헌정제도연구사업
Issue Paper 2018-01-04

I. 기본권의
쟁점과 전망

노인과 사회적 기본권

김 용 태

한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

헌정제도연구사업
Issue Paper 2018-01-04

노인과 사회적 기본권

김 용 태 (한국세무사회 부설 한국조세연구소 전문연구원)

KOREA
LEGISLATION
RESEARCH
INSTITUTE
ISSUE PAPER 2018-01-04

노인과 사회적 기본권

Ⅰ. 서론 07

Ⅱ. 저출산·고령화사회와 노인복지문제의 대두 09

1. 고령산업사회에서 노인의 개념과 지위(역할) 09
2. 사회문제로서 노인복지문제의 대두 14
3. 노인복지의 실현 방법 16

Ⅲ. 노인복지문제 해결의 (헌)법적 기초 18

1. 논의의 헌법적 기초 : 헌법의 기본원리로서 사회국가 18
2. 노인과 헌법의 기본원리로서 사회국가 21
3. 노인복지법제의 합헌성 판단기준으로서 과소금지원칙 24

Ⅳ. 노인복지문제와 관련한 일반적인 사회적 기본권 27

1. 노인복지법제의 핵심 요소 27
2. 노인빈곤과 일반적인 사회적 기본권으로서
“인간다운 생활을 할 권리” 28

Ⅴ. 노인복지문제와 관련한 개별적인 사회적 기본권 32

1. 노인주거와 주거권 32
2. 노인보건과 보건권 36
3. 노인근로와 근로의 권리 40
4. 노인교육과 교육받을 권리 42

Ⅵ. 결론 46

Ⅰ. 서론

- 산업화 이전까지만 해도 노인들은 다양한 가족 구조 안에서 권위를 가지고 여러 가지 기능을 수행하였고, 그에 따라 다른 가족 구성원들에 의해 노년의 생활을 보장받을 수 있었음.

- 그러나 오늘날 대부분의 노인들은 가족 차원의 부양과 생활보장이 거의 이루어지지 못하면서 빈곤, 고독, 고립 및 역할상실 등으로 노년의 생활에 많은 어려움을 겪고 있음. 더욱이 노인의 삶 자체가 가족이나 자녀들의 생활에 부담스러운 존재로 취급되는 것이 현실인데, 그 이유는 물질적인 부(富)의 획득이 강조되는 사회에서 노인들은 젊은 세대들의 이기주의적 목표설정과 그 달성에 방해요소가 되는 것으로 간주되기 때문임.

- 노인들이 가족으로부터 괴리되는 현상은 산업화나 도시화, 그리고 사회의 고령화 등과 더불어 부각되는 것으로, 우리나라의 경우 1960년대 이후부터 본격적으로 시작되었음. 노인들은 노후에 대한 최소한의 대비를 할 시간적인 여유도 없이 가족으로부터 괴리되기에 이르렀음.

- 급속한 고령(화) 사회가 진행됨에 따라 노인문제는 단순히 한 개인의 문제에서 벗어나 사회 전체의 문제로 인식되기 시작하였으며, 오늘날 고령(화) 사회에 대한 대응은 세계 대다수의 국가들이 직면하고 있는 중요한 사회적 의제가 되었음.

- 고령화가 저출산(低出産)과 동시에 진행되고 여성의 경제활동 참여의 증가로 인해 노인에 대한 가족의 부양기능이 현저히 약화되고 있다는 사정은 다양한 관점에서 노인복지에 대해 더욱 종합적이고 체계적이며 효율적인 대응을 필요로 하고 있음.

- 노인복지 논의의 기초는 헌법이어야 하는데, 그 이유는 대부분의 노인복지제도와 정책 등이 관련 법률에 근거해서 시행되고 있으며 그러한 법률 내용은 헌법에 그 기초를 두어야 하기 때문임. 이와 같이 고령화 사회에서 노인복지 논의는 한 국가의 기초법이라 할 수 있는 헌법적 관점에서 시작되어야 할 것임.

- 급속하게 변화하고 있는 고령산업사회에서 노인복지의 불모지(不毛地)나 다름없는 헌법학에서의 기초적 연구 및 그에 기초한 노인복지법제의 평가 및 개선방안에 관한 연구는 대단히 중요하다고 하겠음.

Ⅱ. 저출산·고령화사회와 노인복지문제의 대두

1. 고령산업사회에서 노인의 개념과 지위(역할)

(1) 고령산업사회의 도래

● 고령화 사회의 도래

- 우리나라는 1945년 해방 이후부터 1980년대 중반까지는 일반적으로 높은 출산율과 사망률로 인한 높은 인구증가율이 문제되었음에 반해, 그 이후에는 일반적으로 낮은 출산율과 사망률로 인한 낮은 인구증가율과 인구구조상의 고령화 문제가 가장 큰 문제로 대두되고 있는 실정임.

- 고령화 사회는 평균수명의 증가로 발생되는 고령화 현상으로 말미암아 전체 인구 중에서 노인 인구의 비율이나 수가 상대적으로 증가하는 사회를 의미함. 즉 고령화 사회는 인구의 고령화가 진전되어 일정한 단계에 도달한 후 인구 구조가 안정된 정지 상태에 돌입했음을 의미함.

- 인구 고령화 문제는 단순히 노인 인구의 절대적인 수가 증가하는 사회현상이 아니라 65세 이상의 노인 인구가 총 인구에서 차지하는 비율이 증가하는 사회현상을 의미함.

- 일반적으로 한 사회에서 65세 이상의 노인 인구가 차지하는 비율이 어느 정도인가에 따라 UN을 포함한 대부분의 관련 연구자들은 “고령화 사회”, “고령 사회”, “초고령 사회”라는 개념을 사용하는데, ① 65세 이상의 노인 인구가 7% 이상 14% 미만이면 고령화 사회(ageing society), ② 14% 이상 20% 미만이면 고령 사회(aged society), ③ 20% 이상이면 초고령 사회(super-aged society)로 명명하고 있음.

- 세계적인 수준의 인구 변천 추이를 전망할 때, 20세기 초 선진국을 중심으로 전개되기 시작한 인구의 고령화 현상은 이제 전 세계적인 현상이 되었다고 해도 과언이 아니고, 앞으로는 세계 연령 지도가 더욱 급속하게 변화할 것으로 전망됨.

- 우리나라의 총인구는 1970년 3,224만 명에서 2010년 4,821만 명으로 약 1.5배 증가하였으며, 2018년 4,934만 명으로 정점에 도달한 후, 2030년 4,863만 명, 2050년 4,234만 명으로 감소세를 보일 것으로 전망됨. 하지만 65세 이상의 인구수는 1970년 99만 명에서 2010년 536만 명으로 5배 이상 증가하였으며, 이러한 고령 인구의 증가 현상은 계속될 것으로 전망되어, 2018년 707만 명, 2026년 1,021만 명, 2050년 1,615만 명에 이를 것으로 추산되었음.[1)]

- 실제로 2017년 우리나라 전체 인구는 5,144만 6천명으로, 이 중 65세 이상은 13.8%인 707만 6천명이며 2060년에는 41.0%까지 늘어날 것이라는 전망이 나오고 있으며, 연령별로 보면 65~69세와 70~79세는 비중이 감소하는 반면 80세 이상의 비중은 지속적으로 증가할 전망임.[2)]

- 우리나라의 인구 고령화 문제가 나타난 시기는 다른 나라에 비해 상당히 늦은 편이라고 할 수 있지만, 그 진행 속도는 가히 상상할 수 없을 정도로 빠르게 진행되고 있음. 더욱이 2050년이 되면 우리나라가 세계에서 가장 높은 고령화 수준을 보일 것으로 예상된다는 점임(표 1 참고).

〈표 1〉 인구 고령화 속도[3)]

(단위: 년도, 년수)

국가	도달 연도			증가 소요 년수	
	7%	14%	20%	7% → 14%	14% → 20%
일본	1970	1994	2006	24	12
프랑스	1864	1979	2018	115	39
독일	1932	1972	2009	40	37
영국	1929	1976	2026	47	50
이탈리아	1927	1988	2006	61	18
미국	1942	2015	2036	73	21
노르웨이	1885	1977	2021	92	44

1) 통계청 보도자료, 「2010 인구주택 총조사 잠정집계 결과」, 2010. 12. 28. 참고.
2) 통계청 보도자료, 「2017고령자 통계」, 2017. 9. 26. 참고.
3) 통계자료는 보건복지부, 『2009 보건복지백서』, 2010; 통계청 『장래인구추계』, 2006. 12; 통계청, 『2004 고령자통계』, 2004. 10 참고하여 재구성.

국가	도달 연도			증가 소요 년수	
	7%	14%	20%	7% → 14%	14% → 20%
스웨덴	1887	1972	2011	85	39
호주	1939	2012	2030	73	18
캐나다	1945	2010	2024	65	14
우리나라	2000	2018	2026	18	8

- 일찍이 산업화가 시작된 구미(歐美) 선진국들의 경우 오래 전부터 고령화가 진행되었으며 고령화 사회에서 고령 사회로 변화하는 소요 기간도 상당히 오래 걸린 것으로 나타남. 일본의 경우 고령화 사회에서 고령 사회로 변화하는 소요 기간은 24년으로 굉장히 짧은 시간이 소요되었는데, 우리나라의 경우 일본보다 더욱 더 그 소요 기간이 단축되어 고령화 사회에 도달한 이후 18년 이내에 고령 사회가 될 것으로 전망됨. 이는 곧 우리 사회에서 노인문제가 그만큼 빠른 속도로, 다양하게, 또한 적절한 노인 대책을 세우기도 전에 나타날 수 있음을 보여줌.

- 고령화 사회의 원인은 ① 가치관의 변화에 따른 출산율의 감소, ② 의료기술의 발달에 따른 평균 수명의 연장, ③ 1950년대 후반 베이비붐 세대의 영향, ④ 정부의 인구조절정책의 실패 등에서 찾을 수 있음.

● 산업 사회의 도래

- 산업 사회 이전(산업화 및 도시화 이전의 시기)의 가족의 모습은 대가족제도의 모습을 보임. 이와 같은 대가족제도에서는 가부장제(家父長制) 문화가 자리하고 있었으며 가족문화의 영속성과 가문의 명예가 존중되었음.

- 노인들은 대가족제도가 중심을 이루던 전통적인 농경사회에서 오랜 경험을 통한 지식의 보유자이며 전통과 관습의 전달자로서의 역할을 담당하였기 때문에 이들의 사회적 지위와 역할은 확고부동한 것이었음. 즉, 전통사회에서 노인은 가족의 구심점이었으며 가족생활의 중심이 되었음. 또한 가족 부양의 기본 원리로서 효 사상이 강조되었음.

– 그러나, 전통적인 과거 사회는 산업화와 도시화로 인하여 사회의 근본적인 틀 자체가 완전히 변화되기에 이르렀는데, ① 가치관의 변화(전통적인 가족주의 쇠퇴 → 연대의식이 사라지고 개인주의화 함), ② 가족제도의 변화(핵가족화로 변화), ③ 노인 단독가구의 증가[4] 등을 들 수 있음.

(2) 변화된 고령산업사회에서 노인의 개념과 지위(역할)

● 노인의 개념 : 노인은 다양한 연령 (개념)에 따라 다양하게 개념 지워 질 수 있는데, ① 생물학적 연령(biological age), ② 심리적 연령(psychological age), ③ 사회적 연령(social age), ④ 생활 연령(chronological age), ⑤ 자각적 연령(selfawaring age) 등이 그것임.

– 이 중 생활 연령(혹은 역(曆)연령)이란 달력에 의한 나이를 의미하는 것으로, 출생 후 1년이 지나면 첫 돌이 되고 60년이 지나면 회갑을 맞이하는 등 우리가 일상적으로 나이라고 말하는 것이 바로 이 생활 연령이라 할 수 있음.

– 이 개념에 따르면 일정한 연령(노령선)에 도달하는 경우 노인으로 규정될 수 있는데, 이 노령선을 어떻게 설정할 것인가를 비롯하여,[5] 생물학적, 심리적, 사회적 연령 등을 전혀 고려하지 않고 생활 연령에만 근거하여 노령선을 설정하는 경우 다양한 문제점이 노출될 수 있음.

