 법안이 상당히 있었다. 발표된 사회복지법의 하위범주는 사회보장법, 사회복지서비스법, 기타 사회정책관련법 등으로 이루어지고 있다. 법률 차원의 규범 중에서도 중심적이고 지도적인 규범을 갖는 것이 이른바 '기본법'이다. 이것은 헌법과 일반 법률 사이에 위치하는 법률로서 양자를 연결하는 역할을 한다.

(1) 사회보장기본법

사회보장기본법은 헌법상의 생존권적 기본권을 실현하기 위하여 모든 국민이 인간다운 생활을 할 수 있도록 보장하기 위한 국민의 권리와 국가의 책임을 정하고 사회보장제도에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 국민의 복지증진에 기여함을 목적[3]으로 하고 있다. 법률 중에서 기본법은 헌법과 일반 법률사이에 위치하여 하위 법률들을 구속하고 지도하는 역할을 하는 기본이 되는 법으로서 사회보장기본법은 사회보험, 공공부조, 사회복지서비스 및 관련 복지제도를 총괄하는 사회복지분야 법들의 기본법이다[4]. 따라서 사회보장기본법은 모든 사회복지법들의 상위법으로 기능하게 되며 이 기본법을 중심으로 사회보장과 사회복지서비스 분야의 하위법률들이 위치하게 된다.

또한 사회보장기본법에서 제시한 제3조 제5항의 관련복지제도에 관한 법률로는 보건, 주거, 교육, 고용 등의 분야에서 인간다운 생활이 보장될 수 있

3) 사회보장기본법 제1조

4) 사회보장기본법 제3조 : "사회보장"이란 질병, 장애, 노령, 실업, 사망 등의 사회적 위험으로부터 모든 국민을 보호하고 빈곤을 해소하며 국민 생활의 질을 향상시키기 위하여 제공되는 사회보험, 공공부조, 사회복지서비스 및 관련복지제도를 말한다.

www.kci.go.kr

도록 지원하는 각종 복지제도로 정의하고 있다. 그러나 이러한 기타 복지제도 관련법들은 매우 다양하게 존재하고 또한 단일 법률보다는 개별 법률의 일부 규정이 사회복지법에 포함되기 때문에 그 범주를 규정하기가 매우 어려운 점이 있으며 일률적으로 다루기가 곤란하다(윤찬영, 2010:155). 이러한 측면에서 사회복지기본법의 사회복지법 전반에 대한 기본법과 상위법의 위치에도 불구하고 사회복지법의 체계를 분류함에 있어 사회보장법과 사회복지관련법으로 범주를 나눠 사회복지법 체계화를 제시하기도 한다.

(2) 사회보험법

사회보장기본법에 사회보장의 분야로 가장 먼저 제시된 사회보험은 국민에게 발생하는 사회적 위험을 보험의 방식으로 대처함으로써 국민의 건강과 소득을 보장하는 제도이다[5]. 우리나라의 현행 법률 중 사회보험에 관련된 법을 찾아보면 먼저 연금법으로 국민연금법, 군인연금법, 공무원연금법, 사립학교교직원연금법을 들 수 있으며, 국민건강보험법, 산업재해보상보험법, 고용보험법 그리고 노인장기요양보험법을 포함한 5대 사회보험이 있다. 또한 농어업재해보험법, 어선원 및 어선 재해보상보험법, 풍수해보험법 등을 사회보험으로 분류할 수 있을 것이다.

(3) 공공부조법

공공부조란 국가와 지방자치단체의 책임 하에 생활유지 능력이 없거나 생활이 어려운 국민의 최저생활을 보장하고 자립을 지원하는 제도이다[6]. 이러한 공공부조의 법으로는 국민기초생활보장법, 의료급여법, 재해구호법, 기초노령연금법, 의사상자 등 예우 및 지원에 관한 법률, 범죄피해자보호법 등을 들 수 있다.

---

5) 사회보장기본법 제3조 2. “사회보험”이란 국민에게 발생하는 사회적 위험을 보험의 방식으로 대처함으로써 국민의 건강과 소득을 보장하는 제도를 말한다.

6) 사회보장기본법 제3조 3. “공공부조”란 국가와 지방자치단체의 책임 하에 생활 유지 능력이 없거나 생활이 어려운 국민의 최저생활을 보장하고 자립을 지원하는 제도를 말한다.

www.kci.go.kr

(4) 사회복지서비스법

사회보장기본법은 사회복지서비스를 국가·지방자치단체 및 민간부문의 도움이 필요한 모든 국민에게 상담, 재활, 직업의 소개 및 지도, 사회복지시설의 이용 등을 제공하여 정상적인 사회생활이 가능하도록 지원하는 제도[7]로 정의하고 있다. 사회복지사업법은 사회복지사업의 전 분야에 대한 기본적 사항을 규정하여 사회복지를 필요로 하는 사람의 인간다운 생활을 할 권리를 보장하고 사회복지의 전문성을 높이며, 사회복지사업의 공정·투명·적정을 기하고, 지역사회복지의 체계를 구축함으로써 사회복지의 증진에 이바지함을 목적으로 한다. 사회복지사업법은 사회복지서비스대상 법률보다 나중에 제정되었지만, 사회복지서비스법전의 총칙적인 성격의 법이다(김훈, 2008: 537).

(5) 사회복지 관련법

사회복지법을 사회복지에 관한 법으로서 사회관계 속에서 인간다운 생활을 보장하고 사회적 정의를 실현하기 위한 공적·사적 제도와 정책 등을 규율하기 위한 제반 법규라고 정의 하고 있다.

3. 한국 사회복지법의 형성 과제

자본주의사회의 출현은 가족이 지니고 있었던 생산과 소비의 기능을 분리시켜 가족의 생존과 부양문제는 가장의 노동수입에 의존하게 되었다. 따라서 시민사회의 가족법상 부양책임과 자본주의의 분배기제 사이에 모순이 발생하게 되었으며, 이는 사회적 차원에서 생존과 부양에 대한 새로운 법리를 요구하게 되었다. 또한 자본주의사회의 모든 공간은 기계화, 대량화, 도시화 등을 통해 조직되면서 노동자 개인의 생존을 위협한 많은 사회적 위험(social risk)을 만들어 내게 되었다. 시민사회에서 이러한 문제는 불법행위법에 의해 처리되었다. 예컨대 산업화, 자본주의화 등의 구조적 사회변동은 사회구조와 개인 사이의 부조화를 낳았으며, 이는 사회문제로서 등장하게 되었다. 따라서 사회는 개인과 사회구조를 연결해주는 새로운 제도를 요구하게 되었으며 이러한

7) 사회보장기본법 제3조 4. 사회복지서비스의 정의.

www.kci.go.kr

과정에서 사회복지법이 등장하게 된 것이다(김기원, 20 02:59).

결국 사회복지법은 자본주의사회를 지탱해 온 기존의 법체계로 해석하거나 해결할 수 없는 새로운 문제현상이 나타나면서 이에 대한 대응으로 발전해 온 영역이라 할 수 있다(윤찬영, 2007:24).

1) 복지국가원리의 개방성

다른 국가원리, 예컨대 공화국, 민주주의, 법치국가에 비해 복지국가는 그 광범위성과 불명확성으로 인해 훨씬 더 콘센서스와 내용충전을 필요로 하며[8] 이는 일차적으로 입법자의 과제라 할 수 있다.[9] 사법부가 법률적 근거 없이 헌법에서 바로 직접적 내용을 정한다는 것은 어렵다.[10] 이러한 불명확성은 복지국가개념의 불명확성, 우리사회의 현실적 급부능력에 따른 한계 법치국가와의 안티노미의 조정문제, 민주주의원리에 따른 복지국가의 실현의 사회의 자기결정이라는 의미에서 국회에 대한 광범위한 판단위임 등에서 발견할 수 있다. 이처럼 복지국가 실현에 대한 헌법 자체에 있어서의 부정확성과 입법재량의 상대적 광범위성은 시장과 소유에 대한 국가의 개입과 제한의 범위를 국회와 정부의 정책에 열어두고 있다.

2) 사회적 기본권실현에 따른 한계

사회적 기본권의 실현을 통한 시장경제에 대한 개입의 한계는 두 가지 측면에서 고찰할 필요가 있다. 이는 사회적 기본권의 법적 성격을 어떻게 이해하느냐와 연관되는데 헌재 2000.6.98 헌마 216결정이 '인간다운 생활을 할 권리'로부터는 그것이 사회복지·사회보장이 지향하여야 할 이념적 목표가 된다는 점을 별 론으로 하면, 인간의 존엄에 상응하는 생활에 필요한 '최소한의 물질적인 생활'의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 상

8) E. Benda, Gedanken zum Socialstaat, RdA. 1981, Heft 3, S. 139: K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 1984, S. 881.

9) R. Mußgnug은 입법자의 광범위한 재량성이 給付法(Leistungsrecht)의 한 특성이라고 한다. 김문현, 헌법상 국가와 시장, 공법연구 제41집 제1호, 2013 참조.

10) P. Badura, Staatstrecht, 1986, S. 197 참조.

www.kci.go.kr

황에 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 것(헌재 1995.7.21.93헌가14, 판례집 7-2, 1, 30-31)이라고 한 것과 헌재 1997.5.29.선고, 94 헌 마33결정이 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 있다고 한 것과 관련하여 최소한의 인간다운 생활을 할 권리를 구체적 권리로 인정한다면 그 실현을 위해 헌법 제119조 제 2항의 적정한 소득의 분배를 유지하기 위한 시장에의 개입은 국가의 의무라 할 수 있으나 그 이상은 정책판단에 맡겨져 있다 할 것이다.

