

제51차 여성정책포럼

# 친권법, 어떻게 개정되어야 하는가

| 일 시 | 2008년 12월 11일(목) 15:00~17:30

| 장 소 | 본원 2층 국제회의장

| 주 최 |



한국여성정책연구원  
Korean Women's Development Institute

| 후 원 |



민변 여성인권위원회

제51차 여성정책포럼

# 친권법, 어떻게 개정되어야 하는가

| 일 시 | 2008년 12월 11일(목) 15:00~17:30

| 장 소 | 본원 2층 국제회의장

| 주 최 |



한국여성정책연구원  
Korean Women's Development Institute

| 후 원 |



민변 여성인권위원회

# Program

---

14:30~15:00	등 록	
15:00~15:10	사 회 인 사 말	변 화 순 실장 (한국여성정책연구원) 김 태 현 원장 (한국여성정책연구원)
15:10~16:00	발 표 1	피해사례를 중심으로 본 <b>현행 친권제도의 문제점</b> 조이여울 기자 (여성주의 저널 일다)
	발 표 2	<b>친권제도 개선방향에 대한 모색</b> 박 복 순 연구위원 (한국여성정책연구원)
16:00~17:00	토 론 자	김 수 정 변호사 (민변 여성인권위원회) 유 경 희 대표 (한국여성민우회) 이박혜경 연구위원 (이화여자대학교 한국여성연구원) 이 혜 원 교수 (성공회대학교 사회복지학과) 전 경 근 교수 (아주대학교 법학과) 최 정 인 판사 (서울가정법원)
17:00~17:30	종합토론	참석자 전원
17:30	폐 회	

---

# 목 차

---

◆ 발 표 1 : 피해사례를 중심으로 본 <b>현행</b> 친권제도의 문제점 .....	1
--------------------------------------------------	---

조이여울 기자 (여성주의 저널 일다)

◆ 발 표 2 : 친권제도 개선방향에 대한 모색 .....	19
----------------------------------	----

박 복 순 연구위원 (한국여성정책연구원)

◆ 토 론 문 .....	47
---------------	----

김 수 정 변호사 (민변 여성인권위원회) / 49

유 경 희 대표 (한국여성민우회) / 53

이박혜경 연구위원 (이화여자대학교 한국여성연구원) / 59

이 혜 원 교수 (성공회대학교 사회복지학과) / 61

전 경 근 교수 (아주대학교 법학과) / 67

최 정 인 판사 (서울가정법원) / 75

---

◆ 주제발표 1 ◆

친권법, 어떻게 개정되어야 하는가

피해사례를 중심으로 본 현행 친권제도의  
문제점

조이여울 기자 (여성주의 저널 일다)

최근 급부상한 친권문제에 대한 사회적인 관심은 한 연예인의 이혼과 충격적인 죽음을 둘러싸고 불거진 것이지만, 계속되는 논쟁을 통해 비로소 우리 사회가 ‘친권자의 자격’을 묻게 되었다는 점에 의의가 있다고 본다. 낳아준 부모에게 응당 자녀가 종속되는 것이 아니라, 아동에게 필요한 것을 제공하는 ‘역할’을 하는 이가 누구인가를 따져보며 아동의 입장과 권리 측면에서 바라볼 틈새가 생겼기 때문이다.

친권제도가 문제가 되는 것은 바로, 그것이 아동의 권리와 상충될 때이다. 많은 사람들이 일상 속에서 친권이라는 것이 무엇인지 파악하지 못한 채 생활하고 있지만, 부모의 친권행사가 아동의 권리와 충돌하게 될 때 그 피해는 상당한 위력을 발휘하게 된다. 아이를 잘 보호하고 양육하는 책임은 다하지 않으면서도, 자신의 이익을 위해 아이를 이용하거나 친권을 행사하며 아이의 삶을 제한하는 부모도 있다. 자녀를 방치하거나 시설에 맡기면서도 자신의 지휘 하에 두기위해 입양을 허락하지 않는 부모도 있으며, 단지 가해자가 친부모라는 이유만으로 아동학대가 상당부분 허용되기도 하는 현실이다.

## 1. ‘친권의 자동부활’

조성민씨 친권행사와 관련하여 논쟁이 되었던 것은, 이혼 후 아이의 친권자가 사망했을 경우에 생존해있는 부모가 친권을 자동적으로 행사하게 되는 점에 대한 것이다. 이혼을 하며 친권과 양육권을 가져온 싱글맘, 싱글대디 중에는 이 같은 사실을 처음 알게 되고 유사시 자녀의 앞날을 생각하며 “우린 죽을 수도 없구나” 하고 공포스러워하는 이들도 있다.

‘친권의 자동부활’을 반대하는 견해는 친권자로서 자격이 없는 친부 혹은 친모에게 친권이 주어지는 것이 합당한가, 과연 아이를 위한 것인가에 대한 문제제기에서 비롯된다. 이때의 ‘친권자로서의 자격’이라 함은 이혼의 과정과 사유, 그리고 이혼 후 아이와의 관계 및 양육부담 등을 토대로 논할 수 있을 것이다.

※ 이혼을 둘러싼 친권문제와 관련한 사례①~⑧은 〈조성민친권회복반대카페〉 회원들이 메일로 보내주신 것과, 사례모음게시판에 회원들이 올린 게시물을 카페공지와 운영자의 동의를 얻어 발췌한 것들입니다. 협조해주신 모든 분들과 운영자 행복지킴이님께 깊이 감사드립니다.

※ 사례①~⑧의 경우 인터뷰로 진행된 것이 아니라는 점에서 기술한 내용 이상의 상세한 정황을 알기 어렵고, 다소 일방적인 주장이 있을 수 있다는 점을 감안해주시기 바랍니다.

#### ◆ 사망보험금을 안 남겼다면 남몰라라 했을 텐데

제 언니는 아이가 백일도 되기 전 이혼해 12년을 아이만을 위해서 살았습니다. 아이는 이혼 당시 언니가 데려와 직장 생활하는 언니를 대신해 엄마가 키웠습니다. 결혼은 실패했지만 언니는 아이와 더불어 행복해하며 재혼은 꿈도 꾸지 않고 아이만 바라보며 살았습니다. 조카 덕분에 우리 집은 웃음이 끊이질 않았구요. 정말 아이를 가족 모두는 사랑으로 키웠습니다. 아이도 잘 자랐구요~ 피아노도 너무 잘 치고 웃음 많고 사랑스런 아이로 자랐답니다.

그러던 2년 전 불행이 왔습니다. 언니가 운전하던 차가 사고가 나서 그만 언니가 죽고 말았습니다. 불행은 그것만이 아니었습니다. 갑자기 난데없이 12년을 양육비 한 번도, 아이를 만나러 온 적도 없는 애비라는 사람이 떡하니 나타났습니다. 아이를 데려가겠다고요. 저희 가족이 아무리 말려도 소용이 없었고 아이가 울며 안 가겠다고 해도 억지로 데려갔습니다. 변호사와 상담을 했지만 현실적으론 어렵다는 답답한 소리만 들었고 억울하지만 포기해야만 했었습니다.

언니가 사고 당시 남겨진 보상금 5천만 원과 사망보험금 2억 원이 탐이 난 행동이었다는 게 눈에 보였지만 현실적으로 아무도 저희 가족편이 되어주지 않았습니다. 어쩔 수 없이 아이를 보내놓고 매일 눈물로 보내는 우리 가족들입니다. 아이가 보고 싶어서 찾아가면 아이 잘 있다고 보여주지도 않고 그나마 학교로 찾아가서 만나면 아이는 항상 데려가 달라고 통곡하며 울기만 합니다. 아이가 살도 많이 빠지고 옷도 후줄근하고 어려서 절대음감이 있다고 피아노를 가르쳐 상당히 잘 치는 아이였는데, 그 흔한 학원 한번 레슨 한번 안 시킨다길래 돈이 있는데 왜 안 시키냐고 했더니, 그냥 둘러댈 뿐 제대로 답변도 못합니다.

아이 앞으로 된 돈은 어찌 된 건지. 제대로 관리가 되고 있는지 알고 싶지만 알아볼 길도 없고. 들리는 소문에 도박을 한다는 소문까지 들으니 미칠 것만 같습니다. 그 돈이 어떤 돈인데, 우리 언니 목숨 값인데 혹여 그 돈을 다 쓴 건 아닌지. 아이가 미성년이면 클 때까지 돈을 못쓴다는 그 말만 믿었는데 그게 아닌 것만 같아요. 언니가 그나마 사망보험금이래도 안 남겼다면 남몰라했을 그 남자. 12년 동안 아이는 관심조차 없는 그 남자에게 우리나라 법은 왜 이렇게 관대하답니까? 과연 이런 법이 아이를 위한 법인지 통탄을 금할 길이 없습니다. 하루빨리 이런 법이 바뀌고 외할머니도 친권을 갖게 될 수 있는 현실을 기대하며 이만 줄입니다. (사례①)

#### ◆ 자녀재산에 대한 권리행사, 누구를 위한 것?

(이혼 당시 아이들은 나이가 3살, 5살이었음. 내내는 1년 만에 재혼하고, 남편의 어머니가 아이들을 10년간 양육함. 10년 후 아이들 아빠가 사고로 사망함.) 지금 아이들이 초등학교 6학년, 중학교 2학년이 되었어요. 그런데 이제 엄마와 재혼한 남편이 나타나 아이를 양육하겠다고 합니다. 아이들은 절대로 엄마랑, 새아빠될 사람이랑 살지 않겠다고 친모에게도 말했답니다. 보상금도 얼마 나옵니다. 그런데 사고보상금도, 개인적인 보험금도 다 묶어놓고 매달 필요한 만큼만 아이들 외할머니한테 승인을 얻어서 찾아 쓰라고 합니다. 혹시나 할머니랑 삼촌이 보상금, 보험금 다 써버리고 아이들 내쫓을까봐 걱정이라고 아이들에게도 말합니다. 그 동안 10여 년 키워준 정은 정말 모릅니다. 그 보상금 없어도 지금껏 잘 키워왔습니다. 이것이 정말 친모가 말하는 모정일까요? (사례②)

이혼 후 자녀의 친권자가 사망했다면, 자녀와 관계를 단절한 채 살았던 생존부모라 하더라도 자녀를 방치하는 것보다는 보호자로서의 역할을 다할 수 있도록 하는 것이 좋을 것이다. 그러나 그러한 역할을 담당할 것으로 기대되지 않는 부모라면 어떨까. 또는 아이와 관계가 좋지 않은 부모라면, 자녀에게 남겨진 재산에 마음이 가있는 부모라면, 또는 친권자로서 아이에게 더 적합한 누군가가 있다면? 이러한 경우들을 고려해봤을 때 ‘친권의 자동부활’은 아동의 권리와 안전을 심각하게 훼손할 가능성을 내포하고 있다.

#### ◆ 거래한 친권, 부활시켜도 되나

저는 딸을 둘을 낳고 이혼을 했습니다. 이혼 당시 친권은 지정이 안되고 양쪽에 있었고 양육만을 제가 가졌지요. 근데 특하면 학교 앞에서 아이들을 맡없이 데리고 가서 전학을 시켜 버리고 안 돌려 보내는 거예요. 아이들을 무기로 재결합을 원해 몇 번이나 아이들 때문에 살아왔지만 역시 같이할 수 없기에 아이들은 주지 않겠다고 하여 저만 집에서 나왔지요. 그러던 어느 날 갑자기 아이들을 당장 데리고 가라는 거예요. 마음이 변하면 어쩔까 싶어 당장 짐도 필요 없이 아이들만 데리고 와서, 4년 후 그러니깐 우리 큰딸이 학교에서 상해를 입었는데 합의가 안돼 재판까지 가야 할 지경에 남편이 나타나서 상해를 입힌 사람에게 돈을 받아가는 파렴치한 행동을 하고 하여 할 수 없이 친권소송 했습니다. 그 당시 딸들은 12살과 7살인데 증인으로 채택을 하여 아이들이 생부의 과거행동을 적나라하게 재판장 앞에서 얘기하려는 순간 생부는 합의를 하겠다면서 돈을 요구하더군요. 그 당시 친정엄마말씀으로는 그래도 아이아빠니깐 보상금에 아빠 몫을 주자하여 친권 포기하는 조건에 돈을 주었어요. 그 후 전혀 연락도 왕래도 없지요. 그런데 최진실 씨 사건을 보면서 남 얘기 같지않고, 법이라는 게 누구 위해 존재하고 있는가. 비현실적인 법을 빨리 바꾸어야 한다고 봅니다. (사례③)

#### ◆ 악마 같은 전남편에게 친권이 부활된다면

27살에 결혼을 했습니다. 결혼해서야 알았습니다. 결혼하기 며칠 전에 돈 문제로 고소당해 유치장에 들어갔다는 걸. 부랴부랴 시댁에서 대출 받아 간신히 나왔다는 걸. 병원생활을 핑계로 제 카드는 남편 손에서 뺏기기 되듯이 한도 끝도 없이 한도금액이 올라가더군요. 가진 것 아무것도 없는 주부가 한도1억이 넘으면 말 다했죠! 제가 모르는 카드는 계속 해서 늘어나고, 시댁에 있는데 걸려온 전화! 우리 오빠를 괴롭히지 말라는 여자, 사랑한다고 봐 달라는 여자, 술 먹고 음성에다 보고 싶다는 전화. 결혼하고 나서 일주일 후부터 계속 술집으로 흥청망청 몰쓰듯 돈을 쓰고 다녔더군요. 만삭이 된 부인을 때리는 남편인데 무슨 말이 더 필요 있을까요? 옷이 다 찢겨져서 어린아들도 빼앗긴 채 머리채를 잡혀서 집밖으로 내몰렸을 때, 죽으리라 다짐했고 맹세했지만, 숨 넘어갈 듯 울어대는 아기가 내 몸의 고통보다도 더 아프게 가슴에 박히네요. 결국 저에게는 제가 몰랐던 2억에 가까운 빚이 도끼로 찍듯이 제 가슴팍을 찍어 내리더군요. 1억이라는 돈을 들고 도망간 남편은 며칠 동안 술집으로 흥청망청 쓰면서 그 어마어마한 돈을 다 써버리다가 잡혀서 감방살이를 하더군요. 모자가정이나 기초생활수급자가 되기 위해서 어르고 달래서 이혼하자고 했네요. 간 쓸개



다 빼놓고 어르고 달래서 이혼을 했습니다. 양육권만 가져왔는데, 제 아기가 남편의 성을 가지고 있다는 것이 너무나 억울하고 싫었습니다. 친권을 포기하라고, 니가 아빠로서 해 준 게 뭐 있냐고, 아들도 너를 아빠라 생각하지 않는다고, 아들과 제가 맘 편히 살 수 있게 해달라고 애원하고, 구걸하고, 협박하고, 별 짓을 다해서 친권을 포기시켰습니다. 지금은 8살이 되어서 학교에 들어간 제 아들! 제 생명! 성도 엄마의 성을 따라 바꿨습니다. 아들과 함께 사는 지금이 행복합니다.

하지만 가진 것 없는 엄마라도 제가 불행한 일로 덜컥 세상 뜬다면, 내 생명이자 삶의 가치인 아들이 그 악마 같은 놈한테 다시 가야 된다면, 생각만해도 소름이 돋고 악마 같은 남편을 죽이고 싶다는 살기마저 일어납니다. 저 같은 사례가 저뿐이었습니까? 눈물로 살 아온 세월이 저보다 더 많은 한부모 가정에게 매몰찬 법이 아니길 바랍니다. (사례④)

## 2. 양육자와 친권자의 분리

직접 아이와 함께 생활하며 양육을 담당하는 사람과, 아이의 신상이나 재산과 관련하여 권리를 행사할 수 있는 친권자가 분리되어 있는 경우에는 아이들의 삶을 제약하거나 부정적인 영향을 미칠 수 있다. 그런데 한국에서는 부부가 이혼을 할 때 한 쪽에는 친권이, 다른 한 쪽에는 양육권이 주어지는 경우가 적지 않다.

### ◆ 여권도, 해외연수도 물거품이 되게 되었어요

만 5년 전, 그러니깐 제 아들아이가 만2돌을 한달 앞두고 이혼하였고, 이혼 당시 제 아이의 양육권을, 전 남편은 친권을 가지자며 합의서를 작성하고 이혼하였어요. 올해, 아이와 함께 일본으로 해외유학을 가려 했고, 또 제 전공 때문에 일본이란 곳으로 유학을 가려다 보니, 일본이란 나라에는 아이의 초등학교 입학문제가 다른 나라와는 조금 달랐어요. 결국 제게 친권이 필요하게 되어 저는 서울에 있는 전 남편을 상대로 친권변경소송을 해야만 했어요.

1. 이혼 후 만5년 동안 전 남편이 저의 아이를 만나러 온 것은 다섯 손가락도 안되고, 그것은 아이의 요청에 의해서였다. (증거 있음) 2. 아이의 친조부모라는 사람들로부터 이혼 5년 동안 전화 한 번 온 적 없으며 3. 전 남편과 그의 가족들로부터 아이의 생일날, 어린이날, 크리스마스날 한 번도 선물도 전화도 없었다.

비록 집안의 재력이 있는 전 남편과 이혼하며, 당시 불륜에 눈이 먼 전 남편은 자신의 현금을 제게 위자료와 양육비 명목으로 일시불 다 지급했다고 지금도 큰 소리를 치며, 얼마 전 마지막 통화에서조차 친권과 호적정리의 개념을 이해 못한 채 포기 못한다라고 못을 박고 있는 상황이나, 저는 그렇다면 친권자로 아이에게 양육비 준 것 외, 친부로서 무얼 했냐는 거죠?

법원에서는 조금도 인정하지 않고 있는 것 같아요. 더욱이 친권변경소송을 준비하며 친권자가 친부인 경우 더욱 친권변경이 어렵다는 사실도 법률상담하며 심심찮게 들으며 맥 빠지더군요. 친권자는 5년 43,800시간 중 50시간도 채 아이와 시간을 보내지 않은 자에게

아이의 복지와 인생을 결정하게 될 권한을 ‘결격사유가 없는 한-결격사유라는 그 내용은 더욱 기막힙니다’ 변경될 수 없다니, 법이 아니라 족쇄라는 생각이 드네요. 사내아이임에도 보험도 해지했어요. 보험금 수령문제 때문에, 여권도 곧 갱신해야 하는데, 전남편의 이유 없는 심술 때문에 여권갱신은 물론 초등학교 해외연수도, 제 유학도 물거품이 되게 되었어요. 지금 현재로선 그 소송을 시작도 못한 채 중단한 상태예요. (사례⑤)

#### ◆ 이혼 후 친권과 양육권의 분리 (여권발급)

14년 전에 남편의 부정한 행위에 못 참고 이혼을 했죠. 혼자서 애 키우는데, 한번 애 보러 오곤 다시는 애 찾지도 않더군요. 그러던 중 제 동생이 외국에 있어 방학 동안 우리 애를 (고2) 그곳에 보내게 됐는데 구청에서 웬걸? 친권자 싸인이 있어야 여권을 만들 수 있대서 황당하더라고요. (이혼한 지) 6년이 지났는데, 18살이라 미성년자라고 그렇다나요? 친권자가 아빠인 채로 제가 아이를 키웠는데 참 황당했던 기억이네요. 어찌어찌 찾아서 남을 통해 말을 전달해서 우편으로 받아 겨우 친권자 싸인 받고, 애를 보내긴 했지만.. (사례⑥)

#### ◆ 친권자와 양육자가 다른 경우 (재산상속)

남동생이 첫 돌이 갓 지난 뇌성마비 3급의 아들 녀석을 남겨 두고 먼저 갔습니다 애 엄마는 가출을 한 상태였구요. 주위에서는 해외입양을 권했으나 차마 그럴 수가 없어 제가 맡았고, 후에 저도 아들이 생겨 같이 형제처럼 키웠습니다. 장애는 약간 있지만 고교까지 일반학교로 다니며 나름대로 잘 성장했습니다. 조카가 고교 졸업을 하던 해에 아버님이 돌아가시면서 조그만 집을 하나 남겨 주셨습니다 황당한 일은 그때 벌어졌습니다. 장애가 있는 조카가 마음에 걸려 3명이 상속권을 포기하고 조카에게 집을 주려니, 만20살이 안되어 친권자인 엄마의 동의가 필요하다는 겁니다. 20년이 넘도록 저는 이사를 한번도 안 했고, 아이가 보고 싶었다면 언제든지 가능한 일인데 한번도 찾아온 적이 없었던 엄마입니다. 어디에 살고 있는지도 모르는데... 할 수 없이 1년을 기다려 가산금을 물어 가며 등기를 할 수 있었는데, 친권행사의 불합리함을 절실히 경험한 예입니다. (사례⑦)

사례⑧은 이혼하고 재혼을 한 언니의 자녀를 양육하는 (미혼)이모의 사례다. 언니도 책임질 수 없고 형부가 버리다시피 한 아이들을, 지난 4년간 자신의 자식처럼 키워왔고 앞으로 키울 생각이다. 하지만 친권자인 아이 아빠가 언제든 친권을 행사하며 아이들을 데려갈 수도 있는 상황이다. 실제로 고모나 이모, 조부모, 혹은 다른 제3자가 아이를 부모처럼 보살피고 책임지고 양육하고 있으면서도 법적으로는 그 관계와 권리를 인정받지 못하고 있는 경우가 많다. 친권행사가 이들의 가정과 행복을 위협하거나 무너뜨릴 때, 과연 친권이란 누구를 위해 존재하는 것인지 묻지 않을 수 없게 된다.

#### ◆ 이혼한 언니의 아이들을 키우는 이모

언니는 20살에 아이를 낳았어요. 그리고 24살에 혼자가 되었습니다. 그간에 있었던 일. 모두 알 수는 없지만 옆에서 봐오던 모습만으로도 참 이가 갑니다. (남편의 폭력과 빚에 시

달림. 남편의 요구로 이혼함.) 혼자서 그렇게 아이들을 악착같이 키워온 언니 앞에 다시 나타났습니다. 자기 아이들이라면서. 아이들의 아빠니까 당연히 자기가 데리고 가야 한다면 서요. 아이들을 데리고 다시 사라졌습니다. 아이들과 연락 못하게 꼼꼼 숨어 버렸습니다. (언니는 재혼함.) 이제 좀 다시 편안해 지려나 싶었던 찰나에, 아이들을 데리고 갔던 그 인간이 또다시 언니 앞에 나타났습니다. 자기가 힘든 상황이니까 아이들을 다시 데려가라고요. 안 그러면 아이들과 길바닥에서 생활하겠다고 하면서. 네. 결국은 제가 데려왔습니다. 언니는 이미 재가를 한 상태이며, 그 집에선 언니가 재혼인줄 모르시기 때문입니다. 소중한 내 조카녀석 둘을 길바닥에 버려둘 수는 없었기에 제가 데려왔습니다. 제 나이 23살 때 일입니다. 아이들을 데려온 후 아이들 아빠에게 받은 양육비는 100만원이 전부였습니다. 다달이 아이들 양육비를 보낼 것을 약속 받았고, 한 달에 한번은 무조건 아이들을 보러 오라는 약속이었습니다. 지켜지지 않더군요. 받은 100만원도 3개월을 독촉해서 받아낸 것입니다. 아이들을 데려왔을 때 아이들 상태는 참. 말도 못하게 지독할 정도였습니다. 이미 상처 받고 비뚤어져버린 아이들을 바로잡기 위해 무던히도 노력했습니다. 반복되는 아이들의 가출과 늦은 귀가. 거짓말, 어려운 경제적 여건 등. 모든 게 절 힘들게 했습니다. 그렇게 아이들과 싸우고 울고 보듬고 쓰다듬은 지 벌써 4년이 되네요. 전 26살이 되었고. 아이들은 어느새 큰아이는 내년엔 중학생이 되고, 작은 아이는 5학년이 되어가네요. 이렇게 내 자식처럼 키워온 아이들. 친권이란 이름으로 아이들 앞에 나타나서 아이들을 데리고 간다고 생각하면 피가 끓습니다. 아이들을 데리고 온후 5개월 후부터 어떠한 연락도 되지 않던 아이들 아빠. 어느 날 갑자기 아이들을 데리고 가겠다고 하면 난 아무런 말도 할 수 없는 그런 게 우리나라 법이지요. 늘 생각했던 걱정이 이런 거였습니다. 내가 아이들을 키워왔고 앞으로도 내가 키울 생각인데. 정작 친권이라는 이름으로 보물 같은 아이들을 내놓아야 한다는 생각이 참 억울하네요. 겨우 안정을 찾고 이제야 나와 아이들 모두가 편안하고 행복한 생활을 하고 있는데. 그 행복을 깨뜨리는 생각조차 하지 않기를 바랄 뿐입니다. (사례⑧)

### 3. 입양의 기회를 차단하고 있는 친권

친권을 둘러싸고 더욱 심각한 문제는 시설에 맡겨진 아이들의 권리에 대한 것이다. 아이를 타인에게 맡겨놓고서 친권은 포기하지 않는 친부모들로 인해 사실상 많은 아이들이 심각하게 유기, 방치되고 있다. 친권자가 동의해주지 않으면 입양을 할 수 없게 되어 있는 제도가 수많은 아이들의 행복을 가로막고 있는 현실이다.

