

2003 연구보고서 240-21

다양한 가족 출현에 따른 쟁점과 가족관련법의 방향 정립에 관한 연구

연구책임자 : 변 화 순 (선임연구위원)

공동연구자 : 조 은 희 (연구위원)

발 간 사

사회가 변화하면서 많은 가치관의 변화를 경험하게 됩니다. 특히, 핵가족을 하나의 전형적인 가족형태로 보는 시각에서 이제는 다양한 가족을 받아들이야 한다는 시각이 사회적으로 인식되어 가고 있습니다.

이혼율의 증가와 더불어 재혼율이 증가하고, 사실혼부부나 동거자들, 미혼모나 국제결혼을 통해 형성된 가족 혹은 인공수정을 통한 자녀의 출산 혹은 동성애자커플에 이르기 까지 함께 사는 생활의 형태가 보다 다양화되어가고 있습니다. 다변화되어 가는 사회속에서 다양화되어 가는 가족형태의 출현은 그리 놀랄만한 일은 아닐 것입니다. 그러나 이와 함께 보다 중요한 문제는 이들 가족 혹은 가족구성원이 어떠한 법적인 보호를 받고 있는가? 하는 것입니다.

이미 2002년 동성동본금혼규정의 정비, 친양자제도의 도입, 친생부인의 소의 원고적격과 제척기간에 대한 정비, 부양상속분의 인정, 여성의 재혼금지기간의 정비 등에 관한 사항들이 민법개정안으로 제출되었으나 아직 이에 대한 이에 대한 개정이 이루어지지 않고 있습니다. 또한 2003년 호주제 폐지를 위한 민법개정안이 국회에 상정되었습니다.

위의 민법개정안의 개정을 통하여 가족구성원의 권익보호는 보다 향상될 것으로 생각하며, 앞으로 계속적으로 가족관련법은 가족관계에서의 불평등을 해소하고 보다 민주적이고 개인의 존엄과 권리가 보장되는 방향으로 개선되어야 할 것입니다.

이에 본 연구는 다양한 가족의 형태 중에서 몇가지를 선정(이혼, 재혼, 사실혼, 미혼모, 인공수정, 동성애, 국제결혼)하여 이에 쟁점이 될만한 문제를 제시하였습니다. 특히, 자녀의 복리를 증진하는 차원에서 자녀의 법적 지위를 또한 사회적 약자인 배우자의 권리를 보호 차원에서 논지를 쟁점화시켰으며, 그 이외에도 다른 중요한 법적 사항들의 관련현행법을 함께 검토하였습니다. 더 나아가 앞으로 나아가야 할 입법방향을 제시하였습니다.

본 연구보고서가 가족정책에 도움이 되길 바라며 가족법을 개정하는데도 좋은 참고자료가 되길 바랍니다. 끝으로 본 연구과제의 수행을 위해 심혈을 기울인 본원 연구진과 과제의 집필을 해주신 분들께 감사를 드립니다.

2003년 12월

한 국 여 성 개 발 원
원 장 장 하 진

집필자 명단

1. 이혼 변화순(친권, 연구책임자)
 조은희(이혼후 배우자 부양, 공동연구자)
2. 재혼 이회규(강남대학교 법과대학교수)
3. 사실혼 조은희(여성개발원 연구위원)
4. 미혼모 박종용(법학박사, 동국대학교강사)
5. 인공수정 고정명(국민대학교 명예교수)
6. 동성애 김민중(전북대학교 법과대학교수)
7. 국제결혼 박선영(여성개발원 연구위원)

연구요약

I. 연구의 목적

현대 사회의 가족형태는 다양화되어 가고 있다. 아직은 사회전반에 확산되고 있지 않으나 이러한 양태는 앞으로 더 확연해 질것으로 보이며, 이에 가족형태의 다양성은 보다 증가할 것으로 보인다.

따라서 가족형태를 고정시키고 있는 우리사회의 사고는 다양한 가족의 형태를 받아들일 수 있는 사회가 되어야 하며, 이들 가족이 제대로 기능과 역할을 할 수 있도록 방안을 모색하여야 한다.

이러한 의미에서 본 연구는 이혼, 재혼, 사실혼, 미혼모, 인공수정, 동성애, 국제결혼을 통해서 발생하는 이들 가족의 문제점을 검토해 보고자 하였다. 이에 각 주제에서 자녀의 복리를 증진하는 차원에서 자녀의 법적 지위를 또한 사회적 약자인 배우자의 권리를 보호 차원에서 논지를 쟁점화시켰다. 그 이외에도 다른 중요한 법적 사항들의 관련현행법을 함께 검토하였으며, 더 나아가 이들 가족들의 권익보호를 위해서 앞으로 나아가야 할 입법방향을 제시하였다.

II. 가족변화에 따른 제반 사항의 쟁점

1. 이혼의 배우자 부양과 친권

이혼을 하게 되면 부부사이에 존재했던 법적인 관계는 소멸된다. 특히 부양과 관련하여 이혼한 배우자들에게 공동부양의 의무관계는 더 이상 존재하지 않으며, 각 배우자들은 이혼 후 자신의 부양을 스스로 책임져야 한다. 그러나 다수의 이혼한 배우자는 경제적인 어려움에 처해있으며, 특히 사회적 약자인 배우자의 빈곤화 현상은 더욱 심각하다. 이에 현행부양관련 법인 재산분할청구권, 위자료청구권 그리고 이와 관련된 우리나라 유책주

의 이혼에 대한 사항들을 검토하였다. 또한 친권부분에 있어서는 부모의 이혼시 가장 피해를 입는 대상은 자녀이기 때문에 이에 자녀의 복리가 부모의 이혼 시 어떻게 보호되어야 하는가를 검토하였다.

2. 부모의 자녀에 대한 성씨 문제

재혼가정이 직면하는 문제는 자녀의 성에 관한 문제와 자녀부양 그리고 면접교섭권에 관한 것이다. 그런데 현행 민법에서는 이러한 부분에 대한 명문규정이 없거나 규정은 있어도 충분한 보호를 못하고 있는 실정이다. 2003년 11월 현재 국무회의를 통과한 호주제 폐지에 대한 주요한 논점이 바로 부모의 재혼에 따른 자녀의 성 결정문제이다.

3. 사실혼 자녀의 법적지위

우리나라는 혼인신고는 하지 않았으나 부부와 같은 공동생활을 하는 사실혼당사자를 법적으로 보호하고 있다. 사실혼의 해소 시 재산분할청구가 이루어짐은 물론 사실혼 해소로 인한 정신적 고통에 대한 손해배상도 인정하고 있다. 사실혼에서 자녀의 법적인 지위는 혼외자로서 부의 인지가 필요하다. 다시 말하면 부가 인지하지 않을 경우 법적인 권리를 인정받지 못하고 있다. 외국의 경우 사실혼 관계에 있는 자녀의 양육 및 친권은 법률혼 관계에서 태어난 자녀보다 모의 친권을 더 강화하고 있는 추세이다. 사실혼 관계에서는 어머니가 잘못을 하지 않는 한 절대적인 우선권을 가질 수 있다는 것이고, 법률혼의 경우는 어머니와 아버지가 동등한 권리를 갖는다. 이는 어머니의 경우 자녀를 보다 안정적으로 키울 수 있다는 사실에 근거를 두고 있다. 자녀의 양육을 어머니에게 귀속시키는 것이 모권을 강화시키는 것인지 아니면 모권에 예속시키는 것인지에 대한 논의가 계속되고 있다.

4. 미혼모의 자녀양육권

미혼모가 아이를 포기하는 것은 사회적 낙인과 더불어 경제적 어려움 때

문이다. 서구의 경우 미혼모에 대한 사회적 인정은 자녀를 보다 건강하게 키울 수 있도록 하는 사회정책의 대상이 된다. 그런 이유로 부모가 있는 가족보다 더 많은 범위의 사회적 지원을 하고 있다.

이러한 관점은 우리사회에서 미혼모의 혼외자에 대한 입법례로서 어머니의 친권을 강화할 것인지, 사회복지적 지원을 충분히 함으로써 이것이 미혼모를 양산한다고 볼 것인지, 아니면 가족해체를 야기시킨다고 볼 것인지에 대한 논쟁이 요구된다.

5. 동성애 커플의 법적인정 여부

미국의 경우, 법원은 동성애 커플에 대한 법적인 논의에서 가족 구성원이라는 말을 혈연관계, 양자에게 유산을 주도록 규율된, 뉴욕의 상속법에 따라, 해석하는 견해를 인정하지 않았다. 대신 법원은 퇴거하지 않은 영역을 상속재산으로 다루는 것이 아니라, 일정한 점유자가 그들의 집을 빼앗기는 것으로부터 보호되는 것으로 판시했다. 이 견해에서 법원은 가족이라는 단어는 결혼증서, 혹은 양자서류로써 획득된, 형식적인 관계의 사람들로 엄격하게 제한하는 것이 아니라고 판결하였다. 즉 법원은 명백하게 가족의 문화적인 관점을 어떤 판결이나 일반적인 입양에 의해 결합된 사람들의 집단 또는 한명의 가장 또는 관리 아래 한 집에 살고 있는 사람들의 총체적인 집단으로 규정하는 과정을 취한 것이다.

현재 국내에서는 게이나 레즈비언과 같은 동성커플간이 법적으로 인정될 여지가 없다. 그러나 동성애가 정상적인 성적 지향의 하나로 인정하는 태도가 세계적인 추세라고 볼 때 이를 인정할 것인가 아닌가에 대한 논의는 보수주의적 관점과 자유주의적 관점으로 대립될 수 있다.

6. 인공출산 있어서 대리모제도 혹은 정자제공자의 인정 여부

우리사회에서 인공수정은 혈통중심의 핵가족을 유지하고자 하는 전통적인 가족을 강화하는 수단으로서 사용되고 있다. 그러나 새로운 생식의 기술은 대리모의 개념과 정자제공에 있어 많은 논쟁점을 제공하고 있다.

대리모(대리모관계)는 누군가를 위해 계획적으로 아이를 가진 여성을 포함한다. 일반적으로 대리모제도는 두 가지 유형이 있다. 첫째는 남자의 정자에 의해 임신한 자녀를 그 남자 혹은 그의 아내에게 친권을 이전할 의도로 임신한 엄마, 아이의 유전적 엄마인 대리모이다. 뉴저지의 널리 알려진 사건이 In the Matter of Baby M은 전형적인 대리모 제도를 나타낸다. 두 번째 유형은 아이의 유전적 엄마가 아닌 여자의 자궁에 수태된 난자의 이식을 포함한다.

일반적으로 국가는 자녀양육의 법은 두 가지 입장중 하나를 선택한다. 사법권이 대리모제도를 인정할 때, 계획된 모가 법적인 모이다. 대리모제도를 인정하지 않을 때, 법은 낳은 모를 법적인 모로 하고 있다. 그러나 만약 대리모 계약이 통제할 수 없는 것이라면, 이런 계약을 통해서 태어난 아이를 법적으로 어떻게 다룰 것인가 하는 문제가 남게 된다. 일단, 계약은 강제적인 것이 아니라고 간주되어지면, 정부는 생모가 입양하는 것을 실제로 막을 수 있는 어떠한 것도 없다. 즉, 주는 그런 아이를 원하지 않는 모에 대해서 법적인 보호와 친권을 부과할 수 없다는 것이다.

인공수정에서 대두되는 이슈 중의 하나는 정자제공자이다. 그것은 남편의 정액으로 한 인공수정과 대개 익명의 제3자의 기증자의 정자에 의한 인공수정이다. 따라서 인공수정을 인정할 것인가 아닌가에 대한 쟁점은 매우 중요한 의미를 지닌다.

7. 국제결혼에서 외국인 여성의 지위

한국인과 외국인간의 국제결혼에 있어서 중국, 필리핀 등으로 대표되는 저개발국 여성과 한국 남성간의 결혼이 급증하고 있다. 이들 간의 결혼이 증가한 것은 결혼을 '이주를 위한 합법적인 수단'으로 활용하려는 공급자의 요구와 자국내 '결혼시장'에서는 상대자를 찾을 수 없는 일부 하층계층의 남성들의 이해가 결합된 결과라고 볼 수 있다. 문제는 '거래로서의 결혼'이 '국제결혼의 상품화'와 결합되면서 문제를 발생시키고 있다는 점이다. 거래로서의 결혼은 경제적 불평등을 전제를 하는 것으로 경제적 불평

등은 권력 관계를 필연적으로 발생시킨다는 점에 문제가 있다. 이런 권력 관계의 발생 속에서 외국인 여성은 열악하고 약한 위치에 놓이게 된다.

이런 상황에 놓여 있는 외국인 여성들은 남편의 폭력이나 학대 등에 그대로 노출되게 된다. 이를 제어할 수 있는 수단을 그녀들은 가지고 있지 않다. 언어문제는 이런 문제를 더욱 증폭시키는 요인으로 작용한다. 결국, 그녀들이 폭력과 학대로부터 자유로워지는 방법으로 선택할 수 있는 것은 '가출'뿐이다. 따라서 국제화시대에 특히 국제결혼에 대한 법이 정비되지 않는 현 시점에서 국제결혼을 통해 피해를 받는 여성들에 대한 논의가 요구된다.

III. 입법방향

1. 이혼

이혼 후 한 배우자가 자신의 생계를 스스로 책임질 수 없을 때 경제적 여력이 있는 상대배우자에게 부양을 청구할 수 있도록 하는 이혼 후 배우자 부양을 입법화 한다. 또한 부모등 친권자가 친권을 행사함에 있어서는 자의 복리를 우선적으로 고려하는 의무규정을 신설(민법 개정안 제912조) 하는 것이 바람직하다.

2. 재혼

재혼한 부모의 자녀의 성씨문제는 '자의 복리를 위하여 자의 성과 본을 변경할 필요가 있을 때에는 부·모 또는 자의 청구에 의하여 가정법원의 허가를 받아 이를 변경할 수 있다' 등의 민법개정안 제865조 2 제3항의 규정을 (2003년 법무부 민법개정안)통하여 실현시키며, 또한 현행양자제도를 그대로 유지하면서 양자의 복리를 더욱 증진시키기 위하여, 양친과 양자를 친생자관계로 보아 종전의 친족관계를 종료시키고 양친과의 친족관계만을 인정하며 양친의 성과 본을 따르도록 하는 친양자제도를 신설(개정안 제

908조의 2 내지 제908조의 8 신설)하는 것이 바람직하다.

3. 사실혼

사실혼 관계를 준혼관계로 보는 판례와 학설의 입장을 비추어 보건데, 사실혼관계의 자녀를 혼외자가 아닌 혼인 중의 자로 추정하는 것이 바람직할 것이다. 또한 사실혼관계의 해소 시 재산분할청구와 손해배상청구를 할 수 있으나 동거관계자들에 대한 것은 아직 법적으로 규정하고 있지 않음으로 이에 사실혼관계자는 물론 동거관계자 중 그들의 신고에 의하여 재산상 발생할 수 있는 문제들을 법으로 보호해주는 것이 바람직하다.

4. 미혼모

다양한 가족에서 미혼모와 혼외자 가족에 대하여 미혼부에게 특히 혼외자의 부양책임을 강화하여야 한다. 미혼모가 혼외자를 스스로 부양하겠다는 의사만 있다면 비록 미혼부가 혼외자를 인지하지 아니하여도 현행법상 강제인지제도를 통하여 부양책임을 부담하게 할 수 있다. 미혼부의 혼외자에 대한 부양책임을 입법모델로써 국민기초생활보장법 제46조와 유사 내용을 모·부자복지법에 추가하면 혼외자의 발생을 적으나 예방효과를 거둘 수 있을 것이다.

5. 인공출산

민법을 비롯한 현행법에는 인공출산 문제에 직접 적용할 수 있는 규정이 없다. 그러나 현대 가족법의 지도이념인 자의 복리와 더불어 모친의 지위 보장을 최대한 고려하는 방향으로 현행법을 개정하여야 한다. 인공출산은 환경 오염에 따른 자연출산률 저하, 국민소득 증가에 따른 시술의 경제적 부담 능력 증대, 가임 독신여성의 점증, 사회적 인식의 변화, 그리고 인공생식 기술의 발전 등 여건 변화에 따라 과거 예외적인 출산방식에서 점차 통상적으로 고려되는 출산방법의 하나로 자리잡아가고 있다는 사실에 유념한다.

6. 동성애

아직 국내에서는 동성애자의 평등한 지위나 동성적 공동생활관계의 법적 규율에 관한 논의마저 많지 않은 실정이다. 국내에서도 동성애자에 대한 평등한 법적 취급이나 동성 사이의 관계에 관한 법적 보호와 관련한 문제가 가까운 장래에 여러 경로에서 제기될 수 있다고 본다. 만일 국내에서 동성애자의 보호에 관한 규율을 한다고 하면 어떤 해결방안이 적절한가를 단언하기는 아직 무리라고 생각된다. 그러나 점차 국내에서도 동성애관계가 증가하고, 결국 동성애를 둘러싼 많은 법적 문제가 야기된다고 생각하면 당장 주택임대차보호법이나 각종의 연금법(예컨대 공무원연금법, 국민연금법, 군인연금법, 사립학교교원연금법), 각종의 보험법(고용보험법, 산업재해보상보험법, 의료보험법)에서 ‘사실상 혼인관계에 있는 자’와 마찬가지로 「동성애관계에 있는 자」를 대우하는 입법이 필요하다고 본다.

7. 국제결혼

인종과 언어, 종교, 관습이 다른 남녀간의 결합인 국제결혼은 우리 사회에서 오랜 기간 환영받지 못했다. 그 이유는 혈연 중심적 가족주의에 기반한 혈통 대한 집착과 한국 현대사의 어두운 측면 때문인 것으로 보인다. 그러나 이런 경향은 한국 사회의 다양화와 경제 성장 등을 배경으로 서서히 무너지고 있다. 우선 국제결혼의 현황을 살펴본 후에 국제결혼의 성립과 해소, 국적취득에 대한 법적 구조와 문제점에 대해 검토하였다. 이상의 문제를 해결하기 위한 정책방안으로 가족형성의 자유 보장을 위한 ‘체류특별허가’제도의 도입 방안, 국적 취득 조건의 완화를 위한 국적법 개정 방향, ‘영주권’ 제도의 신설 의의와 문제점 등을 검토하여 봄으로 문제의 해결방안을 제언하였다.

IV. 입법방향

지금까지 살펴 본 바와 같이 가족유형에 따른 문제점과 입법방향을 요약해 보면 다음과 같다.

가족유형	문제점	입법방향
이혼	<ul style="list-style-type: none"> • 이혼시 배우자가 경제적 능력에 없을 때, 부양 청구의 문제 • 부모의 이혼시 자녀의 친권 및 양육권 지정의 합리적인 문제 • 부모의 이혼시 자녀의 양육비의 문제 	<ul style="list-style-type: none"> • 일정한 요건하에서 상대방에게 부양청구가 가능하도록 함 <ul style="list-style-type: none"> -자녀 양육 -고연령으로 인해 직업을 가지지 못할 경우 -질병, 부양료가 충분치 못한 경우 등 • 부양은 부양을 필요로 하는 자의 생활수준에 맞추도록 함 • 기간이 정해 져야 함 • 이혼부양지불을 위한 이행확보 수단을 마련하도록 함 <ul style="list-style-type: none"> -이혼부양료 신탁제도 -부양정기금에 대한 공적 징수 제도 등 • 자녀의 복리 고려하도록 함 <ul style="list-style-type: none"> -자녀 복리에 관한 규정을 민법 개정시에 포함하도록 함 -자녀의견청취연령 규정의 개정 -자녀 양육에 관한 합의를 이혼의 전제조건으로 법정화 함 • 양육비 산정기준의 법제화 • 양육비 확보 방안의 마련 <ul style="list-style-type: none"> -양육비 선급제도 -양육비 공탁제도

가족유형	문제점	입법방향
재혼	<ul style="list-style-type: none"> • 여성의 전혼자녀들과 함께 사는 경우, 자녀의 성이 아버지와 다른데서 자녀들이 사회적 편견과, 심리적인 고통을 겪게 됨 • 함께 살지 않는 일방의 부모에 대한 자녀의 면접교섭권의 문제 • 친권과 양육권을 가지지 못하는 일방의 부모(특히 경제력을 가진 부의 경우)가 자에 대해서 양육비를 청구할 수 있는지의 여부의 문제 	<ul style="list-style-type: none"> • 양육친에게 자녀의 성을 변경할 배타적인 권리를 부여(부가 법적 양육권을 모과 공유하지 않는 경우에 모가 자녀의 성을 변경하는 결정에 대하여 부는 아무런 영향을 미칠 수 없게 됨), 단 성과 본의 변경을 허용하더라도, 변경할 수 있는 성과 본의 범위를 부모 중 일방이나, 양부모의 성과 본등으로 제한하도록 함. • 면접교섭권은 친권자나 양육자가 아니기 때문에 현실적으로 자를 보호·양육하고 있지 않는 부모 중의 일방이 그 자와 직접 면접, 서신, 교환, 왕래, 방문, 숙박할 수 있는 권리로 자녀의 정서의 안정과 인격발달에 긍정적인 역할을 하는 제도로 본다. 그러나 이것이 자에게 좋지 않은 영향을 미치게 될 경우에는 면접교섭권을 제한하도록 함. • 양육은 친권과는 분리되는 개념으로 일방이 친권과 양육권 양자를 모두 가질 수 있고, 또한 그렇지 못할 수도 있음. 그러나 부모의 양육의 의무는 자가 태어나는 순간 자연적인 신분관계에 기하여 생기 것임. 따라서 친권행사의 여부가 양육비산정의 참작사유가 될지는 몰라도, 결코 전적인 양육비부담의 근거는 될 수 없음. 따라서 친권혹은 양육권을 가지지 못하는 일방도 자에 대해서 양육비를 부담해야 함.

가족유형	문제점	입법방향
사실혼과 동거	<ul style="list-style-type: none"> • 자녀의 법적 지위 <ul style="list-style-type: none"> -혼외자로서의 부의 인지가 필요함 -호적의 문제 -부가 인지하지 않을 경우, 법적인 권리를 인정받지 못함 	<ul style="list-style-type: none"> • 준혼관계로 보는 사실혼관계의 자녀를 혼인 중의 자로 추정
	<ul style="list-style-type: none"> • 중혼적 사실혼에 대한 보호의 범위 문제 	<ul style="list-style-type: none"> • 사실상의 이혼 상태(법적으로는 아니지만 서로 이혼에 대한 합의가 있었음)에 있는 경우에만 중혼적 사실혼을 보호하려는 입장이나 구체적인 서로의 합의가 없었다고 하여도 혼인관계가 파탄된 후 오랫동안 별거가 지속되었다면 이혼상태로 인정, 중혼적 사실혼을 보호하도록 함
	<ul style="list-style-type: none"> • 사실혼 당사자간의 재산상의 문제 	<ul style="list-style-type: none"> • 공동의 협력으로 이룩한 재산에 대해서는 단독소유나 공유인 부동산에 대해서 소유를 분명히 해 놓도록 함 • 공동의 소유가 명확하지 않은 경우에는 자녀양육과 가사노동 등을 고려하여 청산하도록 함
	<ul style="list-style-type: none"> • 사실혼 해소 시 손해배상 그리고 재산분할청구권의 문제 • 사실상혼인관계존부확인청구제도 	<ul style="list-style-type: none"> • 사실혼관계의 해소 시 재산분할청구와 손해배상청구를 할 수 있음. 그러나 동거관계자들에 대한 것은 아직 법적으로 규정하고 있지 않음. 이에 대한 법적인 보호가 요청됨. • 혼인의 자유는 혼인의 자유로운 의사 표시를 통하여 실현되어야 함. - 법이 혼인의 의사를 강제로 성립시키는 것은 옳치 않다고 봄. - 사실상혼인관계존부확인청구제도는 삭제되어야 한다고 봄

가족유형	문제점	입법방향
미혼모	<ul style="list-style-type: none"> • 미혼모들에 대한 사회적 부정적인 인식과 경제적인 어려움 때문에 자의 양육을 포기함 • 미혼부가 아이를 인지하지 않는 경우의 문제 • 미혼부에게 아이에 대한 부양책임을 지울 수 있는지의 여부와 이행의 문제 • 미혼모와 미혼부 양쪽 모두가 아이를 포기하는 경우, 따뜻한 부모를 찾아주는 문제 	<ul style="list-style-type: none"> • 미혼모들이 아이들을 양육할 수 있는 사회적인 지원을 점차 확대하도록 함(e.g. 부양의무조사유예, 중간의 집 운영, 각지방자치단체의 모자, 부자가정 지원, 의료부조등) • 미혼부가 아이를 인지하지 않게 되면, 미혼부와 아이 사이에는 어떤 법적 책임도 생기지 않게 됨. 따라서 이런 경우 미혼모가 아이를 혼자서라도 키우고자 하는 의사가 있다면 미혼부에 게 강제인지를 통하여 부양의 책임을 부담하게 할 수 있음 • 대부분의 미혼부가 부양능력이 없는 청소년인 현실에서는 해결의 여지가 없어 보임. 그러나 부양능력이 있는 경우에는 강제적으로 부양부담하도록 하게, 미혼부의 부양책임을 입법화하도록 함. • 입양제도를 통하여 애정이 있는 가족에서 키워지도록 도모할 수 있음. 이때에 쉽게 할 수 있는 입양의 방법이 모색되어야 할 것이며, 특히 양자를 양부모의 성과 본을 따르도록 해야 함. 최근 입양촉진 및 절차에 관한 특례법에서 보호시설에 수용되어 있는 부모가 필요한 아이들의 입양절차를 간소화 하고, 양부모가 원하는 경우에 양자의 성을 양부모의 성과 본을 따르게 하는 등 입양에 관한 특례를 인정하여 국내입양을 활성화하도록 추진하고 있음.

가족유형	문제점	입법방향
동성애 관계	<ul style="list-style-type: none"> • 인권의 사각지대중 하나이던, 동성애자들의 관계에 대해서 북유럽을 중심으로 점차 인정하고 있는 추세이기는 하나 과연 우리나라의 사회적인 시각에서도 동성애자의 관계를 인정할 수 있는지의 문제 • 동성애를 인정할 시, 과연 그들을 이성부부에 준하는 법적 효과를 인정할 수 있는지의 문제 • 동성애 관계를 인정할 시, 그들이 자가질 수 있는지의 문제 	<ul style="list-style-type: none"> • 국내에서는 아직 동성애자에 대한 인식기반이 외국에 비하여 극히 미약한 편이나, 국가인권위원회법 제30조 2항은 동성애자의 인권을 보호하기 위하여 성적차별 지향에 의한 차별금지의 규정을 두고 있음. 그리고 교육부가 1999년 동성애를 불건전한 성문화에이즈의 원인으로 설명하고 있는 교과서의 내용을 수정하는 등의 사회인식의 변화가 엿보이는 함 • 이성부부와 같은 지위를 인정하는 것은 동성애관계를 인정하는 서구의 나라들의 경우를 살펴보다라고 문제가 있다고 보임. 그들에게 중간적인 해결방안에 해당하는 동성애 사실혼에 있는 커플의 법적지위를 인정하거나, 혹은 특별한 경우 (주택임대차보호법, 연금법, 보험법등)에 한하여 혼인상의 배우자와 같은 법적 지위를 인정하는 방안을 생각해 볼 수 있음. • 그들사이의 자로 입양을 인정하거나, 혹은 인공적 방법에 의한 자의 임신·출산을 생각해 볼 수 있으나, 이것은 단순한 동성애관계자들의 인권 혹은 자유롭게 가정을 가질 수 있는 권리가 아닌, 그들 사이에서 양육되거나, 태어날 아이와 정신적, 육체적 그리고 사회 일반적인 시각에 의해서 아이가 입게 피해까지 고려하지 않을 수 없기 때문에, 동성애자의 관계를 인정하는 것과는 별개로 더 신중하게 생각해보야할 문제로 보임.

가족유형	문제점	입법방향
인공출산	<ul style="list-style-type: none"> • 배우자간의 인공출산의 경우 • 부가 아닌 제3자의 정액을 처의 체내에 주입하여 태어난 자의 부자관계 • 대리모에 의해서 태어난 자의 모자관계의 문제 	<ul style="list-style-type: none"> • 민법 제844조에 의해서 자연출산의 경우와 다르지 않게 취급된다고 봄. • 부의 동의를 있었을 경우, 특별(완전)양자제도 도입론을 자의 복리를 고려하여 민법개정안에 신설하도록 함. 이는 혈연 내지 유전적 결합과 더불어 법적 동의도 부성 추정의 중요한 요소의 하나가 될 수 있기 때문임. • 대리모 출산이 기술적으로 가능하게 되고 사회적 인식에서 허용적인 분위기로 변화되면서 유전적 모와 출산(자궁)의 모 중 어느 경우가 법적인 모가 될 것인지를 법에서 명시해 줄 필요성이 대두되었으므로 이를 새로운 조문을 신설되어야 할 것으로 봄. 이때 계약이 유효한 것이 되면, 대리모와의 친권은 단절되고 의뢰자의 친자로서의 지위를 인정하게 됨. 대리모의 승낙이 있게 되면, 호적법에 규정된 절차에 따라 신고함으로써 인지의 효력이 발생하게 됨. 따라서 출생자는 실부의 혼인중의자가 되며, 그의 처는 모로서 입양에 대한 동의와 부부 공동의 자로 하는데 대한 동의가 있는 것으로 보아 준정과 유사한 효력을 갖게 됨

가족유형	문제점	입법방향
	<ul style="list-style-type: none"> • 제3자의 남자와 부의 정자에 의해서 태어난 자에 대해서 남자를 제공한 모와 자궁의 모 중 누구에게 모자관계를 인정할 것 인가의 여부 • 비배우자간 인공수정자의 근원공개청구권이 인정될 수 있는지의 여부 	<ul style="list-style-type: none"> • 착상에서 출산까지의 기간동안 태어난 자궁의 모와 심리적 육체적 관계를 깊게 맺게 되고 친자관계는 본능적으로 이 자궁의 모를 중심으로 형성되며, 불임부부는 처의 체내에 있는 자기들의 자식이 자기들 곁에서 커가고 있다는 사실 인식에 기초하여 실질적 모성을 의식하지만, 남자제공자는 자가 자기의 자라고 인식하더라도 그것은 관념적인 자의 범위를 넘지 못한다는 점에서 법률적 모자관계는 자궁의 모에게 생기는 것으로 보는 것이 타당. 여기에 정자제공자와 인공출산자간에 상호 인지청구를 금지하도록 하는 규정을 민법에 규정하는 방안을 모색해 보도록 함 • 정자제공자의 신원은 가급적 공개되지 않는 것이 자신을 위해서나 인공출산자의 가정의 화목을 위해서 바람직하나, 자가 성년이 되어 사리판단능력이 충분히 갖추어지면 자신의 정체성 확립을 위해서도 그 근원을 알 수 있도록 제도적 장치를 구비하도록 함

가족유형	문제점	입법방향
국제결혼	<ul style="list-style-type: none"> 경제적 불평등을 전제로 하는 국제결혼의 상품화는 경제적 불평등에서 야기되는 권력적인 불평등은 외국인 여성들이 열악한 위치에 놓이게 됨 	
	<ul style="list-style-type: none"> 혼인이 유효하게 성립했음에도 불구하고 배우자 한쪽이 미등록외국인인 경우에는, 일단 출국해서 '국민의 배우' 자격으로 사증을 받아 재입국해야 함. 사증의 발급과 관련해서 미등록외국인이었던 것을 이유로 일정기간동안 입국규제 조치를 당하는 경우의 문제. 가족생활의 안정에 해를 미칠 수 있음 	<ul style="list-style-type: none"> 체류특별허가' 제도를 마련 국내 배우자 (영주권자 포함)와 혼인한 미등록외국인에게 국내에서 계속적으로 생활할 수 있도록 법적 자격을 부여하는 제도. 장기간 생활하거나, 그 사이에 태어난 자녀가 현재 학교에 다니고 있는 등의 경우에는 자녀의 교육권 등을 고려해서 체류 특별 허가하게 됨 국적취득조건을 완화하여 2년이내에 배우자가 사망한 경우에 자녀의 유무, 부양해야 할 사람의 유무를 떠나 본인이 희망하는 경우에는 귀화 신청을 가능하게 함.
	<ul style="list-style-type: none"> 이혼을 하게 되는 경우, 체류기간을 연장하더라도 사증의 종류가 거주가 아닌 방문동거로 변경되어 단시간의 체류만이 인정되게 되면 이 사증은 취업이 허용되지 않게 때문에 자신이나, 자녀의 생계를 위해서는 불법취업을 할 수 없게 되는 문제가 발생함 	<ul style="list-style-type: none"> 영주권제도 법제화: 일정한 요건을 갖춘 외국인에게 그 나라에서 체류기간의 제한 없이 주거할 수 있도록 부여하는 권리. 외국인에게 있어서 영주권 제도가 갖는 장점은 기간의 정함이 없는 체류의 권리 뿐만 아니라 체류 국가에서 국민과 거의 동등한 법적 권리를 보장 받을 수 있다는 점임. ○ 국적 취득 조건을 완화해서 국적 취득 전에 이혼 한 경우에는 외국인 배우자에게 귀책사유가 전혀 없는 경우나, 협의이혼이 성립한 경우에는 기한을 한정해서 귀화 신청을 인정하도록 함

목 차

발 간 사

I. 서 론	1
1. 연구의 필요성 및 목적	3
2. 연구 방법	5
가. 연구방법	5
나. 다양한 가족의 선정기준	5
3. 연구의 제한점	6
II. 이론적 배경	7
1. 가족변화에 따른 법적 개념의 변화	9
2. 가족변화에 대한 대립적 관점	11
III. 가족 변화에 따른 쟁점 및 관련법의 입법 방향	15
1. 이혼	17
가. 이혼의 현황과 문제	17
나. 이혼 후 배우자 부양	19
1) 서설	19
2) 쟁점	20
3) 입법방향	33
4) 결론	37
다. 친권	39
1) 서설	39
2) 쟁점	41
3) 외국의 입법례	42
4) 입법방향	46

2. 재혼	53
가. 서설	53
나. 쟁점	54
1) 성씨	54
2) 면접교섭권	59
3) 부양의무	63
다. 결론	74
3. 사실혼과 동거	76
가. 서설	76
1) 우리나라의 사실혼	76
2) 동거	78
3) 사실혼과 동거의 현황	78
나. 쟁점	81
1) 자녀의 법적지위	81
2) 사실혼당사자간의 재산상의 문제	84
3) 사실혼관계 해소와 재산분할 청구	87
다. 사실혼관련법을 통한 사실혼당사자의 보호	90
라. 외국의 입법례	93
1) 독일	93
2) 프랑스	97
3) 일본	100
마. 결론	102
1) 사실혼에 대한 해석	102
2) 중혼적 사실혼에 관한 법적인 판단기준	103
3) 사실상혼인관계존부확인청구제도	105
4) 자의 법적 지위	106
5) 사실혼관계의 재산법상의 보호	107
4. 미혼모	109
가. 서설	109
나. 미혼모의 실태	110
1) 미혼모의 범위	110

2) 미혼모의 발생요인	111
3) 미혼모의 특징	112
다. 쟁점	114
1) 혼외자의 법적 지위	114
라. 외국의 입법례	127
1) 미국	127
2) 프랑스	129
3) 독일	131
4) 일본	132
마. 입법방향	133
1) 제도적 개선	133
바. 결론	138
5. 인공출산	140
가. 서설	140
나. 쟁점	142
1) 배우자간 인공출산(AIH : Artificial Insemination by Husband)	142
2) 비배우자간 인공출산(AID : Artificial Insemination by Donors)	145
3) 부의 친생부인의 효과	154
3) 정자제공자의 가족법상 권리와 의무	157
4) 비배우자간 인공출산자의 근원공개청구권	158
5) 출산대리모 관계	158
6) 독신여성의 인공출산	162
7) 인간복제의 문제점	164
다. 외국 입법례	165
1) 미국	165
2) 호주	165
3) 영국	166
4) 스웨덴	166
5) 독일	166

라. 결론	167
1) 현행법	167
2) 개정방향	167
6. 동성애	172
가. 서설	172
나. 쟁점	174
1) 동성애관계의 인정문제	174
2) 동성애관계의 인정시 주요문제	179
다. 외국의 입법례	181
1) 유럽	181
2) 미국	190
3) 캐나다	193
4) 오스트레일리아·뉴질랜드	193
라. 입법방향	194
1) 현행법	194
2) 제정방향	198
마. 결론	209
7. 국제결혼	211
가. 서설	211
나. 국제결혼의 현황과 문제점	212
1) 국제결혼의 현황	212
2) 국제결혼의 특징 및 문제점	216
다. 쟁점	218
1) 국제결혼의 성립과 해소, 국적취득을 둘러싼 법률 문제	218
라. 결론	230
1) 외국인(여성)의 인권보장을 위한 제언	231
IV. 결 론	237
참고문헌	241

표 목 차

<표 III-1> 이혼율 및 재혼율의 변화	18
<표 III-2> 국제결혼 건수 추이	214
<표 III-3> 외국인과의 혼인/ 한국남자+외국여자	215
<표 III-4> 외국인과의 혼인/한국여자+외국남자	215
<표 III-5> 혼인종류 및 외국인 국적/ 한국인 남편(혼인종류+국적)	216
<표 III-6> 혼인종류 및 외국인 국적/한국인 처(혼인종류+국적)	216

I

서론

1. 연구의 필요성 및 목적	3
2. 연구방법	5
3. 연구의 제한점	6

1. 연구의 필요성 및 목적

최근 두드러지게 나타나고 있는 가족의 중요한 변화현상으로 가족구조의 다양성, 결혼연령의 상승, 결혼율의 감소, 이혼율의 증가, 재혼율의 증가, 사실혼 커플의 증가, 동성애 커플, 국제결혼의 증가 등을 들 수 있다. 또한 입양, 인공수정이 증가하고 있다. 이는 전통적 가족에 대한 관념으로 해석하기는 어려운 현상으로 이에 영향을 미치는 원인과 가치관의 변화에 대한 분석이 필요하다.

가족의 변화에 영향을 미치는 가치관의 변화는 가부장적 가치관에서 남녀평등 사상의 대두로의 변화, 가족 중심적 가치관에서 개인주의적 가치관으로의 변화와 이에 따른 세대간 연대의 약화를 들 수 있다. 사회적 여건의 변화로는 여성의 교육수준의 향상, 경제활동 참가율의 증대, 그리고 인터넷의 발달로 인한 정보공유의 확산 등이 직접적인 원인이라고 할 수 있다.

다양한 가족의 출현에서 주목해 보아야 할 점은 근대적 의미의 가족이 중요시하는 친밀성 및 개인성 존중에 입각한 가치가 일반화되고 있다는 점이다. 즉 가족에 대한 새로운 가치관은 다양한 유형의 가족형태를 통해 보다 합리적으로 구현될 수 있는 방향에서 능동적으로 변화를 시도하기도 하고, 핵가족의 역기능적인 현상에 의해 소외된 개인들이 나름대로의 삶을 살아가는 과정에서 수동적인 방식으로나마 모색되기도 한다. 이렇듯 삶의 다양성을 반영하는 여러 가족형태들은 이제 포스트모더니즘이라는 사회적 담론 속에서 포용되어야 하는 상황적 국면을 맞고 있다.

가족의 변화가 법에 반영되어야 한다는 움직임의 일환으로 우리나라에서도 1990년 가족법 개정에서 남녀평등을 지향하는 방향으로 개정되었다. 그러나 개정가족법에서도 다양한 가족을 반영할 수 있는 법조항은 여전히 미흡하여 호주제 폐지, 친양자 제도의 도입 등의 개정을 주장하고 있지만, 유교적 전통이 깊이 뿌리박혀 있는 한국의 상황에서 법개정이 쉬운 작업은

아님을 알 수 있다. 2000년 10월 정부는 민법개정법률안을 제출한 상태임에도 불구하고 여전히 통과되지 못하고 있는 형편이다.¹⁾ 또한 최근 호주제 폐지를 주요내용으로 하는 민법개정안이 2002년 11월 현재 국무회의를 통과했지만, 국회에서 개정되기까지는 불투명한 상태이다.

‘대안적인 가족’이라고도 불리는 다양한 가족의 의미는 법적인 혼인상태를 넘어선 사실적인 부부관계, 생물학적인 관계 맺음(임신과 출산)으로부터 벗어난 부모관계의 법적 인지, 심지어는 자신의 성적지향(sexual orientation)의 선택권까지 법적으로 인정할 수 있도록 하는데 있다. 최근 서구의 법은 이러한 방향으로 개정되고 있다. 이것은 원하건 원하지 않건 간에 가족의 선택에 있어서 가족의 통합, 성간의 형평성을 도모하고, 남성과 여성 모두가 상대적으로 불이익을 받는 소수가 없도록 하기 위함이다. 특히 여기서 가장 중요한 대상은 아동의 양육이다. 다양한 가족에서 가장 취약집단이 되기 쉬운 자녀에 대해 국가와 가족이 책임을 질 수 있도록 하는 것이다.

다양한 형태의 가족이 공존하고 있음을 인정한다는 것은 한 사회 또는 한 시대가 한 유형의 개인으로만 특징지어질 수 없는 것과 마찬가지로 논리에서 법에서도 일정유형의 가족만을 인정할 수 없음을 의미한다. 우리나라에서도 이러한 현상이 가족과 관련된 법에서 반영되어야 한다는 요구는 있지만 이들의 법적 지위부여에 대한 구체적인 연구는 시작되지 않았다.

이러한 의미에서 본 연구의 목적은 첫째, 이론적 배경에서 다양한 형태의 가족을 보는 시각에 따라 대립되는 관점을 정리하고, 둘째, 개별 현상에서 나타나는 쟁점을 구체화하고, 셋째, 법적인 문제점과 이에 대한 입법방향을 제시하고자 한다. 본 연구에서는 다양한 가족의 개별 현상으로 이혼으로 인한 배우자 부양, 자녀의 친권, 재혼, 사실혼, 미혼모²⁾, 사실혼, 인공

1) 민법개정안은 본문의 이혼과 재혼시 ‘자녀의 친권’과 관련하여 보다 자세히 다루고자 한다.
2) 최근 미혼모(未婚母) 대신 비혼모(非婚母)를 쓰자는 움직임이 있다. 이는 ‘아직 결혼을 하지 않은 어머니’라는 뜻보다는 ‘결혼을 하지 않은 어머니’라는 의미를 부각하자는 의도이다. 본 연구에서는 새로운 개념의 도입 및 해석에 동의하지만, 법률적으로 혹은 학문적으로 아직 통용되지 않아 전자의 개념으로 통일하고자 한다.

수정, 동성애, 국제결혼을 다루고자 한다. 다양한 가족을 선택하게 된 기준은 다음 장에서 보다 구체적으로 논의를 전개할 것이다.

2. 연구 방법

가. 연구방법

본 연구의 방법은 문헌연구를 택하였다. 문헌연구에서는 사회변화에 따른 가족변화의 특징인 가족구조, 이혼, 재혼 등을 파악하기 위해서 정부 각 부처의 통계자료를 참조하였다.

다양한 가족현상에 대해서는 각 분야에 따라 관련 문헌, 관련법, 외국사례, 그리고 입법방향에 대한 문헌, 법령집을 참고하였다.

본 연구는 관련분야의 법학 혹은 사회학 전공자가 각각 집필하였다. 관련된 현행법이 변화하는 가족현상과 특징을 고려하지 못하고 있다는 전체 하에 관련분야 전공자가 집필을 하고, 회의를 통하여 전체적인 맥락에서 일관성을 유지하는 방법을 택하였다. 따라서 각 분야의 특성에 따라 전개하는 방식이 다소 다를 수 있다.

나. 다양한 가족의 선정기준

다양한 가족을 선정한 기준은 가족에 따른 법의 변화의 필요성에 의거하였다. 즉 가족의 변화 현상에서 한국의 전통적 가족이라 할 수 있는 내국인, 초혼의 부부중심 핵가족에서 벗어나는 이혼, 재혼, 미혼모, 사실혼, 인공수정, 동성애 커플, 국제결혼이 최근의 현상으로 드러나고 있다. 이러한 현상은 한편으로는 부부 중심의 핵가족에서 한부모가족 등 가족구조의 변화를, 다른 한편으로는 의무적 관계에서 계약의 관계로 변화하는 과정으로 볼 수 있는 이혼과 자녀양육 문제의 발생, 그리고 혈연적 관계에서 사회

적 관계로 이어지는 입양가족, 과학기술의 발달로 인한 인공수정에 대한 논쟁, 그리고 개인의 성적 지향을 결정하는 동성애 커플의 인정여부 등의 문제에 대한 논의와 이에 따른 법의 정립을 필요로 한다. 따라서 본 연구에서는 이러한 현상을 가족의 변화로 보고 이에 따른 논의와 법적 규범의 변화를 초점으로 전개하고자 한다. 보다 구체적인 전개는 이론적 배경에서 밝히고자 한다.

3. 연구의 제한점

첫째, 가능한 한 연구진간의 토의를 통해 전체적인 맥락에서 일관성을 유지하는 방법을 택하였지만, 각 분야의 특성에 따라 논의에 초점과 전개 방법이 다를 수 있다.

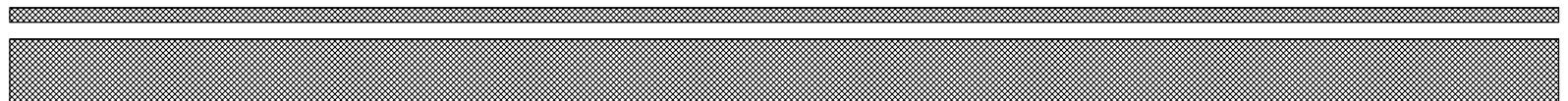
둘째, 외국의 사례에 대한 인용에서도 다루는 주제에 따라 일반적인 수준에서 구체적인 수준에 까지 다양하다.

Ⅱ



이론적 배경

1. 가족변화에 따른 법적 개념의 변화	9
2. 가족변화에 대한 대립적 관점	11



1. 가족변화에 따른 법적 개념의 변화

그 동안 우리 사회에서는 결혼을 바탕으로 한 남녀간의 ‘합법적인’ 결합 이외에 그 밖의 가족유형들에 대해서는 ‘비정상적이다’는 시각이 오랜 동안 강도 있게 견지되어 왔다. 그러한 연유로 가족복지의 측면에서 보호의 대상으로 파악되는 한부모 가족을 제외하고는 여러 가족유형들에 대한 학문적인 관심은 외국의 실태조사 및 문헌들에 의존하는 수준을 넘어서지 못하였다. 또한 법이 개정되어한다는 담론은 형성되지 못하고 있다.

그러나 이제 다양한 가족의 형태는 소수적이고 일탈적인 현상이라고 하기에는 이미 많은 변화를 가져왔다. 이것을 가족에 대한 포스트모더니즘적 현상이라 할 수 있는데, 말하자면 전형적인 핵가족 이데올로기 뒤에 숨겨져 있는 이성에 근거를 둔 성규범적이고, 남성가장이 생계를 유지하는 가정(假定)에 대해 근본적인 문제를 제기하고 있다(Thome & Yalom, 1982)³⁾. 즉 포스트모더니즘이 가족에 미친 전형적인 변화는 전통적 핵가족의 규범에서 다양한 가족의 가족가치관이 파생하고 있는 점인데 이는 결과로서의 다양성과 다름에 대한 인정을 중시하고 있다.

기턴스(1997)는 다양한 형태의 가족이 공존하고 있음을 인정한다는 것은 한 사회 또는 한 시대가 한 유형의 개인으로만 특징지어질 수 없는 것과 마찬가지로 논리에서 한 가지 유형의 가족만을 인정할 수 없음을 주장한다⁴⁾. 일반적으로 ‘대안적인 가족’이라고도 불리는 한부모 가족, 미혼독신가구, 사실혼가족, 동성애 커플, 공동체적 가족 등의 가족유형들은 법적인 혼인상태나 생물학적인 관계 맺음(임신과 출산)으로부터 벗어나 성적(sexual) 대안 및 친부모 관계에 있어서의 대안적 측면⁵⁾을 보여주고 있다. 이들 대안적 생활방식은 특히 기존의 핵가족과 차별화 되어 노동의 성적 분업을 재구조

3) Sussman, M. B., Steinmetz, S. K. & Peterson, G. W., "Postmodernism and Family Theory", *Hanbook of Marriage and the Family*, A Division of Plenum, 1999, pp 205-218.

4) 기턴스, 다이애너, 「가족은 없다-이데올로기의 해부」, 일신사, 1997.

5) Elliot, F. R., *the Family: Change or Continuity*, Hong Kong, Macmillan Education, 1986.

화 하고 양성간의 평등성을 시도한다는 점에서 점차적으로 주목을 받고 있다. 특히 서구사회에서 동성애 부부를 합법적인 결합으로 인정하고 이들의 법적 권리를 보호하게 된 조치들(예를 들어 프랑스의 PACS; Pacte Civil de Solidarité(결속시민규약)은 지금까지의 광범위한 사회 집단적 편견이 인권과 평등의 가치에 의해 정면으로 도전 받은 결과라 할 수 있다.

이러한 의미에서 전통적 핵가족 혹은 직계가족과 대안적 가족 사이의 시각의 차이점은, 단순한 생활적이고, 서술적인 측면에서의 차이라기보다는, 어떤 다른 형태의 가족의 모습을 정당화하고자 하는 규범적인 측면에서의 차이로 보아야 할 것이다.

그러면 가족의 유형이 변화함에 따라 법의 개념도 변화하기 마련인데, 가족의 변화는 법에 어떻게 반영될 수 있는 것일까? 이에 대한 관점은 크게 네 가지⁶⁾로 나누어 볼 수 있다.

첫째, 부부간의 법적 신분은 역할을 중요시여기는 관계, 즉 일단 결혼을 하면 헤어질 수 없는 강한 결속력을 갖고 남편과 부인으로서의 역할 수행이 매우 중요시되는 관계에서, 부부간의 개인적 권리가 인정되는 계약관계로 변하고 있다는 점이다. 즉 이혼이 허락되지 않는 시대에서는 부부간의 권리와 의무가 가족에게 요구되는 중요한 덕목이지만, 법적인 이혼이 허용되는 사회에서는 당사자들의 의사에 따라 계약으로 이루어지는 방향으로 전환되고 있는 것이 세계적인 추세이다. 따라서 부부간의 관계가 파탄에 이르면 이혼이 인정되고 있는 사회에서는 부부간의 관계는 계약의 성질로 변하고 있다고 보아야 한다.

둘째, 부부 중심의 핵가족이 더 이상 현대사회의 지배적인 가족형태가 아니라는 점이다. 우리사회에서 부부중심의 핵가족이 여전히 높은 비율을 차지하고 있지만, 가족형태는 많은 변화가 오고 있음은 부인하기 어렵다. 한부모 가족, 독신가구, 노인단독가구, 동성애 커플 등의 변화는 가족에 대한 이데올로기가 가족주의적 관점에서 가족의 안녕, 번영을 중시하던 차원

6) Sussman, M. B., Steinmetz, S. K. & Peterson, G. W., Handbook of Marriage and the Family, A Division of Plenum, 1999, pp553-554.

에서 개인의 권리를 강조하는 형태로 변화하고 있음을 볼 수 있다.

셋째, 이처럼 가족의 다양화에 따라 가족의 구성원에 대한 법적 개념 역시 변화하고 있다. 결혼과 이혼, 재혼 등에 따른 가족변화의 추세는 가족 내 구성원간의 이해관계가 복잡하게 얽히게 된다. 즉 배우자 혹은 전 배우자 사이에서 재산분배, 자녀양육과 관련된 혈연관계나 가족관계의 재구성이 논쟁의 축이 되기도 한다.

넷째, 계약에 관해 문화적으로 새로이 형성된 사고는 가족이 혈연관계로 구성되는 것 뿐만 아니라, 사회적으로 구성될 수도 있다는 것이다. 그것은 혈연가족이 아니라 사회적 계약에 의해 이루어지는 가족, 입양이나 인공수정 등과 같은 관계로 인해 이루어지는 가족에 있어서는 현재의 가족법에서 명확한 구분을 하기가 쉽지 않다는 것이다. 이와 더불어 최근의 논쟁의 대상이 되는 동성애 커플에 대한 법적 지위의 부여 등 가족의 변화에 따른 법의 제정에 있어서 더 이상 부부중심의 핵가족만으로는 적용하기가 어려운 실정이다.

따라서 가족의 변화에 따른 법의 지체현상을 남녀평등 및 자녀의 이익이라는 관점에서 짚어보고, 이에 대한 개정방향에 대한 논의가 수반되어야 할 것이다.

2. 가족변화에 대한 대립적 관점

‘가족’의 개념이 무엇인지, ‘가족적 유대’를 어떻게 규정할 것인지에 대해서는 가족을 보는 시각에 따라 매우 다양하다. 그것은 특히 성과 세대에 따라 다른 입장을 나타낸다. 이렇게 다양한 관점은 일반적으로 보수주의, 중도주의, 진보주의, 그리고 여성주의의 입장이 대별된다.⁷⁾

7) Fagan P. F., "Current Perspectives on the Family". Feuds about Families: Conservative, Centrist, Liberal, and Feminist Perspective, Prentice Hall, Inc, 1999, pp2-29.

첫째, 보수주의적 시각이다. 이들은 생물학적 의미의 부모-자녀로 이루어진 전통적 형태의 가족과 전통적 성역할이 가치 있다고 간주한다. 보수적인 입장에서는 가족이 해체됨으로 인해 가족 가치의 혼란을 야기하고, 그로 인해 가족은 위기 상황에 처하게 된다고 한다. 이때 위기란 두 가지 의미를 지니는데 하나는 가족의 해체로 인해 여러 가지 사회 문제를 초래하게 된다는 것이다. 또 다른 의미는 전통적 가족은 더 이상 제도로서 존재하지 않게 될 지도 모른다는 회의이다. 여기에는 정상가족과 문제가족을 나누는 시각이 내재되어 있다. 즉 정상적인 가족 형태를 벗어나는 가족들은 가족 구조상의 결함이 가족 기능상의 결함으로 이어져 사회문제를 발생하고 있다는 견해⁸⁾가 지배적이다.

이들은 이혼과 혼외 출산의 증가를 주요지표로 보고 있다. 즉 결혼은 가족형성과 사회적 성원의 재생산을 도모하는 제도로서 개인에게는 '사회적 의무'이자 규범이다. 이혼은 가족의 형성과 사회적 성원의 재생산, 그리고 가치관의 전수를 통한 사회통제의 기능을 상실하기 때문에 가족을 유지시키는 방안을 모색해야 한다는 것이다.

둘째, 중도주의적 관점은 혼인한 부부-자녀로 이루어진 가족을 강조하고 있으나 전통적인 성역할을 전제하고 있지는 않다. 취업모에 대한 수용적이며, 아동보육시설의 설립 및 질적 향상 등을 강조한다. 그러나 이들은 어머니들이 자녀양육에 우선권을 둔다면 가족에게는 훨씬 우호적이라는 견해를 보이고 있다. 보수주의자들은 가족구조와 유형에 있어서 과거로 회기하자는 데에 초점을 맞추고 있는 반면에 중도주의자들은 가족은 개인의 욕구와 권리를 강조하며 "공동의 책임"을 질 수 있도록 지원해야 한다고 주장한다. 이들은 가족의 문제는 개인적 책임의 부재, 특히 가족에서 부모의 기여의 부족, 그리고 자녀의 양육보다는 자신에게 더 많은 관심을 가지고 있는 성인의 단순한 이기심에서 출발한다고 본다⁹⁾.

8) 임인숙, "미국학계의 가족변화와 정책과제", 「가족과 문화, 제11집 1호」, 23-46면.

9) Fagan P. F., "Current Perspectives on the Family". Feuds about Families: Conservative, Centrist, Liberal, and Feminist Perspective, Prentice Hall, Inc, 1999, pp2-29.

셋째, 자유주의적 시각이다. 이들은 가족구성에 관한 한 다양성을 받아들이야 한다는 입장이다. 현재 사회의 주류문화가 현실과는 거리가 있는, 즉 인구의 다수가 보여주는 가족의 모습과는 다른 이미지의 가족을 그리고 있음을 지적하고 있다. 이제 그동안 가족과 관련된 이상 혹은 신화를 폐기하고 실제 사람들이 보여주고 있는 다양한 가족의 모습을 인정해 줄 것을 강조한다. 기존의 가족 형태와는 다른 다양한 가족은 구조상 형태를 달리할 뿐이므로, 이들 가족이 수행해야 하는 기능의 문제를 보완하는 것이 중요하다(10).

이들은 아동의 이해와 성인의 이해가 균형을 이루도록 정책이 개발되어야 하며, 특히 여성의 경제적 자립을 인정해야 하고 그러기 위해서는 남성들이 가사노동과 육아책임을 공평하게 분담하는 등 권리와 책임을 공평하게 분배하는 정책이 필요하다고 보고 있다. 또한 다양한 가족을 인정하면서 한부모가족, 1인가구 등이 가지기 쉬운 취약점을 국가가 법, 경제적, 물질적 지원 등의 정책을 통해 보완해 주어야 한다고 본다(11).

넷째, 여성주의적 시각이다. 이들은 진보주의자와 마찬가지로 다양한 가족의 형태가 존재함을 인정하면서, 남자들도 가사와 자녀양육의 임무를 공유해야 한다고 주장한다. 일반적으로 사회주의적, 급진적 여성주의의 입장은 “가부장제의 핵심적인 제도는 가족이다. 가족은 근대사회의 거울이며, 사회와 연결되어 있다”(12)는 시각에서 가족문제를 접근하며, 가정 내에서 여성의 종속적 위치, 여성의 신체적 조건으로 인한 사회적 어려움을 정책으로 해결해야 한다는 것이다.

10) 변화순외, 「한국가족의 변화와 여성의 역할 및 지위에 관한 연구」, 한국여성개발원, 2000, 참고.

11) 변화순, "가부장적 군사문화가 여성의 삶에 미친 영향", 「광복50주년 기념논문집」, 한국학술진흥재단, 광복 50주년 기념사업위원회, 1995, 참고.

12) 케네트 밀레트, 「여성해방운동의 이념: 성의 정치학」, 크리스찬아카데미, 1976, 참고.

Ⅲ

가족 변화에 따른 쟁점 및 관련법의 입법 방향

1. 이혼	17
2. 재혼	53
3. 사실혼과 동거	76
4. 미혼모	109
5. 인공출산	140
6. 동성애	172
7. 국제결혼	211



1. 이혼

가. 이혼의 현황과 문제

최근 우리나라에서는 이혼이 증가하고 있고, 그에 따라 이혼자녀의 수도 급격히 늘어나고 있다. 2002년 3월 통계청이 발표한 통계자료에 의하면, 이혼건수는 1970년 11,600건, 1990년 45,700건, 2000년 120,000건, 2001년 135,000건이고, 이를 다시 인구 천명당 이혼건수를 나타내는 조이혼율로 보면, 1970년 0.4건, 1990년 1.1건, 2000년 2.5건, 2001년 2.8건인 것으로 나타났다<표 1>.

전체 이혼건수 중 협의이혼은 111,688건(82.7%), 재판상 이혼은 22,646건(16.8%), 미상 680건(0.5%)으로 협의이혼이 대다수를 차지한다. 이혼 후 문제가 되는 점은 경제적 어려움을 지닌 배우자 부양과 자녀 양육에 대한 친권과 양육권에 대한 문제이다.

이혼 후 배우자에게 있어서 재산분할권을 인정하고 있지만, 결혼시 부부의 재산권에 관해서 부부별산제 혹은 부부공유제에 대한 논의, 이에 따른 세법, 보상급부제도 및 자녀양육에 따른 양육비의 지급 등은 여전히 배우자의 부양적 측면을 고려하고 있지 못하다. 이는 재산분할 청구권에 가정주부의 가사노동에 대한 낮은 평가와 부양적 성질의 분할이 제대로 이행되고 있지 못하는 현실과 부양적 재산분할의 법적근거가 명확하지 못한데서 그 원인을 찾을 수 있다.¹³⁾

또한 2001년 이혼당시 20세미만 자녀를 두고 있는 경우가 70.3%(94,900건)이고, 그 중 2명이 34.6%(46,700건)로 가장 많고, 1명이 31.2%(42,200건), 3명 이상이 4.5%(6,000건)의 순이며, 자녀가 없는 경우는 29.7%(40,100건)이었다. 여기서 20세미만 자녀를 둔 94,900건의 이혼건수에 자녀수를 곱하면, 최소한 15만 명 이상의 미성년자녀가 부모의 이혼으로 인해 고통을 받았을

13) 변화순, 조은희, 백승흠, 「이혼후 배우자부양법에 관한 연구」, 2003, 국회여성특별위원회.

것으로 추측할 수 있다.

<표 III-1> 이혼율 및 재혼율의 변화

단위: 천명, 건수, %, %

연도	총인구 (천명)	이혼수	조이혼율 (%)	결혼에 대한 이혼율(%)	재혼구성비
1970	31,458	11,615	0.4	3.9	8.5
1975	35,341	16,453	0.5	5.8	7.4
1980	37,417	23,662	0.6	5.9	7.8
1985	40,420	38,838	1.0	10.3	9.4
1990	43,390	45,694	1.1	11.4	10.7
1995	44,564	68,279	1.5	17.1	13.7
2000	45,985	119,982	2.5	35.9	18
2002	47,640	145,324	3.0	47.4	

출처: 통계청, 해당연도별 「인구주택총조사보고서」, 「인구동태통계연보」.

재혼이라 함은 남(초혼)-여(재혼), 남(재혼)-여(초혼), 남(재혼)-여(재혼)을 의미한다.

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

또한 보건복지부와 한국보건사회연구원이 1998년에 발표한 조사결과에 의하면, 전국 아동복지시설 271개소에 수용되어 있는 아동 16,620명 가운데 93.8%는 부모가 생존해 있고, 그 원인이 대부분 부모의 행방불명, 이혼 및 양육포기인 것으로 밝혀져 이혼자녀들이 부모 양쪽으로부터 버림받는 사태가 발생하고 있다. 이상의 통계수치들은 이혼의 증가와 함께 이혼가정의 자녀문제가 심각할 것이라는 사실을 보여주고 있다.

한편 서울가정법원에서 1999년에 처리한 이혼사건 중 친권자 및 양육자 지정이 있었던 200건을 분석한 결과를 보면, 자녀양육자로 모(母)가 지정된 경우가 132건(66%)이었고, 부(父)가 지정된 경우는 64건(32%)이었으며, 부

모가 자녀를 나누어 양육하는 경우가 4건(2%)이었다. 더구나 가정법률상담소가 2001년에 조사한 결과에 따르면, 이혼하고 자녀를 양육하는 여성의 61.3%(자녀를 양육하고 있는 별거여성의 경우에는 81.8%)가 양육비를 제대로 지급받지 못한 것으로 나타났다. 이와 같이 이혼 후 자녀를 모가 양육하는 경우가 2배 이상 많은 것으로 볼 때, 이혼여성들이 생계문제 해결, 자녀양육책임, 사회적응문제 등 다양한 부담을 안게 된다는 것을 쉽게 알 수 있다.

어렵게 양육비 지급판결을 받아도 소식을 끊거나 직장을 그만 둔 경우, 또 재산을 다른 사람의 명의로 돌린 경우 등에는 집행방법이 막혀 버리게 된다. 결국 상대방이 고의로 양육비 지급을 회피할 경우 대응방책이 없어 양육비 청구를 아예 포기해 버리는 경우가 나타나게 되고 이것이 이혼가정 자녀의 복지에 심각한 위협이 되는 것이다.

이와 같이 이혼의 증가에 따라 이혼한 부부의 자녀들, 특히 미성년자녀들은 자신의 의사와는 상관없이 부모의 이혼으로 인해 경제적, 심리적 어려움을 겪게 되며, 자녀의 복리가 침해될 가능성이 높다. 따라서 이혼과정에서 자녀보호를 위한 친권자, 양육자의 결정, 양육비 지급에 관한 합의, 면접교섭권 확보 등이 자녀복리의 관점에서 논의되어야 한다. 본장에서는 친권부분만이 논의될 것이며, 나머지 부분은 재혼부분에서 다루어질 것이다.

나. 이혼 후 배우자 부양

1) 서설

부부가 이혼을 하게 되면 그들 사이에 존재했던 부양의무 관계는 소멸한다. 그러므로 이혼하는 각 배우자들에게 있어 가장 중요한 문제 중의 하나는 이혼 후 자신의 생계를 스스로 책임질 수 있는가 하는 문제일 것이다. 특히 사회적 약자인 배우자에게 있어 이혼 후 부양의 문제는 무엇보다도

중요하다. 왜냐하면 부양의 문제는 그들의 생존과 직결되는 문제이기 때문이다.

우리나라의 현행법상 이혼시 부양의 가능성을 제공하는 두 기능은 위자료청구권과 재산분할청구권이다. 그러나 결론적으로 이 두 제도는 이혼배우자의 부양문제를 해결하지 못하고 있는 실정이다. 이로 인해 이혼배우자 특히 사회적 약자인 이혼배우자가 이혼으로 인해 맞을 수 있는 심한 경제적 위기를 고려한 법적인 구제가 요청된다.

2) 쟁점

가) 우리나라 현행 이혼법상 이혼의 부양

(1) 손해배상청구권(위자료)

위자료는 민법상 사용되는 법전상의 용어는 아니지만 강학(講學)이나 실무에서 사용되는 용어로서 이는 정신적인 고통 내지는 정신적인 손해에 대한 배상을 의미한다. 정신적인 손해는 기본적으로 재산상의 손해와는 달리 금전적인 가치로 배상하기는 매우 어렵다. 이러한 정신적 손해에 대한 특수성으로 인하여 그 평가는 전적으로 법관의 재량에 의하도록 하고 있다. 현행 위자료청구권은 이혼한 배우자의 부양적 의미를 지니고 있는 이혼급부로서 여전히 중요한 의미를 지닌다. 민법은 이혼의 경우, 당사자 일방은 과실 있는 상대방에 대하여 이로 인한 재산상의 손해와 정신적 고통에 대한 손해배상 즉, 위자료를 청구할 수 있다고 규정하고 있다(민법 제843조에 의한 806조의 준용). 무책배우자가 혼인생활의 파탄으로 인하여 받은 정신적 고통에 대해서 유책배우자는 위자할 의무가 있는 것이다. 위자료는 이혼에 이른 원인행위가 불법행위의 요건을 충족하는 경우, 그 원인행위는 민법 제750조, 제751조의 불법행위가 되고, 이로 인한 정신적 고통에 대한 손해배상을 이혼위자료로 파악함은 민법 제806조의 규정상 명백하다. 그러나 이혼위자료는 유책행위에 대한 정신적 고통에 대한 위자 보다는 오히려 이혼자체로 인한 정신적 고통에 대한 위자의 필요성이 더욱 강조되어야 한

다고 본다.

따라서 이혼위자료의 법적 성격은 어느 한 면을 강조하기보다는 유책배우자의 불법행위로 인한 정신적 고통에 대한 손해배상과 이혼 그 자체로 인한 정신적 고통에 대한 손해배상으로 새기는 것이 타당할 것이다.

재산분할청구권 제도가 도입되기 이전(1990년 이전)에 위자료청구는 유일한 이혼급부였다. 이혼 당사자는 이혼과 함께 일정한 액수의 위자료를 청구할 수 있을 뿐이었다. 판사의 재량에 따라 위자료의 액수를 산정 할 때 쌍방의 재산상태, 재산형성의 경위 등을 참작한 기타상황들이 고려되었다.¹⁴⁾ 그러나 재산분할청구권이 인정되면서 이혼위자료와 재산분할청구권은 그 내용면에서 법적인 역할의 분명한 한계점을 필요로 하게 되었으며 이에 따라 위자료의 구체적인 내용을 규명할 필요성이 커지게 되었다. 이혼과 관련하여 발생하는 재산상의 손해에 대한 소(訴)는 드물고 주로 정신적 고통으로 인한 손해배상을 청구하고 있다¹⁵⁾. 실질적으로 재산분할청구권이 도입되기 이전 위자료는 기타 모든 사항들(재산상황, 연령, 생활능력, 혼인생활기간 등)이 고려되어졌기 때문에 그 당시의 위자료는 이혼 후 부양에 대한 상황 역시 고려되었다. 그러나 현행법의 위자료의 의미는 정신적 고통에 대한 손해배상으로 그 의미가 점차적으로 축소되어가고 있다¹⁶⁾.

그러나 위자료가 갖는 부양급부로서의 의미에도 불구하고 유책주의 이혼과 함께 위자료청구권은 많은 문제점들을 내포하고 있다. 우선 위자료청구권에서 혼인 파탄에 원인을 제공한 유책자가 누구인가는 중요하다. 유책배우자는 무책배우자에게 손해배상을 해야 한다. 재판상 이혼에 있어서 유책자를 결정하는 과정은 서로의 유책을 증명하여야 한다. 이를 증명하기

14) 법원은 위자료 산정결정에 있어서 반드시 증거에 의하지 않았으며 유책행위의 존부만을 확인한후 재량에 의하여 그 금액이 결정되었으므로 위자료 액수에 대한 심리는 부자적인 것으로 밀리는 경향이 많았으므로 그 결과 이혼위자료의 법적인 성격에 관한 고찰이 신중하게 이루어지지 않았다(박순성, "이혼을 원인으로 하는 손해배상청구권의 법적성격", 재판자료 제62집: 가정법원사건의 제 문제(서울 가정법원 창립 30주년 기념특집), 법원행정처, 1993, 522면; 최창렬, 전개논문, 44면.

15) 최창렬, "이혼에 따른 위자료의 법적 성질에 관한 고찰", 「가족법연구 제14호」, 2000, 47면.

16) 이상석, 「이혼과 위자료」, 1997, 292면.

위해 혼인관계가 파탄된 부부는 모든 부부생활의 사건들을 들추어 낼 수 밖에 없으며 이혼하려는 이들 부부사이에서 이러한 과정은 그들의 관계를 더욱 더 악화시킨다. 파탄에 이른 경위와 그에 따른 책임을 일일이 다 입증하기란 어려운 일이며 부부파탄은 결과적으로 각 배우자에게 다소나마 책임이 있을 수 있다. 합의이혼에 있어서도 많은 다수의 이혼하려는 부부들은 위자료 액수를 합의 하기 위해 심한 논쟁을 벌이게 된다. 이러한 논쟁과정에서 마찬가지로 이들의 관계는 더욱 피폐화 되어간다.

다른 문제로, 또한 사회적 약자인 주부가 유책자로 결정되어질 때¹⁷⁾ 남편보다 경제적으로 더 가혹한 경우에 처하게 된다. 오히려 처가 얼마간의 재산이 있다면 남편에게 이혼을 통한 정신적 고통에 대한 손해배상을 하여야 할 것이다.

더 나아가 현실상 우리나라에서 사회적 약자인 배우자가 위자료를 청구할 수 있다고 하여도 위자료는 유책배우자의 재산상태에 따라 위자료액수가 산정되기 때문에 경제적 능력이 없거나 적은 유책 배우자에게서 적정의 위자료를 기대할 수는 없다.

이와 같은 문제를 해결할 수 있는 것은 이혼 후 배우자 부양법을 통한 것이다. 이는 이혼시 경제적 능력이 있는 배우자가 이혼 당시 특별한 재산이 없다하여도 그가 경제활동을 통하여 얻는 월급의 일부를 상대배우자에게 부양비로 지불하는 것이다. 우리나라에서 일시적인 이혼급부로 행하여졌던 위자료청구권이 독일식의 부양비지불형태가 적합한지에 대하여는 보다 논의되어야 할 문제이기도 하다¹⁸⁾. 그러나 결과적으로 이혼하는 배우자의 현존하는 재산으로 이혼급부를 한정시킨다는 것은 무리라고 생각되어진다. 왜냐하면 현존하는 재산이 적은 혹은 없는 경우 이혼급부는 기대할 수 없기 때문이다. 결국 이런 경우 기대할 수 있는 것은 경제활동을 하는 배우자의 월소득에 의존할 수밖에 없다. 이러한 부양비는 사회적 약자인

17) 김민규, “이혼원인에 관한 논의와 그 실태”, 『가족법연구 제14호』, 2000, 19면; 부가 부정 행위를 이혼사유로 한 이혼청구소송에서 피고가 된 경우는 연평균 24.8% 그리고 처의 경우는 연평균 21.8%를 기록하고 있다.

18) 이상태, “재산분할청구권의 부양적 성질”, 『아세아여성법학』, 2001, 90면.

배우자가 스스로의 생계를 책임질 수 있을 때까지 일정한 기간내에 지급되어야 할 것이다.

(2) 이혼후 배우자 부양과 재산분할청구권

(가) 재산분할청구권의 청산적 성질

재산분할청구권은 이혼하는 배우자에게 있어 아주 중요한 부양을 위한 공급원이 된다. 위자료와는 달리 재산분할청구권에 의한 재산의 분할은 이혼의 유책여부와는 무관하게 적용되어지기 때문에 더욱 큰 의미를 지닌다. 재산분할청구권의 규정에 따라 이혼시 한 배우자는 상대배우자에게 “공동으로 협력하여 이룬 재산”에 대한 분할을 청구할 수 있다(민법 제839조의 2)¹⁹⁾. 법정재산제인 부부별산제하에서 부부의 재산은 각기 별산이므로 혼인 중 각자 자신의 재산에 대한 수익, 관리, 처분이 이루어지지만 이혼시 이들 재산이 비록 한 사람의 명의로 이루어진 재산이라 할지라도 “실질적으로 공동으로 협력하여 이룬 재산”이라면 이 재산은 분할되고 있다. 이혼시 부부의 재산이 청산되어질 때 가장 중요한 핵심은 재산의 공정한 분배가 이루어지고 있는가 하는 문제일 것이다. 공정한 분배라는 문제는 좀 더 구체적으로 여성이 전담하고 있는 가사노동과 자녀양육에 대한 노동을 어떻게 평가할 것이냐 하는 문제이기도 하다. 이러한 의미에서 재산분할청구권 제도의 신설(1990년)은 우선 가사노동이 경제적 가치를 평가받을 수 있다는데 높이 평가되고 있다. 그러나 가사노동과 관련하여 재산분할청구권이 안고 있는 문제점은 재산분할의 산정에 있어 중요한 기준이 되는 배우자의 기여도를 평가함에 있어서 가사노동의 가치가 낮게 평가되고 있다는 것이다. 일반적으로 전업주부의 기여도는 맞벌이형과 가업협력형에 비하여 낮게 평가되고 있으며 대부분 전업주부의 기여도는 20~30%로 인정되고 있는데 그 이외에도 2/5, 1/2, 1/5 또는 1/4 등의 순으로 나타나고 있다.²⁰⁾

19) 독일의 부부재산제는 혼인 중 부부의 재산이 어떻게 작용하는가를 또한 이혼시 부부재산이 어떻게 분할되어지는가를 규정한다.

