

# 중증발달장애인의 보호를 위한 특별수요신탁제도의 도입 필요성\*

제철웅\*\*·최윤영\*\*\*

《目次》

I. 문제제기	III. 미국의 특별수요신탁(Special Needs Trust)의 시사점
II. 중증발달장애인의 생활을 둘러싼 법적 환경과 문제점	IV. 우리나라에서의 도입방향
	V. 결론

### 〈국문요약〉

이 글은 특히 중증 발달장애인 자녀를 둔 부모들이 직면하고 있는 성인 이후의 자녀의 삶의 안전, 인간다운 삶의 보장의 문제를 해결하기 위한 한 방안으로서 특별수요신탁제도의 도입을 제안하고 있다. 성인 발달장애인들을 돌보는 부담은 매우 무거운데도 불구하고 부모가 있을 때에는 부양의무가 있다는 이유로 재정지원이라는 점에서의 국가 개입은 최소화되고, 부양의무를 이행할 수 없다고 판단되면 공공부조를 통한 최소한의 생활은 보장된다. 이런 양극단만이 존재하기 때문에 과중하더라도 부모가 부담을 스스로 지고 가든지, 아니면 가족의 보호에서 벗어나 공공부조에 의존하든지 양자택일적 선택을 강요받게 된다. 이 글은 사법상의 제도인 신탁제도를 공법의 개입을 통해 적절히 변용하여 가족 및 장애인 당사자의 사적 재원

과 공적 지원을 결합시키는 방안을 제안하고 있다. 그 방안으로 집합 특별수요신탁제도를 공법상의 제도로 도입하여 활용함으로써 사적 재원과 공적 지원을 결합시키고, 동시에 민법상의 부양의무제도와 공법상의 공공부조제도가 제 기능을 발휘할 수 있게 해야 한다는 것을 주장하고 있다. 이런 제도적 준비가 이루어진다면, 발달장애인에게 응당 귀속되어야 할 재산적 이익을, 발달장애인의 수급자의 지위 유지라는 명목으로 제3자가 갈취하는 것을 막을 수 있을 것이다. 또한 중증발달장애인이 최저생계 수준을 초과하는 추가적인 재산이나 소득으로써 삶의 질을 향상시킬 수 있을 것이다. 나아가 권리침해에 대한 신속한 구제도 가능하고, 필요한 물건이나 재화가 안정적으로 공급될 수 있다는 점을 강조하고 있다. 이를 위해 공공부조의 자산평가기준에 대한 예외와 신탁법 규정의 예외를 정하는 국민기초생활보장법의 개정과 상속세 및 증여세법의 일부 개정이 필요하다고 주장한다. 국민기초생활보장법에 기본 사항을 입법하게 되면, 그 밖에 특별수요신탁의 수익자의 자격, 신탁자의 자격, 신탁재산의 운영방법, 이들에 대한 국가의 감독권한, 신탁재산 및 수익으로 지출할 수 있는 항목, 개별 수익자의 사후 그의 개인 계정에 있는 잔여재산의 처리 등의 기술적인 문제는 국민기초생활보장법 시행령을 통해 상황에 맞게끔 규율할 수 있다고 주장한다.

### I. 문제제기

(1) 개별 사회구성원은 대개 근로와 사회생활(부부생활, 가족생활, 친족과의 교류, 사회활동에의 참여 등)을 통해 인간으로서의 존엄을 인식하고 또 자아를 실현한다. 특히 근로는 자신의 생존에 필요한 물품과 서비스를 조달할 재원을 마련하는 창구이자, 사회와의 동질성, 사회에 대한 기여 등을 확인하는 수단이기 때문에 사회구성원으로서의 자부심과 긍지를 인식할 수 있는 원천이 된다. 한편 사회생활에의 참여는 문화를 향유하는 인간으로서의 삶을 구현하는 경로이기도 하다. 근로와 사회생활에서 직면하는 어려움, 실패와 고난 역시 각 개인을 더 성숙하게 하는 과정이기도 하다. 한 인간으로서의 삶에 필수불가결하다. 실수와 실패를 통해 자신을 변화시켜 나갈 가능성이 있기 때문이다.<sup>1)</sup>

\* 이 논문은 한국연구재단 SSK “의사결정능력 장애인의 사회통합” 연구사업(NRF-2013S1A3A2043353)의 지원으로 연구되었다.  
 \*\* 한양대학교 법학전문대학원 교수, 제1저자.  
 \*\*\* 백석대학교 사회복지학부 부교수, 제2저자.

그런데 인간으로서의 존엄을 구현하는 이런 과정에 가장 큰 장애를 안고 있는 사람들이 있다. 바로 중증 발달장애인들이다. 근로와 사회생활에는 의사결정이 필수적 수단인데, 중증발달장애인은 의사결정능력에 큰 장애가 있기 때문이다.<sup>2)</sup> 2012년 기준의 발달장애인에 관한 일반 정보를 보여주는 다음 <표 1>을 보면 이들이 삶에서 직면하는 어려움을 짐작할 수 있다.<sup>3)</sup>

<표 1> 발달장애인 현황

지적장애인 (명)	자폐장애인 (명)	20세 이상 지적장애인 수	20세 이상 자폐장애인 수	지적장애인 혼인비율	자폐장애인 혼인비율
173,257	16,906	128,460	4,512	17.7%	0%
피고용 지적장애인	피고용 자폐장애인	지적장애인 월 평균소득	자폐장애인 월 평균소득	수급 지적장애인 비율	수급 자폐장애인 비율
6,261	308	261,000원	64,000원	31.3%	10.6%

(2) <표 1>은 중증 발달장애인이 일자리를 찾기가 얼마나 어려운지, 또한 사회생활에 참여할 기회가 얼마나 부족한지를 짐작하게 한다. 특히 근로의 기회가 적다는 것은 생활에 필요한 물품과 서비스를 조달할 재원을 마련하기 어렵다는 의미이기도

1) 이를 '실제의 존엄성'이라고 하며, 의사결정능력 장애인의 자기결정권의 문제에서 중요한 이슈이기도 하다.  
 2) 발달장애는 통상 지적장애와 자폐를 합하여 부를 때 사용하는 개념이다. 여기서 중증 발달장애인이라 함은 '장애인복지법' 제32조에 따라 등록된 발달장애인으로서 '장애인연금법' 제2조에 따라 중증장애인으로 인정되는 경우를 지칭하기로 한다. 즉 발달장애 1급, 2급으로 등록된 장애인, 또는 3급 발달장애인이지만 중복장애가 있는 경우를 의미한다.  
 3) <표 1>은 한국장애인고용공단 고용개발원, 2013년도 장애인통계 자료를 토대로 가공한 것이다.

하다. 이처럼 스스로 생활을 유지하기 어려울 때 이를 보완하는 제도로 우리나라는 민법상의 부양의무제도와 사회복지법의 공공부조제도<sup>4)</sup>를 두고 있다. 이론상으로만 보면 위 양자가 적절하게 결합되면 생활상의 수요를 충족시켜 줄 재원을 마련하는데 큰 어려움이 없을 수 있다. 그 경우 사회생활 참여의 쟁점만 남을 수 있다.

그러나 발달장애인이 처한 현실은 그렇지 않다. 이들은 근로기회가 적을 뿐 아니라, 소득이나 재산을 가지고 있더라도 타인이 갈취하여 빈곤상태에 빠지는 일이 드물지 않다. 사회생활 참여도 제대로 구현되지 않아 결혼이 쉽지 않을 뿐 아니라 여성은 오히려 성폭행의 피해자가 되기 쉽고, 신체 건강한 남성은 강제노동의 피해자가 되기 일쑤이며, 가족 돌봄이 취약한 발달장애인은 학대와 폭행 등의 범죄에 거의 무방비 상태로 노출되기 쉽다.<sup>5)</sup>

이런 현실의 원인을 여러 가지 측면에서 진단할 수 있겠지만, 이 글은 중증발달장애인의 1차적 보호수단으로 예정한 민법상의 부양의무제도가 제 기능을 다하지 못하고 있다는 점, 이를 보완하는 사회복지법상의 공공부조 역시 제 기능을 다하지 못하고 있으며, 범죄피해로부터 예방할 형사법도 적절한 보호기능을 다하지 못하고 있다는 점에 주목하고자 한다. 아래에서는 현행의 법제도가 어떤 이유로 발달장애인의 인간다운 삶의 영위에 기여하지 못하는지 그 원인을 분석한 후, 그 해결방안의 하나로 집합형 '특별수요신탁'을 제시하고자 한다.

4) 여기서의 공공부조는 '사회보장기본법' 제2조의 개념, 즉 "국가와 지방자치단체의 책임 하에 생활 유지 능력이 없거나 생활이 어려운 국민의 최저생활을 보장하고 자립을 지원하는 제도"를 지칭한다.  
 5) 2014년 7월 4일자 동아일보 기사 "7월 4일은 지적장애인의 날"은 이런 실태 중의 여러 단면을 보여준다. 한편 함께길을 2014년 3월호 기사 "신인염전노예 사건의 전말 '노예 12년'"은 지적장애인을 상대로 한 근로착취의 한 단면을 보여준다.

## II. 중증발달장애인의 생활을 둘러싼 법적 환경과 문제점

### 1. 민법상의 부양의무제

#### (1) 민법상의 부양의무 일반

우리 민법은 세 유형의 부양의무를 정하고 있다. 부부간의 부양의무(민법 제826조 제1항), 부모의 미성년 자녀의 양육의무(민법 제913조, 제837조), 그리고 친족간의 부양의무(민법 제974조 이하)가 그것이다. 여기서 말하는 부양이란 식생활, 영양, 의복, 주거, 주거에 필요한 비용, 문화생활비, 여가, 이동수단, 타인과의 교류에 필요한 수단의 이용(전화, 우편 등), 이런 생활의 유지에 필요한 각종의 절차비용, 자유롭게 사용할 수 있는 용돈, 직업을 갖기 위해 필요한 의무교육 및 직업 활동의 수행을 위한 교육 등에 지출되는 직접의 돌봄과 금전에 의한 지출을 망라하는 것이다.<sup>6)</sup> 외국 법의 설명이지만, 우리나라에도 동일하게 적용될 수 있다. 즉 부양에는 의식주의 비용만이 아니라 문화비, 타인과의 교류비, 교육비 등도 포함될 수 있다는 것이다.

부양의무가 인정되기 위해서는 무엇보다도 부양의무자에게 자력이 있어야 한다.<sup>7)</sup> 그런데 많은 학자들은 부부 사이의 부양과 부모의 미성년자녀에 대한 부양은 제1차적 부양관계라 하고, 친족 간의 부양은 제2차적 부양관계라고 한다.<sup>8)</sup> 부모가 성년

자녀를 부양하거나 성년 자녀가 부모를 부양할 때에도 제2차적 부양관계이다. 제1차적 부양과 제2차적 부양을 구분하는 이유는 부양청구권의 성립요건에 차이가 있다고 보기 때문이다. 즉 후자의 경우 부양의무자에게 여유가 있을 때 비로소 부양의무가 성립하지만 전자의 경우 자기 생활수준을 낮추더라도 상대방의 생활을 자기 수준으로 맞출 필요가 있다고 본다.<sup>9)</sup> 콩 하나도 쪼개 먹어야 되는 관계가 전자의 부양관계라 한다.

그러나 위와 같은 관점은 부양의 일차적 책임을 가족에게 부담시켰던 시절 이를 정당화하는 논리일 수 있지만, 오늘날에는 더 이상 적합하다고 하기 어렵다. 우리나라처럼 비교적 넓은 범위의 친족 간에 부양의무를 인정하는 독일의 설명을 본다. 가령 독일민법 제1603조 제1항은 부양의무자는 여타의 사정을 감안하여 자기 생활을 위태롭게 하면서까지 부양할 의무는 없다는 것을 원칙으로 정한다(제1603조 제1항).<sup>10)</sup> 다만 미성년 아동 및 우대받는 성년 아동으로 만 21세까지의 아동에 대한 부모의 부양의무에서의 자력산정에서만 여타의 부양의무에서의 자력산정과 차이를 두고 있다. 즉, 부모의 자산, 노동력 등 처분가능한 모든 자력을 동원해서 자신과 미성년자녀를 부양해야 한다고 본다. 물론 이 때에도 자신의 최저생계비를 초과하는 자산을 자신과 미성년자녀의 부양을 위해 사용해야 한다.<sup>11)</sup> 결국 노동력이 있을 경우 노동을 해서 생계비를 벌여 자녀를 부양할 가족법상의 의무가 있음을 인정하는 것이다. 그러나 미성년자녀 이외의 피부양자를 부양할 때에는 자력 산정에서 위와 같은 방법

6) 아동의 부양에 관하여 위와 같이 개념을 정의하는 것으로 오스트리아 학자인 Kolmasch, Kindesunterhalt: in, Kinder- und Jugendrecht, 4.Aufl., S. 25, LexisNexis (2011) 참조.

7) 부양의무에 관한 보다 상세한 논의는 제철웅, 부양청구권 및 부양비용 상환청구권에 관한 몇 가지 해석론적 제안, 법학논총 제31집 제1호(2014.3), 474-485 참조. 아래 설명은 거기에서의 논의를 바탕으로 재정리한 것이다.

8) 김주수·김상용, 친족·상속법(제11판), 법문사(2013)528면; 김형배·김규완·김명숙, 민법학강의(제12판), 1944면, 신조사: 박동섭, 친족상속법, 425면, 박영사(2013); 박정기·김연, 친족상속법, 317면, 탐복스(2013); 송덕수, 신민법강의, 1859면, 박영사(2013); 이경희, 가족법(8정판), 250-251면, 법원사 등 참조.

9) 서울가정법원이 2012년 5월 31일 제정·공표한 양육비산정기준표의 설명에 따르면, 비양육친의 경우 소득이 없더라도 일정한 금액을 지급할 의무가 있다는 전제 하에 각 금액을 산정하고 있다. <http://sifamily.scourt.go.kr/dcboard/new/DcNewsViewAction.work?seqnum=473&gubun=191> 참조, 2014.6.28. 최종방문. 이런 설명은 결국 본문의 이해와 다르지 않다고 할 것이다.

10) Wendl/Scholz, Das Unterhaltsrecht in der familienrechtlichen Praxis, 6. Aufl., C.H.Beck(2004), §2 Rn. 2 참조.

11) 상세한 부분은 Weinreich/Klein hrsg., Fachanwaltskommentar-Familienrecht, 4. Aufl., Luchterhand (2011), § 1603 Rn. 8 ff. (von Michael) 참조.

