

2002 연구보고서 210-23

## 가족법상 친권·양육권 및 면접교섭권 제도의 실효성 확보방안 연구

연구책임자 : 윤 덕 경 (본원 연구위원)

공동연구자 : 장 영 아 (국가인권위원회 사무관)

## 발 간 사

최근 우리나라에서는 이혼의 증가와 함께, 이혼자녀의 수도 급격히 늘어나고 있습니다. 최근의 통계청자료에 의하면, 이혼건수는 1970년 11,600건, 1990년 45,700건, 2000년 120,000건, 2001년 135,000건으로 증가하였고, 2001년 현재 이혼 당시 20세미만 자녀를 두고 있는 경우(70.3%)가 자녀를 두지 않은 경우(29.7%)보다 훨씬 높은 것으로 나타났습니다.

20세미만의 자녀를 두고 있는 경우(94,900건) 중 자녀 2명이 가장 많고(46,700건), 그 다음이 1명(42,200건), 3명 이상(6,000건)의 순으로 나타나 최소한 15만명 이상의 미성년자녀가 부모의 이혼으로 인해 고통을 받았을 것으로 추측할 수 있습니다.

또한 이혼 후 자녀를 어머니가 양육하는 경우가 아버지가 양육하는 경우보다 2배 이상 많다는 것과 이혼 후 자녀를 양육하고 있는 여성의 60% 이상이 양육비를 제대로 지급받지 못하고 있다는 분석결과도 있습니다.

이러한 분석들에 따르면, 이혼여성들이 생계문제 해결, 자녀양육책임, 사회적응문제 등 다양한 부담을 안게 된다는 것을 미루어 짐작할 수 있고, 여기서 오는 어려움은 이혼가정자녀의 복지에 심각한 위협이 되는 것입니다.

1990년 개정된 현행 민법은 이혼시 자녀에 대한 친권, 양육권이 협의되지 않은 경우 가정법원은 당사자의 청구에 의하여 이를 정하도록 개정되었으며, 자녀를 직접 양육하지 않는 부모 중 일방은 면접교섭권을 가질 수 있도록 제도가 신설되었습니다. 이러한 민법의 개정은 종래 이혼여성은 자녀에 대한 친권자가 되지 못하도록 했던 부분을 개선했다는데 의미가 있다고 하겠습니다.

이에 민법의 친권, 양육권조항의 개정과 면접교섭권조항이 신설된 지 10년이 지난 시점에서 이 조항들이 실질적으로 어떻게 시행되고 있는가 또 시행과정에서의

문제점은 무엇이고 어떤 방향으로 개선되어야 하는가, 그리고 그에 관련된 외국의 법과 제도는 어떠한가를 살펴봄으로써 법이 규정한 친권, 양육권, 면접교섭권제도의 실효성 확보방안을 제시해 보고자 본 연구를 수행하였습니다.

이 연구를 통해 가족법상 이혼 후 자녀양육에 관련된 제도의 실효성을 높이고, 이혼가정의 자녀보호와 복리증진에 기여할 것이며, 이혼여성의 삶의 질 향상과 인권증진에 기여하게 될 것을 기대해 봅니다.

연구과정에서 면접조사에 응해 주셨던 이혼경험자와 상담소 관계자, 판사, 변호사, 조정위원, 가사조사관 여러분과 본 연구보고서 초안에 대해 자문을 해주신 여러 전문가분들께 진심으로 감사의 말씀을 드립니다. 그리고 본 연구의 수행과정에서 자료수집에서부터 보고서 초안작성에 이르기까지 도움을 아끼지 않았던 김진영, 박희정 두 임시연구원의 노고에 감사드립니다.

2002년 12월

한 국 여 성 개 발 원  
원 장 장 하 진

## I. 연구의 목적

최근 우리나라에서는 이혼이 증가하고 있고, 그에 따라 이혼자녀의 수도 급격히 늘어나고 있다. 2002년 3월 통계청이 발표한 통계자료에 의하면, 이혼건수는 1970년 11,600건, 1990년 45,700건, 2000년 120,000건, 2001년 135,000건이고, 이를 다시 인구 천명당 이혼건수를 나타내는 조이혼율로 보면, 1970년 0.4건, 1990년 1.1건, 2000년 2.5건, 2001년 2.8건인 것으로 나타났다. 전체 이혼건수 중 협의이혼은 111,688건(82.7%), 재판상 이혼은 22,646건(16.8%), 미상 680건(0.5%)으로 협의이혼이 대다수를 차지한다.

또한 2001년 이혼당시 20세미만 자녀를 두고 있는 경우가 70.3%(94,900건)이고, 그 중 2명이 34.6%(46,700건)로 가장 많고, 1명이 31.2%(42,200건), 3명 이상이 4.5%(6,000건)의 순이며, 자녀가 없는 경우는 29.7%(40,100건)이었다. 여기서 20세미만 자녀를 둔 94,900건의 이혼건수에 자녀수를 곱하면, 최소한 15만명 이상의 미성년자녀가 부모의 이혼으로 인해 고통을 받았을 것으로 추측할 수 있다. 특히 이혼부부의 동거기간을 보면, 10년미만이 54.4%를 차지하여 10세미만의 어린 자녀들의 고통스런 경험을 짐작할 수 있다.

한편 서울가정법원에서 1999년에 처리한 이혼사건 중 친권자 및 양육자 지정이 있었던 200건을 분석한 결과를 보면, 자녀양육자로 모(母)가 지정된 경우가 132건(66%)이었고, 부(父)가 지정된 경우는 64건(32%)이었으며, 부모가 자녀를 나누어 양육하는 경우가 4건(2%)이었다. 더구나 한국가정법률상담소가 2001년에 조사한 결과에 따르면, 이혼하고 자녀를 양육하는 여성의 61.3%(자녀를 양육하고 있는 별거여성의 경우에는 81.8%)가 양육비를 제대로 지급받지 못한 것으로 나타났다.

이와 같이 이혼 후 자녀를 모가 양육하는 경우가 2배 이상 많은 것을 볼 때, 이혼여성들이 생계문제 해결, 자녀양육책임, 사회적응문제 등 다양한 부담을 안게 된다는 것을 쉽게 알 수 있다.

1990년 개정된 현행 민법은 이혼시 자녀에 대한 친권, 양육권이 협의되지 않은 경우 가정법원은 당사자의 청구에 의하여 이를 정하도록 개정되었으며(제909조 제4항 개정), 자녀를 직접 양육하지 않는 부모 중 일방은 면접교섭권을 가질 수 있도록 제도가 신설되었다(제837조의 2 신설).

개정전 민법은 이혼시 자녀양육에 관한 사항을 협정하지 않은 때 그 양육의 책임은 부에게 있다고 하였고(제837조), 부모가 이혼한 경우 모는 전 혼인 중에 출생한 자의 친권자가 되지 못하도록 함으로써(제909조 제5항) 이혼하는 여성에게 매우 불평등하고 가부장적인 요소를 지닌 규정을 두고 있었는데 개정된 것이다.

이에 본 연구에서는 가족법의 친권, 양육권조항의 개정과 면접교섭권조항이 신설된 지 10년이 지난 시점에서 이 조항들이 실질적으로 어떻게 시행되고 있는가 또 시행과정에서의 문제점은 무엇이고 어떤 방향으로 개선되어야 하는가, 그리고 그에 관련된 외국의 법과 제도는 어떠한가를 살펴봄으로써 법이 규정한 친권, 양육권, 면접교섭권제도의 실효성 확보방안을 제시해 보고자 한다.

이를 위해 가족법상 친권·양육권·면접교섭권제도의 내용을 분석하고, 이 제도들의 시행현황 및 문제점을 파악하였으며, 관련판례를 분석하였고, 국제기구 및 외국의 친권·양육권·면접교섭권 관련법제를 분석하였으며, 친권·양육권·면접교섭권제도의 실효성확보방안을 제시하였다. 연구방법은 문헌연구, 판례 및 상담사례분석, 관계자 면접조사, 전문가 자문의 방법을 이용하였다.

## II. 가족법상 친권·양육권 및 면접교섭권제도의 내용

### 1. 친권에 관한 검토

친권은 궁극적으로는 미성년인 자의 양육과 감호 및 재산관리를 적절히 함으로써 그의 복리를 확보하도록 하기 위한 부모의 권리이자 의무의 성격을 갖는 것으로서, 우리 민법을 포함한 많은 나라들이 입법론적으로 부권(父權)우선주의에서 부모평등주의로 변화해 가고 있다. 그러나 친권의 이상은 궁극적으로는 자녀의 복리보호에 있으며, 이러한 친권의 이상에 접근하기 위한 변화와 노력이 요청되고 있는 실정이다.

우리 민법에 있어서의 친권자에 관한 입법태도의 변천은 민법 제정 후 불과 30년동안에 비교적 현저한 편이었다. 1958년에 제정된 우리 민법에서는 부친권우선주의에 입각하고 있었다. 따라서 미성년인 자와 가를 같이 하는 부가 제1차로 친권자가 되고(제정법 제909조 제1항), 부가 없거나 기타 친권을 행사할 수 없는 때에는 제2차로 자와 가를 같이 하는 모가 친권자로 되었다(제2항). 우리 민법은 1977년의 민법의 일부개정에서 비로소 부모친권공동주의를 채택하였다. 따라서 혼인 중에는 부모가 친권을 공동으로 행사하도록 하였으며, 부

모의 일방이 친권을 행사할 수 없을 때에는 다른 일방이 이를 행사하도록 하였다(제909조 제1항, 제2항 개정). 그러나 부모의 의견이 일치하지 아니할 때에는 부가 친권을 해야 한다고 규정(제909조 제1항 단서)함으로써 원칙상으로는 부모친권공동주의에 입각하면서도 실질적으로는 부친권우선주의에 근거한 입법을 하고 있었기 때문에 적잖은 비판의 대상이 되어 왔었다. 우리 민법이 명실공히 부모평등의 원칙에 입각한 부모친권공동주의를 확립시킨 것은 1990년의 민법개정에서이다.

이러한 변천을 거쳐 현행 민법상의 친권은 “자를 보호·교양할 권리·의무”라고 하여(제913조) 그 성격을 명백히 하고 있다. 이렇게 친권은 현행법체제상 특수한 성격을 가지고 있어 권리의 의무성 내지 의무의 권리성이 혼연일체가 된 성격을 지니고 있다. 그러나 우리의 친권법은 서구제국의 “자의 복리”내지 “자의 최선의 이익”이라는 이념이 아직도 확립되지 못하고 있기 때문에 친권법의 내용도 역시 일정한 한계를 벗어나지 못하고 있다.

## 2. 양육권에 관한 검토

민법은 부모가 이혼을 하는 경우에는 이혼당사자인 부모의 협의에 의해서 그 자의 양육에 관한 사항을 정하고(제837조 제1항), 협의가 되지 아니하거나 협의할 수 없는 경우에는 가정법원이 양육에 필요한 사항을 정하도록 규정하고 있다(제837조 제2항 전단). 여기서 양육이 무엇을 의미하는가에 관해서는 민법에 특히 정하고 있지는 아니하나 학설은 대체로 제913조에서 규정하고 있는 친권의 작용으로서 그 내용을 친권자가 자를 보호하고 교양할 권리의무로 파악하고 있다. 제837조의 양육의 내용에는 교육도 포함한다고 볼 것이고, 양육자는 양육·교육에 필요한 거소지정, 징계, 부당하게 자를 억류하는 자에 대한 인도청구도 할 수 있다고 본다. 그러나 이에 필요한 비용의 부담까지는 포함되지 않는다고 볼 것이다. 대법원 판례도 위 학설과 같이 민법 제913조의 보호·교양을 염두에 두고 양육을 파악한 것으로 보인다.

양육의 개념을 위와 같이 친권자의 미성년인 자녀에 대한 보호·교양의 권리의무로 본다면 양육의 개념에는 어느 정도 한계를 갖는다고 할 수 있다. 즉, 양육이 친권의 내용이 되는 이상 피양육자는 미성년자에 한정되고 성년자녀에 대해서는 양육의 개념이 적용될 여지가 없다. 또한 양육자는 법률상의 부 또는 모에 한정된다.

친권이 친권자의 권리로서의 성격뿐 아니라 의무로서의 성격을 가지고 있는 것과 마찬가지로 양육에 관한 양육권자의 지위도 권리와 의무의 양면적 성격

을 모두 갖추고 있다고 하여야 할 것이다.

양육자지정절차로는 협의나 조정, 심판 등에 의해 양육자의 지정 및 변경이 가능하며, 양육자로 지정된 자는 양육에 대한 감독자로서 지위를 보유하고 양육비를 부담한다. 또한 양육자로 지정되지 않은 상대방은 자에 대한 면접교섭권을 행사할 수 있고, 상대방이 자의 양육에 관한 부적당한 사유가 발생할 때 양육자변경청구권을 가질 수 있다. 동시에 양육권과 양육비에 필요한 비용은 별개이므로 부모, 자녀라는 신분관계에서 양육자로 지정되지 않은 부모일방도 양육비를 부담하여야 할 것이다.

### 3. 면접교섭권에 관한 검토

면접교섭권이란 “친권행사자 또는 양육권자가 아니기 때문에 현실적으로 자녀를 양육하고 있지 않은 부모 중 일방이 그 자녀와 직접 면접·접촉하는 권리”를 말한다. 구체적으로는 면회, 단기간의 숙박과 여행, 편지교환, 전화통화, 사진과 선물교환 등을 생각할 수 있다. 미국에서는 visitation right, right of access, 독일에서는 Verkehrsrecht, Umgangsrecht, 프랑스에서는 droit de visite로 불리우며 방문권, 면회권, 면접권, 교섭권, 교통권이라고도 한다.

우리 민법은 1990. 1. 13. 개정시 면접교섭권에 관한 명문의 규정을 신설하고 가사소송법에도 이에 관한 절차규정을 신설(1991. 1. 1.부터 시행) 하였다. 협의이혼 관련 조문 중 민법 제837조의 2에 의하면 ① 자를 직접 양육하지 아니하는 부모 중 일방은 면접교섭권을 가진다 ② 가정법원은 자의 복리를 위하여 필요한 때에는 당사자의 청구에 의하여 면접교섭을 제한하거나 배제할 수 있다고 규정하고, 동 조항은 동법 제843조의 규정에 의하여 재판상 이혼의 경우에 준용되며, 가사소송법 제2조 제1항 나.(2) 마류사건 3호에 의하면 민법 제837조(이혼과 자녀의 양육책임), 동법 제837조의 2의 규정에 의한 자녀의 양육에 관한 처분과 그 변경, 면접교섭권의 제한 또는 배제는 가사비송사건으로서 이에 대한 심리와 재판은 가정법원의 전속관할로 한다고 규정되어 있다.

가사소송법에는 면접교섭에 관한 절차규정으로 ‘면접교섭권의 제한 또는 배제’에 관한 처분만을 규정하고 있어 조문상으로는 이혼한 부모는 항상 민법 제837조의 2 제1항의 수시 면접교섭권을 갖기 때문에 따로 이를 인정하는 처분이 불필요한 것처럼 보인다. 그러나 위 민법 조문은 면접교섭권의 존재를 선언한 것에 불과하므로 심판으로 권리의 범위 및 행사 방법이 확정됨으로써 면접교섭권자는 구체적인 권리를 행사할 수 있고, 양육친은 이에 대응하는 의무를 부담하게 되는 것이라고 본다. 따라서 면접교섭권을 인정하는 처분이 면접교

섭권에 관한 주된 처분으로서 존재하는 것인데, 다만 명문의 근거규정이 없으므로 이는 ‘자녀의 양육에 관한 처분과 그 변경’에 관한 심판의 하나로 보아야 할 것이다.

#### 4. 관련 문제점

1990. 1. 13. 민법의 개정취지가 남녀평등이라는 점에 주안이 있음은 주지의 사실이고 이러한 점에서 우리 민법은 근대법 내지 현대법으로 발전하였다고 할 수 있다. 그러나 한편으로 남녀평등에만 치중하다 보니 그나마 남성에게 강압적으로 부과되었던 친자에 대한 의무마저 면제해 주는 결과가 되어 자의 이익을 위한 친자법이라는 현대적 과제에서 다소 미흡한 점이 있다.

친권에 관한 세계적인 추세는 부모를 위한 친권에서 자녀를 위한 감호와 교육의무의 친권으로 바뀌고 있는데 우리의 친권에 관한 법률은 자녀에 관한 부모의 권리를 강조하는 경향을 보이고 있다. 이러한 점은 첫째, 친권에 대한 개념의 정의에서 자녀의 입장을 고려한 조항은 찾아보기 힘들다는 점, 둘째, 부모의 이혼시 양육권과 친권의 행사에 관한 구분을 명확히 하고 있지 않다는 점, 셋째, 친권자의 설정시 ‘자녀의 이익’을 최대한도로 반영할 수 있는 기준이 설정되지 않았다는 점 등을 통해 알 수 있다. 그러므로 부모뿐만 아니라 자녀의 입장에서도 평등에 가깝게 개정되고 명시되어야 하며 또한 보호의 측면을 강조해야 할 것이다.

한편 양육권에서는 자녀를 데리고 이혼을 전제로 한 별거를 시작한 경우, 소송을 시작하는 단계에서 임시조치로서 판결이 확정될 때까지 양육비를 포함한 생활비지급을 강제할 필요성이 있다 할 것이며, 이에 위반한 경우 이에 대한 제재규정도 마련되어야 할 것이다.

양육비를 지급하고 싶어도 지급할 능력이 없거나, 지급할 능력이 뭉에도 불구하고 고의로 지급을 하지 않고 있는 경우, 당장 자녀를 양육해야 하는 양육 부모로서는 상당한 어려움을 겪게 된다. 이를 해결하는 방법으로, 양육비지급 불이행에 따른 직접, 간접적인 강제방법이나 형사고소 등도 생각해 볼 수 있지만, 그 외에 국가에서 생활보호대상자에게 생활비를 우선 지원해주고 나중에 부양자에게 자력이 있음이 확인되면 이를 환수조치하는 절차를 밟고 있는 것처럼, 한부모가정으로서 상대방으로부터 양육비지급을 받지 못하고 있는 경우에 국가에서 우선 양육비지원을 해 주고 상대방으로부터 환수하는 조치를 취하는 제도도 고려해 보아야 한다. 또, 양육비 불이행과 관련하여 법원의 이행 명령제도를 활용하는 방법도 고려해 볼 수 있다. 현재 우리나라에서의 이행명

령제도는 사실상 실효성이 거의 없는 형식적인 제도로 남아 있고, 이행명령신청을 하더라도 담당판사가 당사자들을 한차례 불러서 이행을 권유하는 정도에 불과할 뿐 과태료나 감치처분까지 진행된 경우는 거의 없는 상태이다. 이행명령이 현실화되기 위해서는, 이행명령제도가 있다는 사실에 대한 홍보가 있어야 하고, 이행명령신청을 받은 법원에서는 한차례 이행을 권유하는 정도에 그치지 말고, 이행이 확보될 때까지 몇 개월이고 이행명령신청사건을 유지하면서 이행여부를 지켜보거나, 과태료나 감치처분 등을 적극 활용하고, 청소년성보호법상의 명단공개처럼 양육비 불이행자에 대한 명단공개 등도 고려해 볼 수 있다 할 것이다. 이때 이행명령이 신청된 사건에 대하여 이행명령이 제대로 되는지 여부를 지켜보는 방법으로는 일본에서처럼 법원의 조사관제도를 활용하여, 조사관으로 하여금 양육비 이행이 제대로 이행되고 있는지 확인하고 지속적으로 전화, 방문 등을 통하여 이행을 강제하도록 하는 방법도 생각해 볼 수 있다.

이혼시 면접교섭에 관한 합의는 이혼을 성립시키기 위하여 또는 양육비 부담과 관련하여 성립하는 경우가 드물지 않고 이혼 후의 면접교섭을 둘러싼 분쟁도 그 실질은 경제적 이득을 우선시하거나 이혼에 이른 경위와 양육비 부담에 관한 불만 등 진실로 자녀의 복지를 생각한 것이 아닌 경우가 많고 당면한 문제를 해결하기 위한 타협의 산물로서 합의가 성립하는 경우도 있다. 이혼한 부모는 면접교섭에 의하여 필연적으로 교류를 갖지 않을 수 없고, 자녀는 양육방침이 다른 비양육친과 면접하게 되는 까닭에 부모 각자의 환경, 이혼에 이른 경위에 관한 갈등, 자녀의 사정 등에 의하여 항상 원만한 이행을 기대할 수 없을 뿐더러 면접이 실현되어도 양육자의 적절한 양육권의 행사를 방해하는 결과가 되기도 하고, 부모의 갈등에 자녀를 끌어들여 그의 마음을 공연히 혼란시키고 새로운 분쟁의 원인이 되는 경우도 있다. 안이한 면접교섭의 합의는 도리어 현저하게 자녀의 복리를 해하여 그 이익에 반하는 것이 되기 쉽다. 더욱이 분쟁이 조정으로 해결될 수 없어 심판으로 면접교섭이 인정된 경우는 원만한 면접교섭의 실현은 곤란한 경우가 많고 불이행에 대하여 간접강제를 하여도 많은 경우 양육자를 경제적으로 곤궁하게 만들 뿐 자녀의 이익에 반하게 되고 만다.

또한 면접교섭에 대한 이후의 실무상의 과제는 면접교섭권을 인정하곤 가운데 구체적인 면접교섭방법, 그 후의 면접교섭의 계속을 위한 방법을 검토하고, 그를 위해 필요한 인간관계, 친자관계에 관한 법률 이외의 주변 제과학의 지식도 탐구하여 보다 자녀의 복지에 합치하는 면접교섭의 실현을 위한 노력을 배가하는 것이다. 면접교섭이 자녀의 복지에 반하는 경우에는 이것을 제한

함에 주저하면 안 되지만 그 판단이 자의에 흐르지 않도록 하기 위하여 어떠한 사정을 고려할 것인가의 구체적인 기준 설정도 필요하다고 본다.

### III. 가족법상 친권·양육권·면접교섭권제도의 시행현황

#### 1. 공식통계를 통해 본 시행현황

2001년 연간 이혼은 135,000건으로 2000년 120,000건에 비하여 15,000건 늘어났으며, 1990년의 45,700건에 비해 3배정도 증가한 것이다. 인구 1천명당 이혼건수를 나타내는 조이혼율은 1970년 0.4건, 1990년 1.1건에서 1998년 2.5건으로 대폭 상승한 후, 2000년까지 같은 수준을 유지하다 2001년에는 2.8건으로 크게 증가하였다.

2001년 이혼신고한 135,014건 중 협의이혼에 의한 경우가 111,688건(82.7%), 재판상 이혼에 의한 경우가 22,646건(16.8%)으로 협의이혼에 의한 경우가 월등히 높은 것을 알 수 있다.

2001년 이혼부부의 동거기간을 보면, 5년 미만인 30.5%, 5년 이상 - 10년 미만인 23.9%, 10년 이상 - 15년 미만인 19.4%, 15년 이상 - 20년 미만인 14.9%, 20년 11.3%로 나타나 10년 미만이 54.4%를 차지하고 있다. 10세 미만의 어린 자녀가 부모의 이혼을 경험하는 일이 많으리라는 것을 추측할 수 있다.

2001년 이혼당시 20세미만 자녀를 두고 있는 경우는 70.3%이다. 자녀수를 좀 더 자세히 보면, 20세미만 자녀를 2명 두고 있는 경우가 34.6%로 가장 많고, 1명인 경우는 31.2%, 3명 이상인 경우는 4.5% 순이며 없는 경우는 29.7%이다.

2000년에 재판상 이혼사건(제1심)으로 접수된 43,588건에 대한 병합사건 접수상황을 보면, 병합청구없이 이혼만 청구한 사건이 53.8%로 가장 높고, 그 다음이 위자료 청구와 병합된 사건이 17.3%, 위자료, 재산분할, 양육자 지정, 친권자 지정청구 중 2가지 이상과 병합된 사건이 9.2%, 친권자지정과 병합된 사건이 9.0%, 재산분할 청구와 병합된 사건이 6.1%, 양육자 지정 등 양육책임에 관한 사건과 병합된 사건이 4.5%의 순으로 나타났다.

2000년의 가사비송 마류사건으로 접수된 1,520건의 종류별 접수건수를 보면, 자의 양육에 관한 처분 등의 경우가 34.9%로 가장 높고, 그 다음이 재산분할에 관한 처분(23.6%), 상속재산의 분할에 관한 처분(20.7%), 친권을 행사할 자의 지정과 변경(5.3%)의 순으로 나타나, 가사비송 마류사건 중 자의 양육에 관한 처분의 경우가 가장 높은데, 이를 통해 자녀양육문제가 이혼부부에게 해결해야 할 가장 중요한 문제라는 것을 알 수 있다.

2000년의 가사조정사건(제1심) 접수상황을 보면, 접수건수 8,886건 중 신청

에 의한 경우가 987건(11.1%), 조정회부에 의한 경우가 7,899건(88.9%)으로 조정회부에 의한 경우가 월등히 높다.

## 2. 친권·양육권·면접교섭권관련 법원실무

협의이혼을 하거나 재판상 이혼을 하는 경우 부부가 협의하여 미성년 자녀에 대한 친권·양육권·면접교섭권자를 지정하거나 변경할 수 있다.

우선, 민법에서는 부모가 이혼을 할 때 또는 이미 이혼을 하고 난 뒤에, 부모의 협의로 친권을 행사할 자를 정하고(법 제909조 제4항), 장차 자기들의 자녀를 누가 맡아 키울 것이며, 양육비는 누가 얼마를 부담할 것인가에 관하여 협의에 의하여 정하도록 하고 있다(법 제837조 제1항). 또한 자녀와의 면접교섭의 회수·일시·장소 등에 관하여는 부모의 협의로 미리 정해야 할 것이다(민법 제837조 제2항).

부모가 이혼하는 경우 친권행사자, 양육자 지정에 관하여 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 않은 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 결정하도록 하고 있고, 재판상 이혼, 자의 양육에 관한 처분과 변경, 면접교섭권의 제한 또는 배제, 친권행사자 지정과 변경에 관해서는 먼저 조정을 거쳐야 한다.

가사조정이란 가사사건의 분쟁에 관하여 법관 또는 법원에 설치된 조정위원회가 가사소송법 및 민사조정법에서 정한 간이절차에 따라 가족 및 친족간의 가족법상의 분쟁이나 기타 민사상의 분쟁에 대하여 조정을 행하는 절차를 말한다.

사건해결을 위하여 조정담당기관에서는 분쟁당사자들로부터 직접적인 진술을 듣고 자료와 증거를 검토한 후 여러 사정을 고려하여 그들에게 서로 양보하고 타협하여 원만한 합의를 유도함으로써 분쟁을 평화적이고 종국적으로 해결하고자 노력하게 된다. 가사조정제도는 가사사건절차의 핵심이며, 가사조정이 활성화되느냐, 안 되느냐에 따라 가정법원제도의 존폐 내지 성패가 달려 있다고 해도 과언이 아니다.

2000년에 접수한 제1심 가사조정건수는 8,886건으로 이 중 신청에 의한 조정이 987건, 직권에 의하여 조정에 회부된 사건이 7,899건으로 직권조정쪽이 월등히 많고 신청에 의한 조정은 일부에 지나지 않는다는 것을 알 수 있다.

그리고 재판상 이혼의 소와 청구원인이 동일한 사실관계에 기초하는 위자료 청구, 재산분할청구, 자녀양육에 관한 처분청구, 친권행사자지정청구 등의 사건은 이를 1개의 소로 병합하여 제기할 수 있다. 이 때는 자녀양육청구나 친권행사자지정청구는 재판상이혼사건과 함께 심리하게 된다.

또한 가사비송에 의한 지정 및 변경의 경우는 가사소송법에서 친권행사자의 지정, 변경청구나 양육처분, 면접교섭권의 제한 및 배제청구를 마류 가사비송 사건으로 분류하여 가사비송사건으로 처리하도록 규정하고 있다.

그 밖에 자녀문제에 관한 이행확보제도로는 사전처분, 가압류·가처분, 이행명령, 민사집행법상 간접강제, 강제집행 등의 방법이 있다.

### 3. 친권·양육권·면접교섭권 관련사례

현행법은 당사자간 합의에 의해 친권행사자·양육자를 지정할 수 있도록 하고, 합의되지 않거나 할 수 없는 경우에는 가정법원에 신청하여 정하도록 하고 있다.

일반적으로 이혼에 직면한 부부는 아이에 대한 친권행사자, 양육자 지정에 관한 협의를 하게 된다. 이 경우 친권행사자, 양육자를 부나 모로 지정하게 된다. 또한 부모의 합의에 따라 친권행사자가 자녀를 양육하는 경우, 부모일방은 친권행사, 타방은 양육권을 행사하는 경우, 제3자가 양육하는 경우 등으로 나뉘어진다.

친권행사자가 지정되거나 변경되는 경우에는 그 내용이 호적기재에 변동을 가져 오지만(호적법 제82조), 미성년자의 법률행위대리권과 관련이 없는 양육자 지정 및 변경내용은 호적에 전혀 기재되지 않는다는 점이 친권행사자와 양육자의 다른 점이다.

그런데, 협의이혼이나 이혼소송시 친권행사자, 양육권자를 부로 지정하는 경우 여성들이 이혼할 목적으로 아이문제는 더 이상 주장하지 못하는 경우들이 나타난다. 이혼문제를 빨리 매듭짓기 위해 남편이 원하는대로 아이양육을 포기하는 상황이 발생하게 되는 것이며, 이러한 상황은 아이들을 위해서는 바람직하지 못한 결과를 초래할 수 있다.

이와 같이 부부의 합의에 의해 친권행사자나 양육자를 지정할 수 있도록 함으로써 부부가 공동으로 자녀의 문제를 진지하게 검토해 볼 수 있는 기회를 마련한다는 것은 의미가 있다고 하겠다.

또한 많은 부분 중 어머니가 전업주부인 경우 아이에 대한 양육권을 받을 수 있는가하는 문제를 물어 오는 경우가 많다. 이혼여성이 취업도 하지 않은 경우 양육권을 주지 않을 것이라는 막연한 불안감과 또, 양육의 책임은 결국은 아버지에게 있다는 1990년 이전법의 영향이 일반인들에게 아직도 남아 있는 것을 발견할 수 있다.

그러나 실무관행으로는 친권행사자 및 양육자의 지정기준 및 절차와 관련하

여, 실제로 부모라는 모를 친권행사자 및 양육자로 지정하는 경우가 훨씬 더 많다고 한다.

그런 한편, 최근에는 대부분 자녀가 어릴수록 모가 양육권을 행사하는 경우가 많은 것과 관련하여 부의 입장에서 양육권을 행사할 수 없을 것을 걱정하는 문의도 있다.

친권행사자나 양육자로 반드시 부 또는 모여야 한다는 원칙은 없다. 다만 자녀의 복리라는 기준에서 볼 때 적합한 부 또는 모에게 친권, 양육권을 맡기도록 해야 할 것이다.

친권행사자·양육자변경 관련사례로는 친권행사자 또는 양육권을 부로 정했던 것을 모로 변경하거나, 모로 정했던 것을 부로 변경하는 것이다.

그리고 양육비와 관련하여서는 양육비는 서로 신뢰하에 약속을 지키는 것이 중요하다. 그러나 양육비 약속에도 불구하고 지급하지 않는 경우가 더 많다고 관계자들은 말한다.

면접교섭권 관련사례는 면접교섭권이 잘 이루어지지 않는 경우와 비교적 잘 이루어지는 경우로 나누어지는데, 우리나라에서 면접교섭권이 법으로 규정된 지가 10년이 넘었으나 아직 원활하게 이용되고 있는 것 같지 않다. 일반적으로 이혼하면 부부간에 좋지 않은 감정을 가지므로 아이들 면접교섭때문에 계속해서 연결되는 것을 원하지 않는 경향이 있다.

그러나 자녀의 복리의 관점에서 볼 때 이혼으로 일방의 부모와의 단절은 아이의 정서발달에 바람직하지 않은 경우가 있으며, 아이를 양육하지 않는 부모 일방에게 특별한 결격사유가 없는 한 면접교섭을 통해 아이와 자연스러운 관계를 형성하도록 하는 것이 자녀의 성장에 긍정적인 작용을 할 것으로 보인다.

## IV. 친권·양육권·면접교섭권 관련 판례분석

### 1. 친권

친권행사자의 지정에서 청구자와 지정자에 대한 검토대상이 된 판례는 70건이다. 이 판례를 보면, 친권행사자의 지정을 청구하는 재판은 1995년 이전에는 드물고, 1996년 이후 배가 넘는 증가세를 보이고 있다. 이는 법시행기간과 관계가 있다고 생각된다.

우선, 친권행사자 지정의 청구자를 살펴보면, 전체적으로 청구자가 모인 여성인 경우가 55건(78.6%), 부인 경우가 15건(21.4%)으로, 여성이 거의 80%에

이르고 있어, 친권행사자 지정청구에 있어서 모인 여성이 부모보다 더욱 자녀에 대해 적극적임을 알게 해준다. 그러나, 이를 연도별로 보았을 때에 부의 경우에는 1995년전까지는 청구가 총20건에 2건(10%) 정도였던 것에 견주어, 1996년 이후에는 총50건에 13건(26%, 1996년 6건, 1997년 4건, 1998년 4건, 1999년 1건 등)으로 배로 증가하면서, 부의 친권행사자에 대한 청구가 증가하고 있음을 보여주고 있어, 부 역시 자녀에 대한 친권행사자로서의 권리를 가지고자 점점 적극적으로 되어가고 있음을 알 수 있다.

다음으로, 청구결과 지정된 친권행사자를 살펴보면, 전체적으로 모인 여성인 경우가 45건(64.3%), 부인 경우가 25건(35.7%)으로, 친권행사자로도 역시 모가 많이 지정되고 있다. 부의 경우에 1995년까지 친권행사자로 지정받은 것이 총 20건중 8건(40%)임에 견주어, 1996년 이후에는 총 50건중 17건(34%)로, 지정되는 건수는 신청건수에 따라 증가했지만 그 비율면에서 보면 감소하고 있다.

또한, 청구자와 지정자의 결과를 보면, 청구자인 모/부가 그대로 친권행사자로 지정되지 않는 경우가 있음을 알 수 있다. 즉, 총 70개의 판례 중 청구자인 모가 그대로 친권행사자로 지정된 경우는 49건(70.0%), 청구자인 부가 그대로 친권행사자로 지정된 경우는 11건(15.7%)으로, 청구자와 지정자가 동일한 경우가 60건(85.7%)이고, 청구자와 지정자가 다르게 판시된 경우가 10건(14.3%)이다. 청구자와 지정자가 동일한 경우가 86%에 이르는 판례의 결과는 청구자가 친권행사자로 지정될 확률이 높음을 보여주며, 이는 청구자가 친권행사자가 되겠다는 의지하에 청구가 이루어지기 때문으로 보인다. 청구자와 지정자가 다르게 판시된 10건의 경우를 구체적으로 보면, 모가 청구자임에도 피청구자인 부를 지정한 경우가 9건인 반면에, 부가 청구자임에도 모를 지정한 경우는 단지 1건으로, 부가 청구자인 경우에는 거의 부가 그대로 친권행사자로 지정됨을 알 수 있다.

이상의 판례분석을 통해, 첫째 친권행사자의 지정 청구자는 모인 여성이 대부분이며, 둘째 여성이 청구자의 다수를 차지하므로 여성들이 대부분 친권행사자가 되는 경우가 많지만, 셋째 부가 청구자인 경우에는 모가 지정될 여지가 거의 없이 부가 친권행사자로 지정된다.

부가 친권행사자로 지정되는 이유는 민법개정 이전에는 법에서 부가 친권행사자가 된다는 것을 명시하고 있었기 때문에 이러한 것이 고려되었기 때문이다. 그리고, 1990년 민법개정 이후에는 현재의 양육상황이 주된 결정요인이 되는데, 이 경우에 자녀를 양육하고 있는 부는 경제적 상황이 모보다 좋을 가능성이 높고, 우리사회의 가부장적 사고에 의해 자녀가 유아인 경우를 제외하면

자녀는 부의 가족이라는 의식이 있기 때문인 것으로 보인다.

이러한 결과는 부의 친권행사자 지정 청구가 증가하고 있고, 부가 신청하는 경우에 거의 그대로 부가 지정받음을 고려하면 모인 여성이 친권행사자로서 지정받지 못할 경우들이 증가할 것임을 예상하게 한다.

총 51건의 판례에서 나타난 친권행사자의 지정사유를 살펴보면, 첫째 친권행사자의 지정에서 결정적인 요소는 부부가 별거후 현재까지 그 자녀를 누가 양육하고 있는가 하는 ‘자녀의 양육상태’라는 점이다. 검토 판례중 자녀를 모/부가 양육하고 있다는 양육상태가 분명히 언급된 경우에는 모두 예외없이 현재 양육하고 있는 모/부가 친권행사자로 지정되었다. 이 뿐 아니라, “부가 혼인파탄에 대한 **유책배우자라 하더라도 자녀들에 대하여는 현재의 상태를 그대로 유지**하는 것이 자녀들의 성장과 복지에 더욱 유익하다고 할 것”이라고 하여 부를 지정한 판례, “**특히** 모가 양육하고 있는 점”이라고 하여 모를 지정한 판례를 보더라도 혼인파탄에 대한 유책여부나 다른 고려사항에 앞서, ‘자녀의 양육상태’가 친권행사자 지정에서 매우 중요한 요소임을 알 수 있다.

판례가 이처럼 자녀의 양육상황을 가장 크게 고려하는 것은 현재까지의 양육상황을 변화시키는 것은 자녀의 원만한 성장과 복지를 침해할 우려가 있다고 보기 때문이라고 생각되며, 이 점에서 자녀의 양육상태의 계속성이 ‘자녀의 복지’를 판단하는 하나의 기준이 됨을 알 수 있다. 다른 한편으로는 현재 자녀를 양육하고 있다는 것은 자녀를 양육할만한 경제력이 있음을 증명하고 있는 것이라고도 볼 수 있으므로, 재산상황에 대한 어느 정도의 고려도 이미 포함되어 있다고 볼 수 있기도 하다.

둘째, 친권행사자 지정에서 중요하게 고려되는 또하나의 요소는 ‘자녀의 의사’이다. 스스로 자신의 의사를 밝힐 수 있다고 생각되는 연령의 자녀인 경우에는 판례는 그 자녀의 의사를 친권행사자 지정의 고려사항으로 존중하고 있다. 검토 판례중 9세이상의 자녀가 모 또는 부 중에서 자신이 원하는 친권행사자에 대해 그 의견을 밝힌 경우에, 그 의사를 고려사항으로 언급하고 있으며, “**특히** 자녀들이 모의 양육을 바라고 있는 점”이라고 한 판례도 보인다. 이러한 점에서 자녀의 복지의 또 다른 기준이 ‘자녀의 의사’라는 점도 알 수 있다.

셋째, 개별적 사례에서는 그 사례에서 특징적인 사항, 즉 모/부의 재산상황, 자녀와 모/부의 건강상태, 모/부의 가정상황 특히 재혼여부 등을 언급하여, 개개의 사례별로는 이러한 사항이 ‘자녀의 복지’를 판단하는데 중요한 고려사항이 되고 있음을 밝히고 있다.

끝으로, 그 밖에 친권행사자 지정에서 판례가 언급하고 있는, 혼인판탄경위

나 그 귀책사유, 부부의 나이, 신분관계, 직업이나 자녀의 나이 등은 그다지 중요한 고려요소가 아니며 참고요소 정도로 판단된다고 할 수 있다.

## 2. 양육권

양육자 지정 청구권자와 지정양육자에 대한 검토대상이 된 판례는 총 95건이다. 이 판례를 보면, 양육자의 지정을 청구하는 재판은 1990년 이전에는 드물고, 1990년 이후 증가하고 있다. 이는 이혼의 증가와 관계가 있다고 생각된다.

우선, 양육자 지정청구자를 살펴보면, 전체적으로 청구자가 모인 여성인 경우가 75건(79.1%), 부인 경우가 20건(21.1%)으로, 여성이 거의 80%에 이르고 있어, 양육자 지정청구에 있어서 모인 여성이 훨씬 많다. 그러나, 이를 연도별로 보았을 때에 부의 경우에는 1970년대와 1980년대까지는 청구가 1건 정도였던 것에 견주어, 1990년대 이후에는 18건으로 늘어나면서, 아버지가 자녀를 양육하려고 하는 경우가 증가하고 있음을 보여준다.

다음으로, 청구결과 지정된 양육자를 살펴보면, 전체적으로 모인 여성인 경우가 63건(66.3%), 부인 경우가 31건(32.6%), 2명의 자녀에 대해서 부와 모가 각 자녀 1명의 양육자로 각각 지정된 경우가 1건으로, 양육자로도 역시 모가 많이 지정되고 있음을 보여준다. 부의 경우에 1990년까지 양육자로 지정받은 것이 총 11건중 2건(18.2%)임에 견주어, 1991년부터 1995년까지에는 총 31건중 11건(35.5%), 1996년이후 총 61건중 18건(29.50%)으로, 지정되는 건수는 신청건수에 따라 증가하고 있고, 그 비율면에서 보아도 1990년대 초반이후 증가하다 1990년대 말에 들어서는 다시 감소하는 추세이다.

또한, 위의 청구자와 지정자의 결과를 보면, 청구자인 모/부가 그대로 양육자로 지정되지 않음을 알 수 있다. 즉, 위 판례를 살펴보면, 총 96건(부/모 각각 지정 1건을 2건으로 산정)의 판례중 청구권자와 지정자가 동일한 경우가 72건(75.0%)이고, 청구자와 지정자가 다르게 판시된 경우가 24건(25.0%)이다. 이중 청구자인 모가 그대로 양육자로 지정된 경우는 58건(61.1%), 청구자인 부가 그대로 양육자로 지정된 경우는 14건(14.8%)이다. 청구자가 그대로 양육자로 지정된 경우가 75%에 이르는 판례의 결과는 청구자가 양육자로 지정될 확률이 높음을 보여준다. 또한, 청구자와 양육자가 다르게 판시된 총 24건의 경우를 구체적으로 보면, 어머니가 청구자임에도 피청구인인 아버지를 지정한 경우가 18건(75.0%)이고, 아버지가 청구자임에도 어머니를 지정한 경우는 6건(25.0%)으로, 아버지가 청구자인 경우에는 아버지가 양육자로 지정될 확률이 높고, 모인 여성으로 변경되기 어렵다는 것을 알 수 있다.

이상의 판례분석을 통해, 첫째 양육자의 지정 청구자는 모인 여성이 대부분이며, 둘째 여성이 청구자의 다수를 차지하므로 여성들이 대부분 양육자로 지정되는 경우가 많지만, 셋째 부가 청구자인 경우에는 양육자로 모를 지정할 확

률이 낮고 부가 양육자로 지정된다.

또한 양육자 지정에서의 판단기준 및 고려사항을 보면, 양육자 지정에서 그 판단기준으로 제시한 것으로서 1980년대에 나타난 ‘합리성’이 있다. 판례는 “부모가 이혼하면서 자의 양육에 관한 사항을 협정하지 아니한 경우 그 자를 부의 가정에서 보호, 교양, 양육하는 것보다 모가 보호, 교양, 양육하는 것이 합리적으로 보아야 할 특별한 사정이 없는 한,” “이혼당사자간에 그 자의 양육에 관한 사항을 협정하지 아니한 때에는 그 자의 양육을 부에게 맡기는 것보다는 생모에게 맡겨 그와 같이 거주하며 그의 보호와 교육을 받고 자라게 하는 것이 합리적이라고 인정할 때에는,” “계속하여 생모인 청구인과 같이 거주하며 그의 양육을 받게 하는 것이 합리적이라 할 것”이라고 하여 ‘합리성’을 양육자 지정에서의 판단기준으로 들고 있다.

이 합리성의 기준은 1980년 중반까지 양육자 지정의 판단기준으로서 판례에서 등장하고 있으나, 1980년대 후반 이후에는 판례는 ‘합리성’ 보다는 ‘자녀의 육체적, 정신적 정상적인 성장을 포함한 자녀의 복지, 행복’을 판단기준으로 삼고 있다. 그리고, 그 고려사항으로서 혼인 및 이혼경위, 재혼여부, 부부의 양육에 대한 합의사실, 양육상황, 양육의사, 가족관계, 부부의 학력, 경제력, 자녀에 대한 애정의 깊이, 자녀의 의사나 나이 등을 구체적으로 열거하고 있다. 자녀의 복지를 위한 양육자 지정에서의 고려사항은 친권행사자의 고려사항과 별 차이 없으며, 1991년 이후 친권행사자와 양육자 지정을 동시에 청구하는 사례가 증가하면서 더욱 그 차이가 없어지고 있다.

따라서, 양육자 지정에서도 결정적 요소는 ‘자녀에 대한 현재까지의 양육상황’이다. 판례는 양육자를 변경하는 것은 자녀에게 심한 충격을 줄 것이라고 하여, 현재의 양육상태를 그대로 유지하고 하는 태도를 보이고 있다. 그러나, 현재의 양육상황 외에 다른 사항들을 고려하여 자녀가 유아이고 모와의 별거기간이 그다지 오래지 않아 생활환경의 변화에 적응하기가 그다지 어렵지는 않다고 보여진다는 이유로 양육자로 현재 양육하지 않는 부모의 일방을 지정한 경우도 있다.

또한, 양육자 지정에서는 자녀가 유아인 경우에는 어머니의 사랑과 보살핌이 필요함을 이유로 하여 모인 여성이 양육자로 지정되는 경우가 많다.

양육자 지정에서 일반적으로 부모의 재산상태가 주된 고려사항이 될 것으로 예측할 수 있는 데, 판례에서는 재산상태보다는 양육상황, 양육의사, 자녀에 대한 애정의 정도, 자녀의 의사 등이 보다 중시된다. 그 밖에, 재혼여부도 양육자 지정에서 중요한 고려사항으로서, 재혼가정보다는 재혼하지 않은 모/부가 양육하는 것이 자녀의 복지에 적합한 것으로 여기고 있다.

이와 같이 판례는 자녀의 건강한 성장, 자녀의 복지를 위해 중요한 것은 부모의 재산상황이 아니라 자녀에 대한 애정의 깊이라고 보고 있고, 이 점이 양육자 지정에서 중요한 요소로서 고려하고 있음을 알 수 있다.

양육비에 관하여 판례는 “부모 중 어느 한쪽만이 자녀를 양육하게 된 경우에, 그와 같은 일방에 의한 양육이 그 양육자의 이기적인 목적이나 동기에서 비롯한 것이라거나 자녀의 이익을 위하여 도움이 되지 아니하거나 그 양육비를 상대방에게 부담시키는 것이 오히려 형평에 어긋나게 되는 등 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는, 양육하는 일방은 상대방에 대하여 현재 및 장래에 있어서의 양육비중 적정 금액의 부담을 청구할 수 있음은 물론이고, 부모의 자녀양육의무는 특별한 사정이 없는 한 자녀의 출생과 동시에 발생하는 것이므로 과거의 양육비에 대하여도 상대방이 부담함이 상당하다고 인정되는 경우에는 그 비용의 상환을 청구할 수 있다”고 하여, 과거, 현재, 장래의 양육비에 대한 청구를 인정하였다. 즉, 양육자의 이기적 목적이나 동기, 자녀의 이익으로 되지 않거나, 형평에 어긋나지 않는 한, 양육자의 양육하지 않는 상대방에 대한 양육비 청구는 인정되는 것이다. 이 1994년 판결은 그 이전의 양육비 청구에 대한 판결을 변경하는 판결이다. 이전에는 장래의 양육비이든 과거의 양육비이든 양육에 관한 약정 등 구체적인 청구원인이 없으면 청구할 수 없다고 하여, 약정사실이 불분명한 경우에는 양육자가 자녀를 양육할 수 있는지 여부에 관계없이 인정하지 않았으며, 약정 등이 있는 경우에만 장래 및 과거의 양육비를 인정하였다. 이같은 판례의 변경에 따라서, 부양의무 있는 자가 여러 사람인 경우에도 그중 부양의무를 이행한 1인은 다른 부양의무자를 상대로 하여 이미 지출한 과거의 부양료에 대하여도 상대방이 부담함이 상당하다고 인정되는 범위에서 그 비용의 상환을 청구할 수 있고, 이 경우 법원이 부담비율이나 부담액을 정함에 있어서는 과거의 양육에 관하여 부모 쌍방이 기여한 정도, 자의 연령 및 부모의 재산상황이나 자력 등 기타 제반 사정을 참작하여 적절하다고 인정되는 부담의 범위를 정할 수 있다. 만일 한쪽의 양육자가 양육비를 청구하기 이전의 과거의 양육비 모두를 상대방에게 부담시키게 되면 상대방은 예상하지 못하였던 양육비를 일시에 부담하게 되어 지나치고 가혹하며 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 어긋날 수도 있으므로 이와 같은 경우에는 반드시 이행청구 이후의 양육비와 동일한 기준에서 정할 필요는 없고, 부모 중 한쪽이 자녀를 양육하게 된 경위와 그에 소요된 비용의 액수, 그 상대방이 부양의무를 인식한 것인지 여부와 그 시기, 그것이 양육에 소요된 통상의 생활비인지 아니면 이례적이고 불가피하게 소요된 다액의 특별한 비용(치료비인지)인지 여부와 당사자들의 재산상황이나 경제적 능력과 부담의 형평성 등 여

러 사정을 고려하여 적절하다고 인정되는 분담의 범위를 정할 수 있다. 또한, 양육비 분담에 대해 양육자도 그 비용의 일부를 부담하도록 하는 것이 “경험칙과 논리칙에 어긋나는 판단이라고 할 수는 없다”고 하여, 양육비에 대한 부부공동책임을 분명히 하였다.

또한, 양육비는 미성년자녀를 대상으로 하는 것이 원칙이지만, 성년에 달한 자녀의 부양에 관한 사항도 가사소송법의 규정에 의한 가사비송사건에 해당하며, 과거의 부양료의 구상청구도 가사비송사건으로서 청구할 수 있다.

자녀의 양육자는 자녀를 양육하지 않는 일방에게 양육비를 청구할 수 있다. 자녀의 양육자가 대부분 모이기 때문에, 양육비 청구자도 거의 모인 여성이다.

총 48건의 판례를 보더라도 양육비 청구자는 대부분 모인 여성으로 41건(85.4%)이며, 부가 청구한 것이 4건(0.1%), 모와 자녀가 함께 청구한 것이 2건, 자녀만이 청구한 것이 1건이다. 이러한 판례의 동향은 모인 여성이 양육자 지정청구를 하는 경우에는 이와 함께 양육비 지급청구도 거의 함께 하지만, 부가 양육자 지정청구를 하는 경우에는 양육비 지급청구를 하는 경우가 드물기 때문이다. 이는 우리사회에서 자녀는 부의 책임이라는 전통적 관념과 부는 일반적으로 직업을 가지고 수입이 있고, 모인 여성들은 주부인 경우가 많아, 경제적으로 부가 모보다 낮기 때문에 모에게 지급받지 않아도 된다고 하는 사회적 현실에서 나오는 경향이라고 생각된다.

그러나, 판례는 “어머니인 청구인에게 전혀 수입이 없어 양육비를 분담할 형편이 못되는 것이 아닌 이상 실제로 양육을 담당하는 청구인도 그 비용의 일부를 부담하도록 하였다 하여 이를 경험칙과 논리칙에 어긋나는 판단이라고 할 수 없다”고 하여 모가 부에게 양육비를 청구하더라도 총 양육비의 일부를 부담해야 함을 명시하고 있고, “어머니라도 자녀의 양육비를 분담해야 한다”고 하여, 자녀의 양육자인 부가 자녀를 양육하지 않는 모에 대해 청구한 양육비 지급을 인정하고 모에게 양육비 분담의무를 명시하고 있다. 이러한 판례의 태도는 자녀가 부부공동책임이라는 점을 확실히 하는 것이다. 이와 함께 위 판례에서 보듯이 1990년 이후에는 자녀를 양육하지 않는 모에 대한 부의 양육비 청구도 나타나고 있으므로, 앞으로는 서서히 자녀를 양육하는 부의 자녀를 양육하지 않는 모에 대한 양육비 청구도 증가할 것으로 예상된다.

또한 양육비 산정에서의 고려사항으로 판례는 자녀의 양육에 대해 부양료, 양육비라는 용어를 혼용하고 있는데, 같은 의미로 사용되고 있다. 판례는 “부양료란 생계에 필요한 양육비로서 …부양의 정도나 방법은 당사자간에 협정이 없는 한 부양을 받을 자의 생활정도와 부양의무자의 자력 기타 제반사정을 참작하여 정하게 되어 있는 바”라고 하여, 양육비 산정에서 다양한 요소를 고려

할 것을 요구하고 있다.

판례를 살펴보면, 주로 부부 각각의 재산상황(경제력, 수입), 직업 및 연령, 생활정도, 자녀의 연령, 사건심리 당시 통상 교육비, 양육비 수준, 도시가구의 평균소비지출액과 지출내역, 물가상승지수, 위자료나 재산분할 액수, 양육자와 양육방법 등을 고려하여 산정하고 있다.

또한 양육비 액수와 관련하여 판례는 일반적으로 판시 시점의 통상의 양육비, 양육비지급의무자의 재산상황과 소득 등을 고려하여 양육비를 정하고, 한번 판정한 금액을 자녀가 성년에 이를 때까지 매달(또는 매년) 동일하게 지급하도록 판시하고 있다.

총 50개의 양육비 판시 판례를 살펴보면, 우선 양육비지급의무자가 모인 경우는 단지 5건(10.0%)에 불과하고, 다수인 45건(90.0%)에서 그 지급의무자는 부이다. 이는 앞에서 살펴본 바와 같이 양육자가 모로 지정되는 경우가 많음에 따른 것이다. 모가 지급의무자인 경우인 5건의 판례를 보면 모가 지급해야 할 양육비는 부가 지급해야 할 양육비에 견주어, 그 액에서 별 차이를 볼 수 없지만, 모가 건강문제로 당분간 무자력이기 때문에 모의 양육비 지급의무를 면제한 경우도 있다.

다음으로 양육비 판시액을 살펴보면, 자녀 1인당 10만원미만인 경우가 3건, 10만원이상~15만원미만인 경우가 7건, 15만원이상~20만원미만인 경우가 6건, 20만원이상~30만원미만인 경우가 15건, 30만원인 경우가 15건, 30만원 초과인 경우가 4건 등이다. 즉, 일반적으로 20만원에서 30만원이하로 양육비를 판시함을 알 수 있다.

이러한 판시액을 연도별로 살펴보면, 1980년에서 1990년대 초반에는 150,000 원이하에서 양육비가 판정되며, 1990년대 중반이후에는 20만원 이상으로 판정되는 것이 보인다. 이러한 추세의 전환은 물가상승을 반영한 것으로 보이며, 그다지 의미있어 보이지는 않는다. 그러나, 1997년에 이르면, 30만원이 넘는 양육비 판시도 가끔 나타나는데, 그 내용은 다른 판례에서 언급하는 사항과 다르지 않고 30만원이 넘는 양육비를 판정한 점에 대해 특징을 찾기 어렵다.

한편, 위의 재판상 판시된 양육비외에 이혼하면서 3명의 자녀들에 대한 부양료로서 남편은 자녀들에게 그가 받는 봉급의 80%와 700%의 상여금을 막내인 자녀가 대학을 졸업할 때까지 매월 지급하기로 한 양육비 협정에 대해, 판례는 “현저히 형평을 잃은 불공정한 법률행위여서 무효이거나 그 이행을 강요함이 형평에 반한다고 할 수 없다”고 하여, 당사자의 협정을 존중하는 태도를 보이고 있다.

그러나, 양육비 액수에 있어서 부담액수를 부부가 협의로 정하든 재판으로

정하는 문제는 그 구체적인 기준이 없다는 점이다. 협의할 경우에도 참고할 수 있도록 재판상 고려되는 기준, 즉 부부 각각의 총재산의 일정비율이나 수입의 일정비율을 양육비로 정하거나, 평균교육비와 물가상승율 등을 고려하여 일정한 액수를 양육비로 산정하는 구체적이고도 상세한 양육비 산정방법이 마련될 필요가 있다.

### 3. 면접교섭권

면접교섭권자는 자녀를 양육하는 않는 부모 일방이다. 검토대상 판례에서 총 8건을 살펴보면 면접교섭권자가 부인 경우가 6건(75.0%), 모인 경우가 2건(25.0%)으로 부가 다수를 차지하고 있다. 이는 모가 대부분 양육자로 지정되는 것과 무관하지 않다.

판례는 면접교섭권의 판단기준으로서 일반적으로 ‘친자관계의 유지와 그를 통한 자녀의 원만한 성장과 복지’를 들고 있다. 따라서, 판례는 자녀가 양육하지 않는 부모 일방과의 면접교섭을 통해서 친자관계를 계속 유지함으로써 서로간에 애정과 유대감을 가지게 하여, 자녀들이 원만한 성장과 복지에 기여한다고 판단하고 있다. 그러나, 이러한 면접교섭권은 그 면접교섭이 자녀들의 양육이나 교육에 악영향을 미칠 우려가 있다고 볼만한 특별한 사정이 없는 경우에만 인정되고, 자녀에게 악영향을 미치는 경우에는 제한된다.

판례는 면접교섭권 행사방법에 대해 다양하고도 구체적으로 정할 수 있고, 그 방법을 정하기 위하여 여러 가지 사항을 고려해야 한다. 판례가 주로 고려하는 사항으로는 부모에 대해서는 이혼경위, 직업, 나이, 장래의 생활전망, 자녀에 대한 애정의 정도 등을, 자녀에 대해서는 자녀의 현재까지의 양육(생활)과정, 나이, 성격, 성별 등을 고려한다고 하고 있다. 이러한 사항을 고려하여 구체적인 행사방법이 다양하게 제시되는데 검토판례를 살펴보면 일정한 틀을 보이고 있다.

첫째, 달을 기준으로 특정 날에 면접교섭권을 부여한다는 점이다. 이는 구체적으로는 매월 셋째 일요일, 매월 2회, 매월 첫째주·셋째주 토요일/일요일, 매월 마지막주 일요일, 매월 첫째 일요일 등으로 언급된다.

둘째, 면접교섭이 인정되는 특정한 시간이 제시된다. 예컨대, 오전 9시부터 오후 9시, 오전 9시부터 오후 6시, 오전 11부터 오후 5시, 오후 3시부터 다음날 오후 9시, 오전 10시부터 오후 4시 등이다.

셋째, 면접교섭이 인정되는 장소를 지정한다. 판례는 면접교섭권자가 원하는 장소라고 하여 특정하지 않는 경우도 있지만, 예컨대 자녀의 주소지, 면접

권자의 주소지 등으로 확정하거나, 자녀나 면접권자의 주소지와 함께 면접교섭권자가 책임질 수 있는 장소라고 하여 구체적 장소의 명시와 임의적 장소에 대한 면접교섭권자의 책임을 명시하고 있다.

넷째, 자녀가 학령기의 아동인 경우에는 방학기간중 일정기간동안의 동거를 면접교섭방법의 하나로 채택하고 있다. 자녀가 초·중·고 학생인 경우에는 달을 기준으로 하는 면접교섭외에, 방학기간을 이용하여 일정기간의 동거를 인정한다. 예컨대, 1월과 8월의 첫일요일부터 토요일까지 1주일간을 자녀와 동거하게 한 경우, 1월과 8월중 면접교섭권자가 희망하는 각 7일간에 한하여 동거를 인정한 경우, 매년 8월 1일부터 15일간 및 12월 30일부터 15일간 동거를 인정한 경우를 볼 수 있다.

이처럼, 제 몇째 요일의 몇 시에서 몇시까지 어디에서 만났다고 하는 것처럼 구체적인 일시 장소, 방법을 규정하는 우리나라의 면접교섭방식은, 세목에 걸쳐 구체적으로 정하여 실현을 확실하게 하는 장점이 있다. 그러나, 자녀나 양육자에게 특별한 사정이 있는 경우에는 그 형편에 맞추기 어렵기 때문에 그들에게 정신적·신체적으로 부담을 주는 일도 있을 것이라고 생각된다.

## V. 이혼 후 친권·양육권·면접교섭권에 관한 외국의 입법

### 1. 국제협약

아동권리협약은 189년 11월 20일 제44회 유엔총회에서는 아동을 하나의 독립한 인격으로서 존중하고, 아동에게 권리주체성을 인정하는 ‘아동권리협약(Convention on the Rights of the Child : CRC)’을 채택하였다. 우리나라에서는 1991년에 발효하여 2번의 국가이행보고서를 제출하였다(1994년, 2000년). 아동권리협약은 지금까지의 아동권리선언과 달리 법적 구속력을 가지고, 각 회원국에 대해 아동의 권리보장을 위한 구체적인 법적 조치 등을 취하게 하는 의무를 지우고 있기 때문에 가족법에 대해서도 적지 않은 영향을 미치고 있다. 예컨대, 이혼후의 양육이나 면접교섭의 문제에 대해서도 규정을 두고 있다.

여성차별철폐협약은 1979년 12월 18일 제34회 유엔총회에서 채택되었으며 동 협약은 선언에서보다 남녀평등이념을 한층 명확히 하고, 보다 철저히 하고, 더욱 포괄적으로 하였으며, 각 회원국에게 여성차별철폐를 위한 구체적인 법

적 조치 등을 취하게 하는 의무를 지우고 있고, 이러한 협약조항은 가족법에 대해서도 적지 않은 영향을 미치고 있으며, 부부의 모든 권리의무에서의 평등권을 규정하고 있다.

## 2. 일본

일본에서는 이혼후 친자관계에 대해 민법에 규정을 두고 있다. 친권·양육권에 대해서는 명문규정을 두고 있으나, 면접교섭권에 관해서는 규정은 없지만 판례로 인정되어 있다.

자녀에 대한 친권은 부모가 혼인중인 경우에는 부모가 공동으로 행사하지만 부모가 이혼한 경우에는 부모의 일방이 친권자로 된다(민법 제819조 제1항, 제2항, 제3항). 친권의 내용은 양육과 재산관리이다. 협의이혼의 경우에는 친권자는 부부의 협의로 정하거나 협의가 이루어지지 않는 경우에는 가정법원이 그 심판으로 정하고(민법 제819조 제1항, 제5항, 가사심판법 제9조 제1항 을류 제7호), 재판이혼의 경우에는 법원의 판결로 정한다(민법 제819조 제2항, 인사소송법 제15조 제5항). 재판이혼의 경우에 판결주문에 결정된 친권자를 기재한다. 일본에는 이혼신고양식에 친권자 란이 있으므로 친권자를 정하지 않으면 이혼신고는 수리되지 않는다. 일본에서는 이혼후 부모가 공동으로 친권을 행사할 여지는 없다. 우리나라의 경우 공동친권을 인정하지만, 일본은 이혼후에는 부부가 동거하지 않으므로 그 실질적 행사의 어려움을 이유로 단독친권만을 인정하고 있다. 부 또는 모에게 귀속된 친권은 이후 변경할 수 있다(민법 제819조 제6항). 변경은 “자녀의 이익”을 기준으로 해야 한다. “자녀의 이익”이라는 기준은 친권의 변경에 관한 판단기준이면서 법원이 친권자를 결정할 때의 기준이기도 하다.

일본에서도 우리나라처럼 친권자와는 별도로 양육자를 정할 수 있다. 자녀에 대한 양육권에 대해서도 부부가 협의로 양육자와 양육에 필요한 사항은 협의로 정하고, 협의되지 않거나 협의할 수 없는 경우에는 법원이 정하는 것이 원칙이며, 이혼소송에서 결정할 수도 있다(민법 제766조 제1항, 가사심판법 제9조 제1항 을류 제4호, 인사소송법 제15조 제1항). 양육자를 부와 모중 하나로 해야 한다는 규정은 없으나, 일반적으로 일방을 선택해왔으며, 현재 입법론적으로 자녀를 위해 공동친권·공동양육권에 대한 논의가 있다.

친권과 양육권의 관계를 보면, 부 또는 모가 단독으로 친권을 행사하는 것이 원칙이며, 친권자와 양육자를 다르게 정할 수도 있다. 그리고 이 경우에는 친권자의 친권행사 내용에 양육권이 제외된다.

일본에서 이혼후 자녀의 양육비 부담은 이혼시에 “양육에 대해서 필요한 사항”(민법 제766조 제1항)으로서 결정된다고 해석되고 있다. 그러나, 조정이혼이나 재판이혼의 경우는 제외하더라도 이혼의 90%를 차지하는 협의이혼의 경우에는 양육비 부담을 정확히 결정한다고 하는 제도적 보장은 존재하지 않는

다. 양육비는 일반적으로 부부가 협의하여 결정하며, 협의가 되지 않으면 가정법원이 부모의 재산, 수입, 재산분할액 등을 고려하여 구체적으로 그 액수를 정한다. 그 지급방법은 일시불로 하거나 정기금으로 할 수 있다.

일본에서는 면접교섭권을 명문으로 규정하고 있지 않다. 1996년에 민법개정요강의 입법과정에서 면접교섭권에 관한 규정의 신설에 대해 논의되어, 최종안에 현재의 제766조 “양육에 대해 필요한 사항”으로서 “부 또는 모와 자녀와의 면회 및 교류”라는 문구를 두었다. 그러나, 결국에는 “자녀의 이익을 가장 우선하여 고려해야 한다”고 하는 일반적인 지침을 명시하는 것으로 마무리되었고, 면접교섭권은 명문화되지 못했다.

### 3. 독일

독일에서 친권(Elterliche Sorge)은 미성년 자녀를 돌보기 위한 부모의 권리이자 의무이며, 크게 신상양육과 재산관리로 나누어진다. 양육권은 친권의 한 내용이다.

혼인중 부모는 공동으로 친권을 행사하며, 이혼후에도 마찬가지이다. 다만, 1998년 7월부터 시행된 개정민법은 부모의 일방이 이혼시에 법원에 단독친권을 청구한 경우에만 법원은 친권문제와 이혼소송을 병합심리하여 친권자를 결정하게 된다(제1671조 제1항). 독일에서 이혼후의 친권문제는 전적으로 부모의 자율에 위임된 것이다.

자녀는 부모이혼후 일방과 함께 거주하고 생활하게 되므로, 부모가 공동친권을 행사하는 경우에 관하여 개정법은 상세한 규정을 두고 있다. 즉, 자녀에게 중요한 의미를 갖는 사항에 대한 결정과 자녀의 일상생활에 관련되는 결정을 나누었다(제1687조). 그리고, 자녀에게 중요한 의미를 갖는 사항에 대한 결정은 부모가 협의하여 정하도록 하고 협의가 되지 않는 경우에는 법원이 결정하도록 하고(제1628조), 자녀의 일상생활에 관련되는 사항은 자녀를 실제로 양육하는 부모의 일방이 단독으로 결정할 수 있도록 하였다.

독일은 양육비 확보를 위해 1998년 독일 친자법을 개정하여 보좌제도를 도입하고 ‘민법’에 규정하였다(제1712조-1717조). 이 개정법은 1998년 7월부터 시행되었다.

이 개정법에 의하면 이혼한 부 또는 모는 양육비에 관하여 복지기관에 보좌를 신청할 수 있다. 보좌제도란 단독으로 자녀를 양육하는 부 또는 모가 가족문제를 전담하는 복지기관(Jugendamt=Youth Welfare Office)에 인지와 양육비 청구를 신청하는 경우에 신청사안에 대해 그 복지기관이 자녀의 보좌인이

되는 것을 말한다(제1712조, 1714조).

또한 이혼후 부모의 일방이 자녀의 신상양육권을 가지는 경우에 자녀를 양육하지 않는 부모의 일방에게 자녀에 대한 면접교섭권을 인정하고 있으며, 동시에 자녀도 자신을 양육하지 않는 부모의 일방과 면접교섭권을 가진다(민법 제1684조). 즉, 우리와 달리 자녀와 부모를 동시에 면접교섭권의 주체로서 인정한다. 면접교섭권이 자녀의 권리로 인정됨에 따라 부모 이외의 제3자(조부모, 형제자매 등)에게도 면접교섭권을 인정한다(동법 1685조). 이러한 민법규정에 따라 독일사회법도 면접교섭권의 당사자인 부모, 자녀 또는 제3자(조부모, 형제자매 등)에 대하여 사회복지기관에서 상담 및 지원을 받을 수 있는 권리를 이전 보다 더욱 넓게 인정하고 있다(동법 제18조). 독일은 면접교섭권이 실효를 거두기 위해서는 무엇보다도 당사자 사이의 합의가 중요하다는 인식하에 상담과 지원을 통한 조정 서비스를 확충하고자 하였다.

#### 4. 영국

영국에서는 친권과 양육권의 개념이 구분되어 있지 않고, 아동법 제2조에서 “부모의 책임”이라는 용어를 사용하고 있다.

양육권은 혼인중에는 부부가 공동으로 행사하지만, 이혼후에는 자녀의 복리를 최고 이념으로 하여 단독양육권과 공동양육권을 인정하고 있다.

법원이 이혼재판에서 18세 미만의 자녀의 양육에 대해 모에게 단독양육권을 주고 부에게는 면접교섭권을 인정하는 방법, 부에게 법적 양육권을 모에게 신상양육권을 주는 방법, 공동양육권을 부여하면서 부 또는 모에게 신상양육권을 부여하는 등, 크게 3가지로 유형화하여 부여하고 있다.

영국에서는 법원이 이혼시 양육권의 결정에서 광범위한 재량을 가지고 제2차 대전후에는 모에게 법적 양육권과 신상양육권을 함께 부여했으나, 이후 부친차별이라는 비판이 발생하여 공동양육권으로 되었다. 그러나 이혼가정의 90%이상에서 실제로는 모가 양육하고 있다고 한다.

한편, 영국의 혼인관계법(The Matrimonial Causes Act, 1973)은 부부가 이혼할 경우에 법원은 그 판결을 하는 경우에 판단해야 할 사항으로서 아동법(The Child Act, 1989) 규정의 적용을 받는 자녀가 있는가 여부, 그러한 자녀가 있는 경우에는 자녀의 양육 및 복지를 위해 책정해야 할 또는 책정되거나 제안된 협정에 대해서 법원의 권한을 행사할지 여부에 대해 고려해야 한다고 규정하고 있다(제41조).

여기서 “고려한다”는 것은 법원이 이혼확정판결을 하기 전에 자녀의 이익보

호를 위한 부부간의 협정을 판단하고, 이혼확정 판결을 하는 과정을 밟아야 하는 것을 의미한다. 이 단계에서 법원은 자녀의 이익보호에 관한 부부간의 협정의 옳고 그름을 검토할 수 있다. 나아가, 법원은 별도로 명령 내지 결정을 하기까지는 이혼판결을 확정하지 않거나 재판별거를 허가하지 않는다는 취지를 지시할 수 있다고 하고 있다(제41조(2)). 이 규정의 취지는 1989년 아동에 근거하여 자녀에 관한 미해결 문제를 해소하기까지는 판결인용의 확정을 지연하고자 하는데 있다.

위와 같이 이혼판결을 확정하기 전에 법원은 자녀에 관한 부부의 협정에 대해 심사해야 하는데, 그 절차는 구체적으로는 세부적으로 기재된 자녀를 위한 협정문서를 검토하는 것이며, 이를 담당하는 것은 지방법원의 법관이다. 그 문서는 이혼신청시에 첨부되어야 한다.

이혼에 즈음하여 그 이익을 위해 이혼판결의 지연을 가능하게 하는 자녀에 대해서 2가지 요건을 규정하고 있다(제52조). 연령의 요건과 가족인 자녀일 것이라는 요건이다. 연령에 대해서는 장애아를 제외하고 16세 미만 자녀이다. 이는 1989년 아동법에서 제8조 명령대상이 되는 자녀의 연령에 부합하는 것이다. 가족인 자녀는 친자 및 양자, 비적출자이며, 부부가 가족인 자녀로서 대우하고 있는 자녀는 다양하다. 이는 친자관계의 유무에 관계없이 당사자가 가족의 구성으로 동거해온 자녀를 포함하고자 하는 취지이다.

혼인관계법 제41조의 협정에 대해 당사자사이에 합의가 성립하지 않는 경우, 조정에 의한 해결이 곤란한 경우에는 아동법 제8조의 명령신청에 의해 해결할 수 밖에 없다.

영국에서 미성년 자녀의 경제적 기반을 확보하기 위해 여러 가지 제도를 마련하고 있고, 그 제도는 각각의 취지와 목적하에서 다양한 전개를 보이며 유동적이다. 자녀의 경제적 기반을 확보하는 것을 목적으로 한 법률중 특히 기본적인 중요한 기능을 수행하는 것은 1991년 아동지원법(The Child Support Act), 1973년 혼인관계법(The Matrimonial Causes Act), 1978년 가사사건과 치안판사법원법(The Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act 1978), 1989년 아동법(The Child Act)이다. 이들 법은 각각 고유한 목적과 적용영역을 가지고 종합적으로 자녀의 경제적 기반의 확보를 목적으로 하는 것이다. 이러한 법들이 각각의 목적의 내용과 고유한 적용영역을 가지면서, 그들이 전체로서 자녀의 재산적 보호에 대해 기능하고 있다.

영국에서 부부가 별거 내지 이혼하여 자녀가 일방의 부모 밑에서 양육되고 있는 경우, 자녀가 지방공공단체의 보호하에 있는 경우에 자녀 내지 부모는 각각 그 교류를 법원에 청구할 수 있다.

“contact”라는 용어는 1989년 아동법에서 처음으로 사용되고, 그 이전에는 교류를 의미하는 용어로서 “access”가 사용되고 있었다. 그것이 “contact”라는 용어로 바뀐 것은 이 용어가 더 자녀중심의 이념을 표현하는데 적합하다고 해석되었기 때문이다. 그 내용은 1989년 아동법 제8조 제1항에 의하면 자녀가 명령에 의해 지정된 자를 방문하고 그와 숙박을 함께 하고, 다른 방법으로 서로 교류하는 것이라고 규정하고 있다. 부모가 자녀와 만나고, 따로 살고 있는 부모와 자녀가 정기적으로든 임의적으로든 어느 기간에 만나, 일시적인 친자생활을 회복하고, 서로 교류를 통해 양자의 의사 소통을 도모한다고 하는 의미로 해석된다.

## 5. 미국

미국법에서의 친권 및 양육권도 영국과 마찬가지로 분리되어 있지 않다. 미국에서도 자녀의 양육에 관련한 모든 사항을 결정할 법적 권리의무인 법적 양육권(legal custody)과 자녀가 부모의 일방과 생활하는 경우에 자녀의 일상생활에 관한 결정을 할 권리의무인 신상양육권(physical custody)으로 구분된다. 부부가 혼인하고 동거하고 있는 기간은 부모쌍방이 자녀의 법적 양육권·신상양육권을 평등하게 가지고 공동하여 행사한다. 이혼 또는 별거시에 부모가 공동으로 가지고 행사한 법적 양육권·신상양육권의 귀속문제가 발생하게 된다.

미국에서 이혼의 경우에 자녀의 양육자 결정의 기준으로 자녀의 최선의 이익 원칙, 어린 자녀의 모(母)우선 원칙, 이혼무책당사자 원칙이 판례나 성문법으로 확립되어 왔다. 이중 모우선 원칙과 이혼무책당사자 원칙은 사회의 변화와 함께 점차 사라지고, 현재는 “자녀의 최선의 이익”이 자녀의 양육권을 정할 때의 일반적 기준이다. 통일혼인이혼법(Uniform Marriage and Divorce Act)은 “법원은 자녀의 양육에 있어서 자녀의 최선의 이익에 따라 결정하여야 하며, 결정 시에는 다음의 요소를 고려하여야 한다. ① 자녀의 양육에 관한 부모의 일방 또는 쌍방의 희망, ② 양육자에 대한 자녀의 희망, ③ 부모 일방 또는 쌍방, 형제자매와의 상호관계, ④가정, 학교, 사회에 대한 자녀의 적응력, ⑤ 관계당사자의 정신적, 육체적 건강 및 성실성. 법원은 자녀와의 관계에 영향을 주지 않는 양육자의 행위에 대해서는 고려해서는 안된다(제409조)”고 규정하고 있다.

미국에서 부모는 자녀의 양육비를 부담할 의무를 지며, 미국의 각 주법은 부모의 신청이 없더라도 이혼판결시에 자녀에 대한 양육비 지급을 함께 명하도록 규정하고 있다. 부부는 성별에 관계없이 각자의 경제능력과 재산에 따라 양육비를 부담한다.

양육비의 구체적 산정과 관련하여 미국에서는 1975년에 사회보장법 제4장 D절을 신설하여 아동부양이행강제제도(Child Support Enforcement Program)를 제정하고, 여기에서 정한 내용에 따라 양육비를 산정할 것이 법정화되기 시작했다. 양육비 산정기준의 입법화를 통해, 연방정부의 자녀부양시행청(The U.S. Office of Child Support Enforcement)은 1984년도에 주별로 각각인 양육비 산정원칙을 정비하기 위해 다음과 같은 8가지 양육비 산정기준을 마련하였다.

양육비의 이행확보를 위해 가장 유효한 수단으로 기능하고 있는 것이 전국적으로 시행되고 있는 급여공제제도이다. 대부분의 선진제국이 양육비의 이행 확보수단으로서, 급여공제제도를 이용하고 있는데, 이중에도 1980년대 후반이후 미국에서 나타난 급여공제제도의 추진은 주목할 필요가 있다. 1988년의 가족지원법(Family Support Act)의 제정으로 각주의 양육비이행확보제도는 급속히 개혁되었다.

이혼한 가족에 있어, 자녀를 양육하지 않는 부모의 기본적인 부모로서의 권리는 방문권(visitation right)이다. 연방대법원은 자녀를 양육하고 자녀를 돌보는 부모의 권리는 재산권보다 존중되어야 할 권리이고, 불가결한 기본권임을 승인해왔다. 연방대법원이 자녀를 양육하지 않는 부모의 일방이 가진 자녀의 방문권은 합중국헌법의 수정 제14조에서 보호되는 기본권이라고는 명시적으로 서술하고 있지 않지만, 부모가 자녀와 교류하고, 자녀의 양육에 참가할 권리로서 승인하고 있다.

## VI. 가족법상 친권 · 양육권 · 면접교섭권제도의 실효성 확보방안

### 1. 법적 개선방안

- 가. 민법에 자녀복리원칙에 관한 일반규정이 포함되어야 한다.
- 나. 현행 15세로 된 자녀의견청취연령 규정을 개정해야 한다.
- 다. 자녀양육에 관한 합의를 이혼의 전제조건으로 법정화한다.
- 라. 양육비 관련제도를 개선한다.
- 마. 면접교섭권제도를 개선한다.

## 2. 법 시행을 위한 여건조성방안

- 가. 가정법원이 전국적으로 설치되어야 한다.
- 나. 가사조정제도를 적극적으로 활용해야 한다.
- 다. 가정법원 법관의 전문화가 이루어져야 한다.
- 라. 가사상담실 설치 및 전문상담기관과의 연계가 필요하다.
- 마. 이혼예방을 위한 사회교육 활성화가 이루어져야 한다.
- 바. 자녀양육에 관한 의식전환이 필요하다.

# 목 차

|                                     |    |
|-------------------------------------|----|
| 제1장 서론 .....                        | 1  |
| I. 연구의 필요성 및 목적                     | 3  |
| II. 연구내용 및 방법                       | 7  |
| III. 연구의 범위 및 제한점                   | 9  |
| 제2장 가족법상 친권·양육권 및 면접교섭권제도의 내용 ..... | 11 |
| I. 친권에 관한 검토                        | 13 |
| 1. 친권의 의의                           | 13 |
| 2. 친권의 법적 성질                        | 16 |
| 3. 친권의 내용                           | 16 |
| 4. 관련문제                             | 19 |
| II. 양육권에 관한 검토                      | 27 |
| 1. 양육권의 의의                          | 27 |
| 2. 양육권의 법적 성질                       | 28 |
| 3. 양육권의 내용                          | 30 |
| 4. 양육비에 관한 검토                       | 36 |
| 5. 관련문제                             | 41 |
| III. 면접교섭권에 관한 검토                   | 43 |
| 1. 면접교섭권의 의의                        | 43 |
| 2. 면접교섭권의 법적 성질                     | 45 |
| 3. 면접교섭권의 내용                        | 46 |
| IV. 소결                              | 59 |

### 제3장 가족법상 친권·양육권·면접교섭권제도의 시행현황 ..... 63

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| I. 공식통계를 통해 본 시행현황             | 65  |
| 1. 이혼건수 및 조이혼율                 | 65  |
| 2. 협의이혼 및 재판상 이혼 현황            | 65  |
| 3. 동거기간별 이혼건수                  | 66  |
| 4. 이혼당시 20세미만 자녀 유무            | 67  |
| 5. 이혼사건(제1심)에 대한 병합사건 건수       | 69  |
| 6. 가사비송 마류사건 종류별 처리건수          | 70  |
| 7. 가사조정사건 처리상황                 | 70  |
| II. 친권 · 양육권 · 면접교섭권관련 법원실무    | 71  |
| 1. 친권 · 양육권 · 면접교섭권자 지정 및 변경절차 | 71  |
| 2. 자녀문제에 관한 이행확보제도             | 95  |
| III. 친권 · 양육권 · 면접교섭권 관련사례     | 104 |
| 1. 개관                          | 104 |
| 2. 친권 · 양육권 관련사례 검토            | 105 |
| 3. 양육비 관련사례                    | 118 |
| 4. 면접교섭권 관련사례                  | 122 |
| 5. 기타 자녀양육에 관련된 법적 문제          | 127 |
| IV. 소결                         | 129 |

### 제4장 친권·양육권·면접교섭권 관련 판례분석 ..... 133

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| I. 친권                    | 135 |
| 1. 친권행사자에서의 청구자와 지정자     | 136 |
| 2. 친권행사자 지정의 판단기준 및 고려사항 | 140 |
| II. 양육권                  | 147 |
| 1. 양육자 지정청구자 및 지정자       | 148 |
| 2. 양육자 지정에서의 판단기준 및 고려사항 | 153 |

|                |     |
|----------------|-----|
| 3. 양육비         | 162 |
| III. 면접교섭권     | 176 |
| 1. 면접교섭권자      | 178 |
| 2. 면접교섭권의 판단기준 | 179 |
| 3. 면접교섭권 행사방법  | 179 |
| IV. 소결         | 180 |

## 제5장 이혼 후 친권·양육권·면접교섭권에 관한 외국의 입법 ..... 183

|   |     |
|---|-----|
| I. 국제협약   | 185 |
| 1. 아동권리협약                                       | 185 |
| 2. 여성차별철폐협약                                     | 188 |
| II. 일본  | 190 |
| 1. 친권 및 양육권                                     | 190 |
| 2. 양육비 확보제도                                     | 191 |
| 3. 면접교섭권  | 194 |
| III. 독일   | 195 |
| 1. 친권 및 양육권                                     | 195 |
| 2. 양육비 확보제도                                     | 196 |
| 3. 면접교섭권  | 200 |
| IV. 영국  | 202 |
| 1. 부모의 책임(Parental responsibility for children) | 202 |
| 2. 양육비 확보제도                                     | 204 |
| 3. 면접교섭권(Contact with the Child)                | 208 |
| V. 미국   | 210 |
| 1. 친권 및 양육권                                     | 210 |
| 2. 양육비 확보제도                                     | 212 |
| 3. 면접교섭권  | 216 |
| VI. 소결  | 219 |

제6장 가족법상 친권·양육권·면접교섭권제도의 실효성 확보방안 ..... 223

I. 법적 개선방안 ..... 225

1. 민법에 자녀복지원칙에 관한 일반규정이 포함되어야 한다. 225

2. 현행 15세로 된 자녀의견청취연령 규정을 개정해야 한다. 226

3. 자녀양육에 관한 합의를 이혼의 전제조건으로 법정화한다. 227

4. 양육비 관련제도를 개선한다. 228

5. 면접교섭권제도를 개선한다. 231

II. 법 시행을 위한 여건조성방안 ..... 233

1. 가정법원이 전국적으로 설치되어야 한다. 233

2. 가사조정제도를 적극적으로 활용해야 한다. 234

3. 가정법원 법관의 전문화가 이루어져야 한다. 235

4. 가사상담실 설치 및 전문상담기관과의 연계가 필요하다. 236

5. 이혼예방을 위한 사회교육 활성화가 이루어져야 한다. 236

6. 자녀양육에 관한 의식전환이 필요하다. 237

참고문헌 ..... 239

부 록 ..... 245

## 표 목 차

|  |     |
|--|-----|
| <표 3-1> 이혼건수 및 조이혼율(1970-2001) .....             | 65  |
| <표 3-2> 협의이혼 및 재판상 이혼 현황(2001) .....             | 66  |
| <표 3-3> 동거기간별 이혼건수 및 구성비(1990-2001) .....        | 66  |
| <표 3-4> 이혼소송사건 동거기간별 이혼건수 및 구성비(1996-2000) ..... | 67  |
| <표 3-5> 이혼당시 20세미만 자녀 유무(1993-2001) .....        | 68  |
| <표 3-6> 이혼사건 자녀수별 비교(1996-2000) .....            | 68  |
| <표 3-7> 이혼사건(제1심)에 대한 병합사건 건수(2000) .....        | 69  |
| <표 3-8> 가사비송 마류사건 종류별 처리건수(2000) .....           | 70  |
| <표 3-9> 가사조정사건 처리상황(2000) .....                  | 71  |
| <표 3-10> 보전처분 및 사전처분사건 현황 .....                  | 99  |
| <표 3-11> 서울가정법원의 사전처분의 실례 .....                  | 100 |
| <표 4-1> 친권행사자 지정에서의 청구자 및 친권행사자 .....            | 136 |
| <표 4-2> 친권행사자 지정에서의 고려사항 .....                   | 141 |
| <표 4-3> 양육자 지정에서의 청구자 및 지정양육자 .....              | 149 |
| <표 4-4> 양육자 지정에서의 고려사항 .....                     | 153 |
| <표 4-5> 양육비 청구자 .....                            | 165 |
| <표 4-6> 양육비 산정에서의 고려사항 .....                     | 168 |
| <표 4-7> 양육비 액수 .....                             | 171 |
| <표 4-8> 이혼시 부모의 자녀에 대한 면접교섭관련 판례 .....           | 177 |

서론

|                   |   |
|-------------------|---|
| I. 연구의 필요성 및 목적   | 3 |
| II. 연구내용 및 방법     | 7 |
| III. 연구의 범위 및 제한점 | 9 |

## I. 연구의 필요성 및 목적

최근 우리나라에서는 이혼이 증가하고 있고, 그에 따라 이혼자녀의 수도 급격히 늘어나고 있다. 2002년 3월 통계청이 발표한 통계자료에 의하면, 이혼 건수는 1970년 11,600건, 1990년 45,700건, 2000년 120,000건, 2001년 135,000건이고, 이를 다시 인구 천명당 이혼건수를 나타내는 조이혼율로 보면, 1970년 0.4건, 1990년 1.1건, 2000년 2.5건, 2001년 2.8건인 것으로 나타났다.<sup>1)</sup> 전체 이혼건수 중 협의이혼은 111,688건(82.7%), 재판상 이혼은 22,646건(16.8%), 미상 680건(0.5%)으로 협의이혼이 대다수를 차지한다.

