

崔彰烈 教授指導
碩士學位請求論文

離婚後 子の 養育制度에 관한 研究

2005年

誠信女子大學校 大學院
法學科
金 妍 志

離婚後 子の 養育制度에 관한 研究

崔彰烈 教授指導

이 論文을 碩士學位論文으로 제출함

2005年 2月

誠信女子大學校 大學院

法學科

金妍志

認 准 書

金妍志의 碩士學位 論文으로 認准함

심사위원 _____인

심사위원 _____인

심사위원 _____인

誠信女子大學校 大學院

論 文 概 要

人間은 出生과 동시에 家庭이라는 기본적인 사회집단에 속하게 되며, 自立할 수 있을 때까지 兩親의 보살핌과 교육을 필요로 한다. 子는 父母의 종속물은 더욱이 아니며, 生存에 대한 기본적 권리와 복지를 누릴 권리를 生來的으로 지닌 존재이다. 따라서 子에 대한 父母의 親權과 養育權이 문제될 경우에는 父母의 입장에서가 아니라 미성숙한 子의 입장에서 그의 최대의 이익이 무엇인가를 우선적으로 고려하지 않으면 안 될 것이다.

우리나라 민법은 양성평등을 위한 제도적 정비는 어느 정도 이루어지고 있지만, 이혼 후 자녀의 양육을 위한 법·제도적 장치가 미흡한 실정이며, 특히 부모의 이혼으로 가장 피해를 입는 자녀의 이혼절차사상에서의 충분한 기회와 배려가 보장되지 않고 있다. 이러한 이혼 자녀에 대한 방안으로 친권제도(민법 제909조)와 양육권(민법 제837조) 제도가 있는 바 본 논문에서는 이혼시의 자녀보호를 위한 방안과 이혼 후의 자녀양육과 양육비청구에 대하여 중점적으로 살펴보려 한다.

우선 친권과의 관계를 통해 양육권의 특성과 범위를 한정 짓고, 양육비 확보를 위해 과거의 양육비제도를 살펴본다. 하지만 이혼한 자녀를 위한 복지원칙이 아직 뿌리를 내리지 못하고 이제야 첫 발을 내딛는 수준인 우리나라 민법제도에는 그만큼 보완할 점과 많은 문제점을 안고 있는데 이에 현대의 각국의 이법제도를 참조하여 우리 현실에 적합한 자녀복지 강구방안을 모색하였다.

위와 같은 이혼 후 자녀의 양육제도가 이혼한 자녀를 위한 충분한 구제수단이 되기 위해서는 아직 미흡한 부분이 많다. 우리 현실에 적합하고 자녀복리를 최우선으로 하는 이혼 절차상의 양육결정 방안을 강구하고, 이혼

후의 후속조치로 이혼 후 양육제도의 신설의 필요성 및 이혼가족과 그 자녀를 위한 사회적·경제적 지원 체제를 살펴봄으로써 이혼 자녀에 대한 관심을 환기시키고 제도적 방안을 모색해야 할 것으로 생각된다.

目 次

論文概要

第1章 序 論	1
第1節 研究의 目的	1
第2節 研究의 範圍과 方法	3
1. 研究의 範圍	3
2. 研究의 方法	4
第2章 離婚後 子の 養育權	5
第1節 親權과의 關係	5
1. 養育權의 內容	5
2. 親權, 養育權 개념의 분리 배경	6
3. 親權과 養育權의 限界	7
第2節 養育權의 性質	8
1. 權利·義務의 兩面性	8
2. 綜合的 性格	9
第3節 養育權의 範圍	10
1. 身體上의 養育權	10
2. 法律上의 養育權	11
3. 教育	11
4. 緊急事態에 대한 應急措置	12
第4節 離婚時 養育者의 決定	12

1. 意義	12
2. 節次	14
1) 協議에 의한 決定	14
2) 調停·審判 등에 의한 養育者의 指定 및 變更	14
3. 養育者 決定의 基準	16
1) 一般的인 決定 基準	16
2) 父母로서의 適合性	17
3) 現在의 養育狀態 (繼續性原則)	17
4) 子女의 紐帶關係	18
5) 子女의 年齡, 性別	19
6) 子女의 意思	20
7) 父母의 經濟的 狀況	21
4. 養育者 指定의 效果	22
第3章 離婚後 子의 養育費 確保	23
第1節 養育費의 負擔	23
1. 意義	23
2. 養育費 負擔의 根據	24
1) 民法 第913條에 根據한다는 說	24
2) 養育費의 負擔은 親子關係의 效果라는 說	25
3) 扶養義務說	26
4) 學說의 檢討	26
第2節 養育費 決定과 調整	27
第3節 過去의 養育費	29
1. 意義와 性格	29
2. 學說의 概觀	30
1) 否定說	30
2) 肯定說	31
(1) 請求時說	31

(2) 扶養義務 認識時說	33
(3) 當然發生說(要件充足時說)	33
3) 私 見	34
3. 우리나라 判例의 態度	34
4. 過去의 扶養料 支給에 관한 求償	39
第4節 離婚後 子の 養育費 確保에 관한 外國의 制度	40
1. 補佐制度	40
1) 독일	41
2) 오스트리아	42
3) 스위스	43
2. 先給制度	44
1) 독일	44
2) 오스트리아	48
3) 스위스	50
第4章 離婚後 子女養育制度의 改善方案	52
第1節 離婚後 子女養育制度의 問題點	52
1. 現行法의 問題點	52
2. 離婚節次에서의 子の 保護 問題	54
3. 한부모 가정에 대한 經濟的 支給의 問題	55
第2節 離婚後 子女養育制度의 改善方案	57
1. 離婚節次에서의 改善方案	57
1) 子女養育에 관한 합의서의 의무화	58
2) 熟慮期間制度의 導入	62
3) 調停制度의 活用방안	63
第3節 離婚後 養育費 確保方案	66
1. 父母의 養育費 부담의무명시	66
2. 養育費 算定基準의 法定化	67

3. 養育費債權의 優先債權化	70
4. 補佐制度・養育費 先給制度의 導入	71
5. 養育費支給 不履行詩의 制裁	72
第5章 結 論	76
參 考 文 獻	79
ABSTRACT	84

第1章 序 論

第1節 研究의 目的

父母가 정상 혼인생활을 영위하고 있는 경우에는 父母는 子女에 대한 保護·敎養權이 있고, 養育費의 부담은 婚姻生活 費用속에 포함된다. 子女에게 충분한 재산이 있더라도 원칙적으로는 父母가 부담하며 子女의 재산의 수익은 이를 養育費에 충당할 수 있고, 父 또는 母 에게 資力이나 근로능력이 없는 경우에는 子女의 재산으로 養育費를 충당할 수 있다. 그러나 民法의 규정이 어떻든 간에 혼인중에는 子女의 養育 내지 扶養이 법적인 문제로 나타나는 것은 드문 일이다. 子女에 대한 父母의 養育義務에 관한 법적인 문제는 주로 離婚夫婦의 子女에 대한 養育義務에 관한 것이라고 할 수 있다.¹⁾

民法 第837條에서는 “離婚과 子の 養育責任” 이란 題目아래 “當事者는 그 子の 養育에 관한 사항을 協議에 의하여 정한다. 前項의 養育에 관한 事項의 協議가 되지 아니하거나 協議할 수 없는 때에는 家庭法院은 當事者의 請求에 의하여 그 子の 年齡, 父母의 財産狀況 其他 事情을 參酌하여 養育에 必要한 事項을 定하며 언제든지 그 事項을 變更 또는 다른 適當한 處分을 할 수 있다” 라고 규정하고 있다. 協議上 離婚에 관한 이 규정은 民法 제943조에 의하여 裁判上의 離婚의 경우에도 준용된다. 이와 같이 이혼후의 자녀양육에 관하여 추상적인 내용만을 규정하고 있어 이혼후 자녀의 양육에 자의 최대복리를 위한 법적 제도적 정비가 미흡하다고 볼 수 있다. 離婚에

1) 鄭貴鎬, “扶養에 관한 研究”, 서울大 大學院 博士學位論文, 1987, 35面 .

있어서 실제로 가장 피해를 받는 것은 離婚 當事者라기보다는 그 子女들이라고 할 수 있다. 子女들은 그들의 父母를 사랑과 안전의 대상으로 보고 있는데, 이러한 대상이 崩壞될 때 子女들이 심한 타격을 받게 된다는 것은 의심할 나위가 없다. 離婚夫婦의 子女에 대한 養育의 문제는 결국 사회문제와 직결되는 것이다. 離婚夫婦의 子女에 대한 養育을 그 離婚當事者에게만 맡겨둘 것인지, 아니면 국가가 이를 간섭할 것인지, 나아가 국가가 이를 맡아야 하고 또 국가가 이를 맡을 수 있을 지에 대하여 검토해 볼 필요가 있다.

우리 사회에서도 이제 離婚하는 夫婦의 數가 급증하고 있고, 社會·經濟的 興件도 한세대 전과는 판이하게 변화되었다. 이러한 사정을 고려하여 우리도 離婚後 子の 養育에 대하여 제도적 보완이 필요하다고 생각한다. 이에 대하여는 外國의 法制를 概略적으로 살펴보면서 外國法制의 우리 民法에의 導入·受容에 관한 약간의 문제를 검토하고자 한다. 모든 興件이 우리와는 같지 않은 諸 外國의 法制를 당장 그대로 模倣하자는 것은 결코 아니다. 우리는 우리의 現實과 國家·社會에 발전에 相應하여 ‘離婚과 養育’에 관한 제문제를 다시 한번 살펴보고 이에 對處할 필요가 있다.

子女 養育에 관한 當事者간의 協議나 법원의 決定에 있어서 가장 중요한 事項의 하나는 누구를 養育者로 指定하느냐 하는 것이다. 養育者 指定에 있어서 가장 중요한 기준을 어디에 두어야 할 것이냐 등에 대하여는 상당한 연구가 이루어진 바 있으므로²⁾, 이곳에서는 (1) 父母로서의 適合性 (2) 현재의 양육상태 (3) 자녀의 유대관계 (4) 자녀의 연령 및 성별 (5) 子の 意思 (6) 부모의 경제적 상황에 대하여만 살피기로 한다.

子女 養育에 관한 協議에 있어서, 養育을 필요로 하는 자는 바로 離婚夫婦의 子女임에도 불구하고, 비록 養育에 관한 協議에 있어서 “子女의 最大의 利益”(Best interests of the child)을 최고의 기준으로 설정한다 하더라도, 子女는 協議의 當事者가 아니고, 父母만이 協議의 당사자가 된다. 여

2) 李玲愛, “離婚과 子女養育”, 家庭法院 事件의 諸問題, 裁判資料 制18輯, 法院行政處, 1983, 407面.

기서 養育에 관한 協議에서 실질적으로 가장 큰 이해관계를 가지는 사람인 子女 자신의 利益이 반영되는 방도가 마련되어야 한다.³⁾

또한 協議離婚에 있어서 법원은 離婚意思를 確認하는 소극적인 權限만을 가질 뿐이다. 子女養育에 관한 事項에 대하여는 법원이 職權으로 개입할 수 있는 길을 열어두어야 할 것이라고 생각한다. 현재로서는 離婚意思를 확인하는 가정법원 법관이 子女養育에 관하여 선의의 지도와 충고를 하는 것에 그치고 있다. 協議離婚制度를 폐지하거나 協議離婚의 制度를 存置하는 경우에도 子女養育에 관하여는 법원이 직권으로 이를 統制할 수 있는 길을 마련하는 획기적인 제도의 개선이 요망된다.

第2節 研究의 範圍과 方法

1. 研究의 範圍

본 연구는 이혼절차상 이혼당사자가 아니라는 이유로 미성년 자녀양육문제가 소홀히 다루어지고 있다는 점에서 출발한다.

그리하여 본 장에서는 연구의 목적을 명확히 밝힌 뒤 연구의 범위와 방법을 구체화한다.

제2장에서는 이혼후 자의 양육에 관한 부모와 자녀사이의 법률관계를 규율하고 있는 친권과 양육권에 대한 한계와 양육에 관한 성질과 이를 바탕으로 양육자를 결정하기 위한 기준과 절차에 대하여 고찰해본다.

이를 바탕으로 제3장에서는 양육권자의 양육비확보를 위한 학설의 개념, 근거 등의 개괄적 검토와 함께 이에 대한 각국의 입법 및 실무에 대하여

3) Joseph Goldstein, "Beyond the Best Interests of the Child", The Free Press, 1973, p.65 ff.

살펴본다.

제4장에서는 우리 현실에 맞는 이혼후 자녀양육을 위한 제도개선방안과 양육비확보방안에 대하여 전망한다.

2. 研究의 方法

이혼후 자녀의 양육문제는 자의 복리를 최고의 이념으로 하여 해결해야 할 과제이다. 이러한 과제를 해결하기 위한 합리적 방안으로 타당한 법적 보호방안을 마련하기 위해서는 이론적·경험적 연구를 토대를 바탕으로 한다.

본 논문은 이혼후 자녀의 합리적인 법적 보호방안을 강구하는데 그 목적을 두고 전체적으로 주로 문헌적 고찰방법에 의했으며 보충적인 연구방법으로 판례분석을 시도하였다. 친권과 양육권의 개념과 성질에 관하여는 국내외 문헌을 종합적으로 검토하였고, 우리나라 양육비 청구제도 및 확보방안에 관해서는 국내의 논문과 판결을 분석함으로써 그 변화와 추세를 알아보았으며, 우리나라 현실에 맞는 새로운 입법론의 개선 확보방안을 알아보기 위하여 외국제도의 해석론이나 입법론을 통해 그것을 가능하게 하는 현실적 토양과 관련하여 검토함으로써 우리나라에서의 문제점과 그 적용가능성을 알아보았다.

第2章 離婚後 子の 養育權

第1節 親權과의 關係

親權의 내용은 신분에 관한 사항 및 재산에 관한 사항으로 나눌 수 있고, 신분에 관한 사항으로는 子の 보호교양, 거소지정, 징계, 신분상의 행위의 대리권, 동의권, 영업허락, 면접교섭권, 子の 인도청구권 등을 들 수 있고,⁴⁾ 재산에 관한 사항으로는 재산관리권, 子の 재산에 관한 대리권과 동의권 등을 들 수 있다.⁵⁾

1. 養育權의 內容

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·敎養과 동의어로 파악한다.⁶⁾ 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 구별되나 전자가 후자를 포괄하는 것으로 본다.⁷⁾ 養育에 관한 처분에는 養育者의 지정 뿐만 아니라 養育期間의 결

4) 金疇洙, 「親族·相續法」, 法文社, 2002, 313面.

5) 具然昌, “親權制度의 再照明”, 家族法研究, 第4號, 韓國家族法學會, 1990, 165面.

6) 韓三寅, “裁判上離婚에 관한 實證的 研究”, 東國大 大學院 博士學位論文, 1990, 60面.

정, 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이 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 받게 되므로, 오로지 먹이고 입히는 일만 한다는 것이 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 경우⁸⁾에만 親權과 養育權의 분리지정을 허용하고 있다.

2. 親權, 養育權 개념의 분리 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 새로 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 이데올로기에는 해방 이후에도 청산되지 못한 채 우리 民法에 뚜렷하게 남아 있었고, 民法이 養

7) 金演, “離婚後의 子의 養育”, 家族法研究 제8호, 韓國家族法學會, 1994, 371面.

8) 자녀의 재산적 이익을 위하여 재산관리권 및 재산에 관한 법률행위에 있어서의 대리권은 養育權에서 분리되어 재산관리능력이 있는 부모의 일방에게 주어질 필요성도 있다. 부모가 이혼 후에도 계속해서 共同으로 親權을 행사하기를 원하고 필요한 요건이 갖추어져 共同親權의 요건이 갖추어져 있는 경우에는, 親權은 共同으로 행사하고 養育者를 따로 정하게 된다.

育權과 親權을 분리하는 규정을 두게 된 것은 이러한 사정과 결코 무관하지 않다.⁹⁾

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 깊숙이 자리잡고 있었던 것이다.

그러나 이혼 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.¹⁰⁾

3. 親權과 養育權의 限界

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.

거소지정, 징계 등 신체상의 양육에 관한 사항과 교육, 子의 인도청구와 같은 긴급사태에 대한 응급조치는 養育權에 속하며¹¹⁾, 위와 같은 사항에 관하여 親權과 養育權간에 충돌이 있을 때에는 養育權이 우선하게 된다. 養育權에 기한 幼兒引導請求權과 親權에 기한 幼兒引導請求權이 경합하는 경우에도 養育權에 기한 인도청구가 우선하게 된다. 때로는 순수한 養育權의 행사를 목적으로 하지 않고 다른 목적의 수단으로 養育權의 행사를 활용하여 子의 인도청구를 하는 수가 있다. 평소에 離婚母와 子女를 전혀 돌보지 않다가 이혼, 위자료 및 자녀의 養育費 청구가 두려운 나머지 그러한 청구를 사전에 봉쇄하기 위한 수단으로 대항하여 子의 인도를 구한 父의 청구는 親權의 濫用이요, 子의 福利에도 배치된다는 이유로 기각한 判例가 있

9) 金相瑢, “離婚후의 養育者 및 親權者 결정에 있어서 民法이 갖는 몇가지 문제점”, 司法行政, 한국사법행정학회, 1996, 14面.

10) 金相瑢, 上揭論文, 12面.

11) 李玲愛, 前揭論文, 421面.

다. 12)

第2節 養育權의 性質

1. 權利·義務의 兩面性

親權이 親權者의 권리로서의 성격 뿐 아니라 의무로서의 성격을 가지고 있는 것과 마찬가지로 養育에 관한 養育權者의 지위도 권리와 의무의 양면적 성격을 모두 갖추고 있다고 하여야 할 것이다.

養育權을 권리로서 파악하는 것은 종래의 주류적인 입장이다. 특히 이는 子의 養育을 子의 복리에 관계없이 家, 父母 내지는 養育者를 위한 것으로 여겨졌었다. 말하자면 父母가 離婚한 경우, 兩父母가 모두 子를 양육하기를 원한다면 누구에게 養育할 권리를 주느냐 하는 것이다. 개정전 우리 민법은 가부장제적 입장에서 원칙적으로 養育의 책임을 夫에게 맡겼는데(구민법 제 837조 1항), 이는 궁극적으로 책임을 부담시킨 것이라기보다는 권리를 준 것으로 생각되고 있다.

한편 養育을 의무로 파악하는 것은 바로 養育을 子를 위한 것으로 보는 경우에 가능하다. 子가 정상적으로 성장할 수 있도록 養育을 위한 모든 조치가 子의 입장에서 행해져야하며, 부모의 만족이나 이익을 위한 양육이 아니라 무조건적으로 子를 위한 養育이어야한다. 결국 養育者는 권리를 행사하는 것이 아닌, 오로지 子의 복지를 위하여 자신의 의무를 이행하게 되는 것이다. 민법이 養育에 관한 사항을 당사자의 협의 내지 가정법원의 결정으로 정하게 한 것이나, 이를 정함에 있어서 그 子의 연령, 부모의 재산상황,

12) 大法院 1979. 7. 10 宣告, 79므5 判決

기타 사정을 참작하게 한 것도 그 의무성을 특히 고려한 것으로 생각된다.

이와 관련하여 한 가지 살펴 볼 것은 미성년인 자의 不法行爲에 대한 養育者의 책임의 범위이다. 책임능력 없는 미성년자가 불법행위를 하여 이로써 타인에게 손해를 끼친 경우에는 親權者는 그 자에 대한 감독의무를 해태하지 않았다는 것을 입증하지 못하면 손해배상을 지게 된다(민법 제755조).

그런데 親權者와는 별도로 養育責任을 지는 자가 따로 있는 경우에는 親權者는 실제 자를 보호·교양하지 못하므로 그 책임을 면할 수 밖에 없고, 養育責任을 지는 자가 그 자의 불법행위로 인한 책임을 지지 않으면 안된다고 생각한다.¹³⁾

2. 綜合的 性格

부모가 혼인 중에는 특별한 경우를 제외하고는 親權의 행사와 養育을 구별할 필요는 거의 없다. 親權者와 養育責任을 지는 자가 일치하는 것이 보통이기 때문이다. 그러나 부모가 이혼한 후의 자의 養育은 반드시 親權者에 의하여 행해지는 것이 아니며, 그 형태도 반드시 일정한 것은 아니다. 즉 친권행사가 養育을 하는 경우가 있는가 하면, 부모 일방은 親權을 행사하고 타방이 養育責任을 지는 형태, 그리고 제3자가 養育하는 경우 등 여러 가지가 있을 수 있다. 이때 養育責任者는 어느 범위까지 자의 養育에 대한 권리의무를 지는가가 문제로 제기된다. 요컨대 養育者는 자의 교육에 관한 권리의무가 있는가, 또 養育을 하는 범위 내에서는 親權이 제한되는가 하는 것이다.¹⁴⁾

먼저 교육에 관한 점에 대해서 본다면 民法 第837條의 養育者의 養育이라는 概念은 親權의 주된 내용인 養育과 敎育을 습한 概念으로 理解되어야

13) 金演, 前掲論文 379面.

14) 장창민, “離婚後의 자의 保護”, 사회과학연구 4, 창원대학교 사회과학연구소, 1998, 366面.

할 것이다.¹⁵⁾

따라서 養育者에게 주어진 子の 居所指定이나 懲戒 등의 權限은 養育을 擔當하지 않는 親權者의 居所指定權이나 懲戒權에 優先한다.¹⁶⁾ 또한 養育者는 子の 養育·敎育에 필요한 居所指定, 懲戒, 不當하게 子를 억류하는 자에 대한 引導請求 등도 할 수 있다.¹⁷⁾

大體的으로 親權의 內容中 身分에 관한 것은 모두 養育權의 內容을 이룬다고 볼 것이나 財産에 관한 것은 子の 養育과 반드시 不可分の 關係에 있다고는 볼 수 없으므로 養育權의 範圍밖이라고 봄이 妥當하다.¹⁸⁾

이 때 親權과 養育權의 저촉이 문제로 될 것이나, 養育權이 親權에 비하여 보다 현실적이고 직접적인 성격을 가지고 있으므로, 養育權이 親權에 우선한다고 생각된다. 따라서 親權者는 養育者가 가지고 있는 권리의무를 침해해서는 안된다.¹⁹⁾

第3節 養育權의 範圍

1. 신체상의 양육권

자를 실제로 곁에 두고 보호하는 일과 분리될 수 없는 성질의 일들은 모두 양육권의 범위에 속한다고 보아야 할 것이다. 따라서 자의 거소지정이나 징계 등의 권한은 양육권자에게 주어져야 하며, 양육을 담당하지 않는 친권자의 거소지정권이나 징계권에 우선한다고 해석해야 한다.²⁰⁾

대법원 1970. 11. 30, 70므28호 판결은 「우리나라가 부계주의이고 호주

15) 邊領長, “離婚後의 未成年인 子에 關聯된 法律問題”, 사법논집 제16, 법원행정처, 1985, 305面.

