

사회서비스원법 시행에 따른 사회서비스 사업 위탁의 법적 쟁점

- 시·도 사회서비스원을 중심으로 -*

장 호 진**

국문초록

사회서비스 제공의 공공성을 강화하고 종사자의 일자리의 질적 향상을 도모하기 위하여 『사회서비스 지원 및 사회서비스원 설립·운영에 관한 법률』(이하, ‘사회서비스원법’이라 한다)이 시행되고 있다. 이에 따라 지방자치단체 별로 시·도 사회서비스원이 설립되어 운영되고 있지만, 아직 정착되지 못하고 있는 실정이다. 설립 초기이기도 하지만, 사회서비스원법 규정 자체에 따른 문제점도 하나의 원인일 수 있다.

그 원인의 하나는 사회서비스 위탁에 관한 사항이다. 사회서비스원법에서는 국가 또는 지방자치단체가 사회서비스 사업을 위탁하는 경우 공개경쟁의 방법을 통하여 위탁하여야 하고, 예외적인 경우에 한하여 시·도 사회서비스원에 우선하여 위탁할 수 있도록 정하고 있다. 하지만, 위임명령인 시행령에서 국가 또는 지방자치단체의 사회서비스 사업을 제한없이 시·도 사회서비스원이 우선 위탁받을 수 있다고 정하고 있다. 이는 사회서비스 사업의 전달체계의 원칙을 정한 사회서비스원법의 본질적 사항을 시행령을 통하여 침해한 것으로 볼 수 있으며, 시·도 사회서비스원의 사회서비스 전달체계에서 자리매김을 요원하게 한다.

다른 하나는 고용승계에 관한 사항이다. 시·도 사회서비스원은 공개경쟁시

* 해당 논문은 지방공기업평가원의 공식의견과는 무관함을 알려드립니다.
** 지방공기업평가원 연구위원, 법학박사, 변호사.

험 또는 경력경쟁시험을 통하여 직접 종사자를 채용하여야 하지만, 민간업체 등에서 국가 또는 지방자치단체 사회서비스 사업에 종사하던 자에 한해서는 고용승계를 할 수 있다고 정하고 있다. 제3의 기관에서 시·도 사회서비스원으로 변경되는 일방의 경우에 한해서만 규정하고 있고, 시·도 사회서비스원에서 제3의 기관으로 수탁기관이 변경되는 경우에는 어떠한 규정도 두고 있지 않은 것이다. 이에 고용승계를 둘러싸고 분쟁이 발생할 수 있다.

위와 같은 논란을 해소하고 공공성 강화 등 사회서비스 전달체계의 개선을 위하여 도입한 사회서비스원법의 제정 취지를 고려하여 위탁에 관한 조항의 개정이 필요하다.

주제어: 사회서비스원, 사회서비스원법, 공공위탁, 민간위탁, 고용승계

목 차

- I. 들어가며
- II. 사회서비스 사업 우선 위탁의 의미
- III. 사회서비스원법 위탁 조항의 법적 쟁점
- IV. 나오면서

I. 들어가며

사회서비스의 수요는 폭발적으로 증가하고 있음에도,¹⁾ 지금까지의 사회서비스 제공은 민간부문을 중심으로 이루어졌다.²⁾ 정부의 역할은 재정

1) 사회서비스는 국가별, 학자별로 다양하게 정의되고 있으며 포괄하는 범위 역시 상이하다. 우리나라는 「사회보장기본법」에서 사회서비스를 사회보장의 하나의 종류로 규정되어 있고, 사회서비스란 국가·지방자치단체 및 민간부문의 도움이 필요한 모든 국민에게 복지, 보건의료, 교육, 고용, 주거, 문화, 환경 등의 분야에서 인간다운 생활을 보장하고 상담, 재활, 돌봄, 정보의 제공, 관련 시설의 이용, 역량 개발, 사회참여 지원 등을 통하여 국민의 삶의 질이 향상되도록 지원하는 제도를 말한다(제3조 제4호)고 정의하고 있다. 「사회서비스 지원 및 사회서비스원 설립·운영에 관한 법률」에서도 「사회보장기본법」의 사회서비스의 정의를 따르고 있다(제2조 제1호).

적 지원과 소극적 형태의 관리감독에 국한되었고, 소규모 민간기관들이 시장으로 진입하여 과도한 경쟁 구조, 종사자의 열악한 처우가 사회적 문제로 지적되었다.³⁾ 사회서비스를 제공하는 영세한 민간기관 사이의 과도한 경쟁과 낮은 수가 구조로 인하여 사회서비스 종사자들은 낮은 임금과 불안정한 고용상태, 열악한 근로조건에 처하게 되었으며, 결국 사회서비스의 질적 수준 하락으로 이어졌다는 것이다. 이러한 상황에서 사회서비스 경쟁력을 제고하기 위한 방안으로 ‘사회서비스 전문인력 양성’, ‘사회서비스의 품질 향상’, 그리고 ‘제공인력의 처우개선’이 시급한 과제로 부각되었다.⁴⁾ 그리고 사회서비스 제공의 공공성을 강화하고 종사자의 일자리의 질적 향상을 도모하기 위하여 「사회서비스 지원 및 사회서비스원 설립·운영에 관한 법률」(이하, ‘사회서비스원법’이라 한다)이 2021. 9. 24. 제정되어 2022. 3. 25.부터 시행되고 있다. 2022. 12. 31. 기준 시·도 사회서비스원은 부산광역시, 충청북도, 경상북도를 제외한 시·도에 설립되었으며, 행정안전부는 설립된 시·도 사회서비스원 모두를 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」 제5조 등에 따라 출자·출연기관으로 지정·고시하고 있다.⁵⁾

-
- 2) 우리나라의 사회서비스는 민간 생산자 우위라는 독특한 특성을 가지고 있다. 1990년대를 전후한 민영화 사조의 유입으로만 설명할 수 없고, 1950년대 민간 단체 위주의 외국 원조 개입이라는 특수한 상황과 1960년대 발전주의적 국가의 지배이념의 등장 하에 민간 부문 생산자 지배구조의 초기 조건이 형성되었다는 견해가 있다. 즉, 사회서비스 제공은 민간위탁에 기초하고 있으며, 2000년대 중반 이후부터는 바우처(이용권)를 사회서비스 소비자 부문에 직접 제공하는 방식으로 확장이 이루어졌으나, 이 역시 민간을 통해 사회서비스 공급이 이루어진다는 점에서 민간 생산자 우위의 특성을 가지고 있는 것이다. 자세한 내용은, 김영중, “우리나라 사회서비스와 민간위탁 제도 연구”, 『보건사회연구』 제37권 제4호, 한국보건사회연구원, 2017, 437면 등 참조.
 - 3) 김운수, “사회서비스원 설립에 따른 정책결정의 쟁점과 이슈”, 『한국사회복지행정학회 학술대회 자료집』, 한국사회복지행정학회, 2018, 187면.
 - 4) 김운수, 앞의 논문, 187면.
 - 5) 시·도 사회서비스원은 사회서비스원법에 따라 설립된 법인으로, 사회서비스원법이 우선 적용되고 사회서비스원법에서 정한 사항을 제외하고는 「민법」 중 재단법인에 관한 규정과 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」(이

국내외를 불문하고 사회서비스 제공은 공공, 영리, 비영리 부문의 혼합을 통하여 이루어진다. 우리나라는 사회서비스 공급자로서 공공부문의 역할이 절대적으로 미흡한 상황에서, 사회서비스 도입 초기부터 대안으로 논의되기 시작한 사회서비스 제공기관의 공영화를 강화하는 법적 근거가 비로소 마련되었다고 볼 수 있다.⁶⁾ 즉, 민간위탁 또는 이용자에 대한 바우처 제공 등을 통하여 민간에 맡기는 방식에서, 지방자치단체가 출연한 시·도 사회서비스원을 통하여 공공부문이 직접 사회서비스를 제공할 수 있도록 하여 어느 정도 공공성을 강화한 것으로 평가할 수 있다.

이 사회서비스원법에서는 국가 또는 지방자치단체가 사회서비스 사업을 위탁하는 경우 공개경쟁의 방법을 통하여 해당 사업을 위탁하여야 하고, 예외적인 경우에 한하여 시·도 사회서비스원에 우선하여 위탁할 수 있도록 정하고 있다(제11조). 즉, 국가 또는 지방자치단체가 사회서비스 사업을 두고 민간과 경쟁을 원칙으로 정하고 있다. 또한, 시·도 사회서비스원이 국가 또는 지방자치단체 사회서비스 사업의 수탁기관으로 선정된 경우에는 종전 해당 사업을 설립 또는 운영하였던 자가 채용한 직원을 고용승계할 수 있도록 정하고 있다(제22조 제5항). 이와 같은 사회서비스 위탁 조항들은 시·도 사회서비스원의 역할뿐만 아니라 사회서비스 종사자들의 고용에도 직·간접적으로 영향을 미치게 된다.

이와 같은 이유로 사회서비스원법 위탁 조항의 법적 쟁점을 간략하지만 포괄적으로 살펴보고자 한다. 다만, 우리나라 사회서비스는 지역주도형 사회서비스 정책을 핵심으로 하여, 정부는 재정을 지원하고 지방자치단체를 통하여 사회서비스가 전달되도록 하고 있다. 이를 반영하여 지방

하, ‘지방출자출연법’이라 한다)을 준용한다(사회서비스원법 제39조 제1항). 그리고 지방출자출연법 제2조 제5항에서는 “출자·출연 기관에 대하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.”고 정하고 있으므로, 사회서비스원법, 지방출자출연법, 민법의 순으로 법률이 적용된다.

6) 종전에도 공공부문인 지방자치단체가 출자하거나 출연한 지방공기업 또는 출자·출연기관을 통하여 일부 사회서비스가 제공되었다. 즉, 사회서비스원법은 공공부문의 사회서비스 제공의 법적 근거를 강화한 것으로 평가할 수도 있다.

