

사회복지법의 규범체계와 과제

전 광 석*

차 례

- I. 사회복지법의 이해 및 범위, 그리고 과제
- II. 주관적 및 객관적 상황, 사회적 기여와 기대의 불균형
 - 1. 주관적 및 객관적 상황
 - 2. 사회적 기여와 기대의 불균형
- III. 정책목적과 규범수단
 - 1. 상황의 포괄성과 개별성, 입법기술적인 문제, 장애인의 특수성
 - 2. 법적 접근의 한계와 과제
 - 3. 법적 접근의 필요성과 가능성
- IV. 사회보장법체계의 기능구조와 사회복지법
 - 1. 사회보장법체계의 기능구조와 한계
 - 2. 사회복지법의 규범 체계적 독자성
- V. 맺는 말

* 연세대학교 법학전문대학원 교수

접수일자 : 2011. 11. 29 / 심사일자 : 2011. 12. 16 / 게재확정일자 : 2011. 12. 16

I. 사회복지법의 이해 및 범위, 그리고 과제

필자에게 주어진 주제인 아동, 노인 및 장애인 등을 대상으로 하는 사회복지법을 논의하기 위해서는 우선 사회복지법의 개념, 그리고 여기에 포섭되는 법률들에 대한 이해가 필요하다. 사회복지법은 사회보장법과 동의어로 사용되기도 하지만 이 글에서는 사회복지법을 사회보장법의 한 부분체계로 이해하도록 하며, 사회보장법과 사회복지법의 개념 및 체계상의 차이를 자세히 다루지는 않는다¹⁾. 사회복지법은 실정법적인 용어도 아니고, 또 무엇보다도 이러한 용어에 포섭되는 법률 및 정책들이 학문적·실천적으로 많이 논의되고 있음에도 불구하고 그 이해방법과 범주, 그리고 체계적 특성은 아직 모호한 상태에 있다. 사회복지법에서 국가와 급여전달자, 수급권자, 그리고 수급권자를 보호하는 가족들 간의 법률관계 및 실현구조에 대한 해명은 거의 이루어지지 않은 상태이다²⁾. 사실 사회복지법이 한편으로는 아동, 노인 및 장애인을 규율대상으로 하는 일반 법률과의 관계에서, 그리고 다른 한편 복지를 입법목적으로 하는 다른 사회보장법과의 관계에서 독자성을 갖는가의 문제 역시 아직 연구의 대상이다³⁾. 따라서 위와 같은 질문은 어느 정도는 규범적이기도 하다. 즉

- 1) 이에 대해서는 예컨대 전광석, 한국사회보장법론(법문사, 2010), 77쪽 이하 참조.
- 2) 이에 관한 시론으로는 예컨대 김진우, “장애인시설 내 차별 발생 책임소재에 관한 탐색적 연구”, 전광석(편), 한국 사회와 장애인정책(인간과 복지, 2011), 327쪽 이하; 김희성, “사회복지서비스 민간위탁에 대한 계약법적 책임”; 임성택, “사회복지사업법의 쟁점: 사회복지서비스 신청권을 중심으로”. 후자의 두 논문은 한국사회복지법제학회 학술발표회(2009.11.28)에서 발표된 바 있다. 이밖에 구미영, “보육시설 종사자의 주의 의무”, 이흥재(편) 사회보장법판례연구(법문사, 2010), 557쪽 이하; 신권철, “사회복지시설 허가취소의 요건”, 같은 책, 588쪽 이하 등 참조.
- 3) 예컨대 1976년 시작된 독일의 사회보장법전(Sozialgesetzbuch) 편찬 작업의 과정에서 1980년 청소년법의 초안이 마련되었으나 오랜 동안 연방의회에서 통과되지 못했다. 가장 큰 이유는 청소년법이 일반 사회정책 및 교육 정책적 차원에서 이해되어야 하기 때문에 사회보장법전에 포섭될 수 없다는 데에 있었다. 아동 및 청소년법은 1990년 비로소 사회보장법전 제8편에 제정·편입되었다. 사회보장법전 제8편이 사회정책 및 교육정책 등을 포괄하는 일반적인 성격을 갖는다는 점에 대해서는 Hans F. Zacher, “Das Vorhaben des Sozialgesetzbuchs”, Hans F. Zacher, Abhandlungen zum Sozialrecht II(C.F.Müller, 2008), 374쪽 이하 참조. 우리나라에서도 아동복지법을 좀 더 상위 개념인 아동법으로 개편하는 시도가 있었다. 이에 대해서는 예컨대 이용교, “아동복지법 개정 전망과 과제”, 『복지동향』 통권 제113호(2008.3), 47쪽 이하 참조.

통일적이고 의미 있는 논리에 기초하여 대답할 수 있을 때 비로소 사회복지법의 체계, 상황과 문제, 그리고 발전방향에 대한 논의를 입법정책적으로 지도할 수 있다는 것이다.

사회복지법의 개념을 획득하기 위하여 우선 고려하여야 하는 법률들은 한편으로는 「사회복지사업법」이며, 다른 한편으로는 「아동복지법」, 「노인복지법」, 「장애인복지법」등 법률 자체에 ‘복지’의 명칭을 포함하고 있는 법률들이다. 아마도 이번 특집은 후자의 이해방법에 따르는 것으로 보인다. 필자의 총론적 논문에 이어 「아동복지법」, 「노인복지법」, 「장애인복지법」등이 다루어질 예정이기 때문이다. 소극적으로 보면 「사회복지사업법」이 적용되는 영역으로 열거되어 있는 법률들을 사회복지법이라는 상위법체계에 모두 포섭하는 것은 불가능하다⁴⁾. 이들 법률들은 규율대상과 입법목적, 그리고 기능방식이 다양하고 이질적이기 때문이다⁵⁾. 이로써 1차적으로 사회복지법의 범주를 이해할 수 있지만 사회복지법의 개념과 체계에 대해서는 여전히 설명이 필요하다. 개념과 체계의 이해에 따라서 사회복지법의 범주는 얼마든지 개방적일 수 있다⁶⁾.

4) 「사회복지사업법」상 사회복지사업이란 보호·선도 또는 복지에 관한 사업과 사회복지상담, 노숙인 등 보호, 직업지원, 무료 숙박, 지역사회복지, 의료복지, 재가복지, 사회복지관 운영, 정신질환자 및 한센병력자의 사회복지에 관한 사업 등 각종 복지사업과 이와 관련된 자원봉사활동 및 복지시설의 운영 또는 지원을 목적으로 하는 사업을 말한다. 이에 관련된 법률로 「국민기초생활 보장법」, 「아동복지법」, 「노인복지법」, 「장애인복지법」, 「한부모가족지원법」, 「영유아보육법」, 「성매매방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」, 「정신보건법」, 「성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」, 「입양촉진 및 절차에 관한 특례법」, 「일제하 일본군위안부 피해자에 대한 생활안정지원 및 기념사업 등에 관한 법률」, 「사회복지공동모금회법」, 「장애인·노인·임산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률」, 「가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」, 「농어촌주민의 보건복지증진을 위한 특별법」, 「식품기부 활성화에 관한 법률」, 「의료급여법」, 「기초노령연금법」, 「긴급복지지원법」, 「다문화가족지원법」, 「장애인연금법」, 「장애인활동 지원에 관한 법률」, 「노숙인 등의 복지 및 자립지원에 관한 법률」, 「보호관찰 등에 관한 법률」 등이 열거되어 있다(법 제2조 제1호).

5) 입법사적으로 보더라도 「사회복지사업법」은 1970년 전후 당시 시행되던 복지사업에 대한 통제 및 재원마련 등의 행정필요에 의하여 제정되었으며, 복지사업의 기능을 중심으로 규율하는 목적을 가졌던 것은 아니다. 이에 대해서는 예컨대 심재진, “사회복지사업법 제정사 연구”, 「사회보장연구」 제27권 제2호(2011), 279쪽 이하 참조.

6) 아래 각주 15 참조.

사회복지법의 체계상의 위치를 해명하기 위해서는 우선 사회복지법의 규율대상인 아동, 노인 및 장애인의 집단유형에 따른 특성을 파악하여야 한다(II). 사회복지법은 아동, 노인, 장애인 등 연령, 그리고 신체·정신 및 심리적 특성을 갖는 집단 그 자체를 규율대상으로 하고 있다. 따라서 다른 일반 국민과 비교되는 이들의 특성을 종합적으로, 그리고 체계적으로 이해하는 기초 위에서 비로소 해당 법체계의 형성 가능성 및 필요성이 논의되어야 한다. 이어 아동, 노인 및 장애인정책의 목적이 규범적으로 실현되는 가능성과 그 한계를 살펴본다(III). 규범은 정책을 실현하는 대표적인 수단이지만 규범을 통하여 정책목적이 실현되기 위해서는 여러 조건이 충족되어야 한다. 정책의 대상이 규범적으로 포섭될 수 있도록 정형화될 수 있어야 하며, 또 규범이 수범자의 의지와 능력에 따라서 집행행위를 매개로 하여 현실화될 수 있어야 한다⁷⁾. 그런데 아동과 노인 및 장애인은 모두 정도의 차이가 있기는 하지만 스스로, 혹은 타인과의 관계속에서 이러한 조건을 충족시키지 못하는 대표적인 집단이다. 노인과 장애인은, 그 중에서도 특히 장애인은 자신의 상황으로 인하여, 그리고 아동은 자신의 상황과 함께 타인, 즉 보호자 및 교육자 등과의 관계에서 이러한 문제가 나타난다. 사회복지법의 체계적 특성과 사회보장법적 형성의 가능성은 상대적으로 보면 다른 사회보장법의 기능구조와 이러한 기능구조가 갖는 한계 속에서 이루어진다. 아래에서 살펴보듯이 한 나라의 복지생산이 사회적 취약계층에 대한 평등을 이념으로 하고, 실현방법으로서 보편적인 서비스에 중점을 두는 경우에는 사회복지법의 독자성에 대한 요청이 새삼스럽게 강조되지는 않을 것이다⁸⁾. 사회보장법의 기능구조와

7) 따라서 사회보장법의 국가 간 비교는 규범의 비교를 넘어서서 규범과 현실 간의 상관관계를 비교의 대상으로 하여야 한다는 특성을 갖는다. 이에 대해서는 예컨대 Danny Pieters, "Reflections on the Methodology of Social Security Law Comparison", Festschrift für Hans F. Zacher(C.F.Müller, 1998), 715쪽 이하; Hans F. Zacher, "Vorfragen zu den Methoden der Sozialrechtsvergleichung", Hans F. Zacher, Abhandlungen des Sozialrechts (C.F.Müller, 1993), 329쪽 이하 등 참조.

8) 이에 대해서는 아래 각주 61 참조. 이에 비해서 독일과 같이 조합주의적 복지생산의 전통을 갖고, 또 복지생산이 주로 규범적 사회정책을 통하여 이루어지는 경우 서비스급여를 통한 평등의 실현은 비교적 주목을 받지 못하는 문제가 있다. 이에 대해서는 예컨대 Hans F. Zacher, "Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts", Friedrich Kübler

그 한계를 분석하면서 사회복지법이 다른 사회보장법의 규범 상황과 상관관계 속에서 갖는 문제점을 정형화하여 이해할 수 있게 된다. 이러한 작업이 갖는 부수적이지만 중요한 효과는 이제 거꾸로 사회복지법과 다른 사회보장법이 공유하는 문제영역이 나타나는 경우, 이 두 영역의 기능을 체계적으로 재편하는 가능성을 모색할 수 있다는 것이다(IV.1). 이러한 상대적 독자성의 기초 위에서 사회복지법체계의 형성 필요성과 가능성을 살펴본다. 우선 사회복지법의 개념을 정의하는 시도를 한다. 이어 자기결정권에 기초한 인격 및 자유의 실현, 보편성과 평등의 문제를 기본이념으로 제시한다. 자기결정권을 실현하기 위하여 필요한 규범체계를 재정렬하는 과제와 사회복지법의 특유한 문제로서 입법평가가 갖는 중요성을 지적한다. 사회복지법은 여러 매체를 거쳐서 비로소 입법목적이 실현되기 때문에 규범과 규범의 긴장관계, 규범과 현실의 상호관계 등에 대한 평가를 필요로 하기 때문이다(IV.2). 이에 비해서 개별 사회복지법의 구체적인 문제를 제기하고 이에 대한 구체적인 발전방향을 제시하는 것은 이 글의 목적이 아니다. 이러한 방대한 작업을 위해서는 지면에 제한이 있기도 하고, 또 이는 필자의 총론에 이어지는 개별 사회복지법을 서술하는 집필진의 과제에 맡겨져야 할 것이다.

