

인공생식에 관한 가족법상의 문제점

Some Problems in Family Law emerging Artificial Reproduction

맹 광 호*
(Kwang-Ho Maeng)

<차

- | | |
|-------------------|------------------|
| I. 머리말 | III. 체외수정의 법적 문제 |
| II. 체내인공수정의 법적 문제 | IV. 맺음말 |

I. 머리말

생식의학에 있어서의 체내인공수정이나 체외수정 등과 같은 보조생식술은 이미 보편적인 불임극복의 수단으로 이용되고 있다. 그러나 이러한 보조생식술을 이용한 임신·출산의 증가와 함께 가족법과 관련된 많은 법적 문제들이 발생하게 되었지만, 자연적인 생식방법만을 고려하여 제정된 민법은 이를 해결하는데 근본적인 한계를 가지고 있으며, 이를 규율할 수 있는 직접적인 법규정도 없다. 2005년 1월 1일부터 시행된 ‘생명윤리및안전에관한법률’도 주로 생명윤리의 관점에서 배아의 임신목적외의 생성금지, 사후수정의 금지, 잔여배아의 연구목적 사용에 대한 제한적 허용, 금전 또는 재산적 이익을 조건으로 하는 정자나 난자의 제공·이용행위의 금지 등을 관련하여 규율하고 있을 뿐이다. 따라서 인공생식으로 인해 발생하는 인공수정의 허용범위, 인공수정으로 출생한子の 친자법적 지위, 친자관계 결정

문제, 사후수정 문제, 정자제공자와 인공수정자와의 법적 지위 등에 대한 가족법상의 문제점들은 현행 민법의 해석론이나 판례, 의료관계법, 인공수정의료계약을 통해서 해결될 수밖에 없으며, 이러한 인공생식에 관한 가족법상의 문제들을 기존의 민법을 비롯한 법제로 해결이 어렵다면 이를 규율하여 해결할 수 있는 적절한 입법이 필요하다고 하겠다.¹⁾ 본 논문에서는 체내인공수정과 체외수정의 경우로 나누어 관련된 가족법상의 문제들에 대하여 논의하고, 필요한 입법내용에 대한 제시도 하도록 한다.

II. 체내인공수정의 법적 문제

1. 체내인공수정의 의의와 유형

(1) 의 의

체내인공수정(Artificial Insemination)이란 자연적인 성관계에 의하지 않고, 인공적으로 주입기구를 사용하여 정자를 질(膣)을 통해 자궁강이나 난관에 들여보내 여성의 체내에 주입함으로써 정자와 난자를 결합(수정)시켜 수태를 하게 하는 것을 말한다. 배우자간의 인공수정(AIH)은 수태과정에 인위적인 조작이 개입된다는 것 외에는 법적, 사회적, 윤리적으로 큰 문제가 없다. 그러나 비배우자간 인공수정(AID)은 부부사이의 생식과정에 제3자인 남성의 개입이 있게 되기 때문에 사회적·윤리적인 논란이 이외에 부자관계의 결정 등과 같은 법적인 문제가 발생하게 된다.

(2) 체내인공수정의 유형

1) 일반적 유형

체내인공수정의 형태는 일반적으로 다음의 3가지로 크게 분류된다. 첫째,夫的 정자를 사용하여 시술하는 배우자간 인공수정(AIH, Artificial Insemination

1) 현재 국회에는 2006.4.28 발의된 「체외수정 등에 관한 법률안(박재완의원 대표발의)」, 과 2006.10.19 발의된 「의료보조생식에 관한 법률안(양승조의원 대표 발의)」 이 법안심사소위원회에 상정 중이다.

* 인천대학교 법학과 강사, 법학박사.

by the Semen derived from Husband), 夫가 아닌 제3자가 제공한 정자를 사용하여 시술하는 비배우자간 인공수정(AID, Artificial Insemination by the Semen derived from Donor, Heterologous Artificial Insemination) 그리고 배우자와 제3자의 정자를 혼용하여 시술하는 혼합정자에 의한 인공수정(AIC 또는 CAI, Confused or Combined Artificial Insemination)으로 구분할 수 있다. 1970년대 말까지는 정자를 질(膣)내 또는 자궁경부 내에 주입하는 방법(ICI)이 사용되었으나, 체외수정시술의 발달에 따라서 개발된 정자처리법을 체내인공수정에 적용하여, 정자를 처리후에 자궁내에 주입하는 방법인 ‘자궁강 내 인공수정’(Intrauterine Insemination, IUI)이 이용되면서 현재는 배우자간 인공수정(AIH) 또는 비배우자간 인공수정(AID)을 시술할 때 대부분 ‘자궁강 내 인공수정(IUI)’을 시행한다.

2) 생식세포 난관내 이식술(GIFT)

생식세포 난관내 이식술(Gametes Intrafallopian Transfer, GIFT)은 정자와 과배란유도후에 채취된 난자를 체외에서 수정 및 배양하는 과정 없이 직접 卵管 내로 이식하는 방법이다. GIFT는 난관내의 미세환경에서 수정이 이루어져 보다 생리적이며 체외수정 및 배양이 필요 없어 체외수정시술(IVF-ET)과 비교하여 전문인력과 특수설비가 덜 요구되며 진단적 복강경 시술을 시행하는 경우 동시에 GIFT시술이 가능하다는 장점이 있다고 한다. 이러한 GIFT시술도 인위적인 조작에 의해 수정이 일어나며 수정이 일어나는 장소도 모체 내이므로 체내인공수정의 유형으로 평가할 수 있다.

2. 배우자간 체내인공수정(AIH)의 가족법적 문제

체내인공수정이 배우자간에서 실시되는 경우에는 이를 불임에 대한 통상적인 치료행위의 일종으로 보아 특별한 법적인 문제는 발생되지 않는다고 한다.²⁾ 하지만 처가 이혼에 의한 혼인관계의 해소 후에 냉동보관 중인 이혼한 夫의 정자로 인공수정을 받아 출산하는 경우에는 인공수정자의 법적

지위에 관한 문제가 발생하며, 처가 夫의 사망 후에 냉동보존 중인 夫의 정자로 인공수정을 받아子を 임신·출산하는 경우에는 친자관계 및 상속 등에 관련된 법적인 문제가 발생한다.

(1) 배우자간 인공수정자의 친자법적 지위

夫의 정자와 처의 난자에 의하여 수정되고 처가 직접 임신·출산한 인공수정자는 자연적으로 수태되어 출산된 子와 동일하게 다루어져야 할 것이다. 따라서 배우자간의 인공수정으로 출생한 子도 당연히 부부의 혼인중의 子의 지위를 가지며 夫에 대한 상속권과 부양청구권 등이 인정되게 된다. 혼인중의 子의 지위를 가지는 배우자간 인공수정자의 친생자추정 여부에 대하여 민법 제844조 제2항의 규정에 따라서 혼인성립의 날로부터 200일 후 또는 혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생하면 친생자추정을 받는 혼인중의 자가 되고, 혼인성립의 날로부터 200일 전에 출생하면 친생자추정을 받지 않는 혼인중의 자가 된다는 견해가 있다.³⁾ 그러나 배우자간 인공수정자를 자연적인 성관계에 의한 혼인중의 출생자와 같이 민법 제844조에 의하여 그 출생의 시기에 따라서 夫의 친생자추정 여부를 결정할 것이 아니라 처가 혼인중에 夫의 정자로 인공수정하여 포태하였다면 언제나 夫의 친생자추정을 받는 혼인중의 子가 된다고 해야 한다.⁴⁾ 왜냐하면 민법 제844조의 규정취지는 일반적으로 출생자가 夫의 子라는 것을 직접 증명하기 어려워 혼인성립의 날로부터 200일 후 또는 혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생한 子를 혼인중에 포태한 것으로 보아 夫의 子로 추정한다는 것이므로, 혼인중에 夫의 정자에 의해 포태된 것이 확인될 수 있는 인공수정자는 그 출생의 시기에 상관없이 夫의 친생자로 보아야 하기 때문이다.

한편 민법 제844조의 혼인성립의 날에는 사실혼성립의 날도 포함하여 해석하는 것이 다수설⁵⁾의 태도이므로, 부부가 결혼하여 혼인공동생활을 영위

2) Water Wadlington · Raymond C. O'Brien, Family Law In Perspective, New York: Foundation Press, 2001. p.120; 정규원, “보조생식술의 법적문제,” 『의료법학 제4권 제1호, 대한의료법학회, 2003.6, 334면.

3) 김주수, 『친족·상속법(제8판)』, 법문사, 2006, 299면; 양수산, 『친족상속법』, 한국의국어대학출판부, 1998, 377면.

4) 同旨: 김민중, “생명공학의 발달에 따른 민사법적 문제,” 『민사법학 제21호, 한국민사법학회, 2002, 15면.

5) 김주수, 『친족·상속법(제8판)』, 법문사, 2006, 265면; 이경희, 『가족법(오정판)』, 법

하고 있었으나 혼인신고만 하지 않은 사실혼관계의 기간 중에 事實婚配 偶者의 정자로 인공수정되어, 만약 혼인신고 후 200일이 되지 않은 날에 출생한 인공수정자는 그 출생이 사실혼성립의 날로부터 200일 후인 것이 입증되면 夫의 친생자추정을 받는다고 보아야 할 것이다.

배우자간 인공수정자와 그子を 포태·출산한 처와의 사이에는 자연적인 임신에서와 같이 법률상의 모자관계가 인정된다. 만일 처의 동의나 승낙이 없이 인공수정이 이루어져 처가 임신·출산을 한 경우에도, 강간에 의한 임신에서도 당연히 임신·출산모가 출생한 子의 모가 되듯이 인공수정자와 처와의 사이에는 법률상의 모자관계가 발생한다.⁶⁾ 처의 동의 없이 또는 그 의사에 반하여 인공수정을 시술한 의사 등은 처에 대하여 민법 제750조의 불법행위책임을 지게 될 것이며, 또한 처의 동의 없이 무단으로 인공수정을 실시하거나 가담한 夫에게도 신체적 불가침성이나 인격권에 대한 보장은 배우자간에도 적용되며, 인공수정에 대한 인용이 혼인법상 처에게 요구되는 일종의 배우자로서의 의무라고 볼 수 없다는 점에서 불법행위책임을 물을 수 있을 것이다.⁷⁾

(2) 夫의 냉동보존정자를 사용한 인공수정 문제

1) 개 요

배우자간 인공수정(AIH)에서는 냉동보존된 정자를 사용하는 경우는 드물 것이나 일정한 필요에 자기의 정자를 정자은행에 보관시켜 그 냉동정자(frozen semen)를 이용하여 인공수정을 하는 경우가 있다. 인공수정 자체를 반대하는 입장이 아니라면 그 허용을 반대할 이유는 없을 것이나, 정자의 냉동보존 중에 離婚으로 인하여 부부의 혼인이 해소되었으나 이혼한 처 일방의 의도에 의해 인공수정이 시도되는 경우에는 친자관계의 결정 등에 관한 법적인 문제가 발생할 수 있다. 또한 夫의 생전의 동의나 처의 일방적

인 의사에 의하여 夫의 사후에 처가 死亡한 夫의 냉동보존된 정자를 이용하여 인공수정으로 子를 출산하는 경우에도 후술하는 바와 같이 법적 문제가 발생하게 된다. 이러한 사후(死後)수정(insemination post mortem)으로 인한 법적 문제의 발생을 방지하기 위해서 ‘생명윤리및안전에관한법률’은 사망한 者의 정자 또는 난자로 수정시키는 행위를 금지하고 있다.⁸⁾ 따라서 이러한 규제가 타당한 이유와 이를 위반하여 사후수정으로 인공수정자가 출생되는 경우에 친자관계의 결정문제에 관하여 살펴보기로 한다.

2) 이혼에 의한 혼인해소 후 인공수정

(가) 친자관계의 결정

배우자간 인공수정을 위하여 夫의 정자를 냉동보관하고 있던 중에 부부가 이혼하면 혼인은 해소된다. 이 경우에 만약 이혼한 처가 前夫의 냉동보존된 정자를 이용하여 인공수정으로 子를 출산하였다면 인공수정자와 前夫와의 친자관계가 인정될 수 있는지의 문제가 발생한다. 민법 제844조의 규정에 의하면 인공수정자가 부부가 이혼한 때로부터 300일 후에 출생한 경우에는 이혼한 처(母)의 혼인외의 子가 될 뿐이다. 하지만 인공수정자의 출생이 혼인관계종료 시점인 이혼 후 300일 내이면 원칙적으로 前夫의 친생자추정을 받는 혼인중의 출생자가 되게 된다. 그러나 이 경우에도 이혼 후에 인공수정을 통해 子가 출생된 것이 입증된다면, 생물학적으로는 前夫의 子일지라도 ‘혼인중’에 포태되지 않은 사실이 분명하므로 前夫의 친생자로 추정할 수 없고 법률상의 친자관계는 일단 이혼한 처(母)와의 사이에서만 발생한다고 볼 것이다.

인공수정자가 이혼한 처의 혼인외의 子가 되는 경우에도, 그 생물학적 父는 前夫이므로 임의인지나 인지청구의 소에 의해 인공수정자와 前夫와의 사이에 친자관계가 인정될 수 있는지가 문제된다. 이혼한 夫가 인공수정자와의 법률상 부자관계를 인정받기 위하여 任意認知를 할 수 있는가에 대하여는, 이혼한 夫가 생물학적인 父인 사실, 이혼한 夫와 처(母)간에 이미 혼인관계가 있었다는 사실, 친자법의 최대이념인 子의 복리를 위해서는 부와 모가 모두 있어야 한다는 점 등을 고려하면 이를 긍정하여야 할 것이

원사, 2006, 163면; 김용환, 「친족상속법(보정판)」, 박영사, 2003, 174-175면; 그러나 박동섭, 「친족상속법」, 박영사, 2003, 203면은 신고혼주의를 채택하고 있는 현행 민법의 해석론으로는 부정설이 타당하다고 한다.

6) 김민중, “생명공학의 발달에 따른 민사법적 문제,” 「민사법학 제21호, 한국민사법학회, 2002, 16면.

7) 김민중, “생명공학의 발달에 따른 민사법적 문제,” 「민사법학 제21호, 한국민사법학회, 2002, 19면.

8) 생명윤리및안전에관한법률 제13조 제2항 2호.

다. 또한 혼인외의 자의 지위를 가지는 인공수정자의 이혼한 夫에 대한 認知請求의 訴를 인정할 것인가에 대하여는, 생물학적 父가 특정되어 있는 경우에는 인공수정자가 부자관계를 인정받도록 하는 것이 바람직하다는 점, 이혼한 夫도 일정시기에는 인공수정까지 시도하여 前妻(母)와의 사이에서子を 출산하여 父가 될 의사가 있었다는 점 등을 고려하면 이를 부인할 필요는 없을 것이다. 따라서 모의 혼인외의 자의 지위를 가지는 인공수정자도 이혼한 夫로부터 임의인지를 받거나 인지청구의 소에 의하여 이혼한 夫와의 법적인 친자관계를 인정받을 수 있다고 하겠다.

(나) 책임법적 문제

신체로부터 분리되어 보관 중인 정자와 난자의 법적 성격에 대해서는 논란이 있지만 모발, 치아, 혈액, 안구 등과 같이 인체로부터 분리된 신체의 일부는 분리된 시점으로부터 더 이상 신체의 일부가 아니라 物件(Sache)으로 다루어지고 분리전의 사람에게 그 소유권이 인정된다는 통설⁹⁾에 의하면 정자와 난자도 그 분리전의 주체에게 소유권이 인정될 것이므로¹⁰⁾ 소유권 침해와 생식에 대한 자기결정권 침해에 따른 정신상 고통을 이유로, 분리전의 주체의 인격권의 대상이 된다는 입장에 의하면 인격권의 침해를 이유로 이혼한 夫의 정자를 무단으로 인공수정 받은 前妻의 불법행위책임이 성립할 수 있다. 따라서 이러한 인공수정을 시술한 의사에게 고의 또는 과실이 있는 경우에는 이혼한 夫는 시술 의사에 대하여도 계약위반 내지 불법행위를 이유로 손해배상을 청구할 수 있을 것이다. 이 경우의 손해배상액의 산정에는 원치 않는 친자관계의 발생에 의한 정신적 고통에 대한 위자료나 부양의무에 따른 지출부담 등이 고려되어야 할 것이다.

3) 夫 사망 후의 인공수정

(가) 사후(死後)수정 금지규제의 타당성

정자를 수정이 가능한 상태로 냉동보존을 할 수 있게 되면서 사망한 夫

의 정자를 사용한 사후(死後)수정에 의한 자의 출산도 가능하게 되었다. 그러나 생명윤리및안전에관한법률 제13조 제2항 2호는 사망한 者의 정자 또는 난자로 수정시키는 행위를 금지하고 있으며, 이를 위반하는 경우에는 3년 이하의 징역에 처한다는 벌칙규정을 두고 있다(同法 제51조 제1항). 따라서 냉동보존 중인 사망한 夫의 정자나 처의 난자를 이용한 체내인공수정 또는 체외수정은 허용되지 않게 되었다.¹¹⁾ 이러한 법적 규제가 있기 이전에도 사망한 夫의 냉동보존된 정자를 통한 인공수정의 허용여부에 대하여 다음과 같은 이유로 이를 금지해야 한다는 견해가 있었다. 즉 자의 생식은 단순한 정자와 난자의 결합이 아닌 부모의 정신적 공동작업이므로, 자는 兩親의 생존시에 포태되어야 하고 사후수정에 의한 자의 출산은 兩親의 생존시에 태어날 자의 권리를 침해하여 ‘자의 존엄과 최선의 이익’을 추구하는 친자법의 이념에 배치된다. 또한 정자의 냉동보존이 반영구적으로 가능하다는 것을 고려하면 예를 들어 20년 만에 냉동보존된 정자에 의한 임신과 출산이 이루어지면 ‘세대’라고 하는 인간의 역사성이 무시되며, 그 결과 헌법상 보장되는 인간으로서의 존엄과 가치가 파괴될 위험이 있다.¹²⁾ 그밖에 家統이나 부모의 입장이 아닌 순수한 자의 복지차원에서 생각하면 사후수정은 금지되어야 한다는 지적이 있었다.¹³⁾

생각건대 사후수정에 의한 인공수정자의 출생은 첫째, 모와 함께 자의 성장과 양육을 책임질 父의 존재가 없다는 것을 전제로 하는 것이며, 또한 認知請求에 의해 사망한 夫와 인공수정자간의 법적인 부자관계가 인정된다 해도 후술하는 것과 같이 그 사망한 夫에 대한 상속권 인정여부가 문제되며, 둘째, 인지청구에 의해 사망한 夫와의 친자관계가 인정되면 그 夫의 혈족들은 자신들이 예견하지 못했던 인공수정자와의 친족관계를 강요당하는 결과가 되며, 인공수정자에 대한 부양의무나 상속, 대습상속 등이 인정되는 경우가 있을 수 있어 불이익을 받게 된다. 셋째, 생식을 위한 정자의 사용결정권은 행사상의 일신전속권의 성격을 가지므로 夫가 사망한 후에는

9) 백태승, 「민법총칙(개정판)」, 법문사, 2004, 283면; 곽윤직, 「민법총칙(제7판)」, 박영사, 2002, 168면; 金相容, 「민법총칙(전정판 증보)」, 법문사, 2003, 283면; Erdwin Deutsch, Medizinrecht, 4.Aufl., Berlin · Heidelberg: Springer-Verlag, 1999, Rdnr 488.
10) 그러나 생명의 기초인 생식세포라는 특성상 인체로부터 분리된 정자나 난자에 대하여 일반적인 소유권의 권능이 그대로 인정될 수는 없다고 본다.

11) 사망한 처의 난자는 이를 정자와 체외수정하여 ‘출산대리모’에게 이식시켜 출산하는 방법이 사용될 수 있다.
12) 김민중, “생명공학의 발달에 따른 민사법적 과제,” 「민사법학 제22호, 한국민사법학회, 2002, 17-18면.
13) 김준원, “인공수정에 관한 법리적 연구,” 조선대학교 대학원 박사학위논문, 1995, 81면.

그 결정권이 배우자나 친족에게 승계되지 않는다고 해야 하며, 따라서 夫 사망 후에는 처의 일방적 의사에 의한 夫의 냉동보존 정자를 사용한 인공수정은 인정할 수 없다. 넷째, 설사 夫가 생전에 자신의 정자를 이용한 사후수정에 대해 동의를 하였다 해도, 이는 ‘생식에 대한 자기결정권’의 범위를 넘는 것으로 평가되어야 하고 사후수정을 정당하게 하는 이유는 될 수 없다고 본다. 결론적으로 이와 같은 문제점들을 고려하면, 사망한 者의 정자 또는 난자로 수정시키는 행위를 금지하여 夫의 사후에 냉동보존된 정자를 사용한 사후수정을 금지하는 생명윤리및안전에관한법률(제13조 제2항 2호)의 규제는 타당하다고 할 수 있다.¹⁴⁾

(나) 사후수정으로 출생한 子의 친자법적 지위

만일 사후수정에 의한 子의 출산이 금지되었음에도 불구하고 이를 통해 포태된 인공수정자가 출생한 경우에 그 친자법적 지위가 문제된다.¹⁵⁾ 夫의 사망 후 수개월이나 몇 년이 경과한 후에 냉동정자를 이용한 사후수정으로 子를 출산한 경우처럼 혼인관계가 종료한 날로부터 300일 이후에 출생한 사후인공수정자는 민법 제844조에 의해 생존배우자인 처(母)의 혼인외의 子가 된다. 반면에 夫가 사망한 직후에 사후수정을 하여 혼인관계가 종료한 날로부터 300일 내에 인공수정자가 출생하면 원칙적으로 夫의 친생자로 추정되게 될 것이다. 그러나 이 경우에도 夫의 사후에 인공수정을 통해 子가 출생된 것이 입증된다면, 생물학적으로는 夫의 子일지라도 ‘혼인중’에 포태되지 않은 사실이 분명하므로 비록 夫의 사망으로 인한 혼인종료 후 300일 내에 출생하였다고 해도 夫의 친생자추정이 미치지 않는다고 해석해야 할 것이다.¹⁶⁾ 따라서 이러한 사후인공수정자에 대하여는 친생자관계부존재

확인 의 소의 제기가 가능하다고 본다.¹⁷⁾

(타) 인지인정의 문제

a) 임의인지의 경우

전술한 것과 같이 혼인관계가 종료한 날로부터 300일 이후에 출생한 사후인공수정자는 민법 제844조에 의해 생존배우자인 처(母)의 혼인외의 子가 되나 그 子의 생물학적 父는 사망한 夫이므로 임의인지나 인지청구의 소에 의해 친자관계가 인정될 수 있는지가 문제된다. 우선 任意認知의 가능성에 대해 살펴보면, 이 경우에 인공수정자는 生父인 夫가 사망한 후에 출생하였으므로 이미 사망한 夫 자신에 의한 임의인지는 가능하지 않다. 다만 夫가 사후의 인공수정에 대하여 생전에 인지의 의사로 미리 동의를 하였다면 이를 임의인지로 볼 수 있는지가 고려될 수 있다. 민법상 인지를 받을 수 있는 피인지는 ‘출생한 子’(제855조) 또는 ‘포태중인 子’(제858조)이며 인지를 할 당시에 인지권자인 生父도 생존하고 있어야 한다. 또한 인지는 遺言으로도 할 수 있으나(민법 제859조 제2항) 이는 인지의 방식에 불과하므로 이 경우에도 이미 ‘출생한 子’나 ‘포태중인 子’에 대해서만 유언으로 인지할 수 있다. 따라서 사후의 인공수정에 대한 夫의 동의가 생전에 있었다 해도 이를 임의인지로 볼 수는 없다.

b) 강제인지의 경우

夫의 사망 후에 인공수정으로 출생한 子가 그 생물학적인 父(사망한 夫)에 대하여 認知請求를 할 수 있는지가 문제된다. 이에 대하여 子의 복지와 관련하여서 父가 누구인가는 극히 중요한 문제이며, 호적상 父를 명기한다고 하는 사실은 출생에 의하여 누구나 누려야 할 인간의 존엄에 해당하는 사항이므로 사후포태로 태어난 자도 헌법상 보장되는 행복추구권에 기해 인지청구권을 가진다고 하여 이를 긍정하는 견해가 있다.¹⁸⁾¹⁹⁾

14) 독일배아보호법(ESchG) 제4조 (1)항 3호는 사망한 남자의 정자를 고의로 난자에 인공수정 한 者를 처벌하는 규정을 두어 이를 금지하고 있으며, 스위스보조생식의료법(FMedG) 제3조 제4항도 제공자가 사망한 후에는 정자 · 난자 혹은 수정란을 더 이상 사용할 수 없다고 규정하고 있다.

15) 예를 들어 예정된 인공수정시술 직전에 夫가 사망하였으나, 사망한 사실을 모르고 인공수정이 시술된 경우 등을 들 수 있다.

16) 김민중, “사후수정(사후포태)의 입법론적 고찰,” 『가족법연구 제19권 2호, 한국가족법학회, 2005, 141면; 김민중 교수는 입법론적으로는 사후포태로 출생한 子가 냉동정자를 제공한 사망한 夫의 子라는 사실이 분명한데도 불구하고 그 자를 ‘친생자추정이 미치지 않는 자’로 보거나, 전혀 친생자추정을 받지 않는 자로 보는 것은 옳지 않으므로 사후포태로 출생한 자에 대하여도 사망한 정자제공자의 친생자로 인정할 필요

가 있다는 입장을 취한다. 김민중, 같은 논문, 141면.

17) 처가 夫의 사후에 夫의 냉동정자를 이용하여 子를 출생하였다고 주장하는 경우에, 夫의 직계존속이나 직계비속 등의 이해관계인이 친생자관계부존재확인 의 소에 의하여 친생자관계의 확인을 구할 필요가 있을 것이다.

18) 김민중, “사후수정(사후포태)의 입법론적 고찰,” 『가족법연구 제19권 2호, 한국가족법학회, 2005, 155면; 2005년 9월에 ‘사후수정으로 태어난 자, 인지(認知)를 구할 수 있나’라는 주제로 개최된 제38회 서울대 법대 민사모의제판에서 서울가정법원 판사(손왕석, 박진웅, 임혜원)로 구성된 재판부는 “민법 제863조에 따른 친자확인 소송을

생각건대 이혼으로 인한 혼인관계 해소 후 인공수정으로 출생한 자녀가 이 경우에도 생물학적인 아버지를 특정할 수 있으므로, 혈연친실주의를 관철할 수 있으며, 사후인공수정자가 인지청구를 통해 그의 생부인 사망한 夫와의 친자관계를 인정되면 사망한 夫의 혈족과의 친족관계가 성립되어 夫의 혈족을 피상속인으로 하는 인공수정자의 분위상속가능성이 있으며, 사망한 夫의 직계혈족에 대한 부양청구권의 발생 등 子의 복지를 위한 실익이 있으므로 인지청구권을 인정해야 할 것이다. 따라서 인지청구에 의하여 인지가 인정되면 사후인공수정자의 출생시로 소급하여 사망한 夫와의 친자관계가 성립하게 된다(민법 제860조 본문). 이러한 사후인공수정자의 인지청구권의 행사기간에 대한 논의로 민법은 제864조에서 父 또는 母가 사망하여 상대방이 없을 때에는 그 사망을 안 날로부터 2년 내에 한하여 검사를 상대로 인지청구의 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있으나, 子가 미성년자인 동안에 법정대리인인 모가 자를 대리하여 인지청구의 소를 제기하지 않은 경우에는 자가 성년자가 된 후에 父의 사망을 안 날로부터 2년 내에 인지청구의 소를 제기할 수 있다고 해석하는 견해²⁰나 “민법 제864조의 그 사망을 안 날로부터 1년 내라는 것은 그 사망사실을 알고서 인지청구 등 신분행위를 할 수 있는 의사능력이 있는 者가 사망사실을 안 때로부터 1년 내에 인지청구의 소를 제기할 수 있다는 뜻이다”라는 종전의 판례²¹를 고려하면 인공수정자의 모가 법정대리인으로서 인지청구의 소를 夫의 사망을 안 날로부터 2년 내에 제기하지 않거나 제기할 수 없는 경우(자가 夫의 사망 후에 2년이 지나서 출생된 경우)에도 夫의 사망사실을 알고 있는 인공수정자가 성년이 되거나 신분행위를 할 수 있는 의사능력을 취득한 후에 2년 내에는 인지청구의 소를 제기할 수 있다는 해석할 수 있다.

낼 수 있는 자식은 자연임신에 의해 출생했거나 아버지의 사망 전에 임신됐어야 한다고 제한적으로 해석할 수 없다”며 “아기의 복리와 인간의 존엄성, 행복추구권의 보장이라는 차원에서 청구를 받아들여야 한다”는 이유로 사후수정자의 인지청구를 인정하였다. <<http://www.donga.com/fbin/output?sfrm=2&f=total&n=200509130204>(최종방문일 2007.11.10)>

19) 반면에 일본 최고재판소는 2006.9.4에 “민법이 상정하고 있지 않은 친자관계이며, 임신 전에 부친이 사망해 부양이나 상속을 받을 여지도 없기 때문에 법적인 친자관계를 인정할 수 없다”는 이유로 이를 부정하는 판결을 하였다(民集 60-6, 2307).

20) 김주수, 「친족·상속법(제8판)」, 법문사, 2006, 285면

21) 대판 1977.3.22, 76261; 대판 1977.6.24, 7727.

(라) 상속권 인정여부

부의 사망 직후에 사후수정으로 포태가 이루어져 혼인관계 종료의 날로부터 300일 이내에 출생한 사후인공수정자는 夫의 혼인중의 자로 인정될 수 있으므로 모(처)가 친생자출생신고를 한 경우에는 상속권을 인정받게 된다. 그러나 상속은 상속개시시인 피상속인의 사망과 동시에 그 재산상의 권리의무가 상속인에게 포괄적으로 승계되는 것이므로 권리의무의 단절을 피하기 위해서는 상속인과 피상속인이 짧은 시간이라도 동시에 존재하는 것이 필요한데,²² 인공수정자의 포태 전에 피상속인인 夫가 이미 사망하여 상속개시시에는 인공수정자가 태어로서도 존재하지 않았으므로 상속권을 부정해야 하는가의 문제가 발생한다. 이에 대하여 상속에 관한 동시존재의 원칙은 사후수정의 가능성을 전혀 고려하지 못한 상황에서 나온 원칙이며, 상속의 근거에 관한 학설로서 주장되는 혈연대가설이나 사후부양설을 고려하면 친생자로 추정되는 자에게까지 동시존재의 원칙에 반한다는 사정을 들어 상속권을 부정해서는 안된다는 견해²³가 있는데 이러한 견해의 태도는 타당하다고 생각된다.

夫의 사망으로 혼인관계가 종료한 후에 수개월이나 몇 년이 경과한 후에 냉동정자를 이용하여 혼인관계가 종료한 날로부터 300일 이후에 출생한 사후인공수정자는 모의 혼인외의 자의 신분을 가지게 되나, 인지청구에 의하여 인지가 인정되면 그 출생시로 소급하여 사망한 夫와의 친자관계가 인정되게 된다. 이 경우에도 상속에 있어서의 동시존재의 원칙을 엄격하게 적용하면 사후수정자의 상속권은 부인되어야 할 것이나, 夫의 사망 직후 사후수정으로 포태된 자가 혼인종료의 날로부터 300일 내에 출생하면 夫의 친생추정을 받아 상속권을 인정받는 것과의 형평을 고려하면 夫의 생물학적인 자로 출생하였으나 사후포태시기의 선후에 의하여 상속권 인정여부가 좌우된다는 것은 타당하지 않으므로 동시존재의 원칙과는 상관없이 상속권을 인정하여야 할 것이다.²⁴

22) 이경희, 「가족법(오정판)」, 법원사, 2006, 348면.

23) 김민중, “사후수정(사후포태)의 입법론적 고찰,” 「가족법연구 제19권 2호, 한국가족법학회, 2005, 155면.

24) 김민중, “사후수정(사후포태)의 입법론적 고찰,” 「가족법연구 제19권 2호, 한국가족법학회, 2005, 156-157면.

(마) 대습상속권 인정여부

사후수정자가 夫의 사망후 300일 내에 출생하거나 인지청구의 소에 의하여 사망한 부와의 친자관계가 인정된 이후에 사망한 부를 피대습자로 하는 사후수정자의 대습상속권이 인정될 수 있는지가 문제된다. 대습상속인의 대습상속권은 피대습자로부터 승계한 것이 아니고 대습상속인 자신의 고유한 권리로 볼 수 있다는 점과 피대습자가 상속결격 후에 출생한 직계비속의 대습상속권도 인정할 수 있다는 해석²⁵⁾을 고려하면 사후수정자에게 사망한 부를 피대습자로 하는 대습상속권을 인정하는 것이 타당할 것이다. 따라서 예를 들어 사후수정자와 사망한 부 사이의 친자관계가 인정되는 경우에 조부가 사망하여 상속이 개시되면 사후수정자는 사망한 부를 갈음하여 대습상속을 받을 수 있다고 본다(민법 제1001조).

3. 비배우자간 인공수정(AID)의 법적 문제

(1) 개요

夫의 정자가 아닌 제공자의 정자를 이용한 인공수정은 사회적·윤리적·법적인 관점에서 논란의 여지가 있으므로 이를 전면금지하고, 인공수정의 방법 및 위반한 시술절차의 중요도에 따라 처벌을 구체적으로 차등화하는 명문규정을 둘 필요가 있다고 하여 이러한 인공수정을 금지해야 한다는 견해²⁶⁾도 있으나, 최근의 일반적인 견해와 입법례²⁷⁾는 일정한 요건하에서 AID가 허용된다고 하는 입장이다.²⁸⁾ 비배우자간의 인공수정에 따른 법적 문제점으로는 부성추정 문제, 夫의 친생부인의 가능성, 독신여성의 인공수정, 정자제공자와 출생자와의 관계, 정자제공자의 익명성과 자의 출생을 알

권리 등이 논의될 수 있다. 특히 비배우자간 인공수정에 의하여 출생한 자의 법적 지위에 관하여 민법 제844조 제1항에 따라서 부모사이의 혼인중의 자로 추정될 수 있는지, 혼인중의 자로 추정받아 민법 제846조에 의한 夫의 親生否認權의 행사가 허용될 수 있는지의 여부가 문제된다.

(2) 비배우자간 인공수정자의 친자법적 지위

자의 친생자추정에 관한 민법 제844조의 규정은 자연적인 성관계에 의한 포태만을 전제로 하여 입법된 것이다. 따라서 입법자가 예견하지 못했던 夫가 아닌 정자제공자의 정자를 사용한 인공수정자의 출생의 경우까지 同條를 적용하여 그 친생자추정의 여부를 판단하는 것은 강행법규로서의 성격을 가지는 가족법이 가족제도나 사회질서에 미치는 영향을 고려할 때에 문제가 없다고 할 수 없다. 그러나 비배우자간 인공수정자의 법적 지위에 대한 입법규정이 없는 현실에서는 비록 임시적인 해결책에 불과하지만, 민법 제844조를 적용·해석하여 비배우자간 인공수정으로 출생한 자의 친생자추정여부를 결정할 수밖에 없다.

1) 夫의 동의가 없는 경우

(가) 인공수정자의 친생자추정 여부

a) 비배우자간 인공수정(AID)은 일반적으로 이를 시행하는 의료기관에서 시술 의사가 불임부부와 상담한 후에 夫의 동의를 받아서 시술이 이루어지므로³⁰⁾ 夫의 동의가 없는 비배우자간 인공수정이 행해지는 경우는 드물 것이다. 그러나 만약 夫의 동의 없이 정자제공자의 정자를 이용한 인공수정자가 출생한 경우에는 원칙적으로 민법 제844조 제2항이 규정하는 기간 내인 혼인성립의 날로부터 200일 후 또는 혼인관계종료의 날로부터 300일

25) 김주수, 「친족·상속법(제8판)」, 법문사, 2006, 552면.

26) 김천수, “人工授精에 관한 법적 고찰,” 『민사법학』 제22호, 한국민사법학회, 2002, 98면.

27) 프랑스민법 ‘제4절 의료보조생식’(De la procréation médicalement assistée)편의 제311조의19, 제311조의20; 스위스보조생식의료법(Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG) 제3조 제2항.

28) 「의료보조생식에 관한 법률안 과 「체외수정 등에 관한 법률안 양자는 모두 생식세포기증에 의한 보조생식시술을 부부의 서면동의 등의 일정한 요건아래 인정하고 있다.

29) 夫가 동의한 AID에 의해 출생한 자의 부성추정의 문제를 민법 제844조로써 해결하려는 태도와 학설들은 새로운 입법을 연기시키거나 심지어 이를 저지시키는 역할을 담당할 우려가 있다는 비판이 있다. 고정명, “인공적 임신의 법적 고찰,” 경희대학교 대학원 박사학위논문, 1988, 54면.

30) 2007년 4월 30일에 보건복지부가 입법예고한 「생식세포의 관리 및 보호에 관한 법률 제정안 제26조 1항은 “본인의 불임치료를 목적으로 타인의 생식세포를 수증하고 자 하는 자는 다른 치료 방법이 없는 경우에 한하여 배우자의 동의를 얻어 수증자가 될 수 있다.”고 규정하고 있다.

내에 출생했다면 夫의 친생자추정을 받는 혼인중의 자가 된다. 이러한 인공수정자에 대하여는 夫에 의한 親生否認의 소에 의하여만 친자관계를 소멸시킬 수 있으며, 夫의 친생부인의 주장이 판결에 의하여 확정적으로 인정되면 그 자는 처의 혼인외의 출생자가 되게 된다.³¹⁾ 반면에 夫의 동의 없는 비배우자간 인공수정으로 출생한 자가 혼인성립의 날로부터 200일 내에 출생하게 되면 친생자추정을 받지 않는 혼인중의 자가 되어 이해관계인도 親生子關係不存在確認의 訴에 의하여 친자관계를 부정할 수 있다.³²⁾

그러나 민법 제844조의 친생자추정에 관한 규정을 제한적으로 해석하려는 견해들에 의해 따라서 다시 판단하면 다음과 같다. 즉 外觀說과 이와 같은 입장인 判例³³⁾의 태도에 따르면, 夫의 처에 대한 동거 등의 결여가 있어서 그 夫가 인공수정자를 포태할 수 없는 객관적인 사정이 명백하지 않는 한 인공수정자는 친생자추정을 받게 되어 夫의 친생부인의 소에 의해서만 그 친자관계가 부정될 수 있을 것이다. 반면에 동거의 결여라는 외관상 명백한 사유가 있는 경우뿐만 아니라, 夫의 생식불능, 혈액형의 배치, 유전자불일치 등 개별적·구체적 심사결과를 통해 혈연관계가 존재하지 않는 것이 명백한 경우까지 친생자추정이 미치지 않는 것으로 보는 血緣說의 태도에 따르면, 夫의 생식불능을 이유로 그의 동의 없이 이루어진 비배우자간 인공수정으로 출생한 자는 夫와 자연적 혈연관계가 없으므로, 친생부인의 소에 의하지 않고 이해관계인도 친생자관계부존재확인 소를 제기하여 친자관계를 부인할 수 있다고 해석되게 된다.³⁴⁾ 그리고 원칙적으로는

외관설의 태도를 취하지만 가정의 평화를 해하지 않으면서 자에게도 이익이 되는 경우에는 혈연설을 따르는 견해인 折衷說(가정파탄설)에 의하면 비배우자간 인공수정자는 원칙적으로 친생추정을 받아 친생부인의 소에 의해서만 친자관계가 부정될 수 있으나, 만일 의뢰부부가 이혼한 경우나, 형식상 혼인이 계속되고 있지만 혼인관계가 파탄되어 처가 별거하면서 인공수정자를 양육하는 경우처럼 이미 보호할 가정이 붕괴되어 있다면 혈연진실주의를 추구하여 비배우자간 인공수정자에게 친생자추정이 미치지 않는다고 보게 되어 친생자관계부존재확인 소의 제기가 가능하다고 해석하게 된다.

b) 생각건대 外觀說에 의하면 夫 자신의 동의 없는 비배우자간 인공수정자도 친생자추정을 받게 되는데, 혈연관계가 없음이 명백하고 夫도 인공수정자와의 친자관계를 부인하려 함에도 불구하고, 夫가 그 요건이 엄격한 친생부인의 소에 의해서만 친자관계를 부인할 수 있도록 하는 것은 문제가 여지가 있다고 본다. 그리고 血緣說에 의하는 경우에는 夫의 동의 없는 AID에 의한 인공수정자는 친생자추정이 미치지 않게 되어 혈연진실주의를 관철하기 위해서 이해관계인들이 제척기간의 제한도 없는 친생자관계부존재확인 소를 제기하여 그 친자관계를 부인할 수 있게 되는데, 만일 夫가 자신의 동의 없이 출생한 인공수정자와의 법률상 부자관계를 용인하여 친생부인의 소를 제기하지 않고 양육하여 온 사실관계가 있는 경우에도, 제3자인 이해관계인들이 친자관계를 부인할 수 있다면 가정의 평화는 유지될 수 없으며 오히려 인공수정자의 복리를 해하는 결과가 될 것이다. 따라서 부의 동의 없는 인공수정자와 夫사이에 혈연관계가 없다고 하여 혈연설에 의해 그 자를 당연히 친생자추정이 미치지 않는 자로 해석하는 것은 타당하지 않다고 하겠다. 하지만 인공수정자의 법률상 부모인 부부가 사실상의 이혼관계에 있거나, 이미 이혼하여 이혼한 夫가 그 자와 동거나 부양도 하지 않고 있는 경우에는 이미 보호할 가정의 평화가 존재하지 않으므로, 진실한 혈연관계에 따라 친자관계를 인정하는 자의 이익이나 夫의 이익을 위하여도 바람직할 것이다. 그러므로 이러한 경우에는 折衷說의 견해처럼 친생자추정이 미치지 않는 것으로 보아 친생자관계부존재확인 소에 의하여

31) 일본 大阪지방법판소 1998.12.18. 판결도 부부 사이에 아이가 생기지 않아 수차례 AIH를 시도하였으나 실패한 후 처가 夫의 동의 없이 AID시술을 하여 자를 출산하고 夫는 자의 이름을 짓고 출생신고까지 하였지만 나중에 자신의 정자가 사용되지 않은 사실을 알고 嫡出否認의 訴(일본민법 제774조)를 제기한 사안에서 夫가 AID에 동의하지 않은 이상 자의 父로 될 수 없다고 판시하였다. 石井美智子, “妻が第三者の精子を用いた人工授精によって出産した子について夫の嫡出否認の訴が認められた事例,” 判例タイムズ 臨時増刊 51卷 23號(No.1036), 判例タイムズ社, 2000.9, 160면 참조

32) 同旨: 이경희, 「가족법(오정판)」, 법원사, 2006, 195면; 그러나 실제로는 배우자 없는 독신여성이 혼인 전에 AID로 인공수정을 하여 혼인 후에 자를 출산하는 경우 외에는, 혼인성립 후 200일 내에 夫의 동의 없는 비배우자간 인공수정자가 출생하는 경우는 거의 없을 것이다.

33) 대판 1983.7.12, 82므59(전원합의체).

34) 夫의 동의 없이 타인의 정자를 이용한 인공수정으로 출생한 자는 夫의 親子로 볼

수 없다고 판시한 하급심 판결이 있다(서울가정법원판결 1999.12.2, 98드58706).

그 법률상의 친자관계를 부인할 수 있다고 해야 할 것이다.

2) 夫의 동의가 있는 경우

(가) 민법 제844조에 의한 夫의 친생자추정 여부에 대한 견해

법률상 혼인관계에 있는 부부가 夫의 동의하에 비배우자간 인공수정으로子を 출산한 경우에 그 子도 부부의 혼인중의 자로서의 지위를 가진다. 하지만 이 경우에 비배우자간 인공수정자가 민법 제844조에 의한 夫의 친생추정을 받는가에 대하여는 견해가 대립하고 있다.

a) 친생자추정 긍정설

다수설은³⁵⁾ 夫의 동의하에 제3자의 정자를 사용하여 인공수정으로 출생한 子는 夫의 친생자추정을 받는 혼인중의 출생자가 된다고 해석하고 있다.³⁶⁾ 먼저 민법 제844조에 의한 친생자의 추정이 미치는 범위에 대한 해석론에 따라서 이를 살펴보면 민법 제844조를 형식상 제한 없이 해석하여 처가 혼인중에 포태한 때에는 子를 포태할 수 없는 객관적인 사정이 명백한 경우에도 夫의 혼인중의 자로 추정하는 無制限說의 입장에서는 당연히 비배우자간 인공수정으로 출생한 子라고해도 夫의 친생자추정을 받게 된다. 또한 민법 제844조를 형식적인 기준에서 무제한하게 해석할 수 없다는 제한적인 해석을 하는 경우에도, 친생자의 추정이 미치지 않는 범위에 관하여 外觀說을 취하면 장기간 해외체류, 장기격리, 생사불명, 사실상의 이혼 등과 같은 객관적으로 포태할 수 없는 명백한 사유가 없는 한 인공수정자는 夫의 친생자추정을 받게 된다. 折衷說의 입장에서도 이러한 인공수정자는 원칙적으로 외관상 夫에 의하여 포태될 수 없는 명백한 사정이 있지 않는 한 夫의 친생자추정이 인정되게 된다. 다만 인공수정자의 법률상의 부와 모가 이미 이혼한 경우처럼 이미 보호할 가정의 평화가 존재하지 않

는 경우에는 혈연진실주의를 우선하여 친생자추정이 미치지 않는 子로 보아, 이해관계인들까지 親生子關係不存在確認의 訴를 제기할 수 있다고 해석될 것이다.

b) 친생자추정 부정설

민법 제844조에 의한 친생자추정이 배제되는 사유와 관련하여 친생자추정이 미치지 않는 범위를 夫의 생식불능이나 혈액형의 배치, 유전자불일치와 같은 부에 의한 포태가능성이 존재하지 않은 경우까지 포함시키는 血緣說의 견해에 의하면 夫의 생식불능을 이유로 비배우자간 인공수정으로 출생한 子는 夫의 동의가 있다고 하더라도 夫와는 자연적인 혈연관계가 존재하지 않는 것이 확실하므로, 친생자추정이 미치지 않아 夫의 친생자로 추정을 받을 수 없다고 해석된다. 따라서 이해관계인까지도 이러한 인공수정자에 대하여 친생자관계부존재확인 의 소를 제기할 수 있게 된다.

c) 판례의 태도

— 친생자추정을 긍정하는 판례

夫의 동의하에 비배우자간 인공수정으로 출생한 子의 친생추정 여부에 대한 대법원 판결은 아직 없다. 하지만 대부분의 下級審 判決은 夫의 동의 받아 출생한 비배우자간 인공수정자가 혼인중에 포태되어 출생하였다면 민법 제844조에 의하여 당연히 夫의 친생자추정을 받는다고 하여 긍정설의 입장을 취하고 있다. 1983년 7월 15일자의 서울가정법원 심판은 “처가 夫와의 혼인중에 子를 포태하여 출산한 것이므로 子는 夫의 親生子로 추정되고 따라서 夫는 子와의 친생자관계부존재를 친생자관계부존재확인 의 심판으로 구할 수는 없으며 親生否認의 訴에 의하여 이를 주장하여야 할 것이며 이 소는 또한 그 출생을 안 날로부터 1년 이내에 제기하여야 할 것”이라고 판시하였다. 서울가정법원의 같은 일자의 다른 심판에서는 “子는 혼인중에 처가 포태하여 출산하였으므로 夫의 친생자로 추정되고, 타인의 정액에 의한 인공수정자(AIH)라고 하더라도 위 추정규정은 배제되지 않는다고 할 것이니 夫의 친생부인의 소에 의해 친자관계가 부인되지 않는 이상(夫는 인공수정에 동의하였으니 위 부인권도 행사할 수 없는 처지이다) 子는 夫의 친자로서 부와 처 모두 그를 양육할 권리의무가 있다”고 하였다.³⁷⁾

35) 김주수, 「친족·상속법(제8판)」, 법문사, 2006, 286면; 이경희, 「가족법(오정판)」, 법원사, 2006, 194면; 박동섭, 「친족상속법」, 박영사, 2003, 243면; 배경숙·최금숙, 「친족상속법강의」, 제일법규, 2004, 284면.

