

社會福祉法의 理解를 爲한 基礎的 研究

윤 찬 영*

I. 序 論	Ⅱ. 社會福祉의 法的 權利性
Ⅱ. 社會福祉法의 範圍와 體系	1. 問題의 所在
1. 社會法	2. 具體的 權利性 認定의 問題點
2. 社會福祉法과 社會保障法	3. 制度保障
3. 社會福祉法과 勞動法	Ⅳ. 結 論
4. 小 結	

I. 序 論

일반적으로 制度는 法의 형태로 존재한다. 社會福祉, 社會保障 또는 社會政策 등도 결국은 法의 形式을 빌어 公式的인 형태로서 존재하게 되는 것으로 볼 수 있다. 즉, 社會福祉가 國家의 政策으로서 制度的으로 실천되는 하나의 중요한 도구가 곧 法인 것이다."

따라서 社會福祉學의 인식대상으로서 그 法을 분석한다는 것은 社會福祉 研究의 출발점으로서 중요성을 가질 뿐만 아니라, 社會福祉學 內的으로 독립적인 연구영역으로서도 존립이 가능하다고 볼 수 있는 것이다.

물론, 社會福祉法이라는 분야를 연구한다는 것은 社會福祉學과 法學을 연결시킨다는 점에서 어느 학문분야에 소속되는가의 문제가 논란될 여지는

* 전주대학교 사회복지학과 교수

1) H. Calvert, Social Security Law, 2nd(ed.), Sweet & Maxwell, London, 1978, p. 1.

있겠다. 사회복지법이라는 인식대상이 사회복지학에만 고유한 영역이 될 수 없다는 것은 자명하다. 그러나 이것은 사회복지의 문제를 법과 관련시켜 연구하는 것이므로, 사회복지의 고유한 영역으로부터 法的인 문제제기를 하지 않고서는 社會福祉法의 연구는 실질적으로 어렵다.

즉, 완성된 法學의 체계를 가지고 사회복지의 문제에 접근하는 것은 그 合目的性을 상실한다고 볼 수 있다.

그러나 현실적으로 볼 때, 法學의 영역에서도 社會福祉法 및 그 관련법들에 대한 연구가 이루어지고 있다.²⁾

그런데 이러한 연구들은 사회복지에 대한 인식에 한계가 있고, 주로 社會保障에 관련된 법의 연구에 치중되어 있으며, 사회복지의 구체적인 各論에 해당되는 법들은 條文을 나열하는 수준에 머물러 있는 것으로 보인다.

이렇게 보면, 社會福祉法의 研究는 社會福祉學과 法學의 兩分野에 상당한 정도로 정통한 연구자를 필요로 한다고 볼 수 있겠다. G. Myrdal의 사회과학 통합주의의 한계로서 연구자의 力量에 대한 문제가 제기되고 있기는 하지만,³⁾ 사회복지법의 연구는 어느 정도는 두가지 학문에 정통한 연구자들이 요구된다.

이러한 研究者의 能力을 別論으로 하더라도 本 研究에서는 기존의 연구들을 토대로 하여 사회복지법 연구에서 기본적으로 定立해야 할 문제들에 대해서 論하고자 한다.

첫째는, 무엇을 연구할 것인가와 관련된 문제로서 社會福祉法의 範圍와 體系에 관한 것이다. 마치 社會福祉의 개념을 어떻게 定義할 것인가와 유사한 문제로서 社會福祉法論의 일차적인 과제라고 할 수 있다. 기존의 연구자들도 이 문제에 대해서 혼선을 보이고 있기 때문에 일단 論理的인 정리가 필요하다고 하겠다.

둘째는 社會福祉의 法的인 權利性의 문제이다. 社會福祉의 급부나 서비

2) 金裕盛, 社會保障法, 東星社, 1985.

朴松圭, 社會福祉法論, 法令編纂普及會, 1988.

李相光, 社會法, 博英社, 1988.

장 훈, 社會보장법 총론, 대구대학교 출판부, 1984.

기타 憲法學에서 생존권과 관련된 다수 연구성과물들이 있음.

3) 金尙均, 現代사회와 社會정책, 서울大學校出版部, 1987, pp. 80-81.

스가 權利에 의한 移轉인가 아니면 慈善的인 施惠에 의한 것인가 하는 문제는 烙印(Stigma)의 문제 뿐만 아니라, 전반적인 복지국가의 구조 및 복지급부의 제도화 문제와 밀접하게 관련되어 있다.⁴⁾ 따라서 現行法을 중심으로 사회복지의 法的 權利性을 論證하는 것은 사회복지제도의 法的인 位相을 定立하는 데 결정적이라고 할 수 있겠다.

II. 社會福祉法의 範圍와 體系

社會福祉法의 範圍와 體系를 定立하는 것은 社會福祉法論의 認識對象을 定立하는 의미를 가진 것으로서 사회복지법 연구의 일차적인 과제로서의 성격을 가진다.

社會福祉法의 體系를 論함에 있어서, 法學에서는 급여의 技術的인 원리를 기준으로 체계화하는 경우가 있는데,⁵⁾ 이는 급여의 性格 및 種類에 기초한 체계화이다. 이것은 사회복지의 특정한 변수를 기준으로 한 것이므로 體系化의 한 방법은 될 수 있으나, 그 범위가 너무 협소하다.

결국, 사회복지법의 체계화는 그 범위를 어떻게 설정하느냐에 따라 달라질 수 있다. 憲法, 民法, 刑法 등은 단일한 法典으로 갖추어져 있는 경우가 많고, 관련된 下位法들이 마련되어 있어서 나름대로의 체계화가 구축되어 있다. 그러나 사회복지법은 여러가지가 난립되어 있고, 관련 규정들이 곳곳에 散在되어 있어서 독자적인 법체계 구성이 어렵게 보인다. 그렇다 하더라도 영국이나 독일에서 社會法의 統一法典化를 위한 노력이 시도되었음을 볼 때,⁶⁾ 사회복지법의 독자적인 체계 수립에 대한 가능성은 존재한다고 볼 수 있을 것이다.

현재 사회복지법과 관련하여 그 概念上 및 範疇上의 혼란을 보이고 있는

4) R. Plant et al., Political Philosophy and Social Welfare, R.K.P., 1981, pp.24-25.

5) 金相光, 전계서, pp.294-306. 여기서는 社會保險法, 社會保償法, 社會援護法 등으로 분류한다.

金裕盛, 전계서, pp.98-109. 여기서는 소득보장급여법과 장애보장급여법으로 분류한다.

6) 李相光, 상계서, p.35.

것이 社會法 및 社會保障法이며, 동시에 勞動法과의 관계도 문제가 된다. 따라서 本考에서는 이들 法의 개념과 범위를 정리해 보고자 한다.

