

# 노령수당의 위법성에 관한 고찰

윤 찬 영 (전주대 교수)

## I. 들어가는 말

우리나라의 노인복지는 노인복지법에 의하기보다는 오히려 공적부조법인 생활보호법에 의존하고 있다고 보아야 할 것이다. 생활보호법 제3조(보호대상자의 범위) 제1호 규정에 따라 65세 이상의 노쇠자는 생활보호를 받을 수 있다. 이것을 우리나라 노인복지의 실질적인 규정으로 보아 무방할 것이다.

노인복지의 기본법인 노인복지법상 실질적으로 제공되는 급여는 제10조(경로우대)에 따라 지급되는 버스표, 철도·공원·박물관 등의 할인요금 혜택과 제13조에 의한 노령수당이 고작이다. 그것도 “할 수 있다”는 식의 임의규정이나 “노력(조장)하여야 한다”는 선언적 규정으로 일관하고 있어 노인복지법 제정의 취지가 무색할 정도이다.

이 중에서 그나마 그럴듯한 이름으로 포장되어 있는 「노령수당」 규정이 법적으로 문제제기가 되었다. 지난 '94년 12월 23일 참여민주사회시민연대(이하 “참여연대”)가 이기남 씨(당시 65세)를 원고로 하여 ‘노령수당지급대상자 선정제외처분 취소 청구의 소’를 서울고등법원에 제기한 것이 바로 그것이다.

따라서 본 글은 이 소송을 통하여 쟁점이 되었던 현행 노령수당제도의 위법성 문제의 시비를 가려보고자 하는 것이며, 또한 사회복지운동의 새로운 방법으로 시도되고 있는 공익소송의 의미에 대해서 입장을 밝히고자 한다.

## II. 소송의 개요

### 1. 원고

원고는 이기남씨로서 서울시 관악구 신림6동에 거주하며, 1991년부터 생활보호법상의 자활보호대상자로 지정되어 생활하여 왔다.

### 2. 피고

관악구청장

### 3. 청구취지

1)피고가 1994. 12. 8.자로 원고에게 한 94년도 노령수당지급대상자 선정제외처분을 취소한다.

2)소송비용은 피고가 부담한다.

### 4. 청구원인

1)원고는 1994. 12. 5. 피고에게 노령수당 지급 신청을 하였으나 피고는 같은 해 12.8.자로 원고가 보건사회부장관이 정한 '94 보건사회부 노인복지사업지침의 규정에 의거 만 70세 이상의 생활보호대상자 노인에게만 지급토록 되어 있는데 원고가 70세가 되지 않았다는 이유로 본건 제외처분을 하였다.

2)본건 처분의 위법성

(가) 노인복지법 제13조 제1항에서는 “국가 또는 지방자치단체는 65세 이상의 자에 대하여 노령수당을 지급할 수 있다”라고 규정하고 있으며, 같은 조 제2항은 “제1항의 노령수당을 지급할 시기 및 대상자의 선정기준 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”라고 규정하고 있다. 한편 같은 법 시행령 제17조에서는 “법 제13조의 규정에 의한 노령수당의 지급대상자는 65세 이상의 자 중 소득수준 등을 참작하여 보건사회부장관이 정하는 일정소득 이하의 자로 한다”라고 규정되어 있다.

(나) 따라서 보건사회부장관에게 위임된 범위는 “소득수준을 기준으로 한 대상자 선정기준”에 관한 것일 뿐이다. 이러함에도 불구하고 보건사회부장관이 위와 같은 기준을 정하면서 법령의 위임범위를 벗어나 법률이나 대통령령에서 명시하고 있는 “65세 이상”이라는 요건을 훨씬 더 강화하여 “70세 이상”으로 이를 정한 것은 명백히 위법한 것이며 이 부분은 당연무효이다.

(다) 게다가 원고는 생활보호법 소정의 생활보호대상자 중 자활보호대상자이다. 결국 피고가 보건사회부장관이 정한 위 지침을 근거로 원고를 노령수당지급대상자에서 제외한 것은 앞에서 살펴 본 것과 같이 법령에 위배하여 무효인 지침을 근거로 한 것이므로 위법하다고 할 수 있다.

(라) 이상과 같은 이유로 원고에 대한 본건 처분은 취소되어야 한다.

