

# 사회복지법의 체계화 방안

-사회복지법의 체계화는 가능할 것인가?-

윤 찬 영\*

## I. 서론: 문제 제기

사회복지법이라는 용어는 일반적인 법들에 비해 비교적 생소한 영역의 법이다. 그리하여 사회복지학에 서도 그 동안 사회복지법에 대한 연구는 미미한 편이었고, 현실적으로도 법과 관련된 사회복지 부문의 정 점화가 제대로 이루어지지 못하였었다.

그러나 사회복지의 법적인 관련성을 보여 주는 두 가지의 사례를 먼저 살펴 보자. 첫째, 지난 '89년 3월 24일, 통합관리방식을 골자로 하여 국회에서 모처럼 여·야 만장일치로 통과된 국민의료보험법이 노태우 대통령의 거부권 행사로 무산된 적이 있었다. 우리 헌법에 따르면, 대통령이 입법에 대해 갖는 권한은 법률안제출권(제52조), 법률공포권(제53조 제1항, 제6항), 법률안거부권(제53조 제2항), 긴급명령권(제76조 제2항), 긴급재정·경제명령권(제76조 제1항), 긴급재정·경제처분권(제76조 제1항), 제임선포권(제77조 제1항) 등을 포함하는 긴급입법권, 위임명령과 집행명령을 포함하는 행정입법권(제75조) 등이 있다. 여기에서 법률안거부권은 원래 미국의 대통령중심제에서 유래된 것으로서 법률안제출권이 없는 행정부가 국회의 부당하거나 무리한 입법을 저지하거나 억제하기 위해 삼권분립체제에서 하나의 견제수단으로 인정되어 온 제도이다<sup>1)</sup>. 따라서 법률안제출권을 가지고 있는 대통령에게 법률안거부권까지 인정하는 것은 자칫 국회의 입법권을 유명무실하게 만들 수 있는 우려가 있는 것이다. 특히 국민의 인간다운 생존을 위한 사회복지법이 거부권의 대상이 된다는 것은 심히 부당하다고 할 수 있다. 이것은 헌법상 권력구조의 문제와 사회복지의 문제가 매우 밀접한 관련을 갖고 있다는 것을 보여주는 사례이다.

또한 지난 '94년 2월 22일 생활보호대상자인 80대 노부부가 매월 65,000원씩 지급되는 현행 생활보호급여의 수준이 헌법상 인간다운 생활을 할 권리(제34조 제1항)를 침해하고 있음을 확 인해 달라는 헌법소원을 헌법재판소에 제출하였다. 이는 생활보호제도 등의 사회보장제도가 헌법의 규정을 받는 하위 입법들에 의해 실시되고 있지만 과연 헌법의 규정과 입법정신에 합당한 것인가 하는 문제를 최초로 제기한 일대 사건이다. 우리는 그 동안 사회복지제도나 정책을 행정부의 재량행정에 맡겨 두고 법적인 또는 헌법적인 무관심과 무지를 보여 온 것이다. 행정에 대한 법률의 우위를 나타내는 「법의 지배(rule of law)의 원칙」은 법치국가의 실천적 원리이다<sup>2)</sup>. 따라서 이 사건을 계기로 사회복지 분야에서도 법의 지배를 받는 법치행정이 이루어질 수 있도록 우리의 관심을 기울여야 할 것이다.

\* 전주대학교 사회복지학과 교수

1) 金哲洙, 憲法學概論, 博英社, 1994, p.815. 權寧星, 憲法學原論, 法文社, 1994, p.1010.

2) 金哲洙, 상계서, pp.176-179. 權寧星, 상계서, pp.165-169.

이와 같은 두 가지의 사례는 법에 대한 사회복지학도의 관심과 반성을 촉구하는 의미 이외에도 몇 가지 쟁점을 제공해 준다. <첫째> 사회복지법을 지배하는 법적 원리가 무엇인가 하는 질문이다. 이것은 사회복지법이 다른 영역의 법에 대해 갖는 체계적 특성을 말하는 것으로서 이것이 확립될 때 사회복지법체계를 논할 수 있다<sup>3)</sup>. 이것을 사회복지법의 외재적 체계라 하자. <둘째> 사회복지법은 내부적으로 체계적인 구조를 가지고 있는가 하는 문제이다. 상위법과 하위법이 상충되거나 법과 현실이 상충되고, 일정한 원칙없이 무질서하게 법들이 나열되어 있다면 이것은 사회복지법의 체계가 확립되어 있지 못하기 때문이다.

따라서 본 논문에서는 우리 나라의 사회복지법을 소재로 하여 그 체계성을 확립하는 이론적 방법론을 제시하고자 한다.

## II. 사회복지법의 외재적 체계

사회복지법이 타 영역의 법에 대해 갖는 규범적 특성은 무엇인가? 이를 파악하기 위해 전통적인 시민법과 그것을 수정한 사회법의 역사적 등장배경을 통해 사회복지법의 지도원리를 살펴보도록 한다.

### 1. 사회복지법의 형성배경

사회복지법이 역사적으로 출현하게 되는 배경과 과정을 살펴보기 위해서 전통사회에서 시민사회로의 변과정을 보자. 전통적인 농경사회에서는 개인의 기본적 욕구충족이 가족집단 내에서 이루어졌다. 생산수단(토지)을 소유한 가장(경영주)이 가족원을 지휘, 통할하면서 가족원의 無償勞動을 지배하였다. 이때 가족의 생활 및 소비지출은 가장이 관리, 지배하는 농업경영에 의한 수입에 의존하였다. 이에 가장은 소유, 경영, 수입 등에 대해 지배적인 권능과 책임을 가지면서 동시에 가족구성원의 생활보장까지 담당하였던 것이다. 따라서 이 당시 가족이란 가장의 지배·관리 하에서 생산, 경영, 소비생활의 공동체로서 존재하였다. 가족구성원들의 노동은 경제적 의미에서는 無償勞動이 아니었을 지 모르나 법적으로는 경제적 노동관계처럼 대등한 당사자 간의 권리·의무관계는 아니었다<sup>4)</sup>.

그러나 자본주의사회의 출현은 가족이 가지고 있었던 생산과 소비의 기능을 분리시켰다. 가족은 단순한 소비생활의 공동체로 전락하게 되고 농민은 임금노동자화 되었다. 그리하여 가족의 생존과 부양문제는 임금노동자인 가장의 노동수입에 의존케 된 것이다. 그렇다면 법적인 부양책임인 가장이 받는 임금은 단순히 노동력이라는 상품의 對價로서만이 아니라 그 가족구성원들의 생존비용까지 포함되어야 했던 것이다. 그러나 자본주의사회에서 임금이란 노동력의 가격일 뿐 노동력을 소유한 '인간'에 대한 배려는 고려되지 않는다. 따라서 시민사회에서 가족법상 부양책임과 자본주의의 분배기제 사이에 모순이 발생케 되었으며, 이는 사회적 차원에서 생존과 부양에 대한 새로운 형태의 法理를 요구하게 되었던 것이다.

