

# 離婚後 配偶者 扶養에 관한 우리나라와 獨逸法の 比較法적인 考察

趙 恩 嬉\*

## 차 례

### I. 서 론

### II. 우리나라 현행 이혼법상 이혼의 부양과 관련된 법규의 검토

1. 유책주의와 파탄주의
2. 이혼급부인 이혼위자료
3. 재산분할청구권의 부양적 성질

### III. 이혼후 배우자 부양의 입법론적인 방향

1. 이혼후 배우자 부양의 정당성
2. 독일법의 이혼후 배우자 부양의 구성요건
3. 이혼부양청구권의 거절(§1579 BGB)

### IV. 결 론

\* 韓國法制研究院 招請研究員, 法學博士

## I. 서론

부부가 이혼을 하게 되면 그들간에 존재했던 법적인 관계는 소멸되어진다. 특히 부양과 관련하여 이혼한 배우자들에게 공동부양의 의무관계는 더 이상 존재하지 않으며, 각 배우자들은 이혼후 자신의 부양을 스스로 책임져야 한다. 이로 인해 이혼하는 배우자에게 있어 가장 중요한 문제 중 하나는 각자가 이혼후 자신의 부양을 스스로 책임질 수 있는가? 하는 문제일 것이다. 부양의 문제는 생존과도 직결되는 문제이므로 특히 이혼하는 사회적 약자인 배우자에게 있어서 가장 중요한 문제로 대두된다.

이혼후 부양과 관련하여 현행 우리민법은 독일법과는 다른 체계를 가지고 있다. 우선 가장 큰 차이점은 독일법은 이혼후 배우자 부양을 규정하고 있는 반면, 우리민법은 이혼후 배우자 부양에 관한 규정을 두고 있지 않다. 이러한 차이점에서 우리는 현재 우리나라에 없는 이혼후 부양법의 필요성에 대한 질문을 던지게 된다.

본문에서 독일의 이혼배우자 부양법을 소개하기에 앞서 우선 우리법에서 어떻게 이혼한 배우자들은 부양의 문제를 해결하고 있는가? 하는 문제를 검토하고자 한다. 이는 현행 우리나라에서 부양과 관련된 법들이 이 문제를 어떻게 해결하고 있는가에 관한 검토가 될 것이다. 우리의 현행법이 이 문제를 충분히 해결하고 있다면 새로운 법의 제정은 필요치 않을 것이다. 그러나 만약 그렇지 못하다면 이혼후 배우자 부양에 관한 기존법에서의 보충적인 개정(재산분할청구권의 개정) 혹은 새로운 이혼부양권에 관한 입법이 필요할 것이다. 새로운 이혼부양법의 입법화는 결과적으로 우리나라 이혼법의 새로운 전환의 계기가 될 것이다.

본고에서는 이혼후 배우자 부양에 관한 법규들로 유책주의 이혼, 재산분할청구권, 위자료청구권 등을 검토하고자 하며 특히 이러한 현행법규들에서, 사회적 약자인 배우자의 이혼후 부양문제가 충분히 해결되고 있는가에 대한 해답에 도달하게 될 것이다.

마지막 장에서는 이혼부양과 관련하여 입법에 참고가 될 수 있는 독일의 이혼후 배우자 부양법을 소개하고자 한다. 우선 현재 독일에서 이혼후 배우자 부양의 정당성은 어떻게 논의되어지고 있는가를 소개하고자 한다. 이는 이혼을

통해 소멸되는 부부의 공동부양의무의 관계가 왜 이혼후에도 계속되어야 하는지에 관하여 독일에서도 뜨겁게 논의되었던 질문에 대한 해답을 제시해 줄 것이다. 더 나아가 이혼후 부양관계를 구성하는 부양의 구성요건을 소개함으로써 어떠한 조건하에 이혼한 배우자에게 부양권이 성립될 수 있는가를 소개하고자 하며 또한 어떠한 불공평한 상황하에 부양이 거절되는가를 소개하고자 한다.

## II. 우리나라 현행 이혼법상 이혼의 부양과 관련된 법규의 검토

### 1. 유책주의와 파탄주의

#### (1) 유책주의 이혼

우리나라의 현행법상 이혼시 부양의 가능성을 제공하는 두 기둥은 위자료청구권과 재산분할청구권이다. 우선 위자료청구권은 이혼의 무책배우자가 유책배우자에게 청구하는 것임으로 위자료청구권을 설명하기 위해서는 유책주의 이혼도 함께 논의되어야 한다.

우리나라에서는 1960년 이후 이혼에 있어서 유책주의원칙을 채택하여 6가지의 이혼사유에 의하여 이혼을 할 수 있도록 규정하고 있다(민법 제640조).<sup>1)</sup> 이혼사유 중 1~5호까지는 구체적인 원인을 규정하고 있으나 6호는 혼인의 파탄이 이혼의 원인이 될 수 있음을 규정하고 있다. 여기서 특히 주목할만한 것은 민법 제640조의6호로써 이 조항이 파탄주의적 성질을 지닌 유책성 여부를 명시하고 있지 않다는 것이다. 법원이 점차적으로 변형된 판결을 내리고는 있으나<sup>2)</sup> 실질적으로 법원은 유책자의 민법 제640조의6호에 따른 이혼청구를 거절하고 있다. 이는 대법원 판결(1987년)이 유책주의를 버리고 파탄주의를 도입한 판결이라고 볼 수는 없고 유책주의를 그대로 견지한 판결로 보여진다.<sup>3)</sup> 이러한 경향으로 보아 여전히 우리나라에서는 민법 제840조의6호가 유책주의의 원칙을 고수하고 있음을 알 수 있다. 이로써 민법 제640조6호의

1) 이혼원인: 1. 배우자에 부정한 행위가 있었을 때, 2. 배우자가 악의로 다른 일방을 유기한 때, 3. 배우자 또는 그 직계존속으로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때, 4. 자기의 직계존속이 배우자로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때, 5. 배우자의 생사가 3년이상 분명하지 아니한 때. 6. 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때(1990년 개정).

2) 김민규, “혼인원인에 관한 논의와 그 실태”, 『가족법연구』 14호, 8~10면.

3) 김민규, 전계논문, 11면.

“기타 혼인을 계속할 수 없는 중대한 사유로 인한 이혼”은 위의 1~5호까지의 열거된 사유 이외에 사유로 이해된다.

우리나라가 유책주의 이혼을 고수하고 있는 반면 외국의 이혼법은 많은 국가가 유책주의에서 파탄주의로의 전환하였다. 독일법에서 유책주의<sup>4)</sup>에서 파탄주의로의 변천과정을 살펴보면 우선 파탄주의로의 전환은 유책주의의 문제를 해결하고자 하는데 있었다.<sup>5)</sup> 기존 유책주의하에서 중요한 것은 누가 혼인 파탄의 원인을 제공하였으며 부부관계를 파탄시켰느냐는 것이다. 이는 부양의 문제와 관련되어 혼인 파탄의 원인을 제공한 유책자가 이혼 후의 부양도 책임을 졌다(§58 Ehegesetz a.F). 남편이 이혼사유를 제공한 경우 처가 이혼을 원한다면 쉽게 이혼할 수 있었고(원치 않는다면 이혼할 수 없었다), 이혼 후 처는 시간에 제한없는 부양청구권을 남편에 대해 갖고 있었다. 이 경우에 남편이 경제적 능력이 있는 한 이혼후에도 처는 재정적으로 안정된 상태에 있었던 것이다. 그러나 반대로 처가 혼인에 반하는 행위를 한 경우 남편이 이혼을 원할 때 이혼후 부양과 관련하여 사회적 약자인 처는 대단히 가혹한 상황<sup>6)</sup>에 처할 수 밖에 없었다. 유책주의원칙으로 일관하였던 이혼과 이혼후의 부양법이 1960년대 말부터 혼인파괴에 대한 이혼법이 제거되거나 그 역할이 줄어들기 시작하면서 변화의 필요성이 대두되기 시작하였다. 우선적으로 이 분야의 법을 재검토하는 과정이 시작되었고 성적 평등이라는 자명한 원리를 새롭게 조명하여 성에 기초한 과거의 부양법을 폐기할 것이 요구되었다.<sup>7)</sup> 이와 관련하여 법학자들의 학설은 부부의 믿음(Treu) 법과 도덕과의 관계에서 법으로 실현될 수 있는 것이냐 하는 문제에 부딪치게 되었다. 법학자들의 이론에 의하면 부부의 믿음은 법으로 더 이상 실현할 수도 그리고 강요되어 질 수도 없다(nicht sollen)는 것이다. 부부의 믿음은 관습상의 명령(Gebot)이고 동시에 법질서(Rechtsordnung)에 속하기는 하나, 이것은 부부의 공

4) 카톨릭 교회는 이혼의 금지를 고수하였다. 이로 인해 바이어른주만 해도(카톨릭지역) 1875년에 호적법(Personenstandgesetz)이 제정되기까지 여전히 이혼을 금지하였던 것이다. 신교도는 이혼에 대한 완화된 입장에서 계속적으로 유책주의의 원칙을 일관하면서 국가의 혼인법과 함께 융화되어져 갔다(Beizke/Luederiz, *Juristische Kurz-Lehrbuecher Familienrecht*, 1992, S. 168).

5) Wellenhofer-Klein, *Die Abkehr von der Ehe als Unterhaltsausschlussgrund nach 1579 Nr. 6 BGB*, 1995, S. 908.

6) Tilo Ramm, “Zur Neueregulung des Rechts der Ehescheidung und der Scheidungsfolgen”, *FamRZ*, 70, 753.

7) Mary Ann Glendon(한복용 역), 『전환기의 가족법』, 1997, 289면.

동생활을 위한(§1353 BGB) 가정내의 의무의 부분으로 제한된다.<sup>8)</sup> 또한 이혼률이 증가하면서 이혼하는 부부의 파탄경위와 그에 따른 파탄의 책임을 일일이 다 입증하기란 어렵다는 것이 문제점으로 대두되었으며 부부파탄은 결과적으로는 각 배우자 모두에게 다소나마 책임이 있다고 여겨졌다.<sup>9)</sup>

결국 독일에서는 1977년부터 이혼법의 혁명이라고 할 수 있는 유책주의에서 파탄주의로의 전환을 가져오게 됨으로 유책의 문제를 떨쳐버리고 파탄에 이른 부부는 어떤 특정한 이혼사유 없이 이혼은 가능하게 되었다.<sup>10)</sup> 이러한 전환은 또한 부양법의 개정을 필요로 하였다.

