

이혼과 자녀 양육에 관한 문제

부산가정법원 판사 이 호 철

목 차

I. 서론

II. 본론

1. 이혼 시 양육권과 관련된 문제

가. 친권과 양육권의 관계

- (1) 친권과 양육권의 개념
- (2) 이혼 시 양육자 지정에 관한 민법 규정의 변천
- (3) 이혼 시 친권 및 양육권의 관계

나. 이혼 시 친권자와 양육자의 지정 형태

- (1) 서설
- (2) 친권의 공동귀속 여부
- (3) 친권과 양육권의 분리귀속 여부
- (4) 양육권의 공동귀속 여부

2. 미성년자녀의 국외탈취방지

가. 문제의 제기

나. 헤이그 협약

다. 국외탈취와 관련된 문제점

- (1) 헤이그 협약을 통한 국외탈취 관련 법제의 문제점
- (2) 헤이그 협약 이외의 국외탈취 관련 법제의 문제점
- (3) 국외탈취에 대한 형사법적인 제재

라. 국외탈취 방지를 위한 법적 과제

- (1) 자녀의 국외이동 제한조치의 마련
- (2) 이혼 시 자녀의 국외이동 제한조치 마련
- (3) 형사법적인 제재조치 마련
- (4) 외교적인 해결과 사법공조의 필요성

마. 결론

3. 양육비와 관련된 문제

가. 양육비청구권의 근거

- (1) 양육비청구권과 부양청구권과의 관계
- (2) 미성년자녀의 부양청구권의 근거
- (3) 양육비청구권의 근거

나. 양육비청구권의 성질

다. 양육자의 양육비청구권의 상속 여부

라. 양육비청구권 포기 등과 관련된 문제

- (1) 포기 또는 합의의 효력
- (2) 미성년자녀의 부양청구권과의 관계
- (3) 양육비 변경 등

마. 사실상 양육자의 양육비청구 여부

- (1) 서설
- (2) 대법원판결
- (3) 소결

바. 양육비청구권의 소멸시효 여부

- (1) 서설
- (2) 소멸시효 대상 여부
- (3) 소멸시효기간
- (4) 기타 쟁점

III. 결론

I. 서론

현재 우리 사회는 다양한 가치관의 갈등과 부의 양극화, 과도한 경쟁으로 인한 정서적 빈곤 등으로 사회적 불안 증세가 여러 곳에서 나타나고 있고, 혼인 생활과 미성년자녀의 양육에 관한 영역의 경우 그 불안정성이 한층 증대되고 있다. 혼인 생활의 불안정은 부부간의 갈등으로 이어져 이혼으로 연결될 가능성을 높이고, 부모의 이혼은 가정의 해체와 함께 미성년자녀의 삶을 전반적으로 위협하는 상황으로 전개되어 가고 있다. 한편 우리에게서 혼인의 자유뿐만 아니라 이혼의 자유도 엄연히 존재하고, 이혼은 개인의 행복 추구하고 함께 자기 확립과정으로 볼 수 있으므로, 이혼에 대한 부정적 인식이나 편견은 옳지 않다. 다만 우리는 이혼이 가족관계로 연관되는 전체 구성원들에게 불안과 예측 불가의 고통을 야기하는 중요원인이 되고 있음을 주지해야 하고, 특히 이혼과정에서 가장 크게 피해를 보고 고통에 휩싸이는 존재는 바로 부모가 출산하여 양육하던 미성년자녀임을 잊지 말아야 한다. 부모의 이혼은 안정적이고 공고해 보였던 미성년자녀의 친권과 양육에 대한 복잡다기한 문제를 발생시키고, 이로 인하여 부모 사이에 심각한 갈등과 불신을 야기한다. 그러한 점에서 미성년자녀의 친권과 양육에 관한 부분이 이혼과정에서 최우선적으로 관심을 가져야 할 부분임을 주지의 사실이다. 이에 이 논문에서는 그간 실무에서 문제되었던 쟁점을 중심으로 친권과 양육권의 분리에 따른 양육권의 내용과 양육권의 확보방안에는 어떠한 것이 있는지를 미성년자녀의 복리라는 측면에서 접근하고, 이혼 시 친권자와 양육자의 지정 형태 중 공동양육이 가능한지 여부 및 국제혼인 등으로 인하여 증가되고 있는 미성년자녀의 국외탈취에 대한 사전 방지대책을 모색하며, 끝으로 양육비와 관련하여 양육비청구권의 근거 및 성질을 새로운 시각으로 접근하여 양육비청구권의 독자성 및 상속성 여부, 소멸시효 대상 여부 등에 대하여 살펴보려고 한다.

II. 본론

1. 이혼 시 양육권과 관련된 문제

가. 친권과 양육권의 관계

(1) 친권과 양육권의 개념

친권은 부모의 미성년자녀에 대한 포괄적인 권리·의무이다. 친권에는 자녀의 양육에 관한 권리·의무와 자녀의 재산관리 및 법률행위의 대리·동의에 관한 권한 등이 포함된다.¹⁾ 양육은 자녀에 대해 음식물을 제공하고 일상적 생활을 돌보는 사실상의 양육과 인간을 가르쳐 지덕을 함양하고 심신의 모든 성능(性能)을 발육하게 하는 교육을 포함하는 것이고, 양육권은 이러한 양육과 교육, 이를 위한 신상에 관한 권리(거소지정, 징계, 부당하게 자녀를 억류하는 자에 대한 인도청구권, 방해배제 청구권 등)를 포함하는 내용으로 정의 할 수 있다.²⁾

(2) 이혼 시 양육자 지정에 관한 민법 규정의 변천

이혼 시 자녀 양육에 관한 사항을 정한 민법 제837조는 협의이혼에 관한 규정이나 민법 제843조에 의하여 재판상 이혼에도 준용된다. 1990년 민법개정 이전에는 이혼모의 친권이 인정되지 않았으나 실제로 자녀의 양육은 모가 하는 경우가 상당히 많았을 뿐만 아니라 그 필요성도 인정되어, 1960년 제정 민법은 이혼 시 자녀에 대한 친권과는 별개로 자녀의 양육은 원칙적으로 부부의 협의에 의하도록 하고, 협의가 이루어지지 않았을 때에는 그 양육의 책임이 부에게 있다고 규정하였다. 1990년 개정 민법 제837조는 당사자는 그 양육에 관한 사항을 협의에 의하여 정하고(제1항), 협의가 되지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 당사자의 청구에 의하여 그 자의 연령, 부모의 재산 상황 기타 사정을 참작하여 양육에 필요한 사항을 정하며 언제든지 그 사항을 변경 또는 다른 적당한 처분을 할 수 있도록(제2항) 규정하였다. 2007년 개정 민법은 협의이혼 시 이혼하려는 당사자는 미리 양육에 관한 협의를 하거나 그에 관한 가정법원의 심판정본 없이는 이혼신청을 할 수 없도록 규정하였다. 그리고 민법 제837조 제3항에서는 당사자 간 양육 협의가 자의 복리에 반하는 경우에는 가정법원이 보정을 명하거나 직권으로 그 자의 의사·연령과 부모의 재산 상황, 그 밖의 사정을 참작하여 양육에 필요한 사항을 정한다. 라고 규정함으로써, 양육자 지정 시 고려할 사항을 예시하였다.

(3) 이혼 시 친권 및 양육권의 관계

(가) 친권과 양육권의 분리

부모의 미성년자녀에 대한 친권 및 양육권은 부모의 천부적인 권리·의무로서 친권 관계를 창설하는 자녀의 출산 또는 부모와 자녀의 신분 관계를 창설하는

1) 윤진수, 주해친족법 제2권 박영사, 2015, 997면
2) 김주수, 김상용 친족상속법, 법문사, 2016, 217면

입양 등의 법률행위의 효과로 인해 당연히 발생한다.³⁾ 부모의 혼인 중에는 양육권이 친권의 내용에 포함되어 부모가 공동으로 행사하는 것이 일반적이다. 그러나 부모가 이혼하거나 가정이 해체된 경우, 또는 부모 아닌 제3자가 자녀를 실질적으로 양육하는 경우에는 양육권은 부모의 친권과 분리되어 정해질 수 있고 양육의무의 분담에 관해서도 결정이 이루어져야 하므로, 이러한 상황에서는 친권과 양육권의 내용과 한계가 확실히 구분될 필요가 있다.⁴⁾ 친권은 부모의 기본적인 권리·의무로서 이를 포기하거나 사퇴할 수 없지만, 부모의 친권 행사가 자녀의 건강한 양육이라는 본래의 취지에 반하여 자녀의 복리를 침해하는 경우에는 친권의 상실이나 제한이 가능하다. 또한 미성년자녀의 양육자가 부모의 일방이거나 제3자이어서 친권의 행사와 양육이 분리되는 경우에 미성년자녀를 위한 양육에 배치되는 친권의 행사는 제한되므로, 이때 양육권은 친권에 우선하고 친권자는 양육권에서 제외된 친권의 나머지 부분만을 행사하는 것으로 보아야 한다.⁵⁾ 이러한 관점에서 대체적인 학설⁶⁾과 판례⁷⁾도 친권과 구분되는 법적 권리로서 양육권의 개념을 인정하고 있다.⁸⁾

(나) 양육권의 내용

이를 구별하는 입장에 설 때, 우리 민법은 이혼 시 양육자 지정에 관한 규정만 두고 있을 뿐 양육권에 관한 별도의 규정은 두고 있지 아니하므로, 양육권은 친

3) 헌법재판소는 자녀에 대한 부모의 양육권은 비록 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만, 이는 모든 인간이 누리는 불가침의 인권으로서 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조 및 '국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.'고 규정한 헌법 제37조 제1항에서 나오는 중요한 기본권이다. 부모는 자녀의 양육에 관하여 전반적인 계획을 세우고 자신의 인생관·사회관·교육관에 따라 자녀의 양육을 자유롭게 형성할 권리를 가진다. 헌법은 제36조 제1항에서 혼인과 가정생활을 보장함으로써 가족의 자율영역이 국가의 간섭에 의하여 획일화·평준화되고 이념화되는 것으로부터 보호하고 있는데, 가족생활을 구성하는 핵심적 내용 중의 하나가 바로 자녀의 양육이다." 라고 판시함으로써, 부모의 자녀에 대한 양육권을 천부적 권리로 인정하고 있다(헌법재판소 2008. 10. 30. 2005헌마1156 결정).

4) 양혜원, 자녀 양육권에 관한 비교법적 연구, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 2011, 7면

5) 김연, 이혼 후의 자의 양육, 가족법연구 제8호, 1994, 379면

6) 한봉희, 백승흠 가족법, 삼영사, 2013, 207면, 이은정, 비친권자의 양육권, 가족법연구 제26권 제1호, 2007, 172면, 이종길, 이혼에 있어 친권 및 양육책임 문제에 대한 새로운 접근, 가족법연구 제29권 제3호, 2015년, 455-456면

7) 대법원 1985. 2. 26. 선고, 84므86

8) 이에 대한 반대 견해로 친권과 양육권의 분리는 1990년의 민법개정 전에 이혼한 모에게 친권이 인정되지 않던 상황에서 모에게 자에 대한 권리를 인정하자는 의도에서 필요한 규정이었으나 그 후 모에게도 친권이 인정될 수 있게 된 만큼 이를 분리하는 민법의 태도는 그 근거가 없어졌다고 지적한다. 김주수·김상용, 상계서, 213면. 나아가 양육권과 친권이란 용어를 구분하지 말고 '친권'으로 용어를 통일하면서 '자녀를 양육하는 친권자' 또는 '자녀와 거주하는 친권자'라는 표현으로 친권을 내용상 구분하여 자녀를 현실적으로 양육하는 부 또는 모에게 자녀 양육과 관련한 내용을 허용하는 것으로의 변경이 합당하다는 주장도 제기된다. 김상용, 이혼 시 양육권과 친권이 분할 귀속한 경우 양자의 관계, 가족법연구Ⅱ, 법문사, 2006., 이은정, 친권 제한의 유연화, 가족법연구 제27권 제1호, 2013. 226면

권 중 일부인 보호·교양권(민법 제913조)⁹⁾을 양육자에게 위임한 것으로 이해될 수 있다. 즉 양육자는 미성년자녀에 대한 사실상의 보호·양육·교육, 이를 위한 신상에 관한 권리(양육과 교육을 위한 거소 지정, 징계, 부당하게 자녀를 억류하는 자에 대한 인도청구, 방해배제청구, 자녀의 양육·교육을 위한 법정대리권 및 법률행위에 대한 동의권 등)가 있으며, 친권자는 위의 양육권에서 제외된 나머지 부분(자녀의 입양 등에 대한 동의·승낙권, 자녀에 대한 면접교섭권 등)만을 행사하므로, 양육·교육, 이를 위한 신상에 관한 권리에 관하여는 양육권이 친권에 우선한다고 보아야 할 것이다. 그러한 점에서 친권과 양육권이 분리되는 경우 미성년자녀에 대한 법정대리권과 동의권이 친권자에게만 있다는 견해는 미성년자녀의 양육환경 변화와 사회 현실을 고려하지 못한 것으로 의문이다.¹⁰⁾

(다) 소결

결론적으로, 양육권은 양육자로 지정된 자가 미성년자녀의 신체적 보호를 기본으로 자녀에 대한 현실적 동거 등의 방식을 통해 바른 인격적 성장에 필요한 보호와 교양을 행사하는 권리·의무로 해석된다. 이러한 양육권은 미성년자녀에 대한 보호 관점은 물론이고 법리적 또는 현실 필요적 측면(이혼 시 조부모, 고모, 이모, 삼촌 등이 부모를 대신하여 자녀를 양육하고 있는 사례가 늘고 있는 점)에서 친권과 분리되어 독자적인 권리로서 인정되어야 하고, 또한 친권과 양육권이 충돌하는 경우 양육권이 우선적이며 근본적인 권리가 되어야 한다. 따라서 이에 대한 입법적 정리가 필요한바, 첫째 민법 제923조의2를 신설하여, 민법 제837조에 따라 친권자(공동친권 포함)와 양육자가 다르게 되는 경우, 양육자는 친권자와 동일한 권리·의무를 가지도록 하고, 친권자와 양육자의 의견이 일치하지 아니하는 경우 양육자의 의견이 우선하도록 하여야 한다. 둘째 민법이 일반법인 관계로 개정 규정의 상대적 추상성으로 인하여 해석상의 어려움이 발생할 수 있으므로, 이에 대한 보완으로 개별 법령 중 미성년자녀의 양육과 관련된 사항에 대해서는 친권자와 별도로 양육자

9) 보호·교양의 사전적 의미는 '위험이나 곤란 따위가 미치지 않도록 잘 보살피 돌봄'과 '지식과 기술 따위를 가르치며 인격을 길러 줌'이다. 이렇게 본다면, 보호·교양이라는 표현은 자녀의 양육을 위하여 친권자나 양육자가 수행하여야 하는 역할을 망라적으로 규정한 것이라고 할 수 있다. 윤진수, 주해친족법 제2권 박영사, 2015, 1039면

10) 예를 들어, 친권자와 양육자를 달리하여 아버지를 친권자로 어머니를 양육자로 지정한 경우 양육자로 지정된 어머니는 자녀의 양육·교육에 필요한 거소 지정, 부당하게 자녀를 억류하는 사람에 대한 인도청구, 방해배제 청구 등의 권한이 있으므로, 친권의 내용 중 이와 배치되는 권한은 제한되며 친권자가 임의로 이를 변경할 수 없다. 위의 경우에 양육 이외의 친권의 내용은 아버지가 행사하며 따라서 자녀에 대한 법정대리권이나 자녀의 법률행위에 대한 동의권은 친권자인 아버지만 가지게 된다고 한다. 법원행정처, 법원실무제요 가사(II), 2010, 516면

를 권리자로 추가하여 명시하도록 하여야 한다. 이와 관련하여 민법과 개별 법령의 개정 내용에 대하여 별표로 정리하였다. 셋째 양육자도 친권자와 마찬가지로 외부적으로 공시되어야 하므로, 가사소송규칙 제5조 등을 개정하여 친권자 지정과 마찬가지로 양육자 지정에 관한 내용도 가족관계등록부에 등재되도록 하여야 한다.¹¹⁾ 넷째 이혼 가정에 있어 조부모, 고모, 이모, 삼촌 등이 부모를 대신하여 자녀를 양육하고 있는 사회 현실을 반영하여, 민법 제837조를 개정하여 부모 쌍방 모두가 양육책임을 다하지 아니하는 경우 미성년자녀의 3촌 이내의 친족은 자신을 미성년자녀의 양육자로 지정하여 줄 것을 가정법원에 청구할 수 있도록 하고, 나아가 가사소송법 및 가사소송규칙에 부모 이외의 자가 부모를 상대로 양육자 지정 및 양육비 심판 청구를 할 수 있도록 하는 내용을 신설하여야 한다.

나. 이혼 시 친권자와 양육자의 지정 형태

(1) 서설

혼인 중에는 특별한 사정이 없는 한 부모가 공동으로 친권을 행사하고 공동으로 양육하게 된다. 그러나 이혼을 하는 경우 부모가 공동생활을 하지 않게 되므로 미성년자녀에 대해 친권자와 양육자를 지정하여야 한다. 이때 다양한 형태의 지정이 나올 수 있는데, 이와 관련하여 먼저 이혼의 경우에도 혼인 중의 부모와 마찬가지로 부모 공동친권이 가능한지, 양육권을 친권과 분리하여 부모 일방 또는 제3자에게 귀속할 수 있는지 여부를 보고, 다음으로 근래 미국과 유럽에서는 미성년자녀의 정서불안과 심리적 갈등을 최소화하고, 부모 양쪽과의 관계 유지 및 협조적 양육 관계를 위하여 이혼 시에도 공동양육을 원칙으로 하려는 경향이 강함바, 우리의 경우 그 흐름이 어떠한지 검토해 보기로 한다.

(2) 친권의 공동귀속 여부

우리 민법은 이혼 시 단독친권을 원칙으로 하는 것이 아니므로(민법 제909조 제3항, 4항), 공동친권도 가능하고, 단독친권도 가능하다. 대법원도 일정한 경우 공

11) 가정법원이 양육자의 양육권에 의해 친권이 제한된다고 해석하더라도, 양육권에 대한 공시제도가 없어, 자녀를 양육하는 부모 일방은 자녀의 교육 등과 관련된 권한을 제대로 행사할 수 없는 경우가 발생한다. 예컨대, 자녀를 다른 학교로 전학시키고자 하는 경우 보호자 1인의 동의를 얻어야 하는데[초등학교의 장은 학생의 학교생활 부적응 또는 가정 사정 등으로 인하여 학생의 교육환경을 바꾸어 줄 필요가 있다고 인정하는 때에는 학생의 보호자 1인의 동의를 얻어 교육장에게 당해 학생의 전학을 추천할 수 있다(초·중등교육법 시행령 제21조 제6항)], 양육권이 공시되지 않는 지금과 같은 상황에서는 친권자의 동의를 요구할 것이기 때문이다. 이은정, 친권 제한의 유연화, 가족법연구 제27권 제1호, 2013. 222면

동친권이 가능하다고 판시하고 있다.¹²⁾ 실무도 이혼 시 미성년자녀의 복리와 부모 양쪽의 자녀에 대한 애정을 만족시키려는 등 여러 사정에 따라 이혼한 부모에게 공동으로 친권을 부여하기도 한다.

친권과 양육권을 개념적으로 구별하고, 친권을 부모의 자녀에 대한 포괄적 권리·의무로, 양육을 실제 양육을 포함한 자녀에 관한 신상의 권리·의무라고 보아 친권 중 양육에 관한 사항은 양육자에게 우선적으로 귀속된다고 보는 입장에서는, 양육과는 구별되는 친권을 부모에게 공동으로 귀속시켜도 큰 무리가 없을 것이다.¹³⁾

친권의 귀속이 문제되는 실제 사례는 대체로 미성년자녀가 인신사고를 당하여 손해배상소송을 제기하거나 보상금을 수령하는 등 자녀 명의로 된 재산의 관리·처분을 둘러싼 분쟁이 대부분인 점¹⁴⁾에서 알 수 있듯이, 친권은 자녀의 신분적·재산적 권리에 치중된 부모의 법률적·추상적 지배권적 측면이 강하므로, 자녀의 신상과 관련된 실질적·사실적 개념의 입장에 선 양육, 즉 자녀를 신체적으로 양육하지 않는 부모라 할지라도 자녀에게 중대한 이해관계를 미치는 문제에 관하여 그 부모 쌍방이 법률적 권한을 계속 보유하고자 하는 의사를 표시할 때에는 친권을 부모 쌍방에 귀속시키는 것이 오히려 자녀의 복리에 부합할 수 있기 때문이다.

(3) 친권과 양육권의 분리 귀속 여부

우리 민법은 친권에 관하여는 부모와 자에 관한 민법 제909조에 규정을 두고 있고, 양육에 관한 규정은 이혼의 절차편에 관한 규정(민법 제837조)을 두고 있다. 부모의 이혼 시 자녀에 대한 친권과 양육권의 분리귀속을 허용하거나 금지하는 명문 규정이 없고, 민법이 위와 같이 친권자와 양육자에 관하여 별도로 규정하고 있는 데다가, 양육자 지정 재판은 양육 외에는 부모의 권리·의무에 변경이 일어나지

12) 대법원 2012. 4. 13. 2011므4719판결 참조, [1] 자의 양육을 포함한 친권은 부모의 권리이자 의무로서 미성년인 자의 복지에 직접적인 영향을 미친다. 그러므로 부모가 이혼하는 경우에 부모 중에서 미성년인 자의 친권을 가지는 사람 및 양육자를 정함에 있어서는, 미성년인 자의 성별과 연령, 그에 대한 부모의 애정과 양육의사의 유무는 물론, 양육에 필요한 경제적 능력의 유무, 부 또는 모와 미성년인 자 사이의 친밀도, 미성년인 자의 의사 등의 모든 요소를 종합적으로 고려하여 미성년인 자의 성장과 복지에 가장 도움이 되고 적합한 방향으로 판단하여야 한다. [2] 민법 제837조, 제909조 제4항, 가사소송법 제2조 제1항 제2호 나목의 3) 및 5) 등이 부부의 이혼 후 그 자의 친권자와 그 양육에 관한 사항을 각기 다른 조항에서 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 이혼 후 부모와 자녀의 관계에 있어서 친권과 양육권이 항상 같은 사람에게 돌아가야 하는 것은 아니며, 이혼 후 자에 대한 양육권이 부모 중 어느 일방에, 친권이 다른 일방에 또는 부모에 공동으로 귀속되는 것으로 정하는 것은, 비록 신중한 판단이 필요하다고 하더라도, 일정한 기준을 충족하는 한 허용된다고 할 것이다. 법원행정처, 법원실무제요 가사(Ⅱ), 2010, 516면

13) 윤진수, 주해친족법 제1권 박영사, 2015, 343면

14) 민유숙, 2012년 민사(친족, 상속법) 중요판례, 인권과 정의 432호, 2013. 3., 51면

않으며(민법 제837조 제6항), 가사소송법상으로도 친권자 지정과 양육자 지정에 관하여 별도의 절차를 두고 있으므로, 위 민법 규정과 가사소송법의 해석상 친권자와 양육자를 분리하여 부모 중 일방 또는 쌍방, 혹은 제3자(양육의 경우만)¹⁵⁾에게 분리 귀속 시키는 것이 법률상 가능하다는 점에는 특별한 이견이 없다.¹⁶⁾ 즉, 위와 같이 분리 규정된 민법 체계와 과거 자녀의 친권을 부가 전적으로 행사하였던 가부장적 가치관이 지배하여 오던 상황에서 가정법원이 이혼 후 자녀에 대한 친권을 보유하는 자(친권자)와 실제 양육을 담당하는 자(양육자)를 분리하여 지정하여야 할 현실적 필요성에 의하여 부모에게 친권과 양육권을 분리 귀속시키는 다수의 실무례를 형성함에 따라, 친권과 양육권의 분리귀속이 자연스럽게 받아들여 진 것 같다.