36) 夫의 동의 있는 비배우자간 인공수정으로 출생한 子가 혼인성립의 날로부터 200일 이내에 출생한 경우에는 이론상 민법 제844조에 의하여 친생추정을 받지 않는 혼인중의 출생자가 될 것이나, 일반적으로 夫의 동의에 의한 비배우자간 인공수정 시술은 혼인 후 夫측의 원인으로 인한 불임상태가 수년간 계속된 후에 子를 갖기 위한 수단으로 행해지므로 실제로 문제되는 경우는 드물 것이다.

37) 서울가정법원심판 1983. 7.15, 82드5110·83드1266. 同 사건은 서울가정법원심판 1983. 7.15, 82드5134과 동일한 부부의 사건으로서 82드5134사건이 夫와 子사이의

또한 서울고등법원은 1986년 6월 9일자의 판결에서 “부부가 서면으로 인공수정에 동의한 이상 이 추정은 인공수정 출생자에게도 적용함이 위 추정 규정의 취지에 맞고 나아가서 그 출생자의 법적 지위에도 합당할 것이므로 위 규정에 따라子是 夫의 친생자로 추정된다. 이와 같이 子가 夫의 친생자로 추정되는 경우 그 사실을 부인하려면 親生否認의 소에 의하여야 하고 친생자관계부존재확인 소에 의할 수는 없다”고 판시하였고,³⁸⁾ 1986년 8월 19일자 판결³⁹⁾에서는 “남편의 동의를 얻어 출산한 인공수정자는 정상적인 부부관계로 출산한 아이와 법적 지위가 같다”고 하여 비배우자간 인공수정으로 출생한 인공수정자의 父性推定의 문제에 관하여 민법 제844조가 적용된다는 입장을 취했다. 이러한 하급심 판결의 입장은 일관되게 이어져 서울가정법원 2000년 8월 18일 판결에서는 “혼인중에 부부의 합의에 의하여 인공수정방법으로 처가 子를 포태하여 출산한 것이므로 子는 夫의 친생자로 추정받는다 할 것이고, 타인의 정자를 제공받아 한 인공수정에 의하여 子가 포태되었다는 점만으로 위 친생추정을 번복할 수 없다”고 하였다. 그리고 2000년 10월 17일 서울가정법원 가사 단독심도 “현행 민법은 혼인 중 포태한 자식은 남편의 자식으로 추정하도록 규정하고 있기 때문에 부인이 혼인 중 남편과의 합의를 통해 인공수정 해 낳은 아이는 비록 타인의 정자로 임신한 아이라 하더라도 남편의 친자로 보는 것이 타당하다”는 판결을 하였다.

— 친생자추정을 부정하는 판례

그러나 다른 하급심 판결⁴⁰⁾은 “원고(인공수정자)는 민법 제844조에 의하

친생자관계부존재사건인데 반하여, 이 사건은 夫가 본심판으로 처를 상대로 이혼을 구하자, 처가 반심판으로 부를 상대로 이혼 및 子의 양육자지정, 양육비를 청구한 사안이다.

38) 서울고등법원판결 1986. 6.9, 86르53. 同 판결의 원심인 서울가정법원심판 1986. 1.15, 85드5884에서도 “자는 부부의 혼인중에 처가 포태하여 출산하였으므로 부의 친생자로 추정되고 타인의 정자로 인공수정을 받아 자를 출산하였다고 하더라도 추정 규정은 배제되지 아니한다고 봄이 상당하므로 夫가 친생부인의 소를 제기하여 그 친생자관계가 부인되지 않는 이상(이 경우 夫가 친생부인권을 행사할 수 있는지 조차도 법리상 의문이 있으나) 어느 누구도 친생자관계부존재확인 소를 제기할 수 없다”고 판시하였다.

39) 서울고등법원판결 1986. 8.19, 86르53.

여 친생자로 추정된다고 할 것이지만, 피고(夫)가 생식불능의 경우에 해당된다면 위 추정의 범위에 들어가지 아니하므로, 원고로서는 친생자관계부존재확인 소를 제기할 수 있다. 나아가 민법상의 친생자관계의 존부는 자연적 혈연관계를 기초로 정해지는 것이고, 이는 당사자 사이의 의사와는 무관하게 결정되는 것이어서 비록 피고(甲)와 乙이 장차 태어날 원고(丙)에 대하여 서로 친자로 인정하기로 합의하였다고 하더라도 그로 인하여 친생자 아닌 子가 친생자로 인정될 수는 없는 것이다.”라고 판시하여 제3자의 정자를 이용한 인공수정에 夫가 동의하여 子가 출생한 경우에 夫와 인공수정자 사이에는 친생자관계가 존재하지 않는다는 판시를 하고 있다.⁴¹⁾

대상판결은 친생자추정이 인정되는 범위에 대하여 무제한설 내지 외관설의 입장을 취했던 다른 하급심 판결과는 다르게 개별적·구체적인 심사의 결과 夫가 생식불능인 경우를 비롯하여 혈액검사나 유전자검사 등을 통하여 객관적으로 부자관계가 존재하지 않는다는 사실이 명백한 경우에도 친생자의 추정이 미치지 않는다는 血緣說의 태도를 따른 것으로 볼 수 있다.⁴²⁾ 즉 夫의 생식불능으로 인하여 부부가 합의하여 제3자의 정자를 제공받아 인공수정자가 출생한 경우에는 그 子와 생모의 夫와는 객관적으로 자연적 혈연관계가 존재하지 않는다는 사실이 명백하므로 子에게는 친생자의 추정이 미치지 않아 친생부인의 소가 아닌 친생자관계부존재확인 소를 제기하여 법률상 친자관계는 소멸시킬 수 있다는 것이다. 다만 대상판결의 사실관계에 따르면 친생자관계부존재확인 소를 제기할 당시에 원고 乙(인공수정자의 母)이 인공수정에 동의한 자신의 夫인 甲과 이미 이혼한 상태였으므로, 보호할 가정의 평화가 존재하지 않아 이러한 경우 혈연진실주의를 우선시키는 친생추정이 미치지 않는 子의 범위에 대한 折衷說을 따른 것으로도 볼 수 있을 것이다. 그러나 이 점에 대하여 대상판결은 분명한 언급을 하고 있지 않다.

40) 서울가정법원 2002. 11. 19, 2002드단53028.

41) 同 판결에 대한 비판적인 견해는 金相瑢, “인공수정으로 출생한 子의 법적지위(서울가정법원 2002. 11. 19. 선고 2002드단53028),” 법률신문 2003년 2월 3일자(제4143호), 14-15면 참조.

42) 이 점에 대하여 대상판결(서울가정법원 2002.11.19, 2002드단53028)은 분명한 언급을 하고 있지 않다.

d) 소 결

친생자추정 肯定說은 기본적으로 혈연관계의 진실보다는 친자관계의 안정을 통한 子の 복리와 가정의 평화가 중요하다는 전제하에 있는 견해라고 할 수 있다. 夫가 동의한 비배우자간 인공수정자는 친자관계를 형성하려는 夫의 적극적인 의사에 따라서 출생한 것이므로, 혼인중의 출생자로서의 법적 신분을 유지하여 그 夫에 대한 부양청구권과 상속권을 가지는 것이 타당하다. 그러나 혈연관계가 없음에도 불구하고 夫의 동의에 의하여 법적인 친자관계가 창설된다고 하는 것은 私인에게 친자관계의 처분을 인정하는 것이 되어 가족관계의 정형성에 반한다는 문제점이 있다.

반면에 친생자추정을 否定하는 견해는 친자관계는 자연적인 혈연관계에 기초하여 인정되어야 한다는 원칙에 서있는 견해라고 할 수 있다. 그러나 오늘날 많은 불임부부들이 입양에 대한 대안으로 AID를 택하여 출생한 인공수정자를 부부 사이의 친생자로 양육하기를 원하는데, 친생자추정을 인정하지 않는다면 이는 당사자의 의사를 무시하는 것이 되며, 이해관계인들도 친생자관계부존재확인인 소를 제기하여 인공수정자와 夫사이의 법적인 부자관계를 다룰 수 있게 되어 친자법의 최대 이상인 子の 복리와 가정의 평화를 위하여도 바람직하지 않게 된다.

이와 같이 친생자추정을 긍정하거나 이를 부정하는 견해 모두 일정한 문제점이 있지만 원칙적으로 夫가 동의한 비배우자간 인공수정자를 부부의 혼인중의 자로 보는 점에는 일치한다. 다만 夫와의 친자관계를 부정하는 법적 수단이 엄격한 親生否認의 소에 의하는가 아니면 비교적 친자관계 부인이 용이한 親生子關係不存在確認의 소에 의하는가에 그 구체적인 차이점이 있다고 할 수 있으며, 제시되는 문제점들도 주로 이에 관련된 것이라고 할 수 있다. 따라서 子の 복리와 가정의 평화 그리고 혈연관계의 진실을 고려하여 인공수정자와 夫와의 부자관계가 부인될 수 있는 합리적인 범위를 정하는 방향으로 다음과 같이 해석하는 것이 필요하다. 따라서 원칙적으로 子の 복리와 가정의 평화가 혈연의 진실보다는 중요하다는 이유에서 친생추정 긍정설이 입장이 타당하다고 본다. 하지만 子の 이익을 위해 동의한 夫와의 친자관계를 부인할 필요성이 있고 보호할 가정의 평화가 존재하지 않는 경우에는 예외적으로 친생자추정이 미치지 않는다고 보아 친생자관계부존재확인인 소로써 혈연관계가 존재하지 않는 부자관계를 부

정할 수 있다고 해석해야 할 것이다. 그러나 현행 민법 하에서는 이러한 해석론에 의할 수밖에 없지만, 개별적인 사안에서 어떠한 경우에 친생추정을 제한할 것인가를 구체적으로 확정해야 하는 문제는 있을 것이다.

현재 국회에 제출되어 있는 인공수정관련 입법안이 친생자추정 긍정설의 입장에서 “부부 중 일방이 기증자의 정자나 난자를 이용하여 의료보조생식을 한 경우 난자를 기증받은 婦는 母, 정자를 기증받은 夫는 父의 지위를 갖는 것으로 본다”고 규정⁴³⁾하고 있는 것이나 “제공자와 수혜자간의 체외수정 또는 인공수정으로 출생한 자는 수혜자와 그 배우자의 혼인 중의 출생자로 본다”고 규정⁴⁴⁾하는 것은 타당한 입법안이라고 생각한다.

(나) 친양자관계로 보는 견해

민법개정으로 친양자제도가 인정되기 이전부터 夫의 동의 있는 비배우자간 인공수정자에 대하여 부와 인공수정자간에 친양자(완전양자)관계를 인정하자는 견해⁴⁵⁾가 있었다. 친양자제도가 민법개정으로 인정된 이후에는 부가 인공수정에 동의하였다고 해도 인공수정자의 생물학적인 父가 될 수는 없으므로 친생자로 추정하는 것에는 이론적인 한계가 있고, 친양자로 보더라도 새로운 신분등록제도 하에서는 혼인중의 출생자와 신분등록상 동일하게 기재되어 신분이 공개되지 않으며, 인공수정에 동의했던 夫가 인공수정자를 자신의 子로 받아들이지 않고 인공수정자나 그 처를 부당하게 대우는 경우에는 민법 제908조의 친양자의 飭양을 통하여 夫와의 친자관계를 해소할 수 있는 기회를 주는 것이 타당하며, 비배우자간 인공수정에 대한 夫의 동의는 친양자 입양의 의사로 볼 수 있고 인공수정의 시술절차가 민법상 친양자성립절차를 대신할 수 있다는 논거로 친양자관계의 인정에 찬성하는 견해가 있다.⁴⁶⁾ 그러나 2008년부터 시행되는 민법상의 친양자제도는 법원이 친양자입양의 일반적인 요건외에, 친양자로 될 자의 복리를 위하여 양육상황, 친양자 입양의 동기, 양친의 양육능력 등 입양가정의 환경

43) 「의료보조생식에 관한 법률안」 제9조.

44) 「체외수정 등에 관한 법률안」 제21조 1항.

45) 고정명, “인공적 임신의 법리적 고찰,” 경희대학교 대학원 박사학위논문, 1988, 60면; 정조근, “완전양자에 관한 고찰,” 「가족법연구」 제6호, 한국가족법학회, 1992, 124면; 한국법제연구원, “인공수정의 법적 규율,” 1994, 42면

46) 이은정, “인공수정에 대한 입법론적 고찰,” 「가족법연구」 제19권 2호, 한국가족법학회, 2005 95면.

을 심사하여(민법 908조의2 2항) 심판하는 일종의 선고(허가)형 양자제도인데, 비배우자간 인공시술절차에 법원의 개입여지가 없는 현실에서는 “부의 동의 있는 비배우자간 인공수정 출생자와 그 부 사이에는 친양자 입양의 효력이 발생한다”는 내용의 입법적인 해결이 없는 한 부의 동의 있는 비배우자간 인공수정자와 夫간에 친양자관계를 그대로 인정한다는 것은 받아들일 수 없다고 하겠다.

(다) 夫의 양자로 보는 견해

혈연관계의 부존재가 객관적으로 명백한 생식불능에까지 민법 제844조를 적용하여 추정의 범위를 넓힐 수 없으므로, 夫의 동의로 출생한 비배우자간 인공수정자가 夫의 호적에 子로서 등재되어 있다면 이는 허위의 친생자 출생신고로 무효이지만 夫의 AID시술에 대한 동의를 입양의 의사표시로 해석하여 민법 제138조의 無效行爲의 轉換에 대한 判例⁴⁷⁾의 법리에 의해 입양의 효력을 인정해야 한다고 본다.⁴⁸⁾ 또한 만약 비배우자간 인공수정자에 대하여 夫가 친생자 출생신고를 하지 않는 경우에는 AID시술에 대한 부부의 합의를 夫와 입양대략권자인 처의 입양예약의 체결로 보아 사실상의 양자관계가 있다고 보아 사실상혼인관계존부확인의 청구를 준용하여 처가 부를 상대로 사실상양친자관계존부확인의 소를 제기하여 처가 인공수정자를 부부 사이의 양자로 호적에 신고할 수 있다고 한다.⁴⁹⁾ 그러나 이러한 견해에 의하면 입양의 효력을 인정한다 해도 일정한 파양사유가 발생한 경우에는 인공수정자가 파양되어 夫와의 양친자관계가 해소될 수 있는 불안정한 지위에 놓이게 되어 子의 보호에 미흡하다는 문제가 있고,⁵⁰⁾ AID시술에 동의한 夫는 출생할 인공수정자와 친생친자관계를 형성하려는 의사로 이에 동의한 것인데 이를 인공수정자에 대한 입양의 의사로 해석하는 것은 夫의 의도에 반하는 것이며, 또한 夫가 인공수정자에 대한 친생자 출생신

고를 하지 않는 경우에는 사실상양자관계존부확인의 소를 제기할 수 있다고 하지만 이에 대한 명문의 규정이 없어 이를 인정하기는 어려우므로 타당하지 않다고 하겠다.

3) 夫의 친생부인권 인정여부

비배우자간 인공수정(AID)에 의하여 출생한 子가 夫의 친생자로 추정을 받는 경우에 夫의 동기가 있을 때에도 원칙적으로 夫가 親生否認의 訴를 제기할 수 있는가의 문제가 있다. 이에 대하여는 부가 제공자의 정자에 의한 인공수정에 동의한 때에는 친생부인의 소를 제기할 수 없다는 부정설과 비배우자간 인공수정(AID)에 동의한 夫라도 나중에 친생부인의 소를 제기할 수 있다는 긍정설이 대립한다.

(가) 부정설

夫가 비배우자간 인공수정에 대하여 동의한 후 이를 통해 출생한 子에게는 친생자추정을 인정할 뿐만 아니라 민법 제846조와 제847조의 적용을 배제하여 친생부인권을 행사할 수 없다는 것이 다수설이다.⁵¹⁾ 정자제공자의 정자에 의한 인공수정 시술에 동의한 夫가 나중에 변심하여 부인권을 행사한다는 것은 信義則 내지 금반언의 법리(Estoppel Rule)에 반하기 때문에 이를 부정하여야 하고, 친생부인권은 혈통관계의 확립보다는 子의 지위 보호에 비중을 두고 있다고 보아서 인공수정자는 夫의 동의에 의하여 출생한 子이므로, 동의한 夫의 이익과 인공수정자의 이익을 형량할 때 인공수정자에게 비중을 두는 것이 타당하다는 것을 주된 논거로 한다.⁵²⁾⁵³⁾

47) 대판 1977. 7.26, 77다492 전원합의체 판결.

48) 정법석, “친생자관계부존재확인사건,” 법률신문 1984년 10월 15일(제1561호), 12면; 김천수, “人工授精에 관한 법적 고찰,” 「민사법학」 제22호, 한국민사법학회, 2002, 106-107면.

49) 정법석, “친생자관계부존재확인사건,” 법률신문 1984년 10월 15일(제1561호), 12면.

50) 이경희, “인공수정자의 친자법적 지위,” 「가족법연구」 제2호, 한국가족법학회, 1988.12, 41면; 한봉희, “인공수정자법의 연구,” 「법학연구」 제14권, 전북대학교 법학연구소, 1987, 21면.

51) 김주수, 「친족·상속법(제6전정판)」, 법문사, 2002, 286면; 박동섭, 「친족상속법」, 박영사, 2003, 243면; 배경숙·최금숙, 「친족상속법강의」, 제일법규, 2000, 266면; 이계정, “친자관계확인소송의 심리상 주요 논점,” 「가정법원사건의 제문제(상) 재판자료 제101집, 법원도서관, 2003, 459면; 이상태, “부부의 인공수정과 법적 문제,” 「亞細亞女性研究」 제23호, 숙명여자대학교 아시아여성문제연구소, 1984., 11면.

52) 김주수, 「친족·상속법(제8판)」, 법문사, 2006, 301면; 박동섭, 「친족상속법」, 박영사, 2003, 243면; 이근식, “인공수정에 관한 법률문제,” 「판례월보」 제166호, 판례월보사, 1984.7, 16면; 이경희, “인공수정자의 친자법적 지위,” 「가족법연구」 제2호, 한국가족법학회, 1988.12, 43면.

53) 프랑스민법 제311조의 20은 부부 또는 동거자가 생식을 위하여 제3기증자의 개입이 요구되는 의료보조생식의 실행에 관한 동의를 표시한 후에는 친자관계에 대하여 이익을 제기하거나 친자관계를 주장하는 어떠한 소송도 금지된다고 규정하고 있다.

(나) 긍정설

비배우자간 인공수정에 동의한 夫라도 친생부인의 소를 제기할 수 있다는 견해가 있다.⁵⁴⁾ 이 견해는 첫째, 가족법상의 규정들은 강행법으로 되어 있어 가족법 분야에서는 사적 자치의 원칙은 근본적으로 배척되고, 법률관계의 자유형성이 특별히 허용되는 경우 이외에는 가족법상의 규정과 다른 법률행위를 할 수 없다는 것이 원칙이므로 특정한 자가 혼인중의 자로서의 법적 지위를 갖는지 또는 혼인외의 자가 되는지의 문제는 결코 부모의 합의 여하에 의해서 좌우할 수 없고, 둘째 夫가 비배우자간의 인공수정에 동의를 하고도 친생부인의 소를 제기함은 父性을 인정한다는 종전의 행위와 상반되는 것은 사실이나, 이것은 내용상으로는 자기가 한 의사표시가 무효임을 주장하는 것임에 불과하므로, 비배우자간 인공수정에 동의를 한 모의 夫가 친생부인의 소를 제기한다는 것 자체만으로는 信義則에 반한다고 볼 수 없다는 점 등을 논거로 하고 있다.

(다) 판례의 태도

夫의 동의 있는 비배우자간 인공수정으로 출생한 자가 친생자의 추정을 받는 경우에 夫가 그 자에 대하여 친생부인을 할 수 있는지 대하여, 우리 판례는 일관된 태도를 보이지 않고 있다.

1983년 7월 15일자의 서울가정법원 판결⁵⁵⁾은 “...위 김○○은 청구인과 피청구인의 혼인중 피청구인이 포태하여 생산하였으므로 청구인의 친생자로 추정되고 타인의 정액에 의한 인공수정자(AID)라고 하더라도 위 추정 규정은 배제되지 않는다고 할 것이니 청구인의 친생부인의 소에 의해 친자관계가 부인되지 않는 이상(청구인은 인공수정에 동의하였으니 위 부인권도 행사할 수 없는 처지이다)...”라고 판시하여 친생자의 추정을 받는 부의 동의 있는 비배우자간 인공수정자에 대하여는 친생부인의 소를 제기할 수 없다고 하였다.

그러나 같은 일자의 다른 판결⁵⁶⁾에서는 “...청구인으로서의 피청구인과의

친생자관계부존재를 민법 제847조의 규정에 따른 친생자관계부존재확인 의 심판으로 구할 수는 없는 노릇이고 민법 제847조 소정의 친생부인의 소에 의하여 이를 주장하여야 할 것이며 이 소는 또한 그 출생을 안 날로부터 1년 이내에 제기하여야 할 것인바...”라고 판시하여 친생부인의 소를 제기할 수 있다는 취지의 다른 판시를 하여, 두 판결이 서로 엇갈리고 있다.

그 후 1986년 1월 15일자의 서울가정법원 판결⁵⁷⁾은 “...청구인이 타인의 정자로 인공수정을 받아 동 광○○을 출산하였다고 하더라도 위 추정 규정은 배제되지 아니한다고 봄이 상당하므로 피청구인 광XX가 친생부인의 소를 제기하여 그 친생자관계가 부인되지 않는 이상이 경우 부가 친생부인권을 행사할 수 있는지 조차도 법리상 의문이 있으나, 어느 누구도 피청구인들 사이의 친생자관계존재확인을 구할 수 없다 할 것이다”라고 하여, 夫의 동의하에 제공자의 정자로 인공수정을 하여 출생한 자에 대해 원칙적으로 夫가 친생부인을 할 수 있는지의 여부에 대해 분명한 태도를 밝히지 않고 있다.

그러나 최근의 2007년 8월 23일자의 대구지방법원 가정지원 판결⁵⁸⁾은 “처가 다른 사람의 정자를 공여받아 인공수정을 통하여 자녀를 출산하는 것에 동의하여 피고를 출산한 경우, 원고와 피고 사이에 혈연에 의한 부자관계가 성립되지 않는다고 하더라도, 원고는 처인 ○○○이 다른 사람의 정자를 공여받아 인공수정을 통하여 피고를 출산하는 것에 동의하면서 법적 문제를 포함한 모든 책임을 지기로 하여 피고를 자신의 자로 인정하였다고 봄이 상당하므로, 그 후 ○○○과 이혼하였다고 하여 다시 피고에 대한 친생을 부인하는 것은 신의칙에 반한다.”고 하여 친생부인의 소를 제기할 수 없다고 판시하였다.

(라) 소 결

생각건대 AIH에 동의한 夫라도 친생부인의 소를 제기할 수 있다는 긍정설의 논거는 다음과 같이 비판할 수 있다.

첫째, 원칙적으로 강행규정인 가족법에서 사적 자치의 원칙은 배제되므로 특정한 자의 법적 지위를 부모의 합의에 의해서 결정할 수 없다는 논거는 다음과 같은 이유로 타당하지 않다. 가족법 규정이 원칙적으로 강행규정인

54) 양수산, “人工授精자와 관련된 법률상의 문제점 연구,” 『가족법연구』 제3호, 한국가족법학회, 1989.11, 111-112면; 양수산, 『친족상속법』, 한국외국어대학출판부, 1998, 380-381면.

55) 서울가정법원심판 1983. 7.15, 82드5110·83드1266(판례월보 159호, 51면).

56) 서울가정법원판결 1983. 7.15, 82드5134(판례월보 160호, 31면).

57) 서울가정법원심판 1986. 1.15, 85드5884.

58) 대구지방법원 가정지원 2007. 8.23, 2006드단22397.

것은 가족적 공동생활관계의 질서유지를 위한 사회적 통제에 그 목적이 있는 것이므로⁵⁹⁾ 夫 자신이 동의하여 인공수정자가 출생한 경우에 그 자의 보호를 위해 친생부인권을 부정하는 것은 가족제도나 친자관계의 본질적인 질서를 반하는 것으로 보기 어렵다.

둘째, 긍정설은 夫가 AID에 동의를 하고도 친생부인의 소를 제기하는 것은 자기가 한 의사표시가가 무효임을 주장하는 것임에 불과하며, 그러한 夫가 친생부인의 소를 제기한다는 것만으로는信義則에 반한다고 볼 수 없다고 한다. 그러나 AID에 대한 동의는 새로운 생명을 탄생시키는 원인이 되는 행위로서, 다른 일반적인 법률행위와 같은 적용을 할 수는 없고, 夫의 동의가 계기가 되어 인공수정자가 출생되어 친자관계가 형성되었다는 사실을 고려하면 그 자신이 일방적으로 이를 반복하여 친자관계를 부정하는 것은 타당하지 않다. 따라서 夫가 비배우자간 인공수정에 동의한 때에는 그 인공수정자에 대하여 친생부인의 소를 제기할 수 없다는 부정설이 타당하다고 본다.

4) 처의 친생부인권의 인정 여부

부의 동의에 의한 비배우자간 인공수정자는 부의 친생추정을 받는다고 해석하는 경우에도, 민법 제846조는 처에게까지 친생부인의 소의 원고적격을 인정하고 있으므로 처가 인공수정자와 부간의 혈연관계가 존재하지 않는다는 것을 이유로 하여 부자관계를 부인하기 위한 친생부인권의 소를 제기할 수 있는가 문제될 수 있다. 그러나 이 경우에도 비배우자간 인공수정을 통해 자를 출생하기로 합의하였던 모가 단지 혈연관계의 부존재를 이유로 하여 친생부인의 소를 제기할 수 있다는 것은 역시 신의칙 내지 금반원의 원칙에 위배되며, 자의 복리를 고려하여도 바람직하지 않으므로 이를 부정하는 것이 타당하다고 하겠다. 따라서 “부의 동의를 통한 부부의 합의에 의해 출생된 비배우자간 인공수정자에 대하여는 부부 모두 친생부인권을 행사할 수 없다”는 취지의 친생부인권을 제한하는 입법이 필요하다고 하겠다.⁶⁰⁾

59) 이경희, 「가족법(오정판)」, 법원사, 2006, 5면.

60) 「체외수정 등에 관한 법률안 제21조 3항은 “수혜자 또는 그 배우자는 제공자의 수혜자 간의 체외수정 또는 인공수정을 원인으로 하여 친생부인의 소를 제기할 수 없

(3) 인공수정자와 정자제공자와의 관계

1) 개요

현재 우리나라에서는 의학적인 연구목적 등의 이유로 수많은 정자공여가 있는 것이 현실이므로, 정자제공자는 자신의 정자의 행방을 구체적으로 확인할 수 없고 자신의 정자를 이용한 인공수정자의 실제 출산여부도 알기 어렵다. 또한 정자제공자의 신분도 노출되지 않는 것이 일반적이므로 정자제공자와 그가 제공한 정자로 포태·출산된 인공수정자와의 친생자관계는 사실상 문제되지 않을 것이다.⁶¹⁾ 그러나 예외적으로 정자제공자를 확정할 수 있어⁶²⁾ 출생한 인공수정자와의 血緣關係가 입증된 경우에는 인지의 절차 없이 정자제공자가 법적인 친자관계를 인정받을 수 있는지의 문제가 발생한다. 또한 정자제공자와 인공수정자간의 친자관계가 인정할 수 없다고 해석하는 경우에도, 만일 인공수정자를 출산한 모가 독신 여성이거나, 친생부인의 소 또는 친생자관계부존재확인 소에 의해 인공수정자와 모의 夫간의 친자관계가 부정된 경우라면 서로의 존재를 알게 된 정자제공자나 가족이 인지를 통해 정자제공자와 그 인공수정자간의 친자관계를 인정할 수 있는지가 문제될 수 있다.

2) 친생자관계 인정 여부

(가) 친생자관계 부정설

비배우자간 인공수정이라는 보조생식기술에 의하여 출산된 자라 하더라도 정자제공자가 유전적·생물학적인 父가 된다. 따라서 출생관계를 자연

다”고 규정하고 있다.

61) 「의료보조생식에 관한 법률안 제12조 제6항은 “의료보조생식관리센터는 기증자의 익명성을 보장한다. 다만, 의료보조생식으로 태어난 자에게 중대하고 명백한 이익이 있을 경우에는 이에 관한 기록을 법원에 제출할 수 있다”고 규정하고 있다.

62) 2007년 4월 30일에 보건복지부가 입법예고한 「생식세포의 관리 및 보호에 관한 법률 제정안 제12조에 의하면 생식세포의 기증에 관련된 자료는 법원의 명령, 본인의 요구 등 별도로 정한 경우 외에는 열람할 수 없으나, 기증자가 공개에 동의한 정보는 기증을 통한 보조생식술로 태어난 아이가 성인이 된 후 열람이 가능하다고 규정하고 있으며, 「체외수정 등에 관한 법률안 제20조는 체외수정관리본부의 장은 1. 체외수정기술로 출생한 만20세 이상의 출생자가 요구하는 경우, 2. 법원의 명령이 있는 경우에는 생식세포의 제공 및 체외수정에 관한 기록열람을 허용하거나 사본교부를 해야 한다고 규정하고 있다.

적인 혈연관계에 한정한다고 하면 인공수정자와 정자제공자와의 사이에는 분명한 친생자관계가 존재한다. 그러나 다수설은⁶³⁾ 가족제도의 의미와 구체적인 타당성을 고려하면 혈연에 의한 부자관계보다는 인공수정에 의해 태어날子を 친생자로 삼으려고 AID기술에 동의한 夫와의 친자관계를 인정하는 것이 가족법의 이념에 부합하므로 인공수정자와 정자제공자와의 친생자관계를 부정하는 것이 타당하다고 본다.⁶⁴⁾ 친생자관계를 부정하는 다수설의 구체적인 논거 등을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 인공수정에서 정자제공자는 보수를 얻고무상인 경우도 있겠지만 자기의 정액을 의사에게 제공하는 자이고 그 지위는 혈액제공자의 지위와 유사하고 父가 되기 위한 통상의 행위와는 그 성질이 전혀 다르다. 따라서 이러한 지위를 가지는 데 지나지 않는 자가 스스로 인공수정자의 父라고 주장하는 것과 이러한 자와 AID에 의한 인공수정자 사이에 법률상의 실친자관계를 인정하는 것은 子의 보호나 당사자인 모 및 그 夫에 대하여 불이익이 되어 타당하지 않다고 한다.⁶⁵⁾

둘째, 정자제공자는 애초에 인공수정자와 어떤 종류의 법률관계도 형성할 의사가 없었을 뿐 아니라 후에 자신의 정자를 사용하여 태어난 子로부터 인지청구를 받아 그 결과로 법적인 부자관계가 발생하여 부양의무와 상속관계가 발생하는 하는 경우를 상상해보지 않은 경우가 대부분이다. 따라서 인공수정자와 정자제공자가 비록 혈연으로 이어진 관계라고 할지라도 어떠한 법적인 관계도 발생시키지 않는 것이 바람직하며, 오히려 법은 인공수정자와 그를 양육해 온 법률상의 夫사이에 형성되어 있는 사실적인 관계를

보호하는 편이 바람직하다고 한다.⁶⁶⁾

셋째, 비배우자간 인공수정기술은 심리적·사회적·도덕적 이유 때문에 정자제공자의 신원을 감추고 이러한 사실을 비밀에 붙이려고 하는 것이 보통이고 정자의 제공은 혈액의 제공과 비슷하게 취급되므로, 정자제공자와 AID에 의한 인공수정자간에 법적인 친자관계를 인정하지 않는 것이 가정의 평화보호나 子의 복리를 위해서도 타당할 뿐 아니라 책임과 의무를 예상하지 않고 정자를 제공한 제3자의 보호를 위해서도 타당하다고 한다.⁶⁷⁾

넷째, 정자제공자의 정액이 수 개의 AID기술에 사용된 경우에 정자제공자의 입장에서 다수의 인공수정자로부터 인지청구를 받을 수 있게 되는데, 이는 정자제공자에게 이익이 되지 않으며 불합리하다고 한다.⁶⁸⁾

(나) 친생자관계 긍정설

정자제공자와 비배우자간 인공수정자 사이의 친생자관계가 존재한다고 보는 견해이다. 정자제공자의 정자 제공행위에는 입양승낙(代諾)의 의사표시가 포함되어 있는 것으로 보아 夫의 동의에 의한 AID기술로 출생한 자와 모의 夫사이에 양친자관계가 인정될 뿐이며, 법적인 친생친자관계는 정자제공자와 인공수정자간에 발생한다고 한다. 따라서 민법 제909조 제5항에 의해 養父인 모의 夫가 친권자가 되지만 정자제공자와 인공수정자간의 친생자관계는 존속하여 원칙적으로 兩者간에 부양의무와 상속관계가 있다고 한다. 다만 부양의무의 존속은 정자제공자가 원치 않을 것이므로, 민법 제967조의 부양협정의 법리를 유추적용하여 인공수정 전에 그 협정을 체결하도록 하는 것이 타당하다고 하며, 이러한 사전협정에 대한 설명이나 그 권고를 위한 입법조치가 필요하다고 한다. 또는 다른 입법조치로서 양부와 생모인 의뢰부부의 부양의무를 제1차적인 것으로 하고 정자제공자인 생부의 부양의무는 예비적인 것으로 하는 것도 가능하다고 한다. 그러나 부양협정이 없는 한 정자제공자의 부양의무를 완전히 면제시키는 것은 타당하지 않다고 한다.⁶⁹⁾

63) 정자제공자와 AID출생자 사이의 친자관계를 否定하는 견해로는 구연창, “대리모계약의 법적 접근,” 『경희법학』 제23집, 경희대학교 법학연구소, 1988, 85면; 金相瑢, “子의 친생부인권-민법 개정안 중 친생부인제도의 개선과 관련하여,” 『고시연구』 1998. 10, 100면; 이경희, “인공수정자의 친자법적 지위,” 『가족법연구』 제2호, 한국가족법학회, 1988.12, 45면; 임정평, “친자관계의 認否에 관한 특수문제(인공수정과 그 법률문제를 중심으로),” 『법학논총』 제15집, 단국대학교 법과대학, 1989.11, 91면.
64) 프랑스민법 제311조의 19(Article 311-19) 제1항은 “제3기증자를 매개로 한 의료보조생식의 경우에 기증자와 이러한 방법으로 출생한 아이 사이에는 어떠한 친자관계도 설정될 수 없다”고 규정하고 있다.
65) 이경희, “인공수정자의 친자법적 지위,” 『가족법연구』 제2호, 한국가족법학회, 1988.12, 45면; 임정평, “친자관계의 認否에 관한 특수문제(인공수정과 그 법률문제를 중심으로),” 『법학논총』 제15집, 단국대학교 법과대학, 1989.11, 91면.

66) 金相瑢, 『가족법연구 I』, 법문사, 2002, 107면.
67) 구연창, “대리모계약의 법적 접근,” 『경희법학』 제23집, 경희대학교 법학연구소, 1988, 85-86면.
68) 임정평, “친자관계의 認否에 관한 특수문제(인공수정과 그 법률문제를 중심으로),” 『법학논총』 제15집, 단국대학교 법과대학, 1989.11, 91면.
69) 김천수, “인공수정에 관한 법적 고찰,” 『민사법학』 제22호, 한국민사법학회, 2002,

(대) 학설에 대한 검토와 소결

a) 먼저 친자관계 肯定說은 다음과 같은 이유로 인하여 타당하다고 할 수 없다. 정자제공자와 인공수정자의 친생자관계를 인정한다면 아버지가 되려는 의사가 전혀 없었던 정자제공자가 단지 인공수정자와 혈연관계가 있다는 이유만으로 예상하지 않았던 법적인 父로서의 책임과 의무를 부담하게 되어 타당하지 않으며, 현실적으로도 정자제공자가 AID에 의한 인공수정자의 친생부가 된다고 하면 이러한 법적인 부담 때문에 실제로 불임부부를 위하여 정자를 제공하려는 사람은 극히 드물 것이다. 또한 정자제공자를 친생부로 인정하여 양친자관계와 친생친자관계가 병존하게 되면 정자제공자의 匿名性이 보장되지 않고 인공수정 사실이 공개되어 의뢰부부와 인공수정자를 중심으로 한 가정의 평화가 유지되기 어렵고, 이는 인공수정자의 복리를 위해서도 바람직하지 않다고 하겠다. 더욱이 同 견해의 전제처럼 단순한 정자제공행위를 入養代諾의 의사표시로 보는 것은 무리한 해석이라고 할 수 있다. 설사 이를 인정할 수 있다 해도 출생하지도 않은子を 입양의 당사자로 하는 입양대락은 인정될 수 없다고 할 것이며, 정자제공자와 생모는 혼인관계가 아니므로 상호간의 협의를 원칙으로 누가 친권자가 될 것인지를 정해야 될 것인데, 이러한 고려 없이 당연히 정자제공자가 법정대리인으로서 입양대락권이 있다는 전제가 가능한지도 의문이다.

b) 결론적으로 가정의 평화나 인공수정자의 복리를 위하여, 그리고 父로서의 책임과 의무를 전혀 예상하지 않고 정자를 제공한 정자제공자의 보호를 위해서도 정자제공자가 비록 생물학적인 父일지라도 인공수정자와의 친자관계를 인정하지 않는 것이 否定說이 타당하다고 하겠다. 따라서 인공수정자와 그를 출산한 모의 夫간의 친자관계만이 인정되게 되며, 이러한 모의 夫와 인공수정자간의 친자관계는 원칙적으로 夫가 필요한 절차를 통하여 인공수정에 동의한 경우뿐만 아니라 夫의 동의가 없었던 경우에도 인정된다고 보아야 한다.⁷⁰⁾

그러므로 비배우자간 인공수정자는 원칙적으로 모와 모의 夫사이의 혼인 중의 子가 되며, 정자제공자는 원칙적으로 인공수정자에 대하여 父로서의

107-108면.

70) 이 경우에 모의 夫의 친생자 추정을 받는가에 대하여는 전술한 것과 같이 견해의 대립이 있다.

어떠한 법적 관계도 주장할 수 없고 성립될 수 없다. 이렇듯 정자제공자와 인공수정자간의 친생자관계를 인정할 수 없으므로 그 법률관계를 사전에 명확하게 인지시키기 위해서 정자를 제공할 당시에 정자제공자에게 인공수정으로 출생한 子와 부자관계가 인정되지 않음을 고지해 주어야 할 것이며, 정자제공자 스스로도 자신의 정자에 의해 출생한 인공수정자와 친자관계는 물론이고 그 밖의 어떠한 관계도 갖는 것을 원치 않는다는 의사를 표시하도록 하는 것이 바람직 할 것이다. 따라서 이에 대한 입법적 조치가 필요하다고 하겠다.

3) 정자제공자와 인지 문제

정자제공자와 AID에 의한 인공수정자 사이에는 전술한 것과 같이 친자관계를 인정할 수 없다고 본다. 하지만 일정한 경우에는 인공수정자에 대한 친생부인이나 친생자관계부존재확인 청구가 가능하므로 이를 통해 인공수정자와 모의 夫사이의 친자관계가 부정되면 인공수정자는 母의 혼인외의 子가 되게 된다. 친생자의 추정을 받고 있는 子의 친생추정이 부인된 후나, 친생자의 추정을 받지 않는 혼인중의 자가 친생자관계부존재확인 소에 의해 친생자가 아닌 것이 확정된 후에는 그 子에 대한 生父의 認知가 가능하게 된다.⁷¹⁾ 따라서 AID에 의한 인공수정자와 모의 夫와의 친생자관계가 부정된 경우에 그 생물학적 父인 정자제공자가 특정될 수 있다는 전제하에 정자제공자가 인공수정자와의 친자관계를 인정받기 위해 민법 제 855조의 임의인지를 하거나 인공수정자가 정자제공자를 상대로 민법 제 863조의 認知請求의 소를 제기할 수 있는지가 문제된다.

(가) 부정설

다수의 견해⁷²⁾는 비록 夫의 친생부인 등에 의하여 인공수정자와의 친자관계가 否定된다 해도 정자제공자에 의한 임의인지나 인공수정자의 인지청구의 소를 인정할 수 없다고 한다. 그 근거로는 첫째, 모의 夫와의 친자관계가 부정되었다고 해도 정자제공자의 임의인지를 허용하여 정자제공자와의 친자관계를 인정하는 것은 子의 이익이나 모와 그 夫의 이익보호를 위

71) 김주수, 「친족·상속법(제8판)」, 법문사, 2006, 266-267면.

72) 김주수, 「친족·상속법(제8판)」, 법문사, 2006, 300면; 박동섭, 「친족상속법」, 박영사, 2003, 244면.

해서도 바람직하지 않다고 한다. 둘째, 인공수정자의 포태와 출산과정에서 정자제공자와 인공수정자간에는 부자관계를 형성할 수 있는 법적 기초가 존재하지 않으므로 비록 정자제공자가 생물학적으로는 아버지지만 인공수정자와 법률상의 친자관계를 인정하지 않는 것이 타당하다고 한다. 셋째, 제공된 정자가 수개의 인공수정기술에 사용되는 경우에는 정자제공자가 다수의 인공수정자로부터 예기하지 않은 형태로 인지청구를 받는 것은 불합리하다고 한다. 그리고 인공수정자의 양육, 부양문제에 있어서 정자제공자는 인공수정자의 보호자로서 적절치 않다고 한다. 또한 인공수정자의 출생정보를 알권리를 인정해야 한다는 측면에서도子的 출생정보를 알권리와 신분관계의 형성은 다른 차원의 문제라는 것이 제시되고 있다.⁷³⁾

(나) 제한적 긍정설

인공수정자의 모의 夫와의 법적인 부자관계가 친생부인 등을 이유로 부정되는 경우에는 정자제공자가 특정되고 부자관계가 증명될 수 있다는 전제하에 子의 복지를 위하여 정자제공자와 인공수정자간에 임의인자나 인지청구의 소를 인정할 수 있다는 견해이다.⁷⁴⁾ 인지가 이루어지면 인공수정자와의 법적인 친자관계가 발생하고 부양의무가 성립되며 상속권도 인정되게 된다. 그리고 인공수정자가 미성년자인 경우에는 법적인 父인 정자제공자와 모가 협의를 통해 친권을 행사할 자를 정하게 되고 협의를 할 수 없거나 협의가 이루어지지 않는 경우에는 당사자의 청구에 의해 가정법원이 이를 정하게 된다(민법 제909조 제4항).

(다) 소 결

인공수정자가 모의 夫와의 친자관계가 부정되어 모의 혼인외의 자가 되었다고 해도, 처음부터 부자관계를 형성할 의사가 없었던 정자제공자가 임의인지를 하여 인공수정자와의 친자관계를 인정받는 것은 子의 복지를 위해서도 바람직하지 않다고 하겠다. 또한 단순한 정자제공의 의사밖에 없었던 정자제공자가 인지청구를 받아 법적인 부자관계에 의한 부양의무와 상

속의무가 부담하는 것은 부당하며, 자신의 정자로 출생한 인공수정자가 일정한 사정에 따라서 그 모의 夫와의 친자관계가 부정되는 경우에, 정자제공자가 인지청구를 받을 수 있다고 인정된다면 실제로도 정자제공을 하려는 경우는 거의 없을 것이다. 따라서 비록 夫의 친생부인에 의하여 인공수정자와의 친자관계가 부정된다 해도 정자제공자에 의한 임의인자나 인공수정자로부터의 인지청구의 소를 인정할 수 없다고 하는 다수설의 견해가 타당하다.

따라서 입법론적으로는 “비배우자간 인공출산으로 출생한 子와 정자제공자는 상호간에 인지청구나 임의인지를 하지 못한다.”는 규정의 필요가 있을 것이다.⁷⁵⁾

4. 인공수정의 허용 범위와 관련된 문제

(1) 사실혼 배우자간의 인공수정

1) 금지여부에 대한 검토

사실혼관계의 부부에게도 인공수정을 인정할 것인가가 문제된다.⁷⁶⁾ 이 경우는 다시 사실혼 배우자의 정자에 의한 인공수정만을 허용할 것인가 아니면 정자제공자의 정자를 사용한 인공수정까지 허용할 것인가가 문제된다. 사실혼이 관습법을 통하여 법적으로 혼인에 준하는 보호를 받고 있다는 것을 이유로 사실혼부부가 불임으로 달리 임신할 수 있는 방법이 없는 한 인공수정이 허용된다고 보는 견해가 있다.⁷⁷⁾ 반면에 간단한 혼인신고만으로 법률혼이 될 수 있음에도 사실혼관계로 남아 있는 부부에게 인공수정을 허용하여야 할 필요성이 없으며, 사실혼에서 법률혼으로 전환하지 않을 특별

73) 이승우, “인공수정자의 친자관계에 관한 연구,” 『비교사법』 제11권 2호(통권25호), 한국비교사법학회, 2004. 6, 257면.

74) 김민중, “생명공학의 발달에 따른 민사법적 과제,” 『민사법학』 제22호, 한국민사법학회, 2002, 31면; 구연창, “대리모계약의 법적 접근,” 『경희법학』 제23집, 경희대학교 법학연구소, 1988, 86면.

75) 『의료보조생식에 관한 법률안』 제8조는 “기증자를 매개로 한 의료보조생식의 경우 기증자와 출생한 자 사이에는 어떠한 친자관계도 발생하지 아니하고, 기증자는 의료보조생식으로 태어난 자를 인지할 수 없으며, 태어난 자는 기증자에게 인지청구의 소를 제기할 수 없다”고 규정하고 있다.

76) 오스트리아 인공생식의료법 제2조 1항은 의학적으로 보조된 인공생식은 혼인(Ehe)과 혼인에 유사한 생활공동관계(ähnliche Lebensgemeinschaft)에 있는 부부에게만 허용된다고 규정하고 있다. 그러나 보조생식의료법(FMedG) 제3조 3항은 제공된 정자는 단지 혼인한 부부에게만 사용할 수 있다(Gespendete Samenzellen dürfen nur bei Ehepaaren verwendet werden)고 규정하고 있다.

77) 김민중, “생명윤리와 민법,” 『저스티스』 통권 제65호, 한국법학원, 2002.2, 133면.

한 사유가 있다면 이는 태어날 아이의 복지에 매우 불리한 상황일 것이라는 이유로 허용을 반대하는 견해도 제시되고 있다.⁷⁸⁾ 이러한 허용반대설이 제시하는 논거 외에도 사실혼은 사실혼부부의 합의에 의하여 해소되는 것은 물론, 법률혼과는 다르게 당사자의 일방적 의사표시나 행동에 의하여 해소될 수도 있어 사실혼의 해소 그 자체는 자유이므로,⁷⁹⁾ 사실혼공동체가 해체되는 경우에는 인공수정자의 복리가 위협받을 수 있는 가능성이 크다고 하겠다. 따라서 사실혼부부의 인공수정은 사실혼 배우자의 정자에 의한 경우나 정자제공자의 정자에 의한 경우 모두 입법적으로 금지하는 것이 타당하다고 본다.

2) 친자관계 인정문제

(가) 의료기관이 사실혼 부부에게 인공수정시술을 한 경우에는 그 출생자와 모의 夫 사이에 법률상 부자관계가 인정될 수 있는지가 문제된다. 모가 혼인중에 인공수정자를 출산한 때에는 출생자에 대하여 그 夫의 부성이 추정되지만, 사실혼 관계에 있는 모가 출산한 경우에는 그 출생자는 모의 혼인외의 자이므로, 사실혼 배우자인 夫의 친생자추정이란 고려될 수 없다. 따라서 모의 사실혼 배우자인 夫가 인공수정자를 임의인지해야 법률상의 부자관계가 인정될 수 있으며 그 자는 父의 혼인외의 출생자가 된다. 후에 사실혼 배우자인 부모가 혼인하면 민법 제855조 제2항에 의한 準正이 이루어져 부모가 혼인한 때로부터 혼인중의 출생자의 지위를 인정받게 된다.

