

부부간 부양의무에 대한 소고
-과거의 부양료청구를 중심으로-
Research on spousal support
- Focusing on the past maintenance claims -

조 은 희*
Cho, Eun-Hee

목 차

- I. 머리말
- II. 부부간 부양의무의 근거규정
- III. 부부간 부양청구권
- IV. 부부간 과거의 부양료청구
- V. 맺는말

국문초록

민법은 ‘혼인한 부부는 서로 부양하고 협조할 의무가 있음’을 규정하고 있다 (민법 제826조 제1항). 이를 ‘가족부양’이라고 규정하고 있지는 않으나 해석상 부부간 부양의무는 배우자 상호 간의 부양과 자녀부양을 포함하고 있다.

부부간 부양의무에서 특히 문제시 되고 있는 것은 부양권자가 부양의무자의 부양없이 생활을 해온 경우 후일 과거 부양료에 대하여 상환을 청구할 수 있는가이다. 민법은 과거의 부양료청구에 대한 규정을 두고 있지 않으나 판례는 부부간 과거 부양료 청구에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 부양을 청구

논문접수일 : 2015. 11. 15.

심사완료일 : 2015. 12. 07.

게재확정일 : 2015. 12. 07.

* 제주대학교 법학전문대학원 교수

한 이후 이행지체에 빠진 경우에 한하여 이를 인정하고 있다. 그러나 미성년 자녀에 대한 과거의 부양료는 특별한 사정이 없는 한 이를 인정하고 있다는 점에 이들 양자를 구별하는 판례의 태도에 반대의견 또한 적지 않다.

민법이 독일의 경우에서처럼 과거의 부양료청구에 대한 금지하지 않고 있는 상황에서 과거의 부양료는 인정될 수 있다고 보나, 이것이 어떤 범위 내에서 구체화되어야 하는가에 대하여는 검토할 필요가 있다고 본다.

이에 본 논문은 부부간 과거부양료청구를 제한하는 것이 타당하다는 입장에 있으나 독일의 경우에서처럼 부부간 과거의 부양료청구의 범위는 확대될 필요가 있으며, 또한 현재로서는 부부간 과거의 부양료청구와 미성년 자녀의 과거의 부양료 청구를 구별이 타당하다고 보나, 독일의 경우에서처럼 과거부양료 역시 부양의 유형중 하나로 부양권자의 필요에 대한 부양의무자의 의무 이행이라는 점에서는 동일하기 때문에 이를 구별할 필요가 없으며, 통일적인 틀을 갖아야 한다는 측면에서 접근하였다. 이에 독일민법에서 그 시사점을 찾고자 하였다.

주제어 : 부부간 부양의무, 부양료, 부양의무, 자녀양육, 과거 부양료

1. 머리말

부양(support, maintenance)이란 자기 스스로의 노동이나 재산으로 생활할 수 없는 자 또는 자신의 재산으로 교육을 받을 수 없는 자 등에 대하여 누군가가 이에 대한 생활비나 생존수단(source or means of living)을 제공하는 것이다.¹⁾

우리민법은 부양의무에 대하여 부부간 부양(민법 제826조 제1항), 친족 간 부양(민법 제974조-제979조)을 규정하고 있으며, 이외에도 부모의 미성년 자녀에 대한 부양을 규정하고 있다(민법 제913조). 미성년 자녀에 대한 부양은

1) Henry Campbell Black's Law Dictionary, 5th ed. (St.Paul, Minnesota: West Publishing Co, 1979.

친족 간 부양을 그 근거조항으로 하나, 친족 간 부양과 구별되어야 한다는 점에서 민법 제913조를 특별 근거 조항으로 보기도 한다. 부부간 부양의무(민법 제826조 제1항)는 부부의 부양의무가 법적인 의무임을 규정한 것이며, 이는 자녀의 유무와 상관없는 독자적인 것이다. 민법 제826조의 부부간 부양의무는 일반적으로 부부와 자녀의 공동생활의 생활유지의무로 보며, 이를 ‘가족부양’이라고 규정하고 있지는 않으나 해석상 부부간 부양의무는 배우자 상호 간의 부양과 자녀부양을 포함하고 있다.²⁾ 그러나 특히 부부간 부양의무에서 문제시 되고 있는 것은 부양권자가 부양의무자의 부양없이 생활을 해온 경우 후일 과거 부양료에 대하여 상환을 청구할 수 있는가이다. 우리나라는 과거부양료에 대한 규정을 두고 있지 않으며, 이에 대하여도 다양한 의견이 존재한다. 특히 대법원은 1994.5.13. 선고 이후 미성년 자녀에 대한 과거의 양육비를 인정하고 있으나³⁾, 부부간 과거의 부양료 청구에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 부양을 청구한 이후 이행지체에 빠진 경우에 한하여 이를 인정하고 있다.⁴⁾ 그러나 이처럼 미성년자녀와 부부간 과거의 부양료를 달리 취급하여야 하는가에 의문이 제기되기도 한다.⁵⁾

독일은 과거의 부양료청구에 대한 규정을 두고 있으며, 이를 원칙적으로 부정하고 있다. 그러나 예외적 사항에서는 과거의 부양료 청구를 인정하여야 한다는 입장을 취하고 있다. 즉, 부양은 원칙적으로 현재와 장래를 위한 것이기 때문에 부양을 필요로 하는 자가 부양을 받지 않고 그대로 지나친 경우 지나간 과거에 대한 수요를 만족시킨다는 것은 자연적 혹은 사실적으로 불가능하다고 본다.⁶⁾ 그러나 과거의 부양료청구를 전면적으로 부정한다면 부양권자의 이익을 보호할 수 없기 때문에 예외 규정을 두어 제한적으로나마 과거의 부

2) 대법원 1986. 6. 10. 86므46 판결.

3) 대법원 1994. 5. 13.자 92스21 전원합의체 결정.

4) 대법원 1991. 10. 8. 선고 90므781 판결, 798, 대법원 1991. 11. 26 판결. 선고 91므375, 382 판결, 대법원 2008. 6. 12 자2005스50 결정, 대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다9632 판결.

5) 최민수, “부부간 과거 부양료청구와 미성년 자녀의 과거 양육비청구”, 『가족법연구』 제28권 1호, 2014, 92-93면; 이연주, “부부 간의 과거 부양료 및 양육비 청구에 관하여”, 『인권과 정의』 2010, 1월, 53면.

6) Schwab/Both, Rn. 1209 in Bedarfs-und Einkommensermittlung im Unterhaltsrecht, 1987.

양료청구를 인정하고 있는 것이다.

이에 본 논문은 부부간 부양의무 및 부부간 과거의 부양료청구에 관하여 독일민법과 비교하면서 검토해 보고자 한다.

II. 부부간 부양의무의 근거규정

민법은 '혼인한 부부는 서로 부양하고 협조할 의무가 있다(민법 제826조 제1항)고 하여, 부부 간 부양료의 청구에 대한 근거 규정을 두고 있다. 이외에도 민법은 부부의 공동생활에 필요한 비용은 당사자 간에 특별한 약정이 없으면 부부가 공동으로 부담하여야 한다(민법 제833조)'라고 규정하고 있다.

민법 제826조 제1항 및 민법 제833조의 관계에 있어서 양 규정은 부부간의 부양 협조의무는 상대방의 생활을 자신과 같은 수준으로 보장하는 것으로 이는 결국 생활비용의 부담에 이르게 되기 때문에 양자는 본질적으로 동일한 것으로 보고 있으며, 학설은 민법 제833조의 규정은 부부간의 부양의무의 이행에 있어서 기준을 밝힌 것에 불과하고 특별한 약정이 없더라도 부부의 일방이 부양능력이 있으면 다른 일방의 생활비를 부담하는 것은 당연하다고 보고 있다.⁷⁾ 결국 민법 제826조 제1항은 부부간 부양의무가 혼인한 부부의 법적인 의무를 규정한 것이며, 민법 제833조는 부양의무가 일방에 의한 것이 아닌 공동의 책임하에 이루어지는 것임을 명시한 것이다.

독일의 경우에도 부부의 공동생활에서 부부 간 부양의무가 있음을 규정하고 있다(독일민법 제1353조 제1항). 그러나 독일민법은 이외에도 가족부양을 위한 의무(Verpflichtung zum Familienunterhalt)조항을 따로 두고 있다(제1360조, 제1360a조, 제1360조b). 독일민법 제1360조 제1문에서는 '부부 각자는 자신의 노동과 재산을 통하여 상대 배우자뿐만 아니라 공동의 자녀에 대하여 부양의무가 있음을 규정하고 있으며, 제2문에서는 일방이 가사노동(Haushaltsführung)을 하는 경우 이는 가족의 부양을 위한 노동으로 자신의 의무를 이행하는 것' 이

7) 최민수, 전계논문, 65면.

라고 하여 가사노동이 부양의무의 이행임을 규정하고 있다.⁸⁾ 그러나 이러한 부부간의 부양의무는 일방 배우자의 권리의 남용 혹은 혼인관계가 파탄된 때, 이에 대한 의무가 없음을 규정하고 있다(제1353조 제2항).

우리민법 제826조 제1항은 부부간 부양의무만을 명문으로 규정하고 있으나 부부간의 부양의무는 해석상 부부간 부양의무뿐만 아니라 자녀부양을 포함한다고 보아야 할 것이다.⁹⁾ 또한 우리나라의 경우 별거제도나 이혼 후 배우자 부양제도를 두고 있지 않아 혼인관계가 파탄되고 부부간 별거하는 경우 이들의 부양의무는 혼인중에 있는 경우와 동일하게 취급되고 있으나, 독일의 경우 부부가 별거하는 경우 이에 대한 부양규정을 두고 있어 혼인관계에 있는 경우와는 달리 취급되고 있다(독일민법 제1361조, 제1361a조, 제1361b조). 또한 독일의 경우 부부가 이혼한 경우에도 전제조건이 충족되는 한 이혼 후 일방 배우자는 상대방에게 부양을 청구할 수 있도록 규정하고 있다(독일민법 제1569-1586b). 그러나 이혼 후 배우자 부양의 경우 일방 배우자가 자신의 부양의무를 게을리하거나 이행하지 않을 경우 부양청구에 있어서 현저히 부당한 경우에 해당되어 부양청구가 받아들여지지 않거나 제한되고 있다(독일민법 제1579조).

Ⅲ. 부부간 부양청구권

1. 부부간 부양의무의 성질

부부간의 부양의무는 제1차적 부양의무로 부양의무의 우선순위로 보면 1순위에 속한다. 이론상 부양의무는 제1차 부양의무와 제2차 부양의무(2원형론)로 구분되고¹⁰⁾, 우리나라의 대다수 학자는 이러한 전통적 2원형론을 긍정하는 입장이다.¹¹⁾ 제1차적 부양의무는 부부간 부양의무(민법 제826조)와 미성년자

8) Weinreich Klein, Fachanwaltskommentar Familienrecht, 3. Auflage, Luchterhand, 2008. S. 47.