최근의 대법원판결(대법원 2012. 4. 13. 선고 2011므4719 판결)은 민법 제837조, 제909조 제4항, 가사소송법 제2조 제1항 제2호 나목의 3) 및 5) 등이 부부의 이혼 후 그 자의 친권자와 그 양육에 관한 사항을 각기 다른 조항에서 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 이혼 후 부모와 자녀의 관계에 있어서 친권과 양육권이 항상 같은 사람에게 돌아가야 하는 것은 아니며, 이혼 후 자에 대한 양육권이 부모 중 어느 일방에, 친권이 다른 일방에 또는 부모에 공동으로 귀속되는 것으로 정하는 것은, 비록 신중한 판단이 필요하다고 하더라도, 일정한 기준을 충족하는 한 허용된다고 할 것이다. 라고 판시함으로써, 친권과 양육권의 분리귀속이 가능하다는 입장을 명시적으로 밝혔다.

다만 주의하고 싶은 것은, 친권을 공동으로 하고, 양육자를 부모 일방으로 하는 경

15) 이혼 시 부모 사이에 친권 및 양육에 관한 협의가 이루어지지 않는 경우, 부모 중 한쪽이 다른 한쪽을 상대방으로 하여 양육자 지정 청구를 할 수 있다(가사소송규칙 제99조 제1항). 양육자 지정 청구에서 청구인은 자신을 양육자로 지정하여 줄 것을 바라는 것이 일반적이지만, 상대방을 양육자로 지정하여 줄 것을 구하는 경우도 흔히 있고, 드물게는 부모 양쪽이 자녀를 양육할 수 없거나 양육하기에 적합하지 않은 등의 이유로 제3자를 양육자로 지정하여 줄 것을 구하는 경우도 있다. 양육자로 지정되는 제3자로는 친권자로 지정된 부모 또는 모의 특수한 사정으로 사실상으로는 그 부모나 형제자매 등을 들 수 있다. 부모 이외의 제3자를 양육자로 지정하는 경우에는 제3자에게 특별한 의무를 지우게 되는 것이므로, 제3자를 반드시 이해관계인으로 참석시켜 그의 동의를 구하거나 의사를 확인한 후 지정하여야 한다(법원행정처, 법원실무제요 가사 (II), 2010, 527면). 나아가 양육자 지정 청구에서 가정법원이 부모의 의사에 반하여 제3자를 양육자로 지정할 수 있는가에 대하여 자녀의 복리 측면에서 가능하다는 견해가 있다. 그 논거로 부모는 자녀의 양육에 대하여 원칙적으로 우선권(The Parental Preference Doctrine)이 있으나, 제3자의 양육권을 인정하여야 할 특별한 사정이 있는 경우, 즉 부모가 법률적으로 자녀를 양육하기에 적합하지 않다거나, 부모가 양육하는 것이 자녀에게 매우 해롭다거나 하는 경우 ‘자녀의 최선의 이익’(The Best Interest of the Child) 원칙을 적용하여 제3자를 양육자로 지정할 수 있다고 한다. 이은정, 미국법상 양육자 결정에 대한 소고, 안암법학 28호, 2009. 1., 157면 이하

16) 한봉희, 백승흠 상계서, 207면

우에는 큰 문제가 없을 것으로 보이나, 친권과 양육을 완전히 분리하여 부모 일방에게 각자 귀속시키거나, 아니면 친권을 부모 일방에게 귀속시키고 양육을 제3자에게 귀속시키는 형태는 그것이 법적으로나 사실적으로 가능하다고 하더라도 신중할 필요가 있다. 즉, 아직 우리 법제상 친권과 양육권의 내용에 관하여 명확히 입법화되어 있지 않고 해석상으로도 논란이 있는 상황에서 친권자와 양육자의 분리로 인하여 미성년자녀의 양육·교육, 신상과 관련된 혼란과 충돌이 발생할 수 있으므로, 가급적이면 친권자와 양육자를 일치시키는 방향으로 귀속형태를 정하고, 조부모 등이 사실상 미성년자녀를 양육하더라도 미성년자녀의 부모 일방을 양육자로 지정하는 것이 바람직할 것이다.

(4) 양육권의 공동귀속 여부

(가) 이혼 후 부모 사이의 갈등이 심한 경우 공동양육¹⁷⁾이 자녀에게 부정적인 영향을 줄 위험이 있으나, 그러하지 아니한 경우 부모의 이혼으로 인한 자녀의 환경변화를 최소화하고, 이혼 전 부모의 양육상태와 가장 유사한 상태를 유지하는 공동양육이야말로 자녀의 성장과 발달에 가장 부합할 뿐만 아니라 부모 양쪽의 관계보전을 통한 협력적 양육 관계를 유지할 수 있다는 전제하에 미국과 유럽에서는 공동양육에 대한 논의가 오랫동안 이루어져 왔다.¹⁸⁾

우리의 경우에도, 민법이 이혼 후 친권과 양육권에 관하여 그 분리귀속 여부나, 부

17) 공동양육의 구체적 형태는 자녀의 복리에 반하지 않고 ‘성장과 복지’를 증진시키는 방향이라면 어떠한 형태로든 가능할 것이다. 공동양육이라 하여 부모가 물리적으로 50%씩의 시간을 나누어 양육하는 것은 아니고 통상 주중과 주말의 일상생활 패턴이 나뉘는 것을 고려하여, 주중은 일방 부모가, 주말은 타방 부모가 나누어 양육하는 형태가 일반적일 것이다. 이때 자녀를 더 많은 시간 동안 양육하는 양육친을 ‘주 양육자’로, 타방 양육친을 ‘보조 양육자’로 보아도 무방하다. 다만 공동양육이라 하기 위해서는, 자녀의 면접교섭과는 구별되는 정도의 ‘양육’으로서의 실질이 있어야 할 것이므로, 부모에게 공동양육을 명하면서 한쪽 부모에게 대부분의 기간 동안 양육을 맡기고 타방에게는 극히 짧은 기간, 예를 들어 한 달에 1~2회 정도의 주말 양육만을 명하는 경우 등은, 부모 일방의 양육 및 타방의 면접교섭과 그 실질이 다를 바 없어 이러한 경우까지 공동양육으로 보기는 어려울 것이다. 정진아, 이혼후 양육자 지정 및 그 참작요소 : 공동양육(Joint Custody) 논의를 중심으로, 사법연수원, 청년논총 제13집, 2016, 202면

18) 캘리포니아 가족법은 공동양육에 관하여 다음과 같이 규정하여 자녀의 신체적 양육자와 자녀의 안정을 도모하고 있다. 즉, 법원이 공동 법적양육권(joint legal custody)을 명하는 경우 양쪽 부모의 동의가 있어야 하는 자녀에 대한 문제들을 구체적으로 정하도록 하고, 그 외의 경우에는 각 부모가 자녀에 대한 권리의무를 행사할 수 있다(제3083조). 법원이 공동 법적 양육권(joint legal custody)이나 공동 신체 양육권(joint physical custody)을 결정하는 경우에는 한 부모를 자녀의 주된 양육자로 정하고 자녀의 주된 거소지를 정한다(제3086조). 법원은 공동양육을 명할 때, 필요하면 공동 신체 양육이 아닌, 공동 법적 양육만을 명할 수 있도록 하여(제3085조) 공동 신체 양육시 발생할 수 있는 공동양육자간의 충돌을 미리 회피할 수 있도록 정하고 있다. 공동 신체 양육 시에도 법원은 공적 서비스 수급과 관련해 자녀의 인도거부나 일방적인 탈취에 대해 법적으로 대응할 수 있도록, 각 부모가 자녀의 신상에 대해 어느 정도의 권한을 가지는지를 구체적으로 충분히 정하도록 하고 있다(제3086조). 정진아, 상계 논문 196면, 양혜원, 상계 논문 97-98면

모 쌍방의 공동귀속에 관해 어느 쪽을 우선하도록 하는 입법정책을 가지고 있지 아니하므로, 굳이 공동양육에 관한 별도의 입법적 정비 없이도 부모의 협의나 가정법원의 결정에 의해 부모가 이혼 후 자녀를 공동양육 하도록 하는 것이 불가능한 것은 아니다. 다만 이혼 후 부모의 공동양육에 관해서는 여러 이유로 찬반양론이 있고, 실무에서도 공동양육을 인정할 것인지 여부에 관하여 논란이 있으므로, 공동양육이 과연 자녀의 복리를 위해 반드시 필요한 방법인지에 관해 살펴보기로 한다.

(나) 학설

1) 긍정설

공동양육을 찬성하는 입장¹⁹⁾으로는, 공동양육이 ① 부모와 자녀의 유대관계를 지속할 수 있다는 점,²⁰⁾ ② 자녀는 부모로부터 혼인상태와 가장 유사한 접촉과 지원을 제공받을 수 있어 이혼으로 인한 정신적 고통을 줄일 수 있다는 점,²¹⁾ ③ 이혼을 한 부모 당사자 사이에서도 자녀에 대한 공동양육을 통해 보다 정상적인 유대관계를 형성시키는 데 도움이 된다는 점,²²⁾ ④ 공동양육은, 부모에게는 이혼 후에도 자녀와의 지속적인 유대의 지속을 기대할 수 있게 하므로 이혼 전 자녀에게 충분한 경제적·정서적 투자를 하게 하여 결과적으로는 이혼의 개연성을 낮추는 역할을 하고, 이혼 후에도 단독양육시보다 자녀에게 부모의 이혼에 따르는 정서적·경제적 고통을 줄여주며, 단독양육시보다 양육비 사용의 감시·감독이 쉬워져서 양육비 지급의 이행확보 가능성이 증가한다는 점²³⁾ 등을 근거로 든다. 또한 비양육자가 '주말아버이' 또는 단순한 '방문자'로만 인식된다는 점에서 자녀에게 미치는 심리적 영향을 고려하여 공동양육권을 부여하여야 한다는 견해,²⁴⁾ 이혼은 가족의 해체가 아니라 가족의 재조직화(Reorganization)의 관점에서 보아야 하므로 이혼 가정에서도 부모와 자녀 사이라는 기존의 가족 구성원 간의 관계는 가능한 한 유지되어야 한다는 견해,²⁵⁾ 이혼 부부 중 어느 일방에게 단독양육권을 부여할 경우, 양육자가

19) 윤석찬, 이혼 후의 공동양육권에 관한 고찰, 재판실무연구, 박영사, 2011, 628-637면

20) 이현재, 자의 최선의 이익에 관한 연구 - 미국을 중심으로 -, 전남대학교 대학원 법학석사 학위논문, 2003, 144면

21) 이충은, 이혼 후 공동양육제도에 관한 연구, 법학연구 제14권 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2011. 7., 220면

22) 최진섭, 이혼 후의 공동양육법제에 대한 입법론적 연구, 가족법연구 제24권 제3호, 가족법학회, 2010. 11., 263면

23) 최진섭, 상계 논문 261-262면, 265면

24) 이현재, 상계 논문, 145면

25) 윤석찬, 상계 논문, 635면

자녀에 대해 비양육자에 대한 원망과 인격적 폄하를 하므로 결국 자녀의 심리와 감정이 왜곡되어 비양육자의 면접교섭권이 사실상 박탈되는 결과를 야기하는바 이를 방지하기 위해 공동양육이 필요하다는 견해²⁶⁾ 등도 있다.

2) 부정설

공동양육을 반대하는 입장²⁷⁾으로는 ① 부적격 부모에게 양육권이 인정될 여지가 있다는 점, ② 여성주의적 입장에서 공동양육은 전처를 통제하는 수단으로 작용할 수 있다는 점, ③ 공동양육법의 대두로 인해 자녀와의 유대를 계속 존속시킬 수 있는 남편이 재산분할 협상에 있어서 양보하지 않는 태도를 보일 가능성이 높아 여성에게 불이익할 수 있다는 점, ④ 공동양육에는 공동 법적양육과 공동 신체양육이 있는데, 전자의 경우 일반적으로 부부 중 일방이 단독 양육을 하고, 다른 일방이 느슨하게 방문하는 것으로 이루어진다. 이로 인해 실제로 함께 살지 않는 부모에게 교육·종교·의료 등의 중요 사항의 결정을 할 수 있는 권리만을 주고 책임을 부담시키지 않는 문제가 있다는 점, ⑤ 공동양육 시 자녀가 부모 중 일방의 주거지에서 다른 일방의 주거지로 옮겨 다녀야 해서 힘이 든다는 점, 즉 자녀는 자신의 세계를 양쪽에 별개로 구축하여야 하는 부담을 안고, 부모 쌍방의 주거지에 필요한 비품을 각각 준비하여야 하므로 많은 비용이 소요되기도 한다는 점 등을 들고 있다. 이혼 후 공동양육 시 자녀는 두 가정을 오가면서 두 명의 의사결정자 아래에서 생활함으로써 충성갈등에 빠져 번민하게 되고, 아직 우리 사회에서는 이혼한 당사자들이 자주 접촉하는 것을 정상적으로 받아들이고 있지 않은 실정이며, 특히 부모 일방 또는 쌍방이 재혼한 경우에는 부정적 측면이 더욱 발현될 것이므로 이를 극히 신중하게 허용하여야 할 것이라는 견해²⁸⁾도 위와 같은 입장에서 있는 것으로 보인다.

(다) 공동양육에 관련된 판결 등

1) 대법원 2013. 12. 26. 선고 2013므3383(본소), 2013므3390(반소) 판결

원심[수원지방법원 2013. 7. 4. 선고 2012르2144-1(본소), 2012르2151-1(반소) 판결]은 판시와 같은 이유를 들어, (1) 원·피고를 공동양육자로 지정하여 원고가 주중에, 피고가 주말에 사건본인들을 직접 양육하게 한다면, 단독양육자로 지정할

26) 이충은, 상계 논문, 222-223면

27) 최진섭, 상계 논문 268-271면, 이충은, 상계 논문, 221-222면

28) 민유숙, 상계 논문, 52면

경우에 발생할 부정적인 영향이나 단점을 최소화할 수 있는 등의 장점이 있을 뿐만 아니라, 공동양육자로 지정할 경우에 자녀에게 미칠 부정적인 영향도 이 사건의 경우 원·피고 주거지의 근접성, 원·피고의 지속적인 의견 조율에 의한 일방의 독단적 양육의 폐단 방지 가능성 등에 비추어 일방이 단독양육자로 지정되었을 경우에 발생할 부정적 영향이나 문제에 비하면 상대적으로 적을 것으로 보인다고 판단한 다음, (2) 양육자로 원·피고를 공동으로 지정하고 공동양육 방법으로 원고가 주된 양육자로서 6박 7일간, 피고가 보조 양육자로서 1박 2일간 각 양육하는 것으로 정하였다.

그러나 원심이 확정된 사실관계를 앞서 본 법리 및 이 사건 기록에 비추어 살펴보면, 원·피고 사이에 사건본인들의 양육방식에 관한 의사나 가치관에 현저한 차이가 있어 서로 침해하게 대립하고 있고 현재로서는 가까운 장래에 쌍방의 의견을 조율하여 사건본인들의 양육방식에 대한 의사 합치가 이루어질 가능성이 전혀 불투명하여 원심이 의도한 대로 실현 가능성이 쉽지 아니할 것으로 보이는 이 사건에서, 비록 원심이 주된 양육자와 보조 양육자로 구분하고 있기는 하지만 원·피고가 서로 양육자임을 주장하여 각기 다른 방식과 가치관을 내세워 사건본인들을 양육하려고 할 경우에 예상되는 원·피고 사이의 심각한 분쟁 상황 및 이에 따라 사건본인들에게 초래될 정신적 혼란이나 갈등 등을 고려하여 보면, 원심의 위와 같은 공동양육자 지정 등의 조치가 이 사건에서 사건본인들의 성장과 복지에 가장 도움이 되고 적합한 것이라고 보기에 충분하지 않다.

그런데도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 위와 같이 원·피고를 사건본인들의 공동양육자로 지정하고 공동양육 방법을 정하였으므로, 이러한 원심판결에는 양육자 지정에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011므4665 판결

원심(수원지방법원 2011. 11. 29. 선고 2010르2072 판결)은, 원고와 피고가 영국 유학 중 교제를 시작하여 2003. 1. 14. 혼인하고 그 사이에 사건본인을 딸로 둔 사실, 원고와 피고는 갈등을 겪으며 생활하다가 원고가 2007. 6.경 먼저 귀국한 사실, 피고는 이 사건 소장 부분을 송달받은 직후 사건본인과 함께 귀국하였으나

원심 변론종결에 이르기까지 사건본인과 함께 지내며 원고와는 별거하고 있는 사실 등을 인정한 다음, 사건본인의 연령, 사건본인과 원·피고 쌍방 상호 간의 친밀감 내지는 상호관계, 현재의 양육 상황 및 양육환경, 원·피고의 경제적 능력, 혼인 생활과 파탄 경위, 원고가 피고와 별거하면서 상당 기간 사건본인과 함께 지내지 못한 것으로 보이는 하나 이 사건 소송과정 내내 사건본인의 양육 상황에 꾸준한 관심을 갖고 있는 것으로 보이는 점 등을 고려하면 사건본인의 친권행사자로 원고와 피고를 공동으로 지정하고, 평일 양육자로 원고를, 주말 양육자로 피고를 지정하는 것이 사건본인의 복리를 위하여 타당하다고 판단하였다.

그러나 원심이 인정한 사실관계와 기록에 비추어 살펴보면, 사건본인은 현재 만 8세의 여자아이로서 2007. 6.경부터 원고와 떨어져 4년 이상 피고와 함께 살아오고 있는데 그 동안의 양육 과정이나 피고와의 유대관계에 특별한 문제가 있다고 보이지 않는 점, 사건본인은 현재 서울 소재 초등학교에 다니고 있는데 화성시에 거주하는 원고를 평일 양육자로 지정하게 되면 사건본인은 전학이나 이사 등 생활환경의 변화가 생길 가능성이 높을 뿐만 아니라 매주 주말에는 그와 떨어진 피고의 거주지에서 생활하게 됨으로써 평일에 사귀 친구 등과 쉽게 어울리지 못하게 되어 사회적 유대관계도 약해질 것으로 보이는 점, 어린 나이의 사건본인이 거리가 가깝지 않은 원고와 피고의 거주지를 매주 오가는 것은 쉽지 않아 보이는 점, 원고는 양육자로 지정되면 낮에는 자신의 누나가 양육을 도와주고 밤에는 자신이 돌보겠다고 하고 있으므로 사건본인에 대한 직접적 양육 가능성 측면에서 원고가 피고보다 더 우월하다고 보이지는 않는 점, 무엇보다도 원고는 이혼 후 다시는 피고를 보지 않겠다는 의사를 여러 번 표시하는 등 피고에 대한 강한 적대감을 가지고 있는데 이러한 상황에서 사건본인에 대한 친권행사나 양육과 관련하여 원고와 피고가 서로 원만히 협력하기는 쉽지 않아 보이고 이에 관한 갈등은 결국 사건본인의 정서적 안정이나 복지에 나쁜 영향을 미칠 것으로 예상되는 점 등을 알 수 있다. 이러한 점들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고로 하여금 사건본인을 계속하여 양육하게 하더라도 사건본인의 건전한 성장과 복지에 방해가 되지 아니하고 오히려 도움이 된다고 보이며, 이러한 현재의 양육상태에 변경을 가하여 원고를 피고와 함께 공동의 친권행사자 및 양육자로 지정하는 것이 정당화되기 위해서는 그러한 변경이 현재의 양육상태를 유지하는 경우보다 사건본인의 건전한 성장과 복지에 도움이 된

다는 점이 인정되어야 할 것인데, 이와 같은 양육상태 변경의 정당성을 인정할만한 사정은 충분하지 않은 것으로 보인다.

그럼에도 원심은 사건본인에 대한 현재의 양육상태를 변경하는 것이 정당하다고 인정할만한 다른 사정이 있는지에 관하여 제대로 심리·판단하지 아니한 채 그 판시와 같은 이유만으로 원고를 사건본인의 공동 친권행사자 및 평일 양육자로 지정하였으니, 이러한 원심의 조치에는 친권행사자 및 양육자의 지정에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

3) 서울가정법원 2009. 2. 5. 선고 2007드합11729 판결

사안은 부인 원고가 모인 피고의 의처증 등을 이유로 이혼을 청구하며 사건본인들에 대한 양육자 지정을 신청한 사안으로, 1심 법원은 만 6세, 5세인 사건본인들에 대하여 모인 피고가 주 양육자로서 주중(월요일부터 금요일까지) 양육을 하고, 부인 원고가 보조 양육자로서 주말(토요일부터 일요일까지)에 양육을 하도록 명하였다. 위 판결은 항소심(서울고등법원 2009. 9. 16. 선고 2009르747 판결)에서 사건본인들의 출생 이후 모인 피고가 원고와 함께 이들을 양육하여 온 사실, 원고가 2006. 10.경 사건본인들을 원고의 부모가 거주하는 전주시로 데리고 간 이후부터 제1심 판결이 선고된 무렵까지는 원고의 부모가 사건본인들을 양육하여 왔으나, 사건본인 000의 초등학교 취학을 즈음한 2009. 3. 3.경부터 현재까지는 피고가 사건본인들을 양육하여 오고 있는 사실, 원고와 피고 모두 공동양육 방식을 원하지 아니하고 있는 점 등을 들어, 모인 피고의 단독친권 및 단독양육으로 변경되었고 부인 원고에게는 면접교섭권이 인정되었다. 위 항소심 판결은 상고되지 아니하고 확정되었다.