(나) 정자제공자의 정자를 이용한 인공수정이 행해진 경우에는 이에 동의한 사실혼 배우자인 부가 인공수정자를 임의인지하면 법률상 부자관계를 발생시킬 수 있다. 그러나 이 경우에는 4촌이내의 친족 등이 임의인지가 사실에 반한다는 것을 이유로 하여 선결문제로서 다른 소송에서 무효를 주장하거나, 인지무효의 소를 제기할 수 있다.⁸⁰⁾ 또한 다른 이해관계인으로부터 진실에 반하는 인지가 형식상 존재하기 때문에, 불이익을 입었다는 것

을 이유로 사실혼 배우자인 부와 그 자를 상대로 인지이의의 소가 제기될 수 있다.⁸¹⁾ 夫의 동의를 받지 않은 인공수정인 경우에도 사실혼 배우자인 부의 인지가 없는 한 법적인 부자관계는 발생하지 않으므로 인공수정자는 모의 혼인외의 자가 된다. 따라서 원칙적으로 모의 姓과 本을 따르고 모가에 입적하게 될 것이다.

(2) 독신여성의 인공수정

1) 금지의 필요성에 대한 견해

독신여성이 정자제공자의 정자에 의한 인공수정으로子を 임신·출산하려는 경우나 또는 여성동성애자(lesbian) 커플이子を 출산하여 양육하기 위해 파트너 여성 중 1인이 정자제공자의 정자에 의한 인공수정을 원하는 경우도 있을 것이다. 현재 이를 금지하는 입법은 존재하지 않고⁸²⁾ 다만 법적인 혼인관계에 있는 부부만을 대상으로 보조생식술을 시행한다는 의료계의 가이드라인만 존재하고 있다.⁸³⁾ 그러나 이러한 독신여성들에게 인공수정을 허용할 것인가의 여부에 대하여는 그 허용을 금지하여야 한다는 견해가 통설이다.⁸⁴⁾ 그 이유로 제시되고 있는 논거들은 다음과 같다. 독신여성이 인공수정으로子を 출산하는 것은 부모 쌍방의 노력이나 협력에 의해 자의 출생이 이루어져야 한다는 원칙과 자는 가족관계 속에서 탄생되어야 한다는 원칙에 위배된다고 한다. 또한 비록 자연적인 임신에서도 자가 ‘한쪽 부모만 있는 가정’에서 출생하거나 ‘부 없는 가정’에서 태어날 가능성이 있

78) 김천수, “인공수정에 관한 법적 고찰,” 『민사법학』 제22호, 한국민사법학회, 2002, 91면.

79) 박동섭, 『친족상속법』, 박영사, 2003, 190면; 김주수, 『친족·상속법(제8판)』, 법문사, 2006, 244면.

80) 가사소송법 제2조 1항 가류사건 3호·제26조 1항·제28조에 의한 제23조의 준용.

81) 민법 제862조·가사소송법 제2조 1항 나류사건 8호.

82) 『의료보조생식에 관한 법률안』 제5조 제4항은 “미혼의 남·여는 의료보조생식을 이용하여 부나 모가 될 수 없다”고 규정하며, 『체외수정에 관한 법률안』 제8조는 “수혜자는 체외수정 이외의 방법으로는 출산이 불가능한 법률혼 부부의 일방이어야 한다”고 규정하여 미혼자의 보조생식을 금지하고 있다.

83) 대한산부인과학회 ‘보조생식술 윤리지침’ 참고.

84) 김민중, “생명윤리와 민법,” 『저스티스』 통권 제65호, 한국법학원, 2002.2, 134면; 양수산, “人工授精자와 관련되는 법률상의 문제점 연구,” 『가족법연구』 제3호, 한국가족법학회, 1989.11, 127면; 이상태, “부부의 인공수정과 법적문제,” 『亞細亞女性研究』 제23호, 숙명여자대학교 아시아여성문제연구소, 1984, 292면; 이은정, “인공수정에 대한 입법론적 고찰,” 『가족법연구』 제19권 2호, 한국가족법학회, 2005, 83면. 반면에 아직까지 그 허용을 직접 거론하는 견해는 없다.

고, 부모가 이혼하는 경우에는子が 한쪽 부모에게서 성장해야 하지만 어쩔 수 없는 사정에서 子가 父 없이 태어나거나 성장하는 경우와 처음부터 父없는 子의 포태나 출산을 허용하는 태도는 분명히 구별된다고 한다.⁸⁵⁾ 그리고 비정상적이거나 불안정한 파트너관계를 통해 태어난 子는 행복이 침해될 위험이 있으며 父를 향한 子의 갈등으로 인하여 모에 대한 子의 관계가 원만하지 아니한 경우도 있어 독신여성에 대한 인공수정과 관련하여 체결된 계약은 선행한 풍속에 위반되기 때문에 그 효력을 인정할 수 없다고 한다.⁸⁶⁾ 난자를 제공한 유전적인 모가 정자제공자와는 아무런 관련이 없는 독신여성인 경우에 인공수정을 시술하는 것은 앞으로 출생한 子는 사회적 책임을 져야 될 父를 갖지 못한다는 것을 전제로 하는 것이 되는데, 이는 가족법상 하나의 대원칙인 子의 복리위주의 원칙에 어긋남이 분명하여 독신여성이 인공수정을 통하여 子를 출산하는 것은 그 합리성에 의문이 있다는 점⁸⁷⁾ 등이 제시되고 있다.

2) 모자관계의 결정

일반적으로 배우자가 없는 독신여성이 인공수정을 하려 하는 경우에는 시술기관에서 이를 거부할 것이기 때문에 현실적으로 이를 통해 子가 출산되는 경우는 드물 것이다. 그러나 인공수정에 대한 구체적인 법적 규제가 없어 독신여성의 인공수정에 대한 금지규정이 없고, 특히 체내인공수정 시술은 전문의사만이 행할 수 있는 고도의 의학적 지식과 경험을 요하는 행위가 아니며, 심지어 어느 정도의 의학적 지식을 가진 일반인에 의하여도 행해질 수 있다는 점을 고려할 때 독신여성이 비배우자간의 인공수정으로 子를 출산하는 것도 가능할 것이다. 독신여성이 인공수정에 의하여 子를 출산한 경우에는 자연적으로 포태·출산한 경우와 마찬가지로 그 출생지는 당연히 독신여성의 婚姻外의 子가 된다.⁸⁸⁾ 만약 여성동성애자 커플이 ‘부

모’로서 子를 출산·양육하기 위해 파트너 여성 중 한명이 인공수정으로 子를 출산하여 그들이 부모의 역할을 하고 있는 경우에도 동성혼을 혼인이나 이에 유사한 준혼관계로 인정하지 않고 있는 현행 가족법에 의하면 그 상대방은 법적으로 친자관계를 인정받을 수 없다. 다만 민법 제869조에 의해 법적인 모인 출산여성이 법정대리인으로서 입양의 승낙(代諾)을 하여 상대방 여성이 인공수정자를 입양하면 그 상대방 여성과 인공수정자 사이에는 養母子關係가 발생하여 법정친자관계가 인정될 수 있을 것이다. 이 경우에 친권은 양모인 상대방 여성만이 행사하게 된다(민법 제909조 5항).

3) 정자제공자에 대한 인지문제

(가) 학설의 대립

독신여성이 인공수정으로 출산한 子의 생물학적 부가 누구인지를 알 수 있는 특수한 상황인 경우에 정자를 제공한 제3자가 임의인지를 하고, 자도 인지청구의 소를 제기하여 정자제공자와 子 사이에 친자관계를 인정할 수 있는가 하는 문제가 발생한다. 이에 관하여는 긍정설⁸⁹⁾과 부정설⁹⁰⁾ 그리고 독신여성이 인공수정에 의하여 子를 출산한 경우에는 그 동기, 그 여성과 정자제공자와의 관계, 정자제공자의 직업 및 자에 대한 태도 등의 제반사정을 검토하여 친자관계의 인정여부가 결정되는 것이 바람직하다고는 ‘절충설’⁹¹⁾이 대립하고 있다.

(나) 학설에 대한 검토와 소결

인지를 통한 법적인 부자관계의 발생을 원했던 당사자가 누구인가에 따라서 자의 복리와 이익에 부합하는 친자관계가 발생할 수 있는지가 크게 영향을 받을 수 있으므로, 임의인지나 인지청구의 소를 인정하여 정자제공

경희, “인공수정자의 친자법적 지위,” 『가족법연구』 제2호, 한국가족법학회, 1988.12, 47면.

89) 김용환, 『친족상속법(보정판)』, 박영사, 2003, 191면; 양수산, “인공수정자와 관련된 법률상의 문제점 연구,” 『가족법연구』 제3호, 한국가족법학회, 1989.11, 127면.

90) 한웅길, “인공생식의학의 발전에 따른 사법상의 제문제,” 『Juris Forum』 창간호, 충북대학교 법학연구소, 1998.2, 115면; 이상태, “부부의 인공수정과 법적 문제,” 『亞細亞女性研究』, 제23호, 숙명여자대학교 아시아여성문제연구소, 1984, 303면.

91) 이경희, 『가족법(오정판)』, 법원사, 2006, 195면; 임정평, “친자관계의 認否에 관한 특수문제(인공수정과 그 법률문제를 중심으로),” 『법학논총』 제15집, 단국대학교 법과대학, 1989.11, 94면.

85) 김민중, “생명윤리와 민법,” 『저스티스』 통권 제65호, 한국법학원, 2002.2, 134면.

86) 김민중, “인공수정에 의한 자의 출산의 법률문제” 『법학연구』 제19집, 전북대학교 법학연구소, 1992, 43면.

87) 양수산, “인공수정자와 관련된 법률상의 문제점 연구,” 『가족법연구』 제3호, 한국가족법학회, 1989.11, 126면.

88) 따라서 일반적으로 불임부부가 子를 갖기 위하여 AID를 시술하고 그 출생자를 혼인 중의 자로 보는 것과는 달라 보통의 인공수정과 같은 취급을 할 수 없다고 한다. 이

자와 인공수정 출생자 사이의 법률상의 친자관계를 인정할 수 있는가에 대하여, 肯定說과 否定說처럼 양자를 모두 일괄하여 그 허용여부를 판단하는 것은 타당하지 않다고 본다. 또한 독신여성이 인공수정에 의하여 자를 출산한 경우에는 그 動機 등 제반사정을 검토하여 친자관계의 인정여부가 결정되어야 한다는 折衷說도 정자제공자가 인지청구의 소를 제기하는 경우에는 조정이 전치되므로, 그러한 개별적 제반사정 등이 조정절차와 법원의 판결과정을 통하여 고려될 수 있으나 임의인지의 경우에는 인지자의 의사에 의한 인지신고만으로 그 효력이 발생한다는 점에서 이를 적용하기 어렵다는 점에서 문제가 있다고 할 것이다. 따라서 임의인지의 경우에 子の 복리증진이라는 측면에서 고려하면 자의 성장과 양육에는 양친의 역할이 모두 중요하여 父의 존재가 필요하고 정자제공자 임의인지를 통해 법적인 친자관계를 형성하여 부양의무를 부담하고 子가 장차 상속을 받을 수 있다면 이는 子에게 이익이 될 수 있으므로 긍정설의 태도처럼 정자제공자가 임의인지를 할 수 있다고 해야 한다. 단, 이 경우에도 임의인지로 형성될 법적인 부자관계의 원만한 유지를 위하여 일반적인 임의인지와는 다르게 인공수정자나 그 법정대리인인 독신여성의 승낙이 필요하다고 하는 것이 바람직할 것이다. 반면에 단지 정자를 제공했을 뿐이고 父가 될 의사가 없었던 정자제공자가 子로부터 인지청구를 받아 법적인 부자관계에 따른 의무를 부담하게 된다면, 子의 복리를 실현할 수 있는 친자관계가 되기 어렵고 정자제공자의 보호도 중요하므로, 독신여성이 출산한 인공수정자의 인지청구는 부정하는 것이 타당하다고 하겠다. 그리고 이러한 배우자 없는 독신여성의 인공수정에 대한 허용여부와 친자관계 결정의 문제는 독신여성이 體外受精을 받는 경우에도 동일한 법리로서 적용된다고 할 수 있다.

III. 체외수정의 법적 문제

1. 체외수정 의의

가장 보편적으로 활용되는 보조생식술인 체외수정(In Vitro Fertilisation-Embryo Transfer, IVF-ET)⁹²⁾ 처에게 불임원인이 있는 경우에, 그 치료법으

로서 夫의 난자와 妻의 정자를 체외에서 수정시켜 夫의 자궁에 착상시킨 다음 성장·출산하게 하는 것⁹³⁾ 등으로 정의되나, 실제 임상에서는 체외수정 시술이 필요한 경우가 여성의 불임에만 국한되는 것이 아니며,⁹⁴⁾ 이식되는 장소에 있어서도 배아를 자궁뿐만 아니라 난관에도 이식하는 방법⁹⁵⁾도 사용되므로 구체적으로는 불임치료를 위하여 여성의 체내에서 정상적으로 일어났던 수정과정을 인체 밖에서 인위적으로 이루지게 하여 임신 유도하는 시술로서, 여성의 성숙된 난자를 채취하고, 남성의 정액을 인위적으로 채취하여 시험관이나 배양접시에서 수정시킨 후, 2-3일 동안 배양하여 여성의 자궁내막이나 난관에 이식하여 임신이 되도록 하는 보조생식술을 의미하는 것이라 하겠다.

2. 체외수정의 유형과 관련규제

(1) 생식세포의 근원에 따른 체외수정의 유형

夫의 정자와 妻의 난자를 사용하여 체외수정을 하는 것이 일반적인 유형이지만, 이외에도 子를 갖기 원했던 희망부부가 정자제공자로부터 공여된 정자와 난자를 선택하여 체외수정을 할 수 있고, 또한 수정된 배아를 희망부부의 처가 아닌 다른 제3의 여성에게 이식하는 경우도 있을 수 있다. 따라서 생식세포인 정자와 난자가 누구의 것인지 그리고 배아를 이식받는 주체가 누구인가에 의해 다양한 유형의 체외수정이 있을 수 있고, 이러한 체외수정의 다양한 유형의 가능성은 친자관계 결정에 대한 복잡한 법적 문제를 발생시키게 된다. 이론적으로 가능한 체외수정의 유형을 정리하면 다음의 표와 같다.

92) 2006년 5월 22일에 발표된 보건복지부의 “2005년도 정기 배아현황조사결과발표”에 따르면 2005년 실시된 체외수정시술은 21,154례이며, 가운데 1,000예 이상 시술한 5개 기관이, 전체의 절반에 가까운 46.8%(9,891예)를 차지하였다고 한다.

93) 김주수, 「친족·상속법(제8판)」, 법문사, 2006, 302면; 이경희, 「가족법(오정판)」, 법원사, 2006, 196면; 박동섭, 「친족상속법」, 박영사, 2003, 244면.

94) 남편이 희소정자증 등 이상이 있어 체내인공수정으로 임신이 불가능한 경우, 남성의 정자수가 부족하거나 운동성이 부족하여 정상적으로 임신이 되지 않는 경우 등에도 사용된다.

95) 접합자 난관내 이식술(zygote intrafallopian transfer, ZIFT)이 그 예이다.

유형	정자	난자	모체	특징	비고
①	夫	처	처		배우자간 제외수정
②	夫	처	제3의 여성	대리모임신	
③	제공자	처	처		비배우자간 제외수정
④	제공자	처	제3의 여성	대리모임신	
⑤	夫	제공자	처		
⑥	夫	제공자	제공자	대리모임신	
⑦	夫	제공자	제3의 여성	대리모임신/유전적 모출산의모사회적 모의 발생	
⑧	제공자	제공자	처		
⑨	제공자	제공자	제공자	대리모	
⑩	제공자	제공자	제3의 여성	대리모	

(2) 허용 범위에 대한 검토

1) 생명윤리및안전에관한법률의 규정

同法 제13조 제1항은 “누구든지 임신외의 목적으로 배아를 생성하여서는 아니된다”고 규정하고 있으므로 임신을 목적으로 배아를 생성하기 위한 제외수정기술을 인정하고 있다고 본다. 특히 동법 제15조도 1항은 “배아를 생성하기 위하여 정자 또는 난자를 채취하는 때에는 정자제공자· 난자제공자· 인공수태기술대상자 및 그 배우자의 서면동의를 얻어야 한다”고 규정하므로 임신목적의 정자제공에 의한 비배우자간 제외수정과 난자제공에 의한 비배우자간 제외수정도 명문으로 인정하고 있다고 하겠다. 그러나 제외수정의 유형에 따른 그 허용의 범위에 대하여 규정하고 있지 않아子を 원하는 부부가 타인의 정자와 난자를 모두 제공받아 시술되는 제외수정, 그리고 정자제공에 의한 독신여성의 제외수정 등의 허용여부에 대한 논의는 여전히 문제된다.

그리고 同法은 제13조 제2항에서 임신을 목적으로 배아를 생성함에 있어서도 1. 특정의 성을 선택할 목적으로 정자와 난자를 선별하여 수정시키는 행위, 2. 사망한 자의 정자와 난자로 수정시키는 행위, 3. 미성년자의 정자

또는 난자로 수정시키는 행위(혼인한 미성년자가 그 자녀를 얻기 위한 경우는 제외) 동조 제3항에서 금전 또는 재산상 이익 그밖에 반대급부를 조건으로 정자 또는 난자를 제공·이용·유인·알선하는 행위를 금지하고 있다.

2) 비배우자간 제외수정

(가) 정자제공에 의한 제외수정

임신을 목적으로 한 정자제공에 의한 제외수정은 허용된다. 하지만 정자제공에 의한 제외수정은 반드시 정자를 익명으로 제공받아 사용해야 하고, 특별히 우수한 유전인자를 가진子を 포태하기 위해서 의도적으로 특정인의 정자를 선별적으로 사용하는 행위 등과 같이 사회적·윤리적으로 인용되기 어려운 일정 목적을 위한 경우에는 이를 허용하지 않아야 할 것이다. 특히 혈통의 동일성을⁹⁶⁾ 이유로 근친자로부터 정자를 제공받아 사용하려는 경우가 있을 수 있는데, 이는 제공자 익명성의 원칙에 위배되며 친족관계의 혼란과 후일 제외수정자와 관련된 신분관계가 법적으로 문제될 수 있으므로 입법적으로 금지할 필요가 있다고 본다.

(나) 난자제공에 의한 제외수정

제공자로부터 난자를 제공받아 夫의 정자와 체외에서 수정한 후, 그 배아를 처에게 이식하는 ‘난자제공에 의한 제외수정’에 대해 법적인 모자관계의 결정문제와 난자제공여성의 신체적인 부담 등의 어려움 때문에 유상제공이 일반적일 것 등을 이유로 그 허용을 금지해야 한다는 견해⁹⁷⁾와 난자매매나 그 알선을 금지하며 실시를 위한 절차요건을 정한 법률을 정비하면 충분하고, 난자제공에 의한 제외수정 그 자체가 유해성을 가지고 있는 것은 아니므로 이를 전면적으로 금지할 필요는 없다고 제한적 허용설⁹⁸⁾이 있었다. 그러나 전술한 생명윤리및안전에관한법률 제15조 1항은 난자제공에 의한 인공수태도 허용한다는 취지이므로 이는 입법적으로 해결되었다고 하겠다.

96) 구병삼 외, “냉동보존정자의 인공수정에 의한 임신 및 분만에 관한 연구,” 『대한산부인학회지』, 제29권 7호, 1986. July., 974면.

97) 양수산, “인공수정자와 관련되는 법률상의 문제점 연구,” 『가족법연구』 제3호, 한국가족법학회, 1989.11., 117면.

98) 김민중, “생명공학의 발달에 따른 민사법적 과제,” 『민사법학』 제22호, 한국민사법학회, 2000, 41면.

夫의 정자와 제3자의 난자를 체외수정하여 처가 출산하는 경우에는 유전적인 모와 임신·출산의 모가 다르다는 점에서 어느 쪽이 법적인 모인가의 문제가 발생한다.⁹⁹⁾ 그리고 생명윤리및안전에관한법률은 제13조 3항에서 난자의 유상제공을 금지하고 있는데¹⁰⁰⁾ 실제로 무상의 난자제공자를 찾기 어렵다는 점을 고려하면 근친자나 知人등으로부터의 난자제공도 인정해야 하는가의 문제가 있게 된다. 생각건대 난자제공의 체외수정이 실질적으로 가능하도록 이 경우에는 익명성의 원칙을 완화해 적어도 특정한 知人 등으로부터의 난자제공을 받을 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 본다.¹⁰¹⁾ 그러나 일정 범위 내의 부와 처의 혈족에 의한 난자제공은 출생자에게 가족관계에 대한 분쟁과 친족간에 신분관계에 대한 혼란의 여지가 있을 수 있으므로 이의 허용은 금지해야 할 것이다.

3) 난자제공과 정자제공에 모두에 의한 체외수정

타인으로부터 정자와 난자를 모두 제공받아 체외에서 수정된 배아를 처가 이식받아 출산하는 ⑧형의 체외수정(체외수정 유형에 관한 表 참조)에 대하여, 타인의 정자에 의한 체외수정과 타인의 난자에 의한 체외수정에서 발생하는 문제점들이 그대로 발생된다고 하여 이를 금지해야 한다는 견해가 있다.¹⁰²⁾ 그러나 최근에는 상업적·영업적으로 정자와 난자를 제공하거나 배아(수정란)를 양도하는 경우를 제외하고 순수한 포태를 목적으로 정자·난자 혹은 이미 생성된 배아의 제공은 인정해야 한다는 견해가 제시되고 있다.¹⁰³⁾

99) 이러한 문제는 夫의 정자와 처의 난자를 체외수정하여 제3자가 임신·출산하는 이른바 ‘완전대리모’에서도 동일하게 발생되는 문제이다.

100) 생명윤리및안전에관한법률 제13조(배아의 생성 등) 제3항 “누구든지 금전 또는 재산상의 이익 그밖에 반대급부를 조건으로 정자 또는 난자를 제공 또는 이용하거나 이를 유인 또는 알선하여서는 아니된다.”

101) 2007년 4월 30일에 보건복지부가 입법예고한 「생식세포의 관리 및 보호에 관한 법률 제정안」 제15조는 “기증자는 특정인을 지정하여 기증할 수 없다. 다만, 기관위원회 심의를 거쳐 연구 목적으로 정자를 기증하는 경우와 불임부부 또는 그의 친족으로서 기증의 자발성, 가족관계에 관한 문제의 가능성 등을 기관위원회 심의를 거쳐 승인받은 경우에는 그러하지 않다.”고 규정하고 있다.

102) 양수산, “인공수정자와 관련된 법률상의 문제점 연구,” 「가족법연구」 제3호, 한국가족법학회, 1989.11, 120-121면.

103) 김민중, “생명공학의 발달에 따른 민사법적 과제,” 「민사법학」 제22호, 한국민사법

그러나 제공된 난자와 제공된 정자로 체외에서 수정하여 대리모(난자제공자 또는 난자제공자가 아닌 다른 여성)에게 출산시키기 위한 ⑨, ⑩유형의 체외수정은, 생식과정에 夫나 처가 전혀 관여되지 않으며, 포태·출산이 가능한 妻가 임신과 출산의 어려움을 회피하거나, 유전적으로 우수한 아이를 얻기 위한 의도와 같은 사회적·윤리적으로 승인되기 어려운 목적을 위해 남용될 수 있는 문제가 있으므로 ⑨, ⑩유형과 같은 체외수정은 허용하지 않아야 할 것이다.

3. 체외수정자의 친자법적 지위

(1) 배우자간 체외수정에 의하여 妻가 출산한 인공수정자

배우자간 체외수정(Homologe IVF)은 그 시술절차에 차이가 있을 뿐 배우자간 인공수정(AIH)과 본질적으로 다를 바가 없으므로 배우자간 체외수정으로 출생한子は 夫부의 혼인중의 출생자가 되며, 민법 제844조의 요건을 충족하면 夫의 친생자추정을 받게 된다.

(2) 배우자간 체외수정에 의하여 출산대리모가 출산한 인공수정자

처가 난자의 생성은 가능하지만 질병이 있어서 자궁적출을 했거나, 자궁기형으로 임신이 불가능한 경우 또는 기타의 사유로 임신을 원하지 않는 경우에 과배란유도 후에 흡인된 처의 난자를 夫의 정자와 체외수정하여 처가 아닌 출산대리모의¹⁰⁴⁾ 자궁에 이식·착상시켜 출산여성과는 유전적으로 무관한 子를 출산하는 경우에는, 체외수정자에게 유전상의 모와 분만의 모가 따로 존재하게 되어 법적인 모자관계 결정문제와 같은 친자법적 지위에 관한 법적 문제가 발생하게 된다.

학회, 2000, 42면.

104) 이러한 유형의 대리모를 ‘完全代理母(박동진, “대리모계약에 의한 출산과 그 법적 문제,” 「의료법학」 제3권 제1호, 대한의료법학회, 2002.6, 59면),’ 또는 ‘妊娠代理母(gestational surrogacy),’ ‘子宮代理母’라는 표현을 사용하기도 한다(엄동섭, “대리모계약,” 「저스티스」 제34권 6호 통권65호, 한국법학원, 2001.12, 89면).

1) 부자관계의 확정문제

일반적으로 출산대리모에게는 법률상 배우자가 없다는 전제하에서는¹⁰⁵⁾ 출산대리모에 의해 출산된 경우에는 의뢰 夫가 출생자를 자신의 혼인외의 자로 인지하면 법률상의 부자관계가 발생한다. 그러나 실제에 있어서는 대리모계약을 체결하여 자가 출산된 경우에 이와 같은 법적 절차를 밟지 않고 대리모계약에서의 약정에 따라서 출산된 인공수정자에 대하여 의뢰 夫가 인지 대신에 親生子出生의 신고를 하는 예도 적지 않을 것이다. 하지만 이러한 경우에도 인지신고의 효력을 인정할 수 있다는 것이 판례의 태도¹⁰⁶⁾이므로 전술한 법적 절차에 의한 경우와 차이가 없게 될 것이다.

2) 모자관계의 확정문제

출산대리모가 출산한 인공수정자의 법적인 모자관계 결정에 관하여는 출산대리모를 법적인 모로 인정하는 견해,¹⁰⁷⁾ 유전적인 모를 법적인 모로 인정하는 견해,¹⁰⁸⁾ 그리고 출산대리모와 유전적인 모 兩者의 모성을 모두 고려하여 한다는 입장을 취하는 다양한 견해¹⁰⁹⁾들이 제시되고 있는데, 이는

105) 만약 대리모에게 법률상의 배우자가 있는 경우에는 인공수정자는 원칙적으로 민법 제844조에 의하여 대리모의 夫의 친생자추정을 받는 혼인중의 자가 되므로, 부자관계 확정의 혼란이 있게 되므로 이를 방지하기 위해서 입법론적으로 법적인 배우자가 있는 여성의 대리모출산은 명문으로 금지해야 할 것이다.
 106) 대판 1971.11.15, 71다1983.
 107) 엄동섭, “대리모계약,” 『저스티스』 제34권 제6호, 한국법학원, 2001.12, 109면; 이준영, “인공임신에 의해 출생한 자의 친생자관계에 관한 입법론적 고찰,” 『가족법연구』 제11호, 한국가족법학회, 1997, 127면.
 108) 박동진, “대리모계약에 의한 출산과 그 법적 문제,” 『의료법학』 제3권 제1호, 대한의료법학회, 2002.6, 90면.
 109) i) 유전적인 모에게는 養母에 준하는 지위를, 출산모에게는 생모의 지위를 인정하는 제도적 장치의 마련을 주장하면서, 대리모출생자의 호적상 母란에 유전학상의 모와 출산의 모의 성명을 모두 기재하는 방법을 취할 수 있다는 견해(최성배, “대리모에 관한 법적 고찰,” 『사법논집』 제29집, 대법원 법원행정처, 1998. 12, 515면), ii)子を 희망하는 측의 난자의 모(유전적인 모)가 친자관계를 결정하기 위해서 일단子を 분만자의 호적에 입적시킨 후, 특별양친자관계의 절차를 거치면 된다고 하는 견해(이승우, “인공수정자의 친자관계에 관한 연구,” 『비교사법』 제11권 2호(통권25호), 한국비교사법학회, 2004. 6, 266면), iii) 민법 제909조 제4항을 유추적용하여 유전상의 모와 대리모가 협의로 친권행사자를 정하고 협의가 이루어지지 않거나 협의를 할 수 없으면 가정법원에 친권행사자의 지정을 청구할 수 있다는 견해(김용환, 『친족상

가족법상으로는 원칙적으로 의뢰 모(유전상의 모)가 아닌 출산대리모(분만의 모)가 출생자의 법적인 모가 된다는 점에서 기인하는 것이다.

생각건대 인공수정자의 출생을 의도한 측은 의뢰부부였다는 점, 의뢰 모의 유전적인 형질을 이어 받은 출생자와 의뢰 모(유전적 모) 사이의 혈연관계도 대리모와 사이의 정신적·생리적 유대관계 못지않게 중요하며, 대리모를 법적인 모로 인정하는 것은 대리모계약에 합의한 대리모의 의사에 반하며 오히려 의도하지 않은 모자관계와 출생자의 양육에 대한 부담을 대리모에게 강요하게 되는 결과를 초래할 수 있고, 대리모가 자에 대한 권리를 주장한다고 해도 이는 신의칙에 반하는 것으로 평가되어야 한다는 점 등을 고려하면 입법을 통해서 출산대리모가 아닌 의뢰부부의 처인 遺傳的인 母를 법적인 모로 인정해야 할 것이다.

(2) 비배우자간 체외수정

1) 정자제공에 의한 체외수정

정자제공자의 정자와 처의 난자를 체외에서 수정하여 처가 포대하는 비배우자간 체외수정(Heterologe IVF)은 수정의 과정이 체외에서 인위적으로 이루어진다는 점을 제외하고는 비배우자간 (체내)인공수정의 경우와 유사하다. 따라서 체외수정자의 친자법적 지위도 비배우자간 인공수정자와 동일하게 볼 수 있을 것이다.

2) 난자제공에 의한 체외수정

(가) 법적인 모의 결정문제

대부분의 난자제공은 익명으로 이루어지지만 난자제공자를 특정할 수 있는 경우에는 난자를 제공한 유전적인 모와 체외수정자를 임신·출산한 분만의 모 중에서 누구를 법적인 모로 인정할 것인가 하는 문제가 발생한다. 이처럼 모자관계의 결정에 있어서 난자제공자의 모성과 임신·출산한 처의 모성이 충돌될 수 있는 경우 처가 포대하여 출산한 자의 유전적인 모가 난자제공자라고 하는 사정이 있다 해도,子を 생산하고 출생 후에子を 직접 양육하고 있는 모가 자에 대하여 책임을 지도록 하는 것이 자의 이익에도

속법(보정판)], 박영사, 2003, 191면) 등이다.

부합될 것이므로, 포태·분만을 한 모를 법률상 모로 보아 분만의 모와 그 모의 부의 혼인중의 자로서의 법적 지위를 갖는다고 보아야 한다.¹¹⁰⁾ 그리고 의학적으로 착상에서 출산까지의 기간 동안 태이는 자궁의 모와 심리적·육체적으로 깊이 관련되어 있고, 또한 불임부부는 처의 체내에서 자기의 자가 커가고 있다고 사실에서 실질적 모성을 생각할 수 있지만, 난자제공자는 그 제공만으로 출생하게 된 자가 자기의 자라는 인식에는 관념적인 자의 범위를 넘지 못할 것이므로, 모자관계는 혼인중의 처에게 발생하는 것으로 보아야 한다.¹¹¹⁾ 또한 AID의 경우 정자제공자에게 어떤 법적 권리를 인정하지 않는 것이 지배적인 추세이며 입법의 경향임에 비추어 볼 때에도 처(분만의 모)와 자간의 모자관계만을 인정하고 난자제공자와 자간의 모자관계의 성립을 배척하는 것이 타당하다고 한다.¹¹²⁾

생각건대 우리 민법이 모자관계를 결정하는 명문의 규정을 두고 있지 않지만子を 포태하여 분만한 여성을 그 모로 하는 분만주의에 의하여 법적인 모를 인정하는 것이 원칙이며, 난자제공자는 정자제공자의 경우와 같이 제외수정으로 인한 출생자와 법적인 모자관계를 형성하여子を 양육하고 보호할 의사가 없었다는 점, 자의 복리를 위하여도 법적인 친자로서 제외수정자의 출생을 원했던 부부가 그 부모가 되는 것이 바람직하다는 점을 고려하면 임신·출산의 모인 妻가 제외수정자의 법적인 모가 되는 것이 타당하다고 본다.¹¹³⁾

(나) 모자관계에 대한 처의 친생부인권 인정 여부

처를 난자제공에 의한 제외수정자의 모로 인정하는 경우에 민법 제846조의 친생부인 대상을 모자관계까지 확대하여 의하여 처가 제외수정자에 대하여 친생부인을 할 수 있는가에 대한 논의가 문제될 수 있다. 민법개정으

110) 양수산, “인공수정자와 관련된 법률상의 문제점 연구,” 『가족법연구』 제3호, 한국가족법학회, 1989.11, 118면
 111) 고정명, “체외수정에 대한 법적 소고,” 『가족법연구』 제6권, 한국가족법학회, 1992, 142면.
 112) 김준원, “인공수정에 관한 법리적 연구,” 박사학위논문, 조선대학교 대학원 법학과, 1995, 105면.
 113) 영국의 ‘사람의 수정 및 배아연구에 관한 법률(Human Fertilisation and Embryology Act 1990(c.37), HFEA)’도 제27조와 제29조에서 난자제공을 통해子を 포태·분만한 여성이 그 출산한 자의 법적인 모가 된다고 규정하고 있다.

로 처에게 친생부인권이 인정되기 이전의 일부 견해는 비록 처가 아닌 타인의 난자를 제외수정하여 자가 출생해도 처는 그 자를 자궁내에 포태하고 분만하여 자가 출생하는 데에 본질적인 기여를 하였으므로, 그 자는 난자제공자뿐만 아니라 포태·분만한 사람과도 혈연관계가 있다고 볼 수 있어 처가 자신이 분만한 자의 친생을 부인하는 것은 夫가 자신과는 전혀 혈연관계가 없는 자의 친생을 부인하는 것과는 성질상 차이가 있어 민법 제846조를 유추적용하여도 처가 친생부인권을 행사할 수는 없다고 보았다.¹¹⁴⁾ 생각건대 이러한 난자제공에 의한 제외수정에 처가 동의하였다면 정자제공에 의한 인공수정에 동의한 夫의 친생부인권 행사가 신의칙 내지 금반언의 원칙에 의하여 인정되지 않는다는 법리가 동일하게 적용되어야 할 것이며, 더욱이 이 경우에 처는 비록 제외수정자의 유전적인 모는 아니지만 그 자를 포태·분만한 母임을 고려하면 처에게 친생부인권을 부여해서는 안 될 것이다. 다만 예외적으로 정자제공에 의한 제외수정수술 과정에서 자신의 의도에 반하여 의료기관의 과실에 의해 자신의 난자가 아닌 다른 여성의 난자로 제외수정된 배아를 이식받아 임신·출산하였다면 그러한 제외수정자와의 모자관계에 대해서도 친생부인의 소를 제기할 수 있다고 해석되어야 할 것이다.

3) 제3자의 정자와 제3자의 난자에 의한 제외수정

난자와 정자를 모두 제공받아 제외수정하여 처의 자궁에 착상시켜子を 출산한 경우에는 희망부부는 모두 출생한 제외수정자와 아무런 유전적·생물학적 관계도 가지지 않고, 다만 희망모만이 포태와 출산을 통한 결합관계만을 가지고 있게 된다. 그러나 이 경우에도 모자관계는 당연히 출산을 통하여 성립하므로 제외수정자와 처와의 법적인 친자관계가 인정되게 된다. 따라서 제외수정자의 출산이 민법 제844조에서 규정하고 있는 기간 내이면 원칙적으로 그 夫의 친생자추정을 받는 혼인중의 자가 된다고 하겠다.¹¹⁵⁾

114) 양수산, “인공수정자와 관련된 법률상의 문제점 연구,” 『가족법연구』 제3호, 한국가족법학회, 1989.11, 119면.
 115) 同旨: 김민중, “생명공학의 발달에 따른 민사법적 과제,” 『민사법학』 제22호, 한국민사법학회, 2000, 42면.

IV. 맺음말

체내인공수정이나 체외수정시술과 같은 보조생식술을 이용한 인공생식으로 인하여 많은 가족법적 문제들이 발생하게 되었지만, 인공생식의 가능성을 예견하지 못하고 제정된 민법을 비롯한 민사법 체계는 이를 규율할 수 있는 법규범으로서 기본적인 한계가 있다. 따라서 인공생식과 관련된 대부분의 가족법적 과제들은 현행 민법 등의 해석론이나 판례에 의하여 해결될 수밖에 없는 현실이다. 본문에서는 체내인공수정과 체외수정에 따른 법적인 문제점들에 대하여 살펴보았는데 그 주요한 내용은 다음과 같다.

첫째로, 체내인공수정과 관련하여, 夫의 동의 없는 비배우자간 인공수정으로 출생한 子의 법적 지위를 혈연설에 따라서 친생자추정이 미치지 않는 것으로 보아, 이해관계인들도 친생자관계부존재확인의 소를 제기하여 夫와의 친자관계를 부인할 수 있도록 하는 것은 가정의 평화나 출생자의 복리를 위해 바람직하지 않다. 따라서 夫의 동의 없는 비배우자간 인공수정자도 원칙적으로 친생자추정을 받는다고 해석하여 친생부인의 소를 제기하여 친자관계를 부인할 것인지의 여부를 夫가 결정하도록 하는 것이 타당하다. 하지만 인공수정자의 법률상 부모가 이미 이혼한 경우처럼 보호할 가정의 평화가 존재하지 않는 경우에는 예외적으로 친생자추정이 미치지 않는 것으로 보아 이해관계인들도 親生子關係不存在確認의 訴에 의해 그 법률상 친자관계를 부정할 수 있다고 해야 한다.

夫가 비배우자간 인공수정에 동의한 경우에 인공수정자가 夫의 친생자추정을 받는가에 대하여는 子의 복리와 가정평화가 혈연의 진실보다 중요하므로 친생자추정을 인정하는 것이 타당하다. 또한 친생자추정을 받는 비배우자간 인공수정자에 대해서 동의한 夫가 혈연관계의 부존재를 이유로 親生否認의 訴를 제기할 수 있는지에 대해서는 금반언의 원칙이나 자의 보호를 이유로 부정하는 것이 타당하다. 이러한 법리는 夫와 합의하여 비배우자간 인공수정자를 출산한 妻에게도 동일하게 적용되어야 할 것이므로 妻도 부자관계를 부인하기 위한 친생부인권을 행사할 수 없다고 본다.

인공수정자에 대한 夫의 친자관계가 부정되는 경우를 전제로, 정자제공

자를 특정할 수 있는 경우에, 認知를 통해 정자제공자와 인공수정자간에 친자관계가 발생을 인정할 것인지에 대하여는 부자관계를 형성할 의사가 없었던 정자제공자에게 법적인 친자관계를 발생시켜 부양의무와 상속의 부담을 지게 하는 것은 부당하며 인공수정자와의 친자관계가 인정될 수 있다면 실제로 정자제공을 하려는 경우는 없을 것이므로, 다수설과 같이 정자제공자에 의한 임의인지나 인공수정자의 인지청구는 부정해야 할 것이다.

둘째로, 체외수정에 관련하여, 체외수정의 유형 중에서 子의 출생을 의도하는 부부의 난자나 정자가 모두 사용되지 않고 제3자의 생식세포만으로 행해지는 유형의 체외수정은 입법적으로 금지해야 할 것이다. 그리고 난자 제공을 의한 체외수정으로 처가 子를 출산한 경우에는 난자제공자는 체외수정으로 인한 출생자와 법적인 모자관계를 형성하여 子를 양육하고 보호할 의사가 없었으며, 子의 복리를 위하여도 법적인 친자로서 체외수정자의 출생을 원했던 부부가 그 부모가 되는 것이 바람직하다는 점을 고려하여 임신·출산의 모인 처가 법적인 모가 되는 것이 타당하다.

본문에서 논의한 인공생식술의 발전에 따른 가족법적 문제에 대하여 오랜 기간에 걸쳐서 이를 통일적으로 규율할 수 있는 입법의 필요성이 제기되어 왔고, 그 결과 현재 국회에 인공수정 관련 입법안으로 「의료보조생식에 관한 법률안」과 체외수정 등에 관한 법률안」이 제출되어 있지만 아직도 우리 법제는 이에 대하여 침묵을 지키고 있다. 따라서 조속히 인공생식에 관련된 법적 문제를 규율할 수 있는 특별법이 제정되어야 할 것이다. 그리고 이러한 입법논의에 있어서 夫가 동의한 비배우자간의 체내인공수정이나 체외수정으로 출생한 인공수정자의 법적 지위에 관하여 “부부의 동의 하에 제공자의 정자나 난자를 이용한 체외수정이나 인공수정으로 출생한 자는 그 부부 중 수혜자의 법적인 자로 본다”는 규정과 “비배우자간의 인공수정에 합의한 夫와 妻는 부의 친생추정을 받는 인공수정자에 대해 혈연관계의 부존재를 이유로 하여 親生否認의 訴를 제기할 수 없다”는 취지의 규정, 그리고 정자제공자와 관련된 인지의 문제에 있어서는 “비배우자간 인공출산으로 출생한 子와 정자제공자는 상호간에 임의인지나 인지청구의 소를 제기하지를 하지 못한다”는 규정의 입법필요성 등이 기본적으로 고려되

어야 할 것이다.

주제

보조생식, 체내인공수정, 체외수정, 친생부인의 소, 친생자추정, 생명윤리 및 안전에 관한 법률, 정자제공자
 Assisted Reproduction, Artificial Insemination, In vitro fertilization-embryo transfer(IVF-ET), Action of denial of paternity, The Act on Life Ethics and Safety, sperm donor

《참고문헌》

곽윤직, 「민법총칙(제7판)」, 박영사, 2002.
 金相瑢, 「가족법연구 I」, 법문사, 2002.
 김용한, 「친족상속법(보정판)」, 박영사, 2003
 김주수, 「친족·상속법(제8판)」, 법문사, 2002.
 김준호, 「민법총칙(신판)」, 법문사, 2004.
 박동섭, 「친족상속법」, 박영사, 2003.
 박병호, 「가족법」, 한국방송통신대학, 1991.
 배경숙·최금숙, 「친족상속법강의」, 제일법규, 2000.
 백태승, 「민법총칙(개정판)」, 법문사, 2004.
 양수산, 「친족상속법」, 한국의국어대학출판부, 1998.
 이경희, 「가족법(오정판)」, 법원사, 2006.
 고정명, 「인공적 임신의 법리적 고찰」, 교문사, 1989.
 이준우, 「인공수정의 법적규율」, 입법의견조사 94-2, 한국법제연구원, 1994.5.
 고정명·김태한, “인공수정에 의한 자녀출산과 그 법률적 고찰-영미의 학설·판례를 중심으로-,” 「법정논총」 제8집, 국민대학교 법학연구소, 1986.2.
 고정명, “인공적 임신의 법리적 고찰” 박사학위논문, 경희대학교 대학원 법학과, 1988.
 고정명, “체외수정에 대한 법적 소고,” 가족법연구, 제6권, 한국가족법학회, 1992.
 구병삼 외, “냉동보존정자의 인공수정에 의한 임신 및 분만에 관한 연구,” 「대한산부인학회지」 제29권 7호, 1986. July
 구연창, “인공적 임신의 법적 제문제(하), 「판례월보」 제208호, 판례월보사, 1988.1.
 구연창, “인공적 임신의 법적 접근,” 「경희법학」 제22권 제1호, 경희대학교 경희법학연구소, 1987.12.
 김민중, “인공수정에 의한 자의 출산의 법률문제” 법학연구, 제19집, 전북대학교 법학연구소, 1992.
 김민중, “생명윤리와 민법,” 「저스티스」 제35권 제1호 통권 제65호, 한국법학원, 2002.2.
 김민중, “사후수정(사후포태)의 입법론적 고찰,” 가족법연구, 제19권 2호, 한국가족법학회, 2005.
 金相瑢, “인공수정으로 출생한 자의 법적지위(서울가정법원 2002. 11. 19. 선고 2002드단53028),” 법률신문 2003년 2월 3일(제4143호).
 金相瑢, “자의 친생부인권-민법 개정안 중 친생부인제도의 개선과 관련하여-,” 고시연구, 1998.10
 김윤구, “인공수정자의 법적 지위,” 법학연구, 제13권, 충북대학교 법학연구소, 2002.
 김준원, “인공수정에 관한 법리적 연구,” 박사학위논문, 조선대학교 대학원 법학과, 1995.
 김천수, “인공수정에 관한 법적 고찰,” 「민사법학」 제22호, 한국민사법학회, 2002.
 김혜숙, “미국과 한국에 있어서의 체외수정의 문제점,” 가족법연구, 제7권 7호, 한국가족법학회, 1993.

문국진, “의료수태의 법의학적 문제점(상);(중);(하),” 법률신문 1986년 11월 10일(제1659호); 11월 24일(제1660호); 11월 27일(제1661호)

문신용, “보조생식술의 현황과 문제점,” 대한법의학회지, 제24권 제2호, 대한법의학회, 2000

문성제, “대리모계약과 인공수정에 관한 제문제” 『의료법학』 제3권 제1호, 대한의료법학회, 2002.6.

문성제, “대리모 계약과 인공수정에 관한 비교법적 고찰,” 『경남법학』 제17권, 경남대학교 법학연구소, 2002.

박동진, “대리모계약에 의한 출산과 그 법적 문제,” 『의료법학』 제3권 제1호, 대한의료법학회, 2002.6.

양수산, “인공수정에 관한 제문제의 합헌성 고찰,” 『현대가족법과 가족정책: 也松김주수 교수 화갑기념논문집』, 삼영사, 1988.

양수산, “부의 동의하에 제3자의 정액을 인공수정하여 출생한 자의 친생부인,” 『가족법연구』, 제2권 2호, 1988.

양수산, “인공수정자와 관련되는 법률상의 문제점 연구,” 『가족법연구』 제3호, 한국가족법학회, 1989.11.

양수산, “부의 동의하에 제3자의 정자를 인공수정하여 출생한 자의 친생부인,” 『가족법연구』, 제2권 2호, 1988.

엄동섭, “대리모계약,” 『저스티스』 제34권 제6호, 한국법학원, 2001.12.

이경희, “인공수정자의 친자법상 지위(중),” 『사법행정』 제285호, 한국사법행정학회, 1984.9.

이경희, “비배우자간 인공수정의 입법화를 위한 몇 가지 제언,” 『인권과 정의』 제202호, 대한변호사협회, 1993.

이경희, “인공수정자의 친자법적 지위,” 『가족법연구』 제2호, 한국가족법학회, 1988.12.

이경희, “친자법의 새로운 문제,” 『민사판례연구(XVIII)』, 박영사, 1996.

이근식, “인공수정과 그 법률문제,” 『사회과학논집』 제12집, 연세대학교 사회과학연구소, 1981.

이근식, “인공수정에 관한 법률문제,” 『판례월보』 제166호, 판례월보사, 1984.7.

이상태, “부부의 인공수정과 법적 문제,” 『아세아여성연구』 제23호, 숙명여자대학교 아시아여성문제연구소, 1984.

이승우, “인공수정자의 친자관계에 관한 연구,” 『비교사법』 제11권 2호(통권25호), 한국비교사법학회, 2004. 6.

이영규, “비배우자간 인공수정자의 부자관계,” 『한양법학』 제3권, 한양법학회, 1992.

이은정, “인공수정에 대한 입법론적 고찰,” 『가족법연구』 제19권 2호, 한국가족법학회, 2005

이윤성, “의사윤리지침 제정 배경과 주요 쟁점,” 『의료법학』 제3권 제1호, 대한의료법학회, 2002.6.

이제정, “친자관계확인소송의 심리상 주요 논점,” 『가정법원사건의 제문제(상)』 재판자료

제101집, 법원도서관, 2003

이준영, “인공임신에 의해 출생한 자의 친생자관계에 관한 입법론적 고찰,” 『가족법연구』 제11권 11호, 한국가족법학회, 1997.

이훈규, “인공수정의 연혁과 법적 문제” 『인공수정의 범위』 법무자료 제79집, 법무부, 1987.