독일법의 부부의 파탄의 전환에 대한 규정은 일정한 과정을 거쳤다. 1900년에 독일 이혼법<sup>11)</sup>에서 이혼사유는 간통(Ehebruch §1565 BGB), 배우자의 생명을 해치려는 행위(Lebensnachstellung §1566 BGB), 악의의 유기(böse williges Verlassen §1567 BGB), 정신병(Krankheit §1568 BGB)이었고, 부부파탄을 원인으로 한 이혼도 가능하였다. 이는 배우자의 심한 책임위반이나 관습에 반하는 행동을 통한 유책으로 인한 혼인파탄(§1568 BGB)인 경우였다. 그후 1938년 이후 이혼법은 유책에 관한 사유뿐만 아니라 유책과는 무관한 이혼 즉 불임, 고약한 냄새나는 병, 정신질환을 통한 사유로도 이혼할 수 있었다. 부부파탄을 통한 이혼사유는 부부가 최소한 3년 이상 별거생활을 하였고 다시 부부생활을 시작하는 것이 기대되지 않을 경우(§55 EheG) 가능하게 하였다. 그후 1977년 이후부터 이혼은 단 한가지 이혼사유, 즉 혼인파탄을 원인으로 한 무책의 파탄주의로 전환하게 되었던 것이다.

## (2) 독일의 파탄주의 이혼

파탄주의원칙에 의한 이혼은 단지 혼인관계가 파탄되었을 때 부부는 이혼할 수 있다(§1565 1조 1항 BGB)<sup>12)</sup> 위와 같은 간단 명료한 서술에 의한 규정

8) Norbert Horn, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 1996, S. 5: 독일에서 간통은 1969년까지 처벌하였다.

9) Von Eva Marie von Muench, *Die Scheidung nach der Scheidung*, 1996, S. 35.

10) Von Eva Marie von Muench, a.a.O., S. 35.

11) Am 18. August 1896 vom Deutschen Reichstag verabschiedet; Larenz AT, 1967, S. 11ff; Wesenberg, *Neure deutsche Privatrechtsgeschichte*, 1985, S. 171ff.

12) 그러나 여기서 부차적으로 이에 대한 예외규정을 두고 있다: (1) 부부가 일년이 못되게 별거생활을 하였다 하더라도 상상할 수 없는 가혹이 존재할 경우 이혼은 가능하다 (제

에서 파탄주의하의 이혼은 배우자의 유책과는 아무런 관계가 없음을 알 수 있다. 단지 부부관계가 파탄되었을 때 이혼이 가능하므로 이혼을 원하는 배우자는 부부의 파탄을 증명하면 되는 것이다. 그렇다면 부부가 파탄된 것을 어떻게 증명할 수 있는가? 이에 대한 두 가지 전제요건을 독일민법 제1565조 1항에 규정하고 있다. 부부의 파탄은 (1) 부부생활이 더 이상 존재하지 않을 때, 그리고 (2) 부부생활이 더 이상 기대될 수 없을 때 혼인관계는 파탄에 이른 것이다. 첫번째 전제요건이 가정이라면 두번째의 요건은 이에 따른 예측이 될 것이다. 부부생활이 존재하지 않으므로 부부의 공동생활을 더 이상 다시 기대할 수 없다는 것이 예측되어지는 것이다.<sup>13)</sup> 부부생활이 더 이상 존립하지 않는다는 것은 부부 상호간에 객관적으로 부부공동생활이 존재하지 않는다는 것과 부부의 내면적인 연결(Bindung)관계가 더 이상 존재하지 않는 상태를 의미한다.<sup>14)</sup>

즉, 독일민법 제1566조에 의하여 부부의 파탄이 다음과 같은 경우에 추정되어진다. 우선은 합의이혼에 있어서 한 배우자가 이혼청구를(혹은 양 배우자가 이혼신청을 해도 되고)하고 혹은 다른 배우자가 이에 동의한 후 별거생활 1년이 경과한 때에 혼인이 파탄되었다고 추정한다(제1566조 1항 독일민법). 한 배우자만이 이혼을 원할 때 그 배우자가 이혼청구를 한 후 3년의 별거생활이 있으면 부부가 파탄의 상태에 빠졌음이 간접적으로 추정되어진다(제1566조 2항 독일민법). 판사는 합의이혼이 독일민법 제1566조 1항에 의한 전제요건인 1년이 경과되었는지를 또한 독일민사소송법 제616조에 따라 부부간의 이혼합의가 사실인지를 조사한다.<sup>15)</sup>

1565조 II 독일민법)(예: 남편의 폭행, 알코올중독자인 배우자). (2) 부부가 파탄되었다 하더라도 미성년자 자녀의 이익이 우선 되어질 경우 이혼할 수 없다. (3) 이혼을 당하는 배우자에게 가혹한 상황으로 어려움을 겪게 될 경우에 이혼을 할 수 없다(제1568조 I 독일민법). 실질적으로 (2), (3)의 경우에 이혼이 제한되어지는 경우는 그리 많지 않다.

13) Bernd von Heintschel-Heinegg/Gerhardt, *Materielles Scheidungsrecht*, 1992, S. 6~7.

14) Jaeger in Johannsen-Henrich §1565 BGB Rdnr. 10 그리고 Schwab/Schwab, *Handbuch des Scheidungsrecht*, §1565 BGB Rdnr. 16ff. 두 사람은 이 의견에 합치를 보고 있다. 부부가 한 집에서 함께 살고 있다고 할지라도 방을 따로 쓰면서 전혀 공동생활이 행해지고 있지 않을 때 이미 부부사이에는 내면적인 연결관계가 끊어진 상태이다. 그러므로 이를 부부의 공동생활이 존재한다고 보지 않는다.

15) Von Eva Marie von Muench, a.a.O., S. 20.

### (3) 유책주의이혼과 이혼후 부양에 관한 소고

우리나라에서 파탄주의로 전환하기 어려운 사회적 상황은 우선 파탄주의로의 전환이 가(家)의 유지를 중시하는 우리 사회에서 이혼률을 증가시키는 요소가 될 수 있으며 여전히 또한 파탄주의로의 전환이 사회적 약자인 여성에게 유리하지 않다는 점에서 문제가 될 수 있다.<sup>16)</sup> 그러나 이에 대한 반론은 제기될 수 있다. 연구결과에 따르면 이혼법이 엄격하다고 하여 이혼률이 증가하는 경향을 억제할 수 있는 것은 아니라고 한다.<sup>17)</sup> 서양문화권내의 국가들의 이혼률이 아세아권내의 국가들의 이혼률에 비해 종래에는 서양인들의 이혼률이 월등 높았었다. 그러나 1998년 통계에서 우리나라의 이혼률이 급격하게 상승되고 있음은 놀라지 않을 수 없다. 즉, 일본평성 10년 인구동태통계에 의하면 인구 1000명에 대한 이혼률을 조사한 결과 일본 1.94%(1998), 미국 4.44%(1998), 스웨덴 1.90%(1998), 이탈리아(카톨릭의 영향으로) 0.4%(1998), 대만 2.37%(2000년 태북 『민생일보』 2000년 11월 19일), 한국 2.6% 『한국인의 백과사전 조선일보사, 월간조선 2000년 1월호 부록』이다.<sup>18)</sup> 유책주의 이혼을 고수하고 있는 우리나라에서의 이러한 이혼률에 대한 통계는 파탄주의 이혼을 채택하고 있는 서양의 국가들과 비교하여 볼 때 위의 연구결과를 증명해 주고 있는 셈이다.

파탄주의로의 전환이 사회적 약자인 여성에게 유리하지 않다는 점에서도 역시 반론은 제시되어 질 수 있다. 우리나라의 경우 이혼급부인 위자료를 통하여 이혼후 부양의 문제를 해결하여 왔다. 재산분할청구권이 제정 전 위자료청구권은 유일한 이혼급부로서 판사는 여러 사정을 고려(재산상태, 혼인경위, 유책정도, 이혼후 부양상태, ...)하여 이혼의 유책배우자에게 일정한 위자료지급을 선고하였다. 당시 이혼을 청구하는 무책배우자는 대부분이 여성이었다. 여성 특히 가정주부가 여전히 사회적 약자인 것은 예나 지금이 달라진 것은 없다. 그러나 여기서 주시하여야 할 것은 이혼률이 증가하면서 한편 이혼을 신청하는 여성의 수가 증가하고 있으며 여성이 이혼의 유책자인 경우도 증가하고 있다<sup>19)</sup>는 사실이다. 이렇게 되면 유책주의의 이혼에서 위자료청구권이

16) 간통죄의 폐지를 여성계에서는 반대하는 것과 같은 맥락에서 이렇게 생각하였다.

17) M. Rheinstejn, op. cit., 1972, pp.292~293; 한봉희, “파탄주의 이혼원인의 재문제”, 『가족법논집(남송 한봉희교수 정년기념)』, 찬글, 1999, 447면.

18) 배경숙, 발간사, 아세아여성법학, 2001, 4호, 1면.

19) 김민규, “이혼원인에 관한 논의와 그 실태”, 『가족법연구』, 2000, 14호, 19면; 부가

사회적 약자인 여성을 보호한다는 주장은 오히려 무책배우자만을 보호하는 것으로 그 보호영역은 축소되어지고 유책배우자이면서 여전히 사회적 약자인 여성은 보호받지 못하는 상태에 처하게 된다.

이혼법의 체계가 유책주의하에 있느냐 파탄주의하에 있느냐에 따라 부양에 관한 결과가 달라질 것이다. 유책주의원칙하에서의 이혼은 특히 재판상 이혼에 있어서 누가 이혼에 책임이 있느냐를 판결해야 하고 이에 따른 이혼의 효과도 즉, 이혼에 따른 부양의 문제도 유책배우자가 부담한다. 그러나 파탄주의하에서의 이혼은 이혼사실 그 자체보다는 이혼을 통해 야기되어질 수 있는 자녀양육문제, 이혼후 배우자의 부양의 문제, 재산분할 등에 관심이 집중되면서 이혼의 경제적 결과를 만족하려는데 그 초점을 맞추고자 하였다. 유책주의에서 파탄주의로의 전환은 민사혼인법을 가진 현대 국가들이 부부 프라이버시 영역에서 철수 한 것으로 이해되며 이는 충분히 받아들여지고 있는 것으로 당시 타임지(Die Zeit)<sup>20)</sup>는 표현하고 있다.<sup>21)</sup> 이러한 의미에서 국가는 부부의 사적영역인 이혼사유에 대해서 간섭을 하지 않게 되었으나 국가의 개입은 사회적 약자를 보호하는 쪽으로 사회적 약자인 처와 자녀가 이혼을 통해 가혹한 결과가 초래하지 않도록 특히 경제적인 측면에서 배려하고자 하는 경향을 볼 때 유책주의 이혼에서 파탄주의로의 전환은 사회적 약자, 즉 가정주부의 가사노동에 대한 보다 더 공정한 평가로 보여진다.

