



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

박사학위논문

노부모 부양제도의 문제점과 개선방안

A Study on the Problems and Improvement Measures
for the Aged Parents Supporting System

제주대학교 대학원

법 학 과

김 상 식

2016년 2월

A Study on the Problems and Improvement Measures
for the Aged Parents Supporting System

Kim, Sang Sik

(Supervised by Professor Dr. Kim, Sang Chan)

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirement
for the degree of Doctor of Law

2016. 2

Department of Law
GRADUATE SCHOOL
JEJU NATIONAL UNIVERSITY

<국문초록>

오늘날 평균수명의 연장과 함께 고령화 사회로 진입하면서 노부모 부양의 필요성이 증대하고 있다. 노부모 부양의 전통적 방식이었던 동거를 통한 부양은 갈수록 줄어들어 1990년 75.3%에서 2010년에는 30.8%에 불과한 반면, 노인 1인 가구의 비율은 같은 기간 10.6%에서 34.3%로 3배 이상 증가하고 있다. 노부모 부양에 관한 의식조사 결과, ‘가족이 돌봐야 한다’고 응답한 비율은, 2008년 48.1%, 2010년 38.3%, 2014년 34.1%로 감소하고 있는 반면, ‘부모 스스로 해결해야 한다’는 응답은 2008년 16.5%, 2010년 18.4%, 2014년 23.8%로 점차 증가하고 있다.

우리나라에서 자녀가 노부모를 부양하는 것은 효도사상에 근거한 것으로 전통적 농업사회에서는 당연한 것으로 생각하고 있었으나, 근대사회에 들어서면서 부양의식이 쇠퇴해지지 시작하였고, 오늘날 고령화 사회가 되면서 가족이 담당했던 역할을 국가와 지방자치단체가 떠맡기를 바라는 경향으로 변화하고 있는 것이다.

부양이란 스스로 생활을 꾸려나가지 못하는 사람들을 정신적·경제적으로 도와서 생계를 보장해 주는 것을 말한다. 스스로 생활할 능력이 없는 자에 대한 부양은 우선 가족 또는 친족에게 맡겨지고 있으며 이를 사적부양이라 하고, 그 가족·친족에게도 부양능력이 없는 경우에는 최종적으로 국가 또는 지방자치단체가 사회보장의 문제로서 해결하여야 하는데 이를 공적부양이라 한다.

사적부양과 관련하여 민법의 부양의무에는 두 가지가 있다. 첫째 부모와 미성년 자녀 및 부부사이의 부양관계로서 이를 제1차적 부양의무라 할 수 있다. 둘째, 일정한 친족사이의 부양관계로서 이를 제2차적 부양의무라 할 수 있다. 이러한 부양의무는 피부양자에게 부양필요성이 있고, 부양의무자에게 부양가능성이 있어야 그 의무를 이행할 책임이 있다.

공적부양과 관련하여, 생활이 어려운 사람에게 필요한 급여를 실시하여 이들의 최저생활을 보장하고 자활을 돕는 것을 목적으로 국민기초생활보장법이 제정·시행되고 있는데, 이러한 공적부양은 피부양자를 사적으로 부양하는 사람이 없거나 다른 법령에 의한 보호가 없는 경우에 보충적으로 행해지게 된다.

민법상의 부양에는 미성년자녀에 대한 부양, 부부 간의 부양, 자녀의 부모에 대한 부양 등 여러 형태의 부양이 있으나, 이 논문에서는 부모 부양, 그 중에서도 노부모 부양에 한정하고 있다. ‘노부모 부양’은 법률상의 용어는 아니지만, 부모 부양이 문제되는 경우는 부모가 나이가 들어 생활능력이 없는 경우가 대부분이기 때문에 이 논문에서는 ‘노부모 부양’이라는 용어를 사용하고자 한다. 물론 젊은 부모가 질병이나 기타의 사유로 생활능력이 없는 경우의 부모 부양도 있을 수 있지만 그러한 경우도 이 범주에 포함시켜도 좋을 것으로 생각된다.

우리나라에 있어서의 노부모 부양제도에에는 여러 가지 문제점이 있는 바, 그 문제점은 다음과 같이 요약할 수 있다.

첫째, 민법상 자녀가 노부모를 부양하지 않는 경우에 그 부양의무의 이행을 확보할 수 있는 규정이 없다는 것이다. 부양의 유형 중 가장 중요한 것은 민법 제 974조 이하의 법정부양이라고 할 수 있는데, 민법 제974조에서 제979조의 부양관련 규정에는 부양의무 이행의 확보에 대한 규정이 전혀 없다.

둘째, 민법상 부양의무 불이행에 대한 실효성 있는 구제방법이 없다는 것이다. 부양청구권 제도가 있기는 하지만, 부양청구권이 발생하려면 부양의 필요성과 부양가능성이 요구된다는 점 때문에, 그리고 부모가 자녀를 상대로 부양청구권을 행사할 경우 다른 사람들의 시선을 의식하지 않을 수 없다는 점 때문에 쉽지 않으므로 그 실효성이 적다고 할 수 있다.

셋째, 공적부양의 문제점으로는 국민기초생활보장법상 수급신청상의 문제점과 함께 부양의무자 기준의 불합리성 등을 들 수 있다. 특히 국민기초생활보장법상 부양의무자 기준을 수급요건으로 하고 있기 때문에 부양의무자가 있는 경우 부모가 사실상 부양을 받고 있는지 여부와 관계없이 수급대상에서 제외시키고 있어, 상당수의 노부모가 수급도 받지 못하고 부양의무자로부터도 부양을 받지 못하는 부양의 사각지대가 발생하게 된다.

넷째, 평균수명은 높아졌지만 노부모 부양에 대한 자녀들의 부양책임 의식은 갈수록 약화되어가고 있는 반면, 노부모 부양책임은 가족에게만 있는 것이 아니라 국가나 지역사회가 공동으로 책임져야 한다는 의식이 높아져가고 있다는 점도 문제점으로 지적될 수 있다. 이러한 현실을 고려하여 이 논문에서는 노부모 부양제도에 관한 문제점을 살펴본 후, 일본, 중국, 싱가포르 등 아시아 국가와 유

립의 몇몇 국가를 중심으로 입법례를 살펴보고 이를 통하여 문제점을 해결할 수 있는 시사점을 도출하여 우리나라의 노부모 부양제도에 관한 개선방안으로서 합리적인 해석론과 입법론을 제시하고 있다.

이 논문에서 제시하는 노부모 부양제도의 개선방안은 다음과 같다. 첫째, 노부모 부양의무 이행확보 방안으로서, 해석론으로는 민법상 강제이행의 청구방법을 원용하는 방법과 양육비 직접지급명령제도를 유추적용하는 방법을 제시하고 있고, 입법론으로는 민법 제1004조의 상속인의 결격사유에 ‘노부모 부양의무를 이행하지 않은 자’를 포함시킴으로써 간접적으로 부양의무의 이행을 확보하는 방안, 그리고 민법상 노부모 부양의무규정을 강화하는 방안, 배우자 상속분을 확대하는 방안 등을 제시하고 있다.

둘째, 노부모 부양의무 불이행에 대한 해석론적 구제방안으로서는 우선 민법 제974조 이하의 법정부양의무 불이행으로 인하여 부양받을 권리자인 노부모가 손해를 입은 경우 노부모는 민법 제390조 이하의 채무불이행에 따른 손해배상청구를 할 수 있으며, 정신적 고통을 받았다면 정신적 손해에 따른 위자료도 청구할 수 있다. 또한 약정부양의무 불이행의 경우, 노부모는 채무불이행을 이유로 제554조 소정의 절차를 밟은 후 계약을 해제할 수 있고, 해제에 기한 원상회복의 청구, 손해배상청구 등이 가능하다. 본 논문은 입법론상의 구제방안으로 계약의 해제는 이미 이행한 부분에 대하여 영향을 미치지 아니한다는 민법 제558조를 삭제하거나, 제556조 제1항 제2호의 경우에는 제558조를 적용하지 않도록 개정해야 한다고 주장한다.

셋째, 국민기초생활보장법상 노부모 부양과 관련한 제도의 개선방안으로서, 사회보장수급권자 선정 시 신청주의의 단계적 완화, 부양의무자 기준의 개선, 간주 부양료제도의 폐지, 노인의 경제적지원 및 보호시설의 확충 등을 제시하고 있다.

넷째, 본 논문은 효행장려법을 실효성 있게 개정하고, 인성교육진흥법에 의한 인성교육의 활성화, 그리고 마스크를 최대한 활용하여 가족이 노부모를 부양해야 한다는 부양책임 의식을 고취해야 한다고 제안한다.

주제어 : 노부모 부양, 민법 974조, 법정부양, 약정부양, 국민기초생활보장법.

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 방법과 범위	5
제2장 노부모 부양제도의 이론적 기초	7
제1절 부양제도의 연혁과 노부모 부양의 필요성	7
1. 부양제도의 연혁	7
(1) 고대	7
(2) 고려시대	8
(3) 조선시대	9
(4) 일제 강점기	10
(5) 광복 이후	10
(6) 민법상 부양규정의 입법과정	11
2. 노부모 부양의 필요성	13
제2절 부양의 개념 및 법적성질	16
1. 부양의 개념	16
(1) 의의	16
(2) 부양의 종류	17
(3) 사적부양 우선의 원칙	21
(4) 사적부양과 공적부양의 관계	21
2. 부양의 법적성질	24
(1) 학설	24
(2) 판례	27
(3) 검토	30

3. 부양청구권	32
(1) 부양청구권의 발생	32
(2) 부양료의 구상 청구	34
제3절 부양의 당사자	39
1. 부양당사자의 범위	39
(1) 직계혈족 및 그 배우자 사이의 부양	39
(2) 기타 생계를 같이 하는 친족 사이의 부양	39
2. 부양당사자의 순위	40
(1) 부양의무자가 수인인 경우	40
(2) 제1차적 부양의무자와 제2차적 부양의무자 사이의 부양 순위	41
3. 부양의 정도와 방법	41
(1) 부양의 정도	41
(2) 부양의 방법	42
(3) 소결	45
4. 부양의무 불이행에 대한 조치	45
5. 부양기여분제도	46
(1) 제도의 의의	47
(2) 특별한 부양	48
(3) 부양기여분제도의 실효성	49
제3장 노부모 부양제도의 문제점	51
제1절 노부모 부양의무 이행확보의 문제점	51
1. 민법상 이행확보 규정의 흠결	51
(1) 민법상 강제이행의 방법	52
(2) 강제이행의 순서	54
(3) 강제이행과 손해배상	55
(4) 소결	55
2. 노부모 부양의무 규정의 불명확성	56

3. 부양의무 이행정도 및 순위규정의 불명확성	58
(1) 이행의 정도	58
(2) 이행의 순위	59
제2절 노부모 부양의무 불이행에 대한 구제방법의 문제점	60
1. 부양청구권 등 구제방법의 한계	60
2. 부양청구권에 의한 구제의 문제점	62
(1) 사건개요	63
(2) 법원의 판단	64
(3) 검토	64
제3절 국민기초생활보장법상 노부모 부양 관련제도의 문제점	65
1. 신청주의의 문제	66
(1) 시민권의 침해	67
(2) 공공부조 성격으로 인한 부정적 인식	67
(3) 수급 대기기간의 장기화	68
2. 수급자격 요건으로서 부양의무자 기준의 문제	69
3. 간주부양료의 불합리성	71
제4절 노부모 부양의식의 변화와 부양의 사각지대 발생	73
1. 노부모에 대한 부양의식의 변화	73
2. 노부모 부양의 사각지대 발생	75
제4장 주요국가의 노부모 부양제도	78
제1절 아시아 국가	78
1. 일본	78
(1) 사적부양 우선의 원칙	79
(2) 공적부양과 사적부양	80
(3) 노부모 부양관련법의 주요내용	81
2. 중국	85
(1) 전통적 가족관의 변화	85
(2) 노부모 부양관련 정책	88

(3) 노부모 부양관련법의 주요내용	92
3. 싱가포르	94
(1) ‘가족의 가치’ 권장	95
(2) 노부모 부양관련 제도	97
(3) 노부모 부양관련법의 주요내용	99
제2절 유럽국가	103
1. 북유럽 제국	103
2. 영국	104
3. 독일	105
4. 프랑스	106
제3절 시사점	106
제5장 노부모 부양제도의 개선방안	110
제1절 노부모 부양의 이행확보 방안	110
1. 해석론에 의한 이행확보 방안	110
(1) 강제이행의 청구방법 유추적용	110
(2) 양육비 직접지급명령제도의 유추적용	112
2. 입법을 통한 이행확보 방안	118
(1) 부양의무 불이행을 상속결격사유 요건에 도입	119
(2) 민법상 노부모 부양의무 규정의 강화	122
(3) 배우자 상속분 확대	124
제2절 노부모 부양의무 불이행에 대한 구제방안	131
1. 해석론에 의한 구제방안	132
(1) 법정부양의무 불이행의 경우	132
(2) 약정부양의무 불이행의 경우	133
2. 입법을 통한 구제방안	133
제3절 국민기초생활보장법상 노부모 부양 관련제도의 개선방안	137
1. 사회보장수급권자 선정 시 신청주의의 단계적 완화	138
2. 부양의무자 기준의 개선	139

3. 간주부양료 제도의 폐지	142
4. 노인의 경제적 지원 및 보호시설의 확충	143
(1) 노령연금 등 경제적 지원의 확대	143
(2) 요양보호시설의 확충	145
제4절 노부모 부양책임 의식 고취	146
1. 효행장려법의 개정을 통한 효사상 고취	146
(1) 효행장려법의 제정이유와 입법과정	147
(2) 효행장려법 주요내용	148
(3) 효행장려법의 개정논의와 개정방향	149
2. 인성교육의 활성화를 통한 노부모 부양의식 고취	151
(1) 인성교육진흥법의 제정	151
(2) 인성교육을 통한 효사상 고취	152
3. 마스크를 통한 노부모 부양의식 고취	153
제6장 결 론	154
참고문헌	157
ABSTRACT	167

제1장 서론

제1절 연구의 목적

범세계적으로 오늘날 평균수명의 연장과 함께 고령화 사회로 진입하면서 노부모 부양의 필요성이 증대하고 있다. 우리나라는 2000년에 고령화 사회로 진입하였는데 2018년에는 고령사회로, 2026년에는 초고령사회로 진입할 것으로 전망되고 있다. 우리나라의 노인의 빈곤율과 자살률은 OECD국가 중 최고 수준이다. 한편, 노부모 부양의 전통적 방식이었던 동거를 통한 부양은 갈수록 줄어들어 1990년 75.3%에서 2010년에는 30.8%에 불과한 반면, 노인 1인 가구의 비율은 같은 기간 10.6%에서 34.3%로 3배 이상 증가하고 있다. 노부모 부양에 관한 의식도 변화되어, ‘가족이 돌봐야 한다’는 비율은, 2008년 48.1%, 2010년 38.3%, 2014년 34.1%로, 감소하고 있는 반면, ‘부모 스스로 해결해야 한다’는 비율은, 2008년 16.5%, 2010년 18.4%, 2014년 23.8%로 점차 증가하고 있다.

우리나라의 자녀가 노부모를 부양하는 것은 효도사상에 근거한 것으로 전통적 농업사회와는 달리 근대사회에 들어서면서 부양의식이 쇠퇴해지기 시작하였고, 오늘날 핵가족화와 고령화 사회가 되면서 가족이 담당했던 역할을 국가와 지방자치단체가 떠맡기를 바라는 경향으로 변화하고 있다.

2015년 9월 민병두 의원과 서영교 의원이 ‘불효자방지법’을 발의한 것이나 최근 법무부를 중심으로 ‘불효자방지법’의 입법을 검토하고 있는 것도, 그 배경에는 노인학대 범죄의 증가와 핵가족화, 개인주의 만연으로 가족 및 사회질서의 근간으로 작용했던 전통적 가치관인 효사상이 설 땅을 잃고 있다는 위기감이 깔려 있는 것이다. 실제로 부모가 자식을 상대로 낸 부양료 청구소송은 2014년 262건으로 10년 전인 2004년 135건에 비해 두 배 가까이 늘었다.¹⁾

1) 법률신문 2015.12.28(인터넷판). 참조.

부양이란 스스로 생활을 꾸려나가지 못하는 사람들을 정신적·경제적으로 도와서 생계를 보장해 주는 것을 말한다. 스스로 생활할 능력이 없는 사람의 부양은 1차적으로 가족 또는 친족에게 맡겨지고 있으며(사적부양의 한 형태), 그 가족·친족에게도 부양능력이 없는 경우에는 최종적으로 국가 또는 지방자치단체가 사회보장의 문제로서 해결하여야 한다(공적부양).

사적부양과 관련하여 민법의 부양의무에는 두 가지가 있다. 첫째, 부모와 미성년자녀 및 부부사이의 부양관계로서 이를 제1차적 부양의무(생활유지의 부양의무)라 할 수 있다(제826조 제1항·제913조). 둘째, 일정한 친족사이의 부양관계로서 이를 제2차적 부양의무(생활부조의 부양의무)라 할 수 있다(제974조·제975조). 이러한 부양의무는 피부양자가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없어야 하고, 그 의무자는 피부양자를 부양할 경제적 능력이 있어야 그 의무를 이행할 책임이 있다(제975조).

공적부양과 관련하여, 생활이 어려운 사람에게 필요한 급여를 실시하여 이들의 최저생활을 보장하고 자활을 돕는 것을 목적으로 1999. 9. 7.에 국민기초생활보장법이 제정(2014. 12. 30. 개정)·시행되고 있는데, 이러한 공적부양은 피부양자를 사적으로 부양하는 사람이 없거나 다른 법령에 의한 보호가 없는 경우에 보충적으로 행해지게 된다(국민기초생활보장법 제3조 제2항 참조).

사적부양은 법정부양과 약정부양으로 나눌 수 있다. 법정부양은 민법 제974조 이하의 규정에 의한 부양을 말한다. 법정부양이 발생하기 위해서는 부양권리자의 부양이 필요한 상태와 부양의무자의 부양능력이라는 2가지 요건을 모두 충족하여야 한다. 그 하나의 요건은 민법 제975조에 근거한 경제적인 원조가 필요한 상태여야 한다는 것이고, 다른 요건은 민법 제976조 및 제977조의 해석상 인정되는 요건이다. 우리 민법 제974조에서는 직계혈족 및 그 배우자 간, 기타 친족 간(생계를 같이 하는 경우에 한한다)에는 서로 부양의 의무가 있다고 규정하고, 이어서 제975조에서는 “부양의 의무는 부양을 받을 자가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없는 경우에 한하여 이를 이행할 책임이 있다”고 규정하고 있다.

약정부양은 세 가지 유형이 있다. 첫 번째 유형은, 민법 974조의 부양의무가 있는 자와 피부양자 사이에 부양하기로 약정을 한 경우이다. 두 번째 유형은, 민

법 제561조의 부담부증여(상대부담이 있는 증여)로서, 토지소유자가 토지를 증여 하면서 후에 나이가 들어 자신의 거동이 불편하면 수증자가 증여자 부부를 부양 하고, 그의 선조의 제사를 지내주기로 약정한 경우를 들 수 있다. 세 번째 유형 은 종신통기금계약의 경우에 발생하는 약정부양으로서, 민법 제725조에 의한 종 신통기금계약으로 일방당사자가 자기, 상대방 또는 제삼자의 종신까지 정기로 금 전 기타의 물건을 상대방 또는 제3자에게 지급할 것을 약정함으로써 발생하는 약정부양이다.

민법상의 부양에는 미성년자녀에 대한 부양, 부부 간의 부양, 자녀의 부모에 대 한 부양 등 여러 형태의 부양이 있으나, 이 논문에서는 부모 부양, 그 중에서도 노부모 부양에 한정하고자 한다.²⁾ 주지하는 바와 같이, 노부모 부양의 필요성이 절실한 것은 고령화 시대에 이른 지금 대가족제도가 해체되어 효사상이 무너지 고 가족에 의한 부모 부양이 제 기능을 다하지 못하면서 부모 부양이 새로운 사 회문제가 되고 있기 때문이다. 우리나라의 노부모 부양제도에는 여러 가지 문제 점이 있는 바, 그 문제점은 다음과 같이 요약할 수 있다.

첫째, 민법상 자녀가 노부모를 부양하지 않는 경우에 그 부양의무의 이행을 확 보할 수 있는 규정이 없다는 것이다. 앞에서 살펴본 부양의무의 발생유형 중에서 가장 중요한 것은 민법 제974조 이하의 법정부양이라고 할 수 있는데, 민법 제 974조에서 제979조의 부양관련 규정에는 부양의무 이행의 확보에 대한 규정이 전혀 없다. 물론 가사소송법 제62조 이하의 ‘이행의 확보’ 편에서, 가사비송사건 중 마류 사건에 부양에 관한 규정을 포함하고 있고, 동법 제63조 제1항은 가압 류, 가처분에 관하여 규정하고 있다. 하지만, 실제법상에서는 채무불이행에 관한 이행의 확보에 관해서는 민법 제389조 이하에서 구체적 방법을 규정하고 있는데, 여기에서도 부양의무확보에 대한 방법이 없다.

둘째, 민법상 부양의무 불이행에 대한 실효성 있는 구제방법이 없다는 것이다. 노부모가 부양을 받지 못한 경우 노부모는 부양의무자인 자녀들을 대상으로 부

2) 이 논문에서는 ‘부모 부양’이 아니라 ‘노부모 부양’이라는 용어를 사용하기로 한다. ‘노부모 부양’ 은 법률상의 용어는 아니지만, 부모 부양이 문제되는 경우는 부모가 나이가 들어 생활능력이 없 는 경우가 대부분이기 때문에 이 논문에서는 ‘노부모 부양’이라는 용어를 사용한다. 물론 젊은 부모가 질병이나 기타의 사유로 생활능력이 없는 경우의 부모 부양도 있을 수 있지만 그러한 경우도 이 범주에 포함시켜도 좋을 것으로 생각된다.

양청구권을 행사할 수 있다. 그러나 부양청구권이 발생하려면 부양청구권자가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없어야 하고(제975조), 부양의무자는 자기의 생활을 적절하게 꾸려나갈 자력 외에 부양을 받을 자의 생활을 도와줄 수 있는 경제적 능력을 갖추어야 한다(제977조 참조). 즉 제1차적 부양에 서와 달리 친족 간의 제2차적 부양에서는 부양의 필요성 및 부양가능성이 요구된다. 그러므로 부양청구권을 행사하는 것은 쉬운 일이 아니다. 더욱이 부모가 자녀를 상대로 부양청구권을 행사할 때 다른 사람들의 시선을 의식하기 때문에 자녀가 부양능력이 있음에도 불구하고 부양의무를 이행하지 않는 경우에도 실제로 많은 부모들은 부양청구권을 행사하지 않고 있는 실정이므로 그 실효성이 적다고 할 수 있다.

셋째, 공적부양의 문제점으로서 국민기초생활보장법상 수급신청상의 문제점과 함께 부양의무자 기준의 불합리성 등을 들 수 있다. 우선, 수급신청시 신청주의 때문에 생겨나는 시민권의 침해, 공공부조 성격으로 인한 부정적 인식, 수급 대기기간의 장기화 등의 문제가 있다. 다음으로, 국민기초생활보장법상 부양의무자 기준의 불합리성이다. 국민기초생활보장법상의 부양은 빈곤층에 대한 공적부양에 관한 것으로 민법상 부양의무의 이행을 통한 피부양자의 보호와는 그 수준과 방법이 일치하지 않는다. 국민기초생활보장법에서 추구하고 있는 보충성의 원리에 따르면 생활부조 의무는 최저생계비 수준의 부양을 의미한다. 이때 부양의무자의 범위는 민법에 규정된 친족 간 부양의무 중에서 현재의 규범이나 사회통념에 비추어 부양의무를 지울 수 있는 관계로 부양의무자의 범위가 축소된다. 그런데 국민기초생활보장법상 부양의무자 기준은 이를 수급요건으로 하고 있기 때문에 부양의무자가 있는 경우 부모가 사실상 부양을 받고 있는지 여부와 관계없이 수급 대상에서 제외시킨다. 그렇기 때문에 상당수의 빈곤가구가 수급신청에서 탈락하였음에도 불구하고 실제로는 부양의 여력이 충분하지 못하여 부양의무자로부터도 부양을 받지 못하는 부양의 사각지대가 발생하는 문제가 있다.

넷째, 고령화 사회로 들어선 지금 인간의 수명은 늘어 가는데 비하여 노부모 부양에 대한 자녀들의 부양책임의식은 갈수록 약화되어가고 있다는 것이다. 현재 우리나라가 이미 고령화 사회에 접어들었다는 것은 주지의 사실이다. 향후 고령 사회를 넘어 초고령사회에 접어들 것으로 전망하고 있으며, 급격한 인구의 고령

화가 예상된다. 급격한 인구의 고령화는 단기간 내에 우리 사회 전반에 걸쳐 많은 변화를 야기한다. 노인들은 일반적으로 퇴행성 만성질환에 시달릴 확률이 높을 뿐만 아니라 노동능력 상실로 인한 생활 빈곤, 역할 상실로 인한 가족 및 사회로부터의 소외를 당하는 등 여러 가지 복합적인 문제가 생겨난다. 특히, 핵가족화와 부양의식의 변화로 인한 부모 부양의 문제는 매우 심각한 수준에 이를 것으로 보인다. 게다가 오늘날 젊은이들의 노부모 부양에 관한 책임의식은 날이 갈수록 약화되어 노부모 부양책임은 더 이상 가족에만 의지할 것이 아니라 국가와 지역사회가 가족과 더불어 공동으로 책임져야 한다는 의식이 높아져가고 있다는 것도 문제점으로 지적될 수 있다.

따라서 이 논문에서는 노부모 부양 제도에 관한 문제점을 살펴본 후, 일본, 중국, 싱가포르 등 아시아 및 유럽의 주요국가 입법례를 검토하여 문제점을 해결할 수 있는 시사점을 도출하고 우리나라의 노부모 부양 제도에 관한 개선방안으로서 합리적인 해석론을 전개하고 몇 가지 입법론을 개진하고자 한다.

제2절 연구의 방법과 범위

이 논문의 연구방법은 주로 문헌연구 방법을 취하여, 노부모 부양 관련 기존 문헌의 의미·내용을 명확히 밝히는 법해석학의 방법을 취하고, 필요한 부분에서는 판례연구와 비교법적 연구방법을 보충적으로 취하려 한다.

부양제도의 이론적 기초에 관하여 개관한 후 우리나라의 노부모 부양제도의 문제점을 주요국가의 입법례를 통하여 비교법적으로 분석하고, 그 시사점을 바탕으로 개선방안을 제시하려는 것이 이 논문의 범위이다.

총 6개의 장으로 구성된 이 논문에서는 제1장에서 연구의 목적, 연구의 방법과 범위에 대하여 개관한다.

제2장에서는 노부모 부양제도의 이론적 기초에 대하여 살펴본다. 여기에서는 노부모 부양의 필요성, 부양의 개념 및 법적성질, 부양청구권, 부양의 당사자, 부양의무 불이행에 대한 조치, 부양기여분제도 등이 고찰될 것이다.

제3장에서는 우리나라의 노부모 부양제도의 문제점을 살펴보고자 한다. 민법 제974조 이하의 법정부양을 중심으로 노부모 부양의무 이행확보의 문제점, 노부모 부양의무 불이행에 대한 구제방법의 문제점, 국민기초생활보장법상의 노부모 부양의 문제점을 살펴본 후, 오늘날 젊은이들의 노부모 부양 책임의식의 약화에 따른 노부모 부양의 사각지대의 발생의 문제가 다루어진다.

제4장에서는 주요국가의 노부모 부양제도를 검토하려한다. 우리 입법에 가장 많은 영향을 미쳤다고 할 수 있는 일본의 입법례를 시작으로 우리나라와 동일하게 유교문화 중심의 국가인 중국과 싱가포르 등 아시아권 국가와 북유럽 제국 등 복지 선진국가라고 할 수 있는 유럽 국가를 중심으로 노부모 부양제도를 비교분석함으로써 그로 인한 시사점을 얻고자 한다.

제5장에서는 제3장에서 검토한 우리나라 노부모 부양제도의 문제점에 대한 개선방안을 제시하고자 한다. 특히 제4장에서 살펴본 일본, 중국, 싱가포르 등 아시아권 국가와 유럽 국가 등 주요국가의 노부모 부양제도의 분석을 통하여 얻은 시사점을 바탕으로 개선방안을 모색하고자 한다.

제6장에서는 앞의 장들에서 고찰된 중요한 사항들을 요약·정리하고 해석론과 입법론적 방향을 제시한 후 향후의 연구 과제를 밝히려 한다.

제2장 노부모 부양제도의 이론적 기초

제1절 부양제도의 연혁과 노부모 부양의 필요성

1. 부양제도의 연혁

전통적으로 효사상에 포함되어 당연한 것으로 여겨졌던 우리나라의 부모 부양은 단순한 부양의 의미보다는 봉양의 성격이 짙었다. 구전에 의해서든 기록³⁾에 의해서든 부모 봉양과 관련한 효행에 관한 이야기는 쉽게 접할 수 있다. 과거 우리 사회에서는 부모에 극진한 효를 다한 자에게는 국가가 상을 주고 그렇지 않은 자는 벌을 줌으로써 효행을 강조하였는데, 이는 전통적으로 효를 백행의 근본으로 삼아 부모를 봉양하는 것을 인륜지도로 여겼기 때문이다.

(1) 고대

예로부터 우리나라는 효자에 대한 많은 이야기가 전해 내려오고 있다. 백제의 효녀 지은,⁴⁾ 신라의 향덕,⁵⁾ 조선시대의 도리장⁶⁾에 관한 이야기 등이 그러하다.

-
- 3) 예컨대 백제의 효녀 지은(『三國史記』 권 제48 열전 제8, 효녀 지은전), 신라의 향덕(『三國史記』 권 제48 열전 제8, 향덕전), 조선의 도리장(『太祖實錄』 권9, 5년 정월 경신) 등이 있다.
- 4) 한기부 백성 연권의 딸로서 성품이 매우 효성스러웠다. 어려서 아버지를 여의고 혼자 어머니를 봉양하여 나이 32세가 되었어도 시집을 가지 않고, 언제나 어머니 곁을 멀리하지 않았다. 품을 팔고 동양을 하며 밥을 빌어 어머니를 봉양하였으나, 빈곤을 참을 수 없어 부잣집에 가서 몸을 팔고 여종이 되기를 청하여 쌀 10섬을 얻었다. 부잣집 일을 다니면서 저물녘이면 돌아와 밥을 지어 어머니를 봉양하였는데, 며칠 뒤 어머니가 그 사실을 알고 목 놓아 울고 딸도 같이 울어 길가는 사람들을 애처롭게 하였다(정구복 역, 『역주 삼국사기』, 한국정신문화연구원, 1997, 816-817면).
- 5) 향덕은 웅천주의 판적향 사람으로, 매우 효성스럽고 순하기로 소문이 난 사람이다. 천보 14년 을미(경덕왕 14년)에 흉년이 들어 백성이 굶주리고 전염병까지 돌아 부모가 굶주림에 병이 났으며, 어머니는 중기가 나서 거의 죽게 되었다. 향덕이 밤낮 옷을 벗지 않고 정성을 다하여 편안히 위로하였으나, 봉양할 것이 없어 자신의 넓적다리 살을 떼어 먹게 하고 또 어머니의 중기를 입으로 빨아 모두 완쾌시켰다(정구복 역, 전거서, 809-810면).

물론 고려장이라는 노부모를 유기하는 풍속도 있었다는 얘기가 있지만, 이러한 모습을 전하는 당대의 자료나 이를 해명하는 고고학적 기록을 찾아볼 수는 없다.⁷⁾ 이렇듯 구전에 의하든, 기록에 의하든 효행에 관한 이야기는 그동안 쉽게 접하여 왔는데, 이는 효를 백행의 근본으로 삼던 사상의 영향이 있었기 때문으로 보인다.⁸⁾

고구려에서는 조상의 유업을 기리기 위하여 고분을 축성하고, 부모의 삼년상을 치렀으며, 적석분(積石墳)을 만들고 송백을 심어 영속된 효의 묘상을 나타내었다. 신라시대에는 불교를 국교로 숭상하여 당시의 생활을 주도하였는데, 이러한 숭불 사상은 범국민적인 사회사상으로 국민정신을 귀일시켰다. 이에 따르면 부모를 공경하고 공양하여야 하며, 효도는 밤낮으로 섬겨서 길러준 은혜에 보답할 것을 강조하였다.⁹⁾ 그리고 진평왕 때 원광이 화랑에게 준 세속오계 중에는 ‘사친이효(事親以孝)’라 하여 어머니 섬기기를 효로써 하도록 하였다.¹⁰⁾

(2) 고려시대

고려시대의 효행에 관한 이야기로는 삼국사기, 삼국유사, 고려사절요 등을 통하여 많이 전해지고 있는데, 불교의 지배 속에서 부양의무는 효에 포함되어 강력한 계율로 강제되었음을 알 수 있다.¹¹⁾ 성종 9년 9월에 내린 교서의 내용에 의하면 “대체로 국가를 다스리는 데는 반드시 먼저 근본을 힘써야 한다. 근본을 힘쓰는 데는 효도가 제일이니 효도는 삼황오제(三皇五帝)의 기본사업으로서 만사의 강령이요 모든 선의 주체이다. 그래서 6경의 대의를 본받고 삼례(三禮)의 규례를 쫓

6) 도리장은 15세기 진원군에 살던 백성의 딸이었다. 그는 성 쌓기에 강제로 끌려가서 갖은 고역을 다하다가 병고에 시달리는 아버지를 구원하기 위하여 남자 옷을 입고 길을 떠나 친신만고 끝에 아버지를 만날 수 있었으며, 정성껏 간호하고 부축하여 고향으로 돌아왔다.

7) 과거 우리나라에 고려장이라는 노부모를 유기하던 풍속이 잔재하였다는 고려장 설화와 관련하여 이는 일본이 우리나라의 민족성 말살정책의 일환으로 만든 허위에 지나지 않는다는 견해가 있다(김만환, “고령장 설화의 허구성에 관한 연구”, 『한국사상과 문화』, 한국사상문화학회, 1999, 112면). 오히려 역사서에 의하면 부모를 유기하거나 부양하지 않은 경우 상당한 제제가 뒤따른다는 것을 찾아볼 수 있다.

8) 이영하, “한국부양법제에 관한 연구”, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 1989, 18면 이하 참조.

9) 차문섭, “효행집고”, 『충효사상』, 단국대학교 출판부, 1980, 253면.

10) 『삼국사기』 권 제45 열전 제5, 貴山.

11) 어인의, “노부모 부양을 위한 법적 장치의 확보책”, 『법학논집』, 제5집, 청주대학교 출판부, 1990.7, 131면.

아 1국의 풍속을 모두 오효(五孝)의 모범을 따르도록 하려고 한다”고 하여, 효를 근본으로 하였음을 알 수 있다.

고려의 성종은 특히 도덕정치에 힘을 기울여 충효를 강조하였고, 이체현도 성종의 이러한 업적을 기리며, “성종묘를 세우고 사직을 정하였으며, 효도와 절의를 권장하여 풍속을 아름답게 하였다”고 할 정도로 효에 대한 교육과 예를 덕치의 근본으로 삼고 백성들의 윤리기강을 바로 잡았다고 한다.¹²⁾

(3) 조선시대

충효(忠孝)를 근본으로 하는 유교사상이 주된 이념이었던 조선시대 역시 노부모를 부양하고 공경하는 것을 덕의 근본으로 여겼을 뿐 아니라 불효를 가장 큰 죄로 여겼다. 퇴계 이황은 ‘西銘前一節 明人爲天地之子 後一節言人事天地 當如子之事父母也’라 하였는데, 이는 인간사회에 있어서 모든 질서의 근원은 효에서부터 출발하고 있음을 밝히고 있는 것이다. 또한 문헌에 나타난 효행에 관한 이야기는 조선왕조실록 등에서도 쉽게 찾아볼 수 있다.

조선시대 최대의 법전인 경국대전에서도 부모 봉양에의 의지를 찾아볼 수 있다. 예를 들어, 부모의 나이가 70세 이상이 된 자는 300리 밖의 먼 고을의 원으로 임명하지 않는다거나,¹³⁾ 부모에게 효성스럽고 형제 간에 우애 있는 사람은 연말마다 본조에 등록하여 임금에게 보고하고 장려해 주도록 하였으며,¹⁴⁾ 나아가 부모나 가장을 고발하는 것을 반역음모와 역적의 경우를 제외하고는 교형에 처하게 하여 그 권위를 높여 주었다.¹⁵⁾

조선 중기 실학자 정약용은 유배지에서 아들에게 보낸 편지에서 부모를 모시는 일은 부모의 뜻을 어기지 않는 일이 제일 큰일이고, 먹고 입는 것과 잠자리에 관심을 가져야 효도하고 봉양하는 법을 안다고 할 수 있다고 하였다. 또한 자식들이 부모를 이처럼 잘 모시면 부모들이 기뻐할 것이며, 부모가 기뻐하면 자식들 또한 즐거울 것이니 가정의 화목은 자식에 대한 부모의 사랑과 함께 부모에 대

12) 『高麗史』 제3권 世家 제3, 성종 경인 9년 9월 병자일.

13) 법제처, 『경국대전』, 한국법제연구원, 1993, 117면.

14) 법제처, 상계서, 283-284면.

15) 법제처, 상계서, 471면.

한 자식들의 효성이 중요하다는 점을 역설하였다.¹⁶⁾

(4) 일제 강점기

일제점령기 하에서도 이러한 노부모 부양에 대한 각별한 의지는 계속되었다. 조선총독부 중추원의 관습조사 보고서에 의하면 “세계에서 그 유례를 찾아볼 수 없을 정도로 조선인은 친족부조의 관념이 극히 강하여 친족 간에는 서로 부양의 의무가 있는 것이다. 따라서 보통 부양토록 되어 있는 친족으로는 부모, 조부모, 배우자, 자손, 형제자매, 백숙부모, 생질녀, 중형제자매, 재종형제자매, 외조부모, 처부모 등으로서 호주는 가족을 부양해야 하나 그 범위에 대해서는 사람마다 견해를 달리하고 있어 일정한 한계를 말할 수는 없지만, 유복친(有服親)의 범위를 넘을 수 없다는 것에는 이견이 없다. 또한 부양할 자가 수인인 경우의 부양순서에 대해서는 촌수가 다른 자 사이에서는 근친을 우선하고, 본종(本宗)과 외족(外族) 간에는 본종을 우선 한다”고 하고 있다.¹⁷⁾ 그리고 “부양을 받을 자는 자활할 수 없는 자에 한정하는 듯하지만, 자가 부모를 부양하고 부모가 자를 양육하거나, 부부가 서로 부양하는 것에 대해서는 반드시 자활할 수 있는지 여부를 묻지 않는다”고 하여 자의 부모 부양은 부모가 부양이 필요한 상태인지의 여부를 불문하고 인정하였다. 요컨대, 전통적인 입장에서 본다면 성년자녀의 노부모에 대한 부양의무는 제1차적 부양의무의 성격을 갖고 있었으며, 이를 너무나 당연한 것으로 여기고 있었다고 할 수 있다.

(5) 광복 이후

1957년에 우리 민법이 제정된 이후 1990년 민법개정 이전까지는 장남에게 상속가급분을 부여하였기 때문에 부모 부양의 자녀책임, 특히 장남책임이라는 의식이 강했다고 할 수 있다. 그러나 1990년 민법개정으로 재산상속에 있어서 자녀균등상속의 원칙이 채택됨에 따라 부모 부양책임은 모든 자녀의 공동책임이라는

16) 정약용(박석무 편역), 「유배지에서 보낸 편지」, 창작과 비평사, 2001, 41-42면.

17) 조선총독부중추원, 「관습조사보고서」, 조선총독부중추원, 1913, 314면.

인식이 강조되게 되었지만, 이와 동시에 부모 부양에 대한 책임의식이 약화되는 결과도 초래되었다.¹⁸⁾

(6) 민법상 부양규정의 입법과정

1957년 11월 21일 제26회 국회정기회 제42차 본회의에 상정된 민법초안(정부안) 중 부양의무에 관한 내용을 살펴보면,¹⁹⁾ 제975조에서 부양의무를 부담하는 친족의 범위에 관하여 배우자를 포함하여 기술하고,²⁰⁾ 제977조에서의 부양의무가 있는 자가 수인인 경우 그 의무를 이행하여야 하는 자의 순서에 대하여,²¹⁾ 제979조는 부양받을 권리자가 수인인 경우에 부양의무자의 자력이 그 전원을 부양할 수 없을 때 부양우선순위에 대해 상세히 규정하고 있다.²²⁾

부모 부양의무를 인정함과 동시에 부양의무이행의 순위에서 직계비속보다 직계존속을 우선시하였던 것으로 보아 자녀에 대한 부양보다 부모에 대한 부양을 더 우선하였던 당시의 사회상을 그대로 반영한 것으로 부모 부양의 의지를 찾아볼 수 있다.²³⁾

18) 통계청의 1998년과 2002년에 실시한 「사회통계보고서」를 통해 부모 부양책임의식의 변화를 분석해 보면 다음과 같다. 「1998년 사회통계조사」에 의하면 89.9%가 자녀에게 책임이 있고, 8.0%는 고령자 자신에게 있으며, 2.0%가 사회책임이라고 하였다. 반면 「2002년 사회통계조사」에서는 자녀책임이 70.7%, 자녀와 사회 공동책임이 18.2%, 고령자 자신의 책임 9.6%, 사회책임 1.5%로 나타났다. 또한 통계청 「인구총조사」에 의한 65세 이상 인구의 세대구성변화를 살펴보면 「1990년 인구총조사」 65세 이상 인구 중 50% 이상이 3세대 이상 구성이 50% 가까이 되지만 「2000년 인구총조사」에서는 30.8%로 급감하였을 뿐 아니라, 혼자 사는 노인인구 역시 16.2%를 차지하여 자녀와 생활을 함께 하는 고령인구는 점차 감소하고 있다.

19) 「제26회 국회정기회의 속기록 제42호(부록)」, 국회사무처, 1957.11.21. 99면.

20) 제975조 다음 각 호의 친족은 서로 부양의 의무가 있다. 1. 배우자, 2. 직계혈족 및 그 배우자, 배우자의 직계존속, 3. 3촌 이내의 방계혈족 및 그 배우자, 부(夫)의 3촌 이내의 방계혈족 및 그 배우자, 4. 호주와 가족.

21) 제977조 부양의 의무 있는 자가 수인인 때에는 다음 순위로 부양의무를 이행하여야 한다. 1. 배우자, 2. 직계비속 및 그 배우자, 3. 직계존속 및 배우자의 직계존속, 4. 형제자매, 부(夫)의 형제자매, 5. 방계혈족인 비속 및 그 배우자, 夫의 방계혈족인 비속 및 그 배우자, 6. 방계혈족인 존속 및 그 배우자, 夫의 방계혈족인 존속 및 그 배우자, 7. 가족, 8. 호주.

22) 제979조 부양을 받을 권리자가 수인인 경우에 부양의무자의 자력이 그 전원을 부양할 수 없을 때에는 다음 순서로 부양하여야 한다. 1. 배우자, 2. 직계존속 및 배우자의 직계존속, 3. 직계비속 및 그 배우자, 4. 형제자매, 夫의 형제자매, 5. 방계혈족인 존속 및 그 배우자, 夫의 방계혈족인 존속 및 그 배우자, 6. 방계혈족인 비속 및 그 배우자, 夫의 방계혈족인 비속 및 그 배우자, 7. 가족, 8. 호주.

23) 장경근 의원의 친족상속법 기초요강 사안을 살펴보면, “37. 부양권리의무자, ① 하기 친족은 상호 부양의무를 인정할 것(배우자 간에 대해서는 혼인의 일반효력으로서의 규정 참조). (가) 직계혈족 (나) 부부의 일방이 타방의 직계혈족과 생계를 같이하는 경우 그 상호 간 (다) 형제자매 (라) 호주가족 간 (마) 친족 간, ② 재판소가 특별한 사정이 있다고 인정할 때에는 상 이외의

그러나 그 이후 제26회 국회정기회의 제62차 본회의의 민법안심의록²⁴⁾에 의하면 다음과 같이 부양의무와 관련된 조항이 수정 및 삭제되었다. 제975조(부양의무자) 다음 각 호의 친족은 서로 부양의 의무가 있다. 1. 직계혈족 및 그 배우자 간, 2. 호주와 가족 간, 3. 기타 친족 간(생계를 같이 하는 경우에 한한다).²⁵⁾ 초안에서는 상호부양의무자로서 배우자를 포함하고, 부양의무가 있는 친족에 대하여 구체적으로 상세히 나열하였는데 수정안에서는 배우자를 삭제하고, 구체적 범위를 나열하기 보다는 포괄적으로 규정하여 법원의 해석에 맡기고 있다. 그리고 부양권리의무자의 순위의 경우 초안과 같이 상세히 열거하는 것 자체가 부적합한 것으로 판단하여 당사자 간의 협의와 법원의 판단에 맡겼다.

친족상속법 입법의 기본방침에 의하면 “고래의 미풍양속은 폐품이 되지 않는 한도에서 유지·조장하는 동시에...”²⁶⁾ 라고 하여 우리의 미풍양속이 계속 존속되도록 하는 것을 그 기본방침으로 삼았다. 당시의 사회상으로 볼 때 직계혈족간의 부양은 당연한 것일 뿐 아니라 오히려 비속보다는 존속을 더 우선하였고, 부모 부양의무는 인간의 본성에 기초한 것이기 때문에 법문에 구체적으로 명시하지 않았던 것이라 생각되고 있다.²⁷⁾

친족 간에도 부양할 것을 명할 수 있도록 할 것”. “38. 부양의 순서, ① 부양을 할 자 또는 부양을 받을 자가 2인 이상 있는 경우에 있어서의 부양의 순서에 관하여는 원칙적으로 당사자의 협의에 맡기고 법문에 번잡한 규정을 실하지 않을 것. ② 협의가 되지 않는 때는 비로소 재판소가 친족관계의 친소, 준비, 남녀의 별, 동일가적에 제한 여부 및 기타의 사정을 참작하여 부양의 순서를 정하도록 할 것”이라고 되어 있다(정광현, 「한국가족법연구」, 서울대학교출판부, 1967. 37-38).

24) 초안은 제977조 내지 제980조에서 부양의무의 순위와 부양받을 자에 관하여 상세하게 규정한 바 본래 부양의 권리의무자, 그 순위, 정도, 방법에 관하여는 관습으로 확립된 것이 없고 또 이를 초안과 같이 법률로써 세밀히 규정한다는 것은 도리어 실제와 인정에 적합치 않는 면이 많을 것 같다. 따라서 본조 내지 제980조는 이를 삭제하고 부양의무자의 범위는 초안 제975조 수정안에 규정한 정도로 그치고 순위에 관하여는 이를 친족 간의 협의에 맡기되 협의가 성립되지 아니할 때는 법원이 그 실정을 참작하여 구체적으로 결정하도록 함이 타당하다. ② 초안에는 부양의무자 또는 권리자가 수인이 될 경우에 관한 규정이 없는바 사정에 따라서는 수인을 부양의무자로 하여야 할 때도 있을 것이고 또 1인이 수인의 권리자를 부양하는 것이 좋을 경우도 있을 것이다. 이러한 천변만화의 설정에 적응하기 위한 규정을 신설함이 타당하다(「제26회 국회정기회의 속기록」, 제62호(부록), 국회사무처, 1957.12.17. 576면.

25) 그리고 제977조는, “부양의 의무가 있는 자가 수인인 경우에 부양을 할 자의 순위에 관하여 당사자 간에 협정이 없는 때에는 법원은 당사자의 청구에 의하여 이를 정한다. 부양을 받을 권리자가 수인인 경우에 부양의무자의 자력이 그 전원을 부양할 수 없는 때에도 같다. 전항의 경우에 법원은 수인의 부양의무자 또는 권리자를 선정할 수 있다”라고 수정하였다.

26) 정광현, 전제서, 39면.

27) 박도희, “부모 부양에 대한 제고-민법상 부모 부양의무규정의 해석·적용에 관하여-”, 「한양법학」, 제22집, 한양법학회, 2008.2, 253면.

2. 노부모 부양의 필요성

우리나라는 이미 2000년에 고령화 사회에 진입하였고, 2018년에는 노인인구 비율이 14%를 넘어서 고령사회로, 2026년에는 초고령사회로 진입할 것으로 전망하고 있다.²⁸⁾ 고령화 사회에서 초고령사회로 도달하는 기간은 일본은 36년, 독일 77년, 이탈리아가 81년이 소요된 반면, 우리나라는 26년밖에 걸리지 않는 것이다. 출산율 저하, 평균수명 연장, 베이비 붐 세대의 고령화가 맞물려 선진국에 비하여 급격히 이루어지고 있는 고령화 추세는 우리 사회 전반에 급격한 변화와 충격을 주고 있다.

한편, 우리나라의 노인의 빈곤율과 자살률은 OECD국가 중 최고 수준이다. 우리나라는 고령화 사회에 들어서면서 100세가 넘는 노인들이 해마다 증가하고 있지만 자살을 선택하는 노인들의 수도 증가하고 있다. 보건복지부에 따르면 100세를 맞는 노인의 수는 2009년 884명에서, 2012년 1,201명으로 136%정도 증가하고 있다. 그러나 우리나라는 OECD 국가 중 10년 연속 자살률 1위를 기록하고 있다.²⁹⁾ 2013년 OECD 국가 간 비교에서도 한국 노인의 자살자 수는 인구 10만명당 81.8명으로 미국(14.1명)의 약 5배, 영국(4.8명)의 약 20배이다.³⁰⁾ 이러한 상황 속에서 10만명당 자살자 수를 연령별로 비교한 결과 모든 연령층 중 80대 이상(94.7명), 70대(66.9명), 60대(40.7명) 순으로 높은 것으로 보고되고 있다.³¹⁾

보건복지부의 ‘2011년 노인 실태조사’ 결과 역시 우리나라 노인의 위기를 나타내고 있는데, 조사에 응한 노인의 11.2%가 지난 1년 동안 자살을 생각해본 적이 있다고 응답하였으며, 이들 중 실제로 자살을 시도한 노인도 11.2%나 되는 것으로 나타났다.³²⁾ 이러한 조사결과는 노인층에 잠재적 자살자가 다수 존재하고 있다는 것을 보여주고 있다.

노인의 자살에 영향을 미치는 주요 요인으로 노인의 4고(苦) 즉, 빈곤, 질병,

28) 국제연합(UN) 기준으로 총인구 가운데 65세 이상의 고령인구가 7% 이상이면 ‘고령화 사회’, 14% 이상이면 ‘고령사회’, 20%를 넘으면 ‘초고령사회’로 분류되는데, 우리나라는 2018년에 고령사회에 진입할 것으로 전망하고 있다(김영화 외, 「현장에서 본 사회문제」, 양서원, 2013, 204면).

29) 보건복지부, “OECD Health Data 2014 주요지표분석”, 보건복지부 보도자료, 2014, 2면.

30) 서울경제신문, 2013. 7. 23.자.

31) 통계청, “2013년 사망요인통계”, 보도자료, 2013, 2면.

32) 보건복지부, “2011 노인실태조사 결과발표 및 정책적 함의”, 보도자료, 2012.1. 3면.

무위, 고독이라고 한다.³³⁾ 통계청의 발표에 따르면 65세 이상의 노인이 겪는 가장 큰 어려움은 건강문제로 65.2%였으며, 다음으로 경제적 문제, 즉 빈곤이 53.0%로 나타났고, 세 번째는 직업이 없거나 소일거리가 없는 무위로 27.4%, 마지막으로 외로움, 즉 고독이 27.2%로 나타났다.³⁴⁾

생애주기의 마지막 단계인 노년기는 지금까지 살아온 인생을 정리하면서 자아통합을 추구하고 죽음의 질에 관하여 생각해야 할 시기이다. 그런데도 최근 수년 동안에 노인 자살률이 급증한 것은 노년의 삶이 얼마나 열악한지를 잘 나타내고 있으며,³⁵⁾ 건강문제와 더불어 경제적 어려움의 심각성을 말해주고 있다.³⁶⁾ 2014년 우리나라의 가처분소득을 기준으로 한 인구유형별 상대 빈곤율을 살펴보면, 노인 빈곤율은 47.2%로 여전히 50%에 달할 만큼 높게 나타나고 있다.³⁷⁾

이와 같이, 우리나라 노인들이 빈곤율과 자살률에 있어서 OECD 국가 중 가장 높은 순위를 차지하고 있는 이유 중의 하나는 가족에 의한 노부모 부양이 이루어지지 않기 때문이라고 할 수 있을 것이다.

통계청 자료에 의하면, 노부모 부양의 전통적 방식이었던 동거를 통한 부양은 갈수록 줄어들어 1990년 75.3%에서 2010년에는 30.8%에 불과한 반면, 노인 1인 가구의 비율은 같은 기간 10.6%에서 34.3%로 3배 이상 증가하고 있다. 또한, 노부모의 생활비를 주로 제공하는 사람이 장남이라는 응답은 1998년 27%에서 2014년 10.1%로 감소하고, 모든 자녀의 부양분담이라는 응답은 9.6%에서 27.7%로 증가했다. 부모 스스로 해결한다는 응답도 같은 기간 41.6%에서 50.2%로 증가하여 노후에 대한 자기책임이 절반이상의 비율로 확대되었다.

부모 부양에 대한 견해에 대하여는 ‘스스로 해결해야 한다’는 견해가 증가 추세이다. 2014년의 경우 부모의 노후 생계를 ‘가족과 정부·사회’가 함께 돌보아야 한다는 생각이 35.7%로서, 노후 생계에 대한 책임을 가족과 정부·사회의 공동 몫

33) 장은혜·남석인, “노인의 4고(苦)가 자살생각에 미치는 영향 : 우울의 매개효과를 중심으로-”, 「노인복지연구」 통권 69호, 한국노인복지회, 2015.9, 124면.

34) 통계청, “2015 고령자 통계”, 「보도자료」, 2015. 9. 24. 3면.

35) 임춘식, 「노인복지학개론」, 학현사, 2008, 12면.

36) 양미자·조성제, “노인의 노화에 대한 태도가 자살에 대한 생각에 미치는 영향”, 「노인복지연구」 통권 62호, 한국노인복지학회, 2013.12. 346면.

37) 우리나라의 노인 빈곤율은 2008년 44.8%, 2009년 46.4%, 2010년 47.1%, 등으로 오르며 2011년 48.8%로 정점을 찍었다가 2012년 48.2%, 2013년 47.5% 등으로 하락 추세이다(세계일보, 2015. 12. 8.).

으로 돌리려는 경향이 과거보다 강해지고 있으며, 이런 견해는 학력이 높을수록 높게 나타난다.³⁸⁾

또한, 가족에게 의지하지 않고 ‘스스로 해결해야 한다’는 의견도 증가하는 추세이다. 가족이 돌봐야 한다는 비율은, 2008년 48.1%, 2010년 38.3%, 2012년 36.6%, 2014년 34.1%로³⁹⁾ 감소하고 있는 반면, ‘부모 스스로 해결해야 한다’는 비율은 2008년 16.5%, 2010년 18.4%, 2012년 22.3%, 2014년 23.8%로 점차 증가하고 있다.

국가별로 노부모 부양의 정도와 수준도 각기 다르다.⁴⁰⁾ 국가마다 노부모의 부양에 대한 의식이나 법제도가 다르듯이 한 국가 내에서도 시대변화에 따라서, 그리고 가족의식의 변화에 따라서 노부모 부양에 대한 태도가 달라질 수밖에 없다. 우리나라의 경우에도 전통적인 가장을 중심으로 한 가족제도가 해체되고, 가족을 중심으로 재편되고 있음은 주지의 사실이다.⁴¹⁾

이런 상황에서 노부모의 부양에 대한 의식도 달라질 수밖에 없을 것이다. 물론 오늘날 복지국가로의 전환으로 인하여 사회보장제도가 확충되고 있어, 부조가 필요한 자에 대한 부조의 상당부분을 국가가 책임을 지는 것이 대세이기는 하다. 그러나 이러한 급격한 고령화 사회의 도래, 핵가족화에 따른 노인들의 고통, 즉 빈곤, 질병, 무위, 고독에 시달리고 있는 점이 간과되어서는 안 된다. 이러한 시대변화에 맞게 적절하게 고안된 노부모 부양제도를 위해서는 이러한 요인들을 종합적으로 고려하는 것이 필요하다. 이때 무엇보다도 가족들 간의 유대의식이나 부양의식이 세대별로 다르게 나타나고 있다는 점에 주목해야 할 것이다.⁴²⁾

요컨대, 오늘날 우리나라의 노인들이 겪고 있는 어려움을 생각한다면 우리나라의 현재 노부모 부양제도에는 심각한 문제가 있다. 우리 사회의 노부모 부양에

38) 중졸이하 34.7%, 고졸 37.3%, 대졸이상 40.7%로 나타나고 있다(통계청, 전계 “2015 고령자 통계”, 4면).

39) 만약 자녀가 부모를 부양해야 된다면, 모든 자녀가 공동으로 부모를 부양해야 한다는 견해가 62.4%나 된다.

40) 대표적으로 스위스의 경우 노부모를 포함한 친족 간의 생활부조의무는 부양권리자에게 부양수요와 요부조상태가 존재하고, 부양의무자가 경제적으로 형편이 좋은 상태에 있는 경우, 즉 급부능력이 있는 경우에 인정된다(스위스민법 제328조·제329조). 독일의 경우에도 마찬가지이다(독일민법 제1601조·제1602조)

41) 가족형태 변화 추이를 보면, 지난 30년간 핵가족 비중은 지속적으로 증가한 반면, 3대 가족 등의 비중은 감소하였고, 부부와 양친과 자녀로 구성된 가족의 비중은 지속적으로 감소가 예상되는 반면, 핵가족의 비중은 계속 늘어날 전망이다(e-나라지표(<http://www.index.go.kr/>)의 사회·여성/가족·가족의 형태별 분포참조).

42) 김봉수, “노부모 부양에 대한 소고”, 「안암법학」. 33호, 안암법학회, 2010.9, 201면.

관한 의식도 점차 약화되고 있다는 것을 감안하면 부양의무자의 주체가 국가이든 가족이든, 즉 사적부양이든 공적부양이든, 적어도 노부모 부양에 대한 보다 합리적인 제도의 개선이 필요하다고 여겨진다.

제2절 부양의 개념 및 법적성질

1. 부양의 개념

(1) 의의

부양이란 스스로 생활을 꾸려나가지 못하는 사람들을 정신적·경제적으로 도와서 생계를 보장해 주는 것을 말한다.⁴³⁾ 스스로 생활할 능력이 없는 사람의 부양은 1차적으로 가족 또는 친족에게 맡겨져 있으나(사적부양),⁴⁴⁾ 그 가족·친족에게도 부양능력이 없는 경우에는 최종적으로 국가 또는 지방자치단체가 사회보장의 문제로서 해결하여야 하는데, 이를 공적부양이라 한다.

이러한 부양의무는 피부양자가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없어야 하고(특히 부모에게 독립할 생활능력이 없는 어린 자녀가 성년이 될 때까지 보호·양육해야 할 부양의무가 있다), 그 의무자는 피부양자를 부양할 경제적 능력이 있어야 그 의무를 이행할 책임이 있다(제975조). 부양의무는 부양의 필요성이 없거나 그 의무자의 부양능력이 없게 되면 소멸한다. 다만, 제1차적 부양의무는 그 의무자가 국민기초생활보장법에 따른 보호를 받아야 할 정도의 극빈자가 아닌 한 소멸하지 않는다.⁴⁵⁾

공적부양과 관련하여 우리 헌법에서는 “생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다(헌법 제34조 제5항)”라고 규정하고 있다. 또 이 규정을 구체화하기 위하여 사회보장기본법을 비롯하여, 사회보장급여법, 국민

43) 한삼인, 「새롭게 쓴 판례민법(제3판)」, 법률행정연구원, 2003, 1414면.

