

扶養義務違反의 刑事的 規制에 관한 比較法的 研究

- 獨逸과 오스트리아의 制度를 중심으로 -

朴 喜 榮*

차 례

I. 문제제기

II. 부양의무위반의 형사적 규제에 대한 비교법적 검토

1. 독일의 부양의무위반에 대한 형사적 규제
2. 오스트리아의 부양의무위반에 대한 형사적 규제
3. 비교 검토

III. 부양의무위반의 형사적 규제에 대한 입법방향

1. 형사적 규제제도의 도입 필요성과 선결과제
2. 부양의무위반 관련 유사 형벌법규의 검토
3. 구체적인 입법 방향

IV. 결 론

* 獨逸 막스플랑크 國際刑法研究所 研究員, 法學博士

I. 문제제기

부양이란 자력으로 생활할 수 없는 사람에게 생활수단이나 자원 등 생활자료를 공급하여 그 생활을 온전하게 하는 것이다.¹⁾ 이러한 부양은 우리 헌법이 보장하고 있는 국민의 기본권으로서 인간다운 생활권(헌법 제32조)을 누릴 수 있는 전제가 된다. 부양이란 가족이 정상적으로 유지되고 지속된다면 거의 문제가 되지 않는 현상이다. 하지만 가족 구성원간의 유대가 약화되고 소원해질 때 비로소 문제가 된다. 이러한 정상적인 범위를 조금 벗어나 부양의 문제를 살펴보면 그 정도가 보다 심각함을 어렵지 않게 알 수 있다. 예를 들어 자식으로부터 버림받는 노부모, 이혼으로 경제적 어려움에 처하게 되는 배우자(특히 가정주부), 부모의 이혼으로 한 부모 밑에 자라는 자녀, 부모의 이혼으로 부모 양쪽으로부터 버림받는 자녀²⁾ 등의 경우에는 부양의 문제가 곧 생계의 문제와 직결된다. 특히 이혼으로 인하여 자녀를 양육하고 있는 저소득 모(母)의 경우 본인과 자녀의 이중적 부양의 문제상황은 심각한 정도를 넘어서고 있다.³⁾ 또한 이러한 부양을 받아야 할 자는 대부분 사회적 약자라는 점에서 법적 보호가 필요함을 알 수 있다.

우리 민법은 직계혈족 및 그 배우자간, 생계를 같이 하는 경우의 기타 친족은 서로 부양의무가 있으며, 부양의무자는 부양을 받을 자가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없는 경우에 한하여 이를 이행할 책임이 있다고 규정하고 있다(민법 제974조 및 제975조). 우리나라는 이러한 사적 부양

1) 정귀호, “부양에 관한 연구”, 서울대학교박사학위논문, 1987, 11면.

2) 신문보도에 의하면 고아원에서 자라고 있는 아이들 가운데 74.7%가 부모로부터 버려진 ‘고아 아닌 고아’인 것으로 밝혀졌다(한겨레신문 1996년 12월 6일 및 동아일보 1996년 12월 23일 보도). 이들 어린이 중 60% 이상이 부모의 이혼으로 가정을 잃은 것으로 보도되었다. 또한 보건복지부와 한국사회보건연구원의 1998년 조사결과에 따르면 전국아동복지시설 271개소에 수용되어 있는 아동 16,620명 가운데 93.8%는 부모가 생존해 있는 것으로 밝혀졌으며, 부모가 생존해 있는 경우 아동보호시설에 입소한 원인은 부모의 행방 불명, 이혼 및 양육권포기인 것으로 알려졌다. 김상용, “변화하는 사회와 가족법(II)”, 『법학연구』 제43권 제1호(통권 제51호), 부산대학교 법학연구소, 2002, 377면 이하 참조.

3) 한국가정법률상담소의 2001년 5월 이혼가정의 자녀양육실태에 관한 조사결과발표에 따르면 협의이혼을 한 경우 어머니가 친권자 및 양육자로 정해진 경우가 68.3%(69명)였으며, 아버지로 정해진 경우가 30.7%(31명)인 것으로 나타났다. 재판상 이혼을 한 경우에도 이 비율은 각각 61.1%(11명)와 27.8%(5명)로 나타나 이혼시 어머니가 친권자 및 양육자로 정해지는 경우가 각각 약 2/3 정도를 차지하고 있는 것으로 보인다. 김상용, 전계논문, 25면 참조.

을 원칙으로 하고 있다. 그러나 부양의무자가 이러한 민법상의 사적 부양 능력이 있음에도 불구하고 이를 이행하지 않아 부양받을 자가 생계의 어려움에 직면하게 될 때 이에 대해서 국가는 과연 어떠한 방법으로 개입을 해야 하는가. 물론 사적 부양이 어려울 때 국가나 사회의 공적 부조가 있을 수 있다.⁴⁾ 그러나 이러한 부양에 한계가 있다면, 법률상 부양의무자의 부양의무불이행에 대해서 최후의 강제 수단인 형법을 개입시켜서 갈등을 해결해야 할 필요가 있는가.

본 논문은 이러한 문제제기에 대하여 현재 이러한 형벌법규를 두고 있는 국가들의 제도의 운용을 살펴봄으로써 그 해답을 제시해 보려고 한다. 문헌상 유럽에서 발견되는 부양의무위반자의 형사처벌 규정을 두고 있는 국가로는 독일, 오스트리아, 스위스, 프랑스, 리히텐슈타인 등이 있다.⁵⁾ 본 논문에서는 이러한 논의가 상대적으로 활발히 진행되고 있는 독일과 오스트리아의 부양의무위반의 형사적 규제제도를 중심으로 살펴본다.

우선 부양의무위반에 대한 형사처벌을 하게 된 배경을 살펴보고, 범죄통계를 통해서 실제로 어느 정도의 부양의무위반자가 형사절차에서 유죄판결을 받고 있는지를 검토한다. 그런 다음 이렇게 유죄판결을 받도록 하는 것이 형사정책적인 측면에서 과연 필요하고 정당성을 갖는지 그리고 이것이 인정된다면 부양의무위반죄는 무엇을 형법으로 보호하고자 하는지를 살펴본다. 그리고 어떠한 요소를 형벌구성요건으로 두고 있는가를 검토한 후, 우리나라에서의 부양의무위반죄의 입법방향을 제시하고자 한다.

II. 부양의무위반의 형사적 규제에 대한 비교법적 검토

1. 독일의 부양의무위반에 대한 형사적 규제

(1) 형벌규정

독일은 민법상의 부양의무를 구체적이고 상세하게 규정하고 있을 뿐 아니

4) 예컨대 2000년 10월 1일부터 시행된 국민기초생활보장법은 공적부조의 기본법 역할을 하고 있다.

5) 독일 형법 제170조, 오스트리아 형법 제198조, 스위스 형법 제217조, 프랑스 형법 제357-2조, 리히텐슈타인 형법 제197조. 이에 대한 참고문헌으로 Ehebeck, Der Straftatbestand der Unterhaltsentziehung aus rechtsvergleichender Sicht, 1989; Kunz, Schutz der Individualinteressen durch § 170 b StGB auch im Ausland?, NJW 1995, S. 1521. 최근의 문헌으로는 Bosshard, Bassler Kommentar Strafgesetzbuch II, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2003, Art. 217, Rn. 2.

라, 이혼 후 부양의무⁶⁾까지도 규정하고 있다. 나아가서 형법 제12장 호적, 혼인 및 가족에 대한 죄⁷⁾에서 부양의무 위반자에게 형사책임까지 부여하고 있다. 부양의무위반자에 대한 형벌규정인 독일 형법 제170조는 아래와 같다.

제1조: 법률상 부양의무를 이행하지 아니하여 부양권리자의 생계를 위태롭게 하거나 타인의 조력이 없을 경우 위태롭게 될 우려가 있게 한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

제2조: 임부를 부양하여야 할 의무가 있는 자가 부양의무를 비난가능할 정도로 이행하지 아니하고, 이로 인하여 낙태에 이르게 한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

제170조는 기본적인 구성요건인 단순 부양의무위반죄와 가중적 구성요건인 임부 부양의무위반죄를 각각 규정하고 있다.⁸⁾ 제2항은 제1항의 불법내용에 행위불법인 임부의 상해 및 태아에 대한 부양의무의 침해와 결과불법인 낙태가 추가된 것이다.⁹⁾

(2) 형사적 규제의 연혁 및 배경

오늘날 형법 제170조 제1항은 1839년 10월 2일의 뷔르템베르그 주 경찰법에서 유래한다. 당시의 경찰법은 부양의무자가 부양의무를 이행하지 않아서 사회복지기관에 공적부조금의 청구가 남용되자 이를 방지하기 위해서 처벌규정을 두게 되었다. 이러한 맥락에서 동법 제24조에서 노동기피자를 형사처벌하도록 규정하고 있었다.¹⁰⁾ 그 후 뷔르템베르그 규정은 1843년 프로이센의 부랑자, 걸인, 노동기피자에 대한 법률 제6조 제1호를 통해서 개정되었다. 이 규정에 의하면 이들은 6주 이하의 자유형에 처하도록 되어 있었다. 그리하여 이 형벌규정은 1851년 프로이센 형법전 제119조 제1항에 거의 변경없이 수용되면서 6주 이하의 형벌이 1주에서 3개월 이하로 강화되었다. 프로이센형

6) 독일 민법 제1570 내지 1576조 참조.

