

이혼법정에서의 아동문제¹⁾

안 경 환

서울대학교 법학과

우리나라의 가족법은 여러 차례의 개정을 통해 兩性の平等과 가정내 민주화에의 행보를 거듭해 왔다. 1990년대 초의 개정으로 전통적인 가부장적 색채는 급격하게 희색되었고, 동성동본 금혼을 규정한 민법 제809조를 위헌으로 선언한 최근의 헌법재판소의 판결로 가부장체제의 마지막 보루가 무너졌다. 국적법을 개정하여 외국인 아버지와 대한민국 국민인 어머니 사이에 출생한 자녀에게도 대한민국의 국적을 부여하려는 정부의 의지도 양성평등의 원칙의 구현이다. 이와같은 가족법 질서 내에서 양성평등의 실현에도 불구하고 아동의 입장에서 볼 때 아직도 우리의 법제는 지극히 불평등한 제도, 절대적으로 성인중심의 체계이다. 아동의 복리를 최우선으로 삼는다는 아동법의 대원칙에도 불구하고 구체적 실체는 성인의 편의를 유념할 뿐이다.

이 글은 우리와 가족법체계 내에서 아동의 지위의 함상을 유념하면서, 현행법이 상정하는 이혼시의 자녀의 보호방안이 가지는 문제점을 지적함에 주력한다. 현행법상의 다양하게 사용되는 아동(내지는 유사개념)의 개념을 개관한 후(2장) 이혼절차에서의 아동의 지위를 이혼당사자로서의 지위와 비당사자로서의 지위로 나누어 고찰한다(3장) 이어서 이혼절차상에서 보호되어야 할 아동의 권리와 고려되어야 할 사항을 논의한다(제 4장). 마지막으로 우리 나라의 법제, 법원구조 및 실무적 관행에 비추어 가정법원이 "자녀의 최선의 이익"을 보장하기 힘든 이유를 적시한다.

핵심어: 법률행위무능력자, 친권, 양육권, 의견표명권

1. 글머리에

세상에 횡행하는 폭력 중에 가장 가증스런 폭력은 신분에 의한 폭력이다. 신분

에 기초한 폭력은 인륜과 도덕이라는 불

투명한 방패에 가려 정당방위조차 인정되지 아니한다.

필자는 연전에 "친권허가제"에 관한 미국학계의 논쟁을 소개한 바 있다. 자유로운 의사에 의해 직계존속이라는 신분을

1) 안경환, 친권허가제(Licensing Parents)-미국의 경우, 『가족법학논총』(박병호교수 화갑기념논문집 제 1권, 1991), 449-512면.

취득한 실부모가 자신의 자유의사와 무관하게 직계비속의 신분을 보유하게 된 자녀에 대해 자동적으로 친권이라는 특수한 권리를 행사하게 하는 법적 제도가 과연 철학적으로 정당화되는지는 의문을 제기한 글이었다.¹⁾ 이 글도 같은 맥락에서 쓴다. 성인간의 자유로운 의사 합의에 성립한 혼인의 산물로 이들 사이에 탄생한 자녀가 스스로 독립된 판단력을 보유한 성인의 지위에 오르기 이전에 부모가 이 혼함으로써 수동적으로 받아 들여야 하는 '폭력'에 대해 어떠한 '방어'가 가능한가, 본인이 방어에 무력할 경우 법이 어떻게 조력할 것인가에 논의의 초점을 맞추기로 한다.

짧은 기간에 걸쳐 우리 사회는 급격한 변화를 겪었다. 수치로 표시되는 경제적 생활의 변화 이상으로 급격한 윤리적 기준의 변화를 겪었다. 불과 얼마전에만 해도 공개적으로 거론조차 하기 힘들었던 "먼 나라의 이상한 탈선행위"들이 차례차례 하나의 대안적인 "삶의 양식"으로 수용되기에 이르렀다.²⁾

이혼은 오래전부터 예외적인 현상이 아니었고 이제는 지극히 보편적인 삶의 한 형태가 되었다. 그러나 우리의 법제도와 사회관습은 이렇듯 보편적인 현상을 직시하는 처방을 강구함에 인색하다. 부모의 이혼으로 가장 심대한 영향을 받는 자녀의 복리에 대해서는 관심이 인색하다.

전통적 가족제도의 붕괴와 더불어 가족

윤리에 기초하여 가족의 구성원에 대해 지던윤리적 책임은 그 누구도 부담하지 않는 空洞의 상태가 발생하고 있다. 복지 국가를 표방하는 국가도 가족제도의 희생자에 대해서는 사실상 방임상태에 머무르고 있고, 이른바 "國親"³⁾의 개념도 하나의 수사어에 불과한 실정이다. 세계 제1의 棄兒수출국이라는 오명을 단시일에 씻을 수 있는 사회복지적 여건과 분위기가 조성될 기미는 전혀 보이지 않는다. 오히려 핵가족 단위의 가족이기주의가 팽배함으로써 '남의 자식' 대한 무관심, 시기심, 적대감이 사회공동체의 관점에서 전체 아동의 복지를 유념한 정책수립을 탁상공론으로 만들 뿐이다.

우리나라의 가족법은 여러 차례의 개정을 통해 兩性の平等과 가정내의 민주화 등의 행보를 거듭해 왔다. 1990년대 초의 개정으로 전통적인 가부장적 색채는 급격하게 퇴색되었고, 동성동본 금혼을 규정한 민법 809조를 위헌으로 선언한 최근의 헌법재판소의 판결로 가부장체제의 마지막 보루가 무너졌다.⁴⁾ 국적법을 개정하여 외국인 父와 대한민국 국민인 母 사이에 출생한 자녀에게도 대한민국의 국적을 부여하려는 정부의 의지도 양성평등의 원칙의 구현이다. 이와같은 가족법 질서 내에서 양성평등의 실현에도 불구하고 아동의 입장에서 볼 때 아직도 우리의 법제는 지극히 불평등한 제도, 절대적으

2) 독신(특히 독신여성)과 동성연애자의 삶에 대한 활발한 논의가 이러한 대안적 삶을 어느 정도 관용하는 사회윤리에 기여했다고 생각한다. 동성연애에 관한 필자 자신의 생각은 안경환, 「법은 사랑처럼」, 대학출판사(1988), 115-120면; 「그래도 희망을 버릴 수는 없다」, 철학과현실사 (1995), 31-34면 참조.

3) 후기 주 28)의 본문 참조.

4) 1997년 7월 16일자 헌법재판소 결정 참조.

로 성인중심의 체계이다. 아동의 복리를 최우선으로 삼는다는 아동법의 대원칙에도 불구하고 구체적 실체는 성인의 편의를 유념할 뿐이다.⁵⁾

이같은 우리의 가족법체계 내에서 아동의 지위의 향상을 유념하면서, 현행법이 상정하는 이혼시의 자녀의 보호방안이 가지는 문제점을 지적함에 주력한다.

2. 현행법상 아동의 개념

우리 헌법에는 "아동"이라는 단어가 존재하지 않는다. 대신에 "연소자"(제32조 5항)⁶⁾ 또는 "청소년"(제34조 4항)⁷⁾이라는 용어가 유사한 의미로 사용된다고 추정된다. 몇 건의 판결에 반영된 헌법재판소의 입장도 유사한 범주에 드는 것으로 생각된다.⁸⁾ 그리고 각종 단행법률에서는

아동의 유사개념으로 "미성년자"(민법, 미성년자보호법), "소년"(소년법, 소년원법), "영유아"(영유아보육법), "청소년"(청소년기본법, 청소년보호법) 등등의 용어가 혼재하고 있다.⁹⁾

이들 아동유사개념은 각각 해당 법률의 목적에 따라 구체적으로 확정될 수 있겠으나, 일반적 속성으로 대체로 다음 세 가지의 구성요소를 포함하고 있다고 이해할 수 있다.¹⁰⁾ 첫째, 아동도 '인간'이다. 둘째, 아동은 연령적으로 '미성숙한' 인간이다. 셋째, 아동은 성인이 되어가는 과정에 있는 인간이다.

첫 번째 구성요소에서 아동도 일반국민과 마찬가지로 인간의 존엄과 가치를 향유하는 인권의 주체가 된다는 결론이 도출된다. 두 번째 요소에서 성장·발달권 등 아동의 고유한 권리가 인정되며¹¹⁾, 세 번째 요소에서 아동개념의 세분화 이에

5) 자세히는 김유미, 「자녀복리의 관점에서 본 한국친권법-특히 身上에 관한 효력의 검토를 중심으로」, 서울대학교 법학박사논문(1995) 참조

6) "연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다."