● 현행(헌)법상 노인의 개념

– 헌법규정 : 헌법에서는 “국가는 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다”(제34조 제4항)라거나, “신체장애자 및 질병 · 노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다”(제34조 제5항)라고 함으로써 노인(노령자)에 대해 사회적 기본권 부분에서 규정하고 있음.

4) 2017년 고령자 가구(가구주 연령이 65세 이상)는 399만 9천 가구로 전체 가구의 20.5%를 차지하며, 이는 계속 증가하여 2045년에는 47.7%가 될 전망임. 고령자 가구를 유형별로 보면, 1인 가구의 비중이 33.4%로 가장 많고, 그 다음은 부부(32.7%), 부부+자녀(9.8%), 부(모)+자녀(5.5%) 순임. 구체적인 내용은 통계청 보도자료, 「2017고령자 통계」, 2017. 9. 26. 참고.

5) 이에 대해 통일된 견해가 있는 것은 아님. 즉 학자들은 나름대로의 노령선을 설정하여 연소 노인(young-old), 중고령 노인(middle-old), 고령 노인(old-old)으로 구분하기도 함.

- 이처럼, 노인의 개념에 대해서는 우리 헌법이 구체화하지 않고 있어 노인에 대한 헌법적 개념은 헌법해석과 헌법에 근거한 관련 법률들의 규정 및 그 해석을 통해서 구체화될 수 있음.

- 노인은 헌법적 관점에서 소수자(minority) 혹은 사회적 약자로 위치지울 수 있는데, 상대적으로 노인이 전체 인구의 다수를 차지하고 있다고 하더라도 현재 그 사회에서 노인이 처해있는 상황을 고려할 때 소수자로 인식될 수 있는 가능성은 여전히 남아있다고 할 것임. 이와 같이 노인을 소수자로 볼 경우 헌법상 평등권과 사회적 기본권 실현이 구체적으로 문제될 수 있음.

- 노인과 직 · 간접적인 관련을 맺고 있는 현행 법률로는 노인복지법, 노인장기요양보험법, 교통약자의 이동편의 증진법, 장애인 · 노인 · 임산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률, 기초연금법, 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률, 고령친화산업 진흥법, 저출산 · 고령사회기본법, 국민건강보험법, 국민연금법 등이 있음.

● 고령 사회에 적합한 노인의 개념

- 우리에게는 급속한 고령 사회로의 전환에 대응할 시간이 많이 없지만, 노인에 대한 과거의 보상 차원[6] 및 후속 세대들에 대한 현재 세대들의 책임 등의 측면에서 더 늦기 전에 지금부터라도 이에 대한 대비를 해야 할 것임.

- 노인 개념 정립의 필요성 : 노인문제의 해결을 위해서는 올바른 노인 개념의 정립이 그 출발점이 되어야 하는데, 많은 문제가 있음에도 불구하고 생활 연령(역연령)에 따른 노인의 개념은 아직까지 우리 사회에서 필요한 하나의 기준이라 생각하며 실제로 많이 사용되고 있음. 특히 법학의 입장에서 볼 때 생활 연령이 노인과 노인이 아닌 사람을 구분하는 하나의 기준이 될 수 있음은 쉽게 동의할 수 있을 것임.

6) 현재 우리나라 대부분의 노인들은 다른 선진국의 노인들에 비해 굉장히 어려운 시절을 보내온 것이 사실이며, 따라서 그들에게는 자신들의 미래에 대한 대책을 세울 개인적인 여력조차 남아 있지 않음. 결국 현재 세대의 이러한 분들에 대한 사회적 보호는 과거에 대한 보상의 차원에서라도 반드시 필요하다고 할 것임.

- 노인의 개념과 관련하여 생물학적 · 심리적 · 사회적 · 자각적 · 생활 연령의 측면에서 다양하게 살펴볼 수 있는데 어느 하나의 관점에서만 노인 개념을 정의하는 작업은 문제가 있음. 많은 문제가 있음에도 불구하고, 법학을 하는 입장에서 생활 연령(역연령)에 따른 노인의 개념이 필요한데, 이러한 생활 연령에 따른 노인의 개념은 ① 노인의 스펙트럼의 차별화, ② 노인 연령선의 점진적 상향화 등의 두 가지 측면에서 수정될 필요가 있음.

● 노인의 지위 : 노인들은 과거 전통사회와 달리 전통적인 권위를 상실하였으며, 사회적인 역할이 대부분 상실되기에 이르렀음. 즉 오늘날의 노인은 과거에 가졌던 가정에서의 권한과 위신, 그리고 권위마저 갖고 있지 못한 것이 사실이며, 현대사회는 높은 생산성과 효율성이라는 특성 때문에, 생산성이 낮고 기술적 적응이 더딘 노인들을 구조적으로 배제시켜 잉여노동력으로 만들었는데, 이와 같은 구조적 요인에 의하여 현대 산업사회에서의 노인들은 제도적으로 분리되고 격리되기에 이르렀음.

- 노인들은 산업화 과정에서의 가족제도가 핵가족제도로 변해감에 따라 가족 내에서 누렸던 가부장적 역할을 상실하였음. 또한 산업화 과정에서 나타나는 산업구조의 변화와 생산기술의 발전으로 인하여 젊은 세대들과의 경쟁에서 뒤쳐져 직업적 역할과 그에 따라 부수적으로 수행해 왔던 많은 사회적 역할들을 상실하였음. 이와 같은 여러 가지 역할상실로 인하여 노인들의 지위와 권위가 크게 하락하였으며, 노인들은 자아의 지지기반을 잃고 사회적 일체감을 상실한 채 부정적인 자아상을 갖게 되었음. 즉 많은 노인들이 적절한 역할을 확립하지 못한 채 방황하고 있는 상황임.

2. 사회문제로서 노인복지문제의 대두

(1) 사회문제의 개념과 한 유형으로서 노인문제

● 개념 : 사회문제란 사회의 규범, 가치, 윤리 등에 비추어 사회적 다수가 바람직하지 않다고 판단하거나 이들의 삶에 부정적인 영향을 미치므로 시정이 요구되는 사회현상을 뜻함.[7)]

7) 김종일 외, 『사회문제론』, 청목출판사, 2004, 14-15쪽. 사회문제는 개인문제와의 비교를 통해서 그 개념을 더욱 명확히 할 수 있는데, 이에 대해서는 C. W. Mills, The sociological imagination, New York: Oxford University Press, 2000, p. 8f. 밀즈는 여기에서 "personal troubles"와 "public issues"라는 개념을 구분하여 사용하고 있음.

● 사회문제의 한 유형으로서 노인문제[8] : 노인문제의 유형으로는 노인자살, 노인학대, 노인교통사고, 노인이동의 문제 등을 비롯하여 노인의 성(性) 문제, 노인의 재혼문제, 농어촌 고령화의 문제, 여성노인의 문제 등 다양한 것들이 제시될 수 있으며, 언급되지 않은 다양한 노인문제의 유형들이 새롭게 발굴될 수도 있음. 사회문제의 대부분이 그렇듯 개별적인 노인문제 역시 개별 문제에 국한되지 않고 상호 밀접하게 관련을 맺는다고 할 것임.

(2) 노인문제의 하나로서 노인복지문제

● 노인복지의 의미

– 노인복지란 노인이 복리(福利)적인 상태를 유지하도록 하는 사회적 활동으로 사회복지의 한 분야라 할 수 있음. 부연하면 노인이 인간다운 생활을 영위하면서 그들이 속한 가족과 사회에 적응하고 통합될 수 있도록 필요한 자원과 서비스를 제공하는데 관련된 공적 · 사적 차원에서의 조직적인 제반활동을 의미함.

● 노인복지의 논의 영역

– 노인복지의 논의 영역은 노인의 욕구를 기준으로 빈곤의 문제를 비롯하여, 주거의 문제, 보건의 문제, 근로의 문제, 교육의 문제 등으로 구분해 볼 수 있음.

– 이러한 영역 구분은 헌법상의 사회적 기본권의 하나라고 할 수 있는 인간다운 생활을 할 권리, 주거권, 보건(의료)권, 근로의 권리, 교육받을 권리 등과 밀접한 관련이 있음.

8) 노인문제가 사회문제인지에 대해서 "사람이 늙는 것은 생물학적 필연이며, 영양 수준의 개선과 현대 의학의 발전으로 사람의 평균수명은 지속적으로 증가하고 있어 노령화 사회를 피할 수 없다. 노인 인구의 증가는 사실 사회에 바람직하지 않은 면이 있다. 사회의 의존인구가 너무 커지면 사회경제적 부담을 증가시키고 사회 활력을 떨어뜨리게 만든다. 그러나 그렇다고 해서 이들 노인 인구를 사회문제로 규정할 수는 없다. 노인을 사회문제로 간주하면, 모든 인간은 늙는다는 점에서 모든 사람을 문제아로 규정하는 것이 된다"고 하면서도, "노인이 사회문제가 되는 것이 아니라 노령화로 인한 노인부양 부담의 증가(사회보장연금과 가족의 부양부담 등), 노인이 겪는 사회경제적 곤란과 건강문제 등이 사회문제가 된다"고 하는 견해도 있음. 이상 원석조, 『사회문제론』, 양서원, 2008, 36-37쪽.

3. 노인복지의 실현 방법

(1) 노인복지의 실현을 위한 두 가지 방식

- 노인복지를 어떻게 실현할 것인가의 문제, 즉 노인복지의 대상을 누구로 할 것인지와 관련하여 보편주의와 선별주의 논쟁이 있음.[9)]

(2) 보편주의(Universalism)

- 보편주의는 사회복지를 빈민이나 장애인과 같은 특정 집단뿐만 아니라 모든 국민이 봉착하게 되는 일상적 생활문제에 대한 대책으로 간주함. 즉 일상적 생활문제를 모든 국민이 한 번쯤은 위기에 빠질 수 있는 공통의 사회적 욕구로 봄. 따라서 빈민과 부자, 남성과 여성과 같은 사회적 범주에 따라 차등을 두지 않고 사회적 욕구를 보편적으로 충족시킬 수 있는 사회적 프로그램을 사회복지로 파악하게 됨.

(3) 선별주의(Selectivism)

- 선별주의는 엄격한 재산조사를 통해 원조의 필요성이 있다고 인정되는 소수의 집단만을 사회복지의 대상으로 선정한다는 것인데, 사회복지의 비용을 되도록 제한하려는 입장이라 할 수 있음. 대상자의 자격을 제한하기 위하여 재산조사를 중요한 도구로 활용하며 이 과정에서 동반되는 사회적 낙인과 열등감 및 굴욕감 등을 불가피한 것으로 봄.

(4) 소결 : 노인복지의 대상

- 보편주의와 선별주의 원칙은 분명하게 구분되는 이분법적인 선택원리가 아닌 복지정책의 대상과 급여수준에 따른 가능한 선택들의 연속체로 보아야 할 것임. 보편주의는 모든 국민을 포괄하지만, 보편주의가 다원화된 사회에서 모든 국민이 동일한 욕구를 가지며, 동일한 사회적 책임을 수행해야 하고, 동일한 형태의 급여를 받아야 한다고 주장하는 것은 결코 아님. 보편주의는 선별주의를 통해

9) 이에 대해서는 N. Gilbert and P. Terrell, Dimensions of social welfare policy, Boston: Allyn & Bacon, 2002, p. 89–93 참고.

서로 다른 필요를 인정하며, 서로 다른 기여를 할 수 있고, 서로가 다르다는 것을 기꺼이 받아들이는 보편주의가 되어야 할 것임.[10)]

- 노인은 경제적인 상태에 관계없이 사회적 · 심리적 욕구 등 공통적인 욕구와 발달과업을 가지고 있으므로, 이를 해결하기 위하여 65세 이상의 노인 전체에 대해 공통적으로 주어지는 보편적인 노인복지서비스가 필요함(보편주의).

- 한편으로 노인 개인의 경제적인 사정이 달라 경제적인 욕구의 정도도 다르다고 할 수 있는데, 사회적인 입장에서 비용의 절감과 효과성을 위해서 경제적 소득의 일정 수준 이하인 노인에 한정하여 선별적으로 혜택을 줄 필요성도 있음(선별주의).