II. 주관적 및 객관적 상황, 사회적 기여와 기대의 불균형

1. 주관적 및 객관적 상황

(1) 상황, 그리고 이중적 배제의 문제

아동, 노인 및 장애인은 국민 일반과 구별되는 다음과 같은 특징이 있다. 이들은 우선 개별적으로 보면 모두 스스로의 능력으로 정상적인 일상생활과 직업생활 등 경제활동, 그리고 일반적인 사회생활을 영위하는 데 어려움을 갖고 있는 집단이다. 생애 특정 시점에 혹은 특정 시점으로부터

(편), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität(Suhrkamp, 1985), 35쪽 이하 참조.

사회적 위험이 나타나는 것이 아니라 포괄적, 그리고 통시적(通時的) 상황 자체가 이들의 집단적 특성에 해당한다⁹⁾. 사회공동체의 관점에서 보면 사회의 구성원으로서 이들 집단은 국가 및 사회적 관심에서 멀어지는 경우 사회의 동질성이 유지될 수 없다¹⁰⁾. 그 결과 사회통합이 상실되고, 또 사회의 지속성이 저해된다.

오늘날 가족법은 구성원 간의 협력과 기능분담을 통하여 가족의, 그리고 가족을 중심으로 하는 사회의 지속가능성을 보장하는 기능에 한계를 보이고 있다¹¹⁾. 이러한 상황에서 아동, 노인 및 장애인의 문제는 어느 정도 사회화되어야 하며, 그 결과 공적 과제화할 필연성을 갖게 되었다¹²⁾. 그런데 위에서 설명한 바와 같은 아동과 노인, 그리고 장애인이 처한 주관적 및 객관적 상황은 문제를 사회화하는 과정에서 보다 심화될 수 있다. 즉 국가의 개입이 없는 상태에서 아동, 노인 및 장애인은 현실적 및 규범적으로 배제되는 절대적 문제 상황에 처해 있다¹³⁾. 그런데 모든 국민을 공적 과제 및 제도에 포섭(inclusion)하여 사회화하는 경우 이들 문제는 정치화하여 정치적 결정의 대상에 편입된다. 그리고 이러한 정치적 결정에서 이들 집단 자체가 배제(exclusion)되거나 혹은 집단 내부에서 포섭과 배제의 분화가 나타나면서 상대적인 불균형을 나타낼 위험이 있다¹⁴⁾.

-
- 9) 이는 특정한 생활위험을 중심으로 제도가 형성되는 사회보험과 구별되는 점이다. 이에 대해서는 아래 IV.1. 참조.
- 10) 장애인과 관련하여 이러한 문제의식에 대해서는 정창권, 세상에 버릴 사람은 아무도 없다(문학동네, 2005) 참조.
- 11) 가족에서의 사회화와 가족의 사회화의 관계에서 대해서는 예컨대 Alexander Graser, “Die Familie im Gefüge der Solidargemeinschaften; Ein Ansatz soziologisch orientierter Rechtsordnung”, Ulrich Becker(편), Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht I(Nomos, 2010), 373쪽 이하 참조.
- 12) 이 점에 대해서는 예컨대 Hans F. Zacher, “Das Wichtigste; Kinder und ihre Fähigkeit zu leben”, Gerhard Igl/Thomas Klie(편), Das Recht der älteren Menschen(Nomos, 2007), 95쪽 이하 참조.
- 13) 장애인정책에서 이에 관한 논의로는 예컨대 이익섭/최정아, “국제장애인권리조약의 의미와 한계; 장애인의 사회적 배제(social exclusion)를 중심으로”, 『한국사회복지조사연구』 제13권(2005), 1쪽 이하 참조.
- 14) 오늘날 복지국가론에서 핵심 주제로 논의되고 있는 사회적 배제는 기원적으로 보면 사회보험으로부터의 배제가 갖는 문제에서 출발하였다는 사실에서도 사회적 배제의 개념이 자연적 배제와 함께 제도적 배제에 주목하였다는 것을 알 수 있다. 이에 대해서는 예컨대 심창학, “사회적 배제 개념의 의미와 정책적 함의”, 『한국사회복지학』

아동, 노인 및 장애인 외에 이러한 특성을 공유하는 다른 집단이 존재하며, 이들 집단에 대해서도 같은 목적의 법률을 제정하여 보호하여야 하는 가는 별개의 문제이다. 문화적 및 인종적 이질성으로 인하여 주관적 생활형성과 객관적 통합에 장애를 갖는 외국인(및 그 가족) 문제가 그 예가 될 것이다¹⁵⁾.

(2) 아동과 노인

아동과 노인, 그리고 장애인이 모두 위에서 지적한 바와 같은 주관적 및 객관적 특성, 그리고 이중적 배제의 문제를 같은 정도로 공유하는 것은 아니다. 아동은 성장과정에 있는 인격체로서 건전한 정신적 및 정서적 발달이 보호되어야 하며, 건강한 신체의 발육이 촉진되어야 한다. 이러한 기초 위에서 비로소 능력과 적성에 따라 개별적으로 인격이 실현되고 성장할 수 있다. 그러나 다른 한편 아동이 바로 이와 같이 성장과정에 있다는 특성에서 보호자 및 교육자와의 관계가 중요한 정책적 및 법적 규율 대상으로 나타난다¹⁶⁾. 현재 아동은 일방적인 보호의 대상이지만 잠재적으로는 사회의 지속가능성을 담보하는 집단이다. 즉 미래 우리 사회를 유지하는 주체이다. 다만 미래에 대한 기대가 일반적으로 현재에 충실하게 인식되지 못한다는 문제가 있으며, 이에 대해서는 아래에서 다시 논의하기로 한다¹⁷⁾.

노인은 노화의 단계를 밟고 있으며, 기존의 가족 및 생활공동체로부터 소외의 위험이 증가되고 있는 집단이다. 전자의 상황에서는 의료적 및 경

제44권(2001), 178쪽 이하 참조. 사회적 배제의 다양한 형태와 그 제도적 측면에 대해서는 예컨대 전광석, “헌법과 국민통합”, 『법제연구』제30호(2006), 20쪽 이하; Hilary Silver, “Social exclusion and social security”, *International Labour Review*(1994), 561쪽 이하 등 참조.

15) 이에 대해서는 예컨대 박경태, “한국사회의 인종차별; 외국인 노동자, 화교, 혼혈인”, 『역사비평』 제48호(1999), 189쪽 이하; 전광석, “다문화사회와 사회적 기본권-헌법적 접근을 위한 시론”, 『헌법학연구』 제16권 제2호(2010), 105쪽 이하 등 참조.

16) 이 점에 대한 이해에 기초하여 헌법 개정을 제안하는 문헌으로는 예컨대 정혜영, “아동기본권에 관한 연구- ‘아동’ 관련 조항의 신설과 그 헌법적 모델에 관한 검토”, 『공법학연구』 제10권 제4호(2009), 81쪽 이하 참조.

17) 아래 II.2. 참조.

제적 보호를 필요로 하며, 후자의 상황에서는 기존의 생활공동체를 유지하고, 또 새로운 생활공동체로의 편입을 필요로 한다¹⁸⁾. 노인이 소속되어 있던, 그리고 노인을 둘러싼 기존의 공동체 및 환경이 더 이상 기능을 할 수 없는 상황은 노인의 생활형성에 있어서 가장 중요한 문제이다. 일반적으로 아동에 비해서 노인문제가 사회화의 시기와 정도가 빠르고 강한 것은 노인의 경우 부양관계를 중심으로 자녀와 법률관계가 형성되어 있지만 노인은 독립적인 인격체로서 그에 상응하는 정치적 주목을 받을 수 있기 때문이다. 또 노인은 이미 일정한 기여에 대한 반대급부를 받을 위치를 갖기 때문에 이에 상응하여 (헌)법적 보호를 받기도 한다¹⁹⁾.

(3) 장애인

아동과 노인문제는 그 자체로 보면 연령에 따른 상황과 이에 대한 대응으로 어느 정도 유형화될 수 있다. 다만 특히 아동의 경우 아동과 보호자의 관계, 보호자와 보호자의 관계, 아동이 처해 있는 사회적 관계 및 그것의 변화, 그리고 국가의 책임과 과제 등을 중심으로 보면 아동 역시 유형화할 수 없을 정도로 다양하고 다원적인 상황에 놓여 있으며, 아동의 복지는 이들 상황과의 상관관계 속에서 실현된다²⁰⁾.

이에 비해서 장애인은 그 자체로 장애의 종류와 정도, 장애의 존재 시기, 장애인의 생활영역에 따라 다양한 상황에 처해 있으며 이에 대한 구체적인 지원이 필요하다는 특성이 있다. 여기에 더하여 장애에 대한 이해방법에 따라 장애인정책은 전개방향을 달리 한다²¹⁾. 또 장애인이 필연적으로 겪는 아동 및 노인의 단계에서 나타나는 문제 상황, 그 밖에 여성

18) 노령이 갖는 다양한 의미에 대해서는 예컨대 전광석, 위 각주 1의 책, 309쪽 참조.

19) 이에 대해서 자세히는 아래 II.2. 및 IV.1.(2) 참조.

20) 이러한 상황에서 아동복지를 위한 규범이 갖는 보편성과 특수성에 대해서는 예컨대 Hans F. Zacher, "Universale Menschenrechte und die Wirklichkeit der globalen Welt - Das Beispiel der Kinderrechte", Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht(2007), 66쪽 이하 참조.

21) 장애에 대한 이해방법에 따른 장애인정책에 대한 분석으로는 예컨대 이동석, "장애학의 다중패러다임과 한국 장애인복지의 성격", 『한국사회복지학』 제56권 제3호(2004), 227쪽 이하; 이익섭/최정아, 앞 각주 13의 논문, 6쪽 이하 등 참조.

등과 같은 사회적 보호의 필요성이 중첩적으로 나타나는 경우 문제의 양상은 보다 복잡해진다²²⁾. 추상적으로 보면 장애인은 아동 및 노인과 마찬가지로 사회적 보호의 필요성이 있지만, 구체적으로 보면 보호가 필요한 상황 및 상황에 대한 보호의 내용은 훨씬 다양하다. 아동과 노인이 연령이라는 생물학적 특성에 따른 분류인 데 비해서 장애인은 신체적 특성뿐 아니라 정신·심리적 요인에 따른 분류이며, 이에 대한 판단이 장애에 대한 이해와 의식, 그리고 여기에 작용하는 가치관 등 다양한 요소에 종속되어 있고, 또 그렇기 때문에 정치적 판단에 종속되어 있다는 점에서 장애인복지의 요청과 현실 간의 괴리는 커질 위험이 있다²³⁾. 장애인정책의 형성에 있어서의 어려움은 장애인과 비장애인의 관계설정에 있어서뿐 아니라 장애인 자체 내부에서도 예컨대 경증장애인과 중증장애인의 이익투쟁의 형태로, 실현방법의 이념으로서 복지와 평등의 긴장관계로 나타나기도 한다²⁴⁾.