1. 社會法

社會法の 概念 및 範圍는 그것을 이해하는 수준에 따라서 몇 가지의 範圍로 나뉘어 진다.⁷⁾ 즉, 첫째, 最廣義로서 社會政策 및 社會福祉에 관련된 모든 公·私法으로 보는 경우이다. 둘째, 廣義로서 勞動法과 狹義의 社會保障에 관한 法을 社會法으로 보는 경우이다. 셋째, 狹義의 개념으로서 狹義의 社會保障에 관한 法을 社會法으로 지칭하는 경우이다. 마지막으로 社會保險法만을 社會法으로 인식하는 경우가 있다.

여기에서 法學의 多數說的인 입장은 셋째의 것으로 社會保障法을 社會法과 同一視하는 것이다.⁸⁾ 그러나 이것은 法學者들이 社會福祉의 개념을 지나치게 狹義로만 해석하기 때문이다. 後述하겠지만 이것은 社會福祉를 社會保障의 下位概念으로 인식하고 있기 때문에 그러하다.

社會法の 概念範圍는 近代 市民法과의 歷史的 관련성 속에서 찾을 수 있다. 근대 市民法은 契約自由의 原則, 私的 所有權의 確立 및 自己責任의 原理 등을 그 指導原理로 하고 있다. 이러한 市民法의 原理는 利己的이고, 理性的이고, 活動的이고, 自由롭다고 생각된 平均的인 人間을 前提로 한 것이었다.⁹⁾ 따라서 이들은 자연히 서로 平等하다고 假定된 것이다. 그러나 資本主義의 발달은 그 도순적 현상을 드러내게 되었다. 즉, 자본가 계급과 노동자 계급의 兩極化 현상이 나타나고 富益富, 貧益貧 현상이 資本主義에 대한 수정을 요구하게 되었다. 노동자가 계약자유 원칙을 완전히 향유할 수 있는 추상적 평균인의 지위에 있지 않음이 발견된 것이다. 이러한 맥락에서 具體的이고 現實的인 人間을 前提로 하는 새로운 지도원리를 내포하는 법체계가 등장하게 된 것이다. 이것이 바로 社會法인 것이다.

따라서 社會法이란, 첫째, 契約自由의 原則을 수정한 법이다. 계약자유

7) 상계서, pp.10-14 참조.

8) 상계서, p.15.

金裕盛, 전계서, pp.67-68.

9) 崔鐘庫, 法主體로서의 인간에서 본 社會法の 存在論的 構造, 서울大學校 석사학위논문, 1971, pp.25-27.

라는 美名下에서 勞動力과 賃金의 교환관계가 성립되어 왔는데, 이 때 계약의 주체인 資本家와 勞動者가 과연 자유롭게 거래할 수 있는 만큼 兩者의 관계가 평등한 것인가 하는 것이 문제가 되었다. 게다가 勞動力이라는 商品은 그 所有者인 勞動者의 肉體와 不可分의 관계에 있기 때문에 勞動環境 및 條件, 勞動力再生産의 문제 등과 함께 고려되어야 한다. 그러나 資本家와 勞動者 사이의 교환에는 이러한 것들이 배제될 수밖에 없었고, 國家는 이러한 문제들에 대해서 개입하지 않을 수 없게 되었다. 즉, 전통적인 市民法의 原理는 결국 착취와 대립관계 속에 놓여 있게 되어 國家는 그 원리를 수정하면서 개입하고 조정하는 역할을 法的으로 승인받게 된 것이다.

둘째, 私有財産의 絶對不可侵 原則을 수정한 것이다. 所有權 絶對不可侵의 原則은 資本主義社會의 不平等을 낳게 한 法的인 機制였다. 이러한 原則은 小所有者들만이 서로 平等하게 共存하던 시대에 사람과 사람 사이에 상호존중을 청구할 수 있는 권리로써 의미가 있었으나 가지지 않는 계급이 광범위하게 발생하면서 그 正當性을 상실하게 되었다. 10) 따라서 이러한 원리를 수정하는 새로운 法秩序로서 社會法이 등장하게 된 것이다.

셋째, 自己責任의 原則에 대한 修正이다. 市民法은 合理的인 人間을 前提로 하였기 때문에 각 個人들은 자신들의 生活上의 문제를 스스로 책임져야 한다는 원칙에 입각해 있었다. 따라서 貧困者에게 주어지는 원조는 주는 자의 은혜로운 자선행위의 의미를 가질 수밖에 없는 것이다. 貧民法(Poor law)의 思想的 基礎가 바로 이것이다. 11) 그러나 資本主義가 발전하면서 産業化 역시 加速되었고, 그에 따라 사회는 매우 복잡하게 되면서 量的으로나 質적으로 엄청난 변화를 겪게 되었다. 이 과정에서 社會費用(Social Cost), 社會的 危險(Social Risk), 非福祉(Diswelfare) 등의 개념이 생성된 것이다. 12) 따라서 個人들은 특히 貧民이나 勞動者들은 자신들의 生活上의 문제에

10) G. Radbruch, Rechtsphilosophie, 최용(역), 三英社, 1981, pp.193-194.

11) G. V. Rimlinger, Welfare Policy and Industrialization in Europe, America, and Russia, John Wiley & Sons, Inc., 1971, chap 3. 참조. 특히 New Poor Law는 개인주의에 바탕을 둔 자유주의적 원칙이 강조됨.

12) R. M. Titmuss, Solcity Policy, George Allen & Unwin, 1974, chap 5. 참조.

대해서 책임지기가 어렵게 되었으며, 生存의 문제조차도 보장받기 어렵게 된 것이다. 또한 그 原因도 個人的 차원을 넘게 된 것이다. 그리하여 국가는 이러한 市民法上的 自己責任原則을 수정하고 生存에 대한 책임을 지게 된 것이다.

이렇게 볼 때, 社會法이란 國家가 市民社會의 문제와 갈등을 조정하기 위해 介入하는 것을 정당화하는 새로운 법영역으로 볼 수 있다. 따라서 勞動法, 經濟法, 社會福祉法(社會保障法 포함) 등을 포함하는 廣義의 概念으로 인식되어야 할 것이다.

2. 社會福祉法과 社會保障法

法學에서 社會福祉法과 社會保障法의 관계를 어떻게 設定하고 있는가? 多數說的인 입장은 社會保障法을 社會福祉法의 上位概念으로 인식하고 있다.¹³⁾ 社會保障法은 社會保險法, 公的扶助法, 社會福祉法등으로 구성된다고 보는 것이다. 이것은 앞에서도 주장했듯이 사회복지의 범위를 지나치게 限定的으로 인식하기 때문이라고 할 수 있다. 오히려 사회복지의 범주안에 사회보장의 개념을 포함해야 한다는 것은 더 이상의 설명이 필요없다고 본다.

