

[논 문]

다문화사회에 있어서의 친권제도에 관한 연구*

조 일 윤**

《차 례》

I. 서 론	IV. 친권의 내용
II. 친권의 개념과 법적 성질	V. 결 론
III. 친권의 행사	

I. 서 론

1. 오늘날 우리나라의 국내 체류외국인이 급격하게 증가하여 2011년말 현재 전체인구의 2.75%로, 1,395,077명이나 되었고, 출신국도 195개국을 넘어 매우 다양하다.¹⁾ 이처럼 다양한 국적의 외국인이 증가하여 우리 사회도 다문화, 다인종 사회화 되었다고 할 수 있고, 이에 따라 다양한 사회문제가 발생한다.

외국인이 국내에 체류하는 사유는 취업, 유학, 결혼이민 등 여러 가지 사유가 있다. 특히 결혼이민자는 2007년도 110,362명, 2008년도 122,552명, 2009년도 125,087명, 2010년도 141,654명, 2011년도 144,681명²⁾으로 매년 증가하는

* 이 논문은 2011년도 정부(교육과학기술부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 연구되었음 (NRF-2011-35C-B00416).

** 동아대학교 법학부 강사, 법학박사

1) 2011년도 출입국·외국인정책통계연보, 2012.7, 252면.

2) 출입국·외국인정책본부 홈페이지(<http://www.immigration.go.kr>) 통계자료실 참조.

추세이다. 이로 인하여 다문화가정이 증가하고 있으며, 다문화가정 내에 있어서도 여러 가지 문제가 발생한다. 구체적으로 2008년 지방자치단체 외국인주민 실태조사에 따르면 다문화가족 자녀수는 2007년에는 44,000명이었는데, 2008년에는 무려 14,000명이 증가한 58,000명으로 집계되었다. 연령대별 분포를 보면 만 6세 이하가 과반수를 넘는 57.13%이고, 만 7~12세 이하가 32.22%였다. 아직까지는 다문화가족 자녀의 연령이 낮은 편이나, 향후 5~10년 후에는 학령기에 도달하여 학교적응 및 정체성 문제, 낙인감, 사회적 편견 등 다양한 문제에 봉착하게 될 것으로 본다.³⁾ 또한 교육과학기술부의 자료에 따르면 다문화가족 자녀의 재학 현황을 살펴보면 국제결혼가족은 2008년 기준 18,778명이고 외국인 근로자 가족은 1,402명으로 총 2만여명에 달한다. 향후 출생 성비의 불균형으로 여성부족 현상이 발생하여 국제결혼이 증가할 것으로 보이며, 이에 따라 다문화 아동·청소년수도 당분간은 꾸준히 증가할 것으로 예상된다.⁴⁾

이와 같이 최근 우리나라는 국제결혼의 증가로 인하여 다양한 법감정을 가진 다문화가정이 증가하고 있으나, 친권제도에 대해서는 여전히 한국의 법감정에 따른 제도를 고수하고 있다. 이는 다문화가정에서 감정의 대립의 소지를 안고 있다. 즉, 다문화가정의 증가로 인하여 다문화가정 내에 있어서의 부모가 자녀에 대하여 가지는 의식, 특히 친권자의 거소지정권이나 징계권과 같은 부분에 대해서는 서로 다를 수밖에 없을 것이다. 그러한 경우에 현행 우리나라의 친권제도로써 다문화가정 내의 친권과 관련된 문제를 해결할 수 있는지, 그것으로 해결을 할 수 있다고 하더라도 우리 문화에 친숙하지 않은 부모 또는 모가 우리의 친권제도를 제대로 이해하고 받아들일 수 있는지 하는 것이 문제될 것이다.

물론, 우리 현행 민법은 제909조에서 미성년인 자의 친권자를 결정하는 규정을 두고 있고, 제912조에서 친권행사의 기준으로 '자의 복리'를 최우선적으로 고려하여야 한다는 원칙을 채택하고 있다. 그러나 현행 민법상의 친권은 '자의 복리'를 위해서라기보다는 부모가 자녀를 위하여 가지는 권리라는 전근

3) 보건복지가족부, 2009년도 아동·청소년백서, 2009, 134면.

4) 보건복지가족부, 2009년도 아동·청소년백서, 2009, 134면.

대적인 색채를 여전히 가지고 있다고 볼 수 있다. 예를 들면, 거소지정권과 관련하여 양육권자와 친권자가 다른 경우에 양육권자가 이사 등의 사유로 주소 또는 거소를 옮기려고 하는 경우에도 친권자가 이를 반대하면 이사를 할 수 없으며, 징계권과 관련하여서는 아동학대의 문제가 발생할 소지가 있다. 또한 친권자의 중요한 대리행위에 있어서 사전에 법원의 허가를 요건으로 하는 것과 같은 자의 보호규정이 없다.

2. 한편, 1991년.11.20. 비준한 UN ‘아동의 권리협약’(Convention on the Rights of the Child)에는 미성년자 자신이 권리의 향유주체 또는 행사주체로서 설정되어 있다. 구체적으로는 제7조는 아동의 출생신고와 성명권, 국적 취득권 및 부모를 알고 부모에 의해 양육 받을 권리를, 제8조는 아동의 신분을 가질 권리 그리고 그 신분을 유지하고 필요시에는 국가에 의해 신분회복을 다시 받을 수 있는 권리를 규정하고 있다. 제13조는 모든 아동이 자유롭게 표현할 권리를, 제14조는 아동에게도 사상·양심 및 종교의 자유에 관한 기본적인 시민권을 명시한다. 제15조는 아동의 결사 및 평화적인 집회의 자유를, 제16조는 모든 아동이 사생활, 가족, 가정 또는 통신에 대하여 자의적이거나 위법적인 간섭을 받지 아니하며 또한 명예나 신망에 대한 위법적인 공격을 받지 않을 권리를 규정한다. 제17조는 아동의 권리와 관련된 대중매체의 역할을 규정하고 있으며 다양한 정보원으로부터 아동의 신체적·정신적 건강의 향상을 위한 정보와 자료에 접근할 권리가 있음을 명시한다. 이러한 규정들은 아동을 보호의 대상으로만 생각하는 것이 아니라 하나의 인간으로서 권리를 향유하고 행사하는 주체로서 설정한 것이다.

이 협약에 비추어 본다면 우리나라의 친권제도는 아동학대와 같은 친권자의 부적절한 행위로부터 자를 보호하기 위한 제도가 제대로 갖추어져 있지 않은 것이 되므로, 친권에 제약을 가하는 등의 제도의 정비가 필요하다고 생각된다. 특히 부모가 서로 다른 문화에서 성장한 다문화가정에서의 필요성은 더욱 절실하다고 할 수 있다.

3. 이상과 같이 우리나라의 현행 친권제도는 전근대성에서 많이 탈피하였

다고 할 수 있으나, 아직도 자(子)가 아닌 부모 관점에서의 친권으로 기능하는 경우가 더 많아, 국제결혼에 따른 다문화가정의 증가 및 국내이주자들의 증가에 따른 다문화사회에 적절하게 대응하지 못하는 있는 실정이다.

따라서 본 연구는 다문화사회에 있어서 ‘자의 복리’ 실현에 저해요인으로 작용하는 전근대성을 완전하게 탈피하여 국내이주자들이 우리나라에 정착하는 과정에서 친권제도에 관하여 법감정의 차이로 겪게 될 혼란을 미연에 방지할 수 있도록 친권제도를 다문화사회에 조화시킬 수 있는 방안을 모색하는데 그 목적이 있다.

그러므로 이하에서는 현행 우리나라의 친권제도를 외국의 입법례와 비교하면서 다문화사회에 적합할 수 있는지 여부를 검토하고자 한다. 이를 위하여, 친권의 개념 또는 본질에 대하여(Ⅱ), 친권의 행사에 대하여(Ⅲ), 친권의 내용 또는 효력에 대하여(Ⅳ) 각각 우리나라와 외국의 제도를 비교·검토하고자 한다. 그러나 친권제도의 전반에 대하여 고찰하기 보다는 다문화사회에 적용함으로 인하여 문제가 될 수 있는 범위 내에서만 고찰한다.

Ⅱ. 친권의 개념과 본질

1. 우리나라의 친권개념 및 본질

친권의 개념 및 그 성질에 관하여 우리나라의 현행법에는 규정하는 바가 없다. 그러나 민법 제909조에서 “부모는 미성년자인 자의 친권자가 된다.”고 규정하고 있고, 제913조 이하의 규정에서 친권자의 자에 대한 보호·교양의 권리의무, 거소지정권, 징계권, 자의 특유재산에 대한 관리권, 자의 재산에 관한 법률행위의 친권자의 대리권 등의 규정에서 보면, 친권이란 미성년인 자를 보호·교양하기 위하여 부모에게 인정된 권리의무의 총칭이라고 할 수 있다.⁵⁾

5) 윤용섭, “친권과 후견”, 민사판례연구 제18집, 박영사, 1996, 553면.