이희규, “인공수정자의 법률적 지위에 관한 연구,” 『사회과학논총2』, 강남대학교 사회과학연구소, 1996 12.

임정평, “친자관계의 인부에 관한 특수문제(인공수정과 그 법률문제를 중심으로),” 『법학논총』 제15집, 단국대학교 법과대학, 1989.11.

정귀호, “친생자의 추정과 친생부인의 소,” 『민사판례연구VI』, 박영사, 1993.

정규원, “보조생식술의 법적문제,” 『의료법학』 제4권 제1호, 대한의료법학회, 2003.6.

정상모, “생명공학기술 규제의 윤리학적 기초: 『생명윤리및안전에 관한법안』을 중심으로,” 『철학논총』 제34집, 새한철학회, 2004.4.

장태환, “친생부인의 소에 관한 연구,” 『박사학위논문, 고려대학교 대학원 법학과』, 1997.

한봉희, “인공수정자법의 연구,” 『법학연구』 제14권, 전북대학교 법학연구소, 1987.

한봉희, “인공수정자의 가족법상 지위,” 『고시연구』, 1994.3.

한봉희, “인공수정자법의 최근동향(상);(하),” 법률신문 1988년 3월 10일(제1732호); 3월 14일(제1733호).

한웅길, “인공생식의학의 발전에 따른 사법상의 제문제,” 『Juris Forum』 창간호, 충북대학교 법학연구소, 1998.2.

Erdwin deutsch, Medizinrecht, 4.Aufl., Berlin: Springer-Verlag, 1999.

Water Wadlington · Raymond C. O'Brien, Family Law In Perspective, New York: Foundation Press, 2001.

The Centers for Disease Control and Prevention(CDC), “Commonly Asked Questions About the U.S. ART Clinic Reporting System, 2001 Assisted Reproductive Technology Reports”, <<http://www.cdc.gov/reproductivehealth/ART01/faq.htm#2>>

大谷 寛, 『いのちの法律學: 生命の誕生から死まで(第3版)』, 東京: 悠々社, 1999.

補本寛雄, 『家族法(第2版)』, 京都: 法律文化社, 2003.

石原 明, 『法と生命倫理20講(第2版)』, 東京: 日本評論社, 2000.

石井美智子, 『人工生殖の 法律學(初版)』, 東京: 有斐閣, 1994.

Some Problems in Family Law emerging Artificial Reproduction

Kwang-Ho Maeng*

Today's reality is that most of the family law related issues regarding artificial reproduction can only be solved through interpretation of the current civil code or precedent cases. This dissertation discusses the legal issues related to artificial insemination and in vitro fertilization-embryo transfer(IVF-ET), and the following are the main contents.

First of all, the child resulting from artificial insemination by the semen derived from donor(AID) without the consent of the father and out of marriage should be regarded as the legal child of the father, and the father should have the right to choose whether or not to file a suit to overthrow such an interpretation. However, in cases where there is no family interest to be protected as, for example, when the legal parents of the artificially reproduced child are already divorced, it should be the child should not be assumed to be the legal child of the father and other persons of interest should be allowed to contradict the legal relationship between father and child through a lawsuit.

In cases where the father has agreed to artificial reproduction between persons that are not married, the child should be recognized as the legal child of the father as the well being and family of the child is more important than the actual blood relations. Also, regarding whether a father who consented to artificial reproduction between non-married persons can file a suit denying the father-child relationship on the basis that there are no blood ties, this should not be allowed due to Estoppel's principle or for the protection of the child. Such logic should apply to the wife who, in agreement with the father, bore the child through artificial reproduction between non-married persons, and therefore the wife cannot deny the legal

relationship between the father and son through lawsuits.

Regarding cases in which the legal relationship between the artificially reproduced child and the father is not recognized, the child should not be able to file a suit contending that the semen donor is the legal father as it is not just to burden the donor, who had no wish to form a father-child relationship, with the responsibility of supporting the child and leaving the child inheritance. Also this would make people refrain from making semen donations.

Secondly, with regards to in vitro fertilization-embryo transfer(IVF-ET), the form of this procedure that doesn't utilize the egg nor the semen of the couple wishing to have a baby but just the reproductive cells of a 3rd party should be legally barred. In the case where a woman had a child by IVF-ET through egg donation it is only right that the woman who went through the pregnancy and had the child become the legal mother as the egg donor had no wish to form a legal mother-child relationship and protect and raise the child. This is also better for the well being of the child as it is more desirable that the parents who wanted to give birth to the child become its legal parents.

Therefore, a law regarding such legal issues raised related to artificial reproduction should be enacted. Also, when such a law is established clauses such as "a child born, in agreement or with the consent of the husband, by the wife through artificial methods using the semen of a man who is not the husband is deemed to be the child of the husband," and "when the husband consents to and the couple therefore agrees to artificial reproduction between non-married persons, the wife and husband can not file a lawsuit denying the legal father-child relationship on the basis that there is no blood relations" should be included regarding the legal status of the artificially reproduced child in cases where the father has agreed to artificial insemination or in vitro fertilization-embryo transfer(IVF-ET). There should also be a clause regarding the relationship of the semen donor and artificially reproduced child stating that "the child born through artificial reproduction between non-married persons cannot, through lawsuit, demand that the donor recognize him/her as his child, and the donor cannot recognize the artificially reproduced child as his legal child."

* Lecturer, College of Law, Incheon university.

법적인 ‘아버지’를 결정하기 위한 요건들에 관한 일고찰

— 미국에서의 논의를 중심으로 —

A Study on Discourse on the Criteria for Establishing
Paternity in U.S.A.권재문*
(Jaemoon Kwon)

<차

I. 서 언	결정 기준 개관
II. 미국에서 논의되어 온 아버지	III. 맺음말: 우리 민법의 해석론과 입법

I. 서 언

1. 과학기술 발전과 부모-자녀 관계에 관한 법제도의 동요

부모의 지위를 결정하는 요건에 관한 법제는, 가족관계에 관한 다른 법제도에 비해 상대적으로 별다른 변화를 겪지 않고 유지되어 왔다. 그렇지만, 최근의 생명공학 발달로 인하여 모의 결정 요건인 출산과 부의 결정 요건인 친생추정·인지를 중심으로 하는 종래의 법제에 대한 의문이 제기되고 있다.

부모의 지위 결정에 관한 법제도에 직접적인 영향을 미친 과학기술 발전은 인공생식기술과 DNA 검사기법의 개발이라고 할 수 있다. 인공생식기술 발달로 인하여 지금까지 자명한 것으로 여겨지던 ‘어머니’의 지위 결정 요건에 대해서도 근본적인 재검토가 요구되고 있으며, 유전적인 부모-자녀 관

계를 거의 정확하게 판별할 수 있게 해 주는 DNA 검사기법의 발달로 인하여 유전적인 아버지-자녀 관계를 ‘알 수 없음’을 전제로 하고 있는 아버지 결정 요건에 관한 법제를 그대로 유지할 것인지에 대한 의문이 제기되고 있기 때문이다.

이 논문은, 이러한 문제들 중 DNA 검사기법 발달이 법적인 아버지 결정 요건에 미치는 영향, 즉, ‘유전적 아버지의 판별이 가능하다면, 법적인 아버지의 지위는 어떤 기준에 따라 결정되어야 하는가’의 문제만을 논의한다.¹⁾ 이러한 논의는 결국 법적인 아버지의 지위를 결정함에 있어서, 이제는 DNA 검사에 의하여 정확하게 판별할 수 있게 된 유전적 관련성²⁾을 어느 정도로 중시할 것인가, 즉, 자녀와 혈연만 있으면 아버지로 인정할 것인가, 만약 그렇지 않다면 어떤 기준이 적용되어야 하는가로 귀결된다고 할 수 있다. 이러한 문제에 대해서는 우리나라는 물론 세계 여러 나라에서 활발한 논의가 전개되고 있는데 그 중에서 우선 미국에서의 논의를 검토할 필요가 있다고 생각한다. 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 혈연을 중시하는 경향을 보이고 있는 유럽 각국의 입법례³⁾와는 달리 미국의 학설·판례는 혈연 이외의 요건들을 중시하는 경향을 보이면서 ‘아버지 결정 요건’에 관하여 좀더 다양한 논의를 전개하고 있다. 둘째, 미국에서 중시되는 ‘혈연 이외의 요건들’ 중에서는 우리나라에서도 유력하게 제기되고 있는 것들(예를 들어, ‘사회적 친자관계,’ ‘자녀의 복리’)도 있기 때문에 이러한 요건들에 관한 미국의 논의를 살펴보는 것은 우리 민법의 해석론·입법론을 전개할 때에도 도움이 될 것이다.

- 1) 물론 현재 논의되고 있는 ‘아버지 결정’을 위한 여러 가지 기준들은, 인공생식기술에 의하여 출생한 자녀의 ‘어머니 결정’ 기준과도 일맥상통하지만, 자녀의 출생 과정에서 아버지의 역할과 어머니의 역할이 현저하게 다를 경우를 감안한다면, 어머니를 결정하기 위한 기준은 별도로 논의할 필요가 있다고 생각된다.
- 2) ‘유전적 관련성’을 이하에서는 ‘혈연’이라고 표현한다. 혈연과 유전적 관련성의 엄밀한 의미는 다르지만 ‘혈연’의 존부는 곧 ‘유전적 관련성’의 존부와 직결되기 때문이다.
- 3) 유럽 각국의 최근의 입법 경향에 관하여는, 尹眞秀 역·Rainer Frank, “子女의 생父에 의한 親生否認에 관한 比較法的 考察,” 家族法研究 제20권 제1호, 한국가족법학회(2006)를 참조.

* 숙명여자대학교 법학부 조교수.

2. 논문의 구성

미국에서의 논의를 검토함에 있어서, 우선 미국에서 ‘아버지 결정 기준’으로 제시되고 있는 다양한 요건들을 소개한다. 즉, DNA 검사기법이 개발되기 전까지 미국에서 적용되어 온 ‘아버지 결정 기준’인 친생추정(marital presumption)의 연혁과 근거, 현대적 의의를 살펴보고, DNA 검사에 의한 아버지-자녀 사이의 혈연의 존부 판별이 가능하게 됨에 따라 종래의 친생추정의 대안으로서 미국에서 제시되어 온 ‘아버지를 결정하는 법적 요건’들, 즉 ① 혈연, ② 자녀와의 인간관계(또는 양육), ③ (명시적 또는 묵시적으로 행하여진) 아버지의 지위를 설정하는 계약 등을, 각각의 개념과 배경(정책적 함의)을 중심으로 살펴본다.

다음으로, 이러한 요건들 중 어떤 것을 채택하는 것이 옳은지에 관한 결정기준으로서 유력하게 제시되고 있는, ‘자녀의 복리’⁴⁾에 관한 논의를, 다음의 논점들, 즉 첫째, 자녀의 복리를 기준으로 혈연 이외의 기준을 선택하는 것이 혈연부의 헌법상 기본권을 침해하는지의 여부에 관한 문제, 둘째, 만약 그렇지 않다면, 어떤 기준에 따라 아버지를 결정하는 것이 자녀의 복리에 부합하는가에 관한 논의, 셋째, 1인 이상의 남성이 자녀 1인의 법적 아버지라 될 수 있는지, 즉 부의 중첩(dual paternity)이 인정될 수 있는지에 대한 찬반론을 검토한다.

끝으로, 논의를 정리하면서 본문에서 다룬 미국에서의 논의를 바탕으로, 우리 민법상의 아버지 결정 기준에 관한 해석론과 입법론을 시도한다.

II. 미국에서 논의되어 온 아버지 결정 기준 개관

1. 전통적인 결정 기준: 친생추정(marital presumption)

(1) 영미법에서의 친생추정의 연혁

연혁적으로, 또한 비교법적으로 가장 오랫동안 가장 널리 채택되어 온

4) the Best Interest of the Child는 ‘자녀의 최선의 이익’이라고 번역할 수 있지만, 우리 민법상의 문언에 따라 ‘자녀의 복리’라고 한다.

아버지 결정 기준인, ‘생모와의 혼인,’ 즉 생모에게 법률상의 남편이 있으면 그 남편을 어린이의 아버지로 결정하는 ‘친생추정’은, 영미법계에서도 일찍부터 커먼로에 의하여 인정되어 왔다.

1700년대 초기에 영국 커먼로에 의하여 인정된 친생추정은 매우 강력한 것이었으며, 남편이 이러한 어린이가 자신의 자녀가 아니라고 주장하는 것(즉 친생부인)은 문제된 어린이가 수태될 수 있었던 기간 동안의 동서(同棲)의 결여가 입증될 때에만 받아들여졌다. 이러한 동서의 결여는 초기에는 남편이 해외에 체류한 경우에만 인정되다가 점차 생모의 증언만에 의하여 인정되는 경향을 보였으나, 1734년 *Rex v. Reading* 사건에서 다른 증인의 증언이라는 보강증거를 요구함으로써 친생부인의 입증을 까다롭게 제한하기 시작하였고, 이러한 입증제한은 더욱 강화되어 1777년 이른바 ‘맨스필드 법리(Mansfield’s Rule)’에 의하여 생모와 표현부의 증언의 증거능력이 배제되기에 이르렀다. 그렇지만 제3자(표현부의 친족)에 의한 동서의 결여 증언을 금지하지는 않았기 때문에 친생추정을 반복할 수 있는 길 자체는 열려 있었다.⁵⁾

한편 미국에서도 일찍부터 친생추정이 인정되어 1800년대 초기에 맨스필드 법리가 판례법으로 도입되었다.⁶⁾ 이러한 입증제한은, 친생부인 자체를 구하는 사건뿐 아니라, 이혼 사건에 있어서도 이혼 당사자인 부부 사이에 태어난 자녀가 혼외자로 될 가능성이 있을 때에도 적용되었는데,⁷⁾ 그 이유로서 그 자녀가 혼외자로 진락하고 부모의 부도덕한 행태가 폭로됨으로써 무고한 자녀가 심각한 해악을 입는 것을 방지할 필요가 있다는 점이 실시되었다.⁸⁾

(2) 친생추정의 약화 경향

생모의 법률상 남편을 아버지로 결정하고, 이를 반복하는 친생부인을 엄격한 요건 하에서만 인정하는 커먼로의 친생추정의 이유로는, 첫째, 자녀를

5) Theresa Glennon, *Somebody’s Child: Evaluating The Erosion of the Marital Presumption of Paternity*, 102 W. Va. L. Rev. 547(2000), 563-564.

6) 미국 판례 중 최초로 맨스필드 법리를 인용하고 받아들인 것은, *Commonwealth v. Stricker*, Browne Appendix at 47 (Pa. 1801) 판결이라고 한다.

7) Casenote, *The “Lord Mansfield Rule” as to “Bastardizing the Issue,”* 3 MD. L. REV. 79, 81(1938), 82-83.

8) *Tioga County v. South Creek*, 75 Pa. 433, 437 (1874).

보호하기 위하여, 자녀와 표현부 사이에 혈연이 없는 경우에도 자녀가 표현부와 생모 사이의 혼인중의 자로서의 지위를 유지하게 해 줄 필요가 있으며, 둘째, 법정에서 생모의 간통 여부가 공공연하게 다투어지면 혼인의 가치에 대한 신뢰가 동요되어 ‘국가와 가정의 평화와 안정 증진’이라는 이익이 침해되고,⁹⁾ 셋째, 아버지와 자녀 사이의 혈연의 존부는 (DNA 검사기법이 개발되기 전까지는) 사실상 확실한 증거가 불가능했기 때문에 혈연의 존부를 다투는 재판을 허용할 실익이 적었다는 점¹⁰⁾ 등이 거론된다.

그러나, 이제는 이러한 정책적 이유들은 더 이상 유지되기 어려워졌다. 우선 혼인 외의 자녀에 대한 법적·사회적 차별대우가 철폐됨으로써 ‘자녀의 혼외자화 방지’는 더 이상 필요하지 않게 되었고, 혼인의 가치에 대한 사회적 평가가 변함에 따라 ‘혼인의 가치에 대한 신뢰보호’도 더 이상 ‘중요한 법익’이라고 보기 어렵게 되어 버렸다. 뿐만 아니라 DNA 검사기법에 의하여 이제는 아버지와 자녀 사이의 혈연관계를 거의 확실하게 알 수 있게 되어 ‘입증곤란의 방지’라는 문제도 이미 해결되어 버렸다.¹¹⁾

이러한 상황변화로 인하여, 미국에서의 친생추정은 ‘기혼여성이 자연적 방법으로(즉, 성행위에 의하여) 임신을 하였다’라는 간접사실로부터 ‘임신의 원인이 된 성행위를 한 사람은 바로 그 여성의 법적인 남편’이라는 요건사실을 추정하는 것이 사회통념과 경험칙에 부합한다는 취지의, ‘고유한 의미의 추정’인 것으로 인정되기에 이르렀다.¹²⁾ 따라서, 반대사실, 즉 어린이에게 혈연부가 따로 있다는 사실이 입증되면, 생모의 법률혼상 배우자인 표현부가 어린이의 (혈연)부라는 추정은 복멸되어야 하는 것이 추정의 본질에 부합한다.

그렇지만, 미국의 상당수의 주들은 ‘사실의 추정’이라는 친생추정의 본질을 반영하여 반대사실 입증에 의한 친생부인을 원칙적으로 허용하면서도, 혈연의 진실과 저촉되는 친생추정이라 하더라도 이것이 보호될 필요가 있을 때에는 ‘반대사실의 입증’이 있음에도 불구하고 친생부인을 불허함으로

써, ‘확정적 친생추정’과 ‘반대사실의 입증에 의하여 번복되는 고유한 의미의 친생추정’을 절충한 형태인 ‘일정한 요건 하에서만 확정적인 친생추정’을 채택하고 있다.¹³⁾ 각 주의 입법과 판례에 의하여 인정되는 친생부인의 제한요건은, 원고적격, 행사기간, 금반언(또는 기판력의 차단효)의 법리, 법원의 정책적 판단 등으로 다양하게 나타나지만,¹⁴⁾ 궁극적으로는 친생추정의 가장 중요한 기능인 ‘자녀의 복리’ 판단으로 귀결될 수 있을 것이다.

(3) 친생추정의 현대적 변용: 자녀복리 친생추정(the Best Interests Marital Presumption of Paternity)

자녀복리 친생추정이란, 친생추정을 번복하는 것(즉 친생부인)이 자녀의 복리에 부합함이 명백하고 설득력 있는 증거에 의하여 인정될 때에만 이를 허용하는 것을 뜻한다.¹⁵⁾ 자녀복리 친생추정은 자녀의 복리에 부합하기만 하면 친생부인을 허용하기 때문에 친생부인을 극도로 제한하는 커먼로에 의한 친생추정과는 차이가 있지만, ‘자녀의 보호’라는 주된 목적이 커먼로

13) McRae, 356.

14) 구체적인 예는, McRae, 356, 각주 70, 71을 참조할 것.

15) A.G., 609 P.2d at 124 (불필요한 분쟁과 가족관계의 파탄의 방지); Ettore I. v. Angela D., 127 A.D.2d 6, 513 N.Y.S.2d 733(1987), at 739 (어린이에게 반드시 필요한, 가족관계의 지속성의 보호); Michael K.T. v. Tina L.T., 182 W.Va. 399, 387 S.E.2d 86L(1989), at 871-872 (친생부인으로 인하여 자녀가 입게 될 경제적·심리적 해악의 방지); Hackley v. Hackley, 426 Mich. 582, 395 N.W.2d 906(1986), at 913-914 (안정적 가족관계를 유지와 심리적 트라우마 방지라는 자녀의 복리는, 친생부인기회를 박탈당한 표현부에 대한 공정성의 요청보다 우월함); Godin v. Godin, 168 Vt. 514, 725 A.2d 904 (Vt.,1998), at 910 [혈연부가 어린이의 유전적 기원에 관한 “진실”을 확인할 이익보다는, (가족관계의) 계속성 유지, 경제적 부양, 이미 확립되어 있는 부모-자녀 관계에 대한 심리적 안정성 보호라는 국가, 가족, 그리고 어린이의 이익이 우월하다. 따라서, 자녀의 법적인 아버지를 바꾸지 않는 것이 자녀의 복리를 위하여 기여한다]; Baker v. Baker, 276 Ga. 778, 582 S.E.2d 102(Ga.,2003.) [이혼 재판 도중에 처는 부(夫)가 자신이 낳은 자녀에 대한 권권을 주장하는 것을 저지하기 위하여 표현부의 부성을 다투었는데, 이에 대해 조지아 주 최고법원은 표현부가, 자신과 어린이 사이에 혈연이 없다는 사실, 생모가 그를 아버지로 삼기를 원하지 않는다는 사실을 모두 알면서도, 임의적으로 양육비를 생모에게 지급해 왔고 부자관계를 유지하기 위하여 중대하고 지속적인 관계를 유지해 온 특수한 사실관계가 인정됨을 전제로, 이러한 경우라면 생모가 그의 법적 지위를 공격하는 것을 허용하기 전에 자녀의 복리를 고려하는 것이 합당하다고 판결하였다].

9) Michael v. Gerald, 491 U.S. 110, at 125.

10) Debi McRae, *Evaluating the Effectiveness of the Best Interests Marital Presumption of Paternity: It is Actually in the Best Interest of Children to Divorce the Current Application of the Best Interests Marital Presumption of Paternity*, 5 Whittier J. Child & Fam. Advoc. 345(2006), 361-362.

11) McRae, 363-364.

12) McRae, 354.

에 의한 친생추정과 동일하기 때문에 많은 주들의 판례¹⁶⁾는 (커먼로에 의한 친생추정 대신에) ‘자녀복리 친생추정’을 인정하고 있다.

그러나 이러한 ‘자녀복리 친생추정’에 대해서도 다음의 두 가지 방향에서 비판론이 제기된다. 첫째, 이 기준은 개별 사안별 사실관계에 지나치게 의존하여 일관성 있는 적용기준이 되기 어렵고, 법원에 지나치게 넓은 재량을 인정하기 때문에 법적인 조작에 취약하고 불확정적이라는 점 등이 지적된다.¹⁷⁾ 둘째, 혈연부가 누구인지를 확정하는 것이 항상 자녀의 복리에 부합하기 때문에, 친생부인을 제한함으로써 혈연부를 확정할 수 없게 하는 것은 항상 자녀의 복리를 해치게 되어, 결국 ‘자녀의 복리를 위하여 친생부인을 제한’하는 것 자체가 인정될 수 없다는 견해도 제기된다.¹⁸⁾

2. 혈연을 중시하는 견해

아버지-자녀 관계의 결정 기준으로서의 혈연의 중요성은 과거에도 널리 인정되어 왔다. 무엇보다도, 친생추정 자체가 혈연을 반영한 ‘추정’이라고 할 수 있다. 커먼로에 의한 친생추정의 요건에는 우리 민법 제844조 제2항과 같은 제한이 없기 때문에 얼핏 보기에는 혈연의 개연성과 무관한 것처럼 보일 수도 있지만,¹⁹⁾ 미국의 판례가 표현부가 불임이라는 사실이 입증되거나 표현부와 자녀의 인종이 다를 때²⁰⁾에는 친생추정의 적용을 배제한 것에 비추어 본다면, 커먼로에 의한 친생추정도 순수한 ‘혼인의 효과’가 아니라, ‘혈연의 존재에 대한 경험칙상 추정’으로 이해된다.

하지만, 아버지-자녀 관계의 결정 기준으로서의 혈연의 중요성은, 각종 과학적 검사기법의 발달과 이로 인한 혈연의 존부에 대한 과학적 판별의 정확도 향상에 수반하여 점증해 왔고, 특히 DNA 감지기법의 등장과 함께

결정적인 기준으로 기능하기에 이르렀다고 할 수 있다. 뿐만 아니라 미국의 특수한 상황, 즉, 자녀를 양육하고 있는 모와 혼인관계를 형성한 적이 없는 혈연부이하 ‘비혼부’라 한다)의 경우에 혈연만을 근거로 ‘부양의무자로서의’ 아버지의 지위를 인정하는 연방법률²¹⁾에 의하여, 혈연은 적어도 ‘아버지의 의무 귀속’에 관한 한, 결정적인 역할을 한다.

(1) 혈연의 가치

이처럼 혈연을 아버지-자녀 관계의 결정기준으로 삼는 것을 정당화하는 이유로서 흔히 다음과 같은 점들이 제시된다.

첫째, 가족의 의학적 이력을 하는 것이 항상 자녀의 복리에 부합한다. 자신의 유전적·의학적 이력을 알아야 유전적 질환의 예방·치료를 더 잘할 수 있기 때문이다. 따라서 친생부인을 제한함으로써 혈연부를 알 수 없게 하는 것은 부당한 차별이고 자녀의 복리를 해치는 것이다.²²⁾

둘째, 혈연부를 알 수 없게 하는 것은 심리학적으로도 자녀의 복리를 해친다. 자녀복리 친생추정 하에서는, 혈연보다는 양육이 어린이에게 더 중요하다는 견해를 반영하여 자녀에게 양육을 제공하는 ‘사회적 아버지’가 있으면 혈연부에 의한 친생부인은 허용되지 않는다. 그렇지만, 이제는 양육 못지않게 혈연의 정체성 확립도 어린이에게 중요한 영향을 미친다는 사실이 밝혀졌다. 혈연부모와 접촉하거나 인간관계를 형성하지 못했던 어린이들은 심리적 고통을 겪는데 이로 인한 증상은 6세 무렵부터 극심한 분노, 반항적 태도 등의 다양한 이상행동으로 나타난다. 이러한 증상은 혈연부모를

16) McRae, 각주 71 참조.

17) Jana Singer, *Marriage, Biology, and Paternity: The Case for Revitalizing the Marital Presumption*, 65 Md. L. Rev. 246(2006), 265.

18) McRae, 373.

19) 생모와 표현부의 혼인 후 2주 만에 태어난 자녀에 대해서도 친생추정이 적용되었다고 한다[Katharine K. Baker, *Bargaining or Biology? The History and Future of Paternity Law and Parental Status*, 14 Cornell J.L. & Pub. Pol’y 1(2004), 23].

20) Baker, 23, 특히 각주 106.

21) 연방 어린이부양법(The Federal Child Support Act of 1984) 수정조항 §667(a)는, 모든 주에 대해, 법률 또는 사법적/행정적 처분에 의하여 자녀양육비의 가액에 관한 지침을 설정하라고 요구하면서, 이러한 각 주의 지침은 반드시 “비양육친의 모든 소득”을 고려하여야만 하고[45 C.F.R.(Code of Federal Regulations) § 302.56(C)(1)], 어린이 양육비의 가액을 결정함에 있어서 “특정된 사실적·양적 기준”을 근거로 하도록 하고 있다[45 C.F.R. § 302.56(C)(2)]. 이 조항의 실질적 의미는, 모든 주는, 양육비를 지급의무자의 소득에 대한 일정한 %로 설정하는 공식을 설정하여야 하고 다만 이러한 공식에 의하여 결정된 가액을 조절하기 위한 재량이라는 변수를 둘 수 있음을 뜻한다. 다른 말로 하자면, 자녀의 부양청구권의 정도는, 구상권 행사 기준인 최저생활 기준이 아니라, 부모의 소득에 따라 결정되며, 부모와 자녀와의 관계, 비양육친과 양육친의 관계와는 전혀 무관함을 뜻한다.

22) McRae, 374-375.

알게 되기 전까지 계속되며 비혈연 부모와의 관계에도 악영향을 미친다.²³⁾ 많은 사람들은 자신이 당하지 않았기 때문에, 혈연부모를 모르는 자녀들의 극심한 고통에 대해 무관심하며, 심지어 부모의 이혼이나 사별과 마찬가지로 ‘불가피한 불운’으로 여기는 경향이 있다. 그러나 혈연부모가 누구인지를 모르는 어린이들은 부모의 생사조차 알 수 없기 때문에 부모와 사별한 어린이들보다 더 큰 아픔을 겪고 누구를 그리워해야 하는지조차 모르기 때문에 부모가 이혼한 어린이들보다 훨씬 더 큰 고통을 겪는다.²⁴⁾

(2) 혈연을 기준으로 아버지-자녀 관계를 결정하는 것에 대한 비판론

혈연만을 근거로 부모-자녀 관계를 결정하거나 부모로서의 의무를 부과하는 것에 대해서는, 혈연에 따른 부모-자녀 관계가 자녀의 복리를 항상 실현한다고 장담할 수는 없다는 취지의 비판론이 제기된다. 우선, 혈연 없는 표현부와 자녀 사이에 실질적인 부모-자녀 관계가 형성되어 있는데도 혈연부의 일방적 의사로써 이러한 관계를 깨뜨릴 수 있게 하는 것은, 자녀의 정서발달에 중요한 영향을 미치는 ‘인간관계의 지속성’을 해칠 우려가 있다. 나아가, 부의 지위를 혈연부에게 강요하면, 자녀는 부양료라는 경제적 이익 이상의 해악을 입게 될 우려가 있다. 부모의 적개심은 자녀에게 심각한 해악을 미친다는 점을 감안하고 ‘자녀의 복리’에 중점을 둔다면, 공적 부조로써 대체될 수 있는 부양료 확보를 위하여 ‘아버지이고 싶어하지 않는 사람’과의 아버지-자녀 관계를 강요하면 안 된다는 것은 명백해진다.²⁵⁾

3. 양육(사회적 친자관계)을 중시하는 견해

‘양육하는 사람’이 아버지로 결정되어야 한다고 주장하는 견해는, ‘자녀의 복리’를 실현하려면 자녀의 필요에 중점을 두어야 하기 때문에, 자녀양육이라는 행위를 근거로 아버지의 개념을 다시 정의하는 것은 이러한 핵심 원리를 반영하는 것²⁶⁾이라고 하면서, 자녀를 중심으로 접근한다면 부모의

지위는 자녀와의 관계를 근거로 결정되어야 하고 일단 결정되고 나면 지속성이 보장되어야 함²⁷⁾을 강조한다.

(1) 양육(사회적 친자관계)의 의미

이러한 견해는, 아버지 결정 기준인 양육(사회적 친자관계)을 다음과 같이 정의한다. 양육은 신체적, 정서적, 지적, 정신적으로 아이를 돌보는 것을 포함하며, 전통적으로 ‘모성’이라고 인식되어 온 것과 밀접하게 관련된다. 이러한 양육의 내용은 자녀의 성장에 따라 변하지만 자녀를 적극적으로 부양한다는 궁극적인 목적은 변하지 않는다. 양육은, 질적으로는 자녀의 복리를 중심으로 하며, 양적으로는 자녀뿐 아니라 다른 양육자와의 협조 또는 그에 대한 적극적인 부조의무까지도 포함한다.²⁸⁾

(2) 미국 판례에 나타난 ‘사회적 부’

이처럼 ‘사회적으로 인정되는 아버지 역할’을 기준으로 아버지를 결정하는 법리는, 커먼로에 의해 인정되는 ‘외관에 의한 부 결정 법리(holding-out doctrine)’에도 반영되어 있다. 이 법리는, 어떤 남성의 행동을 통해 ‘아버지가 되려는 인식과 의사’를 추정하는 것으로서, 친생추정의 경우처럼 국가가 부성을 결정하는 것이 아니라 개인의 선택을 근거로 설정된 부성을 국가가 승인하는 것이다.²⁹⁾

또한, 미국 연방 대법원 판례도, 일련의 판결을 거쳐 확립된 ‘혈연+α(자녀 그리고/또는 생모와의 공동생활관계)’ 법리를 통해, 아버지와 자녀 사이의 인간관계(양육, 공동생활, 사회적 관계 등 무엇으로 표현하건)를 아버지를 결정하는 가장 중요한 기준으로 파악하고 있다. 문제된 사안들의 쟁점은, 대부분 생모의 동의하에 계부(또는 표현부)가 자녀를 입양하는 것을 혈연부가 저지하려고 하는 경우에, ‘법률상의 아버지’에게 인정되는 입양동의권이 혈연

23) McRae, 378-379.

24) McRae, 379-380.

25) Baker, 21.

26) Nancy E. Dowd, *Parentage at Birth: Birthfathers and Social Fatherhood*, 14 Wm. & Mary Bill Rts. J. 909(2006), 918.

27) Niccol Kording, *Nature v. Nature: Children Left Fatherless and Familyless When Nature Prevails in Paternity Actions*, 65 U. Pitt. L. Rev. 811(2004), 860.

28) Dowd, 918.

29) Dowd, 918.

부에게도 인정될 수 있는지의 여부였는데, 연방대법원은 혈연부와 자녀 사이에 사회적으로 인정될 수 있을 정도의 ‘아버지-자녀관계’가 존재하는지의 여부에 따라 이러한 동의권의 인정 여부를 결정하였다.

우선, ① Caban 사건³⁰⁾에서는, 혈연부가 자녀들의 출생 후 4년 동안 자녀 및 생모와 공동생활을 유지하였고, 생모와 헤어진 후에도 지속적으로 자녀들을 면접교섭해 왔다는 이유로 아버지의 권리를 인정한 반면, ② Lehr 사건,³¹⁾ Quilloin 사건³²⁾의 경우에는, 혈연부가 자녀와의 사회적 관계를 형성·유지하지 않았음을 이유로, 혈연부의 아버지로서의 권리(구체적으로는, 자녀의 입양에 대한 동의권)를 부정하였다. Lehr 사건에서 Stevens 대법관은, Caban사건에서의 Stewart 대법관의 의견을 인용하면서 “실질적 적법 절차원칙에 의하여, 부모는 이혼한 후에도 자신과 자녀 사이의 부모-자녀 관계를 유지할 권리가 있음이 인정된다 하더라도, 비혼부에게도 곧바로 그러한 권리가 인정된다는 결론이 도출되는 것은 아니다. 부모의 권리는 부모와 자녀 사이의 혈연관계로부터 싹트는 것이 아니라, 좀더 지속적인 관계를 필요로 한다”라고 판시하였다.

4. 계약을 중시하는 견해

최근에는, 자녀의 아버지는 아버지-생모 사이의 계약에 의하여 결정된다는 견해도 유력하게 제기되고 있다. 이러한 견해는, 혼인이 계약과 비슷한 성질을 가진다고 본다면, 그리고 친생추정을 단순히 증거법칙적 추정에 지나지 않는 것이 아니라 아버지-자녀 관계를 결정하는 실체법적 요건으로 본다면, 친생추정은 표현부와 생모의 의사표시 합치를 근거로 아버지-자녀 관계를 인정하는 것이라고 이해할 수 있다고 하면서, 아버지의 지위 결정 기준으로서의 ‘계약은 친생추정과 버금가는 오랜 역사를 가지고 있다고 주장한다.’³³⁾ 뿐만 아니라 이른바 ‘사회적 부’ 개념을 거동에 의한 ‘묵시적 의사표시’를 아버지 결정 기준으로 삼은 것으로 이해한다면, 결국 미국 대법

원 판례의 법리 또한 ‘계약설’로 설명할 수 있다고 한다.³⁴⁾

(1) 근 거

첫째, 계약을 근거로 아버지의 지위가 결정된다고 하면, 종래의 다른 견해들이 제시해 온 요건들, 즉 생모와의 혼인(친생추정), 양육(사회적 친자관계) 등을 모두 포섭할 수 있으며, 자연적 방식(양성의 성행위)에 의하여 수태된 자녀와 인공생식기술에 의하여 수태된 자녀³⁵⁾에 대해 공통된 부모 결정 기준을 적용할 수 있기 때문에, 통일적인 아버지 결정 기준을 세울 수 있다.³⁶⁾

둘째, 혈연보다 계약을 근거로 부모의 지위를 인정하는 것은 통계조사 등에 나타난 미국인들의 행태와 부합한다. 첫째, 양육비를 지급받기를 원하고 그래서 부자관계존재확인 소를 제기하는 생모들의 절대 다수는, 자녀와 혈연관계가 있을 개연성이 높은 남자가 아니라, 생모 자신과 지속적인 관계를 유지하였던 사람을 피고로 삼는다. 둘째, 별거하는 아버지와 자녀 사이에 (자녀양육 또는 아버지 역할을 하기로 하는) 계약의 계속가능성을 예측하게 해주는 가장 중요한 요소는 아버지와 생모와의 관계이며, 이것이 별거 전의 부자관계의 정도보다 더 중요하다. 남자들의 주관적 책임감은 자녀에 대한 감정보다는 생모에 대한 감정과 더 밀접하게 관련되어 있다.³⁷⁾

(2) 계약설에 의한 ‘아버지’ 결정방법

우선, 스스로 아버지의 지위와 이것으로부터 비롯되는 권리·의무를 가지겠다는 명시적인 의사표시를 함으로써 생모와의 계약을 체결한 사람에게 는 그가 의욕하는 법률효과를 인정된다.³⁸⁾ ① 따라서 공공연하게 자신이 혈연부라고 하면서 어린이를 자신의 집으로 데려와서 자신의 아이처럼 키우던 표현부는, 나중에 혈연 없음을 알면서도 부양의무를 면하기 위하여

30) 441 U.S. 380 (1979).

31) 463 U.S. 248 (1983).

32) 434 U.S. 246 (1978).

33) Baker 22.

34) Baker, 34.

35) 인공생식기술에 의하여 출생한 자녀의 부모를 결정하는 결정적인 요소는 ‘계약’이다 (Baker, 22).

36) Baker, 61.

37) Baker, 36.

38) 명시적 의사표시에 의한 부모의 지위 결정은, 특히 인공생식기술로 인하여 출생한 자녀에 대해서 문제되는데, 이 논문에서는 다루지 않는다. 구체적인 내용 및 문제되는 판례에 대해서는 Baker, 26-30을 참조.

친생부인을 구할 수 없다.³⁹⁾ ② 혈연관계의 존부에 관한 착오에 빠져서 부의 지위를 인정하는 의사표시를 한 경우에 대해서는, 비록 직접적으로 이 문제를 다루고 있는 판결은 없지만, 혈연부인 것 같은 외관을 표시한 사람은, 비록 혈연관계가 있는 것으로 착오하고 그러한 행동을 하였다 하더라도 금반언 법리에 의하여 친생부인을 할 수 없다고 한 판결⁴⁰⁾에 비추어 본다면, 친생부인이 허용되지 않을 것으로 여겨진다.

다음으로, 명시적 의사표시를 하지 않은 경우라 하더라도, ‘아버지로서 행위’한 경우에는 ‘묵시적 의사표시’가 있는 것으로 파악하여, 이를 근거로 아버지의 지위 및 이로부터 비롯되는 권리·의무를 인정할 수 있을 것이다. 실제 사안에서도, 미국 각 주의 판례는, 아버지 역할을 해 온 사람은 비록 자녀와 혈연관계가 없다 하더라도 부양의무를 면할 수 없으나⁴¹⁾ 그 대신 그의 ‘아버지’로서의 지위도 보호될 수 있다⁴²⁾는 점을 인정하고 있다. 즉 미국 판례는 ‘혈연의 결여’만을 근거로 부의 권리 또는 의무를 부인하는 주장을 배척하면서, 비혈연부의 행동이 자녀(그리고/또는 생모)에게 야기한 ‘신뢰’를 근거로 제시하는 경우가 많은데, 이러한 태도는 결국 부의 지위는 ‘묵시적 계약’에 의하여 결정된다고 판단하고 있는 것으로 이해할 수 있을 것이다.⁴³⁾⁴⁴⁾ 또한 UPA 2002⁴⁵⁾ §204는, ‘묵시적 의사표시에 해당하

는 행태’⁴⁶⁾를, ‘혈연의 존재를 추인하게 해 주는 사정’⁴⁷⁾과 대등하게 친생 추정 요건으로 규정하고, 금반언 원칙에 따라 친생부인권을 제한함⁴⁸⁾으로써 계약에 의한 부자관계 결정이라는 관점을 반영하고 있는 것으로 보인다. 이처럼 부의 행태로부터 추단되는 묵시적 의사표시를 근거로 아버지의 지위를 인정하게 되면, 아버지인지의 여부는 (추정되는) 아버지와 생모 그리고/또는 자녀와의 관계가 어떠했는가에 대한 평가, 즉 이러한 관계로부터 ‘묵시적 의사표시’가 추단될 수 있는지의 여부에 따라 결정된다.

5. 여러 기준들 중에서 자녀의 복리에 부합하는 것을 선택하여야 한다는 견해

(1) 배경: 아버지 결정 기준에 관한 미국 각 주의 입법·판례의 혼란상황
혈연관계의 존부 판별을 가능하게 하는 과학기술 발달, 이혼·재혼의 증가에서 비롯되는 비혈연 부모-자녀관계의 급증 등과 같은 상황변화로 인하여, 아버지를 결정하기 위한 기준을 확립할 필요성은 더욱 증대하고 있다. 그런데도 미국 각 주의 법원과 입법자들은, 혼인, 혈연, 양육, 의사 등의 대립하는 기준들 사이에서 우왕좌왕하며 일관성 없게 대처함으로써 아버지

39) *Clevenger v. Clevenger*, 11 Cal. Rptr. 707 (Cal. Ct. App. 1961). 물론, 이 판결이 제시한 직접적인 논거는 ‘금반언 법리’이지만, ‘명시적 의사표시’를 근거로 부의 지위를 결정한 것으로 이해할 수 있을 것이다.

40) 이렇게 판단한 이유는 다음과 같다. 첫째, 그러한 주장을 받아들이면 금반언 법리에 의한 친생부인 배제는 더 이상 유지될 수 없게 된다. 상식적으로 생모들은 표현부에 혈연관계 없음을 알리지 않는 경우가 대부분이기 때문이다. 둘째, 생모와 표현부가 사건본인이 생후 6개월이 될 때까지 혼인하지 않았고, 당시에 생모가 이미 두 명의 혼외자를 키우고 있었다면, 표현부는 생모와 혼인하기 전에 자신과 사건본인 사이의 혈연관계 존부를 의심하고 이에 대해 생모에게 물어볼 만한 충분한 동기가 있었다. *Commonwealth ex rel. Gonzalez v. Andreas*, 369 A.2d 416, 418 (Pa. Super. Ct. 1976), at 419.

41) 특히, *W. v. W.*, 779 A.2d 716, 721 (Conn. 2001) (판시사항: 계부가 일관되게 아버지로서 행동해 왔고, 자녀가 부양과 양육 모두를 그에게 의존해 왔으며, 생모와 혈연부의 접촉을 방해하였다면, 나중에 자신의 부로서의 지위와 부양의무를 부정하는 것은 금반언원칙에 의하여 허용되지 않는다).

42) *Tregoning v. Wiltschek*, 782 A.2d 1001 (Pa. Super. Ct. 2001) (아버지로서 행동해 온 비혈연부의 ‘아버지로서의 지위’는 생모라 하더라도 이를 부인할 수 없다. 따라서 생모가 신청한 DNA 검사는 불필요하다).

43) *Baker*, 31.

44) *Peitros v. Peitros*, 638 A.2d 545, 548 (R.I. 1994) (판시사항: “자발적이고 지속적으로 어린이의 유일무이한 아버지”로 행위하였고, 생모가 낙태를 하지 않기로 결심한 것은 “아버지 역할을 맡겠다는 확인의 직접적 결과”였다면, 비혈연부의 부양의무가 인정된다)

45) 출처: 웹문서(http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/ulc_frame.htm). UPA의 의미 등에 관한 자세한 내용은, 李和淑, “2002년 미국 통일친자법 제정의 의미와 그 내용,” 家族法研究 제17권 제1호, 한국가족법학회(2003.9)를 참고할 것

46) UPA §204 (a) (4)자녀 출생 후 생모와 혼인하고, 자발적으로 자신이 아버지라고 주장하였으며 (A)이러한 주장을 출생기록을 관할하는 관청의 기록에 기재하고 (B) 출생 신고에 자신을 아버지로 기재하거나 (C)자신의 자녀로서 부양하겠다고 신고하거나 (5) 자녀의 생후 2년동안 자녀와 함께 살면서 공공연하게 자신의 아이라고 표시한 경우
47) UPA §204 (a) (1)자녀 출생 당시에 생모와 혼인하고 있었거나, (2) 생모와의 혼인 해소 후 300일 이내에 자녀가 출생[한 경우]

48) UPA §608 (a)친생추정을 받는 자녀 또는 인지한 부가 있는 자녀의 아버지의 지위를 다투는 재판 절차에서, 법원은, 다음과 같은 사정이 인정되면, 생모, 자녀, 혈연부라고 주장하는 사람의 DNA 검사를 허용하지 않을 수 있다. (1)모, 표현부(또는 인지부)의 행태가 금반언원칙의 요건을 갖추었을 때

결정 기준을 더욱 혼란스럽게 만들고 있다.⁴⁹⁾ 한편에서는 혈연의 역할을 중시하는 견해를 반영하여 표현부 또는 그 외의 부가 상당기간을 아버지 역할을 한 경우에도 오직 DNA 검사결과만을 근거로, 심지어 사실상의 친자관계를 파괴할 우려가 있을 때에도, 친생부인을 인정하는 판결들⁵⁰⁾이 나오고 있다. 뿐만 아니라, 일부 주에서는 친생추정에 관한 조항을 개정하여 혼외 혈연부가 DNA 검사결과만을 근거로, 생모·표현부의 의사와 무관하게 부의 지위를 가질 수 있도록 허용하고 있다.⁵¹⁾ 반면, 다른 한편으로, 사회적 친자관계의 의미를 중시하는 판결들은 부모의 기능적 역할을 수행하는 사람, 즉 '혈연부모의 동의 하에 자녀 양육에서 주요한 역할을 수행하면서 장기간 자녀를 보살핀 사람'이 친권, 면접교섭권을 "사실상"(또는 "심리적" 부모로서) 행사하는 것을 허용한다.⁵²⁾ 나아가, 몇몇 주에서는 전통적으로 인정되어 온 법적 친자관계 발생의 요건과 무관하게, '부모가 되려는 의사'만 있으면 부모의 지위를 인정하는 판결도 나오고 있다.⁵³⁾

뿐만 아니라, 친생추정을 다루는 사건(표현부의 친생부인 또는 혈연부의 인지청구)에 대한 각 주 법원들의 다양한 판결은, 아버지 결정 기준에 관한 혼란상을 더욱 가중시킨다. 우선, DNA 검사결과가 미치는 영향과 관련하여, 어떤 주는 과학적 증거만을 근거로 판결을 하는 반면, 다른 주에서는, 법원이 이러한 과학적 증거만 가지고 아버지를 결정할 수 있을 뿐 아니라, 다른 요인, 예를 들어, 자녀의 복리, 금반언, 실효의 원칙(laches), 차단효 등

49) David D. Meyer, *The Constitutionality of "Best Interests" Parentage*, 14 Wm. & Mary Bill Rts. J. 857(2006), 860.

50) Williams v. Williams, 843 So. 2d 720 (Miss. 2003); Doran v. Doran, 820 A.2d 1279 (Pa. Super. Ct. 2003).

51) 일리노이주의 1991년 개정법률은, DNA 검사결과만 제출하면 '친생자관계 부존재확인' 판결을 구할 수 있고, 표현부와 자녀 사이에 혈연관계 없음이 인정되면 아버지의 모든 권리의무는 무효가 된다고 규정하고 있다(Illinois Parentage Act of 1984, 750 Ill. Comp. Stat. Ann. 45/7(b-5)).

52) V.C. v. M.J.B., 748 A.2d 539 (N.J. 2000); Clifford K. v. Paul S., 619 S.E.2d 138 (W. Va. 2005).

53) In re Nicholas H., 46 P.3d 932 (Cal. 2002) (혈연관계 없음을 알면서도 임의인지를 하면 부의 지위가 인정된다고 판시함); See Elisa B. v. Superior Court, 117 P.3d 660 (Cal. 2005); In re Parentage of L.B., 122 P.3d 161 (Wash. 2005). (여성 동성애 커플의 일방이 인공수정으로 출산한 자녀와 반려자인 다른 여성과의 '부모-자녀관계'를 인정함).