#### ◆ 친권자의 잠적, 입양대상에서 아예 제외돼

세 번째로 입양을 한 아이는 생부가 입양 동의를 하지 않고 잠적해서, 시설에 가는 시점(36개월~40개월)에서 입양진행이 어려운 상황이었어요. 시설에 간 아이들이 입양이 안 되어서 가기 보다는 입양대상 아동에서 제외된 아이들이 많습니다. 부모가 양육을 다시 할 가능성은 희박하죠. 저는 향후 (친권자가) 입양동의를 하지 않은 것으로 인해 (입양을) 취소하거나 이의 제기할 때 그에 맞서지 않겠다는 각서를 쓰고 입양을 했어요. 생후 4개월

이던 그 아이가 지금은 9살이에요. 과연 최우선으로 했는가? 생각하죠. 만약 시설에 있었다면 어떻게 되었으며, 만약 지금이라도 아버지가 나타나 동의한 적 없으니 취하해서 데려가겠다고 한다면? 이 문제가 과연 아이를 위한 것인가 (모두들) 생각해봐야 해요. /한국입양홍보회 한연희 이사의 극히 이례적인 입양사례

한국입양홍보회 한연희 이사는 친권자가 나타나 입양에 이의를 제기할 때 그에 맞서지 않겠다는 각서까지 쓰고 입양을 했다. 그러나 대다수 부모들은 이런 복잡한 일에 연루되고 싶지 않고 두렵기 때문에 애초에 입양을 진행하지 않는다. 결국 아이들만 방치되고 있는 것이다.

#### ◆ 입양 보내고 싶어도 뒷감당 못해서

입양을 보내는데 적극적인 시설의 장조차도 직접 나서주지를 못해요. 친부모가 연락두절이 된 경우에 뒷감당을 못하는 거죠. 나중에 찾으러 온다고 말 한마디 해놓으면, 아이를 어떻게 해볼 수가 없어요. 나중에 친권자가 와서 소송했을 때 위협을 느끼는거죠. 입양부 모라면 몰라도, (시설의 장이) 모든 걸 다 내놓아야 할 정도로 감수할 수는 없으니까요. / 대안가정운동본부 김명희씨 인터뷰

아이를 기관에 맡기고서 잠적해버리는 경우 외에도, 자녀양육과 관련한 역할은 전혀 하지 않았으면서도 아이 입양에 대해서 동의해주지 않는, 즉 친권자로서의 권리를 포기하지 않으려고 하는 부모들도 있다. 아이의 입장이나 아이와의 관계는 고려하지 않고, 아이를 자신의 소유로 여기는 단적인 예다.

#### ◆ 5년 간 방치, 입양하겠다고 하니 아이 데려가

너무 가슴 아픈 일이 있었어요. 입양시설에 아이(남)가 있었는데 생후 얼마 안 되는 애를 맡겨놓고서 엄마가 몇 년 간이나 나타나지 않았어요. 몇 번 연락 취했는데 연락이 안 되었어요. 36개월~40개월 되면 다른 시설로 전환해야 하거든요. 너무 안타까워서 위탁을 보냈어요. 그 아이를 입양하려는 가정이 나타났어요. 서류를 정리하려고 생모에게 동의를 받아야 해서 어렵게 연락이 닿았는데, 뜻밖에도 키우겠다고 아이를 데려가겠다고 하는 거예요. 아무리 설득해도 듣지 않더라고요. 너무 어렵게 입양가족을 찾았는데, 보내는 것이 좋을 것 같다 했지만, 자기가 키우겠다고 데려갔어요. 친권 상실되면 입양이 될 수 있었는데, 입양하려던 부모도 난리가 났고, 아이에겐 치명적이었죠. 애가 안 가겠다고 울고. (생모가) 그리고는 어떻게 했는지 아세요? 24시간 어린이집에 맡겼어요, 애를. 너무 가슴이 아팠어요. 애와 잠도 같이 안 잔다는 얘기잖아요. 과연 그것이 아이의 복리에 맞는지. /한연희씨 인터뷰

#### ◆ 친부모가 입양동의해주지 않아서 장기위탁 중

아이들이 원 가정과 재결합 가능성 있을 때 단기적으로 위탁을 하는 거지, 돌아갈 가능성이 없는데 장기적으로 불안정한 가족형태에 머무르는 것(장기위탁)은 바람직하지 않습니

다. 내가 위탁하고 있는 아이들(고등학생 형제)은 부모가 아이를 양육하지 않지만 입양 동의해주지 않아서 못한 상태로 있어요. 단 한번도 10여 년 간 양육비 받은 적도 없고 의지를 보인 적도 없습니다. 과연 이 아이들의 친권자로 놔두는 것이 아이들 복리에 최우선인가. 친권자가 동의해주지 않으면 입양을 할 수가 없어요.

고등학교 1, 2학년인데 그 동안 여러 어려움 겪었어요. 장기적 계획을 위해 보험 가입하거나 저금하거나 이런 것도 어려워요. 여권 발행도 안 되어서 큰 어려움이 있었습니다. 애 아버지는 술 마시고 새벽 3시에 전화가 와서, 아이들이 안전하게 성장하는데 도움이 안 되요. 자신도 스스로 추스를 수 없이 생활하고 있거든요. 위탁가정이나 시설의 보호를 받고 있을 때, 아이들이 저금통장 가지고 있으면 부모가 다 써도 누구도 제대로 할 수 없어요.

위탁하는 아이들, 나와 법적으로 아무 관계도 아니에요. 우리가 사고가 있을 때 그 애들은 보상도 못 받고, 보호를 받을 수가 없어요. 거취가 없어지는 거예요. 내가 심려를 기울여 아이를 키웠는데 만약 성인이 된다면, 그 아버지를 부양하는 책임을 진다든지 하게 된다면, 지금까지 삶도 힘들었는데 앞으로는 장애물이 될 거라 생각되어서 갑갑하고 속상하죠. /한연희씨 장기위탁 중인 사례

아동의 친권자가 미성년자의 경우에는 입양 동의를 하는데 있어서 또 다른 문제가 있다. 미성년자는 자신의 아이를 입양 보내려면 부모 동의를 받아야 하고, 혼인상태에 있을 경우엔 배우자의 동의까지 받아야 하기 때문이다.

친권자로서 입양에 대해 동의해주고 싶어도, 출산 사실이 부모 혹은 남편에게 드러날까 봐 해주지 못하는 경우도 있다. 또 부모와의 관계가 멀거나 연락이 닿지 않는 경우, 부모가 동의해주지 않는 경우에도 문제가 된다. 즉 친부모의 상황으로 인해 아동이 입양될 권리를 제한 받고 있는 것이다.

#### ◆ 미혼모가 미성년자면 부모, 혼인상태면 남편동의 받아야 해

작년인가, 미혼 엄마가 입양기관에 아이를 맡겼어요. 기회가 되면 데리러 오겠다 하고 떠났는데, 나타나지 않아서 생활보육기관(고아원)으로 가서 8년 정도 지냈거든요. 그 미혼엄마가 결혼을 해서 아이를 낳고는 먼저 맡겼던 애가 생각이 났던 모양이에요. 입양기관에 전화를 했어요. 근데 당신이 입양동의를 안 해줘서 당신 아이가 입양되지 못했다고 했더니, 이 엄마는 기절을 한 거죠. 자신이 연락을 끊으면 아이가 입양을 갈 수 있을 줄 알았나 봐요. 지금이라도 입양동의를 받아야 하는데, 지금 이 사람이 혼인상태예요. 혼인상태면 남편 것도 받아야 합니다. 그런데 그 남편은 아이의 존재에 대해 모르는 거죠. 미혼모의 경우엔 생부에 대해 모른다고 하면 혼자도 입양동의를 하면 되는데, 기혼인 경우면 혼인상태의 배우자 것도 받아야 해요.

만 20세 이하 미혼모가 아이를 낳게 되면, 미혼 엄마의 부모까지 동의를 얻어야 해요. 미성년자인 경우. 부모에게 출산한 사실을 말하지 못하는 경우도 있고, 부모와 관계가 깨진 경우도 있어요. 그런 경우에 입양동의를 못하는 경우도 있어요. 호적등본, 주민등록등본 제출해야 하나까 신분 드러나는 것에 대한 두려움도 있죠. /한연희씨 인터뷰

아이들은 나이 들수록 입양을 가기가 어려워진다. 부모로서의 의무는 이행하지 않으면서 권리는 행사할 수 있는 불합리한 친권제도로 인해, 아이들이 새로운 가족을 만들 수 있는 기회가 차단되고 있는 현실은 반드시 개선이 되어야 한다.

입양기관이나 시설, 위탁가정의 부모들은 친부모가 장기적으로 양육의지가 없거나 양육하지 않는 경우엔 국가가 친권에 대해 개입해야 한다고 주장한다. 이를 태면 친부모가 아이를 입양기관이나 시설에 맡긴 채 어느 정도 기간이 지나도록 찾지 않거나 방치하거나 연락이 끊기면, 즉 의무를 이행하지 않을 경우에 국가가 개입해 일괄적으로 친권상실의 소를 제기해 아이들을 구제해주는 방안 등을 고려해봐야 할 것이다.

#### 4. 허위출생신고와 친양자입양 전환문제

친권자가 입양동의권을 행사해 자녀의 입양이 성사된 후에도, 친부모의 친권은 소멸되지 않는다. 가족관계등록부에 입양가정의 부모는 양부, 양모로 기재된다. 친부모의 가족관계등록부에는 입양을 보낸 자녀의 이름이 남아있다. 아이는 생부모와 양부모 양쪽으로부터 상속권을 갖지만, 부채 역시 상속할 수 있다.

##### ◆ 입양부모 사망 시 친권, 친부모에게 돌아가

입양을 할 때는 완전히 책임을 지고 완전한 부모가 되길 원하고, 아이도 안정감 있게 자라야 해요. 양자입양인 경우, 부모가 사망하면 친권이 친부모에게 갑니다. 본 적도 없고 기억도 없고 신뢰할 수 없는 상황에 있는 생부모가 친권을 다시 받아서 행사할 수 있게 되는 거예요. 유산이 남았다면, 그에 대한 권리행사도 할 수 있어요. 나도 가끔 그런 생각이 들어요. 유사시 어떻게 된다면, 내 아이들을 누가 돌봐줄 수 있을까. 내 동생이나 아가씨(남편의 동생)라고 생각하거든요? /두 아이를 입양한 김명희씨 인터뷰

대안가정운동본부 김명희 사무국장은 두 아이를 입양해서 키우고 있다. 김씨는 몇 년 전부터 “정직한 입양을 하자”는 운동을 벌여왔다. 법적인 절차를 밟아서 공개입양을 하자는 것이다. 사실상 김명희씨처럼 공개입양을 한 가정은 전체 입양가정 중의 극소수에 해당한다. 친권을 둘러싼 복잡한 문제들과 가족관계등록부 기재문제 등을 피하기 위해, 많은 입양부모들이 허위로 출생신고를 하여 법적, 제도적으로 친자인 것처럼 위장하는 것이다.

##### ◆ 통계에 잡히지 않는 아이들

출생신고가 되지 않은 아이들은 법 상으로 통계에 안 잡히는 아이들이죠. 이 아이들 대상

으로 허위출생신고를 해서 입양을 하는 겁니다. 입양시설의 장은 아동의 출생신고 안된 아이들의 가족관계등록부를 생성하도록 되어있지만 (편법으로 입양을 보내기 위해) 안 지킵니다. 시기 넘겨서 만 3세 되어 양육시설로 넘어갈 때 되어서야 일괄적으로 만들어요. ‘기아’라고 만들어집니다. 그러니 일단 아이가 존재하는데, 존재를 부정하고 인간도 아닌 거예요. 한번도 공개입양을 해본 적이 없어서 양자입양 절차도 모르는 입양기관도 많습다. 어떤 입양부모가 홈페이지에 (입양절차가) 너무 복잡해서 허위출생신고를 해버렸는데 두고두고 후회스럽다고 하더군요. 아직도 거짓말을 해야 한다면서요. 아이에게나 주변에 게나 자신이 낳았다고 해야 하는 것이 후회스럽다고요. 어차피 애가 크면 다 알게 됩다./ 김명희씨 인터뷰

허위출생신고가 위험한 이유는 무엇보다 아이들의 존재를 더욱 취약하게 만든다는 점이다. 출생신고가 되어있지 않은 아이는 사망하거나 살해를 당해도, 법적으로 애초에 존재하지 않았으므로 사건이 성립되지 않는 것이다. 또 호적이 있는 아이들의 경우에, 허위로 실종신고를 하고 다시 거짓 출생신고를 해서 다른 부모의 아이로 둔갑하기도 한다.

그런데 김명희씨처럼 법과 원칙을 지켜 ‘정직한 입양’을 한 경우, 기존 친권자가 계속 남아있게 되고 가족관계등록부 상에도 생부모, 혹은 출생 시 ‘기아발견’ 사실이 기재된다. 이를 구제할 수 있는 방법이 올해부터 시행된 친양자입양제도와 할 수 있는데, 김명희씨는 올해 두 아이를 친양자입양으로 전환하는 과정을 거치며 ‘입양을 한 번 더해야 하는 것이나 마찬가지’라며 불합리함을 호소하고 있다.

왜냐하면 친양자입양을 하려면 다시금 친부모의 입양동의서를 받아야 하는데, 애초에 입양기관을 통해 접촉한 친부모의 생사행방을 양부모가 알 길이 없다는 것. 또 ‘기아’의 경우엔 당시 입양시설의장이었던 사람의 인감이 필요한데, 시설장이 여러 번 바뀐 경우에 이마저도 어려운 상황이라는 설명이다.

때문에 이미 기존에 입양특례법에 따라 공개입양을 한 경우에는 입양사실확인서를 통해 바로 친양자입양으로 전환할 수 있게 해줘야, 법을 지킨 사람들을 보호해주고 아동의 복리에도 합당한 것 아니냐는 의견이다.

## 5. 아동학대, 근친성폭력과 친권

친권이 마치 하늘이 부모에게 내려준 권리라도 되는 양 인식되며 자녀를 소유물로 여기고 ‘내가 낳은 아이는 내 마음대로 할 수 있다’고 믿는 부모가 많은 사회는 아동의 권리를

보장해주지 못한다. 가정 내에서 아동이 겪는 문제가 드러날 때조차 ‘그럼에도 불구하고 친 부모가 자녀를 가장 사랑해주고 보호해줄 것’이라고 눈 감아버리는 안일함은 필연적으로 가정 내 아동학대와 근친성폭력을 유발하고 방치하는 결과를 낳게 된다.

한국사회의 혈연주의는 굉장한 것이어서, 피로 맺은 관계는 누구도 넘어서 수 없고 개입할 수도 없다는 인식이 만연하다. 거기에 사적인 공간, 즉 가정에서 일어나는 사건들은 문밖의 사람들이 왈가왈부해선 안 된다는 금기까지 더해져서 가정 내에서 일어나는 아동학대는 묻혀 지고 숨겨진다.

### ◆ 아무도 나를 가족으로부터 구해주지 않는다는 것

전 흔히 말하는 둘째 부인의 자녀입니다. 용인과 대구. 지금은 교통편이 좋아 몇 시간 거리지만, 과거 제가 태어날 때까지만 해도 거리가 남의 나라만큼 먼 거리였습니다. 결국 엄마가 저와 남매를 키우셨는데, 제가 학교 입학하기 전까지 호적에도 올리지 못했다고 합니다. 결국 학교 입학하기 전에 부모님이 크게 다툼을 하셨고, 저와 동생은 아버지라는 이유로 엄마한테서 빼앗아 데려와 버렸고, 전 그렇게 엄마와 떨어져 살았습니다.

저와 동생은 멀쩡한 엄마를 두고 큰엄마와 배다른 언니 오빠들로부터 sos에서 나올듯한 학대를 받으며 자랐습니다. 아버지. 도움이 전혀 안됐죠. 제가 초등학교 5학년 때까지 전 용인 그 살벌한 집에서 자랐고, 아버지는 사업을 하신다고 대구에 계셨고, 아버지 5학년 때까지 1년에 몇절 때 딱 2번만 봤습니다. 그동안 큰엄마와 언니오빠들. 아버지가 바람 피워 낳아온 자식이라며 그 학대. 온 동네에, 학교에 소문이 자자할 정도로 맞고 맞고 또 맞고. 제가 매맞는 소리. 제 비명소리 시끄럽다고 입 틀어막고 때리고. 제가 그리 두들겨 맞는 소리 지나는 사람 다 듣고. 2기로 떨어진 학교까지 소문이나 다 알려졌을 정도니깐요. 전 어릴 적 내가 이리 학대 받는 걸 온 동네사람들이 다 알고 온 학교사람들이 다 아는데 아무도 남의 가정사라고 저를 구해주지 않는다는 거. 그게 가장 몸서리치게 무서웠습니다.

제가 이 말씀을 드리는 이유. 생각하고도 싶지 않은 어린 시절을 말씀 드리는 이유는 단 한가지입니다. 학대를 받는 아이는 잘못이 있어서 학대를 받는 게 아닙니다. 저도 자식 둘을 키우지만 아이들 흔히 하는 물건을 엮지르는 작은 실수만으로도 어른들 분풀이 대상이 된다는 겁니다. 저에게 가장 악랄하게 학대를 가했던 사람은 의붓 오빠들이었습니다. 물론 이런 집안에서 당연히 성추행도 있었죠. 이 부분은 더 설명하고 싶지가 않네요.

친권자 아래에서만 아이들이 잘 자라는 건 아닙니다. 그 증거가 바로 저입니다. 전 20대 때, 지금 자식을 키우는 엄마가 되어서도 드는 생각. 당시 저런 가족과 저를 분리만 시켜줬어도. 제 미래는 달라져 있을 거란 생각 많이 합니다.

어린 시절의 학대는. 특히 가족이라는 사람들로부터의 학대는 몸 속 뼈마디마디에 못이 박히는 느낌입니다. 나이들 먹어도 그때 생각을 하면 현기증이 나고 머리가 멍해집니다. 우울증이요. 남들 겪는 거 몇 배로 무섭게 겪었습니다. 자살. 10대. 20대 초반. 수면제 한 통을 입에 털어놓고 위세척도 해봤고. 칼로 제 손목을 그어도 봤습니다. 흐르는 피를 보며 아프다는 감각을 느끼지 못할 정도로 제 어린 시절은 제 삶을 힘들게 했습니다. (1972년생 여성A씨의 사례)



A씨가 겪은 어린 시절은 오래 전의 일이지만, 지금도 우리는 종종 주검이 되어서야 밝혀지는 끔찍한 아동학대 사건들을 접하고 있다. 종교적 신념을 이유로 아픈 자녀에게 적절한 의료혜택을 제공하지 않아 건강을 완전히 상실하게 만든 부모도 있고, 밥을 주지 않고 굶기는 부모도 있으며, 장애아동을 감금상태나 마찬가지로 양육하면서 장애수당 등을 갈취하는 부모도 있다. 상습적으로 구타하고 욕하는 부모, 구걸을 하거나 몸을 팔도록 강요하는 부모, 성폭행하는 부모들도 있다.

법과 제도적으로 아동학대를 예방하는 조치들, 친권자로부터 피해아동을 보호하기 위해 친권을 상실시키는 장치들이 없는 것은 아니다. 그러나 이러한 조치와 장치들의 효과와 실효성에 대해선 관련기관에서조차 의문을 제기하고 있다.

#### ◆ 웬만한 학대 정도로는 분리 안돼?!

친권은 많이 문제가 됩니다. 아동이 위험에 빠졌을 때 부모와 분리시킬 수 있는데, 보호자 동의 없이 3일 정도는 가능하지만 이후 보호자가 애들을 달라고 하면 법적 근거가 없어집니다. 경찰에 수사 의뢰해서 형사소송을 가는 중대한 사안의 경우는 좀 다른데, (부모의) 신체적 학대나 방임도 범법행위지만 크게 처리하지 않거든요. 강력하게 할 수 있으면 좋겠습니다. /서울시 아동복지센터 인터뷰

#### ◆ 친권 주장하고 나서면 사실 해결할 수 없는 상황

아이들 분리해와서 시설보호를 시키고 싶으면 친권자 동의해줘야 합니다. 그런 부분이 안 되면 방치되어 있음에도 아이들을 보호할 수가 없어요. 그래도 그나마 (형사고발 된) 아동학대 사례의 경우는 시설보호를 할 수 있도록 되어있지만, 친권을 주장하고 나서면 사실 해결할 수가 없는 상황입니다. 친권동의 없어도 시설입소 시키지만, 법적으로 고발해 올 때는 데리고 가겠다 하면, 친권자가 양육을 못하면서 아이들 데려가겠다 하면 법적으로 제어할 수 있는 권한이 없는 겁니다. /광주아동보호전문기관 인터뷰

#### ◆ 부모가 난동을 부리면 아이 돌려보내

1년에 1300명 아동이 정도 강제 분리되어서 중장기 보호됩니다. 보호자의 동의 없이 아이를 분리하고 있으면 문제가 됩니다. 기관에 와서 내 아이 내 마음대로 키우는데 무슨 상관이라는 논리를 펴지요. 그 아이가 가정으로 돌아가면 심각한 위험에 빠질 가능성이 높습니다. 이런 일이 수시로 발생합니다.

사실 실질적으로 이야기하면 법률적으로만 보면 행정명령에 의해 분리되었으니 행정소송해서 애를 찾아가야 하는 게 맞습니다. 하지만 행정기관에 전화하고 깽판을 치면 돌려보내라 이런 경우도 많습니다. 고아원으로 장기보호 보냈다고 하면, 고아원에 칼 들고 난동을 부리면 다른 아이들 안전 때문에, 법상으론 그리하면 안 되지만 불가항력적인 상황이 됩니다. /중앙아동보호전문기관 인터뷰

한국에선 아동학대의 개념 폭도 좁은 편이고, 가정에서 학대받는 아이를 발견했다 하더라도 ‘남의 가정사’에 끼어들면 안 된다는 이유로 신고를 하기 꺼려하는 문화가 만연하기 때문에, 부모와 강제 분리조치를 취했다는 것은 그만큼 심각한 아동학대 사례거나 부모가 자녀를 버리다시피 한 경우라고 볼 수 있다.

그런데 아동보호기관들에서 나온 이야기를 종합해보면, 아동이 친권자로부터 학대를 당했을 경우에 친권자로부터 아동을 떼어내어 보호하기 위해 바로 그 친권자(가해자)의 동의를 얻어야 하는 형편에 놓여 있다.

### ◆ 수급비 챙기려 아이치료 거부, 사망에 이르러

가장 문제가 되는 것이 아이의 안전권, 생존권입니다. 그에 상충되는 것이 부모의 친권입니다. 현장에서 가장 문제가 됩니다. 절차상으로는 아동복지법에 근거해서 시도지사 구청장 행정명령으로 분리하는데, 문제는 법이 없는 것은 아니나, 학대를 가족 내 문제로 인식하는 관습으로 인해 분명히 (부모와) 분리되어야 함에도 불구하고 (친권상실) 청구한 적이 거의 없다는 겁니다. 행정기관에서는요.

친인척이나 가족에 의해서 되는 경우는 있지만, 검사에 의해 청구된 경우는 형법상 범죄 행위 때문이고요. 그 외에는 현저하게 학대나 방임이 너무 심해서 강제 분리되어야 하는데도 (행정기관을 통해) 청구되지 않고 있습니다.

실제로 친권제한이 필요하다고 해서 요청해서 된 경우가 한 건이 있었지만, 그 외에 몇 건은 요청했지만 (시도지사로부터) 거절당했습니다. 부담을 느끼는 것 같습니다. 작년에 아이가 정신과적 문제가 심각해서 강제 입원해야 하는데, 아버지가 수급권 비용 때문에 거부를 했습니다. 병원에 입원하면 수급비가 아버지 아닌 병원으로 가니까요.

아이안전 때문에 요청했는데 도에서 거부해서.. 보호자가 와서 행패부리니까 거절한 거죠. 결국 아이가 자살을 해서 사망했습니다. 분명 그렇게 될 것이라고 요청했는데, (친권상실) 청구하는 것조차 부담스럽다는 거죠. 이 정도 수준입니다, 지금. /서태원 중앙아동보호전문기관 교육홍보팀장 인터뷰

아이의 안전과 생존권이 위협을 당하는 경우조차, 행정기관은 친권상실을 청구해달라는 아동보호기관의 요청을 받아들이지 않고 있다. 이러한 현실 때문에 친권행사의 제한 또는 친권상실의 선고를 청구하는 권한을 입양기관과 아동보호시설의 장에게도 주어야 한다는 주장이 계속해서 제기되어 왔다.

아래의 사례는 지역사회가 아동의 안전과 부모의 친권에 대해 어떤 태도를 취하고 있는지 보여주는 최근의 사건이다.

## ◆ 성폭행에 딸을 방치하는 지적장애인의 친권행사

이웃에 사는 은지(가명) 큰어머니가 이상하게 여겨서 무슨 일 있냐고 물었더니 성폭행 당한 얘기를 했대요. 제가 전해 듣고 은지를 병원에 데려갔죠. 동네 오빠들한테 성폭행을 당했다고 했는데, 나중에 동네 아저씨한테도 당했다는 것을 말했죠. 가해자 중에 그 아저씨는 구속됐다가 은지 어머니(지적장애 3급)가 합의를 해서 유야무야 됐어요. 다른 가해자들에게 대해선 조사도 안 되고 있고요.