44) 나중에 살펴보는 바와 같이, 사적부양과 관련하여 민법의 부양의무에는 두 가지가 있다. 첫째, 친자(부모와 미성년의 자) 및 부부사이의 부양관계로서 이를 제1차적 부양의무(생활유지의 부양의무)라 할 수 있다(제826조 제1항·제913조). 둘째, 일정한 친족사이의 부양관계로서 이를 제2차적 부양의무(생활부조의 부양의무)라 할 수 있다(제974조·제975조).

45) 한삼인, 「신체계 한국가족법」, 화산미디어, 2015, 266면.

기초생활보장법, 의료급여법, 긴급복지지원법, 기초노령연금법, 장애인연금법 등이 제정·시행되고 있다.⁴⁶⁾ 특히 생활이 어려운 사람에게 필요한 급여를 실시하여 이들의 최저생활을 보장하고 자활을 돕는 것을 목적으로 1999. 9. 7. 국민기초생활보장법이 제정(2014. 12. 30. 개정)·시행되고 있다. 이러한 공적부양은 피부양자를 사적으로 부양하는 사람이 없거나 다른 법령에 의한 보호가 없는 경우에 보충적으로 행해지게 된다(국민기초생활보장법 제3조 제2항 참조).

그러나 아무리 이러한 사회보장 관련 법률들이 잘 정비된다 하더라도 국가의 재정에는 한계가 있으므로 사회보장제도만으로는 그 실효를 기대하기 어렵다.⁴⁷⁾ 이러한 이유로 공적부양관계법인 ‘국민기초생활보장법’은 사적부양을 우선시하고 있으며, 그 사적부양이 바로 ‘민법’ 상의 부양인 것이다.⁴⁸⁾

(2) 부양의 종류

일반적으로 부양의 종류에는 사적부양과 공적부양이 있으며, 사적부양은 법정부양과 약정부양으로 나눌 수 있다. 이러한 구분은 노부모 부양의 경우에도 그대로 적용된다.

1) 사적부양과 공적부양

사적부양 중 법정부양은 민법상 친족 간의 부양을 의미하며, 이는 제1차적 부양의무와 제2차적 부양의무로 나누어진다.⁴⁹⁾ 제1차적 부양의무는 부모와 미성년 자녀 간 및 부부사이의 부양관계(제826조 제1항, 제913조)에서 부양권리자가 부양의무자와 같은 정도의 생활을 할 수 있도록 하는 의무를 말한다. 제2차적 부양의무는 일정한 친족사이의 부양관계(제974조)에서 생겨나는 의무를 말한다. 이러

46) 우리나라의 사회보장관련 법률은 크게 다음의 5가지로 분류할 수 있다. 즉, 사회복지기본법(사회보장기본법, 사회복지사업법), 공공부조법(국민기초생활보장법, 의료급여법, 긴급복지지원법, 기초노령연금법, 장애인연금법, 사회보장급여법), 사회보험법(국민연금법, 국민건강보험법, 고용보험법, 산업재해보상보험법, 노인장기요양보험법), 사회복지사업법 제2조에 포함된 사회복지서비스 관련법, 사회복지사업법 제2조에 포함되지 않은 사회복지서비스 관련법들이 그것이다.

47) 김용환, 「친족상속법」, 박영사, 2003, 238면.

48) 이희배, 「주석 가족법판례연구」, 삼지원, 2007, 646면.

49) 한삼인, 전제 「새롭게 쓴 판례민법」, 1414면.

한 부양의무는 피부양자가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없어야 하고, 그 의무자는 피부양자를 부양할 경제적 능력이 있어야 그 의무를 이행할 책임이 있다(제975조).⁵⁰⁾

공적 부양의무는 친족 등 자신을 부양하여 줄 사람도 없고, 스스로 생활을 유지할 능력도 없는 자에 대해 국가나 공공단체에서 부양하는 사회보장제도를 말한다. 공적 부양은 피부양자를 사적으로 부양하는 사람이 없거나 다른 법률의 부양이 없는 경우 제2차적·보충적으로 이루어지게 되는 것으로서, 생활이 어려운 자에게 필요한 급여를 행하여 이들의 최저생활을 보장하고 자활을 조성하는 것을 목적으로 제정된 국민기초생활보장법에서 규정하고 있다.⁵¹⁾

국민기초생활보장법에 따르면, 부양의무자의 부양과 다른 법령에 의한 보호는 그 법에 의한 급여에 우선하여 행하여지는 것으로 하며(동법 제3조 제2항), 수급권자는 부양의무자가 없거나 부양의무자가 있어도 부양능력이 없거나 부양을 받을 수 없는 사람으로서 그 소득인정액이 제20조 제2항에 따른 중앙생활보장위원회의 심의·의결을 거쳐 결정하는 금액(이하 이 조에서 "생계급여 선정기준"이라 한다) 이하인 사람으로 하는데, 이 경우 생계급여 선정기준은 기준 중위소득의 100분의 30 이상으로 한다고 규정하고 있다(동법 제8조 제2항).

한편, 수급자에게 부양능력을 가진 부양의무자가 있음이 확인된 경우에는 보장비용을 지급한 보장기관은 생활보장위원회의 심의·의결을 거쳐 그 비용의 전부 또는 일부를 그 부양의무자로부터 부양의무의 범위 안에서 징수할 수 있도록 하고 있다(동법 제46조 제1항).

2) 법정부양과 약정부양

앞에서 살펴본 바와 같이, 사적부양은 법정부양과 약정부양으로 나뉜다.

50) 한편, 부부 간의 부양의무에 관해서는 민법 제826조 제1항이 규정하고 있고, 부모의 미성년 자녀에 대한 부양의무에 관해서는 민법 제913조가 규정하고 있기 때문에 민법상 부양규정이 적용되는 것은 생계를 같이 하는 기타 친족 간에만 적용된다는 견해도 있다. 부모의 미성년 자녀에 대한 부양의무에 관해서는 부양이라는 용어는 사용하지 않지만, 친권자에게 부여된 미성년 자녀를 보호·교양할 의무를 부양의무와 동일하게 취급하고 있다(서인검, "부양의무 이행의 순위 및 해당부양료의 구상에 관한 고찰-대법원 2012.12.27. 선고 2011다96932 판결을 중심으로-", 「경희법학」, 제49권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2014, 11면).

51) 한삼인, 전제 「신체계 한국가족법」, 266면.

가. 법정부양의 발생요건

법정부양이 발생하기 위해서는 부양권리자의 부양이 필요한 상태라는 요건과 부양의무자의 부양능력이 있어야 한다는 요건의 2가지 요건을 모두 충족하여야 한다. 첫째 요건은 민법 제975조에 근거한 경제적인 원조가 필요한 상태를 의미하며,⁵²⁾ 둘째 요건은 민법 제976조 및 제977조의 해석상 인정되는 요건이다.

우리 민법 제974조에서는 직계혈족 및 그 배우자 간, 기타 친족 간(생계를 같이 하는 경우에 한한다)에는 서로 부양의 의무가 있다고 규정하고, 이어서 제975조에서는 “부양의 의무는 부양을 받을 자가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없는 경우에 한하여 이를 이행할 책임이 있다”고 규정하고 있다. 한편, 민법 제977조에서 부양의무자의 자력을 거론하고 있는 것에 비추어 해석론상 부양의무자는 부양능력이 있는 경우에 한하여 부양의무를 부담하는 것으로 새기고 있다. 여기에서 말하는 부양능력이란 부양의무자가 자기의 사회적인 지위·신분에 적합한 생활 정도를 낮추지 않고 부양을 받을 자를 부양할 수 있을 정도의 여유가 있어야 함을 의미한다. 이는 부양의무자가 자기의 생활을 유지하는 권리가 타인을 부양하는 의무보다 우선한다는 것을 함축한다.

나. 약정부양의 발생요건

약정부양은 세 가지 형태가 있을 수 있다. 첫 번째 유형은 민법 974조의 부양의무가 있는 자와 피부양자 사이에 부양하기로 약정을 한 경우로서, 이때 부양의무자에게 당연히 부양의무가 발생한다. 이 유형과 관련하여, 민법은 수증자의 일정한 망은행위가 있는 때에는 증여자는 증여계약을 해제할 수 있다고 규정하고 있다(제556조 제1항). 즉 ① 증여자 또는 그 배우자나 직계혈족에 대한 범죄행위가 있는 경우, ② 증여자에 대하여 부양의무가 있음에도 이를 이행하지 않는 경우에, 증여자가 계약을 해제할 수 있다. 여기에서 후자의 부양의무는 민법 제974조에 규정되어 있는 직계혈족 및 그 배우자 또는 생계를 같이하는 친족 간의 부

52) 따라서 신상감호 내지 개호가 필요한 상태는 그 요건에 해당되지 않는다. 그 이유는 민법 제 975조상의 부양을 받을 권리자가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없는 경우에 부양의무가 발생한다고 규정하고 있는데, 여기에서 자력 또는 근로의 개념이 경제적 개념으로 파악될 수 있기 때문이다.

양의무를 가리키며,⁵³⁾ 친족 간이 아닌 당사자 사이의 약정에 의한 부양의무는 이에 해당되지 않는다.⁵⁴⁾ 그러나 이 해제권은 망은행위가 있었음을 증여자가 안 날부터 6월을 경과하거나 증여자가 수증자에 대하여 용서의 의사를 표시한 경우에 소멸한다(제556조 제2항). 민법 제556조는 부양의무의 요건을 규정한 것이 아니라, 부양의무 불이행을 이유로 한 증여계약의 해제의 효과에 관한 규정에 불과하지만, 민법 제974조 상의 부양의무자가 부양권리자와의 사이에 부양약정을 한 것을 전제로 한다는 점에서 부양의무의 발생 원인으로 볼 수 있다.

두 번째 유형은 민법 제561조의 부담부증여(상대부담이 있는 증여)⁵⁵⁾로서, 토지소유자가 토지를 증여하면서 후에 나이가 들어 자신의 거동이 불편하면 수증자가 증여자 부부를 부양하고 그의 선조의 제사를 지내주기로 약정한 경우가 그 예이다.⁵⁶⁾ 부담부증여에는 쌍무계약에 관한 규정이 적용된다(제561조). 따라서 부담의무 있는 상대방이 자신의 의무를 이행하지 아니할 때에는 비록 증여계약이 이미 이행되었더라도 증여자는 계약을 해제할 수 있고, 이때 제555조와 제558조는 적용되지 않는다.⁵⁷⁾

53) 지원림, 「민법강의 제13판」, 홍문사, 2015, 1429면.

54) 대판 1996.1.26, 95다43358.

55) 부담부증여란 수증자가 일정한 의무를 부담하는 것을 조건으로 하는 증여로 상대방이 일정한 의무를 부담하는 증여를 말한다. 부담부증여 여부의 증명에 대하여 판례는, “증여에 상대부담(민법 제561조) 등의 부관이 붙어 있는지 또는 증여와 관련하여 상대방이 별도의 의무를 부담하는 약정을 하였는지 여부는 당사자 사이에 어떠한 법률효과의 발생을 원하는 대립하는 의사가 있고 그것이 말 또는 행동 등에 의하여 명시적 또는 묵시적으로 외부에 표시되어 합치가 이루어졌는지를 확정하는 것으로서 사실인정의 문제에 해당하므로, 이는 그 존재를 주장하는 자가 증명하여야 한다”고 하고 있다(대판 2010.5.27, 2010다5878).

56) 대판 1996.1.26, 95다43358.

57) 대판 1997.7.8, 97다2177. 최근 대법원은 아버지가 아들을 상대로 낸 소유권 이전등기 말소청구 소송에서 원고승소 판결한 원심을 최근 확정했다. 이 판결에서 대법원은, “아버지가 부동산을 넘긴 행위는 단순 증여가 아니라 효도라는 의무 이행을 전제로 한 ‘부담부 증여’로 조건을 붙이 행하면 계약을 해제할 수 있다”고 하고 있다. 이 판결은, ‘충실히 부양 한다’는 각서가 부모 자식 간의 일반적 수준의 부양을 넘어선 의무를 계약상 내용으로 하고 있는 것으로, 재산을 증여 받은 자녀가 충실한 부양의무를 다하지 못하면 부모가 증여계약을 해제하고 증여한 부동산을 다시 찾아올 수 있다는 취지의 판결이라고 할 수 있다(대판 2015.12.24, 2015다236141). 이 판결의 사건경위를 개관하면 다음과 같다. 2003년 12월 유모씨는 아들에게 서울 종로구 가회동 한옥촌의 시가 20억원 상당의 2층 단독주택을 물려주며, 같은 집에 살며 부모를 잘 봉양하고 제대로 모시지 않으면 재산을 모두 되돌려 받겠다는 내용의 ‘효도 각서’를 받았다. 하지만 재산을 물려받은 아들의 태도는 돌변했다. 유씨 부부와 함께 살기는 했지만 함께 식사도 하지 않았다. 허리디스크를 앓는 모친의 간병도 따로 사는 누나와 가사도우미에게 맡겼다. 2013년 11월께 모친이 스스로 거동할 수 없게 되자 아들은 “요양원에 가시는 게 어떻겠느냐”고 권유했다. 아들에게 크게 실망한 유씨가 따로 나가 살겠다며 집을 팔아 남은 돈으로 자신들이 살 새 아파트를 마련하겠다고 등기를 다시 이전해 달라고 요구하자, 아들은 “천년만년 살 것도 아닌데 아파트가 왜 필요 하나, 맘대로 한번 해 보시지”라며 막말을 퍼부었다. 결국 유씨는 딸의 집으로 이사한 뒤 아들을 상대로 부동산 소유권을 돌려 달라는 소송을 낸 것이다.

세 번째 유형은 종신통기금계약의 경우에 발생하는 약정부양의무로서, 민법 제 725조는 종신통기금계약에 대하여 당사자 일방이 자기, 상대방 또는 제삼자의 종신까지 정기로 금전 기타의 물건을 상대방 또는 제삼자에게 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다고 규정하고 있다.

(3) 사적부양 우선의 원칙

우리 헌법은 노부모 부양과 관련하여 노인복지의 정책방향과 그 체제에 관하여 명확히 규정하고 있다.⁵⁸⁾ 이러한 규정을 보면 부양을 필요로 하는 자에 대한 최소한의 생활보장은 국가가 책임져야 한다고 할 수 있으며, 실제로 우리나라는 사회보장기본법을 비롯한 사회보장관련법에서 이러한 최저한의 생활보장을 실현하기 위한 각종 제도를 시행하고 있다. 특히 국민기초생활보장법에서는 이러한 최소한의 생활보장에 대하여 직접 규정하고 있다.

그러나 국민기초생활보장법의 규정내용을 보면, 동법이 추구하는 최저생활의 보장은 보충적인 것임을 알 수 있다. 즉 동법 제3조에서는 부양의무자⁵⁹⁾의 사적 부양이 우선함을 천명하고 있는 것이다.

(4) 사적부양과 공적부양의 관계

앞에서 살펴본 바와 같이, 부양은 누가 그 책임을 부담하는가에 따라 사적부양과 공적부양(공적 부조)으로 나눌 수 있다. 사적부양은 민법 제974조 이하의 법정부양과 부담부증여, 종신통기금계약 등에 의한 약정부양이 있으며, 법정부양이 중요함은 이미 살펴본 바와 같다. 반면 공적부양이란 생활이 어려운 사람에게 필

58) 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정함으로써 기본권보장의 대원칙을 선언하고 있다. 또한 헌법 제34조 제1항은 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다”라고 규정하고 있고, 동조 제4항은 “국가는 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다”고 하고 있으며, 제5항에서는 “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다”라고 규정하고 있다.

59) 동법 제2조 제5호는 “부양의무자란 수급권자를 부양할 책임이 있는 사람으로서 수급권자의 1촌의 직계혈족 및 그 배우자를 말한다. 다만, 사망한 1촌의 직계혈족의 배우자는 제외 한다”고 하고 있다.

요한 급여를 실시하여 이들의 최저생활을 보장하고 자활을 돕는 것으로서 국민 기초생활보장법에 의한 보호가 그 중심을 이룬다고 할 수 있다.

우리나라의 경우 복지예산 비중이 정부지출예산의 1/4 이상을 차지할 정도로 복지정책에 비중을 두고 있기는 하나 국가는 사적부양을 받지 못하는 자에 대하여만 최저한도의 생활만을 보장할 뿐이고, ‘사적부양 우선의 원칙’을 채택하고 있다.

유년, 노령, 질병, 실업 등을 이유로 자력으로 스스로의 생계를 유지할 수 없는 자에 대한 원조행위는 국가적 차원에서 공공부조로서 행해지는데, 부조를 필요로 하는 상태가 반드시 개인의 책임이나 무능력뿐만 아니라 자연적 원인이나 실업, 산업재해와 같은 사회적 원인에 의해서도 발생하기 때문이다.⁶⁰⁾ 우리나라에서도 생존권에 대한 헌법 제34조에 근거하여 사회보장제도가 행해지고 있다.

증대하는 공공부조의 역할을 고려할 때 노부모 부양 역시 사회보장제도와의 관계 속에서 살펴볼 필요가 있다.⁶¹⁾ 현재 공공부조제도의 가장 기본적인 제도라고 할 수 있는 국민기초생활보장제도는 수급권자의 “건강하고 문화적인 최저생활을 유지할 수 있는 것”을 내용으로 하므로(국민기초생활보장법 제4조 제1항), 노부모에 대한 부양의무를 지는 자녀의 부양의무에 별다른 영향을 미치지 못한다. 부양의무자인 자녀에게 충분한 부양능력이 있는 경우라면 그에 따른 상당한 수준의 부양을 받음으로써 동법 상의 급여를 받을 수 없을 것이고,⁶²⁾ 반면 자녀나 노부모에게 자력이 없는 경우라면 동법에서 정한 최저생활보장을 위한 급여를 받게 될 것이기 때문이다.

노부모 부양과 보다 밀접한 연관을 가지는 것은 현재 ‘국민기초생활보장법’에 따라서 행해지는 기초생활수급이다. 특히 동법 제3조 제2항이 규정한 보충성원칙⁶³⁾ 내지 사적부양우선의 원칙이 노부모 부양과 어떤 관계가 있는지가 중요한

60) 吉田恒雄·岩志和一郎, 「親族法・相續法」, 尙學社, 2006, 179面; 中川淳, 「現代家族の法學」, 日本加除出版, 2000, 193面.

61) Schwander, Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 328 Rn, 1.

62) 만약 부양의무자인 자녀가 부양을 기피 또는 거부하는 경우라면, 노부모는 동법 상 급여를 받을 수 있지만, 이때 급여 역시 최저생활보장수준에 한함은 물론이다.

63) 보충성의 원리는 적극적 의미와 소극적 의미의 양면성을 가지는데, 국가권력의 자의적인 남용 제한과 시민자유를 보장한다는 의미가 소극적 의미에 해당하고, 사회국가원리에 따라서 국가의 개입에 의한 지원과 예방책이 요구된다는 점에서 적극적 의미를 띠게 된다고 한다. 이에 대해서는 안봉근, “국민기초생활보장법상 보충성원리에 관한 연구”, 「한국사회복지학」, 제61권 제3호, 2009, 11면 이하 참조.

쟁점이 될 것이다. 동 법상 수급자격은 수급자가 자신의 생활의 유지·향상을 위하여 그 소득·재산·근로능력 등을 활용하여 최대한 노력했으나 생활유지가 되지 않는 경우에 보충적으로 적용되고(동법 제3조 제1항), 또한 부양의무자에 의한 부양이나 다른 법률에 의한 보호가 동법 상 급여에 우선하는 것으로 정하고 있다(동법 제3조 2항).

동법의 이러한 규정을 고려하면, 노부모 부양문제에 있어서도 자녀의 부양의무가 언제나 우선하는 것으로 이해되고 자녀의 부양에도 불구하고 자기 생활을 유지할 수 없는 경우에만 예외적으로 동법 상의 수급자격이 주어지게 되는 것이다. 동법 제3조의 보충성의 원리를 자기책임의 원칙으로 보게 되면, 동 규정은 단순한 국가개입의 제한원리로 이해될 수 있다. 또한 동 규정은 사실적인 측면에서 사회보장비용의 절감, 친족 간의 상호부양의 장려라는 측면에서도 이해될 수 있다. 하지만 이러한 문리적·소극적 해석은 생존권적 기본권보장이라는 법의 목적 체계와 모순을 낳게 되고 결국 법운용의 자의성으로 나타날 수 있으며, 생존배려에 대한 국가책임의 회피라는 결과가 발생할 우려가 있다.⁶⁴⁾ 따라서 동법 상의 보충성원리는 소극적인 의미가 아닌 적극적 의미, 즉 국민의 생존권보장과 사회통합을 위해서 국가의 관여와 지원이 강조되는 것으로 이해하여야 할 것이다.⁶⁵⁾

노년층의 노후는 세대와 세대 간의 연대성원리 하에서 부양되는 것이 당연하다는 점에서 노인에 대한 적극적인 공공부조는 각 개인이나 가족단위를 넘어서서 사회단위에서도 충분히 긍정될 수 있다.⁶⁶⁾ 또한 공공부조가 적극적으로 시행되면, 동시에 부양의무를 지는 자녀의 자립도 기대할 수 있을 것이다. 그리고 오늘날 세계 각국의 사회보장제도가 급격하게 확장되는 추세를 고려하면, 사적부양의 성격과 내용은 공공부조와의 관계를 고려하여 시대상황과 법제도에 따라서 재검토될 수도 있을 것이다. 그러나 국가나 지방자치단체의 공공부조를 비롯한 사회보장제도의 확대를 예단하여 사적부양을 성급하게 축소하거나 제한하는 것은 아직은 시기상조라고 여겨진다.

64) 이경희, 「가족법」, 법원사, 2012, 266면.

65) 안봉근, 전계논문, 13-14면, 21-22면.

66) 안봉근, 상계논문, 23면.

2. 부양의 법적성질

이 논문에서 주로 다루고자 하는 부양은 사적부양 중 법정부양⁶⁷⁾과 국민기초생활보장법에 기초한 공적부양이다. 부양의 법적 성질에 관하여 학설의 대립이 있는 것은 법정부양에 관한 것이 주를 이루고 있는 바, 이하에서 이를 중심으로 검토하고자 한다.

(1) 학설

1) 2원형론

2원형론은 부양에 대한 전통적인 견해로서 이론상 부모와 미성년자 간, 또는 부부 간의 보다 긴밀한 부양과 친족 간의 일반적인 부양이라고 하는 2가지 유형으로 분류하는 것을 말한다. 전자를 제1차적 부양의무 또는 생활유지의무라 하고, 후자를 제2차적 부양의무 또는 생활부조의무라고 한다. 이는 1928년 일본의 나카가와 젠노스케가 주창한 이론으로 당시 독일민법과 스위스 민법상 부양의무에 관한 조항들에 착안하여 제창한 것으로 알려져 있다.⁶⁸⁾ 2원형론에 따르면 부양자체가 그 신분관계의 본질적·불가분적 요소를 이루고 있는 부부 간의 부양, 미성년의 자에 대한 부모의 부양의 경우 부양의무자는 피부양자의 생활을 자신의 생활과 같은 정도로 보장해야 할 의무가 있기 때문에 부양의무자에게 부양능력이 없더라도 부양의무를 져야 한다고 한다. 이에 반해, 배우자나 미성년 자녀 이외의 친족 간의 부양의무는 부양을 받을 자가 자기의 자력으로 생활을 유지할 수 없는 상태인 부양이 필요한 상태와 부양의무자에게 부양능력이 갖추어져 있을 때에만 부양의무가 발생하며⁶⁹⁾ 민법 제974조 이하의 규정만을 제2차적 부양

67) 특별히 언급되는 경우를 제외하고는 이 논문에서 사적 부양의무라 함은 법정 부양의무를 의미한다.

68) 정민호, “가족법상 부양의무와 사회보장법상 부양의무 준별론”, 「법학논총」, 제29집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2012.3, 133면.

69) 누구도 자기의 생활을 희생해 가면서까지 부양의무를 지지 않는다는 것으로, 제2차적 부양의무가 발생하기 위해서는 부양이 필요한 상태와 부양의 여력이라는 두 가지 요건이 필요하다. ‘부양이 필요한 상태’란 객관적으로 보아 부양을 받을 자의 생활비 수요가 자기의 자력 또는 노력에 의하여 충족할 수 없는 상태를 말하며, 생활비 수요는 의식주 등의 생활전반의 수요 및 의료

의무인 생활부조의무의 근거규정으로 본다. 이와 달리 2원형론의 입장을 취하면 서도 부모의 부양의무를 생활유지의무로 보아야 한다는 견해도 제기되고 있다.⁷⁰⁾ 이 견해에 따르면, 부모의 부양은 민법 제974조 이하의 규정에 해당하는 것이 아니라 부모에 대한 부양의무를 강제적 재판규범으로 보고 부모와 현실적 생활공동체를 이루고 있는 이상 이를 생활유지의무로 보아야 할 현대적 의의가 있다. 한편, 부모와 독립하여 거주하는 경우에는 부모를 보호해야 할 필요성이 더 크기 때문에 동거생활 여부를 따지지 않고 무조건적으로 부양을 해야 한다는 견해도 있다.⁷¹⁾

민법은 부부 간 및 미성년의 자에 대한 부모의 보호·부양에 대하여는 제974조와 별도로 제826조 제1항(부부간의 동거·부양 협조의무)과 제913조(친권자의 자에 대한 보호·교양 권리의무)를 두어 특별한 취급을 하고 있다. 이에 반해, 노부모에 대한 자녀의 부양의무에 대하여는 제974조 제1호 외에 별도의 규정을 두고 있지 않다. 이러한 점에서 민법이 미성년의 자에 대한 부모의 부양과 성년자녀의 노부모 부양을 구별하여 노부모 부양은 제974조 이하의 경제적 부양에 의하도록 하는 취지로 보는 것이 타당하다는 견해도 있다.⁷²⁾

2) 3원론적 2원론

3원론적 2원론은 추상적 부양의무의 발생 면에서 부양당사자 간의 친족이라는 신분에 의해 구분되는 부양의 종류를 그 부양의무의 추상적 원인·근거에 따라 동일체적 부양, 생계공동적 부양, 보충적 부양이라는 3개의 부양의무로 유형화하여 구분하는 이론을 말한다. 이 견해에 따르면, 부양의 효과는 부양의 권리행사와 의무 이행의 순위·정도를 판단하기 위해 ‘부양의 필요’와 ‘부양의 여력’을 가

비, 적당한 오락비, 교육비 등도 포함한다. 그리고 ‘부양의 여력’이란 부양의무자가 자기의 생활을 유지하는 권리를 타인을 부양하는 의무보다 우선시하는 것으로서, 부양의무자가 자기의 사회적 지위·신분에 적합한 생활정도를 낮추지 않고 부양을 받을 자를 부양할 수 있을 만큼의 여유가 있는 것을 의미한다(이경희, 전제서, 285면).

70) 한용길, “한국에서의 노부모 부양과 부양료 구상: 사법적 보호의 관점에서”, 『저스티스』, 제30권 제4호, 한국법학원, 1997.12, 56-57면.

71) 김용욱, 「노부모 부양에 관한 연구」, 법전출판사, 1977, 109면.

72) 이병운, “민법상 부양의무와 사회보장법상 가족책임의 사회적 평가와 조정”, 『사회보장연구』, 제20권 제2호, 한국사회보장학회, 2004.6, 187면; 이승우, “노친부양소고”, 『가족법연구』, 제14권, 한국가족법학회, 2000.12, 13면.

지고 2원형론의 부양유형인 제1차적 부양과 제2차적 부양으로 구분함으로써 새로운 부양법리를 구성하고 있다.⁷³⁾ 여기서 동일체적 부양이라 함은 당사자의 혼인의사에 기초한 부부 간의 부양과 혈연관계에 기인한 부모의 미성년의 자에 대한 부양 및 성년자의 부모 부양 등을 의미한다. 생계공동적 부양은 당사자의 의사·혈연·상부상조 계약의 의제에 기인하여 생계를 같이하는 동거가족 간의 부양을 의미하고, 보충적 부양은 경제적 대가 내지 고도의 도덕적 은혜와 같은 당사자 간의 특별한 사정 등에 의해 공생의무에 기인한 기타 근친 간의 부양을 말한다.⁷⁴⁾ 동일체적 부양과 생계공동적 부양은 원칙적으로 제1차적 부양의무를 부담하지만, 보충적 부양은 제2차적 부양의무만을 부담한다.⁷⁵⁾ 요컨대 3원론적 2원론에 따르면, 성년자녀의 부모 부양의무는 원칙적으로 제1차적 부양의무이고, 부모 자신이 독립의 생활능력이 전제되어 생계를 공동으로 동거하지 않는 경우에 한하여 제2차적 부양의무를 지게 된다.

3) 기타 이론

기존의 2원형론과 3원론적 2원론 등 종래의 견해들을 비판하면서 제기된 견해가 있는데, 비유형론과 부양의무 승격론이다. 비유형론은 노부모에 대한 부양의무를 제1차적 생활유지적 부양으로 끌어올리는 것이 논리상 불가능하기 때문에 부양의무를 2유형으로 준별하는 것에 그치지 않고 부양수요자의 부양수요에 대응하기 위하여 그 내용에 대한 융통성을 인정해야 한다고 한다.⁷⁶⁾ 그럴 때 비로소 노부모에 대한 부양을 합당하게 규율할 수 있는 길이 마련된다는 것이다. 다시 말해, 부모 부양의무는 구체적인 사정에 따라 그 정도와 방법이 다양한 모습으로 나타날 수 있고, 부모 부양의무의 법적근거를 민법 제974조 제1호에서 구한다고 하더라도 부양의무의 내용은 결코 동조 제3호에 근거한 친족 간의 부양의

73) 이희배, “노친부양의 법리 : 자·공동의 제1차적 부양책임”, 「가족법연구」, 제9권, 한국가족법학회, 1995.12, 312면 이하.

74) 이정식, “고령화 사회에서 자녀의 노부모 부양의무법리에 관한 고찰”, 「중앙법학」, 제6집 제3호, 중앙법학회, 2004, 220면.

75) 이희배, “추상적 부양의무와 구체적 부양의무에 관한 연구: 사적부양법리의 삼원론적 이원론을 중심으로”, 「가족법연구」, 제14권, 한국가족법학회, 2000.12, 139면.

76) 정귀호, “부양에 관한 연구-한국부양법리의 내포와 외연-”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1987, 50면.

무와 같은 것으로 보아서는 아니 된다는 것이다.

부양의무 승격론은 부모 부양의무를 생활부조의무에서 생활유지의무로 승격시켜야 한다고 주장하는 견해이다.⁷⁷⁾ 부모에 대한 자녀의 부양의무를 생활부조로 보는 것은 미성년인 자에 대한 부모의 보호·양육의무와 균형과 형평성에 맞지 않다는 논거와 전통적 미풍양속의 유지·계승이라는 논거 위에서 이 견해는 부모에 대한 성인자녀의 부양의무를 최소한 미성년자에 대한 부모의 의무와 같은 정도로 하는 것이 신의칙에 적합하다고 주장한다.

(2) 판례

자녀의 부모 부양 등과 같은 그 외의 직계혈족 등 친족 사이의 부양에 관하여는 부양받을 자가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없는 경우에 한하여 부양의무를 부담하는 것으로 규정하고 있다(민법 제974조, 제975조)고 판시하는 대법원의 판례는 일반적으로 제2차적 부양의무의 측면에서 부모 부양의무를 파악하고 있다. 이에 반해, 부모에 대한 부양의무를 제1차적 부양의무라고 판시한 하급심 판결도 존재하고 있는 바, 이하에서 양자를 모두 살펴보고자 한다.

1) 대법원 판결

성년인 자(子)가 장기간 부모와 동거하면서 생계유지의 수준을 넘는 부양자 자신과 같은 생활수준을 유지하는 부양을 한 경우, 민법 제1008조의2 소정의 특별 부양자에 해당하는지 여부를 다툰 사안에서 대법원은 “민법이 친족 사이의 부양에 관하여 그 당사자의 신분관계에 따라 달리 규정하고, 피상속인을 특별히 부양한 자를 기여분을 인정받을 수 있는 자에 포함시키는 제1008조의2 규정을 신설함과 아울러 재산상속인이 동시에 호주상속을 할 경우에 그 고유의 상속분의 5할을 가산하도록 한 규정(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 제1009조

77) 어인외, “효와 자녀의 부모에 대한 민법상의 의무”, 「청주법학」, 제11권, 청주대학교 법학연구소, 1996, 24면.

제1항 단서)을 삭제한 취지에 비추어 볼 때, 성년인 자(子)가 부양의무의 존부나 그 순위에 구애됨이 없이 스스로 장기간 그 부모와 동거하면서 생계유지의 수준을 넘는 부양자 자신과 같은 생활수준을 유지하는 부양을 한 경우에는 부양의 시기·방법 및 정도의 면에서 각기 특별한 부양이 된다고 보아 각 공동상속인 간의 공평을 도모한다는 측면에서 그 부모의 상속재산에 대하여 기여분을 인정함이 상당하다”고 판시⁷⁸⁾하고 있다.

이 판결은 기여분과 관련된 판결이지만, 판시내용에서 성년자녀의 부모 부양의무에 대해 자녀가 부모를 동거부양하고 생계유지의 수준을 넘는 부양자 자신과 같은 생활수준을 유지하는 부양을 한 것은 특별 부양에 해당⁷⁹⁾한다고 보아 성년자녀의 부모 부양의무가 제2차적 부양의무인 생활부조의무임을 전제로 하고 있다.

또한 대법원은, 부부 간의 상호 부양의무와 부모의 성년자녀에 대한 부양의무의 우선순위 및 제2차 부양의무자의 제1차 부양의무자에 대한 상환청구 가능 여부를 다룬 사안에서, “민법 제826조 제1항에 규정된 부부 간 상호부양의무는 혼인관계의 본질적 의무로서 부양을 받을 자의 생활을 부양의무자의 생활과 같은 정도로 보장하여 부부공동생활의 유지를 가능하게 하는 것을 내용으로 하는 제1차 부양의무이고, 반면 부모가 성년의 자녀에 대하여 직계혈족으로서 민법 제974조 제1호, 제975조에 따라 부담하는 부양의무는 부양의무자가 자기의 사회적 지위에 상응하는 생활을 하면서 생활에 여유가 있음을 전제로 하여 부양을 받을 자가 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없는 경우에 한하여 그의 생활을 지원하는 것을 내용으로 하는 제2차 부양의무이다. 이러한 제1차 부양의무와 제2차 부양의무는 의무이행의 정도뿐만 아니라 의무이행의 순위도 의미하는 것이므로, 제2차 부양의무자는 제1차 부양의무자보다 후순위로 부양의무를 부담한다.

따라서 제1차 부양의무자와 제2차 부양의무자가 동시에 존재하는 경우에 제1차 부양의무자는 특별한 사정이 없는 한 제2차 부양의무자에 우선하여 부양의무

78) 대판 1998.12.8, 97므513.

79) 성년자녀의 부모 부양의무는 생활부조의무에 그치기 때문에 생활유지의무에 준하는 정도로 부모를 부양한 것은 특별 부양에 해당한다고 한다.

를 부담하므로, 제2차 부양의무자가 부양받을 자를 부양한 경우에는 소요된 비용을 제1차 부양의무자에 대하여 상환 청구할 수 있다”고 판시⁸⁰⁾하고 있다. 이는 결국 부양이 필요한 상태에 있는 부모 또는 자녀에게 배우자가 있을 경우에는, 그 배우자가 특별한 사정이 없는 한 제2차 부양의무자인 부모 또는 자녀에 우선하여 부양의무를 부담하므로, 부모 또는 성인자녀는 제2차적인 부양의무밖에 없다고 해석하는 것으로 볼 수 있다.

2) 하급심 판결

가. 사실관계

X(원고)와 Z는 1979년 고향을 떠나 일부 자녀와 함께 살면서 독자적으로 생계를 유지하여 왔다. 그러던 중 1989년 3월경 X가 뇌졸중으로 쓰러져 1개월 동안 입원치료를 받은 다음부터 생활능력을 상실하게 됨에 따라 같은 해 4월경부터 1992년 4월 5일까지 셋째 딸 부부(피고) 집에 거주하면서 부양을 받아왔다. X는 자신 소유의 아파트를 매각하여 자신들의 묘지구입과 일부 아들 등에게 증여, 장차 자신들의 질병에 대비할 비상금으로 보관할 의도로 1990년 2월경 셋째 딸 부부에게 그 매각을 위임하였다. 이에 셋째 딸 부부는 X의 아파트를 매각하고 그 대금을 보관하고 있다가 자신들의 새 집 구입대금의 일부로 사용하는 등 이를 임의로 전부 소비하였다. 이를 알게 된 X는 셋째 딸 부부에 대하여 매매대금 상당액의 배상청구의 소를 제기하였으며 셋째 딸 부부는 X가 매매위임을 할 당시 매매대금을 X부부의 생활비 및 치료비 등에 자유로이 사용할 것을 승낙하였다고 주장하는 한편, 3년 1개월 동안 X부부의 부양비, 치료비 등으로 지출한 비용의 지급을 청구하는 반소를 청구하였으나, X의 승소로 판결이 선고되자, 항소하기에 이르렀다.⁸¹⁾

나. 판결요지

이 판결의 요지는 다음과 같다. “① 특단의 사정이 없는 한 피고들은 보관중인

80) 대판 2012.12.27, 2011다96932.

81) 서울고등법원 1994.6.7. 93나30008(본소), 30015(본소, 병합), 30022(반소).

원고 소유의 매매대금을 임의로 소비한 공동불법행위자로서 연대하여 원고에게 매매대금 상당액을 배상할 의무가 있다고 할 것이다. ② 피고들은 원고가 피고들에게 이 사건 부동산의 매매를 위임할 당시 노부모의 부양을 기피하는 다른 자녀들과는 달리 원고부부를 기꺼이 부양하는 피고들로 하여금 그 매매대금을 원고부부에 대한 생활비 및 치료비 등에 자유로이 사용할 것을 승낙하였다고 주장하나, 이에 부합하는 듯 한 당심 증인 A의 증언을 믿지 아니하고 달리 이를 입증할 증거가 없으므로 위 주장은 이유 없다. ③ 피고들은 원고부부를 부양하면서 원고부부에 대한 치료비 등으로 다액의 금원을 지출하였고, 이를 위 매매대금에서 충당하였으므로 원고의 이 사건 청구에 응할 수 없다고 주장하나 피고들이 원고에 대하여 다소간의 비용을 지출한 사실을 인정할 수 있으나, 이러한 비용을 위 매매대금에서 충당하라는 원고의 지시가 있었음이 인정되지 아니하고 달리 그 충당의 권한에 관한 아무런 주장·입증이 없는 한, 위 주장 또한 받아들일 수 없다.”

한편, 반소청구에 대하여는 “피고들이 비록 원고부부를 부양하면서 다소간의 비용을 지출하였다고 할지라도 이는 직계혈족 및 그 배우자 간에 해당하는 민법 제974조 제1호 소정의 제1차적 부양의무자로서, 이미 노년에 이르러 생활능력을 상실한 원고부부에 대하여 자신들의 부양의무를 이행한 것에 지나지 않는다”고 판시하였다.

(3) 검토

부양의무의 법적 성질에 대한 학설을 검토해 보면, 2원형론을 중심으로 여러 학설들이 제기되고 있다. 부모의 부양의무를 제2차적 부양의무 즉, 생활부조의무로 보는 2원형론에 의하면, 그 의무가 발생하려면 부양을 받을 권리자의 부양이 필요한 상태와 부양의무자의 부양능력이라는 두 가지 요건이 모두 충족되어야 한다. 이 중 하나라도 충족하지 못한 경우에는 부모에 대한 부양의무가 발생하지 않는다. 그렇기 때문에 부모가 부양이 필요한 상태에 있다 하더라도 부양의무자가 부양능력이 없는 경우에 부양의 공백 상태가 발생할 여지가 있게 된다. 즉, 부양의무자가 부양의 여력이 없는 경우 부모 부양을 사실상 거부할 수 있게 함

으로써 실질적인 부모 부양이 이루어질 수 없는 문제가 발생할 수 있다는 것이다.⁸²⁾ 또한 2원형론 중 부모의 부양의무를 생활유지의무로 보아야 한다는 견해의 취지에는 공감하지만, 그렇게 보아야 할 실정법적 근거가 없기 때문에 이 견해는 부당한 것으로 보인다.

3원론적 2원론은 부양당사자 간의 가족적 신분에 따라 구별한 부양의 종류를 부양의무의 추상적 원인과 근거별로 유형화하고, 이를 동일체적 부양, 생계공동적 부양, 보충적 부양으로 구분한 후, 부양의 효과는 구체적 부양의무 발생요건인 ‘부양의 필요’와 ‘부양의 여력’에 따라 제1차적 부양과 제2차적 부양으로 구분하고 있다.

그런데 부양의무는 민법상의 의무로서 민법상의 의무가 발생하기 위해서는 계약 내지 법률의 규정이 있어야 한다. 그러나 이 견해는 이를 무시한 채 동일체적 부양, 생계공동적 부양, 보충적 부양이라고 하는 추상적 원인 및 근거에 의해 부양의무를 인정하려하기 때문에 부당하다. 설령 부양의무를 인정한다 하더라도 추상적 부양의무만 발생할 뿐이고, 구체적 부양의무가 발생하기 위해서는 명문의 규정상 반드시 권리자의 부양이 필요한 상태와 부양의무자의 부양능력이 필요하다. 특히 부모의 부양의무의 법적 성질을 생활유지의무로 본다는 점을 제외하면 2원형론과 실질적인 차이가 없다는 것이 3원론적 2원론의 치명적인 한계라고 하겠다.

부모가 독립해서 생활할 수 있는 능력을 전제로 삼아 생계를 공동으로 동거하지 않는 경우에 한해서만 제2차적 부양의무를 지도록 하자는 3원론적 2원론의 주장도 있다. 그런데 이 주장은, 그럴 때라고 하더라도 오히려 부양의 필요성이 더 큰 경우가 있을 여지에도 불구하고 아무런 근거 없이 제2차적 부양의무를 부담시키고자 하는 것이다. 이는 명백한 논리적 비약이라 하지 않을 수 없다.

마지막으로 비유형론과 부양의무 승격론은 2원형론과 3원론적 2원론을 비판하며 제기된 견해지만, 이는 체계적인 법해석론이라기 보다는 부모의 부양 문제를 융통성 있고, 탄력적으로 해결하기 위한 시대 흐름과 현실에 맞는 대안에 불과한 것으로 보인다.

82) 오경희, “노부모 부양의 문제점”, 「법학연구」, 제42권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2001.12, 280-281면.

우리나라의 경우 다수설인 2원형론을 중심으로 부모의 부양문제를 해결하기 위한 많은 학설들이 제기되고 있다. 그러나 앞에서 살펴보았듯이 그 취지에는 공감하지만, 그 근거 상의 논리가 타당하지 않다. 민법 제974조 이하의 규정을 제1차적 부양의무의 근거규정으로 볼 수 없기 때문이다. 부양의무에 관한 규정이 명백히 명문규정으로 존재하고 있는 현행법의 체계상 법문을 넘어선 해석을 할 수 없는 것은 당연하다. 그러한 의미에서 현행법상으로는 2원형론에 따라 생활부조의무로 보는 것이 타당할 것이다. 다만, 현실적인 부모 부양의 필요성 및 여러 학설의 취지 등을 고려했을 때 부모의 부양의무를 생활유지의무로 보아야 할 필요성도 분명 존재한다. 따라서 이러한 문제에 대해서는 입법론적으로 해결할 수 밖에 없을 것으로 보인다.

판례를 검토해 보면, 하급심 판례이기는 하지만 자녀의 부모에 대한 부양의무를 제1차적 부양의무로 판시하고 있다. 이는 사적부양의 전통적 2원형론 하에서 제2차적 부양으로 이해하여 오던 부모 부양을 생존권 존중을 위한 자녀 공동의 제1차적 부양책임으로 전환한 것으로서, 고령화 사회로의 이행과 부부중심의 가족형태의 선호 등으로 인하여 부모 부양 내지 노인문제가 새로운 사회문제로 급증하는 상황에 대처한 판시로서 매우 획기적이고 긍정적인 판결이라 할 수 있다.

3. 부양청구권

(1) 부양청구권의 발생

법률의 규정에 의하여 부양을 청구할 수 있는 권리를 부양청구권이라고 한다. 부양청구권은 채권과 유사한 가족법상의 재산권이다. 그러나 일정한 친족관계를 기초로 하여 발생하는 일신전속권(귀속상·행사상의 일신전속권)·신분적 재산권이라는 점에서 보통의 재산권과는 그 성질이 다르다.⁸³⁾

판례도 이러한 점을 고려하여 부양받을 권리를 일종의 신분적 재산권이라고 본다. 대법원은 “부양받을 권리는 일종의 신분적 재산권이므로 그 권리가 충족되

83) 한삼인, 전계서, 266면.

지 앎에 관련되는 일반적인 정신상의 고통은 그 재산권의 실현에 의하여 회복되는 것이라고 봄이 상당하고 부(父)의 자(子)에 대한 부양의무 불이행으로 인한 회복할 수 없는 정신적 손해는 특별사정으로 인한 손해”라고 하고 있다.⁸⁴⁾ 따라서 부양청구권은 일반적인 재산권과는 다른 특성이 있다. 부양청구권의 목적은 금전인 경우도 있고 금전 이외의 생활물자인 경우도 있지만, 어느 경우라도 일정한 경제적 급여라는 점에서 이른바 신분권 중에서도 가장 재산적인 성격이 짙은 것 중의 하나이다. 따라서 그것은 가족관계에 의거하는 특질을 제외하고는 일반적으로 채권법상의 규정이 준용되거나 또는 적어도 해석상 참고는 되어야 할 것이다.⁸⁵⁾

부양청구권의 특질을 살펴보면 다음과 같다. ① 부양청구권을 행사하거나 향유하는 것은 일신전속권이기 때문에 대위 행사를 할 수 없고(제404조 1항 단서) 상속도 할 수 없다(제1005조 단서). ② 부양청구권은 처분할 수 없기 때문에(제979조) 이를 양도하거나 포기할 수 없고 입질하는 등 담보로 제공하지 못한다(제331조). ③ 부양의무자가 파산한 경우 부양청구권은 파산재단에도 속하지 않는다(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제383조 제1항). ④ 부양청구권은 압류하지 못하므로(민사집행법 제246조 제1항 제1호), 강제집행의 대상이 되지 않으며, 부양청구권을 수동채권으로 하여 상계할 수 없다(제497조).⁸⁶⁾

부양청구권이 발생하려면, 부양청구권자가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없어야 하고(부양의 필요성, 제975조), 부양의무자는 자기의 생활을 적절하게 꾸려나갈 자력 외에 부양을 받을 자의 생활을 도와줄 수 있는 경제적 능력을 갖추어야 한다(부양의 가능성, 제977조 참조). 즉 제1차적 부양에서와 달리 친족 간의 제2차적 부양에서는 부양의 필요성 및 가능성이 요구된다.

부양청구권이 제3자에 의하여 침해된 경우에 부양권리자는 제3자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다(민법 제750조). 부양의 필요성이나 가능성이 소멸되면 부양청구권도 소멸한다. 부양청구권에는 3년의 단기소멸시효가 적용된다.⁸⁷⁾

84) 대판 1983.9.13, 81므78.

85) 김용한, 전제서, 240면.

86) 이와 같이 부양청구권의 처분이 금지되는 것은 주로 장래 발생할 추상적인 부양청구권에 관한 것이므로, 구체적으로 확정된 부양청구권 가운데 이미 이행기가 도래한 부분에 한하여 이를 포기하거나 양도하는 것 또는 상계하는 것이 허용된다(대판 2006.7.13, 2006므751).

87) 제163조 제1호. 참고로 공동부양의무자 상호간의 구상청구권에는 10년의 소멸시효가 적용된다.

(2) 부양료의 구상 청구

1) 과거의 부양료

과거의 부양료를 청구할 수 있는가? 부양의무청구시설, 부양요건성립시설, 부양의무인식시설 등 견해의 대립이 있지만,⁸⁸⁾ 부양의무는 부양의 필요성이 생긴 때부터 발생하는 것이어서 피부양자의 부양을 위한 부양의무자의 부양료채무는 현재에도 계속 존속한다고 보아야 하므로 과거의 부양료도 원칙적으로 청구할 수 있다는 것이 다수설이다.⁸⁹⁾ 판례는 부부 간의 부양의무에 관하여 부양의무청구시설의 입장을 따른 반면,⁹⁰⁾ 미성년의 자녀에 대한 부양에 해당하는 양육비에 관해서는 부양요건성립시설의 입장을 따르는 것으로 보인다.⁹¹⁾

한편, 판례는 자녀의 양육비는 자녀의 출생과 동시에 발생한다는 점에서 과거의 양육비를 원칙적으로 청구할 수 있다고 하고 있는데,⁹²⁾ 부부 사이의 과거의 부양료는 이행청구를 받았음에도 이행하지 않음으로써 이행지체에 빠진 이후의 것이거나, 그렇지 않은 경우에는 부양의무의 성질이나 형평의 관념상 이를 허용해야 할 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 이행청구 이전의 과거 부양료를 청구할 수 있을 뿐 그 이행을 청구받기 이전의 것은 청구할 수 없다고 하고 있

88) 부양료청구권의 발생 시기에 관하여는, 부양료 청구시에 비로소 부양의무가 발생한다는 견해(부양청구시설)와 부양료청구와 무관하게 부양의 필요성과 가능성이 충족되면 부양의무가 발생한다는 견해(부양요건성립시설)가 대립한다.

89) 한삼인, 전게서, 269면.

90) 따라서 과거의 부양료를 청구하지 못 한다.

91) 종래 과거의 부양료의 청구를 부정하던 대판 1986.3.25, 86므17 등이 대결(전) 1994.5.13, 92스21에 의하여 변경되었다. 부부 간의 부양에 관하여 대결2008.6.12, 2005스50은 “부부 간의 상호부양의무는 부부의 일방에게 부양을 받을 필요가 생겼을 때 당연히 발생하는 것”이라고 하면서도 과거의 부양료에 관하여 부양을 받을 자가 부양의무자에게 부양의무의 이행을 청구하였음에도 불구하고 부양의무자가 부양의무를 이행하지 아니함으로써 이행지체에 빠진 이후의 것에 대해서만 부양료의 지급을 청구할 수 있을 뿐, 부양의무자가 부양의무의 이행을 청구받기 전의 부양료의 지급을 청구할 수 없다고 보는 것이 부양의무의 성질이나 형평의 관념에 합치된다고 하였다. 제2차적 부양의무인 부모와 성년의 자녀·그 배우자 사이의 경우에도 이와 마찬가지로 과거의 부양료에 관하여는 부양의무 이행청구에도 불구하고 그 부양의무자가 부양의무를 이행하지 아니함으로써 이행지체에 빠진 후의 것이거나, 그렇지 않은 경우에는 부양의무의 성질이나 형평의 관념상 이를 허용해야 할 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 이행청구 이전의 과거 부양료를 청구할 수 있다(대결 2013.8.30, 2013스96).

92) 대결 1994.5.13, 자 92스21.

다.⁹³⁾

과거의 부양료를 청구할 경우 상환의무의 범위를 정할 때 고려하여야 할 사항에 대하여 판례는 다음과 같이 판시하고 있다. 즉, ① 과거의 양육비에 대하여는 이에 관하여 부모 쌍방이 기여한 정도·자의 연령 및 부모의 재산상황·자력 등 기타 제반사정을 참작하여 적절하다고 인정되는 범위에서 이를 정하여야 한다.⁹⁴⁾ ② 그 부부의 일방을 상대로 상대방의 친족이 과거의 부양료 상환청구를 하는 경우, 그리고 부부 간 과거의 부양료를 청구하는 경우에는 당사자 쌍방의 재산상태와 수입액·생활정도 및 경제적 능력·사회적 지위 등에 따라 부양이 필요한 정도, 그에 따른 부양의무의 이행 정도, 혼인생활 파탄의 경위와 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.⁹⁵⁾

2) 체당부양료의 구상청구 문제

가. 제3자의 구상

첫째, 법률상의 부양의무 없는 제3자가 부양의무 있는 것으로 오신하여 부양한 경우, 이는 착오에 의한 부양으로서 그 변제는 유효한 것이 아니다. 이 경우의 변제는 제469조 소정의 타인을 위한 변제가 아니므로, 부양의무자의 부양의무는 그대로 존속하기 때문에 부양의무자에 대한 구상의 문제는 생기지 않는다. 다만 제3자는 부양을 받은 자에게 부당이득을 이유로 그 반환을 청구할 수 있다.⁹⁶⁾

둘째, 제3자가 부양의무 있는 자의 부양임을 알면서 변제한 경우, 이는 제469조 소정의 타인을 위한 변제로서 유효하다. 따라서 부양의무자의 부양의무는 소멸한다. 이 경우, 제3자는 부양의무자에게 구상권을 행사할 수 있다. 다만, 제3자가 부양의무자의 위임을 받아 수입사무의 처리로서 부양한 경우에는 수입인의 비용상환청구권을 근거로(제688조), 위임을 받지 않은 경우에는 사무관리를 이유로 한 비용상환청구권(제739조)이나 부당이득을 이유로 그 반환을 청구할 수 있

93) 대판 2012.12.27, 201다96932.

94) 대결 1994.5.13, 자 92스21.

95) 대판 2012.12.27, 201다96932.

96) 그러나 제744조의 도의관념에 적합한 변제로서 반환청구를 할 수 없다는 반대의 견해도 있다(송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2015, 1868면).

게 된다(제741조).

나. 부양의무자 사이의 구상

부양의무자가 수인인 경우, 그 중 어느 1인이 전적으로 부양료를 부담하였다면 그는 다른 의무자가 부담하였을 비율의 범위 내에서 이를 구상할 수 있다.⁹⁷⁾ 다만 부양능력이 없어 부양의무가 없는 자에게는 구상하지 못한다.⁹⁸⁾

다. 기타

첫째, 성년인 자녀가 장기간 부모와 동거하면서 생계유지의 수준을 넘는 부양자 자신과 같은 생활수준을 유지하는 부양을 한 경우, 제1008조의2 소정의 특별 부양자에 해당함으로써 상속재산에 관하여 기여분을 인정받게 된다.⁹⁹⁾ 둘째, 부양청구권은 3년의 단기소멸시효에 걸리지만(제163조 제1호), 수인의 부양의무자 사이에서 일방이 이행한 해당부양료, 법률상 의무 없는 제3자의 해당부양료의 구상권은 보통의 채권으로서 10년의 소멸시효에 걸린다(제162조 제1항).

3) 부양의무자 상호간의 구상¹⁰⁰⁾

이혼하면서 부모의 일방이 양육하고 타방은 양육비를 지급하기로 협정한 경우에, 그 협정범위 안에서 과거의 양육비를 청구할 수 있음은 물론이다.¹⁰¹⁾ 그런데 양육비 공동부담의 협정 없이 1인의 의무자가 모든 부양의무를 이행한 후 다른 의무자에게 부담부분의 양육비를 구상할 수 있는가? 협정 등에 의하여 의무자로 지정되지 않으면 현실적 의무를 지지 않으므로 구상을 할 수 없다는 견해도 있을 수 있지만, 앞에서 본 바와 같이 자녀의 출생과 동시에 양육의무가 발생한다고 해야 한다면 구상을 긍정하여야 할 것이다.¹⁰²⁾

97) 대결 1994.6.2, 93스11.

98) 한삼인, 전계서, 270면.

99) 대판 1998.12.8, 97므513.

100) 협정이나 조정 또는 심판에 의하여 부양의 당사자로 되지 않는 자에 대한 구상청구가 허용되지 않음은 당연하다

101) 대판 1985.2.26, 84므86.

102) 지원림, 전계서, 2022면. 대결(전) 1994.5.13, 92스21.

민법 제826조 제1항에 규정된 부부 간 상호부양의무는 혼인관계의 본질적 의무로서 부양을 받을 자의 생활을 부양의무자의 생활과 같은 정도로 보장하여 부부공동생활의 유지를 가능하게 하는 것을 내용으로 하는 제1차 부양의무이고 반면 부모가 성년의 자녀에 대하여 직계혈족으로서 민법 제974조 제1호, 제975조에 따라 부담하는 부양의무는 부양의무자가 자기의 사회적 지위에 상응하는 생활을 하면서 생활에 여유가 있음을 전제로 하여 부양을 받을 자가 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없는 경우에 한하여 그의 생활을 지원하는 것을 내용으로 하는 제2차 부양의무이다.

이러한 제1차 부양의무와 제2차 부양의무는 의무이행의 정도뿐만 아니라 의무이행의 순위도 의미하는 것이므로 제2차 부양의무자는 제1차 부양의무자보다 후순위로 부양의무를 부담한다. 따라서 제1차 부양의무자와 제2차 부양의무자가 동시에 존재하는 경우에 제1차 부양의무자는 특별한 사정이 없는 한 제2차 부양의무자에 우선하여 부양의무를 부담하므로, 제2차 부양의무자가 부양받을 자를 부양한 경우에는 소요된 비용을 제1차 부양의무자에 대하여 상환청구할 수 있다.

부부 간의 부양의무 중 과거의 부양료에 관하여는 특별한 사정이 없는 한 부양을 받을 사람이 부양의무자에게 부양의무의 이행을 청구하였음에도 불구하고 부양의무자가 부양의무를 이행하지 아니함으로써 이행지체에 빠진 후의 부양료에 관해서만 지급을 청구할 수 있을 뿐이다. 따라서 부양의무자인 부부의 일방에 대한 부양의무 이행청구에도 불구하고 배우자가 부양의무를 이행하지 아니함으로써 이행지체에 빠진 후의 것이거나, 그렇지 않은 경우에는 부양의무의 성질이나 형평의 관념상 이를 허용해야 할 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 이행청구 이전의 과거 부양료를 지급하여야 한다.

그리고 부부 사이의 부양료 액수는 당사자 쌍방의 재산상태, 수입액, 생활정도 및 경제적 능력, 사회적 지위 등에 따라 부양이 필요한 정도, 그에 따른 부양의무의 이행정도, 혼인생활 과탄의 경위와 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 따라서 상대방의 친족이 부부의 일방을 상대로 한 과거의 부양료 상환청구를 심리·판단함에 있어서도 이러한 점을 모두 고려하여 상환의무의 존부 및 범위를 정하여야 한다.

가사소송법 제2조 제1항 제2호 나. 마류 사건 제1호는 민법 제826조에 따른 부

부의 부양에 관한 처분을, 같은 법 제2조 제1항 제2호 나. 마류 사건 제8호는 민법 제976조부터 제978조까지의 규정에 따른 부양에 관한 처분을 각각 별개의 가사비송사건으로 규정하고 있다.