을 취하지는 않는다. 우리 법에서의 부양의무자의 자격 산정에서도 참고할 만한 부분이 있을 것이다.

한편 부양의무자의 자격 이외의 고려요소도 있다. 부양의무자가 수인을 부양하여야 할 경우 그들 모두를 부양할 자격이 없을 수 있기 때문이다. 첫째, 수인의 부양의무자가 있을 때 민법 제976조는 당사자의 협의 또는 법원이 부양의무자의 순위를 정하도록 한다. 대법원 2012.12.27. 선고 2011다96932 판결에서는 부부와 부모와 혼인한 자녀 간에는 부부가 상호간에 1차적 부양의무자이고, 부모는 2차적 부양의무자라는 기준을 제시하였다. 이를 토대로 해서 보면, 부양의무자에게 수인의 부양권리자가 있을 때 배우자가 우선적 부양권리자이고, 그 후 성년 친족이 차순위 부양청구권을 가질 것이다. 둘째, 개인의 독립성과 자기 책임을 전제한다면, 부양의무는 자기 부양의 필요성을 충족하고 남은 자력이 있을 때 비로소 성립한다고 할 것이다.<sup>12)</sup> 가령 어떤 부모가 자기를 부양할 자력이나 노동력도 없다면 미성년자녀를 부양할 의무 또한 없다고 하는 것이 타당할 것이다.<sup>13)</sup> 셋째, 피부양자로서의 미성년 아동은 피부양자로서의 성년보다 더 보호되어야 함은 사물의 이치상 자명할 것이다. 이상을 토대로 말하면, 먼저 자기를 부양해야 하고, 자력과 노동력이 있을 때 미성년자녀를 부양해야 하고, 그 후에도 남은 자력이 있을 때 배우자를 부양해야 하며, 그 후 남은 자력이 있다면 부모나 성년 자녀를 부양해야 할 것이다.<sup>14)</sup>

12) 앞서 언급한 독일 민법 제1603조 제1항이 이를 명문으로 규정하고 있다. 가령 Wendl/Scholz(위 주 10), §2 Rn. 2 참조. 이와 달리 자기 생계를 유지할 수 없는 경우에도 미성년 자녀에 대한 부양의무가 있다는 논리도 있다. 이에 대해서는 아래 주 14를 참조.

13) 임종효, 양육비청구권에 관한 기초 이론 및 실무상 쟁점, 사법논집 제51집1(2011), 264면도 이런 입장이다.

14) 위 주 8의 다수 국내 학설과 유사하게 일본의 中川善之助는 부양청구권의 2원형론을 주장하였다. 이에 따르면 부양의무를 생활보존·유지적 부양과 생활부조적 부양으로 나눈다. 前者는 자기 생활의 정도와 균일하게 하고 생활의 전면적 보존·유지여야 하는 반면, 後者は 자기 생활의 희생 없이 급여할 수 있는 생활필요비만으로 충분하다고 한다. 부모와 미성년자, 부부 사이에는 前者가, 여타의 친족 간에는 後者の 의

이상과 같은 기준에 따르면, 피부양자의 부양의 필요성을 상한으로 하되, 부양의무자의 부양능력(자기 부양 및 선순위의 부양의무를 제외한 부분) 만큼 부양의무를 이행해야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 성년자에 대한 부양의 필요성에 대해서는 특별한 주의가 요구된다. 모든 성년은 자기의 근로로써 자기 생활을 영위할 것이 기대되고, 이와 같은 기대를 할 수 없는 특별한 사정이 있을 때(가령 장애 또는 질병 등)에만 비로소 부양을 청구할 수 있을 것이다. 이런 부양청구권은 민법 제163조 제1호의 부양료청구권으로서 3년의 단기소멸시효에 걸린다.

## (2) 민법상의 부양의무의 범위와 그 근거

1990년 민법 개정 전에는 부양의무 있는 친족의 범위가 매우 넓었다. 첫째, 직계 혈족 및 그 배우자간, 둘째, 호주와 가족 간, 셋째, 기타 친족 간(생계를 같이 하는 경우에 한한다.)이었다. 이 규정 중 호주와 가족 간의 부양의무가 1990년 삭제된 후 현재까지 친족 간의 부양의무에 관해서는 아무 변화 없이 그대로 유지되어 오고 있

무가 있다는 것이다. 이에 관한 학설의 자세한 소개는 임종효(주 13), 229면 이하 참조. 자기도 부양하지 못하는 부모의 일방이 자기 몫을 쪼개어 배우자와 미성년아동에게 나누어 주는 것이 우리나라 가족의 일반상이겠지만 이는 도덕적인 의무이지 법적 의무는 아니라고 볼 것이다. 이 때에는 국가가 공공부조로서 개입함으로써 그 아동을 보호해야 할 법적 책임이 성립한다고 보아야 할 것이다. 소위 2원형론의 산실인 독일에서도 사정은 변화하였다. 즉 자기 생활에 필요한 부분도 충족시키지 못하는 부모는 미성년아동에 대해서 부양의무를 부담하지 않고, 이 경우 사회부조의 대상이 될 것이라고 한다. Weinreich/Klein hrsg.(위 주 11), § 1603 Rn. 11(von Michael) 참조. 한편 자기 생활에 필요한 부분을 충족하지 못하는 부모 중 일방이 아동을 양육하고 있을 경우, 2007년 부양개정법에 의해 개정된 독일 민법 제1612조의b 제1항 제1호에 따르면, 아동수당(Kindergeld)의 반은 아동을 위해 사용해야 하고, 나머지 반은 양육친의 직접 돌봄 비용으로 구성하고 있다. 이에 대해서는 Weinreich/Klein hrsg.(위 주 11), § 1612b Rn. 63 ff.(von Michael) 참조. 우리나라도 부모에게 자력과 노동력 손상으로 최저생활을 영위할 수 없다고 판단되면 부모 자신과 자녀 모두를 위한 공부조액을 산정하고 있으므로(아래 II 2 참조), 실무에서는 독일과 유사하게 처리된다고 할 수 있다.

다. 한편 친족의 범위에 대해 민법 제777조는 8촌 이내의 부계혈족, 4촌 이내의 모계혈족, 부의 8촌 이내의 부계혈족, 부의 4촌 이내의 모계혈족, 처의 부모, 배우자로 그 범위가 매우 넓은데, 1990년 민법개정으로 친족의 범위를 8촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척, 배우자로 축소하였다. 현재에도 친족의 범위는 8촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척, 배우자이지만, 혈족의 범위가 1990년 민법개정으로 부계혈족주의에서 부모양계혈족주의로 바뀌었기 때문에 결과적으로 친족의 범위는 매우 넓어졌다.<sup>15)</sup>

부양의무 있는 친족의 범위는 일반 친족의 범위보다는 좁지만 핵가족의 현실과는 맞지 않는 면이 많다. 먼저 부양의무 있는 친족에는 다음의 사람들이 있다. 첫째, 부모-미성년자녀, 둘째, 부부, 셋째, 부모-성년자녀, 넷째, 친조부모-친손자녀, 외조부모-외손자녀, 다섯째, 직계혈족과 그 직계혈족의 다른 직계혈족의 배우자(가령 며느리, 사위, 손자며느리, 손녀사위),<sup>16)</sup> 여섯째, 그 밖의 친족 간으로서 생계를 같이 하는 경우<sup>17)</sup> 등이 있다.<sup>18)</sup> 여기서 ‘생계를 같이 한다’는 의미는 엄격하게 해석하는 것이 타당할 것이다. 즉 공통의 생계 재원으로 생활하는 관계에 있을 때라고 해야 할 것이다. 단순히 용돈을 정기적으로 지급한다든지 하는 것만으로는 생계를 같이 한다고 이해하게 되면, 도덕적 의무나 관행을 법적 부양의무로 너무 쉽게 승격시키는 결과가 되어 오히려 친족 간의 관계를 훼손하는 결과가 초래될 것이기 때문이다.

생계를 같이 하는 친족의 범위를 엄격하게 해석하더라도 부양의무 있는 친족의 범위는 상당히 넓다. 이처럼 부양의무자의 범위가 넓은 것은 우리나라 친족 관계의 법

규범과 밀접한 연관이 있기 때문에 무조건 비판할 것만은 아니다.<sup>19)</sup> 우리 상속법은 법정 상속인을 4촌 이내의 혈족으로 보며(민법 제1000조), 직계비속 또는 형제자매의 배우자는 그 직계비속 또는 형제자매를 대신하여 상속받을 수 있으며(민법 제1003조 제2항), 이런 법정상속은 유류분제도를 통해 증여 또는 유언상속에 대해서도 강력하게 보호를 받고 있다(민법 제1112조). 원인, 결과의 선후에 대해서는 다양한 의견이 있을 수 있겠지만, 현상적으로 보면 가까운 친족 간에는 다른 친족의 재산을 상속받을 수 있도록 국가가 보장하기 때문에, 국가가 그 친족 간에 일정한 부양의무를 부과하는 것은 나름 이해할 수 있는 범위의 입법재량이라고 할 수 있을 것이다.<sup>20)</sup>

그럼에도 불구하고 동시에 우리나라는 친족에게 강력한 권한도 부여하고 있다. 신분관계에 개입할 수 있는 여러 권한 이외에도,<sup>21)</sup> 정신보건법 제24조에 따른 동의입원조치를 취할 수 있는 권한이 그 대표적인 예이다. 이 권한은 정신적 질환이 있는 친족에 의해 부양의무를 면하기 위해 악용되는 측면도 있다.

### (3) 중증 발달장애인과 부양의무

중증발달장애인이 성인이 되더라도 부모는 민법 제974조에 따른 부양의무를 부담할 수 있다. 그러나 발달장애인의 형제자매는 발달장애인과 동일한 생계재원으로 생활하는 경우는 쉽게 상정하기 어렵기 때문에,<sup>22)</sup> 그 형제자매는 대부분 부양의무를

15) 민법 제768조는 ‘자기의 직계존속과 직계비속을 직계혈족이라 하고 자기의 형제자매와 형제자매의 직계비속, 직계존속의 형제자매 및 그 형제자매의 직계비속을 방계혈족’이라고 규정하고 있다.

16) 단 대법원은 이 경우 자녀가 사망하였을 때의 며느리나 사위는 자신과의 관계에서 부양의무가 없다고 한다. 대법원 2013.8.30. 자 2013스96 결정 참조.

17) 가령 딸이 사망한 후 사위와 장인·장모 간은 그 사위가 재혼하지 않는 한 친족이지만 생계를 같이 하는 경우에는 상호 부양의무가 있다고 할 것이다.

18) 한 사람이 여러 명을 부양해야 할 경우, 역으로 1명에 대해 여러 명의 부양의무자가 있을 때 그들 간의 우선순위의 문제는 위 (1)을 참조.

19) 영국, 미국의 경우 아동이 성인이 되면 더 이상 부모는 성년아동을 부양할 법적 의무가 없다. 다른 친족은 말할 것도 없다. 그러나 독일민법은 우리와 유사하게 직계혈족 간에는 부양의무를 인정한다(독일 민법 제1601조).

20) 장애인단체에서는 부양의무제 폐지를 주장하고 있는데, 이를 선해하자면 민법상의 부양의무제 폐지를 의미하는 것으로 이해할 것은 아니다. 오히려 사회복지법상의 부양의무제의 부작용을 지적하는 것으로 선해할 수도 있을 것이다.

21) 후견심판 관련 신청권한(민법 제9조 내지 제14조), 혼인취소청구 소제기권(민법 제817조, 제818조), 입양취소청구권(민법 제886조) 등이 그 예이다.

22) 같이 농사를 짓는다든지, 같은 회사를 경영한다든지 하는 경우가 그 예일 수 있을 것이다.

부담하지 않을 것이다. 요컨대 최소한 부모는 중증발달장애인이 성인이 되더라도 민법상의 부양의무를 부담한다고 하는 경우가 적지 않을 것이며, 때에 따라서는 부양의무자의 범위가 조부모에게까지 확대되는 경우도 있다. 현행 민법은 중증발달장애인의 가족에게 많은 책임을 부과하고 있다고 말할 수 있다.

한편 중증발달장애인이 혼인을 한 경우, 그 부부가 독자의 소득으로 생활하기 어려울 수도 있다. 우리 법에 따르면, 이때에도 양가의 부모가 중증발달장애인 부부를 부양할 민법상의 의무를 부담할 수도 있다. 물론 민법 제977조는 '부양의 정도 또는 방법에 관하여 당사자 간에 협정이 없는 때에는 법원은 당사자의 청구에 의하여 부양을 받을 자의 생활정도와 부양의무자의 자력 기타 제반사정을 참작하여 정하도록 하고, 사정변경이 있으면 부양관계를 변경하거나 취소할 수 있기 때문에(민법 제978조), 현실에서는 혼인한 중증발달장애인 부부를 양가의 부모가 부양할 경우가 흔하지는 않을 것이다.

## 2. 사회복지법상의 공공부조

### (1) 국민기초생활보장법과 장애인연금법상의 공공부조

자력으로 생계를 유지하기 어려운 사람의 부양을 더 이상 가족 또는 친족에게만 맡겨 둘 수는 없다. 가족관계가 이미 핵가족 중심으로 변화하였기 때문이다. 국민 보호의무가 있는 국가가 이런 경우 개입함으로써 그 공백을 메울 필요가 있다. 그것이 바로 사회복지법상의 공공부조이다.<sup>23)</sup> 중증 발달장애인이 이용할 수 있는 공공부조의 대표적 예는 국민기초생활보장법상의 급여와 장애인연금법상의 장애인연금이다.

23) 국민기초생활보장법 이외에도 기초연금법상의 기초연금, 의료급여법상의 의료보호, 의료수급권자가 받는 노인장기요양보험법상의 장기요양등급, 장애인연금 등이 공공부조의 성격을 지니고 있다.

a) 먼저 국민기초생활보장법은 “수급자가 자신의 생활의 유지·향상을 위하여 그의 소득, 재산, 근로능력 등을 활용하여 최대한 노력하는 것을 전제로” 하고, 또 “부양의무자의 부양과 다른 법령에 따른 보호”를 우선하게 한 후(동법 제3조), 그럼에도 불구하고 “생활이 어려운 사람에게 필요한 급여를 실시하여 이들의 최저생활을 보장하고 자활을 돕는 것”을 목적으로 한다(제1조). 그러므로 발달장애인의 경우 근로능력이 없고 또 재산도 없을 뿐 아니라, 민법상의 부양의무자가 없거나, 부양의무자가 있어도 부양능력이 없거나 부양을 받을 수 없을 때, 즉 소득인정액이 최저생계비 이하일 때 비로소 국민기초생활보장법상의 수급권이 성립한다(동법 제5조). 또한 수급권은 가구(세대)단위로 보장하는 것을 원칙으로 한다(동법 제4조). 소득인정액 기준은 수급권자 가구의 소득인정액이 가구별 최저생계비 이하여야 한다. 월 최저생계비는 동법 제6조에 따라 매년 보건복지부 장관이 정하여 고시한다. 2014년 고시된 최저생계비는 다음 <표 2>에 기재된 바와 같다.

