# 국민기초생활보장법상 부양의무자기준과 사회적 기본권의 보장 토론회

일시 : 2016년 6월 14일(화) 오후 2시
장소 : 국회의원회관 제2세미나실
주최 : 국회의원 양승조·남인순

# 인 사 말

**기초생활보장법 바로세우기 공동행동**

우리나라의 노인 빈곤율이 OECD 국가에서 가장 높은 수준(OECD 2011)입니다. 중위소득의 50%의 빈곤선을 기준으로 할 때 65세 이상 노인의 45.1%가 빈곤한 것으로 추산되었습니다. 이는 OECD 30개국 평균인 13.5%의 3배가 넘는 수치입니다. 특히, 혼자 사는 노인의 경우는 4명 중에 약 3명(76%)이 빈곤한 것으로 나타났으며, 이 역시 OECD 평균인 25%보다 3배 정도 높은 수준입니다.

반면, 2011년 기준으로 국민기초생활보장 수급자 138만명 중 노인의 비중은 27.4%이며, 노인 중 기초생활보장 수급자의 비율인 수급률은 6.7%입니다(통계청 2012). 노인의 최저생계비 기준 빈곤율이 30% 내외에 달하는 것임을 감안할 때, 노인수급률은 1/4 내외로, 최후의 안전망으로서 국민기초생활보장제도는 부양의무자기준과 재산기준이라는 높은 장벽으로 인해 절대 비곤 해소에 일부 기능만 담당하고 있는 것으로 평가되고 있습니다.

노인뿐만이 아닙니다. 최저생계비 이하의 소득으로 살아가면서도 공공부조의 사각지대에 놓여 있는 빈곤가구의 규모는 2010년 기준으로 400만명이 넘고, 이 중에서 부양의무자기준으로 공적 부조에서 배제되는 인구는 117만명으로 추산됩니다.

기초생활보장제도는 국민의 최저의 인간다운 생활을 보장하기 위한 제도로, 최후의 사회안전망에 해당합니다. 따라서 사각지대란 원래 생겨서는 안 되는 것

입니다. 그럼에도 우리나라 기초생활보장제도는 사각지대가 공공부조를 받는 범위보다 오히려 넓은 기현상을 보여 왔습니다. 공공부조에서 광범위한 사각지대의 발생은 인간의 최저한의 인간다운 생활에 관한 문제임에도, 국민기초생활보장법이 처음 시행된 2000년부터 15년 넘게 큰 변화 없이 방치되어 왔습니다.

그러나 깨끗한 티셔츠를 입었다고, 깔창을 가방에 숨겨 놓았다고, 빈곤의 고통을 얼굴에 드러내지 않는다고 계속해서 모르는 척하고 외면해도 되는 것인지, 본인이 어찌할 수 없는 부양의무자의 부양능력과 부양의지를 기준으로 공공부조를 제공하는 것이 국민소득 2만불의 대한민국에 사는 지금도 이대로 정당화될 수 있는 것인지, 우리가 이제라도 스스로에게 던져야 하는 질문입니다.

위 질문에 대해 깊이 있는 고민과 생각들을 모으고 나누는 뜻 깊은 자리가 될 수 있도록 토론회를 위해 많은 준비를 해주신 발제자와 토론자 분들께 심심한 감사를 드립니다.

# 인 사 말

**더불어민주당 국회의원 양승조**

더불어민주당 천안병 국회의원 양승조입니다.

오늘 남인순 의원님과 더불어 공익인권법재단 공감 전수안 이사장님을 비롯한 여러 변호사분들과 빈곤사회연대 강동진 집행위원장님 등 현장에서 빈곤 해소를 위해 노력하시는 분들을 모시고 「국민기초생활보장법상 부양의무자기준과 사회적 기본권의 보장」토론회를 개최하게 되어 커다란 영광입니다.

국민기초생활보장제도는 국민들에게 어떠한 경우에도 최소한의 생활을 보장하겠다는 취지로 도입된 제도입니다. 그럼에도 가난이 죽음으로 이어지는 일이 끊이지 않습니다. 제도가 있지만 부실했기 때문입니다. 그분들은 보호가 필요하지만 국가가 보호를 거부했기 때문입니다. 국가가 져야 할 책임을 개인에게 떠넘기고 있기 때문입니다.

우선 비정규직, 신용불량 등의 이유로 실업보험, 산재보험, 건강보험과 같은

공적 사회보장체계로 보호받지 못하는 국민들이 다수 존재합니다. 두 번째는 부양의무자 기준이나 근로능력 기준 등으로 인해 마지막 보루인 긴급복지지원도, 기초생활보장제도에서조차 배제되고 있습니다. 이렇게 117만명에 이르는 사람들이 국가가 책임지는 기초생활보장제도에서 배제되고 있습니다.

기초생활보장제도에서 적용하는 부양의무자 기준은 현실을 전혀 반영하지 못하고 있습니다. 사회보장정보원이 2012년 1월~12월까지 사회보장정보시스템의 행복e음에서 추출한 자료로 실제 기초생활보장제도 신청가구 중 부양의무자 기준 때문에 탈락한 5천 가구를 분석했는데, 전체 탈락가구(부양의무자 기준으로 탈락)의 부양의무자 실제소득을 조사한 결과 46%인 2,212가구는 자신들의 소득도 최저생계비 미만인 빈곤층이었습니다.

정부가 부양의무가 기준을 엄격하게 적용하는 이유를 재정 절감 이외의 다른 목적에서 찾기는 어렵습니다. 정부는 수급자의 도덕적 해이를 주장하지만, 실제는 정부의 책임 회피라고 볼 수밖에 없습니다.

무엇보다도 정부가 가지고 있는 가난에 대한 왜곡된 인식을 바꿔야 합니다. 정부는 "왜 부자들을 돕는 것은 투자라고 하고 가난한 이들을 돕는 것은 비용이라고 말하는가?"라는 질문을 진지하게 받아들여야 합니다.

복지 혜택을 받기 위해 수급 신청자에게“얼마나 비참하게 가난한 지를 증명하고, 그나마 도와주는 사람이 없다는 사실을 선언”하기를 강요하고, 담당 공무원에게 “먼지 털듯이 조사해서 거짓이 있지 않은 지를 확인”하게 하면, 수급 신청자는 모욕을 느끼게 되고 담당 공무원은 검열자가 될 수밖에 없습니다.

세상에 가난을 목표로 성장하는 아이는 없습니다. 가난해지겠다며 노력하는 사람도 없습니다. 아무리 일하려 해도 일자리를 구할 수 없고, 일해도 생계를 유지할만한 임금이 안 되며, 언제든 해고당할 수 있는 상황에 내몰린 사람들이

대다수입니다.

이것은 개인의 책임이 아닙니다. 국가와 사회의 책임입니다. 모든 국민은 사람다운 삶을 누릴 권리가 있습니다. 각종 복지제도와 기초생활보장제도는 이 권리를 국가가 책임지기 위한 것입니다.

분명하게 말씀드립니다. 가난은 죽음으로 이어져야 할 불치병도 아니고, 비난과 모욕을 받아야 할 범죄도 아닙니다.

오늘 이 토론회가 과도하게 엄격한 부양의무자 기준으로 최소한의 생활보장조차 받지 못하는 기초생활수급 탈락자를 비롯한 복지사각지대에 처한 많은 분들에게 작은 희망이라도 줄 수 있는 계기가 되기를 바랍니다. 이렇게 의미 있는 토론회를 준비해 주신 남인순 의원님과 발표를 맡아 주신 강릉원주대학교 다문화학과 김지혜 교수님, 이화여자대학교 법학전문대학원 박귀천 교수님, 법무법인(유한) 태평양 박성민 변호사님, 서울사회복지공익법센터 배진수 변호사님과 토론에 참여해 주신 법무법인(유) 로고스 한정애 변호사님, 한국보건사회연구원 김미곤 부원장님, 빈곤사회연대 강동진 집행위원장님, 서울가정법원 김형률 판사님, 경희대 법학전문대학원 정태호 교수님 그리고 보건복지부 박재만 기초생활보장과장님께 깊은 감사를 드립니다.

참석하신 모든 분들의 가정에 건강과 행복이 가득하기를 바랍니다.

# 인 사 말

**더불어민주당 국회의원 남인순**

안녕하십니까?
더불어민주당 국회의원 남인순입니다.

우선 오늘 행사를 함께 공동주최 해 주신 양승조 보건복지위원장님께 감사드립니다. 또한 행사를 준비하느라 고생하신 공익인권법 재단 공감·기초법바로세우기공동행동· 법무법인 태평양·서울사회복지공익법센터·성균관대 법학전문대학원 리걸 클리닉 '복지사회를 위한 변론'·재단법인 동천·화우 공익재단 여러분께도 진심으로 감사드립니다.

그리고 발제를 맡아주신 김지혜 교수님, 박귀천 교수님, 박성민 변호사님, 배진수 변호사님과 토론으로 함께 해 주신 한정애 변호사님, 김미곤 부원장님, 강동진 집행위원장님, 김형률 판사님, 정태호 교수님, 박재만 과장님께 감사드립니다.

우리나라에서는 빈곤층을 보호하기 위한 공공부조 제도로 국민기초생활보장 제도가 시행되고 있습니다. 헌법에 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다"라고 명시되어 있으며, 국민기초생활보장법에도 "건강하고 문화적인 최저 생활을 유지하도록 한다"고 명시되어 있습니다. 그럼에도 불구하고 기초생활보장제도는 이 기준에 턱없이 부족한 제도입니다. 최저 생계비가 '최저 생존비'가 된 지 오래이며, 부양의무자 기준 때문에 제도의 대상이 되지 못하는 이들이 너무 많기 때문입니다.

가난한 사람을 가난한 가족이 부양하게 만든 부양의무제 때문에 기초생활보장 급여를 받아야 할 사람이 수급을 받지 못하고 있습니다. 현재 기초생활보장 급여를 받는 사람은 전체 인구의 3%에 불과합니다. 부양의무자 제도 때문에 수급을 받지 못하는 비수급 빈곤층이 무려 103만 명입니다. 이는 기초생활보장 수급자의 74%에 달하는 수치입니다. 이러한 상황에서 정부는 개별급여를 도입하면서 부양의무자 기준 조금 완화하였을 뿐 부양의무자 제도 자체를 폐지하지는 않았습니다.

현재 부양 의무자의 평균 소득을 보면 부양 의무자들이 자신의 부모들을 실질적으로 지원하기가 어려운 상황입니다. 이러한 사정을 뻔히 아는 정부가 가난한 사람에게 더 가난한 사람의 생계를 떠넘기는 일을 벌이고 있는 것입니다.

이러한 상황에서 부양의무자 제도의 문제를 고민하는 여러 단체들, 변호사님들과 함께 부양의무자 제도의 위헌성을 논하는 자리를 개최하여 매우 기쁘고 감사합니다. 저는 중앙생활보장위원회에서 활동을 한 적도 있는데 부양의무자 제도의 위헌성에 대한 문제제기는 이번이 처음인 것 같습니다.

오늘 토론회에서 부양의무자 제도의 위헌성에 대한 다양한 문제의식과 의견이 도출되었으면 합니다. 저는 오늘 나온 의견을 바탕으로 하여 법 개정과 제도 개선을 위해 최선을 다하겠습니다. 약자가 더욱 행복한 삶을 살 수 있는 사

회를 만들기 위해 노력하겠습니다.

바쁘신 와중에도 오늘 토론회에 참석해 주신 모든 분들께 감사드립니다.
감사합니다.

# 순 서

| | | |
|---|---|---|
| 개회사 | 14:00-14:10 | 국회의원 양승조<br>국회의원 남인순 |
| | | 사회: 김준우 변호사(법무법인 화우) |
| 좌장 | 전수안 공익인권법재단 공감 이사장 | |
| 발제 | 14:10-14:30 | 국민기초생활보장법 부양의무자 기준의 위헌성<br>- 강릉원주대학교 다문화학과 김지혜 교수 |
| | 14:30-14:50 | 독일 연방헌법재판소의 하르츠IV 위헌결정에 따른 사회권 침해 위헌심사기준 및 그 의의<br>- 이화여자대학교 법학전문대학원 박귀천 교수 |
| | 14:50-15:10 | 평등권 침해를 중심으로 본 부양의무자기준의 위헌성<br>- 법무법인(유한) 태평양 박성민 변호사 |
| | 15:10-15:30 | 부양의무 거부·기피의 개념적 불명확성과 과도한 증명책임 부담으로 인한 공공부조를 받을 권리에 대한 침해<br>- 서울사회복지공익법센터 배진수 변호사 |
| | 15:30-15:40 | 휴식 |
| 토론 | 15:40-15:55 | 일본의 공공부조법상의 부양의무자에 의한 부양우선의 원칙<br>- 법무법인(유) 로고스 한정애 변호사 |
| | 15:55-16:10 | 김미곤 한국보건사회연구원 부원장 |
| | 16:10-16:25 | 빈곤사회연대 강동진 집행위원장 |
| | 16:25-16:40 | 서울가정법원 김형률 판사 |
| | 16:40-16:55 | 보건복지부 기초생활보장과장 |
| | 16:55-17:10 | 경희대 법학전문대학원 정태호 교수 |
| 전체 토론 | 17:10-17:40 | |

# 목 차

**발제 1** ····· **19**

■ 국민기초생활 보장법 부양의무자 기준의 위헌성

– **김지혜**(강릉원주대학교 다문화학과 교수)

**발제 2** ····· **37**

■ 독일 연방헌법재판소의 하르츠Ⅳ 위헌결정에 따른 사회권 침해 위헌심사기준 및 그 의의

– **박귀천**(이화여자대학교 법학전문대학원 교수)

**발제 3** ····· **79**

■ 평등권 침해를 중심으로 본 부양의무자 기준의 위헌성

– **박성민**(법무법인(유한) 태평양 변호사)

**발제 4** ····· **101**

■ 부양의무 거부·기피의 개념적 불명확성과 수급권자에 대한 과도한 증명책임 부과로 인한 공적부조수급권의 침해

– **배진수**(서울시복지재단 서울사회복지공익법센터 변호사)

**토론 1** ····· **127**

■ 일본 생활보호법상의 부양의무자에 의한 부양 우선의 원칙

– **한정애**(법무법인(유한) 로고스 변호사)

**토론 2** ····· **145**

– **김미곤**(한국보건사회연구원 부원장)

**토론 3** ····· **149**

– **강동진**(빈곤사회연대 집행위원장)

**토론 4** ····· **157**

– **김형률**(서울가정법원 판사)

**토론 5** ····· **161**

– **박재만**(보건복지부 기초생활보장과 과장)

**토론 6** ····· **165**

■ 국민기초생활보장법에 의한 수급권자 정의의 위헌성

– **정태호**(경희대학교 법학전문대학원 교수)

# 발 제

[발제문 1]

# 국민기초생활 보장법 부양의무자 기준의 위헌성*

▸ **김지혜_**강릉원주대학교 다문화학과

## I. 들어가며: '비수급 빈곤층'이 존재한다는 제도적 결함

한국보건사회연구원에 따르면 소득인정액이 최저생계비 미만임에도 불구하고 수급자에서 탈락하는 사각지대에 속한 비수급빈곤층이 2010년 기준 추산 약 117만명(66만 가구)에 이른다.[1] 이 중 대다수가 '부양의무자 기준' 때문에 수급에서 제외되는 것으로 분석된다. 2009년 보건복지가족부와 한국보건사회연구원이 비수급 빈곤층 7,417가구를 대상으로 한 연구에서, 소득인정액이 최저생계비 이하인데도 불구하고 부양의무자 때문에 수급에서 제외되는 비율이 약 74%로 나타났다.[2] 2014년 국가인권위원회의 용역으로 실시된 "최저생계비 이하 비수급 빈곤층 인권상황 실태조사"에서는, 비수급 빈곤층 300가구를 대상으로 한 조사에서 응답자의 54.5%가 탈락 이유로 '부양의무자의 소득과 재산이 많아서'라고 하여 가장 큰 비중을 차지하였다.[3]

국민기초생활보장법(이하 '기초보장법')은 "생활이 어려운 사람에게 필요한

---

* 이 글은 2013년 2월에 발표된「국민기초생활 보장법 부양의무자 기준의 위헌성」공법연구(한국공법학회), 41(3), 111~135쪽의 글을 본 토론회의 목적에 맞게 발췌하고 일부 수정·보완하여 수록한 것으로서, 위 논문의 내용에서 상당부분을 별도의 인용표시 없이 가져왔음을 밝혀둔다. 따라서 이 글의 내용에 대한 인용이 필요한 경우 반드시 원 출처 논문을 참조하여 주시기를 당부드린다.

1) 이태진 외 16인, 빈곤정책 선진화를 위한 실태조사 연구, 한국보건사회연구원, 2011, 196쪽.

2) 김미숙 외 11인, 능동적복지 확충을 위한 복지실태 및 복지욕구 조사 연구: 비수급빈곤층을 중심으로, 보건복지가족부・한국보건사회연구원, 2009, 125쪽.

3) 문진영 외, 최저생계비 이하 비수급 빈곤층 인권상황 실태조사. 국가인권위원회, 2014, 162쪽 (심층면접조사에서도 부양의무자 기준이 비수급의 가장 큰 원인으로 보고되었다).

급여를 실시하여 이들의 최저생활을 보장하고 자활을 돕는 것을 목적"으로 한다(제1조). 그렇다면 이와 같이 실제로 빈곤함에도 불구하고 해당 사회보장제도의 혜택을 받지 못하는 이 소위 '사각지대'를 어떻게 이해해야 할까? 우선, 이러한 '사각지대'가 존재한다는 사실 자체가 현재 제도의 결함을 드러내고 있다는 점을 인정하고 논의를 시작하고자 한다. 그리고 '실제로 빈곤한 사람이 부양의무자 기준 때문에 사회보장을 받지 못한다'는 문제의 제도적 결함이 어디에서 발생하며 이 문제가 얼마나 심각한 것인지 헌법상 보장되는 기본권에 비추어 이야기해보고자 한다.

## II. 부양의무자 기준을 어떻게 이해할 것인가

### 1. '실질부양'이 아니라 '잠재적 부양가능성'이 없어야 한다는 요구

부양의무자 기준은 흔히 사적부양을 공적부양에 우선하는 원칙에서 도출된다고 이해된다. 기초보장법 제3조 제2항에서는 "부양의무자의 부양과 다른 법령에 따른 보호는 이 법에 따른 급여에 우선하여 행하여지는 것으로 한다."라고 하여, 사적부양이 있을 때에는 국가가 개입하지 않는 것을 원칙으로 한다. 따라서 부양의무자에 의한 부양이 없을 때에야 비로소 국가가 공공부조를 제공한다는 원칙 속에서 이 수급자격기준을 설명한다.[4)]

그러나 현행 '부양의무자 기준'의 문제는 이 사적부양 우선의 원칙으로 설명되지 않는다. 이 자리에서 이야기하는 '사각지대'는 '가족의 부양을 받을 수 있음에도 불구하고' 국가에게 부양하라고 요구하면서 발생하는 문제가 아니기 때문이다. 현재 제기되는 쟁점의 핵심은 국민기초생활보장제도의 존재에도 불구하고 '가족도 국가도 부양하지 않는 법적 공백'이 발생하고 있다는 것이다. 이러한 문제가 왜 발생하는지 이해하기 위해 부양의무자 기준에 대해 자세히 살펴볼 필요가 있다.

---

4) 김종수, 「국민기초생활보장법상 수급요건에 관한 검토」, 사회보장법연구(서울대 사회보장법연구회), 2012, 23쪽 참조.

현행 기초보장제도에서 수급자격을 정하는 기준으로는 소득인정액 기준과 부양의무자 기준의 두 가지가 있다. 이중 소득인정액은 “보장기관이 급여의 결정 및 실시 등에 사용하기 위하여 산출한 개별가구의 소득평가액과 재산의 소득환산액을 합산한 금액”(기초보장법 제2조 제9호)을 의미한다. 소득인정액은 개인이 아닌 가구단위로 평가되며, 여기서 ‘개별가구’는 “수급자 또는 수급권자로 구성된 가구”(같은 법 제2조 제8호)를 말한다. 같은 법 시행령에서는 개별가구에 세대별 주민등록표에 기재된 자로서 생계나 주거를 같이 하는 자와 세대별 주민등록표에 기재된 자의 배우자 및 30세 미만 미혼자녀 등이 포함된다(기초보장법 시행령 제2조).

‘소득인정액’이 실제소득과 재산의 가치 등으로 환산되는 경제적 능력을 평가하는 것으로서 가족을 포함한 가구단위로 평가된다는 점은 또 다른 수급자격 기준인 부양의무자 기준의 성격을 이해하기 위해 중요한 사실이다. ‘사적부양이 있을 때에는 국가가 개입하지 않는다’는 원칙이 이미 소득인정액에 반영되어 있다는 면에서 그러하다. 즉, 수급신청인이 개인 수입을 비롯해 가족 등으로부터 받는 모든 소득과, 같은 세대로 함께 살고 있는 사람이나 세대별 주민등록표에 기재된 자의 배우자나 미혼자녀의 소득 등, 이미 가족과 관련하여 발생하는 실질적 소득이 수급신청자의 수급자격을 평가하는 데 고려된다는 의미이다. 그렇다면 수급자격의 판단 기준으로서 ‘부양의무자 기준’이란 무엇을 평가하는 것일까?

‘부양의무자 기준’은 기초보장법상의 급여과 관련하여 ‘부양의무자가 없거나, 부양의무자가 있어도 부양능력이 없거나 부양을 받을 수 없는 사람’이어야 수급할 수 있도록 한 기준을 말한다.[5] 여기서 ‘부양의무자’란 수급권자의 1촌의 직계혈족(부모, 아들·딸) 및 그 배우자(며느리, 사위 등)로 정의되며, 다만 사망한 1촌의 직계혈족의 배우자는 제외된다(기초보장법 제2조 제5호). 이 기준을 간단히 설명하자면, 부양의무자와 관련하여 세 가지의 경우에 수급자격을 가질 수 있다. 첫째, 부양의무자, 즉 1촌의 직계혈족이나 그의 배우자가 전혀 없는 사람이다. 둘째, 부양의무자가 있지만 부양의무자 역시 경제적으로 어려

5) 국민기초생활보장법 제8조 제2항(생계급여), 제12조 제3항(교육급여), 제12조의3 제2항(의료급여) 참조.

운 경우로 부양의무자의 '부양능력이 없는' 사람이다. 셋째, 부양의무자의 군복무, 해외이주 등의 사정으로 '부양받을 수 없다'고 인정되는 사람이다.

그런데, 앞에서 언급한 바와 같이 가족으로부터 발생하는 모든 '실질적 소득'이 소득인정액 기준에서 이미 고려된다는 점을 고려하면, 부양의무자 기준에서 평가하고 있는 것은 가족으로부터 받을지도 모르는 소득, 즉 '잠재적 부양가능성'이다. 말하자면, 현행 부양의무자 기준의 주요한 특징은, 사적부양이 '실질적으로' 없거나 부족하다는 것이 아니라 '잠재적 가능성'조차 없어야 한다는 상당히 엄격한 요건을 수급자격기준으로 삼고 있다는 점이다. 부양의무자 기준에서는 수급신청자의 실질적 소득이 아니라 수급신청자와는 무관한 부양의무자의 독립적인 소득과 재산으로 추정되는 잠재적 부양가능성을 판단하고 이를 이유로 수급대상에서 제외할 수 있도록 한다.

## 2. 잠재적 부양가능성을 실질소득과 동치시킬 수 없는 이유

비수급 빈곤층의 문제는 부양의무자의 잠재적 부양가능성과 실제부양 사이에 현실적으로 상당한 간극이 있다는 사실에서 발생한다. 법적으로 부양의무자에게 부양능력이 있다고 인정되는 경우라도 실제부양이 이루어지지 않아 괴리가 발생하는 것이다. 부양의무자 기준에서 잠재적 부양가능성을 이유로 생계가 어려운 자를 수급자에서 제외하는 이론적인 근거는, '잠재적 부양가능성이 실질소득으로 환원될 수 있다'는 대전제에 기초한다고 볼 수 있다. 문제는 이 전제의 타당성이다.

이 전제가 타당성을 가지려면 부양의무가 도덕적으로 혹은 법적으로 이행된다고 가정해야 한다. 하지만 우선, 도덕적 규범으로서 부양의무가 이행되기를 기대하는 것은 타당하지 않다. 소득인정액 조사를 통하여 부양이 이루어지지 않고 있음이 확인된 상태에서 도덕적 부양의무규범을 이야기하는 것은 무의미하다.

법적으로는 민법상 인정되는 부양청구권을 근거로 부양의무이행을 가정해 볼 수 있다.[6] 본인의 생활이 어려울 때 부양능력이 있는 부양의무자를 상대로 소

송하여 사적부양비를 청구할 것이라고 보는 것이다. 하지만 민법상 부양청구권이 있다고 하더라도 이 권리를 실질소득과 동치시켜 취급하는 것은 현실성이 결여된 가정이다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 민법상의 부양받을 권리는 법원의 판결을 거쳐야만 확정되는 권리로, 기초보장법 상의 자격요건을 심사할 당시에 부양가능한 부양의무자가 있다는 사실만으로는 부양이 실질화되었다고 가정하기에 불확정적인 요소가 지나치게 많다. 해당 부양의무자에 대하여 부양의무가 실제로 인정될지 여부가 불확실할 뿐만 아니라, 부양의무의 부담은 어느 정도 수준일지, 부양의무자가 여러 명일 경우 누가 얼마만큼의 부양의무를 담당할지 미확정적이다.[7)]

민법상 부양의무 판정기준은 기초보장법에서 소득과 재산을 중심으로 목록화된 행정지침에 따라 부양의무자의 부양가능성을 판정하는 것과 다르다. 따라서 같은 사건이라도 법원과 행정청의 서로 다른 판단을 내려 어느 쪽에서도 부양받지 못하는 공백이 발생할 수 있다. 그럼에도 불구하고 미래에 '있을지도 모르는' 소득을 이유로 현재 생계에 위협을 받는 자에 대하여 수급자격을 거부하는 것이 타당하다고 보기 어렵다.

둘째, 소득이 최저생계비 이하인 사람이 부양청구권을 행사하기 위해 실제로 법적 소송을 할 것이라는 기대는 현실을 간과한 무리한 가정이다. 정보접근이 상대적으로 어려운 빈곤층의 경우 이러한 권리가 존재한다는 사실을 모를 가능성이 많을 뿐 아니라, 설사 알고 있더라도 비용과 시간이 많이 드는 소송을 시

---

6) 우리 민법에서는 '직계혈족 및 그 배우자간'과 '기타 생계를 같이 하는 친족간'에 서로 부양의 의무가 있다고 규정하고 있다(민법 제974조). 단 '부양의 의무는 부양을 받을 자가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없는 경우에 한하여' 이를 이행할 책임이 있고(민법 제975조), 그 부양의 정도나 방법에 관하여 당사자간에 협정이 없는 때 당사자의 청구에 의하여 법원이 이를 정할 수 있다(민법 제977조). 기초보장법에서 부양의무자 범위는 '1촌의' 직계혈족 및 그 배우자로 민법보다 좁게 정하고 있어 기초보장법상 부양의무자는 당연히 민법상 부양의무에 관한 조항의 적용대상이 된다.

7) 김수정, 「한국의 빈곤정책에서 '부양의무자 기준'의 변화와 쟁점: 가족부양 '범위' 및 '부양비'를 중심으로」, 경제와 사회, 통권 제59호, 2003, 211쪽. 실제로 우리 대법원 판례를 살펴보면 여러 명의 부양의무자 자녀가 있을 때 부모의 과거 양육기여에 따라 분담비율을 서로 다르게 결정하기도 하고(대법원 1994. 6. 2. 자, 93스11 결정), 여러 명의 부양의무자 중에서 배우자의 부양의무를 친족 간의 부양의무에 우선하기도 하며(대법원 2012. 12. 27. 선고, 2011다96932 판결), 부양의무자와 부양권리자 사이에 협정이 있는 경우 법원이 임의로 협정의 내용을 가감하여 부양관계를 조절할 수 없다고 하는 등(대법원 1992. 3. 31. 선고 90므651,668(병합) 판결), 민법상 부양의무에 대한 법원의 판단에서는 부양의무자와 부양권리자 사이의 관계의 질, 우선순위, 협정 등이 종합적으로 고려된다.

작하고 지속한다는 것이 쉽지 않다. 법률구조제도와 같이 소송을 가능하게 하는 장치가 있다고 하더라도, 가까운 가족 간에 소송을 한다는 것이 일반적으로 쉽지 않은 결정일 뿐만 아니라, 부양의무자 역시 유사하게 빈곤한 경제 상태에 있을 확률이 높아[8] 이러한 법적 권리의 실효성이 의심된다.

우리 민법상 부양의무조항에 해당하는 규정이 해외에서 이미 오래 전부터 폐기되어 온 것을 이런 맥락에서 이해할 수 있다. 영국의 경우 1601년 빈민구제법(English Poor Relief Act)부터 가족의 부양의무를 강제하는 조항을 가지고 있었지만 복지국가체제를 구축하면서 폐기하였다.[9] 미국의 경우 성인자녀의 부모부양의무를 규정한 법률(filial support laws)이 영국 식민지시대에 도입되어 한 때 45개 주에 퍼져 있었으나, 1930년대 이후 복지제도를 구축하면서 점차 폐기되어 2012년 현재에는 29개 주만이 관련 규정을 가지고 있다.[10] 아직 이 규정이 남아있는 주에서도 거의 집행이 되지 않아 사실상 사문화되어 있는 상태이다.[11]

결국 민법상 부양의무와 기초보장법상 부양의무를 동일하게 취급할 수 없고 민법상 부양청구권의 실효성마저 의심되는 상태에서, 부양청구권을 실질소득과 동치시키는 것은 상당히 무리가 있다. '잠재적 부양가능성이 실질소득으로 환원될 것'이라는 전제가 타당하다고 보기 어렵다는 의미이다. 비수급 빈곤층이라는 사각지대는 이 '잠재적 부양가능성'에 대한 전제가 비현실적이기 때문에 발생한 결과라고 해석할 수 있다. 그리고 '소득인정액' 평가를 통해 실제로 빈곤하다고 판단된 사람에게, 단순히 부양의무자라는 '잠재적 부양가능성'을 이유

8) 김미숙 외 11인, 앞의 글, 119쪽. 이 연구에서 비수급빈곤층 가구 중 78.3%가 부양의무자로부터 물질적 지원을 받지 못한 이유가 부양의무자가 경제적으로 여력이 되지 않았기 때문이라고 응답하였다.

9) Kaite Wise, "Caring for Our Parents in an Aging World: Sharing Public and Private Responsibility for the Elderly," 5 *N.Y.U. Journal of Legislation and Public Policy* 563, 2001-2002.

10) Katherine C. Pearson, "Filial Support Laws in the Modern Era: Domestic and International Comparison of Enforcement Practices for Laws Requiring Adult Children to Support Indigent Parents," *Elder Law Journal*, Fall 2012. 가장 최근에는 2011년에 아이다호주가 관련 규정을 폐기하였다. 우리나라도 헌법상 사회적 기본권과 사회국가원리의 맥락 속에서 민법상 부양의무자 규정을 검토해 볼 필요가 있다.

11) Katherine C. Pearson, 앞의 글; Kaite Wise, 앞의 글. 미국에서는 최근 민간요양시설이 서비스를 제공한 뒤 부양청구권을 근거로 막대한 비용을 부양의무자에게 청구하는 사례가 나타나고 있어 이 규정 남용의 소지를 우려하여 폐지론이 제기되고 있다.

로 기초적인 사회보장을 거부하는 것이 타당한지에 대해 헌법적 문제가 제기된다. 아래에서는 인간다운 생활을 할 권리 및 인간의 존엄성, 평등권, 사생활의 비밀 등 세 가지 기본권의 측면에서 그 위헌성을 살펴보고자 한다.[12]

## III. 부양의무자 기준의 위헌성

### 1. 인간다운 생활을 할 권리 및 인간의 존엄성

우리 헌법 제34조 제1항에서 보장하는 인간다운 생활을 할 권리는 "인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리"로서, 법률을 통해 구체화된다.[13] 이 규정을 근거로 우리 헌법재판소는 "입법부나 행정부가 국민으로 하여금 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지" 국가기관 행위의 합헌성을 심사한다.[14] 국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 않았거나 "그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우" 헌법에 위반된다고 본다.[15] 생계를 위한 '최소한의 필요한 보장'은 헌법 제10조에서 보장하는 인간으로서의 인격과 본질적 가치를 지키기 위해 헌법적으로 보호되는 권리이기도 하다.[16]

기초보장법은 이러한 헌법상 권리를 법률로써 구체화한 입법으로서,[17] 생활이 어려운 자에게 '최소한의 생계'를 유지할 만큼의 지원을 하는 보장제도이다.

---

12) 원 출처 논문인 김지혜, 「국민기초생활 보장법 부양의무자 기준의 위헌성」 공법연구(한국공법학회), 41(3), 2013, 111~135쪽에서는 위헌성의 근거로 부양의무자에 대한 재산권 침해의 가능성을 언급하였으나, 이 글에서는 부양권리자에 대한 기본권 제한에 초점을 두어 이 부분을 제외하고 논의한다.

13) 헌재 2004. 10. 28. 선고, 2002헌마328 결정.

14) 헌재 2004. 10. 28. 선고, 2002헌마328 결정.

15) 헌재 2004. 10. 28. 선고, 2002헌마328 결정.

16) 우리 헌법재판소는 "기본권제한에 있어서 인간의 존엄과 가치를 침해한다거나 기본권형성에 있어서 최소한의 필요한 보장조차 규정하지 않음으로써 결과적으로 인간으로서의 존엄과 가치를 훼손한다면 헌법 제10조에서 규정한 인간의 존엄과 가치에 위반된다"고 보아야 한다고 설시한 바 있다. 헌재 2004. 10. 28. 선고, 2002헌마328 결정.

17) 홍성태, 「인간다운 생활을 할 권리와 국민기초생활보장법의 헌법적 의의」, 법조, 제531호, 2000, 227쪽(국민기초생활보장법 제정을 통해 "한때 헌법상의 장식으로만 그쳤던 사회적 기본권이 명실상부하게 국민의 생존을 담보하는 구체적 권리"가 되었다).

다른 가능한 모든 생계수단이 기능하지 않을 때 가장 마지막에 존재하는 사회안전망이기 때문에, 기초보장법에서의 수급자격은 개인의 생존을 가름하는 문제가 된다. 기초보장법이 이러한 입법취지를 달성하고 생존이라는 인간의 가장 기본적이고 중대한 권리를 보장하려면, 분명 '실제' 생활수준에 기초하여 수급자격을 마련해야 할 것이지 법적으로 인정되는 가상의 상태를 만족시켰다고 하여 그것으로 충분하다고 할 수 없을 것이다.

이에 비추어 볼 때, 현행 부양의무자 기준에서 실질부양이 아닌 잠재적 부양가능성을 이유로 급여지급을 거부하는 것은 기초보장법의 입법취지와 헌법적 요구에 부합하지 않는다. 앞에서 논의한 대로, 민법상 부양청구권이 있다고 하여 일정소득이 있다고 '간주'하기에는 부양청구권이 실질소득으로 환원되기까지 불확정적인 요소가 매우 많고, 기초보장법상 부양의무 판정과 일치하지 않을 수 있으며, 부양청구권의 실효성도 의심되기 때문이다. 이렇게 '부양의무자의 잠재적 부양가능성으로부터 부양권리자의 소득을 추정할 수 있다'는 전제가 뒷받침되지 않는 상태에서 부양의무자 기준을 이유로 생계가 어려운 자에 대하여 수급을 거부하는 것을 헌법적으로 정당화하기 어렵다.

뿐만 아니라, 부양의무자 기준은 '부양권리자'가 수급자격을 획득하기 위하여 통과하여야 하는 기준이기 때문에, 사실상 부양권리자에게 '부양받을 책임'을 부여한다는 점에서 구조적 모순이 있다. 부양의무자가 부양의무를 이행하지 않는 경우, 의무불이행 사정에 대한 입증부담을 부양의무자가 아니라 오히려 의무불이행으로 인한 피해를 당하고 있는 부양권리자가 수급신청자로서 최종적으로 가지며, 그 사정을 입증하지 못할 때 결과적으로 불이익을 받는 것도 수급자격을 획득하지 못하는 부양권리자이다. 부양의무자의 부양의무이행의 실패에 따른 불이익을 부양의무자가 아닌 부양권리자가 감당하는 구조인 것이다.

결국 부양의무자 기준은 부양권리자에게 부양받을 권리가 아니라 '의무'를 부과하는 궤변적인 요건이며, 부양받지 못한 피해자를 오히려 '벌하는' 부정의한 규정이라고 할 수 있다. 사회보장급여의 거부나 정지가 형사적 제재는 아니지만 그 영향은 사실 형사적 제재보다 더욱 심각할 수 있기 때문이다.[18] 이는

18) Danny Pieters, *Social Security: An Introduction to the Basic Principles*, Kluwer Law Internat

헌법상 용인될 수 없는 '현저히 불합리한' 입법이며 '재량의 범위를 명백히 일탈한 경우'로서, 최소한의 생활을 보장하는 인간다운 생활을 할 권리와 인간의 존엄성에 부합하지 않는다고 할 것이다.

2. 평등권

우리 헌법 제11조에서는 "모든 국민은 법 앞에 평등하다."고 하여, 국가가 합리적인 이유 없이 어떤 집단을 차별적으로 대우하는 것을 금지하며, 헌법에서 차별금지의 특별한 명령을 내리고 있는 경우에는 심사기준을 더 엄격히 적용하여 입법을 통제한다.[19] 헌법 제36조 제1항에서는 혼인과 가족생활을 보장하고 있는데,[20] 이에 관하여 헌법재판소는 이 조항이 헌법 제11조의 평등원칙과 결합하여 "혼인과 가족을 부당한 차별로부터 보호하고자 하는 목적"을 가지고 있다고 본다.[21] 이에 따라 헌법재판소는 가족이 있는 자를 차별취급하는 법률에 대하여 비례원칙에 의한 심사를 해야 한다고 설시한 바 있다.[22]

부양의무자 기준은 가족관계를 이유로 하여 수급자격에서 차별을 두는 규정이라고 볼 수 있다.[23] 실제 부양사실이 없고 빈곤상태에 있다는 점이 같은데도 불구하고, 부양의무자 가족이 있다는 이유로, 또는 부양의무자의 부양능력이 있다는 이유로, 그렇지 않은 경우와 다르게 취급되기 때문이다. 그렇다면 부양의무자의 유무 또는 부양능력에 따라서 수급신청자를 다르게 취급하는 데에는 합리적인 이유가 있어야 하는데, 앞에서 논의하였듯이 잠재적 부양가능성이 있다는 사실만으로 소득이 있는 것처럼 다르게 취급하는 것을 합리적인 차별이라고 할 수 없다. 오히려 가족을 구성하고 자녀를 키워 세대의 지속성을 가능케 한 사회적 기여가 있는 경우에 결과적으로 더욱 엄격한 기준에 따라 수급을

---

ional, 2006, 117-178쪽.

19) 한수웅, 헌법학, 법문사, 2011, 556쪽.

20) 헌법 제36조 제1항("혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.").

21) 헌재 2008. 11. 13. 선고, 2006헌바112 결정.

22) 헌재 2008. 11. 13. 선고, 2006헌바112 결정; 한수웅, 앞의 책, 556-557쪽.

23) 김남근, 「기초생활수급자 부양의무자 요건의 법적 쟁점」, 사회보장법학(한국사회보장법학회), 2012, 160쪽.

제한당하는 부당한 차별을 낳는다는 문제도 있다.

가족부양강화라는 정책적인 이유로도 합리적인 차별이라고 정당화하기 어렵다. '잠재적 부양가능성이 없다'는 부정적 요건을 수급자격기준으로 설정하는 것으로는 이미 부양을 하고 있지 않은 부양의무자의 행동변화를 유인하거나 부양의무이행을 강제하는 효과를 기대할 수 없기 때문이다. 반대로 수급신청자가 본인의 생존을 위해, 또는 가족이 그 수급신청자를 위해, 가족관계를 영구히 단절시키도록 촉진하는 부작용도 간과할 수 없다.

### 3. 사생활의 비밀

우리 헌법에서는 제10조에서 보장하는 인격권으로부터 사생활 보호에 대한 권리가 도출된다.[24] 나아가 제17조에서 "모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 않는다."고 하여 사생활의 비밀을 개별적 기본권으로 구체화하여 적극적으로 보호하고 있다. 이 사생활의 비밀에는 "자신의 개인정보의 공개와 사용에 관하여 스스로 결정할 권리", 즉 개인정보자기결정권이 포함된다.[25] 일반적으로 국가가 사회보장제도를 운영하기 위해 개인의 정보가 필연적으로 요구되지만, 그 요구가 추구하는 공익에 비추어 과도해서는 안 되며[26] 수집하는 내용은 수집목적에 비추어 필요한 만큼으로 한정되어야 한다는 원칙이 여기에서 도출된다.[27]

기초보장법은 사회보장제도 중에서도 최후의 안전망으로 이 수급자격판정을 위한 정보공개요구는 생존과 직결되는 불이익을 초래할 수 있다는 점에서 더욱 신중한 접근이 필요하다. 생존을 담보로 하여 정보를 요구하는 경우, 개인정보의 공개와 사용에 관하여 스스로 결정할 자율성이 크게 제약된다. 수급신청자는 개인의 인격과 사생활을 훼손하는 수준의 정보까지도 생존을 위하여 어쩔 수 없이 제공하게 되거나, 혹은 그 요구가 과도하여 정보제공을 거부하기로 하면

24) 한수웅, 앞의 책, 524쪽.
25) 한수웅, 앞의 책, 525쪽; 헌재 2005. 7. 21. 선고, 2003헌마282 결정.
26) Danny Pieters, 앞의 책, 121-124쪽.
27) 한수웅, 앞의 책, 537쪽.

결과적으로 생존에 위협을 받아, 어느 선택이든 문제가 있다.[28] 그러므로 "인간다운 생활을 보장하기 위한 전제조건으로서 개인의 생활을 포괄적으로 공개할 것을 요구할 때," 사생활 제한에 대하여 엄격한 심사가 요청되는 것이다.[29]

그런데 현행 부양의무자 기준 관련 규정에서는 잠재적 부양가능성을 심사한다는 명목으로 광범위한 정보제출부담을 지우고 있다. 부양의무자 기준을 통과하기 위해서는 수급신청자의 실제소득과 관련 없는 정보들, 즉 부양의무자의 독립적인 자산에 대한 정보와, 부양의무자가 부양능력이 있다고 판정되는 경우에는 수급신청자가 '부양받을 수 없는' 정황에 관하여 사사로운 정보까지 제공하게 된다. 특히 후자와 관련하여, 부양의무자가 수형자, 보장시설수급자, 행방불명자라는 사실을 밝히거나, 이혼, 재혼, 입양, 학대, 방임 등 부양의무자와 본인 사이의 관계를 설명하기 위한 상당히 구체적이고 내밀한 가족력까지 제출하게 된다.

물론 부양의무자 관련 정보에 주된 통제권을 가진 '부양의무자'가 자발적으로 정보를 제공한다면 적어도 '부양권리자'의 개인정보자기결정권 제한은 문제가 되지 않을 수 있다. 그러나 앞에서도 논하였듯이, 이 기준이 수급자격요건이기 때문에 불충분한 정보제출의 결과는 수급탈락이라는 부양권리자에 대한 불이익으로 나타나며,[30] 따라서 정보제공에 대한 최종적인 부담은 사실상 수급여부에 직접 이해관계가 있는 부양권리자가 갖게 된다. 또 일단 수급자로 선정되더라도 수급자격을 유지하기 위해 부양의무자 관련 정보제공의 의무는 계속된다.[31]

---

28) 연구에서는 자식의 정보가 국가시스템에 공개되면 그 자식에게 해가 될 것을 우려하여 수급신청을 하지 않는 사례가 다수 있는 것으로 나타난다. 김수정, 앞의 글 216쪽 참조 (최일섭 외, 국민기초생활보장제도의 개선방안, 보건복지부 국민기초생활보장제도 평가단 보고서, 2001 인용).

29) 전광석, 「국가의 사회적 과제와 사회적 기본권」, 고시연구, 1995, 50쪽.

30) 급여신청을 받은 기관이 필요한 자료를 확보하기 곤란한 경우 수급권자 또는 부양의무자에게 자료제출을 요구할 수 있고, 이 때 수급권자나 부양의무자가 조사나 자료제출요구를 2회 이상 거부·방해하거나 기피하면, 급여신청을 각하하거나, 이미 수급중인 자의 경우 급여결정을 취소하거나 급여를 정지 또는 중지할 수 있다(기초보장법 제22조, 제23조).

31) 기초보장법 제23조(수급자 및 수급자 급여의 적정성 확인을 위하여 부양의무자의 유무 및 부양능력 등 부양의무자와 관련된 사항에 관하여 매년 1회 이상 정기적으로 조사), 제37조(수급자는 부양의무자의 유무 및 부양능력 등 부양의무자와 관련된 사항이 현저하게 변동되었을 때 지체 없이 관할 보장기관에 신고하여야 함).

기초보장 수급신청자에 대한 개인정보자기결정권 제한이 정당성을 가지려면, 요구되는 정보가 실제로 생계가 어려운지 여부를 판정하려는 목적에 부합하는 것이어야 하고, 기타 관련성이 적은 정보요구는 엄격히 제한되어야 할 것이다. 현행 규정에서 부양의무자의 잠재적 부양가능성에 관한 정보를 요구함으로써 추구하는 공익은, 수급신청자 가운데 사적부양을 받을 가능성이 있는 사람을 파악하여 불필요한 예산지출을 줄이고자 하는 것일 터이다. 하지만 앞에서 논의한 바와 같이 잠재적 부양가능성을 실질소득처럼 취급하는 전제가 타당성이 결여되어 있다고 볼 때, 실질부양 사실과의 합리적 연관성 없이 막연한 가능성을 살피기 위해 요구되는 정보를 '필요한' 정보라고 정당화하기 어렵다. 기초보장급여라는 생존과 직결된 사안을 결정하는데 이와 같은 불필요한 개인정보요구는 헌법적으로 용인되기 어렵다.[32]

## Ⅳ. 부양의무자 기준 폐지를 둘러싼 논쟁점

### 1. 비용과 도덕적 해이

부양의무자 기준이 가지는 헌법적 문제를 종합적으로 고려할 때 이를 폐지해야 한다는 주장이 설득력을 갖는다고 본다. 부양의무자 기준을 폐지한다고 하여 사적부양을 우선으로 하는 보충성의 원칙을 폐기하는 것은 아니다. 앞에서 논의한 바와 같이 소득인정액이 가구단위로 측정되므로 가족 간의 실질부양사실이 소득인정액 기준 판정에 이미 반영되고 있어, 사적부양이 이루어지고 있는 상태에서 국가가 개입하지 않는다는 원칙은 그대로 유지된다. 만일 현행 소득인정액 기준에서 실질부양사실을 조사하는데 미진한 점이 있다면 이것은 해

32) 더 근본적으로는, 부양의무자 관련 정보제출요구와 수급자격판정을 연결시키는 것이 우리 헌법상 자기책임의 원리에 반한다는 문제가 제기될 수 있다. 부양의무자 관련 정보의 통제권은 부양의무자가 가지면서 그 불이익은 부양권리자가 감당하게 되기 때문이다. 우리 헌법재판소는 자기책임의 원리가 민사법이나 형사법에 국한된 것이 아니라 법치주의에 내재하는 원리로서 그 자체로 헌법위반을 구성한다고 하면서, 자신의 통제권 내지 결정권이 미치지 않는 데 대하여까지 책임을 지게 하는 것은 자기책임의 원리에 부합하지 않는다고 판시한 바 있다. 헌재 2004. 6. 24. 선고, 2002헌가27 결정.