또한 생산의 현장을 포함한 자본주의사회의 모든 공간은 기계화, 대량화, 도시화 등을 통해서 조직화되

3) 일반적으로 법체계라 함은 법이라는 규범이 다른 사회규범과 구별되는 법의 區分標識를 말한다.

鄭順姬, "分析的 法理論에서의 法과 法體系論에 관한 研究", 서울대학교 碩士學位論文, 1982, p.3.

4) 渡邊洋三, 現代法と法社會學, 東京大學出版會, 1981, p.173.

면서 노동자 개인의 생존을 위협하는 많은 사회적 위험(social risk)을 만들어 내게 되었다. 시민사회에서 이러한 문제는 不法行爲法에 의해 처리되었다<sup>5)</sup>. 즉, 불법행위는 損害賠償에 의해서 처리되는데, 이는 가해자의 행위와 피해자의 피해 사이에 사회통념상 어느 정도 인정될 수 있는 因果關係를 전제로 한다. 그러나 사회관계가 복잡해지면서 점차 가해자를 확정하기 어려운 사회적 위험들이 나타나게 되었다. 이것을 소위 '非福祉(diswelfare, disservice)'라 하며<sup>6)</sup>, 이러한 비복지로 인하여 발생하는 일체의 손실을 '사회비용(social cost)'이라 한다<sup>7)</sup>. 사회비용은 그 原因子의 확정, 보상의 할당, 발생당시의 예방에 대한 지식과 방법의 부재 등의 어려움이 존재한다. 따라서 私人들 간의 손해배상제도를 통해서 생활상의 위험을 해결할 수는 없게 되었으며, 각종 사회보장제도, 피해자구제제도, 범죄피해보상제도, 대인서비스 등이 등장하게 된 것이다.

요컨대 산업화, 자본주의화 등의 구조적 사회변동은 사회구조와 개인 사이의 부조화를 낳았으며, 이는 사회문제로서 등장하게 되었다. 따라서 사회는 개인과 구조를 연결해주는 새로운 제도를 요구하게 되었고, 이러한 과정에서 등장하게 된 것이 사회복지법이다. 산업화로 인한 농촌해체는 많은 유랑민을 발생시켰으며, 이들은 곧 빈민으로서 존재하여 빈곤문제라는 사회문제로 현상화되어 궁극적으로 사회부조의 원리가 등장하게 되었고, 또한 도시의 산업부문에서는 새롭게 노동계급이 형성되면서 실업, 노동채해, 노동조건 등의 문제가 사회문제로 되어 노동자를 중심으로 하는 사회보험의 원리가 도입되었다<sup>8)</sup>. 또한 국가의 개입이 점차 강화되면서 국가공동체를 수호하기 위해서 불가피하게 개인의 권리를 침해하는 경우나 공무원, 군인 등에 대한 보상이 사회보장제도로써 등장하게 된 것이다<sup>9)</sup>.

## 2.사회법의 등장과 사회복지법

사회복지법의 출현과 그 개념 및 원리를 구체적으로 이해하기 위해서 시민사회를 지배했던 시민법과 그 이후 새롭게 형성된 사회법에 대해 고찰해보기로 한다.

### 1)시민법의 원리와 한계

#### ①시민법의 의의와 인간관

시민법이란 시민사회를 전제로 한 법이다. 시민사회란 보편적인 상품교환사회이며, 상품교환과정에서 나타나는 시민 개인의 권리와 의무를 법체계가 곧 시민법인 것이다<sup>10)</sup>. 르네상스와 종교개혁을 통해서 봉건적 사조가 몰락하고 근대적 사상이 도래하면서 인간의 자유와 창의성을 강조하는 인문주의(Humanism)가 대두되었다. 법적으로도 개인주의적 속성이 강한 로마법의 영향력이 두드러지게 나타났다. 그리하여 인간은 공동체로부터 해방되어 이제는 의무에 의해서가 아니라 이익에 의해 지배되는 개인이라는 인식이 법의 출발점을 이루게 되었다. 이러한 시민법의 사상적 연원은 중세의 기독교적 자연법사상이 아니라 계몽주

5) 상계서, p.192.

6) D.Reisman, Richard Titmuss:Welfare and Society, H.E.B., 1977, chap.7.

7) 상계서.

R.M.Titmuss, Social Policy, GEIRGE ALLEN & UNWIN, 1974, chap.5.

8) 全光錫, 獨逸社會保障法論, 法文社, 1994, pp.45-63.

9) 상계서, pp.63-65.

10) 渡邊洋三, 上계서, p.161.

의사상에 따른 자연법사상이었다<sup>11)</sup>. 그 중에서 J.Locke의 자연법사상을 보면, 인간은 타인에 대하여 不可讓渡의 생명권을 가지며, 자신의 노동산물에 대해 권리를 갖는다<sup>12)</sup>. 전자는 신분제적 봉건사회를 타파할 수 있는 결정적인 권리이며, 후자는 노동을 통해 얻어진 산물에 대해 절대적인 소유권을 인정하는 것이나 어떤 사람이 타인의 노동을 구매하는 경우에 그 노동은 구매자의 소유가 된다고 보기 때문에 그 시대의 부르주아 시민계급으로부터 절대적인 지지를 받았다.

이와 같은 관념으로부터 출발한 시민법은 궁극적으로 상품가치법칙에 따라 等價交換의 正義를 법적 정의로 한다<sup>13)</sup>. 이러한 정의관에 입각하여 보장되는 권리·의무의 근거는 시민 당사자 간의 의사표시에 의한 합의의 원칙이다. 따라서 국가는 권리·의무의 당사자가 아닌 제3자로서 존재하며, 법은 오로지 개인과 개인 사이의 관계를 규율한다.

이때 개인들이란 기본적으로 利潤追求와 打算으로 始終하는 商人으로 表象되며 시민법은 이에 따라 조형된 것이다<sup>14)</sup>. 즉, 시민법이 상정하는 인간이란 대단히 이기적일 뿐만 아니라 자기의 私利追求에 있어서 아주 영리한 개인으로서 자기가 잘 이해하는 개인적 이익만을 추구하고, 그리하여 모든 사회적 구속으로부터 자유롭고 법률적 구속을 대하여는 단지 잘 이해된 개인적 이해에 따라 스스로 그것을 受忍하기 때문에 그에 복종하는 인간형이 설정된 것이다<sup>15)</sup>.