7) 제12장에는 제169조 호적위조죄, 제170조 부양의무위반, 제171조 미성년자 보호 및 교육의무위반, 제172조 중혼금지, 제173조 근친상간금지 등이다.

8) Tröndle, Das Schwangers- und Familienhilfänderungsgesetz, NJW 1995, S. 3017 f.

9) BT-Drucks. 13/1850, S. 25.

10) Hippel, Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, BT., Band 2 "Verbrechen und Vergehen wieder die öffentliche Ordnung", 1906, S. 173.

법 제119조 제1항은 1871년 제국형법 제361조 제5호에 다시 나타났다. 그럼에도 불구하고 부양급부 능력이 있는 많은 부양의무자들이 부양의무를 이행하지 않으려고 하였다. 이리하여 1894년 3월 12일 제국형법은 제361조 10호에서 위경죄를 도입하게 되었다. 그리하여 이 규정은 공공의 사회부조의 보호를 법률상의 부양청구권뿐 아니라 가족관계에도 확대하여 적용되게 되었다.¹¹⁾ 그 후 위경죄는 일반법익을 침해하는 것으로 이해되어 1927년 형법초안에서 경죄(Vergehen)¹²⁾로 되었다.

1943년 3월 9일의 혼인, 가족 및 모성보호를 위한 법률과 1943년 3월 18일의 동법시행령을 통해서 구법 제170조 b¹³⁾가 제12장에 첨가되었다. 구법의 제170조 b가 오늘날의 제170조 제1항에 해당한다. 1973년 11월 23일의 제4차 형법개정법¹⁴⁾에서 이 규정의 폐지가 요구되었으나,¹⁵⁾ 미수범의 처벌만 폐지되고 최고 5년에서 3년 이하로 자유형의 기간이 줄어들었다.

한편 1995년 8월 21일의 임부 및 가족 부조 변경법(SFHÄndG)¹⁶⁾에 의하여 제170조 b의 제2항이 제1항에 추가되었다. 제2항은 임부의 결정의 자유를 추가 보완하기 위해서 연방헌법재판소의 판결¹⁷⁾을 수용한 것으로서¹⁸⁾ 낙태의 결과를 낳게 한 임신부에 대한 부양의무 위반을 범죄화한 것이다. 이 구성요건은 형법 제218조(낙태죄) 이하 규정의 개정 결과이다. 독일 연방헌법재판소는 기본법 제2조 제2항의 태아생명의 보호의무를 충족하기 위해서 입법자에게 상당해결을 부과했다. 연방헌법재판소의 이러한 의무부과는 임부의 결정과정에 가족 구성원의 부정적인 영향이 미치지 않도록 하기 위한 것이었다. 헌법재판소는 임신부 이외에 태아의 보호에 특별한 책임을 지는 가족의 구성원으로써 태아의 부

11) Dippel, LK § 170 Rn. 1 참조.

12) 독일 형법은 범죄를 중죄(Verbrechen)와 경죄(Vergehen)으로 구분하고 있다. 중죄는 법정형의 하한이 1년 이상의 자유형으로 규정되어 있는 위법행위를 말하며, 경죄는 법정형의 하한이 제1항 보다 경한 자유형 또는 벌금형으로 규정되어 있는 위법행위를 말한다(독일 형법 제12조 제1항 및 제1항).

13) 제170조 b (1) 법률상 부양의무를 고의로 이행하지 아니하여 부양권리자의 생계를 위태롭게 하거나 제삼자의 공적 부조가 없을 경우 위태롭게 될 우려가 있도록 한 자는 징역형에 처한다. (2) 본 죄의 미수는 처벌한다.

14) BGBl. I, 1972, S. 1725.

15) Seebode, Unterhaltsverletzung als Strafrecht, JZ 1972, S. 389.

16) Schwangers- und FamilienhilfeänderungsG vom 21. 08. 1995, BGBl. I, S. 1050.

17) BVerfGE 88, 203 (298).

18) 상세한 설명은 Tröndle, aaO., S. 3009 참조.

와 미성년 임신부의 부모를 강조하였다.¹⁹⁾ 즉 연방헌법재판소는 이러한 인적 범위의 사람들에게 대해서는 형벌로 보호될 행위규범이 필요하다고 본 것이다.

그 후 제6차 형법개정법에서는 제170조 b에서 제170조로 조문만 개정함으로써 오늘날의 제170조 제1항의 부양의무위반죄와 제2항의 임부 부양의무위반죄가 있게 된 것이다.

(3) 부양의무위반죄의 형사정책적 의의

1) 발생현황

2001년 독일 연방통계청의 통계에 의하면²⁰⁾ 제170조 제1항의 발생현황은 유죄판결을 받은 성인의 경우 전체 3,953명 중 자유형이 3621(3890)²¹⁾명이며, 벌금형이 332(321)명이다.²²⁾ 반면 제170조 제2항의 경우는 전체 11(11)명 중 자유형이 9(9)명이고 벌금형이 2(2)명이다. 제170조 제2항이 입법된 1995년 이후의 부양의무위반자의 기소 및 유죄판결자를 보면 아래의 도표와 같다(* 괄호안은 남자).

		1996	1997	1998	1999	2000	2001
제1항	경찰인지	15000	15709	15315	14867	15761	14221
	기 소	4191 (4127)	7009 (6913)	6823 (6688)	6461 (6306)	6262 (6127)	6544 (6379)
	유죄판결	3820 (3771)	4411 (4285)	4150 (4102)	4005 (3936)	3811 (3752)	3967 (3904)
제2항	기 소	38 (17)	10 (3)	15 (15)	131 (130)	14 (13)	11 (11)
	유죄판결	30 (13)	10 (3)	5 (5)	61 (60)	5 (5)	9 (9)

제170조 제1항의 경우 2001년도의 교통범죄를 제외한 형법상 범죄의 전체 유죄판결자의 수는 413,983명이고 이 중 성인범은 330,650명이다. 같은 기간 부양의무위반죄의 경우 유죄판결자 수는 3,967명으로 약 1% 정도를 차지한다. 이 통계는 이 기간동안 교통사고를 제외한 과실상해죄의 유죄판결자 수

19) BVerfGE 88, 203 (297).

20) Strafverfolgung vollständiger Nachweis der einzelnen Straftaten, 2001, Statistisches Bundesamt.

21) 괄호안은 남자.

22) 소년범의 경우 전체 24(24).

3,553명과 환경범죄의 유죄판결자 수 3,713명과 비교하면 결코 적은 숫자가 아님을 알 수 있다. 그리고 부양의무위반은 거의 대부분 남자에 의해서 행해진다. 제4차 형법개정 이후의 1975년의 경우 경찰인지사건이 18,296건인데, 1996년의 경우는 15,000건이다. 두 기간동안 부양의무위반의 형사재판의 수는 각각 14,055명과 3,820명으로 절반이하로 줄게 되었다. 이에 대해서 1975년 이후 제정된 형사소송법 제153조 a(조건부 절차중지)의 비공식화전략²³⁾의 결과라고 보는 견해와 1994년의 부양료선급법 제정의 결과라고 보는 견해²⁴⁾가 있다. 후자라고 보는 견해는 형벌보다는 형벌 외적인 제도가 더 효과적이라는 주장이지만, 부양의무위반죄의 존재 자체를 부정할 수는 없는 것으로 보인다. 한편 위 통계에서 보는 바와 같이 제170조 제1항은 실제로 중요한 역할을 하고 있음에 반하여, 제170조 제2항은 그렇게 많이 발생하지 않음을 알 수 있다. 즉 제2항의 경우 본 규정의 상징적인 의미를 보여주고 있다.

2) 부양청구권의 형사적 보호의 필요성과 정당성

독일의 경우 부양청구권의 형사적 보호의 필요성과 정당성에 대하여 많은 논의가 있어왔다. 우선 제1항의 경우 제4차 형법개정법에서 가족범죄의 개혁시에 많은 비판을 받았다.²⁵⁾ 즉 이 규정은 아무런 보충없이 삭제되어야 한다는 것이었다. 민사법상의 청구권을 형법에 의해서 보호하는 것은 잘못된 것이며, 청구권자의 생계를 보호하기 위한 기존의 보조적인 사회부조의 관점에서 필요하지 않다고 하였다. 또한 형사소추 실무상으로도 상당한 어려움이 있고 벌금과 자유형을 수단으로 한 제재는 비생산적이라고 주장하였다. 형사소송법 제153조 a 제1항 4호에 의한 절차중지²⁶⁾와 형법 제46조 a(행위자와 피해자간의 화해 및 손해 배상) 및 제56조 c 제2항 5호(부양의무 이행의 지시)에 의해서 벌금형과 자유형이 조금 완화될 수 있다고 하더라도 그 효과는 그리 크지 않다고 주장하였다.²⁷⁾

23) Ostermann, Strafjustiz als Büttel der Jugendämter, ZRP 1995, S. 205.

24) Frommel, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 4, Baden-Baden: Nomos, Rn. 4.

25) AE, 1968, S. 71; Mittelbach, Zur Problematik des § 170 b StGB, MDR 1957, S. 65; Peters, Beschränkung der Tatbestände im Besonderen Teil, ZStW 77 (1965), S. 488; Mayer, Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962, S. 101 f.; Seebode, aaO., S. 389.

26) 일정한 부양급부의 이행이 있는 경우 검사는 법원의 동의를 얻어 기소유예를 할 수 있다.