당 요건 내에서 보완할 문제일 것이다.

따라서 부양의무자 폐기가 사적부양을 공적부양에 우선하도록 한 기초보장법 제3조와 상충할 소지가 있다는 주장[33]은 설득력이 없다. 기초보장법 제3조 제2항의 '부양의무자의 부양은 이 법에 따른 급여에 우선하여 행하여지는 것으로 한다.'라는 규정을, 공공부조에서 부양의무자에 의한 사적부양을 '강제'하라고 하는 적극적인 의미로 해석하긴 어렵다. 이 조항은 부양의무자에 의한 부양이 있을 때 국가가 개입하지 않는다는 의미로 이해하는 것으로 충분하다.

그럼에도 불구하고 부양의무자 기준 폐지에 따른 추가예산과 도덕적 해이에 대한 우려를 근거로 여전히 반대하는 의견이 있을 수 있다. 부양의무자 기준의 폐지를 제안하며 제19대에서 제출되었던 국회의원안에 대한 보건복지부와 재정기획부의 의견에서도 재정적 부담과 재산의 회피 등의 문제를 주요 반대논거로 한 바 있다.[34] 그러나 비용과 도덕적 해이의 문제가 사회정책에 대하여 일반적으로는 설득력 있는 반대논거가 될지 모르겠지만, 인간의 생존이 문제될 때에는 최소한의 생활을 보장한다는 과제보다 우선적으로 고려되기 어렵다.

먼저 비용에 관하여 살펴보면, 적어도 '최소한의 보장'에 관하여 국가재정을 이유로 한 반론은 헌법적 정당성이 없다. 우리 헌법에서 인간다운 생활을 위한 최소한의 보장을 청구권적 권리로 인정하는 것은, 이미 "이러한 권리를 실현하는데 국가의 재정능력과 관련된 어려움은 극복가능한 것"이라는 헌법적 인식에 기반하고 있다.[35] 실제로 부양의무자 기준을 완전히 폐지하였을 경우 추가비용은 약 7조 2,000억원(117만명)으로 추산된 바 있는데,[36] 현실적으로 볼 때 이러한 규모의 지출이 '불가능하다'고 할 수 없는 수준이다. 당위적으로 보더라도, 부양의무자 기준 폐지로 추가되는 비용은 수급대상을 '확장'한 결과로 발생하는 것이 아니라 '사각지대'로 명명되는, 본래 헌법상 권리로서 받을 자격이 있는데 법의 흠결로 인하여 제외된 사람들에 대하여 당연히 요청되는 것일 뿐이므로 예산상의 이유가 정당한 반대이유가 될 수 없다.

---

33) 김대현, 국민기초생활 보장법 일부개정법률안 검토보고 (강창일의원, 남인순의원, 강동원의원, 김용익의원 대표발의), 2012. 11. 국회 보건복지위원회 참조. 22쪽

34) 위의 글, 20-21쪽.

35) 위의 글, 55쪽.

36) 김대현, 위의 글, 24쪽.

다음으로 도덕적 해이의 문제도 비용에서와 마찬가지 이유로 정당성이 결여된다. 헌법적으로 부여된 권리를 보장하는 것에 대하여 도덕적 해이를 논할 수 없으며, 도덕적 해이가 우려된다면 이를 보완할 장치를 마련해야지 그 권리 자체를 박탈하는 것이 대안이 될 수 없기 때문이다. 보건복지부와 기획재정부는 기초보장법 수급자가 되기 위하여 배우자에게로 재산을 회피할 가능성이 있음을 우려하였는데,[37] 현행 가구단위의 소득인정액 체계에서는 이것이 문제가 될 리 없고, 만일 수급자 가구 이외의 가족에게로 재산을 명목적으로 이전하면서 실질적으로는 이용하는 문제가 있다면, 이것은 소득인정액 산정에서의 조사와 감독의 문제로 해결해야 할 사안이지 부양의무자 기준의 존속으로 해결할 문제는 아닐 것이다.[38]

어떻게 보면 현행 부양의무자 기준에서 잠재적인 부양가능성만을 이유로 수급자격을 거부하는 것은, 수급신청자를 마치 잠재적인 부정수급자로 취급하는 것과 다름 아니라고 할 수 있다. 부양의무자 기준과 도덕적 해이를 연관시키는 문제제기는 이렇게 기초보장수급자를 바라보는 뿌리 깊은 낙인과 관련 있다. 어느 제도에서나 마찬가지이듯 부정수급의 문제는 언제나 있겠지만 이는 적발과 엄중한 처벌을 통하여 부정수급의 의지를 저하시키고 사후적으로 해결해야 할 것이지, 신청단계에서 부정수급이 불가능함을 입증해야만 수급자격을 주는 방식으로 통제하는 것은 부적절하다.[39]

---

37) 김대현, 위의 글, 21쪽.

38) 그럼에도 불구하고 부양의무자로부터 현금으로 생활보조금을 받는다고 가정할 때 이에 대한 추적이 어렵다는 문제가 제기될 수 있을 것이다. 그러나 이러한 문제에 대한 접근은 그럴 '가능성' 때문에 급여를 제공하지 않아야 한다는 것이 아니라, 오히려 이와 같은 부양행위를 촉진하고 양성화하는 방안으로 나아가야 할 것이다. 예컨대 부양의무자에 대하여 소득공제혜택을 주면서, 실제로 부양사실이 없으면서 소득공제를 받는 경우에는 부양의무자에게 불이익을 주는 접근 등이 있을 수 있다.

39) 어떤 사람들은 자녀가 고급저택에 살 정도로 부유하고 부모가 기초보장수급자로 생활하는 경우를 상상하며 도덕적 해이를 이야기한다. 가난한 부모에게 부유한 자녀가 있는 상황이 현실적으로 있더라도 얼마 되지 않을 것임은 별론으로 하더라도, 자녀가 아무리 부유해도 실제로 부모를 부양하지 않는다면 부모의 빈곤상태에는 변함이 없으며, 단순히 자녀가 부유하다는 이유로 부모를 벌해서는 안 된다는 논리는 똑같이 적용됨이 마땅하다고 본다. 이런 경우에 세금을 사용하여 그 부모를 부양하는 것이 일반 국민감정에서 용납되기 어려울 수 있지만, 결국 고급저택에 사는 자녀가 그 만큼 세금을 납부한다는 것을 전제로 한다면 사회 전체적인 유대의 관점에서 이런 방식의 소득재분배 구조를 받아들이지 못할 이유가 없다.

## 2. 부양비용 징수 또는 환수

위와 같은 논의에도 불구하고 국가가 예산을 절감하고 가족에 의한 부양을 강화해야 할 필요성이 크다고 판단하는 경우 그 한 가지 대안으로 보장비용을 사후에 징수하는 방안이 고려될 수 있다. '선지원 후징수'라고 하여 부양의무자 기준을 자격요건에서는 폐지하되 부양능력이 있다고 판정되는 부양의무자에 대해서는 국가가 직접 부양비를 징수하는 방식이 이미 여러 학자와 실무가들 사이에서 제기된 바 있다.[40]

그러나 국가가 공권력을 이용하여 사적부양을 강제하는 입법이 부양의무자의 재산권 등 헌법적 권리에 비추어 정당화될 수 있을지는 세밀한 검토가 필요하다. 사회 구성원에 대한 전반적인 연관성과 소득재분배적 기능이 인정되는 세금과는 달리, 부양의무이행을 강제하는 것은 사인 대 사인의 관계에 직접 개입하여 한 사람의 재산을 다른 사람으로 이동시키는 성격이 있어서, 빈곤해결이라는 공익이라는 목적에 비추더라도 과연 그 제한의 정도가 과잉하지 않은지 의심해 보아야 한다. 나아가 추징에 드는 행정비용을 고려하면 예산을 절감한다는 국가적 이익으로 그 제한을 정당화하기 어려울 수도 있다.[41]

아마도 부양비용을 징수하는 방법보다 덜 침해적이고 민법상 부양의무자 규정과 조화를 이루는 방법은 국가가 부양비용을 선지급한 후에 채권자대위로 법원을 통해 민법상 부양청구권을 행사하여 환수하는 방법일 것이다.[42] 하지만 국가가 이러한 구상권을 행사하게 되더라도 여전히 현실적인 문제가 따른다. 부양의무자 조사에 따른 행정비용에 더하여 소송에 따른 추가 행정비용을 고려

---

40) 김남근, 앞의 글; 허선, 가난한 부양의무자에게 부양을 떠넘기지 말라, 복지동향, 2011; 참여연대 사회복지위원회, 60대 노인 죽음으로 내몬 부양의무자 조사에 대한 참여연대논평, 2011, 7. 14.자; 이낙연의원 등 15인, 국민기초생활 보장법 일부개정법률안(의안번호 1900065), 2012. 6. 5. (부양의무자 기준을 수급권자 선정조건에서 제외하고, 다만 부양비용징수의 요건으로는 부양의무자 기준을 활용하도록 함) 참조.

41) 김대현, 국민기초생활 보장법 일부개정법률안 검토보고 (이낙연의원, 오제세의원 대표발의), 국회 보건복지위원회, 2012. 9., 16쪽; 김남근, 앞의 글, 189 (부양의무자 추적과 구상에 드는 행정비용 때문에 담당공무원들이 그 노력을 하지 않고 있음) 참조.

42) 이를 위해서는 별도의 입법이 필요할 수 있다. 우리 민법에서는 부양청구권이 일종의 신분적 재산권으로서 일신전속성이 있다고 보며, 따라서 채권자대위권의 피대위권리가 될 수 없다고 보는 것이 일반적이기 때문이다. 민법 제797조, 제404조 제1항; 이은영, 「부양청구권」, 고시계, 1992.

하면, 환급하는 금액에 비하여 행정비용이 과도하게 높을 수 있기 때문이다. 그렇다면 재정부담을 완화하려는 방법으로 국가가 부양비를 환수하는 것이 과연 적절하고 바람직한지 의심스럽다.

국가가 부양비용을 징수 또는 환수하는 것이 예산상의 절감효과가 없다면 가족간의 부양을 강화하는 측면이라도 있어야 이와 같은 국가의 개입이 정당화될 것이다. 그러나 이러한 조치는 이미 깨어진 관계에서 돈을 강탈하는 것에 다름 아닐 수 있다.[43] 가족부양을 강화하는 것을 정책적 목표로 한다면, 그렇게 하여 국가의 부양책임으로 넘어오는 비율을 줄이고자 한다면, 오히려 부양을 촉진하는 각종 장려책—부양자세금감면, 부양보조프로그램, 가족휴가 등—을 발전시키는 것이 더욱 적합하고도 비용효율적일 것이다.[44]

## V. 결론

우리 사회에서 현재 부양의무자 기준에서 불거지는 문제의 핵심은 배우자나 미성년 자녀가 아닌 성인 가족 사이에 부양의무를 부과하는 것 자체의 타당성에 대한 문제(사적부양 우선의 원칙)라기 보다는, 이 권리의무관계에서 의무를 가진 사람과 권리를 가진 사람이 역전되는 현상이라고 하는 것이 정확할 것이다. 현행 부양의무자 기준은 부양받을 권리가 있는 사람에게 부양을 받아야 할 과중한 임무를 부과하고, 그 임무를 이행하지 못했다고 수급자격을 거부하는 것으로서, 부양의무자가 아니라 부양받을 권리를 가진 사람을 벌하는 불합리하고 부정의한 제도라고 할 수 있다.

기초보장법과 같은 공공부조제도는 사회 구성원들 사이의 소득불균형을 완화하며 모든 구성원이 인간으로서의 존엄성을 가지고 민주사회에 필요한 자유와 권리를 행사할 수 있도록 기초 토대를 마련하려는 목적을 가진다. 우리 기초보장법이 외현상으로 이러한 목적을 추구하면서 실질적으로는 막연한 가능성과 현실을 동치시키는 부조리한 논리로 보장을 거부하여서는 안 될 것이다. 가능

43) Michael Rosenbaum, “Are Family Responsibility Laws Constitutional?” 1 *Family Law Quarterly* 55, 1967, 68쪽.
44) Kaite Wise, 앞의 글, 583-598쪽.

하다고 하여 항상 현실화되는 것은 아니라는 너무나도 당연한 진실을 외면하며 공공부조를 담보로 불필요하고 부당한 부담을 안겨서는 안 된다.

어떤 의미에서 부양의무자 기준은 과거 생활보호법에 존재하던 근로무능력 요건, 즉 근로능력이 없는 경우에만 수급자격을 주던 것과 유사한 비합리적 논증구조를 가지고 있다. 근로능력이 있다는 사실과 근로를 하고 있다는 사실은 엄연히 다른 차원인데도 불구하고, 마치 근로능력이 있으면 누구나 일자리를 구하여 소득을 확보할 수 있다는 비현실적인 가정을 했던 것에 대해 이미 입법적 반성이 있었으며, 이런 깨달음이 부양의무자 기준에 대하여도 있어야 할 것이다.

이렇게 볼 때, 부양의무자 기준의 문제에 대한 중도적인 대안으로 등장하는, 부양의무자 범위를 축소하거나 부양능력을 판정하는 소득과 재산기준을 상향조정하는 등의 부양의무자 기준 '완화' 방안은 부양의무자 기준이 가진 본질적인 문제를 가리는 미봉책일 수 있다. 물론 이를 통해 기존에 수급에서 제외된 대상자 중 일부가 구제될 수 있다는 점에서는 바람직하지만, 여전히 잠재적 부양가능성을 전제로 수급자격을 정한다는 근본적인 불합리성은 해결되지 못한다.

결론적으로 '부양의무자가 없거나 부양의무자의 부양능력이 없거나 부양받을 수 없어야 한다'라고 하는 현행 부양의무자 기준을 기초보장법 수급자격요건에서 삭제되어야 한다. 대신 실질적인 자산으로 파악되는 생계수준에 기초하여 공공부조에 대한 수급권을 획득하도록 법률을 개정하는 것이 기초보장법의 입법목적과 헌법적 명령에 부합하는 길일 것이다.

[발제문 2]

# 독일 연방헌법재판소의 하르츠Ⅳ 위헌결정에 따른 사회권 침해 위헌심사기준 및 그 의의*

▸ **박귀천_**이화여자대학교 법학전문대학원

## Ⅰ. 서론

독일에서는 2010년 2월 9일에 실업자와 그 가족에 대한 기초생활보장에 대해 규정하고 있던 사회법전(Sozialgesetzbuch(SGB))상의 조항들에 대한 헌법불합치 결정을 내린 바 있다.[1] 이 결정에서는 근로능력은 있지만 스스로 최저생활을 유지할 수 없는 실업자와 그 가족에 대한 기초생활보장에 관한 법제와 관련하여 생존권 내지 사회적 기본권, 인간다운 최저생활 보장의 의미 등의 해석과 그 구체적인 보장이 문제되었다. 특히 이 결정은 2000년대 초반부터 여러 해 동안 독일 노동시장과 사회보장 정책의 핵심적인 키워드가 되어 왔던 이른바 '하르츠 Ⅳ법'에 대한 재검토와 수정을 요구하였다는 점에서 그 상징적 의미가 매우 큰 것이었다.

1998년부터 집권한 '적록연정(사회민주당(SPD)과 녹색당(Grüne)의 연정)'의 슈뢰더 총리는 2002년의 재집권을 위한 선거를 앞두고 세계적 자동차회사인 폴크스바겐사의 하르츠 인사노무담당이사를 위원장으로 하는 하르츠위원회를

---

* 이글은 발제자가 과거 학술지에 발표하였던 논문인 "실업자와 그 가족에 대한 기초생활 보장의 적정 수준-독일 사회법전상의 생계급여 및 사회급여에 관한 2010년 2월 9일 독일연방헌법재판소 결정에 대한 검토를 중심으로-", 『법학논집』 제15권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2010과 "독일 사회부조법의 원리와 최근의 법 개정에 관한 소고", 『사회보장법연구』 제2호, 서울대 사회보장법연구회, 2012의 내용을 중심으로 이후 개정된 법령 내용 등을 반영하여 정리한 것임을 밝혀둔다.

1) BVerfG 09.02.2010 - 1 BvL 1, 3, 4/09.

구성하였다. 독일은 제2차 세계대전 이후 오랫동안 시장경제체제와 사회복지제도를 골고루 발전시켜 온 대표적 선진 산업국가이지만, 통독 이후 계속 심각해진 실업문제, 특히 장기 실업자 문제와 경기침체 해결을 위한 근본적인 대책과 강도 높은 개혁이 시급하다는 판단에 따라 하르츠위원회를 중심으로 노동시장, 노동정책 및 사회보장제도 등에 대한 포괄적.전면적 개혁 프로그램으로서 이른바 "아젠다 2010"을 전개하게 된 것이다. 아젠다 2010을 통해 경제, 노동시장, 직업훈련, 연금 관련 법제 및 정책의 개혁뿐만 아니라 조세, 의료, 교육 및 연구, 가족 등 주요 사회, 경제 문제 전반에 관한 개혁을 통해 경제성장과 고용증진을 이룬다는 원대하고도 포괄적인 개혁의 청사진이 제시되었다. 2010이라는 표현에서 나타나고 있듯이 늦어도 2010년까지 계획된 개혁이 달성되는 것을 목표로 하였다.

하르츠위원회는 노동시장 개선을 위한 '노동시장에서의 현대적 노무급부'라는 보고서를 제출하였다. 재집권에 성공한 적록연정은 하르츠위원회의 개혁안을 토대로 하여 "노동시장에서의 현대적 노무급부를 위한 법률(Gesetze für die modernen Dienstleistungen am Arbeitsmarkt)"을 제정하였는데 동법은 하르츠위원회에서 마련되었기 때문에 "하르츠법"으로 불리고, 동법에 근거하여 2002년 독일 노동법과 사회법전은 전면적으로 개정되었다. 하르츠법은 통상적으로 하르츠 Ⅰ, Ⅱ, Ⅲ, Ⅳ라고 불리는 네 부분으로 구성되고 있고 이에 따라 해고보호법, 단시간근로 및 기간제근로에 관한 법, 근로시간법, 근로자파견법 등 노동관계법의 개정 및 연방노동청 조직, 실업급여 및 사회부조, 직업소개 등의 근거법률인 사회법전의 개정이 이루어졌다. 하르츠 Ⅰ은 근로자파견법 개정, 인력서비스알선소(Personal-Service-Agentur: PSA)의 도입, 고령자 취업촉진 제도, 직업재교육 재편 등의 내용을, 하르츠 Ⅱ는 사용자의 사회보험금 분담금 부담이 완화되는 미니잡(Mini-Job)의 확대와 같은 고용촉진을 위한 프로그램을, 하르츠 Ⅲ은 연방노동청 구조의 개혁을, 하르츠 Ⅳ는 실업급여제도 개혁을 주로 포함하고 있다. 각 개정 법률은 2003년부터 2005년 사이에 걸쳐 각기 다른 시기에 시행되기 시작했다.

아젠다 2010이 계획되고 실행되기 시작했던 개혁 초기에는 노동계와 일부

정치인들, 시민들의 강한 저항과 불만이 표출되기도 하였고 이후 개혁의 가시적 성과가 보이지 않아 실패한 개혁이라는 비판을 받기도 했다. 2005년 9월에 실시된 총선결과 같은 해 11월에 기독민주연합(CDU), 기독사회연합(CSU), 사회민주당(SPD)이 공동으로 “흑적연정(Schwarz-Rot Koalition)”을 구성하여 정부를 출범시킨 이후 부분적인 법 개정이 이루어지기는 했지만 아젠다 2010 개혁의 기본적 방향은 유지되었다. 그러나 독일 연방헌법재판소가 사회법전상 실업자 자녀에 대한 기초생활보장 관련 조항들에 대한 헌법불합치 결정을 내림에 따라 하르츠법은 새로운 국면을 맞이하게 되었다.[2)]

이 글에서는 2010년 2월 9일 독일 연방헌법재판소의 결정의 내용을 통해 사회권 보장의 구체적 내용을 규정하고 있는 법률에 대한 독일연방헌법재판소의 위헌심사기준에 대해 살펴보고 그 의의와 시사점에 대해 검토해 본다.

## Ⅱ. 독일법상 실업자와 그 가족에 대한 지원제도 개요

### 1. 독일 기본법상 사회보장제도의 근거

독일 기본법에는 우리헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리와 동일 또는 유사한 규정은 없지만 사회보장제도 등의 사회적 과제는 독일 기본법 제20조 제1항에서 도출되는 “사회국가원리(Sozialstaatsprinzip)”에 의해 실현되고 있다. 독일 기본법 제20조 제1항은 “독일연방공화국은 민주적·사회적 연방국가이다”라고 규정하고 있고, 이는 사회국가원리의 헌법적 근거가 된다. 사회국가원리의 내용은 첫째, 인간다운 생활의 보장, 둘째, 넓은 의미에서의 복지의 확대와 복지격차의 해소, 셋째, 사회적 위험이 발생하기 전 생활수준의 보장 등으로 요약될 수 있다.[3)] 그러나 사회국가원리의 다양한 여러 목표 중 우선순위에 대하여 기본법이 명확한 결정을 하고 있지 않기 때문에 규범력 실현의

2) 독일 하르츠개혁의 의의와 평가에 관한 보다 상세한 내용은, 박귀천, “독일 노동개혁은 무엇을 남겼나? - 하르츠개혁을 중심으로”, 『노사공포럼』통권 제36호, (사)노사공포럼, 2015 참조.
3) 전광석, 『독일사회보장법과 사회정책』, 박영사, 2008, 77쪽.

한계가 지적된다. 또한 사회국가의 실현은 급여의 재원확보 등 규범 외적인 주변 여건에 종속되어 있다는 점도 문제된다. 한편 연방헌법재판소는 사회국가원리가 현재 적용되고 있는 사회보장제도의 존속을 보장하는 것은 아니라고 하였다.[4] 즉, 사회보장이 적절히 실현·유지될 수 있다면 사회국가원리는 모든 형태의 제도에 대하여 개방적이고, 다만 기존의 사회보장제도를 대체하는 제도를 마련하지 않은 채 완전히 폐지할 때에는 비로소 입법권이 사회국가적 한계에 부딪치게 된다고 하였다.

다음으로 인간의 존엄에 관하여 규정하고 있는 독일 기본법 제1조 제1항은 "인간의 존엄은 훼손될 수 없다. 인간의 존엄을 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다."라고 규정하고 있는바 독일연방헌법재판소는 기본법 제20조 제1항과의 관계 하에서 기본법 제1조 제1항으로부터 인간다운 최저생활의 보장에 관한 기본권이 도출된다고 본다.[5] 기본법 제20조 제1항에 의한 사회국가원리와 기본법 제1조 제1항으로부터 도출되는 인간다운 최저생활 보장에 관한 기본권은 모든 부조를 필요로 하는 사람들에게 그들의 육체적 생존과 사회적, 문화적, 정치적 생활에의 최저한도의 참여를 위하여 필수적인 물질적 전제조건을 보장하도록 한다. 따라서 독일 기본법 제1조 제1항에서 규정하고 있는 인간의 존엄은 개인에게 최저생활을 보장할 국가의 과제를 부과한다. 그러나 특정한 수준의 사회보장급여에 대한 구체적 청구권이 보장되는 것은 아니고 최저생활을 보장하는 국가의 과제는 사회부조법을 통해서 실현된다.

## 2. 사회법전의 구성

사회부조법의 내용 중 소득활동능력이 있는 국민에 대한 기초생활보장은 사회법전 제2권, 기타의 사회부조는 사회법전 제12권에 편입되었다. 독일 사회법전은 우리나라의 사회보장 관계 법령에 해당되는 내용들을 포함하고 있고, 다음과 같이 구성되어 있다.

---

4) BVerfG, 05.03.1974 - 1 BvL 17/72, BVerfGE 36, 383.
5) BVerfG 09.02.2010 - 1 BvL 1, 3, 4/09, BVerfGE 125, 175.

사회법전 제1권(SGB Ⅰ): 총칙(Allgemeiner Teil)
사회법전 제2권(SGB Ⅱ): 구직자에 대한 기초보장(Grundsicherung für Arbeitsuchende)
사회법전 제3권(SGB Ⅲ): 노동지원(Arbeitsförderung)
사회법전 제4권(SGB Ⅳ): 사회보험에 관한 공통 규정(Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung)
사회법전 제5권(SGB Ⅴ): 법정 의료보험(Gesetzliche Krankenversicherung)
사회법전 제6권(SGB Ⅵ); 법정 연금보험(Gesetzliche Rentenversicherung)
사회법전 제7권(SGB Ⅶ): 법정 재해보험(Gesetzliche Unfallversicherung)
사회법전 제8권(SGB Ⅷ): 아동과 청소년에 대한 부조(Kinder- und Jugendhilfe)
사회법전 제9권(SGB Ⅸ): 장애인의 재활과 참여(Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen)
사회법전 제10권(SGB Ⅹ): 행정절차와 사회보장정보보호(Verwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz)
사회법전 제11권(SGB XI): 사회적 개호보험(Soziale Pflegeversicherung)
사회법전 제12권(SGB XII): 사회부조(Sozialhilfe)

### 3. 독일 사회법전상 실업자와 실업자가족 지원제도

독일 사회법전상 실업자에게 지급되는 급여는 다음과 같이 크게 세 종류로 나뉜다.

(1) 실업급여 Ⅰ(Arbeitslosengeld Ⅰ): 이는 사회법전 제3권에서 규정하고, 우리나라 고용보험에 해당되는 전형적인 사회보험상의 실업급여로서 가입자가 일정한 조건을 충족한 경우 기존 소득의 일부를 받는 실업급여이다.[6]

(2) 실업급여 Ⅱ(Arbeitslosengeld Ⅱ): 이는 기존의 실업자부조급여[7]와 소득활동능력[8]이 있는 수급자에 대한 사회부조급여[9]를 통합한 것으로 사회법전

6) 전광석, 앞의 책, 196쪽.
7) 이는 실업보험 가입자에게 실업이 발생하였음에도 불구하고 실업보험에 의한 급여를 청구하기 위하여 필요한 다른 조건을 충족하지 못하였거나 혹은 실업보험지급기간을 초과하여 실업상태에 있는 장기실업자에게 지급되었다(전광석, 앞의 책, 196쪽).
8) 사회법전 제2권 제8조(소득활동능력)

제2권에서 규정하고 있다. 실업급여 Ⅱ는 실업급여 I의 청구요건을 충족하지 못하거나 실업급여 I의 지급기간을 초과한 장기실업자와 그 가족, 동거인 등에게 지급되는 급여로서 이들에 대한 기초생활보장급여로서의 성격을 갖는다. 과거에는 소득활동능력 있는 실업자에 대한 생계비 보장이 사회법전 제3권에 의한 실업자부조와 연방사회부조법(Bundessozialhilfegesetz)에 의한 사회부조로 이원화되어 있었다. 그러나 하르츠 Ⅳ법에 따라 소득활동능력이 있는 구직자 및 그와 같은 생활공동체에서 함께 생활하는 자에 대한 생계보장을 규정하는 방식으로 일원화되었다. 동법은 2005년 1월 1일부터 시행되었고 기존의 연방사회부조법은 폐지되었다. 사회법전 제2권에 따른 기초보장 수급 대상자는 소득활동능력이 있지만 부조를 필요로 하는 실업자[10]로서 15세 이상 65세 미만자를 의미한다. 사회법전 제2권의 적용을 받는 실업자가 법에서 허용하는 사유 이외의 사유로 근로를 거부하고 있는 경우에는 기초보장 수급을 제한한다. 법에서 허용하는 근로를 거부할 수 있는 사유는 예컨대 신체적·정신적·심리적 상

---

(1) 질병이나 장애로 인하여 가까운 장래에 일반적인 노동시장의 관행적인 조건 하에서 최소한 매일 3시간동안 소득활동에 종사할 능력이 없는 자에 해당되지 아니하는 자는 소득활동능력이 있는 자에 해당된다.

(2) 제1항의 의미에 있어서 외국인의 경우 고용허가를 받았거나 받을 수 있는 경우에만 소득활동능력이 있는 자에 해당된다.

9) 이는 실업보험에 의한 급여나 실업자부조급여에 의한 보호 등 사회법전 제3권에 의한 보호를 받지 못하는 실업자에 대한 최후의 안전망으로서 기능하였다(전광석, 앞의 책, 196쪽).

10) 사회법전 제2권 제9조 (부조필요성)

(1) 부조를 필요로 하는 자라 함은 고려할 수 있는 소득이나 재산에 의해 자신의 생계를 보장할 수 없거나 충분히 보장할 수 없고 다른 사람, 특히 가족구성원이나 기타 사회급부 수급자에 의해 필요한 부조를 받지 못하고 있는 자를 말한다.

(2) 생활공동체에서 생활하고 있는 사람들의 경우 동거인(Partner)의 소득과 재산도 고려되어야 한다. 생활공동체 내에서 부모 또는 그 중 한명과 함께 생활하고 있고 자신의 소득이나 재산으로 생계유지를 위한 재화를 조달할 수 없는 미혼자녀의 경우 부모 또는 그 중 한명 혹은 부 또는 모와 생활공동체 내에서 생활하고 있는 동거인의 소득과 재산도 고려되어야 한다. 하나의 생활공동체 내에서 생계를 위한 전체적인 수요가 스스로의 능력과 수단에 의해 충족될 수 없다면 생활공동체내의 각각의 자들은 전체 수요에 대한 자신의 수요와의 관계에서 부조를 필요로 하는 것으로 간주된다.

(3) 제2항 2문은 임신 중이거나 혹은 그 자신의 자녀를 만 6세에 이를 때까지 돌보아야 하는 자녀에 대해서는 적용되지 않는다.

(4) 고려할만한 재산을 통해 즉각적인 소비나 이용을 할 수 없는 자, 또는 이와 같은 소비나 이용이 그 자에게 특별한 어려움을 의미하게 되는 경우도 부조를 필요로 하는 경우이다.

(5) 생활공동체 내에 부조를 필요로 하는 자가 친·인척과 함께 생활하는 경우에 이들 친·인척의 수입과 재산이 예견될 수 있다면 부조를 필요로 하는 자는 그들을 통해 (생계유지를 위한) 재화를 받는 것으로 추정된다.

황으로 인하여 새로운 직업을 수행할 수 없거나 새로운 직업을 수행하는 것이 기존 직업에 복귀하는 것에 장애가 되는 사정이 있는 경우 등이다. 사회법전 제2권에 따른 기초보장의 재정은 연방에서 부담한다.

(3) 사회급여(Sozialgeld): 이는 소득활동능력이 없는 자가 소득활동능력이 있는 가족구성원과 생계를 같이 하고 사회법전 제12권의 공공부조에 의한 급여대상자에는 해당되지 않는 자에게 지급되는 것이다.

## Ⅲ. 2010년 2월 9일 독일연방헌법재판소 결정의 내용과 평가

### 1. 사실관계

본 결정에서는 헤센주(州)사회법원과 연방사회법원에 제기되었던 세 개의 소송과 관련하여 실업자 및 그 가족의 기초생활 보장을 위해 지급되는 법정 사회급여 수준의 위헌성 여부에 대한 판단이 이루어졌다. 각 사건의 사실관계는 다음과 같다.

#### (1) 사건1(1BvL 1/09)

원고는 3인 가족으로서 1962년생 가장(원고1)과 1963년생인 그의 부인(원고2), 1994년생인 딸(원고3)로 구성되어 있다. 이들은 2005년 1월 1일 이후 실업자에 대한 기초보장 수급자에 해당되었다. 소송에서 문제된 기간은 2005년 1월 1일부터 2005년 6월 30일까지의 기간이다. 이 기간 동안 이들에게는 월 825유로의 급여가 지급되었다. 이 금액에는 숙박과 난방을 위한 급여로서 150유로가 포함되었고 원고1과 원고2에 대해서는 각각 311유로의 생계급여가 지급되었으며 원고3에 대해서는 53유로의 생계급여가 지급되었다. 또한 원고3에게는 월 154유로의 자녀수당(Kindergeld)이 지급되었다. 법정기준에 따르면 원고3에게 적용되는 생계급여는 가장(또는 독신자)에 대한 생계급여의 60%로서 207유로가 되는데 여기서 자녀수당 154유로를 뺀 53유로를 지급한 것이다. 원

고는 헤센주 사회법원(Das Hessische Landessozialgericht)에 제기한 소송에서 법정 생계급여가 최저생활을 보장하기에 충분하지 못하다고 주장하였다. 헤센주 사회법원은 생계급여의 수준과 수요의 정당성에 대하여 의문을 제기하면서 연방헌법재판소에 이 질문에 대한 판단을 구하였다. 특히 문제가 된 것은 원고3, 즉, 14세미만 어린이에 대한 생계급여 금액을 규정하고 있는 사회법전 제2권 규정에 따른 생계급여 금액 수준의 위헌 여부였다.

### (2) 사건2(1BvL 3/09)

이 사건에서는 부조대상자(Hilfebedürftige)의 1991년생 자녀와 1993년생 자녀(원고들)에 대해 지급되는 급여와 관련하여 특히 2005년 1월과 2월에 지급된 급여의 수준이 적정한지 여부가 다투어졌다. 노동사무소(Arbeitsgemeinschaft)는 원고들과 그 부모들에 대하여 2005년 1월에는 총 842,59유로를, 2005년 2월에는 824,89유로를 생계급여와 숙박 및 난방비용으로 승인하였다. 이 중 원고들에게 돌아간 몫은 1월에는 102,56유로, 2월에는 100,41유로였다. 노동사무소는 원고들에게 지급될 생계급여를 산정함에 있어서 원고들에게 지급된 자녀수당과 부모들의 수입 등을 생계급여의 금액을 감액하는 기준으로서 고려하였다. 이와 관련하여 연방사회법원이 헌법재판소에 대하여 제기한 문제는 만 14세까지의 자녀에 대해서는 자녀에게 필수불가결한 수요에 대한 개념정의와 산정 없이 성인에게 적용되는 생계급여의 60%수준만 적용하도록 하고 있는 법규정이 기본법에 합치되는 것인지, 또한 별도의 연령별 단계의 구분 없이 모든 어린이와 청소년에게 일률적으로 성인에게 적용되는 생계급여의 60%를 적용하도록 하고 있는 법 규정이 기본법 제3조 제1항에 합치되는 것인지 여부 등이었다.

### (3) 사건3(1BvL 4/09)

이 사건의 원고들은 각각 1997년과 2000년에 출생한 어린이들이다. 2005년

1월 1일부터 2005년 4월 30일까지의 기간 동안 원고들과 그 부모들로 구성된 가구에서 월간 총 716,88유로를 지급받았다. 이 중 원고들에게 돌아간 몫은 월간 104,60유로였다. 노동사무소는 급여산정에 있어서 원고들에게 지급된 자녀수당과 아버지의 수입을 고려하였다. 원고들은 보다 높은 수준의 급여를 요구하였으나 사회법원 및 주사회법원은 이를 받아들이지 않았다. 이후 연방사회법원은 위 사건 2와 동일한 규정에 대한 위헌 여부의 문제를 제기하였다.

## 2. 위헌 여부가 문제된 조항 및 관련 기본법 규정

본 결정에서 위헌 여부가 문제된 조항들은 다음과 같다.

- 사회법전 제2권 제20조(생계비 보장을 위한 생계급여(Regelleistung zur Sicherung des Lebensunterhalts)) 제1항 내지 제3항
  제1항: 생계비 보장을 위한 생계급여는 무엇보다도 음식물, 의복, 신체보호, 살림집기, 일상생활에서의 수요, 적정한 범위에서의 주변환경과의 관계와 문화적 생활에의 참여를 포함한다. 이 권의 제5조 제2항 2문에서 열거하고 있는 제12권에 따른 급부들은 포함되지 않는다.
  제2항: 독신자, 편부모 혹은 그들의 동거인이 미성년자인 자에 대해 적용되는 생계급여는 베를린을 포함한 구 서독지역의 경우 월 345유로이고 구 동독지역의 경우 월 331유로이다.
  제3항: 생활공동체내의 두 명의 가족구성원이 만 18세가 된 경우에는 제2항에 의한 생계급여의 90%를 각각 적용한다. 그 밖의 생활공동체 내에서 소득활동능력있는 가족구성원에 대한 생계급여는 제2항에 의한 생계급여의 80%이다.

- 동법 제28조 사회급여(Sozialgeld) 제1항 3문 1호
  제1항: 소득활동능력이 있지만 부조를 필요로 하는 자와 생활공동체 내에서 생활하는 소득활동능력없는 가족구성원은 그가 사회법전 제12권 제4장에 따른 급여청구권을 가지지 않는 한 사회급여를 지급받는다(1문). 사회급여는 제19조 1문에 의한 급부를 포함한다(2문). 이 경우 보충적으로 다음의 조건들이 적용된다(3문):

1. 만 14세까지는 법 제20조 제2항 1문에 따른 생계급여의 60%가 적용되고 만 15세부터는 법 제20조 제2항 1문에 따른 생계급여의 80%가 적용된다.

문제된 사회법전상의 조항들은 특히 다음의 기본법 규정에 위반되는 것인지 여부가 다투어졌다. 다만 연방헌법재판소는 주로 기본법 제1조 제1항과 제20조 제1항 위반 여부만 문제된다고 보면서 이에 대한 검토를 중심으로 판단하였다.

- 제1조 제1항: 인간의 존엄은 훼손될 수 없다. 인간의 존엄을 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.
- 제3조 제1항: 모든 인간은 법 앞에 평등하다.
- 제6조
  제1항: 부부와 가족은 국가질서의 특별한 보호하에 놓인다.
  제2항: 자녀에 대한 보호와 교육은 부모의 자연적 권리이자 무엇보다도 부모에게 부과되는 의무이다. 이러한 실행에 대해서는 국가 공동체가 감시한다.
- 제20조
  제1항: 독일연방공화국은 민주적·사회적 연방국가이다.
  제3항: 입법은 헌법적 질서, 집행권에 구속되고 판례는 법률과 권리에 구속된다.

### 3. 연방헌법재판소 결정 이전의 사회법전 제2권 제20조 위헌성에 관한 논란

위에서 살펴본 바와 같이 2005년 당시 법에 따른 표준수요에 기초한 급여는 수급자의 배우자의 소득, 재산 등에 따라 수급을 제한하는 등 지급조건이 엄격하게 강화되고 지급금액도 줄어들어 법 개정에 반대하는 시민의 대규모 시위가 이루어지는 등 많은 저항에 직면해야 했다. 또한 생계급여 지급 여부 및 지급금액 등에 대하여 다투는 소송도 여러 차례 제기되었다. 예컨대 연방사회법원에서 다투어졌던 한 사례를 보면 2004년까지는 매일 27.14유로의 실업자부조금을 지급받고 있던 장기실업자의 경우 그 남편이 중증장애인으로서 매월 928.44유로의 연금을 받고 있고 만 20세인 딸은 월 150유로의 자녀수당을 지

급받고 있으며 노동청이 제공하는 월 257유로 상당의 직업교육과정에 참가하고 있다면 이처럼 배우자 및 자녀에게 지급되고 있는 사회보장급여는 실업자에 대한 급여 지급을 제한하는 요건에 해당되어 2005년 1월부터는 당해 실업자가 더 이상 '부조를 필요로 하는 자'에 해당되지 않게 됨으로써 사회법전 제2권 제20조에 따른 급여를 청구할 수 없게 되었다. 이 사건에 대한 판결에서 연방사회법원은 입법자가 선택한 표준수요의 산출 기준에 따라 생계급여의 금액을 정한 것(예컨대 당시 성인 독신자 기준으로 월 345유로로 정한 것)에 관해서는 헌법적으로 다툴 수 없다는 점을 밝혔다.[11)]

위 사건 판결뿐만 아니라 연방사회법원(BSG)은 유사한 사건들에 대한 판결에서 "사회법전 제2권 제20조에서 규정하고 있는 성인 독신자에 대한 생계급여에 대해서는 헌법적으로 이의를 제기할 수 없는 것"이라는 입장을 일관되게 고수하였다.[12)] 즉, 기본법 제1조의 인간의 존엄에 관한 규정과 기본법 제20조의 사회국가원리로부터 도출되는 최저생활보장에 관한 주관적 공권을 정확하게 액수로 추정한다는 것은 불가능하고 이는 "올바른" 표준수요의 구체적 수준을 정하는 것과도 구별되는 문제라고 하였다. 또한 사회법전 제2권 제20조에 따른 급여는 전체 사회보장급여 시스템 속에 통합되어 있는 것이기 때문에 제20조의 급여 보장만으로 끝나는 것이 아니라고 하였다. 요컨대 헌법이 어느 정도 수준의 최저생활보장을 명령 또는 요구하고 있는 것인지에 관한 명확한 판단을 내릴 수는 없는 것이고 입법자의 재량에 맡겨지게 된다는 것이다.

이 문제에 관하여 학자들의 논의는 매우 다양하지만 어쨌든 일치되고 있는 점은 최저생활 보장 급여 수급권이 입법자에 의해 주관적 공권으로서 형성되어야 한다는 점이다.[13)] 이 경우 물질적인 하한선에 대한 고정 없이 입법자의 형성이 보장되고 입법자가 사회부조 담당자에게 부조를 필요로 하는 자에 대한 의무를 부과하는 한에서 수급자는 권리를 갖게 된다고 한다.[14)] 다만 학설과 판

11) BSG 23.11.2006-B 11bAS 1/06 R.

12) BSG 23.11.2006-B 11bAS 1/06 R; BSG 27.02.2008-B 14/7b AS 32/06 R; BSG 22.04.2008-B1KR 10/07 R; BSG 27.01.2009-AZ. B 14 AS 5/08 R.

13) Hans Friedrich Zacher, "Entwicklung einer Dogmatik des Sozialrechts", *Recht als Aufgabe der Vernunft: Festschrift für Peter Krause* zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, S. 10.

례를 종합하여 본다면 최저생활 보장의 수준에 관해서는 대략적으로 몇 가지 관점들이 제시되고 있다.[15] 이는 ① 헌법적 명령에 대해 명백하게 미달하는 보장인지, ② 단순한 육체적 생존의 보장인지, ③ 상세하게 확정되지 않은 물질적 최저생활의 보호인지, ④ 전체사회의 생활수준과의 관련 하에서의 물질적인 최저생활의 보호인지, ⑤ 개인의 자기부조를 돕고 절망적 상황으로 인한 우울증(Depressionen)에 빠지는 것으로부터 보호하는 것인지, ⑥ 최적화된 사회적 형성의 의미에서 사회적 결핍으로부터 보호하는 것인지, ⑦ 사회문화적 최저한도에 대한 보호인지 등이다.

그럼에도 불구하고 최저생활 보장의 수준이라는 것이 여전히 추상적이고 결국은 입법자의 재량에 맡겨지게 된다는 점은 분명하며 다만 그 재량의 범위는 어디까지인가가 지속적으로 문제되고 있다.

### 4. 연방헌법재판소의 결정 내용

#### (1) 결정요지

1) 기본법 제20조 제1항에 의한 사회국가원칙과 기본법 제1조 제1항으로부터 도출되는 인간다운 최저생활 보장에 관한 기본권은 모든 부조를 필요로 하는 사람들에게 그들의 육체적 생존과 사회적, 문화적, 정치적 생활에의 최저한도의 참여를 위하여 필수적인 물질적 전제조건을 보장하여야 한다.

2) 기본법 제1조 제1항에 의한 이와 같은 기본권은 기본법 제1조 제1항으로부터 인정되는 각 개인의 존엄에의 존중에 대한 절대적 효력을 갖는 청구권과 더불어 기본권 제20조 제1항과 관련하여 보장권(Gewährleistungsrecht)으로서 독자적 의미를 갖는다. 그러나 이는 그 자체로서 이용될 수 있는 것은 아니

14) Hans Michael Heinig, *Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, 271면; Klaus Stern, "Die normative Dimension der Menschenwürdegarantie", *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel: Festschrift für Peter Badura*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, S. 577.

15) 이는 연방사회법원이 BSG 22.04.2008-B 1 KR 10/07 R 판결에서 최저생활보장 수준에 관하여 논하고 있는 문헌과 판례에 기초하여 정리하여 놓은 내용이다.

고 입법자의 의무로서 이행되어야 한다. 이는 입법자에 의한 구체화와 끊임없는 현실화를 필요로 하는 바 입법자는 급부의 이행을 사회의 발전상태와 현재의 생활조건에 맞추어야 한다. 이 경우 입법자에게는 형성의 여지가 있다.

3) 입법자는 청구권의 범위를 산출해내기 위하여 투명하고 타당한 절차를 통해 생존에 필요한 모든 비용을 현실에 부합되게(realitätsgerecht) 공감될 수 있도록(nachvollziehbar) 신뢰할 수 있는 수치와 근거 있는 예측절차를 토대로 산정하여야 한다.

4) 입법자는 인간적인 최저생활의 보장을 위하여 필요한 전형적인 수요(typischer Bedarf)를 월 고정금액으로 충족시킬 수 있지만 이를 초과하는, 피할 수 없고 현재 문제되고 있으며 단지 1회적인 것이 아닌 특별한 수요에 대하여 추가적인 급부청구권을 인정하여야 한다.