자치단체를 기준으로 하는 법제를 중심으로 검토하도록 하겠다. 그리고 이하에서는 사회서비스 사업의 우선 위탁의 의의를 살펴보기 위하여 위탁의 법적 근거인 「지방자치법」, 위탁의 형식을 정하고 있는 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하, ‘지방계약법’이라 한다)과 「공유재산 및 물품 관리법」을 먼저 검토하도록 하겠다. 그리고 현행 사회서비스원법의 문제점인 시행령을 통한 사회서비스원법 사업 위탁 조항의 형해화 문제와 수탁기관의 변경으로 인한 고용승계의 문제를 지적하도록 하겠다.

II. 사회서비스 사업 우선 위탁의 의미

1. 위탁의 의의

지방자치단체는 자신의 사무를 직접 수행하거나 공공단체 또는 민간에 위탁하여 수행할 수 있다. 여기서 말하는 위탁이란 일반적으로 행정기관의 권한을 독립적 지위에 있는 공공단체 또는 사인에게 법적으로 이전하는 경우를 의미한다.⁷⁾ 실정법상 정부에 의한 위탁에 관해서는, 「정부조직법」에 의한 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」에서 법률에 규정된 행정기관의 장의 권한 중 일부를 다른 행정기관의 장에게 맡겨 그의 권한과 책임 아래 행사하도록 하는 것을 위탁이라고 정의하고 있고(제2조 제2호), 법률에 규정된 행정기관의 사무 중 일부를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 맡겨 그의 명의로 그의 책임 아래 행사하도록 하는 것을 민간위탁이라고 정의하고 있다(제2조 제3호). 위탁은 동등한 수준의 독립된 다른 행정기관의 장, 공공단체, 사인 등에게 맡긴다는 점에서 보조기관 또는 하급행정기관의 장 등에게 맡겨 그의 권한과 책임 아래 행사하도록 하는 위임과는 구별된다.

7) 박균성, 「행정법론(하)(제20판)」, 박영사, 2022, 38-40면 등.

2. 지방자치단체 사무 위탁의 법적 근거

지방자치단체 사무 위탁의 일반적인 법적 근거는 「지방자치법」이다. 제 117조 제2항에서는 “지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 관할 지방자치단체나 공공단체 또는 그 기관(사업소·출장소를 포함한다)에 위임하거나 위탁할 수 있다.”고 규정하고 있고, 제117조 제3항에서는 “지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무 중 조사·검사·검정·관리업무 등 주민의 권리·의무와 직접 관련되지 아니하는 사무를 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.”고 정하고 있다. 여기서 제 117조 제2항은 민간위탁과 구별하여 공공위탁이라고도 한다.⁸⁾ 그리고 제 117조 제3항에서는 민간위탁이라는 용어를 사용하고 있지 않지만, 일반적으로 민간위탁을 규정하는 조문으로 이해하고 있다.⁹⁾ 제117조 제3항의 민간위탁은 지방자치단체의 장의 권한에 속하는 사무 중 조사·검사·검정·관리업무 등 주민의 권리·의무와 직접 관련되지 아니하는 사무로 제한된다는 점에서 공공위탁인 제117조 제2항과는 구분된다.

제117조 제2항의 ‘공공단체’를 「행정기본법」, 「지방자치법」에서는 별도로 정의하고 있지 않다.¹⁰⁾ 공공단체의 개념과 범위에 대해서는 행정주체 분류 등을 기준으로 해석이 나뉘기도 하지만,¹¹⁾ 일반적으로 공익실현을 목적으로 하는 공법상 사단과 재단 등을 의미하는 것으로 이해하고 있다.¹²⁾ 이러한 면에서 지방공기업과 출자·출연기관을 공공단체라고 보는

8) 법제처 2020. 11. 12. 회신 20-0228 의견제시례; 서울특별시, 「서울특별시 행정 사무의 민간위탁 관리지침」, 2014, 4면.

9) 홍정선, “지방자치법상 민간위탁의 개념-행정실무상 유사개념과의 비교를 중심으로-”, 「지방자치법연구」통권 제40호, 한국지방자치법학회, 2013, 87면.

10) 헌법 제29조 제1항과 제2항, 제46조 제3항에서 공공단체를 사용하고 있고, 다른 법률에서도 공공단체를 널리 사용하고 있다.

11) 최영규, “행정주체 및 공공단체의 개념과 범위- 공공단체의 개념과 행정주체성을 중심으로-”, 「공법학연구」, 제5권 제1호, 한국비교공법학회, 2004, 343-344면 등.

12) 홍정선, 「행정기본법 해설」, 박영사, 2021, 37면.

데에는 특별한 이견은 없다. 헌법재판소와 대법원도 지방공기업 중 지방공사를 공공단체에 포함시키고 있으며,¹³⁾ 법제처 역시 제117조 제2항에 따라 지방자치단체의 장이 그 권한에 속하는 사무의 일부를 위탁할 수 있는 공공단체는 관할 공공단체로 한정된다고 하면서,¹⁴⁾ 지방공사·공단과 출자·출연기관을 공공단체에 해당한다고 보고 있다.¹⁵⁾ 따라서 사·도 사회서비스원 등 지방공기업과 출자·출연기관은 공공위탁을 받을 수 있는 공공단체로서 제117조 제2항의 수탁기관에 해당한다.

제117조 제2항, 제3항에서는 “조례나 규칙으로 정하는 바에 따라” 위탁할 수 있다고 규정하고 있다. 즉, 지방자치단체 사무의 위탁을 위해서는 조례나 규칙으로 정하는 것이 요구된다. 지방자치단체는 특정 사무에 관한 개별 조례에서 위탁에 관한 규정을 두고 있기도 한다. 서울특별시 공사 감독업무 위탁에 관한 조례 등이 대표적이다. 하지만, 대부분의 지방자치단체는 행정사무의 민간위탁에 관한 조례의 형태로 일반 조례를 두고 있다. 또한, 지방공기업 또는 출자·출연기관의 설립 조례에서도 지방자치단체 사무의 위탁에 관한 규정을 두고 있다.¹⁶⁾

여기서 일반 조례인 행정사무의 민간위탁에 관한 조례, 지방공기업 및 출자·출연기관의 설립 조례를 근거로 지방자치단체 사무를 위탁할 수 있는지 논란이 있을 수 있다. 대법원은 「지방자치법」 제117조와 유사한 「정부조직법」 제6조 제1항이 위임과 재위임의 일반적인 근거규정이 된다고 보았다.¹⁷⁾ 그렇다면, 별도의 개별 조례가 없더라도 민간위탁 일반 조례, 지방공기업 및 출자·출연기관의 설립 조례를 근거로 지방자치단체 사무

13) 헌법재판소는 지방공사를 공공단체라고 하였으며(헌법재판소 2004. 12. 16. 선고 2002헌마333, 451(병합) 전원재판부 결정), 대법원도 지방공사인 서울특별시농수산물공사를 공공단체라고 하였다(대법원 2018. 7. 11. 선고 2014두2119 판결).

14) 법제처 2016. 4. 18. 회신 15-0970 해석례.

15) 법제처 2020. 11. 12. 회신 20-0228 의견제시례, 법제처 2018. 6. 26. 회신 18-0129 의견제시례, 법제처 2020. 12. 2. 회신 20-0258 의견제시례.

16) 서울특별시 복지재단 설립 및 운영에 관한 조례 제12조의2 등.

17) 대법원 1990. 6. 26. 선고 88누12158 판결, 대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 전원합의체 판결 등.

를 위탁할 수 있다고 볼 것이다.¹⁸⁾

『지방자치법』외에도 개별 법령에서 위탁에 관한 규정을 두고 있는 경우가 있다. 대표적으로 『체육시설의 설치·이용에 관한 법률』 제9조,¹⁹⁾ 『주차장법』 제13조²⁰⁾ 등이 있다. 이와 같은 개별법령에서 위탁을 정하고 있는 경우에는 개별법령이 우선 적용된다. 『지방자치법』은 일반법에 불과하므로, 위탁에 관한 특별한 사항을 규율하기 위하여 특별법적 지위에 있는 개별법령을 통하여 위탁에 관하여 별도로 정하는 경우도 다수 있는 것이다.²¹⁾

한편, 위와 같은 『지방자치법』등은 위탁의 근거는 될 수 있지만, 위탁의 방식과 형식에 대해서는 별도로 정함이 없다. 이 위탁의 방식은 계약, 행정재산의 사용허가, 일반재산의 대부계약, 보조금 지급 등으로 다양하다. 이와 관련하여, 용역계약 등에 의한 위탁 방식은 지방계약법이, 시설물에 대한 위탁 방식은 『공유재산 및 물품 관리법』이 일반법으로 적용된다.

18) 최윤영, “지방자치단체 사무 민간위탁의 법적 근거”, 『지방자치법연구』통권 제44호, 한국지방자치법학회, 2014, 391면.

19) 제9조(체육시설의 위탁 운영) 국가나 지방자치단체는 제5조제1항 및 제6조에 따른 체육시설과 제7조제1항에 따른 직장체육시설 중 국가나 지방자치단체가 설치한 체육시설의 전문적 관리와 이용을 촉진하기 위하여 필요하면 그 체육시설의 운영과 관리를 개인이나 단체에 위탁할 수 있다.

20) 제13조(노외주차장의 관리) ① 노외주차장은 그 노외주차장을 설치한 자가 관리한다.

② 특별시장·광역시장, 시장·군수 또는 구청장은 노외주차장을 설치한 경우 그 관리를 특별시장·광역시장, 시장·군수 또는 구청장 외의 자에게 위탁할 수 있다.

③ 제2항에 따라 특별시장·광역시장, 시장·군수 또는 구청장의 위탁을 받아 노외주차장을 관리할 수 있는 자의 자격은 해당 지방자치단체의 조례로 정한다.

④ 제2항에 따라 노외주차장관리를 위탁받은 자에 대하여는 제8조제3항을 준용한다. 이 경우 “노상주차장관리 수탁자”는 “노외주차장관리를 위탁받은 자”로 본다.

21) 최윤영, 앞의 논문, 385면.