- 결국 노인복지는 국가에 주어진 재정적 · 사회적 여건 속에서 노인의 욕구에 따라 보편주의 원칙과 선별주의 원칙을 적절하게 병행하여 적용해야 할 것임.[11)]

10) 윤홍식, 「보편주의 복지를 위한 시론-보편주의를 둘러싼 쟁점을 중심으로-」, 『한국행정학회』 (2010년 추계국제학술대회 자료집), 2010. 10, 773쪽.

11) 최성재·장인협, 『고령화 사회의 노인복지학』, 서울대학교 출판문화원, 2010, 329-330쪽.

III. 노인복지문제 해결의 (헌)법적 기초

1. 논의의 헌법적 기초 : 헌법의 기본원리로서 사회국가

(1) 사회국가의 등장 배경

- 사회국가(Sozialstaat)를 등장시킨 원인에 대해서 한마디로 이야기하기는 어렵지만, 하나의 예로 산업사회의 도래를 들 수 있음. 왜냐하면 사회국가 형성에 영향을 미친 것은 특정한 어느 하나의 원리나 국가관 등이 아니라, 여러 가지가 혼합되어 있기 때문임. 즉 "사회적"이라는 단어에는 여러 인권선언 이후 사회의 대변혁[12]의 산물인 우리 시대의 사회 상황이 반영되어 있기 때문임.

- 산업사회가 진행됨에 따라 도시 인구가 급격하게 증가하였고 이에 대한 자유주의적 사회정책의 실패는 많은 사회문제를 야기하였음. 특히 소수의 독점자본가는 점차 더 많은 부를 축적하는데 반해 다수의 근로대중의 생활은 더욱 비참하게 되었음. 이러한 근로대중의 빈곤 · 실업 · 질병 등의 문제가 더 이상 개인이나 자선단체의 도움으로는 해결할 수 없게 되었으며, 결국 사회적 약자를 보호하고 개인이나 집단의 이기주의에 대해 공공복리를 확보하여 정의를 실현하기 위하여 국가의 적극적인 활동이 불가피하게 되었음.[13]

(2) 사회국가의 개념과 법적 성격

- 사회국가의 개념 : 사회국가는 산업혁명 이후의 사회변동을 통하여 조건 지워진 여러 관계들을, 사회의 영역에서도 각자에게 인간의 존엄에 적합한 생활을 보장하고, 복지 수준의 차이를 좁히고, 종속관계를 제거하거나 조정하기 위하여, 개인에게 그의 인격의 발전과 자기책임에 필요한 균등한 기회를 보장

12) 예를 들어 독점자본주의의 등장, 세계경제의 흥망, 두 차례의 세계대전, 급속한 산업사회의 전개, 세계적인 환경오염, 급속한 인구증가 등을 들 수 있음.
13) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg: C. F. Müller, 1995, S. 93.

하는, 분배하고 급부하며, 지도하고 감독하며, 계획하고 형성하며, 고무하고 조장하는 국가라고 정의할 수 있음.[14)]

- 비교개념 : ① 복지국가(=급양국가: Versorgungsstaat), ② 사회주의국가(Sozialistischestaat, proletarische Klassenstaat)

● 사회국가의 법적 성격 : 사회국가의 법적 성격이 무엇인지에 대하여 그동안 많은 논란이 있어 왔는데, 이러한 논란은 크게 사회국가의 규범적 성격을 부정하는 견해와 긍정하는 견해로 나누어 살펴볼 수 있음.

- 규범성을 부정하는 견해 : 헌법에서 사회국가를 명시적으로 규정하고 있다 하더라도 그러한 헌법규정의 규범적 성격을 부인하는 견해임. 예를 들어 사회국가 규정은 "장식적인 용어"라거나 "실체 없는 백지개념"(substanzloser Blankettbegriff) 혹은 "프로그램규정"(Programm)에 지나지 않으며, 법적으로 아무런 의미가 없고, 국민에게 어떠한 기대권이나 주관적 공권을 부여하는 것이 아니기 때문에 그것은 하나의 "정치적 선언"(politische Manifestation)에 불과하다고 하는 견해임.

- 규범성을 긍정하는 견해 : 이는 사회국가가 모든 국가권력에 대해 의무를 부과하는 헌법규범으로서 직접적인 효력을 갖는 법규범이라 하여 규범적 성격을 긍정하는 견해임. 이는 독일과 우리나라의 학계와 (연방)헌법재판소의 일반적인 경향이라 할 수 있음. 예를 들어 사회국가 규정을 "국가목표규정"(Staatzielbestimmung)으로 이해하는 견해, 모든 법규범의 "해석지침"(Auslegungsmaxime)으로 이해하는 견해, "헌법을 구성하는 근본결단"(verfassungsgestaltende Grundentscheidung)으로 이해하는 견해, 국가의 "구조원리"(Strukturprinzip)로 이해하는 견해, "헌법원리"(Verfassungsprinzip)로 이해하는 견해 등이 있음.

- 소결 : 사회국가는 모든 국가권력의 담당자에게 적극적인 사회형성을 통해 사회적 대립을 조정하고, 그렇게 함으로써 정의로운 사회질서를 마련하도록 그에 상응하는 권한과 의무를 부여하는

14) 홍성방, 『헌법학(상)』, 박영사, 2010, 201쪽.

직접적 효력을 가진 헌법지침적 · 수권규범(授權規範)적 성격을 갖는다고 할 수 있음. 사회국가는 정의로운 사회질서라는 하나의 목표에 대해서만 천명하고 있을 뿐 그러한 목표를 달성해 나가는 구체적인 방법에 대해서는 침묵하고 있기 때문에 헌법이 예정하는 사회국가의 범주 내에서 입법부에 광범위한 형성의 자유가 주어진다고 하겠음.

(3) 사회국가의 한계

- 사회국가의 한계에 대해 다양한 표현상의 차이가 있음에도 불구하고 ① 개념적 한계, ② 규범적 한계, ③ 현실적 한계를 제시할 수 있음.

  – 개념적 한계 : 사회국가는 사유재산이나 사기업을 전적으로 부인하거나, 또는 그것을 인정하면서도 과도한 조세를 통해 이를 지나치게 제한하여 국가가 모든 국민의 생활을 평준화하여 책임지는 방법으로 실현되어서는 안 됨. 즉 사회국가는 복지국가나 사회주의국가와는 그 개념을 달리하는 것임.

  – 규범적 한계 : 사회국가를 통해 사회적 정의, 사회적 안전, 사회적 통합을 실현해야 한다는 목적은 확정되었지만, 이러한 목적을 어떻게 실현할 것인가 하는 방법은 개방되어 있음. 사회국가를 어떻게 실현할 것인가는 일차적으로 입법자의 과제라 할 수 있고, 이에 따라 입법자는 국가과제에 관한 헌법규범으로서의 사회국가 범위 내에서 광범위한 정치적 형성의 자유를 갖게 됨.

  – 현실적 한계 : 사회국가의 실현을 위해서는 반드시 국가의 급부능력이 필요하며, 이러한 국가의 급부능력에 따라 사회국가는 그 한계를 맞이할 수밖에 없음. 따라서 국가는 적정한 경제 · 사회정책을 통하여 경제를 성장시키면서 사회국가 실현에 필요한 재원을 마련할 필요가 있음.

2. 노인과 헌법의 기본원리로서 사회국가

(1) 노인과 사회적 기본권

● 사회국가의 구체적 실현 모습으로서 사회적 기본권

- 사회국가원리는 사회적 시장경제질서와 사회적 기본권을 통해 구체적으로 실현될 수 있음. 따라서 사회적 기본권은 사회국가의 구체적 실현 형태의 하나로 이해할 수 있음.

- 사회적 기본권의 개념은 논하는 사람에 따라 다양한 시각 차이가 있는데, 이러한 다양한 견해들로부터 사회적 기본권의 본질적 징표들을 추출해 낼 수 있는데, 그것은 바로 "사회적 약자에 대한 국가의 우선적 보호"와 "국가의 적극적인 활동의 필요성(국가의 적극적인 보호)" 등임.

● 사회적 기본권의 주체로서 노인

- 사회적 기본권을 사실적 자유로 이해한다면, 사실적 자유를 필요로 하는 모든 노인은 사회적 기본권의 주체가 될 수 있음. 따라서 사회적 기본권을 생존에 필수적인 최소한의 물질적인 것으로 국한하여, 오로지 그런 것들을 필요로 하는 주체들인 사회적 약자인 가난한 노인만을 사회적 기본권의 주체로 한정할 필요는 없음. 물론 생존에 필수적인 최소한의 물질적인 것들조차 향유하지 못하는 사회적 약자인 가난한 노인들이 사회적 기본권을 우선적으로 보장받아야 할 주체들임은 틀림없는 사실임.

- 사회적 기본권이 보장되어야 하는 모든 노인들 가운데, 사회적 약자인 가난한 노인들이 우선적으로 보호받을 수 있도록 배려하면서도, 사회적 기본권의 또 다른 주체인 부유한 노인들도 함께 고려될 수 있도록 관련 제도를 재구성하는 것이 필요하다고 봄.[15)]

15) 이준일, 『헌법과 사회복지법제』, 세창출판사, 2010, 11-12쪽 참고. 이는 노인복지의 대상을 어느 범위로 설정할 것인가 하는 문제로 "보편주의"와 "선별주의" 논쟁과 그 맥락을 같이 함.

(2) 사회국가적 과제의 대상으로서 노인

● 사회국가의 내용 : 사회적 정의의 실현, 사회적 안전망의 구축, 사회적 통합(soziale Integration)의 실현

– 사회적 정의의 실현 측면 : 사회적 약자의 최저생활을 보장하고 정의로운 사회질서를 형성하기 위해 국가가 각종 제도를 마련하고 조치를 취할 의무를 지게 되는 사회국가의 내용에 노인복지의 문제는 당연히 포함됨. 왜냐하면 고령으로 인해 신체적 · 사회적 · 경제적 능력이 저하된 노인의 경우 사회국가의 대상인 사회적 약자에 해당하며, 노인과 관련되어 제기되는 각종 사회문제를 해결하는 것이 사회적 갈등의 해소를 통한 정의로운 사회질서의 형성에 기여하기 때문임.

– 사회적 안전망의 구축 측면 : 국가는 국가에게 주어진 재정능력의 범위를 고려하여 노인이 생활할 만한 여건을 조성함으로써 노인의 생활능력을 강화시켜 주고 적절한 생활수준을 유지할 수 있도록 해야 함. 이는 특히 노인의 주거나 보건, 그리고 사회 기간시설 등과 같은 생활의 기본적 수요에 부응하는 조치를 취해야 함을 의미함. 또한 국가는 사회적 안전망을 확고히 구축하기 위하여 노인의 생활여건을 조성함에 부합하는 통화와 경제 및 문화 정책 등을 펴야 하며 이들이 잘못된 방향으로 전개되는 것을 방지해야만 함. 한편 국가는 고령으로 인하여 개인적 · 사회적 활동에 지장이 있는 노인들을 위해 사전예방적 · 사후구제적으로 보호수단을 마련하고 유지할 필요가 있는데, 이것의 중심은 보험제도가 될 것이며, 보험제도의 구체적인 내용은 입법을 통하여 이루어지게 될 것임.[16)]

– 사회적 통합의 실현 측면 : 고령화 사회에서는 생산가능한 부양 인구와 피부양 노인 인구간의 갈등이 심각하다고 할 수 있음. 왜냐하면 고령화 사회가 심화됨에 따라 생산가능 인구의 노년부양비가 크게 증가[17)]할 것이기 때문에, 노인의 노후보장을 둘러싼 세대간 갈등이 첨예화될 것으로 예상됨. 따라서 국가는 이와 같은 영역에서의 세대간 갈등을 해소하기 위한 지속적인 노력을 전개해야 함. 이러한 국가의 노력은 노인근로 영역에서 나타나는 다양한 문제들에 대한 개선을 통해서 어느

16) 홍일선, 「고령사회를 대비한 헌법적 논의-국가의 노인보호의무와 노인의 사회적 기본권을 중심으로-」, 『공법학연구』 제9권 제2호, 한국비교공법학회, 2008. 5, 144-145쪽.