### (2) 결정이유[16)]

#### 1) 사회법전 제2권의 수급권자

사회법전 제2권에 의한 수급권자는 만 15세 이상 만 65세미만인 자로서 동법 제8조에 따라 소득활동능력이 있고 동법 제9조에 따라 부조를 필요로 하는 자이며 일상적으로 독일 내에 체류지(Aufenthalt)를 가지고 있는 자를 의미한다. 또한 동법 제7조 제2항 1문에 의하면 소득활동능력이 있으면서 부조를 필요로 하는 자와 같은 생활공동체 내에서 생활하는 자 역시 수급권자가 된다. 예컨대 오랫동안 별거중이 아닌 배우자, 미성년인 미혼 자녀 등이 자신의 소득이나 재산으로 생계를 유지할 수 없는 경우에 이들은 수급권자가 된다.

16) 연방헌법재판소는 방대한 양의 결정문에서 위헌 심판 대상 조항들을 둘러싼 역사적, 사회적 배경 등을 비롯하여 인간다운 최저생활 기준에 관한 상세한 내용들을 다루고 있기 때문에 판례의 중요 내용 자체를 소개하는 것이 의미가 있을 것으로 생각되어 상당 부분을 그대로 번역하여 옮겼고, 각 목차는 결정 내용을 고려하여 발제자가 임의로 붙였다.

### 2) 구 연방사회부조법 하에서의 생계급여 결정과 2003년 개정법에 따른 변화

입법자는 사회법전 제2권 제20조와 제28조의 생계급여에 대한 규정을 마련함에 있어서 구 연방사회부조법의 기준을 참고하였다. 구 연방사회부조법에 의하면 개별화원칙에 따르고 있었는데 이는 사회부조의 종류, 형식, 정도는 개별사례의 특수성, 무엇보다도 부조를 받는 수급자의 수요의 종류와 장소적인 관계 등에 맞추어야 함을 의미한다.

생계를 위한 급부는 원칙적으로 표준수요지표(Regelsätze)[17]에 의하여 보장되었는데 이는 연방법에 의해 사전에 정해져 있는 기준들과 관할 연방행정부의 표준수요지표에 관한 규칙(Regelsatzverordnung)에 따라 주관청(Landesbehörde)이 정하였다. 1962년 구 연방사회부조법이 시행된 이후 주관청은 이른바 마켓바스켓모델[18]에 따라 기준을 세웠다. 그 토대는 '독일 공공 및 민간 사회복지사업 연합'에 의해 구상된 마켓바스켓에 의해 만들어졌다. 1990년 7월 1일 이후부터는 주사회복지관청 최고회의의 결의에 따라 새로운 방법이 도입되었는데 이는 소위 통계모델(Statistikmodell)이라고 한다. 이 모델은 1996년 8월 1일부터 시행되었고 현행 사회법전 제12권에서는 본질적으로 이 모델을 따르고 있다. 이는 소득그룹별 소비행태에 따라 정해지는데 특히 소득과 소비의 임의추출견본 통계를 통해 정해진다. 우선적으로 사회부조한계선(Sozialhilfeschwelle)보다 4% 높은 소득 수준의 가구를 표준그룹으로 선택하였고 다음으로 주관청은 이 그룹의 지출태도를 통해 표준수요를 책정하였다. 여기서 예컨대 일시적인 수요, 입법자가 전형적인 사회부조로 보지 않는 수요 등 표준수요지표에 의해 예정되지 않았던 수요는 제외되었다.

---

17) 이는 사회부조법에서 필수적인 부조의 기준을 정한 것으로 규칙(Rechtsverordnung: 규칙은 연방장관 또는 주정부가 정한다)을 통해 규율되었다.

18) 이는 생활에 필요한 최저한의 모든 소비 물자의 품목과 수량에 그것의 구입 가격을 곱하여 구하는 최저 생활비 산정 방식으로서 전물량방식이라고도 불리는 계측방식이다, 우리나라는 현재 계측년도에는 전물량방식의 계측을 통해 최저생계비를 정하고 비계측년도에는 계측년도에 결정된 최저생계비를 조정한다. 전물량방식은 '절대빈곤선' 설정을 의미한다. 이에 비하여 상대빈곤선은 기본적으로 생존에 필요한 최소한의 지출수준 또는 사회적인 기본적 욕구는 합의되기 어렵다는 비판이 제기되면서 평균소득이나 중위소득, 또는 소득분포를 기준으로 빈곤선을 정하는 것이다. 예컨대 평균소득이나 중위소득의 40%, 50%, 60%, 소득분포의 하위 10%, 20% 등으로 한다. 김미곤외, 『최저생계비 계측대안 모색에 관한 연구』, 한국보건사회연구원·보건복지부, 2006, 74쪽.

2002년에 이루어진 노동시작 개혁의 본질적인 목표는 소득활동능력있는 자에 대한 실업부조와 사회부조를 하나의 통합된 시스템으로 결합시키는 것이었다. 따라서 새롭게 제정된 법에서는 구직자에 대한 기본적 보장과 사회부조법의 개혁이 본질적으로 내용적인 면에서 조화를 이루어야 했고 통계모델이 고수되었다. 사회부조 기준에 더하여 구 연방사회부조법에 규정되어 있던 일회적인 특별부조(Beihilfe)는 생계급여의 일괄 증액에 의해 대체되었다. 표준수요지표 책정에 있어서 그 때까지 일회적인 특별부조로 커버되었던 일정한 평균 소비지출은 표준수요지표 관련 소비로 덧붙여져 계산됨으로써 고려되었다. 즉, 필수적인 생활을 위한 전체 수요가 총액으로 산정되었고 과거 일회적인 특별부조에 해당되었던 사항들도 모두 이 총액 속에 포함되었다.

표준수요지표에 관한 규칙에 의하면 소득 및 소비의 임의추출견본으로부터 도출된 기본표준수요지표(Eckregelsatz)가 표준수요지표의 토대를 이루었다. 기본표준수요지표는 소득 및 소비의 임의추출견본에 대한 연방통계청에 의해 제시된 평가중 각 항목별 백분율몫(=표준수요지표관계 소비)에 의해 산출되는 소비지출의 합계로 이루어진다. 표준수요지표에 관한 규칙 제2조 제3항에 의하면 순소득이 최하위 20%에 해당되는 가구가 사회부조 수급자 선정의 기초를 이루게 된다. 또한 표준수요지표는 한 가구의 가장과 기타 가구구성원에 대하여 정해져야 한다. 한 가구의 가장에 대한 표준수요지표는 기본표준수요지표의 100%이고 이는 독신자에게도 적용된다. 이 사건이 문제된 2005년 당시 표준수요지표 결정에 있어서 반영된 소비항목과 각 항목별로 표준수요지표 관계 비율(Regelsatzrelevanter Anteil)은 다음의 표와 같다.[19]

| 소득 및 소비의 임의추출견본의 항목 | 표준수요지표 관계 비율 | 개별상황에 의한 제외 또는 감축 |
|---|---|---|
| 01: 식료품, 음료, 담배 | 96% | 담배에 대한 지출은 절반만 고려됨. |
| 02: 의복, 신발 | 89% | 맞춤복, 모피, 작업복 및 달리 충족되는 기초장치를 위한 지출은 고려되지 아니 |

19) 이 기준은 2007년에 항목별로 다소 변경되었다. 변경된 내용은 헌법재판소 결정문 원문에 소개되어 있다.

| | | |
|---|---|---|
| | | 함. 중고의복으로 보내는 것은 제한된 범위내에서 요구할 수 있음. |
| 04: 주거, 물, 전기, 가스, 기타 연료 | 8% | 숙박과 난방을 위해 별도로 충족되는 비용은 고려되지 아니함. 전기에 대한 개별 상황은 광범위함. 집수리를 위한 지출은 모두 인정됨. |
| 05: 비품, 가구, 가사를 위한 기계, 장치 | 87% | 캠핑용가구, 예술품을 위한 지출은 필수적인 수요에 포함되지 아니함. 기초장치는 별도로 충족됨. |
| 06: 건강보호 | 64% | 입원에 의한 건강관련급부는 고려되지 아니함. 추가지급을 초과하는 의사에 의한 의료서비스는 고려되지 아니함. |
| 07: 교통 | 37% | 자동차와 오토바이를 위한 지출 및 그 수리를 위한 지출은 고려되지 아니함. |
| 08: 통신 | 64% | 우편배달은 전적으로 고려됨. 전화와 팩스장치를 위한 비용은 절반이 고려됨. 전화 및 팩스서비스는 60%가 고려됨. 인터넷비용은 부분적으로 고려됨. |
| 09: 여가, 오락, 문화 | 42% | 신문, 잡지, 책, 도서대출수수료, 필기구, 제도용구를 위한 지출은 모두 고려됨. 장난감, 취미용품, 여가를 위해 오랫동안 사용하는 대형 물품, 스포츠와 여가행사 및 기타 여가 및 문화서비스를 위한 지출은 70%까지 고려됨. 이 경우에 표준수요지표와 관련되지 않는 지출, 예컨대 스포츠보트와 글라이더 등은 포함되지 아니함. 정원을 가꾸기 위해 필요한 물품, 정원용농작물은 75%까지 고려됨. 라디오, 텔레비전을 위한 지출은 절반까지 고려됨. 컴퓨터, 소프트웨어는 40%까지 고려됨. 사진 및 영화 관련 장비, 음향기기를 위한 지출, 애완동물을 위한 지출은 고려되지 아니함. |
| 10: 교육 | 0% | 이 항목은 표준수요지표 관련 항목이 아님. |
| 11: 숙박 및 음식점 | 30% | 식료품부분만 고려됨. |
| 12: 기타 물품 및 서비스 | 65% | 이발·미용, 기타 신체보호를 위한 서비스와 기계는 모두 고려됨. 은행계좌수수료, 무덤관리를 위한 지출은 고려됨. 세금관련 상담비용, 벌금은 고려되지 아니함. 귀금속 및 장신구를 위한 지출은 고려되지 아니함. |

이러한 기준에 따라 2005년 1월 1일 이후 적용된 기본표준수요지표는 구 서독지역을 기준으로 할 때 1명의 가장에 대하여 345유로였고 다른 가구 구성원의 경우 만 14세까지는 기본표준수요지표의 60%, 만 15세부터는 80%로 정해졌다. 14세를 기준으로 두 개의 그룹으로 나누는 것은 OECD 등 국제적으로 인정된 기준을 따른 것이고 기본표준금액의 60%, 80%로 정한 것은 독일 연방통계청의 학문적 조사결과를 반영한 것이다. 조사결과에 따르면 14세 이상 청소년의 경우 그보다 어린 나이의 어린이들에 비하여 약 30% 정도 더 많은 비용을 필요로 한다.

### 3) 대상 조항이 기본법에 위반되는지 여부

#### 가. 기본법 제20조 제1항의 사회국가원리와의 관계 하에서의 기본법 제1조의 인간다운 최저생활의 보장에 관한 기본권

인간다운 최저생활의 보장에 관한 기본권은 기본법 제20조 제1항과의 관계 하에서 기본법 제1조 제1항으로부터 도출된다. 기본법 제1조 제1항은 이러한 청구권의 근거가 된다. 기본법 제20조 제1항에 의한 사회국가의 명령(Sozialstaatsgebot)은 입법자로 하여금 모든 사람에게 인간다운 최저생활을 보장할 과제를 부과하고 이 경우 입법자는 최저생활 정도의 결정과 결부되는 불가피한 평가에 있어서 형성의 여지를 갖게 된다. 인간다운 최저생활 보장에 관한 직접적인 헌법적 급부청구권은 인간다운 존재의 유지를 위하여 반드시 필요한 수단에 대해서만 적용된다. 이러한 급부청구권은 인간의 육체적 생존, 즉, 음식, 의복, 살림집기, 숙박, 난방, 위생, 건강뿐만 아니라 인간관계를 유지할 수 있도록 보장하는 것, 사회적, 문화적, 정치적 생활의 참여를 위한 최소한도의 가능성을 보장하는 것을 포함한다. 인간은 불가피하게 사회적 관계 속에서 존재하기 때문이다.

인간다운 최저생활의 헌법적 보장은 의회의 법률을 통해 이루어져야 하고 당해 법률은 권한있는 급부제공기관에 대한 시민의 구체적 급부청구권을 포함한

다. 법치국가 및 민주주의 원칙으로부터 이미 기본권실현을 위한 결정적 규정들을 갖추어야 할 입법자의 의무가 도출된다. 이는 특히 언제, 어떤 범위에서 인간의 존엄성의 보장과 인간적인 생존이 문제되는가에 적용된다. 그러나 의회의 형성의 여지로 인해 법률의 범위 내에서만 구현되고 구체화될 수 있다. 금전급부청구권의 근거는 공공예산에 대한 중요한 재정적 영향과도 결부된다. 이러한 종류의 결정은 입법자에게 유보되어 있다. 이와 관련하여 예산 관련 법률에서는 시민의 직접적인 청구권이 인정될 수 없기 때문에 예산법률만으로는 충분하지 않다.

법률에 의한 급부청구권은 항상 모든 개별적인 기본권권리자의 생존을 위해 필수적인 전체 수요를 커버하도록 형성되어야 한다. 입법자가 최저생활 결정을 위한 헌법적 의무를 충분히 이행하지 않는다면 형성이 부족한 범위 내에서 당해 단행 법률은 헌법에 위반되는 것이다. 기본법 제1조 제1항에 의한 급부청구권은 부조를 필요로 하는 자의 인간다운 생존을 위해 필요한 구체적 생활상황에 관한 사회적 관점과 각 경제적, 기술적 여건에 좌우되며 이에 따라 입법자에 의해 구체적으로 결정될 수 있다. 입법자가 금전, 물건 또는 서비스 중 어느 것을 통해 최저생활을 보장할 것인지 여부는 원칙적으로 입법자에게 맡겨진다.

청구권의 구체화를 위하여 입법자는 모든 생존에 필요한 비용을 투명하고 객관적인 절차를 통해 실제적인 수요에 따라, 즉, 현실에 맞게 산정하여야 한다. 이를 위해 입법자는 우선적으로 수요의 종료와 이를 위해 소요되는 비용을 산출하여야 하고 이를 바탕으로 하여 총수요의 규모를 결정하여야 한다. 기본법은 이에 관하여 특정한 방법을 규정하고 있지 아니하다. 입법자는 적합성과 타당성의 범주 내에서 방법을 스스로 선택하여야 한다. 선택된 방법에서 벗어나는 경우에는 객관적 정당성을 필요로 한다. 특히 사회법전 제2권 제20조와 같이 고정금액을 규정하고 있는 경우에 입법자는 예컨대 가격인상 또는 소비세 인상 등과 같은 경제적인 조건의 변화에 따라 언제나 그 당시 현재의 수요가 보장되도록 대비하여야 한다. 어느 한 사람의 기초적인 생활의 수요는 그 수요가 존재하고 있는 바로 그 순간에만 충족될 수 있기 때문이다.

인간다운 최저생활의 보장에 관한 기본권이 사전에 정해둔 수량화된 기준을

제시할 수는 없다. 그러나 급부산정의 근거와 방법에 대해서는 이것이 기본권의 목적에 타당한 것인지 여부와 관련하여 그에 대한 통제가 요구된다. 기본권의 척도에 관한 결과에 있어서의 통제는 제한적으로만 가능하기 때문에 기본권 보호는 최저생활수준의 산출에 관한 절차에 관해서만 미친다. 따라서 연방헌법재판소는 입법자가 자신의 형성영역의 범위 내에서 최저생활의 보장을 위하여 원칙적으로 적절한 산정절차를 선택하였는지 여부, 입법자가 필수적인 사실들을 본질적으로 완전하고 적절하게 산출하였는지 여부, 입법자가 모든 산정단계에 있어서 대리의 범위 내에서 선택된 절차와 구조적 원칙 내의 공감할 수 있는 산정작업에 의해 행하였는지 여부 등을 검토한다.

### 나. 법정 생계급여 금액은 인간다운 최저생활의 보장을 위하여 적정한지 여부

#### ① 독신자에 대한 생계급여 금액(345유로)

345유로의 생계급여 금액에 대해서는 명백한 미달이 확인될 수 없다. 예컨대 독일 공공 및 민간 사회복지기관 연합의 검토에 의하면 표준수요지표에 관한 규칙 제2조 제2항에 따른 식료품, 음료, 담배, 숙박서비스, 음식점방문 등에 대한 금액은 독신자에 대한 영양공급 비용을 완전히 커버할 수 있다는 결과를 보여주고 있다. 독신자를 위한 1회적인 보조적 지원으로는 생계급여의 16%가 덧붙여졌고 이는 명백하게 부족하다고 평가될 수 없다. 다른 법 영역, 예컨대 소송비용보조법에서의 소득한계, 압류금지의 한도, 기타 다른 금액들이 정해진 상황들에 비추어 볼 때 345유로가 수요에 적정한 것인지에 대하여 결정적으로 의심할 근거는 없다.

#### ② 성인 동거인(Partner)에 대한 생계급여 금액(311유로)

위에서 검토한 바는 사회법전 제20조 제3항 1문에 따른 가구 내의 성인 동거인에게 지급되는 311유로에 대해서도 적용된다. 입법자는 공동의 경제적 지

출이 절약되기 때문에 2명이 함께 생활하는 경우의 최저수요는 독신자의 최저수요의 두배 보다 낮다는 점을 고려하였다. 두명의 동거인은 “하나의 냄비로” 살림을 한다는 점이 인정될 수 있다는 것이다.

**③ 만 14세 이하 자녀에 대한 생계급여(207유로)**

만 14세 이하 자녀에 대하여 책정된 생계급여 207유로가 인간다운 최저생활 보장을 위해 명백하게 불충분하다는 점은 확인될 수 없다. 물론 구 연방사회부조법 하에서 보다는 신법 시행 이후 급부의 수준이 낮아졌다. 예컨대 1990년의 이 연령대의 자녀에 대한 표준수요지표는 가장의 표준수요지표의 65%였다. 한편 정부의 최저생활에 관한 통계보고에 따르면 어린이의 일회적 수요는 표준수요지표의 약 20%에 해당된다. 따라서 일회적 수요를 커버할 수 있기 위해서는 생계급여가 약 232유로가 되었어야 한다. 그러나 이로부터 자녀에 대해 책정된 207유로가 명백하게 수요를 커버하지 못한다고 결론내릴 수는 없다. 독일 공공 및 민간 사회복지기관 연합의 검토내용에 의하면 207유로가 7세부터 14세 어린이의 육체적 최저생활을 위해 충분치 못하다고 보여주고 있지는 않다. 또한 사회적 생활에의 참여와 관련하여 207유로가 명백하게 최저생활 보장에 하회한다고 확인되지도 않는다.

**다. 생계급여 결정을 위한 근거 및 절차**

사회법전 제12권 제28조 제3항 및 2005년 표준수요지표에 관한 규칙 제2조에 의한 통계모델은 독신자의 현실에 맞는 최저생활을 결정하기 위한 방법으로서 헌법적으로 허용된다. 사회법전 제12권 제28조 제3항 2문 및 3문에 따르면 “표준수요지표 산정은 지위, 순수입의 전개와 발전, 소비행태, 생활유지비용 등을 고려한다. 사실적, 통계적으로 산출된 하위 소득그룹 가구의 소비지출을 근거로 한다”라고 규정하고 있다. 생활유지비용에 의해 생존에 필수적인 지출을 파악하게 된다. 통계상의 근거에 따라 소비행태에 방향을 맞추는 것은 지출면

에서의 육체적, 사회문화적 수요를 경험적으로 구성하게 된다. 순수입에 대한 고려는 소득활동과의 관계를 이루게 된다. 보다 높은 소득수준그룹에서의 지출은 생존에 필수적인 사항을 넘는 범위에서 결정되기 때문에 하위 소득그룹의 관계에 근거한 산출에 집중하는 것은 객관적으로 적절하다.

통계모델이 마켓바스켓모델에 비하여 가지는 장점은 개별적으로 선택된 수요상태를 고려하여 육체적 생존의 보장을 상회하는 최저생활을 정하는 것이 아니라 육체적 최저생활과 더불어 실질적인 지출행태에서의 사회적 참여에 대한 최저한도의 보장을 위해 추가적으로 필요한 지출을 포함한다는 점이다. 통계모델은 적합한 경험적 자료에 근거한다.

참고그룹의 지출을 통해 기본표준수요지표가 정해지는데 이러한 그룹의 선발에 대해서는 헌법적으로 이의가 제기될 수 없다. 이 그룹은 표준수요지표에 관한 규칙 제2조 제3항에 따르면 순수입이 최하위 20%에 해당되는 가구의 소비지출에 따라 선정되고 표준수요지표에 관한 규칙에서 정하고 있는 기본표준수요의 개념으로부터 1인가구를 기준으로 하는 것으로 해석된다. 이러한 그룹선택 방식은 정당하다. 연방헌법재판소가 다른 그룹의 선택이 보다 더 적절했을 것인지 여부를 판단해야 할 필요는 없다.

### 라. 생계급여가 헌법에 부합되는 방식으로 산출되었는지 여부

사회법전 제20조 제2항 1문에 의한 345유로의 생계급여는 입법자 스스로 선택하고 필수적인 최저생활의 측정을 위한 토대를 위해 만든 통계모델의 구조원칙들로부터 객관적 정당성 없이 벗어났기 때문에 헌법에 부합되는 방식으로 산출되지 않았다.

2005년 표준수요지표에 관한 규칙 제2조 제2항에서 정하고 있는 표준수요지표에 관한 항목중 03(의복과 신발), 05(가사를 위한 설비장치 등), 08(통신), 09(여가, 오락, 문화), 12(기타 물건 및 서비스)에 있어서 개별적 지출상황에서의 생계급여와 관련되지 않는 재화와 서비스(모피와 맞춤복, 캠핑용가구, 예술품, 팩스, 스포츠보트, 글라이더, 세금관련 상담비용)에 대한 비율에 따른 삭감

을 함에 있어서 1인가구의 하위그룹이 도대체 실제 그러한 지출을 하는지 여부에 대해 확인하지 않은 채 예정하고 있다. 항목중 04(주거, 물, 전기, 가스, 기타 연료)와 07(교통)에서의 삭감 역시 경험적으로 그 삭감정도를 증명하지 못하고 있다는 점에서 납득할만한 근거를 제시하지 못하고 있다. 또한 항목 10(교육)은 어떤 이유에서 생계급여 관련 소비로부터 전혀 고려되지 않는 것인지 그 근거가 분명하지 않다. 각 주에서 교육제도에 대해 권한을 갖기 때문에 그러한 한도에서 각 주가 수요를 충족시키도록 할 의무를 부담하게 된다는 연방의 주장은 납득하기 어렵다. 사회법전 제2권 및 제12권에 의하면 연방의 입법자는 구직자 및 그와 함께 생활공동체에서 생활하는 자들의 최저생활을 전적으로 보장하여야 한다. 연방은 이에 따라 총체적인 인간다운 최저생활의 보장에 대한 책임을 지게 된다. 따라서 연방은 주에 대한 추상적인 위임을 통해 책임을 면할 수 있는 것이 아니다. 이와 같이 사회법전 제2권 제20조 제2항 1문에 따른 생계급여가 헌법에 부합되는 방식으로 산출되지 않았기 때문에 이를 기준으로 산출된 생활공동체 내의 성인 동거인에게 지급되는 월 311유로 역시 기본법 제20조 제1항 및 제1조 제1항에 합치되지 않는다.

이미 검토한 생계급여 345유로를 기준으로 하여 사회법전 제2권 제28조 제1항 3문에 따라 어린이에게 207유로의 급여를 책정한 것 역시 기본법 제20조 제1항 및 제1조 제1항에 합치되지 않는다. 또한 만 14세 이하 아동에게는 성인 독신자에 대해 지급되는 생계급여의 60%를 지급하도록 하는 것은 그 연령의 아동의 최저생활 결정을 위한 적절한 방식이 아니다. 일상적인 경험에서 아동과 특정 연령대에게 특유한 특별 수요가 있을 것임이 분명함에도 불구하고 입법자는 사회법전과 2005년 표준수요지표에 관한 규칙 어디에서도 부모와 같은 주거공동체 내에서 생활하는 미성년 아동의 최저생활수준에 대하여 산정하지 않고 있다. 그들의 인간다운 최저생활은 아동의 성장과정과 아동의 인격발현을 위해 필요한 면에 맞추어져야 한다. 입법자는 이에 관한 산정을 하지 않았다. 성인 독신자의 생계급여에 비하여 40%를 감액한 것은 어떠한 경험적, 방법적 근거도 없는 임의적인 결정에 의한 것이다. 특히 추가적인 수요는 취학아동들로부터 요구될 수 있다. 학교교육상의 의무를 이행하기 위한 필수적 비

용은 그러한 수요에 속한다. 이 비용을 커버하지 않게 되면 부조를 필요로 하는 아동들을 삶의 기회로부터 배제하는 위협이 된다. 예컨대 필수적인 교재, 교과서, 공책, 계산기 등을 가지지 않고서는 성공적으로 학교에 다니는 것이 가능하지 않다. 사회법전에 의한 급부를 받는 부모의 자녀의 경우 국가에 의한 충분한 급부제공 없이는 장래에 이들이 자신의 능력으로 가계를 책임질 수 있는 기회 역시 제한될 위험이 존재한다. 이는 기본법 제20조 제1항 및 제1조 제1항에 합치되지 않는다. 또한, 이미 언급한 바와 같이 주가 학교 및 교육제도의 관할권을 갖는다는 점은 아동의 연령별 특수한 수요에 대한 고려에 있어서 중요하지 않다. 주의 관할권은 학교제도에 대한 물적, 인적 비용에 관계되는 것이지 부조를 필요로 하는 학생의 개인적 수요에 관련되는 것이 아니다. 만일 적절한 급부의 보장이 주법에 의한 청구권을 통해 대체되어 있고 부조를 필요로 하는 아동에게 보장되고 있다면 연방입법자는 여기서 눈을 돌릴 수 있다. 그러나 주에 의해 그러한 보장이 이루어지고 있지 않다면 연방입법자는 취학아동의 추가적인 수요를 사회급여에 의해 충분히 커버할 수 있도록 배려해야 한다.

### 마. 표준수요지표 관련 규정의 변화와 법 개정 등 관련 문제

2003년 기준의 소득과 소비의 임의추출 견본에 대한 평가, 2007년 표준수요지표에 관한 규칙 제2조 제2항에 따른 표준수요지표 관련 소비에 대한 새로운 결정, 2009년 중반부터 시행되고 있는 사회법전 제2권 제24a조와 제74조 등에 의해서도 위헌성은 제거될 수 없다. 예컨대 2007년 표준수요지표에 관한 규칙에서는 2005년 규칙에서 결함이 드러났던 항목들에 대한 삭감이 계속 유지되고 있고 교육에 대해서는 여전히 근거 없이 고려대상에서 제외하고 있다.

2009년 7월부터 시행되고 있는 사회법전 제2권 제74조에서는 7세부터 14세까지의 아동에 대하여 성인에게 지급되는 생계급여의 70%에 해당되는 사회급여를 지급하도록 규정하고 있다. 그러나 이는 앞서 본 바와 같이 생계급여 산출에 관한 사회법전 제2권 제20조 제2항 1문의 잘못된 산출에 따른 생계급여

를 기준으로 하고 있기 때문에 헌법적 요구에 충분히 부합하지 못하고 있다. 또한 동 규정의 시행기간은 2011년 12월 31일까지로 한시적인 것으로서 이는 입법자 스스로 장기적이고도 방법적으로 논리정연한 해결법을 발견하지 못했다는 바를 의미한다. 한편 사회법전 제2권 제24a조는 방법적으로 사회법전 제2권의 수요제도에 포함되지 않는다. 제24a조에서는 학생에 대한 추가적인 급부에 대하여 규정하고 있고 취학의무있는 아동 또는 부모 중 한명이 급부에 대한 청구권을 갖는다. 연방정부는 사회법전 제2권에 따른 급부를 통해 보장되는 자녀의 최저생활에 필수적인 학교관련 수요가 포함되지 않고 있다는 점을 밝히면서 동 규정을 마련하였다. 그러나 입법자는 제24a조를 마련함에 있어서 아동의 필수적인 학교 관련 수요를 경험적으로 산출하지 않았다. 동 규정에 따르면 연간 100유로 한도에서 지급되는데 이러한 금액이 어떤 근거에서 나온 것인지 그 근거가 명백하지 않다. 이는 명백하게 임의로 추산된 것이다.

**바. 특별 수요에 대한 규정의 결여**

사회법전 제2권에서 인간다운 최저생활 보장을 위해 피할 수 없고, 계속 실재하며, 1회적이 아닌 급부에 관한 청구권을 예정하는 규정이 결여되어 있다는 점은 헌법 제20조 제1항과의 관계 하에서 헌법 제1조 제1항에 합치되지 않는다.

고정금액으로서의 생계급여의 보장은 원칙적으로 허용된다. 대량적 현상이 문제되는 규율과 관련하여 입법자는 유형화되고 일괄적인 규정을 마련할 수 있다. 이는 인간다운 최저생활의 보장을 위한 급부에 대해서도 적용된다. 물론 예외없이 각 개인의 인간의 존엄을 보호할 것을 요구하는 기본법 제1조 제1항은 모든 개별 사례에서 최저생활을 보장하도록 요청하고 있다. 총액제에 의한 금전을 지급받는 부조수급자는 그 금전의 사용을 스스로 결정할 수 있고 통계적으로 산출된 평균금액에 대하여 하나의 생활영역에서 보다 높은 수요가 요구되는 경우 다른 생활영역에서의 보다 낮은 수준의 지출을 통해 균형을 맞출 수 있다. 이는 수급자에게 기대가능한 것이다. 그러나 통계적으로 파악된 각 항목별 지출을 통해 전체금액을 결정하는 것이 모든 부조수급자에 대하여 각

지출상황과 지출금액을 항상 무제한적으로 처분할 수 있음을 의미하는 것은 아니다. 오히려 부조수급자의 개별적 수요를 통계상의 평균적인 사례로부터 벗어날 수 있도록 하는 것이 통계모델에 보다 부합된다. 통계모델이 헌법적인 사전기준에 따라 적용되고 총액지급액이 다양한 수요상황 간의 균형조정을 가능하게 하도록 결정된다면 부조수급자는 일반적으로 자신의 개별적인 소비행태를 고정금액에 맞도록 형성할 수 있다. 무엇보다도 수급자는 특별 수요가 있는 경우에 생계급여에 포함되어 있는 잠재적인 저축분을 사용할 수 있다.

그러나 총액 생계급여는 그 개념에 따라 평균적 수요를 커버할 수 있다. 파악되지 않은 종류 또는 비전형적인 범위에서의 특수한 경우에 발생되는 수요는 통계에 의해 신빙성있게 증명되지 않는다. 따라서 생계급여에는 그러한 수요에까지 미치지 않는다. 그러나 기본법 제20조 제1항 및 제1조 제1항은 피할 수 없고 현존하며 1회적이 아닌 특별한 수요라 하더라도 이것이 인간다운 최저생활을 위해 개별 사례에서 필요한 경우에는 이를 커버하도록 명하고 있다. 사회법전 제2권의 규정 전체적으로는 일반적으로 개별적인 특별 수요를 커버하는 것을 허용하고 있다. 그러나 다른 한편으로는 사회법전 제2권 제20조의 생계급여가 모든 특별한, 현재 계속되는, 1회적인 것이 아닌 수요를 포함할 수 있는 것은 아니다. 특수한 상황에서 보다 높은 평균을 상회하는 수요가 나타나면 생계급여는 불충분한 것으로 보이게 된다. 이 경우 동법 제23조 제1항에서 규정하고 있는 정부에 의한 대출제도를 통해 1회적이고 단기적인 수요를 조정할 수 있다. 그러나 장기적, 지속적 수요에서는 이것이 불가능하다. 따라서 인간다운 최저생활 보장을 커버하기 위한 피할 수 없고 현재 계속되고 있으며 1회적이 아닌 수요에 대한 추가적 청구권은 여전히 필요하다. 이러한 청구권은 부조수급자에게 보장된 급부의 전체총합이 인간다운 최저생활을 더 이상 보장할 수 없는 경우에 발생한다. 그러나 이러한 추가적인 청구권은 엄격하고 제한된 구성요건의 전제하에서 드물게 발생될 수 있을 뿐이다.

### (4) 대상 조항들의 효력 및 법 개정 문제

입법자의 형성의 재량으로 인하여 연방헌법재판소는 스스로의 측정과 가치평가를 근거로 스스로 결정한 급여의 금액을 정할 권한을 가지지 못한다. 따라서 헌법에 위반되는 규정은 입법자를 통한 새로운 규정이 만들어질 때까지 계속 적용될 수 있다.

입법자에게 2005년 1월 1일자 사회법전 시행 시점 당시로 소급하여 급부를 정하도록 명할 수는 없다. 연방헌법재판소의 일관된 입장에 따르면 입법자가 기본법에 부합되지 아니하는 법적 상태가 있고 이것이 재정 및 예산정책과 다르게 진행되거나 헌법적 상황이 아직 충분히 규명되지 않았으며 이러한 이유로 새로운 입법을 위한 적절한 기간이 보장되어야 하는 경우에 문제되는 법적 상태를 소급적으로 제거할 의무는 없다. 이러한 원칙은 본 사건에 대해서도 적용된다. 보다 높은 수준의 급부를 2005년 1월 이후 전체기간에 대해 소급적으로 적용하는 새로운 소급입법은 납득할 수 없는 국고의 효과를 갖게 될 것이다. 이는 사회법전 제10편 제48조 제1항 2문 1호에 따르면 관련자에게 유리하게 사회법상의 관계가 변경되는 경우에 관련 행정행위는 변경된 시점부터 효력을 갖는 것으로 규정하고 있기 때문이다.

입법자는 장래를 향하여 효력을 갖는 생계급여를 새롭게 정하여야 하고 원소송(Ausgangsverfahren)은 새로운 입법이 이루어질 때까지 중지 상태에 놓인다. 이는 다른 행정소송 및 사회법적 소송에도 동일하게 적용된다. 입법자는 2010년 12월 31일까지 새로운 입법을 해야 할 의무가 있다. 이 때까지 입법이 이루어지지 않는 경우 의무에 위반하여 늦게 공포된 법률은 이미 2011년 1월 1일부터 효력을 갖게 될 것이다. 또한 더 나아가 입법자에게는 늦어도 2010년 12월 31일까지 특별 수요를 커버할 수 있도록 보장하는 사회법전 제2권상의 규정을 작성해야 할 의무도 있다.

## 5. 결정의 의미와 한계

이 결정은 무엇보다도 지난 수년간 독일 사회 전반을 지배하다시피 하였던 키워드라고 할 수 있는 '하르츠 IV'라는 용어로 대표되는 독일 노동시장 및 사회보장정책의 전면적 개혁의 일부 내용에 대하여 연방헌법재판소가 의문을 제기하며 헌법불합치 결정을 내렸다는 점에서 상징적 의미가 크고 그러한 점에서 사회적 반향도 큰 결정이었다. 연방헌법재판소는 본 결정을 통해 모든 사람은 국가에 대하여 주관적 권리로서 자신의 인간다운 최저생활의 보장을 위한 개인적인 기본권을 가진다는 점, 그러나 이는 입법자의 입법의무를 통해 이행되어야 한다는 점을 확인하면서 생계급여 결정에 대한 새로운 입법을 요구하였다.

다만 본 결정에서 연방헌법재판소는 기존의 통계모델을 통해 최저생활을 위한 생계급여 수준을 결정하는 방식 자체는 적절한 경험적 자료에 근거하는 것으로서 헌법적으로 허용되는 방식이라는 점을 확인하고 있다. 따라서 생계급여의 금액 수준이 명백하게 불충분한 것이라고 단정할 수는 없다고 보았고, 다만 독신자에게 지급되는 월 345유로의 생계급여는 입법자 스스로 선택한 통계모델로부터 벗어난 것으로서 헌법에 합치되지 않는 방식으로 산출된 금액이라는 점에서 문제된 생계급여금액이 헌법에 합치되지 않는다고 판단하였다. 즉, 기본적인 최저생활비 계측 방식으로서의 통계모델 자체는 헌법상 인정될 수 있으나 실제 금액 산정에 있어서는 통계모델을 제대로 적용하지 않았다는 것이다. 생계급여의 내용과 관련하여서는 보다 높은 수준의 비전형적인 특별 수요와 평균보다 높은 수준의 수요가 필요한 경우가 고려되어야 한다고 보았으며 14세 이하 아동에 대하여 일률적으로 성인에게 지급되는 생계급여의 60%를 지급하도록 하는 것이 경험적, 통계적 근거가 결여된 입법으로서 위헌이라고 판단함으로써 어린이들에 대한 별도의 고려가 입법에 반영되어야 한다는 점을 밝히고 있다.

동 결정에 대해서는 인간다운 최저생활 보장은 전형적인 수요는 아니지만 개인의 특별한 상황으로 인해 발생되는 현존하고 있고 1회적인 것이 아닌 수요를 포함하여야 한다고 판단하는 등 인간다운 최저생활 보장을 위한 급여에 관한

새로운 중요한 기준들을 제시하였다는 점에서 연방헌법재판소가 빈곤층의 인간다운 최저생활보장에 관한 새로운 기본권을 창설하였다고 평가되기도 한다.[20]

한편 인간다운 최저생활의 보장은 전형적인 수요가 아니더라도 개인의 특별한 상황으로 인해 발생되는 부가적인 특별수요도 포함하여야 한다고 보았다는 점을 주목할 만한데 이와 관련하여 연방헌법재판소 결정 이후 연방노동청이 업무지침을 통해 제시한 사례는 다음과 같다.[21]

- 아토피질환이나 에이즈 같은 일정한 특별 질환을 앓고 있는 소득활동능력이 있는 부조를 필요로 하는 자는 의사의 처방전이 필요한 약품과 피부관리제품에 대한 추가적인 수단을 지원받는다.
- 타인의 도움없이는 자신의 가사를 할 수 없는 휠체어사용자가 제3자로부터 도움을 받고 있지 않다면 가사보조를 위한 추가적인 수단을 지원받는다.
- 부조를 필요로 하는 자가 자신의 자녀와 떨어져 살고 있는 경우 자녀와의 교섭권과 관련된 교통비, 숙박비 및 이에 상응하는 자녀의 비용은 적정한 범위 내에서 받아들여질 수 있다.
- 학생은 특별한 개별적인 경우(예컨대 장기간의 질병, 가족의 사망 등)에 6개월 이내부터 늦어도 당해 학년도가 끝날 때까지 과외수업에 의해 극복할 수 있는 전망이 있다면 과외수업비용에 대한 청구권을 갖는다.

그러나 본래 원소송의 원고들 내지 빈곤층이 원한 것은 생계급여액의 인상이었다는 점을 고려할 때 연방헌법재판소가 생계급여액이 인상될 수 있도록 하는 판단을 내린 것이 아니라 다만 새로운 입법 과제를 입법자에게 부여했다는 것은 사실상 빈곤층이 본래 원한 바대로 생계급여가 인상되는 방향으로 법이 개정되지 않을 수도 있음을 의미한다는 비판이 가해지기도 했다.[22]

---

20) Matthias Schnath, “Das neue Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums – Ein rechtspolitischer Ausblick nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9.2.2010”, *NZS,* 2010, S. 297.

21) Uwe Klerks, Die neue Härtefallregelung des Bundesverfassungsgerichts zum SGB II: Inhalt und Konsequenzen, *info also*, 2010 Heft 2, S. 57.

22) Matthias Schnath, 앞의 글, S. 297 이하.

## Ⅳ. 연방헌법재판소 결정 이후 사회법전의 개정내용과 평가

헌재 결정이 내려진 이후 법 개정안 마련과 이에 대한 연방상원의 동의 절차 등에서 난항을 겪다가 2011년 3월 29일에 이르러 비로소 법개정이 이루어져 개정법은 2011년 1월 1일부터 소급적으로 효력이 발생되었다.

2011년 법 개정은 “표준수요 산출과 사회법전 제2권 및 제12권 개정에 관한 법률(Das Gesetz zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch)”이라는 법의 제정을 통해 이루어졌다. 동법은 총 14개의 조항으로 이루어져 있고 제1조는 “사회법전 제12권의 제28조에 따른 표준수요 산출에 관한 법률”로서 다시 동 법률 하에 10개 조항이 들어 있고, 제2조는 “사회법전 제2권 개정”, 제3조는 “사회법전 제12권의 개정”이라는 표제 하에 각각 해당 법률의 개정조항을 규정하고 있다. 그 밖에 제3a조는 “사회법전 제8권의 개정”, 제4조는 “사회법원법의 개정”, 제5조는 “연방아동수당법의 개정”이라는 표제 하에 각 개정 조항들을 규정하고 있다. 제6조 이하에서도 위와 유사하게 관련되는 제 법률의 개정이 필요한 경우 해당 법률의 개정 조항들에 대해 규정하고 있다.

이에 따라 사회법전 제2권에 따른 장기실업자 등 수급자의 최저생활 보장을 위한 표준수요의 금액을 상향조정하였고 그의 미성년 자녀 등 가족에 대한 표준수요의 금액을 과거와는 달리 정액으로 규정하였으며, 사회법전 제2권 및 제12권 개정에 의해 저소득층 자녀의 교육과 그들의 사회적·문화적 생활에의 참여를 위해 필요한 수요 및 관련 지원제도 등에 관한 규정을 새롭게 정비하였다. 저소득층 자녀 교육와 사회활동 참여 등에 관한 부분은 이른바 “교육패키지(Bildungspaket)”라고 명명된 연방 및 각 주정부 차원의 복지사업으로 연계되었다.

### 1. 주요 개정 사항

2011년의 “표준수요 산출과 사회법전 제2권 및 제12권 개정에 관한 법률”은

표제에서 나타나는 바와 같이 표준수요산출에 관한 법률과 사회법전 제2권 및 제12권 개정에 관한 법률, 두 부분을 중심으로 구성되어 있다. 먼저 표준수요산출에 관한 법률은 기존의 표준수요산출법(Regelbedarfsermittlungsgesetz)에 따라 기본적으로는 2004년 6월 3일자 표준수요지표에 관한 규칙(Verordnung)에서 정하고 있던 기존의 절차를 법률로서 성문화(Kodifikation)하였다는 데에 의미가 있다. 그러나 이는 바꿔 말하면 내용상의 개정이 아니라 본질적으로는 형식의 변화에 그쳤다는 것을 의미하고 이로 인해 표준수요에 관해서는 실질적인 개정이 이루어지지 않았다는 비판이 가해졌다.[23)]

실제 내용의 개정이 이루어진 주요 부분은 사회법전 제2권 제20조, 제23조 제1항 및 사회법전 제12권의 제27조 내지 제29조의 기초생활보장에 관한 부분과 사회법전 제2권 제28조 및 제29조와 제12권 제34조 및 제34a조의 저소득층 자녀에 대한 교육 및 사회적, 문화적 생활참여에 관한 부분이다. 그 밖에 숙박비, 난방비, 소득에 대한 참작 부분 등에서도 일부 개정이 이루어졌다.

## 2. 표준수요와 그에 따른 급여

생계보장을 위한 표준수요는 무엇보다도 음식, 의복, 신체보호, 가정생활용품, 가정내 에너지(난방과 온수에 필요한 부분 제외) 및 날마다의 생활에서의 개인적 수요를 포함하고, 공동체에서의 사회적·문화적 생활에의 참여는 납득할 수 있는 범주 내에서 날마다의 생활에서의 개인적 수요에 포함된다. 표준 수요는 월간 총액으로 고려된다. 표준수요를 커버하기 위해 지급된 급여의 사용은 수급권자가 자기책임으로 결정한다. 또한 비정기적인 수요의 발생도 고려되어야 한다.(사회법전 제2권 제20조 제1항)

필수불가결한 생계유지를 위한 급여는 성인과 아동, 청소년에 대해 다르게 규정되어 있고 아동과 청소년은 연령에 따라 다시 만 6세 이하, 만 7세 이상 14세 이하, 만 15세 이상 만 18세 이하로 나누어 각각 다르게 규정하고 있다.

---

23) Ute Kötter, “Nach der Reform ist vor der Reform? – Die Deuregelung der Regelbedarfe im SGB II und SGB XII”, *info also,* beck-online, 2011 Heft 3, S. 100.

생계급여 결정을 위한 표준수요의 산출은 표준수요산출법에서 정한 바에 따른다. 표준수요산출법 제1조에서는 2008년의 소득의 임의추출표본과 소비의 임의추출표본을 근거로 하여 표준수요등급에 대해 산출하는 것으로 규정하고 있다. 헌법재판소가 입법자에 의한 통계모델의 채택 자체는 위헌이 아니라고 보았기 때문에 개정법 하에서도 기존의 통계모델이 그대로 유지되고 있다. 즉, 하위 소득그룹 가구(1인 가구의 경우 하위 15%, 2인 이상 가구의 경우 하위 20% 기준)의 소비지출을 근거로 표준수요가 결정되는 것이다(표준수요산출법 제4조).

이 점에 관해서는 일종의 보완된 절대적 빈곤선 개념의 적용이라고 할 수 있는 현재와 같은 통계모델에 의한 산출이 장래에도 그대로 유지되기는 어려울 것이라는 비판적 견해가 제기되고 있고,[24] 통계모델을 통한 양적 산출방식은 적어도 표본가구의 가계에 대한 질적 검토를 통해 보완되어야 할 필요가 있다는 점이 지적되고 있다. 또한 표본가구의 추출은 입법자의 결정사항이기는 하지만 그 적정성 여부, 표본가구를 추출함에 있어서 1인가구와 2인이상 가구의 소득 기준을 각각 하위 15%, 하위 20%로 다르게 정하고 있는 것 등에 대해 설득력있는 논거가 제시되고 있지 못하다는 점에 대한 비판이 제기되고 있다.[25]

표준수요산출법 제5조에서는 성인 1인가구에 대한 표준수요 결정에 관련되는 각 소비항목별 월간 지출비를 다음과 같이 정하고 있다.

| | |
|---|---|
| 항목 1 식료품, 주류, 음료 | 128.46유로 |
| 항목 3 의복, 신발 | 30.40유로 |
| 항목 4 주거, 에너지, 주거 보수 | 30.24유로 |
| 항목 5 가내시설, 가전제품, 가사관련 비품 | 27.41유로 |
| 항목 6 건강보호 | 15.55유로 |
| 항목 7 교통 | 22.78유로 |
| 항목 8 통신 | 31.96유로 |
| 항목 9 여가, 오락, 문화 | 39.96유로 |

24) Andy Groth, “Entspricht die neue Regelleistung den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts?”, *NZS* 2011, 571, S. 572.
25) Ute Kötter, 앞의 글, S. 102.

| | |
|---|---|
| 항목 10 교육 | 1.39유로 |
| 항목 11 숙박 및 음식점이용 | 7.16 유로 |
| 항목 12 기타 물품 및 서비스 | 26.50유로 |
| | 총 361.81유로 |

또한 표준수요산출법 제6조에서는 2인 이상 가구의 구성원인 미성년자의 표준수요 결정에 관련되는 각 소비항목별 월간 지출비를 각 연령대에 따라 다음과 같이 정하고 있다.

