

이혼에서 자의 보호

장 창 민*

- I. 서설
- II. 친권
- III. 이혼시 친권행사자의 지정
- IV. 양육권
- V. 결 어

I. 서설

현대가족의 가장 특징적인 면의 하나는 개인인주의의 영향으로 인하여 가족의 연대가 과거에 비하여 아주 이완되어 있다는 것이다. 이와 같은 가족연대의 이완과 함께 핵가족의 보편화, 산업구조의 변화, 기혼여성의 취업증가에 따른 경제력의 향상 등의 현대사회의 구조는 이혼율의 급속한 증가를 가져오게 되었다¹⁾.

본래 사회적 기반을 가지고 생활하는 부는 이혼을 하여도 사회·경제적으로 심각한 타격을 받지는 않지만 처의 경우에는 사회적 기반이 존재하지 않는 경우가 많기 때문에 심각한 타격을 받을 수밖에 없을 것이다. 그러나 실제 이보다 더욱 심각한 고통을 받게 되는 것은 이혼한 부부의 자녀들이다. 자의 장래를 걱정하던 부모들도 일단 이혼하기로 결심을 하면 대개는 자의 존재를 잊어버리고 오로지 상대방과의 투쟁관

* 영산대학교 법률학부 교수.

1) 1970년 11,600건이던 이혼건수는 꾸준히 증가하여 98년 이후 크게 증가하여 116,700건, 2003년 167,100건으로 증가한 후 2004년 139,400건으로 감소세를 보이고 있다. 통계청, “1970년 이후 혼인 이혼 특성변동추이”, 2005.06.21게시.

계에만 치중하는 경향이 있다. 때문에 그들은 부모의 이혼과정에는 소외된 존재로 남게 된다. 이러한 점을 고려한다면 이혼절차에서 자의 보호를 위한 적절한 방안이 강구되어야 한다는 주장²⁾은 설득력이 크다.

사실 현실적으로 아이들은 부모의 이혼으로 인하여 경제적 고통은 물론, 환경의 변화, 사회적·심리적인 소외감과 상실감 등으로 정신적 고통을 받게 되고, 그 영향으로 비행을 저지르게 되거나 심한 경우, 범죄자로 전락하는 경우도 없지 않다. 이렇게 본다면 이혼의 최대 피해자는 바로 그들의 자녀인 것이다. 때문에 자녀를 기준으로 본다면 부모가 이혼한 후의 자녀의 양육은 그 전보다 훨씬 중요하다고 할 수 있다. 이러한 점에서 볼 때 고대법에서 조차 부모의 이혼시에 자녀의 양육에 관한 규정을 두고 있는 것은 결코 놀라운 일이 아니다³⁾.

이혼이라는 부부간의 문제를 해결하는데 중요한 하나의 과제는 자녀보호에 관한 문제이다. 이혼당사자는 스스로 이혼을 선택하고 이에 대처해 나갈 수 있지만 그 자녀는 부모의 이혼으로 가장 큰 희생을 치르게 된다. 자녀는 부모의 혼인파탄에 책임 없는 희생자이면서도 이혼절차에 어떠한 관여도 할 수 없고, 자신의 의사를 표시할 기회가 주어지지 않는다. 따라서 자녀의 복리를 고려하는 이혼절차와 이혼후의 최선의 양육상태를 마련해주는 것이 필요하다.

이혼이라는 위기에서 법은 이혼당사자가 이혼후의 그 자녀의 보호를 위한 충분한 조치를 취할 수 있다고 예정하여서는 안 된다. 위기에 처한 부모와 자녀 모두를 원조할 수 있는 법적 체제를 갖추는 것이 무엇보다도 중요하다⁴⁾.

우리 민법은 이제까지 자녀의 복리를 고려하지 않은 채 부를 이혼후의 친권자로 하는 것으로 이 문제를 간단히 해결해 왔다.

1990년 개정전의 민법에 의하면, 모는 이혼 후에는 자녀와의 관계유지가 완전히 단절되었으며, 단지 이혼후의 자녀양육과 관련하여 양육자로 지정될 수 있을 뿐이었다. 이것은 가부장적 가족제도가 20세기 후반까지도 온존해 있음을 반영하는 것이다. 오늘날의 친족법이 ‘자녀의 복리원칙’⁵⁾을 최고의 이념으로 하고 있는 이상, 이러한

2) 崔鎭涉, “離婚節次에서의 子女保護方案”, 金壽洙教授華甲記念「現代家族法과 家族政策」(1988), 197면 이하.

3) 崔秉祚, “離婚母의 子女養育에 관한 比較法史的 考察-특히 로마법을 중심으로-”, 朴秉濠教授還甲記念Ⅰ「家族法學論叢」(1991) 227면 이하. 이에 의하면 바빌론법에서는 원칙적으로 모가 양육책임を負고, 히타이트법에서는 원칙적으로 부가 양육책임자였음에 비하여, 로마법에서는 법무관 등에 의하여 양육을 할 자가 결정되었다.

4) 崔鎭涉, 離婚과 子女, 三知院, 1994, 4면.

법제는 더 이상 유지되어서도 안 되고, 우리의 현실사회도 이제는 이러한 법제를 그대로 받아들일 수 없는 상황에 와 있다. 그리하여 개정민법은 모도 친권자가 될 수 있는 길을 열어 놓았고, 자녀를 직접 양육하지 않는 부모의 일방에게 면접교섭권을 부여하여, 자녀의 순조로운 성장과 발달을 위하여 접촉할 수 있는 길을 열어 주었다.

그런데 자녀의 양육책임을 규정하고 있는 현행 민법 제837조에 의하면, 이혼한 부모가 공동으로 자녀를 양육할 수 있다는 해석이 가능하게 된다. 사실 서구에서는 공동양육으로 보편화되어 있고, 이에 대한 반론도 적지 않지만 현재 우리나라에서는 이에 대한 논의가 활발한 편은 아니다⁶⁾.

이하에서는 이혼 후의 자녀의 보호와 관련하여 친권과 양육권의 관계를 살펴보고, 양육의 방법에 있어서 현행법상 가능한 공동양육과 단독양육 중 어느 방법이 보다 자녀의 복리를 위한 방법인가를 고찰하는데 목적이 있다.

II. 친권

1. 친권의 내용

우리 나라 전통법제의 경우 이혼 후 모는 출모 또는 嫁母라고 하여 자녀는 모에 대한 의무가 소멸되며 모가 사망하여도 상복의무도 없고 奉祀도 하지 않았다. 그러므로 자에 대한 친권은 물론이며 양육책임은 당연히 부에게 귀속되었고 모는 별다른 친권이나 양육책임이 없었다⁷⁾. 이와 같이 가부장적 가족제도에서는 가장권에 흡수되어 독자적인 존재로 인정받지 못하던 친권은 가족제도가 이완되어 가족집단이 분화되는 과정에서 점차 가장권에서 독립하여 중대한 의의를 갖게 되었다. 그러나 친권이 가부장권적 성격을 벗어나 자의 보호적 성격을 취득하는 데에는 오랜 세월을 요하였

5) 자녀의 복리원칙이란 일반적으로 자의 福利에 최상성을 부여하는 원칙을 말한다. 즉 법원이 자녀의 양육 또는 자녀의 재산관리나 그 재산으로부터의 소득의 활용에 관한 문제를 결정할 때 자녀의 복리를 최상으로 고려하여야 한다는 것이다. 그것은 아동의 최선의 이익을 최상위에 둠으로써 그들의 이익을 성인들의 이익보다 상위에 두는 것이라고 할 수 있다. 金由美, “子女福利의 觀點에서 본 韓國 親族法-특히 身上에 관한 效力의 檢討를 中心으로-”, 서울대학교 대학원 박사학위 청구논문, 1995, 41면.