3. 위탁방식에 따른 우선 위탁

(1) 지방계약법

지방자치단체는 계약상대자와 체결하는 수입 및 지출의 원인이 되는 계약 등에 대하여는 지방계약법을 적용하여야 한다(제2조). 지방계약법에 따라, 지방자치단체의 장 또는 계약담당자는 계약을 체결하려는 경우에는 일반입찰을 원칙으로 하되, 계약의 목적·성질·규모 및 지역특수성 등을 고려하여 필요하다고 인정되면 참가자를 지명(指名)하여 입찰에 부치거나 수의계약을 할 수 있다(제9조 제1항). 그리고 지방계약법 시행령 제25조 제1항 제8호 사목에서는 “그 밖에 계약의 목적·성질 등에 비추어 경쟁에 따라 계약을 체결하는 것이 비효율적이라고 판단되는 경우로서”, “다른 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체의 사업을 위탁받거나 대행할 수 있는 자와 해당 사업에 대한 계약을 하는 경우”에는 수의계약이 가능하다고 정하고 있다. 즉, 지방계약법은 일반입찰을 원칙으로 하지만, 다른 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체의 사업을 위탁받거나 대행할 수 있는 자와 해당 사업에 대한 계약을 체결하는 경우에는 수의계약에 의하여, 즉 우선하여 위탁할 수 있도록 예외를 정하고 있다.

여기서 조례를 통하여 특정 기관을 대상으로 우선 위탁조항을 마련하여 수의계약을 허용할 수 있는지가 문제시될 수 있다. 즉, 『지방자치법』 제117조 제2항, 제3항과 조례를 통하여 특정 기관을 대상으로 우선 위탁하게 할 수 있는지의 문제이다.

대법원은 ‘원주 혁신도시 및 기업도시 편입지역 주민지원 조례안’ 제6조 제3호가 혁신·기업도시 주민고용센터 설립사업, 혁신·기업도시 기반 시설 건립을 위해 시행하는 진입도로 확장 및 신설사업 등을 주민생계회사에 위탁해 시행할 수 있도록 한 것이 사실상 수의계약을 허용하는 것과 동일한 것이지만, 지방계약법 제9조 제1항에 위반된다고 볼 수도 없다고 하였다.²²⁾ 법제처도 행정능률의 향상을 위하여 지방자치단체의 사무를 공

22) “‘지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률’ 제9조 제1항은 ‘지방자치단

공단체 등에 위탁할 수 있도록 규정한 「지방자치법」 제117조 제2항의 취지를 고려할 때, 조례가 특정기관에 해당 사무를 의무적으로 위탁하도록 하는 특별한 규정하고 있는 경우에는 허용된다고 하였다.²³⁾

원칙적으로 지방계약법 제9조 및 같은 법 시행령 제25조 제1항 제8호 사목 “다른 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체의 사업을 위탁받거나 대행할 수 있는 자와 해당 사업에 대한 계약을 하는 경우”의 법령은 법률, 대통령령, 총리령 및 부령을 의미하므로 조례를 통하여 기관을 특정하여 수의계약 사유로 정하는 것은 허용될 수 없다고 볼 수 있다.²⁴⁾ 하지만,

체의 장 또는 계약담당자는 계약을 체결하고자 하는 경우 이를 공고하여 일반 경쟁에 부쳐야 한다'고 하면서, 단 '계약의 목적·성질·규모 및 지역특수성 등에 비추어 필요하다고 인정되는 경우에는 수의계약에 의할 수 있다'라고 하고 있고, 같은 법 시행령 제25조 제1항 제8호 (아)목은 다른 법령의 규정에 의하여 국가 또는 지방자치단체사업을 위탁 또는 대행할 수 있는 자와 당해 사업에 대한 계약을 하는 경우에는 수의계약을 할 수 있다고 규정하고 있으므로, 이 사건 조례안 규정에 의해 사실상 수의계약을 허용하는 셈이 된다 하여 이 사건 조례안 규정이 위 법률 제9조 제1항에 위반된다고 볼 수도 없다.”(대법원 2009. 10. 15. 선고 2008추32 판결). 여기서 시행령 제25조 제1항 제8호 (아)목은 현행 사목이다.

- 23) “행정능률의 향상을 위해서 지방자치단체의 사무를 공공단체 등에 위탁할 수 있도록 규정한 「지방자치법」 제104조(현 제117조) 제2항의 취지를 고려할 때, 「지방자치법」 제104조 제2항에 따라 조례로 정하여 위탁할 수 있는 사무를 같은 규정에 따른 수탁기관에 위탁하도록 조례에 규정한 경우는 지방계약법 시행령 제25조 제1항 제8호 사목에 따른 “다른 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체의 사업을 위탁받거나 대행할 수 있는 자와 해당 사업에 대한 계약을 하는 경우”에 해당한다고 보는 것이 타당할 것입니다. 다만, 지방계약법 시행령 제25조 제1항 제8호 사목에 따른 “다른 법령에 따라 국가 또는 지방자치단체의 사업을 위탁받거나 대행할 수 있는 자와 해당 사업에 대한 계약을 하는 경우”에 해당하기 위해서는 지방계약법 제9조 제1항 본문에 따른 일반입찰의 원칙을 배제할 수 있을 만한 특별한 규정을 두고 있는 경우라야 할 것이고, 그러한 특별한 규정이 있다고 하려면 특정기관에 해당 사무를 의무적으로 위탁하도록 규정(“△△에 관한 사무는 ○○○에 위탁한다”등의 형식)을 두는 경우라고 할 것”(법제처 2018. 6. 26. 회신 18-0129 의견제시례).
- 24) 법제처 2014. 8. 29. 회신 14-0536 해석례. 앞에서 살펴본 법제처 2018. 6. 26. 회신 18-0129 의견제시례에서도 이를 인용하고는 있음에도 불구하고 조례를 통한 수의계약을 긍정하고 있다.

대법원과 법제처는 조례를 통하여 수탁기관을 한정하여 수의계약으로 우선 위탁할 수 있도록 하는 것이 위법하지 않다고 하였다. 법제처는 행정능률의 향상 등을 고려하여 허용한다는 명시하고 있으나, 대법원은 명확한 근거를 명시하고 있지는 않다. 보다 면밀한 검토가 필요하겠지만, 위탁하도록 정한 조례 역시 「지방자치법」 제117조에 근거한 것이므로 법령에 따른 것이라고 볼 수 있는 점, 대법원은 지방계약법 등 공공계약의 계약에 관한 규정을 관계 공무원이 지켜야 할 계약사무처리에 관한 필요한 사항을 규정한 것으로 국가의 내부규정으로 보고 있다는 점²⁵⁾ 등을 고려한 것으로 보인다.

(2) 공유재산 및 물품 관리법

공유재산이란 지방자치단체의 부담, 기부채납(寄附採納)이나 법령에 따라 지방자치단체 소유로 된 부동산과 그 종물(從物) 등의 재산을 말한다(제2조 제1호).²⁶⁾ 이 공유재산은 그 용도에 따라 행정재산과 일반재산으로 구분한다(제5조 제1항).²⁷⁾ 이 공유재산 및 물품의 관리·처분에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 「공유재산 및 물품 관리법」에서 정하는 바에 따른다(제2조의2). 즉, 공유재산에 대한 특별한 규정이 법률에 규정되어 있고 그 내용도 공유재산에 관하여 「공유재산 및 물품 관리법」과 달리 규정하고 있지 않는 한 「공유재산 및 물품 관리법」이 일반법으로 적용된다.²⁸⁾

공유재산 중 행정재산을 해당 지방자치단체 외의 자가 일정 기간 유상

25) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결 등.

26) 「공유재산 및 물품 관리법」의 범위와 쟁점에 대해서는, 장호진, “지방공공기관 명의의 행정재산 사용·수익의 법적 성질”, 『국민법학』 제34권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2022; 장호진, “공유재산(公有財産) 사용·수익에 상가건물 임대차보호법 적용 여부 - 권리금 회수기회 보호 문제를 중심으로 -”, 『영남법학』 제53호, 영남대학교 법학연구소, 2021 참조.

27) 여기서 행정재산은 공용재산, 공공용재산, 기업용재산, 보존용재산으로 구분하고(제5조 제2항), 일반재산이란 행정재산 외의 모든 공유재산을 말한다(제5조 제3항).

28) 장호진, “지방공공기관 명의의 행정재산 사용·수익의 법적 성질”, 281면.

이나 무상으로 사용·수익할 수 있도록 허용하는 것을 사용허가라 한다(제2조 제7호). 지방자치단체의 장은 사용허가를 하려면 일반입찰을 원칙으로 하지만, 대통령령으로 정하는 경우에 한하여 제한경쟁 또는 지명경쟁에 부치거나 수의(隨意)의 방법으로 허가할 수 있다(제20조 제2항). 그리고 대통령령으로 “해당 지방자치단체가 출자 또는 출연한 비영리 공공법인 또는 공법인의 비영리사업을 위하여 사용허가를 하는 경우”에는 수의(隨意)의 방법으로 행정재산의 사용허가를 할 수 있다고 정하고 있다(시행령 제13조 제3항 제20호).

일반재산을 해당 지방자치단체 외의 자가 일정 기간 유상이나 무상으로 사용·수익할 수 있도록 체결하는 대부계약인 경우에도 마찬가지이다(제2조 제8호). 지방자치단체의 장은 대부하는 계약을 체결할 때에는 일반입찰이 원칙이지만 대통령령으로 정하는 경우에 한하여 제한경쟁 또는 지명경쟁에 부치거나 수의계약으로 할 수 있다고 하면서(제29조 제1항), “해당 지방자치단체가 출자·출연한 비영리 공공법인에 대부하는 경우”에는 수의계약으로 대부할 수 있다고 정하고 있다(시행령 제29조 제1항 제17호).