<표 2> 2014년 국민기초생활보장법상의 최저생계비 (단위: 원/월)

구분	1인가구	2인가구	3인가구	4인가구	5인가구	6인가구	7인가구
2013년	572,168	974,231	1,260,315	1,546,399	1,832,482	2,118,566	2,404,650
2014년	603,403	1,027,417	1,329,118	1,630,820	1,932,522	2,234,223	2,535,925

출처: 2014년도 국민기초생활보장사업안내(보건복지부)

어떤 개인의 월 소득액이 최저생계비에 미치지 못하는가를 판단하기 확인하기 그의 실제 소득이 얼마인지를 산출해야 하는데, 이 때 산정되는 소득의 범위 및 소득산정방식은 동법 제2조 제9호, 동법 시행령 제3조, 동법 시행규칙 제3조에서 규정하고 있다. 다음 <표 3>은 소득인정액 산정 계산식을 간단히 수식으로 나타낸 것이다.

〈표 3〉 국민기초생활보장법상의 소득인정액 산정 계산식

○ 소득인정액 <sup>24)</sup> = 소득평가액 + 재산의 소득환산액
* 소득평가액 = (실제소득 - 가구특성별 지출비용 - 근로소득공제)
* 재산의 소득환산액 = [(재산 - 기본재산액 - 부채) × 소득환산율]

출처: 2014년도 국민기초생활보장사업안내(보건복지부)

재산의 소득환산액 산출식을 조금 더 조금 더 일반화해서, 수급권자의 재산과 부양의무자의 재산이 있을 때 이 재산의 월소득 인정액을 환산하는 비율은 〈표 4〉와 같다.

〈표 4〉 재산의 월 소득인정액 산출시 소득환산율 기준

	주거용재산 가액(임차보증금은 0.95 곱하여 산정)	일반재산 가액(주거용재산으로 인정되는 범위 이외의것)	금융재산	승용차
수급권자	월 1.04%	월 4.17%	월 6.26%	월 100%
부양의무자	월 1.04%	월 4.17%		

출처: 2014년도 국민기초생활보장사업안내(보건복지부)

가령 주택을 소유하거나 임차한 경우 아래 〈표 5〉에서 기재된 지역별 한도액만큼 주거용 재산으로 인정되고, 그것을 상회할 경우 일반재산으로 인정되는데, 이런 재산을 가질 경우 월 소득인정액은 다음과 같이 계산된다.

24) 수식으로 표현하면, 소득인정액 = 월 소득평가액 + 재산의 월 소득환산액이다. 또한 월 소득평가액 = (사업소득, 재산소득, 이전소득 등의 합계) + (근로소득 - 상시 근로소득 공제)이다. 나아가 재산의 월 소득환산액 = [(일반재산 - 기본재산공제) + (금융재산 - 금융재산공제) + (자동차가액) - (부채)] × 재산의 소득환산율(연5%) ÷ 12개월 + (고급자동차, 고가회원권의 재산액)이다.

〈표 5〉 주거부동산을 보유할 경우 소득인정액 산출 예시

주거용재산으로 인정되는 한도	대도시 1억	중소도시 6,800만원	농어촌 3,800만원
주택만 보유시 월 소득인정액	{1억-5,400만원 (기본재산액)} × 0.0104 = 478,400원	{6,800만원 - 3,400만원 (기본재산액)} × 0.0104 = 353,600원	{3,800만원 - 2,900만원 (기본재산액)} × 0.0104 = 93,600원

출처: 2014년도 국민기초생활보장사업안내(보건복지부)

위 예시에서 알 수 있듯이 1인 가구인 장애인이 1억의 주택을 갖고 있다면 월 소득인정액이 478,400원에 해당되어 최저생계비에 미치지 못하고, 따라서 공공부조를 받을 수 있게 된다.

한편 본인의 소득이 없는 것 이외에 부양의무자가 없거나 부양의무자가 있어도 부양능력이 없거나 또는 부양을 받을 수 없어야 수급권자가 될 수 있다(동법 제5조). 여기서 말하는 부양의무자는 수급권자의 1촌의 직계혈족(부모, 아들, 딸 등) 및 그 배우자(며느리, 사위 등)를 지칭한 것이다(동법 제2조 제5호). 일면 민법상의 부양의무자보다는 범위가 좁지만, 자녀 사망 후 재혼하지 않은 며느리와 사위도 포함될 수 있다는 점에서는 범위가 넓을 수도 있다. 부양의무자가 있더라도 '부양능력이 없거나 부양받을 수 없다는 것'의 법적 판단기준은 동법 제5조 제3항, 동법 시행령 제4조 제5조에서 규정하고 있다. 먼저 다부양의무자의 부양능력<sup>25)</sup> 유무를 판단하기 위해서는 부양의무자의 소득과 재산을 고려하여야 한다(동법 시행령 제4조). 부양능력 유무를 판단하는 기본도해는 아래 〈표 6〉과 같다.

25) 예외는 부양의무자가 혼인한 딸, 배우자와 이혼·사별한 딸, 혼인한 딸에 대한 친정부모인 경우이며, 부양의무자 가구의 실제소득이 'B의 130%'를 넘는 경우에도 부양능력 미약에 해당된다.

〈표 6〉 부양능력 유무의 판정에 대한 일반기준(보건복지부, 2014)

부양의무자소득	부양능력 있음	A:수급권자가구의 최저생계비 B:부양의무자가구의 최저생계비
(A+B)x130% 에서185%	부양능력미약 (부양비산정: 30% 또는 15%)	부양능력있음
B의 130%	부양능력 없음	
	재산특례 <sup>26)</sup>	

0                      (A+B)의 42%                      (A+B)의 100%                      재산의소득환산액

위 세로축은 소득기준, 가로축은 재산의 소득환산기준을 나타낸 것인데, 부양의무자의 소득이 최저생계비 130% 미만일 경우 부양능력이 없음을 의미한다. 또 가로축에서 수급권자와 부양의무자의 재산소득환산액이 두 가구의 최저생계비 합계액의 42% 이상이면 부양능력이 있고 그 이하인 경우는 부양능력이 없다.

한편 부양할 수 없는 경우에도 수급권자가 될 수 있는데, 그 의미는 동법 시행령 제5조에서 정하고 있다. 병역법에 따라 소집되거나 해외로 이주하였거나 형기를 치르는 중이거나 실종되었거나 하는 등의 사유가 있는 경우 뿐 아니라, 부양을 거부하거나 기피하는 경우도 부양할 수 없는 경우에 해당된다.

b) 수급권자로 인정된 경우 국민기초생활보장법상의 최저생계비와 최저생계비에 미달하는 가구에 대해 지원하는 현금급여 기준은 아래 〈표 7〉과 같다.<sup>27)</sup>

26) 단, 부양의무자 재산특례는 부양의무자 가구에 근로능력이 있는 가구원이 없거나 또는 재산이 주택에 한정되어 있는 경우에만 적용된다.

27) 현금급여 기준은 최저생계비에서 현물로 지급되는 의료비·교육비 및 타 법령에 의한 지원액을 제외한 금액으로 소득인정액이 전혀 없는 수급자가구가 지급 받을 수 있는 최고금액이다. 수급자에게는 가구규모별 현금급여 기준에서 수급자 가구의 소득 인정액을 제외한 금액을 생계급여·주거급여로 지급하는데, 교육급여, 해산급여, 장애

〈표 7〉 2014년 국민기초생활보장법상의 현금급여기준 (단위: 원/월)

구 분	1인가구	2인가구	3인가구	4인가구	5인가구	6인가구	7인가구
2013년	468,453	797,636	1,031,862	1,266,089	1,500,315	1,734,541	1,968,768
2014년	488,063	831,026	1,075,058	1,319,089	1,563,120	1,807,152	2,051,183

출처: 2014년도 국민기초생활보장사업안내(보건복지부)

위 표에 기재된 금액은 최저생계비에 못 미치는 소득이 있는 사람에 대해 지급될 수 있는 현금급여의 상한선이다. 〈표 2〉의 최저생계비와의 차액은 현물급여로 지급된다. 현금급여의 약 78%는 생계급여이며, 약 22%가 주거급여에 해당된다. 위 표에서 보듯이 최저생계비는 가구 단위로 지급되기 때문에 여러 명의 성인으로 구성된 가구라 하더라도 세대주 명의로 공공부조가 지급된다. 8인 이상 가구의 현금급여는 1인 증가시마다 244,031원이 증가되도록 설계되어 있다(8인 가구: 2,295,214원).

최근 정부에서는 생활을 감당하기 어려운 사람들을 위해 지원수준을 현실화하고 생활능력이 있는 사람들의 탈수급 유인을 강화하기 위해 2014년 10월 기초생활보장 제도를 맞춤형 급여체제로 개편할 계획이라 한다. 주요 내용은 우선 기존 단일화된 최저생계비 기준의 통합급여 체도를 개편하고 생계·주거·의료·교육 등 급여별 특성을 고려하여 지원 대상자 선정기준과 지원수준을 세분화할 계획이다. 또한 급여체계 개편과 함께 부양의무자가 수급자를 부양하고도 중위소득 수준의 생활을 유지하도록 소득기준을 현실화할 계획이다. 이러한 급여체계의 개편 시 지원대상자가 현재 83만 가구에서 최대 110만 가구로 약 30% 정도 증가하며 지원수준도 강화될 전망이다.<sup>28)</sup>

c) 또 다른 공공부조인 장애인연금은 일을 하기 어려운 중증장애인의 생활 안정을

급여, 의료급여는 해당 가구원이 있는 경우 별도 지급한다.

28) '2014년 이렇게 달라집니다' 주요제도 변경사항. 보건복지부(2014). 참조

위하여 매월 일정 금액을 연금으로 지급하는 공공부조제도이다. 중증장애인은 추가적인 비용이 소요될 수 있기 때문에 장애인연금법에서는 일정 소득 이하의 중증장애인에게는 기초급여와 부가급여를 지급하고 있다. 국민기초생활보장법상의 수급자는 장애인연금수급대상자가 된다. 한편 장애인연금 수급대상자가 아닌 장애인은 장애인복지법상의 장애수당을 받을 수 있다. 그 액수는 아래 <표 8>과 같다.

<표 8> 장애수당 및 장애인연금

	장애수당	장애인연금
급여 대상	4~6급 경증장애인	장애등급 1급과 2급 및 3급 중복장애를 가진 장애인
소득 기준	기초생활수급자 차상위계층 (최저생계비 기준 120% 이하)	본인과 배우자의 소득인정액이 선정기준액 이하 (2014 기준)배우자 有 월 1,392,000원 배우자 無 월 870,000원
급여액	기초생활/차상위 : 3만원 차상위 초과 : 2만원	최고 99,100원+a 부가급여 : 기초생활수급자(월 8만원) 차상위계층(월 7만원) 차상위초과(월 2만원)

출처: 2014년 보건복지부 장애인연금 안내(www.bokjiro.go.kr/pension)

정부는 2014년 7월부터 장애로 인하여 생활이 어려운 18세 이상 중증장애인을 위해 장애인연금 대상 확대 및 급여 인상을 추진할 계획이다. 그동안 장애인연금 지원 대상 범위는 18세 이상 중증장애인 소득하위 63% 이하인 자에게 지원하였으나, 소득하위 70% 수준으로 확대할 계획이다. 이러한 계획에 근거하면 현재 32만 7천명에서 36만 4천명으로 대상자가 확대되며, 기초급여액 부분도 현행 9.9만원에서 20만원으로 상향조정될 전망이다.<sup>29)</sup>

29) '2014년 이렇게 달라집니다' 주요제도 변경사항. 보건복지부(2014). 참조

(2) 공공부조와 민법상의 부양의무의 상호관계

앞서 살펴 본 바와 마찬가지로 민법 및 국민기초생활보장법은 일용 자력으로 생계를 유지하기 어려운 사람의 부양책임을 가족 또는 친족에게 우선하여 부담시키고 있다(국민기초생활보장법 제3조). 그러나 상호관계에 대해서는 불분명한 점이 많이 있다. 특히 부양의무자에게 부양능력이 있음에도 불구하고 부양을 거부 또는 회피하거나 그 의무의 존재를 알지 못하는 경우 공공부조가 제공될 수 있지만 국가가 부양의무자에게 비용상환을 청구할 민사법상의 권리가 있겠느냐의 문제가 있다.

a) 위 의문은 민법상의 부양의무 없는 자(또는 제2차적 부양의무자)가 부양의무자(또는 제1차적 부양의무자)를 대신하여 피부양자를 부양한 경우 부양의무자(또는 제1차적 부양의무자)에게 구상할 수 있는가라는 문제와 매우 유사하다.<sup>30)</sup> 이 문제는 양육친이 미성년자녀를 부양한 후 비양육친에게 지출비용을 구상청구하는 사안에서 가장 많이 다루어졌다.<sup>31)</sup> 이 문제를 살펴 보면 시사점을 얻을 수 있다. 결론적으로 말하면, 양육친이 자신의 비용으로만 아동을 양육하거나 제2차적 부양의무자가 친족을 부양한 경우 비양육친 또는 제1차적 부양의무자를 상대로 민법상의 구상권을 행사할 수 없는 것이 원칙이다.<sup>32)</sup>

부양의무를 부담하지 않는 자(또는 자기 부담부분 없는 부양의무자)가 의무 없이 피부양자를 실질적으로 부양한 경우, 그가 부양의무자에게 민법상의 구상권을 행사

30) 여기서 말하는 제1차적 부양의무, 제2차적 부양의무는 수인의 부양의무자가 있을 때 그들 사이에 선순위 의무자라는 의미로 사용한다. 이에 대해서는 위 II 1. (1) 참조.

31) 이 문제는 동시에 유기된 아동을 지방자치단체가 보호한 뒤 부모에게 구상할 수 있는가라는 문제와도 관련성이 있다. 아래 a)에서의 설명하는 민법상의 부양비용상환청구권에 관한 논의는 제철웅(위 주 7), 485-495면에서의 논의를 재구성하였다.