애를 안전한 곳에 옮기는 것이 제일 중요한 데도, 은지 엄마는 거기서 살겠다는 거예요. 그 아저씨(은지 엄마와 성관계가 있는 사이)가 애 엄마 눈앞에서 딸을 강간했는데, 엄마가 지켜주지 못하잖아요. 딸을.

은지 성폭력 사건에 대해 책임을 져야 할 지자체 관계자들은 ‘은지 엄마의 의견을 존중하겠다’는 식으로만 나와요. 은지는 대구에 있는 쉼터에서 생활하고 있지만, 9개월 이상 머물 수가 없어요. 은지를 성폭행한 가해자들이 지역에 거주하는데도, 친권자인 엄마는 은지를 ‘데려오라’고만 하고 있어 은지는 불안한 상태에 있죠.

아이의 보호와 복지에서 보면 친권을 제한해야 하는 거 아닌가요? 전국에 친권 때문에 고통 받는 아이들이 얼마나 많은지. /은지의 담임이었던 김태선 교사(포항 모 초교) 인터뷰

성폭력으로부터 자녀를 보호해주지 못하는 보호자도 있지만, 보호자로부터 성폭력을 당하는 자녀들도 있다. 최근 친족성폭력 가해자들에 대해 법원이 집행유예 판결을 내린 것에 대해 많은 이들이 경악을 금치 못한 이유 중 하나는, 피해아동이 다시금 성폭력이 일어나는 집으로, 즉 가해자이자 보호자인 사람들에게로 돌아가게 될지 모른다는 사실이다. 해당 사건에서 피해아동을 대리하고 보호해 줄 또 다른 친족은 존재하지 않았다.

## ◆ 갈 곳이 없는 근친성폭력 피해자

아이가 친권자에게 성폭력을 당하는 경우에, 이혼을 했더라도 어머니가 친권, 양육권 변경 신청해서 데려가기도 합니다. 변경소송 까다로워요. 형사소송이 들어갔을 때만 그나마 가능합니다. 만약 달리 돌봐줄 사람이 없거나 친권을 받지 않겠다고 하면 그마저도 곤란해지죠. 아버지 쪽 친척, 어머니 쪽 친척 양방이 없으면 어정쩡하게 있다가 그대로 지나갑니다. 쉼터에 있을 수 있는 기한은 9개월이고요.

친족피해자를 위한 지원체계가 사회적으로 마련되어야 한다는 생각이 없는 것 같아요. 우리 상담소만 해도 (친족성폭력 피해자가) 13~15%입니다. 특히 친족피해자들은 이중삼중으로 힘듭니다. 미성년자는 보호자의 허락 없이 휴대폰 하나도 못 만들고, 열외가 됩니다. 주민등록 하나 옮기기 어렵고 전학도 어렵고 사회생활하기 엄청나게 불편해져요. 여행도 허락 없이 못 가고요.

성폭력가해자가 친권자거나 친족인 경우 특례조항이든 예외조항이든 만들어서 피해자를 지원할 수 있는 사회적 방안이 나와 줘야합니다. /한국성폭력상담소 열림터 정정희씨 인터뷰

아동폭력과 근친성폭력 사건을 접하는 현장의 사회복지사나 단체 활동가들은 외국의 경우처럼 법원명령에 의해 분리조치나 친권박탈조치 등이 바로 집행될 수 있어야 한다는 의

견을 내놓는다. 아동의 보호가 필요한 경우 행정기관이 아닌 판사에게 연락해 승인을 받고, 아이를 분리해서 일정 기간 부모의 태도변화나 치료, 노력 등을 판단하여 친권을 영구박탈할 지 여부를 결정하는 등 강력한 제도적 개입이 필요하다는 것이다.

사실상 아동학대와 근친성폭력 등으로부터 아동을 보호하려면 친권과 관련한 제도개선만이 아니라 그에 준하는 사회적인 시스템이 마련되어야 하고, 거기에는 많은 연구와 예산과 인력이 들어갈 것이다. 무엇보다 그러한 시스템의 기반에는 아동의 권리에 대한 인식이 자리를 잡고 있어야 할 것이다.

그런데 지금의 한국 사회에서 얼마만큼의 진전을 내다보며 대안을 이야기할 수 있을까. 부모가 된다는 것의 역할을 생각하기 전에 출산을 하고, 아이를 낳았다는 이유만으로 그 아이의 생사까지 결정할 권한이 있다고 여기는 이들이 많다. 보호받고 교육받고 사랑 받아야 할 아이들이 위협에 노출되고 유기되고 미움을 받고 있음에도, 우리 사회는 여전히 혈통주의를 고수하며 가족이라는 공동체의 테두리를 피가 섞인 관계 이상으로 넓히는 일에 인색하다. 거기에 특유의 나이주의까지 겹쳐서 아동을 ‘작은 사람’이 아닌 ‘덜 만들어진 사람’으로 취급하며 ‘어른’에게 복종하게 만드는 문화도 아동의 권리를 침해하는 요소가 되고 있다.

친권제도의 불합리함을 해결하는 방안은 아동의 권리를 보장하기 위한 대책을 강구하는 데에서 나올 것이다. 아동의 권리를 우선으로 하여 제도적 개선을 하고자 할 때, 그 바탕이 되어줄 아동의 시선을 우리 사회가 배워야 할 때다.

여전히 저처럼 가족이라는 사람들로부터 학대 받는 아이들 주위에 존재합니다. 그 아이들. 가족으로부터 보호해주세요. 남자를 위한 여자를 위한 법이 아닌 아이들이 우선이 되는 법을 만들어주세요. 제가 바라는 건 그것입니다. (A씨의 이야기)

## ◆ 주제발표 2 ◆

친권법, 어떻게 개정되어야 하는가

# 친권제도 개선방향에 대한 모색

박 복 순 연구위원 (한국여성정책연구원)

## I. 들어가며

그동안 친권은 부모와 자녀관계를 규율하는 지극히 사적인 영역으로만 간주되어 일반 국민의 관심을 받지 못하였다. 한 방송인의 죽음 이후 촉발된 친권문제는 자격 적합성에 대한 고려 없이 혈연을 최우선으로 하여 생존하고 있는 부모에게 친권을 자동 부활시키는 것에 대한 문제제기로 시작하였으나, 그 사회적 파장은 컸다고 평가할 수 있다. 일반 국민으로 하여금 친권이 왜 존재하는지와 가부장적 문화의 오랜 지속 탓에 우리사회에 만연해 있는 혈연제일주의에 대해 재고할 수 있는 기회를 제공함으로써, 친권의 사적 영역성을 넘어 친권의 사회성에 대한 인식을 확산시킨 것이다.

친권은 역사적으로 가의 지배권에서 출발한 것에 기인하여, 18·19세기 입법에서는 친권자는 부친에게 한정되어 있었던 것이 20세기 입법에서는 부의 제1차적 친권, 모의 제2차적 친권의 단계를 거쳐 부모의 공동친권·공동행사의 원칙이 받아들여지고, 현재는 친권의 후견성·사회성이 강조되고 있다. 이와 같은 현 시대의 친권관에서 보면 친권은 미성년자의 이익·복지를 목적으로 하는 사회적 임무가 부모의 애정에 신탁된 것이라고 할 수 있다.

그러나 부모의 친권공동행사의 경우에 부모의 의견이 일치하지 않은 경우는 친권행사를 어떻게 해야 하는가? 국가기관의 감독 하에 그 조정이 문제된다. 또한 부모와 자녀의 혈육 애정에 의한 자연적 보호교양과 그 복지를 목적으로 하는 사회적 임무로서의 보호교양 사이에 차이가 발생하는 경우도 있을 수 있다. 특히 부모가 혼인 중이 아니기 때문에 친권의 공동행사가 부적당하다고 하여 부모의 일방이 단독친권자, 다른 일방이 양육권자가 된 경우 또한 친권자의 재산관리권의 박탈 또는 사퇴로 인격적인 사항에는 친권, 재산상으로는 후견이 이루어진 경우에는 이와 같은 경우가 발생하기 쉽다. 또한 부모의 이혼으로 그 일방이 단독친권자가 된 경우나 혼인 외의 자가 인지 된 경우에 친권자로 되지 못한 부모의 일방은 부모이면서도 더 이상 친권자가 아니게 되는 것인지 혹은 부모는 부모이므로 친권자로서의 자격 이른바 친권자인 권리능력은 여전히 보유하고 다만 친권행사의 자격, 이른바 친권행사의 행위능력이 정지되는데 그치는 것인지도 다투어진다.

이하에서는 친권을 둘러싸고 무엇이 문제인지를 도출하기 위하여 친권제도와 관련된 일반적인 내용과 흐름을 살펴보고 사회적 관심이 집중되고 있는 이혼 후 단독친권자의 사망과 같이 단독친권자의 부재시 생존부모에게로 친권이 자동 부활하는 법리의 문제점과 그 해석론을 살펴보고 친권제도 전반에 관한 개선방향을 모색해 보고자 한다. 친권제도의 개선방향을 모색하는데 도움을 얻고자 독일법과 일본법, 영국법의 내용을 참고하고자 한다.

## Ⅱ. 친권제도 일반에 대한 고찰

미성년인 자녀는 혼자서 유효한 법률행위를 할 수 없으므로 성년에 이를 때까지 일정한 보호를 필요로 하고, 민법은 1차적으로 친권자인 부모에게 그 권리와 의무를 부과하고, 친권의 공백을 대비하여 후견제도를 두고 있다.

### 1. 자녀복리원칙과 친권의 법적 성격 변화

친권은 역사적으로 가부장권의 일환으로 자녀에 대한 아버지의 지배권으로 출발하였으나, 현재는 그 성격이 변모하여 자녀의 복리실현을 위하여 법률에 의하여 부모에게 인정된 실정법상의 의무이자 권리로 인식되고 있다.

우리 민법상의 친권 관련 규정의 변화를 통하여 그 흐름을 읽을 수 있다. 1958년 제정된 민법에서는 아버지 친권 우선주의에 입각하여, 미성년인 자와 가(家)를 같이 하는 아버지가 제1차로 친권자로 되고 아버지가 없거나 기타 친권을 행사할 수 없는 때에는 제2차로 자와 가(家)를 같이 하는 어머니가 친권자가 되었다. 이후 1977년 가족법 개정으로 비로소 부모 공동친권이 인정되었으나, 부모의 의견이 일치하지 않는 경우에는 아버지가 우선적으로 친권을 행사하도록 되어 있었고, 이혼하거나 아버지 사망 후 친가복적 또는 재혼한 어머니는 전혼 중의 자녀의 친권자가 되지 못한다고 규정하여 실질적으로 부권 우선주의에 근거하고 있었다. 1990년 가족법 개정에서 비로소 부모공동친권 원칙이 확립되어 부모는 혼인 중 공동으로 친권을 행사하고, 이혼 후에 어머니도 친권자가 될 수 있도록 규정됨으로써 친권법에 있어서 부모평등이 실현되었다. 그러나 여전히 1990년 개정된 가족법은 제909조제1항에 “미성년인 자는 부모의 친권에 복종한다”는 규정을 그대로 둠으로써 친권을 부모의 자녀에 대한 절대적인 지배권으로 파악하고 있었다. 이러한 규정은 자녀를 하나의 독립된 인격체로 인식하여 자녀의 의사를 존중하고자 하는 현대적인 친권개념에 배치하는 것으로 2005년 개정 가족법에서는 “자는 친권에 복종한다”는 규정을 부모가 자녀의 친권자가 되는 것으로 개정하였으며(민법 제909조제1항), 부모가 친권을 행사할 때에는 자녀의 복리를 우선적으로 고려하여야 한다(민법 제912조의2)는 원칙을 삽입하였다.

### 2. 친권의 내용

친권이란, 미성년인 자녀를 보호하고 교양하며 그들의 부족한 법률행위능력을 보충, 대리하여 사회생활이 가능하도록 돕게 하기 위하여 법률이 부모에게 부여한 권리인 동시에 친권자인 부모로서는 이러한 권한을 자녀의 복지를 위하여 가장 이익이 되는 방향으로 행사하여야 할 법률상의 의무이다. 현행 민법은 미성년의 자녀에 대한 친권의 내용으로 친권자

는 자녀를 보호·교양할 권리의무(제913조)가 있고, 자녀가 살 곳을 지정할 권리(제914조), 징계권(제915조), 자녀 소유재산에 대한 관리권(제916조) 및 자녀의 재산에 관한 법률행위에 대한 대리권(제920조) 등을 규정하고 있다. 그 밖에도 자녀의 재산상의 행위와 관련하여 특정 영업행위의 허락 및 그의 취소와 제한(제8조제1항·제2항), 부당한 자녀의 억류에 대한 인도청구권(가사소송법 제64조, 제67조, 제68조), 18세 미만자의 근로체결계약에 대한 동의권(근로기준법 제52조)과 동의를 얻지 않은 근로계약체결에 대한 취소권(민법 제5조) 및 기타 자녀의 법정대리인으로서 가족법상의 많은 권리와 의무<sup>1)</sup>가 있다.

### 3. 부모의 공동친권 원칙

혼인관계가 유지되고 있는 동안은 부모가 공동으로 친권을 행사한다(제909조제2항). 그러나 부부가 공동으로 친권을 행사하면서 서로 의견이 일치하지 아니하는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정한다(제909조제2항 단서). 이는 부부의 의견이 일치하지 아니하는 개별 구체적인 사안에 대하여 친권행사방법을 결정하는 것을 의미한다(가사소송법 제2조제1항나(1)라류사건제8호). 부모의 일방이 친권을 행사할 수 없는 때에는 다른 일방이 친권을 행사한다(민법 제909조제3항). 친권을 행사할 수 없는 때라 함은 사망, 장기간의 부재, 심신상실 등 사실상 친권을 행사할 수 없는 경우와 친권상실선고, 금치산선고, 한정치산선고 등 법률상 친권을 행사할 수 없는 경우를 모두 포함한다.<sup>2)</sup>

### 4. 친권자 지정이 필요한 경우

혼인 외의 자녀가 인지된 경우와 부모가 이혼한 경우에는 부모의 협의로 친권자를 정하여야 하고, 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 가정법원에 그 지정을 청구하여야 한다(민법 제909조제4항). 다만, 부모의 협의가 자녀의 복리에 반하는 경우에는 가정법원은 보정을 명하거나 직권으로 친권자를 정한다(민법 제909조4항 단서). 가정법원은 혼인의 취소, 재판상 이혼 또는 인지청구의 소의 경우에는 직권으로 친권자를 정한다(민법 제909조제5항). 친권자 지정이 필요한 경우 부모의 일방을 친권자로 협의할 수도 있으나, 공동으로 친권과 양육권을 가질 것으로도 협의할 수 있기에 현행 우리 민법이 공동친권이냐 공동양육권을 부정한다고 볼 수 없다. 이는 재판상 이혼의 경우에도 마찬가지이다.<sup>3)</sup> 그

1) 친생부인의 소(민법 제847조), 인지청구의 소(민법 제863조), 15세 미만자의 入養 代諾(민법 제869조), 입양의 취소(민법 제885조), 罷養 代諾 및 과양청구의 소(민법 제906조), 상속의 승인, 포기(민법 제1019조, 제1020조), 혼인무효 및 이혼무효의 소(가사소송법 제23조), 인지무효의 소(가사소송법 제28조), 입양무효의 소 및 과양무효의 소(가사소송법 제31조) 등

2) 김주수, 『친족상속법』, 법문사, 2002, 328면.

3) 윤석찬, 법정이혼에서의 공동양육권 인정에 관하여, 법률신문(2008년 10월 13일 제3690호). 이혼하려는 부부가 형편이 어려워 세 자녀 모두 아동보호시설에 보내고 돌보지 않다가 이혼소송을 내자 법원은 부모로서 최소한의 도리를 행하라며 부모 쌍방 모두에게 친권과 양육권이 있다고 판결한 예가 있다.



러나 부모의 혼인관계가 없거나 혼인관계가 해소되는 경우에는 친권을 공동으로 행사하는 것이 사실상 곤란하기 때문에 부모의 일방을 친권자로 정하는 것이 대다수의 현실이다. 여기에서 단독친권자의 사망 시 생존 부모와 자녀의 관계의 문제가 등장한다. 이혼 후에도 공동친권이 유지되고 있었다면 부모의 일방이 친권을 행사할 수 없을 때에는 다른 일방이 친권을 행사한다는 민법 제909조제3항의 규정에 의하여 생존부모가 단독친권을 행사하면 되지만, 부모의 협의나 법원의 결정으로 단독친권이 유지되고 있는 상태에서 단독친권자가 친권을 행사할 수 없게 된 때 다른 일방이 친권을 행사할 수 있는가? 공동친권과 단독친권의 차이는 무엇인가? 여기에서는 이러한 문제만 제기하고 추후 항을 바꾸어 구체적으로 살펴보고자 한다.

## 5. 친권자 변경

친권자 지정을 1차적으로 부모의 협의에 맡긴다고 하여도 친권이 자녀의 복리를 위한 제도라는 점에서 일정한 한계가 있을 수밖에 없고, 또한 자녀의 양육책임에 관한 자녀 양육사항에 관한 협의가 자의 복리에 반하는 경우에는 가정법원은 보정을 명하거나 직권으로 그 자의 의사, 연령과 부모의 재산상황, 그 밖의 사정을 참작하여 양육에 필요한 사항을 정한다고 규정한 제837조제3항과의 균형상 친권자 지정에 관한 부모의 협의에 대하여 일정한 제한이 필요하다는 점에서 부모의 협의가 자의 복리에 반하는 경우에는 가정법원은 보정을 명하거나 직권으로 친권자를 정할 수 있다(제909조제4항 단서)는 내용이 2007년 개정 시 추가되었다.<sup>4)</sup>

가정법원은 자의 복리를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 자의 4촌 이내의 친족의 청구에 의하여 정하여진 친권자를 다른 일방으로 변경할 수 있다.

## 6. 친권상실 및 대리권, 관리권 상실 선고

부 또는 모가 친권을 남용하거나 현저한 비행 기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있는 때에는 법원은 제777조의 규정에 의한 자의 친족 또는 검사의 청구에 의하여 그 친권의 상실을 선고할 수 있다(민법 제924조).

친권상실사유로서 “친권의 남용”이란, 친권의 내용인 권리를 과도하게 불법적으로 행사하거나 또는 그 적당한 행사를 게을리 함을 말한다.<sup>5)</sup> 친권의 남용이란 친권자가 이러한 권리를 행사함에 있어 친권을 인정하는 사회적 목적에서 이탈하여 행사하거나(적극적 남용) 또는 행사하지 않음으로써(소극적 남용) 자녀의 복리를 해치는 것이다. 예컨대, 자녀의 재산

4) 법무부, 가족법개정특별분과위원회회의록[민법(친족·상속편)·가사소송법], 2006, 527면 참조.

5) 김주수, 친족·상속법, 앞의 책, 350면.

을 친권자의 이익을 위하여 처분하거나 또는 아무런 대가없이 증여한 것,<sup>6)</sup> 사회통념상 허용되는 범위를 넘어 가혹한 징계를 가하는 것, 부적당한 거소를 지정하는 것 등이 적극적 남용에 해당하는 것이고, 의식주를 제공하지 않는 것, 자녀를 수년간 방치하는 것 등이 소극적 남용에 해당한다.<sup>7)</sup>

그런데, 민법은 “법정대리인인 친권자가 부적당한 관리로 인하여 자의 재산을 위태하게 한 때에는 법원은 제777조의 규정에 의한 자의 친족의 청구에 의하여 그 법률행위의 대리권과 재산관리권의 상실을 선고할 수 있다(제925조)”고 규정하고 있으므로, 친권의 내용 중 재산관리권을 남용한 경우에는 그러한 남용행위가 있다고 하여 곧바로 친권의 상실을 선고할 수 있다고 할 것이 아니라, 재산관리권을 남용함으로써 인하여 자녀의 신상에 위해를 초래할 때에 친권상실을 선고할 수 있다고 할 것이다.<sup>8)</sup>

친권상실사유로서 “현저한 비행”이란, 심한 소행불량을 말한다. 즉, 그와 같은 친권자에게 자녀를 맡기는 것이 오히려 자녀에게 해를 주고, 그 재산을 위험에 몰아넣을 우려가 있다고 인정되는 경우이다. 예컨대, 부모의 방탕, 도박 등이 이에 해당한다.

“기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유”란, 친권남용, 현저한 비행 외에 구체적이고 객관적인 사정을 고려하여 자녀의 복지 내지는 사회일반의 도리와 공익에 비추어 볼 때 그 친권자에게 친권을 행사하게 하는 것보다 다른 친권자 혹은 후견인에게 맡기는 것이 자녀의 이익을 위하여 더 바람직한 사정이 있을 경우를 말한다. 예컨대, 친권자의 장기구금, 쉽게 치유되지 않는 정신적 장애의 장기화 등이다.<sup>9)</sup>

우리나라에서의 판례의 입장을 보면, 친권상실은 오직 자의 복리를 위한 것으로 여러 구체적 사정이 고려되어야 하며, 비행을 저지른 친권자를 대신하여 다른 사람으로 하여금 친권을 행사하거나 후견을 하게 하는 것이 자녀의 복리를 위하여 보다 낫다고 인정되는 경우가 아니라면 안된다<sup>10)</sup>라고 판시하고 있는 바, 친권상실에 대하여 엄격한 입장을 취하고 있다고 할 수 있다.

위와 같이 친권상실이 선고됨으로써 후견이 개시된 경우, 후견인은 민법 제932조의 규정에 따라 미성년자의 직계혈족, 3촌 이내의 방계혈족의 순위<sup>11)</sup>로 후견인에 취임하게 되고(법정후견인), 위 규정에 의한 직계혈족 또는 방계혈족이 수인인 때에는 최근친을 선순위로 하

6) 대법원 1997.1.24. 선고 96다43928 판결(소유권이전등기말소), [공1997. 3. 1. (29), 650]

친권자가 법정대리인으로서 미성년인 자녀의 유일한 부동산을 이러한 사정을 잘 아는 자녀의 삼촌에게 증여하여 소유권이전등기를 경료하여 준 사안에서, 위와 같은 증여행위는 친권의 남용에 해당하여 그 효과가 자에게 미치지 않는다고 판시하였다.

7) 최진섭, 친권상실에 관한 비교법적 연구, 가족법연구 10호(1996. 12.), 381면.

8) 宋賢慶, 親權喪失에 관한 소고 -서울가정법원 2002년 접수 사건들을 중심으로-, 裁判資料; 家庭法院事件의 諸問題(101집), 법원도서관, 2003, 496면.

9) 최진섭, 앞의 논문, 382면.

10) 대법원 1993.3.4. 93스3 결정; 판례월보 276호 194면.

11) 父系와 母系의 혈족을 모두 포함한다. 대법원 1982.1.19.자 81스25, 26, 27, 28, 29 결정.

고, 동순위자가 수인인 때에는 연장자를 선순위로 한다. 위와 같은 규정들에 의하여 후견인이 될 자가 없는 경우에는 법원이 제777조의 규정에 의한 친족 기타 이해관계인의 청구에 의하여 후견인을 선임하게 된다(선임후견인).

친권상실선고의 심판에 의하여 상실된 친권자로서의 권리, 의무는 실권회복선고의 심판에 의하여서만 회복될 수 있다. 친권상실이나 대리권, 관리권의 상실 원인이 소멸한 때에는 법원은 본인 또는 제777조의 규정에 의한 친족의 청구에 의하여 실권의 회복을 선고할 수 있다(제926조). 법정대리인인 친권자는 정당한 사유가 있는 때에는 법원의 허가를 얻어 그 법률행위의 대리권과 재산관리권을 사퇴할 수 있으며(제927조제1항), 그 사유가 소멸한 때에는 그 친권자는 법원의 허가를 얻어 사퇴한 권리를 회복할 수 있다(제927조제2항).

### Ⅲ. 외국의 입법례

친권을 둘러싼 세계 각국의 흐름은 친권을 권리로서 보다는 부모의 책임이자 의무로 파악하고 있으며, 친권자를 결정하고 행사함에 있어 제일 먼저 고려되는 것이 자녀복리의 원칙이다. 우리민법의 제정과 해석·운용과정에서 강한 영향을 받은 온 독일법과 일본법을 개략적으로 살펴보고, 자녀복리의 원칙이 확고하게 확립되어 있는 영국의 아동법을 중심으로 친권관련제도를 살펴봄으로써 우리 민법이 나아갈 방향을 모색해보고자 한다.

#### 1. 독일

##### (1) 친권의 개념

친자법제는 역사적으로는 가부장을 중심으로 한 가족관계를 규율하는 법제이고 그 속에서 자녀에 대한 부모의 지위는 18-19세기의 근대법제에서도 가를 지배하는 것과 함께 보호하는 부권으로서 이해되었다. 거기에서 미성숙 자녀에 대한 신상감호와 재산관리는 부모의 권리이고 의무였다.