이러한 규정에 따르면 우리 민법상 친권은 자에 대한 보호양육의무 등을 인정하는 측면에서 자에 대한 의무성과 친권의 내용으로서 거소지정권 및 징계권, 제3자의 침해 등에 대한 권리를 인정하고 있는 것에서 권리성을 동시에 가지는 양면성을 띤다고 할 수 있다.⁶⁾ 따라서 친권은 부모가 미성숙 자녀의 복리나 보호 등을 위하여 가지는 권리뿐만 아니라 의무도 포함한다고 할 수 있다. 판례도 또한 친권은 미성년인 자의 양육과 감호 및 재산관리를 적절히 함으로써 그의 복리를 확보하도록 하기 위한 부모의 권리이자 의무의 성격을 갖는 것⁷⁾이라 판시하고 있다.

그러나 현행 민법은 이혼시에 양육권자와 친권자를 정하도록 하고 있다. 이는 역사적으로 이혼 후에도 아버지가 자녀에 대한 고유의 권한인 친권을 그대로 보유하는 것을 원칙으로 한다는 것에서 유래한다고도 한다.⁸⁾ 결국 아직도 우리나라는 친권을 자녀에 대한 의무라기보다는 권리적인 측면을 보다 강조하고 있다고 할 수 있다. 그러나 친권이 권리로서의 성질을 가진다고 하더라도 그것은 자에 대한 지배권이나 부모의 개인적 이익을 위한 권리는 아니라 할 것이다.⁹⁾

2. 비교법적 고찰

가. 일본

현행 일본민법은 제818조 제1항에서 “성년에 달하지 않은 자(子)는 부모의 친권에 복종한다.”고 규정하여 친권을 ‘부모의 권리’로서 자리매김하여 왔지만, 그것이 동시에 의무를 수반한다는 것은 일본 구민법 이래 규정상으로 명시

6) 고정명, “친권의 권리성과 자녀의 이익”, 법정논총 제5집, 국민대 법학연구소, 1983, 27면; 김명숙, “자의 복리와 친권, 子の 권리”, 안암법학 제28호, 안암법학회, 2009, 99면; 김용욱, “현행친권제도의 검토”, 법학연구 제27권 제1호, 부산대 법학연구소, 1984, 7면; 한봉희 외, “2000년대를 향한 한국가족법의 위상에 관한 연구”, 가족법연구 제5호, 1991, 73면 등.

7) 대결 1993.3.4., 93스3; 대판 2008.5.8., 2008므380; 대판 2009.4.9., 2008므3105; 대판 2012.4.13., 2011므4719 등.

8) 김상용, “이혼후의 양육자 및 친권자 결정에 있어서 민법이 갖는 몇가지 문제점”, 사법행정 제 428호, 1996, 13-14면 참조.

9) 이경희, 가족법, 법원사, 2008, 225면.

되어 있다(구민법 제879조, 현행민법 제820조).¹⁰⁾

이와 관련하여 일본 구민법 제879조에 관한 법전조사회의 논의 속에서는, 친권의 의무성을 명기하였지만, 穗積八束은 친권관계를 자가 부모에 복종하는 권력관계로 받아들이고, 친권에 의무성이 있다고 하더라도 그것은 ‘국가에 대한 의무’라고 하였으나,¹¹⁾ 梅廉次郎는 그것을 ‘자에 대한 의무’라고 하였다.¹²⁾ 그러나 제2차 세계대전 후 ‘친권’이라는 개념을 폐기하려는 움직임도 있었다. 그리고 ‘배려’라는 것은 친자에 한하지 않고 후견인 일반에 타당하므로, 친권을 후견 속에서 해소하는 것은 어떤가라는 주장이 유력하게 되었으나, 이 제안은 실현되지 못하였지만, 배후에 있는 기본적인 사상은 지지를 받았다.¹³⁾

나. 독일

독일민법은 친권에 관하여 제1626조 제1항에서 “부모는 미성년자를 위하여 배려할 의무와 권리를 가진다.”라고 규정하고, 또한 이 친권에는 자에 대한 신상배려(Personensorge)와 재산배려(Vermögenssorge)를 포함한다고 규정하고 있다.¹⁴⁾ 여기에서의 친권개념은 역사적으로 ‘父의 권리’에서 ‘부모의 권리’로 발전하여 왔다. 그런데 1979년 7월 18일 ‘친권의 새로운 규율에 관한 법률’¹⁵⁾에 의한 개정으로, 친권제도는 종래의 부모의 지배권적 성격을 버리고 오로지 자의 복지를 지도이념으로 하는 자립한 개인으로 성장하는 과정에 있는 자의 보호와 보조를 위한 제도로 전환되었다. 그것은 종래에 사용하던 ‘elterliche Gewalt(부모의 권력)’라는 용어를 부모의 배려 또는 관심에 해당하는 ‘elterliche Sorge(친권)’¹⁶⁾로 변경한 것에서 여실하게 나타나고 있다고 할

10) 大村敦志, 家族法, 有斐閣, 2010, 116面.

11) 法典調査會議事速記録, 第151回49丁, 巖松堂書店, 1933 참조.

12) 法典調査會議事速記録, 第151回50丁, 巖松堂書店, 1933 참조.

13) 内田貴, 民法Ⅳ 親族·相續, 東京大學出版會, 2004, 210面 참조.

14) BGB §1626(Elterliche Sorge) (1) Die Eltern haben die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen(elterliche Sorge). Die elterliche Sorge umfasst die Sorge für die Person des Kindes(Personensorge) und das Vermögen des Kindes(Vermögenssorge).

15) Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18.7.1979, BGBl. I, S. 106.

16) 독일법상의 elterliche Sorge를 ‘친권’이 아니라 ‘부모의 배려’로 번역하는 경우(김명숙, “자의

수 있다.¹⁷⁾ 이는 친권이 부모의 관점에서의 자녀에 대한 지배적인 권리가 아니라, 자녀의 관점에서의 배려 또는 관심을 의미한다는 것을 명문화한 것이다. 즉, 친권은 부모의 권리라기보다도 의무가 많이 결부되어 있다는 것을 명시한 것이다.

그리고 제2항에서 “자의 육성과 교육에 있어서 부모는 자립적이고 책임을 의식한 행동을 위한 자의 능력의 증대와 육구의 증대를 고려한다. 부모는 자의 발달단계에 비추어 적절한 한도에서 부모의 배려의 문제를 자와 협의하고 합의에 노력한다.”고 규정하고 있다. 이 규정은 1979년 개정에 의해서 신설된 도입된 것으로 위의 친권의 이념을 나타내는 규정이라고 할 수 있다. 또한 자에 대한 공동결정권이 일정범위에서 보증되는 외에, 국가에 의한 요보호아동을 위한 개입조치가 확충되었다.

그리고 1997년 12월 16일¹⁸⁾ ‘친자법의 개정에 관한 법률’¹⁹⁾에 의해서 적출자와 비적출자의 구별이 철폐되었고, 부모의 배려도 이혼후의 부모의 공동배려를 처음으로 도입하게 되었다. 또한 동법은 친자의 면접교섭이 자의 권리라는 것을 처음으로 명문화하였다(독일민법 제1684조 제1항).

복리와 친권, 자의 권리”, 안암법학 제28호, 안암법학회, 2009, 99면; 김은아, “친권의 본질과 행사상의 문제”, 법학논총 제26집 제2호, 한양대 법학연구소, 2009, 253면 등)와, ‘부모의 감호’로 번역하는 경우(윤용섭, 앞의 논문 “친권과 후견”, 554면 각주 3) 등이 있다. 이것은 1979년 개정에 의해서 *elterliche Gewalt*(부모의 권력)가 ‘*elterliche Sorge*’로 용어가 변경되면서, 부모의 권리보다는 의무를 강조한 것에서 비롯된 것으로 보인다. 그러나 독일법상에서도 ‘*elterliche Sorge*’의 권리측면을 가리켜 ‘*Sorgerecht*’라는 용어가 사용되는 경우도 많다. 그러므로 이 연구에서는 ‘*elterliche Sorge*’를 ‘친권’이라는 용어로 통일하여 사용한다.

17) 입법과정에서 이미 *elterliche Gewalt*는 지배권적 성격을 가지지 않고 주로 의무와 결부되어 있는 것이라고 하더라도, 그 용어는 부모는 자의 연령과 성숙도, 이해도를 고려하지 않고 일방적인 지시로 자신의 자와의 관계를 형성할 수 있다는 오해를 초래할 수밖에 없었고, 또한 신체적 징계를 교육의 필요적 구성요라고 하는 오해도 배제할 수 없다고 지적되었다(BT-Drucks. 8/2788(1977), S. 36).

18) 그 이후에도 독일은 친권법의 개선 작업을 계속하여, 2000년 11월 2일의 ‘교육에서의 폭력의 배제와 자의 부양법의 개정에 관한 법률’(Gesetz zur Ächtung der Gewalt in Erziehung und zur Änderung des Kindesunterhaltsrechts)(BGBI. I, S. 1479), 2008sus 7월 4일의 ‘자의 복지에 위험이 미치는 경우에 가정법원의 조치를 간소하게 하기 위한 법률’(Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls)(BGBI. I, S. 1188) 등의 개정을 통하여 자의 복지를 추구하고 있다.