① 만 6세 이하의 아동

| | |
|---|---|
| 항목 1 식료품, 무알콜 음료 | 78.67유로 |
| 항목 3 의복, 신발 | 31.18유로 |
| 항목 4 주거, 에너지, 주거 보수 | 7.04유로 |
| 항목 5 가내시설, 가전제품, 가사관련 비품 | 13.64유로 |
| 항목 6 건강보호 | 6.09유로 |
| 항목 7 교통 | 11.79유로 |
| 항목 8 통신 | 15.75유로 |
| 항목 9 여가, 오락, 문화 | 35.93유로 |
| 항목 10 교육 | 0.98유로 |
| 항목 11 숙박 및 음식점이용 | 1.44 유로 |
| 항목 12 기타 물품 및 서비스 | 9.18유로 |
| | 총 211.69유로 |

② 만 7세 이상 만 14세 이하 아동

| | |
|---|---|
| 항목 1 식료품, 무알콜 음료 | 96.55유로 |
| 항목 3 의복, 신발 | 33.332유로 |
| 항목 4 주거, 에너지, 주거 보수 | 11.07유로 |
| 항목 5 가내시설, 가전제품, 가사관련 비품 | 11.77유로 |
| 항목 6 건강보호 | 4.95유로 |

| | |
|---|---|
| 항목 7 교통 | 14.00유로 |
| 항목 8 통신 | 15.35유로 |
| 항목 9 여가, 오락, 문화 | 41.33유로 |
| 항목 10 교육 | 1.16유로 |
| 항목 11 숙박 및 음식점이용 | 3.51 유로 |
| 항목 12 기타 물품 및 서비스 | 7.31유로 |
| | 총 240.32유로 |

③ 만 15세 이상 만 18세 이하 청소년

| | |
|---|---|
| 항목 1 식료품, 무알콜 음료 | 124.02유로 |
| 항목 3 의복, 신발 | 37.21유로 |
| 항목 4 주거, 에너지, 주거 보수 | 15.34유로 |
| 항목 5 가내시설, 가전제품, 가사관련 비품 | 14.72유로 |
| 항목 6 건강보호 | 6.56유로 |
| 항목 7 교통 | 12.62유로 |
| 항목 8 통신 | 15.79유로 |
| 항목 9 여가, 오락, 문화 | 31.41유로 |
| 항목 10 교육 | 0.29유로 |
| 항목 11 숙박 및 음식점이용 | 4.78 유로 |
| 항목 12 기타 물품 및 서비스 | 10.88유로 |
| | 총 273.62유로 |

이상과 같은 산출결과를 토대로 각 수급자의 생계보장을 위한 표준수요(Regelbedarf)는 1등급부터 6등급까지 각 등급별로 사회법전 제2권 제20조 및 제23조에 규정되었다. 이에 따르면 ① 1등급(성인 독신자, 한부모 가족의 부 또는 모, 동거인(Partner)이 미성년자인 수급자) 월 364유로, ② 2등급(생활공동체 내의 두 명의 가족구성원이 만 18세 이상인 경우) 월 328유로, ③ 3등급(기타 소득활동능력이 있는 수급권자로서 만 18세 이상인 자나 만 25세 이하의 수급권자로서 다른 사회보장급여를 받고 있지 않은 자) 월 291유로, ④ 4등

급(만 15세 이상 만 18세 이하 수급자) 287유로, ⑤ 5등급(만 7세 이상 만 14세 이하의 수급자) 251유로, ⑥ 6등급(만 6세 이하의 수급자) 215유로이다.

한편 법에서는 표준수요를 개선하는 결정(Fortschreibung)의 경우, 새로운 표준수요의 산출이나 법 개정 없이 연방노동사회부장관의 권한으로 규칙으로서 정할 수 있도록 하고 있다(사회법전 제12권 제40조). 이에 따라 위의 급여액은 물가상승률(70%)과 순임금인상율(30%) 등을 반영하여 연방노동사회부장관의 "표준수요등급(Regelbedarfsstufen) 개선에 관한 규칙"에 근거하여 상향조정된다. 2011년~2016년까지의 표준수요등급별 금액은 다음과 같이 매해 인상되었다.[26]

| 등급별 금액 / 연도 | 1등급 | 2등급 | 3등급 | 4등급 | 5등급 | 6등급 |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 2011 | 364유로 | 328유로 | 291유로 | 287유로 | 251유로 | 215유로 |
| 2012 | 374유로 | 337유로 | 299유로 | 287유로 | 251유로 | 219유로 |
| 2013 | 382유로 | 345유로 | 306유로 | 289유로 | 255유로 | 224유로 |
| 2014 | 391유로 | 353유로 | 313유로 | 296유로 | 261유로 | 229유로 |
| 2015 | 399유로 | 360유로 | 320유로 | 302유로 | 267유로 | 234유로 |
| 2016 | 404유로 | 364유로 | 324유로 | 306유로 | 270유로 | 237유로 |

### 3. 저소득층 자녀의 교육 및 사회·문화 생활 참여를 위한 수요

주지하는 바와 같이 헌법재판소는 사회법전 제2권 및 제12권에 따른 수급대상에 해당되는 저소득층의 미성년 자녀들에 대한 기존의 표준수요에 따른 급여결정은 그 표준수요의 산출 절차가 헌법에 합치되지 않는다고 판단하였다. 기존 법에서는 단지 성인에게 적용되는 표준수요만을 기준으로 그보다 낮은 정도로 아동, 청소년들에 대한 급여 수준을 단순하게 정해놓고 있었기 때문이다.

26) Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Bekanntmachung über die Höhe der Regelbedarfe nach § 20 Absatz 5 des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch für die Zeit ab 1. Januar 2012, 1. Januar 2013, 1. Januar 2014, 1. Januar 2015, 1. Januar 2016.

따라서 이처럼 성인의 수요에 좌우되는 것이 아니라 아동, 청소년의 각 연령별로 특수한 수요에 대한 독자적인 산출을 필요로 한다고 보았다. 또한 이러한 특수한 수요는 학교교육에서 그 기본적인 근거를 찾고 있다.

이에 따라 사회법전 제2권 제28조와 제12권 제34조에서 미성년자의 교육과 사회, 문화생활 참여를 위한 수요에서 고려되는 사항들을 규정하고 있다. 개정의 주된 특징은 기존의 금전 중심의 급여로부터 재화 및 서비스 중심의 급여로 전환되었다는 점이다. 이러한 점에서 아동, 청소년에 대한 복지정책에 관하여 일종의 패러다임의 변화가 이루어졌다고 한다. 즉, 이와 같은 아동과 청소년의 교육 및 사회참여를 위한 수요는 앞서 언급한 교육패키지라는 형태의 복지사업을 통해 이루어지고 있는데 자녀들이 실제 급여를 받기 위해서는 부모가 각 지역의 직업센터(Jobcenter)에서 쿠폰을 신청하여야 하고 쿠폰 비용은 연방과 주의 재정에서 충당된다. 자녀는 이 쿠폰을 가지고 점심식사, 방과후 공부, 스포츠 활동 등을 이용하게 된다.

개정법에 따라 청소년들에 대해 생계급여 결정을 위한 표준수요와는 별도로 교육 및 사회, 문화생활 참여를 위한 수요의 결정에서 고려되는 사항들을 정리하면 다음과 같다.

① 학교 관련법 규정의 범주 내에서의 학교소풍과 여러 날 동안 이루어지는 수학여행에 필요한 실제 비용
② 개인적으로 학교에서 필요한 수업재료 등의 비용을 위해 연간 100유로 고려
③ 가장 가까운 곳에 위치한 학교에 다니는 것을 기준으로 통학에 필요한 실제 비용 고려
④ 방과후 보충학습을 위한 지원
⑤ 학생이나 종일 보육 시설에 맡겨지는 어린이들이 공동 점심배급을 받는 경우 그 비용 고려
⑥ 18세 미만의 수급자가 스포츠, 게임, 문화, 사교모임, 예술 분야 수업 및 여가시간 활동 등에 참가하는 경우 월 10유로 한도에서의 회비 고려

독일연방노동사회부의 발표에 따르면 실업수당Ⅱ나 사회수당을 지급받는 사

회부조 대상 가정의 아동과 청소년은 약 250만명으로 추산되고 있는바[27] 2011년부터 독일정부는 연방 및 주 차원에서 이들의 교육과 사회참여를 위한 교육패키지를 실시하고 있다. 그 주된 내용은 위에서 살펴본 미성년자의 특수한 수요에서 고려되어야 하는 사항과 같은 맥락에서 점심제공, 문화·스포츠활동 지원, 소풍 및 수학여행 비용 지원, 통학비용 지원, 수업재료비 지원, 방과후 공부 지원 등으로 구성되어 있다.

그러나 교육패키지 사업이 실제로 아동, 청소년의 생활수준 향상에 어느 정도 도움이 되고 있는지에 대해서는 회의적인 반응이 많고, 예컨대 월 10유로로는 스포츠나 문화활동 등에 참여하기에 부족하다는 등 실효성에 대한 비판이 제기되고 있다.[28]

## V. 시사점 및 결론

독일 연방헌법재판소의 결정과 이후의 법 개정은 나름의 의미와 한계를 모두 보여주고 있다. 대체적으로 독일 내에서 2010년 헌법재판소 결정 이후 2011년의 사회법전 개정에 대해 실질적인 개혁과 진보의 의미를 부여하지는 않는 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고 오랫동안 추진해온 하르츠 개혁의 오류를 인정하고 개선하기 위해 노력하고 있다는 점, 저소득층에 대한 보다 세분화되고 구체적인 최저생활 보장과 보장수준 개선을 위한 노력이 점진적으로 이루어지고 있음은 확인할 수 있다. 우리의 상황과 관련하여 몇 가지 시사점과 결론을 정리해보고자 한다.

### 1. 사회권의 실질적 보장을 위한 국가의 의무

우리 헌법재판소는 지난 1997년과 2004년의 결정[29]을 통해 “모든 국민은

27) Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Bildungspaket und Regelbedarfe, 독일연방노동사회부 홈페이지 게재 자료.

28) Tagesschau 보도자료, 2012년 3월 23일 보도자료, Schlechte Noten für das Bildungspaket, www.tagesschau.de, 2012.3.23, Spiegel Online 기사, “Befragung in 130 Kommunen: Von der Leyens Bildungspaket wirkt kaum”, www.spiegel.de, 2013.3.14.

인간다운 생활을 할 권리를 가지며 국가는 생활능력 없는 국민을 보호할 의무가 있다는 헌법의 규정은 모든 국가기관을 기속하지만 그 기속의 의미는 동일하지 아니한데 입법부나 행정부에 대하여는 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위 안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위의 지침, 즉, 행위규범으로서 작용하지만 헌법재판에 있어서는 다른 국가기관, 즉, 입법부나 행정부가 국민으로 하여금 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하여야 한다는 통제규범으로 작용하는 것이다"라고 하면서 "국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는 국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 인간다운 생활을 할 권리를 보장한 헌법에 위반된다고 할 수 있다"라고 하고 있다. 이러한 전제 하에서 2004년 결정에서는 보건복지부장관의 최저생계비 고시에서 장애인가구의 추가지출 비용이 반영된 별도의 최저생계비를 정하지 않았다하더라도 국가가 실현해야 할 객관적 내용의 최소한도의 보장에도 이르지 못하였다거나 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈하였다고는 보기 어렵다고 판단하였다.

그러나 최저생계비 결정 문제로 대표되는 우리나라의 최저생활보장이 국가의 성실한 사회보장의무 이행을 통해 이루어지고 있는 것인지, 당장 최저생계비 계측 방식을 획기적으로 개선하기에는 현실적 어려움이 있다 하더라도 적어도 점진적인 개선 노력을 반영하고 있는 것인지에 대해서는 끊임없는 의문이 제기되고 있고, 이에 대한 재검토가 필요하다. 오늘날 국가는 국민의 사회보장을 받을 권리를 존중하고 보호하며 증진하고 구현할 의무가 있는데 다만 사회보장권의 실현을 위해서는 예산확보와 계획수립이 필요하기 때문에 국가의 사회보장의무는 원칙적으로 점진적 실현의무이고 이러한 점진실현의 원칙은 UN 사회

29) 헌재 1997.5.29, 94헌마33, 헌재 2004.10.28, 2002헌마328.

권규약에도 규정되어 있다. 그러나 이러한 점진적 실현의무를 국가는 어떠한 즉각적 실현의무도 없다는 뜻으로 확대해석해서는 안 된다. 이는 현 단계에 만족하지 않고 꾸준히 노력하여 완전한 수준의 사회적 기본권 실현에 도달할 의무를 의미한다고 할 것이다.[30]

우리 헌법재판소가 반복하여 말하고 있는 '국가가 실현해야 할 객관적 내용의 최소한도의 보장' 역시 계속적으로 완전한 실현을 목표로 발전되어가야 하는 개념임이 분명하다. 따라서 향후 수급권자 유형에 따른 구체적 생활실태가 보다 실질적으로 반영되는 방향으로 최저생계비가 결정되어야 할 것이고 예컨대 2004년 헌법재판소 결정에서 문제되었던 장애인 가구의 최저생계비 결정에 관해서는 장애인에게만 필요한 추가지출이 가구유형별 구체적 생활실태로서 반영되어야 할 것이다. 이러한 점에서 수급자의 특별한 비전형적 수요가 생계급여 수준 결정에 반영되어야 한다는 점을 확인하고 있는 독일 연방헌법재판소의 결정과 이후의 법 개정 등은 참고할 만하다.

## 2. 법률에 의한 최저생활보장의 급여 수준 규정

장기실업자 가족 등 저소득 계층에 대한 최저생활보장에 관한 독일법제와 우리법제의 뚜렷한 차이점 중 하나는 독일의 경우 최저생활보장을 위한 표준수요의 내용을 법률에 의해 정하고, 다만 금액을 상향조정하는 경우에만 연방노동사회부장관 규칙에 의해 정할 수 있도록 하고 있는데 비하여 우리의 경우 최저생계비와 구체적 급부의 내용을 보건복지부장관 고시에 의하여 정하고 있다는 점이다.

최저생활 보장을 위한 급여 수준 결정은 헌법상 인간다운 생활을 할 권리의 본질적 문제이고 그 급부의 내용은 형식적 법률에 의해서 규율되어야 할 필요성이 있다고 하면서 현행 국민기초생활보장법이 최저생활의 보장을 위한 구체적 급부의 내용은 보건복지부 고시로서 정하도록 위임하고 있는 것은 포괄위임금지원칙에 위반된다고 하는 보는 견해가 발견되고 이는 타당한 지적이라고 생

30) 곽노현·김엘림, 『사회보장법』, 한국방송통신대학교출판부, 2009, 35쪽.

각한다.[31]

### 3. 현행 최저생계비 결정시스템 하에서의 보완 필요성

최저생활보장수준 결정과 관련하여 독일은 일종의 수정·보완된 '전물량방식'으로 볼 수 있는 통계모델에 따라 생계급여 및 사회급여의 금액을 결정하고 있어 상대적 빈곤선을 채택하지 않고 있는 국가라는 점에서 우리나라의 최저생계비 결정시스템과 공통점을 보여주고 있다. 특히 우리와 유사하게 소비자행태와 관련된 조사에 기초하여 공공부조 급여액의 수준을 조정하고 있다.[32] 그리고 독일연방헌법재판소는 이러한 계측방식 자체에 대해 기본적으로는 합헌으로 인정한 것이다. 현재 우리나라에서 최저생계비 결정에 대해서는 최저생계비가 계측년도에는 전물량 방식의 계측을 통해 절대빈곤선으로 규정되고 비계측년도에는 계측년도에 결정된 최저생계비를 조정하는 방식을 취하고 있는 것에 대하여 이러한 절대빈곤방식을 계속 유지할 것인가, 아니면 상대빈곤 방식을 도입하여야 할 것인가가 대표적인 쟁점으로 논의되고 있는 상황이다. 이는 최저생계비 수준을 계속 억제할 것인가 아니면 장기적으로 일정한 수준 이상이 담보되도록 상승하게 할 것인가와 관련된다.[33] 이미 수년전부터 사회복지 전문 연구자들이나 시민단체 등을 통해 전물량방식은 연구자의 자의성이 개입될 여지가 많다는 점에서 그 한계가 뚜렷한 제도이고 장기적으로는 상대적 빈곤선 개념을 도입하는 것이 바람직하다는 주장이 제기되고 있다.[34] 다만 상대적 빈곤선을 도입하기 위해서는 상대적 비율을 어느 선에서 정할 것인지에 대한 사회적 합의가 필요하고 갑작스러운 변화는 이루어지기 어렵다는 현실적 장애를 감안할 때 적어도 현재의 전물량방식을 수정·보완하여 점차적으로 상대적 빈곤선 도입 방향으로 변화시켜가는 노력이 필요하다는 점도 지적된다.[35]

---

31) 전광석, 『독일사회보장법론』, 법문사, 1994, 82쪽 이하; 김종수, "최저생활보장기준", 『사회보장판례연구』(이홍재 편저), 법문사, 2010, 405쪽.
32) 김미곤외, 앞의 책, 118쪽.
33) 남기철, "최저생계비의 현실과 계측의 의미", 『복지동향』, 참여연대 사회복지위원회, 2007, 7월호, 5쪽.
34) 김미곤외, 앞의 책, 232쪽 이하 참조.
35) 김미곤외, 앞의 책, 235쪽.

현재 우리나라의 최저생계비 수준이 현실을 반영하지 못하는 열악한 수준이고 우리사회의 극심한 양극화 문제 해결 등을 도모하기 위해서는 궁극적으로 상대적 빈곤선 개념의 도입이 필요하다는 점에 대해서는 공감한다. 그렇다면 이러한 우리의 상황을 고려할 때 전물량방식을 전제로 하고 있는 독일 연방헌법재판소 결정에서 이루어진 논의는 낡은 논의처럼 여겨질 수도 있다. 그러나 우리나라에서 당장 상대적 빈곤선 개념의 도입이 가능한 상황이 아니라면 적어도 위에서 언급한 바와 같이 법형식적인 면에서 볼 때 독일의 경우 우리와는 달리 최저생활을 보장하기 위한 급여의 구체적인 금액을 법률에 규정하고 있다는 점, 최저생계비 결정의 내용적 측면과 관련하여서는 독일연방헌법재판소가 빈곤계층의 자녀들이 향후 빈곤층에서 벗어날 수 있도록 하기 위하여 이들에 대한 보다 구체적인 지원의 중요성을 환기시키고 있다는 점, 생계급여 결정에 있어서 비전형적인 특별한 수요에 대한 고려를 강조하였다는 점 등은 의미 있는 시사점이라고 할 수 있을 것이다.

### 4. 빈곤계층 아동에 대한 지원의 중요성

독일 연방헌법재판소 결정과 이후의 법 개정에서 주목할 만한 또 하나의 내용은 빈곤계층 아동에 대한 지원을 강조하고 있다는 점이다. 특정 연령 아동에게는 그 연령대에 특유한 특별 수요가 있을 것이고 이를 최저생활수준에 반영하여야 한다는 점, 빈곤층 아동들에 대한 교육, 학습지원을 위한 비용은 이들이 향후 자립하여 빈곤에서 벗어날 수 있도록 하기 위하여 더욱 중요하다는 점, 이들에게 제대로 된 교육지원이 이루어지지 않는다면 이들 역시 장래에 자신의 능력으로 가계를 꾸려나갈 수 없게 될 것이라는 점 등에 대한 중요성을 밝히고 있다. 연방정부에서는 이에 대하여 교육제도와 학교운영에 대해서는 각 주가 관할권을 갖는다는 점을 들어 연방이 빈곤층 아동에 대한 교육문제에 대해 별도로 책임을 져야 할 의무는 없다고 주장하였으나 연방헌법재판소는 아동 개개인의 개인적 수요와 사회보장급부에 대해서는 어디까지나 연방이 책임을 지는 것이고 주는 다만 학교제도 자체에 대하여 관할하는 것일 뿐이라고 판단

하였다. 이는 최근 흙수저, 금수저라는 씁쓸한 신조어로 상징되는 가난의 대물림 문제가 심각한 우리 사회에서도 주목해야 할 부분이다. 다만, 독일의 교육패키지사업의 경우 금전급부 정책으로부터 현물 내지 서비스급부 중심의 정책으로 전환하였다는 의미가 있는 것으로 평가되고 있는데 지금까지는 긍정적인 효과나 실효성있는 개선 효과에 대한 평가는 별로 발견되지 않는다. 우리의 경우에도 현물 중심 내지 서비스 중심의 복지제도로의 전환이 이루어지고 있다는 점에서 독일의 사례는 본보기 또는 타산지석이 될 것이다.

[발제문 3]

# 평등권 침해를 중심으로 본 부양의무자 기준의 위헌성

▸ **박성민_** 법무법인(유한) 태평양

## 1. 부양의무자 기준의 평등권 침해 여부를 살피는 의의

우리 헌법은 '인간으로서의 존엄과 가치'를 그 핵으로 하는 기본권의 동화적 통합효과를 증대시키기 위해서 모든 국민이 법앞에 평등하고 누구든지 성별, 종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적, 경제적, 문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다고 규정하여(헌법 제11조 제1항), 모든 생활영역에 균등하게 참여할 수 있는 기회를 보장함으로써 기본권실현의 방법적 기초가 어디에 있으며 기본권실현의 방향이 어떠해야 하는 것인가를 분명히 밝히고 있습니다.[1)]

평등의 원칙은 국민의 기본권 보장에 관한 우리 헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적 이유 없이 불평등한 대우를 하지 말 것과, 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리로서, 국민의 기본권중의 기본권입니다.[2)]

헌법재판소와 입법자는 모두 평등원칙의 기속을 받지만 헌법재판소와 입법자

1) 허영, 한국헌법론 전정12판, 박영사, 2016, 347면.
2) 헌법재판소 1989. 1. 25.자 88헌가7 결정.

는 헌법이 부여한 기능에 있어 서로 다르기 때문에 헌법재판소에게 평등원칙은 다른 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하는 기준으로서의 재판규범, 즉 통제규범을 의미하고 입법자에게 있어 평등원칙은 행위의 지침이자 한계인 행위규범을 의미합니다.[3] 헌법이 입법자에게 부담시킨 평등실현의무는 헌법재판소의 평등권 침해 판단 기준에 비하여 그 의미가 넓습니다. 그러므로 입법자의 행위가 헌법상 평등권을 침해하였다면 그 행위는 당연히 헌법상 평등실현의무를 위반한 것이지만, 설령 평등권 침해에는 해당하지 않는다고 하여도 입법자가 평등실현의무를 다 하였다고 인정되는 것은 아닙니다.

저는 이 발표문에서 현행 국민기초생활보장법상 수급요건인 부양의무자 기준이 평등권 침해에 해당할 수 있음에 한정하여 논의하고 그 범위를 넘어 입법자가 부양의무자 기준을 둔 것이 평등실현의무을 제대로 이행한 것으로 볼 수 있는지 여부까지는 살피지 않을 것입니다. 만약 부양의무자 기준이 발표문의 입장과 같이 평등권 침해에 해당한다면 입법자가 현재와 같은 부양의무자 기준을 만들어 유지하는 행위는 당연히 헌법상 평등실현의무를 위반한 것일 테지만, 설령 부양의무자 기준이 평등권 침해는 아니라고 판단되어도 발표문에서 제기한 문제 등이 해결되지 않는다면 그것은 입법자의 평등실현의무 위반에 해당할 수 있음을 먼저 말씀드리고 싶습니다.

## 2. 단계적 개선 과정에서의 차별이어서 평등원칙의 예외인지 여부

헌법재판소는, 헌법상 평등의 원칙은 국가가 언제 어디에서 어떤 계층을 대상으로 하여 기본권에 관한 사항이나 제도의 개선을 시작할 것인지를 선택하는 것을 방해하지 않고, 국가는 합리적인 기준에 따라 능력이 허용하는 범위 내에서 법적 가치의 상향적 구현을 위한 제도의 단계적인 개선을 추진할 수 있는 길을 선택할 수 있어야 한다는 입장입니다.[4] 그것이 허용되지 않는다면 모든

3) 헌법재판소 1997. 1. 16.자 90헌마110 결정.
4) 헌법재판소 1991. 2. 11.자 90헌가27 결정, 헌법재판소 2005. 9. 29.자 2004헌바53 결정 등.

사항과 계층을 대상으로 하여 동시에 제도의 개선을 추진하는 예외적인 경우를 제외하고는 어떠한 제도의 개선도 평등의 원칙 때문에 그 시행이 불가능하다는 결과에 이르게 되어 불합리할 뿐만 아니라 평등의 원칙이 실현하고자 하는 가치에도 어긋나기 때문이라는 것입니다.

그러나 헌법재판소가 위와 같은 법리를 설시하며 평등권 침해를 인정하지 않을 때도 반대의견이 존재했습니다.[5] 그리고 이를 별론으로 하더라도 헌법재판소는, 제도의 단계적 개선을 추진하는 경우 언제 어디에서 어떤 계층을 대상으로 하여 제도 개선을 시작할 것인지를 선택하는 것에 대하여 입법자에게 형성의 자유를 인정하면서도, 국가가 제도의 단계적 개선을 추진하는 경우라도 수혜자 한정의 기준을 설정할 때에는 능력이 허용하는 범위 내에서 '합리적인 기준'

5) 가령, ① 헌법재판소 1991. 2. 11.자 90헌가27 결정에서, 다수의견은 3년의 중등교육에 대한 의무교육을 전국적으로 확대 실시하기 위해서는 국가가 부담해야 할 인건비·시설비 등이 엄청나서 막대한 국가의 재정적 부담을 고려하여 교육법 제8조의 2 를 두어 대통령이 순차적으로 실시하도록 한 것이므로 그로 인하여 차별적 대우가 발생한다고 하더라도 이는 불가피한 것으로서 평등의 원칙에 대한 예외를 인정할 수 있는 합리적 근거가 된다고 설명하였으나, 재판관 변정수의 반대의견은 의무교육에 관한 헌법규정이 초등교육에서 시작하여 그 이상의 교육과정으로 확대되기까지의 긴 역사에서 볼때 우리의 경제수준이 초등교육 뿐만 아니라 그 이상의 교육과정에 대한 무상의 의무교육을 감당할 수 있다는 근거아래 1972.12.27. 개정된 제4공화국 헌법에서부터 초등교육 이상의 교육을 의무교육으로 하도록 규정하였음이 분명하고 실제에 있어 우리나라의 재정능력이나 국민소득 수준에서 보더라도 일부지역에서 실시되고 있는 입학금과 수업료를 면제하는 형태에 불과한 3년의 중등교육에 대한 의무교육의 전면적 실시(거기에 소요되는 1년 예산 6,000억원 미만)가 결코 감당할 수 없는 재정적 부담을 가져온다고는 볼 수 없으므로(1990년 한해동안 예산상의 세수목표액 보다 4조 9천억원의 세금이 더 걷혔다는 사실도 참고) 재정적 부담을 이유로 3년의 중등교육에 대한 의무교육의 순차적 실시를 규정한 교육법 제8조의 2 는 합리적 이유 없이 헌법 제11조 제1항 의 평등의 원칙을 제한하는 법률이라고 아니할 수 없고, 외국의 의무교육 실시 현황을 보더라도 국민소득수준이나 경제력에 있어 우리나라보다 결코 우월하다고 볼 수 없는 나라에서도 이미 오래전부터 9년간의 의무교육을 실시하고 있고 심지어 북한에 있어서도 10여년전(1976년)부터 11년 간의 의무교육을 실시하고 있는 것을 볼 때 아직 6년간의 초등교육에 머물고 있는 우리나라의 의무교육을 너무 뒤떨어져 있으며, 국민교육에 대한 국가의 무성의를 탓하지 아니할 수 없다는 입장이었습니다. 또한, ② 헌법재판소 2005. 9. 29.자 2004헌바53 결정에서도, 다수의견은 소방공무원과 경찰공무원이 수행하는 업무의 내용이 서로 다르고, 이로 인해 업무수행 중에 노출되는 위험상황의 성격과 정도도 동일하지 않으며, 경찰공무원의 경우 전시 또는 이에 준하는 상황이 발생하는 경우 군인과 같이 고도의 위험을 무릅쓰고 부여된 업무를 수행할 것이 기대되어 정책적인 배려를 하는 것이므로, 이로 인해 경찰공무원과 소방공무원 간에 보훈대상의 범위나 보훈혜택의 내용에 있어 차이가 있다 하더라도 평등원칙에 반하지 않는다고 하였으나, 재판관 윤영철, 조대현의 반대의견은 직무를 성실히 수행함으로써 국민을 위해 봉사하다가 순직한 소방공무원에 대하여 국가가 응분의 예우를 하지 못하고 있는 것으로 판단될 뿐만 아니라 직무수행 중 순직한 것이라는 동일한 사유에도 불구하고 소방공무원을 경찰공무원과 달리 예우하는 것은 합리적 근거없는 차별로서 청구인들의 평등권을 침해한다고 본다는 입장이었습니다.

에 따를 것이 요구되므로, 국가가 모든 대상자 중 일부로 수혜자를 한정하는 경우에 그러한 입법적 형성은 무제약적 자유의 영역에 속하는 것이라고 할 수는 없는 것이고, 수혜자 한정의 기준은 어디까지나 합리적인 이유가 인정되어 그로부터 배제되는 자들의 평등권을 해하지 않는 것이어야 한다는 입장입니다.[6)]

예를 들어, 헌법재판소는, 고엽제후유의증환자가 사망한 경우에도 배우자와 자녀에게 교육지원과 취업지원을 하도록 하는 '고엽제후유의증 환자지원 등에 관한 법률' 제7조 제9항을 2007. 12. 21. 이후 사망한 고엽제후유의증환자의 유족에게만 적용하도록 함으로써 그 이전에 사망한 환자의 유족들과 그 이후 사망한 환자의 유족들을 차별취급하는 부칙조항은 제도의 단계적 개선에 해당하는 것으로 볼 수 있으나, 위 부칙조항이 차별취급의 기준으로 삼은 환자의 사망시기는 우연적 사정에 기인한 결과의 차이일 뿐, 차별의 합리적인 이유가 될 수 없으므로 이를 기준으로 한 차별취급은 청구인들의 평등권을 침해한 것이라고 판단한 바 있습니다.[7)]

그러므로 헌법재판소 판례에 의하면, 부양의무자 기준이 단계적 개선 과정에서 나타나는 차별이어서 평등원칙의 예외에 해당한다고 하여도[8)] 그러한 입법적 형성이 무제약적 자유의 영역에 속하는 것이라고 할 수는 없는 것이고, 부양의무자 기준에 합리적인 이유가 인정되어 그로부터 배제되는 자들의 평등권을 해하지 않는 것인지 여부를 검토할 필요가 있습니다.

---

6) 헌법재판소 2012. 6. 27.자 2010헌마716 결정, 헌법재판소 2011. 6. 30.자 2008헌마715 결정 등.

7) 헌법재판소 2011. 6. 30.자 2008헌마715 결정. 후술하는 헌법재판소 2012. 6. 27.자 2010헌마716 결정의 경우도 마찬가지입니다.

8) 과거 생활보호법에서는 노동능력이 없다고 의제되는 자에 한하여 보호대상자로 하였으나 1999년 국민기초생활보장법이 제정되면서 이를 폐지하고 소득이나 재산을 기준으로 보호대상자를 정하여 수급대상가구가 1.5배 증가하였고, 그 후 2007년 개정 시 부양의무자의 범위를 기존의 '1촌의 직계혈족 및 그 배우자, 생계를 같이하는 2촌이내의 혈족'에서 '1촌의 직계혈족 및 그 배우자'로 축소하였던 사실, 그 후 사망한 1촌의 직계혈족 및 그 배우자를 제외하여 또 그 범위를 축소한 사실 등을 고려하면 부양의무자 기준이 단계적 개선 과정에 있다고 볼 여지가 있습니다.

### 3. 국민기초생활보장법과 동법 상 급여 제도의 의미와 목적

평등원칙은 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게 또는 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 다루는 것을 허용하지 않으나, 이것이 무엇이 본질적으로 같은 것인지 또는 본질적으로 다른 것인지에 대한 충분한 정보를 제공하지는 않습니다.[9)]

이에 관하여 헌법재판소는 본질적으로 같은지 또는 다른지의 판단은 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적에 달려있다는 입장입니다.[10)] 평등원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있으므로 비교의 대상을 이루는 두 개의 사실관계 사이에 서로 상이한 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 없음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 다르게 취급한다면, 입법자는 이로써 평등권을 침해하게 되는데, 서로 비교될 수 있는 사실관계가 모든 관점에서 완전히 동일한 것이 아니라 단지 일정 요소에 있어서만 동일한 경우에, 비교되는 두 사실관계를 법적으로 동일한 것으로 볼 것인지 아니면 다른 것으로 볼 것인지를 판단하기 위하여는 어떠한 요소가 결정적인 기준이 되는가가 문제되는바, 두 개의 사실관계가 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적에 달려 있다는 것입니다.

그러므로 부양의무자 기준이 평등권을 침해하는지 여부를 살피기 위해서는 국민기초생활보장법과 동법상 급여 제도의 의미와 목적이 무엇인지 검토할 필요가 있습니다.

국민기초생활보장법은 1999. 9. 7. 제정되어 2000. 10. 1. 시행되었는데 법

9) 손상식(연구책임자), 평등권의 침해 여부에 대한 심사기준, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2013, 61, 62면.

10) 헌법재판소 1996. 12. 26.자 96헌가18 결정, 헌법재판소 2001. 11. 29.자 99헌마494 결정, 헌법재판소 2015. 5. 28.자 2012헌가6, 7, 8, 9(병합) 결정.

제처에서 발표한 국민기초생활보장법 제정이유는 “저소득 국민, 영세 도시빈민, 실업자등을 지원하여 빈곤문제에 대한 사회안전망의 기초를 튼튼히 하는 한편, 빈곤가구별로 자활지원계획을 수립하고 그에 맞는 자활급여를 실시함으로써 빈곤의 장기화를 방지하려는 것임”이라고 하고, 주요골자 중에는 “부양의무자가 없거나, 부양의무자가 있어도 부양능력이 없거나 부양을 받을 수 없는 자로서 소득인정액이 최저생계비이하인 국민은 누구나 국가로부터 지원을 받을 수 있도록 함”, “근로능력이 있는 수급자에 대하여는 자활에 필요한 사업에 참가하는 것을 조건으로 하여 생계급여를 지급할 수 있도록 함”이 있습니다.[11]

기존의 생활보호법에서는 노등능력이 없다고 의제되는 자에 한하여 보호대상자로 하였지만 국민기초생활보장법은 이를 폐지하는 등 기존의 생활보호법과 달리 근로능력의 존재 여부에 관계없이 빈곤상태에 있는 모든 국민을 보호의 대상으로 하는 보편성의 원칙을 실현하고 있는 점[12], 이는 빈곤문제에 대한 국가적, 사회적 책임을 중요하게 인식한 입법적 결단인 점[13], 국민기초생활보장법이 제정된 과정을 보면 그 입법 배경으로는 무엇보다도 1997년 발생한 경제

11) 법제처에서 발표한 국민기초생활보장법 제정이유는 다음과 같습니다.

【제정·개정이유】
◇제정이유
저소득 국민, 영세 도시빈민, 실업자등을 지원하여 빈곤문제에 대한 사회안전망의 기초를 튼튼히 하는 한편, 빈곤가구별로 자활지원계획을 수립하고 그에 맞는 자활급여를 실시함으로써 빈곤의 장기화를 방지하려는 것임.
◇주요골자
가. "소득인정액"은 개별가구의 소득평가액과 재산의 소득환산액을 합산한 금액으로 하고, 소득평가액의 산정에 있어서 근로소득공제등 근로유인을 위한 방안을 둠(법 제2조제7호 및 제8호).
나. 부양의무자가 없거나, 부양의무자가 있어도 부양능력이 없거나 부양을 받을 수 없는 자로서 소득인정액이 최저생계비이하인 국민은 누구나 국가로부터 지원을 받을 수 있도록 함(법 제5조).
다. 수급자를 선정함에 있어 기준이 되는 최저생계비의 결정은 중앙생활보장위원회의 심의·의결을 거쳐 보건복지부장관이 공표하도록 함(법 제6조).
라. 근로능력이 있는 수급자에 대하여는 자활에 필요한 사업에 참가하는 것을 조건으로 하여 생계급여를 지급할 수 있도록 함(법 제9조).
마. 생활보장에 관한 기획·조사 ·실시등에 관한 사항을 심의·의결하기 위하여 보건복지부와 특별시·광역시·도 및 시·군·구에 생활보장위원회를 두도록 하고, 위원회의 구성과 자격기준등을 명문화하여 민간의 민주적 참여와 동위원회의 전문성을 강화함(법 제20조).

12) 전광석, 한국사회보장법론 제10판, 집현재, 2014, 198면, 494면.
13) 김종수, 기초생활보장수급권의 요건에 관한 법개정안 검토, 사회보장법학, 2014, 81면.

위기를 들 수 있고 당시 대량의 실업 상황에서 실업자의 빈곤화를 방지할 각종 사회안전망이 취약하여 국민들을 보호할 수 없었기 때문에 그 문제를 해결하고자 국민기초생활보장법이 제정되었다고 볼 수 있는 점[14], 현재의 국민기초생활보장법 상 수급자 선정기준을 보아도 소득인정액이 일정 수준 이하일 것이 가장 핵심적인 요건인 점을 고려하면,

국민기초생활보장법과 동법 상 급여 제도는, 빈곤을 단순한 개인의 문제로만 보지 않고 사회구조적 원인이 복합적으로 작용한 결과라고 인식하여, 소득 수준이 일정한 수준보다 낮은 국민이라면(거칠게 말하여, 생활이 어려운 국민이라면) 누구든지 국가에 대하여 급여를 청구할 수 있도록 구체적인 권리를 부여하였다는 의미가 있다고 할 수 있습니다. 그리고 그 목적은 소득 수준이 일정한 수준보다 낮은, 생활이 어려운 국민이 국민기초생활보장법에서 정한 급여를 받아 최저생활을 보장받고 자활할 수 있도록 하는 데에 있다고 생각합니다.

그렇다면 부양의무자 기준으로 인하여 국민기초생활보장법상 급여를 받는 자들과 받지 못하는 자들을 비교하여 두 비교집단이 본질적으로 같은지 다른지를 판단할 때는 위와 같은 국민기초생활보장법과 동법 상 급여 제도의 의미와 목적에 따라 판단하여야 할 것이고, 그때 가장 중요한 기준은 비교집단의 생활이 어려운 정도, 즉, 그 경제적 실질이 국민기초생활보장법에서 국가가 급여를 실시하여야 한다고 보는 수준에 해당하는지 여부일 것입니다.

### 4. 비교집단 설정 및 비교집단 간의 차별의 합리적 이유가 있는지 여부

현행 국민기초생활보장법상 부양의무자 기준은 부양의무자가 부양을 하지 않는다는 '현재의 사실'이 아니라, 부양할 '잠재적 가능성'이 없음을 수급 자격 요건으로 하고, 이는 민법상 부양청구권을 근거로 정당화되는 것처럼 보이지만, 법원의 판결을 거쳐야만 확정되는 민법상 부양청구권은 국민기초생활보장

14) 강신욱, 허선, 정호원, 국민기초생활보장법 제정과정 분석, 한국보건사회연구원, 2004, 29면, 118면.

법에서 소득과 재산을 중심으로 목록화된 행정지침에 따라 부양의무자의 부양가능성을 판정하는 것과는 전혀 다른데도 국민기초생활보장법은 부양의무자 기준을 두어 소득이 낮은 수급신청자가 법적 조치를 하여 부양을 받을 책임을 부여하는 등의 불합리가 있습니다.[15]

이는 다음과 같은 비교집단 사이의 비교를 통하여 확인할 수 있습니다. 논의의 편의상 아래 사례들에서 급여는 생계급여에 한정하고, 갑과 을은 1인 가구(2016년 현재 1인 가구의 생계급여 수급자 선정기준은 471,201 원입니다)이며, 사례에서 제시된 사실 외의 다른 사실에 있어서 국민기초생활보장법상 생계급여 수급자 요건을 모두 충족한다고 설정하겠습니다.

### 가. 잠재적 부양가능성이 있는 집단과 잠재적 근로소득 등의 가능성이 있는 집단

아래의 경우 갑은 소득인정액이 생계급여 수급자 선정기준(471,201 원)보다 낮고 부양의무자가 없어서 생계급여를 받을 수 있습니다.[16] 그러나 을은 갑과 경제

15) 김지혜, 국민기초생활 보장법 부양의무자 기준의 위헌성, 공법연구 제41집 제3호, 2013, 114면, 119면, 121면.

16) 국민기초생활보장법 제2조 제9호에서는 "소득인정액"이란 보장기관이 급여의 결정 및 실시 등에 사용하기 위하여 산출한 개별가구의 소득평가액과 재산의 소득환산액을 합산한 금액을 말한다고 규정하고 있습니다. 그리고 동법 제6조의3 제1항에서는 위 소득평가액은 개별가구의 실제소득에도 불구하고 보장기관이 급여의 결정 및 실시 등에 사용하기 위하여 산출한 금액으로 근로소득, 사업소득, 재산소득, 이전소득을 합한 개별가구의 실제소득에서 장애·질병·양육 등 가구 특성에 따른 지출요인, 근로를 유인하기 위한 요인, 그 밖에 추가적인 지출요인에 해당하는 금액을 감하여 산정한다고 규정하고 있습니다. 그리고 동법 제6조의3 제2항에서는 위 소득환산액은 개별가구의 재산가액에서 기본재산액(기초생활의 유지에 필요하다고 보건복지부장관이 정하여 고시하는 재산액을 말한다) 및 부채를 공제한 금액에 소득환산율을 곱하여 산정한다고 하고 이 경우 소득으로 환산하는 재산의 범위는 일반재산(금융재산 및 자동차를 제외한 재산을 말한다), 금융재산, 자동차라고 규정하고 있습니다. 그리고 동법 제6조의3 제3항에서는 실제소득, 소득평가액 및 재산의 소득환산액의 산정을 위한 구체적인 범위, 기준을 대통령령에 위임하고 있습니다. 동법 시행령 제5조에서는 실제소득에 관하여, 제5조의2에서는 소득평가액에 관하여, 제5조의3에서는 소득으로 환산하는 재산의 범위를 제5조의4에서는 재산의 소득환산액에 관하여 규정하고 있고, 구체적인 내용을 보건복지부장관이 정할 수 있도록 위임하고 있습니다. 그런데 위 법령에서 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제2조 제2호에 따른 금융자산이나 보험업법 제2조 제1호에 따른 보험상품과 같은 금융재산 외에 채권을 소득인정액에 산입하지 않고 있어서 임금채권은 소득인정액에 산입되지 않는 것으로 보입니다. 보건복지부의 2016년 국민기초생활보장사업 안내의 154면 이하에는 재산의 종류 등에 관한 설명이 나오는데 거기서도 임

적 상황은 동일한데도 부양의무자 기준 때문에 생계급여를 받을 수 없습니다.

| 갑 - 생계급여를 받을 수 있음 | 을 - 생계급여를 받을 수 없음 |
|---|---|
| 부양의무자가 없음<br>일을 하여 매달 소득인정액 60만 원 상당의 월급을 받을 수 있는 근로능력이 있는데 실제로는 일을 하지 않아서 소득이 전혀 없음 | 부양능력이 있는 부양의무자가 있고 부양을 받을 수 없다고 인정되지 않음<br>근로능력이 없음<br>부양청구권을 행사하면 법원의 판단에 따라 매달 소득인정액 60만 원 상당의 부양료를 받을 수 있음 |
| 위의 경우와 동일하나 매달 소득인정액 10만 원 상당의 월급을 받을 수 있는 근로능력이 있는 경우 | 위의 경우와 동일하나 매달 소득인정액 10만 원 상당의 부양료를 받을 수 있는 경우 |

아래의 경우도 마찬가지입니다.

| 갑 - 생계급여를 받을 수 있음 | 을 - 생계급여를 받을 수 없음 |
|---|---|
| 부양의무자가 없음<br>일을 하여 매달 소득인정액 60만 원 상당의 월급을 받기로 하고 실제로 일을 하여 매달의 임금채권[17]을 가지고 있지만 그 월급을 전혀 받지 못함 | 부양능력이 있는 부양의무자가 있고 부양을 받을 수 없다고 인정되지 않음<br>임금채권이 없음<br>부양청구권을 행사하면 법원의 판단에 따라 매달 60만 원 상당의 부양료를 받을 수 있음 |
| 위의 경우와 동일하나 매달 소득인정액 10만 원 상당의 임금채권이 있는 경우 | 위의 경우와 동일하나 매달 소득인정액 10만 원 상당의 부양료를 받을 수 있는 경우 |

금채권과 같은 채권은 조사 대상 재산으로 제시되어 있지 않습니다. 그러므로 위 사례에서 임금채권을 보유한 갑은 그 임금을 실질적으로 지급받기 전까지 소득이 없는 것으로 평가될 것으로 보입니다. 박영아, 기초생활보장과 부양의무, 한국사회보장법학회 제9회 학술대회 자료, 2016, 80면도 위와 같이 이해하고 있습니다.

위의 사례들에서 갑과 을은 생활이 어려운 정도가 동일합니다. 그리고 을의 잠재적 부양가능성과 갑의 잠재적 근로소득 가능성 역시 같다고 보아야 할 것입니다.[18] 그런데 갑은 생계급여를 받을 수 있고 을은 받지 못한다면 이는 본질적으로 같은 것을 다르게 취급하는 것인데 그렇게 차별할 합리적 이유가 없으므로 평등권 침해에 해당한다고 생각합니다.

이에 대하여 민법상 부양청구권을 행사하여 만족을 얻는 것이 다른 채권이나 권리를 행사하여 만족을 얻는 것보다 용이하다는 견해가 있을지 모르겠으나, 위의 권리들을 행사하기 위해서는 법원의 판단을 받아야 하므로 법적인 의미에서는 위 견해가 타당하지 않음이 분명하고 현실적으로도 그러한지 의문입니다.[19] 그리고 만약 위 견해가 국민기초생활보장법상 부양의무자 기준의 정당화 근거로 민법상 부양의무가 아닌 도덕적 책무로서의 '부양의무'를 전제하고 있다면 그 전제 자체가 잘못된 것이라고 할 것입니다.[20]

---

17) 위 사례에서 비교하려는 집단은 경제적 실질은 동일한데 부양의무자 기준 때문에 생계급여를 받을 수 없는 집단(을)과 생계급여를 받을 수 있는 집단(갑)입니다. 위 임금채권은 민법상 부양청구권을 행사하여 부양료를 받을 수 있는 권리와 같이 '돈(경제적 이익)을 받을 수 있는 권리'의 한 예시입니다. 임금채권이 아닌 다른 정기금 채권(또는 권리)을 가진 자를 갑으로 하여도 비교집단 설정이라는 면에서 차이가 없을 것입니다.

