

사회복지법의 헌법적 쟁점

– 아동복지법, 노인복지법, 장애인복지법 등에 관한 헌법재판소 결정을 중심으로 –

전 광 석*

국문초록

사회복지법은 아동, 노인, 장애인 등 사회적 약자에게 개별적인 상황을 구체적으로 지원·보호하여 생활을 보장하고 사회에 참여하여 인격을 실현하는 목적을 갖는다. 그런데 이와 같은 제도목적과 규범구조 사이에는 뚜렷한 불균형이 있다. 즉 사회복지법이 입법목적을 구체적으로, 그리고 결과적으로 실현하여야 하지만, 개방적인 목표를 지향하기 때문에 추상적인 규정과 재량을 넓게 인정하는 규율방식은 어느 정도 피할 수 없다. 그 결과 구체적인 법률관계에 기초하여 권리와 의무가 형성되는 공간은 좁다. 헌법은 사회적 약자를 특별히 지원·보호하는 규정을 두고 있으며, 헌법과 헌법재판소는 이를 새로이 인식하는 계기가 될 수 있다. 다만 헌법의 기능에도 한계는 있다. 헌법의 사회적 과제에 관한 규정이 명확하지 않기 때문에 입법 및 행정, 그리고 집행단계에서 구체화되어야 하며, 또 사회복지법의 규정방식의 특수성으로 인하여 권리구제의 가능성이 제한적이다. 이 두 가지 점이 헌법적 문제제기에도 소극적 영향을 미치고 있다. 이 글은 아동복지법, 노인복지법, 장애인복지법, 그리고 이에 관련된 법률 규정에 대한 헌법재판소의 결정을 비판적으로 분석·검토하여 이와 같은 문제와 문제의 규범구조를 밝히는 목적을 갖는다.

주제어: 사회복지법, 장애인고용, 사회복지기관, 사회복지종사자, 위임의 구제성

* 연세대학교 법학전문대학원 교수

목 차

- I. 보호의 필요성과 규정 방식 및 권리구제의 불균형
- II. 헌법재판에 대한 기대와 현실
- III. 사건 및 결정 유형
- IV. 장애인복지의 심사기준
- V. 장애인 고용지원의 규범구조와 헌법이념
- VI. 사회복지기관 및 종사자의 의무
- VII. 위임의 구체성
- VIII. 맺는 말

I. 보호의 필요성과 규정 방식 및 권리구제의 불균형

사회복지법은 스스로의 능력으로 생활을 유지하기 어려운 아동, 노인 및 장애인 등을 적극적으로 지원·보호하여 인간다운 생활을 보장하고, 또 사회의 구성원으로서 참여하여 사회통합을 실현하는 목적을 갖는다. 이 글은 아동복지법, 노인복지법, 장애인복지법 및 이들 법의 목적을 실현하기 위하여 제정된 관련 법률을 서술의 범위로 하였다¹⁾. 이와 같은 적용대상과 제도목적에 비추어 사회복지법은 다음과 같은 특성을 갖는다²⁾.

- 1) 아래에서 설명하는 바와 같이 이 글은 이들 법률 규정에 관하여 헌법재판소판례집에 수록된 결정을 서술의 대상으로 하였다. 따라서 해당 주제와 관련된 모든 결정이 포함되어 있는 것은 아니다. 또 넓은 의미에서 사회복지법에 포섭되는 모든 법률 규정에 대한 헌법재판소의 결정을 포함시킨 것은 아니다. 영유아보육법 규정에 관한 결정이 그러한 예이다. 이에 해당하는 결정으로는 헌재 2011.11.24., 2010헌바373, 23-2(하), 383면 이하; 2018.1.25., 2015헌마1047, 30-1(상), 150면 이하 등 참조. 전자의 결정은 영유아보육시설의 설치 의무가 있는 사업장의 범위에 관한 포괄위임 여부가 쟁점이었으며, 합헌으로 결정되었다. 후자의 결정은 보육료·양육수당의 수급대상에서 국내 거주 재외국민의 영유아를 제외한 규정을 심사의 대상으로 하였으며, 위헌으로 결정되었다.
- 2) 사회복지법의 규율대상 및 규범구조와 관련된 일반적인 특수성에 대해서는 예컨대 전광석, “사회복지법의 규범체계와 과제” 법제연구 제41호(2011), 11면 이하

첫째, 사회복지법은 다양한 생활영역에서 장기적으로 이들을 지원·보호하여야 한다. 특히 장애인의 경우 이와 같은 특수성은 뚜렷하게 나타난다. 이를 위하여 아동복지법, 노인복지법, 장애인복지법과 같은 기본법 외에 이들을 다양한 생활관계에서 적합한 방법으로, 그리고 집중적으로 지원하는 개별법들이 형성되어야 한다. 예컨대 장애인 지원 및 보호를 위하여 장애인복지법뿐 아니라 활동지원(장애인활동지원에 관한 법률), 소득보장(장애인연금법), 고용촉진(장애인고용촉진 및 직업재활법), 편의증진(장애인·노인·임산부 등의 편의증진보장에 관한 법률), 이동편의(교통약자의 이동편의증진법) 등을 위하여 개별법이 시행되고 있다. 일부 장애에 대해서는 그 특수성을 고려하여 지원과 보호의 방법과 내용을 특별히 규율하는 독립 법률이 제정되었다. 2014년 제정된 ‘발달장애인 권리보장 및 지원에 관한 법률’이 여기에 해당하는 예이다³⁾. 또 ‘장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률’은 복지의 이념을 보충하여 장애인정책의 지평을 더욱 넓혔다⁴⁾.

둘째, 개별 생활영역에서 이들의 상황을 구체적으로 지원하여 제도목적이 실현되어야 한다. 예컨대 사회보험은 사회적 위험이 발생했을 때 법률에 정한 급여를 지급하고, 이로써 사회적 위험이 극복된다는 가정에 기초하여 추상적 보호를 한다. 이에 비해서 사회복지법은 이들을 직접 대면(對面)하고 서비스(personal service)를 제공하여 현실적으로 생활을 보장하여야 하며, 이때 비로소 입법목적이 실현된다. 이를 위하여 이들의 개별

참조 사회복지서비스의 특수성이 전달체계에 미치는 함의에 대해서는 남찬섭, “사회서비스 전달체계 개편의 전개과정과 함의 및 전망”, 법무법인 태평양/재단법인 동천(편), 사회복지법연구(경인문화사, 2019), 379면 이하 참조.

- 3) 예컨대 발달장애인을 위한 특별법 형성의 방향에 대해서는 전광석, “장애인정책과 입법방법론 - 발달장애인법안을 중심으로”, 저스티스(2013.8), 105면 이하 참조.
- 4) 장애인정책에서 복지와 평등의 이념적 보완관계에 대해서는 예컨대 전광석, “헌법과 장애인정책: 복지와 평등의 이념적 보완관계를 중심으로”, 전광석(편), 한국사회와 장애인정책(인간과 복지, 2011), 43면 이하 참조. 실제 정책 차원에서 복지와 평등의 상호 보완관계에 대해서는 예컨대 조광자, “장애인차별금지법과 장애인의 경제적 복지 - 미국의 장애인법과 소득보장정책의 긴장관계를 중심으로 -”, 사회복지정책 제34권(2008), 109면 이하, 124면 이하 등 참조.

적인 상황이 지속적으로 관찰되어야 하고, 이에 대한 구체적인 지원의 종류와 내용이 계속 보완되어야 한다. 이는 사회복지법 자체의 과제이지만, 동시에 사회보험법 등 다른 사회복지제도와 협력관계에서 사회보험의 기능을 뒷받침하고, 또 사회보험의 추상적 보호가 남기는 구체적인 수요의 공백을 보충하는 종합적 구상이 필요한 과제이다. 2012년 개정 사회복지기본법에서 사회복지의 개념요소에 도입된 ‘사회서비스’(법 제3조 제1호 및 제4호)는 사회복지법의 제도목적에 내재해 있는 수단이며, 또 전체적으로 서비스형태의 지원은 노동빈곤, 노인빈곤 및 저출산 고령사회의 새로운 상황에서 더욱 중요성을 더해가고 있다⁵⁾.

셋째, 사회복지법은 인간다운 생활과 사회참여를 보장하는 목표를 지향하지만, 동시에 이와 같은 목표는 현실적으로 실현되어야 한다. 이때 사회복지법에서 제도목표와 규율방식 사이에 긴장관계가 나타난다. 전자의 관점에서 보면 사회복지법이 목표를 실현하는 방법과 내용을 망라하여 규율할 수 없기 때문에 추상적이고 개방적인 규율방식을 떨 수밖에 없다. 또 개별적인 상황이 다양하고, 지원과 보호는 집행단계에서 개별상황에 적합한 방법과 내용으로, 경우에 따라서는 집행단계에서 독자적인 결정에 의하여 이루어지기 때문에 재량 판단의 여지가 인정되어야 한다⁶⁾. 그러나 이는 사회복지법의 목적을 안정적으로 실현하는 데 장애가 된다. 이로써 법적 권리의 성격은 약화되며, 오히려 사회복지급여의 공급능력에 따라 수요가 일방적으로 결정될 수 있다. 또 이 과정에서 재정적 이유가 과다

-
- 5) 사회서비스의 다양한 이해방법에 대해서는 예컨대 신권철, “사회서비스 개념의 법적 재구성”, 사회복지법연구 제9권 제1호(2020), 34면 이하, 42면 이하 등 참조. 이밖에 서비스의 (소득보장과의 관계에서) 비대체적(非代替的) 성격에 대해서는 예컨대 문진영/김윤영, “소득보장(현금급여)인가?, 사회서비스(현물급여)인가?”, 사회복지연구회(주)임, 복지국가 쟁점 1(한울, 2019), 213면 이하 참조.
- 6) 사회복지서비스의 이와 같은 특징에 대해서는 예컨대 하명호, “사회복지서비스법 총론구성의 시론”, 사회복지법학 제1권 제1호(2012), 201면 이하, 217면 이하 등 참조. 사회복지법에서 재량판단의 필요성과 이로 인하여 규범의 구체성이 희생되는 구조에 대해서는 예컨대 Hans F. Zacher, “Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts”, Friedrich Kübler(편), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität (Suhkamp, 1984), 64면 이하 참조.

하게 작용할 수 있기 때문이다⁷⁾.

II. 헌법재판에 대한 기대와 현실

위에서 지적했듯이 사회복지법이 추상적 목표규범의 성격과 재량규정의 방식을 취하고 있기 때문에 권리구제가 실효적이지 못했다⁸⁾. 이에 비해서 헌법재판에서 인간다운 생활을 할 권리 및 이에 관한 국가의 과제, 그리고 장애인 등 사회적 약자의 평등과 같은 헌법 규정이 입법 및 행정작용을 견인하여 사회복지법의 규범력을 높일 수 있다는 기대를 할 수 있다. 그러나 헌법과 헌법재판이 사회복지법의 이념·목적, 그리고 규범 및 현실의 간격을 줄이는 역할에는 한계가 있다. 여기에는 다음과 같은 요소들이 작용하였다.