27) 이에 대해서 보다 상세한 내용은 Ostermann, aaO., S. 204 참조.

이러한 반대의견의 제시에도 불구하고, 제4차 형법개정법의 입법자들은 전문가 청문회를 거친 후 이 규정을 그대로 유지하도록 하였다. 입법자들은 이 규정으로부터 일반예방 및 특별예방적 근거를 확정할 수 있다고 하였다. 그 이유는 이 규정이 실무에서 유일한 수단이고, 부양의무위반자에게 급부를 이행하게 할 수 있고, 그리하여 생계의 위협으로부터 부양권리자를 보호할 수 있다는 것이다. 그 뿐만 아니라 실제적으로 중요한 것은 경찰의 범죄통계이다. 즉 1995년 범죄통계에 따르면 전체 15,299 사건에서 검거율 99.6%라고 한다.²⁸⁾ 무엇보다도 연방헌법재판소는 제170조의 합헌성을 비판할 아무런 근거가 없다고 하면서 합헌결정을 내렸다.²⁹⁾

한편 제170조 제1항은 형사정책적 합목적성이라는 이유로 논란이 있음에 반해서 제2항은 그렇지 않다. 제170조 제2항은 단지 상징적 의미만을 가지고 있다고 한다.³⁰⁾

3) 보호법의

제170조 제1항은 구체적 위협범으로서 이중적 기능을 가진다. 즉 부양권자의 실질적인 생계의 위협으로부터 부양권자를 보호하려는 개인적 법익³¹⁾과 부당한 부양권리자의 공적부조금의 청구로부터 공중(公衆)을 보호하려는 것이다.³²⁾ 후자는 이 규정의 입법연혁과 형법 제12장의 체계적 지위와 관련이 있다. 한편 제170조 제2항은 독일 기본법 제2조 제2항이 요구하는 태어나지 않은 생명(태아)의 보호를 형법 제218조 이하의 낙태죄 관련 규정을 통해서 보충한 것이다.

(4) 부양의무위반죄의 구성요건

1) 법률상의 부양의무

형법 제170조의 객관적 구성요건은 행위자가 법률상의 부양의무를 위반해야

28) BKA, Polizeiliche kriminalstatistik Bundesrepublik Deutschland, Berichtsjahr 1995.

29) BVerfG 50, 142 (161 ff.).

30) 이 규정에 대해서는 많은 비판이 제기되고 있다.

31) BGHSt 12 (166); 26 (116); OLG Hamburg NStZ 1986, S. 118.

32) BVerfG 50 (153); BGHSt 29, 85 (87); Geppert, Zum Geltungsbereich des § 170 b StGB bei Unterhaltsverletzungen zum Nachteil von DDR-Bürgern, JR 1988, S. 223; Schönke/Schröder/Lenckner, Rn. 1.

한다는 것을 전제로 하고 있다. 그런 한에서 형법은 법률상의 부양의무의 발생 근거를 규정한 민법의 규정들에 종속되어 있다고 할 수 있다.³³⁾ 여기서 형법 제170조의 형사적 보호는 민법의 모든 부양청구권과 관련되어 있는 것이 아니라, 가족법상의 부양청구권에 제한되어 있다. 여기에는 민법, 혼인법(1977년 6월 30일까지 확정된 혼인), 인생동반자관계법(LPartG)³⁴⁾ 등이다. 따라서 계약상 또는 법률상 화해로 약속된 의무 등은 제외된다.³⁵⁾ 인수한 의무가 법률상의 부양의무와 일치하는 경우에는 제170조는 적용될 수 있다.³⁶⁾

민법에 의해서 허용되는 부양의무의 포기는 법률상의 부양의무에서 배제된다.³⁷⁾ 예를 들면 이혼한 부부 사이의 장래의 부양의 포기(§ 1585 c BGB), 혼외자와 부 사이의 장래 부양의무의 포기(§ 1615 e BGB) 등이다. 하지만 특히 직계혈족(§§ 1601, 1614 I BGB), 부부(§§ 1360, 1360 a III BGB), 또한 별거 배우자(§ 1361 IV 4 BGB) 사이에는 부양의무의 포기는 허용되지 않는다.

제170조의 민법의 부양의무규정의 종속성은 형사판사가 법률상 부양의무의 확정 of 경우에 민사법원의 판결에 구속되는 한 절차적인 문제와 구별되어야 한다. 다양한 절차규정 때문에 형사판사의 그러한 구속은 원칙적으로 존재하지 않는다(형사소송법 제262조). 한 가지 예외는 누구에게나 구속력을 가지는 민사법원의 신분관계의 확인판결이다. 이러한 예로서는 미혼의 부의 존재의 확정, 이혼 또는 혼인취소, 혼인무효 등이다.

2) 부부간의 부양의무

독일 민법상 부부간의 부양의무는 경우를 나누어 규정하고 있다. 우선 동거하면서 공동으로 일상가사를 돌보는 경우를 보면, 부부는 가족부양에 대해서 서로 부양의무를 진다고 하고 있다. 가족부양은 가사비용과 타방 배우자의 사

33) BGH 12 (166); 26 (111); OLG Hamm NJW 1960, S. 132; Dippel, LK, § 170 b Rn. 7; Schönke/Schröder/Lenckner, § 170 b Nr. 2; Dreher/Tröndle, § 170 b Rn. 2.

34) 인생동반자관계법은 동성인 두 사람이 서로 개인적으로 생존하는 동안 인생의 동반자 관계를 가진다고 공식적으로 밝히고 관공서에 등록한 경우 민법상의 부부관계와 유사한 법적 지위를 가지게 되는데, 인생동반자는 부양과 관련하여 민법상의 의무에 상응한 의무(§§ 1360a, 1360 b)를 부담한다(LPartG § 5).

35) Dreher/Tröndle, Rn. 5; Lackner/Kühl, Rn. 2.

36) Dippel, aaO., Rn. 9; Schönke/Schröder/Lenckner, Rn. 15; Maurach/Schroeder/Maiwald BT/2, § 63 III Rn. 32.

37) Dippel, aaO, Rn. 15; Schönke/Schröder/Lenckner, Rn. 15.

적인 필수품뿐만 아니라 이들의 공동의 부양권자인 자녀의 생계도 포함한다(§ 1360 BGB).

혼인 중이지만 부부가 별거 중인 경우에 민법 제1361조(별거 중 부양의무)에 의해서 상대 배우자에 대한 한 배우자의 개인적인 부양청구권은 가족부양의 지위와 같다. 별거 중 공동의 자녀에 대해서는 부부 상호간에 부양을 제공할 의무가 있다. 이 규정의 기본사고는 혼인의 생활관계에 해당하는 지위의 사후 변경을 피하기 위한 것이다. 사회적 변동에 따른 혼인의 파탄을 예방하고, 정기적으로 경제적 사정의 악화로 가사운영이 어려워지는 경우 한쪽 배우자를 보호하기 위한 것이다.

이혼 후 부양의무의 경우는 원칙적으로 이혼한 부부는 각자가 자신의 부양을 책임져야 한다고 규정하고 있다(§ 1569 BGB).³⁸⁾ 그러나 이에 대한 예외규정으로 부양의 전제요건이 충족된 경우 한 배우자는 상대배우자에게 부양을 요구할 수 있다. 이에 관하여 독일민법 제1570조 내지 제1576조에서 규정하고 있다.³⁹⁾ 부양권자는 독일민법에 규정되어 있는 이혼후의 부양구성요건에 충족되는 구성요건을 가지고 있어야 하고 또한 부양의무자는 부양을 할 수 있는 경제적인 부양능력이 있어야 한다(§ 1581 BGB). 하지만 한 배우자가 부양구성요건을 충족하고 있는 경우라도 부양이 심히 공평에 반할 때 부양비가 감면되거나 또는 전면적으로 거절되어질 수 있다(§ 1579 BGB).⁴⁰⁾

3) 친족간의 부양의무

직계혈족은 상호간에 부양의무를 진다(§ 1601 BGB)고 하여 친자상호간에 부양의무가 있음을 규정하고 있다. 혈족의 등급에 관계없이 즉 부모, 조부모, 증조부모와 자, 손자, 증손자 사이에 관계없이 부양의무를 진다. 이에 대하여

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

39) 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) 등이다.

40) 이에 대하여 자세히 소개하고 있는 국내문헌으로는 조은희, “이혼후 배우자 부양에 관한 우리나라와 독일법의 비교법적 고찰”, 『법제연구』 제23호, 한국법제연구원, 202면 이하 참조.

방계친족의 경우에는 아무런 법적 부양청구권이 존재하지 않는다.