17) 2017년 노년부양비(65세 이상 인구/15~64세 인구 × 100)는 18.8명으로 65세 이상 고령자 1명에 대해 생산가능인구(15~64세 인구) 5.3명이 부양함. 저출산 및 기대수명의 증가 등으로 65세 이상 고령자가 많아지면서 노년부양비 증가 속도가 빨라짐. 구체적인 내용은 통계청 보도자료, 「2017고령자 통계」, 2017. 9. 26. 참고.

정도 달성될 수 있을 것이지만, 세대간 갈등을 근본적으로 해결하여 사회적 통합을 이루기 위해서는 노인교육이 필수적이라 할 수 있음. 노인교육이라 함은 "노인을 위한 교육"을 포함하여 "노인에 관한 교육"과 "노인에 의한 교육"을 모두 포함하는 개념임.

(3) 그 외 노인의 기본권(평등권 및 재산권 등) 문제

● 노인의 평등권 실현 문제

- 노인의 평등권 침해 여부와 관련해서는 노인을 노인이 아닌 사람과 비교하여 근로영역에서 차별하는 경우, 사회보장수급권자의 자격을 결정함에 있어 개인의 생활수준에 따라서만 결정하지 않고 부양의무자의 존재 여부와 부양능력의 존재 유무에 따라 결정하는 경우 등이 있음.

- 이 외에도 국민연금의 가입 대상을 연령 기준으로 제한하여 노인을 차별하는 경우, 도시지역과 농 · 어촌 지역 노인간의 문화 · 여가 · 의료시설 등의 접근권 측면에서 차별하는 경우[18] 등 노인의 평등권 침해 여부와 관련된 다양한 사안들을 생각해 볼 수 있음.

● 노인의 재산권 실현 문제

- 사회가 점차 발달하면서 핵가족화가 확대되었으며, 이로 인하여 전통적으로 노인을 부양해 오던 가족의 기능이 크게 약화되었고, 그럼에도 불구하고 연금 등에 의한 공적 · 사적 노후소득보장제도는 여전히 당사자들의 기대에 크게 미치지 못하는 상황임. 따라서 노인들이 안정적으로 생존해 나가기 위해서는 그들(특히 저소득 고령자)의 생계비를 안정적으로 지원할 수 있는 제도적 장치가 필요하다고 하겠음.

- 경기악화와 더불어 국민연금을 비롯한 사회보험 재정의 악화로 국민들 가운데 많은 사람들이 사회보험수급권이 안정적으로 유지될 수 있을지에 대해 의문을 제기하고 있음. 이는 국민연금법 등 사회보험이 강제보험으로서 자신의 의사와는 관계없이 가입이 강제되고 있다는 점에서 국민들

18) 지역별 노인차별과 관련해서는 국가인권위원회, 『노인에 대한 사회차별 실태조사: 개인적 및 제도적 차별경험을 중심으로』, 2006, 78쪽 이하 참고.

에게 불만의 대상이 되고 있는 것임. 그리고 이러한 문제제기는 과연 국민연금을 비롯한 공적연금이 헌법상 기본권의 하나인 재산권의 보호대상이 될 수 있는가 하는 점임.

- 현재 전체 고령자의 총 재산에서 금융재산 비중은 매우 낮은 반면, 부동산 비중은 절대적으로 매우 높음. 즉 고령자들 중 많은 수가 부동산을 소유하고 있음. 그런데 부동산의 특성상 일상생활에서 이를 활용하기란 그다지 용이하지 않음. 따라서 더욱 심각해져 가고 있는 고령화 사회에 대비하여 고령자의 보유 부동산의 재산 가치를 최대한으로 활용하여 그들의 생계비를 실질적으로 지원할 수 있는 제도적 장치가 필요하다고 하겠는데, 그 중심에 주택연금제도 등이 있음.[19] 이는 국민연금 등 공적 노후 소득보장제도가 고령자의 생계비로 불충분하다는 점을 감안하여, 공적 노후 소득보장제도를 보완하는 하나의 방안으로 활용할 수 있을 것임.

3. 노인복지법제의 합헌성 판단기준으로서 과소금지원칙

(1) 과소금지원칙의 개념

- 일반적으로 학계와 헌법재판소는 "과잉금지원칙"(Übermaßverbot)을 가지고 모든 공권력 작용에 대한 헌법적 심사기준으로 사용하여 왔음.[20] 이는 근대입헌주의국가에서 국가의 역할은 최소한에 그쳐 국민의 자유와 안전을 지켜주는 소극국가에 머물러야 한다는 사상에 기인함.

- 그러나 현대입헌주의국가에서는 국민의 복지와 안전 등을 위하여 국가의 적극적인 역할이 더욱 강조되고 있음. 이러한 국가의 기능변화는 전통적인 국가권력 개입의 한계를 판단하는 과잉금지원칙과는 별도로, 국가권력 개입의 당위성을 판단해 주는 기준의 요청으로 이어짐.

19) 주택연금제도는 먼저 민간 분야에서 시작되었음. 민간 분야에서 시작된 주택연금제도는 현재 한국주택금융공사의 주관 하에 시행되고 있음. 주택연금제도는 주택은 있으나 특별한 소득이 없는 경우, 고령자가 주택을 담보로 자신이 사망할 때까지 자택에 거주하면서 노후 생활자금(생계비)을 연금 형태로 지급받고, 그가 사망하면 금융기관이 해당 주택을 처분하여 그동안의 대출금(연금)과 이자를 상환받는 방식으로 이루어짐. 주택연금제도에 대한 구체적인 소개는 한국주택금융공사 홈페이지(http://www.hf.go.kr) 참고.

20) 물론 헌법재판소는 "과잉금지원칙"을 비롯하여 "비례의 원칙", "비례성의 원칙", "비례보호의 원칙", "과잉입법금지의 원칙" "과잉제한금지원칙" 등 다양한 용어들을 사용하고 있음.

– 즉, 국가의 적극적인 행위(=작위)가 요청되는 영역에서, 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 하회하는 국가의 행위는 금지된다는 원칙이 과소금지원칙(Untermaßverbot)임.[21]

(2) 노인복지법제와 과소금지원칙

- 헌법상 국가에게 부과되는 노인복지에 관한 의무는 입법자가 노인복지에 관한 법률(노인복지법제)을 제정함으로써 구체적으로 형성됨.

- 입법자는 노인복지에 관한 법률을 제정하는 과정에서 급부가 제공되어야 하는 대상(사회적 기본권의 주체)을 축소한다든지, 제공되는 급부의 범위와 수준(사회적 기본권의 대상과 보호정도)을 감축하는 행위를 함으로써 노인의 사회적 기본권을 제한할 수 있음. 이 과정에서 입법자는 헌법이 요청하는 기준을 넘어 지나치게 적게 자신의 과제를 실현하는 것이 금지됨.

- 이러한 헌법적 요청을 입법자가 충족했는지의 여부는 어떤 절대적인 기준에 따라 판단될 수는 없음. 입법자의 의무이행 여부를 판단하는 헌법상 기준인 과소금지원칙에 따르면, 입법자의 의무이행 여부는 사회적 기본권과 충돌하는 다양한 가치들에 따라 달리 결정되기 때문임.

- 노인복지법제는 노인의 사회적 기본권을 구체화하는 것임. 노인의 사회적 기본권에 의해 요구되는 물적 토대(재정 및 시설 등)의 최적 수준, 다시 말해 현실적으로 실현가능한 수준은 사회적 기본권과

21) 견해에 따라서는 과소금지원칙과 과잉금지원칙은 동전의 앞뒷면과 같다고 보아 과소금지원칙의 독자성에 의문을 제기(정문식, 「생명윤리법상 국가의 기본권 보호의무」, 『공법학연구』 제8권 제3호, 한국비교공법학회, 2007. 8, 178-180쪽 참고)하기도 함. 하지만 국가가 부작위하는 경우 과잉금지원칙이 헌법적 심사기준으로 작동하지 못하는 반면 과소금지원칙은 작동할 수 있다는 점, 과잉금지원칙이 국가의 기본권 제한 유발 행위를 하지 말 것을 요구하는 반면 과소금지원칙은 기본권 피해자의 기본권보호를 위해 국가가 일정한 행위를 해 줄 것을 요구한다는 등의 관점에서 과소금지원칙의 독자성을 긍정하는 것이 타당하다고 생각함(이상경, 「국가의 기본권보호의무와 그 위반여부의 심사기준으로서의 과소보호금지원칙」, 『고시계』 제54권 제7호(통권 제629호), 고시계사, 2009. 6, 73-74쪽; 이부하, 「비례성원칙과 과소보호금지원칙」, 『헌법학연구』 제13권 제2호, 한국헌법학회, 2007. 6, 290-291쪽. 다시 말해 기본권은 기능에 따라 방어권(Abwehrrecht), 급부권(Leistungsrecht), 평등권(Gleichheitsrecht)으로 구체화된다는 점, 그리고 다수의 관련 문헌과 헌법재판소의 결정 등에 비추어 볼 때 과소금지원칙의 독자성을 긍정하는 것이 타당하다고 생각함. 한편 기본권 제한의 실질적 정당화를 위한 헌법원칙으로 "비례성원칙"을 제시할 수 있는데, 이 비례성원칙은 방어권의 경우 과잉금지원칙으로, 급부권의 경우 과소금지원칙으로 구체화될 수 있음. 즉 국가에 대한 소극적 행위(=부작위)를 청구하는 기본권을 제한하는 경우에 비례성원칙은 과잉금지원칙으로 해석되며, 국가에 대한 적극적 행위(=작위)를 청구하는 기본권을 제한하는 경우에 비례성원칙은 과소금지원칙으로 해석됨. 구체적인 내용은 이준일, 「기본권의 기능과 제한 및 정당화의 세 가지 유형」, 『공법연구』 제29집 제1호, 한국공법학회, 2000. 11, 101-121쪽 참고)

충돌하는 다양한 가치들에 따라 상대적으로 달리 확정됨. 따라서 입법자는 노인의 사회적 기본권의 구체적 내용을 결정하면서 사회적 기본권을 고려함과 동시에 국민 전체의 소득 수준과 생활수준, 국가의 재정규모와 정책, 국민 각 계층의 상충하는 갖가지 이해관계 등 다양한 요소들을 함께 고려하게 됨.

- 결국, 노인의 사회적 기본권의 구체적 내용 형성에 대한 일차적인 권한은 입법자가 가짐. 하지만 입법자에게 노인의 사회적 기본권을 구체적으로 형성할 수 있는 폭넓은 재량이 부여된다고 하더라도 헌법적 요청이라 할 수 있는 "최소한도의 조치"를 하회하는 입법형성은 금지된다 할 것이고, 이는 바로 입법형성의 한계로서 과소금지원칙이 기능하고 있음을 의미함.[22)]

22) 이는 과소금지원칙이 "입법자의 형성의 자유에 대한 하한을 설정해준다"는 지적과 동일한 맥락임. 이 지적은 이부하, 「비례성원칙과 과소보호금지원칙」, 『헌법학연구』 제13권 제2호, 한국헌법학회, 2007. 6, 293쪽.

Ⅳ. 노인복지문제와 관련한 일반적인 사회적 기본권

1. 노인복지법제의 핵심 요소

(1) 노인복지의 공급주체

- 노인복지의 공급주체란 노인복지제도를 형성하고 집행하는 과정에서 어떤 조직이 주도적 역할을 담당하는가의 문제인데, 일반적으로 국가를 노인복지의 공급주체로 보는 견해가 지배적임.

(2) 노인복지의 전달체계

- 노인복지의 전달체계란 노인복지서비스 대상자에게 필요한 것을 전달하는 조직적 장치(서비스 전달망)를 의미하는데, 이는 노인복지의 급여나 서비스를 대상자에게 어떻게 효율적으로 전달하여 그들의 욕구를 효과적으로 충족시킬 것인가의 문제임.

(3) 노인복지의 재원(재정)

- 노인복지의 재원이란 노인복지를 실현하는데 있어 사용되는 제반 비용과 관련되는 것을 의미하는데, 이는 노인복지의 목표를 달성하기 위하여 필요한 재원을 어떤 방식으로 얼마만큼 확보하고 확보된 재원을 어떻게 배분할 것인가의 문제라고 할 수 있음.