4. 사회서비스 사업의 우선 위탁 조항의 의미

출자·출연기관인 시·도 사회서비스원은 「지방자치법」 제117조 제2항의 공공단체에 해당하므로 「지방자치법」 제117조 제2항 및 조례를 통하여 지방자치단체의 사무를 위탁받을 수 있다. 그리고 비영리 공공법인에 해당하므로, 용역계약의 형태로 지방자치단체의 사회서비스 제공 또는 지원에 관한 사업을 위탁하는 경우에는 조례를 통하여 수의계약의 방식으로 다른 기관보다 우선하여 위탁받을 수 있다. 또한, 사회서비스 제공을 위한 공유재산 시설물에 대한 위탁 역시 「공유재산 및 물품 관리법」에 따라 수의(隨意)의 형태로 사용허가를 받거나 대부계약을 체결하여 우선하여 위탁받을 수 있다. 즉, 사회서비스원법에 별도의 규정이 없다면 국가

또는 지방자치단체의 사회서비스 사업에 대하여 우선하여 위탁받을 수 있는 것이다.

하지만, 사회서비스원법에서는 시·도 사회서비스원에 대한 위탁에 관하여 별도로 규정하고 있다. 국가 또는 지방자치단체는 사회서비스 사업을 위탁하는 경우 공개경쟁의 방법을 통하여 해당 사업을 위탁하여야 한다(제11조 제1항). 다만, 국가 또는 지방자치단체는 ① 민간이 참여하기 어렵거나 공급이 부족한 분야에 신규로 설립하는 사회서비스 제공기관, ② 사회서비스를 받는 자나 사회서비스 종사자에 대한 폭력·성폭력 등 대통령령으로 정하는 위법행위로 임직원이 금고 이상의 형을 선고받은 사회서비스 제공기관, ③ 그 밖에 취약지 소재 기관 등 대통령령으로 정하는 사회서비스 제공기관 또는 사업 중 어느 하나에 해당하는 사회서비스 제공기관의 운영 또는 사업에 한하여 시·도 사회서비스원에 우선하여 위탁할 수 있다(제11조 제2항).

시·도 사회서비스원의 설립·운영 및 지원에 관하여 다른 법률에 우선하여 사회서비스원법을 적용하여야 한다(제3조). 사회서비스원법은 시·도 사회서비스원에 대한 설립 근거 법률이자 사회서비스 위탁에 관한 특별법이다. 즉, 시·도 사회서비스원에 대한 위탁의 근거와 방법에 대해서는 「지방자치법」과 지방계약법, 「공유재산 및 물품 관리법」이 아니라 사회서비스원법 제11조가 우선하여 적용되는 것이다. 이에 시·도 사회서비스원은 원칙적으로 국가 또는 지방자치단체로부터 사회서비스 사업을 위탁받기 위해서는 민간과 경쟁을 하여야 하고, 대통령령으로 정하고 있는 예외적인 경우에 한하여 우선하여 위탁받을 수 있는 것이다.

사회서비스원법 제정 과정에서 우선 위탁 조항은 공공성 확대를 위한 핵심 조항으로 여겨졌으나, 사회서비스 분야를 사실상 독점하던 민간에서는 시·도 사회서비스원이 국가 또는 지방자치단체 사회서비스 사업을 우선하여 위탁받는 것에 대한 반발이 있었다. 이에 사회서비스원법 제11조의 사업의 우선위탁 조항은 시·도 사회서비스원이 민간을 중심으로 한 사회서비스 전달체계의 대체가 아닌 보완하는 역할이라고 입법적으로 정

한 것이라 할 수 있다. 시·도 사회서비스원에 대한 우선위탁을 예외적인 경우로 한정하여 국가 또는 지방자치단체의 사회서비스 사업 전달에 어서는 민간과의 공정경쟁이라는 원칙을 제시한 것이다.²⁹⁾ 그간 사회서비스 제공이 민간 부문에 의존하였다는 점에서 민간 부분의 전문성 등을 인정하고,³⁰⁾ 공공부문은 관료 조직으로서의 한계가 있으며 민간이 수행할 수 있는 활동에 대해서는 개입하지 않아야 한다는 보충성의 원칙 등을 보다 중요하게 고려한 것으로 보인다.

시·도 사회서비스원은 사회서비스를 제공하거나 사회서비스 종사자를 지원할 때 사회서비스의 공공성등과 그 질을 향상하고 관할 지역 내 사회서비스 제공의 격차를 해소하기 위하여 노력하여야 한다(제8조). 또한, 시·도 사회서비스원은 직접 사회서비스를 제공하는 것뿐만 아니라 민간 부문의 사회서비스 제공 및 운영 기관에 대한 재무·회계·법무·노무 등에 관한 각종 상담·자문 등의 사업도 수행하도록 정하고 있다(제10조). 즉, 시·도 사회서비스원은 민간부문의 사회서비스 품질 및 조직 발전을 지원하는 지원조직의 역할도 수행하도록 설계되어 있다.

하지만, 시·도 사회서비스원이 국가 또는 지방자치단체의 사회서비스 사업을 위탁받기 위하여 민간기관과 경쟁을 한다면, 사회서비스 지원조직으로서의 자리매김은 요원할 수 있다. 시·도 사회서비스원이 사회서비스 사업을 수탁받기 위해 집중한다면, 민간에서도 시·도 사회서비스원을 경쟁하는 기관으로 인식하여 사회서비스 관리 및 지원기관으로 인식하지 않을 수 있는 것이다.³¹⁾ 오히려, 민간에서는 시·도 사회서비스원이 민간 사회서비스 시장을 지원하고 강화하기보다는 위축하는 효과를 가져온다고 반발할 수 있다. 더 나아가, 민간에서는 시·도 사회서비스원과 경쟁에 우위에 서기 위하여 더욱더 낮은 단가로 입찰 등에 참가하게 되어 안정적 경영을 저해하고 민간기관에 소속된 종사자의 열악한 처우를 가속화하는

29) 남기철, “사회서비스원과 공공성”, 『한국사회복지학회 학술대회 자료집』, 한국사회복지학회, 2020, 110면.

30) 김영중, 앞의 논문, 435면 참조.

31) 김민주, 『사회서비스론』, 박영사, 2021, 400면.

계기가 될 수 있다. 이에 사회서비스원법 제정 직후부터 사회서비스의 공공성 강화를 위하여 우선위탁 조항의 보완이 요구된다는 주장이 제기된 것이다.³²⁾ 이러한 점을 고려하건대, 사회서비스원법의 우선 위탁 조항은 지속적으로 논란의 대상이 될 수밖에 없을 것이다.

III. 사회서비스원법 위탁 조항의 법적 쟁점

1. 시행령을 통한 서비스원법 위탁 원칙의 형해화

(1) 문제의 소재

국가 또는 지방자치단체는 사회서비스 사업을 예외적인 경우에 한하여 시·도 사회서비스원에 우선 위탁할 수 있다(제11조 제2항). 이 예외사유 중 하나가 “그 밖에 취약지 소재 기관 등 대통령령으로 정하는 사회서비스 제공기관 또는 사업”(제11조 제2항 제3호)이다. 이를 구체화한 대통령령에서는 “국가 또는 지방자치단체로부터 위탁받은 국공립 사회서비스 제공기관 운영”(제10조 제1항 제2호)³³⁾ 및 “국가 또는 지방자치단체로부터 위탁받은 사회서비스 제공 또는 지원에 관한 사업”(제10조 제1항 제3호)을 우선 위탁사유로 정하고 있다(시행령 제8조 제2항 제2호).

시·도 사회서비스원이 국가 또는 지방자치단체로부터 사회서비스 사업을 위탁받고자 하는 경우 민간과 공개경쟁하여야 한다고 정하고 있음에

32) 참여연대, “[논평] 핵심 조항 빠진 사회서비스원법 통과 유감이다”, 2021. 6. 16.; 김진석, “사회서비스원 정책을 되짚어보자”, 『사회서비스원법 제정 1주년 국토토론회, 공공성 중심의 사회서비스원 역할 강화 모색』자료집, 2022, 33면.

33) 사회서비스원법에서는 ‘기관’에 대한 명확한 정의규정을 두고 있지 않다. 이에 사회서비스원의 각 조항마다 해석상 논란이 있을 수 있다. 이 중 제10조 제1항 제2호의 “국가 또는 지방자치단체로부터 위탁받은 국공립 사회서비스 제공기관 운영”에서의 ‘기관’은 행정주체에 의해 공적 목적에 공용된 인적·물적종합시설인 영조물(營造物) 또는 행정주체에 의해 직접 공적 목적에 제공된 물건인 공물(公物)로 보아야 할 것이다.

도, 시행령을 통하여 국공립 사회서비스 제공기관 운영, 국가 또는 지방자치단체 사회서비스 제공 또는 지원에 관한 사업, 즉 국가 또는 지방자치단체의 사회서비스 사업에 대하여 시·도 사회서비스원이 우선하여 위탁받을 수 있도록 시행령으로 다시 정하고 있는 것이다. 이에 해당 시행령이 위임입법인 사회서비스원법의 한계를 벗어난 것은 아닌지 논란이 될 수밖에 없다. 다시 말해, 사회서비스원법 시행령 제8조 제2항 제2호가 사회서비스원법 제11조의 수권 범위를 일탈한 것인지가 문제시되는 것이다.

(2) 위임명령의 한계

법률이나 상위명령에 의하여 개별적·구체적으로 위임받은 사항을 보충하기 위해 발하는 법규명령인 위임명령은 상위 법령에 저촉되거나 위임의 한계를 넘는 경우에는 위법하다. 즉, 위임명령은 법률이나 상위명령에서 구체적으로 범위를 정한 개별적인 위임이 있을 때에 가능하고, 그 위임명령은 수권의 범위 내에서 제정되어야 하며 수권의 범위를 일탈한다면 위법한 명령이 되는 것이다.³⁴⁾

대법원은 “하위법령은 그 규정이 상위법령의 규정에 명백히 저촉되어 무효인 경우를 제외하고는 관련 법령의 내용과 입법 취지 및 연혁 등을 종합적으로 살펴서 의미를 상위법령에 합치되는 것으로 해석하여야 한다.”고 하여 상위법령의 규정에 명백히 저촉되는 경우에는 무효라고 하였다.³⁵⁾ 상위법령의 규정에 명백히 저촉되는 경우에는 하위법령은 무효이다. 다만, 상위법령합치적 법령해석 법리를 제시하여, 위헌·위법의 여지가 있는 위임명령도 해석을 통해 가능한 한 위법하지 않은 것으로 판단하여야 한다는 것이다.³⁶⁾

34) 박근성, 『행정법론(상)(제20판)』, 박영사, 2021, 210면 등.