6) 공동양육을 주장 내지는 소개하는 논문으로는, 崔鎮涉, “離婚後의 共同養育”, 朴秉濠教授還甲記念 I 「家族法學論叢」(1991), 同, 離婚과 子女, 三知院, 1994, 李玲愛, “離婚과 子女養育”, 裁判資料第18輯(1983) 등이 있다.

7) 韓福龍, “韓國 婚姻法의 歷史的 基礎”, 고려대학교대학원 박사학위 청구논문(1988), 214면.

다.

우리 민법은 1921년 조선민사령의 개정으로 인한 의용민법때부터 친권규정을 두어 동법 제879조에서 「친권을 행사하는 부 또는 모는 미성년자를 감호 및 교육할 권리를 가지고 의무를 진다」고 규정하였고 현행민법 역시 제913조에서 「친권자는 자를 보호하고 교육할 권리의무가 있다」고 규정하고 있다.

친권의 내용은 입법례⁸⁾ 에서나 강학상⁹⁾으로도 자의 신분에 관한 부분과 자의 재산에 관한 부분으로 나누는 것이 통설이다¹⁰⁾. 그러나 친권에서 신상에 관한 부분을 제외한 것이 재산관리권이고, 또 친권에서 재산관리권을 제외한 것이 신상에 관한 친권이라고 보는 것은 의문이라는 견해¹¹⁾도 있다. 친권은 권리적 성격과 의무적 성격을 겸비하고 있지만 친권을 권리라 하여도 자에 대한 지배권이나 부모의 개인적 이익을 위한 권리라고는 볼 수 없다. 친권의 第一義的 성질은 가족의 존재의의로 보아도 자의 보호·양육의 의무, 더욱이 국가사회에 대한 의무이므로, 이것을 권리라고 본다면 이러한 의무를 누구에게도 방해당하지 않고 행사할 수 있는 권리의 뜻으로 보아야 할 것이다¹²⁾. 따라서 친권이란 부모로서의 의무를 다하는 권리로서 이해되어야 할 것이어서 친권은 권리의 면보다 그 의무의 면이 더욱 강조되고 그러한 점에 친권의 특질이라 하겠다. 결국 친권의 행사는 자의 복리증진과 최선의 이익보호에 그 목적을 두어야 한다할 것이다.

민법상의 친권규정을 근원으로 파생되는 친권의 내용을 크게 「자의 신분에 관한 것」¹³⁾과 「자의 재산에 관한 것」¹⁴⁾으로 구분할 수 있다. 이러한 친권은 임의로 포기하거나 양도할 수 없으며 제3자가 그 행사를 방해할 때에는 그 정지를 청구하고 그 침해로 인한 손해의 배상을 청구할 수도 있다¹⁵⁾.

8) BGB 1626조1항, 부모는 미성년의 자를 감호할 권리를 가지고 의무를 진다. 부모의 배려는 자의 신상에 대한 배려 및 자의 재산에 대한 배려를 포함한다.

9) 朴秉濠, 家族法, 한국방송통신대학출판부, 1992, 203~210면 ; 金疇洙, 친족·상속법, 법문사, 2005, 326면. 친권의 내용을 감호교육의 권리·의무와 재산관리권으로 나누어 설명하고 있다.

10) 金由美, 전계논문, 147면.

11) 佐藤義彦, “離婚後の子の監護”, 講座現代家族法3, 日本評論社, 1992, 270면.

12) 金疇洙, 전계서, 326면.

13) 자의 신분에 관한 친권으로서는 ① 자를 보호양육할 권리의무(제913조) ② 동거지정권(제914조) ③ 징계권(제915조) ④ 영입허가권 (제8조) ⑤자의 인도청구권 ⑥ 자의 신분상의 행위의 대리권 및 동의권(제788조, 제847조, 제863조, 제885조, 제1019조, 인사소송법 제26조, 제35조 등)

14) 자의 재산에 관한 친권으로서는 ① 재산관리권(제916조) ② 친권자의 재산수익권 ③ 자의 재산에 관한 법률행위의 대리권 및 동의권(제920조)

2. 친권의 공동행사

1977년의 민법의 일부 개정전에는 친권자는 미성년자인 자와 가를 같이 하는 부가 제1차로 되고(구민법 제909조1항), 부가 없거나 친권을 행사할 수 없는 때에는 제2차로 자와 가를 같이 하는 모가 친권자가 되었다(구민법 제909조2항). 그러나 1977년에 개정된 민법은 이러한 차별을 두지 않고, 혼인 중에는 부모가 친권을 공동행사하고, 다만 부모의 의견이 일치하지 아니할 때에 부가 행사하도록 하였다. 그러나 1990년의 민법의 일부개정으로 부모의 의견이 일치하지 아니할 때에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 결정하도록 되었다. 그리고 부모의 일방이 친권을 행사할 수 없을 때에는 다른 일방이 이를 행사한다.

이와 같이 부를 제1차의 친권자로 하고 모를 제2친권자로 하였던 것은 반드시 우리 민법만이 아니었고 19세기까지의 공통의 것이라고 해도 괜찮다¹⁶⁾. 그러나 현재에 있어서는 남녀평등의 원칙에 의하여 부모공동친권행사를 규정하는 입법례가 많다¹⁷⁾. 개정전의 민법의 친권은 시민사회의 이전의 유교적 남존여비의 윤리에 의하여 지지되고 있음을 의심할 여지가 없다. 친권의 본질로 보나 가정생활의 실정에 비추어 보아 부모를 동시에 친권자로 하는 것은 정당하며, 따라서 현행민법의 태도는 타당한 것이라고 할 것이다¹⁸⁾.

III. 이혼시 친권행사자의 지정

1. 제도적 의의

부모가 이혼한 경우에는 부모의 협의로 친권을 행사할 자를 정하고, 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 아니한 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정하도록 규정하고 있다¹⁹⁾. 부모는 원칙적으로 공동으로 친권을 행사하게 되어 있으

15) 邊鎮長, “離婚後의 未成年者인 子에 關聯된 法律問題”, 司法論集 第16輯(1985), 法院行政處, 302면.

16) 프랑스 민법 제373조, 독일민법 제1627조, 1684조 참조

17) 스위스 민법 제274조, 중국민법 제1089조, 독일민법(남녀동권법 제1629조 이하), 프랑스민법 제372조.

18) 金疇洙, 註釋 親族·相續法, 法文社, 1993, 387면.

19) 민법 제909조 4항 전문, 가소 제2조 1항 마류사건 5호.

나, 부모의 혼인관계가 해소되는 경우에는 부모의 일방에게 친권자로서의 자격에 흠이 있기 때문이 아니라 친권을 공동으로 행사한다는 것이 사실상 곤란하거나 부적당하기 때문에 부모의 일방이 친권행사자로 지정받아 단독으로 친권을 행사할 수 있게 되는 것이다.

