

碩 士 學 位 論 文

民法上 老父母 扶養制度의 改善에
관한 研究



濟州大學校 行政大學院
行政學科 司法行政專攻

金 光 益

碩 士 學 位 論 文

民法上 老父母 扶養制度의 改善에
관한 研究

指導教授 金祥燦



濟州大學校 行政大學院
行政學科 司法行政專攻

金 光 益

2005年 12月

民法上 老父母 扶養制度의 改善에 관한 研究

指導教授 金祥燦

이 論文을 行政學 碩士學位 論文으로 提出함

2005年 12月 日

濟州大學校 行政大學院
行政學科 司法行政專攻



金光益

金光益의 行政學 碩士學位 論文을 認准함

2005年 12月 日

審査委員長 韓 三 寅 (印)

審査委員 金 相 明 (印)

審査委員 金 祥 燦 (印)

目 次

第1章 序 論	1
第1節 研究의 目的	1
第2節 研究의 範圍와 方法	5
第2章 老父母 扶養制度의 沿革的·比較法的 考察	8
第1節 序說	8
第2節 沿革的 考察	9
1. 로마法	9
2. 중세 게르만法	11
3. 前近代 中國法	13
4. 民法制定 前 우리나라	16
第3節 比較法的 考察	22
1. 英國	22
2. 北유럽의 主要國家	25

3. 大陸法系國家	26
4. 社會主義國家	30
5. 아시아 主要國家	36
6. 立法例의 整理	39
第3章 老父母 扶養制度의 內容과 問題點	42
第1節 老父母 扶養意識과 現行 老父母 扶養法制의 特徵	42
1. 老父母 扶養意識의 變化	43
2. 老父母 扶養法制의 特徵	49
第2節 民法上 老父母 扶養義務의 構造와 問題點	53
1. 老父母 扶養義務의 法的 性格에 對한 學說과 判例	53
2. 老父母 扶養의 內容	69
第3節 小 結	76
第4章 老父母 扶養의 相續法的 接近과 그 強化	82
第1節 財産相續과 老父母 扶養	82
1. 財産相續과 老父母 扶養의 連繫必要性	82

2. 扶養과 관련한 相續法의 變遷	85
3. 老父母 扶養에 대한 相續法上의 限界	87
第2節 現行 扶養寄與分制度의 運用과 問題點	91
1. 扶養寄與分制度의 意義	91
2. 特別한 扶養의 內容	93
3. 扶養寄與分制度의 實效성과 問題點	101
第3節 法定扶養相續分制度新設의 必要性	104
1. 法定扶養相續分制度와 扶養寄與分制度의 比較	104
2. 立法趣旨 및 經過過程	108
3. 制度新設에 대한 贊反論의 對立	118
4. 扶養相續分制度新設의 必要性和 妥當性	124
第5章 結 論	131
參考文獻	136
Abstract	146

第1章 序 論

第1節 研究의 目的

2005.7. 통계청이 발표한 보도자료에 의하면 2003년 우리나라의 노인자살률이 고령인구 10만명당 72.5명에 달하는 것으로, 1983년의 14.3명, 1993년의 21.5명에 비해 상당히 증가하였으며, 이는 지난 1983년~1993년 사이 1.5배, 1993년~2003년 사이 3.75배가 증가하여, 20년 동안 5배 이상 증가하였다.¹⁾ 그리고 고령자 사인순위에서도 자살의 차지하는 위치가 1983년 14위에서 2003년에는 7위로 상승하였다. 뿐만 아니라 2004년 경제협력개발기구(OECD)의 주요회원국의 노인자살률을 비교분석한 결과에 의하면 특히 75세이상 우리나라 노인자살률이 10만명당 103명으로 호주 12명, 미국의 18명, 국제사회에서 노인자살률의 높은 것으로 알려진 일본 32명과 비교해 보았을 때에도 3.3배나 높게 나타났다. 이처럼 노인자살률이 높은 원인이 무엇인지를 시급히 규명하여 국가가 정책적인 대안을 강구해야할 필요성이 절실하다.

1) 통계청, 『2004년도 고령자사망원인분석결과』, 2005. 7, 7면, 20-21면 참조.

1998년과 2002년의 통계청 『사회통계조사보고서』에서 나타난 바에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다. 현재 노인문제가 무엇인가 하는 질문에 대하여 60세이상의 인구는 건강문제, 경제적 어려움과, 외로움 및 소외감의 순으로 대답하였다.²⁾ 경제적 어려움이라 대답한 60세이상 인구가 1998년 58.9%였는데, 2002년에는 66.3%로 증가하였다. 이처럼 고령인구의 경제적 곤란의 문제는 노후대비의 미흡과 고령자의 저조한 취업률, 그리고 노부모부양책임에 대한 의식의 저하 때문이라 할 수 있고, 이는 경제적 혹은 정신적 부양의 문제가 가장 큰 노인문제임을 반영하는 것이다.

우리 민법의 구조상 노부모부양의무는 부부간의 부양의무와 같이 명문으로 규정되어 있지 않기 때문에 제974조 친족간의 부양규정이 적용되어 제2차적 부양의무의 성격으로 해석되고 있다. 그런데 노부모부양의무를 제2차적 부양의무로 본다면 제975조가 적용되어 노부모가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없는 경우에만 한하여 자녀가 부양책임을 질 뿐 아니라 자녀의 부양의 여력이 없는 경우에는 그 이행이 강제되지 않기 때문에 결국 노부모부양의무의 기피를 조장할 수 있는 법적 근거가 될 수 있다. 이로 인해 누가 부모를 부양해야 하는지에 대한 문제가 발생하고, 또한 가족간의 불화를

2) 1998년 『사회통계조사』에서 노인문제에 대해 60세이상 인구(복수응답)는 건강문제(65.0%), 경제적 어려움(58.9%), 외로움과 소외감(39.5%)의 순으로 대답하였다. 그리고 2002년 『사회통계조사』에서는 건강문제(76.0%), 경제적 어려움(66.3%), 외로움과 소외감(36.0%)의 순으로 대답하였다.

야기하는 원인이 된다고 할 수 있다. 이는 孝心을 법이 가로막아 미풍양속인 孝思想을 법이 파괴하는 결과를 가져왔다고 생각된다.

1995년 『인구주택총조사』에 의하면 우리나라의 인구의 절반이상이 불교나 기독교 혹은 천주교 등의 종교를 갖고 있는데,³⁾ 대부분의 종교는 孝를 가장 큰 덕목으로 가르치고 있으며, 이들 교리에서 노부모부양은 당연한 것이다. 이처럼 당연한 생활윤리가 현행법상 명문규정이 없다는 이유로 외면당하는 것은 참으로 안타까운 일이다. 뿐만 아니라 1990년 민법개정시 법제화된 諸子女均分相續의 原理 역시 노부모부양문제를 발생시키는 계기를 제공하였다. 우연일지는 모르지만 민법개정 후 하여 노인자살률이 급상승하기 시작한 것은 均分相續의 원리가 결과적으로 노부모부양책임의 문제에 어떤 영향을 가져왔다고 생각된다.⁴⁾ 즉 1990년 민법개정시 제1009조의 장남에 대한 相續加給分(扶養分)의 삭제는 노부모부양의 諸子女共同責任이라는 의식변화의 결정적 역할을 담당하였다는 추측을 할 수 있다. 1990년 민법개정 당시 이러한 문제를 예상하여 민법 제1008의2 寄與分制度를 신설 노부모부양의 유도를 기대하였지만, 寄與分制度가 갖는 제도적 한계, 예컨대 기여분산정이 공동상속인간의 협의에 의해 인정된다는 점, 협의가 이루어지지 않는 경우 법원의 판결에 의존해야 한다는 점, 판결

3) 1995년 통계청 인구주택총조사에 의하면 우리나라 전체인구 중 50.3%가 종교를 갖고 있다.

4) 이희배, “노친부양과 부양상속분제도신설” 『법조』 제47권 10호, 법조협회, 1998.10, 183면.

과정에 공동상속인간의 감정대립에 의한 가족관의 파경에 직면할 가능성과 판결기간의 장기화될 가능성 등의 문제점 때문에 그 이용률이 저조한 실정이다.

이에 정부는 노부모의 부양문제를 위하여 1998년 민법개정안으로 法定扶養相續分制度의 신설을 제안하였다. 개정안에 의하면 “제1009조 (법정상속분) ③ 피상속인을 부양한 상속인(피상속인의 배우자를 제외한다)의 상속분은 그 고유의 상속분의 5할을 가산한다. ④ 제3항의 피상속인을 부양한 상속인이라 함은 피상속인과 동거하면서 부양한 상속인과 피상속인에 대한 부양료를 5할 이상 부담한 상속인을 말한다”라고 하여 제1009조 법정상속분규정에 이를 추가할 것을 제안하였다. 이는 노부모와 동거하면서 부양하거나 그 부양료의 5할 이상 상당액을 부담한 상속인에 대해서는 재산상속시 그 고유의 상속분의 5할을 가해주도록 법률로 정하려는 것이다. 따라서 부양상속분제도는 상속인간의 실질적 공평을 기하고, 노부모부양을 유도하기 위한 것으로 현재 노부모부양의 문제는 기여분제도로 해결이 미흡하여 보완하고자 한 것이지만, 아쉽게도 2005년 민법개정시 이 제도가 반영되지 못하고, 법제화 되지 못하였다.

본 논문에서는 현행 민법의 구조상 제974조의 친족간의 부양의무로 인정하고 있는 노부모부양의무의 제2차적 부양 성격을 재조명해보고, 제1009조 법정상속분의 諸子女均分相續의 原則에서 발생하는 노부모부양책임의 분산·해이라는 문제에 대한 대안제시, 부양기여분의

규정인 제1008조의2의 구체적 내용을 살펴보고, 지난 제15, 16, 17대 국회에서 정부안으로 제안되었지만 결국 입법화되지 못한 민법개정안상의 法定扶養相續分制度를 심도 있게 분석해 보고자 한다. 그리고 민법에 의하면 부모가 사망하면 자녀는 부모재산상속의 제1순위로 규정하여 부모의 재산으로서 생활보장을 받고, 그리고 부모의 재산권을 제한하면서까지 자녀의 遺留分을 인정하는 반면 부모의 양육을 받아 성장한 자녀에게 부모부양을 제2차적 부양의무로 부여하는 불합리한 현행 노부모부양법제의 내용을 살펴보고자 한다. 그리고 주요 외국의 입법례의 재산상속과 부양문제를 연관한 규정들에서 부양의무를 해태하거나 회피·기피·학대 등 부당한 행위를 한 상속인의 경우 민법상 재산상속의 지위를 인정하지 않거나 제한하는 규정들을 통하여 노부모부양이행을 간접적으로 강제되는 법률효과들을 살펴보고, 현재 우리가 직면하고 있는 노부모부양문제의 경우에 그 입법례의 적용가능성의 효과에 대하여 살펴보고 본 논문에 참작하고자 한다.

第2節 研究의 範圍와 方法

오늘날 대부분의 국가는 복지사회를 그 이념으로 하고 있다. 따라

서 노부모부양의 문제 역시 공적인 접근방법을 통해 해결하는 것을 가장 큰 이상으로 하고 있으므로, 노부모부양문제에 있어서 사회적 혹은 정책적 논의는 매우 중요한 역할을 한다. 하지만 노부모부양의 문제를 국가정책적인 것으로 접근하는 것은 상당한 범위이므로 본 논문에서는 노부모부양문제의 접근방법을 법적 측면에서 검토하기 위해 연구의 범위를 가족법으로 한정하여 전개해 나가려고 한다.

먼저 제1장 서론에서 통계청의 통계자료를 통하여 노인문제의 심각성을 살펴보았으며, 노인문제와 노부모부양과의 관련성을 살펴보았다. 여기서는 자료의 객관성을 기하기 위해 통계청의 통계자료에 의한 자료분석의 형태를 취하여 그 연구의 목적과 방법을 제시하였다.

제2장에서는 노부모부양에 대한 연혁적 고찰로 로마법과 중세게르만법, 그리고 전근대중국사회법과 우리나라의 신라시대부터 조선시대에 이르기까지 몇 몇 역사서 및 법전을 바탕으로 살펴보려고 한다. 그리고 주요국의 입법례로서 전통적인 불문법국가인 영국과 비교적 사회복지제도가 잘 되어 있다는 북유럽국가와 대륙법계국가인 독일 및 프랑스, 사회주의국가인 러시아·북한·중국, 그리고 아시아 국가로 대만과 일본의 법제를 살펴보고, 우리나라 노부모부양법제의 분석에 기초를 삼고자 한다. 특히 노부모부양회피 등과 관련한 상속인의 부당한 행위에 대한 주요국의 재산상속상의 제한이나 불이익을 주고 있는 입법례를 통하여 우리나라의 법제와 연관시켜 살펴보는 계기를 마련하고자 한다.

제3장에서는 보건복지부가 1998년 및 2004년에 발표한 『전국노인생활실태 및 복지욕구조사』 및 통계청정보자료 『2004년도 고령자통계』 등을 토대로 하여 노부모부양의식에 대한 변화를 살펴보고, 또한 현행 노부모부양법제의 특징으로서 공적 부조의 한계와 사적부양의존이라는 양자의 관계에서 민법상 노부모부양의무의 성격과 문제를 어떻게 해석하는 것이 바람직한가를 생각하고자 한다. 특히 부양2원형론을 바탕으로 한 학설의 대립의 구체적인 문제에 대한 검토와 노부모부양의무의 법적 성격을 어떻게 해석하여야 하는가를 살펴보고자 한다. 또한 노부모부양의무의 법적 성격에 대한 검토를 통하여 노부모부양의무는 제1차적 부양의무의 성격을 갖는 것임을 주장할 수 있는 근거를 제시하려고 한다.

제4장은 노부모부양과 상속을 연계하는 최근 주요국의 입법동향을 살펴보고 그 타당성 및 상속재산을 통한 노부모부양문제의 해결방안으로 민법상 제시된 부양기여분제도의 문제점을 논의해 보고자 한다. 그리고 1998년부터 정부에 의해 제안되었던 민법개정안상의 법정부양상속분제도와 현행 부양기여분제도와 비교를 통해 法定扶養相續分制度新設의 필요성과 타당성을 기술하고자 한다.

제5장은 결론으로서 지금까지 살펴본 내용들을 요약 및 정리하고, 이를 토대로 현행 老父母扶養制度를 개선하기 위한 立法論을 제시하려고 한다.

第2章 老父母扶養制度의 沿革的·比較法的 考察

第1節 序 說

아무리 풍족한 사회라 하더라도 노유, 질병, 불구 등과 같은 자연적 원인이나 사회적 원인으로 인하여 독립적으로 스스로 생활하기 어려운 자들은 있기 마련이다. 이처럼 스스로 생활을 할 수 없는 생활불능자의 보조 문제는 아주 오래전부터 계속 존재하였던 문제들 중의 하나이다. 다만 사회적 혹은 시대적 배경이나 환경에서 누가 어떻게 보조할 것인가 하는 방법적인 면에서만 변해왔을 뿐이다. 즉 고대씨족사회에서는 씨족전원이 공동보조 하였고, 家父長的大家族制度 하에서는 家長이 이에 대한 책임을 부담하였다. 이후 산업혁명에 따른 부부중심의 核家族制度에서는 家族共同體가 이를 담당하였으며, 이러한 가족공동체로부터 분리된 자들에 대해서는 국가가 그 책임을 담당하여야 했다. 이 때 국가가 이러한 책임을 부담해야 하는 이유는 국민의 기본적 인권으로서의 生存權을 국가가 보장해야 하는 것이 국가의 의무로 승인하였기 때문이며, 때문에 근대국가는 예외 없이 구빈법, 실업보험법, 그 밖의 여러 가지 사회법규로서 국가적 부양제도를 확립하고 있다.⁵⁾

扶養이란 자기 개인의 힘으로는 생활을 유지할 수 없는 사람을 누군가가 생존수단이나 자원을 공급하는 것을 말한다.⁶⁾ 우리 헌법에서도 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다(헌법 제32조 제1항)”고 함으로써 인간다운 생활의 보장을 전제로 “국가는 사회보장, 사회복리의 증진에 노력할 의무를 진다(동조 제2항)”고 하며, 나아가 “생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다(동조 제3항)”라고 선언하고 있다. 그리고 헌법의 이러한 원칙을 실현하기 위하여 국민기초생활보장법, 국민건강보험법, 아동복지법, 수난구호법, 재난구호법, 산업재해보상보험법 등의 다양한 사회법규를 정비해 놓고 있다.



제2절 沿革的 考察

1. 로마法

로마에서는 매년 일정한 연령에 해당되는 노인들을 높은 다리 위에서 라인강이나 지베루에 던져버리는 풍속도 있었고,⁷⁾ 12표법에 의하

5) 김용한, 「친족상속법」, 박영사, 2004, 245면.

6) 明山和夫, 「扶養法と社會福祉」, 有斐閣, 1974, 1面.

면 불구하고 허약한 유아의 생명을 끊게 하는 신생아유기권(ius exponendi)이 부모에게 부여되기도 하였었다. 또한 초기에는 강력한 家長權⁸⁾이 부여되어, 가장은 그의 권력에 복종하는 家子에 대하여 生死與奪權(ius vitae ac necis)을 갖고 있었는데, 家子の 범죄행위에 대하여 국가의 형벌권을 배제하고 자신이 스스로 형을 선고하고 심지어 그를 살해할 수도 있었다.⁹⁾

이처럼 가장권이 강대했던 시대에 가장이 그 가족을 부양해야 하는 법적 의무에 관해서는 생각할 수 없었던 일이지만, 사실상의 부양은 행하여지고 있었으며, 실제 가족내의 전재산을 유일하게 소유하고 있던 가장은 그 권력에 복종하고 있는 모든 사람을 부양하였다.¹⁰⁾ 이러한 부양의무는 도덕적 의무로서 관념되어져 온 것이며, 당사자가 소송문제로서 제기할 수 없는 자연채무 또는 단순한 도덕적 의무에 불과했다.

이후 이것이 국가기관에 의해 보장받을 수 있는 정도의 법적 의무로 확립된 것은 제정기에 들어서서 부터이다. 유스티니아누스帝의 법

7) 西原道雄, “扶養の史的諸形態とその背景”, 「家族問題と家族法V」, 酒井書店, 1977, 22面.

8) 로마의 강력한 가장권의 발생과정과 관련한 구체적 내용은 강현태·김자영·강승목 共譯, 「권리능력론」, 세창출판사, 2004, 15-18면, 35-38면 참조.

9) 原田慶吉, 「嚴格市民法に於ける羅馬家族法の研究」, 國家學會雜誌 42卷 12號, 東京大學國家學會, 21-22面 以下 참조(배경숙, “부양형태의 변천과 노부모부양의 문제점”, 「아세아여성법학」 창간호, 아세아여성법학연구소, 1998. 6, 33면 재인용).

10) 배경숙, 상계논문, 33면.

전 제534조에서는 명문으로 직계혈족 상호간의 부양의무를 규정하고 있다.¹¹⁾ 직계혈족 상호간의 부양의무가 초기에는 자연채무 혹은 도덕적 의무이었던 유스티니아누스帝에 와서 법적 의무로서 확립된 이유는 첫째, 개인의 지위의 강화 및 확립과 가장권의 제한 및 쇠퇴를 들 수 있으며, 둘째는 당시의 그리스도교의 인명존중이념을, 셋째는 自然法思想의 간접적인 영향이라 할 수 있다.¹²⁾

따라서 로마에서는 처음 가족의 生死與奪權을 가장에게 부여할 정도의 강력한 가장권을 바탕으로 가족의 전재산을 가장이 소유하였으며, 그 결과 가장권에 복종하는 가족은 가장이 부양하였는데, 이러한 부양의무는 법적으로 인정된 것이 아니라 도덕적 의무에 불과하였다. 하지만 유스티니아누스시대에 와서 개인주의적 사상의 심화 및 인명존중의 사상과 자연법사상의 영향으로 이러한 가자의 부양의무가 法的義務로 확립되었다.

2. 중세 게르만法

초기 게르만법상 家는 혈연적 가족단체가 아니라 순전히 가장권 또는 가부장권을 기초로 한 개념이어서, 오늘 날과 같이 추상적인 호적법상의 법개념이 아니라 가장의 지배하에 결속된 구체적인 가족원의

11) 西原道雄, 前掲論文(註, 7), 30面.

12) 배경숙, 전계논문, 35면.

생활공동체였다.¹³⁾ 예컨대 여성의 경우 비록 혼인을 하여 夫의 가장 권에 종속되지만, 본래의 씨족원의 자격을 상실하지 않으므로 夫의 씨족이나 혈족과는 아무런 친족관계가 발생하지 않으므로, 혼인 후에도 親家の 氏族員으로서의 자격을 계속 보유하였다.¹⁴⁾

그러나 11세기 이후 도시의 건설에 따른 상거래의 발달과 식민지 개척 등으로 인한 농촌인구의 이산 및 인문주의 사조 등 중세의 사회 및 경제의 구조적 변화는 전통적인 가족제도에 영향을 미쳤다. 그 결과 氏族 및 血族集團의 개념이 쇠퇴하고 부부 중심의 가족제도가 형성되었다.¹⁵⁾ 따라서 중세에 이르러서는 도시와 대부분의 지방에서 氏族制度가 소멸하였다.

중세 봉건사회에서는 가족의 내부관계 특히 부양관계와 관련하여 정치적 권력의 관여는 거의 없었고, 개인의 친족관계가 법의 표면에 나타나는 것은 생명·신체의 침해에 대하여 형법적 보호나 친족단체에 의 배상, 가장권의 관계 또는 상속에 관한 규제에 불과하였다.¹⁶⁾ 가장권은 가족원에 대한 지배와 동시에 보호의 기능을 가지고 있었지만, 그 보호의 기능은 법적으로는 대외적 문제에 관하여 표시되는 것

13) 현승종조규창, 「게르만법」, 박영사, 2001, 186면.

14) 현승종조규창, 상계서, 186면.

15) 다만 일부 고위층과 신흥귀족층은 그들의 사회·정치세력의 유지수단으로 씨족제도를 고수하여, 고대와 마찬가지로 복수권과 후견 및 상속법 영역에 계속 관여하였다.

16) 배경숙, 전개논문, 36면.

일 뿐이었고, 경제적인 의미의 부양과 달리 주로 능력(예컨대 소송능력)의 결함을 보완하기 위한 것이었다.¹⁷⁾

3. 前近代 中國法

唐 高宗 4년(653년) 長孫無忌 등이 太宗때의 貞觀律을 개정·반포한 ‘永徽律(영휘율)’에 국가의 공식적 유권해석인 注疏를 덧붙인 형법주역서인 ‘唐律疏議(당율소의)’¹⁸⁾는 춘추전국시대 이후의 중국의 법전을 집대성한 것으로 이후 宋, 明, 淸 등 전통시대 중국법의 모태가 된 형법전이라 할 수 있다. 唐律疏議에서는 조부모 혹은 부모를 공경하지 않거나 부양을 게을리하는 것을 불효죄라 하여 형으로 다스렸다.

唐律疏議 第6條 名例 6 十惡의 律文 8에 의하면 “七曰 不孝, 謂告言 詛懹祖父母父母 及祖父母父母在 別籍異財 若供養有闕居父母喪 身自嫁娶 若作樂 釋服從吉 聞祖父母父母喪 匿不舉哀 詐稱祖父母父母死”¹⁹⁾라 하여 어떠한 것이 불효인지를 설명하고 있다. 불효를 한 경

17) Heinrich 著世良晃志郎 譯, 「ドイツ法制史概說」, 創文社, 1971, 88面.

18) 唐律疏議는 12편 30권 총 502개조로 구성된 방대한 법전으로, 총칙에 해당하는 名例律(명례율)과 각칙에 해당하는 衛禁, 職制, 戶婚, 廩庫, 壇興, 賊盜, 鬪訟, 詐僞, 雜律, 捕亡, 斷獄으로 구성되었다. 唐律疏議는 중국만이 아니라 한국, 일본, 베트남의 법에도 큰 영향을 미쳤으며, 동양의 로마법이라 할 수 있다.

19) 제7 불효. 부모를 잘 섬김을 孝라 하고, 이미 어기고 범함이 있으면 이것이 곧 불효의 죄명이다. 조부모·부모를 고발하거나 저주하고 욕하거나, 조부모·부모가 살아 있음에도 戶籍을 따로 하고 재산을 달리하거나, 혹은 供養을 거르거나 부모의 喪中에 자

우 형이 가해지는데, 제345조, 제264조, 제329조, 제155조, 제348조, 제179조, 제120조, 제383조에서 그 형을 정하고 있다. 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 조부모·부모를 고발한 자는 교수형에 처한다.²⁰⁾

둘째, 만약 조부모·부모의 총애만을 구하기 위해 厭魅詛呪한 경우에는 류형 2천리에 처한다.²¹⁾

셋째, 조부모나 부모에게 욕을 하면 교수형에 처하고, 구타하면 참수형에 처한다.²²⁾

넷째, 조부모·부모가 살아 있음에도 호적을 따로 하고 재산을 달리 하는 자는 도형 3년에 처한다.²³⁾

신이 스스로 改嫁·改娶하거나 음약을 연주하거나 상복을 벗고 길복을 입거나 조부모·부모의 상을 듣고도 숨기고 服을 입지 않거나 조부모·부모가 죽었다고 사칭한 행위를 말한다(번역참조: 김탁민·임대회 공역, 역주 당률소의 I-명례편, 한국법제연구원, 1994, 121-122면).

20) 唐律疏議 第345條 卷23 鬪訟 44, 告祖父母父母: 아버지는 자식의 하늘이므로 숨김은 있으되 범함은 없어야 하며, 만약 아버지에게 법을 어긴 일이나 허물이 있다면 諫諍해야 하고, 그것에 따르지 않더라도 더욱 더 공경하고 효성스럽게 하여, 죄에 빠지도록 해서는 안 된다. 만약 정리를 망각하고 예를 버리고서 고의로 고발하는 일이 있다면 교수형에 처한다(번역참조: 김탁민·임대회 공역, 역주당률소의-각칙(하), 한국법제연구원, 1997, 3110면).

21) 唐律疏議 第264條 卷18 賊盜 17, 憎惡造厭魅: 律文3) 자손이 조부모·부모의 총애를 구하기 위하여 厭魅를 만들거나 詛呪하거나 符書를 만들었다면 류형 2천리에 처한다(번역참조: 김탁민·임대회 공역, 역주당률소의-각칙(상), 한국법제연구원, 1997, 2420면).

22) 唐律疏議 第329條 卷23 鬪訟 28, 毆樵祖父母父母: 자손이 조부모나 부모에게 순종하지 않고 함부로 욕을 하였다면 교수형에 처하며, 구타한 경우에는 참수형에 처한다(번역참조: 김탁민·임대회 공역, 전게서(註, 20), 3075면).

다섯째, 부모나 조부모의 가르침이나 명령에 위반하거나 공양함에 모자람이 있으면 도형 2년에 처한다.²⁴⁾

여섯째, 부모 상중인데도 시집·장가간 자는 도형 3년에 처한다.²⁵⁾

일곱째, 부모의 초상을 듣고도 그 사실을 숨기고 통곡하여 애통함을 드러내지 않는 자는 류형 2천리에 처한다. 상제가 아직 종료되지 않았는데, 상복을 벗고 평복으로 갈아입은 경우 혹은 애통함을 잊고 음악을 연주한 경우에는 스스로 행하든 남에게 시키든 동일하다.²⁶⁾

23) 唐律疏議 第155條 卷12 戶婚 6, 子孫不得別籍異財: 조부모·부모나 증조·고조부모가 살아있는 경우에도 호적을 따로 하고 재산을 달리한 경우 그 자손은 각각 도형 3년에 처한다(번역참조: 김탁민·임대희 공역, 전계서(註, 21), 2213면).

24) 唐律疏議 第348條 卷24, 鬪訟 47, 子孫違犯教令: 조부모·부모가 가르침이나 명령한 것이 일에 해당하다면 자손은 그것을 거스르고 범할 수 없다. 공양함에 모자람이 있는 경우라 함은 ‘禮記’에 “부모의 나이가 70세에 이르면 二膳(正, 副 두 종류의 膳食을 말함)을 공양해야 하고, 80세에 이르면 항상 珍味를 공양해야 한다”고 한 것과 같은 경우이다. 집안의 형편이 공양을 담당할 수 있는데도 고의로 모자라게 한 경우에는 각각 도형 2년에 처한다. 그러나 만일 집안형편이 실제로 가난하여 받들어 공양할 방도가 없다면 이와 같은 경우에는 처벌해서는 안 된다. 그리고 모든 경우 반드시 조부모나 부모의 고발이 있어야 처벌된다(번역참조: 김탁민·임대희 공역, 전계서(註, 20), 3121면).

25) 唐律疏議 第179條 卷13, 戶婚 30, 居父母夫喪嫁娶: 부모의 상은 평생토록 근심하고 슬퍼해야 하는 것이지만 복상기간인 3년이 지난 뒤에 평상복을 입는 것은 진실로 예를 다한 것이다. 그런데 상중임에도 혼인을 한 경우에는 도형 3년에 처하며, 服喪期間 내에 혼인한 처와 첩은 모두 갈라놓는다(번역참조: 김탁민·임대희 공역, 전계서(註, 21), 2259면).

26) 唐律疏議 第120條 卷10, 職制 30, 匿父母夫喪: 부모의 은혜는 하늘과 같아서 다 갚을 수 없다. 고통이 아무리 심하더라도 부모의 초상을 듣는 것과 같은 것은 없다. ‘예기’에 의하면 “상을 들으면 곡으로 부고하러 온 사람에게 답하며, 슬픔을 다한 후에 까닭을 묻는다”고 하였다. 따라서 초상을 들으면 즉시 통곡해야 하며, 어찌 날을 가리고 때를 기다리겠는가. 만약 숨기고 곧장 통곡하여 애통함을 드러내지 않는 자는

여덟째, 부모가 사망하면 관직에서 물러나야 하는데, 다른 친속이 사망하였다 속이고 물러나지 않은 자는 도형 2년 반에 처하고, 조부모·부모가 사망하였다고 사칭하고 휴가를 구하거나 기피한 것이 있는 자는 도형 3년에 처한다.²⁷⁾

살펴본 바와 같이 唐律疏議에 의하면 부모는 물론이고 조부모에 대해서도 존경과 봉양을 하여야 하며, 한 치의 욕됨도 허용하지 않고 불효죄로 다스리고 있다. 이는 禮記나 孝經 등을 바탕으로 한 禮孝思想 때문이며, 상당한 봉양을 권하고 있다.

4. 民法制定 前 우리나라

옛날부터 우리나라에서는 효자에 관하여 많은 이야기가 전해 내려오고 있다. 예컨대 백제의 효녀지은,²⁸⁾ 신라의 향덕에 관한 얘기,²⁹⁾

류형 2천리에 처한다. 상복을 입는 기간 중 평복으로 갈아입은 경우나 애통함을 망각하고 함부로 음약을 경주한 경우에는 도형 3년에 처한다(번역참조: 김탁민·임대희 공역, 상계서, 2146면).

27) 唐律疏議 第383條 卷25, 詐僞 22, 父母詐僞言餘喪: 부모가 사망하면 관직에서 물러나 상복을 입어야 하는데, 탐욕이 있어 다른 친속이 사망하였다고 속이고 관직에서 물러나지 않은 자는 도형 2년 반에 처하며, 조부모·부모가 사망하였다고 속이고 휴가를 구하거나 기피하는 경우 도형 3년에 처한다(번역참조: 김탁민·임대희 공역, 전계서(註, 20), 3229면).

28) 한기부 백성 연권의 딸로서 성품이 매우 효성스러웠다. 어려서 아버지를 여의고 혼자 어머니를 봉양하여 나이 32세가 되었어도 시집을 가지 않고, 언제나 어머니 곁을 멀리 하지 않았다. 몸을 팔고, 동양도 하며 밥을 빌어 어머니를 봉양하였으나, 빈곤을 참을 수 없어 부잣집에 가서 몸을 팔고 여종이 되기를 청하여 쌀 10섬을 얻었다. 부

조선시대의 도리장³⁰⁾에 관한 이야기 등이 바로 그것이다. 물론 高麗葬(棄老風習)이라는 노부모를 유기하는 풍속이 있었다는 얘기도 있지만 이러한 모습을 전하는 당대의 자료나 이를 해명하는 고고학적 기록은 찾아볼 수 없기 때문에 그 사실여부가 허위에 지나지 않은 확인되지 못한 얘기이다.³¹⁾

어쨌든 口傳에 의해서는 記錄에 의해서든 孝行에 관한 이야기는 우리가 쉽게 접할 수 있는 것인데, 이는 아마도 孝를 百行의 根本으로 여겼던 思想때문이 아닌가 싶다.³²⁾

갓집에 일을 다니면서 저물녘이면 돌아와 밥을 지어 어머니를 봉양하였는데, 며칠 뒤 어머니가 그 사실을 알고 목놓아 울고 딸도 또한 같이 울어 길가는 사람들을 애처롭게 하였다(「삼국사기」 제48호 열전 제8- 효녀지은전: 정구복 역, 「역주 삼국사기」, 한국정신문화연구원, 1997, 816-817면 번역 참조).