4) 서울가정법원 2010. 1. 28. 선고 2008드합8171(본소), 2008드합10532(반소) 판결

슬하에 만 2세 남짓한 사건본인을 둔 모인 원고와 부인 피고가 서로 이혼을 청구하며 친권과 양육권을 다투었던 사안이다. 1심 법원은 현재 피고가 가사도우미를 고용하여 사건본인을 양육하고 있으나 원래 모의 친정어머니가 주중에 사건본인을 돌보아 주었고(원고는 직장에 다니는 여성이다), 원·피고 측 모두 사건본인을 양육할 만한 경제력이 있는 데다가 사건본인의 양육을 강하게 원하고 있는 점, 사건

본인의 연령이 만 2세로서 모의 보살핌이 절대적으로 필요한 시기인 점 등을 참작 사유로 들어 원고가 주중 및 둘째, 넷째 주 주말에 사건본인을 양육하고, 피고는 첫째, 셋째 및 다섯째 주 토요일, 일요일에 사건본인을 양육하도록 하는 공동양육을 명하였다.²⁹⁾ 위 판결은 쌍방에 의해 항소 되었으나 항소심인 서울고등법원 2010. 9. 28. 선고 2010르491(본소), 2010르507(반소) 판결로 친권자 및 양육자 지정에 관한 부분의 항소가 기각되었고, 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010므3733(본소), 2010므3740(반소) 판결로 심리불속행 기각되어, 결국 부모의 공동양육을 명한 제1심 판결이 확정되었다.

대법원에서의 상고기각을 통하여 최종적으로 부모를 공동양육자로 지정한 제1심 판결이 확정되었다는 점에서, 대법원이 협의의 공동양육에 관하여 긍정적인 입장을 취한 사례로 볼 여지도 있으나, 당해 사안의 구체적 공동양육 일정을 보면 이를 공동양육이라 할 수 있을지 의문이 들 정도로 주 양육자와 보조 양육자의 양육 기간에 차이가 나서(결국 보조양육자인 피고가 양육하는 것은 통상 4주로 구성되는 한 달 중 첫째, 셋째 주말뿐이고, 한달이 5주로 구성될 때에만 다섯째 주말이 추가된다), 일방 부모에게 양육권을 부여하고 타당 부모에게 면접교섭권을 부여하는 것과 다를 바 없어 보이는바, 대법원은 1심 법원의 양육자 지정 방식은 공동양육이라는 문언에도 불구하고 자녀의 복리를 크게 해치지 않는 방식이라는 소극적 입장에서 제1심의 결론을 수긍한 것으로 해석될 수도 있다.³⁰⁾

5) 서울가정법원 2010. 7. 16. 선고 2009드단106556(본소), 2009드단123049(반소) 판결

만 4세 남짓의 남아를 둔 부인 원고와 모인 피고가 서로 쌍방에 대해 이혼

29) 위 판결의 구체적인 공동양육 방법은 다음과 같다. 나. 사건본인의 공동양육은 다음과 같은 방법으로 실시한다. (1) 공동양육일정 ○ 원고가 주중 및 둘째, 넷째 주 주말에 사건본인을 양육한다. ○ 피고는 첫째·셋째 및 다섯째 주 토요일, 일요일에 사건본인을 양육한다. ○ 피고는 추가로 여름·겨울 휴가기간(또는 사건본인의 방학기간) 중 각 10일 동안 사건본인을 양육할 수 있고, 설날과 추석 명절 중 한 번은 2일 동안 사건본인을 양육할 수 있다(각 기간 동안 숙박을 포함한다). 이에 대한 구체적인 날짜, 일정은 원고와 피고가 협의에 의하여 정한다. (2) 사건본인의 인도방법 ○ 피고가 첫째·셋째 및 다섯째 주 금요일 19:00까지 원고의 거주지로 사건본인을 데리러 가고, 그 주 일요일 20:00까지 사건본인을 원고의 거주지로 데리러 준다. ○ 추가 양육(여름·겨울, 명절)을 위해서는, 피고가 사건본인을 위와 같이 데리러 가고 데리러 주되, 구체적 인도일시는 원고와 피고가 협의에 의하여 정한다. (3) 일정 및 인도자의 변경 ○ 피고가 직장일 등으로 변경이 불가피한 경우 위 일정을 협의에 의하여 변경할 수 있고, 피고를 대신하여 피고의 부모가 사건본인을 데리러 가고 데리러 줄 수 있다. ○ 그 경우 피고는 그러한 사정을 미리 1일 전에 원고에게 통지하여야 하고, 타당한 사정이 있는 경우 원고는 이에 적극 협조하여야 한다.

30) 정진아, 상계 논문, 204면

및 양육자 지정 등을 구한 사안에서, 1심 법원은 이혼 전 별거기간에 원·피고간 사건본인의 친권자로 원·피고를, 양육자로 피고를 지정하기로 하는 합의를 하였음에도 불구하고, 가정법원이 공동양육이 가능할 것으로 보인다고 직권으로, 부인 원고에게는 둘째 주를 제외한 나머지 각 주의 금요일 오후 10시부터 그 다음 주 월요일 오전 9시까지, 모인 피고에게는 매월 둘째 주 주중 및 주말(월요일 오전 9시부터 셋째 주 월요일 9시까지)과 나머지 각 주의 주중(월요일 오전 9시부터 그 주 금요일 오후 10시까지)의 시간 동안 자녀를 양육하도록 결정하였다. 위 판결은 항소심[서울가정법원 2011. 5. 20. 선고 2010르2528(본소), 2010르2535(반소) 판결]에서, ① 원고는 문구점을 운영하고 있는 데 반하여, 피고는 부동산 중개사 보조원, 정수기 영업사원, 마트 계산원, 파출부 등 여러 직업을 전전하고 있어 직업적으로 불안정한 상태이고, 경제적인 상황도 좋지 못한 점, ② 원고는 사건본인을 양육하기에 충분한 거주환경을 가지고 있고, 피고는 더 나은 양육환경을 위해 이사하기는 하였으나 원고에 비해 상대적으로 부족한 거주환경을 가지고 있는 점, ③ 원고는 문구점을 운영하면서 친형과 직원을 고용하고 있어 사건본인을 양육할 시간을 내기가 용이한 반면, 피고는 부동산 중개 보조업무를 함과 동시에 부동산 중개사 자격증 취득을 위한 공부를 병행해야 하는 상황이어서 실질적으로 사건본인과 함께 할 시간을 확보하기가 어려운 점, ④ 사건본인의 원고와의 애착관계가 더 밀접하게 형성되어 있는 것으로 보이는 점, ⑤ 피고는 사건본인의 도시락을 성의 없게 준비하고, 사건본인의 좋지 않은 건강상태를 방치하는 등 사건본인을 보호하거나 돌보려는 의지가 다소 부족한 것이 아닌가 하는 염려가 드는 점, ⑥ 피고는 이전에 사건본인을 어린 이집에 맡긴 채로 연락을 두절할 적이 있는 점, ⑦ 현재와 같은 공동양육을 계속하는 것은 사건본인의 심리상태를 불안정하게 할 우려가 있어 특별한 경우가 아닌 한 바람직스럽다고 하기 어렵고, 원고와 사건본인과의 친밀감 및 유대관계 및 양육환경 등에 비추어 보면, 원고가 사건본인을 양육하더라도 사건본인이 환경에 적응하는 것이 그리 어렵지 않을 것으로 보이는 점 등의 이유로 원고의 단독 친권 및 단독 양육으로 변경되었고 피고에게는 면접교섭권이 인정되었으며, 위 항소심 판결은 확정되었다.

6) 서울가정법원 2012. 7. 11. 선고 2011드단22927(본소), 2011드단71561(반

소) 판결

만 4세 여아를 둔 모인 원고와 부인 피고의 이혼 및 양육자 지정 청구 등의 사안에서, 1심 법원은 사건본인의 친권자 및 양육자로 부, 모를 공동으로 지정하면서, 피고로 하여금 월요일 09:00부터 금요일 17:00까지, 원고로 하여금 금요일 17:00부터 그 다음 주 월요일 09:00까지의 공동양육을 하도록 하였다. 부모가 모두 자녀를 양육하기를 강력히 희망하고 있고, 현재 양육자인 피고가 원고의 매주 주말 자녀의 면접교섭에 잘 협조하고 있는 점 등을 참작한 결정이라 판시하고 있다.

위 판결은 항소심[서울가정법원 2013. 2. 1. 선고 2012르2461(본소), 2012르2478(반소) 판결]에서 2011. 3.경 이후로 피고가 피고 어머니의 도움을 받아 사건본인을 양육하고 있고, 사건본인이 피고 집 근처의 어린이집에 다니고 있는 점, 원·피고 모두 직장에 다니고 있어 보조양육자의 도움이 필요한데 피고의 어머니가 보조양육자의 역할을 하고 있는 점, 상대방의 사건본인에 대한 면접교섭에 대하여 피고가 보다 협조적인 태도를 보이고 있는 점, 제1심 판결과 같은 방식의 공동양육은 아직 만 6세가 되지 않은 사건본인으로 하여금 환경적 변화에의 적응 곤란, 정서적 혼란 및 심리적 안정 장애 등을 초래할 우려가 있고, 사건본인과 원고 사이의 애착·유대관계의 형성 및 유지에 원고에게 사건본인과의 충분한 면접교섭을 확보하여 주는 방식으로 구현하는 것이 바람직한 점 등의 사유를 들어 피고를 단독양육자로 지정하고 원고에게는 면접교섭권을 인정하는 것으로 변경하였다.

7) 부산가정법원 2013. 11. 7. 선고 2013드합174 판결

만 9세 여아, 만 4세 남아를 둔 부인 원고가 모인 피고를 상대로 이혼 및 양육자 지정 청구 등을 한 사안에서, 법원은 ① 원고와 피고는 사건본인들에 대하여 깊은 애정을 가지고 사건본인들에 대한 높은 양육 의지를 보이고 있는 점, ② 원고와 피고 사이에 양육환경에 큰 차이가 없는 점, ③ 원고는 사건본인들에 대한 교육에 관심이 많고 사건본인들과 상당한 시간을 함께하여 왔고, 사건본인들은 원고에 대한 친근감을 표시하고 있으며, 반면 지금까지 피고가 사건본인들을 주로 양육하여 왔고, 사건본인들은 9세, 4세에 불과하여 아직 어머니의 세심한 보살핌이 필요한 나이인 점, ④ 원고와 피고는 상대방이 사건본인들을 양육하게 되더라도, 양육비를 지급하고 면접교섭을 허용하는 등 성실하게 정하여진 바를 이행하겠다고 진술하고

있고, 지금까지 원활하게 면접교섭이 이루어져 왔으므로 쌍방이 협력적인 부모역할을 해 나가는데 큰 어려움은 없을 것으로 보이는 점, ⑤ 원고와 피고의 별거 이후부터 현재까지 비교적 장기간 주중에는 피고가, 주말에는 원고가 사건본인들을 돌보는 것으로 자리 잡아 왔고, 사건본인들도 이에 적응하여 온 것으로 볼 수 있는바, 현 상태를 유지하여 주는 것이 오히려 사건본인들에게 주는 혼란을 막을 수 있을 것으로 보이는 점, ⑥ 원고는 변론기일에 출석하여 원고가 주양육자가 될 수 없다면 원고와 피고를 공동양육자로 지정하여 줄 것을 강력하게 요청하였고, 피고도 이에 대하여 별다른 반대 의사를 표시하지 아니한 점 등의 이유로, 피고를 주된 양육자로 하여 매주 일요일 17:00부터 금요일 14:00까지 5박 6일간, 여름·겨울방학 중 각 절반 및 각 명절 전날 17:00부터 명절 당일 13:00까지를 제외한 나머지 설·추석연휴 기간 동안, 원고를 보조 양육자로 하여 매주 금요일 14:00부터 일요일 17:00까지 2박 3일간, 여름·겨울방학 중 각 절반 및 설·추석연휴 중 각 명절 전날 17:00부터 명절 당일 13:00까지 각 사건본인들을 양육하는 것으로 하였고, 위 판결은 당사자들이 항소하지 않아 그대로 확정되었다.

8) 인천가정법원 2017. 6. 1. 선고 2015드단109256(본소), 2016드단102917(반소) 판결

만 3세의 사건본인을 둔 부인 원고와 모인 피고가 1심 소송 중 서로 상대방의 양육 하에 있던 사건본인을 임의로 탈취하여 양육하는 등 양육권에 대한 다툼이 심한 사안이었다. 1심 법원은 ① 원고와 피고 모두 사건본인과의 애착 및 정서적 유대감이 형성되어 있을 뿐만 아니라 사건본인에 대한 높은 양육 의지를 보이고 있는 점, ② 양육환경의 측면에서 원·피고 모두에게 큰 문제가 없이 양호한 점, ③ 원고와 피고의 혼인생활 중 피고가 육아휴직을 하며 사건본인과 많은 시간을 보낸 것으로 보이고, 사건본인이 만 3세에 불과하여 아직 모의 세심한 보살핌이 필요한 어린 나이일 뿐만 아니라 사건본인이 피고와 동성이어서 사건본인이 성장함에 따라 피고의 역할이 더욱 중요해질 것으로 예상되며, 사건본인이 현재 피고의 주거지와 근접한 유치원을 다니고 있는데 사건본인이 현재 유치원에서 잘 적응하고 있는 것으로 보이는바, 피고가 사건본인과 평일 일상생활을 함께 하는 것이 더 적절해 보이는 점, 반면, 원고 또한 사건본인의 양육에 큰 관심을 가지고 있고 사건본인이 모성과 부성을 충분히 느끼면서 균형적으로 성장할 수 있도록 하는 것이 바람직한

바, 원고가 사건본인과 주말을 보내면서 피고와 공동으로 친권 및 양육권을 행사하는 것이 적절한 점, ④ 원고와 피고 사이의 감정이 악화되어 있기는 하나, 사건본인과 관련한 부분에 있어서는 모두 적극적이고 긍정적인 태도를 보이고 있는바, 원고와 피고가 향후 서로 노력한다면 사건본인의 공동양육과 관련한 사항을 충분히 협의할 수 있을 것으로 보이는 점을 들어, 모인 피고가 주 양육자로서(일요일 20:00부터 금요일 20:00까지) 양육을 하고, 부인 원고에게 주말(금요일 20:00부터 일요일 20:00까지)에 양육을 하도록 명하였다. 위 판결은 항소심[인천가정법원 2017. 11. 3. 선고 2017르10884(본소), 2017르10891(반소) 판결]에서 ① 사건본인은 잦은 양육자 변경으로 인하여 원고와 피고에 대하여 불안정한 애착형성을 하고 있는 것으로 보이지만, 원고와 함께 있을 때 더 자연스런 의사소통과 안정감 있는 행동을 하는 모습을 보여 주었던 점, ② 사건본인은 만 32개월 무렵인 2016. 5. 중순경부터 원고에 의하여 양육되어 왔고, 그 기간이 상당기간 지속되었으며, 위 기간 동안 원고가 사건본인을 양육하는 과정에서 사건본인의 정서적, 신체적 발달에 저해가 되는 행동을 하는 등 양육자로 지정되기에 부적합한 면을 보여주지는 않았던 점, ③ 원고와 피고 일방이 사건본인을 단기간 양육하다가 다시 상대방으로 양육자가 바뀌는 경우가 많았던 기존의 상황과 달리 원고가 2016. 5. 중순경부터는 약 8개월간 계속하여 사건본인을 비교적 안정적으로 양육하고 있었음에도, 피고가 2017. 1. 말경 설 연휴 기간 중 면접교섭을 위하여 사건본인을 데리고 갔다가 다시 원고에게 데려다 주기로 한 2017. 1. 30. 원고에게 사건본인을 데려다 주지 아니하면서 이후 2017. 4. 8. 경까지 사건본인을 양육하였는바, 이와 같이 피고가 먼저 일방적으로 사건본인의 양육 상황에 변경을 초래하였던 것은 사건본인의 안정적인 성장에 긍정적인 영향을 주었다고 보기 어려운 점(원고는 2017. 1.경부터 원고, 피고 및 사건본인과 함께 거주하던 주소지인 인천 000 소재 아파트에서 사건본인과 함께 생활하기 시작하였고, 위 주소지 인근 유치원에 사건본인의 입학을 신청하기도 한 상태였다), ④ 피고는 제1심 판결 선고 이후 원고가 제1심 판결이 정한 매주 금요일 20:00부터 일요일 20:00까지의 기간 동안 보조 양육자로서 사건본인을 돌보는 것에 대하여 협조적인 태도를 보이고 있지 아니하여, 피고를 사건본인의 단독 양육자로 지정할 경우에는 향후 원고와 사건본인 사이의 유대관계가 유지되는 것이 어려워질 우려가 있는 점, ⑤ 원고는 사건본인의 출생 이후 오랜 기간 거주하여 익숙한 환경인 인천 000 소재 아파트에서 향후 사건본인을 양육할 계획인 것으로 보이고, 원고의 모친도 사건본

인의 양육에 도움을 줄 수 있을 것으로 보이는 점 등을 들어, 부인 원고의 단독친권 및 단독양육으로 변경되었고, 모인 피고에게는 면접교섭권이 인정되었다. 위 항소심 판결은 현재 상고심에 계류 중에 있다.

(라) 소결

대법원 2013. 12. 26. 선고 2013므3383(본소), 2013므3390(반소) 판결, 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011므4665 판결이 공동양육을 인정한 원심판결을 파기하였으므로, 우리 대법원이 공동양육에 대하여 부정적인 입장을 취하고 있다고 생각할 수도 있다. 그러나 위 판결들 이전에 선고된 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010므3733(본소), 2010므3740(반소) 판결이 부모 쌍방을 자녀의 공동양육자로 지정한 항소심 판결에 대한 상고를 기각하였던 점에 비추어 보면, 대법원이 부모 공동의 양육권 귀속에 대해 부정적인 태도를 취한다고 단정하기는 어렵다. 오히려 위에서 들었던 각 대법원판결들의 판시를 모두 종합해 보면, 우리 대법원은 친권의 공동귀속이나 양육권의 공동귀속 자체에 대해 이를 일률적으로 허용하거나 부정한다는 입장을 취한다기 보다는, 구체적 사건에서 개별적인 정황을 따져서 당해 사건의 양육자 지정이 자녀의 성장과 복지에 가장 부합하는 방식으로 이루어진 것인지 여부를 살피고 있는 것으로 보인다.³¹⁾

결론적으로 공동양육과 관련된 판례가 더 축적되어야 그 흐름을 자세히 파악할 수 있겠지만, 일률적으로 공동양육을 부정하거나 긍정할 필요는 없을 것으로 보이고, 개별 사례에서 자녀의 성장과 복지라는 궁극적 목적에 가장 부합하는 최선의 양육방법이 무엇인지를 찾아가는 과정에서 공동양육이 하나의 선택지가 될 것이다. 즉 부모가 이혼 및 양육에 관한 협의가 이루어지지 않아 이를 재판상 청구하는 데까지 이르렀더라도, 부모의 전체적인 세계관과 가치관이 크게 다르지 않고, 이혼 소송 중에도 자녀와의 유대관계가 양측 모두 양호하게 우호적으로 지속되어 있으며, 부모가 자녀에 대한 강한 애정과 양육 의사를 표시하고 있고, 자녀도 부모 쌍방과 같이

31) 대법원 2013. 12. 26. 선고 2013므3383(본소), 2013므3390(반소) 판결은, 부모가 자녀들의 양육방식에 관한 의사나 가치관에 대한 현저한 차이가 있어 서로 침해하게 대립하여 심각한 분쟁 상황이 예상되고 그에 따라 자녀들에게 정신적 혼란이나 갈등이 초래될 것이라는 사유를 들었고, 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011므4665 판결은, 부와 모의 거주지가 멀어 자녀가 매주 오가는 것이 쉽지 않고, 평일 양육자로 지정된 부가 직접 양육하는 것도 아니어서 직접적 양육 가능성 측면에서 모가 더 우월하며, 부모가 여전히 서로에 대해 적대적인 감정을 갖고 있어서 친권행사나 양육과 관련하여 부모가 서로 원만히 협력하기가 쉽지 않아 그로 인한 갈등이 오히려 자녀의 정서적 안정이나 복지에 나쁜 영향을 미칠 것으로 예상된다는 사유를 들었다.

살고 싶다는 의사를 보일 뿐만 아니라 양측 부모의 거주지가 가깝고 경제적으로도 공동양육이 가능하다는 등 여러 사정이 인정되는 경우에는 양육권의 공동귀속도 가능할 것이다. 그러나 반대로 부부 쌍방 간 감정대립이 심하고, 가치관의 차이로 극심한 갈등이 있으며, 자녀들의 교육에 관하여도 다툼이 있는 경우라면, 자녀 양육을 강력히 원하는 부모의 의사 또는 공동양육에 대한 막연한 희망 아래, 법원이 공동양육을 명하는 것은 오히려 새로운 분쟁을 야기하여 결과적으로 자녀의 복리에 반하는 상황을 초래할 수도 있음을 유의하여야 한다.³²⁾

2. 미성년자녀의 국외탈취방지

가. 문제의 제기

우리의 경우 다문화가정의 증가, 부모 일방의 결정에 의한 아동의 국외이동 등으로 인하여 국제적인 아동탈취³³⁾가 드물지 않게 발생하고 있다.³⁴⁾ 부모 일방에 의한 미성년자녀의 (국외)탈취는 상대방 부모의 친권과 양육권의 행사 또는 상대방 부모 및 미성년자녀의 면접교섭권을 원천적으로 불가능하게 만들고 궁극적으로는 미성년자녀의 복리를 크게 해치게 된다. 이러한 문제점을 인식한 국제사회는 위 문제를 해결하기 위하여 1980년에 국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그협약(Hague Convention on International Child Abduction, 이하 '헤이그 협약'이라 한다)을 채택하였고, 1989년에는 유엔아동권리협약(Convention on the Rights of the Child, CRC)을 채택하였다. 우리나라도 2012년에 헤이그 협약에 가입함과 동시에 국내의 시행법인 헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률(법률 제11529호, 2012. 12. 11. 제정, 이하 '헤이그아동탈취법'이라 한다)을 제정하여 2013. 3. 1.부터 시행하고 있다.

그러나 부모 일방에 의한 자녀탈취에 대응하기 위한 우리의 관련 법제는 아직 걸음마 단계에 머물러 있어, 상대방 부모의 친권과 양육권의 행사 또는 상대방 부모

32) 정진아, 상계 논문, 198-201면

33) 부모의 일방, 후견인, 기타 가까운 가족이 하는 아동의 일방적 이동(removal) 또는 유치(retention)를 아동의 탈취(Child abduction)라고 부른다. 석광현, 국제아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그협약과 한국의 가입, 서울대학교 법학 제54권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2013. 6., 80면

34) 우리나라도 국제결혼의 증가와 함께 국제결혼가정의 자녀 중에서 부모 일방에 의해 중국, 베트남 등 외국으로 탈취된 아동의 수가 3,000여 명에 이를 것으로 추산하고 있다. 한국인권신문, “다문화가정 남편의 절규, 내 아들을 돌려 달라,” 2013. 10. 30. 자.