우리나라의 유책주의 이혼은 이혼후 부양의 문제와 함께 고찰되어야 한다. 이는 유책주의에서 파탄주의로 전환되어 질 때 유무책의 여부와는 상관없이 이혼후 배우자 부양법을 제정하여 이혼후 경제적 어려움에 처한 배우자에 대한 배려가 이루어져야 할 것이다.

## 2. 이혼급부인 이혼위자료

### (1) 현행 우리나라의 이혼위자료청구권

위자료(Schmerzensgeld)는 민법상 사용되는 법전상의 용어는 아니지만 강학(講學)이나 실무에서 사용되는 용어로서 이는 정신적인 고통 내지는 정신

---

부정행위를 이혼사유로 한 이혼청구소송에서 피고가 된 경우는 연평균 24.8% 그리고 처의 경우는 연평균 21.8%를 기록하고 있다.

20) Die Zeit, 1976, 4. 23, S. 1.

21) 한복용(역), 전계서, 265면.



적인 손해에 대한 배상을 의미한다. 정신적인 손해는 기본적으로 재산상의 손해와는 달리 금전적인 가치로 배상하기는 매우 어렵다. 이러한 정신적 손해에 대한 특수성으로 인하여 그 평가는 전적으로 법관의 재량에 의하도록 하고 있다.

이혼과 관련하여 발생하는 재산상의 손해에 대한 소(訴)는 드물고 주로 정신적 고통으로 인한 손해배상을 청구하고 있다. 이를 소위 이혼위자료라고 할 수 있다.<sup>22)</sup> 민법상의 손해배상책임이 인정되는 법적 근거는 민법 제390조의 채무불이행책임과 제750조의 불법행위책임이 있다. 그러나 우리민법은 이혼을 통한 정신적인 고통에 대한 위자료를 민법 제843조와 제806조에 별도로 규정하고 있다. 위자료에 관한 법적 성질에 대한 우리나라의 다수설<sup>23)</sup>과 판례<sup>24)</sup>는 이혼에 수반되는 위자료에 관하여 이혼원인 위자료와 이혼자체 위자료를 구별하지 않거나, 구별한다 할지라도 양자를 일체적으로 불법행위로 인한 손해배상책임으로 파악하여 왔다.<sup>25)</sup>

재산분할청구권이 제정되기 이전(1990년 이전)에 위자료청구는 유일한 이혼급부였다. 이혼 당사자는 이혼과 함께 일정한 액수의 위자료를 청구할 수 있을 뿐이었다. 판사의 재량에 따라 위자료의 액수를 산정 할 때 쌍방의 재산상태, 재산형성의 경위 등을 참작한 기타상황들이 고려되었다.<sup>26)</sup> 그러나 재산분할청구권이 인정되면서 이혼위자료와 재산분할청구권은 그 내용면에서 법적인 역할의 분명한 한계점을 필요로 하게 되었으며 이에 따라 위자료의 구체적인 내용을 규명할 필요성이 커지게 되었다. 실질적으로 재산분할청구권이 제정되기 이전 위자료는 기타 모든 사항들(재산상황, 연령, 생활능력, 혼인생활기간등)이 고려되어졌기 때문에 그 당시의 위자료는 이혼후의 부양에 대한 상

22) 최창열, “이혼에 따른 위자료의 법적 성질에 관한 고찰”, 가족법연구, 47면.

23) 한봉희, “위자료청구의 재문제”, 『민사법과 환경법의 제문제(안이성박사회학기념논문집)』, 1986, 303면; 김영갑, “재산분할청구권”, 사법논집 제22집, 법원행정처, 1991, 220면; 황경우, “이혼위자료의 지연손해금의 기산일에 관하여”, 『실무연구 IV - 법관 가사재판실무연구 모임 자료집』, 서울가정법원, 1998, 125면.

24) 대판 1968. 3. 5, 68트5; 대판 1981. 10. 13, 87트5 5·56 등.

25) 최창열, 전계논문, 45면.

26) 법원은 위자료 산정결정에 있어서 반드시 증거에 의하지 않았으며 유책행위의 존부만을 확인한 후 재량에 의하여 그 금액이 결정되었으므로 위자료 액수에 대한 심리는 부차적인 것으로 밀리는 경향이 많았으므로 그 결과 이혼위자료의 법적인 성격에 관한 고찰이 신중이 이루어지지 않았다(박순성, “이혼을 원인으로 하는 손해배상청구권의 법적 성격”, 『재판자료 제62집: 가정법원사건의 재문제(서울 가정법원창립 30주년 기념특집)』, 법원행정처, 1993, 522면; 최창열, 전계논문, 44면.

황 역시 고려되었다. 그러나 현행법의 위자료의 의미는 정신적 고통에 대한 손해배상으로 그 의미가 점차적으로 축소되어가고 있다.<sup>27)</sup>

## (2) 위자료청구권에 대한 소고

앞서 언급하였듯이 우리나라 민법에서는 이혼후 배우자 부양에 관한 규정을 두고 있지 않다. 그러나 위자료청구권은 이혼후 부양적 의미를 지니고 있는 이혼급부로서 여전히 중요한 의미를 지닌다. 그러나 사회적 약자인 주부가 유책자로 결정되어질 때 남편보다 경제적으로 더 가혹한 경우에 처하게 된다. 오히려 처가 얼마간의 재산이 있다면 남편에게 이혼을 통한 정신적 고통에 대한 손해배상을 하여야 할 것이다. 더 나아가 현실상 우리나라에서 사회적 약자인 배우자가 위자료를 청구할 수 있다고 하여도 위자료는 유책배우자의 재산상태에 따라 위자료액수가 산정되기 때문에 경제적 능력이 없거나 적은 유책 배우자에게서 적정의 위자료를 기대할 수는 없다. 이 외에도 위자료청구권의 문제점으로 유책주의 이혼은 혼인의 파탄이 누구에게도 책임을 물을 수 없게 된 경우 예를 들어 정신병으로 인한 부부파탄, 운명적인 일이 동기가 되어 파탄에 이르게 된 경우, 부부의 별거생활을 통해 부부파탄에 이른 경우 또한 서로에게 다소나마 혼인 파탄의 잘못이 있는 경우들에 있어서 위자료는 누구에게도 지불되지 않기 때문에 이러한 경우 한 사회적 약자인 배우자의 부양문제는 더욱 어려운 상황에 처하게 된다. 이와 같은 문제를 해결할 수 있는 좋은 예는 독일의 이혼후 배우자 부양법이 될 수 있을 것이다. 이는 이혼시 경제적 능력이 있는 배우자가 이혼 당시 특별한 재산이 없더라도 그가 경제활동을 통하여 얻는 월급의 일부를 상대배우자에게 부양비로 지불하는 것이다. 우리나라에서 일시적인 이혼급부로 행하여 졌던 위자료청구권이 독일식의 부양비지불형태가 적합한지에 대하여는 보다 논의되어야 할 문제이기도 하다.<sup>28)</sup> 이에 관하여 이상태교수는 “이혼급부의 중심을 이혼부양에 두는 구미와는 달리, 우리나라에서는 이혼후 상대방을 부양하는 관습은 존재하지 않으며, 또한 국민의식으로서도 이혼후의 상대방을 부양하여야 한다고 하는 규범의식은 없는 것으로 보고 있다. 따라서 부양적 재산분할은 상대방의 재혼이나 사망시까지의 생활의 안정을 보장하는 급부가 아니고, 이혼이라는 예상치 못한 상황으로 인

27) 이상석, 이혼과 위자료, 1997, 292면.

28) 이상태, “재산분할청구권의 부양적 성질”, 아세아여성법학, 2001, 90면.

한 생활의 어려움에 일시적으로 대처하거나 이혼 후 직장을 얻기까지 잠정적으로 지급되는 급부라고 하지 않을 수 없다”고 서술하고 있다. 이것은 충분히 공감 가는 의견이라고 생각이 된다. 그러나 결과적으로 이혼하는 배우자의 현존하는 재산으로 이혼급부를 한정시킨다는 것은 무리라고 생각되어진다. 왜냐하면 현존하는 재산이 적은 혹은 없는 경우 이혼급부는 기대할 수 없기 때문이다. 결국 이런 경우 기대할 수 있는 것은 경제활동을 하는 배우자의 월소득에 의존할 수 밖에 없다. 물론 이러한 부양비 지불은 사회적 약자가 스스로 부양할 수 있을 때까지 일정한 기간내에 지급되어야 할 것이다. 또한 이혼후 자녀양육을 공동양육으로 하는 것이 바람직하다고 논의되어지고 있다.<sup>29)</sup> 이혼후 자녀의 공동양육 역시 우리에게서 생소한 문화이며 이것 이외에도 우리가 받아들인 법제도 중 기존에 우리에게서 없었던 것들이 다반수이다.

한 제도가 창출되거나 계수되고 그것이 적용되기까지는 여러 진통의 과정이 요청되었다. 그러나 그것이 바람직하다는 기본원리에 어느 정도의 사회적 합의점을 찾을 수 있다면 새로운 제도에 대한 시도는 개선을 위하여 필수불가결하다고 생각되어진다. 이혼후 배우자 부양법은 이미 서양의 다른 국가에서 선례를 보여주었으므로 이제는 그에 대한 문제점 역시 우리가 접할 수 있게 되었다. 그러므로 타국가의 제도를 우선 면밀히 검토하여 보는 것은 선행되어야 할 일이다. 우리나라에서 배우자 부양법의 도입은 유책주의 이혼에서 파탄주의로 전환되어야 하는 시점에서 어떠한 형태로 혼인으로 인해 이혼후 불이익을 당하게 된 배우자를 부양적 측면에서 구제될 수 있는가가 논의되어질 수 밖에 없는 문제이다.

### 3. 재산분할청구권의 부양적 성질

#### (1) 재산분할청구권의 청산적 성질

재산분할청구권은 이혼하는 배우자에게 있어 아주 중요한 부양을 위한 공급원이 된다. 위자료와는 달리 재산분할청구권에 의한 재산의 분할은 이혼의 유책여부와는 무관하게 적용되어지기 때문에 더욱 큰 의미를 지닌다. 재산분할청구권의 규정에 따라 이혼시 한 배우자는 상대배우자에게 “공동으로 협력하여 이룬 재산”에 대한 분할을 청구할 수 있다(민법 제839조의2).<sup>30)</sup> 법정재산제인

29) 공동양육에 관하여 현재 학계에서는 찬반론이 대립되고 있다.