20) 김찬식, “이혼으로 인한 재산분할 및 위자료에 관한 실증적 연구”, 명지대학교, 1997, 120-121면.

이와 관련하여 독일법의 경우에 있어서 이혼시 잉여의 청산은 각 배우자의 나중재산에서 처음재산을 공제한 후 얻은 잉여재산에 높은 잉여재산을 갖은 배우자의 잉여에서 낮은 잉여재산을 갖은 배우자의 잉여를 뺀 액수의 반이 청구액이 된다²¹⁾. 독일법의 이러한 산정방법은 전업주부의 가사노동과 경제활동을 하는 배우자의 노동을 동일한 것으로 평가하고 있는 것이다.

(나) 부양적 성질의 재산분할

민법이 규정하고 있는 제839조의2 재산분할청구제도는 혼인 중 취득한 재산의 청산이라는 성질과 더불어 이혼 후 경제력 없는 배우자에 대한 부양이라는 성질을 포함하고 있다²²⁾. 우리나라에서 재산분할청구권에 대한 분할대상은 현존하고 있는 재산에 대한 분할을 주로 의미하며,²³⁾ 이에 대법원 판례는 1993년 결정²⁴⁾에서 “부부가 혼인 중 취득한 실질적인 공동재산을 청산 분배하는 것을 주된 목적으로 하는 것”이라고 밝히고 있다. 더 나아가 재산분할청구권제도는 청산뿐 아니라 부양에도 관련이 있음을 명확히 밝히고 있다²⁵⁾. 가정법원에서는 “... 나아가 이혼 후에 경제적으로 어려워지는 당사자에 대한 부양을 목적으로 하는 것...”²⁶⁾ 또는 “재산분할제도는 부부가 혼인 중 상호협력에 의하여 이룩한 공동재산의 청산과 이혼 후에 경제적으로 곤궁을 겪게 되는 당사자에 대한 부양을 그 목적으로 하는 것”²⁷⁾ 등 부양적 의미의 재산분할을 명시하고 있다. 그러나 이러한 판례의

21) Gernhuber NJW 91, 2238..

22) 김주수, 친족상속법(법문사), 1997, 224, 226; 김성숙, “약혼법과 이혼법 정비를 위한 검토”, 「가족법연구」, 164면 재인용.

23) 여기서 무채재산, 예를 들어 혼인기간중 변호사 자격증을 취득한 남편이 장래에 많은 소득을 갖게 될 것이라는 명확한 추정에 의하여 재산분할산정시 고려의 대상이 되지만 실질적으로 없는 재산을 산정하는 것은 아니다.

24) 대결 1993. 5. 11, 93스6(법원공보, 1993. 6.1. [945], 1400).

25) 대판 1995. 10. 12, 95므175·182(법원공보 1995, 3780); 동 1997. 12. 26, 96므1076·1083(법원공보 1998. 2. 155(52), 514); 동 1998. 2. 13, 97므1486·1493(법원공보 1998. 3. 15(54), 767).

26) 서울가정법원판결 1991. 6. 13, 91드1220(하급심판결집 1991(2), 489); 동 1991. 7. 25, 90 드 12667·6515(하급심판결집 1991(2), 501).

명시에도 불구하고 실제로 부양적 재산분할을 인정하고 있는 예는 많지 않고 대부분 청산적 분할만 인정하고 있을 뿐만 아니라²⁸⁾ 부양적 재산분할의 이러한 명시도 대부분 1990년에 전반에 의한 것이고 최근에는 재산분할 청구의 목적이 청산과 부양의 양자에 있다는 것을 명시하는 예조차 줄어들고 있다. 이러한 것은 여전히 부양적 성질에 대한 법원의 인식이 낮은 수준에 있음을 말해주고 있다. 또한 부양적 의미의 분할은 부부의 공동재산이 아닌 한 배우자의 특유재산으로도 청구될 수 있는 것으로 해석되고 있음에도 불구하고 현실적으로 “기타 사정을 참작하여” 산정되는 부양적 의미의 재산분할은 청산적 분할과 함께 이루어지고 있기 때문에 실질적으로 어느 정도의 재산이 고려되었는지 알 수 없다. 그러므로 부양적 의미의 분할과 청산적 의미의 분할이 판결문에서 보다 명확히 구별되어야 할 것으로 생각한다. 더 나아가 청산적 의미와 부양적 의미의 분할은 서로 성질을 달리하므로 독자적인 향으로 분리하는 것도 바람직 할 것으로 생각한다.

여기서 또한 특별히 언급되어질 수 있는 다른 문제는 우리나라에서 혼인 파탄에 있어서 책임이 있는 유책배우자에게는 부양적 재산분할을 인정하고 있지 않는 경향에²⁹⁾ 관한 것이다. 독일법에서도 물론 재산의 분할에 있어서 청구 자체가 거절되어지는 경우가 있다. 이는 재산분할청구가 제반사정을 참작하여 볼 때 현저히 공평에 반하는 경우에 있어서 적용된다(독일민법 제1381조). 예로 들면 한 배우자가 오랫동안 혼인 중 자신의 부양 의무를 이행하지 않았을 경우 상대 배우자가 더 많은 재산의 잉여를 가져왔다 하더라도 재산의 분할을 청구할 수 없다. 위자료청구권이 유책배우자가 무책배우자에게 지급하는 이혼급부라면 부양적 성질의 분할은 유책이 배제된 고려사항이다. 위자료청구권을 통해 충족되어질 수 없는 문제들이 부양적 의미의 재산분할에서 기대될 수 있음에도 불구하고 현재 유책배우자에게

27) 서울가정법원판결 1991. 8. 8, 90드63238(하급심판결집 1991(2), 516); 동 1991. 11. 12, 91느4431(하급심판결집 1991(3), 582); 대구 지방법원판결 1999. 5. 25, 97느166613(하급심판결집 1999(1), 549).

28) 김성숙, “부양적 재산분할의 실태”, 「승실대법학논총 제9집」, 1996, 참조.

29) 이상태, 전계논문, 84면.

부양적 성질의 분할을 인정하지 않는 경향³⁰⁾은 유책의 존재여부와는 무관하게 다루어져야 할 부양적 의미의 재산분할의 목적에 부합하지 못하는 것으로 생각된다.

다음으로 생각해 볼 수 있는 문제는 사회적 약자인 배우자와 관련된 사항이다. 재산분할을 통한 청산적 분할이 부부가 공동으로 협력하여 이룩한 현존하는 재산의 분할이라고 할 때 만약 이러한 현존하는 재산이 없거나 혹은 있더라도 적을 경우, 다른 분할될 특유 재산도 역시 존재하지 않거나 적을 경우 이혼시 사회적 약자인 배우자는 부양의 문제에 있어서 가혹한 상황에 빠지게 될 것이다. 이 때 경제활동을 하는 남편은 이혼 후 계속적인 경제활동을 통하여 스스로의 생계를 유지하는데 어려움이 없으나 혼인기간 중 경제활동을 하지 않고 가사노동과 자녀양육에 전념하였던 가정주부는 이혼 후 우선 직업을 구하기 힘들고 분할되어진 재산도 없기 때문에 스스로의 생계를 책임져야 한다는 동일한 입장에서 처는 남편보다 더욱 가혹한 상황에 처하게 될 것이다. 이 때 이혼을 통하여 부부의 부양관계가 완전히 해소된다면 혼인기간 중 가사노동과 자녀양육을 담당하였던 배우자에게 너무 불공평한 규정이 아닌가 생각하여 볼 수 있다.

결론적으로 우리나라의 부양적 재산분할은 독자적인 의미로서의 역할을 하지 못하고 있는 것으로 생각되어진다. 이혼 후의 배우자 부양은 우선 유책과 무관하게 독자적인 개념 하에 적용되어야 하며 배우자가 이혼 후 스스로의 생계를 책임지기 어려운 상황에 처하게 될 전제조건을 갖춘 경우에 경제적으로 능력 있는 상대배우자는 상당한 기간동안 부양비를 지급하여야 할 것이다.

30) 이상태, 전계논문, 84면.

나) 유책주의에서 파탄주의로의 전환

(1) 유책주의 하에서의 부양

우리나라에서는 1960년 이후 이혼에 있어서 유책주의원칙을 채택하여 6가지의 이혼사유에 의하여 이혼을 할 수 있도록 규정하고 있다(민법 제840조)³¹⁾. 이혼사유 중 1~5호까지는 구체적인 원인을 규정하고 있으나 6호는 혼인의 파탄이 이혼의 원인이 될 수 있음을 규정하고 있다. 여기서 특히 주목할만한 것은 민법 제640조의 6호로써 이 조항이 유책성의 여부와 무관한 파탄주의를 명시하고 있지 않다는 것이다. 법원이 점차적으로 변형된 판결을 내리고는 있으나³²⁾ 실질적으로 법원은 유책자의 민법 제840조의6호에 따른 이혼청구를 거절하고 있다. 이는 대법원 판결(1987년)이 유책주의를 버리고 파탄주의를 도입한 판결이라고 볼 수는 없고 유책주의를 그대로 견지한 판결로 보인다.³³⁾ 이러한 경향으로 보아 여전히 우리나라에서는 민법 제840조의 6호가 유책주의의 원칙을 고수하고 있음을 알 수 있다. 이로써 민법 제840조 6호의 “기타 혼인을 계속할 수 없는 중대한 사유로 인한 이혼”은 위의 1~5호까지의 열거된 사유 이외에 사유로 이해된다.

(2) 파탄주의 이혼

파탄주의원칙에 의한 이혼은 단지 혼인관계가 파탄되었을 때 부부는 이혼할 수 있다(§1565 1조 제1항 BGB)³⁴⁾ 위와 같은 간단명료한 서술에 의한

31) 이혼원인: 1. 배우자에 부정한 행위가 있었을 때, 2. 배우자가 악의로 다른 일방을 유기한 때, 3. 배우자 또는 그 직계존속으로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때, 4. 자기의 직계존속이 배우자로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때, 5. 배우자의 생사가 3년이상 분명하지 아니한 때, 6. 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때(1990년 개정).

32) 김민규, “혼인원인에 관한 논의와 그 실태”, 『가족법연구 14호』, 8-10면.

33) 김민규, 전계논문, 11면.

34) 그러나 여기서 부차적으로 이에 대한 예외규정을 두고 있다: (1) 부부가 일년이 못되게 별거생활을 하였다 하더라도 상상할 수 없는 가혹이 존재할 경우 이혼은 가능하다 (제1565조 II 독일민법)(예: 남편의 폭행, 알코올중독자인 배우자). (2) 부부가 파탄되었다 하더라도 미성년자 자녀의 이익이 우선 되어질 경우 이혼할 수 없다. (3) 이혼을 당하는 배우자에게 가혹한 상황으로 어려움을 겪게 될 경우에 이혼을 할 수 없다(제1568조 I 독일민법). 실질적으로 (2), (3)의 경우에 이혼이 제한되어지는 경우는 그리 많지 않다.

규정에서 파탄주의하의 이혼은 배우자의 유책과는 아무런 관계가 없음을 알 수 있다. 단지 부부관계가 파탄되었을 때 이혼이 가능하므로 이혼을 원하는 배우자는 부부의 파탄을 증명하면 되는 것이다. 그렇다면 부부가 파탄된 것을 어떻게 증명할 수 있는가? 이에 대한 두 가지 전제요건을 독일 민법 제1565조 제1항에 규정하고 있다. 부부의 파탄은 ① 부부생활이 더 이상 존재하지 않을 때, 그리고 ② 부부생활이 더 이상 기대될 수 없을 때 혼인관계는 파탄에 이른 것이다. 첫 번째 전제요건이 가정이라면 두 번째의 요건은 이에 따른 예측이 될 것이다. 부부생활이 존재하지 않으므로 부부의 공동생활을 더 이상 다시 기대할 수 없다는 것이 예측되어지는 것이다.³⁵⁾ 부부생활이 더 이상 존립하지 않는다는 것은 부부 상호간에 객관적으로 부부공동생활이 존재하지 않는다는 것과 부부의 내면적인 연결(Bindung)관계가 더 이상 존재하지 않는 상태임을 의미한다.³⁶⁾ 즉, 독일민법 제1566조에 의하여 부부의 파탄이 다음과 같은 경우에 추정되어진다. 우선은 합의이혼에 있어서 한 배우자가 이혼청구(혹은 양 배우자가 이혼신청을 해도 되고)하고 혹은 다른 배우자가 이에 동의한 후 별거생활 1년이 경과한 때에 혼인이 파탄되었다고 추정한다(제1566조 제1항 독일민법). 한 배우자만이 이혼을 원할 때 그 배우자가 이혼청구를 한 후 3년의 별거생활이 있으면 부부가 파탄의 상태에 빠졌음이 간접적으로 추정되어진다(제1566조 제2항 독일민법). 판사는 합의이혼이 독일민법 제1566조 제1항에 의한 전제요건인 1년이 경과되었는지를 또한 독일민사소송법 제616조에 따라 부부간의 이혼합의가 사실인지를 조사한다³⁷⁾.

35) Bernd von Heintschel-Heinegg/Gerhardt, Materielles Scheidungsrecht, 1992, S. 6-7.

36) Jaeger in Johannsen-Henrich §1565 BGB Rdnr. 10 그리고 Schwab/Schwab, Handbuch des Scheidungsrecht, §1565 BGB Rdnr. 16ff. 두 사람은 이 의견에 합치를 보고 있다. 부부가 한 집에서 함께 살고 있다고 할지라도 방을 따로 쓰면서 전혀 공동생활이 행해지고 있지 않을 때 이미 부부사이에는 내면적인 연결관계가 끊어진 상태이다. 그러므로 이를 부부의 공동생활이 존재한다고 보지 않는다.

37) Von Eva Marie von Muench, Die Scheidung nach neuem Recht, 1996, S. 20.

(3) 유책주의에서 파탄주의로의 전환

우리나라가 유책주의 이혼을 고수하고 있는 반면 외국의 이혼법은 많은 국가가 유책주의에서 파탄주의로의 전환하였다. 독일법에서 유책주의³⁸⁾에서 파탄주의로의 변천과정을 살펴보면 우선 파탄주의로의 전환은 유책주의의 문제를 해결하고자 하는데 있었다³⁹⁾.

기존 유책주의하에서 중요한 것은 누가 혼인파탄의 원인을 제공하였으며 부부관계를 파탄시켰느냐는 것이다. 이는 부양의 문제와 관련되어 혼인 파탄의 원인을 제공한 유책자가 이혼 후의 부양도 책임을 졌다(\$58 Ehegesetz a.F). 남편이 이혼사유를 제공한 경우 처가 이혼을 원한다면 쉽게 이혼할 수 있었고(원치 않는다면 이혼할 수 없었다), 이혼 후 처는 시간에 제한 없는 부양청구권을 남편에 대해 갖고 있었다. 이 경우에 남편이 경제적 능력이 있는 한 이혼 후에도 처는 재정적으로 안정된 상태에 있었던 것이다. 그러나 반대로 처가 혼인에 반하는 행위를 한 경우 남편이 이혼을 원할 때 이혼 후 부양과 관련하여 사회적 약자인 처는 대단히 가혹한 상황⁴⁰⁾에 처할 수밖에 없었다. 유책주의원칙으로 일관하였던 이혼과 이혼후의 부양법이 1960년대 말부터 혼인파탄에 대한 이혼법이 제거되거나 그 역할이 줄어들기 시작하면서 변화의 필요성이 대두되기 시작하였다. 우선적으로 이 분야의 법을 재검토하는 과정이 시작되었고 성적 평등이라는 자명한 원리를 새롭게 조명하여 성에 기초한 과거의 부양법을 폐기할 것이 요구되었다⁴¹⁾. 이와 관련하여 법학자들의 학설은 부부의 믿음이 법과 도덕과의 관계에서 법으로 실현될 수 있는 것이냐 하는 문제에 부딪치게 되었다. 법학자들의

38) 카톨릭 교회는 이혼의 금지를 고수하였다. 이로 인해 바이어른주만 해도(카톨릭지역) 1875년에 호적법(Personenstandgesetz)이 제정되기까지 여전히 이혼을 금지하였던 것이다. 신교도는 이혼에 대한 완화된 입장에서 계속적으로 유책주의의 원칙을 일관하면서 국가의 혼인법과 함께 융화되어져 갔다(Beizke/Luederiz, Juristische Kurz- Lehrbuecher Familienrecht, 1992, S. 168).

39) Wellenhofer-Klein, Die Abkehr von der Ehe als Unterhaltsausschlussgrund nach 1579 Nr. 6 BGB, 1995, S. 908.

40) Tilo Ramm, "Zur Neueregelung des Rechts der Ehescheidung und der Scheidungsfolgen", FamRZ, 70, 753.

41) Mary Ann Glendon(한복용 역), 『전환기의 가족법』, 1997, 289면.

이론에 의하면 부부의 믿음은 법으로 더 이상 실현할 수도 그리고 강요되어 질 수도 없다는 것이다. 부부의 믿음은 관습상의 명령이고 동시에 법질서에 속하기는 하나, 이것은 부부의 공동생활을 위한(§1353 BGB) 가정내의 의무의 부분으로 제한된다⁴²⁾. 또한 이혼률이 증가하면서 이혼하는 부부의 파탄경위와 그에 따른 파탄의 책임을 일일이 다 입증하기란 어렵다는 것이 문제점으로 대두되었으며 혼인의 파탄은 결과적으로는 각 배우자 모두에게 다소나마 책임이 있다고 여겨졌다⁴³⁾. 결국 독일에서는 1977년부터 이혼법의 혁명이라고 할 수 있는 유책주의에서 파탄주의로의 전환을 가져오게 됨으로 유책의 문제를 떨쳐버리고 파탄에 이른 부부는 어떤 특정한 이혼사유 없이 이혼은 가능하게 되었다⁴⁴⁾. 이러한 전환은 또한 부양법의 개정을 필요로 하였다. 독일법에서 부부의 이혼을 인정하는데는 다음과 같은 일정한 변천과정을 거쳤다. 1900년 독일 이혼법⁴⁵⁾에서 이혼사유는 간통(Ehebruch §1565 BGB), 배우자의 생명을 해치려는 행위(Lebensnachstellung §1566 BGB), 악의의 유기(böse williges Verlassen §1567 BGB), 정신병(Krankheit §1568 BGB)이였고, 혼인파탄을 원인으로 한 이혼도 가능하였다. 이는 배우자의 심한 책임위반이나 관습에 반하는 행동을 통한 유책으로 인한 혼인파탄(§1568 BGB)인 경우였다. 그 후 1938년 이후 이혼법은 유책에 관한 사유뿐만 아니라 유책과는 무관한 이혼 즉 불임, 고약한 냄새 나는 병, 정신질환을 통한 사유로도 이혼할 수 있었다. 혼인파탄을 통한 이혼사유는 부부가 최소한 3년 이상 별거생활을 하였고 다시 부부생활을 시작하는 것이 기대되지 않을 경우(§55 EheG) 가능하게 하였다. 그 후 1977년 이후부터 이혼은 단 한가지 이혼사유, 즉 혼인파탄을 원인으로 한 무책의 파탄주의로 전환하게 되었던 것이다.

42) Norbert Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 1996, S. 5: 독일에서 간통은 1969년까지 처벌하였다.

43) Von Eva Marie von Muench, Die Scheidung nach neunem Recht, 1996, S. 35.

44) Von Eva Marie von Muench, 전게서, S. 35.

45) Am 18. August 1896 vom Deutschen Reichstag verabschiedet; Larenz AT, 1967, S. 11ff; Wesenberg, Neure deutsche Privatrechtsgeschichte, 1985, S. 171ff.

우리나라에서 파탄주의로 전환하기 어려운 사회적 상황은 우선 파탄주의로의 전환이 가(家)의 유지를 중시하는 우리 사회에서 이혼률을 증가시키는 요소가 될 수 있으며 여전히 또한 파탄주의로의 전환이 사회적 약자인 여성에게 유리하지 않다는 점에서 문제가 될 수 있다⁴⁶⁾. 그러나 이에 대한 반론은 제기될 수 있다. 연구결과에 따르면 이혼법이 엄격하다고 하여 이혼율이 증가하는 경향을 억제할 수 있는 것은 아니라고 한다⁴⁷⁾. 서양문화권내의 국가들의 이혼율이 종래에는 아세아권내의 국가들의 그것에 비해 월등 높았다. 그러나 1998년 통계에서 우리나라의 이혼율이 급격하게 상승되고 있음은 놀라지 않을 수 없다⁴⁸⁾. 유책주의 이혼을 고수하고 있는 우리나라에서의 이러한 이혼율에 대한 통계는 파탄주의 이혼을 채택하고 있는 서양의 국가들과 비교하여 볼 때 위의 연구결과를 증명해 주고 있는 셈이다.

파탄주의로의 전환이 사회적 약자인 여성에게 유리하지 않다는 점에서도 역시 반론은 제시되어 질 수 있다. 우리나라의 경우 이혼급부인 위자료를 통하여 이혼 후 부양의 문제를 해결하여 왔다. 재산분할청구권제도가 민법에 도입되기 전 위자료청구권은 유일한 이혼급부로서 판사는 여러 사정을 고려(재산상태, 혼인경위, 유책정도, 이혼 후 부양상태, ...)하여 이혼의 유책배우자에게 일정한 위자료지급을 선고하였다. 당시 이혼을 청구하는 무책배우자는 대부분이 여성이었다. 여성 특히 가정주부가 여전히 사회적 약자인 것은 예나 지금이 달라진 것은 없다. 그러나 여기서 주시하여야 할 것은 이혼율이 증가하면서 한편 이혼을 신청하는 여성의 수가 증가하고 있으며 여성이 이혼의 유책자인 경우도 증가하고 있다⁴⁹⁾는 사실이다. 이렇게

46) 간통죄의 폐지를 여성계에서는 반대하는 것과 같은 맥락에서 이렇게 생각하였다.

47) M. Rheinstein, op. cit., 1972, pp.292-293; 한봉희, "파탄주의 이혼원인의 재문제", 『가족법 논집(남송 한봉희교수 정년기념)』, 찬글, 1999, 447면.

48) 배경숙, "발간사", 『아세아여성법학』, 2001, 4호, 1면참조: 일본평성 10년 인구동태통계에 의하면 인구 1000명에 대한 이혼률을 조사한 결과 일본 1.94%(1998), 미국 4.44%(1998), 스웨덴 1.90%(1998), 이탈리아(카톨릭의 영향으로) 0.4%(1998), 대만 2.37% (2000년 태복 『민생일보』 2000년 11월 19일), 한국 2.6% 『한국인의 백과사전 조선일보사, 월간조선 2000년 1월호 부록』이다

49) 김민규, "이혼원인에 관한 논의와 그 실태", 『가족법연구』, 2000, 14호, 19면; 부가 부정행

되면 유책주의의 이혼에서 위자료청구권이 사회적 약자인 여성을 보호한다는 주장은 오히려 무책배우자만을 보호하는 것으로 그 보호영역은 축소되어지고 유책배우자이면서 여전히 사회적 약자인 여성은 보호받지 못하는 상태에 처하게 된다.

이혼법의 체계가 유책주의하에 있느냐 파탄주의하에 있느냐에 따라 부양에 관한 결과가 달라질 것이다. 유책주의원칙하에서의 이혼은 이혼에 원인을 제공한 사람이 위자료를 부담하게 되므로 무책배우자는 위자료를 받게 되는 경우 이혼 후 위자료는 자신의 생활을 위한 비용으로 쓰게 된다. 파탄주의하에서의 이혼은 이혼사실 그 자체보다는 이혼을 통해 야기되어질 수 있는 자녀양육문제, 이혼 후 배우자의 부양의 문제, 재산분할 등에 관심이 집중되면서 이혼후의 부양 문제에 있어서도 유무책과는 관계없이 경제적 능력이 있는 배우자가 경제적 능력이 없는 배우자를 부양하는 것으로 하고 있다. 독일에서 유책주의에서 파탄주의로의 전환은 민사혼인법을 가진 현대 국가들이 부부 프라이버시 영역에서 철수 한 것으로 이해되며 이는 충분히 받아들여지고 있는 것으로 당시 타임지(Die Zeit)⁵⁰⁾는 표현하고 있다⁵¹⁾.

이러한 의미에서 국가는 부부의 사적영역인 이혼사유에 대해서 간섭을 하지 않게 되었으나 국가의 개입은 사회적 약자를 보호하는 쪽으로 사회적 약자인 처와 자녀가 이혼을 통해 가혹한 결과가 초래하지 않도록 특히 경제적인 측면에서 배려하고자 하는 경향을 볼 때 유책주의 이혼에서 파탄주의로의 전환은 사회적 약자, 즉 가정주부의 가사노동에 대한 보다 더 공정한 평가로 보여진다.

이혼 후 부양의 문제는 유책주의 이혼과 함께 고찰되어야 한다. 이는 유책주의에서 파탄주의로 전환되어 질 때 유무책의 여부와는 상관없이 이혼 후 배우자 부양법을 제정하여 이혼 후 경제적 어려움에 처한 배우자에 대

위를 이혼사유로 한 이혼청구소송에서 피고가 된 경우는 연평균 24.8% 그리고 처의 경우는 연평균 21.8%를 기록하고 있다.

50) Die Zeit, 1976, 4. 23, S. 1.

51) 한복용(역), 전게서, 265면.

한 배려가 이루어져야 할 것이다⁵²⁾.

3) 입법방향

가) 이혼 배우자는 각자 자신의 생계를 책임져야한다

부부가 이혼을 하게 되면 서로 각자의 길을 가게 된다. 혼인 중 그들 사이에 존재하였던 동거, 부양, 협조의무(민법 제826조)는 소멸된다.

단지 우리 민법상 이혼한 부부 사이에 계속적으로 존재하는 법률관계는 자녀의 양육책임(제837조)과 면접교섭권(제837조) 및 재산분할청구권(제839조의 2)에 관한 규정 등이 있다. 이혼 후 배우자간의 부양의무는 더 이상 존재하지 않으며 이혼 후 배우자들은 원칙적으로 자신의 생계를 스스로 책임져야 한다. 이것은 이혼 후 배우자 부양법의 기본원칙이 되어야 한다.

나) 자기책임원칙에 대한 예외

그러나 이혼 후 부양에 대한 자기책임의 원칙이 실현되어질 수 없는 여러 상황이 존재한다. 사회적 약자인 한 배우자가 이혼 후 자신의 생계를 책임질 수 없을 때 자기책임원칙의 예외규정을 두어 사회적 약자인 배우자를 구제하여야 한다.

한 배우자가 소유하고 있는 재산이 없거나 혹은 나이나 질병의 이유로 이혼 후 장기간 직업을 얻지 못하게 되는 경우 스스로 생계를 유지한다는 것은 대단히 어려운 일이다. 또한 한 배우자가 자녀를 양육하게 되는 경우 자녀를 돌보아야 하기 때문에 직업 활동을 할 수 없는 경우 자신의 생계를 유지시켜 간다는 것은 대단히 어려운 일이다. 그러므로 이러한 예외적 상황들을 고려하여 이혼 후 배우자 부양법을 입법화하여 한다. 이에 관하여 독일민법을 하나의 예로 제시하면 독일민법 제1570 - 1576에서는 다음과 같

52) 유책주의 이혼이 존속하고 이에 따라 손해배상청구를 인정하면서 이혼후 배우자 부양에 관한 조항을 따로 두어 부양을 필요로 하는 사회적 약자인 배우자가 상대배우자에게 부양 청구할 수 있는 권리를 인정하는 것도 이혼배우자의 어려운 경제적 사정을 구제할 수 있는 또 다른 하나의 방법이 될 수 있을 것이다.

은 예외 규정으로 이혼부양청구의 요건을 제시하고 있다.

- ①한 배우자가 공동의 자녀를 양육할 때 (§1570 BGB)
- ②한 배우자가 나이로 인해 직업을 갖지 못한 때 (§1572 BGB)
- ③한 배우자가 질병으로 인해 직업을 갖지 못한 때 (§1573 BGB)
- ④한 배우자가 실업한 상태에 있을 때 (§1573 Abs. 1 BGB)
- ⑤한 배우자의 부양료가 충분치 못한 때 (§1573 Abs. 2 BGB)
- ⑥직업교육, 진보교육, 직업이전교육을 위해 부양을 필요로 할 때 (§1575 BGB)
- ⑦이 외의 심히 중대한 이유로 인해 부양이 거절됨이 불공평할 때 (§1576 BGB)

이러한 독일법의 규정은 우리나라에서 이혼배우자 부양을 위한 근거조항의 예시가 될 수 있을 것이다.

다) 예외규정에 대한 전제조건이 충족되어야 한다

예외규정에 관한 전제조건이 충족되기 위해서는 부양권자는 부양을 받을 필요가 있어야 하며 또한 부양의무자는 부양을 할 능력이 있어야 할 것이다.

부양권자가 이혼 후에도 충분한 재산을 소유하고 있거나 혹은 직업 활동을 하고 있어 자신의 생계를 유지하는데 큰 어려움이 없다면 그 배우자는 부양을 받을 필요가 없을 것이다. 그러나 이와는 달리 그에게 생계유지를 위해 소비할 재산이 없거나 직업 활동도 하지 않는 경우 전 배우자로부터 부양을 요청할 수 있는 요건이 발생되어진다고 할 수 있다.

부양권자가 부양에 대한 필요성을 충족하고 있다고 할지라도 부양의무자가 부양할 능력이 없다면 그는 상대배우자를 부양할 수 없을 것이다. 그러므로 이혼 후 부양이 실행되기 위해서는 부양권리자의 부양에 대한 필요와 부양의무자의 부양에 대한 능력이 모두 충족되어야 할 것이다.

라) 부양의무의 정도는 부양을 필요로 하는 자의 생활수준에 맞추어야 한다.

혼인 중의 생활수준이 계속 유지되는 것이 바람직할 것이다. 그러나 부양은 의무자의 수입을 기준으로 하여 부양의 정도를 기대할 수 있기 때문에 부양의무자의 수입은 고려되어야 한다. 혼인중의 생활수준은 이혼 당시 생활정도가 표준이 될 수 있을 것이다. 이혼 후 부양의무자의 수입이 증가하였다고 해서 부양권자는 이 인상된 소득분을 청구할 수는 없을 것이다.

마) 이혼 후 배우자 부양구성요건에 대한 일정한 기간은 정해져야 한다.

이혼 배우자를 위한 부양구성요건이 충족되어지면 부양권자는 부양을 받을 권리가 있다. 그러나 이러한 부양이 언제까지 계속되어야 할 것인가에 관하여는 각 구성요건에 따라 기간의 제한을 두어야 한다. 약 3년에서 5년 정도의 기간으로 규정할 수 있으며 이는 경우에 따라 법원의 허가를 얻어 연장할 수도 있을 것이다. 일정한 구성요건에 제한된 기간을 두는 것은 종신토록 부양하는 것을 우선 제한하는 의미도 있을 것이다. 또한 부양의무자가 재혼을 하게 되는 경우 그는 재혼을 하여 이혼 가족의 부양을 책임져야 하고 동시에 전 배우자의 부양을 책임져야 하는 경우가 발생할 수 있으므로 그에게 부담되는 부양의 책임은 가중될 것이다. 그러므로 현재 가족 생활을 보호하는 측면에서도 전 배우자를 위한 부양은 일정한 기간 내에 이루어져야 할 것이다.

독일의 경우 부양에 대한 7가지의 구성요건이 있다. 한 부양요건에 대한 기간이 완료되면 다른 부양요건으로 인해 계속해서 부양을 청구할 수 있다. 이런 경우 부양은 계속되어진다. 이러한 경우에 흔히 발생하는 것은 아니겠지만 이에 대한 비판적인 시각은 존재한다.

바) 부양방법은 일시불이나 정기급으로 할 수 있어야 한다.

부양비 지급은 부양의무자의 사정에 따라 일시불 혹은 정기급으로 지불되어야 할 것이다. 혼인 중 공동으로 협력하여 이룩한 재산이 없어 분할을

받지 못한 경우 혹은 이혼시 전혀 분할할 재산이 없는 경우, 그러나 부양의무자는 직업 활동을 계속함으로 수입이 있으나 부양권자는 전혀 생활능력이 없는 경우라면 부양의무자는 정기급으로 부양비를 지불해야 할 것이다. 그러나 “깨끗한 결별의 원칙”이 서로 바람직하다고 합의한 경우 서로 공동으로 협력하여 이룩한 재산분할이 이루어졌다고 하여도 부양의무자가 어느 정도의 부양비를 지불할 경제적 능력이 있다면 일시불로 지불하는 것도 바람직할 것이다. 이에 대한 부양비의 산정문제는 부양의무자의 수입에서 일정한 기간을 계산하여 이루어 질 수 있으므로 이에 대한 상세한 산정 방식은 따로 연구되어야 할 것이다.

사) 이혼 후 배우자부양이 형평성원칙에 반해서는 안 된다.

이혼배우자 부양은 이혼의 유무책과는 관계없이 사회적으로 어려운 배우자가 자신의 생계를 유지하기 어려운 경우 경제적으로 능력 있는 배우자가 부양비를 지급하는 것이다. 그러나 이러한 부양비 지급이 전적으로 유무책과 무관하게 이루어 질 수는 없을 것이다. 이혼에 이르기까지 사건의 경위는 각 사건에 따라 보다 다양하고 구체적이다. 그러므로 이러한 사실이 이혼 후 배우자 부양에 있어서 전적으로 무시되어 질 수는 없다. 이것은 어떠한 권리의무의 관계가 균형성과 형평성의 원칙에 반하지 않은 한도에서 이루어져야 하기 때문이다. 혼인기간이 짧았던 경우, 부양청구인이 범죄행위를 했거나 또는 중대한 고의 과실로 부양의무자나 그의 가까운 친척에게 범죄행위를 행했을 경우, 부양청구인이 방자함으로 부양이 필요한 상황을 야기 시켰거나, 청구인이 악의적으로 부양의무자인 배우자의 중대한 경제적 이익을 손상 시켰거나, 혼인생활 중 오랫동안 가족에 대한 부양의무를 소홀히 하였거나, 청구인이 기간 중 다른 사람과의 혼외관계를 지속한 경우처럼 의무자인 배우자에게 명백하고 중대한 과오를 행하였거나 혹은 이외에도 또 다른 중대한 사유가 있을 경우 부양비 지급은 거절 혹은 삭감될 수 있어야 한다.

아) 이혼부양지불을 위한 강제 조치

이혼부양제도는 부양명령에 대한 이행확보가 중요하다. 양육비청구권(제 837조)과 관련하여도 양육의무자의 양육비 지불의무는 이행되지 않는 경우가 많다. 이를 위하여 감치제도를 두고 있으나 잘 이행되지 않는다. 프랑스에서는 “부양정기금에 대한 공적징수에 관한 법률”이 제정되어 이를 징수하고 미국에서는 “이혼부양료신탁제도”, “아동부양강제징수법(The Child Support Enforcement Act)”, “국제부양강제징수법(The International Enforcement of Maintenance Obligations)”등을 두어 불이행시 형법상, 민사상의 책임을 부과하고 있다. 공적 징수일 경우에는 10%의 벌과금과 10%의 징수료를 추가 부담하게 하고 있다. 위의 외국의 입법례처럼 이혼부양법의 입법화와 함께 이에 대한 강제이행조치도 마련되어야 할 것이다.

4) 결론

우리나라의 유책주의이혼, 위자료청구권 그리고 재산분할청구권 등 이혼 후 배우자 부양과 관련된 현행 법규들을 검토하면서 우리법이 여전히 이혼 배우자의 부양적 측면을 충분히 고려하고 있지 못하다는 결론에 도달하게 되었다. 이는 재산분할청구권에 가정주부의 가사노동에 대한 낮은 평가와 부양적 성질의 분할이 제대로 이행되고 있지 못하는 현실과 부양적 재산분할의 법적 근거가 명확하지 못한데서 그 원인을 찾을 수 있다. 또한 이혼의 유책여부가 이혼법의 근간을 이루고 있는 현행법에서 위자료청구권은 많은 문제점들을 내포하고 있다. 특히 위자료의 합의를 위해 부부간에 발생하는 강한 분쟁은 이제 해소되어야 한다. 또한 위자료청구권은 유책배우자이며 사회약자인 배우자의(그 수가 증가하고 있음에도 불구하고) 경제적 측면은 전혀 고려되고 있지 못하고 있다.

이혼 후 배우자 부양의 정당성은 혼인생활을 통해 발생되어지는 한쪽 배우자의 불이익에 관한 형평성이 이혼을 통해 조정되어야 한다는 것이다. 이는 한 배우자가 혼인생활로 인해 희생하고 포기하였던 것들을 이혼의 유

무책과는 무관하게 구제 받을 수 있는 법적 근거가 요구되어야 한다는 것을 의미한다.

재산분할을 통하여 한 배우자(가정주부)는 가사노동이나 자녀양육에 대한 기여도의 가치를 인정받고 있다 하여도 이것은 공동으로 협력하여 이룬 재산에 대한 분할이지 혼인생활을 위해 포기하였던 것, 그래서 다시는 되돌릴 수 없는 것들에 대한 전체적인 분할이 될 수는 없다. 오랜 혼인생활 후 여러 가지 상황(자녀양육,⁵³⁾ 질병, 나이, 혹은 직업을 구하기 어려운 사회적인 상황)등으로 인해 한 배우자는 지속적으로 스스로를 부양한다는 것이 어려운 상태에 놓이게 되었을 때, 이는 구제되어야 한다. 더욱이 재산분할청구권이나 위자료청구권이 존재한다고는 하나 현존하는 재산이 적거나 없는 경우에는 이러한 청구권이 실질적으로 커다란 의미를 지니지 못한 경우가 있다. 이러한 경우 경제활동을 계속할 수 있는 배우자는 이혼 후 자신의 부양을 스스로 책임질 수 있으나 가사노동과 자녀양육에 전념했던 배우자의 입장에서 이혼후의 스스로를 부양한다는 것은 거의 불가능한 상태에 처할 수 있으므로 이혼후 부양은 고려되어야 한다. 이러한 규정 이외에도 부양의무자가 경제적 능력이 없을 때 부양을 지원하는 국가의 책임과 역할도 보다 강화되어야 할 것이므로 이혼법과 관련된 이혼후 배우자 부양의 문제는 사회보장법적인 측면에서도 고려되어야 할 대상이기도 하다. 그러므로 이혼후 부양법을 우리가 어떻게 수용할 수 있는가에 관하여는 전반적인 사회적 상황을 고려하여 좀 더 심도 있는 그리고 다른 법규와 관련지어 연구되어야 할 것이다.

53) 우리나라의 현실상 유책주의원칙하에서 사회적 약자인 유책배우자가 이혼후 미성년인 자녀를 양육하기에는 경제적으로 어려운 입장에 처하게 된다. 자녀를 양육하기 때문에 일을 할 수 없는 배우자에게 그에 따라 부양비를 기대할 수 없기 때문이다.

다. 친권

1) 서설

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

현행 민법상의 친권은 “자를 보호, 교양할 권리, 의무”라고 하여(제913조) 그 성격을 명백히 하고 있다. 이렇게 친권은 현행법체제상 특수한 성격을 가지고 있어 권리의 의무성 내지 의무의 권리성이 혼연일체가 된 성격을 지니고 있다. 그러나 우리의 친권법은 서구제국의 “자의 복리” 내지 “자의 최선의 이익” 이라는 이념이 아직도 확립되지 못하고 있기 때문에 친권법의 내용도 역시 일정한 한계를 벗어나지 못하고 있다⁵⁴⁾⁵⁵⁾.

가) 2000년 민법개정안

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

그와 함께 “미성년자인 자는 부모의 친권에 복종 한다”고 했던 규정을 “부모는 미성년인 자의 친권자가 된다” 로 개정하였고(제909조 개정), “부모가 이혼한 경우 부모의 협의로 친권을 행사할 자를 정하고, 협의할 수 없거나 협의를 이루어지지 아니하는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가

54) 윤덕경, 장영아, 「가족법상 친권 양육권 및 면접교섭권 제도의 실효성 확보 방안 연구」, 2002. 한국여성개발원

55) 면접교섭권에 관한 내용은 재혼의 부분과 동일하므로 다음 장에서 다룰 것이다

정법원이 이를 정한다. 친권자를 변경할 필요가 있는 경우에도 또한 같다” 고 했던 것을 “...친권자를 정하여야 하고, ...당사자는 가정법원에 그 지정을 청구하여야 한다” 로 개정하였다(제909조 제4항 개정). 또한 “가정법원은 자의 복리를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 자의 4촌 이내의 친족의 청구에 의하여 제2항 단서 또는 제3항의 규정에 의하여 정하여진 친권자를 다른 일방으로 변경할 수 있다” 는 규정을 신설하였다(제909조 제6항 신설).

또한 “친권에 복종하는 자에 가름하여...” 라는 표현을 “친권에 따르는 자에 같음하여...” 로 변경하였다(제910조, 제921조 제2항 개정). 민법 개정안에 관한 것은 본문 중 재혼부분에서 다시 설명한다.

나) 친권의 내용

현행 민법은 미성년의 자에 대한 친권의 내용으로 ①자에 대한 보호, 교양의 권리, 의무(제913조), ②최적의 거주환경에서 자라게 할 거소의 지정(제914조), ③또한 자의 인격적 성장에 필요한 징계권의 행사(제915조), ④그리고 자의 소유재산에 대한 재산관리권(제916조), ⑤자의 재산에 관한 법률행위에 대한 대리권의 행사(제920조 본문), ⑥친권자의 친권에 복종하는 자에 같음하여 그 자에 대한 친권의 행사(제910조) 등을 중요한 내용으로 규정하고 있다. 그 밖에도 자의 재산상 행위와 관련하여 특정 영업행위의 허락 및 그의 취소와 제한(제8조 제1항, 2항), 부당한 자의 억류에 대한 인도청구권의 행사(가사소송법 제64조, 제67조, 제68조), 18세 미만자의 근로계약체결에 대한 동의권 행사(근로기준법 제52조)와 동의를 얻지 않은 근로계약체결에 대한 취소권 행사가능(민법 제5조) 및 기타 자의 법정대리인으로서 친족·상속법상 많은 권리, 의무가 부여되고 있다.

민법은 이혼시 자의 양육에 관한 사항을 이혼의 효과로 보아 제837조에서 규정하고 이혼시 친권자를 정하는 문제는 친권에 관한 제909조에 규정하고 있다. 제837조에서 말하는 양육에 관한 사항에는 양육자 문제도 포함

되므로 양육자는 이혼당사자의 협의로, 협이가 되지 않거나 협의할 수 없는 때에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 정하게 되어 있고, 친권자도 마찬가지이다.

이처럼 현행법에 의할 경우 이혼시의 양육권과 친권은 따로 규정되어 있고 또 실제로도 분리될 수 있게 되어 있다. 한 조사에 의하면 이혼모에게 친권을 인정한 1991년 이후에도 이혼시 친권자 지정에 있어서 친권은 부, 양육권은 모로 분리되어 지정된 사례가 많다고 한다⁵⁶⁾.

2) 쟁점

현행법에 의하면 부모가 이혼 당시에 이혼 후의 자녀문제에 대하여 어떠한 협의도 하지 않았고 가정법원에 청구도 하지 않은 경우에는, 적어도 법규정상으로는 양육권 및 친권에 관하여 아무런 정함도 없이 이혼이 가능하게 된다. 이 경우 부모는 이혼 후에도 계속해서 친권자로 남게 되어 혼인 중과 마찬가지로 공동친권이 유지된다고 해석 된다⁵⁷⁾. 그러나 이러한 법적 결과는 자녀의 복리라는 관점에서 볼 때 적지 않은 문제점을 안고 있다.

첫 번째로 지적할 수 있는 것은 이혼 후의 공동친권은 반드시 부모의 합의에 근거해야만 한다는 점이다. 이혼 후에도 계속해서 공동으로 자녀에 대한 책임을 분담하겠다는 부모의 합치된 의사가 명시적으로 표시되지 않은 경우에 공동친권을 허용하는 것은 오히려 자녀의 복리에 반하는 결과를 가져올 수 있기 때문이다. 또한 공동친권이 성공적으로 실행되기 위해서는 부모가 자신들의 내부적인 갈등을 부모로서의 책임, 역할과 분리하여 사고할 수 있는 성숙한 이성적 판단능력과 양육에 관하여 협력할 수 있는 능력이 필수적으로 요구된다. 이혼당사자인 부모가 이러한 능력을 갖추고 있는

56) 한국여성민우회 복지위원회, “한부모 가족의 양육비 지급 이행을 위한 정책 제안”, 「한부모 가족의 양육비 확보를 위한 정책 심포지엄자료집」, 한국여성민우회 가족과 성장담소, 2001, 63-67면.

57) 김주수, 전계서, 32면; 최진섭, 「이혼과 자녀」, 삼지원, 1993, 172면

지에 대한 검증 없이 부모들이 아무런 의사도 표시하지 않으면 자동적으로 공동친권이 계속된다는 것은 이혼 후 자녀의 복리에 공백을 초래하는 결과를 초래할 가능성이 매우 높다. 결과적으로 이러한 규정은 부모들이 이혼 시 자녀의 장래문제에 대하여 진지하게 생각하지 않고 쉽게 이혼할 수 있도록 제도적으로 뒷받침하는 기능을 하게 된다.

두 번째로 지적될 수 있는 것은 부모의 협의에 대한 국가의 통제가능성이 존재하지 않는다는 점이다. 부모가 이혼 후의 공동친권에 대하여 합의한 경우이든 혹은 이혼 후의 자녀문제에 대한 침묵의 결과로 공동친권이 계속되는 경우이든, 국가(법원)에 의한 심사와 검토 없이 자녀의 장래에 큰 영향을 미칠 수 있는 친권 및 양육에 관한 사항이 오로지 부모의 손에 맡겨져 있다는 것은 문제점을 갖는다. 외국의 경우에 부모들이 공동친권을 원하는 경우, 이에 대한 합의를 법원에 제출하면 법원이 이를 검토하여 허용 여부를 결정하는 방식이 보편적으로 자리 잡고 있다. 이러한 제도적 장치를 통하여 이혼당사자인 부모들이 빠른 시일 내에 이혼절차를 마무리하기 위한 방편으로 가장합의를 제출하는 것을 방지할 수 있으며, 또한 부모들이 이혼시 자녀의 문제에 대하여 진지하게 고려하여 공동친권이 계속될 경우 이혼후의 변화한 상황에서 부모의 책임과 역할이 어떻게 분담될 수 있을 것인가에 대한 구체적인 계획을 세울 수 있다⁵⁸⁾.

3) 외국의 입법례

가) 독일

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

혼인 중 부모는 공동으로 친권을 행사하며, 이혼 후에도 마찬가지로이다.

58) 자녀에 대한 양육권과 면접교섭권에 대한 법적인 내용은 '재혼'부분에서 보다 상세하게 다루어질 것이다. 이 부분에서는 외국의 입법례와 입법방향을 중심으로 제시한다.

다만, 1998년 7월부터 시행된 개정민법은 부모의 일방이 이혼시에 법원에 단독친권을 청구한 경우에만 법원은 친권문제와 이혼소송을 병합 심리하여 친권자를 결정하게 된다(제1671조 제1항). 독일에서 이혼후의 친권문제는 전적으로 부모의 자율에 위임된 것이다.

자녀는 부모 이혼 후 일방과 함께 거주하고 생활하게 되므로, 부모가 공동친권을 행사하는 경우에 관하여 개정법은 상세한 규정을 두고 있다.

1979년 독일은 ‘양육비 선급제도에 관한 법’을 제정하고 1980년 1월 1일부터 시행하였다. 양육비 선급제도란 당장 양육비를 필요로 하는 자녀에게 우선 국가에서 양육비를 지급하고 나중에 양육비지급의무자에게 구상권을 행사하는 제도이다. 이 제도의 기본목적은 자녀와 동거하지 않고 양육비지급의무를 지는 부모의 일방이 그 의무를 이행하지 않거나 이행할 능력이 없는 경우에 자녀와 자녀양육자에게 발생하는 경제적 곤란을 방지하는 것이다.

이혼 후 부모의 일방이 자녀의 신상양육권을 가지는 경우에 자녀를 양육하지 않는 부모의 일방에게 자녀에 대한 면접교섭권을 인정하고 있으며, 동시에 자녀도 자신을 양육하지 않는 부모의 일방과 면접교섭권을 가진다(민법 제1684조). 즉, 우리와 달리 자녀와 부모를 동시에 면접교섭권의 주체로서 인정한다. 면접교섭권이 자녀의 권리로 인정됨에 따라 부모 이외의 제3자(조부모, 형제자매 등)에게도 면접교섭권을 인정한다(동법 제1685조). 이러한 민법규정에 따라 독일사회법도 면접교섭권의 당사자인 부모, 자녀 또는 제3자(조부모, 형제자매 등)에 대하여 사회복지기관에서 상담 및 지원을 받을 수 있는 권리를 이전 보다 더욱 넓게 인정하고 있다(동법 제18조). 독일은 면접교섭권이 실효를 거두기 위해서는 무엇보다도 당사자 사이의 합의가 중요하다는 인식하에 상담과 지원을 통한 조정 서비스를 확충하고자 하였다. 이러한 상담과 지원은 면접교섭권에 대한 결정이 이루어질 때 뿐 아니라, 그 후 면접교섭이 실행되는 과정에서도 당사자가 청구하면 계속해서 제공된다. 독일에서는 이와 같이 조정제도를 확대 강화하면서도 다른 한편으로는 강제조정의 가능성을 의도적으로 배제하였는데, 그 이유는

부모들이 스스로의 의사에 반하여 합의를 이끌어내도록 강요되는 것이 당사자에 의한 자율적인 문제해결이라는 기본원칙에 어긋하고 이와 같은 강제절차는 법원에 의한 사전절차와 유사한 것으로 인식되어 단지 소송을 지연시키는 결과로 이어질 수 있기 때문이라고 한다⁵⁹⁾.

나) 영국

영국에서는 친권과 양육권의 개념이 구분되어 있지 않고, 아동법 제2조에서 “부모의 책임”이라는 용어를 사용하고 있다. 부모의 책임이란 부모가 그 자녀나 자녀의 재산에 관해 법에서 부여되는 모든 권리, 의무, 권력, 책임 및 권한을 의미한다(제3조 제1항). 이러한 부모의 자녀에 대한 책임을 일반적으로 양육권이라고 있다(이하 ‘양육권’으로 통일한다).

양육권은 혼인 중에는 부부가 공동으로 행사하지만, 이혼 후에는 자녀의 복리를 최고 이념으로 하여 단독양육권과 공동양육권을 인정하고 있다.

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

한편, 영국의 혼인관계법(The Matrimonial Causes Act, 1973)은 부부가 이혼할 경우에 법원은 그 판결을 하는 경우에 판단해야 할 사항으로서 아동법(The Child Act, 1989) 규정의 적용을 받는 자녀가 있는가 여부, 그러한 자녀가 있는 경우에는 자녀의 양육 및 복지를 위해 책정해야 할 또는 책정되거나 제안된 협정에 대해서 법원의 권한을 행사할지 여부에 대해 고려해야 한다고 규정하고 있다(제41조). 이혼판결을 확정하기 전에 법원은 자녀에 관한 부부의 협정에 대해 심사해야 하는데, 그 절차는 구체적으로는 세부적으로 기재된 자녀를 위한 협정문서를 검토하는 것이며, 이를 담당하는 것은 지방법원의 법관이다. 그 문서는 이혼신청시에 첨부되어야 한

59) Alison Diduck & Felicity Kaganas, Family Law, Gender and the state, Hart Publishing Ltd, 1999, pp241-282.

다.

양육비 확보를 위한 대표적인 법인 ‘1991년 아동지원법’이 제정되었다. 1991년 아동지원법의 기본적인 목적은 자녀의 부양을 위해 필요한 생활비를 확실, 공평, 신속하게 부모로부터 확보하는 것이며, 대부분의 경우에는 그 아버지로부터 확보하는 것이다. 즉, 양육비의 산정방식과 회수절차가 주 내용이다.

다) 미국⁶⁰⁾

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

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

60) 정미화, “미국의 이혼가정 자녀보호제도”, 「양육비 제대로 받고 있는가」, 한국가정법률상담소, 2001, 92-105면; Garfinkel, Child Support Assurance : A New Tool for Achieving Social Security, SAGE, 1988; U.S. House of Representatives, Committee on Ways and Means, The Child Support Enforcement Program, 1989.

에 따라 양육비를 부담한다. 통일혼인이혼법(The Uniform Marriage and Divorce Act 1970)은 이혼 후 자녀의 양육비 지급에 관해 “이혼이나 자녀의 양육절차에서 법원은 이혼에 대한 부모의 유무책에 관계없이 제반 요소들을 고려하여 자녀를 양육할 의무가 있는 부모 중 일방 또는 쌍방에게 자녀의 양육을 위해 상당한 또는 필요한 금액을 지급하도록 명할 수 있다(제309조)”고 규정하고 있다. 또한, 통일친자법(The Uniform Parentage Act)은 양육비의 금액과 지급기간을 결정하기 위해 고려할 사항으로서 ① 자녀의 기초적 생활상의 필요, ②부모의 생활수준과 환경, ③부모의 경제수단, ④부모의 경제능력, ⑤자녀의 수능력과 진학의 필요, ⑥자녀의 연령, ⑦자녀의 경제능력과 수입원, ⑧그 자녀이외의 자녀에 대한 부모의 부양의 무존부, ⑨자녀에게 제공되는 양육활동의 경제적 가치 등을 규정하고 있다(제15조(e)).

양육비의 구체적 산정과 관련하여 미국에서는 1975년에 사회보장법 제4장 D절을 신설하여 아동부양이행강제제도(Child Support Enforcement Program)를 제정하고, 여기에서 정한 내용에 따라 양육비를 산정할 것이 법정화 되기 시작했다.

양육비의 급여공제제도는 1984년 사회보장법의 개정에 의해 이행강제수단의 하나로서 각 주에 도입되었지만, 이 때 급여공제는 1개월의 양육비 연체가 있는 사건에 한정하였다. 그것이 1988년 가족지원법에서는 급여공제의 개시에서 연체요건이 없거나 양육비의 지급연체가 없어도 모두 급여에서 공제할 수 있게 되었다.

4) 입법방향

가) 민법에 자녀복리원칙에 관한 일반규정 포함

오늘날 친자법의 기본이념은 자녀의 복리이다. 자녀복리원칙이란 일반적으로 자녀의 복리에 최상성을 부여하는 원칙을 말한다. 즉, 법원이 자녀양육 또는 자녀의 재산관리나 그 재산으로부터의 소득의 활용에 관한 문제를

결정할 때 자녀의 복리를 최상으로 고려하여야 한다는 것이다. 이러한 사항은 아동권리협약에 명시되어 있고, 일본, 영국 등 외국의 입법례에서도 기본원칙으로 규정하고 있다.

우리 민법에서는 가정법원이 면접교섭권의 제한이나 배제에 관한 결정을 할 때 자녀의 복리를 고려하게 하고 있고(민법 제837조의 2), 가사소송법은 자의 친권을 행사할 자의 지정과 변경, 양육방법의 결정 등 미성년자인 자의 이해와 직접 관련되는 사항을 조정함에 있어서는 미성년자인 자의 복지가 우선적으로 고려되어야 한다고 규정하고 있다(가사소송법 제58조 제2항).

자녀복리의 원칙은 이혼시 친권자 지정 및 양육자 지정과 그 변경, 양육에 관한 사항 결정 등 이혼시 자녀에 대한 친권, 양육권, 양육비, 면접교섭권과 관련된 모든 사항에 적용되어야 한다. 그러므로 현행 민법 제837조 제2항의 “가정법원은 당사자의 청구에 의하여 그 자의 연령, 부모의 재산 상황 기타 사정을 참작하여 양육에 필요한 사항을 정하며...” 라고 한 부분을 “가정법원은 당사자의 청구에 의하여 자녀의 복리를 최우선으로 고려하여 양육에 필요한 사항을 정하며...” 라고 개정하는 것이 바람직하다고 생각한다. 2000년 민법개정안은 자녀복리의 원칙을 선언한 바 있다.

나) 자녀의견청취연령 규정 개정

현행 민법상 친권에 관한 규정 중 자녀의 의견청취가 요청되는 경우로는 부모의 이혼시 자의 양육자 결정 및 변경(제837조), 면접교섭권(제837조의 2), 인지된 혼인외의 자의 부모 이혼시 미성년자의 친권자결정(제909조 제4항) 등인데, 가사소송규칙에서만 의견청취에 관한 규정을 두고 있다. 그리고 자의 의견청취연령이 일률적으로 15세로 되어 있는 것은 문제라 하겠다. 평균적으로 12세 정도가 되면 미성년인 자라도 스스로 의사를 표명할 수 있는 연령에 충분히 달하였다고 볼 수 있기 때문이다.

따라서 현행법상 자의 의견청취연령을 15세로 규정한 것을 개정하여 획일적으로 어느 연령에 도달해야 한다가 아니라 “자녀가 자기의 의견을 스스로 분명하게 표현할 수 있을 때에는 자녀의 의견을 청취해야 한다” 로 개정해야 한다.

다) 자녀양육에 관한 합의의 법정화

현행법상 협의이혼절차에서 법원이 당사자의 이혼의사 여부만을 확인하며, 이혼 후의 자녀양육에 관한 당사자의 합의가 있는지의 여부는 확인하지 않는다. 또한 당사자간에 이에 관한 합의가 있더라도 그 합의가 자녀보호를 위하여 충분하지 않은 경우에도 법원은 당사자간의 이혼의사의 합의가 있는 한 이를 이유로 협의이혼의사확인을 거부할 수 없다.

따라서 부모의 청구가 없으면 법원은 자녀의 복리가 위태롭다고 판단되는 경우에도 직권으로 개입할 수 없다. 자녀문제에 관한 부모의 협의는 가장 자연스러운 일이지만 이론이라는 위기상황에서는 그것이 불가능할 수 있다. 그러므로 이혼시 자녀문제에 관한 협의가 없을 때는 법원은 직권으로 협의를 유도해야 하고, 협의가 있더라도 자녀복리에 위배되는 경우는 법원이 적극적으로 개입할 수 있어야 한다.

미성년자녀의 보호를 위해서는 협의이혼의사확인 신청시 이혼의사의 확인이외에 반드시 이혼 후의 자녀보호를 위한 조치를 강구한 후에 이혼여부를 확인받도록 법을 개정할 필요가 있다. 따라서 이혼신고서에 이혼 후의 자녀양육에 관한 사항의 합의내용, 예컨대 양육자를 누구로 할 것인가, 양육비는 누가, 얼마로 지급할 것인가, 면접교섭권은 어떻게 할 것인가 등을 기재하도록 하고 당사자간 합의가 되지 않으면 이혼을 할 수 없게 하거나 심판청구를 전제로 이혼을 확인하도록 해야 할 것이다.

또한 재판상 이혼의 경우에도 친권, 양육권 등 자녀문제에 관한 당사자간 합의내용이 자녀복리에 반하는 내용을 담고 있다면 법원은 이와 다른 결정을 할 수 있어야 한다. 그리고 양육 및 친권에 관한 사항은 당사자의

청구 없이도 직권으로 이혼소송과 병합심리되어 이혼소송이 인용되는 경우, 판결로써 통일적으로 결정되도록 해야 한다.

협의를 의하든 재판에 의하든 결정된 친권자에게 자녀에 대한 책임을 법적으로 강제하는 것이 필요하며, 영국의 입법례에서와 같이 이혼재판에서 그 이혼이 자녀를 위해서 타당하다고 보이지 않는 경우에는 그 판결을 연기할 수 있도록 하는 방법도 참고해 볼 수 있다.

라) 양육비 관련제도 개선

이혼여성이 이혼 후 자녀를 양육하는 경우 가장 어려움에 직면하는 부분이 바로 양육비에 관한 것이다. 많은 경우 양육비지급에 관한 약정이나 법원의 결정에도 불구하고 양육비를 제대로 지급받지 못하는 것이 현실이다. 그러므로 실효성 있는 양육비지급 확보방안을 마련하는 것이 이혼 후 자녀 양육문제를 해결하는데 큰 관건이라고 하겠다.

이에 양육비를 확보하기 위한 중요한 몇 가지 방안을 제시해 보면 다음과 같다.

첫째, 양육비 산정기준의 법정화가 이루어져야 한다.

현재 우리 법원은 자녀양육비를 책정함에 있어서 통상적으로 1명당 15만원 내지 30만원선에서 인정해 주고 있다.

그러나 이러한 기준은 하나의 기준이기는 하지만 구체적인 상황을 전혀 고려하지 않고 일률적으로 정해져 있다는데 문제가 있다. 따라서 구체적인 경우에 따라 수입의 정도나 자녀들에 대한 양육비 지급의 정도, 재산의 정도 등을 종합하여 탄력적으로 책정이 이루어져야 하며, 거의 모든 사건에서 양육비가 자녀 1인당 30만원 하는 식으로 정해지는 것은 문제가 있다고 할 것이다.

양육비 산정과 관련하여 우리나라는 협의로 정하거나 제반 사정을 고려하여 법원이 정하라고 하는 추상적인 규정밖에 두고 있지 않다. 그에 따라 양육비는 객관적이고 구체적인 기준 없이 여러 고려사항을 종합하여 대략

적으로 결정되며, 그 고려사항들이 결정된 양육비에 어떠한 비율로 구성되었는지 파악할 수 없게 되어 있다. 이러한 점에서 영국이나 미국의 양육비 산정방법은 우리나라가 고려할 수 있는 좋은 예가 된다고 생각한다. 특히 영국의 아동지원법은 구체적으로 양육비 산정방법을 규정하고 있으므로, 영국의 산정방법에 대한 심도 있는 검토가 우리 법 개선에 많은 시사점을 줄 것으로 보인다. 이를 통해 구체적이고 객관적인 기준을 마련하여 협의 이혼이나 재판이혼시 양육비 산정의 기준으로 이용되도록 해야 할 것이다.

둘째, 양육비 선급제도의 도입이 필요하다.

양육비선급제도는 당장 양육비를 필요로 하는 자녀에게 우선 국가에서 양육비를 지급하고 나중에 부양 의무자에 대하여 구상권을 행사하는 제도이다. 부모 중 일방이 혼자서 자녀를 양육하는 경우 다른 일방에게는 자녀의 양육비를 지급해야 할 의무가 인정되는 것이 보통인데, 양육비지급의무자가 스스로 양육비를 지급하지 않는다면 당장 생계의 곤란히 있게 된다. 이 경우 자녀를 양육하는 부모 중 일방이 법원에 양육비 심판청구를 한다고 해도 실제로 재판을 통해서 양육비를 받을 수 있기까지는 상당한 시간이 걸리기 때문에 이를 보완하기 위해 국가에서 양육비를 우선 지급하고 나중에 국가가 직접 나서서 양육비지급의무자를 상대로 구상권을 행사하도록 하는 것이다. 이 제도에 의한다면 급히 양육비를 필요로 하는 가정에 큰 도움이 될 뿐 아니라 부양의무를 스스로 이행하지 않는 의무자에 대한 부양료 채권의 회수방법이 될 수 있다.

이러한 양육비선급제도는 이미 1950년대부터 노르웨이(1957), 핀란드(1963), 스웨덴(1964), 덴마크(1969), 이스라엘(1972), 폴란드(1974), 오스트리아(1976), 독일(1979) 등의 여러 나라에서 도입되기 시작하였다.

이 제도는 결국 양육비 선지급에 대한 예산을 필요로 하는 부분이므로 정부는 이에 관한 예산을 마련해야 한다.

이와 함께 독일이나 영국, 미국의 입법례는 양육비지급에 대한 이행감독 제도를 두고 있는 것이 특징이다. 이러한 국가들이 제기하는 방안은 힘이

약한 개인보다는 힘이 있는 국가가 대신 징수하거나 급여자동공제제도를 통해 그 이행을 확보하는데 중점을 두고 있다. 이러한 제도는 대부분 사회보장정책과 결부되어 있으며, 우리의 경우도 사회보장정책의 확대차원에서 적극적으로 도입해야 할 것이다.

셋째, 양육비 공탁제도를 도입한다.

협의이혼이나 재판상 이혼시 양육비에 관한 합의가 있어도 후에 이행하지 않는 경우가 많고, 강제집행을 하려고 해도 상대방의 재산이 없다면 집행이 불가능하다.

이에 대해 이혼하는 당사자가 법원에 양육비를 공탁하게 하고 자신들이 양육할 때는 공탁금을 회수하여 양육하도록 하고, 공탁금은 가정법원에서 월별로 받아가도록 할 수 있다. 이 명령을 이행하지 않을 경우 협의이혼확인신청을 각하하는 등 양육비 공탁을 이혼의 전제조건으로 한다면 양육비를 확보하여 자녀양육에 공백이 생기지 않도록 할 수 있다.

마) 면접교섭권제도 개선

현행 민법은 면접교섭권에 관해 1개의 조문으로 구성되어 있고, 조문의 내용이 간단하여 내용이 충분치 못하다는 문제점이 있다. 현행법은 면접교섭권을 부모의 고유권으로 양육에 관련된 특별규정으로 보고 있다.

우선 문제가 되는 것은 조문에서 추상적으로 자의 복리를 위하여 필요한 때에는 면접교섭권을 제한하거나 배제할 수 있다고 규정하고 있는데, 자의 복리에 관한 구체적인 기준이 무엇인지 분명하지 않다. 그리고 자의 복리와 관련하여 자의 의사가 고려되고 법원이 이를 의무적으로 고려해야 한다는 법적 근거도 없다. 따라서 자에게 분별능력이 있다고 인정되는 경우 자의 의견표명권을 인정하여 자의 명확한 의견이 청취되면 법원은 이를 고려해야 한다는 점을 명문화할 필요가 있다.

다음으로 면접교섭권의 행사 및 면접교섭권의 부인 또는 방해에 관한 구

제책으로서의 이행확보에 관한 규정이 없다. 이에 대해 면접교섭권의 행사 및 이행확보에 관한 조항이 마련되어야 한다. 즉, 면접교섭권의 행사와 관련해서는 “면접교섭권의 행사 및 범위에 관하여 우선 당사자의 협의에 의하고, 협의가 이루어지지 않거나 협의할 수 없는 때에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정한다”고 규정하고, 이에 관한 이행확보를 위하여 “가정법원은 면접교섭권의 행사가 부인되거나 방해받을 때에는 당사자의 청구에 의하여 이를 조정, 감독 및 필요한 처분을 하여야 한다”는 조항을 신설할 필요가 있다.

또한 면접교섭권을 부모이외의 직계혈족이나 형제자매 등 친족 기타 자녀에게 관심을 가진 제3자에게도 이를 인정하도록 명문화하는 것이 필요하다.

이 점에서 면접교섭권에 대해 자녀의 권리성을 인정하고 조부모, 형제자매 등 면접교섭대상을 확대한 독일의 1998년 민법개정은 우리나라에 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

또한 면접시간, 장소, 면접시 주의해야 할 행동수칙, 용돈 지불시 양육자를 통한 지불 등 면접교섭권의 행사범위 및 이행확보에 대한 구체적이고 세부적인 기준이나 조항을 신설할 필요가 있다. 이러한 세부적인 기준이나 조항을 신설하고 그 내용을 양육자와 면접교섭권자에게 알릴 수 있도록 일정시간 교육을 받게 하는 제도가 함께 도입되어야 한다.

2. 재혼

가. 서설

최근 혼인의 형태를 보면 초혼은 줄고 재혼은 증가하는 추세로, 2002년 전체 혼인 중 재혼이 차지하는 비중은 지속적으로 높아져 여자의 경우 10년전(92년)에 비해 2배 이상 증가한 것으로 나타나고 있다⁶¹⁾. 구체적으로 초혼(남)+재혼(여)인 경우는 10년전 92년 2.7%에서 꾸준히 증가하여 2002년에 5.6%로 나타났고, 재혼(남)+재혼(여)인 경우는 11.6%로 10년전 92년 5.0%에 비해 2배 이상 증가하여, 혼인 10건(쌍) 중 1건(쌍)이 남녀 모두 재혼인 것으로 나타나고 있다<표 1>.

그리고 2002년 평균 재혼연령은 남자 42.2세, 여자 37.9세로 10년전(92년)에 비해 남자는 2.8세, 여자는 3.3세 증가하였다⁶²⁾.

이와 같이 이혼과 함께 재혼은 계속 증가하고 있는 추세에 있지만 이와 관련된 현대에 여성의 인권문제에 있어서는 아직까지 충분한 대책을 가지고 있지 못하고 있는 실태이다. 특히 가족법상에서는 부양과 면접교섭권 및 성변경의 문제가 대두되고 있다. 그런데 현행 민법에서는 이러한 부분에 대한 명문규정이 없거나 규정은 있어도 충분한 보호를 못하고 있는 실정이다.

본 논문에서는 이러한 부분의 문제 중 특히, 첫째, 재혼시 이혼녀가 동행하는 전남편의 자녀에 대한 새 남편(계부)의 성을 부여하여야 하는가의 문제와 둘째, 친권 및 양육권을 갖지 못하는 여성의 면접교섭권의 문제, 셋째, 친권을 갖지 못하는 전남편에 대한 부양의무 그리고 넷째, 전 남편에 대한 이혼녀의 부양청구권(양육권)에 대하여 알아보려고 한다.

61) 통계청, 전계서, 4면.

62) 통계청, 전계서, 14면.

나. 쟁점

1) 성씨

여성의 전혼자녀와 함께 사는 재혼가정에서 직면하는 가장 심각한 문제 중의 하나는 자녀의 姓⁶³⁾에 관한 문제이다. 더구나, 재혼가정은 결손가정이라는 사회적 낙인이 존재하는 현실에서 재혼가정의 자녀 성문제는 가족 내의 안정성을 저해하는 커다란 요소로 작용하고 있다. 또한 재혼 여성의 입장에서 법률티적으로 재혼관계에 들어갔을 때 자신의 친자녀와 독거인 상태로 올라가게 되므로 본인의 심리적 불편함, 자녀에 대한 미안함, 학령기 자녀의 매학기 마다 일일이 교사에게 해명을 해야 하는 어려움으로 고통을 당하고 있다⁶⁴⁾.

가) 성씨와 가부장제

성명은 혈통의 姓과 개인의 표식을 명으로 구성되는 바, 그 형태는 문화의 차이에 따라 각각 다르게 나타난다. 초기의 인명의 형태는 단순하였으나 종족의 분화와 사회의 발달에 따라 인명구조도 복잡하게 되었다. 그리하여 개인을 구분하기 위한 명칭 외에 혈통을 나타내기 위한 표식으로서 父의 名·조부의 名·씨족명 등이 인명으로 사용되면서 姓으로서 정착하게 되었다⁶⁵⁾.

각 문화권의 성명구조는 부계혈통주의에 입각한 명명방식을 가지고 있는데, 즉 이러한 성씨는 부계혈통주의를 바탕으로 한 친족제도와 결합하여 부계혈통을 나타내는 표식으로서 기능함으로써 여성에게 침묵과 인내만을 강요하는 가부장적 가족제도의 형성에 지대한 공헌을 하였다. 세계의 성씨

63) 姓이란 인류가 혈통의 계승을 확인하고, 그 종족의 혈연 계통을 식별하기 위한 부호이다. 결국 성명이란 성가 이름이 조합된 것으로, 개별적 존재인 개인의 정체성을 확립하기 위한 인의 표상이다(김재국, "현대 여성의 성씨에 관한 권리", 「민사법연구」, 대한민사법학회, 2000, 84-86면).

64) 장혜경·민가영, 「재혼가정의 적응실태와 지원방안에 관한 연구」, 한국여성개발원, 2001, 237면.

65) 손현경, "한국가족법상의 성씨에 관한 연구", 부산대학교 박사학위논문, 1996, 99-100면.

제도의 발전과정을 살펴 볼 때 여성의 법적·사회적 지위와 관련하여 성씨가 문제로 부각되기 시작한 것은 최근의 일이다. 현재에 이르러서도 성씨제도 속에 흐르고 있는 男系中心의 부계혈통주의와 법적인 태도는 여전히 가족법의 민주적 발전을 저해하고 있다⁶⁶⁾.

성씨제도는 出系問題와 밀접한 관련을 가지고 있는 것으로서 姓의 계승 문제는 곧바로 出系問題와 연결된다고 해도 과언이 아니다. 부계사회의 형성이 가부장제를 형성시켰다면 부계혈족의 표식인 姓의 사용은 가부장제를 유지·강화하는 것이었다. 이러한 의미에서 성씨제도의 역사는 바로 가부장제의 역사라고 해도 좋을 것이다. 즉, 가부장제의 소멸과 부권의 축소 그리고 모권의 인정은 바로 성의 문제와 밀접한 관계를 가지고 있다⁶⁷⁾.

나) 입법례

재혼시 자녀의 성부여 문제에 대해, 동양에서 보면, 중국이나 대만은 사회적 변화에 부응하여 부계주의를 완화하거나 폐지하고 있다(중국민법 제 16조, 子의 성명 선택권이 있음). 일본의 경우에는 氏의 변경에 대하여 혼인·이혼·입양 등에 의한 민법상의 신분변경에 의한 氏의 변경을 인정하고 있다.

그리고 서구에 국가를 보면 유럽에서는 계자의 성을 바꾸는 것이 극히 어렵거나 또는 현실적으로 불가능한 국가(벨기에, 이태리 등)가 있는 반면에, 양육친의 성으로 또는 계친의 성으로 보다 쉽게 바꿀수 있는 국가(독일, 덴마크 등)도 있다⁶⁸⁾. 독일의 경우 모가 자의 부가 아닌 다른 남자와 결혼하여 새로운 혼인 중의 성을 취득한 경우에는 모자간의 성이 상이하게 된다(민법 제1617조). 이러한 모자간의 성의 상이함은 Einbenennung에 의해 해소될 수 있다. 즉 모와 그 남편은 신분등록관에 대한 의사표시에 의

66) 손현경, 전계논문, 101면.

67) 손현경, 전계논문, 102면.

68) 최진섭, "계가족(step-family)의 법률관계에 대한 외국법의 동향 분석", 「통일문제와 국제관계」, 인천대학교 평화통일연구소, 1997, 389면.