이와 같은 인간관을 바탕으로 형성된 근대 자본주의 시민사회의 법을 시민법이라 한다. 물론, 시민법의 개념도 단순한 것은 아니지만, 여기에서 시민법이란 현실생활에서의 자유, 평등, 독립의 인간관계에 고유한 법규범의 체계로서, 역사적으로는 자본주의경제사회 초기의 역사적 단계, 즉 中産의 생산자층이 지배적 구성원이었던 사회의 所産인 것이다. 이러한 시민법은 주로 私法의 영역에서 발전하였다.

## ② 시민법의 원리와 한계

자유롭고 이기적이며 합리적인 개인들 간의 규범은 의사표시의 합의에 의해 형성되는 것이기 때문에 시민법의 일차적인 지도원리는 계약자유 원칙이다. 이것은 평등한 시민들 간의 자유로운 의사표시에 의한 구체적 합의에 따라 법적인 권리·의무 관계가 형성된다는 원칙이다. 이러한 자유로운 계약에 의해 합의된 내용을 이행하지 않았을 때, 그것은 곧 불법행위가 되어 계약의 一方은 他方에게 손해배상을 청구할 수 있는 것이다.

그러나 자본주의적 생산양식이 발전할수록 생산수단을 소유하지 못하고 오로지 자신의 육체적 노동력에 의존해야 하는 광범위한 無産大衆이 형성되면서, 다시 말해서 거의 대등한 소자본가들의 자유로운 경쟁의 원리가 지배하던 시대를 벗어나 자본주의가 독점적 자본주의 단계로 이행하면서 사회적 불평등 현상이 보편화되면서 시민법의 허구성이 드러나게 되었다. 즉, 계약자유 원칙에 기초하여 소위 等價交換이라는 美名 下에서 노동력과 임금의 교환관계가 성립되어 왔는데, 이때 계약이라는 법률행위의 주체인 자본가와 노동자 사이에 과연 자유의지에 의한 계약관계가 가능할 정도로 쌍방이 실질적으로 평등한가, 생존을 위해

11) 金麗洙, 社會法, 進明出版社, 1962, pp.14-15.

12) H.Fink, 김현일 옮김, 사회철학입문, 풀빛, 1983, pp.50-51.

13) 渡邊洋三, 전제서, p.161.

14) G.Radbruch, 孫智烈·黃祐呂 共譯, 法에 있어서의 人間, 育法社, 1981, p.19.

15) 상계서, p.23.

강요된 노동에 종사해야 하는 노동자가 자신의 생존을 자유롭게 통제할 수 있는 것인가 하는 문제들이 제기되었다. 더욱이 노동력이라는 상품의 특성은 그 소유자인 노동자의 육체와 불가분의 관계를 가지고 있기 때문에 노동환경 및 조건, 노동력 재생산의 문제 등에 대한 고려가 필요한 것이다. 이러한 요소들이 자유로운 계약의 내용에 포함될 수는 없었던 것이다.

둘째, 사유재산(소유권)에 대한 절대 불가침의 원칙이 있다. 이는 계약자유 원칙을 전제로 하는 원칙인데, 모든 물건이 사용가치로서만 의미를 지니는 경우 소유권은 인간의 물질에 대한 관계로 표현된다. 그러나 물건이 상품성을 띠고 교환가치적으로 존재하게 된다면 소유권은 물건의 분배를 둘러싼 인간들의 관계로 나타나게 된다. 따라서 소유권의 절대성이란 물건에 대한 적극적 향유의 측면도 있지만 타인을 배척하고자 하는 측면도 존재하는 것이다<sup>16)</sup>.

그러나 자유로운 계약에 의해 확보된 소유권의 절대 불가침이란 자원이 충분하거나 오직 小所有者들만이 서로 평등하게 竝存하던 시대에 사람과 사람 사이에 상호존중을 청구할 수 있는 권리로서 의미가 있었으나, 자본의 自己增殖 법칙에 의해 가진 자와 가지지 못한 자의 구별이 생기고 소유권 승인에 어떠한 이해관계도 가지지 못하는 계급이 형성되면서 상호성에 의한 계약은 정당성을 상실하게 된 것이다<sup>17)</sup>. 따라서 이 원칙 역시 독점자본주의 단계에 이르러 광범위한 실업과 빈곤의 문제가 발생하면서 더 이상 시민사회의 지주적인 원칙으로 존재하기 어려워 졌다.

마지막으로 과실에 대한 자기책임의 원칙이 있다. 이것은 앞에서의 두 원칙에 의한 시민법의 당연한 귀결이다. 합리적이고 평등한 인간들이 자유롭게 선택한 행위는 그 결과에 대해서도 본인이 책임져야 한다는 것이다. 개인은 타인에게 준 손해에 대해서 그 행위가 위법할 뿐만 아니라 동시에 고의 또는 과실에 기초하였을 경우에 책임을 진다는 것이다.

그러나 이것은 결국 有產者를 위한 원칙일 뿐이다. 왜냐하면, 가해자(자본가)의 명백한 과실이 인정될 수 없다면 피해자(노동자)는 자신이 입은 손해에 대해 자신의 과실을 인정해야 한다는 논리가 그 이면에 자리 잡고 있기 때문이다. 빈곤도 마찬가지이다. 빈곤을 유발시킨 가진 자의 뚜렷한 고의나 과실을 입증할 수 없다면 빈민은 빈곤을 자신의 과실로 받아들여야 하는 것이며 빈곤으로 인한 生死의 결정도 빈민 개인에게 책임이 있게 된다는 것이다. 이는 사회문제, 비복지, 사회적 비용 등에 관한 고려가 전혀 배제된 원칙인 것이다. 자유주의적 이념에 바탕을 둔 자기책임의 원칙은 결국 빈민을 포함한 사회적 약자에 대해 자기책임에 충실하지 못한 존재로 낙인을 부과하게 되는 것이다.

## 2) 사회법의 등장과 원리

앞에서 보았듯이 시민법이 상정한 추상적 평균인은 허구에 지나지 않는다는 것이 역사적으로 검증되었다. 시민법의 원칙이 적용될 수 없는 다수의 구체적 인간 존재에 대해 법은 더 이상 외면할 수 없게 되었다. 그리하여 시민법은 수정되지 않을 수 없었으며<sup>18)</sup>, 더 나아가 새로운 범영역이 등장하게 되었는데 그것

16) G.Radbruch, 崔鑰庫 譯, 法哲學, 三英社, 1981, p.192.