30) 독일의 부부재산제는 혼인 중 부부의 재산이 어떻게 작용하는가를 또한 이혼시 부부

부부별산제하에서 부부의 재산은 각기 별산이므로 혼인 중 각자 자신의 재산에 대한 수익, 관리, 처분이 이루어지지만 이혼시 이들 재산이 비록 한 사람의 명의로 이루어진 재산이라 할지라도 “실질적으로 공동으로 협력하여 이룬 재산”이라면 이 재산은 분할되고 있다. 이혼시 부부의 재산이 청산되어질 때 가장 중요한 핵심은 재산의 공정한 분배가 이루어지고 있는가 하는 문제일 것이다. 공정한 분배라는 문제는 좀 더 구체적으로 여성이 전담하고 있는 가사노동과 자녀양육에 대한 노동을 어떻게 평가할 것이냐 하는 문제이기도 하다. 이러한 의미에서 재산분할청구권 제도의 신설(1990년)은 우선 가사노동이 경제적 가치를 평가받을 수 있다는데 높이 평가되고 있다. 그러나 가사노동과 관련하여 재산분할청구권이 안고 있는 문제점은 재산분할의 산정에 있어 중요한 기준이 되는 배우자의 기여도를 평가함에 있어서 가사노동의 가치가 낮게 평가되고 있다는 것이다. 일반적으로 전업주부의 기여도는 맞벌이형과 가업협력형에 비하여 낮게 평가되고 있으며 대부분 전업주부의 기여도는 20~30%로 인정되고 있는데 그 이외에도 2/5, 1/2, 1/5 또는 1/4 등의 순으로 나타나고 있다.<sup>31)</sup> 이와 관련하여 독일법의 경우에 있어서 이혼시 잉여의 청산은 각 배우자의 나중재산에서 처음재산을 공제한 후 얻은 잉여재산에 높은 잉여재산을 갖은 배우자의 잉여에서 낮은 잉여재산을 갖은 배우자의 잉여를 뺀 액수의 반이 청구액이 된다.<sup>32)</sup> 독일법에서의 이러한 산정방법은 전업주부의 가사노동을 경제활동을 하는 배우자의 노동과 동일한 것으로 평가되고 있다.

## (2) 부양적 성질의 재산분할

민법이 규정하고 있는 제839조의2 재산분할청구제도는 혼인 중 취득한 재산의 청산이라는 성질과 더불어 이혼후 경제력 없는 배우자에 대한 부양이라는 성질을 포함하고 있다.<sup>33)</sup> 우리나라에서 재산분할청구권에 대한 분할대상은 현존하고 있는 재산에 대한 분할을 주로 의미하며,<sup>34)</sup> 이에 대법원 판례는

재산이 어떻게 분할되어지는가를 규정한다.

31) 김찬식, “이혼으로 인한 재산분할 및 위자료에 관한 실증적 연구”, 명지대학교, 1997, 120, 121면.

32) Gernhuber NJW 91, 2238, FamRZ 84, 1053.

33) 김주수, 친족상속법(법문사), 1997, 224, 226; 김성숙, “약혼법과 이혼법 정비를 위한 검토”, 가족법연구, 164면 재인용.

34) 여기서 무체재산, 예를 들어 혼인기간중 변호사 자격증을 취득한 남편이 장래에 많은 소득을 갖게 될 것이라는 명확한 추정에 의하여 재산분할산정시 고려의 대상이 되지만

1993년 결정<sup>35)</sup>에서 “부부가 혼인 중 취득한 실질적인 공동재산을 청산분배하는 것을 주된 목적으로 하는 것”이라고 밝히고 있다. 더 나아가 재산분할청구권제도는 청산뿐 아니라 부양에도 관련이 있음을 명확히 밝히고 있다.<sup>36)</sup> 가정법원에서는 “... 나아가 이혼 후에 경제적으로 어려워지는 당사자에 대한 부양을 목적으로 하는 것...”<sup>37)</sup> 또는 “재산분할제도는 부부가 혼인 중 상호협력에 의하여 이룩한 공동재산의 청산과 이혼 후에 경제적으로 곤궁을 겪게 되는 당사자에 대한 부양을 그 목적으로 하는 것”<sup>38)</sup>등 부양적 의미의 재산분할을 명시하고 있다. 그러나 이러한 판례의 명시에도 불구하고 실제로 부양적 재산분할을 인정하고 있는 예는 많지 않고 대부분 청산적 분할만 인정하고 있을 뿐만 아니라<sup>39)</sup> 부양적 재산분할의 이러한 명시도 대부분 1990년에 전반에 의한 것이고 최근에는 재산분할청구의 목적이 청산과 부양의 양자에 있다는 것을 명시하는 예 조차 줄어들고 있다. 이러한 것은 여전히 부양적 성질에 대한 법원의 인식이 낮은 수준에 있음을 말해주고 있다. 또한 부양적 의미의 분할은 부부의 공동재산이 아닌 한 배우자의 특유재산으로도 청구될 수 있는 것으로 해석되고 있음에도 불구하고 현실적으로 “기타 사정을 참작하여” 산정되는 부양적 의미의 재산분할은 청산적 분할과 함께 이루어지고 있기 때문에 실질적으로 어느 정도의 재산이 고려되었는지 알 수 없다. 그러므로 서로 성질을 달리하는 이 두 분할에 대한 행태는 구별되어 독자적인 역할을 하여야 한다. 이는 부양적 성질의 청산의 실천적 측면에도 의미가 있다.<sup>40)</sup>

여기서 또한 특별히 언급되어질 수 있는 다른 문제는 우리나라에서 혼인과 탄에 있어서 책임이 있는 유책배우자에게는 부양적 재산분할을 인정하고 있지 않는 경향에<sup>41)</sup> 관한 것이다. 독일법에서도 물론 재산의 분할에 있어서 청구

실질적으로 없는 재산을 산정하는 것은 아니다.

35) 대결 1993. 5. 11, 93스6(법원공보, 1993. 6.1. [945], 1400).

36) 대판 1995. 10. 12, 95므175·182(법원공보 1995, 3780); 동 1997. 12. 26, 96므1076·1083(법원공보 1998. 2. 155(52), 514); 동 1998. 2. 13, 97므1486·1493(법원공보 1998. 3. 15(54), 767).

37) 서울가정법원판결 1991. 6. 13, 91드1220(하급심판결집 1991(2), 489); 동 1991. 7. 25, 90 드12667·6515(하급심판결집 1991(2), 501).

38) 서울가정법원판결 1991. 8. 8, 90드63238(하급심판결집 1991(2), 516); 동 1991. 11. 12, 91느4431(하급심판결집 1991(3), 582); 대구 지방법원판결 1999. 5. 25, 97느166613(하급심판결집 1999(1), 549).

39) 김성숙, 부양적 재산분할의 실태, 승실대법학논총 제9집(1996) 참조.

40) 이상태, “재산분할청구권의 부양적 성질”, 아세아여성법학, 2001, 84면.

자체가 거절되어지는 경우가 있다. 이는 재산분할청구가 제반사정을 참작하여 볼 때 현저히 공평에 반하는 경우에 있어서 적용된다(독일민법 제1381조). 예로 들면 한 배우자가 오랫동안 혼인중 자신의 부양 의무를 이행하지 않았을 경우 상대 배우자가 더 많은 재산의 잉여를 가져왔다 하더라도 재산의 분할을 청구할 수 없다. 위자료청구권이 유책배우자가 무책배우자에게 지급하는 이혼 급부라면 부양적 성질의 분할은 유책이 배제된 고려사항이다. 위자료청구권을 통해 충족되어질 수 없는 문제들이 부양적 의미의 재산분할에서 기대될 수 있음에도 불구하고 현재 유책배우자에게 부양적 성질의 분할을 인정하지 않는 경향<sup>42)</sup>은 유책의 존재여부와는 무관하게 다루어져야 할 부양적 의미의 재산 분할의 목적에 부합하지 못하는 것으로 생각된다.

다음으로 생각해 볼 수 있는 문제는 사회적 약자인 배우자와 관련된 사항이다. 재산분할을 통한 청산적 분할이 부부가 공동으로 협력하여 이룩한 현존하는 재산의 분할이라고 할 때 만약 이러한 현존하는 재산이 없거나 혹은 있더라도 적을 경우, 다른 분할될 특유 재산도 역시 존재하지 않거나 적을 경우 이혼시 사회적 약자인 배우자는 부양의 문제에 있어서 가혹한 상태에 빠지게 될 것이다. 이 때 경제활동을 하는 남편은 이혼후 계속적인 경제활동을 통하여 스스로를 부양하는데 어려움이 없으나 혼인기간 중 경제활동을 하지 않고 가사노동과 자녀양육에 전념하였던 가정주부는 이혼후 우선 직업을 구하기 힘들고 분할되어진 재산도 없기 때문에 스스로를 부양해야 한다는 동일한 입장에 있어서 남편보다 더욱 가혹한 상황에 처하게 될 것이다. 이 때 이혼을 통하여 부부의 부양관계가 완전히 해소된다면 혼인기간 중 가사노동과 자녀양육을 담당하였던 배우자에게 너무 불공평한 규정이 아닌가 생각하여 볼 수 있다. 이에 관하여 본고의 부양의 정당성 부분에서 다시 논의하려 한다.

결론적으로 우리나라의 부양적 재산분할은 독자적인 의미로서의 역할을 하지 못하고 있는 것으로 생각되어진다. 이혼후의 배우자 부양은 우선 유책과 무관하게 독자적인 개념하에 적용되어야 하며 배우자가 이혼후 스스로를 부양하기 어려운 상황에 처하게 될 전제조건을 갖춘 경우에 경제적 능력있는 상대 배우자는 상당한 기간동안 부양비를 지불하여야 할 것이다.

41) 이상태, 전계논문, 84면.

42) 이상태, 전계논문, 84면.