또한 사회적 기본권실현을 통해 어느 정도 시장에 개입할 수 있으며, 기존 사회경제질서를 변혁할 수 있는가도 문제된다. 흔히 많이 인용되는 복지국가 모델의 분류로서 가족이나 시장이 실패한 경우에 생활능력이 없는 계층에 대해서만 국가가 책임을 지는가, 아니면 모든 국민에게 제도화된 복지책임을 지느냐에 따라 분류하는 R. Titmus의 보충적 복지국가(residual welfare state)와 제도적 복지국가(institutional welfare state)분류가 있다.[11] 또 G. Esping-Anderson은 인간의 상품화와 계급화로 부터의 탈피와 관련하여 사회적 권리의 질, 시장과 가족 간의 관계 등을 중심으로 자유주의적 복지국가(the liberal welfare state), 보수적 조합주의적 복지국가(the conservative and corporatist welfare state), 사회 민주주의적 복지국가(the social democratic welfare state)로 나뉘었다. 자유주의적 복지국가는 기본적으로 시장에 의한 자원배분을 장려하고 사회보장대상을 저소득층으로 한정하고 사회보장수준과 소득재분배수준도 낮다. 보수적 조합주의복지국가에서는 국가는 생산성을 위해, 그리고 복지의 공급자로서 시장에 개입, 통제하며 사회복지는 보충성의 원칙

11) Gosta Esping-Anderson, The Three Worlds of Welfare Captilism, 1990, p.20.

www.kci.go.kr

(the principal of subsidiarity)에 따른다. 사회 민주주의적 복지국가는 시장과 전통적 가족으로부터의 해방과 보편성의 원칙(the principle of universalism)이 적용된다. 이 중 보수적 조합주의적 복지국가가 우리 헌법이 예정하고 있는 모델이 아닐까 생각하며, 시장을 배제하거나 자본주의적 생산관계의 중심적 메커니즘으로서 사경제상의 이윤동기의 배제 등을 지향하는 복지국가모델은 인정되지 않는다 할 것이다.[12]

최근의 경제민주화 요구는 우리나라 자본주의-시장경제에 대한 변화를 요구하고 있다. 그 속에는 양극화 및 경제력집중해소, 재벌의 순환출자와 지배구조개선, 금산분리, 부유세, 대기업과 중소기업의 동반성장, 복지의 확대 등 국가의 시장과 기업에 대한 개입과 사회복지의 확대요구가 함의되어 있다. 이러한 요구에 따라 이미 시장과 기업에 대한 규제 법안이 양산되고 있다.[13]

우리나라 헌법은 시장근본주의도 예정하고 있지 않지만 1951년 프랑크푸르트선언과 1959년 독일 사민당의 바트 고데스부르크 강령 이전의, 생산수단의 사적 소유나 자유 시장을 부인하는 구식 사회민주주의식의 복지국가 또한 인정하지 않는다. 영국의 기든스 같은 학자는 과거의 사회민주주의와 신자유주의를 극복하기 위한 제3의 길을 주장하면서 자본주의4.0은 적응성 혼합경제가 될 것이라 주장하는 견해도 있다.[14] 경제민주화 주장도 이러한 대안과 그 방향을 같이 하는 것으로 보인다.

우리나라 경제헌법은 이러한 문제에 대한 경제정책의 공간을 광범위하게 인정하고 있고 이러한 경제민주화에 관한 주장내용들은 헌법 제119조 제2항을 비롯하여 제23조 제1항과 제2항, 제34조 등 사회적 기본권규정 등에서 그 근거를 발견할 수 있을 것으로 생각한다. 다만 세계화에 따른 국가의 자율성의 축소와 복지국가의 후퇴, 유럽경제위기의 교훈, 저성장경제와 고령화사회로의 진입 등에 따른 현실을 직시하고 자칫 인기 영합적 정책으로 흐르지 않아야 할 것이다.

---

12) 이에 관해서는 김문현, 헌법상 가능한 사회복지국가모델에 관한 일 고찰, 공법연구 제20집, 1991면 참조.

13) 19대 국회에 들어와 5월 말- 8월 말 동안 발의된 기업관련 법안 155건 중 규제강화 법안이 124건(80%)에 이르고 규제완화-기업지원관련법안은 31건(20%)에 불과하다고 한다.

14) 아나톨 칼레츠키 지음, 위선주 옮김, 상게역서, 248쪽 이하 참조.

www.kci.go.kr

3) 복지 증진을 위한 입법의 강화

헌법상 사회복지국가원리를 실현하기 위한 사회복지정책은 실질적인 자유와 평등을 실현하기 위한 것이어야 하고, 국가의 역할은 국민이 자기의 생활설계에 따라 자기책임 하에서 자신의 생활을 누릴 수 있도록 뒷받침하는 데 그쳐야 한다. 그리고 전술한 바와 같이 사회복지의 증진에는 국가의 재정적 능력이나 경제적인 여건에 따른 한계가 고려되어야 함은 물론이다. 다만 사회복지의 증진이 헌법이 부여한 국가의 과제라는 점을 고려할 때 재정적 부담이 국가의 책무를 소홀히 하는 구실이 되어서는 안 될 것이다.

현재 정치권에서는 복지정책의 구체적 전략과 관련하여 보편적 복지냐 아니면 선별적 복지냐를 놓고 격심한 논란이 벌어지고 있으며, 복지강화에 소요되는 재원조달의 방안에 대해서도 증세냐 아니면 아니냐를 두고 갑론을박하고 있는 상황이다. 이에 관한 구체적인 검토는 다른 논의로 미루기로 하고, 여기서는 입법적 뒷받침이 필요한 몇 가지 사항에 대해서만 검토한다.

4) 저소득층의 생계보장 강화

기초생활보장제도의 도입으로 국민의 기초적인 삶을 보장받을 수 있는 기반이 마련되었으나, 절대빈곤층 가운데에도 아직 혜택을 보지 못하는 사각지대가 광범위하게 남아있는 실정이다. 현재 최저생계비 이하의 소득을 가지고 있음에도 불구하고 국민기초생활보장제도의 수급권자가 되지 못하는 사각지대 규모는 전체 인구의 8.4%에 해당하는 410만 명으로 추산되고 있다.

현행 「국민기초생활 보장법」상 기초생활수급자는 부양의무자가 없거나, 부양의무자가 있어도 부양능력이 없거나 부양을 받을 수 없는 사람으로서 소득인정 액이 최저생계비 이하인 사람이어여 한다(제5조). 그런데 의무부양자의 기준이 비현실적으로 되어 있어서 기초생활수급자권자가 되어야 할 사람이 기초생활보장제도의 혜택을 받지 못하는 사례가 발생하고 있다. 따라서 도시가구 평균소득의 150% 이상인 가구에 대해서만 부양의무자 기준을 적용하고 그 이하의 가구에 대해서는 부양의무자 기준을 폐지하는 방향으로 법률을 개정하는 것이 바람직할 것이다. 또한 긴급지원을 요하는 위기상황을 사망, 가

www.kci.go.kr

출, 행방불명, 구금, 화재, 가정폭력 등으로 제한하고 있는 현행「긴급복지지원법」제2조를 개정하여 실직, 사고, 파산 등의 경우에도 긴급지원이 이루어질 수 있도록 하는 것도 검토해 볼 필요가 있을 것이다.

그 밖에도 장애인의 복지증진을 위하여 장애인 대상 직업교육과정 우선 지원, 장애인 고용신뢰기업 혜택 확대, 장애인기업 유통지원센터신설, 대통령 직속 장애인위원회 설치, 의무고용 사업장의 중증장애인 비율 확대, 공공부문 의무고용률 5%로 상향 조정 및 기업 책임 강화 등의 방안이 제시된 바 있다. 그리고 노인복지의 증진을 위하여 임금피크제와 연동된 정년연장의 법제화, 노인근로장려 세제의 도입, 기초노령연금의 2배 인상 등이 주장되고 있다.

또한 사회안전망의 구축을 위하여 소규모 사업장 사회보험료 지원, 무급휴업·휴직 근로자 고용유지 지원금 지원, 구직급여 수급요건 완화 및 수급일수 연장, 취약계층 사회보험료 지원, '긴박한 경영상 이유'외 집단 해고 제한, 근로시간 단축 등 계속고용 우선 노력 의무화, 해고기준 및 대상자 선정 시 노사합의 의무화, 대량해고에 대한 행정적 통제 도입, 재고용의무 위반에 대한 손해배상 의무 등이 주장되고 있다. 아울러 최저임금을 근로자 평균임금의 50% 이상이 현실화하고 최저임금 적용 제외 및 감액 대상의 규정을 폐지하는 방향으로 최저임금법을 개정하는 방안, 최저임금위원회 공익위원을 노사단체의 추천을 거쳐 임명하도록 하는 방안, 최저임금위원회 인사·재정상 독립성을 보장하는 방안, 최저임금 전담 근로감독관을 배치하는 방안 등이 주장되고 있다.