16) 大法院 1970. 11. 30 宣告, 70므28 判決.

17) 大法院, 1985, 2. 26 宣告, 84므86 判決.

18) 邊領長, 上揭論文, 305面.

19) 金演, 前揭論文, 379面.

20) 李玲愛, 前揭論文, 420面.

에게 가족의 거소지정권과 부양의무를 지고 있으며 민법 제837조 1항의 이혼당시 당사자간에 그 자의 양육에 관한 사항을 협정하지 아니한 때에 그 양육의 책임이 부에게 있다는 규정과는 관계없이 사건본인 갑을 청구인과 재혼한 그의 처 을의 가정에서 자라게 하는 것보다는 생모인 피청구인과 같이 거주하여 그의 보호와 교양을 받고 자라게 하는 것이 합리적이라고 할 것」이라고 판시함으로써 친권에 기한 거소지정권이나 자의 인도청구권이 친권자 아닌 모의 양육권에 앞서지 못함을 밝히고 있다.

2. 법률상의 양육권

친권자가 자의 재산에 관한 법률행위에 대하여 그 자를 대리하는 권리(민법 제920조)이나, 재산상의 행위에 대한 동의권(민법 제5조) 등 대외적인 법률행위에 관한 제한은 반드시 신체상의 보호, 교양과 불가분의 관계에 있다고 볼 수 없으므로, 법이 명문으로 친권자에게 속함을 밝히고 있는 이상 양육담당자가 아니더라도 친권자에게 속한다고 해석할 수 밖에 없다.

3. 교육

자를 보호·양육하는 내용과 교육은 서로 분리할 수 없다. 교육에 관하여 결정할 권한이 없다면 자를 건전하게 키우는 일은 거의 불가능하게 된다. 따라서 자가 몇 살 때부터 어떤 교육 내용의 교육을 받아야 할 것인가 어떤 학교에 갈 것인가 또는 음악, 미술 등 학교 교과과정 이외의 교육을 받을 것인가는 모두 양육자가 결정할 수 있어야 한다.

養育과 教育은 항상 한 行爲의 兩面으로 나타나고 事實上 兩者의 範圍와 限界를 정하는 것은 困難할 뿐 아니라 子의 身上에 관하여 親權을 行使하는 경우에 있어서 教育을 除外하고 養育만을 한다는 것은 不當하다.²¹⁾ 이렇게

볼 때 養育者는 子의 養育을 위한 제반 조치를 할 權利義務를 가진다고 하여야 한다. 養育者는 직접적으로 子의 養育에 해당하는 것은 물론, 敎育과 이를 부수적인 사항에 대한 권리의무도 있다. 다시 말하면 子와 함께 공동 생활을 하면서 그를 보호·교양하는 일과 분리될 수 없는 성질의 일들을 모두 養育의 범위 내에 속한다고 보아야 한다는 것이다.²²⁾

4. 긴급사태에 대한 응급조치

자가 갑자기 위독상태에 빠져 생명에 위험을 받을 수술을 하게 되었을 때의 수술동의자가 제3자로부터 부당한 억류를 받게 되었을 때의 인도청구 등은 양육자의 권한에 속한다고 보아야 한다.

생명 신체에 위험을 주는 일들에 대한 조치는 실제로 속식을 같이하며 가까이 있는 사람이 가장 정확하게 판단하고 대처할 수 있을뿐만 아니라 멀리 있는 사람의 의사를 물어야 한다면 더구나 의사의 불일치가 있더라도 하면 신속한 대처를 할 수 없게 되므로 실제로 양육을 담당한 사람의 결정에 맡기는 것이 자의 이익에 적합하다.²³⁾

第4節 離婚時 養育者의 決定

1. 意義

민법은 제837조에서 夫부의 協議離婚時 당사자는 그 자의 양육에 관한

21) 邊鎮長, 前掲論文, 305面.

22) 邊鎮長, 上掲論文, 305面.

23) 李玲愛, 前掲論文, 420面.

사항을 협의에 의하여 정하고(동조 1항), 협의가 되지 않거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 당사자의 청구에 의하여 그 자의 年齡, 父母의 財産 狀況 기타 사정을 참작하여 양육에 필요한 사항을 정하며 언제든지 그 사항을 변경 또는 다른 적당한 처분을 할 수 있다(동조 2항)고 규정하고, 이를 裁判上 離婚의 경우에 準用하고(민법 제843조) 있으며, 양육에 관한 처분과 그 변경을 가정법원에 심리할 마류 비송사건으로 규정하고 있다(가사소송법 제2조 1항).

부모가 이혼하게 되면 부모의 협의로 친권을 행사할 자를 정하고, 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 않는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정하게 된다(민법 제909조 4항). 이와 같이 하여 親權者가 정하여지면 친권자가 당연히 친권의 내용으로서 양육의무를 부담하게 된다고 볼 수 있다(민법 제913조). 그러므로 형식적으로는 구태여 따로 養育者를 정할 필요는 없다고 할 수 있다. 그러나, 양육은 자녀의 신체발육에 불가결한 것이므로 법률상의 의무자가 반드시 사실상의 適任者라고 볼 수 없으며,²⁴⁾ 사정에 따라서는 부적절한 경우가 적지 않다. 예컨대 자가 친권자와의 불화로 동거를 원하지 않는 경우, 친권자의 부재일수가 많아 養育者로 적임이 아닌 경우 등을 들 수 있다. 이러한 경우에 법률상 부모의 일방이 親權者가 된다는 것만으로 실질적으로 완전히 자의 보호가 보장되지 않는다. 여기에 부모이혼시 친권자와는 별도로 특히 양육자를 지정할 필요가 있는 것이다.²⁵⁾

養育者를 정하는데 있어서 부모 중 어느 일방을 양육자로 정하는 경우가 보통이겠지만, 부모가 원한다면 부모쌍방이 공동양육자가 되는 것도 가능할 것이며, 부모 이외의 제3자를 양육자로 정해도 무방할 것이다. 다만 이 경우에는 제3자가 특별한 의무를 부담하게 되는 것이므로 그 승인을 얻어야

24) 大法院 1970. 11. 30 宣告, 70므28 判決.

25) 金疇洙, 前掲書, 239-240面.

한다. 제3자 중에는 개인 이외에 兒童保護施設(예컨대, 탁아소·보육원)도 포함시킬 수 있을 것이다. 또 자가 수인인 경우에는 자의 養育者를 각기 달리할 수도 있을 것이다. 그러나 부모가 공동양육하는 것은 아무런 문제가 없지만 제3자가 여럿이서 공동양육을 하는 것은 허용되지 않는다고 본다.²⁶⁾ 양육자가 결정된 후에도 부모가 협의로 이것을 변경시키는 것은 무방하다.²⁷⁾

2. 節次

1) 協議에 의한 決定

親權을 행사할 자의 지정과 성격 및 協議의 方式은 같다고 할 것이다(민법 제837조 1항, 가사소송법 제2조 1항 마류사건 3호, 50조). 그러나 양육자 지정은 호적신고를 요하지 아니하므로 협의만으로 효력이 발생한다고 하여야 할 것이고, 제3자의 이해관계가 문제되지 아니하여 기한, 조건부 협의도 가능하다고 할 것이다. 養育에 관한 協議로 제3자를 養育者로 정할 수도 있다.²⁸⁾

2) 調停·審判 등에 의한 養育者의 指定 및 變更

특정인을 養育者로 지정하여 달라는 청구는, 1990년 민법개정전에는 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 부에게 양육에 관한 권리의무가 있는 것으로 되어 있어 주로 모에 의하여 행하여졌고, 위 청구가 이유없다고 인

26) 金大泳, “民法上 離婚後 子の 保護에 관한 研究”, 嶺南大 大學院 博士學位論文, 2001, 106面.

27) 金疇洙, 前掲書, 240-241面.

28) 具男淑, “離婚後의 子女保護制度에 관한 研究”, 全南大 大學院, 2001, 31面.

정되는 경우에는 請求棄却의 審判을 하였다. 그러나, 1990년 민법의 개정으로 별도로 친권을 행사할 자가 지정되어 있지 아니하는 한 협의불성립시 부에게 당연히 양육의 권리의무가 있는 것으로 볼 수 없고, 친권을 행사할 자를 정하지 아니하고, 養育者만의 지정청구가 가능하다고 할 것이므로 이러한 때에는 친권행사자 지정의 경우와 같이 당사자의 청구에 기속되지 아니하고 양육자로서 적합한 자를 지정하여야 할 것이라고 본다.

한편, 養育者變更請求는 당사자 사이의 협의나 재판에 의하여 양육방법이 결정된 후 상황의 변경 때문에 이를 변경할 필요가 생겼을 때²⁹⁾ 뿐만 아니라, 당초의 결정이 제반사정에 비추어 부당하게 되었다고 인정될 경우에도 가능하다고 할 것이므로,³⁰⁾ 당사자가 양육에 관한 사항의 변경을 청구하는 경우 가정법원은 協議後에 사정변경이 발생한 때에 한하여 변경할 수 있는 것은 아니다.

실제의 양육자 변경청구는 養育者가 재혼하는 경우에 많이 행해지고 있다. 예컨대, 협의이혼한 후 부의 부모가 양육하였고, 현재는 부가 양육하고 있으며, 부가 다른 여자와 재혼하였을 때, 모가 자신을 양육자로 지정해 달라는 경우이다.³¹⁾ 반면에 非養育者가 재혼하여 새로운 가정을 갖게 되었음을 이유로 양육자의 변경을 구하는 사례도 있다.³²⁾ 이러한 청구에 대하여 판례는, 변경을 인정할 만한 특별한 사정이 없는 한, 현재의 養育者가 그대로 양육하는 것이 자녀의 원만한 성장과 복지를 위하여 바람직하다는 입장(현상유지의 원칙)을 취하고 있다.³³⁾ 양육자나 비양육자의 재혼이라는 사실만 가지고는 변경을 인정하기에 불충분하다고 보는 것이다.

29) 大法院 1992. 1. 21 宣告, 91므689 判決.

30) 大法院 1991. 6. 25 宣告, 90므699 判決.

31) 서울가정법원 1996. 5. 2 宣告, 95ㄴ4231(양육자지정) 判決.

32) 서울가정법원 1995. 9. 20 宣告, 94ㄴ5833(양육비) 判決.

33) 大法院 1985. 2. 26 宣告, 84므86 判決; 서울가정법원 1996. 5. 2 宣告, 95ㄴ4231(양육자지정); 서울가정법원 1996. 4. 20 宣告, 95ㄴ7483 判決.

3. 養育者 決定의 基準

1) 一般的인 決定 基準

자의 보호가 가장 위태롭고 또한 문제가 되는 것은 부모의 離婚後 그 일방을 親權者 또는 養育者로 정하지 않으면 안될 때이다. 이혼시에는 이혼당사자 혹은 법원이 자의 친권자와 양육자를 정하는데, 이때 자의 복리와 자의 權利를 고려하여 자에게 최선의 이익을 가져오는 방향으로 결정되어야 할 것임은 두말할 필요도 없다.

이 문제에 대하여 우리 민법은 제837조 2항에서 자의 ‘양육에 관한 사항의 협의가 되지 않거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 당사자의 청구에 의하여 그 자의 年齡, 父母의 財産狀況 기타 사정을 참작하여 양육에 필요한 사항을 정하며 언제든지 그 사항을 변경 또는 다른 적당한 처분을 할 수 있다’ 고 하여, 자의 養育者를 지정하는 기준으로서 자의 연령과 부모의 재산상황을 예시하면서 기타 34)사정을 참작하도록 규정하고 있다. 그러나 자녀의 연령이나 부모의 재산상황은 단순한 예시에 불과한 것으로 볼 수 있고, 다른 여러 가지 원리에 의하여 자의 親權者·養育者를 결정하여야 할 것이다.

親權者 또는 養育者의 결정기준으로서 그 동안 국내 학자에 의해 제시된 것을 보면, 대부분 (1) 부모로서의 적합성, 기존관계와의 계속성, 현재의 양육상태, 자녀의 유대관계, 자녀의 의사를 들고 있으며³⁵⁾, 그 외에 (2) 자녀의 연령, 자녀의 희망과 부모의 희망,³⁶⁾ (3) 자의 성장과 발달을 보호함에 있어 해롭지 않은 선택 (4) 자녀의 연령과 성별, 아동의 종교 내지 종교

34) 李和淑, “離婚과 子女養育”, 裁判資料 第18輯, 1983. 212-214面.

35) 金相瑢, 前掲論文, 15-18面.

36) 李玲愛, 前掲論文, 414-419面.

교육, 부모의 경제적 상태 기타 등을 들고 있다.

이상의 기준들은 미국의 UMDA § 402와 영국의 Children Act 1989 s. 1(3)과 같은 맥락에서 정해졌다고 생각되며, 용어의 차이는 있을지라도 동일한 기준을 의미하는 것이 많다. 그리고 이 기준들은 養育者를 결정하는데 있어서 주로 부모를 중심으로 정해진 것이라고 할 수 있다. 이것은 ‘子の要求’ 나 ‘子の意思’가 그다지 중요하게 고려되지 않고 있다는 것에서 알 수 있다. 그러나 離婚後 자의 보호를 위해서는 자를 중심으로 해서 양육자를 결정하여야 할 것이며, 자의 요구를 파악하고, 자의 意思를 존중하는 것이 무엇보다도 중요하다고 생각한다.³⁷⁾

아래에서는 養育者 결정 기준 중에서 (1) 父母로서의 適合性 (2) 현재의 양육상태 (3) 자녀의 유대관계 (4) 자녀의 연령 및 성별 (5) 자녀의 의사 (6) 부모의 경제적 상황 기타에 대하여 고찰하기로 한다.

2) 부모로서의 적합성

親權·養育權은 자녀의 교육과 지도에 가장 적합하고 자녀의 인격형성에 최고의 지원을 해 줄 수 있는 父母측에 부여되어야 한다. 부모의 성품, 부모로서의 적합성과 자녀의 연령 및 성별, 父와 母의 직업활동, 양육포기 등을 들 수 있다.

3) 現在の 養育狀態 (繼續性原則)

현재의 양육상태를 존중하고 지속시키려고 하는 것을 지속의 원칙 또는 계속성의 원칙 혹은 주된 養育者 原則(primary caretaker rule)이라고 한

37) 金大泳, 前掲論文, 109面.

다. 이 원칙은 기존 연구나 입법례에 나타난 기준 중에서 가장 많은 공통점을 보인 요소 중의 하나이며 UN의 兒童의 權利에 관한 協約 제9조 3항도 兒童이 父母의 일방 또는 쌍방과 떨어지게 될 경우, 국가는 兒童의 最善의 利益에 반하는 경우를 제외하고, 兒童이 그 父母와 정기적으로 個人的 關係와 직접적인 접촉을 할 權利를 존중하여야 한다고 규정하고 있다. 法院이 子女에 관한 결정을 내릴 때에는 子女의 현재의 양육상태 즉 가정이나 학교, 사회 등에 대한 子女의 적응능력을 살피고 환경의 변화가 그에게 비칠 영향을 고려하여 환경의 변화가 그에게 해로울 우려가 있는 경우에는 기존상태를 계속 지속시켜야 한다는 것이다.³⁸⁾

따라서 현재의 養育者가 親權者 혹은 養育者로 지정되고 종래 거주하던 주택도 자녀를 양육하는 부모 일방에게 분할되거나 임대되며, 형제자매가 있는 경우에는 가능한 이들을 분리시키지 않고 RP속 함께 양육되도록 하는 것이다.

계속성의 원칙에 따르면, 현재의 환경조건을 유지시키는 것이 중요하다. 주위환경과 인간관계의 지속성은 아동의 정상적인 발달에 매우 중요한 요소이며, 유아의 경우 항상성과 지속성은 필수적인 생활조건이기 때문이다.³⁹⁾

4) 子女의 紐帶關係

(1) 유대관계의 개념

자녀가 부모 일방에게 맡겨지는 불완전한 가정생활로 이행해 가는 경우, 기존의 유대관계가 가능한 적게 손상되어야만 자녀가 입는 피해가 적어질 것이다. 부모와의 유대관계는 전통적으로 자녀가 어린 시절부터 그와 가장

38) 金由美, “子女福利의 觀點에서 본 韓國親權法”, 서울大 大學院 博士學位論文, 2002, 107面.

39) 金由美, 上揭論文, 107面.

가까운 이해관계인과 형성해 온 감정적 유대, 즉 심리적 유대로 이해되고 있다.

(2) 자녀의 유대관계와 부모로서의 적합성

부모 일방이 타방에 비해 자녀의 양육에 적절치 못하다고 하여도 자녀가 그와 보다 밀접한 유대관계를 맺고 있다면, 그 부모 측에 親權(養育權)을 부여할 수 있다. 즉, 자녀복리의 구체화라는 측면에서 자녀의 유대관계는 父母의 적합성에 대해서 단계적 보충기능을 할 수 있는 것이다.

家事訴訟法 제58조는 “子の 親權을 행사할 者의 지정과 변경, 養育방법의 결정 등 미성년자인 子의 이해와 직접 관련되는 사항을 조정함에 있어서는 미성년자의 福祉가 우선적으로 고려되어야 한다.” 고 규정하고 있다.

父母 쌍방에 대하여 일상조건에서 동일한 유대관계를 가지고 있는 자녀인 경우, 아동이 가사조사관 앞에서 母도 함께 있는데 명시적으로 父를 선호한다면 이는 養育者 지정에 결정적인 중요성을 갖는다.

5) 子女의 年齡, 性別⁴⁰⁾

자녀의 연령과 성별은 親權·養育權을 담당하는 父母의 선택에서 어떤 원칙적인 변수로 기능하지는 않지만, 전체사정을 참고해서 관계요소로서 고려될 수는 있을 것이다.⁴¹⁾

40) 자녀의 연령 및 성별과 관련된 基準에 이것과 관련된 또 하나의 基準을 자녀의 신체적, 정서적, 교육적 필요 내지 요구(needs)로 표현한 것도 있다. 가령 영국의 1989년 The Children Act의 check-list가 그 예가 된다. 그것에 대한 解釋에 의하면 아동의 신체적 요구는 물질적인 종류의 것도 중요하지만 더 중요한 것은 그의 안전과 행복이고, 父母가 子女의 保護와 監督에 바칠 수 있는 시간과 정력의 양이 중요하다고 보고 있다. 정서적 요구에 대해서는 母優先의 推定, 子女의 紐帶關係, 子女의 성별과 父母의 관계 등이 언급되고, 교육적 요구에 대해서는 학문적인 성취 능가 더 역점을 두고 있는지, 교육에 대한 부모의 태도가 문제시되고 있다(; 金大泳, 前揭論文, 114-118面).

41) 이러한 전제를 원칙으로 하되, 영아는 가능한 한 그를 계속 돌보아오던 모로부터 떼어놓아서는 안되

6) 子女의 意思

아동들은 다루고 있는 부모의 어느 쪽과 자신이 살아야 하는지의 문제를 포함하여 자신들에게 직접적인 영향을 미치는 결정에 의견을 표시하고 싶어 한다. 親權이나 養育權에 관한 사건에서 당사자인 자녀의 의견을 고려하는 것은 아동의 권리(意思表明權)와도 관계가 깊은 것이다. 만약 자녀가 그 자신의 의사를 표현할 수 있을 만큼 충분히 나이가 들었다면, 법원은 그 희망과 의사를 고려해야 한다. 그것은 법원이 그 희망이나 의사에 효력을 줄 있기 때문이라기보다는, 어떤 것이 자녀의 복리를 위한 것인가를 더 잘 판단하기 위해서이다.⁴²⁾

자녀의 희망과 의사는 어떤 정도로 반영되어야 하는지, 법원은 자녀의 의사나 희망을 고려하는 경우 그들의 의사나 희망(선호도, 선택)이 상당한 것인지를 판단하여야 한다. 대개의 경우 지적인 판단을 할 수 있는 연령을 14세로 정하고 있는 예가 많다.

우리 家事訴訟規則 제100조는 ‘子の 養育에 관한 처분과 변경, 면접교섭권의 제한과 배제 및 친권을 행사할 者の 지정과 변경에 관한 심판청구가 있는 경우에 자가 15세 이상인 때에는, 가정법원은 심판에 앞서 그 자의 의견을 들어야 한다. 다만, 자의 의견을 들을 수 없거나 자의 의견을 듣는 것이 오히려 자의 福祉를 해할만한 특별한 사정이 있다고 인정되는 때에는 그러하지 아니하다’ 고 규정하고 있다.

여기서 말하는 15세라는 기준은 변식능력 내지 판단능력을 기준으로 한 듯하다. 그러나 반드시 연령에 구애받을 것이 아니라 그 자 개개인의 연령 및 성숙도와 의사형성의 동기 등을 종합적으로 고려하여 반영하여야 한다.

고, 자녀의 감수성이 아주 예민하거나 혹은 병약한 경우에도 마찬가지라고 할 수 있다.
42) 具男淑, 前掲論文, 39面.

자녀의 희망, 친근감 등은 아주 중요한 요소이고 결정적 사유가 될 수 있으나, 이는 다만 자녀가 선호하는 父母쪽의 적합성의 원칙에 기해서 養育權을 맡을 필요한 조건들을 갖추고 있을 경우에만 그러하다.

자의 희망과 의사를 확인하기 위한 절차에는 특별한 배려가 필요하다.⁴³⁾⁴⁴⁾ 자가 자신의 意思를 분명히 갖고 있더라도 그것을 父母 기타 관계자들이 있는 곳에서 공개한다는 것은 상당한 심리적 부담이 되는 것이므로 정확한 의사표시가 지장을 받을 우려가 있으며, 또 선택되지 않은 父母와의 관계가 악화될 우려도 있기 때문이다.

7) 父母의 경제적 상황 기타

부모의 일방이 다른 일방보다 자녀의 인생에 있어서 물질적으로 더 나은 출발을 할 수 있다는 사실만으로, 養育者 지정 등에 우선권을 보증하지는 못한다. 법원이 관심을 가져야 하는 것은 자녀의 복리이지만 그것은 물질적 관점에만 국한된 것은 아니기 때문이다. 하지만 자녀에게 좋은 설비를 제공할 수 있는 부모는 다른 조건이 동등하다면 그렇지 못한 부모보다 우세하

43) 법정에서 부모 또는 그의 변호사가 대답하고 있는 분위기에서 증인으로서 심문되는 것은 결코 좋은 방법이라고 할 수 없고, 부모가 없는 곳에서 법정이 아닌 곳에서 판사와 아동이 부드러운 대화를 나눌 수 있는 분위기에서 진행되는 것이 이상적이라고 하겠다. (李玲愛, 前揭論文, 418面).