한편, 사회복지학에서는 社會福祉法과 社會保障法의 관계를 어떻게 보고 있는가? 그것은 일단, 사회복지의 개념을 넓은 의미로 볼 것이냐, 좁은 의미로 볼 것이냐에 따라 다르지만,¹⁴⁾ 여기서 문제가 되는 경우는 社會福祉法을 狹意로 인식하면서 동시에 社會保障法과는 구별되는 것으로 보는 경우이다.¹⁵⁾ 이 경우에는 公的扶助法인 生活保護法과 사회복지 서비스법을 포함하여 사회복지법으로 규정한다. 사회보장법을 사회복지법과 구별하면서도 사회보장법에 속하는 생활보호법을 사회복지법에 포함시키는 이유가 명확하지 못하다.

이러한 입장을 표명하는 몇 가지의 근거가 제시되고 있는데, 주요한 것

13) 金裕盛, 전계서, pp.67-68.

朴松圭, 전계서는 명확히 제시하지 않고 있으나 各論에서 취하고 있는 입장이 그러한 것 같다.

李相光, 전계서, p.15.

14) 愼燮重 外, 韓國社會福祉法制概說, 大學出版社, 1991, pp.10-13.

15) 金萬斗, 社會福祉法制論, 弘益齋, 1991, p.34.

몇가지를 예로 들어 이에 대해 具體的으로 論議할 필요가 있겠다.

첫째, 우리나라의 法體系는 日本의 것을 따르고 있기 때문이라는 것이다. 따라서 좁은 의미의 社會福祉法體系를 채택하고 있는 日本과 마찬가지로 우리나라의 사회복지법도 狹意로 해석해야 된다는 것이다.¹⁶⁾ 그러나 이러한 해석은 너무 추상적이며, 日本法은 獨逸法을 繼受했기 때문에 이와 같은 論理를 주장하기 위해서는 독일의 법체계와의 비교연구가 수반되어야 할 것이다.

둘째, 社會福祉事業法 제2조에서¹⁷⁾ 사회복지사업의 定義를 내린 것을 그 근거로한다.¹⁸⁾ 이 法의 定義를 따르자면, “社會福祉事業이라 함은 다음의 法律에 의한 保護·善導 또는 福祉에 관한 事業과 社會福祉相談·災害救護·浮浪人善導·職業輔導·隣保福祉·無料宿泊·地域社會福祉·母子福祉·醫療保護·社會福祉館運營·癩完治者社會復歸에 관한 事業 등 각종 福祉事業과 福祉施設의 運營 및 支援을 目的으로 하는 事業을 말한다.

- 1) 生活保護法
- 2) 兒童福祉法
- 3) 老人福祉法
- 4) 心身障礙者福祉法
- 5) 淪落行爲等防止法”

이 社會福祉事業法은 소위 사회복지서비스에 관한 총괄적인 규정으로서 이 분야에서 上位法으로서의 위치를 갖는 법이다. 따라서 여기에서 ‘事業’이라는 用語는 英語의 ‘service’ 또는 ‘management of service’등을 우리말로 옮긴 것으로 보여진다. 왜냐하면 同法 第2條에서 定義된 사회복지사업의 내용들은 모두 사회복지서비스에 관한 것이기 때문이다. 따라서 사회복지나 사회복지 서비스를 동일한 範疇도 파악한다는 것은 옳지 않다고 본다.

셋째, 憲法上的의 規定을 든다.¹⁹⁾ 즉, 憲法 第34條 2項, “國家는 社會保障·社會福祉의 增進에 努力할 義務를 진다.”는 규정이 그것이다. 여기에서

16) 金萬斗, 社會福祉의 法, 弘益齋, 1985, p.20. 그런데 이 견해는 同一 著者의 1991년도 책에서는 빠져있다.

17) 韓國社會福祉協義會, 社會福祉法典, 3판, 1989, p.19.

18) 金萬斗, 전거서, 1991, pp.18-19.

19) 上거서, p.19.

엄연히 名文化된 規定으로 社會保障과 社會福祉를 獨立的으로 규정했기 때문에 사회보장법과 사회복지법은 구별해야 된다는 論理이다. 이러한 論理에 대해서 몇 가지의 對應論理를 제시해 보고자 한다. 우선, 앞서서도 언급했지만 社會保障의 범위에 속하는 公的扶助에 해당되는 生活保護法을 社會福祉法에 포함시키는 이유가 무엇인지 모르겠다. 이것은 결국, 보편주의 (Universalism)적인 사회복지제도는 사회복지법의 범주에서 제외되는 것으로 해석할 수 있다. 따라서 이것은 편협한 福祉觀을 반영한다고 하겠다.

또한 憲法 第37條 1項은, “國民의 自由와 權利는 憲法에 열거되지 아니한 이유로 輕視되지 아니한다.”라고 규정하고 있는데, 이것은 現行憲法이 國民의 基本權 規定에 대해서 立法技術上 列舉主義를 취하는 것이 아니라 例示主義를 취하고 있다는 증거이다. 따라서 34조 2항의 “사회보장·사회복지”라는 表現은 하나의 例示이기 때문에 兩者가 서로 다른 것이라든가 또는 그 포함관계가 분명하게 나타나 있는 것은 아니라고 하겠다. 더욱이 이 헌법을 기초한 사람들이 사회복지 또는 사회보장의 개념을 명확히 이해하고 분리하여 규정했다고 보기 어렵다. 이 규정은 5공화국 헌법에서 처음으로 규정되었으므로 그 당시 각계에서 제시되었던 憲法試案들을 중심으로 살펴 보자.²⁰⁾

이 규정은 3共和國 및 4共和國의 憲法에서는, “國家는 社會保障의 增進에 노력하여야 한다.”라고 규정되어 있었다. 그런데 5공화국이 헌법을 개정할 때 몇 가지의 試案이 있었는데, 이 조항에 대해서 다음과 같이 정리해 볼 수 있다.

6 人 學者案 (金哲洙 外 5人)	第33條 ①모든국민은 人間다운 생활을 할 권리를 가진다. ②생활능력이 없는 국민은 국가에 대하여 生活保護를 청구할 권리를 갖는다.	共和黨案	第20條 ①모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다. ②국가는 모든 국민의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 적절한 사회보장, 사회보험의 증진에 노력할 의무를 진다. ③생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.
-----------------------------	---	------	--

20) 金哲洙 編, 立法資料教材 憲法, 博英社, 1985, pp.182-279.

統一黨案	第23條 國家는 社會保障의 增進에 努力하여야 하며 老齡, 疾病 기타 勤勞能力의 喪失로 因하여 生活能力이 없는 者는 法律이 定하는 바에 依하여 國家의 보호를 받는다.	大韓僑協案	第32條 (社會保障)①모든國民은 人間다운 生活을 할 權利를 가진다. ②國家는 社會福祉와 社會保障의 增進에 노력하여야 한다. ③生活能力이 없는 國民은 法律이 定하는 바에 依하여 國家의 보호를 받는다.
新民黨案	第30條 ①모든국민은 人間다운 生活을 할 權利를 가진다. ②國家는 社會保障의 增進 爲한 必要한 예산을 매년 計上하여야 한다. ③생활능력이 없는 국민은 法律이 定하는 바에 依하여 國家의 保護를 받는다.	國會 改憲特委案	第31條 ①모든國民은 人間다운 生活을 할 權利를 가진다. ②國家는 적절한 社會保障 社會福祉의 增進에 努力할 義務를 진다. ③生活能力이 없는 國民은 法律이 定하는 바에 依하여 國家의 保護를 받는다.