독일에서도 1896년 제정 민법(BGB)에서는 적출자의 친권자는 아버지만이고 가장자적 색체가 강한 것이었다. 제2차 세계대전 후 양성평등원리에 기하여 어머니도 친권의 담당자로서 등장하면서 친권은 자녀의 이익 또는 자녀의 복지를 위해 행사되는 것으로 자리매김 되었다.

1979년 개정법(1980년 시행)은 친권(elterliche Gewalt)을 “부모의 배려(elterliche Sorge)”로 고치고 부모가 미성년인 자녀를 위해 배려할 의무를 부담하고 권리를 갖는(BGB 1626) 것으로 명문화하였다. 그 내실은 신상감호에 관한 권리의무와 재산관리에 관한 권리의무로 대

별된다. 이처럼 1979년 개정법에는 부모의 배려는 양친이 부담해야 한다는 부모의 배려의 공동성이 강조되어 있다는 점과 부모가 자녀를 배려할 의무가 있는 것을 부모의 권리보다 앞에 놓음으로써 자녀에 대한 부모의 책임과 부모의 법적 지위의 의무적 성격이 강조된 점이 두드러진다.

## (2) 공동배려

독일에서는 양성평등 이념의 침투에 의해 1957년 개정법 이후는 양친의 혼인 중에 태어난 자는 양친이 혼인 중에는 양친이 공동친권을 갖고, 양육도 공동으로 하게 되었다. 그렇지만 이혼 후에는 자녀가 부모 일방과는 동거하지 않게 되는 결과로서 자녀에 대한 신상감호 및 재산관리 모두를 공동으로 하고, 공동으로 책임지는 것은 사실상 어렵다는 것에서 1979년 개정법에서도 이혼 후의 부모의 배려는 아버지나 어머니의 단독귀속이 되고 있었다.

그렇지만 1982년에 연방헌법재판소에서 이 단독귀속규정에 대하여 평등원칙위반으로서 위헌판결이 내려지고 그 결과 1997년 개정법(1998년 시행)에 의하여 이혼 후에도 원칙적으로 공동배려가 되는 것이 명문으로 규정되었다.<sup>12)</sup>

이 배경에는 부모의 별거·이혼 등의 환경 변화가 미치는 자녀에 대한 영향을 최소한으로 그치게 한다는 생각이 있고, 아동권리협약의 강한 영향이 있다. 부모와 자녀 사이의 법률관계가 어느 한쪽에게 인정되면 다른 쪽은 전혀 없게 되는 것은 이혼 분쟁 시 자녀쟁취가 되어 자녀를 분쟁에 휘말리게 하는 경우도 많고 분쟁이 되지 않은 경우에도 양친의 이혼이 자녀에게 주는 영향이 대단히 크다는 것에서 자녀의 최대이익·복지에 반한다는 생각이 세계의 주류가 된 결과이다.

## (3) 공동배려행사의 방법

독일 현행법에서는 부부의 별거·이혼 등에 의해 부모와 자녀가 생활을 함께 하지 않게 된 경우에도 공동배려는 변하지 않는다. 예외적으로 특히 문제가 있는 경우에 신청에 의해 단독배려가 인정된다. 예외적으로 단독배려가 인정되는 경우는 양친의 합의가 있는 경우, 자녀의 의사에 의한 경우, 학대·폭행 등 장기적으로 자녀의 복지에 악영향을 줄 수 있는 경우이다. 부모 사이의 관계가 나쁘고 일방이 멀리 거주하고 있는 등의 이유로 공동배려의 협의를 할 수 없는 경우도 단독배려를 할 수 있다. 이와 같은 원칙적 공동배려의 법제도는 자녀가 다툼의 중심이 되어 불만상태가 계속되는 것을 피하기 위한 가장 좋은 해결책이라고 평가받고 있다.

12) Palandt/Diederichsen, §1626, Rn.7.

공동배려 하에서도 일상생활의 사항은 동거하는 부모가 결정할 수 있다. 이것은 빈번하게 필요하면서도 자녀 성장에 커다란 변화를 초래할 영향을 미치지 않는 사항에 관한 결정이다. 학교, 수술, 종교, 취직에 관한 사항은 중요한 사항이고, 공동으로 결정하여야 한다. 동거하는 부모가 누구인지 의견이 일치하지 않은 경우에는 소송으로 다룰 수 있다. 공동배려사항에 관한 다툼이 있는 경우에도 소송으로 결정할 수 있다. 그렇지만 이들 소송절차는 이혼과는 전혀 다른 절차이다. 부모간의 다툼이 있는 이혼절차에 자녀를 말려들게 하는 것은 피해지고 있다.

물론 배려내용의 문제는 이혼과는 실체적으로도 절차적으로도 전혀 다르기 때문에 이혼전의 별거 시부터 동일한 문제가 발생한다.

#### (4) 면접교섭

동거하지 않은 부모와의 면접교섭은 원칙적으로 2주마다 이루어지고 있다. 양친은 누가 마중하러 가는가? 혹은 데려다 주는가 하는 세세한 것까지 정한다. 면접교섭의 횟수, 숙박을 수반한 교섭, 크리스마스나 부활절을 보내는 방법 등도 정한다. 다툼이 있는 경우는 조정, 재판으로 정하게 된다. 면회는 아동의 권리이기도 하고, 면회하는 것은 부모의 의무이기도 하다.<sup>13)</sup> 면접교섭의 결정에 위반한 경우에는 벌금, 감치, 감호권변경 등의 제재가 있다. 유아의 면접교섭은 어머니와 함께 하든가, 숙박은 하지 않고 2주보다도 많은 빈도로 하도록 한다. 면회 시 부모는 없기 때문에 부모끼리의 가정폭력은 그것이 자녀의 면전에서 이루어지고 자녀에게 정신적 외상이 남아 있는 사례를 제외하고 면접교섭과는 관계없다. 인도 시 가정폭력 문제가 발생할 수 있는 경우에는 감독 부 면접교섭이 이용된다.

부모끼리 소원한 경우, 데려갈 우려가 있는 경우, 정신질환·마약의존, 학대 등 통상의 면접교섭이 어려운 경우에는 감독 부 면접교섭이 가능하다. 이것은 소년국 직원이나 친척, 지인, 세례 시 대부모 등 아동을 알고 있는 사람이 면접교섭을 감독하고 지원하는 제도이다. 감독자의 적부는 법원이나 소년국이 판단한다.

#### (5) 독일의 절차법과 그 운용

##### (가) 법원

독일은 독립된 가정법원은 존재하지 않고 지역법원 내 일부분으로서 가사사건을 전문으

13) Ralandt/Diederichen, §1684, Rn.1 ; 자녀에 대한 면접교섭권의 목적은 원칙적으로 자녀를 교육시키거나 친권을 행사하고 있는 부모를 감시하기 위해서가 아니라 자녀의 성장과정에 필요한 부모 양쪽의 애정을 교류하기 위함이며 친권을 가지지 않은 부모가 자녀의 상장발전을 스스로 확인할 수 있도록 하기 위한 것이다. 따라서 면접교섭권은 자녀의 복리에 관한 것이므로 이의 실행이 어렵다는 이유로 배제되어서는 안 된다. 차선자, 자녀복리를 중심으로 개정된 독일의 친자관계법—구법과의 비교를 중심으로—, 가족법연구(제17권2호), 2003, 각주 50) 참조.

로 담당하는 가정부가 있다. 가정부는 1976년에 만들어져 처음에는 혼인사건과 그에 부수하는 친권·부양, 재산관계사건으로 관할이 한정되어 있었지만, 1997년 법 개정으로 친자관계확인, 면접교섭 등의 친자관계사건으로도 관할이 확장되었다. 또한 처음에는 이혼에 부수하는 친권사건은 이혼사건과 강제 병합되었지만, 공동배려가 원칙이 됨으로써 이혼절차와 부모의 배려에 관한 절차는 완전히 분리되었다.

가정부의 법관은 가사사건을 전문으로 다루지만, 심리학이나 교육학의 전문지식은 없다. 독일은 이 점을 보완하기 위하여 필요한 경우 외부 전문가에게 의견을 구하는 방법을 이용하고 있다. 이 점에서 행정기관인 소년국이 전문기관으로서 가장 많이 이용되고 있다.

#### (나) 재판절차에서의 합의형성·판단

독일은 가사사건도 비송절차가 아닌 소송절차로 이루어지고 조정전치주의도 아니다. 소송절차 내에서 조정·화해는 물론 가능하지만, 가사조정위원처럼 조정·화해를 진행하는 기관이 법원내에 있는 것은 아니다. 따라서 이 점도 외주되고 있고 자녀에 대한 부모의 배려 행사나 면접교섭에 관한 절차에는 법원은 초기단계에서 당사자에게 소년국 등 재판 외에서의 상담이 가능하다는 것을 알려야 한다. 이에 의해 양 당사자가 재판 외 상담기관에서의 상담을 받는 경우에는 재판절차는 일시 정지된다.

이것은 독일에서는 소년국과 같은 행정기관 외, 교회 등이 운영하는 전통적인 상담기관, 최근 증가하고 있는 민간 조정기관 등 재판 외에서의 합의를 지원하는 서비스가 발달하고 있는 것이 배경에 있다.

또한 재판절차 내에서의 아동의 의사확인 스스로 신청권이 있는 14세 이상 및 6-14세에는 직접 면접의 방법으로 이루어진다. 6세 미만은 절차보호인이 선임되고 절차보호인이 자녀의 의사를 주장한다.

#### (다) 소년국에 의한 지원

소년국은 아동지원법에 기초하여 소년지원을 위해 설치된 행정기관이다. 아동보호를 목적으로 하는 아동지원법은 거의 매년 수정되고 있지만 2005년 11월에 중요한 개정이 이루어졌다. 개정 전에는 아동을 둘러싼 분쟁에서 소년의 의사와 부모의 합의내용에 차이가 있으면 법원에 보고하는 것으로 되어 있었다. 개정 후에는 부모가 소년국의 상담소를 이용했는지 여부, 이용한 경우에는 그 내용을 법원에 보고하는 것이 되었다. 부모에게 이용을 받은 소년국은 부모에게 서비스를 고지한다. 이 개정 취지는 부모에게 부모로서의 자각을 강하게 하고 자녀에 대한 책임을 강하게 갖도록 하는데 있다.

소년국의 상담담당은 법원으로부터의 촉탁에 의해 조사하고 법원에 보고하는 부서와 비밀 준수 의무가 있는 상담을 받는 부서로 나뉘어 있다.

## (라) 전문가의 활용

절차보호인(Verfahrenspfleger)은 자녀의 신상에 관한 절차에서 자녀의 의사를 대변하는 자로서 절차를 수행한다. 부모와의 사이의 재산관리상의 이익상반행위에 관하여는 특별대리인이 선임되지만 신상에 관한 이익상반행위는 자녀의 의사를 대변하는 자가 없기 때문에 자녀에게도 대리인을 두어야 한다는 요청에서 만들어진 제도이다. 법원이 선임하고 법원으로부터 보수를 받지만 법원으로부터도 소년국으로부터도 독립된 기관으로 누구로부터도 감독을 받지 않는다.

절차보호인은 객관적인 자의 복지가 아닌 자의 주관적인 의사를 대변한다. 학대받을 위험이 있는 집이라도 자녀의 의사가 거기에 있고 싶다고 하면 절차보호인은 그 의사를 대변한다. 친권·면접교섭권의 재판에서는 원칙적으로 절차보호인을 이용할 필요가 있다. 아동이 너무나 작고 자녀에게 자신의 의사를 표현할 수 있는 능력이 충분히 있다는 등의 이유를 제시할 필요가 있다.

## 2. 일본

### (1) 친권의 개념

일본 민법의 친권 규정은 우리 민법과 거의 유사하다. 그러나 미세한 부분에서 차이가 있다. 친권 개념과 관련하여 독일처럼 친권이 갖는 권리성보다는 의무성을 강조하기 위하여 용어 자체를 대체하고 있지 않다는 점에서는 우리와 같다. 하지만 여전히 미성년 자녀는 부모의 친권에 복종한다는 표현을 사용하고 있는 면에서는 우리보다 뒤져 있다(일본민법 제818조제1항).

### (2) 친권공동행사의 원칙과 이혼 후의 친권

친권은 부모가 혼인 중에는 부모가 공동으로 행사한다(일본민법 제818조제3항). 그렇지만 부모가 이혼하는 때에는 협의이혼이든 재판이혼이든 부모 일방을 친권자로 정하여야 한다(일본민법 제819조제1항, 제2항). 이 점이 우리와 다른 점이다. 우리민법은 이혼한 경우 단지 친권자를 정하도록 하고 있을 뿐 반드시 부모 일방으로 정하도록 명시하고 있지 않아 이혼시 공동친권의 가능성을 열어두고 있다.

### (3) 면접교섭

이혼 시 친권자로 되지 못하고 자녀와 따로 살아가는 부모에게 면접교섭권이 인정되는지에 관하여 일본민법에는 명문의 규정은 없지만, 판례를 통하여 인정되고 있다. 그렇지만 부

모의 감정적 대립으로 면접교섭 실현이 어려운 경우에 이를 지원할 체계가 빈약하고 권리로서의 자리매김이 빈약하다는 점에서 그 실현에 어려움을 겪고 있다.

#### (4) 이혼분쟁 중인 부모에 대한 지원

미성년인 자녀가 있는 부부의 이혼분쟁이나 자녀의 양육을 둘러싼 분쟁이 발생한 경우에 부모나 자녀를 지원하는 구조는 독일에 비하면 충분하다고 할 수 없지만, 이러한 역할을 하고 있는 것으로 우선 가사조정에서의 상담기능이 있다. 부부간에 이혼에 관한 협의가 이루어지지 않거나 소송을 제기하려고 하는 경우 조정전치주의(일본 가사심판법 제18조제1항)를 취하고 있기 때문에 우선 가정법원의 조정을 거치게 된다. 이 가사조정은 일반적으로 가정법원의 사법적 절차에 의하여 분쟁을 해결한다는 의미에서 사법적 기능과 분쟁해결을 위해 인간관계의 조정을 한다는 점에서 인간관계 조정기능의 양 기능이 있다. 그리고 여기에 그치지 않고 가정법원 조사관의 관여에 의한 상담기능을 하는 경우도 있다. 이것은 가정법원의 조사명령에 의하여 가정법원 조사관이 하지만, 그것이 행해지는 것은 법원이 필요성을 인정한 극히 일부 사건이다.

#### (5) 친권자와 친권을 행사하는 자<sup>14)</sup>

일본 민법은 친권에 관한 여러 규정 속에서 “친권자”라는 용어와 “친권 행사자”라는 용어를 함께 쓰고 있다. 종래 일본의 다수설은 친권을 행사하는 자가 친권자이고, 양자를 개념적으로 구별할 필요는 없다고 한다. 이에 대하여 최근에는 소수이지만 친권자를 친권자일 수 있는 자격을 갖는 자, 친권을 행사하는 자를 친권을 행사할 자격을 갖는 자로서 구별하여 생각하는 견해가 유력하게 주장되고 있다. 이들 양설은 미성년자가 양자가 되면 친부모의 친권은 어떻게 되는가, 혹은 이혼의 경우 등 부모의 일방이 단독으로 친권자가 되는 경우에 다른 일방의 친권은 어떻게 되는가? 라는 문제를 생각하는데 중요한 차이를 가져온다.

이들의 경우 다수설은 양친 혹은 부모의 일방이 단독으로 친권자가 되면 친부모 혹은 부모의 다른 일방의 친권은 소멸하고 친권자가 아니게 된다고 해석하지만, 소수설은 일본민법 제818조제1항을 부모는 항상 친권자인 자격을 갖는다고 하는 규정이라고 해석한 뒤에 입양의 경우의 친부모, 이혼한 경우의 친권자로 지정받지 못한 부모의 일방도 친권행사의 자격만 정지될 뿐 친권자인 자격을 잃지 않는다고 해석한다. 이와 같은 소수설의 견해는 이혼한 부모나 미혼인 부모도 자녀에 대하여는 부모로서 공동책임이 있다고 하는 친권법의 새로운 전개와 결부될 수 있다는 점에서 주목받지만 해석론에서도 특히 민법에 규정이 없고 단독친권자인 부모의 일방이 사망하거나 친권을 행사할 수 없게 된 경우에 생존하고 있

14) 於保不二雄・中川 淳 編, 新版注釋民法(25) 親族(5), 有斐閣コンメンタール, 2004, 22-23면.



는 다른 부모 일방의 친권을 부활로 이끈다. 다수설은 단독친권자 사망의 경우에 누가 자녀의 보호에 합당한가는 일률적으로 결정할 수 없다고 하여 이에 반대하지만(我妻, 320), 가사실무는 원칙적으로 친권을 행사할 자가 없는 경우로서 미성년 후견이 개시되는 것으로 하면서도(일본 민법 제838조), 생존하고 있는 부모의 다른 일방을 친권자로 하는 것이 국민정서에 적합하다고 하여<sup>15)</sup> 부모의 다른 일방의 청구가 있고 자녀의 이익을 위해 필요하다고 인정되는 경우는 가정법원은 일본 민법 제819조6항을 준용하여 그 자를 친권자로 변경할 수 있다고 하고 있다.<sup>16)</sup> 이러한 친권을 둘러싼 일본에서의 논쟁은 우리나라에 영향을 주고 있고, 오늘 살펴보는 사항의 주된 논점을 형성하고 있다.

#### 일본민법 제818조

- ① 성년에 달하지 아니한 자녀는 부모의 친권에 복종한다.
- ② 양자는 양부모의 친권에 복종한다.
- ③ 친권은 부모가 혼인 중에는 공동으로 행사한다. 단, 부모의 일방이 친권을 행사할 수 없는 경우는 다른 일방이 행사한다.

#### 일본민법 제819조

- ① 부모가 협의 이혼하는 경우는 그 협의로 그 일방을 친권자로 정하여야 한다.
- ② 재판상 이혼의 경우에는 법원은 부모의 일방을 친권자로 정한다.
- ③ 자녀의 출생 전에 부모가 이혼한 경우에는 친권은 모가 행사한다. 다만 자녀의 출생 후에 부모의 협의로 부를 친권자로 정할 수 있다.
- ④ 부가 인지한 자녀에 대한 친권은 부모의 협의로 부를 친권자로 정하는 경우에 한하여 부가 행사한다.
- ⑤ 제1항, 제3항 또는 전항의 협의가 이루어지지 않은 경우나 협의를 할 수 없는 경우는 가정법원은 부 또는 모의 청구에 의하여 협의를 갈음한 심판을 할 수 있다.
- ⑥ 자의 이익을 위해 필요하다고 인정되는 경우는 가정법원은 자녀의 친족의 청구에 의하여 친권자를 다른 일방으로 변경할 수 있다.

#### 일본 민법 제838조 【후견개시의 원인】

후견은 다음에 열거하는 경우에 개시한다.

- ① 미성년자에 대하여 친권을 행사할 수 없는 경우나 친권을 행사하는 자가 관리권이 없는 경우
- ② 후견개시 심판이 있었던 경우

15) 新潟家長岡地審 1968(소화43년), 2. 25, 家月 21.2.173.

16) 盛岡家審 1968(소화43), 9. 9 家月 20.12.94, 名古屋古金澤支決 1977(소화52), 3. 23, 家月 29.8.33 등

일본 민법 제839조

- ① 미성년자에 대하여 마지막으로 친권을 행사한 자는 유언으로 미성년 후견인을 지정할 수 있다. 다만, 관리권을 갖지 아니한 자는 그러하지 아니하다.
- ② 친권을 행사하는 부모의 일방이 관리권을 갖고 있지 않은 경우는 다른 일방은 전항의 규정에 의하여 미성년 후견인의 지정을 할 수 있다.

### 3. 영국

#### (1) 부모책임(Parental Responsibility)의 개념

영국법은 예로부터 친권에 관한 법적 개념은 없었고 후견(guardianship)이라는 개념 아래 아버지는 그 생존 중에는 자녀의 유일한 후견인이 되었다. 그러나 1989년 아동법(The Children Act 1989)은 그와 같은 전통적인 법개념으로서의 후견을 부모의 사망 후에 이를 대체할 공식으로 지정받은 자를 위한 개념으로서 보존하면서 부모인 것의 일상적 현실을 반영하고 그 지위에 있는 모든 자의 책임을 강조하기 위해 부모 책임(Parental Responsibility)이라는 개념을 도입하였다.

부모책임은 아동법 제3조에서 “부모가 아동과 그 재산에 대하여 법에 의해 부여받은 모든 권리, 의무, 권력, 책임과 권위”라고 규정하고 있다. 그 구체적 내용에 관한 규정은 없지만, Lowe 교수는 ①가정 제공 ②자녀와의 교류, ③교육방침 정하고 실행 ④종교 결정, ⑤예의범절교육, ⑥의료행위에 대한 동의, ⑦혼인에 대한 동의, ⑧입양동의, ⑨여권발행거부, ⑩자녀의 해외이주허가, ⑪자녀의 재산관리, ⑫자를 보호, 교양, ⑬성의 변경, ⑭재판절차에서의 자녀 대리, ⑮사망한 자녀 매장이나 화장 등을 부모책임의 내용으로 열거하고 있다.<sup>17)</sup>

동법 제2조에 의하면, 혼인 중의 자는 부모 쌍방이 자동적으로 부모 책임을 갖지만 혼인 외의 자는 모만이 부모 책임을 갖는다. 그러나 미혼부는 자동적으로는 아니지만 “부모책임 명령”이나 이에 관한 “부모의 합의(agreement)”가 있으면 부모 책임을 취득하게 되고, 최근에는 모와 함께 출생신고를 함으로써 취득할 수 있는 길이 열렸다(ss.4(1)(a), (1A)). 또한 부모 이외의 개인도 후견인으로 지정받든가(s.5(5)), 거소명령을 인정받으면(s.12(2)) 부모 책임을 취득할 수 있다.<sup>18)</sup>

17) P. M. Bromley & N.Y. Lowe BROMLEY'S FAMILY LAW Eighth ed., p.247.

18) 부모 이외의 사람이 부모 책임을 얻을 수 있는 몇 개의 가능성이 있다. 부모 책임을 부여하는 효과를 갖는 수많은 법원 명령이 있다. 아동법 8조의 거주명령, 입양이나 보호명령이 그 예이다. 입양과 아동법(Adoption and Children Act 2002) 115조는 법원의 명령으로 부모 책임을 얻을 수 있는 “특별후견인(Special Guardian)”이라는 새로운 개념을 만들었다. 또한 입양과 아동법은 계친(step-parents)에게도 아동법 4조에 의한 미혼부의 경우와 유사하게 부모 책임을 얻을 수 있는 기회를 부여한다. 마지막으

## (2) 부모책임의 행사

부모책임은 2인 이상의 자도 취득할 수 있고 예를 들면 계친, 조부, 가정위탁부모, 지방자치단체가 취득한 경우조차 그 취득을 이유로 다른 사람의 부모책임이 없어지지 않고, 특히 부모 이별 후에도 부모 각자가 부모책임을 계속 갖는 것에 주의를 요한다.

아동법 제2조제7항은 부모책임은 공유되고, 부모책임을 갖는 각자가 홀로 행사할 수 있다고 규정하고 있다(s.2(7)). 이러한 자유에는 두 가지 일반적인 제한이 있는데, 그 하나는 아동법에 의하여 내려진 명령이 존재하는 경우 그 명령과 저촉하는 방법으로 행사할 수 없다는 것이다(s.2(8)). 둘째, 부모책임의 자유행사원칙에도 불구하고 사실상 공유자의 협조가 없으면 부모책임을 행사하는 것이 불가능하다는 것이다. 예를 들면 별거중인 부는 아내와의 합의가 없다면 아내와 함께 살고 있는 자녀에 대하여 그의 부모책임의 대다수의 면을 행사할 수 없다는 것을 알게 될 것이고, 법원의 개입을 필요로 하고 그러므로 법원의 명령을 이용할 것이다.

## (3) 개인들 간의 자녀양육과 관련된 분쟁의 해결

### (가) 8조 명령

개인들 사이의 자녀 양육과 관련된 분쟁을 해결하기 위하여 아동법 제8조는 4개의 명령을 규정하고 있다. 이른바 “8조 명령”으로 알려져 있는데, 거기에는 거소명령(residence orders)과 면접교섭명령(contact orders), 금지명령(prohibited steps order), 특정사항명령(specific issues order)이 있다.

거소명령(residence orders)은 자녀와 함께 생활할 사람을 정하는 명령이고, 면접교섭명령(contact orders)은 자녀가 지명된 사람을 방문하거나 거기에 체재하는 것, 혹은 그 사람 또는 그 자녀를 위해 다른 방법으로 상호 교류하는 것을 허용하도록 자녀와 함께 생활하거나 생활하게 될 사람에게 청구하는 명령이다(s.8(1)).

금지명령(prohibited steps order)은 명령에서 지명된 사람에게 법원의 허가 없이 자녀와 관련된 특정 조치를 취하는 것을 금지하는 것이다.

특정사항명령(specific issues order)은 예를 들면 자녀를 어떤 학교에 보낼 것인지, 의료조치를 받게 할 것인지와 같이 부모책임의 어떤 측면과 관련하여 특정한 문제를 결정하는 것이다.