2. 사회적 기여와 기대의 불균형

아동과 노인은 연령상의 분류이며, 아동은 필연적으로 노인이 된다는

- 22) 장애여성 및 아동의 문제에 대해서는 이동영, “국제장애인권리협약 국내 비준에 따른 장애예방정책의 발전방안에 관한 연구; 관련법 내용분석을 중심으로”, 『한국사회복지조사연구』 제21권(2009), 281쪽 이하; 오혜경/김정애, 여성장애인과 이중차별(학지사, 2000) 등 참조.
- 23) 이에 대한 좋은 예를 1961년 간행된 『한국장애아동보고서』에서 찾아볼 수 있다. 여기에서는 장애의 종류로 15개가 분류되어 있다. 절단, 마비, 맹인, 농아, 농, 정신병, 간질, 정신박약, 말더듬이, 언청이, 꼽추, 번측, 혼혈아 등이 그것이다. 그런데 이중 예컨대 ‘언청이’는 오늘날 장애는 아니며 치료 가능한 질병이다. 또 이를 더 이상 ‘언청이’라고 하지 않고 ‘구순열’이라고 하고 있다. 이는 장애의 개념이 상대적이라는 것을 보여주는 좋은 예이다. 또 ‘혼혈아’를 장애라고 분류한 것 역시 설명이 필요로 한다. 장애의 개념정의에 있어서 사회적 가치판단이 중요한 영향을 미칠 수도 있다는 것이다. 이들은 바로 장애의 개념이 자연적이라기보다는 인위적인 성격이 강하다는 것을 보여주는 좋은 예이다.
- 24) 이러한 긴장관계는 특히 장애인고용촉진에 있어서 정책의 대상을 중증장애인에 한정할 것인가, 혹은 중증장애인을 중점적으로 보호할 것인가의 문제를 둘러싸고 1990년대 이후 지속적으로 관찰되고 있다. 이에 대해서는 예컨대 이성규, 사회통합과 장애인 복지정치(나남, 2000), 146쪽 이하; 전광석, “장애인의무고용의 규범적 정당성과 제도적 타당성에 관한 연구”, 『법학연구』 제21권 제1호(2011), 146쪽 이하, 150쪽 이하 등 참조.

점에서 어느 정도 연대적 관련성을 갖는다. 이는 좁게는 가족적 연대성, 그리고 넓게는 국가 및 사회적 연대성, 그리고 더 넓게는 인류적 연대성으로 나타난다²⁵⁾. 이러한 연대성은 이른바 지속가능성의 축을 형성하며, 이들에게 세대 간 계약 혹은 세대 간 정의의 매개체 혹은 당사자의 위상을 부여한다. 다만 아동과 노인은 이러한 세대연결의 직접적인 당사자가 아니라 중간세대인 (아동을 미래세대, 노인은 과거세대라고 할 때) 현재 세대를 매개로 한 공동체의 일원이 된다. 현재세대가 아동문제와 노인문제를 주변문제로 방치하는 경우 해당 사회의 지속가능성은 실현될 수 없다. 그러나 여기에서도 다음과 같은 차이가 나타난다.

지금까지 아동문제는 규범적·정책적으로 소홀히 되어 왔으며, 또 위에서 언급했듯이 아동은 구조적으로 보호자 및 교육자와의 관계에서 조정이 필요하거나 혹은 보호자의 법률관계에 포섭되어 있는 것으로 보아 왔기 때문에 공적 기능구조에서는 취약한 위치에 있었다. 아동은 연령적으로 보면 사회적 보호의 정도 및 내용에 따라서 이들의 전 생애에 걸친 생활형성에 있어서 영향을 받고, 객관적으로 보면 아동은 미래에 사회 전체의 능력을 지탱하는 성인, 그리고 노인세대를 구성하고 역할을 수행한다는 점에서 사회의 운명을 결정하는 중요성을 갖는다. 그럼에도 불구하고 현실정치는 이러한 규범적 요청과는 괴리를 보인다. 아동복지의 사회화는 필연적으로 개별화를 촉진하며 이로써 나타나는 가족의 위기가 아동에게도 위기인가, 아니면 오늘날 가족구조의 변화에 비추어 보면 이러한 발전경향이 필연적인가는 또 다른 가치판단이 필요한 문제이다²⁶⁾. 노인문제가 일찍부터 사회화의 과정을 밟아온 점과 비교된다. 아동은 적어도 현재로는 일방적인 보호의 대상이며, 미래에 사회적 기여가 기대될 뿐이다. 또 아동은 스스로 정치적 영향력을 갖지 못한다는 한계도 있다. 아동 자신이 조직화된 주체가 될 수는 없기 때문이다²⁷⁾. 또 아동보호조치는

25) 이러한 구조에 대해서는 위 각주 11 참조.

26) 이 점에 대해서는 예컨대 Anne Lenz, "Kinderrecht und Sozialrecht - Die Verfassungsmässigkeit der Regelleistungen für Kinder", Kinder und Jugendliche im Sozialleistungssystem, Schriftenreihe des Sozialrechtsverbandes 58(2009), 29쪽 이하 참조.

27) 이를 극복하기 위한 처방으로 아동의 선거권에 관한 논의가 있지만 현실성과 또 타당성도 있어 보이지 않는다. 이에 대해서는 예컨대 Wolfgang Kahl, "Nachhaltigkeit

대부분 아동을 보호하는 성인세대를 대상으로 하며, 아동 그 자체를 위한 정책의 비중은 낮다. 『아동의 권리에 관한 국제협약』(제3조), 그리고 『아동복지법』(제3조)이 아동의 이익을 최우선적으로 고려하여야 한다는 요청을 하고 있지만 위에서 지적한 아동의 법적 및 정치적 상황의 구조가 근본적으로 바뀌는 것은 아니다²⁸⁾. 단순화해서 말하면 아동은 주로 부모에 의한 후견적 보호의 대상에서 아동 그 자체가 복지의 주체로서 변화하여 왔지만, 아동 스스로가 권리의 주체가 되는 것은 구조적으로 한계가 있다²⁹⁾. 나아가서 아동의 법적 지위의 독자화가 부모와 자녀의 법률관계를 해체하여 아동복지와 일정한 긴장관계에 들어설 수도 있다는 점은 또 다른 고려를 필요로 하는 문제이다³⁰⁾.

아동복지를 선도하는 상위규범으로서 아동에 관한 헌법규정은 일반적으로 적극적이지 않다는 특징이 있다³¹⁾. 또 국제협약 역시 규범력이 크지 않다³²⁾. 이는 위에서 지적한 바와 같이 아동복지의 경우 규범적 전범(典範)을 형성하기 힘들고, 또 실현구조가 복잡적이기 때문이다³³⁾.

이에 비해서 노인세대는 해당 사회의 현재를 있게 한 주체이며, 재정적으로 보면 이미 소득활동기간에 조세 및 보험료를 납부하여 재정적 기여를 하고 이에 대한 반대급부를 기대하는 위치에 있다. 특히 보험료는 이에 기초하여 형성된 급여에 재산권 보호가 인정되고 있기도 하다. 또 현재 정책형성에 있어서 주도적인 역할을 하고 있는 세대는 바로 노인세대

und Institutionen-eine rechtswissenschaftliche Perspektive”, Wolfgang Kahl(편), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff(Mohr Siebeck, 2008), 284쪽 이하 참조.

28) 이에 대해서는 아래 II.2. 참조.

29) 이러한 시각에서 우리 아동복지법의 발전에 대한 추적으로는 문영희, “헌행 아동복지법에 관한 고찰 - 특히 아동학대와 관련하여”, 『한양법학』 제21권 제3집(2010), 405쪽 이하 참조. 아동의 지위의 변화와 변화가 갖는 내재적 한계에 대해서는 예컨대 Michael Coester, “Die Rechte des Kindes”, Kinder und Jugendliche im Sozialleistungssystem, Schriftenreihe des Sozialrechtsverbandes 58(2009), 7쪽 이하 참조.

30) 이 점에 대해서는 예컨대 Eberhard Eichenhofer, "Ehe und Familie im gegenwaertigen Sozialrecht", Vierteljahresschrift fuer Sozialrecht(2008), 85쪽 이하; Hans F. Zacher, "Ehe und Familie in der Sozialrechtsordnung", Hans F. Zacher, Abhandlungen zum Sozialrecht(C.F.Müller, 1993), 576쪽 이하 등 참조.

31) 이에 관한 분석으로는 위 각주 16 참조.

32) 이에 대해서는 예컨대 위 각주 Hans F. Zacher, 위 각주 20의 논문, 74쪽 이하 참조.

33) 위 각주 20 참조.

로 진입할 것이 예정되어 있기 때문에 노인 정책에 우호적이라고 기대할 수 있다. 이로써 노인세대의 규범적 및 정치적 위상은 다시 한 번 확인된다. 이에 비해서 현재의 정치적 주체인 노인세대 및 성인세대의 권리와 이익을 넘어서서 미래 세대인 아동의 권리와 이익을 고려하는 것은 정치적으로 기대하기도 어렵지만, 한시적 정당성을 부여받은 국가권력의 권한에 속하는가 하는 의문 역시 제기된다³⁴⁾. 이러한 점에서 보더라도 아동은 노인에 비해서 훨씬 취약한 집단이라고 할 수 있다.

장애인은 아동 및 노인에 비해서 또 다른 의미에서 열악한 위치에 처해 있다. 인간은 누구나 아동 및 노인의 경험을 갖는다. 이에 비해서 비장애인 모두가 언젠가는 장애인의 상황에 처한다는 가정을 하지는 않는다. 장애의 원인 중 다수가 선천적이라기보다 후천적이며, 따라서 누구나 장애인이 될 수 있다는 통계가 실제 심리적으로 각인되기는 쉽지 않다. 다른 어떠한 취약집단에 비해서도 장애인정책에 있어서 장애인의 사회참여 및 통합이 강조되는 것은 장애인 스스로의 자기결정권에 의한 장애인정책이 절실하기 때문이다. 1990년대 이후 장애인관련 법률의 제정 및 개정, 그리고 무엇보다도 2008년 시행된 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」(이하 ‘장애인차별금지법’)의 제정에 있어서 볼 수 있었던 장애인 및 장애인단체의 주도적인 역할이 좋은 예이다³⁵⁾. 아동복지와 노인복지는 한편으로는 그 자체로 중요한 문제이지만, 다른 한편 현재세대인 성인은 향후 노인세대로 진입할 것이 예정되어 있기 때문에, 그리고 아동에 대한 보호는 대부분의 경우 보호자인 현재세대를 직접적인 대상으로 하기 때문에 일정한 연대적 관련성이 있다. 이에 비해서 장애인과 비장애

34) 지속가능성의 요청이 민주주의에서 일반적으로 겪는 어려움과 갈등에 대해서는 전광석, “지속가능성과 세대 간 정의”, 『헌법학연구』 제17권 제2호(2011), 281쪽 이하 참조. 따라서 지속가능성의 중요한 요청은 미래 세대를 위한 정치적 결정이 아니라 미래 세대가 자신의 운명을 결정할 수 있는 환경을 조성하는 것이라고 할 수 있다.

35) 장애인복지법 발전에 있어서 장애인의 역할에 대해서는 이동석, 위 각주 21의 논문, 236쪽 이하 참조. 장애인차별금지법의 제정 경과 및 내용에 대해서는 박종운, “장애인차별금지법 제정의 과제와 전망”, 『국제인권법』 제7호(2004), 51쪽 이하; 이승기, “장애인차별금지법의 제정과정, 쟁점, 그리고 함의”, 『사회보장연구』 제23권 제3호(2007), 229쪽 이하; 전광석, “장애인차별금지법의 제정방향”, 『장애와 고용』 제53권(2004 가을), 5쪽 이하 등 참조.

인의 경우 특별한 도덕적 자각과 정책적 및 규범적 유인이 없이는 자기 동력을 갖지 못한다는 차이가 있다는 것이다. 그러나 장애 및 장애인에 대한 사회의식이 우호적으로 변화하며, 장애인이 조직화되어 사회적 및 정치적 영향력을 갖게 되는 경우 긍정적인 발전을 기대할 수 있다. 노인 장기요양보험 및 기초노령연금의 도입에 있어서 유사한 상황에 있는 장애인에 대한 활동지원 및 연금제도가 함께 고려될 수 있었던 것이 좋은 예이다³⁶⁾. 또 장애인정책은 아동정책과는 달리 자립생활, 자기결정권 등을 강조하는 국제협약상의 선언적 규정, 헌법상의 평등규정들이 중요한 변수로서 장애인정책의 진화를 선도할 수 있었다는 특징이 있다³⁷⁾.