17) 상계서, pp.193-194.

18) 예를 들어, 민법상 '信義誠實의 原則', '權利濫用禁止의 原則', '사회질서에 위배되는 법률행위의 무효화', '無過失責任의 原則', 헌법상 '財産權에 대한 公共福利에 의한 제한' 등은 수정된 시민법의 원리를 반영하는 것으로 볼 수 있다. 金麗洙, 전계서, pp.42-50.

이 곧 사회법이다.

따라서 시민법 원칙에 대한 수정원리를 통하여 그것의 對立物로 존재하며 계속적으로 생성·변화해 온 새로운 범영역인 사회법의 특성을 보면 다음과 같다. 첫째, 계약의 공정성: 시민법상 계약자유 원칙은 시민사회 초기에 신분구속적 사회에서 탈피하여 자본주의 발달에 기여한 점은 있으나 이것에 내재하고 있는 남용의 가능성은 현실적인 자본과 노동 사이의 불평등을 그대로 반영하게 되었다<sup>19)</sup>. 즉, 시민법은 쌍방의 자유로운 결정으로 상호간 계약을 체결하는 평등한 권리주체만을 알고 있을 뿐, 기업주에 대하여 열세에 처해 있는 노동자는 알지 못하며, 이러한 열세를 보완하기 위한 노동자계급의 連帶性도 알지 못한다<sup>20)</sup>. 계약자유위 원칙은 결국 이를 통해 인간에 대한 인간의 지배를 정당화하게 되었다. 따라서 노동자들의 연대에 기초한 노동조합의 구성 및 운동은 계약자유 원칙에 일대 수정을 가하는 국가의 개입을 초래하였으며, 이렇게 형성된 새로운 범영역은 주로 노동법을 중심으로 발전, 분화되어 나갔다<sup>21)</sup>. 물론, 사회보험법의 경우도 계약자유 원칙 수정과 관련이 된다. 사회보험이란 국가와 개인 사이에 강제계약을 통해 이루어지기 때문이다. 그러나 기본적으로 私法的인 관계에서 계약의 당사자인 자본과 노동 사이에 국가가 개입하는 것과, 국가와 개인 사이에 公法的인 관계에서 이루어지는 강제계약은 그 성격이 다르다고 보아야 할 것이다.

둘째, 소유권의 사회성: 경쟁적 자본주의가 독점화되면서 불평등은 심화되었고, 이는 사회로 하여금 더 이상 私的所有權의 신성불가침을 용납할 수 없도록 하였다. 私所有權은 사회적으로 행사되는 것을 기대하여 개인에게 맡겨지는 것이므로 만일 이 기대가 충족되지 않을 경우에는 언제나 철회될 수 있는 것이며, 한정된 조건부 권리이지 그 자체로서 무제한의 신성불가침의 권리는 아니게 된 것이다<sup>22)</sup>. 그리하여 국가는 사용권, 수익권, 처분권 등의 내용을 갖는 무제한적 소유권에 대해 일정한 제한을 가하게 되었다. 예를 들어, 조세법상의 통제, 이자제한법, 각종 경제관계 규제법 등이 자본의 무제한적 소유에 대한 제동장치로 작용하게 된 것이다. 이와 같이 독점화된 자본주의경제에 대하여 정치의 개입을 긍정하고, 국가가 국민경제의 건전성을 보존하고 국민의 복지증진을 위해 경제를 통제하는 법이 경제법이다<sup>23)</sup>. 또한 사회복지법도 소유의 물적 기초가 취약한 자에게 소득의 재분배, 실질적 평등의 추구 등을 통해 상대적으로 가진 자에 대해 그 소유권 및 재산권을 통제하는 기능을 수행하기도 한다<sup>24)</sup>.

셋째, 집합적 책임: 과실에 대한 자기책임의 원칙은 자본주의사회의 구조적 모순, 산업사회에서의 사회변동과 갈등으로 나타나는 사회문제와 관련이 깊다. 資本家 내지 有産者는 자신의 過失에 대해서만 책임지면 되는 상황에 더 이상 머무를 수 없게 되었다. 시민법 시대에 통용되던 사용자의 과실책임주의는 무과실책임주의로 전환되고, 더 나아가 사회보험제도의 출현을 보게 된 것이다. 즉, 과실에 대한 자기책임의 원칙이 집합적 책임으로 轉化된 것이다. 한편, 봉건사회의 공동체성이 파괴되면서 상호의존성 또는 互惠性的

19) 吳圭碩, “市民法の 限界와 社會福祉權의 出現에 관한 研究”, 社會福祉研究 第3輯, 釜山大學校 社會福祉研究所, 1993, pp.249-250.

20) G.Radbruch, 孫智烈·黃祐呂 共譯, 전계서, p.29.

21) 金致善, 勞働法講義, 博英社, 1992, p.88.

22) G.Radbruch, 崔鐘庫 譯, 전계서, p.195.

23) 金麗洙, 전계서, p.164.

24) 拙稿, “사회복지법의 규범적 타당성과 실효성의 문제”, 한국사회복지학 통권 제23호, 한국사회복지학회, 1994.

기제는 더 이상 발휘되지 못하게 되어 노동력을 소유하지 못한 사람들은 욕구충족의 수단이 차단되고, 노동력을 소유하고 있더라도 그것을 판매할 기회를 갖지 못하는 경우나 열등한 가격으로 판매해야 하는 사람들은 생존 및 생활상의 욕구를 충족하기 어렵게 되었다. 빈곤과 같은 문제상황은 자본가의 過失로 입증될 수 없다면 그것은 빈민 개인의 과실로 인정될 수 밖에 없기 때문이다. 이러한 사회문제가 개인적 과실에서 기인하는 것보다는 사회구조적 차원에서 주어진다 것이 법적으로 승인되는 것은 곧 사회의 집합적 책임을 인정하는 사회복지법의 출현을 말해 주는 것이다. 이러한 사회복지법은 사회보험법 및 공적부조법, 사회복지서비스법 등을 중심으로 발전해 왔다.

요컨대 사회법은 시민법의 모순을 극복하기 위해 역사적 발전과정 속에서 탄생한 법이며, 시민법의 구체적 원리들을 수정하면서 노동법, 경제법, 사회복지법 등으로 분화, 발전해 온 것이다.