## III. 고등법원의 판결

이 소송을 맡은 서울고등법원 제2특별부는 1995. 4. 13.에 다음과 같은 판결을 내렸다.

### 1. 판결이유

노인복지법 제13조에서 65세 이상의 자에 대하여 노령수당을 지급할 수 있도록 한 취지는 국가의 사회보장정책의 일환으로 노후대비를 제대로 하지 못하여 경제적 어려움을 겪고 있는 노인들에게 직접적이고 실질적인 소득보장혜택을 부여함으로써 노후생활의 안정을 도모하려는 데에 있다고 할 것이다.

관계법령들의 규정을 종합하면, 65세 이상의 모든 노인에게 대하여 노령수당을 지급하는 것을 궁극적 목표로 하되 국가의 예산사정상 당장에 65세 이상의 모든 노인에게 노령수당을 지급할 형편이 되지 못하므로 우선은 65세 이상의 자 중에서 매년 예산확보상황과 대상자의 소득수준 등을 고려하여 보건사회부장관이 지급대상자의 연령과 범위 및 지급수준을 정할 수 있도록 한 것이라고 보는 것이 상당할 것이다.

특히 같은 법 시행령 제17조가 법 제13조의 규정에 의한 노령수당의 지급대상자는 65세 이상의 자 중 소득수준 등을 참작하여 보건사회부장관이 정하는 일정소득 이하의 자로 한다고 규정한 취지도 원고가 주장하듯이 65세 이상의 자 중 보건사회부장관으로 하여금 단지 “소득수준”만을 참작하여 지급대상자를 정하도록 위임한 것이라고는 볼 수 없고(위 시행령 규정에서도 “소득수준 등”이라는 표현을 써서 소득수준 외의 사항도 참작하여 지급대상자의 범위를 정할 수 있다는 뜻을 밝히고 있다), 국가예산이 허락하는 범위 내에서 지급대상자의 최저연령도 65세보다 높여 지급대상자의 범위를 조정할 수 있도록 한 것이라고 해석된다.

따라서 보건사회부장관의 위 '94노인복지사업지침이 같은 법 시행령의 위임범위를 벗어난 무효의 것이라고 할 수 없으며, 위 사업지침에 따른 피고의 이 사건 처분도 위법하다고 할 수 없다.

## 2. 판결주문

- 1) 원고의 청구를 기각한다.
- 2) 소송의 비용은 원고의 부담으로 한다.

## IV. 대법원 상고심

원고는 고등법원의 판결에 불복하여 1995.7.4. 대법원에 상고하였으며, 이에 대해 대법원은 1996.4.12.에 판결을 내렸다.

### 1. 상고이유

#### 1) 노령수당제도의 신설 취지

정부는 1989. 12. 30. 법률 제4178호로서 노인복지법을 전면 개정하여 노령수당제도를 신설하여 시행해 왔다. 이 노령수당제도는 노인들의 소득보장을 위해 65세 이상의 노인 중 일정한 요건을 갖춘 자에게 아무런 기여금의 각출도 없이 제공되는 “무각출

노령연금제도”의 기능을 하도록 신설된 제도이다.

다만 정부는 위와 같은 노인복지법의 전면 개정 에 따르는 정부의 예산부담을 고려하여 65세 이상의 자 중에서 대상자의 선정 기준과 지급수준, 지급시기 등을 대통령령에 위임하는 근거 규정을 둠으로써 전면적인 “무각출노령연금제도”의 시행으로 인한 재정수요를 조절하고자 한 것이다.

## 2)원심판결의 위법성

원심 판결은 노인복지법 제13조 및 같은 법 시행령 제17조의 해석을 그르친 위법이 있다.

(가) 법 제13조 제1항에서는 노령수당의 지급과 관련한 연령범위를 “65세 이상”으로 명문화하였고, 같은 조 제2항에서 “노령수당의 지급시기와 대상자 선정기준 등”에 관하여서만 시행령에 위임하고 있다. 위 법률 규정 어디에도 65세 이상의 자 중 연령 기준의 범위를 상향조정할 수 있도록 이를 위임한 규정은 없으며, 이는 문리해석상으로도 불가능한 것이다.