Ⅲ. 정책목적과 규범수단

1. 상황의 포괄성과 개별성, 입법기술적인 문제, 장애인의 특수성

사회보험은 특정한 위험을 보호하는 목적을 가지며, 공공부조는 빈곤이라는 상황을 보호하는 과제를 갖는다. 사회복지법에서 보호되는 위험은 질병, 소득상실 및 감소, 장기요양, 그리고 그밖에 다양한 형태의 인격을 실현할 기회의 상실 혹은 감소 등을 포괄한다. 보호의 범위는 이들 위험 자체의 극복 뿐 아니라 이러한 위험의 예방과 재발을 포함한다. 그리고

36) 장애인연금제도 도입에 있어서 장애인단체의 역할에 대해서는 예컨대 이진숙/이석형, “장애인연금법의 정책결정과정 분석”, 『사회복지정책』 제37권 제3호(2010), 1쪽 이하 참조.

37) 장애인법에서 국제법의 영향에 대해서는 예컨대 박태정/박형원, “UN 장애인권리협약에 의한 장애인복지법 분석-제19조(자립생활)를 중심으로”, 『복지행정논총』 제20권 제1호(2010), 101쪽 이하; 이익섭/최정아, 위 각주 13의 논문; 전광석, 국제사회보장법론(법문사, 2002), 442쪽 이하 등 참조. 또 예컨대 독일은 1994년 헌법 개정을 통하여 “모든 국민은 장애를 이유로 불이익을 받지 않는다”는 조항을 삽입하였으며, 이는 장애인에 대한 불이익을 금지할 뿐이며 장애인에 대한 특별한 보호는 허용된다는 내용으로 이해되고 있다. 이에 대해서는 예컨대 Ulrike Davy, “Das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung im deutschen Verfassungsrecht und im Gemeinschaftsrecht”, Die Behinderten in der sozialen Sicherung, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes. Bd.49(2002), 18쪽 이하 참조.

보호의 방법으로 현금급여와 현물급여 뿐 아니라 서비스급여가 중요한 비중을 차지한다³⁸⁾. 이와 같이 아동, 노인 및 장애인은 집단적 특성으로 인하여 이들의 상황 자체가 포괄적으로 보호되어야 하며, 또 아동, 노인 및 장애인은 특정 시점이 아니라 장기적으로(아동, 노인의 경우) 혹은 전체 생애에 걸쳐서(장애인의 경우) 보호를 필요로 한다. 특히 아동의 경우가 기간 보호의 여부가 전체 생활형성에 결정적인 영향을 미친다. 이와 같은 상황의 포괄성은 비유적으로 보면 전통적으로 가족에서 이루어져 왔던 가족유대에 기초한 보호와 협력, 기능분담이 오늘날 국가와 개인의 영역으로 확대되었다고 볼 수 있다³⁹⁾. 또 사회복지법은 아동, 노인 및 장애인을 빈곤으로부터 보호하는 것이 입법목적이 아니다. 이 점은 2008년 「기초노령연금법」, 그리고 2010년 「장애인연금법」이 제정되는 과정에서 급여조건인 선정기준액을 확정하는 문제, 그리고 이들 연금(소득)을 「국민기초생활보장법」에서 수급자를 결정하는 기준인 소득인정액에 포함시킬 것인가의 여부의 문제에 대한 논의에 잘 나타나 있다⁴⁰⁾.

위와 같은 사회복지법이 보호하는 상황의 포괄성은 이들 문제영역에 대한 이해 및 접근에 있어서 입법기술적으로 다음과 같은 특성을 띠게 한다. 첫째, 이들 문제영역이 단일 법률에 의한 접근대상이 아니라 여러 법률들이 함께 기능을 분담하고 협력하면서 규율되어야 한다. 아동복지가 「아동복지법」뿐 아니라 사회보험 등 다른 사회보장법의 기능과 연계되어 있으며, 아동복지가 사회보장법을 넘어서서 민법상의 자녀와 부모의 법률관계 등과 조정되면서 실현되어야 하며, 또 세법적 배려에 의하여 뒷받침되어야 하는 문제가 좋은 예이다⁴¹⁾. 둘째, 이들 문제의 포괄적 성격으로 인하여 역설적으로 보면 이들 개별적인 상황들에 적합한 세분화된 보호방법이 강구되고 적용되어야 한다는 의미에서는 보호의 개별성이라는 또 하나의 특징이 필연적으로 나타난다. 따라서 이들에 대한 보호가 일반 법률을 통하여 이루어지는 데에는 한계가 있으며, 개별적인 생활영역 및 수

38) 서비스급여와 법적 안정성의 문제에 대해서는 아래 III.3. 참조.

39) 이러한 변화 및 변화된 상황의 관계에 대해서는 위 각주 11 참조.

40) 이에 대해서는 아래 IV.2.(3) 참조.

41) 이에 대해서는 아래 각주 64 참조.

요를 보호하는 규범들이 세분화되어 적용되어야 한다⁴²⁾. 그리고 그 결과 개별 법률과 일반 법률과의 관계, 그리고 개별 법률 상호간의 기능분담과 협력의 과제가 나타난다. 문제 중심적 접근에 있어서 일반법적 접근과 개별법적 접근은 선택의 문제이다. 인적 범위 및 사항을 기준으로 개별법적 접근을 하는 경우 한편으로는 해당 사안에 전문적이고 효율적인 규율이 이루어질 수 있다는 장점이 있지만, 다른 한편 형평성이 희생될 위험이 있다. 특정 사안 혹은 특정 집단의 이익이 과잉 혹은 과소 대표될 수 있기 때문이다⁴³⁾. 그런데 아동, 노인 및 장애인은 인적 집단이 갖는 특성 그 자체가 보호의 대상이기 때문에 적용 법률이 개별적으로 다원화되면서 형평성이 희생되는 문제는 나타나지 않는다⁴⁴⁾. 특히 노인과 장애인의 경우 개별 법률 간의 조정의 문제가 실제로 제기되고 있다. 즉 노인의 소득보장과 관련해서는 「국민연금법」과 「기초노령보장법」, 그리고 「국민기초생활보장법」의 기능분담이 현실적인 조정을 필요로 하는 과제이다⁴⁵⁾. 이러한 문제는 장애인연금에 있어서도 마찬가지로 논의를 필요로 한다.

장애인의 경우 일반법과 개별법의 관계는 좀 더 복잡하다. 이미 언급했듯이 아동 및 노인의 경우 연령 그 자체를 기준으로 문제가 형성되며, 다만 이러한 문제를 둘러싼 환경의 다원성이 작용하여 전체적으로 복잡한 구조를 띠게 된다⁴⁶⁾. 이에 비해서 장애인의 경우 문제의 발생구조가 복잡적이다. 교육과 같은 기본적인 수요, 직업훈련, 직업알선 및 고용보호와

42) 2007년 노인복지법 개정에 나타난 이러한 입법 정책적 전환에 대해서는 김신영, “참여정부 복지정책 평가 - 노인복지정책”, 『복지동향』 통권 제111호(2008.6), 26쪽 참조.

43) 이에 대해서는 예컨대 Alexander Graser, “Zur Fragmentierung der Mindestsicherung-Eine Hypothese zum Zusammenhang zwischen dem Geltungsbereich eines sozialrechtlichen Regelwerks und seinem materiellen Schutzgehalt”, Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht(2003), 319쪽 이하 참조. 이 문제에 관한 좀 더 실증적인 연구로는 예컨대 Martin Seeleib-Kaiser, “Kulturelle und politisch-institutionelle Determinanten des US-amerikanischen Wohlfahrtsstaates”, Herbert Obinger/Uwe Wagschal (편), Der gezügelte Wohlfahrtsstaat(Campus, 2000), 376쪽 이하 참조.

44) 장애인정책에 있어서 나타나는 이러한 문제 상황에 대해서는 전광석, 아래 각주 47의 논문 참조.

45) 이에 대해서는 예컨대 윤석명, “인구고령화를 반영한 공적 연금 재정전망과 정책과제; 국민연금과 기초노령연금 중심으로”, 『보건복지포럼』(2011.8), 16쪽 이하 참조.

46) 위 II.1.(2) 참조.

같은 경제적 수요, 이동 및 일상생활 등에 대한 활동지원 등 개별 생활영역별로 복지조치가 필요할 뿐 아니라 장애인도 필연적으로 비장애인과 비교의 관계에 있기 때문에 복지의 이념과 함께 차별금지의 이념이 지배한다⁴⁷⁾. 그리고 이들 이념의 조화 혹은 긴장관계는 규범목적의 실현에 결정적인 영향을 미친다⁴⁸⁾. 그만큼 다원적인 접근과 방법론 간의 조화의 문제를 제기한다.

2. 법적 접근의 한계와 과제

위에서 살펴본 바와 같은 사회복지법의 특성, 보호 상황의 포괄적 성격과 개별적 보호의 필요성, 그리고 개별적 보호를 위한 정책의 다양성 및 다원성은 사실 법적 접근에 있어서는 낯설다. 아동복지를 위한 법적 규율 및 정책은 아동이 실제 개별적인 특성에 적합한 교육 등 조치를 통하여 아동의 인격발달 및 개별적 특성에 적합한 성장이 이루어지는 결과를 실현하여야 한다⁴⁹⁾. 그리고 궁극적으로 다음 세대를 담당하는 의지와 능력을 갖추도록 하여야 한다. 또 노인과 장애인의 경우에도 이들이 자유를 향유하는 조건을 보장하는 데 그치지 않고, 실제 이들이 자기결정권에 기초하여 자유를 향유하고, 또 사회에 통합될 수 있어야 한다. 추상적 보호의 기능구조를 갖는 사회보험에서 구체적으로 보호할 수 없는 상황은 개인의 운명이거나 혹은 다른 정책수단에 의하여 보호되어야 한다. 이에 비해서 사회복지법에서 이러한 상황은 정책 및 규범의 실패라고 평가된다. 이와 같이 사회복지법이 목표규범으로서의 성격과 결과 지향적 기능구조를 갖는다는 점에서 보면 사회복지법은 공공부조와 어느 정도 공통점을 갖는다.

위와 같은 정책의 목표와 기능방식은 입법에 대해서는 새로운 도전적

47) 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, “헌법과 장애인정책-복지와 평등의 이념적 보완관계를 중심으로”, 전광석(편), 한국사회와 장애인정책(인간과 복지, 2011), 35쪽 이하 참조.

48) 이에 대해서는 아래 IV.2.(3) 참조.

49) Amartya Sen의 평등에 대한 이해방법, 즉 능력의 조성을 통한 기회의 평등을 이념으로 하는 경우 이를 법제화하는 것은 거의 불가능하다. Amartya Sen, *Inequality Reexamined*(Harvard University Press, 1995), 39쪽 이하 참조.

요소이다. 전통적으로 입법은 모든 구체적인 사안을 주목하되 이를 유형화하고 추상화하여 규율대상으로 하는 방식으로 이루어진다⁵⁰). 이를 개별적인 사안에서 구체화하는 것은 집행의 과제이다. 그런데 사회복지법에서는 법적 효과를 얻기 위하여 필요한 조건을 충족할 수 없는 상황, 그리고 법적 효과가 부여되었음에도 불구하고 수범자가 의도했던 상황이 실현되지 못하는 결과는 얼마든지 나타날 수 있다. 이러한 상황에서 보면 특히 아동 및 장애인은 자기결정능력이 제한되어 있기 때문에 사회복지법은 선행단계에서 이들에게 자기결정의 의지와 능력을 갖추게 하고, 또 실제 법적 효과가 이들의 상황을 개선하는 데 직접적으로 기여할 수 있어야 한다. 이러한 사회복지법의 특수한 상황은 예컨대 장애인정책에 있어서 의학적 및 재활적 모델에서 사회적 모델로의 전환이 갖는 문제점을 부각시킨다. 장애인에게 비장애인과 같은 생활을 형성하기 위하여 필요한 환경을 갖추어 주는 것으로 장애의 다양한 상황이 극복될 수는 없다. 장애인에게 우호적인 사회적 환경을 조성하는 과제 역시 어느 정도는 유형화될 수밖에 없다는, 그리고 재정능력이 유한하다는 규범적 및 현실적 한계가 내재해 있으며, 따라서 장애인이 갖는 모든 구체적인 상황을 배려하는 것은 불가능하기 때문이다⁵¹).