44) 1990. 12. 31. 家事訴訟法이 제정되기 전에는, 비송사건의 사실조사를 조사관에게 명할 근거 규정이 없었을 뿐만 아니라, 가사심판법상 가류가사심판사건에 있어서는 그 조사할 필요가 있는 사실들이 대개의 경우에는 서면에 의하여 조사할 수 있는 것들이거나 조사관보다는 한층 더 전문적인 감정인들에게 감정을 시켜야 할 사항인 경우가 많아서, 가사비송사건에 대해서 조사명령을 발하는 경우는 거의 없었다. 그러나 가사소송법이 제정되면서 상당히 많은 소송사건이 마류가사비송사건으로 정해졌고, 따라서 사실조사의 필요성도 많아졌을 뿐만 아니라, 법관이 조사명령을 발할 수 있는 근거 규정(가사소송법 제6조)도 마련되었다. 심문에 의해 사실조사를 하기 위하여는 많은 시간이 걸리고 당사자가 자료수집에 적극 협조하게 하기는 어려우므로, 법관은 조사관으로 하여금 법률적이고 심리적·사회적인 사항의 전부에 관하여 어느 정도까지는 자세히 검토하고 명확한 문제점을 찾아내어 적절한 사실자료를 수집정리하고 사건처리에 관하여 의견을 첨부한 조사보고서를 제출케 하여 사실인정의 자료로 삼을 필요가 있다. 조사관의 사실조사가 필요하다고 인정된 사건은 주로 마류비송사건이며 중요한 사건 중에 子의 養育에 관한 처분, 親權行使者의 지정 및 변경, 親權喪失宣告 및 그 取消가 있다. 우화자, “가사비송절차에 관한 제문제의 검토”, 「가정법원사건의 제문제 (재판자료 제62집)」, 법원행정처, 1993, 169-170面.

다.

4. 養育者 指定의 效果

養育者로 지정되면 양육권자는 양육·교육에 필요한 거소지정, 징계 등 신체상의 양육에 관한 사항과 子の 引渡請求 등의 권한을 가지게 되며, 위와 같은 사항에 관하여 친권과 양육권간에 충돌이 있을 때에는 양육권이 우선하게 되고, 친권의 내용 중 양육권과 배치되는 권한은 제한되며 친권자가 임의로 이를 변경할 수 없다.

반면에 양육자로 지정되지 아니한 부모 중 일방은 자에 대한 面接交渉權을 행사할 수 있고, 상대방의 자에 대한 양육에 부적당한 사유가 발생하는 경우에 변경청구권을 가지고 있어 양육에 대한 감독자로서의 지위를 보유하고, 양육비를 부담할 의무를 부담하게 된다.⁴⁵⁾

45) 金大泳, 前掲論文, 107面.

第3章 離婚後 子の 養育費 確保

第1節 養育費의 負擔

1. 意義

養育費란 未成年子女를 保護·敎養하는데 필요한 費用을 말한다. 자녀를 保護·敎養한다는 것은 실제로 養育·監護·敎育하는 것이며 그 費用의 負擔과는 별개문제이다. 왜냐하면 전자는 親權의 작용인데 반해서, 후자는 父母의 未成年인 子에 대한 關係 자체에서 나오는 扶養義務이기 때문이다. 따라서 親權者가 아닌 父 또는 母도 保護·敎養에 필요한 費用의 負擔은 면할 수 없다고 할 것이다(父母가 別居하거나 離婚한 경우에도 마찬가지다).⁴⁶⁾ 養育義務는 未成年子女의 육체 및 정신의 건전한 발달과 성숙을 위한 保護·敎養의 義務이고, 養育費는 그러한 保護·敎養에 드는 비용이기는 하지만 어디까지나 순수한 經濟的 給與義務라고 할 수 있다.⁴⁷⁾

따라서, 親權者의 養育義務와 그에 필요한 費用의 負擔은 觀念상으로도 실제상으로도 구별하여야 한다.

子의 養育에 필요한 費用은 子 스스로 父 또는 母에 대하여 부양청구로 서 청구할 수도 있지만, 養育者로 指定된 父 또는 母가 養育에 관한 처분으로서 그 負擔을 청구할 수도 있다. 養育權에는 그것에 필요한 費用의 負擔은 포함되지 않으므로, 養育者가 부모의 일방일 때에는 養育者가 아닌 다른 일방에 대하여, 養育者가 제3일 때에는 父母雙方에 대하여 養育費를 청구할

46) 金疇洙, 前掲書, 337面.

47) 姜玆中, “未成熟 子女의 養育과 扶養”, 法學논집 제12집, 1981, 43面.

수 있다.

2. 養育費 負擔의 根據

부모 사이에 자녀의 養育費用을 어떻게 부담할 것인가는 부부의 공동생활에 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) 民法 第913條에 根據한다는 說⁴⁸⁾

親權者는 未成年子女에 대하여 民法 第913條 所定の 保護·敎養의 權利義務가 있으며, 이 義務 가운데에는 經濟的 給與義務인 養育費支給義務가 포함한다는 견해이다.⁴⁹⁾ 따라서 親權을 행사하는 親의 扶養의무는 親權者의 扶養의무를 정한 民法 第913조에 근거하는 生活유지의 의무이지만, 親權을 행사하지 아니하는 부모의 扶養의무는 친족간의 扶養의무를 정한 民法 第974조 제1호에 근거하는 生活부조의 의무이라는 것이다.

이 說에 의하면 未成年子女의 養育을 위해 子女와 現實的 共同生活을 하

48) 우리나라에서는 이러한 學說을 取하는 學者가 없다. 日本에서도 소수설이다. 金容漢 教授는 “解釋上으로는 親權者의 保護·敎養의 權利·義務中에 당연히 포함되어야 한다고 볼 수도 있지만 그렇게 해석한다 하더라도 親權에 따르지 않는 未成年 子와 父母사이에는 문제가 있다” 고 하여 해석상 보충적으로 第913條에 근거한다고 볼 수도 있지만, 궁극적으로는 扶養義務라고 한다.

49) 姜玆中, 前掲論文, 43面.

는 親權者 만이 養育費支給義務가 있고 親權者 아닌 父(예컨대, 親權喪失宣告를 받은 경우) 또는 母(예컨대, 離婚한 母, 婚姻外 子の 生母) 또는 子女와 現實的 共同生活을 하지 않는 父母는 未成年子女에 대하여 養育費를 支給할 義務가 없다.⁵⁰⁾

2) 養育費의 負擔은 親子關係의 效果라는 說

養育費支給義務는 부양과 마찬가지로 경제적 급여의무이므로 親權의 有無와 關係없이 부양의무자가 부담한다는 說이다.⁵¹⁾

親權의 유무⁵²⁾ 또는 親權行使者인지의 여부에 따라서 養育費 부담의 義務가 달라진다면, 子を 위하여 부모의 애정의 정도나 가족의 인간관계 등을 고려하여 자력이 없는 者를 親權을 행사하는 者로 지정한 경우에, 자력이 있는 상대방 부모는 養育費負擔義務를 면하게 되어 子は 불이익을 입게 된다. 따라서 親權者 또는 親權行使者로서의 적격을 흠결한 父母라도 자력이 있는 경우에는 경제적 부담을 시키는 것이 子の 福祉를 위하여 타당하다고 한다.

즉, 養育費支給義務는 부양의무이므로, 親權이 없거나 현실적으로 그 자녀를 양육하지 않는 父母도 親子關係에 기하여 民法 제974조에 따라 養育費 支給義務가 있다는 견해로 현재 우리나라와 日本의 다수설⁵³⁾이라 할 수 있

50) 東京高等裁判所 昭和 58. 10. 27. 判決에서는 「양육에 관하여 필요한 사항은 이혼시에 親權者로 되지 아니한 부모의 일방 또는 제3자가 養育者로 지정된 경우에 있어서 양육하기 위하여 필요한 비용이고, 이혼시에 자의 親權者로 된 자의 양육에 필요한 비용은 이에 포함되지 아니한다」라고 하였고, 大阪家庭裁判所 昭和 57. 5. 29. 審判에서는 離婚後 親權者가 아닌 모에 대한 부로부터의 미성숙자의 양육비 분담청구를 기각하였다.

51) 박상선·황덕남, “친권에 관한 문제점”, 가정법원사건의 제문제, 재판자료 제62집, 법원행정처, 1993, 570면.

52) 大法院 1976. 6. 8 宣告, 75다1922 判決에서는 「친자간의 부양은 그 신분관계에 본질적·불가분적 요소로서의 의무이며 친권의 유무, 등거유무에 좌우되지 않으며 오로지 子女의 복지를 위해서 부담한다」고 판시하였다.

53) 田中通裕, “未成熟子の養育責任と親の責任”, 判例タイムズ 第747號, 309면.

다.

3) 扶養義務說

父母가 혼인중에 있지 않을 때에 親의 미성년자인 子에 대한 부양의무는 모두 民法 제974조 이하에 의하여 부담하는 것이고, 親權者인지의 여부는 부양의 순위, 정도, 방법 등을 결정함에 있어서의 참작사유에 지나지 아니한다는 견해이다.

養育의 의무와 養育費 부담의 의무는 별개의 문제이다. 예를 들어 후견인은 親權者에 대신하여 子의 養育에 관하여 權利義務가 있지만, 養育費를 부담하지 않는다. 또한 未成年子女의 養育이란 오로지 子女를 위한 것이고, 이로 인하여 利益을 받는 者는 養育者가 아니라 被養育者인 子女이므로 그 費用을 一次的으로 부담하여야 할 者는 未成年子女 本人이기 때문에 子女에게 財産이 있으면 그 財産으로 먼저 養育費에 充當하고(民法 第923條)⁵⁴⁾ 子女에게 재산이 없을 때에 비로소 扶養義務者가 負擔하게 된다.⁵⁵⁾

4) 學說의 檢討

子女의 福利라는 관점에서 본다면 養育의 義務와 養育費 負擔의 문제는 구분되는 것이 타당하다. 만약 그렇지 아니하면 離婚의 경우 養育者를 지정하는 기준으로 “누가 子女를 보다 훌륭하게 키울 수 있을 것인가” 하는 문제보다 오히려 “누가 경제적으로 子女를 윤택하게 해 줄 수 있을 것인가”라는 문제에 더 큰 비중을 두게 되어 바람직하지 못한 결과를 초래한다. 생

54) 民法 第923條에 의하면 法定代理人인 親權者의 權限이 消滅한 때에는 그 子의 財産에 대한 管理의 計算을 함에 있어서 그 子의 財産으로부터 取得한 果實은 그 子의 養育 및 財産管理費用과 相計한 것으로 보는 바, 이 규정의 취지는 子女가 第1次로 양육비를 부담한다는 뜻이다 (; 姜玄中, 前揭論文, 44面).

55) 村崎 滿, 先例判例親權·後見·扶養法, 日本加除出版株式會社, 1978, 292面.

각건대 부모는 부모와 자식간이라는 자연적 신분관계에 기하여 親權이나 親權行使의 유무를 떠나 養育費를 負擔하는 것이며, 親權行使의 여부 등은 養育費 算定의 참작사유가 될지언정 결코 養育費 負擔의 根據는 될 수 없다고 할 것이다.⁵⁶⁾ 대법원 1967. 2. 21 선고 65므5판결 역시 「부모는 출생시부터 모두 자식을 부양할 의무가 있다」고 判示하면서 父母의 子에 대한 親權의 有無나 父母와 子의 共同生活의 여부를 전제로 하지 아니하고 父母의 子에 대한 扶養義務를 인정하고 있는 점에 비추어 通說을 따르고 있는 것으로 보인다.⁵⁷⁾ 그러므로 위의 3가지 학설 중에 養育費의 負擔은 親子關係의 效果라는 說로 봄이 가장 타당하다고 할 것이다. 이와 같이 해석하지 아니한다면, 親權을 행사할 者를 결정함에 있어서는 무엇보다도 부모의 부양능력 즉, 경제력을 우선하여 평가하게 되어 子의 幸福을 위한 지정이 경제력에 의하여 결정되어질 것이다.

第2節 養育費 決定과 調整

養育費 決定은 ① 양육의무자 수입의 확정 ② 양육의무자 부담능력의 확인 ③ 자의 필요생활비의 산출 ④ 양육의무자 부담액의 산출이라고 하는 과정을 거쳐 결정된다.⁵⁸⁾

이혼과 함께 청구되는 양육비는 자녀의 양육에 관하여 통상 현실화되지 아니한 장래의 비용이기 때문에 경제사정의 변동, 특이사항의 발생가능성 등이 상존하고 있으므로 그 액수를 특정하기 어렵다. 따라서 당사자간의 협의 또는 재판을 통하여 일단 결정되는 養育費 額數도 장차 자녀의 양육에

56) 郭東憲, “離婚後의 親子關係 -親權과 養育權을 中心으로-”, 法學論叢 第13輯, 慶北大學校 法學研究所, 1997, 32面.

57) 崔世模, “家事審判上面의 扶養請求權”, 家庭法院事件의 諸問題, 裁判資料 第18輯, 法院行政處, 1983, 564面.

58) 阪根忠夫, 養育費의算定方式, 判例タイムス臨時増刊747号 夫婦・親子 215題, 1991, 313面.

꼭 그만큼의 양육비가 소요될 것이라는 확증을 가지고 할 수 없다. 그러므로 양육비를 결정함에 있어서는 실무상 일정기간을 정하여 언제부터 언제까지는 월(또는 년) 얼마, 그 다음부터 언제까지는 얼마, 그 다음부터 성년이 될 때까지는 얼마라는 식으로 추상적인 기준을 정할 뿐이다. 그리고 현실적 養育費用의 차이는 양육비 변경 절차를 통해 해결하고 있는 실정이다.⁵⁹⁾

앞서 본 바와 같이 양육비 산정 자체가 매우 추상적이고, 경우에 따라서는 양육비 액수에 관한 문제가 신중히 고려되지 않은 채, 이혼 당사자간에 현실적 거래의 산물로 소홀히 취급될 가능성이 많다. 이혼 당사자가 자의 양육비에 관하여 협의를 한 경우 법원은 그 約定內容에 구속되어야 하는가라는 문제에 대하여, 판례는 법원이 당사자간의 약정에 절대적으로 구속될 필요 없이 諸般事情을 고려하여 양육비에 관한 액수를 다시 정할 수 있다고 판시하고 있다.⁶⁰⁾ 양육비 액수에 관한 협의가 자의 의사와 무관하게 부모간에 이루어지는 것이 일반적 현상이라고 보면, 위 판례의 태도는 자의 福利 측면에서 바람직한 것이라 할 수 있다. 다만 이러한 경우라도 법원은 당사자의 의견을 최대한 존중하여 양육비 액수산정에 참작하여야 할 것이다. 또 協議나 裁判 및 調停節次를 통해 일단 양육비가 일정액으로 정해진다고 하더라도 그 후 상황의 변화에 따라 과다한 양육비가 소요될 경우 협의 또는 재판절차를 거쳐 이를 재조정할 수 있음은 물론이다. 한편 양육비 포기에 관한 당사자간의 합의는 그것이 전면적인 것이든, 추가로 더 이상 청구하지 않겠다는 부분적인 것이든 자의 복리를 해치는 것으로 보아 무효라고 해야 할 것이다. 물론 그러한 사정이 양육비를 산정함에 있어 참작사유가 될 수는 있을 것이다.⁶¹⁾

59) 郭東憲, 前掲論文, 32面.

60) 大法院 1992. 1. 21 宣告, 91므6891 判決; 大法院 1991. 6. 25 宣告, 90므699 判決.

61) 郭東憲, 上掲論文, 33面.

第3節 過去の 養育費

1. 意義와 性格

부양에 관한 제문제 중 이념적으로, 실무상으로 가장 논의가 분분한 것의 하나는 과거의 양육비 청구를 어느 범위에서 인정할 것인가 하는 것이다. 양육이라고 하는 것은 그 성질상 피양육자가 양육을 받지 아니하고 그 대로 지내온 때에는 지나간 과거에 대한 요소를 만족시킨다는 것은 자연적·사실적으로 불가능한 것이라고 할 것이다. 양육의무는 양육요건이 발생하고 존속하면 시시각각으로 발생하는 것이나, 일반채권과 달라서 이행기의 경과와 동시에 이행의 만족을 얻건 말건 어느 경우에도 소멸하여 다음의 새로운 양육의무로 이행하여 변천하여 가는 것이기 때문이다.⁶²⁾

하지만 일방적이고 이기적인 목적이나 동기에서 비롯한 것이거나 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 부담을 청구할 수 있다.⁶³⁾

일반적으로 부모의 자에 대한 養育義務는 養育의 必要狀態와 可能狀態가 병존하는 경우 비로소 발생하는데 양육의 필요성은 시간의 경과와 함께 소멸하기 때문에 그 의무도 소멸한다. 이 의미에서 養育義務는 일종의 絶對的定期債務라고 할 수 있다. 따라서 과거의 생활비에 대한 양육의무라는 개념은 논리적으로 맞지 않고, 過去の 養育費를 請求하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다.

그러나 過去の 養育費請求를 일체 부정한다면, 養育義務者는 義務의 履

62) 鄭貴鎬, “扶養에 관한 研究”, 서울大 大學院 博士學位論文, 1987, 78面.

63) 金容漢, 「新親族相續法」, 博英社, 2002, 243面.

行을 遲延함으로써 그 義務를 免하게 되고, 또 養育義務者 이외의 자가 사실상 養育해왔던 過去의 養育에 관해서도 義務者는 책임을 지지 않게 된다. 반대로 過去의 養育義務의 발생이 인정되고 언제까지라도 소급하여 請求할 수 있다고 하면, 양육의무자는 자기도 모르는 사이에 누적된 장기간의 過去의 養育費를 일시에 부담하게 되어버린다. 64)

그리하여 위와 같은 不合理性을 시정하기 위하여 過去의 養育費에 관하여 여러 가지 견해가 나오게 되었다.

2. 學說의 概觀

우리나라 學者들은 過去의 養育費請求를 인정해야 한다는 견해가 많지만, 65) 이를 청구하는 경우 過去 어느 時點까지 소급하여 인정하느냐에 관하여는 異說이 제기되어 왔다. 종래의 通說은 양육권리자의 請求라는 것에 중점을 두고 있지만 그 根據 및 履行請求의 意義에 대하여는 견해가 나누어져 있다.

1) 否定說

否定說은 養育義務의 絶對的 定期給付性質에 충실한 견해로서 「具體的인 養育의 權利, 義務 및 內容은 당사자간의 協議나 法院의 審判에 의하여 創設적으로 形成되고 이는 將來의 法律關係에 있어서만 가능하다」는 이론이다. 따라서 당사자의 協議나 審判이 있을 때까지는 養育義務가 존재하지 않으므로 過去의 養育費 請求를 할 수 없다고 한다. 66)

2) 肯定說

64) 鄭貴鎬, 前掲論文, 78-79面.

65) 金疇洙, 前掲書, 458面.

66) 中川淳, 「過去의 扶養料請求」, 民法의 爭點, 369面.

(1) 請求時說

① 請求를 養育義務 發生要件으로 하는 견해

이 견해는 다시 두 가지로 나뉜다. ㉠ 養育義務는 養育權利者の 생활에 필요한 給付이므로 權利者가 請求權의 행사를 하지 않고 일정한 기간을 경과하였을 경우, 그 기간 중에는 養育을 받을 필요가 없었으리라고 인정할 수 있다. 따라서 그 기간내에 請求權의 요건을 갖추지 않은 것으로서 후일에 이르러 이 기간내의 養育을 請求하더라도 인용해서는 안된다. 그러나 權利者가 養育을 받을 필요가 있어서 義務者에게 통지하였는데도 불구하고 義務者가 義務를 不履行하는 경우 過去の 養育費 請求를 인정해야 한다는 견해가 있다. 67)

또한 ㉡ 養育의 必要와 養育의 餘力の 존재에 의하여 발생하는 養育義務는 추상적인 基本債務이며 養育權利者の 請求에 의하여 비로서 支分的 義務의 履行期가 到來하며 養育請求를 받은 후 協定 또는 審判에 의하여 養育義務者가 특정되면 養育義務者는 請求가 있는 때에 遡及하여 책임이 생긴다는 견해가 있다. 68)

② 請求를 遲滯要件으로 하는 견해

養育義務는 養育要件의 충족에 의하여 당연히 발생하고 그 養育內容도 客觀적으로 정하여져 있으므로 養育協定 또는 審判은 그 내용을 발견하는 수단에 지나지 않는 것으로, 請求는 債務者 遲滯의 要件이 된다는 것이

67) 崔幸植, “子の 養育 및 扶養과 過去の 扶養料”, 家族法研究 第8號, 韓國家族法學會, 1994, 406面.

68) 鄭貴鎬, 前掲論文, 80面.

다. 69) 公平의 觀念上 양육의무자가 양육의 청구를 받았으나 이행을 지체한 때 이후의 부분에 대해서만 청구할 수 있다고 할 것이다. 70) 개정 독일민법 제1585 b조 제1항에서 過去の 養育費도 請求할 수 있도록 되었다. 이것은 「過去の 養育費에 관하여 權利者는 養育義務者가 遲滯에 빠진 때 또는 양육청구권이 계속된 때로부터만 履行 또는 不履行에 관한 損害賠償을 請求할 수 있다」 라는 規定과 같은 趣旨이다. 71)

③ 請求를 養育義務消滅 防止要件으로 하는 견해

이는 養育要件이 갖추어졌을 때 발생하는 養育義務는 그 發生과 동시에 履行期가 到來하고 履行期の 經過에 의하여 자연히 소멸하나 養育請求가 있으면 그 이후 분은 過去の 養育費라도 소멸하지 않고 請求할 수 있다는 견해이다. 이것은 衡平의 觀念에서 출발한 것으로 양육권리자로부터 請求가 없더라도 양육권리자가 양육을 필요로 하는 상태에 있는 것을 養育義務者가 알고, 또 알 수 있었을 때에는 그 이후의 養育費는 過去の 것이라도 허용된다. 72) 이론은 通說보다 過去の 養育費請求에 유리할 뿐만 아니라 피양육자의 청구권에 양육한 제3자 또는 다수양육의무자 중 1인이 立替養育費 求償이 가능하다. 73)

(2) 扶養義務 認識時說

양육의무자가 피양육자에 대하여 具體的 養育義務가 있다는 것을 알거나

69) 鄭貴鎬, 上揭論文, 81面.

70) 梁壽山, 「親族·相續法」, 한국외국어대학교 출판부, 1998, 536面.

71) 表桂鶴, “離婚으로 인한 配偶者와 子の 扶養에 관한 比較法的 研究”, 仁荷大 大學院 博士學位論文, 1995, 251面.

72) 鄭貴鎬, 前揭論文, 81面.

73) 表桂鶴, 前揭論文, 252面.