이와 같은 明文上의 規定들을 볼 때, 立法者에게 社會보장 및 社會복지의 明確한 개념을 기대하는 것은 어렵다고 볼 수 있다. 따라서 이 규정에 따라서 兩者를 서로 다른 것으로 해석하는 것은 곤란하다.

네째, 社會보장은 各출을 전제로 하는 것이고 社會복지는 무各출을 전제로 한다는 주장이다.²¹⁾ 그렇다면 여기에서 무各출을 원칙으로 하는 公的扶助는 社會보장제도의 2대 方法論의 하나인데, 어떻게 그것이 社會복지의 범주에 포함되는가 하는 문제를 다시 제기하게 한다. 또한 社會보장에서 各출이나 무各출이나 하는 것은 정책적인 수단이나 기술상의 문제이지 法理上의 구별기준이 될 수 없다고 보겠다.²²⁾

다섯째, 社會복지법의 영역을 廣義로 해석하게 되면 社會보장법에 대해서 그 獨自性을 상실해 버린다는 것이다.²³⁾ 물론 社會보장제도와 복지서비스 사이에는 특징적인 差別性이 존재한다. 그렇다고 해서 社會복지법의 범

21) 金萬斗, 전계서, 1991, p. 19.
22) 金榕盛, 전계서, p. 96.
23) 金萬斗, 전계서, p. 19.

위를 後者에 한정할 필요는 전혀 없다고 본다. 일반적으로 사회복지학에서 사회복지의 개념을 정의할 때 서비스 개념만을 포함하는 것은 아닌 것이다.

따라서 사회보장법과 사회복지법은 분리 독립적인 것이 아니라 사회복지법의 범주 속에 사회보장법과 복지서비스법 등이 모두 포함되는 것으로 보아야 할 것이다.

3. 社會福祉法과 勞動法

社會福祉法과 勞動法은 일단 넓은 의미의 社會法에 포함된다고 하겠다. 따라서 兩法은 근대 市民法의 原理를 수정하여 國家가 市民社會에 介入하는 형태로 표현된 새로운 법영역이다. 그리하여 社會的 弱者에 대한 보호와 조정을 하기 위한 法이라는 면에서 同質性을 갖는다. 따라서 兩法은 人間的 生存을 保障한다는 점에서 規範目的上 일치한다고 하겠다.

그러나 勞動法은 個別的 또는 集團的 勞動關係의 規律를 통하여 勞動者의 權益을 보호함으로써 그의 人間다운 生活을 확보해 준다는 점에 그 직접적인 規範目的이 있음에 반하여, 社會福祉法은 勞動者뿐만 아니라 特定한 生活上의 위험에 당면하게 되는 국민전체에게 복지급여를 통해 그 生活上의 위험으로부터 보호되도록 하여 人間다운 生活을 보장해 준다는 점에 그 직접적인 規範目的이 있는 것이다.²⁴⁾

또한 동일한 勞動者를 대상으로 하는 경우에도 勞動法은 生産現場에서의 勞動者를 대상으로 하며, 社會福祉法에서는 勞動者의 生活上의 측면, 즉, 生活人으로서의 勞動者를 대상으로 하는 것이다.²⁵⁾

이렇게 보면, 勞動法은 경제적 시장에서의 勞動力의 거래 및 계약관계에 대한 국가의 직접적인 개입의 표현으로 볼 수 있다. 따라서 이것은 市民法의 指導原理 중의 하나인 契約自由의 原則을 修正한 것으로 볼 수 있겠다. 한편 사회복지제도는 다른 공공정책 및 제도와는 달리 그 급여나 서비스의 수혜자가 국민 개개인이며 特定化되어 있는 것이 일반적이다. 따라서 社會福祉法은 개인 간의 私的 自治나 계약에 관한 法이 아니라 國家와 國民 간의 직접적인 관계를 표현한 法이다. 이 경우에, 社會保險法과 같이 勞動者

24) 李相光, 전거서, p.114.

25) 金裕盛, 전거서, pp.91-92.

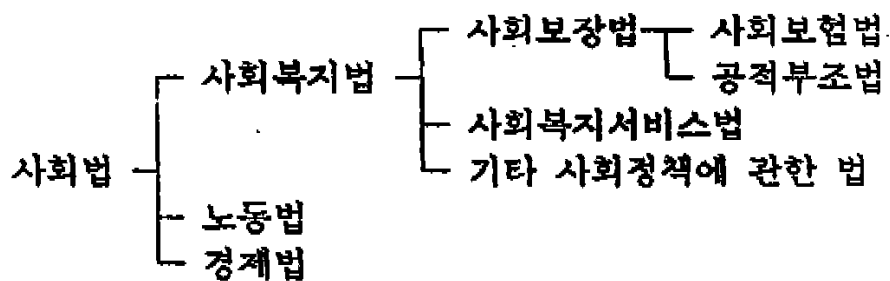
와 資本家가 법관련 당사자가 되는 경우도 있지만, 이 때에도 역시 生活人으로서의 勞動者의 生存을 위해 資本家의 助力을 규정한 것뿐이지 兩者 사이의 계약관계에 국가가 직접적으로 개입하는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 즉, 社會福祉法은 勞動法과는 다르게 階級의 力學的인 관계를 生活上의 次元으로 환원시켜 국가 對 시민의 관계를 직접적으로 형성케 하는 법이다.

4. 小 結

以上の 論議를 종합하여 사회복지법의 범주를 설정해 보자면 다음과 같다.

본 연구에서 다루고자 하는 사회복지법은 넓은 의미에서의 社會法에 포함된다. 이 社會法體系는 크게 社會福祉法, 勞動法, 經濟法 등으로 분류될 수 있으며, 사회복지법은 또한 社會保障法, 사회복지 서비스법 및 기타 社會政策에 관한 법 등으로 분류된다. 이 경우에, 社會政策이라 함은 社會保障과 복지서비스 부문을 제외한 狹義의 개념으로서 敎育, 醫療, 住宅 등에 관련된 사회정책을 의미한다. 그리고 사회보장법은 社會保險法과 公的扶助法으로 나뉜다.