19) Gesetz zur Reform des Kindschaftsrecht (KindRG) vom 16.12.1997, BGBI. I, S. 2949.

다. 영국

영국법에서는 자에 대한 부모의 법적지위는 후견(guardianship)으로 이해되어 부(父)가 자의 자연적 후견인이 되었으나, 이후의 개정에 의해 모(母)도 부와 동등한 권리를 가지게 되었다. 그러나 1989년 아동법(Children Act 1989)의 개정에 의해 이러한 원칙은 폐지되고, 종래부터 사용하던 ‘부모의 권리와 의무’라는 용어를 대신하여 ‘부모의 책임’이라는 새로운 개념을 도입하였다.²⁰⁾ 즉, 영국에서의 친권은 부모의 책임이라는 측면을 강조하여 1989년 아동법 개정에 의하여 Parental right 또는 Parental power(친권)을 Parental responsibility(부모의 책임)로 변경하였다.²¹⁾ 따라서 1989년 아동법 개정 이후에는 결혼하지 않은 부(父)가 후견인이 되는 경우를 제외하면 부모가 후견인으로 되는 경우는 없다.²²⁾

자의 감호양육과 재산관리에 관하여 부모가 가지는 권리의무에 관하여, 종래의 법률은 “친의 권리의무(parental rights and duties)”, “여러 권능의무(powers and duties)” 또는 “여러 권리와 권위(rights and authority)” 등의 용어가 사용되었지만, “부모의 책임(parental responsibility)”이라는 개념을 사용함으로써 부모의 의무를 보다 강조하고 정확하게 반영되게 되었다. 이 새로운 개념의 기초이념은 부모가 가지는 것은 권리가 아니라 책임이라는 사고방식이고, 자의 권리의 중시를 배경으로 하고 있다고 할 수 있다.

3. 소결

친권의 개념에 관하여 우리 법에는 규정이 없으나 민법 제913조 이하의 규정을 해석하면, 친권은 미성년의 자녀에 대한 보호 및 교양할 권리의무라 할 수 있다. 물론 우리나라도 친권이라 하여 부모의 권리적인 측면만을 부각시키

20) Law Com. N. 172, Family Law, Review of Child Law, Guardianship and Custody, para. 2-1-2. 5(1989).

21) Children Act 1989 s3(1) In this Act “Parental responsibility” means all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property.

22) Nigel Lowe and Gillian Douglas, Bromley’s Family Law, 10 ed., Oxford University Press, 2007, p. 445

는 전근대적인 관점에서 다소 벗어났다고 할 수 있다. 그러나 친권이라는 용어와 관련하여 독일민법에서의 친권에서의 자(子)의 의사를 존중하는 의무(배려)라는 측면을 강조하여 Elterliche Gewalt(부모의 권력) 대신에 Elterliche Sorge(친권)라는 용어를 사용하고, 영국에서는 부모로서의 지위가 권리라기보다는 책임의 문제라고 하여 Parental right 또는 Parental power(부모의 권리) 대신에 Parental responsibility(부모의 책임)라는 용어를 사용하는 것과 비교하면, 우리나라는 아직도 권리적인 측면이 강하게 작용한다고 할 수 있을 것이다.

이러한 일본·독일 및 영국에서 사용하는 용어와 우리 법의 해석상의 의미를 비교하면, 기본적으로 친권의 본질은 권리이자 의무로서의 성격을 가지는 것에서는 동일하다. 그러나 독일과 영국의 경우에는 친권을 자에 대한 지배권이나 부모의 개인적 이익을 위한 권리가 아니라 부모가 부모로서의 의무를 이행함에 있어서의 권리, 자를 건전하게 양육하는 부모로서의 의무를 다하는 것을 의미하는 의무성이 강한 권리라고 할 수 있다.

이상에서와 같이 여러 외국의 입법례에서는 친권의 성질을 권리이자 의무의 성격을 가진다는 측면에서는 우리의 친권제도와 거의 차이가 없다고 할 수 있다. 그러나 외국의 입법례는 권리보다는 의무적인 측면을 보다 더 강조하는 점에서는, 아직도 상대적으로 부모의 권리로서의 측면이 보다 더 강조되고 있는 우리 민법상의 친권과는 차이를 보이고 있다고 할 수 있다. 이러한 차이는 우리나라의 다문화가정에서는 분란의 소지가 있는 만큼 정비의 소지가 있다고 생각된다.

Ⅲ. 친권의 행사

1. 우리나라의 친권의 행사

우리 민법은 2005년 개정으로 제909조 제1항에서 “부모는 미성년자인 자의

친권자가 된다. 양자의 경우에는 양부모(養父母)가 친권자가 된다.”라고 규정하여 부모가 친권자가 되는 것을 선언하고 있고, 제912조에 “친권을 행사함에 있어서는 자의 복리를 우선적으로 고려하여야 한다.”라는 규정을 신설하여 친권을 행사함에 있어서 ‘자의 복리’가 최고의 우선원칙이라는 것을 규정하고 있다.

친권행사와 관련하여서는 부모가 혼인 중의 자인 경우, 혼인 외의 자인 경우, 양자인 경우 등의 경우에는 규정을 두고 있어 해결하고 있으나, 몇몇의 경우에는 아무런 규정을 두지 않아 문제가 된다.

먼저 부모가 혼인 중인 자의 경우에는 제909조 제2항에서 “친권은 부모가 혼인 중인 때에는 공동으로 이를 행사한다.”고 규정함으로써, 부모가 친권자가 되고, 부모 일방의 경솔한 친권행사를 방지하여 신중한 의사결정에 의하여 자녀를 보호하고, 남녀평등주의의 실현을 도모하기 위하여 부모가 혼인 중인 경우에는 공동으로 친권을 행사하도록 하고 있다.

다음으로, 혼인외의 자가 인지된 경우와 부모가 이혼하는 경우에는 부모의 협의로 친권자를 정하여야 하고, 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 가정법원은 직권으로 또는 당사자의 청구에 따라 친권자를 지정하여야 한다. 다만, 부모의 협의가 자(子)의 복리에 반하는 경우에는 가정법원은 보정을 명하거나 직권으로 친권자를 정한다(제909조 제4항). 이혼의 경우에도 공동친권의 여지를 남겨두고 있다.

그리고 양자는 양부모가 친권자가 되지만, 입양이 취소되거나 파양된 경우 또는 양부모가 모두 사망한 경우 친생부모 일방 또는 쌍방, 미성년자, 미성년자의 친족은 그 사실을 안 날부터 1개월, 입양이 취소되거나 파양된 날 또는 양부모가 모두 사망한 날부터 6개월 내에 가정법원에 친생부모 일방 또는 쌍방을 친권자로 지정할 것을 청구할 수 있다. 다만, 친양자의 양부모가 사망한 경우에는 그러하지 아니하다(제909조의2).²³⁾ 그러나 입양의 취소·파양·양부모의 사망이 아닌 경우로서 양부모가 친권을 행사할 수 없는 경우에 대해서는 아무런 규정이 없으므로, 친생부모가 친권을 행사할 수 있는가 하는 것

23) 제909조의2는 2011년 5월 19일 민법일부 개정으로 신설된 조문으로, 2013년 7월 1일부터 시행된다.

이 문제된다. 또한 친양자로 입양되면 친양자 입양 전의 친족관계는 종료하게 되므로, 친양자 입양 후 파양의 경우에 친생부모가 친권자가 되는가 하는 것이 문제되지만, 규정이 없다. 일반양자로 입양된 후 파양된 경우에는 친생부모의 친권이 부활하는데 지장이 없는 것과는 대조적이다.

끝으로 1990.1.13. 법률 제4199호로 개정된 민법과 그 부칙 제9조에 의하면, 계모자 관계로 인한 친계와 계모의 친권 행사에 관한 구 민법 제773조, 제912조의 규정은 삭제되어 계모의 자에 대한 친권은 위 개정 민법 시행일인 1991.1.1. 이후부터는 소멸되었다고 할 것이다.²⁴⁾ 따라서 계부·계모는 현행법 상으로는 인척관계이므로 친권자로 될 수 없다는 문제가 있다.

2. 비교법적 고찰

가. 일본

일본민법 제818조 제1항은 “성년에 달하지 않은 자는 부모의 친권에 복종한다.”고 규정하고, 제3항은 “친권은 부모의 혼인중은 부모가 공동으로 행사한다.”고 규정하여, 부모가 혼인 중에는 부모의 공동친권을 규정하고 있다. 다만, 부모의 일방이 친권을 행사할 수 없는 때는 단독친권이 허용된다(제3항 단서). 그러나 일본민법은 부모의 공동친권을 규정하면서도 부모의 의견이 일치하지 않는 경우에는 규정이 없다. 그러므로 이러한 경우에는 가정법원의 심판사항으로 하자는 견해도 있으나, 이혼시의 친권자를 결정하는 형태로 처리하자는 견해도 있다.²⁵⁾

이혼시의 친권자에 대하여 일본민법은 협의이혼인 경우에는 부모가 협의로 일방을 친권자를 정하여야 하고(제819조 제1항), 재판상 이혼의 경우에는 법원이 부모의 일방을 친권자로 정한다(제2항)고 규정하고 있어, 부모가 이혼한 경우에는 단독친권을 원칙으로 하고 있다. 또한 자가 출생전에 부모가 이혼한 경우에는 친권은 부모가 행사하지만, 자의 출생후에 부모가 협의로 부(父)를 친권자로 정할 수 있도록 하고 있다(제3항). 이러한 경우에 협의가 되

24) 대판 1991.10.11., 91다24083.