및 미성년자녀의 면접교섭권 확보 등에 크게 미흡하다.

이에 국외로 탈취된 미성년자녀의 반환절차를 확립함과 동시에 국외탈취를 사전 예방할 수 있는 법 제도의 보완이 시급한바, 이에 대하여 자세히 살펴보고자 한다.

나. 헤이그 협약

헤이그 협약은 16세 미만 아동이 불법으로 국외이동 또는 유치된 경우, 아동의 거소지로의 신속한 반환을 위한 반환청구 및 면접교섭권의 확보를 위한 지원절차를 규율하여 부모의 양육권과 부모 및 미성년자녀의 면접교섭권 확보를 주된 목적으로 하고 있다. 헤이그 협약은 외국에 거소를 둔 아동이 체약국으로 탈취되는 유형(인커밍 케이스, incoming case)과 체약국에 거소를 둔 아동이 외국으로 탈취되는 유형(아웃커밍 케이스, out coming case)을 포함한다. 대체로 각국의 이행 입법들은 이 두 가지 유형을 모두 포함하고 있다.³⁵⁾ 헤이그 협약은 총 6개 장 45개 조문으로 구성되어 있는데, 제1장 협약의 적용 범위(제1조 내지 제5조), 제2장 중앙당국(제6조 내지 제7조), 제3장 아동의 반환(제8조 내지 제20조), 제4장 면접교섭권(제21조), 제5장 일반규정(제22조 내지 제36조), 제6장 최종조항(제37조 내지 제45조)으로 구성되어 있다.

다. 국외탈취와 관련된 문제점

(1) 헤이그 협약을 통한 국외탈취 관련 법제의 문제점

(가) 우리나라는 헤이그 협약에 관한 시행법인 헤이그아동탈취법을 2012. 12. 11. 제정하여 2013. 3. 1.부터 시행하고 있다. 하위 법령으로는 헤이그 국제아동탈취 협약 이행에 관한 법률 시행규칙(법무부령 제784호, 2013. 2. 28. 제정, 2013. 3. 1. 시행)과, 헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 대법원규칙(대법원규칙 제2465호, 2013. 5. 1. 제정, 2013. 5. 1. 시행)이 있다. 헤이그아동탈취법은 총 4장 17개 조문과 부칙으로 구성되어 있는데, 제1장은 아동반환의 신속한 처리와 아동의 복리를 최우선으로 할 것과(제3조), 중앙당국은 법무부 장관으로 한 것이다(제4조). 제2장은

35) 우리나라의 ‘헤이그아동탈취법’ 제5조(대한민국으로 탈취된 아동의 반환지원 등 신청)와 제8조(다른 체약국으로 탈취된 아동의 반환 신청 등 지원), 일본의 “국제적인 자의 탈취에 관한 조약의 실시에 관한 법률” 제2장 제2절의 제1관(외국반환원조), 제2관(일본국 반환원조)등이 그 예이다.

아동반환 지원절차를 규정하고 있는데, 다른 체약국에서 대한민국으로 탈취된 경우(인커밍 케이스)에는 아동 반환 지원을 신청하고(제5조),³⁶⁾ 본안재판 중지를 요청하도록 하였다(제7조).³⁷⁾ 대한민국에서 다른 체약국으로 탈취된 경우(아웃커밍 케이스)에는 양육권 또는 면접교섭권이 침해된 자에게 필요한 지원을 할 수 있다(제8조). 법무부 장관은 협약의 이행을 위하여 중앙행정기관, 지방자치단체, 공공기관 등의 관계기관에 필요한 협조를 요청할 수 있다(제9조). 제3장은 아동의 반환과 반환 명령 절차를 규정하고 있다. 협약에 따른 아동반환 사건은 서울가정법원의 전속관할이다(제11조).³⁸⁾ 아동반환 등 아동반환청구사건은 가사소송법에 의한 마류 사건으로 필요한 경우 사전처분이나 가처분을 할 수 있다. 다만 일정한 경우 반환청구를 기각할 수 있다(제12조).³⁹⁾ 아동반환의 실효성 확보를 위하여 필요한 경우 법원의

36) 제5조(대한민국으로 탈취된 아동의 반환 지원 등 신청)

- ① 대한민국으로의 불법적인 이동 또는 유치로 인하여 협약에 따른 양육권이 침해된 자, 또는 협약에 따른 면접교섭권이 침해된 자는 법무부장관에게 협약에서 규정하는 아동의 반환을 확보하기 위한 다음 각 호의 지원 등을 신청할 수 있다.
 1. 아동의 소재 발견
 2. 협약의 적용과 관련한 국내 법률의 일반적 정보 제공
 3. 그 밖에 협약에서 규정한 지원
- ② 법무부장관은 협약에 따른 요건이 충족되지 아니하거나 신청에 충분한 근거가 없음이 명백한 경우에는 협약 제27조에 따라 제1항의 신청을 수리하지 아니할 수 있다.

37) 제7조(아동의 불법적인 이동 또는 유치 사실의 통지)

- ① 법무부장관 또는 양육권 침해를 이유로 제5조제1항의 신청을 한 자는 협약 제16조에 따른 본안 재판 중지를 위하여 대법원규칙으로 정하는 관할법원에 아동의 불법적인 이동 또는 유치 사실을 통지할 수 있다.
- ② 제1항에 따른 통지 또는 제12조제1항에 따른 청구가 있는 경우 법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하지 아니하는 한 협약 제16조에 따라 본안 재판을 중지한다.
 1. 제12조제1항에 따른 청구가 받아들여지지 아니한 경우
 2. 제1항에 따른 통지를 받은 후 상당한 기간 내에 제12조제1항에 따른 청구가 접수되지 아니한 경우

38) 2017. 6. 14. 기준으로 서울가정법원에 제기된 헤이그 협약에 따른 아동반환청구 사건 중 7건에 대하여 심판이 있었는데, 인용된 사례는 2건이고, 나머지 5건은 기각되었다.

39) 제12조(청구권자 등)

- ① 아동의 대한민국으로의 불법적인 이동 또는 유치로 인하여 협약에 따른 양육권이 침해된 자는 관할법원에 아동의 반환을 청구할 수 있다.
- ② 제1항에 따른 아동반환 청구에 관하여는 협약, 이 법 및 대법원규칙으로 정한 사항을 제외하고는 「가사소송법」에 따른 마류 가사비송사건에 관한 규정을 준용한다.
- ③ 법원은 제1항의 청구 사건에 관하여 아동의 권익 보호 또는 아동의 추가적인 탈취나 은닉을 예방하기 위하여 「가사소송법」 제62조에 따른 사전처분 또는 같은 법 제63조에 따른 가처분을 할 수 있다.
- ④ 법원은 아동의 불법적인 이동 또는 유치로 인하여 협약에 따른 양육권이 침해된 경우에도 협약에서 정하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 제1항에 따른 반환 청구를 기각할 수 있다.
 1. 아동의 불법적인 이동 또는 유치일부부터 1년이 경과하였고, 아동이 이미 새로운 환경에 적응하였다는 사실
 2. 아동을 보호하는 자가 아동의 이동 또는 유치 당시에 실제로 양육권을 행사하지 아니하였거나 이동 또는 유치에 동의하거나 승인한 사실
 3. 아동의 반환으로 인하여 아동이 육체적 또는 정신적 위해에 노출되거나 그 밖에 견디기 힘든 상황에 처하게 될 중대한 위험이 있는 사실

이행명령, 과태료, 감치의 3가지 강제수단을 규정하고 가사소송법의 규정을 준용한다(제13조).⁴⁰⁾ 법원은 사건의 신속한 처리를 위하여 6주 이내에 결정에 이르지 못한 경우에는 지연이유를 서면으로 알리도록 하였다(제14조).

(나) 헤이그아동탈취법의 시행상의 문제점으로는 첫째, 아동의 소재파악을 위한 지원체계의 미비이다. 헤이그 협약상의 반환청구권 확보 및 구제수단을 위해서는 아동의 소재파악이 우선되어야 한다. 먼저, 국내에 있을 것으로 추정되는 아동에 대해서는 법무부 장관에게 소재발견을 요청하도록 하였지만(제5조 제1항 제1호), 소재발견을 위한 주관부서나 방법에 대한 규정이 없다. 특히 외국으로 탈취된 아동의 소재파악에 대해서는 아동 소재국의 중앙당국에 신청서를 전달하도록 규정한 제8조 이외에는 별다른 방법이 없다.⁴¹⁾ 둘째, 이행명령에 대한 실효성도 의문이다. 법원은 아동의 반환을 이행하여야 할 자에 대하여 이행명령을 발할 수 있지만(제13조 제1항) 이행명령이 내려졌다고 하더라도 곧바로 이행의무가 발생하는 것도 아니고 집행력도 없으므로 이행명령은 민사집행법 제261조와 유사한 간접강제의 수단밖에 되지 않는다. 따라서 이행명령 그 자체가 실제로 아동의 반환 내지 인도 의무의 이행을 확보하는 수단으로서 실효성이 있는지에 대해서는 의문이 있다. 셋째, 헤이그 협약이 목표로 하는 탈취된 아동의 반환은 체약국의 협약이행을 기반으로 하므로 결국은 아동의 반환청구나 외국판결의 승인 및 집행의 문제에 있어서 상대방 국가와의 사법공조가 필요하다. 우리나라가 외국과의 사법공조와 협약이행을 담보하기 위

4. 아동이 반환에 이의를 제기하고, 아동의 의견을 고려하는 것이 적절할 정도의 연령과 성숙도에 이르렀다고 인정되는 사실

5. 아동의 반환이 대한민국의 인권 및 기본적 자유 보호에 관한 기본원칙에 의하여 허용되지 아니한다는 사실

40) 제13조(이행명령 등)

① 법원은 심판, 조정조서 및 조정을 갈음하는 결정에 의하여 협약에 따른 아동의 반환을 이행하여야 할 자가 정당한 이유 없이 그 의무를 이행하지 아니하는 경우에는 일정한 기간 내에 그 의무를 이행할 것을 명할 수 있다.

② 법원은 제1항에 따른 이행명령을 받고도 정당한 이유 없이 그 명령을 위반한 자에게는 1천만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있다.

③ 법원은 제1항에 따른 이행명령을 받은 자가 제2항에 따른 제재를 받고도 30일 이내에 정당한 이유 없이 그 의무를 이행하지 아니한 경우 그 의무를 이행할 때까지 30일의 범위에서 감치(감치)를 명할 수 있다.

④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 이행명령, 과태료 부과 및 감치 명령의 방식, 절차 등에 관하여는 「가사소송법」 제64조, 제67조 제1항 및 제68조를 준용한다.

41) 실제 소송과정에서 아동을 불법적으로 탈취한 자의 국내 소재를 파악하는데 최소 3-5개월 정도가 걸려 소송 진행에 지장을 주고 있는바, 신속한 아동반환을 위해 가정법원과 행정기관(법무부)이 유기적으로 공조하여 탈취한 자의 국내 소재를 신속히 파악할 수 있도록 노력하여야 할 것이다. 임재성, 국제아동탈취협약의 실무적 문제점, 2017. 1. 19.자 법률신문

해서는 1996년 친권과 아동의 보호에 관한 협약 등의 국제협약을 통한 사법공조 체계를 확립하여야 한다. 특히, 이 협약의 비체결국가인 아시아 국가와의 사이에 외국 판결의 승인 및 집행에 관한 협약을 별도로 체결하는 노력이 필요하다.⁴²⁾

(2) 헤이그 협약 이외의 국외탈취 관련 법제의 문제점

우리나라의 국제아동 탈취에 대한 대응은 크게 두 가지이다. 첫째는 외국에서 국내로 탈취된 아동(incoming case)을 반환해야 하는 케이스이고, 둘째는 국내에서 외국으로 탈취된 아동(outcoming case)의 반환을 청구하는 케이스이다. 실제로 우리나라와 국제혼인이 많은 중국(홍콩, 마카오 제외), 베트남, 필리핀, 일본, 캄보디아, 미국의 경우를 보면 필리핀, 일본과 미국을 제외한 나머지 국가들은 모두 헤이그 협약에 가입하지 않고 있으므로 이들 국가에 대하여 위 협약에 의한 해결을 기대할 수는 없고, 결국 외교적 노력이나 국내법에 따른 해결 방안은 모색할 수밖에 없다.

우리나라의 국제재판관할에 관하여는 국제사법 제2조, 국제민사 사법공조에 관하여는 국제민사사법공조법(법률 제4342호), 외국재판의 승인에 관하여는 민사소송법 제217조, 외국재판의 강제집행 및 집행 판결에 대해서는 민사집행법 제26조 및 제27조가 있다. 본안사건인 미성년자녀의 양육과 면접교섭권에 대해서는 국제재판관할규칙에 따라야 하나 국제사법에는 명확한 규정이 없고, 아동탈취에 관한 재판의 승인 및 집행에 관하여는 아무런 특칙이 없다.

더구나 헤이그 협약에 의한 해결을 기대하기 어려운 비체약국과의 관계에서는 전적으로 우리나라의 국내법에 의한 해결방법을 모색할 수밖에 없는데, 이 경우에도 우리와 상호보증에 없는 대부분 국제혼인 상대국과의 관계에서 각국 법원의 판결에 대한 승인과 집행에 의한 해결을 기대하기는 어렵다는 점이다.⁴³⁾

(3) 국외탈취에 대한 형사법적인 제재

대법원(2013. 6. 20. 선고 2010도14328. 전원합의체 판결)은 부모가 미성년자녀를 공동으로 양육하여 오던 중 그 일방이 임의로 자녀를 국외로 이송한 사건에서, 부모의 일방이 상대방 부모나 그 자녀에게 어떠한 폭행, 협박이나 불법적인 사실상

42) 김두년, 부모 일방의 자녀탈취와 양육권 확보를 위한 법적 과제, 법학연구 제57권, 한국법학회, 2015, 12-13면

43) 김두년, 상계 논문, 13-14면

의 힘을 행사함이 없이 그 자녀를 데리고 종전의 거소를 벗어나 다른 곳으로 옮겨 자녀에 대한 보호·양육을 계속하였다면, 그 행위가 보호·양육권의 남용에 해당한다는 등 특별한 사정이 없는 한 설령 이에 관하여 법원의 결정이나 상대방 부모의 동의를 얻지 아니하였다고 하더라도 그러한 행위에 대하여 곧바로 형법상 미성년자에 대한 약취죄의 성립을 인정할 수는 없다고 하였다.⁴⁴⁾ 그러나 이 판결에 따른다

44) 대법원 2013. 6. 20. 선고 2010도14328. 전원합의체 판결.

[1] [다수의견] 형법 제287조의 미성년자약취죄, 제288조 제3항 전단[구 형법(2013. 4. 5. 법률 제11731호로 개정되기 전의 것)을 말한다. 이하 같다] 제289조 제1항에 해당한다]의 국외이송약취죄 등의 구성요건 요소로서 약취란 폭행, 협박 또는 불법적인 사실상의 힘을 수단으로 사용하여 피해자를 그 의사에 반하여 자유로운 생활관계 또는 보호관계로부터 이탈시켜 자기 또는 제3자의 사실상 지배하에 옮기는 행위를 의미하고, 구체적 사건에서 어떤 행위가 약취에 해당하는지 여부는 행위의 목적과 의도, 행위 당시의 정황, 행위의 태양과 종류, 수단과 방법, 피해자의 상태 등 관련 사정을 종합하여 판단하여야 한다. 한편 미성년자를 보호·감독하는 사람이라고 하더라도 다른 보호감독자의 보호·양육권을 침해하거나 자신의 보호·양육권을 남용하여 미성년자 본인의 이익을 침해하는 때에는 미성년자에 대한 약취죄의 주체가 될 수 있는데, 그 경우에도 해당 보호감독자에 대하여 약취죄의 성립을 인정할 수 있으려면 그 행위가 위와 같은 의미의 약취에 해당하여야 한다. 그렇지 아니하고 폭행, 협박 또는 불법적인 사실상의 힘을 사용하여 그 미성년자를 평온하던 종전의 보호·양육 상태에서부터 이탈시켰다고 볼 수 없는 행위에 대해서까지 다른 보호감독자의 보호·양육권을 침해하였다는 이유로 미성년자에 대한 약취죄의 성립을 긍정하는 것은 형벌법규의 문언 범위를 벗어나는 해석으로서 죄형법정주의의 원칙에 비추어 허용될 수 없다. 따라서 부모가 이혼하였거나 별거하는 상황에서 미성년의 자녀를 부모의 일방이 평온하게 보호·양육하고 있는데, 상대방 부모가 폭행, 협박 또는 불법적인 사실상의 힘을 행사하여 그 보호·양육 상태를 깨뜨리고 자녀를 탈취하여 자기 또는 제3자의 사실상 지배하에 옮긴 경우, 그와 같은 행위는 특별한 사정이 없는 한 미성년자에 대한 약취죄를 구성한다고 볼 수 있다. 그러나 이와 달리 미성년의 자녀를 부모가 함께 동거하면서 보호·양육하여 오던 중 부모의 일방이 상대방 부모나 그 자녀에게 어떠한 폭행, 협박이나 불법적인 사실상의 힘을 행사함이 없이 그 자녀를 데리고 종전의 거소를 벗어나 다른 곳으로 옮겨 자녀에 대한 보호·양육을 계속하였다면, 그 행위가 보호·양육권의 남용에 해당한다는 등 특별한 사정이 없는 한 설령 이에 관하여 법원의 결정이나 상대방 부모의 동의를 얻지 아니하였다고 하더라도 그러한 행위에 대하여 곧바로 형법상 미성년자에 대한 약취죄의 성립을 인정할 수는 없다.

[대법관 신영철, 대법관 김용덕, 대법관 고영한, 대법관 김창석, 대법관 김신의 반대의견] 공동친권자인 부모 중 일방이 상대방과 동거하며 공동으로 보호·양육하던 유아를 국외로 데리고 나간 행위가 약취죄의 ‘약취행위’에 해당하는지를 판단하려면, 우선 폭행, 협박 또는 사실상의 힘을 수단으로 사용하여 유아를 범인 또는 제3자의 사실상 지배하에 옮겼는지, 그로 말미암아 다른 공동친권자의 보호·양육권을 침해하고, 피해자인 유아를 자유로운 생활관계 또는 보호관계로부터 이탈시켜 그의 이익을 침해하였는지를 따져 볼 필요가 있다. 부모 중 일방이 상대방과 동거하며 공동으로 보호·양육하던 유아를 국외로 데리고 나갔다면, ‘사실상의 힘’을 수단으로 사용하여 유아를 자신 또는 제3자의 사실상 지배하에 옮겼다고 보아야 함에 이론이 있을 수 없다. 친권은 미성년자녀의 양육과 감호 및 재산관리를 적절히 함으로써 그의 복리를 확보하도록 하기 위한 부모의 권리이자 의무의 성격을 갖는 것으로서, 민법 제909조에 의하면, 친권은 혼인관계가 유지되는 동안에는 부모의 의견이 일치하지 아니하거나 부모 일방이 친권을 행사할 수 없는 등 예외적인 경우를 제외하고는 부모가 공동으로 행사하는 것이 원칙이고(제2항, 제3항), 이혼하려는 경우에도 상대방과의 협의나 가정법원의 결정을 거치지 아니한 채 일방적으로 상대방의 친권행사를 배제하는 것은 허용되지 않는다(제4항). 따라서 공동친권자인 부모의 일방이 상대방의 동의나 가정법원의 결정이 없는 상태에서 유아를 데리고 공동양육의 장소를 이탈함으로써 상대방의 친권행사가 미칠 수 없도록 하였다면, 이는 특별한 사정이 없는 한 다른 공동친권자의 유아에 대한 보호·양육권을 침해한 것으로서 민법을 위반한 행위라고 할 것이다. 그 뿐 아니라 유아로서도 다른 공동친권자로부터 보호·양육을 받거나 받을 수 있는 상태에서 배제되는 결과를 강요당하게 되어 유아의 이익을 현저히 해치게 될 것이므로 그 점에서도 위법성을 면할 수 없다. 따라서 어느 모로 보나 부모의 일방이 유아를 임의로 데리고 가면서 행사한 사실상의 힘은 특별한 사정이 없는 한 불법적이라고 할 것이며, 특히 장기간 또는 영구히 유아를 데리고 간 경우에는 그 불법성이 훨씬 더 크다는 점을 부인할 수 없을 것이다.

[2] 베트남 국적 여성인 피고인이 남편 갑의 의사에 반하여 생후 약 13개월 된 아들 을을 주거지에서 데리고 나와 약취하고 이어서 베트남에 함께 입국함으로써 을을 국외에 이송하였다고 하여 국외이송약취 및 피약취자국외이송으로 기소된 사안에서, 제반 사정을 종합할 때 피고인이 을을 데리고 베트남으로 떠난 행위

면 공동 친권 및 양육권자 중 일방이 미성년자녀를 국외로 탈취하여 양육을 계속하는 경우에는 달리 처벌할 방법이 없어서 형사정책상 문제가 있다. 이에 우리나라도 헤이그아동탈취법의 취지에 맞도록 부모 일방의 자녀에 대한 국외탈취에 대하여 합당한 처벌규정을 마련할 필요가 있다.

라. 국외탈취 방지를 위한 법적 과제⁴⁵⁾

(1) 자녀의 국외이동 제한조치의 마련

부모 일방이 미성년자녀에 대한 여권을 발급받으려고 하거나, 미성년자녀와 외국으로 출국하려는 경우, 사전에 상대방 부모의 동의를 얻도록 하는 제도, 부모 일방이 가정법원에 미성년자녀의 국외이동 제한을 신청할 수 있는 제도⁴⁶⁾ 등 다양한 사전적·예방적 수단의 확립이 필요하다.⁴⁷⁾

대법원도 다수의견에 대한 보충의견으로 부모의 일방이 상대방의 동의나 가정법원의 결정이 없는 상태에서 미성년인 자녀를 국외로 데리고 나간 경우에 대해서는 여권의 발급제한과 출입국에 관계되는 제도를 개선할 필요가 있다고 하였다.⁴⁸⁾ 미

는 어떠한 실력을 행사하여 을을 평온하던 종전의 보호·양육 상태에서부터 이탈시킨 것이라기보다 친권자인 모(모)로서 출생 이후 줄곧 맡아왔던 을에 대한 보호·양육을 계속 유지한 행위에 해당하여, 이를 폭행, 협박 또는 불법적인 사실상의 힘을 사용하여 을을 자기 또는 제3자의 지배하에 옮긴 약취행위로 볼 수는 없다는 이유로, 피고인에게 무죄를 인정한 원심판단을 정당하다고 한 사례.