위와 같은 상황에서 법학의 과제는 다음과 같이 확대되어야 한다. 첫째, 법률이 의도하는 현실적 효과를 가져오기 위해서는 법률의 규율대상에 대한 정확한 인식이 선행되어야 한다. 위에서 설명한 바와 같은 아동, 노인 및 장애인의 경제적 상황, 일상생활 및 활동에 있어서의 서비스에 대한 수요 상황, 생활의 하부구조적 환경이 충분히 인식되고 이해되었을 때 비로소 이에 대한 법적 규율이 타당성을 가질 수 있다. 이러한 작업이 충실히 이루어지기 위해서는 법학은 사회과학과 긴밀하게 협력하면서 문제에 접근하여야 한다⁵²). 둘째, 이에 대한 법적 규율을 자체 체계적으로

50) 예컨대 평등권과 관련하여 이에 대한 결정으로는 헌재결 1997.1.16, 90헌마110등, 9-1, 92쪽 이하; 2007.3.29, 2004헌마207, 19-1, 285쪽 이하 등 참조.

51) 사회적 모델의 한계에 대해서는 예컨대 이익섭/최정아, 위 각주 13의 논문, 22쪽 이하; Adam M. Samaha, "What Good Is the Social Model of Disability?", Chicago Law Review vol.74(2007), 1251쪽 이하 등 참조.

52) 일반적으로 법학과 사회과학의 상호협력관계에 대해서는 전광석, "공공거버넌스와

(내적 체계), 그리고 직접 혹은 간접적으로 이를 규율하는 다른 법률과의 관계에서 체계적으로 형성하여(외적 체계), 전체적으로 체계조화적 질서를 구축하여야 한다. 여기에서는 법학의 고유한 방법론에 따라서 개별 법률들의 내용과 기능이 충실히 파악되고, 법률들 상호 간의 기능의 대체·보충 및 조정의 관계가 이해되어야 한다⁵³⁾. 이는 법학의 고유한 과제이다. 셋째, 사회복지정책은 위에서 지적한 바와 같은 이유에서 입법목적에 따라 법과 현실의 연계가 직접적으로 이루어질 수 없는 대표적인 영역이다. 아동, 노인 및 장애인이 처한 상황이 충실히 인식되고 이해되어 법률이 형성되었다더라도 규범 목적을 직접적으로 현실화하는 매체가 존재하고, 또 그 매체가 주어진 과제에 적합하게 기능할 수 있어야 한다. 좁게는 직접 서비스를 제공하는 사회복지요원, 서비스가 제공되는 제도 및 조직, 그리고 절차, 넓게는 서비스공급과 수요를 지배하는 문화적인 기반 및 주관적 의식 등이 법적 효과와 현실의 변화를 매개하는 요소들이다⁵⁴⁾.

3. 법적 접근의 필요성과 가능성

위에서 지적한 바와 같은 사회복지법의 규범적 실현의 한계에도 불구하고 여전히 규범은 정책 목적을 실현하는 가장 중요한 수단이며, 또 사회복지의 제도 목적을 실현하는 데 뚜렷한 장점을 갖는다.

첫째, 특히 장애인에 대한 복지는 장애인의 자기결정권에 기초하여, 그리고 자기결정권을 조성하는 입법 목적을 갖는다. 장애인이 더 이상 객관적 정책의 대상, 그리고 일방적인 보호의 대상에 그치지 않고 적극적인 사회참여를 통한 사회통합이 이루어져야 하기 때문이다. 아동 역시 같은 상황에 있다. 아동의 법률관계는 부모의 권리 및 의무, 그리고 아동복지에 관한 국가의 책임과 과제, 이에 기초한 권한과의 상관관계 속에서 형성된다. 또 부모 혹은 부모 일방이 예정된 기능을 수행할 수 없는 경우 아동과 부모, 아동과 부 또는 모의 협력과 대립관계가 나타나기도 한

공법이론: 구조이해와 기능”, 『공법연구』 제38집 제3호(2010), 178쪽 이하 참조.

53) 예컨대 위 각주 40, 41 참조.

54) 아래 IV.2.(4) 참조. 이로부터 나타나는 비교법적 작업의 특수성에 대해서는 위 각주 7 참조.

다⁵⁵⁾. 이와 같은 과제는 1차적으로 실체법에 부과되어 있다. 그러나 한편으로는 아동, 노인 및 장애인의 보호 상황이 포괄적이고 실현구조가 복합적이며, 따라서 이를 대상으로 하는 실체법적 구성요건과 법적 효과에 있어서 유형화 및 추상화가 거의 불가능하기 때문에, 그리고 다른 한편으로는 어느 정도 집행장애가 나타나기 때문에 실체법은 결코 충분조건이 될 수 없다. 따라서 아동 및 장애인복지에 관한 규범은 당사자가 자신의 희망과 선택에 의하여 법적 지위를 형성하는 데 있어서 주체적으로 참여할 수 있도록 조직 및 절차법적 기초가 동시에 갖추어져야 한다⁵⁶⁾. 당사자의 신청 외에 보호의 필요 여부 및 보호의 내용에 대한 적극적인 직권조사의 가능성을 둔다든가, 절차에 참여하여 의견진술의 기회 및 이의신청의 기회를 보장할 수 있도록 하는 것이 대표적인 예이다. 이를 통하여 법학은 실체법적 흠결을 보충할 수 있는 중요한 기회를 갖게 된다. 이러한 절차법적 정비는 정책결정 및 입법, 집행, 그리고 권리구제의 전체 단계에 걸쳐서 이루어져야 한다⁵⁷⁾.

둘째, 사회복지법은 아동, 노인 및 장애인들이 자기결정권에 기초하여 인격을 형성하고 실현하는 과제를 갖기 때문에 어느 정도 목표규범으로서의 성격을 갖는다. 이는 한편으로는 정책내용을 개방하여 적시에 개별적으로 타당한 정책결정을 할 수 있는 기반이 된다. 사회복지법에서 선언적인 규정들이 많을 수밖에 없고, 또 많은 규정들이 재량규정으로 형성되어 있는 것은 이러한 이유에서이다. 그런데 다른 한편 이러한 입법경향은 수범자에게 자신의 법적 지위를 예측하는 데에는 장애가 된다. 현금급여의 경우 명확한 정책결정을 법제화하는 데에 위에서 지적한 바와 같은

55) 교육에서 나타나는 국가-부모-아동의 관계에 대해서는 예컨대 현재결 2000.4.27, 98헌가16등, 12-1, 451쪽 이하 참조.

56) 목표규범의 실현에 있어서 조직 및 절차의 중요성에 대해서는 전광석, 위 각주 52의 논문, 188쪽 이하 참조.

57) 사회보장법 및 사회복지법에서 권리구제의 특수성에 대해서는 예컨대 구본권, “소송상 구조요건”, 이흥재(편), 사회보장법판례연구(법문사, 2010), 603쪽 이하; 이흥재, “법률구조와 사회보장”, 서울대학교 법과대학(편), 법률가의 윤리와 책임(박영사, 2003), 486쪽 이하; 차성안, “장애인의 사법서비스접근권과 장애인차별금지법-법원을 중심으로”, 『공익과 인권』 통권 제8호(2010), 23쪽 이하; Hans F. Zacher, “Sozialstaat und Rechtsschutz”, Hans F. Zacher, Abhandlungen zum Sozialrecht II(C.F.Müller, 2008), 309쪽 이하 등 참조.

제한은 없으며, 따라서 현금급여는 법치국가원리에 우호적인 외형을 갖는다. 또 현금급여는 개인의 상황에 구체적이고 직접적인 개입을 하지 않고 수급자에게 귀속되기 때문에 개인에게 선택권을 보장하고, 급여의 정치적 효과가 제고되는 장점이 있다⁵⁸⁾. 이에 비해서 현물 및 서비스급여의 경우 급여의 지급 여부 및 급여의 내용에 대한 법제화에 어느 정도 한계가 있다⁵⁹⁾. 이와 같은 실현방법론의 상황 및 가치충돌의 딜레마 속에서 사회복지법은 정책목표에 대한 선언적 규정, 정책실현에 필요한 환경조성을 위한 목표규정, 시설 및 서비스이용을 위한 접근기회의 보장에 관한 규정, 구체적 권리를 부여하는 청구권 규정 등으로 구성된다⁶⁰⁾. 지금까지 이러한 규정들의 정당성, 그리고 체계적 정렬을 점검하는 시도는 한 번도 이루어진 바 없다. 예컨대 권리 및 이익의 조정을 위한 개입과 일방적인 복지조치에 관한 규범 간에는 법적 성격에 차이가 있을 수 있다. 또 구체적인 청구권을 인정할 것인가의 문제에 있어서도 적시의, 그리고 합목적적인 보호를 위하여 행정청의 재량을 폭넓게 인정하는 경우, 구체적인 구성요건과 법적 효과에 대한 명확한 법제화를 할 수 있는 경우, 구성요건을 구체화하되 복지조치의 내용에 대해서는 비교적 넓은 재량을 인정하는 경우 등으로 분류될 수 있을 것이다. 사회복지법의 입법자는 이들 문제를 재검점하고 이에 기초하여 수범자에게 예측가능성을 부여하는 가능성과 한계를 설득력 있게 형성하는 과제를 주목하여야 한다.

58) 현금급여를 통하여 갖게 되는 자기선택권과 서비스급여의 안정성과의 긴장관계에 대해서는 예컨대 원소연, “장애인의 자기결정권의 실현을 위한 정책연구: 독일의 개인예산제도와 한국의 활동지원사업을 중심으로”, 『사회복지정책연구』 제37권 제2호(2009), 267쪽 이하 참조.

59) 서비스급여에 대한 법제화의 가능성과 한계에 대해서는 예컨대 전광석, “사회적 기본권과 헌법재판”, 『헌법논총』 제19집(2008), 특히 756쪽 이하 참조.

60) 아동복지의 입법에 있어서 선택 가능한 규범의 다양한 법적 성격에 대해서는 정혜영, 위 각주 16의 논문, 97쪽 이하 참조.

IV. 사회보장법체계의 기능구조와 사회복지법

1. 사회보장법체계의 기능구조와 한계

(1) 부분성과 포괄성, 추상성과 구체성

사회보험은 해당 사회보험이 보호하는 위험이 발생한 경우 이를 보호한다. 이를 소극적으로 보면 사회적 위험의 발생으로 인하여 정상적인 생활이 저해되더라도 그 원인관계에 따라서 보호의 여부가 결정된다. 그 결과 사회보험은 해당 특정한 위험을 보호하는 데 필요한, 법률에 정한 정형화된 급여를 지급한다. 이로써 해당 위험이 보호된다고 의제한다. 해당 사회적 위험으로 인하여 한편으로 피부양자인 아동 및 노인에 대한 부양역시 위기에 처한다는 생각은 오랜 동안 인식되지 않았거나 적어도 제도적 대응이 소홀했다⁶¹⁾. 일반적으로 이러한 위험은 가족의 기능에 전가할 수 있다고 보았기 때문이다. 이러한 상황에서 아동, 노인 및 장애인에 대한 개별적이고 구체적인 보호를 할 수 없는 것은 물론이다. 또 사회보험은 보호하는 위험이 발생한 경우 가입자 스스로 이를 극복할 능력이 있는가를 묻지 않고, 자산조사 없이 법률에 정한 급여를 제공한다. 즉 사회보험은 사회적 위험을 부분적으로 보호하며, 이를 보호하기 위한 급여를 추상적으로 제공한다. 그리고 그 결과 구체적으로 해당 위험이 극복될 수 없는 경우가 얼마든지 존재할 수 있다⁶²⁾. 이에 비해서 공공부조는 빈곤의 상황이 발생한 경우 이를 확인하는 절차를 거쳐서 현실적으로 빈곤을 극

61) 사회보험을 중심으로, 그리고 주부양자인 성인 남성을 중심으로 복지생산을 하여 왔던 국가유형에서 일반적으로 관찰되는 현상이다. 이에 비해서 국민 모두의 사회적 평등을 보장하는 복지생산의 전통을 갖는 국가에서는 성인 남성 뿐 아니라 여성과 그밖에 사회적 취약계층에 대한 보호가 일찍부터 정책적 주목을 받았다. 이에 대해서는 예컨대 Gosta Esping-Andersen, "Welfare States without Work; the Impasse of Labour Shedding and Familianism in Central European Social Policy", Gosta Esping-Andersen, *Welfare States in Transition*(Sage Publication, 1996), 66쪽 이하; John D. Stephens, "The Scandinavian Welfare States; Achievement, Crisis and Prospectes", 같은 책, 35쪽 이하 등 참조.