### III. 사회복지법의 내재적 체계

#### 1. 수직적 체계화

법규범은 그것이 존재하는 형태에 따라 수직적인 위계질서(hierarchy)를 형성하고 있다. 대륙법계를 따르고 있는 우리 법은 헌법-법률-명령-조례-규칙 등의 단계로 이루어져 있다. 이러한 수직적 단계 속에서 하위규범들은 상위규범에 구속되어 그것을 위반할 수 없으며, 동시에 상위규범을 구체화하는 기능을 수행한다.

##### 1) 헌법

사회복지법을 지도하고 있는 최고의 규범은 타 영역의 법과 마찬가지로 헌법이다. 사회복지법의 최고규범으로서의 헌법의 내용은 국민의 기본권에 관한 조항과 경제에 관한 조항들이다.

역사적으로 이미 국가독점자본주의 단계를 거친 선진 제국들은 복지국가를 경험하게 되었고, 헌법상 복지국가의 원리는 보편적인 것으로 받아들여지고 있다. 현행 헌법이 추구하는 입법정신 역시 복지국가의 원리를 지향하고 있다고 해석할 수 있다. 헌법 前文에서 “...국민생활의 균등한 향상을 기하고...”, 제23조 제2항의 재산권행사의 공공복리적합의무, 제30조-제36조의 생존권적 기본권의 보장, 제119조 제2항의 경제민주화 규정 등을 통해 복지국가의 헌법적 기초를 구성하고 있다. 게다가 역대 헌법이 國體와 政體를 자유민주주의공화국으로 규정하던 것을 현행 헌법에서는 민주공화국으로 규정하고 있다. 물론, 현행 헌법 규정이 민주주의와 자유민주주의를 혼용하고 있지만 복지국가의 이념적 기초가 되는 사회민주주의를 배제하는 것으로 해석할 수는 없을 것이다<sup>25)</sup>.

기본권에 관한 최고규범은 헌법 제10조의 인간의 존엄과 행복추구권이다. 이것은 평등권, 자유권적 기본권, 참정권, 청구권적 기본권, 사회권적 기본권 등을 구속하는 최상위의 규범이다. 여기에서 사회복지에 대한 권리는 사회권적 기본권에 포함된다. 따라서 사회복지 법규범상 최고의 규범은 헌법 제34조 제1항(모

25) 金哲洙, 전거서, pp.131-132. 權寧星, 전거서, p.180. 金文顯, “憲法上 가능한 福祉國家모델에 관한 一考察”, 公法研究, 第20輯, 韓國公法學會, 1992, pp.290-291.

든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다)이다.

그런데 문제는 이 권리의 법적 성격이다. 이 규정이 진정한 개인의 권리를 보장하는 것이 아니라면 개별 사회복지법에 대한 통제력이 약화되어 최고규범으로서의 가치가 반감되며 아울러 사회복지법의 체계성을 취약하게 만들 것이다. 인간다운 생활을 할 권리의 법적 성격에 대해서는 프로그램 규정설, 추상적 권리설, 구체적 권리설, 제도보장설, 복합설 등 다양한 학설로 나뉘어져 있다.

이렇게 권리성 인정에 대해 모호하고 복잡한 해석들이 대두되는 가장 현실적인 이유는 사회권적 기본권이 갖는 '경제적 종속성'의 문제와 '下位法이 缺如되었을 때' 헌법 조항을 근거로 권리보장을 청구할 수 있는가 하는 문제이다<sup>26)</sup>. 경제적 이유에 의한 국가재정의 지불능력의 문제는 국민최저한을 감소 또는 향상시킬 수 있는 量的인 변화의 문제이지 법적인 성질까지 변화시키는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 예를 들어, 국민의 신체적, 재산적 자유권을 보장하기 위해 드는 비용(예:치안, 국방, 일반행정, 사법제도, 사회간접자본의 확충 등) 역시 국가의 재정능력이 취약할 때에는 자유권이 개인적 구체적 권리로서 가능한가 하는 문제가 제기될 수 있다. 유독 사회권적 기본권에 대해서만 국가의 재정능력을 이유로 권리성을 부인하는 것은 국가가 공동체의 대표성을 스스로 부인하는 것이 된다. 권리성의 인정에는 규범적 성격이 중요한 것이며 사실관계상의 형편이나 처지를 이유로 해서 권리성을 부정하는 것은 옳지 못하다.

하위법이 결여되었을 경우, 이로 인해 생존권이 침해된다면 헌법 조항을 근거로 권리의 보장을 청구할 수 있다는 것이 구체적 권리설의 주장이다. 입법론적으로 볼 때, 헌법에서 생존권의 법적 요건 및 내용까지 구체적으로 규정하게 된다면, 아마도 헌법은 지나치게 방대해지고 오히려 빈번한 개정만을 초래할 것이다<sup>27)</sup>. 따라서 헌법의 규정은 추상적으로 규정될 수 밖에 없고, 주로 하위법에서 구체적으로 규정하는 것이 일반적인 立法例인 것이다. 그러나 입법권자가 적극적으로 입법의 제정을 하지 않거나 부실하게 입법하였을 경우, 또는 오히려 권리를 침해하는 법을 제정하게 되었을 때 헌법상 생존권적 기본권이 구체적 권리가 아니라면 하위법에 의해 剝奪된 권리로 되어 버릴 것이다.

한편, 이러한 사회권적 기본권의 구체적 권리성이 인정되기 위해서는 절차적으로도 개인의 司法的 請求가 가능하여야 한다. 행정기관의 공권력의 行使 또는 不行使로 인한 생존권의 침해는 行政訴訟의 대상이 되고(헌법 제107조 제2항), 헌법 제111조 제1항 제5호는 법률이 정하는 憲法訴願에 관한 심판권을 헌법재판소에 인정하고 있으며, 헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 行使 또는 不行使로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있기 때문에 현행 헌법하에서 사회권적 기본권은 완전한 법적 성격을 갖는다고 보아야 한다.

## 2) 법률

사회보협법, 공적부조법, 사회복지서비스법, 기타 사회정책 관련 입법들로 이루어져 있는 사회복지법은 헌법 제34조에 구속되는 하위 규범들이다. 이 법률들도 일반법과 특별법의 관계로 이루어져 있다.

사회보장법의 경우, "사회보장에 관한 법률"이 사회보장법의 일반법으로서 기본법적 지위를 갖고 있다.

26) 拙稿, "社會福祉法의 理解를 爲한 基礎的 研究", 한국사회복지학 통권 18호, 한국사회복지학회, 1991, pp.76-78.

27) 李相光, 社會法, 博英社, 1988, p.99.



