

혼인관계 및 가족형태가 친권에 미치는 영향

김 은 아*

목 차

- I. 서 론
- II. 친권의 의미와 그 연혁적 고찰
 - 1. 친권 및 친권자와 친권행사자의 의미
 - 2. 친권에 대한 연혁적 고찰
- III. 혼인관계 및 가족형태에 따른 친권의 문제
 - 1. 혼인 중의 자녀의 친권자
 - 2. 혼인 외의 자
 - 3. 이혼 후의 친권자
 - 4. 계친자관계에 있어서 친권자의 문제
- IV. 결 론

I. 서 론

부모와 자식과의 관계는 천륜이라 하여 사실상 혹은 법률상 완벽한 단절이라는 것은 불가능하다. 뿐만 아니라 단지 부모와 자식이라는 이유만으로 법적으로 다양한 권리와 의무의 주체가 되기도 한다. 예컨대 부모라는 이유만으로 친권의 주체가 되기도 하며, 부양의 의무가 인정되기도 하고, 미성년자에 대한 다양한 민사상의 책임을 부담하여야 한다. 그리고 자녀 역시 부모에 대해서 일정한 경우 부양의 의무를 담당하며, 부모가 사망하면 상속인으로서의 권리와 의무가 있으며, 경우에 따라서는 유류분권리자로서의 지위가 인정되기도 한다.

* 한신대학교 외래교수, 법학박사

또한 부모와 자녀라는 관계는 비단 사법적인 영역에서 특별하게 다루어질 뿐 아니라 형법이나 기타 사회법의 영역에서도 다양한 영향을 미치는 존재로서 인정된다. 그 가운데 특히 미성년자에 대한 부모의 친권은 부모가 미성숙한 자녀에 대하여 가지는 포괄적인 권리와 의무를 일컫는 것으로 오늘날 대부분의 국가에서는 부모와 자녀 사이의 친권관계에 관한 권리와 의무를 규정해 놓고 있으며, 우리나라 역시 민법 제정당시부터 친권제도를 명문화하고 있다.

그러나 오늘날과 같은 친권제도의 확립은 근대 이후에야 비로소 가능한 것이었다. 즉 근대이전의 사회에서는 친권이라는 개념이 자녀중심적 권리가 아니라 가부장 혹은 부친 중심적인 권리였기 때문이다. 그리고 친권자 역시 오늘날과 같이 친생의 부모가 아니라 대가족제도에서의 부친 혹은 가장 연장자인 가부장이었던 것이다. 그 이유는 친권이라는 의미가 곧 가족 내에서 가부장의 절대적 권리 중 하나로 인식되었기 때문이며, 그 결과 친권은 부친 혹은 가부장이 자녀에 대해 가지는 권리일 뿐만 아니라 자녀로 하여금 복종의 의무를 부여할 수 있는 것으로 인식하였기 때문이다.

그런데 근대사회에 이르러서는 전근대사회와는 비교가 될 수 없을 정도의 다양한 경제적 변화가 이루어졌고 그러한 가운데에서 가족제도 역시 변화를 맞게 되었는데, 그것은 바로 가부장을 중심으로 한 대가족에서 부부 중심의 핵가족으로의 변화였던 것이다. 따라서 전근대사회에서 부친 혹은 가부장의 보호를 받아야 했던 미성년의 자녀는 이제 부모가 그 보호를 담당하게 되었다. 뿐만 아니라 개인에 대한 존엄성의 발로로 인하여 전근대사회에서 부친 혹은 가부장이 미성년자에게 요구할 수 있었던 복종의 의무 역시 부인되었으며, 더 나아가 미성년자에게 대한 단순한 보호 뿐 아니라 교양 역시 부모가 담당하도록 하기에 이르렀다. 이에 오늘날 대부분의 국가에서는 친권제도를 채택하여 미성년자녀를 부모가 동등하게 보호 및 교양하도록 하고 있다.

우리 민법 역시 제정 당시부터 친권제도를 명문화하였으며, 최근에 이르기까지 5회에 걸친 대대적인 개정이 있었고, 그 과정에서 주목할 만한 성과를 이루기도 하였다. 예컨대 전근대적 친권제도의 변화 즉 부 혹은 가부장 중심적인 친권제도의 의미가 자녀 중심으로 변화한 것과 친권행사에 있어서 가부장에게서 부모로 또한 그 행사에 있어서 부친 중심적 원칙에서 부모평등적 친권행사

의 원칙의 확립과 친권행사시 자녀 복리우선의 원칙을 수립한 것이다. 그럼에도 불구하고 아직까지 민법상 친권제도의 적절한 활용을 위한 입법적 불비가 잔재하고 있다. 그 대표적인 것이 친권자의 범위에 대한 확정이 입법적으로 충실히 규정되어 있지 않고 있는 것이다. 근래에 문제되었던 단독친권자의 친권행사 불가능시 누가 친권을 행사할 것인가에 대한 문제 역시 입법적으로 친권자의 범위를 명확히 해결하지 못하였기 때문에 발생한 것이라 할 수 있다. 오늘날과 같이 복잡한 가족관계 및 가족관계 내에서의 다양한 문제들의 산재는 친권제도의 본래 취지를 제대로 확립하지 못하게 할 가능성이 있기 때문에, 그 대표적인 문제의 해결로서 친권자규정에 대한 분석을 통해 그 입법론적 대안을 제안하여 다양한 경우에 있어서 친권자 범위의 한계를 마련할 필요가 있다. 이에 본 고에서는 현행 민법상 친권자 규정에 대한 분석을 통해 이를 정리하여, 현재 논의 될 수 있는 몇 가지 문제에 대해 그 해결방안을 제안하고자 한다.

II. 친권의 의미와 그 연혁적 고찰

1. 친권 및 친권자와 친권행사자의 의미

친권이라 함은 부모가 미성숙한 자녀를 보호 및 교양할 권리이자 의무이며, 친자관계로 인하여 발생하는 다양한 효과들 가운데 가장 중요한 것이라 할 수 있다. 이러한 친권의 의미는 근대 이후 현대사회에서 고착된 것으로 그 이전사회에서는 친권의 개념이 자녀를 위한 자녀 중심적인 개념이라기보다는 가부장 혹은 부친이 가족의 통솔을 위해 가졌던 가부장권의 내용 중 하나로 인식되었다.

또한 친권은 원칙적으로 출생에 의해서 당연히 부모가 취득하는 친부인권으로 이해되며, 자녀의 출생으로 친생부모가 당연히 친권자가 된다. 다만 예외적으로 입양 혹은 인지라는 법률행위에 의해서도 친권을 취득할 수 있다. 그러므로 부모 또는 양부모는 미성숙자녀의 친권자가 된다.

그러나 친생부모 혹은 양부모가 항상 친권을 행사할 수 있는 것은 아니다. 일정한 경우 가족관계 및 혼인형태에 따라서 친권을 행사하는 자가 부모 중 일방으로 정해지기 때문이다. 예컨대 부모가 혼인 중인지 그러하지 않은지, 후자

의 경우 혼인 외의 자인지 아니면 부모가 이혼하였는지에 따라서 부모 혹은 양부모가 공동으로 친권을 행사할 수도 있고, 부모나 양부모 중 일방이 친권을 행사할 수도 있다. 원칙적으로 부부가 공동으로 친권을 행사해야 하지만, 공동행사가 어려울 경우 누가 친권을 행사할 것인지는 자녀의 복리와 직결되는 것이기 때문에 법률의 규정 및 기타의 기준에 의해 신중히 결정하여야 할 것이다.

2. 친권에 대한 연혁적 고찰

(1) 전근대사회

근대사회 이전 가족제도의 가장 큰 특징은 가부장을 중심으로 한 대가족제도이다. 이는 당시의 경제활동의 형태가 농수산업 중심의 노동력을 토대로 하였기 때문이다. 즉 다량의 노동력을 통해서 경제활동이 이루어져야 했던 당시의 사회구조에서 대가족제도는 노동력 확보 및 확보된 노동력을 효율적으로 이용할 수 있는 가장 경제적인 가족제도였기 때문이다. 그리고 다수의 가 구성원이 존재하는 대가족제도 하에서는 가내의 질서 유지를 위하여 가부장을 중심으로 한 상하 획일적 관계의 확립이 필연적이었다. 따라서 근대 이전의 대가족제도에서 가를 통솔하기 위해서는 막강한 가장권이 필요하였고, 가장권의 내용 가운데 일부인 친권은 가부장이 가내의 미성숙자녀에 대한 보호의무 뿐 아니라 그로부터 복종을 강제할 수 있는 권리로 인식되었다. 그러므로 이러한 대가족제도 하에서 미성년자는 가부장에 대한 종속적 지위에 놓이게 되었다.