을 근거로, DNA 검사결과와 상반된 결정을 할 수도 있다.⁵⁴⁾

따라서, '부모의 지위의 정당한 근거'로 인정되는 혈연, 혼인, 입양, 의사 등이 충돌할 때, 어떤 근거를 우선시할 것인지의 문제를 해결하여야 할 필요성이 절실하게 대두되고 있다. 과거에는 이들 사이의 '순위'가 인정됨을 전제로, 혼인의 완전성 보호라는 사회적 이익을 최우선적으로 고려하고, 생모와 표현부 사이의 혼인이 이미 파탄되었다면 혈연에 따르고, 사회적 친자관계는 다른 결정기준이 없을 때 최종적으로 고려하여야 한다는 견해가 지배적이었다.⁵⁵⁾ 그러나 근래에는 개별 구체적 사안의 사실관계를 전제로 '자녀의 복리'를 최우선적인 기준으로 삼아 이러한 문제를 해결해야 한다는 견해가 유력하게 대두되고 있다.⁵⁶⁾ 이하에서 자세하게 살펴본다.

(2) 아버지 결정 기준인 '자녀의 복리'에 관한 논의

In re Jesusa 사건⁵⁷⁾에서 캘리포니아 주 대법원은, 부모가 될 잠재적 자격을 갖춘 여러 명이 경합할 때 법원은 "정책과 논리법칙의 고려를 형량함으로써" 그들 중 누가 가장 적합한 부모인지를 결정해야만 한다고 판시함으로써, 아버지 결정 기준들 사이에 과거에 인정되어 오던 '순위'를 배제하였다. 이처럼 법원이 자녀의 복리 기준을 사용하여 대립하는 당사자들 중에서 부모의 지위를 인정할 수 있는 권한을 가진다는 캘리포니아 주의 판례는 다른 주에서도 원용되어 자녀의 복리를 부모 결정 기준으로 사용한 판결들이 나오고 있으며, 친자법의 혼란상을 감안한다면 더 많은 법원들이 이러한 방향으로 갈 것으로 여겨진다.⁵⁸⁾ UPA 2002에도 이러한 사고가 반영되어, 친생부인은 자녀의 복리를 해칠 우려가 있을 때 제한된다고 하면서, 자녀의 복리에 대한 해악의 정도를 판단하기 위한 구체적인 기준들을 명시하고 있다.⁵⁹⁾

54) Glennon, 566.

55) Meyer, 862-863.

56) Meyer, 863.

57) 10 Cal. Rptr. 3d 205 (Cal. 2004).

58) Meyer, 864.

59) UPA §608 (b).

(3) ‘자녀의 복리’ 기준에 의한 아버지 결정이 위헌인지의 여부

이처럼 법원이 ‘자녀의 복리’를 기준으로 부모의 지위를 결정하도록 하면, 법원의 재판에 의하여 부모의 지위를 박탈당하거나 인정받지 못한 당사자의 ‘부모로서의 헌법상 기본권’을 침해하기 때문에 위헌의 문제가 발생할 우려가 있다. 연방대법원의 Troxel 사건 판결⁶⁰⁾의 법리⁶¹⁾에 비추어 본다면, 법원이 ‘자녀의 복리’만을 근거로 — 부모의 권리 행사를 제한하는 정도가 아니라 — 부모의 지위 자체를 결정하게 하는 것은, 부모의 기본권을 더 심각하게 침해하는 것으로 볼 여지도 있기 때문이다.⁶²⁾

그렇지만, 이미 결정된 ‘부모의 권리’는 헌법상 보호되는 기본권으로 인정되는 반면, ‘부모의 정의,’ 즉 ‘누가 부모인가’를 결정하는 것은 각 주의 입법과 관례에 맡겨져 있다고 이해한다면, ‘자녀의 복리’라는 기준에 의하여 부모를 결정하더라도 부모의 권리가 침해되지는 않는 것으로 이해할 수 있을 것이다.⁶³⁾ 연방대법원 판결⁶⁴⁾도 “법률 또는 커먼로를 통해 부모 또는 가족을 정의할 수 있는 국가(주정부)의 권한에 대해서는 어떠한 헌법적 제한도 없다”고 판시⁶⁵⁾함으로써 이러한 법리를 명확하게 선언한 바 있다.

6. 부의 중첩(Dual Paternity)의 인정여부

(1) 부의 중첩의 의의와 연혁

자녀의 복리라는 기준에 의하여 아버지를 결정할 수 있다면, 자녀의 복리에 부합하는 한 한 명 이상의 아버지가 인정될 수 있는지의 여부가 문제된다. 이를 인정하는 견해에 의하면, 1자녀 1부 원칙은 혈연우월주의를 반

60) Troxel v. Granville, 530 U.S. 57 (2000). 이 판결의 사실관계 및 내용에 관하여 자세한 것은, 金水晶, “자녀의 최선의 이익과 면접교섭권,” 가족법연구 제19권 제1호 (2005.3), 322-324쪽을 참조할 것.

61) ‘자녀의 복리’에 관한 법원의 판단만을 근거로, 면접교섭의 상대방과 시기·기간을 결정하게 하는 것은, 자녀의 복리에 관한 부모의 독자적인 판단권한을 배제하는 것으로서 부모의 기본권을 침해하는 것이다.

62) Meyer, 865

63) Meyer, 866

64) In re Parentage of L.B., 122 P.3d, 161.

65) 위 판결, 168

영한 것에 지나지 않으며, 아버지라는 지위가 혈연뿐 아니라 다른 요소(특히 양육)에 의해서도 주어질 수 있다면, 이것을 불가분적·배타적인 것으로 볼 이유도 없다.⁶⁶⁾ 이러한 견해는, 이미 미국의 현행 법질서 하에서도 1명의 어린이가 2명 이상의 아버지들과 법적으로 승인·보호되는 관계를 가질 수 있음을 지적한다. 즉, 재혼가정에서 자라는 자녀는, 혈연에 의하여 인정되는 아버지와 의사표시 또는 양육에 의하여 인정되는 아버지(계부) 모두와 ‘사실상의(또는 사회적) 아버지-자녀 관계를 유지하고 있는 경우가 많다. 또한 불완전양자(open adoption)의 경우에도, 친부와 양부 두 명과의 아버지-자녀 관계가 인정될 수 있다.’⁶⁷⁾

부의 중첩은 루이지애나 주의 판례⁶⁸⁾에 의하여 인정되고 있었는데, 최근에는 주 민법에 의하여 명시적으로 인정되기에 이르렀다.⁷⁰⁾ 원래 루이지애나

66) Singer, 268.

67) Singer, 269.

68) Warren v. Richard, 296 So.2d 813 (La.1974); Smith v. Cole, 553 So.2d 847 (La.1989); T.D. v. M.M.M., 730 So.2d 873(La.1999); W.R.M v. H.C.V. and M.J.V, 951 So.2d 172(La. 2007).

69) 부의 중첩이 인정되는 전형적인 사실관계를 다룬 사건인 Geen v. Geen 666 So.2d 1192 (La. App. 3 Cir.,1995)의 요약: ① A와 B녀가 1990년에 혼인할 당시에 B녀는 C의 아이를 임신한 상태였다. B는 C에게 이 사실을 알렸지만 ‘내 아이가 맞냐’는 C의 질문에 대한 대답을 회피하였다. D는, B·C가 마지막으로 성관계를 가진 날로부터 9개월이 경과한 1991년 7월에 출생하였고, 그로부터 1년 정도 지났을 때 A와 B는 이혼하였는데, D에 대해서는 공동친권을 행사하되, A가 주된 양육권을 가지고, B는 자유로운 면접교섭권을 가지기로 하였다. 그 직후 B는 C와의 관계를 회복하였고 곧바로 혼인하였다. A는 자신이 주된 양육자인데도, D가 B·C와 많은 시간을 함께 보낼 수 있게 해 주었다. 그 후 DNA 검사 결과 C가 D의 혈연부임이 밝혀졌고, C는 D의 아버지로서의 지위를 얻기 위해, D의 주된 양육권을 인정해 달라는 재판을 제기하였다. ② 쟁점은, C의 인지청구가 상당한 기간 내에 행하여졌는지의 여부와 누가 D에 대한 주된 양육권을 행사하여야 하는지였다. 사실심법원은, B가 C에게 C가 생부라는 사실을 자신이 A와 이혼할 때까지 알려주지 않았음을 감안하여, C의 인지청구 자체는 쉽사리 허용하였을 뿐 아니라, B·C에게 주된 양육권을 부여하였다. 반면 항소법원은 다음과 같은 이유로 원심을 파기하였다: A가 상당기간 동안 “충실하게 아버지 역할을 수행”하여 D에게 없어서는 안 되는 존재가 되어 있기 때문에, 혈연부모가 혼인하였더라도 “전형적인 법적 부모”인 A의 지위는, 그가 모범적으로 부모 역할을 해온 이상 손상되어서는 안 된다. 따라서 결국 A·B·C 모두를 공동친권자로 인정하고, 주된 신체적 간호권을 A에게 존치시키고 B·C에게는 자유로운 면접교섭권이 인정된다.

70) 루이지애나주 2005년 개정민법 §197[자녀에 의한 인지청구의 소; 제소기간; 입증의

주 민법에는 친생추정(개정 전 §184) 및 표현부의 친생부인에 관한 근거조항(개정 전 §187)만 있을 뿐, 타인의 친생추정을 받는 자녀에 대하여 생부가 부의 지위를 인정받기 위한 절차에 대해서는 명문규정이 없었다. 그렇지만 판례⁷¹⁾는 혈연부가 법적인 아버지로서의 지위를 얻기 위한 절차(인지청구의 소, avowal action)를 인정하였는데, 특히 혈연부의 자녀가 타인의 친생추정을 받고 있는 경우에는 인지의 효과는 친생추정에 영향을 미치지 않는 것으로 함에 따라, 혈연부의 인지청구가 인용되면 한 명의 자녀에 대해 표현부와 혈연부 모두가 법적인 아버지로 인정되는 “부의 중첩(dual paternity)”이 인정되기에 이르렀다.

(2) 부의 중첩의 내용: 부의 중첩을 인정하는 경우의 법률관계

부성의 중첩을 인정하기 위해 필수적인 것이 부모의 권리의무 분해이다. 현행법 하에서는 일단 부모라고 인정된, 즉 부모의 지위가 주어진 사람에게, 모든 부모의 권리(친권, 면접교섭 등)와 의무(부양의무 등)가 부여된다. 이처럼 1인에게 전적으로 주어지는 부모의 권리의무를 분해하면 한 명 이상의 사람이 ‘법적 아버지’의 지위를 누리면서 자녀의 복리를 실현하기 위하여 필요한 다양한 기여를 할 수 있다. 예를 들어, 한 명의 아버지에게는 주된 부양의무와 완전한 신체감호권이, 다른 아버지에게는 제한된 부양의무와 면접교섭권이 인정될 수 있을 것이다. 또한 아버지가 되기를 원하지 않는 혈연부에게는, 자녀의 유전적 이력을 위해 필요한 한도 내에서만 부성을 인정하고, 그 외의 권리의무는 인정하지 말아야 한다. 이처럼 ‘권리 없는 혈연부’에게 경제적 부양의무를 지우지 않는 것이 ‘혈연+a’의 법리와 일관성이 있다.⁷²⁾ 아버지가 되기를 원하는 혈연부의 인지를 위해서는 혈연+a를 요구하면서, 아버지가 되기를 원하지 않는 혈연부에게 의무를 지울 때는 ‘오직 혈연’을

근거로 하는 것은 불공정하기 때문이다.

출생 당시에 혈연부를 알고 있는 경우는 물론, 나중에 알게 되었더라도, 친생추정 여부와 무관하게 자녀를 인지하는 것을 허용함으로써 혈연부에게 법적인 부의 지위가 주어질 수 있다. 이를 통해 자녀는 자신의 유전적 동일성을 인식하고, 자녀와 혈연부가 모두 원한다면 인간관계를 형성·발전시킬 수 있다. 또한 다소의 경제적 부양과 안정성도 줄 수 있다. 혈연부의 권리가 반드시 제한될 필요는 없다. 부모이고자 하는 의지와 자녀에 대한 헌신을 보여준다면 더 많은 권리(고양된 면접교섭권 등)를 갖고 부양의무도 더 무겁게 부과될 수 있으며, 사회적 부모 역할을 하는 사람이 없으면 혈연부는 ‘주된’ 아버지가 될 수 있다.⁷³⁾

그렇지만 사회적 부가 활발하게 부모역할, 보살핌, 부양을 하고 있으면 혈연부는 자녀와의 면접교섭권만을 누릴 수 있고 자녀의 복리를 위한 부양만 하면 된다. 사회적 부는 주된 아버지이고 더 큰 친권을 가지지만 혈연부의 부모로서의 권리는 그래도 인정된다.⁷⁴⁾

(3) 견해의 대립: 부의 중첩에 대한 상반된 평가

루이지애나 주 판례가 실시하고 있는 부의 중첩의 인정이유는 다음과 같다. 첫째, 혈연부는 자녀부양의무를 면할 수 없기 때문에 이에 상응하여 아버지로서의 지위도 인정될 수 있어야 한다. 둘째, 자녀는 혈연부의 재산에 대한 상속권, 혈연부의 사망시 손해배상청구권 등의 이익을 얻을 수 있다.⁷⁵⁾

또한, ‘자녀의 복리’를 근거로 부의 중첩을 널리 인정하지는 견해는 다음과 같은 논거도 제시한다. 대부분의 아버지들은 혈연부이면서 사회적 부이지만, 그렇지 않을 때에는 법률에 의해 한 명이 다른 사람에게 우선하여 아버지가 되는데, 이러한 시스템이 자녀의 복리에 부합한다고 단정할 수 없다. 자녀의 복리 실현을 위하여 필요하다면, 부의 권리의무 전부를 1명에게만 귀속시키는 데 집착하지 말고, 혈연부성과 사회적 부성을 분리하여 두 명의 아버지를 인정하여야 한다. 부의 중첩을 인정하면 자녀의 복리를 더 잘 구현할 수 있

방법] 어떤 사람의 친생추정을 받는 자녀도 다른 사람과의 부자관계가 있음을 확인하기 위한 소를 제기할 수 있다. 이러한 소를 자신이 주장하는 생부 사망 후에 제기할 때에는 명백하고 설득력 있는 증거에 의하여 부성을 입증하여야만 한다. 1년의 제소기간은 상속을 목적으로 하는 경우에 한하여 적용되며, 주장된 생부의 사망시로부터 기산한다.

71) T.D. v. M.M.M., 730 So.2d 873.

72) Melanie B. Jacobs, *My Two Dads: Disaggregating Biological and Social Paternity*, 38 Ariz. St. L. J. 809(2006), 852.

73) Jacobs, 855.

74) Jacobs, 855.

75) W.R.M v. H.C.V. and M.J.V., 951 So.2d 172(La. 2007).

을 뿐 아니라 혈연부와 사회적 부 모두에게 더 큰 공정성을 보장한다. 우선, 혈연부와 사회적 부는 모두 아버지가 되기 위한 이익과 정당성이 있기 때문에, 하나를 선택하기는 어렵다. 또한 자녀에게도 둘 모두가 필요하다(유전적 이력의 확인 v. 보살핌). ‘2명의 부모’라는 패러다임 유지를 위해 아버지를 선택하려 하지 말고, 여러 명의 아버지를 인정해야 자녀의 복리가 더 잘 실현된다.⁷⁶⁾

그렇지만, 부의 중첩을 인정하는 것에 대해서는 비판적인 견해도 제기된다. 먼저, 자녀가 스스로 혈연에 따른 부자관계 형성할 수 있는 기회를 준 것 자체는 문제가 없지만, 생부와외 부자관계가 형성될 때에도 표현부와의 부자관계를 그대로 유지할 수 있게 함으로써 불륜의 씨앗인 자녀에게만 남득하기 어려운 부당한 횡재를 안겨준 것이 문제라고 지적하면서, 결국, 표현부와의 부자관계를 유지하고자 한다면 생부와외 부자관계 형성은 포기하여야 하고, 생부와외 부자관계를 형성하고자 한다면 표현부와의 부자관계를 포기하도록 하는 것이 바람직하다는 취지의 비판론⁷⁷⁾이 제기된다. 또한 연방대법원도, 비록 부의 중첩의 인정여부에 대해 직접적으로 판단하지는 않았지만, Michael 사건의 판결이유 중에서 캘리포니아 주법이 부의 중첩을 인정하지 않은 것은 자연스러운 것이라는 취지로 판시한 바 있다.⁷⁸⁾

III. 맺음말: 우리 민법의 해석론과 입법론

위에서 본 아버지 결정 기준에 관한 미국에서의 논의를 바탕으로, 우리 민법상의 아버지 결정 기준에 대한 해석론과 입법론을 전개한다. 우선 해석론과 관련하여 우리나라의 성문법과 판례가 파악하고 있는 ‘아버지 결정 기준’은 과연 무엇인지를 살펴보고, 다음으로 입법론으로서 이러한 현재의 해석론의 당부와 개선 방안을 검토한다.

1. 아버지 결정 기준에 관한 우리 민법의 해석론

아버지 결정 기준에 관한 지금까지의 우리나라에서의 해석론은 친생부인 제한의 근거를 둘러싸고 이루어져 왔으며, 혈연설과 양육설(사회적 친자관계설)이 대립해 왔다.⁷⁹⁾ 그렇지만, 2005년 개정에서도 친생부인의 요건을 제한하고 있는 일련의 규정들⁸⁰⁾과 인지청구의 소에 의한 혈연부-자녀 관계 확정을 제한하는 규정들(제864조)을 그대로 유지한 것에 비추어 본다면, 순수한 혈연설은—비록 입법론으로 제기될 수는 있겠지만—적어도 현행법의 해석하는 데 있어서는 한계를 드러낸다. 그렇다면, 위와 같은 친생부인 제한 조항들의 ‘근거’는 과연 무엇일까? 이에 대해서는, ‘혼인의 순수성(또는 가정의 평화) 유지’와 ‘사회적 친자관계 보호’ 모두가 해당한다고 하는 견해가 지배적인 것으로 보인다.

그렇지만 위와 같은 ‘친생부인 제한 조항’들을 모두 ‘사회적 친자관계’ 보호라는 일관된 기준으로 설명하기는 어려운데, 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 친생부인의 소의 원고적격·제소기간이라는 요건만 갖춰지면(예를 들어, 생모가 친생부인 사유가 있음을 안 날로부터 2년이 아직 지나지 않았다면), 적어도 민법의 해석론상으로는, 생모는 표현부와 자녀 사이의 ‘관계’가 어떠한가는 전혀 문제삼지 않고 친생부인을 할 수 있다. 둘째, 제852조는 친생승인을 한 표현부와 자녀 사이에 ‘사회적 친자관계’가 있는지의 여부를 전혀 문제삼지 않는다. 즉 표현부는, 자녀 양육에 전혀 참가하지 않은 경우에도, 친생승인을 함으로써 자신과 자녀 사이의 아버지-자녀 관계를 확정시킬 수 있는 것이다. 셋째, 친생추정의 소극적 요건에 관한 이른바 ‘외관설’ 그리고 인지 관련 소송(인지청구의 소 또는 인지무효의 소)의 청구원인사실에 관한 일반적인 해석론 등에 비추어본다면, 이러한 재판에 있어서 ‘아버지’라는 법적 지위는, 그와 자녀 사이의 인간관계의 현상을 전혀 고려하지 않고, 오직 ‘혈연의 존부’만을 근거로 결정된다. 결국 현행 민법의 태도는, 아

76) Jacobs, 851.

77) J. R. Trahan, *Glossae on the New Law of Filiation*, 67 La. L. Rev. 387(2007), 442.

78) “California law, like nature itself, makes no provision for dual fatherhood”(491 U.S. 110, at 118).

79) 국내에서 대립해 온, ‘혈연’을 중시하는 견해와 ‘사회적 친자관계’를 중시하는 견해에 대한 간단한 소개는, 李庚熙, “親生親子關係法的問題點과改善方向,” 家族法研究 제16권 제1호, 韓國家族法學會(2002.6), 26-27을 참조할 것.

80) 즉 원고적격을 표현부와 생모로 제한하는 제847조 제1항, 친생부인 기간을 ‘친생부인 사유 있음을 안 날로부터 2년’으로 제한하는 제847조 제2항, 친생자임을 승인한 표현부의 친생부인을 금지하는 제852조 등.

버지-자녀 관계는 혈연의 존부에 따라 결정하는 것을 원칙으로 하면서도, 사회적 친자관계 보호(혈연소송의 제소기간 제한), 부의 의사표시(제852조에 의한 승인) 등의 예외를 두어 혈연 이외의 요소에 의하여 아버지-자녀 관계가 결정될 수 있는 길을 열어 두고 있는 것으로 파악할 수밖에 없다. 특히 2005년 개정 민법이 친양자 제도를 도입함에 따라, 이제는 '의사(또는 계약)'에 의하여 '혈연'을 배제할 수 있는 길이 열리기에 이르렀다.

2. 현행법체계의 문제점과 입법론

(1) 자녀의 복리 심사의 결여

'혈연에 관한 권리(혈연을 알고 혈연에 따른 친족관계를 형성할 권리)'가 기본권으로서 보호됨을 인정한다면, 이처럼 혈연에 의한 부모-자녀 결정을 제한하는 규정들은 '기본권 제한의 정당화 근거'를 필요로 하게 되는데, 이러한 근거는 결국 '자녀의 복리'일 수밖에 없을 것이다.⁸¹⁾⁸²⁾ 이러한 관점에 선다면 다음과 같은 두 가지 점이 문제될 수 있다. 첫째, 자녀의 복리라는 기준은 본질적으로 개별사안별로 판단될 수밖에 없기는 하지만, '혈연과 무관한 아버지-자녀 관계'를 강요하는 것이 '자녀의 복리'에 부합하는 경우가 있을 수 있는지가 의문이다. 우선, 표현부가 혈연관계 없는 어린이와의 아버지-자녀관계를 유지하기를 원하지 않는데도 그러한 관계의 유지를 강요하는 것이 자녀의 복리를 해친다는 것은 말할 필요도 없을 것이다. 뿐만 아니라, 표현부가 그러한 관계의 유지를 원하는 경우라 하더라도 입양으로 동일한 목적

을 달성할 수 있기 때문에, 굳이 '친생자 관계'의 유지를 강요하는 것은 혈연에 관한 자녀의 권리를 필요 이상으로 제한함으로써 자녀의 복리를 해치는 것이 아닐까? 둘째, 자녀의 복리가 '혈연에 따른 아버지-자녀 관계 확정'을 제한하는 것을 정당화시켜주는 근거라고 한다면, 이러한 제한 규정들 및 이를 구현하기 위한 절차법(가사소송법)에 자녀의 복리 심사에 관한 근거규정을 두고 있지 않은 것을 개선하는 것이 선행될 필요가 있다.

(2) 아버지라는 지위 자체의 귀속 기준과 아버지의 권리·의무의 귀속 기준의 구별

앞에서 본 미국의 논의(특히 판례)들은, 비록 어떤 기준에 따라 '법적인 아버지'가 결정되어야 하는가에 관한 것들이기는 하지만, 그 쟁점은 '법적인 아버지 자체'의 결정이 아니라, 법적인 아버지의 권리(예: custody), 의무(예: 양육비 지급)의 귀속 주체 결정이라는 점을 특기할 만하다. 왜냐 하면, 우리 민법은 일단 '누가 부모인가(또는 친자관계의 요건)'를 먼저 정하고 난 후,⁸³⁾ '부모의 권리·의무(또는 친자관계의 효과)'를 규정⁸⁴⁾하고 있기 때문이다. 이러한 차이를 감안한다면, 즉, '부모의 권리·의무'를 부담할 사람을 결정하기 위한 기준에 관한 미국에서의 논의와 '부모의 지위 자체'를 결정하기 위한 기준인 민법상의 친생자관계의 요건에 관한 논의는 전제와 기능이 다름을 염두에 둔다면, 아버지-자녀 관계의 결정 기준에 관한 입법론을 전개할 때에도 지나치게 '혈연 이외의 요소들'을 중시할 필요는 없다고 생각된다. 참고로 현행 민법은, '부모의 지위 자체'의 귀속 기준에 관하여는 '자녀의 복리'에 관한 판단을 요구하지 않으면서도, '부모의 권리·의무'를 행사할 사람을 결정할 때에는, 혈연을 원칙적인 결정기준으로 하면서도(제909조 제1항 제1문⁸⁵⁾), 자녀의 복리라는 기준에 의하여 이러한 원칙을 제한하고 있을 뿐 아니라(이러한 취지를 명시적으로 표현한 것은 같은 조 제6항, 묵시적으로 전제하고 있는 것은 같은 조 제2항 단서, 제4항, 제5항), '부모의 권리'의 핵심인 친권을 박탈하는 것도 허용한다(제924조). 그렇지만, 친권이 제한

81) 헌법재판소 1997.3.27. 95헌가14,96헌가7(병합) 결정은, 비록 이러한 점을 명시하지는 않았으나, "...부에게 위와 같은 친생부인권을 부여한다 하더라도 그로 인하여 부자관계가 장기간 불확정한 상태로 방치됨으로써 기본적으로 부모의 양육하에 성장하고 교육받을 수 밖에 없는 자의 지위가 불안하게 되어서는 아니 될 것이다. 이에 민법은 부에게 친생부인의 소를 제기할 수 있는 권한을 부여함으로써 친생부인권을 보장하는 한편으로 친생부인의 소에 일정한 제척기간을 두고 그 기간 내에서만 소를 제기할 수 있도록 하여 친생부인권을 제한하게 되었다(밀줄은 필자가 그은 것이다.)" 라고 실시함으로써, 자녀의 복리가 '혈연에 따른 친자관계 확정'이라는 이익을 제한하는 것을 정당화시킬 수 있음을 인정하고 있다.

82) 최근에는 우리나라에서도, 원칙적으로 '사회적 친자관계'를 기준으로 하되, '자녀의 복리'를 위하여 필요할 때에는 혈연에 따른 아버지-자녀 관계를 인정하여야 한다는 견해 [이경희, 27; 金相瑢, "母의 친생부인권," 考試研究(2001.9), 21]가 나타나고 있다.

83) 제4편(친족), 제4장(부모와 자)의 제1절 친생자·제2절 양자.

84) 같은 장 제3절 '친권'.

85) 같은 조 같은 항 제2문이 '양자'의 경우를 적시하고 있음에 비추어볼 때, 제1문은 '친생자'의 경우를 전제로 하고 있음이 명백하다.

또는 상실되는 경우에도, '부모로서의 지위' 자체가 소멸하지는 않는 것으로 해석되고,⁸⁶⁾ 양육비 지급 의무 등의 부모로서의 의무는 친권의 인정여부와 무관하게 '부모라는 지위 자체'로부터 당연히 인정된다.⁸⁷⁾

(3) 부의 중첩의 인정여부

이처럼, 부모의 지위 자체의 결정과 이러한 지위로부터 발생하는 권리·의무가 귀속될 주체의 결정 기준을 구별하는 경우, 후자의 지위의 중첩, 즉 법적인 아버지로서의 권리·의무가 1명 이상의 남성에게 귀속할 수 있도록 인정하는 것은, 자녀의 복리 실현이라는 관점에서 도입을 검토해 볼 만하다고 생각된다.

이러한 중첩은 우리 민법에서는 낯설지 않다. 무엇보다도 민법상의 입양에 의하여, 양자는 양친과 부모-자녀 관계를 형성하면서도 종래의 혈연부모와의 부모-자녀 관계를 그대로 유지한다. 따라서 양자는 2명의 법적인 부와 2명의 법적인 모를 가질 수 있게 된다. 물론, 친권은 양부모가 행사하겠지만, 양자는 친부모·양부모 모두에 대해 '부모에 대한 자녀의 권리'인 부양청구권, 상속권을 행사할 수 있다. 또한 아버지의 경합이 발생할 수 있는 사안으로서, 친생추정이 경합하는 경우를 생각해 볼 수도 있다. 이러한 경우에 부를 정하는 소(제845조)로써 한 명의 부가 결정되는 것이 원칙이겠지만, 이 조항이 규정하고 있는 원고적격자가 이 소를 제기하지 않는 한 '2명의 (표현)부로부터의 친생추정'이 경합하고 있는 상태가 그대로 유지된다. 이러한 경우에 제844조에 따라, 자녀는 두 명의 표현부 모두에 대해 아버지-자녀관계가 유지되고 있는 것으로 해석할 수 있지 않을까?

이처럼, 우리 민법에는, 이미 해석론상으로 부가 중첩될 수 있는 가능성을 열려 있는 상태라고 할 수 있다. 그렇지만, 명시적·적극적으로 이러한

제도를 도입하여, '자녀의 복리'에 부합하는 한, 여러 명의 남자가 법적인 아버지로서의 지위를 가질 수 있도록 민법을 개정하는 것은 어떨까? 부의 중첩을 인정하면, 혈연부가 '사회적 부'로서 기능하지 못하는 상황(전형적으로, 부모의 이혼에 처해 있는 자녀는, 혈연부로부터 받을 수 있는 이익(유전적 이력의 확인, 자아정체성 확립, 가능하다면 부양)과 사회적 부(전형적으로, 생모와 함께 사는 계부)로부터 받을 수 있는 이익(양육)을 모두 누릴 수 있다.

그렇지만, 이처럼 자녀의 복리 실현을 위하여 부의 중첩을 도입하고자 한다면, 예상되는 문제점에 대한 신중한 검토가 선행되어야 할 것이다. 특히 혈연부와 사회적 부의 중첩을 제한적으로 인정하고자 한다면, 그 제한 사유가 될 수 있는 '자녀의 복리'라는 논란이 많고 모호한 심사기준을 어떻게 구체적으로 적용할 것인지에 대해서는 별도의 연구가 요구된다.

주제
친자관계, 부성확정, 과학적 검사, 혈연, 친생추정, 사회적 친자관계, 자녀의 복리
parentage, paternal bond, establishment of paternity, scientific test, DNA test, paternity test, genetic relation; biological tie, Marital Presumption, Social Paternity, the Best Interest of a Child

86) 친권 제한에 관한 제909조 제6항은, 친권자가 자녀의 복리를 해칠 때, 친권자를 '다른 일방'으로 '변경'할 수 있도록 규정하고 있기 때문에, 변경된 다른 일방의 친권행사가 자녀의 복리를 해칠 때에는, 법원은 직권으로 다시 원래의 친권자가 친권을 행사하도록 친권자를 '변경'할 수밖에 없다. 또한 친권이 상실되더라도 (부모의 지위를 얻기 위한 절차가 아니라) 친권상실의 원인이 소멸하면 실권회복절차(제926조)에 의하여 다시 친권자가 될 수 있다.

87) 부모의 자녀양육의무는 특별한 사정이 없는 한 자녀의 출생과 동시에 발생하는 것이므로 ... (중략) ... (대법원 1994.5.13.자 92스21 전원합의체결정).

《참고문헌》

- 尹眞秀 역 · Rainer Frank, “子女의 生父에 의한 親生否認에 관한 比較法的 考察,” 가족법연구 제20권 제1호, 한국가족법학회(2006.3).
- 金水晶, “자녀의 최선의 이익과 면접교섭권,” 가족법연구 제19권 제1호, 한국가족법학회(2005.3).
- 李和淑, “2002년 미국 통일친자법 제정의 의미와 그 내용,” 가족법연구 제17권 제1호, 한국가족법학회(2003.9).
- 李庚熙, “親生親子關係法の 問題點과 改善方向,” 가족법연구 제16권 제1호, 한국가족법학회(2002.6).
- 金相瑤, “母의 친생부인권,” 考試研究(2001.9).
- Nancy E. Dowd, *Parentage at Birth: Birthfathers and Social Fatherhood*, 14 Wm. & Mary Bill Rts. J. 909(2006).
- Melanie B. Jacobs, *My Two Dads: Disaggregating Biological and Social Paternity*, 38 Ariz. St. L. J. 809(2006).
- Debi McRae, *Evaluating the Effectiveness of the Best Interests Marital Presumption of Paternity: It is Actually in the Best Interest of Children to Divorce the Current Application of the Best Interests Marital Presumption of Paternity*, 5 Whitter J. Child & Fam. Advoc. 345(2006).
- David D. Meyer, *The Constitutionality of “Best Interests” Parentage*, 14 Wm. & Mary Bill Rts. J. 857(2006).
- Jana Singer, *Marriage, Biology, and Paternity: The Case for Revitalizing the Marital Presumption*, 65 Md. L. Rev. 246(2006).
- Katharine K. Baker, *Bargaining or Biology? The History and Future of Paternity Law and Parental Status*, 14 Cornell J.L. & Pub. Pol’y 1(2004).
- Niccol Kording, *Nature v. Nature: Children Left Fatherless and Familyless When Nature Prevails in Paternity Actions*, 65 U. Pitt. L. Rev. 811(2004).
- Theresa Glennon, *Somebody’s Child: Evaluating The Erosion of the Marital Presumption of Paternity*, 102 W. Va. L. Rev. 547(2000).

A Study on Discourse on the Criteria for Establishing Paternity in U.S.A.

Jaemoon Kwon*

In United States, Many state laws express the legislative belief that biological ties are not only an adequate basis for parental responsibility, but that they are the only basis for father-child relationships that will withstand court challenge. Courts, however, have often expressed uneasiness with this strong reliance on biology. They face situations in which a paternity determination based solely on the outcome of genetic testing will greatly disturb the status quo. The deep social and cultural ambivalence occasioned by the splintering of fatherhood into scientifically-verifiable biological and social relationships is reflected in the doctrinal chaos in the law concerning the marital presumption of paternity. Furthermore, another viewpoint is offered recently that suggests a different theory of paternity--one that can reconcile much of the case law, constitutional doctrine, and contemporary mores. It reveals that courts often root paternal obligation in contract with the mother, not biology.

Such an extraordinary lack of consistency among the states and often within an individual state is called into question is deeply troubling in United States. But thorough understanding many articles and opinions tried to get over this chaotic situation will be very useful in interpreting and looking over many articles in Korean Civil Code concernig establishment of paternity.

과학기술의 발전과 일본가족법의 대응

Science & Technology Development and Challenge for Japanese Family Law

우 병 창*
(Byoung Chang Woo)

<차

- | | |
|------------------------------------|-----------------------|
| I. 처음에 | III. 생식보조의료에 대한 법적 대응 |
| II. 인공수정에 대한 법적 대응
— 판례와 학설의 검토 | IV. 맺음말 |

I. 처음에

일본에서는 1983년에 최초의 체외수정에 의한 출생 보고가 있었고, 1994년 최초의 현미수정에 의한 출생보고를 시작으로 하여 최근까지 생식보조의료기술의 진보가 현저하고, 불임증¹⁾으로 인하여 자를 가질 수 없는 사람들이 자를 가질 가능성이 높아지고 있어서 생식보조의료는 착실하게 보급되고 있다.²⁾ 그에 따라 근래에 여러 가지 문제들이 나타나게 되었다.

* 숙명여자대학교 법과대학 부교수.

- 1) 생식연령의 남녀가 자를 희망하고 있음에도 불구하고 임신할 수 없는 상태에서 의학적 조치를 필요로 하는 경우를 말한다. 1999년 조사에 의하면 284,800명이 불임 치료를 받고 있는 것으로 추측되고 있다.
- 2) 厚生科學審議會 生殖補助醫療部會, 精子・卵子・胚の提供等による生殖補助醫療の整備に關する報告書, 2003.4.28.(출처: <http://www.mhlw.go.jp/shingi/2003/04/s0428-5a.html>, 20070420), 1면. 이 보고서는 본문만 A4용지 기준으로 39면에 이르고, 거기에다가 30면이 넘는 별도의 자료가 붙어 있는 방대한 것이다. 이하 “생식보조의료

그러나 이러한 문제에 대해서 적절한 대응을 해 오지 않았기 때문에 생식보조의료를 적절하게 실시하기 위한 제도에 대해서 사회적인 합의의 형성이 필요하다는 인식이 확산되어 왔다.

1998년 10월 21일에 후생과학심의회 첨단의료기술평가부회의 산하에 ‘생식보조의료기술에 관한 전문위원회’(이하 “전문위원회”라고 한다)를 설치하여 전문적 입장에서 문제를 집중적으로 검토하게 되었다. 단순히 의료문제가 아니라 윤리면, 법제면의 문제도 많이 포함하고 있기 때문에 전문위원회에서는 의학, 간호학, 생명윤리학, 법학 등 여러 분야의 전문가를 위원으로 하여 검토가 행해졌다. 전문위원회는 2년 2개월간 29회의 검토를 하고, 2000년 12월에 <정자·난자·배아의 제공 등에 의한 생식보조의료에 대한 보고서>³⁾로 정리하였다. 또한 2003년 1월에 일반국민을 대상으로 <생식보조의료기술에 대한 의식조사>를 실시하고, 1년 9개월, 27회에 걸쳐 신중한 검토를 하였다. 또한 정자·난자·배아의 제공 등에 의해서 태어난 자에 대한 민법상 친자관계를 규정하는 법의 정비에 대해서는 2001년 2월 16일 법무장관 자문기관인 법제심의회 산하에 생식보조의료관련 친자법 제부회가 설치되고, 이 부회의 검토상황에 입각하여 현재 심의가 계속되고 있다.⁴⁾

이 글에서는 과학기술의 발달에 따라 가족법상 새로운 문제를 안겨주고 있는 생식보조의료와 그에 따른 친자법상 문제를 중심으로 고찰하고자 한다. 먼저 이러한 문제에 대한 일본의 판례의 태도를 살펴보고, 동시에 일본에서 논의되고 있는 학설과 그 근거를 살펴보도록 한다. 그 후 오랜 검토 끝에 정리된 보고서의 주요내용과 그에 따라 마련된 민법특례요강에 대해 고찰한다.

제도 정비보고서”라고 한다. 일본산부인과학회에서는 1986년부터 체외수정 등 임상실시에 대해서 등록보고제를 시행하고 있지만 동학회의 보고에 의하면 1999년에 생식보조의료에 의한 출생아수는 11,929명에 달하고 당시까지 총수는 59,520명이 탄생하였다고 한다.

3) http://www.mhlw.go.jp/shingi/s0012/s1228-1_18.html, (20070420)

4) 생식보조의료제도 정비보고서, 4면. 이러한 문제들과 관련하여 최근 일본변호사회에서는 ‘생명의료기술의 이용에 대한 법적 규제에 관한 제언’(A4 기준 45면 분량)에 대한 보충제언을 공포한 바 있다.

II. 인공수정에 대한 법적 대응 — 판례와 학설의 검토 —

1. 인공생식에 대한 이용규제

일본에서는 인공생식에 관해서 특별한 법률은 아직까지 제정되어 있지 않다. 일본산부인과학회의 회고(지침)에 의해서 남편의 정자 또는 제3자의 정자를 처의 태내에 인공적으로 주입하는 人工授精과 부의 정자와 처의 난자를 모체 밖에서 수정시키고, 이 수정란을 태내에 이식하는 體外受精에 대해서 부부 사이에 모체의 생식이 가능한 연령기간에 한정해서 실시하고 있다.⁵⁾ 또한 정자의 보존연령을 40세까지로 하고, 사망과 함께 정자를 폐기하며, 사망 후의 정자를 사용한 생식보조조작을 하지 아니한다고 취급하고 있다.

체외수정아에 대해서 그 출생수에 관한 통계(2003년의 경우 18,168명으로 전출생수에서 차지하는 비율은 1.64%임)는 있지만, 인공수정아에 대해서는 객관적인 통계는 없고, 제3자로부터 정자를 제공받는 AID에 대해서 누구의 정자를 어느 부부에게 이용해서 자가 출생하였는가를 체크해서 관리하는 기구도 없다.⁶⁾

<생식보조의료제도 정비보고서>에서는 불임증으로 인하여 아이를 갖지 못하는 법률상 부부에 한정해서 제공된 정자에 의한 인공수정(AID), 제공된 정자에 의한 체외수정, 제공된 난자에 의한 체외수정, 제공된 배아의 이식

(다만 다른 부부가 자기의 배아의 이식으로 인하여 얻은 배아의 잉여에 한한다)을 인정하고, 대리출산은 금지하고 있다. 그 이유는 제3자의 인체 그 자체를 임신·출산의 도구로 이용하는 것이 됨으로써 결과적으로 ‘인간을 오로지 생식의 수단으로서 취급해서는 아니 된다’라고 하는 기본원칙에 반한다는 것, 생명의 위험이 있는 임신·출산에 의한 다대한 위험을 계속 받게 하는 대리출산은 ‘안전성에 충분히 배려한다’라는 기본원칙에 비추어 볼 때 용인할 수 없다는 것, 의뢰한 부부와 대리모와의 사이에서 태어난 자를 둘러싼 심각한 다툼이 일어날 것이 예상되고, ‘태어난 아이의 복지를 우선한다’라는 기본원칙에 비추어 볼 때 바람직하지 못하기 때문이다. 그리고 정자·난자·배아를 제공한 사람의 사망이 확인된 때에는 이들을 폐기하도록 하고 있다. 그러므로 제공자의 사후에는 생식보조의료를 행할 수 없게 된다.⁷⁾

이 보고서에서는 생식보조의료의 실시에 대해서 informed consent⁸⁾ 및 의료상담의 필요성과 구체적인 방법을 정리하고, 공적인 관리운영기관을 설치해서 정보의 관리를 실시할 것을 제기하고 있다.⁹⁾ 또한 태어난 아이에게 자기의 태생을 알 권리를 보장하며, 구체적으로는 15세 이상이 되면 제공자를 특정할 수 있는 정보(성명, 주소 등)의 개시를 청구하는 것이 가능하다고 한다.

2. 인공수정자의 법적 지위

일본에서는 인공생식으로 태어난 아이에 관해서도 아직까지 특별한 법률은 제정되어 있지 않다. 학설은 현행제도 내에서 법률상 친자관계의 성립을 연구하고 있을 뿐이다.¹⁰⁾ 예를 들어 남편의 정자를 사용한 인공수정(AIH)의 경우 성교에 의한 생식이 인공적 기술로 바뀌었을 뿐이므로 민법상 적출추정(일민 제772조)이 적용되고 부(夫)는 인공수정자의 부(父)로 추

5) 일본의 경우 이와 같이 人工授精과 體外受精을 구분해서 다루고 있다. 우리의 ‘의료보조생식에관한법률안’ 제2조에서 “의료보조생식”에 대해서 실험관 아기 기술, 배아 이식 및 인공수정(체내수정과 체외수정을 포함한다)을 가능하게 하는 임상적·생물학적 기술 및 이와 동일한 효과를 갖는 자연적 과정 외의 생식을 가능하게 하는 모든 기술로써 보건복지부령이 정하는 것으로 정의하고 있다. 반면에 ‘체외수정등에관한법률안’ 제2조에서는 다르게 정의하고 있다. 즉 체외수정(體外受精)에 대해서는 난자를 난소에서 채취하여 정자와 체외에서 수정시킨 후, 그 수정란을 배양시켜 다시 자궁에 이식하는 것으로 정의하고, 인공수정(人工授精)에 대해서는 처리된 정자를 여성의 자궁강 내로 주입하여 수정이 이루어지도록 하는 것으로 정의하고 있다.

6) 일본산부인과학회의 2003년 보고에서는 1,498쌍의 부부가 AID를 받았고, 그 결과 124명을 출산하였다고 한다. 그러나 기술을 한 병원과 출산한 병원이 다르다면 당사자의 신고가 없는 한 태생에 대한 추적은 불가능하고, 또한 AID를 실시한 병원이 학회에 신고하지 아니하는 경우도 있기 때문에 정확한 공적 통계는 불가능하다.

7) 이에 관하여는 이 글 [III의 1]에서 구체적으로 살펴보겠다.

8) 환자의 증상과 치료법을 설명하고, 동의를 얻은 다음 치료하는 것을 의미한다.

9) 해당 보고서 [III의 4] 참조.

10) 二宮周平, ‘認知制度は誰のためにあるのか’(戸籍時報 第607号, 日本加除出版株式會社, 2006.12.), 30면, 각주 4번 참조. 野村豊弘, ‘生殖補助醫療と親子關係をめぐる諸法問題’(Jurist NO.1243, 有斐閣, 2003.4.15, 6면 이하 참조.

정된다. 그리고 현행법상 모자관계에 대해서는 분만주의에 따라 분만한 처가 모로 된다. 부부의 정자와 난자를 이용한 체외수정도 정자를 직접 처의 태내에 주입하는 것인가, 체외수정 후에 수정란을 처의 태내에 이식하는 것인가라는 의료기술의 차이에 지나지 않기 때문에 AIH와 동일하다고 본다.¹¹⁾

AID의 경우도 처가 혼인중에 포태한 자이기 때문에 부의 자로 추정 가능하다. 그러나 부의 정자가 이용되지 아니한 것은 분명하다. 그렇다고 해서 제3자가 친자관계를 다투는 것은 타당하지 아니하다. 현재 일본에서는 부부의 합의에 의해서 AID가 실시되고 있기 때문에 다수설은 부가 친생자로 승인(일민 제776조)한 것으로 취급하여 추정받는 적출자로 본다.¹²⁾ 그러나 동의를 얻은 것으로 속여서 치료를 받는 경우도 있는데, 이러한 경우에는 친생부인의 소 또는 제소기간이 경과한 때에는 친자관계부존재확인 소에 의해서 추정을 다툴 수 있다.¹³⁾ 정자제공자는 단순히 정자를 제공하였을 뿐이므로 법률상 친자관계로부터 일절 배제되고, 임의인지나 강제인지도 인정되지 않는다.

2003년 7월 법제심의회 생식보조의료관련친자법제부회에 의한 <정자·

난자·배아의 제공 등에 의한 생식보조의료에 의해서 출생한 자의 친자관계에 관한 민법의 특례에 관한 요강 중 시안>¹⁴⁾은 현행법제도의 기본부분을 그대로 답습하고 있다. 구체적으로는 모자관계에 대해서는 분만주의를 유지하고, 분만한 여성이 모가 되고, 생식보조의료에 동의한 부(夫)를 부(父)로 한다. 후자의 부자관계에 대해서는 ‘동의자=부(夫)’로 하는 제1안과 처가 혼인중에 포태하고 있기 때문에 부(夫)를 부(父)로 추정하고, 생식보조의료에 동의한 경우에는 친생부인의 소를 제기할 수 없도록 하는 제2안이 있지만, 현행법과의 조화를 위하여 제2안이 대세를 차지하고 있는 것으로 평가되고 있다.¹⁵⁾

이에 의하면 대리출산의 경우에는 모는 분만한 대리모라는 것이 된다. 더욱이 부의 사망 후에 부의 보존정자를 이용하여 생식보조의료가 행해진 경우 사후인지의 소가 인정될 수 있는가 라는 문제에 대해서는 사후의 생식보조의료를 어떻게 규제할 것인가 라는 의료법제의 본연의 모습에 입각하여 자의 복지, 부모의 의사에 대한 배려라는 관점으로부터 신중한 검토가 필요한 바, 의료법제의 방안이 불명확한 채로 친자법제에 관해서 독자적인 규율을 정하는 것은 적당하지 않다고 생각되기 때문에 친자법제부회에서는 다른 검토는 행하지 아니하였다.

이러한 상황에서 전술한 바와 같이 사후포태와 대리출산이 실제로 행해져서 자가 출생하고 있다. 이러한 인공생식의 시비와는 별도로 이미 태어난 자에 대해서 현행법제에서 어떻게 대처할 것인가가 문제된다.

3. 사후포태에 의해서 태어난 자

(1) 판례의 검토¹⁶⁾

① 사례의 사실관계

가. 사례1

부 A는 혼인 전부터 만성골수성 백혈병으로 치료를 받았고, 혼인 후

11) 二宮周平, 전계논문, 13면.

12) 친생부인권을 인정하지 아니하는 방법으로는 부인권의 포기, 일본민법 제776조의 유추적용, 권리남용의 법리 등이 있다. 다른 한편 추정이 미치지 아니하는 적출자로 보는 설, 양자와 상응하는 지위로 보는 설 등이 있다(深谷松男, ‘人工生殖に關する家族法上の課題,’ 家族 <社會と法> 第15号, 1999, 144면). 이와 관련하여 日本家族<社會と法>學會에서는 <人工生殖과 家族>이라는 주제로 학술대회를 개최하여 생식보조의료의 법적 문제에 대하여 집중적으로 조명하고, 그 성과를 학회지인 家族<社會と法>(NO.15, 日本加除出版株式會社, 1999.9)으로 출판하였다. 이 학술대회에서는 <ジャーナリストが見た生殖醫療の實態と家族>, <高度先進生殖醫療の家族關係に及ぼす影響>, <變動する家族と人工生殖>, <アメリカにおける法狀況>, <ドイツにおける法狀況>, <人工生殖に關する家族法上の問題> 등 모두 6개의 대주제가 다루어졌다.