그렇다면 부모가 이혼하는 경우에는 반드시 친권자를 정하여야 하는가?

일본민법의 경우에는²⁰⁾ 자의 출생후 부모가 이혼을 한 경우에는 반드시 친권자를 정하여야 하나, 자의 출생전 부모의 이혼과 인지의 경우에는 일응 모를 친권자로 하고, 다만 임의적으로는 친권자를 지정할 수 있는 것으로 되어 있다²¹⁾. 그리고 영국의 예를 들면 자녀가 있는 부부가 이혼하려고 하는 때에는 자녀의 복리를 위한 조치를 취해야 하고, 그 조치가 충분하거나 그 상황에서 최선일 때에 이혼의 종국판결을 내릴 수 있으며, 다만 지체없이 이혼판결을 하는 것이 바람직한 상황일 때에는 예외적으로 이혼판결을 먼저 내릴 수 있도록 하고 있다. 이러한 취지의 규정은 독일법이나 프랑스법에도 볼 수 있다²²⁾.

이에 대하여 우리 민법은 법문상 친권을 행사할 자를 지정할 어떠한 경우에도 그 지정이 필요적임을 규정하고 있지는 않다. 가사소송법 제25조에서 가정법원이 재판상 이혼청구를 심리할 때에는 그 청구가 인용될 경우에 미성년자인 자의 친권을 행사할 자에 관하여 부모에게 미리 협의하도록 권고할 것을 규정하고, 가사소송규칙 제18조에서 위 규정에 의한 가정법원의 협의권고에 따라 부모사이에 미성년자인 자에 대하여 친권을 행사할 자에 관하여 협의가 성립된 때에는 가정법원은 이를 판결주문에 기재할 것을 규정하고 있으며, 호적법 제60조, 제79조, 80조에서도 인지신고, 혼인취소의 신고시에 그 신고서에 민법 제990조 제4항의 규정에 의하여 친권을 행사할 자가 정하여진 때에는 그 취지와 내용을 기재하는 것으로 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 우리나라에서는 부모가 혼인관계에 있지 아니하는 경우에도 친권을 행사할 자의

20) 일본 민법 제819조

① 부모가 협의이혼을 하는 때에는 협의로 그 일방을 친권자로 정하여야 한다. ② 재판상이혼의 경우에는 재판소가 부모의 일방을 친권자로 정한다. ③ 자의 출생전에 부모가 이혼한 때에는 친권은 모가 행사한다. ④ 부가 인지한 자에 대한 친권은 부모의 협의로 부를 친권자로 정한 때에 한하여 부가 행한다.

21) 따라서 친권자 지정이 없는 협의이혼신고는 수리하면 안되고, 잘못 수리되어도 이혼의 효력은 발생하지 아니하며, 재판이혼에 있어서의 친권자의 지정은 재판소의 직권에 의하여 이혼과 함께 판결의 주문에 지정하는 것으로 당사자의 신청에 구속되지 아니한다고 보고 있다. 黃德南·朴相宣, “親權에 관한 諸問題”, 家庭法院事件의 諸問題 裁判資料第62輯(1993), 法院行政處, 387면.

22) 崔鎭涉, 전계서, 13면.

지정은 임의적이라고 볼 수밖에 없다고 할 것이다²³⁾.

그 결과 부모가 이혼하면서 친권을 행사할 자를 정하지 아니한다면, 부모는 혼인 관계가 해소된 후에도 공동으로 친권을 행사한다고 할 것이다²⁴⁾.

개정법은 양성의 평등적인 견지에서 부모가 동등하게 친권자가 될 수 있도록 규정하고 있는데, 어떠한 판단기준에 의하여 친권자를 정해야 하는지를 밝히고 있지 않다. 이 뿐만 아니라 이혼후의 자녀양육과 관련되는 사항을 정하는 구체적인 절차도 마련되어 있지 않다. 전적으로 법관의 자유재량에 따라 이를 결정하게 될 것이므로 법관은 자녀의 복리에 부합하도록 친권자를 결정하여야 할 것이다²⁵⁾.

2. 지정의 효과

1) 학설

부모의 일방이 친권을 행사할 자로 지정된 경우, 다른 일방이 가졌던 친권의 운명에 관하여 이를 소멸한다고 보는 견해와 소멸하지 않고 단순히 정지된다고 보는 견해가 대립하고 있다.

소멸설은 일방을 친권을 행사할 자로 지정함으로써 상대방의 친권은 소멸하여 버리고 따라서 그 지정된 자가 사망 또는 친권상실의 사유가 발생한 때에는 상대방이 친권을 행사하게 될 여지없이 후견이 개시된다고 보는 견해이다.

이에 대하여 정지설은 상대방의 친권은 그 행사가 정지 또는 제한되어 잠재적으로 되고, 친권행사제한의 이유는 단지 부모의 생활의 협동이 깨진 경우에 친권을 공동 행사케 하는 것은 곤란하거나 부적당하기 때문에 일방이 친권자가 아니게 되면, 정지되었던 타방의 친권행사가 부활된다고 보고 있다²⁶⁾.

우리 민법상 친권자가 친권을 행사하지 못하는 경우로는 대리권, 관리권의 사퇴(제

23) 黃德南·朴相宣, 전계논문, 556면; 박동섭, 실무가사소송, 법률문화사, 1995, 141면; 대판 1993.12.7. 선고, 93므775.

24) 金壽洙, 전계서, 316면; 徐廷友, “改正民法의 몇 가지 問題點”, 司法行政, 1990.6, 26면.

25) 權貞姬, “離婚에서 子女保護를 위한 法的 考察”, 家族法研究 제15권1호(2001), 193면. 입법론으로는 자녀의 복리를 최우선으로 고려해야 한다는 취지를 밝힐 필요가 있다. 우리나라가 가입한 유엔 여성차별철폐협약도 자녀문제에 있어서 부모의 동일한 권리와 의무를 보장하기 위한 조치를 취함에 있어서 모든 경우에 자녀의 이익을 최우선적으로 고려해야 한다는 것을 명시하고 있다. 유엔여성차별철폐조약 제16조 1항 d.g.

26) 黃德南·朴相宣, 전계논문, 564면.

927조 제1항)와 친권상실(제924조), 대리권, 관리권의 상실(제925조)선고의 절차가 있고, 이로 인하여 친권을 행사할 자가 없으면 후견이 개시된다. 위와 같은 절차로 인하여 친권을 상실한 친권자가 다시 친권을 행사하려면, 법원의 회복선고(제926조) 또는 회복허가(제927조 제2항)를 받아야 한다. 그런데 우리 민법상의 부모의 일방이 친권을 행사할 수 없을 때에는 다른 일방이 이를 행사하도록 하고 있어 친권을 행사할 자로 정하여진 부모의 일방에게 친권을 행사할 수 없는 사유가 발생한 경우에는 후견이 개시되지 않고, 상대방의 친이 위와 같은 절차를 거치지 아니하고도 친권을 행사하게 된다는 점을 비추어 보면, 부모사이에 혼인관계가 해소되어 부모의 일방을 친권을 행사할 자²⁷⁾로 지정하는 경우 상대방의 친권이 정지된다고 보는 것이 타당할 것이다²⁸⁾.