연혁적으로 보면 친권에 대해서 로마법과 게르만법은 약간의 태도를 달리한다고 할 수 있다. 로마법상의 *patria potestas*는 가구성원 전체에 대한 가부장의 절대적 지배권으로 자녀는 가부장의 명령에 복종하여야 했으며, 가부장은 미성년자에 대한 모든 권리를 행사할 수 있다.¹⁾ 게르만법상의 *Munt* 역시 가부장의 포괄적인 지배권으로 자녀는 가부장에게 종속되었다.²⁾ 다만 게르만법의 경우

1) 로마법에 있어서 가부장은 자녀에 대한 신분적 지배권을 가지고 있었는데, 그 주요한 내용은 자녀의 생사여탈권, 자녀매각처분권, 신생아유기권, 가해자인도권 등이었다(현승중·조규창, 『로마법』, 법문사, 2004, p. 925-927). 이러한 권리는 절대적인 권리로서 제3자와의 관계에서도 배타성이 인정되었다.

자녀가 경제적으로 독립할 때까지 자녀를 보호하고 자녀의 재산을 관리하는 가부장의 권리로 인식되었던 점에서 절대적 지배권의 성격보다는 보호지배관계로서의 성격이 좀 더 강하게 존재하였다고 할 수 있다.

(2) 근대이후사회

산업혁명을 계기로 사회경제적인 변화는 가족제도에도 상당한 영향을 미쳤다. 즉 전근대사회가 농업 등을 중심으로 한 산업구조로 인하여 대가족제를 유지할 수 있었던 것과 반대로 노동력이 농촌에서 도시로 유입되자, 그 결과 도시를 기반으로 하여 부부 중심의 가족제도 즉 핵가족제도가 형성되었다. 이러한 가족제도 하에서 미성년자녀에 대한 친권은 당연히 부모에게 귀속될 수밖에 없었다.

뿐만 아니라 근대사회가 인권에 대한 관심과 평등의 원리에 대한 간절한 소망을 바탕으로 하여 나아가 가족구조 및 사회구조 내에서 여성의 사회적 경제적 위상을 높아짐에 따라 친권의 내용 역시 부모중심적 권리로 인식되지 않고 자녀 중심적 권리로 인정하게 되었고, 또 친권의 행사에 있어서 일방적인 부친의 지위가 인정되지 않고 부모가 동등하게 친권자로서의 지위를 인정받게 되었다.

친권제도에 있어서 이러한 노력은 1970년대 이후 세계 각국의 친권법이 친권의 의무성을 강조한 것과 자의 복리원칙을 구현하기 위하여 수고로부터도 알 수 있는 바이다.³⁾ 또한 1989년 11월 20일 UN 제44차 총회에서는 회원국 만장일치로 아동의 권리조약(Convention on the Rights of the Child)을 채택하여 국가와 가정에 있어서 아동의 행복추구를 최우선으로 하도록 결의하게 되자,⁴⁾

2) 게르만법상 가부장은 자녀에 대한 신분상 독점적 배타적 지배권이 인정되었기 때문에, 부의 이익을 위해 이러한 권리가 행사될 수 있었으며, 자녀의 재산에 대한 계베레를 취득할 수 있어서, 자녀의 재산을 관리 및 용익할 수도 있었다(현승중·조규창, 『게르만법』, 박영사, 2001, p. 238-239).

3) 1979년 개정 독일민법은 väterliche gewalt를 elterliche sorge라는 용어로 변경하여 사용하였고, 1975년 미국의 아동법은 custodianship이라는 제도를 신설하였다.

4) 아동의 권리조약(Convention on the Rights of the Child)의 기본적 특징으로서의 첫째, 아동의 성장과 발달에 있어서 부모의 제1차적 책임을 확인하고 동시에 국가는 부모의 이러한 양육책임의 이행에 법적으로 원조한다는 것이다(제18조). 예컨대, 계약국은 부모의 권리 및 의무를 고려하면서 자의 복지에 필요한 감호를 확보할 것을 약속하고, 이를 위하여 모든 사법상 행정상의 조치

이를 바탕으로 친권은 부모의 권리로 인식되지 않고 자녀의 복리를 위한 권리로 인식되기에 이르렀다.

(3) 우리나라의 경우

조선시대는 유교적 종법제도의 고착으로 인하여 강력한 가장권이 인정되었다. 특히 유교사상의 근본이라 할 수 있는 충효사상에 의해 자녀는 부모에게 절대적으로 복종하여야 했다. 따라서 일정한 가집단에 소속된 자녀는 특히 가장권에 종속하므로 친권 역시 자녀의 복종을 강제할 수 있는 권리로 인식하게 하였다. 더욱이 친권에 복종하는 자녀의 연령에 대한 제한도 없었으며, 계모 및 적모, 양모 등 의모 역시 친권을 행사할 수 있었고, 부모의 친권남용에 대해 자녀는 수인하여야 했으며, 친권남용에 따른 친권의 박탈도 인정되지 않았다. 따라서 조선사회에서 친권은 자녀중심적인 권리라기보다는 가부장 혹은 부모중심적인 권리였다.

이후 개화기를 거쳐 일본강점기에는 일본의 의용민법으로 친권이 제도적으로 인정되었고, 이후 제정민법 제909조 제1항은 “미성년자인 자는 그 가에 있는 부의 친권에 복종한다”고 하고, 제2항은 “부가 없거나 기타 친권을 행사할 수 없을 때에는 그 가에 있는 모가 친권을 행사한다”고 하여 미성숙자녀의 부모는 쌍방이 친권자가 될 수 있지만, 원칙적으로 친권자는 부친만을 인정한 것으로, 만일 부친이 없거나 부친이 친권을 행사할 수 없을 때에만 예외적으로 모친이 친권을 행사하도록 규정하였는데 이러한 태도는 부에 대한 자녀의 복종을 보다 더 강조하는 것이다. 제정민법이 가지고 있었던 부모중심 특히 부친중심적인 친권

를 취한다고 규정한다(제3조 제2항). 둘째, 아동은 지금까지 보호의 대상으로만 생각하여 왔는데, 이제 아동도 하나의 인간으로서 권리의 향유주체임과 동시에 행사주체로서 국제법적으로 승인하고 있다. 이는 새로운 시대의 권리상을 구현하였다는 점에서 획기적인 의미가 있다. 예컨대, 아동의 모든 활동에 있어서 자의 최선의 이익이 제1차적으로 고려되어야 한다고 함으로써(제3조 제1항) 자의 복리원칙을 선언하였다. 이 밖에 사적자치실현을 위한 의사표명권(제12조) 즉, 자기결정권의 인정, 표현과 정보의 자유(제13조), 사회보장의 권리(제26조), 생활수준의 권리(제27조), 건강과 의료의 권리(제24조), 휴식·여가·문화적·예술적 생활에 참가할 권리(제31조) 등 시민적 권리뿐만 아니라 경제·사회·문화적 권리를 다양하게 인정하고 있다. 특히 자의 복리원칙과 의사표명권은 친권법에 지대한 영향을 주게 된 규정이다(한봉희, "친권법의 새로운 전개", 「가족법연구」 제11호, 1997. 12, p. 235-236.

제도는 전근대적 가부장중심적인 가족제도가 그대로 반영된 것이었다.