9) 대법원 1986. 6. 10, 86므46 판결.

10) 김주수·김상용, 「친족상속법」, 법문사, 2013, 528면; 박동섭, 「친족상속법」, 박영사, 2013, 422면; 한봉희·백승흠, 「가족법」, 삼영사, 2013, 392면; 대법원 2013. 8. 30. 자 2013스96 결정.

녀에 대한 부양의무(민법 제913조)로 부양을 받을 자의 생활을 부양의무자의 생활과 같은 정도로 보장하여 부부공동생활의 유지를 가능하게 하는 것을 내용으로 하며, 이를 생활유지의무(生活維持義務)라고 한다. 이는 현실적 공동생활 그 자체에 입각하여 당연히 요청되는 것으로서 '생활의무자는 자신의 생활 수준을 낮추어서라도 상대방의 생활을 자기와 같은 수준으로 보장해야 한다는 것이다.¹²⁾ 제2차적 부양의무는 부양의무자가 자기의 사회적 지위에 상응하는 생활을 하면서 생활에 여유가 있음을 전제로 하여 부양받을 자가 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없는 경우에 한하여 그의 생활을 지원하는 것을 내용으로 하는 의무를 말하며, 생활부조의무(生活扶助義務) 또는 생계유지의무(生計維持義務)라고 한다.¹³⁾ 이는 자신의 생활을 유지하면서 여유가 있을 때 비로소 상대방을 부양하는 것을 의미한다.

부부간 부양의무(민법 제826조)와 미성년자녀에 대한 부양의무(민법 제913조)는 부양 자체가 그 신분관계의 본질적, 불가분적 요소이기 때문에 이러한 부양은 자신의 생활을 보전하는 것이며, 이에 부부간 또는 미성년자에 대한 부양의무는 제1차적 부양으로 자기와 동등한 정도의 생활을 유지하는 것으로 보고 있다.¹⁴⁾

2. 부부공동생활의 유형

독일민법 제1360조에서 '가족부양'을 규정하고 있는 것은 핵가족을 기본단위로 하여 부부와 미성년 자녀는 함께 공동생활체를 형성한다고 보기 때문이다. 또한 독일 입법자는 부부의 생활공동체 형성과 관련하여 부부가 자신들의 부양 형태를 정함에 있어서 법적으로 하나의 모범이 될 만하다고 보는 것을 유형화하는 것을 피하고¹⁵⁾, 대신 이들이 개별적으로 자신들의 개인적, 경제적 생활을

11) 이에 대한 비판적 견해도 있으며(김용·육, "노부모부양에 관한 연구", 「정법석박사회갑논문기념집」, 1977, 110면), 2원형론에 대하여 다소 세분화한 3원형론적 2원론이 주장된 바도 있다(이희배, "민법상 부양법리에 관한 연구(상)", 「사법행정」 제26권 10호, 1985.10, 64~71면).

12) 김주수·김상용, 전거서, 2013, 528면.

13) 박동섭, 전거서, 박영사, 2013, 422면.

14) 이경희, 「가족법」, 법원사, 2008, 289면.

이행하는데 있어서 적절한 형태를 스스로 선택할 수 있도록 즉, 가사노동과 경제활동을 자유롭게 정할 수 있도록 하였다.¹⁶⁾ 이러한 유형들은 가정주부형 부부, 맞벌이형 부부, 추가경제활동형 부부, 비경제활동형 부부로 나눌 수 있다.

가정주부형 부부는 일방이 가사노동과 자녀양육을 담당하고 다른 일방은 경제활동을 하여 가족에게 필요한 생활비를 버는 경우이다. 이때에 가사노동과 경제활동의 가치는 동일한 것으로 평가된다.¹⁷⁾ 그러나 가족에 대한 부양의무에 있어서 독일의 경우 가정주부가 가사노동을 통하여 자신의 부양의무에 참여한다고 하더라도 가사노동을 담당하는 일방 배우자는 가정경제가 어려운 상황에서는 예외적으로 경제활동을 해야 할 경우, 경제활동을 해온 배우자 역시 가사노동에 참여하여야 한다.

맞벌이형 부부는 부부 모두 경제활동을 하는 것으로 각 배우자는 그의 수입을 가족의 부양을 위하여 부담하여야 한다.¹⁸⁾ 그러나 수입이 더 많은 일방은 가족부양이 요구되지 않을 경우 자신의 수입을 개인적인 목적이나 혹은 자신의 재산형성을 위하여 사용할 수 있다. 부부는 모두 경제활동을 할 수 있다, 경제활동의 선택 혹은 실행함에 있어서 그들은 상대배우자의 관심과 가족에게 주어진 상황을 고려해야 한다(독일민법 제1356조 제2항).

추가소득형 부부는 일방 배우자가 전적으로 경제활동을 하지만 한편 상대 배우자가 가사노동을 담당하면서 추가적으로 완전고용 상태가 아닌 경제활동을 하는 경우이다. 이것은 완전 경제활동(voll Erwerbstätigkeit)을 하는 배우자가 다른 일방에게 가사노동에 있어서 경제활동의 범주와 관련하여 적절하게 부담을 덜게 하는데 있다. 완전 경제활동을 하는 일방의 수입이 적절한 생활유지를 위하여 충분치 않는 경우 추가적 활동을 하는 배우자는 그의 일의 몫에 따라 가족부양에 참여해야 하는데, 이 때 추가소득자는 자신이 개별적으로 사용할 수 있는 용돈(Taschengeld)이 보장되지 않는다.¹⁹⁾

15) BT-Dr. 7/650 S 100.

16) BVerfGE 68, 256, 268.

17) BT-Dr. 7/650 S 99.

18) BGH FamRZ 1967, 380; NJW 1974, 1238; s auch BSG FamRZ 1985, 282 zur Berechnung einer Witwerente.

19) OLG Celle FamRZ 1978, 589.

비경제활동형 부부는 부부 모두가 일을 하지 않는 것으로 양 당사자가 타인의 경제적인 공급으로 공적인 급부 혹은 재산소득으로 생활하는 경우이다. 양 배우자는 공동으로 가사노동을 하여야 할 의무가 있다. 그리고 동시에 그들의 수입이 가족부양에 기여하도록 하여야 한다.²⁰⁾

부부는 일방이 우선 자신의 학업을 마쳐야만 하는 것으로 이해된 경우, 학업 기간 동안 부양의무에 자유로우며, 경제적으로 가족부양에 기여하지 않아도 된다. 이것은 명확히 합의되지 않았다고 하더라도 다른 배우에게 부양의무가 있다고 본다.²¹⁾

3. 부부간 부양의무의 발생요건

민법 제826조 제1항에 규정된 부부간 상호부양의무는 혼인관계의 본질적 의무로서 부부공동생활의 유지를 가능하게 하는 것을 내용으로 하고 있다.²²⁾ 이러한 부부 공동생활을 유지하기 위한 비용은 이들 가족의 개인적, 경제적 생활상에 따라 적절한 형태를 선택하게 된다. 즉, 일방이 경제활동 혹은 타방은 가사노동이나 자녀를 양육하는 등으로 자유스럽게 정하게 된다.²³⁾ 일반적으로 부부가 혼인공동생활을 영위하면서 일방이 타방에 대하여 부양청구를 하는 경우는 드물다고 할 수 있으나 어떠한 이유로든(혼인관계가 파탄된 상황이 주가 될 것이다) 혼인관계에 있는 일방이 자신의 부양의무를 이행하지 않아 가족부양이 충족되지 않을 경우 타방은 이에 대하여 부양을 청구하게 된다.

부양의무는 특별한 법적 행위를 통해서 발생하는 것이 아니라 부양권자와 부양의무자가 존재하느냐에 따라 발생하는 권리의무관계이다.²⁴⁾ 그러나 부양청구권은 원칙적으로 부양권자가 자기의 능력으로 생계를 유지할 수 없을 때 청구할 수 있는 권리이다(민법 제975조). 민법은 부양의무자의 급부능력에 대하여

20) Weinreich Klein, Fachanwaltskommentar Familienrecht, 3. Auflage, Luchterhand, 2008, S. 304.

21) BGH FamRZ 1985, 353, BGHF 4, 742.

22) 대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다96932 판결.

23) BVerfGE 68, 256, 268.

24) Vgl. Kalthöner/Büttner NJW 1989, 801.

구체적인 규정을 두고 있지 않으나 '부양을 받을 자의 생활정도와 부양의무자의 자력 기타 제반사정을 참작하여 이를 정한다'라고 규정하고 있다(민법 제977조). 이런 의미에서 민법 제974조의 친족부양 이하의 규정들이 부부 간 부양의무(민법 제826조)에도 적용되는가가 문제이다. 이에 대하여 견해는 대립되고 있는데, 우선 '제한적 적용설'에 의하면 제1차 부양의무의 민법상 근거에 관하여 민법 제974조 이하의 규정이 민법상 부양의무 중 제1차 부양의무에는 적용되지 않는 것으로 본다. 그러나 '전면적 적용설'에 의하면 민법 제4편 제7장의 규정이 제2차 부양의무뿐만 아니라 제1차 부양의무의 근거도 된다고 본다.²⁵⁾

대법원 판례는 미성년 자녀에 대한 부양의무가 있는 부모가 이혼함에 있어 부모 중 일방을 자녀의 양육자로 지정하고 타방은 이에 대하여 자녀의 양육비를 지급하기로 협정하였다면 이는 민법 제837조, 제976조, 제977조의 규정에 의하여 유효하다거나,²⁶⁾ 일반적으로 부부는 서로 부양의무가 있음은 민법 제974조에 명시되어 있고 처에게 자활능력이 없는 경우 남편이 처를 부양할 책임이 있다고 판시하였다.²⁷⁾ 또한 "자녀의 부모부양 등과 같은 그 외의 직계혈족 등 친족 사이의 부양에 관하여는 부양을 받을 자가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없는 경우에 한하여 부양의무를 부담하는 것으로 규정하고 있다(제974조, 제975조)"라고 하여²⁸⁾, 부모의 자녀에 대한 부양 그리고 부부간 부양의무는 민법 제974조 이하의 부양에 관한 일반규정에도 적용될 수 있음을 보여주고 있다.

결국 부부 각자는 자신의 경제활동 혹은 가사노동 그리고 자신의 재산으로 가족을 부양하여야 할 의무를 부담하게 되지만 일방이 자신의 경제활동으로나 다른 자신의 재산으로도 가족부양에 기여할 수 없는 경우 다른 상대방에게 부양의 급부를 청구할 수 있다고 하여야 할 것이다.²⁹⁾ 결국 부부간의 부양

25) 자세한 내용은 이회배, "친족편 「부양」 규정(민법 제974조~제979조)의 적용범위", 「민사법학」 제8호, 민사법학회, 1990, 396면 이하 참조.