또한 2001년 이혼당시 20세미만 자녀를 두고 있는 경우가 70.3%(94,900건)이고, 그 중 2명이 34.6%(46,700건)로 가장 많고, 1명이 31.2%(42,200건), 3명 이상이 4.5%(6,000건)의 순이며, 자녀가 없는 경우는 29.7%(40,100건)이었다. 여기서 20세미만 자녀를 둔 94,900건의 이혼건수에 자녀수를 곱하면, 최소한 15만명 이상의 미성년자녀가 부모의 이혼으로 인해 고통을 받았을 것으로 추측할 수 있다. 특히 이혼부부의 동거기간을 보면, 10년미만이 54.4%를 차지하여 10세미만의 어린 자녀들의 고통스런 경험을 짐작할 수 있다. 실제상의 이혼원인이 대부분의 경우 부부간의 불화라는 통계는 이혼부부가 언제나 자녀의 이익을 꾀하기 위한 조치만을 취하지는 않을 것이라는 사정을 말해 준다.<sup>2)</sup>

그리고 제1심 이혼소송의 경우 친권자 지정 등 병합사건없이 이혼만 청구한 경우(53.8%)가 병합사건 있는 경우(46.1%)보다 더 높은 것을 볼 때, 재판상 이혼시 자녀양육의 문제가 고려되지 않고 있음을 추측할 수 있다.

또한 보건복지부와 한국보건사회연구원이 1998년에 발표한 조사결과에 의하면, 전국 아동복지시설 271개소에 수용되어 있는 아동 16,620명 가운데

1) 통계청의 2001년 혼인·이혼신고에 의한 집계에 따른 『2001년 혼인·이혼통계 결과』에 발표된 통계수치임 : <http://www.nso.go.kr>

2) 최달곤(1996), “이혼후의 자녀보호”, 『가족법연구』 제10호, 한국가족법학회, p.187.

93.8%는 부모가 생존해 있고, 그 원인이 대부분 부모의 행방불명, 이혼 및 양육포기인 것으로 밝혀져 이혼자녀들이 부모 양쪽으로부터 버림받는 사태가 발생하고 있다.<sup>3)</sup>

이상의 통계수치들은 이혼의 증가와 함께 이혼가정의 자녀문제가 심각할 것이라는 사실을 보여주고 있다.

더구나 최근에 나온 한 판결은 이러한 우려를 더하게 한다. 서울가정법원이 2002년 10월 2일 선고한 판결은 상습적인 아내구타와 가출 등의 유책당사자인 남편이 제기한 이혼청구를 받아들였으며, 그 판결문에서 “파탄의 원인이 원고의 책임에서 비롯되었으나 그 아내도 부부로서의 권리와 의무를 모두 포기한 채 정상적인 혼인생활을 회복하기 위해 아무런 노력을 하지 않은 모두의 잘못”이라고 판시함으로써 사실상 파탄주의의 입장을 선언하고 있다.

우리 가사소송은 유책주의를 원칙으로 하고 있는데, 이 판결은 사실상 유책주의에 반하는 판결로서 상급심의 판단이 주목되고 있다.<sup>4)</sup> 이와 같이 파탄주의에 입각한 판결이 나온다면 이혼건수는 더욱 많아질 것이고, 이에 따른 자녀의 문제, 양육비 등의 문제도 따라서 많아질 것이다. 물론 이러한 판결이 처음이고, 또 하급심판결이기 때문에 가정법원이 유책주의를 포기했다고 단언할 수는 없다. 그러나 실제 결혼생활이 이루어지지 않고 파탄된 경우 호적상 혼인관계를 존속하는 것이 무슨 의미가 있겠는가라는 현실적인 생각들이 조금씩 나타나고 있고, 장차 파탄주의가 보편화된 법 원리로 받아들여지게 된다면 부모의 이혼으로 영향을 받을 자녀수가 더욱 늘어날 것은 분명하다.

3) 권정희(2001), “이혼에서 자녀보호를 위한 법적 고찰”, 『가족법연구』 제15권 1호, 2001년 6월, 한국가족법학회, p.190.

4) 서울가정법원은 2002년 10월 2일 A씨(호적상 나이 83)가 B씨(호적상 나이 77)를 상대로 낸 이혼청구소송에서 원고승소판결을 내렸다. 6.25당시 월남한 A씨는 1955년 B씨와 결혼, 아들 둘과 딸 넷을 낳았으나 B씨를 자주 폭행하고 자녀들도 너무 엄격하게 대하다 1985년 자녀들이 B씨편을 들자 재산을 떼 주고 나와 살면서 이혼소송을 제기했으나 패소했었다. 1992년에 C씨를 만나 살면서 아들 둘을 낳고 소송을 내어 이번에 승소판결을 받은 것이다. 재판부는 판결문에서 “파탄의 원인은 상습적으로 아내를 폭행하다가 결국 집까지 나가버린 원고의 잘못에서 비롯됐으나 피청구인도 부부로서의 권리와 의무를 모두 포기한 채 정상적인 혼인생활을 회복하기 위해 아무런 노력을 하지 않은 모두의 잘못”이라고 판시하여 사실상 파탄주의를 선언한 판결로 볼 수 있다 : 법률신문 2002년 10월 10일자.

아동권리협약이나 유엔여성차별철폐협약은 아동의 인권보장의 측면에서 부모의 이혼으로 인해 자녀의 복리가 침해받아서는 안된다는 것을 요구하고 있으며, 따라서 자녀복리의 기준은 이혼과 관련된 아동들의 거취에 관한 제일의 원칙으로 자리잡아야 한다.

한편 서울가정법원에서 1999년에 처리한 이혼사건 중 친권자 및 양육자 지정이 있었던 200건을 분석한 결과를 보면, 자녀양육자로 모(母)<sup>5)</sup>가 지정된 경우가 132건(66%)이었고, 부(父)가 지정된 경우는 64건(32%)이었으며, 부모가 자녀를 나누어 양육하는 경우가 4건(2%)이었다.<sup>6)</sup> 더구나 가정법률상담소가 2001년에 조사한 결과에 따르면, 이혼하고 자녀를 양육하는 여성의 61.3%(자녀를 양육하고 있는 별거여성의 경우에는 81.8%)가 양육비를 제대로 지급받지 못한 것으로 나타났다.<sup>7)</sup>

이와 같이 이혼 후 자녀를 모가 양육하는 경우가 2배 이상 많은 것을 볼 때, 이혼여성들이 생계문제 해결, 자녀양육책임, 사회적응문제 등 다양한 부담을 안게 된다는 것을 쉽게 알 수 있다.

자녀양육의무를 공동으로 담당하여야 할 상대방이 양육비를 제대로 지급하지 않을 경우 경제적 곤란과 함께 이혼가정의 복리가 위협을 받게 되는데, 이혼여성 혼자 힘으로 법적으로 양육비를 확보하는데는 시간적, 경제적 또는 정서적으로 많은 어려움이 따르게 된다. 또 어렵게 양육비 지급판결을 받아도 소식을 끊거나 직장을 그만 둔 경우, 또 재산을 다른 사람의 명의로 돌린 경우 등에는 집행방법이 막혀 버리게 된다. 결국 상대방이 고의로 양육비 지급을 회피할 경우 대응방책이 없어 양육비 청구를 아예 포기해 버리는 경우가 나타나게 되고 이것이 이혼가정 자녀의 복지에 심각한 위협이 되는 것이다.<sup>8)</sup>

5) 모(母)는 어머니를 나타내며, 이하에서는 한자를 별도로 병기하지 않기로 한다. 부(父), 가(家), 자(子)의 경우도 한자를 생략한다.

6) 김상용(2001), “이혼가정 자녀복리를 위한 제도개선 방향”, 『이혼가정과 자녀양육 - 양육비 제대로 받고 있는가』, 한국가정법률상담소 창립 45주년 기념 심포지엄자료, 한국가정법률상담소, p.125.

7) 한국가정법률상담소(2001), 『이혼가정과 자녀양육, 양육비 제대로 받고 있는가』, 한국가정법률상담소 창립 45주년 기념 심포지엄자료, 2001년 5월, p.41.

이와 같이 이혼한 부부의 자녀들, 특히 미성년자녀들은 자신의 의사와는 상관없이 부모의 이혼으로 인해 경제적, 심리적 어려움을 겪게 되며, 자녀의 복리가 침해될 가능성이 높다. 따라서 이혼과정에서 자녀보호를 위한 친권자, 양육자의 결정, 양육비 지급에 관한 합의, 면접교섭권 확보 등이 자녀복리의 관점에서 논의되어야 한다.

다른 한편으로 이혼 후 여성들이 자녀를 양육하는 경우가 많다는 사실은 이혼 후에도 자녀양육문제는 여성의 책임으로 되는 경향이 있고, 그에 따른 양육비확보와 친권, 양육권 행사에 따른 다양한 문제에 직면하게 될 가능성을 보여 준다. 따라서 이혼여성이 자녀를 양육하는 과정에서 당면하는 문제와 그 해결방안을 제시해 주는 것이 필요하다.

1990년 개정된 현행 민법은 이혼시 자녀에 대한 친권, 양육권이 협의되지 않은 경우 가정법원은 당사자의 청구에 의하여 이를 정하도록 개정되었으며(제909조 제4항 개정), 자녀를 직접 양육하지 않는 부모 중 일방은 면접교섭권을 가질 수 있도록 제도가 신설되었다(제837조의 2 신설).

개정전 민법은 이혼시 자녀양육에 관한 사항을 협의하지 않은 때 그 양육의 책임은 부에게 있다고 하였고(제837조), 부모가 이혼한 경우 모는 전 혼인 중에 출생한 자의 친권자가 되지 못하도록 함으로써(제909조 제5항) 이혼하는 여성에게 매우 불평등하고 가부장적인 요소를 지닌 규정을 두고 있었다. 따라서 1990년 법 개정은 여성인 모의 지위를 일정한 범위내에서 명시적으로 격상시킨 입법으로 평가된다.<sup>9)</sup> 법 개정 후 모가 자녀에 대한 양육자, 친권자가 될 수 있도록 함으로써 개정전 법에 비추어 커다란 진전이 있었다고 할 수 있다.

이와 같이 이혼당사자인 여성의 입장에서는 친권, 양육권의 보장으로 자녀 양육에 대한 권리와 의무를 행사할 수 있게 되었고, 아이를 양육하지 않는 경우 면접교섭권을 통해 자녀를 만나 볼 수 있는 권리를 법적으로 보장받게 되

8) 한국가정법률상담소(2001), p.65.

9) 최병조(1991), “이혼모의 자녀양육권에 관한 비교법적 고찰 - 특히 로마법을 중심으로”, 『가족법학논총 : 박병호교수환갑기념(1)』, 박영사, p.225.

었다.

그러나 우리나라에서는 여성이 이혼했다는 사실만으로 법, 제도적으로는 아니더라도 최소한 심정적으로는 불이익을 당하면서 사는 것은 사실이다. 이것은 본인의 책임이 아닌, 상대방 배우자의 유책사유로 이혼소송에서 이긴 경우에도 다르지 않다. 거기다가 미성년 자녀라도 양육하려면 어려움은 더하다. 전업주부였다면 당장 취업전선에 뛰어드는 일도 쉽지 않고, 양육비 약속에도 불구하고 계속적으로 이행되는 경우는 많지 않다. 그리고 자녀양육을 하고 친권행사자로 지정되어도 자녀의 호적이 양육하는 모와 일치하지 못하는데서 오는 어려움도 있다.

이에 본 연구에서는 가족법의 친권, 양육권조항의 개정과 면접교섭권조항이 신설된 지 10년이 지난 시점에서 이 조항들이 실질적으로 어떻게 시행되고 있는가 또 시행과정에서의 문제점은 무엇이고 어떤 방향으로 개선되어야 하는가, 그리고 그에 관련된 외국의 법과 제도는 어떠한가를 살펴봄으로써 법이 규정한 친권, 양육권, 면접교섭권제도의 실효성 확보방안을 제시해 보고자 한다.

이를 통해 가족법상 이혼 후 자녀양육에 관련된 제도의 실효성을 높이고, 이혼가정의 자녀보호와 복리증진에 기여할 것이며, 이혼여성의 삶의 질 향상과 인권증진에 기여하게 될 것이다.

## II. 연구내용 및 방법

### 1. 연구내용

#### 가. 가족법상 친권·양육권·면접교섭권제도의 내용분석

현행 민법, 가사소송법, 호적법 등이 규정하고 있는 친권·양육권·면접교섭권제도의 의의, 법적 성질, 관련 학설의 내용을 검토하고 문제점을 파악하였다.

#### 나. 친권·양육권·면접교섭권제도의 시행현황 및 문제점 파악

이혼 및 친권·양육권·면접교섭권 지정관련 현황을 공식통계를 통해 알아보고, 친권행사자 지정 및 변경에 관한 법원실무상황과 인터넷 상담사례를 통하여 이혼당사자들이 현실적으로 직면하는 친권, 양육권 등에 관련된 법적 문제를 살펴 보고, 문제점을 도출하였다.

#### 다. 친권·양육권·면접교섭권 관련판례 분석

친권·양육권·면접교섭권과 관련된 가정법원, 지방법원, 고등법원, 대법원 판례 100여건을 분석하고 동향을 파악하였다.

#### 라. 국제기구 및 외국의 친권·양육권·면접교섭권 관련법제 분석

친권·양육권·면접교섭권 관련의 국제협약과 관련법·제도를 가지고 있는 일본, 독일, 영국, 미국의 법제를 살펴보고, 우리 법제에 대한 정책적 시사점을 도출하였다.

#### 마. 가족법상 친권·양육권·면접교섭권제도의 개선 및 효율적 시행을 위한 방안 제시

가족법상 친권·양육권·면접교섭권제도의 내용과 시행현황 및 외국의 입법례 등을 종합적으로 검토하여 현행법을 보다 효율적으로 시행하고, 또 문제점으로 드러난 부분을 개선하기 위한 방안을 제시하였다.

## 2. 연구방법

### 가. 문헌연구

가족법상 친권·양육권 및 면접교섭권과 관련된 국내외 문헌과 입법례 등을 조사, 연구하였다. 이를 위해 법원행정처의 『사법연감』, 통계청의 통계자료를 활용하였고, 인터넷을 통해 외국의 입법례, 관련 논문 등 외국문헌을 수

집, 활용하였다.

#### 나. 판례 및 상담사례분석

가족법상 친권·양육권 및 면접교섭권과 관련된 대법원과 하급심판례를 분석하였고, 가정법률상담소 등 이혼관련상담소의 상담사례와 인터넷사례를 제시하였다.

#### 다. 관계자 면접조사

가족법이 규정한 친권·양육권 및 면접교섭권제도의 시행현황과 시행과정에서의 문제점을 살펴 보기 위해 이혼경험자(5명), 변호사(5명), 서울가정법원 전·현직판사(3명), 서울가정법원 가사조사관(3명), 서울가정법원 조정위원(2명), 상담기관 상담원(4명)을 면접조사하였다.

#### 라. 전문가 자문

보고서 초안에 대해 교수, 변호사, 판사, 상담소 관계자 등 친권·양육권·면접교섭권 관련 업무를 담당하거나 이에 관한 연구경험이 있는 전문가의 자문을 받은 후 내용을 수정, 보완하였다.

### III. 연구의 범위 및 제한점

1. 본 연구에서는 친권을 내용으로 하고 있다. 민법이 정한 친권에 관한 규정은 부모가 이혼을 한 경우이외에 혼인외의 자가 인지된 경우(예를 들면, 사실혼관계에 의해 출생한 자녀를 생부가 인정한 경우)에도 적용될 수 있으나 여기서는 이혼 후 미성년자녀에 관한 친권을 연구대상으로 함으로써 친권이 적용되는 범위는 이혼의 경우로 한정된다.
2. 본 연구의 궁극적 목적인 친권·양육권 및 면접교섭권제도의 실효성 확보

방안을 도출하기 위해서는 직접 피해를 당한 사람들의 사례를 심층면접을 통해 찾아내고, 이 제도들의 현실적 시행현황에 대한 실태조사와 이 제도들의 시행과정에서의 문제점과 개선방향을 알아보기 위해 이혼경험자, 전문가, 일반인 대상의 의식조사가 병행해서 이루어져야 할 것이나 시간과 인력의 한계상 인터넷 상담사례 제시와 최소한의 관계자 면접조사에 치중할 수 밖에 없었다. 그러나 이 연구를 시작으로 후속연구에서는 실태조사, 심층면접 등을 통해 친권·양육권 등의 문제에 관해 보다 심층적이고 또 현실적으로 접근하는 작업이 계속적으로 이루어져야 할 것이다.

3. 친권, 양육권 등의 문제는 이혼부모가 다른 사람과 재혼하는 경우 어떠한 영향을 받고, 법적으로 어떠한 대응방안이 필요한가의 문제와도 필연적으로 연계되어 있다. 최근 재혼가정의 증가로 이러한 상황에 대한 연구조사는 반드시 필요하다고 하겠으나 본 연구에서는 다루지 못하고 후속연구로 넘기고자 한다.

제2장



# 가족법상 친권·양육권 및 면접교섭권제도의 내용

---

|                   |    |
|-------------------|----|
| I. 친권에 관한 검토      | 13 |
| II. 양육권에 관한 검토    | 27 |
| III. 면접교섭권에 관한 검토 | 43 |
| IV. 소결            | 59 |

---

## I. 친권에 관한 검토

### 1. 친권의 의의

친권은 궁극적으로는 미성년인 자의 양육과 감호 및 재산관리를 적절히 함으로써 그의 복리를 확보하도록 하기 위한 부모의 권리이자 의무의 성격을 갖는 것으로서, 우리 민법을 포함한 많은 나라들이 입법론적으로 부권(父權) 우선주의에서 부모평등주의로 변화해 가고 있다. 그러나 친권의 이상은 궁극적으로는 자녀의 복리보호에 있으며, 이러한 친권의 이상에 접근하기 위한 변화와 노력이 요청되고 있는 실정이다.

#### 가. 법 변천

##### (1) 1990년 이전과 이후의 법 변화

우리나라의 친권제도는 전통적으로 가부장제적 가족제도 하에서 부모에의 공순·복종이 절대적인 도덕으로 존중되었던 체제하에서 발전하였다. 따라서 친권은 강력한 권력적 요소가 덧붙었으며, “자는 부모의 것”으로 인식되어 왔던 것은 오히려 당연한 귀결이었다.

우리 민법에 있어서의 친권자에 관한 입법태도의 변천은 민법 제정 후 불과 30년동안에 비교적 현저한 편이었다. 1958년에 제정된 우리 민법에서는 부친권우선주의에 입각하고 있었다. 따라서 미성년인 자와 가를 같이 하는 부가 제1차로 친권자가 되고(제정법 제909조 제1항), 부가 없거나 기타 친권을 행사할 수 없는 때에는 제2차로 자와 가를 같이 하는 모가 친권자로 되었다(제2항). 우리 민법은 1977년의 민법의 일부개정에서 비로소 부모친권공동주의를 채택하였다. 따라서 혼인 중에는 부모가 친권을 공동으로 행사하도록 하였으며, 부모의 일방이 친권을 행사할 수 없을 때에는 다른 일방이 이를 행사하도록 하였다(제909조 제1항, 제2항 개정). 그러나 부모의 의견이 일치하지 아니할 때에는 부가 친권을 해야 한다고 규정(제909조 제1항 단서)함으로

써 원칙상으로는 부모친권공동주의에 입각하면서도 실질적으로는 부친권우선주의에 근거한 입법을 하고 있었기 때문에 적잖은 비판의 대상이 되어 왔었다.<sup>10)</sup> 우리 민법이 명실공히 부모평등의 원칙에 입각한 부모친권공동주의를 확립시킨 것은 1990년의 민법개정에서이다.

이러한 변천을 거쳐 현행 민법상의 친권은 “자를 보호·교양할 권리·의무”라고 하여( 제913조) 그 성격을 명백히 하고 있다. 이렇게 친권은 현행법 체제상 특수한 성격을 가지고 있어 권리의 의무성 내지 의무의 권리성이 혼연일체가 된 성격을 지니고 있다. 그러나 우리의 친권법은 서구제국의 “자의 복리”내지 “자의 최선의 이익”<sup>11)</sup>이라는 이념이 아직도 확립되지 못하고 있기 때문에 친권법의 내용도 역시 일정한 한계를 벗어나지 못하고 있다.<sup>12)</sup>

## (2) 부권우선주의에서 부모평등주의로의 변화

근대에 이르기까지 친자관계는 로마, 게르만의 가부장권, 동양의 호주권 등 가장과 그 구성원간의 종속관계에 포함되어 조부가 가장일 때 부는 자기의 자에 대하여도 친권이 인정되지 않았으며, 오직 가장권에 모든 가족원이 복종할 뿐이었다.

근대에 이르러 친권은 위와 같은 절대적 가장권에서 분리되어 아버지의 자에 대한 권리로 즉, 가를 위한 친권에서 아버지를 위한 친권으로 진화되었으나, 부모 중 부가 친권자로 되고, 부가 없거나 친권을 행사할 수 없을 때에 한하여 모가 친권자로 되는 부권우선주의가 지배적이었다.

제2차대전 이후 세계적으로 남성우위로부터 남녀평등원칙에 입각한 가족법 개정작업이 이루어져, 친권에 있어서도 부권우선주의에서 부모평등주의로 진행하여 대부분의 나라에서 부모의 친권공동행사 원칙을 채택하게 되었

10) 김주수(2002), 『친족·상속법』, 법문사, p.326.

11) 서구제국, 특히 미국의 친자법상의 “자(子)의 최선의 이익”(Best Interests of the Child)은 관련법률관계의 가장 중요한 판단기준이 되고 있다. 대리모계약에 관한 이른바 Baby M 사건의 New Jersey 대법원판결에서 대리모계약의 무효를 선언하면서도 “자(子)의 최선의 이익”에 근거하여 자(子)의 감호권을 의뢰자에게 인정한 점은 특기할 만하다 : 구연창(1989), “대리모계약의 세계적 동향,” 『저스티스』, pp.133-135.

12) 구연창(1990), “개정민법의 재조명,” 『고시계』, 1990년 4월, p.158

고, 우리 민법도 1977년 일부개정에서 혼인 중에는 부모가 친권을 공동으로 행사하도록 하고, 부모의 일방이 친권을 행사할 수 없을 때에는 다른 일방이 이를 행사하도록 하였다. 그러나, 당시에 부모의 의견이 일치하지 아니할 때에는 부가 친권을 행사하고, 이혼하거나 부 사망 후 친가복적 또는 재혼한 모는 전혼 중의 자의 친권자가 되지 못한다고 규정하여 실질적으로 부권우선주의에 근거하고 있었으나, 1990년 민법개정시 친권은 부모가 혼인 중인 때에는 공동으로 행사하고, 의견이 일치하지 아니하는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 친권을 행사할 자를 정할 수 있도록 하여 명실공히 친권에 관한 부모평등주의를 확립하였다.<sup>13)</sup>

#### 나. 2000년 민법개정안

2000년 10월에 정부안(의안번호 214호)으로 제출된 민법개정법률안에는 친권에 관련된 규정을 포함하고 있다. 가장 특징적인 것은 부모 등 친권자가 “친권을 행사함에 있어서는 자의 복리를 우선적으로 고려하여야 한다”는 의무규정을 신설한 것이다(제912조 신설).

그와 함께 “미성년자인 자는 부모의 친권에 복종한다”고 했던 규정을 “부모는 미성년인 자의 친권자가 된다”로 개정하였고(제909조 개정), “부모가 이혼한 경우 부모의 협의로 친권을 행사할 자를 정하고, 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정한다. 친권자를 변경할 필요가 있는 경우에도 또한 같다”고 했던 것을 “...친권자를 정하여야 하고, ...당사자는 가정법원에 그 지정을 청구하여야 한다”로 개정하였다(제909조 제4항 개정). 또한 “가정법원은 자의 복리를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 자의 4촌이내의 친족의 청구에 의하여 제2항 단서 또는 제3항의 규정에 의하여 정하여진 친권자를 다른 일방으로 변경할 수 있다”는 규정을 신설하였다(제909조 제6항 신설).

또한 “친권에 복종하는 자에 가름하여...”라는 표현을 “친권에 따르는 자에

13) 박상선·황덕남(1993), “친권에 관한 제문제, 가정법원 사건의 제문제”, 『재판자료』 제62집, 법원행정처, pp.549-550.

갈음하여...”로 변경하였다(제910조, 제921조 제2항 개정).

## 2. 친권의 법적 성질

우선 독일의 경우를 살펴보면, 독일기본법 제6조 제2항은, 자를 보호·교양함은 부모의 자연권이며, 우선적으로 부모에게 부여되는 의무라고 규정하고 있는데, 이 헌법규정은 이전의 바이마르헌법 제120조의 규정과 내용을 같이하는 규정으로서, 자를 보호·교양할 수 있는 권리·의무를 내용으로 하는 친권이 부모의 천부적인 자연권이라는 것을 헌법상에서 확인하고 있는 것이다. 이와는 달리, 우리 헌법상에는 독일기본법 제6조 제2항과 같이 친권이 부모에게 주어지는 자연권임을 명시적으로 확인하는 내용의 규정은 없다. 그렇지만 자를 보호·교양할 수 있는 권리·의무임을 내용으로 하는 친권은, 비록 헌법상에 직접 명시적으로 규정은 되어 있지 않다고 하더라도 가족관계성립의 가장 핵심적인 요소가 되는 것이기 때문에, 부와 모가 갖는 천부적인 자연권이라고 할 수 있다.<sup>14)</sup> 그러나 부모가 친권을 남용하는 경우에는 친권을 박탈할 수 있다고 해야 할 것이다.

## 3. 친권의 내용

### 가. 친권의 내용

현행 민법은 미성년의 자에 대한 친권의 내용으로 ① 자에 대한 보호·교양의 권리·의무(제913조), ② 최적의 거주환경에서 자라게 할 거소의 지정(제914조), ③ 또한 자의 인격적 성장에 필요한 징계권의 행사(제915조), ④ 그리고 자의 소유재산에 대한 재산관리권(제916조), ⑤ 자의 재산에 관한 법률행위에 대한 대리권의 행사(제920조 본문), ⑥ 친권자의 친권에 복종하는 자에 갈음하여 그 자에 대한 친권의 행사(제910조) 등을 중요한 내용으로 규정하고 있다. 그 밖에도 자의 재산상 행위와 관련하여 특정 영업행위의 허락

14) 양수산(1996), “친권자와 친권행사자”, 『가족법연구』 제10호, 한국가족법학회, p.333.

및 그의 취소와 제한(제8조 제1항·2항), 부당한 자의 억류에 대한 인도청구권의 행사(가사소송법 제64조, 제67조, 제68조), 18세 미만자의 근로계약체결에 대한 동의권 행사(근로기준법 제52조)와 동의를 얻지 않은 근로계약체결에 대한 취소권 행사가능(민법 제5조) 및 기타 자의 법정대리인으로서 친족·상속법상 많은 권리·의무가 부여되고 있다.

#### 나. 친권행사자론에 관한 논의

민법은 제909조 제1항에서 미성년자인 자는 부모의 친권에 복종한다고 규정하여 부모를 친권자로 선언하고, 같은 제4항에서 부모가 이혼하는 경우에는 친권을 행사할 자를 정한다고 규정하고 있다. 이에 친권자인 자격과 친권을 행사할 수 있는 자격과는 구별하여야 한다는 견해가 있다. 부모는 항상 친권자이고, 부모가 이혼하여 그 일방이 친권을 행사하는 경우에도, 타의 일방은 여전히 친권자인 자격을 가지나, 특별한 사정에 의하여 그 행사가 제한 내지는 정지되고 있는 것이라고 해석하여야 한다는 것이다.<sup>15)</sup>

#### 다. 심판에 의한 친권행사자의 지정

친권을 행사할 자의 지정에 관하여 협의가 이루어지지 아니하거나 협의를 할 수 없을 때에는 부 또는 모는 가정법원에 협의에 대신하는 심판을 청구할 수 있다. 친권을 행사할 자의 지정신청은 가사소송법 제2조에 정한 마류 비송사건으로 조정에 친하다. 위 신청은 가정법원의 전속관할이며, 부모의 일방이 다른 일방을 상대방으로 하여 상대방 보통재판적소재지의 가정법원에 제기하여야 하며, 단독판사가 심리한다. 위 신청에 대한 재판은 특별한 사정이 없는 한 사건관계인을 심문하여 심리하며, 자가 15세 이상인 때에는 그 자의 의견을 들어 심판으로 한다. 가사소송법은 ‘청구의 원인이 동일한 사실관계에 기초하거나 1개의 청구의 당부가 다른 청구의 당부의 전제가 되는 때’라는 청구의 관련성을 요건으로 하여 가사소송사건과 가사비송사건을 병합

15) 일본 주석민법 제23권 p.13 : 박상선·황덕남(1993), p.557에서 재인용.

하여 1개의 소로 제기할 수 있도록 하여 가사소송법상 청구의 객관적 병합을 인정하였다. 따라서, 친권을 행사할 자의 지정신청은 이혼청구사건과 병합하여 청구할 수 있다.<sup>16)</sup>

#### 라. 친권행사자의 변경

민법 제909조 4항에서는 친권행사자를 지정한 경우에도 사정의 변경이 있는 경우에는 부모의 협의로 친권행사자로 지정된 자를 변경할 수 있고, 친권행사자 지정의 변경에 관한 협의를 할 수 없거나 협의를 이루어지지 아니하는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 친권행사자의 지정을 변경할 수 있도록 규정하고 있다.

친권자의 변경을 인정한 취지는 친권자로서 정하여진 부 또는 모가 자의 복지를 위하여는 부적당한 것이 판명되었거나 또는 친권자 결정 후의 사정변경에 의하여 친권자를 변경함이 적당하다고 인정되는 경우에 대비하기 위함이다. 한편 단독친권자가 사망한 경우에 친권자의 변경이 허용될 것인가가 문제된다. 이에 관하여는 친권자가 아닌 다른 부모의 일방이 친권자로 변경될 수 있는가 아니면 후견이 개시되어야 할 것인가이다. 자의 복리를 존중한다는 취지에서 보면 친권자의 변경을 인정하는 것보다 친권자가 없는 경우로 보아 후견이 개시되는 것으로 해석함이 타당하다고 한다.<sup>17)</sup>

친권행사자의 지정을 변경할 수 있는 경우에 관하여는 민법이 제한적 규정을 두지 않고 “친권행사자를 변경할 필요가 있는 경우”로 규정하고 있으므로 협의에 의하여 친권행사자를 변경하고자 하는 경우에는 거의 무제한적으로 인정된다 할 것이다. 그러나 친권행사자 지정의 변경에 관한 당사자간의 협의가 이루어지지 않기 때문에 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 변경의 결정을 하는 경우에는 친권행사자를 변경할 필요가 있다고 인정되는 객관적 타당성이 있어야 할 것이다. 그리고 친권행사자의 변경에 관하여 문제가 되는 것은 가정법원의 결정으로 지정·변경된 친권행사자를 부모가 협의로 변경할

16) 박상선, 황덕남(1993), pp.559-560.

17) 구연창(1990), “친권제도의 재조명”, 『가족법연구』 제4호, 한국가족법학회, p.163.

수 있는가이다. 이에 관한 실무자간의 견해가 일치되지 않고 있으나 친권행사자의 지정·변경은 당사자의 협의에 의하여 정함이 원칙이고 가정법원의 결정을 보충적으로 규정하고 있는 민법의 취지에서 볼 때, 가정법원의 결정으로 지정·변경한 친권행사자도 당사자의 협의로 변경할 수 있다 할 것이다.

#### 4. 관련문제

##### 가. 친권과 양육권의 관계

민법은 이혼시 자의 양육에 관한 사항을 이혼의 효과로 보아 제837조에서 규정하고 이혼시 친권자를 정하는 문제는 친권에 관한 제909조에 규정하고 있다. 제837조에서 말하는 양육에 관한 사항에는 양육자 문제도 포함되므로 양육자는 이혼당사자의 협의로, 협의를 되지 않거나 협의할 수 없는 때에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 정하게 되어 있고, 친권자도 마찬가지이다.

이처럼 현행법에 의할 경우 이혼시의 양육권과 친권은 따로 규정되어 있고 또 실제로도 분리될 수 있게 되어 있다. 한 조사에 의하면 이혼모에게 친권을 인정한 1991년 이후에도 이혼시 친권자 지정에 있어서 친권은 부, 양육권은 모로 분리되어 지정된 사례가 많다고 한다.<sup>18)</sup>

일반적으로 친권은 자녀의 인적인 사항에 관한 부분과 재산적인 사항에 관한 부분으로 나누고 인적인 사항의 본질적인 부분이 양육권이라고 설명한다. 이러한 설명에 따르면, 양육권과 친권의 분리는 자녀와 함께 거주하며 양육하는 권리와 재산적인 사항에 관한 권리의 분리를 의미한다고 볼 수 있다.

이혼 후 친권과 양육권이 분리되는 것에 대해서는 반대하는 의견들도 적지 않다. 그 이유로는 이 둘의 분리가 가부장적인 이념에서 나왔다는 점을 들고 있다. 즉 이혼 후에도 부가 자녀에 대한 고유의 권한인 친권(가부장권)을 그대로 보유하는 것을 원칙으로 하고, 예외적으로 모가 부에 비하여 자녀의 양

18) 한국여성민우회 복지위원회(2001), “한부모 가족의 양육비 지급 이행을 위한 정책 제안”, 한부모 가족의 양육비 확보를 위한 정책 심포지엄자료집, 한국여성민우회 가족과 성장담소, pp.63-67.

육에 보다 적합한 조건을 갖추고 있다고 인정되는 제한된 경우에 한하여 단지 사실상의 양육만을 허용하려는 태도에서 나온 것이며, 이러한 역사적 맥락은 이혼 후에도 부가 계속 친권을 보유하도록 규정한 일본의 민법 규정이 우리 나라에도 적용되도록 연결되었다는 것이다. 그런데 1990년 민법 개정으로 모도 이혼 후에 친권자가 될 수 있게 됨에 따라 친권과 양육권을 분리한 민법은 그 근거가 상실되었으며, 친권과 양육권의 분리는 이혼 후에도 부모가 협력 관계에 있어야 하는데 갈등을 해소하지 못한 부모의 경우는 그 자녀의 복리를 손상시키는 결과를 가져올 수 있기 때문에 양육권과 친권은 일치시켜야 한다는 것이다.<sup>19)</sup> 이러한 주장은 친권자로 지정된(대개는 부) 부모 일방이 자녀의 복리에 반하는 법률행위(예컨대, 자의 재산처분, 양육자의 동의없는 대락입양 등)를 할 수도 있고, 그러한 사례가 실제로 있다는 점을 염두에 둔 듯하다.

그러나 예컨대 자녀의 재산적 이익을 위하여, 양육권과 분리된 재산적인 부분에 관한 친권이 양육자가 아닌 다른 일방에게 부여될 수 있고, 공동친권의 경우에도 어느 일방이 타 일방보다 더 양육자에 적합한 여건을 갖추고 있고, 그것이 자녀의 복리에 적합하다면 친권은 공동으로, 양육권은 어느 일방에게 부여될 수 있다. 그러므로 이혼 후의 친권 형태가 공동 친권인 경우에는 부모 일방은 친권과 양육권을, 타방은 친권(재산적인 사항에 관한 것-양육권 부분이 제외된 친권)과 면접교섭권을 가지게 된다. 한편 이혼 후 친권 형태가 단독 친권인 경우 그 친권자가 양육권과 친권을 가지고 타방은 면접교섭권을 가지게 된다. 즉 양육권을 가지는 측(보통은 일방)이 친권을 가진다고 보는 것이 자의 복리에 더 적합하다고 본다. 공동 친권의 경우에 자의 양육에 관한 일상적인 사항에 관해서는 친권과 양육권을 가진 자가 결정하고, 재산적인 면에 대해서는 두 친권자의 합의에 의하여 합의가 되지 않거나 합의를 할 수 없는 경우에는 제909조 제2항 단서를 유추적용하게 한다.<sup>20)</sup>

19) 김상용(1996), “이혼 후의 양육자 및 친권자 결정에 있어서 민법이 갖는 몇가지 문제점”, 『사법행정』 1996년 8월호, pp.13-14.

20) 김유미(2001), “이혼시 친권의 개정방향”, 『가족법연구』, 2001년 12월, 한국가족법학회, p.63.

### 나. 공동친권의 가능성과 문제점

현행법에 의하면 이혼 후의 양육자 및 친권자 결정은 우선 부모의 협의에 의하여 이루어지며(민법 제837조 1항, 제909조 4항 전단), 협의가 되지 않거나 협의할 수 없는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 행한다(민법 제837조 2항, 제 909조 4항 전단). 부모의 협의로 양육자 및 친권자를 정하는 경우에 부모가 원한다면 부모 쌍방이 공동양육자, 공동친권자가 되는 것도 가능하다고 본다.<sup>21)</sup>

한편, 부모가 이혼 당시에 이혼 후의 자녀문제에 대하여 어떠한 협의도 하지 않았고 가정법원에 청구도 하지 않은 경우에는, 적어도 법규정상으로는 양육권 및 친권에 관하여 아무런 정함도 없이 이혼이 가능하게 된다.<sup>22)</sup> 이 경우 부모는 이혼 후에도 계속해서 친권자로 남게 되어 혼인 중과 마찬가지로 공동친권이 유지된다고 해석된다.<sup>23)</sup> 그러나 이러한 법적 결과는 자녀의 복리라는 관점에서 볼 때 적지 않은 문제점을 안고 있다.

첫 번째로 지적할 수 있는 것은 이혼 후의 공동친권은 반드시 부모의 합의에 근거해야만 한다는 점이다. 이혼 후에도 계속해서 공동으로 자녀에 대한 책임을 분담하겠다는 부모의 합치된 의사가 명시적으로 표시되지 않은 경우에 공동친권을 허용하는 것은 오히려 자녀의 복리에 반하는 결과를 가져올 수 있기 때문이다. 또한 공동친권이 성공적으로 실행되기 위해서는 부모가

21) 김주수(2002), p.331.

22) 호적법에서도 이혼신고시 “친권을 행사할 자가 정해진 때에는 그 취지와 내용”을 이혼신고서에 기재하도록 함으로써, 친권자결정을 강제하고 있지 않다(호적법 제79조 제1항 6호). 또한 가사소송법상으로도 법원은 이혼청구가 인용될 경우에 미성년자인 자녀의 친권을 행사할 자에 대하여 부모에게 미리 협의하도록 권고할 수 있을 뿐이며 직권으로 정할 수는 없다(가사소송법 제25조). 협의이혼의 경우에도 가정법원은 이혼의사를 확인하는 과정에서 당사자 사이에 미성년자녀가 있는지의 여부와 그 자녀에 대한 친권행사자의 지정 여부를 확인할 수 있을 뿐이다(호적법시행규칙 제87조 제2항). 이때 친권을 행사할 자를 정하지 않았을 때에는 이를 정하도록 권고할 필요가 있다고 하나 역시 직권적인 개입의 가능성은 존재하지 않는다.

23) 김주수(2002), p.332 : 최진섭(1993), 『이혼과 자녀』, 삼지원, p.172. 최진섭 교수는 이러한 해석이 자녀의 복리에 부합한다고 서술하고 있으나, 이러한 견해에는 찬성하기 어렵다. 현행법 규정내에서 이와 같은 해석론이 불가피함은 인정되지만, 이러한 법상태는 결코 자녀의 복리에 부합한다고는 볼 수 없기 때문이다.

자신들의 내부적인 갈등을 부모로서의 책임·역할과 분리하여 사고할 수 있는 성숙한 이성적 판단능력과 양육에 관하여 협력할 수 있는 능력이 필수적으로 요구된다. 이혼당사자인 부모가 이러한 능력을 갖추고 있는지에 대한 검증없이 부모들이 아무런 의사도 표시하지 않으면 자동적으로 공동친권이 계속된다는 것은 이혼 후 자녀의 복리에 공백을 초래하는 결과를 초래할 가능성이 매우 높다. 결과적으로 이러한 규정은 부모들이 이혼시 자녀의 장래 문제에 대하여 진지하게 생각하지 않고 쉽게 이혼할 수 있도록 제도적으로 뒷받침하는 기능을 하게 된다.

두 번째로 지적될 수 있는 것은 부모의 협의에 대한 국가의 통제가능성이 존재하지 않는다는 점이다. 부모가 이혼 후의 공동친권에 대하여 합의한 경우이든 혹은 이혼 후의 자녀문제에 대한 침묵의 결과로 공동친권이 계속되는 경우이든, 국가(법원)에 의한 심사와 검토없이 자녀의 장래에 큰 영향을 미칠 수 있는 친권 및 양육에 관한 사항이 오로지 부모의 손에 맡겨져 있다는 것은 문제점을 갖는다. 외국의 경우에 부모들이 공동친권을 원하는 경우, 이에 대한 합의를 법원에 제출하면 법원이 이를 검토하여 허용 여부를 결정하는 방식이 보편적으로 자리잡고 있다. 이러한 제도적 장치를 통하여 이혼당사자인 부모들이 빠른 시일내에 이혼절차를 마무리하기 위한 방편으로 가장합의를 제출하는 것을 방지할 수 있으며, 또한 부모들이 이혼시 자녀의 문제에 대하여 진지하게 고려하여 공동친권이 계속될 경우 이혼후의 변화한 상황에서 부모의 책임과 역할이 어떻게 분담될 수 있을 것인가에 대한 구체적인 계획을 세울 수 있다.<sup>24)</sup>

#### 다. 친권자 변경과 관련된 문제

##### (1) 이혼 후 친권자로 지정된 부모 일방이 사망한 경우

민법 제909조 제4항은 ‘혼인 외의 자가 인지된 경우와 부모가 이혼한 경우에는 부모 협의로 친권을 행사할 자를 정하고...’라고 규정함으로써 친권행사

24) 김상용(1998), “이혼 후의 공동친권”, 『판례월보』, 1998년 5월, pp.41-42.

자라는 개념을 따로 인정해야 할 것인가에 대한 논의를 유발시켰다. 1990년의 개정시 어떠한 입법이유도 밝히지 않은 채 법조문에 규정된 ‘친권을 행사 할 자’라는 문구를 둘러싸고 몇 가지의 해석론이 전개되었다.

친권자를 친권보유자와 친권행사자로 나누어 설명하는 견해<sup>25)</sup>와 그에 반대하는 견해<sup>26)</sup>와, 친권행사자 개념을 부정하면서 후견이 개시된다고 보거나<sup>27)</sup> 원칙적으로 후견이 개시되지만 필요한 때에는 생존부모 일방을 친권자로 변경할 수 있다는 견해<sup>28)</sup>등으로 나뉘었다. 한편 법원은 이러한 경우 생존부모 일방이 친권자가 된다는 견해를 취하고 있고<sup>29)</sup> 호적실무에서도 법원과 같이 취급하고 있다.<sup>30)</sup>

#### (가) 이혼 후 단독친권인 경우

만약 생존부모 일방이 자동적으로 친권자로 된다면, 종래 친권자의 사망 후 새로운 후견의 개시나 친권자변경까지의 시간적 공백이 없어 일견 자녀보호에 시간적인 사각지대는 없게 된다. 생존부모 일방이 친권자임에 적합하지 못한 경우에는 친권상실선고나 대리권, 관리권 등의 상실선고 단계를 거쳐 후견이 개시될 것이다. 그런데 이 경우 자녀의 복리에 공백이 생길 우려가 있다. 즉 지정후견인이 따로 없는 한 법정후견인이 후견개시를 하게 되는데 법정후견인이 되는 순위는 미성년자의 직계존속, 3촌 이내의 방계혈족으로서 최근친, 연장자가 우선적으로 된다. 친권자 겸 양육자로 지정된 일방이 사망하여 타방의 친권이 부활된 후 그 사람이 친권자에 적합하지 않아서 친권상실 등을 선고받고 후견이 개시되는 경우 그가 직계혈족으로서 다시 후견인이 되기는 어려울 것이고 그렇다면 나머지 친족들 중에서 기계적으로 법정순위에 따라 후견인이 된다. 이때 피후견인인 자녀의 복리는 구체적으로 기여들

25) 양수산(1996), p.333.

26) 김상용(1997), “소위 친권행사자론’에 대한 비판적 고찰”, 『가족법연구』, 한국가족법학회, p.254.

27) 구연창(1990), p.161.

28) 김주수(2002), p.332.

29) 법원실무제요, p.776. : 대법원 1994. 4. 29 선고, 94다1302 판결.

30) 1991. 5. 1 호적예규 제449-1호.

수 없게 되어 있다. 또 만약 법정후견인이 없다면 법원에 의한 후견인선임이 있게 된다. 그런데 가사소송규칙 제102조는 ‘친권상실선고나 법률행위대리권, 재산관리권의 상실선고 심판청구가 있는 경우 가사소송법 제62조 소정의 사전처분으로서, 친권자의 친권, 법률행위대리권, 재산관리권의 전부 또는 일부의 행사를 정지하여 이를 행사할 자가 없게 된 때에는 심판의 확정시까지 그 권한을 행사할 자를 동시에 지정하여야 한다고 규정하고 있지만, 이는 친권상실선고 심판 등의 확정시까지의 대행자를 지정할 뿐이고, 심판확정이후에 법정 후견인이 없는 경우에는 후견인선임심판 확정시까지의 공백이 그대로 남게 된다.<sup>31)</sup>

만약 생존하는 부모일방의 친권이 당연히 부활하지 않는다면 생존부모 일방이 법정후견인이 될 것이다. 법정후견인이 된 생존부모 일방은 자녀의 재산에 대해서 선량한 관리자의 주의의무를 지고, 민법 제950조에 의해서 일정한 행위에 대해서는 친족회의 동의를 얻어야 되고, 동의 없이 그 행위를 한 경우에는 친족회나 피후견인인 자녀가 취소를 하게 되어 있다. 두 경우(친권당연부활설, 후견개시설)를 비교해 볼 때 권한에 제한이 있는 후견이 일단 개시된다고 보는 것이 자녀를 더 보호하는 결과가 된다. 후견인이 된 생존부모 일방이 그 임무에 소홀함이 있거나 남용이 있을 경우에는 후견인 변경사유가 된다. 만약 후견인이 된 생존부모 일방이 친권자가 되고자 한다면 가정법원에 친권자 변경 신청을 하고 가정법원은 자녀의 복리를 고려하여 그 변경여부를 결정할 것이다.

#### (나) 이혼 후 공동친권인 경우

##### ① 비양육자인 친권자가 사망한 경우

이 경우는 양육자이면서 친권자인 부모 일방의 단독친권으로 되고 별 문제가 없다.

31) 김유미(1997), “현행 친권상실선고제도의 문제점과 대응책”, 『가족법연구』 제11호, 한국가족법학회, p.357.

## ② 양육자인 친권자가 사망한 경우

이 경우 생존하는 부모 일방의 친권은 재산적인 사항에 국한된 친권이였다. 자녀의 복리를 고려하여 해석하면 다음과 같이 생각할 수 있다. 먼저 생존하는 일방도 양육에 부적합한 것은 아니었으나 사망한 일방이 양육자에 더 적합하여 양육자로 정해졌던 경우는 생존하는 일방에게 양육권이 부여되어도 자녀 복리에 위험이 없을 것이다. 그러나 이때도 당연히 양육권이 부활하는 것이 아니고 생존하는 일방이 제837조에 따른 양육자 변경청구를 하여 양육권자겸 친권자가 된다고 보아야 한다. 생존하는 일방이 자녀 양육에는 적합하지 않아서 양육자로 되지 못한 경우는 생존하는 부모에게 양육권이 부여되어서는 안 된다. 자녀의 복리에 위험이 생길 수 있기 때문이다. 이때도 양육자 변경이 되겠지만 가정법원은 자녀의 복리를 고려하여 그에게 양육권을 부여해서는 안 되고 양육권은 제3자에게 가게 될 것이다.

## (2) 친권자 변경 문제

친권자를 변경하는 경우는 현재의 친권자의 친권행사에 위법 부당한 점이 이것이 자의 복리에 해로운 것이냐하는 점 외에 다른 일방에게 친권을 행사케 하면 사태가 호전될 수 있는지, 또 친권자를 변경하는 것이 문제의 적절한 해결방법인지 등을 심리하여 판단하게 된다.<sup>32)</sup> 한편 친권상실은 친권자가 친권을 남용하거나 현저한 비행 기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있을 때 제777조의 규정에 의한 자의 친족 또는 검사의 청구에 의해서 가정법원이 선고하는 것이다. 이에 관해서는 다음과 같이 생각해 볼 수 있다.

첫째, 혼인 중 부부가 의견의 일치가 이루어지지 않아서 당사자의 청구가 있을 때 가정법원이 어느 일방을 친권자로 정한 후 그 친권자가 위법 부당한 친권행사를 하거나 자의 복리에 위험을 가할 우려가 있다면 다른 일방 부모나 자의 4촌 이내의 친족이 친권자변경을 신청할 수 있다. 4촌 이내의 친족으로 범위를 좁혀 이 정도의 친족이라면 부모가 아니라도 집안의 자녀인 자

32) 김용욱·김연(1995), 『가사소송법』, 고시연구사, p.299.

의 복리를 위해서 나설 수도 있지 않느냐는 생각이 밑바탕에 깔려 있는 것으로 보인다.

제909조 제2항의 친권자로 정해지지 못한 다른 일방이 친권자변경신청을 하지 않을 경우, 그래서 친권자가 자의 복리를 해치게 된다면 제924조의 친권상실선고 청구단계로 나갈 수도 있지만, 그 단계까지 나가지는 않고 친권자변경청구만 할 경우를 예상할 수 있다.

그런데 제909조 제2항 단서의 상황은 어느 사항에 관해서 친권자인 부모의 의견이 일치하지 않아서 당사자가 가정법원에 대하여 그 사안에 대한 결정을 구하고, 가정법원은 부모 양측의 의견을 듣고 자녀의 복리를 고려하여 그 사안에 관한 결정을 한 경우이다. 문제된 사항이 즉각적인 경우 예컨대 수술이나 수혈같은 의료처치를 받을 것인가 여부에 관한 것에는 시간적인 관계상 동조 제6항의 친권자 변경청구는 별로 없을 것 같다. 즉각적이 아닌 경우 예컨대 사립학교 등예의 진학문제 같은 것이라도 이러한 문제에 친권자 변경청구권을 친족에게까지 확대할 필요는 없는 것 같다. 당사자에게만 변경청구권을 인정하고 그가 변경청구를 하지 않아서 자녀의 복리가 위험한 경우 친권상실문제로 해결하면 될 것이다. 친족은 친권상실 단계에서 청구권이 인정된다고 보는 것이 좋을 것이다.

친권자 변경은 오히려 제909조 제4항의 경우에 더 문제가 될 것이다. 이혼과 인지 등에 즈음하여 가정법원이 자녀의 복리를 고려하여 친권자를 정했다더라도 그 후 사정의 변경에 의하여 이미 정해진 친권자가 적임자가 아닐 수 있기 때문이다. 이때에는 친권상실의 전 단계로서의 친권자 변경을 생각하는 갈등이나 필요성은 적을 것이므로<sup>33)</sup> 친권자 변경청구권은 당사자에게만 인정하고 친족은 제924조의 친권상실선고 청구를 하도록 하면 될 것이다.

33) 친권상실선고 청구는 주로 부측의 친족이 모의 친권상실을 청구하고 모측의 친족이 부의 친권상실을 청구하는 경우가 많다. 김유미(1997), p.337.

## II. 양육권에 관한 검토

### 1. 양육권의 의의

민법은 부모가 이혼을 하는 경우에는 이혼당사자인 부모의 협의에 의해서 그 자의 양육에 관한 사항을 정하고(제837조 제1항), 협의가 되지 아니하거나 협의할 수 없는 경우에는 가정법원이 양육에 필요한 사항을 정하도록 규정하고 있다(제837조 제2항 전단). 여기서 양육이 무엇을 의미하는가에 관해서는 민법에 특히 정하고 있지는 아니하나 학설은 대체로 제913조에서 규정하고 있는 친권의 작용으로서 그 내용을 친권자가 자를 보호하고 교양할 권리의무로 파악하고 있다.<sup>34)</sup> 제837조의 양육의 내용에는 교육도 포함한다고 볼 것이고, 양육자는 양육·교육에 필요한 거소지정, 징계, 부당하게 자를 억류하는 자에 대한 인도청구도 할 수 있다고 본다.<sup>35)</sup> 그러나 이에 필요한 비용의 부담까지는 포함되지 않는다고 볼 것이다. 대법원 판례도 위 학설과 같이 민법 제913조의 보호·교양을 염두에 두고 양육을 파악한 것으로 보인다.<sup>36)</sup>

양육의 개념을 위와 같이 친권자의 미성년인 자녀에 대한 보호·교양의 권리의무로 본다면 양육의 개념에는 어느 정도 한계를 갖는다고 할 수 있다. 즉, 양육이 친권의 내용이 되는 이상 피양육자는 미성년자에 한정되고 성년 자녀에 대해서는 양육의 개념이 적용될 여지가 없다. 또한 양육자는 법률상의 부 또는 모에 한정된다. 그리고 양자의 친생부모는 입양된 친생자에 대하여 친권자가 되지 못하므로(제909조 제5항) 이 경우에도 양육의 개념이 적용될 여지가 없다고 볼 것이다.

34) 김용한(1988), 『친족상속법론』, 박영사, p.250. : 김주수(1998), p. 318. : 이영애(1983), “이혼과 자녀양육, 가정법원사건의 제문제” 『재판자료』 제18집 법원행정처, p.419.

35) 김주수(2002), p.212.

36) 대법원 1970. 11. 30. 선고, 70므28 판결 : 강현중(1981) “미성숙 자녀의 양육과 부양”, 『사법논집』제12집, 법원행정처, p.41.

## 2. 양육권의 법적 성질

### 가. 권리의무의 양면성

친권이 친권자의 권리로서의 성격뿐 아니라 의무로서의 성격을 가지고 있는 것과 마찬가지로 양육에 관한 양육권자의 지위도 권리와 의무의 양면적 성격을 모두 갖추고 있다고 하여야 할 것이다. 양육권을 권리로서 파악하는 것은 종래의 주류적인 입장인데, 특히 이는 자의 양육을 부모 내지는 양육자를 위한 것으로 파악하고 있다고 생각된다. 말하자면 부모가 이혼한 경우, 양부모가 모두 자를 양육하기를 원한다면 누구에게 양육할 권리를 주느냐 하는 것이다. 개정 전 우리 민법은 가부장제적 입장에서 원칙적으로 양육의 책임을 부에게 맡겼는데(구민법 제837조 제1항), 이는 궁극적으로 책임을 부담시킨 것이라기보다는 권리를 준 것으로 생각되고 있다.

한편 양육을 의무로 파악하는 것은 바로 양육을 자를 위한 것으로 보는 경우에 가능하다. 자가 정상적으로 성장할 수 있도록 하는 것은 바로 자 스스로를 위한 것으로서 양육을 위한 모든 조치가 자의 입장에서 행해지는 것이 타당하기 때문에, 부모의 만족이나 이익을 위한 양육이 아니라 무조건적으로 자를 위한 양육이어야 함은 부정할 수 없는 것이다.<sup>37)</sup> 결국 양육자는 권리를 행사하는 것이 아니라, 오로지 자의 복지를 위하여 자신의 의무를 이행하게 되는 것이다. 민법이 양육에 관한 사항을 당사자의 협의 내지 가정법원의 결정으로 정하게 한 것이나, 이를 정함에 있어서 그 자의 연령, 부모의 재산상황 기타 사정을 참작하게 한 것도 그 의무성을 특히 고려한 것으로 생각된다.

이와 관련하여 한 가지 살펴 볼 것은 미성년인 자의 불법행위에 대한 양육

37) 영미법상 자의 양육에 관한 부분은 실정법이나 보통법의 영역 밖이었으므로, 일반적으로 법관의 재량에 많이 좌우되었다. 그러나 일반적으로 양육자의 결정에 관한 기준으로 들어지는 것을 보면 의무성이 강조되고 있음을 알 수 있다. 즉 아주 어린 아이는 모에 의해 양육되어야 하며, 여자아이는 그 모에 의해서 그리고 남자아이는 아주 어리지만 않다면 그 부에 의해 양육되어야 한다. 그리고 형제자매는 함께 키워야 하며, 신앙교육도 유지되어야 한다. 아이가 충분히 성장했다면 그 의견이 존중되어야 하고, 혼인이 파탄된 데 대한 부모의 책임여부는 2차적이지만 고려된다. See, A. Bradbrook, op.cit., at 558f : 김연(1994), “이혼후 자의 양육” 『가족법연구』 제8호, 한국가족법학회, p.377에서 재인용.

자의 책임의 범위이다. 책임능력 없는 미성년자가 불법행위를 하여 이로써 타인에게 손해를 끼친 경우에는 친권자는 그 자에 대한 감독의무를 해태하지 않았다는 것을 입증하지 못하면 손해배상을 지게 된다(민법 제755조). 그런데 친권자와는 별도로 양육책임을 지는 자가 따로 있는 경우에는 친권자는 실제 자를 보호, 교양하지 못하므로 그 책임을 면할 수밖에 없고, 양육책임을 지는 자가 그 자의 불법행위로 인한 책임도 지지 않으면 안된다는 의견이 있을 수 있다. 그러나 이것은 타당하지 않으며, 자의 불법행위에 대한 책임은 양육자 뿐 아니라 양육하지 않는 친권자도 책임을 져야 한다.<sup>38)</sup>

#### 나. 종합적 성격

부모가 혼인 중에는 특별한 경우를 제외하고는 친권의 행사와 양육을 구별할 필요는 거의 없다고 생각된다. 친권자와 양육책임을 지는 자가 일치하는 것이 보통이기 때문이다. 그러나 부모가 이혼한 후의 자의 양육은 반드시 친권자에 의하여 행해지는 것도 아니며, 그 행태도 반드시 일정한 것은 아니다. 즉 친권행사자가 양육을 하는 경우도 있는가 하면, 부모 일방은 친권을 행사하고 타방이 양육책임을 지는 형태, 그리고 제3자가 양육하는 경우 등 여러 가지가 있을 수 있는데, 이때 양육책임자는 어느 범위까지 자의 양육에 대한 권리의무를 지는가가 문제로 된다. 요컨대 양육자는 자의 교육에 관한 권리의무가 있는가, 또 양육을 하는 범위 내에서는 친권이 제한되는가 하는 것이다.

먼저 교육에 관한 점에서 본다면 자의 양육은 당연히 자의 보호뿐 아니라

38) 이에 대해 현장의 가정법률상담 실무자들은 “권리만 주장하는 친권자, 특히 아버지를 많이 보았다. 아이가 아프거나 학교문제로 연락하면 ‘네가 맡아서 기른다 했으니 네가 다 책임지지 왜 연락하느냐’고 나타나지도 않고 양육비 한 푼 지불하지 않으면서 어느날 갑자기 나타나서 아이가 자신의 호적에 있고 친권자는 자기이므로 자에 대한 모든 권한은 자기가 가지고 있다고 주장하는 사람들을 많이 보았다. 그리고 아이가 교통사고 등으로 사망해 배상이 나올 경우 부모 중 양육자 혼자서 배상을 받지 않는다”고 하였고, 또 “양육하지 않는 친권자의 자녀에 대한 의무방기와 책임회피 가능성이 있으므로 양육하지 않는 친권자에게 책임을 지우지 않는 것은 논란의 여지가 있다”는 의견을 제시하였다.

교양에까지 미친다고 하여야 할 것이므로 교육을 제외한 양육은 있을 수 없다는 것이 일반적인 것으로 받아들여지고 있는 것으로 생각된다.<sup>39)</sup> 이렇게 볼 때 양육자는 자의 양육을 위한 제반 조치를 할 권리의무를 가진다고 하여야 한다. 양육자는 직접적으로 자의 양육에 해당하는 것은 물론, 교육과 이를 위한 부수적인 사항에 대한 권리의무도 있다. 다시 말하면 자와 함께 공동생활을 하면서 그를 보호교양하는 일과 분리될 수 없는 성질의 일들은 모두 양육의 범위 내에 속한다고 보아야 한다는 것이다.

따라서 양육자는 자의 양육·교육에 필요한 거소지정, 징계, 부당하게 자를 억류하는 자에 대한 인도청구 등도 할 수 있다. 이때 친권과 양육권의 저촉이 문제로 될 것이나, 양육권이 친권에 비하여 보다 현실적이고 직접적인 성격을 가지고 있으므로, 양육권이 친권에 우선한다고 생각된다. 따라서 친권자는 양육자가 가지고 있는 권리의무를 침해해서는 안 된다. 그러나 자의 재산에 관한 사항은 자의 양육과 불가분의 관계에 있다고 할 수 없으므로 양육권의 범위 밖이라고 보아야 할 것이다.

### 3. 양육권의 내용

#### 가. 양육자

##### (1) 양육자의 지위

민법은 부모가 이혼하는 경우, 당사자의 협의로 자의 양육에 관한 사항을 정하도록 하고, 이 협의가 이루어지지 않거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원이 정하도록 하였다(제837조 제1, 2항). 그러나 위 사항은 부모의 권리의무에 변경이 없으므로(제3항), 친권의 행사와 양육은 별개로 행해질 수 있다는 것을 의미하는 것이다. 이는 다시 말하면 이혼한 부모 중의 일방이 친권을 행사하고, 타방은 양육을 하거나, 친권자 아닌 제3자가 양육을 하는 것도 불가능하지 않다는 것을 의미하는 것이다. 물론 이들의 경우 친권의 행사와 양

---

39) 김주수(2002), p.212.

육이 효율적으로 행해지기 어렵다는 것은 부정할 수 없다. 이에 따라 친권의 행사자와 양육책임을 질 자를 따로 결정하게 할 것이 아니라, 우선 친권의 행사자를 정하고 그가 양육까지도 하도록 하는 것이 계속적이고도 일관적인 양육을 위해서 타당하다는 견해도 주장되고 있다.<sup>40)</sup>

부모의 일방이 친권을 행사하고 타방이 양육을 하는 경우 그 양육책임을 지는 자의 지위를 친권으로부터 파생한 권리로 볼 것인가 아니면 친권과 별개의 지위로 볼 것인가 문제된다. 이에 대하여는 양육책임을 지는 부모측은 상대방에 귀속하는 친권으로부터 양육책임을 분리하여 취득하고 타방의 친권은 양육에 관하여는 정지하는 것으로 보거나, 또는 친권을 행사하는 부모의 상대방으로서는 친권의 행사부분만 정지되어 실질적으로는 친권이 양육의 범위내로 줄어들게 되지만 여전히 친권자의 지위는 보유하는 것으로 볼 수도 있을 것이다. 이른바 전자의 입장으로 보게 되면 양육권은 친권과 명확히 구별되는 별개의 것은 아니라고 하더라도 실질적으로는 구별하여야 하는 것으로 볼 수 있는데 반하여, 후자의 입장은 친권이 양육에 관한 권리의무를 포섭하는 것으로 구성한다. 양자의 견해는 그 입장의 차이는 크다고 할 수 없고 후자의 입장을 배척할 수 있는 것도 아니지만, 전술한 바와 같이 민법이 친권을 행사할 자와 양육책임을 질 자에 관한 결정을 별개로 정하도록 하고 있다는 점을 고려한다면 뉘앙스의 차이에 불과하다고 하더라도 일단 전자쪽이 법체제상 더 타당한 견해라고 하겠다.

한편 제3자를 양육자로 하는 경우에도 이를 친권과 별개로 정하고 친권행사가 그 범위내에서 정지되는가, 아니면 친권으로부터 파생하는 양육권이 양육자에게 이전 또는 대행되는가가 문제될 수 있으나, 위와 같은 이유에서 전자의 입장으로 파악하고자 한다. 한편으로 양육책임을 지는 자에게 부모가 그 부분에 관한 권리의무를 이전 또는 대행케 하는 방법도 문제될 것이고, 그보다도 양육책임이 타인에 대하여 이전 내지 대행될 수 있는 것인가도 문제될 수 있다. 같은 이유에서 친권자가 부모의 협의 내지는 가정법원의 심판에

40) 변진장(1985), “이혼후의 미성년인 자에 관련된 법률문제”, 『사법논집』 1985년 5월, p.306.

의하지 않고 제3자의 양육책임을 제한하거나 박탈할 수도 없는 것이다.

## (2) 양육자가 아닌 부모

공동양육에 의하지 않는 한 부모가 이혼하면 자는 일방의 부모에 의하여 양육되는 것이 보통이고, 그 자의 친권자이면서 자를 양육하지 않는 부모가 생기게 된다. 또한 자를 만약 제3자가 양육하기로 결정하였다면 부모가 다같이 양육자가 아닌 부모로 된다.

현행 민법상 양육에 관한 사항의 결정은 부모의 권리의무에 변경을 가져오는 것이 아니므로(제837조 제3항), 자를 양육하지 않는 부모라고 하여 자와 완전히 분리되어야 한다는 것은 아니다. 한편 친권의 행사자는 양육에 관한 사항과 별개로 결정될 수도 있으므로(제909조 제4항), 양육자가 아닌 부모라도 친권행사자로 될 수도 있다. 이 경우 실질적으로 행사될 수 있는 친권으로서의 재산에 관한 것과 부양의무, 혼인에 관한 동의권 등을 들 수 있다. 그러나 역시 공동양육이 아닌 한 양육자가 아닌 부모는 자에 대한 관계에서 소원해질 수밖에 없다. 또 공동양육이라고 하는 것이 우리 실정에서 그리 용이한 양육방법이라고 하기도 어렵다. 이런 점에 비추어 본다면 대개 양육책임을 지는 부모가 친권의 행사자로 되는 경우가 오히려 보통으로 되어 자는 양육자의 품속에서만 양육되게 되고, 타방 부모는 대개 자에 대하여 접근이 차단되어, 친자관계는 사실상 단절되어버리는 경우가 많다.

그렇게 되면 부모는 부모대로 자에 대한 상실감에 빠지게 되고, 자는 또한 양육친 외의 타방 부모에 의한 양육의 기회를 가지지 못함으로써 정상적인 성장이 어렵게 되므로, 민법은 면접교섭권을 설치하여 친자간의 관계를 계속적으로 유지하도록 하고 있다(제837조의 2). 면접교섭은 양육의 한 형태라고 보기는 어렵지만, 그 기초는 공동양육과 마찬가지로 이혼 후에도 미성년인 자와 부모와의 계속적인 관계를 확보하고 부모가 자에 대한 권리와 의무를 계속할 수 있게 한다는 데 있어서 실제 양육과 마찬가지로 기능을 한다고 할 것이다. 이 점에서 본다면 면접교섭권은 부모의 권리일 뿐만 아니라 자의 권리로서의 측면도 가지고 있다고 하지 않으면 안 된다.<sup>41)</sup> 즉 면접교섭권을 활

용함으로써 이혼이라고 하는 가족관계의 파괴의 충격을 최소화하고 자를 위하여 양친이 모두 노력하고 있다는 점을 자에게 이해시킬 수 있으므로 자가 특히 안정적인 성장을 하는 데 기여하게 된다. 따라서 현실적으로 공동양육이 어렵다면 이에 가장 가까이 갈 수 있는 제도가 바로 면접교섭권이다.

#### 나. 양육권의 내용

일반적으로 양육권은 크게 신체적 양육권, 법률상 양육권, 교육 등을 구성 내용으로 한다.<sup>42)</sup> 영미법에서는 양육권은 법적 양육과 사실상의 양육으로 구별하여 전자는 자녀에 대한 부모의 권리의무, 후자는 자녀를 자신의 보호와 통제아래 둘 수 있는 지위를 갖는 것으로 의미하는데<sup>43)</sup> 이는 우리의 소위 친권에 해당하는 개념을 포괄적으로 인정하기 어려워 법적 양육권으로 구별해 놓고 있는 것이다. 역사적으로 살펴보면 이혼후에도 부가 자녀에 대한 고유의 권한인 친권을 그대로 보유하고 예외적으로 모가 부에 비하여 자녀양육에 보다 적합한 조건을 갖출 때에만 사실상의 양육을 허용하는 태도가 로마법시대부터 확립되어 맥을 이어왔고, 독일도 1957년 남녀동권법이 시행될 때까지 이러한 태도를 견지하였다. 우리 민법의 친권과 양육권의 분리도 같은 맥락에서 그 기원을 찾을 수 있다. 1990년 민법개정으로 모도 친권자가 될 수 있게 됨에 따라 애초에 양육권과 친권을 분리한 민법의 태도는 근거를 상실하게 되었다.<sup>44)</sup> 한편으로 양육이 친권의 주된 내용이므로 친권과 양육권의 엄격한 분리는 사실상 불가능하며 이러한 분리규정이 과연 자의 건전한 양육을 위해 유익한 것인지, 때로는 불필요한 정신적 부담과 장애를 주는 것인지에 따라서 친권과 양육권을 일원화하는 것이 자의 복리를 위하여 바람직하다는 의견도 제기되고 있다.<sup>45)</sup> 다만 현재의 이원화체제에서 어디까지를 양육권의 범위로 보아야 하는지를 검토해 볼 필요가 있지만 어느 경우이든 양육에 관

41) 김주수(1991), “면접교섭권”, 『박병호교수 화갑기념논문집』 p.206.

42) 한삼인(1990), 『재판상 이혼에 관한 실증적 연구』, 동국대 박사학위 논문, p.64.

43) 최진섭(1991), “이혼후의 공동양육”, 『박병호교수 화갑기념논문집』, p.249.

44) 김상용(1996), p.12.

45) 이영애(1983), p.421.

련된 근본정신은 자의 복리에 초점이 맞추어져야 할 것이다.

#### 다. 이혼시 양육자의 지정

##### (1) 양육자의 별도지정

자의 양육은 친권의 주된 작용이므로 자의 양육권은 원칙적으로 친권자에게 속한다. 민법은 미성년자인 자의 부모가 이혼 등으로 혼인관계가 해소되거나, 처음부터 혼인관계가 존재하지 아니하는 경우에 그 미성년자인 자에 대하여 친권을 행사할 자를 정할 수 있는 제도를 정하고 있으면서, 제837조에서 부부의 협의이혼시 당사자는 그 자의 양육에 관한 사항을 협의에 의하여 정하고, 이 협의가 되지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 당사자의 청구에 의하여 그 자의 연령, 부모의 재산상황 기타 사정을 참작하여 양육에 필요한 사항을 정하며 언제든지 그 사항을 변경 또는 다른 적당한 처분을 할 수 있다고 규정하고 이를 재판상 이혼의 경우에 준용하고(제843조) 있으며, 가사소송법 제2조 제1항에서 양육에 관한 처분과 그 변경을 가정법원에서 심리할 마류 비송사건으로 규정하고 있다.

##### (2) 양육자지정절차

###### (가) 협의에 의한 양육자의 지정 및 변경

친권을 행사할 자의 지정과 성격 및 협의의 방식이 같다고 할 것이나, 양육자 지정은 호적신고를 요하지 아니하므로 협의만으로 효력이 발생한다고 하여야 할 것이고, 제3자의 이해관계가 문제되지 아니하며 기한, 조건부 협의도 가능하다고 할 것이다. 양육에 관한 협의로 제3자를 양육자로 정할 수도 있다.

###### (나) 조정, 심판 등에 의한 양육자의 지정 및 변경

친권행사자 지정 및 변경의 경우와 같다. 다만, 특정인을 양육자로 지정하여 달라는 청구는, 1990년 법개정 이전에는 협의가 이루어지지 아니하는 경

우에는 부에게 양육에 관한 권리의무가 있는 것으로 되어 있어 주로 모에 의하여 행하여졌고, 위 청구가 이유없다고 인정되는 경우에는 청구기각의 심판을 하였다. 그러나, 민법의 개정으로 별도로 친권을 행사할 자가 지정되어 있지 아니하는 한 협의불성립시 부에게 당연히 양육의 권리의무가 있는 것으로 볼 수 없고, 친권을 행사할 자를 정하지 아니하고, 양육자만의 지정청구도 가능하다고 할 것이므로 이러한 때에는 친권행사자 지정의 경우와 같이 당사자의 청구에 구속되지 아니하고 양육자로서 적합한 자를 지정하여야 할 것이라고 본다.

한편, 양육자변경청구는 당사자 사이의 협의나 재판에 의하여 양육방법이 결정된 후 상황의 변경때문에 이를 변경할 필요가 생겼을 때<sup>46)</sup>뿐만 아니라, 당초의 결정이 제반 사정에 비추어 부당하게 되었다고 인정될 경우에도 가능하다<sup>47)</sup>고 할 것이므로, 당사자가 양육에 관한 사항의 변경을 청구하는 경우, 가정법원은 협의 후에 사정변경이 발생한 때에 한하여 변경할 수 있는 것은 아니다.

### (3) 양육자 지정의 효과

양육자로 지정된 자는 양육에 대한 감독자로서 지위를 보유하고 양육비를 부담한다. 또한 양육자로 지정되지 않은 상대방은 자에 대한 면접교섭권을 행사할 수 있고, 상대방이 자의 양육에 관한 부적당한 사유가 발생할 때 양육자변경청구권을 가질 수 있다. 동시에 양육권과 양육비에 필요한 비용은 별개이므로 부모, 자녀라는 신분관계에서 양육자로 지정되지 않은 부모일방도 양육비를 부담하여야 할 것이다.<sup>48)</sup>

46) 대법원 1992.1.21. 선고, 91므689 판결.

47) 대법원 1991.6.25 선고, 90므699 판결.

48) 박은수(1998), “이혼후 자녀양육에 관한 연구”, 강원대학교 석사학위논문, p.64.

#### 4. 양육비에 관한 검토

##### 가. 양육비의 개념

양육비란 미성년자의 자녀를 보호·교양하는데 필요한 비용을 말한다. 자녀를 보호·교양한다는 것은 실제로 교육·감호하는 것이며 그 비용의 부담과는 별개문제이다. 전자는 친권의 작용인데 반해서, 후자는 부모의 미성년인 자에 대한 관계자체에서 나오는 부양의무로 보기 때문이다.<sup>49)</sup> 따라서 친권자가 아닌 부 또는 모도 보호·교양에 필요한 비용의 부담은 면할 수 없다고 할 것이다(부모가 별거하거나 이혼한 경우에도 마찬가지다). 양육의무는 미성년자녀의 육체 및 정신의 건전한 발달과 성숙을 위한 보호·교양의 의무이고, 양육비는 그러한 보호·교양에 드는 비용이기는 하나 어디까지나 순수한 경제적 급여의무라고 할 수 있다.

##### 나. 양육비 지급의 근거

부모의 자에 대한 부양의무의 근거에 대하여는 친권의 효과로 보는 입장, 현실적 공동생활에 근거를 둔 입장, 그리고 부모라는 신분에 있다는 입장이 있다. 어느 입장을 취하느냐에 따라 부양의 범위와 정도에 차이가 있게 되나, 친권의 효과에서 그 근거를 찾는 입장은 우리나라에서는 몇몇 판례<sup>50)</sup>가 있을 뿐이며 다수의 학설과 판례는 부모라는 신분에서 그 부양의무의 근거가 있다고 본다.

생각건대 친권의 효력에 관한 민법 제913조는 자에 대한 보호·교양의무를 규정하고 있으나 이 규정으로부터는 보호·양육에 필요한 비용부담까지 유추할 수는 없다고 보아야 할 것이며, 현실적 공동생활에서 구하는 입장은 부양의무가 법적 문제로까지 비화된 경우에는 이미 공동생활이 없을 경우이므로 타당치 않다. 결국 부모와 자녀의 신분관계에서 그 근거를 구하여야 할 것이다.<sup>51)</sup>

49) 김주수(2002), p.212.

50) 서울가정법원 1966년 3월 29일 판결, 대법원 1972년 7월 11일 판결.

#### 다. 부모의 양육책임과 부양의무와의 관계

부모는 미성숙한 자녀에 대하여 그가 건전한 사회인으로서 자립할 수 있을 때까지 보호하고 양육하지 않으면 안 된다. 그리고 그 자녀의 보호·교양에 필요한 비용도 부모가 부담하여야만 된다. 이 양육비 지급의무는 부양과 마찬가지로 경제적 급여의무이므로 민법 제837조와 제974조 이하의 규정은 그 해석상 또는 적용상의 문제가 논의되어 왔다.

민법은 부모가 이혼을 하는 경우에는 이혼당사자인 부모의 협의에 의해서 그 자의 양육에 관한 사항을 정하고(제837조 제1항), 협의가 되지 아니하거나 협의할 수 없는 경우에는 가정법원이 당사자의 청구에 의하여 그 자의 연령, 부모의 재산상황, 기타 사정을 참작하여 양육에 필요한 사항을 정하도록 규정하고 있다(제837조 제2항 전단). 이것은 미성숙자에 대한 부모의 양육책임을 정한 것이고 현실로 부모 중 누가 어느 정도 어떠한 방법으로 양육할 것인가는 부모의 협의 또는 가정법원의 심판에 의해 비로소 구체화되는 것으로 된다.

여기서 부모의 미성숙자에 대한 양육책임에는 부양의무가 포함되는가에 관하여 학설과 판례가 일치하지 않고 있는데, 특히 민법 제837조와 제974조 내지 제978조와의 관계에 관하여 학설과 판례를 검토할 필요가 있다.

#### (1) 학설

##### (가) 부양의무 불포합설

민법 제837조의 양육에는 교육, 보호·교육, 거소지정, 징계 등 만이 포함되며 이에 필요한 비용의 부담은 포함되지 않는다고 본다. 따라서 양육자가 부모의 일방인 때에는 양육자 아닌 다른 일방에 대하여, 양육자가 제3자인 때에는 부모쌍방에 대하여 양육비를 청구할 수 있다고 하여 양육과 경제적 급여의무인 부양의무를 구별하는 설이 유력하다.<sup>52)</sup> 이것은 제913조의 친권

51) 김주수(1967), “혼인외의 출생자에 대한 과거의 부양료”, 『법정』 1967년 7월호, p.67.

52) 김주수(2002), p.212.

자의 보호·교양의 의무와 이에 필요한 비용의 부담과는 구별하여, 부양의무가 포함되지 않는다고 하는 통설과도 조화를 이룬다고 볼 수 있다.<sup>53)</sup>

#### (나) 부양의무 포함설

양육비지급의무를 부양의무로 파악하면서도 일반 부양에 관한 민법 제974조 이하의 규정에 의하여 양육비를 해결할 필요는 없고, 민법 제837조의 양육에 양육비를 포함시켜 이혼당사자간의 협의에 맡기도록 하자는 견해<sup>54)</sup>도 있다.

#### (2) 판례

1990년 민법개정 이전에는 부모가 그 자의 양육에 관한 사항을 협정하지 아니한 때에는 그 양육의 책임은 부에게 있다고 규정하고 있었는데(제837조 제1항의 구규정), 그 규정하에서도 우리의 대법원판례는 대체로 이혼 및 혼외자에 관한 과거의 양육비 내지 부양료 청구 사건에서 그 근거조문은 명시하고 있지는 않지만 부모 모두에게 자의 양육책임 내지 부양의무가 있다고 판시하고 있었고,<sup>55)</sup> 최근의 판례에서도 부모는 자녀를 공동으로 양육할 책임이 있고 양육비도 원칙적으로 공동으로 부담하여야 하며, 누가 친권행사자이고 누가 양육권자이며 현실로 양육하고 있는지를 불문하고 친자관계의 본질로 부터 발생하는 의무라고 하며 같은 입장을 취하고 있다.<sup>56)</sup>

#### (3) 검토

생각건대 판례와 같은 취지로서 부모의 자녀에 대한 부양의무는 생활유지 의무로서 혼인중에 출생한 자녀 혼외자를 불문하고 또한 친권의 유무나 자와

53) 문형식(1987), “친자관계를 중심으로 한 부양료청구와 구상(上)”, 『대한변호사협회지』 제130호, p.46.

54) 강현중(1981), p.49.

55) 문형식(1987), p.46.

56) 대법원 1994.5.13 선고, 92스21 전원합의체결정 참조.

의 공동생활을 묻지 않고 부모각자가 그 자력에 응하여 그 부양료를 부담하여야 한다고 생각된다. 또한 제837조 제1항의 『양육』의 의미는 위 유력설이 주장하는 바와 같이 보호·교양 등만을 말하는 것이고, 그 자를 양육함에 필요한 비용인 양육비 내지 부양료는 동조 제2항의 『양육에 필요한 사항』에 포함되는 것으로 이해하여야 하므로 제837조는 부모의 자에 대한 부양의무 자체의 근거규정은 아니라고 볼 것이다.

따라서 부모의 자녀에 대한 부양의무의 실정법상의 근거는 조문형식상으로는 제974조라 할 수 있고, 다만 이혼후의 부모의 미성년자녀에 대한 부양의무에 관하여는 친족사이의 일반 부양에 관한 제974조의 규정에 의하지 않고 제837조가 특칙으로서 적용된다고 볼 수 있을 것이다.

그런데 만일 성년에 달한 자녀의 부양에 관한 사항이라면 이미 한 법적 근거로서 해결해야 할 것인가. 성년자라면 완전히 사회활동상의 능력을 가지고 있기 때문에 이러한 경우는 민법 제974조 내지 제978조에서 규정하는 친족사이의 일반적인 부양으로서 제2차적 생활부조의무에 해당되기 때문에 민법 제837조의 규정의 적용대상이 아니라고 볼 것이다.<sup>57)</sup>

#### 라. 과거의 양육비 청구 여부

양육비 부담의무는, 특별한 사정이 없는 한 부모가 공동으로 부담하여야 한다. 또 부모의 양육책임은 부모의 경제사정 여하에 불구하고 이행되어야 할 것이므로, 양육의무자의 재산상태가 열악하여 양육비를 부담할 수 없다는 이유만 가지고, 그 책임을 타방에게만 지울 수 없다.<sup>58)</sup> 그러나 혼인외의 자에 대한 부양의무와 관련하여 판례는 생부는 그 자를 인지하거나, 그 자가 부모의 혼인에 의하여 혼인중의 자로 간주되지 아니하는 동안은 부양할 의무가 없으나,<sup>59)</sup> 생모는 인지와 관계없이 혼인외의 자에 대한 부양의무가 있다<sup>60)</sup>고

57) 대법원 1994.6.2 선고, 93스11 결정, 부양료청구심판에 대한 재항고사건에서 민법 제837조의 규정에 의하여 가정법원의 심판의 대상이 될 수 있는 것은 그 자가 미성년자인 경우에 한하고 자가 성년이 된 경우에는 제974조 이하의 규정에 의하여야 한다고 판시하고 있다. 법원공보(1994) 제973호, 1994년 8월, p.2104.