혼인 중의 자녀의 부양청구권은 제1601조 이하에서 규정하고 있다. 부모의 부양의무는 친권과는 완전히 독립되어 있다. 따라서 부모가 별거 중인 경우라도 친권이 없는 부모는 부양의무를 진다.⁴¹⁾

또한 제1601조는 혼인외의 자에게도 친생자와 동일하게 적용된다(§ 1615 a BGB). 물론 혼인외의 자와 부 사이의 부양의무는 원칙적으로 법원의 결정을 통한 친자관계확인이나 인지를 통해서 확정된다(§ 1600 a S. 2 BGB). 모든 상황을 평가한 후 부자관계(Vaterschaft)에 중대한 의심이 있는가(§ 1600 o II BGB)에 대해서 판사는 형사소송법 제244조의 기준에 따라서 독자적으로 밝히고 판단해야 한다.⁴²⁾ 이와 관련해서 민법상 친자관계의 확정이나 출생시까지 소급하는 것이 중요하지만, 형법상으로는 부양료의 미지급은 법적 효력이 있는 부자관계의 확정 때부터다.⁴³⁾

4) 부양의무자의 급부능력

법률상 부양의무는 부양권리자가 스스로 부양할 능력이 없는 경우에만 존재한다(§ 1602 I, § 1577 BGB).⁴⁴⁾ 부양권리자가 그의 어려운 상황을 고의로 초래한 경우와 같이 부양권리자의 부양청구가 중대하게 타당하지 않는 경우에는 부양청구권은 존재하지 않는다.⁴⁵⁾ 이와 반대로 이 규정은 사실상의 급부능력을 가지는 자에게만 부양의무를 부담시키고 있다. 이것은 일종의 법률상의 부양의무의 제한이다.

객관적으로 평가하는 경우 범행시에 부양의무를 최소한 부분적으로 이행할 능력이 있는 자는 요구되는 급부능력을 가지고 있다고 보고 있다. 이 경우는 자신의 최저생활비나 피부양자의 청구권을 위태화하지 않아야 한다. 부양의무자가 악의로 급부불능상태를 초래한 경우 법원은 의무자에게 신의칙을 내세워서 부양의무를 이행하도록 하고 있다. 예를 들면 부양의무를 이행하지 않기 위해서 직장을 그만두는 경우, 직업의 전환이나 직장의 변경을 통한 수입의 감소의 경우가 그러한 것이다.⁴⁶⁾

41) Diederichen, Palandt, § 1601 Anm. 1.

42) Schönke/Schröder/Lenckner, Rn. 10; Dippel, aaO., Rn. 20.

43) Diederichen, Palandt, § 1600 a, Rn. 4.

44) Maurach/Schroeder/Maiwald BT/2, § 63 III Rn. 35 aE.

45) BGH NJW 1985, S. 733.

46) BGH NJW 1982, S. 1050; BayObLG NJW 1988, S. 2751; OLG Köln

5) 부양의무의 불이행

부양의무자가 법률상의 부양의무를 전부 또는 일부 이행하지 않게 되면 부양의무 불이행은 충족된다.⁴⁷⁾ 따라서 제170조 제1항은 형법체계상으로 진정부작위범에 속한다. 불이행의 원인은 또한 적극적인 행위로 인하여 야기될 수도 있다. 즉 일상의 주거지를 변경하여 부양권리자의 청구권을 좌절시킨다거나 의도적으로 부양의무자가 자기의 급부능력을 무력하게 만드는 경우를 들 수 있다.

부양급부의 종류와 범위도 원칙적으로 민법에 의해서 확정되어 있다. 하지만 제170조는 실질적인 부양을 보장하는 것에 제한하고 있다. 따라서 제170조는 금전급부의 형태로 충족되는 부양의무만을 의미한다. 가사의무의 위반(§ 1360 S. 2 BGB)이나 자녀 양육 및 교육의무의 위반(§ 1606 III 2 BGB)으로는 충분하지 않다고 한다.⁴⁸⁾ 그렇지 않으면 제171조의 보호 및 교육의무 위반과의 관계에서 한계가 없다고 한다. 또한 언제부터 그러한 급부의 침해가 생계의 위태화의 결과를 초래하는지에 대해서는 충분하게 특정된 기준이 발견되지 않고 있다.

6) 생계의 위험

제170조 제1항은 구체적 위험범이다.⁴⁹⁾ 행위결과로서 객관적 구성요건은 최소한 부양권자의 생계에 잠재적 위험을 요구한다. 다른 사람의 도움없는 경우에는 위험이 발생할 우려가 있어야 한다. 위험은 발생 개연성만으로 충분하다.⁵⁰⁾ 사실상의 침해는 필요하지 않다. 부양의 위험은 권리자가 타인의 도움을 받거나⁵¹⁾ 과도한 노동력을 투입하는 경우⁵²⁾에는 이미 임박해 있다. 필수

NStZ 1992, S. 337.

47) BGHSt 12 (190); OLG Hamburg NStZ 1984, S. 167 f.; Dippel LK, Rn. 51.

48) Günther, LK § 170 b Rn. 19. 이에 대해서는 다툼이 있다. OLG Karlsruhe NJW 1973, S. 108 m. zust. Anm. Seebode, aaO, S. 601; Welzel H. Mayer-Festschrift, S. 395; Maurach/Schroeder/Maiwald BT/2, § 63 III Rn. 31; Dreher/Tröndle, Rn. 4. 다른 견해로는 BVerfGE 50, 142, 153 f.; OLG Hamm JZ 1962, S. 547 m. zust. Anm. H. Schröder u. NJW 1964, S. 2316; Schönke/Schröder/Lenckner, Rn. 17; Dippel, aaO., Rn. 29 f.; Lackner/Kühl, Rn. 5.

49) BVerfGE 50 (154); BGHSt 12 (187).

50) Samson, SK, 4. Aufl., Rn. 10.

51) BGHSt 12 (187).

52) BGH NJW 1974, S. 1868.

적인 부양(der notwendige Unterhalt : §§ 1360 a I, 1578 I 2, 1610 I BGB)이 아니라, 전체생계(§ 1610 II BGB)와 관련한 적절한 부양(der angemessene Unterhalt)이 위태화되어야 한다.⁵³⁾ 타인의 조력이 없을 경우란 표지는 세 가지 측면에서 제한적인 해석이 필요하다. 즉 누가 타인에 해당하며, 누구에게 도움이 제공되어야 하는가 그리고 타인의 조력과 부양의 무 위반 사이에서 어떠한 인과관계가 존재하여야 하는가이다.

7) 임부 부양의무위반죄

부양의무자는 법률상의 부양의무자이므로 미혼부는 원칙적으로 배제된다. 다만 미혼부의 경우는 분만 전 6주 전부터(§ 1615 I I BGB) 또는 빠르면 분만 전 4개월 전부터(§ 1615 I II BGB) 정기적으로 부양의무를 진다.

부양은 비난 받을 정도로 부양의무를 이행하지 않아야 한다. 부양료를 지급하지 않으면 부양은 불이행이 된다. 비난이란 고도의 도덕적 사회윤리적 비난에 상응하는 행위를 말한다.⁵⁴⁾ 예를 들면 부양의무자가 양심이 없거나, 과도한 이기주의적 동기에서 도움을 주지 않거나, 책임의식의 중대한 결핍이 있다고 밝혀지는 경우이다. 그리고 낙태의 결과가 발생해야 한다. 부양의무의 거부는 낙태를 위해서 동기화되어야 한다.

2. 오스트리아의 부양의무위반에 대한 형사적 규제

(1) 형벌규정

오스트리아도 독일과 마찬가지로 민법에서 부양의무를 구체적으로 규정하고 있을 뿐 아니라, 형법 제9장 혼인과 가족의 죄⁵⁵⁾에서 부양의무위반자에 대한 형사적 제재도 규정하고 있다(제198조). 규정은 다음과 같다.

제1항 : 가족법에 근거한 부양의무를 중대하게 침해하여 부양권리자의 부양

53) Dippel, aaO., Rn. 57; Schönke/Schröder/Lenckner, Rn. 29; Lackner/Kühl, Rn. 10.

54) Tröndle, aaO., S. 3018; Otto, Die strafrechtliche Neuregelung des Schwangerschaftabbruchs, Jura 1996, S. 144.

55) 형법 제9장에는 제192조 중혼금지, 제193조 사기 및 강제혼인, 제194조 간통죄(1997. 3. 1 효력상실), 제195조 아동학대, 제196조 교육규범의 위반, 제197조 미성년자유기, 제198조 부양의무위반, 제199조 보호, 교육, 감독의무 위반, 제200조 아동무고 등을 규정하고 있다.

또는 교육이 위태롭게 되거나, 타인의 조력이 없으면 부양이 위태롭게 될 우려가 있는 경우에는 6월 이하의 자유형에 처한다. 또한 특히 부양의무의 이행을 가능하게 하는 직업의 이행을 하지 않는 자도 부양의무를 침해한 것과 같다.

제2항: 누범이거나 부양권리자의 건강 또는 육체적 정신적 발달에 현저한 침해를 야기한 자는 2년 이하의 자유형에 처하고, 부양권리자가 사망한 경우에는 3년 이하의 자유형에 처한다.

오스트리아의 경우 기본적인 부양의무위반죄와 일정한 경우의 결과적 가중범 규정을 두고 있으나, 독일과 달리 임부에 대한 부양의무 규정은 두고 있지 않다.

(2) 형사적 규제의 연혁 및 배경

오스트리아의 부양의무위반에 대한 형벌규정은 1925년 2월 4일의 법률상 부양청구권의 보호에 관한 연방법률 제1조에서 유래한다.⁵⁶⁾ 동 법률은 그 당시 전쟁 중 또는 그 후 엄청나게 늘어난 부양의무위반자들을 처벌하기 위하여 시행된 것이었다. 당시 그러한 증가에 대해서 강제집행법만으로는 대처할 수 없었다고 한다. 당시 동법 제1조의 규정은 형법 제198조와는 상당히 다르게 규정되어 있었다. 가벌성을 결정짓는 중요한 요소는 부양권리자가 부양의 불이행으로 인하여 극도의 빈곤 내지는 방치되어 있었는가 하는 점이었다.⁵⁷⁾ 그 후 경제적 상황의 호전과 사회복지 시설의 확장으로 결과발생을 고려해서 마련된 구성요건은 그 적용영역을 상실하게 되었다.