13) 예를 들면 다음과 같은 사례이다. 부의 동의를 얻어서 AID를 시행하고 자를 얻었으나 그 후 부부는 이혼하였다. 가정법원에서는 이혼 후 자에 대한 친권을 다투는 과정에서 처는 자가 인공수정자이고, 부와 자 사이에는 진실한 친자관계가 존재하지 않기 때문에 부가 친권자로 지정될 여지는 없다고 주장하였다. 법원에서는 부의 동의를 얻어서 인공수정이 행해진 경우에는 자는 추정이 미치는 친생자라고 해석하는 것이 상당하고, 처가 친자관계가 존재하지 않는 뜻을 주장하는 것은 허용되지 아니하는 것이라고 판시하였다(二宮周平, 전계논문, 31면, 각주 6 참조).

14) <http://www.moj.go.jp/PUBLIC/MINJI35/refer01.html>(20070420).

15) 棚村政行, ‘生殖補助醫療と親子關係(2),’ 法學教室 276号, 法學教室編集室, 2003, 36면.

16) 이하는 二宮周平, 전계논문, 13면 이하 참조.

불임치료를 받고 있었으나 처 B는 포태하지를 못하고, A가 골수이식수술을 하게 되어 대량의 방사선을 쬐게 됨에 따라 W병원에서 정자를 냉동 보존하였다. A는 수술을 받기 전에 B에 대해서 자신이 사망하게 되더라도 B가 재혼하지 않는다면 자신의 자를 낳아주길 원한다고 이야기하고, 수술 후 자신의 부모에게도 자신에게 무슨 일이 있을 경우에는 B에게 보존정자를 사용해 자를 낳아서 가계를 잇게 하고 싶다는 뜻을 전하고, 동생과 숙모에 대해서도 같은 뜻을 전하였다. 수술이 성공해서 직장에 복귀했을 무렵에 불임치료를 재개하기로 하고 Z병원으로부터 보존정자를 받아서 체외수정을 행하는 승낙을 하였으나 시술하기 전에 병사하였다. B는 A의 사후 1년 이내에 A의 부모와 상담한 후에 보존정자를 사용해서 체외수정을 하기로 결심하고 Z병원에서 의사에게 부의 사망을 전하지 아니한 채 시술을 받고 출산하였다. B는 친생자출생신고를 하였으나 처가 혼인중에 포태한 자가 아니기 때문에 친생추정이 되지 아니하여 신고는 수리되지 아니하였다. B는 불복신청을 하였으나 인정되지 아니하였기 때문에 자를 대리하여 사후인지의 소를 제기하였다. 그리하여 제1심(2003.11.12)에서는 청구기각, 항소심(2004.7.16)에서는 B의 항소를 인용하였다.

나. 사례2

B는 내연관계에 있던 A와의 사이에서 현미수술 5회분의 정자를 채취하여 3회의 체외수정을 실시하였으나 성공하지 못하고, A의 사후에 보존된 정자를 사용하여 체외수정을 해서 출산하였다. A와 B는 1녀를 두고 있었으나 A가 암인 것이 밝혀졌기 때문에 두 번째 자를 출산하고자 하였다고 한다. [사례1]과 마찬가지로 B는 자를 대리하여 사후인지의 소를 제기하였다. 그리하여 제1심(2005.9.29)에서는 청구를 기각하였고, 항소심(2006.2.1)에서도 항소를 기각하였다.

다. 사례3

부 A와 처 B는 혼인 후 11년이 되었어도 자를 낳지 못하였기 때문에 체외수정을 하기로 하고 A의 정자를 채취하여 동결 후 2회의 체외수정을 행하였으나 성공하지 못하였다. A는 B에 대해서 자신의 사후에 동결정자

로 인공수정을 계속하기를 원한다는 뜻을 자필로 적은 편지를 건네주고 다음날 사망하였다. B는 A와의 의사확인에 의거해서 미국 네바다 주의 병원에서 A를 동결정자를 이용한 체외수정에 의해서 포태하여 출산하였다. [사례1]과 마찬가지로 B는 친생자출생신고를 하였으나 수리되지 아니하여 불복신청을 하였으나 인정되지 아니하였기 때문에 자를 대리하여 주위적으로 친생친자관계존재확인인 소를, 예비적으로 사후인지의 소를 제기하였다. 그리하여 제1심(2005.4.20)에서는 주위적 청구를 기각, 예비적 청구를 제소기간이 경과하였다는 이유로 각하, 항소심(2005.12.15)에서도 동일하게 판시하였다.

② 판례이론의 검토

위와 같이 보존정자의 사후이용에 의해서 재판으로 된 사안으로는 3(4)건이 있고, 하급심 법원의 판단에 있어서는 이러한 자를 적출자로서는 취급하지 아니하고, 사후인지에 대해서도 부정적이며, 이것을 긍정하는 것은 [사례1]의 항소심뿐이다. 이러한 상황에서 [사례 1]의 최고재판소 상고심(2006.9.4)은 항소심의 판결을 파기하고 항소를 기각함으로써 사후인지를 부정하는 판례의 법리가 확립되었다고 볼 수 있다.

가. 사후인지 긍정론의 논거

[사례1]의 항소심은, 인지의 소를 ‘자연혈연적인 친자관계 그대로의 객관적인 인정에 의해서 법적 친자관계를 설정하는 것을 인정한 제도’이며, 이것은 사후인지규정의 창설에 의해 명확하게 되었다고 해석하고, ‘자연혈연적인 친자관계가 존재하는 것을 법적 친자관계설정의 기초로 하고 그것의 객관적 인정에 의해서 법적 친자관계를 설정하는 것을 인정한 제도 바로 그것이다’라고 한다. 이러한 규정은 생식보조의료기술이 존재하지 아니한 시대에 제정된 것이지만, 그 취지로 볼 때 상정되어 있지 아니하였던 것을 가지고 ‘인공수정에 의한 포태에 의해서 출생한 자가 인지청구를 할 수 없게 된다는 이유로 되어서는 아니 된다’라고 하고, 이와 같이 제도를 파악하기 때문에 ‘포태시에 사실상 부가 존재하고 있다는 것을 인지청구를 인정하는 요건으로 삼는 것은 불가하다’고 한다.

게다가 인공수정에 의한 포태에 인지청구가 인정될 수 있는 요건으로서

자연포태의 경우에 당해 포태는 부의 의사에 의한 것이라고 인정된다는 점에 있어서 정자를 보존한 남성의 의사를 존중하기 위해서 인공수정에 의한 포태에 대해서 부의 동의가 필요하다고 한다.

긍정론은 ‘인공수정에 의한 포태에 있어서 인지청구가 인정될 수 있기 위해서는 인지를 인정하는 것이 상당하지 못하다는 특단의 사정이 없는 한 자와 사실상 부 사이에 자연혈연적인 친자관계가 존재한다는 것에 덧붙여 당해 포태에 대해서 사실상 부의 동의가 존재한다는 요건을 충족할 필요가 있고, 동시에 그것으로 충분하다고 해석하는 것이 상당하다’라고 하고, [사례1]의 사실관계에서는 이러한 요건들을 충족하고 있다고 하여 인지청구를 인용하였다. 결국 본래 법이 예정하고 있지 아니한 것에 대해서 인지제도의 취지를 자연혈연의 존재가 객관적으로 인정된다면 법률상 친자관계는 설정가능하다는 ‘혈연주의’를 채용한 것으로 이해하므로 보존정자의 사후이용에 대해서 사후인지에 관한 규정을 적용할 수 있다는 것이다.

나. 사후인지 부정론의 논거

[사례1]의 제1심은 ‘인지의 전제로 되는 <혈연상 부>는 순수하게 생물학적 내지 유전적 견지에서 결정되는 것이 아니라 사회통념에 비추어서 법률상 <부>란 무엇인가 라는 것으로부터 판단된다’고 하여 생식보조의료에 의해서 출생한 자의 ‘법률상 부자관계가 인정될 것인가 여부는 자의 복지를 확보하고, 친족·상속법 질서와 조화를 꾀하는 관점뿐만 아니라 사용된 생식보조의료와 자연적인 생식과의 유사성, 그 생식보조의료가 사회에서 일반적으로 수용되고 있는지 여부 등을 이를테면 종합적으로 검토하고 판단할 수밖에 없다’고 한다. 그래서 보존정자의 사후이용에 대해서는 ‘사자에 대해서 성적 교섭에 의한 수정은 있을 수 없기 때문에 인공수정은 자연적인 수정·포태라고 하는 과정으로부터 괴리가 현저하다’는 것, ‘사회적 통념이라는 점에서 보더라도 인공수정에 의해 태어난 자의 부를 당연히 정자제공자(사자)로 한다고 한 사회적인 인식은 여전히 부족하다고 인정된다’는 이유로 인지청구를 부정하였다. [사례1]의 제1심은 생식보조의료의 현상, 산부인과학회의 회고(지침), 입법의 동향도 배려하여 인지청구를 인정할 만큼 사회적 이해는 아직도 충분히 확대되지 아니한 것으로

보고 있다.

[사례1]의 최고재판소 판결은 ‘민법의 실친자에 관한 법제는 혈연상 친자관계를 기초로 해서 친생자에 대해서는 출생에 의해서 당연히, 비적출자에 대해서는 인지를 요건으로 해서 그 친과의 사이에 법률상 친자관계를 형성하는 것으로 하고, 그러한 관계에 있는 친자에 대해서 민법이 정한 친자, 친족 등의 법률관계를 인정하는 것이다’는 것을 전제로 해서 생식보조의료를 사용한 인공생식은 자연생식의 과정 일부를 대체하는 것이지만, 사후포태는 자연생식에서는 불가능한 포태이고, 또한 부가 자의 포태 전에 사망하고 있기 때문에 친권, 부양, 상속권, 대습상속권 등 민법이 정한 법률상 친자관계에 있어서의 기본적인 법률관계가 생길 여지가 없으며, 사후포태자와 사망한 부 사이에 친자관계를 상정하고 있지 아니하다고 한다. 따라서 사후포태자의 친자관계의 형성에 관한 문제는 ‘사망한 자의 보존정자를 사용한 인공생식에 관한 생명윤리, 태어난 자의 복지, 친자관계나 친족관계가 형성되는 관계자의 의식, 사회일반의 사고방식 등 다각적인 관점으로부터 검토한 이상 친자관계의 인정 여부, 인정하는 경우의 요건과 효과를 정하는 입법에 의해서 해결하는 것이 적절한 문제라고 하여야 하며, 그러한 입법이 없는 이상 사후포태자와 사망한 부 사이에 법률상 친자관계의 형성은 인정될 수 없다’고 하여 항소심판결을 파기하고, 제1심 판결이 정당하고 하여 항소를 기각하였다.

[사례2]의 제1심은, 법률상 친자관계는 ‘단순히 유전적인 혈연관계가 있다는 의미로서의 사실개념에 머무르지 아니하고, 법적인 평가를 포함한 법률상 개념으로 이해할 수 있는 것’인데 인지의 경우 제소기간 이내인 한 ‘법률상 친자관계의 성부는 오로지 유전적인 혈연관계의 유무를 검토하면 족한 것이라고 해 왔다’고 파악하지만, 이것은 자연적인 생식에 의해 포태출생한 자를 상정하고 있고, ‘법률상 친자관계는 민법에 있어서 신분질서의 핵심을 이루는 것이며, 다수 관계자의 이해에 관련된 사회일반의 관심사이기 때문에 당사자 사이만의 자유로운 처분이 인정될 수 있는 것이 아니라 공익적인 성질도 가지고 있는’ 것이기 때문에 사후포태자의 법률상 친자관계의 성부에 대해서 규정이 정비되어 있지 아니한 이상 ‘조리에 의해서 법률상 친자관계가 있다고 평가하기에 족한 사정의 유무를 재판소가 판단하여 결정하는 것이 상당하고, 구체적으로는 인지의 소의 제도적 취지를 따

라서 정자제공자인 남성의 의사 외에 당해 생식보조의료의 사회적 상당성, 현행법제도와와의 정합성, 자의 이익 등을 종합적으로 고려해서 판단하지 아니할 수 없는 것'이라고 한다.

이 사건에서 사후의 체외수정에 대해서 남성의 의사라는 것이 관념할 수 있는가에 대해서 의문이 있다는 것, 자연적인 생식과의 괴리가 크고, 이것을 수용하는 사회적인 인식이 있다고는 말할 수 없고, 사회적 타당성의 관점에서든 문제가 있다는 것, 부양, 친권 상속 및 대습상속권 등 민법이 예정하고 있는 부자관계의 주요한 법적 효과는 발생할 여지가 없다는 것 등의 이유로 남성과의 사이에 법률상 친자관계가 있다고 평가하기에 충분한 사정은 인정되지 않는다고 하여 인지청구를 기각하였다. [사례2]의 항소심은 이 이론을 지지하고 있다.

이상과 같이 실친자관계에 있어서 자연혈연의 의미에 대해서 [사례1]의 최고재판소 판결은 '혈연상 친자관계를 기초로 한다'고 일반적으로 말할 수 있는 데 머물렀으나, [사례1]의 인지의 전제로 되는 '혈연상 부'는 순수하게 생물학적 내지 유전적 견지에서 결정될 수 있는 것이 아니라 사회통념에 비추어서 법률상 '부'란 무엇인가라는 것으로부터 판단한 것으로서 혈연만으로는 결정되지 아니한다는 것을 지적한 것에 대해서 [사례2]의 제1심은 법률상 친자관계는 '단순히 유전적인 혈연관계가 있다는 의미의 사실개념에 머무르지 아니하고, 법적인 평가를 포함한 법률상 개념으로 이해할 수 있다'고 하면서 인지에 대해서는 제소기간 이내인 한 법률상 친자관계의 성부는 유전적인 혈연관계의 유무를 검토하면 충분하다고 해왔다고 하면서 혈연주의적인 이해를 하였다. 그러나 [사례1]의 상고심은 친자관계의 효과에 관해서 민법 규정이 사후포태자와 사망한 부 사이에 친자관계를 상정하고 있지 아니하기 때문에, 또한 [사례2]의 제1심에서는 인지의 혈연주의적인 이해도 자연적인 생식에 의해서 포태출생한 자를 상정하고 있기 때문에 [사례1]의 제1심과 마찬가지로 사회통념도 포함한 종합적인 고려를 하여 친자관계의 성립을 판단하고자 한다.

결국 공통점은 사후의 체외수정은 자연생식에서는 불가능한 것으로서 자연생식과의 괴리가 크기 때문에 사망한 부와의 사이에 친자관계의 성립에 대해서 사회적인 합의를 얻기 어렵다고 판단하여 입법에 의한 해결을 제시하고 있는 것이다. 이 점에서 법의 흡결을 적극적으로 현행법에서 매우려

고 한 [사례1]의 항소심과 대조적이다.

또한 친자관계의 효과에 관해서 사후인지를 부정하는 판례는 친권, 부양, 상속권, 대습상속권 등이 발생할 여지가 없으므로 친자관계를 인정하는 법적인 실익이 부족하다는 것을 지적한 것에 대하여 [사례1]의 항소심은 인지청구가 인정된 경우에는 대습상속의 발생으로 이어지고, 사후포태의 경우가 아닌 때와 차이를 둘 이유가 전혀 없다고 하여 긍정하는 태도를 취하고 있다.

(2) 학설의 검토¹⁷⁾

① 종래의 학설

구체적인 사례가 발생하기까지는 학설은 AIH에 관한 문제의 하나로서 사후포태의 경우를 논의해 왔다. 당시의 논의 방식은 사후포태라고 하는 생식보조의료 자체에는 반대하지만, 이러한 방법으로 출생한 자에 대해서 법적인 지위를 어떻게 할 것인가 라는 것이었다.

사망한 부와의 친자관계의 성립을 긍정하는 학설로는 처가 혼인중에 포태한 자는 아니기 때문에 친자관계의 성립에는 인지를 필요로 하지만 부부 사이의 자이므로 친생자로 이해하는 견해와 인지에 의한 부자관계의 성립을 인정하여 친생자 아닌 자로 보는 견해, 사후인지에 의해서 '비친생자'로 될 가능성이 남겨져 있다는 견해 등이 있고, 부자관계의 성립을 부정하는 입장으로서 특히 이유를 달 것 없이 미망인의 비친생자로서의 지위밖에 얻을 수 없다는 견해 등이 있었다.¹⁸⁾

② 친자관계성립 긍정설

망부의 동결보존정자를 사용할 수 있는가 라는 문제와 그것에 의해서 태어난 자의 법적 지위에 관한 문제는 구별해서 논의해야 한다는 입장을 취한다. 사후포태가 원하지 아니한 행위라고 하더라도 당해 행위의 당사자가 아닌 출생자의 법적 지위를 차별하거나 부정함으로써 원하지 아니한 행위

17) 二宮周平, 전계논문, 17면 이하 참조.

18) 二宮周平, 전계논문, 17면.

를 억제하고자 하는 것은 아무런 책임도 없는 자에게 법적인 친(親)을 부여하지 아니한다는 매우 무거운 책임을 부과하는 것이어서 도저히 받아들일 수 없는 것으로서 자의 이익을 위한 공여지책으로서 아래와 같은 논리를 전개한다.¹⁹⁾

첫째, 인공수정에 대한 임상의 실정상 초진 이후에는 처가 단독으로 진료료를 받기 때문에 부의 생존은 분명하지 아니하고, 우연한 사정에 의한 부의 급사 후에 인공수정이나 체외수정이 행해질 우려가 있어서 그러한 경우에 자를 보호할 필요성이 있다.

둘째, 자연적인 생식과정에 있어서 부의 생존은 불가결한 요건이 아니고, 또한 포태에 대해서 수정, 착상, 배아의 발생의 일정한 단계 등이 어느 시점인가에 대해서 정설이 없고, 성교섭의 도중 혹은 직후에 부가 급사한 경우 처의 포태가 부의 급사 전인가 후인가는 증명할 수 없어서 비록 사망후라고 하더라도 사망으로부터 300일 이내에 출생하면 부의 친생자로서 추정되기 때문에 자연생식의 경우에도 부의 생물학적인 사망 후에 처가 포태한 자인 때에도 망부의 친생자의 지위를 취득하는 것이 있을 수 있다.

셋째, '사망'이라는 개념은 상대적으로 파악하는 것이 가능하고, 정자 내지 수정란(배아)을 동결보존하고 있던 부가 사망으로 판단되어 다른 법률관계에 대해서는 사망에 의한 법률효과가 발생하였다고 하더라도 정자와 난자 및 수정란은 부가 될 수 '사람', 모가 될 수 있는 '사람'의 사망과 동시에 기능을 상실하는 것이 아니기 때문에 법적인 친자관계에 관련해서는 '사망'으로 인정할 필요는 없다.

넷째, 사후인지에 의한 구제에는 제소기한의 제한이 있어서 부 사망 후 3년 이내인가 여부에 의해 친자관계의 성립이 좌우되는 불균형이 있다.

③ 친자관계성립 부정설

부정설에는 두 가지 입장이 있다. 부정설 중 첫번째 견해의 논거는 다음과 같다.

첫째, 사후포태와 출생은 자연적인 생활에서는 있을 수 없는 것이고, 본

래의 자연까지 왜곡하는 것이어서 비록 당사자가 진지하게 희망하였다고 하더라도 의사는 도와주어서는 아니 된다.

둘째, 생식보조의료에서 당사자의 의사가 중시되는 것은 정자와 난자가 인체로부터 분리되어 자연행위를 갈라놓을 가능성이 있기 때문에 그 결합에 있어서는 직전의 의사를 명확하게 구할 필요성이 생기기 때문에 최종단계에서 의사를 확인할 수 없는 사후의 인공수정이나 체외수정은 불가능하게 된다.

셋째, 생식보조의료는 자연생식을 도와주고, 병으로 자가 생기기 어려운 남녀에게 자가 생길 수 있도록 치료하는 의료행위이기 때문에 보조적인 것이 중요하고, 자는 '부와 모가 있어서 태어난다'는 자연의 섭리를 생식기술에 의해서 왜곡해서는 아니 된다.

넷째, 법적인 친자관계가 없어도 애정이 있는 한 공동생활은 가능하고, 넓은 의미의 가족의 일원으로서 생활 그 자체는 불가능한 것이 아니어서 굳이 법적인 친자관계를 본래 인정되지 아니하는 시술로서 출생한 자에게 부여할 필요성은 없다는 것. 사후포태의 경우 부가 없는 자를 모친이 의도적으로 만들려고 하는 행위이고, 자에게는 태어나면서 부모가 존재한다는 전제를 자의 복지라고 한다면 그 전제를 모친이 의도적으로 붕괴하고 있는 것이어서 처음부터 부가 없는 자인 이상 그 이상의 것을 부여하는 법적인 필요성을 찾기 어렵다.

부정설 중 두번째 견해는 사자의 생식세포를 이용한 인공생식에 대해서 어느 정도 금기의식을 가지고 있는가 라는 것이 사후인지의 판단에 있어서도 기초로 하여 반영한다는 입장이기 때문에 먼저 이러한 인공생식에 대한 평가로부터 논하는데 그 논거는 다음과 같다.

첫째, 인생의 하층을 짊어지게 하는 새로운 생명의 창조는 살아있는 양친의 의사에 의해서 시작됨으로써 정당화 될 수 있는 것이고, 성행위에는 잠재적으로 대개 이러한 의사가 있다고 할 수 있고, 모태 내에 있어서 생명탄생의 순간에 부의 생존 여부는 결정적인 차이이다.

둘째, 사자의 동결정자를 사용해서 태어난 자는 사체의 세포를 사용해서 태어난 자로서 그런 의미에서는 오히려 clone에 가까운 요소가 있고, 인간을 수단화, 목적화하여서는 아니 된다는 점에서 문제가 있다.

셋째, 법적인 친자관계를 인정하지 아니하는 결론이 사회정의질서를 체현

19) 家永 登, 判例研究, 專修法學論集 第95卷, 專修大學 法學研究所, 2005, 167면.

하는 법규범이 명령하는 바이고, ‘자의 이익’이라는 반론에 대해서는 자에게 있어서 사자와의 친자관계를 만들어 주는 것이 정신적 부담으로 될 가능성도 있어서 이러한 자의 존재 자체가 자의 복지에 반하는 것이라고 할 수 있다.

넷째, 여성의 지위가 높지 않게 공동체의 역압이 큰 일본사회에 있어서는 출산하지 않을 자유를 정말로 보장해 준 후에 자기결정이라고 말할 수 있을 지 여부에 따라서 이 사건의 인공생식은 결정되어야 하고, 일본사회의 가장 약한 곳에 일탈이 생기게 되어 이것은 [사례1]과 같은 압력이 미망인에게 미칠지도 모른다.

4. 대리출산에 의해서 태어난 자

(1) 대리출산의 현황

여성이 신체적 원인으로 인하여 스스로 자를 포태할 수 없는 경우에 자신에 갈음하여 제3자에게 자를 출산시키고자 하는 것이 대리모이다. 대리모라고 할 수 있는 것에는 2개의 방법이 있다. 하나는 부의 정자를 처 이외의 여성에게 인공수정하여 임신·출산하는 방법이고, 다른 하나는 부부의 체외수정란 또는 부와 제3자의 체외수정란을 처 이외의 여성의 자궁 내에 착상시켜 출산하는 방법이다. 일본산부인과학회에서는 둘을 합쳐서 ‘대리포태’라고 부르지만 사회적으로는 ‘대리출산’이라고 부르는 경우가 많다.²⁰⁾ 일본에서는 일본산부인과학회의 회고(지침, 2003년 4월)에서 대리포태의 실시를 인정하지 않고 있다.²¹⁾ 그러나 50대 후반의 여성이 암으로 자궁을 상실한 딸과 그 남편의 체외수정란을 자신의 자궁에 이식하여 출산한 사례[사례4]²²⁾, 자궁을 절제한 여성의 난자와 그 남편의 정자

를 체외수정시킨 배아를 여성의 여동생에게 이식하여 출산한 사례를 공표하고 있다. 한편으로 외국에서 대리회태를 알선·중개하는 업자도 있고, 외국에 가서 대리회태를 실시해서 대리모에게 자를 출산하도록 한 사례도 밝혀지고 있다. 일본인 부부(부 53세, 처 55세)가 미국에서 부의 정자와 미국인 여성으로부터 제공받은 난자에 의한 체외수정란을 다른 미국인 여성에게 이식하여 출산한 사례[사례5], 일본인 부부가 미국에서 자신들의 체외수정란을 미국인 여성에게 이식하여 출산한 사례[사례6]가 있다.

(2) 대리출산에 의해서 태어난 자의 친자관계

가. 현재까지의 논의와 법적 대응

대리출산으로 출생한 자가 현실적으로 일본에서도 존재하지만 그 자의 법률상 친자관계에 대해서 규율하는 특별한 법률은 없고, 아직 법안을 논의하는 중이다.

모자관계에 대해서 현행제도에서는 분만이라는 사실에 의해서 성립하는 것으로 보기 때문에 인공수정형의 경우에는 대리모가 자를 분만하였다는 사실에 의해서 법률상 모는 대리모가 된다. 따라서 의뢰인인 처는 자를 양자로 해서 인수하는 형식을 취하여야 한다.

체외수정형의 경우에는 난자제공자인 의뢰인에게 모로서 자의 양육에 관여할 의사가 있고, 대리모는 단순히 모태를 빌려준 것에 불과하지만, 분만주의가 전제되는 한 법률상 모는 분만한 대리모가 된다. 확실히 혈연관계가 있는 자를 모라고 하면 유전학적으로는 난자제공자가 모로 된다. 태어난 자는 그 여성의 유전자를 승계하는 것이다. 난자의 제공과 분만이 분리하게 됨에 따라 지금까지의 분만주의는 변경되어야 할 것으로 보인다. 그러나 자궁 내에서 자기의 혈육을 사용해서 수정란으로부터 태아에 이르기까지 키우고, 그렇게 해서 아이를 분만하는 사람은 대리모이다. 임신중에 어머니로서의 감정이 생겨나고 자신이 키우고 싶다고 생각하는 경우도 있어서 대리모를 모라고 하여 탄생한 자를 인도할 지 여부를 대리모에게 결

20) 2007년 3월 23일자 최근 최고재판소의 판결에서는 ‘대리출산’이라고 하고 있다.

21) 일본산부인과학회는 2007년 4월14일에 사망한 부의 정자를 사용해서 체외수정 시키는 사후생식을 금지하고, 학회의 회고(지침)에 포함시키기로 정식으로 결정하였다. 동결된 정자의 보존기간은 ‘본인이 생존하는 동안’으로 하고 사망하면 폐기한다. (<http://www.asahi.com/health/news/TKY200404140383.html>, 2007.5.25)

22) 2006년 10월 16일 長野縣(나가노 현)의 산부인과 의사인 根津八紘가 이러한 사례를 밝힌 적이 있다. 또한 불임인 부부의 수정란으로 다른 여성이 출산하는 ‘대리출산’을 해줄 자원봉사자를 공모한다고 공표하였다. 그러나 일본산부인과학회는 대리출산을 허

용하지 않고 있고, 위 해당 의사를 엄중주의조치하기로 결정하였다(<http://www.asahi.com/health/news/TKY200404140383.html>, 2007.5.25).

정권을 주어서 약자의 지위에 놓이는 대리모의 이익을 지킬 수 있다는 것 등을 이유로 분만주의가 유지될 수 있다고 한다. 전술한 법제심의회 생식 보조의료관련 친자법제부회의 중간시안²³⁾도 모자관계에 대해서 분만주의를 유지한다. 입법론으로서도 모는 분만한 대리모라는 것이 된다.

부자관계에 관해서는 처가 포태한 자가 아니기 때문에 적출추정은 적용되지 아니한다. 그래서 의뢰인인 부는 자신의 정자가 사용되고 있다는 것을 알고 있더라도 인지를 하지 않으면 부자관계는 성립하지 않는다. 거꾸로 대리모가 혼인하고 있다면 대리모의 부에게 있어서 본다면 처가 포태한 것이기 때문에 태어난 자는 대리모의 부의 자로 추정되게 된다. 대리모의 부가 ‘태어난 자는 자신의 자가 아니다’라고 부인하여야 한다.

이러한 상황에 입각하여 [사례4]에서는 분만한 여성의 자로서 출생신고를 하고, 대리출산을 의뢰한 부부와 입양을 하여 부부가 친(親)으로 되는 절차를 취하고 있다.

나. 판례의 태도

[사례5]와 [사례6]에서는 대리출산을 인정하고 있는 외국에서 출산한 것이기 때문에 대리출산을 의뢰한 부부가 법적인 친(親)이라는 것을 당해 주의 재판소에서 확인받고, 의뢰한 부부를 부모로 하는 출생증명서를 얻어 그에 기초해서 당해 부부는 친생자출생신고를 하고 있다. 그러나 현행법에서는 의뢰한 처는 모가 될 수 없기 때문에 친생자출생신고를 수리하는 것은 불가능하다. [사례5]에서는 의뢰자인 처의 연령이 50세를 넘었기 때문에 출생신고가 보류되어 대리출산 사실이 밝혀졌기 때문에, [사례6]에서는 대리출산인 사실이 사전에 알려졌기 때문에 두 경우 모두 출생신고가 수리되지 않았다. 그래서 두 사례에서는 의뢰인 부부는 친생자출생신고의 불수리처분을 취소하고 출생신고를 수리할 것을 구하는 재판을 제기하였다. 모두 제1심은 신청을 각하하였으므로 각 신청인은 이에 불복하여 항소하였다.

[사례5]의 항소심(2005.5.20)은 외국 판결의 승인의 문제로서가 아닌 외국에서 출생한 자의 친자관계에 관한 준거법 적용의 문제로 취급하여 분만주

의는 ‘생식보조의료의 발전을 고려하더라도 여전히 유지되는 것이 상당하고, 적어도 생식보조의료에 의해서 출생한 자의 친자관계에 대해서 특별한 법제가 정비되어 있지 않은 본건 자의 출생시에 있어서는 그 예외를 인정할 수 없다고 해석하는 것이 상당하다고 할 수 있다’고 하여 분만한 자가 의뢰인인 처가 아니라는 분명하기 때문에 모자관계는 인정되지 않는다고 하였다.

이에 대하여 [사례6]의 항소심(2006.9.29)은 원심결정을 취소하고 출생신고의 수리를 명하였다. 그 이유는 [사례5]와는 달리 외국 판결의 승인의 문제로 취급하여 의뢰인 ‘부부와 자 사이에는 혈연관계가 있고, 친자로 인정한 네바다 주 법원의 명령이 확정되어 있다. 일본에서 부부의 자로 인정되지 않으면 자는 법률적으로 받아주는 나라가 없는 상태가 계속된다. 자의 복지를 우선하고 네바다 주의 확정판결을 승인하더라도 공서양속에 반하지 아니 한다.’는 것이다.

[사례5]의 경우는 난자도 제3자인 여성의 것이었지만 [사례6]에서는 처의 난자와 부의 정자를 제외수정한 것이어서 사정이 다르다고 할 수 있겠지만 상대방인 시나가와 구(品川區)는 법무부의 지시를 받아 최고재판소에 상고하였다. 이 사건은 결국 2007년 3월 23일 최고재판소 판결에서 항소심 판결을 파기하고 항소를 기각하였다. 상고심의 판결 요지는 첫째, 민법이 친생자관계를 인정하지 않는 자 사이에 그 성립을 인정하는 내용의 외국 법원의 재판은 민소법 제118조 3호에서 말하는 공공질서에 반하는 것으로서 일본에 있어서 효력이 없다. 둘째, 여성이 자기 이외의 여성의 난자를 사용한 생식보조의료에 의해 자를 포태하여 출산한 경우에 있어서 출생한 자의 모는 현행민법의 해석으로서는 그 자를 포태하여 출산한 여성으로 해석하지 아니할 수 없고, 난자를 제공한 여성과의 사이에 모자관계의 성립을 인정할 수 없다. 셋째, 대리출산이라고 하는 민법이 상정하고 있지 아니한 사태가 현실로 생긴 이상 대리출산에 대해서 법제도로서 어떻게 다룰 취급할 것인가에 관해서는 의학적인 관점으로부터의 문제, 관계자 사이에 생길 것이 예상되는 문제, 태어난 자의 복지 등의 여러 문제에 의해서 의료법제, 친자법제 양면에 걸친 검토가 필요하고, 입법에 의한 신속한 대응이 강력히 요망된다고 판시하였다. 결국 대리출산의 경우 대리모가 법률상 모라는 것이 일본 법원의 확고한 입장이다.

23) [부록1] 참조.

III. 생식보조의료에 대한 법적 대응

1. 생식보조의료제도 정비보고서의 주요 내용

앞에서 언급한 <생식보조의료제도 정비보고서>에서는 6개의 기본적인 사고방식을 정리하고 있다.²⁴⁾ 첫째, 태어나는 자의 복지를 우선한다. 둘째, 사람을 마음대로 생식의 수단으로서 취급하여서는 아니 된다. 셋째, 안전성을 충분히 배려한다. 넷째, 우생사상을 배제한다. 다섯째, 상업주의를 배제한다. 여섯째, 인간의 존엄을 지킨다. 그러나 이것에 대해서 이론이 있으며, 아직 입법까지는 이르지 못하고 있다.²⁵⁾

다음에서는 위 보고서의 주요내용을 살펴본다.

(1) 생식보조의료를 받을 수 있는 자

① 공통 조건

자를 갖고자 하면서 불임증 때문에 자를 가지는 것이 불가능한 법률상 부부에 한하고, 자기의 정자·난자를 얻을 수 있는 경우에는 정자·난자의 제공을 받을 수 없다.

나이가 들어서 임신할 수 없는 부부는 대상으로 되지 아니한다.

② 생식보조의료기술별 적용조건

가. AID

정자의 제공을 받지 아니하면 임신할 수 없는 부부만이 제공받은 정자에 의한 수정을 받을 수 있다.

나. 제공된 정자에 의한 체외수정

여성에게 체외수정을 받을 의학상 이유가 있고, 동시에 정자의 제공을 받지 아니하면 임신할 수 없는 부부에 한해서 제공된 정자에 의한 체외수정을 받을 수 있다.

다. 제공된 난자에 의한 체외수정

난자의 제공을 받지 아니하면 임신할 수 없는 부부에 한해서 제공된 난자에 의한 체외수정을 받을 수 있다.

라. 제공된 배아의 이식

자의 복지를 위해서 안정된 양육을 위한 환경정비가 충분하게 될 것을 조건으로 하고, 배아의 제공을 받지 아니하면 임신할 수 없는 부부에 대해서 최종적인 선택으로서 제공된 배아의 이식을 인정한다. 다만 제공을 받을 수 있는 배는 다른 부부가 자기의 배아이식을 위해서 얻은 배아에 한하는 것으로 하고, 정자·난자 쌍방의 제공에 의해서 얻을 수 있는 배아의 이식은 인정하지 아니한다. 동시에 개별 사례마다 실시의료시설의 윤리위원회 및 공적 관리운영기관의 심사회에서 실시의 적부에 관한 심사를 행한다.

마. 제공된 난자를 사용한 세포질치환 및 핵치환 기술

제공된 난자와 제공을 받은 자의 난자 사이에서 세포질치환이나 핵치환이 행해져서 그 결과 얻어진 난자는 유전자의 개변으로 이어질 가능성이 있기 때문에 당분간 생식보조의료에 사용하는 것을 인정하지 아니한다.

바. 대리출산(대리모, Host Mother)

대리출산은 금지한다.

③ 자궁에 이식하는 배의 수

체외수정·배아이식 또는 제공된 배아의 이식에 즈음하여 1회에 자궁으로 이식하는 배아의 수는 원칙적으로 2개로 하고, 이식하는 배아나 자궁의 상황에 따라서 의사의 재량에 따라 3개까지로 한다.

24) 이러한 방침은 이미 후생성 후생과학심의회 첨단의료기술평가부회 생식보조의료기술에 관한 전문위원회, <정자·난자·배아의 제공 등에 의한 생식보조의료에 대한 보고서(2000.12.28)>(http://www.mhlw.go.jp/shingi/s0012/s1228-1_18.html, 20070420)에서 합의한 바 있다.

25) <생식보조의료제도 정비보고서> 4면.

(2) 정자·난자·배를 제공할 수 있는 자의 조건

① 제공자의 연령 및 자기 자녀의 유무

정자를 제공할 수 있는 사람은 만 55세 미만인 성인으로 한다.

난자를 제공할 수 있는 사람은 이미 자가 있는 성인에 한하며 만 35세 미만으로 한다. 다만 자기의 체외수정을 위해서 채취한 난자의 일부를 제공할 경우에는 난자를 제공하는 사람은 이미 자가 있을 것을 요하지 아니한다.

② 난자제공회수의 제한

동일한 사람으로부터의 채취 횟수는 3회까지로 한다.

동일한 사람으로부터 제공된 정자·난자·배아에 의한 생식보조의료를 받은 사람이 임신한 자의 수가 10인에 달한 경우에는 이후 그 자의 정자·난자·배아를 당해 생식보조의료에 사용해서는 아니 된다.

③ 제공자의 건강검사

제공된 정자·난자·배아의 채취와 사용에 즈음하여 당해 정자·난자·배아로부터 HIV 등의 감염증에 관한 충분한 검사와 유전성질환의 체크 등의 예방조치가 강구되어야 한다.

(3) 생식보조의료의 실시조건

① 제공의 대가

가. 대가수수의 금지

정자·난자·배아의 제공에 관계된 일체의 금전 등의 대가를 공여하는 것 및 수령하는 것을 금지한다. 다만 정자·난자·배아의 제공에 관계된 실비의 상당분 및 의료비에 대해서는 그러하지 아니하다.

나. 난자의 Sharing에 있어서 대가의 수수

다른 부부가 자기의 체외수정을 위해서 난자를 채취할 때에 그 난자채취의 주기에 필요한 의료비 등 경비의 반분 이하를 부담한 후에 난자의 일부 제공을 받고, 당해 난자를 사용해서 체외수정을 받는 것(난자의 Sharing)에 대해서 인정한다.

난자의 Sharing은 제공을 받는 자의 금전적 부담이나 제공하는 난자의 수 등의 여러 조건에 대해서 제공을 받는 자와 제공자 사이에 익명성을 담보할 수 있는 방법으로 계약을 하고, 그 계약에 기초하여 행한다.

② 익명성

가. 정자·난자·배아의 제공에 있어서 익명성²⁶⁾의 보장

정자·난자·배아를 제공하는 경우에는 익명으로 한다.

나. 익명성 보장의 특례

정자·난자·배아의 제공에 있어서 익명성 보장의 특례로서 형제자매 등으로부터의 정자·난자·배아의 제공을 인정하는 것으로 할 것인가에 대해서는 당분간 인정하지 아니한다.

③ 출생을 알권리

제공된 정자·난자·배아에 의한 생식보조의료에 의해서 태어난 자 또는 스스로가 생식보조의료에 의해서 태어났을지 모른다고 생각하고 있는 자로서 15세 이상인 자는 정자·난자·배아의 제공자에 관한 정보 중 개시(開示)를 받고 싶은 정보에 대해서 성명, 주소 등 제공자를 특정할 수 있는 내용을 포함하여 그 개시를 청구할 수 있다.

개시청구에 대해서 공적 관리운영기관은 개시에 관한 상담에 응하기로 하고 개시에 관한 상담을 한 경우 공적 관리운영기관은 예상되는 개시에 따르는 영향에 대해서 설명을 하는 것과 동시에 개시에 관계된 상담 기회가 보장되어 있다는 것을 상담자에게 알려준다. 특히 상담자가 제공자를 특정할 수 있는 개인정보의 개시까지 희망한 경우는 특단의 배려를 한다.

④ 근친혼 확인

제공된 정자·난자·배아에 의한 생식보조의료에 태어난 자 또는 스스로가 생식보조의료에 의해 태어났을지도 모른다고 생각하는 자로서 남성은 18세, 여성은 16세 이상인 자는 자기가 결혼을 희망하는 사람과 결혼한 경우에 근친혼으로 되지 않는다는 확인을 공적 관리운영기관에 청구할 수 있다.

26) 이 경우 익명이란 정자·난자·배아의 제공자와 제공을 받는 자와의 관계를 가리키는 것이다.

확인청구에 대해서 공적 관리운영기관은 확인에 관한 상담에 응하기로 하고 확인에 관한 상담이 있는 경우 공적 관리운영기관은 예상되는 확인에 따르는 영향에 대해서 설명을 하는 것과 동시에 확인에 관계된 상담 기회가 보장되어 있다는 것을 상담자에게 알려준다.

⑤ 제공자와 속성 일치

정자·난자·배아의 제공자와 제공을 받는 자의 속성의 일치에 대해서 ABO식 혈액형(A형, B형, O형, AB형)은 제공을 받는 자의 희망이 있고, 동시에 가능하면 제공자와의 속성을 맞추는 것이 가능하다.

그 이외의 속성에 대해서는 희망이 있더라도 속성을 맞춰주는 것을 인정하지 아니한다.

⑥ 보존기간 등

제공된 정자·난자·배아의 보존기간에 대해서 정자·난자에 대해서는 2년간으로 하고, 배아 및 제공된 정자·난자로부터 얻은 배아에 대해서는 10년간으로 한다. 다만 정자·난자·배아의 제공자의 사망이 확인된 때에는 제공된 정자·난자·배아는 폐기한다.

2. 생식보조의료²⁷⁾에 대한 민법 특례에 관한 요강²⁸⁾

(1) 난자 또는 배아의 제공에 의한 생식보조의료에 의해 출생한 자의 모자관계

여성이 자기 이외의 여성의 난자(그 난자에서 유래하는 배아를 포함한다)을 사용하여 생식보조의료²⁹⁾에 의해서 자를 포태하여 출산한 때에는 그 출산

27) 이 시안에서 ‘생식보조의료’라는 것은 생식을 보조하는 것을 목적으로 해서 행해지는 의료를 말하며, 구체적으로는 인공수정, 체외수정, 현미수정, 대리포태 등을 말한다.

28) 이것은 2003년 7월에 마련된 요강의 중간시안이다. 이 시안의 내용은 친자관계에 대해서 실질적인 사고방식을 보여주는 것이고, 입법에 즈음하여 법문의 구체적인 규정 모습을 나타내는 것은 아니다.

29) 여기서 생식보조의료는 후생과학심의회 생식보조의료부회의 <정자·난자·배아의 제공 등에 의한 생식보조의료의 정비에 관한 보고서>가 제시하는 생식보조의료제도

한 여성을 자의 모로 하는 것으로 한다.

(2) 정자 또는 배아의 제공에 의한 생식보조의료에 의해 태어난 자의 부자관계

처가 부의 동의³⁰⁾를 얻어서 부 이외의 남성의 정자(그 정자에서 유래하는 배아를 포함한다. 이하 같다)를 사용하여 생식보조의료에 의해 포태한 때에는 그 부(夫)를 자의 부(父)로 하기로 한다.³¹⁾

(3) 생식보조의료를 위한 정자가 사용된 남성의 법적 지위

① 정자제공자의 인지³²⁾

가. 제도의 틀 속에서 행해지는 생식보조의료를 위하여 정자를 제공한 자는 그 정자를 사용한 생식보조의료에 의해서 여성이 포태한 자를 인지할 수 없는 것으로 한다.³³⁾

나. 민법 제787조의 인지의 소는 위 ①에 규정하는 자에 대해서는 제기할 수 없는 것으로 한다.

② 정자제공자의 동의 없는 경우

생식보조의료에 의해서 여성이 자를 포태한 경우에 있어서 자기의 뜻에 반해서 그 정자가 생식보조의료에 사용되어진 자에 대해서도 위 (1)과 동일한 것으로 한다.³⁴⁾

의 틀에 따라서 제3자로부터 제공된 난자를 사용해서 처에 대해서 행해지는 생식보조의료에 한하지 아니하고, 같은 틀에서는 인정되지 않는 것 또는 같은 틀 외에서 행해지는 것(독신여성에 대한 것이나 배빌립 등)도 포함한다.

30) 이러한 생식보조의료에 대한 부의 동의의 존재를 추정한다는 사고방식은 채택하지 아니하기로 한다.

31) 이 안은 법률상 부부가 제3자의 정자를 사용하여 생식보조의료를 받은 경우에만 적용된다.

32) 이것은 위 [(2)]에 따라서 부가 정해지지 않는 경우에 문제로 된다.

33) 정자제공자에 대해서 인지를 인정하지 않는 기준으로 되는 ‘제도의 틀 속에서 행해지는 생식보조의료를 위하여’에는 정자를 제공하는 절차가 객관적으로 제도의 틀 속에서 행해지는 경우만이 아니라 제공절차에 불비가 있더라도 제공자에게 있어서 자기가 제공한 정자가 적절한 생식보조의료에 사용된다고 생각하고 있는 경우도 포함한다.

34) 여기서 ‘생식보조의료’는 제도의 틀 속에서 행해지는 것에 한정되지 않지만, 그 규율

IV. 맺음말

최근 일본에서도 생식보조의료가 사회에 착실하게 보급되고 있는 한편, 그를 둘러싼 다양한 문제가 발생하고 있다. 실제로 일본산부인과학회의 지침에 위반하는 생식보조의료를 실시하였다는 이유로 학회로부터 제명된 의사가 학회의 지침에서는 인정되지 아니하는 생식보조의료를 계속해서 실시하는 사례가 등장하고 있다. 그리고 생식보조의료관련 친자법제부회로서도 학회의 지침으로 규제하는 것에 일정한 한계가 있다는 것을 인정할 수밖에 없게 되었다. 이에 따라서 매매나 대리출산의 알선 등 상업주의적 인 행위에 대한 규제를 포함하는 정자·난자·배아의 제공 등에 의한 생식보조의료의 적정한 실시를 위해서는 새로운 제도가 필요하다고 인식하기에 이르렀다. 이러한 지적에 대해서 위 부회에서도 관련법의 정비를 포함한 제도적인 정비와 보완이 필요하다는 결론에 이르렀다.

결국 과학기술의 발달은 가족법상 법의 적용과 해석에 새로운 문제를 야기하였고, 현행법의 테두리 내에서 해결하기에는 한계가 있다는 것이 밝혀지고 있다. 이러한 문제를 해결하기 위해서 기존의 법규를 보완하거나 새로운 법규를 마련하여야 할 때이다. 그러나 아직까지 일본이나 우리 모두 입법화까지 이르지 못하는 상황이다.

[부록 1]

精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療により出生した子の親子關係に關する民法の特例に關する要綱中間試案

(前注1)

本試案において、「生殖補助医療」とは、生殖を補助することを目的として行われる医療をいい、具体的には、人工授精、体外受精、顕微授精、代理懐胎等をいう。

(前注2)

本試案の内容は、親子關係についての實質的な考え方を示すものであり、立法に際しての法文の具体的な規定振りを示すものではない。

第1 卵子又は胚の提供による生殖補助医療により出生した子の母子關係

- 女性が自己以外の女性の卵子(その卵子に由来する胚を含む。)を用いた生殖補助医療により子を懐胎し、出産したときは、その出産した女性を子の母とするものとする。

(注) ここにいう生殖補助医療は、厚生科學審議會生殖補助医療部會「精子・卵子・胚の提供等による生殖補助医療制度の整備に關する報告書」が示す生殖補助医療制度の枠組み(以下「制度枠組み」という。)に従って第三者から提供された卵子を用いて妻に對して行われる生殖補助医療に限られず、同枠組みでは認められないもの又は同枠組みの外で行われるもの(獨身女性に對するものや借り腹等)をも含む。

第2 精子又は胚の提供による生殖補助医療により出生した子の父子關係

- 妻が、夫の同意を得て、夫以外の男性の精子(その精子に由来する胚を含む。以下同じ。)を用いた生殖補助医療により子を懐胎したときは、その夫を子の父とするものとする。

(注1) このような生殖補助医療に對する夫の同意の存在を推定するとの考え方は採らないこととする。

(注2) この案は、法律上の夫婦が第三者の精子を用いた生殖補助医療を受けた場合のみに適用される。

第3 生殖補助医療のため精子が用いられた男性の法的地位

대상은 적출이 아닌 부자관계의 성부인 것이기 때문에 처가 부의 정자에 의해서 포태한 경우에는 적용되지 아니한다.