25) 内田貴, 前掲書, 236面 참조.

지 않거나 협의를 할 수 없을 때에는 가정법원은 부 또는 모의 청구에 의하여 협의를 대신하는 심판을 할 수 있다(제4항).

비적출자의 친권자는 명문의 규정은 없지만 당연한 귀결로서 모가 된다.²⁶⁾ 그러나 부가 인지를 하고 부모의 협의로 부를 친권자로 정한 경우에는 부가 친권자가 된다(제819조 제4항). 그러므로 비적출자의 친권은 공동친권은 있을 수 없고, 언제나 단독친권이 된다.

나. 독일

친권을 가지는 자(Sorgeberechtigte)는 ‘부모’이고, 공동친권이 원칙이며 예외적으로 단독친권을 행사한다. 공동친권을 가지는 경우는 다음의 경우이다. ① 혼인 중인 부모는 제1626조 제1항 제1문의 “부모는……”이라는 규정에 의하여 미성년자에 대하여 공동으로 친권을 행사한다. ② 제1626조 제1항 제1문의 공동친권은 혼인 중인 부모에 한정하고 있지 않으므로 부모의 별거나 이혼은 공동친권에 당연히 영향을 미치지 않는다. 이 이혼 후의 공동친권은 1997년 친자관계개정법에 의해서 도입된 것이다. 1979년 법률 개정시에 단독친권이 상당하다고 하였지만,²⁷⁾ 1982년에 연방헌법재판소에 의해서 위헌으로 결정되었다.²⁸⁾ 그러나 이혼후 공동친권이 강제되는 것이 아니라, 이혼 후에 공동친권을 계속할 것인지 여부는 부모의 자기결정에 맡겨두고 있다(독일민법 제1671조 제1항). ③ 1997년 독일민법 개정으로 제1626a조 제1항에 “자의 출생시에 부모가 혼인하지 않은 때에는 다음의 경우에 부모에게 공동으로 친권이 귀속한다. 1. 부모가 친권을 공동으로 행사하는 것을 희망하는 취지의 의사표시를 한 때. 2. 부모가 혼인을 한 때. 다만, 혼인이 뒤에 무효로 된 때에도 적용된다.”라는 규정을 두어, 혼외자의 부모에게도 그 부모가 ‘공동친권의

26) 内田貴, 前掲書, 238面.

27) 이 논의는 1997년 개정을 위한 1992년 독일 법조대회에서도 격렬하게 다투어졌는데, 그 자제한 내용에 대해서는 岩志和一郎, “親子關係と婚姻—第59回ドイツ法曹大會の議論から—”, 早稲田法學 第69卷第4號, 43面 이하 참조.

28) BVerfGE 61, 358ff. 이 판결은 1979년 개정으로 단독친권에 예외를 인정하지 않는 점에 기본법 제6조 제2항에 합치하지 않는다고 한 것이다. 이 판례에 관하여 상세한 것은 전현정, “독일의 개정민법에서 이혼 후의 공동친권에 관한 고찰”, 인권과 정의 제288호, 2000, 61면 이하; 神谷遊, “西ドイツ離婚法をめぐる三つの違憲裁判例”, 同志社法學 第36卷第3號, 41面 이하 참조.

의사표명'(Sorgeerklärung)을 한 경우에는 공동친권을 가능하게 하였다. 이러한 공동친권의 의사표명은 부모의 자기결정권의 존중을 기초로 하므로 (Elternautonomie), 부모의 의사표시만으로 성립하고 가정법원에 의한 심사나 자의 동의는 요건으로 되지 않으며, 부모의 동거도 요건은 아니다.²⁹⁾ 그 이외에 혼외자의 부모의 경우에는 모가 친권을 행사한다.

단독친권은, 부모가 혼인하지 않았고 공동친권의 의사표명을 하지 않은 경우에는 모가 단독친권을 행사하고(제1626a조 제2항),³⁰⁾ 부모의 청구, 기타 이유에 의하여 공동친권이 종료한 경우에는 부모의 일방이 단독친권을 가진다(제1671조).

또한, 친권자로서의 자격을 가지는 것은 친생부모만이 아니라 양친도 대상이 된다. 부부에 의한 공동양자입양 또는 배우자의 자와의 양자입양에서는 공동친권이 성립하고, 그 이외의 단독양자입양에 있어서는 단독친권이 성립한다(제1754조 제3항).

다. 영국

영국에서 '부모의 책임'을 부담하는 자는 부모만이 아니라 부모가 아닌 자라 하더라도 다양한 방법에 의하여 부모의 책임을 부담하는 자의 지위를 취득할 수 있다.

먼저 모는 자의 부(父)와의 혼인여부를 묻지 않고 언제나 자에 관한 부모의 책임을 부담한다(1989년 아동법 제2조 제1항, 제2항 a호). 부(父)는 자의 출생시에 모와 혼인한 경우에는 당연히 자에 관한 부모의 책임을 가지지만(제2조 제1항), 자의 모와 혼인하지 않은 경우에는 별도로 부모의 책임을 부담하는 자의 지위를 취득하지 않는 한 부모의 책임이 없다(제2조 제2항 b호).

혼인을 하지 않은 부(父)가 부모의 책임을 취득하는 방법으로는, ① 자의 출생신고시에 자의 부(父)로서 등록하는 경우(제4조 제1항 a호), ② 부와 자의 모가 합의³¹⁾에 의해 부가 자의 부모의 책임을 가지는 것을 정하는 경우

29) Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 5. Aufl., München, 2006, S. 704.

30) 혼외자의 부(父)는 모의 동의가 없으면 자를 인지할 수 없으며(독일민법 제1595조 제1항), 공동친권의 의사표명을 하여 공동친권을 취득할 수도 없다(제1626a조 제1항 제1호 참조).

(동항 b호), ③ 법원이 부의 신청에 의해 부가 자의 부모의 책임을 가진다는 취지를 명하는 경우, (동항 c호), ④ 부가 자의 후견인에 임명되는 경우(제5조), ⑤ 법원이 부를 위하여 거소명령을 내릴 때에 제4조의 부모의 책임명령을 내리는 경우(제12조 제1항), ⑥ 부가 자의 모와의 혼인이나 자의 양자입양을 하는 경우 등의 방법이 있다. 또한 혼인을 하지 않은 부는 부모의 책임을 가지지 않는다 하더라도 1989년 아동법에 의해서 자에 관한 제8조 명령을 법원에 신청할 수 있고(제10조 제4항 a호), 자와의 합리적인 교류를 인정받을 수 있는 자격이 있다(제34조 제1항 a호).

다음으로 자의 부모가 아닌 자는 후견인을 제외하고 부모의 책임을 가지는 효과를 법원명령에 의해 자에 관한 부모의 책임을 취득할 수 있다. 다만 양자명령의 경우를 제외하고 일정한 권리의무에 관한 제약이 따르는 것이 일반적이다. 또한, 1994년 ‘인간의 수정 및 배양에 관한 법률’³²⁾ 제30조에 의한 배우자제공자를 위한 부모명령(parental order)에 의해 자에 관한 부모의 책임은 양자명령과 마찬가지로 부모명령신청인에게 부여된다.³³⁾

그리고 계부모(step-parent)는 거소명령에 의해 자에 관한 부모의 책임을 취득할 수 있는데, 2002년 개정법에 따라 ① 계부모와 자의 부모로서 자의 부모의 책임을 가지는 자(者)와의 합의에 의해 계부모가 자의 부모의 책임을 가지는 것을 정할 수 있고(제4A조 제1항 a호), ② 계부모의 신청에 의해 법원이 계부모가 자의 부모의 책임을 가진다는 취지를 명하는 것(동항 b호)에 의해 부모의 책임을 취득할 수 있다.

이러한 부모의 책임의 행사방법은, 자에 관하여 부모의 책임을 가지는 자가 여러 명 있을 때에는 공동행사가 요구되지 않고 각각이 단독으로 부모의 책임을 행사하기 위하여 행동할 수 있는 것이 원칙이다. 다만, 법률에 의해서 일정한 행위유형에 관하여 다른 부모의 책임을 가지는 자의 동의를 얻어야 행위를 할 수 있는 것이 규정된 경우가 있다(제2조 제7항).

31) 부모의 책임에 관한 합의(parental responsibility agreement)를 말한다.

32) Human Fertilisation and Embryology Act 1994.

33) Parental Orders(Human Fertilisation and Embryology) Regulations 1994(SI 1994/2767); Adoption and Children Act 2002(Commencement No. 10 Transitional and Savings Provisions) Order 2005(SI 005/2897), art. 14.