그럼에도 불구하고 부양의무위반자들이 계속하여 증가하자 법원은 동법 제1조 규정의 구성요건실현을 위해서는 이미 빈곤상태 내지는 방치의 위험만으로도 충분하다고 하여 이 규정을 확장해석하여 이에 대처하려고 하였다.⁵⁸⁾

입법자들은 이러한 법원의 관행을 1966년 보다 엄격한 부양보호법률을 제정함으로써 규제하게 되었고, 그리하여 부양의 잠재적 위험 또는 부양권리자의 교육만을 형사처벌하게 된 것이다.⁵⁹⁾ 1966년의 부양보호법 제1조는 자구의 수정만을 거쳐 1974년 1월 23일 오스트리아 신형법전에 편입되었다. 하지만

56) Das Bundesgesetzes über den Schutz des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs vom 4. Februar 1925(USchG 1925), österr. BGBl. 1925, Nr. 26.

57) Pallin, Wiener Kommentar, § 198 Rn. 3.

58) Vgl. die Entscheidung des sterreichischen Obersten Gerichtshofes vom 15. Oktober 1926=SSt 6/ nr. 113.

59) 1 des Bundesgesetzes ber den Schutz der gesetzlichen Ansprache auf Unterhalt, Pflege, Erziehung und Beaufsichtigung (=BGBL 1960, Nr. 59).

신형법전은 기존의 객관적 구성요건에 부양권리자의 ‘사망의 발생’이라는 결과적 가중규정을 두게 되는데 이것의 형법전예의 수용은 실제적인 의미가 적다고 한다. 국가의 공공 사회복지사업의 시행과 시설의 확충으로 부양의무침해의 경우 사망의 위험까지 가는 경우란 거의 비현실적이라는 이유 때문이다.⁶⁰⁾

(3) 부양의무위반죄의 형사정책적 의의

1) 발생현황

2002년 연방정부의 통계에 의하면⁶¹⁾ 제198조를 위반하여 유죄판결을 받은 자는 전체 2026(1933)⁶²⁾명이다. 이 중에서 자유형을 선고 받은 사람은 1498(1450)명이며, 나머지는 조건 및 무조건부 일수벌금형과 형법 제43조 a에 의한 형벌판대처분을 받고 있다. 즉 형벌규정에 벌금형 없이 자유형만을 두고 있더라도 형법의 다른 규정을 통해서 벌금형이나 형벌판대 처분과 같은 수단이 사용되고 있는 것이다. 지난 1974년 부양의무위반죄가 형법전에 편입된 이후 1975년과 1996년 이후 통계를 보면 아래의 표와 같다(* 괄호 안은 남자).

년 도	1975	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
유죄판결	3320	2487 (2317)	2481 (2334)	2407 (2248)	2393 (2253)	2368 (2225)	2126 (2026)	2026 (1933)

독일과 마찬가지로 남자의 부양의무위반이 대부분이다. 기준연도 1975년을 기준으로 하여 판단하면 일정 정도 유죄판결의 수가 줄어들었지만, 실무에서 여전히 이 규정의 역할은 크다고 한다. 예컨대 2002년의 경우에는 전체 유죄판결자 41,078명 중 2,026명이 부양의무를 이행하지 않았다는 이유로 처벌되었다. 이 기간 동안 강요, 협박, 주거침입 등 자유에 대한 죄로 유죄판결 받은 자의 2,251명이며 사기죄로 처벌받은 자의 3,245명과 비교하면 범죄발생 정도를 가늠할 수 있다. 이와 같은 통계는 부양의무위반에 대한 처벌규정이 명목상에 그치는 것이 아니라 실제로 중요한 기능을 수행하고 있다는 것을 보여주는 것이다.

2) 형법에 의한 부양청구권의 보호의 필요성과 정당성

부양의무위반의 경우 형벌의 정당성과 합목적성의 문제와 관련하여 오스트

60) Ehrbeck, aaO., S. 109.

61) Gerichtliche kriminalstatistik 2002, Statistik Austria, Wien 2003.

62) 괄호안은 남자.

리아의 문헌에서 논의되고 있는 것을 살펴보면 대략 다음의 네 가지 중요한 문제가 다루어지고 있다. 우선 금전채무의 불이행에 대해 형벌을 가하는 것이 과연 타당한가이다. 이에 대하여 견해가 나뉘고 있다. 민법상 금전채무의 단순한 불이행을 형벌로 위하하는 것은 체계에 맞지 않다고 하는 주장이 있다.⁶³⁾ 그러나 이에 대해서 재산형을 제정한 기본원칙, 즉 민법상의 의무위반은 전혀 범죄행위가 아니라고 한 원칙은 가족형법에는 전용될 수 없다고 한다.⁶⁴⁾ 즉 부양의무 위반의 경우는 단순히 금전채무의 불이행이 아니라, 그로 인하여 영향을 받게 되는 자립생활을 영위할 수 없는 인간의 생계기반을 위태롭게 하기 때문이라는 것이다. 형벌의 무가치는 행위자가 위험을 방지할 보장 의무를 이행하지 않는다는 데서 기인한다는 것은 아주 중요하며,⁶⁵⁾ 개별적인 경우에 위험이 제삼자로부터 예방이 된다는 것이 예견 가능하다면, 행위불법은 감소할지 모르나, 일반적으로 당벌성은 없어지지 않는다는 것이다.

두 번째는 부양의무위반의 경우 형벌이 목적에 부합한가이다. 이에 대해서 반대견해는 자유형이나 벌금형은 부양의무자의 급부능력을 더욱 감소시키기 때문에 부양의무 위반에 대하여 형벌을 가하는 것은 형벌이 기여해야 할 목적에 맞지 않는다⁶⁶⁾고 한다. 하지만 이러한 견해는 이미 형벌 위하는 예방적인 효과를 보여준다는 사실을 간과하고 있다⁶⁷⁾고 비판한다. 나아가서 다른 범죄의 경우에도 형벌의 집행으로 피해자의 보상이 어렵게 될 위험이 있으므로, 가벌성에 대한 충분한 논증이 되지 못한다고 한다.

세 번째는 형벌의 종류에 관한 것이다. 자유형만을 형벌로 규정한 현행 규정은 문제라고 지적한다. 하지만 이에 대해서는 조건부 형벌관대처분(bedingte

63) Seebode, aaO., S. 389 ff; Stratenwerth, BT II § 26 Rn. 20.

64) Kienapfel/Schmoller, Grundriß des österreichischen Strafrechts BT Band III, § 198 Rn. 3.

65) 특히 Pucandl, Verletzung von Unterhaltspflichten, S. 81; Kucera, Zur Frage der Strafbarkeit der Verletzung der gesetzlichen Unterhaltspflicht, RZ 1991, S. 241.

66) Piska, Nochmals : Der Unterhaltsverweigerer und seine strafrechtliche Behandlung, RZ 1964, S. 191; Pallin, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 198 Rn. 1; Schick, in: Rauch-Kallat/Pichler, S. 501; Seebode, aaO., S. 391 f; Stratenwerth, BT II § 26 Rn. 20 참조.

67) Arzt/Weber, Strafrecht Besonderer Teil Lehrheft 2: Delikte gegen die Person, 1983, Rn. 505; Stratenwerth, aaO.; Trechsel, SchwStGB, Art 217, Rn 1.

Nachsicht)⁶⁸⁾이 있으므로 자유형만의 규정도 정당화될 수 있다고 한다.⁶⁹⁾ 조건부 관대처분은 부양연체료를 사후에 지불하도록 하는 명령과 관계가 있다.⁷⁰⁾ 연체된 부양금의 지불에 따라 형법 제31조 a (사후형벌감경) 및 형사소송법 제410조에 의해서 사후에 형벌을 감경하고, 나아가서 조건부 형벌관대처분을 하는 것이다.⁷¹⁾ 그 밖에 1993년 행형법은 수형자의 노동임금을 인상하고, 수형자가 수감 중 부양가족 급부금과 절반의 적립금을 부양권자인 가족에게 전달할 수 있는 가능성도 도입하였다(§§ 52, 54 a StVG).⁷²⁾

네 번째는 원상회복의 경우 형벌이 소멸하는가의 문제이다. 형법 제167조의 재산범죄의 경우 손해의 원상회복이 있는 경우 형벌은 소멸한다. 하지만 이것은 제198조의 부양의무위반의 경우에는 적용되지 않는다⁷³⁾고 한다. 한편 문헌에서는 형사절차의 진행 중 원상회복이 있는 경우는 가벌성을 소멸시켜야 한다는 의견이 제시되었다.⁷⁴⁾ 이러한 관점은 또한 재판 외 화해제도(außergerichtlichen Tatausgleich)⁷⁵⁾의 도입에 관한 논의에서도 다시 제기되었다.⁷⁶⁾ 이러한 재판 외 화해제도의 도입은 이와 관련하여 탄력성 있는 가능성을 열어 두게 되었다 (§ 90 g StPO).

3) 보호법익

본 규정의 보호법익은 부양권리자의 실질적인 복지이며,⁷⁷⁾ 이들의 부양청구권

68) 오스트리아 형법 제43조는 피고인이 2년 이하의 자유형 또는 벌금형을 선고받을 경우에 법원은 최소 1년에서 최고 3년 이하의 집행유예를 조건으로 관대한 처분을 할 수 있도록 하고 있다.