첫째, 헌법, 그리고 헌법의 사회적 과제에 관한 규정이 갖는 한계이다. 장애인 등에 대한 지원과 보호, 그리고 사회참여를 통한 통합은 헌법에서도 출되는 과제이다⁹⁾. 그러나 이에 관한 헌법 규정은 여전히 추상적이며, 또 이들이 조건과 법적 효과를 규율하는 형태가 아니라 객관적인 목표를 지향하는 성격을 갖기 때문에 정책의 우선순위 및 실현방법, 그리고 국가재정과의 관련성에 대한 판단은 기본적으로 입법적 결정에 유보되어 있다¹⁰⁾. 둘째, 사회복지법의 규정 방식 자체가 미치는 영향이다. 위에서 언

-
- 7) 실제 사회복지서비스에서 국가의 최소기능과 주로 민간위탁에 의존하였던 기존 경로(path), 그리고 2000년대 이후 적극적 변화에 대해서는 남찬섭, 위 각주 2의 논문, 382면 이하; 백종만, “사회(복지)서비스에서 공공과 민간의 역할변화”, 김병섭 외, 우리 복지국가의 역사적 변화와 전망(서울대 출판문화원, 2015), 280면 이하 등 참조.
 - 8) 이에 비해서 구체적 규정(노인복지법 시행령에서 노령수당의 지급연령)에 따른 권리구제의 가능성에 대해서는 대판 1996.4.12., 95누7727 참조.
 - 9) 장애인보호의 헌법적 위상에 대해서는 예컨대 헌재 1998.12.23., 98헌바33, 11-1, 752면 참조.
 - 10) 사회적 기본권의 일반적인 규범력 한계와 특수한 상황에서 구체적 권리로 기능하는 가능성에 대해서는 예컨대 전광석, “사회적 기본권 이론의 형성과 전개 - 인간

급했듯이 사회복지법은 특히 지원의 내용에 관한 한 일반적으로 재량규정으로 되어 있거나 혹은 - 구체적인 위임이 없이 - 행정입법에 위임하고 있다. 예외적으로 아동수당법 및 기초연금법은 수급액을 정액으로 법률에서 직접 정하고 있다(아동수당법 제4조, 기초연금법 제5조 제3항). 이는 이들 급여가 일종의 보편적 수당의 성격을 갖고, 따라서 이에 관한 규정이 예산과 직접 관련성을 가지며, 국회에서 예산안 의결과 구체적으로 연계되어 제정되었기 때문이다. 이와 같은 예외적인 경우를 제외하고 일반적인 규범 상황에서는 개인이 권리의식을 갖고 이를 실현하기 위하여 헌법재판을 제기할 가능성은 제한적이다. 특히 장애인의 경우 법률상 권리의 존재, 그리고 그 침해를 인식하는 능력이 낮고, 그 결과, 그리고 장애인의 특수성을 반영하는 제도가 미비하여 일반적으로 기대되는 권리구제 절차가 기능하지 못하고 있다¹¹⁾. 실제 법적 명확성 및 위임의 구체성이 쟁점이 되었던 사회복지법 규정에 관한 헌법심사에서도 급여의 종류와 내용 및 수준이 청구의 목적인 경우는 없었다¹²⁾.

위와 같은 이유에서 사회복지법 규정에 대한 헌법재판의 결정이 많지 않으며, 특히 사회복지법의 이념과 목적에 관한 헌법재판은 더욱 드물다. 오히려 예컨대 사회복지기관 및 종사자의 기본권, 위임의 구체성 등 일반적인 쟁점이 헌법재판에서 심사의 대상이 되었다.

다운 생활을 할 권리를 중심으로”, 헌법논총 제29집(2018), 186면 이하, 200면 이하 등 참조.

11) 장애인의 권리의식 및 권리구제의 특수성, 이를 보완하는 제도개선의 가능성에 대해서는 예컨대 임성택/김예원, “장애인 권리옹호체계의 도입과 과제”, 법무법인 태평양/재단법인 동천(편), 장애인법연구(경인문화사, 2016), 4면 이하, 27면 이하 등 참조. 이밖에 장애인 법률구조의 현황과 문제에 대해서는 예컨대 윤수정, “장애인 정책의 적극적 사법심사를 위한 심사방법의 모색”, 공법연구 제43집 제4호(2015), 31면 이하; 홍석표, “법원에서의 장애인 권리구제수단으로서의 공익소송”, 사회복지법학 제6권 제1호(2017), 145면 이하; 차성안, “소송을 통한 장애인 권리구제의 쟁점”, 사회복지법연구 창간호(2012), 43면 이하; 차성안, “독일의 장애인 사법지원”, 사회복지법연구 제5권 제2호(2016), 41면 이하 등 참조.

12) 아래 VII. 참조.

III. 사건 및 결정 유형

1. 사건유형

사회복지법 규정 혹은 이에 관한 국가작용에 대한 헌법재판은 다음과 같은 두 가지 유형이 있다. 첫째, 사회복지법의 이념과 목적에 따른 지원의 부재(不在) 혹은 불충분을 다투는 청구이다. 이는 모두 장애인지원에 관한 청구였다¹³⁾. 둘째, 장애인 고용지원이 의무고용의 형태로 시행되면서 이는 필연적으로 장애인을 고용하는 사업주의 경제적 자유와 관련성을 갖는다. 이에 장애인 의무고용 및 고용부담금, 그리고 적용제외에 관한 규정이 사업주의 기본권을 침해하는가 여부가 쟁점이 되었다¹⁴⁾. 유사한 심사구조는 장애인의 이동편의를 위하여 민간사업이 시설 및 설비(저상버스)를 갖추는 의무와 관련하여 제기되었다¹⁵⁾.

사회복지법의 목적을 달성하기 위하여 사회복지법인 혹은 종사자에게 부과되는 특별한 의무, 그 위반에 대한 제재 규정이 여러 차례 심사의 대상이 되었다. 사회복지사업법에 따라 사회복지법인이 기본재산을 처분하는데 따르는 제한, 사회복지법인에 외부추천이사 및 외부감사를 두도록 하여 법인 운영의 자유를 제한하는 문제가 쟁점이 되었다¹⁶⁾. 유사한 유형으로 양로시설을 설치하고자 하는 경우 신고의무를 부과하고 이를 위반하는 경우 형사처벌을 하는 노인복지법 규정이 심사대상이 되었다¹⁷⁾. 장애인활동지원 급여비용을 정부에서 고시로 정하고, 이와 같은 수가(酬價)로 인하여 활동보조기관의 직업수행의 자유를 제한하는 규정에 대한 심사도 넓은

13) 현재 1992.6.9., 92헌마105, 4, 290면 이하; 2002.12.18., 2002헌마52, 14-2, 904면 이하; 2007.10.25., 2006헌마1236, 19-2, 513면 이하 등 참조.

14) 현재 2003.7.24., 2001헌바96, 15-2(상), 58면 이하; 2003.7.24., 2002헌바82, 15-2(상), 131면 이하; 2012.3.29., 2010헌바432, 24-1(상), 494면 이하 등 참조.

15) 현재 2002.12.18., 2002헌마52, 14-2, 904면 이하 참조.

16) 현재 2005.2.3., 2004헌바10, 17-1, 97면 이하; 2014.1.28., 2012헌마654, 26-1(상), 169면 이하 등 참조.

17) 현재 2016.6.30., 2015헌바46, 28-1(하), 571면 이하 참조.

범위에서 이와 같은 유형에 속한다¹⁸⁾. 이밖에 장애인 보장구를 제작·판매하는 사업의 요건과 관련하여 청구가 제기되었다¹⁹⁾. 사회복지종사자의 자격에 관한 규정이 직업의 자유를 기준으로 심사되었다. 아동학대 범죄로 인하여 형의 선고를 받은 자에게 관련 업무에 10년 동안 종사할 수 없도록 하는 규정은 사회복지법 규정에 대한 헌법재판에서 유일하게 위헌으로 결정되었다²⁰⁾. 또 아동을 정서적으로 학대한 자를 형사처벌하는 규정이 심판의 대상이 되었다²¹⁾.

사회복지법 규정에 대한 결정에서 법적 명확성 및 위임의 구체성이 여러 차례 심사의 대상이 되었다. 이는 예상될 수 있었다. 사회복지법이 개방적인, 그리고 객관적 목표규범의 성격을 띠고 있으며, 사회복지법 일반에 있어서와 마찬가지로 사회복지법에서도 법률에 의한 결정에 대한 헌법구상이 소홀히 되어 왔기 때문이다. 여기에는 정치적 환경도 작용했을 것이다. 국민 대다수가 관련성을 갖는 사회보험의 중요한 제도 변화 및 개정논의와 달리 사회복지법의 적용대상은 적어도 사회보험 가입자 및 수급자에 비해서 정치적 영향력이 제한적이고, 그만큼 사회적 합의의 장(forum)이 형성될 수 없었기 때문이다.

2. 결정유형

2019년 말까지 헌법재판소판례집에 수록된 사회복지법 규정에 대한 결정은 모두 14개였다. 헌법재판소판례집에 수록되지 않은 사회복지법 규정에 대한 결정도 있었으나 서술의 범위를 제한하더라도 결정의 대표성과 중요성에 있어서 차이는 없었다. 사회복지법 관련 법률이 개별 생활영역에서 세분화되어 범위가 넓고, 또 이들에 대한 권리구제의 필요성이 크다

18) 현재 2018.2.22., 2017헌마232, 30-1(상), 342면 이하

19) 현재 2016.2.25., 3013헌바260, 28-1(상), 83면 이하 참조

20) 현재 2018.6.28., 2017헌마130등, 30-1(하), 696면 이하 참조. 이밖에 유사한 사안에 대한 합헌결정으로는 현재 2015.7.30., 2012헌마1030, 27-2(상), 332면 이하 참조

21) 현재 2015.10.21., 2014헌바266, 27-2(하), 58면 이하 등 참조.

는 점을 고려하면 헌법재판은 많지 않은 셈이다. 장애인지원에 관한 청구가 8건으로 가장 많았다. 아동복지와 노인복지에 관한 청구가 2건과 1건이었다. 노인복지에 대한 일반적인 사회적 및 정책적 관심에 비해서 청구가 많지 않았던 것은 노인의 생활지원과 고용촉진, 그리고 소득보장의 문제를 노인장기요양보험법, ‘고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률’ 및 기초연금법이 분담하고 있다는 점이 영향을 미쳤을 것으로 생각한다. 그러나 이들 법규정에 관한 심판청구도 많지는 않았다²²⁾. 사회복지사업법에 관한 결정은 3건이었다. 그러나 이들 심판이 사회복지법의 급여 및 규범적 특수성과 관련된 사안은 아니었다.