해 자의 사정동의를 얻어 자신들의 성을 자에게 부여할 수 있다(제1618조). 영국에 있어서 자의 성은 부 또는 모의 성을 계승한다는 개념이 아니라 자의 장래의 복지를 우선으로 고려하여 부여된다. 즉, 부모가 이혼하면 모와 함께 살고 있는 자의 문제에 있어서 모가 前夫와의 협의나 동의가 없어도 전부의 사망·소재불명 등의 정당한 사유가 있는 경우에는 성의 변경을 신청할 수 있다⁶⁹⁾. 그러나 모가 재혼 한 후 전부와 협의나 동의 없이 자의 성을 後夫의 성으로 변경하여 수년이 경과한 경우에는 다시 실부의 성으로 변경하는 것은 자의 복지를 우선하는 것에 반한다고 판단하였다⁷⁰⁾. 즉, 그 판단에 있어 일률적으로 판단할 것이 아니라 전부의 행위로 인하여 전부의 성에 대한 평판이 좋지 않다는 사실의 존재와 성의 변경을 인하여 전부와 자의 관계를 악화시킬 필요성의 유무 그리고 자가 자신의 출생배경에 대해 이해하고 받아들이고 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다⁷¹⁾. 미국의 경우에는 자의 성은 부모가 이혼하였을 경우에 미성년자를 데리고 있는 모의 성의 변경문제와 밀접한 관련을 가진다. 아직도 대부분의 경우에는 부가 자와 동거하지 않음에도 불구하고 자의 성을 모의 성으로 변경하는 것을 인정하지 않고 부의 성을 가지도록 하고 있다. 그러나 이러한 문제는 자의 복지와 밀접하게 관련되는 것이므로 일률적으로 남자의 性에 기초해서 판단할 것이 아니라 자의 최대의 이익이라는 측면에서 결정해야 할 문제로 점차 인식되고 있는 것은 부정할 수 없다⁷²⁾.

다) 민법개정안

계자의 성을 계부의 성으로 변경하는 경우에 친부는 자녀가 자기의 성을 보유하는 것을 통하여 자녀와의 연계를 갖는다고 보는데서 문제가 발생한다. 여기서 상이한 법적 대안이 있는바, 첫째, 양육친에게 자녀의 성을 변

69) Practice Direction[1977] 1W.L.R. 1065.

70) 손현경, 전계논문, 153면.

71) P. M. Bromley, Family Law, Butterworths, 1981, 319면.

72) 손현경, 전계논문, 158면.

경찰 배타적인 권리를 부여하는 것이다. 그러면 부가 법적 양육권을 모와 공유하지 않는 경우에 모가 자녀의 성을 변경하는 결정에 대하여 부는 아무런 영향도 미칠 수 없는 결과가 된다. 이러한 대안은 스웨덴을 제외한 노르딕 국가들에서 보인다. 또 이혼 후에 공동친권을 원칙적으로 하는 영국의 경우처럼 친권자(부모) 전원의 동의나 법원의 허가가 없으면 자녀의 성은 변경될 수 없다는 규정을 두는 것이다. 끝으로 스웨덴을 포함한 일부 나라에서는 부가 양육권과 전혀 무관한 경우라 할지라도 성의 변경은 부의 동의 또는 법원의 허가를 전제로 하는 것이다.

대개의 국가에서는 부모 사이에 의사가 다른 때에는 법원이 결정하도록 한다. 자녀의 성을 모와 계부의 성으로 바꾸자는 주장의 공통된 논거는 자녀가 다른 가족구성원의 성과 다른 데서 오는 불편함을 든다. 또 계자만 성이 다름으로써 가족 내에서 국외자와 같은 느낌을 증폭시킬 수 있다⁷³⁾.

민법개정안에 나온 것을 보면, 성과 본을 변경할 수 있도록 한 규정(안 제865조의2 제3항)으로, 이 개정안은 자의 복리를 위하여 필요한 때에는 부·모 또는 자의 청구에 의하여 가정법원의 허가를 받아 자의 성과 본을 변경할 수 있도록 규정하고 하고 있다.

이는 이혼율이 급증하고 재혼가정이 증가하고 있는 현실에서 자녀가 이혼 또는 재혼한 어머니와 함께 생활하고 있는 경우가 많은데, 현행 가족법상 성불변의 원칙⁷⁴⁾때문에 이들 자녀가 겪고 있는 현실적인 어려움⁷⁵⁾을 덜어주기 위해서 신설하는 것이라 할 것이다⁷⁶⁾.

이에 대하여 자의 성과 본의 변경을 허용하더라도 변경할 수 있는 성과 본의 범위를 개정안과 같이 무제한으로 인정하기 보다는 그 범위를 부모

73) 최진섭, 전계논문, 390면.

74) 민법 제781조(자의 입적, 성과 본) ①자는 부의 성과 본을 따르고 부가에 입적한다. 다만, 부가 외국인인 때에는 모의 성과 본을 따를 수 있고 모가에 입적한다.

75) ①이혼한 여성이 자식의 친권과 양육권을 가지고 실제 아이를 키우고 있지만 현행법상으로는 자녀의 호적은 전남편에게 남아 있음. ②이혼한 여성이 전남편과의 사이에서 낳은 자녀를 키우고 있다가 재혼하였고, 자녀가 초등학교에 입학하게 되었는데 새아버지와 성이 달라 아이가 놀림을 받는 경우가 있음.

76) 박성득, “민법중개정법률안 검토보고”, 법제사법위원회, 2003. 8, 8-9면.

중 다른 일방이나 양부모의 성과 본 등으로 명확히 제한할 필요가 있고, 재혼사실만을 이유로 자녀의 성을 상대방의 성으로 변경할 수 있도록 하기 보다는 재혼 상대방으로 하여금 입양의 절차를 거치도록 하거나 법률에 입양의 효과를 부여하는 규정을 두어 법률상의 친족관계가 형성되도록 한 후에 성의 변경을 허용하도록 함이 바람직하다는 견해가 있다⁷⁷⁾.

그리고, 성과 본을 변경할 수 있는 대상이 되는 자(子)는 원칙적으로 미성년자인 자(子)로 한정하되, 성인이 된 후에는 새로운 성과 본으로 변경하지 못하도록 하고 종래의(변경되기 전의) 성과 본으로 복구하는 것만 가능하도록 하는 것이 바람직하다는 견해⁷⁸⁾도 있다⁷⁹⁾.

이러한 법적 문제는 심리적 문제이기도 하다. 그리고 성의 변경이 자녀와 친부의 관계를 손상시킬 위험이 있는 점도 고려되어야 한다.

결론적으로 이러한 문제는 자의 복리⁸⁰⁾를 우선적으로 고려하여 결정하여야 할 문제인 것이다.

77) 부인 전혼 자녀의 성을 단순히 새 아버지의 성으로 바꾸는 것을 넘어서 가부장적 호주제도의 폐지를 위한 법, 정책적 대안 마련이 필요하다.

78) 예컨대, 모의 재혼으로 새로운 부의 성과 본으로 변경된 자가 성인이 된 후 원래의 부의 성과 본을 회복하는 것은 허용할 필요가 있으나, 나아가 성인이 된 자에 대하여 새로운 성·본으로의 변경을 무제한으로 허용한다면 신분관계의 혼란을 초래할 염려가 있음.

79) 장혜경·민가영, 전제논문, 238면.

80) 자의 복리원칙의 기준에 관하여 영국의 1989년의 *The Children Act S .1(3)*의 소위 Check - list ;...법원은 ㉠ 연령과 이해력에 비추어서 확인할 수 있는 관련 아동의 희망과 감정 ㉡ 아동의 육체적, 정서적, 교육적 필요. ㉢ 환경의 변화가 아동에게 미칠 영향. ㉣ 법원이 관계된다고 판단하는 다른 사람과 그의 父母 각각이 아동의 필요를 충족시킬 수 있는 능력. ㉤ 아동이 경험했거나 경험할 우려가 있는 해악. ㉥ 법원이 관계된다고 판단하는 다른 사람과 그의 父母 각각이 아동의 필요를 충족시킬 수 있는 능력 ㉦ 당해 절차에서 본 법률상 법원에 부여된 재량의 범위등을 고려하고, 미국의 *Uniform Marriage and Divorce Act*의 제402조 ; 법원은 아동의 최선의 이익에 따라 養育者를 결정하여야 한다. 법원은 ㉠ 자녀 양육에 관한 부모 일방 또는 타방의 희망 ㉡ 양육자에 관한 자녀의 희망 ㉢ 부모 일방 또는 쌍방, 형제자매, 아동의 최선의 이익에 중대한 영향을 미칠 수 있는 다른 사람과의 상호작용과 상호관계. ㉣ 가정, 학교, 사회에 대한 아동의 적응력. ㉤ 관련된 모든 사람의 정신적, 육체적 건강.등 모든 관련 요소를 고려하여야 한다. 그러나 법원은 자녀와의 관계에 영향을 미치지 않는 養育者의 행위에 대하여는 고려하지 않아야 한다. 프랑스 민법 제290조 ; 법원은 1. 부부사이의 합의 2. 사회적 조사 및 반대조사에서 수집된 정보 3. 제388- 1조의 조건하에서 미성년인 자 자신이 표현한 감정 등을 고려하여야 한다.

2) 면접교섭권

가) 면접교섭권의 의의

면접교섭권은 친권자나 양육자⁸¹⁾가 아니기 때문에 현실적으로 자를 보호·양육하고 있지 않은 부모중의 일방이 그 자와 직접 면접·서신·교환·왕래·방문·숙박을 할 수 있는 권리로서⁸²⁾, 면접교섭권을 바라보는 시각은 전통적으로 면접교섭권은 주로 부모의 일방적인 권리로 이해하거나⁸³⁾, 이는 이혼 후에도 자녀와 부모와의 관계가 계속 지속될 수 있도록 뒷받침하는 제도로써 궁극적으로 자녀의 정서안정과 인격발달을 통한 복리실현을 위한 것이라고 이해한다⁸⁴⁾. 그리고 이 제도는 부모, 자 양자의 필요성 및 인륜적 요청에 의하여 인정하게 된 것이다. 우리나라의 경우 1989년 민법의 일부 개정으로 민법 제837조의2에서 면접교섭권이 신설되었다.

면접교섭권의 발전과정을 보면 ①이혼유책사유에 의한 면접교섭권을 부인한 단계(1839년 Talfourd's Act) → ②면접교섭권과 이혼유책사유와의 관계를 개별로 본 단계(1910년 Stark v. Stark and Hitchins) → ③면접교섭권을 아버지의 기본권으로 본 단계(1960년대)→ ④면접교섭권을 자의 복리우선원칙⁸⁵⁾으로 본 단계(1973)로 발전해 오고 있다⁸⁶⁾.

81) 실무에서는 아직도 부가 친권자 또는 양육자로 지정되는 경우가 많은데, 재판이혼의 경우 공식적 통계는 아니지만 보통 부와 모가 자녀의 친권자로 지정되는 비율이 6:4 정도라고 한다. 또한 자녀가 아주 어린 경우에는 모를 친권자로 정하지만, 부와 모가 비슷한 환경 조건이라면 아직까지 부를 친권자와 양육자로 정하는 경우가 많다. 이것으로 보아 '자는 부에게 속한다'라는 강한 부계혈통주의 사상이 아직도 존재한다고 할 수 있다(권정희, "이혼에서 자녀보호를 위한 법적 고찰", 가족법연구, 2001, 한국가족법학회, 191-192면).

82) 장창민, "면접교섭권에 관한 일고", 「가족법연구 제15권 제1호」, 한국가족법학회, 2001, 213-214면.

83) 김상용, "면접교섭권", 「법학연구」, 부산대학교 법학연구소, 1999, 12, 244면.

84) 장창민, 전제논문, 214면. 예를 들면 독일민법 제1684조 및 노르웨이 아동법 제44조 제 1항. 이에 대하여는 Rauscher, Das Umgangsrecht im Kindschaftsreformgesetz, FamRZ 1998, 329ff. 및 Doffel, Kindschaftsrecht im Wandel(1994), S. 90ff. 참조.

85) 자녀의 복리원칙이란 일반적으로 자녀의 복리에 최상위를 부여하는 원칙을 말한다. 즉, 법원은 자녀의 양육 또는 자녀의 재산관리나 그 재산으로부터의 소득의 활용에 관한 문제를 결정할 때 자녀복리를 최상으로 고려하여야 한다는 것이다. 그것은 자녀의 최선의 이익을 최상위에 둠으로써 그들의 이익을 성인들의 이익보다 상위에 두는 것이라고 할 수 있다(권정희, 전제논문, 191면).

나) 면접교섭권의 법적 성질

(1) 자연권설

면접교섭권은 친자라고 하는 신분관계로부터 당연히 발생하는 자연권적인 권리라고 보는 설⁸⁷⁾로서, “자와의 면접은 감호할 기회를 부여받지 못한 부모로서의 최저한의 요구이고 부모의 애정, 친자관계를 사실상 보장하는 최후의 기반”이라고 한다⁸⁸⁾.

(2) 잠재적 친권설

면접교섭권을 친권의 한 기능으로 보고 이혼 등의 경우에 친권자로 되지 못한 부 또는 모는 친권행사가 잠재적으로 정지되었을 뿐이고, 친권 그 자체를 상실한 것은 아니므로 면접교섭권은 잠재적인 친권행사라고 한다⁸⁹⁾.

(3) 친자귀속설

면접교섭권을 자 또는 부모의 권리인 동시에 자의 권리로 보는 견해로 이 견해에 의하면 자의 복리를 중심으로 하는 근대친자법의 이념으로 볼 때 타당한 면이 있으나, 이러한 경우 권리를 갖게 되는 자가 보통 어리기 때문에 그 권리를 구체적으로 어떻게 행사하여야 하는가가 문제된다.

(4) 부정설

자의 건전한 성장을 위하여 부모가 이혼하는 경우에도 자를 둘러싼 애정관계의 계속성을 파괴하지 않도록 배려해야 하는데, 면접을 인정하면 그

86) 이에 대해 자세한 내용은 장창민, 전제서, 217-220면 참조.

87) “자연권”이라는 표현은 불필요한 논쟁의 씨앗이 될 수 있으므로 피하는 것이 바람직하다고 생각한다. 이는 면접교섭권이 자연권으로서 그 본질에 있어서 박탈될 수 없는 권리라는 식의 오해를 낳을 여지가 있다. 친권이 부모의 자연권으로서 박탈될 수 없는 권리라는 주장을 둘러싼 논쟁에 대해서는 김상용, 소위 친권행사자론에 대한 비판적 고찰, 가족법연구, 1997, 253면이하 참조

88) 이 견해에 따르면 면접교섭권을 심판사항으로 하는데 어려움이 있다.

89) 이 학설에 의하면 친권자 아닌 자에게 면접교섭권을 인정하는 근거가 성립되기 어렵기 때문에 그 전제로서 친권자와 친권행사자를 구별하는 해석이 전제되어야 한다는 문제가 있다(장창민, 전제논문, 222-223면).

계속성이 파괴되므로 면접교섭권은 법적인 권리로서 인정할 수 없다고 한다⁹⁰⁾.

생각컨대, 면접교섭권은 본질상 아버지에게 주어진 고유의 권리(자연권) 이면서도, 그 구체적인 내용은 양육에 관련되는 권리로서 실현되는 것이라고 볼 수 있고, 이는 민법 제837조의 2의 규정과 같이 자의 복리적인 측면에서 인정되어야 하기 때문에 자의 권리적인 측면도 가지고 있다고 할 것이다.

다) 면접교섭권의 기준

면접교섭은 어떤 경우에 설정, 행사되어야 할 것인가에 대하여 민법 제 837조의2 제2항이 “가정법원은 자의 복리를 위하여 필요한 때에는 당사자의 청구에 의하여 면접교섭을 제한하거나 배제할 수 있다”고 규정함으로써 “자의 복리”에 반하지 않아야 한다는 기준을 제시하고 있다.

①면접교섭권은 양육, 보호권의 일부라고 보아야 하므로 친권상실사유에 해당하는 부나 모는 면접교섭권을 가질 수 없다고 보아야 한다. 다만, 친권상실사유는 부모의 부적격성의 기준에 의하여 판정할 것이 아니라 자의 이익의 기준에 의하여 판정되어야 하므로, 재산관리권의 남용을 이유로 하는 친권상실의 경우에는 면접교섭권이 전면적으로 제한되는 일은 적을 것이다. ②자에게 또는 자와 양육친과의 관계에 좋지 않은 영향을 미칠 가능성이 있는 경우, 예를 들면 양육친에 대하여 욕설을 하거나 헐담을 하는 경우, 또는 직접 양육하지 않는 부모가 자에게 폭력행위를 할 우려가 있을 경우에는 면접교섭권이 인정되어서는 안 될 것이다. ③양육을 직접 하고 있지 않는 부모가 탈취할 가능성이 있는 경우에는 자와 비양육친이 직접 만나는 면접교섭은 인정되어서는 안 될 것이다. ④이혼 후 오랫동안 자와의 접촉이 없었던 비양육친이 면접교섭을 요구해 왔을시는 어떻게 할 것인가

90) 안구환, “면접교섭권에 관한 소고”, 「가사조정 제2호」, 1999. 4, 74면.

가? 위와 같은 사정만으로는 곧 면접교섭이 인정될 수 없다고 할 수 없을 것이다. 그러나 이런 경우 면접교섭이 자에게 어떤 영향을 미칠 것인가를 고려해야 하고, 자의 연령이 높을 경우에는 자의 의향도 중시하여 면접교섭의 허부를 결정해야 할 것이다. ⑤자의 비양육친과의 면접교섭을 원하지 않을 경우 이런 경우는 양육친의 영향이 자의 의사에 반영되어 있을 가능성이 높으므로 가정법원은 자의 의사에만 의존하여 허부를 판단해서는 아니되고, 자의 의사를 신중하게 조사하여 결정해야 할 것이다. ⑥비양육친이 부양능력이 있음에도 불구하고 부양의 의무를 이행하지 않은 경우에 그 비양육친이 면접교섭권을 가지는가? 자가 비양육친에 대해서 면접교섭을 원하는 경우라면 몰라도 그렇지 않은 경우 부모로서의 의무를 게을리 하면서 부모로서의 권리만을 행사하겠다고 하는 것은 허용될 수 없다고 보아야 한다. 그러나 반대로 부양의무를 이행하고 있는 비양육친은 양육친의 의사에 반해서도 면접교섭을 요구할 수 있는 권리를 가진다고 보아야 할 것이다⁹¹⁾.

라) 면접교섭권의 효과

면접교섭권은 養育者의 면접교섭권자의 자에 대한 면접을 방해할 가능성이 있는 다른 행동에 자가 참가하려는 경우에는, 면접교섭권자의 사전승인 없이는 이를 허가 동의할 수 없다. 그리고 면접교섭권 행사에 면접교섭권자의 의사에 반하여 養育者 또는 제3자가 입회나 동참하도록 요구할 수 없으며, 면접교섭권자가 자와 편지교환 및 전화통화를 할 때 이를 검열하거나 도청하는 등 간섭을 하거나 단절시킬 수 없다. 이와 같이 養育者는 면접행위를 용인하고 이를 방해하지 않는 義務를 부담할 뿐만 아니라, 적극적으로 면접교섭권자에게 자를 인도해 주거나 자에게 필요한 외출준비를 해주고 미리 연락을 받은 경우에는 특별히 의복을 준비하였다가 자에게 입히는 등의 면접교섭권자의 면접계획에 도움이 되도록 해야 한다. 정해진

91) 안구환, 전제논문, 74-75면. 이에 대한 구체적 내용은 타나무라 마사유키, “이혼과 부모에 의한 면접교섭”, 『한일법학연구』, 한일법학회, 1998, 142-147면 참조.

시간 또는 기일에 데려가거나, 장소를 제공하는 등 협조할 의무를 다하지 않을 경우 면접교섭권의 방해 행위가 된다.

그리고 양육자의 지정은 養育者指定의 결과 養育者로 지정되지 아니한 父母는 子에 대한 면접교섭권을 행사할 수 있고(민법 제837조의 2), 상대방의 子에 대한 養育에 부당한 사유가 발생하는 경우에 변경청구권을 가지고 있어(민법 제837조 제2항), 養育에 대한 감독자로서의 지위를 보유하고, 養育費를 분담할 의무를 부담하게 된다.

면접교섭이 자녀의 양육친과의 안정된 관계를 해칠 수 있다는 전제에서 양육친의 의사에 반하는 면접교섭권의 인정을 반대하는 견해도 있다. 하지만 이혼 후에도 친생부모와의 관계를 계속 유지하는 것이 자녀의 이익에 부합한다는 견해가 보다 보편적인 지지를 받고 있다. 그리고 법적인 측면에서 비양육친의 재혼은 일반적으로 면접교섭권의 행사에 장애가 되지 않는 것으로 여겨지고 있다⁹²⁾.

3) 부양의무

앞에서 본바와 같이 이혼율이 증가하고 있고, 그로 인해 그 자녀들의 희생은 크다할 것이다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 자녀의 복리를 최우선시하는 국가적·사회적 여러 제도가 필요한데, 여기서는 부양에 관해서 보기로 하겠다.

扶養(support, maintenance, Unterhalt, Entretien)이라 함은 자기 개인의 힘으로는 그 생활을 유지할 수 없는 사람에게 누군가가 생존수단이나 資源(source or means of living)을 공급하는 것으로⁹³⁾, 특히 여기서 문제가 되는 것은, 첫째, 친권을 갖지 못하는 전남에 대한 부양의무에 관한 것과 둘째, 전 남편에 대한 이혼녀의 부양청구권(양육권)의 문제가 대두된다.

92) 최진섭, 전제논문, 381-382면.

93) Henry Campbell Black, Black's Law Dictionary, West Publishing Co., 1979, 1291면.

가) 친권과 부양의무(양육권)의 관계

(1) 친권의 개념

親權이라 함은 미성년 자녀를 保護·教養하고 그 행위를 代理·同意 할 수 있는 父母의 權限을 말한다. 일반적으로 親權은 부모가 그의 미성년자인 子에 대하여 가지는 權利義務로 파악된다⁹⁴⁾.

이러한 親權은 그 性格이 문제되는데, 첫째, 親權의 權利적 측면을 강조하는 견해⁹⁵⁾로 현행민법 제913조는 親權者는 子를 보호하고 教養할 權利의무가 있다고 규정하여 子의 保護教養이 親權者에 있어 權利임과 동시에 義務라는 것을 분명히 하고 있다. 이 견해에 의하면, 親權의 權利성이 子에 대해서 법 이론상 어떠한 기능을 하는가에 대하여 ①親權이란 親權者가 구체적으로 子에 대한 監護·教育의 수행에 관해 子에 대하여 그 지시에 따르라고 요청할 權利를 가지고, ②親權者가 친권수행 및 그 내용결정에 관해서 제3자로부터 함부로 간섭을 받지 않는다는 의미에서 權利성이 요구되며, ③子의 權利의 실현이 충분하지 않는 경우에, 국가에 대하여 조력을 구할 수 있다는 의미에서 權利로서 기능한다.

두번째는, 親權의 義務的 側面을 강조하는 견해로, 親權의 本質을 父母의 監護·教育義務라고 하고, 義務의 측면으로부터 그 관념에 접근할 것을 제안하고 있다.

親權의 義務性은 子女의 保護와 教養, 즉 養育을 중심으로 강조되어 우리 民法에서 養育에 관해서는 權利라는 용어를 피하고 養育責任(민법 제 837조의 標題)이라는 단어를 사용하고 있다⁹⁶⁾. 이 이론은 그 義務를 누구에 대한 의무로 보느냐에 따라 公的 義務說과 私法的 義務說로 나누어진 다.

세번째 견해는 親權의 後見的·社會的 側面을 강조하는 견해로 현 시점

94) 김주수, 친족상속법-가족법-, 법문사, 2000, 312면 ; 김병대, “친권자의 보호교양의 무”, 「가족법학문총, 박병호교수환갑기념논문집 I」, 박영사, 1991, 457면.

95) 佐藤義彦, “離婚後の子の監護”, 「講座/ 現代家族法 第3卷(親子)」, 日本評論社, 1992, 271-275면.

96) 이태영·김숙자, 「자녀양육에 관한 연구」, 한국가정법률상담소, 1982, 30면.

에서 子의 보호문제는 친족(가족) 자치에 맡기는 것으로 방임해서는 안 되고, 사회·국가적 임무로 보아야 한다는 주장이다. 이 견해에 의하면, 親權의 後見性과 社會性이 더욱 강하게 요청될 수 있다.

(2) 친권의 지정

父母離婚後 子가 미성년자인 경우에는 親權이나 養育權을 공동으로 행사하기가 어렵기 때문에, 離婚을 할 때에는 親權行使者나 養育者를 정할 필요가 있다. 이 두 가지에 대하여 民法의 규정체제는 子의 養育에 관한 處分 등의 문제는 離婚의 節(民法제837조)에, 그리고 親權行使者의 指定 등의 문제는 親權의 節(民法제909조)에 규정하고 있다. 民法제909조 제4항은 부모가 이혼한 경우에는 父母의 協議로 親權을 행사할 者를 정하고, 協議할 수 없거나 協議가 이루어지지 아니하는 경우에는 當事者의 請求에 의하여 家庭法院이 이를 정하도록 규정하고 있다. 이에 대하여 법무부의 8차 민법 중 개정 법률안에 따르면 이혼 후의 양육 및 친권문제를 결정하는데 당사자의 청구가 없어도 가정법원이 직권으로 개입할 수 있는 근거를 마련하여(개정안 제837조, 837조의 2, 제909조) 자녀의 복리를 실현하기 위한 국가의 감독권한을 강화하고 있다. 다만 이러한 자녀와 관련된 법원의 직권에 의한 결정을 할 때도 자의 복리를 최우선적으로 고려하여야 한다는 내용이 개정안 제912조의 2에 함께 규정되어야 하는데 그렇지 못한 것은 아쉬움이 있다⁹⁷⁾.

이러한 父母의 일방이 親權을 행사할 者로 지정된 경우, 다른 일방이 가졌던 親權의 운명에 관하여 이를 소멸한다고 보는 견해(消滅說)와, 소멸하지 않고 단순히 정지된다고 보는 견해(停止說)가 대립하고 있다. 소멸설은 일방을 親權行使者로 지정함으로써 상대방의 親權은 소멸하여 버리고, 따라서 그 지정된 者가 사망 또는 親權喪失의 사유가 발생할 때에는 상대방이 親權을 행사하게 될 여지없이 후견이 개시된다고 보고 있으며⁹⁸⁾, 일본

97) 정광수, "민법상의 친자관계에 관한 연구-양자법과 친권법을 중심으로-", 「강원법학」, 강원대 법학연구소, 2001, 75면.

의 通說의 입장이다. 이와는 반대로, 정지설에 의하면, 상대방의 親權은 그 행사가 정지 또는 제한되어 잠재적으로 된다⁹⁹⁾. 우리 民法上父母의 일방이 親權을 행사할 수 없을 때에는 다른 일방이 이를 行使하도록 하고 있어(민법 제909조 제3항), 親權을 행사할 者로 정하여진 父母의 일방에게 親權을 행사할 수 없는 사유가 발생하는 경우 후견이 개시되지 아니하고, 상대방 父母가 위와 같은 회복의 절차를 거치지 아니하고도 親權을 행사하게 된다는 점에 비추어 보면, 정지설이 타당하다고 할 것이다.

(3) 친권과 부양의무(양육권)과의 관계

(가) 親權과의 관계

親權의 내용은 신분에 관한 사항 및 재산에 관한 사항으로 나눌 수 있고, 신분에 관한 사항으로는 子의 보호교양, 거소지정, 징계, 신분상의 행위의 대리권, 동의권, 영업허락, 면접교섭권, 子의 인도청구권 등을 들 수 있고¹⁰⁰⁾, 재산에 관한 사항으로는 재산관리권, 子의 재산에 관한 대리권과 동의권, 子의 子에 대한 親權의 代行動을 들 수 있다.

이에 대해, 養育權의 내용은 자녀를 양육한다는 것은 실제로 子를 데리고 살면서 먹이고 입히고 위험으로부터 보호하는 신체상의 양육, 자녀를 교육시키는 등의 정신적인 양육, 그리고 대외적으로 子를 대리하고 재산문제를 처리하는 법률상의 양육으로 나눌 수 있다.

子女의 養育은 원칙적으로 親權者의 權利義務에 속하는 것이다.

養育이 무엇을 의미하는가에 대해서 民法제913조에서 규정하는 親權者의 保護·教養과 동의어로 파악한다¹⁰¹⁾.

養育權은 親權의 파생부분이라고 할 수 있으며, 親權의 주된 내용을 이루는 것이 養育權이라고 할 수 있다. 親權이 보다 포괄적이며 개념적인 지위를 가짐에 대하여 養育權은 보다 구체적이고 현실적이라고 하는 점에서

98) 김주수, 전계서, 307-308면.

99) 대판 1994. 5. 10, 93가합81276; 대판 1994. 4. 29, 94다1302.

100) 김주수, 전계서, 313면 이하.

101) 한삼인, "재판상이혼에 관한 실증적 연구", 동국대학교 대학원 박사학위논문, 1990, 60면.

구별되나 전자가 후자를 포괄하는 것으로 본다¹⁰²⁾.

양육에 관한 처분에는 養育者¹⁰³⁾의 지정뿐만 아니라 養育期間의 결정, 養育費用의 부담, 養育權의 방해배제로서 子의 引渡에 관한 사항 등이 포함된다.

이처럼 養育의 내용은 親權의 주된 내용이므로, 親權者가 養育者로 지정될 때는 별 문제가 없다. 그러나 예외적으로 親權者와 養育者가 별도로 지정될 경우에는 실제로 子를 키우고 있는 사람이 親權者가 따로 있어 子의 居所지정이나 징계에 제한을 받게 되므로, 오로지 먹이고 입히는 일만 한다는 것은 이미 건전한 양육이라 할 수 없는 것이다.

親權과 養育權이 분리된 경우에 어디까지를 養育權의 범위로 보아야 할 것인가를 검토해 볼 필요가 생기는데 子의 養育을 지배하는 근본적 정신이 최대이익에 있음을 지표로 삼아야 한다.

親權行使者 및 養育者指定에 대한 법원의 태도는 親權과 養育權의 공동귀속을 원칙으로 하고 예외적인 경우에만 親權과 養育權의 분리 지정을 허용하고 있다.

(나) 親權과 養育權의 한계

우리 民法上 親權과 養育權이 분리될 경우가 있을 수 있는바, 이러한 경우 養育權의 범위가 문제가 된다.

居所지정, 징계 등 신체상의 양육에 관한 사항과 교육, 子의 인도청구와 같은 긴급사태에 대한 응급조치는 養育權에 속하며¹⁰⁴⁾, 위와 같은 사항에 관하여 親權과 養育權간에 충돌이 있을 때에는 養育權이 우선하게 된다.

102) 김연, "이혼후의 자의 양육", 「가족법연구 제8호(이태영박사충수기념 세계가족의 해 특집)」, 한국가족법학회, 1994, 371면.

103) 양육자 결정의 기초에 관해 ① 母우선추정원칙, ② 계속성원칙, ③ 부모의 경제상황 등을 든다(권정희, 전제논문, 200-203면).

104) 구연창, "친권제도의 재조명", 「가족법연구」, 한국가족법학회, 1990.8, 174면.

(다) 親權, 養育權의 분리개념의 배경

부모가 이혼하게 되면 부모와 자녀 사이에는 새로운 관계의 정립이 요구되는데, 우리 民法은 父母의 離婚으로 父母와 子女사이의 법률관계를 정함에 있어 養育權(민법 제837조)과 親權(민법 제909조 제4항)을 분리하여 규정하는 이분법적 체계를 유지하고 있다.

1921년 12월 1일부터 우리나라에 적용되기 시작한 親權에 관한 일제의 民法은 이혼 후 아버지가 계속하여 親權을 보유하도록 규정(舊民法 제812조 및 제877조)하여 가부장적 이데올로기를 공고히 하였고, 자녀의 복리에 어떠한 가치도 부여하지 않았다. 가부장제 이데올로기는 해방이후에도 청산되지 못한 채 우리 民法에 뚜렷하게 남아 있었고, 民法이 養育權과 親權을 분리하는 규정을 두게 된 것은 이러한 사정과 결코 무관하지 않다¹⁰⁵⁾.

이혼 후 어머니에게는 완전한 의미의 親權을 부여할 수 없으며, 예외적인 경우에 한하여 사실상의 養育만을 허용할 수 있다고 하는 성 차별적인 사고방식이 民法規定의 제정배경에 깊숙히 자리 잡고 있었던 것이다.

그러나 離婚후 어머니도 親權者가 될 수 있도록 한 1990년 民法의 개정으로, 이러한 역사적 사실에 근거한 親權과 養育權의 분리는 그 존재의의를 현저히 상실했다고 보아야 할 것이다.

(라) 양육기간과 양육비용

a) 養育期間

養育者만 지정하고 양육기간에 관하여는 특별히 정하지 않은 경우, 양육기간은 당연히 자녀가 성년에 달할 때까지이다. 그러나子が 성년에 달하기까지의 기간 중 적당한 기간을 정하여 養育에 관한 處分을 할 수도 있다(민법 제837조 제2항).

105) 김상용, “이혼후의 양육자 및 친권자 결정에 있어서 민법이 갖는 몇 가지 문제점”, 「사법행정」, 한국사법행정학회, 1996. 8, 14면.

養育費란 미성년의 子女를 保護하고 養育하는데 필요한 費用을 말한다. 養育에 관한 權利義務는 미성년 자녀의 육체 및 정신의 건전한 발달과 성숙을 위한 권리의무이고, 養育費支給義務는 그러한 保護·教養에 드는 費用의 支給義務로서 경제적 급여의무라 할 수 있다¹⁰⁶⁾.

따라서 親權者의 養育義務와 그에 필요한 비용의 부담은 관념상으로도 실제상으로도 구별하여야 한다¹⁰⁷⁾.

子の 養育에 필요한 비용은 子 스스로 父 또는 母에 대하여 부양청구로서 청구할 수도 있지만, 養育者로 지정된 父 또는 母가 養育에 관한 처분으로서 그 분담을 청구할 수도 있다. 養育權에는 그것에 필요한 비용의 부담은 포함되지 않으므로, 養育者가 부모의 일방일 때에는 養育者가 아닌 다른 일방에 대하여, 養育者가 제3자일 때에는 父母雙方에 대하여 養育費를 청구할 수 있다.

현재 및 장래 소요될 養育費중 적정금액의 분담을 청구할 수 있음은 물론이지만, 過去의 養育費에 대한 분담청구도 가능한지가 문제된다.

판례는 부모의 자녀 養育義務는 특별한 사정이 없는 한 자녀의 출생과 동시에 발생하는 것이므로 과거의 養育費에 대하여도 상대방이 분담함이 상당하다고 인정되는 경우에는 그 비용의 상환을 청구할 수 있음이 원칙이

106) 이태영·김숙자, 전계논문, 55-56면.

107) 미국의 각 주법은 父나 母의 별도 신청이 없더라도 이혼판결시 子에 대한 양육비지급을 함께 명하도록 규정하고 있다. 미국의 각 주는 양성평등을 기초로 부모가 대등한 지위에서 子女의 양육의무를 부담하도록 법률로 명시하고 있으며, 실무상으로는 母가 양육자로 지정되며 父가 현실적인 양육비를 지급하는 것이 보통이다. 부부는 각자의 경제능력과 재산에 따라 합리적인 선에서 子女의 양육비를 분담하며 이것이 평등부담의 핵심이다. 주법원이 양육비를 산정하는데 고려하는 것은 ① 자녀의 기초적 생활 상의 필요, ② 부모의 생활수준과 환경, ③ 부모의 경제수단, ④ 부모의 경제능력, ⑤ 자녀의 수학능력과 진학의 필요, ⑥ 자녀의 연령, ⑦ 자녀의 경제능력과 수입원, ⑧ 당해 자녀 이외의 자녀에 대한 부모의 부양의무 존부, ⑨ 자녀에게 제공되는 양육활동의 경제적 가치 등이다. 연방정부의 자녀부양시행청은 1984년에 주별로 각각인 양육비산정의 원칙을 정비하여 8가지의 산정기준을 마련하였다. ① 부모는 자녀를 양육할 책임을 공유한다. 양육에 관한 경제적 책임은 부모 소득에 비례하여 분배한다. ② 양육비를 산정함에 있어 부모의 최소한의 생활상의 필요를 고려해야 한다. 그러나 부모는 어떠한 경우라도 양육비지급책임을 면제받을 수 없다(정미화, "미국의 이혼가정 자녀 보호제도", 이혼과 자녀양육(한국가정법률상담소 창립 45주년 기념 심포지엄), 한국가정법률상담소, 2001. 5, 92면-98면.)

고 다만 당사자의 재산상황이나 경제적 능력과 부담의 형평성 등에 비추어 상대방에게 모두 부담시키는 것이 지나치게 가혹하여 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 어긋나는 경우에는 가정법원이 적절히 부담의 범위를 정할 수 있다고 한다¹⁰⁸⁾.

b) 養育費부담의 근거

부모 사이에 자녀의 養育費用을 어떻게 부담할 것인가¹⁰⁹⁾는 부부의 공동 생활에 필요한 비용의 일부로서 처리되어야 하기 때문에, 당사자 사이에 특별한 약정이 없으면 부모가 공동으로 부담한다(민법 제833조).

부모 사이에 혼인관계가 존재하지 아니하는 경우,子是父母중 어느 일방과 동거하게 되는데, 이러한 경우에 동거하지 아니하는 부모도 養育費를 부담하는가와 그 근거는 무엇인가 특히, 부모의 일방이 親權을 행사하는 경우, 다른 일방은 養育費의 부담을 면하게 되는가에 관하여 다음과 같은 견해가 대립되어 있다. ① 親權의 내용으로서 養育費를 부담한다는 說 ② 養育費의 부담은 親子關係의 효과라는 說 ③ 親族間 扶養義務에 근거한다는 說의 대립이 있는데, 子女의 福利라는 관점에서 본다면, 養育의 의무와 養育費부담의 문제는 구분되는 것이 타당하다. 父母는 부모와 자식간이라는 자연적 신분관계에 기하여 親權이나 親權行使의 有無를 떠나 養育費를 부담하는 것이며, 親權行使의 與否등은 養育費산정의 참작사유가 될지언정 결코 養育費부담의 근거는 될 수 없다고 할 것이다.

나) 이혼배우자간의 부양청구권

아직까지 현대의 여성들은 사회경제적으로 불평등한 대우를 받고 있으

108) 대판(全) 1994. 5. 13, 92스21.

109) 양육비 이행확보의 대책으로 ① 부모의 양육비 부담의무(혹은 미성년자 부양의무)명시 ② 이혼시 양육비에 관한 합의여부에 관한 확인(협의이혼) 내지 양육비에 관한 결정을 하도록 하고(재판이혼) 이혼신고서의 기재사항으로 함 ③ 일람표(산정식)의 마련 ④ 양육비채권의 특별취급(우선채권화/집행의 용이성) ⑤ 양육비선급제도 등을 들 수 있다(김유미, “이혼시 친권의 개정방향”, 「가족법연구」, 한국가법학회, 2001. 12, 80-84면)

며, 이혼시의 이혼위자료 또는 재산분할을 통하여서도 전배우자간의 이혼 후 생활수준을 형평하게 보장되기에는 충분하지 않다. 이러한 현상은 가정이라는 생활을 통해 현사회생활과는 유리되었기 때문에 발생하는 문제라 할 수 있다. 거기다가 현 사회에서는 아직까지 이혼한 여성에 대한 편견으로 이혼여성의 취업문제도 그 문제라 할 수 있다.

결국 이혼여성은 경제적 자립도가 남성에 비해 약하며, 이것은 여성에게 가사노동이라는 잠이 숙명적으로 지워져있는 한 오랫동안 지속될 것이라고 보면 이혼배우자에 대한 법정책적 배려가 시급한 현실이다.

(1) 발생근거

(가) 부부간 부양청구권

부부간의 부양청구권의 근거가 무엇인가 크게 이를 법규범상의 부양근거(헌법 제34조와 민법 제826조)와 학설·판례의 입장으로 나누어 볼 수 있다. 후자인 학설·판례의 입장을 보면 오늘날 사적 부양 전체의 중심을 이루고 있는 부부간의 부양의 근거가 과연 무엇인가에 관하여 우리나라에서는 부부라는 신분관계의 본질에서 구하는 견해¹¹⁰⁾, 현실적 공동생활자체에서 구하는 견해¹¹¹⁾, 애정을 바탕으로 한 당사자의 합의에서 구하는 견해¹¹²⁾로 나누어 볼 수 있다.

(나) 이혼 후 전배우자간 부양청구권

영국에서는 전통적으로 혼인 중 및 별거시의 부양의무가 혼인 후에도 처를 계속하여 부양하여야 한다는 오랜 관습과 유책주의의 여성보호원칙에 따라 처는 종신토록, 또는 재혼시까지 부로부터 부양을 받을 수 있었다. 또한 부가 유책자인 경우 그의 과실이 가산되며, 더욱이 처가 자녀를 양육하

110) 정관현, 신친족상속법요론, 법문사, 1962, 101면; 대구고등법원 1975. 3. 15, 75르35.

111) 대판 1976. 6. 22, 75르17·18. 다만 이 판결은 대판(全) 1994. 5. 13, 92스21에 의해 변경되었다.

112) 이희배, “민법상 부양법리에 관한 연구(下)”, 「사법행정」, 1985. 10, 66면.

는 경우에는 정기적으로 양육비를 지급받을 수 있었다¹¹³⁾. 즉, 이와 같은 영국의 부양의 법리는 전배우자에게 이혼 후에도 이혼전의 생활수준을 유지할 수 있도록 배려하는 것을 그 근거로 하고 있음을 의미한다.

미국부양법은 식민시대 초기의 common law의 부양법과 Elizabethan Poor Law(1961)를 계수한 것이다. 따라서 이른바 보통법상의 부양의무와 救貧法상의 부양의무가 엮이거나 독립하여 발전해 온 것이라 할 수 있다¹¹⁴⁾. 그런데 이혼부양료는 연혁적으로 영국 common law상의 한정이혼의 경우에 허용되는 것이었지만, 미국은 별다른 고려 없이 부의 부양의무를 절대이혼의 경우에도 받아들였다.

한편 1970년대에 들어와서는 각주의 제정법은 종전의 common law상의 원칙을 버리고 형평의 원칙에 의한 상호부양의무를 선언하게 되었다. 또한 1979년 미연방대법원은 처에게만 이혼부양료를 허용하고 부에게는 허용하지 않는 알라바마주법에 대하여 연방헌법 제14조 수정헌법의 형평보호조항(Equal Protection Clause)에 위반한다고 판결함으로써, 이혼부양료에 대한 성차별은 제거되었다.

독일에서 이혼후 전배우자 사이의 부양청구권을 인정하는 근거는 “혼인이란 평생을 함께 혼인공동생활을 함으로써 家를 이룩하여 행복한 삶을 살 것을 전제로 한 계약이므로 서로 상대방에게 책임을 져야 하며, 부득이 혼인생활에 파경이 야기되어 이혼하게 되어도 그 책임이 약회될 수 있을 지언즉 소멸될 수는 없다”는 전통적 혼인에 대한 생각이 전제되었다. 이러한 근거와 함께 1970년대 연방법무부의 준비초안은 혼인해소후의 부양청구에 관한 원칙으로 ‘혼인에 기인한 수요상태가 있을 것’을 들고 있었다. 그리고 婚姻連帶體의 사후효과라는 생각이 혼인후의 부양에 대한 법정정책적 근거로서 발전되었다.

또한 1973년 정부초안에서는 혼인해소후 부양청구권의 목적이 혼인생활

113) 이화숙, “미국의 파경주의 이혼법에 남아 있는 유책적 요소에 대한 반성론”, 「법학논총」, 경원대학교 사회과학연구소, 1998, 46면.

114) 이희배, “부양법의 비교법적·입법론적 고찰”, 「안이제박사 화갑기념논문집, 민사법과 환경법의 제문제」, 박영사, 1986, 352면.

로 인하여 취직생활을 절제함으로써 야기되기 마련인 무직 또는 part-time의 가정주부에 대한 생활보장임을 명백히 하였다.

(2) 입법적 대책

이혼 후 전배우자 사이의 부양청구권에 관하여 민법 제843조에 의한 제 806조의 준용으로 무책배우자는 과실 있는 상대방에 대하여 손해배상 및 이혼위자료를 청구할 수 있으나, 이러한 이혼위자료제도는 이혼으로 인한 청산이 아니라 이혼별이라는 보복적이며 전근대적인 수단에 불과한 것이다. 또한 우리 민법은 유책주의와 과경주의적 규정을 규정하고 있으며, 파탄주의에 입각하여 이혼이 인정되는 판례가 증가하고 있음을 볼 때, 위자료를 청구할 수 없는 경우가 점차 많아질 것이고, 무엇보다도 위자료청구는 자기의 기여에 대한 당당한 반환청구가 아니라 보복적인 수단이라는 점, 그리고 위자료액수는 全財産에 비해 아주 낮게 인정되는 점에서 유책 배우자에 대한 손해배상의 수단으로서만 그 존재의의가 있는데 불과하다¹¹⁵⁾.

한편 이혼시의 재산분할청구권을 통하여 장래의 부양료가 부분적으로 고려될 수 있으나, 이혼후의 부양은 혼인 중 형성된 재산의 청산과는 그 성질을 달리하며 재산분할의 범위 인정시 고려할 사항도 뚜렷이 다르다. 게다가, 현재 부양적 재산분할청구권의 논의가 대두되고 있다. 그러나 이를 명시적으로 인정하는 판결은 보이지 않으며, 보충적으로 인정한 사례¹¹⁶⁾는 있다.

게다가 기혼여성의 사회진출이 제한되어 남녀의 경제적 지위의 격차가 심한 우리나라의 경우, 이혼후 전배우자 사이의 부양청구권을 인정할 필요성이 크다.

115) 이화숙, “부부의 재산관계에 관한 비교법적 연구”, 연세대학교 박사학위논문, 1988, 138면.

116) 문영화, “독일법상 이혼한 배우자간의 부양의무”, 「실무연구IV」, 서울가정법원, 1998, 161면.

다. 결론

지금까지 이혼 후 재혼으로 인한 몇 가지 문제들과 관련하여, 각 문제들에 대해 구체적으로 고찰하고, 새로운 입법례와 해결방안을 제시한 바, 정리하면 다음과 같다. 첫째 재혼시 이혼녀가 동행하는 전남편의 자녀에 대한 새 남편(계부)의 성을 부여하여야 하는가에 대한 문제에 대해서 각국의 입법례를 살펴보았다. 현행 민법 규정에 따르면 성을 변경할 수 없지만, 민법 개정안에 의해 신설되는 규정에 따르면 자의 복리를 위하여 성과 본을 변경할 필요가 있을 때에는 부·모 또는 자의 청구에 의하여 가정법원의 허가를 얻어 변경할 수 있도록 하고 있다.(안 제865조 2의 제3항) 두 번째로 친권 및 양육권을 가지지 못하는 여성의 면접교섭권에 관한 문제로서, 면접교섭권은 이혼 후에 자녀와 부모의 관계가 계속 유지되어 자녀의 정서안정과 인격발달을 통해 복리실현을 목적으로 한다. 면접교섭권은 친권자나 양육자가 아닌 부모가 자녀를 직접 방문, 면접하거나 서신교환 또는 접촉할 것을 내용으로 하며 이는 ‘자의 복리’를 위하여 행하여지기 때문에 친권상실사유가 ‘자의 복리’를 해치는 사유인 경우를 제외하고는 친권이나 양육권을 가지지 않은 부모 일방에게는 면접교섭권을 인정한다. 셋째 친권을 갖지 못하는 남편에 대한 부양의무와 관련하여 현행 민법(제837조)에 의하면 친권과 양육권을 분리하여 규정할 수 있으며 친권은 부모 일방에게 속하거나 공동으로 할 수 있으며, 양육에 관하여도 협의로 결정할 수 있다고 하고 있다. 그러나 양육의 책임은 부모가 함께 부담하여야 한다고 하므로 친권을 자지지 못한 경우에도 양육은 양육권을 가진 일방이 하게 되지만, 부모사이에 특별한 약정이 없는 한 양육비 부담 즉 부양의무는 부모가 공동으로 부담하여야 한다. 마지막으로 전남편에 대한 이혼녀의 부양청구권에 관하여 앞서서도 말했듯이 법규정을 준용하여 손해배상 및 위자료 청구를 하게 할 수 있다. 그러나 이혼 후 여성의 사회진출은 매우 어려우며, 여성이 가질 수 있는 경제적 지위나 능력을 고려한다면 부양청구권을 인정할 필요성이 크다고 할 것이다.

이상에서 이혼 후 재혼으로 인한 가족법상의 문제들에 대해 살펴보았다. 앞으로도 이혼과 재혼의 증가는 계속 될 것이며 그에 따른 문제점 또한 더 크게 부각되리라고 생각한다. 따라서 조속히 재혼이 가지는 현 문제들을 해결하기위한 다양한 노력이 필요할 것이다.

3. 사실혼과 동거

가. 서설

1) 우리나라의 사실혼

우리나라는 구 관습상 오랫동안 사실혼주의를 취하였다. 그러나 1923년 우리 민법에 법률혼주의를 채택하면서¹¹⁷⁾ 혼례는 올렸지만 구 관습대로 혼인신고는 하지 않고 사는 부부가 많아지면서 이들 사실혼관계에 있는 부부간의 법적 보호가 문제시 되었던 것이다. 그들은 사실상 혼인한 부부와 다름없으면서도 혼인신고를 하지 않았기 때문에 실질적으로 법의 영역 밖에 있었으므로 이들을 위한 법적 보호가 필요했던 것이다.

이러한 배경을 갖고 있는 사실혼 부부는 현재 혼인부부와 유사한 법적 보호를 받고 있다. 이로 인해 학설이나 판례는 혼인신고¹¹⁸⁾를 하지 않았으나 부부와 다름없이 살아가고 있는 사실혼을 혼인에 준하는 준혼 관계로 보고 있으며 그 이외에도 여러 특별법에서 이들 관계를 법률상의 배우자와 동일하게 보호하고 있다.

우리 민법에서는 사실혼의 개념을 직접적으로 정의하고 있지는 않으나 판례는 “사실혼이란 주관적으로는 당사자 사이에 혼인의 의사가 있고, 객관적으로는 사회관념상 혹은 가족질서적 측면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있어야 한다”¹¹⁹⁾ 라고 정의함으로써 사실혼관계의 범위를 정하고 있다. 주관적 혼인의사의 합의를 실질적으로 부부가 되겠다는 의사가 양 당사자간에 있었으면 충분하고, 객관적 사실관계는 당사자 사이에 사회관념상 부부공동생활이라고 인정할 만한 사회적 사실이 존재하여야 함을 의미한다¹²⁰⁾. 이에 대한 구체적 사건으로 이혼녀인 청구인과

117) 1922년 12월 7일 제령 13호 조선민사령중 개정의 건에 의하여 법률혼주의를 채용하였다.

118) 민법은 제812조에 ‘혼인은 호적법에 정하는 바 신고함으로써 효력이 생긴다’는 형식주의 제도를 취하고 있다.

119) 대법원, 1979. 5. 8. 선고, 79므3 판결, 대법원판결집, 제27권 2집, 행정편 21면.

미혼총각의 사실혼관계소송에서 대법원은 “..이들은 관계를 갖고 주의의 이목을 피하기 위해 단지 간헐적으로 만났으며 그들의 관계를 청구인이나 피청구인의 부모에게 알리지 않고 결혼식을 올리지도 않았으며, 그들 사이에서 자녀가 출생하였으나 혼인의사에 대한 합의는 없었으며 또한 혼인생활의 실체가 존재하지 않은 것으로 보여 지기 때문에 그들 사이에는 사실혼 관계가 성립되지 않았다¹²¹⁾”라고 하였다.

이 외에도 현행 판례는 중혼관계에 있는 사실혼은 법률상 보호되지 않으며¹²²⁾, 혼인적령미달자의 사실혼, 선량한 풍속과 기타 사회질서를 반하는 남녀의 결합은 보호될 수 없는 것으로 보고 있다¹²³⁾. 그러나 이러한 경우라도 선의의 당사자는 상대방에 대하여 재산상·정신상의 손해배상을 청구할 수 있을 것이다.

결과적으로 사실혼은 구체적인 사례에 의해 종합적으로 검토되어 판단되어야 하겠지만 우리나라에서의 사실혼은 혼인의사의 합의와 사회관념상 인정할 수 있는 공동생활이 존재하는 경우를 사실혼으로 인정한다고 할 것이다. 이런 의미에서 혼인의사가 없거나 혼인의사가 불명확한 남녀관계의 결합은 사실혼과 구별된다. 서구에서는 우리의 사실혼 관계와는 달리 혼인이 아닌 남녀관계의 생활형태를 동거(cohabitation) 혹은 비혼인공동체(die nichteheliche Gemeinschaft)로 구별하고 있다. 이러한 개념은 우리의 사실혼과 같지 않으므로 동일시 취급할 수는 없을 것이다. 서구, 특히 프랑스의 경우 동거자들은 동거계약을 통하여 그들의 법적인 관계를 인정받고 있으나¹²⁴⁾ 우리나라에서는 동거자가 증가하는 추세임에도 불구하고 동거가 여

120) 대법원, 1984.8.21, 84므45, 대법원판결집, 제32권3집 574면.

121) 대법원, 1984.8.21 선고, 84므45판결, 대법원판례집, 제32권3집, 575면.

122) 40년간 동거하며 부부로 살았더라도 동거남에게 이미 혼인신고를 한 다른 여자가 있다면 동거를 지속한 두 사람을 ‘사실혼관계’로 볼 수 없다는 판결이 나왔다.(서울고법 민사22부2003는 2003년 9월 24일일 사실혼 파기에 따른 손해배상 청구소송에서 원심으로 원고 패소판결을 했다).

123) 김용욱, 한국의 사실혼, 「가족법연구」 6, 1992. 12. 213-215면.

124) 프랑스에서 1999년 계약동거를 법적으로 인정하는 민법개정안이 통과되었다. 이 법은 사회보장, 납세, 임대차계약, 채권채무 등에서 혼인과 같은 권리 의무를 보장하고 있다. 독일에서는 동성간의 공동생활을 위한 생활공동체법(Lebenspartnerschaftsgesetz)을 2001년

전히 사회적, 도덕적, 그리고 윤리적 차원에서 논란이 많기 때문에 법의 문체까지 도달하지 못하고 있는 상황이다.

2) 동거

동거란(living together, cohabitation) ‘함께 거주함’을 의미한다. 동거의 의미는 폭넓게 쓰일 수 있겠으나 여기서 동거의 의미는 특별히 사랑하는 두 사람이 주거공간을 공유할 때를 의미한다. 동거의 유형으로는 ①혼인의사를 가지고 사회 관념상 부부 공동생활이라고 인정할 만한 사실상 부부의 요건을 갖춘 동거, ②혼인의 의사 없이 동거하는 경우, ③배우자가 있음을 알고도 동거하는 경우, ④단순한 남녀관계의 일시적인 동거, ⑤아이를 낳아 주고 금전 보상을 받기로 계약하고 하는 동거, ⑥동성간의 동거 등으로 나눌 수 있다. 이렇듯 두 남녀가 함께 사는 형태는 다양하다고 할 수 있으나 우리 민법상 사실혼이(①이 해당됨) 아닌 동거는 법적인 보호를 명문화하고 있지 않다. 단지, 공서양속(사회질서, 선량한 풍속)이나 법률혼을 침해하는 동거의 경우에는 법적인 보호를 받을 수 없다고 규정하고 이에 대한 판례가 있을 뿐이다. 앞서 나열된 동거의 형태에서 혼인의 의사 없는 동거, 법적인 배우자가 있음을 알고 하는 동거의 경우 등 사실혼(①)의 경우를 제외한 동거는 당사자간에 서로 법률적인 보호를 받을 수 없는 것이 우리의 현실이다.

3) 사실혼과 동거의 현황

오늘날 사실혼과 동거에 대한 관심이 사회적으로 높아가고 있다. 결혼식은 올리지만 법적으로 부부가 되는 것을 꺼려하는 현상이 확산되고 있다. 동거에 비해 사실혼은 법적 신분을 제외하면 실제 부부와 거의 동일하고 법적으로도 보호 받고 있기 때문에 그 장점은 이용되고 있다. 현재 우리나라에서 사실혼이나 동거에 대한 정확한 통계는 없으나 결혼정보업체나 가

제정하여 동성간의 파트너관계를 혼인과 유사한 관계로 인정하였다.

정법률상담소에 따르면 결혼식을 올린 뒤 1-2년 이내에 혼인신고를 하지 않는 부부가 절반에 이르는 것으로 추산하고 있다¹²⁵⁾. 한국가정법률상담소¹²⁶⁾에 따르면 법률상 이혼에 해당하는 ‘사실혼 해소’에 대한 법률상담을 받기 위해 상담소를 찾아오는 사실혼 부부는 매년 200여쌍에 이른다. 한국가정법률상담소의 사실혼 해소의 상담 자료에 의하면 상담을 받았던 204명 중 123명(60%)이 초혼으로 나타난 것으로 보아 초혼인 남녀가 혼인신고를 하기 전 사실혼관계에 있는 경우가 많다는 것을 추정할 수 있으며 이로 인해 이들의 파탄 수도 다른 경우에 비해 높게 나타났다. 현재 사실혼과 관련하여 보여지는 또 하나의 특성은 재혼한 이들의 사실혼 관계이다. 한국가정법률상담소의 통계에서 남녀 모두 재혼인 경우는 43명(21.1%)이고 남자는 재혼, 여자는 초혼인 경우가 17명(8.3%), 여자는 재혼, 남자는 초혼인 경우가 5명(2.5%)로 나타났다. 이혼율 증가에 따라 재혼율 역시 증가하고 있는 상황과 맞물려 재혼하는 이들의 사실혼 관계는 증가하고 있다. 통계상으로도 이들의 사실혼 해소 상담이 이혼상담보다 월등히 높은 것으로 나타났다(이혼상담 12.1%, 사실혼해소상담 31.9%). 특히 남성과 여성이 모두 재혼인 비율이 이혼상담의 경우 4.5%인데 비해 사실혼해소 상담의 경우 21.1%를 차지하였다. 재혼한 사실혼당사자들은 이혼의 아픔을 경험하였기 때문에 재혼한 경우 다시 이혼할 수 있다는 불안감을 갖고 있기 때문에 이런 이유에서 그들은 일시적일 수도 있으나 재혼 후 혼인신고를 꺼려한다. 혼인신고를 하지 않으면 호적상 이혼경력이 남지 않기 때문에 이로 인해 사회적인 부담을 덜 수도 있으며, 사실혼은 동거보다 사회적으로 떳떳하고 안정적이며 또한 법적인면에서도 보호를 받고 있기 때문에 그 장점이 활용되고 있는 것이다.

사실혼과 함께 앞으로 동거하는 남녀의 수는 점차적으로 증가할 것으로 생각한다. 혼인이라는 제도가 안고 있는 불합리한 요소를 극복하기 위하여 법의 영역 밖의 범주에서 남녀의 함께 사는 방식은 보다 다양한 형태로 시

125) 동아일보 2003. 7. 17.

126) 한국가정법률상담소, 2002년도 상담통계, 사실혼해소 상담자료 참고.

도될 것이다. 종래에는 피치 못할 사정으로 사실혼에 관계에 있는 자들이 많이 있었으나 결혼관에 대한 가치관이 변화하면서 실질적으로 사실혼관계에 있는 자들 이외에도 동거관계에 있는 자들이 증가할 것이다. 특히, 오늘날의 젊은 세대는 동거에 대해 보다 긍정적인 태도를 보이고 있다. 20·30대는 기성세대와 비교하여 결혼관 및 성 가치관이 크게 달라졌다. 조사에 의하면 ‘결혼을 하지 않더라도 얼마든지 남녀가 같이 살 수 있다’란 견해가 20대 63%, 30대 59%로 나타났다. 그러나 40대는 24%, 50대는 10%에 불과했다. ‘결혼한 후에는 무슨 일이 생겨도 참고 살아야 한다’는 응답자도 20대(23%)와 30대(34%)에 비해 40대(42%)와 50대(56%)로 조사되었고¹²⁷⁾, 또한 유비코리아가 국제미팅 웹사이트 유비러브(www.ublove.com)를 통해 지난 7월 21일부터 8월 3일까지 한·중·일 회원을 대상으로 혼전동거에 관한 설문조사를 실시한 결과 한국에서는 982명 중 709명(72.2%)이 “쉽지는 않겠지만 필요하면 선택할 수 있다”는 의견을 보인 반면 273명(27.8%)은 “절대 있을 수 있는 일”이라고 대답했다. 중국 응답자 810명 중에서는 68.0%가 찬성했고 12.8%는 반대했다. 중립적 입장은 19.3%였다. 일본 회원의 대다수는 혼전동거에 개방적 태도를 보여 790명 가운데 91.8%가 찬성했고 반대는 8.2%에 그쳤다¹²⁸⁾. 이러한 조사는 점차적으로 전통적 결혼관이 무너지고 있으며 이것이 국제적인 추세임을 보여주고 있다.

동거가 젊은층을 중심으로 하여 증가 추세를 보이고 있는 것은 사실이나, 여전히 동거가 전통적 윤리관에 반하고, 혼인질서를 문란하게 한다는 의식은 지배적이라 할 수 있다. 아직은 사실혼이나 동거자들에 대한 전체적인 통계가 없어 실태를 파악하기는 힘들다. 사실혼뿐만 아닌 동거도 역시 이들의 법적 보호문제가 점차적으로 논의되어야 할 것으로 생각한다.

본문에서는 사실혼에서 가장 중요한 문제인 두 당사자 사이에서 출생한 자녀의 법적 지위와, 재산상의 문제(손해배상청구, 재산분할청구)를 쟁점으로 다루고자하며, 더 나아가 우리의 사실혼과 전면적으로 비교될 수는 없

127)조선일보, 2003. 1. 15.

128)연합뉴스, 2003. 8. 13.

지만 외국의 동거(비혼인)의 사례를 소개하고자 한다. 계속해서 결론부분은 현재 사실혼과 관련된 법적인 문제들이 해결되어야 할 방향을 제시하면서 동거의 법적 보호에 대한 필요성도 함께 피력하고자 한다.

나. 쟁점

1) 자녀의 법적지위

가) 사실혼 중 자녀의 법적지위

사실혼 부부간에 출생한 자녀는 혼인외의 자가 된다. 그들의 자녀가 비록 부모의 사실혼 중에 포태되어 출생하였다라도, 부모가 혼인신고를 하지 않는 한 그 자녀는 어쩔 수 없이 혼인외의 자가 된다. 그러나 사실혼부부가 나중에 혼인신고를 하는 경우 이들 자녀는 혼인중의 출생자의 신분을 취득하게 된다(準正). 자가 혼인신고일로부터 200일내에 출생한 자라도 사실혼성립일로부터 200일후에 출생한 경우에는 친생자추정을 받는다고 해석해야 할 것이다¹²⁹⁾.

부가 혼인외자를 인지하게 되는 경우 부와 자 사이에는 친족, 부양, 상속 관계가 생기게 되므로 이에 혼인중의 자와 거의 동일한 권리를 갖게 된다. 모자관계는 모가 자를 출생하므로 당연히 생기게 되므로 특별히 인지가 필요 없는 것으로 본다. 모의 인지가 필요한 경우는 기아와 같은 예외적인 경우이며, 이때의 인지도 모자관계의 발생이라기보다는 그 확인이라고 보아야 할 것이다. 그러나 민법상 사실혼배우자의 자에 대하여 부의 인지가 없으면 자는 모에 대해서만 친자관계가 생기고, 이 때 자는 모의 성과 본을 따르며 모가에 입적하게 된다(민법제781조 제1항). 이로 인해 자는 모와 모의 혈족사이에서만 친족관계, 부양관계, 상속관계가 생기게 된다. 이런 경우에도 현행법상 부가 후일 자를 인지하게 되면 부자간에 법적 친자관계가 발생하므로 자는 무조건 부의 성과 본을 따르고 원칙적으로 부가

129) 이병화, “사실혼 부부의 법적 지위”, 「동덕여성연구」, 제5권, 150-152면.

에 입적하게 된다.

부가 사실혼 관계에서 출생한 자를 인지하지 않는 경우에 민법은 그 자가 부를 상대로 하여 인지청구의 소를 제기할 수 있다(제863조). 이러한 인지청구의 소에 있어서의 입증책임의 문제로서 부의 친생자추정에 관한 민법 제844조의 규정이 유추적용 되어야 한다고 본다. 즉 사실혼의 처가 사실혼이 성립한 날로부터 200일후 또는 사실혼이 해소된 날로부터 300일내에 출생한 자는 사실혼의 부의 자로 추정된다고 해석해야 하며, 따라서 인지소송에서 부의 추정을 받는 자가 부가 아님을 주장하기 위해서는 그 추정을 번복할 수 있는 반증을 하여야 한다. 부가 자를 인지하는 경우 자의 지위는 법적으로 보호받을 수 있으나 부모로부터 인지되지 않은 자는 부에 대한 아무런 법적 지위도 갖지 않으며 단지, 친권자인 모와 가족법상의 권리의무관계를 갖게 된다.

나) 사실혼 해소시 자의 법적지위

사실혼이 해소되더라도 사실혼 부부간에 출생한 자의 법적지위는 변하지 않는다. 사실혼의 자는 혼인외자이나 부의 인지가 있었으면 부와 자간에 법적 친자관계가 성립되므로 이에 관한 부양과 상속, 기타 친족관계가 발생한다.

다만 여기서 논란의 여지가 있는 문제는 사실혼 해소 후에 그들의 자녀 양육문제를 이혼시 인정되는 자녀의 양육책임에 관한 민법규정 제837조¹³⁰⁾의 유추적용이 가능한가 하는 것이다¹³¹⁾. 민법 제837조의 유추해석에 대하여 양설로 나뉘어 진다. 하나는 사실혼 해소 후에도 자녀의 양육책임에 대한 민법 제837조를 유추해석하여야 한다는 주장¹³²⁾과 다른 하나는 혼인의

130) 민법 제837조: ① 당사자는 그 자의 양육에 관한 사항을 협의에 의하여 정한다. ② 제1항의 양육에 관한 사항의 협의가 되지 아니하거나 협의 할 수 없는 때에는 가정법원은 당사자의 청구에 의하여 그 자의 연령, 부모의 재산상황 기타 사정을 참작하여 양육에 필요한 사항을 정하여 언제든지 그 사항을 변경 또는 다른 적당한 처분을 할 수 있다. ③ 제2항의 규정은 양육에 관한 사항외에는 부모의 권리의무에 변경을 가져오지 아니한다.

131) 이병화, 전계서, 159-160면.

자의 출생이라고 하더라도 친권의 내용에 양육의무가 포함되는 것이므로 자의 양육문제를 유추해석 할 필요 없이 적용된다는 주장이다¹³³⁾.

그러나 이에 대한 대법원의 판결은 다음과 같은 변천과정을 보여주었다. 1977년 대법원 판결에 사건에서 생모가 자에 대한 부양비를 생부에게 청구한 것에 관하여 ‘청구인이 자진하여 자녀를 양육해왔고, 앞으로도 부양하려 한다면 ...자녀를 양육한다는 것은 부모의 고유의 의무이므로 이에 과거의 양육비나 장래의 양육비를 청구하지 못한다고 보는 것이 상당하다’라고 표명하였다. 또한 1979년 대법원 판결¹³⁴⁾에서는 혼인의 출생자의 생모인 청구인은 생부를 상대로 양육자 지정 또는 양육에 관한 사항을 정하여 달라고 청구한 사건에서 ‘민법, 가사심판법 및 민사소송법의 위 관계조문의 명문상 이혼당사자의 신청에 의하거나, 혼인의 무효 또는 취소의 판결을 하는 경우에 그 당사자의 신청에 의하여 자의 양육자 지정이나 양육에 관한 사항을 정하도록 허용되어 있을 뿐, 그 이외의 경우에는 이를 신청할 수 있는 법률상 근거규정이 없음이 명백하므로 원판결의 위와 같은 판단조치는 정당하고 거기에 법률의 기본이념을 망각해서 법률해석과 적용을 그르친 위법이 없으며, 사실혼관계나 일시적인 정교관계로 인하여 출생한 자에 대하여도 위의 규정을 확대해석하여야 한다는 논지는 이유 없다’라는 결정을 내렸다. 1986년 판결¹³⁵⁾에서는 아버지의 인도 요구에 불응하고 스스로 자녀를 양육한 생모는 자활능력이 있건 없건 또 과거의 것이든 장래의 것이든 생부에게 부양료를 청구할 없다고 결정하므로 그동안 상대방(부)에게 과거의 양육비를 청구하지 못한다는 판결을 내리고 있다. 그러나 1994년 대법원 전원합의체결정¹³⁶⁾은 어떠한 사정으로 인하여 부모 중 어느 한 쪽만이 자녀를 양육하게 된 경우에 양육하는 일방은 상대방에 대하여 현재 및 장래에 있어서의 양육비 중 적정 금액의 분담을 청구할 수 있음은 물론

132) 김주수, 「친족·상속법」, 법문사, 2001, 233면.

133) 양수산, 친족상속법, 외국어대출판부, 1998, 335면.

134) 1979년 5월 8일 선고, 79므3.

135) 1986.3.25 선고, 86므17.

136) 1994.5.16 자, 92스21.

이고, 부모의 자녀양육의무는 특별한 사정이 없는 한 자녀의 출생과 동시에 발생하는 것이므로 과거의 양육비에 대하여도 상대방이 분담함이 상당하다고 인정되는 경우에는 그 비용의 상환을 청구할 수 있다고 하였다. 이 결정문은 ‘부모의 자녀에 대한 공동양육책임과 그 양육에 소요되는 비용도 원칙적으로 부모가 공동으로 부담하여야 하는 것이며, 이는 ‘친자관계의 본질로부터 발생하는 의무’라고 하고, 이러한 부모의 의무는 ‘특별한 사정이 없는 한 자녀의 출생과 동시에 발생’함을 명시함으로써 사실혼관계를 해소한 부부라도 인지된 자에 대한 법적 지위는 해소 후에도 보호되어야 한다는 판결로 기존의 이러한 인정을 부인하는 판례와 비교할 때 커다란 의미를 지니는 판결이라고 할 수 있다.

결과적으로 사실혼 관계의 부모에 대한 자의 법적 지위는 부가 자를 인지하게 되는 경우 혼인중의 자와 차별을 두지 않으므로 법적인 보호를 받는다고 할 수 있다. 또한 우리민법은 부가 혼인외자에 대해 임의로 인지하지 않는 경우 혼인외자가 생부를 상대로 하여 인지를 청구할 수 있는 강제 인지제도를 두고 있으므로 (민법 제863조). 인지하지 않는 부에 대해서도 자가 인지 받을 수 있도록 하고 있다¹³⁷⁾.

2) 사실혼당사자간의 재산상의 문제

가) 사실혼 관련 손해배상청구

(1) 사실혼당사자 일방의 파기에 의한 사실혼의 해소

우리 민법은 사실혼관계를 준혼관계로 보고 있기 때문에 사실혼에 대한 당사자가 정당한 이유 없이 일방적으로 사실혼관계를 파기함에 있어서 타방당사자는 이에 대하여 손해배상을 청구 할 수 있다¹³⁸⁾. 이때 ‘정당한 사유’에 관한 판단기준은 사실혼 관계를 준혼 관계로 보아 재판상 이혼원

137) 본문의 ‘미혼모’에서 혼외자에 대한 법적 지위에 대해 논하였음.

138) 대법원 1977. 3. 22. 선고 75므 28판결.

인 관한 민법 제840조 및 혼인취소사유에 관한 민법 제816조의 규정이 참작될 것이며, 사실혼 관계의 구체적인 사정에 따라 종합적으로 고려되어야 할 것이다¹³⁹⁾. 이 경우 대개 유책당사자가 사실혼 관계를 부당하게 파기하는 예가 많을 것이지만, 이에 상대방의 부당한 행위로 인해 사실혼 관계를 해소하려고 하는 무책의 당사자는 이에 손해배상을 청구 할 수 있다.

(2) 손해배상청구권

기존 판례는 사실혼 해소에 대한 손해배상책임의 법적 성질에 관하여 혼인예약의무불이행 혹은 채무불이행책임으로 보았으나, 오늘날의 통설과 판례는 사실혼관계를 준혼 관계로 보아 불법행위책임으로 파악하고 있다. 그리고 이 때의 손해배상의 범위는 재산적 손해와 정신적 손해를 모두 포함하고 있으며, 특히 재산의 손해의 경우에는 사실혼관계의 성립유지와 상당한 인과관계가 있는 모든 손해를 포함한다.¹⁴⁰⁾ 최근 이와 관련된 사건을 소개하면 다음과 같다. 천씨(여)는 2001년 12월부터 결혼을 전제로 김씨(남)와 동거를 시작하였다. 천씨와 김씨는 혼수품을 구입하고 양가 상견례를 마친 후 3월에 결혼식을 올리기로 약속하였으나 김씨의 어머니는 천씨의 과거혼인사실과 출산전력을 문제 삼아 결혼을 반대하였다. 이에 김씨는 천씨의 이런 사실을 이미 알고 있었음에도 불구하고 일방적으로 천씨와 결별을 선언하였다. 이 사건에 인천지법 제2가사부는 천씨가 낸 사실혼 해소에 의한 손해배상소송에서 김씨는 천씨에게 1천5백만원을 지급하라는 판결

139) 이병화, “사실혼 부부의 법적지위”, 전게서, 157-159면; ‘정당한 사유’와 관련해서 대법원 1966. 1. 31. 선고, 65므65 판결은 「성기능이 불완전함에도 불구하고 이를 숨긴채 그 처와 형식상 혼례식을 거행하고 짧은 부부로서 약 6개월간에 걸쳐 신혼생활을 하는 동안 한번도 성교관계가 없었다면 정상적인 혼인생활을 원하는 처로서는 정신상의 고통을 받았을일 사리상 당연하다」라고 판시하였다. 또한 대법원 1975. 7. 8. 선고, 75므20 판결은 「사실혼에 있는 처가 그 부의 노무로부터 지나친 내핍생활을 모든 힘든 가사를 강요당하고, 이로 말미암아 내외 사이에 불화가 생겨 부로부터 구타당하고 별거하던 중 부가 그 거처하던 방과 결혼반지까지 처분하여 버렸다면 처는 배우자 및 그 존속으로 가히 부당한 대우를 받은 것이라고 말할 수 있는 것이요, 이 사건 당사자들 사시의 사실혼 관계의 파종원인은 부측에 그 책임이 있다고 보는 것이 상당하다」라고 판시하였다.

140) 대법원 1989. 2. 14. 선고, 88므146 판결; 대법원 1984. 9. 25. 선고, 84므77 판결.