26) 대법원 1985. 2. 26. 선고 84므86 판결.

27) 대법원 1976. 6. 22. 선고 75므17 판결. 다만, 이 판례 중 과거의 양육비를 청구하지 못한다고 한 부분은 대법원 1994. 5. 13. 자 92스21 전원합의체결정에 의하여 변경되었다.

28) 대법원 97므513 판결.

29) Weinreich Klein, a.a.O., S. 300.

의무에 관한 민법 제826조 제1항은 부양에 관한 일반규정의 특별규정이므로³⁰⁾ 문리해석의 한계를 넘지 않는 범위에서 민법상 부양의무 전반의 근거규정이 될 수 있다고 볼 수 있을 것이다. 이런 의미에서 부부간의 부양의무가 '생활유지'를 위한 제1차적 부양의무라고 하더라도 부부간 부양의무가 발생하기 위해서는 부양의무자의 '부양필요'와 부양권자의 '부양능력'은 전제되는 것은 타당하다고 할 것이다.

독일의 부부간 부양에 있어서도 부양의 일반규정에 규정하고 있는 부양의무의 부양필요와 부양능력이라는 전제요건에 따라(독일민법 제1603조) 부양의무는 발생한다. 부양청구권자는 스스로의 생계를 책임질 수 없어 부양을 필요로 하는 자이며(독일민법 제1602조 1항), 부양청구권자는 자신의 재산으로도 혹은 기대할 수 있는 자신의 노동력의 가치로도 스스로의 생활을 유지할 수 없는 자이다. 부양이 어느 정도 필요한가를 도출해 내기 위해서 부양청구권자의 능력이 조사되어 지는데, 일반적으로 부양청구권자의 능력은 無재산, 無수입, 경제활동의 불능으로 검토된다.³¹⁾ 부양의무자의 능력도 부양필요자의 것과 마찬가지로 그들의 재산과 수입을 통해 측정되어진다. 부양의무자도 그에게 부양에 대한 책임이 주어졌을 경우 부양료를 지급할 수 있도록 부양능력을 유지하기 위해 할 수 있는 한 노력을 기울여야 한다.³²⁾ 또한 경솔하고 책임감 없는 행동으로 지불할 수 없는 무능력의 상태에 빠져서도 안된다.³³⁾ 그가 어려운 노동시장의 상황에서 분명한 이유없이 직장을 그만두거나 혹은 고용주가 해직하도록 사유를 제공한 경우, 그의 급부능력은 전 노동임금에 의해 결정되어진다.³⁴⁾ 언제든지 부양법상의 의무(Obliegenheit)는 부양의무자가 자신의 노동력의 최상의 투입을 통해 그리고 기대할 수 있는 경제활동의 실행으로 도달하는 수입으로 이루어진다.³⁵⁾ 또한 독일법상 부양의무는 누군가에

30) 이희배, 「민법상 부양법리에 관한 연구」, 경희대학교 박사학위논문, 1985, 308면; 임종효, “양육비청구권에 관한 기초 이론 및 실무상 쟁점”, 「사법논집」 제51집, 2011, 226면.

31) Wilfried Schlüfer, BGB- Familienrecht, 2003, S. 204ff.

32) Wilfried Schlüfer, 2003, 204-205.

33) BGH FamRZ 1987, 372 f; 1994, 240.

34) BGH FamRZ 1982, 365 f; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1992, 1412.

35) BGH FamRZ 1994, 1002.

대한 그 밖의 기타 의무를 고려하여³⁶⁾ 자기의 적절한 생계가 위협하지 않으면서, 다른 사람을 부양할 수 없을 경우에는, 부양의무를 지지 않는다(독일 민법 제1603조 1항). 이것은 부양의무자의 부양급부능력은 기본적으로 최소한 자기생활의 유지가 전제되어지고 그 선을 넘어서 타인을 부양할 수 있는 능력이 있는 경우에 인정된다.³⁷⁾

4. 부양의 범주와 정도

부양의 범주는 가족(부모와 자녀)의 공동생활로서의 생활을 유지하는데 필요한 비용을 의미한다. 가족의 '생활유지'를 위한 부양의 범주는 자녀의 양육을 포함하여 부부의 공동생활에 필요한 비용이라고 할 수 있을 것이다.³⁸⁾ 이에 대한 생활비용으로는 대체로 식생활, 의복, 주거 및 그에 필요한 비용과 의료비, 최소한의 문화비, 교제비, 교통비, 전화비, 보통의 교육비, 학원비 등이 해당된다고 할 수 있다.³⁹⁾ 그러나 자녀의 혼인비용을 양육비로 청구할 수는 없다고 보아야 할 것이다.⁴⁰⁾

독일민법 제1360조에서 부부는 가족을 "적절히 부양"해야 함을 규정하고 있고, 이에 부양권자는 생활을 영위하기 위한 "적절한 부양"을 요구할 수 있다. 적절한 부양이란 "총체적으로 생활에 필요한" 것을 포괄한다.⁴¹⁾ 의식주는 물론 의료비용, 자녀의 정신, 문화, 스포츠의 모든 관심분야에서의 성장촉진을 위한 비용이 이에 적용된다. 자녀가 교육을 받는 한 부모는 자녀에 대해 부양의무가

36) Dazu FamRZ 1982, 157.

37) 부양의무자의 급부능력에 관하여는 공적 부양인 사회보장제도와 깊은 관계가 있다. 우리나라의 경우 부양의무자가 부양능력이 없는 경우에도 부양권자가 공적부양을 받을 수 없는 경우가 있어 이러한 부양의 사각지대가 존재하는 것에 대한 비판적 시각이 존재한다. 이에 사적부양과 사회보장제도는 함께 논의되어야 할 과제라고 본다(려류진, "국민기초생활보장제도 부양의무자기준과 빈곤사각지대- 공적부양과 사적부양의 관계를 중심으로", 「보건사회연구」 제24권 제1호, 2004.7, 3-29; 허선, "공적부양과 사적부양의 충돌", 「한국지역사회복지학」 12집, 2002.12, 243-258 등 참조).

38) 대법원 1986. 6. 10, 86므46 판결.

39) 서울고판 1976. 10. 29, 76나1878; 대법원 1986. 6. 10, 86므46 판결.

40) 대법원 1979. 6. 12, 79다249 판결.

41) Palandt-Diederichsen 1610 Rn 1 mwN.

있으며(독일민법 제1606조 2항) 이 때 적절한 교육의 재정적 지원은 부모의 부양의무에 속한다. 이 때 독립적이지 못한 자녀의 생활수준은 일반적으로 부모의 생활수준 그리고 그들의 개인적, 경제적인 상황에 따라 결정된다. 이로 인해 독일법상 이행되는 부양의 정도는 필요자의 생활수준(Lebensstellung)에 따라 결정된다(독일민법 제1610조 1항). 부모가 유복한 경우 그 자녀는 그러하지 못한 부모의 자녀에 비해 많은 혜택을 누리게 된다. 그러나 부모의 수입이 증가함에 무한적으로 증가한다는 것을 의미하는 것은 아니다.⁴²⁾

이처럼 부양의 정도는 앞서 설명한 독일민법 제1610조의 일반원칙에 적용된다. 그러나 부모가 별거하거나 단지 한부모가 자녀를 양육하고 있을 때 부양료를 산정할 필요가 있다. 법원은 실무에서 이에 대한 산정표(Tabelle)를 이용한다.⁴³⁾ 이 도표는 법원이 부모의 수입과 자녀의 연령에 따라 차별을 두어 작성한 것으로 실무에서 통일적으로 사용된다.

5. 배우자의 부양순위

민법 제976조는 '부양의무자가 수인인 경우에 부양을 할 자의 순위에 관하여 당사자 간에 협의하도록 하고 협의가 이루어지지 않을 때 당사자의 청구에 의하여 법원이 이를 정하도록 하고 있으며, 또한 부양을 받을 권리자가 수인인 경우에 부양의무자의 자격이 그 전원을 부양할 수 없는 때에도 같다(제976조 제1항). 이에 법원은 부양의무자를 여러 명으로 선정할 수 있으며, 부양권자도 마찬가지로 여러 명으로 선정할 수 있다고 본다.⁴⁴⁾ 결과적으로 당사자가 부양의무의 우선순위를 협의할 수 없을 경우 법원이 이를 판단하게 되는데, 현재 학설과 판례는 부양의무를 제1차 부양의무와 제2차 부양의무로 구별하고 있어 배우자에 대한 부양의무는 다른 친족부양(민법 제974조에 근거하여

42) BGH FamRZ 1987, 58; OLG Düsseldorf, FamRZ 1994, 767.

43) 대표적으로 뒤셀도르프 산정표 (Düsseldorfer Tabelle)는 양육비 산정기준표로 양육자의 수입과 자녀의 연령을 대비하여 만든 것이다.

44) 김숙자, "부양제도에 관한 일반적 고찰-한일부양제도의 비교를 중심으로-", 「사회과학논총」 제10집, 명지대학교 사회과학연구소, 1995, 56면.

미성년자녀를 제외한다)에 비해 선순위에 있다. 이러한 의미에서 부양의무자가 부양을 받을 자에 대하여 순위에 상관없이 부양료를 지급한 경우 후순위 부양의무자는 선순위 부양의무자에게 이에 대한 구상을 요구하게 되는데, 이러한 경우 법률관계의 성질상 구상권은 인정된다고 보아야 할 것이다.⁴⁵⁾ 해당 부양료의 구상에 관하여는 ‘과거의 부양료청구’에서 다시 다루고자 한다.

계속해서 배우자와 미성년 자녀 간의⁴⁶⁾ 부양의무의 우선순위 상의 경합이 있을 때 선순위의 부양권자는 누가인가가 문제이다. 부부와 미성년자녀가 공동생활을 하는 경우 서로 주어진 소득으로 생활을 유지해 나가는 차원에서 우선순위에 대한 문제의 발생은 적다고 할 수 있다. 그러나 부모와 자녀가 학업을 원인으로 하든 어떤 경우든 떨어져 지내게 되는 경우를 상정할 수 있으며, 또한 부양의무자가 재혼 한 후 혼인중의 자녀가 있고 전혼관계에서도 자녀가 있거나 또는 혼외자가 있는 등 다수의 미성년자녀가 있을 수 있다. 이때 부양의무자의 경제적인 여력이 제한된 상황이라면 다수의 자녀와 배우자 간의 부양선순위에 대한 문제가 발생한다. 이 경우 미성년자녀는 배우자 보다 선순위로 하는 것은 타당하다. 그 이유로 미성년자녀는 전적으로 양육과 부양을 필요로 하는 반면에 배우자는 성인으로 독자적인 노동을 통해 생활의 유지를 기대할 수 있기 때문이다.⁴⁷⁾ 또한 앞서 설명한 ‘추가소득형 부부’의 경우 일방 배우자가 전적으로 경제활동을 하지만 한편 상대 배우자가 가사노동을 담당하게 되는 경우라도 그(그녀)는 가족의 부양이 충족되지 않은 경우, 추가적으로 완전고용 상태가 아닌 시간제 일이라도 경제활동을 하는 것이 기대된다.