(4) 노인복지의 급여

- 노인복지의 급여란 노인복지정책의 선택 결과 "무엇을" 노인복지 대상자에게 전달할 것인가 하는 문제인데, 급여는 노인복지정책 결정의 최후의 산물(product)이며, 이는 노인복지정책을 통하여 달성하려는 정책목표[23]에 따라 그 내용과 형태 및 수준이 결정됨.

23) 노인복지정책의 목표로는 예방(prevention), 재활(rehabilitation), 보상(compensation) 등이 있음.

2. 노인빈곤과 일반적인 사회적 기본권으로서 “인간다운 생활을 할 권리”

(1) 빈곤의 개념과 유형

- 빈곤의 개념 : 사전적 의미로 빈곤은 기본적인 욕구가 충족되지 않은 상태를 말함. 빈곤은 매우 추상적인 개념이며 사회적인 합의를 이끌어내기 어렵기 때문에, 빈곤 기준선(poverty line)이라고 하는 어떤 기준을 정하여 빈곤 여부를 판단하게 됨.

  – 다양한 빈곤 개념 : 객관적 빈곤과 주관적 빈곤, 절대적 빈곤과 상대적 빈곤, 정책적 빈곤 등

- 헌법적 관점에서 빈곤의 개념 : 우리 헌법은 빈곤자를 “생활능력이 없는 국민”으로 표현하면서(제34조 제5항), 국가에 대해 빈곤자의 생활을 보호해야 할 의무를 부과할 뿐만 아니라, 사회적 기본권 등을 통하여 빈곤자가 국가를 상대로 자신의 생활을 보호해주도록 요구할 수 있는 권리를 부여함.

  – 이와 같이 헌법이 표현하고 있는 생활능력이 없는 국민(빈곤자)인지 여부를 판별하기 위해서는 다양한 빈곤 개념들이 사용되어야 함. 헌법은 객관적 빈곤을 전제로, 절대적 빈곤으로부터 국민을 보호해야 할 의무를 국가에게 부담시키고, 이에 상응하는 권리를 국민에게 부여하고 있음. 중요한 점은 어떤 식으로든 빈곤에 대한 헌법적 개념과 기준이 구성될 수 있다면, 이는 법률로써 빈곤의 개념과 기준을 구체화하는 입법자를 구속하게 되는 것임.[24)]

(2) 노인빈곤의 문제

- 빈곤은 인간의 생존 자체를 위협하고, 개인을 사회로부터 배제하여 사회적 일원으로서의 존재를 부인하고, 다른 개인과의 관계까지도 파괴하는 결과를 가져옴. 이렇듯 빈곤은 빈곤 그 자체로 끝나는 것이 아니라 그것이 원인이 되어 다양한 사회문제들을 야기함.

  – 노인이 되면 다양한 문제들을 겪게 되는데, 이러한 다양한 문제들 가운데 특히 경제적인 어려움과 건강문제가 가장 심각하다고 할 것임. 이 중에서도 경제적인 어려움은 노인의 생계와 직접적인

24) 이준일, 『헌법과 사회복지법제』, 세창출판사, 2010, 76-77쪽.

관련이 있을 뿐만 아니라 건강문제와 여가활동 등 일상생활 전반에 영향을 미치게 됨. 이와 같은 노년기의 경제적 어려움은 퇴직에 의한 소득상실과 사회보장제도의 미흡에서 그 원인을 찾을 수 있음.

- 따라서, 노인일자리 확대 등을 통하여 퇴직 이후에도 건강한 노인에게는 지속적으로 근로 기회를 제공함으로써 퇴직에 의한 소득상실을 최소화할 필요가 있음.

(3) 노인빈곤의 해소를 위한 기본권으로서 인간다운 생활을 할 권리

- 인간다운 생활을 할 권리의 개념

  - 헌법 제34조 제1항은 "모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다"고 규정함. 여기에서 인간다운 생활을 할 권리가 무엇을 의미하는지는 "인간다운 생활"의 구체적 의미에 따라 그 개념이 달라짐.

  - 우선 인간다운 생활을 할 권리를 최소한의 물질적 급부를 청구할 수 있는 권리로 이해하는 견해가 있고, 다음으로 인간다운 생활을 할 권리를 건강하고 문화적인 생활을 위한 최저한도의 급부를 청구할 수 있는 권리로 이해하는 견해가 있음.

- 인간다운 생활을 할 권리의 법적 성격 : 사회적 기본권을 포함한 모든 기본권을 '원칙'(principle, Prinzip)으로 이해하여, 인간다운 생활을 할 권리를 법적 구속력이 있는 잠정적인 효력을 가지는 주관적 권리로 구성.

(4) 인간다운 생활을 할 권리의 구체화로서 노인복지법제

- 노후소득보장제도의 체계 : 현행 노후 소득보장제도로는 크게 '공적' 노후 소득보장제도와 '사적' 노후 소득보장제도로 대별됨. 현행 노후 소득보장제도는 다층적인 구조로 이루어져 있음.

  - 공적 노후 소득보장제도 : 공공부조 성격의 국민기초생활보장급여와 기초연금, 그리고 강제가입 요건의 사회보험인 국민연금 등

- 사적 노후 소득보장제도[25] : 직장 가입자를 중심으로 이루어지는 법정퇴직금제도(퇴직연금, 기업연금)와 개인연금 등

- 이 외에 공무원, 군인, 사립학교 교직원 등 특수직역 근로자는 개별 법률에 따라 별도의 직역별 연금체계에 가입하도록 제도화 되어 있음.

〈표 2〉 현행 노후 소득보장제도의 체계

<table>
<tr><td>4단계</td><td colspan="2">개인연금</td></tr>
<tr><td>3단계</td><td>퇴직금(퇴직연금, 기업연금)</td><td>퇴직수당</td></tr>
<tr><td rowspan="2">2단계</td><td>국민연금</td><td rowspan="2">공무원연금
군인연금
사립학교 교직원 연금
별정 우체국 직원 연금</td></tr>
<tr><td>기초연금</td></tr>
<tr><td>1단계</td><td colspan="2">(빈곤 기준선)
국민기초생활보장제도</td></tr>
</table>

● 노후 소득보장을 위한 노인복지법제의 내용

- 국민기초생활 보장법에 근거한 최저생계비제도

- 국민연금법에 근거한 노령연금제도

- 기초연금법에 근거한 기초연금제도

25) 사적 노후 소득보장제도는 공적 노후 소득보장제도에 추가하여 개인의 노후 소득보장 요구를 충족하기 위한 제도임. 과거에는 소득의 소비형태가 주로 생존유지 및 교육 등과 같은 1차적 생활조달을 중심으로 이루어져 왔으나, 이제는 과거와 달리 노후 소득을 미리 확보하기 위한 개인의 요구가 점점 커지고 있는 상황임.

● 노후 소득보장제도의 헌법적 평가

– 노인빈곤의 해소를 위하여 국민기초생활 보장법, 국민연금법, 기초연금법 등에서 다양한 노후 소득보장제도들을 가지고 있음. 물론 국민기초생활 보장법의 경우처럼 오로지 노인만을 그 대상으로 하지 않는 경우도 있음.

– 입법자는 헌법 제34조 제1항, 동조 제4항, 동조 제5항을 구체화하여 노인에 대한 국가의 보호를 수행하고 있는 것임. 그리고 입법자가 이와 같은 사회적 기본권을 구체화하는 법률을 제정함에 있어서는 광범위한 재량을 갖기 때문에 법률의 내용이 헌법에 위반되었다고 쉽게 단언할 수는 없음. 하지만 헌법이 요청하는 기준을 형해화할 정도의 법률 제정은 금지된다고 할 것임.

– 예를 들어 급부의 수준이 지나치게 부족하여 전혀 노인의 현실을 반영하지 못한다고 판단될 경우 헌법에 위반되었다고 선언할 수 있을 것임. 따라서 입법자에게는 헌법적 요청이 제대로 구현될 수 있도록 국가의 재정규모 등을 고려하여 최저생계비와 기초연금 등의 급여를 현실화하려는 노력이 필요하다고 할 것임.

Ⅴ. 노인복지문제와 관련한 개별적인 사회적 기본권

1. 노인주거와 주거권

(1) 노인주거의 문제

- 주거(housing)는 인간의 가장 기본적인 욕구 중의 하나로서 원만한 가정생활, 안전, 교육, 건강, 정서적 안정 등의 확보에 필수적임. 따라서 적절한 주거[26](adequate housing) 보장은 인간 생애와 생활의 전 부문에 걸쳐 매우 중요하고, 특히 소득과 건강의 측면에서 가장 어려운 시기인 노년기의 주거 안정은 그 어느 때보다 중요함.

- 노인의 주거문제는 가족제도와 밀접한 관련을 맺음. 전통적인 대가족제도가 그 중심을 이루던 과거에는 노인의 주거문제가 사회적으로 별로 이슈화되지 않았으나, 가족제도 자체가 핵가족화한 오늘날에는 노인의 주거문제가 사회적으로도 크게 이슈화되고 있는 실정임.

(2) 주거의 개념과 주거권

- 주거의 개념 : 주거란 주택을 기반으로 하여 형성된 관계로 가정생활이나, 사회적 관계, 문화적 관계 등의 요소를 포함하는 인간의 사회적 생활관계를 의미한다는 점에서, 단순히 인간이 거주할 수 있는 물리적 시설물이라 할 수 있는 "주택"이라는 개념과는 구별됨. 이처럼 주거와 주택이 개념상 구별된다고 하더라도, 주거라는 개념의 기본이 주택이라는 점은 부인할 수 없음.

26) UN 인간정주위원회의 제2차 회의(1996)에서 채택된 의제(Habitat Agenda)는 이 개념에 대해 다음과 같이 설명하고 있음. 즉 "적절한 주거란 단지 머리를 가릴 수 있는 지붕만을 의미하는 것이 아니다. 적절한 주거란 적절한 사생활 보호, 적절한 공간, 물리적 접근성, 적절한 안전성, 점유 안정성, 구조적인 안정성과 내구성, 적절한 조명·난방·환기, 물 공급과 위생 및 쓰레기 처리 시설과 같은 적절한 기반시설, 바람직한 환경의 질과 건강에 관련된 요소들, 일자리와 기본적인 편의시설에서 멀지 않은 적절한 입지 등을 의미하며, 이 모든 것이 부담할 만한 적절한 지출을 통해 이용될 수 있어야 한다. 여기서 적절함이란 관련된 모든 사람들이 함께 결정해야 할 것이고, 이 때 점진적으로 발전한다는 전망을 가지고 있어야 한다. 적절함이란 가끔 나라에 따라 다를 수 있는데, 이는 적절성이라는 것이 특수한 문화·사회·환경·경제적 요인들에 의해 결정되기 때문이다. 또한 여기에는 유해 물질에 여성과 아이들이 노출되는 것과 같이 성이나 연령에 따라 특별하게 다루어져야 할 요소들도 충분히 고려되어야 한다"고 함. 이상 UN Conference on Human Settlements, The Habitat Agenda(Istanbul Declaration on Human Settlements), 1996, para. 60.

- 인간의 주거욕구의 다양한 측면 : ① 생리적 욕구, ② 경제적 욕구, ③ 사회적 · 문화적 욕구

● 기본권으로서 주거권 보장

- 주거와 관련하여 헌법은 3개의 조문을 두고 있음. 헌법 제14조 및 헌법 제16조, 그리고 헌법 제35조 제3항의 "국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다"는 규정이 그것임.