7) "국가는 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다."

8) 예를들어 현재결 「체육시설의설치·이용에관한법률시행규칙 제5조에 대한 헌법소원심판사건」, 1993. 5. 13.[92 헌마 80]; 현재결 「풍속영업의규제에관한법률 제3조 제5호 등 위헌확인심판사건」, 1996. 2. 29.[94 헌마 13]; 현재결 「학교보건법 제6조 제1항 제13호 위헌확인심판사건」, 1997. 3. 27.[94 헌마 196, 225, 97 헌마 83(병합)].

9) 자세히는 황성기, 「아동의 인권에 관한 연구」, 서울대학교 석사논문(1994), 6-22면 참조

10) 사회복지의 관점에서 본 아동의 일반적 특성으로 ① 성인과 대비되는 심신의 미성숙, ② 여러 성숙단계를 거쳐 성장 발달한다는 점, ③ 장기간에 걸쳐 의존, 보호를 받아야 한다는 점, ④ 생리적 욕구와 인격적 욕구가 동시에 충족되어야 한다는 점, ⑤ 감성이 예민하며 가정을 시초로 점진적으로 사회화되어 간다는 점, ⑥ 사회환경에 적응할 수 있는 능력을 학습해야 한다는 점 등 여섯 가지를 들 수 있다고 한다. 장인협·오정수 共著, 「아동·청소년복지론」, [전정판], 서울대학교출판부(1993), 3-7면 참조.

11) "연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다."

12) 우리나라는 동 협약의 면접교섭권조항 등 일부조항을 유보한 채, 1991년 이 협약을 비준하였다. 자세히는 정인섭, "주요인권조약의 국내적 실천", 「인권과 정의」, (NO. 221) 1995/1, 70면 이하 참조.

따른 구분취급이 가능하다.

한편 U.N.의 [아동의 권리에 관한 국제 협약](Convention on the Rights of the Child, 1989)¹²⁾은 제1조에서 아동을 18세 미만의 자로 규정하고 있다.

우리나라 민법의 규정은 아동에 대한 획일적 취급의 태도를 보여준다. 즉, 계약법 및 재산법 분야의 총론적 규정인 총칙편은 제4조에서 법률행위무능력자로서의 미성년자의 기준을 만 20세 미만으로 파악하고 있고¹³⁾ 친족편의 제909조 제1항에서 "미성년자인 자는 부모의 친권에 복종한다"라고 규정하여 미성년자인 자의 성숙성의 정도에 관계없이 일률적으로 부모의 친권에 복종함을 규정하고 있다. 제909조 제1항의 취지는 제913조(보호·교양의 권리의무)와 더불어 친권이 미성숙자를 위한 보호·교양을 목적으로 하는 것임을 명백히 한 것으로 파악된다.¹⁴⁾ 문제는 계약법상의 행위무능력자로서의 미성

년자규정과 친족법상의 친권복종자로서의 미성년자 규정이 그 취지를 달리함에도 불구하고 동일한 기준을 채택하고 있다는 점이다. 즉 미성년자제도의 근본취지는 거래상의 명확성의 필요에서 일정한 연령에 달하지 않은 자를 획일적으로 무능력자로 간주하는 데 있지만, 보호와 교양에 관해서는 이러한 획일성의 요청이 절실하다고 할 수 없다. 이러한 획일적 구분 취급은 아동 개념의 제3요소인 "성인을 향하여 성장해 가는 인간"이라는 점을 유념하지 아니하는 태도라고 할 것이다. 재산법상의 행위무능력자를 편의적으로 친권자의 보호·교양을 받아야 하는 자로 하는 규정은 독립된 인격체로서 아동이 보유하는 자기결정권을 침해할 소지가 있을 뿐 아니라, 개인의 존엄과 가치를 선언한 헌법 제10조와 제36조 제1항에 반할 여지도 있다고 할 것이다. 물론 이러한 주장에는 민법상의 동규정들이 획일적으로 규

13) 법률행위무능력자로서의 미성년자의 재산행위에 대해서는 법정대리인의 동의 등 여러 가지 제한을 규정하고 있다(제5조, 제6조, 제7조, 제8조, 제15조, 제16조, 제17조). 민법이 이렇게 행위무능력자의 하나로서 미성년자규정을 두고 있는 취지는 근대시민법이 합리적인 인간관을 그 근거로 하고 있고, 그에 따른 거래상의 명확성을 확보하기 위한 것이라 할 것이다.

14) 김주수, 「친족·상속법」, [제3개정판], 법문사(1988), 295면.

15) '성숙한 미성년자의 원칙'은 아동의 성장에 따라 부모의 권력의 축소하고 이에 비례하여 아동의 법적 능력을 단계적으로 신장할 것을 주장한 John Locke에게서 이미 제시되어 있다. 즉 Locke는 「市民政府論」(Of Civil Government, 1689)의 두 번째 논문(Second Treatise)에서 ① 부모가 미성년인 자녀에 대해서 가지는 보호·교양권은 부모의 특권이 아니라, 오히려 자녀의 특권이며 부모의 의무이다(제67절). ② 부모는 자녀의 출생 당시와 그 이후 일정한 기간 동안 자녀에 대해서 지배권과 재제권을 가지지만, 이러한 부모의 권력은 자녀가 독립된 판단력을 갖을 때까지의 한시적인 것에 불과하다(제55절). ③ 따라서 부모의 권력은 자녀가 성숙함에 따라 약해지고, 자녀가 성숙한 상태에 이르면 소멸한다(제59절, 제61절)는 점 등을 주장하고 있다. Locke의 아동관과 교육관에 관한 전반적 고찰은 Margaret J. M. Ezell, "John Locke's Images of Childhood", *JOHN LOCKE -Critical Assessments-* (vol. II, edited by Richard Ashcraft), 1991, 231-245면 참조.

정하고 있는 이유는 부모의 보호·교양에는 미성년인 자녀의 재산적 행위에 대한 보호·교양도 포함되어 있기 때문이라는 지적이 있을 수 있다. 하지만 성숙한 미성년자(mature minor)¹⁶⁾의 자기결정권을 존중해야 한다면, 부모의 보호·교양이 미치는 부분은 미성년 자녀의 재산적 행위에만 국한하는 것이 타당하다고 생각한다.¹⁶⁾

3. 이혼절차에 있어서의 아동의 지위

(1) 이혼당사자로서의 지위

아동이 미성년인 연령에 혼인을 하여 미성년인 동안에 다시 혼인을 해소하는 절차를 밟는 경우를 상정해 볼 수 있다. 하지만 우리 민법상에서는 미성년자가 혼인을 하였을 경우에는 성년의제를 받아(민법 제826조의 2) 완전한 소송능력자가 되어 이후에 법정대리인의 동의없이도 혼인관계소송을 제기할 수 있기 때문에,¹⁷⁾ 그 미성년자가 혼인해소후에 다시 미성년자의 지위를 취득하는지 아니면 성년자로서의 지위를 계속 유지하는지의 문제는 별도로 하더라도 아동의 이익이나 권리와 관련해서 문제될 것은 없는 것으로 보인다.

(2) 비당사자로서의 지위

현재 우리 가족법상의 이혼절차는 협의

상이혼과 재판상이혼으로 이분화되어 있다. 협의상이혼은 부부의 협의에 의하여 가정법원의 확인을 받아 호적법에 정한 바에 의하여 신고함으로써 그 효력이 생기는 이혼절차(제834조, 제836조)이고, 재판상이혼은 일정한 사유가 있는 경우에 부부의 일방이 나머지 일방을 상대로 가정법원에 이혼을 청구하는 이혼절차(제840조)이다. 이렇게 아동이 이혼절차의 법적 당사자는 아니지만 자신의 생존이나 성장에 절대적인 이해를 가지는 부모의 이혼절차에서 어떠한 형태로 관련되어질 수 있는가는 지극히 중요한 문제이다. 특히 아동 자신의 권리나 이익과도 밀접한 관련을 가지는 양육권자 및 양육책임 등 제반사항의 결정에 아동이 주체적인 지위를 가지고 참여할 수 있는지의 문제는 심도있게 논의되어야 할 것이다.