따라서 부부 간의 부양의무를 이행하지 않은 부부의 일방에 대한 상대방의 부양료청구는 위 마류 사건 제1호의 가사비송사건에 해당하고, 친족 간의 부양의무를 이행하지 않은 친족의 일방에 대한 상대방의 부양료청구는 위 마류 사건 제8호의 가사비송사건에 해당한다 할 것이나, 부부 간의 부양의무를 이행하지 않은 부부의 일방에 대하여 상대방의 친족이 구하는 부양료의 상환청구는 같은 법 제2조 제1항 제2호 나. 마류 사건의 어디에도 해당하지 아니하여 이를 가사비송사건으로 가정법원의 전속관할에 속하는 것이라고 할 수는 없고, 이는 민사소송사건에 해당한다고 봄이 타당하다.¹⁰³⁾

혼인 외 출생자에 대하여는 그 실부가 인지함으로써 비로소 부자 간에 법률상의 친자관계가 형성되어 부양의무가 발생하는 것이고 아직 인지되지 않은 혼인 외 출생자에 대하여는 그 실부라 할지라도 법률상 부양의무가 있다고 할 수 없지만, 실부가 혼인 외 출생자에 대한 인지를 하기 전에 생모에게 자의 양육을 부탁하면서 그 양육비를 지급하기로 약정하였다면 그러한 약정은 유효하다 할 것이고 이러한 경우 약정한 범위 내에서는 과거의 양육비라도 청구할 수 있다.¹⁰⁴⁾

4) 노부모 체당부양료의 구상청구문제

노부모의 부양의무자인 자녀가 여럿인 경우, 그 중 어느 1인이 전적으로 부양료를 부담하였다면 그는 다른 자녀들이 부담하였을 비율의 범위 내에서 다른 자녀들을 상대로 이미 지출한 과거의 부양료에 대하여 상대방이 부담함이 상당하다고 인정되는 범위 내에서 그 비용의 상환을 청구할 수 있다.¹⁰⁵⁾ 다만 부양능력이 없어 부양의무가 없는 자에게는 구상하지 못한다.

103) 대판 2012.12.27, 2011다96932.

104) 대판 1987.12.22, 87므59.

105) 대결 1994.6.2, 93스11; 대결(전합) 1994.5.13, 92스21.

제3절 부양의 당사자

1. 부양당사자의 범위

직계혈족 및 배우자 사이, 기타 생계를 같이 하는 친족들 사이에는 서로가 서로를 부양할 의무가 있다(제974조).

(1) 직계혈족 및 그 배우자 사이의 부양

첫째, 부양의무가 있는 직계혈족으로는 부모와 자녀(미성년자의 자녀인 경우, 제1차적 부양의무의 범위에 속하기 때문에 제974조의 범위에 해당하지 않는다), 조부모와 손 자녀 등이 있다. 둘째, 시부모와 며느리, 장인·장모와 사위, 계부와 처의 자녀, 계모와 부(父)의 자녀 등은 직계혈족의 배우자 사이로서 부양의무가 있다. 부부는 제1차적 부양의무의 범위에 속하기 때문에 제974조의 범위에 속하지 않는다.

(2) 기타 생계를 같이 하는 친족 사이의 부양

생계를 같이 하는 형제자매 기타 제777조가 정하는 바에 따른 친족사이에는 부양의무가 있다. 생계를 같이하는 경우란 동거하며 생활공동체관계에 놓여 있는 경우는 물론 반드시 동거하지 않더라도 공동의 가계에 놓여 있는 경우를 포함한다고 할 것이다.

직계혈족 및 그 배우자 사이의 부양은 생계를 같이 할 것을 요하지 않는다. 미성년의 자녀에 대한 부모의 부양과 부부 사이의 부양은 제1차적 부양이므로 여기에 속하지 않지만, 성년자녀의 노부모에 대한 부양은 제2차적 부양으로 여기에 속한다.¹⁰⁶⁾ 형제자매를 비롯한 그 밖의 친족 간의 부양은 생계를 같이하는 경우

106) 노부모와 그 직계비속인 자녀 간의 부양(법정부양)에서는, 성년자녀가 노부모에 대한 부양의무자가 되며, 노부모(증여자)와 상대방(수증자) 간의 부양(약정부양)에서는 수증자가 부양의무자

에 한하여 인정된다. 이 경우의 부양은 제2차적인 것으로서 위에서 본 부양의 필요성 및 가능성이 요구된다.¹⁰⁷⁾

2. 부양당사자의 순위

(1) 부양의무자가 수인인 경우

첫째, 부양의무자의 순위는 당사자 사이의 협의로 정하고, 당사자 사이에 협정이 없는 때에는 가정법원이 당사자의 청구에 의하여 이를 정한다(제976조 제1항 제1문, 가사소송법 제2조 제1항 마류 사건 제8호). ① 부양을 받을 자가 수인인 경우에 부양의무자의 자력이 그 권리자 전원을 부양할 수 없는 때에도 마찬가지로이다(제976조 제1항 제2문). ② 부양의무자·부양권리자가 수인인 경우 가정법원은 수인의 부양의무자 또는 수인의 부양권리자를 선정할 수 있다(제976조 제2항). 부양의무자·부양권리자 선정사건은 조정전치주의의 대상이 된다(가사소송법 제50조).

둘째, 부양의무자 또는 부양권리자의 순위에 관한 당사자의 협정·가정법원의 판결이 있는 후 이에 관한 사정변경이 있는 경우, 가정법원은 당사자의 청구에 의하여 그 협정이나 판결을 취소 또는 변경할 수 있는데(제978조, 가사소송법 제2조 제1항 마류 사건 제8호), 이 사건도 조정전치주의의 대상이다(가사소송법 제50조).¹⁰⁸⁾

가 된다.

107) 대결 2013.8.30, 2013스96은 “민법 제775조 제2항에 의하면 부부의 일방이 사망한 경우에 혼인으로 인하여 발생한 그 직계혈족과 생존한 상대방 사이의 인척관계는 일단 그대로 유지되다가 상대방이 재혼한 때에 비로소 종료하게 되어 있으므로 부부의 일방이 사망하여도 그 부모 등 직계혈족과 생존한 상대방 사이의 친족관계는 그대로 유지되나, 그들 사이의 관계는 민법 제974조 제1호의 ‘직계혈족 및 그 배우자 간’에 해당한다고 볼 수 없다. 배우자관계는 혼인의 성립에 의하여 발생하여 당사자 일방의 사망, 혼인의 무효·취소, 이혼으로 인하여 소멸하는 것이므로, 그 부모의 직계혈족인 부부 일방이 사망함으로써 그와 생존한 상대방 사이의 배우자관계가 소멸하였기 때문이다. 따라서 부부 일방의 부모 등 그 직계혈족과 상대방 사이에서는, 직계혈족이 생존해 있다면 민법 제974조 제1호에 의하여 생계를 같이 하는지와 관계없이 부양의무가 인정되지만, 직계혈족이 사망하면 생존한 상대방이 재혼하지 않았더라도 민법 제974조 제3호에 의하여 생계를 같이 하는 경우에 한하여 부양의무가 인정 된다”고 하였다.

108) 한삼인, 전게서, 267면.

(2) 제1차적 부양의무자와 제2차적 부양의무자 사이의 부양 순위

첫째, 부부 간의 상호부양의무는 제1차적 부양의무이고, 부모가 성년의 자에 대하여 직계혈족으로서 부담하는 부양의무는 제2차적 부양의무가 된다. 둘째, 제2차 부양의무자는 제1차 부양의무자보다 후순위로 부양의무를 부담한다. 따라서 제1차적·제2차적 부양의무자가 공존하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 제1차적 부양의무자의 부양의무가 우선하므로, 제2차적 부양의무자가 부양받을 자를 부양한 경우에는 그 소요된 비용을 제1차적 부양의무자에 대하여 상환청구할 수 있다.¹⁰⁹⁾

3. 부양의 정도와 방법

(1) 부양의 정도

부양의 정도는 원칙적으로 당사자의 협정에 의하고, 협정이 없으면 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정하는데, 부양을 받을 자의 생활정도와 부양의무자의 자력 기타 제반 사정을 참작하여 정하게 되는 바(제977조), 부양을 받을 자의 연령, 재능, 신분, 지위 등에 따른 교육을 받는데 필요한 비용도 부양료에 해당한다.¹¹⁰⁾

부양의 정도 또는 방법에 관하여 당사자의 협정이나 가정법원의 판결이 있은 후 이에 대한 사정변경이 있으면 가정법원은 당사자의 청구에 의하여 그 협정이나 판결을 취소 또는 변경할 수 있다(제978조. 마류 가사비송사건 제8호). 이들 사건은 조정전치주의의 대상이다(가사소송법 제50조).

부양권리자와 부양의무자 사이에 부양의 방법과 정도에 관하여 협정이 이루어지면 당사자 사이에 다시 협의에 의하여 이를 변경하거나, 법원의 심판에 의하여 위 협정이 변경, 취소되지 않는 한 부양의무자는 그 협정에 따른 의무를 이행하여야 하는 것이고, 법원이 그 협정을 변경, 취소하려면 그럴 만한 사정의 변경이

109) 대판 2012.12.27, 2011다96932.

110) 대판 1986.6.10, 86므46.

있어야 하는 것이므로, 부양권리자들이 위 협정의 이행을 구하는 사건에서 법원이 임의로 협정의 내용을 가감하여 부양의무자의 부양의무를 조절할 수는 없다.¹¹¹⁾ 특별한 부양을 한 경우에 기여분이 발생한다(제1008조의 2).

(2) 부양의 방법

부양의 구체적인 방법은 부양의무자가 피부양자를 모시고 동거하면서 그 생활을 보살피는 동거부양 내지 인수부양, 그리고 부양의무자가 매월 정기적으로 피부양자에게 생활비를 금전이나 현물로 지급하는 급부(급여)부양이 있다. 그 구체적인 방법은 당사자의 협정·법원의 판결 등에 의해 정해질 문제이다. 금전 급부부양이 일반적인 방법이다. 금전 급부부양의 경우, 부양의 성질상 그 급부는 선급이어야 한다.

오늘날 사적부양에 있어서도 공적부양과 마찬가지로 금전에 의한 경제적 부양이 원칙이 되고, 비경제적 부양은 예외적으로 고려된다. 민법은 부양의 정도와 방법에 관하여 당사자의 협의에 의할 것을 원칙으로 하고, 협의가 없는 경우 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 부양받을 자의 생활정도와 부양의무자의 자력 기타 제반사정을 고려하여 정하도록 하고 있다(민법 제977조). 다만 노부모 부양의 경우에는 앞에서 언급한 바대로 미성숙자녀에 대한 부모의 부양과 마찬가지로 부양의무자인 자녀 자신과 동일한 수준으로 행해져야 할 것이다.¹¹²⁾

부양의무의 이행으로서 금전적 급부를 제공하는 것이 가장 일반적인 방법인데,¹¹³⁾ 이때 어느 정도의 액수를 부담하는지는 가정법원의 판단에 맡기고 있

111) 한삼인, 전게 「새롭게 쓴 판례민법(제3판)」, 1416면; 대판 1992.3.31, 90므651·668(병합).

112) 일본의 경우에도 하급심에서 노친부양임에도 생활부조의무보다 강한 부양의무로서 사실상 생활유지의무에 가깝게 인정한 판결들이 있다(鈎路家裁 1972.12.26, 審判, 家月 25·8·6; 廣島家裁 1990.9.1, 審判, 家月 43·2·162 등).

113) 김주수·김상용, 「친족·상속법」, 법문사, 2015, 445면. 금전적 급부의 경우 국민기초생활법상 수급권자에게 사회급여를 선 지급하고, 그 지급한 사회급여의 범위 내에서 피부양자가 부양의무자에게 가지는 부양청구권을 양도받거나 법적으로 당연히 승계 받아 이미 지급한 사회급여 범위 내에서 해당 금액을 부양의무자로부터 구상할 수도 있다(동법 제46조 1항). 특히 이러한 구상권 행사는 민법상 부양의무자가 있음에도 부양을 받을 수 없는 경우(동법 제5조 1항)에 의미가 있다(동법 시행령 제5조 4호). 독일이나 스위스에서도 대개의 부양료청구는 공공부조를 시행하는 기관이 부양권리자(부모)의 권리를 대위해서 자녀에게 행사하는 형태로 운영되고 있다고 한다(Handkommentar zum Schweizer Privatrecht(Art. 319-529), 3. Aufl., Zürich, 2015, Art. 328-329, Rn. 1; Gerhardt, Peter/von Heintschel-Heinegg, Bernd/Klein, Michael, Handbuch des Fachanwalts - Familienrecht(FA-FamR), 4. Aufl., Luchterhand, 2002. Rn. 206).

다.114) 부양료산정에 있어서는 부양의무자와 권리자의 수입, 재산상태, 동거여부, 종전의 생활수준, 부양의무자의 교육수준 및 노동능력,115) 당사자 간의 친밀도, 과거 부양의무의 이행여부 등과 같은 제반사정이 고려될 수 있을 것이다.

부양의무자가 여럿인 경우에는 당사자의 협의에 따르고, 협의가 없는 경우에는 법원이 당사자의 청구에 의하여 부양의무자를 정하는데(민법 제976조 제1항), 법원은 여러 명의 부양의무자를 정할 수 있다(동조 제2항). 이러한 규정에 따르면, 자녀가 여럿인 경우 노부모에 대한 부양의무는 자녀들의 각자의 생활수준, 경제력 등을 고려하여 부담하도록 하는 것이 바람직할 것이다. 이때 부양의 성격에 비추어 볼 때, 부양의무자인 자녀들은 부모에 대하여 부양료에 관한 연대채무를 부담하는 것으로 볼 수는 없고, 자녀들이 가분적으로 부담한다고 보아야 할 것이다.116) 아울러 전통적으로는 장남이 노부모를 부양한다는 종래 관습이 있었으나 오늘 날에 와서는 이러한 의식이 많이 약화되었을 뿐만 아니라 민법은 장남이나 장자에게 특별한 권리나 의무를 부여하고 있지 않으므로, 장남이라는 사실만으로 다른 자녀들보다 더 큰 부양의무를 지지는 않는다. 따라서 장남인지 차남인지, 혹은 아들인지 딸인지가 중요한 것이 아니라 자녀들 각자의 부양능력이 중요하다고 할 것이다.117)

노부모 부양은 다른 친족 간의 부양과 다른 특수성을 가지고 있는데, 자녀가 노부모와 동거할 의무를 지고 있는지, 그리고 질병 등으로 인하여 거동이 불편한 노부모를 간호하는 것을 내용으로 하는 부양이 인정될 수 있는지 여부가 문제된다. 우선 자녀가 노부모와 동거할 부양의무(동거부양의무)를 지는지와 관련해서

114) 일본 법원에서는 부양료를 산정함에 있어서 후생대신이 정한 생활보조기준액을 참고한 생활보호기준방식, 총리부 통계국에서 정한 노동자 가계조사보고와 각 지방공동단체의 가계조사보고에 따른 표준가계비방식, (재)노동과학연구소의 조사연구에 따른 노년최저생활비방식, 그리고 피부양자가 실제로 부족한 생활비를 기준으로 한 실비방식 등 다양한 산정방식이 이용되고 있다고 한다(明山和夫, 『新版註釋民法:親族(5)』, 有斐閣, 1994, 503面 以下).

115) 부양의무 있는 노부모라고 할지라도, 그에게 노동능력이 있는 경우라면 스스로 수입 활동을 할 책무가 있다고 생각되고, 이러한 책무를 고의적으로 회피하는 것은 子의 부양의무에 영향을 미칠 수 있을 것이다(Gerhardt, Peter/von Heintschel-Heinegg, Bernd/Klein, Michael, Handbuch des Fachanwalts - Fallienrecht, Rn. 206).

116) Schwander, Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 328 Rn. 8.

117) 만약 부양의무 있는 자녀가 여럿이고, 이중 딸이 전업주부인 경우에 딸에게 부양의무를 부과할 수 있는지가 문제될 수 있다. 딸이 전업주부로서 수입이나 재산이 없다고 하더라도 남편에게 충분한 수입이나 재산이 있는 경우라면, 자신에게 할당된 금원의 한도에서 부양의무를 진다고 보아야 할 것이다(東京家裁 1961.5.6. 審判, 家月 14・5・160; 大阪家裁 1965.3.20. 審判, 家月 17・7・132).

는, 세대 간의 의식차이가 있다. 즉, 노부모는 자녀와의 동거부양을 희망하는 반면, 자녀 측에서는 이를 원하지 않는 경우가 많을 것이다.¹¹⁸⁾ 아울러 노부모가 자녀와 동거하는 경우 자녀의 배우자나 손자녀도 함께 동거하는 경우가 많을 것이므로, 이들과 노부모 간의 인간관계 등도 같이 고려되어야 한다는 점에서 어려움이 있다.¹¹⁹⁾ 노부모가 동거부양을 희망하는 경우에 그의 정서적인 측면에서 금전적·경제적 부양 이상으로 동거부양이 바람직함에도 불구하고 현실적으로 동거부양을 강제하기는 어렵다.¹²⁰⁾ 왜냐하면 자녀 측에서 동거부양을 희망하지 않음에도 불구하고 이를 강제하게 되면, 동거부양의 목적을 달성 할 수 없을 뿐만 아니라 노부모에게도 적합하지 않기 때문이다.¹²¹⁾ 이와 관련해서 절충적인 해결로서 서구에서 볼 수 있는 “스프가 식지 않는 거리에서 따로 사는 것”, 소위 인근거주형태의 부양을 고려해볼 수도 있을 것이다.¹²²⁾

다음으로 노쇠나 질병 등의 사유로 거동이 불편 내지 불가능하거나 치매로 인해 간호가 필요한 경우, 간호부양이 문제가 된다.¹²³⁾ 대개의 경우 간호부양은 다른 부양방법에 비해 의무자를 비롯한 가족들에 지나친 부담이 될 수 있으므로, 이러한 경우 자녀의 직접적인 간호 이외에 의료시설이나 요양시설에의 위탁(시설부양)이나 전문인력(간병인부양)을 활용하는 경우를 생각해볼 수 있다. 동거부양과 마찬가지로 자녀에게 간호부양을 강제적으로 이행하도록 하는 것도 그 실효성에 문제가 있다.

118) 明山和夫, 「新版註釋民法:親族(5)」, 有斐閣, 1994, 497面. 우리나라에서 부양의식에 대한 연령별·학력별·직업별 의식차이에 대해서는, 송다영, “부양의식을 통해 본 노인부양 지원정책 방향성”, 『사회복지정책』 19호, 2004, 220면 이하 참조.

119) 만약 여러명의 자녀 중에서 한 자녀가 노부모와 동거할 것을 희망하는 경우, 나머지의 자녀들은 그에 대하여 금전적 부담을 하게 되는 형태가 될 것이다. 그러므로 동거부양의무자의 입장에서 금전적 부담이 덜어질 수 있는 이점이 있다.

120) 동거부양의무의 이행에 대해서 이행명령(가사소송법 제64조)을 활용하고 이의 위반 시 과태료나 감치와 같은 제재를 과하는 것을 생각해볼 수 있으나 동거의무의 성질상 이러한 절차의 실효성에는 의문이 있다.

121) 동거부양을 판단함에 있어서 자녀 측의 사정뿐만 아니라 노부모 측의 사정도 같이 고려되어야 한다. 예를 들어 자녀가 동거부양을 희망하더라도 거주지, 주택의 위치나 규모, 자녀의 가족들과의 관계 등을 고려할 때 노부모에게 동거부양이 적절하지 않은 경우가 있을 수 있기 때문이다.

122) 明山和夫, 前掲書, 497面.

123) 이에 대해서 일본에서는 간호부양을 부양의무의 한 형태로 보는 견해와 부양의무에 간호부양이 포함되지 않는다는 견해가 대립한다. 이에 대한 상세히는 岡村勉, 「現代家族法學」, 法律文化史, 1999, 110-111面.

(3) 소결

자녀의 노부모에 대한 부양에 있어서, 동거부양이나 금전급부부양 등은 당사자의 협정에 따르고, 협정이 없을 경우 당사자의 청구에 의하여 법원이 결정하게 될 것이지만(민법 제977조 참조), 금전부양이 일반적인 방법이며, 금전부양의 경우, 부양의 성질상 그 급부는 선급이어야 한다.

4. 부양의무 불이행에 대한 조치

노부모 부양에 있어서 부양의무의 발생원인 중에서 가장 중요한 것은 민법 제974조 이하의 법정부양이라고 할 수 있다. 그러나 이러한 법정부양의무를 이행하지 않는 경우, 민법은 그 이행의 확보에 대하여 전혀 언급하지 않고 있다. 이와 같이 법정부양의무를 이행하지 않는데 대한 이행의 확보방법을 규정하지 않은 것은 민법의 흠결이라 할 수 있다.

다만, 가사소송법 제5편 이행의 확보(제62조에서 제65조까지)에서는 가사소송법 제2조 소정의 마류 사건에 대한 이행확보에 관한 규정이 있다.

즉, 가사소송법은 부양료의 지급은 피부양자의 생존과 직결되므로, 그 의무자의 신속한 이행을 필요로 한다. 이를 위하여 가정법원은 부양료청구의 심판을 본안 사건으로 하여 담보를 제공하게 하지 않고도 가압류·가처분 할 수 있도록 하고(가사소송법 제63조 제1항·제2항), 그 지급을 명하는 심판을 할 때 담보를 제공하게 하지 않고 가집행할 수 있음을 명하도록 하며(가사소송법 제42조 제1항), 그 심판 선고 전에도 가정법원이 필요한 사전 처분을 명할 수 있다(가사소송법 제62조).

부양료의 지급을 명하는 심판에도 불구하고 부양의무자가 정당한 이유 없이 그 이행을 하지 않을 경우, 가정법원은 당사자의 신청에 의하여 일정기간 내에 그 의무의 이행을 명령하고(동법 제64조 제1항), 이 이행명령을 위반한 때에는 1천만원 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 하고 있다(동법 제67조 제1항).¹²⁴⁾ 또

124) 관례는, 부양권리자들이 부양의 방법과 정도에 관하여 당사자 사이에 이루어진 협정에 따라 그 협정의 이행을 구하는 사건에서 법원이 임의로 협정의 내용을 가감하여 부양의무자의 부양

한 제63조에서는 마류 가사비송사건을 본안사건으로 하여 가압류 또는 가처분을 할 수 있도록 하고, 이 경우 ‘민사집행법’ 제276조부터 제312조까지의 규정을 준용토록 하는 규정을 두고 있다. 한편 금전의 정기적 지급을 명령받은 자가 정당한 이유 없이 3기 이상 그 의무를 이행하지 않을 경우, 가정법원은 권리자의 신청에 의하여 30일 범위 내에서 의무자를 감치에 처할 수 있다(가사소송법 제68조 제1항).¹²⁵⁾

5. 부양기여분제도

노부모 부양과 관련하여 우리 민법상의 부양기여분제도에 대하여 살펴볼 필요가 있다. 여기에서는 이 제도가 노부모 부양제도에 도움이 되고 있는지를 중심으로 고찰하고자 한다. 예로부터 우리나라는 가부장적 제도 하에서 장남 중심의 부모 부양 의식이 강하여 호주 상속 시 그 고유의 상속분의 5할을 가산하도록 하는 상속분가급 규정이 있었는데, 장남 중심의 부모 부양의식은 산업화와 정보화 사회로 변모되면서 퇴조되기 시작하였으며, 그 결과 1990년 민법 개정에 의하여 호주상속시 상속분가급 규정이 삭제되었고, 부모 부양책임은 모든 자녀의 균등책임으로 전환되었다. 이 때 부모 부양의 법적·제도적 장치가 소멸함으로써 이에 대한 우려의 대비책으로 마련된 것이 부양기여분 제도이다.¹²⁶⁾

공동상속인 중에서 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 관하여 특별히 기여하거나 또는 피상속인을 부양한 상속인이 상속재산 중에서 받게 되는 몫을 기여분이라 한다. 기여분은 법정상속분의 수정요소로 작용한다. 즉 상속개시 당시의 피상속인의 재산 가액에서 기여자(특별기여자)의 기여분을 공제한 잔액을 상속재산으로 하고, 그 액수에 각자의 상속분율을 곱하여 공동상속인 각자의 상속분을 산정한다. 다만 기여자의 총 상속분은 그 산정된 공동상속인의 상속분에 기여분

의무를 조절할 수 있는지 여부에 대하여, “부양권리자와 부양의무자 사이에 부양의 방법과 정도에 관하여 협정이 이루어지면 당사자 사이에 다시 협의에 의하여 이를 변경하거나, 법원의 심판에 의하여 위 협정이 변경·취소되지 않는 한 부양의무자는 그 협정에 따른 의무를 이행하여야 하는 것이고, 법원이 그 협정을 변경·취소하려면 그럴 만한 사정의 변경이 있어야 하는 것이므로, 부양권리자들이 위 협정의 이행을 구하는 사건에서 법원이 임의로 협정의 내용을 가감하여 부양의무자의 부양의무를 조절할 수는 없다”고 판시하고 있다(대판 1992.3.31, 90므651).

125) 한삼인, 전개, 「신체계 한국가족법」, 269면.

126) 한승협, “기여분 제도에 관한 연구”, 동의대학교 대학원 박사학위논문, 2010, 119면.

을 가산한 액이 된다(제1008조의2 제1항).¹²⁷⁾

(1) 제도의 의의

기여분이란 공동상속인 중에 상당한 기간 동거·간호 그 밖의 방법으로 피상속인을 특별히 부양하거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여한 자가 있을 때에는 상속분을 산정할 때 이러한 점을 고려하여 그 자에 대하여 상속분을 늘려주는 제도를 말한다(민법 제1008조의2 제1항). 기여분 제도는 재산증가 기여분과 부양기여분의 두 유형으로 나눌 수 있는데, 전자는 공동상속인 중에서 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 관하여 특별히 기여한 자에게 부여되는 기여분을 말하고, 후자는 피상속인을 특별히 부양한 자에게 부여되는 기여분을 말한다.¹²⁸⁾

이 제도는 공동상속인 사이의 이해관계의 공평을 꾀하기 위하여 1990년 민법 개정 시에 신설한 것이다. 기여분제도는 특별수익자제도와 존재의의를 같이 하고 있지만, 기여분제도는 기여자가 있을 경우에 그의 총 상속분을 기여분 만큼 높여주는 반면 특별수익자제도의 경우는 이미 선급 받은 특별수익의 반환의무를 특별수익자에게 지우고 있다는 점에서 다르다.¹²⁹⁾

한편, 부양기여분 제도는 민법상 명문규정으로 인정되고는 있지만, 어느 정도의 부양을 하여야 기여분이 인정되는지 그 구체적인 조건을 규정하고 있지 않아 학설과 판례에 의존하여야 하는 실정이다. 최초 부양기여분 제도가 신설될 당시 “공동상속인 중에 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 관하여 특별히 기여한 자(피상속인을 특별히 부양한 자를 포함한다)가 있을 때에는 상속개시 당시의 피

127) 가령 남편이 2억원의 재산을 남기고 유언 없이 사망하였다고 한다면, 아내와 아들 둘이 있으나, 작은 아들이 기여분을 6천만원 정도로 정하였다. 3인의 상속분을 계산해 본다. 유산(2억원)에서 기여분(6천만원)을 뺀 1억4천만 원을 상속재산으로 하여 3인의 상속분을 계산해 보면, 아내(1억4천만 원 x 3/7=6천만원)·형(1억4천만 원 x 2/7=4천만원)·동생(1억4천만 원 x 2/7=4천만원)으로 된다. 이때 기여자인 동생의 몫(총상속분)은 상속분(4천만원)에서 기여분(6천만원)이 더해진 1억원이 된다는 것이다(한삼인, 전계서, 345면).

128) 민법 제1008조의2 제1항은 “공동상속인 중에 상당한 기간 동거·간호 그 밖의 방법으로 피상속인을 특별히 부양하거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여한 자가 있을 때에는 상속개시 당시의 피상속인의 재산가액에서 공동상속인의 협의로 정한 그 자의 기여분을 공제한 것을 상속재산으로 보고 제1009조 및 제1010조에 의하여 산정한 상속분에 기여분을 가산한 액으로써 그 자의 상속분으로 한다”고 함으로써 기여분제도를 명문으로 규정하고 있다.

129) 한삼인, 전계서, 345면.

상속인의 재산가액에서 공동상속인의 협의로 정한 그 자의 기여를 공제한 것을 상속재산으로 보고, 제1009조 및 제1010조에 의하여 산정한 상속분에 기여분을 가산한 액으로써 그 자의 상속분으로 한다”고 규정된 취지를 보자면, 특별한 부양이 의미하는 바는 당해 신분관계에 기초하여 일반적으로 기대되는 정도를 넘는 공헌을 의미한다고 보아야 할 것이다.¹³⁰⁾

(2) 특별한 부양

민법은 기여행위의 요건으로서 특별한 것일 것(특별기여), 기여행위에 의하여 피상속인의 재산의 유지 또는 증가가 있을 것(재산상의 특별기여)의 두 가지를 규정한다(제1008조의2 제1항). 그 기여행위란 그 부양 또는 기여가 상속인과 피상속인 사이의 가족관계 내지 친족관계에서 일반적으로 기대되는 공헌의 정도를 넘는 기여로서 상속재산을 분할함에 있어서 이를 무시할 경우, 공동상속인 사이의 형평에 반하는 결과를 초래하게 되는 것을 말한다.

1) 특별한 부양

첫째, 피상속인에 대한 특별한 부양(상당한 기간 동안 동거·부양 기타의 방법으로 피상속인을 특별히 부양한 경우)이 특별기여가 됨은 분명하다. ① 특별부양은 친족 상호간의 부양의무(제826조 제1항·제913조·제974조-제979조 참조)의 정도를 넘는 것이어야 한다.¹³¹⁾

둘째, 특별부양으로 인정될 경우 그 부양이 피상속인의 재산의 유지나 증가에 기여했음을 필요로 하는지 여부가 문제된다. 이를 부정하는 다수설과 특별한 부양이 결과적으로 피상속인의 재산의 유지에 기여하여야 특별기여에 해당한다는 소수설¹³²⁾로 나뉜다. 생각건대 피상속인에 대한 간호·요양이 친족 상호간의 일

130) 정덕홍, “기여분의 결정과 상속분의 수정”, 『사법논집』, 제25집, 법원행정처, 1994.12, 60면.

131) 교통사고를 당한 남편을 간병한 아내의 경우, 이는 부부 간의 부양의무의 이행일 뿐 기여자는 아니라고 한다(대결 1996.7.10, 95스30.31.). 일반적으로 부양기여분의 성립요건으로서 특별한 부양이란 당해 신분관계로 인한 통상 기대되는 정도를 넘는 공헌을 의미한다. 또한 상속재산을 공동상속인이 본래의 상속분에 분할하는 것이 기여자에게 불공평한 것이 명백하게 인식되는 경우라 할 것이다(김주수, 『주석민법 상속(1)』, 한국사법행정학회, 2002, 352-353면).

132) 광윤직, 『상속법(개정판)』, 박영사, 2004, 119면.

반적인 정도를 넘는 것이라면 기여자의 특별부양이 피상속인의 재산의 유지·증가에 기여하는 결과를 가져왔다고 보아야 하므로, 소수설이 타당하다.¹³³⁾

2) 재산상의 특별기여

첫째, 피상속인의 사업에 대한 노무의 제공 또는 재산의 제공으로 피상속인의 재산의 유지·증가에 기여하였어야 한다.¹³⁴⁾ 둘째, 이 경우에는 기여자의 기여행위와 상속재산의 유지·증가 사이에 인과관계가 있어야 한다. 그 인과관계의 존재에 대한 증명책임은 당연히 특별기여를 주장하는 자가 부담한다.¹³⁵⁾

(3) 부양기여분제도의 실효성

부양기여분 제도는 1990년 호주상속 시 장남의 상속분가급 규정이 삭제됨에 따라 부모 부양문제의 대책으로 새로이 입법화 된 것이다. 그러나 부양기여분 제도가 부모 부양의무의 자발적 이행을 유발하거나 촉구할 수 있는지에 대해서는 의문이 있다. 부양기여분은 공동상속인들의 협의 또는 가정법원의 조정·심판으로 결정하는데, 명백한 부양기여의 사실이 있음에도 불구하고 공동상속인들 간의 협의를 이끌어 내기가 힘이 들기 때문이다. 협의가 이루어지지 않을 경우 결국 가정법원의 결정에 의지할 수밖에 없는데, 판결에 의한 해결에는 비교적 장기간이 걸린다.

요컨대, 부양기여분 제도는 피상속인인 부양을 받을 자의 사망 후에 전개되는 사후적 조치이고, 기여분을 정하는 절차 면에서 공동상속인 전원의 협의가 이루어져야 하지만, 협의가 쉽지 않다는 점, 협의가 이루어지지 않을 경우 기여행위자의 청구로 가정법원의 심판을 기다려야 한다는 점, 전통적인 장남 중심의 부양 의식과 제사상속의 관념의 잔재가 기여분 결정과정에서 저해요인으로 작용된다

133) 한삼인, 전계서, 346면.

134) 대법원은 “민법 제1008조의2가 정한 기여분제도는 공동상속인 중에 피상속인을 특별히 부양하였거나 피상속인의 재산 유지 또는 증가에 특별히 기여하였을 경우 이를 상속분 산정에 고려함으로써 공동상속인 간의 실질적 공평을 도모하려는 것인바, 기여분을 인정하기 위해서는 공동상속인 간의 공평을 위하여 상속분을 조정하여야 할 필요가 있을 만큼 피상속인을 특별히 부양하였다거나 피상속인의 상속재산 유지 또는 증가에 특별히 기여하였다는 사실이 인정되어야 한다”고 판시하고 있다(대법원 2014.11.25, 2012스156).

135) 한삼인, 전계서, 346면.

는 점, 인륜에 의해 이루어져야 할 도덕적인 의무인 부모 부양이 물질적 보상과 관련된 것으로 변질될 우려가 있다는 점 등에서 노부모 부양의 이행확보 수단으로서는 실효성이 없다고 할 것이다.

제3장 노부모 부양제도의 문제점

제1절 노부모 부양의무 이행확보의 문제점

1. 민법상 이행확보 규정의 흠결

제2장에서 살펴본 바와 같이, 오늘날 젊은이들의 노부모에 대한 부양의식은 날이 갈수록 약해지고 있는 반면, 공적 부양에 의존하려는 경향은 높아지고 있다. 그러나 국가의 재원은 한계가 있는 것이어서, 오늘날 대부분의 국가와 마찬가지로 우리나라도 노부모 부양은 사적부양을 원칙으로 하고 공적 부양을 보충적으로 하고 있다. 이러한 점에서 노부모 부양에 있어서 부양의무의 발생원인 중에서 가장 중요한 것은 민법 제974조의 법정부양이라고 할 수 있다.

그러나 민법 제974조에서 제979조까지의 부양관련 조문을 살펴보면 부양의무를 이행하지 않는 경우 그 이행의 확보에 대하여는 전혀 규정되고 있지 않다.¹³⁶⁾ 다만 가사소송법 제5편 이행의 확보(제62조에서 제65조까지)에서 가사소송법 제2조 소정의 마류 사건에 대한 이행확보에 관한 규정이 있을 뿐이다.¹³⁷⁾

일반적으로 채무불이행의 경우, 그 불이행에 대한 구제방법은 민법 제389조의 강제이행의 청구를 통하여 해결하고 이를 통하여 해결할 수 없는 경우에는 제390조의 손해배상청구를 통하여 해결할 수 있다. 여기에서 민법상 강제이행과 손

136) 한삼인, 전제서, 269면.

137) 즉, 가사소송법은 부양의무의 이행이 부양권리자의 생존과 관련된 문제이므로, 법원은 원칙적으로 담보를 제공하지 않고 가집행할 수 있음을 명할 수 있고(동법 제42조), 신속한 이행을 요하는 경우에 임시로 필요한 사전처분을 할 수 있도록 하고 있으며(동법 제62조), 부양의무자가 심판에서 정한 방법에 따라 이행하지 않으면, 당사자의 신청에 의하여 일정기간 내에 그 의무를 이행할 것을 명하는 것과 함께 과태료를 부과할 수 있도록 하고 있다(동법 제64조 제1항, 제67조). 또한, 제63조에서는 마류 가사비송사건을 본안(本案) 사건으로 하여 가압류 또는 가처분을 할 수 있도록 하고, 이 경우 ‘민사집행법’ 제276조부터 제312조까지의 규정을 준용토록 하는 규정을 두고 있다.

해배상에 의한 이행확보방법에 관하여 살펴보고, 이 규정들로 노부모 부양의무의 이행을 확보할 수 있는지에 대하여 검토하고자 한다.

(1) 민법상 강제이행의 방법

1) 직접강제

국가권력으로 직접 급부를 실현하는 직접강제의 방법은 물건의 인도를 목적으로 하는 채무, 즉 ‘주는 채무’에 대해서만 인정된다. 반면 ‘하는 채무’, 즉 물건의 인도 외의 일정한 작위를 내용으로 하는 채무¹³⁸⁾와 일정한 부작위를 내용으로 하는 채무¹³⁹⁾는 직접 채무자의 신체에 강제력을 가하지 않으면 실현할 수 없기 때문에, “채무의 성질이 강제이행을 하지 못할 것인 때”(제389조 제1항 단서)에 해당하여 직접강제가 허용되지 않는다.

2) 대체집행

채무의 성질상 ‘강제이행’(직접강제)이 허용되지 않는 경우, 즉 물건의 인도 외의 작위 또는 부작위의 급부에서 급부내용을 제3자로 하여금 실현시키고 그 비용을 채무자에게 부담시킴으로써, 마치 채무자 자신이 자발적으로 실현한 것과 같은 상태를 만드는 방법이 대체집행이다.¹⁴⁰⁾ 따라서 작위 또는 부작위의 급부이더라도 제3자가 대신 행할 수 없는 급부(부대체적 급부)에 대해서는 대체집행이 불가능하다. 즉 대체적인 작위급부와 부작위급부를 내용으로 하는 채무의 불이행의 경우에만 채권자가 대체집행을 법원에 청구할 수 있다.¹⁴¹⁾

제389조 제2항 전단은 채무가 법률행위를 목적으로 한 경우에 채무자의 의사 표시에 갈음할 재판을 법원에 청구할 수 있다고 규정하고 있는데, 이것도 일종의

138) 예를 들면, 목수가 집을 수리하여야 할 채무, 가수가 노래를 부를 채무 등이 작위채무에 해당한다.

139) 예컨대 경업을 하지 않을 채무, 일정한 건축을 하지 않을 채무 등이 부작위채무에 해당한다.

140) 가령 목수가 도급받은 공사를 하지 않는 경우에 제3자(예: 다른 목수)로 하여금 공사를 대신 하게 하고 그 비용을 이행하지 않은 목수에게 부담시키거나(작위채무의 경우: 제389조 제2항 후단), 일정한 건축을 하지 않겠다는 약속을 위반하여 건축한 경우에 제3자로 하여금 그 건축물을 철거하게 하고 그 비용을 위반자에게 부담시키는(부작위채무의 경우: 동조 제3항) 방법으로 급부를 실현시키는 방법이다.

141) 가령 음악가의 연주나 배우의 연기 등은 이 방법에 의할 수 없다.

대체집행이다.¹⁴²⁾ 그런데 의사표시가 채권자를 상대로 하는 것이거나 누구의 수령도 요하지 않는 것이라면, 이를 명하는 이행판결의 확정에 의하여 당연히 집행된 것이 되어, 판결확정시 의사표시가 있는 것으로 보게 된다.¹⁴³⁾ 반면 의사표시가 채권자 아닌 자의 수령을 요하는 것이라면, 그 상대방에게 확정판결의 정본이나 등본을 제시한 때에 의사표시의 효력이 발생한다(제111조 제1항).¹⁴⁴⁾

3) 간접강제

간접강제란 가령 불이행 1일 마다 일정한 금원을 지급하라는 법원의 명령으로 불이행채무자에게 압력을 가하여 그의 자발적 이행을 촉구하는 방법이다.¹⁴⁵⁾ 부대체적 채무인 부작위채무에 대한 강제집행은 간접강제에 의해서만 가능하다.¹⁴⁶⁾¹⁴⁷⁾ 간접강제는 ‘하는 채무’ 중에서 부대체적 급부를 내용으로 하는 채무에

142) 가령 “소유권이전등기절차를 이행하라”는 내용의 확정판결을 받으면 이로써 채무자의 소유권이전신청은 행해진 것으로 의제되므로, 채권자는 채무자의 협력이 없더라도 등기신청을 할 수 있다(부동산등기법 제23조 제1항 참조).

143) 다만 채무자의 의사표시가 채권자의 반대급부를 조건으로 하는 때에는 반대급부의 이행을 증명할 수 있는 서류를 제출하여 재판장의 명령에 따라 집행문을 부여한 때에 의사표시가 있는 것으로 보게 된다(민사집행법 제263조 제2항).

144) 판례는, “집행권원상의 의사표시를 하여야 하는 채무가 반대급부 이행 등 조건이 붙은 경우에는 채권자가 조건 등의 성취를 증명하여 재판장의 명령에 의하여 집행문을 받아야만 의사표시의 효력이 발생한다. 따라서 반대급부 이행 등 조건이 성취되지 않았는데도 등기신청의 의사표시를 명하는 판결 등 집행권원에 집행문이 잘못 부여된 경우에는 그 집행문부여는 무효이나, 이러한 집행문부여로써 강제집행이 종료되고 더 이상의 집행문제는 남지 않는다는 점을 고려하면 집행문부여에 대한 이의신청이나 집행문부여에 대한 이의의 소를 제기할 이익이 없으므로, 채무자로서는 집행문부여에 의하여 의제되는 등기신청에 관한 의사표시가 무효라는 것을 주장하거나 그에 기초하여 이루어진 등기의 말소 또는 회복을 구하는 소를 제기하여야 한다”라고 한다(대판 2012.3.15, 2011다73021).

145) 여기서의 배상금은 채권자가 그 채무불이행으로 인한 손해의 진보와는 무관한 것이다(양창수·김재형, 『계약법』, 박영사, 2015. 419면). 다만 판례는, “간접강제 배상금은 채무자로부터 추심된 후 국고로 귀속되는 것이 아니라 채권자에게 지급하여 채무자의 작위의무 불이행으로 인한 손해의 진보에 충당되는 것”이라 하였다(대판 2014.7.24, 2012다49933). 참고로, 대판 2013.2.14, 2012다26398은 “민사집행법 제261조 제1항의 간접강제결정에 기한 배상금은 채무자에게 이행기간 이내에 이행을 하도록 하는 심리적 강제수단이라는 성격뿐만 아니라 채무자의 채무불이행에 대한 법정 제재금이라는 성격도 가진다고 보아야 한다. 따라서 채무자가 간접강제 결정에서 명한 이행기간이 지난 후에 채무를 이행하였다면, 채권자는 특별한 사정이 없는 한 채무의 이행이 지연된 기간에 상응하는 배상금의 추심을 위한 강제집행을 할 수 있다”고 하였다.

146) 부대체적 채무인 부작위채무에 대한 강제집행은 간접강제만 가능하고, 간접강제결정은 판결절차에서 먼저 집행권원이 성립한 후에 채권자의 별도의 신청에 따라 채무자에 대한 필요적 심문을 거쳐 채무를 불이행하는 때에 일정한 배상을 하도록 명하는 것이 원칙이다. 따라서 부작위채무에 관한 집행권원 성립을 위한 판결 절차에서 장차 채무자가 채무를 불이행할 경우에 대비하여 간접강제를 하는 것은 부작위채무에 관한 소송절차의 변론종결 당시에서 보아 부작위채무를 명하는 집행권원이 성립하더라도 채무자가 이를 단기간 내에 위반할 개연성이 있고, 또한 판결절차에서 민사집행법 제261조에 의하여 명할 적절한 배상액을 산정할 수 있는 경우라야 한다(대판 2014.5.29, 2011다31225).

대해서만 허용된다. 그러나 부대체적 급부를 내용으로 하는 채무이더라도 다음과 같은 것에 대해서는 간접강제가 허용되지 않는다. 예컨대 ① 그 이행이 본인의 의사에만 달려있는 것이 아닌 채무,¹⁴⁸⁾ ② 채무자의 자유의사에 반하여 강제되어서는 채무의 내용에 좇은 급부를 기대할 수 없는 채무(예술가의 작품제작), ③ 강제하는 것이 인격존중의 사상에 반하는 채무(부부 간의 동거의무) 등이 불이행되는 경우에 채권자는 손해배상이나 다른 구제방법에 의해야 한다.

(2) 강제이행의 순서

위에서 설명한 세 가지 방법을 어떤 순서로 허용할 것인지에 관하여 지배적 견해는, ① 물건의 인도를 목적으로 하는 채무는 직접강제의 방법에 의하고, ② 그 밖의 대체적 급부를 내용으로 하는 채무는 대체집행에 의하고, ③ 부대체적 급부를 내용으로 하는 채무에 대해서만 간접강제를 허용하여야 한다고 한다.¹⁴⁹⁾ 이러한 지배적 견해는 정당하다고 생각되는데, 그 이유는 다음과 같다.

첫째, ‘주는 급부’는 직접강제의 방법에 의하여 가장 간편하게 그리고 효과적으로 실현될 수 있으며, 또한 직접강제의 방법은 채무자의 신체나 의사에 압박을 가하지 않으므로 인격존중의 사상에도 합치된다. 따라서 주는 급부에 대해서는 직접강제만을 인정하고 대체집행이나 간접강제는 허용하지 않는 것이 옳다.

둘째, 간접강제는 대체집행에 비하여 채무자의 인격에 더 강력한 압박을 가하는 방법이므로, 대체집행의 방법에 의하여 목적을 달성할 수 없는 경우에 이 방

147) 부대체적 작위채무에 대하여는 통상 판결절차에서 먼저 집행권원이 성립한 후에 채권자의 별도 신청에 의해 채무자에 대한 필요적 심문을 거쳐 민사집행법 제261조에 따라 채무불이행시에 일정한 배상을 하도록 명하는 간접강제결정을 할 수 있다. 그러나 부대체적 작위채무에 관하여 언제나 위와 같이 먼저 집행권원이 성립하여야만 비로소 간접강제결정을 할 수 있다고 한다면, 집행권원의 성립과 강제집행 사이의 시간적 간격이 있는 동안에 채무자가 부대체적 작위채무를 이행하지 아니할 경우 손해배상 등 사후적 구제수단만으로는 채권자에게 충분한 손해전보가 되지 아니하여 실질적으로는 집행제도의 공백을 초래할 우려가 있다. 그러므로 부대체적 작위채무를 명하는 판결의 실효성 있는 집행을 보장하기 위하여 판결절차의 변론종결 당시에 보아 집행권원이 성립하더라도 채무자가 그 채무를 임의로 이행할 가능성이 없음이 명백하고, 그 판결절차에서 채무자에게 간접강제결정의 당부에 관하여 충분히 변론할 기회가 부여되었으며, 민사집행법 제261조에 의하여 명할 적절한 배상액을 산정할 수 있는 경우에는 그 판결절차에서도 민사집행법 제261조에 따라 채무자가 장차 그 채무를 불이행할 경우에 일정한 배상을 하도록 명하는 간접강제결정을 할 수 있다(대판 2013.11.28, 2013다50367).

148) 예컨대 이행에 제3자의 협력을 필요로 하는 채무, 이행의 특수한 설비나 기능 또는 과도한 비용이 요구되는 채무 등이 이에 해당한다.

149) 예컨대, 지원림, 전게서, 1148면.

법에 의하는 것이 바람직하다. 따라서 ‘하는 급부’ 중에서 대체집행이 가능한 대체적 급부에 대하여 대체집행의 방법만이 허용된다. 왜냐하면 이 방법에 의하더라도 급부가 효과적으로 실현될 수 있을 뿐만 아니라 채무자의 인격에 대한 불필요한 압박도 피할 수 있기 때문이다.

셋째, 직접강제에 의해서도 대체집행에 의해서도 목적을 달성할 수 없는 경우에 비로소 간접강제를 허용하는 것이 타당하다. 왜냐하면 채무자의 인격에 압박을 크게 가하는 이 방법은 최후에 허용하는 것이 인격존중의 사상에 합치하기 때문이다.

요컨대, 직접강제가 가능한 경우에는 이 방법에 의하여야 하고 이것이 불가능한 경우에 대체집행의 방법이 인정되며, 대체집행도 불가능한 경우에 간접강제의 방법이 허용된다. 그리고 간접강제도 허용되지 않는 경우에 채권자는 손해배상기타의 구제수단에 의지하는 수밖에 없다.

(3) 강제이행과 손해배상

강제이행과 손해배상은 독립된 별개의 효력¹⁵⁰⁾이며 양립할 수 있는 것이므로, 그 일방의 청구가 타방의 청구를 배제하지 않는다(제389조 제4항).

(4) 소결

자녀가 노부모에 대한 부양의무를 이행하지 않았을 때, 어떻게 해야 하는가. 부양의무 이행의 확보 문제에 관하여 우리 민법은 침묵하고 있다.¹⁵¹⁾ 이렇게 민법상 부양의무의 불이행의 경우에 대한 구제방법을 규정하고 있지 않은 것이 현재의 노부모 부양의무와 관련해서 가장 큰 문제라고 할 수 있다. 결국 부양의무의 불이행에 대한 이행확보는 민법상 위의 강제이행과 손해배상에 관한 규정을 해석론에 의하여 해결하거나 가사소송법에 의존할 수밖에 없다.

150) 채무불이행의 손해배상은 채권의 효력이 아니고 채무불이행의 효과이며, 따라서 손해배상과 강제이행은 대등한 것이 아니라는 견해로 송덕수, 전게서, 16-7면 참조.

151) 한삼인, 전게서, 269면.

부양의무가 어떠한 의무로 구성되었는가에 따라서 민법상 강제이행 규정 중 어떠한 규정의 적용이 가능한지가 달라질 수 있을 것이다. 제2장 제3절 3. (부양의 정도와 방법)에서 살펴본 바와 같이, 부양의 종류에는 동거부양 내지 인수부양, 그리고 급부(급여)부양¹⁵²⁾이 있다. 그리고 구체적인 방법은 당사자의 협의나 법원의 판결 등에 의해 정해질 문제이지만, 금전 급부부양이 일반적인 방법이라 할 수 있다. 이와 같이 부양의무를 단순히 부양료 지급의무로 해석한다면, 이는 주는 급부에 해당하므로 직접강제의 방법을 통하여 이행을 확보할 수 있을 것이고, 만약 동거부양 또는 인수부양을 의미하는 경우에는 강제이행이 되지 않거나 간접강제를 통한 강제이행만이 가능하다고 할 것이다. 이에 대해서는 제5장에서 구체적으로 살펴보고자 한다.

2. 노부모 부양의무 규정의 불명확성

성년자녀의 노부모 부양에 관하여는 민법 제974조의 친족 간 부양 규정을 그 근거로 삼고 있다.¹⁵³⁾ 즉, 노부모에 대한 자녀의 부양의무는 ‘생활부조 의무’로 보아, 일반적으로 ‘노부모가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없는 경우(부양의 필요성,¹⁵⁴⁾ 민법 제975조), 그리고 ‘자녀가 자기의 생활여건을 낮추지 않고 부조할 수 있는 여력이 있을 것(부양의 가능성)’이라는 두 가지 요건이 충족되어야 부양받을 수 있다.¹⁵⁵⁾ 이렇게 부양의 필요성과 부양의 가능성이라는 두 가지 조건이 충족되어야만 부양을 받을 수 있다고 하는 민법의 규정은 오

152) 보통, 부양의무자가 매월 정기적으로 피부양자에게 생활비를 금전이나 현물로 지급하는 부양을 의미한다.

153) 친자 간의 부양에 관하여 부모의 미성년자녀에 관한 부양은 민법 제913조를 적용하고, 성년자녀의 부모에 대한 부양은 민법 제974조를 드는 것이 다수설이다. 다만, 제913조는 친권자의 자에 대한 부양의무만을 규율하는 것이므로 제974조에서 친자상호 간의 부양의무를 도출하자는 견해도 있다(조승현, 「친족·상속」, 신조사, 2014, 287면).

154) 여기에서 부양의 필요성이란 법 문언상 경제적인 원조가 필요한 상태를 의미하는 것으로 신상감호 또는 개호가 필요한 상태는 포함되지 않는다고 한다. 자력 또는 근로의 개념을 경제적인 개념으로 파악하여야 하기 때문이다. 이에 반해 부양을 받드시 경제적 보조에 국한하지 않고 필요에 따라 동거, 간호 등 포괄적인 부조행위까지 포함해야 한다는 견해가 있다. 이는 민법상의 부양개념을 경제적 급부의 틀에서 해방시킴으로서 부양을 자력으로 생존을 유지할 수 없는 자에 대하여 사회통념상 친족에게 요구되는 모든 원조를 의미하는 것으로 실질적 노인복지의 실현을 위해서 부득이 부양개념을 확대할 필요가 있다는 것이다(이은영, “부양청구권”, 「고시계」, 고시계사, 1992.11, 95면).

155) 김주수·김상용, 전계서, 302면; 이경희, 전계서, 337면 등.

늘날의 입장에서 자녀의 노부모에 대한 법정부양의무에 대한 규정으로서는 너무 빈약하다.

생각건대, 부양을 받을 자인 노부모가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 있는데도 자녀에게 부양을 청구할 리는 없는 것이므로, 제975조의 이러한 규정은 노부모 부양의 측면에서 보면 전혀 불필요한 규정으로 생각된다.¹⁵⁶⁾ 반면, 자력이 없거나 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없는 노부모가 자녀에게 부양을 청구하려면, 제975조의 요건인 부양의 필요성 이외에도 자녀의 부양가능성이 존재하여야 한다.

다시 말하면, 자녀는 자기의 생활을 적절하게 꾸려나갈 자력 외에 노부모의 생활을 도와줄 수 있는 경제적 능력을 갖추어야 한다(제977조 참조).¹⁵⁷⁾ 그러나 이러한 자녀의 경제적 능력이 어느 정도여야 하는가는 사람마다 그 기준을 다르게 생각할 수 있으므로,¹⁵⁸⁾ 자녀들이 임의로 노부모를 부양하려 하지 않는 한, 노부모 입장에서 부양의무를 다하지 않는 자녀들에게 부양을 청구하는 것은 현실적으로 매우 어려운 일이 될 수 있다.

실제로도, “부양의무자인 딸이 혼인생활을 하면서 배우자와 2명의 미성년자녀들, 그리고 시부모와 자기의 어머니를 부양하고 있는데다 8,225만원 정도의 가계 빚과 이자 부담이 있고, 그에 비해 부부의 월수입은 약 425만원 정도라서 부양의무자가 자기의 현재생활을 유지하면서 청구인을 부양할 수 있을 만큼 경제적인 여유가 있다고 볼 수 없다”고 한 판례가 있는 바,¹⁵⁹⁾ 실제로 노부모를 부양하려고 하는 적극적인 의사가 없을 때에는, 자녀들 자신이 경제적 여유가 없다는 이유만으로 노부모 부양의무를 이행하지 않게 될 것이다.

156) 우리나라의 부모들은, 만약 자신에게 자력이 있거나 근로에 의하여 생활을 유지할 수 있는 상태라면 자녀에게 의지하지 않고 오히려 자녀들을 도와주려 할 것이기 때문이다.

157) 부양의무자에게 부양능력이 있는 경우란, 부양의무자가 자기의 사회적인 지위, 신분에 적합한 생활 정도를 낮추지 않고 부양을 받을 자를 부양할 수 있을 정도의 여유가 있어야 한다는 것, 다시 말해 부양의무자가 자기의 생활을 유지하는 권리가 타인을 부양하는 의무보다 우선한다는 것을 의미한다(이경희, 전거서, 248면).

158) 예컨대 어떤 자녀는 월 500만원의 수입이 있음에도 노부모를 부양할 수 있는 경제적 능력이 없다고 생각할 수 있고, 어떤 자녀는 월수입이 300만원임에도 노부모 부양능력이 있다고 생각할 수 있다. 요컨대, 이러한 기준은 법원에서 여러 가지 사정을 종합하여 판단할 수밖에 없는 사항으로서, 결국 극단적으로 말하면 부모와 자녀 간에 소송을 통하여 해결하지 않으면 안 되는 문제가 되어버릴 수 있다.

159) 청주지법 2012.9.27, 2012년단299.

3. 부양의무 이행정도 및 순위규정의 불명확성

(1) 이행의 정도

부양의무 이행의 정도는 원칙적으로 당사자 간의 협의로 정하고, 협의가 없는 때는 당사자의 청구에 따라 가정법원이 부양을 받을 자의 생활정도, 부양의무자의 자력 기타 제반사정 등을 참작하여 정하게 된다(민법 제977조). 부양의 정도를 결정함에 있어서 고려되어야 할 제반사정이라 함은 친족관계의 종류, 부양권리자와 부양의무자 간의 과거의 유대관계, 생활 곤궁의 원인 등이 포함된다.¹⁶⁰⁾

대법원도 “부양의 정도나 방법은 당사자 간에 협의가 없는 한 부양을 받을 자의 생활정도와 부양의무자의 자력 기타 제반사정을 참작하여 정하게 되어 있는 바, 부양을 받을 자의 연령, 재능, 신분, 지위 등에 따른 교육을 받는데 필요한 비용도 부양료에 해당 된다”고 판시¹⁶¹⁾하고 있고, 하급심 판례에서도 “부양의 정도와 방법에 관하여는 청구인의 생활정도, 상대방의 자력, 쌍방 및 위 청구외인의 가족공동생활의 경위와 그 현상 등이 사건 심리에 나타난 제반 사정을 참작하여 지급하는 것으로 정함이 상당하다”고 판시¹⁶²⁾하고 있다.

하지만 구체적인 이행에 대한 부양의무의 정도에 관한 규정은 존재하지 않아서 당사자 간의 협의가 없는 경우 결국 가정법원의 판단에 의지할 수밖에 없는 실정이다.¹⁶³⁾ 다만, 부양을 할 자 또는 부양을 받을 자의 순위, 부양의 정도 또는 방법에 관한 당사자 간의 협의나 법원의 판결이 있는 후 이에 관한 사정변경이 있는 때에는 법원은 당사자의 청구에 의하여 그 협의나 판결을 취소 또는 변경할 수 있다(민법 제978조).

이와 같이 민법상 부양의무는 그 범위가 넓고 부양의 권리·의무의 순위나 정

160) 박동섭, 「친족상속법」, 박영사, 2013, 430면.

161) 대판 1986.6.10, 86므46.

162) 서울가정법원, 1993.10.21, 93느3757(제3부).

163) 부양의무의 제한과 소멸에 관한 명문규정을 두지 않더라도 부모가 낭비, 도박, 알콜중독 등 자신의 과실로 생활이 궁핍하게 된 경우라든가, 젊었을 때 자녀를 부양할 능력이 있었음에도 부양을 게을리 했던 부가 노인이 되어 자녀에게 부양을 청구한 경우 또는 부모가 자녀를 고의로 유기하고 확대한 경우 등에 있어서는 자녀의 부양의무가 경감되거나, 경우에 따라서는 부인될 수 있다는 주장이 있다(안경희·남윤삼, “민법상 부모 부양과 자녀 부양-독일민법상 해석론을 참조하여-”, 「법학연구」, 제55권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2014, 149-150면).

도 등에 관한 규정이 추상적 백지규정으로 되어 있는 것이 특색이라 할 수 있지만, 최소한 ‘건강하고 문화적인 최저한도의 생활’을 유지할 수 있을 정도는 되어야 한다는 것이 해석의 일반 기준이라 하겠다. 그러나 이러한 기준은 법률의 규정에 따른 것이 아니라 헌법 제34조에 따른 인간다운 생활을 할 권리에서 나온 것으로 헌법이 법률보다 상위규범이어서 이를 위반할 수 없다 하더라도 부양의 당사자별, 부양의무의 종류별 구체적 부양의무 이행의 정도에 대한 명확한 기준은 반드시 설정되어야 할 것이다.¹⁶⁴⁾

(2) 이행의 순위

부양의무를 부담하는 사람이 여러 명인 경우 또는 부양을 받을 사람이 여러 명인데 부양의무자의 자력이 부족하여 그 모두를 부양할 수 없는 경우에는 당사자 간의 협의로 부양의무자 및 부양권리자의 순위를 정하고, 당사자 간의 협이가 없는 때에는 당사자의 청구에 따라 가정법원에서 그 순위를 정한다(민법 제976조 제1항). 부양의무자 또는 부양권리자의 순위결정 사건도 조정전치주의가 적용되며, 가정법원은 여러 사람을 공동의 부양의무자나 부양권리자로 선정할 수도 있다(민법 제976조 제2항). 부양의무자가 여러 사람인 경우 이들의 부양의무는 연대책무로 보아야 한다.¹⁶⁵⁾ 한편, 부양을 할 자 또는 부양을 받을 자의 순위에 관해 당사자의 협이나 법원의 판결이 있을 후 사정변경이 있는 경우에는 이행의 정도와 마찬가지로 당사자의 청구로 가정법원에서 그 협이나 판결의 취소 또는 변경을 할 수 있다(민법 제978조).