32) 이하의 논의에서는 민법상의 구상이 가능한 사안유형을 다음과 구분하는 것을 전제한다. 첫째, 구상권에 기한 구상이 가능한 경우. 이 때 구상권은 계약에 기한 것일 수도 있고, 법정채권관계에 기한 것일 수도 있다. 둘째, 구상권 유무와 무관하게 변제자대위에 기한 구상도 가능할 것이다. 구상권 없이도 변제자대위가 가능하다는 논리는 제철웅, 구상관계와 변제자대위, 민사법학 제23호(2003.3), 735면 이하 참조.

할 수 있기 위해서는 다음 두 요건이 충족되어야 한다. 첫째, 실질적 부양=재화지출을 직접 원인으로 하여 부양의무자의 부양권리자에 대한 채무가 소멸되어야 한다. 부양의무자의 부양권리자에 대한 채무가 소멸되지 않는다면, 구상의 근거가 없기 때문이다. 그런데 부양의무 없는 자가 제공한 부양으로 말미암아 부양청구권자의 자산(재화 또는 서비스를 포함)이 증가되고 그 결과 부양의 필요성이 없어지거나 줄어들므로써 부양의무자의 채무가 반사적으로 소멸되기는 하지만<sup>33)</sup> 비양육친의 부양채무가 직접적으로 소멸되지는 않는다. 설령 위 첫 번째의 요건이 충족되었다고 하더라도 그것만으로는 부양의무 없는 자의 부양의무자에 대한 구상이 가능하지 않다. 다음 둘째의 요건이 충족되어야 한다는 것이다. 즉 부양의무 없는 자의 실질적 부양으로 말미암아 부양의무자에 대한 증여의 의사 없이 그의 의무를 소멸시킬 의사가 있어야 할 것이다. 가령 자선단체가 자선행위로써 어떤 자의 부양에 필요한 금전을 지급하였다면 이로써 그 자(부양권리자)의 부양의 필요성은 줄어들 것이고, 이로써 그의 부양의무자에 대한 부양청구권이 줄거나 소멸할 것이다.<sup>34)</sup> 그렇다고 해서 그

33) 양육친이 의무 없이 직접 또는 비용을 지출하여 양육한 경우, 아동의 비양육친에 대한 양육비청구권은 소멸되기보다 손해배상청구권으로 전환되지 않는다는 의문이 있을 수 있다. 김형석, 양육비청구권을 자동채권으로 한 상계, 가족법연구 21권 3호(2007.12), 245면에서는 일반적으로 그와 같이 이해된다고 한다. 이런 논리가 성립되기 위해서는 현 시점의 양육비지급의무가 이행되지 않음으로써 부양필요성이 충족되지 못해야 한다. 그래야 이행청구권이 이행불능으로 인한 손해배상청구권으로 전환될 수 있기 때문이다. 그러나 다른 친족이 의무 없이 사실상 양육하거나 양육비용을 지출한 경우 아동의 부양의 필요성이 충족됨으로써(민법 제975조의 요건을 감안할 필요가 있음) 양육비청구권으로써 달성하고자 한 목적이 실질적으로 달성되었기 때문에 양육비청구권이 소멸하였다고 보는 것이 타당할 것이다. 양육의무의 범위를 초과하여 한 양육친의 비용지출 또는 직접 양육의 경우도 동일하다. 이 때 미성년 자녀의 부양의 필요성이 그만큼 줄었기 때문에 그의 비양육친에 대한 양육비청구권도 그만큼 소멸한다는 것이다.

34) 물론 피부양자에게 제3자가 임의로 증여하였음에도 불구하고 피부양자의 부양의 필요성이 줄지 않은 예외적 상황이 있을 수도 있다. Meyer-Götz, Familienrecht, 2. Aufl., Nomos(2011), § 8 Rn. 404(Kofler)에서는, 통상의 부양의 필요성 이외의 다른 용도로 사용하기 위해 지급하는 것이며, 이로써 부양의무자의 의무가 소멸되도

자선단체가 부양의무자에게 민법상의 구상청구권을 행사할 수 없다. 자선단체는 부양의무자에게 구상할 것을 염두에 두고 그의 의무를 대신 이행한 것이 아니기 때문이다.

이상의 논리를 발전시키면, 양육친이 비양육친이 부담하여야 할 부분까지 스스로 감당하여 미성년자녀를 양육한 경우, 그에게 부양의무자의 사무를 관리할 의사가 없었다면, 부양청구권자에 대해 실질적 부양을 하는 자가 임의대위변제를 한다면 모를까(민법 제480조) 그렇지 않은 경우에는 민법상의 구상권이 있다고 하기는 어렵다. 그런데 양육친의 부양에 있어서는 거의 대부분 이런 임의대위의 요건을 갖추지 않을 것이다. 그렇다고 양육친이 양육청구권자에 대해 자신이 채무를 부담하고 있다고 오신하여 채무를 이행하는 경우도 거의 없을 것이므로 부당이득반환청구권이 성립하기도 어렵다.<sup>35)</sup> 부양의무 없이 양육친 또는 친족이 실질적 부양을 하는 것은 친족으로서의 도덕적 책임에 기해 피부양자에 대한 증여의 의사로써 이루어지는 것이 일반적이지, 부양의무자의 사무를 대신하여 처리한다든지, 이로써 부양의무자의 의무를 대신 이행하고 그에게 구상할 의사로써 이행한다고 볼 수는 없다.<sup>36)</sup> 이들 양육친 또는 친족의 행위는 그 동기만 다를 뿐 자선단체의 자선행위와 다를 바 없고, 양자 모두 민법상의 구상권을 갖는 일은 매우 드물 것이다.<sup>37)</sup>

바로 이런 이유 때문에 대법원은 양육친이 비양육친을 상대로 한 가족법상의 구상

록 하는 것이 아님을 표시한 경우에는 부양필요성을 감축시키지 않을 수 있다고 한다.

35) 임종효(위 주 13), 259면에서는 양육친이 아동부양이 자기 의무가 아님을 모르면서 아동을 양육하였다면 민법 제745조에 따라 아동에게 부당이득반환청구를 하여야 하고, 미성년자녀의 비양육친에 대한 양육비청구권은 존속한다고 주장한다.

36) 그러나 이미 양육비분담에 관한 확정판결이 있는 경우 양육친이 비양육친으로부터 양육비를 지급받지 못한 상태에서 자기 부담부분을 초과하여 양육비를 지출하였다면 이는 비양육친에게 구상할 의사로써 그의 채무를 대신 이행하였다고 볼 수도 있을 것이다.

37) 독일법에서도 부양의무의 범위를 넘어서서 부양을 한 양육친이 비양육친에 대해 비용상환을 구할 근거를 논의하면서 민법상의 구상권이 인정되기는 어렵다고 한다. 이에 대해서는 Wendl/Scholz(위 주 10), § 2 Rn. 529 ff. 참조.

권을 인정하며, 그 구상권은, 민법상의 구상권과는 달리, 비용상환을 청구한 때로부터 10년의 소멸시효에 걸린다고 한다.<sup>38)</sup>

b) 민법상의 부양의무자의 부담을 덜어 준 여타 사인(가령 부양의무 없는 양육친 또는 친족) 간의 관계를 위와 같이 구성하게 되면, 민법상의 부양의무(제1차적 부양의무)와 사회보장법상의 공공부조(제2차적 국민보호의무)의 관계가 보다 잘 이해될 수 있다. 즉 저소득층에 대해 공공부조로 현금급여를 한 국가가 그 저소득층에 대해 민법상의 부양의무를 부담하는 자에게 민법상의 구상권을 행사하기는 어렵다는 것이다. 국가는 사회보장법에 따른 국가의 책임 수행을 위해 저소득층에 대해 공공부조를 한 것이지(국민 보호책임의 이행), 부양의무자의 채무를 대신 변제함으로써 그에게 구상할 의도로 공공부조금을 지급한 것이 아니기 때문이다. 물론 공공부조가 있었기 때문에 피부양자의 부양의 필요성이 상당 부분 충족되고, 그 결과 부양의무자의 부양의무가 줄어들겠지만,<sup>39)</sup> 그렇다고 국가가 부양의무자에게 민법상의 구상권이 성립하지 않는다는 것이다. 친족 중 일방이 의무 없이 부양한 경우 그 비용의 상환을 청구하는 사안에서 민법상의 구상권을 인정하지 않았듯이, 이 경우에도 그렇게 처리하는 것이 일관된 논리일 것이다.

c) 바로 이런 이유 때문에 1차적 부양의무 있는 친족에 앞서 국가가 공공부조를 한 경우 친족에 대한 구상관계를 법률로써 세심하게 규정할 필요가 있다. 우리나라의 국민기초생활보장법과 마찬가지로 독일 역시 사회보장법 제12권상의 공공부조는 보

38) 민법상의 구상권은 비용지출의 때 성립한다고 보고 그 때로부터 10년의 소멸시효에 걸리고, 일반 부양청구권은 청구권 성립의 때로부터 3년의 소멸시효에 걸린다. 이에 관한 보다 상세한 논의는 제철웅(위 주 7), 490-491 참조.

39) 독일의 경우, 2007년 부양법개정 이후 아동수당은 부모가 수령권자이지만 아동양육을 위해 지출해야 할 목적론적 구속을 받는 것으로 파악하고, 아동수당을 통해 아동의 부양의 필요성이 감축하는 것으로 파악한다. 이에 대해서는 Weinreich/Klein hrsg.(위 주 11), § 1612b Rn. 50 ff.(von Michael, ) 참조.

충적 의무(제2차적 국민보호의무)로 규정되어 있다.<sup>40)</sup> 이 법에 의한 처리를 참조할 만하다. 독일의 공공부조는 생계급여(Lebensunterhalt), 노령과 소득능력저하로 인한 기본급여(Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung),<sup>41)</sup> 의료보호(Hilfe zur Gesundheit),<sup>42)</sup> 장애인사회통합급여(Eingliederungshilfe für Behinderte Menschen),<sup>43)</sup> 기초요양급여(Hilfe zur Pflege),<sup>44)</sup> 특별한 사회적 곤란 극복을 위한 지원(Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten), 기타 생계지원(Hilfe in anderen Lebenslagen) 등으로 구성되어 있다.

그런데 사회보장기관이 의료보호, 장애인 사회통합급여, 기초요양급여, 특별한 사회적 곤란 극복을 위한 지원급여를 한 경우, 그 수급자가 사회보장기관이 아닌 제3자(여기에는 부양의무자, 가해자 등이 모두 포함될 수 있다)에 대해 청구권을 가지고 있었고, 그들이 의무를 제 때 이행하였다면 공공부조가 지급되지 않았어도 되었고 판단된다면, 공공부조를 한 사회보장기관은 서면으로 수급자의 제3자에 대한 채권이 이전되었음을 알리고 구상할 수 있다(동법 제93조 제1항). 수급자, 그 배우자 및 혼인하지 않은 자녀에 대해 지급한 생계급여와 기초노령급여 및 장애급여에 대해서도 구상할 수 있게 한다.<sup>45)</sup> 한편 동법 제94조는 민법상의 부양의무자에 대한 수급

40) 독일 민법 제1601조는 친족간의 부양에 대해 직계혈족 간에 상호 부양의무가 있다고 규정한다. 부모-자녀, 조부모(외조부모)-손자녀(외손자녀) 간에 부양의무가 있는 셈이다. 그 밖의 방계혈족 간에는 부양의무가 없다. 한편 사회보장법 제12권 제2조는 공공부조의 제2차적 성격을 규정하고 있다. 상세한 것은 Schellhorn/Hohm, SGB XII, § 2 Rn. 1-4 참조.

41) 이 급여는 12개월 동안 지급되며, 다시 신청할 때에는 재심을 거친다고 한다(제44조).

42) 의료보호는 예방적 의료보호, 질병보호, 가족계획보호, 임신 및 모성 보호, 불임 시술 보호 등으로 구성되어 있다(제47조).

43) 장애인의 사회통합을 위한 보조로서 일자리 취득 및 유지를 위한 지원, 구직상담, 직업훈련, 이동보조 등이 포함될 수 있다(제54조).

44) 신체적, 정신적 장애로 시설에 거주해야 할 경우 그 지원이 여기에 해당된다(제61조 내지 제66조). 주거요양, 보조수단, 일시 거주시설 요양, 지속적 거주시설 요양 등이 여기에 해당된다.

45) 사회보장법 12권 제93조는 공공부조로 충당하고자 하는 급여와 동일성 있는 사회보장급여청구권, 계약상의 청구권, 불법행위법상의 청구권 등을 대상으로 한 것이다.

자의 부양청구권도 공공부조를 지급한 사회보장기관의 지급비용을 상한으로 해서 이전될 수 있게 한다. 이 때 부양의무자에 대한 재산정보제시 청구권도 이전되도록 한다(제94조 제1항). 제94조는 법정 채권양도를 통한 부양의무자에 대한 구상권을 규율한 것이다. 그런데 사회적정책 고려 하에 이런 법정채권양도를 규율하였기 때문에, 1촌 직계혈족에 한정해서 구상의무를 부담하도록 하였다(제94조 제1항 제3문).<sup>46)</sup> 한편 부양의무를 부담하는 1촌 직계혈족이라 하더라도 그가 현재 부양의무를 이행하고 있는 경우에는 법정채권양도에 의한 구상에서 제외하며(제94조 제1항 제2문), 또 임신부에 대한 공공부조, 6세 미만의 아동을 양육하는 어머니에 대한 공공부조는 법정채권양도에 의한 구상에서 제외된다(제94조 제1항 제4문).<sup>47)</sup> 나아가 법정채권양도에 의한 구상의 범위에도 제한을 두고 있다. 즉 성인 장애인의 부모에 대한 부양청구권의 경우 그 장애인이 사회통합 부조를 받거나 거주시설에 있는 등의 사유로 요양부조를 받을 경우 월 26 유로만 이전된다. 생계급여를 받는 경우에는 월 20 유로만 이전된다(제94조 제2항). 물론 부양의무자가 생계급여를 받는 경우에도 구상에서 제외된다(제94조 제3항 제1호). 그 밖에 구상이 개별적으로 가혹하다고 판단되는 경우에도 면책될 수 있다(제94조 제3항 제2호).