을 내렸다. 이러한 재판부의 판결은 김씨가 천씨의 과거를 알고 있었음에도 동거생활을 하였고 집안의 반대에 적극적으로 대응하여 관계유지를 노력하지 않았으며 일방적으로 사실혼관계를 파기한 것은 김씨의 잘못으로 사실혼관계가 파기된 만큼 김씨는 이에 손해배상을 지불해야 한다는 것이다¹⁴¹⁾.

손해배상청구에 있어서 사실혼을 부당하게 파기하는데 동조한 제3자도 역시 공동불법행위자로서의 책임을 부담하여야 한다. 시어머니가 혼인 때 며느리에게 준 폐물들을 빼앗고 의류들을 친정으로 보낸 것은 시어머니로서 아들 내외간의 사실혼관계를 부당파기 시키는데 가담한 것으로서 손해배상의 책임이 있다고 한다¹⁴²⁾. 사실혼의 부당파기를 당한 당사자의 부모도 정신적인 고통을 받았을 경우 위자료를 청구할 수 있다고 본다¹⁴³⁾.

불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효는 민법 제766조에 따라 ① 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인해 소멸한다. ②불법행위를 한 날로부터 10년을 경과한 때에도 전항과 같다 라고 규정하고 있다. 이때 ‘손해를 안 날’이라 함은 손해의 발생, 위법한 가해행위의 존재, 가해행위와 손해의 발생과의 사이에 상당인과관계가 있다는 사실 등 불법행위의 요건사실에 대하여 현실적이고도 구체적으로 인식하였을 때를 의미한다고 할 것이고, 손해의 액수나 정도를 구체적으로 알아야 할 필요는 없다. 피해자 등이 언제 불법행위의 요건사실을 현실적이고도 구체적으로 인식할 것으로 볼 것이지는 개별적 사건에 따라 여러 객관적 사정을 참작하여 고려되어야 할 것이다¹⁴⁴⁾.

3) 사실혼관계 해소와 재산분할 청구

141) WWW.lawtimes.co.kr/Lawtimes_Web/Newsprint.aspx?Seri.

142) 대법원 1965. 5. 31. 선고, 65므14 판결.

143) 대법원 1983. 9. 27. 선고, 83므26 판결.

144) 대법원 1989. 9. 26. 선고, 89다카6584 판결; 대법원 1995. 2. 10. 선고, 94다30263 판결; 대법원 1995. 11. 14. 선고, 95다30352 판결; 대법원 1996. 8. 23. 선고, 95다33450 판결.

가) 학설과 판례

사실혼관계가 해소된 경우, 사실혼 당사자사이의 재산분할에 관한 준용 규정이 없어 민법상 재산분할청구(민법 제839조의 2)를 사실혼에도 유추 적용할 수 있는지의 여부가 문제된다. 이에 대한 학설은 긍정설(통설)과 부정설로 나뉜다. 긍정설은 법률혼에 관한 민법규정은 그 효과가 당사자의 내부관계를 규율하는 경우에는 사실혼에 있어서도 준용될 수 있는 것으로 본다. 그러나 사실혼은 대외적으로 호적에 기재되지 않기 때문에 공시성이 없으므로 이에 준용될 수 없는 바, 재산분할은 부부의 내부적인 법률관계의 최종적인 조정으로 이것에 의해 제3자에게 직접적인 영향을 미치는 것이 아니므로 재산분할을 인정할 수 있다고 한다¹⁴⁵⁾. 부정설의 입장은 “자에 대한 양육자 지정청구가 사실혼 관계나 일시적인 정교관계로 출생한 자에 대해 제837조의 규정을 확대 해석할 수는 없다는 대법원 판례¹⁴⁶⁾를 비추어 볼 때, 가사소송법상 사실혼이 해소되는 경우에 재산분할청구를 할 수 있다는 명문의 규정이 없는데도 이를 인정하는 것은 의문이며, 이에 사실혼해소경우에 재산분할을 인정할 수 없다고 한다¹⁴⁷⁾.”

그러나 서울가정법원에서는 혼인의사가 없었던 관계에 대해 재산분할을 지불하라는 서울가정법원의 판결이 있었으며¹⁴⁸⁾, 대법원의 입장은 부부재산의 청산의 의미를 갖는 재산분할에 관한 규정은 부부의 생활공동체라는 실질에 비추어 인정되는 것이므로 사실혼 관계에도 준용 또는 유추 적용할 수 있다고 판시¹⁴⁹⁾하고 있다.

나) 사실혼관계에서의 재산분할 대상

145) 김주수, 친족상속법, 법문사, 1993, 228면; 민유숙, “재산분할의 구체적 인정범위”, 「가정법원 사건의 제문제」, 재판자료 62집, 448면.
 146) 대법원 1979. 5. 8. 79므3, 법원공보 613호 1193면.
 147) 이상훈, “이혼에 따른 재산분할청구사건의 재판실무상 문제점에 관한 고찰”, 「법조」, 1993. 5, 91면.
 148) (1992. 10. 14, 사건 92드47407).
 149) 대법원 1995. 3. 10. 94므1379, 94므1386 판결; 1993. 11. 23. 선고, 93므560 판결; 1993. 8. 27. 선고, 93므 447.454 판결.

재산분할의 대상이 되는 재산은 당사자가 공동의 협력으로 이룩한 재산이 그 분할 대상이 된다. 이 때 한 당사자가 자기 명의로 재산을 취득한 경우, 그것은 특유재산으로 분할대상에서 제외된다. 그러나 이러한 재산이라도 공동으로 협력한 상대 당사자의 기여도가 인정 된다면 분할대상이 될 수 있다. 이에 대법원¹⁵⁰⁾은 ‘일방의 특유재산은 원칙적으로 분할의 대상이 되지 아니하나, 다른 일방이 적극적으로 그 특유재산 유지에 협력하여 감소를 방지하였거나 그 증식에 협력을 하였다고 인정되는 경우에는 이것도 분할의 대상이 될 수 있다’ 라고 판시하고 있다.

재산분할의 대상이 되는 재산은 반드시 유형의 재산에 한할 필요가 없다. 신종재산으로 대두되고 있는 무형재산으로는 전문적인 자격 등이 있으며 이를 재산분할의 대상으로 삼을 수 있을 것이다¹⁵¹⁾. 또한 우리나라에서 민법상 연금을 재산분할의 대상으로 할 것인가에 관한 명문의 규정은 존재하지 않는다. 그러나 다만 판례가 ‘기타의 사정’에 포함시켜 고려하고 있을 뿐이다. 다만, 국민연금법¹⁵²⁾에서는 노령연금(가입기간이 20년 이상인 가입자 또는 가입자였던 자가 60세에 달한 때부터 생존하는 때까지 지급받는 연금)의 경우, 혼인기간(배우자의 가입기간 중의 혼인기간)이 5년 이상인 자가 60세가 된 이후에 노령연금수급권자인 배우자와 이혼한 때에는 그때부터 그가 생존하는 동안(재혼기간동안은 정지) 배우자였던 자의 노령연금을 분할한 일정한 금액의 연금(분할연금)을 지급받을 수 있도록 규정하고 있다(동법 제57조의2 ①, ③). 이 분할연금액은 배우자였던 자의 노령연금

150) 1993.5.25. 선고 92므501 판결, 92므1054, 1061판결.

151) 우리나라에서는 1991年 서울가정법원 판결이 妻가 夫의 專門醫 資格취득에 협력과 공헌을 하였음을 인정하여 전문직에 대한 장래 수입이 재산분할청구의 대상이 된다고 인정하였다. 이 판결은 전문의 자격에 대하여 재산분할청구권을 인정한 최초의 것이다; 서울고등법원은 “박사학위를 소지한 경제학교수로서의 재산취득능력은 민법 제839조의2 제2항 소정의 재산분할의 액수와 방법을 정하는 데 필요한 ‘기타 사정’으로 참작함으로써 충분하다”고 하여 전문직 자격증을 재산분할의 대상으로 하고 있다(서울고법 1998.1.16. 선고 97르1402).

152) 국민연금법은 1973.12.24. 법률 제2655호로 제정된 ‘국민복지연금법’을 1986.12.31. 법률 제3902호로 ‘국민연금법’으로 전문개정하였고, 이 전문개정된 법은 1988년 1월 1일부터 시행되었다. 이후 2000.12.23. 법률 제6286호로 일부개정된 것을 마지막으로 12회의 일부 개정을 거쳐 오늘에 이르고 있다.

액 중 혼인기간에 해당하는 연금액을 균분한 액으로 하며, 분할연금청구권은 소멸시효가 3년이다(동법 동조 ②, ④). 이 분할연금수급권은 그 수급권의 취득 이후 배우자였던 자에게 발생한 사유로 인한 노령연금수급권의 소멸·정지에 의해 영향을 받지 아니한다. 나아가 둘 이상의 분할연금수급권이 발생한 경우 이를 합산하여 취득한다.

연금과는 조금 성질이 다르지만 장래의 수입증가를 가져올 수 있게 하는 잠재적 재산 중에서 곧 지급 받을 수 있는 퇴직금 채권도 분배의 대상이 된다고 하고 있다. 다만 그 퇴직일과 수령할 퇴직금이 되었다는 등 특별한 사정이 없다면, 장차 퇴직금을 받을 개연성이 있다는 사정만으로 재산분할의 대상이 되는 재산에 포함시킬 수 없다고 한다. 따라서 퇴직금의 수령이 현실화된 경우에 한해 분할을 인정하고 있다.

한편 별산의 원칙에 따를 때 당사자 일방이 혼인 중 제3자에 대하여 부담한 채무는 일상가사에 관한 것 이외에는 원칙적으로 그 개인의 채무로 청산의 대상이 되지 않을 것이나, 재산분할의 대상이 되는 부동산에 대한 보증금 반환채무, 혼인생활비로 쓰기 위한 차용금과 같이 혼인 중 재산의 형성에 수반하여 부담할 채무는 청산의 대상이 되며 총재산에서 소극적 재산으로써 채무액을 공제한 잔액만을 분할의 대상으로 삼아 분할액을 결정하게 된다¹⁵³⁾.

다) 사실혼과 제3자와의 관계

사실혼당사자와 제3자와의 관계를 혼인과 동등하게 취급한다면 제3자에 게 미치는 영향이 크기 때문에 혼인과 같은 법적 효과를 그대로 적용할 수는 없을 것이다. 이러한 관점에서 부부재산계약제(민법 제829조1항)는 인정하지 않는 것이 타당하다. 법정재산제는 별산제이므로 제3자와 일방당사자

153) 민유숙, “재산분할의 구체적 인정범위”, 「가정법원 사건의 제문제」, 재판자료 62집, 428면; 대법원 92 무 501판결에서도 “부부 일방이 혼인중 제3자에게 부담한 채무는 일상가사에 관한 것 그것이 공동재산의 형성에 수반하여 부담한 채무일 경우에는 청산의 대상이 된다”고 판시하여 이를 명백히 하였다.

와의 거래에 영향을 미치지 않을 것이다. 그러나 귀속에 불명의 재산은 공동소유로 추정될 수 있을 것이며(민법 제830조, 831조), 일상가사에 대한 연대책임(민법 제832조), 일상가사대리권을 인정하고(민법 제827조), 공동생활을 위한 생활비를 공동으로 부담(민법 제833조), 부부 사이에 계약취소권(민법 제828조)에 관하여도 사실혼에 준용되는 것이 타당할 것이다.

다. 사실혼관련법을 통한 사실혼당사자의 보호

오늘날 사실혼의 보호문제는 특별법상의 보호와 아울러 법률관계의 보호법익이 있다면 그 범위를 확대시켜나가고 있는 경향이다¹⁵⁴⁾.

- 가사소송법 나류사건은 1. 사실상혼인관계존부확인, 2. 혼인의 취소, 3. 이혼의 취소, 4. 재판상이혼, 5. 부의 결정, 6. 친생부인.. 등 사실상혼인관계 존재확인에 대한 소는 가정법원이 관할함을 규정하고 있으며 나류사건에서 1. 약혼해제 또는 사실혼관계부당파기로 인한 손해배상청구(제3자에 대한 청구를 포함한다) 및 원상회복의 청구를 가정법원이 관할함을 규정하고 있다.
- 공무원연금법(일부개정 2002.1.19 법률 제6622호) 제3조 제1항 2호에 유족이란 공무원 또는 공무원이었던 자의 사망당시 그에 의하여 부양되고 있던 배우자를 포함하며, 이때 배우자는 재직당시에 혼인관계에 있던 자에 한하고 또한 사실상 혼인관계에 있던 자를 포함하고 있다.
- 근로기준법시행령 제44조 제1항 제1호도 유족의 범위에는 근로자의 사망당시 그에 의하여 부양되고 있던 배우자 · 자녀 · 부모 · 손 및 조부모가 해당되며, 이때 배우자는 사실상 혼인관계에 있던 자를 포함한다고 규정하고 있다.
- 산업재해보상보험법 제4조 제3호 및 사업재해보상보험법 시행령 제32조

154) 유재철, “사실혼 배우자의 보호와 청구권의 확대- 한국과 일본의 최근 판례를 중심으로”, 『가족법연구』, 15권 2호, 2001, 246-247면.

도 유족이란 사망한 자의 배우자 · 자녀 · 부모 · 손 · 조부모 · 형제자매를 말하며, 이때 배우자란 사실상 혼인관계에 있는 자를 포함한다고 명시하고 있다.

- 사립학교령 제2조 제1항, 선원법 제90조 및 선원시행령 제29조 제1호, 독립유공자유예우에 관한 법률 제5조 제1항 지1호 등에서도 각각 사실상 혼인관계에 있는 자를 배우자에 포함시키고 있다.
- 형법 제241조에 의한 간통죄의 경우에는 사실혼 배우자가 포함되지 않으므로¹⁵⁵⁾ 사실혼관계에 있는 일방은 상대방이 다른 여자나 남자와 불륜관계를 맺고 있다는 이유로 형법상 간통죄로 고소할 수 없으며, 다만 민사상 사실혼관계의 불법침해로 인한 손해배상청구를 상대방 및 그 중간자에게 할 수 있을 뿐이다.
- 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제2조 제2호에 의하며 가정구성원 가운데 배우자 또는 배우자관계에 있었던 자가 해당되는데, 이때 배우자는 사실상 혼인관계에 있는 자를 포함한다고 명시하고 있다.
- 성폭력범죄처벌및피해자보호등에 관한 법률 제7조 제5항에서 친족은 사실상의 관계에 의한 인척도 친족에 포함시키고 있다<신설 97·8·22 법 5343>.
- 모자보건법 제19조 (모·부자복지시설<개정 2002.12.18>) 제1항 6호는 모·부자복지시설로 일시적보호시설을 사용할 자는 배우자에 사실상 혼인관계에 있는 자도 포함한다.
- 국가배상법시행령 <개정 2000·12·30>의 사망에 대한 위자료 기준표에서 배우자에 동거중인 사실혼관계에 있는 자도 포함한다.
- 주택임대차보호법 제9조 제1항에서 임차인이 상속권자 없이 사망한 경우에 그 주택에서 가정공동생활을 하던 사실상의 배우자에게 임차인의 권리와 의무를 승계하도록 한 규정하고 있다.¹⁵⁶⁾

210) 강동범(편자), 「요점정리 신형법」, 교서관, 225면.

156) 주택임대차보호법 제9조 (주택의 임차권의 승계) ①임차인이 상속권자없이 사망한 경우에 그 주택에서 가정공동생활을 하던 사실상의 혼인관계에 있는 자는 임차인의 권리와 의무를 승계한다. ②임차인이 사망한 경우에 사망당시 상속권자가 그 주택에서 가정공동

- 민법 제752조에 의한 생명침해로 인한 손해배상청구권의 경우에는 논란이 있는데, 이 규정의 배우자는 법률상 배우자를 의미하고, 사실상의 배우자는 제752조에 의한 청구를 할 수 없고, 제750조 및 제751조에 의해 자신의 정신적 손해(위자료)를 청구할 수 있다는 견해가 있다¹⁵⁷⁾.
- 상속세 및 증여세법 제19조와 관련하여 상속과 증여세 부분에서 여전히 사실혼관계자는 보호를 받고 있지 못하다. 즉, 최근판례로는 상속세 및 증여세법 제19조의 배우자 상속공제 대상에서 사실혼 배우자를 제외하는 것은 위헌이라는 위헌제정신청에서(2001아90) 이것은 합헌이라는 판결이 나왔다. 재판부는 결정문에서“ 현행 민법의 해석론으로 사실혼 배우자(당사자)의 재산분할을 인정하고 이혼과 배우자의 사망이 혼인관계의 종료를 가져온다는 점에서 공통성이 있다고 해도 재산분할대상은 재산 취득자의 협력으로 이루어진 재산에 한정됨에 반해 상속의 경우는 사망한 배우자의 모든 재산을 대상으로 하고, 재산분할은 쌍방간의 문제이나 상속은 직계비속 등도 공동으로 개입될 수 있기 때문에 배우자 상속공제 대상에서 사실혼배우자를 반드시 포함시켜야 하는 것은 아니다”라고 판시하였다.
- 자동차종합보험과 관련하여 가족운전자 한정운전특약부 자동차종합보험의 경우에 동 보험의 특별약관상 운전한 수 있는 자로서 기명피보험자·부모·배우자·자녀로 한정되어 있는 바, 과연 배우자 중에 사실혼 배우자도 포함되는가의 여부에 가족운전자 한정운전특별약관 소정의 배우자에 부침관계의 일방에서 본 타방은 포함되지 아니한다고 해석함이 상당하다’ 라고 판시하고 있다¹⁵⁸⁾.

생활을 하고 있지 아니한 때에는 그 주택에서 가정공동생활을 하던 사실상의 혼인관계에 있는 자와 2촌 이내의 친족은 공동으로 임차인의 권리와 의무를 승계한다.

- 157) 임정평, “사실혼 개념에 대한 재검토”, 「민사법학의 제문제」(소봉 김용환 교수 회갑 기념 논문집), 1990, 375-376면; 대법원 판례에서도 “민법 제752조에서 말하는 친족관계는 반드시 호적상의 관계만을 가리키는 것이 아니고 입적되지 아니하여도 사실상 그와 같은 관계가 있는 경우도 포함하는 것이라고 해석함이 상당하다”고 판시하고 있다(대법원 1966. 6. 28. 선고, 66다493 판결)
- 158) 대법원 1995. 5. 26. 선고, 94다36704 판결; ‘보통거래약관 및 보험제도의 특성에 비추어 불태 약관의 해석은 일방 법률행위와는 달리 개개 계약당사자가 기도한 목적이나 의사

- 모든 손해보험회사들은 위 특별약관 소정의 배우자에 사실혼 배우자도 포함되는 것으로 해석하고 있다¹⁵⁹⁾.

라. 외국의 입법례

1) 독일

가) 서설

독일에서 혼인과 유사한 공동생활은 시대의 변화에 따라 많은 가치관의 변천과정을 거쳤다. 1954년 독일연방대법원 형사부는 “이성간의 성관계는 원칙적으로 혼인내에서 이루어져야 한다”는 것을 표명하였다. 그 후 1968년 독일연방대법원 민사부는 다시 이러한 윤리적 가치관을 재확인 하면서 “근본적으로 혼인하지 않은 당사자간의 성관계는 비윤리적”이라 볼 수 있다고 하였다. 그러나 얼마 후 1969년 간통의 可罰性은 제거되었고 1970년 도부터 판례는 점차적으로 혼인에 유사한 동거를 보호하지는 않더라도 하나의 사실로 관용하는 쪽으로 기울었다. 독일 헌법재판소는 1983년 판결에서 “헌법과 일치하는 측면에서 혼인에 기초한 교제는 최선의 해결책이나 기본법 제2조 1항(인격의 자유로운 신장에 관한 권리)에 의하여 아무런 혼인관계도 맺지 않으려는 이들의 결정은 인용되어야 할”것임을 표현하고 있다. 이러한 판결은 혼외의 동거생활을 비윤리적으로 볼 수 없다는 것을 표현한 것이다¹⁶⁰⁾.

서독에서의 조사에 의하면 모든 가구수의 약 6% 그리고 모든 파트너의 11%가 혼외의 관계에 있다. 헷센(Hessen)지방의 예를 들면 그곳에 사는 가구수의 20%가 혼외공동생활을 한다. 2001년 4월 헷센공기간의 통계¹⁶¹⁾

를 기준으로 하지 않고 평균적 고객의 이해가능성을 기준으로 하되 보험대체 전체의 이해관계를 고려하여 객관적, 확립적으로 해석하여야 하므로 가족운전자 한정운전특별약관 소정의 배우자에 부첩관계의 일방에서 본 타방은 포함되지 아니한다고 해석함이 상당하다' 라고 판시함.

215) 상세한 내용은 <http://my.dreamwize.com/woomoon.main30-4.htm> 참조.

160) Rainer Frank(김동훈 번역), “독일법에 있어서의 비혼인적 공동생활”, 『가족법연구 12호』, 259-261면.

에 의하면 약 164000명이 혼인외자로 조사되었다. 그들은 가구수의 5%에 달하며 이들 중 각 17%는 18세 미만인 그들의 자녀와 살고 있다. 1994년과 비교하여 볼 때 혼외파트너관계에 있는 자들의 페센트는 4.9%에서 5.8%로 그 수가 증가하였다. 이 수는 단지 이성간의 파트너 관계에 있는 사람들이며 동성 파트너관계에 있는 수를 포함하지는 않는다¹⁶²⁾.

독일의 가족법은 혼인한 배우자를 보호하고 있다. 예를 들어 잉여공동체, 연금청산기대권, 상속 등을 통해 혼인한 자들은 법의 보호를 받는다. 그러나 오늘날 비혼관계에 있는 자들은 이러한 법의 보호를 받지 못하며 그들은 서로 타인과 같은 관계에 있다.

많은 파트너관계에 있는 자들은 오늘날 자유로운 감정속에서 그들의 관계를 유지하기를 기대한다. 이러한 배경하에 부부가 되는 것은 경직된 구조안에 들어간다고 생각하며 그들은 이것을 거부한다. 그러나 이들이 서로 헤어지거나 한 파트너가 사망하게 될 때 생길 수 있는 문제들을 간과되어 질 수 없는 것이다.

일반적으로 독일에서 혼외파트너관계에 있는 자들은 소득세와 관계가 없다. 즉, 그들은 각자 구별되어 세금을 지불하고 혼인한 자들이 세금혜택을 받는 것과는 달리 그들은 혼인한 부부들과 비교할 때 보다 많은 세금을 지불한다.

혼인한 자 또는 등록된 파트너관계에 있는 자¹⁶³⁾들(ingetragene Lebenspartnerschaft)은 법적으로 의료보험(Krankenversicherung)이나 사고보험(Unfallversicherung) 혹은 수발보험(Pflegeversicherung)등 그들 배우자에 예속되어 혜택을 받을 수 있다. 그러나 비혼파트너관계에 있는 자들에게 있어서 이것은 불가능하다.

독일의 현행법은 비혼 관계에 있는 자들이 혼인한 부부 보다 법적으로

161) Hessisches Statistisches Landesamt.

162) WWW.steinbuch-braunfels.de?LPart-neLG.htm.

163) 생활공동체법(Lebenspartnerschaftsgesetz(LpartG)) ; 이법은 2001년 8월 1일부터 효력을 발생하였다. 이법에 의해 동성간 파트너관계에 있는자들은 혼인과 유사한 그들의 생활공동체 관계를 법적으로 인정받게 되었으며 이것은 헌법에 반하지 않는다는 판결이 있었다.(FamRZ 2002, 1169.)

우대적 위치에 있으면 안 된다는 것을 기본원칙으로 하고 있다¹⁶⁴).

나) 주거

비혼파트너관계에 있는 자들은 함께 주거하는 가옥에 대한 임대차 계약을 공동으로 체결하는 것이 바람직하다. 그들 두 사람이 임대차 계약을 함께 체결할 때 그들은 집에 대한 거주권과 임대인에 대한 권리를 갖게 된다. 그들의 임대료 지불은 공동책임이며 임대계약에 따른 모든 사항에 대하여도 마찬가지로 공동의 책임을 부담한다. 비혼파트너관계에 있는 이들이 헤어지게 되는 경우 혹은 이들 중 한 파트너가 이사하게 되는 경우라도 사항은 변경되지 않는다. 계속적으로 임대료를 지불하든 아니면 공동으로 계약을 해제할 수 있다. 그 집을 포기하길 원치 않을 경우 두 사람 중 누군가 그 곳에서 머물기를 원할 때 새로운 임대계약을 체결할 수 있다. 한 파트너가 사망하게 되는 경우 생존파트너는 거주권을 갖게 되며 임대관계를 계속적으로 진행시킬 수 있다. 이러한 권리는 결국 파트너관계가 “혼인과 유사한 관계”에 있음을 증명하여야 하며 이러한 입증책임은 생존자가 지게 된다.

다) 자녀

독일은 1998년 비혼의 동거자의 자녀는 혼인한 부부의 자녀와 동등한 법적 지위를 갖도록 법을 개정하였다. 이 법의 개정으로 인해 모든 자녀는 그들 부모에 대하여 법적인 상속이나 부양비지급에 있어서 동일하게 취급되어야 할 권리를 갖게 됨으로 비혼자에 대한 법적인 차별은 모두 제거 되

164) 독일 기본법 제6조 제1항은 “혼인과 가정은 국가적 질서의 특별한 보호를 받는다”라고 규정하고 있다. 이에 대한 독일의 주석서는 다음과 같이 해석하고 있다. 혼인관계를 맺지 않은 공동생활은 제1항에 의해 금지 되지 않는다. 혼인에 유사한 공동생활을 그 실질적 근거를 박탈함으로써 제거하고자 하는 것은 입법이나 법적용에 있어서 아무런 헌법적 근거가 없다. 혼인에 유사한 공동생활은 물론 제6조에 의한 헌법적 보호의 대상은 아니다. 기본법은 이를 적극적으로 또한 소극적으로도 규정하지 않고 있다. 그것은 매 경우마다 단순한 법률을 통한 규제에 맡겨져 있다”(라이너 프랑크, 전계논문, 260면).

었다. 그러나 단지 개정된 친권법(Kinderschaftrecht)에서 결혼한 부모는 자동적으로 자녀에 대해 공동친권을 갖게 되지만 결혼하지 않은 부모¹⁶⁵⁾는 자녀에 대해 공동으로 자녀를 양육하도록 규정하고 있지는 않다. 그들이 양육권(Sorgerecht)을 함께 갖기를 원할 경우 공동양육선언 (Sorgerechterklärung)을 청소년보호국(Jugendamt) 혹은 공증인에게 하여야 한다. 이러한 공동양육선언이 있을 때 혼인하지 않은 두 사람의 파트너가 미래에 공동으로 자녀에 대한 양육을 이행한다는 것이 확정된다.

이러한 선언이 없는 경우 공동의 자녀를 위한 양육권은 우선 모에게 있다(독일민법 제1626a). 자녀 양육은 다수가 모로 결정되어지고 부는 여기에 대해 말할 권리 (Mitspracherecht)를 갖고 있지 못하다. 다시 말해 모가 공동양육을 합의하지 않는 경우 부가 기본적으로 공동양육권이나 단독양육권을 갖게 될 가능성은 없다¹⁶⁶⁾.

라) 재산

(1) 부동산

비혼파트너관계에 있는 자들이 집을 사게 되는 경우 그들은 부동산 등기부(Grundbuch)에 각자의 소유분을 등록하여야 한다. 그들이 공동으로 부동산의 비용을 지불하였을 때 민법에 의해 획득된 것이므로 이에 관한 것은 규정은 사업상의 계약으로 체결된 것이다. 이로 인해 그들이 이별하게 되는 경우 어떻게 할 것인가 혹은 다른 기타 사항에 관하여 정할 수 있다. 그들 파트너가 부동산의 공동소유자가 될 때 법에 의해 그들은 공동으로 그것을 이용할 수 있는 권리를 갖게 되며 헤어진 후에도 마찬가지로 법에 의한 규정을 받게 된다.

(2) 가재도구

165) 독일민법에서는 비혼자라는 용어를 더 이상 사용하지 않고 있으며 이를 결혼하지 않은 부모의 자로 사용하고 있다.

166) Finn Zwissler, Paare ohne Trauschein: Finanzen, Verträge, Ansprüche, 2001, S. 58-59.

비혼 공동파트너관계에 있는 자는 각 소유자가 공동생활에 가져온 물건에 대해 계속적으로 소유권을 갖게 된다. 문제는 대부분 공동으로 경제적 부담을 한 경우 그리고 법적으로 창출한 것에 대하여 판례는 다양하게 판결하고 있다. 그들이 오랜 기간 동안 자신의 물건을 빌려 주길 원할 때 추천할 수 있는 것은 소유관계를 가능한 한 분류해 놓는 것이 바람직하다.

(3) 채무/보증

기본적으로 혼인한 부부도 등록된 생활공동자도 그리고 비혼파트너관계에 있는 자들도 자동적으로 타인에 대한 채무에는 책임이 없다¹⁶⁷⁾.

2) 프랑스

가) 서설

19세기에서 20세기에 걸쳐 프랑스법에서 혼인을 하기 위해서는 혼인공고를 하거나 여러 가지 증서를 제출할 필요가 있었기 때문에 복잡하고 비용과 시간이 걸리는 절차로 인해 동거가 피 성행하였다. 그리고 이혼자들 사이에서 동거관계가 성립되는 경우가 적지 않았다. 또한 복잡한 이혼절차로 인해, 혹은 배우자가 재혼을 하면 유족연금을 상실하기 때문에 재혼은 하지 않고 동거관계에 있기도 하였다. 1950년대까지는 이처럼 대부분 경제적 혹은 법적원인으로 동거관계가 많이 발생하였다. 프랑스에서 동거의 법적 보호는 주로 판례법에 의해 이루어지고 있었으며 사회법 분야에서 부분적으로 입법이 이루어지고 있었다. 동거는 법적으로 단순한 사실상황이며 당사자간에는 아무런 권리의무가 생기지 않았고 사회적으로는 정당하지 않은 관계로 인식되고 있었다. 그러나 오늘날 동거는 혼인미경험자가 동거관계에 있는 경우가 많으며 젊은 세대는 혼인을 단지 하나의 방식에 지나지 않다고 생각하는 경향이 많기 때문에 기존의 동거관계를 발생시킨 이유와는 다른 의미에서 동거관계를 맺는다. 프랑스인들도 독일인만큼이나 동거(비

167) WWW.yovanto.de/-snm-0135024656-1059876147-0000013596

혼인관계)관계에 있는 자들이 상당수에 달하고 있다.

나) 동거의 법적보호와 동거계약

프랑스에서 동거(le concubinage)는 전통적으로 이성 간에 형성된 관계를 전제로 하여 논의되어 왔다. 동거는 공시 대상이 되지 않으며 또한 법에 의한 체계적·제도적 보호의 대상이 되지 않는다는 점에서 혼인과 동거계약과 구별된다.

프랑스민법은 동반자관계에 있는 자들을 위해 동거계약을 규정하고 있으며 이러한 관계에 있는 자는 동성과 이성을 포함하고 있다. 그러나 동거는 사실적 관계(l'union de fait)에 지나지 않는다는 점에서 계약관계를 기초로 하여 법적 관계에 있는 동거계약자들과는 구별된다. 따라서 동거는 중혼 내지 근친혼 금지의 규정이 적용되지 않으며 당사자들에게는 부양의무 등과 같이 동거계약자에게 발생하는 법적 의무도 발생하지 않으며, 동거계약법¹⁶⁸⁾이 동거계약자에게 인정하는 세법과 사회보장법상의 법적 효과도 인정되지 않는다¹⁶⁹⁾. 동거계약자는 실질적으로 동거 당사자에 해당되므로 동거에 관한 규정은 모든 동거계약자에게도 적용된다¹⁷⁰⁾.

그러나 프랑스에서는 1999년 'PACS에 관한 법률¹⁷¹⁾'이 제정되면서 종래 동성간의 사실상의 결합을 인정하지 않던 것을 동성애자들 간의 동거도 동일한 보호를 받게 되었다. 결과적으로 프랑스에서는 이성이든 동성이든 동거계약을 체결한 자들은 동거계약법에 의해 법적인 보호를 받는다. 그러나 계약관계를 체결하지 않은 동거자는 그들의 공동생활에서 혼인이나 동거계약자들 보다 법에서 자유로운 관계에 있다고 할 수 있으나 그만큼 당사자

168) 명순구, 프랑스민법전 제1권, 2000 참고.

169) 남효순, "프랑스민법상의 동거계약에 관한 연구", 「서울대학교 법학 제44권 제1호」, 2003. 3, 서울대학교법학연구소. 52면.

170) 남효순, 전개논문, 53면.

171) 동거계약법 이전에 동거관계에 있는 공동생활자와 관련하여 1992년 11월 25일 법률안 3066호 '민사적 결합계약에 관한 법률안' 1997년 1월 23일 법률안 3315호 '사회적 결합계약에 관한 법률안' 1997년 2월 20일 법률안 3367호 '비혼인동거자의 권리에 관한 법률안, 1997년 7월 23일 법률안 88호 '사회적 결합계약에 관한 법률안' 등이 있었다.

간의 법적 보호는 약하다고 할 수 있다.

신설된 동거계약법은 제12편 동거계약 및 동거로 프랑스민법 제515조 1은 “동거계약은 공동생활을 영위할 목적으로 이성 또는 동성의 성년의 자연인 사이에서 체결되는 계약이다”라고 규정하고 있다. 또한 제515조 8은 동거에 대하여 “동거는 이성 또는 동성의 2인 간에 짝을 이루어 생활하는 안정성·지속성을 가지는 공동생활을 내용으로 하는 사실적 결합이다”라고 정의하고 있다. 동거계약이 입법화되기 전에 동거는 당사자의 합의가 계약적 효력을 갖는 것인지는 불문하였다. 그러나 동거계약이 입법화되면서 동거도 계약적 효력이 인정되는 것과 그렇지 않은 것으로 나뉘게 되었다. 전자는 계약동거라 칭하고 후자는 사실동거 혹은 자유동거라 함¹⁷²⁾으로 계약관계에 있는 동거와 그러하지 않은 동거를 구별하고 있다. 동거계약법의 성립의 기본전제조건은 당사자가 동성이든 이성이든 성년자일 것을 요구하고 있다(프랑스 민법 제 515조 제1항). 동거계약법은 단순한 합의만으로 성립하지 않으며 이것이 유효하게 성립하기 위해서는 거소를 관할하는 소심지방법원(tribunal d'instance)의 서기관에게 당해 사실을 공동으로 신고하여야 한다(프민법 제515의 3 제1항). 동거계약법의 법률적 효과는 이러한 약정에 의하여 당사자 사이에 신분관계의 변동이 생기는 것은 아니며 당사자 사이에 친족이나 인척관계는 성립되지 않는다. 상속권도 발생하지 않으며 또한 이들 이성 간에 동거계약법이 있었고 자녀가 출생하더라도 이들 간에 혼인과 같은 친생 추정은 인정되지 않는다. 결국 공동생활약정의 주된 효과는 당사자간의 재산적 효과에 그친다. 이들 당사자는 쌍방이 상호적으로 물질적 부조를 할 의무를 진다. 이 부조 의무의 내용은 약정에 의해 정해진다(프랑스민법 제515조의 4 제1항). 동거계약자는 쌍방은 일방이 일상생활의 수요를 위하여 부담한 채무 및 공동의 주거에 관하여 지출한 비용에 대하여 연대책임을 진다(프랑스민법 제515조의 4 제2항). 동거계약자는 공동생활 당사자가 유상으로 취득한 가구에 관하여 공유제를 채택하

172) 남효순, 전제논문, 52면.

기로 합의한 때에는 동거계약의 당사자는 약정을 신고할 때 제출하는 약정서에 이 사실을 기재하여야 한다(프랑스민법 제515의 5 제1항). 이와 같은 기재가 없으면 가구는 균등한 비율로 공유하는 것으로 추정하며, 이 재산의 취득 시점을 알 수 없는 때에도 또한 같다(프랑스민법 제515의 5 제1항 제1문·제2문). 동거계약자는 언제든지 이 계약을 일방이 파기 할 수 있으나 일방 해지자에게 과실이 있는 경우 손해배상책임을 면하지 못한다(프랑스민법 제515의 7 제2항).

3) 일본¹⁷³⁾

가) 특별법상 사실혼 배우자의 보호

일본에서는 우리와 같이 학설과 판례가 모두 사실혼관계를 준혼으로 보고 있다. ¹⁷⁴⁾ 일본의 경우 사실혼 배우자의 보호 문제를 특별법으로 규정하게 된 것은 공장근로자 등에 대한 유족보상 문제의 일환으로서 시작되었는데, 공장노무자를 대상으로 한 공장법(明治44(1911)년 법률 제46호) 및 동법시행령(大正5(1916)년 勅令 제193호), 광산근로자를 대상으로 한 광업법(明治38(1905)년 법률 제45호) 및 광부노역부조규칙(大正5(1916)년 農商務省令 제21호)을 개정하여 사실혼의 배우자를 본인의 사망 당시 그 수입으로 생계를 유지하고 있던 자로서 보호하였다.

그 후 법률혼 배우자에게 준하여 적극적으로 수급자격을 인정한 최초의 입법예는 노동자연금보험법시행령(昭和12(1941)년 勅令 제1250호)제14조, 일반직원의 급여에 관한 법률(昭和25(1950)년 법률 제95호) 제11조, 국가공무원재해보상법(昭和26(1951)년 법률 제91호) 제16조, 국가공무원공제조합법(昭和33(1958)년 법률 제128호) 제2조, 국세징수법(昭和34(1959)년 법률 제147호) 제75호, 노동자재해보상보험법(昭和22(1947)년 법률 제50호) 제11

173) 일본에 관련된 사실혼관계는 유재길, 사실혼 배우자의 보호와 청구권의 확대, 가족법연구, 15권 2호 (2001), 한국가족법학회논문 229-253면 참조.

174) 最高裁 平成 12(2000). 3. 10. 判決 平成 11(許)18 事件, 判例時報 1716號(2000. 9. 11.), 60-64面.

조, 건강보험법(大正11(1922)년 법률 70호) 제1조 제2항과 제59조의 2 내지 4, 후생연금보험법(昭和29(1954)년 법률 제115호) 제3조 제2항과 제59조 제1항, 국민연금법(昭和34(1959)년 법률 제141호) 제5조 제5항과 제52조의 3, 아동부양수당법(昭和36(1961)년 법률 제238호) 제3조 제3항과 제4조 제1항, 노인복지법(昭和38(1963)년 법률 제133호) 제10조의 2등으로 사회복지입법이 발전해 왔다. 이렇게 사실혼관계에 있는 자들의 법적보호는 특별법상의 법적 보호로 통상 폭넓게 인정되고 있다¹⁷⁵⁾.

나) 중혼적 사실혼에 대한 일본의 판례

일본에서는 중혼적 사실혼 배우자도 일정한 조건을 갖춘 경우에 보호를 하고 있다. 戰前의 판례는 매우 엄격한 자세를 보여 왔다. 통상의 사실혼에 대해서도 부당과기 구제를 중심으로 보호가 확대되고 있었지만, 공장법, 광업법, 노동자재해보조법 등의 사실혼 배우자 보호규정은 「사망 당시 그 수입에 의한 생계를 유지한 자」로 한정하였고, 보상금의 수령권에 있어서도 망자의 배우자, 직계비속이 없는 경우 등으로 일정한 제한이 가해졌다. 그러나 戰後 1950년 후반부터 중혼적 사실혼에 관한 판례가 계속 집적되었는데, 家制度가 부정되고 혼인이 개인과 개인의 결합으로 되면서 학설과 판례는 사실혼의 법적보호를 확대해 나갔으며, 더불어 중혼적 사실혼의 보호도 확대 되었다.

다) 손해배상청구권

사실혼 관계에 있던 남편이 사고로 사망한 경우에 있어서 그의 처에게 민법 제711조(한국민법 제752조와 같은 내용)의 배우자에게 준한 고유의 위자료 청구권이 있었다¹⁷⁶⁾.

175) 太田式男·溜池良夫, 「事實婚の比較法的 研究」, 有斐閣, 1986, 16-17面.

176) 大阪地裁 平成 9(1994). 8. 25. 判決 平成 5(7)6617 · 平成 5(7)11898 事件, 交通事故民事裁判例集 27卷 4號, 1994. 8, 1089-1094面.

라) 재산분할청구권

사실혼관계에 있었던 자들의 공동생활의 해소에서 판례¹⁷⁷⁾는 협의이혼과 유사하게 보고 있기 때문에 그들의 관계해소에서 재산분할 신청에 관하여 위자료적 재산분할·부양료적 재산분할이 인정되지 않고, 사실혼 시간중의 예금증가액에서 부채액을 공제할 실질적 공유재산을 기본으로 한 청산적 재산분할을 인정한 사례가 있다¹⁷⁸⁾. 중혼적 사실혼관계에 있는 한국인이 사실혼 생활 중에 취득한 재산을 사실혼 부부의 공유재산이라고 한 사례가 있고¹⁷⁹⁾, 또한 “일반의 사실혼 보다 엄밀한 요건이 필요하다고 하지만 이러한 상황이 존재하는 것에 대하여 부부공동생활의 실질이 있다고 보여지는 한, 재산분할 청구의 문제에 관하여 달리 취급해야 할 것이 아니다”라고 하여 중혼적 사실혼관계 당사자를 보호하고 있다¹⁸⁰⁾.

마. 결론

1) 사실혼에 대한 해석

법률혼이 아닌 사실혼 혹은 동거의 생활형태는 앞으로도 다양화되고 그 수가 증가할 것으로 보인다. 사실혼관계를 갖는 이유는 본문에서 이미 설명하였다. 이와 더불어 동거의 증가는 앞으로 더욱 확산될 것으로 보인다. 동거인 수의 증가원인을 살펴보면, 우선 사회변화에 따라 결혼관에 대한 변화를 꼽을 수 있을 것이다. 독신자들이 증가함으로 혼인율이 다소 감소

177) 일본의 최고재판소는 사실혼부부 일방의 사망으로 사실혼 관계를 해소하는 경우에 법률상 부부의 이혼에 수반한 재산분할에 관한 민법규정을 유추적용할 수 있는지에 대하여 “사실혼 부부에 관하여는 사실혼 해소의 경우에 민법의 재산분할 규정을 유추적용 하는 것은 준혼적 법률관계의 보호에 적합한 것으로서 그 합리성을 인정할 수 있다”고 함으로써 사실혼관계를 준혼적 법률관계로 명백히 인정하고 있다.

178) 鳴古室家裁 平成 10(1998). 6. 26. 判決 平成 8(家)1220 事件, 判例 タイムズ 1009號 1999. 11. 11, 241-245面.

179) 東京高裁 昭和 62(1987). 5. 19, 判決 昭和 61(ネ)1675 事件, 東京所等裁判所民事判例時報 38卷 4-6號(合本, 1990), 28-30面.

180) 廣島高裁松江支部, 昭和 40(1965). 11. 15. 決定, 昭和 40(ラ)18 事件, 高等裁判所判例集 18卷 7號 527面;

하는 경향을 보이고 있다. 또한 혼인 연령이 전보다 점점 높아감으로 인해 혼인 전에 도래할 수 있는 남녀간의 동거생활이 증가할 수 있음은 충분히 유추할 수 있다. 또한 높은 이혼율증가로 인해 혼인에 대한 보다 신중한 결정을 위하여 적지 않은 남녀가 우선 동거생활을 시작할 수도 있을 것이다. 또한 사실혼관계에서도 나타난 현상이나 이혼한 자들은 다시 야기될 수 있는 이혼을 두려워하여 다시 만난 파트너와 동거를 할 수도 있을 것이다. 이렇듯 사실혼이든지 아니면 동거든지 혼인외적인 이러한 형태의 남녀간의 생활양태는 확실히 증가할 것으로 생각한다.

그러므로 우선 제시하고자 하는 것은 우리나라의 사실혼의 범위의 폭을 넓히거나 혹은 프랑스에서처럼 동거계약법을 제정하여 동거를 신고하는 자들은 법적으로 보호받도록 하는 것이다. 우리나라에서 사실혼은 법적으로 보호받고 있지만 동거는 보호받고 있지 못하다. 다양한 동거형태를 볼 때 어느 범주까지 법으로 보호해야 하는가를 결정한다는 것은 어려운 문제이다. 그러나 예를 들어 혼인의사와는 무관하게 안정적이고 지속적인 남녀의 실질적인 공동생활이 있다면 이를 보호하는 법적인 고려가 있어야 할 것으로 생각한다¹⁸¹⁾.

결과적으로 현재의 사실혼 범주는 보다 확대되어야 할 것이다. 단지 사실혼관계가 혼인신고를 결여한 측면에서 논의되어질 것이 아니라 보다 넓은 범주안에서 보호되어야 할 것이다.

2) 중혼적 사실혼에 관한 법적인 판단기준

법률상 배우자가 있는 자가 다른 이성과 사실상의 부부공동생활을 영위하는 경우를 중혼적 사실혼이라고 한다. 말하자면 법률혼과 사실혼이 중복되는 관계이고, 한 쪽을 보호하면 다른 한쪽이 보호되지 않는다고 하는 경합관계에 서는 일이 많다. 경합관계에 있지 아니한 경우에는 사회적 약자

181) 프랑스민법 제515조의 8(1999. 11. 15 법률 제99-944호)에서는 '사실혼은 이성 또는 동성의 2인간에 짝을 이루어 생활하는 안정적이며 지속적인 공동생활을 내용으로 하는 사실적 결합이다'라고 정의하고 있다.

보호 및 공평의 견제에서 당해 중혼적 사실혼당사자의 구제를 피하면 될 것이다. 그러나 민법이 일부일처제의 이상을 견지하고 있는 이상 중혼적이라는 것의 규범적 의의가 문제로 되고, 경합관계에 있는 경우에는 당연히 사실혼과 이익을 조정할 필요가 있다. 법률혼주의를 택하고 있는 우리나라에서 문제되는 것은 일방 당사자가 여전히 법률혼관계를 유지한 채 다른 사람과 공동생활을 하는 경우이다. 오늘날의 판례, 학설은 법률혼이 사실상의 이혼 상태에 있는 경우에만 중혼적 사실혼을 보호하는 경향이 있다.

우리나라에서는 일반적으로 이혼 당사자간에 이혼의 의사가 있고 동시에 부부공동생활이 폐지된 경우 사실상 이혼으로 보기 때문에 이 때에 사실혼 관계가 인정되는 일이 많다. 그러나 부부사이에 이혼에 대한 합의가 없었다고 하더라도 혼인관계가 파탄에 이르렀다는 것을 확인할 수 있다면 혼인관계가 더 이상 유지될 수 없는 것으로 이해할 수 있을 것이다. 혼인관계가 더 이상 유지, 회복될 수 없다는 것은 일정한 별거생활이 지속이 되면 이를 확인한 것으로 볼 수 있을 것이다. 예를 들어 부부의 혼인관계가 파탄되어 5년 이상 지속적으로 별거 생활을 해왔다면 두 사람의 혼인관계는 더 이상 회복할 수 없는 것으로 보아도 무방할 것으로 생각한다. 우리 민법제840조 3호는 ‘배우자의 유기’는 이혼사유로 규정하고 있다. 그러나 유기당한 배우자가 이혼을 원치 않을 경우라면 유기자가 이혼을 원하고 있다고 하더라도 우리법에 의해 계속적으로 혼인상태에 있게 된다. 파탄주의의 도입으로 일정한 별거기간이 경과되면 혼인의 무책자가 혼인을 원치 않는 경우라면 정상적인 혼인관계는 파탄된 것으로 보는 것이 타당하다고 생각한다. 오랫동안 혼인의 공동생활이 지속되지 않으면서 혼인관계가 법적으로 그대로 유지된다는 것은 무의미하다. 또한 그 당사자가 다른 상대와 중혼적 사실혼관계를 맺고 있다면 상대 사실혼당사자를 보호하는 측면에서도 고려되어야 할 것이다.

3) 사실상혼인관계존부확인청구제도¹⁸²⁾

이 제도는 혼인의사에 대한 당사자의 결정에 비판의 여지를 남긴다. 혼인을 할 것인가 하지 않을 것인가에 대한 결정은 개인에게 있어 가장 고유한 결정권이라 생각한다. 혼인에 대한 의사는 여러 번 있을 수 있으나 이것이 결정적으로 혼인신고에 이르기까지는 적극적인 의사표시를 요한다. 적극적인 의사표시는 내면적으로 자신의 혼인생활에 대한 신뢰와 책임과 의무에 대한 표출이기도 하며 외면적으로는 혼인함으로써 국가(법)의 개입과 보호를 받아들이겠다는 의사이기도 하다. 혼인신고를 하지 않은 이유는 여러 가지가 있을 수 있으나 분명히 법률혼 관계에 있지 않는 것은 법이 정하는 규정 범위에 아직은 들어가지 않겠다는 의도로 볼 수 있을 것이다. 사실상혼인관계존부확인청구소에서 관련당사자와의 조정이 성공하면 혼인 의사의 합치에 의한 것으로 보아 별 문제가 없으나 조정이 실패하고 재판으로 이송한다는 것은 혼인관계를 강제하는 것이나 다름없게 되는 것이다. 이러한 의미에서 우리나라의 사실상혼인관계존부확인청구제도는 문제가 있다고 생각한다.

이 제도는 우리 가족법이 가지고 있는 특별한 제도이다. 이 제도는 입법 당시 혼인신고가 잘 이행되지 않았고 특히 이로부터 피해를 받는 측은 여성이었기 때문에 이 제도의 필요성이 정책적으로 요구되었다¹⁸³⁾. 이로 인

182) 사실혼관계에 있는 두 남녀는 실질적으로 혼인공동생활을 하고 있으므로 실질적인 혼인 성립요건을 갖추고는 있으나 법적으로 혼인신고를 하지 않은 상태 있기 때문에 법적부부로서의 보호는 받지 못한다. 이에 당사자 일방이 혼인신고에 협력하지 않을 경우, 사실혼자체를 확인해서 신고에 갈음하게 하므로 법적부부로서의 법적 처리를 취할 수 있도록 하는 제도가 사실상혼인관계존부확인 청구이다.

우선 어떠한 절차를 통하여 이러한 사실상혼인관계존부확인청구가 이루어지는가를 살펴 보면 다음과 같다. 한 당사자가 혼인신고를 협력하지 않으면 다른 상대방은 '사실상혼인관계존부확인청구'를 위한 조정을 가정법원에 신청할 수 있다(가소 2조 제1항 나류사건 1호 50호). 조정이 성립되면 조정을 신청한 자가 1개월 이내에 혼인신고를 하여야 한다(호적법 76조의 2). 그러나 사건에 관하여 조정을 하지 않기로 하는 결정이 있거나 조정이 성립되지 않거나 조정에 갈음하는 결정이 없거나 혹은 조정에 갈음하는 결정이 이의 신청에 의하여 효력을 잃은 때 조정신청인은 조서등본의 송달 또는 이의신청의 통지를 받은 날로부터 2주일 이내나 조서송달이나 통지 전에 제소신청을 할 수 있다(가소법 49조, 민사조정법 36조). 사실상혼인관계존부확인 청구의 재판이 확정된 때에는 재판청구인은 재판의 확정일로부터 1개월 이내에 재판서의 등본과 확정증명서를 첨부하여 혼인신고를 하여야 한다(호적법 76조의 2).

183) 한봉희, "사실혼 배우자의 법적지위", 「고시계」, 89.5 97면.

해 1963년 가사심판법에 이 제도를 새롭게 도입한 것이다. 그러나 혼인이 법률상 유효하게 성립하기 위해서는 혼인에 대한 자유로운 의사가 중요하다. 혼인의 의사는 혼인신고서를 작성할 때는 물론이고 혼인신고가 수리되기 전까지도 혼인의 의사가 없으면 이를 철회할 수 있다. 또한 한 때는 혼인의 의사가 있었다고 하더라도 법률상 혼인을 성립시켜야 하는 순간에 혼인의 의사가 없다면 이는 존중되어야 한다. 약혼의 효과와 비교하여 불 때도 약혼당사자는 혼인을 강제 이행하도록 할 수 없음을 규정하고 있다(민법 제803조). 단지 이들 당사자 사이에는 손해배상청구만이 인정될 뿐이다. 혼인은 당사자의 자유로운 의사에 의해 성립되어야 본래의 목적을 달성할 수 있다¹⁸⁴⁾. 법은 혼인의 자유를 인정하고 있으며 혼인의 자유는 혼인의 자유로운 의사를 통하여 실현되어질 수 있는 것이지 법이 혼인을 강제할 수 없는 것이다.

또한 세계적으로 이혼법은 유책주의에서 파탄주의로 전환하고 있다. 이렇듯 이혼에 대해 점차 개방적인 입장으로 변화하고 있는 상황에서 혼인 상태가 앞으로 지속될 수 있을지의 여부가 불확실한 사실혼관계에 있는 관계를 재판에 의해 혼인을 강제로 법이 성립시키는 사실상혼인관계존재확인 청구는 세계적 추세에 어긋난다고 볼 수 있다¹⁸⁵⁾. 그러므로 사실상혼인관계존재확인청구소는 삭제되어도 무방하지 않을까 생각한다.

4) 자의 법적 지위

우리나라에서 사실혼관계에서 출생한 자는 혼인외자이다. 그러나 우리나라에서 인정하는 사실혼의 특성상 이들의 출생자를 혼인중의 자라고 할 수도 없지만 혼인외자라고 하는 것도 타당하지 않은 면이 있다. 이들 사실혼 배우자의 자는 법률적 혼인신고를 한 부부의 자와도 다를 수 있지만 미혼

184) 이병화, “사실혼 부부의 법적지위”. 『동덕여대 동덕여성연구 5』, 2000. 12. 140면.

185) 이병화, 전게서. 140면.

모에게서 출생한 혼인외자와도 다르기 때문이다. 그러나 사실혼배우자인 자의 가족법상의 신분은 혼인외자보다는 혼인중의 자에 더 가깝다고 생각한다. 왜냐하면 사실혼 기간 중 출생한 자는 사실혼당사자의 자로 추정할 수 있으며, 사실혼은 우리나라에서 준혼관계로 보고 있기 때문에 그들의 자 역시 혼인중의 자와 유사하게 해석되어야 한다. 제844조의 규정이 유추 적용하여 처가 사실혼이 성립한 날로부터 200일후 또는 사실혼이 해소된 날로부터 300일내에 출생한 자는 사실혼의 부의 자로 추정된다고 해석하여야 한다. 이로 인해 사실혼관계에서 출생한 자는 부가 자에 대해 친생부인의 소를 제기하지 않는 이상 사실혼의 자로 추정되어야 할 것이며, 이들에 대하여 혼인중의 자와 동일한 친족관계, 부양관계, 상속관계가 발생하여야 할 것이다. 이것은 보다 자의 복리를 우선으로 하는 차원에서도 바람직하다고 할 수 있다.

사실혼이 해소되는 경우 이혼과 동일하게 이들 친자관계에는 변하지 않으나 친권자를 결정하는 데는 서로 협의를 통해서 결정하고 결정할 수 없을 때에는 가정법원에 결정을 위임할 수 있을 것이다.

동거의 경우에 있어서도 자의 법적 지위는 근본적으로 혼인중의 자와 구별 없이 동일하게 취급되어야 할 것이다.

5) 사실혼관계의 재산법상의 보호

우리나라의 학설이나 판례는 사실혼 관계의 해소시 재산분할이나유책자에게 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있다. 사실혼관계를 준혼관계로 보고 있기 때문에 혼인관계의 해소와 동일한 법적 효과가 발생하는 것은 타당하다고 할 수 있다. 그러나 여기서 이혼에 의한 재산분할청구권에 대한 유추적용 이전에 먼저 중요한 것은 그들의 사실혼관계가 법적으로 성립되었는가 하는 것이다. 왜냐하면 사실혼관계가 인정되지 않는다면 공동의 협력으로 이룬 재산에 대한 분할이 발생하지 않기 때문이다.

사실혼 해소시의 특유재산은 자신의 재산으로 귀속되며, 단독소유가 명

확하지 않은 재산은 공동소유로 보아야 할 것이며, ‘공동협력으로 이룩한 재산’에서 한 일방의 자양육이나 가사노동의 기여도가 분할시 인정되어야 한다. 이는 공동생활을 통해 얻게 된 일방 당사자가 얻게 된 불이익에 대한 청산을 의미한다.

사실혼은 자신의 혼인의사를 적극적으로 하지 않았기 때문에 혼인과는 달리 취급되어야 할 것이다. 사실혼은 실질적으로 유무채과 상관없이 일방이 사실혼관계를 해소할 수 있다. 그러나 약혼의 경우와 유사하게 사실혼의 해소 시 발생한 일방배우자의 재산상의 손해나 정신상의 손해에는 배상 받아야 할 것이다.

4. 미혼모

가. 서설

우리나라에서 미혼모¹⁸⁶⁾가 사회문제화 된 것은 1950년대는 전쟁미망인과 인터넷의 보급으로 인터넷상의 음란사이트 및 선정적인 매스컴 그리고 청소년들의 개방적인 성가치관 등도 미혼모발생에 지대한 기여를 하고 있다. 청소년들의 성교육이 부족한 상태에서 서구사회의 개방적이고, 선정적인 성문화가 여과 없이 유입됨에 따라 청소년들의 혼전성관계로 인하여 미혼모의 발생이 증가하고 있다.

1980년대 미혼모의 발생요인은 빈곤, 결손가정, 취업근로여성의 증가와 같은 환경적 요인에 의하여 발생하였다면, 최근에는 이성교제에 의한 임신이 80% 이상으로 나타났다. 미혼모의 증가원인으로서 종전의 결손가정, 부모 사망, 편부모의 가정보다는 부모의 이혼, 불화, 재혼 등의 새로운 가정 환경에서의 부적응으로부터 비롯된 것으로 나타났다¹⁸⁷⁾.

우리사회에서의 미혼모에 대한 태도는 아주 차갑기 때문에 미혼모와 그 자녀는 사회에서 적응하기 매우 어려운 실정이다. 또한 이들 미혼모 대부분은 혼인전 원치 않은 임신으로 아이를 출산하기 때문에 축복받는 가정형성에 장애가 된다. 그리고 미혼모는 대부분 경제능력이 없기 때문에 출생한 자(혼인외자)¹⁸⁸⁾는 입양이나 아동보호소에 보내지게 된다. 이러한 시설

186) 미혼모라 함은 법률상 혼인 신고 없이 아이를 임신했거나 출산한 여성을 말한다. Encyclopedia of Social Work, 15th ed. 1965, p.797. 외국의 경우에 미혼모는 처녀가 혼인전에 임신, 출산한 경우는 물론 기혼여성이 별거, 이혼, 배우자의 사망상태에서 법률상 배우자가 아닌 남성사이에 아이를 출산한 경우에도 포함한다. 반면, 우리나라에서 미혼모는 미혼여성이 혼인전에 임신하여 자를 출산한 경우를 의미하므로 혼인밖의 임신 또는 혼인밖의 출산한 기혼여성은 미혼모로 보지 않는다. 그러므로 미혼모가족은 미혼여성이 혼인전 임신, 출산한 아이와 함께 가족을 구성하는 경우로서 모자가정을 말한다.

187) 조용원, "미혼모의 과거, 현재 그리고 미래", 「기독교사상」, 2001. 5, 27면.

188) 법률상 혼인관계가 없는 남녀 사이에 출생한 자를 말한다. 혼인중에 자가 출생하였으나 그 혼인관계가 무효가 된 경우에 그 자는 혼인외자가 된다. 반면에 혼인중에 자가 출생하였으나 혼인관계가 취소되는 경우에 그 자는 혼중자의 신분을 그대로 유지된다. 왜냐

에서 성장한 아동들은 애정결핍으로 사회생활에 적응하는 것이 쉽지 않다. 비록 미혼모가 출생한 자를 적극적으로 양육하기를 원하지만 아동 때문에 안정된 직업을 가질 수 없고, 그로 인한 경제적인 문제가 극도로 어렵게 된다. 결국, 그 아동은 정상적인 성장이 어려워 비행청소년이 될 가능성이 높게 된다. 최근에는 10대 미혼모가 증가추세에 있다¹⁸⁹⁾. 현재 입양기관을 통하여 입양되는 아동의 80%가 미혼모로부터 출산된 아동이다¹⁹⁰⁾.

혼인외자와 미혼모의 사회적 문제점을 해결하는 일환으로 실정법상의 혼인외자와 미혼모의 법적 지위를 비교법적으로 검토하고, 헌법상 보호되는 인간으로서 존엄성과 행복추구권이 존재하기 때문에 혼인외자와 미혼모를 법적으로 보호하기 위한 입법안을 모색하고자 한다.

나. 미혼모의 실태

1) 미혼모의 범위

미혼모는 좁은 의미의 미혼모와 넓은 의미의 미혼모로 구분할 수 있다. 전자는 혼인관계가 없는 여성이 임신하여 자를 출산하는 경우를 말한다. 후자는 이미 혼인한 여성이 이혼, 별거 등 상태에서 법적으로 혼인관계가 없는 남성과의 사이에서 임신한 경우도 포함한다. 또한 처녀가 혼인전 임신한 경우¹⁹¹⁾ 혹은 독신녀가 인공수정으로 임신한 경우, 대리모가 법률상 배우자가 아닌 남성과 대리모계약에 의하여 임신한 경우도 포함한다¹⁹²⁾.

하면 신분관계에서 취소의 효력은 소급되지 않고, 장애에 향하여만 발생하기 때문이다. 이 점에서 재산법상의 취소의 효력과는 다르다.

189) 보건복지부자료에 의하면 전국 미혼모시설(8개)에 입소한 10대 미혼모가 2003년 3월 현재, 53.5%, 2001년 66.4%, 1997년 47.9%, 1996년 42.5%, 1990년 31.4%로 나타났다.

190) 김경주, “미혼모 발생과 입양실태”, 『기독교사상』, 2001. 5, 50면.

191) 이 경우에 당사자 남녀가 혼인을 하면 이미 출생한 자는 혼인중의 자가 된다(민법 제855조 제2항). 법률용어로 이 혼인외자는 ‘準正’이라고 한다.

192) 석 흥, “미혼모와 혼인외자의 법리연구”, 영남대학교, 박사학위 논문, 1990, 7면.

2) 미혼모의 발생요인

가) 가정적 요인

오늘날 가정은 부부와 미혼자녀로 구성한다. 이러한 가정에서 부모는 자녀의 사회화과정에 있어서 제1차적인 모델이 된다. 그리고 가정환경, 부모의 사회적 지위는 자녀들의 성장과정에 큰 영향을 주고 있다. 산업화, 도시화에 따라 대가족제도가 현실에 맞지 않아 부부와 미혼자녀를 중심으로 하는 소가족화 되었다. 따라서 종전의 대가족제도하에서의 가족의 기능과 경제적 기능이 가족중심의 의식에서 개인중심으로 의식이 변화하면서 부모세대와 미혼자녀간의 갈등이 심화되고 있다.

전국 미혼모시설에 입소한 미혼모의 가족형태는 정상가족이라고 응답한 자가 63%이다. 유형별로 볼 때에 부모와 형제로 구성된 가족이 43%로 가장 많았으며, 부모를 포함하여 조부모, 형제자매로 구성된 가족도 20%를 차지하고 있었다. 모와 형제·자매로 구성된 가족은 10%, 형제자매로만 구성된 가족은 5%, 형제자매가 없거나 편부모 또는 계부모로 구성된 가족은 37%, 가족이 없는 경우는 3%로 나타났다¹⁹³⁾. 따라서 이 자료에 의하면 미혼모가 정상가족에서의 발생률이 높은 것으로 보아 미혼모는 결손가정의 문제가 아니라는 현재가족의 분위기와 청소년들의 가치관이 문제라는 것을 알 수 있다.

또한 이혼율이 증가하면서 부모들의 재혼 등으로 인한 확대가족이 출현하면서 자녀들과 계부모 사이에 의견불일치, 갈등, 불화, 부적응 등의 결과로 청소년들이 비행이나 성범죄 등 형태로 반발로 표출되고 있다. 이러한 가정에서 성장한 청소년들이 결손가정에서 성장한 청소년보다 미혼모의 발생이 높게 나타났다¹⁹⁴⁾.

나) 사회·문화적 요인

193) 서대문구청, 미혼모 보호제도의 문제점과 개선방안, (1995.11), 13면: 이 자료는 전국 9개 미혼모시설의 미혼모를 대상으로 실시한 자료이다.

194) 조용원, 전계서, 29면.

산업화가 급진전되면서 개방적이고, 적극적인 사고방식의 서구문화가 도입되면서 여성의 취업이 증가하고, 여성의 사회적 진출이 활발해짐에 따라 우리나라의 가족형태에 핵가족화가 가속화되었다. 이와 함께 서구의 개방적인 성문화가 대중매체를 통하여 무분별하게 유입되면서 우리나라의 청소년들의 성에 대한 가치관도 개방적으로 변화하였다¹⁹⁵⁾. 그러나 성에 대한 올바른 가치관이 정립되지 못한 청소년들 사이에서 ‘남녀가 사랑하는 경우에 성관계를 가져도 된다’는 가상의 세계인 대중매체의 가치관을 실생활에서 그대로 받아들인다는 것이 큰 문제인 것이다. 이러한 사회현상들은 미혼모의 증가에 영향을 주었다. 미혼모의 발생원인은 청소년들의 가치관이 정립되지 못하고, 사리분별이 미약한 상태에서 우발적이고, 무책임한 성관계, 도움이 되지 않는 원론적인 성교육 등을 들 수 있다.

3) 미혼모의 특징

가) 미혼모의 증가

중전 미혼모의 문제는 도시화, 산업화에 따른 산업구조의 변화와 함께 전통적인 대가족이 붕괴되면서 가족이 부부와 미혼자녀 중심의 핵가족화에서 빈곤, 결손가족, 취업여성 증가 등에서 발생하였다. 최근에는 대중매체를 통하여 음란물이 급속히 보급되면서 가치관이 정립되지 못한 청소년들이 가상세계의 저속한 성가치관을 현실인 것처럼 그대로 반영한 결과로 인하여 10대의 미혼모가 증가하는 추세에 있다¹⁹⁶⁾. 입양과 미혼모는 깊은 상관관계가 유지되고 있다. 한 입양기관의 입양상담건 수와 미혼부모의 상담건수를 보면 그 관계를 쉽게 추론할 수 있다¹⁹⁷⁾.

195) II. 3. (3). 나 참조.

196) 미혼모시설입소자 실태(보건복지부 자료: 2001년 보건복지백서)

197) 미혼부모 상담건수(홀트아동복지회 자료)

나) 미혼모의 연령화

년도	1997	1998	1999	2000	2001.6
계(명)	1,162	1,526	1,435	1,273	883
입양(명/%)	1,053(90.6)	1,330(87.2)	1,202(83.8)	1,074(84.4)	713(80.7)
본인·가족양육(명/%)	80(6.9%)	151(9.9)	133(9.3)	122(9.6)	97(11.0)
기타	29(2.5%)	45(2.9)	100(6.9)	77(6.0)	73(8.3)

미혼모의 연령이 낮아진다는 것은 미혼모가 대부분 청소년, 즉 학생들이다. 이들의 임신은 곧 학업을 중단하거나 혹은 경제활동을 하여야 한다. 미혼모는 학업을 중단하고, 취업할 경우에 이들은 학력이 낮고, 어떤 특별한 기술이 없기 때문에 이들의 58.0%는 생산직 혹은 서비스 업종에 종사하거나 단순노동에 분야에 종사하고 있다. 이러한 조건에서 이들 대부분은 직업이 불안정하고, 하위직종에 종사하게 된다¹⁹⁸⁾. 따라서 이들은 경제적으로도 어렵기 때문에 손쉽게 금전을 취득할 수 있는 방법을 모색하게 되어 결국은 성매매나 유흥업에 종사하여 범죄에 빠지기 쉽다.

다) 미혼모의 혼인외자의 양육의사 추이

1990년대 이후 가치관의 변화에 따라 미혼모들은 출생한 아이에 대한 양육태도가 변화하고 있다. 혼인전 원치 않은 아이를 임신·출산하는 경우에 미혼모 대부분은 아이에 대하여 ‘친권을 포기하고, 입양하겠다’고 응답하는 경우가 87%였다¹⁹⁹⁾. 그리고 이들이 출생한 아이에 대해 입양을 결정하게 된 동기는 ‘아이의 장래를 위하여’가 45%이고, ‘경제적 능력이 없어서’가

년도	입양상담건수	미혼부모상담	비율(%)
1996	1,359	1,089	80
1997	1,570	1,258	80
1998	1,802	1,569	87
1999	1,592	1,485	93
2000	1,664	1,452	87

198) 노상학, 전계논문198면.

199) 서대문구청, 전계논문, 13면.

34%로 나타났다. 그러나 이들에게 ‘아이와 함께 살 수 있는 시설이 있다면 이용하겠느냐’ 혹은 ‘아이를 당분간 맡기고 여건이 마련된 후에 아이와 함께 살 수 있는 시설이 있다면 이용하겠느냐’에 ‘하겠다’고 응답한 자가 53%이고, ‘아니오’라고 응답한 작 47%로 나타났다²⁰⁰⁾. 최근에는 입양을 위해 아동을 포기하더라도 아동이 어떤 가정에 입양되고, 그리고 입양되어 생활하고 있는 가정과 지속적으로 연락을 원하고 있으며, 아동의 성장과정을 편지나 사진으로 받아보기를 원하는 미혼모가 증가하고 있다. 더 나아가서 친권을 포기하는 것보다는 스스로 자녀의 양육을 희망하는 미혼모가 증가하는 경향이다²⁰¹⁾.

이 자료에 근거하면 미혼모들이 출생한 아이를 포기하고, 입양을 결정하는 것은 사회적 냉대보다는 경제적인 문제와 생활현실 때문에 친권을 포기하고, 입양을 결정한다는 것을 알 수 있다. 따라서 미혼모들이 친권을 포기하지 않고, 아이를 양육할 수 있는 제도적, 경제적 여건을 조성하여 주는 대책이 필요하다.

다. 쟁점

1) 혼외자의 법적 지위

오늘날 가족법 중에서 친자법(혼외자법과 양자법)이 크게 개정되었고, 친자법의 원리는 ‘자의 복리원칙’이다. 특히 1967년 1월 UN인권위원회·소위원회에서 선언한 ‘혼외자의 평등과 비차별에 관한 일반원칙’은 각국의 친자관계법 개정의 촉진제가 되었다. 이하에서는 각국의 혼외자에 관한 입법례를

200) 서대문구청, 전계논문, 13면.

201) 김중대, 모자가정의 문제와 복지, 여성문제연구, 효성여대, 13면; 김경주, 전계서, 54-55면.
미혼모의 혼외자에 대한 양육의사의 추이,보건복지부: 2001년 자료 -미혼모시설입소자

년도	1997	1998	1999	2000	2001.6
계(명)	1,162	1,526	1,435	1,273	883
입양(명/%)	1,053(90.6)	1,330(87.2)	1,202(83.8)	1,074(84.4)	713(80.7)
본인·가족양육(명/%)	80(6.9%)	151(9.9)	133(9.3)	122(9.6)	97(11.0)
기타	29(2.5%)	45(2.9)	100(6.9)	77(6.0)	73(8.3)

살펴보기로 한다.

가) 친자관계

친자(부모와 자녀)관계는 혼인(부부)관계와 함께 인류의 기초이다. 정상적인 부부관계에서 자(자녀)가 출생하는 것이 일반적이다. 이러한 관계에서 부모와 자녀로 구성되는 가족은 사회에서 인간관계의 기초이다²⁰²⁾. 우리가 친자관계라고 하면 당연히 혼인한 부모와 혼중자를 생각한다. 그런데 본래 친자관계는 단순히 자연적 관계뿐만 아니라 사회적 관계이기도 하다. 예를 들면 혼외자에 대하여는 미혼부와 사이에 당연히 친자관계가 발생하지 않으나 양자와 같이 혈연관계가 없는 자에 대하여도 입양을 통하여 의제적으로 친자관계를 인정하는 것이다. 그러므로 제도로서의 친자관계는 다양한 친자관계를 고려하여야 한다²⁰³⁾.

원하지 않은 혼외자의 출생의 책임은 미혼모 본인의 전적인 책임으로 인식하고 있는 것이 대부분이다. 그러나 자원하여 미혼모가 되는 극히 일부를 제외하고는 대부분의 미혼모는 경제적, 사회적 지위 물론 신체적, 정신적으로도 불안정하다. 이처럼 열악한 환경에서 출생한 미혼모의 혼외자는 입양되거나 유기 등에 의하여 아동보호시설에 수용되는 경우가 대부분이다. 최근에는 미혼모 자신이나 가족이 직접 양육하기 원하는 경향이 증가하고 있다.

그런데 미혼모와 미혼부는 법률상 보호받는 혼인관계에서 있지 않았기 때문에 실정법상 보호밖에 있다. 예를 들면 미혼모와 미혼부와의 사이에는 법률상 혼인관계는 물론 사실상 혼인관계도 있지 않기 때문에 상호간의 동거, 부양, 협조의무(민법 제826조 제1항), 정조의무(동법 제849조 제1항), 가사대리권(동법 제827조) 등에 대하여 아무런 효과가 발생하지 않는다. 또한 미혼부와 혼외자와의 관계는 미혼부가 임의로 인지하지 아니한 경우에(민법 제855조 제1항) 미혼부는 혼외자를 부양할 의무가 발생하지 않는다(동

202) 김주수, 「친족·상속법」, 법문사, 2002, 250면.

203) 김주수, 전계서, 251면.

법 제974조 제1항).

일반적으로 미혼모에게는 애정이 있으나 재산이 없고, 미혼부에게는 재산이 있으나 애정이 없는 경우이다. 여기서 혼외자 문제의 기본적 성격이 있는 것이다. 그러면 이러한 혼외자의 문제를 해결하는 방법은 혼외자에게 애정있는 미혼부를 찾아 주는 것이다. 하지만 법률은 애정문제를 규정할 수 없기 때문에 가능한 혼외자에게 미혼부를 찾아서 미혼부의 재산을 주게 하여 그 재산으로 애정있는 미혼모의 양육을 받게 하는 것이다²⁰⁴⁾. 그런데 여기서 문제가 되는 것은 그 미혼부가 법률상 혼인관계에 있는 경우에 妻子에게 주어야 할 재산을 혼외자에게 나누어주는 것이 되기 때문에 ‘혼인의 순결과 혼외자 보호’를 어떻게 합리적으로 해결하느냐이다. 비록 미혼모와 혼외자일지라도 헌법상 보장된 인간의 존엄성, 행복추구권, 인간다운 생활의 보장을 받을 권리를 소유하기 때문에 예외적으로 보호받을 수 있는 법률²⁰⁵⁾이 있다.