부모책임 유무에 상관없이 부모나 후견인, 거소명령을 부여받은 자는 8조 명령의 어느 것

---

로 부모책임이 있는 부모는 자녀를 위한 후견인을 지명할 수 있고 그러한 지명은 그 부모의 사망 시 후견인에게 부모책임을 부여한다(s.5). Tony Wragg, *Family Law in a Nutshells*, Seventh Edition, Sweet & Maxwell, 2007, p.69.

이든 신청할 수 있다. 가족의 자녀<sup>19)</sup>와 관련된 경우 배우자, 전배우자, Civil Partner와, 아동과 3년 이상 같이 살아온 사람 및 우호적인 거소명령을 받은 자, 아동을 돌보고 있는 지역당국이나 부모책임이 있는 각자의 동의를 받은 자는 거소명령이나 면접교섭명령을 신청할 수 있다. 또한 법원의 허가를 받아 신청할 수 있다.

#### (나) 법원이 분쟁결정을 위해 사용하는 원칙

이들 명령을 내릴 지는 제1조가 규정하는 자의 복지의 지고성(the paramountcy of child's welfare)의 원리에 입각하여 판단되지만 동법은 개개의 자녀의 복지가 무엇인가를 결정하는데 고려해야 할 여러 요소를 “법에서 보다 큰 일관성을 마련하는 수단”으로서 또한 “자녀에 관한 결정에서 보다 통일적인 접근을 하기 위해 중요한 한 걸음”으로서 다음 항목으로 된 체크리스트를 규정한다. 즉

- (a) (자녀의 연령 및 이해력에 비추어) 확실하다고 생각되는 의사와 감정
- (b) 자녀의 심리적, 정서적, 교육적 필요
- (c) 사정의 변화가 자녀에게 미칠 영향
- (d) 자녀의 연령, 성별, 교육력 및 법원이 관련된다고 생각하는 특징
- (e) 자녀가 이미 입거나 입을 수 있는 위험
- (f) 자녀의 부모 및 법원이 계쟁사항에 관련된다고 생각하는 기타 자에 관하여 자의 필요에 대한 적합가능성 정도
- (g) 각 계쟁절차에서 본법에 의해 법원이 행사할 수 있는 제 권한의 범위가 그것이다 (s.1(3)).

그러나 동법은 “자녀는 일반적으로 법적 절차에 의지하지 않고 충분한 역할을 하는 부모와 함께 가족 속에서 가장 잘 자라난다는 신념에 기초한 불간섭(non intervention)의 입장에서 있기 때문에 법원은 자녀에 관하여 본법에 기초한 명령의 하나 또는 복수의 명령을 부여해야 하는가를 고려하고 있는 경우에는 법원은 그렇게 하는 것이 아무 명령도 내리지 않는 것보다 자녀에게 더 낫다고 생각하는 경우를 제외하고 어떠한 명령도 내려서는 안 된다고 규정된(s.1(5)) 무명령의 원칙(no order principle)에 따르고 있는 것이다.

#### (4) 지역당국의 개입과 후견에 의한 아동의 보호

경우에 따라서는 국가는 아동을 가정에서 완전히 분리하거나 중간보호의 형태를 제공함으로써 아동과 그 양육자에게 개입할 수 있다.

아동법은 지역당국이 위급시 할 수 있는 명령으로 보호명령(care order), 감독명령(supervision

19) “가족의 자녀(child of the family)”는 혼인 당사자와 관련하여 두 당사자의 자녀와 위탁부모가 아니면서 두 당사자가 그들 가족의 자로 취급해 온 그 밖의 자녀”를 의미한다(The Children Act s.105).

order), 긴급보호명령(emergency protection order), 아동사정명령(child assessment order)을 두고 있다.

보호명령(care order)은 아동을 지역당국의 보호에 맡기는 것이다. 보호명령의 실제적인 효과는 아동이 지역당국의 지역사회가정이나 지역당국의 위탁부모와 살게 되는 것이다. 보호명령의 법적인 효과는 지역당국이 보호명령이 효력을 갖는 동안 아동에 대한 부모책임을 갖는다는 것이다(s.33(3)). 그렇지만 그러한 명령이 없었더라면 양육되었을 것과 다른 종교 교의에서 자라게 할 수는 없다. 또한 입양명령에 대한 동의나 후견인 지명은 할 수 없다(s.33(6)). 보호명령은 자동적으로 현존하는 모든 거소명령을 종결시킨다. 그러나 보호명령이 유효한 동안 부모책임의 행사는 그 보호명령과 저촉되어서는 안 된다는 제약은 따르지만 부모나 후견인이 부모책임은 존속한다(s.2(6)). 그리고 지역당국은 부모책임을 행사할 수 있는 범위를 정할 수 있다.

감독명령(supervision order)은 아동을 지역당국이나 보호관찰관의 감독 하에 두는 명령이다. 감독명령은 감독당국에 아동에 대한 부모책임을 주지 않고 아동은 그의 집에서 분리될 수 없다. 감독당국은 단지 아동을 조언하고 지지하고 친구가 되어 줄 의무를 갖는데 불과하며 아동을 정기적으로 방문하는 것처럼 적절하다고 생각되는 방법으로 이루어질 것이며 특정 활동에 대한 아동의 참여를 명하는 것처럼 조건을 붙일 수도 있다. 감독명령은 아동을 보호하는 중간적인 수단이므로 감독당국은 그 명령이 완전하게 이행되지 못하면 그 변형이나 해지신청을 고려하여야 하고, 그 뒤 보호명령의 신청을 고려할 수도 있다.

교육감독명령(education supervision order)은 아동을 지방교육당국의 감독 하에 두는 명령이다. 감독명령처럼 당국에 아동에 대한 부모책임을 주지는 않는다.

긴급보호명령(emergency protection order)은 앞의 명령을 위한 절차는 결론에 이를 때까지 시간이 걸리는 것이 보통이므로 긴급한 보호를 필요로 하는 아동을 위해 고안되었다. 이 명령은 8일간 지속되며 1회에 한하여 7일을 초과하지 않는 범위 내에서 연장할 수 있다.

아동사정명령(child assessment order)은 어떤 아동이 위험에 직면해 있지만 그 아동에게 접근할 수 없기 때문에 위험사실이나 위험의 정도에 관한 생생한 증거를 가질 수 없는 경우 해결책을 제공한다. 아동사정명령은 단지 7일간만 유효하며(s.43(5)), 지역당국이나 아동학대예방전국모임(N.S.P.C.C.)이 아동사정을 수행한다(s.43(7)). 지역당국이 더 강한 명령을 적용해야 할지 결정하는 것을 돕고 아동피해를 최소화하기 위해 고안된 것이다.

보호명령, 감독명령과 아동사정명령은 지역당국이나 아동학대예방전국모임만 신청할 수 있고, 교육감독명령은 지역교육당국만이 신청할 수 있다. 긴급성과 명령의 유효기간이 짧은 점을 감안하여 긴급보호명령은 누구나 신청할 수 있다.

#### Ⅳ. 단독친권자가 사망한 경우의 친권자동부활의 문제

단독친권자로 지정된 사람이 사망 등의 사유로 친권을 행사할 수 없게 된 경우<sup>20)</sup> 민법은 이에 대하여 명시적인 규정을 두고 있지 아니하다.

그 동안 판례와 예규는 이혼 후 친권자로 지정된 부모의 일방이 사망한 경우에 생존 부모의 정지되었던 친권이 당연히 부활하여 생존 부모가 자동적으로 ‘친권자’가 된다고 해석하여 왔다(대법원 1994. 4. 29. 선고 94다1302판결, 구 호적예규 제449-1호 제10조). 2005년 개정 전의 민법 제909조에서는 부모 중 일방은 친권행사자, 다른 일방의 부모는 친권보유자가 되고, 친권행사자가 사망 등으로 친권을 행사하지 못하게 되면 친권보유자의 친권이 부활된다고 해석될 여지가 있었다. 그러나 생존 부모의 친권을 자동으로 부활시키면 친권자로 적당하지 아니한 부모라도 자동으로 친권자가 되어 버린다는 점에서 자녀의 복리에 반하는 결과를 초래할 위험성이 커진다.

2005년 개정 민법 제909조제4항은 ‘친권을 행사할 자’라는 용어를 ‘친권자’로 변경함으로써 친권자인 부모 중 일방이 사망한 경우 누가 친권자가 되는지에 대한 새로운 해석론의 가능성을 제공하였다. 개정법에 따르면 친권자로 결정된 부모 중 일방은 친권자, 다른 일방은 친권자가 아닌 것으로 해석이 가능한 것이다. 또한 2007년 개정으로 친권자 지정에 관한 부모의 협의가 자녀의 복리에 반하는 경우에는 가정법원이 보정을 명하거나 직권으로 친권자를 정할 수 있는 길이 마련되었다(민법 제909조제4항 단서). 자녀 복리를 고려하여 법원의 직권에 의한 친권자 결정이 있었음에도 불구하고 단독친권자가 사망한 경우에 생존 부모에게 자동으로 친권이 부활한다는 것은 친권의 존재 이유인 자녀의 복리에 반하는 것으로 이러한 해석론을 지지 할 수 없다는 것은 명백하다. 그러나 호주제 폐지에 따른 법규 개편과정에서 새롭게 마련된 대법원 가족관계등록예규는 여전히 생존부모의 친권 자동부활이라는 기존의 해석을 그대로 유지하고 있다(대법원 가족관계등록예규 제177호 제10호<sup>21)</sup>). 친권과 관련한 민법 규정의 기본방향이 자녀의 복리를 최우선으로 하고 있는 가운데 이에 반하는 하위법령은 시급히 개정되어야 할 것이다.

20) 혼인 외의 자의 인지 후 단독친권자로 지정된 자의 사망, 부모의 일방이 친권을 행사할 수 없을 때 친권행사자의 사망, 이혼시 단독친권자로 지정된 자의 사망, 일반입양한 양부모가 모두 사망한 경우 친권자동부활이 문제될 수 있다.

21) 대법원 가족관계등록예규 제177호(친권자의 지정 또는 변경에 관한 가족관계등록사무 처리지침) 10조(친권자가 친권을 행사할 수 없는 경우의 처리) 친권자로 지정된 사람이 사망, 실종선고, 대리권과 관리권의 상실(사퇴)로 인하여 친권을 행사할 수 없는 경우에도 다른 부 또는 모가 있는 때에는 후견이 개시되지 않으므로 후견개시신고를 할 수 없다.

## V. 친권제도 개선방향에 대한 모색

한 방송인의 죽음 이후 촉발된 친권문제는 자격 적합성에 대한 고려 없이 혈연을 최우선으로 하여 생존하고 있는 부모에게 친권을 자동 부활시키는 것에 대한 문제제기였으나, 점차 논의가 확산되어 친권관련 제도 개선 시 친권의 권리로서의 측면보다는 의무로서의 측면을 강조할 수 있는 방향, 아동을 보호의 객체로서가 아닌 독립된 하나의 인격체로 바라보는 시각의 도입, 현대 가족의 구조적 변화를 반영한 혈연보다는 가족의 기능을 중시하여 실질적인 생활관계가 유지되고 안전이 확보될 수 있는 방향으로의 개선, 입양을 중심으로 한 충분히 보호받지 못하고 방치되고 있는 아동들에 대한 고려, 가족과 국가의 관계 재정립 등 복합적 사고가 요청되고 있다. 이러한 관점을 갖고 친권제도의 개선방향에 대하여 모색해 보고자 한다.

### 1. “친권”이라는 용어 사용에 대한 재검토

영국과 독일 사례에서 살펴보았듯이 부모의 자녀에 대한 지배권으로 인식되는 “친권”이라는 표현을 각각 부모의 책임(Parental Responsibility), 부모의 배려(Elterliche Sorge)를 사용함으로써 부모가 자녀에 대하여 갖는 자녀가 독립된 인격체로 성장하도록 지원하고 보호할 책임이나 의무라는 것을 더욱 강조하고 있다.

친권은 부모의 일방적인 지배권이 아닌 “부모의 배려”라는 해석을 독일은 1979년에 도입하였다. 아동에게는 자기책임을 다할 수 있는 인격으로 성장하는데 필요한 보호와 지원을 요구할 권리가 있고, 친권 개념은 이 아동권리를 지원할 의무를 부모에게 부과한 것이다. 이와 같이 부모의 의미를 정확하게 이해하기 위하여 친권에 갈음하여 “부모의 배려”라는 용어로 전환한 것이다. 부모의 배려로서의 친권이 제한되는 것은 “아동복지의 위험”이 존재하는 경우이고, 종래는 이 “아동복지의 위험”이 있으면서 부모의 고의·과실이 인정된 경우에 한하여 친권이 제한받았지만, 79년 법에 의해 부모의 고의·과실의 인정이 없어도 “아동복지의 위험”이 존재하면 부모의 배려를 제한할 수 있게 되었다. 우리도 이러한 입장의 도입을 적극적으로 검토하여야 할 것이다. 이러한 부모의 책임자로서의 지위 전환은 단지 용어상의 전환의 범위를 넘어 여러 의미를 내포할 수 있다. 우선, 계몽적 의미를 들 수 있다. 이와 같은 지위의 인식을 통하여 자녀 복리의 실천적이면서 일상적 효과를 기대할 수 있을 것이다. 또한 법적 관점에서는 자의 복리의 원칙이 단지 법원 결정의 판단기준에 그치는 것이 아닌 부모의 지위도 구속하는 기본원리가 되어야 한다는 해석을 이끌 수 있다. 자녀와 가장 가까운 지위에 있는 부모도 구속한다고 해석함으로써 비로소 그 목적을 실현할 수 있는 것은 자명하다.

## 2. 자의 복리의 원칙 선언

현행 민법은 제912조에서 자의 복리를 친권행사의 기준으로만 규정하고 있으나, 자의 복리의 원칙은 친권행사 뿐만 아니라 친권자 결정에서도 우선적으로 고려한다는 것을 명문화하여야 할 것이다.<sup>22)</sup> 그리고 “자의 복리”라는 넓은 개념 해석에서 일관성을 확보하기 위해서는 모호한 개념을 구체화하려는 노력이 필요하다.

참고로 영국의 아동법 제1조제3항은 복리원칙으로 자녀의 의사, 자녀의 필요, 사정변경이 자녀에게 미치는 영향, 판단 사건과 관련하여 자녀의 연령, 성별, 성격 고려, 자녀에게 미칠 수 있는 위해, 관계인의 능력, 법원의 권한을 고려하도록 하고 있다.

## 3. 자녀의 의사 반영 절차 마련

“아동의 권리”가 최근 부각된 가장 큰 원인은 「아동권리조약」(Convention on the Rights of the Child)에서 찾을 수 있다. 이 조약은 1989년 11월 UN총회에서 채택된 것으로, 우리나라는 1990년 여기에 서명·비준함으로써 같은 해 12월 20일부터 당사국이 되었다.

아동의 권리 확보는 1차적으로는 부모의 역할이지만, 이 임무를 부모에게 맡겨두는 것만으로는 적당하지 않는 경우도 있다. 이 점을 분명히 하고 아동이 부모와는 별개의 독립된 권리주체라는 것을 명시한 점에서 「아동권리조약」의 커다란 의의의 하나일 것이다.

우리 가족법에서는 친권자·양육자 지정·변경 및 친양자 입양의 경우(제908조의2) 등 “자의 복리”가 판단기준이 되고 있다.<sup>23)</sup> 이들 경우에는 여러 사정을 고려하여 “자의 복리”가 판단되지만, 그 때 “자의 의사”를 고려하는가가 문제된다.

일반론으로서 일정 연령 이상의 자의 경우에는 그 의사를 존중하여야 한다고 하고, 실정법상으로도 가사소송규칙 제18조의2<sup>24)</sup>는 미성년자인 자의 친권자 지정, 양육과 면접교섭권에 관한 사항을 직권으로 결정할 경우 15세 이상의 자의 의견청취를 하여야 한다고 규정하고 있다.

자신과 관련된 판단을 하는데 있어 그 자녀들의 의사를 반영하는 것은 자녀 복리의 관점에서 중요한 의미를 갖는다.<sup>25)</sup> 가사소송규칙에서 의견청취 대상자녀의 연령을 일률적으로

22) 이 내용은 이미 법무부의 제2기 가족법특별분과위원회에서 의견이 모아져 개정안에 반영된 적이 있다.

23) 자녀의 복리가 판단기준이 되는 경우로 제781조(자의 성과 본 변경), 제837조제3항(양육자 지정·변경), 제837조의2(면접교섭권의 제한 및 배제), 제908조의2(친양자 입양의 청구기간), 제908조의5(친양자 파악), 제909조제4항(친권자 지정·변경), 제912조(친권행사의 기준)이 있다.

24) 제18조의2(자의 의견의 청취) 가정법원이 미성년자인 자의 친권자 지정, 양육과 면접교섭권에 관한 사항을 직권으로 정하는 경우 자가 15세 이상인 때에는 가정법원은 그 자의 의견을 들어야 한다. 다만, 자(자)의 의견을 들을 수 없거나 자의 의견을 듣는 것이 오히려 자의 복지를 해할만한 특별한 사정이 있다고 인정되는 때에는 그러하지 아니하다.

25) 김유미, 이혼시 친권의 개정방향, 가족법연구(제15권2호), 62면.



15세로 규정하고 있으나, 인정 연령이 너무 높고 사향이 한정적이다. 특히 최근 법 개정이 많이 이루어진 자녀의 성과 본 변경, 친양자 입양 등 자신의 신상과 관련된 절차에서의 의사반영의 기회 차단은 자녀의 독립성을 해하고 부모의 종속된 존재로 머물게 할 가능성이 있다. 따라서 일정 연령 이상에 달한 경우 독립된 절차청구권 부여 및 의사형성능력이 있는 한 의견을 말하고 반영될 수 있는 기회가 충분히 부여될 수 있도록 하는 절차를 마련할 필요가 있다. 자신의 의사를 충분히 밝힐 수 없는 경우에는 자녀의 의사를 대변할 수 있는 대리인을 둘 필요가 있다. 또한 외부로부터 정보가 차단된 채 부모 일방의 주입에 의하여 의사가 형성될 가능성도 있기 때문에 그럴 경우에는 진정한 자유의사를 밝혀내기 위한 전문가의 지원이 요구된다.

#### 4. 단독친권자 부재 시 친권 귀속의 명문화

단독친권자인 부모의 사망으로 친권을 행사할 자 없게 된 경우 명확한 규정의 부재로 실무는 생존부모의 친권이 자동 부활하는 것으로 보고 있으며, 학설은 생존 부모의 친권 자동 부활설과 후견개시설로 나뉘고 있다. 민법 제909조제3항은 "부모의 일방이 친권을 행사할 수 없을 때에는 다른 일방이 이를 행사한다"고 규정하고 있으며, 민법 제928조는 "미성년자에 대하여 친권자가 없거나 친권자가 법률행위의 대리권 및 재산관리권을 행사할 수 없는 때에는 그 후견인을 두어야 한다"고 규정하고 있어 앞의 조문은 생존부모의 친권자동부활의 근거로, 뒤의 조문은 후견개시설의 근거가 되고 있다. 친권자동부활설이 실무에서 확고하게 굳어져 있는 상황에서 친권법의 기본이념인 자녀의 복리를 실현하기 위해서 생각할 수 있는 것으로 친권자로 지정된 사람이 사망, 실종선고, 대리권과 관리권의 상실(사퇴)로 인하여 친권을 행사할 수 없는 경우에는 후견이 개시된다고 민법에 명문화하는 것이다. 물론 이 경우에도 생존 부모가 다시 친권자로 될 수 있는 가능성은 열어두어야 할 것이다. 자의 복리에 대한 가정법원의 심사를 거쳐 친권자가 변경되도록 하는 방안이다. 생존 부모가 친권자가 되기를 원한다면 민법 제909조제6항의 친권자변경에 관한 규정을 준용하여 가정법원에 친권자 변경을 청구할 수 있도록 하는 것이다.

후견이 개시된다고 하더라도 생존부모에게 친권변경의 기회를 부여하여야 하는 논거로는 친권의 후견화가 진행되고 있다고는 하지만 아직까지 미성년 후견은 친권의 보충적 기능을 하는 것이고 부 또는 모의 보호교양은 가능한 한 친권자로 하여금 행사하게 하는 것이 국민 감정에 맞다는 점, 대개는 공동친권행사가 곤란한 상황에서 다른 한쪽이 보다 적합했다고 할 수 있는 경우로 단독친권자로 되지 않은 생존 부모도 친권자로서 반드시 부적당한 것은 아니지만 친권자로서 적당하지 아니한 부모에게 자동적으로 친권자가 되게 해 버리는 것을 막을 수 있다는 점을 들 수 있다.

이에 의하면 오로지 자의 복리 관점에서 가정법원에 의한 친권자로서의 적성 심사 및 구

체적인 상황에 따른 합리적인 처리가 가능하게 된다. 일단 후견이 개시되므로 자녀 보호의 공백이 없게 된다는 장점이 있고, 지정후견인이 없어 설령 생존부모가 후견인이 된다고 하더라도 자녀의 부동산 또는 중요한 재산에 관한 권리의 득실변경을 목적으로 하는 행위를 함에 있어서는 친족회의 동의를 얻어야 하므로 미성년 자녀의 재산이 보호될 수 있다는 장점도 있다. 그리고 만일 후견인이 된 생존부모가 후견인의 의무를 이행하지 않을 경우 가정법원은 자녀의 복리를 위하여 필요한 경우, 자녀의 친족이나 검사의 청구 또는 직권에 의하여 후견인을 변경할 수 있으며, 그 경우 후견인의 순위에 불구하고 4촌 이내의 친족 그 밖에 적합한 자를 후견인으로 정할 수 있으므로, 생존 부모가 자녀의 복리에 적합하지 않은 경우에 대한 안전정치가 될 수 있을 것이다(민법 제940조).<sup>26)</sup>

## 5. 후견인 제도의 보완

친권자동부활이 아닌 원칙적으로 후견이 개시하는 것으로 한다 할지라도, 후견제도 곳곳에 낙후된 면이 있으므로 아울러 손질이 필요한 부분이 있다.

우선 법정후견인의 문제이다. 법정후견인이란 피후견인의 직계혈족, 3촌 이내의 방계혈족 순으로 최근친, 연장자를 선순위로 자동적으로 후견인이 되게 하는 것이다(민법 제932조 내지 제935조). 이 제도는 직계혈족이나 3촌 이내의 혈족이면 당연히 어느 누구보다도 더 성심껏 피후견인을 보호해 줄 것이라는 가부장적 가족제도에 따른 규정으로 현대 사회에는 적절한 규정이라고 보기 어렵기 때문에 우선 법정후견인 제도 자체를 존치할 것인지 고려하여야 한다.

또 선임후견인의 경우에도 법원이 청구인 자신을 후보자로 하는 청구를 대부분 별다른 조사 없이 인용하는 형편이어서 과연 책임자가 선임되는지 하는 문제가 있고, 선임후견인으로 결정되는 자도 친족만으로 한정되어 친족에게 과중한 책무를 기대한다는 점에서 문제가 있다. 제3자가 후견인이 될 수 있도록 사회적으로 활성화시키는 방안도 모색되어야 할 것이다.

또한 후견의 감독기관으로서 친족회도 보완이 필요하다. 가족의 유대가 약해지고 있는 현실을 감안하면 친족회를 자녀의 이익을 대변할 수 있는 객관적인 제3의 후견감독인으로 대체하는 것이다. 만약 친족회를 유지한다고 할지라도 상당히 정교한 보완이 필요한데 우선 친족회원을 선임할 때 법원이 실질적인 심사를 수행하고 후견인의 추천하는 자에 국한할 것이 아니라 더 많은 후보자를 추천하도록 유도한다든지 최소한 부계와 모계의 친족이 반드시 포함되도록 하여 이해관계를 달리하는 구성원으로 충족하여 결과적으로 유일한 공통적 관심으로 남는 아동의 이익만을 추구할 수 있게 한다든지 하여 이를 보완하고 친족회

26) 이화숙, 2005년 개정가족법 해설 및 평가, 세창출판사, 2005, 108면.

규정들을 수정하여 친족회를 가정법원의 판사 앞에서 혹은 조정위원이나 법원 관계인의 주재 하에 개최한다든지 하여 지금처럼 유명무실한 기관으로 후견인의 들러리로 전락한 상태를 변화시켜야 한다.<sup>27)</sup>

## 6. 아동을 둘러싼 국가와 가족

「아동권리협약」이 가족법에 미치는 영향은 크다. 우선 2조(차별금지), 3조(아동의 최선의 이익의 존중)가 중요한 원리규정이지만 아울러 주목해야 할 것은 가족의 역할, 국가의 역할에 관한 여러 규정의 내용이다. 즉 동 협약은 부모의 지도 존중(5조), 부모로부터의 분리 금지(9조), 부모의 제1차적 양육책임(제18조) 등의 규정을 두어 친자관계를 기본적으로 승인하면서, 국가의 지원(3조, 18조)에 관하여 규정하는 외, 부모에 의한 학대, 방임, 착취로부터의 보호(19조), 가정환경을 빼앗긴 아동양육(제20조)에 관한 규정도 두고 있다.