- 이 중 주거권의 헌법직접적 근거는 사회적 기본권으로 분류되는 헌법 제35조 제3항에서 찾아야 함.[27)]

(3) 노인주거 문제의 특수성과 문제 해결의 원칙

● 노인주거 문제의 특수성

- 생물학적 생존의 기본터전 : 안락하고 안전한 주택을 갖고자 하는 욕구는 적절한 소득을 유지하고 적절한 의료적 보호를 받고자 하는 욕구와 더불어 노인에게 있어 가장 기본적인 욕구임.[28)]

- 주거중심의 사회적 관계 형성 : 직장에서 퇴직한 노인은 사회생활의 주된 무대를 상실하였기 때문에, 사회적 관계의 중심지가 자신이 거주하는 지역사회 내의 주택이 될 가능성이 매우 높음. 따라서 사회적 제 관계를 지속적으로 유지할 수 있도록 하는 지역사회의 인간적인 생활의 장으로서의 노인주거 보장의 필요성이 제기됨. 또한 많은 노인들이 심신의 질병으로 인하여 허약해지고 장애를 갖게 됨에 따라, 일상생활을 영위함에 있어 지장을 받을 수 있고, 그로 인하여 주거지 내 · 외에서 안전사고의 발생가능성도 높아지게 됨. 따라서 노년기에 나타나는 생활상의 장애를 제거함과

27) 물론 주거권을 독자적인 기본권으로 인정하는 견해는 그리 많지 않음. 그 이유는 바로 형식적인 관점에서 볼 때 헌법이 환경권과 동일한 위치에서 주거권을 규정하고 있기 때문임. 즉 "주거의 권리를 환경권의 내용으로 규정한 것은 매우 이례적인 것이지만 아마도 쾌적한 주거환경이라는 관점에서 환경권과 관련시켜 규정한 듯하다. 어쨌든 쾌적한 주거생활권도 환경권의 내용으로 고찰할 수밖에 없다"고 하여 쾌적한 주거생활권을 환경권의 한 내용으로 파악하고 있음. 이상 계희열, 『헌법학(중)』, 박영사, 2007, 797쪽 이하 참고.

28) A. J. Kahn and S. B. Kamerman, Social services in international perspective: The emergence of the sixth system, Philadelphia: Temple University Press, 1976, p. 247-249.

동시에, 보건 · 의료 및 사회복지서비스와의 연계를 통하여 노인이 거주하는 지역사회의 주택에서 안전하고 쾌적하면서 자립된 생활을 할 수 있는 주택의 구조와 환경조성의 필요성이 제기됨.[29)]

- 사회적 관계망의 구축 기반 기능 담당 : 노인에게 있어서 주거는 개인적인 경험과 추억을 저장하고 사회적 관계망을 구축하고 유지하는 도구가 됨.

● 노인주거 문제 해결의 원칙

- 연속성의 원칙
- 안전성의 원칙
- 건강성의 원칙
- 요양 및 재활성의 원칙
- 다양성의 원칙

(4) 주거권의 구체화로서 노인복지법제

● 노인의 주거권 실현을 위한 노인복지법제의 내용

- 노인복지법 : "노인전용주거시설"(동법 제8조), "노인주거복지시설"(동법 제31조) 및 "양로시설", "노인공동생활가정", "노인복지주택"(동법 제32조) 등
- 소득세법 및 동법시행령, 주택공급에 관한 규칙 등 : 노인의 가족동거를 장려함으로써 노인주거 문제를 해결하고자 하는 제도로는 자식이 부모를 모시고 사는 경우에 인정되는 소득세 공제제도, 양도소득세 면제제도, 입주자선정시 직계존속부양자에 대한 특례제도 등

29) 조임영, 『고령사회와 노인복지법제의 체제 개선』, 한국법제연구원, 2004, 40쪽.

- 노인의 주거는 노인의 신체적 특성에 맞게 노인친화적으로 개조되고 시설이 갖추어져 있어야 안전사고를 줄이는 한편, 심리적인 위축 없이, 주변인의 도움을 받지 않고 자립적으로 공간이동 등의 생활을 할 수 있음 : 이와 관련하여, 국민기초생활 보장법의 주거급여제도(극빈층의 노인에 해당)를 비롯하여, 과거 건설교통부(현재는 국토교통부로 명칭이 바뀜)가 2005년 12월 마련한 「노인가구 주택개조기준」[30]과 2007년 1월 마련한 「고령자용 국민임대주택 시설기준」 및 「고령자를 위한 공동주택 신축기준」 이 있음.

● 노인주거복지법제의 헌법적 평가

- 노인의 주거권 실현을 위한 현행 노인주거복지법제에 대한 평가 : ① 노인주거정책에 대한 국가 및 지방자치단체, 국민들의 인식 부족, ② 노인주거복지법제의 형식화, ③ 관할 행정부서의 이원화(노인주거문제와 관련하여 주택정책을 중시하는 국토교통부와 복지정책을 중시하는 보건복지부)로 인한 협조 부족 등

- 견해 차이는 있지만, 헌법 제35조 제3항을 비롯하여 UN의 경제적 · 사회적 · 문화적 권리에 관한 국제규약(A규약) 제11조 제1항 등에 비추어 볼 때 사회적 기본권으로서 주거권이 긍정된다고 할 것임. 이에 따라 입법자는 사회적 기본권으로서 주거권을 구체적으로 실현해야 할 임무를 부여받고 있음.

- 주거권을 구체적으로 실현해야 하는 입법자에게 광범위한 재량이 부여되어 있기는 하지만, 노인의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하지 않았다고 판단되는 경우 헌법에 위반됨을 선언할 수도 있을 것임.

- 노인의 주거권을 구체화하고 있는 현행 노인주거복지 관련 법제는 실질적으로 노인복지법이 유일하다고 할 수 있는데, 현행 노인복지법으로는 불완전한 입법일 수밖에 없음. 결국 사회적 기본권으

30) 위와 같은 노인주택 개조에 대한 지원과 관련하여 "개조 지원은 탈시설화(deinstitutionalization) 차원에서도 비용과 노인의 만족도 면에서 많은 장점을 가지고 있으나, 이는 전반적인 주택의 질이 일정수준 이상이어야 가능하므로 노인들이 불편을 느끼지 않도록 주택의 질을 높이기 위한 광범위한 주택정책 투자가 선행될 필요가 있다"는 지적이 있음. 이상 신화경·이준민, 『고령사회 노인주거지원정책에 관한 연구』, 『한국가정관리학회지』 제26권 제5호(통권 제95호), 한국가정관리학회, 2008. 10, 20쪽.

로서 노인의 주거권의 실질적 보장을 위해 노인의 주거복지를 구체적으로 실현할 수 있는 단행법 제정이 시급하다고 할 것임.

2. 노인보건과 보건권

(1) 노인보건의 문제

- 노인이 직면하는 일반적인 문제로 소득상실, 질병, 역할상실, 소외(고독) 등의 4중고(四重苦)가 언급됨.[31] 특히 다른 고통에 비해 노인에게 질병은 더욱더 큰 고통을 주며 최소한의 인간다운 삶을 영위하는데 치명적이라 할 수 있음. 왜냐하면 노인은 질병에 노출되었을 때 치료를 위한 비용마련으로 빈곤에 노출되는 것은 물론, 치료와 요양에 따른 부양 과중으로 말미암아 자녀들로부터 버림받아 역할상실과 소외(고독)까지 경험할 수 있기 때문

- 노인 인구의 증가와 더불어 노인성 질환의 증가는 많은 사회적 비용을 요구하고 있어, 노인의 건강문제는 개인에게는 물론 국가적으로도 커다란 사회적 의제라 할 수 있음. 따라서 대부분의 국가들은 의료보장 프로그램을 마련하여 시행하고 있음.

- 노인보건의 문제는 인간 삶의 마지막 단계라 할 수 있는 "죽음"과도 밀접한 관련을 맺음.

  - 노인복지가 노인의 생활을 원조하는 활동이라면, 여기에는 당연히 인간의 죽음에 대한 준비를 돕는 일도 포함. 이는 죽음에 직면해서 개인이 겪게 되는 고통과 염려를 본인이나 가족과의 상담을 통해서 완화시키거나 해결해 주는 일을 의미함. 이런 맥락은 "터미널 케어"(=임종 케어)에서 호스피스(hospice) 케어가 점차 중요한 위치를 차지하고 있다는 점을 보여주는 것임.

(2) 보건권의 개념과 법적 성격

- 헌법 제36조 제3항은 "모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다"고 하여 국민의 기본권으로서 보건권을 규정[32]

31) 표갑수, 『사회문제와 사회복지』, 나남출판, 2010, 138-142쪽 참고.
32) 종래 개인의 건강을 지키고, 만약 건강에 대한 침해가 있을 경우에 이를 회복시키는 것은 당사자의 사적 과제로 인식되는 것

- 보건권은 "위생적인 생활환경을 조성함으로써 국민의 건강을 유지할 수 있도록 하며, 나아가 건강을 해친 국민이 건강을 회복할 수 있도록 국가의 적극적인 활동을 요청할 수 있는 권리"임.[33]

- 헌법의 체계를 고려해 볼 때 보건권은 국민의 신체의 완전성과 건강성을 침해하지 못하도록 하는 소극적 방어권으로서 신체를 훼손당하지 않을 권리의 내용을 이루는 "건강권"과는 구별되는 개념임.[34]

● 보건권의 법적 성격과 관련하여 자유권적 측면과 사회권적 측면을 동시에 가지고 있다는 견해가 주를 이룸. 물론 이러한 견해들도 보건권이 "국민의 건강보호를 위해 국가에 대하여 적극적인 배려와 급부를 요구할 수 있는 권리라는 점에서 사회적 기본권의 성격이 보다 강하다"거나, "보건권의 주된 성격은 어디까지나 사회적 기본권성"이라는 점을 인정

(3) 노인의료보장의 특수성과 급여방식

● 노인의료보장의 특수성

- 개인 및 사회적 차원의 문제 : 사회적 약자인 노인의 건강문제는, 누구나 노년기를 맞이한다는 점에서 개인의 문제임과 동시에 사회 전체의 문제이며, 건강한 개인과 사회를 만들어야 한다는 점에서 개인과 사회 모두의 노력이 요구됨.

이 일반적이었으며, 이를 국가의 과제로 인식한 경우는 그리 많지 않았음. 즉 국가가 은혜적인 차원에서 빈민구휼제도를 두거나 가난한 병자에 대한 치료시설을 운영한 예들은 있었지만, 그것이 국가의 법적 의무로 인식되지는 않았음. 이와 같이 보건에 대한 보호가 국가의 법적 과제로 인식된 것은 사회국가원리가 등장하면서부터라고 할 수 있음. 즉 이를 최초로 명문화한 것은 바이마르공화국 헌법 제119조 제2항이라 할 수 있는데, "가족의 순결과 건강은 유지되어야 하며, 국가와 공공단체는 이를 지원하여야 한다"라는 규정이 그것임. 우리의 경우에도 제헌헌법 제20조를 통하여 이를 보장해 왔으며 일부 수정을 거쳐 지금에 이르고 있음.

33) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 851쪽.

34) 물론 헌법 내지는 법적인 고려 없이 "의료권" 혹은 "건강권"이라는 용어를 사용하는 문헌들도 다수 발견됨. 특히 보건의료기본법 제10조(건강권 등)는 "① 모든 국민은 이 법 또는 다른 법률이 정하는 바에 의하여 자신과 가족의 건강에 관하여 국가의 보호를 받을 권리를 가진다. ② 모든 국민은 성별·나이·종교·사회적 신분 또는 경제적 사정 등을 이유로 자신과 가족의 건강에 관한 권리를 침해받지 아니한다"고 하여 건강권을 규정. 물론 보건이라는 것이 "건강을 지키고 유지하는 일"을 의미한다는 점에서 건강과 밀접한 관련을 맺는 개념임은 부인할 수 없음. 그리고 이들 문헌에서 사용하고 있는 "건강권"이라는 개념은 우리가 이야기하는 보건권과 그 맥을 같이 한다고 볼 수 있음.

- 높은 유병률과 의료비 문제 : 노인은 다른 연령집단에 비해 유병률과 의료비가 매우 높을 뿐만 아니라 질병 자체가 만성적이고 합병적인 경우가 많아 장기적인 치료와 요양을 요하는 것이 일반적임.

- 질명 및 장애 위험분산 유도 : 노년기의 건강은 중 · 장년기를 비롯하여 생애주기 전체를 통하여 형성되는 것이므로, 노인의 의료보장 역시 전 생애주기에 걸쳐 위험을 분산시킬 필요가 있음. 즉 보다 많은 인구에게 위험부담을 분산 · 분담시킨다는 의미에서 국가의 개입에 의한 강제적 보험 등의 필요성이 크게 요청된다고 할 것임.

- 노인의 의료보장 욕구의 증가 : 노인 자신의 삶을 유지하기 위하여 타인 또는 사회 전체에 대하여 신체적 · 물질적 · 사회적 · 정서적으로 의존하는 경향이 강하게 나타남. 이러한 이유로 노인에 대한 의료보장은 매우 중요한 것이며, 노인들이 가장 중요시하는 복지서비스 분야의 하나라고 할 수 있음.