69) Pucandl, aaO.; Kucera, aaO., S. 242; Schick, in: Rauch-Kallat/Pichler, S. 501; Arzt/Weber, aaO., Rn. 505. 그럼에도 불구하고 비판적인 견해로는 Ostermann, aaO., S. 206.

70) Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen(EvBL), 1977/189; Foregger/Kodek, unter Wirkung von Fabrizy Strafgesetzbuch, 1997, § 198.

71) Kucera, aaO.; Pucandl, aaO., S. 83 f; OLG Wien JBl 1963, S. 577 m Anm. Piska 참조.

72) 이와 관련하여 주장한 것으로는 Piska, aaO., S. 192; Kucera, aaO., S. 242.

73) EvBL 1973/290 참조.

74) Haslinger, AnwBl 1973/Sondernr, S. 22.

75) 경우에 따라서 범죄결과의 보상 후 형사소추를 철회한다는 것.

76) Schroll, Konfliktregelung bei Schwchnen, JBl 1992, S. 97.

77) Pucandl, aaO., SS. 10 u 45; Wach, Die Verletzung der Unterhaltspflicht (§ 198 StGB): Ein - oder Ausschluß ausländischer Rechtsgüter?, ÖJZ 1990, S. 704 f. 참조.

은 엄밀하게 말하면 범익자체가 아니라, 보호범익의 결과⁷⁸⁾라고 한다. 제198조는 결과로서 부양권자의 생계기반의 사실상의 위협을 요구하는 것이 아니라, 그러한 위협이 제삼자(특히 국가)의 도움이 없는 경우 잠재적으로 발생하면 그것으로 충분하다는 상황을 이유로, 순수한 재산범이라는 주장이 제기되고 있다.⁷⁹⁾ 하지만, 이에 대해서는 잠재적 위협을 고려하는 것은 위태화된 범익과 명백하게 관련이 있는 것이므로 추상적 위협범으로 고려되어야 한다⁸⁰⁾고 한다.

그리고 단순히 잠재적인 위협의 구성요건표지는 흔히 다음의 문제를 파생시킨다고 한다. 즉 제198조는 부당한 부양권자의 공적 수단의 청구로부터 공중(公衆)을 보호하기 위한 것이라는 주장이다.⁸¹⁾ 하지만 국고의 이익은 단순히 부수적인 효과로서 함께 보호를 받지만, 제198조에 의해서 보호되는 것은 아니라고 한다.⁸²⁾ 그렇지 않으면 피해자를 위해서 국가의 보조 가능성이 있는 경우의 모든 형벌구성요건은 국고범죄(Fiskaldelikt)로서 새롭게 해석되어야 한다는 것이 그 이유이다. 국고의 이익의 보호는 형법 제19장에 존재하지도 않고, 형벌위하를 정당화시키지도 못한다고 한다.⁸³⁾ 따라서 부양의무위반죄의 보호범익은 국고의 이익에 있는 것이 아니라 오로지 개인적 이익을 보호하는 것으로서, 부양의무의 위반으로 오스트리아의 사회복지기관에 부담을 지우는가는 그렇게 중요하지 않다는 것이다.

(4) 부양의무위반죄의 구성요건

1) 가족법에 근거한 부양의무

오스트리아 형법 제198조는 민법전의 가족편에 규정된 가족법에 근거를 둔 부양의무만이 형사적 보호를 받는다는 명문규정을 두고 있다. 즉 손해배상법에 근거한 부양의무는 자유로이 인수한 계약상의 의무와 같이 고려의 대상에서 배제된다.

78) Kienapfel/Schmoller, aaO., Rn. 8.

79) Arzt/Weber, aaO., Rn. 501 f.

80) Kienapfel/Schmoller, aaO., § 198 Rn. 29.

81) Kienapfl, Die Verletzung der Unterhaltspflicht (§ 198 StGB). Einige Bemerkungen zur dogmatischen Struktur dieses Delikts und seiner Auslegung, RZ 1976, S. 46; Kucera, aaO., S. 238; Leukauf/Steiniger, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1992, § 198 Rn. S. 501 f.

82) Pallin, aaO., § 198 Rn. 2; Pucandl, aaO., S. 8 ff.; Wach, aaO., S. 704 f.

83) Stratenwerth, BT II § 26 Rn. 20.

이러한 민법에의 종속성으로 인하여 가벌성에 대한 결정은 범죄행위시에 민법상의 부양급부의무가 존재하는가 또는 어느 정도의 범위에서 존재하는가의 여부는 가족법과 관련하여 결정된다. 물론 부양의무의 존재여부, 예컨대 친자관계의 유무 등은 법원의 판결에 의하여 결정된다.⁸⁴⁾ 하지만 이러한 민법종속성이 민사법원의 판결효력의 문제와 혼동해서는 아니된다. 형사소송법 제5조에 따라서 형사법원은 민사법원의 판결에 원칙적으로 구속되지 않기 때문이다. 사법상의 선결문제는 오히려 형사법원에 의하여 자동적으로 판결된다.⁸⁵⁾

2) 배우자간의 부양의무

부부의 동거와 공동 가사의 경우에는 배우자는 서로 부양의무를 진다(§ 94 Abs. ABGB). 이에 따르면 배우자는 각자의 능력에 따라서 그들의 생활조건을 충족하기 위해서 적절히 필요한 기여를 한다. ‘각자의 능력에 따라’란 의미는 예를 들어 배우자가 모두 직업을 가진 경우 고소득의 배우자는 높은 비용을 지불해야 한다는 것을 말한다.⁸⁶⁾ 이것은 저소득 배우자의 부양청구권을 근거지운다. 배우자 모두가 직업을 가져야 할 의무는 없지만, 직업을 갖지 아니한 배우자는 가사를 돌 볼 의무가 있다(§ 95 ABGB). 가사만을 돌보는 배우자는 직업을 가진 상대 배우자에게 부양청구권을 가진다(§ 94 ABGB).

배우자 서로간의 부양의무는 공동의 주거를 전제로 하고 있기 때문에(§ 90 S. 1 ABGB), 별거 중인 배우자 사이에는 원칙적으로 부양청구권이 없다. 그러나 중요한 예외가 있다. 일방의 배우자가 공동의 가사를 돌보는 경우이다(§ 94. Abs. 2, S. 2 ABGB). 이 규정의 목적은 무엇보다도 수년간 혼자서 자녀의 양육과 가사를 돌보아 온 여자의 부양청구권을 보호하기 위한 것이다.

이혼 후의 부양청구권의 경우에는 유책선언의 유무에 따른 이혼판결에 의해서 차이가 있다. 오스트리아의 경우 유책주의를 취하고 있다. 유책으로 이혼하게 되는 경우, 유책배우자는 타방 배우자가 자신의 재산이나 소득으로 이혼 후의 생활을 유지하기에 충분하지 아니한 경우에는 적절한 부양의무를 부담해야 한다(§ 66ABGB).⁸⁷⁾ 다른 사유(§§ 50-52 EheG)로 유책인 배우자의

84) 이러한 민법종속성은 환경형법에서 행정종속성과 비교될 수 있다.

85) Seiler, Die Bedeutung der Vorfragen für den Strafrichter, JBl 1981, S. 561 ff.

86) Kapfer, ABGB § 94, Rn. 1.

87) Koziol-Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts, Band II, 7 Aufl., S. 205.

경우에도 동일하다. 이와 반대로 아무런 책임없이 제50조 내지 제52조 또는 제55조에 따라 이혼한 경우에는 이혼을 요구한 남편은 부양청구권을 갖지 아니한다.⁸⁸⁾ 합의이혼의 경우에는 법적인 부양 규정이 요구되지 않는다(§ 55 a EheG). 배우자간의 합의는 이혼의 요건이기 때문이다. 따라서 형법 제198조의 적용과 관련하여 혼인법 제69조 a는 의미가 있다. 동 규정은 일정한 경우 합의를 한 경우의 부양은 법률상 부양과 동일하다고 하고 있으므로 이 경우에 계약상 부양이 예외적으로 법률상의 부양이 되는 것이다.⁸⁹⁾

3) 친족간의 부양의무

직계혈족간에는 서로가 부양의무를 부담하지만, 방계혈족 또는 인척간에는 부양의무를 지지 않는다. 혼인 중의 자녀에 대해서 부모는 자녀의 재능, 능력, 취미, 발전가능성 등을 고려하여 자녀의 생활환경에 적절한 수요를 충족시키기 위해서 일정 비율에 따라서 공헌해야 한다(§ 140 Abs. 1 ABGB). 혼인외자(§ 166 ABGB)와 양자의 경우(§ 182 ABGB) 부모 및 조부모와의 법률관계는 혼인 중의 자녀와 동일하게 적용된다.

4) 부양금부이행의 가능성

부양의무의 침해는 통상적으로 부양의무자가 일정한 시기에 지불하기로 되어 있는 부양채무를 지불 할 수 있음에도 불구하고 이를 이행하지 않는 경우에 발생한다.