부양의무의 순위에 관해서도 구체적인 규정을 두고 있지 않기 때문에 부양의 당사자별, 부양의무의 종류별 구체적 부양의무 이행의 순서에 관하여 부양의 정도와 동일한 문제가 발생하게 된다. 한편, 대법원은 “제1차적 부양의무와 제2차적 부양의무는 의무이행의 정도뿐만 아니라 의무이행의 순위도 의미하는 것이므로, 제2차적 부양의무자는 제1차 부양의무자보다 후순위로 부양의무를 부담한다. 따라서 제1차적 부양의무자와 제2차적 부양의무자가 동시에 존재하는 경우에 제

164) 서인걸, 전계논문, 14면.

165) 박동섭, 전계서, 429면.

1차적 부양의무자는 특별한 사정이 없는 한 제2차적 부양의무자에 우선하여 부양의무를 부담하므로, 제2차적 부양의무자가 부양받을 자를 부양한 경우에는 소요된 비용을 제1차적 부양의무자에 대하여 상환청구 할 수 있다”고 판시¹⁶⁶⁾함으로써 이행의 정도는 물론 이행의 순위에 관해서까지 언급하고 있다. 다만, 이 판결에서 이행의 순위는 부양료를 채당한 후 사후 구상의 근거로 제시된 것으로 부양받을 자의 부양의무자들에 대한 부양청구에 있어서 부양의무자들의 순위에 대한 판시가 없기 때문에 구체적인 효과에 대해서는 보다 면밀한 검토가 필요하다 할 것이다.¹⁶⁷⁾

제2절 노부모 부양의무 불이행에 대한 구제방법의 문제점

1. 부양청구권 등 구제방법의 한계

노부모가 성년 자녀로부터 부양을 받을 수 있는 요건, 즉 노부모가 부양을 요하는 상태에 있고 부양의무자인 자녀가 경제적인 여력이 있음에도 불구하고 자녀가 노부모를 부양하지 않는 경우, 노부모는 자녀를 상대로 부양청구를 할 수 있다. 가사소송법 제62조 이하에서는 이를 위한 이행확보 제도가 마련되어 있으며, 국민기초생활보장법 제46조 제1항에서는 비용의 징수를 통한 구상권 행사에 관한 규정을 두고 있다.

하지만, 현실적으로 노부모가 자녀를 상대로 소송 등을 제기한다는 것은 기대할 수 없으며, 실제로도 노부모가 자녀를 상대로 부양청구권을 행사한 경우는 매우 드물다.¹⁶⁸⁾ 부양청구권과 관련된 관례도 주로 부모와 미성년 자녀 간, 또는 부부 간, 과거의 부양료를 청구할 수 있는지 여부를 다투는 사안과 자녀를 부양하지 못한 부모에게도 부양청구권을 인정할 지 등을 다투는 사안이 대부분이다.

부양청구권은 마류 가사비송사건으로 조정전치주의가 적용되고(가사소송법 제

166) 대판 2012.12.27, 2011다96932.

167) 서인결, 전제논문, 16면.

168) 부양청구권 소송 2004년 135건, 2014년 262건(법률신문 2015.12.28, 인터넷판).

50조), 가정법원은 부양료 청구사건을 위하여 특히 필요하다고 인정하는 경우에 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 당사자에게 재산 상태를 구체적으로 밝힌 재산목록을 제출하도록 명할 수 있다(동법 제48조의2). 이 경우 제출된 재산 목록만으로 부양료 청구사건의 해결이 곤란하다고 인정할 경우에는 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 당사자 명의의 재산에 관한 조회도 할 수 있다(동법 제48조의3).

부양이 피부양자를 구호하는 것을 목적으로 한다는 점에서 노부모 부양에 있어서 가장 중요한 것은 신속한 부양의무의 이행이라 할 수 있다. 따라서 법원은 원칙적으로 담보 없이 가압류 또는 가처분을 선고하고(가사소송법 제63조), 가집행할 수 있음을 명하여야 하며(동법 제42조), 부양심판의 선고 전에도 임시로 필요한 사전처분¹⁶⁹⁾을 명할 수 있다(동법 제62조). 부양의무자가 법원의 심판대로그 의무를 이행하지 아니할 때 법원은 당사자의 신청에 따라 미리 당사자를 심문하고 의무이행을 권고한 후(동법 제64조 제2항), 일정한 기간 내에 그 의무를 이행할 것을 명령하고(동법 제84조 제1항), 그 명령대로 이행하지 아니할 경우 의무자에게 1,000만원 이하의 과태료를 부과할 수도 있다(동법 제67조). 그 후에도 부양의무를 계속 이행하지 아니할 경우 의무자를 30일의 범위 내에서 감치에 처할 수도 있으며, 부양의무 불이행으로 인하여 형법상 존속유기죄가 성립되는 경우에는 부양의무자에 대하여 10년 이하의 징역이나 1,500만원 이하의 벌금형에 처할 수도 있다(형법 제271조 제2항).

이처럼 부양의무의 이행을 확보하기 위하여 부양청구권을 비롯하여 여러 가지 방안을 마련하고 있지만, 문제는 모든 경우에 부양권리자가 부양의무자를 상대로 부양의무의 이행을 청구한 경우라야 한다는 것이다. 특히, 채무불이행의 경우와 달리 우리 민법은 부양의무 확보에 관한 규정이 없고, 국민기초생활보장법 제46조 제1항에서 “수급자에게 부양능력을 가진 부양의무자가 있음이 확인된 경우에는 보장비용을 지급한 보장기관은 생활보장위원회의 심의·의결을 거쳐 그 비용

169) 가사사건에서 소의 제기, 심판청구 또는 조정의 신청이 있는 경우에 가정법원, 조정위원회 또는 조정담당 판사는 사건을 해결하기 위하여 특히 필요하다고 인정하면 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 상대방이나 그 밖의 관계인에게 현상을 변경하거나 물건을 처분하는 행위의 금지를 명할 수 있고, 사건에 관련된 재산의 보존을 위한 처분, 관계인의 감호와 양육을 위한 처분 등 적당하다고 인정되는 처분을 할 수 있다.

의 전부 또는 일부를 그 부양의무자로부터 부양의무의 범위에서 징수할 수 있다”고 규정하고 있을 뿐이다.

하지만 자녀에게 폐를 끼치기를 꺼려하는 노부모 입장에서는 자녀에게 피해를 주지 않기 위해 오히려 공적 부조 신청마저 하지 않는 경우가 발생할 수 있다. 부양의무의 불이행으로 인하여 노부모가 회복할 수 없는 정신적 손해를 입었을 경우에도 이는 특별손해에 해당되는 것으로,¹⁷⁰⁾ 노부모가 그러한 특별사정을 주장하고 증명하여야 하는데, 과연 이를 현실적으로 기대할 수 있을지가 의문이다. 따라서 부양의무 불이행으로 인한 위자료청구권 행사여부도 불투명한 실정이다.

이와 같이, 부양청구권을 비롯하여 현행법상 부양의무 불이행에 대한 구제방법이 마련되어 있음에도 불구하고, 노부모는 자녀에게 피해가 갈 것을 우려하여 이를 이용하지 않는 것이 현실이다. 그렇다고 노부모의 의사에 반하여 이를 직접 강제할 수도 없을 것이다. 이는 법제도 자체의 실효성 문제라 하기 보다는 노부모의 자녀에 대한 사랑과 애착 등으로 인한 권리 행사상의 실효성 문제라고 할 수 있으므로, 결국 현실적인 이행확보 방안 등을 마련함으로써 간접적으로 사실상 강제할 수 있는 방법을 모색할 수밖에 없다고 할 것이다.

2. 부양청구권에 의한 구제의 문제점

제2장에서 부양청구권의 범리를 개관한 바와 같이, 노부모에 대한 자녀의 부양의무를 이행하지 않은 경우, 민법상 부양청구권의 범리에 의하여 이행의 청구를 할 수 있다. 부양청구권은 경제적으로 생활비의 지급을 그 내용으로 하므로 재산권의 성질을 가지고 있지만,¹⁷¹⁾ 필요한 경우에는 동거, 양육, 간호, 장례에 이르기까지 매우 포괄적인 부조행위를 의미한다.¹⁷²⁾

민법은 부모의 미성년자녀에 대한 부양의무는 제1차적 부양으로서, 그 의무를 이행하지 못한 경우 친권을 박탈하거나 강제로 양육비의 지급을 명하기도 하는 등 미성년 자녀에 대한 부양을 당연한 의무로 하고 있다. 현실적으로도 자녀들은

170) 대판 1983.9.13, 81므78.

171) 김주수·김상용, 전게서, 437면.

172) 이은영, 「민법Ⅱ」, 박영사, 1988, 923면; 박동섭, 전게서, 338면.

부모가 자신들을 잘 키워줄 의무가 있고 그 의무에는 기본적인 의식주 해결은 물론 대학까지의 학비를 부담하거나 결혼자금을 포함시키고 있고, 심지어 결혼 후에도 생활비를 지원해주기를 바라고 있다. 이같이 부모가 자녀를 부양하는 것은 당연한 것으로 받아들이는 반면, 자녀가 노부모를 부양하는 일에 대해서는 자녀 자신의 생활이 안정되고 여유가 있으면 부양할 수 있고 그렇지 못하면 국가나 사회가 부담해야 한다는 의식이 오늘날 젊은이들의 일반적인 생각이다. 우리 민법도 자녀가 노부모를 부양하는 경우는 일정한 요건을 정해놓고 그 요건에 충족될 때에만 부양의무가 있는 것으로 규정하고 있다.

따라서 노부모가 부양의무자인 자녀들을 상대로 부양청구를 한다는 것은, 우선 일정한 요건을 충족해야 하는 것은 물론, 설령 일정한 요건을 충족한다 할지라도 현실적으로 자녀를 상대로 법원에 부양청구소송을 제기할 수 있는가 하는 한계가 있다. 이런 이유로 예로부터 부모가 부양의무자인 자녀를 상대로 부양청구소송을 제기하는 사례는 별로 찾아보기 어렵다.

여기에서는 과거에 자녀를 부양하지 못한 부모가 그 자녀를 상대로 부양청구가 가능한지 여부에 대한 하급심 판례¹⁷³⁾를 살펴봄으로써 부양청구권의 한계에 대하여 살펴보려 한다.

(1) 사건개요

청구인 A는 그의 딸 B를 상대로 부양청구소송을 제기하였다. A는 그의 아내를 지속적으로 폭행하였고 이를 견디지 못한 부인이 집을 나갔으며, A는 B를 학대하면서 중학교에도 진학시키지 않았다. B는 어머니와 연락되자 A의 집을 나와 어머니와 동거하면서 검정고시를 거쳐 초등학교 교사가 되었고, 결혼하여 남편과 두 자녀, 친정어머니와 함께 살고 있으며, 요양시설에 있는 시어머니 요양비 월 110만 원을 부담하고 있고, 가계 빚도 8천여만 원이 있는 상태였다. 한편, B가 A의 집을 나온 후 A는 B의 학비는 물론 양육비를 전혀 준 적이 없고 연락도 거의 하지 않았는데, 최근 위암 수술을 받고 생계를 유지하기 어려워지자 국가에 생활보호대상자 신청을 하였으나 딸이 있었기 때문에 차상위 계층으로 선정되지

173) 청주지법 2012.9.27, 2012노단299(확정).

못하자 딸을 대상으로 부양청구소송을 제기한 사안이다.

(2) 법원의 판단

법원은 성년인 자녀와 부모 사이의 부양은 생활부조의 부양의무에 속하고, 생활부조의 부양의무 발생은 부양의무자가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없을 것과 부양의무자가 현재의 생활을 유지할 수 있는 경제적 여유가 있을 것을 요건으로 하고 있다고 하고, 청구인 A가 현재 자기의 자력으로 생활을 유지할 수 없는 상태이기는 하지만 상대방인 B와 그 배우자가 자녀 및 상대방의 어머니, B의 시부모 등을 부양하고 있고, 대출금 채무액수도 많고 월수입은 그리 많지 않기 때문에 이러한 사정을 고려하면 B가 자기의 현재 생활을 유지하면서 청구인 A를 부양할 수 있을 만한 경제적인 여유가 없다고 판시하였다. 한편 B가 경제적인 여유가 있다 하더라도 청구인이 B에게 부모로서 부양의무를 전혀 이행하지 않았기 때문에 A의 부양청구는 권리남용에 해당한다는 주장도 이유 있다고 판단하면서 청구를 기각하였다.

(3) 검토

노부모가 성년자녀로부터 부양을 받을 수 있는 두 가지 요건, 즉 부양청구권자가 부양을 요하는 상태에 있을 것 및 부양의무자의 여력이 있을 것이라는 요건이 모두 충족되지 않으면 자녀에게 노부모 부양의무가 생기지 않는다는 것이 통설적 견해이자 판례의 태도이다. 위의 판례는 청구인의 상태에 대한 어떤 고려도 없이 부양권리자인 아버지가 부양의무자인 딸을 학대하고 양육하지 않았다는 이유로 부양청구권 행사를 권리남용으로 판결하고 있는데, 이해하기 어려운 측면이 존재한다. 즉, 이 판례는 위의 부양을 받을 수 있는 두 가지 요건 외에 ‘과거에 부모와 미성년자 사이가 좋았을 것’이라는 또 하나의 요건을 요구하고 있는 셈이 된다. 만약 이와 같이 해석한다면, 부양의무자가 부양능력이 있음에도 불구하고 부양을 기피 또는 거부하는 경우에도 법원이 적극적으로 개입하여 부양의무를 이행하도록 하지 못하는 결과가 된다.

이와 관련한 판례 중에는, 국민기초생활보장법상 수급권자의 딸과 사위에게 월 270만 원의 수입과 1억 원이 넘는 재산이 있다는 것을 파악한 구청에서 수급권자의 지위를 박탈하는 처분을 내린 사안에서 법원은 수급권자의 가정불화와 이혼으로 인하여 사이가 좋지 않고 부양의무자는 현재 시부모를 모시고 살고 있기 때문에 수급권자를 부양하기 어렵다는 주장을 받아들이고 그 처분을 취소한 사례도 있다.¹⁷⁴⁾ 이 사안도 결국 과거에 부모와 미성년자녀 사이에 사이가 좋았을 것을 요구하고 있는 것이다.

생각건대, 부모가 어린아이를 고의로 유기하거나 학대하면서 잘 돌보지 않았다거나 가정불화 등으로 인하여 부양의무자와 부양권리자 간에 사이가 좋지 않았다고 할지라도, 이러한 사정은 부양의 정도나 방법을 정할 때 참작할 사유에 해당할 뿐이지, 이를 부양의무 인정 여부에 대한 요건문제로 보는 것은 타당하지 않다고 생각된다.¹⁷⁵⁾

제3절 국민기초생활보장법상 노부모 부양 관련제도의 문제점

공공부양과 관련하여 가장 중요한 법률은 국민기초생활보장법이다. 이 법은 생활이 어려운 사람에게 필요한 급여를 실시함으로써 이들의 최저생활을 보장하고 자활을 돕는 것을 목적으로 하고 있다. 이 법에 따르는 급여는 수급자가 자신의 생활의 유지·향상을 위하여 수급자의 소득, 재산, 근로능력 등을 활용하여 최대한 노력하는 것을 전제로 이를 보충·발전시키는 것을 기본원칙으로 하고 있어서(동법 제3조 제1항) 민법상 부양의무자의 부양이나 다른 법령에 따른 보호가 우선이다. 이 법은 그러한 부양이나 보호가 이루어지지 않고 있을 때 보충적으로 적용하게 되는 것이어서,¹⁷⁶⁾ 민법상 부양과는 그 방법이나 정도가 다르다.¹⁷⁷⁾

174) 부산지법 2012.4.5, 2011구합4436.

175) 김주수 교수의 견해에 따르면, 이러한 경우 부양의무가 경감되거나 면제되어야 하고, 다만 자력이 없어서 부득이하게 자녀를 부양할 수 없었던 부모의 경우에는 부양하지 않은 사실만으로는 부양청구권을 상실하지는 않는다고 한다(김주수, 전제서, 448면).

176) 박향미, “국민기초생활보장제도의 부양의무자 기준에 관한 연구”, 대구대학교 박사학위논문, 2011, 9면.

177) 손윤석, “국민기초생활보장법상 수급권 보호”, 경북대학교 박사학위논문, 2011, 168면.

국민기초생활보장법에서는 수급자격요건으로서 부양의무자를 기준으로 하고 있으므로, 노부모가 경제적으로 어려워 수급신청을 하려고 할 때에 노부모에게 부양의무자가 있는 경우에는 실제로 부양을 받고 있는지 여부를 따지지 않고 수급대상에서 제외하게 된다. 그러한 노부모에게 부양의무자가 있다고 해도 그 부양의무자가 경제적 여력이 충분하지 못하여 부양을 받지 못하는 경우에도 이 법상의 수급대상자가 되지 못하는 결과가 발생할 수 있다. 결국 민법상 법정부양인 자녀에 의한 부양이나 이 법에 의한 공공부양 모두로부터 배제되는 결과가 발생할 수 있게 된다.

여기에서는 노부모에 대한 공공부양과 관련하여 국민기초생활보장법상 신청주의의 문제, 수급자격요건으로서 부양의무자 기준의 문제 등에 대하여 살펴보려고 한다.

1. 신청주의의 문제

사회보장 수급권을 선정하는 방식으로는 신청주의와 직권주의가 있다. 신청주의는 수급자가 되고자 하는 자가 국가 및 지방자치단체에 요청하는 것을 말하고, 직권주의는 수급자를 국가 및 지방자치단체가 top-down 방식으로 선정하는 것을 말한다. 국민기초생활보장법은 신청주의에 입각하면서 직권주의를 통하여 이를 보완하는 형태를 취하고 있다.¹⁷⁸⁾

즉, 국민기초생활보장법 제21조 제1항은 “수급권자와 그 친족, 그 밖의 관계인은 관할 시장·군수·구청장에게 수급권자에 대한 급여를 신청할 수 있다”고 규정함으로써 신청주의를 취하면서, 다른 한편으로는 신청주의가 제도존재 자체의 무지, 신청 작성능력의 부재, 신청절차의 복잡성, 신청기관에 대한 낮은 접근성으로 인한 문제점이 발생함에 따라 이를 보완하기 위해 제2항에서 “사회복지 전담 공무원은 이 법에 따른 급여를 필요로 하는 사람이 누락되지 아니하도록 하기 위하여 관할지역에 거주하는 수급권자에 대한 급여를 직권으로 신청할 수 있다”며 직권주의로 이를 보완하고 있다. 신청주의의 문제점을 보완하기 위하여 직권

178) 손근원·김태성, 「사회복지정책론」, 나남, 2008, 32면.

주의가 존재하는 것이지,¹⁷⁹⁾ 직권주의가 신청주의의 대체재로서의 역할을 하는 것은 아니기 때문에 국민기초생활보장법은 신청주의가 원칙이라 할 수 있다. 하지만 신청주의를 원칙으로 할 경우에는 다음과 같은 문제점이 발생할 수 있다.

(1) 시민권의 침해

신청주의는 시민권(citizenship)에 반하는 것으로 사회보장기본법의 기본이념에 부합하지 않는다. 사회보장기본법 제2조는 “사회보장은 모든 국민이 다양한 사회적 위험으로부터 벗어나 행복하고 인간다운 생활을 향유할 수 있도록 자립을 지원하며, 사회참여·자아실현에 필요한 제도와 여건을 조성하여 사회통합과 행복한 복지사회를 실현하는 것을 기본 이념으로 한다”고 규정하고 있다. 이는 국민의 행복을 강조하며 사회참여와 자아실현이라는 높은 수준의 시민의 지위를 강조하고 있음을 의미한다. 하지만 국민기초생활보장법상의 신청주의는 ‘권리로서의 급여’가 아닌 ‘시혜로서의 보호’에 머무르기 때문에 시민권을 침해한다.¹⁸⁰⁾

인간이 갖는 욕구 중에서 가장 높은 수준으로 실현되어야 하는 자아실현의 욕구는 개인의 힘만으로는 성취될 수 없고 사회 전체의 노력이 뒷받침 되어야 한다. 사정이 이러한데도 신청주의 원리는 개인이 자신의 위험과 욕구를 증명할 경우에만 급여를 받을 수 있게 한다는 점에서 사회보장기본법에서 제시하는 보편적 시민권이라는 목표에 부합하지 않는다고 하겠다. 이렇듯 신청주의는 복지국가에 있어서 보편적 내지 최선의 급여방식이라고 할 수 없다. 이는 국민기초생활보장법의 문제만은 아니며, 우리나라의 대부분의 공공부조 제도가 갖고 있는 문제로서, 자신과 소득에 대한 정보가 국가 통계 데이터베이스로 구축되어 있다면 충분히 해결할 수 있을 것으로 보인다.

(2) 공공부조 성격으로 인한 부정적 인식

179) 이승호·구인회, “국민기초생활보장제도 부양의무자 기준 적절성 평가”, 「보건사회연구」, 제 30권 제1호, 한국보건사회연구원, 2010, 30면.

180) 함영진, “사회보장 수급권자 선정의 문제점과 권리구제 체계화 방안 연구”, 정책연구용역보고서, 국회입법조사처, 2012.9, 33면.

신청주의는 공공부조의 성격이 내재되어 있기 때문에 그에 대한 부정적 인식을 강하게 불러일으키게 된다는 비판이 제기될 수 있다. 행정관리비용이 높게 요구된다는 점¹⁸¹⁾을 별론으로 하더라도, 공공부조는 사회적 낙인으로부터 자유로울 수 없게 된다. 즉, 국민기초생활보장법의 신청단계에서 자신이 근로능력이 없음을, 나아가 자신을 부양할 부양의무자가 없거나 중위소득 이하의 소득이 있음을, 또한 자신이 숨기고자 하는 가족관계 등의 비밀을 드러내야 하기 때문에 수치스러울 수 있다는 것이다. 신청주의를 통한 낙인의 효과는 인간의 존엄성을 훼손하고, 자존감의 상실로 이어져 심각한 인권 침해 결과를 초래할 수 있다.

(3) 수급 대기기간의 장기화

국민기초생활보장법상 공적부양을 받고자 하는 자는 생존권적 위험에 노출된 빈곤층이다. 생존권적 위험이란 생명을 위협하는 위험이다. 신청주의를 채택하는 경우 복잡한 절차로 인하여 그러한 생존권적 위험을 받게 된다. 신청자는 상대적으로 전문가적 지식도 부족한 경우가 많으며, 복잡한 행정절차를 전제로 하고 있어 신청을 포기하는 경우도 발생하게 된다. 특히, 중위소득만으로 생활을 할 수가 없어 하루하루 연명하는 경우도 많아 권리를 구제하기 위한 신청과정의 총비용이 구제를 받으려는 총 급여보다 높을 때에는 신청자체를 포기할 가능성이 높아진다. 뿐만 아니라 대기기간의 장기화로 인해 수급권자의 권리보장이 미흡한 실정이다.

국민기초생활보장법의 제도를 신청함에 있어서 대기기간은 14일, 최대연장 대기기간은 30일로 수급권자의 생존권적 긴박성에 비추어볼 때, 대기기간이 요구하는 하루하루의 고통은 매우 클 수밖에 없을 것이다. 대기기간이 짧으면 짧을수록 보장기관과 신청인에게 모두 효과적인 것은 기정사실이므로 신청주의는 재고되어야 할 것이다.

181) 데모그라트(Demogrant) 성격의 급여 및 기여금에 기반 한 사회보험 성격의 제도들보다 신청주의에 기반 한 공공부조의 제도들은 행정비용이 높게 요구된다. 신청제도 자체, 선정단계, 감독단계, 관리단계, 후속처리 등의 비용이 다른 제도에 비하여 추가로 발생하는 것은 물론, 행정절차의 복잡성 및 행정쟁송의 단계까지 이어질 경우 이로부터 발생하는 사회적 비용도 매우 높기 때문이다.

2. 수급자격 요건으로서 부양의무자 기준의 문제

국민기초생활보장법상의 수급자격에 대해서, 과거에는 제5조 제1항에서 “수급권자는 부양의무자¹⁸²⁾가 없거나, 부양의무자가 있어도 부양능력이 없거나 부양을 받을 수 없는 사람으로서 소득인정액¹⁸³⁾이 최저생계비 이하인 사람으로 한다”고 규정하고 있었다.

그러나 현재는 2014년 12월 30일 국민기초생활보장법 개정을 통하여 이 규정을 삭제하고, 제8조 제2항에서 “생계급여 수급권자는 부양의무자가 없거나, 부양의무자가 있어도 부양능력이 없거나 부양을 받을 수 없는 사람으로서 그 소득인정액이 생계급여 선정기준 이하인 사람으로 한다. 이 경우 생계급여 선정기준은 기준 중위소득의 100분의 30 이상으로 한다”고 규정함으로써 수급자격 소득기준을 다소 완화시키고 있다. 하지만 소득기준만 완화되었을 뿐 부양의무자 기준, 근로능력 평가 등 많은 부분은 그대로 존재하고 있다.¹⁸⁴⁾

다시 말하면, 개정 전이나 개정 후나 국민기초생활보장법상의 수급자격으로 소득인정액 기준과 부양의무자 기준의 두 가지 요건을 모두 두고 있는 바, 여기에서 부양의무자 기준인 ‘부양의무자가 없거나, 부양의무자가 있어도 부양능력이 없거나 부양을 받을 수 없는 사람’이라 함은 사적부양이 실질적으로 없거나 부족하다는 것이 아니라 잠재적 가능성조차 없어야 한다는 것을 말한다.

구체적으로 ‘부양의무자가 있어도 부양능력이 없는 경우’란, ① 기준 중위소득¹⁸⁵⁾ 수준을 고려하여 대통령령¹⁸⁶⁾으로 정하는 소득·재산기준 미만인 경우,¹⁸⁷⁾

182) 국민기초생활보장법상 부양의무라 함은 수급권자를 부양할 책임이 있는 사람으로서 수급권자의 1촌의 직계혈족 및 그 배우자를 말한다(제2조 제5호).

183) 소득인정액이라 함은 보장기관이 급여의 결정 및 실시 등에 사용하기 위하여 산출한 개별가구의 소득평가액과 재산의 소득환산액을 합산한 금액을 말한다(제2조 제9호).

184) 국민기초생활보장제도 수급자 신청탈락 사유를 보면, 부양의무자의 소득 및 재산이 기준보다 많아서(64.13%), 소득이 기준보다 많아서(12.87%), 살고 있는 집의 가격이 높아서(6.39%), 자동차가 있어서(5.44%), 살고 있는 집 이외에 재산이 기준보다 많아서(0.49%), 기타(4.13%), 잘 모르겠다(6.55%)로 나타나고 있다(강신욱 외, “2010 한국복지패널 기초분석 보고서”, 서울대학교 사회복지연구소·한국보건사회연구원, 2010, 262면).

185) 2015년 기준 중위소득은, 1인 가구 1,562,337원, 2인 가구 2,660,196원, 3인 가구 3,441,364원, 4인 가구 4,222,533원, 5인 가구 5,003,702원, 6인 가구 5,784,870원, 7인 가구 6,566,039원이고, 8인 이상 가구는 7인 이상 선정기준에서 6인 가구 선정기준의 차액을 7인 가구 선정기준에 더하여 산정한다(보건복지부, 「국민기초생활보장사업안내 맞춤형급여운영방안」, 보건복지부, 2015, 13면).

186) 대통령령으로 정하는 소득·재산 기준 미만인 경우란 부양의무자가 ① 수급자인 경우, ② 실제

② 직계존속 또는 중증장애인인 직계비속을 자신의 주거에서 부양하는 경우로서 보건복지부장관이 정하여 고시하는 경우, ③ 그 밖에 질병, 교육, 가구, 특성 등으로 부양능력이 없다고 보건복지부장관이 정하는 경우를 말하고(제8조의2 제1항), ‘부양의무자가 있어도 부양을 받을 수 없는 경우’란 부양의무자가 ① 병역법에 따라 징집되거나 소집된 경우, ② 해외 이주자에 해당하는 경우, ③ 교도소, 구치소, 치료감호시설 등에 수용 중인 경우, ④ 실종선고 절차가 진행 중인 경우, ⑤ 보장시설에서 급여를 받고 있는 경우, ⑥ 가출 또는 행방불명으로 경찰서 등 행정관청에 신고 된 후 1개월이 지났거나 가출 또는 행방불명 사실을 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장이 확인한 경우, ⑦ 부양을 기피하거나 거부하는 경우, ⑧ 그 밖에 부양을 받을 수 없는 것으로 보건복지부장관이 정하는 경우를 말한다(제8조의2 제1항).

이러한 잠재적 가능성이라는 수급자격 기준은 매우 엄격한 요건으로서 수급신청자의 소득과 직접 연관성이 있는 실질부양이 아니라 수급신청자와는 무관한 부양의무자의 독립적인 소득과 재산으로 추정되는 잠재적 부양가능성을 의미한다.¹⁸⁸⁾ 문제는 부양의무자의 잠재적 부양가능성과 실제부양 사이에는 상당한 간극이 발생할 수밖에 없다는 것이다. 아무리 부양의무자에게 부양능력이 있다고 하더라도 부양의무자가 실제로 부양을 하지 않는 경우가 발생할 수 있기 때문이다.¹⁸⁹⁾

소득에서 질병, 교육 및 가구특성을 고려하여 보건복지부장관이 정하여 고시하는 금액을 뺀 금액(차감된 소득)이 기준 중위소득 미만인 사람, ③ 일용근로 등에 종사하는 사람(고용계약기간 1개월 미만), ④ 차감된 소득이 수급권자 기준 중위소득의 100분의 40과 해당 부양의무자 기준 중위소득을 더한 금액이 미만인면서, 재산의 소득환산액이 보건복지부장관이 정하여 고시하는 금액 미만일 것, 부양의무자의 차감된 소득에서 부양의무자 기준 중위소득에 해당하는 금액을 뺀 금액의 범위에서 보건복지부장관이 정하는 금액을 수급권자에게 정기적으로 지원할 것이라는 모든 요건을 충족한 사람을 말한다. 한편, ① 부양의무자가 혼인한 딸이거나 혼인한 딸의 직계존속인 경우, ② 부양의무자 가구에 중증장애인이 있는 경우, ③ 노인, 장애인, 한부모 가족 등 수급권자 가구의 특성으로 인하여 특히 생활이 어렵다고 보건복지부장관이 정하는 경우에 있어서는 부양능력 인정기준을 완화하여 정할 수 있다(국민기초생활보장법 시행령 제5조의6).

187) 2015년도 급여종류별 수급자 선정기준을 보면, 생계급여수급자(기준중위소득 28%)의 경우, 1인 가구 437,454원, 2인 가구 744,855원, 3인 가구 963,582원, 4인 가구 1,182,309원, 5인 가구 1,401,037원, 6인 가구 1,619,764원, 7인 가구 1,838,491원이다. 8인 이상 가구의 선정은, 1인 증가시마다 7인 가구 기준과 6인 가구 기준의 차이를 7인 가구 기준에 더하여 산정한다(보건복지부, 전개 「국민기초생활보장사업안내 맞춤형급여운영방안」, 13면).

188) 김지혜, “국민기초생활보장법 부양의무자 기준의 위헌성”, 「공법연구」, 제41집 제3호, 한국공법학회, 2013.2, 117면.

189) 부양의무자에게 부양을 받지 못하고 있는 이유에 대하여, 부양의무자 가구 역시 경제적으로 여유가 없기 때문(47.1%), 연락이 되지 않거나, 관계가 단절되어서 부양을 요구할 수 없음(27.8%), 연락

3. 간주부양료의 불합리성

실질적으로 부양을 받지 못하고 있음에도 불구하고 부양비 산정방식에 따라 부양비를 지급받은 것으로 간주하여 이를 소득으로 인정하고 있는 바, 이를 ‘간주부양료’라고 한다. 실제로는 부양의무자가 부양의무를 이행하지 않지만, 이를 부양을 받지 않는 경우로 인정하지 않는 대신에 ‘간주부양료를 지급하는 것을 조건으로 부양능력이 없는 경우’에 해당되는 것으로 간주하여 수급자로 선정하는 대신에 간주부양료 만큼을 ‘이전소득’으로 의제하여 간주부양료 액수만큼 공제한 나머지를 지급하겠다는 것이다.¹⁹⁰⁾

정해진 예산의 범위 내에서 수급권자의 수와 급여액을 관리해야 하기 때문에 타협적으로 ‘부양의무자로부터 부양을 받을 수 없는 경우’의 요건을 인정해주는 대신 실제로 부양료를 지급하지 않아도 보건복지부장관이 정하는 일정금액으로 부양료가 지급되는 것을 조건으로 수급자를 인정하고, 그 대신 간주부양료 만큼 수급자의 이전소득으로 보아 급여액을 감액하는 편의적 방식의 ‘간주부양료’ 제도를 만들어 낸 것으로 보인다.¹⁹¹⁾

판례는 간주부양료 제도의 정당성을 인정하고 있다.¹⁹²⁾ 그런데 간주부양료 제도에 의하면 부양능력이 미약한 부양의무자가 부양비 지원을 기피하거나 거부함

은 하고 지내지만 부양의무자 가구의 형편을 모르겠음(15.2%), 연락은 하고 지내지만 부양받지 못하는 이유는 응답하지 않음(9.9%)으로 나타나고 있다(한국보건사회연구원, 「수급가구 및 비수급 빈곤 가구의 피 부양실태에 관한 심층 조사」, 한국보건사회연구원, 2008 참조).

190) 김남근, “기초생활수급자 부양의무자 요건의 법적 쟁점-대구고등법원 2010누2549 판결 및 서울고등법원 2010누2145판결을 중심으로-”, 「사회보장법학」, 제1권 제1호, 한국사회보장법학회, 2012.10, 168면.

191) 김남근, 상계논문, 183-184면.

192) 판례는 “시행령 제3조 제1항 제4호 나목이 제4조 제1항 제4호 다목의 간주부양료를 ‘기타소득(이전소득)’으로 하여 실제소득에 포함시키고 있는 점에 대하여는 원래는 부양능력이 있는 경우 인데도, 피고 행정관청이 호의로 부양능력이 미약한 것으로 보아 간주부양료를 정기적으로 지원 하는 경우에 한하여 이를 조건으로 부양능력이 없는 경우로 보아 수급권자로 인정해 급여를 주는 대신, 그러한 간주부양료 만큼을 실제소득으로 보아 급여액을 정하기로 한 것으로, 오히려 이와 같이 부양비가 지급된 것으로 처리됨에 따라 원고가 수급권자로 인정되는 유리한 처분이 이루어진 이상 피고가 위법한 처분을 하였다고 할 수 없고, 시행령 제3조 제1항 제4호 나목이 법 제2조 제9호의 위임범위를 일탈하여 위법하다거나 법률이 아닌 시행령으로써 국민의 기초생활 수급권을 제한하였다는 원고의 주장을 받아들일 수 없다”고 하고 있다(서울고등법원 2011.1.11, 2010누2145).

으로써 실질적으로 부양을 받지 못하는 경우에도 수급권자는 부양의무자로부터 부양비를 지원받는 것으로 간주되어 급여가 결정되어 최저생활도 보장받지 못하는 경우가 발생하게 된다.¹⁹³⁾ 즉, 부양의 사각지대 문제가 생겨난다는 것이다. 이에 반해, 다른 판결¹⁹⁴⁾에서는 “어떠한 이유든 실제로 명백히 부양을 기피하거나 거부하고 있다는 사실이 인정되면” 국민기초생활보장법과 그 시행령의 ‘부양의무자가 있어도 부양을 받을 수 없는 경우’로 인정해야 한다는 적극적인 법리를 제시하고 있다. 국민기초생활보장법 제46조에서 보장기관이 부양능력을 가진 부양의무자에게 그 보장비용에 대해 징수할 수 있도록 한 점을 그 근거로 두고 있는 것으로 보인다.¹⁹⁵⁾

국민기초생활보장법은 생활이 어려운 자에게 필요한 급여를 지급함으로써 이들의 최저생활을 보장하고 자활을 조성하는 보장제도이다.¹⁹⁶⁾ 여타의 모든 생계수단이 불가능할 때 최후의 수단으로 존재하는 사회안전망이므로 국민기초생활보장법에서의 수급자격은 개인의 생존과 직결된다.¹⁹⁷⁾ 생존이라는 인간의 가장 기본적이고 중대한 권리는 보장되어야 하므로 실제 생활수준에 기초하여 수급자격이 마련되어야 할 것이다. 이러한 점에서 현행법상 부양의무자 기준에서 실질 부양이 아닌 잠재적 부양가능성을 이유로 급여지급을 거부하는 것은 국민기초생활보장법의 취지에도 부합하지 않는다.

민법상 부양청구권이 인정된다는 이유로 일정소득이 있는 것으로 간주하는 것은 부양청구권이 실질소득으로 환원되기까지 불확정적인 요소가 매우 많다. 부양받을 권리는 법원의 판결을 거쳐야만 확정되는 권리이기 때문이다. 또한 민법상 부양의무자에게 국민기초생활보장법상의 부양의무가 인정될지 여부도 불확실할

193) 김종수, “기초생활보장수급권의 요건에 관한 법 개정안 검토”, 「사회보장법학」, 제3권 제2호, 한국사회보장법학회, 2014.12, 110면.

194) 대구고등법원 2011.4.29, 2010누2549.

195) 판례는, “...모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지며 국가는 생활능력 없는 국민을 보호할 의무가 있다는 헌법의 규정은 모든 국가기관을 기속하지만 그 기속의 의미는 동일하지 아니한데, 입법부나 행정부에 대하여는 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위 안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위지침이 행위규범으로서 작용한다”고 판시하고 있다(헌재 2004.10.28. 2002헌마328; 서경석·이호영, 「로스쿨 헌법판례 I(상)」, 디자인, 2013, 278-279면).

196) 홍성태, “인간다운 생활을 할 권리와 국민기초생활보장법의 헌법적 의의”, 「법조」, 제531호, 법조협회, 2000, 227면.

197) 김지혜, 전개논문, 121면.

뿐만 아니라, 부양청구권의 실효성 또한 의심하지 않을 수 없다.¹⁹⁸⁾

나아가 실질적인 부양사실이 없는 경우 여전히 빈곤상태에 있는데도 불구하고 부양의무자의 유무 또는 부양의무자의 부양능력 즉, 잠재적 부양가능성만을 가지고 소득이 있는 것으로 간주하여 수급자격에서 제외시키거나 급여를 제한하는 것은, 실질적으로 자녀들에 의한 부양을 받지 못하고 있는 노부모들에게 국민기초생활보장법상의 공공부양을 받지 못하거나 제한된 급여만을 받게 되는 결과를 초래할 수 있기 때문에 타당하지 않다고 하겠다.

제4절 노부모 부양의식의 변화와 부양의 사각지대 발생

1. 노부모에 대한 부양의식의 변화

우리나라는 전통적으로 효를 중시하는 가치관과 농경사회의 가족공동체를 바탕으로 한 가부장적 가족제도를 가지고 있었다. 까마귀 새끼도 자란 후에는 늙은 어미에게 먹이를 물어다 준다는 반포보은(反哺報恩)은 이러한 전통사회의 노부모 부양에 대한 의식을 대변해주는 말이었다. 대가족제도와 장자 중심의 상속 및 부양체계에서 장남은 노후의 부양자이자 동거자였고 노부모는 가족과 친족의 울타리 내에서 보호와 존경을 받았다. 그러나 주지하는 바와 같이 오늘날 우리나라 노인의 빈곤율과 자살률은 OECD국가 중 최고 수준이다.

제6차 세계가치관조사(World Values Survey, 2010-2014)¹⁹⁹⁾의 노인에 대한 설문 중 “노인은 요즘 별로 존경받지 못 한다”에 대한 설문에 우리나라의 찬성 응답 비중은 81.8%로서 루마니아의 85.3%에 이어 조사대상 51개국 중 2위로 나타났다. 이에 비하여 “노인은 사회에 짐이 된다”에 대한 찬성 응답의 비중은 우리나라가 13.5%로 51개국 평균 18.1%보다 낮게 조사되고 있다. 그러나 이 응답결과에서 노인을 사회적 짐으로 여기지 않는 것은 전통적인 경로사상 때문이 아니

198) 김수정, “한국의 빈곤정책에서 ‘부양의무자 기준’의 변화와 쟁점: 가족부양 ‘범위’ 및 ‘부양비’를 중심으로”, 「경제와 사회」, 제59호, 비판사회학회, 2003, 211면.

199) World Values Survey, 2010-2014, <http://www.worldvaluessurvey.org>

라 아직 공적 노후보장 시스템이 미성숙하여 고령자에 대한 공적 지출이 그렇게 크지 않은 현 상황을 반영하는 것으로 풀이되고 있으며,²⁰⁰⁾ 노인빈곤을 증명해 주고 있는 것이다.

통계청 자료에 의하면, 노부모 부양의 전통적 방식이었던 동거를 통한 부양은 갈수록 줄어들어 1990년 75.3%에서 2010년에는 30.8%에 불과한 반면,²⁰¹⁾ 노인 1인 가구의 비율은 같은 기간 10.6%에서 34.3%로 3배 이상 증가하고 있다.²⁰²⁾ 또한 가구주 부모의 생활비를 주로 제공하는 사람이 장남이라는 응답은 1998년 27%에서 2014년 10.1%로 감소하고,²⁰³⁾ 모든 자녀의 부양분담이라는 응답은 9.6%에서 27.7%로 증가했다. 부모 스스로 해결한다는 응답도 같은 기간 41.6%에서 50.2%로 증가하여 노후에 대한 자기책임이 절반이상의 비율로 확대되었다.²⁰⁴⁾

노부모 부양에 대한 책임의식 변화에 대한 조사에서도, 부모의 노후 생계를 가족이 돌보아야 한다는 의견은 1998년 89.9%에서 2014년 31.7%로 감소하였고, 그 대신 가족·정부·사회의 공동책임이라는 응답은 18.2%에서 47.3%로, 부모 스스로의 책임이라는 응답비율은 9.6%에서 16.6%로 증가하였다.²⁰⁵⁾ 요컨대 노부모의 생계는 가족이 전적으로 부담할 것이 아니라 가족과 정부 및 사회의 공동책임이라는 인식이 갈수록 증가하고 있는 것이다.

본인이 결혼한 상태에서 부모님과 동거 희망비율은 60대에서 20.8%, 50대에서 15.8%인데 비하여 40대 이하에서는 모두 10% 미만으로 조사되고 있으며, 부모님 택과의 거리를 연령별로 비교하여 조사한 결과, 도보 10분 내 거리를 희망한 비율도 60대 32.8%, 50대 30.7%인데 비하여 40대에서는 25.3%, 30대에서는 23.8%,

200) 김희삼, “노후보장을 위한 가족, 정부, 사회의 역할”, 「KDI FOCUS」, 제52호, 2015.3, 20면.

201) 가구주 65세 이상 노인가구 중 자녀와 동거하는 가구의 비율은 1990년 75.3%에서 1995년 65.1%, 2000년 57.1%, 2005년 50.8%, 2010년 30.8%로 감소하고 있다(통계청, 「인구주택총조사」, 보도자료, 2000-2014).

202) 노인 1인 가구 비율은 1990년 10.6%, 1995년 16.0%, 2000년 20.1%, 2005년 23.2%, 2010년 34.3%로 계속 증가하고 있다(통계청, 상계 인구주택총조사).

203) 장남이 주부양자라는 응답비율은 1998년 27%, 2002년 22.7%, 2006년 15.1%, 2008년 14.6%, 2010년 12.4%, 2012년 11.2%, 2014년 10.1%로 감소하고 있다(상계 인구주택총조사).

204) 노부모 스스로 해결한다고 응답한 비율은 1998년 41.6%, 2002년 46.3%, 2006년 46.3%, 2008년 46.6%, 2010년 48.0%, 2012년 48.9%, 2014년 50.2%로 증가되고 있다(상계 인구주택총조사).

205) 가족이 책임이라는 응답은, 1998년 89.9%, 2002년 70.7%, 2006년 63.4%, 2008년 40.7%, 2012년 33.2%, 2014년 31.7%로 감소하고 있으며, 가족·정부·사회의 책임이라는 응답은 같은 기간, 2.0%, 18.2%, 26.4%, 43.6%, 47.4%, 48.7%, 47.3%로 증가하고 있으며, 부모 스스로 해결해야 하는 응답도 같은 기간, 8.1%, 9.6%, 7.8%, 11.9%, 12.7%, 13.9%, 16.6%로 증가하고 있다(상계 주택인구총조사).

20대에서는 21.2%로서 연령대가 낮을수록 감소하고 있어,²⁰⁶⁾ 연령대가 젊을수록 결혼 후에 부모님과 멀리 떨어져 살기를 희망하는 것으로 나타나고 있다.

2. 노부모 부양의 사각지대 발생

위에서 살펴 본 바와 같이, 오늘날 우리나라 국민은 날이 갈수록 노부모 부양에 있어서 가족이 담당했던 역할을 정부와 사회가 공동으로 떠맡기를 기대하고 있다. 그러나 정부의 노후보장정책의 강화는 가족의 부양기능 약화를 가속화시키고 정부가 제공하는 노인복지 수요를 더욱 높일 가능성이 있다. 요컨대 공적 부조가 사적 부양을 구축(驅逐)할 것이며, 이로 인해 급속한 고령화에 따른 재정부담의 가중 이외에 노부모와 자녀 간의 유대감 약화, 노후대비를 위한 저축의 감소 등 도덕적 해이도 발생할 가능성도 있다.

빈곤노인에 대한 국민기초생활보장의 사각지대가 생기는 주된 원인은 자녀 등 법적 부양책임을 가진 자가 부양능력이 없다는 것이 증명된 경우에만 수급권을 부여하는 부양의무자 기준 때문이라고 할 수 있다.

예컨대 2010년의 경우 비수급 절대빈곤층 245만명 중 117만 명은 부양의무자가 있다는 이유로 지원 대상에서 제외된 것으로 파악되고 있다.²⁰⁷⁾ 참고로, 2014년 국민기초생활보장 일반수급자²⁰⁸⁾ 123만7천명 중 고령자는 37만9천명으로 30.6% 수준이다.²⁰⁹⁾

부양의무자로부터 실제로 도움을 받지 못하는 경우에도 부양의무자의 경제력에 따라 간주부양비가 산정되어 빈곤해소의 사각지대가 발생하는 문제는 복지정책에서 우선적으로 해결해야 할 과제였다. 그래서 국회에서의 1년 7개월 간의 진통 끝에 부양의무자 기준을 완화하는 조항을 포함한 국민기초생활보장법 개정안이 2014년 12월 9일에 본회의를 통과했다. 부양의무자 기준을 폐지하는 대신 부

206) 김희삼, “KDI 행복연구조사”, 「KDI」, 2013.12, 22면.

207) 보건복지부, 내부자료, 2012.6.

208) 국민기초생활보장수급대상이란, 소득이 최저생계비 이하로 기본적인 생계유지를 위해 국가의 보호가 필요한 자를 말하며, 이 때 최저생계비는, 2014년 기준으로 1인 가구 603,403원, 2인 가구 1,027,417원, 3인 가구 1,329,118원, 4인 가구 1,630,820원이다.

209) 통계청, 전계 “2015 고령자 통계” 참조.

양능력이 있다고 판정하는 소득기준과 부양비 부과기준선을 상향조정하여 사각지대를 줄이는 방식을 채택한 것이다.²¹⁰⁾ 부양의무자 기준으로 인하여 발생해 온 복지 사각지대를 완전히 해소하는 길은 부양의무자 기준 자체일 수 있다. 그러나 이것은 노부모 부양의 전통과 가족의 기능, 그리고 복지에 대한 국민적 의식의 고찰이 필요한 문제일 것이다.

일반적으로 행복감이 40대 중반에 최저점을 찍고 그 후 회복되어 연령에 따라 U자형을 보이는 선진국에 비하여, 우리나라의 경우 노년으로 갈수록 삶의 만족도가 계속 낮아지고 있는데, 그 주된 원인은 우리나라 노인들에게 만연한 빈곤으로 분석되고 있다.²¹¹⁾ 이는 고령화 시대의 삶의 질을 향상시키기 위해서는 무엇보다 노인의 빈곤해소라는 것을 의미한다고 할 수 있다.

전통적인 가족해체가 급속도로 진행되는 현실은 노부모들에게 있어서 경제적 면에서 뿐만 아니라 정서적인 면에서도 노후보장의 위기를 가져오고 있다. 요

210) 개정주요내용: ① 맞춤형 급여체계 개편을 위하여 최저보장수준과 기준 중위소득을 정의함(제2조제6호 및 제11호 신설). ② 급여의 종류별로 보건복지부장관 또는 소관 중앙행정기관의 장이 급여의 기준을 정하도록 함(제4조제2항 신설). ③ 급여의 기준 및 지급 등 개별 급여의 운영과 관련하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따르도록 함(제4조의2 신설). ④ 급여체계 개편에 따라 수급권자의 범위는 급여의 종류별로 별도로 규정하게 되므로 현행 수급권자의 범위는 삭제되고, 수급권자의 범위에 대한 특례 규정은 별도로 규정함(현행 제5조 삭제, 제14조의2 신설). ⑤ 보건복지부장관 또는 소관 중앙행정기관의 장은 급여의 종류별 수급자 선정기준 및 최저보장수준을 결정하도록 함(제6조). ⑥ 기준 중위소득과 소득인정액의 산정 방식을 법률에 명시함(제6조의2 및 제6조의3 신설). ⑦ 생계급여 수급권자는 부양의무자가 없거나, 부양의무자가 있어도 부양능력이 없거나 부양을 받을 수 없는 사람으로서 그 소득인정액이 중앙생활보장위원회 심의·의결을 거쳐 결정하는 금액 이하인 사람으로 하되, 생계급여 선정기준을 기준 중위소득의 100분의 30 이상으로 하고, 생계급여 최저보장수준은 생계급여와 소득인정액을 포함하여 생계급여 선정기준 이상이 되도록 함(제8조). ⑧ 부양의무자가 있어도 부양능력이 없거나 부양을 받을 수 없는 경우의 구체적인 기준을 법률에 명시함(제8조의2 신설). ⑨ 주거급여는 국토교통부로 급여의 운영주체가 변경됨에 따라 급여 운영에 필요한 사항을 다른 법률에 규정할 수 있도록 관련 규정을 신설함(제11조). ⑩ 의료급여 수급권자는 부양의무자가 없거나, 부양의무자가 있어도 부양능력이 없거나 부양을 받을 수 없는 사람으로서 그 소득인정액이 중앙생활보장위원회 심의·의결을 거쳐 결정하는 금액 이하인 사람으로 하되, 의료급여 선정기준을 기준 중위소득의 100분의 40 이상으로 함(제12조의3 신설). ⑪ 중앙생활보장위원회의 심의·의결사항에 소득인정액 산정방식과 기준 중위소득의 결정, 급여의 종류별 수급자 선정기준과 최저보장수준의 결정, 실태조사 및 급여별 누락·중복 및 차상의 계층의 지원사업의 조정 등에 관한 사항을 반영하고, 위원회의 정수를 16명으로 확대함(제20조). ⑫ 소관 중앙행정기관의 장은 3년마다 기초생활보장 기본계획을 수립하여 보건복지부장관에게 제출하고, 보건복지부장관은 이를 토대로 기초생활보장 종합계획을 수립하여 중앙생활보장위원회의 심의를 받도록 하는 한편, 소관 중앙행정기관의 장이 소관 급여에 대한 평가를 실시할 수 있도록 하고, 이를 효과적으로 수행하기 위하여 전문 기관에 위탁하거나 자료제출을 요구할 수 있는 근거를 신설함(제20조의2 신설). ⑬ 보장시설의 종류를 법률에 구체적으로 정함(제32조).

211) Roh, Hyun Woong et al., "Frequency of Contact with Non-cohabitating Adult Children and Risk of Depression in Elderly: A Community-based Longitudinal Study in Korea." Archives of Gerontology and Geriatrics, Volume 60, Issue 1, January-February 2015, pp.183-189.

컨대, 자녀의 부양을 받을 수 없는 노인들이 제도적·행정적인 이유로 국가의 공적부양을 받지 못하는, 이른바 ‘노부모 부양의 사각지대’가 발생되고 있는 것이다.

제4장 주요국가의 노부모 부양제도

제1절 아시아 국가

1. 일본

현행 생활보호법이 제정된 1946년부터 70년 이상이 경과하는 동안 일본은 큰 경제적 사건과 사회적 변화를 거쳐 왔다.²¹²⁾ 그에 따른 농촌·자급자족형 사회에서 도시·봉급생활형 사회로의 변모는 가족을 둘러싼 상황을 급격히 변화시켰다. 핵가족이 나타나기 시작했고,²¹³⁾ 가정을 구성하지 못하는 사람들도 증가하기 시작했다.²¹⁴⁾ 그 결과 핵가족화 및 임금노동자화 현상 때문에 사적부양 능력은 저하되고, 이를 보충하기 위하여 공적연금제도가 정비되어 개호보험법이 제정·시행되는 등 가족에게 의지하지 않더라도 인간답게 살아갈 수 있는 안전망이 다양한 사회보장 입법을 통하여 마련되어 왔다. 그런 가운데에도 일본은 최근 고독사 문제가 매스컴을 통하여 거론되고 있다. 가족의 간병을 받지도 못하고 장례를 치르지도 못하고 사망하는 사람이 실제로 존재하고 있다는 사실은 아시아 국가의 전통, 미덕이라고 불리던 가족의 강한 유대가 일본에서 계속 약화되고 있음을 의미한다.²¹⁵⁾ 그럼에도 불구하고 일본에서는 생활보호법을 운용함에 있어서 사적부

212) 일본의 대표적 경제적 사건으로는 고도의 경제성장, 오일쇼크, 버블경제와 그 붕괴, 평성시대의 불황, 그리고 리먼쇼크 등을 들 수 있다.

213) ‘平成18年度少子化社會白書’에 따르면, 핵가족화는 제2차 세계대전 이전부터 진행되어 온 것이지만, 현대사회의 특유한 가족형태는 아니라고 한다. 그런데 현대사회의 핵가족화는 이전의 핵가족화와 그 성질이 분명 다르다. 즉, 현대의 핵가족, 특히 고향을 떠나 도시로 이주하고 새롭게 세대를 이룬 핵가족은 가까이에 혈연자가 존재하지 않는 독립된 핵가족이라는 점에서 과거의 핵가족과는 그 성격을 달리하며, 독립된 자녀 교육 등의 새로운 문제를 안고 있다.

214) 國立社會保障・人口問題研究所, 「人口統計資料集2012年度版」에 의하면 2010년의 남성의 평생 미혼율은 20.14%, 여성은 10.61%로 양자 모두 30년 전의 약 10배에 달하는 수치에 해당된다.

215) 片桐由喜, “생활보호제도와 사적부양제도의 합리적 조정-한국법리에서 배우다-”, 「사회보장법학」, 제2권 제2호, 한국사회보장법학회, 2013.10, 224면.

양의무의 이행을 요구하고, 오히려 이를 더욱 더 강화하려는 움직임을 보이고 있다.²¹⁶⁾

(1) 사적부양 우선의 원칙

일본은 제2차 세계대전 이후 헌법 제25조에서 생존권에 관한 규정을 마련함으로써 사회보장제도를 확충하고 생활보호에 관한 제도를 정비하였다. 생활보호제도와 민법상의 부양관계에 대해서 해석상 견해의 대립²¹⁷⁾은 존재하지만, 민법상의 부양은 생활보호에 우선한다(생활보호법 제4조 제2항). 이렇듯 일본의 생활보호법은 사적부양을 생활보호에 우선하는 제도로 설정하고 있지만, 생활 곤궁자인 요보호자에게 부양의무자가 있는 경우에 과연 생활보호의 수급요건을 충족할 수 있는지가 문제된다. 이와 관련하여 공적부조에 우선하여 사적부양이 사실상 이루어질 것이 기대되기는 하지만, 이는 생활보호법상의 문제는 아니며 단순히 사실상의 부양이 이루어졌을 경우 요보호자의 수입으로 다루겠다는 이른바 ‘사실상의 순위설’이 다수의 지지를 받고 있다.²¹⁸⁾ 따라서 사실상 부양의무자에 의해 부양이 이루어지거나, 생활보호를 수급한 이후에 조정 및 심판 등으로 부양료가 확정될 경우 수급권은 정지 또는 감액된다.

한편, 일본에서는 부모부양에 관한 실무처리 요령을 정하고 있다.²¹⁹⁾ 이 실무처리 요령은 부양능력이 있는 부양의무자가 존재하는 경우, 당사자의 대화를 통해 부양의무자에게 부양의무를 이행하게 하고, 부양을 생활보호에 우선시하게 하려는 것이다. 사적부양 우선의 원칙에 대해 사실상 순위설과 실무상 실시요령이 대

216) 일본의 노부모 부양제도에 대해서는 주로 이충은·김상찬, “일본의 부모 부양제도에 관한 연구-우리나라와의 비교를 통하여-”, 「강원법학」, 제46권, 강원대학교 비교법학연구소, 2015.10.을 참조하였다.

217) 국가의 재정상황을 고려했을 때 현실적이지는 않지만, 헌법상의 생존권에 기초하여 행해지는 공적부양이 우선적으로 적용되고, 사적부양의 경우에는 공적부양이 이루어질 때까지의 연결적 존재라는 주장이 제기된다(中川善之助, 「新訂家族法」, 青林書院, 1968, 591면).

218) 中山直子, 「判例先例親族法-扶養」, 日本加除出版, 2012, 2면.

219) “부양의무의 취급이 요보호자에게 부양의무자가 있는 경우에는 부양의무자에게 부양 및 그 외의 지원을 요구하도록 지도할 것. 또한 민법상의 부양의무의 이행을 기대할 수 있는 부양의무자가 있는 경우에는 그 부양을 보호에 우선하게 할 것. 이 민법상의 부양의무는 법률상의 의무기는 하지만, 이를 즉시 법률상의 문제로 해결하는 것은 부양의무의 성질상 가능한 한 피하는 것이 바람직하기 때문에 당사자 간의 대화로 이를 해결하고, 원활하게 이행하도록 함으로써 본래의 취지대로 다룰 것”(冷水登紀代, “扶養法と生活保護法の現状と課題”, 「家族法と社会保障法の交錯」, 信山社, 2014.10, 171면).