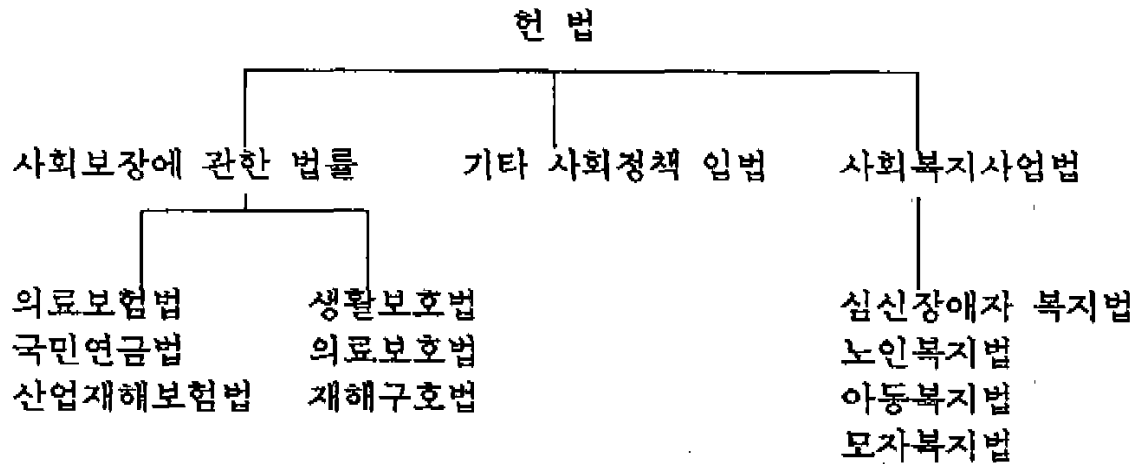
이상에서 정리된 내용을 도식적으로 나타내자면 아래와 같다.



여기서 우리나라의 現行法을 중심으로 사회복지법의 체계를 구성해 보도록 하자. 먼저 最高의 법은 憲法이다. 憲法의 概念도 다양하게 제시되고 있지만, 일단 國家의 統治體制와 國民의 基本權保障을 규정한 國家의 基本法이라고 定義해 두자.²⁶⁾ 따라서 憲法의 기본권 규정 중에서 사회복지와 관련

26) 權寧星, 憲法學原論, 法文士, 1991, p. 3.

된 조항들이 社會福祉法에서 最上位의 規範으로 인정될 수 있다. 그리고 社會保障法의 憲法과 같은 위치에 있는 법이 '社會保障에 관한 法律'이다. 사회복지 서비스법 분야의 총괄적인 上位法은 '社會福祉事業法'이다. 이러한 법들을 단계적으로 체계화한다면 다음과 같다.



Ⅲ. 社會福祉의 法的 權利性

일찌기 T.H. Marshall은 市民權의 변천을 갈등이론과 진화론의 통합적 관점에서 보았다. 그리하여 市民權은 公民權(civil right), 參政權(political right), 福祉權(social right)의 순으로 발전해 왔다고 한다.²⁷⁾

그러나 社會權 및 福祉權의 權利性을 인정하지 않는 주장들도 있고, 인정을 하더라도 잠정적인 수준에서 인정하는 경우도 있어서, 이 문제는 논란의 여지가 많다. 序論에서도提起하였듯이 福祉權의 문제는 理論的으로나 實踐的으로나 매우 중요한 관건이 된다.

따라서 본장에서는 우리나라의 법을 중심으로 社會福祉의 法的 權利性에 대해서 論하기로 하겠다.

1. 問題의 所在

우리헌법 제 34 조는 社會福祉의 權利性을 선언한 規定으로 일단 해석해

27) T.H. Marshall, At The Crossroads, Heinemann, 1963, p. 72.

볼 수 있겠다. 제 1 항에서 “모든 國民은 人間다운 生活을 할 權利를 가진다.”라고 규정되어 있고, 제 2 항에서 6항까지는 사회복지에 대한 國家의 義務를 규정하고 있다. 여기서 제 1 항의 권리를 흔히 生活權 혹은 生存權이라 칭한다. 바로 이 조항이 社會權的 基本權에 대한 崔上位의 규정으로 인식되고 있으며, 사회복지 受給權(제 34 조 2항-6항), 教育을 勞動三權(제 33 조), 環境權(제 35 조), 保健權(제 36 조 3항) 등이 生存權 실현을 위한 수단적인 權利로 인정되고 있다.²⁸⁾

그런데 社會權的 基本權의 法的 性格에 대해서 學說이 갈리고 있다. 그것은 첫째, 종래의 지배적인 학설이었던 프로그램규정설과 둘째, 최근에 등장한 法的權利說이며 後者는 다시 抽象的 權利說과 具體的 權利說로 나뉘어져 있다.²⁹⁾

프로그램규정설은 두 가지의 논거를 통해 사회적 기본권의 권리성을 증명한다. 첫째는 사회적 기본권은 국가의 財政的 및 豫算上의 能力에 크게 의존하기 때문에 憲法에서 권리로서 규정된다 하더라도 국가경제의 수준이 이에 미달하면, 그것은 단지 장래에 대한 政治的 公약을 선언한 것에 불과하다는 것이다. 둘째, 사회적 기본권은 권리실현의 구체적 절차에 대해서 명확한 규정이 明文化되어 있지 않기 때문에 단지 프로그램규정에 지나지 않는다는 것이다.

抽象的 權利說은 종래의 프로그램규정설이 바이마르憲法時代에 지배적인 학설이었으므로 사회적 기본권을 明文化하고 있는 헌법체제에는 맞지 않는다는 불만을 통하여 제기되었다. 프로그램규정설에서의 첫째 논거에 대해서 그것이 곧 권리성을 부정할 근거가 되지 못한다는 점과, 둘째 논거에 대해서는 그러한 제약은 유독 사회적 기본권에만 해당되는 것이 아니므로 권리성을 부인할 수 없다는 점을 내세운다. 따라서 사회적 기본권은 抽象的일지라도 法的 權利이며, 國家의 義務履行이 裁判에 의하여 강제될 수 없을지라도 國家의 社會的 基本權保障의 義務는 憲法에 의거한 法的義務라는 것이다.

具體的 權利說은 사회적 기본권에 관한 헌법규정이 그 규정을 구체화하

28) 權寧星, 전계서, p. 53.

29) 상계서, pp. 523-525.

는 立法이 존재하지 않는 경우에도 현실적인 효력을 갖는 규정이고, 완전한 權利로서의 社會的 基本權을 보장하는 것이라고 한다. 따라서 국가의 사회적 기본권 실현에 관한 不作爲는 현실적 및 구체적으로 權利의 침해가 되어, 國民은 國家의 不作爲違憲確認訴訟 또는 作爲義務化訴訟을 제기할 수 있다고 본다.