3. 소결

이상에서 살펴본 바와 같이 오늘날의 대부분의 국가에서는 부모가 혼인 중인 경우뿐만 아니라 이혼 후에도 부모가 공동으로 친권을 행사하도록 하고 있다는 것을 알 수 있다. 그러나 우리나라에서 문제되는 몇몇에 대해서는 다른 국가의 제도를 살펴볼 필요가 있다고 생각된다.

먼저, 오늘날 대부분의 국가들이 친권을 가부장 또는 부모의 자녀에 대한 권리로서 뿐만 아니라 자녀 중심적 권리로서 기능하고 있는 것과 함께 UN의 ‘아동의 권리협약’에서도 자의 의사를 존중한다는 원칙을 채택하고 있는 것과 비교하면, 우리 법은 친권행사에 있어서 부모가 평등하게 친권을 행사하고 자녀복지 우선의 원칙이 확립되어 있으나, 자의 의사결정권과 부모의 의사결정권이 충돌하는 문제와 친권공동행사의 원칙 하에서 발생할 수 있는 다양한 문제를 입법적으로 해결하지 못하고 있다. 따라서 다문화가정에 합리적으로 적용할 수 있도록 각 국가들의 친권행사를 참고로 하여 친권행사제도를 정비하는 것이 필요하다고 생각된다.

그리고 우리나라는 1990년의 민법개정에 의하여 계모자 및 적모서자관계가 인척관계로 변화되면서 계부 또는 계모는 계자에 대한 친권이 인정되지 않고 있다. 그러나 이러한 것은 그들의 정서적 유대관계 등의 관점에서 재혼가정이 급속하게 증가하는 우리나라의 현실에 비추어 볼 때 문제가 된다고 할 수 있다. 이에 대하여 스위스민법에서는 계부 또는 계모는 혼인 중인 배우자가 친자에 대한 양육자로서의 책무를 원조할 의무와 권한이 있으며, 영국의 1989년 개정 아동법은 계모 또는 계부에게 친권이 부여될 수 있도록 하고 있다. 또한, UN의 ‘아동의 권리협약’ 제12조 제1항은 “체약국은 자기의 의사를 형성할 능력이 있는 아동이 그에게 영향을 미치는 모든 사항에 관하여 자유롭게 자기의 의사를 표명할 권리를 확보한다. 이 경우에 아동의 의사는 그 아동의 연령 및 성숙도에 따라 상응하게 고려된다.”고 규정하여, 자에게 영향을 미치는 육체적·정신적 복지에 관계되는 모든 사항에 자의 의사자치(의사결정권)를 인정하고 있다.

이러한 여러 외국의 제도들은 다문화사회로 나아가는 우리나라의 법률 정

비에 참고가 될만하다고 생각된다. 그러므로 다문화사회로 나아가는 우리나라에서도 친권자의 범위를 결정하는데 있어 다양한 문화 또는 국가들의 제도들을 심도있게 검토하여 다문화사회에 부합하는 제도로써 정비하는 것이 중요하다고 생각된다.

따라서 친권제도의 이러한 한계를 극복하고 보완하여 미성년자의 권리를 적극적으로 보호·보장하기 위해서는 UN아동권리협약이나 여러 외국의 입법례를 비교·분석하는 것이 다문화사회로 나아가는 우리 법의 개선방향 또는 정책설정에 기여하는 바가 크다고 할 수 있다.

IV. 친권의 내용

1. 우리나라의 친권 내용

우리 민법상 친권은 자에 대한 보호양육의무 등을 인정하는 측면에서 자에 대한 의무성과 친권의 내용으로서 거소지정권 및 징계권, 제3자의 침해 등에 대한 권리를 인정하고 있는 것에서 권리성을 동시에 가지는 양면성을 띤다고 할 수 있다. 여기에서는 일반적인 친권의 내용(효력) 전반에 관하여 언급하기 보다는 외국과 비교하여 다문화사회화 되어가는 우리나라의 현상에 관하여 문제가 될 수 있는 몇몇 제도에 관하여만 고찰한다.

가. 거소지정권

우리 민법은 제914조에서 친권자에게 거소지정권을 인정하고 있다. 이는 친권자가 미성년인 자녀의 보호·교양을 위하여 인정되는 것으로, 보호·교양권의 구체적인 내용³⁴⁾을 이루는 것으로 보고 있다.³⁵⁾

34) 처가 자를 보호, 교양하고 있고 그것이 자의 의사에 반하지 아니한다면 부로서 자에 대하여 갖는 친권 특히 보호, 교양의 권리가 침해되었다거나 그 행사가 방해되었다고 볼 수 없고, 부모의 의견이 일치하지 않는 경우의 부의 친권행사로서 거소를 지정한다 하여 모에게 그 자의 인도를 청구할 수 없다(부산고판 1989.02.24., 88르474).

그런데 우리 민법상 양육권자가 반드시 친권자가 되는 것은 아니고,³⁵⁾ 일정한 경우에는 양육권자 및 친권자의 변경이 인정된다(제837조 제5항, 제909조 제6항). 이에 따라 양육권자인 친권자가 자의 거소를 변경하는 경우, 예를 들면 비양육권자 및 비친권자의 거주지역으로부터 멀리 거주장소를 지정함으로써 인하여 이들의 면접교섭 등이 곤란해질 경우에는 비양육권자 및 비친권자가 양육권 및 친권의 변경을 청구할 여지가 있을 것이다.³⁷⁾ 또한, 친권자가 아닌 양육권자가 거주지를 옮길 경우에 미성년자의 거소지정권을 가진 친권자가 미성년자의 거소변경을 반대하는 경우에는, 현행법상으로는 양육자가 임의로 거주지를 변경할 수 없게 되는 문제가 발생하게 된다.

이러한 경우에는 현행 민법상으로는 제837조 제5항과 제909조 제6항에 의하여 ‘자의 복리’를 기준으로 친권자의 변경 및 양육사항의 변경을 결정하게 될 것이지만, 이것으로 다문화사회에 있어서 타당한 결론을 도출할 수 있을까 하는 것이 의문이다. 그리고 이러한 문제를 사전에 차단하기 위하여 양육권자와 친권자를 일치시키지 않고 분리를 인정하여야 하는 것도 또한 다분히 문제의 소지가 있다고 생각된다.

나. 징계권

우리 민법은 제915조에서 “친권자는 그 자를 보호 또는 교양하기 위하여 필요한 징계를 할 수 있고 법원의 허가를 얻어 감화 또는 교정기관에 위탁할 수 있다.”라고 규정하여, 친권자의 징계권을 일반적으로 인정하고 있고, 다만 감화 또는 교정기관에 위탁하는 경우에만 법원의 허가를 받도록 하고 있다. 이에 따라 친권자는 자를 보호하고 교양할 권리의무를 이행하기 위하여 필요

35) 김주수, 주석 친족상속법, 법문사, 1993, 397면.

36) 김주수·김상용, 친족상속법, 법문사, 2007, 209면.

또한 대판 2012.04.13., 2011므4719도 “부부의 이혼 후 그 자의 친권자와 그 양육에 관한 사항을 각기 다른 조항에서 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 이혼 후 부모와 자녀의 관계에 있어서 친권과 양육권이 항상 같은 사람에게 돌아가야 하는 것은 아니며, 이혼 후 자에 대한 양육권이 부모 중 어느 일방에, 친권이 다른 일방에 또는 부모에 공동으로 귀속되는 것으로 정하는 것은, 비록 신중한 판단이 필요하다고 하더라도, 일정한 기준을 충족하는 한 허용된다고 할 것이다.”라고 판시하고 있다.

37) 윤부찬, “친권 및 면접교섭의 변경사유로서 미성년자의 거소변경”, 가족법연구 제24권 제1호, 한국가족법학회, 2010, 7면 참조.

한 징계를 할 수 있기는 하지만, 인격의 건전한 육성을 위하여 필요한 범위 안에서 상당한 방법으로 행사되어야만 할 것이다.³⁸⁾

그러나 일반적인 징계권에 관해서는 심각한 아동학대를 하는 경우에도 그것을 ‘가정교육’ 또는 ‘예의범절’이라고 인식하는 경우가 많다. 그러나 다문화 가정에서의 징계권은 서로 다른 문화를 가진 부모의 의견이 서로 일치하지 않는 경우에 심각한 가정문제가 발생할 소지가 있다. 그러므로 그러한 경우에 다른 국가에서는 어떠한 조치를 취할 수 있도록 하는지를 비교법적인 분석을 통하여 고찰할 필요가 있으며, 경우에 따라서는 국가의 개입이나 관여를 허용하는 입법이 바람직하다고 생각된다.