- 45) 아래와 같은 제한조치는 다문화가정뿐만 아니라 일반가정에서도 동일하게 적용될 수 있을 것이다.
- 46) 민법 제909조 제2항은 혼인 중 부모의 의견이 일치하지 아니하는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정하도록 규정하고 있고, 민법 제837조 제4항은 양육에 관한 사항의 협의가 이루어지지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 직권으로 또는 당사자의 청구에 따라 이에 관하여 결정한다고 규정하고 있으며, 같은 조 제5항은 가정법원은 자의 복리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 부·모·자 및 검사의 청구 또는 직권으로 자의 양육에 관한 사항을 변경하거나 다른 적당한 처분을 할 수 있다고 규정하고 있다. 나아가 가사소송법 제2조 제1항 제2호 나. 마류 사건 제1호에서는 부부의 협조에 관한 처분, 마류 사건 제3호에서는 자녀의 양육에 관한 처분, 변경 등에 관하여 규정하고 있으므로, 혼인 중이거나 이혼한 부모 일방은 미성년자녀의 국외이동에 대한 협의가 이루어지지 아니하는 경우 가정법원에 심판을 청구할 수 있을 것이다. 다만 심판 결과에 대해 관계기관으로의 통지절차 및 이에 대한 구속력이 인정되지 않는 한 실효성을 얻기는 어려울 것이다.
- 47) 부모 일방이 일방적으로 자녀를 국외로 데리고 가려고 할 경우 현재로서는 가사소송법 제62조의 사전처분제도를 이용하는 방법밖에는 없다. 그러나 사전처분은 확정되어야 효력이 발생하고 사전처분으로 출국 자체를 막을 방법이 없으며, 이를 위반하여도 사후에 과태료 부과하는 간접적인 수단이 전부이다.
- 48) 대법원, 2013. 6. 20. 선고 2010도14328 전원합의체 판결, 다수의견에 대한 대법관 이인복, 대법관 이상훈, 대법관 박병대, 대법관 박보영, 대법관 김소영의 보충의견
- 이 사건과 같이 부모의 일방이 상대방의 동의나 가정법원의 결정이 없는 상태에서 미성년자녀를 국외로 데리고 나간 경우에 대해서는 그 행위에 합당한 처벌규정을 제정하고, 여권의 발급·제한과 출입국관리 등 관계되는 제도를 개선하며, 국제혼인 관련 국가와의 외교적 해결 방안을 마련해 두는 등 반대의견에서 제기한 문제점의 시정과 해결을 위한 입법적·행정적 노력과 조치가 조속히 이어지기를 기대하고 또한 촉구하고자 한다. 그리고 이를 통하여 근원적이고 종합적인 대책을 세울 수 있다고 본다. 그렇지 아니하고 형법의 원래 임무와 기능에 속한다고 볼 수 없는 문제의 해결을 위하여 입법자와 전체 법체계가 의도한 바와는 달리 형법상 미성년자 관련 약취죄의 가벌성을 확장하려는 시도는 큰 성과를 기대하기도 어렵고 경우에 따라서 상당한 부작용을 낳을 수 있어 동의할 수 없다.

성년자녀의 국외탈취 위험이 감지되는 경우 법원이 미성년자녀의 출국을 금지하는 외국의 입법례가 있다. 예를 들어 미국의 경우는 16세 미만의 아동이 여권을 발급받기 위해서는 부모 쌍방이나 법적 보호자의 서명을 요건으로 한다. 또한 아동대상으로 여권발급경보프로그램에 미성년자녀를 등록시킬 수도 있다.⁴⁹⁾

우리 외교부도 민법 제909조, 여권법 시행규칙 제6조 등을 근거로 2016. 7. 1.부터 공동친권자 중 일방이 임의로(다른 일방의 동의 없이) 법정대리인 동의서를 작성하여 여권을 발급받아 자녀를 출국시키는 경우 등을 막기 위하여, 18세 미만 자녀의 여권 (재)발급 또는 분실 신고에 동의하지 않는 공동친권자가 사전에 민원창구를 방문하여 법정대리인(공동친권자) 부동의서를 작성·제출하면, 외교부가 이 정보를 여권정보통합관리시스템(PICAS)을 통해 관리하면서, 이후 해당 자녀의 여권 (재)발급 신청이나 분실 신고가 접수되면, 여권정보통합관리시스템(PICAS)을 통해 접수담당자에게 공동친권자 중 한 명이 동의하지 않고 있음을 알림으로써 공동친권자 일방의 동의 없이 무단으로 자녀의 여권이 (재)발급되거나 분실 신고 되는 것을 방지하는 18세 미만의 공동친권자의 부동의 의사표시 관리제도를 시행하고 있다.⁵⁰⁾⁵¹⁾ 그러나 위 제도는 이미 발급된 여권을 실효시키거나 출국을 금지하는 효력은 없어, 공동친권자 중 일방이 임의로 이미 발급된 여권을 이용하여 아이를 데리고 출국하는 것을 막을 수가 없다. 따라서 이를 방지하기 위한 제도 개선이 필요하다.⁵²⁾

(2) 이혼 시 자녀의 국외이동 제한조치 마련

우리 민법 제837조의2 제1항은 자를 직접 양육하지 아니하는 부모의 일방과 자는 상호 면접 교섭할 수 있는 권리를 가진다고 규정하여 면접교섭권을 비양육자와 자녀의 권리로 인정하고 있다. 아동의 권리에 관한 국제협약(The Convention on the Rights of the Child) 제9조에서도 부모만이 면접교섭권의 주체가 아니라 자녀 즉 아동도 고유한 면접교섭권의 주체로 인정하여 아동의 면접교섭권을 보장할 것을 선언

49) 자세한 내용은 김아영, 다문화가정의 미성년자녀 탈취에 관한 연구, 법과사회 48호, 2015. 4., 295면

50) 외교부 재외동포영사국 여권과, 18세 미만 자녀의 여권 발급 등에 대한 공동친권자의 부동의 의사표시 관리 업무처리 지침, 2016. 6. 17.자.

51) 공동친권자 일방의 부동의 의사표시가 자의 복리에 반하여 부당한 경우 상대방은 가사소송법 제2조 제1항 제2호 나. 마류 사건 제1호, 마류 사건 제3호에 따라 가정법원에 그 일방의 동의를 구하는 심판을 청구할 수 있을 것이다.

52) 공동친권자 중 일방이 상대방 의사에 반하여 자녀를 국외로 데리고 나갈 우려가 있는 경우, 가정법원은 당사자의 신청에 따라 자녀의 출국을 금지하는 명령을 하고, 그 결정 내용을 관계기관에 통지하는 제도를 마련할 필요가 있다.

하고 있다.⁵³⁾ 특히, 이혼한 부모 일방이 미성년자녀를 데리고 출국하는 국외탈취의 경우에는 다른 부모에게 원천적으로 면접교섭권 행사를 불가능하게 만들고, 미성년 자녀의 입장에서조차 마찬가지이다. 또한 아동이 국외로 탈취되면 그 아동의 소재를 파악하기 어렵고, 설령 아동의 소재를 알고 있다고 하더라도 아동을 국내로 다시 데려오는 것도 쉽지 않다. 따라서 가정법원은 부모가 협의이혼이나 재판상 이혼을 하는 경우 친권자 및 양육자를 지정하면서 미성년자녀를 양육하는 부모 일방이 그 자녀를 국외로 이동하려고 하는 경우 다른 부모 일방에게 그 사실을 사전 통지하고 동의를 얻도록 하는 내용을 명시하고, 이러한 내용을 관계기관에 통지하여 구속력이 발생하도록 하는 제도를 도입할 필요가 있다.

(3) 형사법적인 제재조치 마련

우리나라가 2012년에 헤이그 협약에 가입하고 국내에서 시행할 헤이그아동탈취법을 마련하였지만, 우리나라와 국제혼인이 빈번한 대부분의 나라가 위 협약에 가입하지 않았기 때문에 위 협약을 통한 미성년자녀의 반환을 기대하기는 어렵다. 따라서 위 협약에 의한 구제방법과는 별도로 자녀탈취 행위에 대한 형사법적 제재방안을 마련할 필요가 있다.⁵⁴⁾

외국의 입법례는 대체로 헤이그 협약과는 별도로 미성년자녀의 국외탈취에 관한 특별법을 제정하거나 형법상의 범죄로 규정하여 형사법적인 제재를 가하고 있다.⁵⁵⁾

미국에서는 1980년의 부모유괴방지법(Parental Kidnapping Prevention Act : PKPA)과 1993년의 국제부모유괴처벌법(International Parental Kidnapping Crime Act : IPKCA)을 제정하여 헤이그 국제아동탈취협약과는 별도로 형사법적인 제재방안을 마련하였다.⁵⁶⁾ 영국에서도 1984년의 아동탈취법(Child Abduction Act : CAA)을 제정하여 16세 미만의 아동과 관련된 사람이 적절한 승인 없이 영국 밖으로 데려가는 행위를 범죄로 규정하여 형사처벌을 하고 있다.⁵⁷⁾ 독일에서는 형법에서 미

53) 채승우, 양육권자의 거소지 이전과 면접교섭권 침해, 법학논총, 제20권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2008., 172면

54) 부모 일방이 자녀와 함께 외국으로 도피해 버리면 형사법적인 제재의 실효성이 없을 수도 있겠으나, 후일에 재입국하는 경우에는 형사처벌이 가능하므로 부모 일방의 자녀탈취를 방지하는 데에 효과가 있을 수 있다. 김두년, 상계 논문, 16면

55) 김두년, 상계 논문, 17면

56) 김아영, 상계 논문, 297면

57) 김아영, 상계 논문, 297면

성년자 약취죄(독일 형법 제235조 제1항)와 부모 일방의 국제자녀탈취에 대하여 아동의 국외탈취죄(독일형법 제235조 제2항)⁵⁸⁾를 범죄로 규정하여 형사처벌을 하고 있다.

우리나라에서도 부모 일방의 자녀탈취에 대한 형사법적인 제재조치를 마련하여야 한다. 그 방법론으로서는 미국의 국제부모유괴처벌법(IPKCA, 1993)이나 영국의 아동탈취법(CAA, 1984)과 같이 특별법을 제정하거나, 독일 형법의 예를 참고하여 현행 형법 제287조에 자녀에게 양육권이 없는 부모 중 일방이 양육권자의 의사에 반하여 자녀를 외국으로 데려가거나 외국으로 데려간 후 그곳에서 억류하거나, 또는 외국에서 불법으로 억류하는 행위에 대해서도 동일하게 처벌하는 내용을 제2항으로 신설하는 방안을 생각해 볼 수 있다.⁵⁹⁾

(4) 외교적인 해결과 사법공조의 필요성⁶⁰⁾

국경을 넘은 아동탈취의 문제는 복잡한 국제법적 문제를 내포하고 있으므로 국제적 차원의 공권력 개입이나 정부 간 협력이 필요하다. 우리나라와 같이 헤이그 협약에 가입되어있는 일본, 미국 사이의 자녀탈취문제는 위 협약에 의한 해결이 가능⁶¹⁾하지만, 위 협약에 가입되어있지 않은 중국(홍콩, 마카오 제외), 베트남, 캄보디아 등 주요 국제혼인 상대국과의 관계에서는 여전히 위 협약에 따라 탈취된 미성년 자녀의 반환을 청구할 수 없다. 따라서 우리나라는 이들 국가의 위 협약가입을 적극 유도하는 한편, 개별 국가별로 외교적인 채널을 동원하여 미성년자녀에 대한 반환 교섭에 적극 노력할 필요가 있다.

마. 결론

58) 독일형법 제235조(미성년자 약취·유인) ② 아동을 부모, 부모 일방, 후견인 또는 보호자로부터 다음 각 호의 1을 행한 자도 동일하게 처벌한다. 1. 외국으로 데려가기 위한 약취행위 2. 외국으로 보내진 후에 그곳에서 불법으로 억류하거나 또는 외국에서 불법으로 억류하는 행위 ⑦ 미성년자 약취는 제1항 내지 제3항의 경우 형사소추기관이 형사소추에 대한 특별한 공익을 이유로 직무상 개입이 허용된다고 확정하는 경우가 아닌 한, 고소가 있어야만 형사소추된다. 법무부, 독일형법, 동광문화사, 2008. 176-177면, 위 규정은 부모 일방이 자를 데리고 국외로 나간 경우는 물론, 부모 일방이 다른 부모 일방의 면접교섭권을 침해하기 위해 국외로 나간 경우 등이 모두 제235조 제2항 제1호에 포섭되어, 처벌이 가능하다. 하태훈, 미성년자약취죄와 국외이송 약취죄의 ‘약취’의 의미, 고려법학 제71호, 고려대학교 법학연구원, 2013. 113면 이하

59) 김두년, 상계 논문, 17면, 이에 대하여 면접교섭권을 침해하는 경우에도 형사처벌 규정을 두어야 한다는 견해도 있다.

60) 김두년, 상계 논문, 17-18면

61) 헤이그협약이 적용되기 위해서는 양육권 또는 면접교섭권이 침해되기 직전에 아동이 체약국에 상거소(habitual residence)를 가지고 있어야 하고, 아동의 현재 소재지가 다른 체약국에 있어야 한다(제4조 제1문)

부모 일방에 의한 국제적 아동탈취는 상대방 부모의 양육권, 면접교섭권 등의 행사를 원천적으로 불가능하게 만들고, 자녀의 입장에서 언어적·사회적·문화적 장벽으로 고통을 겪을 수 있을 뿐 아니라 자녀의 권리인 면접교섭권을 행사할 기회를 봉쇄하는 결과가 된다. 따라서 국제적 아동탈취로부터 부모 일방의 양육권, 면접교섭권 등을 확보하고, 미성년자녀의 올바른 성장과 복지라는 측면에서 사전적·예방적으로 국제적 아동탈취를 방지할 제도적 조치를 마련할 필요가 있으며, 이와 더불어 헤이그 협약에 가입하지 않고 있는 중국(홍콩, 마카오 제외), 베트남, 캄보디아 등 우리의 주요 국제혼인 상대국들에 대한 위 협약가입을 촉구하고, 이들 국가와의 긴밀한 사법공조방안을 마련할 필요가 있다.

3. 양육비와 관련된 문제

가. 양육비청구권의 근거

(1) 양육비청구권과 부양청구권과의 관계

양육은 미성년자녀를 성년이 될 때까지 보호하고 돌보는 것을 의미하고, 양육비는 이러한 미성년자녀를 보호·교양하는 데 드는 비용을 의미한다.⁶²⁾ 그리고 부양이란 자기의 자력이나 근로로 생활할 수 없는 자에게 일정한 신분 관계에 있는 자가 생활 자료를 공급하여 생존할 수 있도록 하는 것을 말한다.⁶³⁾ 부양료는 민법 제826조의 부부간의 부양의무와 제974조의 직계혈족 및 그 배우자 간의 부양의무, 기타 생계를 같이하는 친족 간의 부양의무를 포괄하는 넓은 개념이며, 양육비 지급의무는 그 속에 포함되는 것으로 볼 수 있다. 이러한 양육비와 부양료의 관계에 대해서는 미성년자녀의 보호·양육·교육에 드는 비용을 자녀의 입장에서 보면 민법 제974조의 부양문제가 되어 자의 부모에 대한 청구는 부양료청구가 되며, 이혼하는 부부 사이 또는 조부모 등 친족인 제3자와 부모 사이에 이루어지는 청구의 관점에서 보면, 그들 간의 청구는 양육비청구가 된다고 본다.⁶⁴⁾ 따라서 양육비청구권은 양

62) 최민수, 부부간 과거 부양료청구와 미성년자녀의 과거 양육비청구, 가족법연구 제28권 제1호, 2014., 66면

63) 박희영, 부양의무위반의 형사적 규제에 관한 비교법적 연구-독일과 오스트리아의 제도를 중심으로-, 법제연구 통권 제16호, 2004. 6., 170면

64) 박병호, 김유미, 과거의 양육비 구상, 법학 35권 3,4호, 서울대학교법학연구소, 1994., 207면 이하, 이동철, 친권행사자 및 양육자 지정, 양육비청구에 관한 몇가지 문제, 실무연구 [X], 서울가정법원 법관가사재판실무연구회, 2005. 7., 207-208면에서는 “양육자로 지정된 부 또는 모가 양육에 관한 처분으로서 양육자로 지정되지 아니한 부 또는 모에게 그 분담을 청구하는 것을 실무상 양육비청구라고 부르고 있다.”고 한다.

육자가 비양육자를 상대로 미성년자녀의 보호·양육·교육에 필요한 비용을 청구할 수 있는 권리를 의미하고, 미성년자녀가 부모에게 양육 등에 필요한 비용을 청구하는 권리는 부양료청구권이라 할 것이다.⁶⁵⁾

(2) 미성년자녀의 부양청구권의 근거

민법 제826조 제1항은 부부는 서로 부양하고 협조하여야 한다. 라고 하여 부부 상호 간의 부양의무를, 민법 제974조는 직계혈족 및 그 배우자 간 그리고 기타 생계를 같이하는 친족 간에는 서로 부양의무가 있다. 라고 하여 부부 상호 간 및 친족 간의 부양의무를 규정하고 있다. 그러나 이와는 달리 부모의 미성년자녀에 대한 부양의무에 관하여는 명확한 근거 규정을 두고 있지 않아 학설은 민법 제913조(보호, 교양의 권리·의무)에서 부양의무의 근거를 찾는 견해,⁶⁶⁾ 일반 친족 부양에 관한 민법 제974조 이하 규정을 친자 간의 부양에도 적용하여야 한다는 견해⁶⁷⁾ 등 다양한 의견을 제시하고 있다. 그러나 부모의 자녀에 대한 부양은 친자관계의 본질에서 유래하는 초법규적 의무로서 그 부양의무는 법적 근거 규정을 따질 것도 없이 친자관계의 본질로부터 당연히 비롯되는 것으로 보는 것이 옳을 것이다. 우리나라 다수설과 판례⁶⁸⁾도 부모의 미성년자녀에 대한 부양의무는 혈연을 기초로 하는 친자관계의 본질에서 근거하는 것으로 친권의 유무, 자녀와 부모의 공동생활 여부와 관계없이 친자관계 그 자체로부터 발생하는 의무이며 부모의 책임은 동질이라는 견해를 따르고 있다.⁶⁹⁾ 따라서 미성년자녀의 양육 등에 필요한 비용에 대하여, 미성년자

65) 이에 대하여 민법 제923조 제2항 본문은 친권자와 자녀 사이에도 양육비 지급의무라는 개념이 사용될 수 있음을 분명히 하고 있는 점, 민법 제837조는 공동 양육비 지급의무자인 부모 사이에 양육비의 부담에 대한 협의와 심판을 할 수 있다는 정도의 의미로 이해하면 충분한 점 등을 이유로 부양료청구권을 양육비청구권까지 포함하는 개념으로 보아야 한다는 견해가 있다(임종호, 양육비청구권에 관한 기초이론 및 실무상 쟁점, 사법논집, 제51집, 법원도서관, 2011, 222-223면). 견해대립의 실익은, 미성년자녀가 부모를 상대로 부양료 지급을 청구하는 경우 양육비 직접지급명령(가소법 제63조의2), 담보제공명령 및 일시금 지급명령(가소법 제63조의3)을 이용할 수 있는지 여부에 있다. 가사소송법이 “자녀의 양육”에 관한 처분과 “부양”에 관한 처분을 분리하여 규정하고 있고(가소법 제2조 제1항 2호 나), 가사소송법 제48조의2, 제48조의3은 “부양료 청구 사건”과 “미성년자인 자녀의 양육비 청구사건”을 구분하고 있는 점을 고려할 때, 마류 8호 사건인 부양료 청구사건에는 양육비 직접지급명령 등이 허용되지 않는다고 생각할 수 있다. 그러나 양육비와 부양료는 본질에 있어 차이가 없고, 임법상 양육자가 위 권리를 행사하는 경우를 주로 예정한 것으로 보이지만 양육자 이외의 자의 권리행사를 완전히 부정하려는 취지로 보이지는 않는 점 등을 고려할 때, 해석을 통해 미성년자녀가 부양료 지급을 구하는 심판을 청구한 경우에도 양육비 직접지급명령 등을 이용할 수 있다고 봄이 타당하다고 생각된다. 같은 견해로 윤진수, 주해친족법 제2권 박영사, 2015., 1469-1470면

66) 이연주, 부부 간의 과거 부양료 및 양육비 청구에 관하여, 인권과 정의 401호, 대한변호사협회, 2010., 44면

67) 문형식, 친자관계를 중심으로 한 부양료청구와 구상(상), 대한변호사협회지 130호, 대한변호사협회, 1987., 47면, 박상봉, 부모의 자녀양육의무와 과거 양육비상환청구, 재판의 한길, 박영사, 1998., 466면

68) 대법원 1994. 5. 13.자 92스21 전원합의체 결정

69) 최민수, 상계 논문, 68-69면

녀는 부모의 이혼 여부와 상관없이 부모를 상대로 부양청구권(가사소송법 제2조 제2호 나. 마류 사건 8호)을 행사 할 수 있다.⁷⁰⁾

(3) 양육비청구권의 근거

(가) 부모 간의 청구인 경우

양육비청구권의 법적 근거에 대해서는 미성년자녀의 부모가 혼인 중인 경우에는, 부부간의 부양·협조 의무를 규정한 민법 제826조 제1항과 혼인생활비용의 공동부담규정인 민법 제833조가 근거 규정이 된다.⁷¹⁾ 부모가 이혼한 경우에는 부모가 이혼을 하더라도 원칙적으로 자녀의 지위에는 변함이 없어, 자녀는 부모 모두에 대하여 친자관계를 계속 갖게 되고 서로 간에 부양의무를 포함한 권리·의무를 부담하게 되므로, 부모는 공동으로 자녀에 대한 부양의무를 지게 된다. 현행 민법은 부모가 이혼하는 경우에 당사자는 그 자의 양육에 관한 사항을 협의에 의하여 정하고(제837조 제1항), 협의가 되지 아니하거나 협의할 수 없는 경우에는 가정법원이 당사자의 청구에 의하여 그 자의 연령, 부모의 재산상황, 기타 사정을 참작하여 양육에 관한 사항을 정하도록 하고 있으므로(민법 제837조 제2항, 가사소송법 제2조 제1항 제2호 나. 마류 사건 3호), 부모가 이혼한 경우 양육비청구권의 근거 규정은 민법 제837조에서 찾을 수 있을 것이다.⁷²⁾ 따라서 부모가 혼인 중인 경우(부모가 사실상 별거하고 있는 경우 포함)에는 미성년자녀를 양육하고 있는 부모 일방이 상대방에게 가사소송법 제2조 제1항 제2호 나. 마류 사건 1호에 따라 양육비를 청구할 수 있고, 부모가 이혼을 하는 경우, 양육자인 부모가 비양육자인 상대방에게 가사소송법 제2조 제1항 제2호 나. 마류 사건 3호에 따라 양육비를 청구할 수 있다고 볼 것이다.⁷³⁾

70) 대법원 1972. 7. 11. 선고 72므5 판결

71) 박정기 가족법 : 친족상속법, 삼영사, 2005, 132면, 이연주, 상계 논문, 42면, 최행식, 자의 양육 및 부양과 과거의 부양료, 가족법연구 8호, 한국가족법학회, 1994, 400면 이하, 박병호, 가족법, 한국방송통신대학, 1993., 98면

72) 최민수, 상계 논문, 70면

73) 대법원 관례(1994. 5. 13.자 92스21 전원합의체 결정)는 민법 제837조 제2항 제2호 “양육비용”에 이혼 전 양육비(과거 양육비)도 포함될 수 있다고 본다. 실무상 일정 시점 이후의 과거 양육비를 장래 양육비와 함께 청구하는 것이 대부분이고, 이 경우 심판청구일 또는 심판일 등을 기준으로 과거 양육비와 장래 양육비를 구분하여 지급을 명하고 있다. 민법 제837조는 이혼으로 자녀의 공동양육이 어려워진 상황에서 자녀의 양육문제를 해결하기 위한 규정인 점에 비추어 보면, 이혼 후 양육비용만 포함된다고 봄이 자연스럽다. 이러한 논리를 일관한다면 이혼 전 양육비청구는 마류 사건 제1호, 이혼 후 양육비청구는 마류 사건 제3호로 처리함이 타당할 수도 있다. 그러나 현재 실무는 일괄하여 마류 사건 제3호 사건으로 취급하여, 이혼 청구에 양육비가 병합된 사건에서 이혼 청구를 기각할 경우 과거 및 장래 양육비청구도 이혼을 전제로 한 것이라는 이

(나) 제3자와 부모 간의 청구인 경우

미성년인 자를 양육하는 제3자(친족 등 후순위 부양의무자뿐만 아니라 부양의무가 없는 제3자인 경우 포함)⁷⁴⁾의 경우 민법상 사무관리 또는 부당이득의 법리 등에 따라 부양의무가 있는 부모를 상대로 양육비 지급을 청구할 수 있을 것이다. 다만 양육비청구권의 관할이 문제인데, 제3자의 부양의무자에 대한 부양료의 구상은 사무관리 또는 부당이득을 근거로 하는 청구이므로 민사 법리가 적용되는 민사소송 사항이라는 견해,⁷⁵⁾ 부양료청구는 대심적 구조를 가지고 쟁송적 성격이 있으나 전문기관인 가정법원이 후견적 입장에서 재량에 의하여 합목적적으로 사건을 처리하는 것이 합당하여 가사비송사건으로 규정한 것인데, 부양료 구상청구의 경우에도 결국 구상되는 금전의 실질은 부양료이므로, 양자는 동일한 지배원리나 판단 기준에 의하여 판단되어야 한다는 점에서 가사비송사건으로 취급하는 것이 적당하다는 견해⁷⁶⁾ 등이 존재한다.⁷⁷⁾ 결론적으로 가사비송설에 찬동하면서도 현행 가사소송법이 가사사건을 제한적으로 열거하고 있는 점을 고려하여, 앞서 설명한 바와 같이 가사소송법과 가사소송규칙 등을 조속히 개정하여 친족 등 후순위 부양의무자가 양육자인 경우 가사비송절차에 의하여 양육비청구권을 행사할 수 있도록 하는 것이 타당할 것이다.