나) 부양관계

현대 가족법의 문제는 종전의 신분관계중심의 법적 구조에서 생활관계중심의 구조로 파악됨에 따라 부양법의 법적 지위가 중요하게 되었다. 부양법리는 일정한 친족관계에 있는 者 사이에 법률관계로서 구성되는데, 이것이 곧 생존권, 생활권의 문제로서 가족법의 문제이며, 사회적인 문제이다. 부양문제에서 중요한 것은 미성숙자(자녀) 부양과 노친(노부모)부양이다. 미성숙자의 부양에서는 혼외자의 부양이 특히 문제되고 있다²⁰⁶⁾. 현행민법상의 부양은 부부간의 부양(민법 제826조, 동 제833조), 기타 친족간의 부양(동, 제974조)에 관하여 명시적으로 규정하고 있으나 친자 사이의 부양관계나 미성년인 혼외자와 미혼부의 부양관계를 두고 있지 않다. 이러한 문제점을 보충하는 규정으로 ‘직계혈족 및 그 배우자 사이’(민법 제974조 제1

204) 김주수, 전계서, 264면.

205) 모자·부자복지법, 모자보건법, 아동복지법, 기초생활보장법 등.

206) 석 흥, 전계논문, 73면.

항)의 부양으로 포괄적으로 규정하고 있다. 따라서 미성년자인 혼외자와 미혼부 사이의 부양관계는 제1차적 부양관계로 파악할 수 있다. 이 경우에 미성년자인 혼외자는 미혼부의 인지를 받은 경우에 한한다.

사회에서 자기의 노동 또는 자신의 재산에 의하여 독립하여 생활할 수 없는 사람이 있는데, 이러한 사람들을 어떤 형태로 부양하고, 생존권을 보장하느냐 하는 것은 언제나 중대한 사회문제인 동시에 중요한 법률문제이다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 헌법은 ‘생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다’(헌법 제34조 제5항)고 규정하여 국민의 기본적 인권의 하나로서 생존권을 보장하고 있다. 또한 ‘모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다’고 선언하여 국민의 생존권의 보장을 하고, 더 나아가서 ‘국가는 사회보장, 사회복지증진에 노력하여야 한다’, ‘국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다’(헌법 제34조 제2항·제3항)고 규정하고 있다. 하지만 이러한 헌법상의 선언적 규정은 국민이 국가에 대하여 구체적인 권리를 가진다고 할 수 없다. 다만 이 규정은 국민의 생존권을 보장하는 입법의 기준방침이기 때문에 사회보장법규가 없는 한 국민의 생존권이 국가에 의하여 보장될 수 없다. 예를 들면 사회보장법으로서 국민기초생활보장법이 규정되어 있지만, 이 법규는 친족적 부양의 보충적인 성격에 불과하다. 다시 말하면 비록 국민기초생활보장법이 있으나 이 법보다는 사적 부양원칙이 우선 적용되고, 그 후에도 부족한 경우에 이 법은 차선택으로 적용되는 것이다.

현행법상 부양에는, 첫째 ‘부부 사이의 부양’과 ‘부모와 미성숙자녀 사이의 부양’ 이를 제1차적 부양이라고 하며, 둘째 ‘친족 사이의 일반부양’ 이를 제2차적 부양이라고 한다. 전자(부부관계, 친자관계)는 ‘자기가 생활하는 권리가 다른 사람을 부양할 의무에 우선 한다’라고 주장할 수 없는 부양관계이다. 반면에 후자(친족 사이의 부양)는 사회보장의 대체물로서 ‘누구도 자기의 생활하는 권리까지 희생하면서 부양의무를 부담하지 않는다.

다) 혼외자와 미혼모와의 관계

미혼모의 유형에는 크게 2가지의 유형으로 구분할 수 있다. 첫째 미혼모 자신이 선택하는 경우와 둘째 미혼모가 된다는 의식 없이 결과적으로 되는 경우²⁰⁷⁾이다. 미혼모와 혼외자의 문제는 본능적 성욕구를 통제하지 못하거나 성에 관한 의식이 개방적이기 때문에 사회현실에서 발생할 수밖에 없다. 다만 미혼모와 혼외자를 인간다운 삶을 영위하도록 적극적으로 보장하는 것이 현행혼인법상의 일부일처제의 원리를 위협하는 것은 합리적으로 조정되어야 할 것이다.

(1) 혼외자와 미혼모와의 친자관계는 분만이라는 사실에 의하여 당연히 발생하는가 혹은 인지라는 특별한 의사표시에 의하여 발생하느냐에 대하여 각국은 견해를 달리하고 있다. 우리나라는 혼외자와 미혼모와의 사이에 친자관계는 분만이라는 사실²⁰⁸⁾ 혹은 인지라는 의사표시 어느 쪽에 의해서도 친자관계가 발생하는 것으로 하고 있다²⁰⁹⁾. 즉 ‘혼인외의子是 그 생부나 생모가 이를 인지할 수 있다’(민법 제855조 제1항)고 규정하고 있다.

혼외자와 미혼모와의 사이에 부양의 근거는 친족관계 혹은 친자관계에서 부양이냐에 따라 부양정도와 범위가 다르게 된다. 그런데 혼외자와 미혼모와의 사이의 친자관계는 분만 혹은 인지에 의하여 당연히 발생하므로 부양의 근거는 친자관계에서 발생한다고 하여야 한다.

(2) 인지 또는 기타에 의하여 친자관계가 확정되면, 혼외자는 미혼모의姓과 本을 따르고, 미혼모의 家에 입적한다(민법 제781조 제2항). 혼외자는

207) 혼인할 예정이었으나 어떤 사정으로 혼인할 수 없거나, 남자에게 사기, 강간 혹은 상대방 남자가 이미 혼인한 경우 등.

208) 대법원 1967.10.4. 선고 67다1791 판결, 대법원판례집(제15권 제3집), 민184면: 혼인외의 출생자와 생모간에는 그 생모의 인지나 출생신고를 기다리지 않고 자의 출생으로 당연히 법률상의 친족관계가 생긴다고 해석하는 것이 타당하다.

209) 김용욱, “혼인외의 자에 관한 연구”, 「부산대논문집(17)」, 1974, 197-201면; ‘혼인외의 자의 출생신고는 母가 이를 하여야 한다’(호적법 제51조 제2항); 김수수, 전거서, 265-266면.

미혼모의 친권에 복종하여야 하고, 미혼모와 미혼모의 혈족 사이에 친족관계, 부양관계, 상속관계 등이 발생한다. 상속에 있어서는 만약 미혼모의 혼중자가 있다면 혼중자와 혼외자 사이에 동등하게 대우받는다.

라) 혼외자와 미혼부와의 관계

(1) 미혼부가 인지하는 경우

혼외자와 미혼부와의 친자관계는 미혼부의 인지에 의하여 발생한다. 미혼모가 있는 혼외자에 대하여 미혼부가 인지하는 경우가 일반적이다. 그런데 이 경우에 혼외자는 부모가 모두 존재한다는 점에 혼중자와 같으나 부모가 혼인상태가 아니라는 점에서 혼중자와 다르다. 현행법에서는 미혼부가 임의로 인지하지 아니할 때에 혼외자 측에서 미혼부를 상대로 강제인지청구의 소송을 제기할 수 있고(민법 제863조), 미혼부가 사망하는 경우에 사망을 안 날로부터 1년 내에 검사를 상대로 인지청구의 소를 제기할 수 있다(동 제864조).

- 미혼모의 인지를 받아 미혼모의 성과 본을 따르고, 미혼모의 家에 입적하고 있던 혼외자는 미혼부가 인지함으로써 미혼부의 성과 본을 따르고, 미혼부의 家에 입적하게 된다(민법 제781조, 제782조).
- 미혼부가 인지한 미성년자인 혼외자의 친권에 대하여 문제가 되는데, 이 때에는 친권자는 미혼부와 미혼모 사이의 협의하여 정하고, 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 아니하는 경우에 당사자(미혼부 혹은 미혼모)의 청구에 의하여 가정법원에서 결정하게 된다. 그러나 비록 친권자가 정해졌더라도 자를 위하여 변경할 필요가 발생할 경우에 변경도 가능하다(민법 제909조 제4항).
- 미혼모의 인지를 받은 혼외자를 미혼부가 인지하는 경우에 양육자(민법

제837조 제1항)와 친권자(동 909조 제4항)를 분리하여 미혼부 또는 미혼모 중에 누가 담당하느냐이다. 이에 관한 법규정이 없기 때문에 문제가 되지만 이혼에 준하여 미혼부 또는 미혼모가 친권자지정과 양육자와 양육에 관한 사항에 유추 적용하는 것이 바람직하다고 생각한다. 즉, 이혼한 부모의 자의 양육처럼 당사자 사이에 친권자와 양육자에 관한 사항에 관하여 협의에 의하여 정하되, 협의가 되지 아니하거나 협의할 수 없을 때에 가정법원의 결정에 따르도록 하여야 할 것이다.

- 혼외자가 미혼부의 인지를 받는 실 이익은 미혼부의 부양과 재산에 대하여 상속을 받을 수 있다는 것이다. 우리나라의 경우에는 혼외자의 상속순위와 상속분에 있어서는 외국과는 달리 혼중자와 혼외자 사이에 차별이 없다.
- 혼외자의 친권자 또는 양육권자가 아닌 미혼부 또는 미혼모에게 면접교섭권²¹⁰⁾을 인정할 수 있느냐이다. 이 사항에 관하여도 법률규정이 없기 때문에 문제가 되고 있는데, 이 경우에도 이혼한 부모가 자를 직접 양육하지 않은 경우에 면접교섭권(민법 제837조의 2 제1항, 동법 제843조)을 인정하고 있는 것처럼 혼외자에 관하여도 이 규정을 유추적용하는 것이 바람직 할 것이다. 다만, 이 경우에는 ‘자의 복리’를 위하여 필요시에는 당사자의 청구에 의하여 면접교섭권을 제한하거나 배제할 수 있다(민법 837조의 2 제2항).

혼외자와 미혼모와의 친자(모자)관계는 분만이라는 사실에 의하여 인정된다. 그런데 미혼모에게 인지를 인정하는 것(민법 제855조 제1항)은 혼외자가 기아인 경우에 혼외자와 미혼모와의 친자관계가 명확하지 못한 경우를 예상하여 둔 규정이라고 할 수 있다.

210) 면접교섭권은 친권자 혹은 양육의무자가 아닌 미혼부 또는 미혼모에게 미성년자인 자와 직접 만나거나 서신교환 기타 연락을 할 수 있는 권리를 말한다.

반면에 미혼부가 혼외자를 임의로 인지하지 아니한 경우에 강제인지제도를 두고 있다(민법 제863조). 혼외자가 인지된 경우에 인지의 효력은 혼외자의 출생시에 소급하여 효력이 생긴다(민법 제860조 전단). 그러나 인지의 소급효는 제3자가 이미 취득한 권리를 해하지 못한다(동 860조 단서). 인지에는 소급효가 인정되기 때문에 문제가 되는 것은 혼외자가 인지되기전에 이미 상속이 개시되어 제3자가 권리를 취득한 경우에 제3자의 권리에 영향을 줄 수 있다. 예를 들면 공동상속이 상속한 재산을 분할 혹은 상속재산을 처분한 후에 혼외자가 인지되어 상속인이 되는 경우에 혼외자는 피상속인의 재산을 분할 혹은 처분한 공동상속인에게 자신의 상속분에 상당한 가액의 지급을 청구할 권리가 있다(민법 제1014조).

(2) 미혼부가 인지하지 않은 경우

- 미혼부는 혼외자를 반드시 인지하여야 친자(부자)관계가 발생하지만 미혼모의 경우에 있어서는 혼외자를 반드시 인지하여야만 친자관계가 발생하는 것이 아니라 분만함으로써 친자관계가 발생한다. 다만, 미혼모의 경우에 혼외자를 인지하여야 하는 경우가 발생하는데 그것은 혼외자를 잃어버린 경우이다. 이처럼 혼외자와 미혼모와의 사이에 친자관계가 확실하지 아니한 경우에 미혼모가 혼외자에 대한 인지문제가 발생한다는 것이 판례²¹¹⁾의 입장이다.
- 만약 미혼부의 인지를 받지 못하거나 혹은 미혼모도 알 수 없는 경우에 혼외자는 법원의 허가를 얻어 성과 본을 창설하고, 一家를 창설한다. 그러나 성과 본을 창설한 후에 미혼부 또는 미혼모를 알게 되는 경우에 미혼부 또는 미혼모의 성과 본을 따른다(민법 제781조 제2항). 미혼모가 부양의무 및 친권을 행사하고 있는 혼외자에 대하여 나중에 미혼부가 혼외자를 인지하거나 강제 인지된 경우에 인지의 효력은 혼외

211) 대법원, 1967. 10. 4, 67다 1791.

자의 출생시에 소급하여 발생하기 때문에 미혼부는 혼외자의 출생 시부터 부양의무를 부담하게 된다. 인지의 소급효로 인하여 다음과 같은 법률상 문제가 발생하게 된다.

○ 미혼모의 과거부양료 청구여부

미혼부가 혼외자를 인지하지 않거나 친권을 포기하는 경우에 현행법상 미혼모가 미혼부에게 혼외자의 부양비를 청구할 수 있느냐이다. 미혼모도 부모이기 때문에 부양책임이 존재한다²¹²⁾. 그러나 미혼모가 이행한 부양책임이 자신의 부양책임을 초과한 부분에 대하여 미혼부에게 과거 부양료반환을 청구할 수 있다고 하여야 할 것이다. 왜냐하면 미혼부가 혼외자에 대한 부양책임을 이행하지 않았기 때문에 그 대신 미혼모가 자신이 부담하여야 하는 부양책임을 초과하여 이행한 부분에 관하여 미혼부에게 부당이득반환을 청구할 수 있다고 보아야 한다²¹³⁾. 그러나 판례는 미혼모가 혼외자에게 이행한 부양료의 반환을 미혼부에게 청구할 수 없다고 판결하였으나²¹⁴⁾ 대법원은 위의 판결을 전원합의체결정에 의

212) 대법원, 1967. 2. 21 판결, 대법원판결집(제15권 제1집), 107면 이하. 판결요지, '혼외의 출생자에 대한 생모의 부양의무'에 관하여 '인지의 효력은 그 자식의 출생시에 소급하므로 혼외의 자식의 아버지가 인지를 한 때에는 아버지의 부양의무도 역시 그 자식의 출생 시부터 있는 것이기는 하나 부모는 모두 자식을 부양할 의무가 있는 것이므로 그 생모 또한 부양의무가 있는 것이니 부양능력이 있는 생모가 그 혼외의 자식을 부양하였다 하더라도 자기의 부양의무를 이행한 데 불과하다 할 것이고 따라서 자기의 부양의무를 이행한 데 불과한 생모가 그 과실의 양육비를 그 아이의 아버지에게 청구함은 부당하다'고 판시하였으나 이 판결은 대법원 1994.5.13. 자 92스21 전원합의체결정에 의하여 변경되었다.

213) 동지, 석 홍, 앞의 논문, 82면.

214) 대법원, 1967. 2. 21 판결, 대법원판결집(제15권 제1집), 107면 이하. 판결요지, '혼외의 출생자에 대한 생모의 부양의무'에 관하여 '인지의 효력은 그 자식의 출생시에 소급하므로 혼외의 자식의 아버지가 인지를 한 때에는 아버지의 부양의무도 역시 그 자식의 출생 시부터 있는 것이기는 하나 부모는 모두 자식을 부양할 의무가 있는 것이므로 그 생모 또한 부양의무가 있는 것이니 부양능력이 있는 생모가 그 혼외의 자식을 부양하였다 하더라도 자기의 부양의무를 이행한 데 불과하다 할 것이고 따라서 자기의 부양의무를 이행한 데 불과한 생모가 그 과실의 양육비를 그 아이의 아버지에게 청구함은 부당하다'고 판시하였으나 이 판결은 대법원 1994.5.13. 자 92스21 전원합의체결정에 의하여 변경되었다.

하여 미혼모는 과거 부양료를 미혼부에게 청구할 수 있다고 판례를²¹⁵⁾ 변경하였다.

○ 미혼모와 미혼부와 관계

미혼모가 미혼부에 대하여 위자료를 청구할 수 있느냐이다. 왜냐하면 미혼모와 미혼부는 약혼자, 사실혼부부 혹은 법률상 부부가 아니기 때문에 약혼파기, 사실혼파기, 이혼 등에 대하여 위자료를 청구할 수 있느냐이다. 이러한 문제는 미혼모와 미혼부와의 관계에 의하여 결정할 수밖에 없다.

미혼모가 미혼부의 혼외자를 임신한 동기가 당사자의 합의에 의한 경우는 미혼부에게 아무런 책임을 물을 수 없다. 다만 미혼모가 성관계를 거부하였는데도 불구하고, 강간, 기망행위 등에 의하여 임신한 경우에 미혼모는 임신으로 인하여 부담한 물질적 손해에 대하여 손해배상(민법 제750조)과 정신적, 육체적 고통에 대한 위자료를 청구할 수 있다(민법 제751조)고 볼 수 있다.

215) 1994.5.13. 자 92스21 전원합의체결정, 법원공보(970), 1994. 6. 15. 1693면;

첫째, 어떠한 사정으로 인하여 부모 중 어느 한 쪽만이 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 자녀양육의무는 특별한 사정이 없는 한 자녀의 출생과 동시에 발생하는 것이므로 과거의 양육비에 대하여도 상대방이 분담함이 상당하다고 인정되는 경우에는 그 비용의 상환을 청구할 수 있다.

둘째, 한 쪽의 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 한 쪽이 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.

마) 혼외자와 입양

(1) 입양제도 간편화

오늘날 양자제도는 증가하고 있는 기아, 혼외자 등에 대한 복지정책으로 일환으로 친자관계가 없는 사람들 사이에 친자관계를 의제하는 것으로 부모 없는 아이들에게 따뜻한 애정 있는 부모를 맺어주는 사회제도이다. 오늘날 세계 각국의 양자제도의 원리는 ‘子の 복리원칙’이다. 입양의 성립요건도 종전의 계약형 양자법에서 신고(허가)형 양자법으로 변하고 있다²¹⁶⁾. 또한 산업화에 따라 사회가 급변하면서 미혼모의 혼외자가 급증하고 있다²¹⁷⁾. 미혼모들은 혼외자를 경제적, 사회적 여건상 직접 양육할 수 없기 때문에 결국 입양하는 편을 선택하고 있다.

입양제도는 사회에서 신분관계의 질서를 창출하는 제도에 불과하기 때문에 입양을 쉽게 할 수 있는 방법이 모색되어야 할 것이다. 특히 양자를 양부모의 성과 본을 따르게 하여야 한다. 현재 허위친생자출생신고²¹⁸⁾가 인정되고 있기 때문에 입양시에 양자를 양부모의 성을 따르도록 하는 것도 입양을 쉽게 할 수 있는 하나의 방법이 될 것이다²¹⁹⁾. 본래 우리나라의 양자제도는 유교사상에 배경을 두고, 조상의 제사를 주재하고, 家의 계승을 위한 ‘家本位의 양자제도’였으나²²⁰⁾ 오늘날은 ‘子の 복리원칙’에 따른 ‘子本位의 양자제도’로 전환되었다. ‘자본위의 양자제도’는 가정이 없는 棄兒, 孤兒, 혼외자 등에게 따뜻한 애정으로 가득 찬 가정을 제공하여 그들로 하여

216) 우리나라의 양자는 양부모와 양자 사이에 사적인 신분계약으로 하고 있다. 우리나라와는 달리 외국은 ‘子の 복리원칙’에 따라 국가기관의 신고(허가)에 의하여 성립시키도록 하고 있다.

217) 2001년 요보호(보호가 필요로 하는)아동은 12,086명이며 발생유형별로는 ‘미혼모 아동’이 4,897명(40.5%), ‘빈곤·실직·학대 등 기타’ 아동이 5,646명(46.7%)이다. 특히 서울이 요보호 아동 전체의 5,398명(46.7%)으로 가장 많은 비율을 차지하였다. 발생유형별로는, ‘미혼모 아동’이 4,247명(78.7%), ‘빈곤·실직·학대 아동 등’이 788(14.6%)명으로 나타났다: 보건복지부 「2002년 통계연보」, 통계자료, 120면.

218) 양부모가 입양시에 입양신고 대신에 입양하는 부부 자신들의 혼인 중에 출생한 것처럼 위장출생신고하는 것을 말한다.

219) 이 경우에 양자가 친생부모를 확인할 수 있도록 제도는 보완되어야 한다.

220) 중국의 영향을 받아서 조상의 제사를 주재하고, 家를 계승하기 위한 양자제도를 말한다.

금 건전한 사회인으로 양성하는데 있다.

혼외자의 문제는 입양을 통해서 해결할 수 있을 것이다. 우리나라의 입양은 민법과²²¹⁾ 혈통을 중요시하는 의식 때문에 異姓入養이 거의 이루어지지 않았다²²²⁾. 최근 입양촉진 및 절차에 관한 특례법(개정 2000. 01. 12 제6151호)²²³⁾에서 ‘보호시설에 수용되어 있는 보호가 필요 하는 아동²²⁴⁾의 입

221) 성의 불변의 원칙에 따라 양부모가 양자를 입양하는 경우에도 양자는 친생부모의 성과 본을 따르고, 양부모의 성과 본을 따를 수 없기 때문이다.

222) 호적통계에 의한 입양관계(사법연감2003)

년도	2002	2001	2000	1999	1998	1997	1996	1995	1994	1993
보통입양	2,423	2,864	2,777	2,713	2,572	2,248	2,010	2,043	2,791	4,227
이성입양	168	324	400	477	395	490	407	407	533	682

223) 입양촉진 및 절차에 관한 특례법(개정 2000. 01. 12 제6151호): 이법의 입양요건과 입양동의 및 양자에 관한 내용을 요약하면 아래와 같다.

입양요건중 ‘부모(부모가 사망 기타 사유로 동의할 수 없는 경우에는 다른 직계존속) 또는 후견인이 입양을 동의하여 보호시설 또는 제10조의 규정에 의한 입양기관에 보호의뢰한 자’(동법 제4조 제2항).

입양의 동의에 있어서 ‘ 제4조 각호의 1에 해당하는 자를 양자로 하고자 할 때에는 부모의 동의를 얻어야 하고, 부모가 사망 기타 사유로 동의할 수 없는 경우에는 다른 직계존속의 동의를 얻어야 하며, 부모나 다른 직계존속을 알 수 없는 경우에는 후견인의 동의를 얻어야 한다. 다만, 제4조 제2항에 해당하는 자를 양자로 하고자 할 때에는 보호의뢰시의 입양동의로써 입양의 동의로 갈음할 수 있다’(동법 제6조 제1항). 후견인은 가정법원의 허가를 받지 아니하고 제1항의 규정에 의한 입양의 동의를 할 수 있다(동조 제3항). 양자에 있어서 ‘이 법에 의하여 양자로 되는 자는 양친(양부모)이 원하는 때에는 양친의 성과 본을 따른다’(제8조 제1항). ‘제1항의 규정에 의하여 양친의 성과 본을 따른 양자가 입양이 취소되거나 파양된 경우에는 본래의 성과 본을 따른다. 이 경우 그 양자이었던 자는 본인이 제4조 각호의 1에 해당하였던 임을 증명하는 서류를 갖추어 호적법이 정하는 바에 의하여 신고하여야 한다(동조 제2항).

224) 아동입양기관수 및 입양아동 수(통계청 통계자료:2002년)

년도	계	국 내1)	국 외2)	계	국 내1)	국 외2)
1997	27	23	4	3,469	1,412	2,057
1998	27	23	4	3,675	1,426	2,249
1999	26	22	4	4,135	1,726	2,409
2000	26	22	4	4,046	1,686	2,360
2001	24	20	4	4,206	1,770	2,436

양절차를 간소화하고, 양부모가 원하는 경우에 양자의 성을 양부모의 성과 본을 따르게 하는 등 입양에 관한 특례를 인정하여 국내입양을 활성화를 추진하였다.

(2) 미혼부의 부양책임입법화

미혼부가 미혼모와의 혼인을 하거나 또는 혼외자를 임의인지 혹은 강제 인지되어 혼외자를 부양하면 문제가 될 것이 없다. 그러나 대부분의 미혼부는 10대 중·고등학생이거나 부양능력이 없는 청소년들이다. 이러한 미혼부에게 혼외자에 대한 부양책임을 입법화하여도 미혼모나 혼외자에게 큰 도움이 되지는 않을 것이다. 그러나 이들 중에는 부양능력이 있는데도 불구하고 부양책임을 이행하지 아니한 경우에 이들에게 강제적으로 부양책임을 부담하게 할 필요성이 있다. 보건복지부의 자료(2001년)에 의하면 미혼모의 혼외자가 25세 이상 사람들이 50%를 차지하고 있는 것으로 나타났다. 이들에 대하여서 혼외자에 대한 부양책임을 부담하게 하여야 할 것이다. 또한 현재 혼외자의 미혼부가 부양무능력자인 경우에는 부양책임을 유예하고, 그 미혼부가 부양능력을 갖출 때부터 부양책임을 부담하도록 하여야 할 것이다.

입법모델로는 국민기초생활보장법의 제46조(비용징수) ‘제1항 수급자에게 부양능력을 가진 부양의무자가 있음이 확인된 경우에는 보장비용을 지급한 보장기관은 생활보장위원회의 심의·의결을 거쳐 그 비용의 전부 또는 일부를 그 부양의무자로부터 부양의무의 범위 안에서 징수 할 수 있다. 제2항 사위 기타 부정한 방법에 의하여 급여를 받거나 타인을 하여금 급여를 받게 한 경우에는 보장비용을 지급한 보장기관은 그 비용의 전부 또는 일부를 그 급여를 받은 자 또는 급여를 받게 한 자(이하 ‘부정수급자’라 한다)로부터 징수할 수 있다. 제3항, 제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 징수할 금액은 각각 부양의무자 또는 부정수급자에게 통지하여 이를 징수하고, 부양의무자 또는 부정수급자 이에 응하지 아니하는 경우 국세 또는 지방세체납처분의 예에 의하여 이를 징수한다’의 내용을 모·부자복지법(개정 2002.

12. 18 제6801호)에 규정함으로써 혼외자의 발생을 조금이라도 저지·예방할 수 있을 것으로 생각한다.

라. 외국의 입법례

1) 미국

가) 혼외자와 미혼부모와의 관계

미국의 혼외자의 지위는 州에 따라 다양하기 때문에 일률적으로 규정하기 어렵다. 개괄적으로 혼외자의 법적·사회적 지위는 차별대우를 받았는데 1960년대 이전에는 일반적으로 미혼모와의 법적 관계는 인정되었으나 미혼부와는 대부분의 州에서 차별대우를 받아왔다. 그러나 연방대법원은 *Levy v. Louisiana* 사건²²⁵⁾에서 루이지애나법이 혼외자를 이유로 혼중자와 차별을 두는 것은 연방수정헌법 제14조 평등보호조항(Equal Protection Clause)을 위반하는 것으로 위헌이라는 판결하였다. 위의 사건에서 혼외자와 혼중자 사이의 법적 지위의 차별적 규정을 둔 미국의 각 주의 혼외자법이 위헌임을 선언하게 된 판결로써 동판결로 인하여 혼외자와 미혼모와의 관계에 있어서 혼외자의 지위는 혼중자와 동등하게 보장되었다²²⁶⁾.

Lavine v. Vincent 사건에서 미혼부가 인지한 혼외자의 법정상속에 있어서 혼외자의 상속권을 부인하고 있으나 1973년 루이지애나 州 대법원은 ‘혼외자의 미혼부가 혼외자의 미혼모와 단순히 혼인하지 않았다는 이유만 가지고 혼외자의 부양권을 부인할 만한 이유가 없는 것이다’라고 하여 혼외자와 혼중자의 법적 평등의 보장을 부여하였다²²⁷⁾. 그리고 1974년 통일친자법(Uniform Parentage Act) 제2조에서 ‘친자관계는 부모의 혼인신분에 관계없이 모든 부모와 모든 자녀에 동등하게 미친다’고 규정하게 되었다.

225) *Levy v. Louisiana* 391 U.S. 68, 88 S. Ct. 1509, 20L. Ed. 2d 436(1968년); F.C. Schafrick, *The Emerging Constitution of Putative Father's Parental Rights*, 7 *Family Law Quarterly*, 1973, pp.88-89.

226) 한봉희, “혼외자의 법적 지위연구”, 「전북대논문집(제17집)」, 전북대학교, 1975, 24면.

227) *Lavine v. Vincent* 401 U. S. 532, 91 S. Ct. 1017(1971); 한봉희, 전제논문, 25면.

나) 부양관계

미혼부는 혼외자의 부양에 있어서 전통적인 관념에 따라 법률상의 부자 관계가 확인되지 않는 한 원칙적으로 부인되었다. 그러나 1968년 *Levy v. Louisiana* 사건의 판결에 따라 혼외자는 법의 모든 영역에 있어서 혼중자와 동일한 권리가 부여되어야 한다는 생각이 흐르게 되었다. 마침내 1971년 통일혼인법(*Uniform Legitimacy Act*) 법안에서 모든 자는 부모의 혼인에 관계없이 그들의 부모에 대하여 동일한 권리를 갖는 것으로 되어 있다. 다시 말하면 미국의 많은 州에서 혼외자는 혼중자와 동일한 권리가 보장되어야 하는 것으로 생각되고 있다.

부양의 정도와 범위는 대부분 州에서 법원의 재량에 위임하고 있으나 州에 따라서는 법률의 규정에 따르기도 한다. 부양책임은 원칙적으로 미혼부의 사망으로 종료하나 예외적으로 미혼부의 사망 후까지 확대되는 州도 있다.²²⁸⁾ 혼외자가 미혼부성을 취득하는 방법은 부모의 혼인과 인지이고, 미혼모의 성은 일반적으로 취득한다²²⁹⁾.

다) 상속관계

1977년 *Trimble v. Gordon* 사건에서 대법원은 혼외자의 상속권을 제한하는 것은 위헌이라고 판결함으로써 다른 법의 영역에 있어서도 혼외자는 혼중자와 동등한 권리보장을 받게 되었으나 혼외자의 상속권은 보통 제한되어 있기 때문에 49개 州에서는 혼외자의 권리를 특별히 규정하고 있다. 혼외자는 미혼모의 상속재산에 대하여 일반적으로 상속권이 인정되고, 또한 미혼모의 친족의 상속재산에 대하여도 미혼모를 통한 대습상속도 가능하다. 다만 상속분의 비율은 州에 따라 차등이 있으나 혼중자와 동등한 州도 있다²³⁰⁾. 아리조나州, 오리건州는 제정법으로 혼외자를 부모의 혼중자로 보며, 상속권도 부모의 혼중자와 동등하게 상속한다. 한편 루이지애나州는

228) 한봉희, 전계논문, 25-26면.

229) 한봉희, 전계논문, 31면.

230) 김용욱, 108면.

상속권 대신에 수당(Alimony)라고 하는 특별수당을 인정하고 있다. 뉴욕주에서는 미혼모에게 혼중자가 없는 경우에 혼외자의 상속을 인정하고 있다. 그러나 혼외자는 미혼부의 인지가 있으면 미혼부의 재산에 대하여 상속권을 취득할 수 있고, 그 밖에 準正을 요건으로 한다²³¹⁾.

2) 프랑스

가) 혼외자와 미혼부모와의 관계

프랑스 오랫동안 혼인질서의 유지와 그 기초가 되는 혼인가족의 보호를 원칙으로 하기 때문에 혼중자가 아닌 혼외자를 천대시 하였다. 그 중에서도 간생자(adulterous child)²³²⁾나 근친혼출생자(incestuous child)²³³⁾는 인지금지 혹은 부모의 수색금지 등을 금하였다. 그러나 사회가 발전함에 따라 수차례 법의 개정으로 혼외자의 보호의 필요성에 의하여 미혼부의 인지제도를 수정하였다.

혼외자는 생부모와의 친자관계는 출생함으로써 당연히 법률상 발생하는 것이 아니라 인지(임의 인지 혹은 강제인지)를 통해서 발생한다. 미혼모와 혼외자와의 친자관계는 미혼모의 任意認知가 대부분(80%)이다²³⁴⁾. 반면에 법원은 ‘子の 이익’을 위하여 필요한 경우에 언제든지 친권이 부여되지 않은 다른 일방에게 친권을 부여할 수 있다(프랑스 민법 제383조 제2항). 그리고 인지된 혼외자의 姓은 먼저 인지한 미혼부 혹은 미혼모의 성을 따르고, 부모가 동시에 인지한 경우에는 미혼부의 성을 따른다. 미성년 혼외자의 친권은 먼저 인지한 미혼부 혹은 미혼모에게 있고, 동시에 인지하는 경우에 친권은 부모에게 있지만 친권행사는 미혼부에게 있다.

프랑스법에서 본래 혼외자와 혼중자를 구별하고, 혼외자를 단순혼외자

231) W.N. Faller, The Illegitimates Right to Benefits accaring apon the Death of His Parent, 28 Louisina Law Review, p.112.

232) 간통에 의하여 출생한 아이.

233) 혼인이 금지된 근친사이에 출생한 아이.

234) 한봉희, “혼외자의 법적 지위(5)”, 「사법행정」, 1975. 2, 58면.

(natural simple child)와 간생자 및 친근혼출생자로 구분하여 혼외자의 부자관계에 대한 법적 확인은 임의인지가 허용되지 않은 경우에 공식적으로 금지되었다(프랑스민법 제335조, 제342조: 1912년). 1912년 법에서는 인지가 허용되는 경우에도 제한적으로 절차상의 조건에 따라 친자(부자)관계의 소를 인정하였을 뿐이고, 간생자, 근친혼출생자에 대한 혜택은 인정하지 않았다. 그리고 혼외자와 미혼모 사이에서도 출생 사실만으로 바로 친자(모자)관계가 성립하지 않고, 미혼모의 임의인지가 없는 경우에는 혼외자는 미혼모가 자신을 포태하였다는 사실 또는 미혼모가 자신을 출산하였다는 사실을 법원에 증명하여야 했다. 신분행위상의 인지가 확인되면 출생증명서에 미혼모의 성명을 기재함으로써 충분히 친자(모자)관계가 확인된다(현행 프랑스 민법 제337조).

1972년 개정민법전 1955년 개정민법에서 ‘미혼부 또는 미혼모의 간생자 및 근친혼출생자의 부양의무를 규정하고, 이것을 單純自然子에게도 적용된다고 하였다. 그리고 인지된 혼외자는 인지한 미혼부 또는 미혼모와의 관계에 있어서 친족관계가 발생하였다. 그러나 1972년 개정민법에서 ‘혼외자는 그의 미혼부 또는 미혼모와의 관계에 있어서 혼중자와 동일한 권리의무를 일반적으로 갖는다’(프랑스 민법 제334조 제1항)고 하여 혼외자도 혼중자와 동일하게 부양을 받는다.

나) 부양관계

1972년 개정민법전 1955년 7월 15일 개정민법에서 ‘미혼부 또는 미혼모의 姙生子 및 근친혼출생자의 부양의무를 규정하고, 이를 단순자연자에게도 적용한다’(프랑스 민법 제343조)라고 규정하였다. 또한 부양청구소송에 있어서 법원의 판결은 미혼부 또는 미혼모에게 부양의무를 부과할 뿐 친자관계를 인정하지 아니하였다. 그러나 1972년 개정민법은 ‘혼외자는 그의 미혼부 및 미혼모와의 관계에서 혼중자와 동일한 부양을 일반적으로 받게 되었다.

다) 상속관계

혼외자는 일단 인지되기까지는 상속인이 아니기 때문에 상속에 불규칙적인 지위에 있었다. 그래서 혼외자의 상속분은 혼중자에 비하여 낮은 지위에 있었다. 그러나 1972년 민법개정으로 비록 상속분에는 차등이 있었으나 모든 혼외자에게 상속권을 인정하였다(프랑스 민법 913조). 이러한 상속분은 친자관계에서 상호적이고, 부모의 친족에도 확대된다(프랑스 민법 제760조 1, 제915조). 한편 1972년 개정민법에서 간생자는 상속절차에 포함시키지 않기 위하여 미리 법정상속분을 先配當할 수 있도록 하였다(프랑스 민법 제757, 제758조). 또한 간생자는 자신의 상속분을 처음부터 포기하고, 자신이 받아야 할 상속재산으로부터 부양료 지급을 청구할 수 있다(프랑스 민법 제915조의 2조).

3) 독일

가) 혼외자와 미혼부모와의 관계

독일민법상의 모자관계는 출생이라는 사실에 의하여 당연히 발생하고,子是 미혼모의 姓을 따르게 된다(독일 민법 제1617조). 그리고 혼외자는 미혼모와 그의 친족사이에 혼중자와 동일한 법률상의 지위를 갖기 때문에 혼외자는 부양권 및 상속권에 있어서 혼외자와 미혼모 사이에 상호적인 권리와 친권을 갖는다(독일 민법 제1705조).

혼외자에 대한 신분상의 효과를 가지는 소송은 친자관계의 訴(소송)이 있다(독일 민법 제1600조 a). 이 때에 친자관계의 소는 결정적인 시기에 미혼모와 추정되는 미혼부와의 동거증명이 제기되면 父性推定에 의하여 결정된다. 따라서 혼외자는 미혼모의 증언, 혈액검사의 결과 및 의학적 증거를 포함한 관계증거를 제출하여 증명할 수 있다. 그러나 부성추정은 혼외자의 미혼모가 결정적인 시기에 다른 남성과 성행위를 가졌다거나 혈액검사결과 또는 성적 무능력을 근거로 한 부성취득 불가능성을 입증하므로 취소될 수 있다. 부성추정의 증거를 평가함에 있어서 법원의 재량권이 확대되었다. 친

자관계확인소송의 기간에는 제한이 없고, 친자관계확인 이전에 발생한 과거의 부양료는 회복된다²³⁵⁾.

나) 부양관계

독일민법상의 혼중자의 부양의무는 친족 사이의 부양의무의 규정에서 다루어지고 있는데, 혼외자와 미혼모와의 부양관계는 특별규정에 의하여 다루어지고 있다. 혼외자에 대한 미혼모의 부양책임은 미혼부와 동등하게 일차적 책임이다(독일 민법 제1606조 제2항, 동법 1615조 a). 또한 미혼부의 혼외자에 대한 부양의무는 제한이 없다. 다시 말하면 미혼부는 혼외자가 고등교육을 받을 만한 능력이 있는 경우에 고등교육비를 보조할 의무가 있는 것으로 해석되고 있다²³⁶⁾.

다) 상속관계

미혼부에게 혼중자와 배우자가 없는 경우에 혼외자는 미혼부의 정당한 상속권이 인정된다(독일 민법 제1924조). 그러나 미혼부에게 혼중자와 배우자가 있는 경우에 혼외자는 상속권이 없다. 다만, 미혼부의 상속재산으로부터 상속에 대신 금전보상청구권을 가질 뿐이다. 그러나 혼외자는 피상속인(미혼부)의 사망 당시에 혼외자와 피상속인과 사이에 친자(부자)관계가 인정되지 않거나 친자관계의 소송이 심리중이 아니면 상속을 청구할 수 없다(독일 민법 제1934조 c). 반면에 혼외자에게 배우자, 미혼모 또는 미혼모의 직계비속(자녀)이 없는 경우에 미혼부는 혼외자의 상속재산을 상속할 수 있다.

4) 일본

미혼모와 혼외자와의 관계는 미혼모가 인지함으로써 모자관계가 발생하

235) 한봉희, 전계논문, 56-57면.

236) 한봉희, 전계논문, 56-57면.

고, 혼외자는 미혼모의 성을 따른다(일본 민법 제790조 제2항). 혼외자는 미혼모의 호적에 入籍되고(일본 호적법 제18조 제2항), 미혼모가 친권자가 되며, 부양의무도 미혼모와 모계혈족 사이에서만 발생한다(일본 민법 제886조 이하).

마. 입법방향

1) 제도적 개선

가) 미혼모시설입소한 청소년

- 보건복지부의 자료(2001년)에 의하면 전국 8개 미혼모시설에 수용되어 있는 미혼모 1,273명 중 10대 미혼모가 846명(66.4%)으로 나타났다. 서울·경기지역 청소년보호시설에 수용되어 있는 10대 소녀 100명 중 48명은 성매매 경험이 있었던 것으로 나타났다. 이들 48명 중 17명은 원조교제를 일종의 아르바이트로 생각하고 있었고, 32명은 15세 이전에 이미 성경험을 한 것으로 밝혀졌다. 성경험 시기는 '14세 때'가 16명, '15세 때'가 11명, '13세 때'가 3명으로 나타났다. 첫성경험의 유형으로는 '당사자 사이의 합의'가 20명, '이성간에 놀다'가 12명, '성폭행'이 4명, '성매매'가 3명이었다.

이 조사에 의하면 성경험이 있는 소녀들은 대부분 가출한 경험이 있었으며, 성매매를 하는 이유는 용돈부족, 성폭행 당한 후 보복심리, 스트레스 해소, 외로움 등 꼽았다. 성매매의 매개수단은 080전화방, 인터넷, 휴대전화 등을 이용하였다. 원조교제로 번 돈은 생활비, 남자친구와 교제비 등으로 사용한 것으로 나타났다.

- 청소년 성 상담기관인 '아우성상담소'가 '청소년 성관련 경험에 관한 설문조사'의 결과를 지난 2001년 4월 24일 발표한 자료에 의하면 청소년 쉼터와 비행·부적응 청소년 수용시설에 입소한 청소년 237명을 대상으로 조사에서 10대 청소년들은 62.3%가 낙태를 경험하였고, 이들 중

5.1%는 낙태비용을 마련하기 위하여 매춘행위를 한 것으로 나타났다. 이들의 성경험의 첫시기는 15세가 가장 많은 27.1%이고, 14세가 23.3%, 17세 이후 22.5%, 16세가 20.2%로 밝혀졌다. 성경험을 한 청소년 중 46.3%가 피임을 하지 않은 채 성관계를 갖았다고 응답하였고, 이들 중 16.2%는 ‘임신할 것 같지 않아’서 피임을 하지 않았다고 하였다.

- 2002년 대한가족보건복지협회 부설 한국성문화연구소가 전국 미혼모시설에 입소한 213명을 대상으로 출생한 아이의 양육과 입양에 관하여 조사하였다. 조사 대상중에 10대 미혼모가 53.5%로 밝혀졌다. 이 조사에서 ‘출생한 자를 직접 양육하겠다’는 의사를 표시한 자가 25%이고, ‘입양하겠다’는 자는 75%으로 나타났다. 이처럼 미혼모가 출생한 자를 직접 양육하겠다는 비율이 몇 년 증가하는 추세이다. 직접 양육하겠다고 의사표시한 미혼모들은 출생한 자를 양육하는데 있어서 가장 필요한 것은 양육비지원, 보육지원, 숙식지원 등의 서비스라고 응답하였다. 그리고 조사 대상자들의 86.9%는 원하지 않는 임신으로 나타났으며, 이중 2차례 이상을 임신한 경우도 전체의 27.7.5로 나타났다. 낙태하지 않은 이유는 첫째, 낙태시기를 놓쳐서가 47.4%, 둘째 낙태시술에 대한 두려움이 18.8%, 셋째 아이를 키울 자신이 있어서가 11.3%이다²³⁷⁾.
- 2003년 3월 보건복지부 자료에 의하면 전국 미혼모 시설입소자 중 213명중의 10대 미혼모가 115명(53%)을 차지하고 있었다. 조사 대상자들의 86.9%가 원하지 않는 임신이고, 이들중에는 2회 이상 임신을 경험한 자는 59명(27.7%)이나 되었으며, 이들은 대부분 원하지 않는 임신을 예방할 수 있는 성지식이나 정보제공이 부족한 것으로 나타났다. 낙태하지 않은 이유는 낙태시기를 놓쳐서가 47.7%, 낙태시술이 두려워서가 18.8%, 아이를 양육할 자신이 있어서가 11.3% 등으로 나타났다. 자녀를

237) 연합뉴스, 2003. 03. 17.

양육하기 원하는 미혼모들은 양육비지원, 보육비지원, 숙식지원 등의 서비스가 필요하다고 응답하였다.

- 전국 초·중·고 학생(초등학교 5학년부터 고교3학년) 중 재관계류중이거나 교정시설수용 되어 있는 298명의 경우에 남학생들은 57.4%이고, 여학생의 경우는 82.1%가 ‘혼전 성관계가 가능하다’고 응답하였다. 성경험이 있는 407명 중 3분의 2(274명)은 고등학생이 되기 전에 이미 경험한 것으로 나타났다²³⁸⁾.

미혼모시설에 입소한 미혼모가 가장 원하는 것은 취업이다. 미혼모가 아이를 포기하는 것은 경제적 어려움 때문이다. 그러므로 미혼모가 경제적 어려움 때문에 아이를 포기하는 일은 없어야 할 것이다. 미혼모는 모·부자복지법 개정전(2002. 12. 18. 법률 제6801호) 모자복지법에서 모자가정지원 범위에 포함되어 있었으나 미혼모 대부분이 자신의 호적에 출생한 자를 입적할 경우에 그 자가 혼외자라는 사실이 알려져 이를 은폐하기 위하여 아이의 호적을 만들지 않아서 모자복지법에 의한 지원대상에서 제외되었다. 또한 2000년 10월부터 시행되고 있는 국민기초생활보장법상 보호대상을 조사시에서도 미혼모라는 사실이 밝혀질 수 있기 때문에 지원을 하지 않은 경우가 대부분이다. 이렇게 경제적으로 어려움 상황에서 미혼모 대부분은 자연스럽게 아이의 친권을 포기하고, 아이의 입양을 선택하게 된다. 따라서 미혼모들이 아이를 양육할 수 있도록 양육비, 모자시설확대, 주택부조, 탁아, 의료부조 등 미혼모에 대한 사회적 지원이 필요하다.

나) 부양의무자조사 유예

종전에는 국민기초생활보장법상의 수혜대상자를 선정시에 부양의무자를 반드시 조사를 하여야 했다. 조사 결과 경제적 능력이 있는 배우자나 직계

238) 중앙일보, 2003. 07. 08, 09면.

혈족이 있는 경우에 수급대상에서 제외되었다. 그러나 보건복지부에서 2003년 초부터 조사유예 지침을 마련하여 보호시설을 이용하는 미혼모(탈성매매 여성, 성폭력, 가정폭력 피해여성 등)에 대하여 부양의무자 조사 없이도 기초생활보장 수급자가 될 수 있도록 하였다.

다) '중간의 집' 운영

아이를 출산하여 입양하지 않고, 혼자 양육하기를 원하는 미혼모들이 증가함에 따라 이들을 위하여 사회적응을 돕는 차원에서 일정한 기간동안 아이를 양육할 수 있는 주거공간을 마련해 주고, 연간 양육비로 1,100만원을 보건복지부와 지방자치단체가 50%씩 지원하고 있다. 출산후 양육을 희망하는 미혼모들이 사회적응 훈련 등을 받을 수 있도록 '중간의 집'을 2003년 3월부터 운영하고 있다. 중간의 집인 '미혼모의 쉼터'는 마땅히 거주할 주택이 없는 미혼 양육모자들이 한시적으로 거주할 수 있는 집이다. 이에 근거하여 거주지가 불분명하여 모자가정으로 지정받지 못하는 미혼모들이 이곳을 중간의 집으로 주민등록을 할 수 있어서 모자가정 지정이 쉽게 되고, 각종의 복지혜택을 받고 있다. 이 시설에 입소한 미혼모들은 숙식과 직업훈련, 육아비 등이 지원되고, 입소기간은 최대 1년을 거주할 수 있다. 다만 자립에 필요한 교육을 이수중인 경우에 한하여 3개월내에서 연장이 가능하다. 이들은 이 기간동안 자립과 직업훈련, 사회적응훈련과 함께 혼전 재임신 예방하는 성교육 등이 진행된다.

라) 각 지방자치단체 모자·부자가정 지원

서울시는 2003년부터 저소득층 모자·부자가정에 아래와 같이 지원하기로 하였다. 저소득 모자·부자가정의 대상으로는 사별, 이혼 등으로 혼자인 세대주인 모·부와 18세 미만의 자녀로 구성된 가정, 미혼모·부가정, 가출, 해외거주, 장기복역 등으로 가계운동을 혼자 담당하는 가정 등이다. 선정기준은 모자·부자가정 모두 재산이 6,000만원 이하, 월소득이 150만원 이하이며,

자녀학비(입학금, 수업료 전액)와 학용품비, 교통비, 6세미만 아동에게는 아동양육비 등이 지원된다.

미혼모가 아이를 시설에 보내는 경우에 그 아이의 양육비를 국가가 부담하게 되는데, 미혼모들이 스스로 양육하기를 원하는 경우에 미혼모를 위하여 국가와 미혼부가 일정한 정도의 부양비를 부담하게 하여야 한다. 보건복지부의 2001년 자료에 의하면 미혼모의 상대 남성의 50% 이상 25세 이상의 직장인인 것으로 나타났다. 따라서 미혼모의 혼외자에 대한 부양비에 대한 부담을 법적으로 의무화하는 입법이 필요하다.

마) 입양촉진 및 절차에 관한 특례법

미혼모는 모·부자복지법(2002. 12. 18. 개정 제6801호)에 의하여 보호되고 있다. 동법 제4조 제1항 다항에는 미혼자(사실혼관계있는 자는 제외한다)는 ‘모’에 포함한다. 그리고 제3항의 ‘아동’은 ‘모’ 또는 ‘부’에 의하여 양육되는 18세미만(취학중인 때는 20세미만을 말한다)의 자녀에 포함한다. 국가 또는 지방자치단체 동제 11조(복지급여의 신청)의 규정에 의하여 복지급여를 신청하는 경우에 ①생계비, ②아동교육지출비, ③직업훈련비 및 훈련기간중 생계비, ④아동양육비, ⑤기타 대통령령이 정하는 비용 등을 급여하여야 한다. 다만, 이 법에 의한 보호대상자가 국민기초생활보법 등 다른 법령에 의하여 보호를 받고 있는 때에는 그 범위 안에서 이 법에 의한 급여를 하지 아니한다(개정 1999. 9. 7). 또한 국가 또는 지방자치단체는 동법에 의하여 모·부자가정의 생활안정과 자립을 촉진하기 위하여 ①사업에 필요한 자금, ②아동교육비, ③의료비, ④주택자금, ⑤그 밖의 대통령령이 정하는 모·부자가정의 복지를 위하여 필요한 자금 등을 대여할 수 있다(개정 2002. 12. 18). 고용촉진(동법 제14조)과 공공시설내 매점 및 시설설치(동법 제15조) 등이 우선적으로 허가받을 수 있으며(개정 2002. 12. 18), 국민주택의 분양 및 임대(동법 제18조)도 일정한 비율에 따라 우선적으로 분양받을 수 있다.

시설에 사용에 있어서도 모자보호시설,²³⁹⁾ 모자자립시설,²⁴⁰⁾ 미혼모시설²⁴¹⁾ 등을 이용할 수 있다.

바. 결론

이상은 다양한 가족의 발생은 사회현실로써 존재한다. 인간이 존속하는 한 현실사회에서 다양한 형태의 가족이 발생할 수 있다는 것은 필연적인 것이다. 따라서 종래의 부모와 미혼자녀의 가족구성을 이상적인 가정이라고 단정 지어서는 안 될 것이다. 오늘날 산업화, 도시화, 교통발달, 환경오염 등으로 우리가 정상적 가족이라고 할 수 있는 가족은 점진적으로 축소되고 있다. 또한 편부모와 미혼자녀의 가족, 재혼으로 인한 확대가족, 미혼모와 혼외자 가족 등이 증가하는 추세이다.

다양한 가족에서 미혼모와 혼외자 가족에 대하여 미혼부에게 특히 혼외자의 부양책임을 강화하는 방법을 모색하였다. 미혼모가 혼외자를 스스로 부양하겠다는 의사만 있다면 비록 미혼부가 혼외자를 인지하지 아니하여도 현행법상 강제인지제도를 통하여 부양책임을 부담하게 할 수 있다. 미혼부의 혼외자에 대한 부양책임을 입법모델로써 국민기초생활보장법 제46조와 유사 내용을 모·부자복지법에 추가하면 혼외자의 발생을 적으나 예방효과를 거둘 수 있을 것이다. 하지만 미혼부는 혼외자에 대하여 父로서의 책임감이 부재하는 것이 대부분일 것이다. 미혼모는 혼외자를 스스로 양육하겠

239) 생활이 어려운 모자가정을 일시 또는 일정기간 보호하여 생계를 지원하고, 퇴소후 자립기초를 조성하도록 지원하는 것을 목적으로 하는 시설. 이 곳은 3년 이내, 다만 보호기관이 필요하다고 인정되는 경우는 1년 미만의 기간 단위로 하여 그 기간을 연장할 수 있으나 연장기간은 2년 이내로 한다. 시행규칙 제3조 제2항 1호: 개정 2003. 7. 9).

240) 자립이 어려운 모자가정에 대하여 일정기간 주택편의만을 제공함을 목적으로 하는 시설. 이 곳은 3년 이내, 다만 보호기관이 필요하다고 인정되는 경우는 1년 미만의 기간 단위로 하여 그 기간을 연장할 수 있으나 연장기간은 2년 이내로 한다(시행규칙 제3조 제2항 1호: 개정 2003. 7. 9).

241) 미혼여성이 임신을 하였거나 출산을 하였을 경우 안전하게 분만하게 하고, 心身의 건강을 회복할 때까지 일정기간보호를 목적으로 하는 시설. 시설의 이용기간은 출산전후 6월 이내, 다만 보호기간이 필요하다고 인정하는 경우에는 6개월의 범위 내에서 연장할 수 있다(시행규칙 제3조 제2항 2호: 개정 2003. 7. 9).

다는 의사만 있다면 모·부자복지법에 의하여 다양한 서비스를 받을 수 있다. 이러한 방법으로 부족한 경우에는 차선책으로는 입양촉진 및 절차에 관한 특례법(개정 2000. 01. 12 제6151호)에 근거하여 입양하는 것이다. 어쩔든 혼외자에 대한 사회적 문제는 우리 모두가 함께 나누어 가져야할 짐이다.

5. 인공출산

가. 서설

1978년 영국에서 시험관아기를 성공적으로 탄생시킨 것을 기점으로 하여 인공출산에 대한 관심과 수요의 증대, 그리고 이를 뒷받침해주는 인공생식 관련 기술의 발전에 따라 이제 인공출산은 자연출산에 대한 보조 수단으로 그 위치를 분명히 하게 되었다. 인공출산은 한편으로는 불임부부에게 새로운 희망으로 다가왔지만, 다른 한편으로는 출산 성공 후 부부간 또는 부모와 자녀 간에 불화가 생길 경우 여러 가지 예측할 수 없는 법률문제를 야기하게 되었다.

그러나 우리 민법 제정 당시에는 인공적 자녀출산은 전혀 예상치 못했던 까닭에 현행 민법에는 이러한 형태의 출산 관계를 규율할 수 있는 직접적인 법규정이 없다. 우리 사회에서 인공출산 사례수가 많지 않았던 초기에는 다소 불만족스러우나마 기존 법규의 해석론을 통해서 이러한 사회현상에 임시 미봉적 대처가 가능할 수 있었으나, 오늘날처럼 인공출산이 보편화 되고 있는 상황에서는 현행법의 해석을 통한 문제 해결에는 한계가 있다는 인식이 일반화되기에 이르렀다. 따라서 이 문제에 대해서는 입법적 해결이 불가피한 대응방법이 될 수밖에 없다는 주장이 일면서 이에 대한 입법요구가 분출하고 있는 것이다.

한편, 헌법재판소는 1997년 3월 27일 인공출산문제와 관련되는 “親生否認의 訴”를 규정한 민법 제847조 제1항 중 ‘그 출생을 안 날로부터 1년내’ 부분에 대하여 憲法不合致 결정을 내림으로써²⁴²⁾ 정치권과 입법자는 물론 관련 학계를 향하여 이 문제를 더 이상 미룰 수 없는 문제임을 선언하였지

242) 헌법재판소 결정 1997. 3. 27, 95헌가14, 96헌가7 병합. 위 사건의 원심은 “95헌가14”는 서울 가정법원 94드93084 친생부인 사건이고, “96헌가7”은 청주지방법원 95드4423 친생부인 사건이다.

만, 6년을 지나도록 관련 조항 개정이 해결을 보지 못하고 있는 실정이 되고 있다.

인공출산과 관련된 법률문제로서는 대체로 다음과 같은 경우를 들 수 있다. 배우자간 인공출산(AIH)의 경우에 있어서는 부자관계 및 모자관계, 사실혼 배우자간의 인공출산시 부자관계, 부의 사망후 냉동보존 정자에 의한 인공출산 등이 문제된다. 비배우자간 인공출산(AID)의 경우에는 허용가능성에 대한 가족법적 검토, 인공출산자의 친생추정, 부의 친생부인권 인정 여부, 제3자의 난자에 의한 인공출산 등이 문제된다. 그밖에 정자제공자의 가족법상 권리 의무, 출산대리모 관계, 인공출산자의 생물학적 친자 확인 요구권, 독신여성의 인공출산 등의 문제도 논란이 되고 있다.

여기서는 이들 법률문제의 쟁점을 개략적으로 정리하고, 외국의 입법례를 검토 분석함과 동시에, 우리 민법 개정의 기본방향에 관하여 약술하기로 한다. 제외수정의 경우, 의료기술적인 문제로서 수정란 등의 관리와 관련된 계약법상의 문제는 별론으로 하더라도 가족법상으로는 크게 문제되는 것이 없기 때문에 별도 논의는 생략한다.

인공출산과 관련된 법률관계에 있어서는 사법적으로는 물론 공법적으로도 다루어져야 할 많은 문제가 있다. 비정상적인 인공출산을 어느 범위까지 허용할 것인지의 문제, 나아가 시술 절차와 정자, 난자, 수정란 등의 관리와 관련된 문제는 가족법과는 다른 차원에서 논의가 필요하다. 이러한 전반적인 법률문제를 어떻게 처리하고 이러한 새로운 사회현상에 대처하기 위한 통합적인 입법은 어떠해야 할 것인지에 관해서는 필자가 1991년에 펴낸 「人工出産의 法理와 實際」에서 특별법에 대한 試案을 발표한 바도 있다²⁴³⁾. 그렇지만 본 연구에서는 인공출산의 허용 여부 내지 공법적 통제와는 별개의 문제로서, 주로 기왕에 태어난 자의 가족법적 법률관계 설정을 둘러싼 현행법의 해석론과 관련된 논점을 정리하고, 해석론만으로 한계가 있는 경우 문제의 중국적 해결을 위한 입법의 기본방향만을 제시하고자 한

243) 고정명, 「인공출산의 법리와 실제」, 교문사, 1991.

다.

나. 쟁점

1) 配偶者間 人工出産(AIH : Artificial Insemination by Husband)

가) 婚姻關係 配偶者間の 人工出産時 子の 親生推定性

우리 민법 제844조에 따라 혼인관계에 있는 배우자간의 출산인 경우는 혼인 성립으로부터 200일 후 또는 혼인 해소 후 300일 이내라면 설사 인공적 방법으로 자가 출산되었다 하더라도 夫의 親生子로 推定된다. 그러나 父와 子의 관계를 위한 결정적 조건은 婚姻中이라는 사실보다는 遺傳學的 結合이라는 점을 감안하면, 단지 혼인 중이었다는 사실은 제한적으로만 타당하고(제한설), 포태가능기간이라 할지라도 명백한 별거상황에서 포태된 자는 친생자의 추정이 미치지 않는 혼인중의 출생자가 되며,²⁴⁴⁾ 부와 자의 관계는 오직 유전학적 부와의 사이에서만 성립된다. 이와 같은 유전학적 결합이 인정되는 경우에는 부의 認識이나 意思는 부와 자의 관계를 결정하는데 있어서 아무런 요소도 되지 못한다.

만일 자의 유전학적 성분에 비추어 母의 夫와의 관계에 의문이 있는 경우, 부가 자의 친생을 부인하기 위해서는 부가 자신의 자를 포태할 수 없었다는 객관적 사정을 입증하여 친생자추정을 위한 동거추정을 反證하여야 한다(민법 제846조)²⁴⁵⁾. 배우자간의 인공출산은 자연적 성결합이 불가능한 경우에 행해지기 때문에 동거추정은 대부분 비교적 용이하게 반증될 수 있을 것이다.

그런데 친생부인의 소는 “그 출생을 안 날로부터 1년 내”에 제기하여야 한다는 민법 제847조 제1항의 규정은 제척기간으로서 그 기간이 지나치게 짧고 기산일이 그 출생을 안 날부터로 되어 있어 부의 친생부인권을 실질

244) 김주수, 친족·상속법, 법문사, 1997, 250-253면 참조.

245) 김민중, “인공수정에 의한 자의 출산의 법률문제”, 「법학연구(전북대) 제19집」, 1992, 100면.

적으로 제한한다는 이유로 헌법재판소의 헌법불합치 판정을 받았기 때문에 (1997. 3. 27, 95헌가14, 96헌가7 병합), 새로운 법개정을 보지 못하고 있는 현재로서는 제소기간의 제한은 없는 것으로 보아야 한다. 제한이 없다는 사실이 자의 이익에 크게 불리하다는 것은 당연하며, 父의 친생부인권과 子의 복리를 합리적으로 절충하는 조속한 법개정이 필요함은 다언을 요하지 않는다[試案 3) 참조].

민법상으로는 모자관계는 임신모 또는 출산모가 당연히 태어난 자의 모가 됨이 전제된다(mater semper certa est). 인공출산에 의한 모자관계도 자연출산에 따른 모자관계와 달리 결정 될 이유가 없으므로 출산모는 언제나 자의 모가 된다. 포태와 관련된 모의 인식이나 의사와는 관계가 없이 모자관계가 결정되므로, 인공출산에 대한 모의 승낙이 없거나 심지어 강제로 행해졌다할지라도, 시술의사나 그 행위를 사주한 자의 불법행위 성립은 별론으로 하고, 태어난 자와의 모자관계는 부정할 수 없게 된다²⁴⁶⁾.

나) 事實婚 配偶者間의 人工出産時 父子關係

자연출산이 불가능한 사실혼 관계의 남녀사이에도 인공출산을 부정할 법적 근거는 없다. 다만 모자관계는 이 경우에도 출산모가 당연히 모가 되므로 논란의 여지가 없으나, 부성추정과 관련해서는 혼인중이 아니므로 민법 제844조에 의한 친생자추정 관련 조항은 그 적용이 원천적으로 배제된다. 즉 자는 부에 대한 관계에 있어서 혼인외의 자가 된다²⁴⁷⁾. 혼인외의 인공출산자라 할지라도 사실혼 부부가 나중에 혼인하면 마찬가지로 혼인중의 출생자가 되며(민법 제855조 제2항), 이를 準正이라 한다. 그밖에는 사실혼 관계에서 동거자인 母의 夫는 자신이 직접 認知할 수 있고(민법 제855조 제1항), 子(직계비속 또는 그 법정대리인 포함)는 認知請求의 訴에 의해서(민법 제863조) 자에 대한 父性을 인정받을 수 있다. 경험칙상 자는 모의

246) 이회규, “인공수정자의 법률적 지위에 관한 연구”, 「논문집(강남대) 제27집」, 1996, 59-60면; 김민중, 전제논문, 11면 참조.

247) 김주수, 전제서, 235면 참조.

포태시기에 모와 동거한 자에 의하여 포태되었다고 추정될 수 있지만, 인공수정의 추정까지 인정된다고 보기 곤란하므로, 모의 사실혼의 부의 정자에 의하여 인공수정이 실시되었다는 사실은 자가 이를 입증해야 민법 제844조 제2항의 유추적용을 받아 부의 친생자가 될 수 있고 본다²⁴⁸⁾.

사실혼의 부가 인지하면 父子關係가 형성되므로(민법 제855조) 인공출생자는 父의 姓과 本을 따르고 父家에 入籍하여 부의 親權에 복종한다. 그러나 사실혼의 부가 인지하지 않거나 재판상 강제인지를 받지도 못할 경우에는, 母의 姓과 本을 따르고 母家에 入籍하고(민법 제781조 제2항) 모의 親權에 복종한다(민법 제900조).

다) 夫의 死亡後 冷凍保存 精子에 의한 人工出產

기술적으로 성공가능성이 높지 않아 사례수도 많지 않고, 생명 탄생을 지나치게 관계당사자의 자의적 판단에 맡길 경우 윤리적 비난은 물론 인간의 존엄을 규정한 헌법적 가치에 위배되는 등의 사정을 고려하면, 부의 사망 후 냉동보존 정자에 의한 배우자 사이의 인공적 출산은 허용하지 않는 것이 바람직하다. 마찬가지로 이러한 정자 사용에 대한 결정권은 일신전속적 성질이 강하기 때문에 부가 생존시에만 행사할 수 있고, 부가 사망한 경우에는 생존 배우자나 친인척 등 관계자에게 승계되지 않는다고 보아야 한다²⁴⁹⁾.

그렇지만 체외 수정 직전에 돌연히 부가 사망한 경우에 사망을 모르고 인공수정이 시술되는 경우 또는 반대로 의도적으로 배우자가 시술을 강행하여 자가 인공적으로 출산되면, 그 자의 법적 지위에 대해서는 이러한 유형의 인공출산 허용 여부와 관계없이, 별도의 논의가 필요하게 된다.

먼저 부의 사망 후 냉동 보존된 정자에 의하여 시술된 경우, 사망에 따른 혼인 해소 후 300일 이후에 태어나면 민법 제844조에 의한 친생자 추정을 받지 못한다. 따라서 이 경우에는 민법 제855조에서 말하는 혼인외의

248) 고정명 전제논문, 인공수정자의 부성추정에 관한 연구, 27면

249) 이희규 앞의글 61-63면 참조

출생자가 될 뿐이다. 우리 민법의 인지에 관한 규정인 제855조나 제858조는 이미 출생하였거나 포태중인 자에 대하여만 가능할 뿐, 장차 태어날 자를 위하여 나중에 부자관계가 발생하도록 생존시에 미리 인지할 수 있는 법규정도 없다²⁵⁰⁾. 다만 부가 사망한 뒤 태어난 자는 그 부 또는 모가 사망한 경우 사망을 안 날로부터 1년 이내에 공익의 대표자인 검사를 상대로 하여 인지청구의 소를 제기할 수 있다(민법 제864조).

그러나 이 경우 기왕 태어난 자의 이익을 위해서는 1년의 제척기간이 지나치게 단기이고, 그 기간도 부 또는 모의 사망을 안 날로부터 기산되므로 실질적으로 자가 인지청구의 소를 제기할 수 없게 될 소지가 많다는 점에서 비판의 대상이 되고 있으며, 이에 대해서는 입법적 보완이 시급할 것으로 보인다[試案 4) 참조].

2) 非配偶者間 人工出産(AID : Artificial Insemination by Donors)

비배우자간 인공출산에는 여러 가지 유형을 상정할 수 있다. 통상적으로는 부 아닌 제3자의 정자를 처의 체내에 주입하는 방법이 이용되지만, 처의 난자로는 포태가 불가능한 경우 제3자의 난자를 부의 정자와 체외수정하여 처의 자궁에 이식하는 방법이나 아예 제3자의 정자와 제3자의 난자를 체외수정한 후 처의 자궁에 착상시키는 방법 등도 의학적으로는 가능한 시술이 되고 있다.

가) 非配偶者間 人工出産子の 親生推定性

남편이 아닌 제3자의 정자를 이용한 인공출산에서 특히 문제되는 것은 그렇게 태어난 자가 친생 추정을 받는지 여부이다. 민법 제정 당시 이러한 유형의 출산방법을 예정하지 못하였기 때문에 이 문제를 해결하기 위한 입법이 이루어지기까지는 불가피하게 현행법을 신축적으로 적용할 수밖에 없는 상황이 생길 것인바, 우선 현행법 제844조의 유추 적용가능성이 논란이

250) 고정명, 전계서, 138면 참조.

되고 있다.

(1) 民法 제844조 類推適用肯定說

적용긍정설은 민법 제844조를 인공출산자에게 적용할 수 있다고 본다. 동조 제2항의 포태기간중에 출생한 자는 혼인중에 출생한 자로 추정되며, 인공출산자도 마찬가지로 혼인중의 출생자로서의 법적 지위를 가진다고 보는 것이다. 다만 이 조항을 엄격히 적용하면 남편이 자를 포태할 수 없는 명백한 사유가 있는 경우를 어떻게 해석하느냐의 문제가 제기 되는데, 이에 대해서 다시 견해의 대립이 있다.

(가) 無制限說

무제한설은 부부의 동거유무나 포태가능성 여부와 관계없이 모든 경우에 민법 제844조가 적용된다는 견해이다. 동조에서 규정하는 혼인은 법률혼만을 의미하며, 친생자추정의 범위를 부부의 정상적 혼인생활에 한정할 수는 없다는 것을 그 논거로 한다²⁵¹⁾.

종래 대법원 판례(1968.2.27, 67므34)도 이러한 무제한설의 입장을 취하여, “법률상 부부관계가 계속중에 처가 포태한 자는 부의 자로 추정된다는 내용이 민법 제844조 제1항에 규정되어 있고, 이 자의 친생을 부인하려면 민법 제847조 제1항에 의한 확정판결을 받아야하며, 부부가 사실상 이혼하여 여러 해에 걸쳐 별거생활을 하던 중에 자를 포태한 경우에도 이 추정은 번복되지 아니한다.”고 판시한 바 있다.(同旨 大判 1975.7.22, 75다65).

무제한설은 동 조항의 포태기간중이라면 어떤 경우라도 법률상 혼인중의 자로 추정된다고 하여 다소 위험성을 내포할 수 있지만, 제847조의 시정 절차가 마련되어 있는 것으로 충분하다 할 것이고, 합법적이며 정상적인 혼인관계에 제3자나 국가가 가급적이면 개입을 자제하는 것이 바람직하다는 생각을 바탕으로 한다. 무제한설에 따르면 동거여부 또는 생식능력 유

251) 정연욱, “인공수정과 그 법률문제”, 「법조」, 1986. 5월호, 66면.

무를 불문하고 호적에 근거하여 획일적으로 민법 제844조를 적용하여 부성 추정의 효력을 인정하기 때문에 비배우자 사이에 출생한 인공출생자도 당연히 친생추정을 받는 혼인중의 적출자로 추정된다고 한다.

(나) 制限說

제한설은 처가 남편의 자를 포태할 수 없는 명백한 객관적 사유가 있는 경우에는 동조의 친생자추정 규정을 적용할 수 없다는 견해이다. 예컨대 장기간 해외체류, 생사불명, 사실상의 이혼 등과 같이 남편과의 포태가 절대적으로 불가능한 상황에서 포태된 경우에는 친생추정의 범위에서 제외되어야 한다는 것이다²⁵²⁾.

제한설은 다시 ‘명백한 객관적 사유’의 범위와 관련하여, 부의 생식불능이나 혈액형, 인종적 특징에 의하여 부의 자가 될 수 없는 사정이 있으면 친생자로 인정되지 않는다는 血緣說과 자를 포태할 수 없는 외관적 사정이 아닌 한 일단 친생자로 인정된다는 外觀說로 나뉜다.

血緣說은 혈연진실주의를 모태로, 처가 부의 자를 포태할 수 없는 외관상의 명백한 범위를 확장하여, 비록 부부간의 동거사실이 존재하더라도 유전적 결합이 상치하면 부의 자로 추정되지 않는다고 본다. 그렇게 보면 인공출생자는 당연히 민법 제844조에 의한 부성을 추정 받지 못하게 된다²⁵³⁾.

반면 外觀說은 외관상 명백한 별거상태가 계속된 상태에서 출생한 자는 친생자로 추정되지 않지만, 부의 생식불능은 자를 포태할 수 없는 외관적 사정에 포함되지는 않으므로 민법 제844조 제1항에 의하여 친생자추정이

252) 정광현, 「신친족상속법요론」, 법문사, 1961, 200면; 이근식/한봉희, 신친족상속법, 교문사, 1982, 136면; 김주수, 전계서, 251면; 김용한, 신친족상속법론, 박영사, 1984, 213면; 박병호/이홍재, 가족법, 한국방송통신대학출판부, 1987, 146-147면; 고정명, 한국가족법, 교문사, 1987, 184-185면; 양수산, “인공수정자와 관련되는 법률상의 문제점”, 사법행정, 1988. 5월호, 63면; 한봉희, “인공수정자법의 연구”, 법학연구(전북대), 1987, 20면 이하; 이경희, “인공수정의 친자법상 지위”, 사법행정, 1984. 9월호 64면; 고정명, 인공출산의 법리와 실제, 93면 및 이회규, 전계논문 66면 재인용.

253) 정연욱, 전계논문, 67면.

인정되는 것으로 본다²⁵⁴). 이 설은 부의 생식불능에도 불구하고 일단 친생자로 추정하며, 나중에 친생관계에 의문을 가지는 부를 통하여 친생부인의 소에 의해서 친생자관계가 소멸될 수 있게 함으로써 문제를 해결할 수 있는 것으로 본다. 가정의 평화와 자의 복리를 보다 중요시하는 견해이다²⁵⁵).

종래의 무제한설의 입장을 취하던 대법원은 1983년 전원합의체 판결(1983.7.12, 82므59)을 통하여, “민법 제844조는 부부가 동거하여 부의 자를 포태할 수 있는 상태에서 자를 포태한 경우에만 적용되고, 부부 가운데 일방이 장기간 해외에 나가 있거나 사실상의 이혼으로 부부가 별거하고 있는 경우 등 동거의 결여로 처가 부의 자를 포태할 수 없는 사정이 명백하면 친생자추정이 적용되지 아니한다.”고 판시하여 제한설의 입장을 취하였다. (同旨 서울高判 1979.10.8, 78르75).

(2) 民法 제844조 類推適用否定說

母가 남편이 아닌 제3자의 정자에 의하여子を 포태한 것이 분명하다면 그子は 民法 제844조의 혼인중의 출생자가 아니므로 친생추정이 부인되어야 한다는 견해이다. 이 견해에 따르면 AID에 의한 인공출산자는 ‘친생자 추정을 받지 못하는 혼인중의 자’의 지위를 가질 수밖에 없으며, 이해관계인이면 누구든지 民法 제865조에 의한 친생자관계부존재확인 소를 제기하여 친자성을 박탈할 수 있게 된다. 그렇게 될 경우 子の 이익이 침해되고 불임부부가 자를 보호하지 못하게 될 위험이 있으므로, 이러한 상황을 타개할 수 있는 법적 장치가 필요함을 인식할 수 있다.