1977년 민법이 일부 개정되면서 친권제도에도 손질이 가해졌다. 즉 제909조 제1항이 “미성년자인 자에 친권은 부모가 공동으로 행사한다. 다만, 부모의 의견이 일치하지 아니하는 경우에는 부가 행사한다”라고 수정되면서, 부모 모두에게 친권자로서 동등한 지위가 인정되었으며, 부모 쌍방의 친권공동행사의 원칙이 명문화되었다. 그 후 1990년 및 2005년의 개정을 통하여 친권은 친권자인 부모 보다는 자녀를 위한 권리로서 인정되었고, 친권은 권리라기보다는 의무의 성격이 강한 권리로서 이해되었을 뿐 아니라 오늘날에는 자녀의 복리를 우선하는 친권제도에 근접하게 되었다.

Ⅲ. 혼인 및 가족형태에 따른 친권자의 문제

오늘날 친권은 자녀의 복리를 위해 친권자에게 인정되는 법적 지위로 친권자는 자녀의 복리를 최우선하여 친권을 행사하여야 한다. 그러므로 친권자가 누구인가에 따라 자녀의 복리가 좌우될 수 있기 때문에 친권자에 대한 문제는 친권제도의 본질과 관련된다고 하여도 과언이 아니다. 즉 누가 친권을 행사하는가에 따라서 미성년자의 권리와 이익에 상당한 영향을 미치게 된다.

현행 민법상 친권자는 제909조 제1항에 의해 미성숙자녀의 친생부모이다. 그러므로 친생의 부모는 혼인 중이든 혹은 혼인 상태가 아니든 간에 당연히 자녀의 친권자가 된다. 다만 부득이하게 친권을 행사함에 있어서 공동행사가 불가능할 경우 부모 중 누가 친권을 행사해야 하는지 또는 양자나 친양자 등과 같이 입양관계에 있어서는 누가 친권자이며 또는 누가 친권자이어야 하는지 등의 문제가 있을 수 있다. 이는 가족관계가 혼인 중의 부모를 중심으로 하여 미성숙의 자녀가 결합하고 있는 단순한 가족관계 하에서와 달리 해석되어야 한다. 따라서 다음에서는 다양한 경우 누가 친권자이며, 혹은 누가 친권자가 되어야 하는지에 대해서 현행 친권자규정을 토대로 하여 부모가 혼인 중인 경우와 혼인상태가 아닌 경우, 그리고 양자 및 친양자의 경우 또한 양자 및 친양자에게 기타사정에 의해 친권자가 없거나 친권행사가 불가능한 경우 어떻게 미성년자를 보호해야 하는지에 대해 구체적으로 검토하기로 한다.

1. 혼인 중의 자녀의 친권자

(1) 친생자의 경우

제정 민법은 부모 쌍방에게 친권자로서의 지위는 인정하고는 있지만, 모친에게는 단지 친권의 보충적 행사자로서 부친의 친권행사가 불가능한 경우에만 친권을 행사할 수 있도록 인정하는 것으로, 부모 불평등한 친권행사가 이루어졌었다. 이에 1977년 민법 개정으로 부모공동의 친권행사가 가능하게 되었다. 즉 제정 민법이 부모 모두에게 친권자로서의 지위를 인정하면서도 모친의 친권에 대해서는 단지 보충적 의미를 부여하였던 것에 비해 모친의 친권자적 지위가 훨씬 향상된 것이라 하겠다. 그럼에도 불구하고 제909조 제1항 단서에 친권자인 부모의 의견 불일치시 부친의 의견을 따르도록 함으로써, 여전히 친권자로서 부친의 지위가 모친의 지위보다 우월하였다. 그러나 1990년 개정에서 제909조 제1항은 “미성년자인 자는 부모의 친권에 복종한다”라고 하고, 제2항은 “친권은 부모가 혼인중인 때에는 부모가 공동으로 이를 행사한다. 그러나 부모의 의견이 일치하지 아니하는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정한다”함으로써 미성년자녀에 대한 부모의 공동친권의 행사 및 부부 동등 친권의 행사라는 원칙이 비로소 확립되었다. 1990년 친권자규정에 대한 개정의 의의는 과거 모친의 친권행사를 상당히 제약하였던 입법태도를 수정한 것이며 또한 부모의 의견이 일치하지 않는 경우 부친 우선의 친권행사라는 원칙도 포기함으로써 부모가 평등한 친권행사를 할 수 있도록 함과 동시에 의견이 일치하지 않을 경우 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 정하도록 개정함으로써 친권자규정에 대한 남녀불평등한 명예가 완전히 제거된 것에 있다 할 것이다. 다만 아쉬운 점은 친권의 성격을 부모 중심으로 표현한 부분이다. 즉 제909조 제1항은 부모의 친권에 복종한다고 규정함으로써 친권을 부모 중심적인 권리로서 기술하였던 것이다. 물론 이와 같은 안타까움 역시 마지막 2005년 개정에서 완전히 제거되었다. 즉 제909조 제1항을 “부모는 미성년인 자의 친권자가 된다”고 하여, 친권자로서 미성년자녀의 부모를 명확히 규정하면서, 친권을 복종해야 하는 자녀의 권리로서 표현하였던 과거의 태도를 버렸기 때문이다. 또

한 제912조에서는 “친권을 행사함에 있어서는 자의 복리를 우선적으로 고려하여야 한다”고 하여 친권의 중심 내용이 자녀의 복리에 있음을 천명하고 있다.

따라서 현행법상 혼인 중의 미성년자녀에 대한 친권은 부모가 공동으로 행사하며 어떠한 경우에도 부친 혹은 모친의 우선적 지위를 인정하지 않고, 부득이하게 친권의 공동행사가 불가능한 경우 가정법원의 결정을 통해 자녀의 복리를 기준으로 결정될 것이다. 다만 어떠한 친권행사가 자녀의 복리를 최우선으로 하는 것인가에 대해서는 구체적으로 법문에 언급된 것이 없으므로, 이는 부모 양자가 협의를 통해 자율적으로 결정하여야 할 문제이다. 특별히 미성년자는 아직 판단능력이나 의사능력이 완벽히 갖추어졌다고는 할 수 없지만, 그들의 판단 혹은 생각이라는 것이 전혀 비합리적인 것이 아니므로, 일정한 연령 이상의 경우에는 미성년자녀의 의견을 충분히 반영하여 친권을 행사하도록 하는 것이 자녀의 복리를 최우선으로 하는 친권의 의의를 실현하는 것이 될 수 있을 것이다.⁵⁾

(2) 양자의 경우

친족의 범위에 있어서 혈족 중에는 자연혈족과 법정혈족을 포함하며, 이 가운데 법정혈족은 입양에 의해서 법률이 친생자와 동일한 법적 지위를 양자에게 부여함으로써 생기되는 혈연관계이다.

제정민법 제909조 제4항은 ‘양자의 친생부모는 출계자⁶⁾에 대하여 친권자가 되지 못한다.’고 규정하여, 양자의 친권은 양부모에게 있으며, 친생부모의 친권은 배제되는 것이라고 밝혔다. 즉 입양되어 타가에 입적한 자녀에 대해서는 친생부모라 할지라도 친권이 인정되지 않았던 것이다. 이후 1990년 개정에 의해 제909조 제5항에서도 ‘양자는 양부모의 친권에 복종한다’고 하여 친권자로서 양부모의 지위를 명백히 밝혔다. 이러한 태도는 현행법에서도 마찬가지⁷⁾ 양자의 친권은 친생부모가 아니라 양부모에게 있다. 이처럼 양부모에게 친권을 인

5) 아동의 자기결정권(의사표명권)에 관한 논의는 김유미, “아동의 권리론과 우리나라 친권법”, 「가족법연구」, 제9호, 1995, 12, p. 235 이하 참조.

6) 출계자라 함은 타가(他家)에 입양된 자를 말한다.

7) 민법 제909조 제1항에서는 “……. 양자의 경우에는 양부모가 친권자가 된다.”고 하고 있다.

정하는 이유는 친족의 범위에 있어서 혈족에 자연혈족 및 법정혈족을 포함하고 있고, 법정혈족관계인 양자에 대해서는 친자와 똑같은 법률상의 지위를 부여하기 때문이라고 할 수 있다.