58) 서울가정법원 1996. 2. 14 선고, 95브118 결정(양육비).

해석하고 있다. 그런데 부가 혼인외의 자를 인지하게 되면, 부자관계의 성립은 자의 출생시까지 소급한다. 아울러 부모의 자녀양육의무는 자녀의 출생과 동시에 발생하는 것이므로, 부가 인지할 때까지 모가 단독으로 혼인외의 자를 양육하였다면, 부에게도 그 일부분의 지급을 청구할 수 있는가, 즉 과거의 양육비의 청구가 인정되는가의 여부가 문제되어 왔다. 이혼하면서 자녀양육에 관한 협의가 되지 아니하여 부모 중 일방이 양육하고, 그 후 양육자로 지정되었을 때 과거의 양육비를 청구하는 경우도 마찬가지이다.

학설은 위와 같은 경우, 부당이득을 이유로 상환청구를 할 수 있다고 본다.<sup>61)</sup> 이러한 입장을 취한 일부 하급심판례도 있으나,<sup>62)</sup> 과거의 판례는 부정설을 취해 왔다. 현재는 긍정설의 입장이다. 과거의 판례는, 사실혼관계에 있던 당사자의 일방은 상대방과의 사이에서 출생한 자의 양육자로서 그 자신이 지정되는 심판이 확정된 때에, 비로소 상대방에 대하여 양육비를 청구할 권리를 취득하고, 그 이전까지는 자기 고유의 양육의무를 이행한 데 불과하므로, 이 부분의 양육비를 상대방에게 청구할 수 없다고 해석해왔다. 이와 같은 판례의 입장은 1994.5.13. 선고된 92스21 대법원전원합의체판결에 의하여 변경된다. 이 판결에는 소수의견도 있으나, 다수의견은 다음과 같이 해석하고 있다.

“어떠한 사정으로 인하여 부모 중 어느 한 쪽만이 자녀를 양육하게 된 경우에, 그와 같은 일방에 의한 양육이 그 양육자의 일방적이고 이기적인 목적이나 동기에서 비롯한 것이라거나, 자녀의 이익을 위하여 도움이 되지 아니하거나, 그 양육비를 상대방에게 부담시키는 것이 오히려 형평에 어긋나게 되는 등 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는, 양육하는 일방은 상대방에 대하여 현재 및 장래의 양육비 중, 적정금액의 부담을 청구할 수 있음은 물론이고, 부모의 자녀양육의무는 특별한 사정이 없는 한, 자녀의 출생과 동시에

59) 대법원 1981. 5. 26 선고, 80다2515 판결.

60) 대법원 1979. 1. 23 선고, 78다2023 판결.

61) 박병호·김유미(1994), “과거의 양육비 구상”, 『법학』 35권 3호, 서울대법학연구소, pp.224-226.

62) 서울고법 1976. 10. 29 선고, 76나1878 판결.

발생하는 것이므로, 과거의 양육비에 대하여도 상대방이 분담함이 상당하다고 인정되는 경우에는 그 비용의 상환을 청구할 수 있다.”

다만, 양육비 부담에 대하여는, “한 쪽의 양육자가 양육비를 청구하기 이전의 과거의 양육비 모두를 상대방에게 부담시키게 되면, 상대방은 예상하지 못하였던 양육비를 일시에 부담하게 되어 지나치게 가혹하며, 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 어긋날 수 있다. 그러므로 위와 같은 경우에는 반드시 이행청구 이후의 양육비와 동일한 기준에서 정할 필요는 없고, 부모 중 한 쪽이 자녀를 양육하게 된 경위와 그에 소요된 비용의 액수, 그 상대방이 부양의무를 인식한 것인지의 여부와 그 시기, 그것이 양육에 소요된 통상의 생활비인지 아니면 이례적이고 불가피하게 소요된 다액의 특별한 비용(치료비 등)인지 여부와 당사자들의 재산상황이나 경제적 능력과 부담의 형평성 등 여러 사정을 고려하여 적절하다고 인정되는 분담의 범위를 정할 수 있다”고 하여, 장래의 양육비와는 그 기준을 달리하고 있다.

## 5. 관련문제

### 가. 양육비판결확정시까지의 양육비 인정의 필요성

대부분의 이혼부부들은 이혼을 전제로 별거를 시작하면 양육비는 물론 일체의 생활비가 단절되고 있는 것이 어쩔 수 없는 현실이다. 간혹, 위 기간 동안의 생활비나 양육비를 청구하더라도, 법원에서는 ‘이혼소송기간 동안의 생활비는 위자료에 포함된다’는 입장이어서 전혀 반영되지 않고 있으며, 간혹 양육비라는 이름으로는 위 기간동안의 양육비가 인정되기는 하지만 이 또한 이혼판결이 확정된 이후에서야 지급받을 수 있는 것이어서 당장 이혼소송기간동안의 자녀양육을 위한 양육비 등은 전혀 고려되지 않은 채 재판이 진행되는 것이 우리의 현실이다. 그리고 생활비나 양육비 청구를 위한 사전처분 제도가 있다는 사실을 알지 못하는 경우가 많은데 이러한 제도를 적극적으로 알리는 일이 반드시 필요하다.

#### 나. 양육비 인정 기준 관련 문제점

현재 우리 법원은 자녀 양육비를 책정함에 있어서 통상적으로 1명당 15만원 내지 30만원 선에서 인정해 주고 있다. 법원이 이 정도의 금액을 인정하는 데에는 ‘우리 사회에서 통상적으로 자녀 2명을 가진 평범한 회사원으로서 월 200만원 정도의 수입이 있다고 할 경우, 자녀 1명당 돌아가는 산술적인 몫인 50만원(=200만원×1/4명) 1/2(부가 25만원, 모가 25만원)이 부모에게 부담되어질 수 있는 부분’이라는 생각, ‘부모 모두에게 양육책임이 있으므로 지급받는 양육비만으로 부족한 나머지는 실제로 양육하는 부모가 감당하도록 하고, 그것이 부담스럽다면 양육권을 상대방에게 넘겨주라’는 입장 및 ‘자녀양육은 권리가 아니라 책임이므로 실제로 양육하는 자가 그 정도는 책임져야 한다’는 등의 생각이 뒷받침되어 있는 것 같다.<sup>63)</sup>

#### 다. 양육비 불이행시의 제재관련 문제점

당사자간의 합의나 법원의 판결을 통해서 양육비가 인정되었다 할지라도, 이를 그대로 이행하는 경우가 오히려 드물다고 할 정도로 그 이행이 뒤따르지 않는 것이 우리 사회 전반의 분위기이다. 이에 대해서 법원에서는 ‘양육비를 지급하라고 판결하는 것 외에 실제로 이행하느냐 여부는 법원과는 무관한 일이고, 당사자들이 알아서 다른 조치를 취하든지 해야 한다’는 소극적이고 방관자적인 입장을 취하고 있다. 그러나 당장 자녀들은 하루하루 먹고, 입고 학교에 다녀야 하는 등 지출되는 비용은 발생하고 있고, 법원을 통해서 소송을 하고 또 이를 강제집행하는 동안 자녀들은 모두 성장해 버리는데, 그동안의 경제적 곤궁이나 결핍으로 정신적, 육체적으로 건강한 성장을 하기 어렵다면, 그로 인한 손실은 개인적인 것에 그치는 것이 아니라 국가적인 손실이고 피해라고 할 것이다.

63) 이명숙(2001), “이혼과 자녀양육” : 양육비 제대로 받고 있는가“, 『한국가정법률상담소 창립 45주년 기념 심포지엄』 자료집, 한국가정법률상담소, p.89.

### III. 면접교섭권에 관한 검토

#### 1. 면접교섭권의 의의

면접교섭권이란 “친권행사자 또는 양육권자가 아니기 때문에 현실적으로 자녀를 양육하고 있지 않은 부모 중 일방이 그 자녀와 직접 면접·접촉하는 권리”를 말한다. 구체적으로는 면회, 단기간의 숙박과 여행, 편지교환, 전화통화, 사진과 선물교환 등을 생각할 수 있다. 미국에서는 visitation right, right of access, 독일에서는 Verkehrsrecht, Umgangsrecht, 프랑스에서는 droit de visite로 불리우며 방문권, 면회권, 면접권, 교섭권, 교통권이라고도 한다.<sup>64)</sup>

#### 가. 법 규정

##### (1) 관련 법규의 적용

우리 민법은 1990. 1. 13. 개정시 면접교섭권에 관한 명문의 규정을 신설하고 가사소송법에도 이에 관한 절차규정을 신설(1991. 1. 1.부터 시행) 하였다. 협의이혼 관련 조문 중 민법 제837조의 2에 의하면 ① 자를 직접 양육하지 아니하는 부모 중 일방은 면접교섭권을 가진다 ② 가정법원은 자의 복리를 위하여 필요한 때에는 당사자의 청구에 의하여 면접교섭을 제한하거나 배제할 수 있다고 규정하고 동 조문은 동법 제843조의 규정에 의하여 재판상 이혼의 경우에 준용되며, 가사소송법 제2조 제1항 나.(2) 마류사건 3호에 의하면 민법 제837조(이혼과 자녀의 양육책임), 동법 제837조의 2(동법 제843조의 규정에 의하여 위 각 조항이 준용되는 경우 및 이혼의 취소 또는 인지를 원인으로 하는 경우를 포함한다)의 규정에 의한 자녀의 양육에 관한 처분과 그 변경, 면접교섭권의 제한 또는 배제는 가사비송사건으로서 이에 대한 심리와 재판은 가정법원의 전속관할로 한다고 규정되어 있다.

64) 이은신(1993), “면접교섭권, 가정법원사건의 제문제”, 『재판자료』 제62집, 법원행정처, p.329.

## (2) 법규상의 문제점

가사소송법에는 면접교섭에 관한 절차규정으로 ‘면접교섭권의 제한 또는 배제’에 관한 처분만을 규정하고 있어 조문상으로는 이혼한 부모는 항상 민법 제837조의 2 제1항의 수시 면접교섭권을 갖기 때문에 따로 이를 인정하는 처분이 불필요한 것처럼 보인다. 그러나 위 민법 조문은 면접교섭권의 존재를 선언한 것에 불과하므로 심판으로 권리의 범위 및 행사 방법이 확정됨으로써 면접교섭권자는 구체적인 권리를 행사할 수 있고, 양육친은 이에 대응하는 의무를 부담하게 되는 것이라고 본다. 따라서 면접교섭권을 인정하는 처분이 면접교섭권에 관한 주된 처분으로서 존재하는 것인데, 다만 명문의 근거규정이 없으므로 이는 ‘자녀의 양육에 관한 처분과 그 변경’에 관한 심판의 하나로 보아야 할 것이다.

### 나. 입법의 배경 및 취지

종전 가중심의 대가족제도 하에서는 자녀의 양육은 그의 부모만이 아니라 많은 친족들에 의하여 자연스럽게 이루어지는 것이어서 부모가 이혼하는 경우에도 자녀는 부의 가에서 모의 역할을 대신할 수 있는 친족에 의하여 양육되므로 이혼한 모가 자녀의 양육에 관여할 필요성이 적었고, 부중심의 사회에서 이혼한 모 자신도 그 가를 떠난 이상 자녀를 만나러 온다는 것은 생각하기 어려웠다. 그러나 부부 중심의 핵가족제도의 확산으로 자녀의 양육이 대부분 부모 두 사람에게 의하여 이루어지게 되자 부모가 이혼하는 경우에도 자녀의 원만한 성장을 위하여 양육을 담당하지 않는 부모가 자녀의 양육에 관여할 필요가 생기게 되었고, 자녀수의 감소로 비록 부부는 이혼하더라도 부모로서 자녀와의 접촉을 유지하고 싶은 욕구도 강해져 자녀측의 요청과 부모측의 요청에 의하여 면접교섭권이 인정되게 되었다.

자녀복리의 측면에서 자녀에게는 양육하지 않는 부모일방을 만날 수 있는 기회가 제한되어서는 안되며, 자녀를 양육하지 않는 부부일방은 자녀를 만날 수 있는 권리를 보장받아야 하는 것이다.

## 2. 면접교섭권의 법적 성질

명문 규정이 없는 일본에서는 면접교섭권을 인정하는 법적인 근거를 삼기 위하여 활발히 논의되었던 부분인데, 우리의 경우 이는 면접교섭권의 인정 범위 및 제한의 한계 등을 판단함에 도움이 된다. 이에 관한 학설은 다음과 같다.

첫째로, 면접교섭권이 친자관계라는 혈연관계에서 자연적으로 발생하는 권리라고 보는 자연권설은 고유권설이라고 한다. 이는 면접교섭권을 친권 및 양육권과 별개의 독립된 권리로 파악하는 견해이다. 둘째로, 부부가 혼인하여 공동생활을 할 때에는 잠재되어 있던 친권의 하나의 권능이 공동생활관계가 해소된 후 자녀와 별거하게 된 부모에게 이행가능한 형태로 나타나는 것이라고 하여 면접교섭권을 친권의 하나의 권능이라고 보는 견해가 있다. 셋째로, 위 두 설의 절충적인 입장으로 면접교섭권은 자연권에 기초를 두면서 주로 양육에 관련된 형태로 구체화 된다고 보는 견해가 있다. 그 외에 자녀의 복지를 강조하여 면접교섭권은 부모의 권리가 아니라 순수하게 자녀의 권리일 뿐이라고 보는 견해도 있다. 최근에는 오히려 가족심리학, 정신분석학의 연구 결과를 토대로 하여 자녀의 건전한 성장을 위하여 부모가 이혼하는 경우에도 자녀를 둘러싼 애정관계의 계속성을 파괴하지 않도록 배려하여야 하는데, 면접을 인정하면 자녀의 일상을 계속적으로 대하지 않는 부모가 단편적으로 자녀를 접촉하게 됨으로써 오히려 바람직하지 않은 결과를 가져올 수 있으므로 면접교섭권을 법적인 권리로 인정하기는 어렵다는 소극설이 있다.<sup>65)</sup>

우리의 경우 명문으로 면접교섭권을 인정하고 있으므로 소극설을 취할 수는 없고, 친권이나 양육권과는 독립적인 권리로 규정하였기 때문에 친권의 하나의 권능으로 보기도 어려울 것이다. 자연권설로 가까워질수록 면접교섭권을 보다 널리 인정하고 그 제한은 예외적으로 하게 되겠지만, 실무상으로 큰 차이점은 없을 것으로 본다.

65) 그러나 소극설은 시대에 뒤떨어진 견해로 오늘날 주장하기는 어렵다고 하겠다.

### 3. 면접교섭권의 내용

#### 가. 면접교섭권의 내용결정

면접교섭권은 그 성질상 부모자(父母子) 삼자(三者)의 복잡한 정서적 인간관계의 측면이 농후하게 나타나고 판단과 실행에 관하여 법의 통제기능과 강제효과가 약하기 때문에 면접교섭이 정하여진 대로 실시되지 않을 경우 법적 강제 수단을 동원한다고 하여도 본래의 목적을 달성하는 데는 크게 미흡하다. 따라서 면접교섭이 허용될 수 있는 사안에서 어떤 내용(시기, 장소, 회수, 빈도, 방법 등)을 인정하는 것이 추후 면접교섭권을 둘러싼 분쟁을 최소화 할 수 있는가가 중요하다.<sup>66)</sup>

#### 나. 면접교섭권의 행사방법

면접교섭권은 이혼 후 친권행사자 또는 양육자가 아닌 부모가 자기와 동거하고 있지 않는 자녀에 대하여 면접 그 이외의 교섭을 하는 것이므로 그의 행사방법에 관하여 다양한 차이가 있을 수 있다. 자녀를 위한 면접교섭권이라는 자세로 이해하더라도 부부의 애정갈등에 의한 영향과 이별한 일방과의 상호 연락이나 대응은 저항, 긴장, 부담감을 수반하는 것으로 이는 결코 쉬운 문제는 아니다. 부부 차원의 감정을 억제하고 부부의 역할관계는 종료하더라도 제약된 조건 가운데에서 자녀양육의 파트너로서의 역할관계를 계속해 나가기 위하여는 성실하고도 관용있는 이성적 태도가 요청된다. 그런 만큼 새로운 역할형성과 원만한 진행을 위하여 가정법원은 개별적 사건의 특성에 맞는 유연한 책정, 결정의 세밀한 원조를 할 것이 필요하다고 하겠다.

#### (1) 구체적 사항

자녀를 중심으로 하여 내용을 살펴볼 때 ① 자녀의 연령, 성별에 의한 발달

66) 박영식(2001), “양육처분에 관한 법규정과 판례”, 『이혼가정과 자녀양육 : 양육비 제도로 받고 있는가』, 한국가정법률상담소 창립 45주년 기념 심포지엄 자료집, 2001년 5월, pp.75-76.

단계(특히 각자의 발달과제에 대응할 필요) 및 자녀의 성격, 능력(현실인식, 적응력, 행동력) 등의 인격특성 ② 양육친 및 비양육친 각각과의 친자관계의 생활사 및 애착, 의존, 동일화의 정도 ③ 비양육친과의 이별의 사정, 경과기간, 이별 후의 대응경과 ④ 필요한 면접교섭의 역할행동, 교류의 방법 등에 관하여 충분히 검토하지 않으면 안된다.

그 때문에 자녀에게 이혼, 별거의 사정 및 면접교섭의 취지를 잘 설명하고 미리 자녀의 의향, 희망조건 등을 청취할 필요가 있다(가사소송규칙 제100조).

시기 및 방법 등에 관하여 최대의 고려를 하여야 할 것은 자녀에게 과중한 부담을 주지 않고 뚜렷한 불만족감을 느끼지 않게 할 범위와 정도를 생각하는 것이다. 그 조화점을 어디에서 구하여 정하는지는 면접교섭의 법적 성질, 의의에 대한 이해에 따라 달라지며 획일적 표준에 의할 것은 아니고 사안 특성에 따라 개별화할 필요가 있다.<sup>67)</sup>

## (2) 자녀의 의견청취

가사소송규칙 제100조는 “제99조 제1항에 규정한 청구(자녀의 양육에 관한 처분과 변경, 면접교섭권의 제한과 배제, 친권을 행사할 자의 지정과 변경에 관한 심판청구)가 있는 경우에 자녀가 15세 이상인 때에는 가정법원은 심판에 앞서 그 자녀의 의견을 들어야 한다”고 규정하고 있다. 이 규정은 자녀가 자기의 양육에 관하여 분별있는 판단을 할 수 있을 만한 연령에 달한 때에는 자녀의 의사를 존중하고 자녀의 이익을 보호하려는 취지이다. 이 규정의 취지에 비추어 볼 때 자녀가 15세 미만이라도 자녀의 복지를 고려하기 위하여 의향 및 동향을 조사할 필요가 있음은 물론이다. 의견 청취의 방법은 법원의 직접심문에 의하는 것이 원칙이지만 자녀가 법원에 출석할 수 없는 특별한 사정이 있거나 자녀의 복지를 위하여 출석하는 것이 바람직하지 않은 경우<sup>68)</sup>에는 법정 아닌 비공개석상에서 판사와 자녀가 단 둘이 만나 부드러

67) 이은신(1993), p.329.

68) 법정에서 부모 또는 그의 변호사가 대립하고 있는 분위기에서 자녀가 증인으로 심

운 분위기 속에서 자녀의 의견을 듣거나 또는 가정법원의 조사관의 의향조사에 의하는 것도 가능하다고 본다(가사소송법 제6조).

### (3) 우리나라에서의 인정의 범위

우리나라의 심판례로서 서울 가정법원 88드35667 사건에서는 10세의 남아인 사건본인에 대하여 매년 1월과 8월 중 각 10일간의 동거, 월1회 8시간의 면회, 주1회의 서신왕래, 주2회의 전화통화를 각 인정하였는데 위 사건의 항소심인 서울고등법원 89르4147 사건에서는 연2회 각7일 간의 동거를 인정하는 것으로 변경되었다. 한편 서울고등법원 86르313 사건에서는 7세의 남아인 사건본인에 대하여 매년 2회 각7일간의 동거, 매월 1회의 방문, 매년 설날과 추석날에 사건본인을 데려가서 비양육친(부(父)) 가(家)의 차례 및 성묘에 참석시킬 수 있게 하는 것을 인정하였다.

기타 서울가정법원의 조정 및 화해조서에는 매주 1회(97너4139 ; 일몰 이전에 한하여, 90드35233(본소), 90드37925(반소) ; 자(子)들의 주소가 소재하는 시, 군, 읍내에서), 매월 2회(91너3952 ; 양육친의 동의 아래), 매월 1회(91너6203 ; 비양육친이 지정하는 일시에, 91드26328 ; 일몰시까지 양육친이 지정하는 장소에서), 매월 4회(92드15301(본소), 92드15318(반소) ; 사전에 양육친에게 전화 또는 서신으로 통지한 후 사건본인 주소지에서)의 면접교섭을 인정한 예가 있다. 판결로써는 매월 2일간의 동거를 인정한 예(91드5307 ; 본소, 91드55715 ; 반소), 매년 1월과 8월에 비양육친이 희망하는 각7일간 그의 주소지에서 사건본인들과 동거할 수 있고 매월 셋째 일요일에 오전 9시부터 오후 6시까지 사이에 양육친의 주소지로 사건본인들을 방문하여 함께 지낼 수 있다(91드61895 ; 본소, 92드14032 ; 반소)고 한 예가 있다.

---

문되는 것은 결코 바람직한 방법이라고 할 수 없다.

### 다. 면접교섭권의 제한 및 배제

#### (1) 제한 및 배제의 필요성

이혼 후 자녀가 새로운 가정환경에 적응하여 안정되었을 때 전배우자가 나타나는 것은 오히려 자녀를 혼란에 빠뜨릴 염려가 있으며 양육친과도 충돌을 일으킬 수 있다. 이는 결국 이혼 이전의 분쟁을 재발시켜 자녀 뿐만 아니라 양(兩)부모와 그와 재혼한 새로운 배우자 모두를 불행하게 하고 새로운 가정을 파괴시키는 결과를 초래하게 된다. 따라서 면접교섭권자가 이를 과도하게 행사하여 양육친의 양육권과 충돌함으로써 자녀의 복지에 해가 될 때는 제한 또는 배제할 수 밖에 없다. 그러나 미국의 ‘이혼소송에 있어서 어린이의 권리장전’은 제4조에서 자녀가 그를 양육하지 않는 부모와 적당하게 방문함으로써 그를 알고 그의 사랑과 지도를 받을 수 있는 권리를 규정함과 동시에 제5조에서 양쪽의 부모와 긍정적이고 건설적인 관계를 가질 권리, 어느 일방으로부터도 다른 일방에 대하여 나쁜 말을 듣지 않을 권리를 규정하고 있는 것처럼, 선불리 자녀를 위한다는 명목으로 면접교섭권을 배제하여서는 안될 것이다.

#### (2) 제한 및 배제의 구체적인 경우

##### (가) 친권상실의 사유가 있는 경우

부나 모일 수 없는 자(者)는 면접교섭을 할 수 없다. 즉 친권상실의 사유가 있는 경우가 이에 해당한다. 자녀에게 또는 자녀와 양육친과의 관계에 악영향을 미칠 가능성이 있는 경우, 자녀에게 폭력을 휘두를 우려가 있는 경우, 음주벽 때문에 자녀와 면접교섭을 갖는 것이 적당하지 않다고 생각되거나 알콜중독에 빠져 자녀를 돌볼 수 없는 경우, 정신적 육체적 건강상태가 매우 좋지 않아서 자녀가 필요로 하는 보살핌을 줄 수 없는 경우, 심한 정신질환을 앓고 있어 자녀를 만나면 자녀에게 심한 해독을 끼칠 우려가 있는 경우, 반사회적 생활경향이 있는 경우 예컨대 범죄의 전력이 있다든가 자녀를 심히 학대한 전례가 있는 경우(다만 단순히 과거에 자녀에게 무관심하였다는 점만으

로는 면접교섭권을 박탈하기에 충분한 이유가 되지 않는다), 많은 남자(또는 여자) 친구와 어울려 자녀의 도덕심의 발달에 유해한 영향을 미칠 우려가 있는 경우<sup>69)</sup>에는 면접교섭권이 제한되거나 배제되어야 한다. 다만 친권상실사유는 부모의 부적격성의 기준에 의하여 판정할 것이 아니라 자녀의 이익의 기준에 의하여 판정되어야 하므로 재산관리권의 남용을 이유로 하는 친권상실의 경우에는 면접교섭이 전면 배제되는 일이 적을 것이다.

#### (나) 이혼원인과의 관계

이혼에서의 유책성과 면접교섭권의 배제사유는 동일하지 않으므로 이혼소송에서 유책배우자로 인정되었다고 하여 반드시 면접교섭권이 제한(박탈)되는 것은 아니다. 특히 일시적으로 자식을 돌보지 않고 다른 사람과 부정행위를 하였다는 사실만으로 면접교섭권이 배제될 수는 없고, 양육친 및 자녀의 복지에 대한 영향을 다시 심리하여 결정하여야 할 것이다.<sup>70)</sup>

#### (다) 면접교섭권의 남용

이혼시에 심판, 또는 당사자간의 약정으로 면접교섭권을 인정받는 일방이 자녀를 면접하는 기회에 종전의 이혼과정에 대하여 자신을 정당화하는 말, 양육친에 대한 험담, 그의 새로운 배우자에 대한 비방을 함으로써 자녀로 하여금 이혼전의 갈등으로 다시 빠져들게 하거나 새로운 생활에 적응하는 것을 방해하여 그 결과로 그의 원만한 성장에 저해가 될 경우 종전에 인정되던 면접교섭권은 제한, 배제된다.

69) 미국에서는 최근 부모가 동성연애자인 경우 양육자 결정에 있어서 부정적 요소로 될 수 있는가가 문제되고 있다고 한다. 동성애의 가정에서는 자녀가 성적인 학대를 받기 쉽고 또는 동성애 가정에 대한 사회적 비난이 자녀에게 부정적으로 적용한다는 이유때문이다. 판례는 동성연애를 문제삼지 않는다고 하는 형식으로 굳어져 있지만 일부에서는 지금도 법원의 은밀한 편견이 그의 판단에 미묘하게 영향을 주고 있다는 비판도 있다.

70) 이영애(1983), p.416 : 미국에서는 과거에는 간통이 양육권의 배척의 근거로 된 예가 많으나 최근에는 판례의 경향이 달라졌다고 한다.

## (라) 부모의 재혼

양육친이 자녀를 양육하던 중 재혼하여 자녀가 계부(모)와 새로운 가정을 이루어서 동거하게 된 경우, 가정의 안정성을 확보하기 위하여 자녀의 생부(모)와의 면접교섭권을 제한, 배제하여야 할 것인가 여부가 문제된다. 그런데 오히려 자녀의 입장에서는 계부(모)를 맞는데서 오는 충격을 완화하기 위하여 생부(모)를 만나야 할 필요가 더욱 많아질 수 있으므로 단지 재혼하였다고 하여 면접교섭권을 배제할 정당한 사유가 된다고는 볼 수 없고, 이로 인하여 자녀와 양육친에게 미칠 영향을 신중히 비교, 형량하여서 판단하여야 할 것이다.<sup>71)</sup>

## (마) 양육비 지급과의 관계

이혼시 합의 또는 재판으로 일방에게 양육권이 주어지고, 상대방에게 양육비 지급의무와 면접교섭권을 인정하였는데 그 후 상대방이 양육비의 지급을 거절한다는 이유로 양육친은 상대방의 면접교섭권의 배제를 청구할 수 있는지의(또는 양육친이 상대방의 면접교섭권의 행사를 부당하게 거부하는 경우 상대방은 양육비의 지급을 거절할 수 있는가) 여부가 문제된다.

이에 관하여는 양육비 지급의무가 면접교섭권을 하나의 조건으로 하기 때문에 면접교섭권을 부당하게 거부한 모가 양육비청구를 하였을 때에는 그 사정이 고려될 것이라는 견해가 있지만, 근본적으로 이혼 당사자가간의 양육비 지급의무는 친자라는 신분관계에 근거한 것으로<sup>72)</sup> 미성숙 자녀의 생계에 관계되어 있으므로 무조건적으로 인정되어야 하고, 면접교섭권의 행사 기타의 사유를 전제조건으로 할 수 없기 때문에 양육비 불지급을 이유로 면접교섭권을 배제할 수는 없으며 반대로 면접교섭권의 행사를 거부당했다 하여 양육비의 지급을 거절할 수도 없는 것이라고 본다.

71) 서울가정법원 90드76447호 양육자 지정사건에서는 사건본인이 어릴 때 청구인이 상대방과 이혼한 후 청구외인과 재혼하여 사건본인이 청구외인을 친아버지로 알고 동거하고 있는 경우 사건본인의 심리적인 안정등 그의 복리를 위하여 생부의 면접교섭권을 배제하는 심판을 한 바 있다.

72) 최세모(1992), “가사심판상의 부양청구권”, 『재판자료』 제18집, p.563.

## (바) 자녀의 불원(不願)

자녀가 비양육친과의 면접교섭을 희망하지 않는 경우 자녀의 의사는 존중되어야 하지만 어린 나이의 자녀는 그 마음을 결정함에 있어서 주위의 영향을 쉽게 받는다. 따라서 이러한 경우에는 가정법원은 자녀의 의사에만 의존하여 가부를 판단하여서는 안되며 단지 자녀가 어느 시기에 면접교섭을 원하지 아니한다는 이유만으로 면접교섭의 제한 또는 배제를 결정할 수는 없고 자녀의 의향을 신중하게 장기적인 안목에서 조사할 필요가 있다.

## (사) 갑작스런 면접교섭 청구

이혼 후 오랫동안 자녀와 접촉을 갖지 않던 비양육친이 갑자기 면접교섭을 구하는 경우 이 같은 사정만으로 곧바로 면접교섭이 허용될 수는 없을 것이다. 문제는 위와 같은 갑작스런 면접교섭이 자녀에게 어떤 영향을 미칠 것인가에 있으므로, 우선 자녀가 자기의 희망을 가질 수 있고 그 의사를 표현할 수 있을 만큼 성숙한 연령일 경우에는 자녀의 의향을 중시하여 면접교섭의 가부를 결정하여야 하겠지만 그에 이르지 못할 정도의 유아인 경우에는 자녀에게 미칠 충격을 고려하여 면접교섭을 부인하는 것이 타당한 경우가 많을 것으로 보여진다.

## (아) 자녀를 탈취(奪取)할 가능성이 있는 경우

비양육친이 자녀를 탈취할 가능성이 있는 경우에는 자녀와 비양육친이 직접 만나는 면접교섭은 인정되어서는 안 된다. 그러나 자녀를 빼앗길 염려가 있다는 정도로는 안되고 자녀를 탈취할 가능성이 상당히 높다는 사정이 존재하여야 한다.

## (3) 면접교섭권의 제한 또는 배제를 구하는 심판청구

민법 제837조의2 제2항은 당사자간의 협의나 조정, 심판에 의하여 구체적인 면접교섭권이 성립된 후에 그 후의 사정변경에 따라 이를 제한 또는 배제

할 경우를 상정하고 신설된 조문이므로 면접교섭권의 제한 또는 배제심판 청구는 자녀를 양육하고 있는 부모가 조정, 심판 또는 당사자의 협의에 의하여 면접교섭을 인정받고 있는 다른 일방을 상대로 하여야 한다. 그 구체적인 범위는 면접교섭의 인정에 관한 심판의 경우와 같다.

비송사건의 성격상 면접교섭권의 제한 또는 배제를 구한다는 정도로 족하고, 제한정도를 특정하지 않아도 된다. 그러나 민법 제837조의2 제2항에 “당사자의 청구에 의하여 제한 또는 배제할 수 있다”고 규정되어 있는 점에 비추어 면접교섭권을 인정하는 심판의 경우와는 달리 면접교섭권의 제한, 배제를 구하는 명시적인 청구가 없이는 이에 관한 심판을 할 수 없다.

#### 라. 면접교섭권의 이행확보

##### (1) 이행의 사전확보 - 사전처분

가사사건의 경우에는 경제적 심리적으로 열악한 지위에 있는 자를 위한 법원의 후견적 기능이 특히 강조되는 특수성이 있는 데다가 다수의 사건이 사건관계인의 일상생활과 극히 밀접한 관계를 가지고 있고 사건에 따라서는 다수 관계자의 이해관계가 복잡하게 얽히거나 또는 감정 대립이 있는 등 사안이 복잡하여 재판의 확정까지 상당한 기간이 걸리는 경우가 있는 반면, 그 재판이나 조정 전의 보전처분으로서 통상의 가압류나 가처분이 불가능하여 그의 범위를 초과하는 어떤 임시적 처분을 할 급박한 필요가 있는 경우가 흔히 있다. 이러한 필요성에 따라 가사소송법 제62조는 “가사사건의 소의 제기, 심판청구 또는 조정의 신청이 있는 경우에 가정법원, 조정위원회 또는 조정담당판사는 사건의 해결을 위하여 특히 필요하다고 인정한 때에는 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 상대방 기타 관계인에 대하여 현상을 변경하거나 물건을 처분하는 행위의 금지를 명할 수 있고, 사건에 관련된 재산의 보존을 위한 처분, 관계인의 감호와 양육을 위한 처분 등 적당하다고 인정되는 처분을 할 수 있다”고 규정하여 가사사건 전반에 걸쳐 재판전 또는 조정전에 적당한 사전처분을 할 수 있도록 하였다. 이에 따라 비양육친은 면접교섭권에 관한

조정이나 심판 전이라도 자녀와의 면접교섭을 인정하는 사전처분을 신청할 수 있다.<sup>73)</sup>

(2) 재판외의 부모의 합의에 의하여 면접교섭이 인정된 경우

이 경우에는 아래에서와 같은 방법은 취할 수 없고, 고의 또는 과실로 인한 위법행위(권리침해행위)임을 전제로 민법의 손해배상청구(민법 제750조)에 의하지 않을 수 없다. 자녀의 입장에서 보면 “면접교섭권을 인정하는 처분(자녀의 양육에 관한 처분)”의 조정신청이 우선 행해져 부모의 심리적 관계 조정의 시도가 행해지는 것이 이행의 실현을 위하여 바람직하다.

(3) 조정, 심판에 의하여 면접교섭권이 인정된 경우

(가) 친권행사자 및 양육자의 변경청구

먼저 면접교섭권의 부당한 방해로 인하여 자녀의 복리가 침해되었다면 면접교섭권자는 친권행사자 및 양육자의 변경을 청구하여 자신이 직접 자녀를 양육할 수 있다.

(나) 민사소송법상 강제집행규정의 적용 여부

가사소송법 제12조, 제34조의 규정에 의할 때 가사비송사건에 대하여는 일반적으로 민사소송법이 준용되지 않는다. 그러나 동법 제41조에 의하면 금전의 지급, 물건의 인도, 등기, 기타 의무의 이행을 명하는 심판은 채무명의(집행권원)가 된다고 규정하여 이러한 종류의 심판에 집행력을 인정하고 있다. 집행력이란 재판의 내용을 강제집행에 의하여 실현할 수 있는 효력을 말한

73) 부(夫)가 이혼청구의 소를 제기함에 따라 별거생활에 들어가 아들을 못 만나게 된 처가 부(夫)를 상대로 신청한 면접교섭에 관한 사전처분신청사건에서 “피신청인은 이 결정 고지일부터 이 사건 판결선고일까지 매일 첫째와 셋째주 토요일 16:00경부터 그 다음날 18:00까지 사건본인을 신청인에게 보내어 신청인과 함께 지내게 하여야 한다”는 내용의 사전처분을 인정하였다(대법원 1993. 8. 11. 선고, 93즈4호 결정). 다만 이러한 사전처분은 집행력을 갖지 않고(동 조 제5항) 불이행시에는 과태료의 제재라는 간접강제의 방법에 의하여 집행이 강제되고 있다(가사소송법 제67조 제1항).

다. 면접교섭을 인정하는 심판의 경우 비양육친은 이에 의하여 비로소 구체적인 권리로 형성된 면접교섭권을 취득한 반면, 양육친은 이에 의하여 비양육친과 자녀를 면접교섭시킬 의무 즉 양자의 면접교섭을 방해하지 아니하고(부작위의무) 이에 적극 협조할 의무(작위의무)를 부담하게 되고 결국 이는 가사소송법 제41조의 “기타 의무의 이행을 명하는 심판”에 포함된다고 해석할 수 있다. 따라서 면접교섭을 인정하는 심판은 그 자체로 채무명이가 되어 동법 소정의 집행력을 가지고 동법 제34조의 규정에도 불구하고 민사소송법 규정에 의한 강제집행이 가능하다고 본다. 그렇다면 면접교섭을 인정하는 심판에는 어떠한 종류의 강제집행규정이 적용가능한가가 문제된다.

먼저 면접교섭권의 내용이 자녀를 면접교섭권자의 주소지 등지로 데려가서 면회 또는 자녀와 동거하거나 숙박여행을 하는 등 양육친이 자녀를 면접교섭권자에게 인도해 주어야 할 의무를 포함하는 면접의 형태에서 양육친이 자녀의 인도요구에 불응하고 자녀를 부당하게 빼돌리거나 약속한 일시, 장소에 자녀를 데리고 나오지 않거나 면접교섭권자의 주소지 등지로 자녀를 데려다 주지 않는 등 자녀의 인도의무를 이행하지 않을 때에는 유아인도를 명하는 재판의 집행절차에 따라 강제집행하는 것이 하나의 구체방법으로 이용될 수 있다.

다음으로 생각할 수 있는 것이 민사소송법 제693조에 의한 간접강제이다.

비양육친과 자녀를 면접교섭시킬 의무는 부대체적(不代替的) 작위의무 및 반복적 부작위 의무로서 위에서 살펴본 유아인도의 강제집행 이외에는 직접강제가 불가능할 뿐만 아니라 대체성이 없기 때문에 민사소송법 제692조의 대체집행도 불가능하여 간접강제의 보충성의 원칙에 따라 최후의 방법으로 간접강제가 가능하다고 할 수 있다. 따라서 가정법원은 면접교섭권자의 신청에 의하여 결정으로 상당한 기간을 정하고 양육친이 그 기간 내에 이행하지 아니하는 때에는 그 지연기간에 응하여 일정한 배상을 할 것을 명하거나 또는 즉시 손해의 배상을 할 것을 명할 수 있다.

## (다) 이행명령과 제재 규정의 적용여부

가사소송법 제64조는 가정법원은 판결, 심판, 조정조서 또는 조정에 갈음하는 결정에 의하여 금전의 지급 등 재산상의 의무 또는 유아의 인도의무를 이행하여야 할 자(者)가 정당한 이유 없이 그 의무를 이행하지 아니할 때에는 당사자의 신청에 의하여 일정기간 내에 그 의무를 이행할 것을 명할 수 있다고 규정하고, 동법 제67조 제1항과 제68조에서 위 의무이행명령을 위반하였을 때의 제재수단으로서 과태료 부과와 감치제도를 두고 있다. 가사사건의 심판이나 조정에서의 이행의무도 가사소송법 제41조와 동법 제59조 제2항의 규정에 따라서 강제집행력을 가지지만, 가사사건의 당사자들은 가족 내 지 친족관계에 있거나 있었기 때문에 권리의 강력한 실현방법은 주저하게 되는 경우가 많고 가사채무는 다른 민사채무에 비하여 일반적으로 가액이 낮고 소액의 분할급과 정기급인 경우도 많아 강제집행을 하여도 집행비용낭비로 끝날 우려가 많으며 또한 가사사건의 권리자는 경제적 약자인 경우가 많아 자력과 법률적 지식의 부족으로 강제집행절차까지 취하는 것이 곤란한 상황에 처해있는 경우가 적지 않으므로, 이러한 이유로 가사채무에 대하여는 그 의무 실현을 민사소송법상의 강제집행절차에 맡기는 것만으로는 불충분하고, 실현방법에 특별한 배려를 필요로 한다. 이에 따라 가사소송법은 의무이행에 관하여 민사소송법상의 강제집행방법 외에 과태료 또는 감치의 제재를 과하는 방법으로 간접강제를 하는 제도를 취하고 그 제재에 앞서 이행상태를 조사하고 이행을 명령하며 동시에 불응할 때에는 제재에 따른다는 것을 경고하는 이행명령절차를 두었다. 이행명령의 전단계로서 가사심판법에서 실효성이 없던 의무이행권고제도는 폐지하였다.<sup>74)</sup>

이와 같이 가사소송법 제64조에 정해진 이행명령과 이에 대한 제재규정이 면접교섭권에 관한 처분에도 적용될 것인가가 문제된다. 가사소송법 제64조는 “금전의 지급 등 재산상의 의무 또는 유아의 인도의무를 이행하여야 할 자(者)”라고만 규정하고 있으나 가사소송법에 민사소송법상의 강제집행방법

74) 서정우(1991), “새 가사소송법의 개설”, 『가족법학논총』, p.697.

과 다른 별도의 제도와 조치를 설치한 목적 취지에 비추어 보면 면접교섭권에 관한 처분에도 위 규정들이 유추적용된다고 해석하는 것이 바람직할 것이다.

#### (라) 조사관의 활용

면접교섭권의 이행을 확보하기 위하여 법원이 면접에 즈음하여 당사자들을 만나 이행을 독려하고, 면접시에 직접 개입하여 이를 감독한다면 면접교섭권의 실질적인 효율성이 담보될 수 있을 것인바 그 임무는 가사조사관이 담당하여야 할 것이다.

가사소송법 제6조에 의한 가사소송규칙 제2장에는 가사조사관의 임무와 직무권한이 규정되어 있어 가사조사관은 사실조사, 의무이행상의 점검, 당사자 또는 사건관계인의 가정 기타 주위환경의 조정을 위한 조치를 할 수 있는바, 면접교섭권의 행사의 관여는 그 중 ‘의무이행상태의 점검’에 해당될 것이다. 가사소송규칙 제122조에는 이에 관하여 구체적으로 규정되어 있다. 구체적인 개입의 방법으로는 면접기일마다 면접교섭권자가 조사관의 참여하에 자녀를 면접하도록 하여 면접자가 문제를 일으키거나 양육친이 면접을 방해하지 못하도록 감독을 하고, 그 외에도 면접에 즈음하여 조사관이 양육자와 면접교섭권자를 소환하여 자녀의 최근의 발달상태 등 면접에 필요한 사항을 알려주고 자녀에게 갈등을 야기시키지 않고 부담을 주지 않을 것 등 주의사항을 고지함으로써 면접교섭권의 성공적인 실시를 뒷받침하는 것 등이 있다.

그러나 위의 실행에 소요되는 비용의 귀속문제, 현재의 조사관제도의 실정에서 조사관에게 이러한 일까지 명할 수 있을지, 한다면 당사자가 조사관의 소환에 불응하거나 조사관을 빼돌리고 면접하는 경우의 제재 방법이 없다는 점 등을 생각할 때 실효성이 있을지는 의문이지만 적어도 법적으로는 가능하도록 길을 열어놓고 있으므로 특히 법원의 개입이 필요한 경우에는 이를 활용하여야 할 것이다. 그리고 이 경우 주문에는 ‘조사관의 참여하에 면접할 수 있다’라는 점을 명시하여야 할 것이다.

#### 마. 면접교섭권의 효과

부모의 협의, 심판 또는 조정에서 면접교섭권이 구체적으로 인정된 경우 구체적인 사정에 따라 인정된 범위 내에서 자녀가 양육되는 집으로 자녀를 방문하기, 자녀를 다른 곳으로 데려가서 같이 지내거나 숙박하기, 자녀와 편지를 주고 받거나 전화하기, 사진이나 선물교환하기, 학교행사(운동회, 수업참관)에의 참가 등 여러 가지 방법으로 자녀와 접촉할 수 있는 것으로 되고, 자녀의 성장 모습을 보고할 의무를 정하는 방법도 생각해 볼 수 있다. 직접 면접교섭하는 것이 상당하지 않은 경우에는 일정기간 자녀의 스냅사진이나 학기말 통지표의 송부, 편지 선물 등의 간접방법에 의하여 그 경과를 살펴보는 것이 좋다.

이때 양육친은 면접교섭권자의 자녀에 대한 면접을 방해할 가능성이 있는 다른 행동에 자녀가 참가하려는 경우에 면접교섭권자의 사전승인 없이는 이를 허가 또는 동의할 수 없고, 면접교섭권 행사에 면접교섭권자의 의사에 반하여 양육친 또는 제3자가 입회하거나 동참하도록 요구할 수 없으며, 면접교섭권자가 자녀와 편지교환 및 전화통화를 할 때 이를 검열하거나 도청하는 등 간섭을 하거나 단절시킬 수 없다. 이와 같이 양육친은 면접행위를 용인하고 이를 방해하지 않을 의무를 부담할 뿐만 아니라, 적극적으로 면접교섭권자에게 자녀를 인도해(데려다) 주거나 자녀에게 필요한 외출준비를 해 주고 미리 연락을 받은 경우에는 특별히 의복을 준비하였다가 자녀에게 입히는 등 면접교섭권자의 면접계획에 신속하게 도움이 되도록 하고 정해진 기간 또는 기일에 면접교섭권자가 자녀를 방문하거나 데리고 갈 때 면접에 필요한 장소를 제공하는 등 면접에 필요한 한도 내에서 이에 협조할 의무를 부담하고 이를 다하지 않을 경우 면접교섭권의 방해행위가 된다.

#### IV. 소결

1990. 1. 13. 민법의 개정취지가 남녀평등이라는 점에 주안이 있음은 주지의 사실이고 이러한 점에서 우리 민법은 근대법 내지 현대법으로 발전하였다고 할 수 있다. 그러나 한편으론 남녀평등에만 치중하다 보니 그나마 남성에게 강압적으로 부과되었던 친자에 대한 의무마저 면제해 주는 결과가 되어 자의 이익을 위한 친자법이라는 현대적 과제에서 다소 미흡한 점이 있다.

친권에 관한 세계적인 추세는 부모를 위한 친권에서 자녀를 위한 감호와 교육의무의 친권으로 바뀌고 있는데 우리의 친권에 관한 법률은 자녀에 관한 부모의 권리를 강조하는 경향을 보이고 있다. 이러한 점은 첫째, 친권에 대한 개념의 정의에서 자녀의 입장을 고려한 조항은 찾아보기 힘들다는 점, 둘째, 부모의 이혼시 양육권과 친권의 행사에 관한 구분을 명확히 하고 있지 않다는 점, 셋째, 친권자의 설정시 ‘자녀의 이익’을 최대한도로 반영할 수 있는 기준이 설정되지 않았다는 점 등을 통해 알 수 있다. 그러므로 부모뿐만 아니라 자녀의 입장에서든 평등에 가깝게 개정되고 명시되어야 하며 또한 보호의 측면을 강조해야 할 것이다.

한편 양육권에서는 자녀를 데리고 이혼을 전제로 한 별거를 시작한 경우, 소송을 시작하는 단계에서 임시조치로서 판결이 확정될 때까지 양육비를 포함한 생활비지급을 강제할 필요성이 있다 할 것이며, 이에 위반한 경우 이에 대한 제재규정도 마련되어야 할 것이다.

양육비 산정에 있어서도 구체적인 경우에 따라 수입의 정도나 자녀들에 대한 양육비 지급의 정도, 재산의 정도 등을 종합하여 탄력적으로 양육비 책정이 되어야 하며, 거의 대부분의 사건에 있어 양육비가 자녀 1명당 15만원 내지 30만원선에서 정해지는 것은 문제가 있다고 할 것이다. 예컨대 현실적으로 미성년자녀를 60만원으로(부 30만원, 모 30만원)양육하는 것은 불가능한 경우가 대부분이므로, 현실적으로 자녀를 양육하는데 요구되는 비용을 고려하여 실제적인 양육비의 절반 가량이 보조되도록 양육비책정이 바뀌어져야

할 것이다. 또한 자녀를 양육하는 측에서는 주거비용, 양육 수고 기타 비용 등이 들어가게 되므로 부양의무자의 경우 외식비·의료비 등 생활 및 교육에 필요한 비용 등이 양육비에 포함되어야 할 것이다. 또, 특별한 사정이 없는 한 일시불이 인정되지 않고 분할로 양육비를 지급하라는 판결이 인정되고 있는 실정이다. 분할은 계속적인 연결이 전제가 될 뿐 아니라 몇 회 지급하다가 그만두는 경우가 대부분이어서, 구체적인 양육비 확보방법이 강구되어야 한다. 이러한 방안들 중에 이혼판결을 선고하는 첫 단계에서부터 일시불로 지급하라는 판결을 제시하는 견해도 있으나 양육비 의무당사자의 사정이 이에 맞지 않는 경우가 있고, 또 부모의 일방이 일시금으로 받은 양육비를 양육 이외의 목적으로 소비하는 경우 문제가 있다. 따라서 양육비 확보를 위해서는 양육비 공탁제도나 양육비선급제도가 도입되어야 한다.

점차 늘어나는 이혼율과 그 사이에서 파생되는 미성년자들의 수를 상기해 본다면, 그리고 양육비판결이나 약정에 대해서 거의 외면하고 있는 것이 현실인 점을 감안해 볼 때, 나아가 당사자간의 분쟁을 가능한 한꺼번에 해결하고 송사를 많이 만들지 않음으로써 개인뿐 아니라 국가경제적인 이익을 도모해야 한다는 점을 감안한다면, 법원에서 이혼부부의 양육비를 책정함에 있어 이를 위반할 경우의 간접강제방법까지 한꺼번에 판단하도록 하고, 나아가 위반하는 자에 대한 기존 형법의 유기죄와 아동복지법상의 방임죄, 혹은 가정폭력특별법상의 보호처분 등을 적극 활용하여 양육비지급이 현실화되도록 노력하여야 할 것이다. 그 외에 의료보험료납부제도나 자동차세 징수처럼 이혼한 부모에게 양육비를 징수할 수 있는 제3의 국가기관(예컨대 아동복지법상의 아동보호센터 등)을 활용하는 방법을 생각해 보거나, 월급에서 원천징수를 하거나 전년도에 세무서에 신고한 소득액의 몇 %를 그 다음해의 양육비로 무조건 지급하게 하는 등 양육비 지급을 현실화하고 강제할 수 있는 적극적인 국가사회적인 대안이 필요하다 할 것이다.

양육비를 지급하고 싶어도 지급할 능력이 없거나, 지급할 능력이 뭉에도 불구하고 고의로 지급을 하지 않고 있는 경우, 당장 자녀를 양육해야 하는 양육부모로서는 상당한 어려움을 겪게 된다. 이를 해결하는 방법으로, 위에서

살펴본 바와 같은 양육비지급 불이행에 따른 직접, 간접적인 강제방법이나 형사고소 등도 생각해 볼 수 있지만, 그 외에 국가에서 생활보호대상자에게 생활비를 우선 지원해주고 나중에 부양자에게 자력이 있음이 확인되면 이를 환수조치하는 절차를 밟고 있는 것처럼, 한부모가정으로서 상대방으로부터 양육비지급을 받지 못하고 있는 경우에 국가에서 우선 양육비지원을 해 주고 상대방으로부터 환수하는 조치를 취하는 제도(독일 등 선급제도가 이에 해당됨)도 고려해 보아야 한다. 또, 양육비 불이행과 관련하여 법원의 이행명령제도를 활용하는 방법도 고려해 볼 수 있다. 현재 우리나라에서의 이행명령제도는 사실상 실효성이 거의 없는 형식적인 제도로 남아 있고, 이행명령신청을 하더라도 담당판사가 당사자들을 한차례 불러서 이행을 권유하는 정도에 불과할 뿐 과태료나 감치처분까지 진행된 경우는 거의 없는 상태이다. 이행명령이 현실화되기 위해서는, 이행명령제도가 있다는 사실에 대한 홍보가 있어야 하고, 이행명령신청을 받은 법원에서는 한차례 이행을 권유하는 정도에 그치지 말고, 이행이 확보될 때까지 몇 개월이고 이행명령신청사건을 유지하면서 이행여부를 지켜보거나, 과태료나 감치처분 등을 적극 활용하고, 청소년보호법상의 명단공개처럼 양육비 불이행자에 대한 명단공개 등도 고려해 볼 수 있다 할 것이다. 이때 이행명령이 신청된 사건에 대하여 이행명령이 제대로 되는지 여부를 지켜보는 방법으로는 일본에서처럼 법원의 조사관 제도를 활용하여, 조사관으로 하여금 양육비 이행이 제대로 이행되고 있는지 확인하고 지속적으로 전화, 방문 등을 통하여 이행을 강제하도록 하는 방법도 생각해 볼 수 있다.<sup>75)</sup>

그리고 면접교섭을 인정하는 것은 주로 자녀가 양육을 받고 있지 않은 부모와 면접함에 의하여 부모 쌍방으로부터 좋은 영향을 받고 그의 인격의 원만한 형성에 이바지하기 위함이다. 따라서 진정으로 자녀의 행복과 복리를 바라는 부모라면 쌍방간의 증오와 불신으로부터 나오는 자녀에 대한 독점의식을 버리고 자녀를 독립한 인격체로 인정하여 부모의 이혼분쟁과 친자관계

75) 이명숙(2001), pp.87-89.

를 분리할 줄 아는 성숙된 인격을 갖추는 것이 적절히 요구된다.

이혼시 면접교섭에 관한 합의는 이혼을 성립시키기 위하여 또는 양육비 부담과 관련하여 성립하는 경우가 드물지 않고 이혼 후의 면접교섭을 둘러싼 분쟁도 그 실질은 경제적 이득을 우선시하거나 이혼에 이른 경위와 양육비 부담에 관한 불만 등 진실로 자녀의 복지를 생각한 것이 아닌 경우가 많고 당면한 문제를 해결하기 위한 타협의 산물로서 합의가 성립하는 경우도 있다. 이혼한 부모는 면접교섭에 의하여 필연적으로 교류를 갖지 않을 수 없고, 자녀는 양육 방침이 다른 비양육친과 면접하게 되는 까닭에 부모 각자의 환경, 이혼에 이른 경위에 관한 갈등, 자녀의 사정 등에 의하여 항상 원만한 이행을 기대할 수 없을 뿐더러 면접이 실현되어도 양육자의 적절한 양육권의 행사를 방해하는 결과가 되기도 하고, 부모의 갈등에 자녀를 끌어들여 그의 마음을 공연히 혼란시키고 새로운 분쟁의 원인이 되는 경우도 있다. 안이한 면접교섭의 합의는 도리어 현저하게 자녀의 복리를 해하여 그 이익에 반하는 것이 되기 쉽다. 더욱이 분쟁이 조정으로 해결될 수 없어 심판으로 면접교섭이 인정된 경우는 원만한 면접교섭의 실현은 곤란한 경우가 많고 불이행에 대하여 간접강제를 하여도 많은 경우 양육자를 경제적으로 곤궁하게 만들 뿐 자녀의 이익에 반하게 되고 만다.

또한 면접교섭에 대한 이후의 실무상의 과제는 면접교섭권을 인정한 가운데 구체적인 면접교섭방법, 그 후의 면접교섭의 계속을 위한 방법을 검토하고, 그를 위해 필요한 인간관계, 친자관계에 관한 법률 이외의 주변 제과학의 지식도 탐구하여 보다 자녀의 복지에 합치하는 면접교섭의 실현을 위한 노력을 배가하는 것이다. 면접교섭이 자녀의 복지에 반하는 경우에는 이것을 제한함에 주저하면 안 되지만 그 판단이 자의에 흐르지 않도록 하기 위하여 어떠한 사정을 고려할 것인가의 구체적인 기준 설정도 필요하다고 본다.

제3장

가족법상 친권·양육권·  
면접교섭권제도의 시행현황

---

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| I. 공식통계를 통해 본 시행현황      | 65  |
| II. 친권·양육권·면접교섭권관련 법원실무 | 71  |
| III. 친권·양육권·면접교섭권 관련사례  | 104 |
| IV. 소결                  | 129 |

---

---

## I. 공식통계를 통해 본 시행현황

### 1. 이혼건수 및 조이혼율

2001년 연간 이혼은 135,000건으로 2000년 120,000건에 비하여 15,000건 늘어났으며, 1990년의 45,700건에 비해 3배정도 증가한 것이다.<sup>76)</sup> 1일 평균 370쌍씩 이혼한 것이다.

인구 1천명당 이혼건수를 나타내는 조이혼율은 1970년 0.4건, 1990년 1.1건에서 1998년 2.5건으로 대폭 상승한 후, 2000년까지 같은 수준을 유지하다 2001년에는 2.8건으로 크게 증가하였다(표 3-1).

<표 3-1> 이혼건수 및 조이혼율(1970-2001)

(단위: 천건, 인구천명당 건)

|      | 1970 | 1980 | 1990 | 1995 | 1998  | 1999  | 2000  | 2001  |
|------|------|------|------|------|-------|-------|-------|-------|
| 이혼건수 | 11.6 | 23.7 | 45.7 | 68.3 | 116.7 | 118.0 | 120.0 | 135.0 |
| 조이혼율 | 0.4  | 0.6  | 1.1  | 1.5  | 2.5   | 2.5   | 2.5   | 2.8   |

자료 : 통계청(2002), 『2001년 혼인·이혼통계 결과』.

### 2. 협의이혼 및 재판상 이혼 현황

2001년 이혼신고한 135,014건 중 협의이혼에 의한 경우가 111,688건(82.7%), 재판상 이혼에 의한 경우가 22,646건(16.8%)으로 협의이혼에 의한 경우가 월등히 높은 것을 알 수 있다(표 3-2).

76) 이 통계는 통계청이 2002년 3월 발표한 『2001년 혼인·이혼통계 결과』에 의한 통계이며, 혼인·이혼신고에 의한 집계방법을 이용한 것이다.

&lt;표 3-2&gt; 협의이혼 및 재판상 이혼 현황(2001)

(단위 : 건, %)

| 계                  | 협의이혼              | 재판상 이혼           | 미상           |
|--------------------|-------------------|------------------|--------------|
| 135,014<br>(100.0) | 111,688<br>(82.7) | 22,646<br>(16.8) | 680<br>(0.5) |

자료 : 통계청(2002), 『2001년 혼인·이혼통계 결과』.

## 3. 동거기간별 이혼건수

2001년 이혼부부의 동거기간을 보면, 5년 미만이 30.5%, 5년 이상 - 10년 미만이 23.9%, 10년 이상 - 15년 미만이 19.4%, 15년 이상 - 20년 미만이 14.9%, 20년 11.3%로 나타나 10년 미만이 54.4%를 차지하고 있다(표 3-3). 10세 미만의 어린 자녀가 부모의 이혼을 경험하는 일이 많으리라는 것을 추측할 수 있다.

&lt;표 3-3&gt; 동거기간별 이혼건수 및 구성비(1990-2001)

(단위 : 건(%))

|       | 1990              | 1995              | 1998               | 1999               | 2000               | 2001               |
|-------|-------------------|-------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|
| 계     | 45,700<br>(100.0) | 68,300<br>(100.0) | 116,700<br>(100.0) | 118,000<br>(100.0) | 120,000<br>(100.0) | 135,000<br>(100.0) |
| 5년미만  | 18,400<br>(40.3)  | 23,000<br>(33.7)  | 36,800<br>(31.6)   | 37,100<br>(31.4)   | 37,900<br>(31.7)   | 41,300<br>(30.5)   |
| 10년미만 | 13,400<br>(29.4)  | 17,500<br>(25.6)  | 28,000<br>(24.0)   | 27,800<br>(23.5)   | 27,600<br>(23.0)   | 32,300<br>(23.9)   |
| 15년미만 | 8,400<br>(18.3)   | 14,300<br>(21.0)  | 22,700<br>(19.5)   | 22,600<br>(19.2)   | 22,800<br>(19.0)   | 26,200<br>(19.4)   |
| 20년미만 | 3,700<br>(8.0)    | 9,000<br>(13.2)   | 18,200<br>(15.6)   | 18,500<br>(15.7)   | 18,500<br>(15.4)   | 20,000<br>(14.9)   |
| 20년이상 | 1,800<br>(3.9)    | 4,500<br>(6.5)    | 10,800<br>(9.3)    | 12,000<br>(10.2)   | 13,000<br>(10.9)   | 15,200<br>(11.3)   |

자료 : 통계청(2002), 『2001년 혼인·이혼통계 결과』.

이러한 사실은 재판상 이혼의 경우를 보면, 더욱 심각해진다. 제1심 이혼소송사건<sup>77)</sup>의 이혼당사자간의 동거기간을 보면, 2000년의 경우 10년 미만이 85.8%인 것으로 나타났다(표 3-4).

<표 3-4> 이혼소송사건 동거기간별 이혼건수 및 구성비(1996-2000)  
(단위 : 건(%))

| 연도 \ 기 간 | 합계                | 1년미만            | 2년미만            | 3년미만            | 5년미만            | 10년미만           | 10년이상           |
|----------|-------------------|-----------------|-----------------|-----------------|-----------------|-----------------|-----------------|
| 1996     | 23,080<br>(100.0) | 1,899<br>(8.2)  | 3,011<br>(13.0) | 4,727<br>(20.5) | 5,120<br>(22.2) | 4,811<br>(20.8) | 3,512<br>(15.2) |
| 1997     | 24,809<br>(100.0) | 2,061<br>(8.3)  | 3,210<br>(12.9) | 5,103<br>(20.6) | 5,491<br>(22.1) | 5,379<br>(21.7) | 3,565<br>(14.4) |
| 1998     | 26,815<br>(100.0) | 2,477<br>(9.2)  | 3,526<br>(13.1) | 4,848<br>(18.1) | 5,659<br>(21.1) | 5,736<br>(21.4) | 4,569<br>(17.0) |
| 1999     | 29,565<br>(100.0) | 2,956<br>(10.0) | 3,784<br>(12.8) | 5,258<br>(17.8) | 6,160<br>(20.8) | 6,894<br>(23.3) | 4,513<br>(15.3) |
| 2000     | 28,827<br>(100.0) | 3,146<br>(10.9) | 3,778<br>(13.1) | 5,411<br>(18.8) | 6,177<br>(21.4) | 6,221<br>(21.6) | 4,094<br>(14.2) |

자료 : 법원행정처(2001), 『사법연감』, p.420.

#### 4. 이혼당시 20세미만 자녀 유무

2001년 이혼당시 20세미만 자녀를 두고 있는 경우는 70.3%이다. 자녀수를 좀 더 자세히 보면, 20세미만 자녀를 2명 두고 있는 경우가 34.6%로 가장 많고, 1명인 경우는 31.2%, 3명 이상인 경우는 4.5% 순이며 없는 경우는 29.7%이다(표 3-5).

2000년 재판상이혼의 경우를 보면, 자녀를 두고 있는 비율이 84%로 전체 이혼의 70.4%(2000년) 보다 더 높다. 2000년에는 20세미만 자녀를 2명 두고 있는 경우가 35.5%로 가장 많고, 1명인 경우가 33.1%, 3명인 경우가 11.7%, 4명 이상인 경우가 3.7%의 순이며 없는 경우는 16.1%이다(표 3-6).

77) 접수된 사건 중 파악이 가능한 재판상 이혼사건을 대상으로 함.

&lt;표 3-5&gt; 이혼당시 20세미만 자녀 유무(1993-2001)

(단위: 건(%))

|         | 1993              | 1995              | 1998               | 1999               | 2000               | 2001                      |
|---------|-------------------|-------------------|--------------------|--------------------|--------------------|---------------------------|
| 계       | 59,300<br>(100.0) | 68,300<br>(100.0) | 116,700<br>(100.0) | 118,000<br>(100.0) | 120,000<br>(100.0) | <b>135,000</b><br>(100.0) |
| ○ 있음    | 38,900<br>(65.6)  | 48,800<br>(71.4)  | 83,800<br>(71.8)   | 84,100<br>(71.3)   | 84,500<br>(70.4)   | <b>94,900</b><br>(70.3)   |
| - 1명    | 17,800<br>(30.0)  | 22,500<br>(32.9)  | 37,000<br>(31.7)   | 37,700<br>(32.0)   | 38,100<br>(31.7)   | <b>42,200</b><br>(31.2)   |
| - 2명    | 17,800<br>(30.0)  | 22,500<br>(32.9)  | 41,400<br>(35.5)   | 41,200<br>(34.9)   | 41,100<br>(34.3)   | <b>46,700</b><br>(34.6)   |
| - 3명 이상 | 3,300<br>(5.6)    | 3,800<br>(5.6)    | 5,400<br>(4.6)     | 5,200<br>(4.4)     | 5,300<br>(4.4)     | <b>6,000</b><br>(4.5)     |
| ○ 없음    | 20,400<br>(34.4)  | 19,500<br>(28.6)  | 32,900<br>(28.2)   | 33,900<br>(28.7)   | 35,500<br>(29.6)   | <b>40,100</b><br>(29.7)   |

자료 : 통계청(2002), 『2001년 혼인·이혼통계 결과』.

&lt;표 3-6&gt; 이혼사건 자녀수별 비교(1996-2000)

(단위 : 건(%))

| 연도 \ 자녀수 | 합계                       | 무 자             | 1 인             | 2 인              | 3인              | 4인이상           |
|----------|--------------------------|-----------------|-----------------|------------------|-----------------|----------------|
| 1996     | <b>23,080</b><br>(100.0) | 2,628<br>(11.4) | 7,389<br>(32.0) | 8,694<br>(37.7)  | 3,506<br>(15.2) | 863<br>(3.7)   |
| 1997     | <b>24,809</b><br>(100.0) | 2,914<br>(11.7) | 8,446<br>(34.0) | 9,098<br>(36.7)  | 3,388<br>(13.7) | 963<br>(3.9)   |
| 1998     | <b>26,815</b><br>(100.0) | 3,387<br>(12.6) | 9,024<br>(33.7) | 10,085<br>(37.6) | 3,400<br>(12.7) | 919<br>(3.4)   |
| 1999     | <b>29,565</b><br>(100.0) | 4,007<br>(13.6) | 9,918<br>(33.5) | 10,856<br>(36.7) | 3,775<br>(12.8) | 1,009<br>(3.4) |
| 2000     | <b>28,827</b><br>(100.0) | 4,642<br>(16.1) | 9,529<br>(33.1) | 10,233<br>(35.5) | 3,362<br>(11.7) | 1,061<br>(3.7) |

자료 : 법원행정처(2001), 『사법연감』, p.420.

## 5. 이혼사건(제1심)에 대한 병합사건 건수

2000년에 재판상 이혼사건(제1심)으로 접수된 43,588건에 대한 병합사건 접수상황을 보면, 병합청구없이 이혼만 청구한 사건이 53.8%로 가장 높고, 그 다음이 위자료 청구와 병합된 사건이 17.3%, 위자료, 재산분할, 양육자 지정, 친권자 지정청구 중 2가지 이상과 병합된 사건이 9.2%, 친권자지정과 병합된 사건이 9.0%, 재산분할 청구와 병합된 사건이 6.1%, 양육자 지정 등 양육책임에 관한 사건과 병합된 사건이 4.5%의 순으로 나타났다(표 3-7). 병합사건 중에서는 양육권, 양육비, 면접교섭권 등 양육책임에 관한 사건과 병합하였거나 친권자지정과 병합한 경우가 13.5%로 위자료 청구와 병합된 경우(17.3%)보다는 낮지만, 재산분할청구와 병합된 경우(6.1%) 보다는 그 비율이 높다.

<표 3-7> 이혼사건(제1심)에 대한 병합사건 건수(2000)  
(단위 : 건(%))

| 구 분<br>병합된 청구               | 금<br>년<br>수       | 처 리               |                  |                |              |                      |                 |                |                 |
|-----------------------------|-------------------|-------------------|------------------|----------------|--------------|----------------------|-----------------|----------------|-----------------|
|                             |                   | 합 계               | 인 용              | 일 부<br>인 용     | 기 각          | 소취하<br>(소취하<br>간주포함) | 조 정             | 화 해            | 기 타             |
| 합 계                         | 43,588<br>(100.0) | 42,531<br>(100.0) | 11,015<br>(25.9) | 1,851<br>(4.4) | 520<br>(1.2) | 13,749<br>(32.3)     | 7,003<br>(16.5) | 2,656<br>(6.2) | 5,737<br>(13.5) |
| ①병합청구 없는 사건                 | 23,470<br>(53.8)  | 23,764            | 6,665            | 166            | 237          | 8,963                | 3,360           | 1,303          | 3,070           |
| ②위자료청구와 병합                  | 7,537<br>(17.3)   | 7,118             | 985              | 867            | 110          | 1,802                | 1,805           | 543            | 1,006           |
| ③재산분할청구와 병합                 | 2,653<br>(6.1)    | 2,718             | 510              | 316            | 79           | 502                  | 481             | 260            | 570             |
| ④양육자지정등 양육책<br>임에 관한 사건과 병합 | 1,981<br>(4.5)    | 2,130             | 621              | 112            | 14           | 453                  | 391             | 189            | 350             |
| ⑤친권자지정과 병합                  | 3,924<br>(9.0)    | 3,353             | 1,232            | 50             | 36           | 1,100                | 453             | 171            | 321             |
| ⑥위 ②내지 ⑤중 두가<br>지 이상과 병합    | 4,023<br>(9.2)    | 3,448             | 1,002            | 340            | 44           | 929                  | 523             | 190            | 420             |
| ⑦기타사건과 병합                   | -<br>(-)          | -                 | -                | -              | -            | -                    | -               | -              | -               |

자료 : 법원행정처(2001), p.710.

또한 통계표는 병합사건없이 이혼만 청구한 경우(53.8%)가 병합사건 있는 경우(46.1%)보다 더 높은 것을 보여준다. 병합사건없이 이혼만 청구한 경우는 이혼부터 청구하고 부수적인 사항은 추후 가사비송사건 등으로 청구할 수도 있다. 그러나 이 경우 자녀에 대한 친권이나 양육권과 관련하여 공백이 생기는 등 자녀문제는 방치될 가능성이 높다고 하겠다.

## 6. 가사비송 마류사건 종류별 처리건수

2000년의 가사비송 마류사건으로 접수된 1,520건의 종류별 접수건수를 보면, 자의 양육에 관한 처분 등의 경우가 34.9%로 가장 높고, 그 다음이 재산 분할에 관한 처분(23.6%), 상속재산의 분할에 관한 처분(20.7%), 친권을 행사할 자의 지정과 변경(5.3%)의 순으로 나타났다(표 3-8). 가사비송 마류사건 중 자의 양육에 관한 처분의 경우가 가장 높은데, 이를 통해 자녀양육문제가 이혼부부에게 해결해야 할 가장 중요한 문제라는 것을 알 수 있다.

<표 3-8> 가사비송 마류사건 종류별 처리건수(2000)  
(단위 : 건(%))

| 종류<br>구분 | 합 계              | 부부관계에대한사건  | 재산관리자의변경및공유물분할을위한처분 | 자의양육에관한처분 등   | 재산분할에관한처분     | 친권을행사할자의지정과변경 | 친권등의상실선고및실권회복의선고 | 부양에관한처분     | 기여분 의결정     | 상속재산의분할에관한처분  | 기 타         |
|----------|------------------|------------|---------------------|---------------|---------------|---------------|------------------|-------------|-------------|---------------|-------------|
| 접 수      | 1,520<br>(100.0) | 3<br>(0.2) | 4<br>(0.3)          | 530<br>(34.9) | 365<br>(24.0) | 80<br>(5.3)   | 50<br>(3.3)      | 60<br>(3.9) | 17<br>(1.1) | 315<br>(20.7) | 96<br>(6.3) |
| 처 리      | 1,395            | 3          | 6                   | 473           | 329           | 132           | 96               | 67          | 20          | 179           | 90          |
| 미 제      | 645              | 3          | 2                   | 160           | 161           | 43            | 19               | 28          | 8           | 191           | 30          |

자료 : 법원행정처(2001), p.422.

## 7. 가사조정사건 처리상황

2000년의 가사조정사건(제1심) 접수상황을 보면, 접수건수 8,886건 중 신청에 의한 경우가 987건(11.1%), 조정회부에 의한 경우가 7,899건(88.9%)으로

조정회부에 의한 경우가 월등히 높다(표 3-9). 이에 대한 처리상황을 보면, 2000년 제1심 처리건수 9,291건 중 조정성립이 3,277건(34.7%), 조정불성립이 3,013건(32.4%), 조정에 갈음하는 결정이 2,334건(25.1%)의 순으로 나타났다. 조정성립과 조정에 갈음하는 결정을 합하면 59.8%이다. 조정에 갈음하는 결정에 대한 이의신청을 감안할 때 조정사건으로 처리된 건수 중 약 50% 정도는 조정이 성립되는 것으로 볼 수 있다.

&lt;표 3-9&gt; 가사조정사건 처리상황(2000)

(단위 : 건)

| 구 분<br>심 급 | 접수    | 처 리   |          |                       |                   |     |     | 미제  | 이의<br>신청 |
|------------|-------|-------|----------|-----------------------|-------------------|-----|-----|-----|----------|
|            |       | 합계    | 조정<br>성립 | 조<br>정<br>불<br>성<br>립 | 조정에<br>갈음하는<br>결정 | 취하  | 기타  |     |          |
| 합 계        | 8,972 | 9,327 | 3,268    | 3,044                 | 2,348             | 145 | 572 | 829 | 370      |
| 제 1 심 계    | 8,886 | 9,291 | 3,227    | 3,013                 | 2,334             | 145 | 572 | 822 | 366      |
| 신 청        | 987   | 877   | 350      | 175                   | 136               | 145 | 71  | 166 | 15       |
| 조정회부       | 7,899 | 8,414 | 2,877    | 2,838                 | 2,198             | -   | 501 | 656 | 351      |
| 항 소 심 계    | 86    | 86    | 41       | 31                    | 14                | -   | -   | 7   | 4        |
| 고등법원       | 46    | 52    | 25       | 20                    | 7                 | -   | -   | -   | 4        |
| 지방법원       | 40    | 34    | 16       | 11                    | 7                 | -   | -   | 7   | -        |

자료 : 법원행정처(2001), p.421.

## II. 친권·양육권·면접교섭권관련 법원실무

### 1. 친권·양육권·면접교섭권자 지정 및 변경절차

#### 가. 협의에 의한 지정 및 변경

협의이혼을 하거나 재판상 이혼을 하는 경우 부부가 협의하여 미성년 자녀에 대한 친권·양육권·면접교섭권자를 지정하거나 변경할 수 있다.

우선, 민법에서는 부모가 이혼을 할 때 또는 이미 이혼을 하고 난 뒤에, 부모의 협의로 친권을 행사할 자를 정하고(법 제909조 제4항), 장차 자기들의

자녀를 누가 맡아 키울 것이며, 양육비는 누가 얼마를 부담할 것인가에 관하여 협의에 의하여 정하도록 하고 있다(법 제837조 제1항). 또한 자녀와의 면접교섭의 회수·일시·장소 등에 관하여는 부모의 협의로 미리 정해야 할 것이다(민법 제837조 제2항).

호적법에서는 이혼신고시 “친권을 행사할 자가 정해진 때에는 그 취지와 내용”을 이혼신고서에 기재하도록 하고 있고(호적법 제79조 제1항 제6호)(부록 1참조), 협의이혼의 경우 가정법원은 이혼의사를 확인하는 과정에서 당사자사이에 미성년 자녀가 있는지의 여부와 그 자녀에 대한 친권행사자의 지정 여부를 확인하도록 하고 있다(호적법시행규칙 제87조 제2항).<sup>78)</sup> 이혼당시가 아닌 이혼 후에 친권행사자를 지정하는 경우 친권자지정신고를 하면 된다.

이와 같이 협의이혼시 이혼신고서에 친권을 행사할 자를 기재하도록 되어 있는 바 법원에서는 친권자가 기재되지 않으면 접수를 받지 않는다고 한다. 이혼신고서와 협의이혼의사확인신청서를 법원에 접수하고 지정된 일시에 당사자 쌍방이 법원에 출석하여 판사 앞에서 이혼의사유무, 친권행사자 지정 등에 관한 확인을 받은 다음, 확인서등본을 확인받은 날로부터 3개월 이내에 본적지 구청, 시청의 호적공무원에게 제출하면 이혼절차는 완료된다.<sup>79)</sup>

또한 법원은 이혼청구가 인용될 경우 미성년자인 자녀의 친권을 행사할 자에 대하여 부모에게 미리 협의하도록 권고하여야 하며(가사소송법 제25조), 협의가 성립된 때에는 가정법원은 이를 판결주문에 기재하여야 한다.

그리고 부가 친권행사자로 되어 있는 경우 서로 협의하여 친권행사자를 모로 변경하고자 한다면, 또는 그 반대의 경우라면 관할구청에 가서 친권자지정(변경)신고를 하면 된다(부록 2 참조).

친권행사자 지정과 양육자 지정과의 관계를 보면, 친권은 자녀의 양육권과 재산관리권을 모두 포함하는 개념으로서 양육자를 별도로 지정하지 않은 때

78) 이에 대해 친권을 행사할 자를 정하지 않았을 때에는 이를 정하도록 권고할 필요가 있다고 해석되나, 역시 직권적인 개입의 가능성은 존재하지 않는다는 비판이 있다.

79) 자의 친권행사자로 모가 지정된 경우라면, 자의 호적란에 “2000년 9월 29일 모(본적 표시)를 친권행사자로 지정협의, 부모신고”로 표시된다.

에는 친권행사자가 양육권도 가지므로 그가 자녀를 양육하게 된다. 그러나 양육자를 따로 지정한 때에는 친권의 효력은 양육권을 제외한 부분에만 미친다(민법 제837조 3항). 친권을 행사할 자와 양육자를 달리 지정할 수도 있고, 제3자를 양육자로 지정하는 것도 가능하다. 친권이 양육권보다는 넓은 개념이므로 친권행사자를 지정하면서 동시에 양육자를 동일한 사람으로 지정한다는 주문은 의미가 없다고 본다.<sup>80)</sup>

#### 나. 가사조정에 의한 지정 및 변경

부모가 이혼하는 경우 친권행사자, 양육자 지정에 관하여 협의할 수 없거나 협의를 이루어지지 않은 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 결정하도록 하고 있고, 재판상 이혼, 자의 양육에 관한 처분과 변경, 면접교섭권의 제한 또는 배제, 친권행사자 지정과 변경에 관해서는 먼저 조정을 거쳐야 한다. 다음은 가사조정절차와 실시현황에 대해 알아본다.

##### (1) 가사조정제도의 의의

가사조정이란 가사사건의 분쟁에 관하여 법관 또는 법원에 설치된 조정위원회가 가사소송법<sup>81)</sup> 및 민사조정법에서 정한 간이절차에 따라 가족 및 친족간의 가족법상의 분쟁이나 기타 민사상의 분쟁에 대하여 조정을 행하는 절차를 말한다.

사건해결을 위하여 조정담당기관에서는 분쟁당사자들로부터 직접적인 진술을 듣고 자료와 증거를 검토한 후 여러 사정을 고려하여 그들에게 서로 양

80) 박동섭(1998), 『주석 가사소송법』, 박영사, p.273.

81) 가사소송법은 1991년 1월에 제정되었으며, 신분관계에서 파생되는 권리의무관계를 둘러싼 분쟁을 제도적으로 처리하는 절차를 정한 기본법이다. 이전에 가사사건에 관한 절차는 인사소송법과 가사심판법 2개의 법률에 의하여 처리되었으나, 이 2개의 법률을 통폐합하여 제도적으로 정비한 것이다. 가사소송법은 그동안 가사심판법과 인사소송법의 체제하에서 재판실무를 운영하면서 논란의 여지가 있었던 문제점을 정리하였고, 민사사건과 가사사건, 가사소송사건과 가사비송사건의 준별, 조정절차의 정비 등을 통하여 재판절차를 명료하게 해 주었다는 점에서 매우 큰 의미를 갖는다.

보하고 타협하여 원만한 합의를 유도함으로써 분쟁을 평화적이고 중국적으로 해결하고자 노력하게 된다. 가사조정제도는 가사사건절차의 핵심이며, 가사조정이 활성화되느냐, 안 되느냐에 따라 가정법원제도의 존폐 내지 성패가 달려 있다고 해도 과언이 아니다.<sup>82)</sup>

가사소송법에 따르면, “나류 및 다류 가사소송사건과 마류 가사비송사건에 대하여 가정법원에 소를 제기하거나 심판을 청구하는 자는 먼저 조정을 신청하여야 한다(가사소송법 제50조 제1항)”고 함으로써 재판상이혼이나 친권행사자의 지정·변경청구, 양육처분·면접교섭권의 제한 및 배제청구시에는 조정절차를 거치도록 하고 있다. 조정을 신청하지 않고 바로 소를 제기하면 가정법원이 직권으로 조정에 회부한다(동법 제50조 제2항). 이것을 ‘조정전치주의’라고 하는 바 가정문제에 관하여는 될 수 있는대로 당사자들끼리의 합의로 해결하는 것이 바람직하기 때문에 가능하면 당사자들의 합의를 유도하기 위한 절차를 거치도록 하자는데 취지가 있다.<sup>83)</sup>

이와 같이 우리나라 가사소송법은 민사사건과는 달리 조정전치주의를 두고 있는 점이 하나의 큰 특색이라고 하겠다.

가사조정제도가 활용됨으로써 얻을 수 있는 이점은 가사분쟁이 본질적으로 분쟁당사자 사이에서 자주적으로 원만한 합의에 따라 해결되는 것이 가장 바람직하다고 볼 때 이 제도는 가사분쟁해결에 가장 적합한 제도라는 점, 조정절차는 재판절차와 같은 엄격함이 없어 비교적 융통성이 있고, 그 조정안은 확정판결과 같은 효력이 있어 상소과정을 거치면서 드는 시간, 비용, 노력을 절약할 수 있다는 점, 일반법정에 비하여 보다 자유로운 분위기가 보장되고, 가사조사관에 의해 당사자에 관한 소상한 조사가 이루어지며, 사회 각계의 전문가가 조정위원으로 참여함으로써 타당한 분쟁해결책이 강구될 수 있다는 점, 그 결과 의무를 부담한 당사자 입장에서 스스로 자신의 의무를 이행하는 분위기가 조정안 성립시점에서부터 이루어져 실제 이행을 확보하는데 유리하다는 점이 제시되고 있다.<sup>84)85)</sup>

82) 박동섭(1998), p.605.

83) 이상석(2001), 『이혼과 위자료·재산분할의 법률지식』, 청림출판, p.99.

## (2) 조정절차

## (가) 관할법원

재판상 이혼의 조정을 신청할 수 있는 법원은 부부의 주소지를 관할하는 가정법원 또는 당사자가 합의로 정한 가정법원이다(동법 제51조). 다만, 가정법원이 설치되지 않은 지역에서는 그 지역을 관할하는 지방법원이 가정법원의 임무를 수행하고 있으므로 지방법원 또는 지방법원 지원에 조정을 신청하면 된다.<sup>86)</sup>

## (나) 조정신청의 방법

조정신청은 서면 또는 구술로 할 수 있는데, 구술로 조정신청을 할 때는 법원서기관·사무관·주사·주사보 등 법원직원 앞에서 진술을 하면 법원직원이 ‘조정신청조서’를 작성하여 기명날인하면 되고, 서면으로 조정신청을 할 때는 ‘조정신청서’에 당사자의 본적·주소·성명·생년월일, 신청취지, 신청원인 등을 기재하고 신청인 또는 대리인이 기명날인하도록 하고 있다(동법 제55조, 제36조).

그리고 재판상 이혼과 관련관계에 있는 위자료청구, 자녀양육에 관한 처분, 재산분할청구 등 가사사건의 청구는 병합하여 조정신청할 수 있다(동법 제57조).

84) 홍성운(1997), 『가정분쟁소송의 법률지식』, 청림출판, p.112.

85) 본 연구수행과정에서 만난 서울가정법원의 한 조사관은 “친권행사자 지정과 관련하여, 당사자들이 합의한 경우 이행이 잘 되는 것을 보았다. 법원에서 직권으로 정해주면 반발심이 생겨서 따르지 않으려고 한다. 그리고 양육비, 위자료 등 금전관계도 본인들이 합의해서 정한 금액이 가장 적당하고 이행율도 높은 것 같다.”고 하여 합의, 조정의 필요성을 언급하였다.