사회복지법 규정에 대한 헌법재판은 모두 헌법소원심판으로 청구되었다. 권리구제형 헌법소원심판이 8건, 위헌심사형 헌법소원심판이 6건이었다. 지원을 적극적으로 청구하는 헌법소원심판은 행정부작위를 대상으로 하였다. 이는 지원의 종류와 내용이 법률에 규정되지 않은 점과 관련이 있다. 이에 비해서 장애인 의무고용 및 고용부담금, 아동복지 종사자에 대한 제재와 같이 법률에 근거가 있는 경우에는 위헌심사형 헌법소원이 청구되었다. 이때 법적 명확성 및 위임의 구체성이 독자적으로 혹은 실체법과 함께 심사기준이 되었다. 아동복지법에서 사회복지기관 종사자의 자격에 관한 규정이 유일하게 위헌으로 결정되었다²³⁾. 10건이 합헌 혹은 기각으로 결정되었으며, 3건의 청구는 각하되었다.

22) 노인장기요양보험에 관한 결정으로는 헌재 2017.6.29., 2016헌마719, 29-1, 328면 이하 참조. ‘고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진’에 관한 결정으로는 헌재 2015.6.25., 2014헌마674, 27-1(하), 598면 이하 참조. 기초연금에 관한 결정으로는 헌재 2016.2.25., 2015헌바191, 28-1(상), 156면 이하; 2018.8.30., 2017헌마906등, 30-2, 333면 이하 등 참조.

23) 위 각주 20 참조.

IV. 장애인복지의 심사기준

1. 헌법 제34조 제5항

장애인의 이동편의를 위하여 필요한 저상버스의 도입이 지체되고 있는 부작위가 장애인의 기본권을 침해하는지 여부가 쟁점이 되었다. 이는 사회복지법 규정에 대한 심사에서 구체적인 지원과 관련된 유일한 결정이었다²⁴⁾. 심판청구는 각하되었지만 헌법재판소는 장애인지원의 헌법적 근거, 그리고 해당 규정의 규범력을 검토하여 이후 장애인지원뿐 아니라 사회복지법 규정에 관한 심사에서 일반적으로 적용되는 기준과 의미를 서술하였다. 1990년대 이후 우리 사회에서 장애인 복지 및 평등의 현실을 되돌아보고, 장애인운동이 활발하게 전개되었다²⁵⁾. 이때 1990년 제정된 미국의 장애인법(ADA; Americans with Disabilities Act)이 전범(典範)이 되었다. 우리 사회에서 장애(인)에 대한 인식이 발달하고 이에 관한 사회운동이 확대되면서 사회적 공감을 얻게 되었고 이는 2007년 ‘장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률’의 제정으로 결실을 맺었다. 이때 이동권 및 접근권이 핵심 규율영역이었으며, 저상버스는 이와 관련된 문제였다. 장애인의 이동권 보장을 위해서는 이미 1997년 ‘장애인·노인·임산부 등의 편의증진보장에 관한 법률’이 제정되었다. 이 법에 의하여 장애인 등의 접근권, 이에 관한 국가 및 지방자치단체의 의무, 그리고 민간의 편의시설 설치유도·지원하는 조치가 함께 규정되었다(법 제4조, 제6조, 제13조).

헌법재판소는 헌법 제34조 제1항 인간다운 생활을 할 권리가 사회적 약자에 대해서는 제2항 내지 제6항에서 구체화되었다고 이해하였다. 그리고 장애인지원에 관한 특유한 헌법 근거는 제34조 제5항으로 보았다. 이에 사회적 기본권에 관한 헌법재판에서 일반적으로 제시되었던 논리가 장

24) 현재 2002.12.18., 2002헌마52, 14-2, 904면 이하 참조.

25) 당시 장애인운동의 현황에 대해서는 예컨대 김도현, 차별에 저항하라; 한국 장애인운동 20년(1987-2006)(박종철 출판사, 2007); 정근식, 나는 나쁜 장애인이고 싶다(삼인, 2002) 등 참조.

애인법 규정에 대한 심사에서도 반복되었다. 즉 사회적 기본권을 실현하는 구체적 의무 및 정책의 우선순위는 법률에 의하여 구체화되며, 이때 국가재정이 함께 고려된다²⁶⁾. 이 점을 고려하면 저상버스의 도입에 관한 헌법적 권리를 인정하는 데에는 이중적인 장애가 있었다. 다른 사회적 약자와의 관계에서 장애인이 우선적 지원의 대상이 되는 헌법적 근거는 없다. 또 장애인을 지원하는 방법으로서 규범적·정책적으로 저상버스의 도입이 우선순위를 갖는다고 볼 수도 없다. 저상버스의 도입은 민간기업에 재정적 의무를 부과한다는 규범적 문제도 있다.

2. 헌법 제34조 제1,2항과 평등권

이 사안에서 헌법재판소는 청구를 각하하면서 실질적인 심사를 하였다. 결론이 달라질 수는 없었겠지만 이에 관한 논리는 다음과 같은 두 가지 점에서 검토할 필요가 있다.

첫째, 장애인지원에 관한 특유한 헌법적 근거, 그리고 심사기준이 헌법 제34조 제5항인가 하는 문제이다. 제34조 제5항은 우리 헌법에서 장애인을 언급하고 있는 유일한 조항이다. 그러나 보호대상은 ‘신체’장애자로 한정되어 있다. 이는 1987년 헌법 개정 당시 장애에 대한 진지한 문제인식이 결여되었기 때문이지만, 해석에 의하여 극복될 수 없는 문제는 아니었다. ‘신체’장애인이 예시적으로 표현되었다고 볼 수 있기 때문이다. 보다 구조적인 문제는 헌법 제34조 제5항이 생활능력이 없는 국민에 대한 최저생활의 보장을 목적으로 한다는 점이다. 그러나 장애인정책은 장애 그 자체를 지원하여야 한다. 따라서 장애인의 경우 개인 및 사회생활을 하는데 특별한 지원이 필요하다는 점 자체가 기준이 되어야 하며, 소득 여부 및 정도와 같은 구체적인 생활능력을 기준으로 지원대상이 한정되어서는 안된다. 또 장애인정책이 이들에게 최저생활을 보장하는 것을 목표로 하는 것은 아니다. 이와 같이 장애인정책이 대상을 한정하고 목표를 제한하

26) 예컨대 헌재 2004.10.28., 2002헌마328, 16-2(하), 205면 이하 참조.

는 경우에는 장애인정책은 장애인 평등과 뚜렷한 불균형관계에 있게 된다. 평등의 관점에서 보면 장애의 특별한 상황 자체가 입법 및 헌법심사의 기준이 되고, 이 점이 지원의 선정기준 및 급여기준에 반영되어야 하기 때문이다²⁷⁾. 헌법 제34조 제5항은 이와 같이 구조적인 문제가 있기 때문에 오히려 제34조 제1,2항 자체가 장애인지원의 헌법적 근거이며, 또 헌법심사의 기준이 되어야 한다.

둘째, 헌법 제34조 제1,2항 자체가 헌법심사의 기준이 될 때 비로소 장애인지원의 헌법적 지평이 넓어질 수 있다²⁸⁾. 이때 비로소 장애인지원은 헌법 제34조 제5항의 규율대상 및 규범목적의 제한에서 벗어나 인간다운 생활을 할 권리에 편입되면서 개방적인 목표를 갖게 된다²⁹⁾. 이로써 복지 차원에서 논의의 영역이 넓어지고, 또 헌법 제11조 평등권의 규범구조에 편입되어 차별금지의 기준으로 기능할 수 있기 때문이다.

위와 같은 헌법적 근거와 심사기준에 따르더라도 헌법재판의 결론이 달

27) 이 점에 대한 인식이 부족했던 결정례로는 헌재 2004.10.28., 2002헌마328, 16-2 (하), 207면 이하 참조. 이에 대한 자세한 지적으로는 전광석, “최저생활보장과 헌법재판”, 헌법학연구 제25권 제1호(2019), 145면 이하 참조.

28) 다만 헌법재판에서 심사기준이 달라지는가는 별개의 문제이다. 헌법재판소는 장애인차별이 헌법에 의하여 특별히 평등을 요구하는 사안은 아니라는 이유로 엄격한 비례의 원칙이 아니라 자의금지의 원칙을 심사기준으로 적용하고 있다. 헌재 2004.10.28., 2002헌마328, 16-2, 210면 이하 참조. 예컨대 독일 헌법은 1994년 헌법 개정을 통하여 “모든 국민은 장애를 이유로 불이익을 받지 않는다”는 조항을 도입하여 헌법에서 직접 장애인차별을 특별히 금지하였다. 해당 헌법규정의 의미와 실현구조에 대해서는 예컨대 Ulrike Davy, "Das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung im deutschen Verfassungsrecht und im Gemeinschaftsrecht", Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes. Bd.49, Die Behinderten in der sozialen Sicherung(2002), 18면 이하 참조.

29) 이를 국제연합의 ‘장애인권리협약’은 진화하는 개념(evolutionary concept)으로 표현하고 있으며, 여기에는 장애에 대한 의료적 모델에서 사회적 모델로의 진화가 영향을 미친 바 있다. 이와 같은 개념의 개방성과 이해의 변화에 대해서는 예컨대 김경미/김미옥, “한국 장애인복지학 연구동향에 관한 분석과 고찰”, 한국사회복지학 제58권(2008), 269면 이하; 김재원/현지원, “장애 개념과 장애 차별의 특성”, 법무법인 태평양/재단법인 동천(편), 장애인법연구(경인문화사, 2016), 90면 이하, 107면 이하 등 참조.

라지지는 않았을 것이다. 장애인평등은 ‘정당한 편의제공’(장애인차별금지법 제4조 제1항 제3호)에 의하여 실현되며, 또 차별행위를 하지 않기 위하여 ‘과도한 부담 혹은 현저히 곤란한 상황이 있는 경우’에는 차별로 보지 않는다(장애인차별금지법 제4조 제3항 제1호). 이를 헌법적으로 보면 장애인정책이 국가의 재정능력, 민간의 시설 및 설비 운영자의 부담으로 인하여 실현에 한계가 있다는 의미를 갖는다³⁰⁾. 그리고 이 경우 일반적으로 급부법에 관한 헌법심사에서 제시되었던 평등권의 논리가 적용되었을 것이다. 즉 “평등의 원칙은 국가가 언제 어디에서 어떤 계층을 대상으로 하여 기본권에 관한 사항이나 제도의 개선을 시작할 것인지를 선택하는 것을 방해하지 않는다. ... 국가는 합리적인 기준에 따라 능력이 허용하는 범위 내에서 법적 가치의 상향적 구현을 위한 제도의 단계적인 개선을 추진할 수 있다. “... 그것이 허용되지 않는다면 모든 사항과 계층을 대상으로 하여 동시에 제도의 개선을 추진하는 예외적인 경우를 제외하고는 어떠한 제도의 개선도 평등의 원칙 때문에 그 시행이 불가능하”게 되기 때문이다³¹⁾.