그럼에도 불구하고 원심과 같이 보건사회부장관이 지급대상자의 연령기준까지 상향조정할 수 있다고 해석한다면, 이 법에서의 노령수당제도는 그 본질적인 부분인 연령기준이 입법자의 의사와는 관계없이 보건사회부장관이 매년 정하여 발표하는 연령에 관한 지침에 의하여 좌우됨으로써 제도 본래의 취지가 형해화되는 불합리한 결과를 초래한다.

(나) 또한 원심은 정부예산 사정상 당장에 65세 이상의 모든 노인에게 노령수당을 지급할 형편이 되지 못하므로 65세 이상의 자 중 지급대상자의 연령까지도 매년 보건사회부장관이 정할 수 있도록 규정한 것으로 해석하였으나, 이와 같은 정부예산상의 필요로 전면적인 노령수당제도가 시행되기 전의 과도기적인 제한은 “대상자성정 기준(선별주의)”과 “지급수준”을 변경, 시행할 수 있도록 위임규정을 두어서 이에 의해 해결할 수 있도록 법률상 보장하고 있으므로 법령상 연령기준까지 상향조정할 필요를 예정하지 않고 있음이 명백하므로 원심의 이 부분 해석은 아무런 근거가 없다고 하겠다.

(다) 원심이 시행령 제17조의 “소득수준 등”이라는 표현을 소득수준 이외의 사항도 참작하여 지급대상자의 범위를 정할 수 있다고 하면서 여기에 연령기준까지 포함시킨 것도 위법하다.

문면을 검토해보면, 시행령 제17조의 주부는 “노령수당의 지급대상자”이고 술부는 “일정소득 이하의 자로 한다”이므로, 이 규정은 소득수준에 의한 지급대상자의 제한과 이에 따른 위임의 근거를 밝히고 있는 것이다.

또한 ‘일정 소득 이하의 자’를 수식하는 말은 ‘보건사회부장관이 정하는’인데, 여기에서 보건사회부장관은 노령수당의 수령권자를 ‘일정소득 이하의 자’로 결정할 권한을 위임받았다는 뜻이다.

따라서 보건사회부장관이 연령기준을 상향조정할 수 있는 위임근거가 전혀 없기 때문에 원심판결은 위법하다.

(라) 동법 시행령 제20조 제1항에서 정부예산을 참작하도록 한 것은 노령수당의 지급액수를 보건사회부장관이 조정할 수 있도록 한 것인데, 이 규정을 토대로 연령제한까지 위임받은 것으로 해석하는 원심판결은 위법하다.

### 3)결론

따라서 위와 같이 무효인 지침을 근거로 원고를 노령수당지급대상자 선정에서 제외 시킨 본건 처분은 위법한 것이며 당연히 취소되어야 하며, 법 적용과 해석을 잘못된 원심판결도 파기되어야 한다.

## 2. 상고이유에 대한 피고측 답변

### 1)법 제13조와 시행령 제17조 해석에 대하여

(가) 법 제13조 제1항은 “· · · 할 수 있다”라는 형식으로 규정되어 있기 때문에 이것은 노령수당을 필요적으로 지급해야 한다는 뜻이 아니고 임의적으로 지급할 수 있는 것에 불과하다는 것이다.

(나) 법 제13조 제2항은 노령수당의 지급시기와 대상자의 선정기준을 대통령령에 위임하고 있는데, 이에 따르면 어떤 연령에 해당하는 자를 지급대상자로 할 것인지는 대통령령에 위임한다는 뜻이다. 시행령 제17조 역시 노령수당을 지급받아야 할 자의 경제적 사정과 국가의 재정능력을 고려하여 노령수당지급대상자를 보건사회부장관이 탄력적, 실질적으로 정할 수 있게 한 규정인 것이다.

(다) 법 제13조 제1항이 임의규정으로 되어 있고 같은 법 시행령 제17조에서 “소득수준 등”이라는 단서를 둔 취지는 향후 생활이 어려운 65세 이상의 모든 노인은 국가의 책임아래 노령수당을 지급하여 최저한의 문화적 생활을 보장하겠다는 정부의 정책의지를 천명한 것이다.

다만, 현재 국가재정의 형편상 65세 이상의 모든 생활보호대상자인 노인에게 노령수당을 지급할 수 없는 상황을 고려하여 연령별 지원의 시급성을 감안하여 70세 이상의 노인에게 우선적으로 노령수당을 지급하고 있는 실정인 것이다.