그러면 현행법상 부모의 이혼절차에서 아동이 관련되어질 수 있는 형태는 어떠한 것이 있을까? 첫째, 부모의 재판상이혼절차에서 그 이혼의 성립여부에 대한 증인으로서 관련되는 경우를 생각해 볼 수 있다. 둘째, 부모의 협의상이혼이나 재판상이혼에서 친권행사 및 양육과 관련된 사항을 결정하는 경우에 관련될 수 있다.

먼저 부모의 재판상이혼절차에서 그 이혼의 성립여부에 대한 증인으로서 관련되는 경우를 생각해 보기로 하자. 재판상이혼은 가사소송사건으로서 그 절차는 가사소송법의 적용을 받는데 가사소송법 제12

16) 따라서 재정적 독립이 가능한 성숙한 미성년자의 경우에 성년의제의 범위를 확대하는 미국법상의 'emancipation' 제도는 참조할 가치가 있다.

17) 박동섭, 새 가사소송법과 미성년자의 가사소송능력, 『사법행정』(91/8), 53면.

조는 기본적으로 민사소송절차를 준용한다.¹⁸⁾ 따라서 아동도 부모의 이혼절차에서 그 이혼의 성립여부에 대한 증인으로 채택될 수 있다(민사소송법 제275조).¹⁹⁾ 그러나 문제는 이러한 절차에서 증인으로 채택된 아동에게 얼마나 절차적 보호를 인정하고 있는가이다. 현행 민사소송법에서는 증인으로 채택된 아동에게 변호인조력권이라든지 비공개증인에 관한 규정은 보이지 않는다.

둘째로 부모의 협의상이혼 및 재판상이혼절차에서 자녀의 양육책임 및 친권행사와 관련한 조항은 제837조와 제909조 제4항이다. 제837조(離婚과 子の 養育責任)는 제1항에서 "당사자는 그子の 양육에 관한 사항을 협의에 의하여 정한다"라고 하여 기본적으로 자녀의 양육에 관한 사항은 이혼당사자인 부부의 협의에 의한 자주적인 해결을 전제로 하고 있다. 그리고 제2항에서는 "제1항의 양육에 관한 사항의 협의가 되지 아니하거나 협의할 수

없는 때에는 가정법원은 당사자의 청구에 의하여 그子の 연령, 부모의 재산상황 기타 사정을 참작하여 양육에 필요한 사항을 정하며 언제든지 그 사항을 변경 또는 다른 적당한 처분을 할 수 있다"고 하여 부부의 협의가 이루어지지 않은 경우에 법원의 개입을 인정하고 있다.²⁰⁾ 그리고 이 조항은 제843조에 의하여 재판상 이혼의 경우에도 준용되도록 하고 있다. 그리고 제909조 제4항은 친권행사자의 선정과 관련된 조항인데, 양육에 관한 사항과 유사하게 부부간의 협의를 우선으로 하고 협의가 이루어지지 않은 경우에 법원의 개입을 인정하고 있다.²¹⁾ 한편 家事訴訟法 제2조는 "민법 제837조의 규정에 의한 子の 양육에 관한 처분과 그 변경"과 "민법 제909조 제4항의 규정에 의한 친권을 행사할 자의 지정과 변경"을 家事非訟事件인 非訟事件으로 분류하고 있다. 그런데 현행법은 가사소송규칙 제100조에서 "제99조 제1항에 규정한 청구가 있

18) "가사소송절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송법의 규정에 의한다".

19) 실무상으로는 자녀가 증인이 되는 경우에 민사소송법 제285조 및 제295조상의 증언거부권 및 선서거부권을 행사할 수 있다고 한다. 하지만 그 자녀가 대학생 이상인 경우에는 증인으로 채택하지만 대학생 이하인 경우에는 증인으로 채택하지 않는다고 한다. 물론 이러한 증인으로 나온 경우에 특별히 그 자녀를 위해 변호인조력권과 같은 것은 인정되지 않는다고 한다. 다만 절차의 비공개는 요구할 수 있다고 한다.

20) 독일의 경우에는 부모가 이혼후의 친권을 행사할 자에 관해 합의가 이루어져서 공동의 제안을 하는 경우에 일반적으로 子の 복리에 부합하는 제안이겠지만, 子の 복리에 부합하는 제안이라고 볼 수 없다고 판단되고 子の 복리를 위해 불가피한 경우에는 법원이 부모의 공동제안과 다른 판결을 내릴 수 있도록 하고 있다고 한다. 최진섭, 이혼절차에서의 자녀보호방안, 『현대가족법과 가족정책』, 야송 김주수교수 화갑기념논문집(삼영사, 1988), 207면.

21) "...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".

는 경우에, 자가 15세이상인 때에는, 가정법원은 심판에 앞서 그 자의 의견을 들어야 한다"고 하고 있을 뿐, 그 이외의 보호적 절차라든지 아동의 주체적 지위는 인정하지 않을 뿐만 아니라 그 의견을 들어야 하는 아동의 연령도 15세 이상으로 제한하고 있다.²³⁾²⁴⁾

4. 이혼절차상에서의 아동의 보호

(1) 독립된 이해당사자로서의 아동

부모가 이혼을 하려고 하는 경우 아동과 관련해서 보통 생각할 수 있는 것은 친권행사자 및 양육권자를 누구로 할 것인가, 양육비지급은 어떻게 할 것인가 등 두 가지 점일 것이다. 하지만 이 두 문제는 부모의 이혼의 성립을 전제로 하는 것

이고, 여기서 아동의 이익이나 권리와 관련해서는 친권행사자·양육권자의 지정문제나 양육비의 지급문제에 단지 아동 자신의 의견을 표명할 수 있는 정도에 불과할 것이다. 하지만 부모가 이혼함으로써 가장 많은 피해를 입는 것은 이혼당사자인 부모가 아니라 그 자녀라는 것을 생각한다면, 이혼절차상에서 아동에게 어떠한 형태로든 보호 내지는 아동 고유의 권리를 인정함으로써 법적인 보호장치를 마련할 필요성이 있다고 생각한다.

먼저 부모의 이혼시에 아동은 부모의 이혼을 원하지 않을 수 있다. 즉 아동 자신은 부모와 함께 같이 사는 가정을 원할 수 있다. 이때 부모의 이혼의 자유와 아동의 권리와 충돌문제로 볼 수 있겠는가?²⁵⁾ 이 글의 도입부에서 제기했듯이 자의의사로 혼인한 두 성인의 합의에 의한

23) 실무상으로는 가사소송규칙 제99조 제1항과 관련한 심판에서, 법원은 그 자녀와 같이 살고 있는 부부일방이 다른 일방을 상대로 그 심판을 청구하는 경우에는 그 자녀가 15세 이상이어도 그 자녀의 의견을 듣지 않고, 그 자녀와 같이 살고 있지 않은 부부일방이 다른 일방을 상대로 그 심판을 청구하는 경우에만 그 자녀의 의견을 듣는다고 한다. 왜냐하면 이러한 심판을 청구하는 경우에는 부부가 이미 별거상태에 있는 경우가 대부분이고 부모일방과 같이 살고 있는 자녀의 의견은 같이 살고 있는 일방의 의견과 같다는 것을 전제로 하기 때문이라고 한다.

24) 한편 독일에서는 이혼후의 친권을 행사할 자에 관한 사항에 있어서 자녀가 14세 이상인 경우에는 부모의 공동제안과 다른 제안을 그 자녀가 직접 가정법원에 제기할 수 있다고 한다. 이러한 경우에는 법원은 자녀의 의사를 충분히 고려해야 하고, 부모의 공동제안에 통상 따라야 하는 구속으로부터 벗어나 자녀의 복리에 가장 부합하도록 판결하게 된다고 한다. 최진섭, 이혼절차에서의 자녀보호방안, 「현대가족법과 가족정책」, 아송 김주수교수 화갑기념논문집(삼영사, 1988), 208면.

25) 심포지움에서 이 글의 지정토론자로 참가한 박광배교수는 이혼과 자녀의 양육을 대립적 개념에 기초한 "Zero-Sum Game"으로 파악하는 발상 자체에 문제가 있다고 하면서 자녀와 부모, 양자의 복리를 증진시키는 "Win-Win Game"으로 파악해야 한다는 주장을 제기했다. 박교수의 이상론적인 주장의 취지는 이해할 수 있으나, 이 글의 기본 논지는 화합에 실패한 부모 쌍방의 "대립"의 결과 이혼이 발생했으며, 이러한 대립의 연장으로부터 자녀의 복리를 보호할 방안이 무엇인가에 초점이 맞추어져 있으므로 상론을 피한다.