한편 독일법상 과거의 부양청구권은 이행지체에 빠지거나 소송이 제기된 이후에나 청구할 수 있는데,<sup>48)</sup> 이미 지출된 수급비를 법정채권양도에 의해 구상할 경우 결국 부양청구권을 행사하게 되는데 이를 어떻게 행사할 수 있는지가 문제된다. 제94조 제4항은 서면으로 부양의무자에게 통지한 이후부터 구상할 수 있고, 민법상의 부양청구권의 기간 내에서만 청구가 가능하도록 하고 있다(제94조 제4항). 향후로도 공공부조를 지속해야 할 필요성이 있을 경우 이제까지 지급한 부분만큼 장래의 부분도 청구할 수 있다(제94조 제4항). 공공부조를 급여한 사회보장기관은 부양청구권을 원래의 부양청구권자에게 양도하는 것도 가능하다(제94조 제5항).

46) Rothkegel/Münder, Sozialhilherecht, Nomos, 2004, S. 499 참조.

47) 이는 1992년 임신부부조 및 가족부조법에 의해 도입된 이래 현행 사회보장법 제12권에도 그대로 유지되고 있다고 한다. Rothkegel/Münder(위 주 46), S. 499 참조.

48) 이 부분은 Rothkegel/Münder(위 주 46), S. 505 참조.

d) 이에 반하여 우리의 국민기초생활보장법 제46조는 매우 조심스러운 태도를 취하고 있다.<sup>49)</sup> 동조 제1항은 '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.'고 규정함으로써 사회보장기관의 재량적 판단에 맡기고 있다. 대신 '속임수나 그 밖의 부정한 방법으로 급여를 받거나 타인으로 하여금 급여를 받게 한 경우에는 보장비용을 지급한 보장기관은 그 비용의 전부 또는 일부를 그 급여를 받은 사람 또는 급여를 받게 한 자(이하 "부정수급자"라 한다)로부터 징수할 수 있다.'고 함으로써(동조 제2항), 허위 외관을 창출한 경우에는 지출한 비용을 징수할 수 있도록 한다. 그 절차에 대해서는 동조 제3항에서 '제1항 또는 제2항에 따라 징수할 금액은 각각 부양의무자 또는 부정수급자에게 통지하여 징수하고, 부양의무자 또는 부정수급자가 이에 응하지 아니하는 경우 국제 또는 지방세 체납처분의 예에 따라 징수하도록 한다. 정부의 국민기초생활보장사업 안내서를 보면, 부양을 악의적으로 거부하거나 회피하는 경우에는 지방생활보장위원회의 심의·의결을 거쳐 보장비용을 부양의무자에게 징수할 수 있다고 한다. 그러나 "악의적"이라는 것에 해당되는 사안은 극히 이례적인 것이어서 부양능력이 있더라도 여러 사유를 들며 피부양자를 유기한 경우에는 비용징수가 현실적으로 쉽지는 않다는 한계가 있다.

e) 이상의 논의를 토대로 하면, 친족의 부양의무와 국가의 보호의무의 관계를 재정립해서 부양의무자가 부양의무를 이행하지 않는 경우 국가가 먼저 공공부조를 하고 부양의무자에게 보다 더 적극적으로, 그러나 제한된 범위에서 구상할 수 있도록 하는 것이 바람직할 것이다. 현행 국민기초생활보장법 제46조에서처럼 비용징수가능성을 확보하는 것에 그칠 것이 아니라, 비용상환청구권이 국가에게 있음을 명문으로

49) 아동복지법 제60조는 지방자치단체가 아동 보호에 비용을 지출한 경우 부양의무자에게 비용상환을 받을 수 있는 근거를 두고, 동법 시행령 제55조에서 그 내용을 정하고 있다.

규정하는 것이 바람직하다는 것이다. 요보호 국민에 대한 시민사회 스스로의 부양책임과 국가의 보호책임 간의 분담이 필요하기 때문이다. 대신 구상의무자의 범위에 민법상의 부양의무자보다는 더 엄격한 제한을 둘 필요가 있다는 것이다. 그 범위는 직계 1촌의 혈족 및 혼인관계가 유지되는 직계 1촌의 인척간에 국한하여야 할 것이다. 국민기초생활보장법상의 부양의무자의 범위를 인척인 사위와 며느리도 포함시키는데, 그 범위가 더 축소되어야 한다는 것이다. 나아가 구상청구권의 행사기간, 구상의 한도와 상한을 공공부조의 각 유형, 수급자의 상황을 고려하여 세부적으로 설정하는 것이 바람직할 것이다. 어떤 경우이든 민법상의 부양의무의 범위 그리고 국가가 지출한 비용의 범위 내에서 일정 한도까지를 구상할 수 있게 하는 규정을 두어야 할 것이다.

### 3. 중증발달장애인을 둘러싼 법적 환경에서의 공백

#### (1) 부양의무의 과중으로 인한 부양 포기과 기초생활수급자 만들기

성인인 중증발달장애인의 부모들이 국민기초생활보장법상의 부양능력이 있다고 인정되는 한 중증발달장애자녀를 스스로 돌보아야만 한다. 국민기초생활보장법상의 관점에서 볼 때 부모가 부양능력 있다고 판단된 경우 그의 부담을 덜어 주는 제도는 위 [표 8]의 장애수당, 장애연금과 부모 소득공제에 반영되는 장애인특별공제가 있을 뿐이다. 그 액수는 매우 미미하다. 따라서 중증발달장애자녀의 생활상의 여러 수요(의료, 특수교육과 훈련 등등)를 감안하면 부모의 심리적 부담이 매우 큰데도 불구하고 경제적인 부담마저 매우 무거워 감당할 수 있는 범위를 벗어날 수도 있을 것이다. 반면 부모가 성인이 된 중증발달장애인의 부양을 포기하고 장애자녀에게 재산을 전혀 남겨 두지 않게 되면 그 자녀는 기초생활수급자로 국가에 의한 보호를 받게 된다. 부모 또는 친족이 중증발달장애인을 기초생활수급자로 전락시키기 위해 그를 재산 없는 상태로 만들면, 그 장애인에 대한 공공부조가 지급되더라도, 앞서 살펴본 바와 같이 부양의무자를 상대로 한 공법상의 구상권을 행사할 수 있는 기준이 없기

때문에 부모는 사실상 아무런 제재 없이 지낼 수 있다는 것이다.

위 양 극단만 존재하기 때문에 심지어 부모조차도 후자의 선택을 하고자 하는 사례가 드물지는 않다.<sup>50)</sup> 부양의무는 독일법과 유사하게 넓게 인정하지만, 앞서 살펴본 것처럼 공공부조와 민법상의 부양의무의 관계에 관한 법적 규율에 공백이 적지 않고, 양자 간의 큰 차이를 메워줄 중간지대가 존재하지 않기 때문이다. 그 결과 상속이 있기 전에 미리 상속재산을 처분하여 발달장애인에게 상속재산을 남겨 두지 않는 일이 드물지 않게 발생한다. 이런 행위의 이면에는 의사결정능력이 부족한 중증발달장애인은 권리의식, 인권의식도 부족하거나 없을 것이라는 오해도 자리잡고 있다. 그러나 무의식 상태의 환자에 대해서도 응급상황이 아닌 한 그의 동의 또는 그의 동의를 갈음하는 후견인의 동의 또는 법원의 동의 없이 신체침습적 치료행위를 하는 의사가 그 치료행위 자체가 폭행 또는 상해라는 이유로 형사처벌을 받고 또 위자료를 지급하여야 한다는 외국의 판결례를 접하면,<sup>51)</sup> 이런 인식은 법적으로는 많은 문제가 있다. 의사결정능력이 부족하거나 없더라도 모든 개인은 인간으로서의 존엄을 가지기 때문에 그에게 부여된 권리를 적법절차를 거치지 않고는 침해해서는 안 될 것이다.

#### (2) 친족 간의 재산범죄에 대한 면책

이와 더불어 기초생활수급비를 받는 발달장애인이 약간의 재산을 모아서 기초생

50) 필자가 수행하는 보건복지부의 '발달장애인을 위한 후견지원사업' 중앙지원단 업무 수행 중 상담 내용 중에는 위와 같은 의도를 드러내는 경우도 드물지 않다. 신안염 전 강제노동 피해자들은 이런 사회현상의 한 단면을 드러낸 것일 뿐이다. 노예 12년, 함께걸음 301호(2014.3) 기사; 조문순, 장애인의 눈물과 체념으로 만든 '신안소금', 함께걸음 303호(2014.5), 32면 이하의 사실보고서 등 참조. 발달장애인의 재산보유에 대해 가족만이 아니라 심지어 장애인 복지 관련 단체에서 활동하는 이들 역시 이런 인식이 드물지는 않다는 것은 숨길래야 숨길 수 없는 사실이다.

51) 이에 대해서는 제철용, 영국법에서 의사결정무능력 성인의 보호제도의 역사적 전개와 2005년의 정신능력법의 특징, 비교사법(2010.12), 231면 이하 참조.

활수급자의 지위를 상실하게 될 위험이 있으면 부모 또는 여타의 친족이 나타나 발달장애인의 재산을 가로채어 기초생활수급자의 지위를 상실하지 않도록 하기도 한다. 이런 행위를 하는 부모나 친족들은 이것이 범죄행위라는 의식이 없고, 오히려 기초생활수급자의 지위를 유지해 주기 위한 조치라고 변명하는 경우가 많다. 이런 행위를 가능하게 해 주는 것이 바로 형법 제328조, 제344조, 제354조, 제361조, 제365조 등이다. 형법은 직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자 간에는 권리행사 방해죄, 절도, 강도, 사기, 공갈, 횡령, 배임, 장물죄 등에 대해 형을 면제한다. 그 밖의 친족 간에는 위 범죄에 대해 친고죄를 적용한다. 중증발달장애인이 자기 의사로써 고소를 하기 어렵기 때문에 친족에 의한 발달장애인을 대상으로 한 범죄가 처벌되지 않고 지속된다. 설령 이 경우 가족 아닌 제3자가 후견인으로 선임되었다 하더라도 후견인이 가족 또는 친족을 상대로 피후견인을 대신하여 고소하는 것을 기대하기는 어렵다. 가족, 친족임을 내세워 제3자가 가족문제에 개입한다는 항의가 있을 것이기 때문이다. 현재 보건복지부에서 수행하는 '발달장애인을 위한 후견지원사업'을 통해 선임되는 공공후견인이 그 허점의 일부를 메워 줄 수 있다 하더라도, 거기에는 많은 한계가 있을 수 밖에 없다. 시민으로 구성된 공공후견인이 친족을 상대로 피후견인의 권리를 행사하기가 만만치 않고, 더구나 정부 사업이기 때문에 정부가 가족문제에 지나치게 개입한다는 반발을 불러 일으킬 수도 있기 때문이다.

이상과 같은 이유 때문에 현재의 법적 환경, 즉 부모 또는 친족에 의한 부양의무의 부담 또는 국가의 공공부조에 의한 기초생활의 보장 사이에 아무런 중간지대가 없기 때문에 발생하는 부모 부담의 과중으로 말미암아, 외려 부모 또는 친족 등이 성인 발달장애인의 부양을 아예 포기하는 극단적 선택으로 유도하는 법환경이 조성되는 셈이다. 이를 개선할 수 있는 다른 방도를 찾아야 할 것이다.

### III. 미국의 특별수요신탁(Special Needs Trust)의 시사점

#### 1. 특별수요목적 신탁의 개요

(1) 장애인은 사회보장법(the Social Security Act)상의 공공부조인 보충사회보장급여(Supplemental Security Income Benefit),<sup>52)</sup> 장애연금(Social Security Disability Income),<sup>53)</sup> 의료보험급여(Medicare),<sup>54)</sup> 의료보호(medicaid)<sup>55)</sup>의 수급권자가 될 수 있다. 그러나 이는 모두 기본적 지원이기 때문에 장애인의 경우 이를

52) 이는 연방법인 사회보장법 제16장에 근거한 것(42 U.S.C. §§1381)으로 시행세칙은 20 CFR §416.101에 의해 규율되며, 사회보장관청(Social Security Administration)의 기준인 Program Operation Manual System(일명 POMS)에 따라 처리된다. 이 공공부조는 65세 이상이거나 장애인이어야 수급자격이 있으며 자산조사를 토대로 해서 지급된다. 소득은 월 674달러 이하여야 하고, 자산은 1인 기준 2,000달러 이하(2인 가구 3,000달러)여야 한다. 자산에서 제외되는 것으로 거주주택, 제한된 범위의 가재도구, 자동차, 장지, 1,500달러 상한의 장례비용 등이다.(20 CFR §416.1210(2010)). 그 밖의 자세한 것은 Umar Moulta-Ali, Supplemental Security Income (SSI): Income/Resource Limits and Accounts Exempt from Benefit Determinations, Congressional Research Service, 2013. 1; Ryther P. Lacey, Special Needs Trusts, Georgia Bar Journal vol. 16 Nr. 2 (2010, November), pp. 18 참조.

53) 장애연금은 일정 기간 이상 근로를 하면서 본인 기여금과 사용자 부담금을 납부한 자로서 장애인이어야 한다. 42 USC 416(i)(3), 423(c)(1)(B); 20 CFR §110, §434.130-132, §404 참조. 장애연금은 근로자의 과거 소득을 기반으로 하여 지급되기 때문에 자산조사를 수반하지 않는다. 장애연금이 공공부조인 보충사회보장급여(SSI)에 미달되면 그 금액 만큼 SSI를 지급받는다.

54) 의료보험급여는 사보험과 유사하게 본인 기여금에 따라 지급되는데, 연방법에 근거한 의료보험제도로 65세 이상 또는 최소 2년 이상 장애연금 수령을 받았던 65세 이하인 자에게 지급된다. 42 CFR §406.12 참조. 또한 의료보험급여는 장애인 근로소득자, 퇴직 근로소득자, 또는 사망 근로소득자의 성인발달장애 자녀도 지급받을 수 있다. 42 USC §1383c(c) 참조.

55) 의료보호는 연방 및 주 재정으로 지원되는 제도로 일반적으로 공공부조인 보충사회보장급여 수급권자는 수급자격을 가지고 있다. 42 U.S.C. 1396 이하 참조.