35) 대법원 2016. 6. 10. 선고 2016두33186 판결 등.

36) 박근성, “司法의 機能과 行政判例”, 『행정판례연구』22-1, 한국행정판례연구회, 2017, 39면. 이 논문에서는 위임명령이 상위법령에 위반되는지에 관하여 논란이 있음에도 위법하지 않다고 보는 것은 상위법령에 따른 일반 국민의 예측가능성

또한, 대법원은 위임명령이 위임의 한계를 일탈하는 것은 허용할 수 없다고 하였다.³⁷⁾ 모법의 위임범위를 벗어난 것인지 여부를 판단함에 있어서 중요한 기준 중 하나가 예측가능성이라고 제시하면서,³⁸⁾ 예측가능성의 유무는 당해 위임조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 그 위임조항이 속한 법률의 전반적인 체계와 취지 및 목적, 당해 위임조항의 규정형식과 내용 및 관련 법규를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 하며, 나아가 각 규제 대상의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토함을 요한다고 하였다.³⁹⁾ 또한, “특정 사안과 관련하여 법률에서 하위 법령에 위임을 한 경우에 모법의 위임범위를 확정하거나 하위 법령이 위임의 한계를 준수하고 있는지 여부를 판단할 때에는, 하위 법령이 규정한 내용이 입법자가 형식적 법률로 스스로 규율하여야 하는 본질적 사항으로서 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역인지, 당해 법률 규정의 입법 목적과 규정 내용, 규정의 체계, 다른 규정과의 관계 등을 종합적으로 고려하여야 하고, 위임 규정 자체에서 의미 내용을 정확하게 알 수 있는 용어를 사용하여 위임의 한계를 분명히 하고 있는데도 문언적 의미의 한계를 벗어났는지나, 하위 법령의 내용이 모법 자체로부터 위임된 내용의 대강을 예측할 수 있는 범위 내에 속한 것인지, 수권 규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 범위를 확장하거나 축소하여서 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 한 것으로 평가할 수 있는지 등을 구체적으로 따져 보아야 한다.”고 하여 법률유보(의회유보)원칙도 제시하였다.⁴⁰⁾

을 침해할 우려가 있다는 지적하고 있다.

37) 대법원 2012. 12. 20. 선고 2011두30878 전원합의체 판결.

38) 대법원 2013. 5. 23. 선고 2013두1829 판결 등.

39) 대법원 2022. 4. 14. 선고 2020후5169 판결.

40) 대법원 2015. 8. 20. 선고 2012두23808 전원합의체 판결. 이 판결에서 “여기서 어떠한 사안이 국가가 형식적 법률로 스스로 규정하여야 하는 본질적 사항에 해당되는지는, 구체적 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 또는 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 하지만, 규율대상이 국민의 기본권 및 기본적 의무와 관련한 중요성을 가질수록 그리고 그에 관한 공개적 토론의 필요성 또는 상충하는 이익 사이의 조정 필요성이 클수록, 그것이 국회의 법률에 의해 직접 규율될 필요성은 더 증대된다.”고 하였다.

(3) 검토

시·도 사회서비스원이 예외적으로 국가 또는 지방자치단체 사회서비스 사업을 우선하여 위탁받을 수 있는 사유를 구체적으로 정하고 있는 시행령 제8조 제2항의 각 호는 새로운 법규사항을 정하고 있는 위임명령이다. 이 위임명령인 시행령에서는 국가 또는 지방자치단체의 시범사업을 실시하는 사회서비스 제공기관 또는 사업, 도서·벽지 소재 사회서비스 제공기관이나 그 지역 거주민을 대상으로 하는 사회서비스 사업 등 경쟁위탁이라는 법률의 원칙에 대한 예외사유를 구체적으로 정하고 있다.⁴¹⁾ 하지만, 국공립 사회서비스 제공기관 운영, 국가 또는 지방자치단체 사회서비스 제공 또는 지원에 관한 사업(시행령 제8조 제2항 제2호), 즉 국가 또는 지방자치단체의 사회서비스 사업에 대하여 별도의 추가적인 한정이나 제한 없이 일률적으로 시·도 사회서비스원이 우선하여 위탁할 수 있다고 정하고 있다. 이에 바로 사회서비스원법 제11조 제1항에서 정하고 있는 국가 또는 지방자치단체 사회서비스 사업의 위탁은 공개경쟁의 방법에 통하여 위탁하라는 법률의 사항을 시행령으로 몰각시키는 것으로 볼 수 있는지가 문제시되는 것이다.

물론, 사회서비스원법 제11조 제2항은 “우선하여 위탁할 수 있다.”고

41) 사회서비스원법 시행령 제8조(사업의 우선위탁 기준·범위 등) ② 법 제11조제2항제3호에서 “취약지 소재 기관 등 대통령령으로 정하는 사회서비스 제공기관 또는 사업”이란 다음 각 호의 기관 또는 사업을 말한다.

1. 법 제6조제1항에 따른 시범사업을 실시하는 사회서비스 제공기관 또는 사업
2. 법 제10조제1항제2호 또는 제3호의 사업을 지원하는 사회서비스 제공기관 또는 사업
3. 「도서·벽지 교육진흥법」에 따른 도서·벽지 소재 사회서비스 제공기관이나 그 지역 거주민을 대상으로 하는 사회서비스 사업
4. 「사회보장급여의 이용·제공 및 수급권자 발굴에 관한 법률」 제48조에 따른 사회보장 특별지원구역 소재 사회서비스 제공기관이나 그 지역 거주민을 대상으로 하는 사회서비스 사업
5. 아동·노인·장애인 등의 학대를 예방하기 위하여 상담 및 교육 등을 지원하는 사회서비스 제공기관 또는 사업
6. 그 밖에 사업의 공공성, 전문성 등을 고려할 때 보건복지부장관 또는 시·도 지사가 우선 위탁할 필요가 있다고 인정하는 사회서비스 제공기관 또는 사업

제량사항으로 규정하고 있으므로, 국가 또는 지방자치단체가 위탁하는 모든 사회서비스를 공개경쟁의 방법으로 위탁하는 것은 비효율적일 수 있고 사회서비스의 공공성 강화에도 역행할 수 있기 때문에 시행령으로 달리 정한 것은 불가피한 선택이라고도 볼 수도 있을 것이다. 또한, 공개경쟁의 방식이라고 하더라도 제한경쟁입찰, 지명경쟁입찰 등의 방법을 활용하여 시·도 사회서비스원이 실질적으로 우선하여 위탁받을 수 있도록 계약의 방법을 정할 수 있으므로 시행령으로 우선 위탁을 정한다고 하여 사회서비스원법 제11조 제1항의 내용과 취지를 몰각시키는 것은 아니라는 주장도 가능할 것이다. 더 나아가, 위에서 살펴본 대법원의 판결⁴²⁾들은 주로 조세행정 등에 관한 사항으로 위임명령이 위임의 한계를 벗어났는지에 대하여 보다 엄격하게 접근하고 있다는 점에서, 사회서비스 영역에서 위탁에 관한 사항은 위 대법원의 기준을 그대로 적용할 수 없다고 볼 수도 있을 것이다.

하지만, 국가 또는 지방자치단체 사회서비스 사업의 우선 위탁은 사회서비스원법에서 가장 중요한 핵심 조항으로 시·도 사회서비스원뿐만 아니라 사회서비스업에 종사하는 민간기관들에게 직접적으로 이해관계가 미치는 부분이다. 이에 사회서비스원법의 수권에 의하여 시행령에서 우선 위탁의 내용이 정확하게 예견될 수는 없을지라도 취약지 소재 기관 등 민간기관에 사회서비스 제공을 맡기기에는 곤란한 사유에 한한다는 예측가능성은 보장되어야 함에도 그러한 제한없이 모든 국가 또는 지방자치단체 사회서비스 사업의 우선 위탁이 허용된다고 볼 수 있는 조항은 그 한계를 일탈한 것으로 보아야 한다. 즉, 사회서비스원법에서 재량규정이 아닌 의무규정으로 국가 또는 지방자치단체 사회서비스 사업의 공개경쟁의 원칙을 제시하고 있음에도, 별도의 제한적인 사유 없이 국공립 사회서비스 제공기관 운영, 국가 또는 지방자치단체 사회서비스 제공 또는 지원에 관한 사업이라면 무엇이든 시행령으로 시·도 사회서비스원에 우선하여

42) 대법원 2015. 8. 20. 선고 2012두23808 전원합의체 판결. 대법원 2013. 5. 23. 선고 2013두1829 판결. 대법원 2022. 4. 14. 선고 2020추5169 판결 등.

위탁할 수 있도록 정한 것은 국가 또는 지방자치단체의 사회서비스 사업의 전달체계의 원칙을 정한 사회서비스원법의 본질적 사항을 시행령을 통하여 침해한 것으로 볼 수 있으므로, 사회서비스원법의 위임의 한계를 일탈한 것이라는 논란에서 자유롭지 않은 것이다.

2. 수탁업체 변경에 따른 고용승계

(1) 문제의 소재

위탁기관이 사업장 내 업무의 일부를 기간을 정하여 수탁기관에 위탁(또는 도급, 용역 등)하고 그 위탁이 종료되어 새로운 수탁기관에게 해당 사업을 위탁하는 경우, 종사자의 고용승계가 문제시되어 왔다. 특히, 수탁기관으로서는 위탁받은 업무 수행을 위해 해당 위탁계약의 종료 시점까지 기간제근로자를 사용함에 따라 더욱 종사자의 고용불안의 문제가 제기되었다. 이는 민간위탁에 의하여 주되게 사업이 이루어지는 사회서비스 영역에서도 마찬가지이다.