공동행위의 결과로 탄생한 아동이 스스로 성인이 되기 이전에 부모의 합의 또는 그 일방의 주도적인 행위로 그 혼인관계를 해소시킴에 있어 아무런 항변을 제기할 수도 없는가라는 근본적인 문제가 발생한다. 자녀의 입장에서 본다면 자신의 자유의사와는 무관하게 자녀라는 직계비속의 지위를 부여받았고, 자녀의 지위에 머무르는 동안 "육친의 사랑과 보호"라는 불명확한 관념에 자신의 운명을 맡겨야만 한다. 그런 자녀가 이번에는 자신의 "의사에 반하여" 부모가 이혼하는 상황에 어떠한 방어적 항변도 제시할 수 없는가?²⁶⁾ 자녀가 부모의 이혼과정에 이해관계 있는 독립적인 인격체임을 인정할 수 있다면 어떤 의미에서든지 그의 지위와 권리를 방어해 주는 것이 법의 의무일 것이다.²⁷⁾ 이런 관점에서 볼 때 어떤 의미에서든지 이혼 그 자체에 자녀의 의사를 청취하는 법적 제도가 필요할 것이다. 이혼절차에서의 아동의 의견표명권이 중요한 이유가 여기에 있다.

(2) 이혼절차상에서 아동에 대한 고려사항

박교수와 유사한 관점에서 여성의 출산 낙태 문제를 논한 주장도 제기되어 있다. 박은정교수는 모의 출산 내지 낙태가 (프라이버시 혹은 신체에 대한 통제권으로서의 임신부의 권리 對 태아의 권리) 당사자에게 일어나는 일이 다른 당사자에게 영향을 미칠 수 있다는 것이 그들이 충돌관계에 있음을 의미하지는 않고, 그것은 오히려 그들이 공생관계로 연결되어 있음을 말해 줄 뿐이라고 한다. 박은정, "여성주의와 비판적 법이론," 「현대법철학의 흐름」(법문사; 1996), 290-1면.

- 26) 부모의 일방만이 이혼을 원하는 재판상 이혼의 경우에는 자의 이혼반대권이 더욱 강화될 것이다.
- 27) 이른바 "무과실이혼제"(no-fault divorce system)은 국가가 부모의 지위를 대신할 수 있는 여건이 조성된 후에 비로소 가능한 것이 아닌가라는 의문이 제기된다.
- 28) 자세히는 최진섭, 「이혼과 자녀」, 삼지원(1994), 제3장; 이혼절차에서의 자녀보호방안, 「현대가족법과 가족정책」, 아송 김주수교수 화갑기념논문집(삼영사, 1988), 198-200면 참조.

1) 협의상이혼과 아동의 양육

현행법은 협의상이혼의 성립요건으로 당사자의 합의와 가정법원의 확인 그리고 호적법에 의한 신고만을 요구하고 있다. 그런데 이때 자의 양육에 관한 사항에 대한 당사자간의 합의가 협의이혼절차와는 전혀 무관하게 이루어질 수 있다는 데에 근본적인 문제점이 존재한다고 할 수 있다. 즉 현행법상으로는 협의이혼절차에서 법원이 당사자의 이혼의사의 존재 여부를만 확인할 뿐, 이혼 후의 자녀양육에 관한 당사자의 합의가 있는지의 여부는 확인하지 않으며, 또 설사 이러한 합의에 관하여 청문을 한 경우 이 합의가 자녀보호를 위하여 불충분하다고 생각될 때에도, 당사자간에 이혼의사의 합의가 있는 한, 이를 이유로 확인을 거부할 수는 없게 되어 있는 것이다. 따라서 이러한 문제점에 대해서 당사자간에 이혼의 합의가 있고 법원에 확인신청을 하는 때에는, 법원은 반드시 이혼 후의 자녀보호를 위한 조치를 강구한 후에 확인하도록 하는 것이 입법론적으로는 타당하다고 하는 견해가 있다.²⁸⁾ 즉 이혼신고서에 이혼후의 자녀양육에 관한 사항의 합의내용을 기재하도록

하고 당사자간에 협정이 되지 않은 경우에는 법원이 이혼을 확인하는 절차에서 확인을 유보하고 당사자의 자주적 해결을 촉구한 뒤에, 그래도 협정이 되지 않는 때에는 당사자의 일방 또는 쌍방이 양육자지정심판을 청구한 것을 전제로 하여 이혼을 확인하도록 하는 것이, 옳다고 한다. 자신의 의사와는 관계없이 직제비속의 지위를 가지게 되고, 또한 자신의 의사와는 관계없이 가정이라는 환경을 박탈당하는 자녀의 입장을 생각해 볼 때 적절한 입법론이라 생각한다. 또한 이러한 입법론이, 궁극적으로는 이혼당사자들의 이혼을 인정하기 때문에, 이혼당사자들의 이혼의 자유에 대한 침해라고는 생각되지 않는다.

한편 영국, 미국, 독일 등 많은 나라에서는 이혼과 자녀양육의 문제를 분리할 수 없는 단일사건으로 규정하여 총체적인 가정문제의 해결을 제도적으로 강제한다. 자녀가 있는 경우에는 당사자간에 다툼이 없는 경우에도 법원에 출두하여 자녀의 복지에 관련된 사항에 관해 진술하도록 강제하는 등 자녀의 보호에 유념한다.²⁹⁾

2) 양육자지정문제

(가) 모우선추정원칙

부부가 이혼하는 경우에 누가 자녀를 양육할 것인가의 문제는 그 자녀에게 심각한 영향을 끼치므로 양육자의 문제는 어디까지나 자녀를 중심으로, 자녀의 이익만을 기준으로 삼아 결정해야 할 것이다. 즉 양육에 관한 문제를 지배하는 원리는 아동의 최선의 이익(the best interests of child)이 되어야 할 것이다.

한편 자녀의 양육자문제와 관련한 역사적 흐름을 고찰해 보면, 절대적인 가부장제가 점진적으로 붕괴되어가면서 자녀에 대한 모의 지위가 상대적으로 상승되었다는 것을 알 수 있다. 특히 영국의 경우 19세기 전반에 "부의 신성한 권리"(sacred right of father)의 판념이 쇠퇴하고 1839년 모의 양육권을 인정하는 법률의 제정을 계기로 모의 지위의 향상과 함께 국왕이 친권자(parens patriae, the king as the protector of child)라는 법적 허구가 등장하였다.³⁰⁾ 미국의 경우에도 1930년대를 전후하여 "유약한 연령에는"(tender years) 모가 적합한 양육자임을 추정하는 모우선추정의 기본원칙(maternal preference doctrine)³¹⁾이 정립되기 시작하였다.³²⁾ 이러한 모우선추정

29) 최진섭, 전제서, 제2장 참조

30) 법원의 관여권은 이러한 국권권의 행사자의 지위에서 유래한 것이다.

31) 모우선추정의 원칙은 가부장체제가 확립되기 이전의 사회에서는 보편적인 원칙으로 수용되었던 것으로 추론할 수가 있을 것이다. 고대 바빌로니아법에서는 원칙적으로 이혼모가 성숙시까지 자녀의 양육을 책임졌고, 그 양육비를 충당하기 위해 부의 재산의 절반이 주어졌다고 한다.

최병조, 이혼모의 자녀양육권에 관한 비교법사적 고찰, 「가족법학논총」(박병호교수 화갑기념논문집 제1권, 1991), 225-228면 참조.

32) 미국에 있어서 모우선추정의 원칙이 정립되기까지의 역사와 그 이전의 원칙들에 관해 자세한 것은, Mary Ann Mason, From Father's Property to Children's Rights-The History of Child Custody in the United States, Columbia University Press(1994) 참조.

의 원칙은 1970년대에는 90% 이상의 이혼사건에서 적용됨으로서 "본능적 부성부재"의 가설이 널리 통용되었다. 그러나 1980년대 이후 독신자, 동성연애자 등 "도덕적 소수자" 운동의 산물로 이 원칙은 강력한 도전에 직면하고 있다.