립하는 이유는 생존권 보장을 위한 공적부양을 원칙으로 할 것인지, 아니면 사적 부양의 의무·기능도 중시할 것인지 입장의 차이를 보이기 때문이다. 그런데 양자는 결과적으로 큰 차이가 없는 것으로 보인다. 실무에서는 수급요건 충족 심사 에서 부양의무자의 부양능력과 부양의사를 고려함에 있어 부양의무자가 누구인지, 부양의무의 이행정도는 어느 정도인지를 파악하여야 하고, 사실상의 순위 설 에 의할 경우에도 최종적으로는 부양의무자에 대한 비용징수(생활보호법 제77조) 가 예정되어 있기 때문에 부양의무자와 부양의 정도 결정은 필요하기 때문이다.²²⁰⁾

실무에서도 정당한 사유 없이 부양의무를 거부한 경우 부양권리자의 대행이라는 형태를 취할 것인지 또는 비용징수라는 형태를 취할 것인지는 상황에 따라 다르지만, 어떠한 형태든지 간에 어느 단계에서 부양제도와 조정의 조정이 이루어지게 된다. 다만 생활보호제도에 있어서 부양의무자의 의무이행이 제대로 이루어지고 있지 않으며, 생활보호법 제77조의 비용징수도 실제로 거의 이루어지고 있지 않다는 점에서 위법적인 운용으로 평가되고 있다.²²¹⁾

(2) 공적부양과 사적부양

일본에서 국가책임 원칙에 입각한 근대적 의미의 공적 부조제도는 1946년에 생활보호법이 제정되면서 시작되었다. 동법은 제정당시 생활보호와 부양의무의 관계에 대해 부양의무자가 부양을 할 수 있는 경우에는 궁박한 경우를 제외하고, 이 법률에 의한 보호를 받지 않는다고 규정하고 있었다(동법 제3조). 그 후 생활 보호법이 개정되면서 사적부양 우선의 원칙으로 변경되었는데(동법 제4조 제2 항), 그 배경에 대하여 입법자는 “생활보호법에 의한 보호와 민법상의 부양과의 관계에 대해 구법은 이것을 보호받을 자격과 관련하여 규정한 것임에 반해, 신법은 단순히 민법상의 부양이 생활보호에 우선하여 이루어져야 한다는 명문 규정에 불과하다”고 설명하고 있다.²²²⁾

220) 嵩さやか, “社会保障と私的扶養-生活保護における私的扶養優先の原則を中心に”, 水野紀子編, 「社會法制・家族法制による國家の介入」, 有斐閣, 2013, 6面 以下.

221) 嵩さやか, 上掲論文, 11面.

222) 小山進次郎, 「改訂増補 生活保護法の解釋と運用」, 中央社會福祉協議會, 1951, 119面.

제정 당시와는 달리 개정법에서 부양의무자의 존재를 결격사유로 규정하고 있지 않은 이유는 근대적인 가족관에 입각하여 입법 작업을 하였기 때문이고, 민법상의 부양을 생활유지의무에 한정하지 않은 이유는 당시 일본이 개인주의화 되지 않았기 때문이다. 이로써 일본은 공적부조에 우선하여 사적부양을 기대할 수 있게 되었다. 일본에서는 본래 부양의무의 문제는 도덕적인 것으로 다룰 성질이라는 것을 항상 염두에 두고 당사자의 합의로 해결해야 하며, 법적인 문제로 해결하는 것은 부득이한 경우에 예외적으로 인정되어야 한다고 생각하고 있다.²²³⁾

(3) 노부모 부양관련법의 주요내용

1) 민법상의 부양의무

일본의 생활보호법은 부양이 생활보호에 우선한다는 것만을 규정하고 있지만, 일본 민법 제877조에서는 직계혈족 및 형제자매(제1항)와 3촌 이내의 친족 간(제2항)에는 부양의무를 부담한다고 규정하고 있다. 부양의무자가 복수인 경우에는 제1항의 자는 당사자의 협의에 의해 순위(제878조) 및 정도(제879조)가 결정되어지고, 제2항의 자에 대해서는 가정재판소의 심판으로 이를 정하게 된다(제877조 제2항). 일본은 제2차 세계대전 후부터 부양의무의 법적성질에 대해 2원형론이 유력하게 제창되어 왔는데, 2원형론은 부양에 대한 전통적인 견해로서 이론상 부모와 미성년자 간 또는 부부 간의 보다 긴밀한 부양과 친족 간의 일반적인 부양이라고 하는 2가지 유형으로 분류하는 것을 말한다. 전자를 생활보지의무(生活保持義務)라 하고, 후자를 생활부조의무(生活扶助義務)라고 한다.

생활보지의무는 절대적인 부양의무를 의미하는 것으로 부양의무자가 부양권리자에게 자신과 같은 수준의 생활을 보장하는 의무로서 제1차적 부양의무를 의미한다. 생활부조의무는 부양권리자가 부양이 필요한 상태에 있고 부양의무자에게 부양능력이 있는 경우에 한해, 그 여력의 범위에 상응하는 부양의무를 부담하는 상대적인 부양의무 즉, 제2차적 부양의무를 의미한다. 2원형론에 대해 비판도 있지만, 일본의 통설 및 판례가 이 견해를 기준으로 부양정도의 해석지침으로 사용

223) 小山進次郎, 上掲書, 130面.

하고 있으며, 현행법에서 규정되어 있지 않은 요건에 대해서도 이 기준에 따라 일반 친족 간의 부양에 있어서는 부양권리자가 혼자서 생활을 하지 못하는 상황이 된 경우에 부양권리자의 생활에 상응하는 부양을 받을 수 있는 것으로 한다. 이때 부양의무자에게 요구되는 부양의무의 정도는 부양의무자의 생활을 기준으로 하고 있지 않다. 또한 부양의무자가 자신의 생활을 희생해야 할 경우에는 부양능력이 없다고 판단되어 여력이 있는 경우에만 부양의무를 부담하게 된다.

부양방법에 대해서는 금전급부를 원칙으로 하고 있다. 생활부조 의무자에게 심판으로 동거를 강제하는 것이 불가능하고, 가족에게 동거를 요구하기 위해서는 반드시 동의를 요하여야 하기 때문이다. 즉 인수부양을 강제할 수는 없으므로, 결국 법률상 강제되는 것은 금전급부부양 뿐이라는 것이다. 다만 부양의무자가 인수부양을 하는 경우에는 금전적 급부의 대체방법으로 부양의무를 이행하고 있는 것에 해당되므로, 이 경우 양당사자의 의사가 적극적으로 고려되어야 할 것이다. 부모 부양에 있어서 가장 중요한 요인이 당사자 상호 간의 정서적·애정적인 커뮤니케이션이기 때문이다.

한편, 부양제도는 부양의무를 강제하기 위한 제도가 아니라 무한하게 확대될 수 있는 부양의무자의 의무의 한계를 나타내는 제도라는 지적도 있다. 하지만, 사적부양 우선의 원칙 하에서는 부양의무자가 부양능력이 있음에도 불구하고 이를 이행하지 않을 경우, 부양의무자에 대하여 비용징수를 함으로써 당사자의 의사를 무시한 채 강제할 수 있다.²²⁴⁾

다만, 실무에서는 부양의무자를 배려하여 부양의무자에게 비용징수를 강제하지 않는 상태에서 생활보호가 연장되는 경우가 많기 때문에 실질적으로 사적부양 우선의 원칙이 관철되지 않는 경우도 있다.²²⁵⁾ 이와 같이 부양의무자의 의사를 배려하는 사이에 생활보호의 연장이 발생하는 악순환이 생기는 한편, 부양의무자에게 부양능력이 있음에도 불구하고 부양의무를 이행하지 않는 경우도 많이 발생하고 있기 때문에, 이러한 상황을 개선하기 위하여 일본은 2013년 12월에 생활보호법을 전면 개정하였다.

224) 二宮周平, 「家族法」, 新世社, 2011, 244-245面.

225) 生活保護手帳別冊問答集 2012, 中央法規, 2012, 147面.

2) 생활보호법상의 부양의무

생활보호는 신청에 의한 보호를 원칙으로 하며, 급박한 상황에 있는 경우를 제외하고 생활곤궁자, 부양의무자 및 그 외의 동거인 친족의 신청이 필요하다(생활보호법 제7조). 그리고 이 신청에 기반하여 보호의 필요여부, 종류 및 정도가 결정되어진다(제24조 제1항). 다만, 본인이 신청하지 않은 경우에도 요보호자가 급박한 상황에 있을 때에는 보호시설기관은 신속하게 직권으로 보호의 종류·정도 및 방법을 결정하고, 보호를 개시하여야 한다(제25조 제1항). 요보호자로부터 보호의 개시신청이 있으면 요보호자의 수입이 인정되는데, 이 경우 보호시설기관은 수입의 출처, 수입의 유무, 수입의 정도 및 내용 등을 신고하여야 한다. 따라서 해당세대의 예금, 현금, 동산, 부동산 등의 자산의 상황, 세대원의 생활력, 지능, 노동능력 등의 상황, 사회보험 및 사회보장 정책에 의한 수급자격의 유무, 부양의무자 또는 연고자 등으로 부터의 원조 및 그 세대에 있어서의 금전 수입 등 모든 사항을 면밀히 조사하여야 한다.²²⁶⁾

2013년 개정 전의 생활보호법 제29조는 보호의 시설기관 및 복지사무소장은 보호의 결정 또는 시설을 위하여 필요하다고 인정되면, 요보호자나 그 부양의무자의 ‘자산 및 수입’의 상황에 대해 관공서에 조사를 의뢰하고, 은행 및 신탁회사, 요보호자나 부양의무자의 고용자, 기타 관계처에 보고를 요구할 수 있다고 규정하고 있었다. 그런데 2013년 개정법에서는 관계처에 대한 조사권한을 한층 더 강화하여, 요보호자에 대한 조사대상으로서의 자산, 수입에는 ① 생업이나 취로, 구직활동의 상황이나, ② 부양의무자의 부양상황, ③ 다른 법률에 의한 부조의 상황, 그 건강상태, 다른 지방자치단체에 의한 보호의 유무, 그 외 정령(政令)으로 정한 사항에 이르기까지 조사대상이 대폭 확대되었다.

이와 같이 신청자의 수입인정에 대해 부양의무자의 수입 등을 조사하여 개시의 유무 및 정도 등을 결정하는 것은, 생활보호제도가 일본 헌법 제25조에 기반하여 생활보장에 관한 최후의 보루로써 세금을 재원으로 하여 국민이 부담하는 것으로, 생활이 곤궁한 모든 국민에게 필요한 보호를 행하고, 최저한도의 생활보장을 하는 것을 목적으로 한 제도이고(생활보호법 제1조), 그 최저한도의 생활수

226) 生活保護手帳 2012年度版, 中央法規, 2012, 250面.

요를 넘지 않는 것이어야 하기 때문이다(동법 제8조 제2항). 또한 생활보호의 보충성의 원칙을 기본원리로 하고 있기 때문이다(동법 제4조).²²⁷⁾

한편, 일본은 2013년 개정법에서 부양의무자에 대한 통지제도와 부양의무자에 대한 보고요구 제도를 신설하였다(제24조 제8항, 제28조 제2항). 전자의 경우 “보호시설기관은 부양의무자가 민법의 규정에 의한 부양의무를 이행하고 있지 않다고 인정되는 경우에 보호개시의 결정을 하고자 할 때에 후생노동성령으로 정하는 바에 따라 사전에 해당 부양의무자에 대하여 서면으로 후생노동성령으로 정한 사항을 통지하여야 한다. 단, 사전통지를 하는 것이 적절하지 않는 경우 후생노동성령으로 정한 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고, 후자의 경우에는 “보호시설기관은 보호의 결정, 실시 또는 제77조 및 제78조의 규정의 시행을 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 보호의 개시 또는 변경신청서 및 그 첨부서류의 내용을 조사하기 위하여 후생노동성령으로 정하는 바에 따라 요보호자의 부양의무자 또는 그 외의 동거 친족, 보호의 개시 또는 변경 신청 당시 요보호자 또는 이에 해당하는 자에 대해 보고를 요구할 수 있다”고 규정하고 있다.

이는 보호가 개시된 후 부양의무자에 대한 보고요구가 가능하고, 가정재판소의 심판 등을 거쳐 비용징수가 가능하다는 점 등을 고려하여 부양의무자에 대하여 사전에 친족이 보호를 받는다는 사실을 알고 있어야 함을 의미하는 것이지, 부양이 보호에 우선한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 부양의무자에 대하여 부양의무를 이행하여야 한다는 상황을 알려주고, 부양의무자가 부양의무를 이행하고 있는 경우에는 보호의 실시를 하지 않아도 된다는 점을 알려주는 것으로서 사적부양 우선의 원칙에 기인한 것으로 볼 수 있다.²²⁸⁾

그런데 이 제도는 부양의무자에게 통지를 함으로서 부양의무를 강화하고자 하는 점에서 타당하다 할 수 있지만, 통지를 함으로써 부양권리자와 부양의무자의 관계가 침해받을 수 있고, 그러한 관계를 인식한 부양권리자가 신청을 꺼리게 되는 사실상의 문제점이 발생하게 된다. 하지만, 분명한 것은 이 제도가 부양의무자에게 부양여부를 조회함과 동시에 임의로 부양의무를 이행하지 않으면 장래에 가정법원의 심판을 통하여 부양의무가 정해지고, 그로 인해 부양의무 이행이 강

227) 冷水登紀代, 前掲論文, 169-170面.

228) 冷水登紀代, 上掲論文, 177面.

제될 가능성을 인식하게 한다는 측면에서 부양의무자에게 있어서도 반드시 필요한 제도라는 것이다.

2. 중국

중국은 2000년에 65세 이상 노인의 인구수가 8,830만명으로 전체 인구대비 7%로 이미 고령화 사회에 진입했으며, 2012년 말에는 1억 2,714만명으로 전체 인구의 9.4%를 차지하는 등 고령화가 급속히 진행되고 있다. 이는 우리나라와 마찬가지로 중국에서도 사회와 경제의 발전, 생활수준의 향상, 의료기술의 진보, 출생률과 사망률의 저하 등 인구구조에 급격한 변화가 생기고 있기 때문이다. 전국 노령공작위원회의 ‘2010년 중국도시·농촌 고령자 인구상황 조사’에 따르면 병상에 누워있는 자를 포함하여 자립생활 능력이 없는 자는 1,208만명으로 전체 노인의 6.8%를 차지하고 있으며, 생활능력 일부상실자도 2,824만명으로 노인의 15.9%나 되어 요양간호를 필요로 하는 노인은 4,000만명을 넘어서고 있다. 급속한 고령화의 영향으로 75세 이상 노인의 수도 증가하고 있으며, 질병이 걸린 노인도 증가할 것으로 예측되는 바, 이에 따른 요양간호 수요도 크게 증가할 것으로 전망하고 있다.

노인의 부양, 요양간호, 생활지원 등에 있어서 가장 적합한 장소는 가족이 보살필 수 있는 가정이라고 할 수 있다. 하지만 중국도 전통적 가족관의 변화로 가족과 사회를 둘러싼 상황 변화를 겪는 중이다. 이러한 상황의 변화는 가족부양을 전제로 한 종래의 노인 요양간호 체계에서 가족 내에서의 노인의 부양이나 생활 지원을 어렵게 만든다. 이렇듯 중국에서의 요양간호 문제는 연금문제, 의료문제와 더불어 노후생활과 관련한 국민들의 가장 큰 관심사가 되어 있다.

(1) 전통적 가족관의 변화

중국에 있어서 노인에 대한 부양이나 요양간호는 전통적으로 가족이 그 역할을 담당하여 왔다.²²⁹⁾ 그러나 최근에는 핵가족화가 급속히 진행되어 가정에서의 노인요양간호 기능이 크게 약화되었고, 경제발전으로 인해 사람들의 가치관이 다

양해짐으로써 생활양식이 달라지면서 노인부양에 대한 사고방식이 크게 변화하게 되었다. 이러한 전통적 가족관의 변화와 사회현상의 변화로 인해 가족에 의한 부양과 요양간호가 어렵게 되는데, 그 원인으로 네 가지를 들 수 있다.

첫째, 핵가족화와 노인세대의 증가이다. 중국은 2010년 기준으로 총 세대수가 4억 157만 세대, 평균 세대인원이 3.1명으로 2000년 제5회 국세조사 당시보다 0.34명이 감소하였다. 특히 상해시의 경우는 2.33명, 북경시는 2.42명으로 도시부의 평균 세대인원이 2005년에 2.97명으로 3명 이하로 떨어진 이후 점차 핵가족화가 진행되어 왔다. 또한 사회와 경제의 발전에 따라 주택환경이 개선되어 노후생활을 자녀에게 의존하지 않으려는 노인도 증가하고 있다. 북경대학 중국 사회과학 조사센터의 ‘중국민생발전보고 2012’²³⁰⁾에 따르면 기혼 자녀 중 75.2%가 부모와 동거하지 않는 것으로 나타났고, ‘2010년 중국도시·농촌 노인인구 상황조사’에 따르면 2010년 중국도시지역의 독거노인 세대는 노인 가정 전체의 49.3%에 달하는 것으로 나타났으며, 2006년에 비해 8%나 증가하였다. 이렇듯 중국에서는 고령자의 요양간호나 정신적인 보살핌을 포함한 문제가 하나의 사회문제로 대두되었고, 이를 해결하기 위한 향후과제가 시급한 실정이다.

둘째, 여성의 고용기회가 확대되었다. 중국은 건국 이래 여성해방, 남녀평등 정책으로 여성의 사회참여 및 지위향상을 적극적으로 추진하여 왔다. 그 결과 도시에서의 여성취업률은 상당히 높은 위치를 점하고 있으며, 총 취업자의 40%에 달하게 된다. 농촌지역에서는 1978년 경제개혁 개방 이후, 농업뿐만 아니라 축산업, 공업, 상업, 수공업, 서비스업, 교통운수업 등 다양한 업종의 고용노동자로 일하고 있으며, 도시화와 공업화의 진전으로 도시로 이동하여 계약노동자로 일하는 여성도 상당수에 해당된다. 특히 1980년대 후반에는 외국계 기업의 계약노동자로 일하는 경우가 증가하였으며, 1990년에 들어서는 농촌지역 여성의 76%가 취업하고 있는 것으로 나타났다.²³¹⁾

셋째, 이른바 ‘8·4·2 가족’²³²⁾의 구성이다. 중국은 1970년대 후반부터 30년 이

229) 鬼崎信好·増田雅暢·伊奈川秀和 編, 「世界の介護事情」, 中央法規, 2002, 246면.

230) Baidu文庫(<http://wenku.baidu.com/view/657cb01ac281e53a5802ff30.html>).

231) 田多英範 編, 「現代中國の社會保障制度, 流通經濟大學出版會」, 2004, 297면.

232) 이를 “4, 2, 1” 가정구조, 즉 조부모 2명 (외)조부모 2명, 부모 2명, 자녀 1명의 가정구조로 표현하기도 한다(張晨寒·劉冀楠·劉二鵬, “‘四二一’家庭突破‘以房養老’政策瓶頸的可行性研究”, 中共鄭州市委党校學報, 2014, 第4期, 36면).

상 ‘한자녀 정책’을 실시하였는데,²³³⁾ 이미 한자녀 세대는 결혼 적령기를 넘어 30대에 들어섰고, 이들의 결혼으로 인해 가족구성도 조부모 8명, 부모 4명, 부부 2명의 이른바 ‘8·4·2 가족’ 형태의 구도로 변화되었다. 뿐만 아니라, 의료기술의 발달로 평균수명은 계속 늘어나고 있어 부부 2인이 최대 12인의 노인을 보살피지 않으면 안 되는 실정이다. 중국은 2020년경 대부분의 가정이 이러한 가족구성으로 될 것으로 전망하고 있다.

마지막으로 이혼율의 증가이다. 중국은 1980년대 이후 계속해서 이혼율이 증가하고 있다. 이혼율의 증가는 사회와 경제발전에서 따른 가치관의 다양화에 수반하여 혼인관념의 변화, 가족의 응집력 약화를 가져오는데, 이는 2003년 10월에 개정된 혼인등록조례에서 이혼절차를 간소화 시킨 것과 매우 밀접한 관련이 있다. 제5회 국세조사에 따르면 1985년에 중국에서 혼인한 커플이 831.3만 쌍, 이혼한 커플은 45.8만 쌍으로 이혼율은 0.44%에 지나지 않았다. 그런데 2012년에 들어서는 혼인한 커플이 1,323만 6천 쌍(전년대비 1.6% 증가), 이혼한 커플은 310만 4천 쌍(전년대비 8% 증가)으로 혼인의 증가폭을 크게 웃돌았으며, 이혼율은 2.3%로 20년 사이 5배 가까이 증가하였다. 한자녀 정책 하에서 과잉보호 속에서 자란 배려심 없는 청년세대의 이혼이지만, 황혼이혼도 급증하고 있는 실정이다.

중국의 전통적인 노인부양의 형식은 가족에 의한 부양이다. 중국고대의 사회복지 사상을 구체적으로 표현한 ‘예기(禮記)·예운(禮運)’편에서도 “사람은 상조, 상경, 상애 해야 하며, 사기, 절도, 다툼이 없는 사회를 만들어야 한다”, “노동능력을 상실한 사회구성원에 대해서는 사회는 적당한 배려, 타당한 보살핌을 행해야 하며, 노인이나 유아에 대해서도 부양과 보살핌을 행해야 한다”고 하며, 전통적인 존노애유(尊老愛幼)의 미덕과 함께 원시적인 인도주의에 바탕을 둔 ‘박애’의 인간관계를 강조하여 왔다.²³⁴⁾ 노인을 부양하지 않는 자는 불효자로 여기고, 十惡不赦의 대죄를 범한 것으로 여겨 엄하게 처벌하여 왔으며,²³⁵⁾ ‘존노(尊老)’ ‘경

233) 이러한 중국의 한 자녀 정책은 2016년 1월 1일부터 ‘두 자녀 정책’으로 바뀐다. 중국은 1980년 9월 25일 공개서한을 통해 전국적으로 한 자녀 정책을 채택해 인구 증가를 억제해 왔는데, 중국 전국인민대표대회 상무위원회는 2015년 12월 27일 ‘인구계획생육범수정안’을 심의·통과시켰다(한국경제 2015.12.27). 두 자녀정책의 양로에 대한 적극적 영향에 대하여, 1. 양로금의 부족문제를 완화할 수 있다. 2. 인구의 연령구조를 개선하여 이익을 얻을 수 있다. 3. 경제성장을 이끌 수 있다. 4. 인구수를 증가시킨다고 설명하고 있다(李明月·于娜·楊曉蕊, “二胎政策對養老問題的影響”, 法制博覽, 2015. 5, 297면).

234) 王友·王元京·謝衛東 編, 「中國保險實務全書」, 中國物價出版社, 1996, 1170면.

로(愛老) '양로(養老)'를 전통적 미덕으로 전해 내려 왔다.

그런데 이러한 전통문화는 최근 사회경제의 발전에 따라 대다수의 중국인, 특히 젊은 세대를 중심으로 배금주의, 이기주의 및 금전만능주의 등으로 인하여 종래의 가치관이나 도덕관이 무너지고 전통적인 가정윤리 도덕이 사라지고 있다.²³⁶⁾ 자녀의 부모 부양에 대한 거부는 물론 노인 학대, 노인주거의 불법점거, 노인의 혼인문제에 대한 지나친 간섭, 나아가 노인 유기사건 등까지 노인의 권리 침해사건이 상당수 발생하고 있다. 이와 같은 현상은 고령자의 부양을 둘러싼 소송사건으로 이어지는데, 비교적 문명도시라고 할 수 있는 중국의 수도 북경시조차도 연 평균 10%이상 증가하고 있다고 한다. 한자녀 정책에 의한 저 출산 현상이 가속화되는 이상 앞으로는 더욱 심각해 질 것으로 전망된다.²³⁷⁾

(2) 노부모 부양관련 정책

중국은 헌법과 고령자보장법에서 국가, 사회·지역의 노인에 대한 책임과 의무를 확인하면서도, 현 단계에서 노인의 부양 등은 가정이 그 중심이 되어 책임져야 한다고 함으로써 노인에 대한 가족과 자녀의 부양의무를 강조하고 있다. 국가와 사회는 노인의 생활, 건강 및 사회참가의 조건을 개선하는 조치를 강구하여야 하지만, 현재는 의료보장제도, 연금제도 및 최저생활보장제도 등의 사회보장 제도의 정비가 이루어지지 않은 것은 물론, 요양간호 지원 등의 노인보건복지의 비용보장 등에 대한 통일적인 제도도 없어서 실제로는 가족의 부담에 크게 의지하고 있는 실정이다.

또한 노인복지시설의 간호 인력도 크게 부족할 뿐만 아니라 전문적이지 못하고 단순히 시중을 드는 가정부 정도의 수준에 해당된다.²³⁸⁾ 그러나 최근 복지의 사회화 추진정책으로 국가나 집단이 설립한 노인사회 복지기구를 주축으로 한 공동체 양로서비스를 제공하는 체계가 서서히 형성되고 있는데, 국무원이 2011년 12월에 발표한 '사회양로서비스 시스템 건설계획(2011~2015년)'에 따르면, 중국

235) 宝貴主 編, 「中國老年人權益保障讀本」, 華齡出版社, 2005, 15面.

236) 李秀英, “中國의社會福祉”, 「世界の社會福祉」, 旬報社, 1998, 328面.

237) 王樹新 編, 「中國養老保障研究」, 華齡出版社, 2004, 13面.

238) 厚生労働省 編, 「世界の厚生労働2012」, 厚生労働省, 2012, 340面.

의 양로서비스 시스템은 재택을 기초로 하고 사회복지기구의 서비스 제공을 보조적 기능으로 하는 시스템으로, ‘재택양로 서비스’, ‘사구서비스’, ‘시설서비스’로 구성되어 있다.

1) 도시부의 노인복지제도

가. 재택양로서비스

재택양로서비스는 지역사회가 재택 노인에게 제공하는 것으로 라이프 케어, 가정부 서비스, 요양간호 재할, 의료보건, 심리·정신적 케어 등의 서비스가 포함되며, 주로 홈 헬퍼를 파견하는 방문서비스 형식으로 이루어진다. 건강하고 자립생활이 가능한 노인에게는 가사서비스, 고령자 식당, 법률상담 서비스 등이 제공되고, 자립생활이 불가능한 노인이나 독거노인, 병환 중인 노인에게는 가사노동, 가정보건, 식사배달 서비스, 긴급호출과 안전 원조 등의 서비스 등이 제공된다. 일부 여건이 좋은 지역에서는 재택양로의 병환 중인 노인에게 보조금을 지급하거나 필요한 재활보조 기구를 지원하기도 한다.

나. 사구 서비스

사구 서비스는 1987년 민정부가 그 필요성을 제창한 것으로,²³⁹⁾ 핵가족화 등으로 약화된 가족의 요양간호 능력을 보완하기 위하여 도입된 지역복지 서비스 사업이다. 즉, 도시의 일정 지역사회에서 지역사회 주민에게 제공하는 복지서비스 사업으로서, 사구의 조직과 복지기구를 통해 사구의 주민을 조직하고, 지역주민의 편의를 도모하며, 유익한 서비스를 행함과 동시에 사구 내의 노인, 신체장애자 등을 위하여 사회복지서비스를 제공하는 것을 말한다.²⁴⁰⁾ 이 서비스 사업은 1993년에 전국의 대도시에서 처음으로 시도되면서 사회보장의 기초적인 사회통합 서비스 체계가 형성되기 시작하였다.²⁴¹⁾

사구 서비스는 사구 데이케어와 재택 양로지원이라는 두 가지 기능을 가지고

239) 大塚正修・日本經濟研究センター, 「中國社會保障改革の衝擊」, 勁草書房, 2002, 31面.

240) 黎建飛 編, 「勞動法和社會保障法」, 中國人民大學出版社, 2003, 512面.

241) 大塚正修・日本經濟研究センター, 前掲書, 31面.

있는데, 주로 낮 시간에 요양간호를 해 줄 가족이 없는 노인을 대상으로 서비스가 제공된다. 도시부에서는 종합 사구 서비스 시설을 갖추고 양로시설 네트워크를 통하여 사구 서비스 능력을 함양시키고 있으며, 다양한 형식의 지원활동 및 노인 상호 보조서비스와 더불어 보다 많은 사람들이 사구 양로서비스에 참여하도록 장려하고 있다. 2012년 말 기준으로 전국의 도시, 구(區), 가도(街道), 주민위원회가 설치한 각종 사구 서비스 시설의 수는 20만 개에 육박하고, 사구 서비스센터는 15,497개소, 사구서비스 스테이션은 87,931개소, 기타 사구 전문서비스 시설도 96,000개소에 달한다.

다. 시설양로

1999년 12월에 민생부가 발표한 ‘사회복지시설 관리 잠정방법’ 제2조에서는 “사회복지시설은 국가, 사회조직, 개인이 설립한 노인, 장애인 및 고아를 위한 양호, 재활, 관리대행 등의 서비스를 제공하는 시설을 말한다”고 규정되어 있다. 하지만, 노인복지시설의 정의에 대해서는 어떠한 규정도 없으며, 민정부가 2001년 3월에 발표한 ‘노인복지시설 설치기준’에서도 그에 대한 정의규정을 두고 있지 않다. 그러나 중국에서의 사회복지시설의 정의는 일반적으로 60세 이상의 노인에게 시설양로, 생활지원, 요양간호, 오락 등 종합적 서비스를 제공하는 시설로 이해하고 있다. 한편, 위의 ‘노인복지시설 설치기준’에 따르면 노인복지시설의 종류를 노인사회복지원(Social Welfare Institution for the Aged), 양로원(Homes for the Aged), 노년공우(Hotels for the Elderly), 호노원(Homes for the Device-aided Elderly), 호양원(Nursing Homes), 경로원(Homes for the Elderly in the Rural Areas), 탁로소(Nursery for the Elderly), 노년인복무중심(노인서비스센터:Center of Service for the Elderly) 등으로 분류하고 있다. 이 밖에도 ‘노년호리병원’이라고 불리는 시설도 존재하는데, 이는 의료, 요양간호, 일상생활 케어 서비스를 하는 노인 요양간호 병원으로서 가정 내에서 요양간호를 받지 못하는 노인이 생활을 하다가 임종을 맞는 시설을 말한다.

그런데 중국의 노인복지시설은 기능적으로 차별화되어 있지 않다. 다시 말해, 호양원과 노년공우가 수용대상에 있어서 차이를 보이는 것을 제외하면, 각 복지시설의 기능이 거의 동일하다는 것이다. 제공되는 서비스 항목도 거의 같으며,

대상자도 자립할 수 있는 노인부터 요양간호가 필요한 노인에 이르기까지 넓고, 노인의 자립도에 의해 자립구, 도우미구, 간호구로 나누고 있는 것도 비슷하다.²⁴²⁾ 최근에는 복지시설의 설립과 경영을 민간에 개방함으로써 다양하고 새로운 유형의 복지시설을 통하여 경영을 보다 유연하게 하려는 움직임이 있다.

중국은 노인복지시설의 입소비용을 수익자 본인이 부담하기 때문에 민간시설을 중심으로 이용자의 경제력을 훨씬 초과하게 입소비용을 설정하게 되면, 사실상 입소가 불가능하게 되는 등 시설의 입소율에도 부정적 요인으로 작용할 수 있다. 한편, 중국은 2012년 말 기준으로 4만 4,304개소의 노인복지시설과 416만 5천 개의 침상이 있는데, 이는 60세 이상의 노인 인구 1,000명당 침상 21.5개에 해당하는 수치로, 노인복지시설에 수용된 노인의 수는 293만 6천명에 달한다.²⁴³⁾

2) 농촌부의 노인복지제도

도시부에서는 초보적인 사회보장제도가 시도되고 있지만 인민공사가 붕괴된 오늘날 농촌의 사회보장은 기본적으로 현(縣)이하의 지방행정조직에 맡겨져 있는 상황이다. 대다수의 농민은 사회보장의 혜택을 받지 못하고 노후생활이나 일상의 의료 등은 가족에 의존할 수밖에 없는 실정이고 질병에 걸려도 제대로 된 치료조차 받지 못하는 경우가 허다하다. 공적 연금제도가 정비 되어 있지 않은 농촌부의 노인은 국가의 원조를 기대할 수 없기 때문에 질병이나 고령으로 일을 하지 못하는 경우 요양간호나 부양은 전적으로 가족에게 의지할 수밖에 없는 실정이다. 그런데 개혁개방이후 농촌인구가 도시로 이동함에 따라 농촌부에서는 고령화가 급속히 진행되어 가족의 부양능력이 떨어질 뿐만 아니라 낮은 수준의 농업 수입의 영향으로 종래의 가족에 의한 부양형태도 점차 붕괴되어 가고 있다.

이에 중국은 2004년부터 농촌지역의 가족계획을 하고 있는 가정에 대해 장려부조제도를 시험적으로 시행함으로써, 한 자녀 또는 두 명의 여자아이를 둔 농촌 가정의 부부에게 매년 600위안 상당의 장려부조금을 만 60세가 되는 해부터 사

242) 郭芳, “中國農村地域における高齢者福祉施設に関する考察-山東省J市の事例を通して”, 「評論・社會科學」, 第97號, 2011, 64面.

243) 中華人民共和國 民政部, 2012年 社會서비스 發展統計公報(<http://cws.mca.gov.cn/article/tjbg/201306/20130600474746.shtml>) 參照.

망하는 날까지 지급한다.

또한, 농촌부에서는 법정부양의무자가 없거나 법정부양의무자가 있어도 부양능력이 없고 생활수입원도 없는 노인, 신체장애자에 대하여 의·식·주·의·장(衣·食·住·醫·葬)을 보장하는 ‘5보호(保戶)’라는 사회구제제도를 실시하고 있는데, 그 보장수준이 매우 낮다. 따라서 일부 자활불능 노인의 문제를 해결하기 위해 각지에 농촌경로원, 양로원 등을 설치하여 집중적으로 수용·구제하도록 하고 있다. 2012년 말 전국에서 5보호(保戶)구제를 받은 가정은 529.2만 호에 이르며, 수급자는 545.6만 명에 이르고 있다.²⁴⁴⁾

한편 농촌부에서는 신 농촌 건설정책에 따라, 경로원을 지역 형 양로서비스 센터로써 서비스가 필요한 노인에게 낮 시간 대에 요양간호, 단기입소간호, 식사배달 서비스를 제공하도록 하는 등 새로운 농촌양로모델을 적극적으로 추진하고 있다.

(3) 노부모 부양관련법의 주요내용

중국에서 노인의 보호나 권리보장에 관해서는 헌법을 비롯하여 고령자보장법, 혼인법, 상속법, 형법, 치안관리처벌법, 민법소송법, 상속법 등 각종 관계법에서 규정하고 있다. 중국 헌법(1982.12.4. 발표) 제44조와 제45조는 노인에 대한 공적 부조를 규정하고 있는 한편, 제49조 제3항에서 “성년인 자녀는 부모를 부양, 원조할 의무를 부담 한다”고 규정함으로써 부모에 대한 자녀의 부양의무를 헌법상의 의무로 천명하고 있다. 이러한 헌법적 가치관 아래에서 고령자보장법 등을 통해 부양의무에 관한 구체적인 규정을 두고 있는 바, 고령자보장법(1996.8. 공포, 2012.12. 개정, 2013.7. 시행)은 노인의 법적권익을 보호·보장하고 노인사업을 발전시켜 경로·양로의 미덕을 함양시키는 것을 목적으로 한 최초의 기본법으로, 노인의 사회보장, 노인의 권익, 노인사업, 가족 간의 부양, 기타 노인 권익을 보호·보장한다고 규정하고 있다.

이 법률에 따르면 국가, 사회, 지역의 노인에 대한 책임과 의무를 확인하면서(제3조), 현 단계에서는 노인의 부양 등은 가정이 그 중심이 되어 책임을 져야

244) 中華人民共和國 民政部, 前掲 2012年 社會서비스 發展統計公報, 參照.

함으로써 가족과 자녀의 부양의무를 강조하고 있다(제13조). 부양의무자에 대하여 노인의 특별한 수요에 대한 배려나 경제상·생활상·정신상 부양 등의 의무를 명기하고 있으며(제14조), 부양의무자는 병환 중인 노인이 적시에 치료와 간호를 받도록 해야 하는 것은 물론, 그 비용까지도 부담해야 한다. 이처럼 부양의무자는 부모가 자립이 불가능할 경우 부양의무를 부담하지만, 특별한 사정으로 부양을 할 수 없는 경우에는 부모의 의사에 따라 지정된 자나, 시설에 위탁할 수 있다(제15조). 한편, 고령자보장법 제18조에서는 가정의 구성원은 노인의 정신적 요구에 관심을 기울이고, 노인을 경시하거나 냉대해서는 아니 되며, 노인과 별거를 하는 경우에는 자주 본가를 방문하여 부모를 살펴야 된다고 규정하고 있다.

혼인법에서도 노인의 합리적 권리·이익의 보호(제2조), 가족의 노인에 대한 존엄 등 가족 간의 도덕규정(제4조), 노인에 대한 가족부양의무(제21조,²⁴⁵ 제28조) 등을 규정하고 있다. 노부모의 혼인권 존중과 혼인 후의 생활에 대한 불간섭, 재혼 후에도 자녀의 부모에 대한 부양의무는 소멸하지 않는다는 규정(제30조)도 두고 있는데, 이는 최근 노인의 재혼을 반대하는 성년자녀가 늘어나고 있기 때문으로 보인다.

상속법에서도 가족의 노인 부양의무를 강조하고 있으며, 배우자가 사망한 후에도 그 배우자의 부모에 대한 부양의무를 다하는 경우에는 제1상속인으로써 상속을 인정하는 등 부양한 자를 우대하는 한편, 부양능력이 있는데도 불구하고 부양의무를 이행하지 않는 자에게는 상속분을 감액하거나 상속을 제한하는 등의 규정을 두고 있다(제13조). 유족이 존재하지 않거나 유언에 의한 피상속인의 명확한 의사가 없는 경우에는 피상속인을 생전에 부양한 자에게 많은 유산을 승계시킴으로써 부양과 상속을 생전의 대가, 사후의 포상관계로 정립하여 권리·의무를 강조하고 노인에 대한 부양의무 이행을 촉구하고 있다. 이렇듯 중국에서의 법정 상속은 생전의 부양과 사후의 상속이 단단히 연결되어 있어 상속은 마치 부양에 대한 대가나 보수와 같은 의미로 자리 잡고 있다. 이러한 의미에서 중국에서는 이 대응관계를 ‘권리·의무의 일치’라고 부른다.²⁴⁶⁾

245) 중국 혼인법(1981년 1월 1일, 2001년 개정) 제21조 제1항: “부모는 미성년자녀를 부양교육할 의무가 있고 성년자녀는 부모를 부양부조(扶養扶助)할 의무가 있다”. 제3항: “자녀가 부양의무를 이행하지 않으면, 노동능력이 없거나 생활이 곤란한 부모는 자녀에게 부양비의 지급을 요구하는 권리가 있다”.

형법에서도 부양의무를 부담하고 있는 자가 부양해야 할 노인의 부양을 거절할 경우 그 정도에 따라 5년 이하의 유기징역 또는 보호관찰처분을 하는 등 가족의 부양책임과 의무를 강조하고 있다(제261조).²⁴⁷⁾ 노인의 부양 등에 관하여 다툼이 생긴 경우에는 당사자 간의 합의, 인민조정위원회의 조정, 법원에서의 조정 및 재판을 통하여 분쟁을 해결하는데, 부양비 등에 관한 판결 또는 재정(민사소송법 제140조)이 이행되지 않은 경우에는 법원은 강제집행을 실시하고, 관계기관은 집행에 협력하여야 한다(혼인법 제48조).²⁴⁸⁾

요컨대, 중국은 낮은 수준의 사회보장으로 인해 가족 간의 사적인 부양이 기대될 수밖에 없고, 윤리적으로도 그것이 전통적인 미덕이라 하여 장려되고 있다. 다시 말해, 강한 인구 억제정책의 영향으로 고령화가 빠른 속도로 진행되고 있지만, 노인의 부양과 요양간호는 주로 가족이 책임지도록 하는 것을 국가적인 전략으로 삼고 있다. 노인의 부양 및 요양간호를 포함한 사회보장의 책임은 본래 국가가 책임을 져야 하는데도 불구하고 모든 관계법에서는 노인의 부양 및 요양간호를 가족구성원의 책임과 의무로 규정함으로써 그 모든 것을 완전히 자기책임으로 하는 등 개인에게 책임을 전가하고 있는 것이다.

3. 싱가포르

싱가포르는 1824년 영국의 식민지 지배 이래, 주로 화교계, 말레이시아계, 인도계의 이민이 활발하게 이루어져왔다. 그리고 천연자원이 부족한 탓에 외자유치에 의한 수출지향형 공업화 정책과 국제경쟁력 상승을 위한 인재활용에 따른 국가 발전을 목표로 외부의 전문지식과 기술을 가진 인재가 영입되었으며, 공업화·산업화를 뒷받침해줄 단순노동자 및 가사노동자 등 이주노동자들도 계속해서 유입되어 왔다. 그 결과 싱가포르의 총인구²⁴⁹⁾는 매년 증가추세를 보이고 있다. 이렇

246)鈴木賢, 「現代中國相續法の原理」, 成文堂, 1992, 293面.

247) 중국 형법(1997년 10월 1일 시행) 제261조에 의하면, 연로(年老) 또는 연유(年幼), 병이 있거나 기타 독립하여 생활하는 능력이 없는 자에 대하여 부양의무가 있음에도 불구하고 부양을 거부하여 성격이 악렬한 경우 5년 이하의 실형, 구역 또는 관제(官制)에 처한다.

248) 岩井伸晃, 「中國家族法と關係諸制度」, テイハン, 2000, 154面.

249) 총인구는 싱가포르에 거주하는 싱가포르 국적을 보유한 자와 싱가포르 국적을 보유하지 않은 자 모두를 총칭하는데, 싱가포르에서는 전자를 '싱가포르 거주자'(Singapore residents)라 부르고, 후자를 '비거주자'(non-residents)라고 부른다.

듯, 싱가포르 비거주자의 인구 증가율이 날로 증가하고 있으며, 그 추이가 2007년과 2008년에 각각 14.9%, 19.0%에 달하는 것으로 나타나고 있는 반면, 싱가포르 거주자의 인구 증가율은 2007년, 2008년의 경우 1.6%, 1.7%에 불과한 것으로 나타났다.²⁵⁰⁾

싱가포르 거주자 중 65세 이상의 고령자 비율은 1990년 6.0%에서 2000년에는 7.2%, 그 후 2010년, 2013년에는 각각 9.0%, 10.5%로 비교적 단기간에 증가하고 있는 반면, 35세 미만의 비율은 1990년 61.4%에서 2000년에 51.8%로, 2010년에 46%로, 2013년에 44%로 계속해서 감소하고 있으며, 평균수명의 경우에는 1990년 75.3에서 2010년 81.7세, 2013년 82.3세로 상승추세에 있다. 이처럼 싱가포르는 현재, 고령화율과 평균수명의 상승, 출생률의 저하에 따른 청년층의 감소, 만혼화로 인한 저출산·고령화 사회에 진입하였다.

(1) ‘가족의 가치’ 권장

싱가포르 헌법(Constitution of the Republic of Singapore)은 우리나라 헌법 제 34조의 인간다운 생활을 할 권리와 같은 사회보장과 관련된 규정을 두고 있지 않다. 싱가포르는 과거부터 복지국가로서의 위상을 부정해 왔는데, 1984년 당시 부수상은 “우리는 정부가 유복한 작은아버지는 아니라는 것을 사람들에게 가르치고 싶다. 사람들은 스스로 지불하는 것에 대한 대가를 얻는다. 우리는 유복한 자가 빈곤한 자를 위해 지불해야 하는 것이 좋은 사회라고 생각하는 사람들의 오해를 풀어주고 싶다. 우리는 복지를 최소한으로 삭감하고, 복지를 장애인이나 고령자만으로 한정하고자 한다. 그 외의 자에 대하여 우리는 평등한 기회를 제공한다. 노력하면 누구든지 유복해질 수 있다”고 발언²⁵¹⁾한 것을 비롯하여, 리관유 전 수상도 싱가포르에 대해 “복지사회가 아닌, 공평한 사회”라고 표현하며 복지국가는 사람들의 자립을 방해한다는 강한 신념을 가지고 있었다.²⁵²⁾ 이와 같이,

250) Department of Statistics, Ministry of Trade & Industry (a), *Population Trends 2013*, singapore (2013).

251) Cited in Khan, H., *Social Policy in Singapore- A Confucian Model?*, World Bank Institute, Washington (2001), p. 12.

252) Cited in Mendes, P., *An Australian Perspective on Singaporean Welfare Policy*, Social Work & Society, Vol. 5, No1, Essen (2007), p. 37.

싱가포르에서는 기회의 평등은 보장하지만, 그 기회를 활용하여 어떠한 생활을 할 수 있는지는 철저히 본인의 능력에 따라 자기 책임 하에 이루어진다는 점을 명확히 제시하고 있다.

한편, 싱가포르는 1980년대에 국민통합을 도모하기 위한 유교적 가치에 중점을 둔 ‘아시아적 가치’(Asian Values)를 권장하였으나, 다민족 국가인 싱가포르 사회에서 유교색이 너무 강하다는 비판이 일게 되자, 1994년에 ‘싱가포르의 가족의 가치’(Singapore Family Value)로 변경하여 권장하기에 이른다. 싱가포르에서 가족의 가치는 구체적으로 ① 사랑, ② 배려와 관심, ③ 상호존중, ④ 부모효행, ⑤ 헌신(commitment)과 의사소통(communication)으로 구성되어 있다. 이 가치들은 명확하게 가족의 끈을 강조하는 가족주의에 의거한 것으로서, 고령화 사회에 대응하기 위한 복지정책에 대해서는 노부모의 부양이나 요양간호를 자녀에게 기대하는 것을 정당화하는 수단이 되기도 한다. 이는 후술하는 1995년의 부모부양법의 제정으로까지 이어지게 된다.

싱가포르에서는 고령자 복지를 우선적으로 가족이 담당하고, 그 다음으로 자원 복지단체, 마지막으로 정부에서 부담하도록 위치가 정립되어 왔다.²⁵³⁾ 실제로 싱가포르에서는 자녀와 동거하는 고령자나 자녀로부터의 재정원조에 의존하며 생활하는 고령자의 비율이 상당히 높다고 한다.²⁵⁴⁾ 다만, 동거를 하고 있다고 해서 고령자가 반드시 가족의 구성원에 의해 직접 간호를 받는 것은 아니고, 중산층 이상의 가정에서는 주로 가사노동자가 이를 담당하고 있다.²⁵⁵⁾

한편, 가족정책 자문기관인 ‘전국가족평의회’(National Family Council)²⁵⁶⁾가 2010년 3월부터 4월에 걸쳐 실시한 인터뷰 조사에 따르면, 18세 이상의 싱가포르 거주자 1,500명 중 98%가 자녀는 정기적으로 노부모와 시간을 보내야 하고, 재정원조도 하여야 한다고 답변하였으며, 인터뷰 대상자 대다수가 노부모를 고령자

253) 浜島清史, “シンガポールにおける高齢者福祉と施設介護”, 『社會科學研究』, 第63卷 第5号・第6号, 2012, 131面.

254) 65세 이상 싱가포르 거주자 중, 자녀와 동거하고 있는 비율은 2010년 기준 66.7%, 자녀로부터 재정원조를 주된 수입원으로 하고 있는 비율은 2010년 기준 62.8%에 달한다(Department of Statistics, Ministry of Trade & Industry (b), *The Elderly in Singapore*, Statistics Singapore Newsletter, Singapore(2011), p. 8-9).

255) Mehta, K.K. *Caregiving for Older Persons in Singapore: Trends, Issues and Policies*, Social Service Journal, Vol.21, Singapore (2007), p.3.

256) 전국가족평의회는 2006년 가족정책에 관한 자문기관으로 설립되었고, 2014년 2월에는 ‘일생의 가족’(Families for Life)이라는 기관명으로 변경되었다.

시설에 입소시키지 않고, 자녀가 직접 간호해야 한다고 답변한 바 있다.²⁵⁷⁾

(2) 노부모 부양관련 제도

1) 공적부조계획

앞에서 살펴본 바와 같이 싱가포르의 국가차원에서 고령자에 대한 우선적 복지 제공을 부정하였으며, 아시아적 가치 내지 가족의 가치를 통하여 고령자의 복지를 기본적으로 부담하여 왔다. 그렇다고 하여 고령자 등의 생활곤궁자에 대한 생활보장제도가 없는 것은 아니다. 영국의 식민지 시대에 도입된 생활보장제도인 ‘공적부조계획’(Public Assistance Scheme)이 오늘날에도 ‘커뮤니티 개발평의회’(Community Development Councils)에 의하여 엄격한 조건 하에서 운용되고 있다.

이 공적부조계획에 따르면 싱가포르 거주자 중 고령, 질병, 또는 장애로 인해 영구적으로 일할 수 없고 수입수단이 없거나, 가족으로부터 지원을 받지 못하는 자는 공적 부조를 신청할 수 있다. 신청이 인정되면 세대 인원수에 따라 현금급부가 매월 이루어지는데, 자녀가 있는 세대에 대해서는 자녀의 수에 따라 추가 현금급부가 이루어진다. 또한 정부가 운용하는 통합진료소나 병원에서의 무료진료, 자녀의 학교교육에 드는 비용에 대한 원조 등을 받을 수 있게 된다. 2013년 4월부터는 급부액은 증액되었으며, 성인용 기저귀나 인공항문용 봉투, 당뇨병환자용 소모품, 산소호흡기 등의 현물급부에 따른 새로운 부조가 가능해졌다.

2) ComCare · Transitions 계획

일시적인 질병, 육아, 고령자의 간호 등으로 일을 할 수 없는 자가 가족으로부터 지원을 받지 못하고, 저축이나 재산도 없어서 생활 곤궁에 빠진 경우에는 2005년에 정부가 설치한 ‘ComCare · Transitions 계획’(ComCare Transitions

257) National Family Council, *Survey on Singapore Family Values*, Singapore (updated on 24 June, 2013), p. 3. <http://www.nfc.org.sg/pages/RnP.aspx>(accessed 5th. October., 2013).

Scheme)에 의해 제공되는 각종 부조를 신청할 수 있다. 이 경우 각 세대의 월수입이 1,700 싱가포르 달러 이하 또는 1인당 월수입이 550 싱가포르 달러 이하여야 한다. 신청이 인정되면, 집세나 공공요금 등을 지불하기 위한 바우처나 생활비를 위한 현금급부 등의 서비스를 받을 수 있다. 또한, ComCare·Transitions 계획의 운용자금은 2005년에 제정된 ‘커뮤니티 케어 기부금법’(Community Care Endowment Fund)으로부터 각출되고 있다. 다만, 영주권을 보유한 자의 신청은 혈육 중 어느 한 쪽이 싱가포르 국적을 보유한 경우에 한하여 인정된다.

3) CPF 제도

CPF(Central Provident Fund) 제도는 영국의 식민지 시대인 1953년 제정된 ‘CPF조례’(Central Provident Fund Ordinance)에 기반하여 도입된 적립방식의 강제저축제도를 말한다. 현재는 ‘CPF법’을 근거로 설치된 ‘CPF청’에 의해 운용되고 있는데 퇴직 후의 소득, 의료비, 간호비용, 주택 구입비, 투자에 의한 자산증가 등을 지원하는 공적 생활보장제도가 되었다. CPF에 가입되면 개인명의의 CPF계좌가 만들어지고, 피고용자와 고용자로부터의 각출금은 보통계좌, 특별계좌, 메디세이브계좌의 세 가지 계좌로 분배된다. 보통계좌는 주택구입비, 투자, 교육비, CPF가 제공되는 각종 보험²⁵⁸⁾의 부금을 위한 저축에 사용되고, 특별계좌는 고령자가 되었을 때나 불의의 사고를 대비한 저축 등에 사용되며, 메디세이브 계좌는 입원비용, CPF나 허가받은 민간 의료보험료 등에 사용된다.

특히, CPF 가입자가 55세에 달하면 일정금액의 최저잔액²⁵⁹⁾을 남기고, 보통계좌와 특별계좌로부터 적립금 인출이 가능해진다. 인출한 적립금은 민간 연금보험의 구입이나 다른 은행에 저축하는 것이 가능하고, 보통계좌와 특별계좌의 적

258) CPF의 보험제도 중 하나로 ‘피부양자 보장계획’(Dependents’ Protection Scheme)이 있다. 가입자가 사망하거나, 영구적으로 취업이 곤란한 장애를 갖게 된 경우 가입자 본인이나 그 가족에게 일시적으로 생활보장을 해주는 것으로서, 최고 4만 6,000 싱가포르 달러를 지급한다. 21세부터 60세까지의 CPF가입자는 자동적으로 피부양자 보장계획에 등록되고 탈퇴도 가능하다. 한편, 부금은 연령에 따라 상승하고, 보통계좌나 특별계좌에 충분한 적립금이 있을 때에는 쌍방 또는 어느 일방의 계좌에서 지불하며, 충분한 적립금이 없는 경우에는 차액을 현금으로 지급하거나 보험액을 감액한다.

259) 1987년에 CPF제도에 새롭게 도입된 ‘최저잔액계획’(CPF Minimum Sum Scheme)을 의미하는 것으로, 일정한 금액으로 정해진 것이 아니라 매년 인상된다. 2013년 7월 기준 14만,8000 싱가포르 달러이다.

립금 및 메디세이브 계좌의 최저잔액 이외의 적립금은 모두 새롭게 만들어진 은퇴계좌로 옮겨져 62세가 되었을 때 이 적립금을 기반으로 20년간의 노령연금으로 지불된다. 2013년부터는 가입자가 55세에 달한 단계에서 은퇴계좌에 4만 싱가포르 달러 이상의 적립금이 있는 경우, 2009부터 새롭게 시작된 종신연금제도 ‘CPF라이프’에 자동 등록된다. 적립금이 4만 싱가포르 달러에 미치지 못하는 경우에는 노령연금 수급연령에 달한 단계에 은퇴계좌에 6만 싱가포르 달러의 적립금이 있다면 CPF라이프에 자동 등록된다. CPF에 의한 지급액이 적고, 생활이 곤란한 자에 대해서는 앞에서 살펴본 공적부조계획에 의한 신청을 통하여 부조를 받으면 된다.

한편, 싱가포르에서는 2002년부터 ‘Elder Shield’ 제도를 시행하였는데, 이는 민간 보험회사가 관리를 위탁받고 있는 장기 간호에 드는 비용의 보험제도를 말한다. 메디세이브 계좌를 보유하고 있는 40세 이상의 CPF가입자는 자동적으로 Elder Shield에 등록되는데, 탈퇴도 자유로이 가능하다. 부금은 가입 시의 연령에 따라 정액제로 지급되며, 가입자 또는 배우자, 부모, 자녀, 손자의 메디세이브 계좌에서 현금이나 수표 등으로 65세에 달할 때까지 지급된다. 이렇듯, 싱가포르에서는 Elder Shield 제도를 통하여 가입자가 간호 없이 일생생활을 유지하기 곤란한 중증장애²⁶⁰⁾를 갖게 되었을 때, 월액 400 싱가포르 달러를 최장 72주 간 수급할 수 있다.

(3) 노부모 부양관련법의 주요내용

싱가포르는 부모부양법을 1995년 11월에 제정하고, 1996년 6월에 시행하였다. 부모부양법은 그 정식명칭이 ‘자녀에 의한 부모 부양 및 그 관련사항에 관한 규정을 정립하기 위한 법률’(An Act to make provision for the maintenance of parents by their children and for matters connected therewith; 이하 ‘부모부양법’으로 칭함)로서, 노부모에 대한 자녀의 부양을 담보하기 위해 제정된 것이다. 싱가포르는 이 법률을 시행하기 위해 ‘부모부양법 시행규칙’도 제정하기에 이르

260) Elder Shield 제도에서 말하는 중증장애라 함은 입욕, 착의, 식사, 배설, 이동, 기상·취침 중 적어도 3가지 이상의 능력을 잃은 경우를 가리킨다.

는데, 이와 더불어 기존의 가정재판소와는 별도로 독립된 비소송형의 재판소인 ‘부모부양재판소’(Tribunal for the Maintenance of Parents)를 설치하였으며, 조정전치주의를 채택함으로써 재판 외에서 분쟁을 해결하고자 도모하였다. 따라서 노부모가 자녀에게 부양청구를 하기 위해서는 부모부양재판소에 청구하기 전에 먼저 부모부양장관에 의한 ‘조정’(conciliation)을 거쳐야 한다.

1) 부양신청 요건

부모가 자녀에 대한 부양료 청구를 부모부양재판소에 신청하는 경우에는 다음 요건을 충족시켜야 한다. 즉, 첫째, 싱가포르에 주소가 있는 자 및 싱가포르 거주자 중 60세 이상이고, 스스로 적절한 부양이 곤란한 자(부모부양법 제3조 제1항), 둘째, 기본적인 거주환경 및 거주지, 식량, 의료비, 의류 등을 포함한 생활에 필요한 최저한도의 욕구를 만족시키는데 충분한 소득 또는 기대소득 및 다른 재원이 없는 자(동조 제4항), 셋째, 60세 미만인 자라 하더라도 부모부양재판소가 심신미약에 의해 스스로 부양이 불가능하거나 스스로 부양이 곤란하다고 인정되는 자 또는 부모부양재판소에 의해 다른 특별한 이유가 인정되는 자(동조 제5항) 등이다.

자녀에 의한 부양료 지급은 월 지불이나 정기 지불, 또는 일시불로 예정되어 있다(제3조 제1항, 제6조 제1항). 부양의무를 부담하는 자녀는 부모의 친자는 물론, 비친자, 양자, 의붓 자녀를 포함하며(제2조), 신청인이 복수의 자녀를 두고 있는 경우에는 한 명의 특정자녀나 복수의 자녀, 또는 전원에 대하여도 신청을 할 수 있다(제3조 제1항). 피 신청자는 그 신청인에 대한 부양책임을 부담하는 다른 자에 대해 소정의 서식을 사용하여 공동으로 피 신청자가 될 것을 통지송달을 통하여 요구할 수 있으며(제4조), 반드시 혼자서 부양을 책임질 필요는 없다. 부양명령이 내려진 이후에도 공동으로 부양을 책임질 자가 생긴 경우에는 부모부양재판소는 그 명령의 내용을 변경할 수도 있다(제8조 제1항).

2) 부양명령 요건

부모부양재판소는 부모부양법 제5조에 의거 자녀에 대한 부양명령을 내릴 수 있지만, 신청요건에 충족된다는 이유로 자동적으로 부양명령이 내려지는 것은 아니다. 부모부양법 제5조 제1항에 따르면 재판소가 피 신청자의 신청인에 대한 부양이 정당하거나 공평하다고 인정될 때, 부양명령을 내릴 수 있다고 하면서 이 명령은 ① 피 신청인 및 그 배우자와 자녀의 생활에 필요한 것이 만족되며, 신청인에 대한 부양도 가능한 경우, 또는 ② 신청인이 취업 또는 재산이나 다른 재원에 의해 스스로를 부양할 수 없는 경우에 이루어진다고 규정하고 있다.

그러면서 제2항에서는 부모부양재판소가 부양명령을 내리는 경우에는 ① 합리적인 금액의 주거비와 의료비를 고려한 후에 신청인의 재정적인 욕구, ② 신청인의 소득, 취업능력, 재산이나 그 외의 재원 및 지금까지의 저축 사용방식 또는 재원의 낭비, ③ 신청인의 신체적 또는 정신적 장애, ④ 피 신청인의 소득, 취업능력, 재산 및 다른 재원, ⑤ 피 신청인이 배우자나 자녀의 부양에 대해 부담하는 비용, ⑥ 신청인에 대한 재정적 또는 그 외 방법에 의한 부양에 의해, 피 신청인에 의한 지금까지의 기여도 또는 제공도를 포함한 모든 사정을 종합적으로 중시할 것을 요구하고 있다.

즉, 노부모에 대한 자녀의 부양명령은, 신청인의 상황에만 비추어 판단되는 것이 아니라, 피 신청인이 아내에 대한 남편으로써의 부양의무나 자녀에 대한 부모로써의 부양의무를 다하는 것이 전제되어 있으며, 이를 성실히 이행했으면서도 여유가 있는 경우에 인정되는 것이라고 할 수 있다. 따라서 자녀에 의한 노부모의 부양은 부모에 의한 자녀의 부양의무나 부부 간의 부양의무에 비해 강제도가 낮다고 볼 수 있으며, 가족에 대한 부양 가운데 최하위를 점하고 있다고 할 수 있다.²⁶¹⁾

한편, 부모부양법 제5조 제3항에 따르면, 신청인이 과거에 피 신청인을 유기, 학대 또는 무시(neglect)한 것이 인정되면 신청을 기각하거나, 부양료를 감액할 수 있다. 이는 부모가 자녀에 대한 부양의무를 다했을 때, 비로소 자녀로부터 부양을 받을 수 있다는 점을 명시적으로 규정한 것으로, 자녀에 의한 노부모의 부양에 비해, 부모에 의한 자녀의 부양의무가 보다 더 높은 위치를 점하고 있음을

261) *Leong Wai Kum, Elements of Family Law in Singapore (2nd Edition)*, LexisNexis, Singapore, Malaysia and Hong Kong, 2013, p. 446.