이들 여러 규정에는 자녀에 대한 가족, 국가의 관계가 집약적으로 나타나 있다고 할 수 있다. 국가의 역할은 부모의 역할을 보충하는 의미로 가족의 우월이 인정되어 있지만, 동시에 국가는 자녀의 이익을 배려할 의무가 있고, 그것은 경우에 따라서는 부모의 권리를 배제하는 경우도 있기 때문이다. 이러한 불명확한 입장은 가족이 지니는 두 가지 의미—즉, 자녀를 외부로부터 지키고 양육하는 보금자리임과 동시에 자녀를 억압할 가능성도 내포한—을 충분히 고려한 태도결정이라고 볼 수 있을 것이다. 이러한 가족과 국가의 관계는 친권을 둘러싼 여러 문제를 생각할 때 항상 고려하여야 할 것이다.

## 7. 아동학대와 친권상실

현행법에 의하여 친권을 상실할 수 있는 규정은 「민법」과 「아동복지법」, 「청소년의 성보호에 관한 법률」에 있다.

「민법」과 「아동복지법」은 친권상실사유로 친권남용, 현저한 비행, 기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있는 경우를, 「청소년의 성보호에 관한 법률」은 청소년대상 성범죄 사건의 가해자가 피해청소년의 친권자나 후견인인 경우를 들고 있다. 그리고 그 청구권자도 달리 규정하고 있다. 민법상 가정법원에 그 절차의 개시를 청구할 수 있는 자는 자의 친족과 검사이지만, 아동복지법<sup>28)</sup>은 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게도 청구자격을 인정

27) 이재숙, 미성년자 후견제도의 실태와 개선방안, 서울대학교 법학석사학위논문, 2000. 2, 110-111면.

28) 아동복지법은 제12조(친권상실 선고등의 청구) ①시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 아동의 친권자가 그 친권을 남용하거나 현저한 비행 기타 친권을 행사할 수 없는 중대한 사유가 있는 것을 발견한 경우 아동의 복지를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 법원에 친권행사의 제한 또는 친권상실의 선고를 청구하여야 한다.

②제24조제1항의 규정에 따른 아동보호전문기관의 장은 제1항의 사유에 해당하는 경우 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에 대하여 친권행사 제한 또는 친권상실의 선고를 청구하도록 요청할 수 있

하고 있으며(아동복지법 제12조제1항), 아동보호전문기관의 장에게는 직접적인 청구자격을 인정하지 않고, 청구를 요청할 수 있도록 하고 있다(아동복지법 제12조제2항). 「청소년의 성보호에 관한 법률」은 청소년대상 성범죄 사건을 수사하는 검사에게 청구자격을 인정하고 있으며, 아동보호전문기관, 성폭력피해상담소 및 성폭력피해자보호시설, 청소년상담 및 긴급구조 등의 기관 및 청소년지원 등의 기관, 청소년쉼터의 장은 검사에게 청구를 하도록 요청할 수 있도록 하고 있다(청소년 성보호에 관한 법률 제14조).

친권상실사유가 「민법」의 규정에 의하여 다 포섭됨에도 불구하고 「아동복지법」이나 「청소년의 성보호에 관한 법률」에 별도의 규정을 마련한 것은 민법을 단순 사법의 성격을 갖는다고 판단한 것으로 보인다. 비록 개인 간의 법률관계를 규율하는 법이라고는 하지만 특히 가족 구성원 개개인의 인권과 복리를 보장하는 국가의 역할이 중요하게 부각되는 현대 사회에서는 법의 내용의 변모도 필요하다고 생각한다. 따라서 친권상실관련 규정의 민법으로의 통합과 보완이 필요하다.

친권상실관련 규정의 통합이 필요한 또 다른 이유는 세 법의 규율대상 연령이 각기 다르다는 것이다. 민법은 미성년을 만 20세로 규정하고 있으며, 아동복지법은 아동을 18세 미만의 자로, 청소년 성보호에 관한 법률은 청소년의 연령을 19세 미만으로 규정하고 있다. 친권이라는 개념이 미성년자의 이익을 보호하기 위하여 필요한 점을 감안하면 미성년 연령의 조정은 차치하더라도 미성년인 동안 이용할 수 있도록 하여야 할 것이다.

그 밖에 부모의 친권을 완전히 소멸시키는 친권상실 이전에 친권을 부분적으로 제한하는 다양한 단계의 보호조치규정 마련이 필요하다. 부모의 친권을 완전히 소멸시킨다는 부담에서 법원은 친권상실사유를 소극적으로 해석 운영하고 있으며, 그 결과 아동의 복리가 제대로 지켜지지 못하고 있기 때문이다.

## 8. 친권과 후견의 통합 모색

20세기 들어 친권은 미성년 자녀에 대한 양육권뿐만 아니라 이것은 오로지 자녀의 이익·자녀의 복리를 위한 것이라는 것이 강조되고 있다. 이것은 자녀의 양육은 단지 부모와 자녀 사이·가족과 친족 사이의 문제로서 친족 자치적으로 처리하여서는 안 되고, 사회 국가적 임무라는 것을 제시한 것이다. 따라서 친권은 자녀에 대하여 뿐만 아니라 사회국가에 대한 임무로서 그 후견성·사회성이 보다 한층 강하게 요청되어야 한다. 그 만큼 친권은 후견과 함께 민법상의 제도로써만이 아닌 아동복지입법에 기하여 아동복지기관과 협력하고 국가적 감독기관의 감독아래에서 사회국가적 임무로서 이루어져야 할 아동복지를 위한 직무가 된다. 아동복지법은 “아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 이익이 최우선적으로 고

---

다. <신설 2006.9.27>

려되어야 한다.(제3조제3항)”는 기본이념 하에 국가와 지방자치단체, 아동의 보호자, 모든 국민에게 아동을 건강하게 양육할 책임을 부과하고 있다(제4조). 이러한 아동복지법의 정신에서 보면 친권법 자체의 존립이 위태롭게 된다. 지금까지 자녀의 보호는 부모의 특권으로 생각되어 왔고 그 때문에 자녀의 보호는 부모의 친권을 중심으로 하고 후견은 친권의 연장 혹은 친권의 보충으로 생각되었지만 오히려 친권을 폐지하고 부모는 자연후견으로서 후견으로 통합할 수 있을 것이다.<sup>29)</sup> 이러한 입장을 취할 경우 영국 사례가 도움이 될 것이다.

---

29) 於保不二雄・中川 淳 編, 앞의 책, 6면.

## 참고문헌

- 김상용, 개정민법(친족·상속법)해설, 법조(통권587호), 2005. 8.
- 김상용, 소위 「친권행사자론」에 대한 비판적 고찰, 가족법연구(제11호).
- 김유미, 이혼시 친권의 개정방향, 가족법연구(제15권2호), 2001.
- 김주수, 친족상속법, 법문사, 2002.
- 라이너 프라크, 양창수·김상용 역, 친권법의 기본문제, 서울대학교 법학(제37권34호), 1996.
- 박정기·김연, 이혼 후의 친권행사자 및 양육권자의 결정에 관한 실태조사연구—부산지방법원 가정지원의 경우를 중심으로—, 가족법연구(제17권2호), 2003.
- 법무부, 가족법개정특별분과위원회 회의록[민법(친족·상속편)·가사소송법], 2006. 12.
- 송현경, 親權喪失에 관한 소고 -서울가정법원 2002년 접수 사건들을 중심으로-, 裁判資料; 家庭法院事件의 諸問題(101집), 법원도서관, 2003.
- 양수산, 친권자와 친권행사자, 가족법연구(제10호).
- 윤석찬, 법정이혼에서의 공동양육권 인정에 관하여, 법률신문(2008년 10월 13일 제3690호).
- 이은영, 이혼후 자녀복리를 위한 친권제도에 관한 연구, 중앙대학교 법학과 석사학위논문, 2004. 12.
- 이은정, 비친권자의 양육권, 가족법연구(제21권1호), 2007.
- 이재숙, 미성년자 후견제도의 실태와 개선방안, 서울대학교 법학과 석사학위논문, 2000. 2.
- 이화숙, 2005년 개정가족법 해설 및 평가, 세창출판사, 2005.
- 이희배, 단독친권행사자가 사망한 경우, 생존친의 친권행사권능의 부활여부와 친권상실의 사유-대상판결 : 서울고등법원, 1996. 7. 16. 선고(95브8)결정-, 가족법연구(제10호).
- 차선자, 자녀복리를 중심으로 개정된 독일의 친자관계법—구법과의 비교를 중심으로—, 가족법연구(제17권2호), 2003.
- 최신섭, 별거 중 친권행사—독일법을 중심으로—, 가족법연구(제22권2호), 2008.
- 최진섭, 친권법의 쟁점과 개정 방향, 가족법연구(제16권1호), 2002.
- 최진섭, 친권상실에 관한 비교법적 연구, 가족법연구(10호), 1996. 12.
- 홍준의, 현대 프랑스 친자법과 친권법의 발전과 동향, 가족법연구(제13호).
- 於保不二雄·中川 淳 編, 新版注釋民法(25) 親族(5), 有斐閣コンメンタール, 2004.
- 二宮周平, 家族法(第2版), 新世社, 2005.
- 財團法人日弁連法務研究財團·離婚後編の子どもの親権及び監護に関する比較法的研究會編, 子どもの福祉と共同親権 別居・離婚に伴う親権・監護法制の比較法的研究, 日本加除出版, 2007.
- P. M. Bromley & N.Y. Lowe BROMLEY'S FAMILY LAW Eighth ed.
- Tony Wragg, Family Law in a Nutshells, Seventh Edition, Sweet & Maxwell, 2007.

## 친권법, 어떻게 개정되어야 하는가

### 토론문

김수정 변호사 (민변 여성인권위원회)  
유경희 대표 (한국여성민우회)  
이박혜경 연구위원 (이화여자대학교 한국여성연구원)  
이혜원 교수 (성공회대학교 사회복지학과)  
전경근 교수 (아주대학교 법학과)  
최정인 판사 (서울가정법원)

## 친권제도 개선방향에 대한 토론문

### (아동의 최상의 이익을 중심으로)

김 수 정 변호사 (민변 여성인권위원회)

1. 조이여울님의 발제는 다양한 피해사례를 중심으로 현행 친권제도의 문제점을 살펴보고, 박복순님은 친권제도 일반을 고찰하면서 현행 친권, 후견제도의 문제점을 살펴보고 외국의 입법례와의 비교 및 유엔아동권리협약을 살펴보면서 우리 친권, 후견제도의 발전방향에 대하여 살펴보았습니다.

조이여울님의 발제에서 살펴본 친권의 자동부활 문제, 친권자가 아동을 유기 방치하는 경우 친권자의 동의를 받을 수 없어 입양마저 어려운 경우, 아동을 학대한 친권자의 친권 남용 사례 등은 오래전부터 문제로 지적되어 오며, 실무에서는 매우 해결이 어려운 난제로 존재해왔습니다.

다행히 지난해부터 학대받은 아동에 대한 친권 남용사례 등에 대한 광범위한 논의가 진행되면서 그 결과로 법원이 개입하여 아동보호명령 등을 발할 수 있도록 아동복지법 개정안이 마련된 것은 고무할 만한 일일 것입니다.

2. 그런데, 현행 가족법을 살펴보면, 수차례의 개정을 통하여 특히 호주제 폐지를 정점으로 양성평등의 관점에서는 어느 정도 균형을 이루게 되었다고 볼 수 있을 것이나, 아동의 복리 측면에서는 매우 낙후되었다는 비난을 면하기 어려운 제도를 유지하고 있습니다. 이는 가장 우선적으로 최선의 보호의 받아야 할 아동이 자신의 권리를 위하여 독자적으로 소리를 낼 수 없다는 이유로 가장 취약한 상황에 처해 있다는 것을 잘 드러내 주고 있는 것입니다.
3. 특히, 발제에서도 언급한바와 같이, 현행 가족법상의 친권, 후견제도는 아동인권, 아동복리의 관점에서 여러 가지 문제점을 가지고 있습니다.



예를 들어 이혼한 부가 재혼한 처와 자녀의 생모인 전처의 자녀를 양육하여 왔고, 생모는 십수년 간 자녀의 양육비 부담 책임은 물론, 면접교섭도 하지 아니하고 연락조차 하지 않고 지내던 중, 부가 유언없이 갑자기 사망하였고, 자녀는 부의 재산과 보험금등 재산을 상속하였습니다. 갑자기 나타난 생모는 자녀의 친권자라며 계모와 살기를 원하는 자녀를 데려가 방치하고, 심지어 자녀의 재산을 처분하고 낭비하다가, 결국 이를 사유로 친권이 상실되었습니다. 자녀는 자신을 사랑으로 양육해준 계모가 자신의 친권자와 양육자가 되어주길 원하나, 현행 후견제도에 비추어 계모는 ‘직계혈족, 3촌 이내의 방계혈족’에 해당하지 아니하여 후견인도 될 수 없습니다. 계모가 아이를 양육하며 살수는 있겠으나, 법적 대리권을 취득하지 못하여 아이를 위한 아무런 법률행위도 할 수 없습니다(간단한 전학조차 시킬 수 없음).

현행 친권, 후견제도의 이러한 문제점은 친권을 아동의 복리와 권리를 위한 관점에서 접근하는 것이 아니라, 여전히 아동에 대한 부모의 권리로 접근하는 전근대적인 관점과 가부장적 가족제도를 그대로 반영하고 있는 것이라는발제자의 발표에 적극 동의합니다.

4. 친권과 후견제도는 아동의 최상의 이익이 최우선적으로 고려되는 방향으로 변경되어야 합니다. 발제 내용과 같이 친권이라는 용어 자체를 ‘아동에 대한 배려’로 변경하는 것을 고려해보는 것은 물론, 친권과 후견제도를 통합하고, 부모 이혼, 기타의 사유로 친권, 또는 후견에 변동이 필요한 경우, 누가 아동을 양육하고, 보호하는 것이 가장 아동의 복리에 적합한지를 법원이 적극 개입하여 심리하고, 판단하는 제도의 도입이 필요하다는 견해에도 적극 동의합니다.
5. 또 한가지 강조하고 싶은 것은, 모든 과정에서 아동의 참여권이 적극 반영되어야 한다는 것입니다. 아동권리협약(12조)은 자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 자신의 견해를 자유스럽게 표시할 권리를 보장하며, 아동의 견해에 대하여 아동의 연령과 성숙도에 따라 정당한 비중이 부여되어야 한다 천명하고 있습니다. 또한 유엔아동권리위원회는 2003년 우리나라에 아동에 대한 전통적 태도가 가정, 학교, 기타 기관과 전체 사회 속에서 여전히 아동의 견해에 대한 존중을 제한하고 있음을 우려하며, 아동의 견해를 존중할 수 있도록 입법조치를 포함한 효과적인 조치를 취하라고 권고한 바 있습니다. 이후 가족법, 가사소송규칙 등의 개정을 통하여 15세 이상의 아동의 의견을 청취해야 한다는 조항 등이 포함되었지만, 충분히 의견표명을 할 수 있는 15세 미만 아동의 의견을 들을 수 있는 절차가 보

장되어 있지 않으며, 특히 친권, 후견제도의 한계로 인하여 친권 부활, 후견 개시 등의 절차에서는 아동의 견해가 반영될 절차가 전혀 보장되어 있지 않습니다.

친권, 후견제도의 개선 방향의 논의에서 아동이 견해를 표명할 권리는 중요한 의제로 다루어 져야 할 것이며, 반드시 모든 절차에 반영되어야 할 것입니다.

## 친권법 개정과 관련하여

유 경 희 대표 (한국여성민우회)

### I. 피해사례를 통해 본 친권제도

자녀에 대한 책임과 의무를 다하지 않은 친부 혹은 친모에게 친권자의 자격이 부여되는 것이 맞는가에 대한 문제의식

의무 이행 없이 권리행사가 가능한 친권의 ‘힘’

-> 이로 인한 피해사례의 현실 알기

-> 친권에 대한 올바른 인식과 책임성 부여 필요.

#### 1. 친권의 자동부활?

이혼 후 자녀의 친권자가 사망했을 경우, 자동적으로 생존 부모의 친권행사?

사례: 사망보험금, 자녀재산권에 대한 권리행사, 거래한 친권의 부활 여부 등

#### 2. 양육자와 친권자의 분리

이혼 후 생활을 함께한 양육자, 법적 권한의 친권자 분리의 경우가 많은 현실

여권발급, 재산상속 등의 문제 발생

#### 3. 입양의 기회 차단

친권자의 동의 없는 입양 불가

- 친권자가 미성년자인 경우 입양 시 부모 동의, 혼인 상태엔 배우자의 동의 필요
- 입양기관, 시설, 위탁가정의 부모들: 양육의지가 없는 경우 국가의 친권개입 필요성 주장

#### 4. 허위 출생신고와 친양자 입양 전환문제

친권자의 입양동의권 행사로 입양이 성사된 후에도, 친부모의 친권은 유지, 문제 소지 남아.  
현, 가족관계등록부에 입양가정의 부모는 양부, 양모로 기재.  
친부모의 가족관계등록부에는 입양 보낸 자녀의 이름 기재.

- 입양부모 사망 시 친권, 친부모에게.
- 통계에 드러나지 않는 아이들.  
친권을 둘러싼 문제, 가족관계등록부 기재문제 등을 피하기 위한 허위 출생신고  
법적·제도적으로 친자로 위장하는 현실.
- 공개입양을 꺼리는 문화: 혈연중심 가족이데올로기
- 친양자 입양 절차의 번거로움: 친부모의 입양동의서 받기 어려운 현실

#### 5. 아동학대, 근친성폭력과 친권

불가항력적인 상황에서 강력한 힘을 가지는 ‘친권’  
가해자가 친권을 가지고 있어 가정 내 아동학대, 근친성폭력 방치하는 결과  
-> 친족성폭력 피해자 약 15%  
가부장적 가족주의로 인한 친권 제한 어려운 현실(전학, 주민등록, 여행 등...)  
아동학대 예방 조치의 실효성 미약.

\* 가해자가 친권자거나 친족인 경우 피해자 지원방안 절실

- > 아동 권리 보호 위한 친권제한 또는 친권상실선고의 청구권한 부여 필요성  
(시설장, 시설 종사자)
- > 법원명령으로 분리조치나 친권박탈조치 등의 집행으로 아동 보호가 필요한 경우  
판사 승인으로 아이 분리, 부모자격의 판단 등 친권 여부 결정하는 제도의 필요성.
- > 아동에 대한 사회적 복지 시스템 필요성 인식, 제도 마련.
- > 아동 권리에 대한 인식 공감대 확산 필요

## II. 친권제도 개선방향에 대한 모색

친권은 부모권인 동시에 자녀의 복지를 위한 부모의 의무  
-> 혈연중심 친권제도의 한계를 넘어 친권의 사회성에 대한 인식 확산 필요

**독일:** 부모의 별거·이혼 등의 환경 변화가 미치는 자녀에 대한 영향을 최소한으로 그치게 한다는 생각, 아동권리협약의 강한 영향. 원칙적 공동배려의 법제도  
\* 절차보호인(Verfahrenspfleger)

**영국:** 부모책임(Parental Responsibility)의 개념  
“부모가 아동과 그 재산에 대하여 법에 의해 부여받은 모든 권리, 의무, 권력, 책임과 권위”(아동법 제3조)

## 1. 친권자동부활 문제

단독친권자로 지정된 사람이 사망 등의 사유로 친권을 행사할 수 없게 된 경우  
민법은 이에 대하여 명시적인 규정을 두고 있지 않고, 그 간의 판례와 예규는 이혼 후 친권자로 지정된 부모의 일방이 사망한 경우에 생존 부모의 정지되었던 친권이 당연 부활하여 생존 부모가 자동적으로 ‘친권자’가 된다고 **해석**.  
(대법원 1994. 4. 29. 선고 94다1302판결, 구 호적예규 제449-1호 제10조).

2005년 개정 민법 제909조제4항  
‘친권을 행사할 자’라는 용어를 ‘친권자’로 변경함으로써 친권자인 부모 중 일방이 사망한 경우 누가 친권자가 되는지에 대한 새로운 해석론의 가능성 제공.  
개정법에 따르면 친권자로 결정된 부모 중 일방은 친권자, 다른 일방은 친권자가 아닌 것으로 해석이 가능한 것.

또한 2007년 개정  
친권자 지정에 관한 부모의 협의가 자녀의 복리에 반하는 경우에는 가정법원이 보정을 명하거나 직권으로 친권자를 정할 수 있게 됨(민법 제909조제4항 단서).  
그러나 하위법령인 대법원 가족관계등록예규는 여전히 생존부모의 친권 자동부활이라는 기존의 해석을 그대로 유지(대법원 가족관계등록예규 제177호 제10호).

## 2. 친권제도 개선방향

### 1) 친권개념에 대한 재검토

**영국과 독일 사례**  
“친권”이라는 표현을 각각 **부모의 책임(Parental Responsibility)**, **부모의 배려(Elterliche Sorge)** 사용. 부모가 자녀에 대하여 갖는 자녀가 독립된 인격체로 성장하도록 지원하고 보

호할 책임이나 의무라는 것을 강조

아동에게는 자기책임을 다할 수 있는 인격으로 성장하는데 필요한 보호와 지원을 요구할 권리가 있고, 친권 개념은 이 아동권리를 지원할 의무를 부모에게 부과한 것.

-> 이같은 지위 인식을 통해 자녀 복리의 실천적이면서 일상적 효과를 기대할 수 있을 것.

## 2) 자의 복리의 원칙 선언

현행 민법은 제912조에서 자의 복리를 친권행사의 기준으로만 규정하고 있으나, 자의 복리의 원칙은 친권행사 뿐만 아니라 친권자 결정에서도 우선적으로 고려한다는 것을 명문화 하여야 할 것. 그리고 “자의 복리” 개념에 대한 구체화 노력 필요.

## 3) 자녀의 의사 존중

1989년 11월 UN총회 「아동권리조약」채택/ 우리나라 1990년 서명·비준

가족법에서는 친권자·양육자 지정·변경 및 친양자 입양의 경우(제908조의2) 등 "자의 복리"가 판단기준이 되고 있으나 여기에 자녀의 의사"를 고려하는가의 문제

실정법상 미성년자인 자의 친권자 지정, 양육과 면접교섭권에 관한 사항을 직권으로 결정할 경우 15세 이상의 자의 의견청취 규정.

자신과 관련된 판단을 하는데 있어 그 자녀들의 의사를 반영하는 것은 자녀 복리의 관점에서 중요한 의미를 가짐.

## 4) 친권 귀속의 명문화

단독친권자인 부모의 사망으로 친권을 행사할 자 없게 된 경우 명확한 규정의 부재로 실무는 생존부모의 친권이 자동 부활하는 것으로 보고 있으며, 학설은 생존 부모의 친권 자동 부활설과 후견개시설로 나뉨.

“부모의 일방이 친권을 행사할 수 없을 때에는 다른 일방이 이를 행사한다”의 규정 (친권 자동 부활설, 민법 제909조제3항)

“미성년자에 대하여 친권자가 없거나 친권자가 법률행위의 대리권 및 재산관리권을 행사할 수 없는 때에는 그 후견인을 두어야 한다”의 규정(후견개시설, 민법 제928조)

-> 자의 복리에 대한 가정법원의 심사를 거쳐 친권자가 변경되도록 하는 방안.

자의 복리 관점에서 가정법원에 의한 친권자로서의 적성 심사 및 구체적인 상황에 따른 합리적인 처리가 가능하게 됨.

일단 후견 개시로 자녀 보호의 공백을 없앨 수 있는 장점이 있고, 지정후견인이 없어 생존부모가 후견인이 되어도 자녀의 부동산 또는 중요한 재산에 관한 권리의 득실변경을 목적으로 하는 행위를 함에 있어서는 친족회의 동의를 얻어야 하므로 미성년 자녀의 재산이 보호될 수 있다는 장점. 후견인이 된 생존부모가 후견인의 의무를 이행하지 않을 경우 가정법원은 자녀의 복리를 위하여 필요한 경우, 자녀의 친족이나 검사의 청구 또는 직권에 의하여 후견인을 변경할 수 있으며, 생존 부모가 자녀의 복리에 적합하지 않은 경우에 대한 안전정치가 될 수 있을 것(민법 제940조).

## 5) 아동학대와 친권상실

민법, 아동복지법, 청소년 성보호에 관한 법률에서의 친권상실 규정  
친권상실 이전에 친권을 부분적으로 제한하는 다양한 단계의 보호조치규정 마련 필요

### \*\*\* 친권법 개정 방향에 대한 의견

친권제도의 의미와 필요성, 바람직한 방향으로의 개선에 대한 공론화의 장은 중요.

우리나라에서의 친권은 혈연중심주의를 벗어나기 어려웠던 게 사실.  
이혼 당시 양육권을 가지기 위해 친권을 포기해야 했던 많은 여성들의 사례 존재.  
실제 양육을 하면서도 법적 권한의 부재. 정신적 무기력함, 한계의식

부적절한 친권보유로 인한 일상에서의 피해(학대, 무책임, 방임, 성폭력 등)

\* 자녀의 바람직한 미래 성장을 위해 도움이 되는 것은 무엇인가?

부모역할 여부와 관계없이 생존 친부모에게 친권을 주는 것?  
사실상의 자녀 양육자  
또는 지속적 관계를 유지해 온 가까운 친족을 후견인으로 선임하는 것?