(나) 제3자에 의한 양육

현행법은 양육자지정에 있어서 양육자를 부모에 국한하는 형태를 보이고 있지만, 부모가 자녀를 양육할 수 없거나 부모에게 양육권을 주는 것이 자녀에게 해롭고 제3자가 양육하는 것이 유익한 경우에는 제3자를 양육자로 지정할 수 있게 하여야 할 것이다.³³⁾ 그러나 이 문제는 우리 사회 전체가 혈족 중심의 가족적 윤리관에서 어느 정도 탈피하여 비혈족의 입양을 하나의 대안적 삶의 형태로 인정하는 사회 윤리가 어느 정도 보편화되고 난 연후에야 현실적으로 가능할 것이다.

(다) 공동양육의 문제

혼인중의 자녀양육이 부부의 공동의 책임인만큼 이혼 후에도 공동으로 책임을

져야하고, 자녀의 이익의 관점에서도 최선이라는 논리에 입각하여 이혼후에도 부모에게 공동양육의 책임을 부과하는 제도이다. 한편 미국에서는 캘리포니아주가 1980년 법률로 공동양육이 자녀의 복리에 최선임을 추정하는 제도를 시행한 이래 미국의 많은 주가 따르고 있다.³⁴⁾

이 제도의 도입에는 세부적인 원칙에 변용이 가능하겠으나 무엇보다도 부모의 절대적인 협조가 전제되어야 한다. 즉 이혼을 기존의 혼인관계에 기인한 인적 결속을 "청산, 절연"하는 의식으로 여기는 일반의식에 근본적인 변화가 이루어져야만 가능한 제도일 것이다.

(3) 아동의 의견표명권

1) 근거 및 내용

아동 고유의 권리의 하나로서 아동의 의견표명권은 1989년 11월 20일에 채택되고 1990년 9월 2일에 효력을 발생한 [아동의 권리에 관한 국제협약(The Convention on the Rights of the Child)] 제12조³⁵⁾에서 인정되고 있는 권리인데, "자신에게 영향을 미치는 모든 사안에

33) 이영애, 이혼과 자녀양육, 「가정법원사건의 제문제(재판자료 제18집)」, 법원행정처(1983), 413면. 심포지움의 토론에 참가한 최금숙교수는 현행법 아래서도 제 3자를 양육자로 지정할 수 있다고 주장했다. 또한 최교수는 이혼시에 고려해야 할 아동의 문제로 입양자녀나 인공수정으로 탄생한 자녀의 문제를 별도로 고려해야 한다는 주장을 부기하여 이 글이 가지는 한계를 지적해 주었다. 이 문제는 전문연구가의 몫으로 남긴다.

34) 자세한 최진섭, 전거서, 148면 이하 참조.

35) 동협약 제12조는 다음과 같이 규정하고 있다: "① 가맹국은 자신의 의견을 정리하여 말할 수 있는 아동에 대하여 그 아동에게 영향을 미치는 모든 사안에 관하여 아동이 자유롭게 자신의 의견을 표명할 수 있는 권리를 보장하여야 한다. 그 때 아동의 의견은 그의 연령이나 성숙도에 따라서 정당하게 중요시되어야 한다. ② 이러한 목적을 위하여 아동에게 특히 국내법의 절차적 규칙과 일치되는 방법으로 자신에게 영향을 미치는 어떠한 司法的 또는 行政的 절차에서도 직접적으로 또는 법정대리인이나 적절한 단체를 통하여 聽聞될 기회가 주어져야 한다"

관하여 아동이 자유롭게 자신의 의견을 표명할 수 있는 권리"라고 정의내릴 수 있다. 이러한 아동의 의견표명권은 헌법이 보장하는 인간의 존엄과 가치와 행복추구권의 실현을 위한 수단적인 권리이자 자신의 최선의 이익을 확보하기 위한 절차적 권리로 파악할 수 있을 것이다.

의견표명권은 아동의 연령과 성숙도가 높은 단계에서는 표현의 자유의 일종이라고 말할 수 있고, 자기결정권과 동일한 의미로 사용될 수 있다. 이러한 아동의 의견표명권을 헌법상의 권리로 인정한다고 한다면, 이것을 아동과 관련된 모든 절차에서 보장하여야 할 것이다.

2) 이혼절차상에서의 인정 여부

위와 같이 아동의 의견표명권을 인정한다고 할 때, 그러면 과연 이러한 의견표명권이 부모의 이혼절차상에서는 어떠한 모습으로 나타나게 되는가를 생각해 보아야 할 것이다.

(가) 아동의 친권행사자 및 양육권자 선택권

기본적으로 현행법은 부모의 이혼절차에서 아동에 대해 보호주의적인 관점에서 있는 것으로 볼 수 있다. 따라서 아동의 의견도 그 아동의 친권행사자 및 양육권자를 지정함에 있어서 참조하는 수준으로 청취하고 있을 뿐이지, 그 이외의 보호적 절차나 권리를 인정하고 있지는 않다. 그러나 아동의 의견표명권이 아동 자신에 관한 사항에 관한 자기결정권과 동일한 의미로 이해된다고 할 때, 과연 단순히 보호주의적인 입장에서 재판부의 재량에 의해서 내용이 결정되도록 하는 것

이 정당화되는가라는 의문이 생긴다.

그러면 자기결정권을 행사할 수 있는 아동에게 친권행사자 및 양육권자 선택권이라는 것을 인정할 수 있을까? 친권행사자 및 양육권자 선택권이라는 것은 친권행사자 및 양육권자 선택에 있어서 전적으로 아동 자신의 의견에 맡긴다는 것을 의미할 것이다. 물론 아동은 그 연령에 따라 혹은 개별성에 따라서 판단능력이 다양할 수 있다. 또한 전적으로 아동 자신의 의견에만 구속적인 효력을 부여하는 것은 아동의 최선의 이익에 반하는 결과를 가져올 수도 있을 것이다. 그러나 이혼으로 인하여 가장 피해를 입는 사람은 그 자녀인 아동이라는 사실을 염두에 둔다면, 친권행사자 및 양육권자 지정에 있어서 아동의 의견청취를 의무적으로 해야 할 뿐만 아니라 아동의 의견을 친권행사자 및 양육권자 지정에 있어서 제1차적 기준으로 채택하여야 할 것이다.

(나) 의견표명권의 절차적 구현

(a) 아동에 대한 변호인조력권

앞서 살펴 보았듯이 아동은 부모의 이혼절차에서 증인으로서 채택될 수 있다. 그러나 실무의 관행은 아동에게 증언거부권과 선서거부권을 인정할 뿐 그 밖의 절차적 보호장치는 보이지 않는다.

첫째, 증인으로서의 아동에 대한 변호인조력권의 문제가 제기될 수 있다. 일반적으로 변호인조력권은 형사절차상에서 피의자나 피고인의 인권을 보장하기 위한 헌법상의 권리이다. 이러한 변호인조력권은 수사기관이나 재판기관에 의해서 피의자나 피고인에게 저질러지는 인권침해를 방지하는 것뿐만 아니라 피의자나 피고인

의 자기방어수단을 제공하는 역할을 한다. 따라서 변호인조력권이 인정되는 그 근본 취지를 생각해 볼 때, 이혼절차에서 아동이 증인으로 채택되는 경우 그 아동에게 형사절차와는 다른 의미의 변호인조력권을 인정해 볼 수도 있을 것이다. 즉 이혼절차에서 증인으로 채택된 아동은 이미 애정이 없는 적대관계로 변한 이혼당사자 쌍방의 심문을 받아야 한다. 이 절차에서 과연 아동이 자신의 의견을 쉽게 개진할 수 있겠는가 하는 의문이 든다. 따라서 증인으로 나온 아동에게 여러 가지 사항에 대한 조언을 해 줄 수 있는 조력인이 필요할 것이다. 이러한 조력인이 될 수 있는 자는 변호사뿐만 아니라 자격있는 아동사업가라든지 객관성을 유지하면서도 아동에게 도움을 줄 수 있는 사람이면 족하다고 생각한다.³⁶⁾