알 수 있었던 때부터는 過去の 養育費라도 支給하여야 한다는 견해이다.⁷⁴⁾

이는 종래의 통설인 請求時說이 갖는 단점을 극복하기 위한 시도로서 그 경직성을 완화하려는 것인 바, 一般的 養育要件인 일정한 친자관계의 존재, 양육의 필요성, 양육의 가능성에 의하여 구체적 양육의무는 발생하되, 養育義務者가 具體的 養育義務를 알 수 없었던 경우에는 양육의무의 障礙要件으로 보아 청구할 수 없다고 한다.⁷⁵⁾

이 說은 결국 ‘請求’를 義務發生要件에서 제외하는 것으로 보다 탄력적이고, 피양육자에 대하여 보다 유리하고, 請求時說에서 본 바와 같은 청구 전에 피양육자를 양육한 제3자 또는 다른 양육의무자가 구상하는 경우와 피양육자 자신이 직접 청구하는 경우와의 차이를 그 한도에서 완화시킬 수 있다고 한다.⁷⁶⁾

(3) 當然發生說(要件充足時說)

피양육자의 양육의 必要狀態와 양육의무자의 養育可能狀態라는 요건이 충족되면 양육의무는 당연히 발생하고 그 요건이 생긴 이후의 양육비는 과거의 양육비라고 하여 배척할 이유는 없다고 하는 견해이다.⁷⁷⁾

‘請求’라는 요건을 고려하지 않고 단적으로 過去の 養育費請求를 인정하려고 하는 입장으로서, 協議 또는 審判에서 養育要件의 發生時로부터 그 때까지의 과거의 養育費를 산정하면 되고, 피양육자의 자산, 양육의무자의 자력 기타 일체의 사정을 고려하면 된다는 입장이다. 請求時 그 이전의 養育費請求는 할 수 없다고 보는 종래의 통설의 입장에 비판을 가한 것이다.

74) 文炯植, “親子關係 중심으로 한 扶養料請求와 求償(上)”, 大韓辯護士協會誌, 第130號, 1987, 50面.

75) 朴秉濠·金由美, “過去の 養育費 求償”, 法學 第35卷 3·4號, 서울대학교 법학연구소, 1994, 213面.

76) 이 說은 過去の 養育費를 請求時說보다는 넓게 當然發生說 보다는 좁게 인정하는 것이다 (文炯植, 前揭論文, 50面).

77) 金疇洙, 「註解 親族·相續法」, 法文社, 1993, 496面; 文炯植, 上揭論文, 50面; 金大泳, 前揭論文, 149面.

3) 私 見

생각건대 양육의무의 絶對的 定期性이라는 관념을 고수할 것이 아니라 과거의 양육비는 기본적으로 扶養法 構造의 一環으로서 意義를 지닌다고 할 수 있고, 公平의 관념에서도 請求時說은 타당하지 않다고 할 것이다. 따라서 양육의무 내지 양육비청구권은 養育者의 請求에 관계없이 養育의 必要性과 可能性의 요건이 충족된 때에 당연히 발생한다고 보아야 할 것이고, 양육의무자가 양육필요시에 양육의무를 이행하지 않으면 債務不履行에 빠지게 된다고 할 것이다. 協議 또는 審判에서는 養育要件의 발생시부터 협의 또는 심판시까지 양육비를 산정하여 求償請求할 수 있다고 보아야 할 것이다.⁷⁸⁾

3. 우리나라 判例의 態度

1) 우리나라의 과거의 양육비청구 내지 구상에 관한 판결은 대개의 경우 母가 혼자서 子를 양육한 후에 父에 대하여 과거의 자녀양육비를 구상한 사례들이다. 판례는 우선 구상을 위해서는 양육에 관한 약정이 있는 등 구체적인 청구권한이 있어야 한다고 밝히고 있다. 대법원 1987. 12. 12, 87므59 판결은 「실부가 혼외자에 대한 인지를 하기 전에 생모에게 子의 양육을 부탁하면서 그 양육비를 지급하기로 약정하였다면 그러한 약정을 유효하다 할 것이고, 이러한 경우 약정한 범위내에서 과거의 양육비라도 청구할 수 있다」고 한다. 또한 「미성숙 자녀를 부양할 의무가 있는 부모가 이혼함에 있어 부모 중 일방을 子의 양육자로 지정하고 타방은 이에 대하여 子의 양육비를 지급하기로 협정하였다면 이는 민법 제837조, 제976조, 제977조의 규정에 의하여 유효하다 할 것이고 이러한 경우 협정의 범위내에서는 과거의

78) 崔幸植, “子의 養育 및 扶養과 過去의 扶養料”, 家族法研究 第8號, 韓國家族法學會, 1994, 408面.

양육비라고 청구할 수 있다」⁷⁹⁾고 판시하였다.

그러나 구체적인 청구권한이 없는 경우에는 대부분子を 양육한 母의 父에 대한 과거의 양육비 구상을 부정하여 왔다.⁸⁰⁾ 즉 부모는 모두 자식을 부양할 의무가 있음을 이유로 하여 「자기의 소생자를 그 소생자의 아버지의 인도요구에 불응하여 양육하여 왔고 또 장래에 있어서도 계속 양육할 의도를 가지고 있는 생모는 그 소생자에 대한 생모로서 그의 부양의무를 이행하는 것이므로 생모에게 자활능력이 있건 없건 또 과거의 것이든 장래의 것이든 그 소생자의 아버지에게 그 부양료 청구를 할 수 없다」⁸¹⁾고 하고, 대법원 1985. 6. 11, 84다카1536은 「생모가 소생자의 생부에 대하여 미성년자 본인의 부양료를 청구하기 위해서는 약정 등 구체적인 청구권원이 있어야 하고 생모가 생부의 의사에 반하여 미성년자를 양육하였고 또 장래 양육할 의도임이 분명하다 하더라도 그 사유만으로는 생모에게 자활능력이 있건 없건 또 그것이 과거의 것이든 장래의 것이든 소생자의 생부에게 그 부양료를 직접 청구할 수 없다」고 하고, 대법원 1986. 3. 25, 86므17판결은 「부양을 받는 미성년자 본인이 아닌 그 생모(이혼모)가 소생자의 생부에 대하여 미성년자의 장래의 부양료를 청구하기 위해서는 미성년자의 양육에 관한 약정이 있다는 등의 구체적인 청구권원이 있어야 하고 단순히 생모가 생부의 인도요구에 불응하는 등 의사에 반하여 미성년자인 소생자를 양육하였고 또 장래에 있어서도 계속 양육할 의도임이 분명하다 하더라도 그러한 사유만으로 생모에게 자활능력이 있건 없건 또 그것이 과거의 것이든 장래의 것이든 소생자의 생부에게 그 부양료를 직접 청구할 수는 없다」고 하였다.

또한 부가 부양을 하지 않아 모가 부양을 한 경우⁸²⁾에도 이를 母 자신의

79) 大法院 1985. 2. 26 宣告, 84므86 判決.

80) 朴秉濠·金由美, 前掲論文, 215面.

81) 大法院 1976. 6. 22 宣告, 75므17·18 判決.

82) 父의 인도의사에 반하여 母가 양육해 온 경우와, 父가 돌보지 않아서 母가 양육해 온 경우로 나누고 있다(文炯植, “親子關係 중심으로 한 扶養料請求와 求償(下)”, 大韓辯護士協會誌, 第131號, 1987. 40面).

고유의무라는 이유로 모의 부에 대한 과거의 자녀양육비구상을 부정하여 왔다.

대법원 1967. 2. 21, 65므5 판결은 「부가 자를 부양하지 않아 모가 부양한 경우, 혼외자의 경우 부모 모두 부양의무가 있으므로 부양능력 있는 생모가 자식을 양육하였어도 자기의 부양의무 이행에 불과하다」 고 하고, 대법원 1979. 5. 8, 79므3 판결은 「부모는 모두 자식을 부양할 의무가 있는 것이므로 생모가 혼외자를 스스로 자진하여 부양하여 왔고 또 부양하려 한다면 그 아이의 아버지에게 과거의 양육비나 장래의 양육비를 청구하지 못한다」 고 판시하였다.

2) 과거의 양육비(부양료)지급의무의 時期에 관해서는 대체로 請求時說을 취하고 있었다.

즉, 대법원 1964. 9. 22, 64다524 판결은 「과거의 부양료에 관해서는 부양의무자가 부양의 청구를 받았으나 이행을 지체한 때 이후의 분에 대해서만 청구할 수 있는 것이고 또 所生兒의 생모가 생부에 대하여 부양료의 지급을 청구한 때에는 그 부모가 모두 공동부양의무자이므로 법원으로서 그 부양의 정도, 방법 등에 관하여 세밀한 심리를 한 후에 그 청구의 당부를 판단하여야 한다」 고 하고, 대법원 1992. 1. 21, 91므689 판결은 기본적으로 請求時說을 따르는 것으로 분류될 수 있다.⁸³⁾

그러나 1994년 대법원은 종전의 판례를 변경하여 「부모 중 어느 일방이子を 양육하게 된 경우 과거부양료에 대하여는 소급하여 구상을 청구할 수 있다」 는 새로운 판결을 내렸다.⁸⁴⁾ 이후에 나온 대법원 1994. 6. 2, 93스

83) 朴秉濠·金由美, 前掲論文, 217面.

84) 대결 1994. 5. 13, 92스 21 전원합의체 결정은 과거의 양육비 상환청구를 인정하면서 다음과 같이 판시하고 있다. 「어떠한 사정으로 인하여 부모 중 어느 한쪽만이 자녀를 양육하게 된 경우에, 그와 같은 일방에 의한 양육이 그 양육자의 일방적이고 이기적인 목적이나 동기에서 비롯된 것이라거나 자녀의 이익을 위하여 도움이 되지 아니하거나, 그 양육비를 상대방에게 부담시키는 것이 오히려 형평에

11 결정⁸⁵⁾은 「민법 제974조, 제975조에 의하여 부양의 의무있는 자가 여러 사람인 경우 그 중 부양의무를 이행한 1인은 다른 부양의무자를 상대로 하여 이미 지출한 과거의 부양료에 대해서도 상대방이 분담함이 상당하다고 인정되는 범위에서 그 비용의 상환을 청구할 수 있는 것이고, 이 경우 법원이 부담비율이나 분담액을 정함에 있어서는 과거의 양육에 관하여 부모쌍방이 기여한 정도, 자의 연령 및 부모의 재산상황이나 자력 등 기타 제반사정을 참작하여 적절하다고 인정되는 분담의 범위를 정할 수 있다」고 하여 굳이 請求時 前後를 묻지 않고 있다.

3) 위와 같은 종래의 우리나라의 판례의 태도에 대해서는 많은 비판이 있어 왔다.⁸⁶⁾

부의 의사에 반하였다는 점만으로 求償을 부정하면 모가 자를 부양한 대부분의 경우에 구상이 부정되며, 현저한 불공평에 이르게 되어 결국 부양의무를 게을리 한 아버지를 보호하게 되는 것이 된다. 부가 자를 부양하지 않아 모가 부양한 경우는 물론이고, 부양의무자 중 1인의 부양이 성의가 없는 등 相當하지 않거나, 虐待를 하기 때문에 다른 부양의무자가 부양하였다는 등

어긋나게 되는 등 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는, 양육하는 일방은 상대방에 대하여 현재 및 장래에 있어서의 양육비 중 적정금액의 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 있다고 보아야 할 것이다.

다만 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 비용과 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 여러사정을 고려하여 적절하다고 인정되는 부담의 범위를 정할 수 있다」고 볼 것이다

85) 이 판결은 성년에 달한 자녀의 입원비 및 치료비에 관하여 이혼한 모가 부에게 과거의 부양료의 구상을 청구한 사건에 관한 것이다.

86) 金騰洙, 前掲書, 501-502面; 朴秉濠, 「家族法」, 한국방송대학교출판부, 1999, 249면; 文炯植, 前掲論文, 42-45面; 朴秉濠·金由美, 前掲論文, 218面.

의 ‘상당한 이유’가 있는 때에는 부의 의사에 반하였어도 求償을 인정하여야 한다.

‘상당한 이유’의 판단은 부모의 관점이 아닌子的 관점에서 판단하여야 한다. 왜냐하면 부모의 자에 대한 부양은 부모의 의무이고 자의 권리인 것이며, 또한 양육은 전적으로 자를 위하여 이루어져야 하기 때문이다.⁸⁷⁾

또한 「부가 자의 부양을 거절한 경우 母 혼자서 자를 부양한 것을 모 자신의 고유의무를 이행한데 불과하므로 부에게 그 부양료를 구상할 수 없다」고 한 것에 대하여, 부모는 모두 자식에 대하여 동순위의 부양의무자들이므로 그 부양의무의 성질에서 기술한 바와 같이 부모는 각자 그 자에 대한 부양료를 자력에 따라 분담하여야 한다. 그렇다면 자기의 분담분에 대하여서만 모 자신의 고유의무인 것이고, 그 범위를 넘는 부분은 모 자신의 고유의무가 아니다. 그럼에도 불구하고 모 혼자서 그 분담분을 넘어서 부의 분담분까지 합하여 전부의 부양의무를 이행한 경우에 판례가 부의 분담분까지도 모 자신의 고유의무라고 하면서도 더불어 부모 모두에게 부양의무가 있다고 하는 것은 무슨 의미인지 납득하기 어렵다. 분명치는 않으나, 판례가 말하는 모 자신의 고유의무라는 의미는 부모 모두 자의 부양의무자들이기는 하나, 자에 대한 관계에서는 부모 각자가 그 전부에 대하여 부양의무를 부담한다는 뜻이 아닌가 생각된다.⁸⁸⁾ 그러나 그러한 견해에 선다하더라도 판례의 사안들은 모가 자에게 그 부양료의 반환을 구하는 것이 아니라, 동순위의 부양의무자인 부와의 사이에서 부가 지급하지 않아 모가 지급한 부분에 대하여 구상을 하는 것이고, 부모 모두 공동부양의무자들로서 그 사이에는 자력에 따른 분담분이 나뉘어져 있는 것이므로 다른 친족간의 生活扶助義務에서의 구상관계와 마찬가지로 그 분담분을 넘어 모가 지출한 비용

87) 朴秉濠·金由美, 上揭論文, 218面.

88) 프랑스의 경우 부모는 그들 각각의 재산의 비율로 부양의무를 지지만, 자에 대해서는 부양을 책임지는 자가 타방에 구상권을 행사하는 조건으로 연대책임(in solidum)을 진다고 한다. ; 朴秉濠·金由美, 上揭論文, 219面.

의 구상을 그 부양에 상당한 이유가 있는 한 인정하여야 할 것이다.

4. 過去の扶養料支給에 관한 求償

과거의 부양료는 부양권리자 또는 그 대리인이 부양의무자에게 청구하는 경우에는 손해배상으로 전환한 과거의 부양료의 배상청구이고, 부양의무가 없는 제3자가 피부양자를 부양하였거나 다수부양의무자중 일인이 객관적으로 정하여진 부양의무를 넘어서 부양하여 온 경우, 부양의무자 또는 다른 부양의무자에게 대하여 부양에 소요된 비용의 상환을 청구할 수 있으며 부당이득에 의한 반환청구가 된다. 우선순위의 부양자가 있는데도 배우자가 부양하여 온 경우에는 이에 해당한다.⁸⁹⁾ 제3자가 구상자인 경우에는 부양의무자가 할 사무를 한 것이므로 민법 제739조의 사무관리로서 구할 수 있다.⁹⁰⁾ 부양의무자가 다른 공동부양의무자를 위하여 부양료를 지출하였을 때에도 자기의 분담분을 넘은 出損은 구상할 수 있다고 보는 것이 통설이다.⁹¹⁾ 후순위의 부양의무자가 선순위의무자가 있는데도 부양한 경우 역시 마찬가지이고, 자신이 부양의무자라고 誤信하여 왔으나 후에 안 경우 부당이득에 의한 현재 이득의 상환청구가 가능하다(민법 제741조).

따라서 과거의 부양료청구에서 가장 문제가 되는 것은 離婚母나 生母가子を 모정에 의하여 부득이 부양시 동순위의 夫에게 과거의 양육비를 청구하였으나 부모는 공동부양 의무자이므로 자기고유의 의무이행에 부족하므로 사무관리에 대한 부당이득을 청구할 수 없다고 한 판례의 태도는 비판의 여

89) 서울家法 1966. 3. 29, 65드 심판 : 妻가 夫를 상대로 그가 홀로 그들의 혼인중 자녀를 부양하였는데 소요되었던 과거의 부양료지급을 청구하는 사안에서 부양료를 통상의 부양료와 특수부양료로 구별한 다음 「자녀혼수용 대학등록금 등 큰 액수의 학비, 병원 입원비 등은 특수부양료에 속한다고 봄이 우리의 생활환경상 타당하다」 이러한 특수부양료는 설사 母子가 공동생활을 하는 경우라도 친권자이며 제1순위 부양의무자인 夫가 이를 지급할 의무가 있으므로 夫가 이를 지급하지 아니하고 母가 지급하였다면 그 부분에 해당하는 금액을 부당이득한 夫에 대하여 부당이득반환청구권이 있다고 할 것이다.

90) Statsky, Family Law 3rd ed., West Publishing Co., 1991, p.293.

91) 大法院 1981. 5. 26 宣告, 80다2515 判決.

지가 있다.⁹²⁾

子を 양육하는 것은 경제적 급부 못지않게 애정이 중요하여 부모의 未成年子4의 부양의무의 목적은子を 보호, 교양, 육성시키는데 있다. 생모가子を 양육하는 동안 父는 분명히 이득을 얻었음에도 이를 개정하지 않는 판례의 태도는子の 복리보다子を 父에게 귀속시키고자 하는 父의 소유라는 가부장적 개념이 잔존하였다고 볼 수 있어 비판의 여지가 있었으나, 다행히 1994년 대법원의 판결은 종전의 판례의 태도를 변경하여 과거의 양육비를 소급하여 청구할 수 있게 하였음은 큰 진전이라고 본다.

第4節 離婚後 子の 養育費 確保에 관한 外國의 制度

1. 補佐制度

이혼후子を 양육하는 부모는 가사와 육아, 생계비 조달 등의 힘든 과제들을 혼자서 해결하여야 하는 경우가 보통이다.子を 양육하는 부모의 일방이 이러한 과제들을 홀로 해결한다는 것은 매우 큰 부담이 될 뿐만 아니라 생활이 곤란을 겪을 수도 있다. 이와 같은 결과는 편부모 가정에서의子에게도 정신적·물질적 어려움을 초래할 것이다. 이 경우 편부모 가정을 체계적으로 지원할 수 있는 제도가 마련되어 있다면 자녀의 복리실현에 도움이 될 수 있을 것이다. 이에 대해서는 1998년 개정된 독일 민법상의 보좌제도와 오스트리아, 스위스를 중심으로子の 양육비 확보를 위한 국가의 지원제도를 살펴보겠다.

1) 독일

92) 朴秉濠·金由美, 前掲論文, 205-226面.

독일의 보좌제도(독일민법 제1712조 - 제1717조, 1998년 7월 1일부터 시행)에 의하면 단독으로子を 양육하는 부모(친권자)는 누구나 가족 문제를 전담하는 복지기관(Jugendamt, Youth Welfare Office, 아동복지기관)에 보좌를 신청할 수 있다(독일민법 제1712조 제1항). 보좌를 신청할 수 있는 사안은 인지청구와 양육비 청구로 제한되어 있다(독일민법 제1712조 제1항 제1호, 제2호). 인지가 되지 않으면 子は 생부를 상대로 하여 부양료 청구를 할 수 없으며, 나아가 상속권도 주장할 수 없게 된다. 또한 양육비 청구는 子의 생계를 위한 기초가 되는 것으로 이 두 가지 사안의 중요성을 인식하고 있었던 독일 정부가 이 문제의 해결을 위하여 특별한 지원제도를 마련한 것이다.⁹³⁾ 또한 단독친권자는 인지청구와 양육비청구 중 두 사안에 대하여 동시에 보좌를 신청할 수 있으며, 필요에 따라서는 그 가운데 하나만을 신청할 수도 있다. 양육비를 청구하는 경우 보좌인은 子를 양육하지 않는 부모의 일방에 대해서는 물론 그 밖의 부양의무가 있는 친족에 대해서도 양육비를 청구할 수 있다.⁹⁴⁾

보좌신청서가 접수되는 즉시⁹⁵⁾ 아동복지기관⁹⁶⁾은 신청된 사안에 대하여 子의 보좌인이 된다(독일민법 제1714조 제1항). 이처럼 보좌의 개시에 관하여 법원의 심사나 아동복지기관의 동의를 요하지 않으므로 보좌제도는 전적

93) 나아가 국가는 혼외자의 생부에 대하여 부양의무를 부담시킴으로써 재정지출을 줄일 수 있다(혼외자에 대한 인지가 이루어지지 않는 경우, 국가는 사회보장제도를 통하여 아동을 부양해야 하는 의무를 부담하게 되기 때문이다).

94) 金相璜, “이혼가정 자녀 복리를 위한 제도 개선”, 이혼가정과 자녀양육: 양육비 제대로 받고 있는가, 한국가정법률상담소, 2001, 111-112面.

95) 미혼모 혼자의 힘으로 子의 인지, 양육비 문제를 해결하기 힘든 경우에는 전문가의 도움을 필요로 하게 되는데, 이런 경우에 일일이 법원에 의한 후견인선임 절차를 거쳐야만 한다면, 이는 결국 인지, 양육비 문제의 해결을 더디게 하는 결과로 이어지게 된다.

96) 아동복지기관만이 보좌인이 될 수 있으며, 그 밖의 개인이나 단체 등은 보좌인이 될 수 없다. 1998년 법개정 이전에는 개인이나 단체도 보좌인의 역할을 수행할 수 있도록 법이 규정하고 있었으나, 실제적인 의미는 거의 없었다. 뿐만 아니라 개인이나 법인을 보좌인으로 선임하기 위해서는 일일이 법원의 선임절차를 거쳐야 하는데, 이로 인하여 지연되는 보좌활동의 개시는 결국 자녀에게 불이익하게 작용하게 될 것이기 때문이다.

으로 단독친권자의 의사에 의해서 좌우되는 국가의 지원제도라고 할 수 있다. 보좌인이 된 아동복지기관은 그 사안에 대하여子の 후견인과 같은 지위를 갖게 되며(독일민법 제1716조 제2문), 그 범위 내에서子の 법정대리인이⁹⁷⁾ 된다(독일민법 제1915조 제1항, 제1793조). 아동복지기관은 자신에 속한 직원(사회복지사)에게 보좌임무의 수행을 위임하며, 위임을 받은 직원은 신청된 사안의 범위 내에서 그子の 법정대리인이 된다(독일사회법 제8편 제55조). 즉 양육비 청구에 대하여 보좌가 신청된 경우라면 아동복지기관으로부터 위임을 받은 사회복지사가子を 대리하여 부양의무자를 상대로 양육비 청구를 하게 된다.

보좌를 신청한 단독친권자가 아동복지기관에 보좌의 종료를 서면으로 신청하면, 보좌는 자동으로 종료된다(독일민법 제1715조 제1항, 제1714조). 보좌의 개시가 신청인의 자유로운 의사에 따라 결정된 것과 같이 단독친권자는 언제든지 자신의 의사에 따라 보좌를 종료시킬 수 있다.