양자의 친권자는 양부모이지만, 만일 양부모가 친권을 행사할 수 없을 경우에는 누가 친권자가 되는가 예컨대 양부모가 사망하거나 혹은 금치산의 선고를 받는 등으로 인해서 친권행사가 불가능하게 된 경우⁸⁾나 파양 등으로 입양관계가 종료한 경우 미성년인 양자를 누가 어떠한 형태로 보호해야 하는가에 대한 문제가 발생할 수 있다. 즉 이러한 경우 친생부모가 친권자가 인정되는지 아니면 양자에 대한 후견이 개시된다고 하여야 하는지가 논의될 수 있다.

이에 대해 학설은 만일 양부모 모두 사망하면 친생부모가 친권을 행사할 수는 없다고 보고 있다. 즉 양부모의 사망으로 인한 친생부모의 친권부활을 부인하고 후견이 개시되도록 하고 있다.⁹⁾ 그 이유는 제928조에 의해 친권자가 없거나 친권자가 법률행사의 대리권 및 재산관리권을 행사할 수 없는 때에 해당하기 때문에 친권이 개시된다는 것이다.¹⁰⁾ 하지만 학설과 같이 일괄적으로 양자의 친권자가 없는 경우에 후견이 개시되도록 해석하는 것은 다소 무리가 있다. 일반적으로 생각할 때 자녀의 이익에 대해 최대한의 복리를 고려할 수 있는 자는 그 누구보다도 자녀의 부모라 할 것이다. 그러므로 만일 양부모가 친권행사를 할 수 없는 경우 자녀의 복리를 우선 생각한다면 친생부모의 친권 역시 고려하지 않을 수 없다. 또한 양자는 입양 후에도 친생부모 및 그 친족들과의 관계가 단절되지 않고 그대로 존속한다. 다만 법문에 의해 친권은 친생부모가 아니라 양부모에게 인정함으로써 친생부모는 친권자가 될 수 없는 입법태도 때문에 친생부모에게 친권이 인정되지 않는 것이므로 엄격하게 법문을 해석한다면 친생부모의 친권은 입양에 의해 정지된 상태로 보아야 한다. 즉 입양에 있어서는 기존의 친생의 친족관계의 단절을 예상하지 않고 있고, 또한 친생부모의 친

8) 이외에도 친권자인 양부모의 장기부재, 행방불명 등 사실상 친권행사가 불가능한 경우 뿐 아니라 친권상실선고, 한정재산선고 등으로 인하여 법률상 친권행사가 불가능한 경우가 있다.

9) 김주수, 『친족상속법』, 법문사, 2004, p. 317; 양수산, 「친족상속법」, 한국외국어대학교 출판부, 1998, p. 450; 한복룡, 『가족법강의』, 충남대학교 출판부, 2007, p. 180.

10) 민법 제929조는 “미성년자에 대하여 친권자가 없거나 친권자가 법률행위의 대리권 및 재산관리권을 행사할 수 없는 때에는 그 후견인을 두어야 한다.”고 규정되어 있다.

권은 법문에 의하여 배제되는 것일 뿐 박탈된 것은 아니기 때문에 타인보다는 혈연관계가 있는 친생부모의 친권부활을 고려할 필요가 있다. 특히 출계자녀와의 지속적 관계를 유지하고 있고, 자의 복리를 해할 우려가 없는 위치에 있는 친생부모라면 오히려 자녀에게 양부모계의 일정 범위에 있는 친족을 후견인으로 세우는 것보다 훨씬 자녀의 복리에 부합한 친권행사를 할 수 있을 것이다. 따라서 입양으로 인하여 친생자와의 관계가 두절된 채 생활한 자로서 자의 복리를 해할 우려가 있는 자가 아니라면 양자의 친권자가 없는 경우 친권을 행사할 수 있도록 하고 다만 예외적으로 양자의 복리에 반하는 경우에는 후견이 개시되도록 해석하여야 할 것이다.

그리고 입양관계가 과양으로 인해 소멸된 경우라면 당연히 양자의 친생부모에게 친권이 부활한다고 해석하여야 할 것이다.¹¹⁾ 그 이유는 입양에 의해 친생부모와의 관계가 단절된 것이 아니기 때문이다.

(3) 친양자의 경우

민법은 2005년 개정에 의해서 기존의 양자제도가 가지고 있는 문제점을 보완하기 위하여 친양자제도¹²⁾를 신설하였다. 친양자는 양자보다도 더 친자와 같은 법적 지위가 인정되며, 제909조 제1항에서도 ‘……. 양자의 경우에는 양부모가 친권자가 된다’고 하였으므로, 친양자 역시 양부모가 친권자가 된다. 친양자의 경우도 양자와 마찬가지로 여러 이유 때문에 친권자가 없거나 친권을 행사할 수 없는 경우가 발생할 수 있는데, 이 때 미성년의 친양자는 누가 어떻게 보호해야 하는가라는 문제가 있을 수 있다. 이 문제 역시 양자의 경우와 마찬가지로 친생부모의 친권부활을 인정할 것인지 아니면 후견이 개시된다고 해석할 것인지의 문제로 논의될 수 있다.

11) 김주수, 위의 책, p. 317; 양수산, 앞의 책, p. 450.

12) 친양자라 함은 완전 양자라고 불리는 것으로 양자가 친생부모와의 친자관계를 단절하고 양부모의 친생자와 같은 법적 지위를 인정하는 것이다. 그 결과 친생부모와의 관계에 있어서 일체의 권리와 의무가 배제되어(단 근친혼의 범위에는 포함되도록 하고 있다) 친생부모에 대한 부양 청구권이나 상속권이 없으며, 친생부모의 부양의무도 부담하지 않는다. 또한 양부모의 친생자와 동일한 법적 지위가 인정되기 때문에 양부모의 성과 본을 따르는 등 친생자규정에 준하는 법적 권리와 의무가 인정된다.

이에 대해서는 친양자가 갖고 있는 법제도의 본질과 관련하여 생각해 볼 필요가 있다, 즉 친양자제도는 기존의 일반적 양자가 친생부모 및 그 친족과의 관계가 단절되지 않는 등 불완전한 양자의 지위에 있는 것을 해결하기 위하여 그리고 친생자와 다름없는 완전한 지위를 인정하기 위한 것이다. 또한 제908조의3 제2항에서 ‘친양자의 입양 전 친족관계는 제908조의2 제1항의 청구에 의한 친양자 입양이 확정된 때에 종료한다’는 규정에 따라서 법원에 제기한 친양자 입양청구가 확정되면 친생부모 및 그 친족과의 관계는 단절된다. 따라서 양자와 달리 친양자의 친생부모는 친권을 상실한다고 해석할 수 있다. 그러므로 친양자에 대한 친권자인 양부모가 친권행사를 할 수 없거나 사망 등으로 부재시에는 당연히 제928조에 의해 후견이 개시된다고 보아야 한다.

2. 혼인 외의 자

혼인 외의 자(이하 혼외자라 함)는 혼인관계가 없는 남녀 사이에 출생한 자녀를 말하며 일반적으로 사통관계, 사실혼관계, 첩관계, 무효혼관계에서 출생한 자녀는 물론이고, 처가 혼인 중에 자녀를 출산하였다 하더라도 그 적출성이 부인된 자 역시 혼인외의 자이다. 우리나라는 혼외자 역시 친생자와 같이 부모의 자녀로서 그 권리와 의무에 있어서는 동등한 지위를 인정한다. 현행법상 혼외자녀는 친부의 인지가 있는지 없는지에 따라 그 법률상의 지위에 차이가 있다. 예컨대 친부의 인지가 있는 혼외자의 경우에는 친부에 대해 친자관계, 부양관계, 상속관계가 발생하고, 친부의 혈족과 친족관계가 형성된다. 하지만 혼외자가 인지되지 않은 경우에는 모의 성과 본을 따르며 모친과의 친자관계, 부양관계, 상속관계 및 모계의 친족관계만 존재할 뿐이다. 특히 친권과 관련하여서도 혼외자에 대한 부의 인지가 있었는지 없었는지에 따라 친권자의 범위 및 그 행사에 있어서 혼인 중의 자녀와는 구별된다.