나. 양육비청구권의 성질

제3자인 양육자가 부모 일방에게 청구하는 양육비청구권은 미성년자녀의 부모에

유료 모두 기각하고 있다. 윤진수, 주해친족법 제2권, 박영사, 2015, 1472면

74) 여기에서 제3자라 함은 가정법원의 협의 또는 심판에 의하여 양육자로 지정된 경우, 부모 일방인 양육자로부터 위탁을 받아 사실상 양육하고 있는 경우를 의미하고, 양육자가 아닌 자 또는 양육자가 아닌 부모 일방으로부터 위탁을 받아 사실상 양육하고 있는 자는 제외될 것이다.

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

가사소송법 제2조 제1항 제2호 나. 마류 사건 제1호는 민법 제826조에 따른 부부의 부양에 관한 처분을, 같은 법 제2조 제1항 제2호 나. 마류 사건 제8호는 민법 제976조부터 제978조까지의 규정에 따른 부양에 관한 처분을 각각 별개의 가사비송사건으로 규정하고 있다. 따라서 부부간의 부양의무를 이행하지 않은 부부의 일방에 대한 상대방의 부양료청구는 위 마류 사건 제1호의 가사비송사건에 해당하고, 친족간의 부양의무를 이행하지 않은 친족의 일방에 대한 상대방의 부양료청구는 위 마류 사건 제8호의 가사비송사건에 해당한다 할 것이나, 부부간의 부양의무를 이행하지 않은 부부의 일방에 대하여 상대방의 친족이 구하는 부양료의 상환청구는 같은 법 제2조 제1항 제2호 나. 마류 사건의 어디에도 해당하지 아니하여 이를 가사비송사건으로 가정법원의 전속관할에 속하는 것이라고 할 수는 없고, 이는 민사소송사건에 해당한다고 봄이 타당하다.

76) 같은 견해로 김혜선, 상계 논문, 486-487면

77) 김승정, 배우자 사이의 부양의무와 직계혈족 사이의 부양의무의 우선순위, 대법원판례해설 제93호(2012년 하), 법원도서관, 2013, 12-18면

대한 부양청구권과는 별도의 독자적 권리라는 보는 것에 대해서는 큰 어려움이 없을 것이다. 문제는 부모 일방이 양육자인 경우 비양육자인 부모를 상대로 청구하는 양육비청구권의 성질인데, 이에 대하여 양육자인 부모 일방이 법정대리인으로서 미성년자녀를 대리하여 부양청구권을 행사하는 것이라는 견해,⁷⁸⁾ 미성년자녀의 부양청구권에 관한 법정대리권은 친권의 유무와 관계없이 양육자에게 귀속하고, 다만 양육자에게는 일종의 법정소송담당이 인정되어 자신의 이름으로 자녀의 부양청구권을 행사할 수 있다는 견해,⁷⁹⁾ 양육자에게는 미성년자녀의 양육비청구권에 관한 관리권과 대리권이 인정되므로, 양육자는 관리권을 행사하여 자신의 이름으로 양육비청구권을 행사할 수도 있고, 미성년자녀를 대리해서 양육비청구권을 행사할 수도 있다는 견해⁸⁰⁾ 등이 있으나, 양육자가 비양육자에 대하여 양육비의 분담을 청구하는 것은 양육자 자신의 독자적 권리(고유의 채권)를 행사하는 것으로 볼 것이다. 그 논거로, 첫째 부모는 공동 부양의무자로서 미성년자녀의 양육비를 공동으로 출연할 의무가 있으므로, 양육자인 부모 일방은 미성년자녀의 의사와 상관없이 비양육자에게 그 분담분의 양육비를 직접 청구할 수 있다고 보아야 한다. 즉 과거 양육비의 경우 부모의 입장에서 보면, 양육자인 부모 일방이 미성년자녀의 양육에 필요한 비용을 모두 부담한 것이 되고, 미성년자녀의 입장에서 보면 비록 부모 일방이기는 하지만 양육에 필요한 부양을 모두 받은 것이 된다. 또한 장래 양육비의 경우에도 양육자가 비양육자로부터 그 분담분의 양육비를 지급받지 못한다면 스스로 양육비 전부를 부담하여야 하므로, 비양육자로부터 양육비를 지급받는 것은 양육자의 입장에서 볼 때 독자적인 이익이 있는 것이다. 둘째 민법 제837조 제1항, 제2항은 부모가 당사자로서 미성년자녀의 양육비용의 부담에 관하여 협의한다는 취지로 정하고 있고, 이에 따라 가사소송규칙 제99조 제1항은 양육비심판을 포함하는 마류 사건 제3호의 당사자적격은 부모에게만 인정된다고 규정하고 있다. 셋째 대법원(대법원 1992. 1. 21. 선고 91므689 판결, 대법원 2006. 4. 17. 선고 2005므18, 19 결정)은 협의나 재판에 의하여 부모의 일방이 친권자 및 양육자로 지정되었는데, 다른 일방

78) 김주수, 김상용, 상계서, 218면

79) 김형석, 양육비청구권을 자동채권으로 하는 상계, 가족법연구 제21권 제3호, 한국가족법학회, 2007. 12., 261면 이하

80) 임종효, 상계 논문, 254-255면

이 이에 반하여 자녀를 양육한 경우 이는 위법한 양육이므로, 원래 친권자 및 양육자로 지정된 부모의 일방은 양육비를 지급할 의무가 없다고 하였다. 이러한 판례의 태도는 양육비청구권을 양육자가 비양육자에 대하여 갖는 권리로서 이해한 데서 출발한 것으로 보아야 한다.⁸¹⁾

다. 양육자의 양육비청구권의 상속 여부

부모 일방인 양육자가 미성년자녀를 양육하던 중 사망한 경우, 그 양육자의 과거 양육비청구권이 상속되는지가 문제이다. 부모 일방인 양육자가 비양육자를 상대로 청구하는 과거 양육비청구권은 미성년자녀의 양육 및 복리, 원활한 양육비 이행의 확보를 위하여 양육자에게 독자적으로 인정된 권리(고유의 채권)라 할 것이고, 그 성질은 미성년자녀의 양육 및 복리에 반하지 않는 한 일반 채권과 달리 볼 것은 아니다. 따라서 부모 일방인 양육자의 비양육자에 대한 과거 양육비청구권은 당사자의 협의 또는 가정법원의 심판 유·무, 양육자가 비양육자에게 이행을 요구하였는지 여부와 상관없이 상속인에게 상속된다고 볼 것이다.⁸²⁾

라. 양육비청구권 포기 등과 관련된 문제

(1) 포기 또는 합의의 효력

미성년자녀에 대한 양육의무를 부담하고 있는 부모 사이에 일방이 상대방에 대한 양육비청구를 포기하거나 양육비를 청구하지 않겠다고 합의(양육비는 양육자가 부담한다고 합의한 경우도 포함)한 경우, 양육비청구권이 미성년자녀의 부양청구권을 대리하여 행사하는 실질을 갖고 있다면 이러한 포기나 합의는 민법 제979조(부양청구권의 처분금지)에 반하여 무효라고 볼 여지가 있다.⁸³⁾ 그러나 양육비청구권은 미성년자녀의 부양청구권과 다른 독자적 권리라고 본다면, 그러한 포기나 합의는 민법 제103조, 제104조에 반하거나 권리남용 등의 문제가 없는 한 유효하다고 보아야 한다.⁸⁴⁾

81) 김상용, 2000년대 친족상속법 판례의 경향과 흐름, 가족법연구 IV, 2014, 239면

82) 양육자가 비양육자를 상대로 과거양육비 심판청구 중에 사망한 경우, 심판절차는 종료되지 않고 상속인에게 수계된다고 볼 것이다. 법원행정처, 법원실무제요 가사(Ⅱ), 2010., 522면

83) 이러한 포기나 합의는 자녀의 복리를 침해하므로 법적인 구속력이 없다는 견해도 있다. 이은정, 이혼 시 자녀 양육비 지급확보방안에 관한 연구-민법 및 가사소송법 개정안을 중심으로-, 가사재판연구 I, 2007., 427면

84) 양육비청구권은 마류 비송사건이므로 당사자의 임의처분이 허용되고 가사조정 대상이 되므로 이러한 포기

(2) 미성년자녀의 부양청구권과의 관계

부모 일방이 상대방에 대하여 양육비청구를 포기하거나 양육비를 청구하지 않기로 하는 합의가 유효하더라도, 그 합의의 효력이 미성년자녀에게 미칠 근거는 없다. 따라서 포기나 위와 같은 합의가 있다 하더라도 미성년자녀 스스로 또는 부모 중 일방이 미성년자녀를 대리하여 부양청구권을 행사하는 것은 허용된다. 다만 심판과정에서 부양청구권의 인정 여부 및 부양료 액수를 판단함에 있어 종전 포기 또는 합의를 하게 된 경위, 포기 또는 합의 당시부터 부양청구까지의 기간, 사정변경 여부 등을 고려하여야 할 것이다.⁸⁵⁾ 양육비를 포기하거나 청구하지 않기로 합의하였음에도 불구하고 미성년자녀의 부양청구가 인정되는 경우, 부양료를 지급한 일방이 상대방에게 구상청구를 할 수 있는지 여부에 대해, 일본 학설 중에는 부양료를 지급한 부모는 자신의 부양의무를 이행한 것에 불과하므로 구상청구가 인정되기 어렵다는 견해도 있으나, 부모 간 포기 또는 합의한 내용의 취지에 따라 구상청구가 인정될 여지도 있을 것이다.⁸⁶⁾

(3) 양육비 변경 등

(가) 부모 사이에 양육비에 관한 합의⁸⁷⁾가 있거나 심판 또는 양육비부담조서가 있는 경우라도, 양육자는 민법 제837조 제5항에 따라 양육비 변경을 청구할 수 있다. 심판의 변경은 특별한 사정변경이 있는 경우뿐만 아니라 민법 제837조 제3항에

나 합의도 유효하다고 보는 견해로 법원행정처, 법원실무제요 가사 II, 2010., 533면

85) 예를 들어, ① 모가 이혼을 강력히 원하여 자의 양육비에 관하여 깊이 생각하지 않고 포기 또는 합의한 경우, ② 이혼 당시 모의 경제 상황이 좋아 포기 또는 합의를 하였는데, 이후 경제 상황이 나빠지거나 자녀의 성장에 따라 양육비가 필요해진 경우, ③ 이혼 당시 부가 이혼과 관련된 급부 명목으로 향후 양육비에 상응하는 금원을 주었기 때문에 포기 또는 합의한 경우 등을 생각할 수 있다. 그 중 ①의 경우 자녀의 부양청구권을 인정할 필요성이 크다. ②의 경우 포기 또는 합의가 부당하다고 보기는 어렵지만 이후 사정변경이 인정되어 자녀의 부양청구권을 인정함이 타당할 것이다. ③의 경우 포기 또는 합의가 있는 후 얼마 지나지 않아 부양청구가 된 상황이라면 자녀의 요부양상태를 판단함에 있어 신중을 기할 필요가 있다. 또한 모의 자력만으로도 자녀를 부양하기 충분한 상황이라면 자녀의 부양청구권이 인정되기 어려울 것이다.

86) 윤진수, 주해친족법 제2권, 박영사, 2015, 1550면

87) 대법원 1992. 12. 30.자 92스17, 92스18 결정에서 “이혼의 당사자가 자의 양육에 관한 사항을 협의에 의하여 정하였더라도 필요한 경우 가정법원은 당사자의 청구에 의하여 언제든지 그 사항을 변경할 수 있는 것이며, 이는 당사자 사이의 협의가 재판상 화해에 의한 경우에도 마찬가지이다.”고 판시하였고, 대법원 1998. 7. 10.자 98스17, 18 결정에서도 “혼인이 과단된 상태에서 부부가 협의이혼하기로 하면서 부부 일방이 미성년자인 자녀들의 양육비 조로 임차보증금 반환채권 중 일부를 양육자에게 귀속시키기로 하는 취지의 협정이 이루어진 후 양육비용의 부담에 대한 협의가 되지 아니한 것을 전제로 양육비의 부담에 관한 심판을 구하는 경우, 그와 같은 양육비 부담에 관한 심판 청구는 당사자 사이에 협의에 의하여 정한 자의 양육에 관한 사항 중 양육비 부담 부분의 변경을 구하는 취지로 보아야 할 것이고, 법원으로서의 당사자가 협의하여 정한 사항이 민법 제837조 제2항이 정하는 그 자의 연령, 부모의 재산상황 기타 사정 등 제반 사정에 비추어 부당하게 결정되었는지 여부를 살펴 그와 같이 인정되는 경우에는 언제든지 이를 변경할 수 있다.”고 하였다.

서 정한 여러 사정에 비추어 당초의 합의 등이 부당하게 되었다고 인정되는 경우에도 할 수 있다.⁸⁸⁾ 실무는 부모 사이에 양육에 관한 합의나 양육비부담조서가 있었음에도 가정법원에 양육에 관한 처분을 청구한 때에는 그 협의의 변경을 구하는 취지로 해석하여 처리하고 있다.⁸⁹⁾

(나) 심리결과 청구인의 주장과 달리 오히려 상대방에게 유리한 내용으로 합의나 심판이 변경되어야 하는 경우, 양육비변경청구를 기각할 수도 있으나, 민법 제 837조 제3항은 법원이 직권으로 변경심판을 할 수 있다고 규정하고 있으므로, 상대방의 청구가 없더라도 청구인에게 불이익하게 변경 심판할 수도 있을 것이다.

마. 사실상 양육자의 양육비청구 여부

(1) 서설

이혼을 하려는 부모는 협의이혼 또는 재판상 이혼을 통해 미성년자녀에 대해 양육자를 지정하게 된다. 그런데 양육자 지정 이후의 여러 사정에 따라 양육자가 아닌 부모 일방이 미성년자녀를 양육하게 되는 경우가 있다. 이러한 경우 그 일방이 양육자인 상대방에게 양육비를 청구할 수 있는지 여부가 문제된다.⁹⁰⁾

(2) 대법원판결

가) 대법원 1992. 1. 21. 선고 91므689 판결⁹¹⁾

청구인과 피청구인 사이에 자녀의 양육에 관하여 특정 시점까지는 피청구인이 양육비 일부를 부담하면서 청구인이 양육하기로 하고 그 이후는 피청구인이 양육하도록 인도하기로 하는 의무를 부담하는 소송상의 화해가 있었다면, 이 화해조항상

88) 대법원 1991. 6. 25. 선고 90므699 판결(부가 친권을 포기하는 대신 양육비를 지급하지 않고 모가 전적으로 양육비를 부담하기로 하는 합의가 이루어진 경우, 부의 재력이 모보다 우월할 뿐만 아니라 부가 공무원으로서 자녀 양육의 명목으로 국가로부터 재정적 지원을 받고, 세제상 혜택을 받고 있는 점 등을 근거로 위와 같은 합의가 부당하다), 대법원 2006. 4. 17. 2005스18, 19 결정 등

89) 대법원 1991. 6. 25. 선고 90므699 판결

90) 양육자가 아닌 제3자가, 양육자가 아닌 부모 일방으로부터 위탁을 받아 사실상 미성년자녀를 양육하고 있는 자가 양육자인 부모 일방에게 양육비를 청구할 수 있는지 여부도 같은 문제이다.

91) 사실관계 : 청구인(모, 상고인)과 피청구인(부, 피상고인)은 혼인하여 사건본인들을 출생한 다음 1985. 2. 18. 협의이혼하였고, 1988. 7. 25. 다음과 같은 소송상 화해가 성립하였다. ① 청구인을 1988. 7. 25.부터 1989. 7. 31.까지 사건본인들의 양육자로 지정하고, 피청구인은 1988. 8. 1.부터 1989. 7. 31.까지 양육비로 매월 300,000원씩을 지급하며, 그 기간 동안 피청구인은 사건본인들을 방문, 접견할 수 있다. ② 청구인은 1989. 8. 1. 피청구인에게 사건본인들을 인도한다. 위 소송상 화해 이후 피청구인은 사건본인들을 방문하지도 않고 그 양육에 대하여 관심을 기울이지도 않았으며 양육비도 처음 2개월분만 지급하였을 뿐, 나머지는 청구인이 강제집행에 착수하여서야 비로소 지급하였다. 위 소송상 화해에 따른 청구인의 양육 기간이 지났어도 사건본인들은 이미 다른 여자와 재혼한 피청구인에게 돌아가기를 싫어하여 청구인이 그대로 양육하고 있었다.

의 양육 방법이 그 후 다른 협정이나 재판에 의하여 변경되지 않는 한 위 특정 시점 이후에는 청구인에게는 사건본인들을 양육할 권리가 없고, 그럼에도 불구하고 이들을 피청구인에게 인도함이 없이 스스로 양육하였다면 이는 피청구인에 대한 관계에서는 위법한 양육이라고 할 것이니, 위 화해에 갈음하여 새로운 양육 방법이 정하여지기 전에는 피청구인은 청구인에게 그 위법한 양육에 대한 양육비를 지급할 의무가 있다고 할 수 없다. 일단 협정이나 재판에 의하여 양육 방법이 결정된 후 상황의 변경 때문에 그 양육 방법을 변경할 필요가 생겼고, 그럼에도 불구하고 새로운 협정이나 재판이 있을 때까지 종전에 정해진 양육 방법을 고수한다면 피양육자의 원만한 보호가 심히 어려워지는 급박한 사유가 있다면, 구 가사심판법 제37조가 규정하는 선고 전 처분(가사소송법 제62조의 사전처분에 해당)의 방법에 의하여 임시로 종전의 협정을 변경하여 청구인의 양육을 적법하게 하고 피청구인에게 임시로 양육비를 분담시키는 처분을 하는 방법에 의하여 구제될 수 있는 것이다.

나) 대법원 2006. 4. 17.자 2005스18, 19 결정⁹²⁾

청구인과 상대방이 이혼하면서 그들 사이에 출생한 사건본인의 친권자 및 양육자를 상대방으로 지정하는 내용의 조정이 성립된 경우, 그 조정조항상의 양육 방법이 그 후 다른 협정이나 재판에 의하여 변경되지 않는 한 청구인에게 사건본인을 양육할 권리가 없고, 그럼에도 불구하고 청구인이 법원으로부터 위 조정조항을 임시로 변경하는 가사소송법 제62조 소정의 사전처분 등을 받지 아니한 채 임의로 사건본인을 양육하였다면 이는 상대방에 대한 관계에서는 상대적으로 위법한 양육이라고 할 것이니, 이러한 청구인의 임의적 양육에 관하여 상대방이 청구인에게 양육비를 지급할 의무가 있다고 할 수는 없다.

(3) 소결

대법원판결에 대해 과거 양육비의 청구는 실비정산적 의미이므로, 그 이전에 협의 또는 심판 등의 존부와 관계없이 상대방의 분담부분에 관하여는 양육비청구가 전액 인정되어야 한다는 견해, 과거 양육비청구를 인정하면서도 청구인이 임의로

92) 사실관계 : 가. 청구인과 상대방 사이에 1998. 6. 12. 가정법원에서 쌍방이 이혼하면서 사건본인에 대한 친권자 및 양육자로 상대방을 지정하고, 청구인에게 면접교섭권을 인정하는 내용의 조정이 성립되었다. 나. 이에 따라서 상대방이 사건본인을 양육하다가 1999. 5.경 상대방의 제의로 쌍방이 재결합하여 상대방의 집에서 동거하던 중, 청구인은 1999. 11. 6. 상대방의 어머니가 자신을 며느리로 인정하지 않는다는 이유로 다투다가, 사건본인을 데리고 그 집을 나와서 현재까지 사건본인을 사실상 양육하고 있다.

