

사회복지법의 규범적 타당성과 실효성의 문제*

- 사회복지사업법을 중심으로 -

윤 찬 영**

< 목 차 >

- I. 서 론
- II. 사회복지법으로서의 사회복지사업법
- III. 규범적 타당성의 문제
- IV. 사실적 실효성의 문제
- V. 결 론

I. 서 론

우리나라 사회복지의 법적인 측면의 현실은 어떠한가? 1963년에 제정되어 아직까지 폐기되거나 단 한번도 개정된 적이 없는, 그러면서도 사회보장분야의 기본법적 위치를 차지하고 있는 「사회보장에 관한 법률」을 보면 그 응변적인 해답을 얻을 수 있다. 同法 제3조 제2항(政府는 社會保障事業을 행함에 있어서 國民의 自立精神을 沮害하지 아니하도록 하여야 한다) 및 제3항(社會保障事業은 國家의 經濟的 實情을

* 이 연구는 1994. 2. 24. 전국자원활동단체협의회 주최로 열렸던 사회복지서비스 관련법 심포지움에서 발표했던 “사회복지법으로서의 「사회복지사업법」의 문제”를 수정한 것임

** 전주대학교 사회복지학과 교수

參酌하여 順次的으로 法律이 定하는 바에 의하여 행한다)의 규정을 보면, 사회보장이나 사회복지 전반에 걸쳐 대상자의 권리를 선언한 기본법이라기 보다는 국가의 低福祉政策을 합리화하기 위한 근거를 합법적으로 마련해 놓은 일종의 포석이었음을 알 수 있다.

그렇다면 이러한 사회복지법도 법인가? 물론 憲法上 立法機關인 國會의 議決을 거쳐 制定된 법인 한에서는 법이다. 그러나 실질적으로 법이 법으로서 존재하고 작용하기 위해서는 법적인 效力이 있어야 하는데, 여기에서 법의 效力이란 規範的인 '妥當性'과 事實的인 '實效性'이 합치될 때 가능한 것이다¹⁾. 현재 실시되고 있는 社會保障法들(國民年金法, 醫療保險法, 産業災害補償保險法, 生活保護法 등)은 우선적으로 어느 정도의 실효성은 확보되어 있으나 규범적 타당성 면에서 권리실현에 방해가 되고 있는 규정들에 대해 많은 문제제기가 되어 오고 있다²⁾. 반면에 각종 사회복지서비스법들은 타당성의 문제보다 (물론, 이러한 법들이 규범적으로 타당하기 때문이 아니라) 현재 마련되어 있는 규정이나 충실하게 준수될 것을 요구하는 즉, 실효성 측면에서의 문제제기가 이루어져 왔다. 그러나 실제로 이에 대한 문제제기나 연구가 활성화되어 있지는 못한 현실이다.

따라서 본 논문에서는 노동자를 주 대상으로 하는 사회보험법 이외에 주로 노동 무능력자나 비공식부문 종사자 등 노동자에 비해 상대적으로 열악한 처지에 있는 사람들을 대상으로 하는 사회복지서비스분야의 법 중에서 가장 기본적인 위치를 갖는다고 볼 수 있는 「사회복지사업법」의 문제점을 '규범적 타당성'과 '사실적 실효성'이라는 두 가지 차원에서 분석하고자 한다.

1) 嚴 英鎮, 法學入門, 大旺社, 1989, 제9장 참조.

2) 예를 들어, 사회보험 재정에서 국가의 부담문제, 의료보험법의 경우 조합방식의 운영으로 인한 대상자의 차별적 구분, 생활보호법상의 최저생활보장 규정은 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리 규정에 위배됨 등.

II. 사회복지법으로서의 사회복지사업법

1. 사회복지법의 원리와 구성

본 논문에서 사회복지법이라 함은 일단, 사회법의 범주에 속하는 범으로서, 사회보험법, 공적부조법, 사회복지서비스법, 기타 사회정책과 관련된 법 등을 포함하는 廣義의 개념으로 사용하고자 한다³⁾. 사회복지법이 다른 영역의 법들에 대해 갖는 법적 차별성을 이해하기 위해서는 사회법에 관한 논의부터 시작하는 것이 논리적인 순서일 것이다.

일반적으로 社會法은 전통적인 市民法에 대비되는 법이다. 시민법은 시민혁명 이후 성립된 시민사회의 법으로서, 抽象的인 平均人을 전제로 한다. 즉, 매우 合理的이고 打算的인 존재를 상정하고 개인과 개인 간의 等價交換的 正義觀에 입각한 법체계이다. 그리하여 契約自由의 原則, 所有權 絕對의 原則, 自己責任의 原則 등을 그 指導原理로 하였다. 이러한 法原理는 자본주의적 시장경제를 지탱해주는 법적인 支柱였으나, 資本主義的 矛盾의 露呈으로 새로운 법적 원리로의 수정을 요구받게 되었고, 이에 따라 社會法이 등장하게 된 것이다. 즉, 市民法은 모든 인간이 추상적 평균의 개념에 포섭되지 않고, 具體的으로 特殊性을 가지고 존재한다는 것을 알지 못하였기 때문에 새로운 법의 도전을 허용할 수 밖에 없었던 것이다. 사회는 資本家와 勞動者, 富者와 貧者로 계급적인 분화를 이루게 되었으며, 이들을 법적으로 평등하고 자유롭게 대우한다는 것은 어느 한 쪽을 불평등하고 자유롭지 못하게 만드는 결과를 초래하게 되었던 것이다. 그리하여 勞動法, 經濟法, 社會福祉法 등과 같은 새로운 영역의 법들이 사회법을 구성하게 된 것이다.

구체적으로 敷衍하자면, 勞動法은 주로 계약자유 원칙을 수정하는 법적 지도원리를 갖는다. 자본주의사회에서 자본을 소유한 자와 오로지 노동력 밖에는 소유하지 못한 자 사이에 자유로운 계약이란 현실적으로 강요된 불평등 계약일 수 밖에 없는 것이다. 그리하여 이러한 계약에 국가가 개입하여 노동계약의 조건과 내용을 조정하

3) 이에 대한 자세한 논의는 拙稿, “社會福祉法의 理解를 위한 基礎的 研究”, 한국사회복지학, 통권 제18호, 1991, pp.63-72. 참조.

고, 계약의 주체로서 노동조합과 같은 단체를 인정하는 노동법이 출현하게 된 것이다. 經濟法은 獨占資本主義의 단계에서 상실하게 된 경제적 균형을 바로잡기 위해서 경제관계에 국가가 직접적인 통제를 가하면서 생성된 범영역이다. 법원리의 측면에서 본다면, 경제법은 주로 소유권 절대원칙에 일정한 제한을 가하는 것을 그 특징으로 한다. 소유권의 내용은 使用·收益·處分인데, 자유경쟁하에서 소유권에 대한 절대적 보장은 결국 독점을 낳게 하였으므로 이러한 소유권의 내용에 정치적 개입을 통하여 일정한 통제와 제한을 가함으로써 전체 경제질서에 균형을 유지하려는 것이 경제법이다. 社會福祉法은 소유의 物的 基礎가 취약한 자에게 所得再分配 및 最低限의 保障 등을 통하여 소유를 보충해주며, 자기책임을 共同體의 集合的 責任으로 전환시키는 법적 원리하에 있는 법이다.