86) 이하 가사조정절차에 관해서는 이상석(2001), pp.99-105, 홍성운(1997), pp.117-121를 참조하였음.

<조정신청서의 예>

| 양육자지정 및 부양료조정 신청   |  |
|--|--|
| <p>신청인 ○○○ 19년 월 일 생</p> <p>본적</p> <p>주소</p> <p>피신청인 ○○○ 19년 월 일 생</p> <p>본적</p> <p>주소</p> <p>사건본인 ○○○ 19년 월 일 생</p> <p>본적</p> <p>주소 위와 같은 곳</p> | <p style="text-align: center;">신청취지</p> <p>1. 신청인을 사건본인의 양육자로 정한다.</p> <p>2. 피신청인을 신청인에 대하여 사건본인의 부양료로서 사건본인이 성년이 될 때까지 매월 (     )원씩 지급한다.</p> <p>라는 조정을 구함.</p> <p style="text-align: center;">신청원인</p> <p>.....(구체적으로 원인을 기재).....</p> <p>.....</p> <p style="text-align: center;">첨부서류</p> <p>1. 호적등본 2통</p> <p>2. 주민등록표등본 2통</p> <p>3. 재학증명서(사건본인분) 1통</p> <p>4. 납부서 1통</p> <p>5. 신청서 등본</p> <p>6. 기타</p> <p style="text-align: right; margin-top: 20px;">2002년 월 일</p> <p style="text-align: right;">위 신청인 ○○○ (인)</p> <p style="text-align: left; margin-top: 10px;">서울가정법원 귀중</p> |

자료 : 이상석(2001), pp.432-433.

## (다) 조정기관

가사조정사건은 먼저 조정담당판사에게 배당된다. 조정담당판사는 배당받은 사건 중 스스로 조정함이 상당하다고 인정되는 것으로서 당사자가 명백히 반대의 의사를 표시하지 않은 사건은 스스로 조정을 하고, 그밖의 사건은 조정위원회의 조정을 위하여 재배당된다.

가사조정위원회는 판사인 조정장 1인과 실무상 3~5인의 조정위원으로 구성되는데, 조정위원은 ① 학식과 덕망이 있는 자로서 매년 미리 가정법원장 또는 가정법원 지원장이 위촉한 자 또는 ② 당사자가 합의에 의하여 선정한 자 중에서 각 사건마다 조정장이 이를 지정한다(동법 제53조 제2항).

## (라) 조정절차의 진행

## ① 가사조사관의 사실조사

조정장 또는 조정담당판사는 특별한 사정이 없는 한 조정을 하기 전에 기한을 정하여 가사조사관으로 하여금 사건에 관한 사실의 조사를 하게 하여야 한다(동법 제56조, 제6조). 따라서 조사관은 이혼사건 당사자인 부부를 소환하여 면접조사를 하거나 학력·경력·병력·재산 등을 조사하기 위하여 관공서·병원 등에 사실조회를 의뢰하거나 조사 후 조사보고서를 작성하여 보고한다.

가사소송법이 조사관제도를 두는 이유는 가사소송과 같이 신분관계에서 비롯된 분쟁은 당사자의 가족관계, 성장과정, 정신상태 기타 심리적 요인에서 비롯되는 경우가 많기 때문에 사건의 해결을 위하여는 이러한 요인들을 모두 조사하여야 할 필요가 있는데, 일반적으로 객관적인 법률요건사실의 조사를 염두에 두고 마련된 민사소송법상의 사실을 위한 제도들로서는 이와 같은 내면적인 사실을 조사하기가 곤란할 뿐 아니라 개인의 정신상태, 성격 기타 심리적 요인과 성장과정 및 가족관계가 현재의 분쟁에 미치는 영향, 그 분쟁이 장차 가족관계에 미칠 영향 등을 객관적으로 조사하기에는 법관의 전문적 지식이 부족하므로 전문적인 지식과 경험을 갖춘 조사기관이 소송에서의

사실조사방법과는 다른 별도의 조사방법에 의하여 이를 조사함으로써 사건을 해결하는 법관을 도와 주도록 할 필요가 있게 되었다. 2001년 7월에는 심리학, 교육학을 전공한 전문조사관을 특채하여, 서울가정법원과 대구, 부산, 광주 지방법원에 배치하기도 하였다.<sup>87)</sup>

조사관이 작성하는 조사보고서에는 ① 조사요건 ② 당사자의 인적사항 ③ 당사자의 주장 소명자료 ④ 결혼전의 생활내력·결혼의 사정 ⑤ 결혼후의 생활내력·분쟁의 과정과 현상 ⑥ 출석한 사건본인들의 진술 ⑦ 가정환경 ⑧ 경제상태 ⑨ 심신상태 ⑩ 조사관의 의견을 기재한다.

## ② 사전처분

조정신청이 있는 경우 조정위원회 또는 조정담당판사는 사건의 해결을 위하여 특히 필요하다고 인정한 때에는 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 상대방 기타 관계인에 대하여 현상을 변경하거나 물건을 처분하는 행위의 금지를 명할 수 있고, 사건에 관련된 재산의 보존을 위한 처분, 관계인의 감호와 양육을 위한 처분 등 적당하다고 인정되는 처분을 할 수 있다(동법 제62조).

## ③ 조정기일 및 조정장소

조정장 또는 조정담당판사는 조정기일을 정한 다음 당사자와 이해관계인에게 ‘조정기일 소환장’을 송달함으로써 통지하되, 소환을 받고도 정당한 이유없이 불출석하면 결정으로 50만원 이하의 과태료에 처할 수 있고 구인할 수 있다(동법 제66조).

조정은 가정법원내 조정실에서 비공개로 행하되(민사조정법 제20조), 사건에 따라 법원 이외의 적당한 장소에서 현지조정할 수 있다(가사소송규칙 제118조, 민사조정법 제19조). 즉, 조정은 조정실, 심문실, 판사실 또는 분쟁에 관련된 현장 기타 적당한 장소이면 가능하다(민사조정및가사조정예관한사무처리요령 제18조).

87) 법률신문 2002년 5월 3일자 “가정법원 전문조사관 성과크다”, 2002년 5월 11일자 “가정법원 ‘전문조사관제 성과’의 참 뜻” 참조.

## ④ 조정기일의 실시

조정기일에 조정담당판사 또는 조정위원회는 사안의 내용을 명확히 하기 위하여 가사조사관을 출석시켜 의견을 진술하게 하거나 가사조사관의 조사 보고서를 참조하고 당사자를 심문하며 증거조사를 하는 등의 방법으로 사실 조사를 한 다음 충분한 평의를 거쳐 그 사안에 합당한 대체적 해결방안인 ‘조정안’을 작성하여 당사자가 그에 따라 합의하도록 설득하고 권유한다.

조정위원회의 의결은 과반수의 의견에 의하되, 가부동수인 경우 조정장의 결정에 따른다(민사조정규칙 제14조). 조정위원회의 합의는 공개하지 않는다(동 규칙 제15조).

실무상 조정은 일반적으로 1회의 기일만을 열어 조정이 성립되지 않으면 조정불성립으로 처리하여 절차를 종료시키는 것이 관례이지만, 때로는 계속적인 조정시도를 위하여 기일을 속행하는 수도 있다.<sup>88)</sup>

## (마) 조정결정의 종류

## ① 조정성립

조정은 당사자사이에 합의된 사항을 조서에 기재함으로써 성립한다(동법 제28조, 가사소송법 제59조 제1항). 조정은 재판상 화해와 동일한 효력이 있다(동법 제29조, 가사소송법 제59조 제2항).

## ② 조정을 하지 아니하는 결정

조정담당판사는 사건이 성질상 조정을 함에 적당하지 않다고 인정하거나, 당사자가 부당한 목적으로 조정신청한 것임을 인정하는 때는 조정을 하지 아니하는 결정으로 사건을 종결시킬 수 있다(동법 제26조 제1항).

88) 본 연구과정에서 만난 한 조정위원은 “조정위원 중 주심 1인이 당사자부부를 만나 이야기를 나누어 보고 조정·합의의 여지가 있으면 조정을 2-3회 연장하기도 한다. 부부가 이혼하지 않고 결합의 가능성이 있는 경우 결정할 시간을 주거나 가족 내 다른 문제가 발견되어 관련 클리닉을 추천하기도 하였다”고 하여 조정시도를 위한 노력이 있음을 알 수 있다.

## ③ 조정불성립

조정담당판사는 당사자사이에 합의가 성립될 가능성이 없거나, 성립된 합의내용이 상당하지 않다고 인정하는 경우에 직권으로 조정에 갈음하는 결정(강제조정)을 하지 않을 경우 조정이 성립되지 아니한 것으로 사건을 종결시킬 수 있다(동법 제27조).

## ④ 강제조정(조정에 갈음하는 결정)

당사자간에 조정이 성립되지 않은 사건이라도 조정담당판사가 상당하다고 인정하는 때 및 조정장이 조정위원회의 의견을 들은 후 직권으로 당사자의 이익 기타 모든 사정을 참작하여 신청인의 신청취지에 반하지 않는 한도내에서 사건의 공평한 해결을 위한 결정을 할 수 있다(동법 제30조).

조정의 피신청인이 조정기일에 연속 2회 불출석하는 경우에도 조정담당판사 및 조정장은 직권으로 위와 같은 결정을 할 수 있다(동법 제32조).

이에 대해 당사자가 2주일 이내에 이의신청을 하면 위 결정은 효력을 상실하지만, 이의신청을 하지 않으면 위 결정은 확정되어 재판상 화해와 동일한 효력을 가진다(동법 제34조, 가사소송법 제59조 제2항).

## ⑤ 취하 및 각하

조정신청의 취하 또는 소취하를 하면 조정절차는 종료한다. 조정신청인이 조정기일에 통산 2회 불출석하는 경우에도 조정신청이 취하된 것으로 의제되어 조정절차는 종료한다(민사조정법 제31조).

또한 당사자에 대하여 기일을 통지할 수 없는 때에는 결국 당사자의 소환이 불능하여 조정도 진행할 수 없으므로 조정담당판사는 결정으로 조정신청을 각하할 수 있다(동법 제25조 제1항).

## ⑥ 소송이행

조정절차를 진행한 결과 조정이 성립되지도 않고, 조정에 갈음하는 결정이 없거나 조정을 하지 아니하기로 하는 결정이 있을 때에는, 신청인은 조서등본이 송달된 날로부터 2주일 이내에 조정의 목적인 청구에 관하여 제소신청

이나 심판이행신청을 할 수 있다. 그리고 조정을 거치지 않고 제기되었던 소송이나 심판청구에 대하여는 이 경우에 조정기관이 직권으로 사건을 다시 수소법원에 회부하게 된다.

또한 강제조정결정이 이의신청에 의하여 효력을 상실한 때에는, 신청에 의한 조정의 경우 신청인은 상대방의 이의신청이 있다는 통지를 받은 날로부터 2주일 이내에 제소신청이나 심판이행청구를 할 수 있고, 직권회부에 의한 조정의 경우에는 조정기관이 직권으로 사건을 수소법원에 회부하며, 위의 경우 강제조정결정에 대하여 신청인이 이의신청을 한 경우에는 이의신청시로부터 2주일 이내에 제소신청 등을 하여야 한다.

<조정성립의 예>

**이혼, 위자료 및 양육처분에 대한 임의조정(서울가정법원 99드단10243)**

1. 원고와 피고는 이혼한다.
2. 피고는 원고에게 위자료로 2000.1.31까지 금 5,000,000원을 지급한다.
3. 사건본인에 대한 양육자로 원고를 지정한다.
4. 피고는 원고에게 2000.1.1부터 2018.4.3까지 사건본인에 대한 양육비로 월 금 300,000원씩을 매월 말일까지 지급한다.
5. 위 제2항, 제4항의 금원지급방법은 피고가 위 각 지급기일까지 □□은행 계좌번호 △△△(예금주 : ○○○)에 위 각 금원을 송금하는 방식으로 한다. 만일 피고가 위 각 지급기일까지 위 금원을 지급하지 아니하는 경우, 그 다음날부터 변제일까지 연 2할 5푼의 비율에 의한 지연손해금을 가산하여 지급한다.
6. 가. 피고는 매월 넷째 주 토요일 15:00부터 20:00까지 피고가 원하는 장소에서 사건본인을 만날 수 있다.  
 나. 사건본인이 유치원 또는 초등학교에 취학하기 이전에는, 피고는 원고와 합의하여 1년에 2차례씩 피고의 휴가기간 중 피고가 희망하는 각 7일간 피고의 주소지 또는 피고가 책임질 수 있는 장소에서 사건본인과 동거할 수 있다.  
 다. 사건본인이 취학한 이후에는, 피고와 원고와 합의하여 사건본인의 겨울방학기간 중인 매년 12월 내지 1월과 여름방학 중인 7월 내지 8월 중 피고가 희망하는 각 7일간 피고의 주소지 또는 피고가 책임질 수 있는 장소에서 사건본인과 동거할 수 있다.
7. 쌍방은 각자 상대방에 대하여 위자료, 재산분할 등 이 사건 이혼에 관련된 나머지 재산적 청구를 각 포기한다.
8. 소송비용 및 조정비용은 각자 부담으로 한다.

자료 : 김시철(2002), pp.504-505.

## (바) 조정의 효과

조정은 당사자 사이에 합의된 사항을 기재함으로써 성립하고(가사소송법 제59조 제1항), 조정 또는 확정된 조정에 갈음하는 결정은 재판상 화해와 동일한 효력이 있다(동조 제2항 본문). 한편 재판상 화해는 확정판결과 동일한 효력이 있으므로(민사소송법 제206조) 결국 이러한 조정은 재판과정을 거쳐 최종적으로 확정된 판결과 같은 효력이 있게 되는 것이다.

따라서 이러한 조정조서 또는 확정된 강제조정결정에 대하여는 준재심 등의 사유가 있는 경우를 제외하고는 상소 등 불복을 할 수 없게 될 것이다.

그리고 당사자간에 이혼을하기로 한 조정이 성립하였을 경우 법원은 지체 없이 당사자 또는 사건본인의 본적지의 호적사무관장자에게 그 뜻을 통지하여야 하고(가사소송법 제9조, 동 규칙 제7조), 조정신청인은 조정조서 성립일로부터 1개월 이내에 조정조서등본과 송달증명을 첨부하여 본적지호적사무관장자에게 이혼신고를 하여야 한다(호적법 제81조, 제63조). 상대방도 독자적으로 이혼신고를 할 수 있다. 조정신청인이 1개월이 지나도 이혼신고를 하지 않는 경우에는 5만원 이하의 과태료에 처해지고, 구·시·읍·면장이 빨리 신고하라고 최고를 하였음에도 여전히 기간내에 신고하지 않으면 10만원 이하의 과태료에 처해지며(호적법 제131조), 이 때 이혼이 효력을 상실하는 것은 아니다.

## (3) 가사조정의 실시현황

2000년에 접수한 제1심 가사조정건수는 8,886건으로 이 중 신청에 의한 조정이 987건, 직권에 의하여 조정에 회부된 사건이 7,899건으로 직권조정쪽이 월등히 많고 신청에 의한 조정은 일부에 지나지 않다는 것을 알 수 있다(표 3-9 참조).

또한 조정성립율은 신청에 의한 조정사건의 경우 39.9%, 직권조정의 경우 34.3%로 나타났다.<sup>89)</sup>

89) 법원행정처(2001), p.421.

그리고 현재 가사조정절차에서 이루어지는 조정에 갈음하는 결정에 대한 이의신청율은 상당히 낮은 편이다. 1999년에 전국법원의 제1심 가사조정절차에서 처리한 총 2,484건의 조정에 갈음하는 결정에 대하여 372건의 이의신청이 제기되어 이의신청률은 약 14.9%(372/2,484)정도로서, 이는 같은 해 제1심 민사조정의 이의신청률 16.1%(5,590/34,634)보다 약간 낮은 수치이다.<sup>90)</sup> 강제조정에 대한 이의신청비율이 그리 높지 않은 것을 볼 때 강제조정이 필요한 경우에는 조정불성립보다는 강제조정을 활용하는 것이 타당하리라고 생각한다.

그런데 위에서 가사조정사건이 조정신청보다는 직권조정에 의해 이루어지고 있음을 볼 때, 가사조정제도는 그다지 활성화되었다고 할 수 없다. 그 이유는 첫째, 당사자들이 이 제도를 외면하고 있기 때문이고,<sup>91)</sup> 둘째, 그래서 조정사건의 대부분을 차지하게 된 조정전치회부사건에서 원래 조정절차를 원치 않던 당사자에게는 당연히 예상될 수 있는 각종의 절차해태행위(節次懈怠行爲)에 대하여 법원이 아무런 권한을 행사하지 않고 상당한 시간만 끝다가는 아무런 결과도 얻지 못한 채 무기력하게 소송절차로 복귀하기 때문이며, 바로 그 이유때문에 조정제도는 당사자들로부터 더욱 외면받게 되는 것으로 보인다.<sup>92)</sup>

이러한 문제의 발단은 조정전치회부사건에 대해 실무상 민사조정법 제6조에 의한 조정회부사건<sup>93)</sup>에 대한 규정을 준용함으로써 법원이 가능한 권한을 행사할 수 없는 것이 하나의 요인이라고 하겠다. 이러한 문제를 해결하고 가사조정제도의 활성화를 유도하기 위해서는, 조정전치회부사건에 대하여도 신청인의 불출석에 대하여는 쌍불처리(雙不處理)<sup>94)</sup>의 방법으로 그 출석을

90) 김시철(2002), “가사조정실무”, 『실무연구Ⅷ』, 법관 가사재판실무연구모임 자료집, 서울가정법원, p.448.

91) 이 제도가 실효성없이 번거롭기만 한 것이라는 점에 대하여 당사자와 법원이 광범위한 공감대를 형성하고 있다고 할 수 있다.

92) 서울가정법원(1995), 『가사재판자료집』, pp.240-241.

93) 민사조정법 제6조의 조정회부는 제1심 수소법원(受訴法院)이 필요성을 인정하는 경우에 쌍방의 동의를 얻어서 조정에 회부하는 것이며, 가사소송의 전심절차(前審節次)로서 조정절차를 요구하는 조정전치회부와는 성격이 다르다.

강제하고, 또 피신청인에게 송달이 되지 않을 경우에는 주소보정(住所補正)을 명하여 이에 불응하면 소장을 각하(却下)함으로써 조정절차에서 신청인의 성실한 절차수행을 유도하고, 한편 피신청인이 2회 불출석한 경우나 출석하더라도 조정절차에서 나타나는 자료를 바탕으로 결론의 도출이 가능하다면 될 수 있는 한 강제조정을 함으로써 피신청인의 출석 및 성실한 절차수행을 유도할 수 있다. 이렇게 당사자들의 참여의식을 유도함으로써 현재 조정사건의 대부분을 차지하고 있는 조정전치회부사건의 실효성을 확보하고, 나아가 조정제도의 실효성에 대한 일반인들의 의식변화를 통하여 조정신청의 활성화를 유도해 나갈 수 있을 것이다.<sup>95)</sup>

한편, 최근 서울가정법원에서는 ‘사회복지기관 컨설팅 시스템’을 시행하고 있다. 이혼을 원하는 부부에게 심리상담기관, 가족치료센터, 치매노인센터, 단주모임 등 적절한 기관을 소개해 주고 조정단계에서 원만하게 해결해 주도록 지원하는 제도라고 한다. 가사소송규칙의 사회복지기관과의 연락 등 조정조치제도(제12조)를 활용한 것으로 상당한 성과를 올리고 있다고 한다.<sup>96)</sup>

가사조정 방식에 화합형 조정과 중재형 조정이 있다고 할 때, 화합형 조정이 더할 나위없이 좋겠지만 이혼이 합의된 경우라 할지라도 이혼에 부수되는 제반사항에 대해 보다 합리적인 방식으로 조정이 된다면 그것도 조정의 목적을 달성한 것이라 생각된다. 미성년자녀의 문제를 이성적으로, 합리적으로 판단하여 자녀양육에 공백이 없도록 해야 하며, 이 때 판단의 기준은 무엇보다도 자녀의 복리가 최우선으로 고려되어야 할 것이다.

94) 민사소송법에 의하면, 당사자 쌍방이 변론기일에 출석하지 아니하거나 출석하더라도 변론을 하지 아니하는 때에는 재판장이 다시 기일을 지정하여야 하고, 이 신 기일(新期日)에도 당사자 쌍방이 출석하지 아니하거나 출석하더라도 변론을 하지 않는 때에는 당사자의 기일지정신청에 의하여 또 다시 변론기일을 정할 수 있다. 그런데 이 기일지정신청에 의한 기일 또는 그 후의 기일에 당사자쌍방이 출석하지 아니하거나 출석하더라도 변론을 하지 아니하면 소(訴)의 취하(取下)가 있는 것으로 본다고 정하고 있다. 쌍불취하란 이와 같은 소의 취하를 일컫는 관용어이다(민사소송법 제241조).

95) 서울가정법원(1995), p.241.

96) 중앙일보 2002년 11월 23일자 “이혼재판 앞서 법원이 상담·치료 주선, 등돌린 부부 다시 손 잡는다”참조.

그리고 가정법원의 후견적 기능을 강조하여 실무적으로 가사조정의 대상을 폭넓게 보는 것이 일반적이라고 한다. 따라서 쌍방 당사자가 미성년자녀의 양육 등에 대하여 아무런 주장을 하지 않은 채 이혼에 대해서만 합의한 경우에 가정법원이 미성년자녀에 대한 친권행사 및 양육처분에 대하여 적극적으로 개입하는 것이 바람직하다고 하겠다.<sup>97)</sup>

#### 다. 가사소송에 의한 지정 및 변경

재판상 이혼의 소와 청구원인이 동일한 사실관계에 기초하는 위자료청구, 재산분할청구, 자녀양육에 관한 처분청구, 친권행사자지정청구 등의 사건은 이를 1개의 소로 병합하여 제기할 수 있다. 이 때는 자녀양육청구나 친권행사자지정청구는 재판상이혼사건과 함께 심리하게 된다.

##### (1) 재판상 이혼의 소의 청구

재판상 이혼을 하려는 당사자는 원칙상 소의 제기에 앞서 먼저 조정을 신청하도록 되어 있으나, 당사자가 조정을 신청하지 않고 곧바로 소의 제기를 하더라도 법원이 스스로 판단하여 당해 이혼사건이 조정에 의하여 해결될 가능성이 높으면 법원의 직권으로 조정에 회부하고, 공시송달에 의하지 않고는 당사자의 일방 또는 쌍방을 소환할 수 없거나 그 사건이 조정에 회부되더라도 조정이 성립될 가능성이 없다고 인정할 때에는 조정에 회부하지 않고 바로 소송절차를 개시하게 된다(가사소송법 제50조 제2항).<sup>98)</sup>

재판상 이혼의 소는 부부 중 일방이 원고가 되고 나머지 일방이 피고가 되므로 부부가 아닌 제3자는 당사자가 될 수 없다. 혼인 중 부부의 일방이 사망하면 혼인은 자동적으로 소멸되므로 이혼의 문제는 생길 여지가 없다.

재판상 이혼의 소는 1. 부부가 같은 가정법원의 관할구역내에 보통재판적(주소)이 있을 때에는 가정법원, 2. 부부가 최후의 공통의 주소지를 가졌던 가정법원의 관할구역내에 부부 중 일방의 보통재판적이 있을 때에는 그 가정

97) 김시철(2002), p.425.

98) 이하 소송에 의한 이혼절차에 관하여는 이상석(2001), pp.106-112를 참조하였음.

법원, 위 제1호 및 제2호에 해당하지 아니하는 경우에는 상대방의 보통재판적 소재지의 전속관할로 한다(가사소송법 제22조).

또한 이혼과 함께 청구하는 위자료의 청구액이 3,000만원을 초과하는 사건과 모든 재산분할사건은 판사 3명으로 구성되는 합의부에 의하여 재판을 받고, 이혼과 함께 청구하는 위자료의 청구액이 3,000만원 이하이거나 이혼만을 청구하는 사건은 단독판사에 의하여 재판을 받게 된다.

## (2) 재판상 이혼의 소의 제기

소의 제기는 소장(訴狀)을 법원에 제출함으로써 성립하는데(가사소송법 제12조, 민사소송법 제226조), 소장에는 당사자, 법정대리인, 청구취지, 청구원인을 반드시 기재하여야 한다(민사소송법 제227조 제1항). 이 때 위에서 언급한 바와 같이 재판상 이혼의 소와 청구원인이 동일한 사실관계에 기초하는 위자료청구, 재산분할청구, 자녀양육에 관한 처분청구, 친권행사자지정청구 등의 사건은 이를 1개의 소로 병합하여 제기할 수 있다(가사소송법 제14조 제1항).

가사소송의 사건별 부호는 “드”로 되어 있다.

<이혼 등 병합사건 소장의 예>

**이혼 및 친권행사자 등 지정**

원 고 이정숙(가명, 1965.3.3 생)

본적 및 주소 생략

피 고 김양반(가명, 1963.6.8 생)

본적 및 주소 생략

사건본인 이병철(가명, 1988.3.2 생)

**청구취지**

1. 원고와 피고는 이혼한다.
2. 사건본인의 친권행사자와 양육자를 원고로 지정한다.
3. 피고는 원고에게 사건본인을 인도하라.  
피고는 원고에게 이 사건 소장송달 익일부터 사건본인이 20세 될 때(2008.3.2)까지 월 금 30만원의 비율에 의한 양육비를 매 월 1일에 지급하라.
4. 소송비용은 피고가 부담하여야 한다.  
는 판결을 바랍니다.

**청구원인**

1. 원고와 피고는 1987.3.28 혼인신고를 마친 법률상 부부로서 1988.3.2 아들(사건본인)을 낳아서 양육하고 있습니다.
2. 피고는 원래 낭비벽으로 인하여 여러 사람에게 많은 빚을 지고 있어서 빚독촉에 시달리던 중 1991.5.30 원고 등을 버리고 정당한 이유없이 집을 나가 현재 행방불명이 되었습니다.
3. 원고는 사건본인을 외삼촌집에 맡겨 두고 파출부·식당종업원 등으로 일하면서 생계를 이어가고 있었습니다. 그런데 어느 날 느닷없이 피고가 나타나더니 사건본인을 데리고 가 버렸습니다. 현재 원고는 매월 수입이 70만원이 되고, 아이를 양육하는 데는 문제가 없습니다. 반면 피고는 아직도 직장을 구하지 못한 채 방황하고 있습니다. 그런데 아이를 왜 데리고 갔는지 이해할 수 없습니다.

**입증방법**

호적등본·주민등록등본·등기부등본·각서

1995. 2.

청구인 이 정 숙 (인)

서울가정법원 귀중

### (3) 판결확정시의 이혼신고

재판상 이혼은 그 판결이 확정됨으로써 즉시 이혼이라는 법률효과가 형성되는 ‘형성의 소’이다. 따라서 가정법원은 재판상이혼사건의 청구를 인용한 판결이 확정된 때에는 지체없이 당사자의 본적지의 호적사무를 관장하는 자에게 그 뜻을 통지하여 호적의 기재를 촉탁하여야 한다(가사소송법 제9조, 동 규칙 제7조).

그와는 별도로 재판상 이혼의 소를 제기한 자는 재판의 확정일로부터 1개월 이내에 재판의 등본 및 확정증명서를 첨부하여 본적지 또는 주소지의 구청·시청·읍사무소·면사무소의 호적계에 이혼신고를 하여야 한다(호적법 제81조, 제63조). 1개월이 지나도록 이혼신고를 하지 않으면 5만원 이하의 과태료에 처하고(동법 제130조), 신고의 최고를 받았음에도 여전히 최고기간내에 이혼신고를 하지 않으면 10만원 이하의 과태료에 처하여진다(동법 제131조). 물론 상대방도 독자적인 이혼신고가 가능하다.

### 라. 가사비송에 의한 지정 및 변경

가사소송법은 친권행사자의 지정, 변경청구나 양육처분, 면접교섭권의 제한 및 배제청구를 마류 가사비송사건으로 분류하여 가사비송사건으로 처리하도록 규정하고 있다.

#### (1) 가사비송사건의 의의

가사비송사건은 분쟁사건이 아닌 사건으로서 신분관계에 관한 것이고, 당사자가 임의로 처분할 수 없는 사건이다. 가사소송법은 이러한 비송사건으로 라류 44개와 마류 10개 등 합계 54개항으로 한정하여 규정하였다. 구법(가사심판법)에서는 친족회의 결의에 갈음한 재판·승계권(상속권)쟁송 중의 재산에 관한 처분을 을(乙)류사건의 하나로, 이혼당사자간의 자의 양육에 관한 처분사건을 소위 병(丙)류사건의 하나로 규정하고 있었다. 그러나 이들 사건의 성질은 비송사건이라고 보는 것이 당시의 학설이었고, 이에 따라 새 가사소송법은 이들을 라류·마류 비송사건으로 규정하게 되었다.

이런 사건들은 1심 단독판사의 권한에 속하게 하고, 마류사건 중 제6호(친권상실 등)·제9호(기여분의 결정) 및 제10호(상속재산분할) 사건만 합의사건으로 심판하게 하였다. 라류사건은 당사자가 임의로 처분할 수 없기 때문에 조정의 대상이 되지 아니하나, 마류사건은 신분관계에 부수하여 재산관계의 처분도 가능하므로 조정의 대상이 된다.<sup>99)</sup>

이 절차의 상당부분은 가사소송사건의 그것과는 판이하게 다르고 여기에 적용되는 절차법도 달라 가사소송법 제3편 가사비송규정과 비송사건절차법 제1편의 규정이 주로 이 사건에 적용된다(가사소송법 제34조). 가사비송사건의 부호는 “느”로 되어 있다.

## (2) 가사비송사건의 청구의 방식

비송사건의 경우도 원칙적으로 당사자의 청구가 있어야 절차가 시작되며, 법원의 직권으로 개시되는 것은 아니다.

심판청구의 방식은 서면이나 구술로 할 수 있으며, 가사비송의 경우 대개 당사자는 심판청구서라는 서면을 작성하여 가정법원에 제출한다. 심판청구서에는 당사자의 본적, 주소, 성명, 생년월일, 대리인이 청구할 때는 대리인의 주소와 성명, 청구의 취지와 원인, 청구의 연월일, 가정법원의 표시를 하여야 한다(가사소송법 제36조).

비송사건에서 미성년자 등 사건본인이 따로 있는 경우는 사건본인의 본적·주소·성명·생년월일을 기재하여야 한다(가사소송규칙 제20조). 자의 양육에 관한 처분사건의 미성년자와 같은 사람들은 절차의 주체가 아니고 객체로서만 관여하게 되며, 이러한 사람들을 ‘사건본인’이라고 부른다. 심판청구서에는 이들을 특정하여 표시하여야 한다.

또한 비송사건 중 마류사건은 쟁송적 성격이 강하여 대립하는 당사자가 있으므로 마류사건의 심판청구서에는 상대방을 특정할 수 있도록 상대방의 성명·생년월일·본적 및 주소를 기재하여야 한다(가사소송규칙 제91조).

99) 박동섭(1998), p.457.

## &lt;심판청구서의 예&gt;

## 양육자지정 및 양육비심판청구서

청 구 인 ○○○(한자) 19 년 월 일 생  
 본적 경기도 ○○군 ○○리 ○○번지  
 주소 서울시 ○○구 ○○동 ○○ 번지  
 피청구인 ○○○(한자) 19 년 월 일 생  
 본적 서울시 ○○구 ○○동 ○○ 번지  
 주소 서울시 ○○○구 ○○동 ○○○번지  
 사건본인 ○○○(한자) 19 년 월 일 생  
 본적 및 주소 피청구인의 본적 및 주소와 같다.

## 청 구 취 지

청구인을 사건본인(청구인과 피청구인의 자) ○○○의 양육자로 지정한다.  
 피청구인은 청구인에게 사건본인을 인도하라.  
 피청구인은 청구인에게 위 인도시로부터 사건본인이 성년이 될 때까지 월 금 원  
 의 비율에 의한 금원을 매월 말일까지 지급하라는 심판 및 가집행 선고

## 청 구 원 인

청구인과 피청구인은 19 년 일에 혼인하여 그 사이에서 사건본인을 출산하였으나  
 피청구인의 ○○○으로 인한 가정불화로 19 년 월 일에 협의이혼하였는 바, 그 이  
 후 사건본인은 아버지인 피청구인이 양육하고 있었습니다.

그런데 피청구인은 19 년 월 일에 청구의 ○○○과 재혼하여 그 사이에 1녀를 출  
 산하였으며, 그 후부터 피청구인 부부의 사건본인에 대한 학대는 이루 말할 수 없  
 어 그 실례를 들면 (중략) 함에 이르렀습니다. 이에 친어머니인 청구인이 사건본인  
 을 양육함이 사건본인의 장래를 위하여 더 합당하다고 생각되는 바, 청구인은 여자  
 로서 무직상태이고 재산은 (중략)에 있으므로 양육비를 아울러 받고자 합니다.

이상의 이유로 이 사건청구에 이르렀습니다.

## 입 증 방 법

1. 호적등본 2통(청구인 및 피청구인)
  1. 주민등록표등본 2통
- 기타 심리에 따라 수시 제출함.

## 첨 부 서 류

1. 납부서 1통

2002년 월 일

청구인 ○○○ (인)

서울가정법원 귀중

### (3) 가사비송사건의 당사자

마류 가사비송사건은 일반적으로 분쟁당사자 사이의 법률관계에 관한 대립을 전제로 하는 것으로서 입법정책에 따라서는 소송사건으로 정할 수도 있는 사건이지만, 사건의 성격상 법원의 후견적 재량권이 개입하는 것이 타당하기 때문에 비송사건으로 정한 사건들이다. 따라서 소송사건의 원·피고와 같이 대립하는 당사자가 존재하며, 절차의 개시를 요구하는 사람을 ‘청구인’, 반대의 이해관계를 가지는 사람으로 지정된 사람을 ‘상대방’이라고 부르고, 심판청구서에는 상대방을 특정하여 그 성명·생년월일·본적·주소를 기재하여야 한다(가사소송규칙 제91조) 다만, 이혼청구와 병합되어 제기되는 경우에는 주된 청구인 이혼청구의 사용례를 따라 그냥 원고, 피고라는 호칭을 사용하게 된다.

친권을 행사할 자의 지정과 자의 양육에 관한 사건의 청구인이 될 수 있는 자는 배우자의 한쪽 편이고 상대방이 될 수 있는 자는 그 나머지 배우자이다(가사소송규칙 제99조 제1항).

가사비송사건의 관할은 보통 재판적 소재지의 가정법원의 관할이다(가사소송법 제46조).

### (4) 청구취지의 기재

친권행사자의 지정, 변경청구의 경우 청구취지는 대개 ‘사건본인의 친권행사자로 청구인을 지정한다’(친권행사자 지정청구의 경우), ‘사건본인의 친권행사자를 상대방에서 청구인으로 변경한다’(친권행사자 변경청구의 경우)와 같이 대개는 청구인을 친권행사자로 지정해 달라는 것인데, 경우에 따라서는 상대방을 지정해 달라는 청구도 있다.<sup>100)</sup>

양육처분의 내용은 양육자를 누구로 지정해 달라는 것과 양육을 담당하지 않는 측에서 일정한 양육비를 지급해 달라는 것으로 크게 나누어진다. 양육자의 지정, 변경의 경우의 청구취지 기재예를 보면, ‘사건본인의 양육자로 청

100) 홍성운(1997), pp.246-247.

구인을 지정한다’(양육자 지정청구의 경우), ‘사건본인의 양육자를 상대방에서 청구인으로 변경한다’(양육자 변경청구의 경우), ‘사건본인의 양육자 및 친권행사자로 청구인을 지정한다’(양육자 및 친권행사자 지정이 동시에 청구된 경우) 등이다.

양육비 지급의 경우는 ‘상대방은 청구인에게 이 사건 심판청구서 부분 송달일로부터 2001.5.14까지 매월 말일에 월 금 300,000원의 비율에 의한 금원을 지급하라’(피양육자 1인의 경우), ‘상대방은 청구인에게 이 사건 심판청구서 부분 송달일로부터 2001.5.14 까지는 월 금 600,000원, 그 다음날로부터 2003.8.9까지는 월 금 300,000원의 각 비율에 의한 금원을 매월 말일에 지급하라’(피양육자 2인의 경우) 등이다.<sup>101)</sup>

면접교섭권의 경우는 ‘청구인은 매년 1월과 8월 중 청구인이 희망하는 각 7일간 청구인의 주소지 또는 청구인이 책임질 수 있는 장소에서 사건본인과 동거할 수 있다’(동거), ‘청구인은 매월 셋째 일요일 오전 9시부터 오후 6시까지 상대방의 주소지로 사건본인을 방문할 수 있다’(방문), ‘청구인은 매년 설날과 추석날에 사건본인을 청구인의 집으로 데려가서 차례 및 성묘에 참여하게 할 수 있다’(데려가기), ‘청구인의 매주 수요일과 토요일 오후 7시부터 9시까지 중 임의의 시간, 또는 당사자들이 합의한 시간에 공인된 전화 또는 상호 양해된 전화번호로 15분을 넘지 아니하는 범위내에서 사건본인과 전화통화를 할 수 있다’(전화통화), ‘청구인은 사건본인과 주 1회의 범위내에서 서신왕래를 할 수 있다’(서신왕래), ‘상대방은 사건본인이 초등학교에 입학할 때까지 사건본인을 면접, 교섭하는 일체의 행위를 하여서는 아니된다’(면접교섭권의 제한), ‘상대방은 사건본인을 면접, 교섭하는 일체의 행위를 하여서는 아니된다’(면접교섭권의 배제) 등으로 나타난다.<sup>102)</sup>

친권행사자의 지정, 변경심판이 확정된 경우에는 그에 따른 호적기재를 하도록 법원이 호적관서에 직접 촉탁하게 된다(가사소송법 제9조, 가사소송규칙 제5조 제1항 제2호).

101) 홍성운(1997), pp.253-254.

102) 홍성운(1997), p.255.

<심판서의 예>

| 서울가정법원<br>심 판          |   |
|------------------------|---|
| 사 건                    | 95ㄴ7468 친권자변경 등   |
| 청 구 인                  | 이○○(李○○) (1964. . . 생)<br>본적 서울 ○○구 ○○동 1459의 3<br>주소 서울 ○○구 ○○동 1459의 3(15통 1반)  |
| 상 대 방                  | 윤○○(尹○○) (1960. . . 생)<br>본적 서울 ○○구 ○○동 74의 175<br>최후주소 서울 ○○구 ○○4동 464의 11   |
| 사건본인                   | 윤○(尹○) (1993. . . 생)<br>본적 상대방과 같다.<br>주소 청구인과 같다.  |
| 주 문                    | 1. 청구인을 사건본인의 친권행사자로 변경·지정한다.<br>2. 심판비용은 상대방의 부담으로 한다.   |
| 청구취지                   | 주문과 같다.   |
| 이 유                    | 1. 갑 제1호증의 1·2 ... 중략... 각 기재와 심리의 전 취지를 종합하면, 청구인과 상대방은 1990.11.29. 혼인신고를 마친 법률상의 부부로서 그 사이의 자녀로 사건본인을 두었다가 1993.11.20. 협의이혼하면서 상대방을 사건본인의 친권행사자로 협의지정한 사실, 그 후 상대방은 사건본인을 ‘연로한’ 부모에게 맡기고 제대로 돌보지 않더니 1995.4.말경 집을 나가 현재 그 소재조차 알려지지 않고 있는 사실, 한편 청구인은 1988.2.26. ○○대학교 불어과를 졸업한 후 종로구 인사동 소재 주식회사 교원에 입사하여 매월 금 1,300,000원 상당의 수입을 올리는 등 사건본인을 양육할 만한 충분한 경제적 능력을 갖추고 있는 사실을 인정할 수 있다.<br>2. 위 인정사실에 의하면 청구인을 사건본인의 친권행사자로 변경·지정하는 것이 사건본인의 복리에 더욱 유리하다 할 것이므로 주문과 같이 심판한다. |
| 1995. 12. 26<br>판사 ○○○ |   |

자료 : 박동섭(1998), pp.277-278.

## 2. 자녀문제에 관한 이행확보제도

### 가. 사전처분

#### (1) 의의

가사사건에서는 본안재판 이전에 통상의 가압류, 가처분의 범위를 초과하는 잠정처분을 할 필요가 있는 경우가 많다. 이에 관하여 가사소송법 제62조는 가사사건의 소의 제기, 비송심판의 청구 또는 조정신청이 있는 경우에 수소법원, 조정위원회 또는 조정담당판사가 사건의 해결을 위하여 특히 필요하다고 인정되는 때에는 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 적당한 사전처분을 할 수 있도록 규정하고 있는데, 이는 민사절차에 없는 독특한 제도이다.

#### (2) 사전처분의 형태

가정법원은 사전처분의 형식으로 상대방 기타 관계인에 대한 현상의 변경, 물건 처분행위의 금지, 사건에 관련된 재산의 보전을 위한 처분, 관계인의 감호와 양육을 위한 처분, 기타 적당하다고 인정되는 처분을 할 수 있기 때문에 그 구체적인 형태 및 방식은 매우 다양하다.

예컨대 부부가 별거하고 있는 상태에서 원고는 피고에게 이혼청구를 하면서 피고가 양육하는 미성년자녀에 대한 면접교섭권행사에 관한 비송청구를 병합하고, 피고는 반소로서 원고에게 부양료 지급청구를 한 사건에서, 원고는 본안재판 이전에 미성년자녀를 정기적으로 만날 수 있는 사전처분을, 피고는 원고로부터 부양료 중 일부를 지급받는 내용의 사전처분을 각각 신청할 수 있는 것이다.

#### (3) 사전처분의 특징

가압류·가처분 등의 일반적인 보전처분과 대비할 때, 가사소송법상 사전처분은 다음과 같은 특징이 있다.

- ① 당사자의 신청이 없더라도 직권으로 할 수 있다. 다만 실무적으로 직권으

로 사전처분을 하는 경우는 매우 드물다.

- ② 사전처분은 소송사건뿐만 아니라 비송사건, 조정신청사건 등 모든 가사사건을 본안으로 삼을 수 있는데, 당사자가 본안청구를 제기한 후에만 사전처분을 구할 수 있다. 다만, 면접교섭과 부양료지급 사전처분신청과 같은 사안에서 피고가 부양료에 관한 반소청구를 하지 않은 상태에서 사전처분만 신청하는 것이 허용되는지 여부에 대하여는 적극설과 소극설이 대립하고 있는데, 실무적으로는 소극설을 취하는 경우가 많다.
- ③ 사전처분의 위반행위에 대하여는 과태료 부과에 의한 간접강제를 할 수 있을 뿐이고, 사전처분 자체에는 집행력이 없다. 또한 본안사건의 상대방뿐만 아니라 기타 관계인도 사전처분의 대상자가 될 수 있고, 즉시항고에 의하여만 불복할 수 있다(가사소송법 제66조, 제62조)<sup>103)</sup>.

양육처분에 대한 사전처분의 경우를 보면, 별거중인 부부의 이혼사건과 관련하여 양육자가 아닌 일방 당사자가 면접교섭권에 관한 본안청구를 하면서 사전처분을 신청하는 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 이를 긍정적으로 수용하는 것이 실무관행이다. 본안재판에서 이혼이 성립되지 않으면 공동친권자로서 권리가 있고(혼인계속중 면접교섭권에 대한 본안은 마류 제1호 비송청구), 이혼이 성립되더라도, 극히 예외적인 경우가 아닌 이상 일정한 범위내에서 면접교섭권이 보장되는 것이 일반적이기 때문이다(이혼을 전제로 한 면접교섭권의 본안은 마류 제3호 비송청구).<sup>104)</sup>

이와 같이 사전처분에 의하면, 양육에 의한 처분이 있을 때까지의 양육비지급을 명할 수도 있으며, 면접교섭을 명할 수도, 이를 배제하거나 제한할 수도 있다. 사전처분에는 집행력은 없으나, 그 불이행에 대하여는 과태료의 제재라는 간접강제수단이 확보되어 있으므로 실효성있는 강제수단이 될 수 있다.<sup>105)</sup>

103) 김시철(2002), pp.452-454.

104) 김시철(2002), pp.468-469.

105) 박영식(2001), p.80.

<사전처분 결정서(조정위원회 조정사건)의 예>

○○법원  
결 정

사 건 9 즈 사전처분  
98너 부양료청구

신 청 인 ○ ○ ○

피신청인 ○ ○ ○

주 문

피신청인은 신청인에게 사건 본인 ○○○의 양육비의 일부로서 19 . . 부터 이 조정사건이 종료될 때까지 매 월 금 ○○○○원을 그 달 말일까지 신청인의 주소지에 지참하거나 송금하여 지급하라.

이 유

이 사건의 해결을 위하여 필요하다고 인정되므로 가사소송법 제62조 제1항에 의하여 주문과 같이 결정한다.

199 . .

조정장 판사 ○ ○ ○ (인)

주의 : 이 결정에 대하여는 고지받은 날로부터 1주일 이내에 즉시항고를 할 수 있고, 이 결정이 확정되어 효력이 생긴 후에 이 결정에서 정한 처분에 위반한 때는 결정으로 100만원 이하의 과태료에 처할 수 있다.

<사전처분 결정서(조정담당판사 조정사건)의 예>

|   |
|---|
| <p style="text-align: center;">○○법원<br/>결 정</p> <p>사 건 9 ㄴ 사전처분<br/>(9 ㄴ 양육자지정)</p> <p>신 청 인<br/>피신청인</p> <p>주 문</p> <p>이 사건 조정절차가 종료될 때까지 피신청인은 신청인에게 사건 본인을 임시로 인도하라(또는 …때까지 신청인은 사건 본인을 양육하라).</p> <p>이 유</p> <p>이 사건의 해결을 위하여 필요하다고 인정되므로 가사소송법 제62조 제1항에 의하여 주문과 같이 결정한다.</p> <p style="text-align: right;">199 . .<br/>판사 ○ ○ ○ (인)</p> <p>주의 : 이 결정에 대하여는 고지받은 날로부터 1주일 이내에 즉시항고를 할 수 있고, 이 결정이 확정되어 효력이 생긴 후에 이 결정에서 정한 처분에 위반한 때는 결정으로 100만원 이하의 과태료에 처할 수 있다.</p> |
|---|

자료 : 박동섭(1998), p.643.

## (4) 사전처분 실시현황

다음은 1998년부터 2002년 3월까지 서울가정법원에 접수된 보전처분 및 사전처분사건에 대한 처리결과를 나타내는 통계이다(표 3-10). 가압류, 가처분 등 보전처분 신청사건은 4년간 계속 증가하는 추세에 있고, 사전처분신청은 보전처분에 비해 활용도가 매우 낮다. 그런데 그 접수건수가 1998년 8건에서 1999년 42건, 2000년 64건, 2001년 70건, 2002년 1-3개월까지 19건으로 나타나 최근에는 그 이용건수가 점차 증가하는 추세를 보이고 있다.

&lt;표 3-10&gt; 보전처분 및 사전처분사건 현황

(단위 : 건)

| 연도            | 보전처분(가압류, 가처분) |      |    |     |    |      |      | 사전처분 |    |    |    |    |    |    |
|---------------|----------------|------|----|-----|----|------|------|------|----|----|----|----|----|----|
|               | 접수             | 처리   |    |     |    |      | 미제   | 접수   | 처리 |    |    |    |    | 미제 |
|               |                | 인용   | 기각 | 취하  | 기타 | 소계   |      |      | 인용 | 기각 | 취하 | 기타 | 소계 |    |
| 1998년         | 2763           | 2575 | 46 | 145 | 8  | 2774 | 9    | 8    | 5  | 1  | 1  | 1  | 8  | 0  |
| 1999년         | 3354           | 3191 | 38 | 108 | 0  | 3337 | 26   | 42   | 1  | 41 | 0  | 0  | 42 | 0  |
| 2000년         | 3305           | 3120 | 46 | 104 | 21 | 3291 | 40   | 64   | 48 | 3  | 10 | 1  | 62 | 2  |
| 2001년         | 4004           | 3811 | 0  | 99  | 0  | 3910 | 134  | 70   | 29 | 4  | 9  | 26 | 68 | 4  |
| 2002년<br>1-3월 | 1077           | 805  | 15 | 102 | 72 | 994  | 21'7 | 19   | 5  | 2  | 4  | 1  | 12 | 11 |

자료 : 이제정(2002), “가사소송법상의 보전처분과 사전처분의 실무상 문제점”, 『실무연구Ⅷ』, 서울가정법원, p.249.

그리고 그 인용율은 62.5%(1998), 2.4%(1999), 75%(2000), 41.4%(2001), 26.3%(2002)로 일정하지 않은 것을 볼 수 있다. 사전처분에는 집행력은 없으나, 그 불이행에 대하여는 과태료의 제재라는 간접강제수단이 확보되어 있으므로 실효성있는 강제수단이 되도록 하기 위해서는 사전처분에 대한 인용율이 좀 더 높아져야 할 것으로 보인다.

또한 최근 서울가정법원에서 처리한 사전처분 신청사건으로는 자의 양육에 관한 처분 내지 부양에 관한 사건을 본안으로 하여 양육비 또는 부양료의

지급을 구하는 사건, 면접교섭의 허용과 면접교섭방해금지를 구하는 사건, 자녀의 인도를 구하는 사건 등이 있다. 7건의 사전처분신청사건 중 4건이 인용 또는 일부인용, 2건이 기각, 1건이 취하되어 반 이상이 인용되고 있음을 볼 수 있다(표 3-11).

<표 3-11> 서울가정법원의 사전처분의 실례

| 사건번호       | 본안사건                          | 신청원인                   | 신청취지  | 주문                                      |
|------------|-------------------------------|------------------------|---|---|
| 2000즈단751  | 양육자지정<br>(2000느단1184)         | 협의이혼 후 자녀<br>면접교섭 방해   | 격주 토, 일요일 면접교섭<br>허용  | 인용                                      |
| 2000즈단3079 | 이혼 등<br>(99드단100771)          | 딸 면접교섭 방해              | 매월 첫째 일요일 면접교섭<br>허용  | 취하                                      |
| 2000즈합331  | 이혼, 양육자지정<br>(99드합9097, 9813) | 남편과 시부모가<br>아이를 빼앗아 감  | 본안판결선고시까지 매월<br>2, 4주 토요일 면접교섭허<br>용 및 방해금지                     | 인용                                      |
| 2000즈합361  | 이혼, 양육자지정<br>(2000드합3217)     | 생활비 지급중단<br>및 가출       | 1,520만원 및 본안판결 확<br>정시까지 부양료 및 양육비<br>월 100만원씩 지급, 의료보<br>험증 교부 | 일부인용(부<br>양료 및 양육<br>비 월 100만원<br>씩 지급) |
| 2000즈합418  | 이혼 등<br>(2000너17229)          | 폭행, 협박, 생활<br>비 지급중단   | 100만원 및 본안판결 확정<br>시까지 부양료 및 양육비<br>월 100만원씩 지급                 | 기각                                      |
| 2000즈합579  | 이혼 등<br>(2000드합8380)          | 폭행, 협박, 사건<br>본인의 정서불안 | 주위적 : 본안소송 종료시<br>까지 사건본인 임시인도<br>예비적 : 면접교섭 방해금<br>지           | 일부인용(매<br>주 일요일 면<br>접교섭 허용<br>및 방해금지)  |
| 2001즈합745  | 이혼, 재산분할<br>(2001드합10168)     | 소제기 후 생활비<br>지급중단      | 본안판결 확정시까지 부양<br>료 및 양육비 월 300만원씩<br>지급                         | 기각                                      |

자료 : 이제정(2002), p.262.

#### 나. 가압류·가처분

가정법원은 재판상 이혼에 따른 손해배상청구 등 가사소송사건 또는 재산 분할청구·자녀양육에 관한 처분의 청구 등 가사비송사건을 본안사건으로 하여 가압류 또는 가처분을 할 수 있다(가사소송법 제63조 제1항). 이 경우 민사소송법의 규정이 준용되지만, 담보는 제공하게 하지 않고 재판할 수도 있다(동조 제2항). 즉, 이것은 패소할 것이 틀림없는 유책배우자가 판결이 확정되기 전에 자기 재산을 은닉하거나 도피시키지 못하도록 미리 그의 재산을 붙잡아 주는 방법이다.

위자료 지급에 관한 승소판결을 받아도 상대방에게 재산이 없다면 판결에 기하여 강제집행을 할 수 없기 때문이다. 가압류 대상이 되는 재산의 대표적 인 것은 부동산, 월급 및 퇴직금, 전세보증금반환채권 등이다.<sup>106)</sup>

#### 다. 이행명령

상대방이 판결·심판·조정조서 등에 의한 양육비지급의무 또는 유아인도 의무를 정당한 이유없이 이행하지 않을 때에는, 당사자는 가정법원에, ‘일정 기간내에 그 의무를 이행하라는 이행명령을 발하여 달라’고 신청할 수 있다(가사소송법 제64조).

이 이행명령에 위반하게 되면 100만원 이하의 과태료에 처하거나(동 법 제 67조 제1항), 다음과 같은 경우에는 30일 이내의 감치처분까지도 가능하다(동 법 제68조 제1항).

- ① 양육비의 정기적 지급을 명령받은 자가 정당한 이유없이 3기이상 그 의무를 이행하지 아니한 때
  - ② 유아의 인도를 명령받은 자가 100만원 이하의 과태료 처분을 받고도 30일 이내에 정당한 이유없이 그 의무를 이행하지 아니한 때
- 다음은 이행명령의 예를 보여 준다.

---

106) 이상석(2001), p.292.

<이행명령 결정서의 예>

|   |
|---|
| <p><b>○○법원</b><br/><b>결 정</b></p> <p>사 건                    98즈645 이행명령<br/> 신 청 인(권리자)    홍 길 동<br/> 피신청인(의무자)   이 ○ 장</p> <p>주 문</p> <p>(보기1) 피신청인은 당원 1983. 3. 7, 97느34 부양료청구사건의 확정심판에 기한 의무의 이행으로 이 명령이 고지된 날부터 1998. ○. ○ 까지 6개월간 신청인에게 매 월 마지막날에 금 ○○○○원씩을 지급하라.</p> <p>(보기2) 피신청인은 당원 1998. . 선고(또는 고지), 97느○○○ 양육에 관한 처분청구사건의 확정심판에 기한 의무의 이행으로 이 명령이 고지된 날부터 20일 이내에 신청인에게 유아 ○○○(여아, 19 . .생)를 인도하라.</p> <p style="text-align: right;">199 . .<br/>판사 ○ ○ ○ (인)</p> <p>주의 : 만일 정당한 이유없이 이 명령에 위반하는 때는 100만원 이하의 과태료에 처할 수 있고, 금전의 정기적 지급의무를 3기 이상 이행하지 아니할 때는 30일의 범위내에서 감치에 처할 수 있으며, 유아의 인도의무를 이행하지 아니하여 과태료의 제재를 받고도 30일 이내에 그 의무를 이행하지 아니하면 30일의 범위내에서 감치에 처할 수 있습니다.</p> |
|---|

자료 : 박동섭(1998), p.660

재산을 은닉하고 양육비지급의무를 면탈하려는 자에게는 현행법상 이행명령제도가 양육비 지급을 강제하는 유일한 제도라고 할 수 있는 바, 가사채무의 불이행에 대한 책임을 과태료에 의한 금전적 제재와 감치라는 신체적 제재를 통하여 물음으로써 양육비의 지급을 강제할 수 있다.<sup>107)</sup>

현재 이행명령제도의 활용이 잘 이루어지지 않고 있는 편이며,<sup>108)109)</sup> 이행

107) 박영식(2001), p.81.

108) 2002년 5월 20일까지 서울가정법원에 접수된 ‘이행명령’ 신청건수는 10건에 불과

명령을 신청하더라도 담당판사가 당사자들을 한차례 불러서 이행을 권유하는 정도에 불과할 뿐 과태료나 감치처분까지 진행된 경우는 거의 없는 상태이다. 이행명령이 현실화되기 위해서는, 이행명령제도가 있다는 사실에 대한 홍보가 있어야 하고, 이행명령 신청을 받은 법원에서는 이행이 확보될 때까지 몇 개월이고 이행명령신청사건을 유지하면서 이행여부를 지켜보는 등 실효성 확보를 위한 방안이 강구되어야 한다.

#### 라. 민사집행법상 간접강제

입법론으로는 면접교섭권의 방해행위에 대하여 이행명령 등을 할 수 있도록 하는 것이 바람직하지만, 현행 가사소송법은 면접교섭권에 대하여 효과적인 이행확보제도를 충분히 구비하지 못하고 있다. 따라서 차선책으로 민사집행법상 간접강제를 활용하는 방안을 검토해 볼 수 있다. 그렇지만 간접강제 제도는 ‘채무의 성질이 간접강제를 할 수 있는 경우’에 채권자의 신청에 따라 채무의 이행의무 및 상당한 이행기간을 밝히고, 채무자가 그 기간 이내에 이행을 하지 않는 때에는 늦어진 기간에 따라 일정한 배상을 하도록 하거나 즉시 손해배상을 하도록 명하는 등의 결정을 하는 것이기 때문에(민사집행법 제261조), 만일 양육자에게 구체적인 의무가 부과되는 형태의 조정조항이 선행되지 않으면, 이 제도 역시 활용할 수 없게 된다.

실무적으로는 면접교섭권의 이행확보에 관련하여 부득이 간접강제라는 우회적인 수단을 활용해야 할 필요성이 있다는 점을 감안하여, 조정절차에서 양육자가 면접교섭권을 방해할 가능성이 높다고 판단되는 사건에서는 양육자에게 구체적인 의무를 부과하는 형태의 조정조항을 작성하는 것이 필요하다.

현행법 체계상 양육처분에 대한 비송심판에 면접교섭권 방해행위가 발생한 경우 양육자가 청구인에게 일정한 금액의 손해배상을 한다는 내용을 직접

---

하다고 한다 : 법률신문, 2002년 5월 25일자 “이혼 느는데 양육비 받기는 어렵다” 참조.

109) 실무에서 이행명령은 유아인도청구사건의 경우를 제외하고는 거의 사용되고 있지 않다고 한다 : 김유미(2001), p.80.

포함시키기는 어렵다. 그렇지만 조정절차에서는 ‘양육자는 사건본인을 매월 첫째 토요일 14:00 △△장소에서 청구인에게 인도한다. 만일 양육자가 위와 같은 의무를 이행하지 않는 경우에는 그 의무불이행의 회수마다 금 ○○원의 손해배상금을 청구인에게 지급한다.’와 같은 간접강제조항을 조정조항에 직접 추가시킬 수 있을 것이고, 이는 청구인의 면접교섭권을 실질적으로 보완하는 방법이 될 수 있다.<sup>110)</sup>

#### 마. 강제집행

확정된 승소판결은 물론이고, 가사소송법상 금전의 지급, 물건의 인도, 등기 기타 의무의 이행을 명하는 심판도 채무명이가 되므로(가사소송법 제41조), 판결서 또는 심판서에 제1심법원으로부터 집행문을 부여받아 집달관에게 집행을 위임하면 양육비 지급 또는 유아인도를 위한 강제집행이 실행된다.<sup>111)</sup>

### III. 친권·양육권·면접교섭권 관련사례

#### 1. 개관

여기서는 현재 이혼한 사람 또는 이혼을 고려 중인 사람들이 미성년자녀 양육과 관련하여 법적으로 직면하는 문제는 무엇이고, 실무에서는 이러한 문제점들이 어떻게 처리되며, 관련자들은 이에 대해 어떻게 생각하는지에 대해 살펴 보고자 한다.

이를 위해 인터넷상 각종 이혼·법률관련사이트<sup>112)</sup>에 올라와 있는 무료회원 게시판, 글모음 등에 게시된 상담사례를 조사하였고, 이혼경험자 5명을 대상으로 사례조사를 하였다. 이에 제시된 사례는 모두 49개로 그 중 친권행사

110) 김시철(2002), pp.500-501.

111) 이상석(2001), p.429.

112) <http://www.lawhome.or.kr>, <http://www.divorcenet.co.kr>, <http://antihoju.jinbo.net> 등의 사이트를 이용하였음.

자·양육자 지정에 관한 사례는 16개, 친권행사자·양육자 변경에 관한 사례는 8개, 양육비에 관한 사례는 11개, 면접교섭권에 관한 사례가 13개이고, 기타 이혼 후 주민등록등본상 모자관계표시에 관한 문의사례가 1개였다. 현재 이혼부부들이 실제로 당면하는 친권, 양육권 등에 관한 문제나 관심사항이 무엇인가를 그대로 보여주려는 취지에서 사례에 대한 양적 분석이나 해석, 비판 등은 되도록 하지 않았다.

그리고 친권·양육권·면접교섭권 시행현황, 시행과정에서의 문제점 및 개선에 관한 의견을 알아보기 위하여 상담기관 상담원(4명), 변호사(5명), 서울가정법원 전·현직판사(3명), 서울가정법원 조정위원(2명), 서울가정법원 가사조사관(3명)을 차례로 면담하였다.

## 2. 친권·양육권 관련사례 검토

### 가. 친권행사자·양육자지정 관련사례

현행법은 당사자간 협의에 의해 친권행사자·양육자를 지정할 수 있도록 하고, 협의되지 않거나 할 수 없는 경우에는 가정법원에 신청하여 정하도록 하고 있다.

일반적으로 이혼에 직면한 부부는 아이에 대한 친권행사자, 양육자 지정에 관한 협의를 하게 된다. 이 경우 다음 사례에서와 같이 친권행사자, 양육자를 부로 지정하거나(사례1, 2) 모로 지정하게 된다(사례3, 4). 또한 부모의 협의에 따라 친권행사자가 자녀를 양육하는 경우, 부모일방은 친권행사, 타방은 양육권을 행사하는 경우, 제3자가 양육하는 경우 등으로 나타난다.

친권행사자가 지정되거나 변경되는 경우에는 그 내용이 호적기재에 변동 없이 가져 오지만(호적법 제82조), 미성년자의 법률행위대리권과 관련이 없는 양육자 지정 및 변경내용은 호적에 전혀 기재되지 않는다는 점이 친권행사자와 양육자의 다른 점이다.

## &lt;사례1&gt; 부를 친권행사자, 양육자로 지정합의

H씨는 남편과 결혼한 지 6년만에 이혼소송 중이다. 결혼생활내내 남편에게 구타당했고, 남편은 폭력전과도 있다. 만4세의 아들이 1명있는데, 아이에 대해 남편과 아직 합의되지 않았다. 현재 남편이 아이를 데리고 있기에 그냥 그대로 남편에게 맡길 생각이다. 법원에 가서 친권이나 양육권자를 지정한다고 해도 남편은 자기 마음대로 할 것이므로 법으로 하는 것이 별 의미가 없다. 그리고 나도 경제적으로도 자립할 수 없는 형편이고, 무엇보다도 아이때문에 남편과 계속해서 연관이 될 것 같아 포기했다. 또, 아이에 대해 어떤 요구를 하면, 이혼자체도 어려워질 것이고, 이것 때문에 아이가 피해자가 되는 것을 원치 않아 아예 아이에 대해서는 포기한 상태이다. 그리고 친권, 양육권은 모두 아버지의 권리라고 알고 있다.(22세 여성사례)

## &lt;사례2&gt; 부를 친권행사자, 양육자로 지정합의

2001년 8월에 소송을 통해 이혼하였고, 결혼 7년만의 일이었다. 만4세짜리 아들이 있는데 남편이 원하는대로 남편이 친권, 양육권자로 지정되었다. 혹시 내가 아이를 키운다고 하여도 아이는 어차피 아버지의 호적에서 아버지의 성씨로 성장해 후일에는 아버지를 찾을 것이고, 무엇보다 점점 아이가 아빠의 모습을 닮아 간다는 게 두려웠다. 이혼을 하기 위해서는 아이에 대한 모든 사항을 남편이 원하는대로 할 수 밖에 없었다.(35세 여성사례)

## &lt;사례3&gt; 모를 친권행사자, 양육자로 지정합의

2002년 5월 남편이 소송을 제기하여 이혼하였다. 소송전 이혼을 하게 된다면 아이는 당연히 내가 맡는 것으로 합의되었었다. 내 쪽에서는 이혼을 원하지 않았다. 남편은 외도를 했으면서 나와 애정상실을 사유로 이혼청구를 하였고, 재판부는 혼인을 더 이상 유지할 수 없다는 판단하에 원고승소판결을 내렸다. 친권·양육권은 내가 지정받고 남편이 원하는 경우 아이를 가끔 볼 수 있도록 할 것이다.(45세 여성사례)

## &lt;사례4&gt; 모를 친권행사자, 양육자로 지정합의

2001년 8월 아내와 협의이혼하였다. 결혼 후 5년만의 일이다. 3살짜리 아들이 있는데 모(母)를 친권행사자로 하는데 합의하였다. 합의가 그렇게 되었고, 아

이가 어리므로 직장이 있는 나보다는 아이엄마가 키우는 것이 더 나을 것으로 판단하였다. 아이도 나보다는 아내를 더 잘 따랐다.(35세 남성사례)

그런데, 협의이혼이나 이혼소송시 친권행사자, 양육권자를 부(父)로 지정하는 경우 여성들이 이혼할 목적으로 아이문제는 더 이상 주장하지 못하는 경우들이 나타난다(사례1, 2). 이혼문제를 빨리 매듭짓기 위해 남편이 원하는 대로 아이양육을 포기하는 상황이 발생하게 되는 것이며, 이러한 상황은 아이들을 위해서는 바람직하지 못한 결과를 초래할 수 있다.

이와 같이 부부의 협의에 의해 친권행사자나 양육자를 지정할 수 있도록 함으로써 부부가 공동으로 자녀의 문제를 진지하게 검토해 볼 수 있는 기회를 마련한다는 것은 의미가 있다고 하겠다.

그러나 한 상담소의 상담원에 의하면, “친권 및 양육권에 대한 정확한 개념이 정리되지 않은 부부가 대다수인데 이혼시 미성년자녀에 대한 친권행사자 지정의 문제를 부모의 임의적 합의나 자율적 결정을 우선시하는 것은 자녀의 복리에 매우 위험하다고 생각된다. 또한 이러한 절차로 인하여 이혼 후에도 자녀를 소유물로 보고, 마음대로 처리하는 병폐가 있는 것 같다”는 의견에서 부부의 합의에 대한 가정법원의 심사가 필요할 것으로 보인다.

또한 많은 부분 중 어머니가 전업주부인 경우 아이에 대한 양육권을 받을 수 있는가하는 문제를 물어 오는 경우가 많다(사례5-14). 이혼여성이 취업도 하지 않은 경우 양육권을 주지 않을 것이라는 막연한 불안감과 또, 양육의 책임은 결국은 아버지에게 있다는 1990년 이전법의 영향이 사람들에게 아직도 남아 있는 것을 발견할 수 있다.

그러나 실무관행으로는 친권행사자 및 양육자의 지정기준 및 절차와 관련하여, 실제로 부모보다는 모를 친권행사자 및 양육자로 지정하는 사건이 훨씬 더 많다고 한다.<sup>113)</sup>

그런 한편, 최근에는 대부분 자녀가 어릴수록 모가 양육권을 행사하는 경우가 많은 것과 관련하여 부의 입장에서 양육권을 행사할 수 없을 것을 걱정

113) 김시철(2002), p.490.

하는 문의도 있다(사례15, 16).

친권행사자나 양육자로 반드시 부 또는 모여야 한다는 원칙은 없다. 다만 자녀의 복리라는 기준에서 볼 때 적합한 부모에게 친권, 양육권을 맡기도록 해야 할 것이다.

<사례5> 전업주부인 모가 양육권을 가질 수 있는지 문의

.....이런 상태에서 제가 이혼소송을 제기한다면 아이의 **양육권은 누구에게 주어질까요?**

제가 직장이 있다면 저에게 유리할 거 같은데 전 직업도 없고 그저 주부라서 양육권을 못 받을까봐 두렵기 이루 말할 수 없습니다. 제가 이 상황에서 아이의 양육권을 갖기 위해서 어떻게 이혼을 준비해야 할까요... 그리고 위자료나 **양육비는 어떻게 얼마나 청구를 해야 하는지요.**(인터넷 상담사례)

<사례6> 모에게 양육권이 있는지 문의

전 24살의 가정주부입니다. 전 이혼을 하고 싶습니다. 시어머니의 시달림에서 벗어나고 싶어서 남편에게 먼저 이혼을 요청했어요. 남편은 이혼을 받아 들였고 단 아이는 남편쪽에서 키우겠다고 했는데 **전 아이에게 양육권은 없는지 알고 싶어요.** 그리고 소송을 걸면 이길 가능성은 있는지 알고 싶습니다.(인터넷 상담사례)

<사례7> 경제력없는 모가 양육권받을 수 있는지 문의

저는 1998년 아이가 생기는 바람에 서둘러 혼인신고만 하고 결혼생활이란 걸 해왔어요.. 처음부터 전 결혼을 전제하지 않았고, 남편은 결혼을 재촉하던 만남이었죠.. 전 대학을 다니다가 돈 버느라고 휴학 중이었고, 남편은 공기업에 다니지만, 남편도 저도 가진 것 없이, 누님이 빌려주신 돈으로 전세얻고, 친정부모님이 가전기기 사주시고,... 고졸인 남편은 정신질환까지 있었는데 후에 배가 남산만해지고 난 후 알았죠..결국 사는 동안 재발해서 다시 치료받고.. 결국 학력차이와 성장배경의 차이에서 오는 스트레스에 3살난 딸을 위해서도 헤어지는 게 낫겠다 생각을 했어요. 서로 같이 있어도 즐겁지 않고..남편도 어차피 끝을 못 볼 결혼이면 일찍 끝내자는 말을 술기운을 빌어 하는데..결국 저나 남편이나 서로가 원하는대로 해줄 수 없다는 걸 알고는 있지만..남편은 이혼할 결심

은 아직 못하고 있어요..전 이혼을 생각하고 고민한 지 1년이 다되어 가구요.. 역시 아이가 걸리는군요. 연로하신데다 치매초기증상까지 보이는 거동이 불편한 시댁부모님이 애를 키우게 할 수는 없고, 친정에 들어가 살면 어머니와 동생들의 도움으로 경제적으로는 문제가 없는데..제가 아직 학생이고 수입도 없는데 **이혼하면 아이를 제가 데려올 수 있을까요?** 그리고 재산문제는 어떻게 되나요..또..완전히 남이 되기까지 절차와 기간이 궁금합니다.(인터넷 상담사례)

#### <사례8> 이혼요구하는 모가 양육권 가질 수 있는지 문의

이제 임신 5개월 되었습니다. 이런 상황에서 이혼을 생각해야 하니 정말 힘들고 슬픕니다. 원인은 11년 나이차에서 오는 성격, 사고방식으로 인해 더 이상 하루하루 사는 것이 괴롭고 타협이 되지 않습니다. 많이 생각해 보았지만 이렇게 사는 것은 더 이상 의미가 없는 것 같아서요. 뱃속의 아가를 두고 매일 싸우고 울고.. 더 이상 지겹습니다. 제가 먼저 이혼을 요구할 경우 **아기는 누가 양육하게 되나요?** 그리고 위자료와 양육비를 청구할 수 있나요? 남편이름으로 된 재산은 거의 없답니다. 홀어머니이름으로 다 되어 있어요. 따뜻한 답변 부탁드립니다.(인터넷 상담사례)

#### <사례9> 모가 양육권 희망문의

**양육권에 대해서** 알고 싶습니다. 남편과 전 동갑이고 2000년 11월에 결혼해서 올해 아들을 낳고 살고 있으며 시부모님과 따로 살고 있는데, 남편이 성격이 좋아 다소 우유부단해서 시어머님과 저의 중간 역할을 제대로 하지 못합니다. 어머니는 저에 대해 별로 좋게 생각치 않으신 것 같고 아들인 저의 남편보단 아가씨를 더 선호하십니다. 이번에 결혼한 아가씨때문에도 심하게는 아니지만 남편과 다투고 시댁에서는 남편을 머슴부리듯하고 저 또한 시댁엔 봉사를 해야 한다고 어머니께서 생각하십니다. **전 정말 아이없인 살수 없습니다.**(인터넷 상담사례)

#### <사례10> 모가 양육권가질 수 있는지 문의

결혼한 지 4년이 넘었고 3살짜리 여아가 있습니다. 신랑은 결혼할 때부터 직장은 없었고 의대에 합격한다는 일념으로 수능공부를 해 왔습니다. 올해도 떨어졌고 또 공부한다고 합니다. 생활비는 시댁에서 도움을 주시긴 하지만 학원비랑 아기한테 쓰고 나면 얼마 안됩니다. 그리고 폭력을 휘둘러서 병원에 갔더니

의사가 저의 몸에 난 상처를 보고 신랑은 정신과치료를 받아야 된다고 하시더군요. 10주진단이라고 하시더군요. 요즘은 3개월에 한번씩 폭력을 휘두릅니다. 이혼하자고 하니 오히려 위자료를 달라고 하고 폐물, 통장까지 자신이 소유하고 있습니다. 딸아이도 자신이 키운다고 합니다. **딸아이는 제가 키우고 싶은데 어떻게 해야 하나요?** 만약 소송해도 제가 키울 수 있는 방법이 있나요?(인터넷 상담사례)

<사례11> 직업없고 나이 어린 모가 양육자될 수 있는지 문의

4개월된 아이를 데리고 있는 22세 전업주부입니다. 남편의 잦은 횡포와 외박 한 달에도 몇번씩 바뀌는 직업, 어머니의 너무 심한 아들타령으로 인하여 이혼을 결심하였습니다...주사가 심한 남편과 시아버지때문에 시댁에서 살 수가 없어 아이도 친정어머니가 길러 주십니다...전 직업도 없고 나이도 어린데 그런 집에서는 도저히 아이를 맡기고 이혼할 수가 없답니다. **아이를 제가 키울 수 있을까요?** 양육비와 위자료는 어떻게 되는 거지요? 전 결혼하고 1년 정도를 함께 살면서 제대로 된 생활비를 한번도 받아본 적이 없어요... 남편은 자기는 사치하며 저에겐 항상 그런 식이었어요... 어쩔종죠?(인터넷 상담사례)

<사례12> 모가 양육, 친권자 지정받을 수 있는 지 문의

결혼한 지는 3년쯤 되었구요. 30개월된 아들이 있고, 생활비로 쓰고 있는 카드 빚이 이천정도되구요. 저는 보험설계사(입사한 지는 6개월됐는데)로, 성격차이로 이혼하자고 하더라구요. 문제는 처음엔 아이양육을 전적으로 제게 주겠다는 사람이 막상 이혼하려니까 이혼 후 소송걸어 보라고 아이는 자기가 키우겠다고 난리입니다. 신랑은 현재 유산으로 땅이 좀 있는 상태고 확실한 수입은 없는 상태. 저는 월 평균 170정도는 벌고요 **아이양육-친권자지정**은 꼭 제가 되고 싶습니다.(인터넷 상담사례)

<사례13> 모가 양육하기 원함

남편의 언어폭력과 친정을 비하하는 행동과 말 손찌검 그리고 성격차이로 이혼을 결심하고 있습니다. 남편은 안 그러다 그러고 또 똑같은 행동을 반복합니다. 이번엔 반성하는 태도도 없이 이혼은 안된다는 입장입니다. 이럴 땐 어떻게 해야 하나요? 그리고 7개월된 아이가 있는데 꼭 제가 키우고 싶습니다. **양육권의 결정은 어떻게 되나요?**(인터넷 상담사례)

## &lt;사례14&gt; 경제력없는 모가 양육할 수 있는지 문의

결혼 3년째 되는데 남편의 폭력으로 이혼하려 합니다. 제가 경제력이 없어 두돌이 안된 아이를 **양육할 수 있을지...또 양육할 수 있다면 양육비를 받을 수 있는건지** 궁금합니다.(인터넷 상담사례)

## &lt;사례15&gt; 친부가 양육할 수 있는지 문의

이혼을 준비 중인 결혼 4년차 30대 남성이고 갓 뉘이 지난 자녀가 1명 있습니다. 이혼사유야 서로의 성격차이가 너무 큰 것이지만 맞벌이 부부라 가사일도 많이 도와주는 편이었고(사실 식사도 거의 제가 알아서 만들고, 차려 먹기까지) 한 집안의 가장으로, 사위로 최선을 다해왔다고 내심 자부하고 있습니다. 물론 몇 번의 부부싸움도 있었고, 심한 말다툼도 있었습니다. 항상 아내에게 요구했던 것은 말 한마디라도 따뜻하게 해주기를 바랬고, 시댁에 문안전화라도 자주해 달라는 등. 항상 무시당하는 느낌을 받으면서도 최선을 다하면 변화가 있겠지라는 희망으로 지내왔습니다. 제 생각으로는 가장 기본적인 부분을 요구해 왔다고 생각하고요. 어쨌든 모두가 자기 입장이 있다는 것을 잘 알고 있습니다. 이제 이혼하기로 서로 합의된 상태입니다. 그런데 자녀의 양육권에 대한 서로의 주장이 강력한 상태입니다. 여러 사례를 둘러보니 대부분 자녀가 어릴수록 친모가 양육권을 행사할 경우가 많은데 친모 또한 직장을 다니고 있는 터라 대부분 친정이나, 유모(대리 양육)가 아이를 돌보게 됩니다. 저 또한 똑같이 자녀를 양육할 수 있는 충분한 입장입니다. **친부가 양육할 수 있는 방법**에 대해 알려주시면 감사하겠습니다.(인터넷 상담사례)

## &lt;사례16&gt; 모가 양육자 지정에 유리한 지 문의

아내는 이혼을 위해 가출한 상태이고 가출할 때 아이를 자기가 키우겠다고 데리고 나갔습니다. 그런데 그에게 아이를 버리다시피 해서 저에게 아이를 데려다 놓고 다시 가출을 했습니다. 아이를 2달만에 보았습니다. 제가 직장관계로 아이를 키울 수 없는 상황이었고, 큰 형수님이 키워주신다고 하셔서 지금은 큰 형수님 댁에 있습니다. 큰 형수님은 내 아이와 같은 또래의 갓난아이를 키우고 계셔서 힘드실텐데 키워주신다고 하셨습니다. 이혼소송을 하면 여자아이이고 어려서 엄마가 아이문제는 유리하다고 들었습니다. 전 꼭 제가 아이를 키우고 싶습니다. 방법을 알고 싶습니다. 큰 형수님이 아이를 키우겠다고 진술서를 쓰고, 아이가 저를 잘 따르고, 아이를 키우기 위한 주변환경이 좋다면 아이는 제

가 키울 수 있겠지요?(K 상담소 상담사례)

#### ○ 공동친권의 필요성

공동친권문제와 관련하여, 원칙적으로는 공동친권이 이상적이지만, 현실을 고려한다면, 친권행사자가 부모 중 일방으로 정해지는 것이 바람직하다는 의견을 제시한 경우는 다음과 같다.

친권은 권리보다 의무의 측면이 강하며, 아이 양육과 관련해서 의미가 있다고 생각한다. 또한 친권은 재산있을 때 의미가 있다. 양육자는 부모 중 1명으로 지정하면서 친권은 공동친권으로 하는 것은 적절치 않다. 학교 선택문제 등은 아이를 키우는 사람이 결정해야 할 문제이다. 공동친권으로 해두면 부모유대관계가 없는 경우 문제가 있다. 따라서 법원에서는 친권자를 정하라고 권하며, 공동친권을 주장하는 경우라면 그대로 해 줄 수밖에 없다.(H 판사)

원칙적으로는 공동친권이 바람직하고 현재도 특별히 정하지 않으면 공동친권으로 된다. 친권을 한부모에게만 주고 나머지 한쪽은 배제하는 것은 문제라고 생각한다. 그러나 우리문화상 이혼 후 부부는 남남이고 아이문제를 공동으로 행사하는 것이 어렵다. 따라서 친권, 양육권을 부모 중 1인으로 정하는 것이 편하고, 아이측에서 볼 때 안정감을 줄 수 있다. 한 예로 공동친권으로 한 경우 아이의 해외여행시 부모도장을 요구해서 아버지 도장을 찍지 못해 해외여행을 가지 못한 사례가 있었다. 따라서 친권행사자 정하는 게 우리 현실에 맞는 것 같다.(L 변호사)

공동친권으로 하면 상대방이 악용할 수 있다. 아이가 해외여행을 하거나 아이 명의의 보험을 해약하는 경우 공동친권이면 둘 다 도장을 찍어야 하는데 상대방이 협력하지 않을 수 있다.”고 하고, 한 가사조사관도 “공동친권으로 해 두면 불편한 경우도 있고, 악용의 여지가 있다. 협력되는 경우는 문제가 없다. 법원에 올 정도면 감정대립이 심한 경우라고 보아야 한다.”(K 변호사)

우리나라의 가족법제하에서는 공동친권은 거의 현실성이 없어 보인다. 특히, 가정폭력의 가정에서 이를 사유로 이혼하는 경우에는 거의 현실성이 없다고 본다.(C 상담원)

유책배우자의 과실로 인한 이혼의 경우(예컨대 극심한 가정폭력이나 자녀학대 등)에는 자녀의 보호를 위해 공동친권은 실효성이 없다고 보지만, 그렇지 않은 경우 즉 성격적인 차이나 갈등으로 인한 이혼의 경우에는 자녀의 정서에 도움이 될 수도 있을 것 같다. 즉 이혼의 사유가 고려되어야 하기에 확실적인 제도의 마련은 실효성이 적을 듯 하다.(Y 상담원)

이혼시 외국과는 달리 이혼 당사자간의 감정이 극도로 악화된 경우가 많기에 우리나라에서는 실효성이 없다고 본다.(J 상담원)

이에 비해, 공동친권의 원칙을 강조하고, 현실적 문제 때문에 원칙을 바꾸어서는 안되고 생활에서 불편한 문제를 바꾸어야 한다는 의견을 제시한 경우도 있었다.

공동친권으로 하는 것이 타당하다고 생각한다. 아이가 다치거나 사망하여 손해배상금을 한쪽 부모가 독차지하는 것은 문제다. 또 아이를 입양시키는 문제도 한쪽 부모가 혼자 결정하도록 해서는 안된다. 양육권 이외의 친권에 대해서는 공동으로 행사하도록 해야 한다. 공동친권 때문에 생활에서 불편한 문제는 바꾸어 나가면 되지 그것 때문에 원칙을 바꾸어서는 안된다. 공동친권으로 아이 복지가 향상된다면 그로 인해 불편한 것은 감수해야 한다. 한사람에게만 친권 주면 나중에 재혼하게 되는 경우 새 배우자의 요구를 거절하지 못하면 아이는 밖으로 밀려나게 된다.(O 판사)

전체적으로 공동친권의 원칙에는 동감하지만 우리의 가족문화 등 현실을 고려한다면 공동친권을 주장할 수만은 없다는 의견인 것 같다. 향후 자녀의 복리의 차원에서는 이혼 후에도 부모와 연관되면서 자라는 것이 필요하며, 공동친권이 법적으로 하나의 원칙으로 세워지고, 현실적으로도 이혼부부들에게 공동친권의 중요성을 일깨워 주고, 자녀양육을 위한 하나의 운동차원에서도 홍보할 필요가 있다고 하겠다. 다만, 현재처럼 부부가 자녀에 대한 친권 행사나 양육에 관한 협의가 없이, 다시 말해 친권행사자가 일방으로 정해지지 않아 공동친권으로 되는 것이 아니라 부부가 공동친권의 의미를 알고 적극적으로 행사할 수 있는 경우에 인정되도록 해야 할 것이다.

## ○ 친권·양육권 공동귀속 문제

친권, 양육권을 한사람에게 주는 것이 좋은 지 아니면 나누어 주는 것이 좋은 것인지는 일률적으로 말할 수 없다. 왜냐하면, 경우에 따라서는 부모 중 일방이 양육에는 능하지만 미성년자녀의 재산관리 등 능력은 그 상대방이 적합한 경우도 있기 때문이다. 친권, 양육권이 나누어져 있을 경우 자녀를 양육하지 않는 부모 중 일방이 친권자로서 협조하지 않는 경우 어려움이 있을 수 있다(수술동의서, 입양동의 등).

이러한 의미에서 관련 실무자들이 대부분 친권을 갖는 부모 일방이 양육권도 행사할 수 있도록 하는 것이 바람직하다는 의견을 제시하는 것 같다.

그런데 이것은 친권을 갖는 사람에게 의무적으로 양육권까지 주어야 한다는 의미가 아니며, 친권행사자와 양육권자가 일치하지 않았을 때의 문제점과 양육권도 친권의 일부라는 점을 생각할 때 친권과 양육권을 일방에게 주는 것이 더 필요할 수 있다는 것이다. 물론 이러한 사항을 정할 때는 자녀의 복리의 관점에서 판단하여 일방에게 친권, 양육권을 주거나 양육은 모에게, 미성년자녀의 재산에 관한 관리권은 부에게 준다는 각 경우마다 최선의 결정을 하는 것이 필요하다.