18) 갑의 경우 실제 일을 한 경우에는 임금채권을 보유하지만 실제 일을 하지 않은 경우에는 임금채권이 없다는 점에서 차이가 있고 그렇다면 후자의 경우는 을과 동일하게 볼 수 없다는 견해도 있을 수 있다고 생각됩니다. 설령 그 견해를 받아들인다고 하여도 최소한 실제로 일을 해서 임금채권을 보유하는 전자의 경우는 을과 같다고 보아야 할 것입니다.

19) 이승호, 구인회, 국민기초생활보장제도 부양의무자 기준 적절성 평가, 보건사회연구, 2010에서는 노인 부양의식과 부양실태에 대한 선행연구를 검토하고 한국보건사회연구원에서 실시한 "수급가구 및 비수급빈곤가구의 피부양실태에 관한 심층조사", 통계청의 사회통계조사 자료, 한국보건사회연구원의 "부양의식에 관한 전화조사" 등을 분석하여, 노인의 부양의식에서는 여전히 가족이 노인의 부양에 일차적인 책임이 있다는 의식이 강하게 남아 있지만 정부와 사회가 이를 함께 나누어야 한다는 인식이 점차 증가하고 있고, 특히 빈곤노인의 부양에 대해서는 정부와 사회가 책임져야 한다는 의견이 많아서 이러한 부양의식의 변화가 지속된다면 부양의무자 기준은 그 존재의 이유를 잃게 될 것이라고 보고, 국민기초생활보장제도의 부양의무자 기준은 현재의 부양의식 및 부양실태와 부합하지 않으며, 정부는 공적부양의 기능을 확대하기 위해 더욱 노력하여야 할 것이라고 결론짓고 있습니다. 한편, MBC의 2016. 5. 15. 보도 "자녀들 빚 끌어안는 부모, 법원 '불효파산' 불허"에 의하면, 2016년 1월, 2월 서울중앙지방법원이 파산을 선고한 1,727명 가운데 65세 이상의 노후파산이 428명으로 4명에 한명 꼴이었는데 자녀가 부모의 카드로 사치적인 소비재의 구매 등을 하여 부모가 파산 신청에 이르는 경우(소위 '불효파산')가 늘고 있어 노인층 빚 탕감에 비교적 관대했던 법원이 엄격하게 심사하기 시작하였다고 합니다. 이를 보면 우리 사회의 부양의식이나 부양실태가 크게 변화하였고 부양능력이 있는 부양의무자가 있다고 하여 피부양자가 부양의무자로부터 생계급여 수준 이상의 부양을 받는다고 간주하거나 추정하기 어렵다고 생각합니다.

### 나. 부양청구권을 행사하였을 때 부양료가 낮게 인정되는 집단과 낮은 근로소득을 얻는 집단

아래의 경우 갑은 생계급여를 일부 받을 수 있으나[21], 을은 부양의무자 기준 때문에 생계급여를 전혀 받을 수 없습니다.

| 갑 - 생계급여를 받을 수 있음 | 을 - 생계급여를 받을 수 없음 |
|---|---|
| 부양의무자가 없음<br><br>일을 하여 매달 소득인정액 10만 원 상당의 월급을 받음 | 부양능력이 있는 부양의무자가 있고 부양을 받을 수 없다고 인정되지 않음<br>부양청구권을 행사하여 법원의 판단에 따라 매달 소득인정액 10만 원 상당의 부양료를 받고 있음 |
| 위의 경우와 동일 | 위의 경우와 동일하나 아직 부양청구권을 행사하지 않고 있음(부양청구권을 행사하면 법원의 판단에 따라 매달 소득인정액 10만 원 상당의 부양료를 받을 수 있음) |

위의 경우에도 갑과 을은 생활이 어려운 정도가 동일하여 본질적으로 같은 자라고 할 것인데 단지 국민기초생활보장법령에 따라 기계적으로 정해진 소득 및 재산 기준에 따라 부양능력이 있는 부양의무자가 있고 부양을 받을 수 없다고 인정되지 않으므로[22] 을은 갑과 달리 생계급여를 전혀 받지 못합니다. 현

20) 국민기초생활보장법 제46조에서는 “수급자에게 부양능력을 가진 부양의무자가 있음이 확인된 경우에는 보장비용을 지급한 보장기관은 제20조에 따른 생활보장위원회의 심의, 의결을 거쳐 그 비용의 전부 또는 일부를 그 부양의무자로부터 부양의무의 범위에서 징수할 수 있다.”라고 규정하고 있는데, 여기서 ‘부양의무의 범위’는 민법상 부양의무의 범위일 것입니다. 위 규정만 보아도 국민기초생활보장법상 부양의무자 기준의 정당화 근거는 민법상 부양의무이고 도덕적 부양 책무가 아님을 알 수 있습니다. 부양의무자 기준의 정당성의 근거가 민법상 부양의무가 아닌 도덕적 부양 책무에 있다는 견해는 찾기 어려운바 이에 대하여는 상술하지 않겠습니다.

21) 생계급여액 = 생계급여 최저보장수준(대상자 선정기준) - 소득인정액입니다. 보건복지부의 2016년 국민기초생활보장사업 안내 223면.

22) 부양을 받을 수 있다고 인정되는 경우가 아닙니다. 부양을 받을 수 없다고 인정되는지 여부와 부양을 받을 수 있다고 인정되는지 여부는 실체적으로는 동일하나 증명책임의 맥락에서는 현실적으로 큰

행 국민기초생활보장법상 부양의무자 기준의 정당성의 근거가 민법상 부양청구권에 있다면 위와 같은 사례에서 부양의무자 기준에 의하여 을을 차별하는 데에는 어떠한 합리적인 이유도 찾기 어려울 것입니다.

이에 대하여 위의 경우 중 을이 실제로 부양청구권을 행사하여 법원의 판단에 따라 부양료를 매달 10만 원 받는 경우(전자)는 갑의 경우와 비교할 때 동일하게 볼 수 있으나, 을이 실제로 부양청구권을 행사하지 않은 경우(후자)는 생계급여를 실시하는 행정청 입장에서 을이 부양료를 얼마를 받을 수 있을지 알 수 없으므로[23] 매달 얼마의 소득이 있는지 확인되는 갑과 동일하다고 볼 수 없다는 견해가 있을 수 있다고 생각됩니다.

그러나 국민기초생활보장법은 국민의 최저생활을 보장하고 생활이 어려워 혼자 자립하기 어려운 국민을 보호하기 위한 법률입니다. 단지 부양료가 얼마가 될지 확인하기 어렵다고 하여 부양료가 작게 책정될 위의 을과 같은 국민에 대해서 생계급여의 가능성을 절연시키는 행정편의상의 이유가 과연 위의 을을 차별하여 생계급여를 하지 않을 합리적인 이유가 될 수 있는지 의문입니다. 또한 국민기초생활보장법 제46조 제1항에서는 수급자에게 부양능력을 가진 부양의무자가 있음이 확인된 경우에는 보장비용을 지급한 보장기관은 생활보장위원

---

차이를 가져올 수 있습니다. 현행 국민기초생활보장법이 부양을 받을 수 없음에 대한 증명책임을 수급 신청자에게 부담지우고 있음으로 인한 불합리에 관하여는 해당 주제 발표에서 다루어질 것이므로 여기서 상술하지 않겠습니다.

23) 법원실무제요 가사 [II], 2010, 584면에서는 “생활부조의무에 속하는 그 밖의 친족부양에 있어서는, 부양권리자가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없다는 것(민 975조)과 부양의무자의 생활에 경제적 여유가 있다는 것을 요건으로 한다. 따라서 부양의무자는 자기의 생활수준을 그대로 유지하고서도 잉여가 있는 때에 비로소 현실적인 부양의무를 지게 되고 그 생활 정도를 낮추어 가면서까지 부양할 의무를 지는 것은 아니다.”라고 설명하고, 586면에서는 “(마) 부양의 정도, 방법을 정함에 있어 고려하여야 할 사정 : 부양권리자가 그 재산을 탕진하였는지의 여부, 부양권리자에게 근로의욕이 있는지의 여부, 부모와 자녀의 별거를 부모가 유발한 것인지의 여부 등과 같이 부양권리자의 과실이나 귀책사유의 유무 등이 고려하여야 할 사정에 속한다고 할 수 있다. 가까운 장래에 당연히 변경될 것으로 예상되는 사정도 고려의 대상이 될 수 있다. 부모가 전업주부인 딸을 상대로 청구하는 경우와 같이, 부양의무자는 수입이 없고 그 배우자만이 수입이 있는 경우에, 그 배우자의 수입을 고려할 수 있는지에 관하여는 다툼이 있을 수 있으나, 이를 긍정하여야 할 것이다.”라고 설명합니다. 법원에서는 여러 가지 사정을 종합하여 부양료를 정하기 때문에 실제로 법원 판단을 받기 전에는 부양료가 얼마로 책정될지 가늠하기 어렵습니다.

회의 심의, 의결을 거쳐 그 비용의 전부 또는 일부를 그 부양의무자로부터 부양의무의 범위에서 징수할 수 있다고 규정하고 있는데, 동일한 법률 내에서 보장비용 징수의 국면에서는 '부양의무의 범위'를 고려하고 보장비용 지급의 국면에서는 고려하지 않는 것이 합리적이라고 할 수도 없다고 생각합니다.

### 다. '부양을 받을 수 없음'에 관한 증명을 용이하게 할 수 있는 집단과 그렇지 않은 집단

다음과 같이 갑과 을이 부양을 받을 수 없는 상태가 동일한데도 이를 증명하기 용이한 자료나 정황이 있는지 여부나 실질적으로 동일한 자료나 정황을 제출했는데 보장기관이나 담당 공무원이 부양을 받을 수 없는지 여부를 판단하는 기준이 달라서 갑은 생계급여를 받고 을은 받지 못한다면 차별에 해당한다고 생각합니다.

| 갑 - 생계급여를 받을 수 있음 | 을 - 생계급여를 받을 수 없음 |
|---|---|
| 부양능력이 있는 부양의무자가 있음<br>가족관계 해체 상태로 정상적인 가족기능을 상실하는 등으로 부양을 받을 수 없다고 증명하기 쉬운 자료나 정황이 있음 | 부양능력이 있는 부양의무자가 있음<br>가족관계 해체 상태로 정상적인 가족기능을 상실하는 등으로 부양을 받을 수 없다고 증명하기 쉬운 자료나 정황이 없음 |
| 부양능력이 있는 부양의무자가 있지만 부양을 받을 수 없다는 사정에 관하여 증명할 자료를 실질적으로 동일하게 제출했는데 보장기관이나 담당 공무원이 부양을 받을 수 없음을 인정해주어 수급자격을 얻음 | 부양능력이 있는 부양의무자가 있지만 부양을 받을 수 없다는 사정에 관하여 증명할 자료를 실질적으로 동일하게 제출했는데 보장기관이나 담당 공무원이 부양을 받을 수 없음을 인정해주지 않아서 수급자격을 얻지 못함 |

이에 대하여는 국민기초생활보장법상 급여 제도를 운영하려면 행정청이 수급자격 요건 충족 여부를 확인해야 하므로 수급신청자가 자신의 수급자격 요건

충족 여부를 증명하여야 하는 것은 당연하고 보장기관이나 담당 공무원마다 판단기준에 다소의 차이가 있을 수 있는 것은 현실적으로 용인되어야 한다는 견해가 있을 수 있고 충분히 설득력이 있는 견해라고 생각합니다.

헌법재판소가, 국민기초생활급여를 신청했다는 이유만으로 그 신청을 하지 않은 국민에게는 요구하지 않는 금융거래정보를 제공하도록 요구하는 것은 양자를 차별하여 평등의 원칙에 어긋난다는 주장에 대하여, 이것은 급여대상자의 소득과 재산을 정확히 파악하여 급여가 정말 필요한 사람들에게 제대로 지급되도록 하기 위하여 불가피하게 필요한 조치이므로 그 차별의 합리성을 충분히 인정할 수 있다고 판단한 것[24]이나 일반적으로 증명책임의 분배는 입법자의 재량으로 정할 수 있는 영역으로 보는 것[25]을 고려하더라도 위와 같은 견해에 수긍이 되는 부분이 있습니다.

그러나 현재 실무상 수급신청자가 '부양을 받을 수 없음'을 증명하여 인정받기 위해서는, 많은 경우 "부양의무자와 가족관계 해체상태로 정상적인 가족기능을 상실하여 정서적, 경제적 부양을 받을 수 없다고 수급권자가 증명[26]하여 시장, 군수, 구청장이 인정하는 경우"[27]에 해당하여야 한다고 합니다. 부양의

---

24) 헌법재판소 2005. 11. 24.자 2005헌마112 결정.

25) 헌법재판소 2014. 6. 26.자 2012헌가22 결정, 헌법재판소 2011. 3. 31.자 2008헌바141 결정, 헌법재판소 2007. 10. 25.자 2005헌바96 결정. 다만, 위 각 결정에서 증명책임의 분배가 입법자의 재량의 역역에 있다고 판단한 것은 재산권 침해(위 헌법재판소 2012헌가22 결정, 위 헌법재판소 2005헌바96 결정), 재판청구권 침해 또는 적법절차원칙 위배(위 헌법재판소 2008헌바141 결정)에 관한 것이었고 평등권 침해에 관한 것은 아니었습니다.

26) 보건복지부의 2016년 국민기초생활보장사업 안내 72면에서는 '증명'이 아니라 '소명'이라는 용어를 사용하고 있으나 그 실체 내용상 '증명'이라고 함이 타당할 것으로 보입니다. 한편 여기서 '정서적' 부양이라는 표현이 나오는데 만약 국민기초생활보장법상 부양의무자 기준이 민법상 부양청구권에 근거한 것이라면 위 표현은 법적으로 볼 때 적절하지 못하다고 생각됩니다. 만약 국민기초생활보장법상 부양의무자 기준이 민법상 부양청구권 뿐만 아니라 도덕적인 부양 책무에 근거하고 있다면 그것은 수급신청자가 법적 권리조차 가지지 않는 부양의무자의 도덕적 부양 책무가 이행되지 않았다고 하여 수급신청자에게 생계급여 수급 자격을 주지 않는 것으로 평등원칙을 위반하였다고 할 것입니다.

27) 국민기초생활보장법 제8조의2 제2항 제7호에서는 '부양의무자가 부양을 기피하거나 거부하는 경우'에는 부양을 받을 수 없는 것으로 본다고 규정하고 있습니다. 보건복지부의 2016년 국민기초생활보장사업 안내 71, 72면에서는 '부양의무자가 부양을 거부하거나 기피하는 경우'에 관하여 (1) 수급(권)자가 부양의무자로부터 실질적인 부양을 받지 못하여 기준 중위소득 43%이하의 생활을 하고 있다고 소명하여 시장, 군수, 구청장이 확인하는 경우, (2) 부양의무자와 가족관계 해체상태로 정상적인

무자 기준에 관하여 가족관계가 해체되었음이 증명되어야 생계급여를 지급한다는 보건복지부의 위 해석은 가족생활을 유지하는 자와 그렇지 않은 자를 차별하는 것인데다가 가족생활을 보장하여야 할 국가의 의무[28]마저 저버리는 것이라 생각됩니다.

그리고 가족관계가 해체되어야 생계급여를 하겠다는 기준 자체의 문제를 별론으로 하더라도, '가족관계 해체상태'라는 것을 증명하는 것이 용이하지 않고 법원에서도 하급심에서 그 판단 기준에 대한 견해가 나뉘어 있음을 고려하면[29], 그 증명 여부나 보장기관 및 담당 공무원의 판단 기준에 따라 갑과 을이

---

가족기능을 상실하여 정서적, 경제적 부양을 받을 수 없다고 수급(권)자가 소명하여 시장, 군수, 구청장이 인정하는 경우, (3) 양자, 양부모 등 혈연관계가 아님을 이유로 부양을 거부하거나 기피하는 경우를 들고 있습니다. 실무적으로는 수급신청자가 위 (2)에 해당하는지 여부를 '소명'하여 인정받지 못하여 수급자격을 얻지 못하는 경우가 많고, 보장기관의 실무에서는 '부양의무자가 부양을 기피하거나 거부하는 경우'라 함은 통상 위 (2)의 경우를 의미한다는 해석이 확립되어 있다고 볼 수 있다고 합니다. 위 (1), (2), (3)은 법규명령이 아닌 보건복지부의 지침으로 보건복지부에서 '부양의무자가 부양을 기피하거나 거부하는 경우'의 예시를 제시한 것으로 봄이 타당하지만(대구고등법원 2011. 4. 29. 선고 2010누2549 판결), 수급신청자들에게 위 '예시'는 "법률"로서 기능하고 있는 것으로 보입니다.

28) 헌법 제36조 제1항은 "혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야하며, 국가는 이를 보장한다."라고 규정하고 있습니다. 가족이 해체되고 그것을 증명할 수 있어야 생계급여를 지급한다는 것은 헌법 제36조 제1항과 부합하지 않는다고 생각합니다. 전광석, 가족의 사회보장기능과 사회보장법의 가족보호기능, 사회보장연구 제12권, 1996, 207면에서는 당시 생활보호법에 관하여, "허용되지 않는 정형화로 인하여 가족단위의 생활보호가 이루어지지 않는 중요한 영역이 생활보호법이다. 왜냐하면 이곳에서는 건장한 성인인 가족구성원이 존재하면 가족단위의 수요가 충족된다는 의제를 하고 있는데 이는 현실이 아니기 때문이다."라고 평가하고 있습니다. 현재의 부양의무자 기준 해석 시 가족관계 해체상태를 증명해야 생계급여를 하는 것은 가족을 보호하지 못할뿐더러 오히려 가족관계 해체의 유인을 제공하는 측면이 있어 불합리합니다.

29) 대구고등법원 2011. 4. 29. 선고 2010누2549 판결은, 국민기초생활보장법의 목적, 급여의 기본원칙, 수급권자의 범위 및 보장비용의 징수 등의 규정에 비추어 보면, 부양능력 있는 부양의무자가 어떠한 이유이든 실제로 명백히 부양을 기피하거나 거부하고 있는 사실이 인정되면 이 법에 따른 수급권자가 되기 위한 요건인'부양의무자가 있어도 부양을 받을 수 없는 경우'를 충족한다고 해석할 것이고(보건복지가족부 지침인 "2010년 국민기초생활보장사업안내"에서 '부양을 거부하거나 기피하는 경우'로서 구체적으로 적시한 것은 대표적으로 흔한 사례를 예시한 것에 불과하다 보았습니다), 이러한 수급권자에게 보장비용을 지급한 보장기관은 이 법 제46조에 따라 부양능력을 가진 부양의무자로부터 그 비용의 전부 또는 일부를 부양의무 범위 안에서 징수할 수 있다고 하면서, 부양의무자가 부양을 할 수 없다는 사유서를 작성하여 제출하였고 부양을 하지 않고 있다고 진술하였으므로 '부양의무자가 있어도 부양을 받을 수 없는 경우'에 해당한다고 보아야 한다고 판시하였습니다. 그런데 서울고등법원 2011. 1. 11. 선고 2010누21435 판결은 부양의무자들이 국민기초생활보장법 등 관련 법령에서 정한 일정 수준 이상의 소득이 있음에도 불구하고 단지 그 부양의무를 이행하지 않고 있다는 사정만으로 모두 부양을 기피 또는 거부하는 경우에 해당하는 것으로 보아 수급권자로 인정할 수는 없고 단순히 부양비를 지급하지 아니한 것을 넘어서서 부양의무의 임의이행을 기대할 수 없을 정도에 해당하는 경우로 한정 해석함이 상당하므로 부양의무자들이 단지 생활형편이 어려워 부양료를 지

(생활이 어려운 정도가 동일하게 국민기초생활보장법에서 급여를 실시해야 하는 수준인데도) 달리 취급된다면 이를 평등권 침해로 인정하는 것이 불가능하지 않다고 생각합니다.

### 라. 민법상 부양의무를 부담하는 자가 있지만 국민기초생활보장법상 부양의무자는 없는 집단과 국민기초생활보장법상 부양의무자가 있는 집단

민법상 부양의무를 부담하는 자는 부부(민법 제826조), 직계혈족 및 그 배우자간, 기타 친족간(생계를 같이하는 경우에 한함)입니다(민법 제974조). 그런데 국민기초생활보장법상 부양의무자는 수급권자의 1촌의 직계혈족 및 그 배우자(사망한 1촌의 직계혈족의 배우자는 제외)를 말합니다(국민기초생활보장법 제2조 제5호). 국민기초생활보장법상 부양의무자의 범위가 민법상 부양의무를 부담하는 자의 범위보다 더 좁습니다.

| 갑 - 생계급여를 받을 수 있음 | 을 - 생계급여를 받을 수 없음 |
|---|---|
| 1촌이 아닌 직계혈족(부양능력 있음)이 있음 | 1촌의 직계혈족(부양능력 있음)이 있음 |

위의 경우에 갑과 을이 동일한 경제적 상황이고 둘 다 민법상 부양청구권을 가짐에도 불구하고 갑은 생계급여를 받을 수 있는데 을은 그렇지 못합니다. 여기에서도 갑과 을을 차별할 어떠한 합리적 이유도 없다고 여겨집니다.

---

급하지 못하고 있다는 사정만으로는 '부양을 기피하거나 거부하는 경우'에 해당한다고 인정할 수 없다고 판단하였습니다. 이에 관하여 위 두 판결의 입장에는 차이가 있고 그 차이는 보충성의 원리를 중심으로 이 법을 해석하는지, 최저생활의 보장이라는 입법목적을 중심으로 이 법을 해석하는지 여부에 따른 것이라는 견해(구미영, 국민기초생활보장법상 '부양의무자가 있어도 부양을 받을 수 없는 경우'의 판단, 노동법학, 2013), 위 대구고등법원 2010누2549 판결은 부양의무자가 부양을 기피하거나 거부하고 있는 현재의 사실만으로 곧바로 부양을 받을 수 없는 사람으로 인정할 수 있다는 전제에 서 있는 것으로 보이나 위 서울고등법원 2010누21435 판결에서는 위 대구고등법원 2010누2549 판결과 다소 다른 입장이라는 견해(김주현, 기초생활보장과 부양의무, 한국사회보장법학회 제9회 학술대회 자료집, 2016)가 있습니다. 법원조차도 판단 기준에 일관성이 없다고 평가되고 있음을 고려하면 '가족관계 해체상태' 증명의 어려움이나 담당 공무원의 판단 기준의 불분명성을 쉽게 이해할 수 있다고 생각합니다.

그런데 국민기초생활보장법이 제정될 당시 "부양의무자"는 수급권자를 부양할 책임이 있는 자로서 수급권자의 직계혈족 및 그 배우자, 생계를 같이 하는 2촌 이내의 혈족을 말한다고 규정되어 있다가(구 국민기초생활보장법 제2조 제5호), 2005. 12. 23. 개정(2007. 1. 1. 시행) 시 1촌의 직계혈족 및 그 배우자로 축소되었습니다.[30] 그리고 2014. 12. 30. 개정(2015. 7. 1. 시행)으로 “다만, 사망한 1촌의 직계혈족의 배우자는 제외한다.”라는 단서가 추가되어 부양의무자의 범위가 또 다시 축소되었습니다.

그렇다면 국민기초생활보장법은 부양의무자의 범위를 점점 축소시켜가면서 단계적 개선을 도모하고 있다고 볼 여지가 있습니다. 그러나 앞서 살핀 바와 같이 국가가 모든 대상자 중 일부로 수혜자를 한정하는 경우에 그러한 입법적 형성은 무제약적 자유의 영역에 속하는 것이라고 할 수는 없는 것이고, 수혜자 한정의 기준은 어디까지나 합리적인 이유가 인정되어 그로부터 배제되는 자들의 평등권을 해하지 않는 것이어야 한다는 것이 헌법재판소의 확립된 입장입니다.

예를 들어, 헌법재판소 2012. 6. 27.자 2010헌마716 결정의 사안을 살펴보면, 보건복지부는 국민건강보험의 보험재정을 고려하여 a형 혈우병 환자에 대한 유전자재조합제제의 급여범위를 순차 확대하여 가고 있었는데도[31], 헌법재판소는 1983. 1. 1. 이전 혹은 이후에 출생하였는지 여부는 그 부모가 언제 혼인하여 임신, 출산을 하였는지와 같은 우연한 사정에 기인하는 결과의 차이일 뿐이지, 이러한 차이로 인해 a형 혈우병 환자들에 대한 치료제인 유전자재조합제제의 요양급여 필요성이 달라진다고 할 수는 없으므로, 따라서 a형 혈우병 환자들의 출생 시기에 따라 이들에 대한 유전자재조합제제의 요양급여 허용 여

30) 법제처 발표 제정이유에 의하면 “기초생활보장제도의 운영을 내실화하기 위하여 부양의무자의 범위를 1촌의 직계혈족 및 그 배우자로 축소하여 수급대상을 확대”한 것이라고 합니다.

31) 구체적으로 2003. 4. 1. 시행된 보건복지부 고시 2003-19호 ‘요양급여의 적용기준 및 방법에 관한 세부사항’에서 ‘처음 혈우병약제를 투여받는 환자’, ‘면역능이 저하되어 감염의 위험성이 큰 hiv 양성 환자’를 유전자재조합제제의 급여범위에 포함시킨 후 2004. 7. 1. 시행된 보건복지부 고시 2004-38호에서 ‘만 16세 이하(‘88. 1. 1. 이후 출생)의 소아환자’를 대상환자에 추가로 포함시켰고, 그 후 2007. 7. 1. 시행된 보건복지부 고시 제2007-54호에서 나이 제한 방식에 의한 대상환자의 범위를 ‘1983. 1. 1. 이후에 출생한 환자’로 확대하였다고 합니다.

부를 달리 취급하는 것은 합리적인 이유가 있는 차별이라고 할 수 없다고 하여 평등권 침해를 인정하였습니다.

위와 같은 헌법재판소의 판단은 여기서도 그대로 적용될 수 있다고 생각합니다. 생활이 어려워서 국민기초생활보장법 소정의 생계급여를 받아야할 필요가 동일한 두 집단이 단지 1촌의 직계혈족이 있는지 아니면 1촌이 아닌 직계혈족이 있는지라는 우연한 사정에 기인하여 (위 두 집단 모두 각자의 직계혈족에 대하여 민법상 부양청구권을 보유한다는 점에서도 동일한데도 불구하고) 수급자격을 얻는 데에 있어 달리 취급한다면 그것은 합리적인 이유가 있는 차별이라고 할 수 없을 것입니다.

### 5. **심사 기준**

마지막으로 심사 기준에 대하여 살펴보겠습니다. 평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라질 것으로, 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있고, 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것입니다.[32)]

부양의무자 기준은 생활이 어려워 최소한의 생계를 지원받아야 할 부양권리자에게 부양받을 권리가 아니라 의무를 부과하는 요건이며 부양을 받지 못한 피해자를 오히려 벌하는 부정의한 규정으로서 헌법상 용인될 수 없는 현저히 불합리한 입법이며 최소한의 생활을 보장하는 인간다운 생활을 할 권리를 침해하고 인간의 존엄성에 부합하지 않는 기준입니다.[33)] 그러므로 부양의무자 기준에 따른 차별적 취급은 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래한다고 할 것

32) 헌법재판소 1999. 12. 23.자 98헌마363 결정.
33) 김지혜, 위의 글, 121, 122면.

이어서 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것으로 보입니다.

그러나 설령 그렇지 않아서 자의금지 원칙에 따라 심사를 한다고 하더라도[34], 앞서 살핀 바와 같이 부양의무자 기준이 적용됨에 따라 국민기초생활보장법 및 동법 상 급여 제도의 의미와 목적에 비추어볼 때 본질적으로 동일한 집단 사이에 차별이 발생하고 그에 합리적인 이유가 있다고 보기 어려우므로, 평등권 침해 또는 평등원칙 위반에 해당한다는 결론에 있어 차이가 생기지는 않을 것이라 생각합니다.

## 6. 결론

이와 같이 국민기초생활보장법상 부양의무자 기준은, 그 자체로나 민법상 부양의무의 범위를 넘는 부분에 대하여 또는 '부양의무자가 부양을 기피하거나 거부하는 경우'의 증명책임을 수급신청자에게 부담시키고 그 판단을 보장기관의 재량에 맡기고 있는 부분에 대하여, 합리적 이유 없이 국민기초생활보장법 및 동법 상 급여제도의 의미나 목적에 비추어볼 때 본질적으로 같은 자를 달리 취급하므로 헌법상 평등권을 침해한다고 생각합니다.

---

34) 헌법재판소 2004. 10. 28.자 2002헌마328 결정에서는 국민기초생활보장법에 근거한 2002년도 최저생계비 고시로 인한 장애인가구와 비장애인가구의 차별취급은 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 경우 내지 차별대우로 인하여 자유권의 행사에 중대한 제한을 받는 경우에 해당한다고 볼 수 없는 점, 국가가 국민의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 행하는 사회부조에 관하여는 입법부 내지 입법에 의하여 위임을 받은 행정부에게 사회보장, 사회복지의 이념에 명백히 어긋나지 않는 한 광범위한 형성의 자유가 부여된다는 점을 고려하면, 위 고시로 인한 장애인가구와 비장애인가구의 차별취급이 평등위반인지 여부를 심사함에 있어서는 완화된 심사기준인 자의금지원칙을 적용함이 상당하다고 판단하였습니다. 그리고 헌법재판소 2012. 6. 27.자 2010헌마716 결정에서도 애초 a형 혈우병 환자들에 대하여 유전자재조합제제를 요양급여 대상으로 인정하지 아니하던 것을, 처음 혈우병 약제를 투여받는 자와 면역능이 저하되어 감염의 위험성이 큰 hiv 양성 환자에게도 유전자재조합제제를 요양급여 대상으로 확대·개선하고, 다시 연령을 기준으로 2차례에 걸쳐 그와 같은 요양급여의 지급을 확대하기로 한 입법의 변천과정에 비추어 볼 때, 고시조항에 의한 1983. 1. 1. 이전 출생한 환자들과 그 이후 출생한 환자들 사이의 차별은 제도의 단계적 개선 과정에서 나타나는 차별로서 입법자에게 상당한 입법형성의 자유가 인정되는 영역이라 할 것이고, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있거나 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우도 아니어서 차별에 관한 입법자의 기준설정에 합리적인 이유가 있는지 여부를 심사하는 완화된 심사기준을 적용하여 판단하였습니다. 이러한 견지에서는 부양의무자 기준에 대하여도 완화된 심사기준인 자의금지 원칙이 적용될 가능성이 있어보입니다.

## 7. 보론

부양의무자 기준에 불합리가 존재한다는 점에 대하여는 널리 공감대가 형성되어 있다고 여겨집니다.[35] 그러나 부양의무자 기준을 폐지할 경우 사적부양을 받을 수 있음에도 불구하고 공적부양에 의존하는 도덕적 해이가 만연해지고 당장 예산 문제가 발생하므로 부양의무자 기준이 여전히 필요하다는 견해가 있을 것으로 생각합니다. 도덕적 해이나 예산 문제가 현실적으로 매우 중요한 문제임에 공감합니다. 하지만 그렇다고 하여 국가가 그와 같은 문제에 대한 '책임'이나 부담을 (부양능력 있는 부양의무자가 있는) 수급신청자에게 짐지우는 것이 허용될 수는 없다고 생각합니다. 즉, 위와 같은 문제가 있다고 하여, 수급신청자가 생활이 어려운데도 불구하고 단지 부양능력이 있는 부양의무자가 있고 그 부양의무자와의 가족관계가 해체되었음을 증명하지 못하였다는 이유로 그와 동일한 경제적 상황에 있는 부양의무자가 없는 자 등과 달리 생계급여를 지급하지 않는 것이 헌법상 용인될 수는 없을 것입니다. 도덕적 해이나 예산 문제 등은 국가가 다른 방법[36]으로 해결해야할 문제인 것이지 부양능력있는

35) 가령, 제316회 국회(임시회) 보건복지위원회회의록(2013. 6. 17.) 제1호(국회사무처)를 보면, 당시 보건복지부장관이 "지금 부양의무자 폐지에 대해서는 저도 뭐 폐지됐으면 참 좋겠다 하는 생각을 대선공약 만들 때부터 했고 복지부장관이 되기 전부터 했는데 그것은 또 예산의 어떤 효율적인 활용 면에서 보다 더 기준을 완화해서 더 많은 사각지대를 없애는 게 좋고 지금 ... 앞으로는 그런 부분이 좀 폐지됐으면 하는 희망은 가지고 있고요. 그러나 지금 당장은 좀 신중하게 봐야 된다 이렇게 생각하고 있습니다."라고 발언하고(위 회의록 18면), 당시 보건복지부기획조정실장이 보건복지부 현안보고를 하면서 "현재 기초생활보장제도는 기초수급자에게 생계, 주거 등 7개의 급여를 일괄 지원하는 방식으로 운영되고 있습니다. 그러나 점차 수급자가 제도에 안주하는 등 빈곤의 함정 문제가 발생하고 엄격한 부양의무자 기준 등으로 인해서 사각지대 해소도 충분치 않은 상황입니다."라고 보고하였으며(위 회의록 38면), 여러 국회의원들이 부양의무자 기준을 폐지하거나 완화해야 한다는 취지로 발언하였는데(위 회의록 18면, 23면, 42면, 75면), 그렇다면 적어도 부양의무자 기준에 문제가 있다는 점에 대하여는 널리 공감대가 형성되어 있다고 여겨집니다.

36) 예를 들어, 김주수, 김상용, 주석 민법[친족(3)] 제4판, 한국사법행정학회, 650, 651면에서는 "사적부양이 수반하는 문제점을 완화할 수 있는 방법의 하나로서, 생활이 어려운 자에 대해서는 부양의무자의 존부와 무관하게 우선 공적인 부양을 하고, 그 후에 공적인 부양기관에서 부양의무자에게 구상하는 것이 바람직하다고 본다. 예를 들면, 독일에서는 경제적으로 곤란에 처한 노인은 도움을 받기 위하여 두 가지 방법을 시도할 수 있다. 즉, 자기 자녀에 대하여 부양료의 지급을 청구하거나 국가에 대하여 사회보조금을 신청할 수 있다. 사회보조금은 원칙적으로 2차적인 성질을 가지므로, 국가는 부양의무가 있는 친족에 대하여 구상권을 행사할 수 있다. 그러나 국가가 구상권을 행사할 것인가의 여부는 재량에 달려있다."라고 서술하여 이른바 '선지원 후징수 제도'를 제안하고 있습니다. 전광석, 가족의 사회보장기능과 사회보장법의 가족보호기능, 사회보장연구 제12권, 1996, 189면에서도 "사회부조는 개인의 구체적인 수요를 충족시키는 급여이기 때문에 부양의무자가 존재하더라도 부양의무

부양의무자가 있는 수급신청자를 부당하게 차별하여 해결할 문제가 아니라고 생각합니다.

---

가 실제 이행되지 않는다면 국가는 부양의무자가 존재한다는 이유로 사회부조급여의 지급을 거부할 수는 없다. 그러나 국가가 일단 보호급여를 지급하고 부양의무를 이행하지 않은 자에 대하여 비용상환청구권을 행사하여 간접적으로 부양권을 실현하게 할 수 있게 된다."라고 하여 같은 취지입니다(다만, 그럴 경우 가족의 존속과 관련하여 부정적인 효과를 가질 수 있고 독일에서는 그러한 이유로 사회부조청구권이 있음에도 불구하고 실제 이를 행사하지 않는 경우가 많다고 설명하고 있습니다). 김종수, 위의 글, 110면, 113면도 '선지원 후징수 제도'의 도입이 필요하다는 견해입니다.

[발제문 4]

# 부양의무 거부·기피의 개념적 불명확성과 수급권자에 대한 과도한 증명책임 부과로 인한 공적부조수급권의 침해

▸ **배진수**_서울시복지재단 서울사회복지공익법센터

1. 들어가며
2. 부양의무자 기준으로 인한 수급사각지대의 존재
3. 부양의무자에게 부양능력이 있어도 '부양을 받을 수 없는 경우'의 의미
4. 부양의무자로부터 부양받을 수 없음에 대한 증명책임 부담
5. 부양의무자의 부양의무 거부·기피 개념의 모호성
6. 국민기초생활보장법의 보충성의 원칙과 선보장 후징수제도 검토를 통한 부양의무자 기준 개선방안의 모색
7. 나가며

## Ⅰ. 들어가며

2015년 개정 시행된 국민기초생활보장법(이하 '기초법')에서 부양의무자 기준이 완화된 것은 주로 부양의무자의 부양능력을 판단하는 소득기준이 대폭 상향되었기 때문이다.[1] 이로서 기존에 부양능력이 있거나 미약한 것으로 분류되었

1) 2015. 7. 이전 수급자 1인 가구를 4인의 부양의무자 가구가 부양해야 할 경우, 부양능력 없는 부양의무자 소득기준은 부양의무자 가구 최저생계비의 130%(약 217만원) 이었으나, 개편 후에는 부양의무자 중위소득(2016년 현재 4,391,434원)이하로 대폭 완화되었다. 그리고 부양능력 있음 구간은 수급자 부양 이후에도 부양의무자가 중위소득을 유지할 수 있는 정도를 고려하여 수급자 중위소득의

던 부양의무자 가구가 부양능력이 없는 가구로 일부 편입되는 효과가 있었다. 그러나 이는 부양의무자 가구의 소득기준 완화에만 초점을 맞춘 것으로, 그동안 가장 논란이 되어 왔던 '부양능력이 있는 부양의무자가 부양을 거부·기피함이 인정되지 않아 발생하는 수급 탈락'의 경우, 즉 부양의무자의 부양능력이 실질적인 부양으로 이어지지 않는 경우에 발생하는 비수급 빈곤층에 대해서는 아무런 대안을 제시해주고 있지 않다. 나아가 부양의무자의 부양 거부·기피를 증명하기 위해 수급 신청에서부터 선정까지의 행정절차 속에서 수급자에게 지워지는 과도한 증명책임 부과와 그로 인해 공적부조수급권이 제한되는 현실은 여전하다.

이번 발제에서는 기초법에 따른 수급을 받고자 하는 자가 보장기관에 수급신청을 하면서 부양의무자 기준으로 인해 실제 부딪히는 문제점, 즉 ① 부양의무자의 부양능력 판단을 위한 소득 및 재산조사에 대한 책임이 수급자에게 지워지는 점, ② 부양능력 있는 부양의무자가 부양을 거부·기피 하는 경우 그 거부·기피에 특별한 사정이 있음까지 수급자가 증명해야 하는 점, ③ 부양의무 거부·기피의 범위와 그 증명의 정도에 대한 판단이 상당부분 담당 공무원의 재량에 맡겨져 있으며, ④ 부양의무 거부·기피를 인정하는 법원의 판단기준 역시 다르다는 점에 대해 이야기할 것이다. 이를 통해 대상 법률이 정하고 있는 부양의무자 기준의 예외 규정, 특히 '부양을 거부·기피하는 경우'의 개념적 불명확성과 수급신청자에 대한 과도한 증명책임 부과가 결국 국민의 최소한의 생계를 보장하기 위한 공공부조수급권을 제한함으로써 인간답게 살 권리와 행복추구권, 인간의 존엄성을 침해하는 법률이라는 점을 다시 한 번 강조하고자 한다.

---

40%에 부양의무자 중위소득을 더한 5,498,075원부터로 상향하였다. 그 사이 구간은 부양능력 미약 구간으로 수급자가 부양을 받는 것을 전제하여 간주부양비를 부과하는 조건으로 수급자로 선정하게 된다.

재산 기준의 경우, 수급자 중위소득과 부양의무자의 중위소득을 더한 금액의 18%(수급자 1인 부양의무자 4인 가족의 경우 1,082,927원)보다 재산의 소득환산액이 낮다면 부양능력 없음으로 보고 그보다 높으면 부양능력 있음으로 본다. 그러나 재산의 소득환산에서 제외되는 기초재산액은 대도시 기준 22,800만원으로 개정 전후 동일하여 소득기준의 확대에 비하면 재산기준의 확대 효과는 미미한 것으로 보인다.

## Ⅱ. 부양의무자 기준으로 인한 수급사각지대의 존재

부양의무자의 범위 및 재산 기준을 점진적으로 완화하는 것으로는 부양의무자 기준으로 인한 수급 사각지대 해소에 근본적인 대안이 될 수 없다. 보건복지부는 2015. 7. 부양의무자 기준 완화로 기초생활수급 사각지대에 있던 12만 명이 신규 수급자로 진입할 수 있을 것으로 예측하였다. 그러나 신규 수급자 진입이 예상되는 12만 명은 부양의무자 기준으로 인해 수급에서 탈락하는 비수급 빈곤층 117만 명[2]에 비하면 턱없이 낮은 수치이다. 부양의무자 기준은 비수급 빈곤층뿐 아니라 수급자격은 유지하더라도 생계급여에서 간주부양비[3] 만큼의 급여가 삭감되어 기본적인 생계급여 이하로 살아가는 극빈층 또한 양산한다. 이로써 부양의무자 기준은 '비수급 빈곤층'과 '수급자격은 있으나 생계급여 이하로 살아가는 사람들'을 포괄하여 광범위한 수급사각지대를 만들어낸다.

개정법이 시행 된지 1년이 지난 현 시점에서 그 효과를 논하는 것이 적절하지 않을 수 있으나, 2015년 국민기초생활보장급여에 대한 조사에 따르면 여전히 부양의무자 기준에 의한 수급탈락과 생계유지 곤란은 계속되는 것으로 보고되고 있다.[4] 또 2013년부터 시행된 서울형 기초보장제도에서도 부양의무자의 소득 및 재산기준을 대폭 완화하여 부양의무자 기준으로 인한 수급사각지대를

2) 2010년 기준. 2010년 155만명이던 수급자가 2015년 132만명으로 줄어든 점을 감안하면, 부양의무자 기준으로 인해 수급을 받지 못하는 사람들은 더 늘어났을 것으로 추정됨(2016. 기초생활보장법 바로세우기 공동행동 발족 기자회견 정책요구안 참고)

3) 2016년 국민기초생활보장사업안내에서는 간주부양비, 추정소득 등의 용어대신 '보장기관 확인소득'이라는 용어를 사용한다.

4) 2015년 한국복지패널의 기초분석 보고서에 따르면 2015년 1년 동안 국민기초생활보장급여를 신청한 경험이 있는 가구를 분석한 결과 그 중 40.65%는 수급자로 선정되었고, 59.35%는 수급자로 선정되지 못했으며, 수급신청에서 탈락한 가구 중 부양의무자의 소득 및 재산이 기준보다 많아서 탈락되었다고 응답한 경우가 67.59%로 가장 높았다. 이는 부양의무자가 부양능력 있음으로 판정된 경우로, 대부분 부양능력 있는 부양의무자가 부양을 거부·기피하였음이 인정되지 않았기 때문에 수급신청에서 탈락되었을 것으로 추정된다. 부양능력있는 부양의무자의 존재로 인해 수급 신청에서 탈락하였음에도 신청 탈락 후 생계문제를 해결하는 방법에 대한 질문에는 이전보다 더 절약하며 생활한다는 답변이 52.04%로 가장 높았고, 부양의무자, 친지 및 이웃의 도움으로 생계를 해결한다는 답변은 24.38%에 그쳤다. 이는 부양의무자가 아닌 친지 및 이웃의 도움까지 포함한 수치로 부양의무자가 부양능력이 있다고 판단되어도 부양의무자의 부양으로 실제 생계를 유지하는 비율은 현실적으로 높지 않음을 보여주고 있다.

줄이고자 하였으나 1년간(2013. 7.~2014. 7.)의 시행 결과 7,772명의 수급자를 서울형 기초생활보장제도의 신규 수급자로 지정하는데 그쳤다.[5] 이에 기초법이 개정된 이후에도 지속적으로 부양의무자의 '부양능력'이 수급자격 유무를 가르는 기준이 되어서는 안 된다는 비판이 제기되어 왔다. 부양의무자의 부양능력으로 수급자를 선정하는 현재의 부양의무자 기준으로는 실제 부양이 되고 있지 않은 경우에도 잠재적 부양가능성이 있다는 이유로 수급자격을 얻지 못하는 비수급 빈곤층을 양산할 수밖에 없다는 것이다.[6][7]

이러한 비판에 대하여, 현행법상 '부양능력이 있는 부양의무자로부터 부양을 받을 수 없는 사람들'을 수급자로 선정하기 위한 예외적인 규정들을 마련해두고 있으므로 부양의무자 기준을 유지하는데 문제가 없다는 반론이 있을 수 있다. 그러나 그 예외 규정이 수급자 선정에 있어서 부양의무자 기준을 적용하는데 일종의 정당성을 부여하고 있음에도, 실제 부양받지 못하면서 수급에서 탈락되는 사람들을 보호하지 못하고 있는 것이 현실이다. 아래에서는 '부양능력 있는 부양의무자가 있어도 부양을 받을 수 없는 경우'라는 부양의무자 기준의 예외 규정이 제대로 작동하지 못하는 이유가 무엇인지에 대해 조금 더 자세히 들여다보고자 한다.

## Ⅲ. 부양능력있는 부양의무자가 있어도 '부양을 받을 수 없는 경우'의 의미

### 1. 부양능력 있는 부양의무자가 있어도 부양받을 수 없는 경우

기초법에서는 수급자의 소득인정액 기준과 더불어 부양의무자가 있는 경우 부양의무자의 부양능력을 수급자를 선정하는 기준으로 삼고 있다. 즉 수급신청

5) 기존 부양의무자 기준에 부합하여 기초생활보장제도로 진입한 신규수급자를 제외한 수치. 이승선, 김연명. 2014 '국민기초생활보장제도 개혁방안으로서 서울형기초보장제도의 의의와 한계'. 한국사회정책21(4)
6) 박영아, 2016. '기초생활보장과 부양의무'. 한국사회보장법학회 제9회 학술대회
7) 개정 기초법이 국민의 기초생활수급권을 충분히 보장할 수 없다는 판단아래 여러 시민사회단체가 결합하여 지난 2016. 3. '기초생활보장법 바로세우기 공동행동'을 발족하였다.