(b) 의견을 표명할 수 있는 장소적 보호 장치 마련 - 공개법정에서의 증언 지양

둘째, 아동이 의견을 자유롭게 표명할 수 있는 장소적 보호장치의 마련문제이다. 실제로 외국의 경우에는 아동학대사건의

재판에서 아동의 증언이 필요한 경우에는 공개법정 이외의 장소에서 증언하게 한다든지, 비디오테이프에 의한 증언녹화를 인정한다든지 하는 경우도 있다.³⁷⁾ 부모의 이혼절차에서도 아동이 증언을 하는 경우라든지 (대부분 한쪽 당사자의 편을 들겠지만) 혹은 양육자 지정문제에 있어서 아동의 의견을 청취해야 하는 경우에는 아동에게 대한 절차적 보호장치로서 공개법정에서의 증언보다는 비공개로 증언하게 하거나 당사자가 모두 있는 법정 이 아닌 판사실에서 소송당사자의 대리인만 참석시킨 채 증언하게 하는 방법도 생각해 볼 수 있는 문제라고 생각한다.³⁸⁾

5. 우리나라 가정법원의 문제점

많은 가족법학자들이 이혼에 관여하는 가정법원이 자녀의 복지를 최우선적으로 고려하여 결정을 내려야 한다고 주장한다. 그러나 우리나라의 경우 법원이 진정한 의미의 國親權의 행사자로서 적극적인 역할을 수행하는 데 있어서 중대한 제도적 장애가 존재하고 있음을 분석하는 글은

36) 양육자 지정문제에서 부모의 다툼과는 별도로 자녀 자신의 이익이 소송절차에 반영되는 방법으로서, 미국의 대부분의 주에서는 자녀를 대리할 변호사의 선임을 판사의 재량에 맡기고 있다고 한다. 이영애, 이혼과 자녀양육, 「가정법원사건의 제문제(재판자료 제18집)」, 법원행정처(1983), 412면.

37) Barbara E. Smith, "The Adjudication of Child Sexual Abuse Cases", in Victims of Crime-Problems, Policies, and Programs(edited by Arthur J. Lurigio, Wesley G. Skogan, Robert C. Davis), 116-117면 참조. 미연방대법원도 Maryland v. Craig, 497 U.S. 836(1990)에서 공개법정에서의 증언이 성적 학대 피해아동에게 정신적·정서적 장애를 일으키는 경우, 일방폐쇄회로TV에 의한 피해아동의 증언청취는 미국헌법 수정 제6조 상의 대질심문조항(Confrontation Clause)을 위반하지 않는다고 판시하였다.

38) 이영애, 이혼과 자녀양육, 「가정법원사건의 제문제(재판자료 제18집)」, 법원행정처(1983), 418면도 이런 취지의 절차에 대한 특별한 배려가 필요하다고 한다.

별로 보이지 않는다. 필자의 생각으로는 아래와 같은 제도적 결함이 내재한다고 생각된다.

첫째, 이혼과 자녀양육의 문제가 상호 연관된 단일의 사안으로 처리되지 않고 별개의 사안으로 처리되는 법제가 이혼 후의 아동의 양육에 대한 중대한 장애가 됨은 앞서 말한 바와 같다.³⁹⁾

둘째, 양육자의 지정과 변경절차를 단일사건의 연속적인 일부로 보지 않고 별개의 절차와 사안으로 파악하고 있는 우리의 법제가 자녀의 복리에 관한 지속적인 감시자로서의 법원의 역할을 축소시킨다. 미국의 경우는 이혼 후 자녀의 동거 양육권(custody), 면접교섭권(right to visitation)의 문제에 관한 사안은 해당법원이 자녀가 성년에 달하기까지 계속적인 관할권을 보유하는 것으로 의제하여 사정변경에 따라 수시로 적절한 조치를 취할 수 있도록 한다.

1990년 개정으로 신설된 민법 제837조 제2항은 자녀의 양육에 관한 사항을 (이혼 후에도) "당사자의 청구에 의하여 언제든지 변경 또는 다른 적당한 처분을

할 수 있다"고 규정함으로써 이러한 법원의 지속적인 감시의 기능과 역할을 유념한 것으로 인식된다. 이와 같은 취지는 제837조의 2의 제2항도 (이혼후) "자를 직접 양육하지 아니하는 부모 중 일방에 부여한 면접교섭권을 필요한 경우에 제한하거나 배제할 수 있다"라는 규정에서도 간접적으로 확인할 수 있다.

그러나 이러한 입법 취지에도 불구하고 이혼과 양육권에 관한 사안을 매번 별개의 사안으로 파악하고, 계속적 사건관할권을 부여하지 아니하는 현행의 법제는 자녀의 보호에 내재적인 한계가 존재한다.⁴⁰⁾

셋째, 우리나라 법원의 인사원칙이 동일한 법관이 한 사안에 관한 지속적인 관심을 기울일 수 있는 기회를 박탈한다. 2-3년 단위로 정기적으로 근무지를 변경하는 것을 원칙으로 삼는 현재의 법관인사원칙은⁴¹⁾ 판결을 일회로 "종결되는" 행위로 인식하는 일반통념과 함께 아동이 성장, 발달하는 전과정을 통해 구체적인 상황에 적합한 결정을 내리는 데에 큰 장애사유가 된다.⁴²⁾

넷째, 가정법원 판사의 자질문제가 거

39) 전기 주 27) 및 본문 참조

40) 일반의 관념도 이혼으로 자녀의 양육 문제를 포함하여 전 혼인에 관련된 일체의 인적 관계가 "청산, 절연"되는 것으로 받아들인다.

41) 이러한 인사원칙은 전국적 차원에서의 동질적 수준의 법관에 의한 재판의 제공하고, 법관이 지역사회와 밀착되는 폐해를 방지함으로써 재판의 공정성을 기하라는 취지에서 정립된 것으로 이해되고 있다.

42) 아동의 성장에 따라 변하는 심리적, 정서적 상태에 대한 정확한 인식이 전제되어야만 "아동의 이익을 최우선적으로 고려한" 결정이 가능할 것이다. 양육에 관련된 사건을 담당할 판사가 빈번하게 교체되는 것은 마치 정신과 의사를 수시로 교체하는 것과 마찬가지로 지라는 비유가 가능하다. 처방과 시약으로 증상과 치료의 기록은 의사라면 누구나 읽을 수 있지만, 의사에 대한 환자의 신뢰가 치료에 더욱더 중요할 것이다.

론될 수 있다. 우리나라는 초임연령과 평균연령, 그 어느 점에서 보아도 법관의 연령이 지극히 연소한 것으로 알려져 있다. 재판이 단순한 기계적인 법조문의 해석, 적용을 넘어선 가치판단의 작용이라면 풍부한 경험과 인간적인 성숙함이 요구될 것이다. 특히 이혼과 자녀의 양육문제와 같이 체험을 기초로한 지식이 요구되는 사안에서는 담당법관의 미숙함은 상당한 장애사유가 될 수 있음은 물론 재판에 대한 신뢰도를 떨어뜨리는 요인으로 작용한다.

또한 우리나라 법원의 심급구조상 가정법원은 지방법원과 동렬에 선 하급법원이고 따라서 상대적으로 경력이 일천한 법관으로 충원된다.⁴³⁾ 또한 동급의 하급법원에 비하여 가정법원은 전통적으로 여성

법관의 비율이 높은 것으로 인식되고 있다. 더욱이 병역의 의무를 면제받는 여성 법관의 경우에는 더욱 낮은 연령에 복무하게 된다.⁴⁴⁾

다섯째, 우리나라의 법관이 보유, 행사하는 권한 자체가 가지는 한계성이 지적될 수 있다. 영·미의 경우와 같이 법원이 구체적 사안에 합당한 형평적 구제(equitable remedy)를 명하고 그 불이행에 대하여 직권으로 법정모욕(contempt)의 제재를 부과할 수 있는 경우에는 법원의 권위가 제고되며 감독권이 실효를 거둘 수 있다. 이렇게 광범하고도 다양한 구제를 명할 권한이 결여된 법제 아래서는 법원의 판사가 분쟁에 대해 선언적 판단을 제공할 뿐, 그 판단의 실천적 방안을 강구할 수 없다는 한계가 있다.

43) 판사의 승진, 전보제도가 원칙적으로 존재하지 아니하는 미국의 경우에는 이러한 문제가 발생하지 아니한다.

44) 그 중에는 미혼의 법관도 상당수 있다.