2) 친권을 행사할 자로 지정되지 아니한 친의 지위

독일 민법은 신상감호가 귀속되지 않는 부모의 일방은 자와 교섭할 권한을 갖고, 적당한 이익이 있을 때에는 신상감호권자에 대하여자의 신상의 상황에 관하여 보고를 청구할 수 있음을 규정하고 있고, 프랑스 민법은 자의 감호를 위임받지 않은 부부의 일방은 자의 교육과 양육을 감독할 권리를 가지고, 자의 양육과 교육을 그 수입에 비례하여 분담하며, 면접하는 권리와 숙박하는 권리가 있음을 규정하고 있다. 즉 부모의 일방이 자에 대한 친권을 행사할 경우 상대방 친은 친권행사의 감독자로서의 지위를 가지게 된다고 할 것이다.

우리 민법은 제837조의 2에서 자를 직접 양육하지 아니하는 부모 중 일방의 면접교섭권을 규정하고 있는바, 친권을 행사할 자로 지정된 자가 자를 양육하는 경우 그 상대방 친은 자에 대한 면접교섭권을 행사할 수 있고, 친권행사에 부적당한 사유가 발생한 경우에 변경청구권권을 가지고 있어 역시 친권행사에 대한 감독자로서의 지위를 보유한다고 할 뿐만 아니라, 양육비를 분담할 의무를 부담하게 된다²⁹⁾.

IV. 양육권

27) 일본민법(제819조)은 부모가 혼인중에 있지 아니한 경우에는 그 일방을 친권자로 정하도록 규정하고 있다.

28) 黃德南·朴相宣, 전계논문, 565면.

29) 黃德南·朴相宣, 전계논문, 566면.

1. 양육권의 내용과 범위

1) 양육권의 내용(친권과의 관계)

친권자는 자를 보호하고 양육할 권리의무가 있으므로, 자의 양육도 원칙적으로는 친권자의 권리의무에 속하는 것이다. 따라서 부모가 공동으로 친권을 행사하는 경우에는 물론 자의 양육도 부모가 공동으로 이를 하게 된다. 친권과 양육권은 물론 같은 것은 아니다. 굳이 살피자면 양육권은 친권의 파생부분이라고 할 수 있으나, 그도 민법의 규정태도로 보아 명확한 것은 아니다. 민법은 부모가 이혼하는 경우의 친권의 행사자의 결정과 양육에 관한 사항을 별개로 결정하도록 규정하고 있다(제837조, 909조). 대법원은 친권자라도 양육에 관한 사항을 임의로 변경할 수 없는 것으로 보고 있다³⁰⁾. 결국 이러한 것은 법상 양자는 구별되어야 한다는 것을 전제로 하는 것이 아닌가 생각된다.

그러나 자를 보호, 양육하는 일은 전체적 통일적으로 하는 일이지, 내용을 분리해서 어떤 일을 하고 어떤 일을 할 수 없다는 것은 자의 건전한 보호 육성을 위하여 바람직한 일이 못된다. 실제로 자를 키우고 있는 사람이 자의 거소지정이나 징계에 제한을 받고 오로지 먹이고 입히는 일만 한다는 것은 이미 건전한 양육이라고 할 수 없는 것이다³¹⁾. 그러므로 친권과 양육권이 분리된 경우에 어디까지를 양육권의 범위로 보아야 할 것인가를 검토해 볼 때, 양자는 친권이 보다 포괄적이며 관념적인 지위를 가짐에 대하여, 양육책임은 보다 구체적이고 현실적인 것이라는 점에서 구별되나, 한편으로 전자가 후자를 포괄하는 것으로 보는 것이 옳다고 생각한다.

2) 양육권의 범위

자를 양육하는 일은 실제로 자를 데리고 살면서 먹이고 입히고 위험으로부터 보호하고 자를 대리하여 재산문제를 처리하는 것 등을 그 내용으로 한다고 할 수 있을 것이다. 양육의 내용에 교육을 포함할 것인가가 해석상의 문제이다. 양육과 교육이 불가분의 관계에 있다는 것을 생각할 때 긍정하여야 할 것이다. 그런데 학설 중에는 양육권을 법적 양육(legal custody)과 사실상의 양육(actual custody)으로 구별하여, 전자는 자녀에 대한 부모의 권리의무를 의미하고, 후자는 자녀를 자신의 보호와 통제 아래 둘 수 있는 지위를 갖는 것을 의미한다고 설명하는 견해가 있다³²⁾. 이에 의하면

30) 대판 1985.2.2.6, 84므86.

31) 李玲愛, 전계논문, 419면.

법적 양육권은 친권의 일부와 전혀 같은 권리로서 이는 친권에 우선하기 때문에 친권자의 친권은 그 한도내에서는 소멸하는 것으로 보아야 한다고 하게 된다. 따라서 이렇게 본다면 자의 양육에 관한 친권자 등의 법적 지위는 친권, 법적 양육권 그리고 사실상의 양육권으로 3분하게 된다. 그런데 여기서 법적 양육권이라고 하는 것의 정의가 우리 법과는 다소 거리가 있지 않은가 하는 의문이 있다. 왜냐하면 부모가 이혼한 경우에 양육책임을 질 자를 결정한다는 것은 사실적으로 양육을 할 자를 결정한다는 의미로 보아야 하는 것이 아닌가라고 생각되기 때문이다³³⁾.

물론 이때에 그 양육자에게 법적 양육권과 같은 지위를 배제하기는 어렵다. 사실상 양육을 행하기 위해서는 여러 가지 결정을 하여야 하고 그것이 법적으로 뒷받침되어야 하기 때문이다. 그러나 이러한 양육자의 법적 지위는 어디까지나 사실상의 양육을 지원하기 위한 것으로서 사실상의 양육권에 부수하는 것이지 이와 구별되는 독립된 지위라고 하기 어렵다. 영미 등지에서 법적 양육권을 인정하는 이유는 양육권과 구별되는 우리의 소위 친권에 해당하는 개념을 포괄적으로 인정하기 어렵기 때문에 특히 이를 구별할 실익이 있다고 할 수 있지만, 우리 법제에서는 정확히 이에 대응시킬 필요도 없고, 또 그럴 수도 없는 것이다. 이렇게 볼 때 오히려 우리나라에서는 위의 구별을 양육권으로 나누는 것으로 보기 보다는 법적 양육권은 친권에 대응하는 것으로 보고, 사실상의 양육권은 양육책임에 해당하는 것으로 보는 것이 타당하지 않을까 생각한다³⁴⁾.

2. 양육권의 성질

32) 崔鎮涉, 전제논문, 249면. 한편 양육권을 법적 양육권과 身上養育權(physical custody)으로 구별하는 견해도 대체적으로 같은 것으로 생각하는데, 이에 의하면 전자는 자의 양육에 관련되는 모든 사항을 결정할 법적 권리의무를 말하고, 후자는 자가 특정한 부모와 생활하는 경우에 자의 일상생활에 관한 결정을 할 권리의무를 말한다고 한다. Statsky, Family Law 3rd ed., 1991, p292.

33) 예컨대 모가 민법 제837조의 양육책임을 지게 되었다면 모든 실질적으로 자를 양육하게 되는 것이지, 스스로 양육에 관한 법적인 권리의무만 가지고 부가 실질적으로 양육하는 형태와 같은 것은 허용된다고 보기 어렵다.