의미한다.

3) 신청절차

자녀에게 부양을 요구하려는 부모는 부모부양재판소에 부양명령을 신청하기에 앞서 부모부양장관사무소에 부양에 관한 조정을 먼저 신청하여야 한다(제3조 제2A항). 신청인이 직접 신청하기 곤란한 경우에는 그 가족, 간호를 하고 있는 자 및 신청인에게 위임된 자가 대리 신청하는 것도 가능하며(제11조), 부모부양장관은 양당사자가 조정을 통하여 합의에 이르게 할 수 있도록 지원을 할 수 있는데, 일반적으로 절차는 신청인 또는 대리인에게 미리 사정을 청취한 후 피 신청인에게 연락함으로써 조정준비에 들어가게 된다. 이 경우 신청인이 지원을 받을 수 있도록 관련 정부기관 등을 소개할 수도 있다(제12조 제5항).

조정은 부모부양장관사무소에서 실시하며, 신청인과 피 신청인이 동석을 원하지 않을 경우에는 부모부양장관이 개별면담의 방법을 통하여 실시하는 것도 가능하다. 조정의 결과, 당사자 간의 합의가 성립되면 합의내용을 작성한 각서에 양 당사자가 서명을 함으로써 이를 종료시키는데, 이 경우 부모부양재판소장 또는 부소장은 각서의 내용에 따라 부양명령을 내릴 수 있다. 한편, 관련 정부기관 등을 통하여 해결하지 못하거나, 조정이 불성립한 경우에는 제12조 제6항에 의해 신청인은 부모부양재판소에 부양명령 신청을 할 수 있다. 이 경우에도 본인에 의한 신청이 곤란하다면 제11조에 따라 대리신청도 가능하며, 제12조 제2항에 따라 부모부양장관이 신청하는 것도 가능하다. 특히 후자의 경우 신청인이 60세 이상이면 신청이 곤란한지의 여부와 관계없이 부모부양장관이 신청할 수 있다. 부모부양재판소에 부양명령의 신청이 이루어진 경우에도 즉시 심리가 개시되는 것은 아니며, 먼저 조정을 거쳐야 한다.

조정은 ‘싱가포르 조정센터’(Singapore Mediation Center)²⁶²⁾ 등에서 파견된 전문 조정인에 의해 실시되는데, 4주 간의 조정기간 내에 당사자 간의 합의가 성립되면 조정인이 준비한 합의서에 양 당사자가 서명하는 것으로 조정이 종료되고,

262) 싱가포르 조정센터는 1997년 8월에 최고법원장관에 의해 설치된 조정활동을 전문적으로 하는 NPO이다.

그 후 당사자 간의 동의하에 재판소장 또는 부소장이 합의서의 내용을 반영하여 부양명령을 내리게 된다(제5조 제2A항, 제14조 제7항).

한편, 부모부양재판소에서 조정이 성립되지 않은 경우에는 신청에 대한 심리가 개시되는데, 심리는 재판소장 또는 1인의 부소장을 포함한 3인에 의해 행해지고, 결정은 다수결에 의해 이루어지지만, 가부동수인 경우에는 재판소장 또는 부소장의 의견을 따르게 된다. 이렇듯 싱가포르에서는 자녀에 대한 부모의 부양 신청은 제도상 두 번의 조정을 통하여 가능한 한 양 당사자의 합의로 이를 해결하고자 하고 있음을 알 수 있다. 이는 가족 간의 대립이 심각해지는 것을 막기 위한 일종의 배려라고 할 수 있다.

제2절 유럽 국가

1. 북유럽 제국

주지하는 바와 같이 핀란드, 노르웨이, 스웨덴 등의 스칸디나비아반도를 중심으로 한 북유럽 국가들은 세계적인 복지국가로서 노부모 부양은 국가적 업무로 보고 사적부양보다 공적부조에 의존하는 비중이 높은 국가들이다. 대부분의 국가에서는 노부모 부양을 강제하는 법적 의무는 존재하지 않으며, 노인부양의 문제는 사회의 집단책임으로 인식하고 있다. 이러한 집단책임 의식은 사회적 시민권의 일반화에 바탕을 두는 것이다.

스웨덴의 경우 가족부양에 대한 법적 강제의무는 존재하지 않고 노부모 부양을 국가적 책임으로 인식하였다. 그에 따라 노인부양은 공적 부조에 의존도가 높았지만 1990년대 후반부터 보편적 책임의식에 근거한 노인부양 문제가 경기침체와 복지프로그램 확대의 부작용 등에 의해 가족에게 맡기려는 움직임이 일어나기 시작했다.²⁶³⁾

263) 최성재, “유럽 여러나라 노인의 가족부양정책”, 「노인복지정책연구」, 제2권 제3호, 한국노인문제연구소, 1997, 165면.

2. 영국

영국은 일찍부터 체계적인 구빈법을 가지고 있는 국가이다. 영국은 1834년 개정구빈법에서 가족의 부양을 대만히 한 자에 대하여 처벌하도록 규정함으로써 부양책임을 강화하였다. 처자에 대한 부의 부양은 물론 계자나 사생아에 대한 부모의 부양의무를 명시하고 이러한 부양의무를 불이행할 경우 엄벌함과 동시에 부양의무자의 재산으로부터 부양비용회수를 인정하였다.²⁶⁴⁾ 이후 1868년 개정 구빈법은 부모의 부양의무를 명문화하고 부양의무 불이행에 대한 처벌을 폐지하는 대신 민사절차에 의한 강제집행을 인정하였다. 1942년의 베버리지 보고서에 따르면 종합적 사회보장제도의 계획을 제시하였고, 이 구상에 의거하여 국민보험법을 비롯하여 6가지 법률이 제정되었는데, 이 중 종래의 구빈법 대신 출현한 국가부조법은 다른 5개의 법률에 의해서도 보호받을 수 없는 자에 대한 최종적이고 전면적인 부조를 규정하고 있다.²⁶⁵⁾

영국의 노부모 부양은 보통법상의 사법적 의무와 국가부조법과 사회보장법상의 공법적 의무의 두 가지로 구분된다. 전자는 법적 강제가 없는 도덕적 의무이고 후자는 법적으로 강제할 수 있는 의무이다.²⁶⁶⁾ 국가부조법에 의하면 부양을 받을 자가 부양할 의무를 부담하고 있는 친족의 범위는 자녀와 처, 16세 미만의 자녀에 대한 부모(동법 제42조, 제64조 제1항)이며, 이들 부양의무자가 부양하지 않고 국가부조가 이루어진 경우에는 부조위원회 또는 지방당국은 일정한 방법으로 부조비를 회수할 수 있을 뿐 아니라(동법 제43조), 형사적 제재도 할 수 있다(동법 제51조). 요컨대 영국의 부양법은 부양의무자의 범위를 최소한의 가족구성원에 한정한다는 점, 남녀평등하게 취급하고 있다는 점, 부양의무의 성질이 금이나 벌금으로 강제할 수 있을 만큼 강력하다는 것이 특징이다. 영국의 노인가족의 2/5는 노인들이 걸어갈 수 있는 거리에 살고 있으며, 상호 필요한 도움을 주고받고 있지만, 이혼율의 증가에 따른 가족의 재구성, 핵가족화로 인한 가족보호자

264) 山本笑子, “英法における扶養義務について”, 「法學論叢」, 第59卷 第5號, 有斐閣, 1954.3, 96面.

265) 배경숙, “부양형태의 변천과 노친부양의 문제점”, 「아세아여성법학」, 창간호, 아세아여성법학연구소, 1998.6, 40면.

266) P. M. Bromley & N. V. Lowe, Family Law, London, 1987, pp. 601-602.

수의 부족 등으로 인하여 노인부양능력이 점차 감소하고 있어, 많은 노인들은 가족의 보호보다는 국가적 보호를 원하는 경향을 보이고 있다고 한다.²⁶⁷⁾

3. 독일

독일의 노부모 부양은 1950년대부터 사회보장법에 의하여 국가가 보호하고 있으며, 부양을 받지 못하는 노부모 부양은 정부가 책임지고 있다. 원칙적으로는 사적부양 우선의 원칙을 민법에서 규정하고 있는데, 생계를 위협받는 자나 부양을 할 수 없는 자는 부양의무를 부담하지 않는다. 독일 민법상 부양의무는 크게 배우자 부양의무,²⁶⁸⁾ 친족 간 부양의무, 미성년자녀에 대한 부양의무로 나누어진다. 독일 민법 제1601조에 따르면 ‘직계혈족 간에 부양의무인 친족 간 부양의무(Unterhalt der Verwandtschaft)’를 규정함으로써 친자 간에 부양의무가 있음을 규정하고 있고, 부양의무의 발생요건으로 부양권리자측의 부양이 필요한 상태와 부양의무자측의 부양가능상태를 요한다. 따라서 피부양자인 노부모가 스스로의 생계를 책임질 수 없으며, 부양의무자인 자녀가 부양의 여력이 있는 경우에 부양의무가 발생하게 된다.

부양을 받을 권리자나 부양의무자가 수인인 경우에는 원칙적으로 근친이 우선하게 되고, 직계혈족 중에는 직계비속이 직계존속에 우선한다. 부양의 정도는 부양을 받을 자의 신분에 따라 적절한 부양일 것이 요구되는데, 이는 총체적으로 생활에 필요한 것을 의미한다. 한편, 부양의 행사방법에 대해서는 원칙적으로 금전으로 정기적으로 제공하고, 부양의무자는 특별한 사정이 있을 때, 부양을 기타의 방법에 의하여 할 것을 청구할 수 있다.²⁶⁹⁾

독일 민법 제530조는 수증자가 증여자에 대한 중대한 배은행위를 저질러 비난을 받을 경우 증여자는 그 증여를 철회할 수 있다고 하고 있다.

267) 최성재, 전계논문, 166면.

268) 혼인관계에 있는 배우자 간의 부양청구(독일 민법 제1360조 제1항), 별거상태에 있는 부부 간 부양청구(독일 민법 제1361조 제1항), 이혼 후 일방 배우자가 일정한 전제요건이 충족되는 경우 상대방에게 부양을 청구할 수 있는 이혼 후 배우자부양이 있다(독일 민법 제1569조).

269) 독일의 부모 부양제도에 관해서는 주로 조은희, “다수 부양의무자 및 부양권리자의 우선순위에 대한 고찰-독일의 경우와 비교하여-”, 『서울법학』, 제23권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2015.5. 참조.

4. 프랑스

프랑스에서는 민법상 부양의무의 성격과 관련하여 제1차적 부양의무와 제2차적 부양의무로 구별하고 있는지에 대해서는 명확하지 않다. 다만, 부양을 요하는 노부모에 대한 성년자녀의 부양의무가 직계혈족뿐만 아니라 인척간에도 부담되고 있다는 점이 특징이다. 프랑스 민법 제371조는 “자는 그가 어떤 연령에 있던 부모를 공경하고 존중하여야 한다”고 규정함으로써 부모 공경에 대한 법적의무를 명시하고 있다. 또한 자녀는 부양을 요하는 부모 기타 직계존속에 대한 부양의무와 사위와 며느리의 처부모 또는 시부모에 대한 부양의무를 규정하고 있다(프랑스 민법 제205조, 제206조). 또한, 프랑스 민법 제953조는 수증자가 학대, 모욕, 범죄 등을 저지르거나 부양을 거절하는 경우, 증여자가 증여의 철회가 가능하도록 하고 있다.

다만, 부양의무는 상호적인 것이기 때문에 피부양자가 부양의무자에 대한 의무를 해태한 경우에는 부양의무자의 부양의무를 전부 또는 일부를 면제할 수 있다(프랑스 민법 제207조). 노부모 부양의무에 관하여 프랑스 민법의 특이점은 부양의무자가 부양정기금을 지급할 수 없는 경우 법원은 부양의무자에게 피부양자와 동거하여 부양하도록 명할 수 있다는 점과 먼저 사망한 자의 상속인은 잔존배우자가 봉양을 요하는 상태에 있는 경우 그를 부양할 의무를 진다고 함으로써 부양의무와 재산상속을 연계하고 있다는 점이다.

제3절 시사점

제4장에서는 부모 부양에 대한 인식이 우리나라와 유사하다고 할 수 있는 아시아권 국가와 복지 선진국이라 할 수 있는 유럽국가 중심으로 부모 부양제도에 대하여 살펴보았다.

먼저, 일본은 부모 부양에 있어서 사적부양 우선의 원칙을 채택하고 있음으로

써 생활보호에 우선하는 제도로 자리매김하고 있다. 최근에는 가족을 둘러싼 상황이 급변하고 있고 핵가족화로 인해 사적부양능력이 약화되고 있지만, 일본은 오히려 사적부양제도를 더욱 강화하고자 하는 움직임을 보이고 있는 듯하다. 그런데 사적부양을 강화하고 우선시 하게 되면 부양능력 있는 부양의무자가 부양의무를 이행하지 않을 경우 부양권리자에 대한 지원이 지체될 수밖에 없을 것이고, 가족에게 폐를 끼치지 않으려는 심적 부담감으로 인해 부양권리자가 보호신청을 주저하는 등 부양권리자의 권리가 침해되는 것을 간과하여서는 아니 될 것이다.

일본은 부양의무자가 부양능력이 있음에도 불구하고, 부양의무가 제대로 이루어지지 않는 현 상황에서 이를 강제할 수 있는 비용징수 청구가 실제로 이루어지지 않는 경우가 많다는 점 등을 고려하여, 2013년 12월에 부양의무자에 대한 통지제도와 보고요구 제도를 신설하였다. 통지·보고요구제도는 부양의무자에 대하여 부양의무를 이행하여야 한다는 상황을 알려주고, 부양의무자가 부양의무를 이행하고 있는 경우에는 보호를 실시하지 않아도 된다는 사실을 알려주는 역할을 하는 것으로서, 부양이 보호에 우선한다는 의미를 갖고 있는 것은 아니다. 그런데 이러한 통지가 부양권리자와 부양의무자와의 관계를 침해하고, 그로 인해 부양권리자가 신청을 주저하게 됨으로써 부양권리자의 권리를 침해받게 된다는 지적이 제기된다. 하지만 부양권리자에 대한 지원이 늦어지는 것은 통지·보고요구 제도의 문제가 아니라, 사적부양을 강화하고 우선시 하고자 하기 때문에 발생하는 문제로 볼 수 있고,²⁷⁰⁾ 통지·보고요구 제도는 오히려 부양의무자에게 부양조회를 함과 동시에 자신이 임의로 부양의무를 이행하지 않을 경우 그 이행을 강제할 가능성이 있음을 인식하게 한다는 점에서 부양권리자는 물론 부양의무자에게도 반드시 필요한 제도라 할 수 있다.

한편, 일본의 현행 생활보호법은 부양의무자의 존재를 결격사유로 규정하고 있지 않다. 이는 국민기초생활보장법에서 수급권자의 범위에서 부양의무자가 없을 것을 명문으로 규정하고 있는 우리나라와 대조되며, 우리에게 시사하는 바가 크다고 할 수 있다. 부양의무자 기준과 행정 편의적 제도라고 할 수 있는 우리나라의 간주부양료 제도는 보호의 사각지대 문제를 발생시키는 존재이기 때문이다.

270) 冷水登紀代, 前掲論文, 181面.

다시 말해, 부양능력이 미약한 부양의무자가 부양비 지원을 기피하거나 거부함으로써 실질적으로 부양을 받지 못하는 경우에도 수급권자는 부양의무자로부터 부양비를 지원받는 것으로 간주되어 급여가 결정됨으로써 최저생활을 보장받지 못하게 된다는 것이다. 일본의 제도는, 우리나라의 부양의무자 기준과 간주부양료 제도가 개선되어야 함을 시사해주고 있다.

다음으로 중국은 앞에서 살펴본 바와 같이 노인부양에 대한 기본적 국가전략으로 국가·사회·가족을 삼위일체로 하는 양로 보장체계를 갖추는 것을 목표로 삼고 있으며, 향후 가족부양을 중심으로 하면서 저 출산·고령화로 약화된 가족 부양 능력을 보완하는 지역사회복지서비스, 즉 사구서비스를 주민의 상호부조를 통하여 정비하고 있다.

사구제도는 몇 가지 문제점이 있는 것으로 지적되고 있다. 첫째, 지역적으로 균등하지 못하다는 점이다. 둘째, 복지제도로써 사구서비스는 재정의 안정적인 확보와 서비스의 질 면에서 한계를 드러낸다는 점이다. 셋째, 요양간호에 관한 전문적인 지식과 능력을 갖춘 직원이 부족하고, 간호전문직의 수준도 낮다는 점이다.²⁷¹⁾

그러나 이러한 문제점에도 불구하고, 중국의 사구서비스는 앞에서 살펴본 바와 같이 노인이 일상생활을 하는 지역의 사구에서 지역주민의 상호부조 및 자조 노력에 의한 지역밀착형 사구 요양간호 서비스를 전개하는 것으로 매우 바람직한 제도이다.²⁷²⁾ 따라서 위와 같은 사구서비스의 문제점을 보완한다면 이는 우리나라에도 시사하는 바가 클 것으로 생각된다.

싱가포르는 국가에 의한 복지의 제공을 일관되게 부정하여 왔지만, 국가의 경제발전을 뒷받침하기 위한 우수한 인재가 필요함에 따라 고학력 여성이나 유복한 세대를 대상으로 다산을 유도하기 위한 복지제도를 제공하여 왔다. 이에 비해 노인에 대해서는 CPF나 공적부조계획 등이 시행되고 있기는 하지만, 기본적으로 국가에 의한 책임보다는 가족의 가치를 강조하면서, 사적부양이나 사적간호에 의존하는 정책을 취해 왔다.

그러나 1995년 부모부양법을 제정하고, 부모부양재판소를 설치하였으며, 부모

271) 花菊香, 「社會政策与法規」, 社會科學出版社, 2002, 446面.

272) 王文亮, “中國の社會保障”, 大沢真理 編, アジア諸國の福祉戰略, ミネルヴァ書房, 2004, 180面.

부양과 관련된 분쟁에 조정전치주의를 채택하는 등 많은 변화가 있었다. 특히 부모부양재판소는 부모부양법 제5조에 의거하여 자녀에 대하여 부모 부양을 명령할 수 있는 것이 큰 특징이라 할 수 있다. 말하자면, 자녀에게 부양받지 못하는 부모는 부모부양장관사무소에 부양에 관한 조정을 신청할 수 있고, 여기에서 조정이 이루어지지 않은 경우 부모부양재판소에 부모부양명령을 신청할 수 있도록 하고 있다.

마지막으로 유럽국가의 경우를 살펴보면, 북유럽 국가들은 세계적인 복지국가로서 노인부양을 국가적 업무로서 공적 부조 의존도가 높다는 특징을 가지고 있다. 영국의 경우는 구빈법과 국가부조법으로 이어지는 법률 제정으로 인하여 일찍부터 공적 부조가 발달되어 왔으며, 부양명령을 할 수 있는 것은 물론이고 부양의무 불이행자에 대하여 형사적 제재까지 할 수 있는 특징을 가지고 있다. 또한 독일의 부양제도는 우리나라와 유사한 구조를 갖고 있지만, 사위나 며느리에게 부양의무가 인정되지 않는 반면, 프랑스의 부양제도는 사위나 며느리에게 부양의무를 법적으로 규정하고 있는 것이 특징이다. 나아가 프랑스는 부양의무와 상속 제도를 연계하고 있으며, 부양의무자가 부양정기금을 지급할 수 없는 경우 부양의무자에게 동거부양을 강제할 수 있다는 점에서 사회보장법의 성격을 민법에 규정하고 있어서 우리에게 시사하는 바가 크다고 할 수 있다.

제5장 노부모 부양제도의 개선방안

제1절 노부모 부양의 이행확보 방안

이미 살펴본 바와 같이, 우리 대법원은 부양받을 권리를 일종의 신분적 재산권으로 보고 있다.²⁷³⁾ 한편 우리 민법 제974조에 의하면 노부모에 대한 자녀의 부양의무는 법정부양으로서, 부양의무의 발생원인 중 가장 중요한 것이라 할 수 있다. 제3장에서 이러한 법정부양의무의 이행에 대한 확보가 제대로 이루어지지 않고 있음을 살펴보았다. 이하에서는 우리 민법상 이행의 확보에 대한 규정의 해석을 통한 부양의무 이행 확보방안과 더불어 입법론에 의한 부양의무 이행 확보 방안을 살펴보려한다.

1. 해석론에 의한 이행확보 방안

(1) 강제이행의 청구방법 유추적용

강제이행은 채무자가 채무를 임의로 이행하지 않는 경우에 채권자가 국가권력에 의하여 강제로 채권의 내용을 실현하는 것을 말한다. 이러한 강제이행은 채무불이행의 효과가 아니라 채권의 속성의 문제에 해당된다. 강제이행에 관하여는 민법과 민사집행법에서 규율하고 있고, 그 방법에는 직접강제, 대체집행, 간접강제 3가지가 있다. 이러한 강제이행 방법 중에서 노부모 부양의 이행확보방안으로서 적용할 수 있는 것은 간접강제이며 경우에 따라서 직접강제도 인정될 수 있다.

273) 대판 1983.9.13, 81므78.

1) 직접강제

부양의무를 ‘동거부양’이나 ‘인수부양’으로 보는 경우에는, 노부모에 대한 부양의무의 불이행에 대하여 직접강제는 할 수 없음이 원칙이다. 다만, 급여부양, 즉 부양의무를 부양의무자가 매월 정기적으로 생활비 등을 지급하는 것으로 본다면, 이는 재산적인 급부를 내용으로 한다고 할 것이므로 직접강제의 방법에 의한 강제이행도 가능할 것이다. 다만 이를 위해서는 집행권원을 얻어야 하는데, 가정법원이 금전의 지급, 물건의 인도, 등기, 그 밖에 의무의 이행을 명하는 심판을 하면 이는 집행권원이 된다(가사소송법 제41조).

가사소송법상 양육비의 직접지급명령제도를 2009년에 도입하였는데, 이 제도는 부양의무 불이행에 대한 직접강제의 일종이라 할 수 있는 바, 이 제도를 노부모 부양의무의 이행에 적용가능한지에 대하여는 나중에 자세히 살펴본다.

2) 간접강제

간접강제는 손해배상의 지급을 명하거나 벌금을 과하거나 채무자를 구금하는 등의 수단을 사용하여 채무자를 심리적으로 압박하여 채권의 내용을 실현하는 방법이다. 간접강제는 ‘하는 채무’ 중에서 부대체적 급부를 내용으로 하는 채무에 대해서만 허용된다.²⁷⁴⁾ 다만 부대체적 급부를 내용으로 하는 채무이더라도 채무자의 자유의사 또는 인격존중에 반하는 경우에는 간접강제가 허용되지 않는다.²⁷⁵⁾

274) 판례는, “부대체적 채무인 부작위채무에 대한 강제집행은 간접강제만 가능하고, 간접강제결정은 판결절차에서 먼저 집행권원이 성립한 후에 채권자의 별도의 신청에 따라 채무자에 대한 필요적 심문을 거쳐 채무를 불이행하는 때에 일정한 배상을 하도록 명하는 것이 원칙이다. 따라서 부작위 채무에 관한 집행권원 성립을 위한 판결 절차에서 장차 채무자가 채무를 불이행할 경우에 대비하여 간접강제를 하는 것은 부작위채무에 관한 소송절차의 변론종결 당시에서 보아 부작위채무를 명하는 집행권원이 성립하더라도 채무자가 이를 단기간 내에 위반할 개연성이 있고 또한 판결절차에서 민사집행법 제261조에 의하여 명할 적정한 배상액을 산정할 수 있는 경우라야 한다”고 하고 있다(대판 2014.5.29, 2011다31225).

275) 예컨대, ① 그 이행이 본인의 의사에만 달려있는 것이 아닌 채무(예컨대 이행에 제3자의 협력을 필요로 하는 채무, 이행에 특수한 설비나 기능 또는 과도한 비용이 요구되는 채무), ② 채무자의 자유의사에 반하여 강제되어서는 채무의 내용에 좇은 급부를 기대할 수 없는 채무(예컨대 예술가의 작품제작), ③ 강제하는 것이 인격존중의 사상에 반하는 채무(예컨대 부부 간의 동거의무). 이러한 채무가 불이행되는 경우에 채권자는 손해배상 기타의 구제방법에 의존하는 수밖에 없다(지원림, 전게서, 1147면).

법정부양의무는 일신전속적 작위채무이고, 부양청구권은 신분적 재산권의 성질을 갖고 있으므로, 간접강제의 방법으로 이행을 강제할 수 있을 것이다(제389조 제1항 단서의 유추).²⁷⁶⁾

우리 가사소송법은 과태료나 감치 등 간접강제의 방법을 규정하고 있다. 우선, 가정법원은 판결, 심판, 조정조서, 조정을 갈음하는 결정 또는 이혼시의 양육비부담조서에 의하여 부양의무를 이행하여야 할 사람이 정당한 이유 없이 그 의무를 이행하지 아니하는 경우에는 당사자의 신청에 의하여 일정한 기간 내에 그 의무를 이행할 것을 명할 수 있다(가사소송법 제64조).

이러한 이행명령을 받고도 정당한 이유 없이 이를 이행하지 않은 경우에는 가정법원, 조정위원회 또는 조정담당판사는 직권으로 또는 권리자의 신청에 의하여 결정으로 1 천만원 이하의 과태료를 부과할 수 있다(동법 제67조 제1항)

또한 금전의 정기적 지급을 명령받은 사람이 정당한 이유 없이 3기 이상 그 의무를 이행하지 아니한 경우나, 양육비의 일시금 지급명령을 받은 사람이 30일 이내에 정당한 사유 없이 그 의무를 이행하지 아니한 경우에는 가정법원은 권리자의 신청에 의하여 결정으로 30일의 범위에서 그 의무를 이행할 때까지 의무자에 대한 감치를 명할 수 있다(동법 제68조 제1항). 뿐만 아니라 부양의무 불이행으로 인하여 형법상 존속유기죄가 성립되는 경우에는 부양의무자에 대하여 10년 이하의 징역이나 1,500만원 이하의 벌금형에 처할 수도 있다(형법 제271조 제2항).

한편, 부양의무 불이행으로 인하여 노부모가 손해를 입은 경우 부양의무자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다. 또한 부양의무의 불이행으로 인하여 노부모가 회복할 수 없는 정신적 손해를 입었을 경우에도 위자료를 청구할 수 있다. 다만 정신적 손해는 특별손해에 해당되는 것으로,²⁷⁷⁾ 노부모가 그러한 특별사정을 주장하고 증명하여야 한다.

(2) 양육비 직접지급명령제도의 유추적용

276) 한삼인, 전게서, 269면.

277) 대판 1983.9.13, 81므78.

1) 직접지급명령제도

직접지급명령이란 최근 가사소송법의 개정으로 도입되었는데, 가정법원이 제3채무자에 해당되는 자에게 직접 양육비지급의 명령을 내리는 제도를 말한다(가사소송법 제63조의2). 즉, 직접지급명령은 양육비의 이행확보 방법으로서 추심이 나 배당과정을 거치지 않고, 소득세원천징수의무자로 하여금 양육비를 채권자에게 직접 지급할 것을 명령하고 이행하지 않는 경우에는 고액의 과태료를 부과한다는 제도이다.

가. 당사자

직접지급명령을 신청할 수 있는 자는 정기양육비 채권에 관하여 집행권원을 가진 채권자로서의 양육비 채권자를 말한다(가사소송법 제63조의2 제1항). 즉, 양육비 채권자는 자신의 양육비 채권에 관한 집행권원을 가져야 직접지급명령을 신청할 수 있다. 또한 의무의 이행여부를 판단한다는 점에서 양육비 채권자는 이를 지급할 의무가 있는 양육비 채무자가 정당한 사유 없이 2회 이상 이행하지 않은 경우에 직접지급명령을 신청할 수 있지만, 이 때 민사집행법 제40조 제1항에 관계없이 기한이 도래하지 아니한 양육비채권에 대하여도 함께 신청에 포함시킬 수 있다(가사소송법 제63조의2 제1항). 이는 한 번의 직접지급명령을 통해 장래에 발생하는 양육비 채권의 이행도 모두 확보할 수 있게 하기 위하여 규정된 것이다. 또한 정당한 사유 없이 2회 이상 채무를 이행하지 않은 사실은 양육비 채권자가 증명할 필요는 없고, 소명으로서 가정법원은 직접지급명령을 내려야 할 것이다. 양육비 채권자 측이 2회 변제가 없다는 것을 입증하는 것은 곤란하고 소명만이 요구된다고 하여도 양육비 채무자로서는 즉시 항고를 통하여 자신의 채무이행 사실을 증명하여 직접지급명령을 취소할 수 있으므로 크게 문제되지 않는다.²⁷⁸⁾

직접지급명령의 상대방은 양육비 채무자에 대하여 정기적 급여채무를 부담하는 소득세원천징수의무자이고, 가정법원은 그러한 소득세원천징수의무자에게 양

278) 김상수, “양육비채권의 이행확보를 위한 직접지급명령제도”, 「법조」, 제636호, 법조협회, 2009.9, 21면.

육비 채무자의 급여에서 정기적으로 양육비를 공제하여 양육비 채권자에게 직접 지급하도록 명령하게 된다. 이러한 점에서 직접지급명령의 대상이 되는 양육비 채무자의 재산은 정기적 급여채권에 국한되고, 상대방도 그러한 급여채무를 부담하는 소득세원천징수의무자만이 당사자적격을 갖는다.

나. 요건²⁷⁹⁾

가) 정기적 양육비 지급 채권이 있을 것

직접지급명령을 신청하기 위해서는 먼저 양육비채권자가 양육비채무자에 대해 정기금형태의 양육비채권이 존재하여야 한다. 민법상 양육비에 대한 정의는 내려져 있지 않지만, 일반적으로 미성년 자녀를 보호하고 교육하는데 드는 경제적 비용으로 이해하고 있다.²⁸⁰⁾ 이러한 양육비의무의 근거에 관하여 민법 제913조의 친권규정에서 찾기도 하고, 민법 제974조의 부양규정에서 찾기도 한다.²⁸¹⁾ 사적 부양 원리에 따라 부양권리자가 자기의 자력이나 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없는 경우에 부양의무가 있다. 그 부양정도도 부양의무자와 동일한 생활수준까지를 요구하지 않으나, 부모의 미성년인 자녀에 대한 부양의무는 이러한 부양과 성격을 달리하는 이른바 제1차적 부양으로서 부모는 미성년인 자녀가 자신과 동일한 생활을 유지할 수 있도록 경제적 원조를 제공할 의무를 부담하므로 어느 규정에 근거하든 미성년인 자녀에 대해 부담하는 부모의 양육비에 대해서는 차이가 없다.

양육비 채권이 법원의 재판 절차에 따라 인정되는 경우는 혼인 중에 있는 부부의 생활비용에 포함되어 부부의 일방이 상대방에 대하여 갖는 양육비채권과 부부의 이혼으로 자녀를 양육하지 않는 부모 중 일방이 상대방에 대하여 갖는 양육비채권, 부양청구권으로서의 성격을 갖는 자녀가 부모에 대하여 가지는 양육비채권을 들 수 있다.

279) 전혜정, “양육비 이행확보제도-양육비 직접지급명령제도를 중심으로-”, 「법과정책」, 제17집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2011.2, 234-236면.

280) 차선자, “적정양육비 산정 기준을 위한 제안”, 「가족법연구」, 제20권 제3호, 한국가족법학회, 2006, 115면.

281) 박복순, “자녀양육비 확보제도에 관한 연구”, 전남대학교 대학원 박사학위논문, 2004, 7-12면.

이러한 양육비 채권은 보통 매월 일정한 금액의 정기금채권의 형태로 존재하므로 대부분의 경우는 직접지급명령제도를 이용할 수 있을 것이나, 양육비 채무자의 재정상태의 악화 등 장래의 양육비 이행이 불확실한 때에는 양육비를 일시불로 지급하도록 할 수 있으며, 이 경우에는 양육비채권은 일반적인 채권이므로 채무자가 양육비채무를 이행하지 않더라도 이를 분할하여 매월 채무자의 급여에서 공제하여 지급하도록 하는 직접지급명령을 청구할 수는 없을 것이다. 이 경우에는 가정법원에 담보제공을 청구하거나, 채무불이행이 있는 때에는 통상의 강제집행절차에 따라 양육비채권을 실현할 수 있을 것이다.

나) 2회 이상 채무불이행

정당한 사유 없이 2회 이상 채무불이행이 있어야 한다. 연속하여 2회일 것을 요구하는 것은 아니며, 1회의 불이행이 있는 후 양육비채무의 이행을 계속하다가 또다시 1회 이상의 양육비 채무불이행이 있으면 신청이 가능하게 된다. 정당한 사유 없이 2회 이상 채무를 이행하지 않은 사실은 양육비채권자가 이를 입증하는 것이 곤란하므로 양육비채권자가 증명할 필요는 없고 소명으로 충분하다. 양육비채무자로서는 즉시항고를 통하여 자신의 채무이행 사실을 증명하여 직접지급명령을 취소할 수 있기 때문이다.²⁸²⁾

다) 집행권원

양육비 직접지급명령을 신청하기 위해서는 강제집행의 요건과 강제집행 개시의 요건을 갖추어야 하며, 집행권원은 집행문과 더불어 강제집행의 일반요건에 해당한다. 이와 같이 강제집행의 기초가 되는 집행권원은 민사집행법에서 규정하고 있으며, 가장 널리 활용되는 것은 판결, 지급명령, 집행증서, 화해권고결정, 제소 전 화해조서 등이다.²⁸³⁾ 양육비에 관한 사건은 마류 가사비송사건에 해당하므로 실제 집행권원의 대부분은 이에 관한 심판이나 조정조서가 될 것이고, 양육비 부담조서도 중요한 집행권원으로 활용될 수 있을 것이다.

282) 김상수, 전계논문, 21면.

283) 이시윤, 「민사집행법」, 박영사, 2007, 102면.

다. 효력

소득세원천징수의무자가 직접지급명령에 따르지 않으면 1,000만원 이하의 과태료나 30일 이내에 감치에 처해진다(가사소송법 제67조 제1항, 제68조 제1항 제3호). 특히 과태료의 금액이 기존의 100만원 이하에서 1,000만원 이하로 상향조정되었는데, 이 점은 보다 강력하게 간접강제를 촉구하여 자발적인 임의이행을 확보하기 위한 것이라고 말할 수 있다. 아울러 소득세원천징수의무자는 양육비채무자의 직장 변경 등 주된 소득원의 변경사유가 발생한 경우에는 그 사유가 발생한 날부터 1주 이내에 가정법원에 변경사실을 통지하여야 한다(동법 제63조의2 제6항). 또한 직접지급명령을 내림으로써 발생하는 양육비채권자, 양육비채무자, 소득세원천징수의무자 그 밖의 제3자간의 권리 의무관계의 복잡화를 피하고 명확하게 하기 위하여 직접지급명령은 압류명령 및 전부명령을 동시에 명한 것과 같은 효력을 갖고, 이에 따라 민사집행법의 해당 조문이 준용되게 되었다(동법 제63조의2 제2항).

먼저 양육비채권자와 양육비채무자의 관계에서는 전부명령에 의해 채무를 변제한 것이 되고, 또한 소득세원천징수의무자와의 관계에서는 압류명령과 전부명령에 의해 양육비채권을 양육비채권자에게 직접 지급하여야 하고 그렇게 함으로써 유효한 변제를 한 것이 된다. 그 밖에 제3자와의 관계에서는 만일 양육비채무자의 채권자 등이 이미 당해 급여채권을 압류한 것이라면 직접지급명령을 내릴 수 없음을 의미한다.²⁸⁴⁾

따라서 소득세원천징수의무자나 양육비채무자 등 이해관계인도 즉시항고를 제기할 수 있다(동법 제63조의2 제5항). 개정 가사소송법에 아무런 규정은 없지만, 즉시항고는 이행의 유무 등 직접지급명령의 발령요건을 판단하기 위한 불복신청으로서 집행정지효를 갖는다.

또한 양육비 직접지급명령의 목적을 달성하지 못할 우려가 있다고 인정할 만한 사정이 있는 때에는 양육비채권자의 신청에 따라 양육비 직접지급명령을 취소할 수 있고, 이 경우 양육비 직접지급명령은 장래에 향하여 그 효력을 잃는다(동법 제63조의2 제3항). 이 규정은 만일 소득세원천징수의무자 측의 무자력 등

²⁸⁴⁾ 강대성, 「민사집행법」, 삼영사, 2008, 512면; 김상수, 「민사집행법」, 법우사, 2007, 307면.

으로 급여채무를 이행하지 못하게 되는 경우, 전부명령으로서의 추심의 위험을 양육비채권자에게 부담시키지 않도록 그 취소를 구할 수 있게 한 것이다. 이 취소명령에 대하여도 즉시항고가 가능하다.²⁸⁵⁾ 이 즉시항고가 집행정지효를 갖는지에 관해 개정 가사소송법은 아무런 규정도 하고 있지 않지만, 직접지급명령을 취소하였다는 점에서는 집행정지효가 발생하지 않는다고 해석하여야 할 것이다.²⁸⁶⁾

2) 부양료 지급명령으로의 유추적용 가능성

양육비 직접지급명령제도가 도입되기 전에도 양육비채무자의 급여채권을 압류하여 그로부터 양육비를 지급받을 수 있었다. 즉, 양육비채권자는 양육채무자의 부동산이나 동산 등에 대해서도 압류할 수 있지만, 매각절차 등을 거쳐야 하므로 소액인 양육비채권의 경우 양육비채무자의 급여채권을 압류하는 것도 하나의 방법으로 활용되었다. 양육비채무자의 급여를 압류하기 위해서는 먼저 확정판결서, 조정조서, 심판서, 공정증서 등의 집행권원이 있어야 하고, 그 근무처를 파악해야 한다.

다음으로 수수료, 인지대 등 신청에 필요한 서류를 갖추어 신청하면 법원으로부터 압류명령이 있게 되며, 아울러 압류한 금전채권에 대하여 전부명령을 신청하면 채권자는 채무자의 근무처로부터 양육비 지급을 받을 수 있게 된다.

이러한 일반적인 강제집행절차에 대하여 양육비 직접지급명령제도는 부모의 양육을 필요로 하는 미성년 자녀의 건강한 성장을 위하여 필요한 비용을 적정하고 신속하게 확보할 수 있도록 가정법원이 급여소득자인 양육비지급 의무자의 채무자에게 양육비에 해당하는 금액을 직접 양육자 등에게 정기적으로 지급하도록 명할 수 있는 제도로써 번거로운 강제집행절차를 거치지 않고도 자녀에게 필요한 양육비가 정기적으로 지급될 수 있도록 도입된 제도이다. 이와 같은 명령에 의해 양육비의무자가 재산이 있음에도 정당한 이유 없이 그 의무이행을 회피하는 일은 사실상 거의 사라질 것으로 예상된다.

이와 같은 양육비 직접지급명령제도는, 노부모 부양의무의 불이행시 부양료 지

285) 박복순, 전계논문, 140면.

286) 김상수, 전계논문, 24면.

급에도 적용시킬 수 있을 것이다.²⁸⁷⁾ 다만 부양료지급 청구를 하기 위해서는 집행권원을 받아야 하는 어려움은 있다.²⁸⁸⁾

2. 입법을 통한 이행확보 방안

노부모에 대한 부양의무 불이행의 경우, 위와 같이 민법상 강제이행의 청구나 가사소송법상 양육비 지급명령제도를 유추 적용하여 부양료를 직접 지급명령할 수 있도록 하는 해석론은 일정한 한계가 있을 수밖에 없다. 따라서 궁극적으로는 입법에 의하여 이행을 확보하는 방안을 강구해야 할 것이다.

입법을 통한 노부모 부양의무 이행확보 방안으로는 민법 제1004조의 상속인의 결격사유에 ‘노부모 부양의무를 이행하지 않은 자’를 포함시킴으로써 간접적으로 부양의무의 이행을 확보하자는 것이다.²⁸⁹⁾

어떤 자에게 상속에 적합하지 않은 일정한 사유가 있는 경우에 상속인으로서의 자격을 상실하는 것을 상속결격이라고 하며, 민법은 상속 결격사유로 5가지를 규정하고 있는 바,²⁹⁰⁾ 이는 크게 피상속인 등에 대한 부도덕적인 행위와 피상속인의 유언에 대한 부정행위로 나누어진다. 전자의 경우는 고의로 직계존속 등에 대한 살인 및 살인미수 또는 상해치사 등이 이에 해당되고, 후자의 경우는 사기 또는 강박으로 피상속인의 상속에 대하여 유언에 관한 방해 등이 해당된다. 하지만 노부모에 대한 부양의무 불이행의 경우에는 피상속인 등에 대한 부도덕적인 행위임에도 불구하고 상속결격 사유로 규정되어 있지 않다.

이에 종래부터 입법론이 제기되어 왔으나 아직까지 논의에 머무르고 있을 뿐,

287) 한삼인, 전게서, 269면. 한삼인 교수의 견해에 따르면, 부양의무이행의 확보와 그 불이행에 대한 구제 방안으로, 가사소송법 제63조의2 제1항을 유추적용함으로써 가정법원에 의한 부양료 직접지급명령제도를 활용하는 것도 하나의 방안이라고 하고 있다.

288) 약정부양의 경우, 부양에 대하여 공정증서를 받아 둔 경우라면 공정증서에 집행문만 부여받으면 집행권원이 될 수가 있겠지만, 공정증서에 의하지 않은 약정부양이나 법정부양의 경우에는 소송을 통해서 집행권원(조정을 통한 조정조서 포함)을 받아야 할 것이기 때문이다.

289) 한삼인, 전게서, 269면.

290) 민법 1004조(상속인의 결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 상속인이 되지 못한다. 1. 고의로 직계존속, 피상속인, 그 배우자 또는 상속의 선순위나 동순위에 있는 자를 살해하거나 살해하려 한 자, 2. 고의로 직계존속, 피상속인과 그 배우자에게 상해를 가하여 사망에 이르게 한 자, 3. 사기 또는 강박으로 피상속인의 상속에 관한 유언 또는 유언의 철회를 방해한 자, 4. 사기 또는 강박으로 피상속인의 상속에 관한 유언을 하게 한 자, 5. 피상속인의 상속에 관한 유언서를 위조·변조·파기 또는 은닉한 자.

어떠한 규정도 두고 있지 않은 실정이다. 따라서 이하에서는 노부모에 대한 부양의무 불이행의 경우에 민법상 상속 결격사유에 포함시킬 수 있을지에 대해 검토하고자 한다.

(1) 부양의무 불이행을 상속결격사유 요건에 도입

1) 상속결격사유

가. 피상속인 등에 대한 부도덕행위

상속결격사유로서 피상속인 등에 대한 부도덕행위로는, ① 고의로 직계존속, 피상속인, 그 배우자 또는 상속의 선순위나 동순위에 있는 자를 살해하거나 살해하려는 경우(민법 제1004조 제1호)와 ② 고의로 직계존속, 피상속인과 그 배우자에게 상해를 가하여 사망에 이르게 한 경우(동조 제2호)가 해당된다. 제1호에 따르면, 고의로 노부모를 살해하거나 살해하려는 자는 상속인이 되지 못한다. 여기에는 살인의 기수·미수를 불문하고, 예비·음모도 이에 포함되는 것은 물론, 정범, 중범, 교사범, 나아가 자살의 교사 및 방조까지도 포함되는 것으로 보아야 한다.

형법 제24장 ‘살인의 죄’ 안에 이 모든 규정이 되어 있고, 이 규정의 취지에 비추어 볼 때 그러한 자도 상속을 배제하는 것이 마땅하기 때문이다. 여기에서 결격사유로 되기 위해서는 살인의 고의가 있어야 하나, 그러한 고의 외에 그 살인이 상속에 유리하다는 인식은 필요하지 않는다.

한편, 살인의 고의는 없는데 사망의 결과가 생긴 이른바 ‘상해치사’의 경우에도 상속결격 사유에 해당된다. 이 경우는 제1호 살인 및 살인미수와 달리 상속의 선순위자나 동순위자의 상해치사는 포함되지 않지만, 제1호와 마찬가지로 상해의 고의만 있으면 되고 상속에 유리하다는 인식은 필요하지 않다고 한다.²⁹¹⁾

나. 피상속인의 유언에 대한 부정행위

사기 또는 강박으로 피상속인의 상속에 관한 유언 또는 유언의 철회를 방해한

291) 대판 1992.5.22, 92다2127.

경우(제1004조 제3호)와 사기 또는 강박으로 피상속의 상속에 관한 유언을 하게 한 경우(동조 제4호)에도 상속인이 되지 못한다. 여기에서 유언은 당연히 유효한 것이어야 하고, 상속결격이 되기 위해서는 방해 행위에 의하여 유언행위 또는 유언철회라는 결과가 일어나지 않았어야 하지만, 방해를 했는데도 불구하고 미수에 그친 때에는 상속결격이 되지 않는다. 피상속인의 상속에 관한 유언서를 위조·변조·과기 또는 은닉한 경우(동조 제5호)도 상속결격사유에 해당되는데, 여기서의 행위는 고의에 의한 것이어야 하기 때문에 과실로 인한 과기는 결격사유에 해당되지 않는다.

2) 상속결격의 효과

상속결격사유에 해당하는 행위를 한 자는 상속인이 되지 못한다(제1004조). 따라서 상속자격을 상실하게 된다. 상속결격의 효과는 법률상 당연히 발생하는 것으로서 이해관계인의 청구나 재판절차를 필요로 하지는 않는다. 결격사유가 상속개시 전에 생긴 때에는 결격자는 후에 상속이 개시되더라도 상속을 하지 못하고, 결격사유가 상속개시 후에 생긴 때에는 일단 개시된 상속이 소급해서 무효가 된다. 따라서 결격자가 한 상속재산의 처분도 무효가 되며, 진정한 상속인은 상속회복청구를 할 수 있다. 한편, 상속결격의 효과는 특정의 피상속인에 대한 관계에서만 미치며, 다른 피상속인에 대한 상속자격에는 아무런 영향이 없다. 다만, 법문상 직계존속을 살해하거나 살해하려 한 자 또는 직계존속에 대해 상해를 가하여 사망에 이르게 한 자는 구체적인 상속과 관계없이 언제나 상속결격이 되는 것으로 해석된다.²⁹²⁾ 그리고 결격의 효과는 결격자 본인에만 한정되므로 그의 직계비속이나 배우자가 대습상속을 하는 데는 지장이 없다.

3) 소결

부양은 근대 상속법에서 상속권의 주요한 근거가 되어 왔다고 할 수 있다. 그동안 우리나라는 생전에 피상속인을 부양했던 상속인에게 재산을 상속하는 경우

292) 송덕수, 전계서, 1739면.

가 많았는데, 이와 같은 현실에 비추어보면 상속제도와 부양제도는 매우 밀접한 관련을 갖고 있다고 할 수 있다. 이처럼 상속과 부양의 연계성은 어찌 보면 당연한 것인데, 특히 노부모 부양과 재산상속과의 관계는 ① 상속재산의 생활보장적 기능, ② 부양의무의 이행과 정의 및 형평의 이념으로 인해 더욱 밀접하게 된다.

①의 경우는 상속은 가족구성원의 생활보장이라고 하는 관점에서 생전 부양의 연장이라 할 수 있다. 그렇기 때문에 상속재산의 성격은 가족의 생활을 보장하여야 할 원자로 이해할 수 있기 때문이고, ②의 경우는 피상속인을 확대하여 부양의무를 이행하지 아니한 자가 그 피상속인의 유산에 의해 사후부양을 받는 것을 법에서 인정한다면 오히려 법에 의해 불이익을 받아야 할 자들이 법에 의해 상속이란 이익을 받게 되어 형평의 관념에 위배되며, 정의 관념에도 배치하기 때문이다. 따라서 피상속인에 대한 부양의무를 이행하지 않은 상속인에게는 재산상속상 불이익을 가함과 동시에 분담하여야 할 부양의무를 초과하여 특별히 부양한 자에게는 재산상속상 이익을 부여하는 것이 형평에 합당할 것이다.

부양과 상속과의 연계성에 따라 피상속인에의 부양유무로 상속인의 지위를 결정하려는 입법례로는 앞에서 살펴본 바와 같이 중국과 프랑스를 들 수 있는데, 프랑스의 경우 부양정기금은 상속재산에서 미리 공제하고, 모든 상속인이 각자의 상속분에 비례하여 부담한다고 함으로써 부양과 상속을 연계하고 있는 것이 특색이라 할 수 있고, 독일 민법에서는 유언에 의하여 부양의무를 이행하지 않은 법정상속인을 상속에서 배제할 수 있다(독일 민법 제1938조).²⁹³⁾

중국의 경우는 상속법 제13조에서 배우자가 사망한 후에도 그 배우자의 부모에 대한 부양의무를 다하는 경우 제1상속인으로써 상속을 인정하는 등 부양한 자를 우대하는 한편, 부양능력이 있음에도 불구하고 부양의무를 이행하지 않는 자에게는 상속분을 감액하거나 상속을 제한한다고 하여 명문으로 상속결격사유임을 명시하고 있다.

중국의 입법례를 본받아 부양의무 불이행을 상속결격사유로 도입하는 방안을 고려해 볼 수 있을 것이다. 상속결격이란 피상속인의 상속재산의 승계를 부정할 만한 법정사유가 상속인에게 발생하였을 때 재판상의 선언을 기다리지 않고 법

293) 김남영, “부모 부양을 위한 상속법적 접근방안”, 『이슈와 논점』, 제307호, 국회입법조사처, 2011.10, 3면.

를상 당연히 그 상속인이 피상속인을 상속하는 자격을 상실하는 것을 말한다. 앞에서 살펴본 바와 같이 우리 민법 제1004조는 상속결격사유로서 5가지를 열거 규정하고 있는데, ① 고의로 직계존속·피상속인과 그 배우자 또는 상속의 선순위자나 동순위자를 살해하거나 살해하려고 한 경우(제1호), ② 고의로 직계존속·피상속인과 그 배우자에게 상해를 가하여 사망에 이르게 한 경우(제2호), ③ 사기·강박으로 피상속인의 상속에 관한 유언 또는 그 철회를 방해한 경우(제3호), ④ 사기·강박으로 피상속인의 상속에 관한 유언을 하게 한 경우(제4호), ⑤ 피상속인의 상속에 관한 유언서를 위조·변조·파기 또는 은닉한 경우(제5호)가 그러하다.

여기에서 제1호와 제2호 사유인 살인죄와 살인미수죄, 상해치사죄는 형법상의 생명과 신체에 대한 죄 중 그 죄질이 무거운 범죄에 속하게 되는데, 이와 비슷한 형량인 유기치사죄 및 존속유기치사죄에 대해서는 결격사유로 삼고 있지 않다. 따라서 우리 민법의 상속결격사유에 직계존속 등을 유기하여 사망에 이르게 한 자 즉, 피상속인 등에 대한 유기치사를 규정하는 방안을 고려해 볼 필요가 있다. 이는 우리 민법상 상속결격사유가 피상속인의 유언의 자유를 침해한 자에 대한 제재로서의 성질뿐만 아니라, 상속인의 비윤리성에 대한 제재로서의 성질도 가지고 있기 때문이다.

그러나 적어도 분명한 것은 노부모 부양의무를 이행하지 않을 경우, 상속결격사유에 해당한다는 것을 명확히 규정한다면, 부양의무자에게 심리적으로 압박이 될 것이고 결국 간접적으로 부양의무의 이행을 확보하는 방법이 될 것이다.²⁹⁴⁾

(2) 민법상 노부모 부양의무 규정의 강화

노부모에 대한 부양의무의 이행을 확보하는 또 하나의 입법론으로서, 노부모에 대한 자녀의 부양의무에 대한 규정을 강화하여 규정해야 한다는 것이다.

현행 민법도 제974조에서 직계혈족 및 그 배우자 간, 그리고 생계를 같이 하는

294) 한삼인, 전게서, 269면에서도, “입법론으로서 제974조에 의하여 부양의무를 부담하는 자가 그 의무를 이행하지 않았을 경우, 제1004조 소정의 상속인의 결격사유에 포함시키는 내용의 민법 개정을 통해 부양의무이행의 확보에 일조할 수 있다 할 것이다”라고 하고 있다.

기타 친족 간에는 서로 부양의 의무가 있다고 규정하고 있으므로 자녀와 부모 간에는 서로 부양의무가 있다고 해석된다. 그러나 제975조에서는 이러한 친족 간의 “부양의 의무는 부양을 받을 자가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없는 경우에 한하여 이를 이행할 책임이 있다”라고 규정하고 있고, 나아가 제977조에서는 “부양의 정도 또는 방법에 관하여 당사자 간에 협정이 없는 때에는 법원은 당사자의 청구에 의하여 부양을 받을 자의 생활정도와 부양의무자의 자력 기타 제반사정을 참작하여 이를 정한다”라고 하고 있는 점을 감안하면, 자녀의 노부모에 대한 법정부양의무에 대한 규정으로서는 너무 빈약하다.

생각건대, 부양을 받을 자인 노부모가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 있는데도 자녀에게 부양을 청구할 리는 없는 것이므로, 제975조의 이러한 규정은 노부모 부양의 측면에서 보면 전혀 불필요한 규정이라 하겠다.²⁹⁵⁾ 반면, 자력이 없거나 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없는 노부모가 자녀에게 부양을 청구하려면, 제975조의 요건인 부양의 필요성 이외에 자녀의 부양가능성이 존재하여야 한다. 다시 말하면, 자녀는 자기의 생활을 적절하게 꾸려나갈 자력 외에 노부모의 생활을 도와줄 수 있는 경제적 능력을 갖추어야 한다(제977조 참조).²⁹⁶⁾ 그러나 이러한 자녀의 경제적 능력이 어느 정도여야 하는가는 사람마다 그 기준을 다르게 생각할 수 있으므로,²⁹⁷⁾ 노부모 입장에서는 부양을 청구하는 것이 매우 어려운 일이 될 수 있다.

한편, 중국의 경우 헌법(1982년 12월 4일 발표) 제49조 제3항에서는, “부모는 미성년자녀를 부양·교육할 의무가 있고 성년자녀는 부모를 부양·부조(扶養扶助)할 의무가 있다”고 규정함으로써 자녀의 부모 부양 의무를 헌법적 의무로까지 승격시켜 강화하고 있다.

또한 중국혼인법(1981년 1월 1일 발표, 2001년 개정) 제21조 제1항은, “부모는

295) 우리나라의 부모들은, 만약 자신에게 자력이 있거나 근로에 의하여 생활을 유지할 수 있는 상태라면 자녀에게 의지하지 않고 오히려 자녀들을 도와주려 할 것이기 때문이다.

296) 부양의무자가 부양의무를 부담하는 경우는 부양능력이 있는 때, 바꾸어 말하면 자기의 생활에 여유가 있는 경우이다(김주수·김상용, 전제서, 534면).

297) 예컨대 어떤 자녀는 월 500만원의 수입이 있음에도 노부모를 부양할 수 있는 경제적 능력이 없다고 생각할 수 있고, 어떤 자녀는 월수입이 300만원임에도 노부모 부양능력이 있다고 생각할 수 있다. 요컨대, 이러한 기준은 법원에서 여러 가지 사정을 종합하여 판단할 수밖에 없는 사항으로서, 결국 극단적으로 말하면 부모와 자녀 간에 소송을 통하여 해결하지 않으면 안 되는 문제가 될 수 있다.

미성년자녀를 부양·교육할 의무가 있고 성년자녀는 부모를 부양·부조할 의무가 있다”고 하고, 제3항은, “자녀가 부양의무를 이행하지 않으면, 노동능력이 없거나 생활이 곤란한 부모는 자녀에게 부양비의 지급을 요구하는 권리가 있다”라고 규정하고 있다. 뿐만 아니라 제28조는 “부담능력이 있는 성년자인 손자녀는, 자녀가 이미 사망했거나 명확히 생활능력이 없는 조부모에 대한 봉양의무가 있고 이는 생계를 같이 하는 경우에 한하지 않는다”라고 규정하고 있다. 말하자면, 부양의무자가 손자·녀인 경우 명문으로 ‘부담능력’이 있는 경우로 규정하고 있는 반면, 자녀의 부모에 대한 부양의무의 경우에는 이러한 규정을 두고 있지 않음으로써, 부양능력 유무와 관계없이 부양의무를 지도록 하고 있는 것이다.

싱가포르의 경우에는 부모에 대한 부양은 자녀의 도덕적 의무로써 사회전반에 걸쳐 받아들여져 왔지만 법적의무로 자리 잡고 있지는 않다. 우리나라와 마찬가지로 부모가 경제적으로 곤궁상태에 빠졌을 경우 자녀가 부부로서 배우자에 대한 부양의무와 부모로써 자녀에 대한 부양의무를 다하고도 여유가 있는 경우에 한하여 인정된다. 하지만 “자녀에 의한 부모의 부양 및 그 관련사항에 관한 규정을 정립하기 위한 법률”(An Act to make provision for the maintenance of parents by their children and for matters connected therewith; 이하 ‘부모부양법’으로 칭함)을 제정·시행함으로써 보다 더 적극적으로 대처하고 있다는 점에서는 우리나라의 경우에 시사하는 바가 크다고 할 수 있다.

따라서 우리 민법상의 노부모에 대한 자녀의 부양의무에 대한 규정을, “성년자녀는 노부모를 부양할 의무가 있다”라고 규정하거나, 또는 “부모는 미성년자녀를 부양하고 교육할 의무가 있고, 성년자녀는 노부모를 부양할 의무가 있다”라고 규정하는 것이 바람직하다. 이같이 노부모 부양의무를 명문화함으로써 고령화시대의 노부모 부양 문제에 보다 더 적극적으로 대처하여야 할 것이다. 싱가포르와 같이 노부모 부양에 관한 특별법을 제정하는 것도 가능하나 우리의 경우 민법상의 부양규정만 위와 같이 명문화하면 충분할 것으로 생각된다.

(3) 배우자상속분 확대

입법을 통한 노부모 부양의 이행확보의 세 번째 방안으로 배우자상속분 확대

를 들 수 있다. 이 방안은 자녀의 노부모에 대한 부양책임을 이행하도록 하는 직접적인 방안은 아니지만, 적어도 노부모 부양이 사회적 문제로 되고 있는 오늘날 노부모 부양문제를 해결하는데 기능을 할 수 있을 것으로 생각된다. 왜냐하면, 우리나라의 경우 노부모 중 어느 한쪽이 사망하면(보통 아버지가 먼저 사망하게 된다) 일반적으로 재산상속이 이루어지게 되며, 우리나라는 부부재산 별산제를 취하고 있는데, 현실적으로는 상속재산이 남편의 명의로 되어있는 경우가 많아, 남아있는 여성배우자는 공동상속인인 자녀의 상속분에 5할을 가산한 상속분만 받을 수 있다. 이 상속분은 공동상속인의 수에 따라 유동적이게 되어 오히려 부부 사이에 더 많은 자녀를 출산하여 자녀의 양육에 헌신한 부부일수록 상속분이 줄어드는 현상이 초래된다. 피상속인이 사망한 경우 현행 상속분 규정에 따라 상속받은 재산만으로는 노후를 안정적으로 보낼 수 없는 것이 현실이다. 이렇듯, 남녀평등의 이념에서 출발한 부부재산 별산제가 고령화 사회에서 생존배우자의 생존을 위협하고 있다.