결론적으로 사회복지법이란 현대사회가 창출한 제반 생활상의 사회적 위험(social risk)과 이로 인해 충족되지 않는 욕구(need)에 대해서 사회가 공동으로 대처하고자 하는 법으로서 의의를 갖는다. 이러한 사회복지법은 기능과 실천방법에 따라 사회보장법, 사회복지서비스법, 기타 사회정책에 관한 법 등으로 분류할 수 있다. 즉, 사회보장법은 사회보험법과 공적부조법을 포함하며, 사회복지서비스법은 아동복지법, 노인복지법, 장애인복지법, 모자복지법, 영유아보육법 등과 같은 서비스관련 입법들로 구성되며, 주택정책, 조세정책 등 사회복지와 관련된 기타 입법들도 사회복지법을 구성한다고 볼 수 있다.

2. 사회복지사업법의 법적 지위와 성격

사회복지사업법은 1969년 12월 23일 국회 본회의에서 통과되어 이듬해인 1970년 1월 1일자로 공포되어, 그해 4월 15일자로 시행되었다. 그 후 1983년과 1992년 두 차례의 개정을 통하여 오늘에 이르고 있다. 국가의 사회복지에 대한 책임이 법적으로 처음 선언된 것이 제5공화국 헌법임을 감안해 볼 때, 이 법은 제정당시 참으로 선진적인 용어를 사용한 법이라 하겠다. 그러나 아직은 이 법이 완결된 체계를 가지고 있지 않고 계속 변화해 가는 과정에 있기 때문에 많은 문제점을 내포하고 있어 앞으로 지속적인 문제제기가 이루어져야 할 것으로 보인다.

사회복지사업법(이하 “사업법”으로 칭함)의 법적 지위는 사업법 제2조(定義) 제1항 및 제3조(다른 法律과의 關係)의 규정에 따라 기타 사회복지서비스 관련 입법들과 一般法-特別法의 關係에 있다. 따라서 사회복지서비스 분야에서 특별법이 우선적으로 적용되어야 하지만, 동시에 上位法-下位法의 關係를 형성하고 있기 때문에 하위법, 즉 특별법들은 일반법이면서 상위법인 사업법의 총괄적 지시에서 벗어나거나 그 본질적인 가치를 침해해서는 안된다. 반면에 사업법은 法律로서의 지위를 가지고 있으므로 그 上位規範인 憲法의 규정에 따라야 한다. 그러므로 사업법은 헌법 제34조 제1항(모든 國民은 人間다운 生活을 할 權利를 가진다)과 제2항(國家는 社會保障·社會福祉의 增進에 努力할 義務를 진다)의 이념을 구체화시키는 하위법으로서, 또한 사회보험과 공적부조 방식 이외에 다른 방법으로 행하여지는 사회복지서비스 분야의 基本法으로서 그 지위를 갖는다고 하겠다.

사회복지서비스의 대상이 되는 사람들은 아동, 노인, 장애인, 모자가정, 부랑인, 빈민 등 소득능력과 직업능력이 사회적으로 박탈되거나 제한된 상태에 있는 것이 일반적이다. 따라서 이들에게 그러한 상황을 모두 본인의 自己過失로 환원시켜 스스로 책임지게 한다는 것은 현대사회의 법사상이나 인권 개념, 사회복지의 원리에 위배된다. 사회구성원들은 이들에 대해서 공동체 구성원이라는 자격만으로도 連帶責任을 지게 되는 것이다. 따라서 사업법을 중심으로 하는 사회복지서비스법은 이들에 대한 공동체의 集合的 責任을 구현하는 實定法으로서의 성격을 갖는다.

III. 규범적 타당성의 문제

1. 권리성의 인정

대한민국의 모든 국민은 국민된 자격으로서 국가에 대해 인간다운 생존을 요구할 구체적 권리(헌법 제34조 제1항)를 갖는가? 이에 대해서는 학설이 갈리고 있지만⁴⁾,

4) 權 寧星, 憲法學原論, 新訂版, 法文社, 1991, pp.523-525.에 의하면, 국가의 사회정책적 목표와 강령을 선언한 것에 불과하다는 프로그램권리설, 개인의 법적 청구가 재판에 의해

최근에는 구체적 권리성을 주장하는 경향이 강화되는 추세이다⁵⁾. 社會權 또는 福祉權이 구체적 권리로서 인정된다면, 이에 대해 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 지게 되는 것이다(同法 同條 第2項). 따라서 사회복지서비스 분야의 기본법인 사업법은 헌법의 하위 법률로서 이러한 헌법의 이념과 정신을 구체화해야 할 법적 의무를 지니고 있다.

그런데 사업법은 사회복지사업의 주체와 관련된 사항에 주력하고 있어⁶⁾, 사회복지사업의 대상이자 권리의 주체인 클라이언트의 권리적 사항에 대해서는 침묵을 지키고 있다. 따라서 사업법이 앞에서 언급한 것처럼 사회복지서비스 분야의 기본법이 되기 위해서는 일차적으로 사회복지대상자의 權利章典으로서의 성격을 갖추어야 하는데, 이러한 권리의 所在나 權利性을 구체적으로 인정하는 규정이 마련되어 있지 않고 있다. 단지 본법 제4조(복지증진의 책임)에서 국가와 지방자치단체의 책임만을 규정고 있는데, 이와 같은 추상적이고 모호한 규정만으로는 클라이언트의 권리성을

국가에 강제될 수 있는 정도는 아니지만 국가는 헌법상 의무를 갖는다는 추상적 권리설, 개인의 법적 요청이 재판을 통해 효력을 갖는다는 것을 인정하는 구체적 권리설 등으로 학설이 나뉘어지고, 현재의 通說의 입장은 추상적 권리설이라 한다.

이 밖에도 기본권보장을 위한 制度保障의 개념으로 이해하는 경우도 있다. 李相光, 社會法, 博英社, 1988, p.100., 拙稿, 상계논문, p.79.

5) 대표적인 주장으로 韓柄鎬, “人間다운 生存의 憲法的 保障에 관한 研究:具體的 權利로서의 實現可能性을 중심으로”, 서울대학교 박사학위논문, 1993.