34) 물론 그렇다고 하더라도 친권과 법적 양육권이 전혀 같은 것이라고 주장하고자 하는 것은 아니다. 왜냐하면 친권은 양육 이외의 부분, 즉 자의 재산관리, 부양, 미성년자인 자의 혼인에 대한 동의권 등의 권리의무도 포괄하고 있고, 이 점에서 양육권과는 명백히 구별되어야 할 것이기 때문이다. 그러나 적어도 양육에 관한 부분에 한정하여 본다면 양육권과 친권이 중복하는 것은 틀림없다.

1) 권리의무의 양면성

친권이 친권자의 권리로서의 성격뿐만 아니라 의무로서의 성격을 가지고 있는 것과 마찬가지로³⁵⁾, 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 가, 부모 내지는 양육자를 위한 것으로 파악하고 있다고 생각된다. 말하자면 부모가 이혼한 경우, 부모 모두가 자를 양육하기를 원한다면 누구에게 양육할 권리를 주느냐 하는 것이다. 개정전 우리 민법은 가부장제적 입장에서 원칙적으로 양육의 책임을 夫에게 맡겼는데(구민법 제837조1항), 이는 궁극적으로 책임을 부담시킨 것이라기보다는 권리를 준 것으로 생각되고 있다³⁶⁾.

한편 교양을 의무로 파악하는 것은 바로 양육을 자를 위한 것으로 보는 경우에 가능하다. 자가 정상적으로 성장할 수 있도록 하는 것은 바로 자를 스스로 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 것이다³⁷⁾. 결국 양육자는 권리를 행사하는 것이 아닌, 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.

35) 이에 비하여 친권의 권리로서의 특성을 강조하면서, 다만 자녀의 이익이 도모되어야 하므로 권리로서의 속성이 약화된 것이라는 견해는, 高貞明, “親權의 權利性과 子女의 利益”, 國民大 法政論叢 제5호(1983.2), 23면 이하.

36) 영미에서는 일찍이 tender years doctrine 또는 maternal preference라고 하여 자녀의 양육에 대하여는 모에게 우선권이 주어졌다. Cathy J. Jones, The Tender Years Doctrine : Survey and Analysis, 16 Jour. of Fam. Law 695ff(1977~78). 金演, “離婚後의 子の 教育”, 家族法研究, 제8권(1994), 377면.

37) 영미법상 자의 양육에 관한 부분은 실정법이나 보통법의 영역 밖이었으므로, 일반적으로 법관의 재량에 많이 좌우 되었다. 그러나 일반적으로 양육자의 결정에 관한 기준으로 들어지는 것을 보면 의무성이 강조되고 있음을 알 수 있다. 즉 아주 어린 아이는 모에 의하여 양육되어야 하며, 여아는 그 모에 의해서 그리고 남아는 아주 어리지 않다면 그 부에 의하여 양육되어야 한다. 그리고 형제자매는 함께 키워야 하며, 신앙교육도 유지되어야 한다. 아이가 충분히 성장하였다면 그의 의견이 존중되어야 하고, 혼인이 파탄된데 대한 부모의 책임여부는 2차적으로 고려된다. 金演, 전계 논문, 377면.

이와 관련하여 한 가지 살펴볼 것은 미성년자인 자의 불법행위에 대한 양육자의 책임범위이다. 책임능력 없는 미성년자가 불법행위를 하여 이로써 타인에게 손해를 끼친 경우에는 친권자는 그 자에 대한 감독의무를 해태하지 않았다는 것을 입증하지 못하면 손해배상책임을 지게 된다³⁸⁾.

그런데 친권자와 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 안 된다고 생각한다.

2) 종합적 성격

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

먼저 교육에 관한 점에서 본다면 자의 양육은 당연히 자의 보호뿐만 아니라 교양까지 미친다고 하여야 할 것이므로 교육을 제외한 양육은 있을 수 없다는 것이 일반적인 것으로 받아들여지고 있는 것으로 생각된다³⁹⁾. 이렇게 볼 때 양육자는 자의 양육을 위한 제반 조치를 할 권리의무를 가진다고 하여야 한다. 양육자는 직접적으로 자의 양육에 해당하는 것은 물론, 양육과 이를 위한 부수적인 사항에 대한 권리의무도 있다. 다시 말하면 자와 함께 공동생활을 하면서 그를 보호·교양하는 일과 분리될 수 없는 성질의 일들은 모두 양육의 범위 내에 속한다고 보아야 한다는 것이다⁴⁰⁾. 따라서 양육자는 자의 교육·양육에 필요한 거소지정, 징계, 부당하게 자를 억류하는 자에 대한 인도청구 등도 할 수 있다고 본다⁴¹⁾. 그러나 자의 재산에 관한 사항은 자의

38) 郭潤直, 債權各論, 博英社, 2003, 414면; 大判 1994.2.8[93다13605]

39) 金疇洙, 친족상속법, 제219면; 邊鎮長, 전계논문, 305면.

40) 邊鎮長, 전계논문, 305면.

41) 대판 1985.2.26, 84므86 판결은 「이혼 당시 생후 7월이었던 유아의 양육자가 협정에 의하여 모로

양육과 불가분의 관계에 있다고 할 수 없으므로 양육권의 범위 밖이라고 보아야 할 것이다.

이때 친권과 양육권의 저촉이 문제로 될 것이나, 양육권이 친권에 비하여 보다 현실적이고 직접적인 성격을 가지고 있으므로, 양육권이 친권에 우선한다고 본다. 따라서 친권자는 양육자가 가지고 있는 권리의무를 침해해서는 안된다⁴²⁾.

3. 부모의 이혼과 양육에 관한 사항의 결정

1) 양육자의 지정

(1) 협의에 의한 결정

a) 의의

부부가 이혼하는 경우에는 당사자간의 협의에 의하여 그 자의 양육에 관한 사항을 정하게 된다(제837조 1항). 이혼하지 않은 경우에도 친권자인 부모의 합의에 의하여 자의 양육에 관한 사항을 정할 수 있음은 물론이지만, 부모가 이혼한 경우에는 현재까지 계속된 혼인생활이 깨어지는 것이므로 당연히 자의 양육도 달라지게 된다. 민법의 취지는 이러한 사항을 친권자이면서 동시에 양육의무자인 부부가 협의로 정하게 한 것이다.

양육자로서의 적합성을 판단함에 있어서 일반적으로 모가 부에 비하여 적합한 양육자라는 과거의 지배적인 원칙은 증명되지 못했으며, 그 결과 오늘날 폐지되기에 이르렀다. 보다 중요한 것은 부모의 구체적인 인격과 가정 내에서의 역할분담이다. 또한 자녀의 성별도 양육자를 정하는데 더 이상 결정적인 기준이 되지는 못한다. 왜냐하면 자녀는 건강한 인격의 발달을 위하여 같은 성을 가진 부모뿐만 아니라, 다른 성을 가진 부모도 필요하기 때문이다. 서구사회에서 ‘양부모의 기회균등’이 하나의 원칙으로서 ‘모우선의 원칙’을 대체하는데 이르렀으며 실제로 있어서는 모가 양육권자로 지정되는 경우가 대부분이다. 모가 가정에서 전적으로 자녀를 돌보는 경우, 자녀는

지정되었고, 모는 현재까지 재혼도 하지 않은 채 자를 양육하고 있는 반면에 부는 재혼하여 일남을 출산하였다면, 위 유아가 아직 5세의 어린 나이인 이상, 그 유아를 부와 계모의 재혼가정에서 자라게 하는 것보다는 계속하여 생모 슬하에서 양육을 받게 하는 것이 합리적이므로, 양육자를 부로 변경할 필요성이 없다」고 하면서 양육자변경의 필요성 여부에 대한 판시를 한 바 있다.