최근 인간의 평균수명이 날로 연장되어 가고 있으며, 고령화가 빠른 속도로 진행되고 있는 반면, 부모를 부양하려는 자녀들은 나날이 줄어들고 있고,²⁹⁸⁾ 노년층의 빈곤 문제가 심각한 사회문제로 대두되고 있는 현실을 고려했을 때, 배우자의 상속분 확대는 일종의 노후대책으로도 작용할 수 있는 것이다.²⁹⁹⁾ 이하에서는 노부모 부양 제도와는 직접적인 관련이 없기는 하지만, 이 제도의 기능이 노부모 부양제도를 보완할 수 있다는 점 때문에 배우자상속분 확대의 필요성과 구체적 방안에 대하여 개괄적으로 살펴보려 한다.

1) 배우자 상속분 확대의 필요성

경제질서와 사회질서의 역동적 변화와 더불어 개인의 존엄과 평등을 이념으로

298) 과거 가부장적인 호주제도에서는 자녀는 부모를 부양하고 부모가 늙으면 자녀들이 부양해 줄 것이라는 것을 당연지사로 여기고 있었다. 하지만 1990년 민법개정으로 장남에 대한 상속가급분제도가 삭제되면서 그나마 관습적으로 유지되어 오던 자식(특히 장남)의 부모 부양 의식은 급속도로 약화되어 갔고, 오늘날의 노부모들은 더 이상 자녀들의 부양을 기대할 수 없게 되었다.

299) 김상식·김상찬, “배우자 상속분 확대에 관한 입법론적 연구”, 『일감법학』, 제28호, 건국대학교 법학연구소, 2014.6, 147면.

하는 근대법사상은 아내로 하여금 남편에 대한 종속적인 위치에서 협력자의 위치로 바꾸게 하였고, 상속재산도 ‘조상전래의 재산’이라는 개념에서 ‘부부가 혼인 중 역할분담을 통하여 취득한 재산’이라는 개념으로 변화하였다.³⁰⁰⁾ 현대의 가족 제도도 부모와 자녀중심의 핵가족 제도가 주를 이루고 있으며, 고령화 사회에서 생존배우자가 여생을 안정적으로 보호해야 할 필요성 때문에 상속제도의 이념은 혈족상속 중심에서 벗어나 배우자상속 중심으로 변화하고 있다고 할 수 있다.³⁰¹⁾ 배우자상속권은 연혁적으로 부부재산제의 내용으로 혼인이 사망에 의하여 해소된 경우 생존한 배우자의 보호라는 형태에서 제도화된 것으로 볼 수 있다.³⁰²⁾ 이러한 논리 하에서 성립된 배우자 상속권의 근거로 일반적으로 들고 있는 것이 생존배우자의 부양 내지 생활의 보장이라 할 수 있고, 그 확대 법리로서 부부 상호간 부양의무의 사후연장이라 할 수 있다.

나아가 자녀가 노부모를 부양하지 않으려고 하는 오늘날에 있어서는, 이러한 제도를 도입함으로써 자녀들에게 돌아갈 수 있는 상속분을 강제적으로 줄이고 생존하는 노부모의 부양 내지 생활보장의 법리로서 기능할 수 있을 것이다.

가. 생존배우자의 부양 및 생활의 보장

현행 민법은 재산상속에 있어서 배우자 상속분은 공동상속인의 상속분에 단순히 5할만을 가산하고 있어서 배우자의 상속분은 공동상속인의 수에 따라 매우 유동적이게 된다. 이는 과거 혈족상속이 타성에 젖어 오늘날 배우자 상속의 의의를 간과하고 있기 때문이다.³⁰³⁾ 생존배우자의 생존권 보장의 차원에서도 이제는 고정적이고 안정적인 상속분이 보장되어야 할 것이다. 생존배우자와 피상속인은 제1차적 부양의무를 부담하는 관계에 있으며, 이러한 부양관계는 사후에도 미친다고 볼 수 있다. 따라서 피상속인이 사후에도 생존배우자는 종래 혼인공동체의 생활수준을 지속적으로 유지할 수 있어야 할 것이다.³⁰⁴⁾

300) 김은아, “재산상속상 배우자의 지위에 관한 고찰”, 한양대학교 대학원 박사학위논문, 2005, 35면.

301) 박종용, “배우자상속분에 관한 연구”, 동국대학교 대학원 박사학위논문, 2001, 104-105면.

302) 사실혼관계에 있는 배우자 일방이 사망한 경우에도 배우자상속의 법리에 의하여 해결되어야 한다고 한다(문흥안, “사실혼 배우자 일방의 사망과 재산의 청산”, 「일감법학」, 제21호, 건국대학교 법학연구소, 2012.2, 364면 이하).

303) 이화숙, 「비교부부재산관계법」, 세창출판사, 2000, 368면.

304) 박종용, 전계논문, 116면.

오늘날 자녀의 부모 부양 의식이 매우 낮아 고령의 부부세대나 단신세대가 날이 갈수록 증가하고 있기 때문에 생존배우자의 생활보장 차원에서 배우자에 대한 상속분 확대는 반드시 필요하다고 할 수 있다. 특히 현행 배우자 상속분 제도는 고령화 사회와 인구감소의 위기로 인하여 출산을 권장하고 있는 오늘날의 가족정책에도 부합하지 않는다고 할 수 있다.³⁰⁵⁾

나. 부부 상호간 부양의무의 사후연장

상속은 피상속인의 생존배우자에 대한 부양의무의 사후연장이라고 할 수 있다.³⁰⁶⁾ 즉, 부부 간의 혼인의 진정한 해소는 피상속인의 사망 시가 아니라 생존배우자의 재혼 시나 사망 시에 종료하는 것으로 자연법적 차원에서 해석한다면, 일방배우자가 사망한 경우 생존배우자는 피상속인이 살아있을 때의 생활수준이 유지되어야 하는 것이다.³⁰⁷⁾

그러나 현행 상속제도에서의 생존배우자의 상속분으로는 피상속인의 사망 이전의 생활을 그대로 유지하기 어렵다. 피상속인과 생존배우자가 제1차적 부양관계인 것을 고려하면 그 부양정도는 제2차적 부양관계인 다른 혈족 상속인의 부양정도 보다는 가중되어야 하며, 배우자의 상속권도 다른 공동상속인에 비하여 당연히 우대되어야 한다. 또한 생존배우자는 피상속인뿐만 아니라 다른 공동상속인인 직계비속에 대하여도 제1차적 부양권리자라 할 수 있으므로 공동상속인과의 관계에서도 생존배우자의 예전의 생활을 유지하는 선상에서 상속분이 조정되어야 할 것이다.³⁰⁸⁾

한편, 생존배우자의 부양은 부양기여분 제도에 의해 해결될 수도 있을 것이다. 하지만 부양기여분 제도는 생존배우자의 부양을 직접적으로 확보하는 제도라기 보다는 공동상속인을 위한 일반적인 제도라고 할 수 있으며, 유동적이라는 단점을 갖고 있어 그 실효성을 기대할 수가 없다. 오늘날 효사상을 바탕으로 한 자발적인 부모 부양을 강요할 수 없는 사회가 되어버린 반면, 노부모는 필연적으로

305) 조은희, “배우자의 법정상속 강화에 대한 재검토”, 『외법논집』, 제33권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2009.11, 159면.

306) 김상식·김상찬, 전계논문, 158면.

307) 이희배, 전계 “노친부양의 법리”, 227면; 대판 1998.8.6, 96다5270.

308) 박중용, 전계논문, 110면.

정신적, 경제적 부양이 절실한 시기이므로 재산상속에서 노후보장을 받도록 하여야 하는 것이 타당하며, 그것이 대다수의 노인들이 바라는 일이기도 하다.³⁰⁹⁾

2) 배우자 상속분 확대방안

배우자 상속분을 확대하기 위한 입법론으로는 크게 세 가지 방안을 들 수 있다. 첫째, 민법 제1009조의 법정상속분을 개정하는 방안이다. 현행 민법 제1009조는 배우자의 법정상속분을 종래의 공동상속인인 직계비속 또는 직계존속보다 5할을 가산하는 것으로 규정하고 있다. 이러한 배우자 상속분은 앞에서 살펴본 바와 같이 매우 유동적인 것으로 공동상속인의 수가 많을수록 생존배우자의 상속재산이 적어져 생존배우자의 생계가 보장되지 못하는 결과를 초래할 수 있다. 따라서 공동상속인의 수와 관계없이 고정적인 상속분으로 배우자를 보호할 필요가 있다할 것이다. 고정상속분으로 배우자를 보호하는 방안은 또다시 두 가지로 나눌 수 있는데, 상속재산의 50%를 배우자 상속분으로 규정하는 방안과, 상속재산 전부를 일단 배우자가 상속하고 나중에 배우자가 사망할 때 비로소 자녀에게 상속하는 방안이 그러하다.

전자는 부부가 혼인 중 형성한 재산은 각자 역할분담을 통하여 형성된 것으로서, 상속대상 재산 속에는 생존배우자의 기여분 또는 청산분으로서의 잠재지분이 내재되어 있으므로 상속재산을 50%로 반분하는 것이 공평의 원리에 부합하다는 것이다. 이혼에 의한 혼인해소의 경우 재산분할청구권을 행사하면 부부쌍방이 협력으로 이룩한 혼인 중 취득한 재산의 30%에서 50%까지 반환받을 수 있으므로 배우자의 사망으로 혼인이 해소되는 경우에도 피상속인과 평생을 함께한 생존배우자는 최소한 이혼 시 분할 받는 재산이상의 상속분을 독자적으로 인정하는 것이 마땅하다고 한다.³¹⁰⁾

이는 일본의 입법례와 유사한 것으로, 현재 일본은 1980년 민법개정을 통하여 생존배우자가 제1순위 상속인인 직계비속과 공동 상속하는 경우에는 상속재산의 1/2을, 제2순위 상속인인 직계존속과 공동 상속하는 경우에는 상속재산의 2/3를,

309) 김상식·김상찬, 전계논문, 159면.

310) 이화숙, 전계서, 366면.

제3순위 상속인인 형제자매와 공동 상속하는 경우에는 상속재산의 3/4을 상속받도록 규정하고 있다(일본 민법 제890조 내지 제900조).³¹¹⁾ 이는 생존배우자에 대한 생활보장을 중시하려는 고려가 있었던 것으로 판단된다.³¹²⁾

후자는 일반적으로 배우자는 피상속인과 가장 가까운 자이며 공동상속인인 직계비속에게는 부모의 지위를 갖고 있으므로 그 자체만으로도 상속 제1순위라고 할 수 있으며, 이를 엄격하게 해석한다면 사실상 피상속인의 직계비속은 제2순위로 볼 수 있을 것이다. 따라서 직계비속은 제1순위인 생존배우자가 사망한 후 비로소 제1순위의 상속인이 될 수 있다는 것이다. 이는 스웨덴에서 채택하고 있는 입장으로, 스웨덴은 일방배우자의 사망으로 인해 부부재산제의 청산이 있고 난 다음, 남은 재산이 상속재산이 되는데, 피상속인의 자녀는 생존배우자가 사망한 후에야 비로소 상속권을 갖게 되고, 그 전까지는 유류분도 인정되지 않는다.³¹³⁾

둘째, 부부재산 별산제를 규정한 민법 제830조의 개정을 통하여 부부 간에 혼인 중에는 별산제의 원리를 적용하지만, 혼인해소 시에는 공유제적 원리가 적용되어야 한다는 방안이다.³¹⁴⁾ 이 방안은 부부별산제를 상속법에 적용하여 생존배우자를 보호하려는 것으로 혼인공동체가 해소되는 경우 부부재산 제도에 의하여 부부가 혼인 중 취득한 잉여재산에 대하여 동등하게 청산하는 것을 전제로 한다. 혼인 중 취득한 잉여재산 속에는 아내의 가사노동 내지 내조의 공의 가치를 남편의 사회노동의 가치와 동등하게 보기 때문이다.³¹⁵⁾ 이 방안에 의하면, 생존배우자는 최소한 부부재산 제도에 의하여 혼인 중 취득한 잉여재산의 청산에 의하여 2분의 1의 재산을 취득하고, 그리고 상속 법리에 의하여 일정한 상속분 비율로 상속하게 되어 사망배우자의 상속재산의 최소한 2분의 1 이상을 고정적으로 상속하게 된다.³¹⁶⁾

311) 스위스의 경우에도 배우자가 직계비속과 공동 상속하는 경우 상속재산의 1/2을, 피상속인의 부모나 형제자매와 공동상속하는 경우에는 3/4을 상속받도록 규정하고 있다(오시영, “배우자를 중심으로 한 상속분에 대한 재검토”, 「인권과 정의」, 제381호, 대한변호사협회, 2008.5, 30면).

312) 김상식·김상찬, 전계논문, 164면.

313) 김상용, “자녀의 유류분권과 배우자상속분에 관한 입법론적 고찰”, 「민사법학」, 제36호, 한국민사법학회, 2007.5, 690면; 이화숙, “부부재산제의 이상에 비추어 본 입법론과 개정안”, 「인권과 정의」, 제381호, 대한변호사협회, 2008.5, 71면.

314) 박종용, 전계논문, 114면; 유미경, “노인과 부부재산제의 법적 문제와 그 개선방향”, 「고령사회의 가족법의 제문제」, 한국법제연구원, 2003, 30-81면.

315) 이화숙, 전계서, 282-283면.

316) 강기원, “가족법과 가사소송의 문제점”, 「인권과 정의」, 제180호, 대한변호사협회, 1991.9, 83면.

현재 독일에서 이와 유사한 잉여공동제를 실시하고 있는데, 독일은 피상속인의 사망으로 인하여 생존배우자가 직계비속과 공동 상속하는 경우 부부재산제의 효과로서 상속재산의 1/4(독일 민법 제1371조 제1항)과 상속법상의 법정상속분으로서 상속재산의 1/4(독일 민법 제1931조 제1항)을 취득하게 되어 결과적으로 상속재산의 2분의 1까지 상속하게 된다.³¹⁷⁾

셋째, 최근 가사노동이 평가나 그 중요성에 대한 인식이 달라지고 있음에 기초하여 배우자의 가사노동을 적극적으로 평가하고, 민법 제1008조의 2에 법정기여분제도를 신설하여 이를 반영하자는 방안이다. 이 방안을 뒷받침하는 견해는 지금까지 가사노동이나 피상속인에 대한 장기부양 등을 통상의 기여로 보아왔으나, 이를 적극적인 기여로 보고 실질적 공평을 취지로 하는 기여분제도에 있어서만 큼은 생존배우자의 잠재적 지분을 인정하고 반영해야 한다는 것이다. 그러면서 가사노동은 물론 피상속인의 재산형성이나 유지에 대한 유형·무형의 기여는 물론 혼인기간이 길었다는 것만으로도 기여행위가 될 수 있다는 가능성을 열어주어야 한다고 한다.³¹⁸⁾ 따라서 법원은 생존배우자의 기여분 인정에 있어서 배우자의 특별한 기여의 범위를 완화하여 해석해야 할 필요가 있으며, 이로 인해 생존배우자는 공동상속인 간에 진정한 공평의 이념이 달성된다는 것이다.³¹⁹⁾

배우자의 상속분을 확대하기 위한 입법론으로 첫째 방안이 타당하다고 생각한다. 그 중에서도 상속재산의 50%를 배우자 상속분으로 규정하는 방안이 가장 바람직하다고 할 수 있는데, 그 이유는 배우자에게 전부를 상속하고 이후에 자녀에게 상속하는 방안을 채택할 경우 이혼이 잦은 오늘날 재혼한 배우자와 전처의 자녀와 재산문제로 갈등을 빚게 될 소지가 크기 때문이다.

또한 두 번째 방안의 경우는 독일의 잉여공동제가 혼인 중의 부부재산에 관하여 우리나라의 별산제의 원리와 유사하기 때문에 그 원리를 도입함에 있어 별 무리가 없기는 하겠지만, 잉여공동제는 혼인해소 시 배우자 쌍방의 잉여만을 반환하는 것이므로 이익을 나누고 손실에 대해서는 책임을 지지 않는 것은 사회적으로 또는 도덕적으로 수긍되기 어려울 것이고, 무엇보다 이는 생존배우자의 가

317) 김상식·김상찬, 전계논문, 162면.

318) 이화숙, 전게서, 368면.

319) 김은아, 전계논문, 185면; 이화숙, 상게서, 368면.

사노동의 가치가 인정될 것을 전제로 하기 때문에 현재 우리나라의 상황으로서는 채택하기에 다소 무리가 따를 것으로 보인다.³²⁰⁾

세 번째 방안의 경우도 아직까지 가사노동에 대하여 소극적으로 평가하고 있는 우리나라에서는 당장 받아들이기 어렵다. 따라서 상속재산의 50%를 배우자의 고정상속분으로 규정하는 방안이 가장 타당할 것이다. 다만, 이를 도입하기 위해서는 몇 가지 고려할 점이 있다.

첫째, 모든 부부에게 일률적으로 상속재산의 50%를 상속할 것인지, 아니면 혼인기간이나 재산형성 기여도에 따라서 상속분을 조정할 수 있도록 할 것인지에 대해서는 명확한 기준이 마련되어야 할 것이다. 이혼으로 인해 혼인이 해소될 경우에는 혼인기간 또는 재산형성 기여도 등이 재산분할에 있어서 중요하게 작용하는 반면, 사망으로 인한 혼인해소 시 이러한 고려 없이 배우자에게 일률적으로 50%를 배분한다는 것은 논리에 맞지 않기 때문이다. 특히, 생존배우자가 재혼을 하게 될 경우 새아버지 또는 새어머니와 자녀상속인 간의 분쟁이 심화될 가능성도 매우 높다. 따라서 재혼과 같이 특수한 경우에는 배우자의 생활보장, 혼인기간 등의 사정을 고려하여 탄력적으로 운영되어야 할 것이다.

둘째, 배우자 선취분에 대하여 이중과세의 문제가 남는다. 다시 말해, 동일한 상속재산을 배우자가 선취 분으로 상속받을 때 상속세를 부과하고, 다시 배우자로부터 자녀들에게 상속할 때 상속세를 부과할 수 있다는 것이다. 이는 이혼 시 부부가 함께 형성한 공동재산 분할에 있어서 과세하지 않는 것과 형평에 맞지 않게 된다. 하지만 입법 시 상속세를 부과하지 않는다는 규정을 두고, 상속세법상의 관련 규정을 개정하면 해결될 것으로 보인다.

제2절 노부모 부양의무 불이행에 대한 구제방안

오늘날 급속한 노령화 현상과 더불어 부모 부양에 대한 의식의 약화로 말미암아 노부모 부양의무 이행의 확보방안이 강구된다 할지라도 노부모에 대한 부양

320) 김은아, 상계논문, 173면.

의무를 이행하지 않는 경우가 많이 발생될 수밖에 없다. 이렇게 노부모에 대한 부양의무의 이행을 하지 않을 경우 그 불이행에 대한 실효성 있는 구제방안이 요청된다. 이러한 구제방안에 있어서도 해석론에 의한 구제방안과 입법을 통한 구제방안 등 두 가지로 나누어 살펴볼 수 있다.

1. 해석론에 의한 구제방안

(1) 법정부양의무 불이행의 경우

민법 제974조에 의한 법정 부양의무 불이행의 경우, 부양받을 권리는 일종의 신분적 재산권이므로 재산법상 채무불이행 이론을 원용하여 손해배상청구로 해결할 수밖에 없을 것이다. 말하자면, 법정부양의무자가 부양의무를 불이행함으로써 부양받을 권리자인 노부모가 손해를 받았다면 노부모는 당연히 민법 제390조 이하의 채무불이행에 따른 손해배상청구를 할 수 있는 것이다.³²¹⁾

이 때 노부모는 재산적 손해뿐만 아니라 정신적 고통에 따른 배상금(위자료)을 청구할 수 있다. 이 때 정신적 고통은 특별손해이다. 판례도 부(父)의 부양의무 불이행으로 인한 자(子)의 정신적 고통이 특별손해인지 여부에 대하여, “부양받을 권리는 일종의 신분적 재산권이므로 그 권리가 충족되지 않음에 관련되는 일반적인 정신상의 고통은 그 재산권의 실현에 의하여 회복되는 것이라고 봄이 상당하고 부의 자에 대한 부양의무불이행으로 인한 회복할 수 없는 정신적 손해는 특별사정으로 인한 손해이다.”라고 판시하고 있다.³²²⁾

재산적 손해와는 달리 위자료의 산정이 곤란하지만, 실무상 배상권리자가 적당하다고 생각하는 금액을 청구하면 그 범위 내에서 법관이 자유롭게 재량하여 결정한다.³²³⁾ 실무에서 위자료는 전체 손해배상금의 적정화를 위한 조정적 기능도

321) 한삼인, 전거서, 269면에서는, “제974조에 기한 부양의무는 일종의 법정채무이므로, 그 불이행의 경우에 피부양자는 부양의무자를 상대로 채무불이행을 이유로 한 손해배상을 청구할 수 있다(제390조의 유추)”라고 하고 있다.

322) 대판 1983.9.13. 81브78.

323) 불법행위로 입은 정신적 고통에 대한 위자료 액수에 관하여 사실심 법원이 제반 사정을 참작하여 그 직권에 속하는 재량에 의하여 이를 확정할 수 있다(대판 2003.7.11, 99다24218). 대판 2005.6.23, 2004다66001은 가해자가 피해자에게 위자료의 일부로서 금원을 지급한 경우에, 법원은 위자료 액수를 산정함에 있어서 이러한 사정을 참작할 수 있는 바, 이러한 법리는 제760조에

아울러 담당하도록 운용되고 있다.³²⁴⁾

(2) 약정부양의무 불이행의 경우

노부모와 민법 제974조 소정의 부양의무를 부담하는 성인자녀 사이에 증여계약을 체결한 경우, 증여자(노부모)는 수증자(성년자녀)의 망은행위를 이유로 증여계약을 해제할 수 있지만(민법 제556조 제1항 제2호), 이에 대하여는 민법 제556조 제2항, 제558조의 제한이 있는데, 이는 나중에 살피기로 한다.

부담부증여계약, 종신통기금 계약의 경우, 부양의무를 부담하는 자가 정당한 이유 없이 이를 이행하지 않았을 경우, 피부양자인 노부모는 채무불이행을 이유로 제554조 소정의 절차를 밟은 다음에 각 계약을 해제할 수 있고, 해제에 기한 원상회복의 청구(민법 제548조 제1항), 손해배상의 청구(제551조)에 기해 권리의 구제가 가능하다.

노부모가 자녀에게 자신을 부양하는 것을 조건으로 하여 부담부증여를 한 경우, 부담부증여에는 증여의 규정 외에 쌍무계약에 관한 규정(특히 제536조, 제537조)이 준용된다. 그 결과 부담부 증여에 있어서 부담의무 있는 상대방(자녀)이 자신의 의무(부양)를 이행하지 않을 때에는 비록 증여계약이 이행되어 있더라도 그 계약을 해제할 수 있고,³²⁵⁾ 그 경우 민법 제555조와 제558조는 적용되지 않는다.³²⁶⁾

2. 입법을 통한 구제방안

자녀가 노부모에 대하여 민법 제974조에 기한 부양의무를 이행하지 않은 때(민법 제556조 제1항 제2호)에는 이는 ‘망은행위’로서 증여자인 노부모가 증여계약을 해제할 수 있다. 그러나 이러한 계약의 해제는 이미 이행한 부분에 대하여는 영

따라 각자가 손해액 전부에 대한 책임을 부담하는 공동불법행위자 중 1인이 피해자에게 위자료를 지급한 경우에도 마찬가지라고 하였다.

324) 대판 2004.11.12, 2002다53865.

325) 대판 1966.1.16, 95다 43358.

326) 대판 1977.7.8, 97다 2177.

향을 미치지 아니하므로(민법 제558조) 계약 해제의 장애로 작용하고 있다. 그러므로 이러한 장애를 입법적으로 해결하는 것이 노부모 부양의무 불이행에 대한 구제방법이 될 것이다.

말하자면, 계약의 해제는 이미 이행한 부분에 대하여 영향을 미치지 아니한다는 민법 제558조를 삭제하거나, 제556조 제1항 제2호의 경우에는 제558조를 적용하지 않도록 개정하는 방법이다.³²⁷⁾ 2015년 9월과 10월에, 이러한 내용을 담은 민법개정안(이른바, ‘불효자 방지법’) 2건이 국회에 제출되어 있다. 한 건은 민병두 의원 등 22명이 제출한 개정안으로, 증여 해제권 행사기간을 ‘해제 원인을 알게 된 날로부터 1년 또는 증여한 날부터 5년’으로 늘리고 558조는 없애는 내용이다. 증여를 해제할 수 있는 사유에 ‘학대나 그 밖의 현저하게 부당한 대우’를 추가해 폭을 넓히고 증여받은 재산으로 얻은 이익까지 반환하도록 하는 내용이다. 또 다른 하나는 서영교 의원 등 10명이 발의한 민법 개정안으로 그 내용이 거의 비슷하며, 해제권 행사기간을 2년으로 두고 증여 해제 또는 부양청구할 수 있도록 하는 내용으로 되어 있다. 민법 제556조의 안정성을 기하고, 노부모 부양의무의 불이행에 대한 구제를 위하여 이미 이행한 부분까지도 해제할 수 있도록 개정할 필요가 있는 것이다.³²⁸⁾

생각건대, 증여는 당사자 일방이 무상으로 재산을 상대방에 수여하는 의사를 표시하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생기는 바(민법 제554조), 이러한 행위는 일반적으로 증여자나 수증자 간의 특별한 인적관계 내지 신뢰관계를 전제로 한다. 따라서 수증자가 이러한 관계에 기초하여 증여를 받았음에도 불구하고 증여자에 대한 배신행위 또는 망은행위를 할 경우 그 증여상태를 그대로 유지하는 것은 부당하다고 할 것이다. 최근 부양의무를 약정하고 증여받은 자녀

327) 2015년 9월 민병두 의원과 서영교 의원이 각각 ‘불효자 방지법’을 발의하였는데, 민법 개정안은 자식이 ‘부양의무를 이행하지 않을 때’나 ‘형법상 범죄 행위를 저지를 때’만 부모가 재산 증여를 취소할 수 있도록 한 규정인 현행 민법 제556조에 ‘학대 그밖에 현저하게 부당한 대우를 한 때’를 추가하도록 하고, 또 자녀에게 한 번 증여한 재산을 돌려받을 수 없게 한 민법 제558조를 삭제해 이미 증여한 재산도 반환받을 수 있도록 하는 안이다(경향신문 2015.9.25).

328) 독일 민법은 “수증자가 증여자 또는 그의 근친에 대한 현저한 비행으로 인하여 중대한 배운의 비난을 받아야 하는 때에는 증여자는 증여를 철회할 수 있다”고 규정하고 있을 뿐(동법 제530조 제1항), 우리민법 제558조와 같은 규정은 두고 있지 않다. 또한 부담부증여의 경우에도, 독일 민법은 “부담이 실행되지 아니하는 때에는, 증여물이 부담이 실행을 위하여 사용되어야 했을 한도에서, 증여자는 쌍무계약의 해제에 관하여 정하여진 요건 아래서 부당이득의 반환에 관한 규정에 따라 증여물의 반환을 청구할 수 있다”(제527조 제1항)고 규정하고 있을 뿐이다.

가 증여자에 대해 학대 및 폭행 등 범죄행위를 하거나 부양의무를 이행하지 아니하는 배은행위가 사회적으로 논란이 되고 있다.³²⁹⁾

이러한 경우 증여자는 해제 원인 있음을 안 날로부터 6월 이내에 증여의 해제를 청구할 수 있다(민법 제556조 제2항). 그런데 이미 이행한 부분³³⁰⁾에 대하여는 반환청구를 하지 못한다(민법 제558조). 즉, 현행 민법상 증여 조항은 배신행위자에게 지나치게 유리하고, 증여자에게 지나치게 불리한 이른바 ‘배은망덕 조장법’이라 할 수 있다.³³¹⁾ 이렇듯 증여의 해제의 경우 본래 의미의 해제와는 다른 의미를 가지고 있는데, 이는 본래 의미의 해제가 유효하게 성립한 계약의 효력을 채무불이행을 원인으로 소급하여 무효로 된다는 점에서 채무불이행을 원인으로 하지 않는 증여의 특수한 해제와 다르기 때문이다.

민법 제558조 해제의 소급효 제한규정과 관련하여 제555조 서면에 의하지 않은 증여 해제의 경우 소급효를 제한하는 것은 수긍할 수 있지만, 제556조 및 제557조의 해제의 경우에는 소급효 제한이 적절하지 않다는 견해가 있다.³³²⁾ 이 견해에 따르면, 증여자의 경솔한 증여를 예방하고 당사자 의사를 명확히 하기 위해 서면에 의하지 아니한 증여의 해제에 있어 소급효를 제한한 취지를 부양의무의 불이행(민법 제556조)이나 재산상태 악화(민법 제557조)를 원인으로 한 증여 해제에 대한 설명으로 부적절하다고 한다. 이는 구민법에 존재하던 제555조에 적용되던 제558조 규정을 그 후 제556조 및 제557조가 추가되면서 여기까지 적용하

329) 최근, ‘부모님을 잘 모시겠다’는 각서를 쓰고 부동산을 물려받은 아들이 약속을 저버리고 막말에 불효를 저질렀다면 재산을 다시 돌려줘야 한다는 대법원 판결이 나왔다. 대법원은 아버지가 아들을 상대로 낸 소유권이전등기말소청구소송(대판 2015다23614)에서 원고승소 판결한 원심을 확정했다. 대법원은 “아버지가 부동산을 넘긴 행위는 단순 증여가 아니라 효도라는 의무 이행을 전제로 한 ‘부담부증여’로 조건을 불이행하면 계약을 해제할 수 있다”고 하고 있다. 즉, “아들이 쓴 각서에 ‘충실히 부양한다’는 문구가 들어있는데, 이는 부모 자식 간의 일반적 수준의 부양을 넘어선 의무가 계약상 내용으로 정해졌다는 것”이라며 “재산을 증여받은 자녀가 그와 같은 충실한 부양의무를 다하지 못하면 부모가 증여계약을 해제하고 증여한 부동산을 다시 찾아올 수 있다”는 취지의 판결이다(법률신문, “효도각서 불이행… 받은 재산 돌려줘라” 부담부 증여에 해당해 해제 가능, 2015.12.28.).

330) 동산 증여의 경우에는 인도가 있으면 이행한 것으로 볼 수 있으나, 부동산의 경우에는 견해가 대립된다. 하지만, 다수의 견해는 부동산의 경우 소유권이전등기가 경료되면 이행이 된 것으로 보고 있다(예컨대, 송덕수, 전게서, 433면; 지원림, 전게서, 1428면). 그리고 판례도 부동산 증여에서 인도만으로는 부족하다고 하여 이행을 소유권이전등기를 마친 상태로 이해하고 있다(대판 1977.12.27, 77다834).

331) 민병두 의원 대표발의, “민법 일부 개정 법률안(2015.9.9)”, 제안이유 및 주요내용 참조.

332) 명순구, “서면에 의한 증여와 그 해제-대법원판결 1998.9.25. 98다22543에 대한 비판적 평가-”, 『민사법학』, 제42호, 한국민사법학회, 2008.9, 301면.

게 된 것으로, 이는 명백한 입법상의 오류라고 한다.

부양의무의 불이행으로 인한 증여의 해제는 증여자와 수증자 간의 신뢰관계에 기초한 것으로 이러한 관계가 상실하였다면 당연히 증여의 기초도 허물어졌다고 보아야 하므로 민법 제555조의 증여해제와는 그 취지를 달리하고 있다고 할 수 있다. 따라서 해제의 효과에 있어서도 이를 달리 취급하여야 타당할 것이다.³³³⁾

한편, 민법 제975조에 의하면 부양의 의무는 부양을 받을 자가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없는 경우에 한하여 인정된다고 규정하고 있는 바, 부양의무의 발생요건으로서 부양의 필요성과 부양의 가능성이 인정되어야 한다. 이러한 규정에 비추어 보면 민법 제556조상의 부양의무 불이행으로 인한 증여의 해제의 경우 증여자가 부양이 필요한 상태에 있어야만 수증자의 부양의무라는 것을 상정할 수 있다. 따라서 증여자가 부양이 필요한 상태에 빠지게 된 원인인 증여와 수증자의 부양의무 이행을 달리 취급할 것이 아니므로 부양의무 불이행으로 인한 증여의 해제에 있어서 소급효를 인정하는 것이 타당할 것이다.

한편, 부양의무 불이행으로 인한 증여계약 해제권의 효과를 제한하는 민법 제558조 중 민법 제556조 제1항 제2호와 관련된 부분이 증여자의 법정해제권이라는 재산권을 형성하면서 기본권 제한의 입법적 한계를 벗어난 것인지 여부를 다룬 사안에서 헌법재판소는 법률관계의 안정성을 이유로 소극적인 태도를 보여, 민법 제558조 중 부양의무 불이행으로 인한 증여해제와 관련된 부분에 대해서 헌법에 위반되지 아니한다고 판시하고 있다.³³⁴⁾ 그러나 이는 앞에서 살펴본 바와

333) 이에 반해, 입법상의 오류가 아니라 배은행위나 재산상태의 변경으로 인한 경우에도 전혀 해제권을 주지 않는 일본 민법의 규정과 두 경우에 이행 이후에도 해제와 부당이득반환청구를 인정하는 서구 입법 사이에서 절충적인 입장을 취한 것이라는 견해가 있다. 이 견해에 따르면, 서구의 입법에 따라 일단 해제권을 부여하되, 그 제한을 두어 이미 이행된 경우에는 그 반환을 제한한 것으로 볼 수 있으며, 이러한 고려 없이 세계에서 유일하다는 이유만으로 합리성이 없는 부당한 규정이라고 치부하는 것은 우리 민법전에 대한 옳지 않은 경시적 태도로 적절치 않다고 한다(박희호, “민법상 증여의사에 관한 연구-해제권행사에 대한 제한을 중심으로-”, 「법학연구」, 제44집, 전북대학교 법학연구소, 2015.5, 147면).

334) 헌법재판소는, “민법 제558조 부분에서 이미 증여계약의 이행이 완료된 부분에 대하여 망은행위로 인한 법정해제권 행사의 효과를 제한하는 것은, 입법자가 수증자의 망은행위에 대한 우리 사회의 윤리적 평가를 기초로 증여자와 수증자의 이익을 비교 형량하는 한편, 증여계약이 무상·편무계약인 특질과 수증자의 부양의무 불이행에 대하여는 별도로 민법 제974조 내지 제979조에서 부양의무의 이행을 구할 수 있는 방법을 인정하고 있는 점 등을 고려하여, 이미 이행된 증여 부분은 증여자의 의사가 분명히 드러남과 아울러 증여가 경솔하게 이루어지지 않았다는 것이 명백하기 때문에 증여자와 수증자 사이의 법률관계를 조속히 안정시켜 증여자의 일방적인 의사에 의하여 법률관계가 불안정하게 되는 것을 최소화하기 위한 것이므로, 법정해제권이라는 재산

같이 서면에 의하지 아니한 증여해제의 경우에 합당한 논거이지, 부양의무 불이행으로 인한 증여해제의 경우에는 적절한 논거가 될 수 없다. 부모 부양의무의 문제와 관련하여 가장 먼저 선행되어야 할 노력은 부모의 부양이 필요한 상태의 발생과 그 심각성의 정도를 되도록 낮추는 데 있기 때문이다. 따라서 부양의무 불이행으로 인한 해제의 경우에 일반적인 해제와 마찬가지로 소급효를 인정함으로써 부모가 재산을 회복하여 경제적으로 자립할 수 있도록 하거나, 적어도 부양이 필요한 상태를 완화하여 부양의무자의 부담을 덜어주어야 할 것이다.

제3절 국민기초생활보장법상 노부모 부양 관련제도의 개선방안

노부모 부양에는 사적부양과 공적부양이 있음은 이미 살펴본 바와 같다. 제1절과 제2절에서는 사적부양의 이행확보방안과 부양의무 불이행시 구제방안에 대하여 살펴보았으므로, 여기에서는 공적부양제도의 개선방안에 대하여 살펴보고자 한다. 노부모 부양과 관련한 제2장에서 살펴본 것처럼 공적부양제도에는 여러 가지가 있지만, 여기에서는 가장 관계가 깊은 국민기초생활보장법상의 고령자 부양제도를 중심으로 고찰하려 한다.

헌법은 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활을 국민의 기본권으로 보장하고 있으며,³³⁵⁾ 국민기초생활보장법도 최소한 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활을 초과하는 수준의 경제적 생활을 보장하여야 한다.³³⁶⁾ 그 수준은 건강하고 문화적인 최저생활을 유지할 수 있는 것이어야 하는데(국민기초생활보장법 제4조 제1항), 과연 이러한 최저생활의 보장이 헌법상 인간다운 생활을 할 권리를 보장한다고 할 수 있을지는 의문이지만, 국민기초생활보장법은 “생활이 어려운 사람에게 필요한 급여를 실시하여 이들의 최저생활을 보장하고 자활을 돕는 것을 목적”으로 하고 있다(제1조). 그리고 이 법에 따른 급여는 수급자가 자신의 생활의 유지·향상을 위하여 그의 소득, 재산, 근로능력 등을 활

권을 형성함에 있어서 합리적인 입법재량의 한계를 일탈하여 기본권 제한의 입법적 한계를 벗어난 것이라고 보기는 어렵다”고 판시하고 있다(헌재 2009.10.29, 2007헌바135 전원재판부).

335) 헌법재판소 2004.10.28. 2002헌마328.

336) 김중수, 전계논문, 85-86면.

용하여 최대한 노력하는 것을 전제로 이를 보충·발전시키는 것을 기본원칙으로 한다(제3조 제1항). 또한 부양의무자의 부양과 다른 법령에 따른 보호를 받는 경우 국민기초생활보장법에 우선하여 적용되는데(제3조 제2항), 이를 ‘보충성의 원칙’이라고 한다. 보충성의 원칙이란 수급자가 먼저 자신의 소득과 재산, 근로를 통하여 인간다운 생활을 유지하고 발전시키려는 최대한의 노력이 있었음에도 불구하고, 소득인정액이 최저생계비 수준 이하일 경우에 국가가 최후의 수단으로 개입을 함으로써 생계급여 등을 통하여 최저생계비 수준의 생활을 보장하는 것을 말한다.

급여의 기준은 수급자의 연령, 가구 규모, 거주 지역, 그 밖의 생활여건 등을 고려하여 급여의 종류별로 보건복지부장관이 정하거나 급여를 지급하는 중앙행정기관의 장이 보건복지부장관과 협의하여 정하여야 하며(제4조 제2항), 보건복지부장관 또는 소관 중앙행정기관의 장은 급여의 종류별 수급자 선정기준 및 최저보장수준을 결정하여야 한다고 규정함으로써(제6조 제1항) 급여기준에 있어서 개별성의 원리를 채택하고 있다.

이렇듯 국민기초생활보장법은 최저생활보장의 원리, 자활조성의 원리, 보충성의 원리, 개별성의 원리에 따라 급여가 이루어져야 하고, 이들의 관계는 최저생활보장의 원리가 최상의 원리로서, 자활조성의 원리, 보충성의 원리는 최저생활의 보장의 토대 위에서 실현되어야 할 것이다. 한편, 자활조성의 원리는 국민기초생활보장법이 도달하여야 하는 목표에 해당되기 때문에 자활조성을 위한 수단적 원리인 보충성의 원리보다 우선되어야 할 것이다.³³⁷⁾

1. 사회보장수급권자 선정 시 신청주의의 단계적 완화

사회보장 수급권, 특히 기초생활보장수급권을 선정하는 방식으로 신청주의를 취하는 현행 제도에 많은 문제점이 있음은 이미 살펴본 바와 같다. 그러나 신청주의를 완전 폐지하는 것은 현실적으로 불가능할 것으로 보인다. 그 이유는 한정된 재원으로 효율성을 높일 수 있기 때문이다. 이는 복지를 위한 재원의 한정성

337) 김중수, 상계논문, 88-89면.

으로 인한 수급대상의 선별은 피할 수 없는 것이 현실이고, 같은 제도의 수급자라 할지라도 소득수준이 다르기 때문에 차등적 복지급여를 통해 효율성을 보다 높일 수 있음을 의미한다. 그리고 한정된 재원으로 가장 필요한 최빈자부터 할당하는 것이 형평성에 부합하는 측면도 한 가지 이유가 될 것이다. 최빈자에게 자원을 먼저 제공하는 것이 복지의 형평적 원리에 부합하고, 국민기초생활보장법의 보충급여의 원칙상 수급자들마다 보충액이 모두 다르기 때문에 더 형평적이기 위해서는 신청주의를 통하여 그 보충액을 정확히 산정하여야 하기 때문이다.³³⁸⁾ 이러한 신청주의의 특성을 고려한다면, 신청주의의 완전 폐지는 현실적으로 불가능한 것처럼 보인다. 그러나 신청주의에 제도적·사회적 문제가 있는 것은 분명하므로, 이를 단계적으로 완화시킬 필요가 있다.

우선 반드시 신청주의가 필요하지 않은 제도들부터 신청주의를 피하고 비신청주의적 급여방식을 확대시켜야 할 것이다. 사회적 낙인을 유발할 수 있는 국민기초생활보장법상의 제도는 특히 그러하다. 생존권적 절박성, 행정신청에 대한 이해 부족 등의 수급권자의 특성이 반영되어야 하기 때문이다. 무엇보다 수급신청자의 대기기간을 단축하기 위한 제도적 개선도 필요하며, 선별이 목적이 되어서는 아니 되고, 보장을 위한 목적이 되어야 할 것이다. 이를 위해서는 효율적인 정보시스템의 고도화를 통한 통합적 정보전달체계의 구축이 필요하다.³³⁹⁾

2. 부양의무자 기준의 개선

우리나라의 국민기초생활제도는 1999년 국민기초생활보장법이 제정되고 2000년부터 시행되어 공조제도의 추축이 되는 제도로서 최후의 안전망으로서의 역할을 해 왔다. 국민기초생활제도는 사적부양 우선의 원칙에 근거하여 부양의무자 기준을 두고 있는데, 그 기준은 크게 부양의 필요성과 부양의 가능성으로 구분된다. 다시 말해, 수급권자는 부양의무자가 없거나 부양의무자가 있어도 부양능력이 없거나 부양을 받을 수 없는 사람이어야 한다.³⁴⁰⁾

338) 강신욱 외, 전계 보고서, 265면.

339) 다만, 2012년 8월부터 사회복지통합관리망이 모든 정부 부처의 복지사업을 통합 관리하는 사회보장정보시스템으로 확장 운영되고 있기는 하다(윤관영, 「사회복지법제론」, 나남, 2013, 35면).

최근 송파구 세 모녀³⁴¹⁾ 사건과 동두천 모자 사건 등 생활고에 시달리다 안타깝게 자살한 사건이 연이어 발생하고 있다. 기초생활수급자를 위한 여러 복지 제도가 있지만 정작 필요한 사람들이 이러한 혜택을 받지 못하고 있는 것이다. 이는 경제상황이 악화되고, 빈곤율이 증가하고 있음에도 불구하고 부양의무자 기준이 엄격하게 적용됨으로써 복지정책의 사각지대가 발생하고 있음을 의미한다.

2014년 12월 부양의무자가 수급자를 부양하고도 중위소득 수준의 생활이 가능하도록 부양의무자 기준을 개선한 바 있다. 충분하지는 않지만 분명 바람직한 방향임은 틀림없다. 그럼에도 불구하고 여전히 간주부양 방식을 채택하고 있고, 이로 인한 복지정책의 사각지대는 여전히 존재하게 된다.³⁴²⁾ 현행의 간주부양료 제도와 관련하여 많은 학자와 단체에서 비판의 목소리를 내고 있다. 앞서 언급한대로 정부에서는 약간의 기준조정은 있었지만, 부양의무자 기준에 관한 기본적인 틀은 바뀌지 않았다. 실제부양과 상관없이 부양의무자 가구의 소득과 재산을 평가함으로써 수급신청자의 수급여부를 판단하는 것은 분명 문제가 있다고 할 수 있다. 이를 해결하기 위해서는 사적부양과 공적부양과의 경계를 현실에 맞게 조정할 필요가 있다.

이를 위한 방법으로는 두 가지 선택지가 있다. 첫 번째 방안은 부양의무자 기준을 폐지하는 것이고, 두 번째 방안은 부양의무자의 범위를 축소하는 등 일부 기준을 변경³⁴³⁾하는 것이다. 그런데 후자의 경우는 문제를 해결하기 위한 방안이라고 하기 보다는 이를 최소화시키기 위한 조치에 불과하다. 부양의무자의 범위를 축소하고, 부양비 부과율을 인하한다 하더라도 여전히 실제부양과 무관하게 부양을 하는 것으로 간주하기 때문이다.³⁴⁴⁾

340) 여유진 외, 「국민기초생활보장제도 부양의무자 재산기준 개선방안 연구」, 한국보건사회연구원, 2014.12, 22면.

341) 서울 송파구에 거주하던 세 모녀가 생활고로 고생하다 2014년 2월 방안에 번개탄을 피워 놓고 동반 자살한 사건이다. 지하 셋방에서 살던 세 모녀는 질병을 앓고 있는 것은 물론 수입도 없는 상태였으나, 국가와 차치단체가 구축한 어떤 사회보장체계의 도움도 받지 못했다. 이들은 마지막 집세와 공과금 70만원을, 그리고 죄송하다는 내용의 유서를 남기고 자살했다(경향신문 2014.3.5. 참조). 이 사건 이후 복지 사각지대에 대한 논란과 법안 개정의 목소리가 높아졌으며, 결국 2014년 12월 송파 세 모녀법으로 불리는 “국민기초생활보장법” 및 “긴급복지지원법” 개정안, “사회보장급여의 이용·제공 및 수급권발급에 관한 법률” 제정 등 복지 사각지대 해소와 관련된 3개 법안이 국회를 통과했다.

342) 허선, “가족과 부양의무”, 「월간 복지동향」, 제175호, 참여연대사회복지위원회, 2013.5, 12면.

343) 2014년 3월 28일 안철수 외 129인 발의안에서 부양의무자의 범위에서 직계혈족의 배우자를 제외하여야 한다는 법안을 발의한 바 있다.

344) 허선, 전개논문, 11-12면.

한편, 부양의무자 기준 폐지와 관련하여 추가예산 및 도덕적 해이 문제에 대한 우려로 반대의견이 제기된다.³⁴⁵⁾ 이러한 반대의견은 일면 타당한 주장이라 할 수 있다. 하지만 ‘인간다운 생활을 위한 최소한의 보장’은 이를 실현하는 데 국가의 재정능력과 관련된 어려움은 극복 가능한 것이라는 인식에 기반하고 있는 것으로써,³⁴⁶⁾ 추가예산이 현실적으로 불가능한 것이라 할 수 있는 수준에 해당하지도 아니하고,³⁴⁷⁾ 불가능하다 하더라도 부양의무자 기준 폐지에 소요되는 추가비용은 수급대상을 확장한 것이 아니라 사각지대에 있어 보호를 받지 못하는 사람에 대한 권리로서, 법의 흠결로부터 당연히 요청되는 것이므로 예산상의 이유는 정당성을 인정할 수 없다.³⁴⁸⁾

설령 자녀가 경제적으로 부유하게 살고 있다 하더라도 그 자녀가 부모를 실제로 부양하지 않는다면 부모의 빈곤상태에는 변함이 없고, 자녀가 부유하다는 이유로 신청단계에서 신청할 수 없도록 함으로써 부모가 피해를 입도록 해서는 아니 된다.³⁴⁹⁾ 어느 제도에서나 마찬가지로 부정수급의 문제는 발생하는 바, 이는 조사와 감독기능의 강화를 통하여 적발될 경우 엄중한 처벌을 통하여 해결할 문제에 해당하는 것으로 신청단계에서 수급자격을 박탈시키는 방법으로 해결되어서는 아니 될 것이다.³⁵⁰⁾ 따라서 ‘부양의무자가 없거나 부양의무자의 부양능력이 없거나 부양을 받을 수 없는 사람’이라고 하는 현행 부양의무자 기준을 국민기초생활보장법상의 수급자격 요건에서 삭제 하는 것이 바람직하다. 다만 우선 부양

345) 김대현, “국민기초생활보장법 일부 개정 법률안 검토보고(강창일 의원, 남인순 의원, 강동원 의원, 김용익 의원 대표발의)”, 국회 보건복지위원회, 2012.11. 참조.

346) 전광석, “국가의 사회적 과제와 사회적 기본권”, 「고시연구」, 제259권, 고시연구소, 1995.10, 55면.

347) 부양의무자 기준으로 인하여 수급하지 못하였던 계층에 대해 보장급여를 지급할 경우 소요되는 비용은 2013년부터 2017년까지 5년 간 총 10조 6,784억원이 소요될 것으로 예상되고, 부양의무자 기준을 초과하여 부정수급한 경우 사후 징수를 통한 연간 4억~5억원의 추정징수액을 차감하면 추가 재정소요액은 연간 9,962억원~2조 7,031억원으로 추정된다(이낙연 의원 대표발의, “국민기초생활보장법 일부개정 법률안(2012.6.5.)”, 국민기초생활보장법 일부개정 법률안 비용추계서 참조).

348) 김지혜, 전개논문, 127면.

349) 국민기초생활보장법 제46조 제1항은, “수급자에게 부양능력을 가진 부양의무자가 있음이 확인된 경우에는 보장비용을 지급한 보장기관은 제20조에 따른 생활보장위원회의 심의·의결을 거쳐 그 비용의 전부 또는 일부를 그 부양의무자로부터 부양의 범위에서 징수할 수 있다”고 하고 있으므로, 일단 수급자로 지정하여 수급토록 하고, 사후에 문제가 되면 비용을 징수하면 될 것이다.

350) 부양의무자 기준을 초과하여 부정수급을 한 경우에는 그 부양의무자에 대하여 사후징수가 가능하다(김지혜, 전개논문, 128면).

의무자의 범위를 축소하는 등 그 기준을 완화하고, 장기적으로는 부양의무자 기준을 수급자격 요건에서 삭제시키는 것이 좋을 것이다.

제4장 입법례에서 살펴본 바와 같이, 일본은 2013년 12월에 개정된 생활보호법에서 부양의무자의 존재를 결격사유로 규정하고 있지 않다. 이는 국민기초생활보장법에서 수급권자의 범위로 부양의무자가 없음을 명문으로 규정하고 있는 우리나라와 대조되는 것으로, 우리에게 시사하는 바가 크다고 할 수 있다.

3. 간주부양료 제도의 폐지

실질적으로 부양을 받지 못하고 있음에도 불구하고 부양비 산정방식에 따라 부양비를 지급받은 것으로 간주하여 이를 소득으로 인정되는 경우를 간주부양료라 한다.³⁵¹⁾ 간주부양료는 부양의무자가 부양의무를 이행하고 있지 않지만, 이를 ‘간주부양료를 지급하는 것을 조건으로 부양능력이 없는 경우에 해당하는 것’으로 의제하여 수급자로 선정하는 대신에, 그 간주부양료 만큼을 시행령 제3조 ①항 제4호의 “기타소득”으로 의제하여 그 간주부양료 액수만큼 급여액을 줄여서 지급하는 제도로서, 행정 편의적 발상에서 만들어진 것이다. 이러한 제도는 수급자의 생계급여 등 급여액을 감축하는 기제로 작용하게 된다.

그러나 국민기초생활보장법 제2조 제9호는 ‘실제소득의 범위’를 시행령에 위임한 것뿐이고, 시행령 제3조 ①항의 1,2,3,호는 근로소득, 사업소득, 재산소득 등 실제 얻은 소득이어서 실제소득의 성질을 갖는 것이지만, 제4호 나.목의 간주부양료는 실제로 얻은 소득도 아닌데도 타인으로부터 이전소득이 있는 것처럼 간주하는 것이어서 이러한 ‘간주부양료’를 실제소득에 포함시키는 것은 위임입법의 한계를 벗어난 것으로 위법하다고 할 수 있다.³⁵²⁾

한편, 보장기관의 입장에서는 예산의 제약 속에서 부양의무자가 부양의무를 이행하지 않고 있다는 사실만으로 ‘부양을 받지 않는 경우’로 인정하여 생계급여

351) 국민기초생활보장법 시행령 제4조 ①항 제4호 다 목의 ‘보건복지부 장관이 정하는 일정한 금액을 수급권자에게 정기적으로 지원하는 것’을 전제로 ‘부양능력이 없는’ 요건을 인정하여 수급자로 선정될 수 있도록 하는 것을 실무에서는 소위 ‘간주 부양료’라고 하고 있다(김남근, 전계논문, 165면).

352) 서울고판(제1행정부) 2011.1.11, 2010누21435에서 원고 측의 주장이다.

등 급여 전부를 지급하는 수급권자로 인정하기는 어렵지만 ‘간주부양료’라는 편의적 행정방식을 통하여 수급권자로 인정하면서도 급여액을 대폭 삭감하여 지급하는 것은 타당하지 않다.³⁵³⁾

간주부양료 제도에 의하면, 부양능력이 미약한 부양의무자가 부양비 지원을 기피하거나 거부함으로써 실질적으로 부양을 받지 못하는 경우에도 수급권자는 부양의무자로부터 부양비를 지원받는 것으로 간주되어 급여가 결정되므로 최저생활도 보장받지 못하는 경우가 발생하게 된다. 뿐만 아니라 국민기초생활보장법의 입법취지에도 반하므로 간주부양료 제도는 폐지되어야 할 것이다.

4. 노인의 경제적 지원 및 보호시설의 확충

(1) 노령연금 등 경제적 지원의 확대

통계청에 의하면, 2015년 9월 현재, 65세 이상 인구는 전체 인구의 13.1%로 10년 전보다 약 200만명 증가한 662만 4천명이며, 2060년에는 40%대까지 늘어날 전망이다.³⁵⁴⁾ 그리고 2015년 노년부양비³⁵⁵⁾는 17.9명³⁵⁶⁾으로 생산가능인구³⁵⁷⁾(15세~64세 인구) 5.6명³⁵⁸⁾이 고령자 1명을 부양하고 있는 셈이다.³⁵⁹⁾

한편, 2015년 고령자 가구(가구주 연령이 65세 이상)는 385만 2천 가구로 전체 가구의 20.6%를 차지하였으며, 2035년에는 40.5%까지 증가할 전망이며, 가구주가

353) 그러나 서울 고등법원 판결은, ‘간주부양료’ 제도에 대하여 편의적 행정의 불가피한 점을 인정하고 수급권자를 조금이라도 지원하는 시혜적 행정을 한다고 볼 수 있어 정당하다는 판단을 하고 있다.

354) 1990년 5.1%에서 2000년 7.2%, 2010년 11.0%로 증가된데 이어, 2015년 13.1%로 증가되었으며, 2020년에는 15.7%, 2030년에는 24.3%, 2040년에는 32.3%, 2050년에는 37.4%, 2060년에는 40.1%로 증가될 전망이다(통계청, “장래인구추계” 보도자료, 2011.12, 2면).

355) 노년부양비는, 65세 이상 인구/15~64세 인구 × 100으로 산출된 비율을 말한다.

356) 우리나라의 노년부양비는, 1990년 7.4명에서 2000년 10.1명, 2010년 15.2명, 2015년 17.9명으로 증가하였으며, 2020년 22.1명, 2030년 38.6명, 2040년 57.2명, 2050년 71명, 2060년 80.6명으로 증가할 것으로 예상되고 있다(통계청, 전계 「장래인구추계」, 3면).

357) 생산가능인구는 15~64세 인구/65세 이상 인수로 산출된 인구를 말한다.

358) 고령자 1명당 생산가능인구는 1990년 13.5명에서 2000년 9.9명으로, 2010년 6.6명, 2015년 5.6명으로 계속 감소하고 있으며, 2020년 4.5명, 2030년 2.6명, 2040년 1.7명, 2050년 1.4명, 2060년 1.2명으로 계속 감소할 것으로 예상되고 있다.

359) 통계청, 전계 “2015 고령자 통계”, 5면.

65세 이상이면서 혼자 사는 가구는 전체 가구의 7.4%이나, 20년 후인 2035년에는 2배 이상 증가할 것으로 예상되고 있다. 2010년 이후부터 고령자 가구 중 1인 가구의 비중은 부부만 사는 경우보다 더 높게 나타나고 있다.

기초노령연금제도는 소득과 재산이 적어 생활형편이 어려운 노년층에게 매달 생활비를 보조해 주는 것으로서, 2008년 1월부터 만 70세 이상 노인을 대상으로 처음 지급된 이후 당해 7월에는 65세 이상으로 확대하여 매월 일정액의 연금을 지급하고 있다. 기초노령연금은 대상자의 금융·부동산 등 재산과 근로 및 연금 소득 등을 합산한 뒤 기준에 따라 월별 소득인정액을 산출, 수급대상자를 결정한다. 이때 주거공제액은 집값이 지역마다 다른 점을 고려해 서울 및 광역시 등 대도시는 1억 800만원, 중소도시는 6,800만원, 농어촌은 5,800만원을 뺀 나머지만을 재산으로 산정한다. 이렇게 산출된 소득인정액³⁶⁰⁾에 따라 65세 이상 노인 중 재산이 적은 하위 70%(2014년 기준 혼자 사는 노인은 87만원 이하, 노인부부는 139만 2000원 이하)에게 지급되며, 혼자 사는 노인의 경우 2014년 4월부터 2015년 3월 기준 최고 월 9만 9,900원(평균소득의 5%), 부부는 월 15만 9900원을 받는다. 이 밖에 대상노인들 중 자신들의 장례를 위한 목돈 준비 추세가 점점 확대되고 있는 현실을 반영하여 노인의 재산을 산정할 때 제외하는 긴급자금 보유한 도액(금융재산)은 가구당 2,000만원이다.

2014년 말 현재, 65세 이상 고령자 중 국민연금, 공무원연금, 사학연금 등 공적연금을 받는 자는 총 253만 1천명으로 전체 고령인구 중 39.6%를 차지하고 있는 것으로 집계되고 있다. 고령자의 공적연금 수급률은 계속 증가 추세로 2005년에 비해 2.5배 증가했는데, 연금종류별로는 국민연금이 89.8%, 급여종류로는 노령연금이 87.0%로 가장 많은 것으로 나타나고 있다.³⁶¹⁾

2014년 기준 고령자(55-79세)의 45.0%(532만8천명)가 평균 49만원의 연금을 수령한 것으로 나타나고 있지만, 이 중 50.6%가 10-25만원 정도 밖에 받지 못하며, '10만원 미만'을 받는 경우도 1.5%나 되는 것으로 나타났다.³⁶²⁾

360) 소득인정액은 노인가구의 월소득과 재산가액에 연리 5%로 계산한 월액을 합산한 금액을 말한다. 즉, 소득인정액은 월소득평가액과 재산의 월소득환산액을 더한 금액이며, 재산의 월소득환산액은, {(일반재산 - 기본재산액) + (금융재산 - 2000만원) - 부채} × 재산의 소득환산율(5%) ÷ 12(월)로 산출한다.

361) 통계청, 전계 "2015 고령자 통계", 6면.