현재, 우리나라의 多數說은 抽象的 權利說이다.³⁰⁾ 그러나 추상적 권리설은 구체적 입법이 없는 한, 사회적 기본권을 현실적 권리로서 재판상 청구할 수 없다고 보는 점에서 프로그램규정설과 본질적인 차이가 없다. 그리하여 구체적 권리설에 대한 이론 구성의 필요성이 제기되고 있고 또한 시도되고 있다.³¹⁾

사회복지학계에서도 이와 유사한 입장을 취하고 있는 것으로 보인다.³²⁾

그런데 이러한 구체적 권리설에 대한 理論的 노력이나 시도들은 다소 무리한 이론전개 및 비약하는 면모를 보이고 있으며, 또한 현행 헌법이 사회복지의 權利性을 明文으로 규정해 놓고서도 下位法에서 권리보장이 취약한 점을 지적하거나,³³⁾ 上位法들의 規定이 權利性을 인정하기에는 미흡하고 오히려 反射的 權益으로 규정하려는 태도에 대해서 우려를 표명하기도 한다.³⁴⁾

이와 같이 社會的 基本權을 具體的 權利로서 인정하기 위한 理論構成의 노력과 上位法에서의 權利保障의 미흡 등에 대하여 아쉬움을 표현하는 것은 나름대로의 畧目的的인 해석의미로 이해할 수 있으나, 반대로 왜 이론구성상 또는 법규상 어려움이 존재하는가를 생각해 보아야 할 것이다. 그것은

30) 상계서, p. 524.

31) 상계서, p. 531.

金承祖, 生存權의 保障에 關한 研究, 고려대학교 석사학위논문, 1983.

韓炳鎬, 社會的 基本權의 法的 性格, 서울대학교 석사학위논문, 1984.

許 慶, “社會的 基本權,” 月刊考試, 1987, 8.

金哲洙, “生存權的 基本權의 法的保障: 社會保障에 關한 權利를 中心으로,” 考試研究, 1987, 9.

金銖甲, 人間다운 生活을 할 權利에 關한 研究, 서울대학교 석사학위논문, 1989.

32) 愼燮重 外, 전계서, p. 129.

金萬斗, “憲法과 社會福祉: 生存權的 基本權을 中心으로,” 社會事業論集, 제 9 집, 강남사회복지학교 사회사업학과, 1985, p. 19.

33) 愼燮重 外, 상계서, pp. 138-141.

34) 金萬斗, 전계서, 1991, p. 275.

위와 같은 노력들이 결국은 法이나 憲法 등에 대해서 지나치게 해석론적 차원에서만 접근한 결과가 아닌가 생각된다.

무릇 憲法이라 함은 다른 法律들과 마찬가지로 법으로서의 規範力을 가지고 있고 또는 最高의 規範으로서 존재하고 있지만, 다른 法들에 비해서 매우 강력한 政治性을 띠고 있는 것도 엄연한 사실이다.³⁵ 즉, 憲法이란 국가와 시민사회 사이의 정치적 合憲文書인 것이다.

즉, 헌법의 制定과 改正 그 자체가 이미 政治的인 것이다.

따라서 憲法 그 자체의 字句에 치중하여 文理解釋 또는 論理解釋에 몰두하는 概念法學的 접근이나,³⁶ 目的論的인 法解釋³⁷은 지양되어야 할 것이다.

前者는 지나치게 條文의 구속을 받아 법과 현실 사이의 괴리를 극복할 수 없을 뿐만 아니라 심지어는 해석자의 主觀이 法을 왜곡시킬 수도 있다. 또한 후자는 법의 목적에 대해서 主觀的, 抽象的으로 해석할 우려가 높고 오히려 성문법의 安定的 질서를 해칠 우려성이 있다.

이와 같은 점들을 고려하면서 다음 절에서는 사회적 기본권을 구체적 권리로 인정할 수 있는가에 대해서 구체적으로 論하려 한다.

2. 具體的 權利性 認定의 問題點

인간다운 생활을 할 權利의 수단적 權利로서 社會福祉에 대한 權利가 과연 具體的 權利로서 인정될 수 있을 것인가? 사회적 기본권에 대해서 일단은 소극적 측면에서의 '自由權的 效果'는 인정되고 있는 것 같다.³⁸ 즉 사회적 기본권을 침해당했을 경우에 그것의 排除를 請求하는 것은 가능하다는 것이다. 그러나 국가 개입에 대해서 개인의 自由를 확보하기 위한 소극적, 방어적인 自由權的 基本權과 국가의 적극적 개입을 통한 給付나 受益을 요구하는 적극적인 권리인 社會權的 基本權은 본질적으로 다른 것이다.³⁹

35) 權寧星, 전계서, pp.3-4., pp.15-16.

36) 嚴英鎭, 法學入門, 大旺社, 1989, pp.192-194.

37) 상계서, pp.194-196.

38) 權寧星, 전계서, pp.525-526.

韓炳鎭, 전계논문, p.98.

金銖甲, 전계논문, p.32.

39) 權寧星, 상계서, p.527.

따라서 중요한 것은 이 권리가 개인적인 主觀的 公權으로서 국가의 積極的인 給付를 請求할 수 있는 權利, 즉, 具體的 權利인가 하는 점이다.

사회적 기본권을 구체적 권리로서 承認하는 데에는 몇 가지의 難題가 있다.

M. Cranston은 실행 가능성(practicability), 보편성(universality), 결정적 중요성(paramount importance) 등의 기준을 제시하면서 社會權의 權利性을 否認하고 있다.⁴⁰⁾ 즉 權利性의 첫째 要件은 현실적인 실현 가능성이라는 것이다. 권리에는 그에 相應하는 義務가 수반되는 것이고, 그 의무의 이행이 현실적으로 가능해야 한다는 것이다. 그리고 권리가 권리이기 위해서는 전체 국민이 권리를 소유해야지 특정한 집단만 소유하는 것은 중요성이라는 면에 위배된다는 논지이다.

이와같은 Cranston의 논리와 프로그램규정설 및 추상적 권리설 등을 종합적으로 고려해 보건대, 社會的 基本權의 具體的 權利性을 인정하는데 그 근거제시를 어렵게 하는 이유는 社會的 또는 福祉權이 가지고 있는 '經濟的 相應性'⁴¹⁾과 구체적인 권리실현 수단에 관한 '法律의 缺如'⁴²⁾ 등으로 압축할 수 있겠다. 즉, 사회복지 및 사회보장에 관한 권리는 국가경제의 형편, 예산상의 지불능력 등에 따라 그 실현이 좌우된다는 점과 사회복지의 法的 權利가 立法에 의해 具體化되지 못하고 있다는 점이 문제인 것이다.

1) 經濟的 相對性의 問題

일반적으로 말하자면, 자본주의사회에서의 권리나 제도는 모두 경제적인 변수의 영향권 안에 포함된다고 보아도 무리가 아니다. 그 중에서도 社會權 또는 社會福祉制度는 매우 밀접한 관계에 있다.

그러나 여기에서 兩者의 관계는 認識次元의 문제이며, 동시에 이데올로기적인 문제이다. 즉, 경제와 복지의 관계를 어떻게 보느냐 하는 문제이다. 사회권적 기본권에 대해서 經濟的 相對性, 아니 더 나아가 從屬性이 문제가 된다고 하는 것은 그러한 類의 理念에 기초하기 때문이다. 社會保障에 관한

40) Raymond Plant et al., 전계서, pp.73-74.

D. Watson, Caring for Strangers, R.K.P., 1980. pp.68-69.

41) 韓炳鎬, 전계논문, p.28.