사회서비스원법은 수탁기관 변경에 관한 고용승계에 관하여 별도로 정하고 있다. 시·도 사회서비스원은 직원을 채용할 때 공개경쟁시험을 원칙으로 하면서도, 공개경쟁시험에 따른 충원이 곤란한 직위·직무 분야에 대해서는 경력경쟁시험을 통하여 채용할 수 있다(제22조 제2항, 제3항). 다만, “국가 또는 지방자치단체로부터 위탁받은 국공립 사회서비스 제공기관 운영 사업”(제10조 제1항 제2호) 또는 “국가 또는 지방자치단체로부터 위탁받은 사회서비스 제공 또는 지원에 관한 사업”(제10조 제1항 제3호)을 운영하는 경우에는 종전에 해당 사업을 설립 또는 운영하였던 자가 그 사업의 운영을 위하여 채용하였던 사회서비스 종사자에 대해서는 공개경쟁시험 또는 경력경쟁시험 없이 시·도 사회서비스원의 직원으로 채용할 수 있다고 정하고 있다(제22조 제5항, 이하 ‘고용승계 특례조항’이라 한다). 즉, 시·도 사회서비스원은 공개경쟁시험 또는 경력경쟁시험을 통하여 직접 종사자를 채용하여야 하지만, 민간업체 등에서 국가 또는 지방자

치단체 사회서비스 사업에 종사하던 자에 한해서는 시험을 통한 절차 없이 채용, 즉 고용승계를 할 수 있다고 정한 것이다.⁴³⁾ 하지만, 이와 같은 고용승계 특례조항은 국가 또는 지방자치단체 사회서비스 사업에 종사하던 자에 한한다는 점에서 차별의 문제 등이 발생할 수 있으며, 또한 수탁기관이 시·도 사회서비스원으로 변경되는 경우에 한하여 고용승계될 수 있다고만 정하고 있고 민간부분으로 수탁기관이 변경될 경우에 대해서는 정함이 없으므로 논란이 될 수 있다.

(2) 입직경로 차이에 따른 차별의 문제

시·도 사회서비스원에서 재직 중인 직원들은 고용승계 특례조항에 의하여 자신들과 달리 공개경쟁시험 또는 경력경쟁시험을 거치지 아니하고 채용되는 것이 자신들을 차별하는 것이라고 주장할 수 있다. 또한, 시·도 사회서비스원의 채용을 준비하는 구직자들 역시 유사한 주장을 할 수 있다.

2017. 7. 20. ‘공공부문 비정규직 근로자 정규직 전환 가이드라인’ 등에 따라 중앙정부와 지방자치단체, 공공기관, 지방공기업, 지방자치단체 출연·출자기관을 상대로 기간제근로자와 파견·용역근로자의 일부를 정규직으로 전환하는 과정에서 유사한 논란이 있었다. 이와 관련하여 지방공사인 서울교통공사의 일반직 채용시험에 응시할 예정인 수험생들이 서울교통공사 정관에서 무기계약직 근로자들의 정규직 전환을 가능하도록 한 것을 두고 평등권 침해 등을 주장하며 헌법소원을 제기한 사례가 있다.

헌법재판소는 서울교통공사 직원이라는 직위가 헌법 제25조가 보장하는 공무담임권의 보호영역인 공무의 범위에 해당하지 않으며, 서울교통공사의 재정건전성에 관한 기대권 내지 공무담임권이라는 기본권이 존재함

43) 예컨대, 지방자치단체로부터 사회서비스사업을 위탁받아 수행하는 복지재단 등 지방자치단체 출자·출연기관 또는 민간업체가 수행하던 사회서비스 사업이 위탁기간 종료로 새로운 수탁기관으로 시·도 사회서비스원이 선정된 경우에는, 종전 사회서비스 종사자들에 대해서는 별도의 시험을 거칠 필요 없이 고용승계할 수 있다는 것이다.

을 전제로 하여 취업, 임금, 승진 등에 있어서 불합리한 차별을 문제로 삼고 있으나, 수험생들의 주장에 따른 기대권이 공무담임권의 보호영역에 포함되지 않는 이상, 이를 법적으로 보호되는 불이익으로 볼 수 없다고 하였다.⁴⁴⁾

고용승계 특례조항에 의하여 시·도 사회서비스원의 재직자 또는 구직자들이 헌법소원을 주장하는 경우에 자기관련성 등 적법요건이 인정될 가능성이 높지 않다. 시·도 사회서비스원에 재직 중인 직원들에게 고용승계 특례조항 그 자체가 새로운 자유 제한, 의무 부과, 권리 또는 법적 지위 박탈과 같은 문제를 직접 발생시킨다고 보기는 어렵다. 또한, 구직자들에게도 종전 사회서비스 종사자들에 대하여 별도의 시험 없이 고용승계를 하였다고 하더라도 단순히 채용의 기회가 감소되었다는 간접적인 이해관계 또는 반사적 불이익을 받는 것에 불과하다고 볼 수 있기 때문이다.

그리고 시·도 사회서비스원의 직원이라는 직위 역시 공무의 범위에 포함되지 않음에 따라 공무담임권을 침해할 가능성은 인정되지 않는다. 구직자 등에 대한 직업선택의 자유 또는 평등권 침해 가능성에 대해서는 보다 면밀하게 살펴보아야겠지만, 고용승계 특례조항은 종전부터 국가 또는 지방자치단체의 사회서비스 사업의 안정적인 제공을 위하여 종사자들의 경험과 노하우 등을 감안하여 시험이 아닌 다른 방식으로 채용할 수 있도록 정한 것이라는 점, 사용자의 채용의 자유는 폭넓게 인정된다는 점 등을 고려하면, 비례의 원칙 등에 반한다고 단정할 수 없을 것이다.

하지만, 실무적으로 문제가 없지는 않다. 사회서비스원법 제22조 제5항은 “공개경쟁시험 또는 경력경쟁시험 없이 시·도 서비스원의 직원으로 채용할 수 있다.”고 재량사항으로 규정하고 있다. 이에 시·도 사회서비스원은 노사 또는 노노갈등의 예방 등을 위하여 고용승계 특례조항을 적용하지 아니하고 시험 방식을 채택할 수 있다. 또한, 민간업체 종사자들 중 일정한 요건을 충족하는 자만을 선택적으로 고용승계하여 부당하고 분쟁

44) 헌법재판소 2021. 2. 25. 선고 2018헌마174 전원재판부 결정.

이 발생할 수도 있는 것이다.

(3) 시·도 사회서비스원에서 제3의 기관으로 수탁기관이 변경 시의 고용승계의 문제

시·도 사회서비스원에서 제3의 기관으로 수탁기관이 변경되는 경우의 사회서비스 종사자에 대한 고용승계에 대해서는 별도로 사회서비스원법에서는 정하고 있지 않다. 사회서비스원법은 국가 또는 지방자치단체 사회서비스 사업의 수탁기관이 제3의 기관에서 시·도 사회서비스원으로 변경되는 경우에 한해서만 고용승계에 관하여 규정하고 있고, 시·도 사회서비스원에서 제3의 기관으로 수탁기관이 변경되는 경우에는 별도의 규정을 두고 있지 않은 것이다.

2019. 12. 4. 발표된 ‘민간위탁 노동자 근로조건 보호 가이드라인’에서는 특별한 사정이 없는 한 고용승계 내용을 계약서에 명시하도록 규정하고 있지만, 가이드라인은 권고 기준에 불과하므로 계약서의 내용으로 명시되지 않는 한 효력이 인정되지 않을 수 있다.⁴⁵⁾ 또한, 사용자, 대부계약의 경우와 출자·출연기관 등 공공부문이 수탁기관인 경우에는 적용을 제외한다고 정하고 있으므로 시·도 사회서비스원은 해당 가이드라인의 적용 대상에 해당하지 않는다. 따라서 국가 또는 지방자치단체 사회서비스 사업의 수탁기관이 시·도 사회서비스원에서 제3의 기관으로 변경될 경우 고용승계 기대권이 인정될 수 있는지 여부 등을 둘러싸고 분쟁의 대상이 될 수 있는 것이다.

이와 관련하여, 대법원은 “도급업체가 사업장 내 업무의 일부를 기간을 정하여 다른 업체(이하 ‘용역업체’라고 한다)에 위탁하고, 용역업체가 위탁받은 용역업무의 수행을 위해 해당 용역계약의 종료 시점까지 기간제 근로자를 사용하여 왔는데, 해당 용역업체의 계약기간이 만료되고 새로운 용역업체가 해당 업무를 위탁받아 도급업체와 사이에 용역계약을 체결한

45) 장호진, “민간위탁 노동자 근로조건 보호 가이드라인의 법적 쟁점과 한계”, 『노동법학』 제78호, 한국노동법학회, 2021, 295면 등.

경우, 새로운 용역업체가 종전 용역업체 소속 근로자에 대한 고용을 승계하여 새로운 근로관계가 성립될 것이라는 신뢰관계가 형성되었다면, 특별한 사정이 없는 한 근로자에게는 그에 따라 새로운 용역업체로 고용이 승계되리라는 기대권이 인정된다. 이와 같이 근로자에게 고용승계에 대한 기대권이 인정되는 경우 근로자가 고용승계를 원하였는데도 새로운 용역업체가 합리적 이유 없이 고용승계를 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 근로자에게 효력이 없다.”고 하였다.⁴⁶⁾ 즉, 고용승계에 대한 기대권을 이유로 고용승계를 긍정하는 법리를 제시하였으며, 여기서 기대권 인정 여부를 판단함에 있어서는 해당 용역계약과 해당 근로관계의 여러 사정을 고려하여야 한다고 하였다.⁴⁷⁾

고용승계의 기대권을 인정하고 있는 대법원의 법리를 따른다고 하더라도, 대법원은 특정 관행이 근로계약의 내용으로 인정되기 위한 요건을 제한적으로 보는 입장이고,⁴⁸⁾ 일방이 노사관행에 따르지 아니한다는 취지를

46) 대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두57045 판결, 대법원 2021. 6. 4. 선고 2020두45308 판결.