### Ⅲ. 이혼후 배우자 부양의 입법론적인 방향

#### 1. 이혼후 배우자 부양의 정당성

이혼을 통해 부부사이에 존재하였던 모든 권리의무는 종료된다. 그럼에도 불구하고 왜 한 배우자가 계속적으로 다른 배우자에게 부양비를 지불해야 하는지에 대한 정당성을 설명하기란 매우 어려운 일이다. 독일은 파탄주의 이혼으로(1977년 이후) 전환하면서 이혼후 배우자의 부양문제도 개정을 보게 되었다. 파탄주의로 이혼의 문제는 보다 간단히 해결을 보았지만 이혼후 배우자 부양의 정당성이 다시 정의되어야 한다는 주장이 잇따랐고<sup>43)</sup> 파탄주의하에서의 부양법은 이혼후의 부양에 대한 정당성을 설명하기에 더욱 어렵게 만들었다는 비판도 따랐다.<sup>44)</sup> 또한 유책과는 무관한 부양비 지불에 대한 이론은 단지 도덕율을 근거로 한 것임으로 설득력이 약하다는 지적도 있었다.<sup>45)</sup>

그러나 이러한 시각에도 불구하고 다수의 독일 학자들은 이혼후 부양의 정당성 문제에 대하여 다음과 같이 설명하고 있다. 슈밥교수<sup>46)</sup>의 의견은 이혼후에도 한 배우자가 경제적 어려움에 처하게 되면 상대배우자는 이를 도덕적인 관점에서도 협력하여야 한다고 주장한다. 특히 많은 이혼한 사람들의 경우에 있어서 한 배우자가 자녀를 양육해야 하는 경우 자기 부양의 원칙은 거의 불가능한 것으로 본다. 한 배우자가 자녀를 양육해야 하는 입장에서 전 배우자들 간에 책임은 소멸되어질 수 없는 것이다. 웨더리츠교수의 주장은 남녀가 결혼을 하게 되면 부부관계는 한 배우자가 다른 배우자에게로 경제적 측면에서 볼 때 종속되어져 간다. 이는 결혼 후에 특히 여성들이 자녀를 돌보거나 집안일을 하게 되므로 경제력의 종속은 심화되어 가고 여성은 결혼생활로 인하여 직업교육을 시작하지도 않거나 직업을 갖고 있었던 경우 포기해야만 하는 경우가 생기고 혹은 계속 직장생활을 한다 하더라도 승진에 있어서도 많은

43) Dieckmann, "Rueckkehr zum Verschuldensprinzip im nahehelichen Unterhaltsrecht?", FamRZ 1984, 946, 948; Engelhardt, "Zur Bemessung des nahehelichen Unterhalts", FamRZ 1985, S. 433, 435.

44) Henrich, *Unterhalt nach der Scheidung, Betrag-Dauer-Billigkeit*, 1989, S. 72.

45) Henrich, *Unterhalt nach der Scheidung, Betrag-Dauer-Billigkeit*, 1989, S. 72. 독일민법 제1579조의 사항은 처음엔 3가지에서 나중에(1986. 04.1) 4가지가 더 첨가되어 7가지가 되었다.

46) Schwab, *Familienrecht*, 1995, S. 157.

제약을 받게 된다. 그러므로 한 배우자는 오랫동안 자녀를 양육하는데 책임을 도맡게 되는데, 이는 결혼을 통하여 여성이 얻게되는 불이익들이었다. 그러므로 이러한 경제적인 종속성은 혼인을 통해 발생되어진 결과이므로 이혼 후의 부부에게 발생되어진 문제들에 부부가 서로 책임을 져야 한다는 것이다.<sup>47)</sup> 결혼은 배우자들이 서로간의 책임을 수용한다는 것을 의미한다.<sup>48)</sup> 이러한 의미에서 다수설은 오늘날에 이혼후의 부양은 이혼한 부부에게 있어 서로 사후적인 책임이 있다는데 주지하여 왔다. 하인리히교수는 법윤리적인 설명, 즉 이혼한 배우자들이 서로간에 연대책임을 져야 한다는 설명은 정당성을 설명하기에 충분치 못하다고 주장한다. 그러나 결혼을 하게 되었기 때문에 얻게 되는 한 배우자의 불이익<sup>49)</sup>은 이혼 후 그 형평성이 조정되어야 한다고 주장한다. 그러나 이러한 형평성의 조정은 사회적 약자인 배우자가 그의 독자성을 확립할 수 있기 위한 과도기의 기간동안이며 부양책임자에게 이러한 과도기의 시기를 넘어서 계속적으로 부양비를 지불해야 하는 책임은 없는 것이라고 주장하였다.<sup>50)</sup>

위의 주장에서와 같이 일반적으로 이혼후 배우자 부양은 혼인생활을 통해 발생되어지는 한쪽 배우자의 불이익은 이혼후에 그 형평성이 조정되어야 한다는 것을 내용으로 하고 있으며 또한 이혼후의 부양은 일반적으로 경제적으로 능력이 있는 배우자가 경제적 능력이 없는 배우자와 연대의 책임의식<sup>51)</sup>을 같이 해야 하는 것으로 보고 있다.

## 2. 독일법의 이혼후 배우자 부양의 구성요건

### (1) 이혼후 부양법에 대한 개관

독일법에서 원칙적으로 이혼한 부부는 각자가 자신의 부양을 책임져야 한다 (§1569 BGB).<sup>52)</sup> 그러나 이에 대한 예외규정으로 부양의 전제요건이 충족된 경우 한 배우자는 상대배우자에게 부양을 요구할 수 있다. 이에 관하여 독

47) Luederitz, *Familienrecht*, 1999, S. 197.

48) BGH FamRZ, 1956, 144, 146; FamRZ, 1981, 242.

49) 예를 들어 여자가 승진을 포기할 수 밖에 없었던 일 등이다.

50) Henrich, *Familienrecht*, 1995, S. 154.

51) NJW 1981, 1771, 1772. = BVerfG FamRZ 1981, 745, 746; FamRZ 1981, 1163.

52) BGH FamRZ 1981, 1771, 1772 = NJW 1981, 978, 979.



일민법 §§1570 - 1576 BGB 에 규정하고 있다.

이들 일곱가지의 부양구성요건은 다음과 같다.

1. 한 배우자가 공동의 자녀를 양육할 때 (§1570 BGB)
2. 한 배우자가 나이로 인해 직업을 갖지 못한 때 (§1572 BGB)
3. 한 배우자가 질병으로 인해 직업을 갖지 못한 때 (§1573 BGB)
4. 한 배우자가 실업을 원인으로 한 때 (§1573 Abs. 1 BGB)
5. 한 배우자의 부양료가 충분치 못한 때 (§1573 Abs. 2 BGB)
6. 직업교육, 진보교육, 직업이전교육을 위해 부양을 필요로 할 때 (§1575 BGB)
7. 이 외의 심히 중대한 이유로 인해 부양이 거절됨이 불공평할 때 (§1576 BGB)

우선 부양권자는 독일민법에 규정되어 있는 이혼후의 부양구성요건에 충족되는 구성요건을 가지고 있어야 하고 또한 부양의무자는 부양을 할 수 있는 경제적인 부양능력이 있어야 한다 (§1581 BGB). 부양권자가 부양을 받을 수 있는 여러 가지 구성요건들을 동시에 가지고 있다하여도 그 중에 한가지 구성요건이라도 충족되면 부양을 받을 권리가 있다. 각 구성요건에 따라 부양의 기간은 제한되며, 하나의 부양구성요건이 끝나도 다른 부양구성요건이 충족되어지는 한 부양권자는 계속적으로 부양을 받을 수 있다. 예를 들어 자녀를 양육이 끝난 후, 나이로 인해 혹은 질병으로 인해 부양요건이 충족되어질 때 계속적으로 부양을 요구할 수 있다. 독일법의 이혼후 배우자 부양이 자기부양의 원칙을 우선 내세우고 있으나, 실질적으로 이 예외규정인 7가지의 전제요건을 통하여 부양이 이루어지고 있다. 독일에서 부양비지불이 혼인의 생활수준을 기준하고 있는데 대한 문제점도 주장되고 있다. 한 배우자가 앞서 제시한 부양구성요건을 충족하고 있는 경우라도 부양이 심히 공평에 반할 때 §1579 BGB의 규정에 따라 부양비가 감면되거나 또는 전면적으로 거절되어질 수 있다.

## (2) 이혼후 부양권의 개별적인 구성요건

### 1) 자녀양육을 원인으로 한 부양권

이혼한 배우자가 공동의 자녀를 보호 또는 양육해야 하기 때문에 경제활동을 기대할 수 없을 때 그 기간은 상대방 배우자에게 부양비를 요구할 수 있다 (§1570 BGB).

이 청구권의 전제요건은 그 자녀가 공동의 자녀이어야 한다. 이는 자녀가 두 배우자 중 한 배우자의 자녀인 경우는 공동의 자녀가 될 수 없음을 의미한다. 또한 Pflegekind인 경우도 이에서 제외된다.<sup>53)</sup> 계속되는 전제조건으로, 한 배우자는 자녀의 양육으로 인해 그의 고용이 전체 혹은 부분적으로 제약을 받았을 경우이다.<sup>54)</sup> 이 부양권은 자녀의 연령과 개별적인 상황에 달려있다.<sup>55)</sup> 이에 대한 부양청구권의 범위에 관한 한계는 판결에 따라 다르다. 이는 각 소(訴)의 개별적인 상황에 따라 판례가 이를 결정하도록 한 것이다. 법원들은 우선 자녀를 양육하는 배우자의 자녀가 14살이 될 때까지 일을 하러 가지 않아도 된다는 판결로 기울었다.<sup>56)</sup> 그러는 사이 법원의 판결은 유동적으로 변하여 갔는데, 11살이 되는 자녀를 돌보는 경우 시간제 일을 할 수 있는 것으로 추정되기도 하였다.<sup>57)</sup> 그러나 이러한 시간제 일이 절대적으로 만나질 일을 해야 한다는 것은 아니라는 판결이 나오기도 하였다.<sup>58)</sup> 자녀가 열일곱 살 이상이 될 때 양육배우자는 완전고용자로 일을 하여야 한다.

자녀의 수에 따라 부양은 더욱 힘들어 지는 것은 당연하다. 지체장애인 자녀나 여러명의 자녀를 돌보게 되는 경우 한 자녀를 키우는 경우와는 다르게 결정되었다.<sup>59)</sup> 대부분 독일에서는 모가 이혼후 계속하여 자녀를 양육하게 되는데 이럴 때 직업여성은 더욱 어려운 상황에 부딪치게 된다. 직업여성은 직장생활을 포기하던가 아니면 계속적으로 자녀를 돌보면서 직장 생활을 해야 한다. 이러한 경우는 시간제 일을 하는 여성과 자녀만을 돌보는 여성과 비교하여 볼 때 일하는 여성에게 불공정한 것이라고 할 수 있겠다.<sup>60)</sup> 그러나 자녀를 돌보는 배우자가 일을 하는 경우 자신의 소득으로는 충분히 생활비를 벌지 못할 때 나머지의 생활비를 다른 배우자에게 요구할 수 있다. 이에 대한 청구권은 전적으로 자녀의 이익을 위한 것이며 그 기간과 액수는 제한된

53) BGH FamRZ 1984, 361, 362. 공동의 자녀란 두 부부 사이에서 태어난 친자관계 뿐만 아니라, 혼인기간 중 성립된 법정친자관계도 포함한다. Pflegekind를 돌보아 주는 것은 법정친자 관계에 속하지 않는다.