42) 金演, 전게논문, 379면.

일반적으로 모에 대해서 보다 강한 유대관계를 갖게 될 것이다. 가정 내에서의 고정된 역할분담이 양육권자 결정에 있어서 모가 우선적으로 지정되는 결과를 낳은 것이다⁴³⁾.

민법은 여기서 양육에 관한 사항을 당사간의 협의로 정하게 한 것은 당사자에게 협의할 의무를 부여한 것은 아니라고 판단된다. 따라서 반드시 협의를 하여야 하는 것은 아니다. 굳이 이 조항의 의의를 생각해 본다면, 특정한 당사자가 당연히 자를 양육할 권리의무를 지는 것은 아니라는 것에 불과하다. 전술한 바와 같이 1990년의 개정전 구민법은 당사자간에 그 자의 양육에 관한 사항을 협정하지 아니한 때에는 그 양육의 책임은父에게 있다(구민법 제837조 1항)고 하여, 협정의 방법을 인정하면서도 실질적으로는 부의 지위의 우월성을 인정하고 있었으므로 협정이 이루어질 가능성이 이루어질 가능성은 크다고 하기는 어려웠다. 이에 따라 부에게는 “양육의 책임”이 아니라 “양육권”이 주어졌다고 하는 비판이 가능하였던 것이다.

b) 협의의 내용과 기준

민법 제837조는 [이혼과 자의 양육책임]이라는 제목하에, 당사자들이 양육에 관한 사항을 정하도록 하고 있는데, 여기서 한 가지 흥미있는 것은 그 협정이 없는 경우에는父에게 양육책임을 부담시킨 개정전 구법의 태도이다. 법의 구조로 보면 “양육에 관한 사항”과 “부의 양육책임”이 대칭되어 있는데, 이러한 구조는 부가 자를 양육하는 경우에 양육방법 등에 관하여 누구의 간섭도 받지 않고 스스로의 재량에 의하여 결정할 수 있다는 취지로 볼 수 있고, 그 취지를 살린다면 현행법에서도 양육책임을 질 자만 결정되고 나면 양육에 관한 사항의 전부가 자동적으로 결정되는 것으로 볼 여지가 없지 않으므로 양육에 관한 사항의 결정이란 곧 양육책임을 질 자의 결정과 다름없다는 의견이 나올 수 있다.

그러나 양육에 관한 사항을 그렇게 볼 필요는 없다고 할 것이다. 구민법의 규정은 당사자간의 협정이 없는 경우에, 그 양육책임을 일을 부에게 맡기고 그에게 양육에 관한 전권을 준 것이다. 달리 정할 방법이 없다는 것이 이유일 것이다. 물론 그 때문에 양육에 관하여도 부의 우선권을 인정한 결과가 되어 가부장제의 잔재라는 비판을 받게 되었지만, 어쨌든 구민법 규정에 구애되어 해석할 필요는 없다고 생각한다.

이렇게 본다면 당사자들이 협의할 수 있는 “양육에 관한 사항”이란 ① 양육책임을

43) 權貞姬, 전계논문, 195면.

지는 사람, ② 양육비의 부담, ③ 양육방법의 결정, ④ 양육하는 기간, ⑤ 양육에 관한 사항의 변경 등 자의 양육에 관련된 사항 일체를 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. 이에 따라 부 또는 모의 일방이 양육하기로 한다거나, 양육자와 양육비용의 부담자가 다른 것, 특정 사항의 결정에는 양육자가 상대방과 반드시 협의하기로 하는 것, 또 경우에 따라서는 부와 모가 번갈아 가면서 자를 양육하기로 하는 것, 제3자⁴⁴⁾에게 양육하게 하는 것 등은 당사자들이 정할 수 있는 범위 내라고 본다. 자의 교육에 관한 사항도 그 범위 내에 포함되는 것은 물론이며, 또한 양육을 위한 거소지정이나, 부당하게 자를 억류하는 자에 대한 인도청구 등은 협의가 없어도 당연히 교육자가 할 수 있는 것으로 본다.

부모가 이혼한 경우에 있어서 자의 양육에 관한 사항을 결정하는 제1차적이며 가장 근본적인 기준은 “자녀의 복리의 원칙”이라고 하지 않으면 안 된다⁴⁵⁾. 과거에 있어서는 부의 권위에 대한 처의 권리를 찾기 위한 차원에서 문제가 된 적도 없지는 않았지만 적어도 현재는 부부의 권리가 차별받는 요소는 법적으로 존재하지 않는다고 할 수 있으므로, 무엇보다도 양육의 본질로 돌아가서 자의 복지를 최우선적으로 고려하여야 할 것이다.

특히 부모가 이혼하는 때에는 진술한 바와 같이 자는 소외되기 쉽고, 또 스스로 사회생활을 하지 못할 뿐 아니라 보호자의 양육을 받아야 한다는 점에서 가장 불안정한 위치에 있다. 이점에서 본다면 누구보다도 자가 이혼으로 타격을 가장 많이 받는다고 할 수 있다. 따라서 자의 양육에 관한 사항을 결정함에 있어서는 가급적 이혼의 영향을 적게 미치도록 자가 안정적으로 양육되도록 하는 방안이 강구되어야 할 것이며, 부와 모의 개인적 사정에 의하여 자가 희생되는 일이 있어서는 안 될 것이다.

(2) 가정법원에 의한 결정

자의 양육에 관한 사항은 그 부모의 합의에 의하여 결정하는 것이 가장 바람직하다고 할 것이다. 그것은 그 자의 부모가 그 자를 가장 적당하게 양육할 수 있기 때문이다. 그러나 현실적으로 부부가 이혼을 하는 마당에 있어서는 자의 문제는 망각되기

44) 여기서 제3자는 자연인을 비롯하여 탁아소 내지 아동보호를 위한 사회시설도 포함하는 것이다.

45) 영미법에서는 “子の 最先의 利益(best interest of child)” 내지 “未成年者の 福祉(welfare of infant)”라고 하는데, 거의 같은 의미로 이해된다. 鄭照根, “權利行使와 親權者決定의 基準”, 裴慶淑教授華甲記念 「韓國民事法學의 現代的 展開」(1991), 225면.

쉽고, 또 당사자 사이의 이해 내지는 상대방에 대한 갈등으로 인하여 합의를 도출하기가 극히 곤란한 경우도 많다. 또 경우에 따라서는 아예 당사자를 협의의장에 이끌어내는 것조차 불가능 경우도 없지 않다. 이에 따라 민법은 자의 양육에 관한 사항의 협의가 없거나 협의할 수 없는 때에는 당사자의 신청에 의하여 가정법원이 자의 양육에 관한 사항을 정하도록 하고 있다(제837조 2항).