그러나 이 법률은 1963년 박정희 군사정권 시대에 국가재건최고회의에서 제정된 법률로서 아직까지 단 한번의 개정도 없이 死文化된 법이다. 따라서 19994년 정기 국회에서 보사부와 민주당에 의해 각각 “사회보장기본법”이 상정될 예정이다. 그러나 현재로서는 “사회보장에 관한 법률”이 사회보장 분야를 총괄하는 규범으로서 존재하는 것은 사실이다. 同法 제1조(목적)는 ‘인간다운 생활의 보장’과 ‘효율성’이라는 상반된 목적을 규정하고 있고, 제3조에서는 경계우선의 원칙과 자립정신을 강조하고 있어 사회보장법이 견지해야 하는 집합적 책임의 원칙으로서 사회연대성, 공동책임 등의 원리가 회석되어 있고, 사회보장의 기본적인 조직 원리와 재정원칙 등에 대한 규정도 누락되어 있기 때문에 사회보장에 관한 기본법으로서 적절하지 않다. 결정적으로는 헌법의 사회권적 기본권 조항과 균형이 맞지 않는다.

그리고 同法 제2조에 따라 특별법으로서 의료보험법, 국민연금법, 산업재해보상보험법 등과 같은 사회보험법과 공적부조법으로서 생활보호법이 있다. 생활보호법은 입법정책적 목적상 의료보호법을 특별법으로 두고 있다(생활보호법 제7조 제3항).

사회복지서비스법 분야에서 기본법적 지위를 갖는 일반법은 “사회복지사업법”이다. 그러나 이 법 역시 클라이언트의 권리보장과는 거리가 멀고 단지 민간 사회복지법인과 시설에 대한 규제적 성격이 강한 법으로서 기본법적인 내용은 담고 있지 못한 한계가 있다<sup>28)</sup>. 同法 제2조에 의해 생활보호법, 아동복지법, 노인복지법, 장애인복지법, 모자복지법, 영유아보육법, 윤락행위등 방지법 등을 그 특별법으로 두고 있다. 서비스법들은 저마다 클라이언트가 자활을 위해 노력해야 할 의무를 전제하고 있는데, 이것은 국가책임을 회색시키려는 의도로 해석될 소지가 있다. 이러한 각각의 서비스법들도 각 대상층별로 특별법을 두고 있기도 한다. 예를 들어, “장애인고용촉진 등에 관한 법률”은 장애인복지법(제30조), “고령자고용촉진법”은 노인복지법(제14조)의 특별법으로서 존재한다.

현재 추진 중에 있는 “사회보장기본법”은 기본법으로서 헌법과 법률의 중간적 지위를 갖는 법이다. 따라서 이 법이 제정되면 사회복지법은 헌법-기본법-법률의 단계로 수직적 체계를 갖게 된다. 그러므로 기본법은 헌법의 추상적 규정을 구체화하여 하위법의 내용을 명확화하는 데 기여해야 할 것이다. 특히 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리의 성격과 내용을 분명히 밝혀야 할 것이다.

### 3) 시행령 및 시행규칙

대륙법계의 특징상 대부분의 입법들이 제정 및 개정되어 현실적으로 적용되기 위해서는, 즉 법이 실효성을 갖기 위해서는 법률의 하위규범인 시행령(大統領令)과 시행규칙(部令) 등이 제정되어야 한다.

대통령은 헌법 제75조의 규정에 의거 법률에서 구체적으로 위임받은 사항에 대한 위임명령과 법률을 집행하기 위한 집행명령을 발할 권한이 있고, 국무총리나 각 부의 長은 법률이나 대통령의 위임에 의한 위임명령이나 직권에 의한 직권명령을 발할 권한을 갖는다. 일반적으로 위임명령이나 집행명령은 국민의 권리·의무까지도 규율할 수 있는 법규명령이고, 행정내규나 규칙과 같은 행정명령은 국민의 권리·의무와는 무관하게 행정기관 내부에서만 효력을 갖는다<sup>29)</sup>. 따라서 행정부서 내부에서 제정되어 시행되는 각종 內規, 指針, 告示 등은 법규의 성격을 갖지 못한다.

28) 拙稿, 전계논문, 1994, p.197.

29) 權寧星, 전계서, p.868.

그런데 여기에서의 문제는 <첫째> 법률은 행정부에서 제안하든, 국회에서 제안하든 국회의 공식적인 심의와 의결을 거쳐 통과되어야 법률로서 성립된다. 그러나 시행령과 시행규칙은 엄연한 법규임에도 불구하고 이러한 절차를 거치지 않는다. 따라서 국민의 권리가 행정부의恣意的인 판단과 결정에 좌우될 가능성이 매우 높은 것이다. <둘째> 국민 개개인의 현실생활과 권리실현에 직접적으로 영향을 미치는 것은 법규보다는 행정부의 각종 지침과 내규라고 할 수 있다. 이러한 것들은 법규범도 아니면서 국민들의 권리 실현에 중대한 침해를 야기할 수 있다. 예를 들어, 보사부의 생활보호사업지침에 의한 생활보호급여의 수준은 헌법상 인간다운 생활을 할 권리와 생활보호법상의 보호수준(제5조 제1항)을 침해하는 것으로 볼 수 있다.

결국, 이러한 문제는 헌법-법률-시행령-시행규칙 등의 법구조 속에서는 필연적인 것으로 볼 수 있다. 물론 事後의 違法審査請求訴訟(헌법 제107조 제2항)이 가능하기는 하지만, 사회복지에서 권리 및 그 바탕이 되는 욕구는 긴급성과 절대성을 요하는 경우가 많기 때문에 예방적인 장치의 도입이 더욱 효과적이다. 따라서 수급권자의 권리 및 그 보장에 영향을 줄 수 있는 사항들은 다소 구체적이더라도 母法에서 규정하는 것이 실효성을 보장할 수 있을 것이다.

#### 4)정관

사회보장이나 사회복지서비스가 국가기관이 아닌 공법인이나 특수법인에 의해 운영될 때, 이러한 법인들은 자체적인 정관을 갖도록 되어 있다. 의료보험법 제17조, 공무원 및 사립학교교직원 의료보험법 제13조, 국민연금법 제26조, 사회복지사업법 제13조 등은 법인의 정관에 대해서 규정하고 있다.

이러한 법인체들의 정관은 성격에 따라 민법상 사단법인이나 재단법인의 일반규정의 구속을 받기도 하지만, 법인 설치의 근거법인 사회보장법이나 사회복지서비스법의 취지와 목적에 위배되는 경우에는 물론 주무부서(보건사회부 장관)의 인가가 불가능하겠지만 사후적으로라도 위법성이 발견되었을 경우에는 그 정관의 규정은 무효로 해야 할 것이다.