362) 참고로, 2014년 국민기초생활보장 일반수급자 123만 7천명 중 고령자는 37만9천명으로 30.6%

사회의 변화와 발달로 인해서 국민들은 국가가 모든 국민에 대한 생존권 보장 책임을 부담하는 것이 가장 이상적인 것이라고 까지 생각하게 되었다.³⁶³⁾ 국가는 국민기초생활보장법, 노인복지법, 저출산·고령사회기본법시행령 등에서도 노인 보호와 복지증진을 위한 규정을 마련하고 있다. 물론 이러한 국가나 사회에 의한 공적부양(부조)제도로 모든 국민에 대한 생존권보장의 의무를 수행하기에는 재정적인 한계는 있다. 하지만 사적부양으로서 해결이 불가능한 경우에 국가나 사회가 책임을 질 수 밖에 없다.³⁶⁴⁾

(2) 요양보호시설의 확충

유료양로원이나 요양시설의 경우 그 비용이 막대하여 이러한 비용을 지불할 수 있는 노부모는 매우 제한적일 수밖에 없다. 따라서 더 이상 가족이 돌볼 수 없는 경우 보호가 가능한 실비노인시설의 확충이 절대적으로 필요하다.³⁶⁵⁾ 특히 치매나 뇌졸중 노인 등 환자들을 위한 전문적인 보호와 의료적 치료를 제고하는 장기요양보호시설의 확충도 요구되고 있다. 현재 노인복지시설의 대부분을 차지하고 있는 무료노인복지시설은 서비스의 수준이 크게 낮아 생계비 지원수준이 입소노인의 최저생활보장에도 크게 못 미치는 수준이며, 시설운영비 지원을 위한 정부지원금 책정기준도 합리적이지 못하다는 지적도 예전부터 있어왔다.³⁶⁶⁾

2014년 12월말 현재 노인복지시설은 73,774개소가 있는데, 이 중 노인여가복지시설이 65,665개소로 89.0%를 차지하였으며, 경로당이 대부분을 차지하고 있다. 2008년 7월부터 노인장기요양보험제도의 시행으로 노인의료복지시설은 급속히 증가하다가 2011년부터는 증가속도 완만해 지고 있는 바, 노인의료복지시설의 증가로

수준이다(통계청, 상계 보도자료, 7면)

363) 배경숙, 전개논문, 29면.

364) 이경희, 전개서, 266면에서는, 사적부양과 사회보장과의 관계를 설명하면서 사회보장제도가 사적부양을 압박하는 것은 현재의 사회보장이 불완전하다는 반증이고 생활보장에 관한 국가의 적극성 결여 내지는 책임전가인 것으로 현재의 사적부양에 관한 규정은 사회보장제도가 완비되기까지의 잠정적 규정이라고 하고 있다. 이는 사회보장을 사적부양에 우선시하여 국가의 책임을 강조하는 입장인 것으로 생각된다.

365) 주요 외국들에 있어서는 이미 1970년대부터 국가가 극빈 노인이나 요양보호가 필요한 노인들을 위한 요양시설을 확충하고 있다. 이에 대하여는, 이성구, “노친을 위한 공적부양의 범위”, 『한국노년학』, 제7집 제1호, 한국노년학회, 1987, 99-101면.

366) 윤현숙, “노인부양 : 가족의 책임인가, 사회의 책임인가”, 『가족법연구』, 제14호, 한국가족법학회, 2000.12, 219면.

가정을 방문하여 이루어지는 재가노인복지시설은 감소하는 추세라고 한다.³⁶⁷⁾

제4절 노부모 부양책임 의식 고취

1. 효행장려법의 개정을 통한 효사상 고취

우리나라는 예로부터 ‘효를 백행의 근본’이라 하여 중시하여 왔고, 우리사회를 도덕적으로 유지 발전시키는 근간이 되는 요소이기도 하다. 그러나 오늘날 우리 사회는 고령화와 핵가족화 등으로 인하여 노부모 부양에 대한 의식이 많이 약화된 것을 부인할 수 없다. 즉, 최근 20년 간 1-2인 가구가 큰 폭으로 증가하고, 4-5인 가구는 감소하면서 가구 규모가 계속 줄고 있고, 세대구성별 가구도 최근 20년 간 대가족에서 핵가족으로 단순화하는 양상을 보이고 있고,³⁶⁸⁾ 노부모 부양에 대한 인식도 가족이 부양해야 한다는 의식에서 국가나 사회가 부양해야 한다는 인식이 강해지고 있다. 가족부양에 대한 가치관은 가족중심에서 스스로 해결 및 사회책임 등이 높고, 부양책임자로 장남 및 아들 중심에서 모든 자녀로 인식이 확대되었으며, 부양의 국가에 대한 의식이 높아짐에 따라 가족부양 기능이 약화되었다.³⁶⁹⁾

이러한 상황에서 우리 민족의 기본정신인 효를 어느 정도 법적으로 강제하기 위하여 2007년 8월 3일 ‘효행장려 및 지원에 관한 법률’(이하 ‘효행장려법’이라고 한다)³⁷⁰⁾을 제정하고 2008년 8월 4일부터 시행하고 있으며, 최근 이 법률의 실효성 확보를 위한 개정안이 계속 발의되고 있는 등, 효를 법적으로 어느 정도 강제할 수 있는 입법적 시도가 계속되고 있다.³⁷¹⁾ 여기에서는 현행 ‘효행장려법’의 제

367) 통계청, 전제 “2015 고령자 통계”, 7면.

368) 김유경, “가족변화양상과 정책함의”, 「보건·복지 Issue & Focus」, 제58호, 2014.9, 7면.

369) 가족부양관은 가족책임(89.9%→33.2%)에서 스스로 해결 및 사회책임(10.1 %→66.8%)으로 인식 전환을 하였고, 부모 부양 책임자는 가족 중 능력 있는 자녀 또는 장남 및 아들(74.9%→8.2%)에서 모든 자녀(15.0%→25.0%)로 변화하였다(김유경, 상계논문, 6면).

370) 이 법은 아름다운 전통문화유산인 효를 국가차원에서 장려함으로써 효행을 통하여 고령사회가 처하는 문제를 해결할 뿐만 아니라 국가가 발전할 수 있는 원동력을 얻는 외에 세계문화의 발전에 이바지함을 목적으로 한다(동법 제1조).

371) 물론 이에 대해서는 법과 도덕(윤리)으로서의 효도와와의 관계(구분)를 고려하여 입법화에 대해

정이유 및 입법과정, 현행법의 내용, 개정안의 주요내용을 살펴보면, 이 법의 개정을 통하여 노부모 부양의식을 고취할 수 있는 제도로써 기능할 수 있도록 하려 한다.

(1) 효행장려법의 제정이유와 입법과정

효행장려법은 인류의 보편적 가치인 부모에 대한 효 의식을 되살리기 위하여 효를 국가차원에서 장려하고, 이를 지원하기 위한 방안을 마련함으로써 효행을 통하여 고령사회가 처하는 문제를 해결하며, 이를 통해 국가가 발전할 수 있는 원동력을 얻기 위해 제정된 것이다.³⁷²⁾ 즉, 사회의 급속한 변화로 가족의 형태가 전통적인 대가족제도에서 핵가족화 됨으로써 자녀들이 경제적 능력을 상실한 부모를 부양하는 것을 기피하는 현상이 발생하고, 국민연금과 같은 사회공적부조시스템이 완비되지 아니한 상황에서 부모에 대한 부양이 약화됨에 따라 자녀·사회 어느 쪽에서도 부양을 받지 못하는 노부모들이 늘어날 수밖에 없는 상황을 고려하여 부모에 대한 공경 또는 효 의식을 되살리기 위하여 효행을 장려하고 이를 지원하기 위한 방안을 마련한 것이다.

2007년 8월 3일 현행 효행장려법이 제정되기 전에 ‘효행장려 및 지원에 관한 법률안(2005.4.18. 제안)’과 ‘효 실천장려 및 지원에 관한 법률안(2005.5.31. 제안)’이 주요 제정안으로 국회에 상정되었었다. 이 두 가지 법률안의 주요 내용을 보면 다음과 같다.

앞의 법률안의 주요내용은 국가 등의 책무, 계획의 수립, 실태조사 등 기본적인 규정을 비롯하여 교육장려·부모 부양에 대한 지원, 효행우수자에 대한 표창, 부모 부양을 위한 주거시설의 공급 및 주택의 우선공급, 생업지원 등 효행장려 및 지원 그리고 국가 및 지방자치단체의 효행장려지원사업 전담수행, 효행장려협회, 효행장려지원센터 및 효행장려지도사 등 서비스 전달체계와 관련된 사항 등을

서 부정적으로 볼 수 있다. 그러나 아주 기초적인 도덕적 가치에 대한 법적 보호의 요구는 정당하다는 측면에서의 고려가 필요하다(심현섭, “법과 도덕의 관계”, 「법학」, 제37권, 서울대학교 법학연구소, 1977.6, 234면).

372) 박광동·윤혜란, “고령화 사회에서 부모 부양 문제의 법적 해결방안 연구-효도법을 중심으로-”, 「중앙법학」, 제17집 제1호, 중앙법학회, 2015.3, 164면.

담고 있었지만, 373) 국회를 통과하지 못하고 폐기되었다.

뒤의 법률안의 주요내용은 국가 등의 책무, 교육장려, 효행우수자에 대한 표창, 부모 부양을 위한 주거시설의 공급 및 주택의 우선공급과 비용지원, 생업지원, 효 간병수당 지급, 조세감면, 공공의료시설 등의 우선 이용, 교육비 지원 등이다. 그러나 이 법률안 역시 교육비 지원의 적절성 여부 등 여러 가지 문제에 대한 검토의 필요성이 제기됨에 따라 폐기되었다.³⁷⁴⁾

(2) 효행장려법의 주요내용

현행 ‘효행장려법’은 국민으로 하여금 인류의 보편적 가치인 부모에 대한 효사상을 되살리기 위하여 효를 국가차원에서 장려하고 이를 지원하기 위한 방안을 마련함으로써 효행을 통하여 고령 사회가 처하는 문제를 해결하고, 국가가 발전할 수 있는 원동력을 얻기 위하여 2007년 8월에 제정되었다.

이러한 목적 실현을 위하여 보건복지부장관은 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 효행장려기본계획을 5년마다 수립하도록 규정하고 있다(법 제4조). 또한 국가 및 지방자치단체는 유치원 및 초등학교 중학교 고등학교, 영유아보육시설, 사회복지시설, 평생교육기관, 군 등에서 효행교육을 실시하도록 하고 있다(법 제5조). 그리고 국가 및 지방자치단체는 부모 등을 부양하는 가정에 관한 생활실태, 부양 수요 등을 파악하기 위하여 3년마다 실태조사를 실시하도록 하고 있다(법 제6조).

또한 국가 또는 지방자치단체로 하여금 부모 등을 부양하고 있는 자에게 부양 등에 필요한 비용의 일부를 지원할 수 있도록 하고, 자녀와 동일한 주택 또는 주거단지 안에 거주하는 부모 등을 위하여 이에 적합한 설비와 기능을 갖춘 주거시설의 공급을 장려하도록 규정하고 있다(법 제11조 및 제12조) 그리고, 문화진흥과 관련된 사업과 활동을 지원하고 장려하기 위하여 효문화진흥원을 설치할 수 있도록 하고, 효에 대한 사회적 관심과 자녀들의 효 의식 고취를 위하여 10월

373) 박광동·윤혜란, 상계논문, 163면 및 보건복지위원회 전문위원, 효행장려 및 지원에 관한 법률안 (유필우 의원) 검토보고서, 2005.6, 1-8면 참조.

374) 박광동·윤혜란, 상계논문, 163-164면 및 보건복지위원회 전문위원, 효 실천장려 및 지원에 관한 법률안 (황우여 의원) 검토보고서, 2005.6, 1-4면 참조.

을 효의 달로 정하도록 하고 있다(법 제7조 및 제9조).³⁷⁵⁾

(3) 효행장려법의 개정논의와 개정방향

최근 효행장려법의 개정논의가 매우 활발하다. 여기에서는 효행장려법 개정안 발의 내용을 중심으로 이를 살펴보기로 한다. 첫째 노인복지비를 국가재정으로만 부담하는 데는 한계가 있으므로, ‘효행가정’을 적극적으로 지원함으로써 노인인구 증가에 따른 국가 재정비용의 증가문제를 가정에서 흡수하도록 하자는 취지에서, 효행지원대상자를 선정하여 국가가 효행지원대상자에게 교육비를 보조하는 방안, 효행지원대상자에게 취업에 필요한 교육과 훈련을 우선적으로 실시하고 국가나 지방자치단체 및 산하기관의 채용시험에 효행지원대상자의 점수에 만점의 5퍼센트를 가점하는 방안, 효행지원대상자에게 주택을 우선 공급하는 방안 등을 제시하고 있다.³⁷⁶⁾

둘째, 국가 또는 지방자치단체가 효행 우수자 및 효행가정 자녀에 대한 표창 실시, 세제혜택 등 정책적 지원을 함으로써 효문화를 장려하고 고령사회가 처하는 문제를 보완하려는 것이다.³⁷⁷⁾ 이를 위해 효행가정 발굴, 효행 우수자 및 효행가정의 자녀 중 효행 우수자를 선정 및 표창, 효행가정에 대한 조세 및 공과금의 감면 등을 제안한다.³⁷⁸⁾ 또한 5월 8일을 어버이날로 하고 공휴일로 한다(안 제9조의2 신설).³⁷⁹⁾

셋째, ‘효행자녀’의 지원근거 및 효행자에 대한 표창제도를 ‘대한민국 효행상’으

375) 그러나 현행 ‘효행장려법’은 효를 국가차원에서 장려하고 권장만하고 있을 뿐 부모 부양의 의무를 다하지 않는 경우 처벌하는 등 강제성이 없으며, 효문화진흥원과 관련한 유사명칭사용금지에 대한 과태료 규정만이 존재할 뿐이다. 즉, 이 법은 효도에 대한 하나의 프로그램적 법률로서의 성격이 강하다고 할 것이다(박광동·윤혜란, 전개논문, 167면).

376) 효행 장려 및 지원에 관한 법률 일부 개정 법률안(강운태 의원 대표발의), 2009.10.30 개정안(임기만료폐지).

377) 노재철·고준기, “독거노인에 대한 지원정책의 현황과 문제점과 법제도적 개선방안”, 「한국콘텐츠학회논문지」, 제13권 제1호, 한국콘텐츠학회, 2013.1, 260면; 고준기, “노인학대 방지와 홀로사는 노인지원 및 부양자의 효행장려 지원에 관한 법률제정에 관한 연구”, 「원광법학」, 제28권 제4호, 원광대학교 법학연구소, 2012.2, 21면.

378) 효행 장려 및 지원에 관한 법률 일부 개정 법률안(박우순 의원 대표발의), 2011.04.07.(임기만료폐지).

379) 이에 대해서는 노인복지법 제6조(노인의 날 등)에서 ① 노인에 대한 사회적 관심과 공경의식을 높이기 위하여 매년 10월 2일을 노인의 날로, 매년 10월을 경로의 달로 한다. ② 부·모에 대한 효사상을 앙양하기 위하여 매년 5월 8일을 어버이날로 한다고 규정하고 있어 중복의 문제 등이 있다.

로 확대 개편, 효행자녀에 대한 조세 및 공과금 감면 등을 제안한다.³⁸⁰⁾

넷째, 현실적으로 효사상의 실천의 실질화 및 효사상에 대한 국민의 인식과 실천을 통하여 교도소 수용자들에게 인성교육을 받도록 함으로써 반인륜적 범죄의 재범을 예방하고 효행 교육의 사각지대가 없도록 하고, 효행을 실천하는 청소년 중에서 효행 우수자를 선정하고, 효행 우수자에게 국가 또는 지방자치단체의 수송시설 및 공공시설을 무료 또는 할인금액으로 이용할 수 있도록 지원해야 한다고 제안한다.³⁸¹⁾

이 개정안 들을 검토해보면, 첫번째 개정안의 경우, 효행가정에 대한 재정적 부담 및 효행가정에 대한 구체적인 선정기준이 없기 때문에 이에 대한 보완이 필요하다. 두번째 개정안의 경우, 노인복지법 제6조(노인의 날 등)와의 중복 문제가 있다. 세 번째 개정안의 경우에 국가의 재정적 부담을 부담함에 있어서 명확한 범위 규정이 존재하지 않는다. 네 번째 개정안도 국가의 재정적 부담을 부담함에 있어서 명확한 범위 규정이 존재하지 않는다. 다섯 번째 개정안의 경우도 앞의 개정안과 큰 차이점이 없고, 그 지원과 관련하여 서도 국가 또는 지방자치단체의 수송시설 및 공공시설을 무료 또는 할인금액 으로 이용할 수 있도록 하는 정도의 미비한 지원에 그치고 있다고 할 수 있다.

최근의 개정논의들을 종합해 보면, ‘효행장려법’의 바람직한 개정방향은 다음과 같이 요약할 수 있을 것이다. 첫째, 효행장려 및 지원의 실효성을 확보하기 위해서는 효행장려 및 지원에 관한 국가나 지자체의 의무를 보다 구체적이고 강행적인 의무규정으로 바꾸어야 한다.

둘째, 효사상 내지 부모 부양 의식을 고취시킬 수 있는 교육과정, 홍보정책, 효행자 발굴 및 표창은 물론, 효행자 가정에 대해서는 세제감면, 교육비 지원 등 재정적 지원정책이 필요하다. 이를 위해서는 효문화진흥원을 최대한 활용할 필요가 있고, 효문화 진흥을 위한 기금조성이 반드시 선행되어야 한다.

셋째, 효행을 장려하는 것도 바람직하지만, 역으로 불효자를 방지하는 것도 중요하다. 이와 관련하여, 최근 발의되고 공청회를 개최하고 있는 ‘불효자방지법’을 참조할 필요가 있다.³⁸²⁾ 이 불효자방지법의 골자는 부모가 자식에게 재산을 증여

380) 효행 장려 및 지원에 관한 법률 일부 개정 법률안(박남준 의원 대표발의), 2013.01.24.

381) 효행 장려 및 지원에 관한 법률 일부 개정 법률안(김기선 의원 대표발의), 2013.06.17.

한 후 경제력을 잃거나 폭행을 당하는 일을 막는 것이다. 재산을 증여받은 자녀가 부모를 봉양하지 않을 경우 이를 환수할 수 있도록 하는 민법 개정안과 자녀가 부모를 폭행하는 존속폭행의 경우 친고죄와 반의사불벌죄를 폐지함으로써 존속폭행에 대한 수사과 기소가 가능해지는 형법 개정안이 이에 해당한다.³⁸³⁾

중국은 고령자보장법 제18조에서, “자녀는 노부모의 정신적 요구에 관심을 기울이고, 노부모를 경시하거나 냉대해서는 아니 되며, 노부모와 별거하는 경우에는 자주 본가를 방문하여 부모를 살펴야 된다”고 규정하고 있으며, 싱가포르의 ‘부모부양법’도 부양의무 또는 부양료 부담, 부모 방문 등을 법적으로 강제하고 이를 이행하지 않는 경우 징역이나 벌금 등을 부과하도록 하고 있는 바, 효행장려법에서도 이러한 제도를 도입할 필요가 있다.

2. 인성교육의 활성화를 통한 노부모 부양의식 고취

(1) 인성교육진흥법의 제정

인성(人性)교육을 의무로 규정한 세계최초의 법이 2014년 12월 29일 국회를 통과, 2015년 1월 20일 공포되고 2015년 7월 21일부터 시행되고 있다. 인성교육진흥법은 건전하고 올바른 인성을 갖춘 시민 육성을 목적으로 한다. 이 법에 명시된 인성교육의 정의는 “자신의 내면을 바르고 건전하게 가꾸며 타인, 공동체, 자연과 더불어 사는 데 필요한 인간다운 성품과 역량을 기르는 것을 목적으로 하는 교육”이다. 이 법안에 따라 2015년 7월부터 국가와 지방자치단체, 학교에 인성교육 의무가 부여된다. 이를 위해 정부는 인성교육진흥위원회를 설립해 5년마

382) 민병두 의원이 2015년 9월 3일 ‘불효자방지법’을 발의한 데 이어, 10월 10일 서영교 의원도 유사한 내용의 법안을 발의했다.

383) 이른바 ‘불효자 방지법’은 부모가 자녀에게 재산을 증여했으나 부양 의무를 소홀히 하면 증여한 재산을 회수할 수 있도록 민법을 개정하자는 취지다. 법무부도 2013년 같은 내용의 민법 개정안 시안을 만들고, 각계의 의견을 모으고 있다. 민법 개정안은 자식이 ‘부양의무를 이행하지 않을 때’나 ‘형법상 범죄 행위를 저지를 때’만 부모가 재산 증여를 취소할 수 있도록 한 규정인 현행 민법 제556조에 ‘학대 그밖에 현저하게 부당한 대우를 한 때’를 추가한 것이다. 또 자녀에게 한 번 증여한 재산을 돌려받을 수 없게 한 민법 제558조를 삭제해 증여한 재산도 반환받을 수 있도록 했다. 형법 개정안의 경우 형법 제206조 제3항을 개정해 존속폭행 범죄에 대해 ‘피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다’는 규정을 없앴다(일요신문 제1224호, 2015.10.27).

다 인성교육 종합계획을 수립하게 되고, 이 종합계획에 따라 17개 시·도 자치단체장과 교육감은 개별 기본계획을 세우고 실행하게 된다. 전국의 초·중·고교는 매년 초 인성교육 계획을 교육감에게 보고하고 인성에 바탕을 둔 교육과정을 운영해야 한다. 아울러 교사는 인성교육 연수를 의무적으로 받아야 하고, 사범대·교대 등 교원 양성기관은 인성교육 역량을 강화하기 위한 필수 과목을 개설해야 한다.

오늘날 고도의 과학기술 및 정보화시대에 강조되는 정보기술의 발전과 활용의 원천은 인간에게 있고, 인간의 건전하고 올바른 인성 여하에 따라 그 의미와 가치가 달라진다는 점에서 보다 장기적이고 진정한 경쟁력은 인성에 달려있다고 할 것이고, 이런 점에서 인성교육은 학교를 포함한 사회적 차원에서 종합적·상호 유기적·체계적으로 실시되어야 하며, 이에 대한 국가와 지역사회 차원의 노력과 지원이 필요하다. 이에 인성교육을 활성화할 수 있는 국가·사회적 기반을 구축하고, 인성교육의 틀을 가정·학교·사회가 협력하는 구조로 개편하여 효과적인 인성교육을 수행할 수 있도록 하기 위하여 이 법을 제정함으로써 장기적 비전과 일관성 있는 인성교육정책을 추진하는 한편, 인성 중심의 미래사회 핵심 역량을 강화하려는 것이다.

인성교육진흥법에서 인성교육의 목표가 되는 ‘핵심 가치·덕목’은 예절, 효도, 정직, 책임, 존중, 배려, 소통, 협동 등 8가지로서, 이들은 마음가짐이나 사람됨과 관련되는 가치이다. 그리고 ‘인성교육’이란 자신의 내면을 바르고 건전하게 가꾸고 타인·공동체·자연과 더불어 살아가는 데 필요한 인간다운 성품과 역량을 기르는 것을 목적으로 하는 교육을 말한다(동법 제2조 제1호, 제2호).

(2) 인성교육을 통한 효사상 고취

인성교육진흥법 제11조 제1항은, “국가 및 지방자치단체는 가정, 학교 및 지역사회에서의 인성교육을 지원하기 위한 교육 프로그램(이하 ‘인성교육프로그램’이라 한다)을 개발하여 보급하여야 한다”라고 규정하고 있고, 제5항에서는, “가정, 학교 및 지역사회에서의 인성교육 진흥 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”라고 하고 있다.

인성교육은 국가나 지방자치단체가 관련계획 수립과 예산지원을 담당하고, 인력양성, 교재개발 등을 주도하고 학교교육, 국가기관 교육, 지역사회교육으로 나누어 광범위하게 실시하도록 하고 있는 바, 인성교육의 목표인 8가지 핵심 가치·덕목 중 ‘효도’가 포함되어 있기 때문에, 인성교육 프로그램이 정립된다면 이를 통하여 효사상을 고취하는 것은 어렵지 않을 것으로 생각된다.

3. 매스컴을 통한 노부모 부양의식 고취

우리나라가 급격히 핵가족화 하고 있다는 것은 아무도 부인할 수 없다. 가족은 가장 기초적이고 핵심적인 사회단위이기 때문에, 가족에서 일어나는 변화는 아무리 미미해도 사회와 국가 전체를 바꿔놓을 수 있다. 고령화의 속도는 세계 최고의 수준이고 출산율은 최저수준이다. 노인문제와 소년소녀가장 문제 등은 국가의 복지제도만으로는 감당하기 어려운 부분이 있다. 가장을 중심으로 가족이 부모와 자녀의 생계와 복지를 책임지는 전통적 가족복지의 몫이 더욱 절실한 상황이다.

개인주의적이라는 미국도 사회가 뿔뿔이 흩어지는 해리(解離)현상에 대한 처방으로 ‘가정의 복원’을 강조하고 있다. 최근 할리우드 영화도 ‘가족의 가치’를 중요한 이념의 하나로 삼고 있다고 한다.

오늘날 영화나 TV, 드라마 등 방송매체의 위력은 대단하다. 최근 세계적으로 불고 있는 한류열풍이 방송매체의 위력을 반증해주고 있다고 할 것이다. 그러므로 우리나라의 경우에도, 영화, 드라마, TV의 실화 프로그램 등에서 가족의 가치, 나아가 효도에 관한 스토리, 노부모 부양의 필요성과 중요성 등에 대한 직·간접적인 홍보가 필요하다.

오늘날 우리나라의 젊은 세대가 갈수록 노부모에 대한 부양의식이 약해지고 있는 현실을 감안하여, 매스컴을 통하여 노부모 부양의식을 고취하기 위한 범국가적인 제도적·정책적 접근도 필요하다고 할 것이다.

제6장 결론

급속한 경제성장과 의학기술의 발달은 인간의 평균수명을 연장시키고, 노인인구를 점점 더 확대시킨다. 우리나라는 2000년에 이미 고령화 사회에 진입하였고, 2018년에는 노인인구 비율이 14%를 넘어 고령사회로, 2026년에는 20%를 넘어서 초고령사회에 진입할 것으로 예상하고 있다. 우리나라는 고령사회에서 초고령사회로 도달하는데 소요되는 기간은 불과 8년으로, 이는 미국 21년, 프랑스 39년 등 주요 선진국에 비해 매우 빠르게 진행되고 있다고 할 수 있다. 이러한 급속한 인구의 고령화는 고령자의 빈곤문제, 질병문제, 가족 및 사회로부터 소외당하는 문제 등 여러 가지 사회문제가 발생되는데, 특히 핵가족화와 더불어 가족에 의한 부양의식의 변화로 노부모 부양의 문제는 매우 심각한 수준에 이르고 있다. 이에 이 논문에서는 우리나라의 노부모 부양제도의 법리해석을 통한 문제점과 그 개선방안에 대하여 주요국가의 입법례와 함께 살펴보았다.

앞에서 살펴본 바와 같이, 노부모에 대한 부양의식이 점차 약해지고 있지만 민법상 노부모 부양의무 이행의 확보와 그 구제의 법리가 흠결이어서, 이 논문에서는 노부모 부양제도의 개선방안으로서 노부모 부양의 이행확보 방안, 노부모 부양의무 불이행에 대한 구제방안, 국민기초생활법상 노부모 부양 관련제도의 개선방안, 노부모 부양책임 의식의 고취 등 네 가지에 대하여 해석론과 입법론을 제시하고 있다.

첫째, 노부모 부양의 이행확보 방안에 대하여는 해석론과 입법론으로 나누어 고찰하고 있는 바, 해석론에 의한 이행확보 방안으로서, 민법상 강제이행의 청구방법을 원용하는 방법과 양육비 직접지급명령제도를 유추 적용하는 방법을 제시하고 있다. 강제이행의 청구방법을 원용하는 경우, 대체집행을 원용하는 것은 불가능하지만, 법정 부양의무는 일신전속적 작위채무이고 부양청구권은 신분적 재산권의 성질을 가지고 있으므로 간접강제의 방법으로 이행을 강제할 수 있으며, 직접강제는 원칙적으로 불가능하지만, 급여부양의 경우에는 직접강제도 가능할

것이다. 또한 양육비 직접지급명령제도는 집행권원을 받아야 하는 어려움은 있지만, 노부모 부양의무의 불이행시 부양료 지급에도 적용할 수 있을 것이다.

입법론에 의한 이행확보 방안으로서, 우선 부양의무 불이행시 상속결격사유 요건에 도입하는 방법을 제시하고 있다. 구체적으로는 제1004조의 상속인의 결격사유에 노부모 부양의무를 이행하지 않은 자를 포함시킴으로써 간접적으로 부양의무의 이행을 확보하자는 것이다. 프랑스, 독일, 중국 등에서는 상속과 부양을 연계시켜서 피상속인에 대한 부양의무를 이행하지 않은 상속인에게는 재산상속 상 불이익을 주고 있는 바, 중국 상속법 제13조처럼 노부모에 대한 부양의무의 불이행은 명문으로 상속결격사유로 명시해야 한다는 것이다. 입법론으로서 이외에도 민법상 노부모 부양의무규정의 강화, 배우자 상속분의 확대 등을 제시하고 있다.

둘째, 노부모 부양의무 불이행에 대한 구제방안에 대하여 해석론과 입법론으로 나누어 고찰하고 있는 바, 해석론으로는 민법 제974 이하의 법정부양의무 불이행으로 인하여 부양받을 권리자인 노부모가 손해를 받은 경우, 노부모는 당연히 민법 제390조 이하의 채무불이행에 따른 손해배상청구를 할 수 있으며, 정신적 고통을 받았다면 정신적 손해에 따른 손해배상금(위자료)도 청구할 수 있다(제393조 제2항 참조). 약정부양의무 불이행의 경우, 노부모와 민법 제974조 소정의 부양의무를 부담하는 성인자녀 사이에 증여계약을 체결한 경우에는 증여자인 노부모는 수증자인 성인자녀의 망은행위를 이유로 증여계약을 해제할 수 있다(민법 제556조 제1항 제2호, 다만 이에 대한 민법 제556조 제2항, 제558조의 제한에 관한 문제는 입법론에서 다루고 있다). 부담부증여계약, 중신정기금계약의 경우, 부양의무를 부담하는 자가 정당한 이유 없이 이를 이행하지 않았을 경우, 피부양자인 노부모는 채무불이행을 이유로 제554조 소정의 절차를 밟은 다음에 각 계약을 해제할 수 있고, 해제에 기한 원상회복의 청구(민법 제548조 제1항), 손해배상의 청구(제551조)에 기해 권리의 구제가 가능하다.

입법론으로는, 계약의 해제는 이미 이행한 부분에 대하여 영향을 미치지 아니한다는 민법 제558조를 삭제하거나, 제556조 제1항 제2호의 경우에는 제558조를 적용하지 않도록 개정해야 한다는 것이다. 자녀가 노부모에 대하여 민법 제974조에 기한 부양의무를 이행하지 않은 때(민법 제556조 제1항 제2호)에는 이는 ‘망은행위’로서 증여자인 노부모가 증여계약을 해제할 수 있다. 그러나 이러한 계약

의 해제는 이미 이행한 부분에 대하여는 영향을 미치지 아니하므로(민법 제558조) 계약해제에 따른 효력 상의 장애로 작용하고 있다. 그러므로 이러한 장애를 입법적으로 해결해야 한다는 것이다.

셋째, 국민기초생활보장법상 노부모 부양과 관련한 제도의 개선방안으로서, 사회보장수급권자 선정 시 신청주의의 단계적 완화, 부양의무자 기준의 개선, 간주부양료의 폐지, 노인의 경제적 지원 및 보호시설의 확충 등을 제시하고 있다.

우선, 기초생활수급권자 선정 시 신청주의의 완전 폐지는 현실적으로 불가능하지만, 신청주의에는 많은 문제점들이 있으므로 비신청주의적 급여방식을 확대하는 등 이를 단계적으로 완화시킬 필요가 있다. 그리고 현행 국민기초생활보장법상 부양의무자 기준을 엄격하게 적용시키고 있는 바, 단기적으로는 부양의무자의 범위를 축소하는 등 그 기준을 완화해야 하며, 장기적으로는 부양의무자 기준을 삭제하는 것이 바람직하다.

그리고 부양의무자가 부양의무를 이행하고 있지 않지만, ‘간주부양료를 지급하는 것을 조건으로 부양능력이 없는 경우에 해당하는 것’으로 의제하여 수급자로 선정하는 대신에, 그 간주부양료 액수만큼 급여액수를 줄여서 지급하는 간주부양료제도는 폐지되어야 한다. 아울러 노령연금 등 경제적 지원의 확대, 요양보호시설의 확충 등을 통하여 노인들의 절대적 빈곤을 해결해줌으로써 공적부양을 보다 확대시켜나가야 할 것이다.

넷째, 노부모 부양책임 의식을 고취시켜야 한다. 가족이 노부모를 부양해야 한다는 의식은 갈수록 약해지고 국가에 의존하려는 의식이 상대적으로 높아지고 있는 오늘날, 가족이 노부모를 부양해야 한다는 의식을 고취시킬 필요가 있다. 현행 효행장려법을 실효성 있게 개정하고 이를 통하여 효사상을 고취시킬 수 있는 정책적·제도적 장치를 마련하고, 인성교육진흥법에 의한 인성교육의 활성화를 통하여 노부모 부양의식을 고취해야 하며, 마스크를 통한 노부모 부양의식 고취 등 각종 제도와 정책을 통하여 점점 약해지고 있는 효사상과 노부모에 대한 부양의식을 고취해야 한다.

참고문헌

I. 국내문헌

1. 단행본

- 강대성, 「민사집행법」, 삼영사, 2008.
- 곽윤직, 「상속법(개정판)」, 박영사, 2004.
- 김상수, 「민사집행법」, 법우사, 2007.
- 김영화 외, 「현장에서 본 사회문제」, 양서원, 2013.
- 김용욱, 「노부모 부양에 관한 연구」, 법전출판사, 1977.
- 김용한 「친족상속법」, 박영사, 2003.
- 김주수, 「주석민법·상속(1)」, 한국사법행정학회, 2002.
- 김주수·김상용, 「친족·상속법」, 법문사, 2015.
- 박동섭, 「친족상속법」, 박영사, 2013.
- 법제처, 「경국대전」, 한국법제연구원, 1993.
- 보건복지부, 「국민기초생활보장사업안내 맞춤형급여운영방안」, 2015.
- 서경석·이호영, 「로스쿨 헌법판례 I(상)」, 디자인장이, 2013.
- 손근원·김태성, 「사회복지정책론」, 나남, 2008.
- 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2015.
- 신영호, 「가족법강의」, 세창출판사, 2013.
- 양창수·김재형, 「계약법」, 박영사, 2015.
- 여유진 외, 「국민기초생활보장제도 부양의무자 재산기준 개선방안 연구」, 한국보건사회연구원, 2014.12.
- 윤찬영, 「사회복지법제론」, 나남, 2013.

- 이경희, 「가족법」, 법원사, 2012.
- 이시윤, 「민사집행법」, 박영사, 2007.
- 이은영, 「민법Ⅱ」, 박영사, 1988.
- 이화숙, 「비교부부재산관계법」, 세창출판사, 2000.
- 이희배, 「주식 가족법판례연구」, 삼지원, 2007.
- 임춘식, 「노인복지학개론」, 학현사, 2008.
- 정구복 역, 「역주 삼국사기」, 한국정신문화연구원, 1997.
- 정광현, 「한국가족법연구」, 서울대학교출판부, 1967.
- 정약용(박석무 편역), 「유배지에서 보낸 편지」, 창작과 비평사, 2001.
- 조선총독부중추원, 「관습조사보고서」, 조선총독부중추원, 1913.
- 조승현, 「친족·상속」, 신조사, 2014.
- 지원림, 「민법강의(제13판)」, 홍문사, 2015.
- 한국보건사회연구원, 「수습가구 및 비수습가구의 피부양 실태에 관한 심층조사」, 한국보건사회연구원, 2008.
- 한삼인, 「신체계 한국가족법」, 화산미디어, 2015.
- , 「새롭게 쓴 판례민법(제3판)」, 법률행정연구원, 2003.

2. 논문

- 강기원, “가족법과 가사소송의 문제점”, 「인권과 정의」, 제180호, 대한변호사협회, 1991.9.
- 강신욱 외, “2010 한국복지패널 기초분석보고서”, 서울대학교 사회복지연구소, 한국보건사회연구원, 2010.
- 고준기, “노인학대 방지와 홀로 사는 노인지원 및 부양자의 효행장려 지원에 관한 법률제정에 관한 연구”, 「원광법학」, 제28권 제4호, 원광대학교 법학연구소, 2012.2.
- 김남근, “기초생활수급자 부양의무자 요건의 법적 쟁점-대구고등법원 2010누2549 판결 및 서울고등법원 2010누2145판결을 중심으로-”, 「사회보장법학」,

- 제1권 제1호, 한국사회보장법학회, 2012.10.
- 김남영, “부모부양을 위한 상속법적 접근방안”, 「이슈와 논점」, 제307호, 국회입법조사처, 2011.10.
- 김대현, “국민기초생활보장법 일부 개정 법률안 검토보고”, 국회 보건복지위원회, 2012.11.
- 김만환, “고령장설화의 허구성에 관한 연구”, 「한국사상과 문화」, 한국사상문화학회, 1999.
- 김봉수, “노부모부양에 대한 소고”, 「안암법학」, 33호, 안암법학회, 2010.9.
- 김상수, “양육비채권의 이행확보를 위한 직접지급명령제도”, 「법조」, 제636호, 법조협회, 2009.9.
- 김상식·김상찬, “배우자 상속분 확대에 관한 입법론적 연구”, 「일감법학」, 제28호, 건국대학교 법학연구소, 2014.6.
- 김상용, “자녀의 유류분권과 배우자상속분에 관한 입법론적 고찰”, 「민사법학」, 제36호, 한국민사법학회, 2007.5.
- 김수정, “한국의 빈곤정책에서 ‘부양의무자 기준’의 변화와 쟁점: 가족부양 ‘범위’ 및 ‘부양비’를 중심으로”, 「경제와 사회」, 제59호, 비판사회학회, 2003.
- 김유경, “가족변화양상과 정책함의”, 「보건·복지 Issue & Focus」, 제58호, 2014.9.
- 김은아, “재산상속상 배우자의 지위에 관한 고찰”, 한양대학교 대학원 박사학위논문, 2005.
- 김종수, “기초생활보장수급권의 요건에 관한 법개정안 검토”, 「사회보장법학」, 제3권 제2호, 한국사회보장법학회, 2014.12.
- 김지혜, “국민기초생활보장법 부양의무자 기준의 위헌성”, 「공법연구」, 제41집 제3호, 한국공법학회, 2013.2.
- 김희삼, “KDI 행복연구조사”, 「KDI」, 2013.12.
- , “노후보장을 위한 가족, 정부, 사회의 역할”, 「KDI FOCUS」, 제52호, 2015.3.
- 노재철·고준기, “독거노인에 대한 지원정책의 현황과 문제점과 법제도적 개선방안”, 「한국콘텐츠학회논문지」, 제13권 제1호, 한국콘텐츠학회, 2013.1.

- 명순구, “서면에 의한 증여와 그 해제-대법원판결 1998.9.25. 98다22543에 대한 비판적 평가-”, 「민사법학」, 제42호, 한국민사법학회, 2008.9.
- 문홍안, “사실혼 배우자 일방의 사망과 재산의 청산”, 「일감법학」, 제21호, 건국대학교 법학연구소, 2012.2.
- 박광동·윤혜란, “고령화 사회에서 부모부양 문제의 법적 해결방안 연구 : 효도법을 중심으로”, 「중앙법학」, 제17권 제1호, 중앙법학회, 2015.3.
- 박도희, “부모부양에 대한 제고-민법상 부모부양 의무규정의 해석·적용에 관하여-”, 「한양법학」, 제22집, 한양법학회, 2008.2.
- 박복순, “자녀양육비 확보 제도에 관한 연구”, 전남대학교 대학원 박사학위논문, 2004.
- 박중용, “배우자상속분에 관한 연구”, 동국대학교 대학원, 박사학위논문, 2001.
- 박향미, “국민기초생활보장제도의 부양의무자 기준에 관한 연구”, 대구대학교 박사학위논문, 2011.
- 박희호, “민법상 증여의사에 관한 연구-해제권 행사에 대한 제한을 중심으로-”, 「법학연구」, 제44집, 전북대학교 법학연구소, 2015.5.
- 배경숙, “부양형태의 변천과 노친부양의 문제점”, 「아시아여성법학」, 창간호, 아세아 여성법학연구소, 1998.
- 서인겸, “부양의무 이행의 순위 및 해당부양료의 구상에 관한 고찰-대법원 2012.12.27. 선고 2011다96932 판결을 중심으로-”, 「경희법학」, 제49권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2014.
- 손윤석, “국민기초생활보장법상 수급권 보호”, 경북대학교 박사학위논문, 2011.
- 송다영, “부양의식을 통해 본 노인부양 지원정책 방향성”, 「사회복지정책」, 19호, 2004.
- 심현섭, “법과 도덕의 관계”, 「법학」, 제37권, 서울대학교 법학연구소, 1977.6.
- 안경희·남윤삼, “민법상 부모부양과 자녀부양-독일민법상 해석론을 참조하여-”, 「법학연구」, 제55권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2014.
- 안봉근, “국민기초생활보장법상 보충성원리에 관한 연구”, 「한국사회복지학」, 제61권 3호, 2009.

- 양미자·조성제, “노인의 노화에 대한 태도가 자살에 대한 생각에 미치는 영향”, 「노인복지연구」, 통권 62호, 한국노인복지학회, 2013.12.
- 어인의, “효와 자녀의 부모에 대한 민법상의 의무”, 「청주법학」, 제11권, 청주대학교 법학연구소, 1996.
- , “노부모부양을 위한 법적 장치의 확보책”, 「법학논집」, 제5집, 청주대학교 출판부, 1990.7.
- 오경희, “노부모부양의 문제점”, 「법학연구」, 제42권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2001.12.
- 오시영, “배우자를 중심으로 한 상속분에 대한 재검토”, 「인권과 정의」, 제381호, 대한변호사협회, 2008.5.
- 유미경, “노인과 부부재산제의 법적 문제와 그 개선방향”, 「고령사회의 가족법의 제문제」, 한국법제연구원, 2003.
- 윤현숙, “노인부양 : 가족의 책임인가, 사회의 책임인가”, 「가족법연구」, 제14호, 한국가족법학회, 2000.12.
- 이병운, “민법상 부양의무와 사회보장법상 가족책임의 사회적 평가와 조정”, 「사회보장연구」, 제20권 제2호, 한국사회보장학회, 2004.6.
- 이성구, “노친을 위한 공적부양의 법리”, 「한국노년학」, 제7집 제1호, 한국노인학회, 1987.
- 이승우, “노친부양소고”, 「가족법연구」, 제14권, 한국가족법학회, 2000.12.
- 이승호·구인회, “국민기초생활보장제도 부양의무자 기준 적절성 평가”, 「보건사회연구」, 제30권 제1호, 한국보건사회연구원, 2010.
- 이영하, “한국부양법제에 관한 연구”, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 1989.
- 이은영, “부양청구권”, 「고시계」, 고시계사, 1992.11.
- 이정식, “고령화 사회에서 자녀의 노부모 부양의무 법리에 관한 고찰”, 「중앙법학」, 제6집 제3호, 중앙법학회, 2004.
- 이충은·김상찬, “일본의 부모 부양제도에 관한 연구-우리나라와의 비교를 통하여-”, 「강원법학」, 제46권, 강원대학교 비교법학연구소, 2015.10.
- 이화숙, “부부재산제의 이상에 비추어 본 입법론과 개정안”, 「인권과 정의」, 제381호, 대한변호사협회, 2008.5.

- 이희배, “노친부양의 법리:자·공동의 제1차적 부양책임”, 「가족법연구」, 제9권, 한국가족법학회, 1995.12.
- , “추상적 부양의무와 구체적 부양의무에 관한 연구: 사적부양법리의 삼원론적 이원론을 중심으로”, 「가족법연구」, 제14권, 한국가족법학회, 2000.12.
- , “민법상 부양법리에 관한 연구”, 경희대학교 대학원 박사학위논문, 1985.
- 임채웅, “유언신탁 및 유언대용신탁의 연구”, 「인권과 정의」, 제397호, 대한변호사협회, 2009.9.
- 장은혜·남석인, “노인의 4고(苦)가 자살생각에 미치는 영향 : 우울의 매개효과를 중심으로-”, 「노인복지연구」, 통권 69호, 한국노인복지회, 2015.9.
- 전광석, “국가의 사회적 과제와 사회적 기본권”, 「고시연구」, 제259권, 고시연구사, 1995.10.
- 전혜정, “양육비 이행확보제도-양육비 직접 지급명령 제도를 중심으로-”, 「법과 정책」, 제17집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2011.
- 정귀호, “부양에 관한 연구-한국부양법리의 내포와 외연-”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1987.
- 정덕홍, “기여분의 결정과 상속분의 수정”, 「사법논집」, 제25집, 법원행정처, 1994.12.
- 정민호, “가족법상 부양의무와 사회보장법상 부양의무 준별론”, 「법학논총」, 제29집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2012.3.
- 조은희, “다수 부양의무자 및 부양권리자의 우선순위에 대한 고찰-독일의 경우와 비교하여-”, 「서울법학」, 제23권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2015.5.
- , “배우자의 법정상속 강화에 대한 재검토”, 「외법논집」, 제33권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2009.11.
- 차문섭, “효행점고”, 「충효사상」, 단국대학교 출판부, 1980.
- 차선자, “적정양육비 산정 기준을 위한 제안”, 「가족법연구」, 제20권 제3호, 한국가족법학회, 2006.
- 최성재, “유럽 여러나라 노인의 가족부양정책”, 「노인복지정책연구」, 제2권 제3

- 호, 한국노인문제연구소, 1997.
- 片桐由喜, “생활보호제도와 사적부양제도의 합리적 조정-한국법리에서 배우다-”, 「사회보장법학」, 제2권 제2호, 한국사회보장법학회, 2013.10.
- 한승협, “기여분 제도에 관한 연구”, 동의대학교 대학원 박사학위논문, 2010.
- 한웅길, “한국에서의 노부모 부양과 부양료 구상: 사법적 보호의 관점에서”, 「저스티스」, 제30권 제4호, 한국법학원, 1997.12.
- 함영진, “사회보장 수급권자 선정의 문제점과 권리구제 체계화 방안연구” 「정책연구용역보고서」, 국회입법조사처, 2012.9.
- 허 선, “가족과 부양의무”, 「월간 복지동향」, 제175호, 참여연대사회복지위원회, 2013.5.
- 홍성태, “인간다운 생활을 할 권리와 국민기초생활보장법의 헌법적 의의”, 「법조」, 제531호, 법조협회, 2000.

3. 기타

- 「高麗史」 제3권 世家 제3, 성종 경인 9년 9월 병자일.
- 「三國史記」 권 제45 열전 제5, 貴山.
- 「三國史記」 권 제48 열전 제8, 효녀 지은전, 신라의 향덕.
- 「三國史記」 권 제48 열전 제8, 향덕전, 조선의 도리장.
- 「太祖實錄」 권9, 5년 정월 경신.
- 보건복지부, “2011 노인실태조사 결과발표 및 정책적 함의”, 보도자료, 2012.1.
- 보건복지부, “OECD Health Data 2014 주요지표분석”, 보도자료, 2015.1.
- 통계청, 「사회통계보고서」, 보도자료, 1998.
- , 「사회통계보고서」, 보도자료, 2002.
- , 「인구주택총조사」, 보도자료, 2000-2014.
- , 「장래인구추계」, 보도자료, 2011.12.
- , 「2013년 사망요인통계」, 보도자료, 2014.1.
- , 「2015 고령자 통계」, 보도자료, 2015.9.
- 「제26회 국회정기회의 속기록」 제42호(부록), 국회사무처, 1957.11.21.

「제26회 국회정기회의 속기록」, 제62호(부록), 국회사무처, 1957.12.17.
 효 실천장려 및 지원에 관한 법률안 (황우여 의원) 검토보고서, 2005.6.
 효행장려 및 지원에 관한 법률안 (유필우 의원) 검토보고서, 2005.6.
 효행 장려 및 지원에 관한 법률 일부 개정 법률안(강운태 의원), 2009.10.30.
 효행 장려 및 지원에 관한 법률 일부 개정 법률안(박우순 의원), 2011.4.07.
 효행 장려 및 지원에 관한 법률 일부 개정 법률안(박남준 의원), 2013.1.24.
 효행 장려 및 지원에 관한 법률 일부 개정 법률안(김기선 의원), 2013.6.17.
 국민기초생활보장법 일부 개정 법률안(이낙연 의원), 2012.6.5.
 부양의무자의 범위 일부 개정 법률안(안철수 의원), 2014.3.28.
 불효자 방지법 법률안(민병두 의원), 2015.9.3.
 불효자 방지법 법률안(서영교 의원), 2015.10.10.

II. 일본·중국 문헌

1. 단행본

岡村勉, 「現代家族法學」, 法律文化史, 1999.
 國立社會保障·人口問題研究所, 「人口統計資料集」, 2012.
 鬼崎信好·増田雅暢·伊奈川秀和 編, 「世界の介護事情」, 中央法規, 2002.
 黎建飛 編, 「勞動法和社會保障法」, 中國人民大學出版社, 2003.
 吉田恒雄·岩志和一郎, 「親族法·相續法」, 尚學社, 2006.
 大塚正修·日本經濟研究センター, 「中國社會保障改革の衝擊」, 勁草書房, 2002.
 明山和夫, 「新版註釋民法·親族(5)」, 有斐閣, 1994.
 鈴木賢, 「現代中國相續法の原理」, 成文堂, 1992.
 宝貴主 編, 「中國老年人權益保障讀本」, 華齡出版社, 2005.
 生活保護手帳 2012年度版, 中央法規, 2012.
 生活保護手帳別冊問答集 2012, 中央法規, 2012.
 小山進次郎, 「改訂増補 生活保護法の解釋と運用」, 中央社會福祉協議會, 1951.

- 岩井伸晃, 「中國家族法と關係諸制度」, テイハン, 2000.
- 王樹新 編, 「中國養老保障研究」, 華齡出版社, 2004.
- 王友・王元京・謝衛東 編, 「中國保險實務全書」, 中國物價出版社, 1996.
- 二宮周平, 「家族法」, 新世社, 2011.
- 田多英範 編, 「現代中國の社會保障制度」, 流通經濟大學出版會, 2004.
- 中山直子, 「判例先例親族法・扶養」, 日本加除出版, 2012.
- 中川善之助, 「新訂家族法」, 青林書院, 1968.
- 中川淳, 「現代家族の法學」, 日本加除出版, 2000.
- 花菊香, 「社會政策与法規」, 社會科學出版社, 2002.
- 厚生労働省 編, 「世界の厚生労働2012」, 厚生労働省, 2012.

2. 논문

- 郭芳, “中國農村地域における高齢者福祉施設に関する考察-山東省J市の事例を通して”, 「評論・社會科學」, 第97號, 2011.
- 冷水登紀代, “扶養法と生活保護法の現状と課題”, 「家族法と社會保障法の交錯」, 信山社, 2014.10.
- 浜島清史, “シンガポールにおける高齢者福祉と施設介護”, 「社會科學研究」, 第63卷 第5号・第6号, 2012.
- 嵩さやか, “社會保障と私的扶養-生活保護における私的扶養優先の原則を中心に”, 水野紀子編, 「社會法制・家族法制によける國家の介入」, 有斐閣, 2013.
- 山本笑子, “英法における扶養義務について”, 「法學論叢」, 第59卷 第5號, 有斐閣, 1954.3.
- 王文亮, “中國の社會保障”, 大澤眞理 編, 「アジア諸國の福祉戰略」, ミネルヴァ書房, 2004.
- 李明月・于娜・楊曉蕊, “二胎政策對養老問題的影響”, 法制博覽, 2015.5.
- 李秀英, “中國の社會福祉”, 「世界の社會福祉」, 旬報社, 1998.
- 張晨寒・劉冀楠・劉二鵬, “‘四二一’家庭突破‘以房養老’政策瓶頸的可行性研究”, 中共鄭州市委黨校學報, 2014.

中華人民共和國 民政部, “2012年 社會서비스 發展統計公報”, 2013.6.

Ⅲ. 영미문헌

Cited in Khan, H., Social Policy in Singapore- A Confucian Model?, World Bank Institute, Washington (2001).

Cited in Mendes, P., An Australian Perspective on Singaporean Welfare Policy, Social Work & Society, Vol. 5, No1, Essen (2007).

Department of Statistics, Ministry of Trade & Industry (a), Population Trends 2013, Singapore (2013).

Department of Statistics, Ministry of Trade & Industry (b), The Elderly in Singapore, Statistics Singapore Newsletter, Singapore(2011).

Gerhardt, Peter/von Heintschel-Heinegg, Bernd/Klein, Michael, Handbuch des Fachanwalts - Fallienrecht, 4. Aufl., Luchterhand, 2002.

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht(Art. 319-529), 3. Aufl., Zürich, 2015.

Leong Wai Kum, Elements of Family Law in Singapore (2nd Edition), LexisNexis, Singapore, Malaysia and Hong Kong (2013).

Mehta, K.K.Caregiving for Older Persons in Singapore:Trends, Issues and Policies, Social Service Journal, Vol.21, Singapore (2007).

National Family Council, Survey on Singapore Family Values, Singapore (updated on 24 June 2013).

P. M. Bromley & N. V. Lowe, Family Law, London, 1987,

Robert Pearce/John Stevens/Warren Barr, *The law of trusts and equitable obligation*, Oxford University Press, 2010.

Roh, Hyun Woong et al., “Frequency of Contact with Non-cohabitating Adult Children and Risk of Depression in Elderly: A Community-based Longitudinal Study in Korea.” Archives of Gerontology and Geriatrics, Volume 60, Issue 1, January-February 2015.

ABSTRACT

A Study on the Problems and Improvement Measures for the Aged Parents Supporting System

Kim, Sang Sik

Department of Law

Graduate school

Jeju National University

Directed by Professor Dr. Kim, Sang Chan

Today, as we are moving into the era of aging society with extension of average life expectancy, the necessity of supporting aged parents has also increased. Supporting through cohabitation as a traditional way of supporting aged parents has decreased by the day and declined from 75.3% in 1990 to only 30.8% in 2010, whereas the ratio of single-elderly households has tripled from 10.6% to 34.3% during the same period. Results of survey on the consciousness of aged parents supporting show that the ratio of 'Family should support their parents' has decreased year by year to 48.1% in 2008, 38.3% in 2010 and 34.1% in 2014, whereas the ratio of 'Parents should solve themselves' has increased gradually to 16.5 in 2008, 18.4% in 2010 and 23.8% in 2014. Based on the thought of filial piety, Korean children in the traditional agricultural society took it for granted to support their aged parents, but such consciousness had begun to wane in modern society and changed to the tendency that children and family wish state and local governments to take over their role in today's aging society.

Supporting refers to the guarantee of livelihood by helping people incapable

of earning a living themselves through promoting them both mentally · economically. Supporting for the ones lacking in the ability to lead a life is left with family or relatives first, which is called private support, and the state or local governments solve it finally as an issue of social security if their family · relatives are lacking in ability to support, which is called public support.

With respect to private support, there exist two kinds of supporting obligations in the Civil Law. As a support relation between minor children and parents and between husband and wife, the first can be called a primary supporting obligation. Second, as a support relation between relatives, this can be called a secondary supporting obligation.

Such supporting obligations becomes responsible to perform the duties when there is a need to support dependents and person with support obligation has ability to support.

In connection with public support, the National Basic Living Security Act has been enacted · in effect for the purpose of guaranteeing the minimum standard of living and providing help to self-support by paying living costs to the people in need, and such public support is implemented complementally in case there is no one to support dependents privately or dependents are not protected in accordance with other laws.

Support in the Civil Law assumes varied forms such as support for minor children, marital support, children's support for their parents etc., but this thesis limits the meaning to the support for parents, especially the support for aged parents. 'Aged parents supporting' is not a legal term and there may be a case of support for parents as young parents lack in living ability due to a disease or other reasons, but because it is considered that such cases can be included in the category, this thesis uses the term aged parents supporting' as the most problematic cases of support for parents are the aged parents lacking in ability of living.

Aged parents supporting system of Korea has many problems, which can be summarized as follows.

First, even in case children do not support their aged parents, the Civil Law does not have prescribe for securing performance of supporting obligation. Legal supporting regulated by the Article 974 of the Civil Law is considered the most important support among all types of support, but there are no concrete support-related regulations in the Article 974 through 979 of the Civil Law for securing performance of supporting obligation.

Second, the Civil Law has no effective remedy against nonfulfillment of supporting obligation. Notwithstanding the right to claim for support, the right is considered ineffective as the necessity and possibility of support are required for generation of the right to claim for support and it is not easy for parents to exercise right to claim for support against children as parents are conscious of the way other people look at them.

Third, problem in the application for basic living cost in accordance with the National Basic Living Security Act and irrationality of the standard of person with support obligation can be referred to as problems of public support. Especially, the standard for a person with support obligation is the requirement for receiving basic living cost on the National Basic Living Security Act, which means that parents with person with support obligation are excluded from the beneficiary of national basic livelihood whether or not they are actually supported by their children, leaving them out of the law's boundary that large numbers of aged parents cannot receive basic livelihood and be supported by a person with support obligation.

Fourth, children's sense of supporting responsibility for supporting aged parents has weakened with the lapse of time. While average life expectancy increases, increase in the awareness that family does not need to take full responsibility for supporting aged parents and the state or local communities shall answer jointly for the obligation can be pointed out as a problem.

Therefore, this thesis, after examining problems of aged parents supporting system, aims to look into legislation cases focusing on the Asian countries such as Japan, China and Singapore and some European countries to produce implications capable of solving the problems through the implications, suggesting rational theories of interpretation and legislation as improvement measures for Korea's aged parents supporting system.

Improvement measures this thesis suggests for aged parents supporting system are as follows.

First, as a measure to secure performance of the duty of supporting aged parents, this thesis, as the theory of interpretation, suggests methods of citing a claim for compulsory performance and analogical application of the order of direct payment of child rearing cost on the Civil Law, securing performance of supporting obligation indirectly as the theory of legislation by including 'person who fails to fulfill the duty to support aged parents' in the grounds for disqualification of a heir in the Article 1004 of the Civil Law, and suggests a measure for strengthening regulations on the duty to support aged parents on the Civil Law together with a measure to expand spouse's share of inheritance.

Second, as a remedy against nonfulfillment of agreed supporting obligation and the theory of interpretation, in case aged parents who are the rightful persons to be supported suffer from damages due to nonfulfillment of the duty of legal supporting in accordance with Article 974 of the Civil Law, the aged parents can claim for damages against nonfulfillment of obligation pursuant to the Article 390 of the Civil Law and they can also put in a claim for compensation for psychiatric harm if they underwent mental anguish.

As for nonfulfillment of agreed supporting obligation, aged parents are entitled to cancel a contract on the grounds of nonfulfillment of obligation after going through prescribed formalities in the Article 554, and a claim for damages as well as a claim for restoration of time in the cancellation are

also available, and as the theory of legislation, this thesis also insists to delete the Article 558 of the Civil Law that cancellation of a contract does not affect the part that was already fulfilled, or the Civil Law should be revised not to apply the Article 558 to the Item 2 of Paragraph 1 of the Article 556.

Third, as an improvement measure for the system related to supporting aged parents on the National Basic Living Security Act, this thesis suggests phased deregulation of application requirement when selecting a person with social security benefit rights, improvement of the standard for a person with support obligation, abolition of regarded maintenance cost, expansion of financial support and protective facilities for the elderly etc.

Fourth, this study suggests that the Filial Behavior Encouragement Act should be revised to be effective, personality education must be revitalized in accordance with the Personality Education Promotion Act, and the sense of supporting responsibility that family must support their aged parents should be instilled by making the best use of mass communication.

Key words : aged parents supporting, Article 974 of the Civil Law, legal supporting, agreed supporting, supporting system, National Basic Living Security Act.