독일의 경우 독일민법은 부양의무에 대한 일반규정에서 배우자에 대한 책임이 다른 친족보다는 우선순위(Vorrang der Haftung des Ehegatten)에 있다는 것을 규정하고 있다(독일민법 제1608조). 또한 여기서는 다수의 부양의무자의 우선순위(독일민법 제1606조)와 다수의 부양권자가 있는 경우의 우선순

45) 서인겸, “부양의무 이행의 순위 및 해당부양료의 구상에 관한 고찰” -대법원2012. 12. 27. 선고 2011다96932 판결을 중심으로-, 『경희법학』 제49권 제3호, 2014, 148면.

46) 미성년자녀의 경우에도 혼중자와 혼외자는 구별되지 않아야 할 것이다.

47) 조은희, “다수 부양의무자 및 부양권자의 우선순위에 대한 고찰”-독일의 경우와 비교하여-, 『서울법학』 제23권 제1호, 2015, 85~86면.

위를 정하고 있다. 다수의 부양필요자가 있는 경우 미성년 미혼자녀에 대한 부양의무는 제1순위이며, 부부 간 부양의무를 제2순위이다(독일민법 제1609조). 성인자녀의 경우에도 학업 중에 있는 자녀는 21세까지 제1순위의 부양권자가 될 수 있다.⁴⁸⁾ 독일민법에서 전 배우자의 경우에도 이혼 후 전제조건이 충족되는 한 부양청구가 가능한데, 이러한 경우에도 혼인상태와 관계없이 자를 양육하는 부모 일방은 제2순위가 되기 때문에 현재 부부관계에 있는 배우자 일방이 자녀를 양육하고 있지 않은 경우에는 부양의 우선순위에서 제3순위가 될 수도 있다.⁴⁹⁾ 자녀를 양육하는 일방에게 부양권리의 우선권을 부여하는 것은 자녀양육이 우선적으로 중시되어야 한다고 보기 때문이다.⁵⁰⁾

결국 부양의무 혹은 부양권의 우선순위 문제는 ‘과거의 부양료 청구’에 있어서도 배우자부양과 자녀부양을 동일하게 취급하여야 하는가 혹은 달리 취급할 수 있는가와 연결된다고 볼 수 있다. 이는 ‘과거의 부양료청구’에서 계속해서 검토하고자 한다.

6. 부양의 소멸

혈족관계 혹은 친족관계의 부양에서는 부양의무자 혹은 부양권자의 사망으로 부양의무는 소멸되나, 부부간 부양의무는 혼인관계가 해소되면 소멸한다. 또한 부양은 부양권자가 부양의 필요상태에서 벗어나는 경우 소멸한다. 그러나 부양의 여력이 충족되지 못한 경우 부양의무도 소멸할 것인가에 대한 문제에 있어서 제1차 부양의무 혹은 제2차 부양의무와는 상관없이 부양능력이 없는 경우 부양의무는 소멸한다고 보는 견해⁵¹⁾가 있으나 부양의 여력문제는 제2차적 부양의무인 친족부양에만 해당된다는 견해가 있다.⁵²⁾

48) Klein, a.a.O., S. 1572.

49) 배우자의 경우 전혼 배우자와 후혼 배우자가 간에도 혼인여부와 상관없이 자녀를 양육하는 자에게 부양의 우선순위가 정해지는 것은 독일기본법 제6조의 ‘혼인과 가족의 보호’라는 규정을 침해했다는 주장이 제기될 수도 있을 것이다.

50) Dieter Schwab, Familienrecht, 2008, 189면.

51) 이경희, 「가족법」, 2008, 법원사, 293면.

52) 김주수·김상용 「친족상속법」, 2013, 법문사, 531면.

독일의 경우 부양의 부양의무의 소멸(Erlöschen)에 관하여는 독일민법 제 1615조에 이를 규정하고 있다. 부양청구권은 부양권자 혹은 의무자가 사망하는 경우 소멸한다. 그러나 과거의 불이행으로 인한 손해배상 혹은 이행을 위한 청구권 그리고 권리자와 의무자의 사망 당시 이미 시효가 만료된 청구권은 그대로 남는다.⁵³⁾

IV. 부부간 과거의 부양료청구

1. 과거부양료 청구의 인정여부

과거의 부양료에 대한 청구는 부양권자가 부양의 필요에 의하여 부양을 받았어야 함에도 불구하고 부양의무자가 이를 이행하지 않아 지나친 경우 부양권자가 후일 부양의무자에게 과거의 부양료를 청구하는 것이다. 부양이라는 것이 본질적으로 현재 혹은 장래에 대하여 부양을 필요로 하는 자를 충족하기 위한 것인데, 이미 부양을 필요로 하는 상태가 지나간 과거의 시점을 돌아가 부양료를 청구할 수 있는가가 문제이다.

현재 우리민법은 이에 대한 규정을 두고 있지 않다. 독일의 경우 과거부양료를 제한적으로 인정하고 있으나 예외적인 사항에서는 위의 사항에 제한없이 과거부양료 청구를 인정하고 있다(독일민법 제1613조). 우리의 민법이 과거의 부양료에 대하여 법으로 금지하고 있지 않는 이상, 이를 인정하지 않을 이유는 없다고 보며, 이에 일방 부부가 타방에 대하여 과거의 부양료를 청구할 수 있도록 해야 한다고 해석하기도 한다.⁵⁴⁾ 현재 과거의 부양료청구를 전면적으로 부정하는 견해는 거의 없으며, 그보다는 과거의 부양료청구를 어느 시점에서 혹은 어떤 상황에서 이를 인정할 것인가에 대하여 다양한 의견이 존재한다. 이에 계속해서 학설과 판례의 입장을 검토하고자 한다.

53) Wilfried Schlüfer, Familienrecht, 2003, S. 213.

54) 제철웅, “부양청구권 및 부양비용 상환청구권에 관한 몇 가지 해석론적 제언”, 『법학논총』 제31권 1호, 한양대학교 법학연구소, 2014, 496면.

2. 과거부양료에 대한 학설 및 판례의 입장

가. 부정설: 이 설에 의하면 부양은 현재와 장래를 위한 것이므로 부양을 받지 않고 그대로 지내왔다면 지나간 과거의 부양받을 것을 만족한다는 것은 실질적으로 불가능하기 때문에 부양의무는 소멸된다고 보는 견해이다. 그러나 이러한 절대적 의미의 정기급부 의무설을 주장하는 경우는 극히 찾아보기 어렵다고 한다.⁵⁵⁾

나. 청구시설: 과거의 부양료는 이론적으로는 이행기의 경과로 소멸하는 것이지만 정책적 견지에서 이를 존속시키려고 한다는 문제가 제기된다. 그래서 과거의 부양료라 하더라도 청구시를 기준으로 하여 과거 부양료청구를 인정하자는 것이다.⁵⁶⁾ 청구시를 기준으로 인정하자는 견해에는 두 가지가 있다. 하나는 청구를 부양의무발생요건으로 보는 견해이다. 이 설에 의하면 부양권자가 부양을 청구하지 않았다는 것은 부양을 필요로 하지 않았다고 보기 때문에 부양권자가 부양청구를 한 때 비로소 부양필요가 발생한다고 보는 것이다. 이에 부양의무자는 현재에서 이 시점을 소급하여 책임이 발생한다.⁵⁷⁾ 다른 하나는 부양청구를 이행지체요건으로 보는 견해로 부부간의 부양의무는 일방에게 부양을 받을 필요가 있으면 당연히 발생하지만 과거의 부양료는 부양권자가 이행을 청구하였는데, 부양의무자가 이에 대하여 이행지체에 빠진 경우에 청구할 수 있다고 본다.⁵⁸⁾ 결국 청구 후 이행지체에 빠진 후의 것에 대해서 청구할 수 있음을 원칙으로 하고 있다.

다. 부양의무인식기준설: 이것은 부양의무자가 의무를 인식한 시점을 기준으로 부양청구가 가능하다는 견해가 있다. 이는 부양권자의 부양청구가 없더

55) 박병호·김유미, “과거의 양육비 구상”, 『서울대학교법학』 제35권 3·4호, 서울대학교 법학연구원, 1994, 211~214면; 이연주, 전계논문, 45~46면.

56) 이 견해는 과거의 일본의 통설과 판례의 태도였으며, 우리나라의 과거의 통설이기도 하다; 이희배, 『가족법학논집 駱松이희배교수정년논문기념』, 동림사, 2001, 707면.

57) 김인진, 『친족상속법』, 조문사, 1950, 156면; 이희배, 『가족법학논집 駱松이희배교수정년논문기념』, 동림사, 2001, 707면; 대법원 2008.6.12 자2005스50 결정.

58) 양수산, 『친족상속법』, 한국외국어대학교출판부, 1998, 536면. 박동섭, 전계서, 426면; 대법원 1994. 5. 13., 92스21 전원합의체 결정; 대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다9632 판결.

라도 부양의무자가 부양권자의 부양이 필요한 상태를 알았거나 알 수 있었을 때 부양의무가 발생한다고 보는 견해이다.⁵⁹⁾ 그러나 이 경우 부양의무자가 부양이 필요한 상태를 알 수 있었다는 사실을 객관적으로 인정하기 어렵기 때문에 부양의무자의 주관적 인식에만 의존하는 것은 적절하지 않다고 본다.⁶⁰⁾

라. 부양요건발생시 당연발생설: 부양의무는 부양요건이 발생하면 당연히 발생한 것이기 때문에 부양에 대한 청구가 필요하지 않다고 본다.⁶¹⁾ 부양권자는 이미 부양료청구 이전에 부양을 필요로 하는 상태에 있었으므로 부양의무자는 부양할 요건이 발생한 때부터 부양의무가 발생한다고 보아야 과거의 부양료청구에 응할 의무가 있다고 본다.⁶²⁾ 자녀의 과거의 부양료청구에 대하여 현재 판례는⁶³⁾ ‘부모가 자녀를 양육하는 것이 자녀의 출생과 동시에 발생하는 것’이라고 보는 관점에서 ‘부양요건발생 시 당연발생설’의 입장에 있는 것으로 볼 수 있다.