다. 친권상실

우리 민법은 제924조에서 “부 또는 모가 친권을 남용하거나 현저한 비행 기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있는 때에는 법원은 제777조의 규정에 의한 자의 친족 또는 검사의 청구에 의하여 그 친권의 상실을 선고할 수 있다.”고 규정하여 일정한 경우에는 친권자의 친권을 박탈할 수 있도록 하고 있다. 그러나 실제로 민법상의 친권상실선고청구권자인 친족과 검사는 그 청구가 임의규정으로 되어 있고, 아동복지법상의 청구권자인 지방자치단체장에 의한 친권상실을 선고한 예는 없다. 그럼에도 불구하고 미성년자 본인, 아동보호전문기관장, 가정위탁지원센터장, 아동복지시설장 등의 이해관계인은 친권상실선고청구권이 없다.

따라서 친권상실선고청구권자인 민법 제777조의 규정에 의한 친족, 검사, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 외면하는 경우에는 그 미성년자는 구제의 방법이 없게 된다. 그러므로 서로 다른 문화에서 성장하여 결합한 다문화가정에 적합하도록 하기 위해서는 미성년자 본인이나 이해관계를 가지는 일정한 시설의 장에게 청구인으로서의 자격을 부여하는 등 청구권자의 범위를 보다 더 확대할 필요성이 있다고 본다.

38) 따라서 예를 들면, 스스로의 감정을 이기지 못하고 야구방망이로 때릴 듯이 피해자에게 “죽여 버린다.”고 말하여 협박하는 것은 그 자체로 피해자의 인격 성장에 장애를 가져올 우려가 커서 이를 교양권의 행사라고 보기도 어렵다(대판 2002.2.8., 2001도6468).

2. 비교법적 고찰

가. 일본

부모가 보호를 필요로 하는 자를 배려하는 관계는, 첫째, 독립적인 사회인으로서의 사회성을 발전시키기 위하여 자를 육체적으로 감독·보호하고, 정신적 발달을 피하기 위한 배려를 하고(신상감호), 둘째, 자가 재산을 가지는 경우에 그 재산관리를 하거나 또는 자의 재산상의 법률행위에 관하여 자를 대리하거나 동의를 하거나 한다(재산관리)(일본민법 제820조 이하 참조). 여기에서는 우리나라에서 문제로 된 사항에 대해서만 몇 가지 고찰한다.

(1) 거소지정권

일본민법 제821조는 “자는 친권을 행사하는 자가 지정한 장소에 그 거소를 정하여야 한다.”라고 규정하여, 친권자에게 일반적으로 인정되는 감호·교육의 권리의무를 행하기 위하여 자의 거소를 지정할 권한이 있다는 것을 명시하고 있다. 실제로 이 문제에 관해서는 이혼 후의 부모 사이에 다툼이 많다. 이의 해결을 위한 소송의 형태로는 ① 통상의 민사소송(인도청구)³⁹⁾ 외에, ② 인신보호법 제2조에 의한 인신보호청구,⁴⁰⁾ ③ 가정법원에 조정·심판을 청구하여 심판전의 보전처분을 행하는 방법⁴¹⁾도 있다.⁴²⁾

(2) 징계권

일본민법은 제822조에서 “친권을 행사하는 자는 제820조의 규정에 의한 감호 및 교육에 필요한 범위 내에서 그 자를 징계할 수 있다.”고 규정하여, 자의

39) 이 방법에 관해서는 인도의 방법에 관하여 직접강제가 가능한가 여부의 다툼이 있는데, 最判昭和35.3.15 民集14卷3號430面은 친권방해방지의 수단으로서 인도를 인정하고, 最判昭和38.9.17 民集17卷8號968面은 이것을 인정하더라도 물건과 같은 인도를 인정한 것은 아니라고 하였다.

40) 이 방법은 신속한 절차라는 점에서 매력에 있는데, 最判昭和24.1.18 民集3卷1號10面이 그 이용가능성을 인정하고, 最判昭和33.5.28 民集12卷8號1224面이 이것을 확인하고 기본적인 판단구조를 보인 이래, 실제로는 자주 사용된다.

41) 이 방법에 관해서는 자의 생활상황 등을 조사하여 자의 복지에 적합한 결정을 할 수 있다는 점이 강조된다.

42) 大村敦志, 家族法, 174面.

양육을 위하여 부모는 징계를 할 수 있도록 하고 있다.⁴³⁾ 부모의 징계권은 자의 감호·교육 특히 ‘가정교육’에 수반하는 것이다. 여기에는 물리력의 행사도 허용된다고 이해되지만, 일정한 한도를 넘으면 범죄를 구성한다.⁴⁴⁾ 그 외에 민법 제834조에 의하여 친권남용으로서 친권상실의 원인이 된다. 입법론적으로 삭제되어야 한다고 한다.⁴⁵⁾

(3) 친권의 상실

일본민법은 친권의 상실제도로써 친권상실의 심판(제834조), 친권정지의 심판(제834조의2), 관리권상실의 심판(제835조), 친권이 사임 및 관리권사임(제837조)에 관하여 규정하고 있다. 친권상실의 심판과 관리권상실의 심판은 친권자의 의사와 관계없이 자의 복지·이익을 위하여 친권의 전부 또는 일부를 소멸시키는 제도이고, 친권의 사임 및 관리권의 사임은 친권자의 의사에 의하여 친권의 전부 또는 일부를 소멸시키는 제도이다.

나. 독일

부모의 친권은 자의 신상에 관한 것(신상배려)과 재산에 관한 것(재산배려)을 포함한다(독일민법 제1626조 제1항). 또한 친권은 자의 대리권을 포함한다.

(1) 신상배려

먼저 신상배려는 자를 양육, 교육, 감호 또한 그 거소를 지정할 의무와 권리를 포함한다(독일민법 제1631조 제1항). 그러나 신상배려의 내용은 그 이외에도 자의 성장의 조성, 자기책임과 사회생활의 능력을 갖춘 인격형성의 교

43) 그러나 현재에는 가정법원의 허가를 얻어 자를 입소시킬 수 있는 ‘징계장’은 제2차 세계대전 이후에 아동복지법·소년원법의 제정에 의하여 없어지게 되었다. 이 규정의 역사에 관해서는 日辯連法務研究財團離婚後の子どもの親權及び監護に關する比較法研究會編, 子どもの福祉と共同親權, 日本加除出版, 2007 참조.

44) 大村敦志, 家族法, 有斐閣, 2010, 106-107면.

45) 利谷信義, “親と教師の懲戒權”, 日本教育法學會編 · 地域住民と教育法の創造, 日本教育法學會年報第4號, 1975, 191면; 石川稔, 子ども法の課題と展開, 有斐閣, 2000, 77면.

육을 위한 사실적 및 법적 행위의 모두를 말한다.⁴⁶⁾ 교육은 신상배려의 가장 중요한 요소로서, 자의 정신적·정서적·사회적인 성장에 대한 배려를 가리키고, 학교교육 및 직업교육, 종교교육의 선택 및 지원이 그 대상이다. 징계권과 관련하여서는 독일민법 제정당시에 부(父)에게 징계수단의 사용을 인정하였으므로, 최근까지 체벌이나 모욕적인 언어의 사용 등과 교육적 처벌로서의 상당성의 관계가 문제되었다. 이 점에 관하여 2000년에 도입된 현행 제1631조 제2항은 “자는 폭력에 의하지 않고 교육받을 권리를 가진다. 체벌, 정신적 침해 및 기타의 굴욕적인 처벌은 허용되지 않는다.”고 규정하여 교육수단으로서의 폭력을 일절 배제하였다.⁴⁷⁾ 그러나 이 규정의 위반에 대하여 제재를 가하는 규정은 없으나, 체벌 등에 의하여 자에게 위협이 발생한 경우에는 제1666조의 자의 복지에 대한 위협회피에 관한 규정에 따라 처리된다. 또한, 신상배려에는 자의 거소지정권이 포함되는데, 이 권리는 자를 양육·교육 또는 감독을 함에 있어서 불가결한 권리이다. 그러나 부모가 자의 자유를 박탈하는 거소지정(예를 들면, 제한된 공간에서 언제나 감시하고, 시설 밖의 사람과 자유롭게 접촉할 수 없는 상태에 두는 것 등)을 함에 있어서는 가정법원의 허가가 필요하다(제1631b조 제1문).⁴⁸⁾ 자유박탈을 수반하는 시설에의 맡기는 것은 자의 복지를 위할 때, 특히 중대한 자기 또는 타인에게의 위협을 회피함에 필요하고, 다른 수단으로는 그 위협을 회피할 수 없을 경우에만 허용된다(제1631b조 제2문). 이것은 입법자가 제1666조 및 제1666a조에 의한 보호조치 외에 감금에 의한 자의 복지의 위태화에 대응하기 위하여 부모가 자를 시설에 맡길 때, 가정법원에 통지하게 한 것이다.⁴⁹⁾

(2) 재산배려

다음으로 재산배려는 1979년의 개정에 의해 당시까지 사용하던 용어인

46) Staudingers/Peschel-Gutzeit Rn 58 zu 1626.

47) 이 조문은 2000년 11월 2일의 ‘교육으로부터의 폭력의 배제와 자의 부양법의 개정에 관한 법률’(Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung und zur Änderung des Kindesunterhaltsrechts)에 의해서 도입되었다.

48) Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 5. Aufl., München, 2006, S. 782f.; MünchKomm-
Huber, 5. Aufl., München, 2008, Bd 8, § 1631 BGB, Rn. 15.

49) Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 5. Aufl., München, 2006, S. 783.

Vermögensverwaltung(재산관리)를 Vermögenssorge(재산배려)로 용어를 바꾼 것으로, 대리를 포함하는 자의 재산을 관리·보존·증대시키는 것을 목적으로 하는 사실상·법률상의 모든 행위를 말한다.⁵⁰⁾ 독일민법은 자의 재산관리에 관하여 민법제정 당시부터 자의 재산에 대한 부(父)의 용익을 절대권으로서 인정하고, 대리행위나 관리행위에 의해서 자의 재산적 이익이 손상되는 경우를 회피하기 위한 상세한 제한규정을 정비하였다. 그러나 현행법에서는 부(父)의 절대적 용익권은 폐지되었지만, 오로지 자의 이익보호의 관점에서 제한규정은 유지되었다(제1638조 내지 제1649조 참조).

(3) '부모의 배려'의 제한

민법 제1666조 제1항은 “부모의 배려의 남용적 행사, 자의 방치, 부모의 책임에 맡길 수 없는 교육능력의 결함 또는 제3자의 행위에 의해서 자의 신체적, 지적 혹은 정신적 복지 또는 재산이 위험에 노출되는 경우에 부모가 위험을 방지하려고 하지 않을 때 또는 위험을 방지할 수 없는 상태에 있는 때에는 가정법원은 위험의 방지를 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이 규정은 부모의 배려가 적절하게 행하여지지 않는 것에 의해서 자의 인격적 이익 및 재산적 이익에 위험이 미치는 경우의 자의 이익보호를 위한 일반조항이다.⁵¹⁾

다. 영국

아동법은 '부모의 책임'의 정의에 관하여 “이 법에서 '부모의 책임'이란 자의 부모가 자 및 자의 재산과의 관계에서 법에 기초하여 가지는 모든 권리, 의무, 책임 및 권한을 의미한다.”(제3조 제1항)고 규정하고 있으나, 그 구체적인 내용에는 어떠한 내용이 포함되는가에 관하여는 명확하게 규정되어 있지 않고, 다른 법률이나 개별적인 판례에 의해서 도출될 수 있다고 한다.

일반적 부모의 책임의 구체적인 내용은 “권리나 청구, 의무, 권능, 책임 또

50) Staudingers/Pesche-Gutzeit Rn 64 zu 1626.

51) 독일민법 제1666조.

는 권위 등등 성문법과 common law 상 부모에게 부여된 모든 사항”이라고 정의할 수 있는데, 다른 필요나 상황에 따라서 그때그때에 변하고, 자의 연령이나 성숙도, 사건마다의 상황 등에 따라서 다양하여야 하기 때문에 입법적으로 자세하게 열거하는 것은 불가능하다고 한다.⁵²⁾

부모의 책임에 관하여 1989년법이 명확하게 하고 있는 것은, 첫째로 부모의 책임은 자가 성장하기까지의 자의 감호양육에 관한 것으로, 친자관계의 다른 점에는 관련하지 않는다. 둘째로, 부모의 책임에는 자의 재산에 관하여 후견인이 가지는 권리·권능 및 의무가 포함된다(제3조 제2항).

한편, 학설은 부모의 책임을 기초로 하여 어떠한 법적 청구가 가능한가를 명확하게 하기 위하여 부모의 책임내용의 구체화를 시도하고 있다.⁵³⁾ 첫째, 부모의 책임에 포함되는 권리로서, 일반적으로 다음과 같은 사항을 열거한다. 자의 물리적 ‘점유’, 자의 양육에 관한 통제 또는 지시, 교육의 통제, 가정교육, 종교의 선택, 재산의 관리, 사법절차에서 자를 대표하는 것, 의료조치에의 동의, 혼인 또는 civil partnership에의 동의, 자와의 교류, 성명의 선택 등이다. 둘째로, 부모의 책임에는 자를 감호(care)할 의무가 포함된다. 자의 건강한 발전을 확보하고, 그 복지를 보호하고 촉진할 의무이다. 부모가 이 의무를 게을리하여 자를 해하면, 감호(care)명령⁵⁴⁾을 받는 외에 불법행위책임도 부담한다. 또한 자가 범죄를 범한 경우에는 원칙적으로 자의 재판절차에 참가하고, 벌금을 지불하는 등의 책임을 부담한다.

3. 소결

우리나라는 1991년 UN 아동권리협약에 가입한 이래, UN아동권리위원회의 2차(1996년, 2003년)에 걸친 권고를 받아들여 민법 및 아동복지법을 개정하면

52) Law Com N. 172, para. 2. 6.

53) J.M.Masson, R.Bailey-Harris and R.J.Probert, *Cretney Principles of Family Law*, 8rd ed., 2008, Sweet & Maxwell, n 17-013- n 17-028.

54) 감호(care)명령은 동의를 기초로 하는 행정적인 보호조치로는 한계가 있는 경우에, 지방당국이 법원에 신청하여 강제적으로 보호조치를 하는 것이다. 명령이 되면, 대상이 된 아동은 신청을 한 지방당국의 책임 하에 두어지고, 대부분은 가정에서 분리하여 수양부모에게 위탁되거나 또는 시설에 입소하게 된다.

서 아동의 안전과 보호는 물론 아동의 생존권·보호권·발달권·참여권을 보장하기 위하여 노력하여 왔다. 그 일환으로서 친권의 내용도 ‘자의 복리’를 목적으로 하여 행사하여야 한다는 방향으로 법률을 개정하고 해석하여 왔다. 그러나 아직도 거소지정권이나 징계권 등의 부분에서는 미비한 부분을 발견할 수 있다.

먼저, 거소지정권에 대해서는 양육권자와 친권자가 다른 경우에 특히 문제가 된다. 즉, 양육권자가 거소를 변경하려고 하더라도 친권자자가 반대하는 경우에는 거소변경을 할 수 없게 되는데, 이 경우에는 양육권자와 친권의 대상이 되는 자의 거주이전의 자유가 제한되는 결과가 된다. 이에 대하여는 일본의 경우에도 우리와 크게 다르지 않지만, 독일의 경우에는 자의 의사를 최대한 존중하여 거소지정을 하도록 하고 있으며, 자녀의 자유를 박탈하는 거소지정의 경우에는 가정법원의 허가를 받도록 하는 규정을 두고 있는 것 등은 우리 민법의 정비에 좋은 참고가 된다고 생각된다.

다음으로 징계권에 대해서는 우리 민법은 부모가 친권의 내용으로서 자녀의 보호·교양을 위하여 필요한 징계를 할 수 있도록 규정하고 있는데, 그 범위 또는 한계가 명확하지 않아 문제된다. 그로 인하여 소위 ‘자녀의 교육’이라는 미명하에 과도한 징계를 하는 경우를 종종 볼 수 있다. 물론 일정한 경우에는 친권의 남용으로서 처리를 할 수도 있지만, 그 한계가 명확하지 않다. 이에 대하여 일본은 우리나라와 거의 동일한 규정을 가지고 있으나, 독일 민법은 체벌이나 모욕적인 언어의 사용 등과 교육적 처벌에 대하여 2000년에 도입된 현행 제1631조 제2항에 의하여 교육수단으로서의 폭력을 일절 배제하고 있는 것은 좋은 참고가 될 것이라고 생각된다. 이 징계권은 원칙적으로는 폐지하는 것이 타당하다고 생각된다.

이상과 같이 친권의 내용과 관련해서는 우리나라의 제도도 많은 정비를 하였다고 할 수 있다. 그러나 아직도 여전히 남아 있는 전통적인 사고에 의한 제도들은 다문화가정에서는 분란의 소지가 있는 만큼 정비의 여지가 있다고 생각된다.

V. 결 론

오늘날 우리나라는 다양한 문화를 가진 사람들과의 국제결혼의 증가와 이민 등으로 인하여 급격하게 다문화사회로 변화되어 가고 있다. 이에 따라 다양한 사회문제가 발생한다. 특히 다문화가정의 증가로 인한 다문화가정 내에서의 자녀와 관련하여서도 여러 가지 문제가 발생한다. 그 중에서 부모가 자녀에 대하여 가지는 친권에 대하여도 다양한 문화를 가진 사람들로 구성되어 기에 많은 문제가 발생한다. 주로 발생하는 문제로는 (1) 친권의 개념과 그 본질의 이해에 대한 차이에 따른 문제, (2) 친권행사에 있어서의 문제, (3) 친권의 내용에 대한 문제를 들 수 있다.

먼저, 친권의 개념 및 본질에 관한 문제는, 여러 외국에서는 친권을 부모의 권리가 아니라 부모의 자녀에 대한 의무 또는 책임으로서 이해하고 있으나, 우리나라는 여전히 부모의 권리로서의 성격을 가지고 있다는 것에서 비롯된다. 그러므로 다문화사회화 되어 가는 우리나라도 친권을 부모의 권리로서의 측면을 강조하기 보다는 의무 또는 책임으로서의 측면에서 제도를 재정비함으로써, 다문화가정에서의 분란의 소지를 줄이는 것이 타당하다고 생각된다.