V. 장애인 고용지원의 규범구조와 헌법이념

1. 장애인의무고용 및 고용부담금의 정당성

1981년 심신장애자복지법이 제정되었다. 이 법에 고용촉진에 관한 규정

30) 장애인차별금지법에서 정당한 편의제공에 관한 법원의 판결에 대해서는 예컨대 홍석표, “한국 장애인 공익소송의 역사와 과제”, 법무법인 태평양/재단법인 동천(편), 장애인법연구(경인문화사, 2016), 407면 이하 참조. 이에 대한 해석의 다양한 가능성에 대해서는 조원희 외, “장애인 차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률상 정당한 편의제공 거부에 의한 차별의 위법성 판단기준”, 같은 책, 323면 이하 참조.

31) 예컨대 현재 2001.6.28., 99헌바32, 13-1, 1251면; 2006.6.29., 2006헌마87, 18-1(하), 524면; 2007.3.29., 2004헌마207, 19-1, 285면 이하 등 참조.

을 두었으나 이는 선언적인 의미를 가졌을 뿐이다³²⁾. 고용은 경제적 생활의 기반이며, 장애인은 고용을 통하여 사회에 편입되어 소외를 극복하고 자기결정을 하는 인격을 형성할 수 있어야 한다. 이 점을 주목하여 1990년 장애인고용을 지원하는 ‘장애인고용촉진 등에 관한 법률’이 독자적으로 제정되었으며, 이 법은 2000년 ‘장애인고용촉진 및 직업재활법’으로 이름을 바꾸고 개정되었다³³⁾. ‘장애인고용촉진 등에 관한 법률’은 장애인의 고용을 실질적으로 지원하기 위하여 일정 규모 이상의 사업주에게 일정한 비율(기준고용률) 이상의 장애인을 고용하도록 하였으며(의무고용), 이를 위반하는 경우 고용부담금을 부과하였다³⁴⁾. 이는 기업의 경제적 자유를 제한하는 효과가 있었으며, 이에 헌법소원심판이 청구되었다. 이 결정에서는 위임의 구체성 역시 쟁점이었으며, 이 점에 대해서는 아래에서 따로 다룬다. 당시 법률은 국가 및 지방자치단체의 경우에는 장애인고용을 위한 노력에 관한 규정을 두었을 뿐 의무고용 및 고용부담금을 적용하지 않았다. 이는 평등권에 따라 심사되었다. 2000년 국가 및 지방자치단체에도 의무고용이 확대되었다. 다만 고용부담금에 관한 규정을 적용하지 않았으며, 고용부담금은 2010년 개정 법률에 의하여 비로소 적용되기 시작하였다.

32) 심신장애자복지법 제11조 제1항; 국가 또는 지방자치단체는 심신장애자의 고용을 촉진하기 위하여 다음 각호의 사업을 실시하여야 한다. 1. 심신장애자에게 적합한 직종의 개발 및 보급, 2. 심신장애자에 대한 적성검사 및 직업지도 3. 작업환경 또는 기능에 적용할 수 있도록 하기 위한 훈련. 제2항; 국가 또는 지방자치단체는 스스로 경영하는 사업에 심신장애자의 능력과 적성에 따라 이들을 고용하도록 노력하여야 한다. 제3항; 국가 또는 지방자치단체는 심신장애자에게 적합한 직종의 사업을 경영하는 자에 대하여 심신장애자의 능력과 적성에 따라 이들을 고용하도록 권유할 수 있다.

33) 장애인고용정책의 변화과정에 대해서는 현재 2003.7.24., 2001헌바96, 15-2(상), 76면 이하 참조. 이밖에 유완식, “우리나라 장애인고용정책의 변천 및 발전방향”, 전광석(편), 한국사회와 장애인정책(인간과 복지, 2011), 67면 이하; 전광석, 한국사회보장법의 역사(집현재, 2019), 242면 이하, 289면 이하, 350면 이하, 409면 이하 등 참조.

34) 장애인고용정책의 대상 및 방법론에 대한 다양한 입법례에 대해서는 현재 2003.7.24., 2001헌바96, 15-2(상), 73면 이하 참조.

당시 의무고용은 300인 이상 사업장에 적용되었고, 의무고용률은 2%였다. 이후 의무고용률은 점차 높아졌고, 또 적용사업장이 확대되었다³⁵⁾. 이를 위반하는 경우 고용부담금이 부과되며, 고용부담금은 의무고용에 미치지 못하는 장애인 수에 부담기초액을 곱한 액의 합계이다. 부담기초액은 장애인을 고용하는 경우 필요한 시설·장비의 설치, 수리에 소요되는 비용, 장애인의 적절한 고용관리에 필요한 비용, 기타 장애인을 고용하기 위하여 특별히 소요되는 비용을 기초로 산정하고, 최저임금의 60% 이상의 범위에서 정해진다. 고용부담금은 장애인고용촉진기금의 재원으로 조성되며, 장애인 시설·장비의 설치 및 개·보수비용 지원, 장애인고용 지원금 및 장려금 지급, 자영업 창업자금 등 직업생활을 위한 융자지원, 장애인 직업능력개발사업 등에 사용된다.

의무고용은 장애인의 근로의 권리(헌법 제32조), 인간다운 생활을 할 권리(헌법 제34조)를 실현하는 목적을 갖는다. 그런데 자본주의경제에서 고용능력은 민간기업이 가지고 있기 때문에 장애인의 고용지원을 위해서는 고용의무를 사업주에 부과하는 방법은 피할 수 없으며, 이에 의무고용에 의하여 사업주의 경제활동의 자유 및 계약의 자유를 제한하는 것이 정당하다고 보았다. 고용부담금은 장애인을 고용하는 사업주와 그렇지 않은 사업주 간에 장애인고용에 따르는 경제적 부담의 불균형을 조정하는 목적을 갖는다³⁶⁾. 헌법재판소는 고용부담금을 제정(조달)목적보다는 유도·조정 목적, 다른 표현에 의하면 정책실현목적의 특별부담금으로 보았다. 그리고 고용부담금이 부과되는 집단은 일반 국민과 구별되는 사업주라는 논리, 즉 집단적 동질성의 논리에 의하여 정당화되었다³⁷⁾. 객관적 근접성과 집

35) 의무고용률의 적용에는 유예기간을 두었다. 의무고용률은 1991년 1%, 1992년 1.6%였으며, 1993년 비로소 2%가 되었다. 2019년 현재 의무고용률은 3.1%이다. 적용사업장의 범위는 2007년 50인 이상 사업장으로 확대되었다. 다만 50인 이상 100인 미만의 사업장에는 고용부담금 규정을 적용하지 않아 실질적으로는 100인 이상 사업장이 의무고용의 적용대상이 된 셈이다.

36) 현재 2003.7.24., 2001헌바96, 15-2(상), 82면 참조. 이밖에 현재 2012.3.29., 2010헌바432, 24-1(상), 504면 참조.

37) 현재 2003.7.24., 2001헌바96, 15-2(상), 92면 참조.

단적 책임성의 기준이 독자적으로 심사되지는 않았다. 이는 특별부담금의 부과요건으로 객관적 근접성과 집단적 책임성이 본질적인 요소이며, 집단적 동질성과 집단적 효용성은 엄격히 요구되지 않는다는 헌법재판소의 태도에 비추어 보면 이례적이다³⁸⁾. 생각건대 고용부담금은 이 요건 역시 충족한다. 자본주의경제에서 민간기업이 고용능력이 있기 때문에 사업주는 장애인고용의 헌법적 과제와 밀접한 관련성이 있다. 또 이들이 적극적으로 장애인을 고용하지 않는다면 다른 방법으로 장애인고용이 증진될 수 없기 때문에 특별한 책임이 있기도 하다. 고용부담금은 정책실현의 목적이 있기 때문에 집단적 효용성은 처음부터 심사의 기준이 될 수 없다. 고용부담금이 이를 납부하는 사업주를 위하여 사용된다면 고용부담금을 통하여 의무고용을 유도·조정하는 효과, 또 사업주 간에 장애인고용에 따르는 부담을 분산하는 효과가 없기 때문이다.

2. 고용부담금의 목적과 적용제외의 논리

장애인 의무고용은 일부 사업주를 이로부터 제외하는 규정의 위헌 여부에 대한 심사에서 다시 쟁점이 되었다³⁹⁾. 이에 따르면 장애인을 고용하기 어렵다고 인정되는 직종에서는 적용제외율을 적용하여 그만큼 장애인 고용의무가 줄어든다. 이 결정에서는 적용제외율에 관한 규율을 노동부장관에게 포괄적으로 위임하고 있는 점이 헌법에 위반되는지가 주로 심사되었다. 부분적으로 해당 규정에 대한 실체법적 평가가 이루어졌다. 헌법재판소는 의무고용은 장애인을 고용하기 어려운 직종에서 사업주에게 과중한 부담을 준다는 논리로 적용제외규정이 정당하다고 보았지만 이러한 논리가 타당한가는 의문이다. 두 가지 점에서 그렇다.

의무고용 및 고용부담금이 사업주에게 지나친 부담을 줄 수 있다는 관

38) 헌재 2007.5.31., 2005헌바47, 19-1, 380면 이하; 2007.12.27., 2006헌바25, 19-2, 779면 등 참조.

39) 헌재 2003.7.24., 2002헌바82, 15-2(상), 131면 이하 참조.

점은 이미 의무고용이 적용되는 사업주의 범위를 근로자 수를 기준으로 한정하는 규정에 반영되어 있다. 더구나 2000년 개정 법률은 2007년부터 50인 이상 근로자를 사용하는 사업장에 의무고용을 적용하면서 50인 이상 100인 미만의 사업장에는 고용부담금에 관한 규정을 적용하지 않도록 하였다⁴⁰⁾. 이로써 적용제외규정은 사업주의 의무고용으로 인한 부담을 이 중으로 경감하는 조치를 취한 셈이다.

위와 같이 의무고용과 관련하여 일부 사업장을 이중으로 배려하는 것 자체가 이에 해당하지 않는 사업장과의 관계에서 자의적인 차별은 아니다. 그러나 이와 같은 배려가 의무고용의 제도목적에서 볼 때 합리적인 기준 인가는 의문이다. 적용제외는 영세사업주의 경제적 부담이 아니라 장애인 고용에 적합한 직종인가를 기준으로 그 적용 여부가 결정된다. 그런데 고용부담금은 장애인을 고용하는 사업주와 그렇지 않은 사업주 간에 장애인 고용으로 인한 경제적 부담의 불균형을 조정하는 목적을 갖는다⁴¹⁾. 이와 같은 목적이 직무의 성격상 장애인고용에 적합한 직종인가에 따라 달라지는 것은 아니다. 또 직무의 성격상 의무고용을 적용하기에 적합하지 않지만 경제적 부담능력이 있는 사업이 얼마든지 있을 수 있다. 헌법재판소는 심판대상 규정이 장애인 의무고용과 분리될 수 없는 규정으로서 사업주의 부담을 경감하기 때문에 기본권을 제한하는 성격이 없다고 보았다⁴²⁾. 그러나 이전 결정에서 확인하였던 고용부담금의 목적, 즉 사업주 간에 장애인고용에 따르는 경제적 부담의 불균형을 조정하는 목적이 적용제외규정에 대한 헌법적 판단에는 독자적인 논리가 되지 못한 것은 이례적이다.