62) 사회보험의 기능에 대해서는 전광석, 위 각주 1의 책, 88쪽 이하 참조.

복하기 위하여 필요한 개별적이고 구체적인 급여를 행한다⁶³). 다만 공공부조는 모든 국민에게 최저생활을 보장할 뿐 인간의 존엄에 상응하는 적절한 수준의 생활을 보장하는 것은 아니다⁶⁴). 그리고 사회복지법은 아동, 노인 및 장애인을 공공부조제도에서 분리하여 이들이 갖는 집단적인 특성을 주목하여 보호하는 입법목적을 가져야 한다⁶⁵).

결국 이와 같은 사회보장법의 기능구조에서는 아동과 노인 및 장애인은 직접적인 보호의 대상이 아니다. 사회보험은 사회적 위험을 부분적으로, 그리고 추상적으로 보호하는 기능을 수행하는데, 아동, 노인 및 장애인은 이들의 포괄적인 상황이 개별적인 방법을 통하여 보호되어야 하기 때문이다. 그렇다고 공공부조가 이들의 보호에 적합한 수단이 될 수도 없다. 공공부조는 기본적으로 개별 가구를 단위로 하며(국민기초생활보장법 제4조 제3항), 가구단위에서 부양의무를 보충하는 방법으로 이루어진다. 따라서 아동은 직접 보호의 대상이 될 수는 없다. 또 공공부조는 소득보장과 의료보장을 중심으로 형성되어 있다(국민기초생활보장법 제7조). 따라서 포괄적인 보호를 필요로 노인 및 장애인에 대한 적합한 보호방법이 될 수 없다. 무엇보다도 공공부조는 수급자의 최저생활을 보장하는 과제를 갖는다. 그런데 노인 및 장애인에 대한 정책은 이들의 연령상의 특성, 그리고 신체·정신 및 심리적인 상황에도 불구하고 정상적인 생활을 형성할 수 있는 가능성과 그 가능성의 실현을 보장하는 목적을 가지며, 이들의 최저생활을 보장하는 것이 목적은 아니다. 이와 같은 이유에서 공공부조는 아동, 노인 및 장애인에 대한 정책수단으로는 적합하지 않다. 위에서 언급했듯이 사회복지법은 아동, 노인 및 장애인에 대한 보호를 공공부조와 분리하여 이해하고 형성하는 과제를 가져야 한다⁶⁶).

63) 공공부조의 기능에 대해서는 전광석, 위 각주 1의 책, 92쪽 이하 참조.

64) 이와 같은 “구체적인 수요”에 대한 “적절한 수준”의 보장이 결여되어 있다는 점은 세법의 기능을 주목하는 계기가 된다. 이에 대해서는 예컨대 전광석, “사회보장법과 세법의 기능적인 상관관계”, 『공법연구』 제32집 제1호(2003), 207쪽 이하 참조.

65) 위 각주 3)에서 언급한 독일의 사회보장법전 제8편 편찬 작업은 청소년 및 아동을 공공부조와는 분리하여 제도를 형성하는 데에 중점을 두었다. 이에 대해서는 Johannes Münder, “Kinder- und Jugendhilferecht”, von Maydell/Ruland/Becker(편), Sozialrechtshandbuch(Nomos, 2008), 1110쪽 이하 참조.

66) 이에 대해서는 아래 IV.2.(4) 참조.

(2) 상대성과 절대성

사회보험 및 공공부조의 기능구조, 그리고 기능구조가 갖고 있는 문제점 외에 이들 제도는 아동, 노인 및 장애인의 특성을 포섭하지 못하는 다음과 같은 한계가 있다. 사회보험은 한편으로는 보호의 필요성이 있는 국민을, 다른 한편으로는 법에 정해진 보험료 납부능력이 있는 가입자를 보호의 대상으로 한다. 그러므로 아동은 처음부터 사회보험에 의한 보호와는 거리가 있다. 아동이 보험능력이 있을 수는 없기 때문이다. 다만 건강보험의 경우 아동은 가입자의 피부양자로서 급여의 대상이 된다. 노인은 소득활동을 하지 않는 경우 가입자의 피부양자로서, 소득활동을 하는 경우 자신이 가입자가 되어 건강보장을 받는다. 또 노인은 소득가능기간에 국민연금에 가입한 경우 자신이 납부한 보험료(정확히는 소득수준)에 상응하는 연금의 수급(권)자가 된다. 장애인 역시 소득활동의 여부에 따라서 건강보험 혹은 국민연금에 의한 보호를 받는다. 다만 장애인의 경우 일반적으로 실업률이 높기 때문에 그만큼 사회보험 가입자격을 갖지 못하는 경우가 많을 것이다.

이러한 구조에서 다시 한 번 아동의 사회적 취약성을 알 수 있다⁶⁷⁾. 아동은 정치적으로, 그리고 세대 구조적으로 취약할 뿐 아니라 자신의 기여와 연계하여 보호를 받을 수는 없다는 점에서 기능 구조적으로 취약하며, 따라서 절대적인 차원에서 배려되어야 한다⁶⁸⁾. 이러한 한계는 장애인의 경우에도 어느 정도 나타나며, 노인의 경우 비교적 덜 나타나는 차이가 있다.

2. 사회복지법의 규범 체계적 독자성

(1) 사회복지법의 개념

결국 다른 사회보장법체계와의 관계에서 사회복지법체계는 독자적인

67) 이러한 관점에서 아동복지법이 갖는 문제에 대해서는 위 II.2. 참조.

68) 정의론적으로 보면 배분적 정의가 실현되어야 한다는 것이다. 사회보장법에서 정의에 대한 다양한 이해방법에 대해서는 Eberhard Eichenhofer, "Sozialrecht und soziale Gerechtigkeit", Juristenzeitung(2005), 209쪽 이하; Hans F. Zacher, "Sozialrecht und Gerechtigkeit", Abhandlungen zum Sozialrecht(C.F.Müller, 1993), 308쪽 이하 등 참조.

기능과 목적을 가져야 한다. 지금까지의 논의를 기초로 아동, 노인 및 장애인의 집단유형별 특성에 따른 절대적 기준(위 II), 그리고 사회보험, 그리고 공공부조의 기능구조 및 문제점 등과 같은 상대적 기준을 중심으로 보면(위 IV.1) 사회복지법의 개념은 다음과 같이 정의될 수 있다. 즉 사회복지법은 ‘아동, 노인 및 장애인 등의 상황을 현금 및 현물, 그리고 서비스급여를 직접 혹은 간접적으로 제공하여 포괄적으로 보호하며, 자기결정권에 기초하여 스스로의 능력으로 인격을 형성하고 자유를 실현하는 목적에 기여하는 공법 체계’이다. 국가와 시설 및 서비스제공자의 관계, 아동, 노인 및 장애인과 같은 수급자와 서비스제공자의 관계 등이 구성하는 법률관계의 내용과 성격에 대해서는 별도의 논의를 필요로 한다⁶⁹⁾. 예컨대 아동, 노인 및 장애인과 시설 및 서비스제공자와의 관계는 기본적으로는 사법적으로 형성될 것이다⁷⁰⁾. 사회복지법의 체계적 독자성은 아래에서 설명하는 바와 같은 문제를 중심으로 형성되어야 한다. 위에서 이미 언급했듯이 사회복지법의 구체적인 상황과 문제, 그리고 문제해결을 위한 방안은 이번 특집에서 개별 사회복지법을 다루는 다른 필자에게 맡기고 여기에서는 몇 가지 총론적 문제를 추출하여 다루기로 한다.

(2) 자기결정권에 기초한 자유 및 인격실현의 가능성

사회복지법은 아동, 노인 및 장애인이 주체적으로 자기결정권에 기초하여 자기생활을 형성하고 자유 및 인격을 실현하는 가능성을 보장할 수 있어야 하며, 이는 동시에 사회통합과 지속가능성의 객관적 환경이라는 점이 인식되어야 한다. 특히 아동과 장애인의 경우 사회복지법은 이들에게 자기결정의 가능성을 부여하는 것이 지배적인 이념이어야 한다. 「아동복지법」과 「장애인복지법」이 이 점을 명시하고 있지는 않다. 다만 「장애인복지법」은 입법목적으로서 장애인의 자립생활의 보장을(법 제1조), 그리고 기본이념으로 장애인의 완전한 사회참여를 제시하고 있다(법 제3

69) 예컨대 장애인시설에서의 법률관계에 대해서는 위 각주 2 참조.

70) 예컨대 이에 관한 독일의 입법례에 대해서는 Johannes Münder, 위 각주 65의 책, 1129쪽 이하 참조.

조)71). 또 장애인의 권리로서 인간으로서의 존엄과 가치를 존중할 것을 선언하고 있어(법 제4조), 여기에 자기결정권의 보장이 내재해 있다고 볼 수 있다. 그러나 「장애인복지법」에 자기결정권의 보장이 보다 직접적이고 명시적으로 선언되는 것이 바람직하다. 이에 비해서 「아동복지법」은 이 점을 입법목적에 있어서도, 또 기본이념에 있어서도 명시하고 있지 않다. 특히 「아동복지법」의 입법목적에 관한 규정은 「아동복지법」을 지도하는 기준으로서는 지극히 빈약하다72). 이와 같이 「아동복지법」에서 자기결정권이 주목을 받지 못하는 이유는 위에서 언급한 바와 같이 아동복지는 필연적으로 아동과 그 보호자 간의 법률관계 속에서 실현된다는 사고가 지배한 결과라고 할 수 있다.

실제 이와 관련하여 두 조문에 대한 주목을 요한다. 첫째, 기본이념으로서 완전하고 조화로운 인격발달의 목표와 이것이 안정된 가정환경에서 이루어진다는 방법론을 제시하고 있는 조문이다(법 제3조 제2항). 둘째, 아동에 관한 활동에 있어서 아동의 이익을 최우선적으로 고려하여야 한다는 규정이다(법 제3조 제3항). 아동이 가족관계에서 출생하고 양육되고 교육이 이루어지며, 따라서 가족은 아동이 사회에 진입하기 위한 기본적인 조건을 조성되는 1차 집단이라는 점에서 이 규정 자체가 문제가 있는 것은 아니다. 그러나 본질적으로 아동은 성장 시기에 따라서 다양한 형태로, 그리고 가정과 함께 학교, 일반 사회 등 다양한 생활영역에서 복지가 배려되어야 한다73). 또 가정이 없는 아동에게도 복지가 배려되어야 하는 상황을 고려하면 아동의 복지실현의 공간적 범위로 가정만을 규정하는 태도는 좀 더 시각을 확대하여 규율할 필요가 있다. 또한 「아동복지법」에서 기본원칙으로 선언되어 있는 아동이익의 최우선적 배려는 필연적으로

71) 실제 이러한 규정들은 2006년 채택된 장애인권리협약에서 선언된 자립생활의 보장에 영향을 받은 바 크다. 이에 대해서는 김성희, “장애인복지법 개정안의 주요 내용 및 의의”, 『보건복지포럼』(2007.5), 35쪽 이하 참조.