54) Vgl. BGH FamRZ 1980, 667.

55) BGH FamRZ 1990, 494.

56) OLG Hamm, FamRZ 1980, 23; OLG Bamberg, FamRZ 1979, 505.

57) BGH FamRZ 1982, 148, 149; BGH FamRZ 1983, 456.

58) BHG FamRZ 1981, 17.

59) Limbach, "Das Verhältnis von Familie und Beruf im Unterhalt nach der Scheidung", NJW 1982, 1721ff.

60) BGH FamRZ 1990, 494.

다.<sup>61)</sup> 자녀양육을 원인으로 한 부양권은 다른 부양권들 보다 우선한다. 이는 양육되어야 할 자녀의 복지를 위한 것이다. 자녀를 양육하는 배우자가 재산이 있는 한 자신의 부양을 위한 부양비는 청구할 수 없다. 그러나 후일 그가 자신의 재산을 상실하게 되었을 때는 다시 자녀양육을 원인으로 상대 배우자에게 자신의 부양비를 청구할 수 있다(§1577 Abs. IV BGB). 또한 이혼한 배우자가 재혼하고 다시 이혼하였을 경우라도 그 이혼한 배우자가 전 배우자의 공동의 자녀를 양육하고 있을 때 그에게 부양비를 요구할 수 있다(§1586 a BGB). 한 배우자가 이혼한 배우자와 재혼한 배우자를 부양해야 하는 부양의 경합이 생긴 경우 부양권자가 공동의 자녀를 양육하고 있는 한 그 배우자를 위한 부양권은 부양의무자가 재혼한 경우에도 재혼한 현재의 배우자 보다 전 배우자의 부양권은 우선한다(§1582 BGB).<sup>62)</sup>

## 2) 나이로 인한 부양권(Unterhalt wegen Alters)

1. 이혼 당시에 2. 공동 자녀의 보호와 양육이 끝났을 때 3. §1572 그리고 §1573 BGB에 따른 부양전제조건이 소멸되고 연령을 이유로 하여 더 이상 경제활동이 기대 되어지지 않을 때 이혼한 배우자는 상대 배우자에게 부양을 요구 할 수 있다(§1571 BGB).

문제는 이혼한 배우자가 몇살의 나이에 더 이상 일을 할 수 없느냐는 것이다. 여기에는 법률상 정해진 나이는 없다. 직업과 관련하여 볼 때 나이의 한계를 일괄적으로 결정하는 것은 어렵다. 이는 일이 어떤 종류이냐에 따라 나이에 대한 관계도 달라지기 때문이다. 판례에 의하면 일반적으로 일 할 수 있는 나이의 한계를 65세 미만(독일에서는 65세부터 남녀 모두 연금수급자가 된다)으로 보고 있다. 이는 이 나이 이상은 더 이상 일하는 것이 기대되어 질 수 없다고 보는 것이다.<sup>63)</sup> 이혼한 배우자가 아직은 퇴직을 할 나이는 아니나 일할 능력이 없거나, 자녀를 양육하였거나, 나이로 인해 또는 능력이나 건강 상태로 인해 더 이상 직장을 얻지 못할 때도 역시 고려되어야 한다고 주장한다.<sup>64)</sup> 연방최고법원(Bundesgerichtshof)은 20년간 집안일을 해온 50세인

61) BGH FamRZ 1990, 492ff.

62) Johannsen/Henrich, *Eherecht(Kommentar)*, 1998, S. 415.

63) Johannsen/Henrich, *Eherecht(Kommentar)*, 1998, S. 418; BGH FamRZ 1993, 43.

64) Vgl. Johannsen/Henrich/Voelskow, §1571 BGB Rdnr. 3; Schwab/Borth, *Handbuch des Scheidungsrecht*, 1995 Rdnr. 119 S. 591.

주부는 이혼후 생계활동을 하여야 할 의무가 있다고 결정하였다.<sup>65)</sup> 이에 관하여 OLG Muenchen<sup>66)</sup>과 OLG Koblenz<sup>67)</sup>은 비슷한 사건의 소송에서 다른 판결을 내렸다. 그 결정에 차이를 가져다 준 것은 부부의 생활수준에 있었으며 그리고 부부의 소득에 기인한 것이었다.

한 배우자가 이미 혼인 당시 일할 수 없었을 경우(예를 들어 많은 나이에 결혼하는 경우) 이혼후 §1571 BGB의 규정에 따라 부양을 요구할 수 있다.<sup>68)</sup> §1571 BGB에 의한 부양권의 요청의 시점은 다양하다. 이혼 당시, 자녀의 양육이 끝난후, 혹은 §1572 BGB 혹은 §1573 BGB 에 의한 부양권이 소멸한 때이다.

### 3) 질병, 불구로 인한 부양권(Unterhalt wegen Krankheit oder Gebrechen)

한 이혼한 배우자가 법에 정한 일정한 시기에 질환이나 불구 혹은 허약으로 인해 육체적 그리고 정신적으로 약하여 일하는 것이 기대 되어질 수 없을 때 상대배우자에게 부양을 청구할 수 있다(§1572 BGB).

질병에 의한 부양청구권은 꼭 그 질병을 혼인 중에 얻은 것이라야만 청구할 수 있는 것은 아니다.<sup>69)</sup> 한 배우자가 혼인 전 질병이 있는 상태에서 혼인을 하였거나 그리고 이혼후에도 질병으로 인해 일할 수 없을 때 부양을 요구할 수 있다. 예외로 이 부양권의 구성요건은 §1579 BGB Nr. 7에 따라 부양이 심히 불공평한 경우 거절되어질 수 있다. 정신질환도 육체적인 질병과 마찬가지로 부양의 받을 대상이 된다.<sup>70)</sup> 이혼을 원인으로 하여 우울증에 빠지게 되는 경우 한 배우자는 이를 원인으로 하여 상대 배우자에게 부양비를 요구할 수도 있다. 그러나 곧 회복되어 다시 일하게 될 때 부양은 소멸한다. 알코올중독도 병으로 판정한다. 그러나 그가 자신의 욕구를 고의적으로 발생시켜 부양을 받으려 하고자 했을 경우 상대배우자는 부양을 거절할 수 있다(vgl. 1579 Nr. 3 BGB).

65) BGH FamRZ 91, 416, 419.

66) FamRZ 1983, 925.

67) FamRZ 1992, 950, 951.

68) BGH FamRZ 1982, 29.

69) BGH FamRZ 1981, 1163, 1164 = NJW 1982, 40, 41; FamRZ 1988, 930, 931 = NJW-RR 1988, 834; FamRZ 1994, 566 = NJW 1994, 1286; NJW-RR 1995, 449, 451; OLG Nürnberg FamRZ 1981, 969.

70) z.B. BSGE 35/10 u.a.

질병으로 인해 일할 수 없을 때 결국 부양권자는 자신의 질병을 증명해야 하며 판사는 병으로 인한 그의 일에 대한 무능력을 확정하여야 한다.<sup>71)</sup> 법원은 그 확증에 대해 의심의 여지가 있을 때는 부양을 거절 할 수 있으며 또한 그 배우자가 시간제 일을 할 수 있는가 혹은 다른 직업을 갖게 되는 경우 정상고용인으로서 일할 수 있는가도 실험하여야 한다. 이 부양권의 시기는 이혼 시, 직업교육 그리고 진보교육 또는 직업이전을 위한 교육이 끝난 시점에서 또는 §1573 BGB에 의한 부양청구권의 전제요건이 소멸되었을 때이다.

#### 4) 실업으로 인한 부양(Unterhalt wegen Arbeitslosigkeit)

한 배우자가 §§1570-1572 BGB(자녀양육, 나이나 질병으로 인한 부양권)로 인한 부양권이 없는 때라도 그는 부양을 요구할 수 있는데 이는 그가 적절한 직업(angemessene Erwerbstätigkeit)을 구하지 못한 경우이다 (§1573 Abs. 1 BGB).

직업이 없는 배우자는 고용시장의 척박한 상황으로 인한 혹은 개인적인 상황이 명백히 적절한 직장을 찾기 불가능한 상태에 있을 때 그는 부양을 요구할 수 있다.<sup>72)</sup> 이 부양의 전제조건으로 부양권자는 이혼 당시 완전 고용상태에 있지 않았거나 그가 집중적으로 또는 규칙적으로 직업을 갖기 위해 노력하였어야 함에도 불구하고 직업을 구하지 못했을 경우이다. 취업을 하고자 했던 그 배우자의 노력은 증명되어야 한다.<sup>73)</sup>

법은 부양권자가 아무 직업이나 선택하여야 하는 것은 아니고 그에게 적절한(angemessen) 직업을 선택할 수 있도록 하고 있다. “적절함”이란 이혼한 배우자의 교육상태, 능력, 나이 그리고 건강상태에 맞는 또한 부부의 생활상태에 맞는 직업을 의미한다. 여기서 부부의 생활상태에서 혼인기간 그리고 공동자녀의 양육기간이 고려되어진다(§1574 II BGB).<sup>74)</sup> 부양권자는 취업에 있어 자신의 능력에 비해 낮은 직업을 선택하도록 강요당하지 않는다. 혼인 기간이 길수록 이혼한 배우자는 자신이 기존에 배웠던 직업으로 뒤돌아 가기가 쉽지 않다. 배우자가 혼인 중 자신의 직업적인 발전을 포기하였을 때, 그는 혼인 당시 자신의 교육

71) BGH FamRZ 1988, 265, 266; NJW 1988, 2369, 2370.

72) BGH FamRZ 1988, 927, 928; FamRZ 1988, 265, 266 = NJW 1988, 2369, 2370.

73) BGH, FamRZ 1986, 244, 246 = NJW 1986, 718, 719; FamRZ 1982, 255, 256; FamRZ 1990, 499, 500.

74) OLG Karlsruhe FamRZ 1985, 1005ff.; BGH FamRZ 1991, 416ff.

그리고 직업의 수준에 되돌아 갈 수 없다. 그러므로 부부가 수준 있는 생활을 하였을 경우 주부에게 기능습득을 강요할 수는 없다고 할 것이다.<sup>75)</sup>

부양권자가 적절한 직업을 얻지 못하게 된 경우 그가 적절한 직업을 취득하도록 하기 위하여 교육(Ausbildung), 진보교육(Fortbildung) 혹은 직업이전을 위한 교육(Umschulung)등을 받을 의무가 있다(§1574 III BGB).