인간발달연구

The Korean Journal of the Human Development
1998. Vol. 5, No. 1,

Divorce and protection of child

Kyong Whan Ahn

College of Law
Seoul National University

Despite the manifest constitutional provision of equality between the sex, family laws of Korea have carried distinctive features of male dominance and female subordination. The unique system of male-line households was widely accepted as a traditional virtue. It took almost half a century to clear up the remnants of the ancient patriarchy. By a series of legislations and court decisions, many discriminatory provisions have been repealed or amended. Legal development in the last decade shows a rapid demise of the old Korean system of patriarchy.

In contrast with the revolutionary changes in the law of adults, little has been done with the discriminatory legal regime in the law of child. Children have been virtually left to the mercy of unfettered discretionary power of the parents. Dramatic increase of divorce rates in Korea has driven children to a legal vacuum. This paper analyses the decided inadequacy of the present legal system, with the suggestions for a better child-oriented system in divorce law.

토론 : 이혼법정에서의 아동문제

박 광 배

충북대학교 심리학과

안경환 교수님의 발표, "이혼법정에서의 아동문제",는 아동의 법적 지위에 관한 가족법 체계에 대하여 매우 세부적이지만 중요한 문제들을 파악하고 이해할 수 있는 좋은 기회였다.

본 토론자는 안교수님의 발표에 두가지 문제를 첨가하고자 한다. 첫째는 이념적인 문제로서, 법은 아동문제를 포함하여 이혼법정에서의 문제를 당사자들간의 zero-sum 게임상황으로 조망하기 보다는 win-win게임상황으로 조망할 필요가 있다는 것이다. 두 번째는 양육권 결정의 중요한 기준인 "아동의 최선의 이익(the best interest of child)"과 관련된 심리학적 관점을 제안하고자 한다.

Win-win게임상황으로써의 이혼법정

안교수님의 발표초두에 이혼은 아동에 대한 "폭력"이고, 아동은 이 폭력에 대하여 "방어"해야할 입장에 있고, 이혼 자체

는 "탈선행위"로 조망하는 일방적인 시각에 대한 언급이 있었다. 이는 현재의 법의 시각이라기 보다는 사회일각의 시각인 것으로 사료된다.

물론 아동이 부모의 이혼에 의하여 매우 심대한 영향을 받게 되지만, 이혼이 범죄가 아닐진대, 법이 이혼하는 부모를 "가해자"로, 아동을 "피해자"로 전제하는 것은 심각한 부작용을 초래할 것으로 생각된다. 법이 이혼에 대하여 이러한 도덕적 가치관을 가지고 대응한다면 첫째로, 이혼하는 부모들이 법적 보호 밖에서 아동문제를 해결하려는 경향이 많아질 것이다.

그보다 더 중요한 것은, 일반적으로 말해서, 아동의 복지를 위하여 무엇이 최선인지에 관하여 부모보다 더 잘 파악하거나 더 잘 배려를 해줄 수 있는 사람이나 기관은 없다는 사실이다. 이러한 모정이나 부정은 법이전의 인간본성과 관련된 현상이다. 물론 모정/부정에 반하는 행동을 하는 부모들도 있지만 법이 대부분의 이혼자녀들을 보호하는 최선의 길은 대부분의 이혼부모들의 권익(parental Autonomy)을 보호해주고 보장해주는 것이다.

그것을 위하여 우선 법은 이혼을 가치 중립적인 법률행위로 조망해야한다. 또한 비록 이혼한 부모라고 할지라도, 궁극적으로는 그들이 잘되어야 아동의 복지가 보장된다는 믿음을 가져야 한다. 왜냐하면 부모가 이혼한 후에도 부모-자식의 자연법적 관계는 단절되지 않기 때문이다.

가족은 매우 복잡한 사회시스템이다. 모든 가족은 제각기 다른 심리적, 경제적, 사회적 구조를 가지고 있다. 또한 모든 이혼은 제각기 다른 원인과 이유에 의해 시작되고, 제각기 다른 심리적 과정을 통해서 이루어지며, 이혼후의 x-가족들은 제각기 다른 양상으로 발전해간다. 법이 이혼에 대하여 획일화된 도덕적 가치관을 가지게 되면, 각사례의 특수성에 대하여 둔감해질 가능성이 많다.

이혼하는 부모들 사이에서 자녀에 대한 양육권 분쟁이 발생하는 경우에 법정은 아동에게 가장 이득이 되는 판단을 해야 한다는 원칙이 "아동의 최선의 이익"이다. 이 기준은 일견 매우 당연하고 합리적인 기준인 것으로 생각되지만, 실제 법정에서 판사들이 일관성과 객관성을 가지고 활용하기 위해서는 매우 추상적이고 애매한 기준이기도 하다.

따라서 미국의 각 주에서는 이 원칙의 적용을 위하여 보다 구체적인 개념정의를 사용하고 있다. 캘리포니아와 펜실베이니아 등의 주에서는 아동과의 접촉횟수(the amount of personal contact)가 많았던 부 혹은 모가 그 아동을 양육하는 것이 아동의 최선의 이익이라고 정의하였고, 아이다호 및 아이오와주 등에서는 관계의

질(quality of relationship)을 고려하도록 정하였다.

반면에 버몬트 주에서는 정서적 유대(ernotional ties), 부/모 각자의 도덕성(moral fitness), 정신/신체적 건강, 아동의 선호(단, 법정이 아동의 연령이 충분하다고 판단하는 경우), 아동과 친밀하고 지속적인 관계를 유지할 수 있는 부/모의 능력을 법정이 고려하도록 의회입법으로 정하였다. (Vermont Statutes Annotated, tit. 15. § 1013 [1] to [8] [Supp. 1988]).

아동의 최선의 이익에 관하여 이와 같이 분분한 조작적 정의들이 존재한다는 사실은 이 기준이 얼마나 애매하고 추상적인 기준인지를 단적으로 말해준다. 이런 상황에서 판사들은 "아이들은 엄마가 키우는 것도 이익이다" 혹은 "전통적인 양육권은 아버지에게 있다." 등의 개인적인 가치관과 선입견, 혹은 사회적 통념에 의해 판단하게 될 가능성이 높다. 그러나 "아동의 최선의 이익"이라는 개념은 분명히 판사의 개인적 가치관이나 사회적 통념을 의미하는 것은 아니다. 아동의 최선의 이익은 아동마다 다를 수밖에 없다. 그것이 판사의 가치관이나 사회적 통념에 의해 좌우되는 것은 결코 아니다.

이 문제는 법과 심리학이 함께 해결해야 할 문제이다. 우선 심리학은 부모가 이혼한 자녀들의 심리적/물리적 안녕과 복지에 영향을 주는 요인들을 파악할 필요가 있다. 그러한 과학적인 지식에 준하여 법은 실제 법정에서 판사들이 활용할 수 있는 "아동의 최선의이익"에 대한 조작적 정의들을 마련하여야 한다. 그런 후 만약

법이 마련한 그 조작적 정의들이 예를 들어 "정서적 유대" 혹은 "아동과 친밀하고 지속적인 관계를 유지할 수 있는 부/모의 능력" 등의 심리적 상태를 나타내는 경우에는, 판사들이 실제 법정에서 그 심리적 상태들을 간편하고도 정확하게 파악할 수 있는 방법에 대하여 심리학이 조력하여야 한다.

따라서 안경환 교수님이 언급한 아동의 의견표명권, 변호인 조력권 등을 합리적으로 제도화하면 그 자체가 "아동의 최선의 이익"을 확장하는 결과를 가져오리라 생각된다. 이점은 법적용절차를 하나의 치료수단으로 활용해야한다는 "치료적 법철학(Therapeutic Jurisprudence)"의 관점에서 숙고해볼만한 것이다.

경우에 따라서는, 특히 아동이 너무 어리지 않은 미성년자인 경우는, 이혼절차 자체가 "아동의 최선의 이익"을 극대화할 수 있는 매우 강력한 기회가 될 수도 있을 것으로 사료된다. 심리학의 인지 부조화이론이나 통제 소재이혼 등의 관점에서 보면, 미성년자가 자신의 자유의지에 의하여 스스로 적극적이고 능동적으로 자신의 거취에 대한 결정을 한 경우는 그렇지 않은 경우에 비해서 그 결정에 대한 사후 적응력이 더 우수할 것으로 기대된다. 특히 이 이론적 예측은 미성년자의 결정이 최선의 결정이 아닐 경우에 더 의미있게 기대된다.