어쨌거나 과거의 관념에 젖어 양육은 모가 하더라도 친권은 부가 가져야 한다는지, 성별역할분업의 관념에 따라 자녀양육은 모가 해야 한다는 의식에 기초하여 친권, 양육권이 정해지는 일이 있어서는 안될 것이다.

재판상 이혼의 경우 친권, 양육권을 모에게 주는 비율이 높고, 나이가 어릴수록 모에게 주어야 한다고 생각한다. 친권·양육권 분리는 당사자가 원하는 경우만 그렇게 해 준다.(H 판사)

친권, 양육권 공동귀속 관련하여, 친권, 양육권은 실제와 일치시키는 것이 필요하므로 공동귀속이 바람직하다. 법원판결시 친권, 양육권을 한쪽부모에게 주는 것이 대부분이고, 또 한 경우는 양육권은 어머니가 갖고, 친권은 공동행사하는 것으로 한다. 후자의 경우는 양육하는 어머니가 굳이 친권까지 가져오고 싶지 않거나 호적기재를 중요시해서 친권여부를 호적에서 언급하고 싶어하지 않거나 한 경우이다.(L 변호사)

친권과 양육권의 공동귀속이 바람직하다고 본다. 가정폭력을 이유로 이혼을 하는 경우 양육권자와 친권자가 다른 경우 자녀가 전학을 할 때 신분이 노출되는 등의 어려움이 있다.(C 상담원)

친권 및 양육권의 개념이 별개가 아니기에 당연히 법률상으로도 공동귀속 규정이 필요하다고 본다. 즉 자녀의 양육을 맡게 되는 부 또는 모가 친권의 행사도 할 수 있도록 해야 하고, 타방은 필요시 이의 변경지정 청구를 할 수 있도록 해야 한다.(Y 상담원)

아이를 키우는 사람이 아이에 대한 권리를 행사할 수 있도록 하는 것이 원칙이 되어야 하고, 특수한 경우(당사자가 이를 원하지 않는 경우 등)에는 별도로 친권·양육권의 별도지정을 하게 한다.(J 상담원)

#### 나. 친권행사자·양육자변경 관련사례

다음의 사례들은 친권행사자나 양육자를 변경해야 할 필요성이 있는 경우를 보여준다(사례17-24). 그 내용은 친권행사자 또는 양육권을 부로 정했던 것을 모로 변경하거나, 모로 정했던 것을 부로 변경하는 것이다.

##### <사례17> 친권행사자를 모로 변경하는 방법 문의

결혼한 지 13년만에 합의이혼을 하였습니다. 슬하에 아들, 딸이 있구요(13살, 11살입니다). 합의이혼시 친권자를 아빠로 하고 여름방학에 데리고 가기로 구두로 얘기하고 이혼을 4월에 했는데 지금에 와서 키우기 힘들다 친권자도 바꿔주겠다면서 저보고 키우라더군요. 제가 양육비 달라니까 9월부터 백만원씩 준다는데 믿을 수도 없고 그래서 여쭙보고 싶은 것은 **친권자를 엄마로 바꾸는 방법과 양육비를 안주면 법적으로 효력이 있는지** 알고 싶습니다.(인터넷 상담 사례)

##### <사례18> 친권행사자를 모로 변경하는 방법 문의

전 일년전쯤 이혼을 하였습니다. 처음엔 딸아이를 아이아빠가 키우기로 해서 친권자지정을 했었는데요. 실제로 10개월째 저와 딸아이가 함께 살고 있습니다. 문제는 아이아빠가 현재 구치소 수감 중이라는 겁니다. **친권을 제 앞으로**

**돌려 놓고 싶은데** 방법을 알 수가 없습니다. 제 인생엔 중요합니다. 앞으로 아이와 외국에 나갈 일도 생기는데 여권문제도 그렇고 답변 꼭 부탁드립니다.(인터넷 상담사례)

#### <사례19> 친권행사자 및 양육자를 모로 변경하는 방법 문의

저는 2002년 4월에 합의이혼하고 친권자를 아버지로 정하고 양육자는 저로 합의만 보았고 그 증거는 남기지 못했습니다. 남편의 외도로 4년전부터 남편은 거의 집에 들어오지 않아 혼자서 키우다시피했습니다. 서울에서 살다가 2000년에 저는 지방으로 내려와 별거를 하며 혼자 아이들을 키웠습니다. 그러면서 이혼을 했고 저는 “아이는 내가 키웠으니 계속 키우라”는 말만 믿고 별 의심없이 친권자를 남편으로 지정했는데 이번 여름방학때 자기가 데려가서 방학동안만 데리고 있겠다고 해서 보냈는데 돌려 보내지 않고 자기가 친권자니 재혼녀와 키우겠다고 합니다. 그리고 아이 볼 생각을 하지 말라고 합니다. 알고 보니 친권과 양육자를 동일시해서 그런다는데 증거가 없는 저만 당한 것입니다. 6살, 9살 딸들인데 여태까지 제가 키워온 건 참작이 안되나요. 아빠도 경제능력도 있고 재혼도 했는데 친권은 아니더라도 **양육권이라도 받을 수 없을까요** (인터넷 상담사례)

#### <사례20> 양육자를 모로 변경하는 방법 문의

1993년 결혼을 하였고 몇 해가 지났으나 아이가 생기지 않아 병원을 찾아 여러가지 검사를 한 결과 남편이 무정자증임을 알게 되었습니다. 남편은 이혼을 하자고 했지만 그런 이유로 이혼을 할 수 없다고 했습니다. 저는 입양을 해서 아이를 키우고 싶다고 우겼고 남편은 비배우자 정자를 기증받아서 시험관 시술을 하자고 했습니다. 아예 모르는 아이보다는 한쪽의 핏줄이라도 섞인 것이 우리에게 좋겠다는 의견에 서로 동의를 하고 시술을 한 결과 사내아이를 1998년 2월에 낳았습니다. 그러던 중 남편은 그 해 5월에 중국 파견근무를 신청을 해서 1년간 중국에 나가서 근무를 하게 되었고, 1년 계약기간이 끝났으나 남편은 그곳에서 오파업 사업을 시작한다고 계속 중국에 상주를 하게 되었습니다. 사업을 핑계로 생활비는 커녕 가지고 있는 아파트까지 결국 팔게 되었습니다. 생활고로 인해 저는 아이가 1년 6개월이 되었을 즈음에 취업을 하게 되었고, 아이는 놀이방에 맡기게 되었습니다. 시간이 지나면 지날수록 저는 경제적으로, 심리적으로 힘들었습니다. 남편은 한달이나, 두달에 한번꼴로 한국에 들어오면서도

생활비는 한푼 주지 않고 나 몰래 달러를 환전해서 용돈으로 사용하곤 했습니다. 부부관계에서도 굉장한 스트레스를 받았고 또한 이상한 느낌을 받긴 했지만 제가 확인한건 없기 때문에 어떻게 처신을 할 수가 없었습니다. 결국 사업자금을 몰래 들고 와 증권에 투자한 것이 오랜 시간이 지난 후에 들키고 말았고, 그 동안 저는 지칠대로 지친 상태라 남편이 이혼을 요구했을 때 어느 정도 이혼은 생각했으나 시어머님의 상식이하의 태도로 이혼(2000년 12월)을 결정했고, 위자료로 3천만원을 받았습니다. 아이의 친권은 남편이 맡기로 했으나 남편은 중국에 나가서 겨우 일년에 한두번만 입국하고 있나봅니다. 언제인지는 확실히 모르겠으나 중국여자랑 결혼까지 한 상태인데 남편은 아이에 대한 애정이 없다는 생각만 듭니다. 그래서 **그 아이를 제가 데리고 와서 키우려고 하는데 어떻게 하면 좋을까요?** 남편의 연락처를 모르고, 또 아이의 유치원비정도는 보탠다고 합니다. 안정이 되면 아이를 중국에 데리고 가서 키우겠다고는 했다고 하지만, 제가 알기로는 한국회사의 중국파견근무자리를 여러 군데 알아보고 있는 중인가 봅니다. 저는 열심히 근무하여 얼마전 분당에 있는 소형아파트에 전세를 얻어 분가를 했고 지금 받고 있는 급여도 년봉 2천만원이 조금 넘습니다. 제가 경제적으로 힘들지라도 키우고 싶습니다.(인터넷 상담사례)

#### <사례21> 양육자를 모로 변경하는 방법 문의

아버지에게 양육되고 있는 아이(15세)가 자주 구타당해 집에 있는 걸 불안해하고 있습니다. 나(엄마)와 함께 찍은 사진을 보고 욕을 하며 때리고 다시는 엄마를 만나지 말라며 법적으로 아빠허락없이 아이를 엄마가 만나면 고소할 수 있다고 말했었는데 정말 그런지요? 위자료와 함께 양육자변경소송을 하려 했는데 남편의 재산이 무엇무엇인지 저는 잘 모릅니다. 제가 아이문제로 제일 먼저 해야 할 일과 절차들을 자세히 알려주십시오. 그리고 주위에선 나에게 경제능력이 없어서 양육권소송에서 패한다고들 하는데 정말 그런가요?(K 상담소 상담사례)

#### <사례22> 친권행사자를 부로 변경하는 방법 문의

전 10년전에 이혼했습니다. 전처가 아들(3세)을 양육하겠다고 해서 친권자를 전처로 지정했습니다만, 이혼 후 1주일 되는 날 애를 시골 저희 집에 데려다 놓고 가 버렸습니다. 그 이후 줄곧 제가 애(12살)를 키워왔으며 전처와는 연락을 끊고 살아왔습니다. 이번 제아들이 맹장으로 입원수술을 받았는데 보험금을 청

구하려 하니 친권자가 신청을 해야 한다고 합니다. 지금까지는 별 필요를 못 느껴 그냥 지내 왔으나 **친권자를 제(父) 앞으로 변경**해야 할 것 같습니다. 어찌 해야 하는지요?(인터넷 상담사례)

#### <사례23> 양육자를 부로 변경하는 방법 문의

이혼을 했는데 이유가 구속받기 싫고 홀로 서보겠다고 해서 이혼해 왔습니다. 그런데 진짜이유는 다른 남자가 있어서 이혼을 하자고 했던 것입니다. 아이가 둘인데 **큰애는 제가 키우고 싶어서 아이를 찾아 오려고 하는데 어떻게 해야 하는지** 알고 싶습니다.(인터넷 상담사례)

#### <사례24> 양육자를 부로 변경하는 방법 문의

오빠가 1월에 협의이혼을 했습니다. 15개월된 아이는 새언니가 데리고 갔어요. 오빠 아이를 원했지만 그쪽에서 줄 생각도 안해요. 그런데 언니가 일본에 공부 를 하러 간다고요. 아이도 데리고 가려하는데 비자가 잘 나오질 않나봐요. 학생 비자로 가려다 일본에 이모가 있어 초청비자로 가려나봐요. 이 사실에 **오빠 아이를 데리고 오고 싶어해요**. 일본에 보낼 수가 없대요. 방법이 없나요? 만약 오빠가 다른 사람과 재혼을 한다면 애기를 데리고 오는 방법이 있나요?(인터넷 상담사례)

### 3. 양육비 관련사례

다음 사례들은 양육비에 관련된 사례들이다(사례25-28). 양육비는 서로 신뢰하에 약속을 지키는 것이 중요하다. 그러나 양육비 약속에도 불구하고 지급하지 않는 경우가 더 많다고 관계자들은 말한다.<sup>114)</sup>

114) 가정법원의 한 판사는 “양육비는 주지 않는게 당연하다는 식이 꽤 버렸다. 그리고 이혼당사자가 서로 양육책임을 미뤄 자녀양육문제가 심각한 상태인데, 이혼하는 당사자는 상당한 양육비를 법원에 공탁하게 한 후 자신들이 양육할 때는 공탁금을 회수, 양육하도록 하고 만약 이 명령을 이행하지 않으면 협의이혼확인신청을 각하해야 한다”고 말했다 : 법률신문 2002년 5월 25일자 “이혼 하는데 양육비 받기는 어렵다” 참조.

## &lt;사례25&gt; 양육비약정 후 지급하고 있는 사례

아이 양육비로 월 45만원을 매월 급여에서 자동이체하고 있다. 현재 지급하는 금액 정도가 적당하다고 본다. 왜냐하면 양육권자인 아내도 일정 금원은 자녀를 위해 지급해야 한다고 본다. 전 액을 남편인 내가 주어야 하는 것은 형평성에 어긋난다.(35세 남성사례)

## &lt;사례26&gt; 양육비약정 후 지급하지 않은 사례

남편은 이혼만 해주면 아이 양육비로 약 80여만원 정도를 주겠다고 하였다. 이혼한 지 3개월이 지났는데, 아무런 연락도 없고 양육비도 주지 않고 있다. 이혼 시 아이에 관한 부분은 청구를 하지 않았기에 판결문도 없고 이를 법률상 문제 시하려면 다시 소송을 제기해야 한다가에 그냥 참고 있다.(45세 여성사례)

## &lt;사례27&gt; 양육비약정 후 지급하지 않은 사례

2001년 남편의 폭행을 견디다 못해 이혼한 박모씨는 자폐아들(3세)을 돌보아야 해 취업도 할 수 없는데 월 20만원씩 지급기로 한 양육비는커녕 위자료도 받지 못했다. 생활보호대상자로 지정돼 근근히 살아가고 있는 박씨는 최근 참다못해 전 남편 이모씨를 강제집행면탈과 아동학대, 방임으로 전주지검에 형사고소했다. 이씨는 재산을 동거녀명의로 돌려 놓고 고급아파트에 살면서 그랜저를 몰고 있다.(2002년 5월 25일자 법률신문기사)

## &lt;사례28&gt; 양육비약정 후 지급하지 않은 사례

박모씨(52·여)는 1977년 모 국립연구소 연구원이던 오모씨(60)와 결혼했지만 남편의 끊임없는 불륜으로 1999년 결국 이혼했다. 위자료 300만원과 재산분할금 6,000만원, 매월 양육비 60만원을 지급하라는 판결을 받았지만 남편은 위자료는 커녕 양육비도 주지 않았다. 아들(20)은 등록금이 없어 대학진학을 포기했고, 딸(19)도 학업을 중단해야 할 상태. 남편은 결국 박씨의 고소로 징역 10월을 선고받고 감옥을 다녀왔지만 계속 주지 않아 박씨는 가정법원에 이행명령을 신청했다. 오씨는 법정을 나오는 박씨에게 이렇게 말했다. “계속해 봐”(2002년 5월 25일자 법률신문기사)

다음에 제시하는 상담사례들은 이혼한 사람들이 양육비에 관해 알고 싶어

하는 사항들을 보여 준다(사례29-35). 양육비 액수, 양육비 변경방법, 모에게 양육비를 주었는데 학자금도 달라고 하는 경우, 부가 양육하는 경우 모가 양육비를 지불해야 하는지 등을 문의하고 있다.

#### <사례29> 양육비 청구방법 문의

이혼한 지 몇 년이 지났습니다. 아이들은 제가 키우고 있구요. 판결을 받고서 혹시 애들한테 피해가 갈까봐 서류에 남는 것 때문에 최종이혼신고를 하지 않고 있었습니다. 풀보기 싫어서 받기로 한 양육비도 포기하고 그저 그 꼴 안보는 것만으로 감사하며 연락끊고 살았습니다. 그런데 얼마전부터 그 사람이 재혼을 해야 한다며 서류에 이혼이 왜 안 되어 있느냐며 빨리 다시 서류정리를 하라며 협박을 해오고 있습니다. 끔찍합니다. 결국 괴롭힘에 못 이겨 서류정리를 해야 할 것 같은데 패썹해서 **양육비를 받아야겠다는 생각**이 듭니다. 서류에 여전히 부부인데도 판결문이 유효한지요.. 과거에 받지 않은 것도 다 받을 수 있는지요.(인터넷 상담사례)

#### <사례30> 양육비 액수 문의

저는 7살난 아이가 있는 남자와 결혼한 지 1년이 다 되어갑니다. 애기를 받아들이고 키우고 있는 동안에 생모쪽 식구들이 몇 번이고 불쑥불쑥 나타나서 힘들고 괴로웠습니다. 그래서 애기를 친엄마보고 데려가서 키우라고 했더니 그렇게 하겠다고 합니다. 그러면서 양육비를 요구하는데 여태까지 본인은 전혀 엄마로서의 자격이 없는 행동을 많이 해왔으면서 남편한테서 양육비를 많이 요구하는데 성년이 될 때까지 부모로서 양육비를 지급해야 하는 것은 알고 있는데 지금 남편의 수입이 한달에 100만원이 되는데 이에 참고하여 **얼마 만큼의 양육비**가 법적으로 결정이 되는지 좀 알려주세요.(인터넷 상담사례)

#### <사례31> 양육비 변경방법 문의

올케언니가 양육비 한달에 40만원 달라고 해서 주고 있거든요. 그런데 조카가 아프다고 서울 가서 치료받아야 한다고 돈을 달라고 하더군요. 형편이 좋으면 주면 좋겠지만 ...**병원비를 주어야 하나요?** 이혼을 했거든요. 오빠 대신 저희 아버지가 양육비를 주고 있어요 어떻게 하면 되죠?(인터넷 상담사례)

## &lt;사례32&gt; 모에게 양육비를 주었는데 학자금도 달라고 하는 경우

전 이혼 한지 한달된 두아이의 애비입니다. 이혼당시 두아이를 여자가 키우겠다고 해서 가지고 있던 집 1채와 살고 있던 집 전세금을 양육비라고 다 주고 전 빈몸만 나왔어요. 그런데 아이들이 학교에 다니고 있다고 학자금을 달라고 합니다(학자금은 제 월급 이외에 별도로 나옵니다. 그런데 여자하는 것이 미워서 못 준다고 하니까) 여자가 하는 말이 월급 차압한다고 합니다. 이혼도 했고 **양육비도 주었는데도 또 월급차압이 가능하며** 다른(돈문제) 소송도 할 수 있나요.. 지금 전 가진 것이라곤 월급뿐입니다. 빚도 이천만원 정도 있고요. 정말 답답하군요. 그리고 제가 대항해서 소장을 낸다면 어떤 소송을 할 수 있나요. (인터넷 상담사례)

## &lt;사례33&gt; 양육비 지급방법 문의

저는 딸 아이가 하나 있는 남자로서 이혼을 생각하고 있는 사람이며, 구두상으로 아내랑 이혼을 협의하였습니다. 딸은 아내가 키우기로 하였습니다. 이 경우, **양육비는 매달 얼마 정도, 그리고, 몇 년 동안 지급해야 됩니까?** 또한 양육비를 일시불로 계산해서 지불하려고 하면 어떤 식으로 계산을 해야 됩니까 (인터넷 상담사례)

## &lt;사례34&gt; 부가 양육하는 경우 모가 양육비를 지불해야 하는지 문의

지금 임신 중인데요. 이혼하면 남편한테 아이를 키우라고 할 겁니다. 통상 성인이 될 때까지 20-50만원정도 준다고 하던데요. 전 이혼하면 가정주부라서 직장도 없는 상태이고 가진 부동산이나 돈도 없고 결혼기간이 짧아서(올해 결혼했음) 위자료도 얼마 받을 수 없다고 하는데... 이런 경우 법정에서는 **얼마 정도의 양육비를** 지불하라고 할 지 의문스럽습니다. 어떤 식으로 양육비를 정하는지요. 저의 능력이 이렇게 부족한데도 아이가 어리다는 이유때문에 양육비를 많이 지불하라고 할지요.(인터넷 상담사례)

## &lt;사례35&gt; 부가 양육하는 경우 모가 양육비를 지불해야 하는지 문의

양육비는 어떻게 지급되는 것이며, 만약에 아빠가 아이를 기르게 되면 아빠도 전 엄마에게 양육비를 청구할 수 있는지 궁금합니다. 그리고 합의이혼시 **양육비에 대해서는 양육권자가 안받다고 합의했으면** 다시는 양육비를 청구할

수 없게 됩니까?(인터넷 상담사례)

#### 4. 면접교섭권 관련사례

아래 사례는 면접교섭권이 잘 이루어지지 않는 경우(사례36)와 비교적 잘 이루어지는 경우(사례37)를 보여 준다. 우리나라에서 면접교섭권이 법으로 규정된 지가 10년이 넘었으나 아직 원활하게 이용하고 있는 것 같지 않다. 일반적으로 이혼하면 부부간에 좋지 않은 감정을 가지므로 아이들 면접교섭 때문에 계속해서 연결되는 것을 원하지 않는 경향이 있다.

그러나 자녀의 복리의 관점에서 볼 때 이혼으로 일방의 부모와의 단절은 아이의 정서발달에 바람직하지 않은 경우가 있으며, 아이를 양육하지 않는 부모 일방에게 특별한 결격사유가 없는 한 면접교섭을 통해 아이와 자연스러운 관계를 형성하도록 하는 것이 자녀의 성장에 긍정적인 작용을 할 것으로 보인다. 아래 35세 남성사례는 면접교섭에 관한 긍정적인 사고로의 전환을 잘 보여주는 예라 하겠다.

##### <사례36> 상대방 면접교섭을 원하지 않는 사례

현재 남편이 아이를 데리고 있는데, 면접교섭권에 관해 합의된 것이 없다. 남편과 다시 부딪히고 싶지 않다. 아이가 적어도 성인이 되어 부모의 문제를 이해할 정도가 되었을 때 상대 부모를 만나야 된다고 생각한다.(35세 여성사례)

##### <사례37> 면접교섭이 잘 이루어지고 있는 사례

아내와 이혼하면서 초등학교 입학시까지 아이의 안정을 위해 만나지 않겠다는 별도의 합의를 작성하였으나, 내가 좀 건디기 어려워 월 1회 아이를 만나고 있다. 어머니가 아내를 만나 아이를 데려 오시고 매월 마지막 주 금요일 밤에 아이와 어머니, 내가 함께 잔 후 어머니가 아내를 만나 아이를 다시 건네 준다. 이혼초기에는 면접교섭권이 무조건 도움이 되지 않을 것으로 생각하였으나, 아이의 정서에 면접교섭권은 큰 영향을 주는 것 같다. 합의내용은 잘 이행되고 있고 서로 노력하고 있는 편이다. 내가 아무리 바쁜 일이 있더라도 이 날을 엄수하려고 하고, 아내도 비교적 이 부분을 지켜주고 있다. 부모가 우리의

경우와 같이 합의가 가능하고, 서로 존중할 수 있다면 면접교섭권은 행해져야 한다고 본다.(35세 남성사례)

다음의 상담사례들은 이혼한 사람들이 면접교섭권과 관련하여 어떤 사항들을 궁금해 하는지를 보여 준다(사례38-48). 면접교섭권을 취득할 수 있는 방법, 상대방이 면접교섭권 행사에 협조하지 않을 경우의 해결방법 등에 관해 문의하고 있다.

면접교섭권은 원칙적으로 인정되어야 하며, 상대방 부모에게 특별한 사유가 있는 경우는 면접교섭권을 배제하거나 제한할 수 있는 것이다.

#### <사례38> 면접교섭권 취득방법 문의

저희 언니가 2000년 10월에 합의이혼을 했고, 딸아이가 1명 있습니다. 아이는 형부쪽에서 데리고 갔는데 처음에는 아이를 보여 주었는데 **지금은 아이를 안보여 주고 있습니다.** 보여달라고 사정을 해도 안보여 주고 있습니다(아이는 1999년생입니다). 어떻게 볼 수 있는 방법이 없는지요(인터넷 상담사례)

#### <사례39> 면접교섭권 취득방법 문의

결혼한 지 4년째 되는 주춧니다. 1년전부터 시부모님을 모시고 있는데 그때부터 남편이 변했습니다. 시댁과 합치고 나서부터는 외박을 밥먹듯이 하고 12시 이전에 들어온 적이 일년에 다 합해봐야 다섯손가락 안에 듭니다. 언제나 새벽네,다섯시나 아침에 들어오든지 아니면 외박입니다. 아무리 그러지 말라고 말을 해도 제 말은 들은 척도 하지 않고 자기도 힘들다고 무조건 참으라고 하지만 더 이상은 참기도 싫습니다. 문제는 아이인데 제가 데리고 살고 싶지만 시아버님이 약간 상태가 좋지 않으십니다. 평소에는 멀쩡하신데 일년전쯤에 치매끼를 약간 보이셔서 다들 조마조마해 합니다. 애를 데리고 나가면 아버님이 돌아가시기라도 할 것 같아 애는 데리고 나올 생각을 못합니다. 하지만 못 본다면 제가 못 살 것 같습니다. **이혼하고 나서도 일주일에 하루정도는 제가 데리고 있거나 만나고 싶습니다.** 아이는 현재 두 살입니다. 가능할까요? 조언 부탁드립니다.(인터넷 상담사례)

## &lt;사례40&gt; 면접교섭권 취득방법 문의

전 내일 합의이혼으로 법원에 갑니다. 별거한 지 몇 달이 되었는데 신랑은 5살 아이를 몇 번 보여주고 이제는 보여주지 않으려고 합니다. 엄마인 제 입장에서 당연히 면접교섭권이 있는 줄 알고 있는데 신랑이 인정을 하지 않네요. 계속 이 일로 시간을 끌면 이혼도 해주질 않을 것 같아서 두렵습니다. 이혼 후에 **면접교섭권을 어떤 방법으로 당연히 찾을 수 있을까요?**(인터넷 상담사례)

## &lt;사례41&gt; 면접교섭권 취득방법 문의

14년의 결혼생활을 접고 남편의 외도로 인해서 올해 초에 이혼을 했습니다. 이혼을 할 당시에는 어떻게 해서든 남편을 힘들게 할 목적으로 애들을 떼어놓고 나왔습니다. 일단 저혼자 먹고 살아야 되니까 애들을 데리고 올 수가 없었습니다. 제가 일을 하게 되면 애들은 지네들끼리 저녁에는 있어야 하고, 제가 돌볼 수가 없을 것 같아서.... 이혼을 하면서 남편은 애들이 보고 싶으면 언제든지 만나라고 했습니다. 그 말을 믿었는데, 지금까지 남편은 애들한테 엄마가 바람이 나서 너희들을 버리고 집을 나갔으며 엄마를 잊도록 하고 있다고 합니다. 아예 만나지도 못하게 하구요. 저도 처음에는 혹 애들이 제가 자꾸만 나타나서 보고 싶다고 하면 지금의 새엄마와 같이 살고 있는데 애들이 잘못될까 봐 그냥 참고 지냈습니다. 그런데 애들 아빠가 저에 대해서 나쁘게 얘기한다는 것을 알고 나서 화가 났습니다. 그렇게 애들한테 거짓말까지 하리라고는 차마.... 지금이라도 애들을 만나려면 어떻게 하면 되는지요? 한 달에 한 번이라도 법적으로라도 만날 수 있는 방법은 없는지요? 제가 능력이라도 되면 애들을 데리고 와서 살았으면 하는데 아직은 먹고 살기가 힘들어서.... 저는 양육권만 포기한 것이지, 애들을 안보겠다고 한 것은 아니었는데, 너무 힘이 듭니다.(K 상담소 상담사례)

## &lt;사례42&gt; 이혼한 모를 만나게 하는 것이 도움이 되는지 문의

합의이혼을 한 남자입니다. 30개월된 딸의 친권자는 저로 되어 있는데, 아이목소리를 듣게 해달라, 만나게 해달라하면서 정작 애를 생각해서 재결합을 생각해보면 안되냐고 했더니 그건 또 생각해보지 않았고 지금은 봐 줄 사람 있으니 정 그러면 아이를 자기가 키우겠다고 합니다. **이혼한 엄마를 만나게 하는 것이 자녀의 교육에 도움이 될까요?** (개인적으로는 아이가 엄마를 찾게될 때 만나게 할 생각입니다만) 그리고 자녀를 만날 수 있는 권리가 상대방에게 있는지

궁금합니다.(인터넷 상담사례)

<사례43> 면접교섭권 방해에 대한 해결방법 문의

협의이혼 후 부나 모에게 면접교섭권이 부여됐음에도..상대방에서..아이를 만나게 하지 못할 때는 어떻게 해야하는지요?? **면접교섭권이 법적인 효력이 있는지..궁금합니다.**(인터넷 상담사례)

<사례44> 면접교섭권 방해에 대한 해결방법 문의

저는 지난 1월 합의이혼하고 이혼시 주말과 자녀의 방학 때 모인 제가 아이를 볼 수 있도록 서로 협의하였습니다...공증을 받은건 아니구요. 제가 그런 내용을 적고 그 사람과 제가 각자 도장을 찍었습니다. 하지만 그 사람은 저에 대한 미움..그런 걸로 인해 **고의적으로 아이와 저를 만나지 못하게 합니다.** 아이에게 협박을 하구요. 그래서 아이가 아빠의 허락없이 잘 나오려고 하지도 않습니다..아이는 현재 7살입니다. 아이를 데리러 간다고 전화를 할 때도 있던 사람이 아이를 데리고 나가버리고, 의도적으로 아침에 아이를 데리고 나간다면, 주말에 친척집 방문을 하러 간다면 합니다.. 어떻게 대처해야 합니까? 전에 보니 손해배상 청구를 할 수 있다고 했는데..손해배상이 목적은 아니지만 청구를 하여 다시는 그러지 못하게 할 수는 없는지...손해배상 청구후에도 행동에 변함이 없을 때 양육권변경신청을 해도 되는지... 그런 법적인 행동을 했을 때..그 사람이 아이를 데리고 없어진다면..어떻게 해야 하는지... 아이의 소재는 알려주면서 제가 가기 힘든 곳으로 주거를 이전한다면 어떻게 해야하는지..

답답합니다.(인터넷 상담사례)

<사례45> 면접교섭권 방해에 대한 해결방법 문의

전 아직 미혼인데 남자친구가 있습니다. 결혼을 생각하고 있긴 한데 남자가 이혼을 했었고 5살짜리 딸이 있는 상태입니다. 아이의 양육권은 아이엄마에게 있고 지금 아이를 기르고 있습니다. 남자친구가 아이를 기를 상황이 안되서 일단은 아이엄마가 보고 있긴 한데 아이엄마가 조만간 결혼을 할 것 같습니다. 가끔씩 아이를 보고 싶어서 집에 찾아가 보여주지 않는다는 것을 억지로 잠깐씩 보고 온다고 했었는데 며칠전 아이엄마가 이사를 갔다고 하더군요. 결혼할 남자와 통화를 하게 되었는데 아이를 보여줄 수 없고 찾아오지도 말라고 하여 양육권을 다시 찾아야 하는지 망설이고 있습니다. 협의이혼한 상태이고 아이의 양

육권이 엄마에게 있지만 아이의 친아버지인데 아이를 볼 권리는 없는 건지요. 만약 그쪽 말을 무시하고 집을 찾아서 아이를 본다면 법적으로 걸리는 건지.. 아직 결혼은 안해서 제가 아이를 데려오라고 말하는 것도 쉽지 않은데 아이한테 해가 안된다면 한달에 한번 정도씩 아이를 만날 수 있는 권리가 있는 건 아닌지 궁금합니다. 아이의 엄마가 반대하면 **양육권이 없는 아이의 아버지가 볼 수 없는 건가요?**(인터넷 상담사례)

#### <사례46> 면접교섭권 제한방법에 관한 문의

저는 36세된 남자입니다. 1997년 12월7일 결혼하여, 2000년 10월에 별거를 시작하였고, 2001년 9월에 재판이혼청구 중에 있습니다. 별거의 사유는 폭력이나 간통 등의 이유는 아니고 설명드리기에는 장황한 생활방식의 차이입니다. 재판 이혼의 사유는 과도한 위자료의 요구(1억원)입니다. 저의 질문은 **면접교섭권에 관한 것**입니다. 별거를 시작하면서 애기엄마는 18개월된 애기를 경제적인 능력이 없다는 쪽지를 남기고 혼자 친정으로 갔습니다. 당시 애기엄마는 결혼하면서 저축한 돈(2000만원)은 다 가져 갔으며, 아파트(저의 아버지가 결혼 전에 구입)는 별거 1달후 가져분하였으며, 이혼소송 후 바로 저의 월급을 차압하였습니다. 그런데, 애기엄마는 마음이 바뀌어서 이혼을 못하겠다고, 주장을 하면서 면접교섭권을 주장하여, 오늘 법원에 다녀 왔습니다. 저는 애기를 보는 것은 당연하나, 애기(4살)가 엄마와 헤어질 때 18개월이라 엄마의 존재를 모르고 있는 지금 엄마가 나타나면 애기에게 줄 혼란을 우려하여 좀 더 애기가 크면 만나는 것이 좋겠다고, 주장하였으나 판사님의 말씀은 면접교섭권은 법에서 허락하고 있으므로 이를 거부할 수는 없다는 것이었습니다. 그러나, 저는 지금 인터넷검색에서 민법 837조 2 제2항 “가정법원은子の 복리를 위하여 필요한 때에는 당사자의 청구에 의해 면접교섭을 제한하거나 배제할 수 있다”는 것을 보고 이 글을 올렸습니다. 엄마의 존재를 모르는 애기가 갑자기 나타난 엄마에 의해 정신적으로 미칠 혼란은 이 경우에 해당되는 것이 아닌지요. 애기는 현재 제가 할머니와 같이 키우고 있습니다.(인터넷 상담사례)

#### <사례47> 면접교섭권 제한방법에 관한 문의

전처의 낭비벽으로 인해 이혼한 상태입니다. 그런데 이혼 후 집주위를 맴돌며 심리적 스트레스를 많이 주고 있고 친권자가 저이고 아이들은 시골 할머니가 키우고 있는데 정서적으로 안정을 찾고 있는 중인데 저한테 허락없이 마음대로 찾

아가고 임의로 말을 만들어 아이들에게 주입식으로 나쁜 아빠를 만들려고 하네요. 아이들을 볼 수 없게 할 수 없나요? 한 달에 2번은 무조건 찾아간대요. 학교나 유치원에서도 교육적으로 나쁘다고 하네요. 전처에게 이런 얘기를 하니 간섭하지 말래요. 어떻게 하면 해결할 수 있나요?(K 상담소 상담사례)

#### <사례48> 면접교섭권 확대방법에 관한 문의

안녕하세요. 4개월전에 협의이혼을 하였습니다. 1달에 두 번씩 일요일에 아이를 만나고 있습니다. **아이와의 시간을 최대한 가지고 싶은데** 아이엄마가 허락을 하지 않아 좀 더 많은 시간을 아이와 보낼 수 있는 방법이 없을까 해서 상담을 드립니다. 친권은 제가 양육권은 아이 엄마가 가지고 있습니다. 부탁드립니다.(인터넷 상담사례)

### 5. 기타 자녀양육에 관련된 법적 문제

이혼에 직면한 사람들이 흔히 물어오는 질문에 모가 자녀를 양육하는 경우 주민등록등본상 자녀가 동거인으로 표시되는가의 문제와 미성년자녀 해외여행필요서류 작성시 호주인 생부의 동의가 필요한가에 관한 것이다. 다음 사례는 이러한 문제들을 보여 준다.

#### <사례49> 이혼 후 주민등록등본상 모자관계표시에 관한 문의

협의이혼을 했고, 아직 구청에 신고는 하지 않았습니다. 아이의 친권자가 저이며, 일가창립하려 합니다. 구청에 이혼서를 제출하고 나중에 주민등록을 떼어보게 되면 제 이름 밑에 제 아이가 있게 되나요? 만약 그렇게 되어 있지 않다면, 주민등록등본에 제 아이가 제 밑에 오게 하려면 어떻게 해야 하는지요? 또, 주민등록등본에 제 아이와 저가 같이 있게 될 때, '자'로 기록이 되나요, 아니면 동거인으로 기록이 되나요? 그리고 더 궁금한건, 제 아이와 외국에 나가서 살고 싶은데, 아이 비자 만들 때나, 아이가 그 곳 현지에서 취학할 때 등등 문제점은 없는지, 무슨 서류나 준비할 것이 필요한 지, 알고 싶습니다. 아이와 저 둘이서 어떻게 살아갈 지 고민이 많습니다. 나중에 왜 진작 그걸 몰랐을까하면서 후회하고 싶지 않습니다.(인터넷 상담사례)

이에 대해 몇 년전부터 이혼여성이 세대주인 경우 주민등록등본상 이혼여성의 자녀를 ‘동거인’으로 표기하지 않고, ‘자’로 표기하도록 지침이 바뀌어 현재는 전국 어디서나 시행되고 있다.<sup>115)116)</sup> 물론 아이의 호주는 아이의 아버지이므로 아이이름옆에 호주이름이 따로 적히게 된다. 그리고 이혼한 여성이 재혼을 하여 새 남편이 세대주가 되면 세대주와 전혼의 자녀와는 인척관계에 불과하므로 이 경우 아이는 ‘동거인’으로 표시된다.

그리고 외교통상부에서 일반여권발급신청시 공식적으로 요구되는 구비서류 중 18세미만자의 경우는 부 또는 모의 여권발급동의서 및 동의인의 인감증명서를 요구하고 있는 바, 부모이혼시는 호적상 친권자가 동의하면 된다고 하고 있다.<sup>117)</sup> 따라서 모가 친권행사자로 정해졌다면, 모가 동의하면 되고, 호주인 부의 동의는 따로 필요하지 않다.

또한 이혼한 여성이 자녀에 대한 친권·양육권을 행사하는 경우에도 그 자녀와 같은 호적에 있지 않게 됨으로써 실생활에 어려움이 있다는 문제가 자주 지적된다. 이혼을 하게 되면 모의 호적은 모의 친가로 옮겨 가거나 일가창립을 하거나 하지만(민법 제787조 제1항), 자녀들의 호적은 여전히 부의 호적에 남아있게 되며, 설령 아이들은 모가 키우기로 합의하였다 할지라도 자녀들의 호적을 자동적으로 모의 호적으로 옮기거나 성(姓)을 바꿀 수는 없다. 다만, 미성년자라도 의사능력이 있어 본인이 분가(分家)하기를 원하고 법정대리인(친권자인 부 또는 모)이 그것에 동의해 주면 그 자녀는 아버지의 호적에서 빠져 나와 별도의 호적을 만들 수 있는데(민법 제788조), 그런 다음에는 모가 그 미성년자녀의 호적에 가족으로 입적할 수 있으므로(민법 제791조 제2항), 결국 모자가 같은 호적을 사용할 수 있게 된다.<sup>118)</sup> 그러나 실무적으로는 이러한 방법은 잘 이용되는 것 같지는 않다.<sup>119)</sup>

115) 행정자치부 주민과 담당자와의 전화통화시 확인한 내용임.

116) 이혼으로 일가창립하여 호주이면서 세대주인 한 여성의 경우, 2002년 2월 18일에 발급된 주민등록등본에 그 아들이 “자”로 표시되어 있음.

117) 외교통상부 공식사이트(<http://www.mofat.go.kr>) 참조.

118) 이상석(2001), pp.419-420.

119) 서울시 모 구청의 한 호적담당공무원은 “미성년자녀의 분가 후 모의 입적은 당사자들이 희망하지 않아 거의 이용하지 않는 것으로 보인다”고 하였다.

이와 같이 이혼여성이 자녀를 양육하거나 친권행사자로 지정된 경우 자녀와 한 호적에 있기를 바라는 문제는 자의 부가입적이라는 민법상 원칙의 포기과 아울러 호주제의 폐지와 연결되어 있는 문제라고 하겠다. 호주제를 폐지하고 새로운 호적제도를 도입해야 해결이 가능하다.

#### IV. 소결

이상에서 친권·양육권·면접교섭권제도의 시행현황과 관련하여, 이혼현황과 이혼소송사건과 관련된 공식통계를 살펴 보았고, 친권·양육권·면접교섭권 관련 법원실무에서는 친권·양육권·면접교섭권자 지정 및 변경절차, 이행확보제도를 살펴 보았으며, 친권·양육권·면접교섭권 관련 사례를 차례로 검토하였다.

최근 이혼건수가 10년사이에 3배정도로 늘어났고, 이혼형태는 재판상이혼보다 협의이혼의 경우가 월등히 높은 것으로 나타났다. 그리고 이혼당시 20세 미만의 자녀가 있는 경우가 70%이상인 것으로 나타나 부모의 이혼으로 인한 자녀의 고통을 짐작할 수 있다. 이혼의 증가와 그에 따른 자녀문제에 대한 대책이 필요하며, 협의이혼 비율이 높다는 점에서 협의이혼절차의 용이성에 대한 검토가 이루어져야 할 것이다. 또한 제1심 이혼소송의 경우 친권자 지정 등 병합사건없이 이혼만 청구한 경우(53.8%)가 병합사건 있는 경우(46.1%)보다 더 높은 것을 볼 때, 자녀문제가 방치될 가능성을 배제할 수 없다. 또한 이혼부부들이 친권자 지정 등에 관해 전혀 모르는 상태에서 소송을 하게 되는 경우가 적지 않음을 볼 때 이에 대한 홍보가 시급하다고 하겠다.

친권 등과 관련된 법원실무로 친권 등의 지정 및 변경절차에는 협의에 의한 경우와 가사조정, 가사소송, 가사비송에 의한 경우로 나누어진다. 여기서는 특히 가정법원의 후견적 기능을 담당하는 가사조정제도의 원활한 운영을 통해 이혼과 그 친권행사자 지정 등 부수적인 문제를 조정, 합의를 통해 해결해 나가는 것이 바람직하다고 생각한다. 따라서 조정전치회부사건에 대한 신

청자 불출석시 쌍불취하간주를 통해 신청인의 출석을 강제하는 등 가사조정 제도의 원활한 운영을 위한 제도적 뒷받침이 요구된다.

그리고 양육비 지급 등에 관한 이행확보제도로서 사전처분, 이행명령, 간접강제 등의 방법이 법에 명시되어 있으나 실효성이 없다는 이유로 이용률이 저조한 실정이다. 그러나 사전처분의 경우 실무상 그 신청건수나 인용건수가 늘고 있다는 점은 이 제도의 이용가능성을 예측하게 하는 부분이다. 많은 사람들에게 사전처분이나 이행명령의 이용을 유도함으로써 사문화된 제도가 아니라 이행강제의 방법으로 적극적으로 이용되도록 홍보하는 일이 필요하다.

친권·양육권·면접교섭권 관련사례로는 인터넷관련사이트에 게재된 상담사례를 통해 친권행사자·양육자지정 관련사례, 친권행사자·양육자변경 관련사례, 양육비 관련사례, 면접교섭권 관련사례 등으로 나누어 진다. 이혼에 직면한 사람들이 겪게 될 자녀양육에 관련된 법적 문제가 총망라되어 있다고 생각한다.

한편, 공동친권에 관해서는 실무자들 의견이 대체로 공동친권의 원칙에는 동감하지만 우리의 가족문화 등 현실을 고려한다면 공동친권을 주장할 수만은 없다는 의견이 지배적인 것 같다. 향후 자녀의 복리의 차원에서는 이혼후에도 부모와 연관되면서 자라는 것이 필요하며, 공동친권이 법적으로 하나의 원칙으로 세워지고, 현실적으로도 이혼부부들에게 공동친권의 중요성을 일깨워 주는 것을 통해, 부부가 공동친권의 의미를 알고 적극적으로 행사할 수 있는 경우에 인정되도록 해야 할 것이다. 이에 관한 구체적 적용원칙이 제시되어야 한다.

또한 친권·양육권 공동귀속 문제는 친권행사자와 양육권자가 일치하지 않았을 때의 문제점과 양육권도 친권의 일부라는 점을 생각할 때 친권과 양육권을 일방에게 주는 것이 더 필요할 수 있다는 의견이 많은 것 같다. 따라서 친권행사자와 양육자를 지정할 때는 자녀복리의 차원에서 판단하는 일이 가장 중요하며, 부모 중 어느 일방에게 친권이나 양육권이 갈 경우 가능한 한 친권과 양육권이 분리되지 않도록 해야 할 것이다.

그리고 주민등록등본상 자녀가 동거인으로 표시되는가와 미성년자녀 해외 여행필요서류 작성시 호주인 생부의 동의가 필요한가의 문제는 제도의 보완을 통해 해결된 사항들이다. 그런데 일반인들간에는 아직도 문제가 된다고 생각하는 경우를 종종 볼 수 있는데, 정확한 정보의 제공이 요청된다. 그러나 이혼여성이 자녀를 양육하거나 친권행사자로 지정된 경우에도 자녀와 다른 호적에 있게 되는 문제는 현재 자의 부가입적이라는 민법상 규정이 존재하는 한 해결되기 어려운 문제라고 하겠다. 실무상 해결방법이 있다고는 해도 근본적인 문제해결은 아니며, 호주제 폐지와 새로운 호적편제의 도입만이 이 문제의 해결방법이라고 하겠다.



## 친권·양육권·면접교섭권 관련 판례분석

---

|            |     |
|------------|-----|
| I. 친권      | 135 |
| II. 양육권    | 147 |
| III. 면접교섭권 | 176 |
| IV. 소결     | 180 |

---

이혼시 자녀의 친권, 양육권, 면접교섭권과 관련된 판례를 살펴보면, 면접교섭권과 관련된 판례는 많지 않고, 자녀양육과 관련하여 친권행사자와 양육자 지정 및 양육비에 대한 판례가 상대적으로 많은 편이다. 친권과 관련된 판례는 주로 자녀의 재산관리와 관련된 것이 많은데, 이는 자녀의 재산에 대한 개념이 희박한 친자관계에서 나오는 것이라 추정된다. 면접교섭권에 대해서는 부부가 협의하는 경우가 많고 1990년 개정으로 신설되었으므로 그 내용을 인지하여 다투는 경우가 드물기 때문에 판례가 많이 축적되어 있지 않다고 생각된다. 이에 견주어 양육과 관련된 판례가 상대적으로 많은 이유는 주로 부부간에 친권행사자와 양육자에 대한 다툼, 양육비의 다툼과 협의된 양육비의 불이행 등으로 인해 재판으로 그 결정을 구하는 경우가 많기 때문이라고 생각된다.

## I. 친권

판례는 “친권은 미성년인 자의 양육과 감호 및 재산관리를 적절히 함으로써 그의 복리를 확보하도록 하기 위한 부모의 권리이자 의무의 성격을 갖는 것”<sup>120)</sup>으로서 정의하고 있다. 즉, 친권은 미성년자녀에 대한 양육, 감호, 재산관리를 내용으로 하는 부모의 권리이자 의무이며, 그 목적은 자녀의 복리에 있다. 이는 친권상실의 경우에도 마찬가지이므로 민법 제924조에 의한 친권상실선고사유의 해당여부를 판단함에 있어서도 친권의 목적이 자녀의 복리보호에 있다는 점이 판단의 기초가 되어야 하고, 설사 친권자에게 간통 등의 비행이 있어 자녀들의 정서나 교육 등에 악영향을 줄 여지가 있다 하더라도 친권의 대상인 자녀의 나이나 건강상태를 비롯하여 관계인들이 처해 있는 여러 구체적 사정을 고려하여 비행을 저지른 친권자를 대신하여 다른 사람으로 하여금 친권을 행사하거나 후견을 하게 하는 것이 자녀의 복리를 위하여 보다 낫다고 인정되는 경우가 아니라면 설불리 친권상실을 인정하여

120) 대법원 1993. 3. 4 선고, 93스3 판결.

서는 안된다.<sup>121)</sup>

자녀의 복지를 위하여 이혼시에는 1990년 개정민법규정에 따라 협의나 재판으로 친권행사자를 정하게 된다. 1990년 민법시행에 따라 이혼한 모의 친권제한에 관한 제909조 제5항이 삭제되고, 부칙 제9조가 규정됨으로써, 이혼으로 인하여 모가 친권을 상실하고 후견이 개시된 경우라도 개정된 민법의 시행일부서는 모의 친권이 부활되어 모가 전혼인 중의 자에 대하여 친권자로 되고 후견인의 임무는 종료된다.<sup>122)</sup>

### 1. 친권행사자에서의 청구자와 지정자

민법은 친권행사자가 협의되지 않는 경우에는 법원이 지정할 수 있도록 하고 있으므로, 친권행사자 지정을 구하는 재판이 있게 되고, 이를 심리하여 친권행사자를 지정하게 된다. 친권행사자의 지정을 청구하는 자와 지정된 친권행사자는 다음 표와 같다. 1990년 민법개정이전에는 부가 법적 친권자로 규정되어 있었고, 이에 따라 모는 친권행사자의 자격이 없었으므로, 친권행사자의 지정을 구하는 재판은 없었다. 1990년 개정이후에야 모와 부는 협의되지 않는 경우에 친권행사자의 지정을 청구할 수 있게 되었으므로, 1991년 판례부터 검토대상이 된다.

<표 4-1> 친권행사자 지정에서의 청구자 및 친권행사자

| 번호  | 사건번호                                | 청구자 | 친권행사자 |
|-----|-------------------------------------|-----|-------|
| 판례1 | 서울가정법원 1991. 8. 8. 선고, 90드63238 판결  | 모   | 부     |
| 판례2 | 서울가정법원 1992. 5. 7. 선고, 91드38420 판결  | 모   | 모     |
| 판례3 | 서울가정법원 1992. 6.26. 선고, 92브38, 39 판결 | 모   | 모     |
| 판례4 | 서울가정법원 1993. 7.21. 선고, 92드31853 판결  | 모   | 부     |
| 판례5 | 서울지방법원 1993.10.14. 선고, 93드47183 판결  | 부   | 부     |
| 판례6 | 서울고등법원 1993.11.19. 선고, 92르169 판결    | 모   | 모     |

121) 창원지방법원 1996. 8. 16 선고, 95㉔211 판결.

122) 대법원 1994. 4. 29 선고, 94다1302 판결.

| 번호   | 사건번호                                      | 청구자 | 친권행사자 |
|------|---|-----|-------|
| 판례7  | 대법원 1993.12.7. 선고, 93르775 판결              | 모   | 부     |
| 판례8  | 서울고등법원 1993.12.14. 선고, 92르886 판결          | 모   | 모     |
| 판례9  | 서울지방법원 1993.12.16. 선고, 93드55511 판결        | 모   | 모     |
| 판례10 | 서울고등법원 1994. 8.26. 선고, 94르545, 552 판결     | 모   | 모     |
| 판례11 | 서울고등법원 1994.11.25. 선고, 94르1111, 2374 판결   | 모   | 부     |
| 판례12 | 수원지방법원 성남지원 1994.11.30. 선고, 92드5776 판결    | 모   | 모     |
| 판례13 | 대법원 1994.12.2. 선고, 94르901, 94르918 판결      | 모   | 부     |
| 판례14 | 서울가정법원 1994.12. 7. 선고, 94르591 판결          | 부   | 부     |
| 판례15 | 서울고등법원 1995. 4.13. 선고, 94르2510 판결         | 모   | 모     |
| 판례16 | 대구지방법원 1995. 4.20. 선고, 94드4454 판결         | 모   | 부     |
| 판례17 | 서울고등법원 1995. 5.11. 선고, 94르2633, 2640 판결   | 모   | 모     |
| 판례18 | 서울고등법원 1995. 6. 8. 선고, 94르2213, 2220 판결   | 모   | 모     |
| 판례19 | 서울고등법원 1995. 6.22. 선고, 94르2565 판결         | 모   | 모     |
| 판례20 | 서울고등법원 1995.11.16. 선고, 95르207 판결          | 모   | 모     |
| 판례21 | 서울가정법원 1996. 3.29. 선고, 95드58781 판결        | 부   | 부     |
| 판례22 | 서울가정법원 1996. 4.18. 선고, 95드49107 판결        | 부   | 부     |
| 판례23 | 서울고등법원 1996. 4.26. 선고, 95드3224 판결         | 모   | 모     |
| 판례24 | 서울고등법원 1996. 5.14. 선고, 95르245 판결          | 모   | 모     |
| 판례25 | 서울가정법원 1996.5.23. 선고, 95드41851, 49817 판결  | 부   | 부     |
| 판례26 | 서울가정법원 1996. 5.23. 선고, 95드73346 판결        | 모   | 모     |
| 판례27 | 인천지방법원 1996. 6. 7. 선고, 95르69 판결           | 부   | 부     |
| 판례28 | 대구고등법원 1996. 7.11. 선고, 95르435 판결          | 부   | 모     |
| 판례29 | 서울가정법원 1996.11.20. 선고, 96드10076, 78003 판결 | 부   | 부     |
| 판례30 | 서울가법 1997. 4. 2. 선고, 96드56454 판결          | 모   | 모     |
| 판례31 | 서울고등법원 1997. 4.10. 선고, 96르2835 판결         | 부   | 부     |
| 판례32 | 서울고등법원 1997. 5.13. 선고, 96르3838 판결         | 모   | 부     |
| 판례33 | 서울가정법원 1997. 5.22. 선고, 96드74414 판결        | 모   | 모     |
| 판례34 | 서울고등법원 1997. 7. 8. 선고, 96르3463 판결         | 모   | 모     |
| 판례35 | 서울고등법원 1997. 8.20. 선고, 96르976 판결          | 부   | 부     |
| 판례36 | 서울고등법원 1997. 9. 4. 선고, 96르2392 판결         | 모   | 모     |
| 판례37 | 서울고등법원 1997. 9. 9. 선고, 97르294 판결          | 모   | 모     |
| 판례38 | 서울고등법원 1997. 9.26. 선고, 96르3869 판결         | 부   | 부     |

| 번호   | 사건번호                                      | 청구자 | 친권행사자 |
|------|---|-----|-------|
| 판례39 | 서울고등법원 1997. 9.30. 선고, 96르3678 판결         | 모   | 부     |
| 판례40 | 서울고등법원 1997.10.17. 선고, 97르645 판결          | 모   | 부     |
| 판례41 | 서울가법 1997.10.24. 선고, 96드73619 판결          | 모   | 모     |
| 판례42 | 서울가정법원 1997.12.3. 선고, 97드90, 57171 판결     | 모   | 모     |
| 판례43 | 서울고등법원 1997.12.11. 선고, 96르2576 판결         | 모   | 모     |
| 판례44 | 서울가정법원 1998. 1.22. 선고, 96드76779, 89881 판결 | 모   | 모     |
| 판례45 | 인천지방법원 1998. 2.13. 선고, 97드11172 판결        | 부   | 부     |
| 판례46 | 서울가법 1998. 2.26. 선고, 97드7305 판결           | 모   | 모     |
| 판례47 | 서울고등법원 1998. 3.25. 선고, 97르3286 판결         | 모   | 모     |
| 판례48 | 서울고등법원 1998. 3.26. 선고, 97르1013 판결         | 모   | 모     |
| 판례49 | 서울고등법원 1998. 4. 3. 선고, 97르2472 판결         | 모   | 모     |
| 판례50 | 춘천지방법원 강릉지원 1997. 7.22. 선고, 96드1427 판결    | 모   | 부     |
| 판례51 | 서울고등법원 1998. 4.24. 선고, 97르1846 판결         | 부   | 모     |
| 판례52 | 서울고등법원 1998. 5.13. 선고, 97르3101 판결         | 모   | 모     |
| 판례53 | 서울고등법원 1998. 5.20. 선고, 97르2986 판결         | 모   | 모     |
| 판례54 | 서울고등법원 1998. 6.19. 선고, 97르2092 판결         | 모   | 모     |
| 판례55 | 서울고등법원 1998. 7.22. 선고 98르1430 판결          | 부   | 모     |
| 판례56 | 서울고등법원 1998. 7.22. 선고, 97르2702 판결         | 모   | 모     |
| 판례57 | 서울고등법원 1998. 8.12. 선고, 97르2733 판결         | 모   | 모     |
| 판례58 | 서울고등법원 1998. 8.25. 선고, 97르3675 판결         | 모   | 모     |
| 판례59 | 서울고등법원 1998.10.14. 선고, 97르2597 판결         | 부   | 부     |
| 판례60 | 서울고등법원 1998.10.21. 선고, 98르17 판결           | 모   | 모     |
| 판례61 | 서울고등법원 1998.10.28. 선고, 98르642 판결          | 모   | 모     |
| 판례62 | 제주지방법원 1998.11.5. 선고, 97드2994 판결          | 모   | 부     |
| 판례63 | 서울고등법원 1998.11.11. 선고, 98르581 판결          | 모   | 모     |
| 판례64 | 서울고등법원 1998.11.20. 선고, 97르1990 판결         | 모   | 모     |
| 판례65 | 서울고등법원 1998.12. 2 선고, 8르1652 판결           | 모   | 모     |
| 판례66 | 서울고등법원 1998.12. 9. 선고, 97르3545 판결         | 모   | 모     |
| 판례67 | 서울고등법원 1998.12.18. 선고, 98르2563 판결         | 모   | 부     |
| 판례68 | 서울가정법원 1998.12.22. 선고, 97느3389 판결         | 모   | 모     |
| 판례69 | 서울고등법원 1998.12.29. 선고, 98르2716 판결         | 모   | 모     |
| 판례70 | 대전고등법원 1999. 6.11. 선고, 98르297 판결          | 모   | 부     |

친권행사자의 지정에서 청구자와 지정자에 대한 검토대상이 된 판례는 위 70건이다. 이 판례를 보면, 친권행사자의 지정을 청구하는 재판은 1995년 이전에는 드물고, 1996년 이후 배가 넘는 증가세를 보이고 있다. 이는 법시행기간과 관계가 있다고 생각된다.

우선, 친권행사자 지정의 청구자를 살펴보면, 전체적으로 청구자가 모인 여성인 경우가 55건(78.6%), 부인 경우가 15건(21.4%)으로, 여성이 거의 80%에 이르고 있어, 친권행사자 지정청구에 있어서 모인 여성이 부보다 더욱 자녀에 대해 적극적임을 알게 해준다. 그러나, 이를 연도별로 보았을 때에 부의 경우에는 1995년전까지는 청구가 총 20건에 2건(10%) 정도였던 것에 견주어, 1996년 이후에는 총 50건에 13건(26%, 1996년 6건, 1997년 4건, 1998년 4건, 1999년 1건 등)으로 배로 증가하면서, 부의 친권행사자에 대한 청구가 증가하고 있음을 보여주고 있어, 부 역시 자녀에 대한 친권행사자로서의 권리를 가지고자 점점 적극적이 되어가고 있음을 알 수 있다.

다음으로, 청구결과 지정된 친권행사자를 살펴보면, 전체적으로 모인 여성인 경우가 45건(64.3%), 부인 경우가 25건(35.7%)으로, 친권행사자로도 역시 모가 많이 지정되고 있다. 부의 경우에 1995년까지 친권행사자로 지정받은 것이 총 20건 중 8건(40%)임에 견주어, 1996년 이후에는 총 50건 중 17건(34%)로, 지정되는 건수는 신청건수에 따라 증가했지만 그 비율면에서 보면 감소하고 있다.

또한, 위의 청구자와 지정자의 결과를 보면, 청구자인 모/부가 그대로 친권행사자로 지정되지 않는 경우가 있음을 알 수 있다. 즉, 위 판례를 살펴 보면, 총 70개의 판례 중 청구자인 모가 그대로 친권행사자로 지정된 경우는 49건(70.0%), 청구자인 부가 그대로 친권행사자로 지정된 경우는 11건(15.7%)으로, 청구자와 지정자가 동일한 경우가 60건(85.7%)이고, 청구자와 지정자가 다르게 판시된 경우가 10건(14.3%)이다. 청구자와 지정자가 동일한 경우가 86%에 이르는 판례의 결과는 청구자가 친권행사자로 지정될 확률이 높음을 보여주며, 이는 청구자가 친권행사자가 되겠다는 의지하에 청구가 이루어지기 때문으로 보인다. 청구자와 지정자가 다르게 판시된 10건의 경우를 구체

적으로 보면, 모가 청구자임에도 피청구인인 부를 지정한 경우가 9건인 반면에, 부가 청구자임에도 모를 지정한 경우는 단지 1건으로, 부가 청구자인 경우에는 거의 부가 그대로 친권행사자로 지정됨을 알 수 있다.

이상의 판례분석을 통해, 첫째 친권행사자의 지정 청구자는 모인 여성이 대부분이며, 둘째 여성이 청구자의 다수를 차지하므로 여성들이 대부분 친권행사자가 되는 경우가 많지만, 셋째 부가 청구자인 경우에는 모가 지정될 여지가 거의 없이 부가 친권행사자로 지정된다.

부가 친권행사자로 지정되는 이유는 민법개정이전에는 법에서 부가 친권행사자가 된다는 것을 명시하고 있었기 때문에 이러한 것이 고려되었기 때문이다. 그리고, 1990년 민법개정 이후에는 자녀의 다음의 친권행사자 지정의 판단기준 및 고려사항에서 고찰하겠지만, 현재의 양육상황이 주된 결정요인이 되는데, 이 경우에 자녀를 양육하고 있는 부는 경제적 상황이 모보다 좋을 가능성이 높고, 우리사회의 가부장적 사고에 의해 자녀가 유아인 경우를 제외하면 자녀는 부의 가족이라는 의식이 있기 때문인 것으로 보인다.

이러한 결과는 위에서 보았듯이 부의 친권행사자 지정 청구가 증가하고 있고, 부가 신청하는 경우에 거의 그대로 부가 지정받음을 고려하면 모인 여성이 친권행사자로서 지정받지 못할 경우들이 증가할 것임을 예상하게 한다.

## 2. 친권행사자 지정의 판단기준 및 고려사항

판례는 친권행사자를 지정하는 경우에 그 지정사유에서 “자녀의 원만한 성장과 복지를 위하여” 라고 거의 명시함으로써, 자녀의 원만한 성장과 복지가 친권행사자 지정에서의 판단기준임을 밝히고 있다. 그리고 그 고려사항으로서 청구인과 피청구인에 대해서는 혼인생활과 파탄경위, 귀책정도, 나이, 직업, 학력, 재산상황(경제력), 자녀에 대한 애정의 정도, 양육의사, 가정환경 등을, 자녀에 대해서는 자녀의 의사, 양육상태, 나이, 성별 등, 여러 가지를 열거하고 있고, 구체적으로 보면 표와 같다.

&lt;표 4-2&gt; 친권행사자 지정에서의 고려사항

| 번호   | 사건번호  | 지정사유  | 지정자 |
|------|---|---|-----|
| 판례1  | 서울가정법원<br>1991. 8. 8. 선고,<br>90드63238 판결    | 자녀들이 부나 부의 모에 의하여 양육되어 왔고, 현재도 동인들의 일상생활은 주로 아버지의 주도하에 이루어지고 있는 자녀의 양육상태, 자녀들의 의사, 부부의 가정환경, 자녀들에 대한 애정의 정도, 경제력 기타 제반사정  | 부   |
| 판례2  | 서울가정법원<br>1992. 5. 7. 선고,<br>91드38420 판결    | 모가 미합중국에 있는 친정에서 양육하고 있는 사실, 모는 현재 위 자녀의 양육을 위하여 달리 취업을 할 수 없으나 친정아버지의 사후 상당한 재산을 상속받은 사실, 혼인생활파탄경위, 쌍방의 귀책사유 및 자녀의 연령(만1세), 부부의 가정환경, 생활태도와 성향, 자녀에 대한 애정의 정도, 경제력 기타 제반사정 | 모   |
| 판례3  | 서울가정법원<br>1992. 6.26. 선고,<br>92브38, 39 판결   | 재판상 화해에서 이미 지정함.  | 모   |
| 판례4  | 서울가정법원<br>1993. 7.21. 선고,<br>92드31853 판결    | 경제능력과 사건본인들의 성별, 연령, 양육의사, 현재의 양육상황 특히 자녀중 하나가 어릴 때 뇌성마비를 앓아 그 후유증으로 현재 하지가 불편한 지체장애자이고 미국에 할머니 및 고모들이 거주하고 있어 신병치료에 도움이 될 것으로 예상되는 점 등                                     | 부   |
| 판례5  | 서울지방법원<br>1993. 10.14. 선고,<br>93드47183 판결   | 혼인생활과 혼인파탄경위, 자녀들의 연령 및 부가 계속하여 사건본인들을 양육하여 온 점 등   | 부   |
| 판례6  | 서울고등법원<br>1993.11.19. 선고,<br>92르169 판결      | 별거하게 된 이후부터 현재까지 모가 양육하고 있는 자녀들의 양육상태와 나이, 가정환경, 재산상황, 사건본인들에 대한 애정의 정도, 혼인관계파탄경위 등   | 모   |
| 판례7  | 서울고등법원<br>1993.12.14. 선고,<br>92르886 판결      | 별거이후 현재까지 모가 양육하면서 같이 살고 있고, 앞으로도 모와 같이 살기를 원하고 있는 사실, 자녀의 의사와 양육상태, 나이(17세), 가정환경, 자녀에 대한 애정의 정도, 경제력 등  | 모   |
| 판례8  | 서울지방법원<br>1993.12.16. 선고,<br>93드55511 판결    | 혼인생활과 혼인파탄경위, 자녀들의 연령 및 부가 입원 후 모가 계속하여 자녀들을 양육하여 온 점 등   | 모   |
| 판례9  | 서울고등법원<br>1994. 8.26. 선고,<br>94르545, 552 판결 | 모가 현재 양육하면서 서울 소재 국민학교에 취학시키고 있으며, 자녀도 어머니와 같이 살기를 원하는 사정, 재산상태, 자녀의 성별, 연령(10세), 가족관계 등  | 모   |
| 판례10 | 서울고등법원<br>1994. 9.23. 선고,<br>94르927 판결      | 형제는 부가 양육하고 있으나, 대상자녀는 감수성이 예민한 13세의 중학교 1학년 여학생으로서 계속하여 모가 양육하여 왔고, 또한 본인도 어머니인 모와 같이 살기를 바라는 사실, 자녀의 양육상태, 성별, 나이, 의사 등과 자녀에 대한 애정의 정도 등                                  | 모   |

| 번호   | 사건번호   | 지정사유  | 지정자 |
|------|--|---|-----|
| 판례11 | 서울고등법원<br>1994. 11.25. 선고,<br>94르1111, 2374 판결 | 자녀를 부와 부의 부모들이 양육하여 오고 있는 양육상태와, 재산상태, 자녀들의 나이, 가정환경, 자녀에 대한 애정의 정도 등   | 부   |
| 판례12 | 대법원<br>1994.12. 2. 선고,<br>94므901, 918 판결       | 자녀의 원만한 성장과 복지를 위하여 바람직함.   | 부   |
| 판례13 | 서울가정법원<br>1994.12. 7. 선고,<br>94르591 판결         | 혼인생활과 그 파탄경위, 정서적·경제적 생활여건, 자녀에 대한 애정정도와 현재까지의 양육과정, 불안성신경증 등으로 모가 정신적으로 불안정한 상태에 있는 점 등                              | 부   |
| 판례14 | 서울고등법원<br>1995. 4.13. 선고,<br>94르2510 판결        | 현재까지 모가 양육하고 있다는 양육상태와 자녀의 나이(12세), 가정환경, 재산상황, 자녀에 대한 애정의 정도, 혼인관계파탄경위 등   | 모   |
| 판례15 | 대구지방법원<br>1995. 4.20. 선고,<br>94드4454 판결        | 혼인생활파탄경위, 귀책사유 및 자녀들의 연령, 양육상황, 자녀들에 대한 애정의 정도, 각 당사자의 경제적 능력 등   | 부   |
| 판례16 | 서울고등법원<br>1995. 5.11. 선고,<br>94르2633, 2640 판결  | 모가 자녀들을 양육하고 있는 양육상태와 나이, 가정환경, 재산상황, 자녀들에 대한 애정의 정도, 혼인관계파탄경위 등  | 모   |
| 판례17 | 서울고등법원<br>1995. 6.8. 선고,<br>94르2213, 2220 판결   | 부가 유학하는 동안 모 및 모의 친정식구들이 자녀들을 양육하여 온 양육상태와 성별, 나이, 가정환경, 재산상황, 자녀들에 대한 애정의 정도, 혼인관계파탄경위 등                             | 모   |
| 판례18 | 서울고등법원<br>1995. 6.22. 선고,<br>94르2565 판결        | 모에 의하여 양육되어 오고 있으며 앞으로도 계속 원고와 생활하게 되기를 바라고 있는 사실, 이와 같은 자녀의 양육상태와 성별, 나이(14세), 가정환경, 재산상황, 자녀에 대한 애정의 정도, 혼인관계파탄경위 등 | 모   |
| 판례19 | 서울고등법원<br>1995. 11.16. 선고,<br>95르207 판결        | 모가 보호양육하고 있는 자녀의 양육상태, 나이(6세), 가정환경, 자녀에 대한 애정의 정도, 경제력 등   | 모   |
| 판례20 | 서울가정법원<br>1996. 3.29. 선고,<br>95드58781 판결       | 부부의 나이, 직업, 재산정도, 신분관계 및 가정환경, 혼인생활의 과정과 그 파탄경위, 자녀들의 나이와 양육상황, 양육의사 등  | 부   |
| 판례21 | 서울고등법원<br>1996. 4.26. 선고,<br>95드3224 판결        | 부부의 나이, 직업, 재산정도, 신분관계 및 가정환경, 혼인생활의 과정과 그 파탄경위, 자녀들의 나이와 양육상황, 양육의사, 부의 건강상태 등                                       | 모   |
| 판례22 | 서울고등법원<br>1996. 5.14. 선고,<br>95르245 판결         | 모의 양육을 받고 있으며, 자녀(14세) 스스로 원고와 같이 살고 싶다는 의사를 밝히고 있는 사실과 이혼경위 및 귀책사유의 정도, 자녀에 대한 애정의 정도, 생활정도 등                        | 모   |

| 번호   | 사건번호                                     | 지정사유   | 지정자 |
|------|--|--|-----|
| 판례23 | 서울가정법원<br>1996. 5.23. 선고,<br>95드73346 판결 | 자녀가 출생 이후 계속 모의 양육을 받아오고 있는 자녀의 양육 상태, 나이(6세 11개월), 자녀의 애정의 정도, 부의 자녀관계(망 갑녀 사이에서 1남 2녀, 을녀사이에서 1남을 두고 있는 사실) 등                | 모   |
| 판례24 | 인천지방법원<br>1996. 6. 7. 선고,<br>95르69 판결    | 부와 함께 거주하고 있는 자녀들의 양육상태, 나이, 가정환경, 자녀들에 대한 애정의 정도, 경제력, 혼인생활파탄경위 등   | 부   |
| 판례25 | 대구고등법원<br>1996. 7.11. 선고,<br>95르435 판결   | 혼인생활파탄경위와 그 귀책사유, 성격, 자녀의 연령, 성별, 양육 상황, 자녀에 대한 애정의 정도   | 모   |
| 판례26 | 서울가정법원<br>1997. 4. 2. 선고,<br>96드56454 판결 | 부부의 나이, 직업, 재산정도, 신분관계 및 가정환경, 혼인생활의 과정과 그 파탄경위, 자녀의 나이와 양육상황, 양육의사, 특히 모가 자녀를 양육하고 있는 점 등                                     | 모   |
| 판례27 | 서울고등법원<br>1997. 4.10. 선고,<br>96르2835 판결  | 부부의 나이, 직업, 재산정도, 신분관계 및 가정환경, 혼인생활의 과정과 그 파탄경위, 자녀의 나이와 양육상황, 양육의사 등  | 부   |
| 판례28 | 서울고등법원<br>1997. 5.13. 선고,<br>96르3838 판결  | 자녀가 현재 부의 양육을 받고 있는 사실   | 부   |
| 판례29 | 서울고등법원<br>1997. 7. 8. 선고,<br>96르3463 판결  | 혼인파탄경위, 자녀의 연령, 그 동안 미국에 유학한 자녀 등 자녀들을 모가 돌보아온 양육실태, 재산상황 등  | 모   |
| 판례30 | 서울고등법원<br>1997. 9. 4. 선고<br>96르2392 판결   | 부부의 나이, 직업, 재산정도, 신분관계 및 가정환경, 혼인생활의 과정과 그 파탄경위, 자녀의 나이와 양육상황, 양육의사 등  | 모   |
| 판례31 | 서울고등법원<br>1997. 9.30. 선고,<br>96르3678 판결  | 자녀(9세)가 부에 의하여 양육되고 있고, 모는 비록 호적상 어머니이기는 하나 자신의 핏줄이 아니라고 하여 자녀의 양육에 관심이 없으며, 자녀도 부와 함께 생활하기를 원하고 있는 점, 자녀의 입적과정, 부부 각각의 재산상황 등 | 부   |
| 판례32 | 서울가정법원<br>1997.10.24. 선고<br>96드73619 판결  | 혼인파탄경위, 자녀의 연령, 자녀에 대한 애정의 정도, 재산상태 및 모가 현재 자녀를 양육하고 있는 점 등  | 모   |
| 판례33 | 서울고등법원<br>1997.12.11. 선고,<br>96르2576 판결  | 자녀들이 모와 함께 살고 있고, 모가 단독으로 자녀들을 성실히 양육하고 있는 자녀들의 양육상태 및 나이, 혼인의 파탄경위 및 원인, 가정환경 등   | 모   |
| 판례34 | 서울가정법원<br>1998. 2. 26. 선고,<br>97드7305 판결 | 모의 양육을 받고 있는 자녀의 양육상태 및 나이(1세), 가정환경 등   | 모   |

| 번호   | 사건번호                                    | 지정사유   | 지정자 |
|------|---|--|-----|
| 판례35 | 서울고등법원<br>1998. 3.25. 선고,<br>97르3286 판결 | 모가 그 주거지에서 부모와 함께 양육하고 있는 자녀의 현재의 양육상태, 나이(2세), 가족관계 및 가정환경, 자녀에 대한 애정의 정도 등   | 모   |
| 판례36 | 서울고등법원<br>1998. 3.26. 선고,<br>97르1013 판결 | 모의 양육을 받고 있는 자녀들의 양육상태 및 나이(13세, 10세) 가정환경 등, 여러 사정, 특히 자녀들이 모의 양육을 바라고 있는 점   | 모   |
| 판례37 | 서울고등법원<br>1998. 4.3. 선고,<br>97르2472 판결  | 모가 집을 나온 이후 자녀들이 모를 찾아온 1996. 5경부터 모의 양육을 받아온(다만 11세 자녀는 1997. 11.경부터 부의 동생의 보호하에 있는 사정) 자녀들의 양육상태 및 나이(15세, 11세), 가정환경 등  | 모   |
| 판례38 | 서울고등법원<br>1998. 4.24. 선고,<br>97르1846 판결 | 자녀들은 각 9세, 10세의 남아들로 현재까지 모가 키우고 있는 사실, 이혼경위, 자녀들에 대한 애정의 정도, 생활정도 등   | 모   |
| 판례39 | 서울고등법원<br>1998. 5.13. 선고,<br>97르3101 판결 | 자녀가 모와 함께 모의 친정에서 양육되고 있는 사실, 모는 그 명의로 2채의 아파트를 소유하는 등 경제력이 있고, 보육교사양성과정을 이수 중이며 다시 재혼할 의사가 없고 자녀를 양육하면서 홀로 살기를 희망하고 있는 사실, 자녀의 나이(2세) 및 양육과정, 부부 각각의 재산상황, 가정환경 등 | 모   |
| 판례40 | 서울고등법원<br>1998. 5.20. 선고,<br>97르2986 판결 | 부부의 나이, 직업, 재산정도, 신분관계 및 가정환경, 혼인생활의 과정과 그 파탄경위, 자녀들의 나이와 양육상황, 양육의사 등   | 모   |
| 판례41 | 서울고등법원<br>1998. 6.19. 선고,<br>97르2092 판결 | 혼인파탄경위, 자녀들의 출산경위, 그들의 연령(4세)과 성별 및 쌍둥이라는 특수성, 자녀들에 대한 애정의 정도, 재산상태, 별거중의 양육상황 등   | 모   |
| 판례42 | 서울고등법원<br>1998. 7.22. 선고,<br>97르2702 판결 | 부의 행실 및 제반사정 참작  | 모   |
| 판례43 | 서울고등법원<br>1998. 8.12. 선고,<br>97르2733 판결 | 자녀(5세)가 모가 집을 나온 뒤부터 모의 양육을 받고 있는 사실   | 모   |
| 판례44 | 서울고등법원<br>1998. 8.25. 선고,<br>97르3675 판결 | 부부 각각의 나이, 직업, 재산정도, 신분관계 및 가정환경, 혼인생활의 과정과 그 파탄경위, 자녀의 나이(19세)와 양육상황, 양육의사, 특히 모가 자녀를 양육하고 있는 점 등   | 모   |
| 판례45 | 서울고등법원<br>1998.10.14. 선고,<br>97르2597 판결 | 혼인파탄의 경위, 자녀들의 연령, 자녀들에 대한 애정의 정도, 재산상태 및 부가 현재 자녀들을 양육하고 있고 모는 현재 국립서울정신병원에서 입원치료를 받고 있는 점  | 부   |

| 번호   | 사건번호                                    | 지정사유  | 지정자 |
|------|---|---|-----|
| 판례46 | 서울고등법원<br>1998.10.21. 선고,<br>98르17 판결   | 부는 그 성행이 자녀를 양육하기에 적당하지 않은 점, 자녀들의 의사 및 나이, 기타 등  | 모   |
| 판례47 | 제주지방법원<br>1998.11. 5. 선고,<br>97드2994 판결 | 혼인생활과 혼인파탄의 경위, 자녀들의 연령, 성별, 거주상황, 자녀들에 대한 애정의 정도   | 부   |
| 판례48 | 서울고등법원<br>1998.11.20. 선고,<br>97르1990 판결 | 모의 양육을 받고 있는 자녀들의 양육상태 및 나이(9세), 가정환경 등   | 모   |
| 판례49 | 서울고등법원<br>1998.12. 2. 선고,<br>98르1652 판결 | 자녀(10세) 모의 양육을 받고 있는 사실, 여러 가지 사정을 종합   | 모   |
| 판례50 | 서울가정법원<br>1998.12.22. 선고,<br>97ㄴ3389 판결 | 자녀의 성별 및 나이, 자녀의 양육상황, 자녀에 대한 애정의 정도와 현재의 상황(특히 모는 재혼하지 아니한 상태, 부는 재혼하여 재혼한 처와 사이에 2명의 자식을 두고 있고 그들과 공동생활을 하고 있는 점) 등 | 모   |
| 판례51 | 대전고등법원<br>1999. 6.11. 선고,<br>98르297 판결  | 부의 양육을 받고 있는 양육상황, 혼인생활과탄경위와 그 귀책사유, 자녀의 연령(13세 9개월), 각 당사자의 경제적인 능력 기타 제반사정  | 부   |

위 총 51건의 판례에서 나타난 친권행사자의 지정사유를 살펴보면, 첫째 친권행사자의 지정에서 결정적인 요소는 부부가 별거후 현재까지 그 자녀를 누가 양육하고 있는가 하는 ‘자녀의 양육상태’ 라는 점이다. 위 판례중 자녀를 모/부가 양육하고 있다는 양육상태가 분명히 언급된 경우에는 모두 예외 없이 현재 양육하고 있는 모/부가 친권행사자로 지정되었다(판례 1, 2, 4-10, 11, 14, 16-19, 22-24, 26, 28, 29, 31-39, 43-45, 48, 49, 51). 이 뿐 아니라, “부가 혼인파탄에 대한 **유책배우자라 하더라도 자녀들에 대하여는 현재의 상태를 그대로 유지하는 것이 자녀들의 성장과 복지에 더욱 유익하다고 할 것**”이라고 하여 부를 지정한 판례,<sup>123)</sup> “**특히 모가 양육하고 있는 점**”이라고 하여 모를 지정한 판례<sup>124)</sup>를 보더라도 혼인파탄에 대한 유책여부나 다른 고

123) 서울가정법원 1991.8.8. 선고, 90드63288 판결.

려사항에 앞서, ‘자녀의 양육상태’가 친권행사자 지정에서 매우 중요한 요소임을 알 수 있다.

판례가 이처럼 자녀의 양육상황을 가장 크게 고려하는 것은 현재까지의 양육상황을 변화시키는 것은 자녀의 원만한 성장과 복지를 침해할 우려가 있다고 보기 때문이라고 생각되며, 이 점에서 자녀의 양육상태의 계속성이 ‘자녀의 복지’를 판단하는 하나의 기준이 됨을 알 수 있다. 다른 한편으로는 현재 자녀를 양육하고 있다는 것은 자녀를 양육할만한 경제력이 있음을 증명하고 있는 것이라고도 볼 수 있으므로, 재산상황에 대한 어느 정도의 고려도 이미 포함되어 있다고 볼 수 있기도 하다.

둘째, 친권행사자 지정에서 중요하게 고려되는 또하나의 요소는 ‘자녀의 의사’이다. 스스로 자신의 의사를 밝힐 수 있다고 생각되는 연령의 자녀인 경우에는 판례는 그 자녀의 의사를 친권행사자 지정의 고려사항으로 존중하고 있다. 위 판례에서는 9세이상의 자녀가 모 또는 부 중에서 자신이 원하는 친권행사자에 대해 그 의견을 밝힌 경우에, 그 의사를 고려사항으로 언급하고 있으며(판례 7, 9, 10, 18, 22, 31, 36), “**특히** 자녀들이 모의 양육을 바라고 있는 점”이라고 한 판례<sup>125)</sup>도 보인다. 이러한 점에서 자녀의 복지의 또 다른 기준이 ‘자녀의 의사’라는 점도 알 수 있다.

셋째, 개별적 사례에서는 그 사례에서 특징적인 사항, 즉 모/부의 재산상황(판례2, 39), 자녀(판례 4)와 모/부의 건강상태(판례13, 21, 45), 모/부의 가정상황 특히 재혼여부(판례23, 50) 등을 언급하여, 개개의 사례별로는 이러한 사항이 ‘자녀의 복지’를 판단하는데 중요한 고려사항이 되고 있음을 밝히고 있다.

끝으로, 그 밖에 친권행사자 지정에서 판례가 언급하고 있는, 혼인판탄경위나 그 귀책사유, 부부의 나이, 신분관계, 직업이나 자녀의 나이 등은 그다지 중요한 고려요소가 아니며 참고요소 정도로 판단된다고 할 수 있다.

124) 서울가정법원 1997. 4. 2. 선고, 96드56454 판결, 서울고등법원 1998. 8. 25. 선고, 97르3675 판결.

125) 서울고등법원 1998. 3. 26. 선고, 97르1013 판결.

## II. 양육권

판례는 “부모는 그 소생의 자녀를 공동으로 양육할 책임이 있고, 그 양육에 소요되는 비용도 원칙적으로 부모가 공동으로 부담하여야 하는 것이며, 이는 부모중 누가 친권을 행사하는 자이고 또 누가 양육권자이고 현실로 양육하고 있는 자인지 물을 것없이 친자관계의 본질로부터 발생하는 의무라고 할 것이다”<sup>126)</sup>고 함으로써, 자녀양육책임과 양육비 부담이 친자관계로 인한 부모의 공동의무임을 분명히 하였다.

또한, 판례는 부모가 이혼시에 자녀의 양육에 관한 사항을 협정한 때에는 우선적으로 그 협정에 따라야 할 것이고 친권자라고 일방적으로 이를 변경할 수 없다”고 하여, 부부의 협정을 우선하고 이를 인정하고 있으며,<sup>127)</sup> 부부간에 양육에 대해 협의되지 않고 법원이 결정해야 하는 경우에 대하여, “이혼시 자의 양육에 대한 협정이 없어 법원에 그 사항을 정할 것을 청구하는 때에는 친권자가 누구인가에 관계없이 법원은 자의 연령, 부모의 재산상황, 기타 모든 사정을 고려하여 부모 중 누구 한편을 양육자로 지정하거나 또는 쌍방 모두에게 양육사항을 나누어 부담케 할 수 있다고 할 것이고,<sup>128)</sup> 라고 하였다.

따라서, 이혼시 양육자와 양육비지급의무자 사이의 양육의 방법과 정도에 관하여 당사자 사이에 협정이 이루어지면 당사자 사이에 다시 협의에 의하여 이를 변경하거나, 법원의 심판에 의하여 위 협정이 변경, 취소되지 않는 한, 양육비지급의무자는 그 협정에 따른 의무를 이행하여야 하는 것이다.<sup>129)</sup> 예컨대, 이혼시 일방을 양육자로 정하고 상대방이 부양료로서 매월 일정한 금액을 지급하기로 약정한 이상 그 약정의 취지에 따라 청구인들에게 그 부양료를 지급할 의무가 있다.<sup>130)</sup>

126) 대법원 1994. 5. 13 선고, 92스21 판결.

127) 대법원 1985. 2. 26 선고, 84므86 판결.

128) 대법원 1991. 7. 23. 선고, 90므828 판결.