적용부정설은 AID와 같은 새로운 형태의 출산방법으로 인한 친자관계형성에 대처하기 위해서는 이에 상응하는 입법 조치가 필요하며, 현행법의 해석만으로 이 문제를 해결하는데 한계가 있음을 지적한다. 그러나 民法 제844조의 유추적용을 부정한다 하더라도 과도기적 방법으로 다음과 같은

254) 김주수, 전거서, 250-251면; 김민중, 전거논문, 117면; 구연창, “인공적 임신의 법적 제문제”, 『판례월보』, 1987. 12월호, 11면; 고정명, 인공출산의 법리와 실제, 96-97면.

255) 이회규, 전거논문, 67면 참조.

이론 구성을 통하여 인공출산자의 법적 지위를 보호하려 한다.

(가) 準正理論援用說

처가 부의 동의를 얻어 인공출산의 방법으로 출생한 자는 혼인외의 자가 아니라 이론적 현실적으로 後婚 準正에 따른 準正子와 같은 지위를 갖는다는 견해이다. 즉 비배우자 사이의 인공출산자에 대하여 부가 그 자를 자기의 자로 인정한다는 의사가 분명하고, 그 모와 부 사이에 혼인관계가 존재한다는 사실을 고려하여 민법 제855조 제2항에 의한 준정을 유추적용하여 인공출산자를 혼인중의 출생자로 인정한다는 것이다.

준정이론원용설에 대하여는, 준정은 親生父에 의한 혼인외의 자의 인지가 가장 중요한 요건이므로 自然的 親子關係가 없는 경우의 인지는 준정의 요건을 갖추지 못한 경우기 때문에, 비배우자간의 인공출산과 같이 부의 實子가 아닌 자를 준정에 의하여 혼인중의 자로 인정할 수 없다는 비판이 제기된다²⁵⁶⁾.

(나) 養子關係設定說

비배우자간의 인공출산자에 대해서는 출생과 동시에 불임부부의 적출자인 것처럼 허위의 출생신고를 하는 것이 일반적이다. 그런데 이러한 허위 출생신고의 효력에 대하여 대법원은 “아직 출생신고를 하지 아니한 자를 양자로 하는 입양에 있어서 당사자 사이에 합의로 입양신고에 대신하여 입양할 당사자가 양자가 될 자를 그 처와의 사이에서 출생한 적출자로 출생신고하면 입양의 효력이 발생한다”고 판시하였고(대판 1947.2.25, 1947민상 126), 1977년에도 유사한 사안에서 “당사자 사이에 양친자 관계를 창설하려는 명백한 의사가 있고 기타 입양의 성립요건이 모두 구비된 경우에는 요식성을 갖춘 입양신고 대신 친생자 출생신고가 있다 하더라도 입양의 효력이 있다.(다수의견)”고까지 하였다(大법원전원합의체 판결 1977.7.26, 77다

256) 이경희, “인공수정자의 친자법상 지위(상)”, 『사법행정』, 1984. 8월호, 34면; 고정명, 「인공출산의 법리와 실제」, 107-109면 참조.

492; 본판결로 67.08.18 67다1004 판결 폐기).

이러한 입양신고로의 전환이론을 인공출생자에 대한 친생자 출생신고를 한 경우에도 적용할 수 있다는 것이 양자관계설정설의 요지이다. 즉 AID에 의한 인공수정자는 부부사이에 혼인중의 자로 출생신고가 되어 있으면 비록 적법절차에 의한 친생자관계부존재확인의 소가 제기되어 부와 자 사이에 친자관계가 없음이 확인되더라도 적어도 양친자관계의 존재는 확인될 수 있다는 견해이다.

그렇지만 이 경우에는 인공출생자가 민법 제905조에 의하여 파악될 위험이 있어 자의 지위가 불안정하고, 부가 출생신고를 하지 않는다면 인공출생자를 위하여 허위의 출생신고를 법적으로 강제할 수도 없기 때문에 자의 지위 보호에 미흡하다는 비판이 제기된다²⁵⁷⁾. 물론 이 경우 부부 사이의 합의를 입양계약으로 보아 이를 당사자에게 강요할 수 있으며 신의칙상 입양예약을 취소하거나 입양의사를 철회하는 것은 무효라는 법리를 구성하여 인공출생자를 보호할 수 있다는 논리도 가능하나, 친자법이 가지는 특수성에 비추어 볼 때 이러한 신의칙에 입각한 해결만으로는 한계가 있다고 본다²⁵⁸⁾.

(다) 特別(完全)養子制度導入說

인공출생자를 근본적으로 보호하기 위해서는 기존의 양자제도로는 한계가 있기 때문에 이와는 차원을 달리하는 특별양자제도가 도입되어야 한다고 보는 견해이다²⁵⁹⁾. 현행 양자제도는 실친과 양친이 공존하기 때문에 친생부와 양자사이 또는 양친과 양자사이에 갈등과 불화가 생길 여지가 많으며 이로 인하여 자의 이익에 해가 되는 결함이 있으므로, 사적 계약개념을 완전히 폐기하고 공적 알선이나 법원의 심판이나 허가에 의하여 양자관계가 형성되도록 하는 제도의 도입이 요구된다고 본다[試案 1) 참조].

257) 김민중, 전계논문, 114-115면; 이회규, 전계논문, 68면 참조.

258) 고정명, 「인공출산의 법리와 실제」, 110면 참조.

259) 고정명, 「인공출산의 법리와 실제」, 110-113면 참조.

특별양자제도는 갈 곳 없는 자의 양육을 목적으로 양친이 혼인중의 자로 삼으려는 것이므로 보통은 기아, 고아, 친생부를 모르는 자가 적격이겠으나, 비배우자간의 인공출산자와 같이 생물학적 부가 분명히 존재하는 자도 특별양자 도입 입법시에 이를 포함시키는 조치가 있어야 한다고 본다. 특별양자제도의 핵심은 친생부관계의 단절을 내포하므로, 통상적으로 친부모와 단절되지 않은 양자를 普通養子로 부르는 것에 비하여, 이를 完全養子라고 부르기도 한다. 즉 특별양자제도에서 양자의 지위는 사적 계약에 따라 당사자가 자유롭게 성립, 변경, 소멸시킬 수 있게 하는 것이 아니라, 공적 기관에 의한 알선이나 가정법원의 심판이나 허가에 의해서만 맺어질 수 있다. 또한 자의 親生父母가 있는 경우에는 입양합의시에 그 동의가 필요하나 자의 복지를 위해서는 경우에 따라서 법원이 이 동의권의 박탈이나 친권의 정지 등도 할 수 있어야 하며, 친권의 강제 박탈과 포기의 선고 등의 내용도 포함 되어야 한다고 본다.

특별양자제도는 친생부관계의 인위적 단절이라는 속성 때문에 많은 비판이 제기된다. 친자관계는 자연적인 것임에도 불구하고 인위적으로 이를 단절하여 양자가 양친의 친생자로 인식되는 것은 자연의 순리와 인륜에 반하고 친족법과 상속법의 기본원리에도 반한다. 또한 호적의 허위기재로 말미암아 나중에 인공출생자가 자신의 근원을 알 수 있는 권리가 무시되고, 근친혼이나 우생학적 위험이 발생할 우려도 있고, 나아가 양자제도 전반이 무시되는 풍조가 생길 우려도 있다²⁶⁰⁾. 따라서 이를 도입하더라도 우리 가족제도와 법문화에 대한 신중한 조사 연구가 선행되어야 하며, 조사 결과에 따라 제도 도입의 범위가 우리 실정에 맞게 다소간 조정되는 것이 바람직하다.

나) 夫의 親生否認權 認定 與否

남편의 동의하에 제3자의 정액을 인공수정하여 이미 출생한 자에 대하여

260) 김민중, 전계논문, 115면; 이회규, 전계논문, 69면; 고정명, 「인공출산의 법리와 실제」, 113면 참조.

남편이 나중에 친생부인권을 행사할 수 있는가의 문제가 현행법상 명문 규정이 없는 상황에서 논란이 되고 있다. 이른바 변심한 남편을 법이 보호할 가치가 있는지의 문제로서 그 해결을 둘러싸고 견해가 엇갈린다. 다소 비현실적이지만 남편의 동의 없이 인공출산을 감행한 경우에 부의 친생부인권 행사와 관련해서도 상당 부분 법적인 논의가 필요하다.

법률상 친자관계의 존부를 결정하는데 있어서 기본적인 요소는 血緣이지만, 當事者의 意思도 하나의 요소로서 작용할 수 있다는 점에 논란의 배경이 있다. 친자관계 규정의 강행성만을 주장하여 부의 동의와 당사자의 친자관계 인정의사를 그 규정을 해석하는데 고려해서는 안 된다고 보는 견해나, 반대로 당사자의 의사를 이유로 하여 친생부인권의 행사를 제한하려는 견해 모두 나름대로 문제점을 안고 있다. 사전에 부의 동의가 있었는지 여부에 따라 다른 법적 평가를 받으므로 두 가지 경우로 나누어 살펴보고, 학설 대립 여하에 관계없이 재판을 통하여 친생이 성공적으로 부인될 경우 법적 효과에 관해서도 살펴본다.

(1) 夫의 同意가 있는 경우

비배우자간의 인공출산에서는 유전학적 결합 여부와 관계없이, 단지 민법 제844조를 통하여 친생자로 추정될 수 있기 때문에 법적으로 부자관계가 인정된다. 그런데 이러한 AID 인공수정에 앞서 부가 동의를 하였기 때문에 제3자의 정액으로 출생한 자에 대하여 나중에 부가 친생부인권을 주장할 수 있는지에 대하여 긍정과 부정의 두 가지 견해가 대립하고 있다.

肯定說은 비배우자간의 인공출산에 부가 동의하였더라도 친생부인권은 인정된다는 견해이다²⁶¹⁾. 이 설이 드는 논거는 다음과 같다. 첫째, 부는 민법 제847조에 의하여 부인권 행사기간내에 訴를 제기하지 않거나, 민법 제852조에 따라 승인한 경우 이외에 부가 친생부인권을 상실하게 되는 법적 근거가 없다. AID에 동의하였다는 사실이 갖는 구속력을 친생부인권의 포

261) 양수산, “인공수정자와 관련된 법률상의 문제점 연구”, 「가족법연구」, 1989.3, 111면; 고정명, 「인공출산의 법리와 실제」, 104-105면 참조.

기라고 해석하는 것은 강행성을 갖는 가족법 원리상 인정될 수 없다. 즉 가족법 영역의 친생부인권에서는 사적 자치 원리가 배제되므로, 이는 법률 행위의 당사자간 합의에 의하여 포기될 수 있는 권리가 아니다. 둘째, 현대 사회에서 혼인외의 출생자라도 그 법적 지위가 크게 향상되어 있으므로 자의 친생추정이 부인된다 하더라도 자에게 커다란 희생을 강요하는 것은 아니다. 셋째, 친생부인권을 행사하려는 부에게는 장래 부로서의 의무이행을 충실히 하리라는 기대가능성이 없으므로 오히려 자의 복리를 위해서는 부자관계를 단절하는 것이 바람직할 수 있다. 넷째, 만일 부가 자의 혈통이나 포태내력 등에 관한 비밀을 공개하는 경우에는 오히려 자의 이익이 침해될 우려가 있다.

否定說은 부가 AID에 대하여 사전에 동의한 후 그로 인해 출생한 자에게 친생부인권을 행사할 수 없다고 보는 견해이다²⁶²⁾. 이 설이 드는 논거는 다음과 같다. 첫째, 제3자의 정자를 인공수정하는 경우는 이미 출생한 자에 대한 父性을 새로이 인정하는 것이 아니라, 부의 동의라는 행위를 원인으로 하여 자가 출생하였으므로 동의한 부는 동의 행위에 상응한 책임을 져야 한다. 둘째, 제3자의 정자를 이용하는데 동의한 자가 나중에 그 자에 대한 친생을 부인하는 것은 신의칙에 반하여 권리남용에 해당된다. 셋째, 부에게 친생부인권을 인정하는 것은 자의 복리 우선이라는 현대 친자법의 원칙에 어긋난다. 넷째, 당사자의 의사도 법률상 친자관계존부를 결정하는 요소가 될 수 있다. 다섯째, 민법 제846조에서 부만을 친생부인권자로 들고 있고, 제847조가 친생부인권 행사에 1년의 단기제척기간을 두고 있으며, 제852조가 자의 출산 후 부가 자를 친생자로 일단 승인하면 나중에 친생부인권을 더 이상 행사하지 못하도록 한 규정 등 전체 입법취지에 비추어 보면, 친생부인권은 혈통 존중보다는 자의 최선의 이익 보호에 중점을 두고 있는 것으로 보아야 한다. 여섯째, 인공출생자는 대부분 진정한 부가 누구인지 찾을 수 없으며, 정자제공자는 우연히 무상 또는 보수를 받고 정자를

262) 김주수, 전거서, 276면; 김민중, 전계논문, 120면; 서울가판 1983. 7. 15, 82드5100, 83드1266; 서울가판 1983. 7. 15, 82드5134; 서울고판 1986.6. 9, 86르53 참조.

제공하였을 뿐, 설사 나중에 인지청구의 소(민법 제863조)에 의하여 인지를 강제한다고 하더라도 실질적으로 부의 역할을 기대하기 곤란하다²⁶³).

(2) 夫의 同意가 없는 경우

다소 비현실적이기는 하지만 비배우자간의 인공출산이 부의 동의 없이 시술되는 경우도 상정할 수 있다. 이는 처의 간통에 의한 출산과 유사한 경우가 되며, 부의 친생부인권이 인정된다는데 이견이 없다. 이 경우에 부는 민법 제847조에 정한 바와 같이 친생부인의 소를 제기하여 권리를 행사하여야 하나, 단기 제척기간은 전술한 바와 같이 1997년에 헌법불합치판정을 받았으므로, 새로운 법개정 시까지 과도기적으로 제소 기간의 제한은 없는 것으로 보아야 한다. 친생부인의 소에서 부는 혼인외적 성관계나 비배우자 사이의 인공수정 등의 입증을 통하여 민법 제844조에 의한 동거추정이나 출신추정을 반증하여야 한다²⁶⁴).

3) 父의 親生否認의 效果

부가 친생부인의 소에서 행사를 위한 재판에 승소하면, 인공수정으로 출생한 자는 출생시에 소급하여 부와 자간의 친족관계는 소멸한다(민법 제767조). 다만 母와 夫와의 혼인관계를 원인으로 하여 부와 繼父子關係가 성립할 수 있으나, 현행법상 계부자관계는 법정 부자관계가 아니므로 계부에게는 친생이 부인된 인공수정자에 대한 친권이 인정되지 않는다.

인공출생자는 모의 혼인외의 자가 된다. 이해관계인이 확정판결에 의한 호적정정을 신청하면(호적법 제123조) 모의 혼인외의 자료 호적 사항이 정정되어 모가에 입적된다. 모가에 입적할 수 없으면 인공출산자의 일가를 창설할 수 있다. 만약에 정자제공자인 실부가 인지를 하면 부가에 입적한

263) 참고로 스위스민법 제256조 제3항은 다음과 같은 명문 규정을 두고 있다: “Der Ehemann hat keine Klage, wenn er der Zeugung durch einen Dritten zugestimmt hat”(夫는 그가 제3자를 통한 임신에 동의한 경우에는 소를 제기할 수 없다).

264) 김민중, 전제논문, 118면 참조.

다.

부자관계가 친생부인을 통하여 해소되면, 인공출산자에 대한 母의 夫의 가족법상의 부양의무는 소멸한다. 원칙적으로 부는 항상 그 혼인에서 출생한 자에 대하여 경제적 책임을 부담하는 것으로 보아야 한다. 부가 어떤 내용으로 인공수정으로 동의하였는지에 관계없이 일단 동의하였다면, 그렇게 태어난 자에 대하여 경제적 책임으로서의 부양의무는 부담하는 것이 타당하며, 친생부인을 하였다고 하여 경제적 책임까지 면한다고 보기 곤란하다²⁶⁵⁾. 친생부인을 통한 부자관계가 해소되면 자의 부에 대한 법률상의 상속권도 소멸한다.

다) 제3자의 卵子와 夫의 精子에 의한 人工出産子

치의 난자로는 포태가 불가능한 의학적 이유로 인하여 제3자의 난자와 부의 정자를 체외수정하여 치의 자궁에 이식하는 인공출산 방법이 되는 것이다. 이러한 출산 방법이 의학적으로는 가능할지 몰라도 법적으로 어려운 문제를 야기할 수 있다. 특히 모자관계에서 심리적 상처를 주고 부부간에 균열이 생겼을 경우 모가 자에 대한 의무이행을 소홀히 할 수 있으며, 근친혼 발생 가능성, 인간의 존엄성에 대한 위해 가능성 등으로 많은 문제를 안고 있으므로 공법적 차원에서는 이러한 기술을 금하는 입법조치가 필요하다. 그럼에도 불구하고 현실적으로 이러한 기술이 행해진 경우, 친자관계에 대한 가족법적 처리를 위한 논의가 필요한 것은 별개의 문제이다.

이 경우, 자는 적어도 친생부인의 소나 친생자관계부존재확인이 될 때까지는 일단 그들 부부의 혼인중의 자로서의 법적 지위를 갖는다고 본다. 여기서 자는 적어도 부와는 혈통을 같이하는 자가 되므로 문제될 것이 없으나, 모자관계는 난자를 제공한 모(유전적 모)와 자궁을 제공하여 포태 및 분만한 모(육체적 모) 가운데서 누구를 법률상의 모로 인정할 것인지의 문제가 남는다.

265) 김민중, 전제논문, 123면 참조.

착상에서 출산까지의 기간동안 태아는 子宮의 母와 깊은 심리적 육체적 관계를 맺게 되고, 친자관계는 본능적으로 이 자궁의 모를 중심으로 형성되며, 불임부부는 처의 체내에 있는 자기들의 자식이 자기들 곁에서 커가고 있다는 사실 인식에 기초하여 실질적 모성을 의식하지만, 卵子提供者는 자가 자기의 자라고 인식하더라도 그것은 관념적인 자의 범위를 넘지 못한다는 점에서 법률적 모자관계는 자궁의 모에게 생기는 것으로 보는 것이 타당하다²⁶⁶⁾[試案 8) 참조].

이러한 시술방법에 의하여 출산한 모에게 민법 제844조를 유추적용하여 친생부인권을 인정할 것인가도 검토할 필요가 있다. 자의 이익을 위해서는 처에게 친생부인권을 인정하는 것이 경우에 따라서는 타당성을 갖는다는 긍정설도 있으나, 자궁의 모도 유전적인 모에 못지 않게 자의 출생에 대하여 본질적 기여를 한 혈연관계를 가진다고 보기 때문에 부가 혈연관계가 전혀 없는 자에 대한 친생부인권 행사와는 그 성질을 달리하므로, 민법 제 846조를 이 경우에 유추적용할 수 없다는 부정설이 타당한 것으로 본다. 나아가 처의 의사에 반하여 타인의 난자에 의한 자를 포태한 경우에도 역시 친생부인권은 인정되지 않는다고 본다²⁶⁷⁾.

한편 더욱 예외적인 경우로서, 제3자의 난자와 제3자의 정자를 제외수정하여 처의 자궁에 착상시켜 출산하는 방법도 의학적으로 불가능한 것은 아니다. 이 때에도 자는 포태하여 분만한 모와 그 모의 부 사이의 혼인중의 자로서의 법적 지위를 가진다. 문제되는 것은 부나 모의 친생부인권 인정 여부이다. 부의 경우는, 통상적인 AID 인공출산의 경우와 마찬가지로, 타인의 정자와 처 아닌 타인의 난자로 제외수정을 하는 데 동의하지 않은 경우는 물론 동의한 경우에도 친생부인을 할 수 있다고 본다. 또한 친생부인이 되면 정자제공자가 인지를 할 수 있으며 반대로 자가 정자제공자에 대하여 인지를 청구할 수 있다.

그러나 母子關係는 혼인한 모가 출산의 고통 끝에 자를 출산하였다는 사

266) 이회규, 전제논문, 74면; 고정명, 「인공출산의 법리와 실제」, 168면 참조.

267) 같은 취지 이회규, 전제논문, 74-75면.

실관계에 기초하여 난자제공자가 아니라 자궁의 모를 법률상의 모로 인정하는 것이 타당하므로, 친생부인권은 인정되지 않는 것으로 본다.

3) 精子提供者의 家族法上 權利와 義務

AID 시술에서 정자제공자는 심리적, 사회적, 도덕적 이유 등으로 신원을 감추는 것은 물론, 자신에 의한 인공수정 사실을 비밀에 붙이려 하는 것이 보통이다. 그렇기 때문에 정자제공자가 이러한 인공출산에서 생물학적 부가 분명함에도 불구하고 법적인 친생자관계를 인정할 수 없으며 그 결과 친권, 양육권 기타 의무 등도 인정할 수 없는 것이다. 이것이 가정의 평화나 자의 복리를 위해서도, 다른 한편으로는 책임과 의무를 예상하지 않고 마치 헌혈행위 정도의 인식으로 정자를 제공한 제3자의 기대 및 그의 보호를 위해서도 합당한 것으로 보인다.

그렇지만 AID 시술에 의한 출생자가 그 모의 부에 의하여 친생이 부인되면, 정자제공자가 부성을 가질 것인가가 문제된다. 비배우자 사이의 인공출산자는 유전학적으로 정자제공자의 혈통이고, 다만 인공수정이라는 특수한 생식기술에 의하여 출생하였다는 사실에만 차이가 있다. 따라서 정자제공자가 자의 부가 된다. 정자제공자가 당해 사건 인공수정에 자신의 정자를 사용하도록 동의하였는지 여부는 정자제공자와 출생자 사이의 부자관계 결정에 아무런 영향을 미치지 못한다. 다만 정자제공자는 자의 모와 혼인중이 아니므로(민법 제844조 제1항), 자는 정자제공자의 혼인외의 자가 된다[試案 6) 참조].

자에 대한 정자제공자의 父性이 확인되면, 정자제공자가 자의 출생에 소급하여 자의 혼인외의 부로서의 지위를 취득하며, 혼인외의 자에 대한 부로서의 모든 권리를 가지고 의무를 부담한다. 부로 확인된 정자제공자와 자 사이에는 쌍무적 부양의무가 성립하며(민법 제974조), 법적 상속권이 발생한다(민법 제1000조).

4) 非配偶者間 人工出産子の 根源公開請求權

실제 인공출산에서 거의 대부분은 정자제공자의 신원을 비밀로 부치는 것을 당연시하고 있다. 이들은 보수를 받거나 아니면 무보수로 마치 혈액을 제공하듯이 출산 후 지게 될 법적 부담을 염두에 두지 않고 정자를 제공한다. 그러나 母의 夫에 대한 子의 친생이 부인되면 친생부인과 관련하여 자에게 자신의 생물학적 부가 누구인지를 확인할 수 있는 가능성은 남겨질 필요가 있다. 나아가 비배우자 사이의 인공수정으로 태어난 자는 평화롭게 가정생활을 하면서도 단지 자신의 유전적 뿌리를 알아보기 위한 목적으로 자의 근원공개청구권을 인정할 수 있을 것인지의 문제도 있다.

이 문제는 인공출산자의 알 권리와 동시에 정액제공자의 비밀보존의 권리가 상충되므로 어느 것을 우선시할 것인가의 문제가 대두된다. 자연출산이 아닌 비배우자간의 인공출산에서는 생물학적 부를 알고자하는 자의 이익이 분명히 존재하고, 동일한 정자제공자의 정자에 의하여 태어난 자 사이의 근친혼(민법 제809조) 문제 그리고 정자의 상업적 오남용 위험 등을 방지하여야 할 사회적 이익도 있으므로, 인공출산자에게는 누가 생물학적 부인지를 알 수 있는 가능성이 보장될 필요가 있다. 다만 “일정한 연령” 또는 “상당한 판단력을 갖는 나이에 도달한 때”(스웨덴 인공수정법) 등의 제한을 두는 입법이 필요할 것으로 보인다[試案 7] 참조].

5) 出産代理母 關係

가) 代理母 出産의 類型 및 代理母出産契約의 許容 與否

체외수정기술의 발전에 따른 또 하나의 인공출산 유형은 대리모 출산이다. 대리모의 유형도 여러 가지가 있으나 좁은 의미로는 전통적 대리모와 자궁대리모로 나누어 볼 수 있다. 전자에는 다시 대리모의 난자와 자궁을 모두 이용하는 것으로 의뢰인 즉 남편과 대리모가 직접 성교하는 방법(씨받이)과, 의뢰인 남편의 정자를 채취하여 대리모의 체내에 착상시켜 출산

하는 방법의 두 가지 유형이 있다. 후자는 의뢰인 측 부부의 정자와 난자를 각각 추출하여 체외수정시킨 다음 대리모의 자궁을 빌려 수정란을 이에 이식, 착상, 출산하게 하는 방법이다.

전통적 대리모와 자궁대리모는 모자관계의 법률적 판단에서 많은 차이가 난다. 전통적 대리모는 직접 자의 혈통을 형성시켜주지만, 자궁대리모는 자와의 혈연적 연계는 없으므로 출생후 자의 인도문제가 야기될 경우, 난자 제공모와 자궁제공모 중 누구를 법적인 모로 인정할 것인지에 관하여 논의가 분분하며, 이에 대하여는 항을 달리하여 후술한다.

代理母契約은 대리모가 자를 출산한 후에 그 자를 생물학적 父인 의뢰인에게 인도하고 이와 동시에 친권을 포기하거나 입양에 동의하는 것을 내용으로 하는 계약이다. 대리모 출산을 위한 契約의 有效性 여부에 관해서는 肯定說과 否定說의 대립이 있다. 그러나 이러한 계약은 원칙적으로 유효성을 인정받을 수 없다고 보아야 할 것이다. 첫째, 모가 그의 친권을 포기하도록 강요받는 사적 계약은 가족법의 근본원칙에 위배되고, 둘째, 아기와 의 관계를 지속할 어머니의 권리는 법이 보호해야 함에도 불구하고 오히려 타인에게 인도해줄 것을 약정하는 대리모계약은 명백한 기본권 침해에 해당되며, 셋째, 대리모 출산 과정에서 전체로서 하나의 인격체인 여성에서 단순히 자궁만을 빌린다는 인식은 여성에 대한 착취이자 모독 행위이므로, 이는 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 무효인 계약에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다²⁶⁸⁾.

다만 인간생식에 관한 인식이 갈수록 급변하고 있고, 비교법적으로 검토해보면 과거에는 무효론적 입장이 지배하였으나 점차 엄격한 조건을 붙여 부분적으로 유효성을 인정하는 방향으로 상황 인식과 견해가 달라지고 있음을 유의할 필요가 있다. 더구나 대리모계약의 유효성이 부정됨에도 불구하고 현실적으로 이러한 출산이 이루어졌을 경우, 행위자에게 공법상의 책

268) 강남진, “인공수정자의 법적 지위와 대리모의 문제점”, 「여성연구(목포대) 제2호」, 1994, 149면 이하; 김준원, “인공수정자의 법적 지위”, 「사회과학연구(광주대)」, 1993, 61면; 고정명, 「인공출산의 법리와 실제」, 201-203면 참조.

임을 묻는 문제는 별론으로 하고, 대리출생자를 둘러싼 각종 법률관계는 합리적으로 정해질 필요가 있다.

나) 代理母契約의 有效性을 肯定할 경우의 法律關係

대리모계약의 유효성에 대한 논의가 심각하게 제기되므로 계약내용은 사전에 비교적 상세한 내용을 담는 것이 보통이다. 주로 미국에서 많이 체결되는 대리모계약에 포함되는 내용으로는 1) 대리모에 대한 보수와 지급 방법, 2) 친권종료절차에 관한 동의, 3) 유아인도, 4) 대리모의 임신중의 준수 사항, 5) 출생자에 대한 혈액형 등 검사, 6) 의뢰자의 처와 자간의 양자관계 설정 등이다. 대리모계약이 유효한 것으로 판정되면 계약에 규정된 바에 따른 각종 요구사항의 이행을 청구할 수 있다.

계약이 유효한 것으로 보면, 대리모는 자신이 출산한 자에 대한 친권을 단절시키고 의뢰자의 친자로서의 지위를 인정하는 것이다. 대리모에 남편이 있는 경우에는 먼저 남편이 민법 제865조에 의한 친생자관계부존재확인 의 소 또는 상황에 따라서 동법 제846조에 의한 친생부인의 소를 대리모 또는 그 자를 상대로 하여 제기하게 된다. 이 소송에서 대리모는 夫의 친생자가 아님을 認諾한다. 출생자를 상대로 한 소에서도 대리모가 代諾을 하는 근거는 우리 민법상 자의 출생 당시의 產母를 親母로 보기 때문에 그 출생자의 친모로서 대리권을 행사하는 것이다.

대리모의 夫와 대리모 출생자 사이의 친자관계가 부인되면 의뢰자인 實父는 민법 제855조에 따라 출생자를 인지한다. 대리모의 代諾이 있게 되면 호적법에 규정된 절차에 따라 신고함으로써 인지는 그 효력을 발생하고 출생자는 실부의 혼인중의 자가 된다.

의뢰자의 처가 계약에 동의하였으면 이는 母로서 입양에 대한 동의와 부부 공동의 자로 하는데 대한 동의가 합체된 것으로, 일종의 준정과 유사한 효력을 가지는 것으로 볼 수 있다.

대리모와 그의 부는 계약에 따라 출생자에 대한 친권을 상실하지만, 잠

정적으로는 대리모와 출생자간의 모자관계는 출생이라는 자연적 사실에 의하여 여전히 지속되는 것으로 보아야 한다. 대리모가 未婚일 경우에는 夫가 있는 출산의 경우 중 대리모의 부의 소제기와 대리모의 소송에서의 代諾을 제외한 나머지 과정과 동일한 절차를 거친다.

다) 代理母契約의 有效性을 否定할 경우의 法律關係

대리모계약은 그 자체가 헌법상의 기본권을 침해하고 공서양속에 위반하여 무효이므로 구체적인 계약내용을 검토할 필요도 없이 처음부터 무효라는 것이 지배적인 견해이다. 계약은 원CLR적으로 이행불능이어서, 대리모에게 약속된 보수지급과 의뢰인의 유아인도 청구권도 없는 것이다. 다만 계약 내용에 따라 의뢰자가 대리모에게 보수의 전부 또는 일부를 지급한 경우, 계약무효를 이유로 반환청구권을 주장할 수 있는지 여부가 문제될 수 있으나, 이 경우는 민법 제746조 不法原因給與에 해당되는 것으로 보아 이행한 부분의 반환 청구는 인정되지 않는다고 본다.

乳兒가 이미 의뢰자에게 인도되어 있는 경우 報酬처럼 민법 제746조를 적용할 것인가의 문제가 있으나, 乳兒 再引渡는 동조에서 말하는 ‘재산의 급여’나 ‘노무의 제공’과는 그 성질이 전혀 다르므로 형식적 일률적으로 판단할 것이 아니라, 가족관계의 특수성에 비추어 개별적 상황에 따라 ‘자의 최선의 이익’이라는 가족법의 기본이념을 바탕으로 판단하는 것이 바람직하다²⁶⁹⁾.

인공출산의 다른 유형과 달리, 대리모 출산에 대응하여 모자관계에 관해서는 분명한 기준을 설정할 필요가 있다. 모자관계는 출산이라는 사실관계에 기초하여 당연히 결정되는 것으로 보아야 한다. 혹자는 민법 제768조(血族의 정의)를 배경으로 하여 유전학적인 모가 법적인 모가 될 수 있다는 논리를 전개할 수도 있겠으나, 임신부와의 생리적, 정신적인 관계는 출생전의 태아의 발육을 위해서도, 출생후의 육아과정을 위해서도 유전학적

269) 고정명, 「인공출산의 법리와 실제」, 206-208면 참조.

인 모에 비해서 훨씬 밀접하고 중요한 의미를 갖는다²⁷⁰⁾. 대리모계약은 자연적 모자관계를 배제하고 인위적으로 친권을 이전하는 것을 내용으로 하는 계약인데, 그 계약을 무효인 것으로 간주한다면 친권자 지위에는 변동이 없이 대리모가 그 자의 친권자가 될 수밖에 없게 된다[試案 8) 참조].

대리모에게 부가 있는 경우 출생자와의 관계에서 생물학적 부자관계는 아니지만 민법 제844조의 적용 및 대리모부부의 동거사실여부 등에 따라서 자는 대리모의 부의 자로 추정 받을 수도 있다. 그렇지만 이 계약 자체를 무효로 보더라도, 대리모의 부는 자에 대한 친생부인의 소 또는 친자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있고, 여기서 승소할 경우에는 역으로 의뢰자인 정자제공자의 인지가 가능하게 된다.

대리모계약이 무효이면, 정자를 제공하고 부로서의 책임과 지위를 가지려 했던 의뢰자는 마치 비배우자간의 인공출산에서 정자제공자와 유사한 지위로 전환된다. 그렇다하더라도 대리모가 출산한 자가 생물학적 부임에도 불구하고 대리모의 부가 친생부인의 소 또는 친자관계부존재확인의 소로써 자와의 친자관계를 부인하지 않는 한, 출생한 자에 대한 인지 또는 강제인지를 할 수 없다. 대리모의 부가 친생을 부인하고 의뢰인이 인지에 성공하면, 자와 인지한 부의 처와의 사이에는 혼인외의 자 관계로 설정된다²⁷¹⁾.

6) 獨身女性의 人工出產

성년이 되면 누구나 ‘養子를 할 能力’이 있고(민법 제866조), 독신여성이 라고 하여 입양능력이 부인되는 것은 아니라는 사실을 긍정하면, 독신여성에 의한 인공 출산이 부정될 이유는 없는 것으로 보인다. 독신여성의 인공 출산이 자에게 부모를 함께 가질 기회를 박탈하여, 부를 향한 자의 갈등 등으로 행복추구권을 제한하고, 헌법과 가족법이 근간으로 삼는 혼인제도

270) 이준영, “인공임신에 의해 출생한 자의 친생자관계에 관한 입법론적 고찰”, 「가족법연구 제11호」, 121-128면 참조.

271) 고정명, 「인공출산의 법리와 실제」, 209면 참조.

의 붕괴 우려 등을 이유로 이를 허용할 수 없다는 견해도 제기된다²⁷²⁾. 그러나 태어날 자의 입장에서 본다면 애당초 태어나지 않는 것보다는 편모라는 불완전성을 감수하고서라도 태어나는 것이 더욱 그 자의 이익에 부합되는 것으로 이해할 수 있으며 독신여성의 입장에서 보면 전술한 바와 같이 입양이 가능하고, 비배우자간의 인공수정도 보편화된 상황에서 여성의 사회진출과 취업이 당연시되어 상대적으로 혼인을 늦추거나 포기하는 사례가 증가하고 있음을 주시해야 할 것이다. 아울러 국가 전체의 출산율이 점감하는 상황 등을 총체적으로 감안하면 독신여성에 의한 인공출산 문제는 결코 바람직한 현상은 아니라 할지라도 불가피한 것으로서 용인할 수밖에 없지 않을까 생각된다.

다만 독신여성의 인공출산 과정이나 방법에 있어서 민법 제103조의 입법 취지를 넘는 공서양속에 반하는 계약 등이 체결되는 경우에는 그 계약이 무효가 된다고 볼 것이다. 그런데 비록 이러한 출산을 허용하지 않는다고나 관련 계약이 무효라고 하더라도, 그렇게 기왕 태어난 자와 관련된 법률 관계는 어떠한 경우에도 현행법에 의한 합리적인 해석과 적용에 의하여 원만하게 규율되어야 한다.

이 경우 모자관계는 출산모가 모로 인정된다는 일반원칙에 따르므로 문제될 것이 없으며, 자는 독신여성의 혼외자가 된다²⁷³⁾. 다만 입법론으로서 대리모출산에 대응한 민법 제844조의 2(모자관계)가 신설되면 모자관계는 더 이상 논의할 것이 없고, 자는 독신여성의 혼인중의 자가 된다[試案 8) 참조]. 독신여성의 인공출산이므로 부자관계도 원천적으로 문제될 수 없다. 다만 정자제공자와 출생자간의 상호 인지청구권 인정 여부가 문제될 수 있다. 정자제공자의 인지는 자칫하면 정상적인 자의 성장에 지장을 줄 수 있고, 자의 인지청구권도 정자제공자가 뜻하지 않은 부양의무를 부담하거나 상속을 해야 하는 부담을 안게 되므로 부정해야 한다는 견해가 있지만,²⁷⁴⁾

272) 김민중, 전계논문, 42면 참조. 스웨덴 인공수정법 제2조는 제3자에 의한 인공수정은 혼인중의 여성이나 혼인과 유사한 관계에 있는 여성에게만 허용된다고 한다.

273) 김민중, 전계논문, 43면; 문의승/김상명, “민사에 있어서 인공수정자의 법적 지위에 관한 고찰”, 『논문집(제주산업정보대) 제21집』, 2000, 120면 참조.

이 경우도 통상적인 AID 정자제공자의 지위와 달리 취급되어야 할 근거는 없다고 본다[試案 1), 7) 참조]. 마찬가지로 인공출산자의 근원공개청구권도 인정되어야 한다고 보지만, 일정한 연령에 도달한 때 또는 상당한 판단력을 갖는 나이에 도달 한 때 등의 제한을 둘 필요는 있을 것이다[試案 7) 참조].

7) 人間複製의 問題點

1997년 2월 24일 전세계의 매스컴은 스코틀랜드의 로슬린연구소에 근무하는 월무트 박사팀의 “돌리”라는 복제양의 탄생발표로 세상을 깜짝 놀라게 한바 있다. 이는 기존 생물학적 개념으로는 전혀 불가능한 것으로 생각되어 왔던 포유동물의 생체세포를 이용한 핵이식과정의 결과로 생명체의 탄생을 가능하게 하였다는 점에서 장차 인간복제도 가능하리라는 전망을 할 수 있게 하였다.

그러나, 인간복제는 존엄성의 상실, 사회윤리의 붕괴 등 사회학적 문제와 가족 및 가정의 기본구성을 부정하는 결과를 초래할 수 있다.

한편 일반양이 12년의 수명을 산다고 하는데, 복제양 “돌리”는 그 수명의 절반정도 밖에 살지 못하였다. 그 원인이 된 질병은 노화에 따른 폐질 환이었다고 한다. 어른세포를 인위적으로 무리하게 아기로 되돌리려는 과학의 욕심이 초래한 부작용으로 생각된다.

複製子女가 출생하면 친자관계를 어느 원칙에 따라 인정하여야 할 것인가가 문제로 된다. 현행법으로는 해결 할 방안이 없기 때문에 새로운 법이 만들어져야 할 것인 만큼, 이에 관한 활발한 법 논의를 요청하게 된다.

274) 문의승/김상명, 전제논문, 120면.

다. 외국 입법례

1) 미국

미국 Georgia 주법(1964) §74 - §101.1는 “부가 인공수정에 대하여 서면으로 동의한 경우에는 비배우자간 인공출생자는 친생부인이 불가능한 적출자로 본다.”

미국 Uniform Parentage Act(1973) §5는 “자격 있는 의사의 감독 하에, 처가 부의 승낙을 얻어, 부가 아닌 남자에 의하여 제공된 정액에 의하여 처에게 인공수정이 실시되었다면, 법률적으로는 부가 그렇게 포태된 자의 자연의 부와 같이 취급된다. 부의 승낙은 서면으로 하여야 하며, 부 및 처에 의하여 서명되어야 한다. 의사는 부와 처 양인의 서명 및 인공수정의 실시 일자를 인증하고, 주보건성과 함께 부의 승낙서를 보관한다. 이 승낙서는 공개될 수 없으며 봉인하여 보관된다. 이러한 서류의 보관에 관하여 의사의 과실이 있더라도 친자관계에 영향을 주지 아니한다. 인공수정에 관한 모든 서류나 기록들은 법원에 보존된 것인가, 감독한 의사에 의하여 보관된 것인가, 기타 장소에 보관된 것인가에 관계없이, 충분한 이유가 제시되는 경우에는 법원의 명령에 의해서만 조사될 수 있다. 감독하는 의사에게, 제공자의 처가 아닌 기혼여성에 대한 인공수정을 위해 정액을 제공한 자는 법적으로는 그렇게 포태된 자의 자연의 자가 아닌 것으로 취급된다.”

2) 호주

호주 Victoria州 Status of Children Act(1984) §10 “(e) 처가 부의 동의를 얻고, 다른 여성의 란에 의한 체외수정에 의해서 임신한 경우, 처는 자기의 란에 의해서 임신한 것으로 간주되어 태어난 자의 어머니로 간주된다. (c),(d),(e) 처가 부의 동의를 얻고 부 이외의 남성의 정자로 비배우자간 체외수정에 의하여 임신한 경우, 부의 정자에 의한 것으로 간주되어 夫는 子の 父로 간주된다. (f) 미혼여성의 AID, 부의 동의를 받지 않은 AID의 경우에도 정자제공자는 하등의 권리를 가지거나 책임을 부담하지 않는다. 다

만, 정자제공자가 AID를 받은 여성과 혼인한 때에는 혼인한 때로부터 태어난 자에 대해서 부로서의 권리를 갖고 책임도 진다.”

3) 영국

영국 The Family Law Reform Act(1987) §27 “혼인중에 처가 남편이 아닌 제3자의 정자로 인공수정하여 자를 출산한 경우 태어난 자는 법적으로 혼인중의 자로 되며, 부가 수정에 동의하지 않았다는 것이 입증되지 않는 한 다른 사람의 자로 되지 않는다.”

4) 스웨덴

스웨덴 친자법(1976)은 모와의 혼인중에 자가 생긴 경우, 혼인중의 부가 출생한 자의 부로 추정을 받게 되지만, 반면 일단 부자관계가 있다고 인정된 경우라도 그 부자간에 생물학상의 부자관계가 없다는 것이 판명된 때에는 언제라도 부는 법원에 대하여 친자관계부존재확인 소를 제기할 수 있다. 나아가 1976 법개정 이래로 적출성 규정을 삭제하였으며, 친생부인의 소의 출소기간 제한도 없고, 인지취소의 금지규정도 존재하지 않는다. 따라서 AID에 의한 인공수정자의 경우 인공수정 시술에 대한 부의 동의 유무에 관계없이 인공수정자의 부는 언제라도 인공수정자를 상대로 친자관계부존재확인 소를 제기할 수 있게 되었다.

스웨덴 인공수정법(1984 법률 제1140호, 1985.3.1.부터 시행)은 부 또는 사실혼의 부가 인공수정 시술을 받는 처에 대해서 사전에 서면동의를 하도록 하였으며(2조), 이에 동의한 부는 인공수정자의 부로 간주할 수 있다고 한다(친자법 제1조, 제6조). 인공수정법 제4조는 인공수정자에게 생물학적 부(정자제공자)의 신원을 알 권리를 인정하였다.

5) 독일

독일의 Embryonenschutzgesetz(EschG, 1990)는 인공출산을 위한 생식세포

의 오남용을 형사제재를 통하여 금지하는 조치를 마련하였다. 그와 함께 독일의사협회는 1998년 인공출산에 따른 지침(die Richtlinie der Bundesärztekammer: Dt. Artzeblatt 1998, 95, A 3166-3171)을 마련하여 그에 따르도록 하고 있다.

라. 결론

1) 現行法

민법을 비롯한 현행법에는 인공출산 문제에 직접 적용할 수 있는 규정이 없다.

2) 改正方向

가) 基本方向

- 현대 가족법의 지도이념인 子의 福利와 더불어 母親의 地位 保障을 최대한 고려하는 방향으로 현행법을 개정한다.
- 人工出産은 환경오염에 따른 자연출산률 저하, 국민소득 증가에 따른 시술의 경제적 부담 능력 증대, 가임 독신여성의 점증, 사회적 인식의 변화, 그리고 인공생식 기술의 발전 등 여건 변화에 따라 과거 예외적인 출산방식에서 점차 通常的으로 고려되는 出産方法의 하나로 자리잡아가고 있다는 사실에 유념한다.
- 인공출산 사례수의 증가에 따라 지금까지 현행법의 해석론에 의존한 대책의 한계를 인식하고, 상황 변화에 상응하는 법개정이 불가피해졌다.
- 인공출산의 허용 여부, 시술범위, 시술절차, 정자·난자·수정란의 관리 보존 등 인공출산의 전반적 규제에 관한 사항은 공법적 내용의 별도 입법이 필요하다.
- 인공출산에 따라 태어난 자와 관련된 가족 구성원들과의 법률관계는 현행 민법의 관련 조항의 일부를 개정하는 방법으로 대처한다.

- 헌법재판소의 결정 내용을 수용한다.
- 정부의 민법중개정법률안(2000.10.16. 제출, 의안번호 160214)과 법제사법위원회 검토보고(2001.6), 국회 여성특별위원회의 민법중개정법률안에 대한 의견서(2001.2.22) 등에서 제시된 의견을 참작한다.

나) 試案 및 提案 理由

(1) 夫의 親生子 推定

[試案] 민법 제844조 제3항 신설 : “처가 부와 합의하거나 부의 동의를 받아 부가 아닌 다른 남성의 정자를 이용하여 인공적인 방법으로 출산한 자는 부의 자로 추정한다.”

[이유] 인공출산에 대하여 현행 민법 제844조의 규정의 해석론만으로는 문제 해결에 한계가 있으므로, 적용부정설의 입장에서 특별(완전)양자제도 도입론의 하나로서 자의 복리를 보다 실질적으로 보장하기 위하여 이와 같은 추정 규정을 동조에서 다만 항을 달리하여 신설한다. 혈연 내지 유전적 결합과 더불어 법적 동의도 부성 추정의 중요한 요소의 하나가 될 수 있다는 견해에 근거한다.

(2) 非配偶者間 人工出産에 同意한 夫의 親生否認權 認定 與否

비배우자간 인공출산에서 동의한 부에 대해서도 친생부인권을 긍정하는 견해를 취하기 때문에, 민법 제844조 제3항을 신설 개정한 경우에도 민법 제846조에 의한 친생부인권을 행사할 수 있도록 동 조항을 그대로 유지시킨다.

(3) 子의 親生否認에서 原告適格 擴大 調定 與否

제16대 국회에 계류 중인 정부 제출의 민법 개정안과 법사위 검토보고서 및 여성특별위원회 의견서에서 혈연진실주의와 부부평등이념에 부합하도록 민법 제846조 소정의 자의 친생부인의 소에서 원고적격의 범위를 처 및 자

에게까지 확대하여 이를 인정하자는 의견이 있다. 그러나 다른 사유의 경우에는 이러한 견해가 타당할 수 있어도, 적어도 인공출산과 관련해서는 배우자간이건 비배우자간이건 처의 동의 내지 부부간의 합의는 기본적 전제 사유라는 점에서, 인공출산과 관련해서는 원고적격 범위 확대는 이유가 없으므로 현행 제846조 규정을 유지하는 것이 바람직하다.

(4) 親生否認의 訴에서 除斥期間 調定

[試案] 민법 제847조 제1항 일부 개정 : “그 출생을 안 날로부터 1년내”를 “그 事由가 있음을 안 날부터 2년내, 그 子が 出生한 날부터 5년내”로 한다.

[이유] 헌법재판소 결정에서는, “스위스 가족법은 부가 자와의 사이에 친생자관계가 존재하지 아니함을 알게 된 때로부터 1년내에 이를 제기할 수 있으나 다만 그 경우에도 자의 출생후 5년이 경과하면 특별한 사정이 없는 한 이를 제기할 수 없다고 규정하고 있고, 독일민법은 법으로 친생자부인의 소의 길을 막기보다는 자가 자기 자신의 혈통이 아닌 것을 안 때로부터 2년내면 부모 하여금 언제든지 친생자부인의 소를 제기할 수 있도록 하고 있는” 입법례를 예시하고 있다. 한편 2000. 10. 16. 정부의 민법중개정법률안(의안번호 160214)은 “그 사유가 있음을 안 날부터 1년내, 그 子が 出生한 날부터 5년내”로 제안하고 있다. 본 연구에서는 2001. 2. 22. 여성특별위원회의 의견과 같이, 제소여부에 신중을 기할 수 있도록 친생부인의 사유가 있음을 안 날로부터 2년 이내라는 상대적 제척기간과, 자가 출생한 날로부터 5년 이내라는 절대적 제척기간 양자를 뒀으로써, 혈연진실주의와 자의 신분관계의 안정간의 조화를 도모한다.

(5) 父母의 死亡과 認知請求의 訴에서 除斥期間 調定

[試案] 민법 제864조 일부 개정 : “그 사망을 안 날로부터 1년내”를 “인지 사유가 있음을 안 날로부터 2년내”로 한다.

[이유] 자의 복리를 위해서는 절대적 제척기간만으로는 불충분하고, 인지 사유가 있음을 안 날로부터 기산하도록 하는 상대적 제척기간 설정과 더불어 제소 여부에 대하여 신증을 기할 수 있도록 기간을 1년 더 연장하도록 한다.

(6) 非配偶者間 人工出産에서 精子提供者와 人工出産子間의 相互 認知請求 禁止와 許容

[試案] 민법 제855조 제3항 신설 : “비배우자간 인공출산에서 정자제공자와 인공출산자는 상호 인지를 청구하지 못한다. 다만 인공출산 의뢰 부부의 혼인이 해소된 경우에는 그러하지 아니하다.”

[이유] 본 연구의 試案에서 특별양자제도를 도입하기 위하여 신설하는 민법 제844조 제3항을 보완하는 규정으로써, 정자제공자와 인공출산자간의 상호 인지청구를 금지할 필요가 있다. 그렇지만 인공출산 의뢰 부부의 혼인관계가 해소된 경우에는 자의 복리를 위하여 오히려 실부인 정자제공자와 연계시켜주는 것이 바람직한 것으로 본다.

(7) 非配偶者間 人工出産子の 根源公開請求權

[試案] 민법 제865조의 2(비배우자간 인공출산자의 근원공개청구권) 신설 : “비배우자간 인공출산자는 성년에 달한 때에 한하여 검사를 상대로 하여 자신의 근원을 공개할 것을 청구할 수 있다.”

[이유] 정자제공자의 신원은 가급적 공개되지 않는 것이 자신을 위해서나 인공출산자의 가정의 화목을 위해서 바람직하다. 그렇지만 자가 성년이 되어 판단능력이 충분히 갖추어지면 자신의 정체성 확립을 위해서도 그 근원을 알 수 있도록 제도적 장치를 구비하는 것이 바람직하다.

(8) 代理母 出産에 대응한 母子關係 規定 新設

[試案] 민법 제844조의 2(모자관계) 신설 : “자를 출산한 모가 친자법상의

모가 된다.”

[이유] 대리모 출산이 기술적으로 불가능하고 사회적 인식에서 금기시되던 과거에는 단지 출산의 모가 법적인 모가 되는 것을 당연시하여 민법 제844조에서 부의 친생자 추정만을 명시적으로 규정하는 것으로 충분하였지만, 대리모 출산이 기술적으로 가능하게 되고 사회적 인식에서 허용적인 분위기로 변화되면서 유전적 모와 출산(자궁)의 모 중 어느 경우가 법적인 모가 될 것인지를 법에서 명시해줄 필요성이 대두되었으므로 이를 새로운 조문을 신설하여 규정한다.

(9) 獨身女性의 人工出產

독신여성의 인공출산과 관련된 모자관계나 부자관계는 현행법 규정 및 대리모 출산에 대응하여 신설하는 민법 제844조의 2 규정에 따라 무리 없이 해결될 수 있다.

6. 동성애

가. 서설

혼인의 사전적 의미는 “남자와 여자가 예를 갖추어 부부가 되는 일”²⁷⁵⁾ 혹은 “부부로서의 남자와 여자의 법적 결합”(the legal union of a man and woman as husband and wife)²⁷⁶⁾을 가리킨다. 법적으로는 흔히 혼인을 「법률상의 절차에 의하여 남녀가 자유로운 의사의 합치로 이룬 원칙적으로 종생적(lebenslang)이고 포괄적(umfassend)인 생활공동체」라고 정의한다²⁷⁷⁾. 어느 경우이든 혼인이 성립하기 위하여는 남자와 여자의 결합이 요구된다.

혼인의 전제요건으로 「남녀」의 결합관계가 요구된다는 사실은 누구나 당연하다고 본다. 보통 「異性婚」(Opposite-Sex Marriage)만을 혼인으로 생각한다. 특히 입법적으로 이성혼만을 합법적이고 유효한 혼인으로 규정하고 있는 경우도 있다.²⁷⁸⁾ 그러나 최근 「남녀」의 성적 결합을 혼인이라고 보는 태도에 대한 강한 도전을 통하여 전통적인 혼인제도가 위기를 맞고 있는 상황이다²⁷⁹⁾. 전통적인 혼인제도에 대한 도전이란 남녀의 이성적인 결합만이 아니라, 남자와 남자 혹은 여자와 여자와 같은 동성 사이의

275) 우리말큰사전(한글학회 지음), 어문각 1992 참조.

276) Black's Law Dictionary, Seventh Edition(WEST Group 1999).

277) 국내의 문헌에서도 혼인을 “부부로서 평생 그 생활을 함께 할 것을 목적으로 하는 남녀의 본능적 결합”(김용한, 신친족상속법론, 93면), “부부로서 일평생 공동으로 생활할 것을 목적으로 하는 사회적으로 승인된 남녀의 성적결합관계”(양수산, 친족상속법-가족법, 159면)이라고 정의하고 있다.

278) 예컨대 미국의 일부 주에서는 혼인을 남자와 여자 사이의 결합(a union between a man and a woman)으로 정의하고 있는 경우도 있고, 단지 남자와 여자 사이의 혼인만이 유효하다고 규정하고 있거나, 명시적으로 동성혼을 금지하고 있는 경우도 있다(자세한 내용은 Mark Strasser, Same-Sex Marriages and Civil Unions: On Meaning, Free Exercise, and Constitutional Guarantees, 22 Loy. U. Chi. L. J. 597, 599, 특히 n8, n9, n10, n11, n12, n13 참조).

279) 자세한 설명은 Roland Schimmel, Eheschliessungen gleichgeschlechtlicher Paare?, Duncker & Humblodt · Berlin 1996, S.18.

결합 혹은 동성애관계를 새로운 제도로 인정하여 법적 보호를 하려는 경향을 가리킨다.

최근의 외신보도를 보면 자주 동성애자에 관한 기사가 등장한다. 특히 여러 국가에서 이미 동성 사이의 혼인유사적(eheähnlich) 결합관계가 인정되고 있다고 하는 보도를 접할 수 있다. 동성애자와 관련하여 보도되는 내용은 예를 들어 『동성애자 인권보호 ‘死角지대’』(동아일보 200.10.12) 혹은 『동성애자 인권보호 입법추진』(조선일보 2001.1.31), 「『性的 소수자』 인권센터 첫 출범」(조선일보 2003.8.4)과 같이 동성애자에 대한 사회적 관심을 표시한 경우로부터 『네덜란드, 동성연애자 결혼·입양 합법화』(동아일보 2000.12.20), 『프랑스 동거-동성애부부 합법화』(조선일보 1999.10.14), 「『캐나다도 동성애자 결혼 인정』」(조선일보 2003.6.19), 「유엔, 참전용사 동성애 파트너 연금지급 판결」(조선일보 2003.9.4)을 넘어 『60대 동성연애자, 죽기 직전 합법적 결혼 치러』(동아일보 1998.1.8), 『노르웨이 재무장관 동성파트너와 결혼』(한겨레 2002.1.16) 혹은 『아빠는 둘인데 엄마가 없어요』(동아일보 1999.12.12)에 이르기까지 아주 다양하다. 물론 「중국정부, 同性결혼 법으로 금지」(조선일보 2003.9.20), 「부시, 同性결혼 합법화 움직임에 제동」(조선일보 2003.8.4)과 같이 동성애관계의 법적 인정에 대하여 부정적인 보도도 있다.

세계적인 동향을 보면 동성애자의 법적 보호에 관한 오랜 동안의 진지한 논의를 걸쳐 최근에는 입법을 통하여 동성 사이의 공동생활관계를 동성혼(Same-Sex-Marriage)으로까지 보호하는 국가가 점차 증가하고 있다. 특히 유럽의 많은 국가, 예를 들어 네덜란드, 벨기에, 영국, 캐나다, 스웨덴, 덴마크,²⁸⁰⁾ 노르웨이, 프랑스,²⁸¹⁾ 독일,²⁸²⁾ 미국의 일부의 주에서 동성혼

280) 독일어로 번역된 전문은 Dänische Gesetz über die registrierte Partnerschaft, DEuFamR 2/2000, S.50.

281) 전문은 Die neuen Vorschriften des französischen Code Civil zur registrierten Partnerschaft und zum nichtehelichen Zusammenleben, DEuFamR 2/2000, S.48-49 참조

282) 자세한 내용은 김민중, “독일의 새로운 가족법상의 제도로서의 동성 사이의 「생활동반자관계」”, 『가족법연구 제15권 2호』, 2001, 393면 참조

(same-sex marriage) 혹은 생활동반자관계를 법적으로 인정하고 있다²⁸³). 또한 법적 보호를 받는 생활동반자관계를 맺는 동성의 커플도 증가하고 있다. 예컨대 1989년에 생활동반자관계에 관한 법률이 시행된 덴마크에서는 1989년부터 1998년 사이에 생활동반자관계를 맺은 동성이 8,674명에 이른다고 한다.

아직 국내에서는 동성애자의 평등한 지위나 동성적 공동생활관계의 법적 규율에 관한 논의가 활발하지 않은 실정이고, 단지 약간의 외국의 입법내용을 소개한 논문이 있을 뿐이다²⁸⁴). 다만 국내에서도 동성애자에 대한 평등한 법적 취급이나 동성애관계의 법적 보호와 관련한 문제가 가까운 장래에 여러 경로에서 제기될 전망이다. 그리고 국내에서도 언젠가 궁극적으로는 동성애관계법 혹은 동성혼법의 제정을 통하여 동성애관계의 법적 보호를 실현하여야 한다고 본다.

나. 쟁점

1) 동성애관계의 인정문제

가) 외국에서의 상황

역사적으로는 서구사회에서도 성윤리적으로 동성애를 혐오스런 행위로 보고, 계간법(sodomy law)에 의하여 동성애행위를 처벌한 시기도 있다. 특히 동성애행위를 ‘망측한 짓’으로 보고 「여자와 자듯이 남자와 한 자리에

283) 외국의 생활동반자관계 혹은 동성혼에 관한 자세한 전체적인 내용은 <http://www.lsvd.de/lpartg/>. 참고문헌으로는 Bea Verschraegen, Gleichgeschlechtliche Beziehungen im Spiegel des Rechts, DEuFamR 2/2000, S.64-67 참조.

284) 국내에 발표된 관련문헌으로는 이경희, “미국판례를 중심으로 본 동성혼인(Same-Gender Marriage)의 법리”, 「아세아여성법학 창간호」, 아세아여성법학연구소, 1998. 6, 195-220면; 김태한, “동성혼인 문제의 법률적 고찰”, 「가족법연구 제13호」 1999, 51-77면; 김민중, “독일의 새로운 가족법상의 제도로서의 동성 사이의 「생활동반자관계」”, 「가족법연구 제15권 2호, 2001, 393-419면; 김민중, “동성혼 - 스칸디나비아국가의 입법례 -”, 「법조 통권 553호」, 2002. 10, 254-282면; 이경희, “同性婚姻(Same-Sex Marriage)의 보호에 관한 국제적 동향”, 「세계화시대의 법·법률가(제3회 한국법률가대회)」, 2002. 10. 26, 459면; 명순구, “프랑스법에서의 공동생활약정”, 합인회, 우리 동거할까요(코드, 2002), 245-46면; 김민중, “동성혼에 관한 국제적 입법동향”, 「비교사법 제9권 4호」, 2002, 515면.

들어도 안된다」(레위기 18장 22절)고 한 성경에 따라서 기독교적 윤리관에서는 동성애행위를 금지하고 있다. 그러나 성혁명의 진행과 함께 동성애를 금기시한 기독교적 윤리관이 붕괴되고 있고, 계간·수간을 처벌하는 계간법도 대부분 폐지되어 있거나 존치하고 있더라도 성인간의 사적인 합의에 의한 동성애행위는 처벌하지 아니하고 있다.

현재까지 동성애자의 행위가 위험하다거나 타인에게 해를 끼친다는 어떤 근거도 없다고 본다. 동성애자가 에이즈를 전염시킨다는 비난도 있으나, 전체 에이즈감염자 중 동성애자가 차지하는 비율이 이성애자의 비율보다 현저히 낮다는 조사결과가 있다. 종래 동성애를 이상성욕 중에서 성욕의 대상으로 동성을 택하는 성대상도착증이라고 하여 정신질환의 일종으로 보고 있으나, 미국정신의학회(American Psychiatric Association)는 지난 1987년에 이미 동성애를 정신질환의 일종에서 제외시키고, 동성애를 이성애(heterosexuality)와 마찬가지로 단순한 성적 지향의 한 형태로 인정하고 있다. 미국은 물론 유럽에서도 동성애를 하나의 성적 취향으로 인정할 뿐만 아니라, 동성애자가 공동생활관계를 이루고 사회구성원으로 살아갈 수 있도록 법적·제도적 장치를 마련하고 있고, 유럽국가 및 미국의 일부 주에서는 동성애자의 결혼까지 인정하고 있는 실정이다.

나) 국내에서의 법상항과 동성애관계의 인정가능성

국내의 동성애자는 약 10만명 정도로 추산하지만, 미국·프랑스의 경우에 전체 인구의 약 5-10% 정도가 동성애자라고 하는 사실을 감안하면 그 수가 생각보다 더 많다고 추측된다. 국내에서는 1995년에 커밍아웃을 통하여 세상에 신분을 드러내기 시작한 동성애자가 2000년 이후 좀 더 적극적인 방법으로 사회의 편견에 도전하는 모습을 보이고 있다. 특히 동성애자가 적극적으로 세상을 만나게 된 계기는 인터넷과 밀접한 관련이 있고, 2003년 현재 동성애커뮤니티로 분류되는 웹사이트만도 전국적으로 100여개에 달한다고 한다. 또한 인터넷포털업체인 다음에 등록된 동성애카페(동호

회)만도 300여개에 달할 정도라고 한다. 대학에도 동성애모임이 결성되어 있고, 동성애자인권연대·한국동성애자연합·친구사이·끼리끼리과 같은 동성애단체가 활발한 활동을 벌이고 있다. 동성애자는 온라인뿐만 아니라 게이바·레즈비언바와 같은 공간을 통하여 오프라인상에서도 적극적으로 자신의 생활영역을 넓혀가고 있다.

국내에서는 아직 동성애자에 대한 인식기반이 외국에 비하여 극히 미약하다고 하지 않을 수 없다. 최근 10대의 동성애자가 동성애자라는 이유로 사회에서 인간대우를 받지 못하는 처지가 가슴 아프다는 유서를 남기고 자살한 사건까지 있다. 또한 인기연예인이 동성애자라고 하는 이유로 방송출연을 거부당한 경우도 있다.

점차 국내에서도 동성애에 대한 편견이 개선되는 징후가 곳곳에서 나타나고 있다²⁸⁵⁾. 이미 국가인권위원회법 제30조 제2항은 그 동안 인권의 사각지대라고 불리던 동성애자의 인권을 보호하기 위하여 성적 지향에 의한 차별을 금지하는 규정을 두고 있다. 또한 “수간을 묘사하거나 혼음, 근친상간, 동성애, 가학, 피학성음란증 등 변태성행위, 매춘행위 기타 사회통념상 허용되지 아니한 성관계를 조장하는 경우”를 청소년유해매체물의 하나로 지정하고 있는 청소년보호법시행령 제7조에 의한 청소년유해매체물의 심의 기준에서 ‘동성애’라고 하는 항목을 삭제할 예정이라고 한다.²⁸⁶⁾ 동성애가 정상적인 성적 지향의 하나로 인정하는 태도가 세계적인 추세라고 볼 때 유해매체물의 심의기준에 동성애를 이상성욕의 하나로 규정하여 동성애사이트에 대한 청소년의 접근을 차단한다면 헌법에 규정된 행복추구권, 평등권, 표현의 자유를 침해하는 조치라고 본다²⁸⁷⁾. 그리고 교육부가 1999년에 동성애를 불건전한 성문화, 에이즈의 원인으로 설명하고 있던 교과서의 내용을 수정한 경우도 동성애에 대한 사회인식의 변화에 대한 대표적인 예로 들 수 있다.

285) 자세한 내용은 이석태, “성적 지향에 근거한 차별과 대책”, 「서울대 BK21법학연구단 학술대회발표논문집」, 2002, 참조.

286) 조선일보 2003.4.3, 「청소년보호위 ‘동성애’ 조항 삭제키로」.

287) 조선일보 2003.4.2, 「인권위 “동성애사이트 청소년유해매체 아니다”」.

현재 국내에서는 혼인을 사회적으로 부부로 인정되는 1남1여의 종생에 걸친 정신적·육체적 결합이라고 보는 입장이 통설적인 견해이다²⁸⁸⁾. 헌법 상으로도 헌법 제36조 제1항이 「양서의 평등」을 규정하고 있다고 하는 측면에서 볼 때 헌법이 예정하고 있는 혼인이란 남녀의 결합을 의미한다고 보는 견해도 있다²⁸⁹⁾. 적법한 양성의 결합만을 정당한 법률상의 혼인으로 보호할 수 있다고 보는 현행법 아래에서는 동성애관계는 혼인장애사유에 해당한다고 본다²⁹⁰⁾. 또한 동성애관계는 사회관념상 혼인적 공동생활관계라고 볼 수 없고, 동성애관계를 할 의사를 가지고 혼인의사라고 볼 수는 없으므로, 혼인으로서 무효라고 보거나, 동성간의 혼인은 혼인적 법률요건을 충족하고 있다고 볼 수 없으므로 혼인의사를 결한 무효인 결합이라고 볼 수밖에 없다²⁹¹⁾. 결국 통설의 입장에 의하면 게이나 레즈비언과 같은 동성커플간의 혼인은 인정될 여지가 없다.

동성간의 관계는 법적으로 전혀 보호될 수 없다고 하는 지금까지의 지배적 견해에 대하여 최근 소수이거나 하나 이견을 제기하는 진보적 입장도 나타나고 있다. 특히 네덜란드민법 제30조 제1호가 “혼인은 동성이나 이성의 2인에 의하여 체결될 수 있다”고 하여 동성혼을 법적으로 허용하고 있는 경우와 같이, 외국에서 동성혼이 일반적으로 허용되고 있는 추세에 따라서 국내에서도 ‘동성혼을 둘러싼 논의가 활발’하게 전개될 전망이라고 보거나,²⁹²⁾ ‘의외로 쉽게 동성혼인의 보호를 위한 제도의 도입이 가능’할 수 있다²⁹³⁾고 하는 예측이 일반적으로 나오고 있다. 동성애관계에 관하여는

288) 예컨대 김용한, 친족상속법(보정판), 96면은 “혼인은 부부로서 평생 그 생활을 함께 할 것을 목적으로 하는 남녀의 본능적 결합이다”고 정의하고 있다.

289) 윤진수, “혼인의 자유”, 「한국법학 50년 - 과거·현재·미래(II)」, 한국법학교수회, 1998. 12, 73면.

290) 이경희, 「가족법」, 법원사, 2002, 53면.

291) 현실적으로 동성애자 2인이 혼인신고서를 제출하면 대체로 혼인의사의 결여 혹은 혼인장애사유를 이유로 수리가 되지 아니한다고 본다(이경희, “동성혼인(Same-Sex Marriage)의 보호에 관한 국제적 동향”, 「세계화시대의 법·법률가」, 한국법학교수회 2002.10, 490-491면).

292) 참고로 김용한, 친족상속법, 107면; 김민중, “동성혼 - 스칸디나비아국가의 입법례 -”, 「법조 통권 553호」, 2002. 10, 282면.

293) 이경희, “동성혼인(Same-Sex Marriage)의 보호에 관한 국제적 동향”, 「세계화시대의

주로 헌법상의 행복추구권이나 평등권을 보장하기 위하여 동성애관계를 법적으로 보호하여야 한다고 하는 입장과 동성애관계는 민법상의 공서양속에 관한 규정(민법 제103조)에 반하여 무효라는 입장이 대립할 수 있다. 동성간의 공동생활계약 그 자체만으로는 공서양속위반이라고 보기 어렵다고 본다²⁹⁴⁾. 또한 동성애관계도 서로의 애정에 바탕을 둔 지속적 생활공동체라고 하는 사실을 고려하면 법적 혼인과 거의 같다고 볼 때, 사실혼관계에 유사한 법적 보호를 동성애관계에 대하여 하더라도 무방하다고 할 수 있다²⁹⁵⁾.

혼인이 전통적으로 생식과 자의 양육을 주요한 목적으로 한다고 하는 전통적 혼인관이 변화하고 있고, 생식이나 성관계의 가능성이 없고 전혀 공동생활을 하지 아니하는 남녀의 결합에도 혼인법적 이익을 부여하는 경우도 있다고 할 때, 생식능력을 제외하고는 부부로서의 실질을 가지는 동성간의 결합에 혼인법적 이익의 부여를 부정할 합리적인 근거는 없다고 본다. 만일 동성애관계에 법적 보호를 부여한다고 하더라도 모든 사람이 동성파트너를 선택한다고 볼 수는 없다. 그러므로 동성애관계의 법적 허용을 통하여 후세의 재생산이 파괴될 염려는 없다. 역시 사생활과 가정생활의 자기결정권, 행복추구권이라고 하는 헌법상의 권리의 보장이라고 하는 관점에서 동성애관계에 준혼적 보호를 부여할 필요가 있다. 결국 인간의 공동생활의 방법은 법률혼도 있고, 사실혼도 있고, 동성커플도 가능하며, 각자는 모두 등가치를 가지고 있다고 하지 않을 수 없다. 각 개인이 가장 원하고 행복을 느끼는 형태를 선택하면 된다. 바로 헌법 제10조가 보장하는 개인의 행복추구권이 이성애와 마찬가지로 정상적인 성적 지향의 한 형태로서의 동성애관계의 선택을 보장하고 있다고 해석된다. 헌법 제36조 제1항이 동성애자의 관계를 법적으로 승인하는 태도에 전혀 아무런 장애도 되지 아니한다. 다만 궁극적으로는 장차 동성커플이 공동생활을 하고자 하

법·법률가」, 한국법학교수회, 2002. 10, 491면.

294) 같은 입장으로서 이경희, 전제논문, 490면 주 112 참조.

295) 대표적인 예로서 프랑스에 새로 제정된 PACS법을 들 수 있다(자세한 설명은 명순구, 「프랑스법에서의 공동생활약정」; 함인회외, 「우리 동거 할까요」 코드, 2002, 244-255면).

는 때에 동성애관계를 법적으로 보호하기 위한 절차를 미리 정비할 필요가 있다고 본다.

2) 동성애관계의 인정시 주요문제

가) 성립요건

동성애관계를 인정한다고 할 때, 우선 법적 보호를 하기 위하여 어떤 요건이 필요한가 하는 문제가 생긴다. 법적 동성애관계가 되기 위해서는 공동생활관계를 영위하는 당사자 쌍방이 「동성」에 해당하여야 하고, 또한 몇 가지 장애사유가 없어야 한다고 본다.

우선 법적 보호를 받는 동성간의 동성애관계가 되기 위해서는 성적 관심이 반드시 동성에 있어야 하는가, 즉 성행위의 상대방이 동성이어야 하는가, 혹은 이성애자라고 하더라도 서로 동성이면(예컨대 서로 절친한 남자 사이 혹은 여자 사이에서도) 법적 보호를 받는 동성적 생활동반자관계를 맺을 수 있는가 하는 문제가 있다.²⁹⁶⁾ 그리고 동성애관계에 대하여 법적 효력을 인정하기 위한 장애사유로서 미성년자, 중복적 동성애관계, 혈족관계, 가장 동성애관계와 같은 문제에 대한 검토도 필요하다.

나) 법적 효과

(1) 신분상의 효과

혼인에 따른 신분상의 법적 효과로서는 부양의무, 협조의무, 동거의무, 정조의무를 들 수 있다. 역시 동성애관계를 법적으로 보호한다고 할 때에도 동성애자 사이에 부양의무, 동거의무, 협조의무, 정조의무와 같은 신분상의 효과가 인정되는가 하는 문제가 생긴다. 또한 만일 미성년자에게 동성애관계를 인정한다고 하면 미성년자의 동성애관계에 대하여도 성년의제가 인정되는가 하는 문제도 있다.²⁹⁷⁾ 그리고 동성애관계를 맺은 경우에 그

296) 예를 들어 독일동성혼법에 의하면 비록 성적 관심이 이성에게 있다고 하더라도 생활동반자관계가 성립할 수 있다.

상대방의 부모 및 혈족과 인척관계가 성립하는가도 문제된다²⁹⁸⁾.

(2) 재산상의 효과

혼인상의 재산적 효과로서는 부양의무, 부부재산제, 부부간의 계약취소권, 상속권, 일상가사대리권, 일상가사채무의 연대책임, 생활비용공동부담의 무와 같은 경우가 있다. 동성애관계를 법적으로 인정한다고 하면 역시 민법상의 혼인에 대한 재산적 효과가 동성애관계에도 인정되는가 하는 문제가 제기된다.

다) 친자관계

동성애관계를 법적으로 인정할 때에 가장 복잡하고 어려운 문제가 친자관계와 관련한 문제라고 할 수 있다. 동성애관계에서는 자연적 방법에 의하여 생래의 친생자를 출산할 수 없고, 단지 인공적 임신의 방법이나 입양으로만 자를 가질 수 있다. 그러므로 여성의 동성애관계에 대하여도 제3자의 정자에 의한 인공수정이나 체외수정이 인정되는가, 남성의 동성애관계에 대하여 제3자의 자궁에 의한 대리모임신이 허용되는가 하는 문제가 생긴다. 또한 동성애자가 입양에 통하여 친자관계를 창설할 수 있는가, 입양을 허용한다고 하면 동성애자는 자를 단독으로만 입양할 수 있는가 혹은 공동입양도 허용되는가 하는 문제도 생긴다.

라) 해소에 따른 문제

법적 효력이 인정되는 동성애관계가 어느 경우에 해소될 수 있는가, 어떤 절차에 의하여 동성애관계의 해소가 가능한가, 해소에 기하여 어떤 효력이 생기는가와 같은 문제가 동성애관계의 해소와 관련하여 제기된다. 동성애관계의 해소사유로서는 예를 들어 당사자 일방의 사망, 합의, 일정기간

297) 민법에서는 미성년자가 혼인한 경우에는 성년으로 의제된다(민법 제826조의2).