2) 오스트리아

신분등록관청은 자녀가 출생하는 경우(혼인외의 자는 물론 혼인중의 자까지도 포함하여) 아동복지기관에 연락하고, 아동복지기관은 자녀의 법정대리인에게 상담의 기회를 제공하며, 필요한 경우 도움을 받을 수 있다는 사실을 알리도록 되어있다(오스트리아 민법 제212조). 자녀의 법정대리인이 동의하는 경우, 아동복지기관은 자녀의 대리인이 되어 부양의무자를 상대로 양육비지급청구를 할 수 있다(오스트리아 민법 제212조 제2항).

아동복지기관이 자녀의 대리인이 되기 위해서는 친권자의 동의가 필요하

97) 보좌가 개시되어 아동복지기관이 인지도 양육비 청구 등의 사안에 대하여子の 법정대리인이 된다고 하여도 그 부분의 친권은 그대로 유지된다(독일민법 제1716조 제1문). 즉 아동복지기관과 친권자는 그 사안에 대하여 동시에 법정대리인으로서 존재하게 된다. 다만 보좌인이子を 대리하여 소를 제기한 경우에는 그 부분에 대한 친권자의 대리권은 배제된다(독일민사소송법 제53a조).

지만, 이 동의는 언제든지 철회될 수 있다(오스트리아 민법 제212조 제5항). 그러나 친권자의 동의 철회로 인하여 아동복지기관의 대리권이 소멸됨으로써 자녀의 복리가 위태롭게 되는 경우에는 법원이 다시 아동복지기관을 자녀의 대리인으로 선임할 수 있다(오스트리아 민법 제176조, 제213조). 아동복지기관이 자녀의 대리인이 되는 경우에도 친권자의 법정대리권은 제한을 받지 않으며(오스트리아 민법 제212조 제4항 1문), 양자의 대리권은 병존하게 된다.⁹⁸⁾

3) 스위스

스위스 민법 제308조는 양육에 관한 보좌제도를 규정하고 있다. 이 규정에 의하면 자녀의 복리가 위태롭다고 판단되는 경우에 후견청은 자녀를 위하여 보좌인을 선임할 수 있다. 보좌인은 부모의 친권행사를 지원하는 역할을 수행한다. 자녀의 복리가 위태롭게 되는 원인으로는 부모의 질병, 경험 부족, 양육의무의 불이행 등 여러 가지가 있을 수 있으며, 이러한 상황은 특히 부모가 홀로 자녀를 양육하는 경우에 자주 발생할 수 있다. 자녀의 양육에 어려움을 겪는 부모는 스스로 후견청에 보좌를 신청할 수도 있다.

후견청은 보좌인에게 자녀의 양육비청구에 관한 법정대리권을 부여할 수도 있는데, 보좌인은 자녀를 대리하여 양육비에 관한 약정을 체결하기도 하고, 부양의무자가 의무를 이행하지 않은 경우에는 소송제기, 강제집행, 형사고소 등의 조치를 취하게 된다.⁹⁹⁾

2. 先給制度

98) 金相瑢, 前掲論文, 116面.

99) 金相瑢, 上掲論文, 117面.

양육비 선급제도는 당장 양육비를 필요로 하는 자에게 우선 국가에서 양육비를 지급하고 후에 부양의무자에게 구상권을 행사하는 제도이다.¹⁰⁰⁾ 부모 중 일방이 혼자서子を 양육하는 경우에 다른 일방에게는 양육비를 지급해야 할 의무가 인정되는 것이 보통인데, 양육비지급의무자가 스스로 양육비를 지급하지 않는다면 당장 생계의 곤란이 야기될 수 있다. 이 경우子を 양육하는 부모가 양육비지급의무자를 상대로 법원에 양육비 심판청구를 한 다하여도 실제로 재판을 통해서 양육비를 받을 수 있을 때까지는 상당한 시간이 걸린다. 이를 보완하기 위해 국가에서 우선 양육비를 지급하고 후에 국가가 직접 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 부양료채권의 회수 방법이 될 수 있다.

이러한 취지에서 양육비 선급제도는 이미 1950년대부터 여러 나라에 도입되기 시작했다. 노르웨이(1957), 핀란드(1963), 스웨덴(1964), 덴마크(1969), 이스라엘(1972), 폴란드(1974), 오스트리아(1976), 독일(1979) 등의 여러 나라들이 편부모 가정에서 자라는 자의 생계비를 확보하는 차원에서 양육비 선급제도라는 새로운 사회지원체계를 구축하기에 이르렀다.¹⁰¹⁾

이에 대해서는 독일의 양육비선급제도와 오스트리아, 스위스 양육비선급제도를 중심으로 국가에 의한 공적 부양제도를 살펴보겠다.

1) 독일

100) P.M. Bromley & N.V. Lowe, Bromley's Family Law(7th ed), London Butterworths, 1987, p.206.

101) 金相塔, 前掲論文, 117-118面.

(1) 養育費 先給制度의 意義

이 제도의 기본목적은子和 동거하지 않는 부양의무자가 스스로 부양의무를 이행하지 않거나 이행할 능력이 없는 경우에 子和 子를 양육하는 부모에게 발생하는 경제적 곤란을 방지하는 데에 있다. 양육비선급법(Unterhaltsvorschußgesetz)에 따라 혼인외의 子, 부모 중 일방이 사망한 子, 이혼자녀, 부모가 별거중인 경우의 子 등은 국가로부터 기본적인 생계비를 지원 받을 수 있게 되었다. 이 법에 의해서 양육비를 지급 받은 경우에는 부양의무자에 대한 子의 부양료채권은 국가에 이전되도록 하였다. 국가에서 양육비선급을 청구할 경우 법시행 당시에는 부양료에 대한 채무명의를 제출하도록 되어 있었으나, 1990년 법개정에 의하여 이 요건이 삭제되어 채무명의를 없어도 양육비선급청구를 할 수 있게 되었다. 양육비선급이라는 용어는 추후에 부양의무자에 대해서 구상권을 행사하여 선급된 양육비를 회수한다는 의미를 포함하고 있으므로, 그 성질상 실제로 집행될 수 있는 채무명의를 존재를 요건으로 하는 것이 당연하다고 볼 수도 있다.¹⁰²⁾ 그러나 독일뿐만 아니라 양육비선급제도를 도입한 거의 모든 나라들은 선급된 양육비의 회수 가능성이 처음부터 없었던 경우에도 子에게 양육비를 지급하도록 하는 규정을 두고 있으며, 반드시 구상권의 행사를 전제로 하지는 않는다.¹⁰³⁾

(2) 養育費先給의 請求 要件

(i) 양육비선급을 청구하는 子는 부모의 일방과 동거해야 하며(혼인외의 子인 경우 이혼, 사별, 장기간의 별거로 인하여 子가 부모의 일방과 거

102) 金相瑢, 上揭論文, 118-119面.

103) P.M. Bromley & N.V. Lowe, Bromley's Family Law(7th ed), London Butterworths, 1987, p.208.

주하는 경우), 12세 미만이어야 한다(독일 양육비선급법 제1조 제1항).

(ii) 양육비선급 청구 시 집행가능한 채무명의(양육비지급에 관한 판결, 조정조서 등)의 제출은 요건이 아니다. 채무명의를 제출하지 않아도 국가에서 양육비를 선급하는 경우에는 부양의무자에 대한子の 부양료채권이 자동적으로 국가(州)에 이전되므로, 국가가 나서서 부양의무자를 상대로 구상권을 행사하게 된다.

(iii) 양육비선급청구는 부양의무자가 양육비를 지급하지 않거나, 지급하기는 하지만 법률상 정해진 기본액수에 미치지 못하는 경우에 가능하다. 子の 기본생계비를 보장하는 것이 목적이므로, 구체적인 사정에 따라서 정해지는 부양료채무액수에 관계없이 일정한 금액의 양육비가 선급된다¹⁰⁴)(독일 양육비선급법 제2조 제1항).

(3) 養育費先給의 執行

양육비는 子が 12세에 달할 때까지 가장 72개월 동안 선급된다(독일 양육비선급법 제1조 제1항, 제3조). 양육비선급의 청구는 子와 동거하는 부모

104) 기본부양에 관한 법령에 따르면 1996년 1월 1일 이후 구서독지역에서는 아동의 기본생계비가 다음과 같이 규정되었다. 0-6세까지의 아동: 월 349 마르크(1마르크는 약 600원 상당), 7-12세까지의 아동: 월 424 마르크, 13-18세까지의 아동: 월 502 마르크(구동독지역에서는 같은 연령층의 아동에 대하여 각각 월 314, 380, 451 마르크가 기본생계비로 인정되었다), 1999년 7월 1일부터 자녀의 기본생계비는 연령층에 따라 월 355, 431, 510 마르크로 각각 인상 조정되었다(구동독지역의 경우에는 월 324, 392, 465 마르크로 조정되었다).

국가에서 선급하는 양육비는 법령이 정하는 아동의 기본생계비를 충족시키는 수준에서 이루어진다. 독일에는 자녀가 18세에 이를 때까지 기본적으로 지급되는 아동수당이라는 제도가 있는데, 2000년 이후 첫째, 둘째 아이에 대해서는 월 270 마르크(셋째 아이: 월 300 마르크, 넷째 이후: 월 350 마르크)가 지급된다. 이처럼 지급되는 아동수당은 양육비선급의 액수를 정하는 데 고려의 대상이 된다. 즉 양육비선급법에 의해서 지급되는 양육비는 기본부양에 관한 법령이 정하는 기본생계비에서 첫째 아이에게 인정되는 아동수당 액수의 1/2을 공제한 액수로 된다(양육비선급법 제2조 제2항 참조). 그러므로 예를 들어서 구서독지역에서 거주하는 0-6세까지의 아동에 대해서는 우리 220 마르크(기본생계비 355 마르크- 첫째 아이에게 책정된 아동수당액수의 1/2, 135 마르크)가 양육비선급법에 의해서 지급된다. 결국 이 연령대의 아동은 부양의무자가 양육비를 지급하지 않는 경우, 양육비선급법에 의해서 월 220 마르크, 연방아동수당법에 의해서 아동수당으로 월 270 마르크를 수령하게 되므로, 기본생계비 355 마르크를 충족하는 생계비를 확보하게 되는 것이다.

의 일방 또는 자의 법정대리인이 서면으로 행사한다(독일 양육비선급법 제9조 제1항).¹⁰⁵⁾ 독일에서는 아동복지기관이 양육비선급법을 집행하는 기관으로 되어 있고, 양육비선급법은 집행기관에 대하여 명문의 규정을 두고 있지 않으며, 이 문제에 대하여는 각 주에 위임하고 있다.¹⁰⁶⁾ 집행기관을 정하도록 위임받은 각 주는 이 분야에서 가장 풍부한 경험을 축적한 아동복지기관을 양육비선급법의 집행기관으로 지정하므로 양육비선급청구가 있는 경우 아동복지기관이 이를 심사하여 선급여부와 기간 등을 결정하며, 부양의무자에 대한 구상권도 행사하게 된다.

(4) 先給된 養育費의 返納 및 求償

자와 동거하는 부모의 일방 또는 자의 법정대리인이 고의나 과실로 양육비선급의 요건에 관한 사실을 허위로 보고하거나, 사실고지의 의무¹⁰⁷⁾를 위반한 때에는 이미 지급된 양육비를 반납해야 한다.¹⁰⁸⁾ 양육비선급의 요건이 구비되어 있지 않다는 사실을 알았거나 알 수 있었던 경우에도 또한 이와 같다(독일 양육비선급법 제5조 제1항).

양육비선급을 받은 자가 부양의무자에 대하여 부양료청구권을 가지고 있는 경우, 자의 부양료채권은 州 정부에 이전된다¹⁰⁹⁾(독일 양육비선급법 제7조 제1항). 부양료채권의 이전은 법률규정에 의해서 직접적으로 이루어지는

105) 金相裕, 前掲論文, 120面.

106) 朴希貞, “離婚後 子の 扶養에 관한 法的 考察: 養育費 請求를 中心으로”, 梨花女子大學校大學院 碩士學位論文, 2002, 53面.

107) 자녀와 동거하는 부모의 일방 또는 자녀의 법정대리인은 양육비선급과 관련된 사항에 중요한 변화가 있는 경우에는 당해 아동복지기관에 지체없이 통지해야 한다(독일 양육비선급법 제6조 제1항). 이외에도 자녀를 홀로 양육하는 부모의 일방에 대해서는 인지, 부양의무자의 거소 추적에 협력해야 할 의무가 규정되어 있다(독일 양육비선급법 제1조 제3항, 이 의무를 이행하지 않는 경우 양육비선급청구권 자체가 부인된다). 또한 부양의무자의 수입, 재산상태에 대해서도 보고할 의무가 인정된다.

108) 朴希貞, 上掲論文, 53面.

109) 이와 동시에 부양의무자에 대한 민사법상의 정보청구권도 주정부에 이전된다. 그러므로 아동복지기관은 양육비 구상을 위하여 소를 제기하기에 앞서 먼저 부양의무자에 대하여 수입에 관한 정보의 제공을 청구할 수 있다(독일 양육비선급법 제7조 제1항 제1문).

것이므로, 당사자에 의한 채권양도의 의사표시 등은 필요하지 않으며 채권이 이전되는 시기는 실제로 양육비가 선급되는 때이다. 주 정부에 이전된 채권의 회수를 위임받은 기관은(일반적으로 아동복지기관) 부양의무자에 대하여 자진해서 채무를 이행할 것을 촉구하고, 필요한 경우 소를 제기하며 강제집행을 신청하기도 한다.¹¹⁰⁾ 또한 부양의무자에 대한 구상권 행사를 용이하도록子を 양육하지 않는 부모의 일방은 아동복지기관이 요청하는 경우 구상권 행사에 필요한 정보를 제공해야 한다(양육비선급법 제76조 제1항)고 규정하고 있다.

2) 오스트리아

(1) 養育費先給의 請求 要件

(i) 오스트리아의 양육비선급법¹¹¹⁾은 子の 나이에 제한을 두지 않고, 부양의무자와 동거하지 않는 미성년자는 누구나 양육비선급을 청구할 수 있도록 하고 있다(오스트리아 양육비선급법 제2조).

(ii) 오스트리아의 양육비선급법은 집행가능한 채무명의를 제출을 원칙적인 요건으로 하며, 양육비선급의 청구를 하기 전에 강제집행을 시도했으나, 성과가 없었다는 사실(강제집행을 통하여 양육비 전액을 받지 못했다는 사실)을 증명하도록 하고 있다(오스트리아 양육비선급법 제3조).

(iii) 오스트리아 양육비선급법에 의하면 법원이 채무명의를 심사한 후 부양료채권의 액수를 고려하여 선급될 양육비의 구체적 액수를 정한다(오스트리아 양육비선급법 제7조 제1항). 즉 부양료채권액이 높게 확정되어 있는 경우에는 그만큼 선급되는 양육비의 액수도 늘어나게 되는 것이다(오스트리

110) Lucy Smith and Peter Ldrup, Children and Parents, Ad Notam, 1991, p.132.

111) 현재 시행되고 있는 오스트리아 양육비선급법은 1985년에 개정된 법률이다.

아 양육비선급법 제6조).¹¹²⁾

(2) 養育費先給의 執行

오스트리아 양육비선급에 의하면 양육비의 선급은 최장 3년간 인정되며 (오스트리아 양육비선급법 제8조), 이 기간이 경과한 후에 다시 양육비의 선급을 청구하면 역시 3년의 기간내에서 연장이 가능하다(오스트리아 양육비선급법 제18조). 부모의 일방, 후견인 또는 아동복지기관이 양육비선급을 청구할 수 있다(양육비선급법 제9조).¹¹³⁾

오스트리아 양육비선급법에 의하면 상급지방법원(Oberlandesgerichts)이 요건을 심사하고 양육비의 선급여부와 기간 등을 결정한다(오스트리아 양육비선급법 제13조, 제14조).

즉 위에서 본 바와 같이 독일법에 의하면 양육비선급은 일종의 행정절차를 통해서 이루어지는데 반하여 오스트리아에서의 양육비선급은 법원의 심판사항이라고 할 수 있다. 양육비선급이 일종의 사회보장적 성격을 띠는 급여라고 본다면 법원보다는 아동복지기관이 양육비선급에 관한 제반업무를 처리하는데 보다 더 적합할 것이다. 양육비의 선급과 부양의무자에 대한 구상권 행사라는 두종류의 과제는 동일한 기관에서 처리하는 것이 효율적이므로, 이러한 점을 고려하더라도 아동복지기관이 양육비선급의 집행기관으로 되는 것이 바람직하다고 볼 수 있다.

(3) 先給된 養育費의 返納 및 求償

112) 金相瑢, 前掲論文, 119面.

113) 金相瑢, 上掲論文, 120面.

오스트리아법에 따르면 부당하게 지급된 양육비에 대하여는子和 子의 법정대리인(Der gesetzliche Vertreter), 양육자(Pflege und Erziehung) 등이 반납의 의무를 진다. 그러나 양육비의 반납이 子의 생계를 위태롭게 할 때에는 반납의 의무는 소멸한다(오스트리아 양육비선급법 제19조 제1항, 제 또한 아동복지기관이 子의 법정대리인으로 활동하는 기간 중에는 부양료 채권이 국가에 이전되지 않는다.¹¹⁴⁾ 이 기간 동안에는 부양의무자가 아동복지기관에 대하여 양육비를 납부함으로써 지체된 채무를 이행하는 것이 가능하며, 아동복지기관(Jugendwohlfahrtsträger)이 선급된 양육비의 회수에 대해서 책임을 진다(오스트리아 양육비선급법 제26조, 27조). 그러나 아동복지기관이 더 이상 子의 법정대리인으로서 활동하지 않게 되면 회수되지 않은 양육비에 대한 채권은 연방정부로 이전된다(오스트리아 양육비선급법 제30조). 연방정부는 오스트리아 양육비선급법 제31조 제1항에 따라 강제집행의 의무를 진다. 1976년 오스트리아법은 子와 동거하지 않는 부모의 일방은 물론 그 밖의 부양의무자에 대하여도 구상권을 행사할 수 있도록 규정하고 있었으나(오스트리아 양육비선급법 제28조), 1978년 법개정에 의하여 부모 이외의 친족은 구상권 행사의 대상에서 제외되었다. 한편 오스트리아 형법 제198조는 부양의무자가 소득활동을 중지하여 부양의무의 이행을 할 수 없게 된 경우를 포함해 부양의무위반의 경우 6월 이하의 자유형에 처할 수 있도록 규정함으로써 부양의무자의 채무이행을 촉구하고 있다.¹¹⁵⁾

3) 스위스

114) 金相瑢, 上揭論文, 122面.

115) 오스트리아 형법 제198조 제1항. 부양의무자가 자신에게 요구되는 소득활동을 중지하여 부양의무이행을 할 수 없게 된 경우에도 부양의무위반의 구성요건은 충족된다. 오스트리아 형법 제198조 제2항에 따르면 부양의무위반이 累犯인 경우와 부양의무위반으로 인하여 부양권리자의 건강, 신체 또는 정신의 발달에 현저한 손상이 가해진 경우에는 2년 이하의 자유형에 처하도록 되어 있다. 부양의무위반으로 인하여 부양권리자가 사망한 경우에는 3년 이하의 자유형에 처해진다.

스위스에서는 부모 중 일방이 부양의무를 이행하지 않는 경우, 다른 일방의 청구가 있으면 후견청 또는 주법이 정한 기관은 부양료채권의 강제집행을 무료로 지원해야 한다(스위스 민법 제290조). 이와 같은 국가기관의 지원은 반드시 변호사에 의해서 행해질 것을 요하지 않는다. 부양료청구의 대상은 판결 또는 당사자간의 약정에 의해서 확정된 부양료이며, 그 수단으로는 채무자에 대한 자진이행권고, 소의 제기, 강제집행, 형사고소(양육비 청구권자의 후견청에 대한 대리권수여를 전제로 한다) 등이 포함된다.

스위스는 1970년대부터 州별로 양육비선급제도를 도입하기 시작하였다. 이 제도의 배후에 자리잡고 있는 정신에 의하면 자녀는 물질적인 궁핍상태에 이르렀을 때 비로소 공적인 부조를 신청할 수 있는 것이 아니며, 부모가 부양의무의 이행을 해태하는 경우에는 즉시 국가공동체에 대하여 부양을 청구할 수 있는 권리를 가진다. 이런 의미에서 가족법에 규정되어 있는 사적인 부양의무는 국가에 의한 양육비선급제도에 의해서 보충되는 것이다. 이 제도에 의하면 국가는 부양의무자인 부모가 지급해야 할 양육비를 자녀에게 선급한 후, 부양의무자에게 구상권을 행사한다. 자녀를 양육하는 부모의 일방과 자녀 자신은 선급된 양육비의 상환의무를 지지 않는다. 자력이 있는 부양의무자가 부양의무를 이행하지 않는 경우, 고소가 있으면 자유형에 처해진다(스위스 형법 제217조 제1항).¹¹⁶⁾ 국가기관이 부양료청구에 관한 대리권을 위임받은 경우에는 이러한 형사고소권도 행사할 수 있다.

116) 스위스 형법 제217조 제1항에 의하면 부양능력이 있으면서도 가족법상의 부양의무를 이행하지 않은 자는 자유형에 처해진다. 이 경우 자유형의 형기는 3일에서 3년까지 가능하다(스위스 형법 제36조). 부양의무불이행에 대한 형사처벌규정은 주로 심리적 강제효과를 노리는 것으로 이해되고 있다. 또한 스위스 형법 제41조는 일정한 요건이 갖추어져 있는 경우(18개월 이하의 자유형이 선고되는 경우로서 형집행을 유예해도 재범의 가능성이 없는 경우 등) 자유형의 집행을 유예하면서 일정한 명령을 부과할 수 있는 제도를 두고 있다. 예를 들어서 법원은 부양의무불이행으로 유죄선고를 받은 자에 대하여 자유형의 집행을 유예하면서 일정한 기간 내에 지체된 부양료채무를 이행하라는 명령을 내릴 수 있다. 이 경우 법원은 과거의 부양료채무는 물론, 장래의 부양료채무에 대해서도 이행명령을 부과할 수 있다(; 金相瑯, 上揭論文, 124面).

第4章 離婚後 子女養育制度의 改善方案

第1節 離婚後 子女養育制度의 問題點

1. 現行법의 문제점

미성년자녀가 있는 부부가 이혼하는 경우 누가 양육자로 지정되든 미성년자녀의 양육비부담은 원칙적으로 부모의 의무로서 부부쌍방이 모두 지게 되며 이는 양육자로 지정되지 않은 부모일방도 원칙적으로 양육비를 부담하는 것을 의미한다. 양육비의 부담은 당사자 사이의 협의 또는 이혼소송과 함께 혹은 이혼소송의 후속과정으로 결정된다. 양육비지급의무는 대부분 제대로 이행되지 않는 것이 현실이다.