47) 대법원은 “이때 근로자에게 고용승계에 대한 기대권이 인정되는지 여부는 새로운 용역업체가 종전 용역업체 소속 근로자에 대한 고용을 승계하기로 하는 조항을 포함하고 있는지 여부를 포함한 구체적인 계약내용, 해당 용역계약의 체결 동기와 경위, 도급업체 사업장에서의 용역업체 변경에 따른 고용승계 관련 기존 관행, 위탁의 대상으로서 근로자가 수행하는 업무의 내용, 새로운 용역업체와 근로자들의 인식 등 근로관계 및 해당 용역계약을 둘러싼 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”(대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두57045 판결 등)고 하였다. 여기서 대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두57045 판결은 위탁계약서 등에 고용승계에 관한 사항을 정하고 있는 사안인 반면, 대법원 2021. 6. 4. 선고 2020두45308 판결은 명시적인 약정이 없는 사안이라는 점에서 차이가 있다. 이에 대한 평석으로 강선희, “용역업체 등의 변경 시 관행 등을 근거로 한 고용승계기대권 및 두 가지 의무 - 대법원 2021. 6. 3. 선고 2020두45308 판결.”, 『노동리뷰』2021년 9월호(통권 제198호), 한국노동연구원, 2021 등이 있다.

48) “기업의 내부에 존재하는 특정의 관행이 근로계약의 내용을 이루고 있다고 하기 위하여는 그러한 관행이 기업 사회에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나 기업의 구성원에 의하여 일반적으로 아무도 이의를 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여져서 기업 내에서 사실상의 제도로서 확립되어 있다고 할 수 있을 정도의 규범의식에 의하여 지지되고 있어야 한다.”(대법원 2002. 4. 23. 선고 2000다50701 판결 등).

표시하는 경우에는 노사관행의 구속력을 배제할 수 있으므로 기대권 인정 여부는 구체적인 사실관계에 따라 달리 결정된다는 문제가 있다.⁴⁹⁾

또한, 시·도 사회서비스원에서 민간기관으로 수탁기관이 변경되어, 시·도 사회서비스원 소속 직원들의 고용승계를 추진하려고 하더라도, 시·도 사회서비스원 직원들이 고용불안을 우려하여 민간기관으로의 고용승계를 거부할 가능성도 높다. 이에 시·도 사회서비스원에서는 고용승계를 거부한 직원들로 인하여 인건비 절감 또는 인력운영의 효율성 등을 이유로 정리해고의 문제에 직면할 수도 있다. 특히, 정리해고 추진에 따른 노사간의 갈등이라는 인사노무관리 문제뿐만 아니라 정리해고를 추진함에 있어 「근로기준법」 제24조 제1항 등의 요건이 충족되었는지도 주요한 쟁점이 될 수 있다. 예컨대, 특정 국가 또는 지방자치단체의 사회서비스 사업의 위탁계약 종료가 시·도 사회서비스원의 긴박한 경영상의 필요성이 인정될 수 있는지,⁵⁰⁾ 특정 사회서비스 사업을 수행하던 직원들만을 대상으로 해고대상자로 선정하여야 하는지 아니면 시·도 사회서비스원 소속 전 직원을 대상으로 하는지 여부⁵¹⁾ 등이 문제시될 수 있는 것이다.

49) 권오성, “용역업체의 교체와 근로관계 승계 - 대상판결 : 서울고등법원 2017. 6. 14. 선고 2016누62223 판결-, 『노동법학』 제63호, 한국노동법학회, 2017, 16-17면.

50) 지방자치단체와 별개의 용역계약을 체결하여 운영하고 있는 여러 개의 사업 부문이 있으나, 각 사업장의 회계처리·사업장 사이의 인사이동 등의 사정을 감안할 때 각각 독립된 사업장(또는 사업부문)이라고 볼 수 없다면, 긴박한 경영상의 필요성 판단은 법인 전체를 기준으로 판단하여야 한다는 사례(서울고등법원 2009. 5. 19. 선고 2008누30917 판결, 해당 사건은 대법원 2009. 8. 20. 선고 2009두9314 판결에서 심리불속행 기각으로 확정). 서울특별시가 새로이 재단법인으로 교향악단을 설립하고 기존의 참가인 교향악단을 폐지하기로 하여 그 예산상 지원을 중단함에 따라 참가인으로서 원고(근로자) 등을 포함하여 그 직제 소속 단위 전원에 대하여 정리해고를 단행할 긴박한 경영상의 필요성이 인정된다고 한 사례(서울행정법원 2007. 2. 2. 선고 2006구합26547 판결) 등이 있다.

51) 특정 부문(또는 부서) 소속 근로자들만 해고대상자로 선정하는 것이 불가피한 경우 해고대상자 선정이 불합리하거나 불공정하다고 보지 않은 사례(서울고등법원 2010. 4. 30. 선고 2009누26809 판결, 해당 사건은 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010두10273 판결에서 심리불속행 기각 확정) 등이 있다.

(4) 민간부문 사회서비스 사업 인수 시의 고용승계의 문제

시·도 사회서비스원은 국가 또는 지방자치단체로부터 위탁받는 사회서비스 사업 외에도 민간에서 이루어지는 사회서비스 사업을 실질적으로 이어받아 수행할 수 있다. 예컨대, 민간보조금을 제공받는 기관에서 보조금 제공이 중단되어 사업을 종료하는 경우가 대표적인 것이다. 이러한 상황에서 시·도 사회서비스원이 지역주민에게 해당 사회서비스를 지속적으로 제공하기 위하여 이를 이어받아 수행하는 경우 종전 민간 소속 종사자들의 고용승계 여부가 문제가 될 수 있다.

첫째, 인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 영업양도가 아닌 형태, 예컨대 민간업체가 사회서비스 사업을 중단하고 새롭게 시·도 사회서비스원이 사업을 수행하는 경우이다. 시·도 사회서비스원은 신규 직원이 필요하다면 공개경쟁시험 또는 경력경쟁시험으로 직원을 채용하여야 하고, 재직 중인 직원들을 통해서라도 사업을 수행하게 할 수 있으므로 종전 민간기관 소속 종사자들의 고용승계를 추진하지 않을 수 있다.

둘째, 영업양도에 해당하는 경우이다.⁵²⁾ 대법원은 영업양도에 해당하는 경우 양도기업에 소속된 근로자들은 양수기업으로 근로관계가 포괄적으로 승계된다고 하였다.⁵³⁾ 이는 판례를 통하여 정립된 법리이다. 이에 사회서비스원법에서 영업양도와 관련하여 별도의 정함이 없으므로 영업양도의 고용승계 법리를 배제하지 않는다는 볼 수 있을 것이다. 하지만, 사회서비스원법에서는 공개경쟁시험 또는 경력경쟁시험을 통한 채용방식과 수탁기관 변경 시에만 고용승계가 가능하다고 정하고 있으므로, 영업양도에 해당한다고 하더라도 고용승계를 허용할 수 없다고 해석할 수 있다. 이에 시·도 사회서비스원은 영업양도를 인정하지 않을 수 있는 것이다. 더 나아가, 고용승계 논란을 사전에 회피하기 위하여, 영업양도가 아닌 자산양도 방식으로 추진할 수 있다. 즉, 사회서비스 사업은 대면서비스를

52) 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두8455 판결 등.

53) 대법원 1994. 6. 28. 선고 93다33173 판결 등.

중심으로 하는 인적 조직이 중심이 되는 사업이므로 영업양도 논란을 회피하기 위해서라도 인적 조직의 인수를 고려하지 않을 가능성이 높은 것이다.

(5) 검토

사회서비스원법은 사회서비스 종사자의 불안정한 고용상태, 열악한 근로조건, 낮은 임금 등의 문제를 인식하고 일자리의 질을 높이는 것도 하나의 목적으로 하고 있다. 즉, 국가와 지방자치단체로 하여금 사회서비스 종사자의 근무 환경과 처우가 개선될 수 있도록 시책을 마련하고, 안정된 고용이 보장될 수 있도록 노력하여야 하며(제4조 제3항), 사회서비스원 소속 사회서비스 종사자들의 처우가 민간이 운영하는 동일한 분야의 사회서비스 종사자들에게도 동일하게 보장되도록 조치하여야 한다(제4조 제4항)고 책임까지 정하고 있는 것이다.

그렇다면, 국가 또는 지방자치단체는 고용승계를 재량사항으로 규정하고 있더라도 고용승계를 보장하도록 정책 방향을 정하여야 할 것이다. 또한, 시·도 사회서비스원의 안정적인 경영 및 종사자들의 고용안정을 위하여 다른 지방공기업 또는 출자·출연기관의 위탁 또는 대행사업과 유사하게 재위탁을 보장하는 등의 조치를 취하여 고용불안의 요소를 최소화하여야 할 것이다.

본질적으로는 입법적인 해결이 필요하다. 이와 관련하여, 영업양도와 마찬가지로 용역업체 변경되는 경우도 포함한 사업이전이 있는 경우 개별적 근로관계와 집단적 노사관계의 승계를 정하는 법률안들이 제기되었다.⁵⁴⁾ 만약, 이같은 법률안이 통과되어 시행될 경우에는 용역업체 변경의 경우에는 고용승계가 이루어짐에 따라 앞에서 살펴본 논란의 상당부분 해결될 것이다.⁵⁵⁾ 하지만, 제안된 법률안들이 전 산업에 미칠 영향 등을

⁵⁴⁾ 발의연월일 2022. 8. 31. 의안번호 2117122, “사업이전 등에서의 근로자 보호 등에 관한 법률안(윤미향의원 등 10인)”; 발의연월일 2021. 5. 17. 의안번호 2110156, “사업이전에서의 근로자 보호 등에 관한 법률안(송옥주의원 등 57인)”.