(1) 인지된 혼외자의 친권자 및 친권행사자의 지정

제정민법 제909조 제3항은 ‘혼인 외의 출생자에 대하여 전항의 규정에 의한

친권을 행사할 자가 없을 때에는 그 생모가 친권자가 된다'고 하여, 혼외자라 하더라도 제1차적으로 부친이 친권자가 되었고, 만일 부친이 사실상 혹은 법률상 이유로 친권행사가 불가능한 경우에는 제2항이 '그 가에 있는 모가 친권을 행사한다'고 하였기 때문에, 적모 즉 부친의 법률혼의 배우자가 친권을 행사하였다. 하지만 부친을 알 수 없거나 혹은 부친의 사망 등으로 인해 친권자가 없고, 보충적 친권행사자인 적모 역시 친권행사를 할 수 없다면, 비로소 생모가 친권자로서 혼외자에 대한 친권을 행사할 수 있었다. 이러한 제정법의 태도는 남녀평등의 이념에 위반될 뿐 아니라 자의 복리에도 반할 수 있는 것으로 많은 우려를 낳았던 것이기도 하다. 이후 1990년 개정에 의하면 모친이 혼외자의 친권자가 되며, 만일 혼외자가 인지된다면 친생부모의 협의에 의해 친권을 행사할 친권행사자를 지정하도록 하고, 협의를 이루어지지 아니한 경우에는 당사자의 청구에 의해 가정법원이 친권행사를 할 자를 정할 수 있도록 변경하였다.¹³⁾

2005년 개정에 의한 현행법은 혼외자 인지된 경우 부모의 협의에 의해 친권자를 정하도록 하고, 만일 협의가 불가능하면 가정법원에 그 지정을 청구하도록 강제하고 있다.¹⁴⁾ 뿐만 아니라 인지청구의 소에 있어서 법원이 직권으로 친권자를 지정할 수 있도록 하여 혼인 외의 자에 대한 친권자 지정에 있어서 법원의 직권적 개입이 가능하다. 즉 혼외자의 친권자를 정하도록 친생부모가 협의할 의무가 부과되었고, 협의가 불가능하면 가정법원에 친생부모가 친권행사자의 지정을 청구하여야 하는 의무가 강제적으로 부과되며, 나아가 인지청구의 소가 제기되면 가정법원이 직권으로 친권자를 정하도록 함으로써 혼외자의 친권행사자 지정에 대한 직권주의가 도입되었다. 그리고 비록 협의에 의해 친권자가 정해졌다 하더라도 협의에 의해 정해진 친권행사자가 자의 복리에 반하는 경우에는 법원이 그 보정을 명하거나 혹은 직권으로 친권자를 정할 수 있도록

13) 1990년 개정 민법 제909조 제4항 “혼인 외의 자가 인지된 경우와 부모가 이혼한 경우에는 부모의 협의로 친권을 행사할 자를 정하고, 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정한다. 친권자를 변경할 필요가 있는 경우에도 또한 같다.”

14) 2005년 개정 민법 제909조 제4항 “혼인 외의 자가 인지된 경우와 부모가 이혼한 경우에는 부모의 협의로 친권자를 정하여야 하고, 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 당사자는 가정법원에 그 지정을 청구하여야 한다.” 제5항 “가정법원은 혼인의 취소, 재판상 이혼 또는 인지청구의 소의 경우에는 직권으로 친권자를 정한다.”

함으로써 법원은 혼외자의 친권행사자 지정에 있어서 더욱 적극적인 개입이 가능하게 되었다.

(2) 인지된 친부와 생모의 공동친권행사여부

혼외자의 친권자 및 친권행사자의 지정에 있어서 문제될 수 있는 것은 우선 부가 혼외자를 인지한 경우 생모와의 공동친권행사가 가능한가라는 것이다. 제 909조 제4항에 의해 인지한 부와 생모 양당사자는 협의에 의해 친권자를 정해야 하는데, 친권행사자지정에 대한 협의가 이루어지지 않거나 혹은 이루어질 수 없으면 법원이 누가 친권을 행사할 것이지 결정하게 된다. 이 때 협의 및 법원의 결정시 반드시 단독의 친권자가 지정되어야 하는가? 법문에 의하면 인지된 자녀의 친권자에 대해 별도로 단독친권자의 지정을 요구하는 조항이 없기 때문에 친생부모가 공동으로 친권을 행사할 수 있을 것인가 즉 친생부모가 협의에 의해 혼외자에 대한 공동친권행사를 결정하였다면, 이것은 유효한 결정인가의 문제가 제기될 수 있다. 이 문제에 대해 다수의 학자들 역시 반드시 단독친권자의 지정을 요하지 않는다고 하여,¹⁵⁾ 공동친권행사의 가능성을 열어두고 있다.

(3) 인지되지 않은 혼외자의 친권자

부가 인지되지 않은 혼외자의 친권은 비록 명문규정은 없지만, 모친이 단독으로 행사한다고 해석하여야 한다.¹⁶⁾ 이 때 모친이라고 한다면 친생의 모 즉 생모를 의미한다. 그 이유는 모는 분만이라는 사실관계에 의해 명백히 친생이 확인 가능하기 때문에,¹⁷⁾ 생모에게 있어서는 혼외자라 할지라도 별도의 인지와 같은 절차가 요구되지 않는다. 따라서 생모는 자연적 혈연에 의해 부가 인지되지 않는 한 당연히 단독친권자가 될 것이다. 판례 역시 “혼인 외의 자로서 생부로부터 인지되지 않은 경우에 그 자는 모의 단독친권에 복종하게 되므로……”¹⁸⁾라

15) 김주수, 앞의 책, p. 315; 양수산, 『친족상속법』, 한국외국어대학교 출판부, 1998, p. 446.

16) 김주수, 위의 책, p. 315; 양수산, 위의 책, p. 446.

17) 대법원 1997. 2. 14. 선고 96므738 판결; 대법원 1967.10.4. 선고 67다1791 판결.

18) 서울가정법원 1994. 5. 20. 93드74635.

고 하여, 인지되지 않은 미성년자의 모는 단독친권자임을 확인하였다.

만일 부친의 확인이 가능함에도 불구하고 인지되지 않았다면 부친의 친권은 인정되는가의 문제도 제기될 수 있다. 이는 다시 말하면 인지되지는 않았지만 확인이 가능한 생부의 친권을 아무런 절차없이 당연히 인정할 것인지 아니면 인지를 통해서 비로소 인정할 것인지의 논의로 인지의 요식성의 문제이기도 하다. 사실상 생부라는 것은 여러 가지 사정에 의해 확인이 가능하기 때문에 일면 친권을 인정하는 것은 당연할지 모른다. 모친은 출생을 통하여 인지라는 것이 자연적으로 이루어지지만, 부친의 경우에는 보다 명확한 지위를 부여하기 위해서 인지라는 절차를 통하여 인지된 경우에 한해서 제909조 제4항이 적용된다고 해석할 수 있다. 따라서 사실상 확인이 가능하지만 인지라는 절차를 밟지 않은 상태라면 또한 인지의 요식성에도 비추어 보아 인지되지 않은 부는 친권이 인정되지 않고 여전히 모가 단독으로 혼인 외의 출생자에 대한 친권을 행사한다고 하여야 한다고 보아야 할 것이다.

나아가 부가 인지되지 않은 경우 단독으로 친권을 행사하던 모친의 사망하면 인지가 없는 부친이 친권자가 될 수 있는가라는 문제도 생각할 수 있다. 판례는 “민법 제909조 제1항 및 제2항에서 말하는 친권을 행사할 수 있는 부는 법률상의 부를 뜻하고, 생부라고 하더라도 혼인 외의 출생자에 대하여 인지를 한 바 없다면 그의 친권자가 될 수 없다”¹⁹⁾고 하여, 부의 인지가 없는 경우 생부라 하더라도 친권자가 될 수 없음을 명확히 밝히고 있다. 이처럼 판례가 인지라는 절차를 혼외자의 친권자 결정에 있어서 필수적인 요소로 삼고 있는데 이것은 보다 정확한 문제해결을 위한 태도라고 할 수 있을 것이다.

3. 이혼 후의 친권자

(1) 연혁적 검토

부모의 이혼은 비단 부부 당사자 사이의 문제일 뿐 아니라 자녀와의 관계에 있어서도 커다란 영향을 미친다. 그 대표적인 것인 친권자 및 양육자의 문제가

19) 대법원 1982. 4. 13., 81므85.