자에게 에게 1촌 직계혈족 및 그 배우자로 정의되는 부양의무자가 없거나, 있더라도 부양의무자 가구의 소득인정액이 기준 중위소득(2016년 4인 가구 기준 중위소득 4,391,434원) 이하이면 부양능력이 없는 것으로 판단하여 수급자격을 부여한다.[8] 부양의무자 가구 기준 중위소득을 약간 상회하지만 부양능력 있음 기준에는 미치지 못하는 소득이 인정되는 경우라면 수급자에게 일정 금액의 부양비(간주부양비)를 지급한다는 가정아래 수급자격을 부여하기도 한다.[9] 수급자의 부양의무자에게 기초법에서 정한 부양능력이 있음에도 불구하고 예외적으로 수급자로 선정되려면 부양능력 있는 부양의무자로부터 '부양을 받을 수 없다'는 것이 인정되어야 한다.

**【2016년도 기초생활보장 급여별 수급자 선정기준】**

| 가구규모 / 구분 | 1인가구 | 2인가구 | 3인가구 | 4인가구 | 5인가구 | 6인가구 | 7인가구 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 기준중위소득 | 1,624,831 | 2,766,603 | 3,579,019 | 4,391,434 | 5,203,849 | 6,106,265 | 6,828,680 |
| 생계급여수급자 (기준중위소득 29%) | 471,201 | 802,315 | 1,037,916 | 1,273,516 | 1,509,116 | 1,744,717 | 1,980,317 |
| 의료급여수급자 (기준중위소득 40%) | 649,932 | 1,106,642 | 1,431,608 | 1,756,574 | 2,081,540 | 2,406,506 | 2,731,473 |
| 주거급여수급자 (기준중위소득 43%) | 698,677 | 1,189,640 | 1,538,978 | 1,888,317 | 2,237,656 | 2,586,994 | 2,936,333 |
| 교육급여수급자 (기준중위소득 50%) | 812,415 | 1,383,302 | 1,789,509 | 2,195,717 | 2,601,925 | 3,008,132 | 3,414,340 |
| ※ 8인 이상 가구의 급여별 선정기준 : 1인 증가시마다 7인 가구 기준과 6인 가구 기준의 차이를 | | | | | | | |

8) 국민기초생활보장법 제8조(생계급여의 내용 등)② 생계급여 수급권자는 부양의무자가 없거나, 부양의무자가 있어도 부양능력이 없거나 부양을 받을 수 없는 사람으로서 그 소득인정액이 제20조 제2항에 따른 중앙생활보장위원회의 심의·의결을 거쳐 결정하는 금액(이하 이 조에서 "생계급여 선정기준"이라 한다) 이하인 사람으로 한다. 이 경우 생계급여 선정기준은 기준 중위소득의 100분의 30 이상으로 한다. <신설 2014.12.30.>

9) 국민기초생활보장법 시행령 제 5조의 6 제1항
4. 제1호부터 제3호까지 외의 사람으로서 다음 각 목의 요건을 모두 충족하는 경우
가. 차감된 소득이 수급권자 기준 중위소득의 100분의 40과 해당 부양의무자 기준 중위소득을 더한 금액 미만일 것
나. 재산의 소득환산액이 보건복지부장관이 정하여 고시하는 금액 미만일 것
다. 부양의무자의 차감된 소득에서 부양의무자 기준 중위소득에 해당하는 금액을 뺀 금액의 범위에서 보건복지부장관이 정하는 금액을 수급권자에게 정기적으로 지원할 것

7인 가구 기준에 더하여 산정
- 8인 가구 생계급여수급자 선정기준 : 2,215,917원 = 1,980,317원(7인 기준) + 235,600원(7인 기준-6인 기준)

(※ 보다 자세한 부양능력 판정기준표는 2016년 국민기초생활보장사업 안내 p.76 참고)

'부양을 받을 수 없다'는 것에 대하여는 기초법 제8조의2 제3항[10]에 규정하고 있는데, 제1호에서 제6호까지는 구체적으로 부양의무자가 병역의무 중이거나 해외이주자인 경우, 교도소에 수감되어 있는 경우 등을 제시하고 있어 비교적 명확하게 부양을 받을 수 없는 상태임을 판단할 수 있다. 반면, 제7호에서 부양받을 수 없는 경우로 들고 있는 '부양의무자가 부양을 기피하거나 거부하는 경우'는 법문 상 그 해석이 명확하지 않다.

## 2. 부양의무자가 부양을 기피하거나 거부하는 경우의 의미

이와 관련해 보건복지부의 사무처리지침인 2016년 국민기초생활보장제도 사업안내(이하 보건복지부 지침)는 다음과 같이 구체화 하고 있다.

**【2016년 국민기초생활보장사업안내 p.71】**

나) 부양의무자가 부양을 거부하거나 기피하는 경우

(1) 수급(권)자가 부양의무자로부터 실질적인 부양을 받지 못하여 기준 중위소득

10) 국민기초생활보장법 제8조의 2 ② 부양의무자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제8조제2항, 제12조제3항, 제12조의3제2항에 따른 **부양을 받을 수 없는 것**으로 본다.

1. 부양의무자가 「병역법」에 따라 징집되거나 소집된 경우
2. 부양의무자가 「해외이주법」 제2조의 해외이주자에 해당하는 경우
3. 부양의무자가 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 및 「치료감호법」 등에 따른 교도소, 구치소, 치료감호시설 등에 수용 중인 경우
4. 부양의무자에 대하여 실종선고 절차가 진행 중인 경우
5. 부양의무자가 제32조의 보장시설에서 급여를 받고 있는 경우
6. 부양의무자의 가출 또는 행방불명으로 경찰서 등 행정관청에 신고된 후 1개월이 지났거나 가출 또는 행방불명 사실을 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 "시장·군수·구청장"이라 한다)이 확인한 경우
7. 부양의무자가 부양을 기피하거나 거부하는 경우
8. 그 밖에 부양을 받을 수 없는 것으로 보건복지부장관이 정하는 경우

43%이하의 생활을 하고 있다고 소명하여 시장·군수·구청장이 확인하는 경우

(가) **학대 피해아동**이 가정위탁 보호 등의 보호조치를 받고 있는 경우 또는 아동이 부양의무자와 생계와 주거를 달리하여 아동 공동생활가정에서 보호조치를 받고 있는 경우

(나) 수급(권)자 가구가 **이혼한 한부모가구**로, 전 배우자가 수급(권)자인 아동의 부양을 거부·기피하는 경우

(다) 수급(권)자 가구가 **미혼모(부) 가구**로 자녀의 친생부(모)가 수급(권)자인 아동의 부양을 거부·기피하는 경우

(라) **장애인·아동·한부모시설 등에서 퇴소**한 수급(권)자를 부양의무자가 부양거부·기피하는 경우 등

※ 장애인 등이 시설에서 입·퇴소하여 부양을 받을 수 없다고 주장하는 경우, 수급자가 동의하는 경우에는 퇴소 전 시설장의 의견서 등을 통해 부양거부·기피를 판단 가능. 단, 수급자가 동의하지 않는 경우 동 의견서 제출여부만으로 부양거부·기피를 판단하지 않도록 유의

**(2) 부양의무자와 가족관계 해체상태로 정상적인 가족기능을 상실하여 정서적·경제적 부양을 받을 수 없다고 수급(권)자가 소명하여 시장·군수·구청장이 인정하는 경우**

(가) **부 또는 모가 이혼 후 재혼**하여 전 배우자와의 자녀에 대해 실질적으로 부양하지 않고 있는 경우

(나) **과거 가족 간의 관계해체 사유(이혼, 폭력, 상해, 방임, 유기, 가출, 학대, 약물중독등)의 이유**로 가족관계가 해체되어 부양의무자로부터 실질적인 부양을 받을 수 없는 경우 등

(다) **수급(권)자 가구가 미혼모·부 및 한부모가 되는 과정에서 부양의무자인 직계존속과 갈등(자녀입양 강요, 임신중절 강요 등)**으로 가족관계가 해체되어 실질적인 부양을 받을 수 없는 경우

(라) 수급(권)자의 1촌의 직계비속인 부양의무자가 19세 미만인 미성년 자녀(「민법」제4조)로 그의 보호자인 이혼한 전 배우자가 조사를 거부하거나 기피하는 경우

※ 동 조항을 적용받던 부양의무자가 19세 이상의 성년이 되면 계속 적용 불가

(3) 양자, 양부모 등 혈연관계가 아님을 이유로 부양을 거부하거나 기피하는 경우

-친부모가 이혼하고 재혼한 뒤 실종선고, 가출·행방불명 신고 된 상태에서 자녀가 수급신청을 한 경우 그 계부모 등

보건복지부 지침의 내용을 들여다보면 다음과 같다. 첫째, 수급(권)자가 부양

의무자로부터 실질적인 부양을 받지 못하여 기준 중위소득 43%이하의 생활을 하고 있다고 소명하여 시장·군수·구청장이 확인하는 경우이다. 하위 항목에서는 이에 대한 예로 학대피해아동, 이혼한 배우자가 부양을 거부·기피하는 한부모 가구, 미혼모(부) 가구와 장애인, 아동, 한부모 가구 중 시설에서 퇴소한 경우 등을 예시하고 있다. 예시에서 열거한 가구에 해당된다면 부양의무자로부터 실제 부양을 받지 못하고 있다는 사실만으로 부양 거부·기피가 인정될 가능성이 높을 것으로 예상할 수 있다.

문제는 두 번째, 부양의무자와 '가족관계 해체상태'로 정상적인 가족기능을 상실하여 정서적·경제적 부양을 받을 수 없다고 수급(권)자가 소명하여 시장·군수·구청장이 인정하는 경우이다. 위 (1)항의 예시와 달리 (2)항에서는 단순히 부양을 받지 못한다는 사실만을 요하는 것이 아니라 부양을 받지 못할 특별한 사정, 즉 가족 간 부양이 불가능한 정도로 가족관계가 해체되었을 법한 사례를 예로 들고 있다. 만약 장애, 학대아동, 한부모 가구가 아닌 수급신청자가 부양의무자로부터 부양을 받지 못하고 있다면 (2)항에서 예시한 사유 혹은 그에 준하는 정도의 사유가 있어야 부양이 거부·기피되고 있다는 점이 인정될 것으로 보인다. 따라서 부양의무자가 '경제적으로 어렵다'거나 '부양할 형편이 안된다'는 이유만으로 실제 부양을 하고 있지 않다면 그것은 보장기관이 인정하는 부양 거부·기피에 해당되지 않을 공산이 크다.

## Ⅳ. 부양의무자로부터 부양받을 수 없음에 대한 증명책임 부담

### 1. 수급신청자의 자료제출 의무와 부양의무자의 부양능력에 관한 증명책임 부담

이제까지 살펴본 부양의무자 기준을 적용하기 위해 기초법에서는 부양의무자가 있는 수급신청자의 경우 사회복지서비스 및 급여제공 신청서 외에 부양의무자의 금융정보제공 동의서, 제적등본, 임대차계약서 등 임대차 계약관계를 증

빙할 수 있는 서류, 사용대차 확인서, 소득·재산 확인 서류 등을 기본적으로 제출하도록 하고 있다.[11] 만약 수급신청자가 부양의무자의 금융정보제공 동의서를 제출하지 못하는 경우 보장기관은 자료 부제출만을 이유로 수급 신청을 거부할 수 없고[12], 수급신청자로부터 소명서를 제출받아 담당 공무원이 상담 및 조사를 통해 작성한 사실조사보고서, 지출실태조사표, 최근 1년간 수급자 명의의 통장 입출금 내역 등의 자료를 종합적으로 확인한다.

이러한 자료조사를 통해 부양의무자가 소득·재산기준 미만이어서 부양능력이 없다고 판단되거나(법 제8조의2 제1항 제1호), 부양능력이 있어도 부양을 받을 수 없는 상황이 구체적으로 확인되는 경우(기초법 제8조의2 제2항 제 1호~6호)라면 문제되지 않으나, 부양의무자의 소득·재산에 대한 조사가 미비되는 경우에는 수급 탈락이라는 불이익으로 돌아오기도 한다. 실제 서울사회복지공익법센터에서 상담했던 사례로, 수급을 신청한 A씨의 부양의무자는 수급 신청 당시 소득과 재산이 없었음에도 불구하고, 과거 처분했던 재산의 사용내역을 보장기관에 밝히지 않아 그 재산이 그대로 소득으로 환산되어 부양능력이 있는 것으로 판단되었다(부양의무자가 기존의 재산을 처분하였는데 이 처분한 재산의 사용내역이 밝혀지지 않는 경우 '기타 산정되는 재산'이라고 하여 부양의무자의 소득으로 환산한다). 보장기관은 A씨의 부양의무자가 과거 처분한 재산에 대한 사용내역을 소명하지 않았기 때문에 부양의무자에게 부양능력이 있는 것으로 보아 A씨에게 수급 부적합 결정을 내린 것이다.[13][14] 부양의무자의 협조

11) 국민기초생활보장법 제21조, 제22조, 제23조
국민기초생활보장법 시행령 제36조, 제36조의 2
국민기초생활보장법 시행규칙 제34조, 제35조

12) 2016 국민기초생활보장사업안내 p116

13) 2016년 국민기초생활보장안내 p.194, 부양의무자의 소득재산을 조사하는 보장기관은 사회보장시스템을 통해 조회되는 공적자료를 기준으로 판정하되, 추가조사가 필요한 경우 부양의무자에게 필요한 서류의 제출을 요구할 수 있다.

14) 보장기관이 이 사례에 대하여 보건복지부 지침에 규정된 수급자의 재산범위 특례-기타 가구특성이나 생활실태로 보아 생계유지가 곤란한 경우로서 수급(권)자의 특정 재산이 소득환산의 대상으로 하기가 곤란하다고 판단한 가구의 재산에 대하여 '지방생활보장위원회의 심의 의결을 거쳐 재산의 소득환산에서 제외'할 수 있다는 규정-가 적용되는지 검토하였으나 동 특례는 부양의무자에게는 해당되지 않는 것으로 판단하였다.

없이는 부양의무자가 처분한 재산이 사용된 내역을 수급자가 밝히는 것은 거의 불가능하다. 그럼에도 불구하고 부양의무자의 소득·재산에 대한 조사가 미비될 경우의 최종적인 불이익은 고스란히 수급자에게 돌아온다. 부양의무자의 소득·재산을 기반으로 한 부양능력 유무에 대한 증명책임이 수급자에게 지워지는 것이다.

부양의무자에게 부양능력이 있다고 판단된 경우라도 부양의무자가 실제 부양을 하고 있지 않다면, 수급자는 기초법 제8조의2 제2항 제7호에 규정된 것처럼 부양의무자의 부양의무 거부·기피로 인해 부양을 받을 수 없다고 주장할 수 있다. 그런데 이 경우에는 앞서 제출된 자료만으로 보장여부를 판단하기가 쉽지 않다. 보건복지부 지침은 부양의무자의 부양의무 거부·기피에 대하여 '부양의무자와 가족관계 해체상태로 정상적인 가족기능을 상실하여 정서적·경제적 부양을 받을 수 없다고 수급(권)자가 소명하여 시장·군수·구청장이 인정하는 경우'를 제시하고 있는데, 지침에서 예시한 몇몇 사례들만으로는 수급신청자의 무수한 사연들이 가족관계의 해체에 해당하는지 쉽게 판단하기 어렵기 때문이다. 그리하여 담당 공무원은 이미 제출된 자료 외에도 추가적으로 부양의무자에게 부양기피사유서를 제출하도록 요청하고 수급자에게는 가출신고서, 아동양육시설 등 보호확인서, 아동학대신고서, 이혼판결문 등 부양 거부·기피에 이르게 된 사유를 설명할 수 있는 사적이고 내밀한 자료를 추가적으로 요구하게 된다.[15)]

## 2. 부양의무자로부터 부양받을 수 없음에 대한 증명책임 부담

이와 같은 자료 조사로 인해 문제되는 것은 두 가지 경우이다. 첫 번째는 부양의무자가 부양거부·기피사유서 등 보장기관이 요청하는 추가자료 제출 및 조사를 거부하는 경우이고, 두 번째는 수급자가 실제 부양을 받지 못하고 있으나

15) 2016 국민기초생활보장사업안내 p196~198

보건복지부 지침에 비추어 가족관계 해체라고 보기 어렵거나 가족관계 해체를 뒷받침할 증명이 쉽지 않은 경우다.

그동안 부양의무자에 대한 조사가 여의치 않을 경우, 수급자의 책임과 무관하게 수급에서 탈락하는 사례들이 다수 발생하여 이에 대한 비판이 있어왔다. 그 때문인지 2016년 보건복지부 지침에서는 부양 거부·기피 및 부양을 받을 수 없다고 주장하는 경우의 조사 방법으로 수급권자에 대한 조사와 부양의무자에 대한 조사를 분리하여, ① 부양의무자에게 연락 또는 공문발송 시 수급권자 및 부양의무자 가구에 문제가 생기는 경우, ② 부양의무자의 연락처를 알 수 없거나, 부양의무자에게 유선 또는 공문으로 상담을 요청하였으나 거부하는 경우에 부양의무자에 대한 조사를 생략하도록 하는 내용을 추가하였다. 이러한 경우에는 수급자의 진술만으로 담당공무원이 사실조사보고서를 작성한다. 위 사례에 해당되지 않는 경우라면 부양의무자로부터 부양기피사유서를 제출받거나 유선으로 상담한 후 부양의무자의 진술내용을 토대로 사실조사보고서를 작성한다. 형식상으로만 본다면 수급자와 부양의무자에 대한 조사를 분리함으로써 수급자에게 불이익이 가지 않도록 한 것처럼 보인다.

그러나 부양의무자가 부양기피사유서를 제출하지 않거나 상담을 거부하는 경우에 담당 공무원은 수급자의 진술만으로 사실조사보고서를 작성해야 하는데, 이 사실조사보고서에서 쉽게 부양 거부·기피를 인정하기는 어려울 것으로 보인다. 현행법에서처럼 부양의무자 기준이 수급권 발생요건으로 작동하는 한, 보장기관으로서는 부양능력이 있어도 부양이 거부·기피되고 있다는 예외적인 상황임을 인정할 입증자료가 필요하기 때문이다. 즉 보장기관은 부양의무의 거부·기피가 수급자와 부양의무자 간의 공모에 의한 도덕적 해이에 기인했을 위험성을 감지해야할 의무를 지고 그 위험성을 최소화하기 위한 근거들을 마련해야 하는 것이다. 따라서 아무리 보건복지부 지침에서 부양의무자에 대한 조사를 생략할 수 있게 했다 하더라도 부양의무자에 대한 조사 미비 시 수급자에게 불리한 처분을 하지 않는다는 내용이 구체적으로 명시되어있지 않는 한, 수

급자 입장에서는 크게 달라지는 것이 없다. 결국 부양의무자에 대한 조사미비의 결과는 수급자가 감당해야 한다. 증명책임은 어떤 사실이 증명되지 않을 시 불이익을 감수해야하는 자가 지는 것이므로, 여전히 수급자가 부양 거부·기피에 대한 증명책임을 지는 자다.

두 번째, 실제 부양을 받지 않으나 보건복지부 지침 상 가족관계 해체라고 보기 어렵거나 가족관계 해체에 이르게 된 명확한 증빙이 어려운 경우이다. 이 때에는 부양의무자가 경제적으로 형편이 어렵다고 사유서를 쓰거나 진술을 한다하여도 가족관계 해체의 정황이 보이지 않는 한 부양 거부·기피가 쉽게 인정되지 않는다. 보장기관이 수급자에게 가족관계 해체를 증명할 수 있을 만한 추가자료 제출을 요구하였으나 제출되지 않을 시, 보장기관은 수급자 선정에서 탈락시키거나 기존의 급여를 변경(삭감)하는 처분을 할 수 있다.[16][17] 수급자에

16) 제22조(신청에 의한 조사) ① 시장·군수·구청장은 제21조에 따른 급여신청이 있는 경우에는 사회복지 전담공무원으로 하여금 급여의 결정 및 실시 등에 필요한 다음 각 호의 사항을 조사하게 하거나 수급권자에게 보장기관이 지정하는 의료기관에서 검진을 받게 할 수 있다. <개정 2014.12.30>
1. 부양의무자의 유무 및 부양능력 등 부양의무자와 관련된 사항
2. 수급권자 및 부양의무자의 소득·재산에 관한 사항
3. 수급권자의 근로능력, 취업상태, 자활욕구 등 제28조에 따른 자활지원계획 수립에 필요한 사항
4. 그 밖에 수급권자의 건강상태, 가구 특성 등 생활실태에 관한 사항

② 시장·군수·구청장은 제1항에 따라 신청한 수급권자 또는 그 부양의무자의 소득, 재산 및 건강상태 등을 확인하기 위하여 필요한 자료를 확보하기 곤란한 경우 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 수급권자 또는 부양의무자에게 필요한 자료의 제출을 요구할 수 있다. <개정 2014.12.30>

③ 시장·군수·구청장은 급여의 결정 또는 실시 등을 위하여 필요한 경우에는 제1항 각 호의 조사를 관계 기관에 위촉하거나 수급권자 또는 그 부양의무자의 고용주, 그 밖의 관계인에게 이에 관한 자료의 제출을 요청할 수 있다. <개정 2014.12.30>

④ 보장기관이 제1항 각 호의 조사를 하기 위하여 금융·국세·지방세·토지·건물·건강보험·국민연금·고용보험·출입국·병무·교정 등 관련 전산망 또는 자료를 이용하려는 경우에는 관계 기관의 장에게 협조를 요청할 수 있다. 이 경우 관계 기관의 장은 정당한 사유가 없으면 협조하여야 한다.

⑤ 제1항에 따라 조사를 하는 사회복지 전담공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 보여주어야 한다.

⑥ 보장기관의 공무원 또는 공무원이었던 사람은 제1항부터 제4항까지의 규정에 따라 얻은 정보와 자료를 이 법에서 정한 보장목적 외에 다른 용도로 사용하거나 다른 사람 또는 기관에 제공하여서는 아니 된다.

⑦ 보장기관은 제1항부터 제4항까지의 규정에 따른 조사 결과를 대장으로 작성하여 갖추어 두어야 하며 그 밖에 조사에 필요한 사항은 보건복지부장관이 정한다. 다만, 전산정보처리조직에 의하여 관리되는 경우에는 전산 파일로 대체할 수 있다.

⑧ 보장기관은 수급권자 또는 부양의무자가 제1항 및 제2항에 따른 조사 또는 자료제출 요구를 2회 이상 거부·방해 또는 기피하거나 검진 지시에 따르지 아니하면 급여신청을 각하(却下)할 수 있다. 이

게 주어지는 자료제출 의무와 자료제출 거부 시 보장기관이 행사할 수 있는 급여의 거부 및 변경처분 권한이 결합하여 결국 수급자에게 부양 거부·기피에 대한 증명책임을 지우게 된다. 판례 역시 "(...) 부양을 기피 또는 거부하는 경우는 법 제5조 제1항의 수급권 발생요건이자 동법 제30조 제1항 제1호가 규정한 급여중지의 장애사유가 된다는 점에서 수급자에게 입증책임이 있다고 할 것이다."라고 설시한바 있다.[18] 부양의무자기 기준이 수급권 발생요건이므로 부양 거부·기피에 대한 증명책임도 수급자에게 있다는 것이다.

이제까지 살펴본 바와 같이 부양의무자의 부양의무 거부·기피가 가족관계 해체로 인하여 경제적·정서적 지원을 받을 수 없기 때문임을 증명할 책임은 수급자에게 지워지고 있다. 그런데 수급신청 시 수급자 및 부양의무자에게 주어지는 자료제출 의무는 부양의무자가 공개를 꺼릴 수 있는 소득 및 재산 정보, 부양기피사유서 등 수급자가 통제할 수 없는 영역에까지 미친다. 그럼에도 그 부제출로 인한 불이익은 최종적으로 수급신청자에게 돌아온다. 또 수급자 자신에게 지워지는 추가자료 제출 의무도 개인의 내밀한 사생활의 영역까지 들춰내게 한다. 가족관계가 해체된 구체적 사유나 증빙이라도 있으면 다행이나 입증미비의 경우에는 결국 부양의무자로부터 부양 받지 못하는 책임을 스스로 지는 수밖에 없다.

앞서 본 A씨의 경우에도 자신이 증명할 수 없는 부양의무자의 재산 사용내역을 이유로 수급신청에서 탈락했다. A씨는 이의신청을 통해, 설령 부양의무자에게 부양능력이 있어도 실제 부양받지 못함을 이유로 부양이 거부·기피되는 경우에 해당한다고 주장할 여지는 있을 것이다. 그러나 이에 대한 증명은 다시 A씨의 몫이다. A씨의 부양의무자가 부양 거부·기피사유서를 제출하지 않는다던가, 제출한다 하더라도 가족관계가 해체된 특별한 사정을 구체적으로 증명할

경우 제29조제2항을 준용한다.

17) 2016 국민기초생활보장사업안내 p.116

18) 전주지방법원 2011구합3002

수 없다면 역시 수급에서 탈락할 것이다.

2012년 부산지방법원 판례[19]에서도 이러한 실태가 잘 드러난다. 대상판결에서 원고는 부양의무자인 딸 가구의 소득인정액이 부양능력 있음 기준을 초과하여 수급액이 삭감되기에 이르렀는데, 이때 보장기관에서는 원고의 딸에게 원고를 부양할 수 없는 사유에 대하여 소명을 요구하였으나 원고의 딸은 이에 답변하지 않았다. 원고는 당시 가정불화로 인하여 딸과의 관계가 소원하였고 딸의 연락처를 알지 못한 채 딸로부터의 안부전화를 받는 정도의 관계를 유지하고 있었다고 진술한바 있다. 원고는 이 사건 감액처분 이전, 보장기관에 부양의무자인 딸과의 관계에 대하여 소명하였을 것이나 보장기관은 추가적인 확인을 위해 원고의 딸에게 부양기피사유서의 제출을 요구하였고, 부양의무자가 이에 따른 자료제출을 거부하자 결국 원고에 대한 수급액을 삭감하였다. 이러한 상황은 2016년 보건복지부 지침에 따르더라도 달라지지 않을 것으로 예상된다. 부양의무자가 자료제출을 거부하면 결국 담당공무원은 사실조사보고서를 작성할 것인데 위 판례에서 볼 수 있다시피 가정불화가 있다는 수급자의 진술만으로는 가족관계 해체를 쉽게 인정받기 어렵기 때문이다.

이처럼 부양의무자 기준을 수급권의 발생요건으로 두는 이상, 수급자는 부양거부·기피를 입증하기 위한 추가적인 조사가 미비될 경우 발생하는 최종적인 책임을 모두 떠안게 된다. 이렇게 불합리한 제도 설계는 현실에서 확인할 수 있는 바와 같이, 부양의무자 기준으로 인한 광범위한 비수급 빈곤층을 만들 뿐 아니라 수급자격을 유지하더라도 실제 받지도 않는 간주부양비 만큼이 생계급여에서 삭감되어 최저생계비에 못 미치는 수급액으로 살아가는 극빈층을 양산하고 있다. 이는 국민의 공공부조수급권에 대한 명백한 침해이다.

19) 부산지방법원 2012. 4. 5. 선고 2011구합4436

## Ⅴ. 부양의무자의 부양의무 거부·기피 개념의 모호성

### 1. 부양 거부·기피 개념의 모호성과 이에 따른 보장기관의 재량적 처분

부양의무자의 부양 거부·기피에 대한 증명책임을 떠맡은 수급자는 과연 어느 정도까지 증명을 해야 보장기관으로부터 자신이 부양받지 못하고 있다는 점을 인정받을 수 있을까. 기초법에서는 부양을 거부·기피하는 경우라고만 정해두었으나, 앞서 살펴본 바와 같이 보건복지부 지침에서는 몇 가지 사례를 들어 경제적·정서적 지원이 불가능할 정도로 가족관계가 해체되었음을 요구하고 있다. 그런데 보건복지부 지침은 가족관계 해체의 기준을 구체적으로 제시하지 않고 있고 가족관계의 해체로 볼 수 있는 몇몇 사례만을 들고 있을 뿐이다. 따라서 최종적인 판단은 담당공무원의 몫이다.

결국 ‘부양의무자와 ‘가족관계 해체상태’로 ‘정상적인 가족기능을 상실’하여 정서적·경제적 부양을 받을 수 없다는 사정’이 담당 공무원의 재량으로 판단된다는 것인데, ‘가족관계 해체’의 정의는 무엇인지, ‘정상적인 가족기능이 상실’되었다고 볼 수 있는 기준은 무엇인지 불명확하여 개별 공무원이 지침의 내용만으로 이를 판단하기에는 상당히 무리가 있어 보인다. 부양을 거부·기피하는 이유로 보건복지부 지침에서 열거한 사례처럼 이혼, 가정폭력, 학대, 약물중독 등이 있을 수도 있고, 여러 가지 사소한 이유들이 중첩적으로 쌓여 불거진 불화로 서로 간에 정서적, 경제적으로 외면하는 가족이 있을 수도 있다. 더하여 담당 공무원에 따라 같은 상황을 두고 수급자에게 요하는 증빙의 정도도 달라질 수 있다. 유사사례에서 어떤 담당 공무원은 가족관계 해체라고 볼 수도 있고 다른 공무원은 가족관계 해체까지는 아니라고 판단할 수도 있다. 그렇다면 어떤 담당자를 만나 그 담당자가 얼마만큼의 재량을 발휘하는지에 따라 수급자격이 주어지기도 하고 수급 탈락되기도 하는 사태가 발생할 수 있는 것이다.

보건복지부 지침에서도 부양의무자가 있어도 부양을 받을 수 없는 경우의 확인은 보장기관의 재량행위라고 본다.[20] 앞서 살펴본 '부양의무자에 대한 조사방법'에서도 부양의무자에 대한 조사가 미비될 경우 담당 공무원의 종합적인 판단으로 사실관계보고서를 작성하도록 함으로써 그 판단을 역시 공무원의 재량 영역으로 넘기고 있다. 이는 경직된 법 적용을 넘어서 보장기관이 수급이 필요하다고 판단하는 경우에는 수급자격을 주는 융통성을 발휘하자는 취지로 해석된다. 그러나 그러한 재량의 부과가 과연 수급자들에게 유리한 방향으로 흘러갈지 의문이고, 비슷한 요건을 가진 수급자들 사이에서 불평등한 결과를 낳게 될 수 있다는 점에서 그 판단을 보장기관의 재량에 맡긴다는 것은 일견 무책임한 행정이라고 볼 수 있다. 특히 국민기초생활보장은 국민의 인간다운 생활을 위한 최후의 보루라는 점에서 더욱 그러한 비판에서 자유로울 수 없을 것으로 본다.

## 2. 부양의무 거부·기피에 대한 법원의 판단

그렇다면 부양의무 거부·기피의 불명확한 개념을 두고 법원은 어떤 판단을 내렸을까. 부양의무자로부터 부양이 거부·기피되었음을 주장하며 보장기관의 처분을 다툰 판례들로는 서울고등법원[21]과 대구고등법원[22]의 판례가 대표적이다. 서울고등법원에서는 수급 신청자의 두 딸이 경제적인 어려움 때문에 부양을 하지 못한다고 밝힌 것만으로는 부양 거부·기피로 인정할 수 없고, '단순히 부양비를 지급하지 아니한 것을 넘어서서 부양의무의 임의이행을 기대할 수 없을 정도에 해당하는 경우로 한정 해석함이 상당하다'고 판단하였다. 반면, 대구고등법원에서는 부양능력이 충분한 장남과 며느리가 수급을 신청한 부모에 대

20) 2016 국민기초생활보장사업안내 p.72
[가족관계 '단절"→'해체"용어변경 사유]
•부양의무자가 있어도 부양을 받을 수 없는 경우의 확인(인정)은 수급(권)자와 부양의무자와의 관계에 대한 가족기능 작동여부 등의 판단이라는 보장기관의 재량행위라 할 수 있음

21) 서울고등법원 2011.1.11.선고2010누21435 판결

22) 대구고등법원 2011.4.29.선고2010누2549 판결

한 부양을 거부할 만한 사유가 있었고[23] 이에 대해 충분히 소명하였다는 점, 기초법 상에는 선보장 후징수 할 수 있는 제도가 이미 마련되어 있는 점 등에 비추어 부양 거부·기피를 인정할 수 있다고 하였다. 여기서 논란이 되는 것은 대구고등법원이 위와 같은 판단을 하면서 '어떤 이유에서든 부양을 받지 못하고 있다면 부양 거부·기피에 해당한다'고 설시한 점이다. 이는 보건복지부 지침에서 부양을 거부·기피하는 경우에 '가족관계의 해체'를 요구하고 있는 것과 배치되고, 서울고등법원의 판례와도 다른 해석으로 볼 수 있기 때문이다. 위 두 판례의 결론이 다르게 난 이유에 대해 서울고등법원 판결은 보충성 원칙을 지나치게 경직되게 해석하였다거나[24], 기초법을 보충성의 원칙을 중심으로 해석하였는지, 최저생활보장이라는 입법목적을 중심으로 해석하였는지에 따라 다른 판결이 나왔다는 등의 여러 분석이 제시되었다.[25]

사실상 부양 거부·기피의 범위와 그 증명의 정도가 문제되는 것인데, 부양의무자 기준으로 인해 급여가 중지되거나 삭감되어 법원에서 다툰 다른 판결들을 더 살펴보면, 실제 부양을 받고 있지 못하다는 사정만으로는 부양 거부·기피로 보지 않는 판례가 대부분이다. '어떤 이유에서든 부양을 받지 못하고 있다면 부양 거부·기피에 해당한다'고 본 판례는 대구고등법원의 판례가 거의 유일하다. 앞에서 잠시 언급되었던 전주지법의 판례도 수급 신청인이 신장장애 2급으로 2008년경부터 지속적으로 신장 투석치료 등을 해오느라 의료비의 지출이 많은 데다가 재직 중인 주식회사 0000에서도 조만간 퇴사할 예정인바, 부양의무자인 차남 혼자서는 더 이상 원고에게 부양의무를 다할 수 없는 상황이라는 점을 들어 부양 거부·기피 상태라고 주장하였으나 인정되지 않았다. 또 다른 판례[26]에서도 "원고가 현재 삼녀 BBB의 직장건강보험에 피부양자로 등재되어 있을 뿐만

23) 부모의 사업실패로 개인파산에 이르기까지 채무를 탕감하여주는 등 경제적 지원을 하면서 그 과정에서 관계가 악화되었다는 등의 사정
24) 김남근 (2012). 기초생활수급자 부양의무자 요건의 법적 쟁점. 사회보장법학, 1(1), 155-195.
25) 구미영 (2013). 국민기초생활보장법 상 '부양의무자가 있어도 부양을 받을 수 없는 경우'의 판단. 노동법학, (48), 465-469.
26) 광주지방법원 2011구합3968

아니라 차녀 CCC으로부터 순천시 별량면 두고리 577 목조 기와지붕 단독주택 80.25㎡를 무상으로 제공받아 거주하고 있는 사실이 인정된다."면서 현재 부양을 받고 있지 않은 사실만으로 부양 거부·기피를 인정하지 않았다.

그렇다면 대구고등법원의 판결이 예외적으로 부양 거부·기피의 인정범위를 완화해서 본 것인데, 이는 대상판결에서의 장남과 며느리가 부양능력이 있음에도 부모에 대한 부양을 거부하기까지 이르게 된 사정을 상당히 구체적으로 입증했기 때문이라는 해석이 가능하다. 다시 말해 소개된 판례들을 '수급 신청자의 입장'에서 본다면 '부양을 받을 수 없을 만큼 가족관계가 해체'되었음을 주장·입증해야 예외적으로 수급권을 인정받을 수 있다는 결론은 같다. 결국 부양의무자가 부양을 하지 않음이 명백한 경우에도 부양을 거부·기피하는 특별한 사정까지 재판부가 납득할 수 있어야 한다는 것으로, 수급자가 그 특별한 사정을 얼마만큼 증명해야 부양이 거부·기피되고 있음을 인정받을 수 있을 것인지 예측하기는 여전히 어렵다.

그럼에도 부양의무자 기준으로 인해 수급에서 탈락하면 최종적으로는 행정소송으로 법원의 판단을 받을 수밖에 없다. 그러나 사회법원도 따로 없는 상황에서 생계곤란에 처한 수급탈락자가 변호사를 선임하여 소송을 제기하고 판결이 나기까지 가구제도 받지 못한 채 오랜 시간을 견뎌내기란 쉽지 않은 일이다. 보장기관의 재량적 처분에 대하여 그 재량의 행사가 위법·부당하다는 점에 대한 증명은 또 수급신청자의 몫이고[27], 부양 거부·기피에 대한 각 법원의 판단기준이 다른 이상 소송 결과를 예측하기도 어렵다. 그러한 까닭에 거부처분을 받으면 이의신청 해보고 그마저 인정되지 않으면 더 이상 다투지 못하고 포기하는 경우가 대부분이다. 부양 거부·기피의 개념적 불명확성은 국민의 공적부조수급권을 현저히 제한할 뿐 아니라, 공적부조에 대한 사법적 접근성까지 떨

27) 대법원 1987. 12. 8. 선고 87누861 판결, '자유재량에 의한 행정처분이 그 재량권의 한계를 벗어난 것이어서 위법하다는 점은 그 행정처분의 효력을 다투는 자가 이를 주장.입증하여야 하고 처분청이 그 재량권의 행사가 정당한 것이었다는 점까지 주장.입증할 필요는 없다.'

어뜨리는 결과를 가져온다.

## Ⅵ. 국민기초생활보장법의 보충성의 원칙과 선보장 후징수제도 검토를 통한 부양의무자 기준 개선방안의 모색

### 1. 국민기초생활보장법의 보충성의 원칙과 부양의무의 관계

이처럼 부양의무자 기준의 예외 규정이 가지는 개념적, 실천적 문제점에도 불구하고 부양의무자의 부양능력이 기초생활수급자 선정의 기준이 되는 것은 민법 상 부양의무와 기초법 제3조의 보충성의 원칙에 따른 것이므로 엄밀한 의미에서의 완전 폐지는 불가능하다는 견해가 있다.[28] 반면 보충성의 원칙은 기초법 제3조 제1항에 한정하여야 하고 부양의무에 관한 제3조 제2항은 급여의 우선순위를 정한 것일 뿐이라는 견해도 있다.[29] 이에 대하여는 부양의무자 부양우선의 원칙을 굳이 보충성의 원칙과 분리시키거나 보충성의 원칙이라는 대전제를 부인할 필요는 없다고 본다. 민법 상 부양의무나 기초법상 보충성의 원칙은 보장기관의 부양의무자에 대한 부양비 징수나 구상권 청구 등의 근거로 충분히 작동될 수 있을 것이다. 단지 기초법의 보충성의 원칙이 부양의무자 기준을 충족하지 않는 경우 수급자격을 주지 않는다는 수급자 선정기준으로 치환되어 남아있을 필요는 없다는 것이다.[30]

### 2. 선보장 후징수제도에 대한 검토

한편, 기초법에서는 수급자가 부양의무자 기준을 충족시키지 못하더라도 필요한 경우 보장기관이 선보장하고 부양능력 있는 부양의무자에게 후징수 할 수

28) 허선. 2012
29) 양승광. 2015. '국민기초생활보장법상 부양의 거부·기피에 대한 입증부담'. 「사회보장법연구」 제4집 제2호
30) 박영아. 앞의 글

있는 제도를 마련하고 있다.[31] 이에 부양의무자 기준으로 인한 수급사각지대를 해소하기 위해서 선보장 후징수제도를 활성화하여 실질적인 부양이 없는 경우에는 모두 수급비를 선지급하고 부양의무자에게는 후징수를 하면 된다는 견해도 있다.[32] 대구고법의 판결과 유사한 문제해결책이다. 이 견해에 따른다면, 부양 거부·기피의 개념을 '부양을 실질적으로 하지 않는 경우'로 명확히 하고 이를 법률 또는 지침에 명시하는 방법이 있을 수 있다. 위와 같은 방법으로 부양 거부·기피에 대한 증명의 정도는 다소 완화될 수 있겠으나, 부양의무자의 부양능력 없음과 부양받을 수 없음에 대한 증명책임이 여전히 수급자에게 남는다는 문제점이 남는다.

또한 부양이 이루어지고 있지 않다는 사실만으로도 부양 거부·기피가 인정되어 선보장이 이루어질 경우, 행정청이 후징수해야 하는 사례들이 부양의무자로 인한 수급 탈락자 수만큼 대폭 늘어날 것인데, 사회복지부서의 공무원들이 매월 부양의무자들에게 수급비를 통지하고, 징수하는 업무를 처리하기가 현실적으로 상당히 어렵다는 문제가 있다. 이러한 어려움은 부양 거부·기피를 인정하는 기준을 엄격히 적용하여 수급자격을 제한하는 방식을 취하면서, 담당공무원의 재량으로 불가피한 경우에만 수급자격을 인정하는 현재의 실무관행에도 영향을 미친 것으로 보인다. 부양능력있는 부양의무자가 있음에도 수급자로 선정된 경우, 각 지자체의 지방생활보장위원회에서는 그 부양의무자가 부양을 거부·기피하는 사유에 대해 심사하고 부양의무자에 대한 보장비용 징수를 90% 이상 면제해주는 결정을 해왔다.[33] 이와 같은 현실을 볼 때 부양 거부·기피에 대한 개념 정립과 더불어 후징수 방식에 대한 대폭적인 개선[34]이 이루어지지

---

31) 기초법 제46조(비용의 징수) ① 수급자에게 부양능력을 가진 부양의무자가 있음이 확인된 경우에는 보장비용을 지급한 보장기관은 제20조에 따른 생활보장위원회의 심의·의결을 거쳐 그 비용의 전부 또는 일부를 그 부양의무자로부터 부양의무의 범위에서 징수할 수 있다.

32) 김남근 (2012). 기초생활수급자 부양의무자 요건의 법적 쟁점. 사회보장법학, 1(1), 155-195.

33) 지난 2008~2012까지 서울시내 25개구 자치구에서 지방생활보장위원회에 회부한 안건은 총 10,923건으로 그 중 10,423 건에 대하여 선보장하였고 그 중 9,902 건에 대하여 징수면제를 결정하였다(서울시 제공 자료).

34) 선보장하는 보장기관과 후징수하는 징수기관이 반드시 동일할 필요는 없다고 본다. 역할을 분리하여 선보장은 각 자치구에서, 보장비용 징수는 시청에서 전문적인 징수팀을 따로 두어 실시하는 등

않는 한 현행법 아래서 후징수가 활성화되기란 요원한 일이 아닐 수 없다.

### 3. 부양의무자 기준의 원칙 전환과 그 한계

위와 같은 문제점을 고려하여 예외적으로 부양이 명백한 경우에만 수급자격을 제한하는 방식으로 부양의무자 기준을 적용하는 방법을 고려해볼 수 있다. 수급자격을 부여함에 있어 부양의무자 기준을 적극적인 수급요건으로 판단하는 현재의 원칙을 전환하여 예외 규정으로만 작동하게 하는 것이다. 그렇게 되면 수급자는 소득·재산 기준만으로 요건에 부합할 경우 수급자격을 인정받고, 수급자격을 제한하고자 하는 예외 규정 즉, 실제 부양의무자로부터 부양을 받고 있다는 것에 대한 증명책임은 전적으로 행정청이 부담하게 된다. 다만, 예외적인 경우 부양의무자 기준을 적용할 수 있도록 한다면 행정청이 부양의무자의 부양사실을 증명해야 하기 때문에 실무상 수급자에게 여전히 여러 가지 서류들을 제출할 것을 요구할 수도 있고, 이전과 같이 재량 판단의 여지를 남겨둘 수 있다는 문제점이 있다. 부양의무자 기준을 예외규정으로 하여 얻는 증명책임의 전환이 실효성을 가지지 못할 수 있는 것이다.

### 4. 부양의무자기준의 폐지

그렇다면 결국 부양의무자 기준을 폐지하여 부양의무자 기준이 수급자격에 영향을 미치지 않게 하는 방안이 가장 적절할 것으로 판단된다. 대신, 보장기관의 권한으로 부양의무자의 소득 및 재산에 관한 자료를 파악할 수 있도록 하여 부양의무자가 부양의무를 이행함이 타당한 경우가 있다면, 보장기관이 기초법 상 후징수 또는 민법 상 구상권 청구[35]를 하도록 하는 것이다. 이 과정에

---

과 같은 이원화된 방법을 생각해 볼 수 있다. 그렇다면 후징수의 부담 때문에 부양의무자 기준을 엄격히 적용하는 폐해를 줄이면서도 후징수를 활성화 하는데 일부 도움이 될 것으로 보인다.

35) 보장기관의 후징수는 법원의 판결 없이 부양의무자의 재산권을 침해하는 등 위헌적인 소지가 있다는 문제제기가 있고, 보장기관의 민법상 구상권 청구 문제에 대하여도 현행법상 제한이 있을 수 있으나, 지면에서는 후징수 또는 구상권 행사의 정당성에 대한 본격적인 논의는 생략하는 것으로 한다.

서 보장기관은 직접 부양의무자에게 부양여부에 대한 소명을 요구하고, 소명이 충분치 않을 경우 징수 혹은 소송을 통해 부양의무자가 부양비를 부담하도록 한다.

보건복지부 지침 상 인정될 법한 가족관계 해체상황이 아니더라도 현실적으로 부양을 하기 힘든 이유는 다양하다. 직업의 불안전성 때문에, 자녀들의 교육비 지출 때문에, 내 집 마련이나 노후 준비를 위해, 아니면 이 모든 이유로 인해 부모를 부양할 여력이 없는 사람들은 앞으로 계속적으로 늘어갈 것이다. 최근 발표된 한국보건사회연구원의 보고서[36]에 따르면 누가 부모 부양을 담당할 것이냐에 대해 국민기초생활보장법이 시행되기 바로 직전인 1998년에는 가족이 89.9%로 대다수였으나 2008년에는 절반수준인 40.7%로 감소하였고, 2014년에는 1/3수준인 31.7%로 낮아졌다. 대신 '사회 및 기타'라는 답변은 2014년에 68.3%로 전체 답변의 2/3를 상회하는 수준이다. 급속한 핵가족화와 부모-자녀 간 관계변화, 그에 따른 부양가치관의 변화와 이를 따라가지 못하는 법과 제도는 OECD 34개국 중 최고 수준의 노인 빈곤율(2014년 한국의 노인 빈곤율은 49.6%로 OECD 34개 회원국 중 가장 높았다. 일본의 노인 빈곤율은 19%이다)로 나타나고 있다. 국민기초생활보장법의 부양의무자 기준과 부양가치관의 변화사이의 간극만큼이나 노인 빈곤율은 높아지고 수급 사각지대는 광범위해졌다.