40) 법제정 이후 의무고용률 및 적용사업자의 확대과정에 대해서는 위 각주 35 참조.

41) 이 점은 아래에서 살펴보는 바와 같이 의무고용 적용제외에 대하여 위임의 구체성을 심사하는 경우에도 적용되어야 하는 논리였다. 아래 각주 67 참조.

42) 현재 2003.7.24., 2002헌바82, 15-2(상), 141면 참조.

VI. 사회복지기관 및 종사자의 의무

1. 신고의무, 비용보상, 보장구사업 요건

노인복지법은 양로시설을 설치하고자 하는 자는 이를 신고하여야 하며, 이를 위반하는 경우 형사처벌의 대상으로 하였다. 이는 우리나라에서 사회복지시설을 민간에 위탁하고 국가는 보조금을 지급하며 관리·통제의 권한을 보유하여 왔던 기존의 경로(path)를 반영한 규정이었다⁴³⁾. 노인복지법은 종교단체가 소규모로 양로사업을 하는 경우에도 신고하도록 하였으며, 이 규정이 종교의 자유를 침해하는지 쟁점이 되었다⁴⁴⁾. 양로시설은 노인에게 안정적이고 쾌적한 환경을 제공하여야 한다. 그리고 이를 위해서는 적절한 시설 및 인력 기준을 갖추고 운영되어야 하며, 이에 대한 관리·감독이 필요하다. 이와 같은 시설 및 인력기준의 준수, 그리고 이에 대한 감독의 필요성은 종교단체가 운영하는 경우에 예외가 될 수 없으며, 이에 해당 규정은 합헌으로 결정되었다.

‘장애인활동지원에 관한 법률’에 의한 활동지원급여는 활동보조기관에서 지급되며, 급여에 대한 보상은 활동지원급여의 종류 및 활동지원등급에 따라 보건복지부장관이 정하여 고시한다. 구체적인 산정방법에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다. 이에 따르면 급여비용은 급여제공시간에 시간당 비용(수가(酬價))을 곱하여 산정된다. 이 점은 아래에서 서술하는 바와 같이 위임의 구체성을 기준으로 심사되었다. 실체법적으로는 직업행사의 자유가 심사기준이 되었다⁴⁵⁾.

장애인활동지원은 지방자치단체의 장이 지정하는 활동보조기관이 제공

43) 사회복지시설의 관리·운영에 관한 위와 같은 경로의 기원과 발전에 대해서는 위 각주 7 참조. 이 사안에서 문제되었던 종교단체의 사회복지사업에서 국가 역할의 기원과 발전에 대해서는 예컨대 강인철, “해방 후 종교사회복지와 국가 - 복지제원과 정치적 자율성의 상관성을 중심으로”, 김병섭 외, 우리 복지국가의 역사적 변화와 전망(서울대 출판문화원, 2015), 470면 이하 참조.

44) 현재 2016.6.30., 2015헌바46, 28-1(하), 571면 이하 참조.

45) 현재 2018.2.22., 2017헌마322, 30-1(상), 351면 이하 참조.

한다는 점에서 장기요양기관이 요양급여를 제공하는 노인장기요양보험법의 법률관계와 유사하다. 노인장기요양보험은 공급을 제한하는 방법으로 수요를 제어하여 재정팽창을 방지하고 재정안정을 유지하는 데 중점을 두었다⁴⁶⁾. 이에 예컨대 (건강보험과는 달리) 월한도액의 범위에서 요양급여를 지급하였고, 또 (건강보험에서와 같이) 본인이 요양급여비용의 일부를 부담하도록 하였다. 이와 같은 제도설계에서 수요와 공급에 따른 시장에서의 가격결정방법이 그대로 적용될 수는 없다. 수급자가 필요한 지원을 받을 수 있도록 부담 가능한 가격을 형성하여야 하며, 동시에 활동보조기관에게는 지원활동에 소요되는 비용을 보상하여 기관이 운영될 수 있어야 한다. 이때 비용보상이 활동보조기관에 수익(收益)을 보장하여야 하는가에 대해서는 논의의 여지가 있다.

건강보험에서 요양기관은 사경제주체이기 때문에 어느 정도 수익을 보장하는 구조가 필요하고, 그렇지 않을 경우 직업행사의 자유를 침해한다. 장애인활동지원에 있어서 이에 관한 헌법재판소의 태도는 명확하지 않았다. 헌법재판소는 활동보조기관이 지정을 받아 설치·운영되며, 이는 국가가 시장형성 기반을 조성한 후 자유롭게 경쟁하는 구도를 설계한 것으로 보았다. 그리고 이와 같은 구도에서 국가가 활동보조기관에 수익을 보장하는 의무가 있지는 않으며, 이 점은 활동보조기관이 경영손실에 따른 위험을 자율적인 책임 하에 부담하여야 한다는 논리와 연계되었다⁴⁷⁾. 그러나 이 사안에서 활동보조기관의 직업행사의 자유와 수익보장의 관점이 분리될 수 있다는 논리는 추가적인 논증이 필요한 문제였다. 직업행사와 관

46) 독일의 경우 이 점은 장기요양보험(Pflegeversicherung)을 시행하면서 특별히, 그리고 체계적으로 반영되었다. 요양급여는 요양수요를 부분적으로 보호하였으며, 시설보호에 비해서 재가보호(häusliche Pflege)를 우선으로 하였다. 보험료 수입의 범위 내에서 지출이 이루어지도록 하였다. 급여항목을 열거적·폐쇄적으로 규정하였으며, 이에 따라 급여를 확대하기 위해서는 법률의 개정이 필요하였다. 이는 모두 건강보험과 차이가 있는 점이었다. 건강보험에서 예컨대 요양급여는 필요한 범위에서, 합목적적 기준에 따라, 그리고 경제적으로 제공되어야 한다는 점에서 장기요양급여의 지급기준과는 달랐다.

47) 현재 2018.2.22., 2017헌마322, 30-1(상), 352면 참조.

련하여 활동보조기관의 특별한 지위와 기능, 그리고 공익적 관련성이 논증되지 않은 상태에서 직업의 자유의 중요한 내용이 보장되지 않는다는 결론을 이끌어낼 수는 없기 때문이다. 활동보조기관이 경영손실에 따른 위험을 부담한다는 일반적인 논리는 이 사안에서 의미가 없다. 오히려 공법적으로 형성된 법률관계로 인하여 활동보조기관의 존립 및 운영에 극복할 수 없는 부담을 주는지가 쟁점이 되어야 했다. 다만 전체적으로 보면 정부는 공급과 수요의 관계뿐 아니라 사업의 재정규모 등을 종합적으로 고려하여 수가(酬價)를 결정하며, 이와 같은 수가 수준이 활동보조기관의 직업의 자유를 침해한다고 볼 수는 없다. 건강보험에서도 유사한 사안에서 수가 기준 자체가 아니라 비용보상의 결정구조 및 규범형식, 그리고 위임의 구체성이 주로 심사의 기준이 되었다⁴⁸⁾.

신체장애인이 사용하는 의지·보조기를 제조 또는 수리하는 업을 하고자 하는 자는 본인이 의지·보조기 기사가 아닌 한 의지·보조기 기사를 두어야 하며, 이를 위반하는 경우 형사처벌을 받는다. 이 규정은 신체장애에 대한 의·공학적 전문지식을 갖춘 기사가 의지·보조기를 제작할 때 품질관리와 안정성, 그 결과 장애인의 생명 및 건강권이 보호될 수 있는 논리로 쉽게 정당화되었다⁴⁹⁾.

2. 사회복지법인의 공공성

사회복지사업법 규정에 대한 헌법재판은 모두 사회복지법인의 자율성과 공공성이 충돌하는 지점(地點)에서 제기되었다. 사회복지법인의 재산은 기본재산과 보통재산으로 구분되고, 기본재산을 처분하기 위해서는 사회복지법인은 보건복지부장관의 허가를 받아야 한다. 사회복지법인이 허가를 받지 않고 기본재산을 처분하는 경우 해당 처분은 무효이다⁵⁰⁾. 기본재산을

48) 예컨대 헌재 2003.12.18., 2001헌마543, 15-2(하), 581면 이하 참조. 이 결정에 대해서 자세히는 전광석, “국민건강보험법과 헌법재판”, 사회보장법학 제9권 제1호(2020), 330면 이하 참조.

49) 헌재 2016.2.25., 2013헌바260, 28-1(상), 83면 이하 참조.

처분하기 위하여 보건복지부장관의 허가를 받아야 하는 규정이 심사의 대상이 되었으며, 이때 법인운영의 자유 및 재산권이 심사기준이 되었다⁵¹⁾.

기본권 제한의 정당성은 쉽게 인정되었다. 사회복지법인은 특수목적의 법인으로서 보건복지부장관의 허가를 받아 설립된다. 법인의 특수목적을 지원하기 위하여 정부는 운영에 필요한 비용의 상당 부분을 보조하고 세제상의 혜택을 주며, 국공유재산의 우선 매각 및 임대 등의 지원을 하고 있다. 사회복지법인의 자율성은 보장되어야 하지만 법인에 대한 국가의 관리·감독 역시 필요하다. 그런데 사회복지법인이 기본재산을 처분하는 경우 재정 기반, 그리고 그 결과 사업운영이 불안정하게 되기 때문에 이 경우 보건복지부장관은 허가를 통하여 법인의 목적이 계속 유지될 수 있는가를 감독 및 통제할 수 있어야 하기 때문이다.

일반 법인과는 달리 사회복지법인에 적용되는 이사회 구성 및 감사 선임에 관한 규제 역시 법인의 공공성에 의하여 정당화되었다⁵²⁾. 사회복지사업법은 사회복지법인에 이사 정수의 3분의 1을 사회복지위원회 혹은 지역사회복지협의체에서 추천한 사람 중에서 선임하도록 하였다. 또 직전 3회계연도의 예산결산서에 따른 세입의 평균이 30억원 이상인 법인의 경우 시도지사가 외부감사를 추천하여 선임하도록 하였다. 법인 내에서 설립자 등이 사회복지법인의 의사결정을 지배하여 설립목적을 벗어나는 우려는 처음부터 있었다. 이에 사회복지사업법의 제정 당시(1970년) 민법 규정(제 777조)에 의한 친족이 임원 총수의 3분의 1을 초과할 수 없도록 하였다. 이후 이와 같은 기본 태도를 유지하면서 어느 정도 변형을 거쳤으며, 2012년 개정 법률에 의하여 외부추천이사 제도가 도입되었다.