72) 아동복지법 제1조; “이 법은 아동이 건강하게 출생하여 행복하고 안전하게 자라나도록 그 복지를 보장함을 목적으로 한다”.

73) 이 점에 대해서는 예컨대 정혜영, 위 각주 16의 논문, 91쪽 이하 참조. 예컨대 독일의 아동 및 청소년보호법은 아동의 연령에 따라서 보호급여의 내용을 차별화하여 규정하고 있다. 아동 및 청소년보호법 제24조 참조.

구체화를 필요로 한다⁷⁴⁾. 아동의 이익이 무엇인가, 그리고 이를 누가 결정하는가는 일률적으로 판단할 수 있는 문제가 아니기 때문이다. 외형적으로 보면 『아동복지법』은 이 원칙을 존중하기 위한 규정을 두고 있다. 즉 아동에 대한 보호조치를 취하는 경우 아동의 의사를 존중하여야 하며(법 제10조 제3항), 또 아동의 후견인을 선임하는 경우 당해 아동의 의견을 존중하여야 한다(법 제13조 제1항). 그러나 전자의 경우 보호자의 의견을 동시에 들어야 하며, 후자의 경우 후견인선임의 필요성 여부에 대해서는 지방자치단체가, 선임은 법원이 행한다. 아동이익의 최우선원칙이 외형적으로 명확히 선언되어 있음에도 불구하고 실제 구체적인 내용과 절차에 대해서 개방적인 상태에 있는 셈이다.

아동은 주관적으로 인격실현의 가능성을 보호받을 수 있어야 하며, 동시에 아동복지는 가족, 사회, 그리고 인류의 지속가능성 관점에서 주목을 받아야 한다. 그러나 현행 『아동복지법』은 이 점에 대해서 침묵하고 있다. 특히 『노인복지법』이 노인의 사회적 기여를 주목하고 있는 점(법 제2조 제1항)과 비교하면 다시 한 번 과거 및 현재의 사회적 기여에 비해서 미래의 사회적 기대가 불균형하게 형성되어 있다는 것을 확인할 수 있다⁷⁵⁾.

(3) 규범체계의 재정렬

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 지적은 위에서 여러 차례 하였다. 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. 『노인복지

74) 이 규정은 1989년 제정된 아동권리에 관한 국제협약의 규정을 국내법으로 수용한 것이다. 이 협약에 대해서는 예컨대 김승권, “한국 아동권리의 현황과 권리수준 제고방안”, 『보건복지포럼』(2007.6.), 21쪽 이하 참조.

75) 이에 대해서는 위 II.2. 참조.

법』과 「장애인복지법」은 주로 국가의 주의규정과 재량규정으로 구성되어 있다⁷⁶⁾. 일반적인 선언과 기본이념, 기본이념을 실현하기 위하여 필요한 기본원칙이 체계적으로 구성되어야 한다. 이어서 구체적인 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.

사회복지법은 복지조치와 함께 각종 보호를 위한 개입을 규정하고 있다. 우선 복지조치에 있어서 아동, 노인 및 장애인은 더 이상 정책의 객체로서 아니라 생활을 자기결정에 의하여 적극적으로 형성할 수 있는 위치를 가져야 한다. 그렇다면 복지조치에 있어서도 개인의 지위를 중심으로 법체계가 구성되어야 한다. 물론 개인의 법적 지위가 구체적인 청구권의 형태로만 형성되어야 하는 것은 아니다. 사회복지법에서 복지조치는 부분적·추상적 보호가 아니라 포괄적·구체적으로 이루어져야 하는데 이를 모두 구체적인 청구권으로 형성하는 것은 불가능하고, 또 바람직하지도 않기 때문이다. 사회복지법에서 입법목적 실현하는 데 중심에 있는 시설 및 서비스 역시 단순히 주의규정으로 규율하는 것은 적합하지 않다. 시설에서 적시에 적합한 서비스가 이루어질 수 있도록 의무를 부과하고 이에 대해서 어느 정도 규범적으로 통제할 수 있도록 형성되어야 한다. 행정법상의 시설보장청구권(*Infrastrukturelle Gewährleistungsanspruch*)이 한 예가 될 것이다. 이를 구체적으로 논의하는 것은 이 글의 범위를 벗어난다.

사회복지법에서 각종 보호조치가 개인의 생활에 개입하는 형태로 이루어지기 때문에 이러한 법률관계는 복지조치에 비해서 더욱 규범적 윤곽이 충실히 제시되어야 한다. 그렇지 않은 경우 아동, 노인 및 장애인은 주체적 지위를 가질 수 없고, 또 사회복지를 공공부조에서 분리하여 형성하는 의미가 퇴색하게 된다.

76) 장애인법에 있어서 이념적으로는 일방적인 시혜에서 권리로의 전환이 상당히 이루어지고 있지만 실제 이러한 이념적 전환이 입법적 전환으로 이어지지는 못하고 있다고 평가되고 있다. 이에 대해서는 예컨대 이익섭/최정아, 위 각주 13의 논문, 9쪽 이하; 박태정/박형원, 위 각주 37의 논문, 119쪽 이하 등 참조.

(4) 보편성과 평등

지금까지 복지와 평등의 이념적 독자성 및 보완관계에 대한 논의가 이루어져 왔던 장(forum)은 장애인정책이었다⁷⁷⁾. 여기에서는 장애인과 비장애인의 관계가 주요 쟁점이다. 이는 특히 2008년 「장애인차별금지법」이 도입되면서 본격적으로 밝혀야 할 문제로 나타났다. 이에 비해서 「아동복지법」에서의 평등원칙은 명시적으로 기본이념으로 선언되어 있음에도 불구하고(법 제3조 제1항) 거의 주목을 받지 못했다. 또 그 의미와 적용영역에 있어서 다른 이해가 필요하다는 사실이 인식되지 못하고 있다. 아동복지는 현재의 포괄적인 상황을 개별적·구체적으로 보호하고, 또 인격실현의 가능성을 보장하여야 한다. 따라서 여기에서는 어떤 다른 집단에 비해서도 출발에 있어서의 평등이 실현되어야 한다. 장애인평등은 장애인과 비장애인과의 관계를 주목한다. 그리고 노인평등은 노인에 대한 차별을 금지하는 내용을 갖는다⁷⁸⁾.

이에 비해서 아동의 경우 집단 내부적 평등이 중요한 규율내용이다. 아동평등의 이러한 특성은 아동복지에 있어서는 보편성의 원칙으로 나타난다. 즉 모든 아동이 아동복지조치의 대상이 되어야 한다. 일반적으로 보면 사회복지법적 보호의 결정을 당사자의 소득을 기준으로 할 것인가, 아니면 상황을 기준으로 할 것인가는 정책적 선택의 문제이다. 제도적으로 보면 공공부조는 빈곤을 보호하는 목적을 갖기 때문에 전자, 소득조사를 거쳐 보호가 이루어지며, 빈곤보호의 이러한 기준에 대해서는 쉽게 합의가 이루어진다. 이에 비해서 소득과 관계없이 상황을 기준으로 보호 여부를 결정하는 것은 쉽게 합의가 이루어질 수 없다. 그러나 아동에 관한 한 모든 아동이 자유 및 인격실현의 잠재력을 평등하게 보장받아야 한다. 또 이 경우 미래를 담당하는 아동을 양육하는 부모와 그렇지 않은 부모 간에 실질적인 평등이 실현되고, 그 결과 가족형성에 우호적인 문화가 형성될 것을 기대할 수 있다.

아동복지와는 달리 노인복지 및 장애인복지에 있어서 평등을 보편성의

77) 이에 대해서는 위 각주 47 참조.

78) 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률 제1조 참조.

원칙으로 발전시키는 데에는 한계가 있다. 노인 및 장애인 복지에 있어서도 이들의 수요를 직접적으로 충족시키는 서비스급여는 보편성을 가져야 한다⁷⁹⁾. 그러나 노인 및 장애인에 대한 복지는 소득보장을 포함하고 있다는 특성이 있으며, 이 점에서 보편성의 원칙은 논의를 필요로 한다. 노후 소득보장제도로써 국민연금이 기능하는 상황에서, 더욱이 국민연금이 기초보장으로 점차 그 기능을 축소시키는 상황에서 노인 및 장애인에 대한 특유한 소득보장을 보편적인 제도로 발전시키는 것은 체계적이지 않다⁸⁰⁾. 오히려 소득보장의 기본적인 제도로 국민연금과, 일반적인 보충제도로써 국민기초생활보장 및 기초노령연금을 운영하고, 장애인연금을 장애인의 특유한 수요를 보장하는 제도로 발전시키는 것이 체계적이다. 현재 장애인연금은 소득인정액에 미달하는 중증장애인의 소득보장(기초급여)과 특별한 수요에 대한 보장(부가급여)을 함께 하고 있으며(법 제6,7조), 경증장애인은 소득인정액에 미달하는 경우에 「장애인복지법」상의 장애수당을 통하여 장애로 인한 추가지출에 대한 지원을 받고 있다(법 제49조). 결국 현행법상 노인과 장애인 모두 그들의 집단적 특성에 따라 보편적인 소득보장이 이루어지고 있지는 않다⁸¹⁾. 다만 장애인연금이나 장애수당을 「국민기초생활보장법」상 소득인정액에 산입하지 않는 배려를 하고 있는 정도이다⁸²⁾.

79) 노인장기요양보험의 수급자를 중증노인으로 한정하고 있는 것, 그리고 본인부담이 15-20%에 이르는 문제에 대한 지적으로는 예컨대 김신영, 위 각주 42의 논문, 25쪽; 석재은, “우리나라 노인장기요양서비스 시장의 특성과 정책과제”, 「보건복지포럼」(2008.8), 31쪽 이하 등 참조.

80) 따라서 기초노령연금을 보편적인 소득보장제도로 발전시키려는 정부시책은 올바른 방향이라고 볼 수 없다. 복지재정의 관점에서 기초노령연금의 확대에 대한 비판적인 견해로는 배준호, “기초노령연금의 재원별 소득계층별 후생변화”, 「재정학연구」 제2권 제1호(2009), 31쪽 이하; 윤석명, 각주 45의 논문, 26쪽 이하 등 참조.

81) 장애수당 및 장애인연급에 대한 공공부조적 시각에서의 접근에 대해서는 우주형, “우리나라 장애인연급법제 도입방안 연구”, 「재활복지」 제13권 제1호(2009), 135쪽 이하 참조.

82) 그러나 장애인소득보장의 경우에도 장애인연금이 중증장애인에 한하여 적용되는 문제, 새로이 도입된 장애인연금이 기존 장애수당과 비교하여 합목적적으로 형성되어 있는가에 대해서는 특히 장애계를 중심으로 다양한 비판이 존재한다. 예컨대 은종균, “장애인의 현실을 외면한 정부의 장애인연급법(안)은 논할 가치조차 없다”, 「복지동향」 통권 제131호(2009.9), 24쪽 이하; 은종균, “장애인의 현실을 외면한 장애인

(5) 입법평가

사회복지법은 그 보호상황이 포괄적이며, 이러한 상황에 대한 세분화된 개별적인 대응을 필요로 한다. 그리고 개별 법률 간에 기능이 조정되어야 하며, 이러한 작업에 기초하여 비로소 사회복지법이 체계화될 수 있다. 그리고 여기에 더하여 위에서 언급한 바와 같이 다원적인 방법론이 상호 대체·보충 및 조정의 관계를 형성하면서 사회복지법의 입법목적이 실현된다. 복지와 평등의 관계가 평가를 필요로 하는 좋은 예이다⁸³⁾. 복지는 기본적으로 절대적인 상황의 실현을 목표로 하며, 평등은 기본적으로 상대적인 관계를 규율한다. 예컨대 장애인정책에서 복지조치가 충실히 이행될 수 없는 경우 복지의 사각지대는 평등을 기준으로 자극을 받는다. 반대로 평등은 상대적 관계를 주목하기 때문에 필연적으로 구체적 타당성을 갖는 복지에 의하여 보충되어야 한다. 따라서 복지와 평등은 상호 보완관계에 있으며, 이를 충실히 제도화하여야 한다. 그러나 다른 한편 복지와 평등은 긴장관계를 형성할 수도 있다. 차별금지란 자유 및 인격실현의 기회를 보장한다는 의미는 있지만 결코 복지를 보장하는 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 차별금지가 복지를 대체하도록 설계되거나 혹은 집행되는 문제가 발생할 수도 있기 때문이다⁸⁴⁾. 평등이 복지의 이념을 현실적으로 보완하는가, 혹은 거꾸로 이 두 이념의 긴장관계 속에서 보호의 사각지대가 발생하는가에 대한 입법평가가 필요한 이유이다.