이미 독일 등 유럽의 여러 나라들과 가까운 일본 역시 가족 간 부양의무는 부모와 미성년자녀로 구성된 핵가족에 한정하고 부모에 대한 부양의무자 기준은 적용하지 않거나 최소화하고 있다. 반면 노인부양에 대해서는 국가의 책임이 더욱 강조되는데, 일례로 스웨덴의 경우 스웨덴에 거주하고 있는 65세 이상의 노인들에 대해서는 연금소득이 국가가 정한 '최저보증연금액'보다 낮다면 부양의무자 유무에 상관없이 1인 약 130만원의 최저보증연금을 지급한다. 스웨덴에서는 65세 이상 인구의 약 47%가 이 최저보증연금을 지급받고 있다

36) 김유경. 부양환경 변화에 따른 가족부양특성과 정책과제. 보건복지포럼 p.62-79

(2008년 기준).[37] 그러므로 부양의무자 기준을 완전 폐지하는 것이 불가능하다면, 최소한 65세 이상의 빈곤노인 등에 한하여 우선 폐지하는 방안도 검토해 볼 수 있을 것이다.

## Ⅶ. 나가며

부양능력 있는 부양의무자를 둔 수급신청자가 수급자가 되기까지의 과정은 그리 녹록치 않다. 부양을 받을 수 없는 사유가 비교적 명백한 경우라면 그나마 사정이 나은 편이나 부양의무자가 부양을 거부·기피한다는 점을 인정받아야 하는 경우라면 문제는 심각해진다. 보건복지부 지침에 따르면 부양의무자가 부양을 거부·기피하는 경우라 함은 단순히 부양을 받지 못함이 아니라 가족관계가 해체되어 부양을 하지 않는 경우를 말한다. 그러나 가족관계 해체에 대한 명확한 기준이 제시되지 않아 보장기관이 재량으로 판단하고 있으며 그 판단을 위한 증명을 수급자가 해야 하는데, 그 증명의 범위가 수급자가 통제할 수 없는 영역에까지 미치고 있다. 보장기관의 처분에 불복한다고 하여도 행정소송까지 가기 어려울뿐더러, 소송으로 다툰다고 해도 부양 거부·기피의 개념에 대한 해석이 재판부마다 다를 수 있고 가족관계 해체에 대한 증명의 정도를 예측하기도 어렵다. 나아가 지난 약 20여 년간 급속히 진행된 가족 부양의식의 변화, 저성장 시대에 각자도생해야 하는 사회의 도래로 인해 가족관계가 해체될 정도는 아니라 하더라도 부모 부양이 버거운 사람들은 더욱 늘어날 것이다.

부양의무자 기준으로 인한 비수급 빈곤층과 수급자격은 유지하더라도 간주부양비가 생계급여에서 삭감되어 최저생계비 이하로 살아가는 극빈층은 실제 부양을 받지 못하나 부양 거부·기피의 판단에서 제외되는 바로 이 지점에서 대부분 발생하고, 100만 명이 넘는 광범위한 수급 사각지대를 형성한다. 그러한 이유로 부양의무자의 범위를 일부 축소하거나 소득 및 재산기준을 조정해 나가는 것만으로는 부양의무자 기준으로 인한 수급 사각지대를 근본적으로 해결하지

37) 각국 공공부조제도 비교연구-스웨덴 편. 한국보건사회연구원 연구보고서(2015-12-1)

못한다. 따라서 부양능력이 있는 부양의무자가 있어도 부양을 받지 못하면 수급자로 선정될 수 있다는 부양의무자 기준의 예외규정은 허상에 가까우며 부양의무자 기준을 정당화하지 못한다. 결국 현재의 국민기초생활보장법은 최저생계비 이하로 살아가지만 부양의무자 기준을 통과하지 못하는 국민들의 공공부조수급권을 심각하게 침해함으로써 국민의 인간다운 생활을 할 권리 및 행복추구권을 박탈하는 현저하게 불합리한 입법이라 할 것이다.

물론 이러한 주장에 대하여 예산상의 문제로 반대하는 의견이 있을 수 있다. 그러나 부양의무자 기준을 완전히 폐지할 때 소요될 것으로 예상되는 예산은 6조 8천억 원으로 94만 명의 신규 수급자를 보호할 수 있게 된다. 부양의무자 기준을 삭제하되, 1촌 직계혈족에게 보장비용을 징수한다면 예상되는 소요예산은 5조 3천억 원이다.[38] 부양의무자 기준 완전 폐지로 소요되는 예산 6조 8천억 원은 우리나라 GDP의 0.5%로 총 예산의 2%, 전체 복지예산의 6%이다.[39] 국민기초생활보장제도는 우리 사회 최후의 안전망이고 가난에 내몰려 죽어가는 생명을 살리기 위한 마지막 희망이라는 점에서 수급 사각지대를 최소화할 수 있도록 정책방향을 전환해야 한다. 결론적으로 부양의무자의 부양능력을 국민기초생활보장 수급자격 발생요건으로 삼는 부양의무자 기준을 폐지하고 수급자의 실질적인 소득 및 재산에 기초하여 수급여부를 결정하여야 할 것이다.

38) 2014. 보건복지부
39) 2016. 기초생활보장법 바로세우기 공동행동. 앞의 글.

# 토 론

[토론문 1]

# 일본 생활보호법상의 부양의무자에 의한 부양 우선의 원칙

▸ **한정애**_법무법인(유한) 로고스

## 1. 서론

우리나라는 일제 강점기를 거치면서 다양한 분야에서 일본법의 영향을 받지 않을 수 없었다. 이는 사회보장제도의 경우도 마찬가지로 사회보험, 공공부조 및 사회복지 등에 관한 사회보장입법 당시에도 일본법을 참고로 입법이 이루어졌다[1]. 1961년 제정된 공적부조법인 생활보호법은 일본의 救護法(구호법)의 영향을 벗어나지 못하였고, 공적부조법으로서의 역할을 다하지 못한다는 비판으로 인해 1999년 폐지되었다. 생활보호법이 폐지된 이후 제정된 국민기초생활보장법 역시 일본의 영향을 받아 일본의 生活保護法(생활보호법)과 유사한 측면이 많다[2].

국민기초생활보장법 제3조 제2항은'부양의무자의 부양과 다른 법령에 따른 보호는 이 법에 따른 급여에 우선하여 행하여지는 것으로 한다. 다만, 다른 법령에 따른 보호의 수준이 이 법에서 정하는 수준에 이르지 아니하는 경우에는

1) 片桐由喜, "생활보호제도와 사적부양제도의 합리적 조정-한국법리에서 배우다-", 사회보장법학 제2권 제2호 2013. 10. 제239~240면 참조
2) 이충은, 김상찬, "일본의 부모 부양제도에 관한 연구-우리나라와의 비교를 통하여", 강원법학 46, 2015. 10. 제541면 참조

나머지 부분에 관하여 이 법에 따른 급여를 받을 권리를 잃지 아니한다'라고 하여 부양의무자에 의한 부양 우선의 원칙을 규정하고 있는데, 위 조항의 해석과 관련하여 국민기초생활보장법은 부양의무자의 부양의무가 먼저 실현되어야 하는 것을 급여의 조건으로 삼음으로써 보충성 원칙을 구현하고 있다는 것이 일반적인 설명이다[3]. 일본의 생활보호법에도 보충성의 원칙에 관한 규정을 두고 있으나 그 해석 내지 취지 등을 보면, 우리나라의 국민기초생활보장법과 달리 부양의무자의 부양을 생활보호 수급의 요건으로 보고 있지 않다. 이하, 위 내용을 보다 구체적으로 살펴보고자 한다.

## 2. 일본 생활보호법상의 부양의무자에 의한 부양 우선의 원칙

### 가. 일본의 공공부조 관련 입법 연혁

제2차 세계대전 이후 일본 통치를 위해 설치된 연합국의 중앙관리기구인 연합군 총사령부에 의해 '최저생활의 유지, 무차별평등의 처우, 정부책임의 명료화' 등 일본 공공부조의 기본원칙이 제시되었고, 그에 따라 1946년 기존에 있던 공적부조법인 救護法(구호법)이 폐지되면서 生活保護法(생활보호법)이 제정되었다[4]. 위 법은 생활보호와 부양의무의 관계에 대해 '부양의무자가 부양을 할 수 있는 자에게는 궁박한 경우를 제외하고는 이 법률에 의한 보호는 하지 아니한다'(제3조)라고 정한 것으로부터 동조는 부양의무자의 존재를 보호의 결격 요건으로 해석하였다[5]. 이로 인해 1946년 9월 제정된 생활보호법은 구호법 제2조'전조의 규정에 의해 구호를 받아야 할 자의 부양의무자로부터 부양을 받을 수 있을 때에는 이를 구호하지 않고, 다만 급박한 경우에는 그러하지 아니하다'의 규정을 구어로 바꾼 것에 불과하다는 비판을 받았다[6].

---

3) 전광석, 「한국사회보장법론」, 법문사, 2010, 제513면
4) 노대명 외, 「각국 공공부조제도 비교연구:일본편」, 한국보건사회연구원, 2014. 12. 제96면~제99면 참조
5) 片桐由喜, "생활보호제도와 사적부양제도의 합리적 조정-한국법리에서 배우다-", 사회보장법학 제2권 제2호 2013. 10. 제228면
6) 河野正輝, "私的扶養と公的扶助－保護の補足性の史的展開に即して", 「岡山大学法学会雑誌」 제20권 제

1946년 11월 시행된 일본 헌법에는‘모든 국민은 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 영위할 권리를 가지고(제1항), 국가는 모든 생활에 있어 사회복지, 사회보장 및 공중위생의 향상 및 증진을 위해 노력해야 한다(제2항)’는 규정(제25조)이 포함되었다. 이로 인해 소행불량자 등 일부를 생활보호의 수급대상에서 제외하는 내용의 기존 생활보호법은 개정할 필요가 있었고, 그 외에 연합군 총사령부로부터 일본 정부에 대한 생활보호에 관련된 요구사항이 제시되어 1946년 9월 제정한 생활보호법(이하 ‘구 생활보호법’이라고 한다)은 폐지되었고, 1950년 5월 새로운 생활보호법(이하 ‘신 생활보호법’이라고 한다)이 제정·시행되었다[7].

신 생활보호법은 부양의무자의 존재를 보호의 결격 요건으로 하는 구 생활보호법 제3조를 대신해 다음과 같이 부양의무자에 의한 사적부양이 보호에 우선하는 내용의 사적부양우선의 원칙(보충성의 원칙)을 규정하고 있다.

제4조 (보호의 보충성)[8]

② 민법(메이지 29년 법률 제89호)에서 정한 부양의무자의 부양 및 다른 법률에서 정하는 부조는 전부 이 법률에 의한 보호에 우선해서 이루어지는 것으로 한다.

신 생활보호법 제4조의 의미에 대해서는 다음 항에서 구체적으로 살펴보도록 한다.

## 나. 신 생활보호법 제4조의 의미

신 생활보호법 제4조 (보호의 보충성)[9]

---

1호, 1970. 8., 제22면

7) 노대명 외,「각국 공공부조제도 비교연구:일본편」, 한국보건사회연구원, 2014. 12. 제100면~제101면 참조

8) 第4条 (保護の補足性)
2民法 (明治二十九年法律第八十九号) に定める扶養義務者の扶養及び他の法律に定める扶 助は、すべてこの法律による保護に優先して行われるものとする。

9) 第4条 (保護の補足性)

① 보호는, 생활에 곤궁한자가 이용할 수 있는 자산, 능력 기타 모든 것을 최소한도의 생활을 유지하는데 활용하는 것을 요건으로 한다.

② 민법(메이지 29년 법률 제89호)에서 정한 부양의무자의 부양 및 다른 법률에서 정하는 부조는 전부 이 법률에 의한 보호에 우선해서 이루어지는 것으로 한다.

위 규정의 취지에 대하여 입법자는'생활보호법에 의한 보호와 민법상의 부양과의 관계에 대해 구법은 이를 보호받을 자격에 관련지어 규정한 것이나, 신법은 단지 민법상의 부양이 생활보호에 우선하여 행해져야 한다는 명분을 규정한 것에 불과하다'라고 밝히고 있다.[10] 그리고 이 해석에 따르면 구체적인 운용은 '공적부조에 우선하여 사법적 부양이 사실상 이루어지는 것을 기대하면서도 이것을 성문법상의 문제라고 하지 않고, 단지 사실상 부양이 행해졌을 때 그것을 피부조자의 수입으로서 취급한다'는 것이 된다.[11]

신 생활보호법 제4조는 우리나라의 국민기초생활보장법 제3조[12]와 내용상으로는 유사해 보인다. 그러나 신 생활보호법 제4조의 구조를 살펴보면, 제1항은 '생활 곤궁자의 자산, 능력 등이 최저한도의 생활유지에 활용되는 것'을'보호의 요건'으로 규정하고 있는 반면, 같은 조 제2항은'부양의무자의 부양'에 대해서는'요건'이라고 규정하지 않는다. 또한, 구 생활보호법 제3조에서는 부양의무자의 존재를 보호의 결격 요건으로 삼고 있는 반면, 신 생활보호법은 위와 같은 결격 요건 규정을 두고 있지 않다. 위와 같은 논거를 들어 신 생활보호법 제4

---

保護は、生活に困窮する者が、その利用し得る資産、能力その他あらゆるものを、その最低限度の生活の維持のために活用することを要件として行われる。

2民法（明治二十九年法律第八十九号）に定める扶養義務者の扶養及び他の法律に定める扶助は、すべてこの法律による保護に優先して行われるものとする。

10) 小山進次郎,「改訂増補 生活保護法の解釈と運用(復刻版)」,中央社会福祉協議会,1951, 제119면

11) 위 글은 小山進次郎,「改訂増補 生活保護法の解釈と運用(復刻版)」,中央社会福祉協議会,1951, 제120면을 인용한 片桐由喜, "생활보호제도와 사적부양제도의 합리적 조정-한국법리에서 배우다-", 사회보장법학 제2권 제2호 2013. 10. 제229면을 그대로 기재한 것입니다.

12) 국민기초생활보장법 제3조(급여의 기본원칙)

① 이 법에 따른 급여는 수급자가 자신의 생활의 유지·향상을 위하여 그의 소득, 재산, 근로능력 등을 활용하여 최대한 노력하는 것을 전제로 이를 보충·발전시키는 것을 기본원칙으로 한다.

② 부양의무자의 부양과 다른 법령에 따른 보호는 이 법에 따른 급여에 우선하여 행하여지는 것으로 한다. 다만, 다른 법령에 따른 보호의 수준이 이 법에서 정하는 수준에 이르지 아니하는 경우에는 나머지 부분에 관하여 이 법에 따른 급여를 받을 권리를 잃지 아니한다.

조 제2항이 규정하고 있는 부양의무자의 부양 우선의 원칙은 사실상의 순위로서 공적부조보다 사적부양을 우선시하는 선후관계에 관한 것일 뿐이라는 것이 다수의 견해이다[13].

위와 같은 입장은 일본변호사연합회가 2012년 11월 15일 생활보호법 제4조의 부양에 대해 다음과 같이 밝힌 의견에서도 확인할 수 있다[14].

> 부양은 생활보호법상 '요건'(4조 제1항)이 아니라 '우선'(같은 조 제2항)하는 것으로 되어 있다. 우선한다는 것은 실제로 부양이 이루어지는 경우 그 금액을 보호비에서 공제하는 것을 의미한다. 그러므로 실제로 부양이 이루어져 보호기준 이상의 생활을 영위하는 것이 가능한 경우나 부양신청을 하여 본인의 의사만으로 부양을 받을 수 있는 경우가 아니라면 그와 같은 사람은 진정으로 생활보호가 필요한 사람에 해당하고 위 사람이 생활보호를 수급하는 것은 부정.부적정수급에 해당하지 않는다.

### 다. 실무상 운용

신 생활보호법의 시행에 따른 구체적인 처리방침은 소관청의 내부규범인 통지에 의해 이루어지는데 생활보호법의 보호의 실시에 관한 후생노동성 사무차관명의의 통지인 生活保護法による保護の実施要領について(생활보호법에 의한 보호의 실시요령에 대하여 昭和 36年 4月 1日 厚生省発社 第123号, 1961년 4월 1일 후생성발사 제123호)[15]는 부양의무의 취급에 대하여 다음과 같이 규정

---

13) 片桐由喜, "생활보호제도와 사적부양제도의 합리적 조정-한국법리에서 배우다-", 사회보장법학 제2권 제2호 2013. 10. 제231면~제232면 참조

14) 2012年11月15日 日本弁護士連合会『生活支援戦略』に関する主な論点（案）」のうち、「生活保護制度の見直しに関する論点」の問題点に関する意見書(2012년 11월 15일 일본변호사연합회 '생활지원전략'에 관한 주된 논점(안) 중 '생활보호제도의 재검토에 관한 논점'의 문제점에 관한 의견서) 제11면
위 의견서는 고소득의 부양의무자가 있음에도 생활보호를 수급하는 사례 등이 언론 등에 보도되면서 부양의무의 강화 등 생활보호제도를 재검토해야 한다는 의견이 대두되자 그에 따라 후생노동성에서 공표한 생활지원전략(안)과 관련하여 일본변호사연합회에서 제시한 의견이다. 위 의견서는 일본변호사연합회 홈페이지에서 열람이 가능하다. 아래 링크 참조:
http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2012/121115_4.html/

15) 厚生事務次官通知(후생사무차관통지)
위 내용은 후생노동성 홈페이지에서 확인이 가능하다. 아래 링크 참조 :

하고 있다.

제5 부양의무의 취급

요보호자에게 부양의무자가 있는 경우, 부양의무자에 대한 부양 및 기타의 지원을 구하도록 요보호자를 지도할 것

또한, 민법상의 부양의무의 이행을 기대할 수 있는 부양의무자가 있는 경우에는 그 부양을 보호에 우선하도록 할 것

이러한 민법상의 부양의무는 법률상의 의무이기는 하나 이를 즉시 법률에 호소하여 법률상의 문제로 해결하고자 하는 것은 부양의무의 성질상 되도록 피하는 것이 바람직하므로 가급적 당사자간의 대화로 해결하고 원만하게 이행하도록 하는 것을 본래의 취지로 취급할 것

위 실시요령은, 부양능력이 있는 부양의무자가 있을 경우 당사자의 대화로 부양의무자에게 부양의무를 이행하게 하도록 하여 부양을 생활보호에 우선하게 하는 것일 뿐 부양의무자에게 부양능력이 있다는 것을 보호의 결격요건으로 삼아 요보호자의 생활보호를 부정하는 것이 아님을 알 수 있다[16]. 이와 관련하여 신 생활보호법 제정 이후 정해진 실시요령 등에서 부양의무자로부터의 부양 및 기타 지원 등을 요구하도록 요보호자를 지도하는 것과 관련하여'부양의무자의 부양'을 수급요건으로 보아야 한다는 견해가 일부 있으나, 위 실시요령의 내용을 보더라도 부양의무자의 부양을 우선하는 것을 권유 내지 유도하는 정도에 그칠 뿐이다.

실제로 후생성 사회국 보호과 과장 명의의 통지인 生活保護法による保護の実施要領の取扱いについて(昭和38年4月1日 社保 第34号, 생활보호법에 따른 보호의 실시요령의 취급에 관하여, 1963년 4월 1일 사보 제34호)[17]는 보호개

---

http://wwwhourei.mhlw.go.jp/hourei/html/tsuchi/contents.html/

16) 이충은, 김상찬, "일본의 부모 부양제도에 관한 연구-우리나라와의 비교를 통하여", 강원법학 46, 2015. 10. 제543면 참조

17) 厚生省社会局保護課長通知(후생성사회국보호과장통지) 위 내용은 후생노동성 홈페이지에서 확인이 가능하다. 아래 링크 참조 :
http://wwwhourei.mhlw.go.jp/hourei/html/tsuchi/contents.html/

시신청을 위한 상담단계에서, 부양의무자의 상황이나 원조 가능성에 대해 청취하는 것 자체는 신청권의 침해에 해당하지 않지만'부양의무자와 상담한 후가 아니면 신청을 접수할 수 없다'는 등의 대응은 신청권의 침해에 해당할 우려가 있고, 상담자에 대해서 부양이 보호의 요건인 것처럼 설명을 한 결과 보호의 신청을 포기시키는 것과 같이 된다면 이 역시 신청권의 침해에 해당할 우려가 있으므로 유의하도록 규정하고 있다.

위와 같이 실무상 부양의무자에 의한 부양을 권유하더라도 부양의무자의 부양을 보호의 수급요건으로 취급하는 것을 경계하고 있는 점에 비추어 보더라도 실무상 운용과정에서 신 생활보호법 제4조의 해석이 달라졌다고 보기는 어렵다.

**라. 판례**

생활보호신청업무를 담당하는 생활보호실시기관의 직원이 생활보호개시신청 과정에서 상담자의 신청권을 침해하였다는 이유로 상담자의 상속인들이 해당 생활보호실시기관을 관할하는 시(市)를 상대로 국가배상법에 따른 손해배상을 구하는 소를 제기한 사안에서 법원은 생활보호실시기관 직원의 의무위반을 인정하여 원고들의 청구를 일부 인용하였다.[18] 위 사건에서 법원은 생활보호실시기관의 의무에 대하여 다음과 같이 설시하였다.

> 상담자의 신청권을 침해해서는 안 되는 것은 명백한바, 생활보호실시기관은 생활보호제도의 설명을 받기 위해 또는 생활보호를 받을 것을 희망하거나 생활보호의 신청을 하기 위해 방문한 상담자에 대하여 요보호성에 해당하지 않는 것이 분명한 경우 등이 아닌 한 상담자의 접수 내지 면접 당시 구체적인 언동, 접수 내지 면접을 통해 파악된 상담자에 관한 생활정황 등으로부터 상담자에게 생활보호의 신청 의사가 있는 것을 알았거나 혹은 구체적으로 짐작하였음에도 신청 의사를 확인하

18) さいたま地方裁判所 平成25年2月20日 平成19(ワ)1626(사이타마지방법원 2013. 2. 20. 선고 헤이세이 19(와)1626사건) 해당 판결은 최고재판소 홈페이지에서 열람이 가능하다. 아래 링크 참조: http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail4?id=83239/

지 아니하거나, **부양의무자 내지 친족으로부터 부양.원조를 받도록 구하지 않으면 신청을 할 수 없다거나 또는 생활보호를 받을 수 없다고 오해를 불러일으키는 발언**을 한 결과 신청을 할 수 없었던 때 등 고의 또는 과실에 의해 신청권을 침해하는 행위를 한 경우에는 직무상 의무위반으로서 그로 인해 발생한 손해를 배상할 책임이 있다.

위 사안에서는 생활보호법 제4조 제2항이 주된 쟁점이 된 것은 아니나 생활보호 신청권의 침해행위의 유형으로'부양의무자 내지 친족으로부터 부양.원조를 받도록 구하지 않으면 신청을 할 수 없다거나 생활보호를 받을 수 없다고 오해를 불러일으키는 것'이 언급된 점에 비추어 볼 때, 생활보호 수급에 있어 부양의무자의 부양 우선의 원칙에 대한 해석 내지 적용이 어떻게 이루어지는지 확인할 수 있다는 점에서 의미가 있다 할 것이다.

### 마. 소결

생활보호법 제4조 제2항에서 부양의무자의 부양을 보호에 우선하는 것으로 규정할 뿐 보호를 수급하기 위한 요건으로 삼지 않은 것은 부양의무자가 부양하지 않는다는 이유로 생활보호를 실시하지 않는 것으로 할 경우 본인 이외의 사정에 의해 본인의 생활이 이루어질 수 없게 되는 것인바, 이는 적절하지 않다는 생각에서 비롯된 것이다[19]. 즉, 일본 신 생활보호법 제4조는 생활곤궁자

19) 堀部貢, '生活保護制度の現状と課題', 「レファレンス」 제784호, 2016. 5., 国立国会図書館調査及び立法考査局 제26면

후생노동성이 2014. 5. 20. 개최한 全国福祉事務所長会議(전국복지사무소장회의)에 배포된 개정생활보호법에 관한 문헌편자료 제61면에도 생활보호제도에서의 부양의무자의 부양에 대하여 다음과 같이 밝히고 있다.

생활보호제도에서 부양의무자에 의한 부양은 수급하는 요건(전제)로 취급되지 않는다. 이는 부양의무자가 부양하지 않는 것을 이유로 생활보호의 지급을 하지 않는다고 한다면 본인 이외의 사정에 의해 본인의 생활이 이루어질 수 없게 되는 것도 충분히 고려한 것에 따른 것이다. 한편, 본인과 부양의무자의 관계에 있어 고려할 만한 특단의 사정이 없고, 부양이 분명하게 가능하다고 생각되어짐에도 불구하고 부양을 거부하는 경우는 국민의 생활보호제도에 대한 신뢰를 훼손할 수 있으므로 적절하지 않다고 할 것이다.

위 자료는 후생노동성 홈페이지에서 열람이 가능하다. 아래 링크 참조:
http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/0000046357.html/

의 자산이나 능력 등이 최저한도의 생활유지를 위해 활용되는 것을 보호의 요건으로 하여 자기책임의 원칙을 규정하는 한편(제1항), 부양의무자에 의한 부양을 공적부양에 우선하는 사적부양의 원칙을 규정하면서도 이러한 사적부양을 공적부양인 보호의 요건에 포함시키지 않음으로써(제2항) 사적부양과 공적부양 사이의 공백 내지 사각지대를 최소화하려는 것으로 볼 수 있다.

## 3. 2013년 생활보호법 개정과 부양의무자에 의한 부양 우선의 원칙

### 가. 생활보호법 개정 경위

경기 침체 등 사회경제환경의 변화와 함께 생활보호수급자수가 2011년 7월 과거 최고를 경신한 이후 매월 증가 추세인 상황에서 고소득의 연예인 자녀를 둔 부모가 생활보호를 받고 있는 등의 일부 사례가 언론에 보도되면서 부양의무의 엄격화 등 생활보호제도에 대한 재검토의 필요성이 대두되었고, 그에 따라 본격적으로 생활보호법의 개정 움직임이 나타났다. 후생노동성은 2012년 4월 사회보장심의회에 生活困窮者の生活支援の在り方に関する特別部会(생활곤궁자의 생활지원 방식에 관한 특별부회)를 설치하였고, 위 특별부회는 생활보호법의 새로운 역할과 재검토를 제언하는 내용의 2013년 1월 25일「社会保障審議会生活困窮者の生活支援の在り方に関する特別部会報告書(사회보장심의회 생활곤궁자의 생활지원방식에 관한 특별부회 보고서[20])」를 공표하였다. 이 내용을 토대로 2013년 5월 제183회 통상국회에 생활보호법 개정안이 생활곤궁자자립지원법안과 함께 제출되었으나 참의원에서 심의를 마치지 못하여 폐기되었고, 일부 수정을 거쳐 같은 해 10월 제185회 임시국회에서 다시 제출되어 그 해 12월 법안이 통과되었다[21].

---

20) 후생노동성 홈페이지에 해당 보고서가 게시되어 있다. 아래 링크 참조: http://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000002tpzu.html/

21) 노대명 외, 「각국 공공부조제도 비교연구:일본편」, 한국보건사회연구원, 2014. 12. 제154면 참조. 이는 입법 이래 최초의 본격적 개정이라는 점에서 많은 주목을 받았다(片桐由喜, "생활보호제도와 사적부양제도의 합리적 조정-한국법리에서 배우다-", 사회보장법학 제2권 제2호 2013. 10. 제238면 참조).

당시 제출된 생활보호법 개정안의 취지는 보호의 결정을 함에 있어 보다 실효성 있는 부정의 방지, 의료부조의 실시의 적정화 등을 모색하여 국민의 생활보호제도에 대한 신뢰를 높이는 한편, 피보호자의 근로에 의한 자립을 위해 보호의 결정에 관한 절차의 정비, 지정의료기관 등의 지정제도의 정비, 피보호자가 근로에 따른 자립을 촉진하기 위한 급여의 지급제도의 창설 등의 조치를 강구하는 것이었다[22]. 위 개정안 중에는 명백하게 생활보호수급자를 충분히 부양할 수 있는 것으로 생각되어지는 부양의무자에 대해서는 부양책임을 이행하도록 하기 위해 부양의무자에 대한 통지 및 부양의무자에게 필요한 한도내에서의 보고를 요구하는 내용이 포함되어 있었다.

한편, 위와 같은 부양의무를 강화하려는 경향에 대하여, 부양의무를 강조해서 부양의무자에 대한 조사권한을 확대하고, 부양의무자에게 회답의무 등을 부과하는 것은 부양의무자에게 폐를 끼칠 것을 우려하는 요보호자로 하여금 사실상 생활보호의 수급을 기피할 우려가 있고, 부양의무자 측에서도 친족인 요보호자로 하여금 생활보호를 수급하지 못하게 할 가능성도 크다는 점에서 요보호자나 보호수급자에게 부양을 강권하는 것은 친족의 자의적 지배를 강화시켜 자유를 박탈할 위험성이 있다는 의견[23] 등이 제기되었다.

### 나. 부양의무자와 관련한 개정된 생활보호법의 내용

개정된 생활보호법[24]은 첫째, 생활보호 신청에 있어 요보호자가 작성하는 신청서에 부양의무자의 부양 상황을 기재토록 하는 등 생활보호 신청절차를 정비하였고(제24조 제1항 제4호), 둘째, 부양의무자가 민법의 규정에 따른 부양의무를 이행하지 않고 있는 것으로 인정되는 경우, 보호실시기관이 보호의 개시

22) 후생노동성 홈페이지에 제출법안의 요강 등 관련 자료가 게시되어 있다. 아래 링크 참조: http://www.mhlw.go.jp/topics/bukyoku/soumu/houritu/185.html/

23) 2012年11月15日 日本弁護士連合会『生活支援戦略』に関する主な論点(案)」のうち、「生活保護制度の見直しに関する論点」の問題点に関する意見書(2012년 11월 15일 일본변호사연합회 '생활지원전략'에 관한 주된 논점(안) 중 '생활보호제도의 재검토에 관한 논점'의 문제점에 관한 의견서) 제12면

24) 改正 平成25年12月13日号外法律第104号(2014년 7월 1일 시행)

결정을 하고자 할 때 해당 부양의무자에게 후생노동성령에서 정한 바에 따라 서면으로 후생노동성령에서 정한 사항을 통지를 하도록 하는 부양의무자에 대한 통지제도(제24조 제8항)를 신설하였으며, 셋째, 보호실시기관이 보호의 결정 또는 실시, 제77조 제78조[25]에 따른 규정의 시행을 위해 필요하다고 인정되는 경우, 보호의 개시 또는 변경 신청서 및 그 첨부서류의 내용을 조사하기 위하여 후생노동성령으로 정하는 바에 따라 요보호자의 부양의무자, 그 외의 동거 친족 등에게 보고를 요구할 수 있는 내용의 보고징수제도(제28조 제2항)를 신설하였다.

### 다. 개정된 생활보호법 시행규칙

개정된 생활보호법에 부양의무자에 대한 통지제도(법 제24조 제8항) 및 보고징수제도(제28조 제2항)이 신설됨에 따라 2014년 4월 18일 생활보호법시행규칙[26]이 개정 공포되었다.

개정된 생활보호법 시행규칙 제2조는 생활보호법 제24조 제8항 규정에 따른 부양의무자에 대한 통지와 관련하여 '보호실시기관이 부양의무자가 생활보호법 제77조의 규정에 의한 비용 징수를 할 개연성이 높다고 인정한 경우'(제1호), '보호실시기관이 신청자가 배우자로부터의 폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률 제1조 제1항에 규정하는 배우자로부터의 폭력을 당하고 있는 것이 아니라고 인정한 경우'(제2호), '전 각 호에서 열거하는 경우 외에 보호실시기관이 당해 통지를 하는 것에 의해 신청인의 자립에 중대한 지장을 미칠 우려가 없다고 인정하는 경우'(제3호) 모두 해당하는 경우에 실시하도록 규정하고 있다.

또한, 개정된 생활보호법 시행규칙 제3조는 생활보호법 제28조 제2항 규정에 따른 요보호자의 부양의무자에 대한 보고를 요구함에 있어, 해당 부양의무

25) 부양의무자에 대한 생활수급비용 징수 관련 규정임
26) 改正 平成26年 4月18日号外厚生労働省令第57号(2014년 7월 1일 시행)

자가 민법 규정에 따른 부양의무를 이행하지 않는 것을 전제로 '보호실시기관이 해당 부양의무자에 대하여 생활보호법 제77조의 규정에 의한 비용 징수를 할 개연성이 높다고 인정한 경우'(제1호), '보호실시기관이 요보호자가 배우자로부터의 폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률 제1조 제1항에 규정하는 배우자로부터의 폭력을 당하고 있는 것이 아니라고 인정한 경우'(제2호), '전 각 호에서 열거하는 경우 외에 보호실시기관이 당해 통지를 하는 것에 의해 요보호자의 자립에 중대한 지장을 미칠 우려가 없다고 인정하는 경우'(제3호) 모두 해당하는 경우에 보고징수제도를 실시하도록 규정하고 있다.

### 라. 소결

살펴본 바와 같이 2013년 개정된 일본 생활보호법은 부양의무자의 부양의무에 대한 강화 경향을 반영한 것이라 할 수 있다. 그러나 개정된 생활보호법의 토대가 된 社会保障審議会生活困窮者の生活支援の在り方に関する特別部会報告書(사회보장심의회 생활곤궁자의 생활지원방식에 관한 특별부회 보고서)」는 부양조사 및 부양의무의 강화와 관련하여 '생활보호를 수급하는 것은 상당한 각오를 가지고 신청을 하는 경우가 많고, 부양관계에 있는 사람의 원조를 받을 수 있다면 이미 그렇게 하였을 것이므로 부양의무의 조사에 있어서 신중하게 대응하는 것이 필요'하다고 지적하는 한편, '부양의무의 강화는 부양할 수 있는 자에게는 부양받는 것을 전제로 하나 가족에 대한 부양조회(照會)가 이루어진다면 생활보호를 받고 싶어 하지 않을 수 있다는 우려의 의견도 있으므로 운용에 있어 특히 신중히 행할 필요가 있다'고 한 바 있다[27].

실제로 개정된 개정 생활보호법 제28조 제2항의 내용을 살펴보면, 보호가 개시된 후 부양의무자에 대한 보고 요구가 가능하고, 가정법원의 심판 등을 거쳐 비용징수가 가능하다는 점 등을 고려하여 부양의무자에 대하여 사전에 친족이

27) 社会保障審議会生活困窮者の生活支援の在り方に関する特別部会報告書 제45면
후생노동성 홈페이지에 해당 보고서가 게시되어 있다. 아래 링크 참조:
http://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000002tpzu.html/

보호를 받는다는 사실을 알고 있어야 함을 의미하는 것이지, 부양이 보호에 우선한다는 것을 의미하는 것은 아니다[28]. 또한, 개정된 생활보호법 시행규칙 제2조 및 제3조는 부양의무자에 대하여 통지(법 제24조 제8항) 내지 보고요구(법 제28조 제2항)를 함에 있어 각 호에서 열거하는 사항을 모두 충족하는 경우로 제한하고 있다. 뿐만 아니라 후생노동성 사회원호국장 명의의 통지인 生活保護法の一部を改正する法律等の施行について(平成26年4月18日　社援発0418第359号 생활보호법의 일부를 개정한 법률 등의 시행에 관하여, 2014년 4월 18일 사원발0418제359호)[29]는 개정된 생활보호법 제24조 제8항에 따른 통지제도의 실시와 관련하여 '당해 규정은 법제적 관점에서 규정된 것으로 부양의무자에 의한 부양은 보호의 요건이 아니라 보호에 우선한다는 태도를 바꾸는 것이 아니다'라고 밝히고 있다. 위와 같은 점에 비추어 볼 때, 개정된 생활보호법 역시 부양의무자의 부양 의무 우선의 원칙에 관한 기존의 입장이 변경된 것은 아니라고 할 것이다.

## 4. 일본의 생활보호법 시행 현황

현재, 일본 생활보호법에 따라 실시되는 생활보호의 유형으로 일상생활에 필요한 비용을 지급하는 生活扶助(생활부조), 아파트 등의 임료를 제공하는 住宅扶助(주택부조), 의무교육을 받기위해 필요한 학용품비 등을 제공하는 教育扶助(교육부조), 의료서비스의 비용을 제공하는 医療扶助(의료부조), 개호 서비스의 비용을 제공하는 介護扶助(개호부조), 출산비용을 제공하는 出産扶助(출산부조), 취업에 필요한 기능습득 등에 소요되는 비용을 제공하는 生業扶助(생업부조), 장례비용을 제공하는 葬祭扶助(상제부조)가 있다. 이 가운데 주로 이용

28) 이충은, 김상찬, "일본의 부모 부양제도에 관한 연구-우리나라와의 비교를 통하여", 강원법학 46, 2015. 10. 제549면

29) 厚生労働省社会・援護局長通知
第1　申請による保護の開始及び変更並びに扶養義務者に対する通知に関する事項(제 1 신청에 의한 보호의 개시, 변경 및 부양의무자에 대한 통지에 관한 사항)
1　改正の趣旨及び内容(1. 개정의 취지 및 내용)의 하단
위 내용은 후생노동성 홈페이지에서 확인이 가능하다. 아래 링크 참조 :
http://wwwhourei.mhlw.go.jp/hourei/html/tsuchi/contents.html/

되는 생활보호는 생활부조, 주택부조, 의료부조이다.

2016. 4. 1. 기준으로 후생노동성에서 생활부조기준액의 예로 거시한 금액은 다음과 같다[30].

[표 1 생활부조기준액의 예 (2016. 4. 1. 현재)]

生活扶助基準額の例 （平成28年4月1日現在）

| | 東京都区部等 | 地方郡部等 |
|---|---|---|
| 3人世帯（33歳、29歳、4歳） | 158，380円 | 129，910円 |
| 高齢者単身世帯（68歳） | 79，790円 | 64，480円 |
| 高齢者夫婦世帯（68歳、65歳） | 119，200円 | 96，330円 |
| 母子世帯（30歳、4歳、2歳） | 188，140円 | 158，170円 |

※ 児童養育加算等を含む。

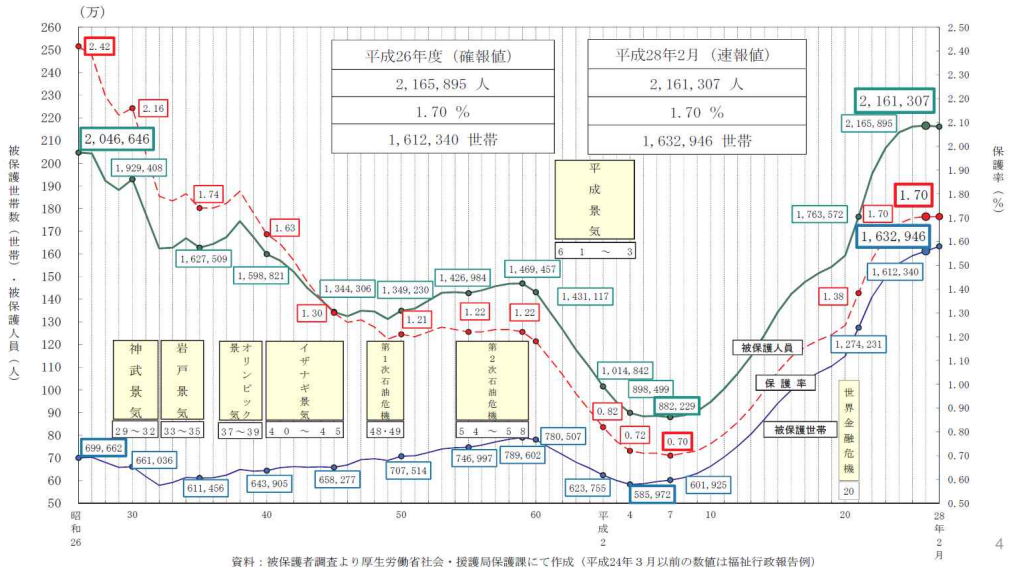
[표 2]는 2016. 5. 27. 개최된 후생노동성 사회보장심의회(생활보호기준부회)의 회의에 제출된 참고자료인 “生活保護制度の概要等について(생활보호제도의 개요에 대하여)[31]에 첨부된 것으로 일본의 생활보호법 시행 이후 현재(2016. 2. 기준)까지의 피보호세대수(수급세대수), 피보호인원(수급인), 보호율(수급률)[32]을 도식화한 것이다.

[표 2 피보호세대수, 피보호인원, 보호율의 연차추이]

30) 후생노동성 홈페이지 중 생활보호제도에 관한 Q&A 아래 링크 참조 : http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/hukushi_kaigo/seikatsuhogo/seikatuhogo/index.html/

31) 平成28年5月27日厚生労働省社会・援護局保護課(2016년 5월 27일 후생노동성 사회원호국 보호과) 작성
위 자료는 후생노동성 홈페이지에서 열람이 가능하다. 아래 링크 참조 : http://www.mhlw.go.jp/stf/shingi2/0000125622.html/

32) 인구 100명당 생활보호수급대상자 수



資料：被保護者調査より厚生労働省社会・援護局保護課にて作成（平成24年３月以前の数値は福祉行政報告例）

4

이를 살펴보면 제2차 세계대전 이후 경제성장과 더불어 생활보호를 받는 세대 내지 피보호자수가 점진적으로 감소하였다가 경기불황 등을 원인으로 약 20년 전부터 피보호자수 및 보호율(수급률)이 점차 상승하고 있음을 알 수 있다.

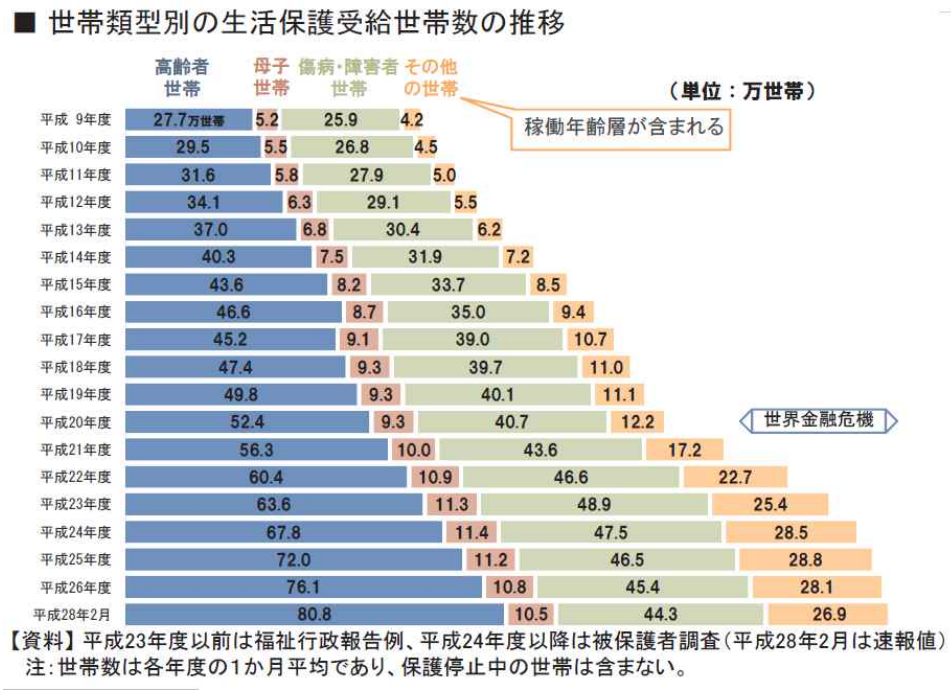
이와 관련하여 주목할 것은 유형별 생활보호수급세대[33] 가운데 고령자 세대가 다른 유형별 세대에 비하여 급증하고 있는 점이다. [표 3][34]은 앞서 언급한 참고자료에 첨부된 것으로 생활보호 수급세대가 증가한 1997년부터 2016년 2

33) 고령자 세대 : 65세 이상의 남녀(2005년 3월 이전에는 남자 65세 이상, 여자 60세 이상)의 사람만으로 구성되어 있는 세대나 위와 같은 세대에 18세 미만의 자가 포함되어 있는 세대를 지칭함
모자 세대 : 사별, 이별, 생사불명 및 미혼 등에 의해 현재 배우자가 없는 65세 미만(2005년 3월 이전에는 18세 이상 60세 미만)의 여성과 18세 미만의 자녀(양자 포함)만으로 구성되어 있는 세대
장애자 세대 : 세대주가 장애자 가산을 받고 있거나 장애, 지적장애 등의 심신상의 장애로 인해 일할 수 없는 자인 세대
상병자 세대 : 세대주가 입원(개호노인보건시설입소 등을 포함)을 하고 있거나 재택환자가산을 받고 있는 세대 또는 세대주가 질병으로 인해 일할 수 없는 자인 세대
기타 세대 : 위에서 열거한 경우 이외의 세대

34) 平成28年5月27日厚生労働省社会·援護局保護課(2016년 5월 27일 후생노동성 사회원호국 보호과) 작성
위 자료는 후생노동성 홈페이지에서 열람이 가능하다. 아래 링크 참조 :
http://www.mhlw.go.jp/stf/shingi2/0000125622.html/

월까지 세대유형별 생활보호수급세대수의 변화를 도식화 한 것이다.

[표 3 세대유형별 생활보호수급세대수의 추이]




구체적으로 살펴보면, 2009년 리먼 쇼크(세계금융위기) 이후 유형별 세대 중 가동연령층이 포함되어 있는 기타 세대가 급증하기는 한 것을 알 수 있다. 그런데, 최근 경기 회복 등의 영향으로 고령자 세대를 제외한 나머지 유형별 세대들의 경우 수급세대수가 감소추세로 접어든 것에 비해 고령자 세대의 경우 증가세가 멈추지 않고 있고, 2016년 2월에는 그 비중이 전체의 49.8%로 절반에 근접하였음을 알 수 있다. 2016년 6월 1일 후생노동성이 공표한'生活保護の被保護者調査(平成28年3月分概数)の結果(생활보호의 피보호자조사(2016년 3월분 개수)'[35]에 의하면, 2016년 3월 기준 생활보호 수급세대 중 고령자 세대를 제외한 나머지 유형별 세대들은 그 수가 전월에 비해 감소한 반면 고령자

35) 위 자료는 후생노동성 홈페이지에서 열람이 가능하다. 아래 링크 참조 : http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/hihogosya/m2016/dl/03-01.pdf/

세대는 전월에 비해 2,480세대 증가하여 전체 생활보호 수급세대 1,635,393세대의 50.8%(826,656세대)에 이르러 드디어 전체 세대수의 절반을 넘어선 것이 확인된다.