요컨대 이혼이 대개 부모들은 감정적으로 대처하기 쉬우므로 자의 양육에 관한 다툼이 보다 격렬해 질 수 있고, 또 자의 양육에 관한 사항을 미확정적으로 두는 것보다는 법원에 의하여 결정을 하게 함으로써 자의 안정을 속히 꾀할 필요가 있기 때문에 가정법원이 자의 양육에 관한 사항을 결정하도록 한 것이다(가소 제2조 1항 마류 사건 3호).

가정법원이 결정을 하는 경우에는 그 자의 연령, 부모의 재산상황 기타 사정을 고려하여 양육에 필요한 사항을 정하게 된다. 여기서 양육에 필요한 사항이란 양육의 방법, 내용, 기간, 비용의 부담을 어떻게 할 것인가 하는 것 등이다. 이 때에는 당사자가 협의를 하는 경우와 마찬가지로 자의 최대이익을 위한 양육방법이 강구되어야 함은 당연하다. 현재 자를 양육하고 있는 자가 있으면 그 양육에 문제가 없는 한 가급적 양육자를 변경하는 것이 바람직하다고 할 수 없으며⁴⁶⁾, 자에 대한 애정이 없는 부모나 그 애정이 비정상적인 부모는 가급적 양육자로 되지 않는 것이 바람직하다고 할 것이다. 그리고 비정상적인 생활을 하는가의 여부, 자의 희망 등도 중요한 요소가 된다. 그리고 양육권은 친권과는 달리 조건이나 기간을 붙이는 것도 가능하다⁴⁷⁾. 예컨대 모가 재혼을 하게 되면 양육권을 다시 정하게 한다든지, 일단 정한 양육책임의 기간을 자가 초등학교에 입학하기 전까지로 제한한다든지 하는 것 등이다.

결정 또는 조정이 성립된 경우에 당사자의 신청에 의하여 가정법원이 언제든지 결정사항을 변경하거나 다른 적당한 처분을 하는 것은 가능하지만(민법 제837조 2항 후단), 당사자의 협의로 이를 변경할 수 있느냐는 문제이다. 이에 관하여는 의문은 있으나, 불가능한 것은 아니라고 판단된다⁴⁸⁾. 그 결정이나 조정에 기판력과 같은 재

46) Marc Painter라고 하는 아이의 모가 교통사고로 사망한 후, 그 아이를 외할머니가 양육하게 두고 떠났다가 수년 후 돌아온 아이의 부가 다시 양육권을 외할머니로부터 찾으려고 한 사건에서, Iowa 주 대법원은 아버지의 양육권을 인정한 원심법원의 결정을 파기하고, 그 외조부모의 양육하에 두는 것이 그 아이의 최대의 행복이 된다고 판시하였다. Painter v. Bannister, 140 N.W. 2d 152(Iowa 1966).

47) 邊鎮長, 전계논문, 307면.

48) 邊鎮長, 전계논문, 313면.

판의 효력을 인정하기 어렵고, 또 어디까지나 자의 복지를 위하여는 부모의 자율적인 합의를 더욱 존중하여야 할 것이다.

2) 단독양육과 공동양육

이혼한 부모가 자를 양육함에 있어서 반드시 부모일방 만에 의하여 양육되어야 하는 것은 아니다. 현실적으로 가능하다면 부모가 공동으로 양육을 행하는 것도 불가능한 것은 아니다. 전자를 단독양육(sole custody)이라 하고, 후자를 공동양육(joint custody)이라고 한다. 단독양육의 형태는 지금까지 일반적으로 행해지고 있는 것으로서, 양육책임자가 양육에 관한 모든 전권을 가지고 양육을 행하는 것이다. 이에 비하여 공동양육은 최근 영미에서 양육권을 부모가 공동으로 갖는 방법으로 시도되고 있다. 즉 부모가 번갈아 가면서 일정한 기간동안 자를 데리고 있으면서 돌보아주고 양육에 관한 모든 사항을 공동으로 결정하기로 결정하는데, 양쪽의 의견이 일치하지 않을 때를 대비해서 미리 그들이 공동으로 문제를 상의할 사람을 선택하여 두고 의사 불일치가 있을 때에는 그들로 하여금 결정을 내리게 하고 부모는 그 결정에 따르는 것⁴⁹⁾으로, 개개의 경우에 따라 다르나, 부모가 각각 양육의 특정부분을 동시에 부담 내지 공유하면서 자를 양육하는 것이다. 공동양육을 하는 경우에도 일방의 부모에 의하여 양육되는 것이 불가능하지는 않으나 이 경우에도 자를 직접 양육하지 않는 부모가 자와 함께 시간을 보내거나 부모로서 책임과 애정을 다할 기회는 보장되어야 한다는 점에서 단독양육과 다르다. 이에 반하여 분할양육(divided custody)은 공동양육의 한 형태에 속한다고 할 수도 있으나 부모 각자가 법적 양육권과 신상 양육권을 모두 보유하고 번갈아가면서 자를 양육하되 양육권의 행사는 그 때 자와 동거하는 부모가 전적으로 행사하는 양육형태를 말한다⁵⁰⁾. 한편 분리양육(split custody)이라 함은 부모가 여러 명의 자를 나누어 양육하는 것을 말하는 것이다⁵¹⁾.

단독양육의 경우, 자를 안정적으로 양육할 수 있다는 점이 가장 장점이다. 그러나 자에게 타방 부모에 대한 상실감을 주게 되어, 이 점이 문제로 된다. 한편 양육하지

49) 邊鎮長, 전계논문, 423면.

50) Hyde, Child Custody and Visitation 42 Juv. & Fam. Ct. J.1,2(1991). 그러나 특히 이는 공동양육의 한 형태로 볼 수도 있으나, 자에게 이익이 되는 양육방법이 될 수 없다고 하여 반대하는 입장도 강하다. Bolick V. Bolick, 376 S. E. 2d. 786, 786(S.C. 1989)

51) 이 방법은 공동양육의 한 형태로 보이지는 않으나 자를 형제자매와 분리하여 양육하게 한다는 점이 문제로 지적되어 불가피한 경우 외에는 선택되지 않아야 하는 것으로 알려져 있다. Pilon v. Pilon, 492 A. 2d 59(Pa. Supr. Ct. 1985)

않는 부모측도 자에 대한 상실감을 준다는 문제가 있다.

공동양육은 부모의 쌍방이 자를 양육하므로 이혼전과 별반 다름없이 부모가 다같이 관여하는 양육이 행해진다는 점이 가장 장점이다. 이러한 공동양육을 얼핏 보기에는 매우 간단하고도 현명한 방법으로 보이지만 많은 전문가들이 이 방법에 대해서 이의를 표시하고 있는데 그 중 주된 첫째 이유는 공동양육은 자에게 혼란을 일으켜 부모 모두에게 신뢰를 잃게 만든다는 것이고, 둘째 이유는 그 실행이 어렵다는 것이다. 이 공동양육은 부모자신이 결정하는 형태가 많고, 미국의 판례경향은 공동양육권을 수여하는데 상당히 소극적이다. 비몬트주 대법원은 1978년에 공동양육으로 어린이의 안정성을 해치기 때문에 바람직하지 못하다고 판시하였다. 워싱턴 항소법원은 1973년 1심이 인정한 공동양육결정을 파기하면서⁵²⁾ 다음과 같은 이유를 들고 있다. 즉 공동양육은 ① 어린이가 계속적인 부모의 충고, 지시 감독을 받을 수 없게 함으로써 어린이를 혼란에 빠뜨리고 ② 매년 학교를 바꿈으로서 정상적인 교우관계나 학교 활동에 단절을 가져오며 ③ 비양육부모에게 방문권을 줌으로써 그와 그의 관계를 충분히 유지할 수 있다는 것이다⁵³⁾.