## 2.수평적 체계화

수평적 체계란 법률로서의 동등한 지위를 갖는 사회복지법들 간의 체계를 말한다. 국민 개인의 급여와 직접적으로 관계되는 개별 입법들이 어떠한 체계를 이루고 있는가를 파악하는 것은 우선 사회복지법의 구조를 밝히는 작업이며, 나아가 입법정책의 발전과 아울러 개인의 권리보장에 기여하는 중요한 과제이다.

### 1)독일과 일본의 예

독일의 경우 가장 보편적인 사회법의 체계는 사전배려체계(Vorsorgesystemen), 보상체계(Entschädigungssystemen), 부조 및 촉진체계(Hilfs- und Förderungssystemen)로 나누는 것이다<sup>30)</sup>. 사전배려체제는 개인에게 일정한 사회적 위험(노령, 질병, 장애 등)이 발생하면 구체적 욕구의 존재여부에 관계없

30) 全光錫, 전계서, pp.70-74.

H.Jäger, SOZIALVERSICHERUNGSRECHT und sonstige Bereiche des Sozialgesetzbuches, ERICH SCHMIDT VERLAG, 1987, S.16.

M.FUCHS, Zivilrecht und Sozialrecht, C.H.BECK'S VERLAG, 1992, S.85ff.

이 추상적인 의제를 전제로 하여 개인이 위험발생 전에 미리 부담을 각출하여 법적인 원인관계를 성립시키고, 위험이 현재화되면 이로부터 개인을 보호하기 위해서 반대급부를 지급하는 제도이다. 사회보상체계는 특별히 공동체 전체에 그 책임이 귀속되는 인적, 물적 손실에 대한 국가적 차원에서의 보상을 그 내용으로 한다. 이는 법적 원인관계를 전제로 하고 사회적 위험 발생시 법률에 의해 추상적으로 욕구상황이 의제 된다는 점에서 사전배려체제와 유사하지만, 사회보험이 그 위험공동체의 보험료를 재원으로 하는 반면, 사회보상체계는 국가적 연대성의 표현이므로 국가가 주체가 되어 일반예산을 재원으로 한다는 점에서 차이가 있다. 사회부조 및 축진체계는 법적 원인관계를 전제로 하지 않는 순수한 사회정책적 목적에서의 급여제도를 말한다.

일본의 경우, 小川政亮은 사회보험법을 배제하고 공적부조법과 사회복지서비스법만을 묶어서 사회사업법이라 칭하며 다음과 같이 체계화하고 있다<sup>31)</sup>. 사회사업법은 ①사회사업의 조직·재정에 관한 법과 ②사회사업급부에 대한 권리보장에 관한 법으로 이루어져 있고, ②는 다시 보호법(부조법, 구조법, 육성법, 갱생법), 원조법(公益質屋法, 모자 및 과부복지법), 원호법 등으로 체계를 이루고 있다는 것이다.

그러나 이러한 체계는 법리상의 체계로 볼 수 없다는 반론에 의해 小倉讓二와 荒木誠之 등이 새로운 체계화를 시도하였다<sup>32)</sup>. 전자는 비소득을 주로 하는 법과 현금급부를 주로 하는 법으로 분류하였고, 후자는 소득보장급부와 장애보장급부로 체계화하였다.

## 2) 새로운 체계화: 욕구와 법관계에 따른 체계화

사회복지법에 대한 기존의 체계화 시도들은 법리적이고 이론적인 측면에서 이루어졌다기보다는 실정법의 역사적 생성과 내용에 따라 분류하는 방법으로 체계화가 이루어졌다. 학문적 체계화는 매우 중요하지만 아직 보편적으로 승인될 만한 체계화가 제시되지 못하고 있으며 앞으로도 기대하기 어려운 것도 사실이다<sup>33)</sup>.

사회복지법의 체계화를 위해 사회복지법의 기본적 개념과 형성배경 및 법적 지도원리 등을 고려해 보자. 사회복지법은 사회법의 하나로서 시민법적 전통과는 달리 전제가 되는 인간상이 다르다. 사회법은 구체적으로 존재하는 인간상을 전제로 한다. 즉, 자본주의사회에서 시민법적 원리가 적용될 수 없는, 실질적 자유와 평등을 향유할 수 없는 인간들을 전제로 하는 법이다. 이러한 개인들은 사회복지법에서 사회적 욕구(social need)를 가진 존재로 파악된다. 따라서 시민법이 추상적 평균인을 전제로 하기 때문에 인간의 '행위'에 관한 법체계라면, 사회복지법은 구체적 욕구상황에 처한 '행위자'에 관한 법이다. 그리고 사회복지법은 개인들에게 자기책임을 물을 수 없는 사항들에 대해서 공동체의 집합적 책임의 원리를 적용한다. 따라서 개인에게 발생했거나 발생이 예정되는 각종의 비복지적 상황에 대해서 반응하는 법이 사회복지법이다. 이때, 국가는 개인들에게 급여나 서비스를 제공하며, 이것이 사회복지법에 의해 이루어지므로 국가와 개인은 사회복지 법관계를 형성하게 되는 것이다.

여기에서 쟁점이 되는 것은 ①욕구의 어떠한 성질 또는 특성이 그 욕구를 가진 개체를 사회복지법의 대상자가 되도록 하는가, ②국가가 급여나 서비스를 제공하는 법리적 근거가 무엇인가 하는 점이다. 먼저

31) 小川政亮, 社會事業法制, 第4版, minerva書房, 1992, pp.3-5.

32) 小倉讓二의 견해에 대해서는 金裕盛, 韓國社會保障法論, 法文社, 1992, pp.103-114. 참조.

荒木誠之, 社會保障法讀本, 改訂2版, 有斐閣, 1993, pp.243-255.

33) W.Rüfner, Einführung in das Sozialrecht, 2.Auflage, C.H.Beck Verlag, 1991, S.15.

①에 관하여 살펴 보자. 사회복지에서 강조하는 욕구는 그 내용이 무엇이든지 간에 귀속적(attributed)인 성격과 보상적(compensational)인 성격으로 정리해 볼 수 있겠다<sup>34)</sup>. 귀속적 욕구란 욕구의 발생이 사회적 성격을 떠나 구체적으로 그 발생의 인과관계를 논할 수 없거나 필요가 없는 경우를 말하며, 보상적 욕구 역시 사회적 성격을 갖는 욕구이지만 그 발생의 인과과정을 확정지을 수 있는 경우에 해당된다. 따라서 현대 사회에서 일반적으로 의제될 수 있는 각종 생활상의 위협, 기존의 시장경제의 기제에서는 충족되기 어려운 욕구를 갖게 되는 요보호대상자 등의 욕구가 귀속적인 것이다. 반면에 특수 직종 종사자, 국가유공자, 범죄 피해자, 재개발 피해자, 被災者 등은 보상적 욕구를 갖는 것으로 볼 수 있다.