양육한 기간 동안에는 합리적으로 그 분담비율을 조정해야 할 필요가 있다는 견해 등 다양한 의견이 제시되고 있다.⁹³⁾

결론적으로 대법원판결에 의하면, 종전의 협의나 재판(조정, 화해 등 포함)에서 양육자가 상대방으로 지정되었는데 상황의 변경으로 정해진 양육 방법과 달리 청구인이 자녀를 양육하게 되었다 하더라도, 상대방과 양육자 변경에 대한 협의를 이루어지지 않았고 청구인으로 양육자를 임시 지정하는 사전처분도 없었다면, 청구인의 양육은 상대방에 대한 관계에서 상대적으로 위법한 양육이 되고, 상대방은 청구인에게 양육비를 지급할 의무가 없게 된다. 결국 이러한 경우에는 심판에서 과거 양육비 부분은 기각되고, 청구인으로 양육자 변경심판이 있는 것을 전제로 장래 양육비 부분만 인용될 수 있을 것이다.⁹⁴⁾⁹⁵⁾

바. 양육비청구권의 소멸시효 여부

(1) 서설

당사자의 협의 또는 가정법원의 심판이 있기 전의 과거 양육비 청구권에 관하여 소멸시효가 인정되는지 여부에 대하여 대법원은 부정적 태도를 취하고 있다(2011. 7. 29. 2008스67 결정). 그러나 여전히 실무상으로 위 문제에 대한 당사자 사이의 다툼이 계속 이어져 오고 있고, 위 대법원판결의 결론을 적용하기 어려운 사례도 발생하고 있어, 이에 대한 재검토가 필요하다.

(2) 소멸시효 대상 여부

(가) 대법원판결(2011. 7. 29. 2008스67 결정)⁹⁶⁾

양육자가 상대방에 대하여 자녀 양육비의 지급을 구할 권리는 기본적으로 친족 관계를 바탕으로 하여 인정되는 하나의 추상적인 법적 지위이었던 것이 당사자

93) 김시철, 양육자변경 본심판청구와 유아인도 반심판청구에 대한 심리방법, 민사재판의 제문제 제15권, 2006. 12., 한국사법행정학회, 464면

94) 김혜신, 상계 논문 485면

95) 위법한 양육으로 인한 과거 양육비청구가 인정되지 않는다고 하여, 미성년자녀가 부양청구권에 기하여 양육하지 아니한 부모 일방인 양육자에게 과거 부양료를 청구하는 것을 부정할 필요는 없을 것이다.

96) 사실관계 : 청구인은 1976년경 5명의 딸이 있던 유부남인 상대방을 만나, 아들을 낳아주면 먹고살 길을 마련해주겠다는 상대방의 제안을 받아들여 1978. 10. 13. 사건본인 1을, 1980. 10. 19. 사건본인 2를 각 출산하였다. 사건본인들은 상대방의 호적에 부(父)를 상대방, 모(母)를 상대방의 법률상 처 A로 하여 등재하였다. 청구인은 당초 과거 양육비로 10년분 3,500만 원을 청구하였으나, 청구취지 및 원인을 변경하여 2억 1,400만 원을 청구하였다.

사이의 협의 또는 당해 양육비의 내용 등을 재량적·형성적으로 정하는 가정법원의 심판에 의하여 구체적인 청구권으로 전환됨으로써 비로소 보다 뚜렷하게 독립한 재산적 권리로서의 성질을 가지게 된다고 할 것이다. 이와 같이 당사자의 협의 또는 가정법원의 심판에 의하여 구체적인 지급 청구권으로서 성립하기 전에는 과거의 양육비에 관한 권리는 양육자가 그 권리를 행사할 수 있는 재산권에 해당한다고 할 수 없고, 따라서 이에 대하여는 소멸시효가 진행할 여지가 없다고 보아야 한다.

(나) 학설

1) 부정설

첫째 양육비청구권을 친족법상 권리라는 측면에서 당사자의 협의 또는 가정법원의 심판 이전에는 소멸시효의 대상으로 보기 어렵다.⁹⁷⁾ 둘째 비송사건의 특질이라는 측면에서도 소멸시효가 진행되지 아니한다.⁹⁸⁾ 셋째 자녀가 성년이 되고 난 이후 10년, 20년이 지난 경우의 청구라고 하더라도, 양육자가 과거 양육으로 인한 부담으로 계속 경제적 어려움을 겪고 있는 경우가 상당수 있을 것이므로, 그러한 청구가 일률적으로 법 감정에 반한다고 할 수 없고, 이러한 경우 가정법원은 제반 사정을 참작하여 대법원 92스21 전원합의체 결정⁹⁹⁾이 제시하는 감경방법에 따라 비송적 해결을 도모함이 오히려 다양한 사안에 걸맞은 해결책이 될 수 있다.¹⁰⁰⁾ 넷

97) 김주수, 주석민법 친족(3) 제4판, 한국사법행정학회, 2010., 658면

98) 양육비청구권은 협의 또는 심판이 있기 전에는 추상적인 청구권 내지 법적 지위에 불과하고, 협의 또는 가정법원의 심판이 있어야 구체적인 지급 청구권이 발생한다. 즉 추상적인 청구권 내지 법적 지위는 양육자가 비양육자에게 양육비의 분담을 청구할 수 있는 법적 지위(자격)를 가지고 있다는 정도에 불과하다. 또한 추상적 청구권 내지 법적 지위 단계에서는 향후 재산권으로 전화(轉化)되지 않을 가능성도 충분히 있다. 이수영, 과거 양육비 청구권의 소멸시효, 민사재판의 제문제 21권, 한국사법행정학회, 2012., 539면, 같은 견해로 권덕진, 양육비와 소멸시효, 가사재판연구 II, 서울가정법원 가사재판연구회, 2011. 1., 194면

99) 대법원 1994. 5. 13. 자 92스21 전원합의체 결정의 다수의견

가. 어떠한 사정으로 인하여 부모 중 어느 한쪽만이 자녀를 양육하게 된 경우에, 그와 같은 일방에 의한 양육이 그 양육자의 일방적이고 이기적인 목적이나 동기에서 비롯된 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 양육비 중 적정 금액의 분담을 청구할 수 있음은 물론이고, 부모의 자녀 양육의무는 특별한 사정이 없는 한 자녀의 출생과 동시에 발생하는 것이므로 과거의 양육비에 대하여도 상대방이 분담함이 상당하다고 인정되는 경우에는 그 비용의 상환을 청구할 수 있다.

나. 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(치료비 등)인지 여부와 당사자들의 재산 상황이나 경제적 능력과 부담의 형평성 등 여러 사정을 고려하여 적절하다고 인정되는 분담의 범위를 정할 수 있다.

100) 이수영, 상계 논문, 540면

째 긍정설에 따를 경우 자녀가 미성년인 동안에는 장래 양육비가 계속 발생할 것이므로, 소멸시효 완성을 막기 위해 과거 양육비에 대한 청구를 요구하는 것은 양육자의 보호와 소송경제상 바람직하지 못하고, 직권탐지주의를 채택하고 있는 가사비송사건에서 소멸시효 주장이 없는 경우 이를 어떻게 심리할지 문제가 발생할 수 있다.¹⁰¹⁾ 다섯째 절충설에 관하여 양육비청구를 성년 시까지 또는 성년이 된 후 10년까지로 제한하여 의외성·과도성의 폐해를 막을 수는 있지만, 뚜렷한 이론적 근거를 찾기 어렵다.¹⁰²⁾

2) 긍정설

당사자의 협의 또는 협의가 안 되는 경우 양육비청구권자는 가정법원의 심판을 스스로 구할 수 있으므로, 협의 또는 심판이 있기 전의 양육비라도 소멸시효에 걸린다고 보아야 한다. 즉 추상적 권리에 해당한다고 하여 구체화 전에는 언제까지나 시효 소멸하지 않는다고 하는 것은 민법의 정신에 맞지 않고, 비송적 감경으로 의외성·과도성을 완충하는 데도 한계가 있으며, 특히 자녀가 성년이 되고 20년, 30년이 지난 경우에도 과거 양육비를 청구할 수 있다고 하는 것은 부당하다.¹⁰³⁾

3) 절충설

자녀가 미성년인 동안에는 계속 양육비를 청구할 수 있는 신분 상태가 유지되므로 양육비청구권은 유동적인 상태에 머물고, 성년이 되면 최종적으로 양육비가 확정되어 변동 가능성이 없게 되며, 미성년인 동안은 장래 양육비가 계속 발생할 수 있으므로 미성년인 동안에 양육비청구를 하도록 요구하는 것은 소송경제상 바람직하지 못하므로, 자녀가 미성년인 동안에는 시효로 소멸하지 아니하나, 성년이 된 때부터 10년의 소멸시효가 걸린다.¹⁰⁴⁾

(다) 소결

다음과 같은 이유로 긍정설에 동의한다.

1) 부정설(대법원판결)에 의하면 협의 또는 심판이 있기까지는 아직 구체적인

101) 이수영, 상계 논문, 541면

102) 미성년자일 때 과거 양육비를 청구하는 것과 성년이 되어서 과거 미성년일 때의 양육비를 청구하는 것은 그 청구 시점만 다를 뿐 청구의 대상과 성격이 같은데도, 미성년자일 때 청구하는 경우에는 소멸시효가 진행되지 않고, 성년이 되어 청구하는 경우에는 소멸시효가 진행되는 차이가 발생하는 이유에 대한 이론적 근거가 부족하다. 이수영, 상계 논문, 541면

103) 강해룡, 양육비청구권과 소멸시효, 법률신문 3999호, 2012. 1., 임종효, 상계 논문, 283-284면

104) 이수영, 상계 논문, 537-538면

권리가 발생한 것이 아니고 따라서 권리를 행사할 수도 없으므로 소멸시효가 진행하지 않는다고 한다. 즉, 위 견해는 협의 또는 심판 전의 양육비청구권은 재산권(민법 제162조 제2항)에 해당하지 아니하여 소멸시효의 대상이 되지 아니하고, 행사할 수 있는(민법 제166조 제1항) 권리도 없어 소멸시효가 기산되지 아니한다는 것이다.¹⁰⁵⁾ 그러나 양육비청구권이 친자(부양, 양육)관계를 바탕으로 발생하는 것은 사실이나, 친자(부양, 양육)관계는 양육비청구권의 성립요건에 불과할 뿐, 그로부터 발생하는 양육비청구권은 현물 내지 금전 급부의 형태로 행해지게 되므로 재산권의 성질을 가지게 된다.¹⁰⁶⁾ 즉 양육비청구권이 발생하기 위해서는 친자(부양, 양육)관계, 부양(양육)의 필요, 부양(양육)의 능력 요건이 필요하고, 이러한 요건을 모두 갖춘 경우 양육비청구권자는 언제든지 상대방에게 협의를 요청하거나 심판을 청구함으로써 권리를 실현·보전할 수 있다. 따라서 협의 또는 심판은 양육비청구권의 발생요건이 아니라 양육비청구권을 행사하는 수단에 불과하고, 양육비청구권자는 언제든지 협의 또는 심판의 형식으로 권리행사를 할 수 있으므로, 협의 또는 심판이 없어서 소멸시효가 진행하지 않는다는 논리는 받아들이기 어렵다.¹⁰⁷⁾ 우리 민법과는 달리 청구권시효(독일민법 제194조)를 규정하고 있는 독일민법의 경우에도 가족법상의 청구권은 소멸시효의 대상에서 제외하고 있는데, 법문상 이를 "장래" 법률관계를 창출하는 청구권으로 제한하고 있다(같은 조 제2항). 그리하여 장래의 부양료 청구권은 시효로 소멸하지 아니하나, 과거의 부양료 청구권은 일반적인 청구권에 해당하여 시효로 소멸한다고 한다.¹⁰⁸⁾

2) 양육비청구권이 협의 또는 가정법원의 재량적·형성적 심판을 통하여 비로소 구체적 청구권이 된다는 논리가, 협의 또는 심판이 있기 전까지는 구체적인 수액이 분명하지 않다는 의미라면, 이는 양육에만 발생하는 특유한 문제라고 할 수 없다. 예를 들어 수액을 산정하기 어려운 재산적 손해액이나 위자료의 산정, 정기금 배상 여부의 결정 등 손해배상 사건은 물론이고 계약의 효력유지적 축소와 같은 일정한 계약 관련 사건에서도 마찬가지로 문제가 발생하기 때문이다. 이러한 사안 모

105) 이동진, 부모 일방의 타방에 대한 과거의 양육비상환청구와 소멸시효- 대법원 2011.7.29.자 2008스67결정(공2011하, 1635) -, 가족법연구 제26권 2호 통권 제44호, 한국가족법학회, 2012. 7., 144면

106) 이동진, 상계 논문, 145-146면

107) 임종효, 상계 논문, 285면

108) 오스트리아, 스위스 같은 입법례를 가지고 있다. 이동진, 상계 논문, 145면

두에서 사실상 법관이 법률관계를 형성하는 것과 비슷한 모습이 나타난다 하여 실제법상 권리가 재판시에 비로소 형성된다고 말할 수는 없다.¹⁰⁹⁾

3) 부정설(대법원판결)에 의하면 과거 양육비는 '여러 사정'을 참작해서 감액할 수 있기 때문에 굳이 소멸시효가 진행한다고 볼 필요가 없다고 한다. 그러나 반대로 긍정설에 따르면 과거 양육비 중 일부가 시효로 소멸하였다는 사정을 '여러 사정'의 하나로 참작해서 과거 양육비를 증액할 수 있다는 이론구성도 가능하므로, 이는 부정설의 절대적 논거가 될 수 없다. 또한 양육비청구권을 전혀 행사되지 않은 상태에서 자녀가 성년이 된 후 수십 년이 지난 경우까지도 양육비의 일부 감액만으로 당사자를 납득시킬 수 있을지 의문이다.¹¹⁰⁾

4) 미성년자녀의 보호 필요성은 대단히 중요하게 강조되어야 할 것이나, 권리 보전을 게을리 한 양육자에 대하여 미성년자녀의 보호 필요성만을 강조해서 양육비 청구권은 소멸시효에 걸리지 않는다고 하는 것은 과하다. 나아가 자녀가 30살이 넘은 사례를 상정해 보면, 이제 미성년자녀의 보호 필요성은 소멸되었다고 보는 것이 타당하다.¹¹¹⁾

5) 소멸시효 제도는 법률생활의 안정과 평화 도모, 증거보전의 곤란에 대한 구제(소송의 적정과 경제), 권리 위에 잠자고 있는 자는 법률의 보호를 받을 가치가 없다는 법원칙을 근거 이유로 하고 있다. 앞서 보았듯이 양육자는 친자(부양, 양육) 관계, 부양(양육)의 필요, 부양(양육)의 능력 요건 등 3가지 요건을 갖춘 상태에서 더 이상 다른 요건의 충족을 기다릴 필요 없이 자유롭게 협의 또는 심판을 구할 수 있음에도 이를 실천에 옮기지 않고 있다면 권리 위에 잠자고 있는 자로 볼 수밖에 없고, 이러한 경우 부정설(대법원판결)에 의하여 소멸시효가 진행되지 않는다고 본다면 양육비지급의무자의 법률생활의 안정과 평화를 해치게 될 것이다. 또한 양육자가 협의 또는 심판의 형식으로 성실하게 권리를 행사한 경우에는 소멸시효가 진행되고, 따라서 시간이 흐른 뒤에 소멸시효 중단을 위한 조치도 필요하게 되며 이를 게을리 한 경우에는 소멸시효가 완성되는 반면에, 전혀 협의 또는 심판의 방식으로 권리 보전을 하지 않은 경우에는 소멸시효가 진행되지도 않으므로 권리 보전

109) 이동진, 상계 논문, 148면

110) 임종효, 상계 논문, 283-284면

111) 임종효, 상계 논문, 284면

을 위한 더 이상의 조치도 필요하지 않다고 본다면, 권리 위에 잠자는 자일수록 더욱 두터이 보호된다는 귀결이 된다.¹¹²⁾

(3) 소멸시효기간

(가) 협의 또는 심판 전의 양육비 청구권

양육비청구권에 민법 제163조 제1호에 따른 3년의 단기 소멸시효기간이 적용된다는 견해,¹¹³⁾ 일반 채권으로 보아 민법 제162조 제1항에 따라 10년의 원칙적인 소멸시효기간이 적용된다는 견해¹¹⁴⁾가 있다. 민법 제163조 1호의 "1년 이내의 기간으로 정한" 채권이라 함은 지급의 정기가 1년 이내인 채권을 의미한다는 데 이론이 없다.¹¹⁵⁾ 과거 양육비 청구권은 협의 또는 가정법원의 심판이 있기 전까지는 지급의 정기가 정해지지 않았으므로, 이에 해당한다고 보기 어렵고, 앞서 본 바와 같이 양육비청구권의 성질이 재산권이라는 점에서 일반 채권으로 보아 민법 제162조 제1항에 따라 10년의 원칙적인 소멸시효기간이 적용된다고 보아야 한다.

(나) 협의 또는 심판에 따른 양육비 청구권

당사자의 협의(협의이혼의사확인절차에 의한 양육비부담조서는 제외)에 의하여 1년 이내에 정기적으로 양육비를 지급하기로 한 경우 민법 제163조 제1호에 따라 3년의 단기소멸시효가 적용되고, 일시금 또는 1년을 초과하는 정기에 양육비를 지급하기로 한 경우에는 민법 제162조 제1항에 따라 10년의 소멸시효가 적용되는 것으로 보아야 한다. 한편 협의이혼의사확인절차에 의한 양육비부담조서가 작성된 경우 또는 가정법원의 심판에 의하여 정해진 경우 양육비부담조서나 심판의 결정은 기판력이 인정되지 않는 점 등에 비추어 3년의 소멸시효가 적용되어야 한다는 견해¹¹⁶⁾가 있고, 지급명령에 의하여 확정된 채권도 소멸시효가 10년으로 연장되는 점 등에 비추어 민법 제165조가 적용되어 10년의 소멸시효가 적용되어야 한다는 견해¹¹⁷⁾가 있다. 양육비심판의 실질¹¹⁸⁾과 양육비부담조서의 효력¹¹⁹⁾ 등을 고려할 때

112) 임종효, 상계 논문, 285면

113) 임종효, 상계 논문, 288-289면

114) 강해룡, 양육비청구권과 소멸시효, 법률신문 3999호, 2012. 1

115) 대법원 1980. 2. 12. 선고 79다2169 판결

116) 권덕진, 상계 논문, 195-196면

117) 임종효, 상계 논문, 290-291면

118) 양육비심판은 마류 가사비송사건으로 라류 가사비송사건과 달리 당사자가 대립하고(가사소송규칙 제91조), 특별한 사정이 없는 한 심문기일을 열어야 하며(가사소송법 제48조), 불복이 허용되어(가사소송규칙 제94조 제1항) 충분한 절차보장이 이루어지고 있고, 확정된 심판에는 집행력이 인정되므로(가사소송법 제41조),

후자의 견해가 타당한 것으로 생각된다.¹²⁰⁾ 그리고 심판에 의하여 정해진 양육비 청구권에 대하여 시효중단의 목적으로 다시 심판청구를 한 경우, 심판청구로 소멸시효가 중단되고 민법 제165조, 제178조 제2항에 따라 심판확정시부터 10년의 소멸시효가 다시 진행된다고 볼 것이다.

(4) 기타 쟁점

(가) 소멸시효 기산점

협의 또는 심판확정 전 양육비청구권은 매일매일 발생하므로, 그때마다 소멸시효가 진행되고, 이때의 소멸시효기간은 민법 제162조 제1항에 따라 10년이 된다. 따라서 양육비청구권자가 양육비청구의 심판을 제기한 경우에는 청구 시로부터 10년 전의 양육비청구권은 시효로 소멸한다. 물론 심판청구 전 6개월 내에 양육비 협의 요청이나 청구를 한 적이 있으면, 이는 최고에 해당하므로 그 최고 시점을 기준으로 10년 전까지의 양육비청구권이 시효로 소멸한다(민법 제174조). 협의에 의하여 정해진 양육비청구권은 변제기에 소멸시효가 진행되고, 심판에 의하여 정해진 양육비청구권의 경우 심판확정시점을 기준으로 변제기가 도래한 양육비청구권의 경우 심판이 확정된 시점부터 소멸시효가 진행되는 반면 심판확정 당시 아직 변제기가 도래하지 않은 양육비청구권은 장래 변제기부터 소멸시효가 진행된다고 볼 것이다(민법 제165조 제3항 참조).

(나) 소멸시효의 심리

양육비 사건의 심리과정에서 상대방이 특정 시점 이전의 양육비는 시효 소멸하였다고 주장하는 경우에 법원은 이를 항변 사항으로 볼 것인가, 나아가 상대방이 아예 그러한 주장을 하지 않는 경우에, 가정법원은 직권으로 사실을 조사하고 필요한 증거조사를 하여야 하므로(가사소송규칙 제23조 제1항), 법원이 직권으로 특정 시점 이전의 양육비가 시효로 소멸하였는지 여부를 심리해서 판단할 수 있는가가 문제될 수 있다.

가사비송 절차에는, 변론주의가 적용되지 않으므로 소멸시효에 관한 주장은 항변

적어도 마류 가사비송사건에서 확정된 심판은 '판결과 동일한 효력'이 있다고 볼 것이다. 임종효, 상계 논문, 291면

119) 협의이혼의사확인절차에 가정법원 판사가 관여하여 양육비와 관련된 당사자의 의사를 확인하고, 이에 따라 작성된 양육비부담조서는 그 효력에 있어 민법 제836조의2 제5항에 따라 가사소송법 제41조가 준용된다.