5) 부양의무의 중대한 침해

중대한 침해는 부양의무의 실질적인 침해의 정도와 기간에 따라서 정해진다. 단순한 지체(예를 들어 한 달)나 급부금액의 미달 등은 해당되지 않는다. 중대성에 해당하는 실질적인 금액이나 기간 등은 도식적으로 확정되지 않는다.⁹⁰⁾ 부양의무자의 급부불이행의 이유와 지금까지의 행위 등 부양의무자의 생활관계를 고려하여 판단하여야 할 것이다.⁹¹⁾

88) 그러나 예외 규정이 있다(§ 71 EheG, § 69 Abs. 3 EheG).

89) Ehrbeck, aaO., S. 117.

90) EvBl 1979/150.

91) Bertel/Schweighofer, Österreichisches Strafrecht BT II, aaO., § 198; Kienapfl, aaO., S. 48.

6) 부양 또는 교육의 위험

부양의무의 침해 그 자체는 가벌성을 근거짓지 못한다. 오히려 추가적인 구성요건표지로서 부양 또는 교육에 위험이 발생해야 한다. 이러한 위험은 두 가지의 요소를 전제로 하고 있다고 할 수 있다. 사실상 구체적 위험 또는 최소한 제삼자의 도움이 없는 경우 잠재적으로 위험이 발생할 우려가 있는 경우이다. 부양의 위험이란 필요한 생활비(의식주)의 지불이 확보되지 않는 경우⁹²⁾를 말하며, 교육의 위험이란 교육비용의 지불이 확보되지 않는 경우⁹³⁾를 말한다. 만일 부양권자가 충분한 수입⁹⁴⁾이 있거나 재산⁹⁵⁾이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

7) 제삼자의 조력

예기치 않은 부양급부의 경우에는 제삼자 예컨대 부차적인 부양의무자인 조부모(§ 141 ABGB) 또는 국가(§ 1 UnterhaltsvorschußG)의 부양의무가 법률상 규정되어 있다. 이 경우 추상적 위험범이므로 원래의 부양의무자는 제삼자의 원조와 관계없이 처벌된다.

8) 결과적 가중범

누범이거나 부양권리자의 건강 또는 육체적 정신적 발달에 현저한 침해를 야기한 자는 2년 이하의 자유형에 처하고, 부양권리자가 사망한 경우에는 3년 이하의 자유형에 처하도록 하고 있다(제198조 제2항).

3. 비교 검토

독일과 오스트리아는 민법상 부양의무제도와 형법 외적인 부양의무의 이행 제도를 두고 있음에도 불구하고 부양의무위반에 대하여 최후의 수단인 형법을 개입시키고 있다. 이것은 부양의무위반자가 여전히 많이 발생하고 있으며 사

92) Bertel/Schweighofer, aaO., § 198 Rn. 5; Pallin, aaO., Rn. 32; Pucandl, aaO., S. 44 f.

93) Bertel/Schweighofer, aaO.; Pallin, aaO.

94) EvBl 1967/79; B/S, aaO.

95) Pallin, aaO., Rn. 33; Pucandl, aaO., S. 45.

회문제가 되고 있다는 것을 시사해 준다. 즉 실제 유죄판결의 통계는 부양의 무불이행에 대한 처벌조항이 명목상의 규정에 그치는 것이 아니라, 실제로 중요한 기능을 수행하고 있음을 보여주는 것이다.

두 나라 모두 이러한 부양의무위반에 대한 형사처벌의 필요성과 정당성에 대하여 반대의 견해가 제시되고 있지만, 그렇게 설득력이 있어 보이지는 않는다. 실무에서 오히려 형벌의 투입이 보다 적절한 수단이 되고 있고 악질적인 부양의무자에게는 보다 효과적인 제재가 되고 있기 때문이다. 보호법익도 정도의 차이는 있으나 부양권리자를 실질적인 생계의 위협으로부터 보호한다는 점에서 두 나라 모두 공통적이다.⁹⁶⁾ 이러한 보호법익의 존재는 부양의무위반에 대한 형사처벌을 정당화시켜 주고 있다.

기본 구성요건을 비교해 보면 우선 오스트리아의 경우 가족법상의 부양의무와 중대한 의무의 침해를 명문화하고 있으며, 직업의 불이행도 부양의무의 침해로 규정하고 있다. 그리고 침해의 대상을 독일의 경우 부양권리자의 생계라고 하고 있는데 반하여, 오스트리아는 부양권리자의 부양 또는 교육이라고 규정하여 보다 구체화시키고 있다. 오스트리아의 규정이 독일의 것보다 구체적인 내용을 가지고 있지만 규정의 해석상 차이는 없는 것으로 파악된다. 행위태양은 두 나라 모두 부양의무의 불이행으로 부양권리자의 부양 내지 생계가 위태롭게 되거나 제삼자의 조력이 없는 경우 위태롭게 될 우려가 있는 경우를 유사하게 규정하고 있다.

형벌은 독일의 경우 3년 이하의 자유형 또는 벌금형인데 반하여 오스트리아는 6월 이하의 자유형에 처하도록 하고 있다. 하지만 오스트리아의 경우 일부의 사람에게서는 일수벌금형(조건부, 또는 무조건부)이나 형벌관대처분(§ 43 a) 등을 통하여 실제로 자유형을 부과하지 않는 사례가 있다.

한편 가중규정으로 독일의 경우 임부 부양의무위반죄를 두어 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하도록 하고 있고, 오스트리아의 경우 누범의 경우와 부양권리자의 건강 또는 육체적 정신적 발달에 현저한 침해를 야기한 자는 2년 이하의 자유형 그리고 부양권리자가 사망한 경우에는 3년 이하의 자유형에 처하도록 하고 있다.

96) 구체적 위협범인지 추상적 위협범인지에 대하여 형법이론적 견해 차이는 있다.

Ⅲ. 부양의무위반의 형사적 규제에 대한 입법방향

1. 형사적 규제제도의 도입 필요성과 선결과제

독일과 오스트리아의 부양의무위반에 대한 형사제재의 비교검토를 통해서 그 필요성과 정당성은 우리나라의 경우에도 그대로 타당하다고 생각한다. 부양의무위반죄의 보호법익은 부양권리자를 생계의 위협으로부터 보호하자는 것이다. 특히 이혼으로 인한 경우 자녀의 양육비를 지급하지 않는 것은 단순한 금전채무의 불이행과는 성격이 다르며, 스스로 독립하여 생계를 유지할 수 없는 자녀의 생존권을 위협하는 행위⁹⁷⁾라는 점에서 이 제도의 도입의 필요성과 정당성은 더욱 강화될 수 있다고 본다. 부양의무위반죄의 입법은 주로 부양의무의 이행을 촉구하는 취지이며, 부양의무위반사태의 발생을 사전에 예방하기 위한 일반예방으로서의 성격이 짙다고 할 수 있다.

그러나 부양의무위반죄는 부양의무의 존재가 가족법상의 부양의무에 한정하므로 우리의 현행 민법상의 부양의무 규정이 이들 두 국가의 규정과 비교할 때 어느 정도인가는 검토를 요한다. 우리 민법은 직계혈족 및 그 배우자간, 생계를 같이 하는 경우의 기타 친족은 서로 부양의 의무가 있다고 규정하고 있다. 이러한 부양의무자는 부양을 받을 자가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없는 경우에 한하여 이를 이행할 책임이 있다고 규정하고 있다. 독일과 오스트리아의 부양의무 규정과 비교해 보면, 우리나라의 경우 부양의무 규정이 불충분하게 되어 있을 뿐 아니라 부양의무이행제도 역시 제대로 마련되어 있지 않다는 것을 알 수 있다. 즉 독일과 오스트리아의 경우 민법상 부양관련 규정들이 우리나라보다 체계적으로 정비되어 있으며, 이런 상황을 전제로 하여 형사제재까지 두고 있는 것이다. 특히 이혼의 경우 유책주의가 아닌 탄핵주의를 취하고 있는 독일은⁹⁸⁾ 일정한 사유가 있는 경우 이혼 후의 배우자 부양의무규정까지 두어 사회적 약자를 보호하고 있다. 한편 우리나라의 경우 생계를 같이 하는 경우의 기타 친족에게도 부양의무를 부과하고 있다. 위의 두 국가는 배우자나 직계혈족에 한해서 부양의무를 부여한 것과 다르다. 부양의무

97) 김상용, 전계논문, 383면 참조.

98) 독일은 1977년부터 유책주의에서 파탄주의로 전환하였다. 이에 대해서는 Von Eva Marie von Muench, Die Scheidung nach der Scheidung, 1996, S. 35 참조.

위반에 대하여 형사처벌을 할 경우 생계를 같이 하는 기타 친족은 부양의무라 기보다는 보호 및 양육의무로 규정하여야할 것이다. 따라서 부양의무위반죄의 도입에 앞서 가족법상 부양의무관련 규정들의 보완이 있어야 할 것이다.

2. 부양의무위반 관련 유사 형벌법규의 검토

부양의무위반죄를 도입할 경우 기존의 부양의무위반과 관련이 있는 것으로 생각되는 현행 형벌법규들과의 관계를 정리할 필요가 있다. 이러한 예로는 형법상의 유기죄, 아동복지법상의 아동학대, 노인복지법상의 노인학대를 생각해 볼 수 있다.