다. 다시 말하면 이혼에 의해 더 이상 부부 공동생활이 존재하지 않는 경우 친권을 부부가 공동으로 행사할 것인지 아니면 부모 중 일방이 친권자로서 친권을 행사할 것인지, 그리고 친권과 양육권은 일방이 가져야 할 것인지 혹은 쌍방이 나누어 가져야 하는 것인지 등의 다양한 문제가 발생한다.

제정민법 제909조 제5항은 “부모가 이혼하거나 부의 사망 후 모가 친가에 복적 또는 재혼한 때에는 그 모는 전혼인 중에 출생한 자의 친권자가 되지 못한다”고 하여 전통적인 부권 내지는 부계 중심의 가족제도를 반영하여 규정하였다. 이에 대해 1990년 민법 개정에서 부모가 이혼한 경우에 부모의 협의로 친권을 행사할 자를 정하고, 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정하도록 당사자의 결정과 법원의 판단에 맡겼다. 그리고 2005년 개정시 좀 더 발전하여 현행법은 협의에 의해 친권행사자를 지정하지 못한다면 법원에 양당사자는 당연히 그 결정을 구하여야 하도록 강제하였고, 친권자지정이 불가능할 경우 가정법원이 직권으로 혹은 당사자의 청구에 의해서 친권자를 지정할 수 있도록 하고, 뿐만 아니라 비록 협의에 의해 친권자가 정해졌다 하더라도 결정된 친권자가 자의 복리에 반하는 자라고 한다면 법원이 그 보정을 명하거나 혹은 직권으로 친권자를 정할 수 있도록 하였다.

(2) 친권행사자 지정 기준과 방법

부부가 이혼하면 극히 예외적인 경우를 제외하고는 동일한 장소에서 생활하는 것이 불가능하다. 따라서 부부가 공동생활을 하면서 자녀에 대한 친권을 행사하였던 혼인 중의 친권행사방법에 다소의 변경이 가해질 수밖에 없다. 물론 법률이 원칙적으로 이혼 부부의 친권공동행사의 원칙을 배제하는 것이 아니기 때문에 이혼 후라 하더라도 부부는 공동으로 친권행사를 할 수 있지만,²⁰⁾ 앞서 언급한 사실상의 문제로 인해 단독의 친권자를 결정하게 된다. 이혼에 의한 친권자 지정에 있어서 가장 중요한 기준은 자녀의 복리일 것이다.²¹⁾ 이는 비단

20) 이혼 후 공동친권제도에 대한 구체적인 내용은 양창수, 김상용 역, “친권법의 기본문제” 『서울대학교 법학』 제102호, 1996. 12, 78-82 참조.

우리법의 태도만이 아니라 전 세계적인 경향이기도 하다. 따라서 부모 중 누가 양육에 적합한지, 자녀와의 내적 결속이 누가 더욱 강한지, 자녀의 의사는 어떠한지를 모두 종합하여 친권자를 지정하여야 할 것이다.

친권자지정의 방법에 있어서 원칙적으로는 부부 당사자간의 협의에 의하도록 하고 있다. 이는 평균적인 사회인을 기준으로 할 때 자녀에 대한 충분한 고려 없이 이혼을 결정하는 부모는 아마 없을 것이며, 부부의 자율적 결정에 의해 우선 친권자를 지정하는 것이 보다 합리적이기 때문이다. 따라서 협의에 의해 부부가 이혼 후에도 공동친권을 행사하기로 하였다면 공동친권자로서 친권을 행사할 것이고, 그렇지 않고 부 혹은 모 1인의 단독친권자를 지정한다면 지정된 자가 친권자로서의 지위를 가질 것이다.

협의에 의해 친권자를 지정하면 민법 제836조의 2 제4항에 의해 이혼시 친권자결정협의서의 제출을 하고, 가족관계의 등록 등에 관한 규칙 제74조 제2항에 의해 법원은 이혼의사 확인 절차에서 친권자결정과 관련된 협의를 확인하게 된다. 그리고 협의된 사항은 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제79조 제1항에 따라 협의이혼신고서에 기재하여 신고하면, 비로소 협의에 의한 친권자지정이 효력을 발생하게 된다. 2007년 민법 개정 및 2009년 3월 가족관계의 등록 등에 관한 규칙 등이 개정되면서, 법률 및 규칙에 의해 부부는 협의이혼시 미성년자녀에 대한 친권자를 반드시 결정하여야 하며, 또한 협의이혼이 성립하기 위한 요건으로서 친권자지정을 요구함으로써 과거 미성년자녀에 대한 친권지정을 하지 않음으로써 발생하였던 친권의 공백을 방지하여 미성년자의 보호에 기하고 있다.

만일 부부 사이에서 친권자가 결정되지 않는다면 법원에 의해 친권자가 결정된다. 이혼에 대한 협의가 이루어지지 않으면 재판상 이혼이 제기되며, 재판상 이혼이 제기되면 법원은 제909조 제5항에 의해 직권으로 친권자를 지정할 수 있다. 이는 곧 친권자결정에 있어서 법원의 개입이 필연적임을 의미하는 것이다. 이러한 법원의 강제적 개입에 대해 일설은 사적 자치의 영역에 법원이 개입하는 것은 부당하다는 견해가 있는 반면 다른 일설은 혹여 발생할 지도 모르

21) 이혼 후 친권결정의 기준에 대한 구체적인 내용은 권정희, “이혼에서 자녀보호를 위한 법적 고찰”, 『가족법연구』, 제15권 제1호, 2001. 06, p. 192 참조.

는 친권의 공백을 법원이 개입함으로써 당해 공백을 없애 주는 결과 미성년자녀의 보호에 더욱 신중할 수 있다는 입장을 표명하기도 한다. 생각건대 현행 친권자규정에서 이혼 후 친권자부재라는 문제를 미연에 방지할 수 있도록 한 것은 미성년자의 보호와 이익을 위해 상당한 기여를 할 것이다. 그러나 과거보다 법원의 개입이 적극적으로 이루어질 수밖에 없는 현행법의 태도는 개인의 자율권의 축소와 가정법원의 간섭의 확대라는 결과를 낳을 수 있다. 비교법적으로 보았을 때 상당 국가가 이혼 후 친권자결정에 있어서 국가의 직접적 혹은 적극적 관여를 인정하고 있기 때문에, 이러한 현행법의 태도가 전혀 의의에 반하는 것은 아니다. 하지만 민사관련분쟁은 기본적으로 사적 자치라는 근대민법의 원칙이 최우선되어야 하고, 또한 자녀의 복리 역시 우선하여야 함으로 원칙적으로 국가의 적극적 개입보다는 당사자의 협의를 우선하여야 한다. 따라서 재판상 이혼의 경우에도 우선은 당사자의 의견을 존중하여 친권자를 결정하는 것이 사적 자치의 이념에도 부합한 것이므로, 친권자지정에 대한 법원의 판단에 있어서 가장 우선적으로 당사자의 의사가 존중되어 결정되어야 한다.

(3) 친권행사자의 사망에 따른 미성숙자녀의 보호문제

이혼 후 친권자결정시 친권행사자로 지정된 자가 사망한 경우 다른 일방이 친권자로서 자녀에 대한 친권을 행사할 수 있는가의 문제가 근래 사회적인 큰 이슈로 등장하였었다. 이 사안에 대하여 학설은 자동적으로 생존친이 친권자로 된다는 견해와 후견이 개시된다는 의견으로 대립하였다.

전자의 경우²²⁾ 친권은 가족관계 성립의 핵심요소로 천부적 자연권성이 인정되는 권리이므로 법률에 의해서도 박탈할 수 없는 것으로, 부모가 이혼 등의 사유로 일방만이 단독으로 친권자로 지정된 경우에도 다른 일방에게서 친권이 박탈되는 것이 아니라 여전히 친권자체를 계속 보유하고 있는 것이며, 다만 그 편의성에 의해 친권행사만이 정지되는 것으로 보아야 되기 때문에, 지정된 친권행사자가 친권행사를 할 수 없다면 다른 일방이 자동적으로 친권을 행사하

22) 박동섭, 『친족상속법』, 박영사, 2006. p. 345, 375; 박정기·김연, 『가족법』, 삼영사, 2008, p. 318; 윤용섭, “친권과 후견” 『민사판례연구XVIII』 박영사, 1996, p. 582-583.