120) 같은 견해로 윤진수, 주해친족법 제2권, 박영사, 2015., 1522면

사항도 아니고, 가정법원은 직권으로 사실을 조사하여야 하므로, 양육비채권이 시효 소멸하였는지도 직권 사실조사의 대상이 된다고 볼 여지도 있다. 그러나 가사소송법이 양육비 사건을 비송절차로 심리하도록 한 취지는, 가정법원이 후견적 입장에서 재량을 가지고 적정한 양육비를 산정할 수 있도록 하기 위함이라고 할 것이므로, 가정법원이 실제로 사건을 심리함에 있어서는 그 절차가 비송이고, 변론주의가 적용되지 않는 점에 얽매일 필요는 없다는 생각이 든다. 또한 당사자가 주장하지도 않는 양육비채권의 소멸 여부를 법원이 직권으로 심리하는 것이 바람직하지 않을 수도 있다. 따라서 주장이 있는 경우에 주문이 정당함을 설명한다는 취지에서 이유에서 그에 대한 판단을 하는 현재의 실무 태도는 바람직하다고 본다.¹²¹⁾

III. 결론

이혼과정에서 무엇보다도 최우선적으로 관심을 가져야 할 부분이 미성년자녀에 대한 친권과 양육에 관한 부분이라는 점은 이미 앞에서 주지한 바와 같다. 그러한 점에서 미성년자녀에 대한 양육이나 양육비와 관련된 개념 및 성질을 명확하게 정리하고, 양육 과정에서 친권자와 양육자 사이에 다툼이 없도록 관련 규정을 정비할 필요가 있다. 그간 양육권과 관련하여 실무나 학계에서는 대체적으로 친권과 양육권을 분리하고 양육권을 친권과 구분되는 독자적 권리로 인정하고 있으면서도 양육권의 구체적 내용이 무엇인지, 친권과 양육권의 충돌시 양자의 관계에 대하여 명확하게 설명하지 못하였다. 이에 이 논문은 제3자의 양육권 및 양육비청구권을 포함하여 민법에 양육권의 내용을 명시하고, 양육권의 내용에 기존 학자들이 인정하는 권리 외에도 미성년자녀의 신상에 관한 권리(양육·교육을 위한 법정대리권 및 법률행위에 대한 동의권) 등이 포함되어야 하며, 가사소송법과 가사소송규칙을 개정하여 부모 이외의 친족 등에게 양육자 지정 및 양육비심판 청구를 인정하고, 친권자 지정과 마찬가지로 양육자 지정에 관한 내용을 가족관계등록부에 등재하는 제도를 도입하며, 친권과 양육권이 충돌하는 경우 양육권이 우선되도록 관련 규정을 정비

121) 권덕진, 상계 논문, 201면, 임종효 상계 논문, 294-295면에서는 가사비송절차가 기본적으로 직권주의에 따른다 하더라도 가사소송규칙 제93조 본문과 같이 처분권주의에 유사한 규정도 있는 이상, 심리과정에서 쟁점으로 된 바도 없는데 소멸시효기간이 지났다 하여 직권으로 소멸시효 완성을 인정하는 것은 되도록 삼가야 한다는 견해를 제시하고 있다.

하여 양육자의 양육권을 실질적으로 확보할 방안을 제시하였다.

또한 국제혼인으로 인한 미성년자녀의 국외탈취, 부모 일방의 결정에 의한 자녀의 국외이동 등이 증가하고 있는바, 이를 방지하기 위하여 미성년자녀의 출국 시 부모 쌍방의 동의를 요구하는 제도, 부모 일방이 가정법원에 미성년자녀의 국외이동제한을 신청할 수 있는 제도의 도입 등 다양한 사전적·예방적 조치의 필요성을 피력하였다.

그리고 양육비와 관련하여서도 양육자의 양육비청구권은 미성년자녀의 부양청구권과는 별도로 독자적 권리성이 인정되어야 하고, 그 성질에 있어서 상속성을 인정하고, 소멸시효도 적용되어야 한다는 견해를 제시하였다.

이상으로 이혼 시 미성년자녀의 친권 및 양육권과 관련하여 실무상 쟁점이 되었던 내용을 살펴보았다. 이 논문의 내용이 모든 분들의 동의나 만족을 얻을 수는 없겠으나, 이 논문을 통하여 관련 부분에 대한 다양한 논의가 활성화되고, 관련 규정의 정비가 조속히 이루어지기를 기대하면서 이 글을 마칠까 한다.

별지

법령조항	권리	권리자	개정 방향
민법 제5조, 제7조	법률행위 동의 및 취소	법정 대리인	개정 불요
민법 제6조, 제7조	재산의 처분 허락 및 취소	법정 대리인	개정 불요
민법 제8조	영업의 허락 및 취소, 제한	법정 대리인	개정 불요
민법 제15조	제한능력자의 상대방의 확답 촉구	법정 대리인	개정 불요
민법 제112조	제한능력자에 대한 의 사표시의 효력	법정 대리인	개정 불요
민법 제144조	추인권	법정 대리인	개정 불요
민법 제391조	이행보조자의 고의·과실	법정 대리인	개정 불요
민법 제691조	위임종료시의 긴급처리	법정 대리인	개정 불요
민법 제766조	손해배상청구권의 소멸 시효	법정 대리인	개정 불요
민법 제817조	연령위반혼인 등 취소 청구	법정 대리인	개정 불요
민법 제863조	인지청구	법정 대리인	개정 불요
민법 제869조, 제 885조, 제908조의2	입양의 동의, 승낙, 입 양취소청구, 친양자 입 양 승낙	법정 대리인	개정 불요
민법 제910조	친권의 대행	법정 대리인	개정 불요
민법 제911조	미성년자인 자의 법정 대리인	친 권 을 행 사 하 는 부 또는 모	개정 불요
민법 제913조	보호, 교양의 권리의무	친권자	개정 불요
민법 제914조	거소지정권	친권자	개정 불요
민법 제915조	징계권	친권자	개정 불요
민법 제916조	자의 특유재산관리	친권자	개정 불요
민법 제920조	자의 재산에 관한 친권 자의 대리권	친권자	개정 불요

민법 제923조	재산관리의 계산	친권자	개정 불요
민법 제923조의2 신설	양육자의 권리		<p>① 민법 제837조에 따라 친권자와 양육자가 다르게 되는 경우, 양육자는 친권자와 동일한 권리의무가 있다. 다만 민법 제817조, 제863조, 제869조, 제885조, 제908조의2, 제910조, 제931조, 제999조는 양육자의 권리의무에서 제외된다.</p> <p>② 친권자와 양육자의 의견이 일치하지 아니하는 경우 양육자의 의견이 우선한다.</p> <p>cf : 제2항에 불복이 있는 친권자의 경우 민법 제837조 제4, 5항에 따라 가정법원에 변경 등의 심판을 구할 수 있을 것이다.</p>
민법 제931조	유언에 의한 미성년후견인 지정	친 권 을 행 사 하 는 부 모	개정 불요
민법 제999조	상속회복청구권	법정 대리인	개정 불요
민사소송법 제55조	제한능력자의 소송능력	법정 대리인	개정 불요
민사소송법 제179조, 제186조	소송무능력자에 대한 송달, 보충송달	법정 대리인	개정 불요
가사소송법 제7조	본인 출석주의	법정 대리인	개정 불요
가사소송법 제23조	혼인 무효 및 이혼무효의 소 제기	법정 대리인	양육자 제외
아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제10조의4, 제	고소, 긴급임시조치신청, 임시조치청구 등 요청 및 의견진술, 임	법정 대리인	개정 불요

13조 제1항, 제14조 제2항, 제19조 제7항, 제22조 제1항, 제3항, 제32조, 제36조 제5항, 제40조 제3항, 제41조, 제42조, 제45조 제1항, 제2항, 제47조 제1항, 제3항, 제48조 제2항, 제49조 제1항, 제50조 제2항, 제57조	시조치결정통지, 임시조치변경신청, 이송결정 통지, 보호처분결정 통지, 보호처분변경 통지, 보호처분취소, 보호처분종료신청, 항고, 피해아동보호명령신청 및 의견진술, 보조인, 국선보조인신청, 피해아동보호명령 취소 및 변경신청, 피해아동보호명령기간연장신청, 재항고		
아동복지법 제16조 제2항	보호대상아동의 가정복귀신청	친권자	양육자 추가
아동복지법 제21조 제1항	보조인의 선임 등	법정 대리인	개정 불요
아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제26조 제2항, 제5항, 제27조 제1항, 제28조, 제29조, 제38조 제3항, 제4항, 제42조 제5항, 제44조 제3항	영상물 녹화 동의 등, 증거보전청구요청, 신뢰관계에 있는 사람의 동석, 서류·증거물의 열람·등사, 대상아동·청소년발견 통보, 보호처분변경신청, 가해아동·청소년발견 통보	법정 대리인	개정 불요
아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제50조 제5항, 제51조 제4항, 제5항	아동청소년범죄의 고지 대상자에 대한 정보제공대상자, 고지명령의 집행	친 권 자 또는 법정 대리인	개정 불요
성폭력범죄의 처벌 등에 관한 법률 제30조 제2항, 제5항, 제34조, 제36조, 제37조 제1항, 제2항, 제41조 제1항	영상물 녹화 동의 등, 신뢰관계에 있는 사람의 동석, 진술조력인의 수사 및 재판과정 참여, 증거보전청구요청	법정 대리인	개정 불요
성매매알선 등 행위의 처벌에 관한	신뢰관계에 있는 사람의 동석	법정 대리인	개정 불요

법률 제8조 제1항, 제2항			
정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제31조	개인정보수집 등의 동의	법정 대리인	개정 불요
위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률 제25조	개인정보수집 등의 동의	법정 대리인	개정 불요
특정범죄신고자 등 보호법 제6조 제1항, 제2항, 제5항, 제7조 제6항, 제9조 제3항, 제11조 제5항, 제13조 제3항, 제14조 제1항, 제15조	범죄신고자등보좌인 신청, 인적 사항의 기재 생략, 범죄신고자등과 면담신청, 증인신문 비공개 등 신청, 신변안전조치 신청, 범죄신고자등 구조금 신청, 피고인등 주요 변동상황 통지 신청	법정 대리인	개정 불요
인감증명법 제3조 제1항, 제12조 제1항, 인감증명법 시행령 제7조 제1항, 제5항, 제8조 제3항, 제12조 제2항, 제4항, 제13조 제2항, 제4항, 제17조의2 제4항	인감신고, 인감의 말소 및 부활, 인감증명서 발급, 인감보호의 신청 및 해지	법정 대리인	개정 불요
본인서명사실 확인 등에 관한 법률 제5조 제3항, 제7조 제4항, 제8조 제3항	본인서명사실확인서 발급신청, 전자본인서명확인서의 발급신청, 발급시스템 이용 신청	법정 대리인	개정 불요
여권법 시행규칙 제4조 제5항, 제6조, 제11조 제2항	여권 발급 동의, 여권 신청대리, 여권 분실 신고 동의	친권자, 후견인 등 법정 대리인	개정 불요
출입국관리법 제54조 제1항, 제55조	보호 통지 및 이의 신청, 보호의 일시해제	법정 대리인	개정 불요

제1항, 제65조 제1항	청구		
공무원연금법 시행령 제23조, 사립학교교직원연금법 시행령 제23조	유족대표자에 대한 급여지급	법정 대리인	개정 불요
상표법 제4조, 특허법 제3조	상표등록, 특허에 관한 출원 청구 등	법정 대리인	개정 불요
방문판매 등에 관한 법률 제7조 제3항	방문판매 계약 체결 동의	법정 대리인	개정 불요
성매매방지 및 피해자보호 등에 관한 법률 시행령 제5조	성매매피해자 청소년 지원시설 입소 동의	법정 대리인	개정 불요
의료법 제24조의2 제1항	의료행위 설명·동의	법정 대리인	개정 불요
응급의료에 관한 법률 제9조	응급의료 설명·동의	법정 대리인	개정 불요
응급의료에 관한 법률 시행령 제2조	응급환자 아닌 자에 대한 이송 등	법정 대리인	개정 불요
가족관계등록 등에 관한 법률 제62조 제1항	입양의 신고	법정 대리인	개정 불요
선원법 제90조, 선원법 시행령 제9, 13조	미성년자 선원 동의, 선원수첩발급, 선원신분증명서발급 동의	법정 대리인	개정 불요

참고문헌

[단행본]

- 곽윤직, 김재형, 민법총칙(제9판), 박영사(2015. 8.)
김주수, 주석민법 친족(3) 제4판, 한국사법행정학회(2010)
김주수, 김상용, 친족·상속법(제13판), 법문사(2016)
박병호, 가족법, 한국방송통신대학(1993)
박정기, 가족법 : 친족상속법, 삼영사(2005)
윤진수, 주해친족법 제1, 2권 박영사(2015.)
한봉희, 백승흠, 가족법, 삼영사(2013)
법원실무제요 가사 (Ⅱ), 법원행정처(2010)

[논문과 판례 평석 등]

- 강해룡, 양육비청구권과 소멸시효, 법률신문 3999호(2012. 1.)
권덕진, 양육비와 소멸시효, 가사재판연구 II, 서울가정법원 가사재판연구회(2011. 1.)
김두년, 부모 일방의 자녀탈취와 양육권 확보를 위한 법적 과제, 법학연구 제57권, 한국법학회(2015)
김상용, 이혼 시 양육권과 친권이 분할 귀속한 경우 양자의 관계, 가족법연구II, 법문사(2006)
김상용, 2000년대 친족·상속법 판례의 경향과 흐름, 가족법연구 IV(2014)
김시철, 양육자변경 본심판청구와 유아인도 반심판청구에 대한 심리방법, 민사재판의 제문제 제15권(2006. 12.)
김아영, 다문화가정의 미성년자녀 탈취에 관한 연구, 법과 사회 48호, 박영사(2015)
김연, 이혼 후의 자의 양육, 가족법연구 제8호(1994)
김형석, 양육비청구권을 자동채권으로 하는 상계, 가족법연구 제21권 제3호, 한국가족법학회(2007. 12.)
김혜선, 양육비심판의 주문에 관한 제문제, 가정법원 50주년 기념논문집, 서울가정법원(2014)
민유숙, 2012년 민사(친족, 상속법) 중요판례, 인권과 정의 432호(2013)
문형식, 친자관계를 중심으로 한 부양료청구와 구상(상), 대한변호사협회지 130호,

대한변호사협회(1987)

- 박상봉, 부모의 자녀 양육의무와 과거 양육비상환청구, 재판의 한길, 박영사(1998)
- 박병호, 김유미, 과거의 양육비 구상, 법학 35권 3, 4호, 서울대학교법학연구소(1994)
- 박희영, 부양의무위반의 형사적 규제에 관한 비교법적 연구-독일과 오스트리아의 제도를 중심으로-, 법제연구 통권 제16호(2004. 6.)
- 석광현, 국제아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그협약과 한국의 가입, 서울대학교 법학 제54권 제2호, 서울대학교 법학연구소(2013. 6.)
- 양혜원, 자녀 양육권에 관한 비교법적 연구, 연세대학교 대학원 박사학위논문(2011)
- 윤석찬, 이혼 후의 공동양육권에 관한 고찰, 재판실무연구, 박영사(2011)
- 이동진, 부모 일방의 타방에 대한 과거의 양육비상환청구와 소멸시효— 대법원 2011. 7. 29.자 2008스67결정(공2011하, 1635) —, 가족법연구 제26권 2호 통권 제44호, 한국가족법학회(2012. 7.)
- 이동철, 친권행사자 및 양육자 지정, 양육비청구에 관한 몇가지 문제, 실무연구 [X], 서울가정법원 법관가사재판실무연구회(2005. 7.)
- 이수영, 과거 양육비 청구권의 소멸시효, 민사재판의 제문제 21권, 한국사법행정학회(2012)
- 이연주, 부부간의 과거 부양료 및 양육비청구에 관하여, 인권과 정의 401호, 대한변호사협회(2010.)
- 이은정, 비친권자의 양육권, 가족법연구 제26권 제1호(2007)
- 이은정, 친권 제한의 유연화, 가족법연구 제27권 제1호(2013)
- 이은정, 미국법상 양육자 결정에 대한 소고, 안암법학 28호(2009. 1.)
- 이은정, 이혼 시 자녀양육비 지급확보방안에 관한 연구-민법 및 가사소송법 개정안을 중심으로-, 가사재판연구 I, (2007)
- 이종길, 이혼에 있어 친권 및 양육책임 문제에 대한 새로운 접근, 가족법연구 제29권 제3호(2015년)
- 이충은, 이혼 후 공동양육제도에 관한 연구, 법학연구 제14편 제2호, 인하대학교 법학연구소(2011.07.)
- 이현재, 자의 최선의 이익에 관한 연구 - 미국을 중심으로 -, 전남대학교 대학원 법학석사 학위논문(2003)
- 임재성, 국제아동탈취협약의 실무적 문제점, 2017. 1. 19.자 법률신문

- 임종효, 양육비청구권에 관한 기초이론 및 실무상 쟁점, 사법논집, 제51집, 법원도서관(2011)
- 외교부 재외동포영사국 여권과, 18세 미만 자녀의 여권 발급 등에 대한 공동친권자의 부동의 의사표시 관리 업무처리 지침, 2016. 6. 17.자
- 정귀호, 부양에 관한 연구-한국부양법리의 내포와 외연-, 서울대학교대학원(1987)
- 정진아, 이혼 후 양육자 지정 및 그 참작요소 : 공동양육(Joint Custody) 논의를 중심으로, 사법연수원, 청연논총 제13집(2016)
- 최민수, 부부간 과거 부양료청구와 미성년자녀의 과거 양육비청구, 가족법연구 제28권 제1호(2014)
- 최세모, 가사심판상의 부양청구권, 재판자료 제18집, 법원도서관(1983)
- 최진섭, 이혼 후의 공동양육법제에 대한 입법론적 연구, 가족법연구 제24권 제3호, 가족법학회(2010.11.)
- 채승우, 양육권자의 거소지 이전과 면접교섭권 침해, 법학논총, 제20권 제2호, 국민대학교 법학연구소(2008)
- 최행식, 자의 양육 및 부양과 과거의 부양료, 가족법연구 8호, 한국가족법학회(1994)
- 하태훈, 미성년자약취죄와 국외이송약취죄의 '약취'의 의미, 고려법학 제71호, 고려대학교 법학연구원(2013)

지정 질의답변

발표문 : 이혼과 자녀양육에 관한 문제

발표자 : 이호철 회원

[장수영 회원]

1. 발표자께서는 “미성년자녀의 양육자가 부모의 일방이거나 제3자이어서 친권의 행사와 양육이 분리되는 경우에 미성년자녀를 위한 양육에 배치되는 친권의 행사는 제한되므로, 이때 양육권은 친권에 우선하고 친권자는 양육권에서 제외된 친권의 나머지 부분만을 행사하는 것으로 보아야 한다.”라고 하셨습니다(발표문 6쪽).

발표자께서는 “우리 민법은 이혼 시 양육자 지정에 관한 규정만 두고 있을 뿐 양육권에 관한 별도의 규정은 두고 있지 아니하므로, 양육권은 친권 중 일부인 보호·교양권(민법 제913조)을 양육자에게 위임한 것으로 이해될 수 있다.”라고 하셨습니다(발표문 6~7쪽).

민법상 위임계약에서 수임인은 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 위임사무를 처리하여야 하므로(민법 제681조), 수임인은 위임의 본지, 즉 위임인이 위임한 범위를 벗어나기 어렵습니다.

양육권이 친권 중 일부를 양육자에게 위임한 것으로 본다면, 수임인인 양육권자는 위임인인 친권자가 위임한 범위를 벗어나기 어려우므로, 양육권이 친권에 우선한다고 할 수 있는지 의문이 있습니다.

양육권과 친권이 충돌할 경우 양육권이 친권에 우선한다는 결론은 공감하지만, 그렇게 해석하기 위해서는 별도의 근거가 필요한 것으로 보이는데, 발표자의 견해는 어떠한지 궁금합니다.

2. 발표자께서는 “친권과 양육을 완전히 분리하여 부모 일방에게 각자 귀속시키거나, 아니면 친권을 부모 일방에게 귀속시키고 양육을 제3자에게 귀속시키는 형태는 그것이 법적으로나 사실적으로 가능하다고 하더라도 신중할 필요가 있다.”라고 하고, 친권자와 양육자의 분리로 인하여 미성년자녀의 양육·교육, 신상과 관련된 혼란과 충돌이 발생할 수 있다는 문제점을 지적하고 있습니다(발표문 11쪽).

그런데도 친권과 양육을 완전히 분리하여 부모 일방에게 각자 귀속시키거나, 아

다면 친권을 부모 일방에게 귀속시키고 양육을 제3자에게 귀속시키는 형태를 허용할 현실적인 필요성이 있는지 의문이 있습니다.

어떠한 경우에 위와 같은 형태가 필요하다고 보는지 발표자의 견해가 궁금합니다.

3. 발표자께서는 친권은 자녀의 신분적·재산적 권리에 치중된 법률적·추상적 지배권적 측면이 강하고, 양육은 자녀의 신상과 관련된 실질적·사실적 개념의 입장에 선 것이라고 하고(발표문 9쪽), 공동양육과 관련하여 “주중은 일방 부모가, 주말은 타방 부모가 나누어 양육하는 형태가 일반적일 것이다. 이때 자녀를 더 많은 시간 동안 양육하는 양육친을 ‘주 양육자’로, 타방 양육친을 ‘보조 양육자’로 보아도 무방하다. 다만 공동양육이라 하기 위해서는, 자녀의 면접교섭과는 구별되는 정도의 ‘양육’으로서의 실질이 있어야 할 것이므로,”라고 하셨습니다(발표문 11쪽).

친권은 법률적·추상적 개념이므로, 부모가 이혼하여 따로 살더라도, 공동친권이 가능할 것으로 보입니다.

하지만 양육은 실질적·사실적 개념이고, 부모가 이혼하여 따로 살면서 주중 또는 주말을 부모가 나누어 양육하는 것은 각자 양육하는 것이거나 면접교섭과 다를 바 없어 보이는데, 굳이 ‘공동’양육이라고 볼 수 있는지 의문이 있습니다.

‘양육’으로서의 실질을 무엇으로 보아야 하는지, 그에 따라 어떠한 경우를 ‘공동’양육으로 볼 수 있는지 발표자의 견해가 궁금합니다.

[김정우 회원]

발표자는 ‘미성년자녀의 양육자가 부모의 일방이거나 제3자이어서 친권의 행사와 양육이 분리되는 경우에 미성년자녀를 위한 양육에 배치되는 친권의 행사는 제한되므로, 이때 양육권은 친권에 우선하고 친권자는 양육권에서 제외된 친권의 나머지 부분만을 행사하는 것으로 보아야 한다. 친권자는 그러한 점에서 친권과 양육권이 분리되는 경우 미성년자녀에 대한 법정대리권과 동의권이 친권자에게만 있다는 견해는 미성년자녀의 양육환경 변화와 사회 현실을 고려하지 못한 것으로 의문이다.’라는 취지로 말씀하셨습니다. 그런데 민법 제911조는 ‘친권을 행사하는 부 또는 모는 미성년자인 자의 법정대리인이 된다’라고 하여 ‘친권’이라고 명백히 규정하고 있습니다. 발표자의 취지가 민법 규정의 해석상 친권 없는 양육권자도 법정대리권이 있다고 보아야 한다고 주장하는 것인지 아니면 입법론을 말씀하신건지 전자라

면 그 근거에 대하여 구체적으로 말씀해주셨으면 합니다.

또한, 발표자는 친권과 양육권이 충돌하는 경우 양육권이 우선적이며 근본적인 권리가 되어야 한다고 하면서 이에 대한 입법적 정리를 말씀하셨습니다. 그 취지는 적극 찬성하나 제 소견으로는 입법론으로 양육권의 개념을 별도로 규정하지 않고 친권자가 양육의무를 부담하도록 즉 친권과 양육권을 일치시키도록 하는 것이 더 간명해 보이는데 굳이 양육권이 없는 친권을 존치해야 할 실익이 무엇인지 궁금합니다.