4. 사회복지법의 체계화

사회복지법을 연구함에 있어 가장 중요한 기초가 되는 연구 대상인 사회복지법률들에 대하여 규정하고 그 범주를 확정하며 체계화하는 것이 우선적으로 요구된다. 일반적으로 법체계라 함은 법이라는 규범이 다른 사회적 규범과 구별되는 법의 구분표지를 말한다(정순희, 1982:3). 즉, 이것은 법의 개념상 다른 종류의 법률들과는 구별되는 유사한 특징적 성격을 갖는 법률들을 분류하여 총망라하는 것이라 할 수 있다.

www.kci.go.kr

1) 사회복지법 체계의 개념

사회복지법의 체계란 사회복지법이 다른 영역의 법들과 구별될 수 있는 특징적인 기준, 즉 원리나 원칙에 의해 인식되는 것을 말한다. 사회복지법이 다른 많은 종류의 법들과 구별될 수 있는 기준은 법적인 지도 원리에 의해서이다. 따라서 사회복지법의 지도 원리 및 개념 범주를 바로 사회복지법체계라 할 수 있다(윤찬영, 19 98: 118). 따라서 여러 학자들에 의해 사회복지법의 체계화를 시도하기 위한 방법론을 제시하고 있으나 국가의 정책・법률의 제정 목적・사회문제의 변화 등에 따라 다양한 정의를 하고 있다. 여기에서는 사회복지법의 분류체계를 사회보장기본법에 의한 정의로 분류하고자 한다. 즉, 사회보장기본법은 “사회보장이란 질병・장애・노령・실업・사망 등 각종 사회적 위험으로부터 모든 국민을 보호하고 빈곤을 해소하며 국민생활의 질을 향상시키기 위하여 제공되는 사회보험, 공공부조, 사회복지서비스 및 관련복지제도를 말한다.”고 규정하고 있는 바, 법적 정의를 동일하게 사용하고자 한다.

어떤 구체적 문제를 해결할 때, 산만하게 흩어져 있는 법규범을 찾아서 적용하려면 많은 시간과 노력이 소모된다. 따라서 모든 법 규칙을 크고 작은 여러 기준에 따라 정돈하고 다시 계통을 수립하여, 논리적 통일성에 맞추어 체계를 세우면, 구체적 법률생활의 안전, 신속, 확신과 원활을 도모할 수 있을 것이다. 그러나 우리나라 사회복지법의 입법과정에는 준비과정의 부재, 형식적 입법, 그리고 일방적 입법이라는 문제가 있다(박승두, 1996 :47). 이러한 문제점들은 결국 사회복지법들이 체계적이고 종합적으로 편제되지 못하게 만든다. 즉, 사회복지법 체계는 통일되지 못한 상태이다.

아울러 사회복지법을 연구함에 있어 사회복지법의 연구 대상이 무엇인가, 즉 어떤 법률들이 사회복지법에 속하는가를 연구하고, 다음으로 이러한 개별 법률들을 어떻게 분류하고, 체계화할 것인가의 과제는 한 나라의 사회복지 수준, 사회복지의 범위, 사회복지의 이념, 그리고 권리성과도 밀접한 관계를 지니고 있어, 이에 대한 연구와 체계의 확립은 중요하다.

www.kci.go.kr

2) 일반 법체계하의 사회복지법

사회복지법 체계는 헌법이나 민법과 같이 단일 법전으로 존재하지 않고 있어 그 종류와 체계를 세움에는 다양한 기준에 따라 논의될 수 있다. 사회복지법의 체계화의 관건은 사회복지 내용을 어떻게 법이라는 형식에 포섭시켜서 사회복지의 원리와 법적인 원리를 동시에 담아낼 것인가 하는 점이다. 사회복지법에 속하는 법의 종류는 무엇이며 이를 어떻게 체계적으로 분류할 것인지는 다양한 기준에 따라 논의될 수 있다. 이상광 교수에 의하면, 각국의 분류방법은 제정된 사회규범에 따라 분류하는 실정법적인 체계와 제정된 실정법과 관계없이 사회복지법이 가지고 있는 제반 특수한 법적 성질 또는 기능을 기준으로 분류하는 학문적 체계가 있다(이상광, 1988: 294)고 한다.

우리나라의 사회복지법체계를 사회보장법과 사회복지법으로 구분하여 제시하고자 한다. 사회보장법에는 사회보장일반(2), 사회보험(10), 공공부조(6) 및 사회복지서비스(22) 관련법들을 포함 시키고 사회복지법으로는 헌법상 인간다운 생활을 구현하기 위하여 입법된 사회복지 관련 법률들(151)을 보건・위생, 주거・환경, 교육, 고용・근로, 교통, 여성・가정, 아동・청소년, 보훈・보상, 인권・보호 및 기타 일반 사회복지 분야로 구분하여 범주화를 시도하고자 한다.

3) 국가별 사회복지법의 분류체계

사회복지법의 체계화에 대하여 고찰하기 위해서는 먼저 선진국의 사회복지법 분류체계를 살펴볼 필요가 있다. 국가별 사회복지법의 분류체계를 살펴보면 다음과 같다(이상광, 202:294-306: 윤찬영, 1999:103-115: 신섭중 외, 2001:96-107 참고).

(1) 독일 사회복지법 체계론

이미 오래 전에 사회복지법전을 제정한 독일의 경우, 사회복지법을 ①사회급여의 기능에 따라 ② 사회적 위험에 따라 ③ 사회복지법의 기본 원리에 따라 분류하여 체계화하고 있다(장동일, 1998:50).

www.kci.go.kr

① 사회급여의 기능에 따른 분류체계

사회복지법을 예방급여, 보상급여, 원호 내지 장려·촉진을 위한 급여로 분류하는 3분법과 손실에 대한 급여와 불이익에 대한 급여로 분류하는 2분법으로 구분된다.

사회급여의 기능에 따른 분류는 2분설과 3분설로 다시 나누어진다. 3분설이란 사회급여의 기능을 예방, 보상, 원호 내지 장려 등으로 구분하여 사회복지법을 예방급여체계, 보상급여체계 및 원호 내지, 장려급여체계로 분류하고, 2분설은 사회급여가 발생한 손실에 대한 급여인가 또는 특별한 급여인가에 따라 각각 손실에 대한 급여체계와 불이익에 대한 급여체계로 분류하고 있다.

② 사회적 위험에 따른 분류

사회적 위험의 종류에 따라 체계화하는 방법이다. 이는 궁극적으로 사회급여의 근거를 고찰하여 분류하는 방법으로서 현실적으로 통일적인 체계화가 어렵다. 그것은 같은 사회적 위험에 대한 사회급여라 하더라도 그 원인에 따라 지급근거가 다르며 그 상이한 지급근거는 각각 독자적 체계 하에서 고찰하는 것이 법 이론상 적당하기 때문이다. 사회적 위험에 따른 분류체계는 사회적 위험에 대한 사회급여의 근거를 통일적으로 체계화하기 어렵다는 단점이 있다.

③ 사회복지법의 기본 원리에 따른 분류

사회복지법의 기본 원리에 따른 분류방법이란 보험의 원리, 보상의 원리 및 원호의 원리 등에 따른 분류체계를 의미한다. 이에 따라 사회복지법은 사회보험법, 사회보상법 및 사회원호법으로 나누어진다. 보험원리란 장래 발생할 생활상의 특정 위험으로부터 자기를 보호하고자 하는 사람들이 상호부조의 정신으로 각각 일정한 기여금을 지불하고, 자기에게 생활상의 그 위험이 발생하면 소정의 급여를 받게 되는 것인데, 이를 바탕으로 하는 사회보험법에는 의료보험법, 연금보험법, 산업재해보상보험법, 실업보험법 등이 포함된다.

사회보상법은 국가와 민족을 수호하기 위하여 활동한 사람(예컨대, 군경, 기타 국가유공자 등)이 상해를 입거나 사망하거나 근로능력을 상실하고 또는

www.kci.go.kr

본인이나 유족의 생활이 빈곤하게 될 때, 그와 같이 공익을 위한 헌신에 대하여 국가가 그들 본인과 가족 또는 유족의 생활을 보상하는 제반 사회적 급여에 관한 법률을 말한다. 사회보상법의 근본 원리는 인과성의 원리에 바탕을 둔 인과적 사회급여인 데 반하여 후술하는 원호의 원리에 근거를 둔 사회급여는 반대급부를 전제로 하지 않은, 즉 합목적성의 원리를 근거로 한 합목적적 사회급여인 점이 다르다. 사회보상법이 근거로 하고 있는 인과성의 원리는 사회보험법의 원리와 동일하지만, 전자의 경우는 보상의 근거가 민족, 국가, 사회공동체를 위한 초개인적인 원인에 있음에 대하여, 사회보험법에 있어서는 근거가 개인적인 원인에 있다는 점이 다르다(이상광,2002:263). 사회보상법에는 그 수급권자의 범주에 따라 국가유공자보상법, 공익행위자보상법 등이 포함된다.

사회원호법은 개인의 일정한 가중된 경제적 부담을 경감시켜 주거나 기타 사회적 보호를 필요로 하는 개인의 복지를 증진시켜 줌으로써 그에게 인간다운 생활을 보장시켜 줄 목적으로 국가가 일반적으로 지급하는 사회급여에 관한 법이다. 사회원호법은 기여금 지불을 전제로 하지 않고 그 재정은 국고에서 부담한다는 점에서 사회보상법과 같으나 특정한 법정 원인에 의하여 사회급여 지급 사유가 발생할 것을 필요로 하지 않는다는 점에서 그것과 상이하다. 사회원호법에 속하는 법에는 자녀급여법, 주택급여법, 혼인급여법, 노인복지급여법, 장애자복지급여법, 윤락여성재활급여법, 마약중독자재활급여법, 생활부조급여법, 의료부조급여법 등이 있다(이상광, 2002: 303-306).