金銖甲, 전계논문, p.40.

42) 金銖甲, 전계논문, p.42.

法律 第 3 條 2項 및 3項의 규정이 이러한 福祉理念을 반영해 주고 있다. 즉 3項은 “社會保障事業은 國家의 經濟的 實情을 參酌하여 順次的으로 法律이 정하는 바에 의하여 행한다.” 라고 규정하고 있어 사회보장(또는 사회복지)의 相對的 從屬性을 선언하고 있다. 또한 2項에서는 “政府는 社會保障事業을 행함에 있어서 國民의 자립정신을 저해하지 아니하도록 하여야 한다.” 라고 규정하고 있는데, 이는 소위 勤勞意慾(work incentive)을 강조한 규정이다. 즉, 개인의 생존은 일차적으로 개인에게 책임이 부과되는 것이고, 사회보장은 보조적 책임을 나타내는 규정이다.

이와같은 이데올로기적 인식은 사회복지의 理念 層에서 소극적 집합주의 (Reluctant Collectivism)의 입장과 거의 일치한다고 볼 수 있다.⁴³⁾ 즉, 자본주의체제에서 국가의 정책적 기초는 경제적인 것에 우선순위를 두기 때문에 사회복지는 국가의 경제적 부담능력이 있을 경우에만 가능하다는 것이고, 사회복지제도를 실시한다 하더라도 경제적 생산과 자본주의체제 유지를 위해서, 그것이 국민 개개인의 勤勞意慾을 저해하지 않아야 한다는 것이다.

이에 대해 經濟的 및 財政的 이유는 最低限의 文化生活의 水準의 감축 또는 확충을 가져 오는 변화(量的 變化)를 의미하고 그 權利의 法的 性質의 변화(質的 變化)를 의미하지 않는다는 견해가 있다.⁴⁴⁾

이와같은 견해는 보편주의(universalism) 방식을 택하는 사회복지제도의 경우에 설명이 가능할 수 있다. 그러나 선별주의(selectivity)적 제도에 대해서는 설명력이 희박하다고 본다. 예를들어 生活保護對象者의 경우에 국가의 예산상의 변동으로 수급자격이 박탈된다면 이 때의 수혜자는 진실로 권리를 갖는 것인가 하는 문제가 제기된다.

현실적으로 사회복지제도는 위에서 설명한 것처럼 對經濟 從屬性을 가지고 있다. 법으로도 그렇게 규정되어 있다. 따라서 국가의 경제사정 및 예산 능력에 따라 권리가 주어지기도 하고 박탈되기도 한다면, 그것은 구체적 권리성을 상실한다. 오히려 反射的 利益으로 파악하는 것이 더욱 적절한 지도 모른다.

43) V. George & P. Wilding, Ideology and Social Welfare, R.k.P., 1976, chp3 참조.

44) 安裕教, 韓國憲法, 考試研究社, 1986, p.447.

2) 下位法の 缺如

立法의 不備에 의해 生存權이 侵害될 경우에 憲法을 근거로 權利의 保障을 請求할 수 있다고 보는 것이 具體的 權利說의 주장이다. 立法論적으로 볼 때, 憲法에서 請求權的인 社會權을 그 法的要件 및 내용까지 구체적으로 규정하게 되면, 아마도 憲法의 規定은 지나치게 방대해지고, 오히려 빈번한 改正만을 초래케 할 것이다.⁴⁵⁾ 따라서 憲法上 社會權的 基本權은 抽象的으로 규정될 수밖에 없고, 주로 下位法에서 구체적으로 규정하는 것이 일반적인 立法例인 것이다.

그러나 이 때 立法者가 적극적으로 立法의 制定을 하지 않거나 오히려 權利를 侵害하는 法을 制定하게 되면, 社會權은 곧 剝奪가 된 權利에 지나지 않는다. 또한 憲法上으로 社會的 基本權을 具體的 請求權으로 규정했다고 하더라도 權利救濟에 대한 爭訟制度가 立法化되지 않으면, 그 權利 역시 名目上의 權利로 전락하게 되는 것이다.⁴⁶⁾

이상과 같은 두 가지 논점을 통해서 볼 때, 社會權 또는 福祉權을 구체적 권리로 인정할 수 있겠는가? 그렇다면 추상적 권리로 볼 것인가? 추상적 권리와 프로그램규정의 본질적인 차이는 없기 때문에, 이 경우에도 권리성을 인정할 수 있는가? 인정한다면, 그 實益은 무엇인가? 아니면, 단순한 反射的 利益으로, 즉, 國家의 은혜로운 조치로만 보아야 할 것인가? 다음 절에서 對案的인 論議를 해보겠다.

3. 制度保障

이상에서와 같이 사회복지에 대한 권리를 헌법상의 구체적 청구권으로 해석하는 데에는 반드시 건너야 할 江이 있음을 알았다. 사회복지를 옹호하는 입장에서는 社會權에 대해 강한 실체적 권리성을 인정하려는 目的論的인식을 가지고 있다. 그렇다 하더라도 그 理論構成에는 무리가 따른다.

一般的으로 社會的 基本權을 憲法的으로 규정하는 형태는 권한규범 내지 조직규범, 프로그램규정, 立法委任 또는 憲法委任, 制度的 保障, 主觀的 公權 등 다양하게 존재한다.⁴⁷⁾ 우리 憲法은 34조 1항에서 生存權的 基本權규

45) 李相光, 전게서, p. 99.

46) 상게서, pp. 99-100.

정을 두고 있는데, 이것은 일단 權利로 규정되어 있기 때문에 法的 權利로 인정할 수 있으나, 그렇다 하더라도 抽象的 權利로 밖에 인정할 수 없다. 同條 第 2 項 이하의 규정은 制度保障의 규정으로 보아야 할 것이다.⁴⁷⁾

制度保障이라 함은 私有財産制, 복수정당제, 직업공무원제, 지방자치제, 대학자치제 등과 같이 국가 자체의 존립의 기초가 되는 일정한 法的, 社會的, 政治的, 經濟的, 文化的 制度를 憲法水準에서 보장함으로써 당해제도의 본질을 유지하려는 것을 말한다.⁴⁸⁾ 制度保障理論의 창시자인 C. Schmitt는 權利와 制度를 분리시켜 생각했다. 즉 권리(自由權)는 全國家的인 것이나 制度的 保障은 國家內的인 것으로서 法的인 保障을 받는 것이다. K. Hesse는 기본권이 개인적인 권리라는 측면도 있지만 공동체의 객관적 질서의 기본요소는 측면도 가지고 있음을 강조했다. P. Habermas는 기본권은 개인적 측면을 나타냄과 동시에 制度的 측면으로도 표시된다고 주장하여 고전적인 제도보장이론에 수정을 가하였다.⁴⁹⁾