이유로 논란이 되어 근 시일내에 통과되지 못할 상황이라고 한다면, 사회서비스 종사자들에 한해서만이라도 고용승계를 제도적으로 보장하는 사회서비스원법 개정을 추진도 검토할 필요가 있다. 사회서비스의 연속적이고 안정적인 제공을 위해서는 인력 확보가 무엇보다도 중요하며,⁵⁶⁾ 사회서비스의 대상자인 영유아, 아동, 장애인, 독거노인들은 사회서비스 제공기관, 돌봄일력 또는 사회복지사들과 한 번 관계를 맺으면 쉽게 교체하지 않는 특성을 고려할 필요가 있는 것이다.

IV. 나오면서

사회서비스는 욕구가 있는 대상자들에게 반드시 제공되어야 하는 공공적이면서 사회적인 보편적 서비스이다.⁵⁷⁾ 우리나라 사회서비스 사업은 고령화·저출산 등 신사회적 위험에 따른 사회 환경변화에 대한 정부적 차원에서의 전략적 대응, 시장경쟁의 가속화에 따른 사회적 양극화의 심화와 이에 따른 절대적 빈곤계층의 확대에 인하여 이들에 대한 사회서비스의 필요성 증가, 사회서비스사업의 제공을 통한 사회적 일자리 창출의 필요성 등을 이유로 2007년부터 본격적으로 등장하였다.⁵⁸⁾ 하지만, 공공사회서비스 전달체계를 구축하지 못한 채, 사회서비스 제공을 민간 부문에 맡기어 경쟁을 통한 서비스 품질강화 및 사회서비스 일자리 창출, 이용자

55) 이들 입법안에서는 사업이전 등에 관하여 다른 법률에 우선 적용된다고 정하고 있다. 예컨대, 발의연월일 2022. 8. 31. 의안번호 2117122, “사업이전 등에서의 근로자 보호 등에 관한 법률안(윤미향의원 등 10인)” 제4조에서는 “이 법은 사업이전 등에 관하여 다른 법률에 우선하여 적용한다. 다만, 다른 법률을 적용하는 것이 근로자에게 유리한 경우에는 다른 법률을 우선 적용한다.”고 규정하고 있다.

56) 문용필, 「코로나19 유행상황에서 노인 긴급돌봄서비스에 관한 시론적 고찰」, 『한국산학기술학회 논문지』 제22권 제11호, 한국산학기술학회, 2021, 750면 등.

57) 김민주, 앞의 책, 391면; 김윤수, 『사회서비스개론』, 피앤씨미디어, 2021, 23면 등.

58) 김민주, 앞의 책, 71-72면.

선택권 강화만을 주되게 추구하였다. 하지만, 시장상황은 정부의 예상과 달리, 일자리는 저열한 일자리로 변화되었으며, 이용자들의 선택권은 민간기관의 이윤추구전략으로 배제되었고 서비스 품질은 개선되지 않았다. 하물며, 사회서비스 영역을 정부 입김이 닿지 않는 황금알을 낳는 오리로 인식하는 경향까지 있었다.⁵⁹⁾ 이와 같은 문제점을 개선하기 위하여, 공공성 강화 등 사회서비스 전달체계의 개선을 위하여 도입된 것이 바로 사회서비스원법이다.

사회서비스원법 시행에 따라 지방자치단체별로 시·도 사회서비스원이 설립되어 운영되고 있지만, 아직 정착되지 못하고 있는 실정이다. 설립 초기이기도 하지만, 사회서비스원법 규정 자체에 따른 문제점도 하나의 원인일 수 있다. 이에 다음과 같은 입법적 보완을 검토할 필요가 있다.

첫째, 시·도 사회서비스원에 대한 국가 또는 지방자치단체 사회서비스 사업의 우선 위탁에 관한 조항을 재검토할 필요가 있다. 사회서비스원법 시행 이전인 2021년 기준으로 보면, 전체 사회복지시설 60,087개 중 지방자치단체가 설치·운영하는 시설은 8,041개로 13%에 불과하고, 이 중 직영시설은 630개로 나머지 7,411개는 위탁의 형식으로 운영되고 있다.⁶⁰⁾ 이에 지방자치단체가 설치·운영하는 13%에 불과한 시설과 그와 관련한 사회서비스만이라도 지방자치단체 또는 지방자치단체가 간접경영하는 시·도 사회서비스원이 안정적으로 제공하는 공급자 역할을 담당하도록 하는 것이 공공성 강화라는 사회서비스원 제정 목적에 보다 부합한다. 그렇다면 시행령을 통한 우선 위탁 조항의 논란을 해소하기 위해서라도 사회서비스원법 그 자체를 통하여 시·도 사회서비스원의 위탁에 관하여 보다 명확히 하는 개정을 검토하여야 할 것이다.

둘째, 사회서비스 종사자들의 고용보장을 위한 고용승계 조항도 재검토

⁵⁹⁾ 김민주, 앞의 책, 391면.

⁶⁰⁾ 2021년 기준 사회복지시설의 총 시설수는 60,087개이고, 이 중 지방자치단체 설치/운영 시설은 총 8,041개(직영은 630개, 위탁은 7,411개), 민간설치/운영 시설은 52,046개(사회복지법인 6,347개, 기타법인 5,251개, 단체(법인 외) 675개, 개인 39,773개)이다(보건복지부, 보건복지통계연보, 2021 참조).

162 사회보장법학 제11권 제2호(2022. 12.)

할 필요가 있다. 여기서는 사회서비스원법 제정 목적 중에 하나가 사회서비스 종사자들의 고용문제라는 점이 중요하게 고려되어야 할 것이다.

*투고일 2022. 11. 5. / 심사개시일 2022. 12. 18. / 게재확정일 2022. 12. 26.

참고문헌

- 김민주, 『사회서비스론』, 박영사, 2021.
- 김윤수, 『사회서비스개론』, 피앤씨미디어, 2021.
- 박균성, 『행정법론(상)(제20판)』, 박영사, 2021.
- 박균성, 『행정법론(하)(제20판)』, 박영사, 2022.
- 홍정선, 『행정기본법 해설』, 박영사, 2021.
- 강선희, “용역업체 등의 변경 시 관행 등을 근거로 한 고용승계기대권 및 두 가지 의무 - 대법원 2021. 6. 3. 선고 2020두45308 판결-”, 『노동리뷰』 2021년 9월호(통권 제198호), 한국노동연구원, 2021.
- 권오성, “용역업체의 교체와 근로관계 승계 - 대상판결 : 서울고등법원 2017. 6. 14. 선고 2016누62223 판결-”, 『노동법학』 제63호, 한국노동법학회, 2017.
- 김영중, “우리나라 사회서비스와 민간위탁 제도 연구”, 『보건사회연구』 제37권 제4호, 한국보건사회연구원, 2017.
- 김진석, “사회서비스원 정책을 되짚어보자”, 『사회서비스원법 제정 1주년 국회 토론회, 공공성 중심의 사회서비스원 역할 강화 모색』자료집, 2022.
- 문용필, “코로나19 유행상황에서 노인 긴급돌봄서비스에 관한 시론적 고찰”, 『한국산학기술학회 논문』 제22권 제11호, 한국산학기술학회, 2021.
- 박균성, “司法의 機能과 行政判例”, 『행정판례연구』22-1, 한국행정판례연구회, 2017.
- 장호진, “지방공공기관 명의의 행정재산 사용·수익의 법적 성질”, 『국민법학』 제34권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2022.
- 장호진, “공유재산(公有財産) 사용·수익에 상가건물 임대차보호법 적용 여부 - 권리금 회수기회 보호 문제를 중심으로 -”, 『영남법학』 제53호, 영남대학교 법학연구소, 2021.
- 장호진, “민간위탁 노동자 근로조건 보호 가이드라인의 법적 쟁점과 한계”, 『노동법학』 제78호, 한국노동법학회, 2021.
- 최영규, “행정주체 및 공공단체의 개념과 범위- 공공단체의 개념과 행정주체성을 중심으로-”, 『공법학연구』 제5권 제1호, 한국비교공법학회, 2004.
- 최윤영, “지방자치단체 사무 민간위탁의 법적 근거”, 『지방자치법연구』통권 제44호, 한국지방자치법학회, 2014.

홍정신, “지방자치법상 민간위탁의 개념-행정실무상 유사개념과의 비교를 중심으로-”, 『지방자치법연구』통권 제40호, 한국지방자치법학회, 2013.

김윤수, “사회서비스원 설립에 따른 정책결정의 쟁점과 이슈”, 『한국사회복지행정학회 학술대회 자료집』, 한국사회복지행정학회, 2018.

남기철, “사회서비스원과 공공성”, 『한국사회복지학회 학술대회 자료집』, 한국사회복지학회, 2020.

<Abstract>

Legal issues in Contracting-out of Social Service Projects following the Enforcement of the Social Service Agency Act

— Focused on City/Do Public Agency of Social Service —

Chang Ho Jin*

The「ACT ON SOCIAL SERVICE ASSISTANT AND THE ESTABLISHMENT, OPERATION OF SOCIAL SERVICE AGENCY」(hereinafter referred to as the ‘Social Service Agency Act’) is being implemented in order to strengthen the public nature of social service provision and to improve the quality of jobs for workers. As a result, city and Do social service agencies have been established and operated by local governments, but their roles is insufficient. Although it is in the early stages of its establishment, The Social Services Agency Act itself is also a cause.

One is about contracting-out of social services. The Social Service Agency Act stipulates that the state or local governments must entrust social service projects through open competition, and only in exceptional cases can entrust them with priority to city/do social service agencies. However, the Enforcement Decree stipulates that the state or local government's social service projects can be entrusted with priority by city/do social service agencies. The essential matters of the Social Services Act were violated through the enforcement decree.

* Evaluation Institute of Regional Public Corporation.

The other is about employment succession. City/do social service agencies shall directly hire employees through competitive examinations. However, the employment succession policy stipulates that those who have been engaged in national or local government social service projects. However, there are no regulations in the case of a change from a city/do social service agency to another institution. This can cause legal disputes.

Therefore, it is necessary to revise the provision on contracting-out in consideration of the purpose of the enactment of the Social Service Agency Act, which was introduced to resolve controversy and improve the social service delivery system.

Key Words: Public Agency of Social Service, Social Service,
Contracting-out, Contracting-out between local governments,
Employment succession