여야 한다²³⁾고 보았다. 후자는 민법 제928조의 미성년자 후견 개시조항에 의해 이혼 후 단독친권자가 사망하여 친권자가 부재하면 바로 미성년자에 대한 후견이 개시되므로, 이혼 후 친권자로 지정되지 않았던 생존친의 친권자의 지위를 자동적으로 인정할 수 없다고 주장한다.²⁴⁾ 또한 이러한 견해를 취하는 가운데 원칙적으로는 후견이 개시되지만, 추후 생존친을 친권자로 변경할 수 있다고 해석하는 입장²⁵⁾도 있다.

대법원 관례에 의하면 “1991.1.1.부터 개정된 민법이 시행되면서 이혼한 모의 친권제한에 관한 구민법(1990. 1. 12. 법률 제4199호로 개정되기 이전의 것) 제909조 제5항이 삭제되고, 부칙(1990.1.13.) 제9조가 규정됨으로써 이혼으로 인하여 모가 친권을 상실하고 후견이 개시된 경우라도 개정된 민법의 시행일부터는 모의 친권이 부활되어 모가 전혼인 중의 자에 대하여 친권자로 되고 후견인의 임무는 종료된다.”²⁶⁾고 하여, 1990년 개정 이전 민법이 단독친권자인 부가 사망하면 이혼한 모는 친권이 상실되므로, 후견인의 지위를 인정하였으나, 법 개정에 의해 이혼한 모라 하더라도 친권은 계속 존속하는 것이므로, 단독친권자인 부가 사망시 모는 친권자가 된다고 판단하고 있다.²⁷⁾

입법적으로 볼 때 독일민법의 경우 제1681조 제1항에서 부모 일방이 사망하면 ‘부모의 배려’는 타방에게 귀속한다고 하여, 친권자의 사망으로 인해 친권은 다른 일방에게 자동적으로 귀속하고 있음을 명확히 밝혀주고 있다. 하지만 이런 명문규정이 없는 우리는 다음과 같은 해석론에 의해 이를 해결할 수 있을 것이다. 즉 이혼으로 친권을 일방이 행사하는 경우 친권을 행사하던 자가 사망하면 어떻게 미성년자를 보호할 것인가는 미성년자의 이익을 최우선으로 판단하여야 할 문제이다. 앞서 언급한 바와 같이 부모와 자녀와의 관계는 그 어떤 관계보다도 독특한 관계이며, 부인할 수 없는 관계이자, 아주 밀접한 관계이기도 하다. 보통의 부모라면 자녀를 위해 모든 최선을 다할 것이다. 또한 친권이

23) 양수산, 앞의 책, p. 449.

24) 김주수, 앞의 책, p. 332; 이경희, 『친족상속법』, 법문사, 2003, p. 204.

25) 김주수, 위의 책, p. 315-316.

26) 대법원 1994. 4. 29., 94다1302.

27) “…… 사건 본인의 생모인 상대방은 사건 본인의 아버지인 위 망인이 사망함에 따라 유일한 친권자로서 사건 본인에 대하여 단독으로 친권을 행사할 수 있다 할 것이나……”(서울고등법원 1996. 7. 16., 95브8).

라는 것은 그 본질에 있어서 천부적인 권리로서 인정되기 때문에, 민법에서도 상실이라는 것은 선고에 의해 가능하지만 박탈이라는 것은 존재하지 않으므로, 친권박탈 내지는 친권포기의 규정은 없고 단지 친권상실제도만이 존재한다. 이러한 면을 취할 때 이혼 시 친권자로 지정되지 않는 자라 하더라도 친권이 박탈된 것이 아니며, 만일 친권을 행사하지 않은 자라도 친권자로서의 지위가 부인되는 것은 아니고 단지 이혼에 따른 친권행사자를 지정함으로써 그 행사가 잠시 정지된 것으로 해석해야 할 것이다. 그러므로 지정된 친권자가 사망하면 생존친이 친권자가 되어 친권을 행사한다고 해석하여야 하며, 만일 당해 생존친이 친권상실의 요건을 갖춘 자라고 한다면 일정한 자의 청구에 의해 법원은 친권상실선고를 내리고,²⁸⁾ 그 이후 후견이 개시된다고 해석한다면 미성년자의 보호에도 미흡하지 않는 결과를 낳을 것이다. 다만 이러한 경우에도 지정된 친권자가 재혼하여 재혼가정을 이룰 경우 재혼가정 내에서의 계부 혹은 계모가 자녀에 대한 친권을 인정할 것인가의 문제가 예상될 수 있는데, 이때도 역시 자녀의 이익을 최우선으로 결정하여야 할 것이며, 이는 다음에서 살펴본다.

4. 계친자관계에 있어서 친권자의 문제

제정 민법 제909조 제2항에 의하면 계모자관계에 있어서 계모는 제2차적 친권자의 지위를 부여 받았지만, 계부자관계는 인척관계이기 때문에 계부에게는 친권이 인정되지 않았다. 이러한 태도는 부권 혹은 부계중심적 가족질서에 의한 것으로 모친보다 계모가 우선하여 친권자가 될 수 있는 지위가 부여되었던 것이다. 계모에게 친권을 부여하였던 제정법의 태도는 1990년 개정에 의해 계모자 및 적모서자관계가 법정친자관계에서 인척관계로 변화하면서, 계모의 친권자 지위 역시 상실되었다. 따라서 현행법은 계자에 대한 계모 및 계부의 친권은 인정되지 않는다.

현행법의 태도라면 자녀에 대해 친권을 행사하였던 자가 재혼하여 가정을 꾸

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

려 생활하다가 사망하면 당연히 다른 생존친이 친권자가 되거나 생존친이 친권 행사가 불가능하면 후견이 개시된다. 그러나 이러한 획일적 해석이 과연 오늘날 우리사회의 가족제도의 변화와 부합하는 것인지는 의문이다. 나날이 증가하는 이혼율과 재혼 가정의 증가로 인하여 기존의 가족관계와는 다른 측면에 접근해야 하는 다양한 문제들이 발생하고 있다. 그 가운데 특별히 보통의 가족과 다름없는 강한 가족적 유대가 존속하는 재혼가정에 대해서는 특별한 배려를 하여야 함에도 불구하고, 계모 혹은 계부에게 획일적으로 친권을 인정하지 않는 것은 일반인의 법감정에도 위반하는 것이 될 수 있다.

비교법적으로 보았을 때 계자에 대한 양육 및 친권과 관련하여 특별한 규정을 두는 입법례가 있다. 예컨대 스위스민법에서는 계부 혹은 계모는 혼인 중 배우자가 친자에 대한 양육자로서의 책무를 원조할 의무와 권한이 있으며(민법 299조), 일방 배우자는 타방 배우자의 자녀에 대한 친권의 행사에 있어서 적절한 방법으로 배우자를 도울 의무가 있고, 여건상 필요한 경우에는 그 자녀를 대변할 의무가 있다. 그리고 그 책무를 수행하기 위한 범위에서 현 배우자의 친권의 행사를 대행할 수 있는 권한을 가지며, 친권자는 주된 결정을 내리기에 앞서 계모 혹은 계부와 협의하여야 한다(스위스 민법 제300조).²⁹⁾ 영국의 1989년 개정 아동법은 부모가 아닌 사람에게도 거주명령 등을 통하여 부모의 책임 즉 친권이 부여될 수 있는데, 그러한 지위에 있는 사람은 자를 위하여 필요한 결정을 내릴 수 있는 권한을 가진다. 따라서 계모 혹은 계부에게 법적 양육권, 또는 그 일부를 부여할 기회가 주어진다. 다만 이 때 꼭 필요한 경우에만 법원의 명령에 의하여 상황을 통제하거나 제한하도록 하고 있다.³⁰⁾

따라서 이러한 모든 면에서 검토하건대 계모 혹은 계부에게 친권을 인정할 것인가의 여부는 자녀의 복리를 최우선으로 하여야 한다는 원칙에 의거하여, 자녀와 특별한 유대를 갖춘 계모 혹은 계부로서 자녀의 의사가 반영될 경우에는 친권자로 인정하거나 혹은 친권 내용 중 일부를 인정할 필요가 있고, 이 때에는 법원의 명령에 의한 상황의 통제 및 제한을 함으로써 미성년자녀의 보호

29) Agell, 『*Step-Parenthood and Biological parenthood, Parenthood in Modern Society*』, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 411.