헌법재판소는 사회복지법인이 일반적인 행동의 자유권 혹은 사적 자치권의 주체이며, 해당 규정을 통하여 기본권이 제한된다는 점은 인정하였다. 그러나 사회복지법인이 설립목적에 충실하게 운영되기 위해서는 설립

50) 대판 1977.9.13., 77다1476; 1994.1.25., 93다42993; 2003.9.26., 2002헌마4353 등 참조.

51) 현재 2005.2.3., 2004헌바10, 17-1, 110면 이하 참조.

52) 현재 2014.1.28., 2012헌마654, 26-1(상), 169면 이하 참조.

자 및 주변인사의 독단적인 지배 혹은 사적 이익의 추구를 견제하여야 한다. 또 사회복지시설에서 시설수용자의 인권을 침해하고 경제적인 이익을 위하여 착취하는 폐단을 방지하기 위하여 법인의 개방적이고 투명한 운영이 필요하다. 이는 모두 중요한 공익에 해당한다. 이와 같은 일탈 및 폐해의 위험은 내부적인 통제만으로 방지될 수 없으며, 이에 외부감사추천 역시 쉽게 정당성이 인정되었다.

3. 사회복지종사자의 자격 기준과 직업의 자유

공적 업무에 종사하는 자는 직무에 충실할 의무가 있고, 이에 위반하는 경우 제재를 가하는 것은 일반적인 입법례이다. 공무원이 여기에 해당하는 대표적인 예이다⁵³⁾. 사회복지사업법과 아동복지법이 유사한 규정을 두었으며, 이와 관련하여 헌법재판이 청구되었다. 이 결정에서 주로 과잉금지의 원칙이 심사기준이 되었다.

2012년 아동복지법은 일정한 범죄 전력(前歷)이 있는 사람은 사회복지시설의 종사자가 될 수 없다는 규정을 신설하였다. 사회복지사업 또는 직무와 관련하여 아동복지법상의 아동학대 등의 범죄, ‘보조금 관리에 관한 법률’에 의한 보조금의 부정수급 혹은 사용의 죄, 형법에 의한 아동 유기 및 학대, 또는 횡령·배임 등의 범죄로 인하여 집행유예의 형이 확정된 후 7년이 경과하지 않은 사람이 이에 해당한다. 이와 같은 불이익은 해당 직업에의 접근 자체를 차단하며, 종사자의 법령준수 및 직무성실 위반사실

53) 공무원이 직무상의 범죄로 인하여 형의 선고를 받은 경우 가해지는 신분상의 제재와 이에 대한 헌법적 평가에 대해서는 헌재 2003.10.30., 2002헌마684등, 15-2(하), 211면 이하; 2003.9.25., 2003헌마293등, 15-2(상), 536면 이하 등 참조. 헌법재판소 결정을 비판적으로 평가하는 문헌으로는 예컨대 장철준, “공무담임권의 제한과 과잉금지원칙 - 구 국가공무원법상 공무원의 당연퇴직사유에 대한 헌법재판소 결정 비판”, 법학연구(연세대 법학연구원) 제14권 제1호(2004), 180면 이하 참조. 이 경우 연금법적 불이익과 이에 대한 헌법적 평가에 대해서는 헌재 1995.7.21., 94헌바27등, 7-2, 91면 이하; 2007.3.29., 2005헌바33, 19-1, 211면 이하 등 참조. 이에 대해서는 예컨대 전광석, “직역연금법과 헌법재판”, 헌법학연구 제26권 제2호(2020), 117면 이하 참조.

이 제한의 기준이기 때문에 ‘직업선택’의 자유를 ‘주관적 요건’에 따라 제한한다.

이 결정에서 헌법재판소는 ‘주관적 요건’에 따른 제한이라는 점을 중시하여 입법형성권이 넓게 인정된다고 보았다⁵⁴). 사회복지종사자는 사회복지법인 및 시설의 운영에 관여하며, 또 시설이용자를 직접 대면(對面)하여 지원 및 보호를 하기 때문에 법령준수 및 직무성실이 강하게 요구되고, 따라서 위와 같은 제한이 정당성이 있다. 특히 최소침해의 원칙과 관련하여 제한 사유가 ‘직무와 관련된’ ‘일부 범죄’에 한정되는 점을 주목하였다. 사회복지사업의 공공성, 종사자의 이용자에 대한 성실의무 및 이용자의 종사자에 대한 신뢰가 유지되어야 한다는 점에서 보면 헌법재판소의 결정은 타당하다.

해당 규정은 경과규정을 두지 않았다. 이에 해당 범죄전력이 있는 경우 개정 법률은 기존에 종사자에게도 적용되어 더 이상 근무할 수 없기 때문에 신뢰보호의 원칙에 따른 심사가 필요했다. 헌법재판소는 이 점이 신뢰보호원칙을 위반하는 것은 아니라고 보았다⁵⁵). 헌법재판소는 신뢰보호원칙의 일반적인 심사기준을 제시한 후 사회복지종사자가 해당 규정의 입법가능성을 충분히 예측할 수 있었으며, 국가 혹은 관련 법령이 청구인을 관련 업무에 종사하도록 유인한 객관적 사정이 없기 때문에 신뢰보호는 약화된다는 논리로 합헌의 결정을 하였다.

그러나 위와 같은 논리는 타당하지도 않고, 또 낯설다. 2012년 사회복지사업법은 기존에 법령위반 등의 행위를 한 경우 형벌을 부과하는 규정과 다른 차원에서 해당 제재 규정을 도입하였으며, 이와 같은 새로운 정책결정을 일반 국민 혹은 사회복지종사자가 예측할 수는 없다. 국가가 개인을 해당 직업으로 유인한 객관적 사정이 있을 때 계속 직업수행에 관한 개인의 신뢰가 보호되고, 또 이와 같은 사정이 없는 경우에는 신뢰보호가 약화된다는 논리는 생소하다. 예컨대 이는 국가가 특별한 정책효과를 의

54) 헌재 2015.7.30., 2012헌마1030, 27-2(상), 337면 이하 참조.

55) 헌재 2015.7.30., 2012헌마1030, 27-2(상), 340면 이하 참조.

도하여 국민에게 일정한 행위를 유인하는 조치를 취한 후 최초의 구상과는 달리 이른 시점에 이를 철회하는 경우와 비교된다. 이 경우에는 국가의 유인행위에 따라 개인이 취한 조치가 존속한다는 신뢰는 중대하게 침해된다. 다만 이 경우에도 일반적으로 해당 조치가 계속 존속한다는 신뢰가 보호되는 것은 아니며, 개별적인 상황에 따라 경과규정을 두어 신뢰침해를 최소화하는 보완이 필요하다⁵⁶⁾. 그러나 위 사안은 이러한 범주에 해당하지 않으며, 따라서 국가의 적극적인 유인에 관한 논리가 적용되는 경우가 아니었다.

신뢰보호원칙에 따른 심사는 엄격하였어야 했다. 첫째, 해당 규정이 공익을 위하여 정당하고, 또 필요하더라도 적용시점에 관한 규정을 두지 않아 사회복지시설에서 이미 오랫동안 직무를 수행한 자에게도 적용되었다. 이로 인한 신뢰침해가 적지 않다. 예컨대 해당 사안에서 청구인은 2007년 형이 확정된 사람인데 2012년 신설 규정이 적용되어 2010년부터 재직하던 사회복지시설에서 더 이상 근무할 수 없게 되었다. 둘째, 직업‘선택’의 자유와 직업‘행사’의 자유를 제한하는 효과의 차이가 의미 있게 고려되지 못했다. 새로운 조건을 제시하여 직업행사의 자유를 제한하는 경우에는 일반적으로 보면 개인은 이에 적응하여 직업을 수행할 것인가를 결정할 수 있다⁵⁷⁾. 이에 비해서 직업에의 접근 자체를 차단하는 제한은 그 기준이 객관적인 경우는 물론이고 주관적인 경우에도 특히 제한요건인 개인의 속성이 과거에 종결된 경우에는 이를 극복하는 것은 불가능하다. 이와 같은 차이가 아래에서 서술하는 아동복지법 규정에 관한 심사에서는 의미 있는 영향을 미쳤다. 그러나 이 결정에서는 주관적 요건에 따른 제한이라는 점이 강조되면서 오히려 입법형성권이 넓다는 논리로 이어졌다.

아동복지법은 유사한 규정을 두었다. 이에 따르면 아동학대 관련 범죄

56) 이와 같은 특징이 나타나는 결정으로는 예컨대 헌재 1995.10.26, 94헌바12, 2, 459면 이하 참조.

57) 이와 같은 유형의 불이익에 대한 헌법재판소의 결정으로는 예컨대 헌재 2003.10.30., 2001헌마700, 15-2(하), 159면 이하; 2014.4.24., 2012헌마811, 26-1(하), 265면 이하 등 참조.

로 인하여 형의 선고를 받은 사람은 그 형이 확정된 때부터 형의 전부 또는 일부의 집행이 종료되거나 집행을 받지 않기로 확정된 후 10년까지의 기간 동안 아동관련기관을 운영하거나 이에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없다. 이 규정 역시 주관적 요건에 의하여 직업선택의 자유를 제한한다. 다만 이 결정은 직업선택의 자유를 제한하는 경우에는 엄격한 심사가 필요하다는 논리에 따랐으며, 이에 위헌결정을 하였다⁵⁸⁾. 특히 최소 침해의 원칙이 심사의 기준이 되었다⁵⁹⁾. 위헌의 논리는 다음과 같은 두 가지였다. 첫째, 아동학대 관련 범죄로 인하여 형의 선고를 받았다는 이유만으로 범죄행위의 유형이나 구체적인 태양을 개별적으로 고려하지 않고 재범의 위험을 단정하여 관련 업무를 수행하지 못하게 하는 것은 기본권을 필요 이상으로 제한한다. 둘째, 일정한 유형의 범죄행위에는 재범의 위험이 있다는 입법적 판단이 일반적으로 옳더라도 이를 직업선택의 자유를 제한하는 사유로 적용하기 위해서는 개별적인 판단이 필요하다. 즉 여러 사정에 비추어 재범의 위험이 없어졌거나 현저히 낮아졌다고 입증되면 더 이상 직업선택의 자유를 제한하는 사유로 적용해서는 안된다. 직업·선택'의 자유를 제한하는 경우 엄격한 심사를 하고, 또 아동관련 범죄를 저지른 사람에게 형의 경중, 혹은 구체적인 태양을 기준으로 경우에 따라서는 법원이 취업제한기간을 개별적으로 판단하여야 하며, 이와 같은 관점에서 해당 규정이 기본권을 지나치게 제한하기 때문에 위헌이라는 결정 자체는 타당하다. 다만 위에서 서술한 사회복지사업법의 유사한 규정에 대한 심사의는 그 논리와 결론에 있어 뚜렷한 불균형을 보였다.