(2) 일본 사회복지법 체계

일본의 경우 사회복지6법으로 불리 우는 사회복지 사업법을 행정대상에 따른 분류, 편제에 따른 분류, 사회보장급여의 성격과 기능에 따른 분류 및 욕구의 충족에 대응한 분류의 방식으로 체계화하고 있다. 먼저 행정대상에 따른 분류는 사회복지행정의 대상에 따라 사회복지일반[15]과 서비스급부 전체에 관련된 것[16]으로 구분한다(윤찬영, 2010:137). 편제에 관한 분류는 사회복지서

15) 사회복지일반 : 사회복지사업법, 사회복지사업진흥법, 민생원법 등이 있다.
16) 서비스급부 전체에 관련된 것 : 생활보호, 아동복지, 모자복지, 모자보건, 정신박약복지, 노인복지,

www.kci.go.kr

비스에 연관되는 제반 법률을 그 편제를 중심으로 분류한 후 다시 급여를 중심으로 행정기능에 따라 분류하는 방식[17]이다. 사회보상급여의 성격과 기능에 따른 분류는 소득보장급여체계와 장해보장급여체계로 구분한다. 그리고 욕구의 충족에 대응한 분류는 급여의 형태에 따라 현금급여체계와 비 현금급여체계로 분류하여 체계화하는 방식이다.

또한 일본 사회복지법의 분류체계는 佐藤 進과 右田紀久惠에 의해 33가지로 분류되고도 있다.[18] 물론 일본의 경우의 사회복지법은 잘 알려진 바와 같이 사회복지법으로 표현되는, 우리나라의 공적부조법 중의 국민기초생활보장법과 사회복지 사업법에 속하는 제반 법률이 그것이다. 사회복지 6법으로 일컬어지는 사회복지 사업법을 행정대상에 따른 분류, 편제에 따른 분류, 사회보상급여의 성격과 기능에 따른 분류 및 욕구의 충족에 대응한 분류의 방식으로 체계화하고 있다.

① 행정대상에 따른 분류

행정대상에 따른 분류는 일본 후생성이 감수한 '사회복지6법'에서 분류한 방식에 따른 체계이다. 사회복지6법에는 행정대상에 따라 사회복지 일반과 서비스급여 전체에 관련된 것으로 구분하고 있다(윤찬영, 2010:137). 편제에 관한 분류는 사회복지서비스에 연관되는 제반 법률을 그 편제를 중심으로 분류한 후 다시 급여를 중심으로 행정기능에 따라 분류하는 방식이다. 사회보상급여의 성격과 기능에 따른 분류는 소득보장급여체계와 장해보상급여체계로 구분한다. 그리고 욕구의 충족에 대응한 분류는 급여의 형태에 따라 현금급여체계와 비 현금급여체계로 분류하여 체계화하는 방식이다. 즉 사회복지 일반법으로는 사회복지사업법, 사회복지사업진흥법, 민생위원법 등이 있고, 서비스급여 전체에 관련된 것으로는 생활보호, 아동복지, 모자복지, 모자보건, 정신박약자복지, 노인복지, 매춘 방지, 재해구조, 소비생활협동조합, 공익전당포,

---

매춘방지, 재해구조, 소비생활협동조합, 전상별자원호 등이 있다.

17) 오가와의 사회복지법 체계화 방식으로 사회사업의 조직・재정에 관한 법과 사회사업급부에 대한 권리보장에 관한 법으로 분류한다.

18) 佐藤 進・右田紀久惠 編, 社會福祉の法と行財政・講座 社會福祉 6. 東京, 有斐財, 1982, pp. 14-17 참조.

www.kci.go.kr

전병상자 원호 등이 있다.

② 편제에 따른 분류

사회복지서비스에 연관되는 제반 법률을 그 편제를 중심으로 해서 이들 법에 의한 급여를 행정기능에 따라 분류하는 방식이다. 이 방법은 小川政亮에 의해 아래와 같이 시도되고 있다.[19] 즉 사회사업의 조직・재정에 관한 법으로는 사회복지사업법, 후생성설치법, 지방자치법, 민생위원회 등이 있고, 사회사업급여에 대한 권리보장에 관한 법으로는 일반적 형태로 보장활동이 행하여지는 것을 내용으로 하는 법률, 부조법인 생활보호법, 구조법인 재해구조법, 행려병인 및 행려사망인 취급법, 육성법인 아동복지법, 노인복지법, 신체장애자복지법, 정신박약자복지법 등, 갱생법인 범죄자예방갱생법, 집행자유예자보호관찰법, 갱생긴급보호법, 원조법인 저소득자에 대하여 자립 조장의 목적으로 급여의 형태로 보장활동이 이루어지는 것을 내용으로 하는 법률, 공익저당법, 모자복지법 등, 원호법인 일반적으로 전쟁 기타 공권력적 활동에서 생명・신체 등에 손해를 입은 희생자(유족, 장애자 등)에 대한 국가보상으로서, 전액 공비부담으로 이루어지는 급여에 관한 법률을 사회복지법에 포함시킬 것인지 혹은 배제시킬 것인지는 논쟁거리로 남아 있다.

그리고 욕구의 충족에 대응한 분류로는 비화폐(사회복지서비스)를 주로 하는 것으로 아동복지법, 모자보건법, 정신박약자복지법, 신체장애자복지법, 노인복지법, 근로청소년복지법, 근로부인복지법, 피폭자의료법, 공해건강피해자구제법 등이 있고, 현금급여를 주로 하는 것으로 아동수당법 중의 무갹출급여의 지역주민 대상의 아동수당, 국민연금법 중 무갹출급여의 각종 복지연금, 아동부양 수당법, 특별아동부양수당 등이 있다.

우리나라의 사회복지법은 일본의 영향을 많이 받았고, 실정법도 좁은 의미의 사회복지법으로 파악하고 있다. 여기서는 사회복지조직에 관한 법, 사회복지 급부내용에 관한 법, 사회복지의 재정에 관한 법, 사회복지의 권리구제에 관한 법으로 구분하였다. 특히 사회복지재정에 관한 법에는 보조금관리법, 사

19) 小川政亮, 社會事業法制, 東京, ミネルグ書房, 1987, pp. 3-5 참조.

www.kci.go.kr

회복지사업기금법, 지방재정법 등이 해당되고, 사회복지의 권리구제에 관한 법에는 복지법 중 심사청구에 관한 규정, 행정소송법 등이 해당된다(김만두, 1998:53).

5) 법전식 체계론

이는 법제처에서 정한 법령분류방식에 따라 '사회복리'편에 속하는 사회복지법을 사회복지일반에 관한 법률과 사회복지서비스에 관한 법률로 분류하였고, '사회복리'편에 분류되어 있지는 않지만 광의의 사회복지에 관련된 법령 등은 기타 관련법으로 분류하고 있다(박석돈, 2005:3).

6) 제도적 체계론

이는 신섭중 교수의 구분방법으로서 사회복지법을 사회복지제도의 실현을 위하여 사회보장법과 사회복지 관련법으로 체계화하여 넓은 의미의 사회복지법의 개념을 취하고 있다. 크게 사회보장법과 사회복지 관련법으로 나누어 전자에는 사회보장일반에 관한 법률, 사회보험법, 공공부조법, 사회복지서비스법이 포함되고, 후자에는 공중위생관련법, 주택관련법, 노동과 고용관련법, 교육 관련법, 재활관련법 등을 포함시키고 있다(신섭중 외, 2001::32-33).

7) 수평·수직적 체계론

이는 새로운 사회복지법의 체계화 시도로서 현행법을 중심으로 수직적 체계와 수평적 체계로 분류하여 혼합시킨 것이다. 전자는 법 단계에 따른 구분으로 헌법과 법률로 구분하고 있다. 즉 헌법 제10조와 제34조 1항을 필두로 해 헌법 제34조의 나머지 조항을 위치시키고 사회복지조항을 수직적 위계질서에 따라 배치시켰다. 그리고 후자는 대상자의 욕구의 성격과 급여의 법률관계를 중심으로 6가지 모델 즉, 귀속적 욕구에 관한 법률, 보상적 욕구에 관한 법률, 평가적 욕구에 관한 법률들을 각각 인과적 분류와 합목적적 분류로 나누었다는 특징을 갖고 있다(윤찬영, 2003:216-218).

www.kci.go.kr

(1) 수직적 체계화

법규범은 그것이 존재하는 형태에 따라서 수직적인 위계질서를 형성하고 있어, 같은 법규범이라 할지라도 효력의 강약과 우선순위 등에서 차이가 있다.

이러한 법의 위계는 헌법을 정점으로 하여 법률, 명령, 조례, 규칙 등의 순으로 이루어져 있다. 이러한 수직적 단계 속에서 하위규범들은 상위규범에 구속되어 그것을 위반할 수 없으며, 동시에 상위규범의 추상성을 구체화시켜 주는 역할도 하게 된다. 사회복지법 역시 법규범이기 때문에 이러한 법적 질서 속에서 존재하게 된다.

(2) 수평적 체계화

기존 법체계론 에서는 모두 법단계상 수평적인 지위를 공유하는 법률들 간의 분류체계화의 시도였다. 법리적인 체계화보다는 제도적인 내용과 기능에 따른 체계화를 시도했던 기존의 경향에 대한 비판적 관점에서 시회복지적인 기준과 법리적인 기준을 절충하여 다음과 같이 새로운 체계화를 시도해 볼 필요가 있다.

① 대상자 중심의 체계화

티트머스는 쌍방적 교환을 특징으로 하는 자본주의적 원리가 그 지배를 통하여 인간을 소외시키는 '경제적 시장' (economic market)과 사회적 통합을 추구하는 '사회적 시장' (Social market)의 개념을 대비시켰다(윤찬영, 2007: 196).