그러나 사회권의 구체적 권리성을 인정한다 하더라도 그 현실적 가능성은 '경제적 상대성'에 의해 제한되는 것으로 인식되고 있는 것이 보통이다. 그런데 국가에게 무엇인가를 적극적으로 청구하는 성격을 갖는 社會權과 달리 소극적으로 외적인 침해를 거부할 수 있는 自由權의 경우에도 그것이 현실적으로 가능한 것은 국가 전체의 경제력과 국가가 가지는 경제적 처분능력 때문임을 분명히 지적하고자 한다. 즉, 국민의 신체적, 재산적 자유권을 보장하기 위해서 국가는 많은 예산을 투입하면서 경찰제도, 사법제도 및 행정제도 등을 유지하는 것이다. 유독 사회복지와 관련된 사회권에 대하여서만 경제적 從屬性을 인정하고, 그 결과 완전한 權利性 부여에 소극적인 것은 논리적으로 성립될 수 없다. 이것은 결국 法이 資本 또는 가진자의 편에서 있음으로 해서 강요하고 있는 反福祉的 이데올로기를 은폐하려는 것일 뿐이다.

6) 사업법은 권리의 주체인 대상자들을 법의 중심에 놓지 않고, 서비스 제공의 주체, 특히 민간기관과 시설에 대한 규정으로 거의 일관되어 있다.

인정한 것으로 보기 어렵다.

사회복지에 대한 권리의 사회철학적 근거는 인간-사회 속에서 구체적으로 존재하는-으로서 갖는 욕구(needs)에 있다고 하겠다⁷⁾. 전통적인 市民法上의 권리는 개인들이 가지고 있는 지불능력(demand)에 의해 근거지워졌지만, 社會福祉法上의 權利는 개인의 기여(contribution) 또는 욕구(needs)에 의해 창출되는 것이다. 이것을 법적으로 승인한 것이 법적 권리(legal right)인 것이다.

법적 권리성의 인정여부는 형식적 기준과 실질적 기준으로 설명될 수 있겠다. 우선 형식적으로는 明文으로 권리가 있다는 것을 밝히는 것이다. 그리하여 법규정에 이를 분명히 하고 권리실현의 일반적인 절차를 규정해야 한다. 실질적으로는 대상자의 요건과 범위, 급여나 서비스의 요건, 재정부담의 원칙 등이 福祉的 원칙을 내포하고 있어야 한다.

2. 대상자의 요건과 범위

대상자의 자격요건과 범위를 어떻게 설정하는가 하는 문제는 사회복지법의 규범적 정당성에 관하여 하나의 기준이 될 수 있다. 헌법은 모든 국민을 대상자인 동시에 권리의 주체로 규정하고 있다. 개별적인 입법들은 그 법의 목적에 따라 대상자를 한정하고 있는데, 그 대상을 전국민으로 지향하는 사회보험법의 경우와는 달리 공적부조법이나 사회복지서비스법은 대상을 한정적으로 규정하는 것 때문에 권리성과의 관계에서 논란이 될 수가 있다. 이러한 대상자들은 사회적으로 소위 불우계층, 취약계층으로 불리우는 빈민, 장애인, 노인, 아동, 여성가구주 등이다. 이들은 이들이 갖는 사회적 지위와 조건으로 인하여 일정한 욕구를 지니게 되는데, 이것은 곧 귀속적 욕구(attributed need)⁸⁾이다. 따라서 이들의 욕구는 규범적인(normative) 것이

7) 복지권의 근거를 인간적 욕구(human needs)에서 찾는 것은 사회복지학에서의 일반적인 논점이다. 대표적인 예로 ① R.Plant et al., POLITICAL PHILOSOPHY AND SOCIAL WELFARE, R.K.P., 1980. ② D.Harris, Justifying State Welfare: The New Right versus The Old Left, Basil Blackwell Ltd, 1987.

8) N.Gilbert et al., DIMENSIONS OF SOCIAL WELFARE POLICY, Prentice-Hall, Inc., pp.84-85.

고, 서비스 제공자인 국가와 수혜자 개인 사이의 법관계(Rechtsverhältnis)⁹⁾는 因果的인 것이 아니라 合目的的이기 때문에 권리성의 강력한 근거가 된다.

그러나 사회보험법의 경우 전국민을 포괄한다든가 아니면 기여금(contribution)을 지불했다든가 하는 이유들로 인해서 대상자들은 서비스법의 대상자 보다 더욱 강력한 권리성을 인정받는 것이 현실이다. 이것은 일방적 교환(unilateral transfer)이 지배하는 사회적 시장(social market)의 원리보다 쌍방적 교환(bilateral exchange)이 지배하는 경제적 시장(economic market)의 원리에 優位를 두는 상업주의적 시민법의 잔재라고 볼 수 있다.

사회복지제도에서 사회복지의 대상자의 범주는 普遍主義(universalism)와 選別主義(selectivity)로 大別된다. 前者에서는 모든 인구층에 하나의 권리로서 급여가 할당되며, 後者は 개별적인 욕구(individual need)에 근거하여 급여가 주어지는데, 대개는 자산이나 소득조사(means test or income test)를 통해서 이루어진다¹⁰⁾. 사회복지서비스법들은 주로 後者の 범위에 속한다고 하겠다¹¹⁾. 자본주의사회에서는 선별주의적인 할당제도에 의한 수혜에 대해서 사회적 낙인(stigma)을 부과한다. 그래서 이러한 급여나 서비스에는 수혜자의 권리가 없는 것으로 오해된다. 이것은 福祉權 인정에 부정적인 태도를 갖는 자본주의의 보수주의적 이데올로기의 所産이며, 과거 자유주의적 신구빈법(New Poor Law)의 이데올로기에서 벗어나지 못한 것일 뿐이다.

따라서 사업법은 개별법들에서 대상자를 “要保護對象”으로 규정하는 것에서 “要保障對象” 등으로 전환할 것을 지시하는 규정을 마련하여 대상자를 권리의 주체로 인정해야 할 것이다.

9) 法關係란 사회복지서비스 제공자와 수혜자 사이의 일정한 권리·의무 관계를 말한다. 자세한 것은 李相光, 전계서, 第8章 참조.

10) N.Gilbert et al., 전계서, p.71.

11) 물론 모든 사회복지서비스가 자산조사를 거치는 것은 아니나 특정의 욕구(needs)를 가진 집단에 속하는 개인들을 대상으로 서비스를 제공한다는 측면에서 선별적인 것으로 보는 것이다.

3. 급여의 요건

권리성이 인정되는가에 대한 또 하나의 기준으로 볼 수 있는 것은 급여나 서비스의 요건이다. 사회복지서비스의 수준이 권리성 인정에 합당한가 하는 문제는 법률외적인 문제로서 법과 현실 간의 괴리에 대한 사회과학적 조사와 연구를 필요로 한다. 따라서 본 논문에서는 論外로 하겠다. 여기에서는 서비스 수혜의 부가적 요건에 대해서¹²⁾, 즉 申請主義를 취할 것인가 아니면 職權主義를 취할 것인가 하는 문제를 살펴 보고자 한다.