마. 앞서 부양의 요건이 충족되면 부양의무가 당연히 발생하는 것은 자녀부양에는 적용될 수 있으나 이를 친족부양에 적용하기는 어렵다는 점에서 이들은 구별되어야 한다고 보는 견해도 있다.⁶⁴⁾

바. 형평성원칙: 대법원은 부부간 과거의 부양료청구는 앞의 청구시절 이외에도 “부양의무의 성질이나 형평의 관념상 이를 허용해야 할 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 이행청구 이전의 과거 부양료를 지급하여야 한다”고 판시하고 있다.⁶⁵⁾ 이는 일정한 시점을 기준으로 하지 않고 전체적인 상황을 고려해 보았을 때 형평에 부합되는 경우 ‘청구 이전의 부양료’도 지급 가능함을 제시한 것이다.

59) 문형식, “친자관계를 중심으로 한 부양료 청구와 구상(상)”, 『인권과 정의』, 대한변호사협회, 1987. 6. 551면.

60) 이연주, 전계논문, 47면.

61) 김주수·김상용, 전게서, 458면; 강현중, “미성숙자녀의 양육과 부양”, 『사법논집』 제12집, 1981, 61면.

62) 김주수·김상용, 전게서, 458면.

63) 대법원 1994.5.13., 92스21 전원합의체 결정; 이은영, 『민법 II』, 박영사, 2007, 657면; 박정기·김연, 『가족법』, 삼영사, 2005, 330면.

64) 박종권, 전계논문, 290면.

65) 대법원 1991. 10. 8. 선고 90므781, 798 판결, 대법원 1991. 11. 26. 선고 91므375, 382 판결, 대법원 2008. 6. 12 자2005스50 결정, 대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다9632 판결.

3. 독일의 과거부양료청구권(독일민법 제1613조)

독일에서 법률관계에 기초하고 있는 부양의무는 모두 소멸시효에 걸리지 않는다(독일민법 제194조 제2항⁶⁶⁾). 그러나 구체적으로 발생한 부양청구권의 소멸시효는 독일민법 제197조⁶⁷⁾에 의한다. 그러나 독일민법은 과거의 부양료에 대한 청구를 제한하고 있다(독일민법 제1613조). 그 이유는 부양의무의 존재와 범위는 자주 불명확하고 그리고 부양의무자가 높은 미체불부양료(Unterhaltsrückstände)로 놀라지 말아야 한다고 보기 때문이다. 이것은 부양료 불이행(Nichterfüllung)으로 발생한 손해배상청구(Schadensersatzanspruch) 혹은 이행(Erfüllung)을 청구하는 경우에도 마찬가지이다. 과거부양료에 대한 이러한 비판적 관점은 또한 부양의 목적에 근거하고 있다. 즉, 부양규정의 목적은 기본적으로 현재와 장래의 생활을 보장하기 위한 것이기 때문에 부양은 현재에서만 요구될 수 있으며, 과거에 발생한 부양의 필요를 충족하는 것은 불가능하다고 보기 때문이다.⁶⁸⁾ 그래서 독일민법에서는 일반적으로 이미 지난 간 과거의 부양료는 단지 일정한 시점 이후부터 요구할 수 있도록 하고 있는 것이다(독일민법 제1613조 1항).

이러한 예외적인 사항은 다음과 같다.

- 의무자에게 부양청구를 주장하기 위한 목적으로 수입이나 재산의 정보(Auskunft)를 알려줄 것이 요청된 경우,
또는 부양급부가 이행지체(Verzug)에 빠진 경우
또는 부양청구의 소를 제기한 경우이다(민법 제1항).

66) 독일민법 제194조 ①타방에 대하여 작위 또는 부작위를 청구할 수 있는 권리("청구권")는 소멸시효에 걸린다.

②친족법상의 관계에 기한 청구권은 그것이 그 관계에 상응하는 상태를 장래를 향하여 창출하는 것을 목적으로 하는 한 소멸시효에 걸리지 아니한다.

67) 독일민법 제197조: 연체이자 및 원본을 순차 상각하기 위하여 이자에 부가하여 지급되는 금전의 연체액에 대한 청구권, 제196조 제1항 제6호에 해당하지 아니하는 사용임대차와 용익임대차의 연체차임에 대한 청구권과 정기금, 은퇴농민부양료급부, 급료, 휴직수당, 퇴직연금, 부양료 및 기타 정기적으로 회귀하는 급부의 연체액에 대한 청구액은 4년의 소멸시효에 걸린다.

68) Schwab/ Borth Rn. 1209.

그러나 시간적 장애로 부양권자가 제1항에서 규정하고 있는 것을 이행하는데 방해가 된 경우 부양권자를 위하여 제한 없이 과거 부양료를 청구할 수 있도록 하고 있다(독일민법 제1613조 제2항).⁶⁹⁾

이 예외규정은 다음과 같다.

일상적이지 않은 높은 특별필요에 대한 특별필요(Sonderbedarf)비용 (독일민법 제민법 제2항 1호)이며, 발생 후 1년 내에 이를 청구할 수 있다.⁷⁰⁾ 특별필요에 대한 법적인 정의는 이것이 비일상적(aussegewöhnlich)이거나 비규칙적(unregelmäßig)인 높은 필요에 의한 것이다. 이것은 소위 초과필요(Mehrbedarf)와는 다르다. 초과필요는 일반적인 생활필요(Lebensbedarf)에서 더 나아가 오랫동안 추가적인 필요로써 발생한 것이다. 이에 질병으로 인한 비용(krankenbedingter Kosten), 사립학교 입학에 따른 추가적 비용등을 의미한다.⁷¹⁾

또한 부양권자가 법적 원인(rechtliche Gründe) 혹은 실질적인 원인(tatächliche Gründe)으로 부양의무자의 책임으로 인하여 부양청구를 주장하고자 하는데 방해를 받은 경우(독일민법 제2항 2호) 이를 제한없이 청구할 수 있다. 그러나 이러한 제2항 2호에 의한 두 가지의 경우에 해당되어 이행이 이루어지지 않은 경우라도 부양의무자가 예상할 수 없었던 놀라움으로 곤경에 빠진 경우(소위Härteklause) 보호되고 있다: 이는 부양의무자가 전액 혹은 신속한 이행을 하는 것이 부당한 곤경(unbillige Härte)에 처한 경우이며, 이 때 부양의무자는 일부의 액수만을(Teilbeträge) 혹은 부양이 나중에 청구될 수 있도록 규정하고 있다. 이것은 제3자가 부양의무자를 대신해서 부양을 충족시켜주었기 때문에 의무자에게 비용에 대한 배상(Ersatz)을 청구할 수 있는 경우에도 동일하다(민법 제3항).

사례로 예를 들면, 미혼모가 자녀를 출산한 후에 부가 누구인가는 상당 기간 동안 알려지지 않았다. 자의 출생 3년 후 부가 인지되었고, 자는 부에 대하여 부양을(독일민법 제1601조) 청구하였다. 자가 인지되기 전 이것은 법적으로

69) Schwab/ Borth IV Rn. 1209.

70) Pauling § 1613 BGB in Schulz/ Hauss, Familienrecht, Nomos, 2008, S. 1004.

71) BGH FamRZ 2006, 612.

로(rechtliche Gründe) 부양을 청구하는 것이 장애를 가져온 상태였기 때문에 자는 부에게 부양을 청구하였을 것이다(독일민법 제1613조 제2항 2호). 계속적으로 이 결과로 부양의무자가 독일 민법 제1613조 3항에 따라 예상하지 못한 곤경에 빠졌는가를 검토해야 할 것이다. 만약 그것이 부당한 것이 아니라면 부는 일반적 상황에서는 부양청구를 받은 것에 놀라지 않았을 것이다. 왜냐하면 그는 자신이 부로써 최소한 자녀에 대하여 고려해야 했다는 것을 알고 있었기 때문이다. 부의 경제적인 상황에 따라 정기금 혹은 기간의 지연이 행해질 수 있는데 이는 자의 부양을 위한 상황이 신속함을 요하거나 모든 금액을 필요로 하지 않는 경우에 한한다.

독일의 경우 1998.7.1 가족법개정법률⁷²⁾이 있기 전 과거부양을 위한 것은 기본적으로 이행지체 혹은 소송계류 중이 아닌 경우를 제외하고는 요구될 수 없었다. 그러나 민법 제1613조 제1항의 개정으로 보다 넓은 범주에서 청구가 가능할 수 있도록 하였다. 개정 이후 이것은 의무자에게 부양청구를 주장하기 위한 목적으로 그의 수입이나 재산의 정보(Auskunft)에 대해 알려줄 것을 요구한 경우이다. 입법자는 이러한 정보를 요청한 시점부터 부양의무자가 보호되지 않는다고 보았다. 왜냐하면 의무자는 자신의 소득상황(Einkommenverhältniss) 알고 그리고 경우에 따라서는 준비금(Rücklage)을 만들어야만 하기 때문이다.⁷³⁾

독일에서 과거부양료청구를 제한하는 것은 의무자가 과거의 부양료에 대하여 전혀 예상치 못했던 높은 부양료를 지불해야 하는 상황을 보호하고자 하는데 있다.⁷⁴⁾ 그러나 부양권자가 부양이 필요할 때 부양을 받지 못한다면 국가의 지원이나 다른 사회적 급부로도 충족되지 않는 경우 부양권자는 생활비를 위하여 돈을 빌려야만 한다. 이에 부양권자에 대한 보호가 무시될 수 없다는 점에서 독일에서는 과거의 부양료에 관하여는 부양의무자에 대한 보호와 적절하고 형평에 부합되는 청구 사이의 긴장상태를 확보하기 위한 것이 과거 부양료청구의 중요한 과제로 보고 있다.⁷⁵⁾

72) Schwab/ Borth IV Rn. 17; Schwab/Motzer III Rn. 9.

73) BT-Drucks. 13/7338 S. 31.

74) Koehler의 관점에서 이는 권리자 보다는 의무자에 대한 보호가 더 중요하다고 본다.(Koehler Aufl. Rn.1)

4. 검토

과거의 부양료청구를 제한할 수밖에 없는 것은 부양의무의 범위가 상황의 변화에 따라 좌우되는 불명확성이 있고, 부양의 목적에 비취어 볼 때도 부양은 현재를 위한 것이지 과거를 위한 부양필요를 충족하기 위한 것은 아니며, 또한 과거의 부양료를 인정하는 경우 부양의무자가 전혀 예상치 못했던 높은 부양료를 지불해야 하는 상황에 처할 수 있기 때문에 특별한 사정이 없는 한 과거 부양료를 인정하는데는 제한적일 수밖에 없다.

이에 앞서 설명한 독일의 경우 소를 제기하거나 이행지체에 빠진 경우 이외에도 부양의무자에게 정보요청을 한 경우 과거의 부양료를 지급받을 수 있도록 하였으며, 이러한 경우 외에도 특별한 사정이 있는 경우 과거부양료 청구를 제한없이 청구할 수 있도록 하고 있다.