양육비의 이행지체나 불이행에는 여러 가지 이유가 있을 것이다.¹¹⁷⁾ 그러나 양육비지급이 지체되거나 이행되지 않을 경우 그 직접적인 피해는 미성년자녀가 입게 된다. 소득활동 또는 새로운 취업가능성이 떨어지는 부모일방(대부분 모)과 함께 생활하는 자녀는 빈곤도 함께 나누게 되는 것이다. 자녀의 빈곤은 자녀의 영양상태, 질병에의 접근 가능성, 교육을 받을 기회의 상실 등으로 연결되며, 이는 자녀의 건강한 성장발전에 장애가 된다. 자녀의 건강한 성장발전은 한 가정에 국한되는 문제가 아니라 그가 속해 있는 사회 전체의 문제이며¹¹⁸⁾ 이 때문에 사회는 이혼 가정의 미성년 자녀의 양육비가 제대로 이행되는 것에 관심을 가져야 하는 것이다.¹¹⁹⁾

117) 金由美, “이혼시 친권의 개정방향”, 가족법연구 제16호, 한국가족법학회, 2001, 79面.

118) 우리나라가 비준한 유엔의 “아동의 권리조약” 제27조에서는 아동양육에 대한 부모와 국가의 책임에 관하여 규정하고 있다.

119) 金由美, 前掲論文, 78-79面.

그런데 별거나 이혼 등의 사유로 미성년 자녀와 동거하지 않거나 양육하지 않게 되는 부모 일방은 자신의 부양의무이행에 그다지 구속감을 느끼지 않거나, 다른 채무보다는 책임감을 덜 느끼고 그 이행에도 소극적이다. 그 이유로는 몇 가지를 들 수 있다.

첫째, 이혼시 양육비 합의 여부나 내용에 관한 (公的인) 외부에서의 개입이 거의 없다는 점이다. 만약 협의이혼의사 확인을 하거나 재판상 이혼의 판결을 하는 경우, 미성년자녀의 양육비에 관한 사항이 확인사항¹²⁰⁾이거나 의무심판사항이라면 이혼하여 자녀를 양육하지 않는 부모일방이라도 자신의 부양의무의 존재에 대하여 더욱 명심하게 될 것이다. 또한 양육비 문제가 당사자들의 이혼여부라는 문제의 부수적인 지위로 전락하지도 않을 것이다.

둘째, 당사자들 합의가 있어도 합의가 단순히 구두나 공증이 되지 않은 문서 등으로 한 경우 집행력이 없기 때문이다. 합의가 공정증서로 되지 않은 경우에는 양육비지급의무의 불이행시 따로 채무명의를 취득하기 위하여 심판을 청구하게 된다. 양육비지급채무는 그 액수가 비교적 소액인데다가 청구인과 상대방의 관계 등으로 인하여 의무자가 다른 채무에 비해 그 이행의식이 낮다고 할 수 있다.

셋째, 가사사건과 관련된 채무의 이행확보를 위한 가사소송법상의 이행명령제도(제64조) 및 그 제재가 양육비 이행확보에 크게 도움이 되지 않는다는 것도 현행법상의 문제로 지적될 수 있다. 이행명령이 발령되면 그것으로 곧 강제력이 생기는 것이 아니고 다만 그 불이행시 100만원 이하의 과태료나 감치라는 제재에 의해 이행이 담보된다. 즉 간접강제의 방법에 의하여 이행을 촉구하는 것이다. 그러나 신청인의 입장에서는 채무명의를 얻는다면 민사소송법상의 강제집행을 할 수 있기 때문에 굳이 이 제도를 이용하지 않을 것이다. ¹²¹⁾

120) 호적법 시행규칙 제87조의 확인사항은 이혼의사의 존부(제1항), 미성년자녀 유무 및 그 자에 대한 친권행사자 지정여부(제2항)만이고, 양육비에 관한 것은 빠져 있다.

121) 실무에서 이행명령은 유아인도청구사건의 경우를 제외하고는 거의 사용되지 않고 있다. 또 사법연감

2. 離婚節次에서의 子の 保護 問題

현행 민법에 의하면 협의이혼을 하는 경우는 물론 재판상 이혼을 하는 경우에도 이혼후의 子の 양육문제에 대한 당사자의 협정 또는 법원의 결정은 필요하지 않다.¹²²⁾ 또한 이혼을 원하는 당사자들은 신속한 이혼과 재산 분할, 장래의 불안 등으로 子에 대하여는 깊이 고려할 기회를 갖지 못한 채 지나칠 수도 있다. 자녀는 이혼의 당사자도 아니고 그 이혼절차에 어떠한 관여도 할 수 없는 점을 고려할 때 이혼절차에서 반드시 자녀의 양육문제를 정해야 한다는 이론은 성립할 수 없지만, 반면에 그렇기 때문에 오히려 이혼절차에서 자녀보호를 위한 어떠한 방안이 있어야 한다는 주장도 가능하다.

이혼은 이혼당사자만의 문제가 아니라 그들에게 미성년의 자녀가 있는 경우에는 이들을 더욱 우선적으로 보호해야 할 필요가 있기 때문이다. 실질적으로 자녀는 부모의 이혼으로 가장 큰 희생을 입는 자이다. 자녀의 의사와는 전혀 무관하게 이혼이 되기 때문에, 자녀보호를 위한 방안은 반드시 이혼절차에서 강구되어야 하리라고 생각한다.¹²³⁾

이와 같은 이혼제도 하에서는 이혼후의 子の 양육문제에 대하여 아무것도 정해지지 않은 상태에서도 이혼이 가능하여 이혼후의 양육자와 양육비 지급문제에 대한 명시적인 합의나 법원의 결정이 없는 상태에서 이혼을 할 경우 子の 양육은 보호의 공백상태에 빠질 수도 있다.¹²⁴⁾ 특히 협의이혼의 경우에는 그 절차가 매우 간소하여 단시일 내에도 이혼이 가능하기 때문에 子の 양육 문제에 대해서 충분히 생각하지 못한 채 이혼을 맞이할 수도 있

에 의하면 감치는 96년에 1건, 97년에 2건이 있을 뿐이다 : 김유미, “양육비 이행확보에 관한 연구”, 아세아여성법학 제2호, 아세아여성법학연구소, 1999, 284면.

122) 金相塔, “離婚 後의 共同親權: 그 可能性과 限界”, 判例月報 332號, 1998, 41面.

123) 崔鎮涉, “離婚節次에서의 子女保護方案”, 現代家族法과 家族政策, 三英社, 1988, 197面.

124) 이혼 당시 子の 양육비에 관한 합의나 판결이 있었는가에 대하여 조사 대상자 총 91명 중 38.5%(35명)가 없었다고 하였다 : 「이혼가정과 자녀양육: 양육비 제대로 받고 있는가」, 한국가정법률상담소, 2001, 36면.

다.

재판상 이혼을 하는 경우에도 이혼절차에서 당사자가子の 양육에 관하여 합의된 사항을 제출해야 할 의무가 있지는 않으며, 법원도 子の 양육문제에 대하여 직권으로 결정하지 않으므로 결과에 있어서는 협의이혼과 다르지 않다.¹²⁵⁾

영국에서는 이혼시 필요에 따라 子가 양육될 수 있는 환경이 배려되었는지를 사회복지원이 조사하기도 하며,¹²⁶⁾ 子の 복리를 위한 최선의 배려가 없으면 협의를 있었다하더라도 이혼 명령이 유보되기도 한다. 또한 노르웨이의 친자법은 친권과 면접교섭권에서 子の 의견을 청취하지 않은 경우 절차상 하자를 이유로 그 판결은 파기된다.

따라서 법원은 당사자간의 합의 사항에 대하여 실질적인 심사를 하여야 하며 부모의 합의가 법원의 판단을 구속하지 못하며, 때로는 子の 복리를 위하여 직권으로 부모의 합의와 다른 결정을 내릴 수 있어야 한다. 이를 위하여 법원의 심사 및 통제 가능성을 도입하고 이를 전문화할 수 있는 전국적인 가정법원의 설치가 필수적이다. 그리하여 조정제도와 카운슬링제도를 활성화하고, 조사요원 등의 전문요원을 확충하여 가정파탄을 미연에 방지할 수 있는 상담과 합리적이고 공정한 재판을 받기위한 사전준비 등을 제도할 수 있어야 하겠다. 또한 이혼후에도 법원의 명령이나 판결의 이행여부를 조사하고 정기적으로 점검하여 子와 피해배우자를 효과적으로 보호할 수 있는 법원의 후속기능이 강화되어야 할 것이다.

3. 한부모 가정에 대한 經濟的 支給의 問題

이혼 후 子녀의 양육을 맡게 된 부모(특히 어머니)는 수입의 감소로 인

125) 金相璿, “이혼후의 양육자 및 친권자 결정에 있어서 민법이 갖는 문제점”, 사법행정, 1996, 108面.

126) Roger Bird Child Maintenance-The New Law, Jordan & Sons Ltd, 1991, pp.103-106.

한 경제적 곤란과 동시에 자녀의 단독양육에서 오는 이중의 부담을 겪는 것이 일반적이다. 이혼 후의 변화된 환경에 미처 적응하지도 못한 상태에서 자녀의 양육자가 겪게 되는 이러한 종류의 어려움은 결국 고스란히 자녀의 피해로 이어지게 마련이다. 이 경우에 자녀는 부모의 이혼으로 인한 정서적 불안과 물질적 궁핍을 동시에 경험하게 되기 때문이다. 이혼 후 자녀를 양육하지 않는 부모(예를 들면 아버지)가 충분한 양육비를 지급하는 경우에는 상대적으로 경제적으로 어려움이 덜 할 수 있지만, 그렇지 않은 때에는 양육자가 스스로 생활비를 마련해야만 하는 상황을 피할 수 없다.¹²⁷⁾

그러므로 이혼자녀의 복리를 생각한다면 이혼가정을 경제적으로 안정시킬 수 있는 지원 수단이 강구되어야 할 것이다. 경제적 안정은 이혼가정에서 자녀가 건강하게 성장하기 위한 필요불가결의 조건이기 때문이다.

이와 관련하여 우선 생각해 볼 수 있는 가장 기본적인 해결책은 자녀를 양육하지 않는 부모로부터 자녀의 양육비를 지급 받는 방법이다. 그러나 비양육친이 양육비를 임의로 지급하지 않는 경우에는 실제로 양육비를 받는데 많은 어려움이 따르게 된다. 자녀를 양육하는 부모가 사회적 경험이 많지 않은 경우에는 홀로 양육비 심판 청구를 한다는 것이 결코 쉽지 않을 뿐 아니라, 때로는 이혼한 전배우자를 상대로 직접 양육비를 요구하는 것 자체가 자존심에 반하는 일로 느껴져 아예 청구를 포기하는 경우도 있을 것이다. 나아가 양육비 지급 심판이 있는 경우에도 양육의무자가 재산을 도피시키거나 무자력자가 된 경우에는 채무명의 자체가 무의미하게 된다. 결국 양육의무자인 비양육친이 스스로 양육비를 지급하지 않거나 무자력인 경우에 자녀와 양육친으로 구성된 한부모 가정은 생계비 부족으로 인한 생활의 곤란을 겪게 될 가능성이 높다. 이러한 결과가 결국 자녀의 복리를 위태롭게 한다는 사실은 많은 설명을 필요로 하지 않을 것이다. 대부분의 이혼가정이 직면하게 되는 이러한 문제는 당사자 개인의 노력만으로는 해결하기 어려운

127) 金相瑢, 前掲論文, 106面.

측면이 있다. 따라서 이 문제의 해결을 위해서는 국가적 차원에서의 대책 마련이 필요하다고 생각한다.

즉 가족과 아동을 보호해야 할 의무가 있는 국가는 한부모 가정을 체계적으로 지원할 수 있는 대책을 마련해야 할 것이다.¹²⁸⁾

한부모 가정이 흔히 겪게 되는 자녀 양육의 문제를 사회 전체의 책임으로 파악하고 이에 대한 국가적 차원에서의 해결책을 모색하기 위한 전 단계로서 일찍이 유사한 사회 현상을 경험했던 다른 나라들이 이 문제에 대처하여 어떠한 제도를 발전시켰는지 살펴본다.

第2節 離婚後 子女養育制度의 改善方案

1. 離婚節次에서의 改善方案

離婚後의 子女養育에 관한 문제는 이혼절차에서부터 해결이 이루어질 수 있도록 국가가 배려해야 할 필요가 있다. 가족은 사회의 기초단위를 구성하는 것으로, 국가는 이러한 문제의 해결을 위하여 적절한 제도를 마련함으로써 子女養育을 위한 역할을 다해야 할 것이다. 다만, 이 경우에 이혼당사자의 자주적 해결을 해하지 않도록 하는 것이 바람직하다.¹²⁹⁾

現行離婚制度 즉, 協議離婚¹³⁰⁾, 調停離婚, 審判離婚은 그 절차에 있어서離婚後의 子女양육을 위한 합리적인 장치를 갖고 있지 못하다. 따라서 이에 관한 개선책이 필요하다.

128) 金相塔, 上揭論文, 107面.

129) 崔鎮涉, 前揭論文, 196面.

130) 現行 協議離婚制度는 그 요건과 절차가 너무 간단하기 때문에 진정한 이혼의사의 확인이 어렵고, 따라서 家庭의 安定性的의 侵害, 離婚強制的 危險性, 夫婦공동생활체에 대한 責任意識의 缺如 등을 가져올 우려가 있는 것이기 때문에 그 요건과 절차에 있어서 신중을 기하여야 한다는 비판이 있다: 梁祥勳, “協議上離婚에 있어서 家庭法院의 確認”, 裁判資料 第18輯, 法院行政處, 1983, 264-267面.

1) 子女養育에 관한 합의서의 의무화

(1) 協議離婚

協議離婚은 이혼당사자인 부부가 함께 이혼신고서와 협의이혼의사확인신청서를 작성하고 호적등본, 주민등록등본을 첨부하여, 법원에 접수한 뒤 판사 앞에서 이혼의사확인만 받고 3개월내에 이혼신고 하면 된다.

즉, 현행법상으로는 협의이혼절차에서 법원이 당사자의 이혼의사의 여부만을 확인할 뿐, 이혼후의 子女養育에 관한 당사자의 합의가 있는지의 여부는 확인하지 않는다. 설사 당사자간에 이러한 합의가 있었다고 하여도 이 합의가 子女養育을 위하여 불충분하다고 생각될 때에, 법원은 당사자간에 이혼의사의 합의가 있는 한, 이를 이유로 協議離婚意思 確認을 거부할 수는 없다. 131)

따라서 조속한 이혼을 원한 나머지 子女養育에 부적절한 일방이 양육하는데 합의했다든가 또는 경제적 이익을 얻는 대가로서 양육하지 않기로 합의한 경우, 자에게 매우 불리한 결과를 가져오는 것이 예상됨에도 불구하고 이혼이 이루어진다. 子女養育을 위한 국가의 후견적 기능이 강화되고 있는 서구의 법제를 고려해 보더라도 현행법은 이혼 후 子女養育에 너무 미흡하다.

당사자 합의에 의하여 이혼후의 子女養育에 관한 사항을 정하였을 때에는 일단 이혼후의 子女養育을 위한 일차적인 조치는 이루어지는 셈이 된다. 그러나 자녀양육에 대한 합의가 되지 않은 경우, 시간적 여유를 주는 것이 자녀보호를 위하여 바람직하다. 따라서 이혼당사자가 協議離婚 意思確認 신청을 한 때에, 법원은 이혼의사의 확인에만 그치지 말고 반드시 이혼 후의

131) 김대원, “協議離婚 制度에 관한 小考”, 『實務研究IV』(법관 가사재판실무연구모임 자료집), 서울가정법원, 2000. 5, 32面.

子女養育을 위한 조치를 강구한 후에 이혼여부를 확인하도록 하는 것이 입법론적으로 타당하리라고 본다.

協議離婚의 경우 1977년 民法 개정을 통하여 家庭法院의 이혼의사확인을 의무화하고 있기에 법원에 출석을 해야 하는데, 이때 막연히 이혼의사만을 확인할 것이 아니라 미성년자녀가 있는 경우 協議離婚 意思確認을 하는 동시에 親權 및 養育에 관한 합의사항을 제출토록 의무화해야 한다. 그리고 합의사항에 관한 실질적 심사를 하도록 制度化해야 하며, 문제가 있을 때에는 자녀의 복리를 위해 직권으로 부모의 합의와 다른 결정을 내릴 수 있도록 해야 할 것이다.

즉, 이혼신고서에 이혼후의 子女養育에 관한 사항의 합의내용을 기재하도록 하고¹³²⁾ 당사자간에 협정이 되지 않은 경우에는 법원이 이혼을 확인하는 절차에서 확인을 유보하고 당사자의 자주적 해결을 촉구한다. 그래도 협정이 되지 않는 때에는 당사자의 일방 또는 쌍방이 심판을 청구하는 것을 전제로 하여 離婚을 確認하도록 하는 것이 좋을 것이다.

이와 같이 함으로써 이혼에 앞서 당사자에게 자녀문제를 숙고할 수 있는 기회를 제공해 주게 되며, 자녀를 조속히 안정된 상태에 둘 수 있는 장점이 있다고 생각한다.

당사자가 이혼후의 子女養育에 대하여 합의가 되지 않을 때에만 법원이 관여하도록 하는 것은 당사자의 자주적 결정을 존중해 주는 것이 가장 원만한 해결방법이 되리라고 보는데 근거한 것이다.

(2) 調停·審判離婚

132) 현재의 이혼신고서 양식에는 이에 관하여 기재할 수 있는 란이 없다. 이혼신고서에 이혼후의 子女養育에 관한 합의내용(親權者를 누구로 할 것인지, 養育은 누가 맡을 것인지, 아이를 맡지 않는 쪽에서 아이를 키우는 쪽에 養育費를 지급할 의무라든지, 아이를 보지 않는 쪽에 인정되는 面接交渉權을 어떻게 할 것인지)을 기재하도록 하고, 합의가 되지 않는 때에는 불합의의 사실을 기재하도록 해야 할 것이다; 具男淑, 前揭論文, 70面.

父母가 이혼당시에 자녀문제에 대한 어떠한 합의도 하지 않았고 家庭法院에 조정신청 또는 재판상 청구도 하지 않은 경우에는 적어도 이론상으로는 親權 및 養育에 관하여 아무런 정함도 없이 離婚이 가능하게 된다. 이러한 경우 父母 쌍방은 이혼 후에도 계속해서 親權者로 남게 되어 共同親權이 성립한다고 해석되고 있다.

우리나라는 소송에 있어 當事者請求主義를 취하고 있는데, 이혼당사자가 자녀양육에 대해 언급하지 않으면 법원은 어떠한 관여도 할 수 없다. 단지 권고를 할 수 있을 뿐이다. 이는 이혼후의 자녀문제를 결정함에 있어 父母의 합리적인 판단능력이 離婚이라는 특수한 위기상황 속에서도 지속된다는 전제에 근거하고 있다.

그러나 가정생활이 정상적으로 유지되고 있을 당시에 父母 사이에 이루어진 合意와 혼인관계가 파탄된 이후에 성립된 父母의 合意에 기계적으로 동일한 가치를 부여하는 것은 부모중심적인 사고의 소산이며 자녀의 복리를 중시하는 태도는 아니다. 즉 이는 부모의 권리만을 존중한다는 비판을 면하기 어렵다.¹³³⁾

離婚의 결과와 관련하여 이혼당사자들은 자녀의 이익 외에도 부모자신의 문제, 특히 상대방 배우자에 대한 감정, 자신의 장래문제, 재산적 이익 등을 중심에 놓고 생각할 수도 있다. 離婚이라는 특수한 상황 속에서 자녀를 중심으로 하고 이성적으로 판단하는 능력을 전적으로 혹은 부분적으로 상실할 수 있다. 경우에 따라서는 父母 자신의 이익이 전 이혼과정을 지배하고 자녀는 분쟁의 와중 속에서 단지 협상의 대상으로 전락할 수도 있다.

離婚을 계기로 하여 이루어진 親權 및 養育에 관한 父母의 합의는 이와 같은 문제의 소지를 안고 있다.

여기서 아동보호의 의무를 지는 국가가 父母의 합의를 심사하고 통제할 필요성이 등장한다. 국가에 의한 통제기능을 부정하는 것은 현실적으로 離

133) 金相塔, 前揭論文, 20面.

婚 후 子女의 현실적인 保護利益을 “父母의 自律” 이라는 미명하에 희생시키는 결과를 낳을 수도 있기 때문이다.¹³⁴⁾

당사자의 자주적 노력에 기대하는 편이 효율적이며, 당사자가 합의한 사항은 그 이행이 자발적으로 이루어질 수 있는 점 등을 고려해 볼 때 그 합의가 상당성을 결여하지 않는 한 존중해 주는 편이 子女의 福利에도 일반적으로 부합될 것이다.

그러나 우리의 현실을 살펴보면 이혼으로 인하여 자녀들이 겪는 피해와 고통을 최소화하기 위하여 이혼후의 子女養育事項 결정과정에 국가가 보다 적극적으로 개입할 필요가 있다고 생각된다.

親權 및 養育에 관한 사항은 당사자의 청구없이도 직권으로 離婚訴訟과 병합·심리되어 離婚訴訟이 인용되는 경우, 判決로써 통일적으로 결정되는 방법이 대안으로 제시될 수 있을 것이다.

이 경우에도 물론 부모는 자신들이 합의한 내용을 법원에 제출할 수 있어야 할 것이다. 그러나 부모의 합의는 법원의 판단을 구소하지 못하며, 합의된 사항이 子女의 福利에 반하는 내용을 담고 있다면 법원은 이와 다른 결정을 할 수 있어야 한다.¹³⁵⁾ 또한 이혼 이후라도 법원은 자녀의 복리가 심히 위태롭다고 판단되는 경우에 직권으로 개입할 수 있는 여지가 있어야 한다.

民法改正案은 離婚時 親權者 결정 및 養育事項 결정과 관련해 父母의 協議가 이루어지지 않을 때는 법원에 청구하도록 의무화하거나 직권에 의해서도 결정할 수 있도록 하고 있다. 父母의 合意에 대한 법원의 심사·통제 가능성을 도입하는 것이 離婚으로 인하여 子女가 겪는 피해와 고통을 줄일 수 있을 것이다.

134) 金相瑢, 上揭論文, 20面.

135) 金相瑢, 上揭論文, 20面.

2) 熟慮期間制度의 導入

이혼절차 단계에서 子女養育 문제에 대한 해결책을 마련하기 위해서는 우선 그 전제로서 일정한 숙려기간제도(이혼전의 고려기간)를 도입할 필요가 있다.¹³⁶⁾

이혼 전의 숙려기간(예를 들면 1년)동안 이혼을 원하는 당사자들은 전문 상담기관의 도움을 받아 이혼 후에 현실로 다가올 문제들, 특히 자녀양육 문제에 대해서 협의할 수 있으며, 동시에 자신들의 혼인관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되었는지의 여부도 점검해 볼 수 있는 기회를 가질 수 있을 것이다.