사회적 시장은 경제적 시장에 비하여 '일방적 양도'(unilateral transfer)를 특징으로 하는 교환체계(exchange system)로 이루어지며, 이것은 소외(alienation)를 억제시키고 사회적 통합(social integration)을 추구한다는 것이다.[20]

---

20) Titmuss, Commitment to Welfare, 2nd ed., George Allen & Unwin.. 1976. p. 22 참조.

www.kci.go.kr

② 욕구 개념에 의한 대상자의 구체화

사회복지대상자 범주를 보편주의, 긍정적 선별주의, 부정적 선별주의, 특권주의 등으로 분류할 수 있는 것은 그들이 가지고 있는 욕구의 성격 때문일 것이다.

따라서 사회복지법의 대상자를 구체화할 수 있는 방법 역시 '욕구'(needs)를 중심으로 분석하는 것이다. 욕구는 사회복지 또는 복지국가 등을 이해하는데 근본적인 개념이 된다.[21] 특히 법적인 관점에서 볼 때, 욕구와 권리의 관계는 매우 중요하다. 그것은 수급자 측면에서는 낙인(stigma)과 관련하여 매우 중요한 주제가 되는 것이다(Plant, 1980:22~25). 욕구의 충족이 하나의 권리로서 받아들여질 수 있다면, 그것은 복지급여가 권리로서 인정되는 것이고 수급자는 사회적 낙인을 받지 않는다.

(3) 내용적 체계화

① 규범적 타당성 체계

사회복지법은 헌법상 사회권 또는 생존권적 기본권이라는 근본규범으로부터 유래한다. 따라서 법률 차원에서의 사회복지법은 헌법상의 국가의 의무이행과 국민의 권리를 보장하는 이념과 원칙을 반영해야 한다. 또한 이러한 전제하에서 사회복지제도와 실천의 본질적인 성격을 반영하는 것이 곧 사회복지법이 갖는 규범적 타당성이라 하겠다. 사회복지법의 대상자들을 권리의 주체로 인정하는 것이 진정한 사회복지법의 태도라 할 수 있다. 따라서 각각의 사회복지법들은 개인의 권리를 명확하게 규정하고 그에 따르는 국가의 책임과 의무를 규정해야 한다.

법률로서의 사회복지법은 헌법에서 규정된 사회권 또는 생존권과 그에 따르는 국가의 의무를 이행하기 위한 구체화된 규범이기 때문에, 권리성에 대한 직접적인 명시가 없더라도 당연히 권리성을 인정하는 것으로 보아야 할 것이다. 사회복지서비스법의 경우에는 재정 부담의 원칙이 규범적 타당성 또는 복지적인 성격과 더욱 거리가 있다. 노인복지법은 경로연금과 노인건강진단 등

---

21) Plant, R. et al. Political Philosophy and Social Welfare, R. K. P. 1980. p. 20 참조.
21) Titmuss, 상게서, pp. 22-25 참조.

www.kci.go.kr

에 대한 비용을 국가 또는 지방자치단체가 부담하고, 아동복지법 역시 국가의 비용보조에 대한 임의성을 규정하고 있다. 영유아보육법은 수익자부담을 원칙으로 하고 있어 사회복지법 중 시장원리에 가장 가까운 위치를 가지고 있는데, 단 국민기초생활보장 수급자에 대해서만 예외로 하고 있다.

② 실효성 체계

사회복지법의 실효성은 크게 보아 두 가지 측면에서 체계화 할 수 있다. 첫째, 법 일반론적인 차원의 것으로 객관적인 실효성 체계를 들 수 있겠다. 이것은 각 법률들이 시행령과 시행규칙이 마련되어야 실제로 효력을 발휘할 수 있다는 것이다. 둘째, 사회복지법의 특성을 고려한 실질적인 내용 차원에서의 실효성 체계가 있다. 이러한 규범적인 요소들을 현실에 적용하기 위해서 갖추어야 할 사회복지 전달체계로서의 조직과 그 인력, 재정조달의 방법, 권리가 침해되었을 때 그의 회복이나 보상을 요구할 수 있는 권리구제 절차, 법규범을 위반할 경우 이를 처벌하여 원활한 법집행에 대해 심리적 강제를 도모하는 벌칙 등이 주된 요소이다.

(4) 한국 사회복지법 체계

그동안 우리나라에서는 독일과 일본의 사회복지법체계를 토대로 사회복지법체계화에 대한 여러 학자들의 연구노력이 있어 왔으나 학자들 마다 각기 견해를 달리하는 분류체계를 제시하고 있어 통일된 사회복지법체계를 이루지 못하고 있는 실정이다. 학자들에 따라서는 사회복지법을 광의 또는 협의로 개념 정의하여 체계화를 시도하기도 한다. 또는 사회적 급여의 종류에 따라, 기여금의 부담여부에 따라, 사회적 위험의 종류에 따라, 사회복지법의 제정 목적에 따라 또는 사회복지법의 사회복지정책이나 사회정책을 직·간접적으로 실현하는지에 따라 다양한 분류와 체계가 가능하며, 시대, 지역, 사람에 따라서도 각각 다르게 분류되고 체계화할 수 있다(장동일, 2003:48).

사회복지법 체계화를 시도한 기존의 연구를 고찰함에 있어 사회복지법의 형식적 모법으로 기능하던 '사회보장에 관한 법률[22]' 시기와 '사회보장기본법'이 사회복지법제의 사실상 상위 기본법으로 기능하게 된 1995년 이후로 구분

www.kci.go.kr

하여 살펴 볼 필요가 있을 것이다. 사회보장기본법상 사회복지법체계의 내용을 포괄한 사회보장에 관한 정의[23]가 제시된 이후 사회복지법제에 대한 논의는 사회보장과 사회복지의 개념 논쟁으로 비춰지기도 할 만큼 (최)광의의 사회복지법 개념에서 논의되고 있기도 하며, 나아가 최근 사회복지 관련 입법들이 매우 광범위한 범주에서 이루어지고 있기 때문이기도 하다.

사회보장기본법이 제정되기 이전 사회복지 관련법 체계에 대한 대표적인 학자들의 논의를 살펴보면 다음과 같다. 먼저 독일 법체계 이론의 영향을 받은 이상광은 사회복지법을 사회보험법, 사회보상법, 사회원호법으로 구분하여 제시한 바 있다(이상광, 1988:295). 또한 사회복지법에 대한 분류체계로 생존(계)법, 생활보장 및 생활향상 입법, 사회적응원조 입법 등으로 구분하였으며(김근조, 1994:51), 현암사의 '법전'의 2가지 분류 체계를 지지하는 박석돈은 사회복지일반에 관한 법률, 사회복지서비스에 관한 법률로 구분하여 사회복지법의 체계화를 시도하였다(박석돈, 1994:37).

한국의 경우 일본의 첫째 분류방식에 따라, 우리나라 법제처에서 정한 법령분류에 근거하여 현암사의 '법전'에서 "사회복리"편에 아래와 같이 두 가지 체계로 구분하고 있다(현외성, 2012:25).

① 사회복지 일반에 관한 법률

사회보장에 관한 법률, 사회복지사업법

② 사회복지서비스에 관한 법률

장애인복지법, 노인복지법, 재해구호법, 재해구제로 인한 의사상자구호법, 외국민간원조단체에 관한 법률, 국민연금법, 아동복지법, 모자복지법, 윤락행위 등 방지법, 생활보호법, 소비자보호법, 새마을운동조직육성법, 가정의례에 관한 법률, 의료보호법, 공무원 및 사립학교교직원의료보험법, 해외이주법 등.

박석돈은 그 "사회복리"편에 들어 있지 않고 다른 곳에 분류되어 있는 아래의 법률이 사회복지법에 포함되어야 한다고 주장한다. 즉, 군사원호보상법,

---

22) 사회보장에 관한 법률은 1963년 11월 5일에 제정되어 1995년 폐지되었다.

23) 사회보장기본법 제3조 제1항 : 사회보장이라 함은 질병·노령·실업·사망 등의 사회적 위험으로부터 모든 국민을 보호하고 빈곤을 해소하며 국민생활의 질을 향상시키기 위하여 제공되는 사회보험·공공부조·사회복지서비스 및 관련제도를 말한다.

www.kci.go.kr

국가유공자등 특별원호법, 자활지도사업 임시조치법, 월남귀순용사특별보상법, 사회복지사업기금법, 보호시설에 있는 고아의 후견직무에 관한 법률, 입양특례법, 특수교육진흥법, 갱생보호법, 보호관찰법 등이다.

일본식 분류는 사회복지법체계를 사회복지의 조직에 관한 법, 사회복지 급부내용에 관한 법, 사회복지의 재정에 관한 법, 사회복지의 권리구제에 관한 법으로 분류하였다(김만두, 1991:53). 이는 사회복지법의 대상과 범위를 좁은 의미로 포착하고 있는데, 그 이유로써 현행 한국의 사회복지법이 일본을 모델로 하고 있기 때문이라고 하였다. 뿐만 아니라 현행 실정법 역시 좁은 의미로 사회복지법을 파악하고 있기 때문이라고 하였다. 그리하여 사회복지법이란, 생활상의 곤란자 혹은 장애인, 즉 아동, 장애인, 모자 등으로 하여금 그 능력을 발휘할 수 있게 필요한 보호, 지도, 치료, 재활 등을 시행하기 위한 조직, 서비스, 재정, 권리 실현 등에 대한 법률이라고 정의하고 있다. 이를 체계화하였다(김만두, 1985:20-22). 즉 사회복지법으로 사회복지의 조직에 관한 법, 사회복지의 서비스에 관한 법, 사회복지의 재정에 관한 법, 사회복지의 권리실현・확보에 관한 법의 분류가 그것이다.