58) 같은 내용의 '아동·청소년의 성보호에 관한 법률'의 규정 역시 위헌으로 결정되었다. 헌재 2016.7.28., 2013헌마436; 2016.7.28., 2015헌마359 등 참조.

59) 헌재 2018.6.28., 2017헌마130등, 30-1(하), 706면 이하 참조.

VII. 위임의 구체성

사회복지법의 목표규범의 성격, 그리고 개방적 규율방식으로 인하여 법적 명확성과 위임의 구체성은 헌법재판에서 빈번하게 심사의 기준이 되었다. 이와 관련하여 헌법재판소는 급부법에 일반적으로 적용되는 논리를 제시하였다⁶⁰⁾. 즉 급부법에서 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화하는 것이 예상될 때에는 위임의 구체성이 완화된다. 이는 해당 사항을 법률에 상세하게 규율하는 것이 입법기술적으로 어렵다는 논리와 연계되었다. 사회복지법에서 서비스형태의 지원을 규율하는 경우가 이에 해당하는 전형적인 예이다. 그러나 이는 다음과 같은 논리로 발전할 수도 있다. 첫째, 입법기술적인 어려움이 없다면 사회복지법 규정에 대한 심사에서 위임의 구체성을 완화하기 위해서는 추가적인 논리가 필요하다. 둘째, 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화하는 규율대상의 특성은 아직 위임의 구체성을 완화하는 충분한 요건이 되지 못한다. 즉 이 경우에도 가능한 한 법률이 구체적으로 범위를 정하여 위임하여야 하며, 특히 해당 규율이 중요한 정책 선택 및 결정의 성격을 갖는 경우에는 더욱 법률에서 직접 규율하거나 혹은 적어도 구체적으로 범위를 정하여 위임하여야 한다. 이를 행정입법에 포괄적으로 위임하는 것은 국회와 행정부 간 권한배분의 헌법적 구상에 위반된다.

장애인고용법은 의무고용이 적용되는 사업장의 범위를 근로자 수를 기준으로 정하였다. 즉 “대통령령이 정하는 일정 수 이상의 근로자를 고용하는 사업주는 그 근로자의 총수의 100분의 1 이상 100분의 5 이내의 범위 안에서 대통령령이 정하는 비율 이상에 해당하는 장애인을 고용하여야 한다”(법 제35조 제1항). 당시 시행령에 의하면 300인 이상 근로자를 고용하는 사업장에 의무고용이 적용되었으며, 기준고용률에 따른 고용이 이루어지지 않는 경우 고용부담금이 부과되었다. 헌법재판소는 이 규정이 포괄위임에 해당하지 않는다고 판단하였다⁶¹⁾. 다음과 같은 논리였다. 첫

⁶⁰⁾ 예컨대 헌재 1997.12.24., 95헌마390, 9-2, 817면 이하 참조.

째, 의무고용의 적용기준을 고용근로자 수로 한다는 기본원칙이 법률에 정해져 있다. 둘째, 의무고용이 적용되는 사업장의 범위는 전체 실업자 수, 장애인 실업자의 비율, 경제상황 등을 고려하여 탄력적으로 정하여야 하기 때문에 구체적인 적용범위를 법률에 직접 정하는 것은 적당하지 않다. 셋째, 의무고용률에 관한 규정 자체가 의무고용이 적용되는 사업장의 범위를 어느 정도 암시하고 있다. 즉 장애인고용법은 의무고용비율을 1% 이상 5% 이하의 범위에서 정하도록 하였는데, 5%의 고용비율이 적용되어 장애인을 고용하기 위해서는 근로자 수가 최소한 20명이 되어야 한다. 이때 비로소 1명 이상의 장애인을 고용할 의무가 부과될 수 있기 때문이다. 이로써 사업장 범위의 하한이 도출된다. 이 결정에서는 재판관 5인이 위헌의 반대의견을 제시하였다⁶²⁾.

합헌의견의 논리는 무리였다. 고용근로자 수가 의무고용의 적용기준이 된다는 규정 자체에 의하여 의무고용의 적용 여부를 예측할 수는 없다. 문리적으로 보면 이로부터 실제 적용기준인 근로자의 수가 도출되지 않으며, 예측가능성을 부여하지 못하는 것은 뚜렷하다. 또 의무고용의 적용 여부는 이익조정의 문제이며, 그만큼 입법적 결정이 필요하다⁶³⁾. 의무고용은 한편으로 사업주에게 장애인고용에 따르는 시설 및 설비를 설치·운영하는 경제적 부담을 지우며, 다른 한편 의무고용은 장애인고용정책의 중요한 요소로서 공익적 관점과 사업주의 경제적 부담이 조정되는 지점(地點)이기 때문이다⁶⁴⁾. 이는 법률에 직접 규정하는 데 입법기술적인 어려움이 있는 사안도 아니다. 실제 현행 ‘장애인고용촉진 및 직업재활법’은 의무고용이 적용되는 사업장의 근로자 수를 직접 규정하고 있다(법 제28조 제1항).

의무고용이 적용되는 사업장의 범위를 정하는 데 작용하는 요소, 즉 전

61) 헌재 2003.7.24., 2001헌바96, 15-2(상), 87면 이하 참조.

62) 헌재 2003.7.24., 2001헌바96, 15-2(상), 88면 이하 참조.

63) 이익조정의 문제와 입법사항에 대해서는 예컨대 헌재 2004.3.25., 2001헌마882, 16-1, 441면 이하 참조.

64) 이 경우 법률에 의한 규율의 필요성에 대해서는 헌재 2004.3.25., 2001헌마882, 16-1, 454면 이하 참조.

체 실업자 수, 장애인 실업자의 비율, 경제상황 등이 가변적이며, 이에 유연하게 대응하기 위하여 위임이 필요하다는 논리도 설득력이 없다. 우선 해당 기준요소가 장애인 의무고용의 범위를 정하는 데 의미를 갖는지 자체가 의문이다⁶⁵⁾. 의무고용의 목적이 비장애인과 비교하여 장애인 고용의 평등을 실현하는 데 있지는 않다. 오히려 의무고용은 장애인복지를 위한 수단으로서 장애인의 경제활동능력에 적합하게 고용을 증진하는 절대적 목적을 갖는다. 그런데 전체 실업자 수 및 장애인 실업자의 비율과 같은 사실적인 요소는 평등실현 및 심사의 기준이 될 수는 있지만 장애인고용의 복지정책을 형성하는 지향점이 될 수는 없다. 또 경제상황에 대한 고려는 제도의 안정성을 해치는 자의적인 기준이 될 수 있다. 의무고용률이 5% 이하이기 때문에 의무고용이 적용되는 사업장 규모의 하한이 근로자 수 20명이라는 점은 위임의 구체성을 완화하는 논리가 될 수 없다. 의무고용률은 장애인의 비율, 장애인 근로자의 비율, 그리고 장애인 실업자 수 등 독자적인 기준에 따라 결정되며, 의무고용이 사업장 근로자 수가 20명 이상 되어야 산술적으로 적용될 수 있다는 논리는 입법목적과 관련성이 없기 때문이다. 또 당시 의무고용이 300명 이상 근로자를 고용하는 사업장에 적용되었다는 점에서 보면 사업장 규모의 하한이 20명 이상 근로자를 고용하는 사업장이라는 점은 의무고용의 적용 여부에 대한 판단 및 이에 관한 예측가능성에 의미 있는 기여를 할 수 없었다.

위와 같이 법률이 주요 사항을 직접 정하지 않거나 기준 자체가 명확하지 않고, 또 타당성이 없는 경우는 다른 결정에서도 확인된다. 장애인고용법은 적용제외제도를 두었다. 이에 따르면 “장애인을 고용하기 어렵다고 인정되는 직종의 근로자가 상당한 비율을 차지하는 업종에 대해서는 노동부장관이 (장애인고용촉진)위원회의 심의를 거쳐 정하는 적용제외율에 해당하는 근로자의 수를” 제외할 수 있다(법 제35조 제1항 단서). 헌법재판소는 이 규정이 고용의무를 경감하는 데 목적이 있다고 보았고, 이에 급

65) 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, “장애인 의무고용의 규범적 정당성과 제도적 타당성 연구”, 법학연구(연세대 법학연구원) 제21권 제1호(2011), 148면 이하 참조.

부법의 특수성에 따라 완화된 심사를 하였다⁶⁶⁾. 헌법재판소는 먼저 업무의 성격상 신체적 활동을 크게 요구하거나 정상적인 근로능력이 특별히 요구되는 업종이 적용제외의 대상이며, 이에 기초하여 행정입법에서 규정될 업종의 대강을 예측할 수 있다고 보았다. 또 이는 적용제외율을 정하는 기준이 될 수도 있다.

적용제외 사업장 및 적용제외율이 법률에 직접 정하기 어렵다는 평가는 위에서 서술한 의무고용사업장의 범위와 비교하면 적어도 상대적으로는 타당하다. 그러나 헌법재판소는 좀 더 적극적인 의견을 제시하였어야 했다. 고용부담금이 사업주 간에 장애인고용으로 인하여 발생하는 경제적 부담을 조정하는 목적을 갖는다는 점은 적용제외사업의 범위 및 적용제외율의 결정에도 영향을 미칠 수 있다. 즉 이때 경제적 부담의 조정과 업무의 특수성은 선택적 기준이 되며, 그렇다면 이는 직접 법률에서 명확하게 결정되어야 한다⁶⁷⁾. 그런데 이와 같은 목적과 기준이 명확하지 않은 경우 예측가능성을 쉽게 인정할 수는 없다.

법적 명확성 및 위임의 구체성을 심각하게 훼손하는 것은 아니지만 헌법의 구상에 충실하기 위해서는 헌법재판소의 지적이 필요한 경우도 있었다. 이는 사회보장법 일반에 있어서 중요한 사항을 법률에 직접 정하지 않고, 구체적 위임이 없이 행정입법에 위임하는 입법문화를 개선하는 효과를 가질 수 있다. 사회복지사업법에서 기본재산에 관한 규정이 이러한 예에 해당한다. 사회복지법인의 재산은 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 기본재산과 보통재산으로 구분하고, 기본재산은 그 목록과 가액을 정관에 기재하여야 한다. 기본재산을 처분하기 위해서는 보건복지부장관의 허가를 받아야 한다(법 제23조 제2, 3항). 그렇지 않은 경우 해당 처분의

66) 현재 2003.7.24., 2002헌바82, 15-2(상), 143면 이하 참조.

67) 이와 같은 문제는 예컨대 장애인을 위한 일자리가 제한되어 있어 의무고용이 현실적으로 적용될 수 없는 경우에도 나타난다. 독일 연방헌법재판소는 이 경우에도 장애인을 고용하는 사업주와 그렇지 않은 사업주 간에 부담의 형평을 유지하기 위하여 고용부담금이 부과되어야 한다는 판단을 한 바 있다. BVerfGE 57, 139면 이하 참조.