이러한 숙려기간의 기산점은 협의이혼의 경우에는 협의이혼 의사확인 신청시, 재판상 이혼의 경우에는 이혼청구시를 숙려기간의 기산점으로 하여 법원이 이혼을 원하는 당사자에게 기본적인 상담의 기회를 제공하여 조정을 통한 문제해결의 장점을 설명하고 당사자가 원하는 경우에는 외부의 전문상담기관(조정기관)에서 이혼과 관련된 전반적인 문제에 대하여 조언과 지원을 받을 수 있도록 하는 것이다. 당사자가 법원에서의 기초상담을 통하여 이러한 조정 권고를 받아들이게 되면 법원과 독립된 전문적인 상담기관¹³⁷⁾에서 조정이 시도되고 당사자들은 전문 상담원의 도움을 받아 이혼의 결과 특히 子의 양육에 대한 합의에 이를 수 있다.

즉 협의이혼시에는 숙려기간에 子의 양육에 관한 합의사항을 제출하도록 의무화하고, 법원에서 검토 후 문제가 없는 경우 협의이혼의사확인 조서에 기재한다. 또한 재판상 이혼의 경우에는 이혼청구를 한 때로부터 기산되는 숙려기간¹³⁸⁾동안 당사자들이 전문적인 상담기관에서 조언과 지원을 받을 수

136) 金相瑢, 上揭論文, 108면.

137) 법원으로부터 독립된 전문 상담기관에 의한 조정은 소송에 의하는 것보다 시간과 비용을 줄이며, 당사자들이 법원에 비하여 보다 편하고 자유로운 분위기에서 자신들의 이야기를 할 수 있다는 장점이 있다.

138) 예외적인 경우에는 이혼 전의 숙려기간이 경과하지 않아도 이혼이 가능하도록 할 필요가 있다. 예를

있도록 하고, 상담기관의 조정을 통하여 당사자들이 자녀양육 문제에 대한 합의에 이르게 되면 숙려기간이 경과한 후 당사자의 청구에 의하여 개시되는 소송절차¹³⁹⁾에서는 주의 양육에 대한 합의 사항을 법원에 제출하도록 한다.¹⁴⁰⁾ 양육비 합의에 관한 법원의 확인이나 판결이 나면 그 사항을 이혼신고서에 기재케 한다(호적법 제79조). 양육비 기재가 채무명의로 될 수 있는지 문제될 수 있는데, 특히 확인절차를 거친 당사자의 합의의 효력이 문제일 것이다. 확인의 주체가 법원이라는 공적기관이므로 확인은 일종의 공증력을 가지고 채무명의로 된다고 하는 방안도 생각해 볼 수 있다.¹⁴¹⁾

3) 調停制度의 활용방안

家事訴訟法 제50조는 조정전치주의를 취하고 있음에도 이 제도의 활용은 그다지 활성화 되어있지 못하다.¹⁴²⁾ 그러나 調停制度는 우선 인간관계의 조정과 법적 해결이 동일한 절차에서 이루어진다는 장점을 가지고 있다.

따라서 이혼에 대하여 합의가 되었으나 子女養育 등 이혼에 따른 부수적인 문제의 합의가 되지 않은 경우 離婚調停制度를 활용하여 처리해 나가는 방법이 바람직하다.

조정위원들의 조정절차에서 얻어진 지식을 바탕으로 子女養育에 적합한 父母의 일방에게 子를 養育시키도록 유도할 수 있는 점 등을 고려할 때 반

들어 1년의 숙려기간을 지키는 것이 배우자 일방에게 참을 수 없는 고통이 되는 경우(가정폭력 등)나 자녀의 복리를 해치는 경우에는 숙려기간의 경과 전에도 이혼을 허용해야 할 것이다.

139) 숙려기간 동안 당사자들이 협의이혼을 하기로 합의한 경우에는 법원에 협의이혼의사신청을 할 수도 있을 것이며, 이 경우 숙려기간은 이혼청구를 한 때로부터 기산한다.

140) 金相鎔, 前掲論文, 109面.

141) 金由美, 前掲論文, 81-82面.

142) 가사조정제도가 활성화되지 못하는 이유는 첫째, 당사자들이 이 제도를 외면하고 있기 때문이고 둘째, 조정사건의 대부분을 차지하게 된 조정회부 사건에 의해서 원래 조정절차를 원치 아니하던 당사자들에게는 당연히 예상될 수 있는 각종의 절차해태 행위에 대하여 법원이 아무런 권한을 행사하지 않고 상당한 시간만 끝나가 아무런 결과도 얻지 못한 채 무기력하게 소송절차로 회복하기 때문이며 바로 그 이유 때문에 조정제도는 당사자들로부터 더욱 외면받게 되는 것으로 보인다. 이러한 악순환을 제거하는 시발점은, 법원이 조정회부사건에서 가능한 정도의 권한을 행사하는 것이라 할 것이다.

드시 이에 관한 사항도 그 절차에서 정하도록 함이 바람직하다. 따라서 조정
에 의한 離婚이 이루어지는 때에는 그 절차에서 子女養育에 관한 사항도
정하도록 해야겠지만, 이에 관해 協議가 이루어지지 않는 때에는 이혼에 관
한 調停이 성립함과 동시에 子女養育에 관한 職權에 의해서라도 審判에 의
하여 확정하는 것이 바람직하다.¹⁴³⁾

① 가사조사관제도 활성화

현재 가사사건의 경우 조정을 시도하기에 앞서, 먼저 가사조사관이 당
사자를 조사하여 조사보고서¹⁴⁴⁾를 작성, 조정위원들에게 소장과 조사보고서
를 보내고 조정기일을 지정하여 조정위원들에 의한 조정이 이루어지도록 하
고 있다.

子女養育에 관한 다툼이 있는 사건은 당사자나 사건본인인 자녀들을 소
환하여 간단한 조사를 하기보다는 법원의 가사조사관 제도를 적극 활성화할
필요성이 있다. 가사조사관으로 하여금 몇 차례 걸쳐 자녀를 만나 꾸준히
지속적인 상담을 하게 하여 그들의 의중을 파악함으로써 이를 調停이나 判
決에 반영되도록 하는 등의 보완책이 필요하다 할 것이다.

이를 위해 가사조사관의 수요를 확충하고 전문요원을 양성할 뿐 아니라
당사자간의 갈등 및 子女養育에 관하여 좀 더 심층적으로 분석하고 이 과정
에서 가사조사관이 카운슬러로서의 역할도 할 수 있도록 그 활용방안이 마
련되어야 할 것이다.

143) 현행 조정제도는 조정이 성립되지 않아 심판에 의한 이혼을 하는 경우, 실제로 조정절차에 관여한
법관이 반드시 담당하는 것은 아니기 때문에 조정과정에서 얻어진 서면자료 이외의 지식을 활용할 수
없는 면이 있다(具男淑, 前揭論文, 78面).

144) 조사보고서에는 ① 조사요건 ② 당사자의 인적사항 ③ 당사자의 주장 소명자료 ④ 결혼 전의 생활내
력·결혼의 사정 ⑤ 결혼 후의 생활내력·분쟁의 과정과 현상 ⑥ 출석한 사건본인들의 진술 ⑦ 가정
환경 ⑧ 경제상태 ⑨ 심신상태 ⑩ 조사관의 의견을 기재한다.

② 가정문제 전문상담기관 연계화

법원은 親權 및 養育에 관한 문제를 결정함에 있어서 주로 물질적인 측면에 관심을 국한시키고 심리적 차원에서 子女의 福利를 실현시키는데 충분한 배려를 하지 못한 것이 사실이다. 이혼시 자녀 개개인의 심리상태를 알지 못한 채 자녀의 복리실현에 근접하는 결정이 내려지기를 기대하는 것은 어려운 일이다.

子女의 養育을 위해서 국가는 법을 개정하는 것 외에도 이혼의 결과와 관련된 가족 내부의 합의가 도출될 수 있도록 지원해야 할 것이다. 이혼후의 문제에 대한 가족내부의 자율적 합의는 이혼 후에도 가족구성원 사이의 관계를 안정시켜 자녀들이 父母와의 좋은 관계를 유지할 수 있는 기초를 마련해 주기 때문이다. 그러므로 이혼에 직면한 가족이 이혼의 결과와 관련하여 갈등을 극복하고 합의를 이끌어 내는 것은 자녀의 건강한 인격성장을 위하여 매우 중요하다.¹⁴⁵⁾

국가는 이를 위하여 이혼에 처한 부모들을 상담 등을 통하여 적극 지원함으로써 그들 스스로 이익에 부합하는 결정을 내릴 수 있도록 원조해야 한다.

이혼당사자가 協議離婚 意思確認을 신청하거나 裁判上 離婚을 청구할 때에 법원은 이혼을 원하는 당사자에게 기본적인 상담의 기회를 제공하여, 조정을 통한 문제 해결의 장점을 설명하고, 당사자가 원하는 경우에는 외부의 전문 상담기관(조정기관)에서 이혼과 관련된 전반적인 문제에 대하여 조언과 지원을 받을 수 있다는 정보를 제공할 필요가 있다.

당사자가 법원에서의 기초상담을 통하여 이러한 조정권고를 받아들이게 되면, 법원과 독립된 전문적인 상담기관¹⁴⁶⁾에서 조정이 시도되는데 당사자

145) 具男淑, 上揭論文, 79面.

146) 조정을 통해서 문제를 해결하는 방식은 소송에 의하는 방식에 비해서 몇 가지 장점을 가지고 있다.

들은 전문 상담원의 도움을 받아 특히 여기서는 子女養育에 대한 합의를 이룰 수 있을 것이다. 만일 당사자들이 조정에서 실패하여 養育에 대한 합의에 이르지 못한 경우에는 법원이 직권으로 養育에 관한 사항을 결정한다¹⁴⁷⁾.

第3節 離婚後 養育費 確保方案

1. 부모의 양육비 부담의무명시

부모의 양육비 부담의무를 규정하고, 규정시 부모의 미성년자녀를 부양할 의무는 별거, 이혼 등의 사유로 소멸하지 않는다고 단서를 추가한다.¹⁴⁸⁾ 이렇게 함으로써 민법 제974조 이하의 일반 친족간의 부양의무와 구별짓고, 이혼하는 부모들에게 자녀를 부양해야 하는 의무는 이혼 후라도 계속되는 것임을 알려주고 책임감을 높이도록 한다. 이는 이행확보와는 다른 차원의 문제이지만 양육비 이행확보의 전제가 되는 비양육부모의 책임감 고취를 위

離婚訴訟에서는 부부가 대립하는 당사자로서 다루어야 하므로, 그만큼 대화와 타협의 여지는 줄어들게 된다. 따라서 이혼의 결과와 관련된 문제, 예를 들면 養育問題에 대해서도 당사자의 합의를 도출하기가 어렵게 된다. 뿐만 아니라 소송을 통한 문제해결 방식은 많은 시간과 비용을 요한다는 단점이 있다. 법원과 독립된 전문 상담기관이 離婚調停을 담당하는 것은 법원에 의한 조정과 비교해 볼 때 장점이 있을 수 있다. 이혼 당사자들이 합의에 이르기 위해서는 보통 몇 차례에 걸쳐 회합과 조정시도가 필요하다고 예상되는데, 이러한 종류의 일에는 법원보다 전문적인 상담기관이 더 적합하다고 볼 수 있다. 나아가 상담기관에서는 이혼 당사자들이 법원에 비하여 보다 편하고 자유로운 분위기에서 자신들의 이야기를 할 수 있을 것이다. 나아가 담당했던 상담원에게 비밀유지 의무를 부과하여 조처 단계에서 행하여진 발언이 후에 소송절차에서의 증거로 사용될 수 있는 가능성을 차단함으로써 이혼 당사자들의 진솔한 생각을 들을 수도 있다. 이와 같은 여러 가지 조건을 갖추어졌을 때 비로소 조정 절차에 대한 신뢰도 높아지고 조정의 성공률도 높아지게 될 것이다: 金相濤, 前掲論文, 108面.

147) 이때 법원은 이 문제에 대한 상담기관의 의견서를 참고할 수 있을 것이다.

148) 프랑스 민법 제288조 제1항 ... 친권을 행사하지 않는 부 또는 모는 자신 및 타방 배우자의 자력에 비례하여 자녀의 양육·교육에 관한 비용을 분담하여야 한다. 제4항 친권공동행사의 경우에, 자녀와 상시적 거주를 같이 하고 있지 않은 부 또는 모는 자신 및 타방 배우자의 자력에 비례하여 자녀의 양육·교육에 관한 비용을 분담하여야 한다.

한 상징적인 의미를 가진다고 할 것이다.¹⁴⁹⁾

2. 養育費 산정기준의 법정화

현재 우리 법원은 子女養育費를 책정함에 있어서 통상적으로 1명당 15만원 내지 30만원선에서 인정해 주고 있다. 법원이 이 정도의 금액을 인정하는 데는 우리 사회에서 통상적으로 자녀 2명을 가진 평범한 회사원으로 월 200만원 정도의 수입이 있다고 할 경우, 자녀 1명당 돌아가는 산술적인 몫인 50만원(=200만원×1/4)을 부모가 각각 25만원씩 부담해야 한다는 생각, 부모 모두에게 養育責任이 있으므로 지급받는 養育費만으로 부족한 나머지는 실제로 양육하는 부모가 감당하도록 하고, 그것이 부담스럽다면 養育權을 상대방에게 넘겨주라는 입장 및 子女養育은 權利가 아니라 責任이므로 실제로 養育하는 자가 그 정도는 책임져야 한다는 등의 입장이 뒷받침되어 있는 것으로 보인다.

그러나 위 기준은 하나의 기준일 뿐, 구체적인 경우에 따라 수입의 정도나 子女들에 대한 양육비지급의 정도, 재산의 정도 등을 종합하여 탄력적으로 양육비책정이 되어야 하며, 거의 대부분의 사건에서 養育費가 자녀 1인당 30만원 하는 식으로 정해지는 것은 문제가 있다고 할 것이다.¹⁵⁰⁾

양육비 산정과 관련하여 우리나라는 협의로 정하거나 제반 사정을 고려하여 법원이 정하도록 하는 추상적인 규정밖에 두고 있지 않다. 그에 따라 양육비는 객관적·구체적인 기준없이 여러 고려사항을 종합하여 대략적으로 결정되며, 그 고려사항들이 결정된 양육비에 어떠한 비율로 구성되었는지 파악할 수 없게 되어 있다. 이러한 점에서 미국의 양육비 산정방법은 우리나라가 고려할 수 있는 좋은 예가 된다고 생각한다.¹⁵¹⁾

149) 金由美, 前掲論文, 80面.

150) 이명숙, “이혼가정의 자녀 보호제도의 문제점”, 이혼가정과 자녀양육: 양육비 제대로 받고 있는가, 한국가정법률상담소, 2001, 87면.

미국의 각 주법은 父나 母의 별도 신청이 없더라도 이혼판결시 子에 대한 養育費 지급을 함께 명하도록 규정하고 있다. 미국의 각 주는 양성평등을 기초로 父母가 대등한 지위에서 子女의 養育義務를 부담하도록 법률로 명시하고 있으며, 실무상으로는 母가 養育者로 지정되며 父가 현실적인 養育費를 지급하는 것이 보통이다.¹⁵²⁾ 한편, 양육비는 부와 모의 재산 및 수입을 함께 고려하여 결정한다.¹⁵³⁾ 부부는 성별의 차이없이 각자의 경제능력과 재산에 따라 합리적인 선에서 자녀의 양육비를 분담하게 되는데 이것이 평등부담의 핵심을 이루게 된다.¹⁵⁴⁾

주법원이 養育費를 산정하는데 고려하는 것은 ① 자녀의 기초적 생활상의 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.¹⁵⁵⁾

연방정부의 자녀부양시행청¹⁵⁶⁾은 1984년도에 이르러 주별로 각각인 양육비산정의 원칙을 정비하기 위하여 8가지의 양육비산정기준을 마련하고 각 주로 하여금 이를 채택, 시행하도록 권고하였고 이에 따라 대부분의 주가 이 기준을 채택한 입법을 행하기에 이르렀다. 연방정부는 1988년에 각 주에 게 양육비산정기준에 의하여 산정된 양육비에 법률상 추정력을 인정하고 정당한 사정이 없는 한 이 기준을 준수하도록 하는 내용의 입법을 요구함으로써 이를 채택한 주 법원의 양육비산정에 관한 재량권을 엄격히 제한시켰

151) 윤덕경·장영아, 「가족법상 친권·양육권 및 면접교섭권제도의 실효성 확보방안 연구」, 한국여성개발원, 2002, 229면.

152) 어머니가 자녀를 양육할 경우 아버지의 양육비 지급이 의무화되어 있고 그렇지 못한 경우 사회를 통한 지원, 공적부조가 보장되어 있다: 表桂鶴, 前揭論文, 92面.

153) 장미화, “미국의 이혼가정 자녀 보호제도”, 이혼가정과 자녀양육: 양육비 제대로 받고 있는가, 한국가정법률상담소, 2001, 93면.

154) 부와 모의 경제능력이 동일하다면 동일한 수준의 양육비를 분담하도록 하는 것이 형평에 맞는 것으로 인정된다: 장미화, 上揭論文, 93面.

155) The Uniform Parentage Act § 15(e)

156) The U. S. Office of Child Support Enforcement

다. 157) 각 주에서 채택하였던 기준은 다음과 같다. 158)

① 부모는 자녀를 양육할 법적 책임을 공유한다. 양육에 관한 경제적 책임은 부모 소득에 비례하여 분배한다.

② 養育費를 산정함에 있어 부모의 최소한의 생활상의 필요를 고려해야 한다. 그러나 부모는 어떠한 경우라도 養育費支給責任을 면제받을 수 없다.

③ 養育費는 자녀의 기본적인 생활의 필요를 충족할 수 있어야 한다. 부모가 최소한의 생활수준을 상회하는 생활을 할 수 있는 경우 자녀들에게도 같은 수준의 생활을 향유할 수 있도록 허용되어야 한다.

④ 자녀들은 연령, 부와 모의 소득, 부 또는 모의 현재의 배우자의 소득, 父 또는 母의 다른 피부양자 등에 따라 부모의 양육을 받을 평등한 권리를 가지고 있다.

⑤ 자녀들은 출생 당시 父母의 혼인상태와 무관하게 養育費를 산정 받을 정당한 권리가 있다. 따라서 친생관계의 확정, 별거, 이혼 등의 절차에 있어서 자녀들의 養育費 산정기준은 평등하게 적용되어야 한다.

⑥ 양육비산정기준은 성별에 따른 차별 없이 적용되어야 한다. 養育費산정기준은 특별히 養育者로 지정받은 父 또는 母의 성별과 무관하게 적용되어야 한다.

⑦ 양육비산정기준은 父 또는 母의 주요 사생활상의 결정에 지나치게 부정적인 영향을 끼쳐서는 아니 된다. 또 특별히 父 또는 母가 재혼 또는 취업을 기피하도록 유인하는 요인이 되어서도 아니 된다.

⑧ 養育費 산정기준은 父와 母가 공동으로 子女養育에 참여하는 것을 장려하여야 한다. 이들의 養育責任은 이들이 양육업무를 공동으로 담당하거나

157) Pub.L. 100-485, Title 1, Subtitle A, § 103, 102 Stat. 2346 (1988) (1989. 10. 13.부터 시행되었음)는 “소송 혹은 행정절차에서 양육비산정기준에 따라 결정된 양육비지급금액은 정당한 양육비지급금액으로 추정된다. 문서 혹은 기록상 특정한 사건에 대하여 양육비산정기준을 적용하는 것이 주에서 정한 기준에 비추어 위법하거나 부당한 것으로 판명되는 경우 이 추정은 깨어진다.” 고 정하고 있다.

158) 장미화, 前掲論文, 95面.

이들의 방문권을 행사함에 있어 직접 지출하는 비용에 비례하여 감소하는 것이 아니라는 인식을 전제로 파악하여야 한다.¹⁵⁹⁾ 양육비 지급의무는 이혼 부부사이의 부양료와는 달리 협의에 의해 면제될 수 없으며, 면제합의는 자녀에 대하여 효력이 없다.

이처럼 미국에서 연방정부의 적극적인 養育費 개입정책에 따라 양육비산정 및 집행이 전국적인 조직망에 의해 통일적으로 이루어지게 되었다. 약간의 부작용도 있으나 미성년자녀에 대한 養育費 지급문제를 사실상 방치하고 있는 우리 현실에서는 미국의 養育費 산정 및 징수제도는 그 효용면에서 시사하는 바가 크다.

우리의 경우도 養育費 산정기준을 법정화 시켜놓을 필요성이 있다. 이를 통해 구체적이고 객관적인 기준을 마련하여 협의이혼이나 재판이혼시 양육비 산정의 기준으로 이용되도록 해야 할 것이다.

3. 養育費債權의 優先債權化

養育費에 관한 기재 등이 채무명의를 되어도, 현재의 집행절차에서는 이행기가 도래하는 때 집행절차를 반복해야 한다. 養育費와 같이 정기적이고 소액인 경우의 집행은 한번의 집행신청을 하면 그 후 청구채권액의 추가만으로 충분하게 하는 간편한 집행방법을 마련해야 하며, 養育費 채권을 우선채권화하는 방법도 생각할 수 있다.¹⁶⁰⁾

4. 補佐制度·養育費 先給制度의 導入

159) U. S. Department of Health and Human Services, Office of Child Support Enforcement, Development of Guidelines for Child Support Orders 1-4(1987)

160) 양육비 채권을 우선채권화 한다면 근로기준법 제37조, 제42조와 관련해서 이 養育費를 양육의무자이 급료에서부터 우선 공제하는데 이론적인 어려움은 적을 것이다; 金由美, 前掲論文, 286面.

어떤 이유에서이든지 부모 중 일방이 홀로 자녀를 양육하는 경우에는 생계비 마련을 위한 활동과 육아라는 이중의 부담에 시달리게 되는 것이 일반적인 현상이다. 특히 생활비의 부족으로 가족이 빈곤한 생활을 감수할 수 밖에 없는 경우, 이로 인한 최대의 피해자는 결국 미성년 자녀일 수 밖에 없다. 일찍이 이러한 사회현실과 직면했던 외국의 여러 나라들은 한부모 가정에서 자라나는 자녀들의 양육비확보 문제에 특별한 관심을 가지고, 이 문제의 해결을 위한 정책적 노력을 아끼지 않았다. 이처럼 국가적 차원에서의 대책마련이 가능했던 것은 한부모 가정에서 자라나는 자녀의 양육비 문제는 당사자의 개인적인 노력만으로는 해결되기 어려운 면이 있으며 아동의 양육 문제가 사적인 부양제도를 통해서 해결되지 못하는 경우에는 사회적 차원에서 해결책이 모색되어야 한다는 인식이 자리잡고 있었기 때문이다.

이러한 인식에 바탕하여 부양의무자에 대한 양육비청구를 국가가 체계적으로 지원하고 경우에 따라서는 대리하는 보좌제도가 도입되었다. 그러나 이 제도만으로는 한부모 가정에서 자라는 자녀의 양육비 문제를 해결할 수 없었으므로, 국가가 나서서 직접 양육비를 선급하고 후에 부양의무자에 대하여 구상권을 행사하는 양육비선급제도가 마련되었다. 이에 대해서 제3장에서 독일, 오스트리아, 스위스의 보좌제도와 선급제도를 살펴보았다.