29) 향덕은 응천주의 관직향사람이다. 효성스럽고 순하기로 소문났었는데, 천보 14년 을미(경덕왕 14년)에 흉년이 들어 백성이 굶주리고 더구나 전염병이 돌았다. 부모가 굶주리고 병이 났으며, 어머니는 중기가 나서 거의 죽게 되었다. 향덕이 밤낮 옷을 벗지 않고 정성을 다하여 편안히 위로하였으나 봉양할 것이 없어 자신의 넓적다리살을 떼어 먹게 하고 또 어머니의 중기를 입으로 빨아 모두 완쾌시켰다(「삼국사기」 제48호 열전 제8- 향덕전: 정구복 역, 상계서, 809-810면).

30) 도리장은 15세기 진원군에 살던 백성의 딸이었다. 그는 성 쌓기에 강제로 끌려가서 갓은 고역을 다하다가 병고에 시달리는 아버지를 구원하기 위하여 남자옷을 입고 길을 떠나 천신만고 끝에 아버지를 만날수 있었으며, 정성껏 간호하고 부축하여 고향으로 돌아왔다(「태조실록」 권9, 5년 정월 경신)

31) 과거 우리나라에 고려장이라는 노부모를 유기하던 풍속이 잔재하였다는 고려장설화와 관련하여 이는 일본이 우리나라의 민족성말살정책의 일환으로 만든 허위에 지나지 않는다는 견해가 있다(김민한, “고려장설화의 허구성에 관한 연구”, 「한국사상과 문화」, 한국사상문화학회, 1999, 112면). 오히려 역사서에 의하면 부모를 유기하거나 부양하지 않은 경우 상당한 제재가 뒤따른다는 것을 찾아볼 수 있다.

고구려시대에는 조상의 유업을 기리기 위하여 고분을 축성하고, 부모의 3년상을 치렀으며, 積石墳을 만들고 松柏을 심어 영속된 孝의 묘상을 나타내었다.³³⁾

신라시대에는 불교를 국교로 숭상하여 당시의 생활을 주도하였는데, 이러한 崇佛思想은 범국민적인 사회사상으로서 국민정신을 귀일시켰다. 이에 따르면 부모를 공경하고 공양하여야 하며, 효도는 밤낮으로 섬겨서 길러준 은혜에 보답할 것을 강조하였다.³⁴⁾ 그리고 진평왕 때 원광이 화랑에게 준 세속오계 중에는 ‘事親以孝’라 하여 아버지 섬기기를 효로써 하도록 하였다.³⁵⁾

고려시대의 효행에 관한 이야기는 삼국사기, 삼국유사, 고려사절요

32) 이영하, “한국부양법제에 관한 연구”, 고려대학교대학원 박사학위논문, 1989, 18면 이하 참조.

33) 임동근, “한국의 효에 대한 이론적 고찰”, 한양대학교교육대학원 석사학위논문, 1983, 40면.

34) 차문섭, “효행점고”, 「충효사상」, 단국대학교출판부, 1980, 253면 이하; 한용운편, 「불교문학」, 현암사, 1979, 713면.

35) 귀산은 사랑부 사람이다... 어렸을 적에 같은 부의 사람 추함과 친구가 되었다.... 원광법사가 수나라에 들어가 유학을 하고 돌아와 加悉寺에 있었는데, 그때 사람들이 높이 예우하였다. 귀산 등이 그 문에 나아가 옷자락을 걷어잡고 말하기를 “저희들 세속 선비는 몽매하여 아는 바가 없사오니 원컨대 한 말씀을 주셔서 종신토록 지킬 교훈을 삼도록 하여 주시기 바랍니다”라고 하였다. 법사가 말하기를 “佛戒에는 菩薩戒가 있는데, 그 종목이 열가지다. 너희들이 남의 신하로서는 아마 이를 감당하지 못할 것이다. 지금 세속오계가 있으니, 첫째는 임금 섬기기를 忠으로써 할 것, 둘째는 아버지 섬기기를 孝로써 할 것, 셋째는 친구사귀기를 信으로써 할 것, 넷째는 전쟁에 나가서는 물러서지 말 것, 다섯째는 생명있는 것을 죽이되 가려서 할 것이다. 너희들은 이를 실행함에 소홀하지 말라!”고 하였다(삼국사기 권 제45 열전 제5, 귀산: 정구복역, 전계서, 771-773면).

등에 많이 전해지고 있는데, 불교의 지배속에서 부양의무는孝에 포함되어 강력한 계율로 강요되었음을 알 수 있다.³⁶⁾ 성종 9년 가을 9월에 내린 교서의 내용에 의하면 “대체로 국가를 다스리는 데는 반드시 먼저 근본을 힘써야 한다. 근본을 힘쓰는 데는 효도가 제일이니 효도는 3皇5帝의 기본사업으로서 만사의 강령이요 모든 선의 주체이다. 그래서 6경의 대의를 본받고 三禮의 규례를 좇아 1국의 풍속을 다 五孝의 모범을 따르도록 하려고 한다”³⁷⁾고 하여, 효를 근본으로 하였음을 알 수 있다. 고려의 성종은 특히 도덕정치에 힘을 기울여 충효를 강조하였고, 이제현도 성종의 이러한 업적을 기리며 “성종묘를 세우고 사직을 정하였으며, 효도와 절의를 권장하여 풍속을 아름답게 하였다”고 할 정도로 효교육과 예를 덕치의 근본으로 삼고 백성들의 윤리기강을 바로 잡았다.³⁸⁾

조선시대 역시 忠孝를 근본으로 하는 유교사상으로 노부모를 부양하고 공경하는 것이 덕의 근본으로 여겼을 뿐 아니라 불효를 가장 큰 죄로 여겼다. 퇴계 이황은 ‘西銘前一節 明人爲天之子 後一節言人事天也 當如子之事父母也’라 하여는데, 이는 인간사회에 있어서 모든 질서의 근원은 효에서부터 출발하고 있음을 밝히고 있는 것이다. 또한 문

36) 어인의, “노부모부양을 위한 법적 장치의 확보책”, 「법학논집」 제5집, 청주대학교 출판부, 1990. 7, 131면.

37) 「고려사」 제3권 세가 제3, 성종 경인 9년 9월 병자일(번역참고: 사회과학원 고전연구실, 「고려사」, 신서원, 1992, 160-167면).

38) 류재빈, “충효윤리의 현대적 조명”, 인하대학교교육대학원 석사학위논문, 1980, 18면.

현에 나타난 효행에 관한 이야기는 조선왕조실록 등에서 쉽게 찾아볼 수 있다. 그리고 조선최대의 법전인 경국대전은 조선왕조 500년간 이용되었는데, 여기서도 부모봉양에의 의지를 찾아볼 수 있다. 예컨대 부모의 나이가 70세이상인 자는 300리 밖의 먼 고을의 원으로 임명하지 않는다거나³⁹⁾ 부모에게 효성스럽고 형제간에 우애 있는 사람은 연말마다 본조에 등록하여 임금에게 보고하고 장려해 주도록 하였다.⁴⁰⁾ 더 나아가 부모나 가장을 고발하는 것을 반역음모와 역적의 경우를 제외하고는 교형에 처하게 하여 그 권위를 높여 주었다.⁴¹⁾ 조선 중기 위대한 실학자인 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. 그리고 자식들이 부모를 이처럼 잘 모시면 부모들이 기뻐할 것이며 부모가 기뻐하면 자식들 또한 즐거울 것이니 가정의 화목은 자식에 대한 부모의 사랑과 함께 부모에 대한 자식들의 효성이 중요하다고 썼다.⁴²⁾

일제점령기하에서도 이러한 노부모부양에 대한 각별한 의지는 계속

39) 經國大典 吏典 外官職(번역참조: 법제처, 「경국대전」, 한국법제연구원, 1993, 117면).

40) 經國大典 禮典 獎勸(번역참조: 법제처, 상계서, 283-284면 참조).

41) 經國大典 刑典 告尊長(번역참조: 법제처, 상계서, 471면 참조).

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

되었다. 조선총독부 중추원의 관습조사보고서에 의하면 “세계에서 그 유래를 찾아 볼 수 없을 정도로 조선인은 친족부조의 관념이 극히 강하여 친족간에는 서로 부양의 의무가 있는 것이다. 따라서 보통 부양토록 되어 있는 친족으로서 부모·조부모, 배우자, 자손, 형제자매, 백숙부모, 생질녀, 중형제자매, 재중형제자매, 외조부모, 처부모 등으로써 호주는 가족을 부양해야 하나 요는 그 범위에 대해서는 사람마다 견해를 달리하여 일정한 한계가 없으나 다만 有服親의 범위⁴³⁾를 넘을 수 없다는 것이 거의 누구도 이론이 없는 바이다. 또한 부양할 자가 수인인 경우의 부양순서에 대해서는 존수가 다른 자 사이에서는 근친을 우선하고, 本宗과 外族간에는 本宗을 우선한다”⁴⁴⁾고 하고 있다. 그리고 ‘부양을 받을 자는 자활할 수 없는 자에 한정하는 듯하지만, 자가 부모를 부양하고, 父母가 子를 양육하거나, 부부가 서로 부양하는 것에 대해서는 반드시 자활할 수 있는지 여부를 묻지 않는다’고 하여, 子의 부모부양은 부모가 要扶養狀態인지의 여부를 불문하고 인정하였다. 전통적인 입장에서 본다면 이처럼 성인자녀의 노부모부양의무는 제1차적 부양의무의 성격을 갖고 있으며, 또한 너무도 당연

43) 有服親은 服을 입는 가까운 친척을 말한다. 喪服은 다섯 종류로 斬縗, 齋縗, 大功, 小功, 總麻이며, 斬縗는 3년, 齋縗에는 3년, 大功은 9월, 小功은 5월, 總麻는 3월을 상복을 입는 기간으로 한다. 服의 종류에 따라 친속을 구별하면 斬縗服, 齋縗服, 期親, 大功服, 小功服, 總麻服으로 구분된다(조선총독부중추원, 「관습조사보고서」, 1913, 조선총독부중추원, 278-280면).

44) 조선총독부 중추원, 상계서, 314면.

한 것으로 여겨졌다.

第3節 比較法的 考察

1. 英國

영국은 일찍부터 체계적인 구빈법을 갖고 있었다. 16세기 튜더왕조 시대(1485-1603)에 이미 빈민 및 부랑자에 관한 법이 마련되어 있었으며, 이를 통합한 것이 근대구빈법의 기초라 할 수 있는 1601년 엘리자베스구빈법이다.⁴⁵⁾ 엘리자베스구빈법은 친족간의 부양의무를 처음 법적으로 체계화한 것이었다.⁴⁶⁾

이 후 사회적 경제적 사정이 변화하였고, 자유주의와 말사스주의의 끊임없는 비판이 높아지자 1834년 개정구빈법이 성립되었다.⁴⁷⁾

45) 엘리자베스 구빈법이 제시한 6대 원칙은 다음과 같다. 첫째 국민은 국가에 대한 의무로서 빈민구조를 위해 구빈세를 거출하여야 한다. 둘째 구빈세의 과세 및 빈민에의 구제는 교구단위로 치안판사의 감독하에 행해져야 한다. 셋째 활동불능한 빈민은 그 안주하고 있는 교구에서 또 그 지역의 비용에 의해서 구제되어야 한다. 넷째 자치불능한 사람들의 자식에게는 직업을 가르쳐서 일하게 한다. 다섯째 부랑인, 걸인은 형법으로 억압하여야 한다. 여섯째 활동이 가능한 사람에게는 일을 주어 동시에 노동하도록 하여야 한다.

46) 표계학, “사회주의 국가의 사적 부양”, 「가족법연구」 제6호, 한국가족법학회, 1992. 12, 228면.

1834년 개정구빈법은 1824년 부랑법의 영향을 받아 가족의 부양을 태만히 한 자에 대한 처벌을 규정함으로써 부양책임이 강화되었다고 볼 수 있다. 즉 妻子에 대한 夫 또는 父가 제1차적으로 부양의무자이고, 16세까지 계자에 대한 계부의 의무를 인정하였으며, 16세까지의 사생자에 대한 부모의 부양의무를 명시하고, 이러한 부양의무를 불이행 할 경우에는 엄벌에 처함과 동시에 부양의무자의 재산으로부터 부양비용회수가 인정되었다.⁴⁸⁾ 즉 1834년 개정구빈법에 의하면 부양명령을 불이행할 경우 엄벌이 가해졌으므로, 이는 동시에 가족부양책임을 강조한 것이기 때문에 실질적으로 父의 부양의무를 인정한 것이라 할 수 있다. 이후 1868년 개정구빈법은 父의 부양의무를 명문화하였는데, 동법은 부양의무불이행에 대한 처벌을 폐지하는 대신 민사절차에 의한 강제집행을 인정했다. 1930년 구빈법(Poor Law Act, 1930)은 친족의 부양에 관하여는 혼인 중 부녀의 친정부모에 대한 의무를 추가하였고, 1942년의 Beveridge보고는 종합적인 사회보장제도의 계획을 제시했다. 이 구상에 기인하여 국민보험법을 비롯하여 6가지 법률이 제정되었는데, 그 중에서 종래의 구빈법대신 출현했던 국가부조

47) 개정 구빈법이 제시한 3대원칙은 다음과 같다. 첫째 구빈법의 대상이 된 빈곤자의 생활은 어떠한 경우에도 자활하는 임금노동자의 최저기준 이하이어야 한다. 둘째 院外救助의 범위를 좁혀서 최소한으로 하는 한편 노역장에서 수용하며, 수용을 거부한 자에게는 어떠한 원조도 주지 않는다. 셋째 구빈행정을 전국적으로 통일하기 위해서 중앙기관을 설립한다.

48) 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 5號, 有斐閣, 1954. 3, 96면.

법은 다른 5개의 법률에 의해서도 필요한 보호를 받을 수 없는 자에 대한 최종적·전면적인 부조로 되었다.⁴⁹⁾

영국의 노부모부양은 보통법(Common Law)상의 私法的 義務와 국가부조법(National Assistance, 1948)과 사회보장법(Social Security Act, 1986)상의 公法的 義務의 두 가지로 구분되며, 전자는 법적 강제가 없는 불완전한 도덕적 의무이고, 후자는 법적으로 강제될 수 있는 완전한 의무이다.⁵⁰⁾ 公法的 扶養義務가 발생하기 위한 요건은 국가부조법상 국가에 의해 부양되어야 할 자가 현실적으로 국가기관에 대하여 부조를 청구하거나 또는 수취하여 국가가 부양의무자에 대하여 부조를 하여야 할 또는 지출할 비용의 변제를 명하는 扶養命令이다.⁵¹⁾ 국가부조법에 의하면 요부양자를 부양할 의무를 부담하고 있는 친족의 범위는 子와 妻, 16세 미만의 子에 대한 부모(동법 제42조, 제64조 1항)이며, 이들 의무자가 부양하지 않고 국가부조가 이루어진 경우에는 부조위원회 또는 지방당국은 일정한 방법으로 부조비를 회수할 수 있을 뿐 아니라(동법 제43조) 형사적인 제재(동법 제51조)에 관해서도 규정하고 있다.

요컨대 영국의 부양법은 부양의무자의 범위를 최소한의 가족구성원

49) 영국의 구빈법의 역사와 내용에 대해서는 배경숙, 전제논문, 40-42면 참조.

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

51) P. M. Bromley & N. V. Lowe, *op.cit.*, p. 601.

에 한정한다는 점, 남녀 평등하게 취급되고 있다는 점, 부양의무의 성질이 금고나 벌금으로 강제할 수 있을 만큼 강력하다는 특징을 갖고 있다.⁵²⁾

영국의 가족부양은 잉글랜드를 중심으로 보면 절대적 핵가족형태의 전통을 가지고 있고, 가족은 노인에게 가장 성공적인 비공식적 보호를 제공하고 있다.⁵³⁾ 특히 노인가족의 2/5는 노인들이 걸어갈 수 있는 거리에 살고 있으며, 상호 필요한 도움을 주고받고 있지만,⁵⁴⁾ 이 혼술의 증가에 따른 가족의 재구성, 가족크기의 감소로 인한 가족보호자수의 부족 등으로 노인부양능력이 점차 감소하고 있고, 많은 노인들이 가족보호보다는 국가적 보호를 원하는 경향을 보이고 있다.⁵⁵⁾



2. 北유럽의 主要國家

핀란드, 노르웨이, 스웨덴 등의 스칸디나비아반도를 중심으로 한 북유럽의 국가들은 세계적인 복지국가로서 노인부양은 국가적 업무로

52) 송형래, “효와 친자간의 권리의무에 관한 연구”, 청주대학교대학원 박사학위논문, 1997, 23면.

53) 최성재, “유럽 여러나라 노인의 가족부양정책”, 「노인복지정책연구」 제2권 3호, 한국노년학회, 1997, 166면.

54) 이러한 형태는 제주도 풍습과도 유사하다. 제주도의 가족형태 중 안박거리모형 즉 부자 두세대가 한 울타리 안에서 서로 다른 두 채의 집에서 각각 살림을 하는 것 역시 이와 유사한 것이다.

55) 최성재, 전계논문, 166면.

보아 사적 부양보다 공적 부조에의 의존도가 높은 편이다. 대부분 국가에서는 노부모부양을 강제하는 법적 의무는 존재하지 않으며, 노인 부양의 문제는 사회의 집단책임으로 인정되고 있다. 이러한 집단책임 의식은 社會的 市民權의 一般化에 바탕을 두는 것이다.

스웨덴의 경우 가족부양에 대한 법적 강제의무는 존재하지 않고, 노부모부양을 국가적 책임으로 인식하였다. 그에 따라 노인부양은 공적 부조에의 의존도가 높았지만 최근에 와서는 보편적 책임의식에 근거한 노인부양의 문제가 경기침체와 복지프로그램 확대의 부작용 등에 의해 가족에게 맡기려는 움직임이 서서히 일어나고 있다.⁵⁶⁾

3. 大陸法系國家



1) 獨逸

1794년 작성된 프로이센의 보통법에서는 직계혈족 및 형제자매의 부양의무를 명시하고 있다. 그 후 독일의 통일민법전 제1초안에서는 직계혈족 외에 형제자매에게도 부양의무를 인정했다.

독일의 노부모부양은 1950년대부터 사회보장법에 의하여 국가가 보호하고 있으며, 부양을 받지 못하는 노부모부양은 정부가 책임지고 있다. 원칙적으로는 私的扶養優先의 原則을 민법에서 규정하고 있고 (동법 제1601조), 다만 생계를 위협받는 자나 부양을 할 수 없는 자

56) 최성재, 상계논문, 162-165면.

는 부양의무를 면하는 규정을 두고 있다(동법 제1603조 2항).

독일민법상 부양의무는 직계혈족간의 부양의무, 배우자간의 부양의무, 그리고 혼인하지 않은 부모와 자녀사이의 부양의무로 나뉘어 규정되고 있다.

직계혈족간의 부양의무를 규정(제1601조-제1615조)한 제1601조에 의하면 “직계혈족은 상호간에 부양을 제공할 의무를 진다”고 하여 親子간에 부양의무가 있음을 규정하고 있다. 부양의무의 발생요건으로 ‘부양권리자측의 부양필요상태’와 ‘부양의무자측의 부양가능상태’를 그 전제로 하기 때문에, 피부양자인 부모가 스스로의 생계를 책임질 수 없어야 하며, 부양의무자인 자녀가 부양의 여력이 있는 경우에 부양의무가 발생한다고 할 수 있다.⁵⁷⁾ 즉 자신의 상당한 부양으로 위험하게 된 경우에는 부양의무를 부담하지 않는다.⁵⁸⁾ 그리고 姻戚(시부모나 며느리)은 제1601조에 따라 직계혈족이 아니므로 이들 간의 부양의무는 인정되지 않는다 할 것이다.

부양순위와 관련하여 부양권리자나 부양의무자 일방 혹은 쌍방이 1

57) 독일민법 제1062조 제1항은 “부양권리자는 스스로 생계를 세어나갈 수 없는 자에 한한다”고 하고, 제1603조 제2항은 “자기가 부담하는 다른 의무를 고려하여 자기의 신분에 적합한 생계를 위협하게 하지 않고 요부양자를 부양할 수 없는 자는 부양의무를 부담하지 않는다”고 규정하고 있다. 이는 직계혈족간의 부양의무를 제2차적 부양의무로 보고 있는 것이다. 다만 미성년인 자녀에 대한 부양은 부모가 신분에 걸맞는 생활을 포기하는 경우라도 부양의무를 이행하도록 하므로(동법 제1063조 제2항) 제1차적 부양의무임을 밝히고 있다.

58) 黒木三郎 監修, 「世界の家族法」, 敬文堂, 1991, 70面.

인 이상인 경우 원칙적으로 부양권리나 의무에서 近親이 우선하며(동법 제1606조), 직계혈족 중에는 비속이 존속보다 우선한다.

부양정도는 부양을 받을 자의 신분에 따라 적절한 부양일 것이 요구되는데, 이는 '총체적으로 생활에 필요한 것'을 의미한다(동법 제1610조). 즉 일체의 생활상의 수요 뿐 아니라 교육비 및 준비교육의 비용도 포함한다.

그러나 다음과 같은 경우에는 비록 부양의무발생요건을 충족한다고 하더라도 부양의무를 지지 않거나 부양의무가 폐지된다. 즉 부양권자가 자신의 관습상 과오로 인하여 요부양자가 되었을 때,⁵⁹⁾ 부양권자가 자신의 부양의무를 현재의 부양의무자에 대하여 기존에 상당히 소홀히 하였을 때,⁶⁰⁾ 요부양자가 고의로 상당한 과실을 부양의무자 혹은 그의 가까운 친족에게 가한 경우 등이다(동법 제1611조).⁶¹⁾

2) 프랑스

59) 요부양자가 낭비나 도박을 하거나 혹은 태만으로 직장을 잃은 경우 등 인데, 다만 알코올중독으로 인해 직장을 잃은 경우에는 이와 동일하게 추정하지 않는다 (Münch/Komm/KöHler, § 1611 Rn. 2).

60) 예를 들면 급부능력이 있었던 아버지가 능력이 있었음에도 불구하고 자녀의 부양을 게을리 한 경우 후일 나이가 들어서 자녀에게 부양을 요구하는 경우를 들 수 있다(조은희, "독일법상의 직계혈족부양에 관한 고찰", 「가족법연구」 제17권 2호, 한국가족법학회, 2003. 12, 229-230면).

61) 예컨대 폭력을 가하거나 지속적으로 심한 모욕을 하거나 경제적 혹은 직업상 부양의무자에게 손해를 가한 경우이다(조은희, 상계논문, 230면).

프랑스 민법상 부양의무의 성격과 관련한 구분에 있어서 제1차적 부양의무와 제2차적 부양의무의 두 종류로 구별하고 있는지에 대해서는 명확하지 않다. 다만 부양을 요하는 노부모에 대한 성년자녀의 부양의무나 직계혈족 뿐 아니라 인척간에도 부양의무가 있음을 명백히 한 점과 이 의무가 상호적인 것임을 명시한 점에서 그 의의가 있다.

제371조에 의하면 “子は 그가 어떤 연령에 있든 부모를 공경하고 존중하여야 한다”고 규정하여, 부모공경에 대한 법적 의무를 명시하고 있다. 그리고 제205조는 “자녀는 부양을 요하는 부모 기타 직계존속을 부양할 의무를 진다”고 하여 자의 부모에 대한 부양의무를 규정하고 있다. 뿐만 아니라 제206조에서는 “사위와 며느리도 前條와 같은 상황에서 처부모 또는 시부모를 부양할 의무를 부담하나, 인척관계를 발생하게 한 배우자 및 당해 혼인에서 타방배우자와의 사이에서 출생한 자녀가 사망한 때에는 부양의무가 소멸한다”고 하여 직계혈족 뿐 아니라 인척간에도 부양의무가 발생한다고 하여 노부모부양에 대한 법적 강화를 엿볼 수 있다. 다만 제205조와 제206조의 의무는 상호적인 것이라고 규정하였기 때문에 피부양자가 부양의무자에 대한 의무를 해태한 경우 법원은 부양의무자의 부양의무를 전부 또는 일부를 면제할 수 있도록 규정하고 있다(동법 제207조).

제207조의1 제1항은 “먼저 사망한 자의 상속인은 잔존배우자가 부양을 요하는 상태에 있는 경우 그를 부양할 의무를 진다”고 하여 상속인의 잔존배우자의 부양의무를 규정하고 있다. 이는 부양의무와 재

산상속을 연계하고 있는 것으로 그 특색이 있다. 그리고 제207조의1 제2항은 “부양정기금은 상속재산에서 미리 공제한다. 부양정기금은 모든 상속인이 각자의 상속분에 비례하여 부담한다”고 하며, 제210조는 “부양의무자가 부양정기금을 지급할 수 없음을 입증하는 경우 법원은 사정을 고려하여 부양의무자로 하여금 피부양자를 그의 주거에 받아들여 부양하도록 명할 수 있다”고 하여 부양정기금을 지급할 수 없는 경우 피부양자에 대한 부양의무자의 동거부양을 법원이 강제할 수 있도록 하여, 사회보장법의 성격을 민법에 규정하고 있는 것이 이채롭다.

부양의 정도는 요부양자의 필요분과 부양의무자의 자력에 비례하여 인정된다고 하여(동법 제208조 제1항), 부양받을 자의 생활정도와 부양의무를 부담하는 자의 경제력에 상응하도록 하고 있다.

4. 사회주의국가

1) 러시아

러시아의 경우 부모부양과 관련한 성년자녀의 의무를 가족법과 상속법⁶²⁾에서 규정하고 있는데, 구체적인 내용은 다음과 같다.

62) 러시아는 1990년대에 들어서면서 대변혁기를 맞이하였다. 1993년 9월부터 10월까지 벌여졌던 엘친대통령을 비롯한 개혁세력과 하스블라토프 연방최고소비에트의장과 루츠코이부통령 등 보수세력 사이의 갈등이 엘친대통령의 승리로 끝남에 따라 엘친대통령은 새헌법초안을 마련, 1993년 12월 2일 러시아연방헌법이 제정되었다. 이 새

러시아연방가족법 제5편은 ‘가족성원의 부양의무’라 하여 부모와 자녀사이의 부양의무, 배우자와 구배우자의 부양의무, 그 밖의 가족성원의 부양의무를 별도로 구분하여 규정하고 있다. 러시아연방가족법상 성년자녀의 부모부양의무는 제87조에서 성년자녀의 부모부양에의 추가비용지급은 제88조에서 규정하고 있다. 제87조는 “① 노동능력 있는 성년자녀는 원조를 필요로 하는 노동능력 없는 자기의 부모를 부양하고 그들을 돌볼 의무가 있다. ② 원조를 필요로 하는 노동능력 없는 부모를 위한 부양료지급에 관한 협정이 없는 경우에는 법원은 노동능력 있는 성년자녀가 부양료를 지급하도록 강제한다. ③ 각 자녀로부터 지급강제되는 부양료액은 부모와 자녀의 물질적, 가족적 상황과 그 밖의 참작될 만한 당사자의 이익을 고려하여 법원이 매달 지급되는 고정액으로 정한다. ④ 부양료액을 정할 때에 법원은 모든 자녀에 대하여 청구가 제기되었는가 혹은 그들 중 1인 또는 일부에 대하여 제기되었는가에 관계없이 그 부모의 노동능력 있는 모든 성년자녀를 대상으로 하는 권한을 갖는다. ⑤ 부모가 부모로서의 의무이행을 회피하였음이 법원에 의해 확인된 경우에는 자녀는 원조를 필요로 하는 노동능력 없는 부모를 부양하는 의무를 면할 수 있다”고 규정하

헌법의 제정에 따라 러시아 가족법 및 상속법의 정비가 불가피하였다. 그 결과 러시아가족법은 1995년 12월 29일 채택되어 1996년 3월 1일부터 시행되었으며, 상속법은 2001년 11월 26일 연방법률 제147호로 ‘러시아민법전 제3부(상속법, 국제사법)’를 채택, 2002년 3월 1일 부터 시행하고 있다(김은아, “재산상속상 배우자의 지위에 관한 고찰, 한양대학교대학원 박사학위논문”, 2005, 129면).

고 있다. 제88조는 “① 성년자녀가 자기들의 노동능력 없는 부모를 돌보지 아니하는 경우와 긴급사정(부모의 중병 또는 중상, 외부의 도움에 대한 지출이 필요하게 된 것 등)이 생긴 경우에는 법원은 성년자녀에 대하여 이러한 사정에 의하여 생긴 추가비용을 부담하게 할 수 있다. ② 각 성년자녀가 추가비용을 부담하는 방법과 추가비용액은 부모와 자녀의 물질적, 가족적 상황과 그 밖의 참작될 만한 당사자의 이익을 고려하여 이 법전 제87조 제3항 내지 제5항의 규정을 준수하여 법원이 정한다. ③ 추가비용을 부담하는 방법과 추가비용액은 당사자의 협정에 의하여도 정할 수 있다”고 한다.

요컨대 러시아연방가족법에 의하면 노동능력 없는 부모에 대한 성년자녀의 부양의무는 법적 의무이며, 법원은 부양료의 지급을 강제할 수 있다. 다만 노동능력 없는 부모라 할지라도 부모로서의 의무이행 회피를 한 경우에는 자녀의 부양의무를 면제해주고 있다.

러시아연방상속법에서도 상속과 부양을 관련시킨 규정을 두고 있다. 즉 피상속인의 부양에 관하여 자신에게 부과된 의무이행을 악의로 회피한 공민은 이해관계인의 청구에 의해 상속에서 배제된다(러시아연방민법 제1117조 제2항). 그리고 법정상속인의 순위와 관련하여 제1142조에서 제1순위상속인으로 피상속인의 배우자와 자녀 및 부모를 규정한 것도 피상속인의 부모의 부양을 염두에 둔 규정이라 할 수 있겠다.

2) 北韓

사회주의국가에서는 자녀에 대한 부모의 부양의무를 강조하고 있으며, 부모에 대한 자녀의 부양의무 역시 강하게 인정한다. 북한의 경우도 가족법 및 상속법에서 부모부양에 대한 자녀의 의무를 규정하고 있다. 북한가족법 제28조는 자녀의 부모부양의무를 규정하고 있다. 즉 자녀는 부모를 사랑하고 존경하며, 노동능력을 잃은 부모의 생활을 책임지고 돌보아주어야 한다고 한다. 이는 親에 대한 성년자녀의 부양은 부양료를 비롯하여 그를 돌보아 주는 넓은 의무를 포함한 것이다. 그리고 성년자녀인 그들은 능력여부를 불문하고 연금 등을 수령하고 있는 자 또는 그 밖의 물질적 수단이 마련되어 있는 자는 부모에 대한 부양의무를 진다. 따라서 성년자녀이면 남자는 물론이고, 남편에 의해 부양되고 있는 出嫁女도 부모부양의무를 지게 된다.⁶³⁾

북한상속법⁶⁴⁾ 제9조에 따르면 상속인이라 하더라도 피상속인을 생전에 몹시 학대하거나 의식적으로 돌보지 않은 경우에는 상속권을 인정하지 않고 있다. 그리고 제16조의 법정상속인의 순위를 규정한 조항에서도 제1순위 공동상속인으로 피상속인의 배우자, 자녀 및 부모,

63) 최달곤, 「북한민법의 연구」, 세창출판사, 1998, 274면.

64) 북한의 경우 2002년 3월 13일 최고인민회의 상임위원회 정령 제2882호로 ‘조선민주주의인민공화국상속법’을 제정 채택하여, 그 이전 가족법에서 규정하였던 상속편을 독립의 개별법으로 제정하였다. 그런데 상속법을 제정하면서 기존의 가족법과의 충돌 부분에 대한 처리에 관하여 별다른 입법적 조치를 취하지 않았는데, 이 문제에 대해서는 신법우선의 원칙에 의거하여 해결하여야 할 것이다(김은아, 전계논문, 138면 참조).

양부모, 계부모를 규정한 것 역시 피상속인의 사망에 따른 부모부양을 위한 규정이라 할 수 있겠다.

3) 中國

중국에서는 헌법 및 혼인법과 계승법에서 자녀의 부모부양의무에 관한 규정을 두어 부모부양을 강화하고 있다.

중국헌법 제45조는 제1항은 “국민은 연로, 질병 또는 노동능력 상실의 상황 아래서 국가와 사회로부터 물질상의 도움을 받을 권리가 있고, 국가는 국민의 이러한 권리를 향유하기 위하여 필요한 사회보험·사회구제 및 의료위생사업을 발전시킨다”고 公的扶助를 선언하고 있다. 또한 제49조 제2항에서는 “성년의 자녀는 부모를 奉養하고 扶助할 의무가 있다”고 하고 있다. 이러한 헌법정신에 근거하여 노부모부양의 문제는 국가적인 공적 부조에의 책임을 인정하고 있을 뿐 아니라 자녀의 부모부양의무를 규정하고 있다.