물론 신청주의나 직권주의의 기준은 현실적으로 어느 하나만이 권리성 인정에 절대적으로 필요한 것이라고 말할 수는 없다. 실제 노동능력이 없거나 더 나아가 일체 거동할 수 없는 대상자가 신청주의 법제에 의해 그대로 방치된다면 이는 아무런 효력이 없는 권리가 되어버리는 것이다. 그러나 이념적으로는 신청주의가 권리성예 기반을 둔 요건이다. 직권적 조치에 의해 권리성을 보장받을 수는 없다. 이는 단순한 反射的 利益에 지나지 않는다.

사업법의 규정을 받고 있는 각 서비스법들은 福祉措置에 관한 규정들을 가지고 있는데, 生活保護法 제18조(보호의 신청), 母子福祉法 제11조(복지급여의 신청) 등을 제외하면 거의 職權措置主義를 원칙으로 삼고 있다. 여기에서 措置라 함은 形成行爲 또는 特許의 성질을 갖는 行政行爲이다¹³⁾. 이러한 措置는 行政行爲에서 기본적으로 裁量行爲에 속한다. 물론 사회복지법의 合目的的 성격에 비추어 볼 때 羈束的 裁量行爲로 볼 수 있지만 엄연히 재량행위인 것이다. 게다가 대부분의 사회복지서비스법에서 조치에 관한 규정은 “...할 수 있다”는 任意規定으로 되어 있어 국가기관 및 관계 공무원의 재량의 폭이 상당히 광범위하다.

이렇게 재량행위에 의존하는 법체계는 “법의 지배(rule of law)”¹⁴⁾의 원칙을 붕괴

12) 일차적 요건은 서비스 수급의 자격요건이다. 예를 들어, 노인복지법상 “65세 이상의 . . .”, 생활보호법상 “생활유지의 능력이 없거나 생활이 어려운 . . .” 등과 같은 것이다.

13) 小川政亮 編著, 扶助と福祉の法學, 一粒社, 1978, p.118.

14) 이 개념은 원래 근대 시민혁명 이후의 자유주의 국가들이 추구했던 법치국가의 실천적 이념으로서, 지배자의 전횡적 권력행사를 방지하고 시민의 자유를 보장하기 위하여 행정권의 법률에 대한 예속을 강조한 “法律優位の原則”으로 이해되는 개념이다. 權 率 星, 전

시키게 되고 대신 행정권의 지배를 강화시키게 되어 결국은 권리의 인정에 인색하게 된다. 그리하여 재량의 남용은 福祉, 正義, 責任性 등의 측면에서 심각한 문제를 야기시키게 된다¹⁵⁾.

따라서 신청주의의 원칙을 사회복지서비스법 전체를 지배하는 원리로 채택하는 것이 중요하다. 단, 복지에 대한 국가책임의 이행을 위해 제3자에 의한 신청이나 직권조치를 인정해야 할 것이다. 만일 현재와 같이 클라이언트의 권리는 명문화되어 있지 않고 추상적인 국가의 책임만을 규정한다면¹⁶⁾, 이것은 마치 一方의 권리는 없는데 他方の 의무만 존재하는 自然債務와 유사한 형태가 될 것이다.

4. 재정부담의 원칙

사회복지법이 타당성을 확보하기 위해서는 사회복지에 충당되는 재정에 대해서도 국가책임의 원칙이 관철되어야 한다. 이 때, 국가는 사회 공동체의 대표로서 지위를 갖는다고 볼 수 있다. 우리나라의 경우, 사회보험관계법상에서도 국가는 부담을 하지 않는다. 다만 운영비의 전부나 일부를 보조할 수 있는 임의적 책임을 보장받고 있는 형편이다[의료보험법 제48조, 국민연금법 제74조(강제규정), 산업재해보상보험법 제2조의 3 등].

사업법상의 재정원칙은 국가가 법인에 대해서 보조할 수 있는(법 제31조) 정도이다. 대단히 무책임한 규정이며, 본법 제4조에서의 국가의 책임이 무엇을 말하는 것인지 의심스럽다. 국가가 이러한 규정의 정당성을 확보하기 위해서는 국가가 직접적으로 사회복지사업을 운영하여 대부분의 대상자들을 포괄하고, 예외적으로 민간 법인에 대해서 임의적으로 보조하는 형태가 되어야 할 것이다. 현재와 같이 위탁방식

게서, p.118.

그러나 사회정책의 도입과 복지국가의 등장은 오히려 행정권의 강화를 야기시켜 “법의 지배”의 원칙을 붕괴시켰다. 행정에 의한 복지국가는 위기를 맞게 되었으며, “법률우위의 원칙”은 이미 지켜질 수 없었다. 이것이 복지국가 위기에 대한 법적 관점에서의 분석이다.

15) M.Adler & S.Asquith ed., DISCRETION AND WELFARE, H.E.B., 1981. p.1.

16) 우리나라 사회복지서비스법들이 일반적으로 취하고 있는 입장으로 평가된다. 金 萬斗, 社會福祉法制論, 弘益齋, 1991, p.219.

으로 사회복지사업이 실시된다면, “보조할 수 있다”의 규정은 “부담해야 한다”로 전환되어야 한다. 왜냐 하면, 비용의 보조란 특정사업의 촉진, 장려를 위해 비용을 지출하는 것이고, 비용의 부담이란 책임을 지는 경우에 쓰이는 말이기 때문이다¹⁷⁾.

따라서 국가는 헌법상의 생존권 보장의 의무를 이행하는 일환으로 사업법상 사회복지법인에 업무와 운영을 위탁하고 자신은 그 비용을 부담해야 되는 것이지 보조할 수 있는 것이 결코 아니다.

IV. 사실적 실효성의 문제

법이 死文化되지 않고 살아있는 효력이 있는 법으로 존재하기 위해서는 사실적인 실효성이 담보될 수 있어야 한다. 이러한 실효성은 크게 두 가지 측면에서 논의될 수 있겠다. 하나는 법의 존재형식을 통한 객관적인 차원의 실효성이고, 또 하나는 실질적인 내용의 차원에서의 실효성이라 하겠다.

1. 객관적 실효성

우리 법체계는 大陸法系의 영향으로 憲法-法律-命令-條例-規則 등의 순으로 수직적인 구조를 유지하고 있다. 이러한 구조에서 상위단계의 법일수록 일반적이고 추상적인 규범의 성격이 강하며, 따라서 구체적인 하위단계의 입법들을 필요로 한다. 우리나라 대부분의 법률들이 실제로 실행되기 위해서는 명령으로서의 施行令(大統領令), 施行規則(部令) 등이 제정되어야만 가능하다. 대통령은 헌법 제75조 규정에 의하여 법률에서 구체적으로 위임받은 사항에 관하여 委任命令을, 법률을 집행하기 위하여 執行命令을 發할 권한이 있다. 또한 헌법 제95조에 따라 國務總理나 行政各部의 長은 법률이나 大統領令의 위임에 의한 위임명령이나 職權에 의한 직권명령을 發할 권한을 갖는다. 일반적으로 委任命令이나 執行命令은 국민의 권리·의무까지도 규율할 수 있는 法規命令이고, 行政內規나 規則과 같은 行政命令은 국민의 권리·의

17) 小川政亮, 전계서, p.146.