● 노인의료보장의 급여방식

- 사회보험(Social Insurance) 방식 : 이는 국가 또는 공익단체가 보험운영의 주체가 되어, 노동자가 일정한 기간 이상 일을 하면서 고용주 및 국가와 공동부담으로, 혹은 고용주와 공동부담으로 납입한 보험료에 따라 일정한 연령에 도달했을 때 정기적으로 연금을 지급하거나 지급사유(예를 들어 의료진료의 경우)가 발생했을 때마다 지급해 주는 제도

- 국가보건서비스(National Health Service) 방식 : 이는 국가가 개인이나 가족의 고용상태 또는 경제적 수준에 관계없이 국민전체 또는 어떤 일정한 범주에 속하는 사람 전체에게 일정한 액수의 금품 또는 서비스를 제공하는 것을 의미함.

- 공공부조(Public Assistance) 방식 : 이는 공적부조, 국가부조(National Assistance), 사회부조(Social Assistance)라고도 하는데, 개인 또는 가구원의 수입이 최저생계비의 기준에 미달하여 의료비의 지출이 사실상 불가능하거나, 또는 최저생계비의 수준을 상회하더라도 의료비를 지출할 경우 생계에 큰 지장을 초래할 것으로 인정되는 개인이나 가구원에 대해 의료서비스의 비용을 정부가 전담해 주는 프로그램

(4) 보건권의 구체화로서 노인복지법제

- 노인의 보건권 실현을 위한 노인복지법제의 내용
  - 국민건강보험법에 근거한 국민건강보험제도
  - 의료급여법에 근거한 의료급여제도
  - 노인복지법(제27조)에 근거한 노인건강 지원제도
  - 노인장기요양보험법에 근거한 노인장기요양보험제도
- 노인보건복지법제의 헌법적 평가
  - 모든 국민은 국가에 대해 국민의 건강보호를 위한 사실적 기초를 보장해주도록 요구할 수 있는 기본적 권리를 가짐(헌법 제36조 제3항). 이러한 보건권의 중심 주체로 노인이 등장함.
  - 입법자는 노인의 보건권을 구체화하여 국민건강보험법, 의료급여법, 노인복지법, 노인장기요양보험법 등의 다양한 노인보건복지법제들을 마련해 두고 있음.
  - 각 법률의 구체적인 내용이 헌법에 저촉되는지 여부는 쉽게 단언할 수는 없음. 왜냐하면 입법자에게는 사회적 기본권인 보건권을 구체화하는 법률을 제정함에 있어서 광범위한 재량이 부여되고 있기 때문임.
  - 물론 노인의 보건권 실현을 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하지 않았다고 판단되는 경우 헌법에 위반됨을 선언할 수도 있음. 예를 들어 의료급여 대상자나 노인장기요양보험 수급대상자를 지나치게 축소하는 경우를 생각해 볼 수 있음. 따라서 헌법적 요청이 제대로 구현될 수 있도록 국가의 재정규모 등을 고려하여 의료급여 대상자나 노인장기요양보험 수급대상자의 범위 등을 확대하여 노인보건의 사각지대가 최소화되도록 노력해야 할 것임.

3. 노인근로와 근로의 권리

(1) 노인근로의 문제

- 노인에게 일은 젊은 사람들과 마찬가지로 노인의 삶에 있어서 빼놓을 수 없는 중요한 부분이며 삶의 조건이라 할 수 있음.

- 물론 일의 의미가 달라질 수는 있는데, 즉 노인에게 일은 종래 역할상실의 회복이라는 소극적인 의미로부터, 오늘날과 같은 경제난에는 생존을 위한 적극적이고 절박한 현실로의 변화가 그것이라 하겠음. 일반적으로 경제난이 심각해질수록 고령층 실업자 수는 증가하게 됨. 아무튼 노인의 실업과 노동은 중요하며 심각한 사회문제로 인식되고 있음.[35)]

(2) 근로의 개념과 근로의 권리

- 헌법은 일과 관련하여 제15조에서 직업의 자유를, 제32조 제1항에서 근로의 권리를, 제33조에서 노동3권을 보장하고 있음.

  – 근로란 근로자가 사용자로부터 임금을 받는 대가로 제공하는 육체적 · 정신적 활동을 의미함.

- 헌법 제32조 제1항은 "모든 국민은 근로의 권리를 가진다"고 규정함. 근로의 권리란 근로자가 자신의 의사와 능력에 따라 생활에 필요한 소득을 위해 자유롭게 취업하여 활동할 수 있는 권리를 의미하며, 만약 근로의 의사와 능력은 있으나 근로의 기회를 얻지 못한 근로자의 경우 국가에 대하여 근로의 기회를 제공하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리를 포함함.

  – 근로의 권리에 근로기회제공청구권이 포함된다는 점은 의심의 여지가 없으나, 과연 생계비지급청구권을 포함할 수 있는지에 대해서는 논란이 있음. 하지만 우리 헌법 체계상 생계비 지급의 문제는 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리에서 그 근거를 찾을 수 있기 때문에, 근로의 권리에 생

35) 고령자의 고용보장은 그 자체가 고령자의 인력을 활용한다는 측면에서 중요성을 가지며, 고령자에게 고용기회를 제공할 수 있다면 연금수급자의 증대를 억제할 수 있고, 고령자에 대한 연금수급을 삭감한 만큼의 고임금을 보장할 수 있다면 연금수급액의 증대를 한층 더 억제할 수 있으므로 장기적으로는 의료비의 억제나 공공부조에의 의존을 저하시키는 효과를 가져올 것임. 이상 한국복지행정학회, 『사회복지정책론』, 양서원, 2007, 353쪽.

계비지급청구권은 포함되지 않는다고 보는 것이 옳을 것임. 그리고 이러한 근로기회제공청구권이 자신이 원하는 구체적인 일자리나 직장을 제공해 달라고 청구하는 것을 의미하지는 않는다고 할 것임.

(3) 노인에 대한 근로기회제공의 필요성

- 노인도 당연히 근로의 권리의 주체가 되기 때문에 근로의 의사와 능력이 있는 노인은 국가에 대하여 근로기회를 제공해 달라고 청구할 수 있음. 물론 경제 상황이 총체적으로 악화되어 '청년 실업' 및 '중 · 장년 실업'이 증가하고 있는 현실에서 노인근로의 문제는 상대적으로 덜 중요하게 보일지도 모름. 하지만 거시적인 관점에서 노인에 대한 적절한 근로기회의 제공은 반드시 필요하다고 할 것임.

  - 노후 소득보장 측면
  - 노인의 근로욕구 증대 충족 측면
  - 경제성장 둔화 위험 방지 측면
  - 사회보장 재정의 안정화 측면

(4) 근로의 권리의 구체화로서 노인복지법제

- 노인근로의 권리 실현을 위한 노인복지법제의 내용

  - 노인복지법(제23조)에 근거한 노인 고용지원제도
  - '고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률'에 근거한 고령자 고용지원제도
  - '고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률' 등에 근거한 연령차별금지 및 정년제도

- 노인근로복지법제의 헌법적 평가

  - 모든 국민은 근로의 권리를 갖기 때문에(헌법 제32조 제1항), 노인의 경우에도 근로의 의사와 능력만 있다면 국가에 대하여 근로기회를 제공해 줄 것을 요구할 권리가 있음.

  - 사회적 기본권의 구체적 형성은 입법을 통하여 이루어짐. 노인의 근로의 권리를 구체화하고 있는 현행 노인근로복지 관련 법제로는 노인복지법과 '고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률' 등이 마련되어 있음.

  - 다른 사회적 기본권의 경우와 마찬가지로 입법자가 노인의 근로의 권리를 구체화하는 법률을 제정함에 있어서는 광범위한 재량을 갖기 때문에 법률의 내용이 헌법에 위반되었다고 쉽게 단언할 수는 없을 것임. 하지만 노인의 근로의 권리 실현을 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하지 않았다고 판단되는 경우 헌법에 위반됨을 선언할 수도 있음.

  - 예를 들어 다른 연령층에 비해 극소수의 노인에게만 근로기회를 제공하는 경우를 생각해 볼 수 있음. 따라서 헌법적 요청이 제대로 구현될 수 있도록 국가의 재정규모 등을 고려하여 사회공헌형 일자리 확충 및 사업주에 대한 다양한 유인책 제시를 통하여 노인근로의 사각지대가 최소화되도록 노력해야 할 것임.

4. 노인교육과 교육받을 권리

(1) 노인교육의 문제

- 고령화 사회와 더불어 지식정보화 사회가 급속히 진전되고 있는 가운데 노년기는 20-30년 또는 그 이상으로 연장되고 있음. 이처럼 연장된 노년기를 가장 효과적으로 보내는 중요한 방법 중의 하나가 교육을 받는 것이라 하겠음.

- 적극적 노화(Active Ageing)가 고령화 사회의 가장 효과적인 개인적 · 사회적 대책으로 강조되고 있는 요즘, 교육은 적극적 노화를 위한 중요한 수단이자 활동으로서 새로운 의미를 갖고 있음. 또한

교육은 급속도로 변화되는 사회 환경적 변화에 적절히 적응하면서 노년기를 의미있고 보람되게 살기 위한 수단으로 새롭게 각광받고 있음.

(2) 기본권으로서 교육받을 권리

- 헌법 제31조는 "① 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다 ⑤ 국가는 평생교육을 진흥하여야 한다. ⑥ 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다"고 하여 기본권으로서 교육받을 권리에 대하여 규정

- 헌법 제31조 제6항은 교육의 유형으로 학교교육과 평생교육을 예정하고 있으며, 헌법 제31조를 구체화하고 있는 교육에 관한 개별 법률로는 교육기본법을 비롯하여, 유아교육법, 초 · 중등교육법, 고등교육법, 평생교육법 등이 있음.

(3) 노인교육의 개념과 목표

- 일반적으로 노인교육하면 노인을 대상으로 하는 교육을 의미하는 것으로 보이지만, 이는 충분한 개념정의라고 할 수 없음. 즉 노인교육이란 노인을 위한 교육과 노인에 관한 교육, 그리고 노인에 의한 교육 모두를 포함하는 넓은 개념으로 이해되어야 함. 그리고 이들 3부분의 내용은 각각이 별개의 것이 아니라 서로 맞물려 이루어지는 동시적인 것이며, 이러한 것들의 공유지점을 "세대공동체 교육"(intergenerational education)이라 부를 수 있음.[36]

  - 노인을 위한 교육 : 노인을 위한 교육은 노인학습자를 대상으로 하는 노년기 교육임. 이는 노인으로 하여금 보다 창조적인 노년기를 영위할 수 있도록 돕는데 그 목적이 있음.

  - 노인에 관한 교육 : 세대간의 갈등 극복을 위하여 노인에 관한 교육이 요구되는데, 그 이유는 노인인구의 증가로 노인 집단 자체와 관련된 문제뿐만 아니라 그들과 다른 세대와의 관계에서도 다양한

36) 세대공동체 교육은 여러 세대 혹은 여러 연령집단들이 어떤 교육적인 목적을 위하여 공동체 안에서 함께 활동해 나가는 것으로, 각각의 세대는 공동체 속에서 자신들이 미처 경험하지 못했던 시간과 공간을 경험할 수 있을 뿐만 아니라 서로를 통하여 더욱 많은 것을 배우고 얻을 수 있게 됨. 즉 이러한 교육을 통하여 세대간 서로에 대한 오해와 편견을 줄일 수 있으며, 각 연령집단이 가지고 있는 차이점보다는 세대 공통의 가치나 관점에 대한 이해를 더욱 부각시키고 확대시켜줄 수 있음. 이상 한정란 외, 『세계의 노인교육』, 학지사, 2006, 35쪽.

문제가 발생할 가능성이 크게 증가하고 있기 때문임. 따라서 고령화 되어 가는 사회 속에서 이와 같은 세대간의 갈등을 해결하기 위해서 가장 시급한 것은 무엇보다도 서로에 대한 지식과 이해를 확대하는 것임.