298) 민법상으로는 혼인을 통하여 처와 부의 부모 및 그 혈족, 부와 처의 부모와 그 혈족 사이에는 인척관계가 성립한다(민법 제777조 제2호).

의 별거, 중복의 동성애관계와 같은 경우를 생각할 수 있다. 또한 동성애관계의 해소절차에는 - 혼인에서와 같이 - 합의해소와 재판상 해소가 고려된다. 그리고 동성애관계의 해소에 따른 효과에 관하여는 부양의무, 입양을 통한 자에 대한 공동친권이 인정되는 경우에 해소에 따른 양육권과 면접교섭권, 재산적 효과로서의 재산분할, 당사자 일방의 유책사유로 동성애관계가 파탄·해소된 경우에 손해배상청구와 같은 문제가 논의될 수 있다.

다. 외국의 입법례

1) 유럽

가) 덴마크

덴마크는 유럽에서뿐만 아니라 세계적으로도 최초로 동성혼관계를 법적으로 인정한 국가이다²⁹⁹⁾. 덴마크에서 동성적인 생활동반자를 위한 동성혼제도가 제정·시행된 시기는 1989년 6월 7일이며,³⁰⁰⁾ 그 후 이미 10년 이상 동성혼제도를 운영하고 있다³⁰¹⁾.

299) 자세한 내용은 Henning Bech, Elf Jahre registrierte Partnerschaft in Dänemark: Gesellschaftliche Konsequenzen des Gesetzes, AJP/PJA 2001, S.264; Susanne Grib, Regelungen für lesbische und schwule Partnerschaften in Dänemark, in Lesben. Schwule. Partnerschaften - Berlin: Referat für gleichgeschlechtliche Lebensweisen der Senatsverwaltung für Jugend und Familie, 1994, S.91-98; Hans-Günther Nordhues, Ehe und Heterosexualität? - Gedanken anlässlich des dänischen Gesetzes über die Registrierung homosexueller Partnerschaften, DRiZ 1991, S.136; Gerhad Ring/Line Olsen-Ring, Dänemarks Vorreiterrolle bei der Etablierung des Institut einer registrierten (Lebens-)Partnerschaft in Europa, ZRP 1999, S.459; Jens M. Scherpe, Zehn Jahre registrierte Partnerschaft in Dänemark. Zur Novellierung des Gesetzes von 1989, DEuFamR 2000, S.32; Jens M. Scherpe, Erfahrungen mit dem Rechtsinstitut der registrierten Partnerschaft in Dänemark, FPR 2001, S.439; Andreas Wacke, Die Registrierung homosexueller Partnerschaften in Dänemark, FamRZ 1990, S347.

300) 성립사에 대하여는 Jens M. Scherpe, Zehn Jahre registrierte Partnerschaft in Dänemark. Zur Novellierung des Gesetzes von 1989, DEuFamR 2000, S.32.

301) 특히 Jens M. Scherpe, Zehn Jahre registrierte Partnerschaft in Dänemark. Zur Novellierung des Gesetzes von 1989, DEuFamR 2000, S.32; Henning Bech, Elf Jahre registrierte Partnerschaft in Dänemark: Gesellschaftliche Konsequenzen des Gesetzes, AJP/PJA 2001, S.264 참조.

덴마크는 역시 등록된 동성혼관계의 수도 인구에 비하여 가장 많다. 덴마크에서 동성적 생활공동체를 규율하는 법률로서의 동성혼법이 시행된 후 약 8년이 경과한 1998년 1월 1일까지 등록된 동성혼관계의 수는 1,800쌍이라고 하고, 1997년에만 220쌍의 새로운 동성혼관계가 등록되었다. 최근의 통계에 의하면, 덴마크에서는 약 4,400명, 즉 2,200쌍이 동성적 동반자관계로 등록되어 있고, 등록된 동성혼관계 중 약 130쌍은 사망으로, 약 270쌍은 동성혼관계의 해소로 인하여 동성혼이 종료되었다고 한다.

덴마크의 「동성혼법」(Lov om registreret partnerskab)은 모두 5개의 조항으로 구성되어 있다. 덴마크동성혼법의 내용을 크게 구분하면 등록된 동성혼의 정의, 등록, 법적 효과, 해소로 분류된다.

나) 노르웨이

노르웨이는 스칸디나비아국가에서 덴마크에 이어서 동성혼을 규율한 국가이며, 동성혼제도를 1993년 8월 1일부터 시행하고 있다³⁰²⁾. 노르웨이동성혼법(Lov om registrert partnerskap)은 모두 6개의 조항으로 구성되어 있고,³⁰³⁾ 대체로 덴마크동성혼법과 유사하다.

노르웨이에서는 1990년 초에 동성적 생활공동체를 규율하는 법률을 입법할 때에 매년 동성혼관계로 새로 등록하는 수가 300-500쌍이 된다고 본 예상과 달리, 1996년부터 2000년까지의 통계를 보면 매년 평균 131쌍(남자가 77쌍, 여자가 54쌍) 정도가 동성혼으로 등록되어 있다고 한다³⁰⁴⁾. 자세히 살펴보면, 1994년에는 133쌍(86쌍의 남자와 47쌍의 여자), 1997년에는 117쌍(74쌍의 남자와 43쌍의 여자), 1999년에는 144쌍(82쌍의 남자와 62쌍의 여자), 2000년에는 154쌍(78쌍의 남자와 76쌍의 여자)이 동성혼으로 등록되었다.

302) 노르웨이에서 동성혼관계에 관한 입법이 처음 시도된 때는 이미 1989/90년이며, 현재 시행되고 있는 법률은 그 당시 제안된 법률안과 대체로 일치한다.

303) 전문은 <http://www.odin.dep.no/>.

304) 통계에 대한 자세한 내용은 Population statistics. Marriages and registered partnerships 2000, http://www.ssb.no/ekteskap_en/tab-2001-09-13-14-en.html.

다) 스웨덴

스웨덴에서 동성혼법에 관한 제정논의가 처음 시작된 때는 1970년대로 거슬러 올라간다. 1969년부터 시작된 스웨덴혼인법의 개정에서 혼인법의 중립성의 원칙과의 관계로부터 사실혼 및 동성애자의 공동생활에 대하여 어떤 법적 취급을 하여야 하는가 하는 문제가 제기되고, 1973년 민사법에 관한 여러 문제를 심의하기 위하여 스웨덴국회에 설치된 상설위원회는 혼인법개정에 관한 정부법안에 대한 의견서에서 동성애자의 권리보호의 문제와 관련하여 「동성애관계는 반드시 사회적으로 부정되어야 할 현상이라고 할 수는 없고, 이미 사회적으로 수용될 수 있는 하나의 공동생활형태」라고 하여 동성애자의 공동생활형태를 사회적으로 받아들여야 한다고 제안하였다. 그리고 스웨덴정부는 1978년 동성애자에 대한 편견과 차별을 배제하고, 동시에 동성애자의 권리보호를 목적으로 하는 특별조사위원회를 설치하고, 동성애에 대한 입법적 조치와 그 방법을 검토하도록 하였다³⁰⁵⁾. 1984년에 스웨덴정부는 특별조사위원회로부터 제출된 「동성애자와 사회」(homsexuella och samhället)라고 하는 연구보고에 기하여 동성애자의 법적 지위를 보장하는 「동성애적 공동생활에 관한 법률」³⁰⁶⁾을 제정하였다³⁰⁷⁾. 그러나 동성애적 공동생활에 관한 법률에 의하여 동성애적 공동생활자도 여러 법률상 규정의 적용을 받게 되었지만, 아직 동성애자 사이의 공동생활에 법적으로 혼인과 마찬가지로의 효력이 인정되지는 않았다(스웨덴 혼인법 제1장 제1조에는 여전히 「혼인은 1인의 여자와 1인의 남자에 의하여 성립한다」고 규정되어 있다).

후에 다시 동성애자와 그 동정론자 및 다수의 국회의원그룹으로부터 동

305) 자세한 설명은 Anders Agell, Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften, FamRZ 1990. S.817.

306) Lag 1987:813 om homosexuella sambor.

307) 이미 1987년부터 동성애적 공동생활에 관한 법률이 시행된 사실을 생각하면 스웨덴은 동성 사이의 동반자관계에 관한 법적 규정을 둔 세계 최초의 국가라고 할 수 있다 (Susanne Grib, Die gleichgeschlechtliche Partnerschaft im nordischen und deutschen Recht, Deutsche Hochschul-edition Band 51, Neuried 1996, S.259).

성애자의 권리보호를 목적으로 하는 특별법의 제정을 촉구하는 여론이 일어났고, 결국 스웨덴정부는 1991년 동성혼심의회라고 부르는 동성혼법의 제정을 위한 특별위원회를 설치하여 동성혼법제정의 문제에 관한 심의를 위촉하였다. 1993년에 동성혼심의회로부터 동성혼법에 관한 심의회초안이 첨부된 「생활동반자관계」(partnerskap)라고 하는 조사보고서가 제출되었고, 스웨덴정부는 그 조사보고서를 각 해당기관에 보냈다. 그러나 조사보고서를 검토한 해당기관으로부터 받은 의견은 심의회제안에 대하여 부정적인 견해가 많았고, 역시 스웨덴정부내에서도 동성혼법의 제정에 대한 반대의견이 우세하여 동성혼법안이 정부의 법안으로 국회에 상정되지 못하였다. 그러자 동성혼법의 제정에 찬성하는 국회의원 사이에서 의원입법의 형식으로 국회에 동성혼법안을 제출하자는 의견이 모아졌고, 제출된 동성혼법안에 대한 자유투표의 결과, 동성혼법안이 국회를 통과하였다.

스웨덴동성혼법(lag om registrerat partnerskap)은 총 3장 17개 조항으로 구성되어 덴마크나 노르웨이의 생활동반자관계법보다 광범한 규정을 가지고 있다³⁰⁸⁾. 크게 구분하면 스웨덴동성혼법은 제1장 「동성혼의 등록」(registrering av partnerskap), 제2장 「등록된 동성혼의 해소」(upplösning av registrerat partnerskap), 제3장 「등록된 동성혼의 법적 효과」(rättsverkningar av registrerat partnerskap)로 구성되어 있다. 스웨덴동성혼법 제1장 「동성혼의 등록」에서는 동성혼의 성립과 그 요건, 제2장 「등록된 동성혼의 해소」에서는 동성혼의 해소원인, 제3장 「등록된 동성혼의 법적 효과」에서는 동성혼의 법적 효과와 적용법령 및 적용제외법령을 규정하고 있다.

통계에 의하면 스웨덴에서는 처음 1995년에 665쌍이 동성혼으로 등록을 하였으나, 1996년에는 319쌍, 1997년에는 282쌍으로 감소하였다³⁰⁹⁾. 다만

308) 스웨덴동성혼법의 원문은 <http://www.riksdagen.se/>.

영어전문은 <http://users.cybercity.dk/~dko12530/s2.htm>,

일본어번역은 <http://www.senshu-u.ac.jp/~thj0090/rex4.htm> 또는 菱木昭八朗,

スウェーデン同性婚法(條文翻譯), 専修法學論集 第64號(1995.7) 참조.

309) 통계에 대한 자세한 내용은 Forder, a.a.O., National report on Sweden, S.19.

통계에 나타난 수는 단지 스웨덴국적을 가진 동성혼당사자만을 포함하고 있는 결과, 실제로는 스웨덴에 더 많은 동성혼당사자가 등록되어 있다고 추측된다.

라) 아이슬란드

아이슬란드에서도 동성혼법(Lög um stathfesta samvist)이 1996년 6월 4일에 제정되어 1996년 6월 27일부터 시행되고 있다.³¹⁰⁾ 아이슬란드 동성혼법은 대단히 간단하고, 기본적으로 덴마크나 노르웨이의 동성혼법과 유사하다³¹¹⁾.

아이슬란드에서 동성혼으로 등록된 수는 별로 많지 않다. 통계에 의하면³¹²⁾ 1997년에 12쌍의 동성부부(5쌍이 남자, 7쌍이 여자)이 등록하고, 1998년에는 남자 5쌍, 여자 6쌍 모두 11쌍이 동성혼으로 등록되어 있다.

마) 독일

독일에는 현재 수백만명의 동성연애자(Homosexuelle)가 있다고 한다. 통계에 의하면 독일의 전체인구에 대한 동성연애자의 비율은 5-10%에 달한다고 한다³¹³⁾. 또한 동성연애자는 대부분 다른 파트너와 생활공동체(Lebensgemeinschaft)를 이루고 살고 있다. 덴마크에서의 경향을 고려하면, 예컨대 독일에서는 생활동반자법의 시행으로부터 8년 동안에 약 123,000명이 동성적인 생활동반자관계를 맺을 전망이라고 한다³¹⁴⁾.

310) 영어로 된 전문은 http://government.is/interpro/dkm/dkmnsf/pages/eng_partnership/, 독일어번역은 <http://www.lsvd.de/lpartg/island-ges.html>.

311) 자세한 설명은 C. Forder, Civil law aspects of emerging forms of registered partnerships, Legally regulated forms of non-marital cohabitation and registered partnerships, Fifth European Conference on Family Law(The Hague, 15-16 March 1999), National report on Iceland, passim.

312) 통계는 Forder. a.a.O., National report on iceland, S.15.

313) 독일에서의 동성애자의 현황에 대한 자세한 내용은 <http://www.gegenpol.net/hefte/1999/10152.html>; <http://www.tu-chemnitz.de/TUrbulenz/heterro.html> 참조.

314) Kerstin Strick, Gleichgeschlechtliche Partnerschaft - Vom Straftatbestand zum Status?, DEuFam 2/2000, S.82-83.

독일에서는 지난 2001년 2월 16일에 공포되고 2001년 8월 1일부터 시행된 『생활동반자법』³¹⁵⁾에 의하여 동성연애자도 다른 파트너와 사이에서 법적인 ‘등록된 동반자관계’(eingetragene Partnerschaft)를 맺을 수가 있다³¹⁶⁾. 생활동반자법이 시행되기 전의 법률에 의하면 동일한 성의 커플 사이의 신분적·재산법적 관계는 단지 사적 자치의 원칙에 기한 계약을 통하여만 규율될 수 있을 뿐이고, 가족법상의 지위가 동성애자의 결합에 대하여는 인정되지 않았으나, 현재는 생활동반자법에 의하여 동성끼리도 혼인

315) 정식명칭은 Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften이며, 『생활동반자법』(혹은일생파트너쉽등록법)은 크게 (i) Artikel 1에서는 등록생활동반자관계에 관한 법률(Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft), (ii) Artikel 2에서는 민법전의 개정, (iii) Artikel 3에서는 기타 연방법의 개정 세 부분으로 구성되어 있다. 흔히 Artikel 1에서 규율하고 있는 규정(§§1-19)을 『생활동반자법』(Lebenspartnerschaftsgesetz, 약칭 LPartG)이라 부른다.

316) 생활동반자법에 관한 참고문헌으로는 Manfred Bruns/Kemper Rainer(Hrsg.), Handkommentar zum LPartG, Baden-Baden: Nomos, 2001; Detlef Burhoff, Das Lebenspartnerschaftsgesetz, ZAP Nr. 15/2001, S.943; Karin Susanne Delerue, Eingetragene Lebenspartnerschaft: Unterhalt - Finanzen - Erbrecht; mit Vertragsmuster, Regensburg/Berlin: Walhalla-Fachverlag 2001; Nina Dethloff, Die eingetragene Lebenspartnerschaft - Ein neues familienrechtliches Institut, NJW 2001, S.2598; Christop Dorsel, Grundzüge des neuen Lebenspartnerschaftsgesetzes, RNotZ 2001, S.151; Dieter Epple, Lebenspartnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare - Stand der gesetzlichen Regelungen und rechtsgeschäftlichen Regelungen, BWNotZ 2001, S.44; Peter Finger, Die registrierte Lebenspartnerschaft - Überblick über die Neuregelung und kritische Bestandsaufnahme, MDR 2001, S.199; Dagmar Kaiser, Das Lebenspartnerschaftsgesetz, JZ 2001, S.617; Rainer Kemper, Rechtsanwendungsprobleme bei der eingetragenen Lebenspartnerschaft, FF 2001, S.156; Thomas Krause, Das neue Lebenspartnerschaftsgesetz, NotBZ 2001, S.241; Martin Lohning, Das neue Lebenspartnerschaftsgesetz - eine Einführung, JA 2001, S.650; Norbert Mayer, Das Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften, ZEV 2001, S.169; Thomas Meyer/ Andrea Mittelstädt, Das Lebenspartnerschaftsgesetz. Kommentierende Darstellung anhand der Materialien, Köln: Bundesanzeiger-Verlag, 2001; Karl-Heinz Muscheler, Das Recht der eingetragenen Lebenspartnerschaft. Begründung - Rechtsfolgen - Aufhebung - Faktische Partnerschaft, Berlin/Bielefeld/ München: Erich Schmidt Verlag 2001; Dieter Schwab, Eingetragene Lebenspartnerschaft - Ein Überblick, FamRZ 2001, S.385; Herbert Trimbach, Das Lebenspartnerschaftsgesetz, NJ 2001, S.399; Gerd Weinreich, Das Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG), FuR 2001, S.481. 국내문헌으로는 김민중, “독일의 새로운 가족법상의 제도로서의 동성 사이의 「생활동반자관계」”, 『가족법연구 제15권 2호』, 2001, 393면.

에 유사한 생활동반자관계를 맺을 수 있다³¹⁷⁾. 또한 생활동반자법은 등록된 동성적 생활동반자관계 혹은 동성애관계에 대하여 혼인법이 인정하는 효력에 유사한 각종의 법적 효력을 인정하고 있다.

바) 네덜란드

네덜란드에서는 2001년 4월 1일부터 동성커플도 법적으로 혼인을 체결할 수 있다. 혼인체결을 한 동성커플은 혼인부부와 거의 동일한 법적 지위를 누리고, 역시 자를 입양할 수 있다(다만 외국으로부터는 자를 입양할 수 없다). 그리고 레즈비언커플에 대하여 비배우자간 인공수정·체외수정이 허용된다.

사) 포르투갈

포르투갈에서는 2001년 이래 이성간의 사실혼과 동성간의 사실혼을 동등하게 취급하고 있고, 다만 법적 효과는 적어도 2년 이상 동거를 한 경우에 비로소 발생한다. 그리고 이성간의 사실혼에서만 입양이 허용되고, 동성간의 사실혼에 대하여는 가족상의 법적 지위나 혼인부부와의 동등한 지위는 인정되지 아니한다.

아) 프랑스

프랑스에서는 일찍부터 이미 동성애관계에 관하여 혼인에 유사한 효력을 부여할 목적으로 「민사적 결합에 기한 계약」(contrat d'union civile=CUC, 1992년), 「사회적 결합에 기한 계약」(contrat d'union sociale=CUS, 1997년), 「민사 및 사회적 결합에 기한 계약」(contrat

317) 독일의 연방헌법재판소에 의하면 '혼인이란 포괄적이고, 원칙적으로 해소불가능한 생활 공동체를 위한 남자와 여자의 결합'을 가리킨다(BVerfG 30.11.1982 BVerfGE 62, 323, 330). 그러므로 혼인인지 아닌지는 '남자'(Mann)와 '여자'(Frau)라고 하는 개념만이 결정적인 의미를 가진다. 예를 들어 본래 남성이 트랜스젠더가 되더라도 다른 남성과의 결합을 혼인이라고 할 수는 없다.

d'union civile et sociale, 1997년)과 같은 법률의 제정이 제안된 적이 있으나, 결국 입법으로 성립하지 못하였다. 그리고 1999년에 드디어 국가적 승인과 등록을 필요로 하는 「연대에 기한 민사약정 및 사실혼」을 규율하는 프랑스민법전 제1편 제12장(제515의1조 내지 제515의8조)을 제정하였다.

프랑스민법에 의한 「연대민사약정」(pacte civil de solidarité=PACS)은 이성 혹은 동성인 2인의 성인 사이에서 체결되고, 3인이나 4인과 같은 다수인 사이에서는 성립할 수 없다. 다만 직계존속·직계비속간, 2인 중 적어도 1인이 혼인관계에 있거나 이미 타인과 연대민사약정을 체결한 경우에는 연대민사약정이 무효이다. 그리고 후견을 받는 성인은 연대민사약정을 맺을 수 없다. 법적 효력이 미치는 연대민사약정이 되기 위하여는 2인이 공동의 주거를 정하고, 그 주거를 관할하는 지방법원에 공동으로 신고를 하여야 한다. 만일 당사자가 연대민사약정을 종료시키는 합의를 한 때에는 어느 1인의 주소지를 관할하는 지방법원에 서면으로 공동의 신고를 하여야 한다.

연대민사약정이 체결되더라도 당사자는 정조의무를 부담하지 아니하고, 또한 동거의무도 없다. 다만 연대민사약정이 체결되면 당사자는 서로 물질적인 부조의무를 부담하여야 하고, 그 내용은 계약으로 정한다. 그리고 당사자 일방이 제3자에 대하여 일상생활의 필요나 공동의 주거를 위하여 부담한 채무에 관하여는 연대책임을 부담한다. 또한 연대민사약정을 체결한 후에 당사자 일방을 소유자로 하여 유상으로 취득한 재산의 지분을 취득행위나 출연행위로 지분을 정하지 아니한 한, 그 지분은 균등하다고 추정한다.

자) 영국

영국에서는 법원이 1999년에 생존하는 동성간의 사실혼당사자 일방은 주택임대차계약에서 사망한 상대방의 임차인으로서의 지위를 승계한다고 결정하고, 또한 여러 법원의 판결에서 동성간의 동반자관계를 맺고 있는 당

사자도 각자 자를 입양할 수 있다고 판시하여 동성간의 관계를 이성간의 사실혼관계와 개별적으로 동등하게 취급하고 있다. 현재까지 혼인한 부부나 개인에게만 입양을 허용하고 있으나, 2002년 5월 16일에 이미 하원을 통과한 법률(Adoption and Children Bill)에 의하면 법적으로 혼인관계에 있지 아니한 커플에 대하여도(동성커플인지 이성간의 사실혼인지에 관계없이) 입양을 허용하고 있다.

차) 스위스

스위스에서는 동성애관계에 대하여 개별적으로 이성간의 사실혼과 동등한 지위를 인정하고, 제네바주(Kanton Genf)에서는 동성 사이의 등록된 생활동반자관계에 대하여 혼인보다 약한 권리와 의무를 보장한다.

카) 헝가리

헝가리에서는 1995년에 헌법재판소가 동성간의 관계와 이성간의 사실혼에 대하여 불평등한 법적 효과를 부여하는 태도는 위헌이라고 결정하고, 의회는 민법상의 사실혼에 관한 정의를 성중립적으로 개정하여 동성간의 관계와 이성간의 사실혼을 완전히 동등하게 취급하고 있다. 다만 법적으로 혼인은 단지 이성 사이에서만 인정된다.

타) 벨기에

벨기에에서는 동성간의 등록된 생활동반자관계에 대하여 혼인보다 약한 법적 효과, 즉 약간의 재산법적 효과와 세법상·사회보장법상의 효과를 인정한다.

파) 스페인

스페인에서는 개별적으로 동성간의 관계를 이성간의 사실혼과 동등하게 취급하는 경우가 있다. 그리고 국가적 차원에서 동성커플의 법적 지위를

개선하려는 시도가 무산되고, 다만 지역별로 약간의 법적 효과를 수반하는 동성간의 등록 혹은 생활동반자관계계약에 관한 법률이 제정되어 있다(예컨대 Katalonien, Navarra, Valencia, Aragon)

2) 미국

미국에서 동성애커플 혹은 동성적인 생활동반자의 법적 지위에 관하여 획기적인 전기를 마련한 계기는 1999년 말에 버몬트주 대법원(Vermont Supreme Court)에서 내린 베이커 대 버몬트주사건(Baker v. Vermont)이라고 할 수 있다. 이른바 「베이커사건」에서 버몬트주 대법원은 주헌법상의 평등조항에 기하여 버몬트주의 입법자는 동성적인 커플에 대하여 버몬트주의 법률에 따라서 혼인관계를 맺은 이성 사이의 부부와 마찬가지로의 주법적인 보호와 권리를 보장하여야 할 의무가 있다고 하는 판시를 하고 있다.

물론 이미 1971년에 최초로 동성애자가 미네소타주의 법률을 법적으로 거부하고, 동성애적 생활동반자에 대하여도 혼인이라고 하는 법적 제도와 결부되는 권리와 의무를 인정하라고 하는 소송을 제기하여 패소한 경우가 있다(Baker v. Nelson사건). 1993년까지는 다른 미국의 여러 주나 콜럼비아특별구에서 제기된 동성적 커플의 소송에서 모두 원고가 패소하였다³¹⁸⁾. 1993년에 드디어 하와이주 고등법원은 Baehr v. Lewin사건³¹⁹⁾에서 동성적 커플을 하와이주혼인법상의 혼인이라고 하는 제도로부터 배제하는 태도는 주헌법적으로 보호되어야 할 평등조항(Haw. Const. art. I, sec 5)의 의미에서의 차별에 해당한다고 하는 판시를 내렸다. 그리고 1996년에 Baehr v. Lewin사건을 환송받은 원심법원은 하와이주가 주장하는 이유는 혼인제도로부터 동성애적 커플을 배제하는 합법적 근거가 되지 아니한다고 판단하여 동성결혼의 거부가 주헌법위반이 된다고 판시하였다³²⁰⁾. 다시 1998년에

318) 예컨대 Singer v. Hara, 522.P.2d 1187 (Washington Court of Appeals 1974); Dean v. D.C., 653 A.2d 307 (D.C. Court of Appeals 1995).

319) Baehr v. Lewin, 852 P.2d 44 (Haw. 1993), 후에는 Baehr v. Miike사건으로 변경.

320) Baehr v. Miike, Civ. No. 91-1394, 1996 WL 694235 (Haw. Cir. Ct. 1996).

는 알래스카주의 하급법원이 Brause v. Bureau of Vital Statistics 사건에서 혼인체결에 요구되는 혼인허가증을 동성애자에게 교부하지 아니하는 조치는 알래스카주헌법에 위반한다고 하는 판시를 한 경우가 있다. 물론 피고가 된 하와이주와 알래스카주는 각각 항소를 제기하였고, 다른 한편 각 주에서 실시되고 있는 국민투표를 통하여 혼인에 관한 주헌법의 개정을 시도하였다. 하와이주에서는 1998년 11월 3일 주민투표에서 68%의 찬성을 얻어 주헌법에 「의회에 혼인을 이성의 커플에 유보하는 권한을 가진다」고 하는 규정을 두고, 개정된 주헌법규정에 기하여 1999년 12월 하와이주 대법원은 동성혼거부의 근거가 된 주법규정은 유효하다고 하여 하와이주에게 승소를 내렸다. 그리고 알래스카주에서도 동성혼을 인정한 주하급법원의 판결에 대하여 1998년 11월에 주민투표가 실시되어 67%의 찬성에 의하여 주헌법이 「본주에서 유효하고 인정되기 위하여는 혼인이 1인의 남성과 1인의 여성 사이에서만 존재하여야 한다」고 개정되었다. 그리고 알래스카주도 항소절차에서 개정된 주헌법상의 규정에 기하여 승소의 판결을 받았다.

연방의 차원에서는 1996년에 제정된 「혼인방어법」³²¹⁾이 있다. 혼인방어법에서는 주에서의 동성혼의 법적 효력을 인정할 필요가 없다고 하는 사실을 규정하고(28 U.S.C §1738C),³²²⁾ 연방의 법률에서도 혼인이란 1인의 남성과 1인의 여성과의 夫 혹은 妻로서의 법적 결합(legal union)을 의미한다고 하는 규정(1 U.S.C.§7)을 두고 있다. 또한 미국의 많은 주가 오직 남성과 여성의 결합만을 유효한 법적 혼인으로 인정하거나, 동성 사이의 혼인을 금지하는 규정을 두고 있다. 예를 들어 미네소타주법률은 ‘혼인은 그 법적 유효성에 관한 한, 남성과 여성 사이의 사적 계약’(marriage, so far as its validity in law is concerned, is a civil contract between a man and a woman),³²³⁾ 루이지애나주법률은 ‘혼인은 사적 계약에 의하여 성립

321) Defence of Marriage Act, P.L. 104-199, 110 Stat. 2419.

322) 다만 미국연방의 각 주는 다른 주의 법령이나 사법절차를 존중하여야 한다 한다고 하는 미국헌법 제4조 제1절에 반한다고 하는 비판이 있다.

323) Minn. Stat. Ann. 517. 01.

하는 남성과 여성 사이의 법적 관계'(marriage is a regal relation between a man and a woman that is created by civil contract)³²⁴⁾라고 규정하고 있다. 그리고 조지아주법률은 '본주에서 동성 사이의 혼인은 금지된다'(marriage between persons of the same sex are prohibited in this state)고 하여 명문으로 동성혼을 허용하지 아니하고 있다³²⁵⁾.

버몬트주는 미국에서 동성적 파트너관계와 혼인관계를 법적으로 평등하게 취급하여 동성커플에 대하여도 민사법적 혼인을 체결할 수 있는 가능성을 인정하고, 동성커플에 대한 혼인체결의 금지를 관련되는 주헌법에 위반한다고 본 3번째의 주이다. 다만 하와이주나 알래스카주는 주법원의 판결에 대항하여 주헌법을 개정한 결과, 최종적으로는 동성적 혼인관계를 인정하지 아니한 반면에, 버몬트주는 동성적 생활공동체에 대하여 혼인에 유사한 법적 제도로서의 「민사결합」(Civil Union)이라고 하는 제도를 인정하고 있다. 버몬트주에서는 베이커판결에 기하여 2000년 4월에 「민사결합법」(Vermont Civil Union Bill)이 제정되고, 「민사결합법」은 미국에서

324) La. Civ. Code Ann. art. 86.

325) Ga. Code Ann. 19-3-3.1(a). 그리고 다른 주의 예로서는 Ala. Code 30-1-19(b) (Lexis through 2001 legislation) ("A marriage contracted between individuals of the same sex is invalid in this state."); Ariz. Rev. Stat. Ann. 25-101(c) (West 2000) ("Marriage between persons of the same sex is void and prohibited."); Ark. Code Ann. 9-11-109 (Michie 1998) ("A marriage between persons of the same sex is void."); Haw. Rev. Stat. Ann. 572-1 ("A marriage between persons of the same sex is void."); Ky. Rev. Stat. Ann. 402.020(1) (Michie 1999) ("Marriage is prohibited and void: ... between members of the same sex."); Me. Rev. Stat. Ann. tit. 19A, 701(5) (West 1998) ("Persons of the same sex may not contract marriage."); Mich. Comp. Laws Ann. 551.1 (West. Supp. 2001) ("A marriage contracted between individuals of the same sex is invalid in this state."); Minn. Stat. Ann. 517.03(a) (West Supp. 2001) ("The following marriages are prohibited: ... a marriage between persons of the same sex."); Mont. Code Ann. 40-1-401(1) (1999) ("The following marriages are prohibited: ... a marriage between persons of the same sex."); S.C. Code Ann. 20-1-15 (Law. Co-op 2001) ("A marriage between persons of the same sex is void ab initio and against the public policy of this State."); Utah Code Ann. 30-1-2 (2001) ("The following marriages are prohibited and declared void: ... between persons of the same sex."); Va. Code Ann. 20-45.2 (Michie 2000) ("A marriage between persons of the same sex is prohibited.")
참고.

동성혼을 인정한 최초의 법률로 기록되어 있다. 통계적으로 보면 버몬트주에서 2000년 9월 15일까지 동성혼을 맺은 커플은 약 500쌍에 불과하였으나, 2001년 5월 22일에는 그 수가 2043쌍으로 증가되었다³²⁶⁾.

3) 캐나다

캐나다와 각 주에서는 이성간의 사실혼에 대하여 혼인부부와 유사한 광범한 법적 지위가 인정되고, 캐나다대법원은 1999년에 동성커플도 이성간의 사실혼당사자가 누리는 이익과 보호로부터 배제되지 아니한다고 판시한 사례가 있다. 또한 캐나다의 여러 주에서 입법과 판례를 통하여 동성커플에 대하여 개별적인 권리를 인정하고 있고,³²⁷⁾ 다만 그 내용은 각 주에 따라서 다양하다³²⁸⁾.

4) 오스트레일리아 · 뉴질랜드

가) 오스트레일리아

오스트레일리아에서는 역시 사실혼에 다양한 권리가 보장되고 있고, 판례나 입법을 통하여 동성혼을 인정하고 있는 주가 있다³²⁹⁾.

나) 뉴질랜드

뉴질랜드에서는 성적 지향에 따른 차별을 금지하는 연방법률이 존재하고, 법원은 3쌍의 동성커플이 제기한 소송에서 동성간의 혼인할 권리를 부

326) Elaine M. De Franco, Choice of Law: Will a Wisconsin Court Recognize a Vermont Civil Union?, 85 Marq. L. Rev. 251, 252. 다만 통계에 나타난 전체 2043쌍 중 버몬트주의 출신은 430쌍에 불과하고, 나머지는 다른 주에서 온 동성적 커플이라고 한다.

327) 자세한 설명은 <http://www.samesexmarriage.ca/> 참조.

328) 예컨대 Nova Scotia는 등록된 동성혼을 일반적으로 규율하는 법률을 가지고 있고, British Columbia · Quebec에서는 공동입양, Alberta · British Columbia · Ontario에서는 상대방의 자에 대한 입양이 가능하다.

329) 예컨대 Capital Territory(1994), New South Wales(1999), Queensland(1999), Victoria(2001)에서 동성혼이 인정된다.

인한 경우가 있다.

라. 입법방향

1) 현행법

가) 민법 제1057조의2의 적용에서 특별연고자로서의 지위

민법 제1057조의2는 특별연고자에 대한 상속재산의 분여제도를 규정하고 있다. 민법은 특별연고자로 (i) 피상속인과 생계를 같이 하고 있던 자(예컨대 사실혼의 배우자, 사실상의 양자), (ii) 피상속인의 요양간호를 한 자, (iii) 피상속인과 특별한 연고가 있던 자(예컨대 피상속인에게 유언을 시킨다고 하면 아마도 그 사람에게 유증한다고 생각되는 생활관계에 있던 자, 피상속인과 동거하고 있던 자), (iii) 깊은 교제가 있던 자를 예시하고 있다 (§1057의2 I). 그러므로 동성애관계를 사실상 맺고 있는 당사자 일방이 사망한 경우에 그 상대방은 - 동성애관계가 법적으로 인정되는가 아닌가에 관계없이 - 민법 제1057조의2 제1항이 정한 특별연고자로서, 특히 피상속인과 생계를 같이 하고 있던 자 혹은 피상속인과 특별한 연고가 있던 자로서 상속재산의 전부 혹은 일부에 대한 분여를 청구할 수 있다고 본다.

나) 임대차계약관계의 승계인으로서의 지위

외국을 보면 본격적으로 동성혼법이 제정되기 전부터 이미 동성애관계에 있는 자(특히 동성애자)의 법적 보호와 관련하여 제기된 대표적인 경우로서 동성애관계를 맺고 있는 당사자 일방이 공동으로 사용하는 주택의 임차인으로서의 지위에 있는 때에 그 당사자 일방이 사망하면 임차인으로서의 지위를 생존상대방이 승계할 수 있는가 여부에 관한 문제를 들 수 있다. 그리고 외국판례는 명문규정의 흠결에도 불구하고 생존상대방에게 임대차관계를 유지할 권리를 인정하는 태도를 보이고 있다.

주택임대차보호법에 의하면 ‘임차인이 상속권자 없이 사망한 경우에 그

주택에서 가정공동생활을 하던 사실상의 혼인관계에 있는 자는 임차인의 권리와 의무를 승계한다'(주택임대차보호법 §9 I). 그러므로 임차인으로서의 지위를 가지고 있는 동성애관계의 당사자 일방이 사망한 경우에 그 상대방을 주택임대차보호법이 말하는 「사실상의 혼인관계에 있는 자」로 인정할 수 있는가 하는 문제가 제기될 수 있다. 물론 법률상 사실혼이라고 하는 개념이 명백히 정의되고 있지는 아니하나, 사실혼이란 '사실상 부부로서의 실질은 있으나, 혼인신고를 하지 않은 남녀관계'라고 정의하여 일반적으로 단지 이성간의 관계를 가리킨다고 본다. 만일 사실혼을 오직 이성간의 부부생활공동체를 의미한다고 해석하면 동성애관계의 당사자에 대하여는 주택임대차보호법에 따른 주택임차권의 승계권은 인정되지 아니한다고 보아야 한다. 다만 판례를 통하여 주택임대차보호법 제9조를 유추적용하여 동성애관계의 당사자에게 주택의 임차권의 승계를 인정할 수 있는 가능성은 얼마든지 있다고 본다.

다) 인공적 방법에 의한 자의 임신·출산

인공적 방법에 의한 출산은 혼인한 부부뿐만 아니라, 의료 기술적으로는 미혼녀에게도 가능하고, 또한 대리모에 의한 임신·출산을 통하여 독신인 남자도 자를 가질 수 있다. 그러므로 동성애관계에 있는 커플이 여성·여성인 경우에는 자를 출산하기 위하여 제3자의 정자에 의한 인공수정이나 체외수정을 할 수 있는가, 남성·남성인 때에는 제공받은 난자를 통한 인공수정·체외수정에 의한 대리모임신이 허용되는가 하는 문제가 생긴다. 주지하다시피 인공적 임신을 규율하는 법률을 이미 제정한 외국의 입법례를 살펴보면 인공수정·체외수정·대리모임신과 같은 인공생식기술은 단지 법적으로 혼인한 부부 혹은 적어도 이성간 사실혼관계에 있는 경우에만 허용된다고 하는 명문규정을 두고 있는 경우가 많다³³⁰⁾.

330) 예컨대 오스트리아인공생식의료법 제2조 제1항은 의학적으로 보조된 인공생식은 혼인(Ehe)과 혼인에 유사한 생활공동체(eheähnliche Lebensgemeinschaft)에 있는 부부에게만 허용된다고 규정하고 있다. 또한 스위스인공생식의료법 제3조 제2항은 인공생식은 (i) 스

아직 인공생식에 대한 법률을 정비하지 못한 국내에서는 학설상 인공적 방법에 의한 임신·출산은 단지 혼인부부에 대하여만 인정되어야 한다고 보는 견해가 유력하다³³¹⁾. 장차 입법적으로 해결할 필요가 있으나, 현재로서도 동성애관계의 당사자에 대하여는 인공생식기술의 적용이 법적으로 허용되지 아니한다고 본다.

라) 입양

현행 민법상으로는 성년자이면 기혼과 미혼, 남자와 여자를 묻지 아니하고 양친이 될 수 있다(민법 제866조). 그러므로 동성애관계를 맺고 있는 당사자 일방은 성년자인 한 입양을 할 수 있다. 다만 배우자 있는 자가 양자를 할 때에는 공동으로 하여야 한다고 하는 민법 제874조 제1항은 동성애관계에 있는 당사자의 입양에는 적용되지 아니한다. 또한 동성애관계를 맺고 있는 어느 당사자 일방이 입양을 한다고 하더라도 동성애관계의 당사자 쌍방이 그 양자의 양친이 되지는 아니하고, 그 양자는 단지 입양을 한 당사자 일방의 자로서의 지위를 가질 뿐이다.

마) 외국에서 인정된 동성애관계의 국내에서의 효력

외국에서 인정된 동성애관계가 국내에서 어떤 효력을 가지는가에 관한 문제가 현실적으로 제기되고 있다. 예를 들어 출입국관리법 제31조는 외국인등록에 관하여 외국인이 입국한 날부터 90일을 초과하여 국내에 체류하게 되는 경우 대통령령이 정하는 바에 따라 입국한 날부터 90일 이내에 그의 체류지를 관할하는 사무소장 또는 출장소장에게 외국인등록을 하여야 하고, 다만 「주한외국공관(대사관과 영사관을 포함한다)과 국제기구의 직

위스민법의 규정에 따라서 친자관계를 가질 수 있고, (ii) 연령이나 개인적 관계에 비추어 자가 성년이 될 때까지 자를 부양할 수 있는 부부에게만(nur bei Paaren) 허용된다고 규정하고 있고, 역시 스웨덴체외수정법 제2조 제1항은 체외수정수술을 받는 자는 혼인 또는 사실혼의 관계에 있어야 한다고 규정하고 있다.

331) 독신녀에 대하여도 자를 출산·양육하려는 욕망을 충족시키기 위하여 인공수정·체외수정이 허용될 수 있다고 보는 소수의견도 있다.

원 및 그 가족」, 「대한민국정부와의 협정에 의하여 외교관 또는 영사와 유사한 특권 및 면제를 누리는 자와 그 가족」은 외국인등록을 요하지 아니한다. 그러므로 만일 독일동성혼법에 의하여 독일에서 동성혼의 등록을 한 주한독일대사관의 직원이 그 상대방과 함께 동반입국하면 「가족」으로서 외국인등록의 면제를 받는 지위에 있는가 하는 문제가 생긴다.

물론 외국에서 인정된 동성애관계의 국내에서의 효력은 실질법적 문제가 아니라 국제사법상의 문제에 속한다. 국제사법상 혼인의 성립요건은 ‘각 당사자에 관하여 그 본국법에 의한다’(국제사법 §36 I). 그러므로 독일인에 대하여는 독일에서 성립한 동성애관계에 따라서 각 당사자 사이에는 혼인관계에서와 유사한 법적 지위를 향유하는 결과, 일단 동성애관계의 당사자 사이에 출입국관리법이 가리키는 「가족」의 관계가 성립한다고 본다. 다만 국제사법상 외국법에 의하여야 하는 경우에 그 규정의 적용이 국내에서의 선량한 풍속 기타 사회질서에 명백히 위반되는 때에는 적용하지 아니한다(국제사법 §10)고 하는 이른바 공서양속규정에 의하여 외국에서의 동성애관계에 따른 법적 효과가 국내에서 그대로 인정될 수 있는가 하는 논의가 다시 제기될 수 있다. 국내에서도 법률상 성적 지향에 의한 차별을 금지하는 명문규정(국가인권위원회법 제30조 제2항)을 두고 있다고 하는 사정을 고려할 때 동성애관계가 국제사법 제10조가 가리키는 ‘국내에서의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우’에 해당한다고 하기는 어렵다고 본다.

바) 동성애자관계의 파탄시 재산분할

최근 국내에서 A라고 하는 여자가 1980년부터 21여 년 동안 B라고 하는 여자와 정기적으로 성적 관계를 가지며 함께 살아오면서 공동으로 모은 10억원대의 재산에 대한 절반의 권리를 주장한 사건에서 법원은 B는 A에게 동성과의 사실혼관계의 청산에 따른 재산분할로서 7,000만원을 지급하라는 강제조정결정을 내린 예가 있다³³²⁾. 당초 A는 인천지방법원에 동성애에 따

른 재산분할이 아닌 단순한 동업청산금청구소송만을 제기하여 패소한 후, 항소로 사실혼관계에 따른 재산분할과 위자료의 지급을 구하는 청구를 추가로 제기하여 서울고등법원은 강제조정에서 동성애의 여부는 B가 인정하지 않는 등 다투는 부분이 있고, 정식판결이 아닌 만큼 동성애자의 사실혼관계에 대하여 명확한 법적 판단을 내릴 수는 없으나, 오랜 기간 동안 두 사람의 동거가 인정되는 만큼 B명의로 된 재산의 일부에 대하여 A도 권리가 있다고 하는 판단을 내리고 있다.

2) 제정방향

가) 서설

국내에서도 언젠가 동성애관계에 관한 규율이 논의된다면 우선 - 현재 사실혼을 규율하는 태도와 같이 - 관습법이나 판례에 맡겨둘지, 아니면 외국에서와 같이 특별법으로서 입법을 하여야 할지가 먼저 문제로 제기될 수 있다고 본다. 입법을 하는 경우에는 다시 동성애관계를 규율하는 법률을 별개의 특별법의 형식으로 제정하여야 하는지(예컨대 독일이나 스칸디나비아국가), 민법의 개정을 통하여 민법전에 편입시켜야 하는지(예컨대 프랑스·네덜란드)를 검토하여야 한다.

다른 한편 동성혼을 법적으로 보호하는 방안으로는 (i) 해당하는 법률에 개별적으로 동성혼당사자의 이익·보호와 책임에 관한 내용을 규정하는 방법, (ii) 대외적 효력을 가진 채권법적 성질의 동성애관계에 관한 계약으로 규율하는 방법(예컨대 프랑스), (iii) 행정기관에 등록·신고한 동성애관계를 통일적으로 규율하는 방법을 생각할 수 있다. 또한 동성애관계로 등록·신고하는 방법에서는 등록·신고를 통하여 (i) 일정한 독자적 의미를 가지는 효과를 인정하는 경우, (ii) 전적으로 혼인과 동일한 효과를 인정하는 경우(예컨대 네덜란드)로 구분할 수 있다.

332) 조선일보 2003.6.23, 「법원, '同性부부' 갈라설 때도 재산분할 판결」.

나) 규율이 필요한 내용

(1) 성립요건

(가) 동성

서로 동성이면 충분하고, 반드시 성적 관심이 동성에게 있어야 하는가, 혹은 게이나 레즈비언과 같은 동성애자가 아니라고 하더라도 법적 보호를 받는 동성애관계를 맺을 수 있고, 성적 관심이 이성에 있는 경우에도 역시 동성애관계로 성립할 수 있는가 하는 문제가 있다. 외국의 입법례는 일반적으로 서로 동성이면 충분하고, 성적 지향이 동성인가 이성인가는 동성혼이나 동성애관계의 성립에 대한 장애사유가 되지 아니한다고 본다.

(나) 장애사유

a) 혼인한 배우자 혹은 이미 다른 동성애관계를 맺은 자

혼인에서는 일부일처의 원칙이 적용되고, 중혼이 금지된다(민법 제810조). 역시 법적 보호를 받는 동성애관계에서도 이른바 일쌍의 원칙에 의하여 이미 혼인을 한 배우자나 다른 동성과의 사이에서 동성애관계를 맺고 있는 경우에는 더 이상 다른 동성과의 동성애관계를 맺을 수 없다.

b) 미성년자

혼인에서는 보통 혼인적령과 성년연령에 차이가 있으나,³³³⁾ 일반적으로 미성년자인 경우에는 법적 보호를 받는 동성애관계를 맺을 수 없다고 본다.

c) 직계혈족

서로 직계혈족인 때에는 일반적으로 동성애관계를 가질 수 없다고 본다. 예를 들어 미국 버몬트주의 동성혼법(Act Relating to Civil Union)은 구체

333) 현행 민법상의 규정에 의하면 미성년자에게 대하여도 예컨대 법정대리인의 동의를 요건으로 혼인을 인정하고(민법 808조 제1항), 남자 만 18세, 여자 만 16세를 혼인적령으로 정하고 있다(민법 제807조).

적으로 여성은 자기의 모, 조모, 딸, 손녀, 자매, 남자형제의 딸, 자매의 딸, 부의 여자형제(고모), 모의 자매(이모)와의 사이에서, 남자는 자기의 부, 조부, 아들, 손자, 형제의 아들, 여자형제의 아들, 부의 형제(삼촌), 모의 남자형제(외삼촌)와는 동성애관계를 가질 수 없다고 규정하고 있다³³⁴). 역시 독일동성혼법에 의하여도 서로 직계(in gerader Linie)혈족인 때에는 동성간의 생활동반자관계를 맺을 수 없다(§1 II Nr.2 LPartG).

d) 형제자매

형제자매 사이에서도 법적 보호를 받는 동성애관계를 맺을 수 없다고 본다. 예컨대 독일동성혼법은 전혈 혹은 반혈의 형제자매 사이에서는 동성애관계를 맺을 수 없다고 규정하고 있다(§1 II Nr.3 LPartG). 그리고 스웨덴 동성혼법에 의하면 서로 전혈의 형제자매 사이인 경우, 즉 부모가 같은 형제자매는 동성애관계를 맺을 수 없고, 반혈의 형제자매, 즉 부나 모의 어느 일방만 같은 형제자매 사이에서는 정부나 정부로부터 위임을 받은 행정기관의 허가를 얻은 경우에 한하여 동성애관계로 등록할 수 있다.

e) 정신이상자

미국 버몬트주의 동성혼법에 의하면 정신이상자(non compos menti)는 동성애관계를 맺을 수 없고, 당사자가 후견(guardianship)을 받고 있는 때에는 서면에 의한 후견인의 동의가 있는 경우에 한하여 맺을 수 있다(Sec 5.18 V.S.A. chapter 106 §5163). 프랑스민법에서는 후견을 받는 성인은 연대민사약정을 체결할 수 없다(§506-1 I Code civil).

334) § 1203. PERSON SHALL NOT ENTER A CIVIL UNION WITH A RELATIVE

- (a) A woman shall not enter a civil union with her mother, grandmother, daughter, granddaughter, sister, brother's daughter, sister's daughter, father's sister or mother's sister.
- (b) A man shall not enter a civil union with his father, grandfather, son, grandson, brother, brother's son, sister's son, father's brother or mother's brother.
- (c) A civil union between persons prohibited from entering a civil union in subsection (a) or (b) of this section is void.

(2) 법적 효과

(가) 신분상의 효과

a) 신분상의 의무·책임

동성애관계를 맺은 동성커플은 서로 부양, 협조 및 공동적인 생활영위에 대한 의무를 부담하고, 서로를 위하여 책임을 진다. 다만 독일동성혼법에서와 같이 일반적으로 장소적 공동체에 관한 의무(동거의무) 혹은 성공동체에 관한 의무(정조의무)가 동성애관계에는 적용되지 아니한다고 보는 입법례도 있다.

b) 부모-자관계

동성애관계에서 가장 복잡한 논란이 전개되고 있는 분야가 바로 부모-자관계의 인정 여부, 특히 입양에 관한 문제라고 할 수 있다. 동성애관계의 당사자 일방이 상대방의 자를 입양할 수 있는가, 당사자 일방이 타인의 자를 단독으로 입양할 수 있는가 혹은 당사자 쌍방이 타인의 자를 공동으로 입양할 수 있는가 하는 문제가 제기된다³³⁵⁾.

동성애관계에 관한 입법례마다 입양에 관하여는 통일적이지 아니하고, 다양한 태도를 보이고 있다. 본래 동성애관계의 당사자에게 입양을 허용하지 아니한 스칸디나비아국가, 즉 덴마크·스웨덴·노르웨이·아이슬란드는 그 동안 법률개정을 통하여 현재는 입양을 허용하는 태도를 취하고 있다. 다만 스웨덴에서만 동성애관계의 당사자가 공동으로 타인의 자를 입양하거나 혹은 단독으로 타인의 자나 상대방의 자를 입양할 수 있을 뿐이고,³³⁶⁾

335) 현행민법을 문리적으로 해석하면 동성혼을 맺고 있는 당사자 일방은 상대방의 자나 타인의 자를 단독으로 입양할 수 있다고 생각된다. 다만 동성혼의 당사자 일방이 상대방의 자를 입양하더라도 쌍방의 자로서의 지위가 창설되지 아니하고, 생래의 부모의 자에 대한 친자관계가 단절되고, 양자는 오직 입양한 당사자 일방의 법적 자로서의 지위가 성립한다.

336) 스웨덴 입양법에 의하면 양친이 될 자가 혼인한 경우 혹은 사실혼관계에 있는 경우에 부부는 공동으로 입양을 하여야 하나, 배우자의 일방이 상대방의 자를 양자로 하는 경우에는 단독으로 입양할 수 있다.

덴마크·노르웨이·아이슬란드에서는 단지 상대방의 자에 대한 입양만이 허용된다. 그리고 독일에서는 동성애관계의 당사자는 단지 혼자서 개별적으로만 타인의 자를 입양할 수 있고, 물론 상대방의 자도 입양할 수 있다(다만 상대방의 자의 입양을 통하여 공동친권이 창설되는 아니하면 입양한 당사자의 양부 혹은 양모로서의 지위만이 성립할 뿐이다).

c) 인공적 방법에 의한 자의 임신·출산

동성애관계의 당사자에 대하여는 인공생식기술에 의한 임신·출산이 일반적으로 허용되지 아니한다고 본다. 그러므로 동성커플은 예컨대 인공수정·체외수정이나 대리모임신(혹은 인간복제)과 같은 인공생식방법에 의하여 공동의 자를 임신·출산할 수 없다.

동성애관계의 당사자도 인공생식기술에 의하여 자를 출산할 수 있는가 하는 문제는 보통 인공수정법이나 체외수정법과 같은 특별법을 통하여 규율된다. 예를 들어 노르웨이인공수정법, 스웨덴인공수정법·스웨덴체외수정법에 의하면 인공수정이나 체외수정은 단지 여성이 혼인한 경우, 혹은 적어도 사실혼관계에 있는 경우에만 적용되고, 동성애관계에는 적용되지 아니한다. 그리고 아이슬란드동성혼법은 명문으로 인공적 임신에 관한 법률상의 규정은 동성애관계에 적용되지 아니한다고 규정하고 있다.

d) 상대방의 자에 대한 당사자 일방의 친권적 권한

단독으로 자에 대한 친권을 행사하는 부모의 일방이 동성애관계를 맺은 경우에 그 상대방이 자에 대하여 친권적 권한을 가질 수 있는가 하는 문제가 생긴다. 예를 들어 독일동성혼법은 자를 가진 당사자 일방과 동성애관계를 맺은 상대방은 생래의 부모의 동의를 얻어 그 자의 일상적 생활에 관한 사무에 관하여 공동으로 결정할 권한을 가진다고 규정하고 있다³³⁷⁾. 친

337) §9 LPartG [Sorgerechtliche Befugnisse des Lebenspartners]

(1) Führt der allein sorgeberechtigte Elternteil eine Lebenspartnerschaft, hat sein Lebenspartner im Einvernehmen mit dem sorgeberechtigten Elternteil die Befugnis zur Mitentscheidung in Angelegenheiten des täglichen Lebens des Kindes. § 1629 Abs. 2 Satz 1 des Bürgerlichen

권자가 아닌 동성애관계의 상대방이 친권자인 당사자 일방과 함께 공동으로 친권을 결정할 수 있는 권한을 독일동성혼법에서는 흔히 「작은 친권」(kleines Sorgerecht)이라고 부른다.

(나) 재산상의 효과

a) 부양의무

민법상의 혼인에서 부부는 서로 부양하여야 한다(민법 제826조 제1항). 일반적으로 동성애관계의 당사자도 서로 부양의무를 부담한다고 본다. 예컨대 독일동성혼법 제5조는 명문으로 「동성커플은 서로 적절한 부양에 대하여 의무가 있다」(Die Lebenspartner sind einander zum angemessenen Unterhalt verpflichtet)고 규정하고 있다. 역시 다른 입법례에서도 혼인법에 대한 준용을 통하여 - 혼인배우자가 서로 부양의무를 부담하는 경우와 마찬가지로 - 동성애관계의 당사자는 서로 부양의무를 진다고 본다.

b) 재산제도

동성애관계에 어떤 재산제도가 인정되는가는 전적으로 - 원칙적으로 동성애관계에 관하여도 혼인법을 적용하는 결과 - 각국의 혼인법에서 어떤 형태의 부부재산제를 도입하고 있는가에 따라서 다르다고 할 수 있다. 예를 들어 독일동성혼법에서는 동성혼이 성립하기 전에 청산공동제(Ausgleichsgemeinschaft)로 선택하는지, 동성혼계약을 통하여 재산관계를 규율하는지를 합의하여야 한다(§6 I LPartG).

Gesetzbuchs gilt entsprechend.

(2) Bei Gefahr im Verzug ist der Lebenspartner dazu berechtigt, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohl des Kindes notwendig sind; der sorgeberechtigte Elternteil ist unverzüglich zu unterrichten.

(3) Das Familiengericht kann die Befugnisse nach Absatz 1 einschränken oder ausschließen, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist.

(4) Die Befugnisse nach Absatz 1 bestehen nicht, wenn die Lebenspartner nicht nur vorübergehend getrennt leben.

민법상으로는 부부재산제에 관하여 부부재산계약을 인정하고(민법 제829조), 부부별산제를 기조로 하여 부부의 일방이 혼인 전부터 가진 고유재산과 자기의 명의로 취득한 재산을 특유재산으로 하고, 다만 귀속불명재산에 대하여는 공유로 추정한다(민법 제830조). 그러므로 동성애관계를 법적으로 인정한다고 하면 그 재산관계도 혼인에서와 같이 사적 자치에 의한 재산계약을 원칙으로 하고, 별산제와 귀속불명재산에 대한 공유추정을 규정할 필요가 있다.

c) 상속권

동성애관계를 인정하는 입법례는 거의 모두 동성애관계의 당사자 사이에서도 서로 상속권을 인정한다³³⁸⁾. 국내에서는 사실혼배우자에 대하여 상속권을 인정하지 아니한다고 하는 사실을 생각할 때³³⁹⁾ 동성애관계의 당사자에게 상속권을 인정할 수 있는가 하는 문제가 심각하게 제기될 전망이다. 동성애관계를 혼인과 유사한 제도로 인정하는 취지를 생각하면 동성애관계의 당사자에게 상속권을 인정할 필요가 있다고 본다.

d) 임대차관계의 유지

동성애관계에서 당사자 일방이 사망한 경우에 야기될 수 있는 중요한 문제로서는 사망한 당사자 일방이 공동으로 사용한 주택의 임차인인 경우에 생존상대방이 임대차관계를 승계할 권리가 있는가 하는 문제를 들 수 있다. 예를 들어 독일민법에서는 본래 혼인에서 생존배우자에게 임대차관계의 「승계권」을 인정하고 있던 규정(§569a II BGB)을 개정하여 독일민법 제569조 제1항에서 혼인배우자와 마찬가지로 동성애관계의 당사자에 대하여도 임차권의 승계를 인정하고 있다³⁴⁰⁾. 그러므로 사실혼배우자에 대하여

338) 독일동성혼법상의 상속관계에 관하여는 김민중, "독일의 새로운 가족법상의 제도로서의 동성 사이의 생활동반자관계", 「가족법연구 제15권 2호」, 2001, 408면 이하 참조.

339) 학설상 소수설로는 사실혼배우자에게도 상속권이 인정된다고 보거나, 사실혼의 부부에게 상속권을 인정하는 입법조치가 필요하다고는 견해가 있다.

340) § 569 BGB (1) In ein Mietverhältnis über Wohnraum tritt mit dem Tod des Mieters

임차권의 승계를 인정한 주택임대차보호법 제9조 제1항을 개정하여 임차권을 승계할 수 있는 자의 범위를 “그 주택에서 가정공동생활을 하던 사실상의 혼인관계에 있는 자”뿐만 아니라, 「동성애관계를 맺고 있는 자」에 대해서까지 확대할 필요가 있다고 본다.

e) 기타의 재산법적 효력

▷ 채무자의 재산으로의 추정

독일동성혼법에서는 - 독일혼인법상의 규정(§1362 BGB)과 마찬가지로 - 채권자를 보호하기 위하여 동성애관계의 당사자의 점유 아래 있는 동산은 채무자에게 속한다고 추정한다(§8 I LPartG). 민법에는 유사한 규정이 없으나, 동성애관계와 관련하여 검토할 필요가 있는 사항이라고 본다.

▷ 일상가사대리권

민법상 부부는 일상의 가사에 관하여 서로 대리권이 있다(민법 제827조 제1항). 또한 부부의 일상가사대리권은 사실혼의 배우자에게도 유추적용된다. 그러므로 동성애관계의 당사자에게도 서로 일상의 가사에 관한 대리권이 인정되어야 한다고 본다³⁴¹⁾.

▷ 일상가사채무의 연대책임

민법에서는 부부의 일방이 일상의 가사에 관하여 제3자와 법률행위를 한 때에는 다른 일방이 그 채무에 대하여 연대책임을 진다(민법 제832조). 역시 일상가사채무의 연대책임에 관한 규정은 사실혼관계에도 유추적용된다. 그러므로 동성애관계에 대하여도 일상가사채무의 연대책임

der Ehegatte ein, der mit dem Mieter einen gemeinsamen Haushalt führt. Dasselbe gilt für Lebenspartner.

341) 예로서 독일동성혼법은 독일민법 제1357조에 의한 일상가사대리권을 동성애관계에도 적용된다(§8 II LPartG).

에 관한 규정은 무리 없이 유추 적용될 수 있다고 본다³⁴²⁾.

▷ 생활비용의 분담

민법상 적용되는 생활비용공동부담주의에 의하여 부부는 혼인공동생활로부터 생긴 비용을 그 자산, 수입 기타의 사정을 고려하여 분담하여야 한다(민법 제833조). 동성애관계의 당사자는 공동생활에 필요한 비용을 분담하여야 하는가 하는 문제가 있으나, 동성애관계에서도 원칙적으로 - 혼인에서와 마찬가지로 - 생활비용공동부담주의가 적용된다고 본다.

▷ 법률행위에 대한 제한

독일민법에서는 혼인당사자 일방이 자기에 속한 가재도구 혹은 그 재산 전부를 처분할 때에는 상대방의 동의가 있어야 한다(§§1369·1365 BGB). 역시 독일동성혼법에 의하여 동성애관계의 당사자에 대하여도 독일민법 제1369조, 제1365조가 적용되는 결과(§8 II LPartG), 동성애관계의 당사자 일방이 동성애관계의 유지를 위하여 기본이 되는 물건, 예컨대 가재도구나 주택을 처분할 때에는 비록 그 재산이 자기에 속한다고 하더라도 상대방의 동의가 없으면 처분할 수 없다.

민법상으로는 혼인상의 부부에 대하여 법률행위를 제한하는 규정이 없다. 원칙적으로 특유재산인 경우에는 각자 그 특유재산을 관리·사용·수익하고, 처분할 수 있다. 그러므로 동성애관계와 관련하여 당사자 일방의 법률행위를 제한할 필요가 있는가를 검토할 필요는 있으나, 혼인제도와 균형의 고려하면 특유재산에 대한 자유로운 관리, 사용·수익, 처분을 보장하지 않을 수 없다고 본다.

342) 예컨대 프랑스민법상의 연대민사약정에는 일상생활의 필요나 공동의 주거에 관한 계약상의 채무에 관하여 연대책임을 부담한다고 하는 규정이 있다(§515-4 II Code civil).

(3) 과탄·해소

(가) 사유·절차

일반적으로 동성애관계는 (i) 당사자 일방의 사망, (ii) 재판에 의하여 해소될 수 있다고 규정되어 있다(예컨대 독일동성혼법이나 스웨덴동성혼법). 그리고 동성애관계의 해소를 위한 소송을 제기하기 위하여는 별거, 당사자가 직계혈족이나 형제자매 사이인 경우, 혼인과 중복되거나 이중동성애관계인 경우와 같은 사유가 필요하다. 다만 민법상 혼인의 해소에 관하여는 합의이혼이 인정된다고 하는 사실을 고려하면, 국내에서는 동성애관계에 관하여도 사적 자치에 기한 합의해소가 인정될 필요가 있다고 본다.

(나) 효과

a) 재산분할

민법상 이혼한 자의 일방은 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있다(민법 제839의2조 제1항). 그리고 판례는 사실혼관계에 있는 당사자에게도 재산분할청구가 긍정된다고 본다³⁴³⁾.

동성애관계가 해소된 경우에도 당사자 일방이 상대방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 입법례로서 독일동성혼법은 동성애관계의 당사자가 별거할 때에는 각자 자기에게 속한 재산의 반환을 상대방에 대하여 청구할 수 있다고 규정하고 있다(§13 I 1 LPartG). 또한 독일동성혼법에 의하면 동성애관계의 당사자 쌍방에 속한 재산은 공평의 원칙에 따라서 분할하여야 하고(13 II 1 LPartG), 만일 공유에 속한 재산을 어느 일방이 이용하는 경우에는 법원이 적절한 보상의 지급을 결정할 수 있다(§13 II 2 LPartG). 역시 동성애관계의 해소에서도 공동재산의 청산이라고 하는 의미에서의 재산분할이 요구된다고 보며, 민법상의 재산분할에 관한 규정이 동성애관계에도 준용 또는 유추 적용될 수 있다고 본다.

343) 대법원 1995.3.28. 선고 93므1584 판결.

b) 부양의무

동성애관계가 해소된 경우에 당사자 일방이 상대방에 대한 부양의무를 부담하는가 하는 문제가 있다. 민법에서는 혼인이 해소된 경우에 혼인중 당사자 쌍방의 협력으로 형성된 공동재산의 청산이라는 성격에 상대방에 대한 부양적 성격이 가미된 제도로서의 재산분할을 인정하는 이외에 부양 제도를 두고 있지 않다. 그러므로 동성애관계가 해소된 경우에 이혼에서와 같이 부양적 성격을 가지는 재산분할제도만을 인정하면 충분한지, 혹은 동성애관계의 해소 후에 요부양상태에 빠진 당사자를 부양하여야 하는 의무를 부담하는 규정을 들지에 대한 검토가 요구된다. 예를 들어 독일동성혼법에서는 동성애관계의 당사자 일방이 해소 후 스스로 부양을 할 수 없는 때에는 특히 연령·질병 기타 장애로 생업능력이 기대되지 아니하는 한, 상대방에 대하여 부양을 청구할 수 있고(§16 I LPartG), 다만 부양청구권은 그 당사자 일방이 혼인하거나 타인과 새로운 동성애관계를 맺으면 소멸한다(§16 II LPartG)고 규정하여 동성애관계의 해소에 따른 당사자 일방의 상대방에 대한 부양의무를 인정하고 있는 예가 있다.

c) 면접교섭권

민법상 자를 직접 양육하지 아니하는 부모중 일방은 면접교섭권을 가진다(민법 제837조의2 제1항). 혼인의 해소에 의하여 자에 대한 양육권을 상실한 부모중 일방이 자와 면접, 서신교환, 방문, 숙박과 같은 교섭을 할 수 있는 권리가 면접교섭권이다.

동성애관계의 당사자가 입양을 통한 공동친권자로서의 지위를 가지는 경우는 물론이고, 비록 자가 공동의 자로서의 지위에 있지 않다고 하더라도 장기간 거주적 공동생활을 할 사실에 기하여 혹은 독일동성혼법에서와 같이 상대방의 자에 대한 「작은 친권」을 행사한 사실에 기하여 동성애관계가 해소된 경우에 자를 직접 양육하지 아니하는 상대방에게 자에 대한 면접교섭권이 인정될 수 있는가 하는 문제가 야기된다. 예컨대 독일에서는 독일민법 제1685조 제2항에 의한 자와의 교섭권(Umgangsrecht)이 동성애

관계에도 적용된다고 본다.

마. 결론

1) 동성애관계의 법적 보호에 대하여는 여러 가지 해결방안이 가능하며, 대표적으로 극단적 해결방안과 중간적 해결방안으로 구분할 수 있다. 극단적인 해결방안으로서는 (i) 동성애자에 대하여 일체의 권리를 인정하지 않는 방법, (ii) 동성애자간의 혼인을 법적으로 허용하는 방안을 생각할 수 있다. 중간적인 해결방안에는 (i) 이성애 혹은 동성애의 사실혼관계에 있는 커플의 법적 지위를 규율하는 법률을 제정하는 방안,³⁴⁴⁾ (ii) 동성애자만에 적용되는 특별법을 제정하는 방안,³⁴⁵⁾ (iii) 필요한 경우에 각 특별법(예컨대 주택임대차보호법, 연금법, 보험법)에서 개별적으로 공동생활관계를 영위하는 동성애자에 대하여 혼인상의 배우자와 같은 법적 지위를 인정하는 방안이 있다.

동성애자에 대하여 아무런 권리도 보장하지 않는 태도는 현재까지의 국내의 해결방안이며, 세계적인 추세로 볼 때 동성애자에게 어떤 권리도 인정하지 않는 태도는 오래 지속되지 않을 전망이다. 제2의 극단적인 해결방안인 동성애자간의 혼인을 법적으로 허용하는 태도에 대하여는 아직 여론이 형성되어 있지 아니하고, 동성애관계를 혼인으로까지 볼 수 있는가에 관하여는 많은 논의를 필요로 한다고 본다. 이성애자간 혹은 동성애자간의 사실혼관계에 있는 모든 커플에 공통적으로 적용되는 법률을 제정하는 태도는 프랑스 민법이 취한 방법이나, 프랑스 민법상의 연대민사계약제도에 서는 부양의무나 정조의무와 같은 혼인에 따른 본질적 효과가 인정되지 아니하여 동성애관계에 대하여 준혼인(sous-mariage)으로서의 보호를 줄 수 없다고 하는 문제가 있다. 동성애자간의 관계만을 규율하는 특별법을 제정하는 방법은 현재 스칸디나비아국가를 비롯하여 여러 나라에서 채택하고

344) 예컨대 프랑스 민법이 채택한 태도이다.

345) 예로서 스칸디나비아국가나 독일과 같이 동성혼법을 제정한 국가를 들 수 있다.

있다. 또한 동성혼법과 같은 특별법을 정비하지 아니한 국가에서는 동성애 파트너에 대하여 예를 들어 임대차계약상 임차인의 지위의 승계와 같이 개별적인 경우에 배우자와 같은 지위를 인정하고 있다.

2) 아직 국내에서는 동성애자의 평등한 지위나 동성적 공동생활관계의 법적 규율에 관한 논의마저 많지 않은 실정이다. 국내에서도 동성애자에 대한 평등한 법적 취급이나 동성 사이의 관계에 관한 법적 보호와 관련한 문제가 가까운 장래에 여러 경로에서 제기될 수 있다고 본다. 만일 국내에서 동성애자의 보호에 관한 규율을 한다고 하면 어떤 해결방안이 적절한가를 단언하기는 아직 무리라고 생각된다. 그러나 점차 국내에서도 동성애관계가 증가하고, 결국 동성애를 둘러싼 많은 법적 문제가 야기된다고 생각하면 당장 주택임대차보호법이나 각종의 연금법(예컨대 공무원연금법, 국민연금법, 군인연금법, 사립학교교원연금법), 각종의 보험법(고용보험법, 산업재해보상보험법, 의료보험법)에서 '사실상 혼인관계에 있는 자'와 마찬가지로 「동성애관계에 있는 자」를 대우하는 입법이 필요하다고 본다. 또한 가사소송법이 사실상혼인관계존부확인제도(가사소송법 제2조 제1항 나류사건 1호)를 두고 있는 경우를 생각할 때 동성애관계존부확인제도를 실시하는 방법도 고려할 수 있다. 다만 중국적으로는 외국에서와 같이 특히 동성애관계의 가족법상의 지위를 통일적으로 보호·규율하는 법률의 제정이 요구된다고 하지 않을 수 없다.

7. 국제결혼

가. 서설

사람간의 결합 관계는 다양하다. 그 중 국적을 달리하는 남녀간의 결합을 국제결혼(international marriage)이라고 한다.

언어와 종교, 관습이 다른 남녀간의 결합인 국제결혼은 우리 사회에서 오랜 기간 환영받지 못했다. 그 이유는 혈연 중심적 가족주의에 기반한 혈통 대한 집착과 한국 현대사의 어두운 측면 때문인 것으로 보인다³⁴⁶).

그러나 이런 경향은 한국 사회의 다양화와 경제 성장 등을 배경으로 서서히 무너지고 있다.

통계청에 의하면 한국의 국제결혼 건수는 2001년 현재, 15,234건으로 1990년의 4,710건과 비교하면 4배 정도 증가했다. 특히, 한국 남성과 외국인 여성간의 결혼은 '급증'한 것으로 나타났다.

한국 남성과 외국인 여성간의 결혼은 1990년 619건에서 2001년에는 10,006건으로 16배 정도의 증가를 보인 반면, 한국 여성과 외국인 남성과의 결혼은 1992년 3,477건에서 2001년 5,228건으로 완만한 증가를 보이고 있다. 그러나 이상의 통계는 법률혼만을 대상으로 하고 있기 때문에 사실상 관계를 포함하면 국제결혼의 실제 건수는 훨씬 많을 것으로 추측된다.

한국인과 외국인간의 사실혼이 어느 정도의 규모로 존재하는지는 파악할 수 없다. 그러나 한국에 체류하고 있는 외국인의 증가와 30만에 이르는 미등록외국인(불법체류외국인)의 존재를 감안하면³⁴⁷, 사실혼 관계가 적지 않

346) 중국-동남아시아로부터 한국으로 소위 '시집'오는 여성들의 모습은 1960- 70년대 빈곤에서 해방되기 위해 일본, 미국 등으로 '시집'갔던 우리 여성들의 모습과 너무나 흡사하다. 그리고 분단의 상처 중의 하나인 기지촌 여성들과 미군과의 결혼은 국제결혼을 터부시하는 요인으로 작용했다.

347) 법무부 보도자료에 의하면 2002년도 국내체류 외국인수는 181개국 629,006명으로 전년도에 비해 11%증가한 것으로 나타났다. 그 중 불법체류외국인은 289,239명으로 국내체류외국인 중 46%를 차지하고 있다. (2003년 1월9일자 보도자료).

을 것이라는 추측만이 가능할 뿐이다.

이와 같은 국제결혼의 증가는 한국 사회에 새로운 문제를 등장시키고 있다. “연변 처녀”에 뒤를 이은 “베트남 여자와 결혼 하세요”라는 현수막을 통해 알 수 있듯이 국제결혼이 ‘상품화’ 된지는 오래되었다. 그리고 한국으로 소위 ‘시집’ 온 저개발국 여성들이 남편의 상습적인 폭행과 학대를 견디지 못해 가출하여 불법체류자로 전락하고 있다는 보도는 더 이상 새롭지 않다.

이와는 달리 가족 형성의 권리 즉, 결혼의 권리가 침해되는 경우도 있다. 한국인이 미등록외국인과 사실혼 관계에 있고 자녀까지 두고 있더라도 한 쪽이 미등록외국인인 경우, 결혼을 통해 한국에서 합법적이고 안정적으로 생활할 수 없다는 점이다. 현재로는 일단 출국해서 ‘국민의 배우자’ 자격으로 사증(VISA)을 받아 다시 입국하는 방법밖에 없다. 그러나 불법체류자였던 신분 때문에 사증을 받을 수 있을 거라는 확신도 없고, 받을 수 있다고 하더라도 어느 정도의 시간이 걸릴지도 예측할 수 없는 상황에서 불법체류자임을 신고하고 출국하는 모험을 감행하기란 쉽지 않다.

이런 상황 속에서 본장은 국제화(세계화)와 한국의 경제성장을 배경으로 증가하는 국제결혼의 ‘빛과 그림자’ 중 ‘그림자’에 주목하여 외국인(여성)의 인권보장이라는 관점에서 검토하는 것을 목적으로 한다.