초과하는 특별한 수요가 있기 마련이다. 이런 특별수요충족을 위한 다양한 제도 중 가장 주목받고 있는 것이 특별수요신탁(Special Needs Trust=SNT)이다. 이는 장애인이 자기 재산을 신탁의 형태로 보유하더라도 자산조사에 기초한 공공부조인 보충사회보장급여 및 의료급여의 수급자의 지위를 유지할 수 있기 때문이다. 법리적으로 보면, 특별수요신탁에 포함된 장애인의 재산 등이 장애인이 가용할 수 있는 자산에 포함되지 않기 때문에 가능한 것이다.<sup>56)</sup>

(2) 신탁으로 재산을 보유하더라도 공공부조의 수급자격을 유지할 수 있게 해 주는 특별수요신탁에는 자기출연 특별수요신탁(self-settled SNT), 집합 특별수요신탁(pooled SNT), 제3자 출연 특별수요신탁(third party SNT)이 있다고 한다. 그 중 미국 연방 사회보장법에서 직접 규율하는 것은 앞의 두 가지 이다. 그런데 연방 사회보장법(42 USC 1396pD(4))에는 모두 세 가지의 특별수요신탁을 규율하고 있다. 첫째, 자기출연 특별수요신탁으로, 이는 65세 이하의 장애인<sup>57)</sup>의 부모, 조부모, 장애인의 후견인, 법원에 의해 장애인을 위해 창설된 신탁이어야 하며, 장애인인 수익자가 사망한 후 신탁 잔여액이 있을 경우 그 장애인을 위해 지출한 의료보호 액수만큼 국가에 반환한다는 내용(pay-back clause)이 신탁서에 포함되어야 하는 신탁이 있다. 흔히 (d)(4)(A) 신탁이라고 명명하는데, 보통 가족구성원이 수탁자가 되

56) 우리나라 신탁법에 따르면 사익신탁일 경우 수익자의 수익권은 당연히 취득하고(제56조), 이런 수익권 중에는 신탁행위로도 제한할 수 없는 것들이 다수 있다(제61조). 이 점에서 보면 우리나라 사익신탁은 수익자의 재산권이라 할 수 있다. 그러나 보통법에서는 사익신탁이라 하더라도 수익자가 형평법상의 소유권(equitable ownership)을 보유하지 않는 재량신탁(discretionary trust)도 인정된다. 이에 대해서는 Moffat, Trusts Law, 5<sup>th</sup> edition, CUP, pp. 249 참조. 특별수익신탁도 이런 재량신탁의 일종인 셈이다.

57) 여기서의 장애인이란 미국 연방법 사회보장법(42 U.S.C.) 제1382c(a)(3)(A)에서 의미하는 장애인을 말한다. 즉 “의학적으로 특정할 수 있는 신체적 정신적 손상으로서 지속적 또는 12개월 이상 동안 지속됨으로써 의미 있는 소득활동을 할 수 없는 자”를 의미한다.

기도 한다.<sup>58)</sup> 둘째, 연금, 사회보장급여, 기타 개인 소득으로 신탁재산을 구성하고 수익자인 장애인이 사망한 후 신탁재산에 잔여액이 있을 때 장애인을 위해 지출한 의료보호 급여액만큼 국가에 반환할 것을 조건으로 한 신탁도 있다. 이른바 (d)(4)(B) 신탁인데, 이는 장기요양급여에 소득제한을 두고 있는 일부 주에서 활용되기도 하는데, 이 신탁을 특별수요신탁으로 이용하는 경우는 드물다고 한다. 셋째, 장애인을 수익자로 하되, 비영리신탁회사가 수탁자로서 개별 장애인이 맡긴 신탁 원본을 집합시켜 재산을 운영하는 특별수요신탁으로서, 수익자인 장애인이 사망한 후 개별 수익자의 계좌에 잔여액이 있을 때 장애인을 위해 지출한 의료보호 급여액만큼 국가에 반환할 것을 조건으로 한 신탁이 있다. 이를 집합 특별수요신탁이라고 하기도 하며, (d)(4)(C) 신탁이라고 하기도 한다.<sup>59)</sup> 이들 신탁재산은 모두 공공부조나 의료보호에서의 재산평가에 포함되지 않을 수 있다.<sup>60)</sup> 이상의 신탁은 모두 장애인인 수익자의 재산으로 신탁을 설정한 것이다. 그런데 제3자의 재산으로 특별수요신탁을 설정할 수도 있다(Third Party SNT).<sup>61)</sup> 이 신탁은 연방법에 직접 규율되지는 않지만,

58) 이는 위탁자가 부모, 조부모 또는 법원이며, 수익자가 보유하는 재산만이 신탁재산이 될 수 있다. 수익자가 65세 이하의 1인인 장애인이며, 수탁자는 수익자 이외의 누구라도 될 수 있다. 통상 수탁자는 부모나 조부모가 된다고 한다. 신탁재산으로는 공공부조로 지급될 수 없는 것에만 지출할 수 있다는 문구가 포함되어야 하며, 수익자에게 현금을 지급할 수 없다. 수익자 사망 후 잔여재산이 있다면 국가가 수익자에게 지출한 의료보호 및 장기요양급여 해당분 만큼은 국가에 반환해야 한다.

59) 신탁재산은 수익자 재산이어도 되며, 제3자 재산이어도 무방하다고 한다. 다만 수익자 재산일 경우 배분이 가능하고, 제3자 재산일 경우 환급은 되지 않는다고 한다. 가령 신탁재산이 100,000 달러 이상일 경우 당사자 특별수요 신탁이 낮고, 그 이하면 집합 특별수요 신탁이 낮다고 한다.

60) 신탁재산에서 잔여액이 있을 때 의료보호제공자에게 지출액만큼 반환하도록 하지만, 공공부조인 생계부조(SSI)는 반환하도록 하지 않는다. 그 밖에 특별수요 신탁의 개요는 권종호/이중기, 장애인신탁의 활성화 및 발전방안에 관한 연구, 2013.8.6, 보건복지부 연구용역보고서, 59면 이하 참조.

61) 누구라도 설정할 수 있고, 수익자는 장애인이어야 한다. 신탁재산은 수익자 이외의 자의 재산이어야 하고, 출연자에게 환급은 인정되지 않는다. 수익자가 사망하면 잔여재산은 배분될 수 있다.

연방 사회보장관청의 업무지침인 POMS에 따라 이 신탁도 일정 요건이 충족되면 수익자인 장애인의 자산에 포함시키지 않기 때문에 특별수요신탁으로 분류된다. 이 신탁은 장애인이 사망한 후 잔여재산이 있더라도 국가에 그 금액을 반환할 필요는 없다.

(3) 이상의 특별수요신탁이 장애인의 자산에 포함되지 않기 위해서는 엄격한 요건을 모두 충족해야 한다. 첫째, 신탁법의 관점에서 보면 이 신탁은 철회불가능한 신탁이어야 하며 동시에 모두 절대적 재량신탁이어야 한다. 이를 통해 수익자는 신탁 원본 또는 수익에 대해 재산적 권리를 갖지 않게 된다. 달리 말하면 수탁자가 신탁의 목적인 수익자의 특별수요의 충족이라는 이익에 가장 부합한다고 판단될 경우 수익자에게 필요한 물품을 구입할 수 있게끔 신탁 원본 또는 수익을 활용할 재량을 가지고 있다는 것이다. 동시에 이 신탁의 수익권은 수익자가 양도할 수도 없고, 수탁자의 채권자가 공취할 수도 없다. 그 점에서 이 신탁에는 낭비자 조항(Spendthrift clause)<sup>62)</sup>이 포함되어 있어야 한다. 둘째, 신탁 원본 또는 수익이 수익자에게 재산적 가치 그 자체로 인정되지 않고, 오로지 수익자의 특별수익에 충당되도록 하기 위해서는 수익자에게 현금으로 지급되어서는 안 되며, 현물 또는 서비스를 지급하는 자에게 수탁자가 직접 비용을 지급해야 한다. 또한 수익자에게 지급되는 물품 또는 서비스가 공공부조인 보충사회보장급여의 지급대상일 경우에는 그 범위만큼 보충사회보장급여가 축소될 수 있다. 셋째, 신탁 원본 또는 수익에서 물품 또는 서비스가 수익자에게 지급되면 그 범위의 가액만큼 소득이 있는 것으로 취급하여 소득세가 부과될 수 있게 한다. 이렇게 함으로써 다른 소득자들과의 형평도 충분히 고려하고 있다. 신탁설

62) 낭비자신탁이라고도 하는데 이런 신탁은 영국법에서는 1811년 이래 인정되지 않는다고 한다. 이 점은 Rounds, Jr/Rounds, III, Loring A Trustee's Handbook, 2008, Wolters Kluwer, pp. 254 참조. 그러나 미국법에서는 공서양속(public policy)에 부합한다고 인정되는 한 낭비자신탁도 인정된다고 한다. 가령 Richard E. Davis/Stanley C Kent, The Impact on the Uniform Trust Code on Special Needs Trusts, Naela Journal, 2005 vol. 1 nr. 2, pp. 239 참조.

정에 있어서 위의 요건이 모두 충족될 수 있도록 신탁서를 작성해야 하고, 수탁자가 위 요건을 모두 준수해야 하기 때문에 문외한이 수탁자로서 활동하기는 쉽지 않다고 한다.

(4) 특별수요신탁 중 중산층 이하의 장애인들이 특히 관심을 가질 수 있는 것이 집합 특별수요신탁이다. 여기서는 미주리 주의 집합 특별수요 신탁에 관하여 간단히 소개한다.<sup>63)</sup> 중산층 가족 또는 장애인은 영리 신탁회사를 통해 신탁을 창설하기는 쉽지 않다. 미국 금융권에서는 자산이 250,000 달러나 500,000 달러가 되지 않으면 신탁을 받아 주지 않는다고 한다. 이 금액 이하일 경우 신탁관리비용이 신탁재산으로부터 나온 수익을 초과할 수 있기 때문이다. 따라서 장애인의 요양 및 돌봄 목적으로 신탁 수익을 지출하고자 하는 특별수요목적 신탁은 신탁재산을 집합시킨 신탁인 경우가 많다(pooled special needs trust). 즉 여러 개의 신탁재산을 투자 목적으로 합하여 관리하는 신탁이다. 각 개별 신탁의 수익자들은 자신의 계정을 가지고 있지만, 신탁재산은 모두 합쳐서 관리하는 것이다. 여기서는 미주리 가족신탁(Missouri Family Trust)을 간단히 소개한다.

미주리 가족신탁은 장애인의 개인적 수요를 충족시키기 위해 개설한 신탁을 관리하는 수탁자로 장애분야 전문집단이다. 이 신탁기관은 미주리 주법에 의해 뒷받침되며, 장애인과 그 가족이 장애인의 돌봄을 목적으로 창설한 신탁을 관리한다. 미국에서는 통상의 신탁인 경우 수탁자는 관리비로 최소 연간 2,500달러에서 5,000달러를 부과하며, 이런 신탁은 대개 변호사의 조력을 받아 창설하기 때문에 변호사비용이 추가적으로 지출된다. 그런데 미주리 가족 신탁은 창설비용이 500달러, 매년 관리비가 350달러, 10,000 달러까지는 자산운용관리비용이 관리 자산의 1.5%, 10,000 달러 초

63) 이 부분의 설명은 미국 신탁법의 대가인 English 교수의 논문, the Missouri Family Trust as a Possible Model for Japan, 2011.6. 일본에서의 공개강연 자료를 기초로 요약한 내용이며, 이 자료는 English 교수가 한국에서도 참고가 될 것이라고 하면서 필자에게 보내준 것이다. 이 자리를 빌려 감사를 표한다.

과시마다 0.9%를 부과한다고 한다. 상대적으로 매우 저렴한 신탁관리비가 소요된다. 미주리 가족신탁은 장애전문가이지만, 투자전문가는 아니다. 따라서 집합 신탁자산을 투자 목적으로 관리하기 위해 가장 실적이 좋은 신탁 은행을 활용한다. 한편 미주리 가족 신탁은 장애인 가족을 공동수탁자로 지정할 수 있도록 함으로써 신탁재산 관리에 가족의 참여를 보장하기도 한다. 미주리 가족신탁은 수익자의 사망 등으로 신탁이 해소될 경우, 잔여 신탁재산의 일부는 장애인을 위해 봉사하는 공익신탁에 이전하도록 한다. 장애인을 위해 사용하고 남은 자산의 25%가 장애인을 위해 활동하는 공익 신탁에 이전된다고 한다.

## 2. 특별수요목적 신탁재산의 사용처

특별수요신탁에 포함된 원본 및 수익은 공공부조나 의료보호에 의해 충당될 수 있는 급여 목적을 위해서는 지출되지 않는다. 대신 그것을 초과한 다른 특별한 목적을 위해서만 사용된다. 또한 앞서 언급한 것처럼 수익자에게 현금으로 지급되어서도 안 된다. 대신 물품 및 서비스제공자에게 직접 대가가 지급되어야 한다. 이 때 허용될 수 있는 지출처를 보면, 레크레이션 활동 또는 직업 관련 활동, 취미활동과 휴가, 수익자를 위한 전문가의 서비스(상담, 변호사비용 등등), 애완동물 또는 인도견 등의 취득과 유지 비용, 수탁자가 주택을 취득하고 그 임대료를 수익자가 지불할 경우 그 비용, 의료보험, 생명보험, 자동차 구입 및 유지 비용 등이 그 예이다.<sup>64)</sup> 요컨대 의료 보호 등에 포함되지 않는 진단, 치료, 치과치료, 수탁자의 권유에 의해 받는 의료적

64) Zook/Crown/Drucker, Utilization of Special Needs Trusts for disabled Loved One, Journal of Business & Economics Research, May 2008, pp. 48 참조. 결국 신탁서 작성자가 지출될 수 없는 것 이외에는 얼마든지 폭넓게 작성할 수 있다고 한다. 즉 어떤 곳에 지출할지에 대해 수탁자가 재량을 갖고 있다는 것이다. 아리조나에 있는 Secured Futures 비영리신탁회사가 제시한 예시를 보면, 변호사비용, 컴퓨터 구입, 교육비, 후건비용, 예능비용, 보험금, 직업훈련, 의료장비, 물리치료비용, 개별 상담, 애완동물 돌봄 비용 등등이 포함될 수 있다고 한다(<http://www.securedfuturestrust.org/forms> 참조, 2014.7.10. 최종방문).

처치, 보완적 요양서비스, 재활 및 직업 관련 치료 목적의 요양서비스, 공공부조에 의해 제공되는 거주시설 비용과 사설 주택 또는 그룹홈 비용 간의 차액, 수익자에게 적합한 보호프로그램으로서 사회보장에 의해 제공될 수 없는 것, 수익자의 육체적, 정신적, 심리적 안정 및 개선을 목적으로 한 여행 등, 기타 법에 의해 허용된 지출, 수탁자 등이 적합하다고 판단된 여타의 비용지출, 수익자가 지출한 비용의 상환 등등은 특별수요신탁의 원본과 수익에서 충당될 수 있다는 것이다.