자의 공동양육을 위하여 갖추어야 할 조건은 다음과 같다. 즉 부모가 이혼한 후에도 진정으로 자를 위하여 의사소통이 계속되어야 하며, 부와 모의 가정이 실질적으로 근거리에 위치하여야 하고, 부와 모가 공히 공동양육을 감당할만한 경제적, 사회적, 심리적 제조건을 갖추고 있어야 한다. 따라서 우리가 주변에서 흔히 보는 바와 같이, 부모가 이혼한 후 서로 상대방을 적대시하는 환경에서는 공동양육은 하나의 환상에 불과하다. 또 부모의 재혼도 공동양육의 저해요소로 작용한다.

요컨대 단독양육과 공동양육 중 어느 것을 선호하느냐는 학자들 사이에 상당한 입장의 대립이 있다⁵⁴⁾. 실제로 우리 현행법상 공동양육이 불가능한 것도 아니다. 보기 나름이지만, 민법 제837조의 자의 양육에 관한 사항으로 이를 정할 수도 있을 것이고, 또 법적 양육과 사실상의 양육을 분담하는 것과 마찬가지로 친권과 양육책임을 부모에게 분담 내지 공유시킴으로써 같은 효과를 얻을 수 있다.

어쨌든 부모가 이혼하면서 공동양육의 합의를 한 경우 특히 이를 배척할 이유는 없다고 할 수 있지만, 가정법원이 이상주의적 입장에서 공동양육하기로 결정하고 이를 이혼한 부모에게 그들의 의사에 반하여 강제하는 것은 무리하고 생각한다⁵⁵⁾. 이혼

52) Court of Appeals of Washington 1973 Rickard v. Rickard

53) 李玲愛, 전제논문, 423면.

54) 공동양육을 강하게 주장하는 견해로서는, 최진섭, 전제 이혼후의 공동양육, 제226면 이하.

한 부와 모 사이에 갈등이 남아있는 한, 현실적으로 공동양육은 상당히 어렵다고 하지 않을 수 없을 것이고, 이로 인한 상실감이나 문제점은 면접교섭권을 잘 활용하면 보완 내지 해결될 수 있다고 본다.

V. 결 어

우리 사회에서는 가끔 “이혼을 하고 싶지만 자식 때문에 그냥 참고 산다”는 말을 들을 수 있다. 이 말은 여러 뜻을 내포하고 있다고 볼 수 있지만, 그 중 분명한 것은 이혼으로 인하여 그 자식들이 부모 일방으로부터 원하지 않는 이별 내지는 버려짐으로 인한 정신적·육체적인 고통으로 불행하게 할 수는 없다는 의미일 것이다. 이는 곧 부모의 이혼을 억제하는 요소로서 된다는 의미로 받아들여지는 것이다. 그럼에도 불구하고 해마다 이혼율이 가파르게 증가하고 있음은 주지의 사실이다.

민법은 이러한 이혼후의 자녀의 보호를 위하여, 부모의 이혼으로 혼인관계가 해소된 후에도 친권에는 변화가 없도록 하였고, 이때 친권의 행사는 부모공동으로 행하도록 하였고, 자녀의 양육의 문제에 있어서도 부모가 공동으로 행사하는 등, 수차에 걸쳐서 개정을 거듭하여 현재에 이르렀다. 이러한 개정의 취지는 자녀의 복지를 우선적으로 고려한 것이라고 할 것이다.

현행 민법에서는 이혼자녀에 대한 친권의 경우에는 부모의 의견이 일치하지 않는 경우 당사자의 청구에 의해서 가정법원이 결정하도록 하고, 그리고 부모의 일방이 친권을 행사할 수 없을 때에는 다른 일방이 행사할 수 있도록 하여 이설이 없지만, 양육의 경우에는 앞에서 살펴 본 바와 같이 공동양육과 단독양육으로 그 이해가 나누어지고 있다. 공동양육은 얼핏 보기에는 매우 간단하고도 현명한 방법같지만, 공동양육을 먼저 시행한 서구에서도 이 제도에 대한 적지 않은 반성론이 일고 있음을 알 수 있었다. 특히 공동양육의 결정을 파기한 위싱턴의 항소법원의 판결이유는 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

우리 사회에서는 이혼율이 증가하고 있음에도 불구하고 이혼을 혼인의 실패로서,

55) 한 자료에 의하면 미국 내의 입법례에 있어서, 공동양육에 관한 규정은 3가지로 나누어 볼 수 있는데, 그 첫째의 유형은 부모의 합의가 있어야만 공동양육을 인정하는 주(California, Wisconsin, Connecticut 등)이고, 둘째는 공동양육을 선택적으로 인정하는 주(Oregon, Massachusetts 등)이며, 셋째는 공동양육을 우선적으로 인정하는 주(Florida)이다. 棚村政行, “離婚後の子の保護”, 「家族法改正への課題」, 日本加除出判, 1993, 250면 이하.

죄책감이나 수치감으로 받아들이는 등 이혼이라는 사실을 객관적이고 이성적으로 수용하기 보다는 감정적으로 처리하는 경우가 많아 자녀의 문제는 부차적일 수밖에 없다. 또한 자녀 역시 부모의 이혼을 자연스럽게 받아들이지 못하는 경우가 많고, 자녀의 공동양육을 위해서는 이혼 당사자의 경제적인 조건이 비슷해야 그 목적을 달성할 수 있을 것이다. 그러나 우리의 사회적 현실에서는 여성의 사회적, 경제적 여건이 서구와 다른 점을 감안하여 자녀의 공동양육에 대해서는 보다 신중을 기해야 할 것이다.



▶ 장창민

이혼(divorce), 자녀의 복리(welfare of the children) 양육권(bringing up), 친권(parental right), 단독양육(sole custody), 공동양육(joint custody)

[abstract]

A Study of Protecting Children in Divorce

Jang, Ching Min*

The purpose of this article is to analyze the protecting children in divorce.

The problem of protecting, bringing up children and their psychological stability must be considered more seriously than that of the contracting parties in divorce. The law require considerations about the problem of protecting children after divorce.

It is required to record the person who has the parental right in a legal report of the divorce by the consent in the Family Register Law in 1990. The court can advise the appointment of the person who has the parental right to the contracting parties in divorce by the Law of Legal procedure of Family Affaires. But it is questionable how much it will be effective.

The problem of parental right and bringing up after divorce were discussed for welfare of the children.

It is the problem that either father or mother must be appointed as the person who has parental right. On decision of the person who has the parental right by the consent or the decision of the Court of Family Affairs, joint parental right could appointed by interpretation of the laws. It is difficult to discuss children's problem between the father and mother, because they hate each other in their divorce situation in Korea.

The parents make agreement for themselves through the consultation and support of specialities who have a lot of experiences.

* Professor. Law School of Youngsan Univ.