토론 : 이혼법정에서의 아동문제

최금숙

이화여자대학교 법학과

1. 서설

'이혼법정에서의 아동의 문제'는 우리 한국사회에서 이혼이 증가함에 따라 그 문제의 심각성이 점점되고 있는 상황에 있다는 점에서는 위의 논자의 입장과 같다. 다만 논자는 문제 제기를 "부모가 이혼함으로써 수동적으로 받아야 하는 '폭력'에 대하여 어떠한 '방어'가 가능한가"라고 하고 있는데, 이는 이혼의 부정적인 입장을 너무 강조한 것이 아닌가 하는 우려를 낳게 한다. 왜냐하면 부모가 이혼하는 것이 때로는 자녀에게 도움이 되는 점도 있기 때문이다. 그 한 예로 부모가 초등 학교 2학년 때 이혼한 이모양(12)은 어머니와 단 둘이 살고 있는데 "엄마 아빠가 싸우는 소리에 불안해 하며 잠 못드는 일이 없어 예전보다 낫다는 생각도 들어요, 부모의 이혼이 자랑스러운 것은 아니지만 부끄럽게 생각할 필요는 없다고 생각해요" (동아일보 1997. 10.4)라고 하고 있다. 이혼은 혼인시의 입장에서 보면 혼인이 깨진 것으로 평가되겠지만, 헌법상에 혼인의 자유 뿐만 아니라, 이혼의

자유도 인정되고 있는 것을 생각할 때, 이혼을 삶의 한 현상으로 받아들이는 데서 논의를 시작해야 할 것이다.

그리고 이혼에서 자녀의 최대의 복리가 고려되어야 하고, 또 자녀의 의견표명권이 안정되어야 함은 물론이다. 다만 부모의 이혼의 자유와 자녀의 최대복리 간의 긴장 관계 속에서 자녀의 의견을 법원에서 부모의 이혼에 반영함에는 한계가 있을 수 밖에 없다는 점이 고려되어야 한다.

이혼시 양육자지정문제 등에서 자녀의 의견표명권이 제도적으로 보장되어야 한다는 논자의 주장은 타당하다. 하지만 자녀의 의견표명권이 명문으로 규정되어 있지 않을 뿐이지, 실제로, 이 문제를 법원에서 다룰 때에는 의견을 표현할 수 있는 나이가 된 자녀에게는 그 의견을 묻고 있는 실정이기 때문에, 여기에서의 문제 제기의 의미는 이를 명문화하라는 점에 있을 것이다. 오히려 이혼시 자녀 양육의 문제는 부모중 누구도 자녀의 양육을 책임지려고 하지 않을 때에 그 심각성이 노출된다. 이 경우 자녀의 의견표명권이 무슨 도움이 될 것인가? 이에 대하여 민법은

침묵하고 있는 것이 문제이고, 부모가 자기의 법적 의무를 이행하지 않고 자녀를 방치하는 경우 국가 또는 지방자치 단체가 이에 대하여 책임을 지도록 하는 제도가 필요한 것이다. 이른바 '공적 부양 제도'의 설치가 최근에 대두되는 문제이다.

2. 구체적인 몇 가지 문제점

(1) 위 논문에서는 친권 문제와 양육권 문제가 분리되어 취급되지 않고 있다. 보통은 친권자가 양육권자일 것이지만, 예컨대 이혼시 친권은 공동 행사하기로 하고, 자녀의 양육은 모가 하고, 양육비는父가 부담하기로 협의할 수 있기 때문이다.

친권은 미성년자의子を 보호하고 교양할 권리의무로서(민법 913조), 그 내용 중에는 거소지정권(동 914조), 징계권(동 915조), 재산관리권(동 916조 등) 등이 있다. 이에 대한 규정에서 친권의 대상인 子의 의견표명권은 규정되어 있지 않다. 이혼 후 친권의 행사에서 子의 의견표명권은 더욱 필요하게 될 것이라고 생각하므로, 친권자 지정 및 양육자 지정 등에서 뿐만 아니라, 이들 규정에서도 子의 의견표명권의 명문화가 요구된다.

(2) 민법상 미성년자는 20세 미만으로, 확일적으로 취급되고 있음에 대하여, 친권의 대상자인 미성년자를 그와 같이 확일적으로 하는 것은 아동의 자기결정권을 침해할 소지가 있다는 주장은 타당하다고 본다. 성년연령을 18세로 개정하는 방법이 있고, 일정한 요건과 절차에 따른 '성년선고제도'를 신설할 수도 있을 것이다.

다만 논자의 주장대로 재산법상의 미성

년자와 친족법상의 미성년자를 달리 취급하자는 것은, 그 주장의 취지는 이해가 되지만, 친권의 내용에서 미성년자의 재산에 대한 관리권 및 대리권이 포함되어 있으므로 이를 달리 취급할 근거가 약하다고 하겠다.

(3) 부모의 이혼 과정에서 자녀의 의사를 청취하는 법적 제도를 두어야 한다는 주장은 타당하다고 생각한다. 현행 민법에서 부모가 협의이혼시 子의 양육에 관한 사항을 협의함이 없이 이혼을 할 수가 있으므로, 이에 대한 법개정이 요구된다는 논자의 주장은 시급히 반영되어야 할 부분이다. 이는 학자들의 공통된 의견이기도 하다.

재판상 이혼시에는 가정법원이 친권을 행사할 자에 관하여 부모가 이를 협의하도록 권고할 것을 가사소송법이 규정하고 있으나(제 25조), 이는 절차법이 아니라 실체법인 민법에서 규정하여야 할 내용이다.

(4) 이혼시 양육자지정이나 양육에 관한 사항을 부모의 협의에 의하고, 이에 대한 협의가 되지 않거나 협의할 수 없는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정하도록 하고있다(민법 837조). 여기에서 논자의 주장은 제3자가 자녀를 양육할 수 있도록 하자는 것인데, 이는 매우 타당하다. 부 또는 모가 양육하고 있다가 모두 질병이 있어서 자녀를 양육할 수 없는 경우에는(친권자가 누구인지는 문제를 떠나서) 제 3자를 양육자로 지정하는 협의를 하거나, 가정법원에서 이를 인정하여야 할 것이다. 이를 인정하고 있는 학설도 있으며, 이 문제는 현행 규정을 잘 활용하든가, 아니면 명문으로 이를 규정하면 더욱 확실할 수는 있겠다.

이혼부모의 자녀공동양육의 문제는 명문에 이를 금지하고 있는 것은 없으며, 현행주정의 해석을 통하여 이 문제를 해결할 수도 있다고 본다. 협의로 공동양육을 정하는 것을 인정하지 않을 수 없으며, 현재 법정에서 판사나 당사자가 이를 활용하고 있지 않고 있을 뿐이다. 이 문제는 이혼 당사자가 자녀문제에 관하여 마음을 열고 실제로 이러한 공동양육의 방법을 활용하도록 해야 할 것이다. 명문으로 이를 규정하여 준다면 명확하게 하는 효과를 얻을 수 있다.

(5) 자녀가 친권자와 양육자를 선택할 수 있도록 하는 문제는, 현재 법정에서는 자녀의 의견을 참조하여 결정하는 수준에 머물고 있으므로 자녀의 의견표명권을 좀 더 강화해야 한다는 점에는 논자와 입장을 같이한다. 다만 논자의 주장대로 미성년자는 아직 미성숙한 인간이고 성인이 되어 가는 과정에 있는 자라는 점을 고려한다면 자녀의 판단에만 맡길 수도 없는 한계를 인정해야 할 것이다. 즉 가정법원이 이를 개입할 수 있는 길은 열어 놓아야 한다고 본다.

(6) 미성년자가 법정에서 자기의 의견을 표명하게 될 때, 현재 판사의 재량으로 비공개를 인정하고 있는 실정인 것 같으나, 이는 명문규정으로 좀 더 보호해야 할 것으로 본다. 과거 가사심판법에서는 비공개규정을 두고 있었으나, 이를 폐지한 것은 재고되어야 할 문제이다.

3. 결 어

이상 간단하게 몇 가지를 논의하였다. 기본적으로는 논자의 여러 가지 지적은 타당하다는 입장에서 구체적인 몇 가지를 논하여 보았다. 이 밖에 이혼시 입양한 자녀의 문제, 이혼시 인공수정자의 문제, 이혼바 공적 부양의 문제 등이 이혼을 둘러싸고 논의가 필요한 부분이다.