129) 대법원 1992. 3. 31. 선고, 90므651 판결.

이혼의 당사자가 자의 양육에 관한 사항을 협의에 의하여 정하였더라도 필요한 경우 가정법원은 재판상 화해에 의한 경우를 포함하여 당사자의 청구에 의하여 언제든지 그 사항을 변경할 수 있다.<sup>131)</sup> 구체적으로는 법원이 그 협정을 변경, 취소하려면 그럴만한 사정의 변경이 있어야 하는데,<sup>132)</sup> 예컨대 판례는 협의이혼시 미성년 자녀에 대한 양육비 협의가 이루어진 후 제기된 양육비 청구사건에서 “양육비가 협정되었다고 법원은 당사자가 협의하여 정한 사항이 민법 제837조 제2항이 정하는 그 자의 연령, 부모의 재산상황 기타 사정 등 제반사정에 비추어 부당하게 결정되었는지 여부를 살펴 그와 같이 인정되는 경우에는 언제든지 이를 변경할 수 있는 것이다”<sup>133)</sup>고 하여 양육비 변경 청구를 인정하였다.

한편, 협의하지 않은 경우에는 법원에 청구해야 하며 이 때에 양육자지정 청구를 하면서 양육자로 지정되는 경우에 지급받을 양육비의 액수와 그 채무명의를 미리 확정하여 둘 필요가 있는 경우에는 양육자지정청구와 함께 장래의 이행을 청구하는 소로서 양육비 지급청구를 동시에 할 수 있다.<sup>134)</sup>

### 1. 양육자 지정청구자 및 지정자

자녀의 양육사항에 관하여는 부부가 협의로 정하도록 되어 있고, 협의하지 못할 경우에는 법원에서 정하는 것임은 앞서도 설명한 바와 같다. 판례에 나타난 양육자 지정에 대한 청구자 및 지정자는 다음 표와 같다.

130) 서울고등법원 1990. 6. 22. 선고, 89르22 판결.

131) 대법원 1992. 12. 30. 선고, 92스17 판결.

132) 대법원 1992. 3. 31. 선고, 90므651 판결.

133) 대법원 1998. 7. 10 선고, 98스17 판결.

134) 대법원 1988. 5. 10 선고, 88므92, 88므108 판결.

&lt;표 4-3&gt; 양육자 지정에서의 청구자 및 지정양육자

| 번 호  | 사건번호                                     | 청구자 | 양육자           |
|------|--|-----|---------------|
| 판례1  | 대법원 1970.11.30. 선고, 70므28 판결             | 부   | 모             |
| 판례2  | 대법원 1985. 2.26. 선고, 84므86 판결             | 모   | 모             |
| 판례3  | 대법원 1986. 3.11. 선고, 86므2 판결              | 부   | 부             |
| 판례4  | 서울고법 1987. 2.23. 선고, 86르313 판결           | 모   | 모             |
| 판례5  | 서울고법 1987. 4.20. 선고, 97르15 판결            | 모   | 모             |
| 판례6  | 대법원 1988. 5.10. 선고, 88므92, 108 판결        | 모   | 모             |
| 판례7  | 서울가정법원 1988. 9.13. 선고, 87드7320 판결        | 모   | 모             |
| 판례8  | 서울고등법원 1989. 3.13. 선고, 88르1998 판결        | 모   | 모             |
| 판례9  | 대구고등법원 1989. 7. 12. 선고, 88르796 판결        | 모   | 모             |
| 판례10 | 서울가정법원 1990. 5.24. 선고, 89드59530 판결       | 부   | 모             |
| 판례11 | 부산고등법원 1990. 7.20. 선고, 89르549 판결         | 부   | 부             |
| 판례12 | 대법원 1991. 6.25. 선고, 90므699 판결            | 모   | 모             |
| 판례13 | 서울가정법원 1991. 8. 8. 선고, 90드63238 판결       | 모   | 부             |
| 판례14 | 대구고등법원 1991. 8.21. 선고, 91르116 판결         | 모   | 모             |
| 판례15 | 대구고등법원 1992. 3.25. 선고 91르697 판결          | 모   | 모             |
| 판례16 | 서울가정법원 1992. 5. 7. 선고, 91드38420 판결       | 모   | 모             |
| 판례17 | 서울가정법원 1992. 6.26. 선고, 92브38, 39 판결      | 모   | 모             |
| 판례18 | 대구지방법원 1992. 7.16. 선고, 92브6 판결           | 모   | 모             |
| 판례19 | 서울고등법원 1993. 4.16. 선고, 92르1704, 1711 판결  | 부   | 모             |
| 판례20 | 서울가정법원 1993. 7.21. 선고, 92드31853 판결       | 모   | 부             |
| 판례21 | 서울고등법원 1993. 9.24. 선고, 92르2257 판결        | 모   | 모/부<br>(자녀2인) |
| 판례22 | 서울지방법원 1993. 10.14. 선고, 93드47183 판결      | 부   | 부             |
| 판례23 | 서울고등법원 1993. 11.19. 선고, 92르169 판결        | 모   | 모             |
| 판례24 | 대법원 1993.12. 7. 선고, 93므775 판결            | 모   | 부             |
| 판례25 | 서울고등법원 1993.12.14. 선고, 92르886 판결         | 모   | 모             |
| 판례26 | 서울지방법원 1993.12.16. 선고, 93드55511 판결       | 모   | 모             |
| 판례27 | 서울고등법원 1994. 8.19. 선고, 94르1043 판결        | 모   | 부             |
| 판례28 | 서울고등법원 1994. 8.26. 선고, 94르545, 552 판결    | 모   | 모             |
| 판례29 | 서울고등법원 1994. 9.23. 선고 94르927 판결          | 모   | 모             |
| 판례30 | 서울고등법원 1994. 10.28. 선고, 94르1296 판결       | 모   | 부             |
| 판례31 | 서울고등법원 1994. 11.25. 선고, 94르1111, 2374 판결 | 모   | 부             |

| 번 호  | 사건번호                                      | 청구자 | 양육자 |
|------|---|-----|-----|
| 판례32 | 수원지방법원 성남지원 1994. 11.30. 선고, 92드5776 판결   | 모   | 모   |
| 판례33 | 대법원 1994.12. 2. 선고, 94므901, 918 판결        | 모   | 부   |
| 판례34 | 서울가정법원 1994.12.7. 선고, 94르591 판결           | 부   | 부   |
| 판례35 | 서울고등법원 1995. 1.19. 선고, 94르1593 판결         | 모   | 모   |
| 판례36 | 서울고등법원 1995. 4.13. 선고, 94르2510 판결         | 모   | 모   |
| 판례37 | 대구지방법원 1995. 4.20. 선고, 94드4454 판결         | 모   | 부   |
| 판례38 | 서울고등법원 1995. 5.11. 선고, 94르2633, 2640 판결   | 모   | 모   |
| 판례39 | 서울고등법원 1995. 6. 8. 선고, 94르2213, 2220 판결   | 모   | 모   |
| 판례40 | 서울고등법원 1995.6.22. 선고, 94르2565 판결          | 모   | 모   |
| 판례41 | 서울고등법원 1995. 7.20. 선고, 94르2671, 2688 판결   | 모   | 모   |
| 판례42 | 서울고등법원 1995. 11.16. 선고, 95르207 판결         | 모   | 모   |
| 판례43 | 서울가정법원 1996. 4.18. 선고, 95드49107 판결        | 부   | 부   |
| 판례44 | 서울고등법원 1996. 4.26. 선고, 95드3224 판결         | 모   | 모   |
| 판례45 | 서울고등법원 1996. 5.14. 선고, 95르245 판결          | 모   | 모   |
| 판례46 | 서울가정법원 1996. 5.23. 선고, 95드41851, 49817 판결 | 부   | 부   |
| 판례47 | 서울가정법원 1996. 5.23. 선고, 95드73346 판결        | 모   | 모   |
| 판례48 | 인천지방법원 1996. 6. 7. 선고, 95르69 판결           | 부   | 부   |
| 판례49 | 대구고등법원 1996. 7.11. 선고, 95르435 판결          | 부   | 모   |
| 판례50 | 서울가정법원 1996. 8.21. 선고, 96드35501 판결        | 부   | 부   |
| 판례51 | 서울가정법원 1996.11.20. 선고, 96드10076, 78003 판결 | 부   | 부   |
| 판례52 | 서울가법 1997. 4. 2. 선고, 96드56454 판결          | 모   | 모   |
| 판례53 | 서울고등법원 1997. 4.10. 선고, 96르2835 판결         | 부   | 부   |
| 판례54 | 서울고등법원 1997. 5.13. 선고, 96르3838 판결         | 모   | 부   |
| 판례55 | 서울가정법원 1997. 5.22. 선고, 96드74414 판결        | 모   | 모   |
| 판례56 | 부산지법동부 1997. 5.28. 선고, 97르193 판결          | 모   | 모   |
| 판례57 | 서울고등법원 1997. 7. 8. 선고, 96르3463 판결         | 모   | 모   |
| 판례58 | 서울고등법원 1997. 8.20. 선고 96르976 판결           | 부   | 부   |
| 판례59 | 서울고등법원 1997. 9. 4. 선고 96르2392 판결          | 모   | 모   |
| 판례60 | 서울고등법원 1997. 9. 9. 선고 97르294 판결           | 모   | 모   |
| 판례61 | 서울고등법원 1997. 9.26. 선고 96르3869 판결          | 부   | 부   |
| 판례62 | 서울고등법원 1997. 9.30. 선고 96르3678 판결          | 모   | 부   |
| 판례63 | 서울고등법원 1997.10.17. 선고 97르645 판결           | 모   | 부   |

| 번 호  | 사건번호                                    | 청구자 | 양육자 |
|------|---|-----|-----|
| 판례64 | 서울고등법원 1997.10.17. 선고 97르508 판결         | 모   | 부   |
| 판례65 | 서울가정법원 1997.10.24. 선고 96드73619 판결       | 모   | 모   |
| 판례66 | 서울가정법원 1997.12. 3. 선고 97드90, 57171 판결   | 모   | 모   |
| 판례67 | 서울고등법원 1997.12.11. 선고 96르2576 판결        | 모   | 모   |
| 판례68 | 서울가정법원 1998. 1.22. 선고 96드76779,89881 판결 | 모   | 모   |
| 판례69 | 인천지방법원 1998. 2.13. 선고 97드11172 판결       | 부   | 부   |
| 판례70 | 서울가정법원 1998. 2.26. 선고 97드7305 판결        | 모   | 모   |
| 판례71 | 서울고등법원 1998. 3.25. 선고 97르3286 판결        | 모   | 모   |
| 판례72 | 서울고등법원 1998. 3.26. 선고 97르1013 판결        | 모   | 모   |
| 판례73 | 서울고등법원 1998. 4.3. 선고 97르2472 판결         | 모   | 모   |
| 판례74 | 춘천지방법원 강릉지원 1997. 7.22. 선고 96드1427 판결   | 모   | 부   |
| 판례75 | 서울고등법원 1998. 4.24. 선고 97르1846 판결        | 부   | 모   |
| 판례76 | 서울고등법원 1998. 5.13. 선고 97르3101 판결        | 모   | 모   |
| 판례77 | 서울고등법원 1998. 5.20. 선고 97르2986 판결        | 모   | 모   |
| 판례78 | 서울가법 1998. 6.17. 선고 97ㄴ-1942-1945 판결    | 모   | 부   |
| 판례79 | 서울고등법원 1998. 6.19. 선고 97르2092 판결        | 모   | 모   |
| 판례80 | 서울고등법원 1998. 7.22. 선고 98르1430 판결        | 부   | 모   |
| 판례81 | 서울고등법원 1998. 7.22. 선고 97르2702 판결        | 모   | 모   |
| 판례82 | 서울고등법원 1998. 8.12. 선고 97르2733 판결        | 모   | 모   |
| 판례83 | 서울고등법원 1998. 8.25. 선고 97르3675 판결        | 모   | 모   |
| 판례84 | 서울고등법원 1998.10.14. 선고 97르2597 판결        | 부   | 부   |
| 판례85 | 서울고등법원 1998.10.21. 선고 98르17 판결          | 모   | 모   |
| 판례86 | 서울고등법원 1998.10.28. 선고 98르642 판결         | 모   | 모   |
| 판례87 | 제주지방법원 1998.11. 5. 선고 97드2994 판결        | 모   | 부   |
| 판례88 | 서울고등법원 1998.11.11. 선고 98르581 판결         | 모   | 모   |
| 판례89 | 서울고등법원 1998.11.20. 선고 97르1990 판결        | 모   | 모   |
| 판례90 | 서울고등법원 1998.12.2. 선고 8르1652 판결          | 모   | 모   |
| 판례91 | 서울고등법원 1998.12.9. 선고 97르3545 판결         | 모   | 모   |
| 판례92 | 서울고등법원 1998.12.18. 선고 98르2563 판결        | 모   | 부   |
| 판례93 | 서울가정법원 1998.12.22. 선고 97ㄴ-3389 판결       | 모   | 모   |
| 판례94 | 서울고등법원 1998.12.29. 선고 98르2716 판결        | 모   | 모   |
| 판례95 | 대전고등법원 1999. 6.11. 선고 98르297 판결         | 모   | 부   |

양육자 지정 청구권자와 지정양육자에 대한 검토대상이 된 판례는 위 총 95건이다. 이 판례를 보면, 양육자의 지정을 청구하는 재판은 1990년 이전에는 드물고, 1990년 이후 증가하고 있다. 이는 이혼의 증가와 관계가 있다고 생각된다.

우선, 양육자 지정청구자를 살펴보면, 전체적으로 청구자가 모인 여성인 경우가 75건(79.1%), 부인 경우가 20건(21.1%)으로, 여성이 거의 80%에 이르고 있어, 양육자 지정청구에 있어서 모인 여성이 훨씬 많다. 그러나, 이를 연도별로 보았을 때에 부의 경우에는 1970년대와 1980년대까지는 청구가 1건 정도였던 것에 견주어, 1990년대 이후에는 18건으로 늘어나면서, 아버지가 자녀를 양육하려고 하는 경우가 증가하고 있음을 보여준다.

다음으로, 청구결과 지정된 양육자를 살펴보면, 전체적으로 모인 여성인 경우가 63건(66.3%), 부인 경우가 31건(32.6%), 2명의 자녀에 대해서 부와 모가 각 자녀 1명의 양육자로 각각 지정된 경우가 1건으로, 양육자로도 역시 모가 많이 지정되고 있음을 보여준다. 부의 경우에 1990년까지 양육자로 지정받은 것이 총 11건중 2건(18.2%)임에 견주어, 1991년부터 1995년까지에는 총 31건중 11건(35.5%), 1996년이후 총 61건중 18건(29.50%)으로, 지정되는 건수는 신청건수에 따라 증가하고 있고, 그 비율면에서 보아도 1990년대 초반 이후 증가하다 1990년대 말에 들어서서는 다시 감소하는 추세이다.

또한, 위의 청구자와 지정자의 결과를 보면, 청구자인 모/부가 그대로 양육자로 지정되지 않음을 알 수 있다. 즉, 위 판례를 살펴보면, 총 96건(부/모 각각 지정 1건을 2건으로 산정)의 판례중 청구권자와 지정자가 동일한 경우가 72건(75.0%)이고, 청구자와 지정자가 다르게 판시된 경우가 24건(25.0%)이다. 이중 청구자인 모가 그대로 양육자로 지정된 경우는 58건(61.1%), 청구자인 부가 그대로 양육자로 지정된 경우는 14건(14.8%)이다. 청구자가 그대로 양육자로 지정된 경우가 75%에 이르는 판례의 결과는 청구자가 양육자로 지정될 확률이 높음을 보여준다. 또한, 청구자와 양육자가 다르게 판시된 총 24건의 경우를 구체적으로 보면, 어머니가 청구자임에도 피청구인인 아버지를 지정한 경우가 18건(75.0%)이고, 아버지가 청구자임에도 어머니를 지정한 경

우는 6건(25.0%)으로, 아버지가 청구자인 경우에는 아버지가 양육자로 지정될 확률이 높고, 모인 여성으로 변경되기 어렵다는 것을 알 수 있다.

이상의 판례분석을 통해, 첫째 양육자의 지정 청구자는 모인 여성이 대부분이며, 둘째 여성이 청구자의 다수를 차지하므로 여성들이 대부분 양육자로 지정되는 경우가 많지만, 셋째 부가 청구자인 경우에는 양육자로 모를 지정할 확률이 낮고 부가 양육자로 지정된다.

## 2. 양육자 지정에서의 판단기준 및 고려사항

판례는 부부간에 양육에 대해 협의되지 않고 가정법원이 결정해야 하는 경우에 대하여, “이혼시 자의 양육에 대한 협정이 없어 법원에 그 사항을 정할 것을 청구하는 때에는 친권자가 누구인가에 관계없이 법원은 자의 연령, 부모의 재산상황, 기타 모든 사정을 고려하여 부모 중 누구 한편을 양육자로 지정하거나 또는 쌍방 모두에게 양육사항을 나누어 부담케 할 수 있다고 할 것이고, 이 때에 제일 우선적으로 고려되어야 할 사항은 부모의 권리 아닌, 자의 복지이므로”<sup>135)</sup> 라고 하여, ‘자녀의 복지’가 양육자 지정의 기준임을 명백히 하였다.

자녀의 복지를 위해 양육자를 지정하는 경우에 판례의 지정사유에서 예시하고 있는 고려사항은 구체적으로 다음 표와 같다.

<표 4-4> 양육자 지정에서의 고려사항

| 번호  | 사건번호                         | 지정사유   | 지정자 |
|-----|------------------------------|--|-----|
| 판례1 | 대법원 1970.11.30. 선고, 70므28 판결 | 협력이혼시 부는 자녀를 돌보지 않던 상태에서 그 양육을 모에게 맡기고, 모는 자녀출산후부터 자기 힘으로 그의 양육을 위하여 전심전력 노력, 이혼후에도 그의 장래를 위하여 재혼도 하지 않고 노력한 결과 상당한 수입으로 생계를 유지하기에 넉넉해짐, 부는 재혼, 생계유지면에서도 모와 같지 못함. | 모   |
| 판례2 | 대법원 1985. 2.26. 선고, 84므86 판결 | 협력이혼당시 자의 양육자로서 모를 지정, 자녀 연령(5세), 부는 재혼.   | 모   |

135) 대법원 1991. 7. 23. 선고, 90므828 판결.

| 번호   | 사건번호                               | 지정사유  | 지정자 |
|------|------------------------------------|---|-----|
| 판례3  | 대법원 1986. 3.11. 선고, 86므2 판결        | 자를 부의 가정에서 보호, 교양, 양육하는 것보다 모가 보호, 교양, 양육하는 것이 합리적이라고 보아야 할 특별한 사정이 없음.   | 부   |
| 판례4  | 서울고등법원 1987. 2.23. 선고, 86르313 판결   | 자녀가 8세가 채 안됨, 줄곧 모의 보호를 받으며 모의 주소지근처 초등학교에 취학중인 사실, 모는 출산이 불가능하고 자녀에게 남다른 애정을 쏟을 뿐더러, 취업하여 상당한 급료를 받고 있는 등 양육에 충분한 경제적 능력이 있는 사실, 부가 모보다 애정이 있다고 보이지 않고, 부는 직장에 출근하는 관계로 자녀는 동거중인 조부모에게 맡기는 수 밖에 없는 사실. | 모   |
| 판례5  | 서울고등법원 1987. 4.20. 선고, 97르15 판결    | 부의 주색에 탐닉한 무절제와 낭비 등 인격파탄적인 생활로 인한 혼인파탄사정   | 모   |
| 판례6  | 서울가정법원 1988. 9.13. 선고, 87드7320 판결  | 이혼경위, 이혼시 모가 자녀들을 양육하기로 합의한 사실, 모의 학력, 자녀들에 대한 애정이 깊이, 유아때부터 지금까지 예·체능 특별교육까지 시키면서 타에 손색없이 양육하고 있는 점  | 모   |
| 판례7  | 서울고등법원 1989. 3.13. 선고, 88르1998 판결  | 부는 농아자로서 교육을 제대로 받지 못하여 자녀를 양육할 능력이 없는 점, 자녀의 출산시에도 병원비의 지급 거절, 그의 자식이 아니라고 주장하면서 인지하기를 거부한 점, 자녀는 지금까지 청구인이 양육해왔을 뿐 아니라 나이가 이제 겨우 3세남짓한 어린 아이로서 앞으로도 계속하여 어머니의 따뜻한 사랑과 보살핌이 요구되는 점 등                   | 모   |
| 판례8  | 대구고등법원 1989. 7.12. 선고, 88르796 판결   | 모가 계속 자녀들을 양육하여 온데다가 모가 계속하여 그들을 보호 교양하고자 하는 의욕을 보이고 있으며 자녀들도 후처 및 그 소생의 아들과 함께 사는 부보다 모 함께 생활하기를 바라고 있는 점, 자녀들의 연령, 자녀들에 대한 애정의 강도 등   | 모   |
| 판례9  | 서울가정법원 1990. 5.24. 선고, 89드59530 판결 | 자녀가 만3세가 되지 않은 유아인 관계로 아버지 보다는 어머니의 보호, 양육이 더 필요한 사실, 모는 한국에 친정부모가 모두 생존해 있으며, 모뿐만 아니라 그 친정부모도 양육할 뜻을 가지고 있는 사실, 부부의 생활태도와 성향 등.  | 모   |
| 판례10 | 부산고등법원 1990. 7.20. 선고, 89르549 판결   | 부를 친권자(구민법 제909조 제5항) 및 양육자(구민법 제837조 제1항)로 하는 법규정 등을 참작, 자녀들에 대해 모를 양육자로 지정하는 것이 그들의 복지를 위해 더 낫다는 점을 인정할 자료가 없음.   | 부   |
| 판례11 | 대법원 1991. 6.25. 선고, 90므699 판결      | 양육자에 대한 협정이 이미 있음.  | 모   |
| 판례12 | 서울가정법원 1991. 8. 8. 선고, 90드63238 판결 | 자녀들이 부나 부의 어머니에 의하여 양육되어 왔고, 현재도 동인들의 일상생활은 주로 아버지의 주도하에 이루어지고 있는 자녀의 양육상태, 자녀들의 의사, 부부의 가정환경, 자녀들에 대한 애정의 정도, 경제력 기타 제반사정  | 부   |

| 번호   | 사건번호                                      | 지정사유   | 지정자 |
|------|---|--|-----|
| 판례13 | 대구고등법원<br>1991. 8.21. 선고,<br>91르116 판결    | 자녀들은 이미 다른 여자와 재혼한 피청구인에게 돌아가기를 싫어하여 모가 계속 양육하고 있는 사실, 부/모의 자녀들에 대한 관심의 정도, 자녀들의 의사, 현재의 양육상황, 당사자들의 재혼 여부 등.  | 모   |
| 판례14 | 대구고등법원<br>1992. 3.25. 선고,<br>91르697 판결    | 부는 자주 외박을 하고 다른 여자와 부정행위를 하여 오면서 자녀의 양육에 관하여 전혀 무관심하였던 점, 모는 자녀를 양육할 의사가 있고, 자녀들이 아직 16세, 13세의 어린 학생으로서 어머니인 원고의 보호와 양육을 받는 것이 그들의 정상적인 성장에 도움이 되리라 생각되고, 그들도 원고와 같이 생활하기를 바라는 점 등   | 모   |
| 판례15 | 서울가정법원<br>1992. 5. 7. 선고,<br>91드38420 판결  | 모가 미합중국에 있는 친정에서 양육하고 있는 사실, 모는 현재 위 자녀의 양육을 위하여 달리 취업을 할 수 없으나 친정아버지의 사후 상당한 재산을 상속받은 사실, 혼인생활파탄경위, 쌍방의 귀책사유 및 자녀의 연령(만1세), 부부의 가정환경, 생활태도와 성향, 자녀에 대한 애정의 정도, 경제력 기타 제반사정  | 모   |
| 판례16 | 서울가정법원<br>1992. 6.26. 선고,<br>92브38,39 판결  | 양육자가 매월 주기적으로 변경되는 내용의 재판상 화해상 양육조항은 양육문제를 둘러싼 또다른 분쟁이 야기될 소지가 많은 점, 이러한 양육조항을 강제하는 것은 자녀의 원만한 성장과 복지에도 지장을 초래하게 될 것이라는 점, 부/모의 연령, 양육상황 등   | 모   |
| 판례17 | 대구지방법원<br>1992. 7.16. 선고,<br>92브6 판결      | 자녀는 현재 5세정도밖에 되지 않는 어린아이로서 어머니의 따뜻한 애정과 배려가 그의 정신적, 육체적 발달에 무엇보다 필요할 때라는 점, 모가 직장에 있는 동안에는 대신 돌보아 줄 외할머니가 있는 점, 무엇보다도 출생한 이후 현재까지 모가 양육하여 왔기 때문에 자녀에 대한 애정 역시 상대방보다는 모가 훨씬 강한 점, 자녀의 입장에서 보더라도 상대방이 새로이 양육자가 되면 심한 충격을 받을 것으로 예상되는 점, 자녀의 원만한 성장과 인격형성 및 육체적, 정신적 건강 등 | 모   |
| 판례18 | 서울가정법원<br>1993. 7.21. 선고,<br>92드31853 판결  | 경제능력과 사건본인들의 성별, 연령, 양육의사, 현재의 양육상황 특히 자녀중 하나가 어릴 때 뇌성마비를 앓아 그 후유증으로 현재 하지가 불편한 지체장애자이고 미국에 할머니 및 고모들이 거주하고 있어 신병치료에 도움이 될 것으로 예상되는 점 등  | 부   |
| 판례19 | 서울지방법원<br>1993. 10.14. 선고,<br>93드47183 판결 | 혼인생활과 혼인파탄경위, 자녀들의 연령 및 부가 계속하여 사건본인들을 양육하여 온 점 등  | 부   |
| 판례20 | 서울고등법원<br>1993.11.19. 선고,<br>92르169 판결    | 현재까지 모가 양육하고 있는 자녀들의 양육상태와 나이, 가정환경, 재산상황, 사건본인들에 대한 애정의 정도, 혼인관계파탄경위 등  | 모   |

| 번호   | 사건번호   | 지정사유  | 지정자 |
|------|--|---|-----|
| 판례21 | 서울고등법원<br>1993.12.14. 선고,<br>92르886 판결         | 현재까지 모가 양육하면서 같이 살고 있고, 앞으로도 모와 같이 살기를 원하고 있는 사실, 자녀의 의사(자녀 17세)와 양육상태, 나이, 가정환경, 자녀에 대한 애정의 정도, 경제력 등                        | 모   |
| 판례22 | 서울지방법원<br>1993.12.16. 선고,<br>93드55511 판결       | 혼인생활과 혼인파탄경위, 자녀들의 연령 및 부가 입원 후 모가 계속하여 자녀들을 양육하여 온 점 등   | 모   |
| 판례23 | 서울고등법원<br>1994. 8.19. 선고,<br>94르1043 판결        | 자녀들의 양육상태 및 그 경위, 나이(5세, 2세) 어린 자매들이 부모인 각각에게 나뉘어 따로 양육되는 것은 그들의 정서나 심리에 미치는 영향이 지대할 것이라는 점, 부/모의 가정환경, 자녀들에 대한 애정의 정도, 경제력 등 | 부   |
| 판례24 | 서울고등법원<br>1994. 8.26. 선고,<br>94르545, 552 판결    | 모가 현재 양육하면서 서울 소재 국민학교에 취학시키고 있으며, 자녀도 어머니와 같이 살기를 원하는 사정, 재산상태, 자녀의 성별, 연령(10세), 가족관계 등                                      | 모   |
| 판례25 | 서울고등법원<br>1994. 9.23. 선고,<br>94르927 판결         | 자녀는 감수성이 예민한 13세의 중학교 1학년 여학생으로서 계속하여 모가 양육하여 왔고, 또한 본인도 어머니인 모와 같이 살기를 바라는 사실, 자녀의 양육상태, 성별, 나이, 의사 등과 자녀에 대한 애정의 정도 등       | 모   |
| 판례26 | 서울고등법원<br>1994.10.28. 선고,<br>94르1296 판결        | 혼인생활파탄이후 부는 그의 어머니 등의 도움을 받아 자녀들을 잘 양육하면서 교육하고 있는 양육상태, 재산상태, 자녀들의 나이, 가정환경, 자녀들에 대한 애정의 정도 등                                 | 부   |
| 판례27 | 서울고등법원<br>1994. 11.25. 선고,<br>94르1111, 2374 판결 | 자녀를 부와 부의 부모들이 양육하여 오고 있는 양육상태와, 재산상태, 자녀들의 나이, 가정환경, 자녀에 대한 애정의 정도 등   | 부   |
| 판례28 | 대법원 1994.12. 2.<br>선고, 94르901, 918<br>판결       | 자녀의 원만한 성장과 복지를 위하여 바람직함.   | 부   |
| 판례29 | 서울가정법원<br>1994.12. 7. 선고,<br>94르591 판결         | 혼인생활과 그 파탄경위, 정서적·경제적 생활여건, 자녀에 대한 애정정도와 현재까지의 양육과정, 불안성신경증 등으로 모가 정신적으로 불안정한 상태에 있는 점 등.                                     | 부   |
| 판례30 | 서울고등법원<br>1995. 4.13. 선고,<br>94르2510 판결        | 현재까지 모가 양육하고 양육상태와 자녀의 나이(12세), 가정환경, 재산상황, 자녀에 대한 애정의 정도, 혼인관계파탄경위 등.  | 모   |
| 판례31 | 대구지방법원<br>1995. 4.20. 선고,<br>94드4454 판결        | 혼인생활파탄경위, 귀책사유 및 자녀들의 연령, 양육상황, 자녀들에 대한 애정의 정도, 각 당사자의 경제적 능력 등   | 부   |
| 판례32 | 서울고등법원<br>1995. 5.11. 선고,<br>94르2633, 2640 판결  | 모가 자녀들을 양육하고 있는 양육상태와 나이, 가정환경, 재산상황, 자녀들에 대한 애정의 정도, 혼인관계파탄경위 등  | 모   |

| 번호   | 사건번호   | 지정사유  | 지정자 |
|------|--|---|-----|
| 판례33 | 서울고등법원<br>1995. 6.8. 선고,<br>94르2213, 2220 판결 | 부가 유학하는 동안 모 및 모의 친정식구들이 자녀들을 양육하여 온 양육상태와 성별, 나이, 가정환경, 원고와 피고의 재산상황, 자녀들에 대한 애정의 정도, 혼인관계파탄경위 등                               | 모   |
| 판례34 | 서울고등법원<br>1995. 6.22. 선고,<br>94르2565 판결      | 모가 양육하고 있으며 앞으로도 계속 원고와 생활하게 되기를 바라고 있는 사실, 이와 같은 자녀의 양육상태와 성별, 나이(14세), 가정환경, 재산상황, 자녀에 대한 애정의 정도, 혼인관계파탄경위 등                  | 모   |
| 판례35 | 서울고등법원<br>1995. 7.20. 선고,<br>94르2688 판결      | 자녀는 현재 3세 남짓으로서 부와 그의 어머니에 의해 양육되고 있는 사실, 혼인생활 및 그 파탄의 경위, 자녀의 나이, 자녀에 대한 애정의 정도 및 꾸준하고 헌신적인 양육가능성, 각 당사자의 경제적 능력, 기타 제반 사정을 참작 | 모   |
| 판례36 | 서울고등법원<br>1995. 11.16. 선고,<br>95르207 판결      | 모가 보호양육하고 있는 자녀의 양육상태, 나이(6세), 가정환경, 자녀에 대한 애정의 정도, 경제력 등   | 모   |
| 판례37 | 서울고등법원<br>1996. 4.26. 선고,<br>95드3224 판결      | 부부의 나이, 직업, 재산정도, 신분관계 및 가정환경, 혼인생활이 과정과 그 파탄경위, 자녀들의 나이와 양육상황, 양육의사, 피고의 건강상태 등  | 모   |
| 판례38 | 서울고등법원<br>1996. 5.14. 선고,<br>95르245 판결       | 모의 양육을 받고 있으며, 자녀(14세) 스스로 원고와 같이 살고 싶다는 의사를 밝히고 있는 사실과 이혼경위 및 귀책사유의 정도, 자녀에 대한 애정의 정도, 생활정도 등                                  | 모   |
| 판례39 | 서울가정법원<br>1996. 5.23. 선고,<br>95드73346 판결     | 자녀가 출생 이후 계속 모의 양육을 받아오고 있는 자녀의 양육상태, 나이(6세 11개월), 자녀의 애정의 정도, 피고의 자녀관계(망갑녀 사이에서 1남 2녀, 을녀사이에서 1남을 두고 있는 사실) 등                  | 모   |
| 판례40 | 인천지방법원<br>1996. 6. 7. 선고,<br>95르69 판결        | 부와 함께 거주하고 있는 자녀들의 양육상태, 나이, 가정환경, 원고와 피고의 자녀들에 대한 애정의 정도, 경제력, 원고와 피고의 혼인생활이 파탄에 이르게 된 경위 등                                    | 부   |
| 판례41 | 대구고등법원<br>1996. 7.11. 선고,<br>95르435 판결       | 혼인생활파탄경위와 그 귀책사유, 성격, 자녀의 연령, 성별, 양육상황, 자녀에 대한 애정의 정도   | 모   |
| 판례42 | 서울가정법원<br>1996. 8.21. 선고,<br>96드35501 판결     | 혼인생활과 파탄경위, 자녀들의 연령 및 부가 자녀를 양육하고 있는 점.   | 부   |
| 판례43 | 서울가정법원<br>1997. 4. 2. 선고,<br>96드56454 판결     | 부부의 나이, 직업, 재산정도, 신분관계 및 가정환경, 혼인생활의 과정과 그 파탄경위, 자녀의 나이와 양육상황, 양육의사, 특히 모가 자녀를 양육하고 있는 점 등                                      | 모   |

| 번호   | 사건번호   | 지정사유   | 지정자 |
|------|--|--|-----|
| 판례44 | 서울고등법원<br>1997. 4.10. 선고,<br>96르2835 판결      | 부부의 나이, 직업, 재산정도, 신분관계 및 가정환경, 혼인생활의 과정과 그 파탄경위, 자녀의 나이와 양육상황, 양육의사 등  | 부   |
| 판례45 | 서울고등법원<br>1997. 5.13. 선고,<br>96르3838 판결      | 자녀가 현재 부의 양육을 받고 있는 사실   | 부   |
| 판례46 | 부산지방법원 동부<br>지원 1997. 5.28.<br>선고, 97르193 판결 | 현재 자녀들을 모가 양육하고 있는 사실, 혼인파탄의 경위, 가정 환경, 건강상태, 자녀들에 대한 애정의 정도, 자녀들의 연령 등  | 모   |
| 판례47 | 서울고등법원<br>1997. 7. 8. 선고,<br>96르3463 판결      | 혼인파탄경위, 자녀의 연령, 그 동안 미국에 유학한 자녀 등 자녀 들을 모가 돌보아온 양육실태, 재산상황 등   | 모   |
| 판례48 | 서울고등법원<br>1997. 9. 4. 선고<br>96르2392 판결       | 부부의 나이, 직업, 재산정도, 신분관계 및 가정환경, 혼인생활의 과정과 그 파탄경위, 자녀의 나이와 양육상황, 양육의사 등  | 모   |
| 판례49 | 서울고등법원<br>1997. 9.30. 선고,<br>96르3678 판결      | 자녀(9세)가 부에 의하여 양육되고 있고, 모는 비록 호적상 어머니 이기는 하나 자신의 핏줄이 아니라고 하여 자녀의 양육에 관심이 없으며, 자녀도 부와 함께 생활하기를 원하고 있는 점, 자녀의 입적과정, 원고와 피고의 재산상황 등 | 부   |
| 판례50 | 서울고등법원<br>1997.10.17. 선고,<br>97르508 판결       | 부가 현재까지 자녀들을 양육하여 온 사실, 자녀들은 부와 같이 생활하면서 집이나 학교에서 잘 적응하고 있는 사실 등   | 부   |
| 판례51 | 서울가정법원<br>1997.10.24. 선고<br>96드73619 판결      | 혼인파탄경위, 자녀의 연령, 자녀에 대한 애정의 정도, 재산상태 및 모가 현재 자녀를 양육하고 있는 점 등  | 모   |
| 판례52 | 서울고등법원<br>1997.12.11. 선고,<br>96르2576 판결      | 자녀들이 모와 함께 살고 있고, 모가 단독으로 자녀들을 성실히 양육하고 있는 자녀들의 양육상태 및 나이, 혼인의 파탄경위 및 원인, 가정환경 등   | 모   |
| 판례53 | 서울가정법원<br>1998. 2. 26. 선고,<br>97드7305 판결     | 모의 양육을 받고 있는 자녀의 양육상태 및 나이(1세), 가정환경 등   | 모   |
| 판례54 | 서울고등법원<br>1998. 3.25. 선고,<br>97르3286 판결      | 모가 그 주거지에서 부모와 함께 양육하고 있는 자녀의 현재의 양육상태, 나이(2세), 가족관계 및 가정환경, 자녀에 대한 애정의 정도 등   | 모   |
| 판례55 | 서울고등법원<br>1998. 3.26. 선고,<br>97르1013 판결      | 모의 양육을 받고 있는 자녀들의 양육상태 및 나이(13세, 10세) 가정환경 등, 여러 사정, 특히 자녀들이 모의 양육을 바라고 있는 점   | 모   |

| 번호   | 사건번호                                      | 지정사유   | 지정자 |
|------|---|--|-----|
| 판례56 | 서울고등법원<br>1998. 4.3. 선고,<br>97르2472 판결    | 모가 집을 나온 이후 자녀들이 모를 찾아온 때부터 모의 양육을 받아왔다는 자녀들의 양육상태 및 나이(15세, 11세), 가정환경 등  | 모   |
| 판례57 | 서울고등법원<br>1998. 4.24. 선고,<br>97르1846 판결   | 자녀들은 각 9세, 10세의 남아들로 현재까지 모가 키우고 있는 사실, 이혼경위, 자녀들에 대한 애정의 정도, 생활정도 등   | 모   |
| 판례58 | 서울고등법원<br>1998. 5.13. 선고,<br>97르3101 판결   | 자녀가 모와 함께 모의 친정에서 양육되고 있는 사실, 모는 그 명의로 2채의 아파트를 소유하는 등 경제력이 있고, 보육교사양성과정을 이수 중이며 다시 재혼할 의사가 없고 자녀를 양육하면서 홀로 살기를 희망하고 있는 사실, 자녀의 나이(2세) 및 양육과정, 원피고의 재산상황, 가정환경 등 | 모   |
| 판례59 | 서울고등법원<br>1998. 5.20. 선고,<br>97르2986 판결   | 부부의 나이, 직업, 재산정도, 신분관계 및 가정환경, 혼인생활의 과정과 그 파탄경위, 자녀들의 나이와 양육상황, 양육의사 등   | 모   |
| 판례60 | 서울가정법원<br>1998. 6.17. 선고,<br>97느1942-1945 | 자녀는 현재 13세 6개월/11세4개월 정도된 미성년자로서 부/모의 양육을 받고 있는 사실, 상대방과 협의이혼당시 친권행사자로 부/모를 지정한 사실, 자녀의 양육상태 및 나이, 가정환경 등  | 부/모 |
| 판례61 | 서울고등법원<br>1998. 6.19. 선고,<br>97르2092 판결   | 혼인파탄경위, 자녀들의 출산경위, 자녀의 연령(4세)과 성별 및 쌍둥이라는 특수성, 자녀들에 대한 애정의 정도, 재산상태, 별거중의 양육상황 등   | 모   |
| 판례62 | 서울고등법원<br>1998. 7.22. 선고,<br>97르2702 판결   | 부의 행실 및 제반사정 참작  | 모   |
| 판례63 | 서울고등법원<br>1998. 8.12. 선고,<br>97르2733 판결   | 자녀(5세)가 모가 집을 나온 뒤부터 모의 양육을 받고 있는 사실   | 모   |
| 판례64 | 서울고등법원<br>1998. 8.25. 선고,<br>97르3675 판결   | 부부의 나이, 직업, 재산정도, 신분관계 및 가정환경, 혼인생활의 과정과 그 파탄경위, 자녀의 나이(19세)와 양육상황, 양육의사, 특히 모가 자녀를 양육하고 있는 점 등  | 모   |
| 판례65 | 서울고등법원<br>1998.10.14. 선고,<br>97르2597 판결   | 혼인파탄의 경위, 자녀들의 연령, 자녀들에 대한 애정의 정도, 재산상태 및 부가 현재 자녀들을 양육하고 있고 모는 현재 국립서울정신병원에서 입원치료를 받고 있는 점  | 부   |
| 판례66 | 서울고등법원<br>1998.10.21. 선고,<br>98르17 판결     | 부는 그 성행이 자녀를 양육하기에 적당하지 않은 점, 자녀들의 의사 및 나이, 기타 등   | 모   |
| 판례67 | 제주지방법원<br>1998.11. 5. 선고,<br>97드2994 판결   | 혼인생활과 혼인파탄의 경위, 자녀들의 연령, 성별, 거주상황, 자녀들에 대한 애정의 정도  | 부   |

| 번호   | 사건번호                                    | 지정사유  | 지정자 |
|------|---|---|-----|
| 판례68 | 서울고등법원<br>1998.11.20. 선고,<br>97르1990 판결 | 모의 양육을 받고 있는 자녀들의 양육상태 및 나이(9세), 가정환경 등   | 모   |
| 판례69 | 서울고등법원<br>1998.12. 2. 선고,<br>98르1652 판결 | 자녀(10세) 모의 양육을 받고 있는 사실, 여러 가지 사정을 종합   | 모   |
| 판례70 | 서울가정법원<br>1998.12.22. 선고,<br>97ㄴ3389 판결 | 자녀의 성별 및 나이, 자녀의 양육상황, 자녀에 대한 애정의 정도와 현재의 상황(특히 모는 재혼하지 아니한 상태, 부는 재혼하여 재혼한 처와 사이에 2명의 자식을 두고 있고 그들과 공동생활을 하고 있는 점) 등 | 모   |
| 판례71 | 대전고등법원<br>1999. 6.11. 선고,<br>98르297 판결  | 부의 양육을 받고 있는 양육상황, 혼인생활과탄경위와 그 귀책사유, 자녀의 연령(13세 9개월), 각 당사자의 경제적인 능력 기타 제반사정  | 부   |

판례를 살펴보면, 양육자 지정에서 그 판단기준으로 제시한 것으로서 1980년대에 나타난 ‘합리성’이 있다. 판례는 “부모가 이혼하면서 자의 양육에 관한 사항을 협정하지 아니한 경우 그 자를 부의 가정에서 보호, 교양, 양육하는 것보다 모가 보호, 교양, 양육하는 것이 합리적으로 보아야 할 특별한 사정이 없는 한,”<sup>136)</sup> “이혼당사자간에 그 자의 양육에 관한 사항을 협정하지 아니한 때에는 그 자의 양육을 부에게 맡기는 것보다는 생모에게 맡겨 그와 같이 거주하며 그의 보호와 교육을 받고 자라게 하는 것이 합리적이라고 인정할 때에는,”<sup>137)</sup> “계속하여 생모인 청구인과 같이 거주하며 그의 양육을 받게 하는 것이 합리적이라 할 것이고”<sup>138)</sup> 고 하여 ‘합리성’을 양육자 지정에서의 판단기준으로 들고 있다.

이 합리성의 기준은 1980년 중반까지 양육자 지정의 판단기준으로서 판례에서 등장하고 있으나, 1980년대 후반 이후에는 판례는 ‘합리성’ 보다는 ‘자녀의 육체적, 정신적 정상적인 성장을 포함한 자녀의 복지, 행복’을 판단기준으

136) 대법원 1986. 3. 11. 선고, 86므2 판결.

137) 대법원 1970. 11. 30. 선고, 70므28 판결.

138) 대법원 1985. 2. 26. 선고, 84므86 판결.

로 삼고 있다. 그리고, 그 고려사항으로서 혼인 및 이혼경위, 재혼여부, 부부의 양육에 대한 합의사실, 양육상황, 양육의사, 가족관계, 부부의 학력, 경제력, 자녀에 대한 애정의 깊이, 자녀의 의사나 나이 등을 구체적으로 열거하고 있다. 자녀의 복지를 위한 양육자 지정에서의 고려사항은 친권행사자의 고려사항과 별 차이 없으며, 1991년 이후 친권행사자와 양육자 지정을 동시에 청구하는 사례가 증가하면서 더욱 그 차이가 없어지고 있다.<sup>139)</sup>

따라서, 양육자 지정에서도 결정적 요소는 ‘자녀에 대한 현재까지의 양육 상황’이다. 판례는 양육자를 변경하는 것은 자녀에게 심한 충격을 줄 것이라고 하여,<sup>140)</sup> 현재의 양육상태를 그대로 유지하고 하는 태도<sup>141)</sup>를 보이고 있다. 그러나, 현재의 양육상황외에 다른 사항들을 고려하여 자녀가 유아이고 모와의 별거기간이 그다지 오래지 않아 생활환경의 변화에 적응하기가 그다지 어렵지는 않다고 보여진다는 이유로 양육자로 현재 양육하지 않는 부모의 일방을 지정한 경우<sup>142)</sup>도 있다

또한, 양육자 지정에서는 자녀가 유아인 경우에는 어머니의 사랑과 보살핌이 필요함(판례4, 7, 9, 17 등)을 이유로 하여 모인 여성이 양육자로 지정되는 경우가 많다.

양육자 지정에서 일반적으로 부모의 재산상태가 주된 고려사항이 될 것으로 예측할 수 있는 데, 판례에서는 재산상황보다는 양육상황, 양육의사, 자녀에 대한 애정의 정도, 자녀의 의사 등이 보다 중시된다. 예컨대, 부가 모보다 월등히 우월한 사회적 지위와 보수를 향수하고 있는 사건에서, 판례는 “이혼 시 양육에 대한 합의 사실, 학력과 자녀들에 대한 애정이 깊이와 이들을 유아

139) 구민법상 이혼당사자간의 양육자를 지정함에 있어 친권자가 될 부에게 우선권을 주어야 하는지 여부에 대하여 판례는 “구민법상 부부가 이혼한 경우에 아버지만이 자의 친권자가 된다고 하는 사정은 법원이 양육자를 정함에 있어서 고려해야 할 여러 가지 사정중 하나가 될 수 있겠지만, 그러한 사정이 양육자를 선택함에 있어서 아버지쪽에 어떤 우선권을 주어야 하는 사유라고는 할 수 없다”(대법원 1991. 7.23. 선고, 90므828 판결)고 함으로써, 친권자가 바로 양육자가 되는 것이 아님을 분명히 하였다.

140) 대구지방법원 1992. 16. 선고, 92브6 판결.

141) 대구지방법원 1995. 4. 20. 선고, 94드4454 판결.

142) 서울고등법원 1995. 7.20. 선고, 94르2671, 2688 판결.

때부터 지금까지 예·체능 특별교육까지 시키면서 타에 손색없이 양육하고 있는 점 등에 비추어 ... 생모로서 자식들에 대하여 헌신적인 모가 자녀들을 양육함이 보다 자녀들의 복지에 적합하다고 하고,<sup>143)</sup> “모가 자녀들을 양육하여 온데다가 모가 계속하여 그들을 보호교양하고자 하는 의욕을 보이고 있으며, 자녀들도 ...모와 함께 생활하기를 바라고 있는 점, 자녀들의 연령, 자녀들에 대한 애정의 강도 등을 종합하여 보면, 비록 부의 경제적 사정이 모보다 낮고 부도 자녀양육을 희망하고 있지만, 모를 자녀의 양육자로 지정하여 그들로 하여금 모와 함께 계속 거주하면서 모의 보호와 교양을 받고 자라게 하는 것이 그들의 장래와 행복, 그리고 건전한 행복을 위하여 바람직하다고 인정된다”<sup>144)</sup>고 하고 있다.

그 밖에, 재혼여부도 양육자 지정에서 중요한 고려사항으로서, 재혼가정보다는 재혼하지 않은 모/부가 양육하는 것이 자녀의 복지에 적합한 것으로 여기고 있다(판례1, 2, 8, 13, 70).

이와 같이 판례는 자녀의 건강한 성장, 자녀의 복지를 위해 중요한 것은 부모의 재산상황이 아니라 자녀에 대한 애정의 깊이라고 보고 있고, 이 점이 양육자 지정에서 중요한 요소로서 고려하고 있음을 알 수 있다.

### 3. 양육비

양육비에 관하여 판례는 “부모 중 어느 한쪽만이 자녀를 양육하게 된 경우에, 그와 같은 일방에 의한 양육이 그 양육자의 이기적인 목적이나 동기에서 비롯한 것이라거나 자녀의 이익을 위하여 도움이 되지 아니하거나 그 양육비를 상대방에게 부담시키는 것이 오히려 형평에 어긋나게 되는 등 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는, 양육하는 일방은 상대방에 대하여 현재 및 장래에 있어서의 양육비중 적정 금액의 분담을 청구할 수 있음은 물론이고, 부모의 자녀양육의무는 특별한 사정이 없는 한 자녀의 출생과 동시에 발생하는

143) 서울가정법원 1988. 9.13. 선고, 87드7320 판결.

144) 대구고등법원 1989. 7.12. 선고, 88르796 판결.

것이므로 과거의 양육비에 대하여도 상대방이 분담함이 상당하다고 인정되는 경우에는 그 비용의 상환을 청구할 수 있다”<sup>145)</sup> 고 하여, 과거, 현재, 장래의 양육비에 대한 청구를 인정하였다. 즉, 양육자의 이기적 목적이나 동기, 자녀의 이익으로 되지 않거나, 형평에 어긋나지 않는 한, 양육자의 양육하지 않는 상대방에 대한 양육비 청구는 인정되는 것이다. 이 1994년 판결은 그 이전의 양육비 청구에 대한 판결을 변경하는 판결이다. 이전에는 장래의 양육비이든 과거의 양육비이든 양육에 관한 약정 등 구체적인 청구원인이 없으면 청구할 수 없다고 하여,<sup>146)</sup> 약정사실이 불분명한 경우에는 양육자가 자녀를 양육할 수 있는지 여부에 관계없이 인정하지 않았으며, 약정 등이 있는 경우에만 장래 및 과거의 양육비를 인정하였다.<sup>147)</sup> 이같은 판례의 변경에 따라

145) 대법원 1994. 5. 13 선고, 92스21 판결.

146) 부양을 받을 미성년자 본인이 아닌 그 생모가 생부에 대하여 미성년자의 부양료를 청구하기 위하여서는 미성년자의 양육에 관한 약정이 있다는 등의 구체적인 청구권원이 있어야 하고, 단순히 생모가 생부의 인도요구에 불응하는 등의 의사에 반하여 미성년자인 소생자를 양육하였고 또 장래에 있어서도 계속 양육할 의도임이 분명하다 하더라도 그러한 사유만으로는 생모에게 자활능력이 있건 없건 또 그것이 과거의 것이든 장래의 것이든 소생자의 생부에게 그 부양료를 직접 청구할 수는 없다(대법원 1985. 6. 11 선고, 84다카1536).

그 약정에 대한 증거가 없으므로 이혼한 생모가 생부에게 부양료를 청구하기 위하여서는 미성년자의 양육에 관한 약정이 있다는 등 구체적인 청구원인이 있어야 하고 단순히 생모가 자녀를 양육하여 왔고, 또 장래에 있어서도 양육할 의도임이 분명하다고 하더라도 그러한 사유만으로는 생모에게 자활능력이 있건 없건 또 부양료가 과거의 것이든 장래의 것이든 소생자의 생부에게 부양료를 직접 청구할 수 없다(서울고등법원 1988. 2. 1 선고, 87르328 판결).

자녀들의 성년후 대학졸업시까지의 양육비까지 청구하고 있으나 이혼한 당사자 사이의 성년자녀들에 대한 양육비는 양육책임자인 부가 자녀들의 성년후까지도 양육비를 양육자인 모에게 지급하기로 하였다고 볼만한 특별한 사정이 없는 한 양육자인 모가 성년후까지도 양육할 것이라는 사정만을 내세워 이를 직접 양육책임자인 부에게 청구할 수는 없다(서울가정법원 1988.9.13. 선고, 87드7320 판결).

147) 이혼한 당사자 사이에 미성년 자녀들에 대한 양육자로 부모 중 일방을 지정하고 타방은 이에 대하여 양육비를 지급하기로 협정하였다면 이 협정의 범위내에서는 과거의 양육비라도 청구할 수 있다(서울가정법원 9.13 선고, 87드7320 판결).

부양의무자인 부모가 이혼함에 있어 부모중 일방을 자의 양육자로 지정하고 타방은 이에 대하여 자의 양육비를 지급하기로 협정하였다면 이는 민법 제837조, 제976조, 제977조의 규정에 의하여 유효하다 할 것이고, 이러한 경우 협정의 범위내에서는 과거의 양육비라도 청구할 수 있다(대법원 1985. 2. 26 선고, 84므86 판결).

서, 부양의무 있는 자가 여러 사람인 경우에도 그중 부양의무를 이행한 1인은 다른 부양의무자를 상대로 하여 이미 지출한 과거의 부양료에 대하여도 상대방이 부담함이 상당하다고 인정되는 범위에서 그 비용의 상환을 청구할 수 있고, 이 경우 법원이 부담비율이나 부담액을 정함에 있어서는 과거의 양육에 관하여 부모 쌍방이 기여한 정도, 자의 연령 및 부모의 재산상황이나 자력 등 기타 제반 사정을 참작하여 적절하다고 인정되는 부담의 범위를 정할 수 있다.<sup>148)</sup> 만일 한쪽의 양육자가 양육비를 청구하기 이전의 과거의 양육비 모두를 상대방에게 부담시키게 되면 상대방은 예상하지 못하였던 양육비를 일시에 부담하게 되어 지나치고 가혹하며 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 어긋날 수도 있으므로 이와 같은 경우에는 반드시 이행청구 이후의 양육비와 동일한 기준에서 정할 필요는 없고, 부모 중 한쪽이 자녀를 양육하게 된 경위와 그에 소요된 비용의 액수, 그 상대방이 부양의무를 인식한 것인지 여부와 그 시기, 그것이 양육에 소요된 통상의 생활비인지 아니면 이례적이고 불가피하게 소요된 다액의 특별한 비용(치료비인지)인지 여부와 당사자들의 재산상황이나 경제적 능력과 부담의 형평성 등 여러 사정을 고려하여 적절하다고 인정되는 부담의 범위를 정할 수 있다.<sup>149)</sup> 또한, 양육비 부담에 대해 양육자도 그 비용의 일부를 부담하도록 하는 것이 “경험칙과 논리칙에 어긋나는 판단이라고 할 수는 없다”<sup>150)</sup>고 하여, 양육비에 대한 부부공동책임을 분명히 하였다.

또한, 양육비는 미성년자녀를 대상으로 하는 것이 원칙이지만, 성년에 달한 자녀의 부양에 관한 사항도 가사소송법의 규정에 의한 가사비송사건에 해당하며, 과거의 부양료의 구상청구도 가사비송사건으로서 청구할 수 있다.<sup>151)</sup>

148) 대법원 1994. 6. 2 선고, 93스11 판결.

149) 대법원 1994. 5.13. 선고, 92스21 판결.

150) 대법원 1992. 1. 21. 선고, 91므689 판결.

151) 대법원 1994. 6. 2 선고, 93스11 판결.

## 가. 양육비 청구자

자녀의 양육자는 자녀를 양육하지 않는 일방에게 양육비를 청구할 수 있다. 앞에서 보았듯이 자녀의 양육자가 대부분 모이기 때문에, 양육비 청구자도 거의 모인 여성이며, 구체적으로 보면 다음 표와 같다.

&lt;표 4-5&gt; 양육비 청구자

| 번 호  | 사건번호                                    | 청구자    |
|------|---|--------|
| 판례1  | 대법원 1985. 2.26. 선고, 84므86 판결            | 모      |
| 판례2  | 서울가정법원 1988. 9.13. 선고, 87트7320 판결       | 모      |
| 판례3  | 서울고등법원 1989. 3.13. 선고, 88르1998 판결       | 모      |
| 판례4  | 대구고등법원 1989. 7.12. 선고, 88르796 판결        | 모      |
| 판례5  | 대구고등법원 1991. 8.21. 선고, 91르116 판결        | 모      |
| 판례6  | 대구고등법원 1992. 3.25. 선고, 91르697 판결        | 모      |
| 판례7  | 서울가정법원 1992. 5. 7. 선고, 91트38420 판결      | 모      |
| 판례8  | 서울가정법원 1992. 6.26. 선고, 92브38, 39 판결     | 모      |
| 판례9  | 대구지방법원 1992. 7.16. 선고, 92브6 판결          | 모      |
| 판례10 | 서울민사지방법원 1993. 2. 5. 선고, 92가합44812 판결   | 모      |
| 판례11 | 서울고등법원 1993. 3.26. 선고, 92르1735 판결       | 자      |
| 판례12 | 서울고등법원 1994. 8.26. 선고, 94르545, 552 판결   | 모      |
| 판례13 | 서울고등법원 1994. 9.23. 선고, 94르927 판결        | 모      |
| 판례14 | 서울고등법원 1995. 6. 8. 선고, 94르2213, 2220 판결 | 모      |
| 판례15 | 서울고등법원 1995. 6.22. 선고, 94르2565 판결       | 모      |
| 판례16 | 서울고등법원 1995.11.16. 선고, 95르207 판결        | 모      |
| 판례17 | 서울고등법원 1996. 4. 2. 선고, 95르108 판결        | 모      |
| 판례18 | 서울고등법원 1996. 4.26. 선고, 95트3224 판결       | 모      |
| 판례19 | 서울고등법원 1996. 5.14. 선고, 95르245 판결        | 모      |
| 판례20 | 서울가정법원 1996. 5.23. 선고, 95트73346 판결      | 모<br>자 |
| 판례21 | 서울가법 1997. 4. 2. 선고, 96트56454 판결        | 모      |
| 판례22 | 서울고등법원 1997. 4.10. 선고, 96르2835 판결       | 부      |
| 판례23 | 서울가정법원 1997. 5.22. 선고, 96트74414 판결      | 모      |
| 판례24 | 부산지법동부 1997. 5.28. 선고, 97르193 판결        | 모      |
| 판례25 | 서울고등법원 1997. 7. 8. 선고, 96르3463 판결       | 모      |

| 번 호  | 사건번호                                 | 청구자    |
|------|--------------------------------------|--------|
| 판례26 | 서울고등법원 1997. 9. 9. 선고 97르294 판결      | 모      |
| 판례27 | 서울고등법원 1997. 9.30. 선고, 96르3678 판결    | 부      |
| 판례28 | 서울가법 1997.10.24. 선고 96드73619 판결      | 모      |
| 판례29 | 서울고등법원 1997.12.11. 선고, 96르2576 판결    | 모      |
| 판례30 | 서울가법 1998. 2. 26. 선고, 97드7305 판결     | 모<br>자 |
| 판례31 | 서울고등법원 1998. 3.25. 선고, 97르3286 판결    | 모      |
| 판례32 | 서울고등법원 1998. 3.26. 선고, 97르1013 판결    | 모      |
| 판례33 | 서울고등법원 1998. 4. 3. 선고, 97르2472 판결    | 모      |
| 판례34 | 서울고등법원 1998. 4.24. 선고, 97르1846 판결    | 부      |
| 판례35 | 서울고등법원 1998. 5.13. 선고, 97르3101 판결    | 모      |
| 판례36 | 서울고등법원 1998. 5.20. 선고, 97르2986 판결    | 모      |
| 판례37 | 서울가법 1998. 6.17. 선고, 97느1942-1945 판결 | 모      |
| 판례38 | 서울고등법원 1998. 6.19. 선고, 97르2092 판결    | 모      |
| 판례39 | 서울고등법원 1998. 8.12. 선고, 97르2733 판결    | 모      |
| 판례40 | 서울고등법원 1998. 8.25. 선고, 97르3675 판결    | 모      |
| 판례41 | 서울고등법원 1998.10.14. 선고, 97르2597 판결    | 부      |
| 판례42 | 서울고등법원 1998.10.21. 선고, 98르17 판결      | 모      |
| 판례43 | 서울고등법원 1998.10.28. 선고, 98르642 판결     | 모      |
| 판례44 | 서울고등법원 1998.11.11. 선고, 98르581 판결     | 모      |
| 판례45 | 서울고등법원 1998.11.20. 선고, 97르1990 판결    | 모      |
| 판례46 | 서울고등법원 1998.12. 2. 선고, 8르1652 판결     | 모      |
| 판례47 | 서울가정법원 1998.12.22. 선고, 97느3389 판결    | 모      |
| 판례48 | 서울고등법원 1998.12.29. 선고, 98르2716 판결    | 모      |

위 총 48건의 판례를 보더라도 양육비 청구자는 대부분 모인 여성으로 41건(85.4%)이며, 부가 청구한 것이 4건(0.1%), 모와 자녀가 함께 청구한 것이 2건, 자녀만이 청구한 것이 1건이다. 이러한 판례의 동향은 모인 여성이 양육자 지정청구를 하는 경우에는 이와 함께 양육비 지급청구도 거의 함께 하지만, 부가 양육자 지정청구를 하는 경우에는 양육비 지급청구를 하는 경우가 드물기 때문이다. 이는 우리사회에서 자녀는 부의 책임이라는 전통적 관념과 부는 일반적으로 직업을 가지고 수입이 있고, 모인 여성들은 주부인 경우가

많아, 경제적으로 부가 모보다 낮기 때문에 모에게 지급받지 않아도 된다고 하는 사회적 현실에서 나오는 경향이라고 생각된다.

그러나, 판례는 “어머니인 청구인에게 전혀 수입이 없어 양육비를 분담할 형편이 못되는 것이 아닌 이상 실제로 양육을 담당하는 청구인도 그 비용의 일부를 부담하도록 하였다 하여 이를 경험칙과 논리칙에 어긋나는 판단이라고 할 수 없다”고 하여 모가 부에게 양육비를 청구하더라도 총 양육비의 일부를 부담해야 함을 명시하고 있고,<sup>152)</sup> “어머니라도 자녀의 양육비를 분담해야 한다”<sup>153)</sup> 고 하여, 자녀의 양육자인 부가 자녀를 양육하지 않는 모에 대해 청구한 양육비 지급을 인정하고 모에게 양육비 분담의무를 명시하고 있다. 이러한 판례의 태도는 자녀가 부부공동책임이라는 점을 확실히 하는 것이다. 이와 함께 위 판례에서 보듯이 1990년 이후에는 자녀를 양육하지 않는 모에 대한 부의 양육비 청구도 나타나고 있으므로, 앞으로는 서서히 자녀를 양육하는 부의 자녀를 양육하지 않는 모에 대한 양육비 청구도 증가할 것으로 예상된다.

#### 나. 양육비 산정에서의 고려사항

판례는 자녀의 양육에 대해 부양료, 양육비라는 용어를 혼용하고 있는데, 같은 의미로 사용되고 있다. 판례는 “부양료란 생계에 필요한 양육비로서 ... 부양의 정도나 방법은 당사자간에 협정이 없는 한 부양을 받을 자의 생활정도와 부양의무자의 자력 기타 제반사정을 참작하여 정하게 되어 있는 바”<sup>154)</sup> 라고 하여, 양육비 산정에서 다양한 요소를 고려할 것을 요구하고 있다.

판례를 살펴보면, 주로 부부 각각의 재산상황(경제력, 수입), 직업 및 연령, 생활정도, 자녀의 연령, 사건심리 당시 통상 교육비, 양육비 수준, 도시가구의 평균소비지출액과 지출내역, 물가상승지수, 위자료나 재산분할 액수, 양육자와 양육방법 등을 고려하여 산정하고 있다. 이를 구체적으로 보면 다음 표와 같다.

152) 대구고등법원 1991. 8. 21 선고, 91르116 판결.

153) 서울고등법원 1997. 9.30 선고, 96르3678 판결.

154) 대법원 1986. 6.10 선고, 86므46 판결.

&lt;표 4-6&gt; 양육비 산정에서의 고려사항

| 번호   | 사건번호  | 양육비산정에서의 고려사항   |
|------|---|---|
| 판례1  | 대법원<br>1985. 2.26. 선고,<br>84므86 판결          | 부의 월평균 수입, 모가 지금까지 혼자서 양육하여 온 사실, 모가 5회에 걸쳐 부에게 양육비 지급을 청구하였으나 부가 이를 거절한 사실, 당사자들의 각 연령, 직업, 현재의 가족상황, 생활정도, 자녀의 연령, 성별 등                 |
| 판례2  | 서울가정법원<br>1988. 9.13. 선고,<br>87드7320 판결     | 1985년 서울거주 여학생의 국민학교, 중학교, 고등학교, 대학교의 1년간 공·사교육비, 1986년 도시전가구 가계소비지출내역에 의한 1인당 생활비, 청구액 등.  |
| 판례3  | 서울고등법원<br>1989. 3.13. 선고,<br>88르1998 판결     | 자녀의 연령, 청구인과 피청구인의 생활정도와 재산정도, 신분관계, 교육비 등  |
| 판례4  | 대구고등법원<br>1989. 7.12. 선고,<br>88르796 판결      | 쌍방의 직업과 생활정도, 현재의 가족상황, 자녀들의 연령, 성별 등.  |
| 판례5  | 대구고등법원<br>1991. 8.21. 선고,<br>91르116 판결      | 도시가구의 평균소비지출액, 청구인 및 피청구인의 각 재산정도와 수입 등   |
| 판례6  | 대구고등법원<br>1992. 3.25. 선고<br>91르697 판결       | 자녀 각각의 교육비, 식비, 피복비 기타 생활비 등으로 매월 소요되는 금액, 모는 부동산을 소유하고 위자료로 이미 상당한 돈까지 지급받았으며, 현재는 백화점의 점원으로 근무하면서 월 수입을 얻고 있고, 부는 미장공으로서 월수입을 얻고 있는 사실. |
| 판례7  | 서울가정법원<br>1992. 5. 7. 선고,<br>91드38420 판결    | 부부 각각의 학력, 경력, 재산정도, 위자료 액수, 양육자와 양육방법 및 물가상승지수 등   |
| 판례8  | 서울가정법원<br>1992. 6.26. 선고,<br>92브38, 39 판결   | 부부 각각의 경제적 능력 등 전심리과정에서 나타난 제반사정 및 이 사건 심리당시의 통상 교육비, 양육비 수준 등  |
| 판례9  | 대구지방법원<br>1992. 7.16. 선고,<br>92브6 판결        | 모의 친정은 부의 본가에 비하여 그런대로 여유가 있는 것으로 보이고, 모 역시 직장에 다니고 있어 아직 만5세 정도의 자녀를 양육함에 곤란한 것으로 여겨지지 아니하는 점, 청구인과 상대방이 재산과 수입의 정도 등                    |
| 판례10 | 서울고등법원<br>1993. 3.26. 선고,<br>92르1735 판결     | 청구인들의 생활정도, 부의 자력 기타 제반사정   |
| 판례11 | 서울고등법원<br>1994. 8.26. 선고,<br>94르545, 552 판결 | 부부 각각의 재산상태, 사건본인의 연령 등   |

| 번호   | 사건번호                                     | 양육비산정에서의 고려사항  |
|------|--|--|
| 판례12 | 서울고등법원<br>1994. 9.23. 선고<br>94르927 판결    | 부부 각각의 재산상태, 자녀의 나이(13세)   |
| 판례13 | 서울고등법원<br>1995.11.16. 선고,<br>95르207 판결   | 자녀가 미성년자인 점, 여러 사정.  |
| 판례14 | 서울고등법원<br>1996. 4. 2. 선고,<br>95르108 판결   | 부부 각각의 경제적 능력, 재산정도, 위자료 및 재산분할액수 등  |
| 판례15 | 서울고등법원<br>1996. 5.14. 선고,<br>95르245 판결   | 부부 각각의 경제적 능력, 재산정도, 위자료 및 재산분할액수 등  |
| 판례16 | 서울가정법원<br>1996. 5.23. 선고,<br>95드73346 판결 | 과거의 양육비 : 출생한 이후 양육비로 소요되었다고 모가 주장하는 금액,<br>자녀의 연령, 성별, 기타 제반사정<br>장래의 양육비 : 자녀가 곧 초등학교에 입학하는 등의 점 |
| 판례17 | 부산지법동부<br>1997. 5.28. 선고,<br>97르193 판결   | 부부 및 자녀들의 연령, 부부의 직업, 교육 및 재산의 정도 등  |
| 판례18 | 서울고등법원<br>1997. 7. 8. 선고,<br>96르3463 판결  | 부부의 경제적 능력, 재산정도 등을 고려   |
| 판례19 | 서울고등법원<br>1997. 9.30. 선고,<br>96르3678 판결  | 자녀의 나이, 부부의 재산정도 및 직업, 부가 주도적으로 자녀를 입적시켰<br>던 점, 당시의 통상 교육비, 양육비 수준을 등                             |
| 판례20 | 서울가법<br>1997.10.24. 선고<br>96드73619 판결    | 자녀의 연령, 부부의 연령 및 신분관계, 재정상태 등  |
| 판례21 | 서울가법 1998.<br>2. 26. 선고,<br>97드7305 판결   | 부의 수입정도 등  |
| 판례22 | 서울고등법원<br>1998. 3.26. 선고,<br>97르1013 판결  | 부의 수입과 자녀들이 중학교 및 초등학교 재학중인 학생인 점을 비롯한<br>제반사정   |
| 판례23 | 서울고등법원<br>1998. 4. 3. 선고,<br>97르2472 판결  | 부의 수입과 자녀들의 연령 등을 비롯한 제반사정   |
| 판례24 | 서울고등법원<br>1998. 4.24. 선고,<br>97르1846 판결  | 부부의 경제적 능력, 재산정도, 재산분할액수 등   |
| 판례25 | 서울고등법원<br>1998. 5.13. 선고,<br>97르3101 판결  | 여러 사정과 통상 교육비, 양육비 수준 등  |

| 번호   | 사건번호   | 양육비산정에서의 고려사항  |
|------|--|--|
| 판례26 | 서울가정법원<br>1998. 6.17. 선고,<br>97ㄴ1942-1945 판결 | 상대방의 수입 등 제반사정 참작  |
| 판례27 | 서울고등법원<br>1998. 6.19. 선고,<br>97르2092 판결      | 자녀들의 연령 및 교육상황, 부부의 연령 및 직업, 재정상태 등  |
| 판례28 | 서울고등법원<br>1998. 8.12. 선고,<br>97르2733 판결      | 부부의 수입 및 자녀의 나이 등  |
| 판례29 | 서울고등법원<br>1998.10.14. 선고,<br>97르2597 판결      | 모는 일정한 직업이 없으며, 현재 국립서울정신병원에 입원하여 치료를 받고 있는 점 등  |
| 판례30 | 서울고등법원<br>1998.10.21. 선고,<br>98르17 판결        | 부부의 생활능력, 자녀들의 연령, 현재 통상의 교육비 및 양육비 수준 등   |
| 판례31 | 서울고등법원<br>1998.11.20. 선고,<br>97르1990 판결      | 자녀에게 선천성 심장병이 있어 지속적인 치료가 요구되는 사정과 부의 수입정도 등   |
| 판례32 | 서울고등법원<br>1998.12. 2. 선고,<br>8르1652 판결       | 제반사정 참작  |
| 판례33 | 서울가정법원<br>1998.12.22. 선고,<br>97ㄴ3389 판결      | 과거의 양육비 : 지출한 교육비, 도시 2인가구의 월평균소비지출액, 자녀를 양육하게 된 경위, 부부의 재산의 정도와 생활의 정도 등과 과거의 부양료를 일시에 부담하게 되는 사정<br>장래의 양육비 : 위의 여러 사정 |

위의 판례를 살펴보면, 판례는 일반적으로 통상의 양육비나 양육비 지급의 무자의 재산상태 등을 주된 양육비 산정 요소로 고려하고 있는 것으로 보인다. 문제는 판례는 양육비 산정을 위한 다양한 고려사항들을 나열하고 있으나, 판례가 언급하고 있는 고려사항들이 전체적인 양육비에 어느 정도의 비율로 구성되는지 언급하지 않으므로, 판례가 어느 고려요소를 중요하게 다루고 있는지 알 수 없다는 점이다.

따라서, 양육비 산정에 대한 고려사항의 중요 정도와 그 배정비율에 대한 불분명성은 구체적인 양육비 산정에서 양육비를 예측할 수 없다는 문제를 발

생시킨다. 그러므로, 객관적이고 세부적인 필수적 고려사항과 기타 고려사항의 구분, 필수적 고려사항의 양육비 산정에 대한 구성비율 등을 담은 양육비 산정기준이 마련되어야 할 것이라고 생각된다.

한편, 판례의 양육비 산정에서 특이한 점은 위자료와 재산분할액을 그 고려사항으로 하고 있다는 점이다. 이는 재산상태와 관련되기 때문이라고 생각되지만, 위자료와 재산분할액에 어느 정도의 양육비가 산입되어 있다고 보는 관점도 있기 때문에, 위자료와 재산분할액, 그리고 양육비와는 그 성질을 달리하는 것임을 분명하게 해야 한다고 생각한다.

#### 다. 양육비 액수

판례는 양육비 산정에서, 일반적으로 판시 시점의 통상의 양육비, 양육비 지급의무자의 재산상황과 소득 등을 고려하여 양육비를 정하고, 한번 판정한 금액을 자녀가 성년에 이를 때까지 매달(또는 매년) 동일하게 지급하도록 판시하고 있다. 자녀양육비 판례에서 자녀가 성년에 이를 때까지 양육비로서 상당하다고 판시한 금액을 살펴보면, 다음 표와 같다.

<표 4-7> 양육비 액수

| 번호  | 사건번호                              | 의무자 | 자녀         | 양육비 판정액   |
|-----|-----------------------------------|-----|------------|---|
| 판례1 | 대법원 1985. 2.26. 선고, 84므86 판결      | 부   | 5세         | 월 150,000원  |
| 판례2 | 서울가정법원 1988. 9.13. 선고, 87드7320 판결 | 부   | 12세<br>10세 | 자녀 2인 합계<br>89. 3. 4.까지 월 187,238원 91. 3. 4.까지 월 200,781원 92. 3. 4.까지 월 233,964원 96.12. 4.까지 월 334,406원 97. 3. 4.까지 월 144,223원 98. 9. 4.까지 월 207,603원 |
| 판례3 | 서울고등법원 1989. 3.13. 선고, 88르1998 판결 | 부   | 3세         | 월 100,000원  |
| 판례4 | 대구고등법원 1989. 7.12. 선고, 88르796 판결  | 부   | 12세<br>9세  | 1인당<br>초등학교까지 월 100,000원<br>중학교이후 월 120,000원  |

| 번호   | 사건번호                                       | 의무자 | 자녀         | 양육비 판정액                                    |
|------|--|-----|------------|--|
| 판례5  | 대구고등법원 1991. 8.21.<br>선고, 91르116 판결        | 부   | -          | 자녀 3인 합계 월 329,810                         |
| 판례6  | 서울가정법원 1991.10. 7.<br>선고, 90드59208 판결      | 부   | 7세         | 월 150,000원                                 |
| 판례7  | 대구고등법원 1992. 3.25.<br>선고 91르697 판결         | 부   | 17세<br>14세 | 1인당 월 100,000원                             |
| 판례8  | 서울가정법원 1992. 5. 7.<br>선고, 91드38420 판결      | 부   | 1세         | 10세까지 매년 4,000,000원<br>10세이후 매년 5,000,000원 |
| 판례9  | 서울가정법원 1992. 6.26.<br>선고, 92브38, 39 판결     | 부   | 4세         | 월 100,000원(13세까지)                          |
| 판례10 | 대구지방법원 1992. 7.16.<br>선고, 92브6 판결          | 부   | 5세         | 월 80,000원                                  |
| 판례11 | 서울민사지방법원 1993. 2.<br>5. 선고, 92가합44812 판결   | 부   | -          | (자녀4인)1인당 월 200,000원<br>매년 10%인상           |
| 판례12 | 서울고등법원 1993. 3.26.<br>선고, 92르1735 판결       | 부   | 17세<br>13세 | 17세 자녀 월 300,000원<br>13세 자녀 월 200,000원     |
| 판례13 | 서울고등법원 1994. 8.26.<br>선고, 94르545, 552 판결   | 부   | 9세         | 월 150,000원                                 |
| 판례14 | 서울고등법원 1994. 9.23.<br>선고 94르927 판결         | 부   | 13세        | 월 200,000원                                 |
| 판례15 | 서울고등법원 1995. 6. 8.<br>선고, 94르2213, 2220 판결 | 부   | 10세<br>7세  | 1인당 월 200,000원                             |
| 판례16 | 서울고등법원 1995. 6.22.<br>선고, 94르2565 판결       | 부   | 15세        | 월 200,000원                                 |
| 판례17 | 서울고등법원 1995.11.16.<br>선고, 95르207 판결        | 부   | 4세         | 월 200,000원                                 |
| 판례18 | 서울고등법원 1996. 4. 2.<br>선고, 95르108 판결        | 부   | 19세<br>17세 | 1인당 월 300,000원                             |
| 판례19 | 서울고등법원 1996. 4.26.<br>선고, 95드3224 판결       | 부   | 10세<br>8세  | 1인당 월 200,000원                             |
| 판례20 | 서울고등법원 1996. 5.14.<br>선고, 95르245 판결        | 모   | 14세        | 월 200,000원                                 |

| 번호   | 사건번호                                  | 의무자 | 자녀         | 양육비 판정액   |
|------|---------------------------------------|-----|------------|---|
| 판례21 | 서울가정법원 1996. 5.23.<br>선고, 95드73346 판결 | 부   | 7세         | 출생이후 변론종결일까지<br>월 200,000원(+지연손해금)<br>이후 월 300,000원       |
| 판례22 | 서울가법 1997. 4. 2. 선고,<br>96드56454 판결   | 부   | 8세         | 월 200,000원  |
| 판례23 | 서울고등법원 1997. 4.10.<br>선고, 96르2835 판결  | 모   | 6세         | 월 100,000원  |
| 판례24 | 부산지법동부 1997. 5.28.<br>선고, 97르193 판결   | 부   | 19세<br>18세 | 1인당 월 150,000원  |
| 판례25 | 서울고등법원 1997. 7. 8.<br>선고, 96르3463 판결  | 부   | 14세        | 월 500,000원  |
| 판례26 | 서울고등법원 1997. 9. 9.<br>선고 97르294 판결    | 부   | 2세         | 초등학교 전까지 월 300,000원/ 그 이후 월<br>700,000원                   |
| 판례27 | 서울고등법원 1997. 9.30.<br>선고, 96르3678 판결  | 모   | 9세         | 월 50,000원   |
| 판례28 | 서울가정법원 1997.10.24.<br>선고 96드73619 판결  | 부   | 6세         | 월 300,000원  |
| 판례29 | 서울가정법원 1997.11.12.<br>97느307          | 부   | 출생         | 과거의 양육비 월 400,000원<br>초등학교졸업때까지 월 400,000원/이후<br>600,000원 |
| 판례30 | 서울고등법원 1997.12.11.<br>선고, 96르2576 판결  | 부   | 14세<br>13세 | 1인당 월 200,000원  |
| 판례31 | 서울가법 1998. 2.26. 선고,<br>97드7305 판결    | 부   | 1세         | 월 300,000원  |
| 판례32 | 서울고등법원 1998. 3.25.<br>선고, 97르3286 판결  | 부   | 2세         | 월 300,000원<br>(18세까지 원고 요청에 따름)                           |
| 판례33 | 서울고등법원 1998. 3.26.<br>선고, 97르1013 판결  | 부   | 13세<br>10세 | 1인당 월 300,000원  |
| 판례34 | 서울고등법원 1998. 4. 3.<br>선고, 97르2472 판결  | 부   | 15세<br>11세 | 1인당 월 250,000원  |
| 판례35 | 서울고등법원 1998. 4.24.<br>선고, 97르1846 판결  | 부   | 7세<br>6세   | 1인당 월 300,000원  |
| 판례36 | 서울고등법원 1998. 5.13.<br>선고, 97르3101 판결  | 부   | 3세         | 월 200,000원  |

| 번호   | 사건번호                                 | 의무자 | 자녀                      | 양육비 판정액   |
|------|--------------------------------------|-----|-------------------------|---|
| 판례37 | 서울고등법원 1998. 5.20. 선고, 97르2986 판결    | 부   | 18세<br>14세<br>11세<br>9세 | 1인당 월 150,000원  |
| 판례38 | 서울가정법원 1998. 6.17. 선고, 97브96         | 모   | 3세                      | 월 150,000원  |
| 판례39 | 서울가법 1998. 6.17. 선고, 97느1942-1945 판결 | 부   | 11세                     | 월 200,000원  |
| 판례40 | 서울고등법원 1998. 6.19. 선고, 97르2092 판결    | 부   | 2세                      | (쌍둥이)<br>1인당 월 200,000원   |
| 판례41 | 서울고등법원 1998. 8.12. 선고, 97르2733 판결    | 부   | 3세                      | 월 300,000원  |
| 판례42 | 서울고등법원 1998. 8.25. 선고, 97르3675 판결    | 부   | 19세                     | 월 500,000원  |
| 판례43 | 서울고등법원 1998.10.14. 선고, 97르2597 판결    | 모   |                         | 없음(모 무자력)   |
| 판례44 | 서울고등법원 1998.10.21. 선고, 98르17 판결      | 부   | 19세<br>15세              | 1인당 월 100,000원  |
| 판례45 | 서울고등법원 1998.10.28. 선고, 98르642 판결     | 부   | 14세<br>12세              | 1인당 월 200,000원  |
| 판례46 | 서울고등법원 1998.11.11. 선고, 98르581 판결     | 부   | 8세                      | 월 300,000원  |
| 판례47 | 서울고등법원 1998.11.20. 선고, 97르1990 판결    | 부   | 4세                      | 월 300,000원  |
| 판례48 | 서울고등법원 1998.12. 2. 선고, 8르1652 판결     | 부   | 9세                      | 월 300,000원  |
| 판례49 | 서울가정법원 1998.12.22. 선고, 97느3389 판결    | 부   | 19세                     | 과거의 양육비: 초등학교까지 월 50,000원, 중학교까지 월 150,000원, 고등학교이후 월 300,000원)<br>장래의 양육비 400,000원 |
| 판례50 | 서울고등법원 1998.12.29. 선고, 98르2716 판결    | 부   | 9세                      | 월 300,000원  |

위 표에서 나타난 총 50개의 양육비 판시 판례를 살펴보면, 우선 양육비 지급의무자가 모인 경우는 단지 5건(10.0%, 판례20, 23, 27, 38, 43)에 불과하고, 다수인 45건(90.0%)에서 그 지급의무자는 부이다. 이는 앞에서 살펴본 바와 같이 양육자가 모로 지정되는 경우가 많음에 따른 것이다. 모가 지급의무자인 경우인 5건의 판례를 보면 모가 지급해야 할 양육비는 부가 지급해야 할 양육비에 견주어, 그 액에서 별 차이를 볼 수 없지만, 모가 건강문제로 당분간 무자력이기 때문에 모의 양육비 지급의무를 면제한 경우(판례43)도 있다.

다음으로 양육비 판시액을 살펴보면, 자녀 1인당 10만원미만인 경우가 3건(판례10, 27, 43), 10만원이상~15만원미만인 경우가 7건(판례3, 4, 5, 7, 9, 23, 44), 15만원이상~20만원미만인 경우가 6건(판례1, 6, 13, 24, 37, 38), 20만원이상~30만원미만인 경우가 15건(판례11, 12, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 22, 30, 34, 36, 39, 40, 45), 30만원인 경우가 15건(판례12, 18, 21, 26, 28, 31, 32, 33, 35, 41, 46, 47, 48, 49, 50), 30만원 초과인 경우가 4건(판례8, 25, 29, 42), 기타(판례2) 등이다. 즉, 일반적으로 20만원에서 30만원이하로 양육비를 판시함을 알 수 있다.

이러한 판시액을 연도별로 살펴보면, 1980년에서 1990년대 초반에는 150,000원이하에서 양육비가 판정되며, 1990년대 중반이후에는 20만원 이상으로 판정되는 것이 보인다. 이러한 추세의 전환은 물가상승을 반영한 것으로 보이며, 그다지 의미있어 보이지는 않는다. 그러나, 1997년에 이르면, 30만원이 넘는 양육비 판시도 가끔 나타나는데, 그 내용은 다른 판례에서 언급하는 사항과 다르지 않고 30만원이 넘는 양육비를 판정한 점에 대해 특징을 찾기 어렵다.