다음으로, 친권행사에 관한 문제는, 우리나라의 제도가 많은 부분에서 다문화사회에 적용할 수 있을 정도로 발전되었다고 할 수 있으나, 앞에서 언급한 것처럼 자의 의사결정권과 부모의 의사결정권이 충돌하는 문제와 친권공동행사의 원칙 하에서 발생할 수 있는 다양한 문제를 입법적으로 해결하지 못하고 있다. 또한, 계친의 계자에 대한 친권이 인정되지 않는 것은 현실적으로 문제가 된다. 따라서 다문화가정에 합리적으로 적용할 수 있도록 여러 국가들의 친권행사에 관한 제도를 참고로 하여 우리나라의 친권행사제도를 정비하는 것이 필요하다고 생각된다.

끝으로, 친권의 효력 또는 내용에 관해서는 우리나라의 제도도 다른 여러 외국의 제도와 비교하여도 뒤떨어지지 않을 정도로 정비되었다고 생각된다. 그러나 특히 부모의 자녀에 대한 거소지정권이나 징계권에 대해서는 여전히 전근대적인 인식을 전제로 하고 있음으로 인하여 다문화사회에서는 다분히

분란의 소지가 있다고 생각된다. 따라서 자녀에 대한 거소지정권은 자녀의 복리를 위하여 최소한도로 부모에게만 인정되어야 할 것이고, 징계권은 원칙적으로 폐지하는 것이 타당하겠지만 유지한다고 하더라도 보다 명확하게 그 한계를 정하여야 할 것이다. 그렇게 함으로 인하여 다문화가정에서 분란의 소지를 줄여가는 방향으로 개선하는 것이 타당하다고 생각된다.

따라서 우리나라의 친권제도에서 발생하는 한계를 극복하고 보완하여 미성년자의 권리를 적극적으로 보호·보장하기 위해서는 UN아동권리협약이나 여러 외국의 입법례를 통하여 다문화사회에 적합하도록 우리나라의 제도를 재정비하는 것이 필요하다고 생각된다.

투고일 : 2012. 9. 30.	심사일 : 2012. 10. 26.	게재확정일 : 2012. 11. 22.
--------------------	---------------------	-----------------------

참고문헌

- 이경희, 가족법, 법원사, 2008
- 김주수, 주식 친족상속법, 법문사, 1993
- 김주수·김상용, 친족상속법, 법문사, 2007
- 보건복지부, 2009년도 아동·청소년백서, 2010.
- 2011년도 출입국·외국인정책통계연보, 2012.7
- 고정명, “친권의 권리성과 자녀의 이익”, 법정논총 제5집, 국민대 법학연구소, 1983, 23-38면.
- 김명숙, “子の 복리와 친권, 子の 권리”, 안암법학 제28호, 안암법학회, 2009, 73-114면.
- 김상용, “이혼후의 양육자 및 친권자 결정에 있어서 민법이 갖는 몇가지 문제점”, 사법행정 제428호, 1996, 12-23면.
- 김용욱, “현행친권제도의 검토”, 법학연구 제27권 제1호, 부산대 법학연구소, 1984, 19-38면.
- 김은아, “친권의 본질과 행사상의 문제”, 법학논총 제26집 제2호, 한양대 법학연구소, 2009, 251-270면.
- 윤부찬, “친권 및 면접교섭의 변경사유로서 미성년자의 거소변경”, 가족법연구 제24권 제1호, 한국가족법학회, 2010, 1-30면.
- 윤용섭, “친권과 후견”, 민사판례연구 제18집, 박영사, 1996, 553-584면.
- 전현정, “독일의 개정민법에서 이혼 후의 공동친권에 관한 고찰”, 인권과 정의 제288호, 2000, 58-70면.
- 최진섭, “친족법의 쟁점과 개정방향”, 가족법연구 제16권 제1호, 2002, 87-119면.
- 최진섭, 별거 중 친권행사—독일법을 중심으로—, 가족법연구 제22권 제2호, 한국가족법학회, 2008, 223-242면.
- 하승수·이혜원, 아동권리보장을 위한 친권상실관련 판례분석, 아동권리연구

제11권 제2호, 한국아동권리학회, 2007, 149-166면.
한봉희 외, “2000년대를 향한 한국가족법의 위상에 관한 연구”, 가족법연구
제5호, 1991, 11-46면.

岩志和一郎, ドイツにおける「子どもの代弁人」(Anwalt des Kindes), 判例タ
イムズ 第1208號, 2006. 7. 1, 40-48面.

岩志和一郎, “親子關係と婚姻—第59回ドイツ法曹大會の議論から—”, 早稻田
法學 第69卷 第4號, 1994, 41-65面.

内田 貴, 民法IV 親族・相續, 東京大學出版會, 2004.

大村敦志, 家族法, 有斐閣, 2010.

神谷 遊, 未成年者への医療行爲と親權者による同意の拒否, 判例タイムズ 第
1249號, 2007. 11. 10, 58-62面.

中田裕康, 親權法の歴史と課題, 信山社, 1993.

中田裕康, 家族法改正—婚姻・親子法を中心に検討の経緯—「民法改正委員會
家族法作業部會」について, ジュリスト 第1384號, 2009. 9. 1 4-5
面.

中村 惠, “わが國における親權法をめぐる現状”, 民商法雜誌 第136卷第4・5
號, 2007. 7・8, 433-464面.

日辯連法務研究財團離婚後の子どもの親權及び監護に関する比較法研究會編,
子どもの福祉と共同親權, 日本加除出版, 2007.

法典調査會議事速記録, 第151回49丁, 嚴松堂書店, 1933.

Nigel Lowe and Gillian Douglas, Bromley's Family Law, 10 ed., Oxford
University Press, 2007.

Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 5. Aufl., München, 2006.

<국문요약>

다문화사회에 있어서의 친권제도에 관한 연구

조 일 윤

오늘날 우리나라는 국제결혼의 증가와 이민 등으로 다문화사회로 변화되어 감에 따라 다문화가정 내에서의 친권에 관한 많은 문제가 발생한다. 이와 관련하여 주로 발생하는 문제로는 (1) 친권의 개념과 그 본질의 이해의 차이에 따른 문제, (2) 친권행사에 있어서의 문제, (3) 친권의 내용에 대한 문제, 특히 거소지정권과 징계권에 관한 문제를 들 수 있다.

먼저, 친권의 개념 및 본질에 관한 문제는 여러 외국에서와 마찬가지로 우리나라도 친권을 부모의 권리로서가 아니라 의무 또는 책임으로 인정하여, 다문화가정에서의 분란의 소지를 줄이는 것이 타당하다고 생각된다.

다음으로, 친권행사에 관한 문제는 자의 의사결정권을 보다 더 존중할 수 있도록 제도를 재정비하고, 계친자관계에도 현실사회에 적합하도록 친권을 인정하여 다문화가정에 합리적으로 적용할 수 있도록 제도를 정비하는 것이 필요하다고 생각된다.

끝으로, 친권의 내용과 관련하여 자녀에 대한 거소지정권은 자녀의 복리를 위하여 최소한도로 인정되고, 징계권은 폐지 또는 한계를 명확하게 하는 것이 필요하다고 생각된다.

이상과 같이 우리나라의 친권제도에서 발생하는 한계를 극복하고 보완하여 미성년자의 권리를 적극적으로 보장하고 다문화사회에 적합하도록 하기 위해서는 여러 외국의 입법례를 참고하여 우리나라의 친권제도를 재정비하는 것이 필요하다고 생각된다.

주제어: 다문화, 다문화사회, 친권, 부모의 책임, 부모의 배려

<日文要約>

多文化社會における親權制度に関する研究

趙日允

今日、わが國は國際結婚の増加と移民などによって、多文化社會へ変化されて行くにともなう、多文化家庭内における親權についての多くの問題が生ずる。それに係わって、主に發生する問題では、(1) 親權の概念とその本質の理解の差による問題、(2) 親權行事における問題、(3) 親權の内容に對する問題、特に居所指定權と懲戒權についての問題を考えることができる。

先に、親權の概念及び本質に関する問題は、多くの外國と同じく我が國も親權を親の權利としてではなく、義務または責任と認めて、多文化家庭での紛亂の所持を減らすのが妥当であると思われる。

次に、親權行事に関する問題は、子の意思決定權をさらに尊重ができるように制度を改正し、継親子關係にも現實社會に相応するように親權を認めて、多文化家庭に合理的に適用ができるように、制度を整備することが必要であると思われる。

最後に、親權の内容に係わって、子に對する居所指定權は子の福利のために最小限度で認められ、懲戒權は廢止または限界を明確にさせることが必要であると思われる。

以上のように、わが國の親權制度において生ずる限界を乗り越えて補って、未成年者の權利を積極的に保障して、多文化社會に相応しいようにするためには、多くの外國の立法例を參考して、わが國の親權制度を再整備することが必要であると考えられる。

キーワード: 多文化, 多文化社會, 親權, 親の責任, 親の配慮