현재의 우리의 판례는 부부간 과거부양료는 청구 후 이행이 지체된 경우에 지급될 수 있는 것으로 하고 있다. 그러나 독일의 경우와 비교할 때 부양권자의 보호 측면에서 약하다고 볼 수 있으며, 이에 청구시 이외에도 이에 대한 인정의 폭을 더욱 확대시켜 나가는 것이 바람직할 것이다. 이와 관련하여 우리의 판례에서는 '부양의무의 성질이나 형평의 관념상 이를 허용해야 할 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 이행청구 이전의 과거부양료도 지급이 가능하도록 하고 있다.⁷⁵⁾ 이는 독일의 경우에서처럼 예외적인 사항에서는 청구 이전의 과거의 부양료청구를 인정하는 것과 비교될 수 있을 것이다. 이러한 판례의 입장은 부양권자의 이익을 보호하는 측면에서는 바람직하다고 평가할 수 있다. 그러나 상당히 그 범주가 상당히 포괄적인 만큼 보다 구체적인 예외적 사항을 정해나가는 것이 바람직할 것으로 본다.

반면, 판례는 미성년 자녀에 대한 과거부양료청구에서 부모의 자녀에 대한 부양의무는 자의 출생으로부터 자연적으로 발생하는 의무이므로, 이에 '부양요건이 발생시 당연발생설'의 입장에 있다. 이처럼 과거부양료청구에 대하여 이들 양자가 구별되고 있는데, 이를 달리 취급할 수 있는가에 대한 문제는 '과거

75) <http://www.familienrecht-allgaeu.de/de/unterhaltsrueckstand.html>

76) 대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다9632 판결.

의 부양료청구의 적용범위' 에서 계속해서 논하고자 한다.

5. 과거 부양료청구의 적용범위

우리나라의 판례에서는 미성년 자녀 그리고 부부간 과거의 부양료청구에 대하여 구별하고 있다. 기존에 과거부양료를 인정하지 않았으나⁷⁷⁾ 대법원 1994.5.13. 선고 이후 미성년 자녀에 대한 과거의 양육비 청구에 대하여 특별한 사정이 없는 한 시기에 제한을 두지 않고 있다.⁷⁸⁾ 그러나 부부간 과거의 부양료청구에 관하여는 "...이행지체에 빠진 경우의 것이거나, 혹은 형평의 관념상 이를 허용해야 할 특별한 사정이 있는 경우에 한하여"⁷⁹⁾ 제한적으로 인정하고 있다. 이에 자녀부양과 부부간의 부양을 달리 취급할 이유가 있는가에 대한 문제가 대립되고 있는데, 이에 양자를 구별할 필요가 없다고 보는 견해⁸⁰⁾와 양자를 구별하는 것이 합리적이라는 견해⁸¹⁾가 있다.

전자의 경우 과거 부양료청구에 대한 대법원 1994.5.13. 선고 이후 과거부양료에 대한 적용범위에 대하여 문제가 되었으며, 이에 대하여 과거 부양료에 대한 인정은 부양 전반에 동일하게 허용되어야 한다는 취지로 주장되었다⁸²⁾. 이는 모두 부양의 유형중 하나로 부양권자의 필요에 대한 부양의무자의 의무 이행이라는 점에서는 동일하기 때문에 이를 구별할 필요가 없다고 보았으며,

77) 대법원 1976. 1.31, 66므40 판결; 대법원 1967. 2. 21, 65므 5 판결; 대법원 1976. 6. 22., 75므17·18 판결; 대법원 1979. 5. 8., 79므3 판결.

78) 대법원 1994. 5. 13.자 92스21 전원합의체 결정.

79) 대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다9632 판결: 이 판결 이전의 판결에서는 위와 같은 '특별한 사정이 있는 경우에 한하여' 부부간 과거 부양료청구를 인정한 판례는 없다.

80) 김주수, "과거부양료상환청구, 판례월보 303호, 1995.12, 「판례월보사」 12면 이하, 김상용, 「민사판례연구」, 33-2권 박영사, 2011, 581면; 최민수, "부부간 과거 부양료청구와 미성년 자녀의 과거 양육비청구", 「가족법연구」 제28권 1호, 2014, 88~92면 참조; 이연주, "부부간의 과거 부양료 및 양육비 청구에 관하여", 「인권과 정의」 2010, 1월, 53면.

81) 김시철, "부부간의 과거의 부양료 지급의무에 관하여-대법원 2008. 6. 12. 자 2005스50 결정-", 「사법 5호」, 2008.9, 287면; 이동진, "부모 일방의 타방에 대한 과거의 양육비 상환청구와 소멸시효", 「가족법연구」 제26권 제2호, 한국가족법학회, 2012, 134면 이하; 최준규, "다수 당사자 사이의 부양관계에 관한 고찰", 「가족법연구」 제26권 제3호, 2012, 27면 이하 참조.

82) 김주수, 상계논문, 1995.12, 「판례월보사」 12면 이하.

과거부양료에 관해서도 이들은 동일하게 적용하여야 한다고 보았다.

그러나 후자는 부양관계에서 미성년 자녀의 부양은 '초법적, 자연발생적' 의무이므로 다른 부양의무와 이는 구별되어야 한다고 보았다. 양자를 구별하는 것이 합리적이라고 본 이유는 당시 우리나라가 1990년 '아동의 권리에 관한 국제협약'을 비준하였으며, 이에 위의 법 제3조와 제6조에 따라 아동의 양육 등의 책임을 제1차적으로 부모에게 지우고 있는 상황에서 부모는 아동을 최우선적으로 부양해야 할 의무가 있으며, 또한 가사소송법 제58조에서 '자의 복리에 대한 우선적 고려'를 규정하고 있는 것으로 보아 법원이 과거부양료에 대한 기존의 판결을 결별하고 미성년 자녀에 대한 과거부양료를 인정한 것은 '아동에 대한 양육의 특수성'을 적절하게 반영한 것⁸³⁾이므로 이는 부부간 혹은 다른 친족부양에는 해당되지 않는다고 보았다.

사실상 자녀부양과 부부간 부양은 제1차적 부양의무로 동일하게 보지만 실질적인 내용을 보면, 이들 간에는 차이가 있다. 다시 말해 미성년자녀와 성인인 배우자 부양을 구분하자면 성년의 경우 부양에 있어서 자신의 생계는 우선적으로 자신이 책임져야 한다. 그러나 때로 질병, 장애 등 특별한 사정이 발생하여 요부양 상태에 놓이게 되고 이 때 부양권자는 부양의무자에게 부양을 청구할 수 있다. 또 다른 이유는 미성년 자녀는 성년과는 다른 법적 보호대상이 되기 때문이다. 미성년 자녀는 성년이 될 때 까지 전적으로 부모에게 생계를 의존한다. 이와 관련하여 우리민법에서는 특별히 규정하고 있지 않으나 독일의 경우 자녀부양에 관한 '특혜규정'을 두고 의무자인 부모에게도 다른 성년의 혈족부양보다 가중된 부양의무가 요구되고 있다(독일민법 제1603조 제2항). 이렇듯 자녀부양에 대해 보다 가중된 경제활동의무를 요구하는 근거는⁸⁴⁾ 부양에 있어 미성년 자녀는 더욱 보호되어야 하기 때문이다. 더 나아가 미성년 자녀의 경우 자력이 있다고 하더라도 이 자력이 생활을 위하여 소비될 필요가 없으며, 이를 환가하지 않아도 된다. 다만, 부모가 부양능력이 없을 때 예외적 상황에서 자녀의 재산이 소비될 뿐이다(독일민법 제1603조 제3항).⁸⁵⁾

83) 박병호·김유미, 전계논문, 224 이하.

84) BGH NJW 1994, 1002; OLG Hamm, NJW-RR 1994, 901.

85) 조은희, "독일법상의 직계혈족부양에 관한 고찰", 『가족법연구』 제17권 2호, 2003, 225면 참조.

결국 자녀에 대한 부양은 부모의 부양이 전적으로 기대되지만 부부는 기본적으로 성년자로서 스스로에 대한 부양이 가능한 자이며, 상호간에 상대방에 대하여 부양청구권과 부양의무를 부담한다는 점에서 양자의 부양의무를 구별하는 것은 타당하다고 본다. 이러한 관점에서 판례 역시 부부간 과거부양료청구에서 뿐만 아니라 성년 자녀에 대한 과거 부양료청구에 있어서도 미성년 자녀와는 달리 제한하고 있다.⁸⁶⁾

이외에도 양자를 어떻게 보아야 하는 문제에 있어서 미성년 자녀에 대한 부양의 인정범위를 넓게 인정하는 것은 합리적인 근거가 있다고 보나, 부부간 과거의 부양료청구와 미성년 자녀의 과거양육비청구는 그 근거법률과 기본구조 등이 서로 다르기 때문에 각각 다르게 보아야 한다는 견해도 있다.⁸⁷⁾ 또한 판례가 부부간 과거의 부양료청구와 미성년 자녀의 과거양육비청구를 달리 취급하는 것은 과거 양육비청구가 일종의 구상이라는 점에서 양자를 달리 취급하고 있다고 보는 견해도 있다.⁸⁸⁾ 또한 우리 민법에서 과거의 부양료에 대한 근거규정을 두고 있지 않기 때문에 우리민법에서는 이행지체에 빠졌는지와 무관하게 과거의 부양료를 청구할 수 있도록 하되, 그것을 단기소멸시효에 걸린다고 이해하는 것이 적절하다고 보기도 한다.⁸⁹⁾

독일의 경우 독일민법 제1613조의 과거 부양료청구에 대한 규정은 자녀부양법(Kinderunterhaltsgesetz)에서 발생한 것임에도 불구하고, 현재 이 규정은 자녀부양뿐만 아니라 전체적인 친족부양, 계속해서 별거부양(Trennungsunterhalt) 그리고 가족부양(Familienunterhalt)에도 효력이 있다.⁹⁰⁾

86) 대법원 1994. 6. 2.자 93스11 결정.

87) 김시철, 전계논문, 296면 이하.

88) 이동진, 전계논문, 134면 이하; 최민수, 전계논문, 89~90면 참조: 여기서 이러한 견해에 대해서 상세히 설명하고 있다.

89) 제철웅, 전계논문, 483면 참조: 과거부양료에 대한 소멸시효를 다룬 사건으로는 혼외자를 출생한 생모가 미성년 자녀를 양육하여 왔는데, 친부를 상대로 과거의 양육비 지급을 구하는 소송을 제기하였다. 원심은 청구권이 법적인 장애사유가 없는 한 즉시 권리를 행사할 수 있는 것이어서 그때부터 소멸시효가 진행되므로, 이 사건 심판을 청구한 날로부터 역산하여 10년이 경과한 1996. 10.17. 이전의 양육청구권은 시효로 소멸되었다고 판단하였다. 그러나 대법원은 당자의 협의 또는 심판에 의하여 구체적인 지급청구권으로서 성립하기 전의 과거 양육비에 관한 권리는 양육자가 그 권리를 행사할 수 있는 재산권에 해당한다고 할 수 없고 이에 소멸시효가 진행할 여지가 없다고 보았다(대법원 2011.7.29. 선고 2008스67 결정).