그리고 독일식과 일본식의 혼합 방식으로 사회복지법 체계를 시도한 것으로서 사회보장법 하의 사회보험법, 공적부조법, 사회복지법으로 체계화하여 제시하기도 하였다(김유성,1992:120). 이는 사회복지법을 좁은 의미로 보고 그 상위 개념으로 사회보장법을 보장제도와 보장급여를 기준으로 두 가지 방식으로 체계화 하고 있다(김유성, 1985:110-111). 자신은 두 가지 체계 중 보장제도를 기준으로 한 분류를 선호한다고 했다. 그리고 전광석 교수는 사회보장법을 사회복지법 개념보다는 선호하고 있고, 사회보장법이나 사회복지법 모두 넓은 개념과 좁은 개념 등 다양한 개념이 있다는 점을 인정한다. 그는 사회보장법이나 사회복지법은 이들보다 넓은 개념인 사회정책의 실천을 위해 요청되는 것으로 이해하고 있다. 또 사회복지법은 추상적 개념이므로 사회보장법을 주된 연구대상으로 하는 것 같다.

이러한 배경에서 사회보장법의 체계화를 급여의 원인관계 및 입법 목적을 기준으로 시도하여 사회보험체계, 사회보장법체계, 사회보조법체계 및 사회복지 관련법체계로 나누고 있다.

www.kci.go.kr

사회보장기본법 제정 이후의 연구로는, 먼저 장동일은 사회복지법은 사회보험의 원리, 사회보상의 원리, 사회부조의 원리, 사회원조의 원리에 의해 사회구성원의 사회적 욕구를 충족시키고 사회문제를 해결하여 인간다운 생활을 보장하려는 목적 하에 제정된 법규로 정의하면서 이러한 사회복지법의 기본원리를 토대로 사회복지법을 체계화 하였다.

신섭중 외 5인은 사회복지법체계의 구성을 크게 사회보장법과 사회복지 관련법으로 구분하였고, 사회보장법에는 사회보장일반에 관한 법, 사회보험법, 공공부조법, 사회복지서비스법 등을, 사회복지 관련법에는 공중위생관리법, 주택관련법, 노동과 고용관련법, 교육 관련법, 재활관련법 등을 포함시켜 제시하였다(신섭중 외, 2001:106). 본인은 이 견해에 찬동한다.

또한 김 훈은 사회복지법체계를 사회보장법에서 제시된 분류방식으로 제시하였으며, 복지관련법으로는 건강가정기본법, 청소년기본법, 장애인등에대한특수교육법, 보호관찰등에대한법률, 근로기준법, 최저임금법, 장애인고용촉진및직업재활법, 고령자고용촉진법 등을 포함시켜 사회복지법을 체계화하였다(김 훈, 2006:65). 현외성은 광의의 사회복지법의 개념을 채택하여 사회보장법과 사회복지관련법으로 이원화하고 있는데, 사회보장법으로는 사회보험법과 공공부조법 및 사회복지서비스법을 포함시키고, 사회보장기본법에서의 '관련복지제도'에 관한 부분을 기타 법률들로 구분하여 사회복지 관련법으로 분류 하고 있음을 볼 수 있다(현외성, 2008:58). 이에 더하여 사회복지법의 체계화를 위한 새로운 시도로서 윤찬영은 '모든 사회복지법들을 포괄 할 수 있으며 또한 각 법들이 분류체계의 하위영역에 겹치지 않게 분류되는 체계로서 상 하위(上下位)의 계층적 측면과 수평적 동일 범주의 일관된 원리에 기초하여야 하며 동시에 각각의 법들이 특수한 성격을 갖추어야 한다.'고 그 기준을 제시하면서, 현행법을 중심으로 수직적 체계와 수평적 체계로 분류하여 혼합시킨 수평·수직적 체계론을 내놓았다(윤찬영, 2010:145).

윤찬영의 이론을 정리하면 사회복지법을 법단계에 따라 헌법과 법률로 구분한 후, 헌법 제10조와 제34조 제1항을 먼저 상위에 위치시키고 그 하위에 제34조의 나머지 조항들과 제30조 이하 제36조 등 사회복지관련 조항을 수직적 위계질서에 따라 하위에 배치한다. 법률 단계에서는 사회보장기본법을 중

www.kci.go.kr

심으로 일반 법률을 다시 하위에 배치하되 이를 대상자 욕구의 성격과 급여의 법률관계를 중심으로 6가지 모델 즉, 귀속적 욕구에 관한 법률, 보상적 욕구에 관한 법률, 평가적 욕구에 관한 법률들을 각각 인과적 분류와 합목적적 분류로 나누는 사회복지법의 체계화를 도식화하여 예시하였다(윤찬영, 2007: 238).

이와는 별개의 다른 시도로서 특정 출판사나 단체에서 사회복지법제를 별도의 범주로 분류, 체계화하여 출간하거나 사회복지법전으로 제시하는 경우도 있다. 예컨대 한국사회복지협의회의 사회복지법전은 사회복지법을 사회보장법과 근로자복지법, 기타 관계법으로 분류하고 있으며[24], 현암사에서 출간된 법전에서는 보건, 환경, 복지, 노동, 국토, 건축 분야를 묶어 복지 관련 분야의 범주로 분류하고 있다. 또한 법률신문사가 출간한 법전에서는 노동, 보건, 복지 편으로 사회복지 관련 법률을 구분하여 범주화하였다.

이상과 같이 사회복지법의 체계화를 위한 여러 학자들의 연구 노력이 있어 왔으나 정작 사회보장기본법이 정의하고 있는 사회보험, 공공부조, 사회복지사업법 및 사회복지 관련법으로 구분하는 방식에 대하여 사회복지 관련법의 체계화를 위한 적절한 분류로 선뜻 동의하기 어려움을 내비치면서도 이렇다 할 다른 대안 제시는 찾아보기가 쉽지 않은 실정으로 파악된다.

Ⅲ. 사회복지법의 개선방안

사회복지법은 그 내용에 있어서 급부행정작용의 영역이 대부분이며, 이에 따라 기존의 전형적 도그마인 침해행정작용의 기본적 법률유보의 관점이 법제의 구성이나 법률의 해석에 있어서 배제되어 왔던 것이 사실이다. 결국 이러한 관습적 행태는 헌법해석의 유보, 입법재량, 행정에 있어서 재량행위, 행정입법으로의 과다위임, 실효성 확보수단의 부재 등을 연이어 낳게 하였고,

24) 사회복지협의회의 사회복지법전(2004)에서는 제1편 헌법, 제2편 사회보장법(사회보험, 공공부조, 사회복지서비스), 제3편 근로자복지법, 제4편 기타 관계법으로 분류하고 있다.

www.kci.go.kr

이것은 또 현재와 같은 문제 상황 – ‘사회복지개념모호성’, ‘사회복지에 있어서 절차규범의 미비’, ‘체계정합성, 균형, 합목적성의 불비 상황’–을 창출한 것이라고 판단된다. 즉 급부행정영역에 있어서도 침해행정이 갖는 도그마의 수준만큼은 아니다 하더라도 법치주의가 구현될 수 있는 체계를 갖추는 것이 시급한 일이라 하지 않을 수 없다. 이러한 연구와 이를 기반으로 한 사회복지 분야의 실제적 입법시도는 ‘사회복지’의 모호성, ‘사회복지절차’의 미비, ‘사회복지체계 및 합목적성의 부재로 인하여 나타나는 개념논쟁, 위법상황, 체계불비・불균형을 바로잡는 중핵적 지위를 갖는 일이라고 생각한다. 아래에서는 사회복지 관련법에 있어서 법치주의 실현이라는 관점에서 개념의 명확화, 절차규범의 완비, 체계・균형・합목적성의 도모라는 주제를 가지고 기술하고자 한다.[25]

1. ‘사회복지권’ 개념의 명확화

사회복지법의 개선을 위한 당면과제 중 첫 번째는 이른바 소위 ‘사회복지권’을 명확하게 하는 일이다. 즉 사회복지의 규범적 개념– 특히 헌법적 개념–은 이후에 전개될 사회복지법의 절차, 체계, 균형, 합목적성을 판단함에 있어서 준거점이 된다. 개념의 명확화는 사회복지법의 경계를 획정하는 것이다. 최근 무상급식에 관한 논란의 핵심쟁점은 결국 우리 사회, 우리 헌법이 예정하고 있는 ‘사회복지’의 개념의 공감대적 가치에 관한 문제로 귀결된다. 사회복지는 사회적 권리로서 모든 국민에게 소위 ‘국민복지기본선’을 보장할 수 있어야 한다.[26] 즉 ‘국민복지기본선’을 헌법의 해석과 법률의 입안 과정에서 명확하게 하는 것이 ‘사회복지’의 개념을 법치주의내로 수용하는 것이다.

---

25) 이달휴, 사회통합에서 본 사회보장법, 「공법학 연구」, 제11집 제2호, 2010, 181쪽 참조.