일반적으로 대부분의 판례는 양육비 판정시에 양육비 청구자가 요청한 금액을 기준으로 제반사정을 고려한다는 추상적인 명시와 함께, 청구자가 요청한 금액을 감액하거나 인용하고 있다. 그런데 이중 몇몇 판례는 구체적으로 자녀의 성장에 따라 양육비의 상승을 고려하여 양육비를 산정하였는데, 1년간 최소의 공교육비와 사교육비를 근거로 하여 각 자녀의 학령과 교육수준에 따라 각 기간별 양육비를 구체적으로 판정한 사례(판례2)와 단순히 자녀의

학령을 고려하여 양육비를 증가시킨 사례(판례4, 판례8, 26, 29), 기준액에서 물가상승을 고려하여 매년 10% 인상시킨 사례(판례11)도 있다. 그러나, 이러한 구체적인 경우를 제외하고는 판정된 양육비는 자녀의 연령에 비례하는 것처럼 보이지도 않고, 통상의 양육비에 지급의무자의 재산상태에 따른 가감이 있는 정도라고 할 수 있다.

한편, 위의 재판상 판시된 양육비외에 이혼하면서 3명의 자녀들에 대한 부양료로서 남편은 자녀들에게 그가 받는 봉급의 80%와 700%의 상여금을 막 내인 자녀가 대학을 졸업할 때까지 매월 지급하기로 한 양육비 협정에 대해, 판례는 “현저히 형평을 잃은 불공정한 법률행위여서 무효이거나 그 이행을 강요함이 형평에 반한다고 할 수 없다”<sup>155)</sup> 고 하여, 당사자의 협정을 존중하는 태도를 보이고 있다.

그러나, 양육비 액수에 있어서 부담액수를 부부가 협의로 정하든 재판으로 정하든 문제는 그 구체적인 기준이 없다는 점이다. 협의할 경우에도 참고할 수 있도록 재판상 고려되는 기준, 즉 부부 각각의 총재산의 일정비율이나 수입의 일정비율을 양육비로 정하거나, 평균교육비와 물가상승을 등을 고려하여 일정한 액수를 양육비로 산정하는 구체적이고도 상세한 양육비 산정방법이 마련될 필요가 있다.

### III. 면접교섭권

앞에서도 언급하였듯이 면접교섭권에 관한 판례는 많지 않고, 이는 1990년 개정으로 면접교섭권이 신설되었기 때문이라고 할 수 있으며, 최근에서야 이혼재판시에 면접교섭권도 함께 청구하는 경우가 나오고 있는 정도라고 할 수 있다.

검토대상이 된 면접교섭권에 대한 판례는 다음 표와 같다.

155) 대법원 1992. 3. 31 선고, 90므651 판결.

&lt;표 4-8&gt; 이혼시 부모의 자녀에 대한 면접교섭관련 판례

| 번호  | 사건번호                                    | 교섭권자 | 인정사유   | 면접방법   |
|-----|---|------|--|--|
| 판례1 | 서울고등법원<br>1987. 2.23. 선고,<br>86르313 판결  | 부    | -부자간의 오랜 상면의 두절과 애정의 단절은 자녀의 올바른 성장을 위해 바람직하지 않음.<br>-부가의 가풍을 익히고 경로효친의 가르침을 배우게 함이 올바른 성장에 필요함. | -자녀가 성년에 달할 때까지 그 주소에서 자녀의 학교방학기간중인 매년 1월과 8월의 첫일요일부터 토요일까지 1주일간씩을 자녀와 동거<br>-매월 셋째 일요일을 기하여 자녀의 주소지로 자녀를 방문<br>-매년 설날과 추석에는 부가에 보내어 차례와 성묘에 참여하게 할 것  |
| 판례2 | 서울가정법원<br>1992. 5. 7. 선고,<br>91드38420   | 부    | -  | -(자녀가 미국에서 양육됨)미합중국으로 가는 등의 적당한 방법<br>-모는 아버지로서의 지위를 존중, 보장하고 이에 협조할 것.  |
| 판례3 | 서울고등법원<br>1996. 4.26. 선고,<br>95드3224 판결 | 부    | 자녀들의 원만한 성장과 인격형성 및 원만한 부자관계의 유지   | -매월 2회 부가 희망하는 날짜의 오전 9시부터 오후 9시까지 원하는 장소에서 자녀들을 만날 수 있도록 함.   |
| 판례4 | 서울고등법원<br>1997. 9. 5. 선고,<br>96르1986 판결 | 모    | 어머니로서 자녀에게 계속적인 애정과 관심을 지속하기를 원하며 필요성도 있음.   | -이혼경위, 직업, 자녀의 그 동안의 생활과정, 애정의 정도, 자녀들의 나이, 성격, 성별 등 고려<br>-매월 첫째주 및 셋째주 토요일 14:00부터 18:00까지 모의 주거지에 만날 수 있게 함.  |
| 판례5 | 서울고등법원<br>1997.10.17. 선고,<br>97르508     | 모    | 자녀의 복지와 원만한 성장을 위하여 바람직함.  | -자녀들의 각 연령, 현재까지의 양육과정, 부부의 연령, 부부의 장래생활전망 등 참작<br>-자녀들의 방학기간중인 매년 1월과 8월중 모가 희망하는 각 7일간에 한하여 자녀들과 모의 주소지 또는 모가 책임질 수 있는 장소에서 함께 지낼 수 있도록 함.<br>-매월 첫째, 셋째 각 일요일의 오전 9시부터 오후 6시까지의 사이의 시간 동안 모가 책임질 수 있는 장소에서 자녀들을 만날 수 있도록 함.<br>-부는 이를 방해해서는 안됨. |

| 번호  | 사건번호                                    | 교섭권자 | 인정사유  | 면접방법  |
|-----|---|------|---|---|
| 판례6 | 서울고등법원<br>1998. 7.22. 선고,<br>97르2702 판결 | 부    | 자녀들의 양육이나 교<br>육에 악영향을 미칠<br>우려가 있다고 볼만한<br>특별한 사정을 발견할<br>수 없음.                        | -매월 마지막주 일요일 오전 11시부터<br>오후 5시까지 자녀의 주거지로 자녀<br>들을 방문하여 면접교섭할 수 있음.   |
| 판례7 | 서울고등법원<br>1998. 8.12. 선고,<br>97르2733 판결 | 부    | 아버지와의 정기적인<br>만남을 통하여 서로간<br>의 애정을 계속 확인<br>해 주는 것 또한 절대<br>적으로 필요하여 이를<br>보장해줄 필요가 있음. | -자녀가 성년이 될 때까지 토요일을<br>기준으로 매월 홀수번째주 토요일 오<br>후 3시부터 다음날 오후 9시까지 부<br>의 주소지 또는 부가 책임질 수 있는<br>장소로 자녀를 데려와서 만날 수 있<br>음.<br>-매년 8.1.부터 15일간 및 12.30.부터<br>15일간 역시 부의 주소지 또는 부가<br>책임질 수 있는 장소로 사건본인을<br>데려와서 동거할 수 있음.<br>-모의 방해금지 |
| 판례8 | 서울고등법원<br>1998.11.20. 선고,<br>97르1990 판결 | 부    | 기본적인 부자관계의<br>유지  | -매월 첫째 일요일 오전 10시부터 오<br>후 4시까지 자녀의 주소지에서 또는<br>부가 책임질 수 있는 장소에서 자녀<br>를 만날 수 있도록 함.  |

위의 면접교섭권 판례에 의하면 자녀를 양육하지 않는 부모 일방의 면접교섭권은 명문의 법규정이전에 이미 판례에서 인정하고 있어 왔음을 알 수 있다. 면접교섭권이 민법에 신설되기 이전에도 판례는 자녀의 올바른 성장을 위해 구체적인 방법으로 자녀를 양육하지 않는 부모 일방에게 면접교섭권을 주어, 자녀와 교류할 수 있도록 한 것이다.

### 1. 면접교섭권자

면접교섭권자는 자녀를 양육하는 않는 부모 일방이다. 위 검토대상 판례에서 총 8건을 살펴보면 면접교섭권자가 부인 경우가 6건(75.0%), 모인 경우가 2건(25.0%)으로 부가 다수를 차지하고 있다. 이는 모가 대부분 양육자로 지정되는 것과 무관하지 않다.

## 2. 면접교섭권의 판단기준

판례는 면접교섭권의 판단기준으로서 일반적으로 ‘친자관계의 유지와 그를 통한 자녀의 원만한 성장과 복지’를 들고 있다. 따라서, 판례는 자녀가 양육하지 않는 부모 일방과의 면접교섭을 통해서 친자관계를 계속 유지함으로써 서로간에 애정과 유대감을 가지게 하여, 자녀들이 원만한 성장과 복지에 기여한다고 판단하고 있다. 그러나, 이러한 면접교섭권은 그 면접교섭이 자녀들의 양육이나 교육에 악영향을 미칠 우려가 있다고 볼만한 특별한 사정이 없는 경우에만 인정되고(판례6), 자녀에게 악영향을 미치는 경우에는 제한된다.

## 3. 면접교섭권 행사방법

판례는 면접교섭권 행사방법에 대해 다양하고도 구체적으로 정할 수 있고, 그 방법을 정하기 위하여 여러 가지 사항을 고려해야 한다. 판례가 주로 고려하는 사항으로는 부모에 대해서는 이혼경위, 직업, 나이, 장래의 생활전망, 자녀에 대한 애정의 정도 등을, 자녀에 대해서는 자녀의 현재까지의 양육(생활)과정, 나이, 성격, 성별 등을 고려한다고 하고 있다(판례4, 5). 이러한 사항을 고려하여 구체적인 행사방법이 다양하게 제시되는데 검토판례를 살펴보면 일정한 틀을 보이고 있다.

첫째, 달을 기준으로 특정 날에 면접교섭권을 부여한다는 점이다. 이는 구체적으로는 매월 셋째 일요일(판례1), 매월 2회(판례3), 매월 첫째주·셋째주 토요일/일요일(판례4,5,7), 매월 마지막주 일요일(판례6), 매월 첫째 일요일(판례8) 등으로 언급된다.

둘째, 면접교섭이 인정되는 특정한 시간이 제시된다. 예컨대, 오전 9시부터 오후 9시(판례3), 오전 9시부터 오후 6시(판례5), 오전 11부터 오후 5시(판례6), 오후 3시부터 다음날 오후 9시(판례7), 오전 10시부터 오후 4시(판례8) 등이다.

셋째, 면접교섭이 인정되는 장소를 지정한다. 판례는 면접교섭권자가 원하는 장소(판례3)라고 하여 특정하지 않는 경우도 있지만, 예컨대 자녀의 주소지(판례6), 면접권자의 주소지(판례4) 등으로 확정하거나, 자녀나 면접권자의 주소지와 함께 면접교섭권자가 책임질 수 있는 장소(판례5, 7, 8)라고 하여 구체적 장소의 명시와 임의적 장소에 대한 면접교섭권자의 책임을 명시하고 있다.

넷째, 자녀가 학령기의 아동인 경우에는 방학기간중 일정기간동안의 동거를 면접교섭방법의 하나로 채택하고 있다. 자녀가 초·중·고 학생인 경우에는 달을 기준으로 하는 면접교섭외에, 방학기간을 이용하여 일정기간의 동거를 인정한다. 예컨대, 1월과 8월의 첫일요일부터 토요일까지 1주일간을 자녀와 동거하게 한 경우(판례1), 1월과 8월중 면접교섭권자가 희망하는 각 7일간에 한하여 동거를 인정한 경우(판례5), 매년 8월 1일부터 15일간 및 12월 30일부터 15일간 동거를 인정한 경우(판례7)를 볼 수 있다.

이처럼, 제 몇째 요일의 몇 시에서 몇시까지 어디에서 만난다고 하는 것처럼 구체적인 일시 장소, 방법을 규정하는 우리나라의 면접교섭방식은, 세목에 걸쳐 구체적으로 정하여 실현을 확실하게 하는 장점이 있다. 그러나, 자녀나 양육자에게 특별한 사정이 있는 경우에는 그 형편에 맞추기 어렵기 때문에 그들에게 정신적·신체적으로 부담을 주는 일도 있을 것이라고 생각된다.

#### IV. 소결

이상과 같이 친권, 양육권, 면접교섭권에 관한 판례들을 살펴본 결과, 판례는 친권, 양육권, 면접교섭권이 모두 ‘아동의 복지’를 위한 것임을 인정하고 있다. 그에 따라, 친권행사자 및 양육자의 지정이나 면접교섭권의 인정 등에서 ‘아동의 복지’가 판단기준으로 되어 있다. 이러한 판례의 태도는 아동의 보호, 아동의 권리향상을 위해 타당하다고 생각된다.

한편으로, 판례는 법규정에 따라 다양한 제반사정을 고려하여 친권행사자

및 양육자를 지정하고, 양육비를 결정하며, 면접교섭권을 인정하고 있다. 그런데, 판례가 이러한 사항들을 결정할 경우에 객관적인 기준이나 지침이 없이 개별 사안마다 개별적으로 고려하여 이루어지고, 더욱이 개별적으로 고려하여 이루어지는데도 어느 정도 통일성을 보이고 있는 것도 특징이다. 이러한 판례의 어느 정도 일관된 내용에서 다음과 같은 몇가지 문제점이 도출된다.

첫째, 친권행사자 및 양육자의 지정에서, 청구자와 지정자의 변경이 거의 이루어지지 않는다는 점이다. 판례를 살펴본 바와 같이 친권행사자 지정에서는 청구자가 친권행사자가 되는 경우가 86%에 이르고, 양육자의 경우에는 75%에 이른다. 그리고, 부가 청구자인 경우에는 친권행사자 지정에서 90%, 양육자 지정에서 75%로 거의 부가 지정자가 된다. 이러한 점에 비추어 볼 때 현실에서 여성들이 대부분 청구자이고 많은 경우에 여성들이 친권행사자, 양육자로 지정되는 것으로 보이지만, 아버지가 청구자가 될 경우에는 친권행사자, 양육자가 될 여지가 희박하므로, 여성이 자녀에 대한 권리가 여전히 부보다는 낮은 위치에 있음을 알 수 있다.

둘째, 친권행사자 및 양육자의 지정에서 자녀들에 대한 현재까지의 양육상황이 가장 우선순위로 고려된다는 점 또한 여성에게 불리한 경우가 될 수 있다. 이혼할 사정에 직면하는 대부분의 경우에 여성들은 경제적 문제로 자녀를 양육하지 못하는 상황이 발생하고, 자녀들은 그 부와 함께 생활하게 된다. 자녀가 학령기의 아동인 경우에는 학교 등의 문제를 이유로도 더 그러하다. 앞의 판례에서 보듯이 친권행사자 및 양육자 지정에서 청구자가 현재 양육하고 있는 부 또는 모가 많은 이유도 자녀를 양육하지 않는 상대방과 재산상황을 비교할 때 상대방보다 자녀를 양육할 경제력에 대한 자신감도 있다고 볼 수 있다. 어느 정도 시간이 지나고 여성이 자녀를 양육할 수 있는 재산상황이 되더라도, 현재의 양육상황을 우선순위로 고려하는 한, 부가 그대로 친권행사자, 양육자로 지정되는 판례의 현실에서는 여성은 그 자녀에 대한 권리를 회복하기 힘들다.

셋째, 아동의 의사가 실제로 어느 정도 반영되는가 하는 점이다. 가사소송

법은 15세 이상의 자녀에게 의견진술권을 인정하고 있지만, 친권행사자 및 양육자 지정 청구자에게 양육받고 있으면서 그를 친권행사자 및 양육자로 원하는 판례밖에 없었기 때문에 판단할 수 없다. 이러한 점에서 판례는 적어도 15세 이상의 자녀인 경우에는 그 자녀의 의사를 분명하게 판례에 기재하여, 법원이 자녀의 의사를 존중하고 있음을 분명하게 할 필요가 있다고 생각한다.

넷째, 양육비 산정방법과 양육비 결정에 관한 사항이다. 이 문제는 판례를 보아서는 너무나 불투명하며, 파악할 수 있는 내용이 거의 없다. 산정방법으로 여러 제반사정에 대한 고려가 모호하게 언급될 뿐만 아니라, 판례에 나타난 부모의 재산상황이나 자녀의 연령, 그 밖의 상황이 개별적으로 각각 다름에도 1990년 초반까지는 15만원이, 1990년 중반이후부터는 20만원에서 30만원이 주를 이루고 있다. 양육비 일람표도 마련되어 있지 않는 상황에서 이러한 거의 일률적인 액수가 판정된다는 것은 흥미로운 현상이기는 하지만, 판례가 예시하는 고려사항들이 제대로 고려되지 못하고 있다는 사실을 증명하는 것이기도 할 것이다. 자녀의 복지를 위해서는 각 자녀에게 적어도 최저생계비에 대한 고려와 양육비지급의무자가 무리없이 양육비의 책정이 이루어져야 할 것이다. 따라서, 어느 정도 객관적이고 구체적인 양육비 산정방법이 마련되고, 이러한 산정방법에 따라 양육비가 결정되는 것이 바람직할 것이다. 또한, 최소생계비가 매년 변하는 만큼 재판시점을 기준으로 한번 결정된 양육비가 성년이 될 때까지 변동없이 그대로 지급되는 방식도 재검토가 필요하다 할 것이다.

다섯째, 면접교섭권의 시기·방법 등에 관해서이다. 구체적으로 일시, 장소, 방법을 규정하는 판례의 면접교섭방식은 유럽이나 미국과 같은 유형이다. 세목에 걸쳐 구체적으로 정함으로써 면접교섭권의 실현을 확실하게 하지만, 자녀의 학교행사나 개인사정, 질병, 양육자의 개인사정 등으로 면접교섭이 어려운 형편이나 예측할 수 없는 사태에 대응하기 어려운 점이 있다. 구체적으로 정했다 하더라도 예측할 수 없는 상황에서는 융통성있는 면접교섭권의 운영이 요청된다.

이혼 후 친권·양육권·  
면접교섭권에 관한 외국의 입법

---

|         |     |
|---------|-----|
| I. 국제협약 | 185 |
| II. 일본  | 190 |
| III. 독일 | 195 |
| IV. 영국  | 202 |
| V. 미국   | 210 |
| VI. 소결  | 219 |

---

---

부부가 이혼하는 경우에 미성년 자녀의 생활의 유지와 그들의 바람직한 성장과 복지를 위해서는 경제적 기반의 확보는 불가결의 전제조건으로 된다. 이혼 등의 부부관계의 파탄은 자녀에게 정신적 피해를 초래할 뿐만 아니라 경제적 기반을 흔들게 된다. 가정생활에서 이러한 불안을 배제하고, 자녀의 건강한 성장·경제적 보호를 실현하기 위해서 국제기구들은 아동보호를 위한 협약을 제정하고, 부부의 이혼후 자녀보호를 위하여 각 국가들은 친권·양육권·면접교섭권에 대한 규정을 두고 있다.

## I. 국제협약

### 1. 아동권리협약

1989년 11월 20일 제44회 유엔총회에서는 아동을 하나의 독립한 인격으로서 존중하고, 아동에게 권리주체성을 인정하는 ‘아동권리협약(Convention on the Rights of the Child : CRC)’을 채택하였다. 우리나라에서는 1991년에 발효<sup>156)</sup>하여 2번의 국가이행보고서를 제출하였다(1994년, 2000년). 아동권리협약은 지금까지의 아동권리선언과 달리 법적 구속력을 가지고, 각 회원국에 대해 아동의 권리보장을 위한 구체적인 법적 조치 등을 취하게 하는 의무를 지우고 있기 때문에 가족법에 대해서도 적지 않은 영향을 미치고 있다. 예컨

156) 우리나라는 유보조항을 두고 비준하였다. 유보조항은 다음과 같다.

제9조제3항 당사국은 아동의 최선의 이익에 반하는 경우외에는 부모의 일방 또는 쌍방으로부터 분리된 아동이 정기적으로 부모와 개인적 관계 및 직접적인 면접교섭을 유지할 권리를 가짐을 존중하여야 한다.

제21조 (a) 아동의 입양은 적용가능한 법률과 절차에 따라서 그리고 적절하고 신빙성 있는 모든 정보에 기초하여, 입양이 부모, 친척 및 후견인에 대한 아동의 신분에서 비추어 허용될 수 있음을, 그리고 요구되는 경우에는 관계자들이 필요한 협의에 의하여 입양에 대한 분별있는 승낙을 하였음을 결정하는 관계당국에 의하여만 허가되도록 보장해야 한다.

제40조 (b)(v) (형사피의자 또는 형사피고인인 모든 아동은 최소한 다음 사항을 보장받는다) 형법위반으로 간주되는 경우, 그 판결 및 그에 따라 부과된 여하한 조치는 법률에 따라 권한있고 독립적이며 공정한 상급당국이나 사법기관에 의하여 심사되어야 한다.

대, 이혼후의 양육이나 면접교섭의 문제에 대해서도 규정을 두고 있다.

우선, 양육에 대해서는 제7조 제1항에서 아동의 부모로부터 양육받을 권리를 규정하고 있고,<sup>157)</sup> 제18조 제1항에서는 부모의 공동양육책임을 규정하고, 부모 또는 법정대리권자의 제1차적 책임과 자녀의 최선의 이익을 기본적 관심사로 하는 취지를 설명하고 있다.<sup>158)</sup> 또한, 제27조 제1항에서 아동이 그 발달에 적합한 생활수준을 누릴 권리를 가짐을 인정하고, 동조 제2항에서 자녀의 양육비 보장에 대해 규정하면서, 자녀의 양육비 보장이 부모의 제1차적 책임이라고 하였다.<sup>159)</sup> 나아가, 자녀의 양육 보장에 관한 부모의 책임과 국가의 양육책임에 대한 존중 및 지원에 대해서 제5조,<sup>160)</sup> 제7조 제2항,<sup>161)</sup> 제18조 제2항·제3장,<sup>162)</sup> 제27조 제3항·제4항<sup>163)</sup>에서 규정하고 있다.

157) 제7조 1. 아동은 출생후 즉시 등록되어야 하며, 출생시부터 성명권과 국적취득권을 가지며, 가능한 한 자신의 부모를 알고 부모에 의하여 양육받을 권리를 가진다.

158) 아동권리협약 제18조 1. 당사국은 부모 쌍방이 아동의 양육과 발전에 공동책임을 진다는 원칙이 인정받을 수 있도록 최선의 노력을 기울여야 한다. 부모 또는 경우에 따라서 후견인은 아동의 양육과 발달에 일차적 책임을 진다. 아동의 최선의 이익이 그들의 기본적 관심이 된다.

159) 제27조 1. 당사국은 모든 아동이 신체적·지적·정신적·도덕적 및 사회적 발달에 적합한 생활수준을 누릴 권리를 가짐을 인정한다. 2. 부모 또는 기타 아동에 대하여 책임이 있는 자는 능력과 재산의 범위 안에서 아동 발달에 필요한 생활여건을 확보할 일차적 책임을 진다.

160) 제5조 아동이 이 협약에서 인정된 권리를 행사함에 있어서 당사국은 부모 또는 적용가능한 경우 현지 관습에 의하여 인정되는 확대가족이나 공동체의 구성원, 후견인 기타 아동에 대한 법적 책임자들이 아동의 능력발달에 상응하는 방법으로 적절한 감독과 지도를 할 책임과 권리 및 의무를 가지고 있음을 존중해야 한다.

161) 제7조 2. 당사국은 이 분야의 국내법 및 관련 국제문서상의 의무에 따라 이러한 권리(제1항의 권리: 주 2))가 실행되도록 보장하여야 하며, 권리가 실행되지 아니하여 아동이 무국적으로 되는 경우에는 특히 그러하다.

162) 제18조 2. 이 협약에 규정된 권리를 보장하고 촉진시키기 위하여, 당사국은 아동의 양육책임 이행에 있어서 부모와 후견인에게 적절한 지원을 제공하여야 하며, 아동보호를 위한 기관·시설 및 편의의 개발을 보장하여야 한다. 3. 당사국은 취업부모의 아동들이 이용할 자격이 있는 아동보호를 위한 편의 및 시설로부터 이익을 향유할 수 있는 권리가 있음을 보장하기 위하여 모든 적절한 조치를 하여야 한다.

163) 제27조 3. 당사국은 국내 여건과 재정의 범위안에서 부모 또는 기타 아동에 대하여 책임있는 자가 이 권리를 실현하는 것을 지원하기 위한 적절한 조치를 하여야 하며, 필요한 경우에는 특히 영양, 의복 및 주거에 대하여 물질적 보조 및 지원계획을 제공하여야 한다. 4. 당사국은 국내외에 거주하는 부모 또는 기타 아동에 대하여 재정적으로 책임있는 자로부터 아동양육비의 회부를 확보하기 위한 모든 적

한편, 면접교섭의 문제와 관련하여 제9조 제1항은 자녀가 부모의 의사에 반하여 부모에서 분리되지 않을 것을 확보한다고 규정하고 있고,<sup>164)</sup> 제9조 제3항은 자녀의 권리로서 자녀와 살고 있지 않은 부모와 정기적인 접촉을 유지할 권리를 인정하고 있다.<sup>165)</sup> 여기에서 말하는 ‘분리’라는 용어는 추상적인 것이어서 광범위한 내용을 가진다고 할 수 있다. 그러나, 가족영역으로 한정해 보면 부모가 이혼한 경우 등에서 문제되는 자녀를 양육하지 않는 부모의 일방과 자녀 사이의 면접교섭을, 자녀의 권리로서 존중해야 할 것을 요청하는 것이라고 할 수 있다.

우리나라에서는 명문규정으로 이혼후 자녀와 자녀를 양육하지 않는 부모의 일방과의 면접교섭권을 인정하고 있지만, 자녀의 권리가 아니라 부모의 권리로서 인정하고 있기 때문에, 자녀가 스스로 부모에게 면접교섭을 요청할 권리는 없다. 따라서, 이 조항은 유보상태이다.

그 밖에, 제12조 제1항은 판단력있는 자녀에게 스스로 관련하는 모든 문제에 대해서 의견을 표명할 권리를 보장하고, 동 제2항은 동 법 행정절차에서 자녀단독의 대리인을 세울 권리를 인정하고 있다.<sup>166)</sup>

---

절한 조치를 하여야 한다. 특히 아동에 대하여 재정적으로 책임있는 자가 아동이 거주하는 국가와 다른 국가에 거주하는 경우, 당사국은 국제협약의 가입이나 그러한 협약의 체결은 물론 다른 적절한 조치의 강구를 촉진하여야 한다.

164) 제9조 1. 당사국은 사법적 심사의 구속을 받는 관계당국이 적용가능한 법률 및 절차에 따라서 분리가 아동의 최상의 이익을 위하여 필요하다고 결정하는 경우 외에는, 아동이 그의 의사에 반하여 부모로부터 분리되지 아니하도록 보장하여야 한다. 위의 결정은 부모에 의한 아동학대 또는 유기의 경우나 부모의 별거로 인하여 아동의 거소에 관한 결정이 내려져야 하는 등 특별한 경우에 필요할 수 있다.

165) 제19조 3. 당사국은 아동의 최선의 이익에 반하는 경우 외에는, 부모의 일방 또는 쌍방으로부터 분리된 아동이 정기적으로 부모와 개인적 관계 및 직접적인 면접교섭을 유지할 권리를 가짐을 존중하여야 한다.

166) 제12조 1. 당사국은 자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 자신의 견해를 자유롭게 표시할 권리를 보장하며, 아동이 견해에 대하여는 아동의 연령과 성숙도에 따라 정당한 비중이 부여되어야 한다. 2. 이러한 목적을 위하여, 아동에게는 특히 아동에게 영향을 미치는 사법적 · 행정적 절차에 있어서도 직접 또는 대표자나 적절한 기관을 통하여 진술할 기회가 국내법적 절차에 합치되는 방법으로 부여되어야 한다.

## 2. 여성차별철폐협약

1979년 12월 18일 제34회 유엔총회에서는 여성차별을 금지하는 보다 종합적이고 구체적이며 구속력있는 ‘여성차별철폐협약(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women : CEDAW)’을 채택하였다. 우리나라에 대해서는 1981에 발효하여 5번의 이행보고서를 제출하였다(1986년, 1989년, 1992년, 1995년, 1998년). 여성차별철폐협약은 선언에서보다 남녀평등이념을 한층 명확히 하고, 보다 철저히 하고, 더욱 포괄적으로 하였으며, 각 회원국에게 여성차별철폐를 위한 구체적인 법적 조치 등을 취하게 하는 의무를 지우고 있고, 이러한 협약조항은 가족법에 대해서도 적지 않은 영향을 미치고 있으며, 부부의 모든 권리의무에서의 평등권을 규정하고 있다.

일반적으로 가족은 “사회의 자연적이고 기초적인 단위”(세계인권선언 16조, 자유권 규약 23조, 사회권 규약 10조)이고, 그 “가족의 통일과 조화를 해하지 않고”(여성차별철폐선언 6조 1항), 혼인 및 가족관계에서 남녀평등을 확보하는 것이 중요하다.

따라서, 자녀양육과 관련하여 협약은 제5조 제2항에서 자녀의 양육 및 발육에서의 남녀공동책임을 규정하고 있다. 우리나라 뿐 아니라 대부분의 국가에서 자녀양육은 여성의 역할이고 책임이다. 그러나, 협약은 이를 남녀공동책임으로 하고, 가정교육을 통해 이러한 사고를 널리 사람들이 받아들이고 실행할 것을 요청한다. 이러한 경우에 자녀의 이익을 가장 먼저 배려할 것을 규정하고 있는데, 이는 자녀의 이익을 구실로 여성에게 불이익하게 자녀의 공동양육책임을 운영하는 것이 허용되지 않음을 의미한다고 할 것이다.

또한, 협약 제16조는 가족생활에서의 부부평등을 천명하고 있는데, 이 제16조에서 설정한 부부 및 부모자녀를 중심으로 한 가족제도는 국가의 법적 규제를 받으면서 동시에, 종교, 전통, 관습 혹은 문화와 밀접하게 관련된 사법의 매우 민감한 영역이다. 다양한 정치적·사회적·경제적 조건하에서 가족의 존재방법도 시대에 따라 영역에 따라 다양하게 변화해 왔다. 어떤 가족

이상상을 그리더라도 그것은 개인의 존엄과 남녀평등이념에 입각한 것이어야 하고, 제16조는 그 기본적인 지도원리를 나타낸 것이다. 제16조가 규정하고 있는 혼인생활에서의 부부의 평등권에서, 자녀와 관련해서는 제1항에서 다음과 같이 규정하고 있다.

첫째, c호에서 혼인중 및 혼인해소시의 부부의 동등한 권리 및 책임을 규정하고 있다. 혼인중 부부는 동거, 부양, 가정책임, 성적 관계, 재산, 상속 등에 관하여, 동일한 권리를 가지고, 동일한 책임을 부담하는 것이 본 호의 목적이다. 또, 이혼할 때 이혼원인, 이혼절차, 이혼에 따르는 재산문제, 이혼후 부양, 자녀양육·면접교섭 등에 관하여 남녀가 동일한 권리와 책임을 확보할 것을 요청한다.

둘째, d호에서는 혼인상 지위에 관계없이 자녀에 대한 부모로서의 동등한 권리 및 책임을 규정한다. 즉, 부부는 미성년인 자녀의 보호, 양육, 교육, 징계, 재산관리, 거주지정, 직업허가, 혼인동의 등, 자녀와 관련된 다양한 사항에 대하여 부모로서 권리를 가지고, 책임을 진다. 원칙으로 부모가 공동으로 하지만, 자녀와 관련된 문제의 결정에 대하여 부모사이에 의견이 다른 때는 자녀의 이익이 “최고(paramount)”를 기준으로 하여 결정한다.<sup>167)</sup>

셋째, f호에서는 자녀의 후견 및 입양에 관한 부부의 동등한 권리 및 책임을 규정한다. 후견(guardianship, wardship, trusteeship이 ‘후견’이라고 번역되고 있다)제도하에서 자녀의 신상양육과 재산관리에 관하여, 부 또는 모의 어느 쪽이 우선하지 않을 것을 요구한다. 입양에 대한 동의권에 대하여도 남녀가 동일하다. 모든 경우에서 자녀의 이익의 최고를 기준으로 결정한다.

167) 총회 제3위원회에서 모로코가 1항 d호뒤에 “별거 또는 이혼한 경우에, 권한있는 법원의 명백하고도 이유있는 판결이 없는 때에는 미성년자 양육에 대하여는 모친이 우선한다”라는 조항을 삽입하자는 제안이 있었지만, 부결되었다.

## II. 일본<sup>168)</sup>

일본에서는 이혼후 친자관계에 대해 민법에 규정을 두고 있다. 친권·양육권에 대해서는 명문규정을 두고 있으나, 면접교섭권에 관해서는 규정은 없지만 판례로 인정되어 있다.

### 1. 친권 및 양육권

#### 가. 친권

자녀에 대한 친권은 부모가 혼인중인 경우에는 부모가 공동으로 행사하지만 부모가 이혼한 경우에는 부모의 일방이 친권자로 된다(민법 제819조 제1항, 제2항, 제3항). 친권의 내용은 양육과 재산관리이다. 협의이혼의 경우에는 친권자는 부부의 협의로 정하거나 협의가 이루어지지 않는 경우에는 가정법원이 그 심판으로 정하고(민법 제819조 제1항, 제5항, 가사심판법 제9조 제1항 을류 제7호), 재판이혼의 경우에는 법원의 판결로 정한다(민법 제819조 제2항, 인사소송법 제15조 제5항). 재판이혼의 경우에 판결주문에 결정된 친권자를 기재한다. 일본에는 이혼신고양식에 친권자 란이 있으므로 친권자를 정하지 않으면 이혼신고는 수리되지 않는다. 일본에서는 이혼후 부모가 공동으로 친권을 행사할 여지는 없다. 우리나라의 경우 공동친권을 인정하지만, 일본은 이혼후에는 부부가 동거하지 않으므로 그 실질적 행사의 어려움을 이유로 단독친권만을 인정하고 있다. 부 또는 모에게 귀속된 친권은 이후 변경할 수 있다(민법 제819조 제6항). 변경은 “자녀의 이익”을 기준으로 해야 한다. “자녀의 이익”이라는 기준은 친권의 변경에 관한 판단기준이면서 법원이 친권자를 결정할 때의 기준이기도 하다.

친권자가 사망하고 상대방이 생존한 경우에 비친권자인 생존하고 있는 부

168) 木村敦志(2002), 『家族法』, 有斐閣, pp.165-175; 田中實(2002), 『家族と法』, 慶應義塾大學出版會, pp.91-98; 渡辺信英 編(2002), 『福祉のための家族法』, 南窓社, pp.100-102 참조.

또는 모가 친권자가 되는가에 대해서는 학설상 다툼이 있으나, 법원은 친권자 변경절차를 통해 친권자로 인정하는 쪽으로 가고 있다. 생존자인 부 또는 모가 “자녀의 이익”에 비추어 친권자로서 적합하지 않은 경우에는 후견이 개시될 수도 있다.

#### 나. 양육권

일본에서도 우리나라처럼 친권자와는 별도로 양육자를 정할 수 있다. 자녀에 대한 양육권에 대해서도 부부가 협의로 양육자와 양육에 필요한 사항은 협의로 정하고, 협의되지 않거나 협의할 수 없는 경우에는 법원이 정하는 것이 원칙이며, 이혼소송에서 결정할 수도 있다(민법 제766조 제1항, 가사심판법 제9조 제1항 을류 제4호, 인사소송법 제15조 제1항). 양육자를 부와 모중 하나로 해야 한다는 규정은 없으나, 일반적으로 일방을 선택해왔으며, 현재 입법론적으로 자녀를 위해 공동친권 · 공동양육권에 대한 논의가 있다.

친권과 양육권의 관계를 보면, 부 또는 모가 단독으로 친권을 행사하는 것이 원칙이며, 친권자와 양육자를 다르게 정할 수도 있다. 그리고 이 경우에는 친권자의 친권행사 내용에 양육권이 제외된다.

부 또는 모에게 귀속된 양육권은 이후 변경할 수 있으며(민법 제766조 제2항), 변경은 “자녀의 이익”을 기준으로 해야 한다. “자녀의 이익”이라는 기준은 양육권의 변경에 관한 판단기준일 뿐 아니라, 법원이 양육자를 결정할 때의 기준이기도 하다.

### 2. 양육비 확보제도

일본에서 이혼후 자녀의 양육비 부담은 이혼시에 “양육에 대해서 필요한 사항”(민법 제766조 제1항)으로서 결정된다고 해석되고 있다. 그러나, 조정이혼이나 재판이혼의 경우는 제외하더라도 이혼의 90%를 차지하는 협의이혼의 경우에는 양육비 부담을 정확히 결정한다고 하는 제도적 보장은 존재하지 않는다.<sup>169)</sup> 양육비는 일반적으로 부부가 협의하여 결정하며, 협의가 되지 않

으면 가정법원이 부모의 재산, 수입, 재산분할액 등을 고려하여 구체적으로 그 액수를 정한다. 그 지급방법은 일시불로 하거나 정기금으로 할 수 있다.

결정된 양육비의 이행확보에 대해서 보면 조정이혼, 심판이혼, 판결이혼, 나아가 재판상 화해에 의한 협의이혼에서 양육비를 정하고 있는 경우에는, 조서나 공정증서가 채무명의로 되어 강제집행이 가능하다. 강제집행이 어려운 경우를 위해 양육비지급의무의 이행확보 기능을 가진 3가지 제도를 가사 심판법에서 규정하고 있다. 즉, 이행권고, 이행명령, 기탁의 3가지를 규정하고 있다.<sup>169)</sup>

첫째, 이행권고는 가사심판 또는 가사조정에서 정해진 금전의 지급 기타 재산상 급부를 목적으로 하는 의무의 이행을 해태하고 있는 의무자에 대해, 가정법원이 권리자의 신청에 따라 그 이행상황을 조사하고, 의무자에 대해 그 이행을 권고하는 것이다(가사심판법 제15조의 5). 이행권고의 신청은 서면, 구두, 전화 등의 어떤 방법으로든 할 수 있으며, 접수후 서기관 등이 이행권고표를 작성하고, 원사건의 심판서 또는 조정조서가 첨부된 사건기록과 함께 법관에게 제출하고, 법관의 조사명령을 받은 가정법원 조사관이 이행권고를 담당한다.

조사관의 이행권고는 권리자에 대한 연락부터 시작한다. 이행상황의 확인, 주소, 근무처, 불이행에 관한 원인 등의 지급의무자에 관한 정보수집, 이행권

169) 일본민법하에서는 협의이혼은 이혼신고의 제출만으로 성립하고, 협의내용에 대해 법원의 통제가 없다(민법 제763조, 제764조). 또 이혼신고의 서식을 보아도 자녀의 친권의 소재에 대해서는 기입란이 있지만, 양육비에 관한 결정에 대해 기입을 요구하는 란은 존재하지 않는다.

165) 일본에서 양육비 불이행의 원인의 대부분은 ① 조정성립의 단계에서 양육비지급의 무자가 이혼의 교환조건으로서 확실하게 지급하기 어려운 금액을 약속하거나, ② 이혼전부터 빚변제를 요구받아, 조정성립개시당초부터 지급하기 어렵게 되거나, ③ 금전적 감각이나 약속사항에 관해 관념이 없거나, 계획성이나 장래의 전망을 가지 않고 그 장소에서 반대답변하기 어려운 등의 지급의무자의 성격, 행동경향에 문제가 있거나, ④ 조정성립후의 의무자의 전직, 실업 등의 의무자의 취업상태의 변화 등에 의해 수입 등의 격감하여, ⑤ 의무자의 재혼 또는 동거에 의해 동거가족이 변하고, 상대방의 이해나 협력을 얻지 못해서, ⑥ 양육자의 재혼 또는 동거 소문 등을 들어 지급의 무자가 지급을 정지하거나, ⑦ 자녀의 면접교섭에 관한 조정조항을 정했음에도, 자녀에 대한 접근을 거부한 양육자에 대한 보복으로 지급하지 않는 경우 등이라고 한다.

고의 구체적 방법에 관한 설명이 주된 연락사항이다. 이 단계에서 처음 신고 후 여러 번의 이행권고에 의해서도 효과가 없었던 2회이상의 신고 등의 경우에는, 이행권고이외에도 강제집행이라는 방법이 있는 등의 절차면이나 그 절차 각각의 취지, 특징 등을 설명하여 양육자에게 선택하도록 한다.

권리자의 연락과 동시에 조사관은 의무자에 대한 이행권고서를 송부하거나, 전화로 권고하거나, 가정법원에 출석시켜 면접에 의한 권고, 의무자의 주소 등의 방문면접하여 권고를 한다. 이행권고서에는 “조정조서는 확정판결과 동일한 효력이 있고, 불이행의 경우는 강제집행을 받는다”는 뜻이 기재되어 있다. 이러한 이행권고서의 지급기한부의 권고에 의해서도 양육비를 지급하지 않으며, 의무자의 근무지를 파악하고 있는 경우에는 근무지로 이행권고서를 송부할 수 있다.

불이행된 양육비를 기한내에 이행할 수 없다는 뜻을 의무자가 조사관에게 연락하고, 불이행이유에 대한 변명이나 지급방법 등의 변경을 상담할 수도 있다. 이 경우 전화에 의하지 않고 가정법원에 의무자를 불러 면접하고, 불이행분의 이행계획 등을 구체적으로 조사하게 된다. 의무자와 면접한 조사관은 양육자에게 불이행양육비의 지급방법을 양해받던가, 양해할 수 없는 경우 이행권고를 종료하여 강제집행절차를 진행하는 방법, 의무자로부터 재조정의 신청을 하게 하는 방법 등을 선택하도록 한다.

둘째, 이행명령은 이행권고에 의해서도 이행하지 않는 의무자에 대해, 가정법원은 상당하다고 인정하는 경우에, 권리자의 신청에 의해 상당한 기간 내에 그 의무를 이행하라고 명령할 수 있고(가사심판법 제15조의6), 정당한 이유없이 명령에 따르지 않는 자를 10만엔 이하의 과태료에 처할 수 있는 것이다.

셋째, 기탁은 양육비의 지급이 지급기간이 상당히 장기에 걸친 것이기 때문에 금전의 수수 등으로 분쟁이 발생하지 않도록 가정법원이 의무자로부터 금전을 수령하고 보관한 기탁금을 권리자에게 교부하는 것이다(가사심판법 제15조의7).

가사심판법상의 이행권고는 의무자가 자주적으로 의무를 이행하도록 하는

제도로서, 조정중에 양육비가 결정된 경우에는 효과를 발휘하기 쉽지만, 재판으로 정해진 경우나 계속 이행권고를 무시하는 의무자에 대해서는 한계가 있다. 이에 따라 이행명령제도가 있고, 그 명령위반의 경우에는 10만엔 이하의 과태료도 부과하고 있지만, 현실에서는 민사집행법상의 강제집행신청이 더 많이 이용되며, 그 집행의 대부분은 의무자의 급여압류이다. 그 밖에 사회보장급여에서 자녀의 양육지원을 받고 있다.<sup>171)</sup>

### 3. 면접교섭권

일본에서는 면접교섭권을 명문으로 규정하고 있지 않다. 1996년에 민법개정요강의 입법과정에서 면접교섭권에 관한 규정의 신설에 대해 논의되어, 최종안에 현재의 제766조 “양육에 대해 필요한 사항”으로서 “부 또는 모와 자녀와의 면회 및 교류”라는 문구를 두었다. 그러나, 결국에는 “자녀의 이익을 가장 우선하여 고려해야 한다”고 하는 일반적인 지침을 명시하는 것으로 마무리되었고, 면접교섭권은 명문화되지 못했다.

그러나, 친권자 또는 양육자가 아닌 부모는 자녀의 이익을 해하지 않는 방법·한도내에서 자녀와 면접·교류할 권리를 가진다고 해석하는 것이 통설이고 재판례도 긍정하고 있다. 즉, 가정법원은 이혼조정에서 면접교섭권을 인정하고 있으며, 현실에서도 널리 보급되어 있어 이혼시에 면접교섭권에 대해 협의하는 부부들도 많다.

171) 일본에서는 대부분의 이혼가정은 생활이 곤란하여 이를 돕기 위하여 사회보장에 의한 수당을 마련하고 있다. 구체적으로는 아동부양수당법(児童扶養手当法)과 모자및과부복지법(母子及び寡婦福祉法)이 있다. 아동부양수당법은 “부(父)와 생계를 같이 하고 있지 않은 아동을 양육하는 가정의 생활의 안정과 자립의 촉진에 기여하기 위해, 그 아동에 대해 아동부양수당을 지급” 하는 것을 목적으로 하고(동법 제1조), 모자및과부복지법은 “모자가정 및 과부에 대해 그 생활의 안정과 향상을 위해 필요한 조치를 강구”하는 것(동법 제1조)으로, 모자복지자금의 대여사업이나 모자복지시설의 설치 등을 규정하고 있다. 아동부양수당법에 의한 아동부양수당은 부모가 이혼한 아동, 아버지가 사망한 아동, 아버지가 장애상태에 있는 아동, 아버지의 생사가 불분명한 아동, 기타 이들에 준하는 상태에 있는 아동 등을 양육하는 자이다(제4조 제1호). 실제로는 부모가 이혼한 아동이 주된 보호대상이어서, 아동의 양육자로서 그 수급자의 80%는 이혼한 여성이라고 한다.

조정 또는 심판으로 면접교섭을 결정하는 경우에, 일본에서는 일반적으로 포괄적인 방법으로 면접교섭권을 인정한다. 예컨대, 회수, 시기에 대해서는 1개월에 1회라든가, 연3회(여름·겨울·봄방학 등)으로 하고, 구체적인 일시와 장소는 그 때마다 부모가 협의하여 정한다고 하는 유형이다. 면접교섭권이 인정되어도 그 이행에 응하지 않는 경우에는 조정이나 심판으로 면접교섭권이 결정된 경우에는 그 가정법원에 이행권고를 신청할 수 있고, 양육자가 다시 조정을 신청할 수도 있다. 강제집행을 할 수 있는가에 대해서 직접강제는 할 수 없다고 하는 것이 통설이며, 지체기간에 따라 일정한 배상을 해야 하는 것을 명하는 간접강제는 할 수 있다는 설이 다수지만 유력한 반대설도 있다.

### III. 독일<sup>172)</sup>

#### 1. 친권 및 양육권

독일에서 친권(Elterliche Sorge)은 미성년 자녀를 돌보기 위한 부모의 권리이자 의무이며, 크게 신상양육과 재산관리로 나누어진다. 양육권은 친권의 한 내용이다.

혼인중 부모는 공동으로 친권을 행사하며, 이혼후에도 마찬가지이다. 다만, 1998년 7월부터 시행된 개정민법은 부모의 일방이 이혼시에 법원에 단독친권을 청구한 경우에만 법원은 친권문제와 이혼소송을 병합심리하여 친권자를 결정하게 된다(제1671조 제1항). 독일에서 이혼후의 친권문제는 전적으로 부모의 자율에 위임된 것이다.

자녀는 부모이혼후 일방과 함께 거주하고 생활하게 되므로, 부모가 공동친

172) 김상용(1999), “면접교섭권”, 『부산대학교 법학연구』, 제40권 제1호, pp.234-278 ; 김상용(2001), “이혼가정자녀 복리를 위한 제도 개선방향,” 『양육비 제대로 받고 있는가』, 한국가정법률상담소, pp.100-126 ; Michael Greßmann und joachim Beinkinstadt(1998), Das Recht der Beistandschaft, BOORBERG; <http://www.kanzlei.de/bgbfam0.htm> 참조.

권을 행사하는 경우에 관하여 개정법은 상세한 규정을 두고 있다. 즉, 자녀에게 중요한 의미를 갖는 사항에 대한 결정과 자녀의 일상생활에 관련되는 결정을 나누었다(제1687조). 그리고, 자녀에게 중요한 의미를 갖는 사항에 대한 결정은 부모가 협의하여 정하도록 하고 협의가 되지 않는 경우에는 법원이 결정하도록 하고(제1628조), 자녀의 일상생활에 관련되는 사항은 자녀를 실제로 양육하는 부모의 일방이 단독으로 결정할 수 있도록 하였다.

이혼후 공동친권을 배제하고자 하는 부모는 친권의 전부 또는 일부를 단독으로 행사를 법원에 신청할 수 있다. 이 신청은 다른 일방의 부모가 동의하는 경우(제1671조 제2항)와 공동친권을 행사하지 않고 단독친권자 지정청구를 한 부모에게 친권을 단독으로 행사하게 하는 것이 자녀의 복리에 가장 상응한다고 법원이 확신하는 경우이다.

친권행사가 자녀에게 위해가 되는 경우에 법원은 자녀에 대한 위해를 방지하기 위해 직권으로 개입할 수 있고(제1666조) 이 위해를 방지하기 위하여 필요한 모든 조치를 할 수 있다. 이 경우에 법원의 위해방지와 단독친권청구가 경합할 수 있으나, 자녀에 대한 위해방지가 우선되므로, 단독친권 신청은 위해방지 규정에 위배되는 경우에는 인용될 수 없다.

법원의 결정으로 부모중 일방의 단독친권으로 되었다면, 법원의 다른 결정이 없는 한, 변경할 수 없다. 단독친권을 공동친권으로 변경하고자 한다면 법원에 청구해야 한다(제1696조).

## 2. 양육비 확보제도

### 가. 보좌제도

독일은 양육비 확보를 위해 1998년 독일 친자법을 개정하여 보좌제도를 도입하고 ‘민법’에 규정하였다(제1712조-1717조). 이 개정법은 1998년 7월부터 시행되었다.<sup>173)</sup>

173) 독일의 보좌제도는 미혼모의 양육능력에 대한 의문과 혼외자의 보호를 위한 것으로서, 1924년부터 시행된 아동복지법에서는 혼인외의 자녀가 출생하는 경우에 아

이 개정법에 의하면 이혼한 부 또는 모는 양육비에 관하여 복지기관에 보좌를 신청할 수 있다. 보좌제도란 단독으로 자녀를 양육하는 부 또는 모가 가족문제를 전담하는 복지기관(Jugendamt=Youth Welfare Office)에 인지와 양육비 청구를 신청하는 경우에 신청사안에 대해 그 복지기관이 자녀의 보좌인이 되는 것을 말한다(제1712조, 1714조).

#### (1) 보좌청구권자

보좌를 신청할 수 있는 자는 단독친권자이다(제1713조). 양육비 청구에 대해서는 보좌를 신청할 수 있으며(제1712조 제2호), 양육비를 청구하는 경우에 보좌인은 자녀를 양육하지 않는 부모의 일방에 대해서는 물론 그 밖의 부양 의무 있는 친족에 대해서도 양육비를 청구할 수 있다.

#### (2) 보좌청구의 효과

양육비 청구에 대한 보좌신청서가 접수되는 즉시 아동복지기관은 자녀의 보좌인이 된다(제1714조 제1항). 보좌의 개시에 법원의 심사나 아동복지기관의 동의는 필요하지 않다. 법원의 개입을 필요로 하지 않는 전적으로 단독친권자의 의사에 의해서 좌우되는 국가의 지원제도이다. 보좌인이 된 아동복지기관은 자녀의 후견인과 같은 지위를 갖게 되며(제1716조), 그 범위내에서 자녀의 법정대리인이 된다(제1915조, 제1793조). 이 경우에도 친권은 그대로 유지되지만, 소를 제기하는 경우에는 친권자의 대리권이 배제된다(제1716조, 민사소송법 제53a조). 양육비 청구에 대해 보좌가 신청되면 아동복지기관으로부터 위임받은 사회복지사가 자녀를 대리하여 부양의무자를 상대로 양육

---

동복지기관이 자동적으로 후견인이 되어, 인지, 생부에 대한 부양료 청구 등을 대리하도록 규정하고 있었다. 이 법은 혼외자의 법적 지위 향상에 현저하게 기여하는 것으로 평가되었다. 그러나 사회적 변화에 따라 혼외자의 부모가 동거하고 있는 비혼인공동체에서는 태어난 아동에게까지 일률적인 후견이 발생하는 것에 대한 비판과 독일통일로 인한 미혼모의 신청이 있는 경우에만 인정되는 구동독법과의 법률통합으로 혼외자에 대한 보좌제도의 개정이 요구되어 독일에서는 혼외의 자뿐 아니라 혼인중의 자에게도 적용할 수 있는 지원입법이 논의되었고, 그 결과 1998년에 새로운 보좌제도가 탄생하였다고 한다(김상용(2001), p.110.).

비를 청구하게 된다.

### (3) 보좌의 종료

보좌를 신청한 단독친권자가 아동복지기관에 보좌의 종료를 서면으로 신청하면, 보좌는 자동으로 종료된다(제1715조 제1항, 1714조).<sup>174)</sup> 이외에도 보좌임무가 달성되는 경우, 즉 부양의무자로부터 양육비를 지급받게 되는 경우 및 보좌를 신청할 수 있는 권리 자체가 소멸한 때에는 종료된다.

### (4) 보좌인의 책임

보좌인이 되는 아동복지기관은 보좌를 받는 자녀에 대하여 보수를 청구할 수 없으며(제1915조 제1항, 제1936조 제4항), 비용상환청구권도 인정되지 않는다(제1915조 제1항, 제1836a조, 제1836조 제4항). 아동복지기관으로부터 보좌인의 임무를 위임받은 소속직원이 직무수행 중 의무를 위반하여 자녀에게 손해를 야기한 경우에는 아동복지기관이 설치되어 있는 행정청이 손해배상 책임을 진다(제1915조 제1항, 제1833조).

### 나. 선급제도

1979년 독일은 ‘양육비선급제도에관한법’을 제정하고 1980년 1월 1일부터 시행하였다. 양육비 선급제이란 당장 양육비를 필요로 하는 자녀에게 우선 국가에서 양육비를 지급하고 나중에 양육비지급의무자에게 구상권을 행사하는 제도이다. 이 제도의 기본목적은 자녀와 동거하지 않고 양육비지급의무를 지는 부모의 일방이 그 의무를 이행하지 않거나 이행할 능력이 없는 경우에 자녀와 자녀양육자에게 발생하는 경제적 곤란을 방지하는 것이다. 이 법에 따라 이혼자녀 등은 국가로부터 기본적인 생계비를 지원받고, 양육비를 지급

174) 보좌의 종료가 전적으로 단독친권자의 의사에 따라 좌우되는 것에 대해 신청인의 권리남용 가능성을 제어할 수 있는 제도적 장치로서 보좌의 종료에 아동복지기관의 동의를 요하도록 하자는 주장이 제기되기도 하였으나, 보좌의 종료에 아동복지기관의 동의를 필요로 할 경우 많은 단독친권자들이 보좌의 신청을 주저하게 된다는 우려 때문에 받아들여지지 않았다(김상용(2001), p.113.).

받은 경우에는 양육비지급의무자에 대한 자녀의 부양료채권은 자동적으로 국가에 이전되어, 국가가 나서서 양육비지급의무자를 상대로 구상권을 행사하여 양육비를 필요로 하는 가정에 도움을 주고 양육비 지급의무자의 의무를 확실히 이행시킬 수 있다.

#### (1) 선급청구권자

양육비선급을 청구하는 자녀는 부모의 일방과 동거해야 하며, 자녀가 12세에 달할 때까지 가장 72개월 동안 선급된다(양육비선급법 제1조 제1항, 제3조). 선급청구는 자녀와 동거하는 부모의 일방 또는 자녀의 법정대리인이 서면으로 하고, 양육비지급의무자가 양육비를 지급하지 않거나 양육비를 지급하더라도 법으로 정한 기본액수에 미치지 못하는 경우에 할 수 있다. 지급결정된 양육비에 관계없이 일정한 금액의 양육비가 선급된다(동법 제2조 제1항). 독일에서는 양육비선급집행기관에 대해 명문의 규정을 두고 있지 않고, 각 주에 위임하고 있는데, 각 주는 아동복지기관을 양육비선급법의 집행기관으로 지정하였다.

#### (2) 선급청구의 효과

양육비선급청구가 있는 경우에 아동복지기관은 이를 심사하고 선급여부와 기간 등을 결정하며 지급의무자에 대한 구상권도 행사하는 일종의 행정절차를 통해 이루어진다. 양육비선급을 받은 자녀가 지급의무자에 대해 양육비청구권을 가지고 있는 경우에 자녀의 채권은 주(州)정부로 이전한다(동법 제7조 제1항). 주정부로 이전된 채권의 회수를 위임받은 아동복지기관은 지급의무자에게 채무이행을 촉구하고 필요한 경우에는 소를 제기하며, 강제집행을 신청할 수 있다. 양육비지급의무자인 부모의 일방은 아동복지기관이 요청하는 경우 구상권행사에 필요한 정보를 제공해야 하고, 양육비지급의무자를 고용하고 있는 사용자도 아동기관의 요청이 있는 경우 구상권 행사에 필요한 정보를 제공해야 한다. 지급의무자가 가입한 보험회사도 지급의무자의 거소,

수입 등에 대한 정보를 제공할 의무가 있다(동법 제6조 제2항).

### 3. 면접교섭권

이혼후 부모의 일방이 자녀의 신상양육권을 가지는 경우에 자녀를 양육하지 않는 부모의 일방에게 자녀에 대한 면접교섭권을 인정하고 있으며, 동시에 자녀도 자신을 양육하지 않는 부모의 일방과 면접교섭권을 가진다(민법 제1684조). 즉, 우리와 달리 자녀와 부모를 동시에 면접교섭권의 주체로서 인정한다. 면접교섭권이 자녀의 권리로 인정됨에 따라 부모 이외의 제3자(조부모, 형제자매 등)에게도 면접교섭권을 인정한다(동법 1685조). 이러한 민법규정에 따라 독일사회법도 면접교섭권의 당사자인 부모, 자녀 또는 제3자(조부모, 형제자매 등)에 대하여 사회복지기관에서 상담 및 지원을 받을 수 있는 권리를 이전 보다 더욱 넓게 인정하고 있다(동법 제18조). 독일은 면접교섭권이 실효를 거두기 위해서는 무엇보다도 당사자 사이의 합의가 중요하다는 인식하에 상담과 지원을 통한 조정 서비스를 확충하고자 하였다. 이러한 상담과 지원은 면접교섭권에 대한 결정이 이루어질 때뿐 아니라, 그 후 면접교섭이 실행되는 과정에서도 당사자가 청구하면 계속해서 제공된다. 독일에서는 이와 같이 조정제도를 확대·강화하면서도 다른 한편으로는 강제조정의 가능성을 의도적으로 배제하였는데, 그 이유는 부모들이 스스로의 의사에 반하여 합의를 이끌어내도록 강요되는 것이 당사자에 의한 자율적인 문제해결이라는 기본원칙에 어긋하고 이와 같은 강제절차는 법원에 의한 사전절차와 유사한 것으로 인식되어 단지 소송을 지연시키는 결과로 이어질 수 있기 때문이라고 한다.<sup>175)</sup>

어쨌든, 독일에서 신상양육을 하지 않는 부모의 일방과 자녀는 개인적인 면접교섭(Umgang)을 할 권한을 보유한다. 신상양육권이 없는 부모의 일방과 신상양육자는 타방에 대한 자녀의 관계를 침해하거나 교육을 방해해서는 안된다. 법원은 부모의 자녀에 대한 권한의 범위를 결정한다.<sup>176)</sup> 가정법원은

175) 김상용(1999), p.250.

자녀의 복리를 위하여 필요한 때에는 면접교섭권을 제한 또는 배제할 수 있다. 신상양육권이 없는 부모의 일방은 정당한 이익이 있는 경우에는 신상양육자에 대하여 자녀의 신상의 상황에 대한 정보를 요구할 수 있다. 다만, 정보의 제공이 자녀의 복리와 합치하는 경우에 한한다. 정보에 관한 권리를 둘러싼 다툼에 대해서는 후견법원이 결정한다.

면접교섭권에 관한 절차에서 법원은 가능한 한 빨리 당사자들의 의견을 청취하고, 당사자들이 합의에 이를 수 있도록 노력해야만 한다(비송사건절차법 제52조 제1항). 법원은 또한 당사자들에게 법원외에서 전문기관의 상담을 받을 수 있다는 사실을 알려주어야만 한다. 소송의 진행과 병행하여 법원외에서 전문기관에 의한 상담이 이루어질 수 있다. 이러한 상담가능성을 촉진하기 위하여 당사자들이 상담을 신청하고자 하는 경우에는 소송을 중단시킬 수 있다. 그러나, 소송의 중단으로 인하여 자녀의 복리에 반하는 결과가 예상되는 경우<sup>177)</sup>에는 이 방법의 사용은 고려되지 않는다(동법 제52조 제2항). 그러나 이러한 경우 소송중단제도의 형해화를 막고 자녀의 복리를 지키기 위하여 법원의 재량에 의한 임시처분이 가능하도록 되어 있다(동법 제52조 3항). 당사자들이 소송외의 조정과정을 통하여 면접교섭에 관한 합의에 도달하면 당사자의 청구철회 또는 직권으로 면접교섭권에 대한 절차가 종료된다.

176) 부모가 아닌 자, 예컨대 조부모 등이 양육자인 경우이면서 부 또는 모의 면접교섭권을 거절하는 경우에 대해서도 가정법원의 결정이 구속력을 가진다.

177) 예컨대, 절차가 지연되는 동안 면접교섭을 하지 못함으로써 어린 자녀와 자녀를 양육하지 않는 부모의 일방의 관계가 소원해지는 경우이다.

#### IV. 영국<sup>178)</sup>

##### 1. 부모의 책임(Parental responsibility for children)

영국에서는 친권과 양육권의 개념이 구분되어 있지 않고, 아동법 제2조에서 “부모의 책임”이라는 용어를 사용하고 있다. 부모의 책임이란 부모가 그 자녀나 자녀의 재산에 관해 법에서 부여되는 모든 권리, 의무, 권력, 책임 및 권한을 의미한다(제3조 제1항). 이러한 추상적 규정을 두고 있는 이유는 분명하지 않다. 그 의미에 대해서는 해석과 법원의 판단에 의존할 수 밖에 없으며, 그 구체적인 내용으로서는 자녀에 대한 가정제공, 교육방침 결정·실행권, 의료행위에 대한 동의권, 혼인동의권, 입양동의권, 여권발행거부권, 해외여행 및 해외이주허가권, 재산관리권, 보호부양권, 성(姓)변경권, 재판대리권, 사망한 자녀의 매장권 및 화장권 등이 학설에서 인정된다. 이러한 부모의 자녀에 대한 책임을 일반적으로 양육권이라고 있다(이하 ‘양육권’으로 통일한다).

양육권은 혼인중에는 부부가 공동으로 행사하지만, 이혼후에는 자녀의 복리를 최고 이념으로 하여 단독양육권과 공동양육권을 인정하고 있다.

법원이 이혼재판에서 18세 미만의 자녀의 양육에 대해 모에게 단독양육권을 주고 부에게는 면접교섭권을 인정하는 방법, 부에게 법적 양육권을 모에게 신상양육권을 주는 방법, 공동양육권을 부여하면서 부 또는 모에게 신상양육권을 부여하는 등, 크게 3가지로 유형화하여 부여하고 있다.

영국에서는 법원이 이혼시 양육권의 결정에서 광범위한 재량을 가지고 제2차 대전후에는 모에게 법적 양육권과 신상양육권을 함께 부여했으나, 이후 부친차별이라는 비판이 발생하여 공동양육권으로 되었다. 그러나 이혼가정의 90%이상에서 실제로는 모가 양육하고 있다고 한다.

178) Alison Diduck & Felicity Kaganas(1999), *Family Law, Gender and the state*, Hart Publishing Ltd. pp.241-282 ; 東和敏(1996), 『イギリス家族法と子の保護』, 國際書院 <http://www.hmsso.gov.uk/acts/> 등 참조.

한편, 영국의 혼인관계법(The Matrimonial Causes Act, 1973)은 부부가 이혼할 경우에 법원은 그 판결을 하는 경우에 판단해야 할 사항으로서 아동법(The Child Act, 1989) 규정의 적용을 받는 자녀가 있는가 여부, 그러한 자녀가 있는 경우에는 자녀의 양육 및 복지를 위해 책정해야 할 또는 책정되거나 제안된 협정에 대해서 법원의 권한을 행사할지 여부에 대해 고려해야 한다고 규정하고 있다(제41조).<sup>179)</sup> “고려한다”는 것은 법원이 이혼확정판결을 하기 전에 자녀의 이익보호를 위한 부부간의 협정을 판단하고, 이혼확정 판결을 하는 과정을 밟아야 하는 것을 의미한다. 이 단계에서 법원은 자녀의 이익보호에 관한 부부간의 협정의 옳고 그름을 검토할 수 있다. 나아가, 법원은 별도로 명령 내지 결정을 하기까지는 이혼판결을 확정하지 않거나 재판별거를 허가하지 않는다는 취지를 지시할 수 있다고 하고 있다(제41조(2)).<sup>180)</sup> 이 규정의 취지는 1989년 아동에 근거하여 자녀에 관한 미해결 문제를 해소하기까지는 판결인용의 확정을 지연하고자 하는데 있다.

위와 같이 이혼판결을 확정하기 전에 법원은 자녀에 관한 부부의 협정에 대해 심사해야 하는데, 그 절차는 구체적으로는 세부적으로 기재된 자녀를 위한 협정문서를 검토하는 것이며, 이를 담당하는 것은 지방법원의 법관이

179) 1973년 혼인사건관계법에서는 법원은 자녀의 복지에 관한 협정이 충분하고 최선의 것이라는 점이 인정되지 않는 한, 혹은 소를 제기한 당사자가 그러한 협정을 할 가능성이 없다고 인정되는 한 이혼판결을 할 수 없다고 규정하고 있었다(제1조 (a)). 이 규정의 취지는 이혼과정에 있는 부모가 그 상황에서 자녀의 복지를 위해서 할 수 있는 한 최선의 협정을 확보하고, 보호적 조치가 필요한 경우에는 그를 위한 특별히 중요한 사항을 분명하게 하는 점에 있다. 자녀의 복지에는 자녀의 보호, 교육, 경제적인 부양 등의 자녀를 위한 이익을 포함한다(제41조 (6)). 그러나, 후에 제41조(1)의 규정은 1989년 아동법의 제정에 따라 현행과 같이 수정되었다. 수정이유는 1989년 아동법의 원리를 구성한 국가는 친자관계의 조정에 관해 가능한 한 개입해서는 아니되고, 그 문제에 대해서는 부모가 책임을 지고, 이혼에 대해서 협정을 해야 할 의무를 지는 자녀의 양친에 의한 해결에 맡기며, 국가의 개입은 신중히 그것이 필요한 경우에 한해야 할 것이라고 하는 비개입의 원칙을 명확히 하고, 그 강화를 도모하는데 있다고 한다.

180) 그 사건의 제반사정이 자녀에 관해 1989년 아동법에 근거하여 법원의 권한행사를 필요로 하고 있다고 생각되는 경우, 법원이 그 사건에 대해 다시 검토함으로써 그 권한을 행사할 수 있는 지위를 얻었다고 생각되는 경우, 자녀의 이익에 관해 법원이 그 규정에 근거하여 지시해야 하는 예외적 사정이 존재한다고 생각되는 경우에 그러하다.

다. 그 문서는 이혼신청시에 첨부되어야 한다.

이 서류의 심사를 마치고 법원이 1989년 아동법에 근거해 그 권한을 행사할 필요가 없다고 인정되는 경우에는 그 증명이 필요하다. 법원이 필요하다고 인정한 경우에는 다시 증거의 제출, 복지보고서의 작성, 당사자의 출석을 명할 수 있다. 양친에 의한 자녀의 복지에 관한 협정에 관한 조사는 서류조사로 시작하며, 관계당사자의 법원의 출석을 요하지 않는다.

이혼에 즈음하여 그 이익을 위해 이혼판결의 지연을 가능하게 하는 자녀에 대해서 2가지 요건을 규정하고 있다(제52조). 연령의 요건과 가족인 자녀일 것이라는 요건이다. 연령에 대해서는 장애아를 제외하고 16세 미만 자녀이다. 이는 1989년 아동법에서 제8조 명령대상이 되는 자녀의 연령에 부합하는 것이다. 가족인 자녀는 친자 및 양자, 비적출자이며, 부부가 가족인 자녀로서 대우하고 있는 자녀는 다양하다. 이는 친자관계의 유무에 관계없이 당사자가 가족의 구성으로 동거해온 자녀를 포함하고자 하는 취지이다.<sup>181)</sup>

혼인관계법 제41조의 협정에 대해 당사자사이에 합의가 성립하지 않는 경우, 조정에 의한 해결이 곤란한 경우에는 아동법 제8조의 명령신청에 의해 해결할 수 밖에 없다.

## 2. 양육비 확보제도

영국에서 미성년 자녀의 경제적 기반을 확보하기 위해 여러 가지 제도를 마련하고 있고, 그 제도는 각각의 취지와 목적하에서 다양한 전개를 보이며 유동적이다. 자녀의 경제적 기반을 확보하는 것을 목적으로 한 법률중 특히 기본적이고 중요한 기능을 수행하는 것은 1991년 아동지원법(The Child Support Act), 1973년 혼인관계법(The Matrimonial Causes Act), 1978년 가사사건과치안판사법원법(The Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act 1978), 1989년 아동법(The Child Act)이다. 이들 법은 각각 고유

181) 일반적으로 하숙인, 홈스테이하는 자의 자녀, 부모의 일시적 부재를 이유로 다른 자가 대신하여 맡고 있는 자녀 등은 해당하지 않는다.

한 목적과 적용영역을 가지고 종합적으로 자녀의 경제적 기반의 확보를 목적으로 하는 것이다. 이러한 법들이 각각의 목적의 내용과 고유한 적용영역을 가지면서, 그들이 전체로서 자녀의 재산적 보호에 대해 기능하고 있다.

여기에서는 양육비 확보를 위한 대표적인 법인 ‘1991년 아동지원법’에 대해 살펴보고자 한다. 1991년 아동지원법의 기본적인 목적은 자녀의 부양을 위해 필요한 생활비를 확실, 공평, 신속하게 부모로부터 확보하는 것이며, 대부분의 경우에는 그 아버지로부터 확보하는 것이다. 즉, 양육비의 산정방식과 회수절차가 주 내용이다.

#### 가. 양육비의 청구

양육비 지급의 대상이 되는 자녀는 우선 16세미만의 자가 원칙이며, 고등교육을 제외하고 일반적으로 인정된 교육시설에서 종일교육을 받고 있는 자이다. 인가받은 교육인 경우에는 19세미만의 자도 대상이 된다(제55조 (1)(a)(b)). 18세 미만의 자녀도 규칙에서 규정한 일정한 요건을 충족하는 경우에는 적용대상이 된다. 그러나, 연령적 요건을 만족시키더라도 결혼하고 있는 경우에는 적용대상이 되지 않는다(제55조 (2)).

이 법에 의해 양육비 지급 의무를 지는 자는 자녀를 양육하지 않으면서 부모의 책임으로서 부양의무를 이행하지 않을 가능성이 있는 부모이다. 규정상 표현으로는 absent parents 이다.<sup>182)</sup> 친부모이며, 혼인여부에 관계없다. 의붓아버지나 의붓어머니는 원칙적으로는 부양의무자인 부모에 포함되지 않지만, 법원의 명령으로 이 법에 근거하여 양육비 지급의무를 질 수도 있다.

이혼한 경우에 자녀를 양육하지 않는 부모의 일방이 양육비를 지급하도록 아동부양사무소에 대해 신청을 할 수 있다. 이 때 자녀의 양육자 및 자녀를 양육하지 않는 부 또는 모는 양육비의 산정을 신청할 수 있고(제4조 (4)), 희망하면 지급가능한 양육비의 지급과 그 강제를 위한 협정을 사무소에 신청할 수 있다(제4조 (2)). 사무소가 양육비를 산정한 경우에, 자녀를 양육하지 않는

182) 이러한 부모의 의의에 대해서는 “부모가 같은 주거에서 생활하고 있지 않은 경우 또는 자녀가 그를 양육하는 자와 함께 생활하고 있는 경우”라고 규정한다.

부모의 일방은 그 액을 분할급으로 지급할 의무를 진다.

양육비의 청구는 청구권자의 임의에 의한 것이고, 사무소가 청구의 의사를 강요할 수 없다. 따라서 자녀의 양육자는 사무소에 대해 지급신청을 할 것인지 선택할 수 있다. 다만, 다른 사회보장급여를 지급받는 양육자는 청구권자에서 제외되며, 이 경우에는 그 양육자를 대신하여 국가가 자녀를 양육하지 않는 부모의 일방에게 자녀의 양육비 청구를 할 수 있다(제6조 (1)).

#### 나. 양육비의 산정방법

양육비의 산정에 대해서 동법은 그 부칙에서 상세한 규정과 수식을 포함하고 있고, 이 수학적 공식에 따라 산정되어, 정확성, 확실성, 공평이 확보되고 있다고 평가받고 있다.

산정의 제1단계는 자녀의 양육에 필요한 경비의 산정이다. 이 산정을 위해서 채용된 공식인  $MR=AG-CB$  이다. MR은 자녀의 양육에 필요한 경비를 의미하고, AG는 부칙 1(3)에 근거하여 산정된 금액으로 자녀 내지는 그 양육자에게 지급될 수 있는 생활보호급여(income support)에 가족수당(family premium)와 홀부모수당(lone parent premium)을 가산한 액이다. CB는 child benefit의 약어로서 아동수당을 의미한다. 따라서 필요한 양육비의 액은 생활보호급여의 액에 가족수당과 홀부모수당을 가산한 총액에서 아동수당을 공제한 액이다. 제2단계로 산정의 대상이 되는 소득을 밝혀야 한다. 산정의 대상이 되는 소득이란 자녀의 양육을 위해 지급가능한 액을 산정할 근거로 되는 부모의 수익을 말한다. 산정의 대상이 되는 자녀를 양육하지 않는 부모의 일방의 소득의 계산은 부칙 5(1)에 규정된  $A=N-E$ 의 공식이다.

이 경우의 A는 산정대상이 되는 비양육친의 수입을 의미하고, 총수입과는 다르다. N은 그의 순수입을 의미하고, 이에 대한 산정규칙이 있으며, 구체적으로는 세금이나 건강보험료, 연금지출의 50%를 공제하고 남은 액이다. E는 자녀를 양육하지 않는 부모의 일방의 소득에서 공제해야 할 액을 의미한다. 양육비가 지급되기전에 공제해야 할 비양육친의 생활비이다. 자녀를 양육하지 않는 부모의 일방이 재혼하고 자녀와 동거하고 있는 경우는 그 자녀의 기

본적 생활비도 그 속에 포함된다. 따라서, 산정의 대상이 되는 소득은 자녀를 양육하지 않는 부모 일방의 총수입에서 세금, 건강보험료, 연금지출, 그 자신이나 그와 동거하는 자녀의 기본적 생활비를 공제한 액이다.

산정의 대상이 되는 소득을 구성하는 또 하나의 요소는 자녀양육자의 소득이다. 그것은  $C=M-F$ 의 계산식에 따라 산정된다.

C는 양육자의 산정대상이 되는 소득을 나타내고, M은 양육자의 총수입을, F는 공제액을 말한다.

제3단계로서 양육비의 산정이 있으며, 이는  $(A+C)*P$ 의 계산식에 따른다. 산정대상인 비양육친의 수입에 산정대상이 되는 양육자의 수입을 합하고, P를 곱하는 것이다. 이 P의 수치는 0.5이다. 이 결과 얻은 수치가 자녀의 양육에 필요한 액(MR)과 동일하거나 그 이하인 경우에  $A*P$ 에 해당하는 액을 지급할 의무를 진다. 즉, 그 산정대상액의 2분의 1액이다.

자녀를 양육하지 않는 부모의 일방은 그 자신이나 재혼가정의 생활을 유지할 필요가 있다. 그가 부담해야 할 자녀의 양육비의 지급에 의해 그 자신의 생활이 유지할 수 없게 되는 사태는 없어야 한다. 이를 위해 산정된 양육비의 지급 후 소득의 잔액이 생활지원급여의 총액보다 모자라는 경우에 양육비의 지급액은 감액된다. 그 정도는 소득의 잔액이 최저보장액을 만족하는 범위로 두고 있다.

이러한 가능성은 자녀를 양육하지 않는 부모의 일방의 소득이 낮은 경우에 발생할 수 있다. 자녀를 양육하지 않는 부모의 일방이 생활보호대상자로서 생활보장을 받고 있는 경우는 실질적으로 자녀의 부양료의 지급의무를 지지 않는다. 즉, 부양료의 지급액은 제로이다.

이렇게 산정된 양육비의 지급과 관련한 업무는 아동보호위원회(Child Support Agency)에서 담당한다. 아동보호위원회는 아동보호관으로 구성되고 그들을 직무상 지휘감독하는 것이 수석아동보호관(the Chief Child Support Officer)이며, 사회보장장관이 임명한다. 수석아동보호관은 부양료의 산정, 심사, 취소 등의 아동보호관의 직무에 관하여 조언하고, 관계문제에 대해 사회보장부에 대해 문서로 보고한다(제13조 (4)).

#### 다. 양육비의 징수

자녀의 양육비의 청구가 있고, 그 산정이 이루어진 경우에 위원회는 양육비를 징수할 수 있다(제29조 (1)). 그 징수를 쉽게 하기 위해 양육자에게 은행 계좌개설을 명하고(제29조 (1)), 지급의무자인 자녀를 양육하지 않는 부모의 일방의 고용주에게 급여에서의 강제공제를 명하는(제29조 (3)(e)(ii)) 등의 강제조치를 강구할 수 있다. 급여강제공제는 이행지체가 생긴 경우에 한하지 않고 그 이전에도 명령할 수 있다.

더욱이 지급하지 않는 경우에 사회보장부는 지급책임자를 상대방(피고)으로 하여 책임명령을 법원에 청구할 수 있다(제33조). 이 집행조치의 특징은 지급의무자의 재산에 대한 강제집행에 의해 필요액을 징수하던지, 법원에 소를 제기하던지 어떤 방법의 조치든지 할 수 있다. 법원에 소를 제기하는 조치는 재산의 압류 혹은 압류와 유사한 명령의 신청을 내용으로 한다.

양육비 지급에 대한 최종적인 제재조치는 형사벌의 강제이다. 양육비의 지급에 대해서는 최고 6주간의 구금이 형사벌로서 부과된다(제50조 (3)). 다만, 이것은 최후의 수단이고, 지급책임자가 고의 또는 과실로 지급책임을 해태한 경우에만 인정된다.

### 3. 면접교섭권(Contact with the Child)

영국에서 부부가 별거 내지 이혼하여 자녀가 일방의 부모 밑에서 양육되고 있는 경우, 자녀가 지방공공단체의 보호하에 있는 경우에 자녀 내지 부모는 각각 그 교류를 법원에 청구할 수 있다.

“contact”라는 용어는 1989년 아동법에서 처음으로 사용되고, 그 이전에는 교류를 의미하는 용어로서 “access”가 사용되고 있었다. 그것이 “contact”라는 용어로 바뀐 것은 이 용어가 더 자녀중심의 이념을 표현하는데 적합하다고 해석되었기 때문이다. 그 내용은 1989년 아동법 제8조 제1항에 의하면 자녀가 명령에 의해 지정된 자를 방문하고 그와 숙박을 함께 하고, 다른 방법으로 서로 교류하는 것이라고 규정하고 있다.<sup>183)</sup> 부모가 자녀와 만나고, 따로

살고 있는 부모와 자녀가 정기적으로든 임의적으로든 어느 기간에 만나, 일시적인 친자생활을 회복하고, 서로 교류를 통해 양자의 의사 소통을 도모한다고 하는 의미로 해석된다.

이 권리가 부모의 책임에 포함되는 부모의 권리라는 점에 이론은 없다. 자녀에게 부모가 있다고 하는 것은 자녀의 정신과 신체 쌍방의 양육에 불가결한 요소라는 것은 일반적으로 부정할 수 없다. 친자관계에서의 상호 교류는 부모의 기능에서 파생하는 부모로서의 지위에 부대하는 권리이다.

따라서, 자녀가 지방공공단체의 보호하에 있는 경우에도 자녀의 교류는 자녀의 복지에 반하지 않는 한, 부모의 권리로서 인정되고, 그것을 통해 자녀의 정신적인 안녕을 도모하고 있다.

1989년 아동법 제34조는 자녀가 지방공공단체의 보호하에 있는 경우, 그 단체는 자녀가 다음에 규정하는 자와 상응의 교류를 하는 것을 인정해야 한다고 규정하고 있다. 그 면접권자는 자녀의 부모, 자녀의 후견인, 자녀의 보호명령이 내려지기 이전에 그에 대해 주거확정명령이 효력이 발생하고 있던 경우에 그 명령을 인수한 자, 보호명령이 있기 이전에 고등법원의 전속관할에 근거하여 자녀와 생활하고 있던 자가 있는 경우에는 그 생활을 하고 있던 자이다. 지방자치단체 혹은 자녀가 신청한 경우에 법원은 자녀와 지명된 자와 사이에 인정해야 할 교류에 대해 그것이 타당하다고 판단한 때는 그 명령을 할 수 있다. 교류명령을 신청을 하기 위해 법원의 허가를 얻은 자의 교류명령의 신청에 대해서 법원은 자녀와 그러한 자사이에 인정될 수 있는 교류에 대해서 타당하다고 판단된 때는 그 명령을 할 수 있다.

183) 1989년 아동법의 제정으로 폐지된 1971년 미성년자후견법(Guardianship of Minors Act)에서는 “자녀의 권리와 부모의 행동과 희망을 고려하여 적합하다고 생각하는 때는 법원은 부 또는 모의 청구에 의하여 면접교섭권에 관한 명령을 내릴 수 있고, 이 명령은 부모 중 일방의 청구에 의하여 변경될 수 있다(제9조)”고 규정하고 있었다.

## V. 미국<sup>184)</sup>

### 1. 친권 및 양육권

미국법에서의 친권 및 양육권도 영국과 마찬가지로 분리되어 있지 않다. 미국에서도 자녀의 양육에 관련한 모든 사항을 결정할 법적 권리의무인 법적 양육권(legal custody)과 자녀가 부모의 일방과 생활하는 경우에 자녀의 일상 생활에 관한 결정을 할 권리의무인 신상양육권(phsical custody)으로 구분된다. 부부가 혼인하고 동거하고 있는 기간은 부모쌍방이 자녀의 법적 양육권·신상양육권을 평등하게 가지고 공동하여 행사한다. 이혼 또는 별거시에 부모가 공동으로 가지고 행사한 법적 양육권·신상양육권의 귀속문제가 발생하게 된다.

미국에서 이혼의 경우에 자녀의 양육자 결정의 기준으로 자녀의 최선의 이익 원칙, 어린 자녀의 모(母)우선 원칙, 이혼무책당사자 원칙이 판례나 성문법으로 확립되어 왔다. 이중 모우선 원칙과 이혼무책당사자 원칙은 사회의 변화와 함께 점차 사라지고, 현재는 “자녀의 최선의 이익”이 자녀의 양육권을 정할 때의 일반적 기준이다. 통일혼인이혼법(Uniform Marriage and Divorce Act)은 “법원은 자녀의 양육에 있어서 자녀의 최선의 이익에 따라 결정하여야 하며, 결정시에는 다음의 요소를 고려하여야 한다. ① 자녀의 양육에 관한 부모의 일방 또는 쌍방의 희망, ② 양육자에 대한 자녀의 희망, ③ 부모 일방 또는 쌍방, 형제자매와의 상호관계, ④가정, 학교, 사회에 대한 자녀의 적응력, ⑤ 관계당사자의 정신적, 육체적 건강 및 성실성. 법원은 자녀와의 관계에 영향을 주지 않는 양육자의 행위에 대해서는 고려해서는 안된다

184) 정미화(2001), “미국의 이혼가정 자녀보호제도,” 『양육비 제대로 받고 있는가』, 한국가정법률상담소, pp.92-105 ; Garfinkel(1988), “Child Support Assurance : A New Tool for Achieving Social Security,” Child Support, SAGE ; U.S. House of Representatives, Committee on Ways and Means(1989), *The Child Support Enforcement Program : Policy and Practice*, GPO; 棚村政行(1993), “離婚後の子の監護,” 加除出版社, pp.231-272 등 참조.

(제409조)”고 규정하고 있다.

또한, 이혼후 부모의 자녀양육권의 형태는 양육형태에 따라 다르며, 크게 4가지의 양육형태가 있다.

첫째, 단독양육(sole custody) 형태로서 지금까지 가장 많이 이용된다(sole custody). 단독양육은 부부의 일방에게 법적 양육권과 신상양육권을 부여하고, 이러한 권리가 없는 부모에게는 면접교섭권(visitation right)을 부여하는 형태이다. 현재에도 법원에서 양육권을 둘러싼 판결의 약 70%는 단독양육이라고 한다.