-> 친권자의 자격여부 판단을 위한 친권심사제도의 필요성

친권 남용을 방지하기 위한 제도적 방안

실질적인 양육자의 권리 인정 방안

\* 민법 제912조

“부모는 친권을 행사할 때 자녀의 복리를 우선 고려하여야 한다”고 규정

-> 법의 실효성을 채우는 구체적인 논의와 담아내는 과정이 이루어져야 할 것.

-> 친권이 부모권, 재산권으로만 인식되는 사고의 변화 요구.

친권의 권리 측면보다는 의무로서의 측면 강조, 인식의 변화 유도

-> 아동의 의견이 반영, 존중되는 절차 보완이 필요.

아동을 독립된 하나의 인격체로 바라보는 시각의 도입

-> 아동의 행복할 권리를 위한 책임이며 의무라는 인식의 확산 필요.

-> 혈연보다는 가족의 기능 중시, 현실 생활 유지와 아동의 행복추구권 확보

-> 가족과 국가의 관계와 개입 범위 재정립 등 논의 필요.



## 친권제도 개선 방향 토론

이박혜경 연구위원 (이화여자대학교 한국여성연구원)

친권 관련 사례에 관한 소개에서는, 현재 친권제도가 친권 자격에서 혈연 부모를 우선하고 있어서 자녀의 복리 측면에서 볼 때, 이혼 친권자 사망의 경우, 실질적으로 친인척이 양육하는 경우, 입양자의 경우 등에서 안타까운 사례들이 일어나고 있는 것을 알 수 있었다.

친권제도 개선방향에 관한 박복순님의 글에서는 자녀 복리 원칙, 의견청취 친권 대상 자녀 연령 제한을 없애고 필요하면 대리인 둘 것, 법정 후견인의 자격 심사 필요 및 친족 한정 재고(제3자 후견인 가능해야), 후견 감독 기관으로서 친족회 대신 제3의 후견감독인으로 대체를 고려할 것, 친권의 완전한 소멸 이전에 부분적 제한 필요, 후견권과 친권의 후견으로의 통합(부모는 자연후견)을 주장하였다.

토론자의 관점은 자녀복리 우선주의에 동의한다. 하지만 현재 세간의 친권에 대한 관심이 친권을 가지기 위한 다툼, 친권 부활이 이혼 배우자의 유산에 대한 실질적 상속의 문제에 몰려 있는 것을 넘어설 필요가 있다고 본다.

우선, 친권의 상실이나 소멸이 의미하는 것이 무엇인지 궁금하다. 그것은 부모자녀관계의 법률적 상실 또는 소멸을 의미하는 것인가? 아니면 미성년자녀에 대한 부모의 권한과만 관련된 것인가? 만일 친권의 상실이나 소멸이 부모자녀의 관계의 소멸을 의미하거나 미성년자녀와의 관계에서 유사한 효과를 갖는 것이라면, 부모임은 영구히 소멸되지 못하도록 할 필요가 있다고 본다. 친권을 향한 다툼이 있으나 반면에 부모 자격을 버리고자 하는 시도가 있을 수 있는 점을 감안하여 생명을 낳는 일로 인해 발생하는 관계의 엄중함을 환기시킬 필요가 있다고 보기 때문이다.

이러한 관심에서, 부모의 책임이자 권리로서의 친권에서 (이 양 측면이 이분법적으로 구분될 수 없으나 개념적으로) 권리로서의 측면은 제한될 수 있으나 책임으로서의 측면은 영구히 보존되도록 할 방법은 없는지 궁금하다.

아동 학대의 경우 친권 소멸 이전에 제한을 두는 것이 필요하다는 박복순님 의견에 대하여 동의한다. 하지만, 아동 학대의 내용에 따라 다를 것이다. 아동을 대상으로 한 성폭행의 경우 친권의 권리로서의 측면은 완전히 소멸시키는 것이 필요하다고 보인다.

혈연부모의 책임은 영구히 보존하면서도 자녀의 복리, 입양부모의 부모임의 권리와 책임, 제3의 양육자의 후견권리와 책임을 동시에 고려할 방법이 없는지 궁금하다. 이런 관심에서 친권과 후견의 통합 주장에 동의한다. 자연후견권과 양육후견(가능한 용어일지?)을 구분하여 다수의 후견권자가 가능해지도록 한다(혈연부모와 양부모, 또는 혈연부모와 친족 및 제3자 후견인). 이때 토론자의 질문대로 혈연부모의 책임을 영구히 할 경우 혈연 부모의 자연 후견권은 자녀의 복리를 위하여 양육후견인, 자녀, 또는 법원의 요청에 의하여만 행사될 수 있도록 제한하는 방법이 없을지 궁금하다.

또한 현재의 친권제도 아래 후견인 지정이 강제적인 것인지 거부할 수 있는 것인지 궁금하다. 친족 관계가 약화되고 있는 상황에서 후견인 지정이 순위에 따라 강제적인 것이라면 문제가 있을 수 있다고 보이기 때문이다.

## 친권관련법의 개정 방향에 대한 토론

이 혜 원 교수 (성공회대학교 사회복지학과)

### I. 발제의 주요 내용

- 친권의 개인 영역을 넘어 후견성·사회성에 대한 새로운 인식의 전환이 필요함.
- 친권관의 변화  
부친 친권→1차 부친친권, 2차 모친친권→부모공동친권·공동행사→후견성·사회성
- 유엔 아동권리협약(이하 CRC)의 원칙  
아동 최선의 이익(3조), 무차별(2조), 생존·보호·발달보장(6조), 의사존중(12조)

#### 1. 친권제도에 대한 고찰

- 1) 자녀 최선의 이익 원칙과 친권의 법적 성격 변화  
1977년(부권우선)→1990년(부모공동친권)→2005년(자녀최선의이익,의사존중)
- 2) 친권의 내용  
자녀를 보호·교양할 권리의무, 자녀가 살 곳을 지정할 권리, 징계권, 자녀 소유 재산에 대한 관리권 및 자녀 재산에 관한 법률행위에 대한 대리권 등을 규정
- 3) 부모의 공동친권 원칙
- 4) 친권자 지정이 필요한 경우: 단독친권자가 친권을 행사할 수 없게 된 경우
- 5) 친권자 변경: 자녀 최선의 이익에 반하는 경우
- 6) 친권·대리권·관리권 상실신고
  - (1) 친권상실 사유: 친권의 적극적·소극적 친권남용, 현저한 비행,  
기타 친권을 행사할 수 없는 중대한 사유?
  - (2) 친권상실 청구권자의 자격

#### 2. 독일·일본·영국의 친권관련법

특히 영국과 독일: CRC원칙(특히 면접교섭권, 의견표명권 등 참여권) 반영  
 자녀에 대한 부모의 공동양육책임과 의무 강조, 부모의 별거·이혼의 영향 최소화  
 재판절차에서의 적법절차를 위한 합의 지원 서비스 발달  
 아동의 연령별 인지발달수준: 6세 미만, 6세~14세, 14세 이상으로 합의방법구분  
 절차보호인 등 아동·가족복지전문가의 활용  
 거소명령, 면접교섭명령, 금지명령, 특정사항명령  
 보호명령, 감독명령, 긴급보호명령, 아동사정명령

### 3. 친권자동부활의 문제점: 자녀 최선의 이익과 의사존중 관점에서 개정되어야 함.

#### 4. 우리나라 친권제도 개선방향

- 1) 친권개념에 대한 재검토: 부모의 양육책임자로서의 지위 전환(법적 구속력)
- 2) 자녀 최선의 이익 원칙 명문화
- 3) 자녀의 의사존중 원칙 명문화, 영·유아기 자녀의 의사를 대변할 수 있는 대리인
- 4) 친권자동부활에 대한 안전조치(특히 후견개시, 가정법원의 심사판정)의 명문화
- 5) 후견인제도의 보완
- 6) 친권상실의 사유: 아동학대
- 7) 아동을 둘러싼 국가와 가족: CRC의 아동관→국내 아동복지법·가족법에의 영향
- 8) 친권과 후견의 통합: 영화 「I am Sam」 (2001)

## II. 주요 쟁점

### 1. 독일, 일본, 영국의 친권관련법 제정·개정 당시 사회·경제·문화적 배경?

예컨대, CRC 비준?, 합계출산율 급감(저출산사회)?, 이혼률 급증?, 경제위기?

### 2. 우리나라 현행 법률에 의하여 친권을 상실할 수 있는 규정

제2주제 발표 원고에서 언급된 민법 제924조(제777조), 아동복지법 제12조, 청소년의 성 보호에 관한 법률 제14조 외에 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특별법(이하 가정폭력특별법) 제40조 제1항 제2호 보호처분도 친권행사제한을 규정하고 있다. 그러나 거의 활용되지 않고 있어 1년에 많아야 1~2건 정도에 불과하다. 그 이유는 가정폭력사건 가운데 아동학대 사건이 가정보호사건으로 송치되는 사례가 매우 적을 뿐만 아니라 무엇보다도 친권행사제

한이 가해자에 대한 제재조치의 하나로 도입되었다는 점, 즉 가정폭력특례법의 제정 목적이 아동학대보다는 배우자폭력에 대응하기 위한 것이라는 점에 근본적인 원인이 있다(이호중, 2006). 따라서 우리나라 친권 관련 현행 법률들이 분산되어 있어 친권에 대해 종합적이고 체계적으로 접근하지 못하고 있고, 친권상실 청구권자 등 법률이 규정하는 내용이 서로 일치하지 않는 등 혼란스러운 체계를 가지고 있다. 이와 같은 친권 관련 법률체계 자체가 가지고 있는 문제, 관련법률 간 연계 미흡으로 인한 문제 등에 대한 개선방안도 함께 모색할 필요가 있다.

### 3. 친부모자녀관계의 유지와 가족기능의 회복과 통합

CRC 제 7조 1항은 “모든 자녀는 누구보다도 자신의 친부모에 의해 양육되고 보호 교육 받을 권리를 가지고 있다”고 규정하고 있다. 친부모는 해당 자녀의 교육과 성장에 1차적 책임을 지므로 국가는 가능한 한 원래의 부모자녀관계를 유지시켜 주어야 한다고 강조하고 있다. 따라서 아동을 위한 최선의 이익은 친부모에게서 성장하는 것이며, 정부는 모든 아동이 친부모에게서 행복하게 성장할 수 있도록 최선을 다하여 지원해야 하는 것이다. 그러나 어떤 이유에서든 아동이 자신의 부모로부터 분리되어야 할 경우, 정부는 보호를 필요로 하는 아동을 위해 가장 우선적으로 고려하여야 하는 대리양육방법, 즉 제2의 가정을 모색해야 한다. 가정위탁보호는 요보호아동이 누려야 할 당연한 권리이며 국가는 이를 보장할 책임을 가지고 있음을 분명하게 명시하고 있다(유엔아동권리협약 제20조). 가정위탁보호를 포함하는 모든 형태의 대리적 양육의 궁극적 목적은 아동을 친가정으로 복귀시키는 것이다. 따라서 부모로부터 분리된 아동이 부모에게 다시 돌아갈 때까지 가정적인 분위기에서 건강하게 성장하도록 하여야 한다. 또한 친가정이 아동양육의 책임을 다 할 수 있도록 친부모의 양육능력을 회복시키는 서비스도 함께 제공해야 한다. 그러나 우리나라의 경우, 현재 친부모에게 제공되는 서비스는 부모교육 정도 이외에는 거의 전무한 형편이다. 아동의 친가정 복귀를 위한 노력은 거의 이루어지지 않고 있다. 이러한 관점에서 접근하는 친권 관련 법률 개정에 관한 논의도 필요하다고 생각한다.

## Ⅲ. 제안: 친권관련법의 개정 방향

우리나라 현행 친권상실관련법의 실효성이 약하고, 무엇보다도 친권상실 이후 아동보호 체계가 취약한 점 등 아동권리보장의 측면에서 여러 문제점을 가지고 있다. 그러나 성학대는 물론 생명을 위협하는 정도의 지속적 학대, 장기 방임, 재학대 등 적극적 친권남용으로 위협에 처해있는 아동들의 문제를 더 이상 방치할 수는 없다.

따라서 무엇보다도 사법기관이 미성년자녀에 대한 후견적 기능을 보다 적극적으로 확대하는 것이 필요하며, 보다 근본적으로 국가는 부모의 폭력·학대·착취 등으로부터 아동을 일시적으로 격리보호하고 건강한 부모자녀관계를 회복할 수 있도록 제도를 정비하고 지원체계를 확충하여야 한다(하승수·이혜원, 2007).

## 1. 청구권자의 확대

현행 친권상실신고제도가 유지되는 한, 아동학대를 이유로 한 친권상실신고의 청구는 극히 드물 것으로 예상된다. 현행 민법이나 아동복지법상의 청구권자중에서 아동학대에 대해 적극적으로 친권상실의 신고를 청구할 주체를 찾기 어렵기 때문이다. 청구권자 가운데 민법 제777조에 의한 친족이 나서서 자신과 친족관계에 있는 친권자의 아동학대에 대해 적극적으로 친권상실신고의 청구를 하기를 기대할 수는 없다. 그리고 지금까지 제도를 운용해 본 경험에 비추어 볼 때, 검사나 시·도지사, 시장·군수·구청장이 적극적으로 나서서 친권상실 신고의 청구를 할 것을 기대하기도 어렵다. 따라서 제도의 개선이 필요하며, 제도개선의 핵심은 청구권자의 확대이다. 우선 아동의 의사를 반드시 존중하여 반영하여야 하며, 아동의 이익을 대변할 수 있는 독립적 지위의 전문가를 선임할 필요가 있다. 그리고 아동의 상황에 대해 잘 알고 아동학대를 파악할 수 있는 위치에 있는 아동보호전문기관이나 가정위탁지원센터 등 아동복지기관장이 친권상실의 신고를 청구할 수 있도록 해야 할 것이다. 일본 아동복지법 제33조 제6항에 근거하면, 일본에서는 아동상담소장이 친권상실신고의 청구를 할 수 있다. 가정위탁의 경우에 위탁부모들에게도 친권상실 신고를 청구할 수 있게 하는 것도 필요하다. 아울러 아동복지기관 등이 친권상실신고의 청구를 할 때에 법률적인 지원을 할 수 있는 시스템도 마련할 필요가 있다.

## 2. 친권상실신고의 사유 정비

현행 민법 제924조와 아동복지법 제12조상의 친권상실신고 사유인 ‘친권남용’, ‘현저한 비행’, ‘기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유’를 아동복지와 권리보장 측면에서 정비할 필요가 있다. 비판의 대상이 되고 있는 ‘현저한 비행’은 삭제하여도 아동권리보장의 측면에서는 무리가 없을 것이다. ‘현저한 비행’이라는 표현이 삭제되더라도, 반드시 필요한 경우에는 ‘기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유’에 해당하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 오히려 아동복지법상의 ‘아동학대’의 개념을 친권상실신고의 사유로 명시하는 것이 필요할 수 있다. 그리고 친권상실신고 사유를 판단함에 있어서, 아동 최선의 이익을 고려할 것을 명시하는 것도 필요하다.

### 3. 아동의 청구권 또는 의사표명권 보장

아동의 참여권을 보장한다는 측면에서 자녀 자신도 친권상실선고의 청구를 할 수 있도록 보장하는 것을 검토할 필요가 있다. 만약 아동이 직접 친권상실선고의 청구를 하는 것이 어렵다면, 최소한 재판과정에서 아동의 의사를 필수적으로 청취하도록 하는 것이 필요하다.

### 4. 친권행사의 제한규정 보완

친권을 전면적으로 상실시키지 않고 필요한 범위 내에서 부분적으로 제한하는 제도가 도입될 필요가 있다. 현행 민법상으로는 자녀의 복리가 위태롭게 된 경우에 친권을 전면적으로 상실시키는 제도만이 존재할 뿐이어서 구체적인 상황에 탄력적으로 대응하기가 어렵다. 그런데 현행 아동복지법 제12조에서는 “법원에 친권행사의 제한 또는 친권상실의 청구를 하여야 하다”라고 규정하여 친권행사를 부분적으로 제한할 수 있는 근거가 마련되어 있다. 그러나 근거법인 민법에 규정이 없는 것이 문제이다. 빠른 시일 안에 민법 개정 등 입법적 보완이 이루어질 필요가 있다.

## 참고문헌

- 이호중. 2006. “피학대아동의 권리보장을 위한 친권제한: 현행 법시스템의 한계와 개혁방향”. 『아동성학대 대응기관으로서의 법체계와 전문기관의 역할: 한국 아동학대예방협회 제35회 정기학술세미나 자료집』.
- 하승수·이혜원. 2007. “아동권리보장을 위한 친권상실관련 판례분석”. 『아동권리 연구』. 11(2): 149-166.

## 「친권제도 개선방향에 대한 모색」에 관한 토론문

전 경 근 교수 (아주대학교 법학과)

## 1. 들어가는 말

친권자였던 부모 일방이 사망한 경우에 다른 일방이 친권자의 지위를 회복하는가를 두고 사회적으로 의견이 대립되고 있다. 부모가 자녀를 양육함에 가장 적합한 사람이라고 인정하는 입장에서는 부모 일방이 사망하면 다른 일방이 자녀를 양육하는 것이 타당하다고 주장하지만, 이와 반대로 이혼 후 자녀를 돌보지 않거나 재혼 등으로 인하여 전혼에서 출생한 자녀를 더 이상 양육할 수 없는 상태에 있는 경우에만 생존한 부모에게 친권을 회복시킨다는 것은 부당하다는 주장도 만만치 않다.

이러한 문제가 제기된 것은 이혼 후 친권자로 지정된 부모 일방이 사망한 경우가 민법 제 928조에서 규정하고 있는 바와 같은 친권자가 없는 경우에 해당하는지 여부가 분명하지 않기 때문이다. 다시 말하면 친권자로 지정된 부모 일방이 사망하면 친권자로 지정된 사람은 없게되지만, 과거에 친권을 가졌던 부모 일방이 아직 생존하고 있기 때문에 새로 친권자를 지정하여야 하는지 아니면 종전의 친권자가 다시 친권자의 지위를 회복하는 것으로 보아 친권자가 있다고 해야 하는지가 명확하지 않다는 것이다.

한편 이혼 후 합의 또는 판결에 의하여 친권자가 되지 못한 부모 일방은 민법 제924조가 규정하는 친권상실사유가 있어 친권상실의 선고를 받은 것도 아니며, 또한 친권상실의 선고를 받은 경우에도 그 원인이 소멸한 때에는 친권을 회복할 수 있는 길이 열려 있기 때문에(제926조), 친권을 가지지 않은 부모가 장래에도 친권자의 지위를 가질 수 없다고 단정할 수는 없다. 그 결과 이혼 후 친권자로 지정된 부모 일방이 사망한 경우 생존한 부모가 친권자의 지위를 회복한다는 것이 제928조에 반하는 것이라고 할 수 없다.

그렇지만 현실에 있어서는 이혼 후 자녀를 양육하지 않는 부모 일방이 재혼을 하는 경우도 많고, 그렇지 않더라도 자녀양육에 대한 의무를 전혀 이행하지 않는 경우도 많아 모든 경우에 생존한 부모의 친권이 회복된다고 보는 것은 곤란한 점이 있다. 따라서 생존한 부모의 친권이 당연히 회복된다고 보는 견해를 다시 한번 살펴볼 필요가 있게 되는 것이다.



## 2. 친권자에 관한 민법 제909조의 변천과정

부모의 친권에 관하여 규정하고 있는 민법 제909조의 변천과정을 간단하게 정리하면 다음과 같다.

제정민법에서는 부가 없거나 기타 친권을 행사할 수 없는 때에는 그 가(家)에 있는 모가 친권을 행사한다고 규정하고 있었으며(제2항), 부모가 이혼하거나 부의 사망 후 모가 친가에 복직 또는 재혼한 때에는 그 모는 전혼인 중에 출생한 자의 친권자가 되지 못하는 것으로 규정하고 있었다(제5항).

친권자에 관한 이러한 규정은 1977. 12. 31. 법률 제3051호로 개정되었는데, 「미성년인 자는 그 가에 있는 부의 친권에 복종한다」는 제1항을 삭제하고 그 내용을 「미성년인 자에 친권은 부모가 공동으로 행사한다. 다만, 부모의 의견이 일치하지 아니하는 경우에는 부가 행사한다」로 변경하였으며, 제2항은 「부모의 일방이 친권을 행사할 수 없을 때에는 다른 일방이 이를 행사한다」로 개정하였다. 이는 구민법 제2항의 내용을 공동친권에 관한 제1항과 부가 친권을 행사할 수 없는 경우를 일방이 친권을 행사할 수 없는 경우로 분리한 것이라 할 수 있다.

그렇지만 1990. 1. 13.의 민법개정에서는 제정민법의 제1항과 같은 내용을 부활시켰고, 제1항과 제2항을 제2항과 제3항으로 변경하였으며, 제2항에서는 부모의 의견이 일치하지 않는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 친권을 행사할 자를 정하도록 하였다. 한편 혼인 외의 자가 인지된 경우와 부모가 이혼한 경우에는 부모의 협의로 친권을 행사할 자를 정하고, 협의를 할 수 없거나 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정하도록 하였다(제4항).<sup>1)</sup>

위와 같이 1990년의 민법개정에서 부활하였던 제1항은 2005. 3. 31.의 개정에서 부모는 미성년자의 친권자가 되는 것으로 그 내용을 변경하였다. 그리고 제4항을 변경하여 혼인 외의 자가 인지된 경우와 부모가 이혼한 경우에는 부모의 협의로 친권자를 정하여야 하고, 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 당사자는 가정법원에 그 지정을 청구하여야 한다고 규정함으로써 친권자의 지정이 이루어지지 않은 상태에서는 이혼이 성립하지 않도록 하였다.<sup>2)</sup> 나아가 「가정법원은 자의 복리를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에

1) 1990년의 개정으로 제4항에서 「혼인 외의 자가 인지된 경우와 부모가 이혼한 경우에는 부모의 협의로 친권을 행사할 자를 정하고」라고 규정하게 되었는데, 이러한 문구에 따라 친권자와 친권을 행사할 자가 개념상 분리되었는지에 관한 논쟁이 있었다. 두 개의 개념이 분리되었다고 보는 견해로는 양수산, 친권자와 친권행사자, 가족법연구 제10호, 331면 이하; 이희배, 친권행사자가 사망한 경우 생존친의 친권행사권능의 부활여부와 친권상실의 사유, 가족법연구 제10호, 351면 이하가 있으며, 친권을 행사할 자를 독립한 개념으로 인정하는 것이 옳지 않다는 견해로는 김상용, 소위 친권행사자론에 대한 비판적 고찰, 가족법연구 I, 165면 이하가 있다.

2) 재판상 청구가 필요한 혼인의 취소, 재판상 이혼 또는 인지청구의 소의 경우에는 직권으로 친권자를 정하도록 함으로서 당사자의 청구가 없더라도 친권자가 정해질 수 있는 장치를 마련하였다(제5항).

는 자의 4촌 이내의 친족의 청구에 의하여 정하여진 친권자를 다른 일방으로 변경할 수 있다」는 규정을 신설함으로서 친권자의 변경이 종전에 비하여 쉽게 이루어질 수 있도록 하였다(제6항).

그렇지만 2005년의 개정에 의하는 경우에도 재판상 청구가 있는 경우가 아닌 한 당사자의 청구가 있는 경우에만 법원이 친권자를 정할 수 있었기 때문에 제4항을 개정하여, 「혼인 외의 자가 인지된 경우와 부모가 이혼하는 경우에는 부모의 협의로 친권자를 정하여야 하고, 협의할 수 없거나 협의를 이루어지지 아니하는 경우에는 가정법원은 직권으로 또는 당사자의 청구에 따라 친권자를 지정하여야 한다. 다만, 부모의 협의가 자의 복리에 반하는 경우에는 가정법원은 보정을 명하거나 직권으로 친권자를 정한다」고 규정함으로서 재판상 청구가 없는 사건의 경우에도 법원이 직권으로 친권자를 정할 수 있는 근거를 마련하였으며, 또한 부모가 협의하여 친권자를 정한 경우에도 그 협의를 변경할 수 있는 근거도 마련하였다. 한편 「친권을 행사함에 있어서는 자의 복리를 우선적으로 고려하여야 한다」는 내용의 조문을 신설하였다(제912조).

### 3. 친권자인 부모 일방이 사망한 경우에 다른 일방의 친권자 지위 회복 여부

위와 같이 부모가 이혼하는 경우 반드시 친권자를 결정하도록 하고, 친권자가 친권을 행사함에 있어서는 자의 복리를 우선적으로 고려하여야 한다고 규정하고 있지만, 친권자인 부모 일방이 사망한 경우에 다른 일방의 친권이 회복되는지 여부에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다.

먼저 이 문제에 대한 판례의 태도를 살펴보면, 대법원 1994. 4. 29. 선고 94다1302 판결에서는 1990. 1. 13. 민법개정 이전에 이혼한 후 복적함으로서 친권자의 지위를 누릴 수 없었던 모가 민법의 개정으로 친권을 회복하게 되는지 여부가 문제되었는바, 대법원은 「1991. 1. 1.부터 개정된 민법이 시행되면서 이혼한 모의 친권제한에 관한 위 제909조 제5항이 삭제되고, 부칙 제9조에서 "구법에 의하여 개시된 친권에 관하여도 이 법 시행일부터 이 법의 규정을 적용한다"고 규정됨으로써 이혼으로 인하여 모가 친권을 상실하고 후견이 개시된 경우라도 위 개정된 민법의 시행일부부터는 모의 친권이 부활되어 모가 전혼인 중의 자에 대하여 친권자로 되고 후견인의 임무는 종료된다고 보아야 할 것」이라고 하였다.