앞서 설명하였듯이 부양이 현재 요부양자를 위한 실질적인 충족을 목적으로 한다는 점에서 과거부양료청구는 제한적일 수밖에 없고, 부양은 '부양권자의 필요에 대한 부양의무자의 의무이행이라는 점에서는 동일하기 때문에 이를 구별할 필요는 없을 것이다. 이러한 관점에서 본다면 자녀부양, 친족부양, 부부간 부양의 과거부양료청구를 달리 볼 필요는 없을 것이다. 그러나 미성년 자녀의 과거부양료 청구는 특별한 사정이 없는 한 인정된다는 점은 사실상 거의 무제한적으로 과거부양청구를 인정한다는 점에서 비판의 여지가 있기 때문에 이에 이를 부부간 부양, 친족부양에도 동일하게 적용하는 것은 어렵다고 본다. 그러므로 현재의 상황에서 부부간 부양과 미성년 자녀의 과거부양료청구를 동일하게 취급하는 것에 대해서는 동의할 수 없으나, 사실상 부양의 목적을 감안한다면 독일민법 제1613조의 입법례를 통해 과거부양료청구를 허용하는 범주가 설정된다면, 과거부양료청구를 미성년자녀 부양, 부부간 부양, 친족 부양을 달리 취급할 것은 아니라고 본다.

6. 과거의 부양료에 대한 구상문제

부양이 현재 혹은 장래 부양의 필요에 따라 부양받아야 하는 것을 목적으로 하기 때문에 이미 지나간 과거의 부양료를 부양의무자가 아닌 다른 이가 지급하였고 이에 대하여 후일 부양의무자에게 부양료를 상환할 것을 요구한다면 이는 과거의 부양료에 대한 구상의 문제로 보아야 할 것이다.

체당부양료의 구상문제에 있어서는 구상자가 누구냐에 따라 두 가지로 나눌 수 있다. 하나는 후순위 부양의무자가 의무를 이행한 경우 선순위 부양의무자에게 구상을 청구하거나 다른 하나는 부양의무가 없는 제3자가 본래의 부양의무자에게 부양료에 대한 구상을 청구하는 경우이다.

가. 부양의무자간 과거의 부양료 구상문제

90) Born, 1613 R.5, S. 454 in Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Familienrecht II, Verlag C.H.Beck München, 2012.

(1) 부양의무의 우선순위문제

배우자 부양에 있어서 제1차적인 부양의무자는 상대배우자이다. 그러나 제1차 부양의무자가 존재함에도 불구하고 제2차 부양의무자가 부양의무를 이행한 경우 법원은 소요된 비용을 제1차 부양의무자에게 상환을 청구할 수 있다고 판시하였다.⁹¹⁾ 그러나 문제는 부부간 과거부양료는 ‘부양을 받을 사람이 부양의무자에게 부양의무의 이행을 청구하였음에도 불구하고 부양의무자가 부양의무를 이행하지 아니함으로써 이행지체에 빠진 후의 것에 관하여만 부양료의 지급을 청구할 수 있을 뿐이라고(대법원 2008.6.12.자 2005스50결정) 결정한 상황에서 과거부양료의 지급은 어렵다고 볼 수 있다. 이에 법원은 이를 청구할 수 없는 예외적인 사항인 경우에는 청구이전의 부양료라도 인정할 수 있음을 판시하고 있다.

다만, 이 경우에도 처가 부양능력이 없는 상태라면 아들에 대한 부양의무는 직계혈족인 모에게 있다고 보아야 할 것이다.⁹²⁾

(2) “특별한 사정”에 대한 판단

특별한 사정이란 요부양 당시 부양청구를 할 수 없었던 사정을 의미하는 것으로 볼 수 있다.⁹³⁾ 대법원의 결정례에서는 ‘특별한 사정’에 대한 상세한 설명을 하고 있지 않으나 몇 가지 사항 즉, ‘부는 의사소통이 불가능하다는 등의 이유로 피고에게 부양을 청구하기가 곤란하였던 점, 처는 부가 부양이 필요하다는 사실을 잘 알고 실제 부양을 하기도 하였던 점, 처는 자신이 부양을 중단한 후에도 부가 여전히 부양이 필요한 상태였고 모가 부양을 계속한 사실을 알았던 점’ 등을 나열함으로써 이러한 경우에는 부양의무의 이행을 청구받기 이전의 과거 부양료도 지급할 의무가 있다고 보았다.⁹⁴⁾

독일민법 제1613조 제2항에 이러한 상황을 규정하고 있는바, 위의 판례에서

91) 대상판결 2011다96932 판결.

92) 대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다96932 판결; 본 사안에서 대법원에 2012. 6. 5.자 참고자료로 제출된 갑과 피고 사이의 이혼판결에 의하며, 피고의 순재산은 166,723,960원이고, 공인중개사 사무실에서 일하고 있는 것으로 알려졌다(김승정, 전제논문, 216면).

93) 김승정, 전제논문, 222면.

94) 대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다96932 판결.

제시하고 있는 내용과 함께 검토해 보면,

(가) 특별비용: 부부간 부양의 범주에서 공동생활을 유지하기 위한 비용으로는 의식주와 관련된 비용 그리고 일반적인 의료비, 최소한의 문화비 등이 포함되지만 갑자기 발생한 고가의 특별한 필요비용 예를 들어 중대한 병에 걸려 소요된 수술비용, 교통사고 등으로 발생한 의료비용 등이 이에 해당한다고 보아야 할 것이다. 독일의 경우 이러한 특별비용을 청구할 수 있도록 하고 있다(독일민법 제1613조 제2항 1호).

(나) 법적 혹은 실질적인 원인으로 부양료를 청구할 수 없었던 경우

법적인 원인으로서는 예를 들어 자가 부모부터 인지되기 전 부양을 청구할 수 없기 때문에 이에 부가 자를 인지한 후 과거부양료를 청구함에 있어 청구 이전의 부양료에 대해서도 청구할 수 있다고 보아야 할 것이다. 독일의 판례에서도 '혼인외의 자가 생부의 부를 상대로 친자확인 이전의 시기의 부양료의 지급을 청구한 사건에서 생부는 중증장애로 아동을 양육할 능력이 없었기 때문에 생부의 부를 피고로 하여 과거부양료를 청구하였다. 독일연방대법원은 이 경우 독일민법 제1613조 2항 2호의 법률상의 원인으로 부양료 청구권을 행사할 수 없는 사정이 있다고 하여 과거의 부양청구권을 인정하였다.⁹⁵⁾ 실질적 원인으로서는 부양료를 청구할 수 없었던 경우 법적 원인이 아니나 실질적으로 부양권자가 부양을 청구할 수 없었던 경우로 위 판례에서처럼 부가 교통사고로 인하여 식물인간이 된 채 병원에 누워있었기 때문에 처에게 부양료를 청구할 수 없었으므로 이러한 경우 청구 이전의 과거부양료를 인정할 수 있다. 독일의 경우 이러한 경우 청구할 수 있도록 하고 있다(1613 민법 제2항 2호).

(다) 부양료를 계속 지불하여 오다가 이를 중단한 경우

이 경우 부양의무자가 부양권자에게 부양료를 계속 지불했다는 것은 지급에 대한 신뢰가 형성되었기 때문에 실제 청구하기 이전의 것이라도 청구할 수 있다고 본다. 그러나 이 경우에도 부양이 중단된 경우 부양에 대한 신뢰가 깨졌다고 볼 수 있기 때문에 그 때에는 부양을 청구한 이후 과거부양료를 청구할 수 있다고 본다.⁹⁶⁾

95) BGH NJW 2004, 1735.

(라) 부양을 중단한 후에도 부가 여전히 부양이 필요한 상태였다는 것을 인식한 경우

이러한 경우 청구 이전의 과거 부양료의 청구가 가능하다 보기는 어렵다고 본다. 부양의무자가 자신이 부양의무자임을 알고 있는 한 부양의무자는 부양을 이행해야 한다는 것도 인식하고 있다고 볼 수 있으므로 인식만으로 부족하다고 본다.

나. 부양의무자가 아닌 제3자의 구상

부양의무 없는 자가 호의적으로 부양받을 자를 사실상 부양한 경우 부양의무자에 대하여 그 해당부양료를 구상할 수 있다는 점에 대하여는 이론이 없다.⁹⁷⁾ 학설은 이에 대하여 일반적으로 부양의무 없는 자가 부양을 필요로 하는 상태에 있는 사람을 부양한 행위는 부양의무자가 하여야 할 사무를 관리한 것이므로 사무관리가 성립하고 민법 제739조에 의하여 비용상환청구로써 구상할 수 있거나, 또는 법률상 의무 없는 부양의무의 이행으로 인하여 부양의무자가 출연을 면하고 그 대신 이익을 얻었으므로 민법 제741조에 의하여 부당이득반환청구로써 구상할 수 있다고 한다.⁹⁸⁾

대법원 판례는 생모의 친구로서 부양의무 없는 제3자가 생부에 대하여 혼인의 출생자를 양육 및 교육하면서 그 비용을 지출한 사안에서, 생부가 혼인의 출생자를 인지하지 않는 한 생부는 혼인의 출생자를 부양할 법률상 의무는 없으므로 생부가 제3자의 사실상 부양으로 인하여 부당이득을 하였다거나 제3자가 생부의 사무를 관리하였다고 볼 수 없다고 판시하였다.⁹⁹⁾ 이는 혼인의 출생자와 생부의 친자관계는 인지에 의하여 비로소 발생하며¹⁰⁰⁾ 인지 전에는 친자관계가 인정되지 않아 생부라도 부양의무가 발생하지 않는다는 전제에서

96) 김승정, 전계논문, 223면.

97) 김주수·김상용, 전계서, 540면; 박동섭, 전계서, 436면; 한봉희·백승흠, 전계서, 397면.

98) 김주수·김상용, 전계서, 540면; 박동섭, 전계서, 436면, 이경희, “가사소송법의 문제점과 향후과제” 「민사소송법의 제문제」, 1992.12. 344면; 강현중, 전계논문, 65면.

99) 대법원 1981. 5. 26. 선고 80다2515 판결.

100) 대법원 1984. 9. 25. 선고 84므73 판결.

비롯된 것이다.

민법 제974조에서 규정하고 있지 않은 당사자 사이에는 민법상 부양의무가 인정될 수 없으므로 제3자가 사실상 행한 부양에 관한 급부는 다른 일반 법리로 해결할 수밖에 없고, 사무관리 또는 부당이득으로 해결하는 것이 타당하다고 본다.