무와는 무관하게 행정기관 내부에서만 효력을 갖는다¹⁸⁾. 따라서 각종 內規, 指針, 告示 등은 법규의 성격을 띠는 것이 아니다.

이와 같이 하나의 법규범이 실효성을 갖기 위해서는 법률과 그에 따른 시행령, 시행규칙을 필요로 하는 것이 우리의 법제이다. 그러므로 필요한 사안에 대해서 법을 제정하는 것 못지않게 시행령과 시행규칙을 제정하는 것이 법의 실효성을 확보하는 데 중요하다.

그러나 여기에서 두 가지의 문제점을 제기해 보고자 한다. <첫째>, 법률은 입법부에서 공식적인 심의와 의결을 거쳐서 통과되어야 성립하지만 시행령과 시행규칙은 엄연한 법규임에도 불구하고 이러한 절차를 거치지 않는다는 것이다. 국민의 권리보장이라는 측면이 恣意的인 판단과 결정에 구속될 가능성이 매우 높은 것이다. <둘째>, 현실에서 국민 개인의 생활과 권리실현에 직접적으로 영향을 미치는 것은 사실, 법규보다는 행정부의 각종 지침이나 내규라고 할 수 있다. 이러한 것들은 법규도 아니면서 자칫 국민들의 권리실현에 중대한 침해를 야기할 수도 있는 것이다¹⁹⁾.

결국, 법의 객관적 실효성의 문제는 법률-시행령-시행규칙-내부지침 등의 범구조에서는 필연적이라 할 수 있겠다. 물론 事後的으로 違法審査請求訴訟(헌법 제107조 제2항)이 가능하기는 하지만 사회복지분야의 권리문제는 그 실현과 충족에서 긴급을 요하는 경우가 많기 때문에 예방적인 장치가 더욱 효과적이다. 따라서 수혜자의 권리 및 그 보장에 관련된 사항들은 母法에서 구체적으로 규정하는 것이 타당하리라 본다.

2. 실질적 실효성

1) 조 직

18) 權 寧星, 전계서, p.868.

19) 실제로 지침에 의해 수혜자의 권리실현이 관계공무원의 재량에 좌우되는 예가 많은데, 특히 생활보호사업에서 지침의 문제를 상세하게 다룬 문헌을 보면 더욱 실감할 수 있을 것이다. 한국법제연구원, 生活保護法制의 運用實態와 改善方向, 1992, pp.23-24.

(1) 사회복지위원회

사회복지법에서 원활한 사업수행에 필요한 조직으로서 각종 위원회가 있다. 이는 기본적으로 諮問 또는 審議機構이지 議決機構는 아니다. 국가의 의결기구로서 헌법적 지위를 갖는 국회를 통하여 제정된 입법의 현실화 과정에 참여하는 조직이므로 議決權을 가질 수는 없다.

그러나 위원회가 법의 실효성을 提高하기 위한 장치로서 기능하기 위해서는 법적 권한을 最大化할 필요가 있다. 일반적으로 의회는 국민의 정치적 대표기관으로서²⁰⁾ 현대사회의 재반 갈등을 처리하는 기능을 수행하고 있지만, 현실적으로 대단히 복잡한 현대사회의 문제를 모두 의회에서 처리되기를 기대하는 것은 불가능하다. 그리하여 현대국가에서 나타나는 조합주의적 국가운영형태는 의회의 국민 대표성의 한계를 반증해 주는 것으로 볼 수 있겠다. 그러나 조합주의적 국가운영은 의회의 대표성과 입법기능을 曠奪시킬 우려가 있기 때문에, 의회의 기능을 보완하면서 합법성의 테두리 안에서 조합주의적 기능을 수행할 수 있는 장치가 필요한데²¹⁾, 이것이 바로 각 개별 입법에 규정된 위원회라고 생각된다.

따라서 위원회는 행정업무에 대한 助力과 牽制를 동시에 수행하는 조직이며, 이 위원회를 통하여 관련 당사자들의 국정참여가 이루어질 수 있는 것이다. 여기에서 참여(participation)는 대단히 중요한 의미를 갖는다. 이는 사회복지의 중요한 가치임과 동시에 권력의 분배라는 또 하나의 사회복지급여 형태인 것이다²²⁾.

그러나 현실적으로 위원회는 有名無實한 경우가 대부분이며, 법규정 또한 매우 허술하고 취약한 실정이다. 사업법에서는 “사회복지위원회”를 두고 있는데(제5조), 審議機關으로서 실질적인 권한이 주어지지 않다. 위원회를 강화하기 위해서 <첫

20) 국회의 국민 「대표성」의 법적 성질에 대해서는 상계서, pp.695-696. 참조.

21) 이러한 상반된 성격은 조합주의의 유형상 국가조합주의(state corporatism)와 사회적 조합주의(societal corporatism)의 차이에서 볼 수 있는데, 전자는 이해집단이 중앙정부에 종속되어 자율성이 없는 후진적이며, 후자는 이익조정 체계가 하의상달식으로 이루어지는 민주적인 체계이다. R.King, 이용필 역, 국가와 현대사회, 형설출판사, 1989, pp.162-163. 참조.

22) N.Gilbert et al, 전계서, p.107.

제>, 그 구성의 원칙을 시행령에 둘 것이 아니라 母法에 두어야 한다. 그리고 이 때, 수혜자 대표를 반드시 참여시키도록 해야 한다. <둘째>, 위원회의 권한으로서 현재 장애인복지법(제6조 제2항)에서만 인정되고 있는 '관계공무원 출석요구권'과 '자료제출요구권'을 사업법과 모든 사회복지서비스법에 규정해서 실질적인 審議가 이루어질 수 있도록 해야 한다. <셋째>, 위원의 구성과 권한이 법으로 명시되어도 실제로 회의 소집이 제대로 이루어지지 않으면 실효성이 없으므로 會期의 원칙을 母法에 명시하고 구체적 시기와 기간은 시행령에 규정하는 방법을 고려해 보는 것이 좋겠다.

(2) 전달조직

전달체계(Delivery System)는 사회복지 급여나 서비스를 현실화하는 중요한 요소이다. 왜냐하면, 이는 서비스 공급자와 수혜자 사이를 연결시키며, 공급자들 간의 관계도 정렬시키는 조직체이기 때문이다²³⁾. 여기에서 중요한 쟁점은 i)서비스 공급자 간의 관계의 정립과 ii)공급자와 수혜자 간의 조직화이다. 일찌기 외국의 역사에서도 서비스 공급자의 무원칙한 난립과 서로 연계되지 않음으로 인해 자원이 비효율적으로 낭비되고 클라이언트의 문제해결에도 도움을 주지 못하는 경우를 볼 수 있었다. 따라서 전달체계의 확립은 자원의 효율적 이용과 클라이언트의 욕구를 효과적으로 충족시켜 법의 실효성을 강화하는 데 결정적인 역할을 하는 것이다.