또한 '91년부터 실시한 노령수당제도는 이러한 이유로 인하여 70세 이상으로 한정해 왔으며 연차적으로 지급대상이 증가하고 있고 지급액도 현실화되고 있다.

### 2)시행령 제20조 제1항의 적용

시행령 제20조 제1항의 규정에 따라 보건사회부장관은 매년 확보된 예산의 범위 안에서 지급대상자 및 지급액을 지침으로 정하여 왔는데, '94년도 노령수당 예산액 32,608,260,000원(국비22,825,782,000원, 지방비9,782,478,000원)을 확보하여 지급대상자를 70세 이상의 생활보호대상자에게 1인당 월15,000원(연간180,000원)을 지급하도록 규정하고 있으며, 피고는 규정에 의거하여 '94년도 관악구 노령수당 예산 127,530,000원(국비89,271,000원, 시비26,781,000원, 구비11,478,000원)을 확보하여 70세 이상의 생활보호대상자에게 1인당 월15,000원을 국비70%, 시비21%, 구비9%의 비율로 지급하였다.

### 3)결론

따라서 70세 이상의 자는 법 제13조 제1항의 규정에 따라 65세 이상에 포함되는 것이고, 매년 예산의 범위 내에서 70세 이상의 생활보호대상자에게 노령수당을 지급해 왔기 때문에 본 지침은 적법한 것이다.

그러므로 65세 이상의 생활보호대상자에게 지급할 노령수당의 예산이 확보되지 않은 시점에서 위법 무효를 주장하는 것은 이유없다 할 것이며, 원고의 청구는 기각되어야 한다.

### 3. 대법원 판결

대법원은 1996. 4. 12.에 원고를 패소시킨 원심판결에 문제가 있다며 본건 소송을 고등법원으로 되돌려 보냈다.

## V. 노령수당의 법적 쟁점

본건에서 쟁점이 될 수 있는 것은 노령수당 지급대상자의 연령기준, 노령수당의 임의성, 국가의 재정상황 등이다. 이를 통해 노령수당의 위법성, 더 나아가 위헌성을 살펴보고자 한다.

### 1. 노령수당의 구성요건

일반적으로 구성요건이라함은 일정한 법률효과를 발생케 하는 사실을 총괄해서 지칭하는 것이다. 법규의 표현은 보통 「이러 이러한 사실이 있으면, 이러 이러한 효과가 생긴다」는 형식을 취하는데, 여기에서 전자가 구성요건이 되는 것이다. 민사법의 경우에는 주로 계약, 의사표시 등 법률행위들이 해당되고, 형사법에서는 형벌을 받게 되는 범죄행위의 요건이 이에 해당된다.

그러나 일반 국민을 포함하여 노인·장애인·아동·청소년·여성·근로자·특수직 종종사자 등 사회적 약자, 사회적 욕구의 충족이나 보상을 필요로 하는 자, 스스로 책임질 수 없는 사회문제의 상황에 있는 자 등을 대상으로 사회복지법에서는 구성요건의 핵심은 대상자적격성이며 여기에 부수적 요건으로 행위요건이 포함되는 것이 상례이다. 즉, 노인이나 장애인의 범위를 설정하는 것은 대상자적격성의 요건이고 보험료 납입, 신청여부 등을 규정하는 것은 부수적 행위요건이 되는 것이다.

따라서 노인복지법상의 구성요건은 노인인가 아닌가의 기준을 정하는 것이 대상자적격성의 구성요건이 되는 것이다.

그런데 문제는 현행법상 노령수당이 말 그대로 사회수당으로서의 의미를 가지지 못하고 공적부조상의 급여로서 부가적 급여로서의 성격을 띠기 때문에 자산조사의 요건을 갖추도록 규정되어 있다는 것이다. 그러므로 노령수당을 지급받기 위해 충족해야 하는 구성요건은 연령요건과 소득 및 재산 수준 요건인 것이다. 즉, 65세 이상에 속하면서 생활보호를 받는 자 중에서도 소득 및 재산수준이 더욱 열악한 자가 수급대상자가 되는 것이다.

따라서 법과 시행령 규정의 문면상, 노령수당제도의 구성요건적 분석상 대상자의 연령은 65세 이상이면 되는 것이다. 이 연령요건을 제한할 수 있는 어떠한 근거도 규정되어 있지 않으며 그렇게 해석하는 것 역시 법의 취지나 구성요건상의 구조 면에서 볼 때 부당한 것이다.