V. 맺는말

민법은 '혼인한 부부는 서로 부양하고 협조할 의무가 있음을 규정하고 있다(민법 제826조 제1항). 민법 제826조의 부부간 부양의무는 일반적으로 부부와 자녀의 공동생활의 생활유지의무로 보며, 이에 생활유지를 위한 범주 안에서 부양의무는 실현되어야 한다. 부양의무는 특별한 법적 행위를 통해서 발생하는 것이 아니라 부양권자와 부양의무자가 존재하느냐에 따라 발생하는 권리의무관계이기는 하지만¹⁰¹⁾, 부양청구권은 부양의 필요와 부양의무자의 부양능력이 전제되어야 발생하므로 이에 부부간 부양의무는 부양의 요건이 전제된 상태에서 발생된다고 보아야 할 것이다.

우리 민법은 과거의 부양료청구에 대한 규정을 두고 있지 않으나, 판례는 그동안 부부간 과거의 부양료 청구에 대하여는 청구한 이후 이행지체에 빠진 경우에 한하여 이를 인정하고 있으며 또한 사안에 따라 형평에 부합되는 경우 과거부양료청구 이전의 과거의 부양료도 인정하고 있다.¹⁰²⁾ 그러나 독일의 경우를 살펴보았듯이 부부간 과거의 부양료청구의 범위는 확대될 필요가 있을 것으로 본다. 과거의 부양료청구에 대한 인정은 부양의 목적이 무엇인가에 대해서 그 근거를 찾을 필요가 있다고 본다. 부양은 현재 부양을 필요로 하는 자에게 실질적으로 소모되어야 한다는 점에서 과거부양료에 대한 청구는 제한적이지 않을 수 없다. 또한 과거의 부양료를 인정하는 경우 부양의무자에게

101) Vgl. Kalthöner/Büttner NJW 1989, 801.

102) 대법원 1991. 10. 8. 선고 90므781, 798 판결, 대법원 1991. 11. 26. 선고 91므375, 382 판결, 대법원 2008. 6. 12 자2005스50 결정, 대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다9632 판결.

예기치 않은 많은 비용부담을 가져오기 때문에 부양의무자를 보호하는 측면에서도 제한적이지 않을 수 없다. 그러나 과거의 부양료청구가 허용되지 않을 경우 부양권자의 이익을 보호할 수 없다는 점에서 예외적 사항에 대하여는 이를 인정하여야 할 것이다. 이에 독일의 경우에서처럼 예외적인 상황의 폭을 보다 확대할 필요가 있을 것으로 본다. 예를 들어 특별비용, 혹은 부양권자가 부양을 청구할 수 없었던 경우는 허용되어야 할 것이며, 또한 부양권자가 부양의무자의 재산상황에 대한 정보제공을 요청하는 경우처럼 소의 제기가 아니더라도 보다 쉽게 부양권자가 과거부양료를 인정받을 수 있는 방법을 모색할 필요가 있을 것으로 본다. 이에 독일민법 제1613조의 예외적 조항은 실무에 있어서 ‘특별한 사항’에 대한 예시로 시사하는 바가 있다고 사료된다.

또한 미성년자녀의 과거부양료는 특별한 사정이 없는 한 인정하고 있는데, 미성년자녀에 대한 부양과 부부간 부양은 달리 볼 필요가 있을 것으로 본다. 미성년 자녀는 부모의 부양에 전적으로 의존할 수밖에 없고, 규정상 미성년 자녀에 대한 특별한 혹은 특혜적인 상황을 다수 규정하고 있다는 점에서 양자를 구별할 근거는 충분히 있다고 본다. 그 이외에도 과거부양료에 대한 청구를 친족부양인 경우에도 인정되어야 하는 문제에 있어서는 독일의 경우 독일민법 제1613조의 과거 부양료청구에 대한 규정은 자녀부양법(Kindesunterhaltsgesetz)에서 발생한 것임에도 불구하고, 현재 이 규정은 자녀부양뿐만 아니라 전체적인 친족부양, 계속해서 별거부양(Trennungsunterhalt) 그리고 가족부양(Familienunterhalt)에도 이것이 적용되고 있다.¹⁰³⁾ 그러나 우리의 경우 현재 미성년 자녀에 대한 과거부양료를 특별한 사정이 없는 경우 인정하고 있는 점을 감안한다면 미성년 자녀에 대한 부양은 예외로 하고, 부부간 부양, 친족 간 부양, 제3자가 부양한 경우 등은 동일하게 취급하는 것이 타당하다고 본다. 결국 부부간 부양의무를 포함하여 과거의 부양료 청구에 대하여는 부양권자의 이익과 부양의무자의 이익의 조화를 맞추어 나가는 것이 앞으로 우리의 과제가 아닌가 생각한다.

103) Born, 1613 R.5, S. 454.

참고문헌

저서

- 김상용, 「민사판례연구」, 33-2권 박영사, 2011.
김인진, 「친족상속법」, 조문사, 1950.
김주수·김상용, 「친족상속법」, 법문사, 2013.
박동섭, 「친족상속법」, 박영사, 2013.
박정기·김연, 「가족법」, 삼영사, 2005.
양수산, 「친족상속법」, 한국외국어대학교출판부, 1998.
이경희, 「가족법」, 법원사, 2008.
이희배, 「민법상 부양법리에 관한 연구」, 경희대학교 박사학위논문, 1985.
이희배, 「가족법학논집 驪松이희배교수정년논문기념」, 동림사, 2001.
이은영, 「민법 Ⅱ」, 박영사, 2007.
한봉희·백승흠, 「가족법」, 삼영사, 2013.

논문

- 강현중, “미성숙자녀의 양육과 부양”, 「사법논집」 제12집, 1981.
김용욱, “노부모부양에 관한 연구”, 「정법석박사회갑논문기념집」, 1977.
김숙자, “부양제도에 관한 일반적 고찰-한일부양제도의 비교를 중심으로-”, 「사회과학논총」 제10집, 명지대학교 사회과학연구소, 1995.
김주수, “과거부양료상환청구, 판례월보 303호, 1995.12, 「판례월보사」
김시철, “부부간의 과거의 부양료 지급의무에 관하여 -대법원 2008.6.12. 자 2005스50결정-”, 「사법 5호」, 2008.9.
문형식, “친자관계를 중심으로 한 부양료 청구와 구상(상)”, 「인권과 정의」, 대한변호사협회, 1987.6.
박병호·김유미, “과거의 양육비 구상- 대법원 1994. 5. 13. 고지, 92스21 전원 합의체결정”, 「서울대학교법학」 제35권 3·4호, 서울대학교 법학연구소, 1994.

- 서인겸, “부양의무 이행의 순위 및 해당부양료의 구상에 관한 고찰” -대법원 2012.12.27. 선고 2011다96932 판결을 중심으로-, 「경희법학」 제49권 제3호, 2014.
- 이경희, “가사소송법의 문제점과 향후과제” 「민사소송법의 제문제」, 1992.12.
- 이동진, “부모 일방의 타방에 대한 과거의 양육비 상환청구와 소멸시효”, 「가족법연구」 제26권 제2호, 한국가족법학회, 2012.
- 이연주, “부부 간의 과거 부양료 및 양육비 청구에 관하여”, 「인권과 정의」, 대한변호사협회, 2010.1.
- 이희배, “민법상 부양법리에 관한 연구(상)”, 「사법행정」 제26권 10호, 1985.10
- 이희배, “친족편 「부양」규정(민법 제974조~제979조)의 적용범위”, 「민사법학」 제8호, 민사법학회, 1990.
- 임종효, “양육비청구권에 관한 기초 이론 및 실무상 쟁점”, 「사법논집」 제51집, 2011.
- 제철웅, “부양청구권 및 부양비용 상환청구권에 관한 몇 가지 해석론적 제안”, 「법학논총」 제31권 1호, 한양대학교 법학연구소, 2014.
- 조은희, “다수 부양의무자 및 부양권자의 우선순위에 대한 고찰” -독일의 경우와 비교하여-, 「서울법학」 제23권 제1호, 서울시립대학교법학연구소, 2015.
- 조은희, “독일법상의 직계혈족부양에 관한 고찰”, 「가족법연구」 제17권 2호, 가족법학회, 2003.
- 최민수, “부부간 과거 부양료청구와 미성년 자녀의 과거 양육비청구”, 「가족법연구」 제28권 1호, 가족법학회, 2014.
- 최준규, “다수당사자 사이의 부양관계에 관한 고찰”, 「가족법연구」 제26권 제3호, 가족법학회, 2012.

외국문헌

- Dieter Schwab, *Familienrecht* 12. Auflage, Verlage C.H. Beck, München, 2008.
- Henry Campbell *Black's Law Dictionary*, 5th ed. (St.Paul, Minnesota: West Publishing Co, 1979.

- Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Familienrecht II*, Verlag C.H.Beck München, 2012.
- Palandt-Diederichsen § 1610 Bürgerliches Gesetzbuch*, 55. Auflage, Verlage C.H. Beck, München, 1995.
- Palandt/Brudermüller*, 66. Auflage, Verlage C.H. Beck, München, 2007.
- Schulz/ Hauss, *Familienrecht*, Nomos, 2008.
- Schwab/Both Rn. 1209 in *Bedarfs-und Einkommensermittlung im Unterhaltsrecht*, 1987.
- Weinreich Klein, *Fachanwaltsskommentar Familienrecht*, 3. Auflage, Luchterhand, 2008.
- Wilfried Schlüter, *BGB- Familienrecht*, 10. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2003.

[Abstract]

Research on spousal support
-Focusing on the past maintenance claims-

Cho, Eun-Hee
Jeju law school Professor

A married couple has legal duty to support and cooperate with each other (Article 826 (1) of Korean Civil Act). The duty of the article 826 of Civil Act is generally interpreted as duty to live together with their child, thus should guarantee the livelihood sustenance. The duty to support and cooperate has not arisen from specific juristic act but the existence of the one who has duty to support, and the one who has the right to enjoy that

aid. The premise of the duty, however, is that the one who has the duty should be capable of providing aids, and the other should be in need of those aids (Article 975 and 977 of Civil Act). The question is that between husband and wife, when the person obligated to support do not fulfill his/her duty, whether the other is able to demand for past support fee or not. The reason is that in general, the support is for present and future and it is impossible to satisfy the needs of the by gone past.

There is no article that allows demanding past support fee in Civil Act. In contrast, the precedents generally acknowledge the past support fee only in case that there was delay in payment of support fee after the claims. Some have objections to precedents that make distinction between them.

The thesis has been written in favor of limiting the claims of the past support fee between husband and wife, and endorsing the distinction between conjugal relation and their child of under age. The thesis has been written to search for what that means by comparing Korean law with German law.

Key words : past maintenance claims, spousal support, support fee, duty to support, child support