26) 김인재 교수는 사회복지기본선에 대하여 다음과 같이 설시한다. “생활이 어려운 저소득 취약계층에 대하여 최소한 먹고 입는 문제와 자녀교육, 의료 등 기초생활을 국가책임 하에 완전히 보장하여야 하며, 또한 경제적 어려움, 사회적 갈등 등으로 인한 가족해체를 방지하고 가족기능을 보강하기 위한 예방적 복지서비스를 강화하고, 노인, 장애인 등 사회취약계층에 대한 소득 및 의료보장시책을 확충하고 사회참여를 통한 자기실현의 기회가 확대되어야 한다. 궁극적으로 사회보장의 수준을 경제수준에 맞도록 확대하여 균형적 관계를 유지함으로써 적절한 경제성장과 공평한 분배를 동시에 달성할 수 있도록 하여야 한다. 김인재, 디지털경제사대에 있어서의 사회보장법의 대응, 한국법제연구원, 2010, 32-34쪽 참조.

www.kci.go.kr

결국 법률로 형성되는 사회복지권의 내용은 국가의 재정능력과 같은 현실적 실현조건에 따라 규범과 현실의 상호작용을 하면서 변화될 수밖에 없는 속성을 가진다[27]. 그럼에도 불구하고 사회복지권의 내용을 규범이 아닌 정책결정자의 임의적 판단에 전적으로 유보할 수는 없다. 결국 사회복지권의 내재적 한계가 고려되어야 하지만, 그 내용은 헌법의 해석과 법률사항으로 정해져야 할 것이다.

2. '사회복지권' 집행을 위한 절차규범의 완비

사회복지권 역시 입법적 및 행정적 구체화를 통하여 실현되게 된다. 침해행정영역에 있어서 전통적인 법률유보이론에 입각하여 법치행정의 엄격성이 높게 요구된 반면, 급부행정영역은 절차와 기준에 있어서 재량이 폭넓게 인정되었다. 그러나 급부행정에 있어서 법률유보의 문제는 수익적 행정행위라는 이유로 더 이상 간과될 사항이 아니며, 결국 명확한 법적절차를 완비함으로써 사회복지권의 실현에 있어서도 법치주의가 구현되어야 함이 필요하다. 이와 같은 '사회복지권'의 절차에 대한 법치주의적 요청은 우리 법제에서 거의 마련되어 있지 않거나 마련되어 있다 하더라도 대부분이 주요사항이 행정입법으로 위임되어 있다. 물론 구체적인 상황에 따라서 합목적적 차원을 고려하여 행정적인 차원에서 결정될 사항도 있겠으나, 구체적인 사회복지권의 행사에 있어서 최소한의 기준과 절차는 법률의 형식으로 규율 되어야 한다(전광석, 2005:132). 또한 '사회복지권'의 집행 시 필요한 세부적인 절차를 행정입법의 형태로- 침해행정영역에 있어서의 '처분절차 및 기준'에 대응함으로써 '사회복지권'의 전달체계의 안정성을 확보하여야 할 것이다. 더불어 구체화된 제도가 수용력을 갖기 위해서는 국민이 신뢰를 갖도록 절차를 공시하고 과정을 공개하며 운용될 수 있는 절차와 기준이 규범화되어야 할 것이다.

---

27) 이를 전광석 교수는 '사회적 기본권의 취약성과 거시적 실현구조'로 명명하고 현실적 실현조건, 결정의 가치판단성과 유동성, 규범과 현실의 상호작용, 사회적 기본권의 원리적 취약성 등으로 설명하고 있다. 전광석, "사회적 기본권의 헌법적 실현구조", 「세계헌법연구」 12(1): 2006, 279-284쪽.

www.kci.go.kr

3. 체계・균형・합목적성의 도모

국가가 사회복지의 의무를 이행함에 있어서는 사회복지 전반의 제도와의 균형과 형평, 유사 사회복지제도와의 체계정합성, 당해 사회복지제도의 합목적성이 고려되어야 할 것이다. 아울러 사회복지법이 정치타협의 대상으로 여겨지는 것은 이제 지양되어야 할 것이다. 또한 사회복지법 전반을 우리 헌법의 기준으로 재설계하고 재구성하여야 할 시점이 아닌 가 사료된다. 기본적 헌법 원리로서 민주국가원리, 법치국가원리, 사회국가원리의 기반 하에 사회복지법제의 체계정립이 다시 이뤄져야할 것으로 본다. 즉 사회복지법이 아동, 노인 및 장애인의 자기결정권을 보장하기 위해서는 자신의 법적 지위 및 지위의 변화에 대해서 어느 정도 예측가능성을 부여하여야 한다. 이 점에 있어서 사회복지법이 본질적으로 어느 정도 한계가 있다는 지적을 할 수 밖에 없다. 그러나 현재 법들은 지나치게 국가의 추상적 과제와 의무를 중심으로 규율되어 있으며, 이에 상응하는 개인의 권리 및 이익을 명확히 하는 경향을 찾아볼 수 없다. '아동복지법'은 시설의 운영을 중점적으로 규율하는 데 그치고 있다. '노인복지법'과 '장애인복지법'은 주로 국가의 주의규정과 재량규정으로 구성되어 있다.[28]

일반적인 선언과 기본이념, 기본이념을 실현하기 위하여 필요한 기본원칙이 체계적으로 구성되어야 한다. 이어서 구제적인 실현을 위한 방법론으로 구체적인 권리로서의 복지조치와 재량적 결정과 재량적 형성을 필요로 하는 복지조치, 수급자와 시설, 수급자와 국가, 그리고 국가와 시설과의 사이에서 복지조치가 실현되는 법률관계가 체계적으로 편제・형성되어야 한다. 사회복지관련법에서 복지조치는 부분적・추상적 보호가 아니라 포괄적・구체적으로 이루어져야 하는데 이를 모두 구체적인 청구권으로 형성하는 것은 불가능하고, 또 바람직하지도 않기 때문이다. 더불어 이 법에서 입법목적을 실현하는 데 중심에 있는 시설 및 서비스 역시 단순히 주의규정으로 규율하는 것은 적합하지 않다. 시설에서 적시에 적합한 서비스가 이루어질 수 있도록 의무를

28) 이익섭/최정아, 국제장애인권리조약의 의미와 한계「한국사회복지조사연구」제13권, 2005, 9쪽 이하.

www.kci.go.kr

부과하고 이에 대해서 어느 정도 규범적으로 통제할 수 있도록 형성되어야한다. 행정법상의 시설보장청구권이 한 예가 될 것이다. 사회복지법에서 각종 보호조치가 개인의 생활에 개입하는 형태로 이루어지기 때문에 이러한 법률관계는 복지조치에 비해서 더욱 규범적 윤곽이 충실히 제시되어야 한다.

더불어 행정법 체제에 기반 하여 사회복지법의 전반적 검토가 이뤄져야 한다. 특히 법치행정의 원칙 아래서 사회복지 관련법을 검토·분석·비판하는 것은 무엇보다도 시급하다고 사료되며, 결국 사회복지의 수혜자-이른바 '사회복지권자'-의 관점에서 사회복지의 실체적 내용과 절차적 체계에 대한 법제 완비가 이뤄져야 할 것으로 본다. 이를 위하여 그간 급부행정의 영역이라 해서 다소 관대하게 취급된 법률유보의 원리를 사회복지 입법이나 법률해석에서 보다 적극적으로 적용되어야 함을 기조로 이른바 '사회복지권' 개념의 명확화, '사회복지권' 집행을 위한 절차규범 완비 및 법제의 체계·균형·합목적성 도모를 개선의 방향으로 제시하고자 한다.

Ⅳ. 결 론

사회복지법은 학문적·실천적으로 많이 논의되어 왔음에도 불구하고 그 이해방법과 범주, 그리고 체계적 특성이 아직 모호한 상태에 있다. 사회적 취약집단을 규율대상으로 하므로 보호의 필요성에 대해서는 의문의 여지가 없지만 한편으로는 이들이 부분적으로 정치적 주목을 받지 못했고, 다른 한편으로는 이들을 보호하는 다른 일반적인 법률 혹은 사회보장법이 사회복지법을 주목하는 데 장애가 되었을 것이다. 이 글에서는 이들을 보호하는 다양한 법에도 불구하고 사회복지법이 독자적인 체계형성의 필요성이 있다는 기초 위에서 사회복지법 전반의 발전방향을 제시하고자 하였다.

사회복지법은 헌법의 구체화법으로 존재한다. 즉 사회복지법이 정치타협의 대상으로 여겨지는 것은 이제 지양되어야 할 것이다. 또한 사회복지법 전반을 우리 헌법의 기준으로 재설계하고 재구성하여야 할 시점이 아닌 가 사료된다.

www.kci.go.kr

기본적 헌법 원리로서 민주국가원리, 법치국가원리, 사회국가원리의 기반 하에 사회복지법제의 체계정립이 다시 이뤄져야할 것으로 본다. 더불어 행정법 체제에 기반 하여 사회복지법의 전반적 검토가 이뤄져야 한다. 특히 법치행정의 원칙 아래서 사회복지법을 검토・분석・비판하는 것은 무엇보다도 시급하다고 사료되며, 결국 사회복지의 수혜자– 이른바 '사회복지권자'–의 관점에서 사회복지의 실체적 내용과 절차적 체계에 대한 법제완비가 이뤄져야 할 것으로 본다. 이를 위하여 본 논문에서는 그간 급부행정의 영역이라 해서 다소 관대하게 취급된 법률유보의 원리를 사회복지 입법이나 법률해석에서 보다 적극적으로 적용되어야 함을 기조로 이른바 '사회복지권' 개념의 명확화, '사회복지권' 집행을 위한 절차규범완비 및 법제의 체계・균형・합목적성 도모를 개선의 방향으로 제시하였다. 또한 우리나라의 사회복지법 체계화를 위한 여러 학자들의 연구노력이 있어왔으나 아직 미흡한 실정으로 최근 들어 사회복지 관련 입법이 활성화되고 있는 가운데 사회복지법체계에 대한 연구가 더욱 요구됨에 따라 이에 대한 논의를 이어가고자 하는 데에 본 연구의 취지를 두었다.