중국혼인법 제21조 제1항에 의하면 “부모는 자녀에 대하여 양육과 교육의 의무가 있고 자녀는 부모에 대하여 봉양과 부조의 의무가 있다”고 하고, 제3항에서는 “자녀가 봉양의무를 이행하지 않을 때, 노동능력이 없거나 생활이 곤란한 부모는 자녀에게 봉양비를 급부하도록 요구할 권리가 있다”고 규정되어 있어서 부모부양의무를 제1차적 부양의무로 보고 있다고 할 수 있다. 이러한 중국의 부모부양의무는 일찍부터 예법의 인륜도덕과 율령의 의무로 엄격히 강조된 것이다.

청말과 민국초 민법초안에는 근대법상의 친권과 함께 부양의무가 독립의 장으로 규정되었다. 특히 민국초 민법초안의 친권총칙은 “자식된 자는 평생 부모께 효도 공경할 의무를 진다”는 규정(동법 제 1165조)을 두었다. 이것이 현행 중국친족법에도 그대로 계승되어 “자녀는 부모에게 효도 공경해야 한다(子女應孝敬父母)”는 내용이 친권 조항(동법 제1084조 제1항)에 들어 있는 것이다.⁶⁵⁾

중국계승법에서 피상속인 생전에 부양한 자에게는 상속인여부를 불문하고 재산상속권을 부여하고 있다. 제12조는 “배우자를 잃은 며느리가 시부모에 대하여, 또는 배우자를 잃은 사위가 장인·장모에 대하여 주된 봉양의무를 다한 경우에는 제1순서의 상속인이 된다”고 하고 있는데, 이는 비록 부양의무는 존재하지 않지만 부양을 한 경우에는 상속권을 인정해 줌으로써 노부모봉양을 고무하려는 취지로 보여 진다. 또한 제13조 제3항에서 “피상속인에 대하여 주된 부양의무를 다했거나 또는 피상속인과 공동생활을 한 계승인은 유산 분배시 다소 많이 줄 수 있다”고 규정되어 있고, 제4항은 “부양능력이 있고 부양 조건도 갖춘 계승인이 부양의무를 다하지 않은 경우에는 유산분배시 마땅히 나눠주지 않거나, 적게 주어야 한다”고 되어 있는데, 이러한 조항은 상속과 부양을 연관시켜 부양의 문제를 해결하려는 취지로 보여 진다. 그리고 중국계승법은 자녀가 없거나 자녀의 봉양을 받을 수 없는 노인들의 생활안정을 위해 사회보장의 정신을 사적 자치의 원칙

65) 김지수, 「중국의 혼인법과 계승법」, 전남대학교 출판부, 2003, 194면.

으로 확대발전시킨 “유증부양협약”⁶⁶⁾라는 독특한 제도를 도입하여, 노인생활안정에 기하고 있다. 뿐만 아니라 제10조 1항 법정상속인의 순위와 관련하여 제1순위 공동상속인으로 피상속인의 배우자, 자녀, 부모를 규정한 것 역시 피상속인의 부모를 사후에도 부양해주기 위함이라 생각된다.

5. 아시아 主要國家

1) 臺灣

대만민법⁶⁷⁾에 의하면 직계비속, 직계존속, 가장, 형제자매, 며느리, 사위, 부부의 부모순위로 부양의 이행의무자가 되며(동법 제1115조 제1항), 이 경우 직계비속 또는 직계존속은 親等이 가까운 자를 선순위로 한다(동법 제1115조 제2항). 그리고 수인의 부양의무자가 그 親等이 같은 때에는 각각 그 경제적 능력에 따라 분담한다(동법 제1115조 제3항).

제1117조 제1항에 의하면 부양받을 권리는 생활을 유지할 수 없고 생계를 유지할 능력이 없을 때에 한하여 인정되는데, 다만 직계존속의 경우에는 생활을 유지할 수 있어도 부양받을 수 있도록 하고 있다

66) 공민은 개인이나 집체소유제 조직과 유증부양협의를 체결할 수 있는데, 협의에 따라 부양인이나 집체소유제조직은 해당 공민의 生養死葬의 의무를 부담하며, 그 대신 해당 공민의 재산에 관하여 유증을 받을 권리를 향유하는 일종의 특수계약이다.

67) 법무부, 「동아시아 가족법제」(법무자료 제202집), 1996, 171-174면 참조.

(동법 제1117조 제2항). 부양정도는 부양권리자의 필요와 부양의무자의 경제적 능력 및 신분을 고려하여 정하며(동법 제1119조), 부양의 방법은 당사자의 협의로 정하고 협의를 할 수 없는 때에는 친족회의에서 이를 정한다(동법 제1120조).

또한 피상속인에 대하여 중대한 학대 또는 모욕을 한 사실이 있고, 피상속인으로부터 상속시킬 수 없다는 취지의 의사표시가 된 경우에는 당해 상속인은 상속권을 상실한다(동법 제1145조).

2) 日本

일본민법 제877조 제1항은 “직계혈족 및 형제자매는 상호 부양할 의무가 있다”고 하여 직계혈족 및 형제자매의 부양의무를 규정하고 있으며, 그 부양의 정도 및 방법은 제879조에 “부양의 정도 또는 방법에 대하여 당사자간의 협의로 조정되지 않는 때 또는 협의를 하는 것이 불가능한 때에는 부양권리자의 수요, 부양의무자의 자력 기타 일체의 상황을 고려하여 가정재판소가 이를 정한다”고 한다.

제877조 제1항의 직계혈족 및 형제자매에 대한 부양의무의 성격과 관련하여 판례는 전통적인 부양2원형론의 입장에서 제2차적 부양의무로 파악, 부부상호간 및 미성년의 자에 대한 부양의무인 제1차적 부양의무와 구별하고 있다.⁶⁸⁾

68) 부모에 대한 부양은 생활부조의무이며, 부부 및 미성년자간의 생활유지의무와 구별되어야 한다(大津家庭裁判所 1971. 8. 4 審判, 家裁月報 24卷 2號, 47面).

그러나 이처럼 부양의무를 이원화하는 입장⁶⁹⁾에 대해 그 구별의 불필요성을 주장하거나,⁷⁰⁾ 일원론적 입장에서 반대하는 소수의 견해도 있다.⁷¹⁾ 뿐만 아니라 하급심판례에서도 노부모부양을 제1차적 부양의무로 접근시키려는 경향을 찾아볼 수 있다.⁷²⁾

일본민법에 의하면 제2차적 부양의무는 자기의 사회적 지위에 상응하는 생활을 하고 그리고 여력이 있는 경우 자기의 생활을 낮추지 않고서 경제적 원조를 하는 것에 족하다고 할 수 있다. 따라서 성년자녀의 부모부양의무는 제1차적 부양의무이기 때문에 자의 생활에 여력이 없으면 부모의 부양을 거부할 수도 있다.⁷³⁾

또한 제892조는 “유류분을 갖는 推定相續人이 피상속인에 대하여

69) 부양의무를 제1차적 부양의무와 제2차적 부양의무로 구분하는 것은 1928년 中川善之助교수가 주창한 이론으로 현재까지도 지배적인 입장이다(五十嵐清·遠藤 造·川井 健·島津一郎 編集, 「民法學の基礎知識(3)」, 有斐閣, 1975, 751面; 利谷信義, 「現代家族法學」, 法律文化社, 1999, 108面).

70) 清山道夫, 「改正家族法論 I」, 法律文化社, 1971, 200-202面.

71) 福島正夫, 「家族政策と法 I: 總論」, 東京大學出版會, 1975, 200-202面.

72) 하급심판례에서는 노부모부양을 생활유지의 부양에 접근시키려는 경향도 보인다(日本和歌山家庭裁判所 1964. 11. 30. 審判, 家裁月報 17卷 4號, 1965. 4. 51面; 日本福岡高等裁判所 1965. 8. 3. 審判, 家裁月報, 18卷 1號, 1966. 1. 85面). 다만 부양의무자가 인수, 부양, 개호할 의사가 있다고 하더라도 물질 혹은 정신적인 환경이나 노부모과 의무자 내지 가족과의 인간관계를 고려하여 인수나 개호를 명하는 것에 대하여는 일반적으로 신중한 태도를 취하고 있다(日本廣島高松江支部 1980. 7. 21. 決定, 家裁月報 34卷 5號, 1982. 5. 57面; 仙台家庭裁判所 1981. 3. 31 審判, 家裁月報 33卷 12號, 1981. 12. 73面).

73) 中川淳, “私的扶養の現代的地位”, 「法律時報」 第44卷 13號, 日本評論社, 1972. 11, 19面.

학대하거나 또는 그러한 중대한 모욕을 가하거나 혹은 推定相續人에게 기타 현저한 비행이 있는 때에는 그 추정상속인의 폐제를 가정재판소에 청구할 수 있다”라 규정하여, 피상속인을 학대하는 등의 비행을 가할 경우 추정상속인을 폐제를 가정재판소에 청구하여, 당해 추정상속인의 상속권을 박탈하도록 하고 있다.⁷⁴⁾

6. 立法例의 整理

지금까지 각국의 노부모부양제도에 관한 제도적 입법적 고찰을 통하여 본 바에 의하면 가장 먼저 오늘 날 대부분의 국가에서는 공적 부조와 사적부양의 조화를 바탕으로 노부모부양문제를 해결하고 있는 것으로 보인다. 특히 공적 부조에의 의존도가 높은 스칸디나비아반도를 비롯한 북유럽의 국가에서는 노부모부양을 법적으로 강제하는 규정을 두고 있지 않지만 근래에 들어 재정적 압박이라는 문제뿐 아니라 기존의 복지프로그램의 부작용이 발생⁷⁵⁾하여 사적부양에 맡기려

74) 본조에서 말하는 학대 또는 중대한 모욕은 피상속인에 대한 정신적 고통을 주는 것 또는 명예를 훼손하는 행위가 있고, 이에 의해 피상속인과 당해상속인간의 가족적 협동생활관계가 파탄되어, 그 회복이 현저히 어렵게 된 경우를 포함한다. 소·중·고등학교 재학 중에 비행을 한 당해상속인이(피상속인의 차녀) 폭력단의 일원인 자와 결혼하여 부모가 혼인에 반대하고 있음을 알면서도 피로연의 초대장에 초대자로서 아버지의 이름을 인쇄하여 부모의 지인들에게 송부한 행위는 이에 해당한다(東京高等裁判所 1979. 12. 11. 決定, 判例時報 1448號, 130面).

75) 덴마크, 핀란드, 스웨덴 등의 경우 노인문제는 공적 부조로 해결하였으며, 그 복지수준이 다른 나라에 비해 상당한 것이다. 하지만 그러한 복지프로그램에도 불구하고

는 움직임이 일고 있는 것을 보더라도 노부모부양의 문제에서 사적 부양이 가지는 의의는 상당한 것이라 할 수 있다.

살펴본 바를 토대로 각국의 입법례를 정리하면 다음과 같다.

우선 노부모부양의무를 법적으로 규정하고 있는 입법례는 스칸디나비아 반도를 비롯한 북유럽 국가를 제외한 대부분의 국가에서 찾아볼 수 있다. 즉 독일이나 프랑스, 러시아나 북한 및 중국, 그리고 대만과 일본 등에서는 법적으로 노부모부양의무를 규정하고 있다. 독일은 노부모 스스로가 생계를 책임질 수 없고, 부양의무자의 부양여력이 있는 경우에 인정되므로 제2차적 부양의무로 볼 수 있을 것이다. 또한 독일은 직계혈족간의 부양의무를 인정하는 반면 혈족이 아닌 인척 예를 들면 사위나 며느리에게는 제1601조에 따라 부양의무가 인정되지 않는다. 프랑스는 제1차적 혹은 제2차적 부양의무로 구분하지 않고, 자녀의 부모부양의무 및 인척 예컨대 사위나 혹은 며느리의 노부모부양의무를 법적으로 규정하고 있다. 그리고 러시아나 중국, 북한 등 사회주의국가의 경우 社會主義理念을 바탕으로 부모의 자녀에 대한 부양의무뿐 아니라 자녀의 부모에 대한 부양의무 역시 법적으로 규정하고 있기 때문에 그 성격상 제1차적 부양의무로 보아야 할 것이다. 또한 제1순위 법정상속인에 피상속인의 부모를 둔 규정 역시 사망에 따른 피상속인의 부모부양을 강화하려는 의지로 보인다. 대만 역시 직

노인자살률이 유럽국가에 비해 높은 것은 공적 부조의 한계를 드러낸 것이라 할 수 있다.

계존속은 비록 생활을 유지할 수 있어도 부양을 받을 수 있도록 하고 있기 때문에 제1차적 부양의무의 성격을 갖는다고 할 수 있을 것이다. 일본의 경우에는 다수설이 부양의무2원형론의 입장에서 노부모부양의무는 제2차적 부양의무로 보아 부부 혹은 미성년자에 대한 친권자의 부양의무인 제1차적 부양의무와 구별하고 있다.

그리고 노부모부양에 대한 법적 규정을 두고 있는 각각의 나라에서는 입법상 노부모부양의무의 성격과 관련하여 나라마다 정도의 차이만 있을 뿐이다.

입법례에 따라서는 부양의무를 다하지 않은 자의 경우 즉 부양의무자가 피상속인의 부양에 대해 자신에게 부과된 의무를 태만하거나 회피, 또는 멸시하거나 능멸한 경우에는 피상속인의 상속재산에 대해 일정한 제한을 가하는 경우도 있다. 독일민법이나 러시아민법, 북한과 중국 및 일본이 그 대표적인 예인데, 이러한 주변국들의 부양과 상속을 관련시킨 입법례들을 주시해 볼 필요가 있다고 생각된다.

또한 러시아나 중국 및 북한 등의 사회주의국가에서 제1순위 상속인에 피상속인의 부모를 포함하는 규정은 피상속인의 사후 그의 부모의 생활을 보호하려는 의지라 보여 진다.

第3章 老父母 扶養制度의 內容과 問題點

第1節 老父母 扶養意識과 現行 老父母 扶養法制의 特徵

우리나라의 헌법 제34조는 인간다운 생활권보장을 천명하고 있다. 따라서 이 규정에 의하면 노인복지의 향상을 위한 정책을 실시할 의무를 국가에 부과하고 있고, 신체장애 및 질병과 노령 기타 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 따라 국가의 보호를 받을 수 있을 것이다. 반면 국민기초생활보장법 제3조는 生存의 自己責任原則을 규정하고 있으며, 私的扶養優先의 原則을 명문화하고 있다. 이에 따르면 私的 扶養은 國家의 扶助에 우선한다. 그런데 사적 부양과 관련하여 민법은 老父母扶養義務에 대해 특별한 명문규정을 두고 있지 않고 있기 때문에, 민법 제974조에서 직계혈족간의 부양의무규정에 의해 해결해야 한다는 문제와 직면한다. 즉 부양2원형론에 의해 노부모부양의무의 법적 성격을 제2차적 부양의무로 해석되는 문제가 있다. 그 결과 생활유지에 고통을 겪는 노부모는 사적부양우선의 원칙에 의거하여 자녀들이 부양하여야 하지만, 제974조의 해석상 자녀들은 부양여력이 있는 경우에 한하여 부모부양의무를 부담하므로 결과적으로 부양여력이 없는 경우 노부모부양은 하지 않아도 되는 공백

이 발생한다. 이는 부모를 부양하지 않아도 되는 법률적 근거가 될 수 있다. 우리나라의 노부모부양의 문제는 특히 1990년 민법개정에 의해 더욱 심화되었다. 1990년 민법개정 전에는 장남에게 相續加給分(이는 일종의 扶養分이라고 할 수 있겠다)을 인정하였으므로, 장남이 우선하여 노부모를 부양하는 것이 당연한 것이었다. 그러나 민법개정에 의해 諸子女均分相續制度가 도입됨에 따라 장남의 相續加給分(扶養分)규정이 삭제됨으로서, 자녀들의 노부모부양책임도 諸子女共同責任으로 변화하였다.⁷⁶⁾ 이에 따라서 노부모부양에 대한 자녀들의 책임의식이 해이와 노부모의 고통이 더욱 가중될 수밖에 없다.

1. 老父母 扶養意識의 變化



우리나라는 전통적으로 孝를 중시하는 가치관과 농경사회의 가족공동체를 바탕으로 한 家父長的 家族制度에 의해 부모부양은 전적으로 가족에게 맡겨졌다. 그러나 1960년대 급격한 사회적 변화 즉 산업화, 도시화, 핵가족화에 의하여 가족의 생활기반 및 가족제도에의 변화가 발생하여 차츰 부모부양의 문제가 제기될 조짐을 보였으나, 1990년 민법 개정 전까지는 극히 일부를 제외하고는 장남이 가사에 책임지는 형태를 취함으로써 그러한 문제는 잠재적으로 존재할 뿐이었다. 하지만 1990년 민법개정에 의해 장남에게 부여되었던 相續加給分(扶養

76) 이희배, 전계논문(註, 4), 183면

分)에 대한 가급이 폐지되면서 장남 1인에게 부여되었던 부모부양책임이 諸子女共同責任으로 변화되고, 부모 자신 역시 자녀들에게 자신의 여생을 의탁하지 않으려는 의지가 점차 강해짐에 따라 부양의식의 변화가 발생하였다.

최근 우리사회에서의 이러한 노부모부양의식에 대한 변화는 통계청의 『사회통계조사』에서 더욱 구체적으로 살펴볼 수 있다. 1998년 및 2002년에 실시한 통계청 사회통계조사에서 노부모부양책임이 누구에게 있는가에 대한 물음에 대한 결과를 비교해보면 다음과 같은 사실을 알 수 있다. 즉 자녀 혹은 가족책임이라는 응답비율이 1998년에는 89.9%에서 2002년에는 70.7%로 감소한 반면 고령자 자신 혹은 국가적 책임이라 응답한 비율이 1998년의 10.1%에서 2002년에는 29.3%로 증가하여⁷⁷⁾ 노부모에 대한 부양의식의 급격한 변화를 볼 수 있다.

77) 통계청이 1998년과 2002년 실시한 『사회통계조사』를 분석해보면 노부모책임의 주체가 점차 자녀에서 사회 혹은 고령자 자신에게로 변화하고 있고, 자녀들 가운데서도 능력 있는 자녀 혹은 장남 등 특정인에서 모든 자녀의 공동책임으로 인식이 변화하고 있음을 알 수 있다. 즉 노부모부양책임에 대해 1998년 『사회통계조사』에 의하면 89.9%가 자녀에게 있고, 8.1%는 고령자 자신에게 있다고 대답했으며, 2.0%만 사회책임으로 보았다. 하지만 2002년 『사회통계조사』는 70.7%가 자녀에게 있다고 하였으며, 자녀와 사회 공동책임으로 보는 견해가 18.2%, 고령자 자신에게 있다는 견해는 9.6%, 사회에 있다는 견해는 1.5%였다. 또한 노부모부양에 대한 책임 주체가 1998년 『사회통계조사』는 90% 가까이 자녀에게 있다고 한 반면 2002년 『사회통계조사』에서는 70.7%가 자녀에게 있다고 대답하여 자녀에서 사회 혹은 고령자 자신의 책임으로 점차 바뀌어가고는 있음을 알 수 있다(통계청, 『사회통계조사, 1998. 2002. 참조).

또한 『사회통계조사』 결과 고령자 자신의 책임이라 응답한 연령대가 30~40대에 비해 50세이상의 노년층의 비율이 상대적으로 높은 것은 자녀에게 의존하지 않으려는 중장년층의 의지와 자녀에의 의존도가 약화되었기 때문으로 보여 진다.⁷⁸⁾

뿐만 아니라 『사회통계조사』에 의하면 노부모부양책임에 대해 여전히 자녀에게 있지만 어느 자녀에게 부양책임이 있는지에 대해서는 견해가 많이 달라졌음을 알 수 있다. 즉 1998년에는 능력 있는 자녀 혹은 장남에게 있다는 의견이 각각 45.4%, 22.4%(특히 60세이상 인구는 40% 가까이가 장남에게 있다고 하였다)를 차지한 반면 2002년에는 21.2%, 15.1%로 급감하였다. 그 대신 아들 딸 모두의 공동책임으로 보는 견해가 14.5%에서 19.5%로 늘었다. 이러한 변화에는 1990년 민법 개정에 의해 상속에 균분상속의 실현이 그 한 몫을 하였다고 보여 진다. 이는 장남이든 아니든 아들이든 딸이든 재산상속시 均分相續하므로 부양 역시 공동의 몫으로 생각하고 있기 것이다.

이러한 부양의 공동책임의식으로 부양책임자층이 두터워 졌다가보다는 오히려 부양책임이 약화되고 분산됨으로써 결국 노부모가 제대로 부양받지 못하고 유기되거나 혹은 학대의 위험성에 노출되게 되었

78) 이러한 추측을 하는 이유는 65세이상 인구의 세대구성이 다음과 같이 변화하였기 때문이다. 즉 1990년 65세 인구 중 3세대 이상을 구성한 비율은 50% 가까이가 되지만, 2000년에는 30.8%로 급감하였고, 혼자 사는 노인인구도 16.2%나 되었다. 따라서 자의에서든 타의에 의해서든 고령인구의 자녀의존도는 점차 약화되고 있다(통계청, 『인구총조사』, 1990. 2000. 참조).

다. 또한 노부모부양의 책임이 공동책임으로 확산될수록 책임소재가 불분명해질 뿐 아니라 책임의식 역시 약해져서 노부모부양을 오히려 선택적인 것으로 보는 시각이 만연해질 수 있고, 또 최근 우리사회에서 노인유기나 직계존속에 대한 범죄의 증가의 저변에 이러한 노부모부양의식의 변화가 자리하고 있다고 할 수 있다.

판단능력이 감퇴되고 거동이 불편해진 고령자의 경우 비록 재산을 소유하여 경제적으로는 큰 문제가 없다고 하더라도 자신의 노후를 자녀에게 의존하려고 한다. 과거에는 이러한 의존 역시 당연시 여겨졌지만 오늘 날에는 이러한 기대는 더 이상 당연한 것이 아니다. 따라서 자신이 명의로 된 자산에 대한 사후 분배 및 귀속을 매개로 하여 노후생활을 보장받으려는 생각이 차츰 일반화되고 있다.⁷⁹⁾ 이러한 현상은 상속이 피상속인의 잔존가족이 사후부양이라는 기능을 담당하고 있다는 전통적인 상속이론과는 정반대의 현상이라고 할 수 있다.

우리나라에서는 오랫동안 부모의 부양은 관습상 장남의 전담으로 여겨져 왔고, 戶主相續(1991년 이후는 戶主承繼)을 하는 장남에게 공동상속인의 상속분 중 5할을 더 가급한 규정(1990년 개정전 민법 제 1009조 1항 단서)은 이러한 장남의 우선적 부모부양의 관습을 뒷받

79) 보건복지부가 발표한 『2004년도 전국노인생활실태 및 복지욕구조사』에 따르면 노인의 88.5%가 자녀에게 대접을 받기 위해 재산소유가 필요하다고 생각하고 있는 것으로 나타났다. 이는 『1998년도 전국노인생활실태 및 복지욕구조사』에서 나타난 78.6%에 비해 약 10% 증가한 것으로 오늘 날 노인의 절대다수가 이러한 생각을 하고 있음을 알 수 있다(보건복지부 발표 『2004년도 전국노인생활실태 및 복지욕구조사』와 『1998년도 전국노인생활실태 및 복지욕구조사』 참고).

침하였다. 그러나 산업사회에 따른 가족의 분화와 주거의 빈번한 이동, 그리고 1990년 민법개정을 통한 諸子女均分相續의 원칙에 따른 사회변동의 상황은 자녀들의 老父母扶養責任意識을 소홀히 하는 요인이 되었으며, 부모부양의무의 책임 소재가 호주인 장남 중심에서 제 자녀에게 평등하게 분산되었다. 요컨대 1990년 가족법 개정 이전까지는 장남의 노부모부양의무를 관습적으로 인정하였기 때문에 노부모부양에 대한 책임소재가 비교적 명확하였다. 그러나 1990년 민법개정 후에는 과거와 같이 명쾌한 책임의식을 강요할 수 없게 되었다. 이는 한편으로는 공동책임을 통한 노부모부양문제의 해결이라는 결과를 기대해 볼 수도 있을 것이지만, 이러한 기대와는 달리 부양책임 회피라는 문제가 나타났으며, 자녀들의 노부모부양에 대한 부양의식이 약화를 불러오는 결과가 되었다.

고령자의 경제적인 부양과 관련하여 과거에는 국가책임이라는 견해보다 자녀의 책임이라는 견해가 우월했으나, 점차적으로 국가책임을 이상적인 것으로 생각하게 되었다.⁸⁰⁾ 그 결과 공적 부조가 점차 중요

80) 『1998년 전국노인생활실태 및 복지욕구조사』에 의하면 노후의 경제적 부양과 관련하여 국가책임이라는 의견이 25.5%, 노인 자신의 책임이라는 의견이 38.8%, 가족 및 자녀책임이라는 의견이 32.5%인 반면 『2004년 전국노인생활실태 및 복지욕구조사』에 따르면 국가책임이라는 의견이 40.9%, 노인 자신의 책임이라는 의견이 40.2%, 가족 및 자녀의 책임이라는 의견이 18.7%로 나타났다. 결과적으로 노후의 경제적 부양과 관련하여 국가책임이라는 의식이 강해졌으며, 이는 결과적으로 공적인 노후소득보장제도에 대한 관심이 높아졌음을 의미하는 것으로 볼 수 있다(보건복지부 발표 『2004년도 전국노인생활실태 및 복지욕구조사』와 『1998년도 전국노인생활실태 및 복지욕구조사』 참고). 또한 통계청이 1998년과 2002년 실시한 『사회통계조사』를 분석해보면 노부모책임의 주체가 점차 자녀에서 사회 혹은 고령자 자신에

시되고 있으며, 정부 예산 가운데 노인복지관련예산 역시 점차적으로 증가하고 있다.⁸¹⁾ 하지만 완전한 사회보장제도의 확립은 풍부한 국가재정의 수립과 함께 이루어지는 것이고, 국가재정은 고율의 조세이행을 요구하는 것이다. 우리나라의 경우 사회보장제도의 발달은 물론 공적부조제도조차 제대로 수립되지 못한 상황에서 비록 국가예산 가운데 노인복지관련예산을 점차적으로 증가시키고는 있다. 그러나 이것만으로 완전한 사회보장제도의 실현은 불가능한 것이며, 공적 부조에의 크나큰 한계를 느끼지 않을 수 없다. 비록 공적 부조를 이상적인 것으로 여기고는 있지만, 사회보장의 완벽한 실현은 어려운 것이어서 전적으로 사적 부양에 의존하고 있는 실정이다.



2. 老父母 扶養法制의 特徵

게로 변화하고 있고, 자녀들 가운데서도 능력 있는 자녀 혹은 장남 등 특정인에서 모든 자녀의 공동책임으로 인식이 변화하고 있음을 알 수 있다. 즉 노부모부양책임에 대해 1998년 『사회통계조사』에 의하면 89.9%가 자녀에게 있고, 8.1%는 고령자 자신에게 있다고 대답했으며, 2.0%만 사회책임으로 보았다. 하지만 2002년 『사회통계조사』는 70.7%가 자녀에게 있다고 하였으며, 자녀와 사회 공동책임으로 보는 견해가 18.2%, 고령자 자신에게 있다는 견해는 9.6%, 사회에 있다는 견해는 1.5%였다. 또한 노부모부양에 대한 책임 주체가 1998년 『사회통계조사』는 90% 가까이 자녀에게 있다고 한 반면 2002년 『사회통계조사』에서는 70.7%가 자녀에게 있다고 대답하여 자녀에서 사회 혹은 고령자 자신의 책임으로 점차 바뀌어가고는 있음을 알 수 있다(통계청, 『사회통계조사, 1998. 2002. 참조).

81) 우리나라의 노인복지관련예산에 관하여 살펴보면 1995년 61,807백만원으로 정부예산대비 0.12%에 해당하던 것이 2000년에는 280,867백만원으로 정부예산대비 0.32%로 증가하였으며, 2003년에는 407,767백만원으로 정부예산대비 0.37%를 차지하는 것으로 보아, 그 규모가 꾸준히 증가하고 있음을 알 수 있다.

1) 國民의 生活權保障에 대한 國家責任

우리나라 헌법 제10조에 의하면 “모든 국민은 인간의 존엄과 가치와 행복추구권을 가지며, 국가는 개인의 가치는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 명시함으로써 기본권보장의 대원칙을 선언하고 있다.

뿐만 아니라 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다”고 천명하고(헌법 제34조 제1항), 국가에게 노인복지의 향상을 위한 정책을 실시할 의무를 부과하며(헌법 제34조 제4항), 신체장애자 및 질병·노령 기타 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받도록 하여(헌법 제34조 제5항), 노부모부양과 관련된 노인복지의 정책지표와 그 체제에 관하여 규정하고 있다. 따라서 노부모와 같은 요부양자의 생활권은 국가가 그 법적 보장의 책임을 부담하는 것을 기본으로 하여, 이러한 생활권 보장을 국민기초생활보장법⁸²⁾ 등을 통해 구현하는 방안을 모색하고 있다.

그러나 국가의 직접 책임인 공적 부조를 규정하고 있는 국민기초생활보장법에서는 “이 법에 의한 급여는 수급자가 자신의 생활의 유지 및 향상을 위하여 그 소득·재산·근로능력 등을 활용하여 최대한 노력하는 것을 전제로 이를 보충·발전시키는 것을 기본원칙으로 한다”고

82) 과거 생활보호법이 폐지되고 그 대신 정부는 1999년 국민기초생활보장법(생활이 어려운 자에게 필요한 급여를 행하여 이들의 최저생활을 보장하고 자활을 조성하는 것을 그 목적으로 함)을 제정하여 2000.10.1.부터 시행하고 있다.

하여 自助의 原則(生存의 自己責任原則)에 입각, “부양의무자의 부양과 다른 법령에 의한 보호는 이 법에 의한 급여에 우선하여 행하여지는 것으로 한다”고 하여 부양의무자⁸³⁾의 부양인 私的扶養을 우선으로 규정하고 있다(국민기초생활보장법 제3조).

2) 老父母扶養에 대한 公的扶助와 私的扶養과의 관계

부양은 누가 그것을 부담하느냐에 따라서 私的扶養과 公的扶助로 분류할 수 있다. 私的扶養이란 자기 개인의 힘으로 독립하여 생활할 수 없는 자가 있을 때 그의 일정범위의 친족에게 경제적 원조의 의무를 지워 사법적으로 보장하는 것으로서 민법이 규정하는 부양을 말한다. 반면 公的扶助란 국민이 문화적인 최고생활을 할 수 있도록 하기 위하여 생활빈곤자에게 公費에 의하여 무상으로 경제적 급부를 하는 제도로서 국민기초생활보장법에 의한 보호가 그 핵심을 이룬다고 할 수 있다.⁸⁴⁾ 즉 공적 부조는 빈곤퇴치를 위한 정책으로서 자본주의국가들이 빈곤에 대처하기 위해서 갖고 있는 제도이다.⁸⁵⁾

헌법은 요부양자인 노인의 국가적 부조를 천명하고 있으며(헌법 제 34조 1항), 이는 곧 국민의 생존권보장에 대한 국가책임을 인정하고

83) 국민기초생활보장법에서의 부양의무자란 제5조의 규정에 의한 수급권자를 부양할 책임이 있는 자로 수급권자의 1촌의 직계혈족 및 그 배우자, 생계를 같이 하는 2촌 이내의 혈족을 말한다(국민기초생활보장법 제2조 5호).

84) 川井健久貴忠彦, 「親族相續法」, 靑林書院, 1988, 141面.

85) 양수산, 「친족상속법」, 일신사, 1994, 522-523면.

있는 것이므로, 그 실현을 위해 사회보장제도의 강화가 요구된다.⁸⁶⁾

우리나라의 사회보장제도는 이제야 겨우 자리 잡아 가고 있는 실정이다. 국가의 최저한도의 생활보장책임을 인정하고 있을 뿐 아니라 국가의 보호를 받기 위해서는 자신이 보유한 능력을 최대한 활용하여야 하고(自助의 原則), 부양의무자가 있는 경우에는 먼저 그에 의한 부양을 받도록 私的扶養優先의 原則을 채택하고 있다.

물론 최근에는 공적 부조에 대한 필요성 및 사회적 중요성을 점차 증대되고 있지만 여전히 노부모부양에 대한 개인책임 및 가족책임이 우선시 되고 있다.

보건복지부 보도자료인 『2004년도 전국 노인생활실태 및 복지욕구조사』에 의하면 근로 및 사업과 부업 등의 소득을 갖고 있는 노인 비율은 27.8%, 자산소득을 갖고 있는 노인은 12.5%, 연금수급권자는 25.3%인 반면 국민기초생활수급권자는 8.6%에 해당한다.⁸⁷⁾ 이는 고령자의 사적부양의존도가 공적 부조에 비해 상당히 높다는 것을 보여 준다. 이는 국가 정책의 부재에서 발생하고 있는 문제라고 생각이 된다. 뿐만 아니라 노부모부양책임에 대한 의식조사에서도 여전히 사적

86) 노부모의 공적 부조와 관련하여 사회보장제도가 국가책임주의를 강조한 나머지 전통적 가족부양기능을 약화시키고 불필요한 의존을 조장한다는 비판도 있지만, 이는 재정위기에 처한 몇몇 선진복지국가에나 적용되는 것이며 우리나라의 경우에는 해당 되지 않는다.