이를 위해서 첫째, 국제결혼의 현황과 문제점을 파악한다. 둘째, 국제결혼의 성립에서 해소에 이르는 전과정에 대한 법적 구조와 문제점을 ‘국제사법’과 ‘국적법’을 중심으로 살펴본다. 마지막으로 지금까지 검토한 것을 중심으로 외국인(여성)의 인권보장을 위해 필요한 법·제도적 장치는 무엇인가에 대해 검토한다.

나. 국제결혼의 현황과 문제점

1) 국제결혼의 현황

통계청에 의하면 한국의 국제결혼 건수는 2001년 현재, 15,234건으로

1990년의 4,710건과 비교하면 4배 정도 증가했다. 특히, 한국 남성과 외국인 여성간의 결혼은 ‘급증’한 것으로 나타났다. 한국 남성과 외국인 여성간의 결혼은 1990년 619건에서 2001년에는 10,006건으로 16배 정도의 증가를 보인 반면, 한국 여성과 외국인 남성과의 결혼은 1992년 3,477건에서 2001년 5,228건으로 완만한 증가를 보이고 있다. 그러나 이상의 통계는 법률혼만을 대상으로 하고 있기 때문에 사실혼 관계를 포함하면 국제결혼의 실제 건수는 훨씬 많을 것으로 추측된다.

한국인과 외국인간의 사실혼이 어느 정도의 규모로 존재하는지는 파악할 수 없다. 그러나 한국에 체류하고 있는 외국인의 증가와 30만에 이르는 미등록외국인(불법체류외국인)의 존재를 감안하면³⁴⁸⁾, 사실혼 관계가 적지 않을 것이라는 추측만이 가능할 뿐이다. 한국인과 외국인과의 결혼은 1992년 5,534건이었던 것이 1996년 15,946건으로 3배의 상승을 기록한 후에 줄어드는 경향을 보이다가 2001년 현재, 15,234건으로 1996년 수준으로 회복되고 있다 (<표 III-2> 참조). 이 중에서 특히 눈에 띄는 현상은 한국인 남성과 외국인 여성간의 결혼이 증가한 점이다. 1990년과 비교해 1996년에 20배, 2001년 현재 16배정도의 증가를 보이고 있다 (<표 III-3> 참조). 이들 간의 결혼이 IMF 이후 줄어든 것은, 같은 시기 한국 여성과 외국인 남성간의 국제결혼 건수가 커다란 굴곡 없이 증가한 것과는 대조적이다 (<표 III-4> 참조).

이를 통해 알 수 있는 것은 외국인 여성에게 있어서 한국의 경제상황은 한국인과의 결혼을 결정하는데 중요한 요인으로 작용한다는 점이다. 이는 한국인 남성과 결혼한 외국인 여성의 출신국이 중국, 필리핀, 베트남, 태국 등의 순으로 나타난 것과 밀접한 관계를 갖는다³⁴⁹⁾ (<표 III-5> 참조). 이

348) 법무부 보도자료에 의하면 2002년도 국내체류 외국인수는 181개국 629,006명으로 전 년도에 비해 11%증가한 것으로 나타났다. 그 중 불법체류외국인은 289,239명으로 국내체류외국인 중 46%를 차지하고 있다. (2003년 1월9일자 보도자료)

349) 중국인 여성과의 혼인이 증가한 원인으로는 ① 1992년 중국과의 수교, ② 정부에 의해 추진되고 장려되어 1990년대부터 시작된 ‘연변치녀·농촌총각 짝 짓기’ 사업, ③ 취업을 목적으로 한 위장결혼의 증가 등에 의한 것으로 보인다. 국회통일시대평등사회정책연구회 「국제결혼 현황과 국적법 개정 방향에 관한 연구」, 2002. 8, 6-7면 참조

들 국가의 여성들에게 있어서 한국 남성이 주는 매력은 결혼 상대자 ‘개인’이 아니라 상대자의 ‘나라’이다. 즉, 한국의 경제력인 것이다.

그리고 이들 여성들에게 있어서 결혼이 주는 매력은 ‘풍요로운’ 한국에서 살 수 있다는 것, 즉 이주(移住) 그 자체가 있는 것이다.

반면, 한국남성에게 있어서 이들 여성들은 국내 결혼시장에서 찾지 못한 결혼 상대자로서의 의미와 함께 노동력으로서의 의미를 함께 가진다. 이런 한국 남성의 요구와 앞서의 외국인 여성의 요구가 결합 된 결과로서 이들 간의 결혼이 증가하는 것이다.

<표 III-2> 국제결혼 건수 추이

단위 명

	일본	중국	미국	기타	총 건수
2001	3,987	7,223	1,297	2,627	15,234
2000	4,072	3,804	1,330	3,113	12,319
1999	3,897	3,117	1,470	2,086	10,570
1998	2,822	5,202	2,495	1,669	12,188
1997	2,745	7,513	1,115	1,075	12,448
1996	4,159	9,462	1,193	1,132	15,946
1995	3,163	8,657	1,079	595	13,494
1994	2,539	2,184	1,336	557	6,616
1993	2,644	2,036	1,357	508	6,545
1992	2,970	566	1,584	414	5,534
1990	1,924	182	2,297	307	4,710

출처: 통계청 2001.

<표 Ⅲ-3> 외국인과의 혼인/ 한국남자+외국여자

단위 명

	한국남자+외국 여자(계)	일본	중국	미국	기타
2001	10,006	976	7,001	265	1,764
2000	7,304	1,131	3,586	235	2,352
1999	5,775	1,248	2,883	280	1,264
1998	8,054	1,004	4,688	1,514	848
1997	9,266	1,075	7,362	213	616
1996	12,647	2,370	9,271	228	778
1995	10,365	1,412	8,450	188	315
1994	3,072	561	2,043	227	241
1993	3,109	826	1,851	230	202
1992	2,057	1,223	429	249	156
1990	619	175	88	268	88

출처: 통계청 2001.

<표 Ⅲ-4> 외국인과의 혼인/한국여자+외국남자

단위 명

	한국여자+외 국남자(계)	일본	중국	미국	기타
2001	5,228	3,011	222	1,132	863
2000	5,015	2,941	218	1,095	761
1999	4,795	2,649	234	1,190	722
1998	4,134	1,818	514	981	821
1997	3,182	1,670	151	902	459
1996	3,299	1,789	191	965	354
1995	3,129	1,751	207	891	280
1994	3,544	1,978	141	1,109	316
1993	3,436	1,818	185	1,127	306
1992	3,477	1,747	137	1,335	258
1990	4,091	1,749	94	2,029	219

출처: 통계청 2001.

<표 III-5> 혼인종류 및 외국인 국적/ 한국인 남편(혼인종류+국적)

단위 명

	2002/총계	초혼	재혼	사별후 재혼	이혼후 재혼	미상
계	11,017	7,739	3,844	418	3,426	92
일본	969	788	135	11	124	36
중국	7,041	4,143	2,858	346	2,512	40
미국	267	186	79	6	73	2
필리핀	850	675	169	11	158	6
베트남	476	344	130	11	119	2
태국	330	268	61	5	56	1
러시아	241	153	87	3	84	1
몽고	195	142	53	1	52	0
기타	658	520	136	12	124	2

출처: 통계청 2001.

<표 III-6> 혼인종류 및 외국인 국적/한국인 처(혼인종류+국적)

단위 명

	2002/총계	초혼	재혼	사별후 재혼	이혼후 재혼	미상
계	4,896	3,470	1,842	167	1,675	68
일본	2,377	1,108	1,228	97	1,131	41
중국	272	164	103	17	86	5
미국	1,210	963	244	25	219	3
독일	84	69	15	1	14	0
캐나다	174	159	14	1	13	1
프랑스	80	71	9	1	8	0
호주	89	80	9	1	8	0
파키스탄	126	68	56	10	46	2
기타	484	394	82	7	75	8

출처: 통계청 2001.

2) 국제결혼의 특징 및 문제점

현재, 한국인과 외국인간의 국제결혼에 있어서 주요한 특징으로 지적할 수 있는 것은 앞서도 언급한 데로 중국, 필리핀 등으로 대표되는 저개발국

여성과 한국 남성간의 결혼이 급증한 점이다. 이들 간의 결혼이 증가한 것은 결혼을 ‘이주를 위한 합법적인 수단’으로 활용하려는 공급자의 요구와 자국내 ‘결혼시장’에서는 상대자를 찾을 수 없는 일부 하층계층의 남성들의 이해가 결합된 결과라는 점은 앞서 살펴본 대로이다.

문제는 ‘거래로서의 결혼’이 ‘국제결혼의 상품화’와 결합되면서 문제를 발생시키고 있다는 점이다. 양쪽 모두 결혼의 의사가 있다면 그 목적이 ‘이주를 위한 것이 든’, ‘돈을 위한 것이 든’ 이것은 제3자나 국가가 관여 할 필요도 관여할 수도 없는 성질의 것이다. 그러나 거래로서의 결혼은 경제적 불평등을 전제를 하는 것으로 경제적 불평등은 권력 관계를 필연적으로 발생시킨다는 점에 문제가 있다. 이런 권력 관계의 발생은 외국인 여성을 열악하고 약한 위치에 놓이게 한다.

한국 남성과 결혼한 외국인 여성이 한국에서 합법적인 신분으로 생활하기 위해서는 남편과의 관계 즉, 결혼 생활의 유지를 통해서만 가능하다. 결혼 생활 기간 중에 한국 국적을 취득하지 못한 경우에는 그들 간의 결혼 생활이 파경을 맞게 되면 ‘그녀는 고국으로 돌아가던가’, 아니면 ‘불법체류자의 신분으로 한국에 남거나’ 중 하나의 선택만이 가능할 뿐이다. 이들 중 많은 수의 여성은 고국에 있는 가족에 대한 책임감과 고액의 결혼비용 때문에 고국으로 돌아가는 선택은 애초부터 가능하지 않다. 이런 점이 그녀들을 인권의 사각지대에 존재하게 한다.

이런 상황에 놓여 있는 외국인 여성들은 남편의 폭력이나 학대 등에 그대로 노출되게 된다³⁵⁰). 이를 제어할 수 있는 수단을 그녀들은 가지고 있지 않다. 언어문제는 이런 문제를 더욱 증폭시키는 요인으로 작용한다. 결국, 그녀들이 폭력과 학대로부터 자유로워지는 방법으로 선택할 수 있는 것은 ‘가출’뿐이다.

그리고 한국인 남성과 외국인 여성간의 국제결혼의 증가에 따른 위와 같

339) 광주여성발전센터가 지난해 국제결혼한 외국인 여성 100명을 대상으로 조사한 결과에 따르면, 30명이 상습 학대를 당하고 있고, 유형별로는 폭행 57%, 폭언 18%, 생활비를 주지 않는 경제적 학대 12% 순으로 나타났다. (여성신문 2003년 4월12일)

은 문제를 증폭시키는 것은 ‘국제결혼의 상품화’이다. 특히, 결혼중개업자에 의한 결혼 상대자에 대한 정보 조작과 결혼 비용의 과다 청구는 빈곤의 탈출로서 결혼을 선택한 그녀들에게 ‘노예적’ 삶을 강요하는 것이 되거나, 아니면 ‘국제미아’로 전락하게 만든다.

이상으로 국제결혼의 현황과 문제점에 대해 간략하게 살펴보았다. 이하에서는 위와 같은 문제점이 어떤 법적 구조 속에서 발생하는지를 살펴본다.

다. 쟁점

1) 국제결혼의 성립과 해소, 국적취득을 둘러싼 법률 문제

국내에서 이루어지는 한국인 상호간의 신분관계의 발생·변경·해소 등의 실질적 성립요건에 대한 준거법은 주로 민법이고, 형식적 성립요건의 준거법은 호적법 및 그 밖의 호적관계 법령이다. 이에 대해, 신분행위의 주체인 사람, 또는 신분행위를 하는 장소 등에涉外(涉外)적 요소가 포함되면 국제사법(2001년 7월 1일부터 시행)에 의해 그 준거법이 결정된다. 국제사법은 사법 분야에 있어서 국제적인 법률관계(내외국인간의 결혼 등의 신분관계 뿐만 아니라 매매와 같은 국제적인 거래행위 등도 포함)에 있어서 어느 국가의 법률을 적용할 것인가를 정한 법률이다.

현행 국제사법은 1962년에 ‘섭외사법’으로 제정되어 2001년 명칭을 국제사법으로 수정하고 그 내용도 대폭적으로 개정되어 오늘에 이르고 있다. 본장의 검토 대상인 친족 분야에 있어서는 개정 전의 부(夫) 또는 부(父) 단독의 본국법을 준거법으로 지정했던 것을 부부 공통의 본국법(本國法, 출신국의 법률)이나 상거소지법(常居所地法, 부부가 함께 생활하는 곳의 법률) 등을 준거법으로 지정함으로써 남녀평등의 원칙을 구현하는 방향으로 개정되었다.

이하에서는 국제사법을 토대로 국제결혼의 성립과 해소에 이르는 과정에서 발생할 수 있는 법률관계를 살펴본다.

가) 국제결혼의 성립과 효과

(1) 국제결혼의 성립

통상적으로 국제결혼이란 국적이 다른 사람간의 혼인을 말한다. 국제결혼의 경우, 문제가 되는 것은 혼인이 유효하게 성립하기 위한 요건이다. 우리 국제사법은 혼인을 계약과는 다른 신분상의 관계로 파악하여 국제결혼의 실질적 성립요건에 대해서는 각 당사자의 본국법³⁵¹⁾을 형식적 성립요건에 대해서는 혼인 거행지법, 또는 당사자 일방의 본국법에 따르도록 하고 있다. 즉, 국제사법 제36조제1항은 “혼인의 성립요건은 각 당사자에 관하여 그 본국법에 의한다”고 규정하고 있고, 제2항에서는 “혼인의 방식은 혼인거행지법 또는 당사자 일방의 본국법에 의한다. 다만, 대한민국에서 혼인을 거행하는 경우에 당사자 일방이 대한민국 국민인 때에는 대한민국 법에 의한다”라고 하고 있다.

혼인의사, 혼인연령, 중혼금지 등의 실질적 요건은 나라마다 고유의 풍속, 관습, 가족법 질서 등과의 관계 속에서 정해지는 것이기 때문에 당사자의 본국법을 준거(準據)하는 것은 타당하다.

다음으로, 결혼관계의 존재를 법적으로 공시하기 위해 요구되는 수속인 형식적 성립요건에 대해서도 나라마다 다양한 방식을 채용하고 있다. 이에 국제사법은 원칙으로 혼인 거행지법(舉行地法), 당사자 일방의 본국법에 의한 것으로 하고 있다. 단, 한국에서 혼인하는 경우, 당사자 일방이 한국인일 경우에는 한국법에 따르도록 하고 있다. 이런 조항은 가능한 한 혼인의 성립을 쉽게 하기 위한 것으로 해석된다.

우리 현실에서 국제결혼의 성립과 관련되어 문제가 되는 것은 한국인과 한국에 불법체류하고 있는 이른바 “미등록외국인”간의 혼인이 가능한 가이다. 앞서 살펴 본대로 외국인간의 결혼이 유효하게 성립되기 위해서는 실

351) 한국과 같이 본국법주의를 채택하고 있는 나라는 독일, 프랑스, 일본, 스위스 등이 있다. 이에 대해 미국, 브라질, 필리핀 등은 거행지법주의를 영국, 덴마크, 노르웨이 등은 주소지법주의를 채택하고 있다. 강봉수, “섭외가사사건의 제 문제”, 「섭외사건의 제 문제(하)」, 「법원행정처 제34집」, 280면.

질적 성립요건과 형식적 성립요건을 충족시켜야 한다. 미등록외국인이라는 신분이 결혼의 장애요소는 되지 않는다. 문제는 체류사증이 없는 것을 이유로 구청에서 혼인신고를 받아 주지 않는 경우이다. 결혼은 신분법 또는 사법상의 문제로 체류자격이라는 공법상의 문제와는 직접적인 관련이 없다. 출입국관리법상의 체류자격을 구비하고 있지 않다고 해서 이것을 이유로 혼인신고를 접수하지 않는 것은 혼인의 자유를 침해하는 것으로 중대한 인권침해에 해당된다. 그러나 문제는 혼인의 성립 여부에 국한되지 않는다. 혼인신고가 접수되어 혼인이 성립한다고 하더라도 미등록외국인은 국내에서 합법적인 체류자격을 가질 수 없다. 즉, 체류자격의 변경이 가능하지 않고 국적취득 또한 가능하지 않다. 따라서 이런 경우에는 일단 출국하여 ‘국민의 배우자’로서 사증(VISA)을 취득하여 재입국하는 방법밖에 없다. 그러나 불법체류자였던 신분은 사증 취득의 장애 요소가 된다. 아래의 국가인권위원회의 진정사건에서처럼 5년간의 입국 규제 조치가 취해지는 경우도 있다.

외국인의 입국을 허가할 것인가의 여부는 일반적으로 ‘조약상의 의무가 존재하지 않는 한 해당국가의 자유재량에 속하는 영역’으로 보는 견해가 일반적이다. 그러나 해당국가의 자유재량에 속한다고 하더라도 그것은 무제한적으로 인정되어서는 안 된다.

가족을 형성할 권리는 모든 사람에게 인정되는 권리로 국가는 이를 보호할 의무가 있다. 이는 우리헌법 뿐만 아니라 국제조약 등에서 보장되는 권리이다³⁵²⁾.

국가인권위원회는 한국인 남성과 사실혼 및 법률혼 관계에 있는 중국동포 여성의 입국 규제조치가 문제된 진정사건에서 “사실혼 및 법률혼관계에

352) 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약은 “가정은 사회의 자연적이며 기초적인 단위이고, 사회와 국가의 보호를 받을 권리를 가진다”(제23조 제1항), “혼인적령의 남녀가 혼인을 하고, 가정을 구성할 권리가 인정된다”(제23조 제2항)라고 가족구성의 자유와 이에 대한 국가보호의무를 강조하고 있다. 우리헌법 제36조 제1항은 ‘혼인과 가족생활은 개인의 존엄성과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며 국가는 이를 보장한다’라고 규정하고 있다.

있는 처에 대한 입국규제조치는 부당하다”며 입국금지를 해제할 것을 법무부장관에게 권고했다³⁵³⁾. 이처럼 혼인을 할 수는 있지만 함께 살수 없다는 것은 행복추구권에 핵심을 이루고 있는 가족형성의 권리를 침해하는 것이다. 혼인이 유효하게 성립된 경우에는 국민의 배우자로서 한국에 입국하여 함께 생활 할 권리를 보장해야 한다.

이와 관련해서 일본의 예는 우리에게 많은 시사점을 준다. 일본의 경우에는 일본인과 불법체류 외국인이 결혼했을 경우, ‘체류특별허가’라는 조치를 하고 있다. 최근에는 부모 모두가 불법체류외국인이라고 하더라도 일본에 장기간 체류하고 있고 자녀가 일본에서 학교를 다니는 등 일본이 생활의 근거지일 경우에는 아동의 교육권 등을 고려하여 체류특별허가를 하고 있다.

(2) 국제결혼의 효력

다음으로 문제가 되는 것은 유효하게 성립한 국제결혼의 효력이다. 국제결혼이 유효하게 성립하면, 부부간의 동거의무, 부양의무 등 결혼에 의한 신분적 효력과 부부재산제와 같은 재산적 효력이 구별되어 각각 독립의 법률관계를 갖는다. 부부재산문제에 대해서는 부부의 본국법이 동일한 경우에는 본국법이 적용되고 부부의 국적이 다른 경우에는 상거소지법이 적용된다. 그리고 부부 공통의 상거소지법이 없는 경우는 밀접관련법이 적용된다.(국제사법 제38조 제1항). 따라서 국제결혼으로 부부가 함께 한국에서 생활하고 있는 경우에는 한국의 민법이 준거법으로서 적용된다.

단, 부부가 부부재산계약 등에 일자와 부부의 기명날인이 있는 서면으로, 부부일방의 나라의 법률, 부부 일방의 상거소지의 법률을 적용하고 부동산에 대해서는 부동산의 소재지의 법률을 적용한다고 정하고 있는 경우에는 이를 우선한다 (제38조 제2항). 이것은 당사자 자치원칙을 존중하기 위한 조항이다.

353) 중국동포 입국금지 해제 권고에 대한 국가인권위원회 보도자료(2003.9.19)

(3) 국제결혼에 유사한 관계에 대한 법적 효력

(가) 약혼·사실혼

약혼과 사실혼에 대해서는 국제사법상 명문의 규정은 없다. 따라서 이는 해석문제로서 판례와 학설에 의하는 것이 된다.

약혼은 장래 결혼할 것을 약속하는 것으로 결혼과는 구별된다. 따라서 약혼을 사실관계로 볼 것인가 아니면 법률관계로 볼 것인가, 후자로 보는 경우에는 채권적 관계로 볼 것인가 아니면 신분적 관계로 볼 것인가에 대해서는 각 나라별로 입법과 판례, 학설이 나뉘어 진다. 프랑스처럼 약혼을 사실관계로 보고 파혼 이유에 따라 불법행위에 의한 손해배상청구권을 발생시키는 것에 지나지 않는 것으로 보는 나라도 있고 스위스, 독일, 네덜란드 등과 같이 약혼을 신분계약으로 보는 나라도 있다.

한국처럼 약혼을 신분상의 계약으로 해석하는 경우에는 국제사법 제47조가 적용되는 것으로 해석될 수 있다. 이에 대해 혼인에 관한 국제사법 제36조, 제37조의 원칙이 유추적용 되는 것이 타당하다는 견해가 있다. 이 견해에 의하면 약혼은 각 당사자의 본국법에 의해 인정되는 실질적 요건을 구비한 약혼이 유효한 것으로 취급되어 그것에 의해 발생하는 의무의 내용은 공통본국법이 있으면 그것에 의해 그것이 없으면 상거소가 동일한 경우에는 공통의 상거소지법에 의해 그것이 없는 경우에는 밀접관련지법에 따르는 것이 된다. 그러나 공통의 밀접관련지를 결정 할 수 없는 경우에는 양당사자의 본국법을 적용하여 쌍방의 본국법이 인정하는 범위 내에서의 효력만이 인정된다³⁵⁴).

사실혼이란 실질적으로는 부부공동생활을 하고 있으나 혼인신고를 하지 않았기 때문에 법률상의 혼인으로 인정되지 않지만, 혼인에 준하는 법적효과가 인정되는 사실상의 부부관계이다. 이점이 약혼과는 구별된다.

사실혼의 성립과 효력에 대한 준거법은, 사실혼의 준 혼인적 성격으로부터 혼인의 실질적 성립요건에 대한 국제사법 제36조 제1항이 유추 적용된

354) 木棚・松岡・渡辺、『國際私法概論』、有斐閣、1997、180면.

다.

또한 사실혼의 효력에 대해서는 국제사법 제37조 혼인의 효력이 유추 적용된다. 즉 공통본국법이 있으면 그것에 의해 그것이 없으면 상거소가 동일한 경우에는 공통의 상거소지법에 의해 그것이 없는 경우에는 밀접관련지법에 의하는 것이 된다.

예를 들어 한국인 남성과 외국인 여성이 장기간 사실혼 관계에 있고 한국에서 생활하고 거주하고 있는 경우에는 그 사실혼의 효력에 있어서는 한국법이 상거소지법으로 적용된다. 그리고 사실혼의 파기(破棄)에 의한 위자료청구에 있어서는 불법행위에 기인하는 것으로 국제사법 제32조에 의해 불법행위가 행해진 곳의 법률이 적용된다.

(나) 동성결혼

유럽의 일부국가와 미국의 일부 주에서는 동성간의 혼인을 인정하거나 아니면 둘 간의 관계를 혼인에 준하는 것으로 인정하는 입법이 존재한다. 이런 신분관계의 성립·효력·해소가 한국에서 문제가 되는 경우는 어떤 준거법을 적용할 것인가가 문제가 된다.

동성결혼을 인정하고 있는 국가(예를 들어, 덴마크)의 여성과 한국 여성이 덴마크에서 혼인 한 후에 한국에서 생활하고 있다고 가정하자. 이 두 사람 간에는 어떤 권리의무 관계가 존재하는가. 한국인인 여성이 사망했을 경우 스웨덴 여성에게 상속권이 인정 되는가 등의 문제를 발생시킨다. 이 문제에 대해서는 우선, 스웨덴에서 성립한 혼인의 효력이 한국에서도 인정되는가를 판단해야 한다. 앞서 살펴 본대로 혼인이 유효하게 성립하기 위해서는 실질적 요건과 형식적 요건이 충족되어야 한다. 민법은 혼인의 정의를 남성과 여성의 결합에 의한 것이라고 명확하게 규정하고 있지 않다. 또한 동성간의 결혼을 금지하고 있는 규정을 가지고 있지 않다. 그리고 호적법에 의한 혼인신고의 기재사항에서도 당사자란 표현을 사용하고 있을 뿐 당사자의 성별을 규정하고 있지 않다. 그러나 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되

어야 하며 국가는 이를 보장 한다”라고 규정하고 있다. 혼인과 가족생활이 “양성의 평등”을 기초로 성립되고 유지된다는 규정을 통해 볼 때 헌법이 예정하고 있는 결혼이란 남녀의 결합을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 한국에서는 동성간의 혼인은 성립되지 않을 가능성이 높다. 혼인이 성립되지 않으면 혼인에 따른 효력도 발생하지 않는다. 따라서 덴마크 여성에게 상속권은 인정되지 않는다. 다음으로 그녀들 간의 관계가 혼인에 준하는 관계 즉, 사실혼으로 인정될 가능성에 대해 살펴보면, 법이 상정하고 있는 사실혼 역시 남녀간의 결합을 전제로 하는 것이다. 사실혼이란 부부관계가 전제가 된 개념으로 혼인관계와 다른 점은 혼인신고를 하지 않은 점이다. 따라서 사실혼 관계에 있는 커플은 언제든지 혼인신고만 하면 혼인이 성립할 수 있는 관계이다. 이점을 감안하면 동성커플이 사실혼으로 인정될 가능성은 희박하다.

나) 이혼에 의한 국제결혼의 해소

(1) 이혼

종교적 교의에 입각하여 이혼을 인정하지 않거나, 일정의 유책원인이 있는 경우에 한하여 이혼을 인정하는 나라가 있다. 또한, 한국과 일본처럼 협의이혼을 인정하는 나라도 있다. 이처럼 나라에 따라 다양한 이혼법제를 가지고 있고, 이혼 수속 등에 있어서도 나라마다 차이가 있다³⁵⁵⁾.

따라서 국제결혼에 있어서는 이혼의 준거법으로서 어느 나라의 법률이 적용되는가가 문제가 된다. 이혼의 실질적 요건의 준거법에 대해서는 국제사법 제39조는 제37조의 혼인의 효력의 규정을 준용해서 이른바“단계적 연결”에 의한 지정방식을 채용하고 있다. 즉, 부부의 동일한 본국법이 우선적으로 적용된다. 동일한 본국법이 없을 때는 부부의 동일한 상거소지법이

355) 이혼을 인정하고 있지 않는 나라로서는 아일랜드, 필리핀 등이 있고, 협의이혼을 인정하고 있는 국가로서는 한국, 일본, 스웨덴, 포르투갈, 멕시코 등이 있다. 협의이혼을 인정하지 않고 재판 이혼만을 인정하는 나라는 미국, 영국, 인도, 네덜란드, 캐나다, 스페인, 태국, 덴마크, 터키 등이 있다.

적용된다. 이것도 없을 경우에는 부부와 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법이 적용된다. 그러나 부부 중 일방이 한국에 상거소가 있는 한국 국민인 경우에는 한국법에 의하는 것이 된다.

동 조항에 의하면 예를 들어, 한국인과 외국인 부부가 이혼 하는 경우, 외국인 배우자의 본국법이 이혼을 금지하고 있다거나 협의 이혼을 인정하지 않는 경우라도 한국인 배우자가 한국에 상거소를 가지고 있는 한 한국법에 의해 이혼할 수 있다.

다음으로 문제가 되는 것은 부부의 일방이 어느 나라 재판소에서 이혼 수속을 하면 되는 가이다. 이것이 이혼의 ‘국제재판관할권’이라고 부르는 문제이다. 또한, 외국 법원이 이혼에 관해 내린 판결은 한국에서 그대로 승인되어 집행될 수 있는가도 문제이다. 이혼의 국제재판관할권에 대해서는 원칙적으로 피고의 보호라는 이념으로부터 피고의 주소지의 재판소가 관할권을 갖는다. 그러나 이러한 피고주소지주의(피고중심주의)의 예외로서 원고가 한국에 주소지를 가지고 있고, 원고가 유기(遺棄)되거나, 피고가 행방불명되었거나, 피고가 응소(應訴)한 경우에는 당사자간의 공평과 편의를 고려하여 원고의 주소지의 재판 관할이 인정된다³⁵⁶⁾.

다음으로 외국 법원에서 내린 이혼 판결이 한국에서 승인되기 위해서는

356) 이 입장은 한국과 일본에서 학설과 판례를 통해 정착되었다고 할 수 있다. “외국인 간의 이혼심판 청구사건에 대한 재판청구권의 행사는 소송절차상의 공평 및 정의 관념에 비추어 상대방인 피청구인 행방불명 기타 이에 준하는 사정이 있거나 상대방이 적극적으로 응소하여 그 이익이 부당하게 침해될 우려가 없다고 보여져 그들에 대한 심판의 거부 오해가 외국인에 대한 법의 보호를 거부하는 셈이 되어 정의에 반한다고 인정되는 예외적인 경우를 제외하고는 상대방인 피청구인의 주소가 우리나라에 있는 것을 요건으로 한다”(대법원 1975. 7. 22. 선고 74므22 판결)
 “일본법원에 이혼소송의 국제적 재판관할권을 인정하기 위해서는 소송절차상의 정의의 요구에 합치하고 파행혼(跛行婚)을 방지한다는 측면에서 피고 주소가 일본에 있을 것을 원칙으로 하지만, 원고가 유기(遺棄)되었거나 피고가 행방불명되었거나 그 밖에 이에 준하는 사유가 있는 경우에는 피고의 주소가 일본에 없더라도 원고의 주소가 일본에 있으면 일본 법원의 재판관할권을 인정하여야 외국인의 신분관계에 대하여 일본법에 의한 충분한 보호가 주어지는 결과가 되어 국제사법 생활상의 정의·공평의 이념에 부합한다”(일본最高裁 1964.3.25 대법정 판결).

①확정판결 일 것, ②재판관할권이 있는 재판소에서 내린 판결일 것, ③패소 피고가 소송에 필요한 적법한 방식에 따라 방어에 필요한 시간여유를 두고 송달받았거나, 소송에 응하였을 것, ④선량한 풍속이나 그 밖의 사회 질서에 어긋나지 아니할 것, ⑤상호보증에 있을 것 등의 조건이 충족하면 된다.(민사소송법 제217조)

(2) 이혼에 따르는 자(子)의 양육권 문제

이혼에 따른 문제로서는 자(子)의 양육권, 위자료, 재산분할 등이 있다. 자의 양육권에 대해서는 당사자간의 협의가 성립되지 않을 경우에는 재판에 의하는 것이 된다.

이 문제에 대해 국제사법은 이혼의 준거법(국제사업 제39조, 제37조)과 친자관계의 준거법(제40조) 중 어느 것이 적용되는가에 대해 명문의 규정을 두고 있지 않다. 따라서 두개의 해석이 가능하다. 하나는, 이 문제를 이혼에 따르는 부가적 효과의 문제로 보고 국제사법 제37조에 의해 이혼에 적용되는 법률을 적용하는 것이다. 다른 하나는 이 문제를 친자관계의 문제로 판단하여 국제사법 제40조에 의해 친자관계에 적용되는 법률을 적용 대상으로 하는 것이다.

단, 국제결혼의 당사자의 일방이 한국인이고 한국인 부 또는 모와 자가 한국에서 살고 있는 경우에는 국제사법 제37조와 제40조 어느 조항에 의해서도 한국법이 적용되기 때문에 어느 쪽의 입장을 취해도 결과는 같다³⁵⁷⁾. 이 경우에는 한국의 민법이 적용된다.

(3) 위자료 및 재산분할

세계 각국에서는 이혼급부라는 형태로 이혼 후의 재산관계를 처리하는 제도가 존재한다. 그러나 이에 대한 법률적 구성은 나라마다 차이가 있다. 이혼 후에도 부양의무를 지는 미국과 독일 등의 나라가 있는 반면, 한국과

357) 그러나 친자의 국적이 다른 경우와 상거소가 다른 경우에는 어느 나라의 법률이 적용되는가에 대한 검토가 필요하다.

일본처럼 이혼에 따른 위자료를 불법행위에 의한 것으로 하는 나라가 있다. 재산분할을 인정하는 나라와 그렇지 않는 나라가 있다.

재산분할과 위자료의 문제에 있어서도 어느 나라의 법률이 적용되는가가 문제가 된다. 재산분할의 준거법에 대해서는 이혼의 효과의 문제로서 국제사법 제39조에 의하는 것으로 보는 것이 일반적이다. 따라서 부부가 공통의 본국법을 갖고 있는 경우에는 본국의 법률, 그것이 없는 경우에는 공통의 상거소지법, 공통의 상거소지법이 없는 경우에는 가장 밀접한 관계가 있는 나라의 법률이 적용된다. 단, 부부의 일방이 한국에서 생활을 하는 경우에는 밀접관련법에 우선해서 한국법이 적용된다.

위자료에 대해서는 이혼에 의한 재산분할을 보완하는 성격을 가지는 경우에는 재산분할과 같이 이혼의 효력의 문제이다. 따라서 국제사법 제39조가 적용된다. 그러나 이혼에 따른 폭력, 불륜, 모욕 등 개인적 불법행위를 원인으로 하는 위자료는 국제사법 제32조에 의해 불법행위가 행해진 곳의 법률에 의하는 것이 된다.

이와 관련해서 문제가 될 수 있는 것은 한국에서 한국인 남성과 결혼한 외국여성이 남편의 폭력 등을 이유로 이혼 한 경우, 이혼 위자료는 외국여성의 출신국 물가수준과 화폐단위를 기준으로 해서 결정되어야 하는가, 아니면 한국을 기준으로 결정되어야 하는 가이다. 이와 유사한 사건에서 일본의 법원은 상반되는 판결을 내렸다. 일본인 남편의 학대를 못 이겨 이혼하기에 이른 중국인 처에 의한 위자료지급 청구사건에서 1심은 중국인의 처가 어디에서 위자료를 사용할 것인가를 고려해서 20만 엔의 위자료가 상당하다고 판단했다³⁵⁸⁾. 이에 대해 항소심은 중국으로 귀국한 후의 물가수준과 소득수준은 탈실(脫實)이익의 산정과 비교해서 증시해야 할 것이 아니라 오히려 그것을 고려해서 감액하면 한국인 처와의 이혼과 비교하여 부당한 이익을 주는 것이고 당사자간의 공평을 결여한 것으로 위자료 액수를 100만으로 변경했다³⁵⁹⁾.

358) 秋田地大曲支判1994.5.12.14判時1532号116項

359) 仙台高秋田支判1997.1.29 家月48卷5号66項

결혼이 파경에 이르기까지 당사자가 받는 정신적 고통과 슬픔 등은 국적에 따라 다르지 않다. 이 점을 고려하면 위의 판결이 타당하다고 생각한다.

다) 국제결혼과 국적, 영주권 취득

국적은 개인이 특정 국가의 구성원이기 위한 공법상의 신분을 의미한다. 그리고 국적법은 이주외국인에 대한 그 사회의 공식적인 태도이기도 하다. 국제결혼의 증가는 자녀와 배우자의 국적 취득과 관련 문제를 발생시키고 있다.

현행, 국적법에 의하면 한국 국적의 취득은 출생(혈통)과 귀화³⁶⁰⁾를 통해서 가능하다. 출생에 의한 한국 국적의 취득에 대해서는 국적법이 개정되기 이전에는 부계혈통주의를 채택하고 있었다³⁶¹⁾. 국적취득에 있어서 부계혈통주의는 양성평등을 보장하는 헌법정신에 반하는 것으로 위헌소지가 있었다. 이에 개정 국적법은 양계혈통주의를 채택했다. 부모 중 한명이 한국인이면 그 자는 출생과 함께 한국국적을 취득할 수 있게 되었다.

그러나 여전히 문제로 남는 것은 귀화를 통한 국적취득이다. 귀화는 크게 ‘일반귀화’와 국제결혼에 의한 ‘간이귀화’, ‘특별귀화’로 나누어진다. 그 중에서 국제결혼에 의한 간이귀화에 대해 살펴보면, 귀화를 허가받기 위해서는 “한국인과 결혼 한 상태로 2년 이상 계속하여 한국에 주소를 두거나 외국에서 만나 결혼한 경우 결혼 후 3년이 지나고 국내에 들어와 1년 이상 주소를 두어야 한다” (국적법 제6조 제2항). 따라서 한국인과 결혼한 외국인이 한국 국적을 취득하려면 남편과 최소한 2년 이상 같이 살아야 하는 조건이 충족되어야 한다³⁶²⁾. 즉, 외국인 배우자가 한국국적을 취득하기 위

360) ‘귀화’란 한국국적을 가지고 있지 않은 외국인으로부터 한국국적의 취득을 희망하는의사 표시에 대해 국가가 허가하는 것에 의해 한국국민이 되는 자격이라는 포괄적인 지위를 창설하는 행위라고 해석되고 있다. 木村三男 "國際結婚等をめぐる法的諸問題", 「戶籍時報」 513号, 2000. 39면.

361) 개정 전의 국적취득에 있어서 부계혈통주의는 이주노동자의 증가와 함께 한국인 여성과 외국인 남성이 혼인이 증가했고, 이들 사이에 태어난 자녀들이 한국국적을 취득하지 못해 출생신고는 물론 취학의 어려움을 발생시켰다.

362) 이것은 귀화를 신청할 수 있는 자격에 불과하고 국적 취득을 위해서는 국적법시행령

해서는 결혼동거 관계가 전제되어야 한다. 따라서 이혼이나 사망 등으로 결혼 관계가 해소된 경우에는 ‘국민의 배우자’ 자격을 상실하게 된다. 문제는 그 후의 체류 기간을 연장할 수 있는 가와 한국 국적을 취득할 수 있는 가이다. 이 경우에 부모 부양 또는 자녀 양육 등 인도적으로 불가피한 사유가 있고, 외국인 배우자의 귀책사유가 없는 경우에는 체류 자격의 연장이 제한적으로 인정된다.

그러나 이혼의 경우는 귀책사유가 없음을 입증하기란 쉽지 않고, 체류 기간의 연장이 가능하다고 해도 사증의 종류는 F2(거주)³⁶³가 아니라 F1(방문동거)³⁶⁴로 변경되어 단기간의 체류만이 인정될 뿐이다. 그리고 방문동거 사증은 취업이 허용되지 않기 때문에 자신이나 부양하여야 할 자녀의 생계유지를 위해서는 불법취업을 할 수 밖에 없다. 즉, 노동권이 보장되지 않는다.

이런 문제를 해결하기 위해 현재, 국적법 개정안이 국회에 상정되어 있다. ①배우자의 사망이나 실종 그 밖에 자신의 귀책사유 없이 정상적인 혼인생활을 할 수 없었던 자, ②배우자와의 혼인에 의하여 출생한 미성년의

제4조 제4하이 규정하는 귀화적격심사를 통과해야 한다. 귀화적격심사는 필기시험과 면접시험으로 구분된다. 현재, 귀화신청을 한 후 국적을 취득할 때 까지는 체류연장이 가능 하다. 외국인배우자에 의한 간이귀화의 경우는 필기시험은 면제된다.

363) 출입국관리법 시행령 별표1에 의하면 F2(거주) 사증은 가. 국민 또는 영주(F-5)자격을 가지고 있는 자의 배우자 나. 난민인정을 받은 자 다. 외국인투자촉진법의 규정에 의한 외국인투자기업에 종사하고자 하는 자로서 투자금액이 미화 50만불 이상인 외국법인이 외국인투자촉진법의 규정에 의한 외국인투자기업에 파견하는 자중 기업투자(D-8)자격으로 3년 이상 계속 체류하고 있는 자 라. 영주(F-5)자격을 상실한 자중 국내 생활관계의 권익보호 등을 고려하여 법무부장관이 국내에서 계속 체류하여야 할 필요가 있다고 인정하는 자[강제퇴거된 자는 제외] 마. 외교(A-1) 내지 협정(A-3)자격외의 체류자격으로 대한민국에 7년 이상 계속 체류하여 생활근거지가 국내에 있는 자로서 법무부장관이 인정하는 자에게 부여된다.

364) 출입국관리법 시행령 별표1에 의하면 F1(방문동거)사증은 친척방문, 가족동거, 피부양, 가사정리 그밖에 이와 유사한 목적으로 체류하고자 하는 자, 외국국적을 취득한 동포로서 법무부장관이 특별히 국내체류를 허가한 자[재외동포(F-4)자격에 해당하는 자는 제외], 주한외국공관원의 가사보조인, 외교(A-1) 내지 협정(A-3)자격에 해당하는 자와 외국인등록을 마친 자의 동거인으로서 그 세대에 속하지 아니한 자 그밖에 부득이 한 사유로 직업 활동에 종사하지 아니하고 대한민국 내에 장기간 체류하여야 할 사정이 있다고 인정되는 자에게 부여된다.

자를 양육하고 있거나 양육하여야 하는 자에 대해서는 간이귀화요건을 갖추고 있지 못하더라도 귀화 신청 자격을 부여하는 것을 주요 내용으로 하고 있다³⁶⁵⁾.

한국은 영주권을 인정하고 있지 않는 대표적인 나라였다. 그러나 최근, 국제화와 국내체류외국인의 증가에 따라 외국인에 법적 권리의 보장을 위한 법적·제도적 장치의 필요성이 대두되었다. 이에 2003년 출입국관리법 시행령 개정³⁶⁶⁾에 의해 영주권제도가 도입되었다. 출입국관리법 개정³⁶⁶⁾에 의해 외국인이 귀화를 통하지 않고도 한국에서 안정적으로 생활할 수 있게 되었다. 영주권이 부여되는 대상 중 거주(F2)자격으로 5년 이상 대한민국에 체류하고 있는 자가³⁶⁶⁾ 포함됨으로서 거주 자격으로 한국에 체류하고 있는 외국인은 5년 이상 체류를 조건으로 영주권을 신청 할 수 있다. 따라서 한국인의 배우자로서 5년이상 국내에 체류했을 경우에는 귀하라는 절차를 통하지 않더라도 안정적으로 한국에 체류할 수 있다. 그러나 이상의 영주권 제도는 현재, 시행령으로 규정되어 있는 것이 때문에 영주권이 법적 권리로서 인정되었다고 할 수 없다. 이런 문제점을 해결하기 위해 영주권을 출입국관리법에 신설하는 개정안이 현재 국회에 상정되어 있다.

지금으로서는 영주권제도가 외국인의 법적 지위를 얼마만큼 보장해주고 어떤 한 구체적 조건 속에서 영주권이 부여될 지는 예측할 수 없다. 그러나 영주권제도를 신설한 것은 세계화에 따른 이주외국인의 증가 속에서 그들의 권리 보장을 위해 취해진 적절한 조치라고 생각된다.

라. 결론

365) 2002.10.25. 김경천의원 등 31인으로부터 발의되어 2003.4.25일 해당 상임위원 법제 사법위원회 전체회의에서 안건으로 상정 되어 현재 제1법안심사소위에 계류 중이다.

366) 출입국관리법 시행령 별표에 의하면, 영주사중(F5)은 법 제46조 제1항 각호의 1에서 규정한 강제퇴거대상이 아닌 자로서 다음 각목의 1에 해당하는 자. 대한민국 민법에 의하여 성년이고, 본인 또는 동반 가족이 생계를 유지할 능력이 있으며, 품행이 단정하고 대한민국의 풍속이해 등 대한민국에 계속 거주하는 데에 필요한 기본소양을 갖춘 자로서 거주(F-2)자격으로 5년 이상 대한민국에 체류하고 있는 자. 나. 미하 50만 불 이상을 투자한 외국투자자로서 기업투자(D-8) 자격으로 3년 이상 국내에 계속 체류하면서 국민의 고용창출에 기여한 자. 다. 대한민국에 특별한 공로가 있는 자로서 법무부장관이 인정하는 자. 라. 가목 내지 마목에 해당하는 자의 20세 미만의 자녀에게 부여된다.

1) 외국인(여성)의 인권보장을 위한 제언

이상으로 국제결혼의 현황을 살펴본 후에 국제결혼의 성립과 해소, 국적 취득에 대한 법적 구조와 문제점에 대해 검토하였다. 이하에서는 이상의 문제를 해결하기 위한 정책방안을 외국인(여성)의 인권보장이라는 관점에서 살펴본다.

가) 가족형성의 자유 보장을 위한 '체류특별허가'제도의 도입 방안

앞서의 국가인권위원회 진정사건에서 알 수 있듯이 불법체류 외국인과 한국인간의 혼인의 자유는 실질적으로 보장되고 있지 않다. 혼인의 자유는 혼인을 할 수 있는 자유뿐만 아니라 함께 생활 할 권리까지도 포함하는 개념이다. 한국 내에서 혼인이 유효하게 성립했음에도 불구하고 배우자 한쪽이 미등록외국인인 경우에는, 일단 출국해서 '국민의 배우' 자격으로 사증을 받아 재입국해야 한다. 사증의 발급과 관련해서 미등록외국인이었던 것을 이유로 일정기간동안 입국규제 조치를 당하는 경우가 많다. 이런 조치는 가족형성의 권리를 사실상 침해하는 것이 된다. 한국에서 안정적으로 생활할 수 있도록 일본과 같은 '체류특별허가' 제도를 마련하는 것이 필요하다.

일본의 체류특별허가 제도는 법무대신의 재량에 의해 인정되는 것으로 일본인 배우자 (영주권자 포함)와 혼인한 미등록외국인에게 일본에서 계속적으로 생활할 수 있도록 법적 자격을 부여하는 제도이다. 최근에는 이 범위를 넓혀 일본에서 장기간 생활하거나, 그 사이에 태어난(일본에서) 자녀가 현재 학교에 다니고 있는 등의 경우에는 자녀의 교육권 등을 고려해서 체류특별 허가를 하고 있다.

그러나 일본의 체류특별허가제도는 법무부 장관의 재량에 속하는 것으로 대상 범위에 대한 기준도 명확하지 않고 이의를 신청 할 수 없는 말 그대로의 '은혜' 적 조치에 해당한다는 점은 문제점으로 지적할 수 있다. 따라서 우리의 경우에는 ①체류특별허가를 적용하는 기준을 명확하게 하고, ②

체류특별허가의 심사 과정, 심사 결과에 대한 이유를 당사자에게 개시(開示)하고, ③재심 청원을 법적 권리로 인정하는 방향으로 체류특별허가제도를 도입하는 것이 필요하다.

나) 국적 취득 조건의 완화를 위한 국적법 개정 방향

한국인과 결혼한 외국인이 한국에서 국적을 취득하여 안정적으로 생활하기 위한 방안 중의 하나가 귀화이다. 귀화는 일반귀화와 국제결혼에 의한 간이귀화, 특별귀화로 나누어진다. 이중 국제결혼에 의한 간이귀화는 배우자가 한국국민이며, 본인이 ①한국의 민법에 의하여 성년일 것 ②품행이 단정할 것 ③자신의 자산이나 기능에 의하거나 생계를 같이 하는 가족에 의존하여 생계를 유지할 능력이 있을 것 ④국어능력 및 한국의 풍습에 대한 이해 등 대한민국 국민으로서의 기본 소양을 갖추고 있을 것이라는 요건을 갖춘 자로서 그 배우자와 혼인한 상태로 한국에 2년 이상 계속하여 주소가 있는 자 또는 그 배우자와 혼인한 후 3년이 경과하고 혼인한 상태로 한국에 1년 이상 계속하여 주소가 있는 자는 간이귀화를 신청할 수 있다. 이와 같은 간이귀화 요건은 엄격하다면 엄격할 수 있는 요건이다. 특히 간이귀화의 요건 중, 문제가 될 수 있는 것은 배우자가 2년 이내에 사망하거나 국적 취득 전에 이혼 등으로 혼인관계가 해소된 경우에 국적 취득을 할 수 없다는 점이다.

이를 해결하기 위해서는 첫째, 2년 이내에 배우자가 사망한 경우는 자녀의 유무, 부양해야 할 사람의 유무를 떠나 본인이 희망하는 경우에는 귀화 신청을 가능하게 해야 한다.

둘째, 국적 취득 전에 이혼 한 경우에는 외국인 배우자에게 귀책사유가 전혀 없는 경우나, 협의이혼이 성립한 경우에는 기한을 한정해서 귀화 신청을 인정하는 것이 바람직하다.

다) ‘영주권’ 제도의 신설 의의와 문제점

마지막으로 귀화제도와는 별도로 신설된 ‘영주권제도’의 의의와 문제점을 살펴보면, 영주권(Permanent Residence)이란, 일정한 요건을 갖춘 외국인에게 그 나라에서 체류기간의 제한 없이 주거할 수 있도록 부여하는 권리를 말한다. 외국인에게 있어서 영주권 제도가 갖는 장점은 기간의 정함이 없는 체류의 권리뿐만 아니라 체류 국가에서 국민과 거의 동등한 법적 권리를 보장받을 수 있다는 점이다.

지금까지 한국의 외국인 정책은 이주외국인에게 있어서는 한국에서 영위할 ‘이방인’으로 인권의 주체로서 인정받지 못하고 살 것인가, 아니면 한국 국민이 될 것인가의 선택만이 가능했다. 이런 점에서 신설된 영주권제도는 이주외국인의 인권과 민족적 정체성을 보장하는 것을 통해 한국에서 한국인과 더불어 ‘공존’ 할 수 있는 제도적 장치를 마련한 것으로 매우 큰 의미를 갖는다.

그러나 영주권제도는 외국인에게 한국에 영주 할 수 있는 권리만을 인정하는 것에 머물러서는 안 된다. 이와 함께 그들의 법적 권리가 보장되는 방안이 함께 마련되어야 한다.

외국인에게 보장되어야 하는 권리의 범위를 확정짓는 것은 결코 쉬운 작업은 아니다. 이는 인권이 유동적 개념이라는 점 이외에, ‘모든 사람에게 평등한 권리’를 보장하고 있는 세계인권선언 등의 기준이 곧바로 한국 사회에 적용될 수 없기 때문이다.

우리 헌법은 외국인이 기본권의 주체가 될 수 있는 지에 대해 직접적인 규정은 두고 있지 않다. 단, 헌법 제6조 제2항은 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”고 규정하고 있을 뿐이다.

외국인이 헌법상 기본권의 주체가 될 수 있는지에 관해서는 이를 긍정하는 입장과 부정하는 입장으로 나뉘어 진다. 부정설은 우리 헌법 제2장의 표제가 “국민의 권리와 의무”로, 국민의 권리만을 보장하는 것으로 외국인의 권리까지를 보장하는 것은 아니라는 것이다³⁶⁷⁾. 이에 대해 긍정설은

367) 박일경, “기본적 인권과 그 주체”, 「고시연구」, 1974. 10, 12-17면.

외국인도 일정한 범위 내에서 기본권의 주체가 될 수 있다는 것이다. 긍정설도 다시 권리의 성질에 따라 외국인에게도 인정되는 기본권과 외국인에게 인정되지 않는 기본권을 구분하는 학설(성질설³⁶⁸)과 헌법의 문언에 따라 구분하는 학설(문언설)로 나뉘어진다.

긍정설의 입장은 국민과 법적성격을 달리하는 외국인에 대해서도 인권존중의 이념에 따라 인권보장조항의 규범성을 인정하는 것으로 타당하다고 본다.

그러나 외국인의 기본권 주체에 관한 종래의 논의는 지나치게 문리적으로 해석하는 느낌이 있다. 헌법 제2장이 국민의 권리와 의무로 되어 있는 바 국민에게만 기본권이 보장된다고 하는 논리를 지나치게 강조하면서 헌법 제5조 제2항에 의한 상호주의 원칙에 따른 기본권 보장을 하고 있는 것이다. ‘기본권의 최대한 보장’이라는 헌법정신에 의하면 외국인에 대한 기본권 주체성 여부는 일단 기본권 주체성을 인정한 후 외국인의 기본권을 법률로 제한하는 방법인 기본권 조절의 문제로 파악하여 기본권 제한의 법적 효력의 문제로서 다루는 것이 타당하다³⁶⁹).

그러나 문제는, 외국인에게 보장되는 ‘일정 범위’에 대한 기준이다. 일정 범위에 대한 기준은 다양한 견해가 존재하나 필자의 견해로는 국민 고유의 권리를 제외한 모든 권리는 외국인에게도 보장되어야 한다. 이런 관점에서 보면 외국인에게 자유권과 평등권을 물론 사회권의 일부분도 적용되어야 한다.

이처럼 외국인의 자유권과 평등권, 사회권의 일부가 적용되는 방향으로 외국인의 법적 권리의 범위와 내용을 명확히 하는 법률의 제정이 필요하다.

마지막으로 지적하고 싶은 것은 현행, 영주권제도의 문제로서 신청자의 범위가 지나치게 제한되어있다는 점이다. 출입국관리법 시행령 별표에 의하면 영주권을 신청할 수 있는 사람은 거주사증(F2 사증)으로 5년간 한국

368) 권영성, 「헌법학원론」(2003년판), 박영사, 2003, 302면.

369) 정재황, 「기본권 연구 I」, 길안사, 1999, 438면.

에 체류한 자, 50만 불 이상 투자한 외국의 투자가로서 기업투자자격으로 3년 이상 국내에 체류하면서 국민의 고용 창출에 기여한 자, 법무부장관이 공로를 인정한 자로 되어있다. 그 중 5년간의 국내체류자 중, 거주사증(F2사증) 소지자에게만 영주권신청 자격을 부여한다는 점이다. 이는 외국인 간의 형평성에 대한 문제를 발생시킬 가능성이 있다. 특히, 취업 등으로 국내에 장기체류하고 있는 외국인에게 있어서 한국은 생활의 기반이고 터전이다. 따라서 그들이 배제될 이유는 없다. 물론, 직종의 구분은 있을 수 있다. 예를 들어 대학 교수나 전문직 종사자를 중심으로 영주권 자격을 부여한 후에 이를 확대하는 방안을 생각할 수 있다.

IV



결론



이상에서 살펴본 바와 같이, 본 연구의 목적은 다양한 가족의 출현에 따른 제반 쟁점을 다루고, 가족 관련법의 개정방향을 모색하였다. 이는 사회 변화에 따른 법적 변화를 ‘성 평등성’과 ‘약자의 보호’의 관점에서 다룸으로써 보다 폭 넓은 차원에서 그들의 불이익을 제거하고자 함이며, 이는 인간의 권리보호를 기본이념으로 하고 있다.

사회적 변화에 따라 이혼에 있어서는 배우자의 부양과 친권의 문제, 부모의 재혼에 의한 자녀의 성(姓) 결정, 미혼모의 자녀양육권, 사실혼 자녀의 법적지위보호와 동거자들의 법적보호, 동성애 커플의 법적인정 여부, 인공수정에 있어서 대리모제도 혹은 정자제공자의 인정 여부, 국제결혼에서 외국인 여성의 지위를 포함한 수많은 논쟁점을 찾을 수 있었다.

이는 궁극적으로 가족가치관이 가족을 중심으로 한 전통적 가족주의에서 개인을 존중하는 개인주의적 사상으로 급격히 변화되고 있음을 보여주고 있다. 따라서 가족가치관과 가족구조의 변화사이의 괴리를 메꾸는 작업이 시급하다고 하겠다.

이와 더불어 제반 가족의 변화는 각 이슈마다 변화의 수위가 다르므로, 이를 일률적으로 적용시키기는 어렵다는 문제점이 있다. 그러나 각기 선정된 분야의 쟁점은 앞으로 우리사회에서 활발히 토의되어야 한다는 측면에서 이러한 작업은 하나의 준비작업이라고 생각한다.

그러므로 각 개별연구과제에서 제시되어진 문제점은 이것이 보수주의적 관점, 중도주의적 관점, 자유주의적 관점, 그리고 여성주의적 관점에서 어떤 의미를 지니는가에 대해 앞으로 보다 구체적인 논의와 이론적 정립과 더불어 활발한 논쟁을 기대한다.

참 고 문 헌

국내문헌

- 강남순(2001) “전통적 가족의 해체와 그 재구성”, 「기독교사상」.
- 강남진(1994) “인공수정자의 법적 지위와 대리모의 문제점”, 「여성연구 제2호」, 목포대.
- 강동범(편저), 강봉수 “요점정리 신형법”, 교서관.
- “섭외가사사건의 제문제”, 「섭외사건의 제문제(하)」, 법원행정처 제34집.
- 고정명(1987) “인공수정과 친자법, 인공수정의 법리”, 법무부.
- _____ (1988) “인공수정에 의한 자녀출산과 그 법적고찰”, 「김주수교수 화갑기념논문집」.
- _____ (1991) 「인공출산의 법리와 실제」, 교문사.
- _____ (1991) “인공적 임신에 관한 연구” (1)-(8), 「사법행정 1월-8월호」.
- _____ (1991) “대리모계약의 대응양태에 관한 고찰”, 「박병호교수 환갑기념논문집」.
- _____ (1992) “생명공학의 법률문제”, 「법학논총 제5집」, 국민대.
- _____ (1993) “체외수정과 의사의 법적책임”, 「고대법의학」, 고려대.
- _____ (1994) “체외수정의 유전공학전 접근에 대한 시안”, 「법학논총 6집」, 국민대.
- _____ (1998) “대리모계약의 모성추정문제”, 「법학논총」, 제10집, 국민대.
- 구연창(1990) “친권제도의 재조명”, 「가족법연구」, 한국가족법학회.
- 권영성(2003) 「헌법학원론」 (2003년판), 박영사.
- 권정희(2001) “이혼에서 자녀보호를 위한 법적 고찰”, 「가족법연구」,

한국가족법학회.

- 기턴스, 다이애너(1997), 「가족은 없다- 이데올로기의 해부」, 일신사.
- 김경주(2001) “미혼모 발생과 입양실태”, 「기독교사상」.
- 김동훈(역)(1993), Rainer Frank: “독일법에 있어서의 비혼인적 공동생활”, 「가족법연구12호」.
- 김민규(2000) “이혼원인에 관한 논의와 그 실태”, 「가족법연구」, 한국가족법학회.
- 김민중(2002) “동성혼에 관한 국제적 입법동향”, 「비교사법 제9권 4호」.
- _____ (2001) “동성혼 - 스칸디나비아국가의 입법례 -”, 「법조 통권 553호」.
- _____ (2001) “독일의 새로운 가족법상의 제도로서의 동성 사이의 「생활동반자관계」”, 「가족법연구 제15권 2호」.
- _____ (1992) “인공수정에 의한 자의 출산의 법률문제”, 「법학연구 제19집」, 전북대.
- 김병대(1991) “친권자의 보호교양의무”, 「가족법학론 박병호교수환갑 기념논문집」, 박영사.
- 김상용(1999) “면접교섭권”, 「법학연구」, 부산대학교 법학연구소.
- 김상용(1996) “이혼후의 양육자및 친권자결정에 있어서 민법이 갖는 몇가지문제점”, 「사법행정」, 한국사법행정학회.
- 「미혼모 가정에 대한 지원방안, (심포지움자료)」, 가정법률상담소.
- 김성숙(1996) “약혼법과 이혼법 정비를 위한검토”, 「가족법연구」, 한국가족법학회.
- _____ (1996) “부양적 재산분할의 실태”, 「승실대법학논총 제9집」, 승실대학교.
- 김 연(1994) “이혼후의 자의 양육”, 「가족법연구 제8호(이태영박사송수 기념 세계가족의 해 특집)」, 한국가족법학회.
- 김용욱(1992) “한국의 사실혼”, 「가족법연구 6」.

- ____ (1974) “혼인외의 자에 관한 연구”, 「부산대논문집(17)」.
- 김용한(1998) 「친족상속법」(보정판)
- 김유미(2001) “이혼시 친권의 개정방향”, 「가족법연구」, 한국가법학회
- 김재국(2000) “현대 여성의 성씨에 관한 권리”, 「민사법연구」, 대한민
사법학회.
- 김주수(2000) 「친족상속법-가족법」, 법문사.
- ____ (1986) “사실혼보호의 비교법적 고찰”, 「연세행정논업12」.
- 김준원(1993) “인공수정자의 법적 지위”, 「사회과학연구」, 광주대.
- 김중대 “모자가정의 문제와 복지”, 「여성문제연구」, 효성여대.
- 김찬식(1997) “이혼으로 인한 재산분할 및 위자료에 관한 실증적
연구”, 명지대학교.
- 김태한(1999) “동성혼인 문제의 법률적 고찰”, 「가족법연구 제13호」.
- 남효순(2003) “프랑스민법상의 동거계약에 관한 연구”, 「서울대학교
법학 제44권 제1호」.
- 노영상(1997) “인공수정의 비교법적 고찰”, 「논문집 제2호」, 부산여자전
문대.
- 문의승·김상명(2000) “민사에 있어서 인공수정자의 법적 지위에 관한
고찰”, 「논문집 제21집」, 제주산업정보대.
- 문영화(1998) “독일법상 이혼한 배우자간의 부양의무”, 「실무연구Ⅳ」,
서울가정법원.
- 박성득(2003) 「민법중개정법률안 검토보고」, 법제사법위원회.
- 박순성(1993) “이혼을 원인으로 하는 손해배상청구권의 법적 성격”,
「재판 자료 제62 가정법원사건의 재문제(서울 가정법원
창립 30주년 기념특집)」, 법원행정처.
- 박일경(1974) “기본적 인권과 그 주체”, 「고시연구」.
- 배경숙(2001) “발간사”, 「아세아여성법학 4호」.
- 변화순(1995) “가부장적 군사문화가 여성의 삶에 미친 영향”, 「광복50
주년 기념논문집」, 한국학술 진흥재단, 광복 50주년 기

남사업위원회.

- 변화순외(2000) 「한국가족의 변화와 여성의 역할 및 지위에 관한 연구」, 한국여성개발원.
- _____ (2000) 「최근 가족해체 실태 및 복지대책」, 한국여성개발원.
- 손현경(1996) “한국가족법상의 성씨에 관한 연구”, 부산대학교 박사학위논문.
- 서대문구청(1995) “미혼모 보호제도의 문제점과 개선방안”
- 서정애(2003) “청소년의 성”, 중앙일보.
- 석 홍(1990) “미혼모와 혼외자의 법리연구”, 영남대학교 박사학위 논문.
- 시민회의(2003) 「이혼의 한국적 현황, 그리고 원인, 대책(시민회의 제36차 심포지엄 자료)」, 바른사회를 위한 시민회의.
- 신혜경(2001) “변화하는 가정, 무엇이 정상인가요?”, 「기독교사상」.
- 안구환(1999) “면접교섭권에 관한 소고”, 「가사조정 제2호」.
- 양수산(1998) 「친족상속법」, 외국어대출판부.
- 원상철(1998) “프랑스법상 인공수정자의 법적 지위”, 「법학연구 제15집」, 원광대.
- 유재철(2001) “사실혼 배우자의 보호와 청구권의 확대- 한국과 일본의 최근 판례를 중심으로”, 「가족법연구 15권 2호」.
- 유재길(2001) “사실혼 배우자의 보호와 청구권의 확대”, 「가족법연구 15권 2호」, 한국가족법학회.
- 윤덕경·장영아(2002) “가족법상 친권·양육권 및 면접교섭권제도의 실효성 확보방안 연구», 한국여성개발원.
- 윤진수(1998) “혼인의 자유”, 「한국법학 50년 - 과거·현재·미래 (II)」, 한국법학교수회.
- 이경희(2002) 「가족법」, 법원사.
- _____ (2002) “동성혼인(Same-Sex Marriage)의 보호에 관한 국제적 동향”, 「세계화시대의 법·법률가」, 한국법학교수회.
- _____ (1998) “미국판례를 중심으로 본 동성혼인(Same-Gender

- Marriage)의 법리”, 「아세아여성법학, 창간호」, 아세아 여성법학연구소.
- 이병화(2000) “사실혼 부부의 법적 지위”, 「동덕여성연구 제5권」.
- 이상석(1997) “이혼과 위자료”.
- 이상태(2001) “재산분할청구권의 부양적 성질”, 「아세아여성법학」.
- 이상훈(1993) “이혼에 따른 재산분할청구사건의 재판실무상 문제점에 관한 고찰”, 「법조」.
- 이석태(2001) “성적 지향에 근거한 차별과 대책”, 「서울대 BK21법학 연구단 학술대회발표논문집」.
- 이준영 “인공임신에 의해 출생한 자의 친생자관계 관한 입법론 적 고찰”, 「가족법연구 제11호」, 한국가족법학회.
- 이태영·김숙자(1982) “자녀양육에 관한 연구”, 한국가정법률상담소.
- 이희배(1985) “민법상 부양법리에 관한 연구(下)”, 「사법행정」.
- _____ (1986) “부양법의 비교법적·입법론적 고찰”, 「안이제박사 화갑 기념 논문집, 민사법과 환경법의 제문제」, 박영사.
- 이희규(1996) “인공수정자의 법률적 지위에 관한 연구”, 「논문집 제 27집」, 강남대.
- 이화숙(1998) “미국의 파경주의 이혼법에 남아 있는 유책적 요소에 대한반성론”, 「법학논총」, 경원대학교 사회과학연구소.
- 이화숙(1988) “부부의 재산관계에 관한 비교법적 연구”, 연세대학교 박사 학위논문.
- 임인숙(1999) “미국학계의 가족변화 논쟁”, 「가족과 문화, 제11집 1호」.
- 임정평(1990) “사실혼 개념에 대한 재검토”, 「민사법학의 제문제」 (소봉 김용한 교수 회갑 기념 논문집).
- 장혜경·민가영(2001) “재혼가정의 적응실태와 지원방안에 관한 연구”, 한국여성개발원.
- 정광수(2001) “민법상의 친자관계에 관한 연구-양자법과 친권법을 중심으로-”, 「강원법학」, 강원대 법학연구소.

- 정미화(2001) “미국의 이혼가정 자녀 보호제도”, 「이혼과 자녀양육 (한국가정법률상담소 창립 45주년 기념 심포지엄)」, 한국가정법률상담소.
- 정재황(1999) 「기본권 연구 I」, 길안사.
- 조미경(역)(1997) Rainer Frank: “독일 친자법 개정의 최근의 전개”, 「가족법연구 제11호」, 한국가족법학회.
- 최신덕(1979) 「결혼과 가족」, 이화여대출판부.
- 최진섭(1997) “계가족(step-family)의 법률관계에 대한 외국법의 동향 분석”, 「통일문제와 국제관계」, 인천대학교 평화통일연구소.
- 최창열(2000) “이혼에 따른 위자료의 법적 성질에 관한 고찰”, 「가족법연구 14호」, 한국가족법학회.
- 케네트 밀레트(1976) 「여성해방운동의 이념: 성의 정치학」, 크리스찬아카데미,
- 한국여성민우회 복지위원회(2001) “한부모 가족의 양육비 지급 이행을 위한 정책 제안”, 「한부모 가족의 양육비 확보를 위한 정책 심포지엄자료집」, 한국여성민우회 가족과 성상담소.
- 한봉희(1999) “파탄주의 이혼원인의 재문제”, 「가족법논집(남송 한봉희 교수 정년기념)」, 찬글.
- 한봉희(1989) “사실혼 배우자의 법적지위”, 고시계.
- 한봉희(1975) “혼외자의 법적 지위연구”, 「전북대논문집(제17집)」, 전북대학교.
- 한봉희(1974) “혼외자의 법적 지위(5)”, 「사법행정」.
- 한삼인(1990) “재판상이혼에 관한 실증적 연구”, 동국대학교 대학원 박사학위논문.
- 함인회외(2002) 「우리 동거 할까요」, 코드.
- 허영희(2001) 「법학연구 제10집」, 경상대학교법학연구소.
- 국회통일시대평등사회정책연구회(2002) 「국제결혼 현황과 국적법 개정 방

향에 관한 연구」.

대법원판결집 제32권 3집.

중국동포 입국금지 해제 권고에 대한 국가인권위원회 (2003.9.19).

국외문헌

Bech, H.(2001), Elf Jahre registrierte Partnerschaft in Dänemark:
Gesellschaftliche Konsequenzen des Gesetzes, AJP/PJA.

Beizke/Lüderiz(1992), Juristische Kurz- Lehrbücher Familienrecht

Black, H. C.(1979), Black's Law Dictionary, West Publishing Co.

Bromley, P. C.(1981), Family Law, Butterworths.

Bruns, M. & Rainer(Hrsg.), K.(2001), Handkommentar zum LPartG,
Baden-Baden: Nomos.

Burhoff, D.(2001), Das Lebenspartnerschaftsgesetz, ZAP Nr. 15

Bernd von Heintschel-Heinegg/Gerhardt, (1992), Materielles
Scheidungsrecht.

Diduck, A. & Kaganas, F.(1999), Family Law, Gender and the state,
Hart Publishing Ltd.

Dieter Schwab(1998), Handbuch des Scheidungsrecht.

Elliot, F. R.(1986), The Family: Change or Continuity, Hong Kong,
Macmillan Education.

Eva Marie v.Münch(1996), Die Scheidung nach neuem Recht, Duetscher
Taschenbuch Verlag

Fagan P. F.(1999), "Current Perspectives on the Family".Feuds about
Families: Conservative, Centrist, Liberal, and Feminist
Perspective, Prentice Hall, Inc.

Faller, W. N., The Illegitimates Right to Benefits accaring upon the
Death of His Parent, 28 Louisina Law Review.

- Forder, C.(1999), "Civil law aspects of emerging forms of registered partnerships", Legally regulated forms of non-marital cohabitation and registered partnerships, Fifth European Conference on Family Law, The Hague.
- Garfinke,(1988), Child Support Assurance : A New Tool for Achieving Social Security, SAGE.
- Grib, S.(1994), Regelungen für lesbische und schwule Partnerschaften in Dänemark, in Lesben. Schwule. Partnerschaften - Berlin: Referat für gleichgeschlechtliche Lebensweisen der Senatsverwaltung für Jugend und Familie.
- Horn, N. (1996), Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie,
- Jänlerä-Jareborg, M. (1994), "Matrimonial Property and Maintenance to Spouse in Swedish Conflict of Law", International Family Law : A Scandinavian Approach(ed. Lis Frost), University of Aarhus : Denmark),
- Nordhues, H. G. (1991), Ehe und Heterosexualität? - Gedanken anlässlich des dänischen Gesetzes über die Registrierung homosexueller Partnerschaften, DRiZ.
- Population statistics. Marriages and registered partnerships 2000
Practice Direction[1977] 1W.l.r. 1065.
- Rauscher, (1998), Das Umgangsrecht im Kindschaftsreformgesetz, FamRZ,329.
- Saldeen, A. (1991-2), "Property, Maintenance and State Support", JFL. vol 30. 1.
- Schaflick, F. C. (1973), "The Emerging Constitution of Putative Father's Parental Rights", 7 Family Law Quarterly.
- Schimmel, R. (1996), Eheschliessungen gleichgeschlechtlicher Paare?,

- Duncker & Humblodt · Berlin.
- Scherpe, J. M.(2000), Zehn Jahre registrierte Partnerschaft in Dänemark. Zur Novellierung des Gesetzes von 1989, DEuFamR .
- Strasser, M., Same-Sex Marriages and Civil Unions: On Meaning, Free Exercise, and Constitutional Guarantees, 22 Loy. U. Chi. L. J. 597, 599.
- Strick, K.(2000), Gleichgeschlechtliche Partnerschaft - Vom Straftatbestand zum Status?, DEuFam.
- Sussman, M. B., Steinmetz, S. K. & Peterson, G. W.(1999), Hanbook of Marriage and the Family, A Division of Plenum.
- Trans, M. N.(1988), New Swedish Family Legislation Stockholm.
- Tilo Ramm(1970), “Zur Neueregulung des Rechts der Ehescheidung und der Scheidungsfolgen”, FamRZ, 753.
- U.S. House of Representatives(1989), Committee on Ways and Means, The Child Support Enforcement Program.
- Wesenberg(1985), Neure deutsche Privatrechtsgeschichte. Duncker & Humblodt · Berlin.
- Zwissler, F.,(2001) Paare ohne Trauschein: Finanzen, Verträge Ansprüche. Regensburg, Berlin

- 木棚・松岡・渡辺(1997) 「國際私法概論」, 有斐閣.
- 木村三男(2000) “國際結婚等をめぐる法的諸問題”, 「戶籍時報」第513号.
- 太田式男・溜池良夫(1986) 「事實婚の比較法的 研究」, 有斐閣,
- 佐藤義彦(1992) “離婚後の子の監護”, 「講座/ 現代家族法 第3卷(親子)」, 日本評論社

東京所等裁判所民事判例時報(1990) 38卷 4-6號(合本),
高等裁判所判例集 18卷 7號

참고 사이트

<http://my.dreamwize.com/woomoon.main30-4.htm>
http://government.is/interpro/dkm/dkm.nsf/pages/eng_partnership/,
<http://www.lsvd.de/lpartg/island-ges.html>.
<http://www.gegenpol.net/hefte/1999/10152.html>
http://WWW.lawtimes.co.kr/Lawtimes_Web/Newsprint.aspx?Seri.
<http://www.odin.dep.no/>.
<http://www.riksdagen.se/>.
<http://www.samesexmarriage.ca>
<http://www.senshu-u.ac.jp/~thj0090/rex4.htm>
http://www.ssb.no/ekteskap_en/tab-2001-09-13-14-en.html.
<http://WWW.steinbuch-braunfels.de?LPart-neLG.htm>
<http://www.tu-chemnitz.de/TUrbulenz/heterro.html>
<http://users.cybercity.dk/~dko12530/s2.htm>,
<http://WWW.yovanto.de/-snm-0135024656-1059876147-0000013596>

통계자료

국제결혼 건수 추이, 통계청, 2001.

미혼모시설입소자 실태, 보건복지부 자료, 보건복지 백서, 2001.

2003 연구보고서 240-21

다양한 가족 출현에 따른 쟁점과 가족관련법의
방향 정립에 관한 연구

2003년 12월 27일 인쇄
2003년 12월 31일 발행

발행인 : 장 하 진

발행처 : 한국여성개발원
서울시 은평구 불광동 1-363
전화 / 3156-7000 (代)

인쇄처 : 도서출판 한 학 문 화
전화 / 313-7593 (代)

ISBN 89-8491-086-4 93330 <정가 7,000원>