① 서비스 공급 주체의 역할분담

우선, 서비스 공급자들 사이의 관계에 관한 문제 중 가장 핵심적인 것은 누가 서비스를 공급할 것인가 하는 것으로서 公共(public)과 民間(private) 사이의 역할분담에 관한 것이다. 산업화 및 도시화, 시장관계에 의한 생산과 분배 등으로 인하여 전통적인 지역사회의 서비스 공급기능은 붕괴되었으며, 이를 대체하고자 하는 것이 사회복지제도인 것이다. 따라서 이러한 복지제도를 운영하는 주체로서 국가와 민간은 일정한 역할분담이 필요해졌다.

그렇다면 우리 법의 입장은 어떠한가? 사업법 제4조(복지증진의 책임)에 의하면

23) 상계서, p.126.

국가와 지방자치단체가 사회복지에 대한 책임을 져야 하는 것으로 되어 있다. 그러면서도 국가가 사회복지관이나 사회복지시설을 의무적으로 설치해야 한다는 규정은 없고, 대신 “... 사회복지시설을 설치·운영할 수 있다...”(본법 제28조 제1항)라고 임의적인 태도를 취하고 있으며, 민간기관에 대해서 法人의 설립을 許可하고 있다(본법 제12조 이하). 이것은 국가와 민간 사이에 일종의 委任關係가 형성되는 것으로 볼 수 있는데, 그렇다면 국가는 法人에 대해서 위탁 및 위임에 따르는 모든 경비를 부담해야 하는 것이다.

그러나 사업법 제31조(보조금 등), 제32조(비용의 징수)와 기타 서비스법의 비용 규정에서 국가는 이러한 비용의 전부 또는 일부를 보조할 수 있다는 임의적 태도를 취하고 있다. 게다가 사업법의 벌칙 조항 중에서 가장 違法性이 인정되는 것은 제39조로서 보조금 사용에 관한 위반이다.

이상과 같은 관계를 종합해 볼 때, 우리 사회복지법상에 나타난 국가와 민간의 책임 및 역할의 분담은 「위장된 동반자 관계」를 형성하고 있어 복지에 대한 책임을 민간기관에 轉嫁시키고 있는 것이 된다.

② 사회복지사무소

公共部門에서 효과적인 전달체계의 구성에 여러가지 요소가 필요하겠으나 필수적으로 요구되는 것은 복지사무소와 같은 행정체계라 하겠다. 물론 조직에 대한 명칭은 달리 할 수 있으나 여기에서는 그 동안의 사회복지계의 논쟁을 고려하여 복지사무전담기구를 「사회복지사무소」로 표기한다.

복지사무소는 개정된('92.12) 사업법 제11조에서 복지사무전담기구의 설치 규정이 임의규정이거나 明文化되어 이제야 미약하나마 그 법적 근거를 마련하게 되었다. 그러나 임의규정(동조 제1항)이라든가 설치에 관하여 지방자치단체의 條例에 의하게 한 것은 이 제도의 실효성을 심히 상실케 하여 우려가 된다. 물론 지방자치제도를 고려해 본다면, 특히 사회복지서비스는 사회보험 등과는 달리 지역의 조건과 현실에 민감한 것이기는 하지만, 그것은 서비스 내용과 관련되는 것이고, 사회복지사무소는 전달체계를 구성하는 조직이므로 중앙의 部處와 지역의 수혜자를 연결하는 고리로써 존재해야 한다. 따라서 지방정부의 條例로 규정하는 것보다는 母法에서 일관된

규정을 두는 것이 바람직하다. 민간조직인 법인과 시설에 관해서는 章別로 규정을 두는 것과 비교해 볼 때, 균형이 맞지 않는 문제점이 있다.

③ 사회복지법인

민간의 사회복지전달체계로서 사회복지기관과 시설은 매우 중요하다. 이러한 민간기관을 법인화한 것은 복지사업의 公共性 내지 公益性을 유지하기 위함이라는 취지에 대해 수긍할 수 있지만, 사회복지법인이 본질적으로 財團法人의 성격을 띠다고 볼 수 있기 때문에 일반적으로 재단법인이 갖는 문제에 대해서 견제할 수 있는 장치가 마련되어야 할 것이다. 公益을 위해 바쳐진 재산을 토대로 법적 人格을 취득하게 되는 재단법인은 종종 私有化의 관행으로 말미암아 사회적 물의를 일으키곤 한다. 물론 순수한 재단법인이 아니라 공익법인으로서 특별한 지위를 갖고 규제를 받기는 하지만 많은 육영법인이나 사회복지법인 내부에서의 비리가 사회문제가 되고 있음을 주지해야 할 것이다.

그러므로 법인에서 중요한 위치를 갖는 理事會의 공정성을 높이기 위하여 가족이나 친족의 개입을 배제해야 한다²⁴⁾. 이러한 조항들은 사회복지사업을 마치 전근대적인 가내 수공업과 같은 수준에 머물게 하는 것이며, 법인재산의 私有化를 보장해주는 규정이다. 전문성과 과학성을 토대로 하는 현대적인 사회복지사업을 위해 이러한 규정들은 폐기되어야 한다. 理事는 사회복지기관에서 일종의 행정적 자원봉사자로서, 理事會는 지역사회로부터의 피드백(feed back)을 얻고, 지역사회의 욕구와 그 충족방법에 대해서 助擘하며, 기관의 효율성과 효과성을 提高시키기 위한 도움을 주는 데 필수적인 조직인 것이다²⁵⁾.

한편 법인화의 폐단은 사회복지사업이 대규모화를 지향하게 된다는 데 있다. 법인 자격을 취득하기 위해서는 법규정이 요구하는 많은 시설물과 인력이 확보되어야 하므로 결국은 대규모시설주의로 나타나게 된다²⁶⁾. 사회복지의 대상자가 되도록이

24) 일본 사회복지사업법 제34조는 이사와 감사를 포함한 전체 임원의 1/2 범위 내에서 친족의 임용을 허용하고 있고, 우리 법은 제14조 제2항에서 이사의 1/3 범위 내에서 친족을 임용할 수 있게 되어 있다.

25) R.A.SKIDMORE, SOCIAL WORK ADMINISTRATION, PRENTICE-HALL, INC., 1983, p.121.

면 자기가 살던 집이나 지역사회에 그대로 살면서, 또는 보통의 사람들이 사는 것과 유사한 환경 속에서 일상생활을 하는 것이 바람직하며, 이것이 소숙사제도(cottage system)의 취지이다²⁷⁾. 물론 규모가 큰 복지관도 필요하지만 시설의 경우에는 이와 같이 작은 규모로 지역사회 곳곳에 존재하는 것이 사업의 효과성이나 재정적 부담, normalization 등의 측면에서도 바람직하다.