87) 보건복지부 보도자료, 『2004년도 전국노인생활실태 및 복지욕구조사』, 2005. 2. 18, 11면.

부양에의 의존도가 높았다.⁸⁸⁾ 따라서 노부모부양책임에 있어서 고령자 자신 혹은 가족의 책임으로 보는 사적 부양이 여전히 우선시되고 있다고 할 수 있다.

이처럼 사적 부양에의 의존도가 높기 때문에 사적 부양을 도모하기 위한 법적 정책적 장치가 충분히 마련되어야 할 것임에도 불구하고 정부의 정책은 그 해결에 미온적이다. 즉 민법상 노부모부양의무를 제2차적 부양의무로 본다면 사회보장제도의 차원에서의 노부모부양문제 해결을 위한 적극적 장치가 모색되어야 할 것임에도 불구하고 현실은 그렇지 못하고 있다.

그러므로 국가가 노부모 부양을 제 1차적 부양으로 본다면 자녀의 식이 달라지고 노부모의 안정을 찾을 수 있고, 사회적 부양시설의 확충 및 그 이용의 자유나 의료복지서비스의 증대 나아가 국가의 경제적 지원 등에 기여할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 요구에도 불구하고 국가적 지원은 소수의 자에 한해 인정될 뿐이다.

그러므로 국가는 사적 부양을 도모하기 위한 정책적 노력이 필요할 것이며, 그 방안으로 노부모부양의무를 제1차적 부양의무로 보고, 노부모부양의무를 회피한 자에 대해서는 재산상속상의 제한 또는 불이익을 가하고, 적극적으로 이행한 자에 대해서는 재산상속상 우월한 지위를 부여하는 등 상속재산에 대한 이익을 인정하는 등의 대안을 취할 필요가 있다.

88) 통계청, 『사회통계조사』, 1998, 2002.

第2節 民法上 老父母 扶養義務의 構造와 問題點

1. 老父母 扶養義務의 法的 性格에 대한 學說과 判例

부양의무에 관한 현행 민법 제974조는 다음과 같이 규정하였다.

제974조(부양의무) 다음 각 호의 친족은 서로 부양의 의무가 있다.

1. 직계혈족 및 그 배우자간
2. 삭제<호주상속인과 가족간 1990. 1. 13삭제>
3. 기타 친족간(생계를 같이하는 경우에 한한다).

본 조에 의하면 직계혈족과 그 배우자간 기타 생계를 같이하는 친족간에는 부양의무가 발생하는데, 부부간의 부양의무나 미성숙자녀에 대한 부모의 부양의무와 부모에 대한 부양의 의무는 구별하는 것으로 이해되고 있다.

민법상 부양과 관련하여 대부분의 학자들은 일본의 中川善之助교수가 제창한 전통적 부양이론 즉 부양2원형론⁸⁹⁾에 따라 부모와 자녀(특히 미성숙자녀)사이 및 부부간의 부양의무 제1차적 부양의무와 친

족간의 일반적 부양인 제2차적 부양의무로 나눈다.⁹⁰⁾ 부양의무의 성격이 제1차적 부양의무인지 아니면 제2차적 부양의무인지에 따라 부양의 정도나 방법에 있어서 차이가 있으므로, 노부모부양 역시 어떠한 성격을 취하는지에 따라 부양의 내용면에서 많은 차이가 발생한다. 즉 전자는 부양을 하는 것이 그 신분관계의 본질적 혹은 불가결적인 요소로 상대방을 부양하는 것이 바로 자기의 생활을 유지하는 것이므로, ‘자기가 사는 권리를 다른 사람을 부양할 의무에 우선한다’는 원칙은 적용되지 않는다. 이에 반해 후자의 경우는 도덕적 혹은 자선적인 요소를 갖고 있으며, 사회보장의 대체물로서의 성격을 띠기 때문에 자기의 생활을 희생하면서까지 상대방을 부양하여야 하는 것이 아니라 ‘생활에 여유가 있을 때에는 도와주는 것’이므로, 자기생활을 희생하지 않고서는 부양할 수 없다면 돕지 않아도 된다.

89) 中川善之助교수의 부양2원형론은 1928년 당시 스위스민법상의 부양의무와 관련된 용어(Unterhaltung와 Unterstützung)를 해석하는 과정에서 양자를 부부의 생활협동 의무 및 부모의 미성숙자녀에 대한 양육의무에 내재하고 있는 양육의무를 생활유지 의무라 하고, 그 이외의 친족간의 부양의무를 생활부조의무라고 한 것이다(泉久雄 外 5人, 「民法講座 7: 親族相續」, 有斐閣, 1987, 295面).

90) 김용한, 전거서, 246-247면; 김주수, 「친족상속법」, 법문사, 2005, 452면; 박동섭, 「친족상속법」, 박영사, 2003, 336면, 이회봉, 「한국가족법상의 제문제」, 일신사, 1976, 242면; 임정평, 「한국친족상속법」, 단국대학교출판부, 1982, 281면; 정광현, 「친족상속법요론」, 법문사, 1962, 101-102면; 鈴木綠彌, 「親族法相續法の研究」, 創文社, 1989, 161面; 中川淳, 「核家族の法理」, 學陽書房, 1982, 58面; 清水兼男森田宗一, 「家族關係」, 健帛社, 1985, 168面 등. 그러나 이러한 2원형론에 대하여 부양의무를 이처럼 2가지로 구분하는 것은 불필요하면 이를 일원화하여야 한다는 견해도 있다(이경희, 「가족법」, 법원사, 2004, 266면; 한봉희, 「가족법」, 푸른세상, 2005, 224면).

보편적으로 부부관계나 친자관계는 혼인과 출생을 통하여 필연적으로 형성되는 인간관계이므로, 부양 역시 공동생활자체로부터 본질적으로 요구되는 것이다. 즉 밥 한 그릇이라도 나눠먹어야 하는 관계이며, 그렇게 하는 것이 곧 자기의 생활을 그대로 유지하는 것이다. 예컨대 혼인생활에서 타방인배우자를 곤궁한 상태로 내버려두는 것은 부부로서의 공동생활자체가 무너지는 것이며, 미성숙의 자녀를 돌보지 않으면서 자기만 부유한 생활을 하는 것 역시 부모로서의 책임을 다하지 못한 것이기 때문이다.

그런데 성숙자녀의 노부모부양의무는 어떠한 성격을 갖는 것일까. 앞서 언급한 것과 같이 즉 부부간 혹은 친자간의 부양과 같이 밥 한 그릇이라도 나눠먹어야 하는 관계인가. 민법상 성년자녀의 노부모에 대한 부양에 대해 특별한 언급이 없기 때문에 이는 전적으로 학설과 판례에 의존해야 한다. 이는 결국 제2차적 부양의무로 볼 것인지, 아니면 제1차적 부양의무로 볼 것인지에 따라 달리 적용될 것이며, 학설 역시 이에 대해 대립하고 있다.

1) 第2次的 扶養義務로 보는 見解

부양2원형론을 바탕으로 하여 노부모부양의무는 제2차적 부양의무로 보아, 부양의무자인 자녀가 생활의 여유를 가질 때에 한하여 부양의무를 지게 된다는 견해이다. 이 견해에 따르면 누구도 자기의 생활을 희생하면서까지 노부모부양의 의무를 부담하지 않는다고 한다.⁹¹⁾

특히 부부사이의 부양에 관해서는 제826조 1항(부부는 동거하며 서로 부양하고 협조하여야 한다)에 따로 규정함으로써 친족간의 부양의무에 관한 규정인 제974조 이하의 규정을 적용하지 않기 때문에 부부간의 부양의무와 노부모부양의 의무는 그 성격을 달리 해야 한다는 입장이다.⁹²⁾

그런데 부양의무를 이렇게 이원화하였을 때 가장 중심이 되는 친자간의 부양에 대해서 민법은 별도의 규정을 두고 있지 않다. 이러한 민법의 태도와 관련하여 입법상의 불비라고 지적하는 견해⁹³⁾가 있는 가하면 부모의 미성숙자녀에 대한 부양의무는 너무나 당연한 것이므로 특별규정을 두지 않았다는 견해가 있다.⁹⁴⁾ 더 나아가 미성년자에 대한 친권자의 보호·교양의무를 규정한 제913조를 미성년자에 대한 부모의 부양의무의 근거로 보는 입장도 있지만,⁹⁵⁾ 이 견해는 법규정

91) 김용한, 상계서, 246-247면; 김주수, 상계서, 452면; 임정평, 상계서, 281면; 양수산, 전계서, 526면.

92) 김주수, 상계서, 452면; 신영호, “피상속인에 대한 상속인의 부양과 상속과의 관계”, 「가정법원사건의 제문제(하)」(재판자료 제102집), 법원도서관, 2003, 204면; 오경희, “노부모부양의 문제점”, 「법학연구」 제42권 제1호, 부산대학교, 2001. 12, 279면; 이승우, “노친부양소고”, 「가족법연구」 제14호, 한국가족법학회, 2000. 12, 188면.

93) 김주수, 상계서, 452면; 이경희, 전계서, 267면.

94) 강민중, “미성숙자녀의 양육과 부양”, 「사법논집」 제12집, 법원행정처, 1981, 40면.

95) 김숙자, “부양제도에 관한 일반적 고찰”, 「사회과학논총」 제10집, 명지대사회과학연구소, 1985, 50면.

을 정비하여 논란의 소지를 없애야 한다고 주장한다.⁹⁶⁾

노부모부양을 제2차적 부양의무로 본다면 다음과 같은 경우에 한해서 부양의무가 발생한다. 즉 부양권리자인 노부모의 要扶養狀態⁹⁷⁾와 부양의무자인 성년자녀의 부양능력이 있는 경우⁹⁸⁾에 비로소 부양을 받을 수 있다. 만일 이러한 요건 중 하나라도 충족되지 않는다면 부양의무가 성립하지 않는다. 따라서 현실적으로 노부모가 要扶養狀態에 있더라도 자녀의 부양능력이 존재하지 않으면 부양의 공백이 발생할 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 명문의 규정이 없기 때문에 이를 제2차적 부양의무로 보아야 하는 견해⁹⁹⁾ 중에는 이러한 문제와 관련하여 노부모부양의 강화를 위해 제974조 이하가 규정하고 있는 부양의 요건과 부양의 정도 및 방법을 신축적으로 해석함으로써 그 운용의 묘를 살려야 한다는 주장이 있다.¹⁰⁰⁾

96) 양수산, 전게서, 504-505면; 이승우, 전계논문(註, 92), 189면.

97) 要扶養狀態란 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활비의 수요를 충족할 수 없는 상태를 말하며, 생활비수요에는 의식주 등의 생활전반의 수요 및 의료비, 적당한 오락비 등도 포함된다 할 것이다(이승우, 상계논문, 191면).

98) 부양가능상태라 함은 자신의 사회적 지위에 상응하는 생활을 유지하고 그 여력이 있는 상태를 말한다(浦本寬雄, 「家族法」, 法律文化社, 2003, 223면).

99) 권재문, “민법상 부양의무의 한계”, 서울대학교대학원 석사학위논문, 2001, 76면 이하에서는 종래의 견해들의 말하는 생활부조적 의무(제2차적 부양의무)만이 민법상 부양의 의무에 해당하고, 생활유지의 의무(제1차적 부양의무)를 구성하는 ‘강화된 경제적 부양의무’와 ‘비경제적 부양의무’는 민법상 부양의무와는 성질이 다른 별개의 가족법상 의무로 보아야 한다고 주장한다.

100) 신영호, 전계논문, 204면; 이승우, 전계논문(註, 92), 190면; 배경숙, 전계논문,

노부모부양을 제2차적 부양의무로 본다면 부양의무자인 성년자녀는 노부모가 要扶養狀態에 있고 아울러 자신도 부양여력이 있을 경우에만 부양의무를 부담하기 때문에, 법적으로 노부모봉양사상을 진작시키기는커녕 오히려 노부모에 대한 부양을 소홀히 하거나 더 나아가 회피를 유도하게 될 가능성이 있으며, 또한 법이 성년자녀의 부모부양회피를 정당화시키는 문제가 있다.

2) 第1次的 扶養義務로 보는 見解

노부모부양을 강제적 재판규범으로 보고, 노부모와 현실적 생활공동체를 이루고 있는 이상 노부모부양은 제1차적 부양의무라는 견해이다.¹⁰¹⁾ 또 노부모부양을 제1차적 부양의무로 보되 경우에 따라 그 부양의 척도가 달라질 수 있다는 견해도 있다. 즉 부양권리자의 생활정도 및 부양의무자의 자력 이외에 고려되어야 할 제반사정에는 부양권리자와 부양의무자와의 신뢰 및 교제상태, 곤궁하게 된 원인 등이 고려된다는 것이다. 그리고 성년자녀의 노부모에 대한 부양은 원칙적으로 제1차적 부양의무지만, 특별한 사정이 있는 경우(자기의 자력과 근로에 의하여 독립, 분거하여 생활하는 경우)에는 단지 생활보조의

53면.

101) 김용욱, “노친부양에 관한 연구”, 「정범석박사화갑기념논문집」, 1977, 법전출판사, 105-106면; 최종효, “노부모부양에 관한 연구”, 한양대학교대학원 석사학위논문, 2000, 60면; 한웅길, “한국에서의 노부모부양과 부양료 구상-사법적 보호의 관점에서”, 「저스티스」 제46호, 1997. 12, 한국법학원, 56-57면.

무를 담당할 뿐이라는 입장도 있다.¹⁰²⁾

노부모부양을 미성숙자녀의 부양의무와 동질의 것 즉 제1차적 부양의무로 보려는 이유는 첫째는 양자가 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없다는 점, 둘째는 양자가 같은 거리인 1촌의 직계혈족이라는 점, 셋째 친자간의 부양은 친자관계의 본질로부터 발생한 것이라는 점 등이다.¹⁰³⁾ 그리고 형법에서 직계존속과 직계인척의 유기죄를 유아유기죄보다 중죄로 다스리면서 민법상의 부양의무의 이원형론에서는 그 반대로 유아에 대한 부양의무를 직계존속 및 직계인척에 대한 부양의무보다 중시하고 있는 것은 법적 균형에도 맞지 않는다는 의견도 있다.¹⁰⁴⁾

좀 더 나아가 다음과 같은 이유로 노부모부양을 미성숙자녀의 부양보다 더 우대하여야 한다는 견해도 있다.

첫째, 노부모부양은 미성숙자에 대한 부모의 부양의무와 달리 자신이 부양받아 온 보은 내지 대가라는 관계가 잠재해 있으므로,¹⁰⁵⁾ 적어도 애정을 받으면서 양육받았던 자가 부모가 실제 부양을 필요로 할 경우 부양의무를 부담한다는 것은 부모의 미성숙자에 대한 보호·

102) 이희배, 「민법상의 부양법리」, 삼영사, 1989, 278면 이하.

103) 이성구, “민법상의 노친부양에 관한 연구”, 청주대학교대학원 박사학위논문, 1988, 51면 이하.

104) 이희배, “노친부양의 법리”, 「가족법연구」 제9호, 한국가족법학회, 1995. 12, 306면; 어인의, 전계논문, 142면.

105) 西原道雄, “扶養と社會統制”, 「家族問題と家族法V」, 酒井書店, 1977, 72-77面.

양육의무와 동일하며, 법률적 책임 이전의 실정법 보다 우위에 있는 인륜적·도덕적인 책임이라는 것이다.

둘째, 미성년자는 성년에 가까울수록 부양필요의 정도가 감소함에 반하여 노부모부양의 정도는 날이 갈수록 증가되거나 심화된다는 점이다.¹⁰⁶⁾ 그러므로 노부모부양을 제1차적 부양의무로 보아야 하며, 자녀는 자기생활을 유지하는 것과 동일하게 노부모를 부양하여야 하고, 요부양자가 수인 있는 경우에도 우선적으로 노부모를 부양하여야 한다.

그런데 노부모부양을 제1차적 부양의무로 보는 입장에 대해 다음과 같은 비판이 있다.

첫째 민법상 부부 및 미성숙자녀에 대한 부양의무에 대해서는 특별규정을 두고 있지만, 노부모에 대한 자녀의 부양과 관련해서는 제974조 제1호 이외의 특별규정이 없다는 점, 둘째 자녀는 부모의사에 의해 출생한 자임에 반하여 부모는 자녀의 의사에 따라 성립된 혈족이 아니므로 도덕적으로는 몰라도 법적으로 노부모부양을 강제하는 것은 부당하다는 점, 셋째 성년자녀와 노부모간에는 미성숙자녀와 부모사이의 경우와 달리 제1차적 부양의무의 기초인 규범적 생활공동체 및 양육책임이 존재하지 않다는 점, 넷째 노부모부양을 제2차적 부양의무로 보는 경우에도 부양의 정도와 요건·방법 등을 탄력적으로 운용하면 노부모부양의 강화라는 목적을 달성할 수 있다는 점 등을 들고

106) 김용욱, 전제논문(註, 101), 111면.

있다.¹⁰⁷⁾

3) 判例의 態度

1994년 대법원결정에 의하면 “민법 제837조 소정의 이혼한 부모의 자에 대한 양육에 관한 규정은 그 자가 미성년자인 경우에 한하고 성년인 자와 그 부모 사이의 부양에 대하여는 민법 제974조 제1호 제975조의 규정을 적용하여야 할 것”이라고 판시하고 있어서,¹⁰⁸⁾ 기본적으로 노부모부양을 제2차적 부양의무로 판단하고 있다.

그런데 노부모부양을 생활유지적 혹은 생활부조적 부양이라는 분류 개념을 채택하지 않고, 부양의 필요와 부양의 여력이라는 자력요건을 전제로 제974조에 따른 부양으로 판시하는 경우도 있다. 실제 서울가정법원은 “피고들은 원고(母)의 유일한 아들이요 며느리로서 부양능력이 있다고 할 것이므로, 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없어 부양의 필요가 있는 원고에 대하여 민법 제974조에 따라 동인을 부양할 의무가 있다할 것이다. 그 부양의 정도로는 피고들이 연대하여 원고에게 우선 일시급으로 원고가 거주할 수 있는 주택마련비용 금 1,000만원을 지급하고 월 생활비로서 이 사건 소장 송달 다음날인 1992.4.25.부터 원고에 대한 부양의무의 종료시까지 매월말 금 20만원의 비율에 의한 금원을 지급할 의무가 있다고 봄이

107) 이승우, 전계논문(註, 92), 190-191면.

108) 대결 1994. 6. 2., 93스11.

상당하다”¹⁰⁹⁾고 판시하였다. 그리고 서울고등법원판례 중에 딸과 사위인 피고들은 비록 처부모인 원고부부를 부양하면서 다소간의 비용 지출을 하였다고 할지라도 민법 제974조 제1호 소정의 제1차적 부양의무라고 판시한 예¹¹⁰⁾도 있다. 이 판결은 노부모부양의무를 제1차적 부양의무로 판시한 최초의 판례로써 높이 평가되고 있다.¹¹¹⁾

요컨대 위의 판례의 경우 기본적인 다수설의 입장에서 노부모부양의무의 성격을 제2차적 부양의무로서 파악하고는 있지만, 최근 사회 변화에 맞물려 이러한 태도에 변화가 가해져 제1차적 부양의무로 볼

109) 서울가판 1994. 1. 14., 91드71868.

110) 장인이 뇌졸중으로 입원치료를 받은 후 생활능력을 상실하자 셋째 딸과 사위집에서 거주하였고, 장인이 소유하고 있던 부동산을 원고들에게 매각하도록 위임하였다. 그러나 원고들이 그 매각대금(4,380만원)을 임의로 사용하자 딸과 사위에게 매매대금 상당액의 손해배상의 청구를 하였다. 이에 딸과 사위는 3년 1개월 동안의 처부모의 부양비·치료비 등으로 지출한 5,698만원의 지급을 구하는 반소를 제기하였으나 처부모가 승소하였다. 이에 딸·사위가 항소하였다. 서울고등법원은 “.....피고들이 비록 원고부부를 부양하면서 다소간의 비용을 지출하였다고 할지라도 이는 직계혈족 및 그 배우자간에 해당하는 민법 제974조 제1호 소정의 제1차적 부양의무자로서 이미 노년에 이르러 생활능력을 상실한 원고부부에 대하여 자신들의 부양의무를 이행한 것에 지나지 아니하고, 그 출연의 정도도 객관적으로 상당한 분담분의 범위 내에서 이루어진 것이므로 누구에 대해서도 그 상환을 청구할 수 없다고 할 것이고, 가사 피고들이 자신들의 분담분을 넘는 부양비용을 지출하였다고 할지라도 같은 부양의무자들인 다른 형제자매들에게 그 초과분의 비용상환을 청구하는 것은 별론으로 하되, 부양이 필요한 상태에 있는 부모인 원고 및 반소피고에게 그 부양비용의 반환을 청구할 수는 없다.....”며, “딸·사위들은 연대하여 금 4,380만원과 지연손해금을 지급할 의무가 있다”고 판시하였다(서울고판 1994. 6. 7., 93나300008, 93나30015, 93나30022).

111) 김용욱, “고령자에 관한 해석과 입법의 문제”, 법률신문 제2729호, 1998. 9. 14면; 김용철, “부양상속분제도에 대한 소고”, 「외법논집」 제8집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2000. 12, 242면.

여지를 부여하고 있다. 이러한 판례들은 앞날에 노부모부양문제가 제1차적 부양의무로 인정될 수 있는 기대가 되는 판례들로서 바람직한 일이다.

4) 私見

개인주의적 사고방식과 급격한 산업경제의 발달은 서구적 핵가족제를 일반화하였고, 그 결과 부모에 대한 관념의 변질로 부양에 있어서도 노부모부양은 부부간의 부양이나 친자간의 부양에 비해 약화되고 있는 현실에서 노부모부양의무에 대한 법적 재조명은 상당한 의의를 가질 것이다.

우리 민법상 부양관련조항은 일본의 부양법과 유사하게 규정되어 있고, 그 결과 다수의 견해가 일본의 부양2원형론에 입각하여 부양의무를 제1차적 부양의무와 제2차적 부양의무로 구별하고 있다. 이 가운데 노부모부양의무는 친족간의 부양의무로서 제2차적 부양의무로 보는 것이 다수설의 입장이다.

다수설에 의하면 부모부양의무는 법적인 규정이 없고, 그리고 父子關係는 부모의 의지에 의해 성립된 관계이지 자녀의 의지에 의해 성립된 관계가 아니라는 점에서 부모부양은 제2차적인 부양으로 보고 있다. 그러나 고령의 부모는 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지가 어렵고, 부자관계는 1촌의 직계혈족이라는 점, 또한 형법에서 직계존속에 대한 범죄의 경우 加重處罰하므로 그 균형상 노부모부양의무 역시 제1차적 부양의무의 성격을 갖는다고 할 것이다. 뿐만 아니라 적

어도 애정을 받으면서 양육받았던 자녀에게 노부모가 현실적으로 부양을 필요로 할 경우 부양의무를 감당하는 것은 당연한 인륜적·도덕적인 책임이다. 그리고 미성년자는 성년에 가까울수록 부양필요의 정도가 감소함에 반하여 노부모는 나이가 들수록 부양의 필요도가 증가되거나 심화되어야 할 실질적 상황에 있으므로 제1차적 부양의무의 성격을 갖는다고 하여야 한다.

특히 현행법이 부부간의 의무나 미성숙자녀에 대한 부모부양의무에 대해서는 명문의 규정이 있다는 이유로 제1차적 부양의무로 보는 반면 성숙자녀의 부모부양의 의무는 명문의 규정이 없기 때문에 제2차적 부양의무로 보는 견해는 제정법은 자연법과 인륜·도덕법의 하위에 존재한다는 법철학적 측면에서 볼 때도 타당하지 않다. 子の 부모에 대한 의무는 법률에 의제되는 것이 아니라 인륜과 도덕률이고, 이는 너무나 당연한 것이다.¹¹²⁾

더 나아가 노부모부양의무를 제1차적 부양의무로 파악하지 않으면 안 되는 이유는 인간행동윤리의 근본이라 할 수 있는 종교적 관점에서 살펴보면 명백히 드러난다.¹¹³⁾

112) 프랑스의 장 에티엔 마리 포르탈리스(Jean Etienne Marie Portalis)가 작성한 「민법전 초안에 대한 서론적 설명(Discours préliminaire sur le projet de Code Civil)」에 의하면 “비록 입법자가 명령하지는 않으나, 존경과 감사는 여전히 경의와 의무를 계속해서 요구한다. 그러므로 그에게 생명을 준 사람에 대한 子の 공경은 법률의 소산이라기 본다는 습속의 소산이다”라고 하였다(장 에티엔 마리 포르탈리스 저·양창수 역, 「민법전서론」, 박영사, 2003, 103면).

113) 우리나라의 종교인구에 대한 통계청조사에 따르면 전체 인구중 종교를 갖고 있는

불교¹¹⁴⁾의 교리에 의하면 善人은 은혜를 알고 은혜를 느끼는 자이어야 한다고 하면서 부모에 대한 보은을 강조하며, 아무리 많은 보시를 행하더라도 모든 일에 참고 마음의 청정하여 보은에 대한 믿음이 없다면 그는 천한 사람이라고 하였다. 불교의 경전중 부모에 대한 효를 강조한 대표적인 불경인 부모은중경(父母恩重經)에서는 자식이 부모로부터 받는 은혜 10가지를 10대 은혜로 설명하면서 불효한 자식이 죽으면 아비무간지옥(阿鼻無間地獄: 불교에서 말하는 지옥 중 가장 고통이 극심한 지옥)에 빠지지만, 효도한 자식은 온갖 고통에서 벗어나 천상계의 행복을 누린다고 하여 효행을 강조하고 있다. 뿐만 아니라 부모의 은덕을 생각하면 ‘왼편어깨에 아버지를 업고 오른편어깨에 어머니를 업어 살갓이 닳아서 뼈에 이르고, 뼈가 달아 골수에 이르도록 수미산을 백천번 돌더라도 그 은혜를 다 갚을 수 없다’고 하여 부모의 은혜가 한없이 크고 깊음을 설하고 있다. 우란분경(盂蘭盆經)에서도 목건련이 어머니에 대한 지극한 효행을 기록하여 그의

인구가 50.3%를 차지하고 있다(통계청, 『인구주택총조사』, 1995). 따라서 이들 종교적 교리에 의하면 노부모부양에 대한 우리나라 전체인구의 보편적 의식을 알 수 있을 것이다.

114) 불교의 중심인 “고의 해탈과 무명의 깨달음”을 위해 부모도 처자식도 모두 등지고 가출하는 것에 대해 ‘불효를 일삼는 출세강의 도’라 하여 중국에 전파될 당시 많은 비난을 받았다. 이러한 비난을 극복하는 과정에서 효를 강조하는 ‘부모은중경’ ‘우란분경’ 등의 僞經이 만들어 졌다. (미치하타 로슈, 「불교의효, 유교의효」 불교시대사, 1997. 79면, 84면)는 견해도 있다. 불교에서는 부모은중경이나 우란분경, 관무량수경, 불가천왕경, 효자보은경, 범망경 등 여러 경전에서 부모에 대한 효사상을 고무하고 있다.

효심을 본받도록 설하고 있으며, 범망경에는 불도수행자가 지켜야 하는 대승계의 제1경 하권에서 ‘지극한 효심야야 말로 대자대비하는 보살의 정신’이라 하여 효를 중요시 하고 있다.

기독교와 천주교인의 그 삶이 자체라 할 수 있는 십계명¹¹⁵⁾에서도 부모에 대한 자녀의 효를 찾아볼 수 있다. 십계명은 하나님께서 내린 명령인데,¹¹⁶⁾ 그 중 인간과 인간사이에 지켜야 할 첫 계명은 바로 “네 부모를 공경하라”(출애굽기 20장 12절)이다. 인간의 지켜야 할 첫 계명으로 자녀나 배우자 보다 부모공경을 계명으로 한 것은 부모에 대한 효를 얼마나 중시하는지 충분히 알 수 있다. 또한 살인하지 말라, 간음하지 말라, 도적질하지 말라, 거짓말 하지 말라, (남의 것을)탐내지 말라 등과 같이 일반적인 금지율보다 먼저 규정하고 있는 것은 부모공경을 하지 않는 것보다 더 중한 죄가 없음을 강조한 것이라 할 수 있다. 또한 다른 계명과는 달리 부모를 공경한 자에 대해서는 하나님이 약속이 달려 있다. 즉 “네 부모를 공경하라”하여 이 계명을 지킬 경우 “너의 하나님 나 여호와가 네게 준 땅에서 네 생명이 길리라”라는 축복이 되어 있어, 효도가 바로 장수의 비결이자 생

115) 하나님(신)이 모세를 시내산으로 불러서 인간의 지켜야 할 열 가지(십계명)계명을 돌 판에 새겨 주셨다. 십계명 중 첫째계명부터 넷째계명까지는 인간이 신에게 지켜야 할 계명이며, 제5계명부터 제10계명까지는 인간과 인간간이 지켜야 할 계명이다(출애굽기 20장 1절-17절).

116) 십계명의 첫째계명부터 넷째계명까지는 하나님을 위한 계명이며, 제5계명부터 제10계명까지는 인간과의 지켜야 할 계명이다.

명이 축복임을 약속하고 있다. 그리고 성경의 곳곳에서 부모에 대한 효도를 권하고 있고,¹¹⁷⁾ 불효한 자에게 무서운 심판을 경고하는 반면¹¹⁸⁾ 孝를 행한 자에게 축복이 임하는 것¹¹⁹⁾을 구체적으로 보여주고 있다.

우리나라에 뿌리 깊이 내려진 유교사상에서도 부모에 대한 효의 의미는 상당한 것이다.¹²⁰⁾ 유교에서의 효는 萬德의 근원이며, 百行의 원천이다.¹²¹⁾ 유교의 경전 중 공자와 그의 제자 중삼의 문답 중 효에 관한 구절을 따로 추려 기록한 ‘孝經’¹²²⁾이 있으며, 禮記에도 사람으

130) “자녀들아 네 부모를 주 안에서 순종하라 이것이 옳으니라. 네 아버지와 어머니를 공경하라, 이것이 약속 있는 첫 계명이니 이는 네가 잘 되고 네게 준 땅에서 장수하라”(예배소서 6장 1절-3절), “너 낳은 아버지에게 청중하고 네 늙은 어머니를 경히 여기지 말라”(잠언 23장 22절).

118) “아비를 조롱하며 어머니를 순종하기 싫어하는 자의 눈은 갈짜기의 까마귀에 쪼이고 독수리 새끼에게 먹히리라.”(잠언 30장 17절), “사람에게 완악하고 패역한 아들이 있어 그 아버지의 말이나 그 어머니의 말을 순종하지 아니하고 부모가 징책 하여도 듣지 아니하거든 그 성읍의 모든 사람들이 돌로 치 죽일지니 이같이 내가 너의 중에 악을 제하리라.” (신명기 21장 18절, 21절)

119) 구약성경의 룻기에는 룻이 친어머니가 아닌 시어머니 나오미에게 효성을 다함에 칭찬 축복을 내려줌을 보여주고 있다.

120) 유교는 우리나라에서 종교적 의미보다는 행위규범적 의미를 강하게 갖고 있기 때문에, 유교적 효사상은 생활윤리규범으로서의 성격을 갖는다고 할 수 있을 것이다.

121) 이는 모든 행동의 근본이 효에서 시작된다고 할 수 있다.

122) ‘孝란 하늘의 법이며, 땅의 의리이고, 백성의 행실이다. 하늘과 땅의 법도가 있으니 백성은 그것을 본받아야 한다. 하늘의 밝음을 본받고 땅의 어짐을 근거로 하여 천하를 순하게 하는 것이다. 그 가르침은 엄격하지 않더라도 이루어지며, 그 정치는 준엄하지 않더라도 다스려지는 것이다’, ‘하늘과 땅이 낳은 것 중에서 사람이 가장 귀하고 사람이 행실에 있어서는 孝보다 큰 것이 없다’, 효경에서 공자는 다섯 가지 효자

로서 부모를 섬겨야 하는 三道와 三孝¹²³⁾에 대해 기술하고 있다.

불교나 기독교 및 천주교, 유교 뿐 아니라 그 어떤 종교에서도 자신이 먹고 남음이 있을 때 비로소 부모를 부양하라는 가르침은 찾아볼 수 없다. 오히려 자신은 먹고 입지 못할 지라도 부모님에게는 좋은 것으로 먹이고 따뜻한 옷을 입혀 봉양을 다할 것을 가르치고 또 그러한 삶을 생활화 하고 있다. 이러한 국민적 감정을 바탕으로 볼 때 노부모부양은 당연한 제1차적 부양의무이며, 부모에 대한 孝는 무엇보다 중요한 윤리규범으로 자리잡고 있다. 따라서 법적인 측면 뿐 아니라 이러한 국민대다수의 의식에 의해서 살펴볼 때 노부모부양의 무는 당연히 제1차적 부양의무의 성격을 갖는다고 할 수 있다.