그렇다면 이러한 욕구들에 대해 국가는 왜 급여나 서비스를 제공하는 것인가? 이는 사회복지급여의 수급권자와 관리운영 주체 간의 존재하는 법관계에 의해 설명될 수 있다<sup>35)</sup>. 이러한 법관계는 제공되는 급여를 매개로 형성되는데, 급여가 제공되는 근거가 무엇인가에 따라 인과적(causal) 법관계와 합목적적(final) 법관계로 나뉘어 진다<sup>36)</sup>. 인과적 법관계란 급여지급사유의 발생이 법에서 요구하는 법정 원인에 의하는 경우 또는 보험료 납부와 같은 급여지급의 반대급부가 되는 조건의 이행여부 등의 원인적 행위가 있을 경우에만 급여관계가 성립된다. 반면에 합목적적 법관계는 급여지급사유 발생의 원인을 묻지 않고 정책적 목적에서 일방적으로 급여가 제공되는 경우이다.

따라서 이상의 논의를 종합하여 실정법을 예로 정리해 보면 다음과 같다.

①귀속적 욕구-인과적 법관계:전국민 대상의 사회보험법

②보상적 욕구-인과적 법관계:노동자, 공무원 및 사립학교교직원, 군인 등 특수직종만을 대상으로 하는 사회보험법

③귀속적 욕구-합목적적 법관계:공적부조법 및 사회복지서비스법

④보상적 욕구-합목적적 법관계:재해구호법, 의사상자보호법, 범죄피해자구호법, 국가유공자에우 등에 관한 법률 등

일반적으로 자본주의사회 시장경제의 속성은 욕구가 보상적일수록, 법관계가 인과적일수록 권리성을 부여한다. 다시 말해서, 욕구발생에 대해 개인책임을 물을 수 없는 명백한 상황이거나 급여지급사유가 법으로 정해지거나 기여금을 지불하였을 경우에는 급여에 대한 청구권이 자연스럽게 인정된다. 그러나 추상적으로 의제된 욕구인 귀속적 욕구와 정책적 목적에 의한 합목적적 법관계에서는 권리성 인정이 소극적으로 되는 실정이다. 헌법상 이러한 부분에 대해 개인의 권리 또는 국가의 책임과 의무가 규정되어 있어도 권리

34) 이러한 분류는 N.Gilbert et al., Dimensions of Social Welfare Policy, 3rd Ed., Prentice-Hall, Inc., 1993, pp.84-92.에서 할당(allocation)의 기준으로서 욕구를 ①귀속적 욕구, ②보상, ③진단적 차별화, ④ 자산 조사에 의한 욕구로 분류한 것을 수정한 것이다. 여기에서 ③과 ④는 욕구의 발생을 개인책임으로 보며 따라서 잔여적(residual) 개념으로 사회복지를 인식한다. 또한 이 네가지가 배타적인 것이 아니라 중복되는 경우가 많다. 자산조사에 의한 욕구도 욕구의 성격상 귀속적 성격을 띠며, 사회보험제도는 귀속적 욕구와 보상적 욕구가 이중적으로 결합되어 있다. 이때 보상적 욕구란 기여한 보험료를 전제로 하는 것인데, 이는 욕구가 보상적 성격을 갖는 것이 아니라 급여의 근거가 인과성의 원리에 따르는 것이라 인과적(보상적) 법관계가 적용되기 때문인 것이다.

35) 李相光, 전계서, p.308.

36) G.W.Brück, Allgemeine Sozialpolitik, Bund-Verlag, 1976, S.58f.

성의 인정이 어려움을 겪고 있다. 이것은 경제적 시장이 아니라 사회적 시장체계의 맥락에서 운용되는 영역이기 때문이다. 따라서 진정한 사회복지법체계를 확립하기 위해서는 이 부분에 대한 이론적, 실천적 강화가 필요하다.

우리 나라의 경우, 권리성에 있어서 ③이 가장 취약하다. 욕구충족의 긴급성과 절박성은 강하지만 합목적적 법관계에 의해 급여가 주어질 수 밖에 없기 때문에 수급자의 권리성 인정에 인색하다. 또한 ①에서도 지나치게 인과성의 원리가 강조되어 급여의 제한에 관한 규정이 강조되어 있다(예:의료보험법 제41조 등). ②는 자본주의적 시장경제 속성에 가장 근접해 있는 영역이다. 따라서 타 영역의 급여보다 급여수준이 높아 형평성의 문제를 야기시킨다. 또한 이에 포함되는 산업재해보상보험법의 경우 지나치게 인과성의 원리를 강조하는 “업무상의 재해” 개념 때문에 완전한 사회보장제도로 인정되기 어려운 점이 있다<sup>37)</sup>. ④는 보상적 욕구임에도 국가 정책상 합목적성의 원리가 지배하여 수급자들이 급여를 권리에 의해 받는다는 인식 보다는 국가의 은혜로운 조치로 받는다는 인식을 하게 한다.

#### IV. 결론

사회복지법은 자본주의사회의 법적 지주인 시민법(나중에 수정된 시민법체계를 포함하여)의 모순에 대한 대립물로 등장한 사회법의 하나로 주로 자기책임을 집합적인 책임으로 전환시킨 법이다. 따라서 사회복지법체제는 이러한 원리에 의해 구성된다고 보아야 한다.

실정법의 체계는 법단계에 따라 헌법이라는 상위규범으로부터 하위규범에 이르기까지 헌법의 이념과 원리에 충실하도록 규정되어야 하며, 법률 수준에서의 개별적인 사회복지법들은 그것이 적용되는 욕구의 성격과 급여를 매개로 하는 법관계에 따라 체계화할 수 있다. 이러한 체계화는 수급자의 권리성이 인정되는 논리와 인정되어야 할 논리에 대해 동시에 확인케 해 준다.

따라서 사회복지법은 타 영역의 법에 대해 나름대로 체계성을 유지하고 있는 법이며, 사회복지법 내적으로도 체계적 구조화가 가능하다고 본다. 이러한 체계화를 근거로 해서 현행 입법의 문제점을 밝힐 수 있고, 동시에 있어야 할 법의 논리를 파악할 수 있는 것이다.

37) 拙稿, “산업재해보상보험법에서 「업무상 재해」의 개념에 관한 연구, 논문집 제 21집, 전주대학교, 1992. 참조.