따라서 制度的 保障은 基本權保障과 밀접한 관련을 가지고 있다. 왜냐하면 制度的 保障은 憲法상 보장된 제도에 대해서 立法權을 拘束하기 때문이다. 즉 制度的 保障은 立法權의 法律萬能主義로부터 人權을 수호하기 위한 技術的인 장치로서, 그 궁극적인 목적은 人權保障에 있기 때문이다.⁵⁰⁾

이와 같은 기본권보장과 제도적 보장의 관계는 대체로 세가지로 요약될 수 있다.⁵¹⁾ 첫째, 기본권을 보장하기 위한 수단으로서 제도의 보장이 필요한 경우가 있다. 예를 들어, 參政權을 보장하기 위하여 民主的인 選舉制度的 보장을 필요로 하는 경우와 같은 것이다. 둘째, 특정의 기본권 보장이 동시에 특정한 제도의 보장을 의미하는 경우가 있다. 예를 들면 私有財産制 같은 것이 있다. 셋째, 특정의 제도가 보장됨으로써 부수적으로 또는 간접적으로 특정한 기본권이 보호되는 경우가 있다. 즉 복수정당제가 보장되면 각 개인에게 정당설립의 자유, 정당가입 및 탈퇴의 자유가 보장되는 것이다.

47) 韓炳鎬, 전계논문, pp. 167-167. 참조.

48) 李相光, 전계서, p. 100.

49) 權寧星, 전계서, p. 245.

50) 金榮秀, "基本權과 制度的 保障", 月刊考試, 1987. 10. pp. 81-87.

51) 權寧星, 전계서, p. 245.

52) 상계서, pp. 246-257.

헌법 34조 1항의 生存權의 基本權을 중심으로 하는 社會權의 基本權이 그 權利性을 완전히 구체적으로 인정되지 않고 抽象的 수준에 머물러 있어 프로그램규정과 같은 효과를 가진다면 그것을 구체적 권리로 보장하기 위해서는 제도적 보장이 필요한 것이다. 生存權의 基本權을 보장하기 위한 수단적 제도로서의 社會福祉, 社會保障은 憲法上 보장된 제도로서 社會權의 基本權의 구체적 권리성을 지탱해 주는 것이다. 이렇게 본다면, 社會福祉의 法的 權利性의 문제는 일단락될 것으로 보인다.

따라서 사회복지제는 개인의 주관적 청구권으로서 존재하지는 않는다 하더라도, 제도적 보장의 성격을 갖는 客觀的 法規範이기 때문에 裁判規範으로서의 기능도 가능한 것이다.

또한 經濟的 相對性의 문제도 本質的인 制度의 中核을 유지할 경우에 論理上 문제될 것이 없을 것이다. 국가경제의 형편이나 재정능력이 변화되어 사회복지제도의 적용대상 범위가 변하거나 급여수준이 변동되더라도 制度의 본질적인 성격을 유지한다면, 그것은 侵害로 볼 수 없을 것이다. 만일 下位法의 缺如가 문제로 된다면, 그것은 違憲審査制度를 통해서 어느정도 성취될 수 있을 것이다.

여기에서 제도의 내용과 수준을 어떻게 유지할 것인가 하는 문제는 立法權에 속하는 것으로 다분히 政治的 性格을 띠게 될 것이다. 이것은 法學의 인식차원을 넘어서는 것으로서 이에 대해서는 사회복지학적인 연구가 필요할 것이다.

IV. 結 論

사회복지법을 연구함에 있어서 기본적인 과제로 대두된 사회복지법의 범위와 체계에 관한 문제, 그리고 사회복지의 法的 權利性에 관한 문제를 살펴보았다. 위에서 논하였듯이 社會福祉法은 사회보장법과 복지서비스법을 포괄하는 廣義의 體系로 봐야 할 것이다. 또한 사회복지제는 권리로서가 아니라 헌법으로 보장된 제도, 즉 제도보장으로서의 성격을 가지며, 이는 사회적 기본권의 구체화에 기여하는 것이다.

그렇다면 앞으로 무엇을 연구해야 할 것인가? 法學에서 기존의 연구들을 보면 福祉國家에 대한 憲法學的 理解,⁵³⁾ social risk 에 대한 法的 理解⁵⁴⁾ 등이 있다. 복지국가나 social risk 모두 사회복지학에서는 중요한 개념이다. 이것뿐 만 아니라 사회복지기관이나 시설 및 그 재소자들에 관한 법률적인 문제⁵⁵⁾도 중요하다. 이와 같이 사회복지와 관련된 개념이나 사실들이 法이라는 제도와 연결된 부분에 대한 연구들이 활발하게 진행되어야 할 것이다.

또한 어떠한 연구방법 내지 접근이 필요한가? 사회복지법 연구의 접근방법으로서 解釋學的 法哲學, 法史學, 比較法學, 法政策學, 判例研究 등이 제시되고 있다.⁵⁶⁾ 물론 각각의 접근방법은 모두 필요한 것이고 나름대로의 장점이 있겠다.

그런데 기존의 法學이 해석학적 방법론에 치우쳐 있기 때문에 사회복지학에서의 法에 대한 접근이 어렵게 느껴지는 것 같다. 물론 法解釋學은 본질적으로 정책적, 실천적 성격을 가지는 것이기 때문에⁵⁷⁾ 實踐性을 강조하는 사회복지학과 일응 관련성이 엇보이지만 실천의 대상과 영역은 다른 것이다. 따라서 우리에게서 사회과학적인 法연구를 지향하는 것이 바람직 할 것이다. 그러한 의미에서 법사회학적인 사회복지법연구의 방향이 모색되어야 할 것이다.

역사적으로 볼 때, 福祉國家 및 組合國家의 출현은 전통적인 法の 支配 (Rule of Law)이념을 붕괴시켜 法變動에 기여했다.⁵⁸⁾ 이러한 법변동은 새로

53) 李增求, “社會的 法治國家의 法的 性格”, 慶北大論文集, 제 21 집, 1976.

金英千, 憲法上 現代福祉國家의 財政民主主義에 관한 研究, 서울대 석사학위논문, 1965.

朴圭河, “韓國憲法上の 社會國家原理와 社會的 基本權.” 考試研究, 1991, 5.

54) 전광석, “의료보험법에서 질병의 개념 및 범위에 관한 해석론적 및 정책론적 시론”, 비교사회복지, 제 1 집, 한림대학교 사회복지연구소, 1991.

55) 金萬斗, “社會福祉施設을 둘러싼 法律關係에 대한 小考”, 社會專業論集, 제12집, 강남사회복지학교 사회사업학과, 1989.

56) 愼燮重 외, 전거서, pp. 74-83.

57) 梁 建, 法社會學, 민음사, 1990, p. 2.

58) 상거서, pp. 190-191.

은 法의 이론에 많은 영향을 미쳤다.

따라서 사회과학으로서의 사회복지학이 그 접근대상으로서 '法'을 연구할 때 法社會學的인 方法의 기초 위에서 해석론적 접근을 시도하는 것이 유용하리라 본다.