그리고 최근의 판례의 동향을 살펴보면 노부모부양에 대한 책임을 인정하는 사례가 늘고 있으며, 부양료청구를 인정한 사례들도 종종 찾아볼 수 있다. 과거에 비해 노부모부양의 문제에 대해 적극적으로 대처하는 판례의 태도를 미루어 추측컨대 이는 노부모부양의무를 적극적으로 평가하려는 의지의 표현이라고도 생각할 수 있을 듯 싶다.

의 도리를 밝혀 놓고 있다. 즉 ‘아버이를 섬김에 있어서 부모슬하에 있을 때 에는 그 거경하는 마음을 다하라, 봉양을 하는데 있어서 아버이가 그 즐거움을 다하도록 하라, 아버이가 병이 났을 때는 그 근심을 다하라, 아버이가 죽으면 그 슬픔을 다하라, 제사지낼 때에는 그 엄숙한 마음을 다하라’.

123) 三道란 부모가 살아 계실 때는 정성껏 봉양하고, 부모가 돌아가면 喪禮를 禮法에 따라 치를 것이며, 부모의 제사를 정성껏 모시는 것을 말한다. 三孝는 아버이를 공경하여 높이고, 아버이를 욕되게 하지 않으며, 아버이를 모실 때 몸과 마음을 편안하게 하여드리는 일이다.

모든 상황을 살펴볼 때 노부모부양의무의 성격은 제1차적 부양의무이며, 이렇게 해석하는 것이 공적 부조와 사적 부양의 한계에서 발생하는 오늘 날 노인문제를 해결할 수 있는 방법이 될 것이다. 따라서 노부모부양에 대한 名文規定을 두어 성년자녀의 부모부양의무 역시 미성년자녀에 대한 부모의 부양의무나 부부간의 부양의무와 같은 성질의 제1차적 부양의무로 하여야 한다.¹²⁴⁾

2. 老父母 扶養의 內容

민법은 노부모부양의무의 발생요건, 순위, 정도, 방법 등에 관하여 명확한 규정을 두고 있지 않다. 따라서 노부모부양의무를 제2차적 부양의무로 볼 것인지 아니면 제1차적 부양의무로 볼 것인지에 따라 그 내용도 달라질 것이다. 원칙적으로 노부모부양의무를 제1차적 부양의무로 본다면 부양의 순위에 관한 규정인 제976조나 부양의 정도 및 방법에 관한 제977조의 규정이 적용되지 않을 것이다. 하지만 노부모부양의무를 제2차적 부양의무라고 볼 경우에는 민법 제976조 및 제977조의 해석에 따라 부양의 내용이 달라질 것이다.

1) 老父母 扶養義務의 發生要件

124) 박병호교수는 민사법개정의견서에서 자녀는 노부모를 공경하여야 한다는 규정을 추상적이며 상징적이기는 하지만 명문화하는 것이 바람직하다고 주장하였다(한국민사법학회, 「민사법개정의견서」, 박영사, 1982, 186-187면).

노부모부양의무의 성격을 제1차적 부양의무라고 할 경우에는 부부 간이나 미성년인 자에 대한 부양과 같이 일체적인 공동생활이 그 기반이고 부양권리자가 부양의무자와 같은 정도의 생활을 할 수 있도록 하여야 한다. 하지만 다수설의 입장과 같이 제2차적 부양의무로 볼 경우에는 제974조 제1호의 적용을 받으므로 부양의무가 발생하기 위하여는 부양의 필요성(要扶養狀態)과 부양의무자의 충분한 자력(부양의 여력)이라는 두 가지 요건을 충족하여야 한다.¹²⁵⁾

구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

먼저 민법 제975조는 부양의무의 발생요건으로 부양받을 자가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없는 경우 구체적으로 자기의 자력 또는 근로에 의해 생활비의 수요를 충족할 수 없는 상태인 要扶養狀態를 그 요건으로 하고 있다. 생활비수요에는 의식주 등의 생활전반의 수요 및 의료비, 최소한의 문화비, 적당한 오락비, 교제비 등이 포함된다 할 것이다. 이는 최저생계비¹²⁶⁾를 기준으로 하

125) 김주수, 전계서(註, 90), 440면; 이경희, 전계서, 268면; 한봉희, 전계서, 224면.

126) 국민기초생활보장법 제4조 제2항은 이 법에 의한 급여의 기준은 보건복지부장관이 수급자의 연령·가구규모·거주지역 기타 생활여건 등을 고려하여 급여의 종류별로 정하며, 동법 제6조 제1항에서 보건복지부장관은 국민의 소득·지출수준과 수급권자의 생활실태, 물가상승률 등을 고려하여 최저생계비를 결정하여야 한다고 규정하고 있다. 따라서 가구별로 산정된 소득인정액(소득평가액과 재산의 소득환산액)을 가구별 최저생계비와 비교하여 수급권자선정 및 급여액으로 결정하고 있다. 보건복지부가 2004년 12월 1일 발표한 보건복지부고시 제2004-77호에 의하면 2005.1.1부터 적용하는 가구별 최저생계비는 1인가구 401만원(편의상 만원단위로 표기함), 2인가구 669만원, 3인가구 908만원, 4인가구 1,136만원이다.

는 것이 보편타당할 것이지만, 구체적인 판단은 부양하여야 할 자의 부양 여력이나 당사자의 사회적 지위 등 일체의 제반사정을 고려하여 탄력적으로 운용되어야 한다.

이 때 자력이라 함은 재산과 재산적 수입능력을 말하는 것으로, 만일 요부양자가 상당한 자산을 가지고 있지만 그것을 처분하는 것이 곤란하거나 부적절한 것일 때 혹은 그것이 생활의 기반이 되고 있든가 불시의 지출에 대비하기 위한 비축인 경우에는 생활비에 족한 항상적 수입이 없는 한 要扶養狀態에 있다고 보아야 한다는 견해가 있다.¹²⁷⁾ 그리고 자기의 자력 또는 근로에 의한 수입에 의하여 생활을 유지할 수 없다는 것은 생활의 자기책임원칙에 입각한 것이므로, 자력과 근로 쌍방에 의한 수입의 의미로 이해하여야 할 것이다.

만일 경제적 능력은 있으나 신상감호 내지 개호가 요구되는 고령자도 要扶養狀態에 있는가가 문제될 수 있는데, 노부모부양문제의 중심이 경제적 부양뿐 아니라 신체적·정신적 부양 역시 중요하므로, 이러한 경우도 要扶養狀態에 있다고 보아야 한다. 이러한 취지에서 부양을 받드시 경제적 보조에 국한하지 않고 필요에 따라 동거·간호 등 포괄적인 부조행위까지 포함하는 것으로 보아야 한다는 견해도 있다.¹²⁸⁾

127) 上野雅和, “家族(親族)의扶養義務者-高齢者をとりまく家族”, 「自由と正義」 第45卷 10號, 日本辯護士聯合會, 1994, 54面.

128) 이은영, “부양청구권”, 「고시계」, 1992. 11, 95면.

민법 제975조는 부양의무의 발생요건으로서 부양권리자 측에 관한 요건만을 규정하고 있을 뿐 부양의무자 측에 관하여 특별히 규정하는 바가 없다. 보편적으로는 부양의무자가 자기의 사회적 지위, 신분에 적합한 생활정도를 낮추지 않고 요부양자를 부양할 수 있을 정도의 여유가 있는 경우 즉 부양여력이 있는 경우에 부양의무가 발생한다고 본다. 노부모부양의무의 발생요건에 관한 이러한 규정은 노부모부양의무를 제1차적 부양의무로 볼 경우에는 적용되지 않는다 할 것이므로 이 요건의 충족을 요하지 않는다.

2) 扶養의 順位

노부모부양의무를 제2차적 부양의무로 본다면 노부모 기타 요부양자가 수인 있는 경우 누가 누구를 부양할 것인가 하는 부양순위의 문제에 있어서 부양의무자의 자력이 전원을 부양할 수 없을 때의 순위와 관련한 민법 제976조가 적용되어 먼저 당사자간의 협정에 의하여 결정되며, 이러한 협정이 없는 경우 혹은 불가능한 경우에는 당사자의 청구에 의하여 법원이 정할 수 있을 것이다. 당사자의 청구에 의해 법원이 정하는 경우에는 우선 조정에 의하여야 하고, 조정이 성립되지 않는 경우에 비로소 심판에 의하여 그 순위를 정하게 된다(제967조 1항 전단, 가사소송법 제2조 1항 마류사건 8호 및 제50조).

그런데 제976조의 규정은 부양의무자의 사정에 부양순위가 결정되는 유동적 규정이며, 노부모부양의 책임회피가 가능한 결과를 발생시

킬 수 있을 뿐 아니라 당사자간의 협의가 실패한 경우 혹은 법원의 조정이나 심판에 의한 노부모부양의 경우에는 순서를 정한 법적 의미가 소실될 우려가 있다. 이와 관련하여 노부모부양에 관한 순서를 법으로 정하여 부득이한 경우 의무자간의 협의에 의해 결정할 수 있도록 하자는 견해도 있다.¹²⁹⁾

그러나 노부모부양의무를 제1차적 부양의무로 본다면 우선적으로 부양을 받을 수 있으므로, 이러한 부양책임회피의 가능성 및 유동성의 문제로부터 보호될 수 있다.

3) 扶養의 程度와 方法

노부모부양의 정도 및 방법 역시 노부모부양의무의 성격을 제1차적 부양의무로 볼 것인지 아니면 제2차적 부양의무로 볼 것인지에 따라서 달리 할 것이다. 왜냐하면 민법은 제2차적 부양의무의 경우 그 정도 및 방법에 대해 제977조를 적용하는 반면 제1차적 부양의무에 대해서는 그 적용을 하지 않기 때문이다.

노부모부양의무를 제2차적 부양의무로 볼 경우 부양의 정도는 다음과 같다. 먼저 부양의 정도 및 방법을 규정한 민법 제977조에 의하면 “부양의 정도 또는 방법에 관하여 당사자의 협정이 없는 때에는 법원은 당사자의 청구에 의하여 부양을 받을 자의 생활정도와 부양의무자의 자력 기타 제반사정을 참작하여 이를 정한다”고 하여서, 부양정도

129) 어인의, 전계논문, 143면.

는 당사자간의 협정이나 가정법원의 판결에 따를 것이다.

다수설에 따라 노부모부양의무를 제2차적 부양의무로 보는 경우에는 노부모가 자기의 자력과 노동에 의해 최저의 생활도 유지할 수 없을 때, 부양의무자가 자기의 사회적 지위를 해치지 않는 범위¹³⁰⁾내에서 다시 말하면 여유가 있는 한도에서 생활을 부조하면 족할 것이며,¹³¹⁾ 그 정도는 당사자간의 협정이나 가정법원의 판결에 따라 결정될 것이다. 그리고 부양의 정도에 관하여 당사자 사이의 협정이나 심판이 있는 후라도 사정변경이 있는 경우에는 가정법원은 당사자의 청구에 의해 그 협정이나 심판을 취소 또는 변경할 수 있다(민법 제 978조, 가사소송법 제2조 1항 마 8).

민법은 부양정도를 정함에 있어서 부양권리자의 생활정도와 부양의무자의 자력 기타 제반사정을 참작하여 정하도록 하고 있는데, 여기서 참작하여야 할 제반사정이란 생활정도, 부양의무자의 재산상태, 직업, 신분관계, 가정상황, 부양권리자나 의무자간의 과거의 신뢰나 교제상태 등을 말한다.¹³²⁾ 그리고 구체적인 제반사정이 무엇인가에 대해서는 법관의 판단에 달려 있을 것이지만, 부양을 받을 자의 생활이

130) 이러한 취지의 일본판례로는 “고령의 부모에 대한 상속자(직업을 가진 자)의 부양 정도는 자가 종래의 사회생활, 사회적 지위를 해하지 않는 범위에서 생활을 절약하여, 그것에 의해 생기는 여력을 가지고 그것을 충당하는 것은 타당하다”는 판시가 있다(和歌山家審 1964. 11. 30, 家裁月報 17卷 2號 1967. 2. 51面).

131) 清水兼男·森田宗一, 前掲書, 168面.

132) 이경희, 전게서, 269면; 어인의, 전게논문, 144면.

곤궁한 이유가 무엇인가 하는 것이 특별히 참작되어야 할 것이다.¹³³⁾

예컨대 부양을 받을 자가 고령이거나 건강상태의 악화로 활동을 하기 어렵다면 부양받음에 문제가 없을 것이지만, 게으르거나 알콜중독 등 약물중독에 빠진 나머지 스스로 활동을 하지 않는 경우라면 당연히 부양정도를 정함에 있어서 참작되어야 할 것이다.

견해에 따라서는 부양권리자가 과거 부양의무자를 학대하였거나 유기한 경우에는 부양의무의 경감 내지는 소멸을 인정하자는 입장도 있다. 이 견해에 따르면 단순한 부양청구만을 인정하기 보다는 형평의 법리, 신의성실의 원칙, 권리남용금지의 원칙, 공서양속 등이 적용되어야 할 것이라고 한다.¹³⁴⁾ 그런데 하급심판례 중에는 비록 父가 妻를 버리고 재혼 한 뒤 子를 돌보지 않았음에도 나이가 들어 병약하여 要扶養狀態에 있다면 자신이 돌보지 않았던 子에게도 부양료지급 의무가 있음을 명한 사례도 있다.¹³⁵⁾

또 다른 견해에 의하면 부양의 정도는 부양의무자의 생활과 비교해서가 아니라 사회일반의 생활에 비추어 “건강하고 문화적인 최저생활”까지 할 수 있을 정도면 족하다고 한다.¹³⁶⁾

133) 양수산, 전계서, 532면; 이경희, 상계서, 269면.

134) 米倉明, “老親扶養と民法”, 「高齢化社會」, 東京大學出版會, 1984, 190面.

135) 부산지판 1998. 1. 14., 97ㄴ666.

136) 박동섭, 전계서, 344면; 정동호, “부조제도로서의 친족부양”, 「가족법연구」 제1호, 한국가족법학회, 1984. 12, 85면.

그러나 노부모부양의무의 성격을 제1차적 부양의무로 보면 부양의무자는 자기의 생활정도와 같게 부모를 부양하여야 할 것이다.

부양의 방법은 크게 동거부양과 급여부양이 있다. 급여부양은 금전 기타 현물을 지급하는 것으로서 경제적 급부만 하고 일상생활의 배려 및 수발까지는 하지 않는 것이다.¹³⁷⁾ 반면 동거부양은 부양의무자가 요부양자를 가족의 일원으로서 자신의 세대 내에 받아들여 경제적 급부와 함께 일상생활의 배려 및 수발(신상감호, 신체적 부양, 개호)까지 하는 것을 말한다.¹³⁸⁾

第3節 小 結



제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

노부모부양의무의 법적 성격에 관하여 학설은 제1차적 부양의무로 보는 견해와 제2차적 부양의무로 보는 견해로 나뉘어 있음을 앞서 살펴보았다. 그리고 노부모부양의무의 발생요건이나 순위, 정도 및 방법은 제1차적 부양의무인지 아니면 제2차적 부양의무인지에 따라서 달리 적용될 것이다.

137) 박동섭, 상계서, 344면; 한봉희, 전계서, 236면.

138) 박동섭, 상계서, 344면; 한봉희, 상계서, 236면.

다수설의 경우 노부모부양의무를 제2차적 부양의무로 취급하여 비록 노부모가 신체적 혹은 경제적으로 곤궁한 처지에 놓여있더라도, 성년의 자녀가 부양여력이 있는 경우에만 부양을 받을 수 있다고 한다.

그러나 다음과 같은 이유로 다수설보다는 노부모부양의무 역시 제1차적 부양의무로 보는 소수설의 입장에 서고 싶다.

첫째, 부모의 경우에는 자녀에 대한 부양의무를 제1차적 부양의무로 보아 그 부양을 강제하면서 그러한 보살핌으로부터 보호받았던 자녀가 성년이 된 후 그 부모를 부양하는 것을 선택적인 것으로 이해한다면 이는 매우 부당한 처사이다. 이처럼 노부모부양과 관련하여 안일하게 대처한다면 노부모를 거리로 쫓아내게 될 수밖에 없을 것이며, 따라서 가족간의 애정과 결속을 저해하는 결과를 낳게 될 것이고, ‘우리가족’이란 끈끈한 정감은 파괴될 수밖에 없으므로 이러한 폐해방지를 위해서도 노부모부양의무를 제1차적 부양의무로 보아야 할 것이다.

둘째, 민법상 부모가 사망한 경우 자녀는 부모재산상속의 제1순위의 상속인이 되고, 또 부모의 재산권까지 제한하여 유류분을 인정하고 자녀에게 사후생활을 보장해주는 반면, 자녀가 태어나 부모의 양육을 받아 성년이 된 후 부모에 대한 부양의무를 제2차적 부양의무로 하고, 부모는 자녀재산상속의 제2순위로 본다는 것은 형평성의 불공평한 것이며, 사람이 도리에도 맞지 않은 일이다.

셋째, 형법 제250조 2항 및 제271조 2항, 그리고 민법상의 이혼사유로서 ‘자기의 직계존속이 배우자로부터 심히 부당한 대우를 받은 경우’에 관한 규정과 균형을 맞추기 위해서라도 노부모부양은 제1차적 부양의무로 보아야 하는 것이 타당하다.

넷째, 인륜과 도덕으로 해결되어야 할 노부모부양의 문제에 대해 형법상 유기죄의 규제를 받거나, 사경을 해매는 노부모의 부양을 거절하는 사례와 고령 및 지병으로 고통을 겪는 노부모에 대하여 퇴거를 청구 하는 등 부양을 외면하는 사례들에 대해 반인륜적인 권리남용 행위라고 판시하는 판례를 찾아 볼 수 있다.¹³⁹⁾ 이러한 반인륜적 세태에 경종을 울리는 판례의 태도에 비추어 보아 노부모부양의무를 제1차적 부양의무로 볼 수 있을 것이다.

언급한 네 가지 이유와 나아가 법철학적·종교적 측면에서도 노부모 부양의무는 당연한 제1차적 부양의무로 보아야 한다. 노부모부양에 대한 태도를 통계청과 보건복지부가 조사한 조사결과 뿐 아니라 종교적·도덕적 관점에서도 제1차적 부양의무라 할 수 있다. 오히려 부모부양을 제2차적 부양의무로 보는 것은 대다수의 국민이 당연한 것으로 믿고 있는 바 즉 국민들의 뜻을 무시한 학자들의 법논쟁이 아닌가 싶

139) 고령과 지병으로 인하여 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없는 父를 부양할 의무 있는 자(딸; 외국에 이민 중)가 특별한 사정없이 또한 父의 주거에 관하여 별다른 조치도 취하지 아니한 채 父가 거주하고 있는 주택의 소유자임을 내세워 父에게 주택에서의 퇴거를 청구하는 것은 부자간의 인륜을 파괴하는 행위로서 권리남용에 해당된다고 판시하였다(대판 1998. 6. 12., 96다52670).

다. 법리가 아무리 논리적인 것이라 할지라도 그 국민적 감정과의 괴리를 내포하고 있다면 이는 분명 잘못된 법이며, 재고의 여지가 있는 것이다. 생각컨대 이러한 문제를 명쾌하게 하기 위해서라도 노부모부양의무에 대한 명문규정을 둘 필요가 있다.

부양의 정도와 관련하여 제1차적 부양의무로 보아 부양의무자 자기 생활의 정도와 같게 할 것이지만, 그 부양정도를 정함에 있어서 부양권리자의 생활정도 및 부양의무자의 자력 기타 제반사정을 일정부분 참작할 필요는 있다. 예컨대 부양권리자가 과거 의무자를 확대하였거나 유기하였다면 부양의무의 경감 내지는 소멸을 인정할 필요도 있을 것이다.¹⁴⁰⁾

오늘날 급속한 고령사회로 접어들면서¹⁴¹⁾ 필연적으로 발생하는 노부모부양과 관련하여 적극적인 사회보장제도가 미흡하기 때문에 노부모부양의 문제는 전적으로 사적 부양에 의존할 수밖에 없다. 정부가 노인복지를 위한 재정을 점차 확대하고는 있지만,¹⁴²⁾ 재정적 제약으

140) 그러나 하급심판례 가운데는 비록父가 처와 처 소생의 2남을 버리고 재혼한 뒤 돌보지 않았다가 퇴직 후 병약하여 要扶養狀態에 있게 되자 자신이 버린 2남을 상대로 부양료청구를 한 사건에 대해 2남은 경제적 여력을 갖추고 있기 때문에 청구인의 아들로서 부양의무가 있다하여 매월 부양료지급을 명한 판례도 있다(부산지판 1998. 1. 14., 97㉸666).

141) 통계청의 『2004 고령자통계』에 의하면 2004년 총인구 중 65세이상 인구의 비중은 8.7%로 2003년 8.3%에 비해 0.4% 증가하였고, 10년 전인 1994년 5.7%에 비해 3.0% 증가하였다. 그리고 평균수명연장 및 출산율 감소로 인하여 2019년에는 65세이상인구가 14.4%를 차지하여 고령화사회에 진입하고, 2026년에는 65세이상 고령인구가 전체 20.0%를 차지할 것으로 예상되므로 초고령화사회에 도달할 전망이다(통계청, 『2004년 고령자통계』, 2004. 10, 3면).

로부터 자유로울 수 없는 것일 뿐 아니라 공적 부조가 갖고 있는 내적 한계에 의해 사적 부양에의 의존은 필연적이다. 따라서 정책적으로 노부모부양의 문제를 해결하지 못하고 있는 현실에서 사적부양원리의 바탕인 가족법이 노부모부양의 문제에 대해 적극적으로 대처해야 할 필요가 있으며, 그 일환으로 노부모부양의무의 성격은 제1차적 부양의 성격을 갖는다고 보아야 한다.

부모를 공경하고 孝를 다하는 것은 인간으로서의 가장 중요한 첫걸음이라 하였다. 그러므로 노부모의 공경과 부양은 선택적인 것이 아니며 인간으로서 행해야 하는 당연한 도리이다. 이러한 인간의 도리를 법의 해석에 연연하여 노부모부양의무를 제2차적 부양의무로 보아 인간으로서의 도리를 다하지 못하도록 법이 조장하는 오늘의 현실은 참으로 안타까운 일이다.

“실정법이 인간사에서 자연적 이성의 사용에 대체할 수는 없다. 사회의 필요는 극히 다양하고, 인간 사이의 의사소통은 극히 활발하며, 그들의 관계는 극히 광범위하여서 입법자가 그 모두에 대응한다는 것은 불가능하다. 법전은 그것이 아무리 완벽한 것처럼 보여도 예상하지 못하였던 수많은 문제를 법집행자에게 제기한다. 법률이란 일단

142) 2004년 고령자통계에 의하면 2004년 노인복지관련예산은 5,005억원으로 정부예산대비 0.425, 보건복지부 일반회계예산 대비 5.42%를 차지하고 있다. 이는 10년 전인 1994년의 462억원에 비해 약 11배나 증가한 금액이며, 1994년 정부예산대비 0.11%보다는 약 4배, 보건복지부 일반회계예산대비 2.61%보다는 약 2배 정도 증가한 것이다(통계청, 『2004년 고령자통계』, 2004. 10, 37면).

편찬되면 쓰여진 그 상태로 계속 남아 있는데, 반대로 사람은 결코 정지하지 않기 때문이다”¹⁴³⁾라는 이 글은 실정법의 한계와 시간이 흐름에 따른 법의 융통성을 지적한 글이라 생각된다.

생각컨대 노부모부양의무의 성격을 적극적으로 해석하여 노부모부양의 공백을 법이 해결해 주어야 하며, 법이 노부모부양의 회피수단으로 전락하지 않도록 해야 한다. 뿐만 아니라 해석상 혹은 입법론상의 논란을 잠재우기 위해서라도 노부모부양의무를 제1차적 부양의무의 성격을 갖는다고 명문화함으로써 그 법적 성격을 명확히 하여 오늘날 우리 사회의 노부모부양문제를 시급히 해결할 필요가 있다.



143) 장 에티엔 마리 포르탈리스 저·양창수 역, 전게서, 34면.

第4章 老父母 扶養의 相續法的 接近과 그 強化

第1節 財産相續과 老父母 扶養

1. 財産相續과 老父母 扶養의 連繫必要性

근대 상속법에서 상속권의 주요한 근거가 되어 온 것이 바로 扶養이다. 즉 생전에 피상속인에 의해 부양되었던 자가 피상속인이 사망한 뒤에도 계속 일정한 생활을 유지할 수 있도록 하기 위하여 피상속인이 남긴 재산을 상속하게 하여 생활보장을 사적으로 해결하기 위해 인정되는 것이 상속권이다.¹⁴⁴⁾ 따라서 재산상속과 부양의 연계성은 어찌면 당연한 것일지도 모른다.

우선 노부모부양과 재산상속을 연계해야 하는 이유로 다음의 두 가지를 들 수 있다. 첫째는 상속재산의 생활보장적 기능이다. 상속은 가

144) 상속을 인정하는 근거와 관련하여 근대 이후 意思說, 血緣代價說, 生活保障說, 共同生活說, 公益說, 私的 所有權說 등 다양하게 논의되고 있다. 그러나 그 중 어느 하나의 견해로 상속을 인정하는 근거를 설명할 수 있는 것은 아니다. 왜냐하면 상속이라는 것이 시대적·사회적인 요건에 영향을 받기 때문이다. 따라서 최근에는 보편적으로 다음의 4가지를 상속의 근거로 본다. 첫째 피상속인의 의사추정, 둘째 유산 가운데 포함된 상속인의 잠재적 지분의 청산, 셋째 피상속인의 사망 후 남겨진 가족의 생활보장, 넷째 거래의 안전이 바로 그것이다(상속의 인정근거에 관한 학설의 구체적 학설검토는 김은아, 전제논문, 20-34면 참조).

족구성원의 생활보장이라고 하는 관점¹⁴⁵⁾에서 볼 때 생전 부양의 연장이라 할 수 있다. 따라서 상속재산의 성격은 가족의 생활을 보장하여야 할 원자로 이해할 수 있다. 둘째는 부양의무의 이행과 정의 및 형평의 이념이다.¹⁴⁶⁾ 피상속인을 확대하여 부양의무를 이행하지 아니한 자가 그 피상속인의 유산에 의해 사후부양을 받는 것을 법이 인정한다면 정의와 손잡을 법이 불의와 손잡는 결과가 된다. 이러한 태도는 부양의무자가 요부양자를 부양하지 않음으로써 법에 의해 불이익(형법 제271조의 유기죄)을 받아야 할 자들이 법에 의해 상속이란 이익을 받는 것은 형평의 관념에 위배되며 정의관에도 배치된다. 그러므로 피상속인에 대한 부양의무를 이행하지 않은 상속인에게는 재산상속상 불이익을 가함과 동시에 분담하여야 할 부양의무를 초과하여 특별히 부양한 자에게는 재산상속상 이익을 부여하는 것이 형평에 합당할 것이다.

이러한 부양과 상속과의 관련성에 따라 피상속인에의 부양유무에 따라 상속인의 지위를 결정하려는 입법적 시도는 몇몇 국가의 입법례에서 찾아볼 수 있다.

러시아민법 제1117조 2항에 의하면 피상속인의 부양에 관하여 자신에게 부과된 의무이행을 악의로 회피한 공민에 대해 이해관계인의 청구에 의하여 법원은 이를 바탕으로 법률에 의한 상속시 그러한 자

145) 五十嵐清·遠藤 造·川井 健·島津一郎, 前掲書, 758-759面.

146) 이회배, 전계논문(註, 4), 184면.

를 배제하도록 하고 있다.

중국계승법 제7조는 피상속인을 유기 또는 학대하여 그 정상이 중한 자를 상속결격자로 하고 있으며, 제12조는 喪配한 며느리가 시부모에 대하여, 喪配한 사위가 장인과 장모에 대하여 주된 부양의무를 다한 경우에는 제1순위상속인으로 인정하고 있다.

북한상속법 제9조에서는 상속결격자를 열거하고 있는데, 이 중 피상속인을 생전에 몹시 학대하였거나 의식적으로 돌보지 않는 자도 포함되며, 따라서 이러한 자에게는 상속권을 인정하지 않는다.

일본민법의 경우도 제892조에서 추정상속인의 폐제에 관하여 규정하고 있는데, “유류분을 갖는 추정상속인이 피상속인에 대하여 학대를 하거나 그에게 중대한 모욕을 가한 때, 또는 추정상속인에게 기타의 현저한 비행이 있는 때에는 피상속인은 그의 추정상속인의 폐제를 가정재판소에 청구할 수 있다”고 하고 있다. 또한 제904조의2에서 피상속인을 요양 및 간호하여 피상속인의 재산유지 및 증가에 특별한 기여를 한 상속인에게는 기여분을 인정하고 있다.

대만민법 역시 제1145조 1항 5항에서 피상속인에 대한 중대한 학대나 모욕의 사실과 피상속인의 상속폐제의 의사표시가 있는 경우에는 당해 상속인의 상속권을 인정하지 않는다.

우리의 경우 1990년 민법개정전 호주상속인에게 상속분의 5할을 가급하는 규정이나 현행 민법 제1008조의2에서 특별히 피상속인을 부양한 자에게 기여분을 인정하는 것 등을 들 수 있다.

이처럼 기본원리가 판이하게 차이가 있는 부양법과 상속법을 접목시켜 피상속인에 대한 부양을 상속과 연계시키려는 것은 비교적 최근의 일로서, 고령사회의 도래와도 관련 있는 것으로 보여 진다.¹⁴⁷⁾ 즉 전 세계적으로 고령사회로의 이행은 노년부양비의 부담을 가중시키지만, 재정적 여건상 고령자 스스로 노후대책을 마련하지 않을 수 없기 때문이며, 가장 손쉬운 방법이 부양을 통한 상속분의 가급 혹은 피상속인을 유기하는 등의 경우에 상속권을 박탈하는 방법을 통하여 간접적으로 추정상속인의 부양을 유도하기 때문이다. 특히 우리사회에서는 상속관계를 형성할 정도의 자산은 있지만, 판단능력이 감퇴되어 거동조차 불편한 고령자는 가장 먼저 자신의 노후를 자녀에게 의존하려 한다. 그러나 노부모부양이 더 이상 당연한 것으로 여겨지지 않는 현실에서 자발적 부양을 기대하기란 차츰 어려워지고 있다. 따라서 당연히 자신 명의로 된 재산의 사후분배, 귀속을 매개로 하여 노후생활을 보장받으려는 방법은 어쩌면 너무나 당연한 방법이라 생각된다.

2. 扶養과 相關한 相續法의 變遷

1960년 시행된 민법에서는 인륜과 도덕에 의하여 상부상조하여야 하는 부양에 관하여 법률상 부양을 권리의무관계로 인정하고, 관습상 부양받을 자의 범위를 축소하여 규정하였다. 즉 호주의 가족 부양, 부

147) 신영호, 전계논문, 183면.

부간의 상호 부양, 이혼한 부모의 자 양육 등을 규정하고 있으며, 노 부모부양과 관련하여 호주상속인의 상속분가급, 협의에 의한 상속재산분할제도, 유언에 의한 증여 제도, 부양의무의 이행을 정지조건으로 하는 유증제도 등을 상속법에 규정하였다.

1977년 개정민법에서는 遺留分制度를 신설함으로써 피상속인 사후에 유류분을 통하여 요부양자의 생활보장(사후부양)을 의도하였다. 유류분제도를 신설한 이유는 첫째로 유언의 절대적 자유를 인정하는 민법하에서 피상속인이 장래 상속인의 생활을 고려하지 않고 유증으로 재산을 일탈케 하면 그가 사망한 뒤 그로부터 부양을 받던 자의 생활보호가 문제시되며, 둘째는 엄밀한 의미에서 상속재산은 피상속인이 혼자 이룩한 재산이라기보다는 피상속인과 공동생활을 하던 유족들의 유무형의 노력에 의한 산물이므로, 당연히 피상속인 사망시 유족들의 권리를 인정하여야 한다. 또한 피상속인의 자력으로 생계유지를 하고 있던 생계무능력자는 상속재산으로부터의 혜택을 인정해 주어야 하기 때문에 일정범위의 상속인에게는 상속재산에 대한 최소한의 확고한 권리를 인정해 주어야 한다는 것이다.¹⁴⁸⁾

1990년 민법개정시에는 정치적·사회적·경제적 제반사정의 변화와 사회의식과 가족제도의 변화를 반영하여 가족법에 있어서 많은 부분 변경이 가해졌다. 우선 상속법 중에서 호주상속제도의 폐지에 따른 호주상속인의 상속가급분이 삭제되었다. 또한 상속인의 범위를 피상

148) 김용한, “상속분조정과 유류분제도”, 사법행정, 1978. 2, 14면.