사법적 효력은 무효이다⁶⁸⁾.

그런데 사회복지사업법은 기본재산에 관한 정의 및 내용에 관한 규정을 두지 않았고, 이에 법적 명확성 및 위임의 구체성에 위반되는지가 쟁점이 되었다⁶⁹⁾. 우선 법적 명확성이 심사기준이 되었다. 헌법재판소는 사회복지법인의 목적에 비추어 기본재산은 목적사업을 수행하는 데 필요한 재산이며, 이는 목적사업에 직접 사용되는 재산(목적사업용 기본재산)과 목적사업을 수행하는 데 필요한 경비를 충당하기 위한 재산(수익용 기본재산)으로 구성된다고 해석될 수 있기 때문에 그 내용이 명확해지며, 적어도 자의적인 법해석 및 적용의 여지는 없다고 보았다⁷⁰⁾. 그런데 사실 이와 같은 이해는 사회복지사업법 시행규칙의 규정을 그대로 따른 것이며(시행규칙 제12조 제2항), 법률 규정 자체가 이와 같은 예측가능성을 부여하는가는 의문이다.

기본재산과 보통재산의 구분을 보건복지부령에 위임하고, 기본재산의 목록과 가액을 정관에 정하도록 하는 규정을 통하여 위임의 구체성은 약화되었다. 기본재산 및 보통재산의 개념과 범위가 명확하지 않은 상황에서 보건복지부령의 규정에 따라 정관의 기재 범위가 달라질 수 있기 때문이다. 이 결정에서 법률과 정관의 관계가 심사의 대상은 아니었다. 다만 법률에서 구체적인 범위를 정하지 않고 정관에 포괄위임을 하는 결과 정관의 기재사항에 따라 기본재산과 보통재산의 구분의 명확성과 타당성이 훼손될 수 있다⁷¹⁾. 이와 같은 문제를 방지하기 위해서는 기본재산과 보통재산의 구분을 법해석에 맡길 것이 아니라 법률 자체에 정의규정을 두거

68) 위 각주 50 참조.

69) 현재 2005.2.3., 2004헌바10, 17-1, 105면 이하 참조.

70) 이밖에 아동복지법에서 “아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대 행위”, 노인복지법에서 “양로시설”에 관한 규정 역시 해석에 의하여 그 내용이 명확해지고, 적어도 자의적 법적용의 우려가 없기 때문에 법적 명확성에 위반되지 않는다고 판단하였다. 현재 2015.10.21., 2014헌바266, 27-2(하), 66면 이하; 2016.6.30., 2015헌바46, 28-1(하), 578면 이하 등 참조.

71) 법률유보사항을 자치규약에 규율하도록 하는 규정에 대한 위헌결정으로는 예컨대 현재 2012.4.24., 2010헌바1, 24-1(하), 47면 이하 참조.

나 혹은 기본재산과 보통재산의 구분 기준을 구체적으로 정하여 위임하고, 이와 같은 규범적 기초 위에서 정관에서 자율적으로 결정하도록 하여야 한다. 이 점에서 헌법재판소는 법적 명확성과 위임의 구체성을 엄격하게 구분하지 않았고, 또 정관의 기재사항에 따라 법적 안정성이 훼손될 수 있다는 점을 명확히 하지 못했다.

VIII. 맺는 말

사회복지법은 아동, 노인, 장애인 등에게 장기간 다양한 생활영역에서 개별적인 상황을 구체적으로 지원·보호하여 인간다운 생활을 보장하고 사회참여를 지원하여 인격을 실현하게 하는 목적을 갖는다. 사회복지법은 규범목적과 법적 성격 및 규율방식 간에 뚜렷한 불균형을 보이고 있다. 사회보험은 사회적 위험이 발생했을 때 법률에 정한 급여를 지급하여 개인 생활을 추상적으로 보호한다. 이에 비해서 사회복지법에서는 지원과 보호를 통하여 생활보장과 사회적 참여에 의한 사회통합이 현실적으로 실현되어야 한다. 이를 위해서는 개별적인 상황이 계속 규범에 포섭되고, 이에 적합한 방법으로 지원과 보호가 안정적으로 이루어져야 한다. 그러나 사회복지법에서 지원과 보호가 필요한 상황은 계속 변화하며, 지원과 보호의 방법과 내용은 개방되어 있다. 또 사회복지법에서 급여의 공급자는 수급자를 직접 대면(對面)하여 적시(適時)에 적합하게 지원과 보호를 하여야 한다. 이와 같은 규범 및 급여의 특수성으로 인하여 재량규정의 순기능이 인정된다. 다만 여기에는 법적 안정성이 희생된다는 문제가 따른다. 그 결과 사회복지법에서 사법적 권리구제가 활성화되지 않았고, 헌법재판도 예외가 아니었다. 이에 사회적 약자를 안정적으로 지원·보호하는 절차 및 조직에 관한 방법론을 모색하는 것은 헌법의 새로운 과제이다⁷²⁾.

72) 이에 관한 사회복지법의 과제에 대한 지적으로는 하명호, 위 각주 6의 논문, 228면 이하 참조.

헌법재판은 장애인정책에 집중되었다. 그러나 장애인 의무고용 및 고용 부담금의 목적과 규범의 정합성에 대한 심사기준이 체계적으로 적용되지는 못했다. 헌법과 헌법재판은 권리구제뿐 아니라 입법형성의 유권적 기준이 된다는 점에서 이에 대한 진지한 검토가 필요하다. 법적 명확성과 위임의 구체성은 특히 사회복지법의 규율대상인 사회적 약자에게 안정적 혹은 적어도 예측가능한 지원과 보호를 하기 위하여 필요하며, 또 이 점이 입법 및 입법문화를 견인하는 적극적인 기준으로 적용되어야 한다.

*투고일 2020.11.30. / 심사개시일 2020.12.15. / 게재확정일 2020.12.20.

참고문헌

- 강인철, “해방 후 종교사회복지와 국가 - 복지제원과 정치적 자율성의 상관성을 중심으로”, 김병섭 외, 우리 복지국가의 역사적 변화와 전망(서울대 출판문화원, 2015)
- 김경미/김미옥, “한국 장애인복지학 연구동향에 관한 분석과 고찰”, 한국사회복지학 제58권(2008)
- 김도현, 차별에 저항하라: 한국 장애인운동 20년(1987-2006)(박종철 출판사, 2007)
- 김재원/현지원, “장애 개념과 장애 차별의 특성”, 법무법인 태평양/재단법인 동천(편), 장애인법연구(경인문화사, 2016)
- 남찬섭, “사회서비스 전달체계 개편의 전개과정과 함의 및 전망”, 법무법인 태평양/재단법인 동천(편), 사회복지법연구(경인문화사, 2019)
- 문진영/김윤영, “소득보장(현금급여)인가?, 사회서비스(현물급여)인가?”, 사회복지연구회(유음), 복지국가 쟁점 1(한울, 2019)
- 백종만, “사회(복지)서비스에서 공공과 민간의 역할변화”, 김병섭 외, 우리 복지국가의 역사적 변화와 전망(서울대 출판문화원, 2015)
- 신권철, “사회서비스 개념의 법적 재구성”, 사회보장법연구 제9권 제1호(2020)
- 임성택/김예원, “장애인 권리옹호체계의 도입과 과제”, 법무법인 태평양/재단법인 동천(편), 장애인법연구(경인문화사, 2016)
- 유완식, “우리나라 장애인고용정책의 변천 및 발전방향”, 전광석(편), 한국사회와 장애인정책(인간과 복지, 2011)
- 윤수정, “장애인정책의 적극적 사법심사를 위한 심사방법의 모색”, 공법연구 제43집 제4호(2015)
- 전광석, “사회복지법의 규범체계와 과제” 법제연구 제41호(2011)
- 전광석, “사회적 기본권 이론의 형성과 전개 - 인간다운 생활을 할 권리를 중심으로”, 헌법논총 제29집(2018)
- 전광석, 한국사회보장법의 역사(집현재, 2019)
- 정근식, 나는 나쁜 장애인이고 싶다(삼인, 2002)
- 조광자, “장애인차별금지법과 장애인의 경제적 복지 - 미국의 장애인법과 소득보장정책의 긴장관계를 중심으로 -”, 사회복지정책 제34권(2008)

208 사회복지법학 제9권 제2호(2020. 12.)

조원희 외, “장애인 차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률상 정당한 편의제공 거부에 의한 차별의 위법성 판단기준”, 법무법인 태평양/재단법인 동천 (편), 장애인법연구(경인문화사, 2016)

차성안, “소송을 통한 장애인 권리구제의 쟁점”, 사회복지법연구 창간호(2012)

차성안, “독일의 장애인 사법지원”, 사회복지법연구 제5권 제2호(2016)

하명호, “사회복지서비스법 총론구성의 시론”, 사회복지법학 제1권 제1호(2012)

홍석표, “법원에서의 장애인 권리구제수단으로서의 공익소송”, 사회복지법학 제6권 제1호(2017)

홍석표, “한국 장애인 공익소송의 역사와 과제”, 법무법인 태평양/재단법인 동천 (편), 장애인법연구(경인문화사, 2016)

Ulrike Davy, "Das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung im deutschen Verfassungsrecht und im Gemeinschaftsrecht", Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes. Bd.49, Die Behinderten in der sozialen Sicherung(2002)

<Abstract>

Some constitutional issues of the social welfare act in the constitutional decisions

Cheon, Kwangseok*

The social welfare acts for the children, the elderly and the disabled have to provide them with the concrete support and benefits to make them live a decent lives and social participation, so to avoid their isolation from the social lives. The obvious imbalance between the institutional purpose and the normative structure is observed. The social welfare acts should, on the one hand, support and protect their recipients in a concrete and result-oriented method. They rely, on the other hand, on the abstract and open-to-discretion regulations with their variety of policy targets. This inherent characteristic of the social welfare acts result in the narrow and insufficient path of the concrete relationship with the individual right and obligation. This problem caused by the characteristic of the social welfare acts in terms of normative structure as well we benefits is more or less unavoidable. The constitutional provisions for the socially weak and the decisions on the relative measurements would motivate to be anew aware of this constitutional concern. However it confronts the functional hurdle from the constitution itself, for the constitutional provisions themselves are not clear in their method and contents to be realized, so they should be made concrete in the process of legislation, administration and

* Professor, Yonsei Law School

execution. In addition the limited possibility of the judicial remedy hitherto in this field worked out negatively for the constitutional litigation. This article aims to critically analyse and evaluate the constitutional decisions on the social welfare acts and so to describe this problems and the normative structure of them.

Key Words: social welfare act, employment of the disabled, social welfare institution, employee of the social welfare institution, concrete range of delegation