또 하나의 문제는 임의단체와 관련된 것이다. 사회복지사업을 행하고 있는 많은 임의단체들은 법인격을 취득할 만큼의 자산도 없는 영세한 조직이다. 그러나 사업법의 외곽에 존재함으로써 전혀 보호받고 있지 못하다. 이것은 사회복지사업 내에서도 사회의 불평등관계가 그대로 반영되고 있는 모순적인 현상이다.

2) 인력

(1) 사회복지사 및 자원봉사자

사회복지사는 사회복지분야의 전문가로서 사회복지제도의 핵심적인 구성인자이다. 그러나 법적으로 전문가적인 지위를 확보하고 있지 못하다. 사회복지사의 전문성을 법적으로 승인하지 못하는 것은 우리사회의 사회복지에 대한 봉건적 이데올로기 때문이라고 생각된다. 즉, 사회복지에 대한 국민의 권리를 인정하고 욕구에 대한 과학적이고 전문적인 대처를 해야 한다는 인식보다, 사회복지사업을 사회의 溫情으로 간주하여 사회복지사업에 종사하는 사람은 단지 희생정신이 뛰어난 사람이라는 봉건적 가부장제적 윤리의식이 사회복지사의 전문성을否認하게 만드는 것이다²⁸⁾. 사회복지사가 공익전문가로서 특수한 의무를 이행토록 함과 동시에 전문가로서의 사회적 지위를 가질 수 있도록 법적인 장치가 마련되어야 한다고 본다.

한편, 사회복지사 또는 시설종사자들은 엄연히 서비스노동에 종사하는 노동자로서

26) 朴 錫教, “社會福祉施設과 法制”, 崔 榮煜 外 8人, 社會福祉施設論, 汎論社, 1990, p.39.

27) 상계논문, p.40.

28) 언론매체에 의해 불우이웃을 돕는 사람들의 기사가 美談으로 예찬되고, 사회복지기관들이 孝行償, 孝婦償 등을 수여하거나 사회복지대회에서 미담사례에 포상을 하는 것 등은 일면 긍정적이다. 그러나 그러한 사례들을 美談의 수준에서 유보할 것이 아니라 권리를 위한 투쟁과 그에 따르는 사회복지실천의 전문화, 과학화의 차원으로 승화시켜야 한다.

의 지위도 갖는다. 그러나 앞에서 살펴 본 이유로 인해서 사회복지사들은 노동자로서의 처우와 법적인 지위를 향유하지 못하는 것 같다. 사회복지노동은 국민의 생존권적 기본권을 사회복지사업의 현장에서 보장하는 과학적인 노동으로 볼 수 있다²⁹⁾. 게다가 현재와 같이 국가의 보조금을 받는 법인이나 시설에서 근무하는 사회복지사 또는 종사자들의 노동은 국가의 복지서비스 책임을 대행하는 일종의 위탁노동이다³⁰⁾.

따라서 사회복지사는 노동관계법의 규정을 받아야 하며, 사회복지노동이라는 특수성을 감안하여³¹⁾, 사업법에서 사회복지사 또는 시설종사자의 노동자로서의 지위 인정과 아울러 특별한 보호규정을 마련해야 할 것이다. 여타 전문가나 일반 노동자와 달리 전문성이나 노동자적 성격을 적극적으로 인정받지 못하는 사회복지사는 마치 有給 自願奉仕者와 같은 애매모호한 입장에 처해 있는 현실이다. 따라서 사업법은 이들의 지위와 권리·의무에 대한 일반조항을 두어야 할 것이다.

이와 같은 사회복지사와 더불어 중요한 인력으로 들 수 있는 것이 자원봉사자이다. 자원봉사자는 사회복지분야의 부족한 인력과 재정을 보충해주는 저수지와 같은 기능을 수행한다. 1988년 정부에서 자원봉사활동에 관한 法案을 마련한 적이 있었음을 상기할 때, 자원봉사자를 사회복지사업상의 중요한 인력으로 규정하는 것은 바람직하다. 그리하여 정치적 목적이나 즉흥적인 발상에 의한 자원봉사활동의 장려보다는 법적인 지위를 부여하면서 체계적으로 관리하는 것이 사회복지의 증진에 도움이 될 것이다.

(2) 사회복지전문요원

공공부문에 종사하는 사회복지사로서 사회복지전담공무원이 있다. 여기에서는 현행 제도의 관행에 따라 사회복지전문요원이라 부르기로 하자. 사회복지전문요원은 전달체계를 실제로 작동하게 하는 중요한 인력이다. 따라서 전문요원에 대한 규정(본법 제10조)은 현재와 같이 임의규정으로 들 것이 아니라 강행규정으로 두어야

29) 사회와 복지 연구회, 한국사회복지노동자연구, 한울, 1992, p.15.

30) 一番ヶ瀬康子, 社會福祉と政治經濟學, 一粒社, 1979, p.188.

31) 사회복지노동의 실태를 분석한 것으로 윤 정숙, “社會福祉勞動과 社會福祉 勞動者의 問題”, 社會福祉, 통권 제112호, 韓國社會福祉協議會, 1992 봄., 조 규환, “사회복지시설직원의 노동조건과 개선방향”, 社會福祉, 통권 제113호, 韓國社會福祉協議會, 1992 여름, 참조.

한다. 불필요한 복지위원(제6조)³²⁾은 강행규정으로 두면서 전문요원을 임의규정으로 하는 것은 균형이 맞지 않는다.

3) 재 정

실효성 확보를 위한 재정상의 법규정과 관련하여 문제가 되는 것은 국가차원에서 사회복지사업기금에 관한 사항, 민간차원에서 공동모금에 관한 사항이다.

사회복지사업은 국가의 책임임에도 불구하고 기금의 구성은 주로 민간이 담당하고 관리는 국가가 행하고 있는 실정이다. 사회복지사업기금법 제5조(기금의 조성)에 의하면, 사업기금의 조성은 정부의 出捐金, 정부 이외의 자의 기부금품, 기금운용의 수익금, 기타 수입금 등으로 되어 있는데, 이는 국가의 책임을 회피할 수 있는 근거로 전용될 수 있는 소지가 다분한 규정이다³³⁾. 즉, 국가는 헌법과 법률에 따르는 자신의 책임이행을 위해 적극적으로 노력하고, 민간의 모금은 민간기관 스스로 추진하도록 해야 할 것이다. 기금은 조세와 달리 租稅法律主義(헌법 제38조, 제95조)와 같은 법적 통제장치가 없어서 국회의 심의와 동의를 거치지 않는다. 따라서 민간으로부터 거두어 들인 기금을 정부가 恣意的으로 운영할 수 있는 여지가 크다³⁴⁾. 이러한 기금의 조성과 관리운영에 대해서 통제할 수 있는 법적 수단이 강구되어야 할 것이다³⁵⁾.