둘째, 분할양육(divided custody)으로서, 자녀의 법적 양육권과 신상양육권을 부모의 일방에게 각각 교대로 부여하고, 자녀와 동거하고 있는 부모의 일방이 법적 양육권과 신상양육권을 가지는 형태이다.

셋째, 분리양육(split custody)으로 부모가 여러 명의 자녀를 나누어 양육하는 형태이다.

끝으로 공동양육(joint custody) 형태가 있다. 공동양육은 법적 양육권을 공동으로 가지는 공동법적 양육(joint legal custody)과 신상양육권을 공동으로 가지는 공동신상양육(joint physical custody)으로 크게 구분된다. 공동양육은 이혼후에도 혼인중과 동일하게 부모가 자녀의 양육에 관여함으로써, 가능한 한 부모자녀 관계를 계속적으로 유지하려는 것을 의도한다. 그러나, 실제로는 공동양육의 형태는 부모의 일방이 자녀와 살고, 다른 일방이 자녀의 교육 · 종교 · 의료 등의 중요한 문제에 대해서 공동의 결정권을 가지고, 정기적으로 자녀를 방문하거나 외출하거나 할 수 있다고 하는 형태로 이루어지고 있다. 1977년에 처음으로 오레곤주에서 입법화된 공동양육형태는 현재 40여개가 넘는 주에서 규정하고 있으며, 그 형태는 부부의 합의가 있으면 인정하는 洲,<sup>185)</sup> 공동양육의 선택을 인정하는 洲,<sup>186)</sup> 공동양육을 우선시키거나 예

185) 캘리포니아주 민법전 제4608조에서는 “부모가 공동양육의 부여에 합의하거나 공개의 법정에서 합의한 경우에는 공동양육이 미성년의 자녀의 최선의 이익으로 된다는 입증책임에 관한 추정이 있는 것으로 한다”고 규정한다. 또, 위스콘주법은 “법원은 공동양육을 인정하는 것이 자녀의 최선의 이익으로 되고, 이하의 사항중 어느 것에 해당한다고 인정하는 때에 한하여, 공동법적양육(joint legal custody)

외적인 사정이 없는 한 공동양육을 명하는 洲<sup>187)</sup>로 나누어진다.

## 2. 양육비 확보제도

미국에서 부모는 자녀의 양육비를 부담할 의무를 지며, 미국의 각 주법은 부모의 신청이 없더라도 이혼판결시에 자녀에 대한 양육비 지급을 함께 명하도록 규정하고 있다. 부부는 성별에 관계없이 각자의 경제능력과 재산에 따라 양육비를 부담한다. 통일혼인이혼법(The Uniform Marriage and Divorce Act 1970)은 이혼후 자녀의 양육비 지급에 관해 “이혼이나 자녀의 양육절차에서 법원은 이혼에 대한 부모의 유무책에 관계없이 제반 요소들<sup>188)</sup>을 고려하여 자녀를 양육할 의무가 있는 부모 중 일방 또는 쌍방에게 자녀의 양육을 위해 상당한 또는 필요한 금액을 지급하도록 명할 수 있다(제309조)”고 규정하고 있으며, “동절차에서 법원은 독립능력이 없는 모든 미성년자의 부양, 교

을 인정할 수 있다. ① 당사자 쌍방이 공동법적양육에 동의하고 있을 것. ② 당사자들은 공동법적양육에 동의하고 있지 않지만, 일방이 공동법적양육을 요구하고, 법원이 다음 사정을 인정할 것. a) 당사자인 쌍방이 부모로서의 의무 및 책임을 질 능력을 가지고, 자녀의 양육에 대해 적극적 역할을 부과하기를 희망하고 있을 것, b) 공동법적양육의 행사를 실질적으로 방해하는 조건이 그 당시 존재하고 있지 않을 것. c) 당사자들이 공동법적양육이 부여된 때에 요구되는 장래의 결정에 협력할 수 있을 것. d) 당사자 각각이 자녀를 학대하거나, 부부간 폭력, 가족학대를 한다고 하는 증거는 당사자들이 장래의 결정에서 협력할 수 있다고 하는 반증을 허용할 추정을 발생시킨다”고 규정한다.

186) 오레곤주법에서는 법원은 “모든 미성년의 자녀에 대해 정당하고도 적당하다고 생각할 수 있는 당사자의 일방 또는 공동의 양육을 명하는 권한을 가진다”고 규정한다. 또, 매사추세츠주법은 “법원은 당사자들에 의해 제출된 공동양육의 실시계획을 검토해야 한다. 법원은 공동법적양육명령 및 공동신상양육명령을 내릴 수 있고, 당사자들이 공동으로 또는 그 일방이 제출한 공동양육실시계획을 승인할 수 있고, 계획을 변경한 계획을 정할 수 있다. 또, 법원은 그 계획을 거부하여 일방의 부모에게 단독법적양육을 부여할 수 있다”고 규정하고 있다.

187) 플로리다주법은 “미성년 자녀는 부모와 긴밀하고도 계속적으로 접촉하고, 부모는 자녀의 양육에 대한 권리 및 책임을 공동으로 행사하도록 장려하는 것은 洲의 정책이다. 법원은 미성년 자녀에 대한 부모의 책임은 자녀에게 유해하지 않는 한 공동으로 행사하는 것을 명해야 한다”고 규정하고 있다.

188) 규정된 요소들은 ① 그 자녀의 경제적 자력, ② 양육부모의 경제적 자력, ③ 이혼하지 않았다면 그 자녀가 향유했을 생활수준, ④ 자녀의 육체적 그리고 정서적 조건과 교육의 필요, ⑤ 자녀를 양육하지 않는 부모 일방의 경제적 자력과 필요이다.

육 그리고 복리를 위하여 독립적인 기금이나 신탁을 함에 있어서 당사자의 개인적 또는 공동재산의 일부를 별도로 하여, 자녀의 최선의 이익을 보호하고 증진할 수 있다(제307조⑤)고 규정하고 있다. 또한, 통일친자법(The Uniform Parentage Act)은 양육비의 금액과 지급기간을 결정하기 위해 고려할 사항으로서 ① 자녀의 기초적 생활상의 필요, ② 부모의 생활수준과 환경, ③ 부모의 경제수단, ④ 부모의 경제능력, ⑤ 자녀의 수학적 능력과 진학의 필요, ⑥ 자녀의 연령, ⑦ 자녀의 경제능력과 수입원, ⑧ 그 자녀이외의 자녀에 대한 부모의 부양의무존부, ⑨ 자녀에게 제공되는 양육활동의 경제적 가치 등을 규정하고 있다(제15조(e)).

#### 가. 양육비 산정기준 및 방법

양육비의 구체적 산정과 관련하여 미국에서는 1975년에 사회보장법 제4장 D절을 신설하여 아동부양이행강제제도(Child Support Enforcement Program)를 제정하고, 여기에서 정한 내용에 따라 양육비를 산정할 것이 법정화되기 시작했다. 양육비 산정기준의 입법화를 통해, 연방정부의 자녀부양시행청(The U.S. Office of Child Support Enforcement)은 1984년도에 주별로 각각인 양육비 산정원칙을 정비하기 위해 다음과 같은 8가지 양육비 산정기준을 마련하였다.

- ① 부모는 자녀를 양육할 법적 책임을 공유한다. 양육에 관한 경제적 책임은 부모의 소득에 비례하여 분배된다.
- ② 양육비를 산정함에 있어 부모의 최소한의 생활상의 필요를 고려해야 한다. 그러나 부모는 어떠한 경우라도 양육비지급책임을 면제받을 수 없다.
- ③ 양육비는 자녀의 기본적인 생활의 필요를 충당할 수 있어야 한다. 부모가 최소한의 생활수준을 상회하는 생활을 할 수 있는 경우 자녀들에게도 같은 수준의 생활을 향유할 수 있도록 허용되어야 한다.
- ④ 자녀들은 연령, 부와 모의 소득, 부 또는 모의 현재 배우자의 소득, 부 또는 모의 다른 피부양자 등에 따라 부모로부터 양육받을 평등한 권리를 가지고 있다.

- ⑤ 자녀들은 출생당시 부모의 혼인상태와 무관하게 양육비를 산정받을 정당한 권리가 있다. 따라서 친생관계의 확정, 별거, 이혼 등의 절차에서 자녀들의 양육비산정기준은 평등하게 적용되어야 한다.
- ⑥ 양육비산정기준은 성별에 따른 차별없이 적용되어야 한다. 양육비산정기준은 특히 양육자로 지정받은 부 또는 모의 성별과 무관하게 적용되어야 한다.
- ⑦ 양육비산정기준은 부 또는 모의 주요 사생활상의 결정에 지나친 부정적 영향을 끼쳐서는 안된다. 양육비산정기준은 특별히 부 또는 모가 재혼 또는 취업을 기피하도록 유인하는 요인이 되어서도 안된다.
- ⑧ 양육비 산정기준은 부와 모가 공동으로 자녀의 양육에 참여하는 것을 장려하여야 한다. 이들의 양육책임은 이들이 양육업무를 공동으로 담당하거나 이들이 면접교섭권을 행사함에 있어 직접 지출하는 비용에 비례하여 감소하는 것이 아니라는 인식을 전제로 파악하여야 한다.

이와같은 산정기준을 시행하도록 권고하고, 이에 따라 대부분의 주가 이 기준을 채택한 입법을 제정하였다.

또한, 연방자녀부양시행청은 산정기준에 따른 양육비산정방식으로 소득분담방식과 Delaware Melson 방식을 제안하였다. 소득분담방식은 부와 모의 소득을 합산한 뒤 각자의 소득에 따라 양육비 분담비율을 정하는 방식으로 대부분의 주가 채택하고 있으며, Delaware Melson방식은 부와 모의 수입에서 부와 모의 기초생계비를 공제한 금액을 자녀의 기본적 생활비에 충당하는 방법으로 소수의 주가 채택하고 있다.

#### 나. 급여공제제도

양육비의 이행확보를 위해 가장 유효한 수단으로 기능하고 있는 것이 전국적으로 시행되고 있는 급여공제제도이다. 대부분의 선진제국이 양육비의 이행확보수단으로서, 급여공제제도를 이용하고 있는데, 이중에도 1980년대 후반이후 미국에서 나타난 급여공제제도의 추진은 주목할 필요가 있다. 1988년의 가족지원법(Family Support Act)의 제정으로 각주의 양육비이행확보제도

는 급속히 개혁되었다.

양육비의 급여공제제도는 1984년 사회보장법의 개정에 의해 이행강제수단의 하나로써 각 주에 도입되었지만, 이 때 급여공제는 1개월의 양육비 연체가 있는 사건에 한정하였다. 그것이 1988년 가족지원법에서는 급여공제의 개시에서 연체요건이 없거나 양육비의 지급연체가 없어도 모두 급여에서 공제할 수 있게 되었다.

양육비 급여공제는 자녀를 양육하지 않는 부모의 일방으로부터 주에게 양육비청구권이 양도된 형식으로 이루어진다. 따라서, 급여공제제도를 이용하기 위해서는 법적 효과를 가진 양육비지급명령을 취득해야 한다. 그러나, 통상의 재판절차에 의하면 양육비지급명령을 취득하는데는 상당한 시간과 비용을 요한다. 그래서 미국에서는 양육비명령의 취득에 간략한 ‘행정절차’ 또는 ‘준사법절차’를 마련하고 있다. 이 절차들은 법정에서의 법관에 의한 과정을 요하지 않고, 행정적인 과정에서 양육비지급명령을 내린다. 다만, 자녀를 양육하지 않는 부모의 일방에게는 사전에 통지를 받을 권리나 이의신청권리, 사법기관에 의한 심사를 구할 권리 등의 절차상 권리가 보장되어 있다. 급여공제의 일반적인 과정은 다음과 같다.

우선, 급여공제가 시작되기 전에, 자녀를 양육하지 않는 부모의 일방에게는 급여공제되는 양육비의 금액, 급여공제에 대한 이의신청절차 등을 고지한다. 이의신청이 있는 경우에는 주는 심문을 하고, 급여공제가 타당한지를 결정하고, 그 결과를 자녀를 양육하지 않는 부모의 일방에게 고지한다. 다만, 심문은 급여공제액, 또는 자녀를 양육하지 않는 부모의 일방에 대한 동일성에 관한 사실의 오류에 대해 소를 제기하는 경우에만 한다.

이의신청이 없는 경우나 이의신청후에 급여공제가 확정된 경우에는 담당기관은 양육비지급의무자의 사용자에게 급여공제통지를 발송하고, 사용자는 양육비를 급여에서 공제하고, 10일이내에 주(또는 행당기관)에 납부한다. 사용자는 급여공제절차비용을 양육비지급의무자에게 부과할 수 있는데, 양육비의 급여공제를 이유로 부당하게 대우하면 벌금이 부과된다. 또 사용자는 양육비지급의무자가 전직한 경우에는 양육비명령을 낸 법원(또는 행정기관)

에 그 정보를 통고할 의무도 진다. 이렇게 미국의 급여공제제도에는 자녀를 양육하지 않는 부모 일방의 사용주에게 급여공제절차나 정보제공 등 강한 협력을 의무를 지우고 있다.

#### 다. 민·형사상 이행확보제도

미국이혼가정에서 양육비 지급의무자가 양육비를 지급하지 않을 경우에 형사상 양육의무 불이행죄나 범정모독죄 또는 양육비지급의무자를 양육비를 지급할 때까지 불특정기간 감금하는 민사상 범정모독의 책임이 부과된다. 법원은 양육비지급의무자의 채무불이행에 대해 벌금이나 징역을 선고하거나 이 둘을 병과할 수도 있다. 1992년 연방양육비징수법(The Child Support Recovery Act)은 양육비지급의무자가 다른 주에 거주하는 자녀의 양육비를 지급하지 않는 것을 범죄로 규정하고, 양육비연체액이 5,000달러를 초과하거나 1년이상 연체하는 경우에 양육비지급의무자를 기소할 수 있으며, 이에 대해 벌금과 징역형이 법정되어 있다. 첫번째 연체는 경범으로 처벌하지만 2회 이상 반복하여 연체하는 것은 중범으로 처벌하며, 양육비의 지급을 조건으로 보호관찰 처분을 할 수 있도록 규정하였다(제338조).

#### 라. 기타

급여공제제도와 민·형사상 제도외에 양육비 확보제도로서 양육비를 지급하지 않은 부모의 소득세의 반환부분을 부모가 아니라 자녀에게 지급하는 제도, 양육비 지급의무의 불이행이 발생하는 사태를 대비하여 지급의무가 있는 부모에게 보증금을 공탁시키는 제도와 양육비 지급의무를 불이행한 부모의 재산에 대해 양육비에 대한 선택특권을 인정하는 방법도 있다.

### 3. 면접교섭권

이혼한 가족에 있어, 자녀를 양육하지 않는 부모의 기본적인 부모로서의 권리는 방문권(visitation right)이다. 연방대법원은 자녀를 양육하고 자녀를

돌보는 부모의 권리는 재산권보다 존중되어야 할 권리이고, 불가결한 기본권을 승인해왔다. 연방대법원이 자녀를 양육하지 않는 부모의 일방이 가진 자녀의 방문권은 합중국헌법의 수정 제14조에서 보호되는 기본권이라고는 명시적으로 서술하고 있지 않지만, 부모가 자녀와 교류하고, 자녀의 양육에 참가할 권리로서 승인하고 있다. 제정법에서도 판례에서도 자녀를 양육하지 않는 부모의 일방은 자녀에 대한 합리적인 면접교섭권을 가진다고 되어 있다. 면접교섭권의 부여는 자녀의 최선의 이익을 기준으로 결정되고, 그 한도에서 부모의 권리임과 동시에 자녀의 권리라고도 한다. 면접교섭권이 부정되는 것은 자녀의 심신의 건강이나 발달·안전에 직접적인 위험이나 위해를 수반하는 경우로 한정되고 있다. 자녀에 대한 부양의무와 면접교섭권은 관련이 없으며, 양육부모가 면접교섭권을 방해하는 경우에는 법정모독죄의 발동이나 양육권의 변경신청이 가능하다. 면접교섭권의 기초는 공동양육의 이념과 같이 이혼이나 별거후도 미성년자녀와 부모사이의 지속적인 친자관계를 확보하고, 부모가 자녀의 양육권리와 책임을 분담하는 것을 장려하는데 있다. 면접교섭권은 자녀를 복지를 위해 이혼에 의한 가족단위의 붕괴의 충격을 완화하고, 자녀를 위해 양친의 애정과 교류를 긴밀하게 하고, 부모와 자녀의 인연을 단절하지 않게 하기 위해 인정되고 있다.

미국에서도 면접교섭권의 부여기준은 자녀의 최선의 이익이지만, 부모로서의 적격성에 현저하게 결하는 사정이 있다든가, 자녀와 교류나 접촉시키는 것이 자녀의 심신의 건강이나 복지에 유해하다고 인정되는 경우가 아닌 한, 면접교섭권은 인정된다. 판례상, 자녀를 양육하지 않는 부모 일방의 면접교섭권의 제한이나 전면적 배제가 구체적으로 문제로 된 것은 자녀를 양육하지 않는 부모 일방의 파산이나 경제적 안정성, 레즈비언이나 호모섹슈얼이라는 성적 지향, 혼인외의 동거나 간통 등의 이성과의 성관계, 구금, 정신병이나 정신적 불안정, 신체적 성적 학대나 가정내 폭력, 종교적 신앙, 자녀를 양육하지 않는 부모 일방의 육체적 건강, 전염병이나 후천성면역결핍증환자 등 여러 가지이다. 최근의 판례에서도 자녀의 심신의 건강이나 성장발달에 대한 막연한 불안감이나 추상적 위험을 주장하는 것만으로는 충분하지

않고, 자녀에 대한 현저한 직접적 악영향이 있다고 하는 예외적 사정하에서만, 방문권의 전면적인 부정이 인정되는데 그친다.<sup>189)</sup> 만일 면접권자인 부모 일방의 방문·면접이 자녀에 대해 문제가 있더라도 제3자의 감독하에서의 방문, 공공의 장이나 제3자의 주택에서의 방문 등의 조건을 붙이거나, 회수를 제한하거나, 또 당분간, 전화나 편지에 의한 접촉밖에 인정되지 않는 등, 실시방법이나 범위를 제한하는 것으로 대응하고 있다. 방문·면접교섭후, 면접권자인 부모 일방이 자녀를 유괴할 우려가 있다고 하면, 약속을 지키기 위해서 보증을 세우기도 할 수 있다. 또, 자녀의 양육비지급의무와 면접교섭과는 관계가 없다. 면접교섭권은 자녀의 복지를 위한 것으로 면접교섭권자가 양육비지급의무를 해태하고 있어도 면접교섭권 거부의 정당사유로 되지 않고, 면접교섭권의 거절은 양육비의 지급을 거부할 사유가 될 수 없다. 양육자가 면접교섭권자의 면접교섭권을 방해하거나, 부당하게 거절하는 경우에, 면접교섭권자는 구금이나 벌금이라는 강력한 제재를 취할 수 있는 법원모독의 발동을 취할 수도 있고, 고의의 면접교섭권방해가 계속되는 경우에는, 양육권의 변경을 신청할 수 있다. 현재 미국에서는 자녀를 양육하지 않는 부모의 일방 뿐 아니라 조부모의 면접교섭권을 인정하고 모든 주에서 인정하고, 계친이나 형제자매 그 외의 친족에게도 면접교섭권을 확장하고 있는 주도 나오고 있다.

189) 예컨대, In re Marriage of Birdsall 사건에서, 캘리포니아주항소법원은 동성애자인 부모와 자녀가 지내는 시간은 반드시 자녀에게 유해하다고 추정되는 것은 아니고, 법원이 방문권을 부정하기 위해서는 자녀에 대해 현저한 해악이 있다는 적극적 증거가 있어야 한다고 판시했다. 마찬가지로 Matter of Marriage of Cabalquinto 사건에서 워싱턴주 항소법원은 방문이 자녀의 심신의 건강(아동의 육체적, 정신적 혹은 감정적 건강)을 위협에 처한다는 인정을 지지하게 족한 증거가 없다고 하여, 호모섹슈얼의 부친의 자에 대한 방문을 부정한 제1심 판결을 취소하고 있다. 또, Stewart v. Stewart 사건에서는 HIV양성의 호모섹슈얼의 부친에 의한 2세의 딸에 대한 방문권이 인정되고, Jane W. v. John W. 사건에서는 에이즈감염자인 부친에 의한 1세 반 딸에 대한 소송계속중의 방문을 제한하는 것이 부정되었다.

## VI. 소결

이상에서 살펴본 국제협약에서 요구하는 기준과 외국의 입법례를 통해 우리나라의 이혼후 자녀보호를 위한 친권, 양육권, 면접교섭권에 대해서 다음과 같은 시사점을 도출할 수 있다.

### 첫째, 이혼제도의 검토이다.

우리나라는 자녀의 보호에 대한 결정없이도 부부의 이혼이 가능하게 되어 있어, 부부가 이혼할 때에 자녀에 대한 문제는 부차적으로 방치되어 온 것이 사실이다. 이혼할 때에는 부부의 사정만이 고려되고, 자녀가 그 이혼에 대해 의사를 가지고 있는지는 고려사항이 아니다. 이러한 우리나라의 이혼제도는 이혼이 증가하고 자녀에 대한 책임 또한 회피하고자 하는 이혼부부들이 늘어감에 따라 부모가 있음에도 부모로부터 버림받는 아동을 어떻게 보호해야 하는가 하는 사회적 문제로까지 심화되고 있다. 이러한 현 상황을 해결하기 위해서는 부부중심의 이혼제도 자체에 대한 검토가 필요하게 된다. 즉, 이혼은 부부의 해체라는 부부만의 문제가 아니라 가정의 해체라는 자녀의 문제이기도 하다는 점을 중요하게 인식하고, 해결방안을 찾아야 할 것이다.

이 점에서, 일본의 이혼제도와 영국의 이혼재판제도는 우리에게 주는 시사점이 있다. 즉, 일본처럼 이혼시에 친권자를 결정하게 하고, 이혼신고서에 친권자 란을 뒀으므로써, 친권자가 결정되어 그 신고서에 기재되지 않는 한, 이혼신고를 접수하지 못하게 하는 것도 한 방법이다. 즉, 협의에 의하든 재판에 의하든 결정된 친권자에게 자녀에 대한 책임을 법적으로 강제하는 것이다. 또한, 영국과 같이 이혼재판에서 그 이혼이 자녀를 위해서 타당하다고 보이지 않는 경우에는 그 판결을 연기할 수 있도록 하는 방법도 생각할 수 있다.

일본이나 영국이나 모두 법제도에서 이혼하려는 부부에게 자녀에 대한 부모로서의 책임을 상기시키고 자녀에 대해 고려하게 하고 있다는 점은 이혼시

자녀에 대한 사항을 부모가 임의적으로 결정하도록 되어 있어 자녀의 보호가 미흡한 우리나라 법제도의 개정에서 특히 고려할 수 있는 부분이라 할 것이다. 구체적으로는 생각하면, 이혼후 부모의 양육책임을 명시한 후에 양육의 내용, 범위, 분담 등에 대해 부모가 협의하여 정하고, 협의가 이루어지지 않는 경우에 전문가인 조사관을 활용할 수 있는 가정법원에서의 조정·심판에 의해 자녀의 양육에 필요한 사항으로서 정할 수 있다고 하는 것이 좋을 것이다. 당사자들 및 법원에서 자녀의 주거, 건강관리, 교육 등의 문제를 결정하고 이혼후의 의사의 대립에 대비한 대체적 분쟁처리절차 등의 문제를 정하여 부모로서의 양육계획을 이혼시에 정하도록 요구해야 할 것이다. 이혼에 의해 자녀에게 미치는 피해를 최소한으로 하고, 부모와 자녀의 긴밀하게 계속적인 관계를 촉진하는 것같은 방향으로 시급히 법의 개정이 이루어져야 할 것이다.

#### **둘째, 자녀의 양육에 관한 사항에 관한 검토이다.**

이 문제는 두가지 내용을 담고 있는데, 하나는 양육비 산정문제이고, 다른 하나는 산정된 양육비의 지급확보문제이다.

우선, 양육비 산정과 관련하여 우리나라는 협의로 정하거나 제반 사정을 고려하여 법원이 정하라고 하는 추상적인 규정밖에 두고 있지 않다. 이러한 사정으로 우리나라의 양육비는 객관적이고 구체적인 기준없이 여러 고려사항을 종합하여 대략적으로 결정되며, 그 고려사항들이 결정된 양육비에 어떠한 비율로 구성되었는지 파악할 수 없게 되어 있다. 이러한 점에서 영국이나 미국의 양육비 산정방법은 우리나라가 고려할 수 있는 좋은 예가 된다고 생각한다. 특히 영국의 아동지원법은 구체적으로 양육비 산정방법을 규정하고 있으므로, 영국의 산정방법에 대한 심도있는 검토가 필요하며, 우리나라에서도 필요하다면 양육비 산정방법에 대한 구체적인 법규정을 두는 방안도 고려할 수 있을 것이다.

다음으로, 우리나라에서는 이혼시 자녀에 대한 양육사항 즉, 양육자나 양육비 등이 결정된 이후에 그 이행에 대한 감독이 전혀 이루어지지 않는다는 것이다. 자녀를 양육하지 않는 부모 일방이 부담하게 되는 양육비 지급 의무

의 이행에 대해서는 우리나라나 외국이나 그 이행확보에 어려움을 겪고 있는 것은 마찬가지인 것으로 보인다. 그러나, 우리나라나 일본이 그 이행의 소를 제기하는 외에 별다른 방안을 찾지 못하고 있는 반면에, 독일이나 영국, 미국에서는 구체적인 방안들을 법으로 제시하고 있다. 이러한 국가들이 제기하는 방안의 특징은 힘이 약한 개인보다는 힘이 있는 국가가 대신 징수하거나 급여자동공제제도를 통해 그 이행을 확보하는 점이다. 이러한 제도는 대부분 사회보장정책과 결부되어 있고, 이러한 양육비 이행강제제도가 우리나라에서 실현되면 가사소송법상의 이행확보제도는 더 이상 기능할 필요가 없게 될 것이고, 법원에 의한 이행을 기대할 수 없는 이상, 양육비 지급의무자가 무리 없이 지급할 수 있는 양육비의 결정이 한층 요청될 것이다. 양육비의 효율적인 이행확보를 위해 양육비에 대한 국가기관의 징수제도나 급여자동공제제도는 선진외국의 운영 실태를 검토하여 도입방안을 고려해볼 필요가 있다고 본다.

### 셋째, 면접교섭권에 대한 검토이다.

우리나라에서 면접교섭권은 그 법적 성격을 부모의 권리로 인정하고 자녀의 권리로 인정하지 않음으로써 자녀에게 부모에 대한 면접교섭권을 인정하지 않고, 이에 따라 아동권리협약에서 이와 관련된 조항을 유보하고 있음은 이미 살펴보았다. 그러나, 이혼의 최대 피해자가 자녀이고, 이혼하는 부모는 자녀의 건전한 성장과 발달, 원활한 인격형성을 촉진하기 위해, 할 수 있는 한 부모와 자녀의 애정에 근거한 교류·접촉을 계속하여 자녀에 대한 부모의 책임을 다해야 한다고 생각된다. 그 의미에서 면접교섭은 계속하는 인간관계(특히 부모)에서의 분리 충격을 완화하고, 부모와 자녀와의 연을 유지하는 것을 통하여, 자녀의 건전한 성장에 기여하기 위한 방도의 하나로 볼 수 있고, 자녀의 이익이나 자녀의 복지를 위해 인정되는 것이라 해도 과언은 아니다. 그러나 자녀에게 권리주체성을 인정하더라도, 제1차적으로 자녀의 양육의 책임을 부담하는 것은 부모이고, 자녀의 이익을 위해 구체적인 권리행사를 하는 것은 역시 부모라고 할 수 있다. 이렇게 보는 한, 현행법체계하에서 면접

교섭권은 자녀의 권리임과 동시에 부모의 권리(의무)로서의 측면도 가지고 있다고 할 것이다.

이러한 점에서 볼 때에 현행 면접교섭권은 부모와 자녀의 면접교섭을 주 내용으로 하고 있지만, 부모이외의 제3자, 즉 조부모나 따로 생활하는 형제자매에 대한 자녀의 면접교섭권 또한 인정되어야 할 것이다. 이것이 자녀의 정서적 안정과 인격의 원만한 성장을 위해 바람직한 면접교섭권의 행사라 할 것이다. 이 점에서 면접교섭권에 대해 자녀의 권리성을 인정하고 조부모, 형제자매 등 면접교섭대상을 확대한 독일의 1998년 민법개정은 우리나라에 시사하는 점이 많다고 할 것이다.

제6장



가족법상 친권·양육권·  
면접교섭권제도의 실효성 확보방안

---

|                     |     |
|---------------------|-----|
| I. 법적 개선방안          | 225 |
| II. 법 시행을 위한 여건조성방안 | 233 |

---

Two horizontal bars with a cross-hatch pattern at the bottom of the page.

친권·양육권·면접교섭권 제도의 내용과 시행현황 및 문제점을 검토한 결과와 국제협약과 외국입법례에서의 시사점을 참고하여 친권·양육권·면접교섭권 제도의 실효성을 확보하기 위해 관련법의 내용을 개선해야 할 부분과 법 시행을 위한 여건이 조성되어야 할 부분으로 나누어 제시해 보고자 한다.

## I. 법적 개선방안

### 1. 민법에 자녀복지원칙에 관한 일반규정이 포함되어야 한다.

오늘날 친자법의 기본이념은 자녀의 복리이다. 자녀복지원칙이란 일반적으로 자녀의 복리에 최상성을 부여하는 원칙을 말한다. 즉, 법원이 자녀양육 또는 자녀의 재산관리나 그 재산으로부터의 소득의 활용에 관한 문제를 결정할 때 자녀의 복리를 최상으로 고려하여야 한다는 것이다. 이러한 사항은 아동권리협약에 명시되어 있고, 일본, 영국 등 외국의 입법례에서도 기본원칙으로 규정하고 있다.

우리 민법에서는 가정법원이 면접교섭권의 제한이나 배제에 관한 결정을 할 때 자녀의 복리를 고려하게 하고 있고(민법 제837조의 2), 가사소송법은 자의 친권을 행사할 자의 지정과 변경, 양육방법의 결정 등 미성년자인 자의 이해와 직접 관련되는 사항을 조정함에 있어서는 미성년자인 자의 복지가 우선적으로 고려되어야 한다고 규정하고 있다(가사소송법 제58조 제2항).

아동의 복리이념은 미성년자녀와 관련된 사항인 부모의 의견 불일치시 친권자 지정, 친권행사, 친권상실, 이혼시 친권자 지정 및 양육자 지정과 그 변경, 양육에 관한 사항결정, 면접교섭권의 제한이나 배제 등의 판단에 있어서 자녀의 복리가 우선적으로 고려되어야 함을 뜻하는데, 현행법은 단지 면접교섭 부분과 미성년자녀와 관련된 사건의 조정의 원칙에서만 이 원칙을 표현하고 있다.

자녀복리의 원칙은 이혼시 친권자 지정 및 양육자 지정과 그 변경, 양육에 관한 사항 결정 등 이혼시 자녀에 대한 친권, 양육권, 양육비, 면접교섭권과 관련된 모든 사항에 적용되어야 한다. 그러므로 현행 민법 제837조 제2항의 “가정법원은 당사자의 청구에 의하여 그 자의 연령, 부모의 재산상황 기타 사정을 참작하여 양육에 필요한 사항을 정하며...”라고 한 부분을 “가정법원은 당사자의 청구에 의하여 자녀의 복리를 최우선으로 고려하여 양육에 필요한 사항을 정하며...”라고 개정하는 것이 바람직하다고 생각한다.<sup>190)</sup> 2000년 민법개정안은 자녀복리의 원칙을 선언한 바 있다.

## 2. 현행 15세로 된 자녀의견청취연령 규정을 개정해야 한다.

가사소송규칙 제100조는 자의 양육에 관한 처분과 변경, 면접교섭권의 제한과 배제 및 친권을 행사할 자의 지정과 변경에 관한 심판에 앞서 가정법원은 자가 15세 이상인 때에는 그 자의 의견을 듣도록 하고 있다.

이와 같이 자녀의 의견을 청취하도록 한 것은 이혼에 의하여 직접적인 영향을 받는 자녀가 자신의 의사결정을 표시할 수 있어야 하고, 자녀들이 이제까지 형성해 온 친밀한 관계를 반영하여, 연령에 관계없이 자녀의 의사가 존중될 필요가 있기 때문에 인정한 것이라고 하겠다.

아동권리협약에서도 아이가 자신에 관계된 문제에 대해 의견을 말할 수 있을 때에는 그 의견을 표명할 권리는 권리로서 보장되어야 한다는 것을 규정하고 있다(제12조). 이는 친권과 관련하여 1. 자녀자신의 신분의 변화를 가져오는 사항에 있어서(혼인, 미성년자의 입양 등) 2. 부모의 이혼시 또는 인지된 때 친권자 또는 양육자결정에 대해 3. 부모의 친권상실심판에 있어서 자녀가 의사를 표명할 수 있는 절차를 마련하고 새로운 친권을 확립할 필요성을 주고 있다.

현행 민법상 친권에 관한 규정 중 자녀의 의견청취가 요청되는 경우로는 부모의 이혼시 자의 양육자 결정 및 변경(제837조), 면접교섭권(제837조의

190) 김유미(2001), p.61.

2), 인지된 혼인외의 자의 부모 이혼시 미성년자의 친권자결정(제909조 제4항) 등인데, 가사소송규칙에서만 의견청취에 관한 규정을 두고 있다. 그리고 자의 의견청취연령이 일률적으로 15세로 되어 있는 것은 문제라 하겠다. 평균적으로 12세 정도가 되면 미성년인 자라도 스스로 의사를 표명할 수 있는 연령에 충분히 달하였다고 볼 수 있기 때문이다.<sup>191)</sup>

따라서 현행법상 자의 의견청취연령을 15세로 규정한 것을 개정하여 획일적으로 어느 연령에 도달해야 한다가 아니라 “자녀가 자기의 의견을 스스로 분명하게 표현할 수 있을 때에는 자녀의 의견을 청취해야 한다”로 개정해야 한다.

### 3. 자녀양육에 관한 합의를 이혼의 전제조건으로 법정화한다.

현행법상 협의이혼절차에서 법원이 당사자의 이혼의사 여부만을 확인하며, 이혼 후의 자녀양육에 관한 당사자의 합의가 있는지의 여부는 확인하지 않는다. 또한 당사자간에 이에 관한 합의가 있더라도 그 합의가 자녀보호를 위하여 충분하지 않은 경우에도 법원은 당사자간의 이혼의사의 합의가 있는 한 이를 이유로 협의이혼의사확인을 거부할 수 없다.

따라서 조속한 이혼을 위하여 자녀보호에 위배되거나 자에게 매우 불리한 결과를 가져오는 것이 예상됨에도 불구하고 이혼이 이루어지는 것이다.

현행 민법이 이혼 후의 양육자 및 친권자 결정은 우선 부모의 협의에 의하여 이루어지며, 협의가 이루어지지 않았거나 불가능할 때에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 행하도록 하고 있다. 만일 부모가 이혼당시에 어떠한 협의도 하지 않았고 가정법원에 청구도 하지 않은 경우에는 적어도 이론상으로는 양육권 및 친권에 관하여 아무런 정함도 없이 이혼이 가능하게 된다. 이러한 규정에 따라 부모의 청구가 없으면 법원은 자녀의 복리가 위태롭다고 판단되는 경우에도 직권으로 개입할 수 없는 것이다. 자녀문제에 관한 부모의 협의는 가장 자연스러운 일이지만 이론이라는 위기상황에서는 그것이 불

191) 권정희(2001), pp.205-206.

가능할 수 있다. 그러므로 이혼시 자녀문제에 관한 협의가 없을 때는 법원은 직권으로 협의를 유도해야 하고, 협의가 있더라도 자녀복리에 위배되는 경우는 법원이 적극적으로 개입할 수 있어야 하는 것이다.

미성년자녀의 보호를 위해서는 협의이혼의사확인 신청시 이혼의사의 확인 이외에 반드시 이혼 후의 자녀보호를 위한 조치를 강구한 후에 이혼여부를 확인받도록 법을 개정할 필요가 있다. 따라서 이혼신고서에 이혼 후의 자녀 양육에 관한 사항의 합의내용, 예컨대 양육자를 누구로 할 것인가, 양육비는 누가, 얼마로 지급할 것인가, 면접교섭권은 어떻게 할 것인가 등을 기재하도록 하고 당사자간 합의가 되지 않으면 이혼을 할 수 없게 하거나 심판청구를 전제로 이혼을 확인하도록 해야 할 것이다.

또한 재판상 이혼의 경우에도 친권, 양육권 등 자녀문제에 관한 당사자간 합의내용이 자녀복리에 반하는 내용을 담고 있다면 법원은 이와 다른 결정을 할 수 있어야 한다. 그리고 양육 및 친권에 관한 사항은 당사자의 청구없이도 직권으로 이혼소송과 병합심리되어 이혼소송이 인용되는 경우, 판결로써 통일적으로 결정되도록 해야 한다.<sup>192)</sup>

협의에 의하든 재판에 의하든 결정된 친권자에게 자녀에 대한 책임을 법적으로 강제하는 것이 필요하며, 영국의 입법례에서와 같이 이혼재판에서 그 이혼이 자녀를 위해서 타당하다고 보이지 않는 경우에는 그 판결을 연기할 수 있도록 하는 방법도 참고해 볼 수 있을 것이다.

#### 4. 양육비 관련제도를 개선한다.

이혼여성이 이혼 후 자녀를 양육하는 경우 가장 어려움에 직면하는 부분이 바로 양육비에 관한 것이다. 많은 경우 양육비지급에 관한 약정이나 법원의 결정에도 불구하고 양육비를 제대로 지급받지 못하는 것이 현실이다. 그러므로 실효성있는 양육비지급 확보방안을 마련하는 것이 이혼 후 자녀양육문제를 해결하는데 큰 관건이라고 하겠다.

192) 김상용(1996), pp.12-20.

이에 양육비를 확보하기 위한 중요한 몇가지 방안을 제시해 보면 다음과 같다.

**첫째, 양육비 산정기준의 법정화가 이루어져야 한다.**

현재 우리 법원은 자녀양육비를 책정함에 있어서 통상적으로 1명당 15만원 내지 30만원선에서 인정해 주고 있다. 법원이 이 정도의 금액을 인정하는데는 ‘우리 사회에서 통상적으로 자녀 2명을 가진 평범한 회사원으로서 월 200만원 정도의 수입이 있다고 할 경우, 자녀 1명당 돌아가는 산술적인 몫인 50만원(200만원×1/4)을 부모가 각각 25만원씩 부담해야 한다’는 생각, ‘부모 모두에게 양육책임이 있으므로 지급받는 양육비만으로 부족한 나머지는 실제로 양육한 부모가 감당하도록 하고, 그것이 부담스럽다면 양육권을 상대방에게 넘겨주라’는 입장 및 ‘자녀양육은 권리가 아니라 책임이므로 실제로 양육하는 자가 그 정도는 책임져야 한다’는 등의 생각이 뒷받침되어 있는 것 같다.

그러나 이러한 기준은 하나의 기준이기는 하지만 구체적인 상황을 전혀 고려하지 않고 일률적으로 정해져 있다는데 문제가 있다. 따라서 구체적인 경우에 따라 수입의 정도나 자녀들에 대한 양육비 지급의 정도, 재산의 정도 등을 종합하여 탄력적으로 책정이 이루어져야 하며, 거의 모든 사건에서 양육비가 자녀 1인당 30만원 하는 식으로 정해지는 것은 문제가 있다고 할 것이다.<sup>193)</sup>

앞의 판례분석에 의하면, 양육비 산정과 관련하여 우리나라는 협의로 정하거나 제반 사정을 고려하여 법원이 정하라고 하는 추상적인 규정밖에 두고 있지 않다. 그에 따라 양육비는 객관적이고 구체적인 기준없이 여러 고려사항을 종합하여 대략적으로 결정되며, 그 고려사항들이 결정된 양육비에 어떠한 비율로 구성되었는지 파악할 수 없게 되어 있다. 이러한 점에서 영국이나 미국의 양육비 산정방법은 우리나라가 고려할 수 있는 좋은 예가 된다고 생각한다. 특히 영국의 아동지원법은 구체적으로 양육비 산정방법을 규

193) 이명숙(2001), p.87.

정하고 있으므로, 영국의 산정방법에 대한 심도있는 검토가 우리 법 개선에 많은 시사점을 줄 것으로 보인다. 이를 통해 구체적이고 객관적인 기준을 마련하여 협의이혼이나 재판이혼시 양육비 산정의 기준으로 이용되도록 해야 할 것이다.

### 둘째, 양육비 선급제도의 도입이 필요하다.

양육비선급제이란 당장 양육비를 필요로 하는 자녀에게 우선 국가에서 양육비를 지급하고 나중에 부양의무자에 대하여 구상권을 행사하는 제도이다. 부모 중 일방이 혼자서 자녀를 양육하는 경우 다른 일방에게는 자녀의 양육비를 지급해야 할 의무가 인정되는 것이 보통인데, 양육비지급의무자가 스스로 양육비를 지급하지 않는다면 당장 생계의 곤란이 있게 된다. 이 경우 자녀를 양육하는 부모 중 일방이 법원에 양육비 심판청구를 한다고 해도 실제로 재판을 통해서 양육비를 받을 수 있기까지는 상당한 시간이 걸리기 때문에 이를 보완하기 위해 국가에서 양육비를 우선 지급하고 나중에 국가가 직접 나서서 양육비지급의무자를 상대로 구상권을 행사하도록 하는 것이다. 이 제도에 의한다면 급히 양육비를 필요로 하는 가정에 큰 도움이 될 뿐 아니라 부양의무를 스스로 이행하지 않는 의무자에 대한 부양료 채권의 회수방법이 될 수 있다.

이러한 양육비선급제도는 이미 1950년대부터 노르웨이(1957), 핀란드(1963), 스웨덴(1964), 덴마크(1969), 이스라엘(1972), 폴란드(1974), 오스트리아(1976), 독일(1979) 등의 여러 나라에서 도입되기 시작하였다.<sup>194)</sup>

이 제도는 결국 양육비 선지급에 대한 예산을 필요로 하는 부분이므로 정부는 이에 관한 예산을 마련해야 한다.

이와 함께 독일이나 영국, 미국의 입법례는 양육비지급에 대한 이행감독제도를 두고 있는 것이 특징이다. 이러한 국가들이 제기하는 방안은 힘이 약한 개인보다는 힘이 있는 국가가 대신 징수하거나 급여자동공제제도를 통해 그 이행을 확보하는데 중점을 두고 있다. 이러한 제도는 대부분 사회보장정책과

194) 김상용(2001), pp.117-118.

결부되어 있으며, 우리의 경우도 사회보장정책의 확대차원에서 적극적으로 도입해야 할 것이다.

### 셋째, 양육비 공탁제도를 도입한다.

협의이혼이나 재판상 이혼시 양육비에 관한 합의가 있어도 후에 이행하지 않는 경우가 많고, 강제집행을 하려고 해도 상대방의 재산이 없다면 집행이 불가능하다.

이에 대해 이혼하는 당사자가 법원에 양육비를 공탁하게 하고 자신들이 양육할 때는 공탁금을 회수하여 양육하도록 하고, 공탁금은 가정법원에서 월별로 받아가도록 할 수 있다. 이 명령을 이행하지 않을 경우 협의이혼확인신청을 각하하는 등 양육비 공탁을 이혼의 전제조건으로 한다면 양육비를 확보하여 자녀양육에 공백이 생기지 않도록 할 수 있다.

### 5. 면접교섭권제도를 개선한다.

현행 민법은 면접교섭권에 관해 1개의 조문으로 구성되어 있고, 조문의 내용이 간단하여 내용이 충분치 못하다는 문제점이 있다. 현행법은 면접교섭권을 부모의 고유권으로 양육에 관련된 특별규정으로 보고 있다.

우선 문제가 되는 것은 조문에서 추상적으로 자의 복리를 위하여 필요한 때에는 면접교섭권을 제한하거나 배제할 수 있다고 규정하고 있는데, 자의 복리에 관한 구체적인 기준이 무엇인지 분명하지 않다. 그리고 자의 복리와 관련하여 자의 의사가 고려되고 법원이 이를 의무적으로 고려해야 한다는 법적 근거도 없다. 따라서 자에게 분별능력이 있다고 인정되는 경우 자의 의견 표명권을 인정하여 자의 명확한 의견이 청취되면 법원은 이를 고려해야 한다는 점을 명문화할 필요가 있다.

다음으로 면접교섭권의 행사 및 면접교섭권의 부인 또는 방해에 관한 구제책으로서의 이행확보에 관한 규정이 없다. 이에 대해 면접교섭권의 행사 및 이행확보에 관한 조항이 마련되어야 한다. 즉, 면접교섭권의 행사와 관련해

서는 “면접교섭권의 행사 및 범위에 관하여 우선 당사자의 협의에 의하고, 협의가 이루어지지 않거나 협의할 수 없는 때에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정한다”고 규정하고, 이에 관한 이행확보를 위하여 “가정법원은 면접교섭권의 행사가 부인되거나 방해받을 때에는 당사자의 청구에 의하여 이를 조정, 감독 및 필요한 처분을 하여야 한다”는 조항을 신설할 필요가 있다.<sup>195)</sup>

또한 면접교섭권을 부모이외의 직계혈족이나 형제자매 등 친족 기타 자녀에게 관심을 가진 제3자에게도 이를 인정하도록 명문화하는 것이 필요하다.

이혼의 최대 피해자가 자녀이고, 이혼하는 부모는 자녀의 건전한 성장과 발달, 원활한 인격형성을 촉진하기 위해, 할 수 있는 한 부모와 자녀의 애정에 근거한 교류·접촉을 계속하여 자녀에 대한 부모의 책임을 다해야 한다고 생각된다. 그 의미에서 면접교섭은 계속하는 인간관계(특히 부모)에서의 분리충격을 완화하고, 부모와 자녀와의 연을 유지하는 것을 통하여, 자녀의 건전한 성장에 기여하기 위한 방도의 하나로 볼 수 있고, 자녀의 이익이나 자녀의 복지를 위해 인정되는 것이다.

이러한 의미에서 부모이외의 제3자, 즉 조부모나 따로 생활하는 형제자매에 대한 자녀의 면접교섭권 또한 인정되어야 하는 것이며, 이를 통해 자녀의 정서적 안정과 인격의 원만한 성장을 추구할 수 있기 때문이다. 이 점에서 면접교섭권에 대해 자녀의 권리성을 인정하고 조부모, 형제자매 등 면접교섭대상을 확대한 독일의 1998년 민법개정은 우리나라에 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

또한 면접시간, 장소, 면접시 주의해야 할 행동수칙, 용돈 지불시 양육자를 통한 지불 등 면접교섭권의 행사범위 및 이행확보에 대한 구체적이고 세부적인 기준이나 조항을 신설할 필요가 있다. 이러한 세부적인 기준이나 조항을 신설하고 그 내용을 양육자와 면접교섭권자에게 알릴 수 있도록 일정시간 교육을 받게 하는 제도가 함께 도입되어야 한다.

195) 소현숙(1995), 『면접교섭권에 관한 연구』, 숭실대학교 법학과 석사학위 청구논문, pp.78-79.

## II. 법 시행을 위한 여건조성방안

### 1. 가정법원이 전국적으로 설치되어야 한다.

가정문제를 다루는 가정법원이 2000년까지는 서울에만 설치되었고 최근에는 부산, 대구, 광주지역에 가정법원지원이 설치되었다. 사회의 기초가 되는 가정문제가 발생했을 때 가정의 특수성과 사회에 미치는 영향을 감안하여 판단하는 전문적인 법의 보호를 받기 위해서는 이러한 가정법원이 보다 많이 생겨서 일반인들이 접근하기가 용이해야 한다.

전국에 가정법원을 설치하여 가정법원사건은 비공개리에 진행하고 흑백의 판단보다는 그들 사이의 자녀들의 권익 등을 참작하여 될 수 있는대로 조정·화해에 의해 해결할 수 있도록 법 체제를 만들어야 한다.

일단 제소된 사건이라도 특히 가사사건 중에서도 친권행사자, 양육자 지정에 관한 사건일 경우 조정에서 시간이 걸리더라도 최대한으로 부모와 자의 주장을 들어 당사자들이 승복하고 그 사건이 해결될 수 있도록 해야 한다. 조정에 의하여 해결되는 사건의 경우 이행률이 법원의 판결이행율 35%보다 훨씬 높은 71%라는 것이 미국 아이오아주 재판소 통계에서도 밝혀지고 있다. 이러한 사실은 본 연구과정에서 만난 가사조사관의 경험에서도 확인할 수 있었다.

또한 가정법원은 민·형사법원과 다른 분위기의 가정법원다운 공간을 확보해야 하고, 시민이나 사건당사자들에게 아늑한 분위기를 제공해야 한다. 이를 통해 불신, 분노, 자기방어, 공격심리 등으로 가득 찬 갈등당사자들의 마음을 녹일 수 있기 때문이다.<sup>196)</sup>

그러므로 가정문제를 취급하는 전문법원인 가정법원이 전국적으로 확대되어야 하고, 가정법원 고유한 법적 서비스가 제공될 수 있도록 해야 한다.

196) 양정자(2000), “가정법원의 현황과 발전방향-전국에 가정법원 설치를 촉구하며”, 『가족법연구』제14호, 한국가족법학회, pp.492-493.

## 2. 가사조정제도를 적극적으로 활용해야 한다.

가사소송법이 조정전치주의를 규정하고 있음에도 이 제도의 활용은 활성화되지 못하고 있다. 조정제도는 인간관계의 조정과 법적 해결이 동일한 절차에서 이루어진다는 장점을 가지고 있다. 그러므로 이혼뿐 아니라 친권행사자 지정 및 변경 등의 문제에 대해 가사조정제도를 활용하는 것이 가정법원의 후견적 기능을 충분히 활용하는 방법이라 할 것이다.

자녀양육과 관련되는 모든 사항에 대해 경직된 법원리가 아닌 당사자간 합의를 통해 결정함으로써 결정사항에 대한 당사자들의 자진적인 의무이행을 유도할 수가 있다. 조정제도를 통해 이혼을 철회하고 재결합을 유도하는 것이 하나의 목적이라 하겠지만 이혼이 불가피하다 하더라도 이혼과 기타 자녀 문제에 관한 원만한 합의를 유도하는 것도 중요한 하나의 목적이라 하겠다. 양육비 등 이혼에 수반되는 결정사항에 대해 당사자간 조정을 통해 결정에도달한 경우가 판결에 의한 경우보다 당사자간의 후유증이 적다는 실무자들의 말은 설득력이 있다고 생각한다.

가정법원은 가족간의 분쟁을 다루는 곳이므로 일반 민사사건의 경우와 달리 판결과 그에 대한 집행으로 끝나는 것이 아니며, 따라서 가정법원은 인간관계의 조정을 위한 가정병원, 상담소로서의 역할을 일응 담당해야 하고, 가사조정제도가 가정법원의 중심적인 제도로 자리잡아야 할 것이다.

이를 위해 가정법원 조정위원회의 중요성은 크다고 하겠으며, 현재 사회적 덕망과 명예를 지킨 사람으로 인간관계를 다룰 수 있는 일에 종사했던 의사, 교수, 변호사, 스님, 여성운동가, 학자출신의 정치인 등에서 영입되어 왔다. 조정위원회는 가정문제를 조정하는 위원회이기 때문에 효율적인 조정을 하기 위해서는 조정위원회 구성비율을 남녀 같게 하고, 인간문제에 대한 이해, 가족관계, 사회복지학, 심리학, 아동학, 철학, 문학, 종교학, 정신분석학, 법률구조, 복지상담 등에 대한 전공 또는 부전공자를 중심으로 필드경험이 있는 사람 중에서 위촉하는 것이 필요하다.<sup>197)</sup>

197) 양정자(2000), pp.497-498.

그리고 형식적인 조정전치주의가 아니라 실질적으로 활용되는 조정제도가 필요하며, 조정전치회부사건에 대한 신청인의 불출석시 소장을 각하시키는 등 보다 강제적인 대책을 통해 일반인의 조정절차참여를 유도해 나가야 한다.

또한 가사조사관제도 활성화를 통해 당사자들에 대한 가사분쟁의 배경을 보다 상세히 조사하여 당사자들간의 합의를 끌어내는 일이 중요하다고 생각한다. 최근 전문조사관의 배치를 통한 조사의 전문화가 이루어지고 있다는 소식은 조정제도의 활용에 매우 고무적인 일이라 할 것이다. 향후 조사관 최고직을 현재 4급에서 2급 또는 1급으로 올려 조사관직을 천직으로 알고 근무할 수 있도록 법적 장치가 필요하다.<sup>198)</sup>

### 3. 가정법원 법관의 전문화가 이루어져야 한다.

가정법원을 발전시키고 활성화해 나가기 위해서는 법관이 노련한 법률가로서 흑백을 가리는 판단만이 아니라 소명감을 가지고 일할 수 있도록 특별한 배려와 동기부여 기회를 정기적으로 제공해야 할 것이다.

가정법원에 근무, 종사하고 이 방면에 전문성을 갖고자 하는 법관에게는 본인이 원하는 기간까지 가정법원에 근무할 수 있도록 하고, 해외유학, 연수, 시찰, 재교육, 가정평화 모색을 위한 세미나 참석, 기타 가정상담 및 봉사단체와의 교류 등의 기회를 주어 폭넓은 지식과 깊은 동기를 유발하도록 해야 할 것이다.

최근 판사들이 가정법원을 한직으로 알고 기피하던 경향이 없어지고 가정법원에 배치되는 것을 선호한다는 소식은 가정법원 발전을 위해 고무적인 일이라 하겠다. 그들이 자원해서 온 후에 좌절하거나 회의를 느끼지 않고 가정법원의 존립목적인 “인격의 존엄과 남녀평등을 기본으로 하여 가정평화와 친족상조의 건전한 공동생활의 유지에 기여할 수 있도록 제도적 보완과 여건조성이 이루어져야 한다.”<sup>199)</sup>

198) 양정자(2000), p.497.

199) 양정자(2000), pp.495-496.

#### 4. 가사상담실 설치 및 전문상담기관과의 연계가 필요하다.

가정법원은 변호사 선임을 위한 자력이 없는 당사자들을 위한 가사상담을 도입할 필요가 있다. 가사상담이 과연 가정법원이 처리할 사무로서 적당한가의 문제는 논란의 여지가 있으나 가사심판제도의 이념이나 가정법원의 존재 이유를 고려할 때 그러한 상담은 넓은 의미에 있어서의 가사심판절차 내지 조정절차의 일부를 이루는 작용 또는 사무라고 할 수 있을 것이다.

가사상담은 조정과 더불어 가정법원의 특성을 나타내는 제도로써 그 활성화는 바로 가정법원의 발전과 비례한다고 할 수 있을 것이다. 현재 여건으로서는 상담담당자의 문제, 시설문제 등 해결할 수 없는 난제가 있어 제대로 가사상담을 하지 못하고 단순한 민원안내를 하는 정도에 그치고 있으나 민원안내 담당직원들의 교육프로그램을 개발하고, 상담직원의 전문성을 제고할 수 있도록 노력할 필요가 있다.

가정법원에서 전문성을 확보하기 어려운 경우 미국처럼 가정법원구내에 가정상담소 사무실 공간을 마련해 주고 얼마간의 재정지원을 해주며 전문상담기관에서 상담원이 나와서 근무하면서 상담하는 방법, 가정법률상담 전문기관과 연계해서 상담을 해 주는 가사상담서비스 장치를 마련해야 할 것이다. 이와 같이 적은 비용으로 효과를 극대화할 수 있으며 이를 통해 이혼부부와 그 자녀가 받는 상처를 줄이고 그들을 최대한 보호할 수 있을 것이다.

#### 5. 이혼예방을 위한 사회교육 활성화가 이루어져야 한다.

이혼부부의 증가는 이제는 더 이상 특이한 일이 아니다. 이혼을 결정하고 그 이후의 원활한 진행을 위한 방안을 논의하는 것이 의미가 있지만 이혼의 예방을 위한 노력도 필요한 일이라고 생각한다.

이를 위해서는 혼인 적령기 성인을 위한 혼인 준비교육에서 부부대화와 이해의 중요성에 관하여, 그리고 부부간 갈등처리를 위한 대화와 타협을 위한 교육이 있어야 한다. 그리고 일단 결혼한 부부가 당사자들끼리 해결하기 어

려운 문제에 봉착할 경우 전문가의 도움을 받아 상호이해와 대화를 가능케 할 수 있도록 부부대화교육이 활성화되어야 한다.<sup>200)</sup>

현재도 이러한 교육을 담당하는 상담소들이 있으나 좀 더 체계적으로 이루어져야 할 필요가 있다. 그러므로 이러한 기능을 담당할 수 있는 전문상담기관을 국가가 설립하고 예산, 인력을 투입하여 갈등있는 부부들이 쉽게 이용할 수 있도록 해야 한다. 더구나 이혼부부가 증가함으로 인하여 이혼 후 사회적응에 어려움을 느끼고 상담을 필요로 하는 사람들을 위한 각종 서비스를 제공하는 역할도 이 곳에서 함께 이루어져야 할 것이다.

#### 6. 자녀양육에 관한 의식전환이 필요하다.

현행법상 자녀문제에 대해서 친권 및 양육에 관한 어떠한 사항을 정하지 않고도 협의이혼이나 재판이혼을 할 수 있다. 자녀에 대한 친권행사자를 지정하지 않고 이혼을 하는 경우 현행법상 자녀에 대해 공동친권자가 된다. 자녀의 복리를 전혀 고려하지 않고 이렇게 자녀양육을 서로 기피하는 부모 중 한사람을 친권행사자를 지정하는 것도 문제의 소지가 있으나, 친권행사자를 지정하지 않고 공동친권을 준다는 것에도 문제가 있다고 할 것이다. 따라서 미성년자녀가 있는 이혼의 경우, 이혼에 대한 상담이나 교육을 통해 자녀양육의 필요성 등에 대해 의식의 전환을 시킬 수 있는 계기가 필요하다. 이를 통해 최근에 문제가 되는 부모이혼후 누구도 자녀를 양육하지 않겠다고 하여 자녀들이 방치되는 상황을 줄여 나가야 할 것이다. 또한 부부간의 갈등과 아버지의 역할을 별개로 생각할 수 있는 부모의 능력이 우선되어야 하며 이러한 인식전환을 위한 교육이 필요하다.

200) 한국여성개발원(1996), 『이혼가족을 위한 대책연구』, p.107.

## 참고문헌

- 강현중(1981), “미성숙자녀의 양육과 부양”, 『사법논집』 제12집, 법원행정처, pp.31-71.
- 구연창(1989), “대리모계약의 세계적 동향”, 『저스티스』.
- \_\_\_\_\_(1990), “친권제도의 재조명”, 『가족법연구』 제4호, 한국가족법학회, pp.153-198.
- \_\_\_\_\_(1990), “가족법개정의 의의와 문제점”, 『사법행정』, 1990년 6월, pp.30-40.
- \_\_\_\_\_(1990), “개정민법의 재조명”, 『고시계』.
- 권정희(1994), “아동복지를 위한 가족관계법의 내용과 과제”, 『가족법연구』 제8호, 한국가족법학회, pp.109-130.
- \_\_\_\_\_(2001), “이혼에서 자녀보호를 위한 법적 고찰”, 『가족법연구』 제15권 1호, 한국가족법학회, pp.189-212.
- 김갑동(1991), “개정민법상 친권에 관한 실무상 문제점”, 『법조』, 1991년 6월, pp.159-186.
- 김상용(1991), “친권법 개정안과 공동친권 - 최진섭교수의 견해 법률신문 5월18일자 15면에 대한 반론”, 법률신문 2703호, 1991년 1월 28일.
- \_\_\_\_\_(1996), “이혼후의 양육자 및 친권자 결정에 있어서 민법이 갖는 몇가지 문제점”, 『사법행정』 제428호, 1996년 8월, 한국사법행정학회, pp.12-20.
- \_\_\_\_\_(1997), “소위 친권행사자론에 대한 비판적 고찰”, 『가족법연구』 제11호, 한국가족법학회, pp.253-279.
- \_\_\_\_\_(1998), “이혼 후의 공동친권”, 『판례월보』 제332호, 1998년 5월, pp.26-45.
- \_\_\_\_\_(1999), “면접교섭권”, 『부산대학교 법학연구』 제40권 제1호, pp.234-278.
- 김시철((2002), “가사조정실무”, 『실무연구VIII』, 서울가정법원, pp.401-514.
- 김연(1994), “이혼후 자의 양육”, 『가족법연구』 제8호, 한국가족법학회, pp.369-392.
- 김용욱(1992), “개정친권제도의 문제점”, 『고시연구』, 1992년 4월, pp.129-148.
- \_\_\_\_\_(1992), “개정친족법의 중요내용과 문제점”, 『법조』, 1992년 7월, pp.25-49.
- 김용욱·김연(1995), 『가사소송법』, 고시연구사.
- 김용한(1988), 『친족상속법론』, 박영사.
- 김유미(1997), “현행 친권상실신고제도의 문제점과 대응책”, 『가족법연구』 제11호, 한국가족법학회, pp.333-358.
- \_\_\_\_\_(1998), “친권폐지론의 한국 친권법에 대한 의의”, 울산대학교 사회과학논집

- 제8권 1호, pp.13-24.
- \_\_\_\_\_(2001), “이혼시 친권의 개정방향”, 『가족법연구』 제16호, 한국가족법학회, pp.59-90.
- 김주수(1967), “혼인외의 출생자에 대한 과거의 부양료”, 『법정』, 1967년 7월.
- \_\_\_\_\_(1990), “개정 혼인법”, 『사법행정』, 1990년 2월, pp.35-40.
- \_\_\_\_\_(1991), “면접교섭권”, 『가족법학논총』, 박병호교수 환갑기념논총 발간위원회, pp.273-282.
- \_\_\_\_\_(1993), “가족법의 현황과 과제”, 『가족법연구』 제7호, 한국가족법학회, pp.7-33.
- \_\_\_\_\_(2002), 『친족상속법』, 법문사.
- 김혜숙(1994), “자의 친권과 자의 최선의 복리”, 『가족법연구』 제8호, 한국가족법학회, pp.415-427.
- 문형식(1987), “친자관계를 중심으로 한 부양료 청구와 구상(상)”, 『대한변호사협회지』 제130호, 1987년 6월, pp.43-53.
- 민유숙(1992), “이혼한 부부사이의 자에 대한 면접교섭권의 고찰”, 『법조』, 1992년 7월, pp.90-108.
- 박동섭(1998), 『주석 가사소송법』, 박영사.
- 박병호·김유미(1994), “과거의 양육비 구상”, 『법학』 35권 3호, 서울대법학연구소, pp.205-226.
- 박상선·황덕남(1993), “친권에 관한 제문제, 가정법원 사건의 제문제”, 『재판자료』 제62집 법원행정처, pp.546-584.
- 박은수(1998), 『이혼후 자녀양육에 관한 연구』 강원대학교 석사학위 논문.
- 배경숙(1970), “부모친권공동주의의 입법화”, 『법정』 25권 3호, pp.36-39.
- \_\_\_\_\_(1990), “개정 민법상의 친자관계에 관한 소고”, 『월간고시』, 1990년 3월, pp.42-57.
- 법원행정처(2001), 『사법연감』, 법원행정처.
- 변진장(1985), “이혼 후의 미성년인 자에 관련된 법률문제”, 『사법논집』 1985년 5월.
- 서울가정법원(1995), 『가사재판자료집』, 서울가정법원.
- \_\_\_\_\_(2002), 『실무자료Ⅷ』, 법관 가사재판실무연구모임 자료집, 서울가정법원.
- 서정우(1990), “개정민법의 몇가지 문제점”, 『사법행정』, 1990년 6월, pp.18-29.
- \_\_\_\_\_(1991), “새 가사소송법의 해설”, 『가족법학논총』, 박병호교수 환갑기념논총 발간위원회, pp.669-700.
- \_\_\_\_\_(1992), “이혼당사자간의 자의 인도청구에 관한 시론”, 『민사판례연구Ⅸ』, 민

- 사판례연구회(편), 박영사, pp.1-16.
- 소현숙(1995), 『면접교섭권에 관한 연구』, 숭실대학교 법학과 석사학위 청구논문.
- 양수산(1984), “개정 독일민법상의 친권에 관한 고찰”, 『가족법연구』 제1호, 한국가족법학회, pp.129-139.
- \_\_\_\_\_(1993), “친권에 관한 입법론적 고찰”, 『한국의국어대학교 논문집』 제26집, pp.179-216.
- \_\_\_\_\_(1996), “친권자와 친권행사자”, 『가족법연구』 제10호, 한국가족법학회, pp.331-350.
- 양정자(2000), “가정법원의 현황과 발전방향 - 전국에 가정법원 설치를 촉구하며-”, 『가족법연구』 제14호, 한국가족법학회, pp.477-507.
- 오종근(1997), “민법 제920조의 2(공동친권자의 일방이 공동명의로 한 행위의 효력)에 대한 검토”, 『가족법연구』 제11호, 한국가족법학회, pp.309-332.
- 이상석(2001), 『이혼과 위자료 · 재산분할의 법률지식』, 청림출판.
- 이영애(1983), “이혼과 자녀양육, 가정법원사건의 제문제”, 『재판자료』 제18집, 법원행정처.
- 이은신(1993), “면접교섭권, 가정법원사건의 제문제”, 『재판자료』 제62집, 법원행정처, pp.327-367.
- 이제정(2002), “가사소송법상의 보전처분과 사전처분의 실무상 문제점”, 『실무연구』 VIII, 서울가정법원, pp.221-262.
- 이종길(2000), “가정의 해체와 아동복지에 대한 일검토”, 『가족법연구』 제14호, 한국가족법학회, pp.389-423.
- 이중기(1990), “개정가족법은 재개정되어야 한다”, 『사법행정』, 1990년 6월, pp.48-50.
- 이화숙(1988), “자의 최대이익과 현행 친권제도”, 『가족법연구』 제2호, 한국가족법학회, pp.205-229.
- \_\_\_\_\_(1994), “부모의 자녀양육비지급책임”, 『사법행정』, 1994년 8월, pp.13-24.
- \_\_\_\_\_(1996), “이혼후의 경제에 관한 영국의 법과 실제”, 『가족법연구』 제10호, 한국가족법학회, pp.259-299.
- 이희배(1988), “민법상 부양법리에 관한 연구”, 『가족법연구』 제2호, 한국가족법학회, pp.103-132.
- 임재연(1990), “개정가족법에 대한 의견”, 『사법행정』, 1990년 6월, pp.41-47.
- 장창민(2001), “면접교섭권에 관한 일고”, 『가족법연구』 제15호, 한국가족법학회, pp.213-239.
- 정범석(1970), “이혼과 자의 양육에 관한 문제점”, 『사법행정』, 1970년 2월, pp.66-69.

- \_\_\_\_\_(1978), “친권에 관한 소고”, 『사법행정』, 1978년 5월, pp.80-86.
- 조대현(1991), “개정 민법상의 친권자 새로운 이론정립 시급하다”, 법률신문 제 2000호.
- 최달곤(1996), “이혼후의 자녀보호”, 『가족법연구』 제10호, 한국가족법학회, pp.175-202.
- 최병조(1991), “이혼모의 자녀양육권에 관한 비교법사적 고찰 - 특히 로마법을 중심으로”, 『가족법학논총: 박병호교수환갑기념(1)』, 박영사, pp.225-241.
- 최세모(1992), “가사심판상의 부양청구권”, 『재판자료』 제18집.
- 최진섭(1982), “이혼절차에서의 자녀보호방안”, 『현행 가족법과 가족정책』, 김주수 교수 회갑기념 논문집, 일지사, pp.195-210.
- \_\_\_\_\_(1989), “친생부모간의 자의 인도청구”, 『가족법연구』 제3호, 한국가족법학회, pp.7-27.
- \_\_\_\_\_(1991), “이혼후의 공동양육”, 『박병호교수 회갑기념논문집』.
- \_\_\_\_\_(1993), “자의 양육에 관한 사항의 변경청구와 그認否의 기준”, 『판례월보』 제274호, 1993년 7월, pp.15-19.
- \_\_\_\_\_(1993), 『이혼과 자녀』, 삼지원.
- \_\_\_\_\_(1996), “친권상실에 관한 비교법적 연구”, 『가족법연구』 제10호, 한국가족법학회, pp.379-406.
- \_\_\_\_\_(1997), “재혼부모의 사망 및 이혼에 따른 자녀보호의 법적 문제점”, 『가족법연구』 제11호, 한국가족법학회, pp.281-307.
- \_\_\_\_\_(1998), “이혼후의 공동친권원칙과 단독친권원칙의 타당성 검토 - 민법개정안의 논의와 관련하여”, 법률신문 제2694호.
- \_\_\_\_\_(2002), “친권자변경에 관한 민법 개정안의 문제점”, 법률신문 제3071호.
- 최행식(1994), “자의 양육 및 부양과 과거의 부양료”, 『가족법연구』 제8호, 한국가족법학회, pp.393-413.
- 표계학(1995), 『이혼으로 인한 배우자와 자의 부양에 관한 비교법적 연구』, 인하대학교 대학원 법학박사학위 청구논문.
- \_\_\_\_\_(1998), “이혼부양제도의 입법론적 고찰 - 이혼피해자 보호를 위한”, 『가족법연구』 제12호, 한국가족법학회, pp.335-367.
- \_\_\_\_\_(1994), “스웨덴의 이혼후 부양제도”, 『가족법연구』 제8호, 한국가족법학회, pp.345-368.
- 한국가정법률상담소(2001), “이혼가정과 자녀양육 : 양육비 제대로 받고 있는가”, 『한국가정법률상담소 창립 45주년 기념 심포지엄』자료집, 한국가정법률상담소.
- 한국여성개발원(1996), 『이혼가족을 위한 대책연구』, 한국여성개발원.

- 한봉희(1977), “이혼후의 자에 대한 친권문제”, 『법정』, 1977년 10월, pp.114-130.
- \_\_\_\_\_(1989), “친권의 효력”, 『월간고시』, 1989년 8월, pp.65-76.
- \_\_\_\_\_(1990), “개정 혼인법상의 제문제”, 『월간고시』 1990년 3월, pp.26-41.
- \_\_\_\_\_(1992), “아동의 권리조약과 가족법”, 『가족법연구』 제6호, 한국가족법학회, pp.33-86.
- \_\_\_\_\_(1993), “한국 이혼법의 회고와 전망”, 『가족법연구』 제7호, 한국가족법학회, pp.83-126.
- \_\_\_\_\_(1997), “아동의 권리에 관한 UN조약과 한국 친자법에 미친 영향”, 『가족법연구』 제11호, 한국가족법학회, pp.667-681.
- \_\_\_\_\_(1997), “친권법의 새로운 전개”, 『가족법연구』 제11호, 한국가족법학회, pp.233-252.
- 한삼인(1990), 『재판상 이혼에 관한 실증적 연구』, 동국대 박사학위논문.
- 홍성운(1997), 『가정분쟁소송의 법률지식』, 청림출판.
- 홍춘의(1999), “현행 프랑스 친자법과 친권법의 발전과 동향”, 『가족법연구』 제13호, 한국가족법학회, pp.293-332.
- 황덕남(1991), “친권행사자 지정에 관한 제문제”, 『사법행정』, 1991년 9월, pp.24-38.
- Lynn D. Wardle(1997), “미국친자관계법의 오늘과 내일”, 『가족법연구』 제11호, 이화숙(역), 한국가족법학회, pp.623-666.
- Peter Lodrup(1997), “놀웨이법상 친자간의 법률관계”, 『가족법연구』 제11호, 김혜숙(역), 한국가족법학회, pp.595-615.
- Rainer Frank(1997), “독일 친자법 개정의 최근의 전개”, 『가족법연구』 제11호, 조미경(역), 한국가족법학회, pp.577-594.
- Alison Diduck & Felicity Kaganas(1999), *Family Law, Gender and the state*, Hart Publishing Ltd.
- Garfinkel(1988), “Child Support Assurance : A New Tool for Achieving Social Security,” *Child Support*, SAGE
- U.S. House of Representatives, Committee on Ways and Means(1989), *The Child Support Enforcement Program : Policy and Practice*, GPO.
- Michael Greßmann und joachim Beinkinstadt(1998), *Das Recht der Beistandschaft*, BOORBERG.
- 渡辺信英 編(2002), 『福祉のための家族法』, 南窓社.,

東和敏(1996), 『イギリス家族法と子の保護』, 國際書院

木村敦志(2002), 『家族法』, 有斐閣.

棚村政行(1993), “離婚後の子の監護,” 加除出版社, pp.231-272

田中實(2002), 『家族と法』, 慶應義塾大學出版會.

<http://antihoju.jinbo.net>

<http://www.divorcenet.co.kr>

<http://www.hmsso.gov.uk/acts/>

<http://www.kanzlei.de/bgbfam0.htm>

<http://www.lawhome.or.kr>

<http://www.mofat.go.kr>

<http://www.nso.go.kr>



부 록



(부록 1) [양식 제7호]

이 혼(친권자 지정) 신 고 서

년 월 일

※ 뒷면의 작성방법을 읽고 기재하시되 선택항목은 해당번호에 “○”으로 표시하여 주시기 바랍니다.

| 구 분              |           | 남 편   |          |          |        | 처      |          |          |       |
|------------------|-----------|-------|----------|----------|--------|--------|----------|----------|-------|
| ① 이 혼 당 사 자      | 본 적       |       |          | 호 주 및 관계 | 의      |        |          | 호 주 및 관계 | 의     |
|                  | 주 소       |       |          | 세대주 및 관계 | 의      |        |          | 세대주 및 관계 | 의     |
|                  | 성 명       | 한글    | 서명(인)    |          | 전 화    |        | 한글       | 서명(인)    |       |
|                  |           | 한자    |          |          | 본      |        | 한자       |          |       |
|                  |           |       | 주민등록번호   |          |        |        | 주민등록번호   |          |       |
| ② 부 모            | 부         | 본 적   |          |          |        | 본 적    |          |          |       |
|                  |           | 성 명   |          |          |        | 성 명    |          |          |       |
|                  | 모         | 본 적   |          |          |        | 본 적    |          |          |       |
|                  |           | 성 명   |          |          |        | 성 명    |          |          |       |
| ③ 복 부 호 또 는 가    |           | 본 적   |          |          |        |        | 호 주      |          |       |
| ④ 신 본 적          |           |       |          |          |        |        |          |          |       |
| ⑤ 부 호 또 는 일가창립장소 |           |       |          |          |        | 일가창립원인 |          |          |       |
| ⑥ 기 타 사 항        |           |       |          |          |        |        |          |          |       |
| ⑦ 재 판 확정 일자      |           | 년 월 일 |          |          |        | 법원명    |          |          |       |
| ⑧ 친 권 자 지 정      | 미성년자성명    |       |          |          |        |        |          |          |       |
|                  | 주민등록번호    |       |          |          |        |        |          |          |       |
|                  | 친 권 행 사 자 |       | 지정일자, 원인 |          | . . .  |        | 지정일자, 원인 |          | . . . |
| ⑨ 증 인            | 성 명       | 서명(인) |          |          | 주민등록번호 |        |          |          |       |
|                  | 주 소       |       |          |          |        |        |          |          |       |
|                  | 성 명       | 서명(인) |          |          | 주민등록번호 |        |          |          |       |
|                  | 주 소       |       |          |          |        |        |          |          |       |

※ 다음은 통계법 제13조에 의거 개인의 비밀사항이 철저히 보호되고 또한 국가의 인구정책수립에 필요한 정보 수집이 목적이므로 사실대로 기재하여 주십시오.

|            |   |   |           |   |  |
|------------|---|---|-----------|---|--|
| ⑩ 실제결혼년월일  | 년 월 일부터 동거  |   | ⑪ 실제이혼년월일 | 년 월 일부터 별거                                |  |
| ⑫ 20세미만자녀수 | 명   |   | ⑬ 이혼의종류   | ① 협의 이혼<br>② 재판에 의한 이혼                    |  |
| ⑭ 이 혼 사 유  | ① 배우자 부정      ② 정신적·육체적 학대      ③ 가족간 불화<br>④ 경제문제      ⑤ 성격차이      ⑥ 건강문제      ⑦ 기 타 |   |           |   |  |
| ⑮ 최 종 출업학교 | 남편  | ① 무학   ② 초등학교   ③ 중학교<br>④ 고등학교   ⑤ 대학 이상 | 처         | ① 무학   ② 초등학교   ③ 중학교<br>④ 고등학교   ⑤ 대학 이상 |  |
| ⑯ 직 업      | 남편  |   | 처         |   |  |

### 작 성 방 법

- \* 신고서는 2부를 작성, 제출하여야 합니다.
- \* 도장을 찍는 대신에 서명을 하셔도 됩니다.
- \* 복적을 원할 경우, 협의이혼일 경우에는 처(妻)가 복적할 가(家)의 호적등본 1부와 협의이혼의사확인서 1통을 첨부하여야 하고, 재판에 의한 이혼일 경우에는 처(妻)가 복적할 가(家)의 호적등본 1통과 이혼심판정본 및 그 확정증명 각 1통을 첨부하여야 합니다.
- ①란에서 당사자의 본(本)은 한자로 기재합니다.
- ①란에서 이혼당사자가 외국인인 경우에는 그 본적란에 국적을 기재합니다.
- ②란에서 이혼당사자가 양자인 경우에는 양부·양모의 본적·성명을 기재하며, ( )하고 양부·양모임을 표시합니다
- ③란은 혼가를 떠나는 자가 친가에 복적하고자 할 경우에, ⑤란은 혼가를 떠나는 자가 친가에 복적하지 않고 일가를 창립하고자 할 경우에 각 기재하며, 혼가를 떠나는 자가 복적하려는 친가가 폐가(廢家) 또는 무후(無後)로 되어 친가를 부흥(復興)하려는 경우에는 ③란과 ⑤란을 같이 기재합니다.
- ④란은 호적법 제19조의2(법정분가) 제2항 제1호에 해당되어 법정분가하게 되는 경우에 기재합니다.
- ⑥란 기타 사항에는 다음과 같은 내용을 기재합니다.
  - 가. 수반입적자(이혼당사자와 함께 이혼당사자의 가(家)에 입적할 자)가 있는 경우에는 그 사람의 성명(한글, 한자 병기), 생년월일, 부모성명, 이혼당사자와의 관계
  - 나. 신고사건으로 인하여 신분의 변경이 있게 되는 사람이 있을 경우에 그 사람의 성명, 생년월일, 본적 및 신분변경의 사유
  - 다. 금치산자가 협의상 이혼을 하는 경우에는 동의자의 성명, 서명(또는 날인) 및 생년월일
  - 라. 재판상 이혼의 신고시 호적법 제79조 제1항 제4호 또는 제5호의 사항을 기재할 수 없다는 취지 및 친가가 없거나 본적불명일 때의 그 취지
  - 마. 기타 호적에 기재하여야 할 사항을 분명하게 하는데 특히 필요한 사항
- ⑦란은 이혼판결(화해, 조정)의 경우에만 기재하고, 협의이혼인 경우에는 기재하지 않습니다.
- ⑧란은 민법 제909조 제4항의 규정에 따라 친권을 행사할 자가 정하여진 때에 기재하고 그 내용을 증명하는 서류를 첨부하여야 합니다. 원인은 협의에 의해 지정한 때에는 “협의”로 법원이 결정한 때에는 “결정”으로 기재합니다.
- ⑩, ⑪란은 호적상 신고일이나 재판확정일과는 관계없이 실제로 결혼(동거)생활을 시작한 날과 사실상 이혼한 연월일을 기재합니다.
- ⑮란은 교육부장관이 인정하는 모든 정규교육기관을 기준으로 기재하되 각급 학교의 재학 또는 중퇴지는 졸업한 최종 학교의 해당번호에 ○표시를 합니다.  
(예 : 대학교 3학년 중퇴→4고등학교에 ○표시)

#### ※호적법 제19조의2 제2항 제1호

제19조의2 ② 다음 각호의 경우에는 신고자를 편제한다. 이 경우 신고인은 신고서에 신분적을 기재하여야 한다.

1. …이혼…인하여 타가에 입적하여야 할 자에게 배우자나 직계비속이 있는 때

#### ※호적법 제79조 제1항 제4호, 제5호

제79조 ① 이혼의 신고서에는 다음 사항을 기재하여야 한다.

4. 혼가를 떠나는 자가 친가에 복적하는 때에는 그 가의 호주의 성명 및 본적. 그러나 친가를 부흥하는 때에는 그 취지 및 부흥의 장소
5. 혼가를 떠나는 자가 일가를 창립하는 때에는 그 취지와 창립의 원인 및 장소

※민법 제909조(친권자) ④…부모가 이혼한 경우에는 부모의 협의로 친권을 행사할 자를 정하고 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 결정한다. 친권자를 변경할 필요가 있는 경우에도 같다.

(부록2) [양식 제9호]

친 권 자 지 정 (변경) 신 고 서

※ 아래의 작성방법을 읽고 기재하시기 바랍니다. 년 월 일

|                         |     |         |       |        |  |           |  |
|-------------------------|-----|---------|-------|--------|--|-----------|--|
| ①<br>미<br>성<br>년<br>자   | 본 적 |         |       |        |  | 호 주       |  |
|                         | 주 소 |         |       |        |  |           |  |
|                         | 성 명 | 한글      |       | 한자     |  | 주민등록번호    |  |
|                         | 주 소 |         |       |        |  |           |  |
|                         | 성 명 | 한글      |       | 한자     |  | 주민등록번호    |  |
|                         | 주 소 |         |       |        |  |           |  |
| ②<br>부                  | 본 적 |         |       |        |  | 호 주       |  |
|                         | 주 소 |         |       |        |  |           |  |
|                         | 성 명 | 한글      |       | 한자     |  | 주민등록번호    |  |
| ③<br>모                  | 본 적 |         |       |        |  | 호 주       |  |
|                         | 주 소 |         |       |        |  |           |  |
|                         | 성 명 | 한글      |       | 한자     |  | 주민등록번호    |  |
| ④친권행사자로 지정<br>또는 변경된 사람 |     | 성 명     |       |        |  | 미성년자와의 관계 |  |
|                         |     | 지정·변경일자 | 년 월 일 |        |  | 지정·변경원인   |  |
| ⑤ 기타사항                  |     |         |       |        |  |           |  |
| ⑥<br>신<br>고<br>인        | 성 명 | 서명(인)   |       | 주민등록번호 |  | 자격        |  |
|                         | 주 소 |         |       |        |  | 전화        |  |
|                         | 성 명 | 서명(인)   |       | 주민등록번호 |  | 자격        |  |
|                         | 주 소 |         |       |        |  | 전화        |  |

작 성 방 법

- \* 도장을 찍는 대신에 서명을 하셔도 됩니다.
- \* 신고 명칭 중 해당하지 아니하는 사항을 삭제합니다.
- \* 법원이 친권행사자를 지정한 경우에는 재판등본 및 확정증명서를 첨부하여야 하며, 부모의 협의에 의해 친권자를 지정하는 경우 부모가 같이 신고할 때에는 협의사실을 증명하는 서류를 첨부할 필요가 없으나 부모 중 일방이 신고할 때에는 협의사실을 증명하는 서류를 첨부하여야 합니다.
- ①란에서 2명 이상의 미성년자에 대해 친권자가 동일하게 지정(변경)된 경우에는 순서대로 기재합니다.
- ④란에서 지정 또는 변경원인은 친권행사자를 협의에 의해서 지정 또는 변경한 때에는 “협의”로, 법원이 결정한 때에는 “○○법원 결정”으로 기재하며, 협의나 결정된 일자를 기재합니다.
- ⑤란 기타 사항에는 호적에 기재하여야 할 사항을 분명하게 하는데 특히 필요한 사항을 기재합니다.

2002 연구보고서 210-23

가족법상 친권·양육권 및 면접교섭권  
제도의 실효성 확보방안 연구

---

2002년 12월 26일 인쇄  
2002년 12월 30일 발행

발행인 : 장 하 진

발행처 : 한 국 여 성 개 발 원  
서울시 은평구 불광동 1-363  
전화 / 356-0070 (代)

인쇄처 : 도서출판 한 학 문 화  
전화 / 313-7593 (代)

---

<정가 9,000원>

ISBN 89-8491-054-6 93330