## 2. 임의규정

피고측이 주장하였듯이 노령수당은 현재 임의적 급여로 규정되어 있다. 그러므로 노령수당을 집행하는 행정청에게는 이것은 재량행정이 되는 것도 사실이다. 따라서 정부가 주면 받고 아니면 그만인 것이다.

그러나 강행규범이 아닌 임의규범 역시 규범이다. 이 규정을 실시하느냐의 여부는 전적으로 국가기관의 재량이라 하더라도 일단 실시하는 경우에는 규정의 내용이나 요건은 준수되어야 하는 것이다. 즉, 기속적 재량행위가 된다는 것이다.

따라서 보건복지부장관은 노령수당제도의 실시여부에 대한 권한을 위임받고 있다. 그러나 일단 실시하게 되면 그 규범적 내용이나 요건은 준수해야 하는 것이다. 위에서 제시된 법규정이나 시행령 규정을 종합해보면, 65세 이상의 생활보호대상자라는 구성요건은 명백한 것이며 보건사회부장관은 그 지급액수의 수준을 노인복지 등과 국가의 예산범위를 참작하여 결정하도록 위임받았을 뿐인 것이다(시행령 제20조 제1항).

그러므로 법규범도 아닌 일개 지침으로 상위규범에서 위임한 한계를 벗어난 노인복지사업지침은 위법성을 면치 못하는 것이다.

## 3. 국가의 재정

사회복지법상 급여를 권리에 의한 급여로 하기 위해서는 일단은 강행규정으로 규정되어야 한다. 이 경우 행정청은 이에 따르는 예산을 편성해야 하는 것이기 때문이다. 임의규정일 경우에는 국가의 재정능력이나 의지에 따라 매우 가변적이게 된다.

그런데 우리 헌법 제34조는 제1항에서 모든 국민의 인간다운 생활을 할 권리를 규정하고 있고, 같은 조 제5항에서는 질병, 노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 자에 대한 국가의 보호의무를 규정하고 있다. 그러면서도 생활보호법에서의 급여수준은 보건복지부장관이 자의적으로 정하고 있고, 본건의 노령수당 역시 보건복지부장관에게 위임하고 있는 것은 위헌적 소지를 안고 있는 것이다.

따라서 본 소송은 '94.2.22.에 헌법소원이 제기된 생활보호급여수준 문제와 더불어 문제제기되어야 한다. 국가의 헌법적 의무사항이 하위법에서 국가재정 형편을 이유로 위임하여 시행규칙도 아닌 지침으로 급여수준을 제한한다는 것은 위헌성의 문제가 있는 것이다.

## VI. 맺는 말

노령수당에 관한 소송은 참여연대 사회복지위원회에서 국민최저선 확보운동의 일환으로 사회복지대상자들의 법적 권리를 확인하고 지키려는 의도로 제기해 온 사회복지공익소송 중 하나이다.

결국, 이 소송에서 승소하게 되면 전국의 65세 이상 생활보호대상자들에게 노령수당이 지급될 수 있는 계기가 마련될 것이며, 패소하게 되면 노령수당 및 생활보호제도의 전면적 개편을 요구하는 운동의 계기가 주어질 것이다.

사회복지에 대한 국민들의 무지와 정부의 무의지는 사회복지법의 왜곡현상을 낳았다. 이에 사회복지의 전문가들은 이러한 문제를 사회에 알리고 국민 개인의 인간다운 생존에 대한 자각과 참여, 권리의식의 고취, 정부당국의 책임성 강화 등을 위해 전문적 책임을 수행해야 할 것이다. 이러한 면에서 참여연대의 사회복지운동은 논의와 참여의 장이 되어야 할 것이다.

이러한 사법적 운동은 합법적 공간에서 이루어지는 권리찾기 운동이고 사회복지 규범을 바로 세우는 운동이며, 이는 부당한 법을 개폐하고 정의롭고 합리적인 법을 제정해 나가는 입법운동과 더불어 전개될 때 그 의미가 있다고 할 것이다. 법이 모든 문제를 해결할 수 있는 것은 아니지만 사회복지 실천상 중요한 하드웨어로서 의미를 지닌다고 본다.