또한 현재와 같이 국가적 사업을 민간이 담당하고 있는 실정에서 국가의 재정책임도 취약한 상황에서는 민간기관의 재정자립과 원활한 사업수행을 위해서 지역공동모

32) 福祉委員은 일본의 民生委員을 모방한 것인데, 민생위원제도는 영·미식의 우예방문원 제도 보다는 독일식의 Elberfeld 제도로부터 영향을 받은 것으로 관변단체적 성격이 농후하며, 전문성과 자발성에서 문제가 있다. 따라서 전문사회복지사와 자원봉사자의 활성화로 복지위원제도는 폐지되어야 한다. 민생위원에 대해서는 李惠媛, “일본의 민생위원제도에 관한 史的 考察”, 社會福祉, 통권 제108호, 韓國社會福祉協議會, 1991 봄. 참조.

33) 朴 錫敦, 社會福祉서비스法, 도서출판두엄, 1991, p.121.

34) 최근 '94.2.22. 보고된 불우이웃돕기 성금 전용사건은 이러한 문제에 대한 시급하고도 본원적인 해결책을 강구할 필요성을 시사해준다. 中央日報, 1994, 2, 22, p.1. 참조.

35) 기금 역시 조세와 마찬가지로 국민이 일방적으로 지불하는 교환관계에 있으므로 법률주의를 채택하여 헌법과 사업법에 규정을 두든가, 아니면 사회복지사업의 예산을 조세로 일원화하든가 해야 할 것이다.

금의 부활이 필요하다. 지역공동모금제도는 민간의 자치적인 역량을 강화하는 데 필수적인 사업이다. 민간기관도 국가의 통제와 규제를 벗어 나 자율적이고 전문적인 사업을 수행하기 위해서는 국가의 재정적인 관여로부터 벗어나는 것이 필요하다.

4) 벌 칙

일반적으로 형벌은 강제적인 명령규범으로서 법체계의 실효성을 보장하는 강력한 수단이 된다. 모든 형사적 규범은 개인의 재산, 신체, 명예, 국가의 권위와 안위, 사회전체의 안정 등 그것이 보호하려는 法益이 존재한다. 따라서 사회복지법상의 형벌 규정은 사회복지와 관련된 법익을 보호해야 할 것이다.

물론 개별적인 사회복지서비스법들은 나름대로 벌칙조항을 두고 있다. 사업법은 이것들을 총괄하는 형벌의 원칙적 규정을 가지고 있어야 한다. 현행법은 주로 법인과 시설에 대한 규제의 일환으로서 정부의 보조금 관리에 집중하고 있다. 정부의 부담과 보조가 미흡한 현실과 비교해 볼 때, 사업법상의 형벌은 사회복지법인을 규제하려는 데 그 주목적이 있음을 알 수 있다. 국가가 법적 책임을 태만히 하는 것에 대해서는 형벌규정이 없으면서 국가의 책임을 대신 이행하고 있는 민간기관에 대해서 지원보다는 형벌이 강한 것은 균형이 맞지 않는다.

수혜자의 인권과 복지를 복지형법상³⁶⁾ 최고의 법익으로 규정한다면 이에 대한 총괄적인 규정이 있어야 할 것이다. 현재는 제33조의 비밀누설 금지 조항을 위반하였을 경우, 1년 이하의 징역이거나 300만원 이하의 벌금을 부과하는 것(제40조 제3호)이 유일하게 클라이언트의 인권을 지키는 규정이다.

5) 권리구제의 방법과 절차

현실적으로 법이 권리성을 인정한다 해도 권리가 침해되었을 때 이것을 사실적으로 보상받거나 회복할 수 없다면 그 권리는 실효적이지 못하다. 우리나라의 사회복지법의 경우 행정청의 처분과 조치에 異意가 있을 때 이에 대한 재검토와 시정을 청구하는 異議申請, 審査請求 등의 절차가 개별법에 규정되어 있다³⁷⁾. 이는 법적인

36) 사회복지 대상자의 권리를 수호하는 형벌규범을 총칭하여 잠정적으로 복지형법이라 칭한다.

37) 생활보호법, 노인복지법, 모자복지법, 장애인복지법 등에 규정이 있으나 아동복지법, 영

구제절차는 아니고 단지 행정적인 절차에 지나지 않는다.

사회복지서비스법의 대상자들이 현행 소송법의 절차에 따라 권리구제를 받기란 매우 어렵다. 위에서도 언급하였듯이 클라이언트의 욕구는 생존과 관련이 있고 상당히 급박한 욕구(urgent need)가 대부분이며, 소송에 따르는 비용과 시간도 욕구충족, 즉 권리실현과는 거리가 멀다. 따라서 사회복지 수혜자의 형편을 고려하는 복지적 소송절차의 마련이 필요하다고 본다.

아와 같은 권리구제의 절차에서 사회복지사에게 청구인의 대변자, 옹호자 등의 법적 역할을 부여하는 것이 권리보장에 실효적일 것이다. 이렇게 되면 사회복지사는 準司法人으로서의 법적 지위를 확보하게 되고, 사회복지의 실천이 법에 의해 매개될 수 있다고 본다.

V. 결 론

사회복지사업법은 헌법상의 생존권적 기본권을 서비스제공이라는 방법으로 보장하는 사회복지법이다. 그러나 현행 사업법은 이러한 권리실현 및 보장의 책임보다는 정부예산의 통제와 관련하여 민간 법인 및 시설에 사업의 책임을 전가하고 규제하려는 목적성이 강하게 드러나 있다. 즉, 대상자인 自然人을 위한 법이라기보다 민간의 공급주체인 法人을 통제하려는 법인 것이다. 따라서 규범적인 타당성 면에서는 상당히 취약한 면모를 보이고 있으며, 실효적인 차원에서도 시급을 요하는 많은 문제점을 안고 있다.

따라서 중요한 것은 사업법이 민간기관 및 시설에 대한 규제의 법으로부터 탈피하여 수혜자의 권리를 보장하기 위해 클라이언트의 權利章典으로 탈바꿈해야 한다는 것이다. 그러나 동시에 중요한 것은 법으로서 모든 복지적 욕구를 충족시킬 수는 없다는 것이다. 법이란 항상 최소한으로서의 의미를 갖는다. 즉, 법으로써 모든 사항을 규정할 수는 없는 것이다. 관련 당사자, 특히 국가와 민간의 종사자들의 책임의식, 클라이언트의 권리의식과 운동이 법을 더욱 법답게 만들 것이다. 그럼에도 불구하고 사업법을 포함한 사회복지서비스법 전반은 이러한 최소한의 원칙에도 미달하는 수준이다.

유아보육법 등에는 규정이 없다.

요컨대 사업법은 이제 민간기관 규제의 법에서 클라이언트의 권리를 보장하는 법으로, 다시 말해서 국가책임의 이행을 담보할 수 있는 법으로 구조적인 개정이 이루어져야 한다.