이로써 부양의무자로부터 부양료를 받지 못하여 생계의 곤란을 감수할 수 밖에 없었던 한부모 가정의 자녀들이 정기적으로 일정한 액수의 양육비를 지급 받는 것이 가능하게 되었다. 오늘날 보좌제도와 양육비선급제도는 한부모 가정에서 자라나는 자녀의 양육비 확보를 위한 가장 중요한 제도로 인식되고 있다.

우리사회에서 이혼으로 인한 한부모 가정은 계속 증가하는 추세에 있다. 또한 이혼자녀들이 부모 양쪽으로부터 버림받는 상태가 적지 않게 발생하고 있고, 이러한 사회현상에 대한 비난과 개탄의 목소리도 높아지고 있다. 그러나 이혼후의 자녀양육 문제를 고스란히 개인의 과제로 떠넘기고 이렇다할

아무런 지원도 제공하지 않는 국가는 이러한 사태에 대하여 아무런 책임이 없는가? 이러한 제도를 도입, 운영하는 데에는 물론 적지 않은 인적·물적 자원이 필요하다. 이러한 이유를 들어 우리 사회에 이와 같은 복지제도를 도입하는 것은 시기상조라고 말하는 이들도 있을 것이다. 그러나 당장 금전으로 환산할 수 있는 가치의 생산만을 높이 평가하는 자본주의적 사고방식이 지배하는 사회, 사회적 약자에 대한 연대의식이 뿌리내리지 못한 사회에서 아동의 복리라는 가치는 설 수 있는 자리가 없다. 가족 문제는 개인이 스스로 알아서 해결하는 것이 당연하다는 낡은 관념이 사회를 지배하는 한, 문제의 해결을 위한 정책의 수립과 법제도의 개선은 이루어지지 않을 것이다. 그리고 이러한 과제가 별다른 대책 없이 계속 미루어 질 때 이로 인한 최대의 피해는 결국 미성년자녀에게 돌아갈 수 밖에 없다.¹⁶¹⁾

우리나라의 현실적이 국가 재정을 고려하여 이혼후 자의 부양에 관한 보다 더 실질적인 방법으로 보이는 급여공제제도의 도입¹⁶²⁾을 고려해 보는 것이 좋을 것이라는 견해도 있다.

5. 양육비지급 불이행시의 제재

당사자간의 合意나 법원의 判決을 통해서 養育費가 인정되었다 할지라도, 이를 그대로 이행하는 경우가 오히려 드물다고 할 정도로 그 이행이 뒤따르지 않는 것이 우리 사회 전반의 분위기이다.

이에 대해서 법원은 ‘양육비를 지급하라고 판결하는 것 외에 실제로 이행하느냐 여부는 법원과는 무관한 일이며 당사자들이 알아서 다른 조치를

161) 金相瑢, 前掲論文, 126面.

162) 급여공제방식의 단점은 의무자가 자영업자나 수입이 불규칙한 경우에 적용될 수 없다는 점이다. 자영업자 등의 경우 그 실질적인 소득의 파악이 곤란하고, 이행확보단계 뿐만 아니라 양육비산정 단계에서도 봉급 소득자와의 불균형이 지적될 수 있다. 또한 이 방식을 취할 경우 관할관청을 행정기관으로 할 것인지 사법기관으로 할 것인지 문제된다. 외국의 입법례는 거의 행정기관의 관할로 하고 있다; 金由美, “이혼시 친권의 개정방향”, 가족법연구 제16호, 한국가족법학회, 2001, 83면.

취하든지 해야 한다' 는 소극적이고 방관자적인 입장을 취하고 있다. 당장 자녀들은 하루하루 먹고 입고 학교에 다녀야 하는 등 지출해야 하는 비용은 발생하고 있는데, 법원을 통해서 소송을 하고 또 이를 강제집행하는 동안 자녀들은 모두 성장해 버리게 된다. 이혼가정의 자녀들이 경제적 곤궁이나 결핍으로 정신적 육체적으로 건강한 성장을 하기 어렵게 된다면, 그로 인한 손실은 개인적인 차원에 그치는 것이 아니라 국가적인 손실이고 피해라고 할 수 있을 것이다.

미국의 경우 이혼가정에서 양육비 지급의무자가 이를 이행하지 않을 경우 형사상 양육의무불이행죄 혹은 법정모독죄로 처벌되는 것이 보통이다.¹⁶³⁾

법원은 양육의무자의 양육의무해태는 사회규범상 용납되지 않는 범죄행위에 해당한다는 것을 명백히 하고 있으며, 1992년 제정된 연방양육비징수법은 양육비 지급의무자가 다른 주에 거주하는 자녀의 양육비를 지급하지 않는 것을 연방범죄로 규정하였다.

스위스는 자력이 있는 부양의무자가 부양의무를 이행하지 않는 경우 고소가 있으면 자유형에 처할 수 있고(스위스 형법 제217조 제1항), 오스트리아에서는 부양의무 위반이 누범인 경우와 부양의무 위반으로 인하여 부양권리자의 건강, 신체 또는 정신의 발달에 현저한 손상이 가해진 경우에는 2년 이하의 자유형에 처하도록 하고, 부양의무위반으로 부양권리자가 사망한 경우에는 3년 이하의 자유형에 처해진다(오스트리아 형법 제198조 제1항).¹⁶⁴⁾

우리의 경우 양육비 지급불이행과 관련하여 법원의 履行命令制度를 활용하는 방법도 고려해 볼 수 있다. 그러나 현재 履行命令制度는 사실상 실효성이 거의 없는 형식적인 제도로 남아 있고, 이행명령 신청을 하더라도 담당판사가 당사자들을 한 차례 불러서 이행을 권유하는 정도에 불과할 뿐 과

163) 장미화, 前掲論文, 100面.

164) 金由美, 前掲論文, 56面.

태료나 감치처분까지 진행된 경우는 거의 없는 상태이다. 이행명령이 현실화되기 위해서는, 履行命令制度가 있다는 사실에 대한 홍보가 있어야 하고, 이행명령신청을 받은 법원에서는 한 차례 이행을 권유하는 정도에 그치지 말고, 이행이 확보될 때까지 몇 개월이고 이행명령신청사건을 유지하면서 이행여부를 지켜보거나, 과태료나 감치처분 등을 적극 활용하고, 청소년성보호법상의 명단공개처럼 양육비 지급 불이행자에 대한 명단을 공개하는 방안 등도 고려해 볼 수 있겠다. 이때 이행명령이 신청된 사건에 대하여 이행명령이 제대로 되는지 여부를 지켜보는 방법으로는 가사조사관으로 하여금 양육비 이행이 제대로 이행되고 있는 확인하여 지속적으로 전화, 방문 등을 통하여 이행을 강제하도록 하는 방법도 생각해 볼 수 있다. 165)

점차 늘어나는 이혼율과 그 사이에 파생되는 미성년자녀들의 수를 상기해본다면, 양육비 판결이나 약정에 대해서 더 이상 외면해서는 안될 것이다. 법원에서 이혼한 부부의 자녀 양육비를 책정함에 있어 이를 위반할 경우의 간접강제방법까지 한꺼번에 판단하도록 하고, 나아가 위반하는 자에 대한 기존 형법의 유기죄와 아동복지법상의 방임죄, 혹은 가정폭력특별법상의 保護處分 등을 적극활용하여 양육비지급이 현실화되도록 노력하여야 할 것이다.

이밖에도 子女의 養育費 確保를 위하여 의료보험료 납부제나 자동차세 징수처럼 국가가 지원하는 제도¹⁶⁶⁾로 이혼한 부모에게 양육비를 징수할 수 있는 기관을 신설하거나 기존의 유사기관을 활용하는 방법을 생각해 볼 수 있을 것이다.

또한 월급에서 원천징수를 하거나 전년도에 세무서에 신고한 소득액의 몇%를 그 다음해의 양육비로 무조건 지급하게 하는 등 양육비 지급을 현실화하고 강제할 수 있는 적극적인 대안이 필요하다고 본다. 167)

165) 이명숙, 前揭論文, 89面.

166) 職權 또는 親權者의 請求에 의해서 국가기관이 養育費 청구를 대리하는 방법 등. 예를 들어 독일, 오스트리아, 스위스 등의 보좌제도.

第5章 結 論

현대의 離婚法이 특히 그 고려의 대상으로 중시하는 것은 이혼후에 남겨진 미성년인 子의 保護에 관한 법률문제이다. 부모가 이혼을 하는 경우에는 父母共同親權이나 共同養育이 어려워지므로 子의 성장발달에 직접 영향력을 행사하게 될 친권자나 양육자를 결정하는 문제와 養育費의 負擔 등을 어떻게 해결할 것인가라는 문제가 발생하게 된다. 이에 대한 우리 민법의 규정은 매우 간단하여 離婚後의 親權者 결정에 관한 규정(민법 제909조 4항)과 離婚後의 子의 養育責任에 관한 규정(민법 제837조) 및 面接交渉權에 관한 규정(민법 제837조의 2)를 두고 있을 뿐이다.

친권법의 세계적인 추세는 ‘子의 福利’를 최우선으로 설정하고 있으며, 子를 위한 친권이라는 개념도 子를 보호의 대상으로부터 더 나아가 권리행사의 주체로서 인정하게 되었다. 이에 따라 가족은 사회를 구성하는 기초단위로, 국가는 이러한 문제의 해결을 위하여 적절한 제도를 마련함으로써 子女保護를 위한 역할을 다해야 할 필요성이 있다. 다만, 이 경우에 이혼당사자의 자주적 해결을 해하지 않도록 하는 것이 바람직하리라고 본다.

그리하여 離婚後 子女養育制度에 대한 개선방안을 다음과 같이 요약하여 제시하고자 한다.

첫째, 離婚制度의 개선방안으로 子女養育에 관한 합의서의 의무화와 이혼숙려기간 제도를 입법화해야 한다. 協議離婚의 경우 부모가 가정법원에 이혼의사의 확인을 신청(민법 제836조 제1항)할 때, 동시에 親權 및 養育에 고나한 합의서를 의무적으로 제출하도록 하고, 가정법원은 이혼의사를 확인함과 동시에 자녀와 관련된 합의사항에 대하여 실질적인 심사를 할 수 있도록

167) 이명숙, 上揭論文, 89面.

특 한다. 裁判離婚의 경우에는 이혼 후 자녀의 親權 및 養育에 관한 사항은 당사자의 청구 없이도 법원이 離婚訴訟과 併合 審理하여, 離婚請求가 인용되는 경우, 判決로써 동시에 결정하는 방법의 대안이 마련되어야 한다. 또한 일정한 숙려기간 제도를 도입하여, 이혼전의 숙려기간 동안 이혼을 원하는 당사자들이 전문 상담기관의 조력을 받아 이혼 후에 현실로 다가올 문제들, 특히 子女養育問題에 대해서 協議할 수 있도록 하고, 동시에 자신들의 혼인관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되었는지의 여부도 점검해 볼 수 있는 기회를 제공해야 할 것이다. 아울러, 이혼절차상에서 이혼 후 자의 양육에 관한 구체적 합의 내용을 제출할 것을 의무화하여 이에 관한 합의가 없다면 일정한 경우에는 이혼명령을 보류할 수도 있다고 생각한다.

둘째, 法院의 관여의 範圍에 대하여 外國의 立法例들은 當事者의 請求없이 法院의 職權으로 子女의 福利에 附屬하게 判決하도록 法制化가하고 있으나 우리 法는은 當事者의 請求가 있는 경우에만 法院이 關與할 수 있다.

‘子女의 福利’를 다른 무엇보다도 우선한다는 意味에서 우리 法은 문제가 있으나 우리나라의 法意識이나 家族制度를 고려할 때 1차적으로 當事者의 自律的 決定에 맡기는 것은 큰 문제는 없다고 본다. 當事者가 自律적으로 決定한 事項은 그 履行이 容易하게 確保될 수 있는 점에서 長點도 있다. 그리고 當事者의 請求가 없는 때에는 이혼 후에도 共同으로 親權을 行使하는 것으로 解釋할 수 있으므로 子女保護에도 큰 문제는 없다고 본다. 그러나 장기적인 측면에서는 法院이 子女의 福利와 관계되는 사항에 대하여 離婚節次에서 職權으로 관여할 수 있도록 法制化할 필요가 있을 것이다. 그리하여 국가는 부모들이 이혼후의 親權 및 養育問題에 대한 합의를 이끌어 낼 수 있도록 단지 직권적인 개입의 차원을 넘어서서 調停制度를 활용하는 방안을 모색해야 한다. 이에 대한 대안으로 가사조사관을 활성화하고, 법원과는 독립된 전문적인 상담·지원기관과의 연계를 통한 실질적인 사회지원체계를 수립하여 이혼 후 자녀와 그 가족문제를 해결해 나갈 수 있을 것이다.

셋째, 요즈음 급증하는 이혼율과 함께 사회문제로 대두되는 이혼후 자의 양육문제는 무엇보다 경제적 지원을 통한 안정적 생활의 보장에 있다고 볼 수 있으므로 국가는 이혼 가정의 子女 養育費 支給義務를 확실히 해주고 그 이행을 확보해 주어야 한다. 부모의 양육비 부담의무에 대해 명시화할 필요성이 요청된다. 또한 자녀의 기본생계를 보장하기 위하여 양육비 채권에 대해서는 우선채권화를 인정하거나 양육비 산정기준을 법정화하고, 양육비 불이행시의 제재 및 확보방안을 적극적으로 모색해야 할 것이다. 이혼 후의 후속조치인 이혼양육제도로써 자를 위한 보좌제도의 도입이나 국가의 양육비선급제도의 도입을 제안하고자 한다. 국가의 양육비 선급제도는 이혼 후 양육의무자의 생활이 곤궁하게 된 때에 국가가 자의 양육비를 선납해주고, 후에 父 또는 母에게 국가가 구상하는 제도로써 이혼 후 빈곤한 가정에서 유용한 제도라 생각한다. 이혼 후 자의 양육을 맡은 父 또는 母는 경제적 빈곤이 가중될 수 있으므로 이에 대한 세심한 정책과 배려가 필요하다. 따라서 이혼후의 자의 양육에 관하여 위에서 제안한 여러 제도들을 이용함에 있어서 무엇보다도 자의 최대이익을 고려하여야 하며, 이를 위한 부모의 책임의식뿐만 아니라 국가와 지방자치단체 등의 적극적 상호협조가 요구된다고 생각한다.

마지막으로 오늘날 이혼율의 급격한 증가와 함께 이혼가정의 子女를 위한 정책의 수립과 법제도의 개선은 더 이상 외면되거나 미루어져서는 안된다.

父母가 子女養育에 관한 적극적 태도를 가지고 子女의 福利를 우선적으로 하는 합리적 의사결정을 할 수 있도록 法 制度가 갖추어진다면, 이는 離婚後 子女에게 최선의 養育形態를 마련해 주는 길이 될 것이다.

빈

면

參 考 文 獻

1. 國內文

- 單行本 -

- 金斗憲, 「韓國家族制度研究」, 1983.
- 金疇洙, 「親族·相續法」, 法文社, 2002.
- 金容漢, 「新親族相續法」, 博英社, 2002.
- 朴秉濠, 「家族法」, 한국방송대학교출판부, 1999, 249면
- 배경숙, 최금숙, 「여성과 법률」, 박영사, 2000.
- 梁壽山, 「親族·相續法」, 한국외국어대학교 출판부, 1998.
- 최진섭, 「이혼과 자녀」, 삼지원, 1994.
- 명순구, 「프랑스민법전」, 법문사, 2004.
- 韓福龍, 「전환기의 가족법」,吉安社, 1996.

- 論 文 -

- 姜玆中, “未成熟 子女의 養育과 扶養”, 司法論集 第12輯, 1981.
- 郭東憲, “離婚後의 親子關係 -親權과 養育權을 中心으로-”, 法學論叢 第13輯,
慶北大學校 法學研究所, 1997.
- 金大泳, “民法上 離婚後 子의 保護에 관한 研究”, 嶺南大學校大學院 博士學位
論文, 2001.

- 金相瑢, “離婚 後의 共同親權: 그 可能性과 限界”, 判例月報 332號, 1998.
- , “離婚후의 養育者 및 親權者 결정에 있어서 民法이 갖는 몇가지 문제점”, 司法行政, 1996.
- , “이혼가정 자녀 복리를 위한 제도 개선”, 이혼가정과 자녀양육: 양육비 제대로 받고 있는가, 한국가정법률상담소, 2001.
- 김유미, “子女福利의 觀點에서 본 韓國親權法”, 서울대 대학원 박사학위논문, 2002.
- , “親權者의 保護·教養權에 관한 研究”, 서울대 대학원 석사학위논문, 1986.
- , “이혼시 친권의 개정방향”, 가족법연구 제16호, 한국가족법학회, 2001.
- , “양육비 이행확보에 관한 연구”, 아세아여성법학 제2호, 아세아여성법학연구소, 1999.
- 金 演, “離婚後의 子の 養育”, 家族法研究 제8호, 韓國家族法學會, 1994.
- 金惠淑, “子の 親權과 子の 最善의 福利”, 家族法研究 제8호, 韓國家族法學會, 1994.
- 具然昌, “親權制度의 再照明”, 家族法研究, 第4號, 韓國家族法學會, 1990.
- 文炯植, “親子關係 중심으로 한 扶養料請求와 求償(上)”, 大韓辯護士協會誌, 第130號, 1987.
- , “親子關係 중심으로 한 扶養料請求와 求償(下)”, 大韓辯護士協會誌, 第131號, 1987.
- 박영식, “양육처분에 관한 법규정과 판례”, 이혼가정과 자녀양육: 양육비 제대로 받고 있는가, 한국가정법률상담소, 2001.
- 朴相宣, “親權에 관한 諸問題”, 가정법원사건의 제문제, 재판자료 제62, 법원행정처, 1993
- 朴秉濠·金由美, “過去의 養育費 求償”, 法學 第35卷 3·4號, 서울대학교 법

- 학연구소, 1994.
- 朴希貞, “離婚後 子の 扶養에 관한 法的 考察: 養育費 請求를 中心으로”, 梨花女子大學校大學院 碩士學位論文, 2002.
- 邊鎮長, “離婚後의 未成年인 子에 關聯된 法律問題”, 사법논집 제16, 법원행정처, 1985.
- 이영애, “이혼과 자녀양육”, 가정법원사건의 제문제, 재판자료 제18집, 법원행정처, 1983.
- 이명숙, “이혼가정의 자녀 보호제도의 문제점”, 이혼가정과 자녀양육: 양육비 제대로 받고 있는가, 한국가정법률상담소, 2001.
- 李和淑, “子の 最大の 利益과 現行親權制度(上)”, 司法行政 312號, 1986.
- , “離婚과 子女養育”, 裁判資料 第18輯, 1983.
- , “子の 最大の 利益과 現行親權制度(中)”, 司法行政 313號, 1987.
- , “離婚法 革命과 平等의 幻想”, 연세법학연구 1, 연세대학교연세법학연구회, 1990.
- 윤덕경·장영아, 「가족법상 친권·양육권 및 면접교섭권 제도의 실효성 확보방안 연구」, 한국여성개발원, 2002.
- 鄭貴鎬, “扶養에 關한 研究”, 서울大 大學院 博士學位論文, 1987.
- 장창민, “離婚後의 子の 保護”, 사회과학연구 4, 창원대학교 사회과학연구소, 1998.
- 장미화, “미국의 이혼가정 자녀 보호제도”, 이혼가정과 자녀양육: 양육비 제대로 받고 있는가, 한국가정법률상담소, 2001.
- 鄭照根 “親權行使와 親權者決定의 基準”, 「韓國民事法學의 現代的 展開」, 배경숙화갑기념논문집, 박영사, 1991.
- 崔達坤, “離婚後의 子女保護”, 家族法研究 제10호, 韓國家族法學會, 1996.
- 崔幸植, “子の 養育 및 扶養과 過去의 扶養料”, 家族法研究 第8號, 韓國家族

法學會, 1994.

최진섭, “離婚配偶者の 子女養育에 관한 法制 研究”, 연세대 대학원 박사학위
논문, 1990.

——, “離婚節次에서의 子女保護方案”, 現代家族法과 家族政策, 三英社,
1988.

崔世模, “家事審判上面의 扶養請求權”, 家庭法院事件의 諸問題, 裁判資料 第
18輯, 法院行政處, 1983.

表桂鶴, “離婚으로 인한 配偶자와 子の 扶養에 關한 比較法的 研究”, 인하
대 대학원 박사학위논문, 1995.

2. 外國文獻

Statsky, Family Law 3rd ed., West Publishing Co., 1991.

P.M. Bromley & N.V. Lowe, Bromley's Family Law(7th ed), London
Butterworths, 1987.

黒木三郎, 「世界の家族法」, 敬文堂, 1991.

左藤義彦, 親の權利と子どもの人權, ジュリスト増刊總合特輯子どもの人權,
1986.

川田 昇, 親の權利と子の利益, 中川先之助先生追悼, 現代家族法大系(3) 親子,
1979.

久貴忠彦, 親族法, 日本評論社, 1984.

我妻 榮・立石芳枝・唄孝一, 判例コンメンター ル VII 家族法, 1970.

我妻 榮, 家族法, 有斐閣, 1967.

島律一郎, 轉換期の家族法, 1991.

阪根忠夫, 養育費の算定方式, 判例タイムス臨時増刊747号 夫婦・親子 215題
1991.

白島敬三, “履行確保制度に対するに”, 現代家族法講座 3, 日本評論社, 1993.

A Study on the Protection of Children
After a Divorce in Civil Law

Yeon-Ji Kim

Department of Law
Graduate School
Sungshin women's University

ABSTRACT

What today's divorce law specially considers is the protection of children who left alone after the divorce of parents. While parents are in marital status, they exercise a joint parental authority, however, if they get a divorce, joint parental authority and raising become impossible, so, serious decisions which directly affect the child's development have to be made, and they are facing the way how the burden of raising expenses and an access to children are addressed.

International trends of the parental law value "Raising" importantly and the concept of parental authority for the children also recognizes that children are the main persons who further exercises one's right rather than just one protected, Especially, the

"Child Rights" has been paid more attention since the United Nations adopted "Convention on the Rights of the Child" 1989. Therefore, it is necessary that the regulations related to a child protection on the Civil Law after a divorce be either retranslated or revised based on the rules of "Child's welfare and rights", and full concerns and guardian functions of the nation are required a lot.

This thesis composed of like this :

In chapter 1, as an introduction, the purpose of the study is clarified and them range and method is specified.

In chapter 2, we generalize the principle of children's welfare which is the best in deciding the problem of children in case of divorcing and examine the concept of the right of bringing up which prescribe the relation between parent and children.

In chapter 3, This chapter is about raising and economical system for the children after divorce and looking for severed foreign examples of the legislation about child protection after a divorce are reviewed.

In chapter 4, we present the achievement of this study and look out the progress in the future.