실업을 위한 부양권은 이혼한 배우자가 적절한 일을 찾게 되면 곧 그 부양권이 소멸하지는 않는다. 그의 수입이 전체 생활비에 충분할 때 비로소 부양권은 소멸한다. 직업을 갖게 된 배우자가 다시 직업을 잃게 되었을 때 다시 실업을 원인으로 부양을 청구할 수 있다.<sup>76)</sup> 실업을 이유로 한 부양은 이혼 당시의 실업 또한 자녀양육, 나이, 질병이나 교육조항에 의한(§§1570-1572 그리고 §1575 BGB) 부양권이 존재하였으나 후일 소멸한 때이다(§1573 III BGB). 실업을 이유로 한 부양은(§1573 I, III und IV BGB) 혼인의 계속기간 및 가계운영상태 생계활동을 고려하여 그 기간의 무제한이 불공정하다고 판단되어지는 때에 §1573 V BGB 규정에 의해 제한되어질 수 있다.

#### 5) 부양비보충액에 대한 부양요건(Aufstockungsunterhalt)

이혼한 배우자가 이혼후에 일을 한다 할지라도 그의 수입이 그가 필요로 하는 완전 부양비에 충족되지 않을 때, 그가 §1570-1572 BGB에 의한 부양권을 가지고 있지 않을 때, 생계를 위한 완전한 부양비와 그의 수입 사이의 차익에 대한 부양비를 요구할 수 있다(§1573 Abs. 2 BGB).

이 부양권은 이혼후에 충분한 수입이 없는 배우자라 할지라도 그의 생활수준을 유지할 수 있게 하는 보장적인 역할을 한다.<sup>77)</sup> 자녀를 양육하는 배우자는 실질적으로 충분한 부양비를 확보한다(§1606 Abs. 3 Satz 2 BGB). 이 부양권은 배우자가 적절한 일을 찾으려 노력했으나 자녀양육을 원인으로 혹은 나이, 질병으로 인해 부양권자의 실질적 혹은 가상적인 수입에 적절히 필요로 하는 부양비를 충족시키지 못한 것을 전제로 한다.<sup>78)</sup>

75) von Herbert Grziwotz, *Trennung und Scheidung*, S. 60.

76) BGH FamRZ 1985, 791ff.

77) BGH FamRZ 1982, 892, 893 = NJW 1982, 2439, 2440.

78) BGH FamRZ 1990, 492, 493 = NJW 1990, 1847, 1848; BGH FamRZ 1993, 789, 791; FamRZ 1988, 265, 266.

6) 교육을 위한 부양(Unterhalt wegen Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung)

한 배우자에게 기대 되었으나 혼인 중에 교육을 받지 못하였거나 교육을 중단한 경우, 계속적으로 교육을 받기위해 상대 배우자에게 부양비를 요구할 수 있다. 이는 교육을 통하여 부양권자인 배우자가 후일 다시 직업을 얻을 수 있는 가능성을 확보하기 위한 것이다(§1575 Abs. 1 BGB).

기존에 받았던 교육보다 더 나은 교육을 위하여 또는 직업이전을 위한 교육은 혼인을 통해 야기되었던 단점들에 대해 형평성을 찾기 위한 것으로 부양을 요구할 수 있다(§1575 Abs. 2 BGB). 이에 대한 부양권은 부부가 혼인으로 인해 포기하였던 교육의 기회를 이혼 후 다시 받을 수 있도록 하여 이혼 한 부양권자가 다시 이혼 후에 적절한 직업을 갖을 수 있도록 하기 위한 것이다.<sup>79)</sup>

배우자는 이혼후 곧 바로 교육을 받아야 한다. 교육시 요구되어 지는 것은 교육과정에 대한 졸업은 일반적인 교육시기 안에 끝나도록 하고 있다.<sup>80)</sup>

보다 나은 교육과 직업이전을 위한 교육(Fortbildung oder Umschulung (1575 II BGB))은 혼인으로 인해 발생한 단점들을 보완해 주는 것으로 그 단점과 이들 교육 사이에는 위의 단순한 직업교육과는 달리 원인관계가 존재해야 한다. 이 부양권을 통해 부양권자는 직업을 위한 충분한 능력에 도달해야 한다.<sup>81)</sup> 또한 부양권자는 새로운 직업교육을 선택할 수도 있는데 이는 기존에 접했던 교육과는 아무 관계없는 아주 새로운 교육일 수도 있다. 그러나 그 범위와 요청되는 능력은 비슷해야만 한다. 일반적으로 교육과정을 위해 두 번씩이나 부양을 요구하는 것은 불가능하다.<sup>82)</sup>

위 교육을 위한 청구권의 시기에 관하여 법으로 규정되어 있지 않으므로 이혼의 시점에서 이 부양권을 청구할 수 있다.

7) 중대한 사유로 인한 부양(Unterhalt aus Billigkeitsgrund)

이혼한 배우자가 위에 나열된 전제조건 이외에도 다른 중대한 사유로 인하여 경제활동이 기대되어질 수 없을 때 그리고 부양의 거절이 상당히 불공평하

79) Schwab, Familienrecht, 1995, S. 166; BGH FamRZ 1987, 795, 796 = NJW 1987, 2233, 2234.

80) Wendl/Staudigl, a.a.O., 4, S. 369.

81) Wendl/Staudigl, a.a.O., 4, S. 372.

82) BGH FamRZ 1985, 784ff.

다고 판단되어 질 때 상대방 배우자에게 부양을 청구할 수 있다. 중대한 사유가 단지 부부를 파탄으로 이끈 원인으로만 고려되어지지는 않는다(§1576 BGB). 중대한 이유란 예를 들어 이혼한 배우자가 Pflegekind를 양육하게 됨으로 생계활동을 하지 못하게 된 때이다.<sup>83)</sup> 이 Pflegekind는 혼인 중 부부가 공동으로 합의하여 양육을 위임받았을 경우이거나 혹은 혼인 당시 한 배우자가 데리고 온 자녀라도 부양권이 발생되어 질 수 있다.<sup>84)</sup> 이 경우 부양권자는 §1570 BGB의 규정에 의한 부양권은 갖고 있지 않아야 한다.

부양의 거절이 불공평할 때 이에 따른 모든 상황은 구체적으로 검증되어야 하고 이에 대한 배우자의 이익에 대한 측정기준은 그들의 나이, 혼인 기간 그리고 건강상태와 혼인기간의 과정 혹은 부부의 유책행위 등을 들 수 있다.<sup>85)</sup>

### 3. 이혼부양청구권의 거절(§1579 BGB)

부양을 위한 전제요건은 부양을 보장해 주지만 §1579 BGB의 Nr. 1-7의 일반규정은 부양권을 제한한다. 이는 이혼 배우자가 부양을 위한 구성요건을 갖고 있음에도 불구하고 부양이 심히 불공평하다고 판단되어질 때 부양이 거절 또는 제한되어 질 수 있음(§1579 BGB)을 의미한다. 이 규정은 개별적인 경우에 따라 무책배우자가 부양비를 지불한다는 것이 불공평할 때 부양에 대한 형평성을 찾고자 함이다.<sup>86)</sup> 위 규정들은 소개하면 다음과 같다.

#### (1) 짧은 혼인 기간(Kurze Ehezeit §1579 Nr. 1 BGB)

혼인의 기간이 짧았을 경우 부양은 제외 될 수 있다. 권리자가 공동의 자녀의 양육 또는 교육을 이유로 §1570 BGB에 의하여 부양을 청구할 수 있는 기간은 혼인계속기간과 동일 시 된다. 혼인기간은 결혼과 이혼의 소(訴)가 제기된 때로부터 이며<sup>87)</sup> 혼인의 기간의 장단을 측정하는 특별한 기준은 없다. 이는 다수의 법원의 결정이 혼인의 기간에 대하여 다양한 기간의 결정을 내리

83) BGH FamRZ 1984, 769.

84) BGH FamRZ 1984, 361, 363 = NJW 1984, 1538, 1540; FamRZ 1984, 769, 770 = NJW 1984, 2355, 2356; FamRZ 1983, 800, 802.

85) BGH FamRZ 1983, 800, 802; FamRZ 1984, 361, 363 = NJW 1984, 1538, 1539.

86) Herbert Grziwotz, a.a.O., S. 75.

87) BGH FamRZ 1982, 894; 1981, 140; OLG Hamm FamRZ 1979, 292; OLG Celle FamRZ 1979, 708.



고 있기 때문이다.<sup>88)</sup> 판례에 의하면 2년까지를 단기 혼인이라고 보고 또는 3년 이상을 일반적으로 더 이상 단기 혼인이라고 할 수 없다고 판결을 내리기도 하였다. 여기에서 결혼전에 함께 동거하였던 년수는 고려되지 않는다.<sup>89)</sup>

(2) 심한범죄행위(Schwere Straftat §1579 Nr. 2 BGB)

부양청구인이 범죄행위를 했거나 또는 중대한 고의로 과실로 부양의무자나 그의 가까운 친척에게 범죄행위를 했을 경우 부양은 거절된다. 예를 들면 남편이 처의 어머니를 살해하려고 시도하였을 경우이다.<sup>90)</sup> 계속되는 예로는 신체상해, 부양의무의 불이행, 소유재산에 대한 불법행위, 살해 등이 있다.

(3) 부양청구인이 방자함으로 부양이 필요한 상황을 야기한 때  
(Mutwillige Herbeiführung der Bedürftigkeit §1579 Nr. 3 BGB)

방자함이 곧 고의성을 요구하는 것은 아니다. 방자함이란 흥미가 섞인 경솔한 행위로도 충분하다.<sup>91)</sup> 예를 들어 알코올중독자가 직업을 갖기 위해서는 우선 금주를 위한 치료를 받아야 하는데 이를 받지 않은 경우이다.<sup>92)</sup> 부양권자인 배우자가 이유없이 직업교육을 중단해 버린 경우도 이에 속한다.<sup>93)</sup>

(4) 청구인이 악의적으로 부양의무자인 배우자의 중대한 경제적 이익을 손상 시켰을 때(Verletzung von Vermögensinteressen §1579 Nr. 4 BGB)

부양권자가 중대하게 의무자의 재산상 이익에 중대하게 손해를 가져온 때이다. 이러한 손해행위는 그의 고의나 경솔함을 원인으로 하여 야기된 것으로 §1579 BGB Nr. 3과 비교 할 수 있다. 이때 재산의 이익에 손실을 가져온 것을 의미하는 것뿐만 아니라 그에 대한 시도가 있었던 경우에도 마찬가지이다.<sup>94)</sup> 예를 들면 처가 그녀의 남편의 직장생활에 해를 끼치기 위하여 남편에 대해 잘못된 주장을 퍼뜨린 경우이다.

88) Peter Baumann, *Das aktuelle Scheidungsrecht*, 2001, S. 54.

89) BGH FamRZ 1982, 254, 582; FamRZ 1986, 886~887.

90) OLG Koblenz FamRZ 1989, 61; OLG Dsseldorf FamRZ 1988, 841.