사회복지법의 체계를 충실히 형성하는 것이 법학의 과제이지만 이러한 과제는 노인, 아동, 및 장애인의 특수한 상황을 이해하고, 규범과 이들 상황과의 상호작용을 통하여 비로소 입법목적이 실현될 수 있다. 이 점에서 보면 사회복지법은 다른 법률, 그리고 다른 학문분야와는 지속적인 협력을 필요로 한다는 것을 알 수 있다. 이러한 의사소통에서 사회복지법의 독자적인 체계성이 전제되어야 한다는 점이 중요하며, 이를 통하여 그간 주춤했던 '사회복지법의 법치주의적 수용에 있어서 재해석 및 재정립이 활성화되기를 기대한다.

투고일 : 2015. 06. 25.	심사일 : 2015. 07. 20.	게재확정일 : 2015. 08. 03.

www.kci.go.kr

참고문헌

강기갑외 공저, 사회복지법제론, 양서원, 2010.
권건보, 경제민주화와 복지의 공법적 기초와 과제, 공법연구 제41집 제2호, 2012.
김기원, 사회복지법제론, 나눔의 집, 2009.
김남식 외, 우리나라의 사회복지법 체계에 관한 소고, 21세기사회복지연구 제7집 제2호, 2010.
김만두, 사회복지와 법, 홍익재, 1985.
_____, 헌법과 사회복지, 사회사업논집. 1985.
_____, 사회복지법제론, 홍익재, 1998.
김종엽, 사회복지법제론, 정민사, 2012.
김 훈, 사회복지의 개념 및 법체계에 관한 고찰, 토지공법연구 제41집, 2008.
나운환, 장애학- 통합재활적 접근, 나눔의 집, 2000.
남찬섭/유태균 역, 사회복지 정책론, 나눔의 집, 2007.
박석돈, 사회복지법제론, 양서원, 2010.
박정호, 사회복지법의 체계화에 관한 연구, 사회복지리뷰, 2003.
박태정/박형원, “UN장애인 권리협약에 의한 장애인복지법 분석-제19조(자립생활)를 중심으로,”「복지행정론」제20권 제1호, 2010.
법률신문사,『소법전』, 2010.
신섭중 외, 한국사회복지법개설, 대학출판사, 2001.
우주형, 장애인복지 관련 법제의 발전방향,「법제연구」, 통권 제 41호, 2011.
윤찬영, 사회복지법제론, 나남 출판사, 2007.
이상광, 사회법, 박영사, 2002.
이익섭/최정아, “국제장애인권리조약의 의미와 한계; 장애인의 사회적 배제(Social exclusion)를 중심으로”,「한국사회복지조사연구」 제13권, 2005.
장동일, 한국사회복지법의 이해, 학문사, 2003.

www.kci.go.kr

전광석, 한국사회보장법론, 법문사 3판, 2000.
_____, 사회복지법의 규범체계와 과제,「법제연구」, 통권 제 41호, 2011.
정무성외 공저, 장애인 복지론, 학현사, 2009.
정일교외 공저, 장애인 복지론, 양서원, 2011.
조원탁외 공저, 사회복지법제론, 양서원, 2011.
한수웅, 사회복지의 헌법적 기초로서 사회적 기본권, 한국헌법학회 제73회 정기학술대회 발표문, 2012.
한승협, 사회복지법제론, 창지사, 2012.
허 영, 한국헌법론, 박영사, 2012.
현외성, 한국사회복지법제론, 양서원, 2011.

堀勝洋, 社會保障法總論, 東京大學 出版會, 1994.
ミネルグ書房 編輯部 編, 社會福祉小六法, 2010.
佐藤 進, 右田紀久惠 編, 社會福祉の法と行財政・講座 社會福祉 6. 東京, 有斐財. 1982.
佐藤 進. 社會福祉の法と行財政, 社會福祉大系 2, 東京, 勁草書房. 1985.

Rdbson, P. Welfare Law, New York University Press. 1992.
Eberhard Eichenhofer. “Sozialrecht und soziale Gerechtigkeit”, Juristenzeitung. 2005.
Adam M. Samaha. “What Good is the Social Model of Disability?,” *Chicago Law view* vol.74. 2009.
Hans F. Zacher. “Sozialrecht und Gerechtigkeit”, *abhandlungen zum Sozialrecht,* 1993.
Franz-Xaver Kaufmann. *Sozialpolitisches Denken.* 2003.
Gosta Esping-Andersen. “Welfare States without Work; the Impasse of Labour Shedding and Familianism in Central European Social Policy”, Gosta Eaping-Andersen, *Welfare States in Transition,* Sage Publication. 1996.

www.kci.go.kr

P. Flora. “Solution or Source of Crises? The Welfare State in Historical Perspective, in W. J. Mommsen (Ed), *The Emergence of the Welfare State in Britain and Germany,* Crom Hrlm, 1981.

Furniss, N. & Tilton, T. *The Case for welfare State From Social Security to Social Equality,* Bloomington: Indiana University Press, 1979.

Higgins. J. State of Welfare : *Comparative Analysis in Social Policy.* Oxford: Basil Blackwelle Martin Robertson. 1981.

ISSA. *Social Security Programs Throughout the World.* 2008-2010.

Judith Sevel et. al. *Social Work Skills Demonstrated,* Allyn and Bacon, Boston. 1999.

Plant, R. et al. *Political Philosophy and Social Welfare,* R. K. P. 1980.

Roemer, Milton. *National Health Systems of the World,* New York and Oxford, Oxford University. 1991.

Titmuss. R. M. *Commitment to Welfare*, 2nd ed., George Allen & Unwin. 1976.

www.kci.go.kr

<국문요약>

사회복지법의 개념과 법체계의 개선방안

이 중 호

사회복지법은 학문적·실천적으로 많이 논의되고 있음에도 불구하고 그 이해방법과 범주, 그리고 체계적 특성이 모호한 상태에 있다. 사회복지법은 헌법의 구체화법으로 존재한다. 즉 사회복지법이 정치타협의 대상으로 여겨지는 것은 이제 지양되어야 할 것이다. 또한 사회복지 관련법 전반을 우리 헌법의 기준으로 재설계하고 재구성하여야 할 시점이 아닌 가 사료된다. 기본적 헌법 원리로서 민주국가원리, 법치국가원리, 사회국가원리의 기반 하에 사회복지법제의 체계정립이 다시 이뤄져야할 것으로 본다.

더불어 행정법 체제에 기반 하여 사회복지법의 전반적 검토가 이뤄져야 한다. 특히 법치행정의 원칙 아래서 사회복지법을 검토·분석·비판하는 것은 무엇보다도 시급하다고 사료되며, 결국 사회복지의 수혜자– 이른바 '사회복지권자'–의 관점에서 사회복지의 실체적 내용과 절차적 체계에 대한 법제완비가 이뤄져야 할 것으로 본다. 이를 위하여 본 논문에서는 그간 급부행정의 영역이라 해서 다소 관대하게 취급된 법률유보의 원리를 사회복지 입법이나 법률해석에서 보다 적극적으로 적용되어야 함을 기조로 이른바 '사회복지권' 개념의 명확화, '사회복지권' 집행을 위한 절차규범완비 및 법제의 체계·균형·합목적성 도모를 개선의 방향으로 제시하였다.

주제어: 사회복지법, 사회보장기본법, 사회복지사업법, 사회복지법의 체계, 생존권

www.kci.go.kr

<Abstract>

Definition of Social Welfare Law and Proposals for the Reform of Legal System

Lee, Joong-Ho

This paper is of the concept of social welfare and system of legal on the social welfare. Here is examining difference of the concept of social welfare On the side social welfare science and jurisprudence. the concept of seeing any difference, and the difference is that where is occurring, and what legal basis, a system of social law how it was at the Look. Naw days, Service practice cases is tend to put too much emphasis in the areas of Social Welfare. No matter how good the services of social, services are also service subject and demander passed they are made through trail and error. Consequence, the time and cost of importing waste. Social welfare policies, no matter how good the law can take effect without the constitutional Artical 10 to Joe because Joe Artical 34 of essential social welfare and social welfare laws so we can confirm the importance of law and Social Security Business Act. However, the ideological premise of social welfare-related ideas and concepts mentioned at fault 'as a means of social welfare gwangui'. In other words, learn about the social security system and welfare scholars have classified the scheme would also briefly mentioned.

The actual circumstance of studies on the legislation system of social welfare in korea is insufficient, so the more research efforts are required

www.kci.go.kr

for systematization of social welfare laws. The social welfare law is defined in this study as every laws that insure the human life within social relations and rule the public, and private systems & politics etc. for realizing social justice. and this study suggested the legislation system of social welfare in korea divided into the social security act and the laws in connection with social welfare appling the concept in broad sense. It included in the social security act, general social security(2), social insurance(10), public assistance(6), social welfare service(21) laws and included in other laws in connection with social welfare, the laws(151) that legislated for insuring the human life of constitutional law trying to categorize by classifying into public health · hygiene, residing · environment, education, employment · labor, traffic, feminine · family, children · adolescent, veteran · compensation, human rights · protection and other general social welfare area.

Key Words: social welfare law, legislation system of social welfare, system of social welfare law, society security a fundamental act

www.kci.go.kr