사회복지법은 복지급여 및 그밖에 조치를 취하는 자체로 과제를 다 하

연금으로 장애인소득보장 운용할 수 있는가”, 『복지동향』 통권 제139호(2010.5), 64쪽 이하 등 참조.

83) 이에 대해서는 위 각주 47 참조.

84) 이에 관한 미국 장애인법의 상황에 대해서는 예컨대 Robert Gervy, “The Americans with Disabilities Act; Lesson for South Korea”, 한국장애인개발원 주최 한미장애인정책포럼, 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률의 정착과제-미국 장애인법(ADA)의 운용사례를 중심으로(2008.11.12), 자료집 21쪽 이하 참조. 이는 영국의 경험이기도 하다. 이에 대해서는 박자경, “장애인차별금지법과 장애인고용”, 국가인권위원회, 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 설명회(2008), 30쪽 이하; 이소영, “장애인차별금지법의 확산과 위축; 변화추구형 법률에 대한 반작용을 중심으로”, 『장애와 고용』 제18집 제2호(2008), 43쪽 이하; 이소영, “유럽과 미국의 장애인 반차별법”, 『미국헌법연구』 제17권 제2호(2006), 특히 370쪽 이하 참조.

는 것이 아니라 실제 입법목적이 실현될 수 있도록 배려하여야 한다. 이러한 과제는 정도의 차이가 있지만 현금급여와 서비스급여 모두에 대해서 적용된다. 사회복지법에서 현금급여는 그 자체가 목적이 아니라 아동, 노인 및 장애인의 복지에 기여하는 중간매체로서의 성격을 갖는다. 사회보험의 기능과 다른 점이다. 따라서 사회복지법은 현금급여가 실제 이들의 복지에 기여하는가를 추적하고 평가할 수 있어야 한다. 이들의 수요에 직접적으로 기여하는 것은 서비스급여이다. 역설적으로 보면 서비스급여는 현금급여에 비해서 수급자의 입장에서 보면 선택을 통한 자기귀속의 효과를 주지 못하며, 공급자의 입장에서 보면 정치적 효과가 직접적이지 않기 때문에 현실적으로 소홀히 될 수 있다. 그렇기 때문에 더욱 그 중요성이 강조되어야 한다. 이에 못지않게 이러한 보호가 실제 이루어질 수 있도록 상담, 정보 제공, 교육, 직업훈련 및 알선 등 소프트웨어와 이러한 소프트웨어가 기능하기 위하여 필요한 시설 및 설비의 확충과 적정분포 등 하드웨어가 함께 갖추어져야 한다⁸⁵⁾. 이에 상응하여 사회복지의 국가과제는 이들 기제가 실제 기능할 수 있도록 조정하고 통제하는 복잡한 구조 속에서 실현된다⁸⁶⁾. 따라서 이들이 처해 있는 현황과 규범상황, 그리고 규범이 현실에 미치는 영향에 대한 평가가 필수적이다⁸⁷⁾. 사회복지법에서 사회과학적 평가기법과의 협력이 필수적으로 요청되는 이유이다.

V. 맺는 말

사회복지법은 학문적·실천적으로 많이 논의되어 왔음에도 불구하고 그 이해방법과 범주, 그리고 체계적 특성이 아직 모호한 상태에 있다. 아동, 노인, 장애인 등 연령, 그리고 신체·정신 및 심리적 특성을 갖는 사회

85) 예컨대 노인요양보험에서 이러한 문제에 대해서는 김신영, 위 각주 42의 논문, 25쪽 이하; 석재은, 위 각주 79의 논문, 31쪽 이하 등 참조.

86) 이 점에 대한 구조적 접근으로는 예컨대 전광석, 위 각주 52의 논문, 185쪽 이하 참조. 이 밖에 Franz-Xaver Kaufmann, Sozialpolitisches Denken(Suhrkamp, 2003), 160쪽 이하; Franz-Xaver Kaufmann, "Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht", Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd.13(1988), 71쪽 이하 등 참조.

87) 입법단계에서 이러한 과제에 대해서는 위 III.2. 참조.

적 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. 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 학문분야는 지속적인 협력을 필요로 한다는 것을 알 수 있다. 이러한 의사소통에서 사회복지법의 독자적인 체계성이 전제되어야 한다는 점이 중요하며, 이 글이 그러한 논의의 출발점이 되리라고 기대한다.

참 고 문 헌

- 김진우, “장애인시설 내 차별 발생 책임소재에 관한 탐색적 연구”, 전광석(편), 한국사회와 장애인정책(인간과 복지, 2011).
- 박태정/박형원, “UN 장애인권리협약에 의한 장애인복지법 분석- 제19조(자립생활)를 중심으로”, 『복지행정논총』 제20권 제1호(2010).
- 심재진, “사회복지사업법 제정사 연구”, 『사회보장연구』 제27권 제2호(2011).
- 우주형, “우리나라 장애인연금법제 도입방안 연구”, 『재활복지』 제13권 제1호(2009).
- 원소연, “장애인의 자기결정권의 실현을 위한 정책연구; 독일의 개인예산제도와 한국의 활동 지원사업을 중심으로”, 『사회복지정책연구』 제37권 제2호(2009).
- 이동석, “장애학의 다중패러다임과 한국 장애인복지의 성격”, 『한국사회복지학』 제56권 제3호(2004).
- 이동영, “국제장애인권리협약 국내 비준에 따른 장애예방정책의 발전방안에 관한 연구; 관련법 내용분석을 중심으로”, 『한국사회복지조사연구』 제21권(2009).
- 이성규, 사회통합과 장애인 복지정치(나남, 2000).
- 이익섭/최정아, “국제장애인권리조약의 의미와 한계; 장애인의 사회적 배제(social exclusion)를 중심으로”, 『한국사회복지조사연구』 제13권(2005).
- 이진숙/이석형, “장애인연금법의 정책결정과정 분석”, 『사회복지정책』 제37권 제3호(2010).
- 전광석, 한국사회보장법론(법문사, 2010).
- 전광석, “공공거버넌스와 공법이론; 구조이해와 기능”, 『공법연구』 제38집 제3호(2010).
- _____, “지속가능성과 세대 간 정의”, 『헌법학연구』 제17권 제2호(2011).
- _____, “헌법과 장애인정책-복지와 평등의 이념적 보완관계를 중심으로”, 전광석(편), 한국사회와 장애인정책(인간과 복지, 2011).

- 정창권, 세상에 버릴 사람은 아무도 없다(문학동네, 2005).
- 정혜영, “아동기본권에 관한 연구-‘아동’관련 조항의 신설과 그 헌법적 모델에 관한 검토”, 『공법학연구』 제10권 제4호(2009).
- Michael Coester, “Die Rechte des Kindes”, *Kinder und Jugendliche im Sozialleistungssystem*, Schriftenreihe des Sozialrechtsverbandes 58(2009)
- Eberhard Eichenhofer, “Sozialrecht und soziale Gerechtigkeit”, *Juristenzeitung* (2005)
- Gosta Esping-Andersen, “Welfare States without Work; the Impasse of Labour Shedding and Familianism in Central European Social Policy”, Gosta Esping-Andersen, *Welfare States in Transition*(Sage Publication, 1996).
- Franz-Xaver Kaufmann, “Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht”, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd.13*(1988).
- Franz-Xaver Kaufmann, *Sozialpolitisches Denken*(Suhrkamp, 2003).
- Anne Lenz, “Kinderrecht und Sozialrecht-Die Verfassungsmässigkeit der Regelleistungen für Kinder”, *Kinder und Jugendliche im Sozialleistungssystem*, Schriftenreihe des Sozialrechtsverbandes 58(2009)
- Johannes Münder, “Kinder- und Jugendhilferecht”, von Maydell/Ruland/Becker (편), *Sozialrechtshandbuch*(Nomos, 2008)
- Adam M. Samaha, “What Good Is the Social Model of Disability?”, *Chicago Law Review vol.74*(2007)
- Hans F. Zacher, “Sozialrecht und Gerechtigkeit”, *Abhandlungen zum Sozialrecht* (C.F.Müller, 1993).
- _____, “Das Wichtigste; Kinder und ihre Fähigkeit zu leben”, GerhardIgl/Thomas Klie(편), *Das Recht der älteren Menschen*(Nomos, 2007).
- _____, “Universale Menschenrechte und die Wirklichkeit der globalen Welt - Das Beispiel der Kinderrechte”, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht*(2007).

<국문초록>

사회복지법은 학문적·실천적으로 많이 논의되고 있음에도 불구하고 그 이해방법과 범주, 그리고 체계적 특성이 아직 모호한 상태에 있다. 사회복지법은 아동, 노인, 장애인 등 연령, 그리고 신체·정신 및 심리적 특성을 갖는 집단 그 자체를 규율대상으로 하고 있다. 본 연구에서는 일반 국민과 비교되는 이들의 특성을 종합적으로, 그리고 체계적으로 이해하는 시도를 하였다. 아동과 장애인 및 노인은 모두 스스로, 혹은 타인과의 관계 속에서 자기결정능력이 제한되어 있다. 이러한 특성이 기존의 다른 사회보장법의 기능구조 속에서는 적합하게 보호될 수 없다. 이 점을 분석하여 사회복지법의 체계적 독자성을 모색하고자 한다. 사회복지법의 개념을 정의하는 시도를 한다. 이어 자기결정권에 기초한 인격 및 자유의 실현, 보편성과 평등의 문제를 기본이념으로 제시한다. 자기결정권을 실현하기 위하여 필요한 규범체계를 재정렬하는 과제와 사회복지에 특유한 문제로서 입법평가가 갖는 중요성을 지적한다. 사회복지법은 여러 매체를 거쳐서 비로소 입법목적이 실현되기 때문에 규범과 규범의 긴장관계, 규범의 현실과의 상호관계 등에 대한 평가를 필요로 하기 때문이다. 개별 사회복지법의 구체적인 문제를 제기하고 이에 대한 구체적인 발전방향을 제시하는 것은 이 글의 목적이 아니다. 이러한 방대한 작업을 위해서는 지면에 제한이 있기도 하고, 또 이는 필자의 총론에 이어지는 개별 사회복지법을 서술하는 집필진의 과제에 맡겨져야 할 것이다.

주제어 : 사회복지법, 자기결정권, 아동, 노인, 장애인

System and Prospects of Social Welfare Law

Cheon, Kwang-Seok*

The social welfare law concerning the children, the elderly and the disabled has been sufficiently in the center of the discussion in the academic as well as practical arena. One can find however rarely academic proposals about the way of understanding, spheres affiliated with this legal system, and systematic characteristics. So these problems stay now vague. This article aims to approach to these points of issue. First, it tries to reveal the physical, psychological and psychic characteristics of these group of people. These situation are not to be effectively protected by norms and measures provided by other instruments of social security, i.e. social insurances and social assistances. Second, based upon these functional limits inherent to these instruments of social security the own system of the social welfare law is explored in this article. The discussing points are as follows; 1. the concept of social welfare law, 2. as core principles; realization of the personality and freedom based upon self-determination right, universalism and equality. 3. rearrangements of the legal provisions to bring harmony with the legal purpose and function of social welfare law. Finally, it is pointed that the evaluation of the relevant legislation is essential, since in this area the difference between the norm purpose and the reality could be immense.

Key Words : Social Welfare Law, Self-determination, Children, the Disabled, the Elderly

* Prof. Dr. at Yonsei University