91) BGH FamRZ 1981, 1042; 1984, 364, 367; 1988, 375, 377.

92) OLG Dsseldorf FamRZ 1987, 1262.

93) BGH FamRZ 1986, 553, 555.

94) Schwab/Borth, a.a.O., Rdnr. 333, 666.

(5) 청구인이 별거 전에 오랫동안 가족을 부양할 의무를 소홀히 하였을 때(Verletzung der Unterhaltspflicht §1579 Nr. 5 BGB)

부양권자가 별거 전 오랜 시간 동안 가족을 위한 부양에 기여해야 할 의무를 전적으로 이행하지 않았을 경우이다. §1360 BGB는 부부의 부양의무에 대하여 규정하고 있다. 그러나 한 배우자가 오랫동안 자신의 부양의무에 대해 책임을 지지 않았거나 게을리 했을 경우 이혼후의 부양비는 거절, 경감 또는 제한되어 질 수 있다.

(6) 청구인이 채무자인 배우자에게 명백하고 중대한 과오가 있을 때 (Fehlverhalten gegen den Verpflichteten §1579 Nr. 6 BGB)

§1579 Nr. 6 BGB는 부양청구인이 상대배우자에게 명백하고 중대한 과오(Eheverfehlung)가 있을 때 부양은 제한, 거절되어진다. 이는 일반적으로 혼인중 부부사이에 존재해야 할 믿음을 저버린 행위(일방적인 과오), 즉 혼인에 반하는 행위를 한 경우 무책배우자는 경제적 능력이 있다고 하더라도 부양비지불을 거절할 수 있다. 부양권자의 과오는 명백하고 중대한 것이어야 하며<sup>95)</sup> 그리고 과오는 그 배우자 한 쪽에게 있다는 것이 명백해야 한다. 판례의 결정에 의하면 어떤 것이 과오인가를 설명하고 있는데, 예를 들어 한 배우자가 혼인 기간 동안 다른 자와 부부와 비슷한 공동생활을 유지한 경우이다. 그리고 또한 다른 거주지에서 살면서 다른 배우자와 오랫동안 깊은 관계를 가진 경우이다.<sup>96)</sup> 또한 처가 오랫동안 자신의 자녀가 남편에게서 난 자녀가 아님에도 이를 공동의 자녀인양 속인 경우이다. 이러한 원인으로 부양비는 경감, 거절되어 질 수 있다.<sup>97)</sup>

(7) 기타 Nr. 1-6까지 규정된 것만큼 또 다른 중대한 사유가 있을 때 (Generalklausel §1579 Nr. 7 BGB)

§1579 BGB Nr. 1-6의 원인 이외에도 심한 경우에 한하여 부양은 거절되어 질 수 있다. §1586 I BGB에 의하면 부양권자가 다시 재혼을 하게 되면 부양권은 소멸 한다. 이때 부양권자는 전 배우자에게서 부양권을 잃지 않기 위해 새 파트너가 있어도 재혼을 하지 않으려 할 경우 객관적인 상황에

95) Hberle, FamRZ 1982, 558; Wendl/Staudigl, a.a.O., S. 446.

96) FamRZ 1980, 665; BGH FamRZ 1987, 572; Dieckmann, FamRZ 1987, 981.

97) BGH NJW 1985, 2266.

서 이는 고려되어야 한다(재혼을 강요할 수는 없다). 판례는 이러한 때 부양은 거절 또는 제한되어 질 수 있다는 결정을 내렸다.<sup>98)</sup>

위의 §1579조 BGB는 이혼후 배우자 부양이 야기 시킬 수 있는 불평등을 해소하려는 규정이다.

#### IV. 결 론

우리나라의 유책주의하의 이혼, 위자료 그리고 재산분할청구권 등 이혼후 배우자 부양과 관련된 현행 법규들을 검토하면서 우리법이 여전히 이혼 배우자의 부양적 측면을 충분히 고려하고 있지 못하다는 결론에 도달하게 되었다. 이는 재산분할청구권에 가정주부의 가사노동에 대한 낮은 평가와 부양적 성질의 분할이 제대로 이행되고 있지 못하는 현실과 부양적 재산분할의 법적 근거가 명확하지 못한데서 그 원인을 찾을 수 있다. 또한 이혼의 유책여부가 이혼법의 근간을 이루고 있는 현행법에서 위자료청구권을 통한 부양적 측면 역시 그 역할이 재산분할청구권의 제정으로 인해 축소되면서 특히 사회적 약자인 무책배우자의 부양적 측면이 약화될 뿐만 아니라 위자료청구권은 유책배우자이며 사회적 약자인 배우자의(그 수가 증가하고 있음에도 불구하고) 경제적 측면은 전혀 고려되고 있지 못하므로 여전히 부족한 상태라는 결론에 도달하게 된다. 이혼후 배우자 부양의 정당성에서 밝혔듯이 이혼후 배우자 부양은 혼인생활을 통해 발생되어지는 한쪽 배우자의 불이익에 관한 형평성이 이혼을 통해 조정되어야 한다는 것을 의미한다. 이는 한 배우자가 혼인생활로 인해 희생하고 포기하였던 것들을 이혼의 유무책과는 무관하게 구제 받을 수 있는 법적 근거가 요구되어야 한다는 것을 의미한다.

재산분할을 통하여 한 배우자(가정주부)는 가사노동이나 자녀양육에 대한 기여도의 가치를 인정받고 있다 하여도 이것은 공동으로 협력하여 이룬 재산에 대한 분할이지 혼인생활을 위해 포기하였던 것, 그래서 다시는 되돌릴 수 없는 것들에 대한 전체적인 분할이 될 수는 없다. 오랜 혼인생활 후 여러 가지 상황(자녀양육,<sup>99)</sup> 질병, 나이, 혹은 직업을 구하기 어려운 사회적인 상황)등으로 인해

98) BGH FamRZ 1989, 490; 1984, 987; 1987, 1014.

99) 우리나라의 현실상 유책주의원칙하에서 사회적 약자인 유책배우자가 이혼후 미성년인 자녀를 양육하기에는 경제적으로 어려운 입장에 처하게 된다. 자녀를 양육하기 때문에 일을 할 수 없는 배우자에게 그에 따라 부양비를 기대할 수 없기 때문이다.

한 배우자는 지속적으로 스스로를 부양한다는 것이 어려운 상태에 놓이게 되었을 때, 이는 구제되어야 한다. 더욱이 재산분할청구권이나 위자료청구권이 존재한다고는 하나 현존하는 재산이 적거나 없는 경우에는 이러한 청구권이 실질적으로 커다란 의미를 지니지 못한 경우가 있다. 이러한 경우 경제활동을 계속할 수 있는 배우자는 이혼후 자신의 부양을 스스로 책임질 수 있으나 가사노동과 자녀양육에 전념했던 배우자의 입장에서 이혼후의 스스로를 부양한다는 것은 거의 불가능한 상태에 처할 수 있으므로 이혼후 부양은 고려되어야 한다. 이러한 면에서 독일의 이혼후 부양법은 이혼후 부양의 어려운 상황에 처하게 될 사회적 약자인 배우자(가정주부)의 경제적 측면을 배려한 규정으로써 모의 역할과 가사노동에 대한 평가가 공동으로 이룩한 재산의 청산이외에도 이혼의 부양을 통하여 고려되어졌다고 할 수 있다. 이러한 규정 이외에도 독일의 경우 부양의 무자가 경제적 능력이 없을 때, 그러나 부양권자가 부양을 필요로 할 때 사회적 약자인 여성은 그나마 이혼후 국가가 지급하는 사회보조금(Sozialhilfe)의 도움을 받아 생활해 나간다. 우리나라에서는 이혼후 부양의 문제를 자신이 전적으로 책임져야 하기 때문에 결국 부모나 친지 혹은 친구의 도움이 없이는 극복하기 힘든 상황에 놓이게 되며, 사회보장제도 역시 빈약한 상태에 있다. 그러므로 이혼법과 관련된 이혼후 배우자 부양의 문제는 사회보장법적인 측면에서도 고려되어야 할 대상이기도 하다. 그러므로 이혼후 부양법을 우리가 어떻게 수용할 수 있는가에 관하여는 전반적인 사회적 상황을 고려하여 좀 더 심도 있는 그리고 다른 법규와 관련지어 연구되어야 할 것이다.

부부관계는 사적영역에서도 아주 심도 있는 사적영역에 속한다. 법적인 규제가 이러한 영역에서 축소 혹은 철수하는 것이 결과적으로 바람직하다고 생각되어진다. 그러나 심도 있는 사적영역이라 하여 국가의 개입이 전적으로 배제되어질 수는 없다. 이혼에 대한 자유로운 결정이 보장되었다 하더라도(파탄주의) 여전히 이혼후 부양적 측면에서 불공정한 재산의 분할이나 사회적 약자에게 불리한 여건을 조성하는 법규가 존재한다면 실질적으로 이혼의 자유가 보장되었다고 할 수 없으며 이는 파탄에 이른 혼인관계를 계속 유지하도록 법이 강요하는 것이나 다름없다. 양성의 평등이 보장되지 않은 상태에서는 언제나 한쪽의 희생을 요구한다. 법은 양성의 실질적인 평등을 실현하기 위해 노력해야 하며 이러한 실질적 평등을 통한 법의 보장(사회적 약자를 위한 배려)은 가정의 파탄을 유도하는 것이 아니라, 혼인생활의 질을 향상시키는 역할을 한다고 생각한다.

## Law of Support for Partner after a Divorce in Korea and Germany

Cho, Eun-Hee\*

The cases of divorces are on the increase both in Germany and in Korea. And so, it is important for a larger number of couples to know many financial and other problems involving divorce they to face.

Very often the wife is in a socially worse situation, because she has fewer job opportunities and she cares for the children.

The law of consequences after a divorce is more exactly worked out in Germany than in Korea. In Korea it is more often a matter of opinion of the court than in Germany.

Three important financial possibilities in Germany are equalization of the surplus, maintenance and equalization of the pension after divorce. Two important financial possibilities in Korea are claim of property shares and claim of alimony.

Both countries have different legal systems for divorce. Unlike Korean law, German law has the provisions of a claim of support after divorce. This includes analysis of such differences.

Man and wife are not under the duty to support each other after divorce both in Korea and Germany. Korea's claim of property shares and claim of alimony, however, is not enough for the protection of a partner who is in socially weak position.

It is required to adopt the necessary measures for such person in Korea. That is why we must have the law of support after divorce.

This study shows how the German law can be utilized as a model for legislation governing divorce in Korea.

---

\* Invited Research Fellow, Korea Legislation Research Institute, Dr. jur.