1.(1)制度枠組みの中で行われる生殖補助医療のために精子を提供した者は、その精子を用いた生殖補助医療により女性が懐胎した子を認知することができないものとする。

(2)民法第787條の認知の訴えは、(1)に規定する者に對しては、提起することができないものとする。

2.生殖補助医療により女性が子を懐胎した場合において、自己の意に反してその精子が当該生殖補助医療に用いられた者についても、1と同様とするものとする。

(注1) 1は、試案第2に從って父が定まらない場合に問題となる。

(注2) 1の提供者について認知を認めない基準となる「制度枠組みの中で行われる生殖補助医療のために」には、精子を提供する手續が客觀的に制度枠組みの中で行われた場合のみならず、提供手續に不備があっても提供者において自己の提供した精子が適法な生殖補助医療に用いられると考えていた場合をも含む。

(注3) 2における「生殖補助医療」は、制度枠組みの中で行われるものに限定されませんが、2の規律對象は嫡出でない父子關係の成否であることから、妻が夫の精子によって懐胎した場合には適用されない。

주제

인공생식, 생식보조, 대리모, 친생자, 배아
 artificial generation, generative assistance, surrogate mother, legitimate child, embryo

《참고문헌》

의료보조생식에관한법률안(양승조 의원 외 9인, 2006.10.19 발의, 2007.4.18 국회 보건복지위원회 상정)
 제외수정등에관한법률안(박재완 의원 외9인, 2006.4.28 발의, 2007.4.12 국회 보건복지위원회 상정)
 家永 登, 判例研究, 專修法學論集 第95卷, 專修大學 法學研究所, 2005,
 大村敦志, ‘生殖補助醫療と家族法,’ Jurist NO.1243, 有斐閣, 2003.4.15.
 법제심의회 생식보조의료관련 친자법제부회, 정자·난자·배아의 제공 등에 의한 생식보조의료에 의해 출생한 자의 친자관계에 관한 민법의 특례에 관한 요강중간서안 (2003.10)
 棚村政行, “生殖補助醫療と親子關係(2),” 法學教室 276号, 法學教室編集室, 2003.
 石井美智子, ‘非配偶者間生殖補助醫療のあり方と’(Jurist NO.1243, 有斐閣, 2003.4.15,
 深谷松男, “人工生殖に關する家族法上の課題”, 家族 <社會と法> 第15号, 1999.
 我妻 堯, ‘生殖補助醫療と親子關係’(Jurist NO.1243, 有斐閣, 2003.4.15,
 野村豊弘, ‘生殖補助醫療と親子關係をめぐる諸法問題’, Jurist NO.1243, 有斐閣, 2003.4.15.
 二宮周平, “認知制度は誰のためにあるのか,” 戶籍時報 第607号, 日本加除出版株式會社, 2006.12.
 日本家族<社會と法>學會, ‘人工生殖과 家族,’ 家族<社會と法> NO.15, 日本加除出版株式會社, 1999.9.
 일본변호사연합회, 생식의료기술의 이용에 대한 법적 규제에 관한 제언에 대한 보충제언 (2007.1.19)
 일본변호사연합회, 생식의료기술의 이용에 대한 법적 규제에 관한 제언(2000.3)
 일본 최고재판소 결정, 平成18(許)47(市町村長의 처분에 대한 불복신청 각하심판에 대한 항고심의 변경결정에 대한 허가항고사건), 2007.3.23.
 후생노동성 후생과학심의회 생식보조의료부회, 정자·난자·배아의 제공 등에 의한 생식보조의료의 정비에 관한 보고서, 2003.4.28. (출처 : <http://www.mhlw.go.jp/shingi/2003/04/s0428-5a.html>, 20070420)
 후생노동성 후생과학심의회 첨단의료기술평가위원회의 산하 생식보조의료기술에 관한 전문위원회, 2000.12. <정자·난자·배아의 제공 등에 의한 생식보조의료에 대한 보고서>(출처 : http://www.mhlw.go.jp/shingi/s0012/s1228-1_18.html, (20070420)
 후생노동성 생식보조의료기술에 대한 국민의 의식에 관한 연구반, 후생노동과학연구비보조금후생노동과학특별연구생식보조의료기술에 대한 의식조사(2003.1)
<http://www.asahi.com/health/news/TKY200404140383.html>(2007.5.25)
[http://cc.msnscache.com/cache.aspx?q=8220160561839&lang=ko-KR&mkt=ja-JP&FORM=CVRE\(20070430\)](http://cc.msnscache.com/cache.aspx?q=8220160561839&lang=ko-KR&mkt=ja-JP&FORM=CVRE(20070430))
[http://www.moj.go.jp/PUBLIC/MINJI35/refer01.html\(20070420\)](http://www.moj.go.jp/PUBLIC/MINJI35/refer01.html(20070420))

[http://cc.msnsnscache.com/cache.aspx?q=8223431133091&lang=ko-KR&mkt=ja-JP&FORM=CVRE4\(20070414\)](http://cc.msnsnscache.com/cache.aspx?q=8223431133091&lang=ko-KR&mkt=ja-JP&FORM=CVRE4(20070414))

[http://cc.msnsnscache.com/cache.aspx?q=8230035639914&lang=ko-KR&mkt=ja-JP&FORM=CVRE\(20070414\)](http://cc.msnsnscache.com/cache.aspx?q=8230035639914&lang=ko-KR&mkt=ja-JP&FORM=CVRE(20070414))

Science & Technology Development and Challenge for Japanese Family Law

Byoung Chang Woo*

Recently assisted-reproduction medical treatments have been consistently increased in Japan. Thus many issues concerning the medical service have been raised. In a case, a doctor was barred from membership due to his assisted-procreation practice, against the guidelines of Japanese obstetrics and gynecology association. In addition even after his membership deprivation, the doctor kept the debated medical practice.

Regarding the assisted-reproduction medical treatment, the Biological Father Law Association mentions that the guidelines of Japanese obstetrics and gynecology association have limitations on regulation of the new medical area. Consequently it is recognizable that designing new systems for advisable assisted-procreation by donors of sperm, egg cells, and embryos are necessary. It also includes regulating of commercial activities, such as a sale of an organ or a birth to a surrogate mother. In this respect, the Biological Father Law Association concludes that proposing new systems, including making new statutes or amending related laws, are inevitable.

Finally it shows that science and technology developments raise new issues of application and interpretation of family law. It also indicates that there are limitations on solving these problems through current statutes. Thus it is time to make new statutes or amend current laws for this challenge. However, although Korea and Japan started discussions on these issues, they did not reach the final stages as to how to legalize them.

승려의 친족 및 상속에 관한 관습

Custom of the buddhist priest's
domestic relations and succession

배 병 일**

(Byung Il Bae)

<차

I. 머리말	IV. 승려의 친족에 관한 관습
II. 우리나라에서의 불교	V. 승려의 상속에 관한 관습법
III. 일제의 관습조사와 그 유효성	VI. 잠정적인 마무리

I. 머리말

불교의 성직자인 승려는 수도하면서 불교의 교리를 연구하고, 전파할 뿐 아니라 신도를 교화하는 사람이다. 승려는 비구와 비구니로 구분되고(대한불교 조계종¹⁾ 종헌 제8조), 출가 독신자²⁾라야 한다(조계종 종헌 제9조). 따라서 승려는 자신이 태어나서 자라고 했던 속가와는 완전히 인연을 끊었지만, 법적으로 관계를 단절시킬 수는 없을 것이다. 그러나 불가에서의 생활도 속가에서의 생활 못지않게 매우 중요한 삶의 일부이고, 오히려 성직자로서의 생활은 속가에서의 생활보다도 더 중요하고 법적으로도 의미가 있다고 할 수 있다. 이처럼 속가에서 생활하다가 출가한 승려가 속가의 부모, 배우

자 및 자식에 대하여 부양의무가 있는지, 또는 출가한 승려가 부양을 받아야 할 경우에 그 부양을 속가의 자식이 부담하는지 아니면 불가에서의 상좌가 부담하는지 여부가 문제될 수 있다. 또한 승려가 출가한 사찰에서 사망하더라도 그가 이미 속가에서 상속받거나 취득한 재산으로서 속가에 남겨두고 있는 재산은 속가의 부모나 배우자 및 자식이 상속을 할 수 밖에 없고, 또한 그렇게 하더라도 별 문제가 없다. 그러나 출가한 승려가 사망한 경우에 출가한 이후에 승려로서 있으면서 이룩하여 소유하고 있는 자신의 재산은 속가의 배우자나 자식 또는 민법상 상속권자가 상속을 하는지, 아니면 출가한 이후 맺어진 사승과 상좌에게 상속이 되는지 여부가 문제될 수 있다. 이러한 승려의 친족과 상속에 관한 문제에 대하여는 그동안 전혀 연구되지 않았고, 대법원의 판례도 승려의 유산은 그 상좌승이 승계한다고 하는 단 1개³⁾만 존재할 뿐이다. 물론 승려는 속세와 인연이 떨어져야 하고, 실질상 속세관계를 끊지 못한 자(조계종 승려법 제8조 제1호)는 사미계를 받을 수 있는 자격도 없다. 물론 속세와 인연이 없는 승려로서는 자신의 사유재산은 의복과 식기뿐일 수도 있다. 그러나 자본주의 사회에서 수도하는 승려라고 하여 그 자신의 사유재산이 없다고는 할 수 없고, 특히 금융기관 예금 등은 얼마든지 있을 수 있다. 이러한 승려의 사유재산은 그 승려가 사망할 경우에는 민법상 상속순위에 따라 배우자와 직계비속, 배우자와 직계존속, 형제자매, 4촌이내의 방계혈족 등에게 상속될 수 있다(민법 제1000조 제1항 참조). 그렇지만 불가에서는 이들 승려의 재산, 특히 출가한 이후에 승려가 이룩한 재산의 경우에는 이를 승려의 사유재산이라고 하더라도 승려가 속가에 남겨놓은 재산과 동일시 할 수는 없다고 파악하고 있었다. 불가에서는 그동안 나름대로의 관습에 의해 승려를 둘러싸고 일어난 친족과 상속문제를 처리하여 왔을 수도 있다. 본 연구에서는 그동안 전혀 연구가 이루어지지 않았던 승려의 친족과 상속에 대한 관습에 대하여 살펴보고, 이러한 관습을 법규범인 관습법으로서의 기능을 할 수 있는지 여부에 대하여 고찰하고자 한다. 그동안 이런 연구는 거의 없었다는 점에서 연구의 시급성과 필요성이 인정된다고 할 것이다.

* 영남대 법대 교수

1) 이하 조계종이라고 한다.

2) 그러나 태고종 등은 率家할 수 있는 대처승이다.

3) 대법원 1966.4.6. 선고 66다208 판결

II. 우리나라에서의 불교

1. 우리나라 불교의 연혁

우리나라 불교는 불교를 크게 숭상한 고려시대에는 발전하였지만, 조선시대에는 배불정책의 결과로 명맥만 유지하여 왔다. 1910.8.29. 일제가 우리나라를 침략하면서 일본 불교가 도래하였고, 사찰령(1911.6.3. 제령 제7호)을 공포하여 총독부가 사찰과 승려를 직접 규제하였다.⁴⁾ 사찰령은 당시 전국 1300여 개의 사찰을 30권역으로 구분하여 30本山(1924년 화엄사가 승격하여 31本山이 됨)을 두고 本寺와 末寺의 관계를 맺도록 하였다. 사찰의 본말관계, 승규, 법식, 기타 필요한 寺法은 각 본사에서 정하고 조선총독의 인가를 얻어야 하고(사찰령 제3조), 사찰재산은 조선총독의 허가를 얻지 아니하고는 양도하거나, 담보에 供하거나 기타 처분할 수 없다(사찰령 제5조)고 하였다. 본사 주지는 총독이 임명하고 말사 주지는 지방장관이 임명하도록 하였다. 1945.8.15. 해방이후 대처승과 비구승이 대립을 계속하자, 이승만 대통령은 1954.5.21.부터 1955.8.5.까지 6차례나 유시를 통한 시정을 촉구하였으나 불교계의 분쟁은 종식되지 않았다. 1962.1.18. 비구와 대처 양측은 불교재건위원회 구성에 합의하고, “1962.3. 22. 구성된 비상중회는 정부의 중재안인 한국불교의 전통은 비구·비구니로 인정한다. 대처승의 기득권은 인정한다”는 등의 내용에 합의하고, 조계종 종헌을 제정하였다. 1962.5.31.에는 불교재산관리법이 제정되어 시행일부터 4개월 이내에 등록하지 않은 불교단체(사찰)는 불법단체로 인정하고 대표임원과 주지를 그 직에서 해임한 것으로 간주한다(부칙 제2조 제3항)고 규정하고 있어 帶妻僧측에게는 치명적이었다.

2. 우리나라 불교의 현황

(1) 불교의 현황

현재 한국불교계를 구성하고 있는 종단은 105개이고, 법인별로는 대한불교조계종유지재단, 조계종에 뿌리를 둔 대한불교태고종유지재단 등 재단법인이 65개이고, 불교사상연구회 등 사단법인이 86개이다. 2001. 12. 31. 기준 교세는 조계종, 태고종, 천태종 순이다. 2005. 11. 1일 현재 종교를 가지고 있는 인구는 24,971천명으로 전체 인구의 53.1%이며, 1995년에 비해 2.4%p 증가하였다. 종교유형별 분포를 보면 총인구 중 불교인구가 1072만명(22.8%)으로 가장 많고 기독교(개신교) 861만명(18.3%), 기독교(천주교) 514만명(10.9%) 순이고, 3대 종교 중 불교와 기독교(개신교)가 차지하는 비중은 소폭 감소하고, 기독교(천주교)의 비중은 증가하였다⁵⁾. 2001.12.31. 기준으로 대한불교 조계종은 사찰 수가 2,532개, 승려 수가 남성(비구)이 5,554명, 여성(비구니)이 5,082명으로 합계 1만 636명이고, 신도 수는 남성이 336만 8천 870명, 여성이 771만 5천 590명으로 합계 1천 108만 4천 460명이다⁶⁾

(2) 사찰

사찰은 精舍, 伽藍, 寺院, 절이라고 하며, 僧侶들이 불상을 모시고 거주하면서 불도를 닦으며 불교의 교법을 설파하는 곳을 말한다. 법률에서는 사찰을 불상 등 불교신앙의 대상으로서 형상을 봉안하고 승려가 수행하며 신도를 교화하기 위하여 건립·축조된 건조물(경내지·동산 및 부동산을 포함한다)(전통사찰보존법 제2조 제1호), 불교의 전법, 포교, 법요집행 및 신자의 교화육성을 목적으로 하는 단체(불교재산관리법 제2조)라고 한다. 판례는 사찰은 불교의 전법, 포교, 법요의 집행과 신자의 교화육성을 목적으로 하는 불교단체⁷⁾로서, 옛날부터 그 목적의 실현을 위하여 역사적인 유래가 있는 불상, 화상, 석불, 석탑 등 많은 고고의 자료와 그 중 불상, 화상들을 안치

4) 김동윤, 寺刹의 法律關係, 民事裁判의 諸問題 제12권, 민사실무연구회, 2003, 303-304면.

5) 2005년 11월 통계청 인구센서스 종교통계.

6) 문화관광부, 한국의 종교 현황, 2002, 4면

7) 대법원 1987.1.20. 선고 85다카2536 판결; 동 1991.5.14. 선고 91다4560 판결

하고 예배하는 법당을 위시하여 승려의 기거수양을 위한 건물 및 공작물들과 불교의 법요집행에나 승려의 의식에 소요되는 물자를 마련하기 위한 토지 및 사찰의 존엄 또는 풍치의 보지에 필요한 정원은 물론 그 주변의 일정 구역 내에 있는 임야 등을 소유 관리하여 온 전통이 있는 단체⁸⁾라고 한다.

(3) 승 려

僧侶는 具足戒와 菩薩戒를 受持하고 수도 또는 교화에 전력하는 출가 독신자로서 비구와 비구니가 있다(조계종 종헌 제9조 및 승려법 제3조). 승려는 어느 종파에 있어서든 기본교육기관(승가대학)을 수료하였거나 기초선원 과정을 이수한 자는 종단에서 지정한 단일계단에서 구족계를 받으면 승적을 취득하고(조계종 승려법 제17조 내지 제21조), 종교상의 지위로서 승려법이 정하는 의무와 권리가 있으며(조계종 승려법 제26조 내지 34조), 징계에 의하지 아니하고서는 승적을 박탈당하지 않는다(조계종 승려법 제45조 내지 제54조의 4).

III. 일제의 관습조사와 그 유효성

1. 관행과 관습법

민법은 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다(민법 제1조)고 하여 관습법을 하나의 법원으로 인정하고 있다. 또한 법률행위의 당사자가 법령중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 의사를 표시한 때에는 그 의사에 의하고(민법 제105조), 법령중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 관습이 있는 경우에 당사자의 의사가 명확하지 아니한 때에는 그 관습에 의한다(민법 제106조)고 하고 있기 때문에 이러한 규정에 의하여 관습법과 사실인 관습의 존재 여부가 문제될 수 있다. 친족 및 상속에 관하여 사실인 관

습이나 당사자의 의사가 특별히 존재한다고 하더라도 민법 제105조 및 제106조에 의하여 그 유효성을 인정할 수 없다. 그렇다면 결국 승려의 친족이나 상속에 관한 불가에서의 전통을 법적으로 인정받으려고 한다면 부득이 그 관행이 관습법으로서 인정받지 않으면 안된다. 관습법은 사회에서 스스로 발생하는 관행(관습)이 오랫동안 지켜짐으로써 사회적 법적 확신 내지 인식을 가지게 되어 성립된 법규범이다. 그렇다면 관행이 관례를 통하여 관습법으로 변화되는 것을 부정할 수는 없다는 점에서 관행(관습)과 관례의 중요성이 부각된다고 할 것이다. 비록 일제하이지만, 승려의 친족과 상속에 관한 관습이 있었고, 이를 근거로 판결이 선고되었다면, 거기에는 관습법이 있다고 볼 수 있다. 한편 관습법을 인정할 수 있는냐의 문제는 법질서가 관습법의 법원성을 인정할 것이냐, 인정한다면 성문법과의 관계에서 어떠한 효력을 인정할 것이냐 하는 법질서 결단의 차원 문제라고 하는 견해⁹⁾도 있다. 이 견해는 관습은 일단 법질서와 독립하여 그 자신의 논리에 따라 사회안에서 형성·발전하는 것이라고 한다. 법질서는 이러한 관습의 형성을 말 한마디로 막을 수는 없는 것이고, 따라서 법질서의 입장에서는, 관습이 성문법에 합치하는 것이든 충돌하는 것이든 간에, 일단 관습의 존재 자체는 인정하지 않으면 안되고, 그 다음의 문제로서 특히 성문법과 내용을 달리하는 관습을 법질서는 어떻게 다룰 것이냐를 생각하여야 한다고 한다. 그렇다면 승려의 친족과 상속에 관하여 관습이 있었고, 이 관습에 근거하여 법원의 판결이 선고되었다면, 특수한 단체로서의 종교단체인 불교계 내부에 있어서의 친족과 상속에 관한 관습법은 그 유효성을 인정할 수 있다고 보아야 한다. 따라서 승려간에 있어서의 친족 및 상속문제는 그 관습법에 의하여 적용을 받을 수 있다고 보아야 할 것이다. 그렇다면 승려에게 친족과 상속에 관한 어떠한 관습법이 있는지 여부가 문제된다.

2. 일제하 승려에 관한 관습조사

일제는 1910.8.29. 우리나라를 침략한 이후에 조선민사령(1912.3.18. 제령 제7호)을 제정하여 우리나라의 민사제도에 관하여 이미 시행중이던 일본민

8) 대법원 1969.11.25. 선고 69다1432 판결;동 1976.4.13. 선고 75다2234 판결

9) 이호정, 임의규정, 관습법과 사실인 관습, 법학 제37권2호, 서울대 법학연구소, 1996, 27면.

법을 의용하되, 능력과 친족, 상속에 관한 규정은 우리나라 사람에게 적용하지 않고(조선민사령 제11조 제1항), 우리나라 사람에 관한 전항의 사항에 대하여는 관습에 의한다(조선민사령 제11조 제2항)고 하였다. 즉 조선민사령에 의하여 조선의 친족과 상속에 관한 관습은 단순한 관습이 아니라 法源의 일부로서의 의미를 가지게 된 것이다. 일제는 이러한 사실을 예견하여 이미 舊 한국시대인 1906년에 부동산법조사회를 설치하여 관습조사를 하였다. 또한 1908년에는 일본인으로 구성된 법전조사국을 설치하여 1908년부터 1910년에 걸쳐 民商事慣習을 조사하고, 1912년에는 그 결과를 관습조사보고서로 간행하였다. 그 후 관습조사사업은 조선총독부 중추원이 계승하였다. 식민지 초기의 관습조사는 그 기간이 매우 짧고 그 조사방법도 불완전하고 부정확한 면이 있었지만, 그 이전 조선시대이나 구한국에는 관습조사가 사라진 것이 없었다는 점에서 매우 중요한 의미를 가진다. 특히 조선민사령에서 친족과 상속에 관하여는 조선의 관습에 의한다고 하였기 때문에 이 당시 조선의 관습을 파악하여 이를 찾아내는 역할은 매우 중요하였다. 그런 의미에서 통감부나 조선총독부가 만든 관습조사보고서는 일본의 정부시책을 반영하여 침략적 사고에 터잡아 이루어진 것이기는 하지만, 이를 통하여 法源을 발견할 수 밖에 없다. 더욱이 관습조사보고서에 보고되어 있지 않은 관습, 관습조사보고서에서도 충분하지 않은 관습이 재판의 전제가 된 경우에 일제하 법원은 사법부장관, 조사국장관의 통첩 회답, 정무총감·중추원의장의 통첩·회답, 법원장·판사의 통첩·회답 등을 통하여 이러한 관습법을 확인하였다. 그래서 이 통첩이나 회답은 하나의 법규범으로 작용을 하였고, 조선고등법원판결도 판례법으로서 존재하였다.¹⁰⁾ 즉, 일제하 조선총독부 정무총감의 회답은 조선총독부라는 행정기관이 발령한 하나의 행정지침이나 훈령에 지나지 않지만, 당시의 사회구조상으로는 이러한 회답에 근거하여 재판이 이루어졌다. 특히 그 회답이 법원이 직접 문의하여 회답을 받은 것은 직접적으로 재판에 영향을 주었다. 그래서 일제하 조선총독부의 정무총감의 회답은 사실상(de facto) 관습법이라고 보는 것이 합리적이다. 한편 일제는 조선의 관습을 조사하는데 많은 노력과 비용을 투입하였고, 이렇게 찾아낸 관습을 인정해 주었지만, 이 때문에 오히려 조선인의 일

본인으로서의 일체화에 방해가 된다는 사실을 깨달았다. 이에 일제는 일본인의 관습이나 의용민법으로 조선의 관습을 대체하는 시도를 하게 된다. 즉 조선민사령은 1911년 11월에 1차 개정하여 친족, 후견, 보좌 및 무능력자를 위한 친족회에 관한 일본민법 규정을 의용하였고, 1922년 12월 7일에는 2차로 개정하여 혼인연령, 재판상이혼, 인지, 친족회에 관한 잔여규정 전부, 상속의 승인에 관한 규정 및 재산의 분리에 관한 규정을 의용하기로 하고, 혼인, 협의상이혼, 입양, 협의상 파양 등에 관하여 신고주의로 전환하였다. 또한 1939년 11월 10일에 3차 개정하여 일본민법의 氏에 관한 규정, 재판상 이혼, 파양, 庶養子緣組의 무효·취소 규정을 의용하기로 하였다.¹¹⁾

그런데 일제하 초기의 관습조사는 그 이전 뿐 아니라 그 이후에도 조사된 바 없는 것으로 매우 중요한 작업이었고, 당시의 관습은 法源으로서의 중요한 기능을 하였다. 특히 일제 침략이후 상당한 시간이 흐른 뒤에는, 위와 같이 조선민사령의 개정을 통하여 일본의 관습이나 민법이 우리나라의 관습형성에 영향을 미쳐 우리 고유의 관습을 왜곡시켰을 가능성이 많다. 따라서 식민지초기에 조사된 우리의 관습은 일제에 의하여 아직 심각하게 왜곡되지 않은 것일 가능성이 많다고 보아야 한다. 특히 일제 초기의 조선고등법원의 판결은 일제가 왜곡하기 이전의 관습조사에 근거하여 이루어진 것으로 볼 수 있다. 이러한 점에서 승려에 관한 일제초기의 관습조사나 조선고등법원의 판결은 나름대로 관습법으로서의 기능을 하고 있다고 하지 않을 수 없다.

3. 일제의 관습조사와 그 승계 여부

해방이후 우리는 일제의 잔재를 청산하는 과정을 거치지 못하였을 뿐 아니라 1945년 8월 15일 이후 미군정도 우리나라에 적용될 법률을 새롭게 입법하지 아니하였다. 오히려 미군정은 1945년 11월 2일에 “모든 법률 또는 조선총독부가 발포하고 법률적 효력을 가진 규칙, 명령, 고시 기타 문서로서 1945년 8월 9일 실행중인 것은 그간 이미 폐지된 것을 제외하고 조

10) 정광현, 한국가족법연구, 서울대 출판부, 1967, 23면 이하.

11) 박병호, 일제하의 가족정책과 관습법형성과정, 법학 33권2호, 서울대법학연구소, 1992, 2면.

선군정부(미군정청)의 특수명령으로 폐지할 때까지 全效力으로 존속한다. 지방의 제반법규와 관례는 당해관청에서 폐지할 때까지 그 효력을 계속한다”(미군정청 법령 제21호 제1조)고 규정하고, 북위38도 이남 조선의 모든 법원은 조선의 법령, 미태평양육군 총사령관의 포고의 제규정 및 조선군정장관의 모든 명령 및 법령을 주의하여 시행할 것(미군정청 법령 제21호 제2조)이라고 규정하여 일제하 우리나라에 적용되었던 법령 등이 해방후 미군정하에서도 그대로 우리나라에 시행하였을 뿐 아니라 유효하다고 하였다. 대한민국 정부도 1948년 7월 17일에 현행법령은 이 헌법에 저촉되지 않는 한 효력을 가진다(제헌헌법 제100조)고 규정하여 일제하에 시행 공포된 일본 민법을 비롯한 각종 관계법령이 정부수립 이후에도 계속하여 유효하다고 하는 입법적 토대를 만들어 주었다. 또한 일제하에서의 법관 또는 변호사 등 법조실무계에 종사하였던 분들도 친일문제 등을 이유로 한 인적청산이 없이 그대로 해방이후 법관 또는 변호사로서 재직하게 하여 인적인 토대도 그대로 유지되었다. 따라서 해방 이후의 입법적 및 법조 인적 토대가 그대로 유지되었고, 이로 인하여 법적인 측면에서는 일제하의 관습이나 판례는 계속 유지되었다고 할 수 있다. 그런 의미에서 깊은 산중에서 종교단체를 결성하여 수도생활과 포교활동에 전념한 승려에 관한 일제하에서의 친족 및 상속의 관습 내지 관습법은, 특별한 사정이 없는 한, 해방이후에도 계속하여 유지되었다고 볼 수 있다. 물론 해방직후에야 우리가 입법적 및 인적 기반의 미비로 인하여 일제하 관습을 그대로 받아들일 수 밖에 없었다고 하지만, 오늘날에도 이러한 일제하의 관습을 그대로 받아들이는 것은 문제가 있다고 할 수는 있다. 그러나 종교단체의 내부문제로서 승려, 즉 사승과 상좌사이의 문제를 둘러싸고 일어난 각종 문제를 일제하 뿐 아니라 해방이후에도 계속하여 전통적인 방식에 따라 자체적으로 처리되어 왔다고 하면, 그것은 이미 관습법으로 존재하여 왔다고 할 수 있다. 일제잔재의 청산이라는 정치적인 목적이 가미되지 아니하는 한, 친족과 상속에 관한 문제, 그것도 종교단체의 내부에서 일어난 문제가 나름대로의 관습에 의거하여 계속하여 유지되어 왔다고 하면, 그것은 이미 관습법으로서 존재한다고 보아야 할 것이다.

IV. 승려의 친족에 관한 관습

친족법은 혼인과 자녀의 출생이라는 사실을 전제로 하여 발생하는 사회에 관한 법이다. 그러나 승려 특히 현재의 대부분을 차지하는 조계종의 승려의 경우에는 혼인을 하지 않고 당연히 출산도 없기 때문에 친족법은 승려와는 무관한 법이라고 할 수 있다. 다만 승려는 혼인과 친생자관계가 존재하지 않더라도 출가한 후에 상좌와의 사이에 보호·감독하거나 받거나 하는 특별한 관계를 가지게 되고, 이들의 관계가 세속에서의 양자와 유사한 관계를 형성하게 된다고 보아야 한다. 이에 관해서는 민법의 양자에 관한 법이 그대로 적용될 수는 없을 것이고, 결국 이들 사이의 특수한 관습이 法源으로서의 역할을 하게 된다. 또한 승려도 출가 전에는 타인의 자, 배우자, 父이었기 때문에 속세의 친족과의 관계는 어떻게 되는지 여부가 문제될 수 있다. 여기에서는 출가후의 사승과 상좌의 관계를 먼저 살펴보고, 출가전의 친족관계의 소멸여부에 대하여 보기로 한다.

1. 사승과 상좌의 법률관계

(1) 사승과 상좌의 법률관계의 생성

민법은 양부와 양자는 당사자사이에 입양의 합의가 있고(민법 제883조), 그에 기하여 입양신고(민법 제878조)를 하면 된다고 하고 있다. 또한 양자가 되는 자가 15세 미만인 경우에는 법정대리인이 갈음하여 입양의 승낙을 하고(민법 제869조), 양자가 될 자가 성년에 달하지 못한 경우에는 부모 또는 다른 직계존속이 없으면 후견인의 동의를 얻도록 하고 있다(민법 제871조). 그러나 사승과 상좌사이의 관계는 어떻게 생성되는지 여부에 대하여는 사승과 상좌사이의 관계는 신고하여야 할 곳이 없기 때문에 문제가 있다. 이에 대하여 중추원은 회답에서 “은사와 상좌와의 관계를 창설하는 데에는 당사자가 합의하고 득도를 필요로 한다. 다만 위 경우에 상좌가 될 자가 어릴 때에는 이를 대리할 부모 또는 보호자와의 합의를 필요로 하고, 은사의 일방적 의사표시로서 이러한 관계를 창설할 수 없다”¹²⁾고 하였다. 사승과 상좌의 관계는 신고가 아니라 사승과 상좌의 합의만으로 성립한다고 보아야 한다.

다만 상좌가 어릴 때에는 입양에서의 代諾과 같이 상좌부모의 대락을 얻어야 사승과 상좌의 관계가 성립한다고 한다.

(2) 사승과 상좌의 권리 의무

민법은 양부와 양자는 그 입양신고일로부터 혼인중의 출생자와 동일하게 보고(민법 제772조 제1항), 양자는 친생부모의 친권을 벗어나서 양부모의 친권에 복종한다(민법 제909조 제5항). 양자와 양부모사이에는 서로 부양관계와 상속관계가 생긴다. 불가에 입문하게 되는 경우, 불가에서의 생활을 지도하고 보호하는 승려가 있는데, 이들은 세속에서의 양부와 양자의 관계라고는 할 수 없지만 실제로는 양자가 서로 부양의무를 지게 되는 등 양부와 양자와 유사한 관계를 가지게 되는 것이 일반적이다. 이들 사이의 관계를 세속의 양자제도를 적용시킬 수 있는가라는 문제가 발생한다. 우선 사승과 상좌의 교양보호의무에 관해서는 사승(은사)과 상좌와의 관계는 친애를 주로 하는 것으로 거의 양자와 양친과의 관계에 가까운 정의를 낳아 서로 부양의 의무를 지고 사승은 어린 상좌에 대하여 감호와 교육을 하는 권리를 가지고 의무를 부담한다고 한다. 즉 중추원회답에서 “조선에 있어서는 사승(은사)과 상좌사이에는 일본민법상의 養子和 養親사이와 같은 신분상의 관계는 생기지 않는다. 그러나 兩者의 관계는 법사와 법제의 관계와 같은 구법전 등을 목적으로 하는 것이 아니고 친애를 주로 하는 것이다. 따라서 양자간에는 거의 양자와 양친과의 관계에 가까운 정의를 낳고 서로 부양의 의무를 지고 은사는 상좌가 어릴 때에는 그 감호 및 교육을 할 권리를 가지고 의무를 부담한다. 은사가 사망한 경우에는 상좌는 속인의 그 실부 또는 양부에 대한 것과 같이 참취(斬衰)¹³⁾ 3년의 상을 복하고 제사를 지내며 유산을 승계하는 일반의 관습이 있다. 특히 옛날에는 은사와 상좌의 관계를 맺은 때는 상좌는 은사의 家籍에 들어가는 예도 있었다. 그렇지만 근래에는 승려로서 대처하고 실자를 가진 자가 점차 그 숫자가 증가하기에 이르러 이같은 승려에게는 그 상좌와의 사이에 情誼도 옛날과 같지 아니하여 자연히 박대하는 경향이 생기고 있다”¹⁴⁾고 하고 있다. 다만, 이 관습이 문

제되고 있던 1930년대에 이르러서는 이미 과거에 단독하였던 사승과 상좌 관계가 일제가 도입한 대처승려의 문제로 인하여 종래의 관습이 허물어지고 있다는 것을 나타내고 있다. 이는 일제의 조선관습파괴현상이 승려들의 관습까지도 파괴시키고 있다는 것을 보여주는 예이다.

(3) 사승과 상좌의 법률관계의 소멸

민법은 과양이라는 절차를 통하여 양부와 양자의 관계가 소멸될 수 있다. 과양은 협의상 과양과 재판상 과양이 있고, 협의상 과양은 당사자 사이에 과양의사의 합치(민법 898조)와 신고(민법 제904조, 제878조)에 의하여 성립한다. 재판상 과양은 민법 제905조상의 요건에 해당될 경우에 법원에 과양을 청구할 수 있다(민법 제905조 이하). 과양으로 양자관계가 종료된다. 사승과 상좌는 세속의 민법상의 양자관계와 같지는 않지만, 그와 유사한 관계를 가지고 있다. 그래서 중추원은 회답에서 “사승과 상좌와의 관계는 당사자 또는 그 관계자의 협의에 의하여 언제든지 해소할 수 있고, 또한 일정한 사유가 존재할 때, 일방적인 의사표시에 의하여, 의사표시를 기다리지 않고 당연 해소되는 경우가 있다”고 하여 일방적인 의사표시에 의해서도 소멸할 수 있다고 한다. 특히 특정한 사유가 있는 경우에는 당사자의 일방적 의사표시에 의해 소멸할 수 있다고 한다. 일방적인 의사표시는 당사자 쌍방이 의사표시를 할 수 있는 경우와 사승이 할 수 있는 경우, 상좌가 할 수 있는 경우로 나누어 나열하고 있다. 당사자 상호간에 그 일방으로부터 사제의 관계를 해소할 수 있는 경우는 ① 다른 일방으로부터 동거에 견딜 수 없는 학대 또는 중대한 모욕을 받은 때 ② 다른 일방으로부터 악의에 의한 유기를 당한 때 ③ 다른 일방이 중대한 범죄를 저질러 형사처벌을 받은 때 ④ 다른 일방에게 승려인 체면을 더럽히는 행위가 있을 때를 규정하고 있다. 사승이 상좌에게 일방적인 의사표시로 해소할 수 있는 경우로는 ① 상좌가 은사의 직계능화법류(은사의 은사 또는 할아버지 은사와 같은 자)에 대하여 중대한 모욕을 주거나 폭행을 가할 때 ② 상좌가 방탕하여서 은사의 재산을 탕진할 우려가 있을 때 ③ 상좌에게 무례한 행위를 하고

12) 1930.1.13. 學務局長 照會/1930.1.31.朝樞第20號中樞院 回答, 民事慣習回答彙集 463면.

13) 아버지가 죽었을 때 입는 상복.

14) 1930.1.13. 學務局長 照會/1930.1.31.朝樞第20號中樞院 回答, 民事慣習回答彙集(要旨) 462면.

도망을 한 때를 나열하고 있다. 그리고 상좌가 사승과의 관계를 해소할 수 있는 경우에는 ① 은사의 직계능화법류가 상좌에 대하여 중대한 모욕을 주거나 또는 동거에 견디기 힘든 학대를 할 때를 들고 있다.¹⁵⁾ 이외에도 은사 또는 상좌가 도첩을 치탈당할 때 또는 환속할 때에는 승려인 신분을 상실하므로 은사와 상좌의 관계는 자연 해소된다¹⁶⁾고 하여 당사자의 일방적인 의사표시가 없이도 해소될 수 있다고 하였다. 이들 관습은 조선 전도를 통하여 행하여지는 관습으로서 특히 지방에 따라서 다른 관습은 없다. 이를 볼 때 사승과 상좌의 관계는 세속의 양자의 경우와 달리 특별한 형식도 없이 일방적인 의사표시만으로 소멸될 수 있는 연대가 약한 것이다. 그러면 당사자가 연대를 강화하기 위하여 사승이 상좌를 양자로 들일 수 있는가가 문제된다. 이에 대하여 일제는 1915년의 장관회답에서 “승려가 자기의 제사 및 재산상속자로 그 제자를 양자로 하는 것은 이를 인정할 수 없다”¹⁷⁾고 하여 사승과 상좌의 관계는 세속에서의 양부와 양자관계가 아니고 또한 양자와 양부와의 관계를 다시 설정할 수도 없다고 하였다.

2. 승려와 세속의 친족과의 관계

불가로 출가하기 전에는 승려도 자식으로서 법적 지위를 가지고 있었을 것이다. 이 경우 속세의 친족관계는 어떻게 되는지 여부가 문제된다. 다만, 승려가 속세에서의 배우자 또는 부모로서의 지위도 문제될 수 있지만, 이는 출가할 수 있는 자는 15세 이상 50세 이하여야 한다(대한불교 조계종 교육법 제55조 제1항 제1호)는 규정과 논란이 될 수 있다. 최근 IMF사태로 실업과 가정파탄 등으로 인한 현실도피성 출가자들이 늘면서 40세 이상 출가자들이 약 20%이상 급증세를 보여서 조계종은 2002.9.10.에 50세에서 40세로 강화한 바 있다. 그러나 출가제한은 부처님의 출가권유정신에도 어긋나고 경전과 불교역사 등 유례가 없는데다 출가자들이 급속히 감소하는 가운데

승려수의 축소로 이어져 불교의 쇠락으로 이어질 수 있다는 우려에 따라 조계종은 2005.11.10.에 다시 50세로 완화하였다. 특히 조계종과는 달리 2001년에 출가제한연령을 40세에서 50세로 완화한 태고종은 전문직이나 고학력출가자들이 몰려들고 있다고 한다.¹⁸⁾ 이처럼 이미 가정을 가졌던 자가 출가를 한 경우에 배우자 또는 부의 지위가 문제될 수 있다. 법적으로는 승려의 속세에서의 친족법상의 지위는 그대로 유지된다고 보아야 할 것이다. 이 부분에 관한 관습은 없다. 이것은 종교단체의 내부문제라기보다는 종교단체와 외부사회가 관련되는 문제로서 민법상의 문제로 보아야 하고, 이 부분에 관해서는 종교 내부의 관습은 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다.

V. 승려의 상속에 관한 관습법

상속제도는 시대와 민족에 따라서 많은 변천을 거듭해 왔다. 근대법에서의 상속은 사람이 사망한 경우에 그의 재산이 다른 일정한 사람에게 이전하는 것이라고 생각하였고, 상속은 사유재산제 자체와 그 근거를 같이 하였다. 상속은 상속인의 의사에 기초를 두어야 하지만, 부의 편제를 방지하기 위해서는 일정한 제한을 강구할 필요가 있다. 상속제도는 역사적 사회적으로 규제되는 것이므로, 여러 가지 형태가 있다. 신분상속은 호주(가장) 등의 일정한 신분을 승계하는 것을 목적으로 하는 상속형태를 말하며, 재산상속은 재산관계를 승계의 대상으로 하는 상속형태를 말한다. 민법은 재산상속만을 규정하고 있다. 민법은 재산상속에 있어서는 사망의 경우만을 상속의 개시원인으로 하였다(민법 제997조). 상속이 개시될 때에 상속인의 자격을 가진 자가 한 사람밖에 없을 경우에는 상속순위의 문제는 일어나지 않지만, 그 자격을 가진 자가 數人인 경우에는 직계비속, 직계존속, 형제자매, 4촌이내의 방계혈족의 순서로 상속인이 되고(민법 제1000조 제1항), 배우자는 처가 피상속인인 경우에는, 부는 그 직계비속과 동순위로 공동상속인이 되고, 그 직계비속이 없는 때에는 단독상속인이 된다(민법 제1002조). 부가 피상속인인 경우에는, 처는 그 직계비속과 동순위로 공동상속인이 되고,

15) 1930.1.13. 學務局長 照會/1930.1.31.朝樞第20號中樞院 回答, 民事慣習回答彙集 463-4면.

16) 1930.1.13. 學務局長 照會/1930.1.31.朝樞第20號中樞院 回答, 民事慣習回答彙集 463-4면.

17) 1915. 8.28 長官回答, 民籍例規 238면; 民籍例規集;民籍講演錄 24면.

18) 영남일보, 2005.11.16자 22면.

직계비속이 없는 경우는 피상속인의 직계존속과 동순위로 공동상속인이 된다(민법 제1003조 제1항). 또한 위와 같은 5종의 상속인이 없는 경우에 가정법원은 피상속인과 생계를 같이 하거나 요양간호를 한 자 등 특별연고자에 대하여 상속재산을 분여할 수 있다(민법 제1057조의 2). 이러한 상속인이나 특별연고자가 없는 경우에는 재산상속인 부존재의 상태가 생겨서 결국 상속재산은 국가에 귀속하게 된다(민법 제1058조)¹⁹⁾.

상속이라는 제도가 없기 때문에 이를 관습으로 인정하기에는 문제가 있지만, 제사주제자로서의 승계라는 관점에서 이를 이해할 수 있을 것이다.

1. 승려의 제사상속

家라는 제도는 제사를 통하여 收族하고 族內的 화목을 유지하기 위한 제도이다. 따라서 제사를 주재하는 제사상속과 제사의 유지는 불가분의 관계에 있다. 그래서 구민법부터 1990년까지 민법은 호주상속과 재산상속을 두고 있었고, 일제하에서는 관습법으로 제사상속을 인정하였다. 그러나 1933년에 조선고등법원은 제사상속의 관념은 선대를 봉사하며 조상의 제사를 봉사하는 도의상의 지위를 계승함에 불과하다²⁰⁾고 하여 법외의 관습으로 방치하였다²¹⁾. 그런데 제사상속자였던 자가 승려가 되는 경우 제사를 유지하기 어려울 것이고 家로부터 벗어난 자이기 때문에 제사상속은 타인에게 이전되어야 하는지 여부에 대하여 논란이 있었다. 조선총독부도 이러한 사실을 인정하고 있다. 즉 “제사상속인(조선인의 상속 관습에는 家督相續이라고 명명할 만한 것이 없기 때문에 가독상속인이라고 칭할 수 있는 것이 있을 수 없다. 그리고 민법의 가독상속인에 상당한 것은 그 가에 있어서의 조상의 제사자인 지위를 승계함과 동시에 호주의 지위를 승계해야 할 제사상속인이기 때문에 가독상속인이라고 되어 있는 것은 제사상속인으로 간주함)이 그 家를 떠나 승려가 된 때에는 제사상속인인 자격을 상실한다. 호주가 출가하여 승려가 되어 호주의 지위를 상실한 경우에 그 가에 제사상속인이 없는 때에는 출가한 호주의 母가 있으면 그 母가 출가한 호주의 선대를 위하여 그 자의 향렬에 해당하는 자를 양자로 하여 제사상속을 하게 할 수 있다. 그리고 그 양자는 당연히 호주의 지위를 승계하는 것이다”²²⁾라고 회답하고 있다. 지금은 제사

2. 승려의 재산상속

(1) 개인적인 권리능력의 인정여부

승려가 출가한 이후에 자신이 이룩한 재산은 승려 자신의 재산이 아니라 소속사원이나 종단의 소유가 아닌지 여부가 문제될 수 있다. 이에 대하여 승려개인의 재산이 있다는 것을 인정한다. 1922년 조선총독부는 “어느 승려의 제위토인 재산이라 하더라도 이를 승계할 상좌가 있는 때에는 사찰의 소유로 귀속하지 아니하고, 다만 상좌가 없는 경우에 비로소 사찰의 소유로 되는 경우가 있는데 불과하다. 그리고 별도로 제사자를 정하는 것과 같은 관습은 없다”²³⁾고 하여 종단의 재산과 개인의 재산은 별개의 재산이며 승려가 종단이나 사원과 별도 권리능력자임을 인정하고 있다.

(2) 승려의 재산상속권자

승려개인의 권리능력이 인정되는 만큼 승려개인의 재산은 존재하고 승려가 사망하게 되면 그 권리는 타인에게 상속된다. 피상속인이 유언을 하지 않는다면, 그 재산은 직계비속, 직계존속, 형제자매, 4촌이내 방계혈족, 배우자에게 상속되어야 하고(민법 제1000조, 제1002조, 제1003조), 특별연고자에게도 분여될 수 있다(민법 제1057조의 2). 물론 승려라 할지라도 불가에 귀의하기 전에 출가를 하였고, 세속에서 취득하여 속세에 남겨 둔 재산은 승려가 사망한 경우에 그 재산은 민법상 상속인에게 귀속된다고 할 수 있다. 그러나 승려의 경우에는 직계비속이 없는 경우가 많고, 설령 직계비속이 있더라도 불교에 귀의한 이후에 승려로서 취득한 재산을 세속의 상속인에게 돌아가는 것이 타당하지 여부에 대하여 논란이 있을 수 있다. 승려도 일반시민으로서 민법의 적용을 받기 때문에, 세속에 있는 법정상속인들이

19) 다만, 민법 제267조의 예외가 있다.

20) 조선고등법원 1933.3.3.

21) 김주수, 친족상속법, 박영사, 1997, 470면.

22) 1914.6.18. 平壤覆審法院民事部裁判長照會/1914.6.30.參 第50號 政務總監回答(民事慣習回答彙集 198면)

23) 1922.1.25. 咸興地方法院民事部照會/1922.6.8.朝樞第26號政務總監回答, 民事慣習回答彙集 414면.

재산상속을 받는 것이 당연하다고 할 수 있다. 그래서 민법상 직계비속이나 양자도 아닌 상좌가 재산상속인으로서의 적격자가 아니라고 할 수 있다. 그러나 승려는 불교에 귀의한 이후에는 세속의 가족과 함께 세속생활을 하지 않는다. 그래서 속세와 인연을 끊고 불가에 귀의한 사람이기 때문에, 불가에 귀의한 이후에 불가에서 취득한 재산을 속세의 상속인들에게 귀속시키는 것은 오히려 문제가 있다.

그래서 조선총독부는 승려가 아닌 자에게도 유증을 할 수 있는가에 대해서는 특별하게 언급하고 있지 않지만, 상좌가 없는 경우에는 승려의 재산이 소속사원에 귀속된다²⁴⁾고 하고 있는 점에서 승려가 불가에서 이룩한 재산을 승려가 아닌 자에게 유증을 할 수 없다고 보아야 한다. 유증이 없는 경우에 승려의 재산에 대하여 상좌가 있는 경우와 상좌가 없는 경우로 구분하여 설명하고 있다.