속인의 4촌 이내의 방계혈족까지 축소하였고, 배우자의 상속순위를 부부평등으로 하였으며, 상속인간의 상속분에 있어서 균등원칙을 채택하였다. 그리고 피상속인을 특별히 부양한 자에게 임의적인 扶養寄與分制度를 신설함으로써, 부양 특히 노부모부양과 관련하여 상속법적 접근을 조정·강화하였다. 뿐만 아니라 특별연고자분여제도를 통하여 상속인이 없는 경우 특별연고가 있던 자의 청구로 상속재산의 일부 혹은 전부를 분여하는 규정을 신설하였다.

2005년 민법개정은 우리 가족법의 근간이 되었던 호주제폐지 등을 골자로 하여 친양자제도의 도입 등 획기적인 변혁이었다. 상속법과 관련하여 공동상속인간의 실질적 형평 및 가족관계의 건전한 가치관의 정립을 위하여 상당기간 동거하면서 피상속인을 부양한 자에게도 기여분이 인정될 수 있도록 기여분제도규정에 대한 수정을 가했다.

3. 老父母 扶養에 대한 相續法上的 限界

1) 扶養義務不履行에 따른 財産相續上 制裁規定의 不備

민법상 노부모부양 문제는 법정상속에 관한 규정(동법 제1000조, 제1009조 등)과 유류분제도(동법 제1112조 이하)에 의하여 촉구되고 있지만, 그 부양의 의무를 이행하지 않을 경우 외국의 입법례¹⁴⁹⁾에서

149) 중국계승법 제7조 3항, 북한상속법 제9조, 독일민법 제1938조, 일본민법 제 892조 및 제893조, 대만민법 제1145조 1항 및 5항 등.

와 같이 상속 결격을 인정한다거나 재산상속시 불이익을 가하거나 상속권 폐제의 제도에 의하여 老父母扶養責任回避의 심리적 강제를 추구하는 규정 등 부양의 의무를 회피할 경우 이에 상응하는 특별한 제재방안이 존재하지 않는다.

다만 형법상 노부모를 유기하여 제271조의 유기죄에 해당할 경우 그에 따라 처벌하거나, 부모에게 폭행 등의 범법행위를 한 경우 가중 처벌을 할 뿐이다.

또한 민법 제1004조에 따라 상속결격사유에 해당하는 행위를 하는 자에 대해서는 상속권을 인정하지 않고 있지만, 부양의무를 해태 혹은 회피한 자에 대한 언급은 없기 때문에 재산상속상의 제재는 어렵다. 따라서 비록 부양의무를 행하지 않은 자라 할지라도 부모가 사망하면 그 재산을 상속을 받을 수 있을 것이다. 이러한 결과는 신의성실에도 반할 뿐 아니라 형평성에도 어긋난 것이다. 따라서 외국의 입법 예를 참고하여 사적부양의무이행의 회피를 억제시키고 사적 부양을 촉구할 수 있는 입법이 필요하다. 생각컨대 제1004조의 상속결격사유에 피상속인에 대한 부양을 해태·회피·거부하거나 피상속인을 멸시·능욕한 자를 포함시키는 입법이 요구된다.

2) 遺言 내지 遺贈을 통한 老父母 扶養과 그 限界

유언 및 유증을 통한 노부모부양은 부양당사자 자신이 유언 혹은 유증의 방법으로 부양의무를 다하는 자에게 자신의 사후 재산상속이

개시되면 유리한 지위를 부여하는 것이다. 예컨대 유언 혹은 유증을 통해 자신에게 부양의무를 다한 자에게 상속분을 가급하거나 부양을 정지조건으로 하는 유증을 활용하는 것이다.

이러한 방법은 노부모부양의 사전적 방법이기도 하나 우리사회에서의 낮은 유언활용도 및 유언의 비밀유지의 곤란 등을 생각한다면 그 실효성을 크게 기대할 수 없을 것이다. 유언의 경우 그 형식성 때문에 활용도가 높지 않으며, 유언이나 유증은 상속재산의 존재를 전제로 하는 것이므로 유산이 변변치 않은 요부양자의 경우에는 해결방안이 되기 어렵다는 문제가 있다. 따라서 그 활용화를 위한 적극적 노력이 필요하다.



3) 扶養寄與分制度의 限界

1990년 신설된 부양기여분제도는 노부모부양의 제1차적 자율부양을 도모하기 위한 것으로 공동상속인간의 이해를 바탕으로 운용된다. 이 제도는 노부모부양문제의 해결에 큰 도움이 될 수도 있겠지만, 기여도를 평가하여 확정하는 과정에서 공동상속인의 합의도출이 쉽지 않으며, 또한 그 유동성으로 인하여 노부모부양확보에 어려움이 있다.

구체적인 부양기여분제도의 한계를 살펴보면 다음과 같다.

우선 부양기여분의 인정과 관련한 문제이다. 비록 법문상 부양기여분이 제도로서 인정되고는 있지만 어느 정도의 부양을 하여야 기여분이 인정되는지 그 구체적인 조건을 법문에 없기 때문이다. 이는 결과

적으로 그 기준의 인정여부에 대해 학설과 판례에 의존하여야 한다는 것이다. 그런데 1990년 기여분제도가 법제화 된 이래 지금까지 기여분청구에 대한 사례는 극히 적은 편이고, 기여분청구가 제기되었다 하더라도 和解 등의 방법에 의해 판결 전에 해결되는 사례가 많았던 관계로 판례의 축적이 미흡한 편이어서 객관적 기준이 명백하지 않는 한계를 가지고 있다.

둘째, 부양기여에 대한 자주적인 협의가 인정되는 것이 쉽지 않다는 점이다. 명백한 부양기여의 사실에도 불구하고 부양기여상속인의 인정과 그 기여분의 비율(액)에 관하여 자주적 합의도출이 어렵고 그 결과 상속인간의 분쟁이 야기된다는 점이다.

셋째, 판결에 의한 해결에는 장기간이 소요되기 때문에 시간적·경제적 낭비라는 문제가 발생한다.

이러한 부양기여분제도의 한계 때문에 정부는 1998년 민법개정안 발의시 法定扶養相續分制度를 제안하였다. 이 제도는 공동상속인 중 누구라도 노부모를 부양하면 재산상속시에 있어서 고유상속분의 5할을 가급하도록 그 재산상속상의 지위를 확보해 주는 것이다. 즉 부양을 한 자에게 재산상속상 유리한 지위를 법률로서 확고히 보장해 줌으로써 부양자는 부담 없는 부양을 하게 되고, 노부모역시 정신적으로 편안한 마음으로 부양받도록 하는 것이다.

第2節 現行 扶養寄與分制度의 運用과 問題點

1. 扶養寄與分制度의 意義

扶養寄與分制度란 공동상속인 중에 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별한 기여를 하였거나 피상속인을 특별히 부양한 사람이 있는 경우에 협의 또는 심판에 의하여 정한 기여분을 상속재산의 가액에서 공제한 것을 상속재산으로 보고 산정된 상속분에 기여분을 가산한 액을 기여상속인의 상속분으로 하는 것을 말한다. 이는 장남 중심의 가계도적 노부모부양의식은 산업과 정보화사회로 변모하면서 퇴조되어 가고 특히 1990년 민법 개정예 의해 호주상속시 상속분 가급규정이 삭제됨으로써 노부모부양의 법적·제도적 장치가 소멸되어 노부모부양책임은 제자녀균등책임으로 전환·분산하게 되자 이에 대한 우려의 대비책으로 마련되었다는데 그 의의가 있는 것이다.¹⁵⁰⁾

이러한 취지에서 마련된 扶養寄與分制度는 지난 2005년 3월 민법 일부개정을 통하여 수정되었다. 즉 1008조의2 제1항이 “공동상속인 중에 상당한 기간 동거·간호 기타의 방법으로 피상속인을 특별히 부

150) 박병호, 「가족법」, 한국방송통신대학교 출판부, 1999, 371면; 이승우, “기여분에 관한 연구”, 성균관대학교대학원 박사학위논문, 1993, 65-67면; 이희배, “기여분제도에 관한 고찰”, 「현대민법의 과제와 전망: 한봉희교수화갑기념논문집」, 밀알, 1994, 601-604면.

양하거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여한 자가 있을 때에는 상속개시 당시의 피상속인의 재산가액에서 공동상속인의 협의로 정한 그 자의 기여분을 공제한 것을 상속재산으로 보고, 제 1009조 및 제1010조에 의하여 산정한 상속분에 기여분을 가산한 액으로서 그 자의 상속분으로 한다”라고 개정되었다. 이 규정에 의하면 개정전 조문¹⁵¹⁾과 비교해 볼 때 ‘상당기간 동거 및 간호 기타의 방법으로 피상속인을 특별히 부양하거나’라는 문구가 추가된 것이다. 이러한 문구의 추가는 정부가 제안한 민법안에서 扶養相續分制度가 채택되는 대신 부양기여분제도를 좀 더 활용할 목적으로 추가된 것이다. 부양기여분조항의 개정에 따라 개정 전에 비해 피상속인에 대한 부양을 좀 더 유도할 수 있을 것으로 예상하였다.

그러나 민법상 扶養寄與分制度는 비록 법문상 제도로서 인정하고는 있지만 어느 정도의 부양을 하여야 기여분이 인정되는지 그 구체적인 조건을 법문에 없기 때문에 이는 전적으로 학설과 판례에 의존하여야 한다. 기여분의 제도적 취지¹⁵²⁾를 따지자면 특별한 부양이 의미하는

151) 개정전 기여분에 관한 조문은 “공동상속인 중에 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 관하여 특별히 기여한 자(피상속인을 특별히 부양한 자를 포함한다)가 있을 때에는 상속개시 당시의 피상속인의 재산가액에서 공동상속인의 협의로 정한 그 자의 기여를 공제한 것을 상속재산으로 보고, 제1009조 및 제1010조에 의하여 산정한 상속분에 기여분을 가산한 액으로써 그 자의 상속분으로 한다”이다.

152) 기여분의 제도적 취지는 공동상속인 간의 특별한 기여행위로 인하여 피상속인의 재산의 증가 또는 유지를 가져온 경우 그 기여상속인에게 법정상속분 외에 그 기여분을 가산하여 상속케 함으로써 균분상속을 원칙으로 하는 법정상속의 경직성을 완화하여 공동상속인간의 실질적 형평을 취하고자 하는 것이다(기여분의 제도적 취지에

바는 당해 신분관계에 기초하여 통상 기대되는 정도를 넘는 공헌 즉 부부나 친족간의 당연한 의무를 넘는 정도의 기여를 의미한다고 보아야 할 것이지만,¹⁵³⁾ 이러한 기준 자체는 상대적인 것이기 때문에 그 구체적인 판단은 사안에 따라 달라질 것이기 때문이다.

우리나라의 경우 1990년 기여분제도가 법제화 된 이래 지금까지 기여분청구에 대한 사례는 극히 적은 편이며, 비록 기여분청구가 제기되었다 하더라도 和解 등의 방법에 의해 판결 전에 해결되는 사례가 많았던 관계로 판례의 축적이 미흡한 편이다.¹⁵⁴⁾ 따라서 기여분의 인정에 관한 객관적 기준이 명백하지 않은 것은 기여분제도가 가지는 한계라고 할 수 있을 것이다.



2. 特別한 扶養의 內容

본래 1990년 민법개정으로 기여분제도가 도입될 당시 개정안 제 1008조의2 제1항은 기여상속인을 단지 ‘피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별하기여한 자’라고만 규정하였으나, 법제사법위원회에서

관한 구체적 고찰은 이승우, 전계논문(註, 150), 38-44면 참조)

153) 이지수, “기여분에 관하여”, 「가정법원사건의 제문제」(재판자료 제62집), 법원도서관, 1993, 755면; 정덕홍, “기여분의 결정과 상속분의 수정”, 「사법논집」 제25집, 법원행정처, 1994. 12, 60면.

154) 권은민, “상속분·기여분·특별수익”, 「상속법의 제문제」(재판자료 제78집), 법원도서관, 1998, 520면; 김은아, 전계논문, 181면.

‘피상속인을 특별히 부양한자를 포함한다’라는 문구를 추가하여 수정한 것이 개정법으로 확정되었다.¹⁵⁵⁾ 그런데 추가·삽입된 문구로 인하여 부양기여분과 부양 이외의 방법에 의한 기여분과의 관계 및 부양기여분의 성립요건 등에 있어서 해석상 적지 않은 난제가 제기되었다. 예컨대 기여분의 성립하기 위해서는 공동상속인의 특별기여행위로 피상속인의 재산의 유지 또는 증가가 이루어질 것이 요구되는데, 이러한 요건이 부양기여분의 경우에도 갖춰져야 하는 것인지 그리고 부양기여분을 인정할 수 있는 ‘특별한 부양’이란 어떤 것이며 나아가 특별부양에 의해서도 재산의 유지 또는 증가가 필요하다고 보아야 하는지가 바로 그것이다. 특히 2005년 3월 개정에 의해 “상당한 기간 동거·간호 기타의 방법으로 피상속인을 특별히 부양하거나”라는 조문이 추가됨으로써 扶養寄與分制度의 활성화를 도모하려고 하고 있으나 그 실효성여부에는 의문이 든다.

155) 1990년 민법 개정으로 종래 호주상속인에게 상속분의 가급되는 규정을 폐지하면서 기여분규정이 신설되었다는 점으로 미루어보아, 이러한 입법의 이루어진 배경에는 부모를 실제로 부양한(통속적의미의 봉양)자녀에게 상속의 혜택을 주는 것은 하나의 미덕이며, 정책적으로도 확산하는 핵가족 하에서 노부모를 각별히 봉양한 자녀에게 재산상의 반대급부를 제공하려는 배려가 자리잡고 있다고 보여진다(조해섭, “특별부양과 기여분, 특별수익”, 대법원판례해설 제31호, 법원도서관, 1998. 5, 181면). 그러나 이에 대해 도입당시 친족상속법의 부양분보상과 상속법상의 기여분 공제의 법리는 전혀 다른 차원의 이를 접목시킨 것은 법리의 혼돈을 가져온 것이며, 공동상속인간에 지나친 타산성으로 인하여 부양행위가 기여분을 취득하기 위한 수단으로 타락할 염려가 있기 때문에 부당한 입법이라는 비판론이 제기되기도 하였다(곽동현 “기여분제도에 관련된 몇 가지문제”, 「가족법연구」 제1호, 한국가족법학회, 1990, 207-208면; 이경희, “상속법의 문제점과 개정방향”, 「현대법의 이론과 실제: 김철수교수 화갑기념논문집」, 박영사, 1993, 980면).

1) 法律上 扶養義務의 履行인지의 與否

특별한 부양이 법률상 부양의무의 이행을 말하는 것인지 즉 부양의무의 발생요건으로서 요부양상태 및 부양여력을 구비한 부양을 말하는지와 관련하여 학설은 나뉘고 있다.

다수의 견해는 법률상 부양의무의 이행일 필요는 없고, 실제 봉양을 한 경우 부양기여분을 인정해야 한다고 한다.¹⁵⁶⁾ 이에 따르면 법률상 구체적 부양의무의 요건이 미비 되었더라도 실제 한식구로 생활하며 봉양을 한 경우에는 부양기여분의 성립을 인정할 수 있다는 것이다.¹⁵⁷⁾

반면 법체계상 부양기여분의 성립요건으로 특별부양을 일반적 부양의무와 굳이 달리 취급할 필요는 없으며, 따라서 요부양상태와 부양여력이 있는 경우에 인정된다는 견해도 있다.¹⁵⁸⁾

156) 정덕홍, 전계논문, 58-59면; 조해섭, 상계논문, 1999. 5, 188면; 최상열, “특별한 부양과 기여분”, 「실무연구IV」, 서울가정법원, 2000. 6, 289면 등.

157) 이와 같이 보는 이유로는 이러한 당사자 사이의 법률관계에 대하여 부당이득내지 사무관리의 법리를 적용하거나, 또는 피상속이재산을 유지하거나 증가에 관하여 특별히 기여하였는가를 구체적으로 입증하게 하는 것은, 상식적인 법감정에 어울리지 않고 우리 민법의 독특한 규정의 취지를 살리지 못하는 결과가 된다는 점, 그리고 그 절차적으로도 기여분을 인정함으로써 부양에 의한 청산을 상속재산 분할의 절차에서 일괄적으로 해결할 수 있다는 점 등을 들고 있다.

158) 특히 이 견해에 의하면 법률상 부양과 사실상 봉양은 적어도 법적으로는 구분할 필요가 있으며, 민법상 부양의 통일적·체계적 해석을 위해서도 필요하다는 입장을 취한다(신영호, 전계논문, 201면).

2) 老父母 扶養과 特別한 扶養의 關係

扶養寄與分の 인정되기 위한 ‘特別한 扶養’은 어떻게 판단할 것인가. 일반적으로 기여분의 성립요건으로서 ‘特別한 寄與’란, 당해 신분 관계를 기초로 하여 통상 기대되는 정도를 넘는 공헌을 의미하며, 상속재산을 공동상속인이 본래의 상속분에 따라 분할하는 것이 기여자에게 불공평한 것이 명백하게 인식되는 경우라고 할 것이다.¹⁵⁹⁾ 왜냐하면 통상의 기여는 원래 상속분의 기초로서 추가되는 것이며, 法定 相續分을 수정하는 정도의 힘을 가지는 것은 아니기 때문에, 통상의 기여가 아닌 특별한 기여가 요구된다.

특별한 부양인지의 여부를 판단하기 위해 먼저 고려되어야 할 것은 노부모부양의무의 성격을 어떻게 파악해야 하는가이다. 즉 노부모부양의무를 제1차적 부양의무로 본다면 성년자녀가 비록 자신과 같은 정도의 생활수준을 유지하는 부양을 하였어도 기여분이 인정될 여지가 없지만, 반대로 제2차적 부양의무로 본다면 이 경우 특별한 부양으로 기여분이 인정될 수 있기 때문에, 노부모부양의무의 성격은 특별한 부양의 판단에 영향을 미친다.

판례의 경우 “민법이 친족사이의 부양에 관하여 그 당사자의 신분 관계에 따라 달리 규정하고, 피상속인을 특별히 부양한 자를 기여분을 인정받을 수 있는 자에 포함시키는 제1008조의2 규정을 신설했다

159) 김주수, 「(주석) 민법: 상속(1)」, 한국사법행정학회, 2002, 352-353면.

아울러 재산상속인인 동시에 호주상속을 할 경우에 그 고유의 상속분의 5할을 가산하도록 한 규정을 삭제한 취지에 비추어 볼 때, 성년인자가 부양의무의 존부나 그 순위에 구애됨 없이 스스로 장기간 그 부모와 동거하면서 생계유지의 수준을 넘는 부양의무자 자신과 같은 생활수준을 유지하는 부양을 한 경우에는 부양의 시기·방법 및 정도의 면에서 각기 특별한 부양이 된다고 보아 각 공동상속인 간의 형평을 도모한다는 측면에서 부모의 상속재산에 대하여 寄與分을 인정함이 상당”¹⁶⁰⁾하다고 판시하였다. 그리고父를 부양하고 간병한 딸에게 상속재산에 대하여 기여분을 인정한 사례로서父가 이혼하자 친정에 들어가 살면서 13년 동안 동생들의 뒷바라지를 함으로써 상속재산의 유지 및 감소방지에 기여한 딸에게 13년 동안 망인의 배우자(즉 母) 역할을 대신한 것으로 보아 상속분의 5할을 가한 사례도 있다.¹⁶¹⁾

特別한 扶養은 피상속인과 상속인 사이의 신분관계로부터 통상 기대되는 정도를 넘을 정도의 특별한 것이어야 하며, 구체적 정도는 양자의 신분관계에 따라 상대적으로 판단해야 할 것이다. 예컨대 같은 정도의 신상감호나 신체적 부양이라 하더라도 배우자의 경우에는 특별한 기여로 인정받지 못할 수 있는 반면, 성년인 자녀인 경우에는 특별성이 인정될 여지가 있다.¹⁶²⁾

160) 대판 1998. 12. 8., 97므513.

161) 서울가판 1998. 9. 24., 97ㄴ8346-97ㄴ8350.

162) 김용욱, “노부모부양관계2”, 사법행정 18권 1호, 한국사법행정학회, 1977. 1, 49

판례는 妻의 간호행위에 대해 “망인은 공무원으로 근무하면서 적으나마 월급을 받아 왔고 교통사고를 당하여 치료를 받으면서 치료부터 간병을 받았다고 하더라도 이는 부부간의 부양의무 일환일 뿐, 위 亡人의 妻로서 통상 기대되는 정도를 넘어 망인의 상속재산취득에 특별히 기여한 것으로 볼 수 없다”¹⁶³⁾고 하여 妻의 寄與分을 인정하지 않았다. 반면 성년자녀의 노부모부양이 특별부양으로 평가받을 수 있는지에 대해 판례는 스스로 장기간 그 부모와 동거하면서 생계유지의 수준을 넘는 부양자 자신과 같은 생활수준을 유지하는 부양을 한 경우 기여분을 인정하였다.¹⁶⁴⁾



면; 이희배, 전게서, 291-293면; 한웅길, 전게논문, 56-57면.

- 163) 부부인 A男과 B女는 3자녀(S1, S2, S3)를 두고 있었다. 공무원인 A男은 1987년 6월 교통사고를 당하였고, B女의 간병을 받으며 치료해오다가 1992. 12. 사망하였다. 상속이 개시되자 B女는 기여분청구소송을 제기하였다. 대법원은 여러 가지 정황 증거를 토대로 한 판결에서, 「① A(망인)는 공무원으로 종사하면서 월급을 받아 왔으며, ② B女의 간병을 받았다 하더라도 이는 부부간의 부양의무 이행의 일환일 뿐 망인의 상속재산 취득에 특별히 기여한 것으로 볼 수 없으며, ③ 또한 B女는 A男과 별도로 소매업(쌀)과 여관업 등의 사업으로 소득을 얻었다고 하더라도 이는 A男의 도움, 또는 공동으로 경영한 것이고, ④ 더욱이 B女는 A男과 혼인생활 중 1976년부터 1988년경까지 상속재산인 이 사건 부동산보다 더 많은 부동산을 취득하여 소유권 이전등기를 마친 점 등에 비추어 보아, ⑤ 상속부동산의 취득과 유지에 있어서 妻로서의 통상기대를 넘어 특별히 기여한 경우에 해당되지 않는다」고 하여 기여분청구를 기각하였다(대결 1996. 7. 10., 95스30-31).
- 164) 성년인 자가 장기간 부모와 동거하면서 생계수분을 넘는 부양과 자신과 같은 생활수준을 유지하는 부양을 한 경우 민법 제1008조의 2 소정의 특별부양자에 해당하는지 여부(적극)(대판 1998, 12, 8., 97므513-520-97스12).

3) 特別한 扶養과 被相續人의 財産維持 및 增加與否

일반적으로 기여분이 인정되기 위해 기여행위와 피상속인의 재산의 유지 및 증가와의 사이에 인과관계가 있을 것을 요구한다.¹⁶⁵⁾ 왜냐하면 단순히 정신적·정서적인 행위까지 기여행위로 보아 기여분을 인정한다면 기여분확정에 있어서 곤란한 점이 많을 것이기 때문이다.

그런데 특별한 부양의 경우도 피상속인의 재산의 유지 및 증가와의 因果關係가 요구되는가에 대해 학설은 두 가지로 대립하고 있다.

첫째, 특별한 부양으로 인한 피상속인의 재산유지 및 증가를 요할 경우 민법이 굳이 피상속인을 특별히 부양한 자를 포함한다고 명언할 필요는 없을 것이다.¹⁶⁶⁾

둘째, 호주상속인의 상속분의 가급하던 규정을 폐지하고 민법상 기여분제도를 신설하면서 피상속인을 특별히 부양한 자를 포함한다는 문구를 삽입한 경우에 비추어 보더라도 일반적인 재산적 급부에 의한 기여분성립에 있어서와 같이 인과관계를 요할 것은 아니라고 한다.¹⁶⁷⁾

셋째, 기여분자체가 재산권적 성질을 강하게 갖고 있고, 민법의 문

165) 김주수, 전게서(註, 159), 353면; 신영호, 전게논문, 207면; 林良平·大森政輔, 前掲書, 634-635面.

166) 김상용, 「가족법연구 I」, 법문사, 2002, 369-370면.

167) 김상용, 상계서, 369-370면; 이화숙, “노부모부양, 부양기여분제도와 법정부양상속분제도”, 「(오늘의) 법률」 제119호, 현암사, 1998. 12, 3781면; 조해섭, 전게논문, 182-183면, 189면.

언상으로도 피상속인을 특별히 부양한 자를 피상속인에게 재산상 급부를 행한 자와 달리 취급할 필요는 없다고 할 것이므로 기여분제도의 체계적·통일적 해석을 위해 특별한 부양에 의한 부양기여분의 경우에도 피상속인의 재산상 유지 또는 증가와 인과관계가 필요하다.¹⁶⁸⁾

생각컨대 기여분 자체가 재산권적 성질을 강하게 갖고 있고, 민법의 문언상으로도 피상속인을 특별히 부양한 자를 피상속인에게 재산상 급부를 행한 자와 달리 취급할 필요는 없다고 할 것이므로, 기여분제도의 체계적·통일적 해석을 위해 특별부양에 의한 扶養寄與分の 경우에도 피상속인의 재산상 유지 또는 증가와 인과관계가 필요하다고 새기는 것이 타당하다고 본다.

다만 특별한 부양의 경우에는 다른 특별한 기여행위와 같이 그 인과관계의 증명을 엄격하게 요구할 것은 아니고, 일반적으로 상속재산이 있다면 특별한 사정이 없는 한 적어도 피상속인의 재산의 유지에 대하여는 인과관계가 있는 것으로 이를 완화하여 해석함으로써 扶養寄與分制度의 취지를 살리도록 해야 할 것이다.¹⁶⁹⁾

168) 한삼인, 「관례민법」, 법률행정연구원, 2003, 1444-1449면; 신영호, 전계논문, 208면; 이승우, “부양기여분소고”, 「사법연구」 제6집, 한학문화, 2001. 12, 51-52면.

169) 이승우, 상계논문, 53면.

3. 扶養寄與分制度의 實效성과 問題點

扶養寄與分制度는 1990년 호주의 상속상 가급분이 삭제됨에 따라 주로 노부모부양의 문제의 대책으로 새로이 입법화된 것으로 이해되고, 노부모부양문제를 해결하기 위해 제시된 방안이라 할 수 있다. 그런데 이러한 제도가 과연 노부모부양의무의 자율적 이행을 유발하거나 촉구할 수 있는가는 의문이다. 왜냐하면 扶養寄與分制度가 안고 있는 본질적인 문제점에 대한 그 대안이 미흡하기 때문이다.

최초의 부양기여분을 인정한 판례라고 할 수 있는 다음 판례¹⁷⁰⁾에서 나타난 사례를 통해 부양기여분제도의 문제점을 지적해 보면 다음과 같다. 사례에 따르면 2남 2녀를 둔 父가 이혼을 하게 되자 결혼한 만딸(당시 26세)부부가 친정에 들어와 살면서 13년 동안 父와 세 동생(당시 23세, 20세, 18세)들의 뒷바라지를 하여 왔고, 특히 7년 동안 당뇨, 고혈압, 협심증, 신부전증 등의 질환으로 6번이나 입원 치료를 받다가 사망한 父의 간병을 만딸 부부가 도맡아 하여 왔다. 이러한 “특별한 부양”을 근거로 하여 유산 12억 4,000만원에 대하여 만딸이 40%의 부양기여분을 주장하였으나 세 동생은 합의에 불응하여 민법제1009조의 규정에 의하여 균등분배를 주장하여 마침내 만딸은 부양기여분 및 상속재산 분할의 청구를 하기에 이르렀다.

서울가정법원은 다음과 같이 판시하였다. “父가 이혼하자 친정에

170) 서울가판 1998. 9. 24., 97ㄴ8346.

들어가 13년간 父와 세 동생이 뒷바라지를 함으로서 상속재산의 유지·감소 방지에 기여한 장녀에 대하여 13년 동안 망인의 배우자 역할을 대신한 것으로 보아 직계비속 상속분의 5할(유산 12억 4,000만원 중 1억 5,000만원)을 부양기여 분으로 가산함이 상당하다”고 하였다. 이 판시를 통하여 다음과 같이 3가지 점을 추리할 수 있다.

첫째, 부양기여상속인의 자주적 협의인정의 쉽지 않다는 점이다. 즉, 명백한 부양 기여의 사실에도 불구하고 부양기여 상속인의 인정과 그 기여분의 비율(액)에 관하여 합의도출이 어렵다는 점이다.

둘째, 현행 부양기여분제도는 협의로 해결되기 보다는 소송으로 전개될 가능성이 많을 뿐만 아니라 판결에 의한 해결에는 장기간(본건 1심판결에만 사망 후 2년 2개월)이 소요된다는 점이다.

셋째, 공동상속인 간의 협의나 판결에 의하여만 부양기여분이 결정 분배 될 수 있다는 점이다.

이처럼 불확정한 현행 부양기여분법제도는 외면당하고 있는 노인부양의 의무를 감당하기는 어렵다. 요컨대 扶養寄與分制度는 피상속인인 요부양자의 사망 후에 전개되는 사후적인 조치란 점, 요부양자의 상속재산의 존재를 전제로 하여서만 논의될 수 있다는 점, 기여분을 정하는 절차면에서 공동상속인 전원의 협의에 의해 정해져야 하는데 그 협이가 용이하지 않다는 점, 협이가 없을 경우에는 기여행위자의 청구에 의하여 가정법원의 심판을 기다려야 한다는 점(가사소송법 제 2조 ‘마’류사건), 전통적인 장남중심의 부양의식과 제사상속의 관념의

잔재가 기여분결정과정에서 저해요인으로 작용된다는 점, 인륜에 의해 이루어져야 할 도덕적인 의무인 노부모부양이 물질적 보상과 관련된 것으로 변질의 우려가 있다는 점에 있어서 본질적 문제를 안고 있다.¹⁷¹⁾ 특히 부양기여분이 협의에 의해 결정되어야 한다는 점은 상속인간의 분쟁을 촉발하게 되고, 부양기여분이 심판에 의하여 결정되어야 하는 경우에는 장기간이 소요되므로(피부양자가 사망 후 1심판결이 선고되기까지 1년 6개월에서 2년 6개월이란 장기간이 소요된다)¹⁷²⁾ 노부모부양을 유발하기 위한 실효성은 의문이다.

그러므로 부양에 의한 기여의 정도와 요건을 법률규정으로 미리 확정하여 둠으로써, 노부모부양의무이행을 보다 더 진지하게 촉구·유발할 수 있고, 또한 부양문제를 자율적으로 해결함으로써 소송으로의 이행을 예방할 수 있는 법제도로써 “法定扶養相續分制度”의 신설은 상당한 의미가 있다.

171) 이희배, “부양기여분제도의 실효성과 보완입법”, 「법률신문」 제2751호, 1998. 9. 14면.

172) ‘피상속인인 부가 사망한 후(1993. 4. 29) 장남의 부양기여분 결정청구의 소’(서울가정법원1994. 10. 20., 93ㄴ7142)에 대한 1심판결(1994. 10. 20.)까지 소요된 기간이 1년 6개월, 2심판결(1995. 6. 8.)이 선고되기까지는 피상속인의 사망 후 2년 2개월이 소요되었는데, 그나마 부양기여분 결정청구는 기각되었다. 그리고 피상속인이 사망한 후(1996. 7. 30.) 장녀의 부양기여분결정청구의 소에 대한 1심판결이 1998년 9월 24일 선고되는데, 2년 2개월이란 시간이 소요되었다.

第3節 法定扶養相續分制度新設의 必要性

1. 法定扶養相續分制度와 扶養寄與分制度의 比較

1) 兩者의 類似性

扶養寄與分制度나 扶養相續分制度는 피상속인을 특별히 부양하여 그 “특별한 기여”를 재산상속시 반영하도록 법률로 규정함으로써, 추정공동상속인들의 노부모부양의무이행을 촉구 및 유발하고, 공동상속인간의 상속에 있어서의 형평을 추구하는 상속법적 접근 방안이라는 점이다. 또한 요부양자 내지 피상속인의 상속재산의 존재를 전제로 하는 제도로서 상속재산이 거의 없는 요부양자에게는 활용될 수 없다는 제약이 있다는 점 또한 같다.

양자는 또한 동일하게 다음과 같은 단점을 안고 있다.

첫째, 인륜에 기초한 자발적인 부양을 상속재산과 결부시킨다는 점이다. 사적 부양은 자본의 논리로부터 파생되는 모순에 대처하는 방안의 하나인데도, 다시 부양을 위해 자본의 법칙에 의탁해야하는 모순을 안고 있다.

둘째, 상속 재산의 유무에 따라 부모·자녀 사이에 위화감을 자극할 수 있고, 인륜적 부양(孝에 기초한 부양)을 하는 자녀에게는 자긍심을 상하게 할 우려도 있으며, 부양기여의 사실이나 동거부양내지 부양료

5할 이상 부담의 사실을 입증하는 문제와 관련된 갈등이 야기될 수도 있다는 것이다.

반면 양자는 다음과 같은 장점을 가지고 있다.

첫째, 효심은 있으나 재력이 없는 부양의무 자에게 부양의무이행의 촉발요인이 될 수 있다.