위와 같이 생활보호 수급세대 중 고령자 세대가 급증하고 있는 것은 의료기술 등의 발달에 따라 수명은 연장된 반면, 더불어 산업구조의 변화, 핵가족화 및 저출산의 가속화 등으로 인해 더 이상 과거와 같이 친인척에 의한 부양을 기대하기 어렵게 되었음을 나타내는 것이라 할 것이다.

## 5. 결론

위와 같이 일본 생활보호법상의 부양의무자에 의한 부양 우선의 원칙은 순위상 사적부양이 공적부양에 우선한다는 것을 천명하는 것으로 부양을 보호의 전제요건으로 삼는 것은 아님을 알 수 있다. 이는 부양의무의 성질상 법적으로 강제하는 것이 바람직하지 않을 뿐 아니라 부양의무자에 의한 부양을 이유로 요보호자에 대한 보호를 하지 않을 경우, 자칫 요보호자의 인간으로서의 존엄 및 생존을 위협하는 결과가 발생할 수 있기 때문이라 할 것이다. 일본 역시 생활보호 수급자수의 증가 및 각종 사회보장제도의 실시 등으로 인한 국가의 재정적 부담이 가중되자 사적부양제도를 강화하고자 하는 움직임이 있었고, 개정된 생활보호법에도 그와 같은 경향이 일부 반영되었으나 부양을 보호보다 우선시하지만 이를 보호의 요건으로 삼지 않는 기본 입장에는 변함이 없다.

이러한 점은 가족제도의 급변으로 인해 사적부양능력이 점차 약화되어 공공부조의 역할 내지 비중이 커지는 상황에서도 부양을 보호의 결격사유로 취급하는 국민기초생활보장법 제3조와 비교할 때 시사하는 바가 적지 않다 할 것이다.

[토론문 2]

# 토 론 문

▸ **김미곤**_한국보건사회연구원

[토론문 3]

# 토 론 문

▸ **강동진**_빈곤사회연대

## 1. 들어가며

2015년 기초생활보장제도의 ‘맞춤형 개별급여체계’로의 개편은 빈곤층 소득보장제도로서 기초생활보장제도의 개선을 위해 노력해 왔던 반빈곤운동진영에게도 새로운 과제를 부과하고 있다. 그동안 ‘최저생계비 현실화’라고 표현했던 보장수준의 향상 요구, ‘부양의무자기준 폐지’로 드러났던 사각지대 해소를 위한 요구에 덧붙여, ‘개정 이전의 기초생활보장제도로 돌아가자!’[1]라고 요구하지 않는 이상, 생계급여, 의료급여, 주거급여, 교육급여, 자활급여 각각에 맞는 추가적인 요구와 과제를 제시하여야 할 상황에 처한 것이다. 2015년 기초생활보장제도의 개정은 그만큼 ‘전면적’인 것이며, 기초생활보장제도의 ‘틀과 구조’가 바뀌었음을 의미한다.

그러나 우리는 이전의 ‘틀과 구조’에서 해결하지 못한 중요한 과제 중 하나를 새로운 ‘틀과 구조’에서도 여전히 ‘중요하고 핵심적인’문제로 삼고 있고, 그 해결을 요구하고 있는 중이다.

사실 ‘부양의무자기준’의 문제는 사각지대 해소를 넘어 기초생활보장제도의 취지와 목적에 연관된 철학과 이념의 문제이기도 하다. ‘빈곤’의 원인을 ‘개인

1) 이렇게 요구하고 있는 곳은 없다. ‘기초생활보장법 바로세우기 공동행동’이라고 이름붙였듯이, 현행 기초생활보장제도에 대한 ‘새로운’ 의미규정과 그 의미를 제대로 실현하기 위한 요구와 과제에 집중해야할 시기라는 합의에 기초하고 있는 셈이다.

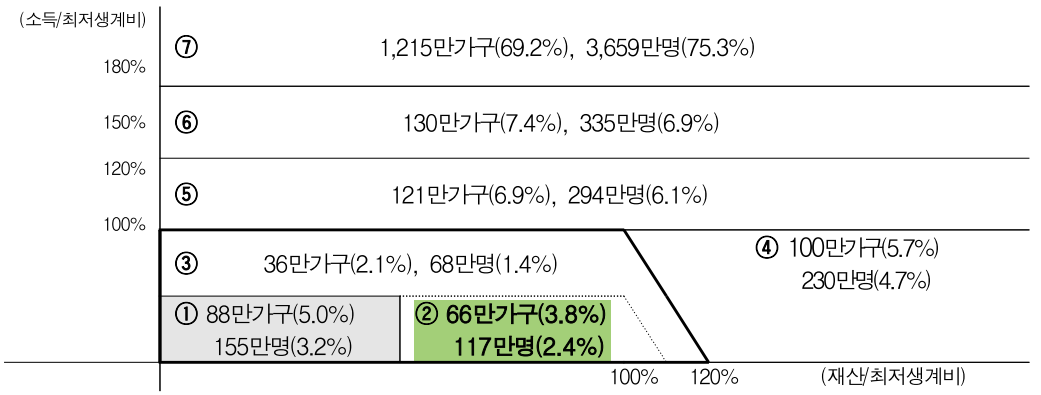
과 가족'이 아니라 '국가와 사회구조'에서 찾고, 따라서 그 해결 역시 '국가와 사회'가 담당해야 한다는 어쩌면 지극히 당연하고, 원칙적인 문제이다. '생활이 어려운 사람에게 필요한 급여를 실시하여, 이들의 최저생활을 보장하고, 자활을 돕는 것'이라는 목적의 실현을 위해서도 반드시 해결되어야하는 문제이기도 하다.

발제문에서 지적하고 있다 시피, 부양의무자기준은 평등권을 포함한 '최저생활을 영위한다'는 사회적 기본권리를 침해하고 있으며, 헌법에서 보장하고 있는 국민의 '인간다운 생활을 보장할 권리'의 실현을 가로막고 있는 대표적 조항이다. 발제문들의 부양의무자기준에 대한 규정과 평가에 동의하면서 몇 가지 추가보완하는 내용을 토론문으로 제출하고자 한다.

## 2. 부양의무자기준의 문제점.

### 1) 기초생활보장 사각지대를 낳는 핵심요인으로서 부양의무자기준

최저생계비 이하로 살아감에도 불구하고 기초생활보장제도의 수급권을 받지 못하는 사각지대에 놓여 있는 빈곤층의 규모는 2010년도를 기준으로(빈곤실태조사) 400만명이 넘는다. 이 중에서 부양의무자기준으로 인해 수급권을 누리지 못하는 빈곤층은 117만명에 이른다.(그림1 참조)




< 그림 1. 빈곤실태조사 결과 빈곤층 규모.2010. 보건복지부>

부양의무자 범위는 두 차례의 법률 개정을 통하여 현재의 '1촌의 직계혈족 및 그 배우자'로 축소되었고, '부양능력'을 나타내는 부양의무자의 소득기준도 지속적으로 완화되었으나, 오히려 기초생활보장제도의 사각지대는 확산되고 있다. 부양의무자 기준으로 인하여 소득인정액이 최저생계비 이하이나, 수급자 선정에서 제외된 비수급빈곤층 규모는 2010년 기준 117만 명으로, 2006년 기준 103만 명보다 14만 명이 증가한 것으로 추정되고 있다. 2015년 7월부터 부양의무자 소득기준이 중위소득으로 변하고, 그 기준도 완화된다고 하나, 이로 인해 확대되는 수급자수는 보건복지부 추계로 약 12만명 수준에 그칠 것으로 보인다. 2010년부터 2013년 사이에 수급자수가  155만명에서 130만명 수준으로 줄어든 것에도 미치지 못하는 숫자이다.

국회 예산정책처의 자료에 따르면 부양의무자기준에 따른 기초생활보장급여 수급권 탈락은 증가추세를 보이고 있다. [표1]을 살펴보면, 2010년 부양의무자 기준에 의한 기초생활보장급여 수급권 탈락은 2.2%였으나, 2011년과 2012년에는 각각 14.6%, 15.9%가 부양의무자기준에 의해 수급권에서 탈락한 것으로 분석되었다.

(단위: 명, %)

| | | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 기초생활보장급여 수급자 | | 1,549,848 | 1,529,939 | 1,568,533 | 1,549,820 | 1,469,254 | 1,394,042 |
| 기초생활보장급여 탈수급자 | | 185,441 | 204,310 | 196,768 | 170,921 | 235,679 | 213,679 |
| 탈수급자 비율 | | 12.0 | 13.4 | 12.5 | 11.0 | 16.0 | 15.3 |
| 탈수급 사유 | 부양의무자 기준 | — | — | — | 3,807 (2.2) | 34,361 (14.6) | 34,026 (15.9) |
| | 소득재산 변동관련 | — | — | — | 28,683 (16.8) | 55,404 (23.5) | 72,777 (34.1) |
| | 기타 | — | — | — | 138,431 (81.0) | 145,914 (61.9) | 106,876 (50.0) |

<표1. 탈수급 사유별 기초생활보장급여 탈수급자 추이. 이채정 외. 국회예산정책처. 2013>

부양의무자의 범위와 관련해서 보건사회연구원의 보고서에서는 부양의무자기준의 폐지가 사각 지대 축소라는 일차적 목표로 볼 때 가장 효과적인 대안이며, 부양의무자 범위의 축소는 사각지대 축소에 효과가 없다라고 지적하고 있다.[2)]

### 2) 기초생활보장제도의 취지에 역행하는 요인으로서 부양의무자기준

기초생활보장법은 '생활이 어려운 사람에게 필요한 급여를 실시하여 이들의 최저생활을 보장하고 자활을 돕는 것'을 목적(법 제1조)으로 하고, 수급자가 자신의 생활의 유지·향상을 위하여 그의 소득, 재산, 근로능력 등을 활용하여 최대한 노력하는 것을 전제로 이를 보충·발전시키는 것을 기본원칙(법 제 3조 1항)으로 하고 있지만, 부양의무자의 부양을 기초생활보장 급여에 우선하여 행하여지는 것으로 규정(법 제3조 3항)함으로써 법 자체내에 모순점을 지니고 있다. 즉 '국가와 사회의 부양책임'과 '개인'의 권리와 의무를 우선하는 법취지에도 불구하고, 기초생활보장제도 설립이전의 '가족부양'의 요소를 우선시하고 있다. 이런 모순된 조항으로 인해 기초생활보장제도는 법 제정의 취지를 살리지 못하고, 제도에 대한 불신을 낳고 있고, 아울러 수급 권리를 침해하는 핵심요인이 되고 있다.

부양의무자기준은 단지 '부양의무자 있음'만을 규정하지 않는다. 부양의무자기준으로 인해 기초생활수급자가 되지 못하는 대상자 155만명 중 70% 이상이 실제로는 부양의무자로부터 부양을 받고 있지 못하고 있다. 부양의무자 기준에 의해 간주부양비가 부과되는 수급자들은 부양가족과 실질적인 교류나 소득이전 확인 없이 사회복지통합전산망 상의 소득파악 자료에만 근거해 간주부양비가 부과되거나, 이로 인해 수급 탈락하는 사례가 속출하고 있다. 이 때문에 자식들에게 손 벌릴 수 없다고 스스로 목숨을 끊는 안타까운 경우도 발생하는 실정이다.

2012년 여름, 부양의무자기준으로 인해 수급에서 탈락한 뒤 거제 시청 앞에

2) 여유진 외. 2009.『국민기초생활보장제도 부양의무자기준 개선방안에 관한 연구』. <한국보건사회연구원> 정책보고서.

서 목숨을 끊은 이씨 할머니가 있었다. 2013년에는 이혼한 전처와의 딸이 취직해 수급자격을 박탈당한다는 통보를 받은 신장투석환자가 딸에게 부담을 지울 수 없다며 자살했다.

부양능력이 있는 가족이 있다는 이유만으로도 수급자의 수급권은 제한당하거나 아예 박탈될 수 있다. 이 때문에 시장경제에서 소득을 얻기 힘든 이들 뿐만 아니라 그 가족들까지 더 나은 삶을 꾸릴 수 있는 기회를 박탈당하고 있다. 이는 기초생활보장법이 보장하는 '건강하고 문화적인' 삶을 '권리'로서 보장하는 것과 대립한다.

즉 기초생활보장제도는 빈곤에 대한 해결책으로서 종전의 '가족부양'을 '국가, 사회부양'으로 전환시키기 위한 사회보장제도로서의 취지를 가지고 있는데 반해 부양의무자 기준은 이를 역행하는 장치라고 할 수 있다. 물론 이는 기초생활보장제도가 '보충성의 원리'와 '최저생활보장의 원리'라는 상충되는 원리를 동시에 포함하는 모순을 지니고 있기 때문이기도 하다. 기초생활보장제도의 최저생활보장의 원리는 최저생활보장의 방법으로 사적 부양을 활용한다 할지라도, 최저생활보장에 대한 최종적인 책임은 국가에 있음을 분명히 하는 것이라 할 수 있다.[3] 그럼에도 불구하고  부양의무자기준은 여전히 최종적인 책임도 가족 등 사적부양에 맡기고 있음을 보여주는 것이다.

### 3) 실제 부양여부와는 상관없는 부양의무자기준

2008년도 연구결과[4]에 따르면 비수급빈곤노인가구 중에서 부양비를 전혀 받고 있지 않은 가구의 비율이 6.9%에 달하는 것으로 알려져 있으며, 수급빈곤노인가구의 경우에도 간주된 부양비가 실제 부양비보다 훨씬 높게 설정되어 있는 것으로 나타났다. 그리고 부양의무자에게 부양을 받지 못하고 있는 이유로 '부양의무자 가구도 경제적으로 여유가 없는 경우'가 47.1%에 달하고 '연락이 되지 않거나 관계가 단절되어서 부양을 요구할 수 없음'이 27.8%에 이르는 것

3) 여유진 외. 국민기초생활보장제도 부양의무자기준 제도개선방안연구. 2003.
4) 이승호 외. 국민기초생활보장제도 부양의무자기준 적절성평가. 보건사회연구.

으로 나타났다. 결국 부양의무자기준으로 인해 부양능력이 있는 자녀에게 노인의 생계비 부담을 지우지만, 실제로 빈곤노인가구는 기초생활보장 급여도, 자녀의 부양도 받지 못하는 상황에 처하게 되는 셈이다.

#### 4) 빈곤의 확대재생산과 가족관계 해체 기제로서의 부양의무자기준

현재의 기초생활보장제도상의 부양의무자기준은 수급(권)자가 최저생활을 하지 못할 경우 부양의무자가 기초생활급여와 피부양자 소득의 차이만큼 소득이전을 하도록 하여 피부양자가 최저생활을 영위하도록 한다는 것이지만, 충분한 경제적 능력이 없는 사람까지 부양의무를 법적으로 강제하고 있다. 만약 경제적 여력이 없을 경우 부양의무자 가구 또한 빈곤층으로 전락할 가능성이 커지게 되며, 앞에서 거론했다시피 부양의무자에게 부양을 받지 못하는 이유로, '경제적으로 여유가 없음'이 거의 절반에 이르는 것으로 볼 때, 이러한 가능성은 현실로 나타나서 빈곤이 확대 재생산될 수가 있다. 또한 경제적 능력이 없을 경우 가족관계를 유지하다가도 부양의무자기준으로 인해 가족관계를 단절해야 하는 상황이 발생하여 가족관계를 해체할 수도 있다. 그리고 급여신청과정에서 요구되는 각종 증명에 따른 낙인효과는 수급(권)자 가구 뿐만 아니라 부양의무자가구에게까지 확대되는 부작용 또한 무시할 수 없는 문제이다.

#### 5) 부양의무자기준 적용 예외

개정된 국민기초생활보장법에 따르면 교육급여의 경우 적용특례를 통해 '소득인정액이 교육급여 선정기준 이하인 사람'을 수급권자로 보아 '부양의무자기준'의 적용에 있어 예외를 인정하고 있다. 비록 기존 초·중등 교육법에 따른 교육비 지원과의 연계·통합을 위한 것이긴 하지만, 부양의무자기준 적용이 무리가 있음을 스스로 인정한 사례라고 할 수 있다.

이를 의료급여와 주거급여, 자활급여의 경우에도 비슷하게 적용할 수가 있다. 이들 급여의 경우 급여내용이 '현금'이 아니거나, '현금'이라 하더라도 지극

히 제한적이며, 또한 ‘근로능력’과 ‘근로여부’를 조건으로 내걸고 있기 때문에 급여의 성격 상 부양의무자기준 적용은 불합리하다.

### 3. ‘권리성 급여’로서의 성격탈락 - 형식조항으로서의 ‘최저생계비’

개정된 기초생활보장법은 이전에 선정기준이자 보장기준으로 작용했던 ‘최저생계비’를 형식적인 것으로 만들어버렸다. 즉 ‘건강하고 문화적인 생활을 영위할 수 있는 최소한의 비용’으로 규정되어 있는 최저생계비가 갖고 있었던 ‘사회적·표준적 기준’을 ‘각 급여별 선정기준과 보장수준’으로 대체함으로 해서, 기초생활보장제도가 가지고 있었던 ‘권리성’의 성격을 약화해 버렸다. 사실 기초생활보장제도에서 ‘보충성의 원칙’은 ‘최저생계비’를 기준으로 작동해 왔다. 최저생계비와 ‘소득인정액’과의 차액을 지급하는 것이기 때문이다. 물론 생계급여의 선정기준으로서 법률에 ‘중위소득 100분의 30이상으로 되도록 한다’라는 규정이 삽입되긴 하였으나, 이 규정이 삽입되는 과정에서 우여곡절이 많았던 과정을 생각해 보면, 기초생활보장제도를 ‘권리성 급여’가 아니라 정부의 임의적인 ‘정책프로그램과 사업’으로 그 성격을 변화시키려 했던 의도를, ‘최저생계비’를 아무런 규정력을 갖지 않는 형식적 규정으로 만든 것에서 엿볼 수가 있다.

그리고 각 급여별 선정기준과 보장수준을 ‘중앙생활보장위원회’에서 결정함으로 해서, ‘사회적 합의와 기준’보다 ‘행정적 기준’[5]이 더 강하게 작용할 수 있도록 하였다.

### 4. 나가며. -기초생활보장제도의 ‘일반화’가 필요하다.

맞춤형 개별급여체계로의 개편을 도모했던 상황변화로서 그 안을 마련했던 연구보고서[6]는 “현재의 산업구조 변화와 노동시장여건, 청년층과 장년층의 취

5) 현재의 생계급여 중위소득 30%, 의료급여 중위소득 40%, 주거급여 중위소득 43%, 교육급여 중위소득 50%라는 기준도 뚜렷한 근거가 제시되어 있는 것은 아니다. 개정된 현행 기초법에서는 최저생계비 실태조사를 3년에 한번씩 제출하기로 되어 있는 ‘기초생활보장계획’의 하나로 실시하게 되어 있다.

6) 노대명 외. 2006.『국민기초생활보장제도 개별급여체계 도입방안』. <한국보건사회연구원> 정책보고서.

업상태 등을 고려"하고 있다고 밝히고 있다. 청년실업층의 증가, 비정규직의 확대로 인한 노동시장구조 등으로 인해 '노동빈곤층'의 증가가 중요한 문제로 대두되고 있다. '노동빈곤층'의 증가는 현재의 사회보장시스템의 사각지대가 넓어진다는 문제에 앞서 사회보장시스템의 기반이 흔들리고 있음을 의미한다.[7] 안정적인 고용에 기반한 노동자들의 기여가 현 사회보험을 중심으로 한 사회보장시스템의 뿌리이기 때문이다.

정부는 노동빈곤층의 문제를 '탈수급'을 언급하며 수급자를 '불안정한 저임금 일자리'로 내몰고, '복지함정'과 '부정수급'을 언급하며 '복지'를 후퇴시키면서 대응하고 있다.

이러한 상황에서 '기초생활보장제도'의 의미에 대해 새롭게 재규정할 필요성이 있다. 기초생활보장제도의 탄생이 IMF이후 대량실직을 겪으면서 이들 실업자에 대한 생활보장이 필요하다는 배경에서 이루어졌듯, 저성장의 지속과 불안정노동·저임금노동의 확산과 이중적 노동시장이란 구조속에서 '인구학적 구조'가 아닌 '소득과 재산'을 기준으로 국민의 최저생활을 보장한다는 취지는 다시 새롭게 살려나가야 한다.

교과서적 의미에서 '공공부조'로서가 아니라, 보다 보편성·일반성을 내포한 제도로서 기초생활보장제도를 더욱 발전시킬 필요가 있다. 부양의무자기준의 폐지는 그것을 위한 중요한 고리이자, 첫걸음이다.

7) 최근 스위스, 핀란드 등 유럽에서 '기본소득'도입 논의가 전개되는 배경이기도 하다.

[토론문 4]

# 토 론 문

▸ **김형률**_서울가정법원

## 1. 부양료 청구 소송과 수급자지위

부양받을 권리가 있는 사람은 부양 의무자를 상대로 가정법원에 부양료 청구 소송을 제기할 수 있습니다만, 오늘 여러 발표자(김지혜, 3면; 박성민, 11면)께서 지적해 주신대로, 어떤 사람이 부양료 청구 소송을 제기할 수 있다는 것이 그의 수급자 지위를 정하는 것에 영향을 미쳐서는 안 된다고 생각합니다. 실무적인 관점에서 바라보았을 때, 부양료 청구 소송에서 부양 권리자의 '보호필요성'은 다양한 여러 쟁점들 중 하나에 불과합니다. 부양료 청구 소송에서 승소하였다고 하여 그의 수급자 지위를 바로 부정하거나, 패소하였다고 하여 그에게 수급자 지위를 바로 인정할 수 있는 관계는 성립하지 않습니다. 이를 풀어서 말씀드리면, 다음과 같습니다.

첫째, 부양료 청구 소송은 그 권리자와 의무자의 관계에 따라 부양의 정도가 다릅니다. 즉 부부 사이의 상호부양의무나 부모의 미성년 자녀에 대한 부양의무는 부양을 받을 자의 생활을 부양의무자의 생활과 같은 정도로 보장하는 강한 부양의무인 반면, 부모와 성년의 자녀 사이에 부담하는 부양의무는 자녀에게 여유가 있음을 전제로 부모가 자력으로 생활할 수 없는 경우에 한하여 지원을 하는 약한 부양의무입니다(대법원 2013. 8. 30.자 2013스96 결정 등 참

조). 부부가 별거하면서 서로 부양료 청구 소송을 제기한 경우를 생활의 정도가 비교적 양호한 경우와 생활이 극도로 어려운 경우로 나누어 생각해 보시면, 어렵지 않게 이를 이해할 수 있습니다.

둘째, 부양료 청구 소송의 상당수가 실제 부양료를 둘러싼 다툼이 아닌 부양료를 이미 지출한 자녀 중 일부가 다른 자녀들을 상대로 제기하는 소송, 즉 사실상 구상금 청구 소송에 가깝게 운영되고 있습니다. 그러한 소송의 결과는 당연히 부모의 수급자 지위에 영향을 미친다고 볼 수 없습니다.

셋째, 법원은 부양료의 정도나 방법에 있어 고려하는 '기타 제반사정'으로 계량화하기 어려운 다양한 사정을 고려하고 있습니다. 예를 들어 부모가 자력으로 생활할 수 없으면서 자녀에게 여유가 있는 경우더라도 그 부모가 오래 전에 자녀를 유기하여 자신의 미성년 자녀에 대한 부양의무를 제대로 이행하지 않았던 경우, 부모가 자녀들 중 일부에게 상당한 재산을 증여하였음에도 증여받지 못한 나머지 일부에게만 부양료 청구를 하는 경우, 부모가 현재 자력 생활은 가능하나 대부분의 재산을 자녀에게 증여한 결과 종전 생활수준을 유지하기 어려운 경우 등에는 그 재판의 결과를 가지고 수급자 지위를 정할 수는 없다고 하겠습니다.

## 2. 도덕적 해이 문제

여러 발표자께서 부양의무자 규정의 폐지를 주장하시면서 예상되는 부작용으로 도덕적 해이를 들고 있고, 이는 전적으로 타당한 문제제기라고 생각합니다. 부양의무자 규정의 존재는 최소한 1촌 직계 혈족 사이의 재산은닉을 '불편하게' 만드는 효과는 있을 것이므로, 이 규정의 폐지는 그러한 불편함조차 없는 재산의 은닉을 가능하게 할 우려가 있기 때문입니다. 이와 같이 비교적 명확하게 예상 가능한 문제에 대하여 '헌법적으로 부여된 권리를 보장하는 것에 대하여 도덕적 해이를 논할 수 없'다거나, '국가가 다른 방법(우선 공적 부양을 한

후 부양의무자에게 구상하는 방법)으로 해결할 문제'라는 논거는 선뜻 받아들이기 어렵습니다. 졸견으로는 위와 같은 재산은닉을 방지하거나 추적할 수 있는 정책적 대안이 선행되어야 부양의무자 규정의 폐지가 실효성을 거둘 수 있을 것이라고 생각합니다.

사실 부양의무자 규정이 존재하는 지금도 도덕적 해이가 없다고는 보기 어렵습니다. 수급자 지위의 취득을 위한 위장이혼이나 위장파양이 의심되는 사례는 실무에서 드물지 않게 목격되고 있기 때문입니다.

### 3. 부양료구상방식

앞서 본 '국가가 먼저 부조를 한 후 부양의무자에게 구상하는 방식'(이하 '부양료구상방식'이라 합니다)은 수급자 지위를 얻고자 하는 사람에게 스스로 수급자 지위에 있음을 증명하게 하는 현행의 방식에 대한 반성적 고려에서 나온 것입니다. 그러나 이는 다음과 같은 문제가 있습니다.

첫째, 증명의 주체를 국가로 전환하여야 할 이론적 근거가 부족합니다. 수급자 지위를 인정받기 위하여 증명하여야 하는 내용은 주로 가족 사이의 사적 정보에 해당하는 것들로, 고도의 기술적 지식을 필요로 하는 것이라거나, 증거가 국가에 편재되어 있다고 보기 어려운 것들입니다. 이는 사회보장수급권의 성립 여부를 다투는 행정소송이라고 하더라도 다르다고 보기 어렵습니다.

둘째, 앞서 본 도덕적 해이의 방지 필요성과 함께 생각할 경우, 가족 사이의 사적 정보에 대하여 국가의 과도한 개입을 불러올 우려가 있습니다.

셋째, 기존 사례(배진수, 19면, 각주 33번 참조)에서 보았듯 실제 구상이 이루지기는 어려워 보입니다.

넷째, 양육비이행관리원의 '양육비 선지급 제도'(국가가 양육친에게 양육비를

선지급한 후 비양육친에게 구상하는 방식)는, 이를 전면적으로 실시하기 위하여는 방대한 예상과 조직이 필요한 점, 비양육친의 경제적 자유를 지나치게 제한할 우려가 있는 점, 비양육친에 대한 양육비 구상이 집행불능 되는 점 등의 문제를 가지고 있습니다. 이는 부양료구상방식에서도 경청할 내용이라고 생각합니다.

[토론문 5]

# 토 론 문

▸ **박재만**_보건복지부 기초생활보장과

[토론문 6]

# 국민기초생활보장법에 의한 수급권자 정의의 위헌성

▸ **정태호**_경희대학교 법학전문대학원

## I.

얼마 전 이른바 '민생'을 입에 달고 살면서도 '민생'을 챙길 수 있는 능력을 보여주지 못한 집권여당에 대한 국민의 준엄한 심판으로 여소야대 정국이 출현하였다. - 물론 복합적인 이유들이 작용하기는 했지만 - '경제의 민주화'와 '복지확대'를 공약으로 내세우고 집권하였으면서도 공약집의 잉크가 마르기도 전에 국민과의 약속을 등지기 시작했던 현 정권에 대하여 선거를 통해 경고를 보낸 것이다.

남북분단 이래의 치열한 체제경쟁을 배경으로 경제민주화 및 복지확대를 주장하는 정체세력에 대하여 빨간 색을 덧칠해 이들을 유권자로부터 격리시키려는 선거전략이 오랫동안 먹혔던 우리 사회의 이와 같은 정치적 변화는, 다수 국민들이 삶의 질이 그 만큼 심각하게 악화되고 있다고 느끼고 있음을 말해주는 것이다. 실제로 OECD 회원국 중 최저수준의 사회보장•사회복지, 최고수준의 근로소득불평등지수(근로소득 10분위 배율)과 노인빈곤율, 세계최장의 근로시간, 세계최고수준의 자살률, 세계최저수준의 출산율 등의 통계수치도 무한경쟁 속에서 공동체 전체의 경제규모는 커지면서도 그 과실의 대부분이 소수에게 집중되면서 팍팍해 지기만 하는 다수의 서민의 삶의 현황을 알려주고 있다.

경제적 불평등이 심화되어 경제력이 소수에게 과도하게 집중될 경우 민주적 정치과정이 정상적으로 작동하지 않을 위험성이 커지며, 민주주의의 질도 저하될 가능성이 높다. 경제적 불평등이 심화되면, 경제력을 수단으로 한 인간의 다른 인간에 대한 지배관계가 확산되고, 사회적 연대감이 저하되면서 사회적 갈등을 평화적으로 해소하기 어려워질 뿐 아니라, 입법과정이 자본 내지 시장의 강력한 영향으로 왜곡될 가능성이 높아진다. 경제적 박탈감을 느끼는 국민이 많아질수록 정치적 무력감까지 느끼게 되고 민주주의를 수용하려는 태도를 위축시키고, 오히려 좌우의 극단적 이데올로기를 추동하는 정치인들의 선동에 쉽게 빠져들게 만들 수 있다. 독일과 이탈리아가 제1차세계대전후 경제위기의 와중에서 극우 파시즘으로 전락했듯이 민주주의가 아직 깊이 착근하지 아니한 사회일수록 경제적 위기와 경제적 불평등의 심화는 정치적 위기, 민주주의의 위기를 유발할 가능성이 높다. 우리 헌법이 비교적 풍부하게 사회적 기본권의 목록을 제시하는 한편, 사회정책적 목적으로도 국민경제에 대한 규제와 조정을 할 수 있는 권한을 국가에게 폭넓게 부여하고 있는 주된 이유도 여기에 있다고 해석하여야 한다고 본다.

오늘 세미나 주제인 국민의 기초생활보장도 개인의 생존의 보장을 넘어서 우리의 아직 굳건하지 못한 민주주의를 지키는 길이기도 하다는 것을 알 수 있다. 독일 연방헌법재판소가 사회국가원리와 인간존엄권으로부터 사회적 부조를 필요로 하는 모든 사람들에게 단순한 생존의 전제가 아니라 사회적•문화적•정치적 생활에 최소한이라도 참여하는 데 불가결한 물질적 전제를 보장하여야 할 국가의 의무를 이끌어 내고 있는 것(BVerfGE 125, 175 - Hartz IV)도 인간다운 생활을 할 권리의 보장과 민주주의 내지 정치체제의 안정 사이에 존재하는 연관관계에 대한 통찰에 기반을 두고 있는 것이라고 본다.

뿐만 아니라 국민에게 최소한의 생존을 보장하는 것은 국가의 가장 기본적인 과제이다. 우리 헌법도 헌법제정의 궁극적 목적, 따라서 이 헌법에 의하여 창설되는 우리 국가의 궁극적 목적도 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복”의 확보임을 천명함으로써 이를 확인하고 있다.

그러므로 우리 정치공동체가 한정된 재원의 분배순위를 정할 때 사회를 구성

하는 개인에 대한 최저생활보장을 통한 인간존엄성 보호라는 과제에 우선순위가 부여되어야 하는 것이다. 이른바 '도덕적 해이'나 '재원부족'을 이유로 광범위한 사각지대를 유발하는 생계급여 수급 자격요건을 설정하고 최저한의 생존을 보장하는 데 필요한 소득금액 이하의 소득만이 있는 많은 사람들을 방치하는 국가의 가장 기본적인 과제를 등한시하는 것이요 우리 민주주의 기반, 나아가서는 우리 정치체제의 기반을 위태롭게 만드는 것임에 유의하여야 한다.

## II.

오늘 발표된 발제문들은 국민기초생활보장법 제8조 제2항의 수급권자 정의가 인간으로서의 존엄성에 상응하는 건강하고 문화적인 생활을 유지하는 데 필요한 국가의 물질적 도움을 필요로 하는 국민의 인간다운 생활을 할 권리, 평등권 등을 침해하여 위헌임을 다양한 관점에서 대체로 설득력 있게 논증하고 있다고 생각한다.

문제의 핵심은 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리를 구현하기 위하여 제정된 국민기초생활법이 생계급여의 수급과 관련한 도덕적 해이 방지, 국가지원의 보충성 등을 이유로 생계급여 선정기준 이하의 소득 밖에 없음에도 생계급여를 받을 수 없게 되는 광범위한 수급사각지대가 생길 수밖에 없는 자격요건을 제시하고 있는 데서 비롯된 것이다.

이 문제에 대해서는 발제문이 다양하게 논증하고 있기 때문에 여기서 재론하지 않는다. 다만, 수급권자 선정 기준의 위헌성 논증과 관련해서 일부 오해의 소지가 있는 심사기준에 대해서만 언급하기로 한다.

먼저, "생계급여 단계적 개선을 위한 차별"이기 때문에 정당화될 수 있다는 논거는 생존을 위한 최저생계급여의 수급권자를 획정하는 문제에는 적용될 수 없다고 본다. 그러한 논거는 생계급여를 구성하는 개별 급부의 종류와 양과 관련해서는 혹 적용될 수 있을 것이다. 가령 생존에 필요한 최저한의 의식주의 수요에 필요한 비용 이외에 사회•문화•정치생활에 참여하기 위하여 필요한 통신비, 교통비, TV시청료, 도서비 등을 사회적•경제적 상황의 개선에 따라 점차

생계급여산정에 포함시키거나 그 급부의 양을 늘릴 수는 있을 것이다. 그러나 인간다운 생존을 위해 불가결한 생계급여 수급권자의 범위를 사회•경제적 여건의 발전에 따라 점진적으로 확대한다는 것은 지금 생계급여를 받아야 인간다운 최저한의 생존을 영위할 수 있게 되는 자의 일부를 방치함으로써 비인간적인 삶을 살도록 하거나 아사, 동사, 병사하도록 방치하는 것이 되기 때문이다.

끝으로 현행법상의 수급권자의 정의는 생계급여가 필요한 사람들을 수급권자에서 배제하고 있는 한 인간다운 생활을 할 권리가 갖는 인간의 생존보호기능에 비추어 볼 때 그 자체 위헌임에 유의해야 한다. 그 차별의 대상이 형량의 대상이 될 수 있는 권리가 아니기 때문이다. 즉 인간의 존엄성은 우리 헌법의 최고가치이고, 따라서 다른 가치와 형량하여 후퇴시킬 수 없는 가치이기 때문이다. 생계급여의 수준이나 그 급여를 구성하는 요소들은 평가와 형량의 대상이 될 수 있으나, 인간다운 생존에 필요한 생계급여 자체가 형량의 대상이 될 수는 없는 것이다. 수급권자와 비수급권자를 가리는 기준은 불가결하지만, 그 기준이 인간다운 생활을 위해 국가의 생계급여가 필요한 사람들을 일부라도 배제하거나 포착하지 못하는 한, 더구나 그러한 사람들을 대량으로 포착하지 못하는 한 어떤 이유로도 정당화될 수 없다. 입법자는 오히려 생계급여가 필요한 사람들이 입법자가 정향화한 기준 때문에 보호대상에서 탈락되지 않도록 보충적인 규정을 마련하여야 한다. 부양의무자기준에 의한 차별(부양의무자의 실제적 부양능력과 요수급자와 부양의무자 상호간의 인간관계 내지는 부양의무자의 윤리의식 내지 인간성에 의하여 영향을 받을 수밖에 없는 실제적 부양의사의 존부에 따른 차별)은 생계급여를 필요로 하는 자 자신의 정상적인 행태나 노력을 통하여 피하거나 극복할 수 없는 것이고, 그 차별로 인해 생계급여가 필요함에도 그 기준 때문에 그 급여를 받을 수 없는 자가 비인간적인 삶으로 내몰리고 있기 때문이다.

## III.

주목하고 싶은 것은 독일 연방헌법재판소와 우리 헌법재판소의 인간다운 생

활을 할 권리에 대한 태도의 차이이다.

독일 연방재판소는 우리 헌법과는 달리 특별한 사회적 기본권을 보장하고 있지 아니한 기본법으로부터 최저생계수준의 보장을 국가에 대하여 요구할 수 있는 헌법적 권리를 도출하였을 뿐 아니라 입법자에게 이 권리의 보장수준을 정할 때 불가피한 평가와 관련한 형성권을 인정하였다(vgl. BVerfGE 35, 202 [236]; 45, 376 [387]; 100, 271 [284]). 입법자의 형성의 여지는 인간의 생존의 보장에 필요한 것을 구체화하는 것과 관련해서는 비교적 좁고 사회생활에 참여하는 것을 가능하게 하는 수단의 종류와 그 정도의 구체화와 관련해서는 비교적 넓다고 본다(BVerfGE 125, 174 [225]). 그 급부의 양을 확정할 때 준수해야 하는 기준을 섬세하게 제시하고 있다. 즉 인간의 존엄에 부합하는 생존에 필요한 모든 수요를 충족할 수 있어야 하고(vgl. BVerfGE 87, 153 [172]; 91, 93 [112]; 99, 246 [261]; 120, 125 [155 und 166]; 125, 174 [224]) 그 최저생계수준을 보장하는 구체적인 급부수준을 산출해 내기 위하여 투명하고 사리에 맞는 절차를 통해 생존에 필요한 모든 비용을 신뢰할 수 있는 수치와 일관성 있는 계측절차를 바탕으로 현실성 있게 그리고 객관성 있게 산정할 것을 요구하는 한편(BVerfGE 125, 174 [225]), 인간의 삶의 기본적 수요는 원칙적으로 그 수요가 존재하는 순간에만 충족될 수 있기 때문에 이렇게 확정된 수준을 물가상승, 소비세인상 등 변화하는 삶의 여건에 비추어 지속적으로 재검토하고 발전시킬 것을 요구하고 있다(BVerfGE 125, 174 [225]).

생존에 필요한 최저수준의 생계보호급여의 확정과 관련한 입법의 통제와 관련하여 헌법이 특정 수치를 제시하고 있지 않기 때문에 법률이 제시한 급부가 명백히 부족한지 여부에 국한하여야 한다고 하면서도(BVerfGE 125, 175 [225f.]), 생계보호급여를 산정하는 기초와 방법이 인간다운 생활을 할 권리의 보장목적에 부합하는지에 대한 통제, 즉 절차적 통제는 필요하다고 본다(BVerfGE 125, 175 [226]).

그리하여 연방헌법재판소는 입법자가 인간다운 삶을 보장하려는 목적을 사회국가원리와 연계된 인간존엄권에 부합하는 방식으로 파악하고 규정하였는지, 최저생계기준을 산정하기 위하여 기본적으로 적합한 산정절차를 선택하였는지,

입법자가 필요한 사실을 완전히 그리고 적절하게 조사하였는지, 선택한 산정절차 및 그 구조원리 안에서 모든 계산단계마다 객관성 있는 수치를 가치고 상대적으로 타당하게 작업을 하였는지를 통제하고 있다. 이와 같은 통제를 위해 입법자는 입법절차에서 최저생계기준을 확정하기 위하여 사용한 방법과 산정의 단계들을 객관성 있게 공개할 의무가 있으며, 입법자가 이와 같은 의무에 따르지 않을 경우 입법자에 의한 최저생계기준의 조사는 그러한 결함 때문에도 위헌임(BVerfGE 125, 175 [226])을 분명히 하고 있다. 이와 같은 분명하게 입법자의 형성의 한계와 지켜야 할 절차를 제시하고 그에 어긋나는 미성년자에 대한 생계보조기준의 위헌성을 확인하고 있는 것이다.

이에 비하여 우리 헌법재판소는 인간다운 생활을 할 권리가 명시되어 있음에도 그 위헌심사의 기준으로 "국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다"(헌재 1997.5.29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543, 554)는 실체적 내용이 미소하고 인간다운 생활을 할 권리를 충족하는 급부수준의 결정을 그 금액은 물론 산정의 기초와 절차와 관련해서도 사실상 입법자에게 맡겨 버리는 심사기준을 제시함으로써 이 권리의 의미와 위상에 합당한 입법재량의 한계를 제시하여야 할 자신의 임무를 제대로 수행하지 못했다. 그 결과는 최저생계비에도 미치지 못하는 생계보호급여를 제시하고 있는 보건복지부 고시의 합헌성을 확인할 때 피상적이고도 단정적인 논증으로 나타났다. 즉 "청구인들의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 국가가 실현해야 할 객관적 내용의 최소한도의 보장에도 이르지 못하였다거나 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈하였다고는 보기 어렵고, 따라서 비록 위와 같은 생계보호의 수준이 일반 최저생계비에 못미친다고 하더라도 그 사실만으로 곧 그것이 헌법에 위반된다거나 청구인들의 행복추구권이나 인간다운 생활을 할 권리를 침해한 것이라고는 볼 수 없다"(헌재 1997.5.29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543, 556)는 것이다. 그러나 도대체 최저생계비가 어떻게 산출되기에 별도로 지급되는 월동대책비, 상하수도 감면금액, 통신료 감면금액, TV시청료감면금액, 노인복지법에 의한 노령수당, 노인들을 위한 교통보조비를 더해도 최

저생계비에도 미치지 못하는 생계보호급여가 최저한도의 물질적 생존을 보장하는 인간다운 생활을 할 권리를 침해하지 않는지를 설득력 있게 설명해 주지 못하고 있다.

## IV.

기본권의 최후의 보루이어야 할 헌법재판소조차도 국민의 인간다운 생활을 할 권리를 지키는 문제와 관련해서는 제 역할을 못하고 있다면 문제의 해결의 키를 쥔 것은 결국 정치일 수밖에 없다.

민주주의는 사회복지의 발전을 자극하고 후원할 수 있다. 민주적 정치질서에서는 국가의 정책결정은 모든 개인의 정치적 평등, 따라서 보통.평등선거권의 토대 위에서 그리고 정권을 둘러싼 정치세력들 사이의 상시적 경쟁을 배경으로 내려지고, 따라서 대중민주주의는 정권획득을 노리는 정당들로 하여금 대중의 다양한 경제적.사회적 요구를 수용하도록 만드는 내적 동력을 가지고 있기 때문이다. 그러나 사회보장 및 사회복지라는 국가목표의 구체화는 민주적 정치과정에 맡겨져 있는데, 이 민주적 과정은 이 과제를 정의하고 실현할 수도 있지만, 이를 외면할 수도 있다. 보통•평등선거권이 모든 사람의 견해와 이익이 실제로 평등하게 정책에 반영되도록 보장하지는 않으며, 정치적 견해나 이익들을 그 올바름이나 시급성을 기준으로 실현하도록 보장하지도 않는다. 오히려 현실에서는 정권담당세력을 만들어낼 수 있는 견해와 이익이 관철되게 된다. 빈곤의 예방과 빈자들에 대한 지원, 경제적 불평등 완화와 같은 긴절한 복지국가를 강력하게 뒷받침하는 정치세력은 비교적 광범위한 중간층의 이익을 대변하는 정치세력보다 적은 것이 보통이다. 그렇기 때문에 사회정책의 시급성과 민주적 정치과정을 통한 그 실현가능성 사이에는 근본적인 불균형이 존재한다.

적지 않은 사람들이 '우리나라의 민주주의는 제 궤도에 올랐는데 국민의 복지수준이 경제수준에 비추어 볼 때 아직 낮을 뿐이다'라고 평가한다. 그렇지만 선거를 통한 정권의 교체가능성이라는 최소한의 기준이 아니라 국민들의 다양한 목소리와 이익을 대의기관의 정책결정 과정에서 울려 퍼지게 하고 균형 있

게 반영하는 활동인 '국민대표'의 수준이라는 본질적인 기준에서 보면 아직도 갈 길이 멀다.

우리나라는 정치제도의 면에서 유럽대륙의 합의제민주주의가 아니라 영미식 다수제민주주의 유형에 가까운데다가 영미만큼 법치주의도 성숙하지 못했다. 사회적•경제적 약자들은 지역주의로 인해 분열되어 있고, 이들의 이익을 주로 대변하는 정당의 세력도 미약하다. 그렇기 때문에 그들의 정치적 주장이나 이익이 민주적 정치과정을 통해 정책에 실효성 있게 반영되는 것은 더욱 어렵다. 이와 같은 우리 민주주의의 구조적 결함이 경제영역에서의 국가의 후퇴를 촉구하는 신자유주의, 단기간의 성과와 대주주 이익의 극대화를 추구하는 경향이 있는 주식가치자본주의 내지 금융자본주의의 세계적 흐름과 맞물리면서 우리 사회의 경제적.사회적 불평등을 급격히 심화시켜 오고 국가는 국민의 최소한의 생존마저 지켜내지 못하고 것이다.

그렇기 때문에 사회적•경제적 불평등 구조를 직접 개선하기 위한 노력에 못지않게 사회적•경제적 약자들의 권익을 대변하는 세력들의 영향력이 커질 수 있도록 우미 민주정치의 질을 제고함으로써 데 심혈을 기울여야 한다. 이를 위해서는 정치적 표현의 자유가 보다 철저하게 보장되어야 하고, 광고시장을 통해서 언론에 강력한 영향력을 행사하고 있는 경제적 강자들만이 아니라 사회적.경제적 약자들의 정치적 의견과 이익도 균형 있게 담아낼 수 있도록 언론시장의 구조가 개선되어야 한다. 또한 지역균열구도와 결합하면서 경제적 강자들의 이익을 과대 대표하는 부작용을 발휘하는 현재의 국회의원 선거제도를 지역주의의 정치적 영향력을 약화시키고 사회적•경제적 약자들의 이익도 충분히 대표될 수 있도록 비례대표제로 전면적으로 변경하거나 비례대표의원의 비율을 대폭 늘려야 한다. 한편, 노동자를 비롯한 사회적•경제적 약자들을 보호하거나 시장에서의 공정한 경쟁을 확보하기 위하여 만들어진 노동•사회•경제 관련 법령이 왜곡됨이 없이 엄정하게 집행•관철될 수 있도록 법치가 정상화되어야 함은 물론이다.