30) Agell, op. cit., p. 412.

에 더욱 신중하도록 하는 것을 제안할 수 있다.

IV. 결 론

우리나라의 친권제도는 1958년 민법 제정 당시 명문화되어, 수회에 걸친 개정을 통하여 친권의 현대적 흐름에 발맞추어 변화하여, 현행 친권제도는 전근대적 친권제도에서 완전히 벗어났다고도 할 수 있다. 이러한 이념상 혹은 법정책상의 발전에도 불구하고 여전히 친권제도에 있어서 미흡한 사안들이 존재하는데, 그 대표적인 것이 친권자가 누구이며, 혼인 및 가족형태에 따라서 누가 친권을 어떻게 행사할 것인가에 대한 논의이다. 친권자에 대한 제909조는 친권의 가장 기본 문제라 할 수 있는 누가 친권자가 되는지에 대한 내용을 규정한 것이다. 이 친권자규정을 통하여 현행법에서의 친권자의 의미를 좀 더 구체적으로 살펴보면서 다양한 사회적 문제와 맞물린 혼인형태 및 가족제도 내에서 친권자에 대한 몇 가지 문제를 비교법적으로 혹은 연혁적인 검토를 통해 정리하여 친권자규정을 분석하면 다음과 같이 설명될 수 있을 것이다.

친권이라는 것은 본질적으로 혈연관계를 기초로 하여 성립되는 권리로서 결코 부인할 수 없는 천부적인 권리이다. 따라서 친생부모는 당연히 친권자가 되며, 친생부모가 아니더라도 양부모는 법률의 규정에 의해 친권자가 된다. 이 때 친생부모의 친권은 상실되는 것이 아니라 법규정에 의해 배제된 것일 뿐이며, 만일 양부모가 사망하거나 기타 친권을 행사할 수 없는 경우 바로 후견이 개시되기 보다는 일정한 유대관계가 지속적인 친생부모에게 계양자의 친권자로서 지위를 인정할 수 있을 것이다. 다만 친양자의 경우 제도적 취지에 따라서 양부모의 사망 기타 사유로 인한 친권행사불능시에 후견이 개시된다고 보아야 한다.

또한 혼외자는 부가 인지되면 그 역시 친권자가 되기 때문에 이 때에는 모친과 부친 사이에 친권을 어떻게 행사할지 다시 말하면 부모 중 일방이 행사할 것인지 아니면 공동으로 행사할 것인지, 그리고 일방만이 행사한다면 누가 행사할 것인지를 결정하여야 한다. 이러한 결정에 있어서 자녀의 복리를 우선하여 결정하며, 특히 친부 및 생모의 공동친권행사 역시 가능하다고 할 수 있다.

그리고 부모가 이혼한 경우 역시 친권을 누가 어떻게 행사할 것인지의 문제

에 대해 이 때 친권의 공백이 생기지 않도록 법개정이 법원의 적극적 개입을 가능하여 현행법은 법원의 직권적 결정을 인정한다. 다만 법원의 개입에 있어서도 그 기준은 자녀의 복리이어야 하며, 민사법의 기본원리인 사적 자치의 원칙에 따라 원칙적으로 당사자 간의 의사를 존중하여야 하는데, 이러한 내용에 대해서는 입법 정책적인 고려가 요구되는 바이다.

최근 재혼가정의 증가로 인하여 계부 혹은 계모에게 친권을 인정할 수 있는지의 여부에 대해 검토한 것을 바탕으로 법률에 의해 획일적으로 계부나 계모의 친권을 부인할 것이 아니라 자녀의 의사를 존중하고 계친자간의 정서적 유대관계를 고려하여 법률적으로 친권을 부여할 수 있거나 혹은 친권의 내용 중 일부를 부여할 수 있는 길을 열어 놓는 것이 변화하는 가족관계에 있어서 자녀의 복리를 위한 길이 될 수 있을 것이다.

지금까지 살펴본 바와 같이 현행법은 친권을 부모가 아닌 자녀의 입장에서 자녀의 복리를 기준으로 하여 더욱 강하게 보호하기 위한 의무성을 가지는 권리로서 인식하고는 있지만, 오늘날 다양한 가족관계의 변화와 혼인상태에 따른 문제에 대해서는 미처 반영하지 못하여 이를 일률적으로 규정하고 있는데, 이러한 법태도는 특히 자녀의 복리에도 영향을 미칠 수 있으므로 친권자에 대해서는 구체적으로 입법화할 필요가 있다.

[논문투고일 : 2009. 11. 15, 논문심사일 : 2009. 12. 15, 게재확정일 : 2009. 12. 23]

■ 참고문헌

- 김주수, 『친족상속법』, 법문사, 2004.
- 박동섭, 『친족상속법』, 박영사, 2006.
- 박정기·김연, 『가족법』, 삼영사, 2008.
- 양수산, 『친족상속법』, 한국외국어대학교 출판부, 1998.
- 이경희, 『친족상속법』, 법문사, 2003
- 한복룡, 『가족법강의』, 충남대학교 출판부, 2007.
- 현승중·조규창, 『게르만법』, 박영사, 2001.
- 현승중·조규창, 『로마법』, 법문사, 2004.
- 권정희, “이혼에서 자녀보호를 위한 법적 고찰”, 『가족법연구』, 제15권 제1호, 2001, 06,
- 구연창, “친권제도의 재조명” 『가족법연구』 제4호, 1990. 8.
- 박상선·황덕남, “친권에 관한 제문제” 『재판자료』 제62집, 법원도서관, 1993.
- 양창수, 김상용 역, “친권법의 기본문제” 『서울대학교 법학』 제102호, 1996. 12.
- 윤용섭, “친권과 후견” 『민사판례연구XVIII』 박영사, 1996.
- 김유미, “아동의 권리론과 우리나라 친권법”, 『가족법연구』, 제9호, 1995, 12.
- 조은희, “독일법상 자의 복리를 위한 국가의 관여”, 『아세아여성법학』 제5호, 2002, 06
- 최진섭, “친권법의 쟁점과 개정방향”, 『가족법연구』 제16권 제1호, 2002. 06.
- 한봉희, “친권법의 새로운 전개”, 『가족법연구』 제11호, 1997, 12.
- Agell, 『Step-Parenthood and Biological parenthood, Parenthood in Modern Society』, Martinus Nijhoff Publishers, 1993,



The influence of a marital relations and a form
of family on the Parental Right

EUN A, KIM

(Adjunct Professor, Hanshin University)

We must have be look after immature Children many side. Because Immature Children require special protection and care as well as they are not mature to mentality and body. So Children is associated with its parent and its right is primarily protected by its parent.

Accordingly, almost Nations adopted the system of the Parental Right.

Our Civil Law also adopted to the system of the Parental Right. It is prescribe to article 909-927 in Civil code. It is prescribe in Law and its implementing ordinances on Family registration. Also It is prescribe in Law on family affairs litigation.

From 1958 to 2005, the System of Parental Right in Civil code was reformed. In 1990, Family Law reformed with an ideal of equality between husband and wife. As a result, the interests of children could be protected in parental authority. And Parental Right is determined as the same way of fostering care, agreement first, and when they cannot agree, the Family Court decides it for them. Therefore It is established the system for Welfare of Children and a principle of joint Parental Right.

But It is still far from perfect. In particular, it is that who is Parentage. As well as Appointment of Parentage and Parental Right to children after the parents' Divorce is require to revision. And a son by adoption and a illegitimate son amount to the same thing.

And these problems are not solve to simply explanatory note to civil code.
It is require to legislative effort.

▶ Key words a child of one's own, a son by adoption, Parent Right, Parentage, Appointment of Parentage