또한 그 후에 선고된 서울가정법원 2002. 8. 19. 선고 2002느합35 심판에서도 친권자인 부모 일방이 사망한 후 다른 일방의 친권이 회복된다는 취지로 판결하고 있다. 이 사건에서는 부부가 이혼하면서 부가 친권을 행사하기로 하였는데, 부가 사망한 후 계모가 생모의 친권

을 상실시켜 달라고 청구하였고, 법원은 친권자인 부가 사망함으로써 모가 친권자의 지위를 회복한다는 것을 전제로 생모의 친권을 상실시킨다는 내용의 심판을 하였던 것이다.<sup>3)</sup> 이 서울가정법원의 판결에서는 계모가 생모의 친권을 상실시키기 위하여 친권상실선고를 청구하였고, 법원이 계모의 청구를 받아들임으로서 생모가 친권자가 되는 것을 방지하였다. 그렇지만 생존친의 친권을 상실시키기 위하여 친권상실선고를 청구하는 것은 매우 이례적인 것이라 할 것이므로, 많은 경우 친권을 행사하기에 적당하지 않은 생존친이 친권자의 지위를 회복하게 되는 것이다.

앞서 살펴본 판결에서와 같이 생존친이 친권자의 지위를 회복한다고 하는 경우, 생존친이 가진 친권자의 지위를 박탈하기 위해서는 친권상실선고를 청구하여야 하는데, 친권상실선고는 민법 제924조에 의하여 민법 제777조에서 규정하는 자의 친족이나 검사가 청구할 수 있고, 또한 아동복지법 제12조에 의하여 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 청구할 수 있으며, 아동복지법 제24조 제1항의 규정에 따른 아동보호전문기관의 장은 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에 대하여 친권행사 제한 또는 친권상실의 선고를 청구하도록 요청할 수 있다.

그러므로 생존친이 친권자의 지위를 회복한다고 하더라도 생존친이 회복한 친권자의 지위를 박탈하기 위하여 위와 같은 조치를 취함으로써 생존친에 의하여 자녀의 복리가 희생되는 것을 방지할 수 있는 제도적 장치가 마련되어 있다. 그렇지만 현실에 있어서 친족이나 지방자치단체의 장에 의하여 친권자의 친권이 상실되는 일은 흔하지 않은 것으로 보인다. 따라서 앞서 살펴본 서울가정법원의 판결에서와 같이 청구권자에 의한 청구에 의하여 생존친의 친권회복에 대한 심판이 이루어지도록 하는 제도를 활성화하거나 법원이 직권으로 심판을 할 수 있는 제도적 장치가 마련될 필요가 있다.

#### 4. 생존친의 친권회복을 제한하는 견해들

우선 발제문에서는 친권자로 지정된 사람이 사망, 실종선고, 대리권과 관리권의 상실(사퇴)로 인하여 친권을 행사할 수 없는 경우에는 후견이 개시된다고 민법에 명문화하자고 한다. 그렇지만 이 경우에도 생존 부모가 다시 친권자로 될 수 있는 가능성을 열어두어, 자의 복리에 대한 가정법원의 심사를 거쳐서 친권자가 변경되도록 하는 방안을 채택하고 있다. 즉 생존 부모가 친권자가 되기를 원한다면 민법 제909조 제6항의 친권자변경에 관한 규정을 준용하여 가정법원에 친권자변경을 청구할 수 있도록 하자고 한다.

3) 이러한 판결 또는 심판의 근거는 친권자의 지정·변경에 관한 호적사무처리지침(호적예규 제699호)라고 보여지는데, 이 예규에서는 “친권자로 지정된 자가 사망·실종선고·대리권과 관리권의 상실(사퇴)로 인하여 친권을 행사할 수 없는 경우에도 다른 부 또는 모가 있는 때에는 후견이 개시되지 않으므로 후견개시선고를 할 수 없다(제10조)”라고 규정하고 있다.

이와 유사한 견해는 여러 곳에서 찾아볼 수 있다. 먼저 김상용교수는 현행민법의 해석을 통하여 위와 같은 결론에 도달하고 있다. 김상용교수가 주장한 내용을 인용하면, 「이혼 후 친권자로 지정된 부모의 일방이 사망한 경우 생존친이 자동적으로 친권자가 되는 것이 아니라, 일단 후견이 개시된다고 생각하면(제928조), 사망한 친권자가 유언으로 후견인을 지정하지 않는 한, 생존친이 후견인이 되는데(제932조), 그 생존친이 친권자가 되기를 원한다면 민법 제909조 제4항 후단의 친권자변경에 관한 규정을 준용하여 가정법원에 친권자변경을 청구할 수 있다고 보는 것이 자녀의 복리실현에 보다 충실한 해석론이라고 생각된다」고 한다.<sup>4)</sup> 김상용교수는 이러한 논의의 전제로서 이혼 후 친권자로 지정되지 않은 부모의 일방에게는 친권이 소멸한다고 해석하면, 친권자로 지정되었던 부 또는 모의 사망은 미성년자에 대하여 친권자가 없는 상태를 의미한다고 한다.<sup>5)</sup>

최진섭교수도 이와 유사한 견해를 취하고 있다. 최진섭교수의 견해를 인용하면, 「친권이 부활한다고 해석하는 것은 이혼 후의 사정변경이 전혀 고려되지 않는 점에서 문제가 있다. 친권자로서 부적임이거나 친권을 사실상 행사할 수 없는 사정이 있는 경우(예컨대 재혼배우자가 동거를 원하지 않는 것)에는 오히려 사망한 친권자가 지정한 후견인(예컨대 조부모, 백·숙부)이 자녀를 보호하는 편이 자녀의 복리에 부합할 것이다(특히 그 후견인과 자녀와의 정서적 유대가 깊은 경우). 따라서 친권이 당연히 부활하는 것으로 해석하기보다는 일단 후견이 개시되는 것으로 해석하고, 자녀의 복리를 위하여 필요한 때에는 친권자변경청구를 할 수 있는 것으로 해석함으로써, 구체적 사정에 따라 법원이 자녀의 복리를 고려하여 융통성있게 판단할 수 있는 여지를 주는 것이 보다 바람직하다고 생각하고, 친권자 또는 후견인이 존재하지 않는 공백이 생기지 않으므로 자녀보호에도 문제가 없다」고 한다.<sup>6)</sup>

이화숙교수도 이와 유사한 견해를 취하고 있다. 이화숙교수는 「이혼 후 친권자로 지정된 부모의 일방이 사망한 경우 생존친은 일단 후견이 개시되고, 그 생존친이 친권자가 되기를 원한다면 개정법 제909조 6항 후단의 친권자변경에 관한 규정을 준용하여 가정법원에 친권자 변경을 청구할 수 있다고 해석하는 방법이다. 이러한 해석론에 의하면 친권자의 공백이 없게 된다는 장점이 있고, 후견인이 생존친이 피후견인의 부동산 또는 중요한 재산에 관한 권리의 득실변경을 목적으로 하는 행위를 함에 있어서는 친족회의 동의를 얻어야 하므로 미성년자녀의 재산이 보호될 수 있다는 장점도 있다」는 점에서 이 견해를 타당하다고 한다. 그리고 「만일 후견인이 된 생존친이 후견인의 의무를 이행하지 않는 경우에는, 가정법원은

4) 김상용, 소위 「친권행사자론」에 대한 비판적 고찰, 179면. 김상용교수는 부모가 제909조 제6항에 근거하여 친권자의 변경을 청구할 수 있다고 하는데, 제6항에서 규정하는 바는 부모가 모두 친권을 가지고는 있지만 그 중 한사람만 친권을 행사하기로 정하였지만 자의 복리를 위하여 필요하기 때문에 다른 일방으로 변경하고자 하는 경우에 적용되는 절차를 말하는 것이지, 친권이 없던 부모에게 친권을 회복시켜주는 것이라고 해석할 수는 없을 것이다.

5) 김상용, 소위 「친권행사자론」에 대한 비판적 고찰, 179면 각주 39. 이러한 결론에 도달하기 위한 기초로서 이혼 후의 공동친권제도가 거의 사용되지 않는다는 현실을 근거로 제시한다.

6) 최진섭, 이혼과 자녀, 201면.

① 피후견인의 복리를 위하여 필요한 경우 ② 피후견인의 친족이나 검사의 청구 또는 직권에 의하여 후견인을 변경할 수 있으며(제940조 1항), 그 경우 제932조 내지 제935조에 규정된 후견인의 순위에 불구하고 4촌 이내의 친족 그밖에 적합한 자를 후견인으로 정할 수 있으므로(제940조 2항), 생존친이 자녀의 복리에 적합하지 않은 경우에 대한 안전장치는 어느 정도 마련된 셈」이라고 설명하고 있다.

## 5. 사건

위에서 살펴본 견해들은 모두 이혼 후 친권자를 부모 일방으로 정하게 되면 다른 일방의 친권은 소멸하는 것으로 설명하면서, 친권자가 사망하면 후견이 개시되고, 그 후견인은 다시 친권자 변경을 통하여 친권자의 지위를 회복할 수 있다고 하고 있다. 다만 발제문의 경우에는 입법론임에 비하여 나머지 3분의 견해는 현행법의 해석에 해당한다는 점에 차이가 있다.

위와 같은 논리전개의 배경은 독일민법 제1680조라고 보여지는데, 독일민법 제1680조에 의하면 생존친이 자동적으로 친권자가 되는 것이 아니라 가정법원이 생존친에게 친권을 양도할 것인가의 여부를 결정하도록 되어 있다고 하며, 이 경우 가정법원은 생존친이 친권자로 되는 것이 자녀의 복리에 반하지 않는다고 판단되는 때에만 생존친에게 친권을 양도하는 결정을 내린다. 즉 생존친의 친권이 자동적으로 ‘부활’하지 않는다는 것이라고 한다.<sup>7)</sup>

그렇지만 우리 민법에는 독일민법 제1680조와 같은 규정이 없으므로 친권자인 부모 일방이 사망한 경우에 생존친에게 친권을 양도할 것인지에 관한 결정을 내릴 수 있는 권한이 가정법원에 주어져 있지 않다고 보아야 한다. 또한 이혼 후 부모 일방이 친권자가 되기로 정하였다고 하더라도 다른 일방의 친권이 소멸되었다고 볼 수는 없다. 왜냐하면 우리 민법은 친권자가 친권을 상실하게 되는 것은 친권상실선고가 있는 경우로 한정하고 있는데, 당사자가 협의하여 친권자를 정하거나 가정법원이 친권자를 정하는 것만으로 부모 일방의 친권이 소멸한다고 볼 수는 없을 것이기 때문이다. 또한 친권자는 정당한 사유가 있는 때에만 법원의 허가를 얻어 법률행위의 대리권과 재산관리권을 사퇴할 수 있을 뿐이지 친권 자체를 스스로 포기할 수 있는 규정을 가지고 있지 않다.

또한 친권자는 후견인과 달리 자의 재산을 관리함에 있어서 자기의 재산에 과한 행위와 동일한 주의를 다하여야 한다는 의무가 부여되어 있을 뿐 특별한 제한이 없다(제922조).<sup>8)</sup>

7) 김상용, 소위 「친권행사자론」에 대한 비판적 고찰, 173면.

8) 친권자가 가진 친권이 제한되는 경우로는 제3자가 무상으로 자에게 수여한 재산에 대한 제3자의 반대의 의사가 있는 경우(제918조), 자의 행위를 목적으로 하는 채무를 부담하는 경우(제920조), 자와 이해가 상반되는 법률행위를 하는 경우(제921조), 친권이 소멸한 경우에는 자의재산에 대한관리의 계산을 할 의무(제923조) 등이 있다.

이에 비하여 후견인의 경우에는 피후견인의 재산목록을 작성하여야 하고(제941조), 후견인과 피후견인과의 재산관계를 명확하게 하여야 하며(제942조), 제950조에서 정하는 행위를 함에는 친족회의 동의를 얻어야 하며, 친족회에 의하여 후견사무의 감독이 행하여지고(제953조), 법원도 일정한 자의 청구에 의하여 후견사무에 관한 처분을 할 수 있다(제954조). 그리고 친권자는 자녀의 재산을 관리한 경우에도 보수를 청구할 수 없지만,<sup>9)</sup> 후견인은 피후견인의 재산으로부터 상당한 보수를 받을 수 있도록 하고 있다(제955조). 이와 같이 우리 민법은 친권자의 법적 지위를 후견인과 상당히 다르게 파악하고 있다고 할 것이다.

그러므로 부모로서 친권자의 지위에 있던 자가 이혼 후 자녀에 대한 친권을 가지지 못하게 되었다는 이유만으로 곧바로 후견인의 지위로 추락하게 된다는 것은 무리한 해석이라고 아니할 수 없다.<sup>10)</sup> 따라서 이혼으로 인하여 비친권자의 친권이 소멸하는 것은 아니라고 할 것이다.<sup>11)</sup>

이혼 후 친권자의 지정에 의하여 비친권자의 친권이 소멸하는 것이 아니라고 한다면, 친권자인 부모 일방이 사망한 경우 생존친이 친권자의 지위를 회복한다는 결론에 도달하게 된다. 그렇지만 이러한 경우에 생존친이 항상 친권을 행사하기에 적절한 지위에 있다는 것은 보장되지 않는다. 그렇다면 현재 친권상실선고에 관한 제924조가 규정하고 있는 친권상실사유를 확대해석하여 생존친의 친권을 상실시킬 수 있는 가능성을 확장할 필요가 있다고 생각된다. 과거 법원은 개명신청에 대하여 소극적으로 대응하여 특별한 사유가 없으면 개명을 허용하지 않았다. 그렇지만 개명신청권의 남용이 아니라면 원칙적으로 개명을 허용하여야 한다고 판단한 대법원 2005. 11. 16. 자 2005스26 결정 이후에는 상당히 많은 수의 개명이 이루어지고 있음을 볼 때,<sup>12)</sup> 법원이 친권상실에 있어서 자녀복리가 우선되어야 한다는 원칙에 보다 중요하게 생각한다면 친권자의 부실한 친권행사에 대하여도 적절한 조치를 취할 수 있을 것으로 생각된다.

나아가 친권상실제도를 보다 적극적으로 활용하는 것만으로는 자의 복리가 충분히 보호되지 않는다고 한다면 발제문에서 주장하는 바와 같은 제도를 새로 도입하거나 독일민법 제1680조에서 규정하는 바와 같은 제도를 도입할 필요가 있을 것이다.

9) 다만 재산관리의 계산을 함에 있어서 자의 재산으로부터 수취한 과실은 그 자의 양육, 재산관리의 비용과 상계한 것으로 간주할 수 있다(제923조).

10) 다른 친족에게 인정하지 않는 면접교섭권을 자녀를 양육하지 않는 부 또는 모에게 인정하는 이유와도 맞지 않는다.

11) 이것은 결과적으로 부모를 친권행사자와 친권보유자로 나누어 파악하는 견해와 결론을 같이하게 된다. 그렇지만 사건으로는 친권자와 친권행사자라는 용어로 부모의 지위를 가르는 것은 합당하지 않다고 본다.

12) 사법통계자료에 따르면 최근 4년간의 개명신청건수와 협의이혼 신청건수는 다음과 같다. 이 표에서 살펴볼 수 있는 바와 같이 대법원이 개명허가에 대한 태도를 변경한 후에는 개명신청건수가 대폭 증가하였다.

	2005년	2006년	2007년	2008년
협의이혼신청건수	135,523	136,665	116,160	124,970
개명신청건수	72,833	109,567	101,818	120,815

## 지정토론문

최 정 인 판사 (서울가정법원)

현재의 친권 및 후견제도와 관련하여 발생하는 여러 가지 피해사례를 알려주는 한편, 그에 관하여 여러 가지 측면에서 문제제기를 하고 합리적인 해결방안을 제시해 준 두 분의 발표자께 감사인사를 드립니다.

다음에서는 발표문 중 몇 가지 사항에 대한 저의 의견을 말씀드리고자 합니다.

## 1. 이혼한 후 단독친권자로 지정된 부모의 사망시 타방의 친권부활 여부

부모의 일방이 사망한 경우 부모가 혼인 중에는 생존한 다른 부모가 단독친권자가 됨에 의문이 없으나, 부모가 이혼하여 일방이 친권자로 지정된 상태에서 친권자인 부모가 사망한 경우에는 다른 부모가 친권을 행사할 수 있다고 볼 것인지, 또 그렇게 보는 것이 미성년자 보호의 입장에서 적절한지가 문제되고 있습니다.

원칙적으로 부모가 공동으로 친권을 행사하도록 정한 것은 부모평등의 의미도 있지만 부모가 협의하고 서로 견제하면서 친권을 행사하는 것이 자의 복리에 부합한다는 이유때문일 것입니다. 다만 이혼한 경우에는 사실상 부부가 공동으로 친권을 행사하는 것이 어렵기 때문에 부모의 일방을 친권자로 정하는 것이 일반적입니다.

그런데 부모가 혼인 중 일방이 사망함으로써 타방이 단독으로 친권을 행사하게 된 경우와 달리 이혼한 후 친권자인 부모의 일방이 사망한 경우에 타방이 자동으로 친권을 행사하게 되면 자녀의 보호에 문제가 있을 수 있다고 보는 것은 이혼으로 인하여 친권자로 지정되지 않은 부모 중 일방은 자녀와 떨어져 살면서 유대관계가 약화되는 점, 이혼의 유책배우자는 혼인 중 자녀의 양육에 있어서도 부적절한 행위를 한 경우가 많은 점, 또 이혼 후 양육비 지급이나 면접교섭을 제대로 이행하지 않는 등 부모로서의 책임을 해태하는 경우가 종종 있는 점 등에 기인하는 것이라고 생각합니다.

발표문(‘친권제도의 개선방향에 대한 모색’)에서 지적하였듯이 이에 관하여 판례와 실무는 타방의 친권이 자동적으로 부활되는 것으로 보고 있으나, 학설상 이에 반대하면서 후견이 개시되어야 한다는 입장도 있으며, 위 발표문에서도 후자의 후견개시설을 취하고 있습니다. 이 역시 실정법상 가능한 견해로서 후견인의 견제책으로 친족회가 있는 점 등을 감안할 때 충분히 경청할 만한 입장이라고 생각합니다.

다만 ‘이혼시에 부모는 협의로 친권을 행사할 자를 정하여야 한다’는 민법 규정이 2005년도의 개정으로 ‘~ 친권자를 정하여야 한다’고 개정된 것은 개정시의 국회의사록 등에 비추어 볼 때 단순한 용어의 순화일뿐 친권부활설과 후견개시설 중에서 후견개시설을 취한 것이라고 보기에는 무리가 있다고 생각합니다.

## 2. 친권자 및 양육자의 분리

친권이란 미성년의 자녀를 보호·교양할 권리의무로서 자의 신분상, 재산상 행위를 대리할 권한을 포함하는 것이고, 양육이란 실제로 자녀를 데리고 살면서 먹이고 입히며 교육시킴으로써 자녀의 심신을 건전하게 육성시키는 것을 의미합니다. 따라서 친권자와 양육자는 같은 사람으로 지정되는 것이 자녀의 복리에 부합한다고 할 것이고, 실무상으로도 양자를 같은 사람으로 지정하는 것이 일반적입니다.

친권자와 양육자를 달리 정할 수 있도록 한 것은, 1990년의 민법 개정 전까지 부모가 이혼한 경우 아버지만 친권자가 될 수 있고 어머니는 친권자가 될 수 없었으나 실제로 어머니에 의한 양육이 더 적합한 경우가 있었으므로, 양육자만은 어머니로 지정할 수 있도록 친권자와 양육자의 조문 체계를 달리 정한 데 따른 것입니다. 그런데 지금은 이혼시에 어머니도 친권자가 될 수 있음에도 불구하고, 이와 같은 친권자와 양육자의 분리규정체제로 인하여 친권자는 아버지로, 양육자는 어머니로 타협되는 경우가 종종 발생합니다. 이는 아직도 친권을 가부장제 하에서의 부권(父權) 개념으로 잘못 인식하고 있는 데 따른 것으로서, 발표문(‘아동의 권리와 상충되는 친권제도’)에서 들고 있는 피해사례와 같은 문제점을 발생시킬 수 있으므로, 개선이 필요한 부분이라 생각합니다.

## 3. 친권상실

실무상 친권상실심판은 일방 친권자가 사망하고 타방 친권자는 오랫동안 행방불명되거나 장기간 수감생활을 하는 등으로 자녀를 양육할 수 없어 조부모 등이 자녀를 양육하는 경우



친권자가 아닌 관계로 양육에 법률상 제한을 받는 문제를 해결하기 위하여 그 타방 친권자를 상대로 제기하는 사건이 가장 많고, 이와 같이 친권상실심판선고를 받은 뒤, 실제 양육자인 조부모 등이 법정후견인이 아닌 경우에는 후속적으로 자신을 후견인으로 변경하여 달라는 청구를 하게 됩니다. 친권자가 재물을 절취하였다거나, 다른 남자와 동거를 하였다는 사정 등은 친권상실사유로 보지 않은 예가 있습니다.

그런데 발표문(‘아동의 권리와 상충되는 친권제도’)에서는 친권자가 자녀를 입양기관에 맡긴 채 어느 정도 기간이 지나도록 연락을 하지 않으면서 방치하는 경우에는 국가가 개입하여 친권상실 심판청구를 하도록 하는 방안이 필요하다고 제안하고 있습니다.

이와 관련하여 입양촉진 및 절차에 관한 특례법은 부모(부모가 사망 기타 사유로 동의할 수 없는 경우에는 다른 직계존속) 또는 후견인이 입양을 동의하여 보장시설 또는 입양기관에 보호의뢰한 자를 양자로 하고자 할 때에는 부모, 직계존속 또는 후견인의 동의를 얻어야 한다고 규정하는 동시에, 보호의뢰시의 동의로 입양시의 동의를 갈음할 수 있다고 규정하고 있으므로, 보호의뢰를 받을 때 미리 입양동의를 받아두면 친권자가 입양기관에 자녀를 맡긴 뒤 장기간 연락을 하지 않거나 나중에 입장을 번복하여 입양을 거부하는 경우에도 입양이 가능할 것입니다. 또 민법 제924조는 친권상실 심판청구인 적격을 검사에게도 인정하고 있으므로 아동이 부모 및 다른 친족에 의하여 장기간 방치되어 있는 경우에는 국가가 개입하여 친권을 상실시킴으로써 입양을 촉진하는 길도 열려 있는 것으로 보입니다. 다만 우리나라에서는 아직 입양문화가 성숙되어 있지 않고, 양친에 의하여 파악됨으로써 아동이 심각한 정신적인 피해를 입는 사례도 종종 있는 점 등을 감안하면, 친권자가 자신의 역할을 할 여지가 조금이라도 엿보이는 경우에는 입양에 신중을 기하여야 할 것이라고 생각됩니다.

한편 위 발표문에서 “부모가 혼인상태에 있는 경우에는 배우자(자녀의 아버지가 아닌 경우)의 동의까지 있어야 입양이 가능하므로 혼전 출산사실이 배우자에게 드러날 것을 우려한 나머지 입양동의를 하지 않는 경우가 있다”고 하였으나, 이는 배우자가 있는 자가 입양을 할 때에는 배우자와 공동으로 하여야 하고 배우자가 있는 자가 양자가 될 때에는 다른 일방의 동의를 얻어야 한다는 민법 제874조의 규정을 오해한 것으로 보입니다.

#### 4. 후견인 제도의 보완

발표문(‘친권제도 개선방향에 대한 모색’)에서 지금의 법정·선임후견인 제도 및 친족회 제도에 대한 재고와 보완을 요구하고 있는 것에 공감합니다. 후견인과 친족회가 피후견인의 이익을 최대한 보장할 수 있도록, 위 발표문에서 지적하였듯이 실질적인 심사와 감독을 강화해야 할 것입니다.

우리의 후견제도는 가까운 혈연관계에 있는 사람일수록 미성년자의 이익을 가장 잘 보호할 것이라는 소박한 신념에 근거하고 있으나, 미성년자에게 귀속되는 재산이 많아서 공정한 재산관리가 필요한 경우 등에는 오히려 중립적이고 전문적인 제3자나 제3의 기관이 더 적절하게 후견업무를 수행할 수도 있을 것입니다. 경우에 따라서는 가까운 친척이 자신의 사욕을 채우기 위해 후견인의 지위를 남용하는 수도 있을 것이고, 그 경우 사후적으로 후견인의 행위를 취소하는 것만으로는 미성년자의 보호에 충분하지 않기 때문입니다. 이와 같은 문제는 피후견인이 미성년자인 경우뿐 아니라 장애를 갖고 있는 금치산자나 한정치산자의 경우에도 마찬가지로 발생할 수 있습니다. 앞으로 이에 관하여 심도있는 검토와 논의가 활성화되고 그에 따른 입법적 조치가 이루어지길 기대해 봅니다.