둘째, 인륜에 기초하여 부양의무를 이행하는 부양의무자에게는 보상·기대심리에서 보다 더 자유로이 정감 있는 부양이 이루어 질 수 있다.

2) 兩者의 差異點

(1) 要件上의 差異

부양상속분이 인정되는 상속인과 부양기여분이 인정되는 상속인간에는 다음과 같은 요건상의 차이가 있다.

扶養寄與分이 인정되기 위해서는 법문상 특별한 부양을 할 것이 요구된다. 즉 일반적 수준의 부양 예컨대 자기의 생활과 유사한 수준의 부양을 넘어서 행한 경우에 扶養寄與分이 인정된다. 또한 학설에 따라서는 노부모부양을 통한 피상속인의 재산의 유지 및 증가를 요구하는 경우도 있다. 반면 扶養相續分이 인정되는 상속인은 피상속인과 동거하면서 부양한 상속인이나 부양료의 일정비율 이상을 부담한 자이면 족하다 할 것이다.

그런데 동거기간 및 동거와 부양과의 관계, 그리고 일정비율 이상

의 부양료를 부담한데 대한 입증의 문제 등 객관적 기준의 불비에 대한 비판이 있다. 이러한 비판에 대해서 일면 수긍이 간다. 하지만 이는 다음과 같은 방법에 의해 해결할 수 있을 것이다.

첫째, 동거 및 부양의 기간과 관련하여서 순차적 동거부양, 단기간의 부양 등과 같은 경우 객관적인 판단에 따라 요부양자의 부양시작 상태에서 사망까지의 기간 중 상당기간을 부양한 경우에 한해 인정하는 방법이다. 특히 동거부양의 의미와 관련하여 판례는 “생계를 같이 하는 동거가족의 여부는 주민등록 여하를 묻지 않고 현실로 한 세대 내에서 생계를 함께 하고 동거하느냐에 따라 판단하여야 한다”¹⁷³⁾고 함으므로, 이를 기준으로 고려하여야 할 것이다.

둘째, 부양료 중 일부의 분담과 관련하여 부양료일부분담기간의 문제이다. 부양료분담기간 역시 要扶養狀態에서 사망시까지의 총 기간 중 상당부분 이상일 경우를 요하며, 부양료의 5할 이상을 분담하여야 한다는 것은 부양료의 내용은 통상 부양료와 특수 부양료를 모두 포함하는 것으로 이해가 된다.¹⁷⁴⁾ 예컨대 부양상속분에 관하여는 미부양자는 무관하고 부양자만이 관여하며, 상속인들이 꼭 같은 부양을 하였다면 부양상속분은 없는 것으로 본다면 판례와 학설을 통해 공평히 해결될 수 있다.

173) 대판 89. 5. 23., 88누3826.

174) 이회배, 전계논문(註, 4), 201-202면.

(2) 確定性的의 差異

扶養寄與分은 원칙적으로 공동상속인간의 협의에 의해 결정될 것이며, 협의가 되지 않거나 협의를 할 수 없을 경우 기여상속인의 청구에 의하여 가정법원이 심판에 의해 정한다. 반면 扶養相續分은 명문으로 상속분의 5할을 가한 것으로 규정하기 때문에 협의 혹은 심판의 과정을 거치지 않는다.

扶養寄與分은 처음부터 미확정적인 것이며, 유동적인 것이지만, 法定扶養相續分은 법률로 명문화되어 있기 때문에 확정적인 성격을 갖는다. 따라서 부양기여분제도는 부양기여분이 확정된 것이 아니므로, 공동상속인 상호간의 이해나 합의가 없으면 상속인간의 충돌이 가능하며, 이 해결을 위한 가정법원의 심판까지는 상당한 시간이 소요되며, 반면에 법정부양상속분은 이미 그 상속분이 명문화되어 있으므로 그러한 유동성으로부터 해방되었다 할 수 있다. 또한 扶養寄與分制度는 공동상속인의 의사를 존중하고 자율적 부양을 촉발하는 역할을 수행할 수 있다는 면이 있지만, 부양이 보상·기대적 성격이 될 우려가 잠재하여 있다. 반면 扶養相續分制度는 부양의무자인 공동상속인의 의사를 존중하면서 자유적 부양의사를 강화시키는 역할을 수행할 수 있다.

3) 小結

살펴본 바와 같이 부양기여분과 부양상속분은 제도적으로 차이가

있다. 扶養相續分制度의 경우 무엇보다 법적 안정성과 확정성을 겸비하고 있기 때문에 노부모부양유도의 실효성이 인정되므로 法定扶養相續分制度의 입법은 적극적으로 검토되어야 할 것이다.

그리고 부양상속분제도와 부양기여분제도의 양 제도를 병용한다면 법정부양상속분제도는 부모를 부양하면 최소한 상속분의 5할(부양분의 하한선)은 자녀들이 이의 없이 법률로써 확보되므로 부양자는 편한 마음으로 정성껏 부모님을 봉양할 수 있고, 노부모 역시 부담 없는 편안한 마음으로 부양을 받을 수 있다는 장점이 있다. 또한 扶養寄與分制度는 피부양자가 사망 후 부양자가 자기의 생활정도를 크게 넘는 부양을 한 경우는 그 부양분청구의 상한은 제한이 없이 청구할 수 있다는 장점이 있을 것이다.

이와 같은 法定扶養相續分制度의 긍정적인 측면은 가족관계의 새로운 가치관을 조성하는데 일조를 할 수 있을 것으로 생각한다.

2. 立法趣旨 및 經過過程

1) 입법취지

정부가 扶養相續分制度를 도입하는 취지를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 평균수명의 연장과 핵가족제도의 확산으로 노인문제가 심각한 사회문제로 대두됨에 따라 현행 상속분제도의 문제가 지적되고, 친족부양의식의 퇴조에 대응하여 친족 특히 부모부양을 유도 및 촉진

하는 등 가족관계의 새로운 가치관을 조성할 필요가 있다.

둘째, 자녀들이 부모부양기피현상과 관련하여 현행 균분상속분제도는 부양의무를 기피한 자와 충실히 이행한 자를 똑같이 취급하고 있다. 이는 실질적 정의에 반하는 것이므로, 부양의무에 충실한 자녀에게는 혜택을 부여하고, 부양의무를 회피 및 거부하는 등의 불이행자에게는 불이익을 주어 공동상속인 간의 실질적 공평을 기하고 부양기피현상을 해소하는 데 있다.

셋째, 孝를 행한 자에게는 상속분을 가하여 주는 것이 공동상속인 사이에서 실질적 공평을 기하는 것이다.

넷째, 부양의무이행을 촉구하고 부양상속인간에 실질적 공평을 기한다는 점에서 기여분제도와 그 취지는 동일하나, 부양상속분의 요건으로서의 부양이라 함은 부양의무가 있는 자가 할 수 있는 통상의 부양을 의미하며, 현행 민법 제1008조의 2의 扶養寄與分이 인정되기 위한 부양은 많은 치료비를 들여가며 장기간 간병하는 등 특별히 부양한 경우를 가리키므로 양자는 요건상의 차이가 있다.

다섯째, 부양기여분은 특별한 부양으로 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여한 상속인에 대하여 협의나 심판에 의하여 정하여지는 반면, 부양상속분은 통상의 부양의무를 이행한 상속인에게 법으로 정해진 상속분을 가산해주므로 그 효과적인 면에서 양자는 다르다.

결국 기여분제도만으로는 상속인이 피상속인을 일반적으로 부양하

는 경우 통상의 부양의 경우에는 기여분제도로 인정하지 못하는 부분이 있기 때문에 法定扶養相續分制度의 도입이 필요하다.

2) 經過過程

(1) 1998年 政府의 民法改定案

扶養相續分制度는 1998.11.13. 정부가 제안한 민법중개정법률안에 포함된 것으로, 정부는 扶養相續分制度를 민법 제1009조 3항 및 4항으로 신설할 것을 제안하였다.

개정안은 “제1009조 ③ 피상속인을 부양한 상속인(피상속인의 배우자를 제외한다)의 상속분은 그 고유의 상속분의 5할을 가산한다. ④ 제3항의 피상속인을 부양한 상속인이라 함은 피상속인과 상당기간 동안 동거하면서 부양한 상속인과 피상속인에 대한 부양료를 5할 이상 부담한 상속인을 말한다”라는 규정의 신설을 담고 있다.

정부가 법정부양상속분제도를 제안한 이유는 상당한 기간 동거하면서 피상속인을 부양한 상속인이나 피상속인에 대한 부양료를 5할 이상 부담한 상속인에게 고유상속분의 5할을 가산하도록 하는 부양상속분을 인정하자는 것이다. 이는 자녀들의 부모부양 기피경향과 관련하여 부모에 대한 부양의무를 충실히 이행한 자녀에게는 혜택을 주도록 하는 것이며, 그 밖에도 상속인이라면 직계존속이나 형제자매 등도 피상속인을 부양한 경우에는 똑같은 혜택을 받을 수 있도록 하자는 것이다.

동 개정안은 1998.12.16. 제15대 제198회 정기국회 제14차 법제사법위원회 상정되어 심각한 논의가 되었다. 그 주된 논의는 다음과 같다.

먼저 제도의 반대하는 입장은 다음과 같은 이유를 주장하였다.¹⁷⁵⁾

첫째, 법체계상의 문제점이다. 민법상 기여분제도와 부양상속분제도는 실질적 중복 규정이므로, 만일 扶養相續分制度를 도입한다면 양자의 규정이 두 가지 제도의 요건을 모두 충족시키는 경우가 발생하므로 결국 두 제도는 실질적 차별성이 없기 때문에 적용과 효과에 있어서 중복되는 결과를 가져온다.

둘째, 법기술상의 문제점이다. 扶養相續分制度에서 말하는 부양상속인을 정하는 기준과 관련하여 상당한 분쟁의 소지가 있다. 우선 동거기간이라든가 부양기간이 어느 정도 되는지 그리고 그 방식 역시 불투명하고 부양료의 5할 이상을 부담하였다는 사실증명의 곤란이 있다. 따라서 어떤 상속인이 부양상속인의 요건을 충족시키는지에 대한 입증문제와 관련하여 분쟁의 여지가 상당하며, 이는 법원의 판단에 맡겨져 장기간 상속이 확정되지 않는 결과를 낳을 수 있는데, 이는 법정상속제도의 사실상 무효화라는 결과를 초래한다.

셋째, 실효성의 문제이다. 왜냐하면 扶養相續分制度는 재산을 가지는 극소수의 노인들에게만 적용될 것이므로, 노인부양문제해결의 실효성이 적다.

175) 제15대 제198회 국회 제14차 법제사법위원회 회의록 참조.

넷째, 정책적 문제이다. 자녀에게 상속의 이익대가로 부모의 부양을 유도하는 것이 扶養相續分制度의 취지인데, 노인부양의 문제는 결코 가정 혹은 가족차원의 문제가 아니고 국가적 차원의 문제라는 전제하에 사회보장제도의 확충의 노력이 필요한 것인데, 자녀에게 부양의 대가로 상속상의 이익을 확보해주는 것은 시대착오적인 발상이다.

다섯째, 입법과정상의 문제점이다. 1993년 6월 법무부는 ‘민법개정 특별분과위원회’를 구성하여 민법개정안에 대한 검토 및 연구를 계속하여, 1998년 2월 민법개정시안을 작성하였는데, 그 때까지 부양상속 분제도가 논의된 바 없었다. 이는 법무장관이 지역구민의 건의에 의해 즉흥적으로 작성된 것으로 당초 시안에도 없고, 공청회도 거치지 않는 등 충분한 검토와 논의 없이 이루어진 제안이므로 절차상 하자가 있다.

이 제도의 찬성론은 다음과 같이 반대론에 반론을 제기하였다.¹⁷⁶⁾

첫째, 법체계상이 문제점 즉 扶養寄與分制度와의 충돌문제이다. 寄與分制度는 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여한 상속인에 대해 그 기여한 만큼의 혜택을 주는 제도이고, 扶養相續分制度는 부양의무를 충실히 이행한 사람에 대해 상속분에 있어서 혜택을 부여하는 제도이므로 양자는 다르다.

둘째, 법기술상의 문제로서 요건의 불명확성에 관한 문제이다. 본문의 상당기간 동거하면서 부양한 사람의 ‘상당한 기간’은 얼마냐라는

176) 제15대 제198회 국회 제14차 법제사법위원회 회의록 참조.

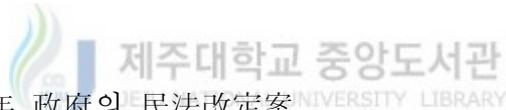
것인데, 이는 구체적인 규정이 어려운 것이다. 다만 ‘부양료의 5할’이라는 부분은 ‘상당기간’이라는 표현에 비해 좀 더 명확한 것으로 양자 모두 그 불명확한 경우에는 법원의 판단에 따를 수밖에 없다.

셋째, 실효성의 문제로서 자산이 없는 고령자에게는 별 효과가 없다는 문제이다. 그러나 부양상속분제도가 입법화되었을 때 가지는 규범적 기능이 그 실효성의 문제를 뛰어 넘을 수 있다. 즉 이 규정의 규범적 기능 다시 말하면 가치평가규범으로서의 기능을 중시하여, 부모를 부양한 자에 대해서 상속분이 증액된다는 입법이 존재할 경우 국민들의 가족관계에 대한 가치관에 중대한 영향을 미칠 것이라는 규범적 기능을 중시해야 한다.

넷째, 부양의 대가로 물질을 주는 것과 관련하여 과연 옳은가 하는 문제이다. 그러나 공지에 몰린 노부모들의 처지에서 본다면, 그렇게 해서라도 부양을 받는 것은 이해가 된다. 그런데 부양상속분제도를 통해 孝를 촉진하겠다는 것은 본제도의 제1차적 목적이 아닌 제2차적 목적이다. 제1차적 목적은 상속에 있어서 실질적 평등의 확보이다. 예컨대 부모를 부양하거나 부양료를 착실하게 부담하였던 상속인이나 그러지 않은 상속인 모두에게 재산상속에 있어서 균등한 입장에 있다면 이는 실질적 평등의 원칙을 벗어난 결과이다. 따라서 재산상속에 있어서 평균적 정의가 아닌 실질적 정의를 추구하자는 것이 法定扶養相續分制度의 제1차적 목적이다.

당시 위원회에서는 부양상속분제도에 관한 논의사항에 대해 부양기

여분제도와 충돌 및 요건상의 불확실성에 따라 좀 더 깊이 있는 검토가 필요하다 판단하여 법안심사 제1소위원회에 1998.12.6. 회부하였다. 그리고 1999.2.5. 제15대 국회 제200회 제2차 법제사법위원회에서는 법안심사 제1소위원회의 심사보고에 따라 즉 부양상속분제도는 각계의 의견수렴을 거칠 필요가 있다고 판단함에 따라 공청회를 열기로 의결하였으며, 1999.3.12. 민법중개정법률안에 관한 공청회가 진행되었다. 이후 1999.4.14. 제15대 국회 제203회 제1차 법제사법위원회에서는 정부가 제안한 민법중개정법률안에 대해 다시 법안심사 제1소위원회에 회부하는 것으로 하여 가결되었다. 그러나 15대 국회의 회기만료에 의해 이 개정안은 폐기되었다.



(2) 2000년 政府의 民法改定案

정부는 2000.10.16. 제16대 제215회 정기국회에 부양상속분제도를 다시 제안하였다. 15대 국회에는 법정상속분조항인 민법 제1009조 3항 및 4항의 신설을 제안했던 것과 달리 대 국회에 제출한 개정안에는 기여분의 특칙으로 수정되었다.

2000년 개정안은 “제1008조의 3(부양상속분) ① 공동상속인 중에 피상속인과 상당한 기간동안 동거하면서 부양한 상속인(피상속인의 배우자는 제외한다)의 상속분은 그 고유의 상속분의 5할의 범위안에서 이를 가산한다. ② 제1항의 피상속인을 부양한 상속인의 지정 및 가산할 상속분의 비율은 공동상속인의 협의에 의하여 정하고, 협의가

이루어지지 않거나 협의할 수 없는 때에는 피상속인을 부양한 상속인의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정한다. ③ 제2항의 규정에 의한 청구는 제1013조 제2항 또는 제1014조의 규정에 의한 청구가 있는 경우에 이를 할 수 있다”고 하여 제1008조의 3의 신설을 담고 있다. 1998년 개정안에서와는 달리 기여분의 특칙으로 구성한 이유는 종전의 개정안에 대한 학계와 실무의 비판을 고려한 조치로 보인다.¹⁷⁷⁾

이는 2000.10.17. 법제사법위원회에 회부되었고, 2001.6.26.에 상임위원회에 상정되었다. 2001.6.26. 법제사법위원회에 보고된 검토의견에 의하면 부양상속분제도는 부양상속인에 대하여 현행법상의 상속인의 법정상속분에 5할을 가산하도록 하여 상속인간의 실질적 공평을 기하고 이를 통하여 최근의 부모부양기피현상을 다소나마 해소하려는 취지로 새로이 도입하는 것으로 그 입법취지는 대부분 공감하면서도 요건의 모호성과 그 적용상의 혼란, 기여분제도와 관계 등 여러 가지 측면에 있어서 상당한 논란이 있다. 그러나 부양상속분의 도입은 부양한 상속인과 그러하지 않은 상속인간에 상속의 실질적 공평을 유

177) 부양상속분이 인정되기 위해서는 동거 및 부양했다는 사실의 입증과 부양료의 5할을 부담하였다는 사실을 입증하여야 하는데, 이러한 입증이 사실상 곤란하다는 점, 부양상속인으로 인정되면 그 효과로서 일률적으로 고유의 상속분의 5할이 가산되는데, 이러한 일률적인 가산은 구체적 타당성을 상실한다는 점, 재산 없는 부모에게는 아무런 도움이 되지 못하며 국가가 상속을 매개로 자신의 책임을 회피하려는 시대착오적인 것이라는 점, 충분한 연구와 토의가 선행된 뒤 입법안이 제출되어야 함에도 불구하고 당시 법무부장관이 자신의 선거구인 전남 고흥의 노인들의 제안에서 착안 급박하게 개정안에 포함시킨 것이라는 점 등이 비판으로 제기되었다(자세한 내용은 김상용, 전게서, 369-373면).

도하는 것으로 헌법상의 평등이념에 부합하고, 사회통념에도 합치된다. 다만, 동 제도의 시행과정에서 개별적인 사안별로 법에 규정된 추상적인 기준을 법원이 어떻게 해석하며 적용할 것인가 하는 문제가 남기 때문에 현행 기여분제도와 같이 법원의 판단에 맡길 수밖에 없는 것으로 보인다고 하였다.

2000년 정부가 제안한 개정안 역시 16대 국회에서도 임기만료로 폐기되었다.

(3) 2004年 政府의 民法改定案

정부는 부양상속분제도가 제16대 국회의 임기만료로 폐기되자 2004.6.3. 제17대 제250회 국회에 다시 이를 제안하였다. 이는 2004.7.5. 법제사법위원회에 회부된 뒤, 2004.9.8. 제17대 제250회 국회 제2차 법제사법위원회에 상정되었다.

제2차법제사법위원회의 법정부양상속분제도에 대한 검토보고를 요약하면 다음과 같다. 개정안은 피상속인과 상당한 기간 동안 동거하면서 부양한 상속인에 대하여 그 고유상속분의 5할의 범위안에서 가산해주는 扶養相續分制度를 신설하고, 다만 상속인이 피상속인의 배우자인 경우에는 현재도 5할이 가산되고 있으므로, 가산대상에서 제외하고 있다. 이 제도의 도입취지는 평균수명의 연장과 핵가족제도의 확산으로 노인부양문제가 심각한 사회문제로 대두되면서 현행 법정상속분제도의 문제점이 지적되고, 친족부양의식의 퇴조에 대응하여 친

족, 특히 부모부양을 유도·촉진하는 등 가족관계의 새로운 가치관을 조성할 필요성이 있기 때문이다. 부양상속분제도는 부양상속인에게 현행법상의 상속인의 법정상속분에 5할을 가산하도록 하여 상속인간의 실질적 공평을 기하고, 이를 통하여 최근의 부모부양기피현상을 다소나마 해소하기 위하여 새로이 도입하는 것으로 그 입법취지에는 공감하는 바 크지만 요건의 모호성 및 그 적용의 혼란과 기여분제도와와의 관계 등 여러 가지 측면에 있어서 상당한 논란이 있다. 이와 관련하여 개정안은 상당기간 동거하면서 부양한 상속인을 대상으로 부양상속분을 인정하고 있는데, 상당기간이라는 법문의 의미가 불분명하고 동거하면서 부양한 상속인만을 대상으로 하므로 동거를 위하여 노부모를 강제로 데려가는 폐해가 발생할 수 있으며, 불가피한 사정으로 동거하지 못하면서도 특별한 부양을 한 상속인들이 제외되는 부당한 결과가 초래될 수 있으므로 상당한 기간·동거 그 밖의 방법으로 피상속인을 특별히 부양한 자를 대상으로 하는 것이 보다 합리적이라는 의견이 있다는 것이다. 이에 좀 더 심도 있는 검토를 위해서 법안심사 제1소위원회에 회부하도록 가결되었다.

법안심사 제1소위원회는 2004.12.27. 심사한 결과 본회의에 부의하지 않기로 하고, 제1008조의 3 扶養相續分制度는 현행 민법의 기여분제도와 적용상 혼란 등의 문제가 있으므로 현행 민법의 기여분에 扶養相續分制度의 취지를 반영하여 규정하는 대안을 위원회안으로 제안하기로 합의하였다. 결국 법정상속분제도는 법안심사 제1소위원회

가 대안을 제기함으로써 그 내용은 폐기되었다.

扶養相續分制度는 정부가 제안한지 7년여만에 寄與分制度의 내용을 일부 추가 변경하는 것으로 그 일단락 되었다.

(4) 2005年 改定法律案

2005.2.28. 제252회 국회 제6차 법제사법위원회는 2004.6.3. 정부가 제출한 민법개정 법률안 중 일부의 내용을 위원회안으로 제안하기로 의결하고, 대안의 제안이유에서는 ‘공동상속인의 실질적 형평 및 가족관계의 건전한 가치관 정립을 위하여 상당한 기간 동안 동거하면서 피상속인을 부양한 자에게도 기여분이 인정될 수 있도록 하려는 것’이라고 그 이유를 밝혔다.

그 결과 法定扶養相續分制度는 도입되지 않고, 제1008조의 2규정에 ‘상당기간 동안 동거·간호 기타방법으로 피상속인을 특별히 부양하거나’ 라는 문구가 추가되었다. 즉 공동상속인의 협의 또는 법원에 의하여 기여분이 인정될 수 있도록 기여분조항을 수정한 것이다.

3. 制度新設에 대한 贊反論의 對立

扶養相續分制度는 扶養寄與分の 내용에 부양기여에 관한 내용을 확충하는 것으로 비록 일단락되었으나, 국회에서 논의된 바에 의하면 그 입법취지에는 동감하면서도 법기술적인 면에서 갖는 한계 때문에

입법화되지 못한 것이다. 즉 취지는 좋았지만 그것을 뒷받침해줄 법 기술적인 문제를 극복하지 못한 것이다. 정부의 개정안과 그 검토과정에서 법정부양상속분제도의 신설에 대한 찬반론이 대립하였는데, 다음에서 그 구체적인 내용을 살펴보기로 한다.

1) 贊成論

扶養相續分制度의 도입을 주장하는 견해에 따르면 부양상속분이란 피상속인과 동거하면서 부양하거나 부양료를 5할 이상 부담한 배우자 이외의 상속인(부양상속인)의 상속분을 그 고유의 상속분의 5할을 가산한 상속분을 의미하는 것으로, 법정상속분에 있어서 일반적 상속분(균등상속분)과 구별된 개념으로 보고 있다.¹⁷⁸⁾

현재 소수의 학자들과 사회단체 및 정부에 의해 지지되고 있는 찬성론이 제도의 도입을 주장하는 이유는 다음과 같다.

첫째, 오늘 날 자녀들의 부모부양기피현상과 관련하여 부모에 대한 부양의무를 충실히 이행한 자녀에 대하여는 혜택을 부여하여 부모부양을 유도 및 촉진함으로써 가족관계에 있어서 새로운 가치관을 조성하기 위한 것이다.

둘째, 상속인간의 실질적 평등의 확보이다. 현행 상속제도에 의하면 부양의무를 기피한 자나 충실히 이행한 자 모두가 재산상속에 있어서 똑같이 취급되는데, 이는 실질적 정의에 반하는 것이다. 따라서 부양

178) 이희배, 전계논문(註, 4), 197면.

의무를 충실히 한 자에게 상속분을 가산해 줌으로써 공동상속인 사이에서 실질적 평등을 확보해 줄 필요가 있다.

셋째, 扶養相續分制度가 입법화되었을 때 가지는 제도의 규범적 기능이다. 즉 부모를 부양한 자에 대해서 상속분이 증액된다는 입법이 존재할 경우 당연히 부모를 부양하면 그만큼의 혜택이 있을 것이고, 부양하지 않으면 그 만큼의 불이익이 있을 것이라는 관념이 사회 전반적으로 인식될 것이다. 또한 법이 이미 법정부양상속분에 관한 규정을 두고 있으므로 재산상속인은 상속재산 분배시 이 점을 염두에 두고 재산분할을 할 것이기 때문에 분쟁의 소지 역시 적어진다는 장점이 있다.

넷째, 노부모부양을 유도하기 위한 수단으로 존재하였던 寄與分制度가 가지는 문제점을 보완하기 위한 대안이라는 것이다. 寄與分制度는 기여분이 협의나 심판에 의하여 정하여 짐으로써 기여분이 인정되기까지 상당한 시간적 경제적 손실이 야기될 뿐 아니라 상속인들간의 분쟁의 소지가 되고 있고, 더 나아가 실제 우리사회에서 그 효용도가 떨어지므로 寄與分制度를 통해 노부모부양을 유도하기는 벅차다. 따라서 좀 더 강력한 대안으로서 扶養相續分制度가 필요하다.

2) 反對論

부양기여분과 제도적 취지가 유사한 扶養相續分制度의 신설을 반대하는 입장에서는 특히 1998년부터 기여분제도의 적극적 활용과 피상

속인과 동거하면서 부양한 상속인에게 기여분을 인정해주는 판례가 형성됨으로써, 법정부양상속분제도의 도입필요성이 적어지므로 그 신설을 반대하고 있다. 부양상속분제도의 도입을 반대하는 주요 이유를 정리해 보면 다음과 같다.

첫째, 기존에 마련되어 있는 부양기여분제도와 실질적으로 중복된다는 점이다. 기여분에 관한 민법 제1008조의2 제1항이 규정하고 있는 피상속인을 특별히 부양한 자란 다른 공동상속인과 비교해 보았을 때 자신에게 일반적으로 요구되는 부양의무의 수준을 넘어서 피상속인을 부양한 상속인을 말하는 것이므로, 결국 개정안 제1008조의3 제1항에서 말하는 ‘피상속인과 상당한 기간 동거하면서 부양한 상속인’이란 피상속인을 특별히 부양한 자의 한 예에 지나지 않는다는 것이다.¹⁷⁹⁾

둘째, 개정안 제1008조의3 제1항은 피상속인과 상당한 기간 동안 동거하면서 부양한 상속인에게는 그 고유의 상속분의 5할의 범위 내에서 이를 가산한다고 하였는데, 이처럼 구체적인 사정에 대한 고려 없이 가산하는 상속분의 상한을 예외 없이 상속분의 5할로 제한할 경우 실제에 있어서 오히려 형평에 반하는 결과가 초래될 수 있다고 한다. 부양기여분제도에 의하면 탄력적으로 기여분을 정할 수 있겠지만, 법체계상 기여분제도의 특칙으로 도입된 扶養相續分制度에 의하면 피상속인과 동거하며 부양한 상속인에 대해서는 어떠한 경우에도 상속

179) 김상용, 전거서, 375면.

분의 5할 이상은 가산해줄 수 없기 때문이다.¹⁸⁰⁾

셋째, 2000.10. 제안된 민법중개정법률안에서 도입하고자 하는 扶養相續分制度는 종래 그 입법취지 가운데 중요한 것 중의 하나인 확정성을 전혀 담보하고 있지 못하다는 점이다. 처음 1998년에 제안된 개정안에 의하면 그 상속분이 당초부터 고유의 상속분의 5할을 가산하는 것으로 정해져있고 부양상속인의 요건도 엄격하게 법률로 규정되어 있어 달리 그 요건과 효과의 확정절차가 필요없다고 생각될 수도 있지만, 새로이 제안된 개정안에 의하면 부양상속인이 되기 위한 요건으로 상당한 기간 동안 피상속인과 동거하는 등의 부양사실의 존재가 요구되는데, 이러한 요건은 공동상속인간의 협의에 의해 인정되지 않는 한 결국 법원에 의해 판단되어야 한다는 점에서 부양상속분 제도가 부양기여분제도에 비해 실익이 있을지 의문이라는 것이다.

넷째, 부양상속인에게 가산하는 5할의 상속분의 법적 성질을 어떻게 보아야 하는지의 문제이다. 부양상속분은 기여분의 특칙으로 규정되어 있으면서도 기여분과는 달리 법정상속분 자체가 늘어나는 구조로 되어 있는데, 유류분을 산정하는 경우 가산된 구체적 상속분을 기준 하여야 하며 상속채무도 가산된 상속분을 기준 하여 그 비율에 따라 부담하게 되는데, 이는 결과적으로 상속채권자나 유증을 받은자와의 사이에서 분쟁을 일으킬 소지가 다분히 존재한다는 것이다.¹⁸¹⁾

180) 김상용, 상계서, 376-378면; 이승우, “상속법 개정의 방향과 과제”, 「인천법학논총」 제2집, 1999, 47면.

3) 私見

지금까지 扶養相續分制度의 신설과 관련하여 찬반론의 근거와 입장을 살펴보았다. 생각건대 1990년 민법개정에 의한 제1009조의 호주 상속가급분의 삭제로 인하여 발생하는 문제를 제1008조의2 기여분 제도로는 너무나 그 효력이 미흡하다. 따라서 노부모부양을 도모하기 위해서는 “法定扶養相續分制度”의 신설이 절실히 요구된다.

따라서 구체적인 내용과 관련하여서는 제15대 국회에 정부가 제출 하였던 개정법률안에서와 같이 ‘제1009조 3항 및 4항의 신설’을 주장하고 싶다. 정부가 16대 및 17대 국회에 제출하였던 제1008조의3의 개정안에 의하면 부양상속분으로 5할의 범위에서 가산할 수 있으나, 부양상속인의 인정 및 가산할 상속분의 비율은 공동상속인의 협의나 법원에 의해 정해지므로 이 역시 부양기여분제도와 같은 유동성을 안고 있기 때문이다.

扶養寄與分制度와의 차별성을 부여하고, 부양상속인의 지위를 확보 해준다는 점과 부양을 받는 당사자 즉 노부모의 심리적인 안정을 찾아서 부양을 받을 수 있도록 하기 위해서는 안정적이고 확정적인 제 1009조의 3항과 4항의 신설입법으로 부양상속인의 지위와 권리를 확고히 해 줄 필요가 있다고 생각한다.

181) 권순한, “상속법의 미래와 과제”, 「가족법연구」 제14호, 한국가족법학회, 2000. 12, 372면.

4. 扶養相續分制度新設의 必要性和 妥當性

고령화시대의 인구부양지수의 상승과 要扶養狀態에 있는 노인의 인간다운 생활은 현재 국민기초생활보장법 등에서 규정한 사적 부양의 원칙에 따라 민법상 근친부양으로 담당해야 한다. 그러나 현행 민법이 전통적 부양이론 하에서 노부모부양은 제2차적 부양의무로 보는 견해가 지배적이므로, 노부모부양의무는 부양의무자가 부양여력이 없다는 이유로 회피될 수밖에 없다. 이러한 문제는 1990년 민법 개정 이전에는 장남에 대한 상속분의 가급규정에 의해 노부모부양의무를 장남에게 부여함으로써 그 문제가 심각하게 드러나지 않았으나, 1990년 민법개정으로 가족제도가 쇠퇴하고, 재산상속에 있어서 양성평등에 의한 諸子女均分相續의 원칙에 따라 노부모부양책임 역시 자녀공동책임으로 변화하게 되었다. 그런데 모든 자녀들이 노부모부양 책임을 자기책임으로 인식한다면 이보다 더 좋을 수 없지만, 현실은 기대와 상반되는 효과가 발생하여 人倫과 孝에 의한 자발적인 부양의 의무가 약화되는 결과가 발생하여 노부모의 생존권보장이 위협을 받게 되었다. 이처럼 노부모부양책임의 약화와 노부모의 생존권의 위협은 결국 심각한 노인문제를 양산하고 있다. 이는 1990년대 이후 급격히 증가한 노인자살률이나 독거노인수의 급증 등의 현실을 보더라도 충분히 알 수 있는 바이다. 또한 1990년 민법 개정 당시 혹여 발생할 수 있는 노부모부양의 문제를 기여분제도의 신설로 보완하고자

하였으나, 그 실효성의 미흡하여 실질적으로 별 도움이 되지 못하고 있는 실정이다. 따라서 노부모부양을 적극적으로 유도할 수 있는 대안이 필요하며, 그 대안으로 扶養相續分制度는 재산상속에 있어서 배분적 정의가 아닌 실질적 정의의 실현이라는 점에서도 의의가 있다.