## IV. 우리나라에서의 도입방향

### 1. 기본전제

중증발달장애인도 최저생계와 의료보호의 수준을 넘어서는 적절한 의료서비스를 향유하고, 가족생활을 누리며, 문화를 즐길 수 있어야만 개인으로서 인간의 존엄성을 향유할 수 있다는 점이 이 논의의 출발점이다. 이들이 근로를 통해 적절한 임금을 받고, 그 임금 중 일부를 모아 문화생활 여타 삶의 질을 높이기 위한 목적으로 사용하는 것이 좋겠지만, 현실적으로 이것은 매우 어렵다. 그렇다면 발달장애인 자신, 가족 등이 발달장애인의 인간다운 삶의 향유를 위해 적절한 비용을 지출하여 이 목적에 사용하는 가능성이 남아 있다. 그러나 이 목적을 위해 마련한 자금이 발달장애인의 자산으로 계산되어 발달장애인을 기초생활수급자 또는 공공부조의 대상에서 탈락된다면, 이런 목적의 비용 마련은 가족들에게 과중한 부담이 될 것이다. 현실에서 대부분의 발달장애인이 최저수준의 생활에도 못 미치는 삶을 살아가는 배경에 이런 것이 자리 잡고 있다.

이런 사정을 감안하면, 발달장애인의 인간다운 삶의 보장에는 국가와 가족 간의 공동 비용부담이 필요할 것이다. 발달장애인의 인간다운 삶의 보장은 사회만이 그 책임을 부담할 것도, 가족만이 그 책임을 부담할 것도 아니기 때문이다. 즉 가족, 친족 그리고 자신의 부담이 있어야만 할 것이고, 여기에 덧붙여 사회가 같이 발달장애인을

우리의 자녀로 돌보아야 할 것이다. 물론 가족이 발달장애인을 돌보지 않더라도 사회가 이들을 돌보아야겠지만, 가족 스스로가 자기 스스로의 부담을 자처한다면 사회는 거기에 더 더욱 동조할 책무가 있을 것이기 때문이다.

이런 전제에 선다면, 우리는 부양의무를 제대로 이행하는 친족들을 위해서는 그들의 부담을 덜어주는 제도를 신속히 구비해야 한다는 인식을 쉽게 공유할 수 있을 것이다. 동시에 민법상의 부양의무를 이행할 능력이 있음에도 불구하고 이를 이행하지 않을 때 국가가 우선하여 발달장애인을 돌보고, 부양의무 있는 친족에 대해 구상할 수 있도록 하는 법제도도 정비해야 할 것이다.

## 2. 구체적 해결방안

(1) 위의 목적을 달성함에 있어서 장애신탁 또는 특별부양장애신탁 등으로 알려진 현재의 장애신탁은 발달장애인의 인간다운 삶의 보장할 수 있는 물품과 서비스의 안정적·안전한 조달이라는 문제를 해결하기에는 역부족이다. 첫째, 이 신탁은 '자본시장과 금융투자업에 관한 법률'상의 신탁업자에게 신탁하여야 한다. 이들 신탁업자는 신탁원본으로부터 수익을 창출해 낼 수는 있겠지만 발달장애인의 특별수요를 충족할 물품 및 서비스의 안정적 조달이라는 사회복지적 성격이 강한 서비스 제공과 무관하기 때문에 그 수익이 수익자=장애인에게 제대로 공급되게 하는 일을 담당하기는 어렵다. 더구나 영리를 목적으로 하는 신탁업자이므로 자산관리비용이 높을 수 밖에 없는데, 이런 서비스제공의 업무까지 수행해야 한다면 신탁관리비용 및 보수는 더 높아질 수밖에 없다. 둘째, 이 제도는 신탁원본이 감액되어 수익자에게 지급될 경우 증여로 간주하여 증여세를 부과하는 점에서 대부분의 발달장애인에게는 그다지 도움이 되지 않는다.<sup>65)</sup> 장애인의 필요에 충족시킨다는 입장에서 보면 신탁원본의 감소를 통

65) 권종호/이준기(위 주 56), 24면 이하에서는 상속세 및 증여세법 제52조의2에 근거한 특별부양신탁의 상한액을 인상하고, 원본에서 지출할 수 있도록 해야 한다는 주장을 하고 있다.

한 수익자에 대한 급부도 허용되어야 하기 때문에 여기에 대한 예외가 인정되어야 한다는 것이다. 셋째, 1억 원 또는 2억 원 이하의 소액의 재산을 장애자녀를 위해 증여할 능력 밖에 없는 발달장애인 부모들에게는 현행의 장애신탁은 거의 매력이 없다. 그 정도의 신탁 원본만으로는 신탁관리비용 충당에도 벅찰 것이기 때문이다. 결국 현행의 장애신탁 또는 특별부양장애신탁은 5억 원 이상의 재원을 가진 장애부모들로서, 장애자녀의 인간다운 삶에 요구되는 물품 및 서비스의 안정적 제공 방법으로써 현실적인 지속적 후견인 또는 전문직 후견인 등을 별도로 마련하고 있는 이들이 고려할 수 있는 수단일 것이다. 대다수의 중산층 이하 저소득층의 중증발달장애인을 위한 특별한 추가적인 신탁이 필요하다는 것이다.

(2) 이런 점을 고려할 때, 미국의 여러 유형의 특별수요신탁 중 특히 집합 특별수요신탁제도가 장애 자녀를 위해 1-2억 정도의 재산정도 이상을 남길 수 없는 중산층 이하 저소득층의 발달장애인 가족들의 욕구를 해결하는 데 매우 유용할 것이다. 이때 장애인의 특별한 수요를 위해 사용할 목적으로 지출된 자금은 국민기초생활보장법상의 재산에 포함시키지 않도록 하는 것이 가장 중요한 지향점일 것이다. 즉 재산 환산 기준에 변화가 있어야 한다는 것이다. 물론 동시에 이런 재산이 재산은닉이나 우회된 상속의 수단으로 활용되지 않도록 하는 안전장치가 있어야만 할 것이다. 이런 두 가지의 요구를 모두 충족시켜 줄 수 있는 것은 특정목적으로 사용하도록 신탁된 재산으로서, 장애인 본인이나 가족 등 제3자(이 때에는 장애인이 그 소유권을 취득하는 형식을 취하여)가 출연한 재산은 국민기초생활보장법상의 재산환산 기준에서 제외시켜 줌으로써 발달장애인이 국민기초생활보장법, 장애인연금법상의 공공부조를 받을 수 있는 가능성을 열어 주어야 할 것이다. 또한 공공부조의 혜택을 받지 않는 발달장애인 가족들도 이 제도를 이용할 수 있을 정도로 개방적이어야 할 것이다.

동시에 장애인을 위한 특별수요신탁은 장애인의 삶의 질을 개선하는 활동에 전문성을 가진 집단이 수탁자로서 활동하는 것이 바람직할 것이며, 이 신탁에 이전한 개인들의 재산은 오로지 장애인이 생존한 기간 동안 특별수요를 충족시키는 목적으

로만 사용해야 할 것이고, 장애인의 통상의 사적 재산권으로 활용되지 않도록 해야 할 것이다. 이런 목적을 달성하기 위해서는 신탁의 법기술을 최대한 활용하되, 현행 신탁법의 여러 원칙에 대한 예외가 인정되어야만 할 것이다. 첫째, 개개의 장애인의 입장에서 보면 신탁은 수익자의 사망으로써만 종료되도록 해야 하기 때문에, 위탁자 또는 수익자에 의한 신탁종료를 인정하는 신탁법 제98조, 제99조는 적용되지 않아야 할 것이다. 둘째, 신탁 원본과 수익은 수익자의 특별수요 목적을 위해서만 지출되도록 하기 위해서는 신탁법에서 인정되는 수익자의 사적 재산권으로서의 성격을 인정해서는 안 될 것이다. 수익자의 사적 재산권으로서 인정하게 되면 장애인의 채권자가 그 수익권을 압류할 수도 있고, 장애인이 이를 양도할 수도 있게 된다. 이런 권리를 기초생활수급자의 자격유지를 위해 인정되는 자산평가항목에서 제외시키는 것을 정당화시키지도 않는다. 신탁재산에 수익자의 사적 소유권의 성격을 그대로 유지하면서 이를 국민기초생활보장법상의 재산에 포함시키지 않는 것은 지나친 특혜이기 때문이다.<sup>66)</sup> 달리 말하면 미국의 특별수요신탁에서와 유사하게 수익자가 생존한 기간 동안에는 수익자의 권리를 사적 재산권으로 인정해서는 안 된다는 것이다. 이 점에 비추어 보면, 수익자의 사소유권으로서의 성격을 전제로 한 신탁법 제64조 이하도 적용되지 않아야 할 것이다. 셋째, 수탁자의 임무를 임의로 종료시킬 수 있게 하는 신탁법 제13조(신탁행위로 정한 수탁자의 임무 종료), 제14조(수탁자의 사임에 의한 임무 종료), 제16조(수탁자의 해임에 의한 임무 종료) 등도 신탁재산의 사소유권적 성격을 전제로 한 것이어서 그 적용이 배제되어야 할 것이다. 넷째, 사적 재산권의

66) 이런 이유로 미국의 특별수요신탁도 수익자가 생존하였을 때에는 사적 재산으로서의 성격을 배제하는 것이다. 이런 목적을 달성하기 위해 신탁법상의 “목적신탁”을 설정하면 되지 않겠는가라는 의문도 있을 수 있지만, 이는 가능하지 않다. 목적신탁은 수익자가 지정되지 않고, 폭넓은 사람을 잠재적 수익자로 하는 신탁이기 때문이다. 그러나 여기서 말하는 특별수요신탁은 원본 및 수익을 특정된 수익자 개인의 특별한 수요 충족을 위해서 설정한 것이고, 수익자의 사망 후에는 다시 사적 소유권으로서의 성격이 회복되는 것을 염두에 두고 있다. 따라서 목적신탁으로는 이런 목적을 달성하기 어렵다.

성격은 수익자가 사망할 때 비로소 다시 회복되는 것으로 구성하는 것이 적절할 것이다. 그러나 이때에도 그동안 수익자가 공공부조로부터 향유한 이익에 대한 반환이 있어야만 할 것이다. 그 점에서 신탁법 제101조에 대한 예외도 인정되어야 할 것이다.

이런 내용을 담기 위해서는 국민기초생활보장법 제18조의5를 신설하여 신탁법에 대한 예외규정을 둘 수 있게 해야 할 것이다.

개정안 제18조의5 (장애인의 특별수요의 충족)

- ① 보장기관은 신체적 또는 정신적 장애로 인하여 자활 능력이 없거나 현저히 부족한 장애인에게 특히 필요한 생활상의 수요를 충족시킬 수 있는 방안을 강구하여야 한다.
- ② 보장기관은 제1항에 따른 방안으로서 장애인 또는 그 가족이 특별수요신탁을 창설하는 것을 지원해야 한다. 특별수요신탁에 가입된 신탁재산은 수급자의 재산의 소득환산액 산정 시 이를 포함하지 아니한다.
- ③ 특별수요신탁의 수탁자는 비영리공익법인이어야 하며, 그 신탁은 설정 후 철회할 수 없다.
- ④ 수익자가 생존한 기간 동안에는 신탁 원본 및 수익에 대해 수익자는 이 법 및 시행령에 따라 정한 권리 의무 이외에는 신탁법 제5장의 권리·의무를 보유하지 못한다.
- ⑤ 특별수요 신탁의 운영에 관한 세부사항(수익자 및 수탁자의 자격, 당해 신탁으로 충당할 비용, 수탁자의 비용상환, 개별 신탁재산의 잔여액의 처리 등)은 보건복지부령으로 정한다.

특히 비영리법인을 수탁자로 인정하는 규정을 둘 필요가 있는 것은 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’의 제한 때문이다. 신탁을 영업으로 할 때에는 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’에 따라 금융감독위원회의 인가를 받거나 등록을 해야 한다.<sup>67)</sup> 물론 장애인의 특별수요 충당을 목적으로 하는 신탁을 영업을 목적으로 하지

67) 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제8조, 한편 동법 시행령 별표 1에 따르면, 일반인으로부터 신탁을 인수하여 영업을 하는 경우 최소자본금이 100억 내지 200억 이상이어야 한다.

않는다면 '자본시장과 금융투자업에 관한 법률'에 의해 규율될 필요가 없다.<sup>68)</sup> 신탁 보수는 신탁업무에 대한 대가로서 신탁법 제47조 제1항에 따라 수탁자가 보수를 받을 수 있도록 하는데, '자본시장과 금융투자업에 관한 법률'은 영업을 목적으로 할 때에는 동법에 따르도록 하고 있으므로 특별법 우선의 원칙에 따라 동법이 적용될 것이다. 즉 다수를 상대로 보수를 받고 신탁사업을 하는 것은 영업이 될 수 있기 때문에 '자본시장과 금융투자업에 관한 법률'의 적용을 받을 것이다. 따라서 장애인 특별수요 신탁은 보수가 아니라 신탁업무 수행의 비용상환을 받도록 하는 것에 그쳐야 할 것이며,<sup>69)</sup> 그 비용 중 일부는 국가의 재정지원이 있는 것이 바람직할 것이다. 이를 명확히 하기 위해 비영리법인을 수탁자로 한다는 것을 명시할 필요가 있다는 것이다.

동시에 특별수요신탁에 불입할 재산은 현행 상속세 및 증여세법 제52조의2의 장애인신탁과 마찬가지로 증여세 비과세의 혜택을 주어야 할 것이다. 따라서 상속세 및 증여세법 제52조의2에 제5항이 신설될 필요가 있다.

개정안 상속세 및 증여세법 제52조의2
⑤ 국민기초생활보장법 제18조의5에 따른 장애인 특별수요 신탁에 출연한 재산은 제1항 내지 제4항에도 불구하고 증여세의 과세가액에 포함시키지 아니한다.

(2) 특별수요 신탁은 장애인의 생존 시까지 유지하도록 하되, 이를 집합하여 관리하도록 하는 것이 적절할 것이다. 이 목적을 위해서는 소액의 신탁재산(최대 가령 2억 미만)을 개인별 계정으로 관리하되 투자목적을 위해서는 집합시키도록 하는 것이

68) 영업인지 아닌지는 결국 수익금을 영업 주체(회사 또는 그 밖에 영업 수행 권리주체가 배분받는지 여부에 의해 결정되는데, 비영리공익법인은 이익을 법인 설립 주체가 배분받지 않기 때문이다.