형법상 유기죄는 법률상 또는 계약상의 보호의무자가 노유·질병·기타 사정으로 인하여 부조를 요하는 자를 유기한 경우에 처벌하는 규정이다. 이러한 행위가 직계존속에 대하여 이루어진 경우에는 가중처벌한다. 법률상의 보호의무는 민법상의 친족관계에 의한 부양의무를 포함한다. 하지만 보호의무는 부양의무와 반드시 일치하는 것은 아니다.⁹⁹⁾

아동복지법 제29조 제4호는 ‘누구든지 자신의 보호·감독을 받는 아동¹⁰⁰⁾을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호·양육 및 치료를 소홀히 하는 방임행위’를 금지행위로 규정하여 처벌하고 있다(제40조 제2호). 여기서 보호자는 친권자, 후견인, 아동을 보호·양육·교육하거나 그 의무가 있는 자 또는 업무·고용 등의 관계로 사실상 아동을 보호·감독하는 자를 말한다. 친권자의 경우 민법상의 부양의무를 지는 자이므로 부양의무와 관련이 있다.

또한 노인복지법 제39조의9 제3호도 ‘누구든지 자신의 보호·감독을 받는 노인을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호 및 치료를 소홀히 하는 방임행위’를 금지행위로 규정하고 처벌하고 있다. 동 규정에서 말하는 보호자는 민법상의 부양의무자도 포함된다. 즉 동법의 부양의무자란 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 자를 포함한다)와 직계비속 및 그 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 자를 포함한다)를 말하므로(동법 제1조의2 제1호) 부양의무자도 이에 포함된다.

생각건대 위의 소위 유사 부양의무관련 형벌규정들은 특수한 부분에서 부양의무위반죄와 영역을 같이 할 수 있다. 하지만 일반적인 부양의무위반죄와는 불법의 정도가 다르고, 보호범위를 달리할 뿐 아니라, 부양의무자는 가족법상

99) 이재상, 『형법각론』, 박영사, 2000, 99면 참조.

100) 18세 미만자(동법 제2조 1호).

의 부양의무자에 한정된다는 점에서 기본적인 차이가 있다. 또한 위의 유사 부양의무관련 규정들의 보호관심은 부양의무에 있다기 보다는 주로 보호의무에 있다고 생각된다. 비교법적으로 보더라도 우리의 유기죄에 상응한 규정을 독일 형법 제221조와 오스트리아 형법 제82조에서 두고 있다. 또한 우리의 아동학대 규정에 해당하는 규정도 이들 두 국가는 이미 규정하고 있다. 즉 독일의 경우 형법 제171조에서 양육 및 교육의무 위반죄를 그리고 오스트리아의 경우 형법 제199조에서 미성년자의 보호·교육·감독의무 위반죄를 각각 규정하고 있다. 따라서 부양의무위반죄를 도입할 경우 유사 부양의무위반 관련죄에서 공통적으로 겹치는 부양관련부분들은 형법상의 부양의무위반죄의 구성요건으로 포섭시켜야 할 것이다. 물론 불법의 정도가 심한 경우에는 가중처벌규정을 이러한 특별법에 둘 수도 있을 것이다.

3. 구체적인 입법 방향

부양의무위반죄의 구성요건은 독일과 오스트리아의 비교 검토를 참조하여 우선적으로 기본적인 부양의무위반죄를 둘 것을 생각해 볼 수 있다. 가중적 구성요건은 독일과 오스트리아에서 많은 비판이 제기되고 있으므로 이에 대해서는 더 깊은 연구를 요하기 때문이다. 기본구성요건은 “가족법상의 부양의무를 이행하지 아니하여 부양권리자의 생계를 위태롭게 하거나 타인의 조력이 없을 경우 위태롭게 될 우려가 있게 한 자”라 하고, 형벌은 자유형과 벌금형을 병과하면 될 것으로 생각된다. 자유형의 기간이나 벌금액에 대해서는 다른 범죄와의 형벌 관계를 고려해서 판단하여야 할 것이다.

입법의 형태는 특별법이나 형법전에 삽입하는 것을 예상할 수 있다. 형법전에 둘 때 형법전의 체계상 어느 장에 둘 것인지도 고려해야 한다. 우리 형법의 경우 독일이나 오스트리아의 경우처럼 혼인 및 가족에 대한 죄의 장이 없기 때문이다. 그리고 특별법보다는 형법에 규정하는 것이 바람직하지만, 일반적으로 형법개정의 어려움을 고려하면 한시적으로 특별법에 규정해 두었다가 일반범죄화되면 형법으로 편입하는 것도 생각해 볼 수 있다. 또한 부양의무위반죄라는 것이 아직 우리 국민들의 정서에는 그렇게 와 닿는 범죄유형이 아니므로 특별법에 두는 것도 한 방법일 수 있다. 여기서 특별법(예를 들면 부양 청구권의 보호에 관한 법률¹⁰¹)이란 부양의무의 이행을 확보할 수 있는 제도

101) 김상용, 전제논문, 386면.

들을 포섭하게 될 것이다. 즉 이 특별법은 예컨대 부양의무자의 담보제공제도나 양육비선급제도와 같은 내용을 담게 될 것이다. 보다 구체적으로는 부양의무 및 권리에 관한 규정, 부양의무의 이행확보제도에 관한 규정, 그리고 이를 이행하지 않을 경우의 형사처벌이라는 규정이 포함되어야 할 것이다.¹⁰²⁾

부양의무위반행위를 형사처벌할 경우 이와 병행하여 독일과 오스트리아의 경우처럼 형법 및 형사소송법이나 행형법에서 부양의무의 이행을 확보하는 방안도 함께 강구되어야 할 것이다. 예를 들어 사후에 부양급부를 이행한 한 경우에 정상을 참작할 수 있도록 하는 규정을 두어야 할 것이다.

IV. 결 론

본 논문은 우리 민법이 부양의무를 규정하고 있고 부양의무이행제도를 갖추고 있지만, 부양권리자는 여전히 만족할만한 보호를 받지 못하고 있다는 전제에서 부양의무자가 부양 능력이 있음에도 불구하고 이를 이행하지 않아 부양 받을 자가 생계의 어려움에 직면하게 될 때 이에 대해서 부양의무불이행자에게 형사처벌을 할 수 있는가를 비교법적인 검토를 통하여 살펴보았다.

독일과 오스트리아의 경우 우리의 민법규정보다 부양의무자의 의무규정을 보다 상세하고 체계적으로 두고 있을 뿐 아니라 이혼 후 부양제도나 양육비선급제도 등을 통하여 부양의무의 이행을 확보하는 제도를 두고 있다. 나아가서 형사절차나 형집행이 진행되는 동안 부양료가 확보될 수 있도록 하는 제도를 두고 있으며, 그러한 의무를 결코 이행하지 않는 자에게는 형벌을 가하고 있다. 비교된 두 국가에서는 실제로 유죄판결을 받는 부양의무자가 존재하며 이러한 형사처벌이 실질적인 기능을 하고 있으며, 또한 형사정책적인 측면에서 그 필요성과 정당성이 인정됨을 알 수 있었다.

이러한 검토를 바탕으로 부양의무위반죄를 우리나라에 도입할 경우의 여러 가지 문제점들을 살펴보았다. 무엇보다도 이 형벌규정의 구성요건은 민법상의 부양의무의 존재에서 출발하기 때문에 민법상의 종속성이라는 특수성을 가진다. 그러므로 현재 민법상의 부양의무규정이 불충분하기 때문에 이의 보완이 따르지 않고서는 입법이 사실상 어려울 것이다.

어떠한 제도가 계수되고 그것이 적용되기까지는 여러 가지 진통이 따르기

102) 김상용, 전제논문, 384면 이하 참조.

마련이다. 그러나 그것이 바람직하다는 기본원리에 어느 정도의 사회적 합의 점을 찾을 수 있다면 새로운 제도에 대한 시도는 개선을 위하여 필수부가결하다고 생각된다. 부양의무위반죄의 보호법익은 부양권리자를 생계의 위협으로부터 보호하자는 것이다. 특히 이혼으로 인한 경우 자녀의 양육비를 지급하지 않는 것은 단순한 금전채무의 불이행과는 성격이 다르며, 스스로 독립하여 생계를 유지할 수 없는 자녀의 생존권을 위협하는 행위라는 점에서 이 제도의 도입의 필요성과 정당성은 충분히 설명될 수 있다. 이러한 부양의무위반죄의 입법은 주로 부양의무의 이행을 촉구하는 취지이며, 부양의무위반사례의 발생을 사전에 예방하기 위한 일반예방으로서의 성격이 짙다고 할 수 있을 것이다.

A Study on Family Support in Criminal Law

Park, Hee-Young*

In Korean Civil Law, a person who has a family is under obligation to support them. However he is not punishable, even if he doesn't fulfill such a duty. The reason is that there is no penal provision for this conduct in Korean Criminal Law.

There are people whose rights to live is threatened without the fulfillment of such a duty. Most of the people entitled to maintenance are often socially weak. They are children, divorced women, and aged parents. They should be legally protected from this menace.

A person who does not fulfill such a legal obligation in Austria or Germany is punished. The punishment plays an important role in the society, as it is both justifiable und necessary. The reason being, failure to fulfill such an obligation is not a case of a simple debt, rather, to persons without a livelihood, it is a menace to their right to live.

In order to criminalize the failure to fulfill family obligations, provisions concerning obligations to support family in Korean Civil Law should be revised. This criminalizing is based on the premise that the law makes sufficient provision for family support. The present Korean Civil Law has many insufficient provisions.

The introduction of this punishment will stimulate the fulfillment of such obligations und will protect many dependants from this menace.

* Research Fellow, Max Planck Institute for foreign and international Criminal Law in Germany, Ph. D in Law