- 노인에 의한 교육 : 노인의 지혜와 경험을 활용하는 것을 노인에 의한 교육이라 하는데, 노인에 의한 교육이 중요한 이유는 ① 노인들의 공헌과 참여를 통하여 다음 세대에게 우리의 전통을 바르게 전달해 줄 수 있으며, ② 교실 속에서 추상적으로만 머물기 쉬운 이론 중심의 교육에 현실감과 생명력을 불어넣어 줄 수 있으며, ③ 사회에 참여하고 공헌하며 영향력을 행사하고자 하는 노인들의 욕구를 어느 정도 충족시킬 수 있으며, ④ 노인들에게도 자기학습의 기회를 제공하고 같은 처지에 있는 노인들끼리 서로의 지혜를 나눔으로써 당면한 문제를 해결하는데 도움을 얻을 수 있다는 점임.

● 노인교육의 필요성

- 노인들의 욕구 변화
- 평생학습사회의 등장
- 사회변화의 가속화
- 세대간 이해의 필요성

● 노인교육의 목표와 기본원리

- 노인교육의 목표 : 평생교육의 실현, 다양한 상실(예 : 신체적 상실, 배우자의 상실, 직업의 상실 등)에서 오는 고독 극복의 방법제시, 자아실현의 계기부여 등
- 노인교육의 기본원리 : 자발성의 원리, 경로의 원리, 사제동행의 원리, 생활화의 원리, 사회화의 원리

(4) 교육받을 권리의 구체화로서 노인복지법제

- 노인의 교육받을 권리의 실현을 위한 노인복지법제의 내용
  - 노인복지법에 근거한 노인여가복지시설(제31조, 제36조)
  - 평생교육법에 근거한 평생교육기관(시설)
  - 저출산 · 고령사회기본법에 근거한 평생교육과 정보화교육 등
- 노인교육복지법제의 헌법적 평가
  - 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육받을 권리를 갖기 때문에(헌법 제31조 제1항), 노인의 경우에도 그들에게 교육의 의지만 있다면 교육에 참여할 수 있도록 교육의 기회가 폭넓게 제공되어야 함.
  - 사회적 기본권의 구체적 형성은 입법을 통하여 이루어지기 때문에, 노인의 교육받을 권리 역시 입법에 의하여 구체화 됨. 노인의 교육받을 권리를 구체화하고 있는 현행 노인교육복지 관련 법제로는 노인복지법과 평생교육법 등이 있음.
  - 입법자가 노인의 교육받을 권리를 구체화하는 법률을 제정함에 있어서는 광범위한 재량을 갖는다고 하겠지만, 노인복지법과 평생교육법만으로는 노인의 교육받을 권리를 실질적으로 실현하기에 매우 불충분하다고 생각함.
  - 사회적 기본권으로서 노인의 교육받을 권리의 실질적인 보장을 위해서는 유아교육법, 초 · 중등교육법, 고등교육법 등과 같은 별도의 단행법 제정이 필요하다고 할 것임.

VI. 결론

- 고령화 사회의 진행이라는 큰 변화 속에서 노인복지가 제대로 정착 · 실현될 수 있도록 하기 위한 방안들에 대한 대략적인 내용을 언급하면 다음과 같음.

- 첫째, 정부조직의 변화 필요성

  - 우리나라는 이미 세계에서 그 유례가 없을 정도로 매우 빠르게 고령화를 경험하였고, 앞으로도 그러한 상황은 계속될 것으로 전망

  - 이러한 상황 하에서 가족을 중심으로 이루어지던 노인의 사적 부양 체계는 무너지고 있으며, 그에 반해 공적 부양 체계는 아직 완비되지 못하여, 고령자와 가족은 물론 사회적으로도 많은 부담이 되고 있는 것이 사실임.

  - 앞으로 고령 인구의 급속한 증가와 더불어 저출산으로 인한 사회적 부담은 국가 전체에 심각한 파급효과를 가져올 것으로 보임.

  - 따라서 무계획적이고 체계적이지 못한 노인복지제도를 그때그때 시행하는 것만으로는 현재의 심각한 고령화 사회에 적절하게 대응할 수 없게 됨.

  - 앞으로 다가올 미래 사회를 대비하여 헌법과 개별 법령들에 기초하여 계획적이고 체계적인 노인복지제도가 마련되도록 노력해야 할 것임. 정권이 바뀌었다고 해서 조령모개(朝令暮改)식으로 노인복지제도가 운영되어서는 안 됨. 입법자와 정책 입안자 모두 좀 더 거시적인 안목을 가지고 계획적이고 체계적으로 법령들과 이 법령에 기초한 노인복지제도들을 마련할 때 비로소 우리나라의 미래 고령 사회는 재앙이 아니라 축복으로 우리 앞에 다가올 수 있을 것임.

- 현재 노인복지문제와 관련하여 업무를 관장하는 정부조직으로는 보건복지부를 필두로 하여 국토교통부, 고용노동부, 교육부 등이 있음. 노인복지문제를 전담하고 있는 단일의 정부조직은 없음.

- 고령화 사회에 올바르게 대처하기 위해서는 노인 관련 업무, 특히 노인복지문제를 전담할 수 있도록 보건복지부 산하에 가칭 노인청을 신설할 필요가 있음. 물론 저출산 · 고령화 사회의 심각성을 고려하여 노인청을 보건복지부 산하에 두지 않고 국무총리 산하에 둘 수도 있을 것임. 중요한 점은 노인문제를 전담하는 단일의 정부조직이 필요하다는 점임. 이와 같이 노인청을 신설하여 체계적으로 노인 관련 업무, 특히 노인복지 관련 업무를 전담하도록 함으로써 노인의 기본권 실현에 한걸음 나아갈 수 있을 것임.

- 참고로 미국은 노인들에게 필요한 서비스와 관련된 법적 근거로 1965년에 제정된 '노인법'(Older Americans Act)을 들 수 있는데, 동법은 노인을 위한 포괄적인 서비스의 시행을 위해 연방정부 · 주정부 · 지방정부간의 협력방식으로 노인복지 전달체계에 대해 규정함. 즉 연방정부에 연방노인청(Administration on Ageing)을, 주정부에 노인국(State Units on Ageing)을, 지방정부에 지역노인기관(Area Agencies on Ageing)을 두도록 규정함. 특히 연방노인청은 보건부(Department of Health and Human Services)의 산하기구로 '노인법'에 명시된 제반 서비스의 제공 및 이의 수행을 위한 행정 처리를 담당함.

● 둘째, 민간 참여의 활성화 유도

- 국가와 사회의 적극적인 역할이 그 어느 때보다 중요한 것이 사실이지만, 그것만으로는 변화된 현대 고령산업사회에 적절히 대응하는데 일정한 한계를 가질 수밖에 없음.

- 과거와 달리 경제력 있는 노인의 수가 증가하고, 복지 수요의 개인화 · 고도화 및 노인 개인의 자립의식이 성숙됨에 따라, 이제 정부의 한정된 재원만으로는 엄청난 복지 수요를 완전히 충족시키기는 매우 곤란해 졌다고 하겠음.

- 따라서 고령친화산업(=실버산업)의 육성 등을 통해 민간 참여를 활성화하여 공공부문과 민간부문의 역할 분담을 강화할 필요가 있을 것임.

- 즉 저소득층 노인에 대해서는 공공부문이 사회적 안전망에 따른 기초적 욕구를 충족시켜 주고, 경제력 있는 노인에 대해서는 민간부문이 고령친화산업의 육성 등을 통하여 다양화 · 개인화된 부가적 욕구를 충족시켜 줄 필요가 있을 것임. 아울러 민간부문의 고령친화산업에 대해서는 국가나 지방자치단체의 적절한 지원 및 감독 등의 조치가 수반되어야 할 것임.

- 이와 관련하여 "고령친화산업을 지원 · 육성하고 그 발전 기반을 조성함으로써 노인의 삶의 질 향상과 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적"으로 2006년 12월 28일 법률 제8110호로 고령친화산업 진흥법이 제정되어 시행되고 있음.

● 만약 지금 이 시점에서 국가가 노인복지와 관련된 문제에 대해 소극적으로 대처해 나간다면, 우리나라도 머지않아 다른 선진국들의 경우처럼 "아동의 낙원, 젊은이들의 전쟁터, 노인들에게는 무덤"이 되는 나라가 될 것임. 이미 이러한 상황은 곳곳에서 감지되고 있으며 더욱더 심각해지고 있는 실정임. 따라서 우리에게는 더 이상 손을 놓고 있을 시간적 여유가 없음.

참고문헌

계희열, 『헌법학(중)』, 박영사, 2007.

김종일 외, 『사회문제론』, 청목출판사, 2004.

원석조, 『사회문제론』, 양서원, 2008.

이준일, 『헌법과 사회복지법제』, 세창출판사, 2010.

장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011.

조임영, 『고령사회와 노인복지법제의 체제 개선』, 한국법제연구원, 2004.

최성재 · 장인협, 『고령화 사회의 노인복지학』, 서울대학교 출판문화원, 2010.

표갑수, 『사회문제와 사회복지』, 나남출판, 2010.

한국복지행정학회, 『사회복지정책론』, 양서원, 2007.

한정란 외, 『세계의 노인교육』, 학지사, 2006.

홍성방, 『헌법학(상)』, 박영사, 2010.

신화경·이준민, 「고령사회 노인주거지원정책에 관한 연구」, 『한국가정관리학회지』 제26권 제5호 (통권 제95호), 한국가정관리학회, 2008. 10.

윤홍식, 「보편주의 복지를 위한 시론-보편주의를 둘러싼 쟁점을 중심으로-」, 『한국행정학회』 (2010년 추계국제학술대회 자료집), 2010. 10.

이부하, 「비례성원칙과 과소보호금지원칙」, 『헌법학연구』 제13권 제2호, 한국헌법학회, 2007. 6.

이상경, 「국가의 기본권보호의무와 그 위반여부의 심사기준으로서의 과소보호금지원칙」, 『고시계』 제54권 제7호(통권 제629호), 고시계사, 2009. 6.

이준일, 「기본권의 기능과 제한 및 정당화의 세 가지 유형」, 『공법연구』 제29집 제1호, 한국공법학회, 2000. 11.

정문식, 「생명윤리법상 국가의 기본권 보호의무」, 『공법학연구』 제8권 제3호, 한국비교공법학회, 2007. 8.

홍일선, 「고령사회를 대비한 헌법적 논의–국가의 노인보호의무와 노인의 사회적 기본권을 중심으로–」, 『공법학연구』 제9권 제2호, 한국비교공법학회, 2008. 5.

국가인권위원회, 『노인에 대한 사회차별 실태조사: 개인적 및 제도적 차별경험을 중심으로』, 2006.

통계자료는 보건복지부, 『2009 보건복지백서』, 2010.

통계청 보도자료, 「2010 인구주택 총조사 잠정집계 결과」, 2010. 12. 28.

통계청 보도자료, 「2017고령자 통계」, 2017. 9. 26.

통계청 『장래인구추계』, 2006. 12.

통계청, 『2004 고령자통계』, 2004. 10.

한국주택금융공사 홈페이지(http://www.hf.go.kr).

Gilbert, N. and Terrell, P., Dimensions of social welfare policy, Boston: Allyn & Bacon, 2002.

Hesse, K., Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg: C. F. Müller, 1995.

Kahn, A. J. and Kamerman, S. B., Social services in international perspective: The emergence of the sixth system, Philadelphia: Temple University Press, 1976.

Mills, C. W., The sociological imagination, New York: Oxford University Press, 2000.

UN Conference on Human Settlements, The Habitat Agenda(Istanbul Declaration on Human Settlements), 1996, para. 60.

헌정제도연구사업 Issue Paper 2018-01-04

노인과 사회적 기본권

발 행 일 2018년 9월 28일
발 행 인 이 익 현
발 행 처 한국법제연구원

세종특별자치시 국책연구원로 15(반곡동, 한국법제연구원)
T. 044)861-0300

등록번호 1981. 8. 11. 제2014-000009호
http://www.klri.re.kr

1. 본원의 승인없이 轉載 또는 譯載를 禁함.
2. 이 책자의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.

Ⅰ. 기본권의 쟁점과 전망

OPEN 출처표시
공공누리 공공저작물 자유이용허락

한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE
(30147) 세종특별자치시 국책연구원로 15(반곡동, 한국법제연구원)
Tel. 044-861-0300 www.klri.re.kr