69) 신탁법 제46조는 신탁업무를 수행하는 수탁자는 영리성 유무와 무관하게 비용상환청구권을 가진다는 점을 분명히 하고 있다.

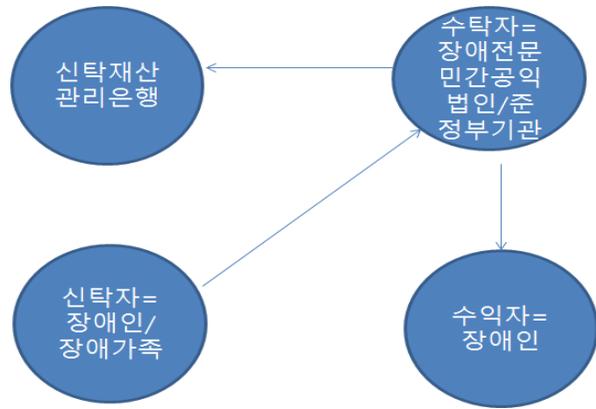
적절할 것이다. 이 재산은 수익금과 원본을 발달장애인의 수요를 위해 사용할 수 있도록 하고, 발달장애인이 사망하면 종료시키되, 잔여재산의 일정비율은 다른 장애인 전체를 위해 사용할 수 있도록 하고,<sup>70)</sup> 나머지 잔여재산만을 상속시키는 것이 적절할 것이다. 이때에는 상속세가 부과되도록 해야 할 것이다.

한편 발달장애인의 특별수요를 충족시켜 줄 수 있는 재화와 서비스가 안정적으로 조달될 수 있도록 하고, 안전한 전달체계를 구축할 필요가 있다. 이를 위해서는 공공적인 서비스 전달체계를 구축할 필요가 있다. 그 한 방향은 신탁재산의 수탁자는 국민기초생활보장법 시행령에 따라 설립되는 공공기관(가령 국민연금)인 것이 바람직할 것이다.<sup>71)</sup> 그런데 재화 및 서비스의 전달체계상의 수탁자는 비영리민간 장애인 공익법인으로 하는 것이 적절할 것이다. 장애 전문 수탁자는 수익자인 장애인에게 필요한 물건과 서비스를 안정적으로 조달해 주는 역할을 수행할 수 있을 것이다. 그 관리비용은 재산관리비, 물품, 서비스 조달 관리비 등으로 구성할 수 있을 것이다.<sup>72)</sup> 아래 <그림 1>이 신탁자와 수탁자와의 관계, 수탁자와 수익자의 관계, 수탁자와 신탁재산 운용자와의 관계에 관한 기본 구도를 나타낸 것이다. 이런 구도를 가질 때 관리비용을 저렴하게 유지하여, 장애인에게 더 많은 이익을 가져다 줄 수 있을 것이다.

70) 당해 장애인을 위해 지출한 공공부조금을 상한으로 하여 일정액을 공공부조지출기관이 환수하거나 집합형 '특별수요신탁'의 수탁자에게 귀속시키는 것이 바람직할 것이다.

71) 이와는 별도로, 신탁업법 제3조의 요건을 완화해서 낮은 자본금을 가진 영리회사도 신탁업을 할 수 있게 하는 것도 필요할 것이다. 일본이 2005년 신탁업법을 개정하여 시장진입을 용이하게 함으로써 로펌 등이 신탁회사를 설립하여 고령자 부양목적의 신탁을 운영하고 있다고 한다.

72) 신탁재산의 안정적 관리를 위해서는 국민연금공단과 같은 국가기관이 수탁자가 되는 것이 바람직하겠지만, 신탁재산에서 나온 수익으로써 장애인의 수요에 충족할 수 있도록 하는 기능도 수탁자의 역할이 되어야 할 것이므로, 그 기능은 비영리공익법인에게 위탁하는 것이 바람직할 것이다. 신탁법 제42조에는 수익자의 동의를 얻어 신탁사무의 일부를 타인에게 위탁할 수 있도록 하는데, 신탁사무 중 일부를 비영리공익법인에 위탁할 수 있도록 법으로 정할 수 있다는 것이다.



〈그림 1〉 특별수요신탁의 운영 기본구도

(3) 특별수요신탁재산으로 사용할 수 있는 용처에 대해서는 사회적 합의가 필요할 것이다. 위 신탁 자체가 국민기초생활보장법에 따른 우대를 받을 수 있는 재산으로 평가되기 때문이다. 그 범위를 정할 때의 기준은 공공부조에 의해 포섭되지 않는 여타의 재화나 서비스의 제공이어야 할 것이고, 발달장애인의 인간다운 삶의 질을 향상시킬 수 있는 영역의 것으로 한정해야 할 것이다. 여기에는 다음과 같은 내용이 필수적으로 들어 갈 것이다. 첫째, 신탁재산으로 구입가능한 물품과 서비스(일상용품, 주거, 교육, 여행 등등), 둘째, 신탁재산으로 제공가능한 서비스(장애인 거주시설 감독 및 관리, 법률서비스의 제공, 후견서비스의 제공, 정기적인 상담 등등), 셋째, 의료 관련 서비스 등이 그것이다.

이런 목적의 신탁계약은 개별적으로 체결하도록 하고, 거기에 장애인(또는 그 후견인)이 개별적으로 참여할 수 있도록 해야 할 것이다. 형식은 장애인이 신탁창설자이자 수익자인 형태가 가장 바람직할 수 있을 것이다. 이상과 같은 내용은 시행령에서 상세히 규정하고, 그 때마다의 필요에 따라 가변적으로 운영하는 것이 바람직할 것이다.

(4) 위와 같이 집합 특별수요신탁을 도입하게 되면, 중증발달장애인이 상속재산으로 주택을 받은 경우 그 주택을 신탁재산에 불입하고 거기서 거주하면서 평생 안전하게 살아갈 수 있을 것이다. 기초생활수급비의 주거급여를 초과하는 혜택을 누리는 개인용 주거공간은 특별수요에 해당되는 것으로 인정될 수 있을 것이고, 나머지 주거공간은 수익용으로 전환하여 중증발달장애인의 다른 특별수요를 충족시키는 것으로 활용할 수도 있을 것이다. 이 경우 국가의 입장에서는 주거급여에 해당되는 기초생활수급비의 지출은 절감하게 될 것이며, 그 발달장애인이 사망할 경우 잔여재산에서 일정 부분을 환급받아 다른 장애인을 위한 사업에 활용할 수 있기 때문에 발달장애인 개인이나 사회적으로 유용한 제도가 될 것이다. 현재로는 발달장애인이 일정 재산을 이상을 보유하면 기초생활수급비가 아예 지급되지 않는다는 이유로 타인 명의로 재산을 돌려놓다가 실제로 그 재산을 모두 뺏기는 일이 드물지 않는데 이런 사태를 피할 수 있다는 장점도 있다.

## V. 결론

현대사회에서 개인이 직면한 문제는 더 이상 개인, 가족 자체의 능력만으로 해결할 수 없고, 사회의 지원이 있어야만 비로소 해결할 수 있는 경우가 많다. 발달장애인 자녀를 둔 부모들이 직면하고 있는 성인 이후의 자녀의 삶의 안전, 인간다운 삶의 보장의 문제가 바로 그 중 하나이다. 민법상의 부양의무와 성년후견제도라는 사적 해결수단만으로 해결하기에 너무 벅찬 난제 중의 난제이다. 이 문제를 해결하기 위해서는 민법상의 부양의무와 공법상의 공공부조의 관계를 재정립하는 것이 필요할 뿐 아니라, 사법상의 제도인 신탁제도를 공법의 개입을 통해 적절히 변용하여 가족 및 장애인 당사자의 사적 재원과 공적 지원을 결합시키는 것이 필요하다. 그 방법의 하나가 미국의 특별수요신탁제도를 참고하여 우리나라의 신탁법상의 신탁제도를 적절히 변용하는 것이다. 이 글은 집합 특별수요신탁제도를 공법상의 제도로 도입하여 활용

함으로써 사적 재원과 공적 지원을 결합시킬 수 있을 뿐 아니라, 이를 통해 민법상의 부양의무제도와 공법상의 공공부조제도가 제 기능을 발휘할 수 있다는 점을 제안하였다. 이런 제도적 준비가 이루어진다면, 발달장애인에게 응당 귀속되어야 할 재산적 이익을, 발달장애인의 수급자의 지위 유지라는 명목으로 제3자가 갈취하는 것을 막을 수 있을 것이다. 또한 중증발달장애인이 최저생계 수준을 초과하는 추가적인 재산이나 소득으로써 삶의 질을 향상시킬 수 있을 것이다. 나아가 권리침해에 대한 신속한 구제도 가능하고, 필요한 물건이나 재화가 안정적으로 공급될 수 있을 것이다.

이런 특별수요신탁이 자리 잡게 되면, 후견은 위 신탁체계 이외의 사태에 대해서 주로 필요하게 될 것이다. 이 신탁계약은 장애인(또는 그 후견인)이 개별적 계약을 통해 체결할 수 있기 때문에 개인의 수요와 욕구가 가장 잘 반영될 수 있을 것이기 때문이다. 이런 체계의 준비는 그다지 어렵거나 복잡하지는 않다. 공공부조의 자산평가기준에 대한 예외와 신탁법 규정의 예외를 정하는 국민기초생활보장법의 개정과 상속세 및 증여세법의 일부 개정을 통해서도 달성될 수 있다는 것이다. 국민기초생활보장법에 기본 사항을 입법하게 되면, 그 밖에 특별수요신탁의 수익자의 자격, 수탁자의 자격, 신탁재산의 운영방법, 이들에 대한 국가의 감독권한, 신탁재산 및 수익으로 지출할 수 있는 항목, 개별 수익자의 사후 그의 개인 계정에 있는 잔여재산의 처리 등의 기술적인 문제는 국민기초생활보장법 시행령을 통해 상황에 맞게끔 규율할 수 있을 것이다.

<참고문헌>

권종호/이중기, 장애인신탁의 활성화 및 발전방안에 관한 연구, 보건복지부 연구용역 보고서(2013.8)  
 김주수·김상용, 친족·상속법, 제11판, 법문사(2013)  
 김형석, 양육비청구권을 자동채권으로 한 상계, 가족법연구 21권 3호(2007.12)

김형배·김규완·김명숙, 민법학강의(제12판), 신조사(2013)  
 박동섭, 친족상속법, 박영사(2013)  
 박정기·김연, 친족상속법, 탐복스(2013)  
 보건복지부, 2014년 국민기초생활보장안내(2014)  
 \_\_\_\_\_, '2014년 이렇게 달라집니다' 주요제도 변경사항(2014)  
 송덕수, 신민법강의, 박영사(2013)  
 이경희, 가족법(8정판), 법원사(2013)  
 임종효, 양육비청구권에 관한 기초 이론 및 실무상 쟁점, 사법논집 제51집(2011)  
 제철웅, 구상관계와 변제자대위, 민사법학 제23호(2003.3)  
 \_\_\_\_\_, 부양청구권 및 부양비용 상환청구권에 관한 몇 가지 해석론적 제안, 법학논총 제31집 제1호(2013.3)  
 \_\_\_\_\_, 영국법에서 의사결정무능력 성인의 보호제도의 역사적 전개와 2005년의 정신능력법의 특징, 비교사법(2010.12)  
 Richard E. Davis/Stanley C Kent, The Impact on the Uniform Trust Code on Special Needs Trusts, Naela Journal, 2005 vol. 1 nr. 2  
 D. English, the Missouri Family Trust as a Possible Model for Japan, 2011.6.  
 Kolmasch, Kindesunterhalt: in, Kinder- und Jugendrecht, 4.Aufl., LexisNexis (2011)  
 Ryther P. Lacey, Special Needs Trusts, Georgia Bar Journal vol. 16 Nr. 2 (2010, November)  
 Meyer-Götz hrsg., Familienrecht, 2.Aufl., Nomos(2011)  
 Moffat, Trusts Law, 5th edition, CUP,  
 Umar Moulta-Ali, Supplemental Security Income (SSI): Income/Resource Limits and Accounts Exempt from Benefit Determinations, Congressional Research Service, 2013. 1  
 Rothkegel/Münder, Sozialhilherecht, Nomos, 2004  
 Rounds, Jr/Rounds, III, Loring A Trustee's Handbook, Wolters Kluwer(2008)  
 Schellhorn/Hohm, SGB XII, 17. Aufl., Luchterhand(2006)  
 Weinreich/Klein hrsg., Fachanwaltskommentar-Familienrecht, 4. Aufl., Luchterhand(2011)

Wendl/Scholz, Das Unterhaltrecht in der familienrechtlichen Praxis, 6. Aufl., C.H.Beck (2004)

Zook/Crown/Drucker, Utilization of Special Needs Trusts for disabled Loved One, Journal of Business & Economics Research, May 2008

투 고 일 : 2014년 7월 31일  
심 사 일 : 2014년 8월 13일  
수 정 일 : 2014년 8월 21일  
게 재 확 정 일 : 2014년 8월 23일

주제어 : 발달장애, 부양의무제, 장애신탁, 특별부양신탁, 특별수요신탁, 성  
년후견

<Abstract>

### Feasibility of the Special Needs Trust Schemes for the protection of Persons with Severe Developmental Disability

Cheolung Je · Yun-Young Choi

Individuals in contemporary societies have been faced with serious problems which are hardly solved by them or their families, but which they cope with by the assistance by the society. Some of those problems which parents with adult child with developmental disability have faced are safe living of their adult child and guaranty of dignified life. Those problems are far beyond the capability of civil liability to maintenance and adult guardianship available to their adult child. It is indispensable to combine, and rearrange the relation of, civil liability to maintenance and national assistance so as to cope with such problems. Moreover, public legislation is required to intervene to properly adjust civil law scheme like trusts to current situation so that private resources and public money can be put into the protection of persons with severe developmental disability. This article suggests that trust schemes should be adapted to meet the demands of persons with developmental disability with reference to pooled special needs trusts in the USA. This article argues that if a special needs trust is enacted as a special public law, private resources from disabled persons and their relatives and public money such as national assistance can be put together to protect persons with developmental disability, which can result in effective functioning of civil liability to maintenance and national assistance. Such a systematic rearrangement can prevent third parties from plundering properties of persons with developmental disability in the name of keeping eligibility to national assistance. protection, Furthermore, life quality of severely disable persons can be improved with additional money accruing to them.

Key Words : Developmental Disability, Relatives' Duty of Maintenance, Disability Trust, Special Care Trust, Special Needs Trust, Adult Guardianship