1) 制度新設의 必要性

(1) 強力한 老父母 扶養에의 意志를 부여

要扶養狀態의 노부모를 누가 부양할 것인가와 관련하여 현행 민법대로라면 공동책임이기 때문에 서로 책임을 회피할 가능성이 있는 것이다. 그 이유는 부양을 하거나 하지 않거나 상속분이 均等하기 때문이다. 그래서 노부모부양을 한 자에게 扶養相續分이 가급된다고 할 때 노부모부양에 대한 대가가 인정되기 때문에 요부양자는 안정적인 부양을 받을 수 있을 것이다. 노부모부양이라는 것이 윤리·도덕적인 문제이므로 자발적 행동을 요하는 것이기는 하지만, 오늘 날 우리사회의 현실에서 자발적 의무이행이란 것을 어느 정도 기대할 수 있는지 의문이다. 금전적 가치로 재평가되는 노부모부양이라는 것이 어찌면 물질만능주의적인 것일지는 모르지만, 그렇게 해서라도 가족들로부터 노후에 안정적인 부양을 받을 수 있다면 신체적·정신적으로 허약한 노인들에게는 정신적으로 도움이 될 것이다.

보건복지부가 발표한 『2004년도 전국노인생활실태 및 복지욕구조사』 결과에 의하면 희망노후거주형태 즉 건강이 악화되면 자녀와 살

고 싶다는 응답률이 배우자가 있는 경우에는 25.85%(배우자가 있는 경우에는 배우자와 살고 싶다는 대답이 64.9%를 차지함), 배우자가 없는 경우에는 50.0%를 차지하는 것을 보더라도 자녀로부터의 부양 기대치는 상당한 것으로 보인다. 또한 한밤중 비상시 도움을 요청하기를 바라는 사람은 장남 및 며느리가 30.8%, 119구조대 16.7%, 장남의 아들과 며느리 15.9%, 장녀와 사위 11.3%, 친척과 친구 및 이웃 8.5%, 장녀의 딸과 사위 8.3%로 대답한 것¹⁸²⁾을 보더라도 노부모는 자녀에게의 의지를 원하고 있음을 알 수 있다.

통계청의 『2004년 고령자통계』에서도 만 60세이상 가구원을 대상으로 “향후 자녀와 같이 살고 싶습니까?”라는 물음에 대한 대답조사결과 같이 살고 싶다 53.3%, 같이 살고 싶지 않다 45.8%이고, 후자의 경우 자주 왕래하고 싶다 24.9%, 가끔 만나 이야기하고 싶다 20.1%, 왕래 없이 살고 싶다 0.8%, 기타 1.2%로 나타났다.

양자의 결과를 두고 볼 때 노인들의 경우 자녀로부터의 정신적 혹은 정서적 의존도가 높은 것으로 나타났으며, 가장 원하는 형태의 부양이 곧 장남자녀로부터의 부양을 원하고 있음을 알 수 있다.

(2) 老父母 扶養履行의 強化

현행 민법은 부양과 관련하여 부부간의 부양이나 친자간의 부양의 경우에는 제1차적 부양의무로 보면서 노부모부양과 관련하여서는 친

182) 보건복지부, 『2004년도 전국노인생활실태 및 복지욕구조사』, 6면 참조.

족간의 의무로 보아 제2차적 부양의무로 해결하려고 한다. 따라서 아무리 노부모가 要扶養狀態에 있다 하더라도 자녀의 부양여력이 없다면 노부모의 생활보호는 이루어지기 어렵다.

전통적으로 효와 愛를 바탕으로 한 가족관이 세계 그 어느 국가보다 특별한 우리 사회에서 부모는 자녀가 성장하여 성년이 되어 사회·경제적 구성원으로서의 역할을 담당할 때까지 정신적·경제적으로 지속적인 조력을 해주는 반면에 자신의 노후대비책은 상대적으로 미흡할 수밖에 없다. 60세이상 인구가 경제적 부양을 가장 큰 노인문제라고 대답한 것을 보더라도 이러한 상황을 잘 대변해 주고 있는 것이다. 이처럼 불안정한 노후문제에 대해 좀 더 확고한 방법을 취하여 보호해 줄 필요가 있다. 만일 노부모를 부양한 자에 대해 재산상속상의 이익을 미리 확보해 준다면 부양하지 않은 상속인의 지위와 차별화될 것이며, 이는 노부모부양을 한층 더 강화할 수 있을 것이다.

(3) 扶養寄與分制度의 問題點 補完

부양기여분제도의 가장 큰 단점은 기여분이 확정성이 없기 때문이다. 기여분인정 여부나 그 산정이 공동상속인간의 협의에 따라 달라지거나, 협의가 이루어지지 못하는 경우 재판에 의해 확정될 수 있다는 流動性의 問題이다. 만일 공동상속인이 자발적으로 노부모를 부양한 상속인의 그 기여를 인정해주지 않는다면 협의를 도출하기 위하여 혹은 협의가 불가능할 경우 재판에 의해 확정될 때까지 많은 시간과

경제력이 낭비와 감정대립의 우려가 있으므로 부양의식이 약화될 수 밖에 없는 것이다.

그러나 法定扶養相續分制度는 미리 법률로써 확정하여 상속분을 인정되어있기 때문에, 이러한 부양기여분제도의 문제점이 보완되므로, 공동상속인간의 협의나 인정의 과정 없이 유용하게 이용될 수 있다.

(4) 相續財産을 매개로 한 生前扶養의 確保

상속재산은 피상속인이 노력에 의해 이룩한 재산이다. 그러므로 생전에 피상속인을 위하여 사용되어야 하는 것은 당연한 것이며, 또 상속재산과 관련한 논의의 중심에는 무엇보다 피상속인이 중심이 되어야 한다. 부양상속분제도는 상속재산을 매개로 하여 생전의 부양을 보장받을 수 있는 것이므로, 이를 적극적으로 도모할 필요가 있다.

혹자는 부양을 경제적인 것으로 환가하려는 것을 마치 물질만능주의적 사조로 비판하거나 물질적 대가 그 자체를 하급의 그 무엇으로 가치를 하락시키고 있는데, 이는 가장 중요한 것 즉 상속재산을 이룩한 노부모부양이라는 점을 직시하지 못한 것이다.

주변국의 입법례에 의하면 부양능력이 있음에도 불구하고 부양하지 않는 경우 부양을 강제하거나 혹은 상속인자격을 박탈하는 등의 적극적인 대처를 하는가 하면, 우리나라의 경우 형법의 유기죄로 처벌하고 있기는 하지만 민법상의 특별한 제약은 없기 때문에 반대로 공동상속인보다 적극적인 부양을 한 부양상속인에게는 그에 상응하는 대

가를 지급해야 할 것이다. 이는 국가가 해결해주지 못하는 노부모부양 문제를 자신이 이룩한 재산으로부터 보호받으려는 것이며, 국가는 이러한 취지를 살려 적극적인 대처를 해 주어야 함에도 불구하고 피상속인의 사후 발생할 문제들을 이유로 거부하는 것은 문제의 주·종을 상실한 태도라 생각된다. 그러므로 法定扶養相續分制度는 노부모의 처지에서 볼 때 절실히 필요한 제도이다.

2) 制度新設의 妥當性

비록 제도의 도입이 필요하지만 그 타당성을 상실한다면 제도로서의 의의를 상실한 것이다. 그러므로 扶養相續分制度의 신설 역시 그 필요성 뿐 아니라 제도로서의 타당성을 가져야 한다.

法定扶養相續分制度의 신설에 대한 타당성의 근거로서 재산상속에 있어서 상속인간의 형평이론의 구현, 전통적 효사상의 고무와 새로운 가족관계의 재확립을 등 수 있다. 그리고 비록 扶養相續分制度의 신설을 반대하는 입장을 취하고는 있지만 그 제도적 의의에는 공감한다는 것¹⁸³⁾은 扶養相續分制度의 타당성을 인정하는 것이라 생각된다.

물론 노부모부양이란 것은 도덕적 윤리적인 것이므로 이를 의무라 칭해서도 또 부양에 대한 대가를 염두에 두고 행해서도 안 되며, 더

183) 이승우, 전제논문(註, 180), 49면 및 제202회 국회 제2차 법제사법위원회에서 이처럼 부양상속분제도의 제도적 취지에는 공감하지만 법기술상의 문제점이 있다는 견해가 다수 보인다(국회사무처, 『제15대국회 제202회 제2차 법제사법위원회 회의록』 참조).

구나 대가성의 문제로 확산해서는 안 될 것이다. 그러나 오늘날 우리 사회는 孝를 최선의 것으로 여기는 전통사회와는 너무나 달리 변했다. 과거 윤리나 도덕으로 해결되었던 아름다운 풍습들은 서서히 사라져가고 있다. 그리고 자발적인 부모부양 나아가 부모봉양이라는 것은 강요될 수 없는 것이 되었다. 반면 고령의 부모는 필연적으로 정신적, 경제적 부양이 필요할 수밖에 없다. 따라서 확실한 대가를 주어서라도 부양을 받을 수 있다면 노후보장을 받고자 하는 것이 노인 대다수의 바라는 일이기도 하다.

상속재산이라는 것은 보편적으로 피상속인이 생전에 노력에 의해 이룩한 재산이며, 생전에 자신의 재산을 최대한 자기 자신을 위해 사용할 수 있는 권리가 있으며, 이는 헌법에서도 보호되는 것이다. 그럼에도 불구하고 법이 균분상속의 원리를 내세워, 노부모의 재산권을 제한하는 것은 부당한 일이다. 따라서 노부모 당사자에게 최대한 효용이 될 수 있도록 법이 도와주어야 할 것이다.

第5章 結 論

우리나라의 역사를 거슬러 올라가면 부모에 대한 효와 자식에 대한
愛는 우리의 민족성과 분리하여 생각할 수 없는 것이다. 효와 愛는
우리나라 국민성 그 자체이며, 우리 민족성 그 자체이다. 역사적으로
보더라도 효와 愛는 우리 의식의 저변에 뿌리 깊게 새겨있는 것이고,
가족이란 가치는 무엇과도 바꿀 수 없는 위대한 것이다.

그러나 법과 제도에 의한 사회의 변화가 이러한 가치를 차츰 쇠퇴
시켜, 오늘 날에 와서는 과거 너무나 당연하게 여겼던 부모부양에 대
한 자녀의 의무가 더 이상 과거와 같이 당연한 것이 아니게 되었다.
상황이 이러함에도 불구하고 국가는 노부모부양의 문제를 해결하려는
적극적 노력이 필요하지만, 자신의 해야 할 역할을 수행하고 있지 못
하는 듯하다.

본 논문은 시대적 변화에 따른 부모부양의식의 변화과정 속에서 노
부모부양의무의 법적 성격을 재조명함과 동시에 노부모부양문제의 해
결을 위한 방안으로서 몇 가지 사항을 검토하여 전반적인 노부모부양
제도를 개선해보고자 하였다.

구체적으로 노부모부양의무 및 성격에 대한 법적 구조의 검토하여,
부모부양의무를 제2차적 부양의무로 보는 것에 대한 문제를 지적함과

동시에 제1차적 부양의무로 해석해야 하는 근거를 제시하였다. 그리고 현행 기여상속분제도와 정부의 민법개정안에 있는 扶養相續分制度를 비교하여, 法定扶養相續分制度의 제도적 의의를 고려할 때 그 필요성이 상당함을 알 수 있었다.

1990년 민법개정 전에는 장남이 相續加給分(扶養分)에 의하여 부모부양과 가사의 주도자가 되어 원만하게 이끌어 갔기 때문에 노부모 부양의 문제는 지금과 같이 심각하지 않았다. 장남의 부모부양은 당연한 것이어서, 자녀들은 이에 이의를 제기하지 않았고 가족관계는 평화로웠다. 그러나 1990년 민법개정으로 양성 평등에 의한 균분상속제도가 인정됨에 따라서 노부모부양문제 등 가사를 주도할 구심점이 상실되었다. 그리고 부모부양문제로 인한 가족간의 불화가 빈번하여, 형제간의 유대감은 긴장되고 가족관계가 파경에 직면하는 사례가 발생하고, 이에 난처해진 부모들은 자녀들의 푸대접에 관심 밖이 존재가 되었다. 이러한 문제를 우려하여 寄與分制度, 즉 민법제1008조의2를 입법하였으나 제1009조의 가급분(부양분)의 삭제로 인하여 발생하는 문제들을 감당하기에는 너무나 그 효력이 미흡하다. 따라서 민법상 노부모부양의 구조에 관한 전반적인 재정립이 필요하므로 다음과 같은 입법론을 제안하므로써 개선의 방향을 제시 하고자 한다.

첫째, 노부모부양의무의 성격과 관련하여 제1차적 부양의무로 보아야 한다. 고령에 이른 노부모는 경제적, 육체적, 정신적으로 힘든 3苦的 위험한 상황에 처해 있다. 이러한 현실에도 불구하고 법은 이를

외면하고 제2차적 부양의무로 보는데, 이는 인간으로서의 본성을 외면한 처사다. 부모는 자녀에 대해 제1차적 부양의무를 이행하여 자녀를 부양하고, 그러한 은혜를 입고 자란 성인자녀가 부모부양을 제2차적 부양으로 보아 자신의 경제적 여력이 있어야 부양한다는 것은 사람의 도리가 아니다. 우리 국민의 정서에 부모부양은 당연한 행위규범으로 자리 잡고 있을 뿐 아니라 최고의 도덕으로 생각하고 있다. 유교적 생활원리에 입각한 효사상과 불교 및 기독교를 비롯한 종교적 관점에서 보아도 부모부양은 부양의 여력이 있는 경우나 인정되는 것으로 보고 있지 않다. 따라서 노부모부양의무는 제1차적 부양으로 보아야 할 것이며, 이를 명확하게 하기 위해 명문화할 필요가 있다.

둘째, 피상속인을 유기하거나 그 부양을 해태한 경우에는 상속결격사유로 인정하여 재산상속권을 차별하거나 박탈하여야 한다. 주변국의 입법례에 의하면 재산상속과 부양을 연관하여 부양의무를 다하지 않은 자에 대해서는 재산상속시 불이익을 주는 규정을 둬으로써 노부모부양의무를 심적으로 강제할 수 있는 여지가 있다. 우리 민법 제1004조에서는 상속결격사유를 규정하고 있지만, 부양의무를 다하지 않은 자의 상속결격은 인정하고 있지 않다. 그런데 우리 민법은 부모의 사후에도 자녀에게 재산상속권을 인정해 줌으로써 자녀의 부양을 도모해주고 있으며, 나아가 유류분제도를 통하여 피상속인인 부모의 재산처분의 자유를 제한하면서까지 자녀의 재산상속상 권리를 보호해주고 있는 반면 성인자녀가 노부모의 부양을 해태하거나 회피·거부한

경우에는 민법상 제재규정이 없기 때문에, 비록 부모부양의무를 해태, 회피, 거부한 상속인인 자녀에게도 상속이 인정되는 불합리함을 안고 있다. 따라서 민법상 상속결격사유를 규정한 민법 제1004조 6호로 '피상속인에 대한 부양의무를 해태 하거나 회피·거부 또는 멸시·능욕한 자'라는 내용을 추가입법 함으로써 부모부양을 유도하고, 실질적 평등을 도모하여야 할 것이다.

셋째, 法定扶養相續分制度의 신설이 요구된다. 1990년의 민법개정에 의하여 상속분이 균분상속제로 형식적 평등은 실현되었지만, 실질적 공평에는 문제가 있다. 또한 2005.3. 민법개정에 의해 제1008조의2 제1항을 일부 개정(상당기간 동거 및 간호 기타의 방법으로 피상속인을 특별히 부양하거나)함으로써 언급한 문제점이 해결되기를 기대하고 있으나 그 효과에는 의문이다. 생각컨대 法定扶養相續分制度는 공동상속인간의 분쟁을 방지하고, 특히 제도로서 명문화된다면 그 자체만으로도 규범적 효력은 클 것이라 생각된다. 그리고 법원의 판결을 통해 부양상속분이 인정되는 경우는 적어질 것이라 예상된다. 이러한 제도적 효과에도 불구하고 사후에 발생할 문제에 대한 책임까지 노부모에게 물어서 法定扶養相續分制度를 소극적으로 취급하는 것은 주.중 을 상실한 것이다. 따라서 고령화시대의 소외받는 노부모를 위해 法定扶養相續分制度를 신설함으로써 그 부양이 용이하도록 이를 입법화하여야 한다.

근래에 와서 선진복지국가라는 나라들에서 보면 전적으로 공적 부

조에 의해 해결하려던 노부모부양의 문제를 사적 부양에 의존하려는 움직임이 보이고 있고, 공적 부조를 최고의 이념으로 하는 사회주의 국가들도 사적 부양을 법제화하고 있는 것을 본다면 민법상 노부모부양의 문제에 대해 적극적인 태도를 취할 필요가 있다. 또한 여러 사회통계조사에 의해서도 대부분의 노인들이 노년기에 이르러 자녀들의 부양을 원하고 있음을 알 수 있으므로, 그들이 원하는 바를 적극적으로 반영하여야 할 것이다. 국가가 노인복지문제를 충족시킬 수 없는 우리나라의 현실에서 노부모부양의무는 제1차적 부양의무로 보고, 법정부양상속제도를 신설한다면 노부모부양은 개선 및 강화되어 부양을 회피하려는 사례는 감소할 것이다. 아무쪼록 이 순간에도 외로이 헤매는 노인들의 마음에 신의 가호가 있기를 기원하며, 이 논문이 우리나라의 노부모부양제도를 개선하는데 일조할 수 있기를 기대한다.

參 考 文 獻

<국내문헌>

1. 단행본

- 강현대·김자영·강승목 공역, 「권리능력론」, 세창출판사, 2004.
- 구스타브 라트부르흐 지음·최종고 번역, 「법철학」, 삼영사, 2005.
- 국사편찬위원회, 「조선왕조실록」, 국사편찬위원회, 1973.
- 김부식, 「삼국사기」, 신서원, 1991.
- 김상용, 「가족법연구 I」, 법문사, 2002.
- 김용한, 「친족상속법」, 박영사, 2004.
- 김주수, 「친족상속법」, 법문사, 2005.
- _____, 「주석민법: (상속 I)」 한국사법행정학회, 2002.
- 김지수, 「중국의 혼인법과 계승법」, 전남대학교 출판부, 2003.
- 김탁민·임대희 공역, 「역주 당률소의-각칙(상, 하)」, 한국법제연구원, 1997.
- _____, 「역주 당률소의-명례편」, 한국법제연구원, 1994.
- 로슈 미치하타 저·목정배 역, 「불교의 효, 유교의 효」, 불교시대사, 1997.

- 명순구 역, 「프랑스민법전」, 법문사, 2004.
- 박동섭, 「친족상속법」, 박영사, 2003.
- 박병호, 「가족법」, 한국방송통신대학교출판부, 1999.
- 법무부, 「동아시아 가족법제」(법무자료 제202집), 법무부법무국, 1996.
- _____, 「북한법의 체계적 고찰(1)」(법무자료 제166집), 법무부법무국, 1992.
- 법제처, 「경국대전」, 한국법제연구원, 1993.
- _____, 「당율소의」, 한국법제연구원, 1988.
- 사회과학원고전연구실, 「고려사」, 신서원, 1992.
- 신호웅, 「고려법제사연구」, 국학자료원, 1995.
- 양수산, 「친족상속법」, 일신사, 1994.
- 이경희, 「친족상속법」, 법원사, 2004.
- 이광규, 「한국가족의 사적 연구」, 일지사, 1978.
- 이정규, 「한국법제사」, 국학자료원, 1996.
- 이희배, 「민법상의 부양법리」, 삼영사, 1989.
- 이희봉, 「한국가족법상의 제문제」, 일신사, 1976.
- 임정평, 「한국친족상속법」, 단국대학교출판부, 1982.
- 정광현, 「친족상속법요론」, 법문사, 1962.
- 정구복 역, 「역주 삼국사기 2」, 한국정신문화연구원, 1997.
- 정금식, 「한국근대법사고」, 박영사, 2002.

- 정약용 저·박석무 편역, 「유배지에서 보낸 편지」, 창작과 비평가, 2001.
- 정인지, 「고려사」, 아세아문화사, 1972.
- 조선총독부중추원, 「관습조사보고서」, 조선총독부중추원, 1913.
- 최달곤, 「북한 민법의 연구」, 세창출판사, 1998.
- 최재석, 「한국가족제도사연구」, 일지사, 1996.
- 포르탈리스 저·양창수 역, 「민법전서론」, 박영사, 2003.
- 한국민사법학회, 「민사법개정의견서」, 박영사, 1982.
- 한봉희, 「가족법」, 푸른세상, 2005.
- 한삼인, 「관례민법」, 법률행정연구원, 2003.
- 한용운편, 「불교문학」, 현암사, 1979.
- 현승중·조규창, 「게르만법」, 박영사, 2001.

2. 논문

- 간호옥, “기독교의 효사상을 통한 노인문제 해결”, 「신학과 신앙」 제12호, 루터신학대학교, 2001.
- 강민중, “미성숙자녀의 양육과 부양”, 「사법논집」 제12집, 법원행정처, 1981.
- 곽동현, “기여분제도에 관련된 몇 가지 문제”, 「가족법연구」 제1호,

1984. 11.
- 권순한, “상속법의 미래와 과제”, 「가족법연구」 제14호, 2000. 12.
- 권은민, “상속분·기여분·특별수익”, 「상속법의 제문제」(재판자료 제 78집), 법원도서관, 1998.
- 권재문, “민법상 부양의무의 한계”, 서울대학교대학원, 석사학위논문, 2001.
- 김민한, “고려장설화의 허구성에 관한 연구”, 「한국사상과 문화」, 한국사상문화학회, 1999.
- 김범수·간호옥, “전통 효사상의 현대적 재인식을 통한 노인부양 문제 해결”, 「평택대학교논문집」 제15호, 평택대학교, 2001.
- 김숙자, “부양제도에 관한 일반적 고찰”, 「사회과학논총」 제10집, 명지대사회과학연구소, 1985.
- 김용욱, “고령자에 관한 해석과 입법의 문제”, 「법률신문」 제2729호, 법률신문사, 1998. 9.
- _____, “노친부양에 관한 연구”, 「정범석박사화갑기념논문집」, 법전출판사, 1977.
- _____, “노부모부양관계 2”, 「사법행정」 제18권 1호, 한국사법행정학회, 1977. 1.
- 김용철, “부양상속분제도에 대한 소고” 「외법론집」 제8집, 한국외국어대학교법학연구소, 2000. 12.
- 김용한, “상속분조정과 유류분제도”, 사법행정, 1978. 2.

- 김은아, “재산상속상 배우자의 지위에 관한 고찰”, 한양대학교대학원 박사학위논문, 2005.
- 류재빈, “충효윤리의 현대적 조명”, 인하대학교교육대학원 석사학위논문, 1980.
- 박종용, “공동상속인의 부양·간병행위로서의 기여분”, 「가족법연구」 제18권 2호, 한국가족법학회, 2004. 12.
- 배경숙, “부양형태의 변천과 노친부양의 문제점”, 「아세아여성법학」 창간호, 아세아여성법학연구소, 1998. 6.
- 송형래, “효와 친자간의 권리의무에 관한 연구”, 청주대학교대학원 박사학위논문, 1997.
- 신영호, “피상속인에 대한 상속인의 부양과 상속과의 관계”, 「가정법원사건의 제문제(하)」(재판자료 제102집), 법원도서관, 2003.
- 어인의, “노부모부양을 위한 법적 장치의 확보책”, 「법학논집」 제5집, 청주대학교출판부, 1990. 7.
- _____, “친자간의 권리의무에서 본 효도법의 예비고찰”, 「청대학술논집」 제1집 법학, 청주대학교학술연구소, 2003.
- 오경희, “노부모부양의 문제점”, 「법학연구」 제42권 제1호, 부산대학교, 2001. 12.
- 이경희, “상속법의 문제점과 개정방향”, 「현대법의 이론과 실제: 김철수교수화갑기념논문집」, 박영사, 1993.
- 이성구, “민법상 노친부양에 관한 연구”, 청주대학교대학원 박사학위

- 논문, 1988.
- 이승우, “부양기여분소고”, 「사법연구」 제6집, 한학문화, 2001. 12.
- _____, “노친부양소고”, 「가족법연구」 제14호, 한국가족법학회, 2000. 12.
- _____, “상속법 개정의 방향과 과제”, 「인하법학논총」 제2집, 인천대학교법학과, 1999.
- _____, “기여분에 관한 연구”, 성균관대학교대학원 박사학위논문, 1993.
- 이영하, “한국부양법제에 관한 연구”, 고려대학교대학원 박사학위논문, 1989.
- 이은영, “부양청구권”, 「고시계」, 1992. 11.
- 이지수, “기여분에 관하여”, 「가정법원사건의 제문제」(재판자료 제62집), 법원도서관, 1993.
- 이화숙, “노부모부양, 기여분제도와 법정상속분제도”, 「오늘의 법률」 제119호, 현암사, 1998. 12.
- 이희배, “추상적 부양당사자의 범위에 관한 고찰”, 「인천법학논총」 제2집, 인천대학교 법학과, 1999.
- _____, “노친부양과 부양상속분제도신설”, 「법조」 제47권 10호, 법조협회, 1998. 10.
- _____, “부양기여분제도의 실효성과 보완입법”, 「법률신문」 제2751호, 법률신문사, 1998. 9.

- _____, “노친부양의 법리”, 「가족법연구」 제9호, 한국가족법학회, 1995. 12.
- _____, “기여분제도에 관한 고찰”, 「현대 민법의 과제와 전망: 한봉희교수화갑기념논문집」, 밀알, 1994.
- 임동근, “한국 효에 관한 이론적 고찰”, 한양대학교교육대학원, 석사학위논문, 1983.
- 정덕홍, “기여분의 결정과 상속분의 수정”, 「사법론집」 제25집, 법원행정처, 1994.
- 정동호, “부조제도로서의 친족부양”, 「가족법연구」 제1호, 한국가족법학회, 1984. 11.
- 조은희, “독일법상의 직계혈족부양에 관한 고찰”, 「가족법연구」 제17권 2호, 한국가족법학회, 2003. 12.
- 조해섭, “특별한 부양과 기여분, 특별수익”, 「대법원판례해설」 제31호, 법원행정처, 1999. 5.
- 차문섭, “효행점고”, 「충효사상」, 단국대학교 출판부, 1980.
- 최상열, “특별한 부양과 기여분”, 「실무연구IV」, 서울가정법원, 2000. 6.
- 최성재, “유럽 여러 나라 노인의 가족부양정책”, 「노인복지정책연구」 제2권 3호, 한국노년학회, 1997.
- 최종효, “노부모부양에 관한 연구”, 한양대학교대학원 석사학위논문, 2000.

표계학, “사회주의국가의 사적 부양”, 「가족법연구」 제6호, 한국가족법학회, 1992. 12.

한웅길, “한국에서의 노부모부양과 부양료구상- 사법적 보호의 관점에서”, 「저스티스」 제46호, 한국법학원, 1997. 12.

3. 기타

통계청, 『사망원인통계』, 2004.

_____, 『2004년 고령자통계』, 2004.

_____, 『사회통계조사』, 각년도.

_____, 『인구총조사』, 각년도.

_____, 『인구주택총조사』, 1995.

통계청, 『2004년도 고령자사망원인분석결과』, 2005.

보건복지부, 『전국노인생활실태 및 복지욕구조사』, 1998, 2004.

_____, 『노인복지예산현황』, 1995, 2000, 2003.

<일본문헌>

權逸, 「韓國親族相續法」, 弘文堂, 1982.

明山和夫, 「扶養と社會福祉」, 有斐閣, 1974.

福島正夫, 「家族政策と法 I: 總論」, 東京大學出版會, 1975.

- Heinrich 著・世良晃志郎 譯, 「ドイツ法制史概説」, 創文社, 1971.
- 深谷松男, 「現代家族法」, 青林書院, 2002.
- 鈴木綠彌, 「親族法・相續法の研究」, 創文社, 1989.
- 五十嵐清・遠藤造・川井健・島津一郎 編, 「民法學の基礎知識(3)」, 有斐閣, 1975.
- 利谷信義, 「現代家族法學」, 法律文化社, 1999.
- 中川淳, 「夫婦・親子關係の法理」, 世界思想社, 2004.
- _____, 「核家族の法理」, 學陽書房, 1982.
- 川井健・久貴忠彦, 「親族・相續法」, 青林書院, 1988.
- 泉久雄 外 5人, 「民法講座 7: 親族相續」, 有斐閣, 1987.
- 清水兼男・森田宗一, 「家族關係」, 健帛社, 1985.
- 清山道夫, 「改正家族法論 I」, 法律文化社, 1971.
- 浦本寬雄, 「家族法」, 法律文化社, 2003.
- 黒木三郎監修, 「世界の家族法」, 敬文堂, 1991.
- 木下明, “親子の扶養”, 「家族問題と家族法 V」, 酒井書店, 1977.
- 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 5號,
有斐閣, 1954. 3.
- 上野雅和, “家族(親族)の扶養義務者-高齢者を取りまく家族”, 「自由と正義」 第45卷 10號, 日本辯護士聯合會, 1994,
- 西原道雄, “扶養の史的諸形態とその背景”, 「家族問題の家族法 V」,
酒井書店, 1977.

_____, “扶養と社會統制”, 「家族問題と家族法Ⅴ」, 酒井書店,
1977.

中川善之助, “親族的扶養義務の本質”, 「法律時報」 第38卷 6號, 日
本評論社, 1996. 6.

中川淳, “私的扶養の現代的地位”, 「法律時報」 第44卷 13號, 日本評
論社, 1972. 11.

<서양문헌>

Bromley P. M. & Lowe N. V., *Family Law*, London Butterworths,
1987.

Standley, kate., *Family Law in England and Wales, Family Law
in Europe*, London Butterworths, 1995.

ABSTRACT

A Study on the Improvement of Old Parent's Support System in the Civil Law

Goang-Ik Kim

Major of Judicial Administration



Graduate School of Public Administration

CheJu National University

Cheju, Korea.

Supervised by Professor Sang-Chan Kim

As many country nowadays are accepting the concept of welfare society, it is necessary to settle the support of old parents through the principle of public support. According to the Constitution of the Republic of Korea Article 10 and Article 34, it clearly clarifies such principle. However, as The Nation of Minimum Livelihood Security Law takes precedence over a

principle of private support, the problem with support of old parents just lies as a private support.

Nonetheless, there is no substantive enactment on the support of old parents in the civil law and such problem is solved through the duty of supporting kinship under Article 974. Through analyzation of Law, if the support of old parents is regulated under Article 974 and according to the traditional bi-pattern theory of private support, this is a secondary support. Thus, duty of support can only be enforced upon after examining the situation of indispensability support of old parents and the surplus support of a person responsible for the support. As a result, this turned out as a basis to evade one's responsibility of supporting one's old parent and became a factor of one of today's most serious problem on old aged.

Moreover, as principle of inheritance by equal distribution has been selected according to year 1990's amendment to the civil code, all the support has changed into a joint responsibility of every children, weakening the awareness of supporting one's old parents on contrary. Predicting such issues at that time, the Contributory Portion of support was established to settle the problem of support of old

parents through the Contributory Portion of support but only dispute between successors arose because of the indeterminacy of the Contributory Portion System. Legal problems related to the support of old parents is mass producing serious troubles of old aged along with one of present day highlights on the issue of aging. Therefore, if the nation cannot settle the support of old parents, we have to positively apply private support to fix such problem and the nation should definitely aid this.

As a solution, we can first indicate stipulating support of old parents as a primary support. There is a danger of aging parents being placed on difficult situation physically, mentally, and economically. Moreover, it is beyond all reason for one who has received benefits from one's parents to only support one's old parents when one's surplus support permits them while each parents have been forced to support each one of them until one becomes an adult. From the past, our society has considered reverence of one's parents as a matter of course and filial piety is believed as the best virtue in many religions. In addition, they view laziness in supporting one's parents as immoral so taking a look at responsibility of

supporting old parents as a secondary support, the law is encouraging to evade one's support of old parents. Hence, it is necessary to stipulate the responsibility of the support of old parents.

Secondly, when one has been idle in supporting one's old parents, we should legislate the regulation of giving a disadvantage in succeeding the property. In foreign countries, one who has been lazy in supporting one's parents is deprived from succeeding the property or receives a drawback. It is required for us to introduce such regulation.

Thirdly, it is the establishment of the Support of Inheritance portion System. This system, which has been continuously proposed to the government from the 15th to 17th National Assembly, is a institution that insures 50% of the joint-heir's inheritance in advance to the successor who has supported his old parents to give a substantial fairness between the joint-heirs. Even though it is heartbreaking to settle such issue through paying economical consequences, aging parents would be comfortably supported if we can solve the problem of supporting one's parents, which is the core of the problem of aging.