1) 상좌가 있는 경우

조선총독부는 “승니(비구와 비구니)가 사망한 경우에는 우선 그 유산 중에서 장례비용을 지불하고 남은 잔여재산은 그 徒弟(上佐라고 말함)가 이를 승계하고, 만일 도제가 數人이 있는 때에는 최상위에 있는 자가 일단 그 전부를 승계하고, 차순위 이하의 도제에게 그 일부를 분배하는 것이 통례이고, 그 액에 관하여는 일정한 기준이 있는 것은 아니다. 그리고 도제의 순위는 득도의 순위에 의하여 정하여 지고, 그 도제가 다른 師僧으로부터 받은 득도의 전후는 굳이 묻지 아니한다”²⁵⁾고 하여 상좌 중에서 가장 높은 위치에 있는 상좌가 사승의 재산을 모두 상속받는다고 하고 있다. 1917년 6월에는 다시 “승려의 유산은 유언이 있는 경우에는 상좌 중 최상위에 있는 자가 그 유언을 집행하고 유산의 소유권은 유언자의 사망과 동시에 수유자에게 이전한다”²⁶⁾고 하여 상좌 중에서 최상위에 있는 자가 유언을 집행하는 자라고 하고 있다. 이러한 판결은 해방후에도 계속되어 대법원도

“구민법 시행 당시 우리나라의 관습상 승려의 유산은 그 상좌승이 승계한다고 할 것이다”²⁷⁾고 판시하고 있다.

2) 상좌가 없는 경우

민법은 상속권자와 특별연고자가 없는 경우에는 상속재산을 국가에 귀속시키고 있다(민법 제1058조). 그러나 상속권자인 상좌가 없는 경우에는 조선총독부는 “유산을 승계해야 할 도제가 없는 경우에 그 유산 중으로부터 장례비용을 지불하고 남은 잔여부분은 전부 그 사찰에 귀속시켜 死者의 위토로서 보존하게 한다”²⁸⁾고 하여 사찰에 귀속시켜 피상속인의 위토로 보존된다고 하고 있다.

3) 상좌와 속가의 자의 충돌

상좌와 속가의 자녀가 서로 상속권을 주장할 때에도 상좌에게 상속권이 있다고 보아야 하고, 속가의 자녀는 불가에서 이룩한 재산에 대하여 상속권을 주장할 수 없다고 한다. 조선총독부는 “승려의 유산에 관하여는 가령 實子가 있는 때에도 상좌가 상속하는 것이 관례이다. 그리고 위 상좌의 재산상속권은 승적에 상좌로 기재되어 있는 없든 또 민적에 양자 혹은 도제 양자라 기재되어 있든 없든 이로 인한 영향은 없다. 또 이상의 관습은 조선 각 도를 통하여 다른 것이 없다”고 하여 속가의 實子가 상속하는 것은 아니라고 하고 있다.²⁹⁾ 또한 위 승려에게 호적상 처와 모가 있는 경우에도 상좌가 그 유산 전부를 승계하는 것이 관습이고,³⁰⁾ 호적상의 처나 모가 상속하는 것은 아니라고 하고 있다.

(3) 상좌의 대습상속

민법은 대습상속을 규정하고 있는데, 상속인이 될 직계비속 또는 형제자

24) 1910.12.8. 京城公소법원 民事1部 裁判長照會/1910.12.19. 朝發73호 崔조국장회답.

25) 1917.1.9. 公州地方法院 民事合議部裁判長照會/1917.5.14 朝樞發第109號政務總監回答, 民事慣習回答彙集 308면.

26) 1917.6.22. 釜山地方法院照會/1917.8.15. 朝樞發第194號 政務總監回答, 民事慣習回答彙集 323면.

27) 대법원 1966.4.6. 선고 66다208 판결 [집14(1)민,180].

28) 1917.1.9. 公州地方法院 民事合議部裁判長照會/1917.5.14 朝樞發第109號政務總監回答, 民事慣習回答彙集 309면.

29) 1917.9.4. 釜山地方法院照會/1917.10.20. 朝樞發第230號 政務總監回答, 民事慣習回答彙集 328면.

30) 司法協會質疑應答, 司法協會雜誌 第14卷 第4號 107면.

매가 상속개시 전에 사망하거나 결격자가 된 경우에, 그 직계비속이 있는 때에는 그 직계비속이 사망하거나 결격된 자의 순위에 같음하여 상속인이 되고(민법 1001조), 또한 상속개시 전에 사망 또는 결격된 자의 배우자도 그 직계비속과 함께 동순위로 공동상속인이 되며, 그 상속인이 없을 때에는 단독상속인이 된다(민법 제1003조 제2항)고 하고 있다. 사승이 나이가 많은 경우에는 상좌에게 또 다시 상좌를 두고 있는 경우가 있다. 이 경우에 위와 같은 대습상속의 법리를 적용할 수 있는지 여부가 문제된다. 이에 대하여 조선에 있어서 사승(은사)에게 제1상좌와 제2상좌의 2명의 상좌가 있는 경우에 제1상좌가 사승보다 먼저 사망하고 그 후 사승이 역시 사망했을 때에 제2상좌 외에 손상좌(제1상좌의 상좌 이하 동일하다)가 있는 경우에 사승이 유언으로서 유산의 처분방법을 정하지 아니하고 사망했을 때에는 죽은 사승의 봉사자인 제2상좌에게 일단 전재산을 상속한 후에 문회(죽은 사승의 사승, 형제 제자 기타 법류로 조직한 법류회의)의 결의에 따라 상속재산 중에서 손상좌의 상속분, 죽은 사승의 제사료에 충당해야 할 제위 및 불공양의 자금으로 사용해야 할 불공양을 정하고, 손상좌의 상속분은 손상좌에게 상속하게 하고 불양위는 사찰에게 기부하고 잔여재산과 제위토는 제2상좌에게 취득하는 것이 일반 관습³¹⁾이라고 하고 있다. 위의 경우에 죽은 사승이 제1상좌의 은사인 동시에 법사를 겸한 때에는 사승은 제1상좌에 대하여 法畜(법사인 사승이 그 법제에게 준 전답으로서 법사와 法弟간에 이어 전하는 전답)을 주어야 한다는 관습이 있다. 만일 사승이 제1상좌의 생전에 이를 분급하고 사망했을 때에는 죽은 사승의 유산 중에서 제1상좌가 승계해야 할 법답에 속하는 부분은 제1상좌의 법맥을 계승할 손상좌(제1상좌의 법제인 경우)에게 지급하여야 한다. 또한 사승의 법사가 빈곤하여 사승이 법답을 전해주지 못할 경우에도 사승이 재산을 가지고 있을 때에는 반드시 그 재산의 일부를 법답으로 분급하는 관습이 있다. 그래서 죽은 사승이 제1상좌의 생전에 이를 나누어주지 않고 사망하였을 때는 상속인인 제2상좌가 문회의 결의에 따라 제1상좌가 승계해야 할 법답의 액을 정하고 이를 손상좌(제1상좌의 법제인 경우)에게 나누어 주어야 하는 관습이 있다³²⁾

고 한다.

(4) 法師의 재산상속

법사로부터 승계한 재산은 법제가 이를 승계하고 법제가 수인이 있는 때에는 득도의 전후에 의하여 그 순위를 정하는 것은 상좌의 경우와 다를 것이 없고, 다음에 법사로부터 승계한 재산은 법제가 없는 때에는 그 재산은 사찰의 소유로 귀속한다.³³⁾

3. 승려의 환속

위에 본 바와 같이 승려는 평생동안 불가에 귀의하고자 하는 약속을 한 사람이기 때문에 자신의 사승으로부터도 일정한 재산을 물려받을 뿐 아니라 스스로도 재산을 축적할 수 있다. 그렇다면 승려가 다시 속세로 환속하는 경우 자신이 소유하고 있던 재산은 어떻게 되는지 여부에 대하여 논란이 있을 수 있다. 1910년 조선총독부는 “조선에 있어서 사원소속의 재산과 승려 특유의 물건은 확연히 구별된다. 사원소속의 재산은 승려 개인의 생각으로 처분하는 것이 허용되지 않는다”³⁴⁾고 하여 모든 사원소속재산을 승려 개인이 처분할 수 없는 것이라고 하고 있다. 관습조사에서는 재산을 자신의 고유재산과 은사나 법사로부터 물려받은 재산을 구분하고 있다. 1922년 조선총독부는 “승려가 환속한 경우에는 은사나 법사로부터 승계한 재산의 승계는 사망의 경우와 다를 것이 없고, 다만 기타의 재산은 여전히 그 승려의 소유이다”³⁵⁾라고 하여 은사나 법사로부터 받은 재산과 자신의 고유재산을 구분하여 귀속을 정하고 있다. 또한 1929년에도 “甲 尼僧의 제1상좌였던 乙 尼僧이 甲 尼僧의 사망으로 인하여 그 재산을 상속한 후 임의로 환속하거나 혹은 본산으로부터 도첩을 치탈당하여

民事慣習回答彙集 455-456면.

33) 1922.1.25. 咸興地方法院民事部照會/1922.6.8. 朝樞第26號政務總監回答, 民事慣習回答彙集 412면

34) 1910.10.8. 京城控訴院民事第1部裁判長 照會/1910.12.19. 調發第73號取調局長官回答, 民事慣習回答彙集 29면.

35) 1922.1.25. 咸興地方法院民事部照會/1922.6.8. 朝樞第26號政務總監回答, 民事慣習回答彙集 412면.

31) 1928.9.27. 京城覆審法院民事第1部裁判長照會/1929.1.18. 朝樞第45號 政務總監回答, 民事慣習回答彙集 454면.

32) 1928.9.27. 京城覆審法院民事第1部裁判長照會/1929.1.18. 朝樞第45號 政務總監回答,

尼僧의 처분을 상실한 때에는 그 상속으로 인하여 취득한 재산은 乙 尼僧에게 상속이 있는 때에는 상속이 이를 상속하고 상속이 없는 때에는 그 소속사원에 귀속하는 것이 관습이다³⁶⁾이라고 하여 다른 尼僧으로부터 받은 재산을 환속하면서 가져갈 수 없다는 것을 반복해서 선언하고 있다. 자신에게 상속권이 없는 경우에는 그 소속사원으로 귀속하는 것이 관습이라는 점에서 볼 때 상속재산은 그 종단에 속하는 재산으로 종교단체 내에서만 권리 변동을 할 수 있고, 종교단체 밖으로 나갈 수 없다는 것을 확인하고 있다.

VI. 잠정적인 마무리

불교의 승려도 우리나라 국민이라는 점에서는 우리나라 민법의 적용을 받아야 하고, 이에 따라 민법상 법정상속인인 俗家의 직계존비속 및 배우자가 승려의 재산을 상속받아야 할 것이다. 그러나 승려는 속세의 권리를 포기하고 불가에 귀의한 사람으로 속가와의 인연은 끊어진 것이다. 이 경우 속세에서 가지고 있던 자신의 재산은 불가에 가지고 들어오는 것이 아니라 타인에게 이전하고 불가에 들어오는 것이 일반적이다. 승려가 불가에 들어온 이후에 이룩한 재산은 자신의 힘으로 이룩한 사유재산은 아니다. 물론 승려가 불가에 들어온 후에 자신이 속세에서 이룩한 재산을 불가로 이전하여 이를 소유하고 있는 경우도 있겠지만, 승려가 불가에 귀의한 이후 이룩한 재산은 승려 자신이 모은 것이라고 하기보다는 타인이 보시로서 불가에 출연한 것을 자신의 명의로 한 경우가 일반적이라고 할 수 있다. 따라서 민법의 상속에 관한 규정을 그대로 적용할 수는 없다. 불가에서의 승려의 재산에 대한 관습은 일반 속가에서의 상속의 역사와 동일한 정도로 긴 역사를 가지고 있다. 이러한 관습 내지 관습법은 현재도 존속되고 있고, 앞으로도 존속되어야 한다. 민법을 적용하더라도, 승려가 유언으로 자신의 소유재산을 자신의 상속인에게 유증하는 것은 문제가 없다. 관습조사에서 나타나듯이 상속의 사승재산에 대한 상속은 불교의 독자적

인 관습 내지 관습법으로서의 인정하지 않으면 안 될 것이다. 이런 의미에서 일제가 자신들의 침략을 정당화하기 위해서 자신들의 구미에 맞추어 조사한 것이라고 하더라도, 당시 우리나라에서 성행하던 관행에 근거한 관습을 조사한 것이라는 점에서 그 나름대로 존중되어야 할 것이다. 더욱이 이를 근거로 하여 법원의 판결이, 비록 그 판결이 일제하의 조선고등법원의 판결이라고 하더라도, 선고되어 판례로서 만들어져 관습법으로서 계속되어졌다고 하면, 특별한 사정이 없는 한 유효하다고 하지 않을 수 없다. 그런 의미에서 승려사회에 있어서의 사승과 상속의 관계는 당사자간의 합의만으로 이루어지고, 서로 부양의무를 부담한다고 보아야 한다. 또한 상속이 사승의 재산을 상속하는 관행은 유효하다고 보아야 한다. 그 상속이 수인인 경우에는 상속은 당해 사승의 문하에서 이루어진 득도의 순위에 따라 승계한다고 보아야 한다. 상속이 없는 경우에는 사망한 승려의 제위토로 이용되고, 그렇지 않으면 사찰의 소유로 돌아간다고 하여야 할 것이다. 다만 잊지 않아야 할 사실도 있다. 일제의 관습조사는 대처승이 주류를 이루고 있던 시기에서의 관습조사였다는 것이다. 현재도 대처승인 태고종 등이 있지만, 비구승으로 구성되는 조계종이 많은 비율을 차지하고 있다는 점이다. 따라서 일제하 관습조사중에서 어느 것은 일제하 대처승에게만 적용되는 것이고, 어느 것은 일제하 불교와 무관한 우리 고유의 불교제도인가를 가려서 취사선택하여 받아 들여야 할 것이다. 이러한 취사선택을 함에 있어서는 현재 불가에서의 관습을 조사하고 대조하는 작업이 시급히 필요하다.

주제

승려, 재산상속, 양자, 상속, 관습조사, 비구, 비구니
buddhist priest, property succession, adoption, sangjoa, custom survey,
bigu(buddhist monk), biguni(buddhist nun)

36) 1929.3.27.平壤覆審法院長照會/1929.4.16.朝樞 第269號政務總監回答 民事慣習回答 彙集 458면.

《참고문헌》

- 김동윤, 寺刹의 法律關係, 民事裁判의 諸問題 제12권, 민사실무연구회, 2003.
 김주수, 친족상속법, 박영사, 1997.
 김학동, 법원의 의의 및 제정법·관습법, 김형배화갑논문집간행위원회, 1994.
 문화관광부, 한국의 종교 현황, 2002.
 박병호, 일제하의 가족정책과 관습법형성과정, 법학 33권2호, 서울대 법학연구소, 1992.
 이호경, 임의규정, 관습법과 사실인 관습, 법학 제37권2호, 서울대 법학연구소, 1996.
 정광현, 한국가족법연구, 서울대출판부, 1967.
 조선총독부 중추원, 民事慣習回答彙集, 1933.

Custom of the buddhist priest's domestic relations and succession

Byungil Bae*

There is an article about buddhist priest's domestic relations and succession. Although this paper is not a pending issue including legal controversial problems, the thesis can nevertheless be extremely valuable, because there is no study at all until this times. The custom survey of the Chosun Chongdokbu under the Japanese Imperialism was to justify Japanese invasion. The Chosun Chongdokbu collected and searched custom which was prevailed in Korea at that time. Therefore the collected custom may be important as de facto custom in those days. Korean Civil Law article 1 prescribe if there is no provision in Acts applicable to certain civil affairs, customary law shall apply, and if there is no applicable customary law, sound reasoning shall apply. And then the habitual and traditional practice is changed to customary law by the legal conviction. Under the Japanese Imperialism, Chosun Higher Court had decided on the legal problems of buddhist priest by custom at that time, so that the custom which is based on suit might change into customary law. For that reason, it is significant to survey custom and search habitual and traditional practice at that point in time.

Buddhist priest is composed of bigu(buddhist monk) and biguni(buddhist nun), and then a master or teacher priest and a monk(sangjoa) who is first in line to succeed his master or teacher. Master and sangjoa have very good domestic relation with agreement such as adoption. They are under obligation to support both. If a master priest died, sangjoa succeed master's property, so that master's mundane life families may not succeed. If there are many sangjoas, they may succeed property in order of achieving spiritual enlightenment.

* Professor of Law, Yeungnam University.

사실혼배우자의 보호

— 특히 사망으로 인한 혼인해소의 경우를 중심으로 —

박 종 용*
(Jong Yong Park)

	<차	
I. 들어가는 말	례>	사실혼의 법률적 보호
II. 사실혼	IV.	맺음말

I. 들어가는 말

우리의 혼인법제상 혼인은 신고를 전제로 하는 법률혼주의를 취하고 있다. 그런데 대부분의 사람들은 혼인식을 거행하고, 신혼여행을 다녀온 후에 1-2주 정도 혹은 상당한 기간이 지난 후에 혼인신고를 하는 경우가 일반적이다. 최근에는 혼인 당사자가 직장을 다니는 경우에 직장에서 배우자의 수당을 급여받기 위하여 혼인신고를 먼저 하는 경우도 늘어가고 있다. 그러나 이러한 경우에 해당하지 않는 혼인 당사자 사이에 굳이 혼인신고를 서두를 필요성이 없기 때문에 혼인신고를 차일피일 하다가 결국 혼인신고를 하지 못하는 사실혼부부가 많을 것이다.

혼인신고를 전제로 하는 법률혼주에서는 사실혼 부부는 필연적으로 존재할 수밖에 없다. 그렇다면 현행법제에서 필연적으로 존재할 수밖에 없는 사실혼 부부에게 단순히 혼인신고를 하지 않았다는 이유로 사실혼 중에 배우자일방이 사망하는 경우에 사실혼배우자는 혼인신고를 하지 않았다는 이유로 상속

에서 배제하는 것이 타당한 근거가 있느냐이다. 물론 혼인신고를 전제로 하는 법률혼의 효과에 대하여 그러한 형식요건을 갖추지 않은 사실혼배우자에게 법률혼의 효과인 배우자상속권을 인정하는 것은 불합리할 것이다.

그러나 사실혼배우자일지라도 혼인이 사망 또는 사망에 준하여 해소된 경우를 제외하고, 법률혼배우자처럼, 혼인본질에 관한 법률효과에 대하여는 법률혼에 준하여 유추적용하고, 또한 다양한 특별법을¹⁾ 통하여 사실혼배우자를 보호하고 있음에도 불구하고 사실혼 배우자일방의 사망으로 인하여 사실혼이 해소된 경우에 배우자상속권을 부정하는 것이 타당하느냐가 문제된다.

본고에서는 현행법제에서 혼인신고의 여부에 따라 법률혼의 여부를 결정하고, 혼인신고를 하지 않은 경우에 사실혼관계로 판단하고, 혼인신고를 전제로 하는 법률효과(특히 배우자상속권)를 사실혼배우자에게 일률적으로 부정하는 것이 과연 타당한 것인지에 관하여 우리나라의 법제와 거의 유사한 법제를 취하고 있는 일본의 입법례와 판례를 비교, 검토하고자 한다.²⁾ 연구 범위는 우리나라와 일본에서 논의된 사실혼의 개념을 살펴보고, 판례의 동향 그리고 사실혼배우자일방의 사망으로 인하여 사실혼이 해소된 경우에 사실혼배우자에게 상속권의 인정여부, 만약 사실혼배우자에게 배우자상속권을 인정하지 않은 경우에 사실혼배우자의 보호방안으로 논의되고 있는 법리에 관하여 살펴보고, 사실혼배우자의 보호에 관한 해결책을 알아본다.

II. 사실혼

1. 사실혼의 개념

사실혼은 혼인당사자 사이에 혼인의사가 존재하고, 부부로서 혼인공동체를 유지하고 있으나 호적법에 따른 혼인신고가 되어 있지 않은 혼인공동체이다.³⁾

1) 공무원연금법, 군인연금법, 주택임대차보호법, 산업재해보상법, 근로기준법시행령, 선원법시행령, 국가유공자예우 등에 관한 법률.
2) 윤진수, 사실혼배우자 일방이 사망한 경우의 재산문제 -해석론 및 입법론-, 저스티스(제100호), 2007. 10, 13-31쪽; 구미의 사실혼배우자의 입법례와 판례의 동향을 상세하게 발표하였다.
3) 김주수·김상용, 친족상속법, 법문사, 2006, 242면; 배경숙·최금숙, 친족상속법강의,

* 법학박사, 동국대 강사.

위와 같은 사실혼은 혼인당사자에게 혼인의사가 존재하고, 그리고 사회관념상이나 가족질서면에서 혼인공동체가 존재하기 때문에 외부의 제3자가 볼 때에는 사실혼과 법률혼과의 사이에 구별할 수 없다. 또한 양자 사이에는 뚜렷한 구별방법이 없으나 호적부에 혼인신고여부에 따라 구별할 수 있다. 그런데 위에서 언급한 것처럼 사실혼관계는 사회가 존재하는 한 필연적으로 존재할 수밖에 없다. 하지만 사실혼공동체 부부가 법률혼 부부인지의 여부를 구체적으로 확인하고나서, 그들 부부와 법률관계를 유지하는 것이 가능하겠지만 오늘날처럼 거래관계가 빈번하고, 유동적인 상황에서 법률혼인지 혹은 사실혼인지를 구별하고, 거래관계를 유지한다는 것은 거의 기대할 수 없을 것이다.

2. 사실혼의 성립요건

사실혼관계의 성립요건으로서 첫째 주관적(실질적)으로 당사자 사이에 혼인의 의사가 있어야 하고, 둘째 객관적(형식적)으로 사회 관념상이나 가족질서면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있어야 한다. 대법원은 사실혼관계의 성립요건으로서 ‘사실혼이란 당사자 사이에 주관적으로 혼인의 의사가 있고, 객관적으로 사회관념상이나 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있는 경우’라고 정의하고 있다.⁴⁾ 그런데, 사실혼의 성립요건으로서 혼인당사자에게 혼인의사가 반드시 존재하여야만 하는 것에 회의적인 견해가 있다.⁵⁾ 그 사유로서 다음과 같은 내용을 언급하고 있다. ‘사실혼의 성립요건으로서 혼인의사를 요구할 필요가 있는지는 의문이다. 현실적으로 남녀가 혼인하지 않고, 동거하는 데에는 여러 가지의 형태가 있을 수 있고, 이러한 다양한 형태를 모두 포괄

하여 법률적으로 일률적으로 다루는 것이 적절한지는 생각해 볼 필요가 있다. ...결국 사실혼에서 문제가 되는 것은 경제적으로나 사회적으로나 약자의 지위에 있는 일방 당사자를 어떻게 보호할 것인가 하는 점이고, 이 점은 반드시 혼인의 의사유무에 따라 달라지는 것은 아니므로 사실혼의 개념은 객관적, 외형적으로 보아 법률혼과 마찬가지로의 공동생활을 영위하는 것으로 이해하면 충분하다고 보고 있다’.

생각건대, 사실혼의 성립여부는 혼인공동체를 형성한 당사자에게 문제가 되었을 때에 혼인의사가 존재하느냐 그리고 혼인공동체의 실체가 존재하느냐를 기준으로 하여 당사자 사이에 사실혼관계의 존재여부를 판단하여야 할 것이다. 그런데 혼인의사 없이 당사자사이에 동거생활을 하였고, 자유롭게 그 동거생활을 해소하는 경우에 제3자가 부부와 동일한 동거생활을 하였으니까 당사자들 사이에는 법률상 보호를 받을 수 있는 사실혼관계라고 하여야 하느냐이다.⁶⁾⁷⁾

따라서 사실혼이 법률상 보호를 받으려면, 첫째 주관적으로 유효한 혼인의사의 합의로서 사실혼 당사자에게 혼인의사가 존재하여야 하고, 또한 법률상 혼인신고할 의사도 존재하여야 하고,⁸⁾ 둘째 객관적으로 가족질서면에서 사회통념상 부부로서 인정할 만한 부부공동체생활이 존재하여야 한다고 생각한다.⁹⁾

사실혼관계는 다음과 같은 남녀의 결합관계와는 구별되어야 할 것이다.

첫째, 사실혼관계의 성립요건이 주관적으로는 혼인의 의사가 있고, 그리고 객관적으로 사회통념상이나 가족질서의 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인의 실체가 있어야 하기 때문에 이러한 혼인의사와 사회통념이나 가족질서면에서 부부공동체의 실체가 없이 간헐적 정교관계에서 자식이 생

제일법규, 2004, 214쪽; 양수산, 친족상속법, 일신사, 1994, 305쪽; 이희배, 친족상속법요해, 제일법규, 1995, 166쪽; 이경희, 가족법, 법원사, 2006, 138-140쪽; 한봉희, 가족법, 푸른세상, 2007, 119-120쪽.

4) 대법원 1979. 5. 8. 선고 79므3 판결 [공1979.8.1.(613),11993]; 대법원 1987. 2. 10. 선고 86므70 판결 [공1987.4.1.(797),428]; 대법원 1998. 12. 8. 선고 98므961 판결 [공1999.1.15.(74),127]; 대법원 2001. 4. 13. 선고 2000다52943 판결 [공2001.6.1.(131),1129].

5) 윤진수, 앞의 논문, 7-9쪽.

6) 대법원 1996. 6. 28. 선고 94므1089 [공1996.8.15.(16),2373].

7) 서울가법 1997. 5. 22. 선고 96드41841 : 항소기각 [하집1997-1, 436] : 7년간 동거생활을 하였으나 제반 사정에 비추어 사실혼관계가 있었다고 볼 수 없다는 사례이다.

8) 김주수·김상용, 앞의 책, 243쪽; 양수산, 앞의 책, 307-308쪽; 이경희, 앞의 책, 141쪽; 한봉희, 앞의 책, 121쪽; 대법원 1996. 6. 28. 선고 94므1089 판결 [공1996.8.15.(16),2373].

9) 김주수·김상용, 앞의 책, 244쪽; 양수산, 앞의 책, 308쪽; 이경희, 앞의 책, 141쪽; 한봉희, 앞의 책, 122쪽; 대법원 2006.3.24. 선고 2005두15595 [공2006.5.1.(249),745]; 대법원 1995.3.28. 선고 94므1584 판결 [공1995.5.1.(991),1752].

긴 경우에 사실혼관계가 성립한다고 보지 않는 것이 대법원의 입장이다. 즉, ‘청구인과 피청구인 사이에 있었던 간헐적 정교관계만으로는 그들 사이에 자식이 태어났다 하더라도 서로 혼인의사의 합치가 있었거나 혼인생활의 실체가 존재한다고 보여지지 아니하여 사실상 혼인관계가 성립되었다고 볼 수 없고 또 혼인예약이 있었다고도 볼 수 없다’라고¹⁰⁾ 보고 있다.

둘째, 중혼적(법률혼 상태에서 제3자와의 사실혼관계) 사실혼관계는 주관적으로 혼인의사가 있고, 객관적으로 혼인공동체가 존재하더라도 보호대상이 될 수 없다. 대법원은 사실혼관계의 성립요건 및 법률혼이 존속중인 부부 중 일방이 제3자와 맺은 사실혼의 보호여부에 대하여 ‘사실혼이란 당사자 사이에 주관적으로 혼인의 의사가 있고, 객관적으로도 사회관념상 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있는 경우라야 하고, 법률상 혼인을 한 부부가 별거하고 있는 상태에서 그 다른 한쪽이 제3자와 혼인의 의사로 실질적인 부부생활을 하고 있다고 하더라도, 특별한 사정이 없는 한, 이를 사실혼으로 인정하여 법률혼에 준하는 보호를 할 수는 없다’라고 판시하고 있다.¹¹⁾

III. 사실혼의 법률적 보호

사실혼에 관하여 종전에는 혼인예약²⁾으로 파악하였으나 그 후에 입장을 변경하여 사실혼을 준혼(準婚)으로¹³⁾ 인정하고 있다. 이처럼 사실혼을 준혼으로 인정하게 되어 혼인에 준하는 법률적 효과를 전면적으로 인정하게 되었다. 다만 신고를 전제로 하는 법률혼의 효과에 대하여는 부인하고 있다.

현행 민법상의 재산분할법리가 적용되는 경우는 생존중에 혼인이 해소된 경우이다(민법 제839조의 2). 법률혼 배우자일방이 사망하는 경우에는 상속법리가 적용된다. 사실혼관계가 생존중에 해소된 경우에도 재산분할법리가 사실혼관계에 유추적용이 되기 때문에 문제가 되지 않는다. 사실혼배우자는 혼인신고를 전제로 인정된 권리, 특히 배우자일방이 사망하는 경우에 배우자상속권이 인정되지 않는다. 사실혼배우자에게 상속권을 부정하는 근거는 사실혼을 확정하기가 어렵고, 또한 상속에 의한 재산의 귀속은 거래질서와 관련되며, 배우자상속인인지의 여부는 호적상 명확한 기준에 의하여 구별할 있기 때문이다.¹⁴⁾ 이 경우에 생존사실혼배우자가 생존중에 사망배우자와 함께 상호간에 협력하여 취득한 재산의 청산문제가 대두된다. 더구나 사망배우자가 중병으로 투병중에 생존배우자가 정성을 다하여 간병행위를 하였지만 사망한 경우에 생존사실혼배우자는 상속인이 아니기 때문에 기여상속분도 인정되지 않고(민법 제1008조의 2), 또한 사망배우자에게 상속인이 존재하는 경우에는 특별연고자로서 재산분여청구권도 인정되지 않는다(민법 제1057조의 2). 결국 생존사실혼배우자는 사실혼중에 사망배우자와 함께 상호간에 협력하여 취득한 재산이 사망배우자일방의 명의로 되어있는 경우에 그 재산은 피상속인의 상속인이 상속하게 된다. 이 문제에 대하여 현행법 제상으로는 생존사실혼배우자를 보호할 방법이 없다. 현행법상 해석론으로는 사실혼배우자일방의 사망의 경우에 생존사실혼배우자를 보호하는 법리가 없기 때문에 결국 입법론으로 해결할 수밖에 없다.

본 연구의 목적인 사실혼상태에서 배우자일방의 사망으로 인하여 사실혼관계가 해소된 경우에 사실혼배우자에게는 배우자상속권이 인정되지 않고, 또한 재산분할청구권도 인정하지 않기 때문에 사실혼배우자의 권리보호가 특히 문제되고 있다.

사실혼의 해소에는 당사자 쌍방이 생존중에 사실혼이 해소된 경우와 배우자일방의 사망으로 사실혼이 해소된 경우가 있다. 그런데 전자의 경우는 당사자 사이에 사실혼 중에 쌍방의 기여로 취득한 재산에 대하여 재산분할법리가 유추적용된다는 것이 학설, 판례의 입장이기 때문에 생존중에 사실혼이 해소되어도 큰 문제가 되지 않을 것이다.

10) 대법원 1986.3.11. 선고 85므89 판결 [공1986.5.1.(775),634].

11) 대법원 2001. 4. 13. 선고 2000다52943 판결 [공2001.6.1.(131),1129]; 대법원 1996. 9. 20. 선고 96므530 판결 [공1996.11.1.(21),3190].

12) 정광현, 신친족상속법요론, 위성문화사, 1961, 153쪽; 대법원, 1960.8.19. 판결; 서울 가정법원, 1964. 5. 26. 선고 63드262 판결.

13) 김주수·김상용, 앞의 책, 243쪽, 이경희, 앞의 책, 139쪽, 한봉희, 앞의 책, 120쪽, 대법원, 대법원, 1970. 4. 28. 선고 69므37; 동, 1994. 11. 4. 선고 94므1133; 고창현, 사실혼 과부의 법적 지위, 현대법학의 제문제(청년 검증학박사학위논문), 박영사, 1984, 696쪽.

14) 박윤직, 앞의 책, 55쪽; 이경희, 앞의 책, 356쪽.

그런데 문제가 되는 것은 배우자일방의 사망으로 인하여 사실혼관계가 해소된 경우에 사실혼배우자는 혼인신고가 없기 때문에 상속개시가 되어도 배우자상속권이 없다. 이 경우에 사실혼중에 쌍방이 협력하여 취득한 재산은 사망배우자의 상속인이 상속하게 된다. 이하에서는 사실혼 배우자 일방의 사망으로 사실혼관계가 해소된 경우에 생존사실혼배우자의 보호에 관련하여 첫째 상속법리의 적용여부, 둘째 재산분할법리의 유추적용여부, 셋째 기타 논의되는 법리구성들 순으로 알아보도록 한다.

제기된 문제와 관련하여 우리법제와 유사한 체계를 유지하고 있는 일본의 학설과 판례를 동향을 살펴보고, 우리나라에서 이에 관하여 논의되고 있는 내용들 검토해 보도록 하겠다.

A. 일 본

내연배우자¹⁵⁾ 일방의 사망으로 인하여 사실혼관계가 해소된 경우에 재산분여법리의 적용여부에 관하여 긍정설과 부정설이 존재한다. 그리고 사실혼 배우자일방의 사망으로 사실혼관계가 해소된 경우에 생존사실혼배우자에게는 상속권을 인정하지 않는 것이 통설, 판례의 경향이다. 또한 사실혼배우자 일방의 사망으로 인하여 사실혼관계가 해소된 경우에 ‘공유하는 부동산을 주거 또는 공동사업을 위하여 사용해왔다면 그 일방이 사망한 후에 타방이 위 부동산을 단독으로 사용한다는 합의가 있었다’고 하여 상속인의 부당이익의 주장에 대하여 기각한 사례가 있었다. 아래에서는 이에 관한 학설과 판례들의 동향을 살펴보도록 하겠다.

1. 학 설

(1) 긍정설

사실혼배우자가 협력하여 취득한 재산이 배우자일방의 명의로 되어 있어도 실질적으로는 사실혼배우자의 공유재산이라고 해석하여야 하기 때문에

15) 일본에서는 사실혼을 내연관계로 표현하고 있으나 우리나라의 사실혼관계와 동일한 개념이다. 따라서 용어를 통일하여 이하에서는 ‘내연관계’를 ‘사실혼관계’로 표현하기로 한다.

사실혼 배우자일방의 사망으로 사실혼관계가 해소된 경우에 공동재산을 분할 및 청산할 필요성이 있다. 따라서 사실혼 배우자일방의 사망으로 인하여 사실혼관계가 해소된 경우에 재산분여법리를 준용할 필요가 있다.¹⁶⁾

(2) 부정설

사실혼 배우자일방의 사망으로 인하여 사실혼관계가 해소된 경우에 재산분여법리를 적용하는 것을 부정하면서 그 근거는 재산분여법리는 혼인관계가 이혼으로 해소된 경우에 적용되고, 배우자일방의 사망으로 혼인관계가 해소된 경우에 상속법리로 해결하는 것이 각각의 법리취지이다. 만약 사실혼 배우자일방의 사망으로 사실혼관계가 해소된 경우에 재산분여법리를 적용하는 것은 양법리의 체계를 무너뜨리는 것이므로 이를 부정하고 있다.¹⁷⁾

2. 판례의 동향

사실혼관계가 생존중에 해소된 경우에 재산분여법리를 적용하는 것처럼 사실혼 배우자일방의 사망으로 사실혼관계가 해소된 경우에도 재산분여법리를 적용할 수 있느냐에 관하여 판례에서도 긍정하는 경우와 부정하는 경우로 나뉘어져 있다.

(1) 긍정설

1) 사실혼의 妻의 협력으로 사실혼의 夫가 축재한 경우에 사실혼의 夫가 사망하면, 사실혼의 妻에게는 상속권이 없기 때문에 이러한 재산은 사실혼의 夫의 상속인이 상속하게 되고, 사실혼의 妻는 재산을 확보할 수 없게 된다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 사망해소의 경우에도 재산분여를 유추적용하고, 사실혼의 夫의 상속인에 대하여 재산분여를 청구하는 것이 가능하다.¹⁸⁾

16) 二宮周平, 家族法, 新世社, 2006, 150面; 床谷文雄, ‘内縁夫婦の一方が死亡した場合において生存配偶者は財産分與請求權を有するか’ 法學セミナ 第452號(平成 4) 1992, 133面.

17) 船越降司, ‘内縁夫婦が共同經營によって得た財産とその歸屬’ 家族法判例百選(昭和 63) 1988, 55面; 山口純夫, ‘内縁生存配偶者の財産分與請求權,’ 判例タイムズ 第543號(昭和 60) 1985, 135面; 井上哲男, ‘遺産分割における得た財産とその歸屬,’ 判例タイムズ 第688號(平成 1) 1989, 133面.

2) 그런데, 이혼으로 부부공동체가 해소된 경우에 배우자일방이 타방에 대하여 재산분여의 청구를 인정하고, 혼인중에 부부가 상호간에 협력하여 형성한 실질적 부부공동재산의 청산을 도모하고 있는 민법 제768조 제1항의 취지를 고려하면 사실혼배우자 일방의 사망으로 사실혼관계가 해소된 경우에 있어서도 동일하게 실질적 부부공동재산을 청산하는 것이 상당하므로 동 조항을 유추적용하고, 생존사실혼배우자는 사망배우자의 상속인을 상대로 재산분여의 청구가 가능하다고 해석하는 것이 상당하다.¹⁹⁾

(2) 부정설

‘사실혼의 해소와 재산분여’에 관한 사건으로 ‘현행법은 사실혼관계를 포함하는 혼인중의 부부의 재산에 있어서 이혼으로 혼인이 해소된 경우에 재산분여제도에 의하여 청산하고, 또 배우자일방의 사망으로 혼인이 해소된 경우에 상속제도를 통하여 배우자상속권을 취득하게 된다. 따라서 생존중 혼인해소를 전제로 하는 재산분여규정은 사실혼 배우자일방의 사망의 경우에 재산분여규정은 유추적용되지 않는다. 또 사실혼 배우자일방이 사망한 경우에는 상속규정이 적용되지 않기 때문에 사실혼의 夫의 사망으로 사실혼관계가 해소된 경우라도 재산분여제도를 준용하여 사실혼의 夫의 유산에 대하여 사실혼의 妻에게 재산분여를 인정하는 것은 이혼법 및 상속법에 대하여 현행법의 체계를 붕괴하는 것이다.’²⁰⁾

(3) 최고재판소 판결

민법은 법률상 부부의 혼인해소시에 재산관계의 청산 및 혼인해소 후의 부양에 관하여 이혼의 경우에는 재산분여, 사망해소의 경우에는 상속에 의하여 처리하고 있으므로 사실혼관계가 생존중에 해소된 경우에 재산분여규정을 유추적용할 수 있으나 사실혼배우자의 일방의 사망으로 사실혼관계가 해소된 경우에 ‘이혼에 적용되는 민법 제768조 재산분여규정은 유추적용할 수 없다’라는 입장을 명백히 하였다. ‘상속개시시에 재산분여법리를 통하여

유산청산을 인정하는 것은 상속에 의한 재산승계의 구조의 중심에 이질의 계기를 가져오므로 법이 예정하지 않은 것이다’라고 하여 재산분여규정을 유추적용할 수 없다.²¹⁾ 이 입장에서 사망한 사실혼배우자의 유산을 생존사실혼배우자의 공유재산으로서 공유지분을 인정하고, 공유물의 분할 등 재산법상의 법리로 해결하게 되었다.

(4) 최고재판소 판결

‘사실혼배우자가 공유하는 부동산을 주거 또는 공동사업을 위하여 공동으로 사용해왔다면 특단의 사정이 없는 한, 양자간에 있어서 그 일방이 사망한 후에 생존사실혼배우자가 위 부동산을 단독으로 사용한다는 의사의 합의가 성립하였다고 추인하는 것이 상당하다’라고 하여 공유지분의 상속인으로부터 부당이득의 주장을 기각하였다.²²⁾

이상의 학설과 판례를 검토한 결과, 사실혼 배우자일방의 사망으로 사실혼관계가 해소된 경우에 사실혼배우자를 보호하는 방법으로서 상속권을 인정하지 않는다는 점에서 학설과 판례는 동일한 입장이다. 다만 ‘재산분여법리’의 적용여부에 관하여 학설이 긍정설과 부정설이 존재한다.

하급심판례에서도 재산분여법리의 적용여부에 관하여 긍정설과 부정설이 존재하고 있으나 최고재판소에서는 재산분여법리의 적용을 부정하고 있다. 다만, 최고재판소는 재산분여법리의 적용을 부정하고, 재산법상의 법리로 사실혼 중에 배우자가 상호간에 협력하여 취득한 재산에 관한 분쟁을 해결하고 있다.

B. 우리나라

1. 상속법리의 적용여부

사실혼 배우자일방의 사망으로 인하여 사실혼관계가 해소된 경우에 생존 사실혼배우자에게 상속법리를 통하여 보호할 수 없겠느냐가 문제되고 있다.

18) 大阪家審, (昭和 58) 1983. 3. 23, 家裁月報(第36卷 6号), 51面.
 19) 大阪家審, (平成 1) 1989. 7. 31, 家裁月報(第42卷 7号), 45面.
 20) 大阪高裁(平成 4) 1992. 2. 10, 家裁月報(第45卷 1号), 120面.

21) 最高裁, 平成(12) 2000. 3. 10, 判例時報(第1716号), 60面.
 22) 最高裁, 平成(10) 1998. 2. 26, 判例時報(第1643号), 74面.

사실혼배우자는 배우자일방의 사망을 원인으로 하여 배우자상속권을 인정하는 것은 입법론으로는 몰라도 해석론으로서는 인정할 수 없다는 것이 다수설이다.²³⁾ 사실혼배우자에게 상속권을 부정하는 이유는 상속은 재산에 대한 권리, 의무의 승계이어서 자칫하면 분쟁을 일으킬 우려가 있고 또 공익에도 관계가 있으며 상속인의 순위를 법률상 확립적으로 정하고 있는 것으로 보아 민법 제1003조에서 말하는 배우자란 법률상의 부부만을 의미할 뿐 사실혼부부는 이에 포함되지 않는 것으로 보인다.²⁴⁾ 또한 법률혼과 사실혼과의 구별의 실익도 있어야 하기 때문에 배우자상속권을 배제하는 것은 당연할 것이다. 그러나 사실혼배우자 사이에도 배우자상속권을 인정하는 견해가 있다.²⁵⁾

사실혼 배우자일방의 사망으로 사실혼관계가 해소된 경우에 사실혼배우자에게 상속권을 인정하지 않는 것은 상속관계는 호적에 공시되어 확립적으로 처리되어야 한다거나 사실혼의 증거가 곤란하다든가, 신고혼주의로 혼인을 통제하는 의미가 없어진다는 등의 문제를 제기하고 있다. 그러나 이들 이유는 사실혼의 보호로부터 상속만을 배제하는 절대적 이유가 될 수 없다. 이혼시의 재산분할이나 배우자상속권은 모두 부부재산의 청산이나 배우자의 생활보장이라는 공통의 근거를 가지고 있는데²⁶⁾ 사실혼관계가 해소된 경우에 재산분할청구권의 규정은 유추적용하면서 상속만을 배제한다는 것은 균형을 잃은 해석이라고 생각한다.²⁷⁾

2. 재산분할법리의 적용여부

(1) 학 설

1) 긍정설

사실혼배우자일방의 사망으로 사실혼관계가 해소된 경우에 배우자가 혼

인신고를 하지 않았기 때문에 배우자상속권을 인정할 수 없다면 다른 법리를 통하여 생존사실혼배우자를 보호할 수 없겠느냐가 문제되고 있다.

이에 관하여 생존중에 사실혼관계가 해소된 경우에 피상속인의 유산에 대하여 민법상의 재산분할법리를 사실혼에도 유추적용하고 있는 것에 반하여 배우자일방의 사망으로 사실혼이 해소된 경우에는 상속법리가 바로 적용될 수 없다. 사실혼배우자의 일방이 사망할지라도 사실혼배우자는 혼인신고를 하지 않았기 때문에 배우자상속권이 부정된다.

이처럼 사실혼배우자에게 배우자상속권을 부정하면, 동일한 사실혼관계가 생존중에 해소되느냐 아니면 배우자일방의 사망으로 해소되느냐에 따라 양자사이에 형평성에 어긋나기 때문에 사실혼배우자일방의 사망으로 인하여 사실혼이 해소된 경우에도 재산분할법리를 유추적용하는 견해가 있다.²⁸⁾ 그 이유는 사실혼에는 그 해소가 있을지언정 이혼이라는 관념은 없다. 즉, 사실혼의 관점에서 볼 때 사망에 의한 해소나 생전의 해소에는 본질적 차이가 없다. 그에 따른 효과에 차이가 있을 뿐이다. 이는 사실혼에 대해서는 이혼이라는 표현을 쓰지 않고, 사실혼 해소라는 표현을 사용하는 데서 잘 드러난다. 그러므로 사망에 의한 사실혼 해소의 경우에도 이를 인정할 수 있다고 한다.

2) 부정설

재산분할법리의 유추적용을 부정하는 입장에서는 재산분할과 상속 사이에는 중요한 차이점이 있다.²⁹⁾ 그것은 이혼시의 재산분할의 금액 및 방법을 정함에 있어서는 ‘당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수, 기타 사정을 참작해야 하므로(민법 제839조의2 제2항) 변론종결시에 있어서 당사자 쌍방의 재산상태 외의 위자료액수와 위자료액수의 결정에 있어서 참작한 사유 등도 위의 기타 사정으로 고려하여 분할하는 것이 장애가 되지 않는다. 이에 비하여 상속의 경우에는 배우자도 포함한 상속인간에 일정한 비율로 다시 말해서 기계적, 확립적으로 피상속인의 재산이 분배되는 것이다. 이는 상속의 경우에 피상속인의 채권자 등의 이익도 배려해 권리관계를 확립적으로 처리

23) 김주수·김상용, 앞의 책, 249쪽; 김용한, 신친족상속법론, 박영사, 2002, 161쪽; 양수산, 앞의 책, 316쪽; 한봉희, 앞의 책, 129쪽.

24) 양수산, 앞의 책, 316쪽.

25) 정광현, 앞의 책, 154쪽; 이경희, 앞의 책, 142쪽.

26) 박윤직, 앞의 책, 18쪽·54쪽; 이경희, 앞의 책, 142쪽·356쪽.

27) 이경희, 앞의 책, 142-143쪽.

28) 권순환, 상속법의 미래의 과제, 가족법연구(제14호), 한국가족법학회, 2000, 378쪽.

29) 손승운, ‘사실혼관계 해소와 관련한 문제’ 가정법원사건의 제문제(재판자료집 제101집), 법원도서관, 2003, 348쪽.

하러 하는 것이다. 그리고 배우자상속권은 배우자가 그 형성에 관여하지 않았던 재산을 취득할 수 있다는 점에서 재산분할청구권보다 유리하다.³⁰⁾

(2) 대법원판례

1) 재산분할에 관한 민법 규정을 사실혼관계에 준용 또는 유추적용할 수 있는지 여부

사실혼 배우자일방의 사망으로 사실혼관계가 해소하는 경우에 생존사실혼배우자는 재산분할청구권을 행사할 수 없다는 견해이다. 즉, ‘사실혼이란 당사자 사이에 혼인의 의사가 있고 객관적으로 사회관념상으로 가족질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있는 경우이고, 부부재산에 관한 청산의 의미를 갖는 재산분할에 관한 법률 규정은 부부의 생활공동체라는 실질에 비추어 인정되는 것으로서 사실혼관계에도 이를 준용 또는 유추적용할 수 있기 때문에, 사실혼관계에 있었던 당사자들이 생전에 사실혼관계를 해소한 경우 재산분할청구권을 인정할 수 있으나, 법률상 혼인관계가 일방 당사자의 사망으로 인하여 종료된 경우에도 배우자에게 재산분할청구권이 인정되지 아니하고 단지 상속에 관한 법률 규정에 따라서 망인의 재산에 대한 상속권만이 인정된다는 점 등에 비추어 보면, 사실혼관계가 일방 당사자의 사망으로 인하여 종료된 경우에는 그 상대방에게 재산분할청구권이 인정된다고 할 수 없다.’³¹⁾

생각건대, 법률혼 부부가 이혼하는 경우에는 재산관계의 청산과 혼인해소 후에 부양과 관련하여 부양적 요소를 함께 포함하여 혼인중 협력하여 취득한 재산을 청산하는 것이 재산분할법리이다. 반면에 배우자일방의 사망으로 인하여 혼인관계가 해소된 경우에는 상속법리가 적용된다. 배우자상속권은 청산적 요소와 부양적 요소를 함께 갖추고 있다.³²⁾ 재산분할법리와 상속법리는 각각 그 원인을 달리한다. 즉, 재산분할법리는 이혼을 원인으로, 상속법리는 사망을 원인으로 한다. 본래 배우자상속권은 혼인한 배우자 사이에 인정한다. 사망으로 법률혼이 해소된 경우에 상속법리가 적용된 것처럼 사

실혼 배우자일방이 사망하는 경우에 생존사실혼배우자를 보호하기 위하여 상속법리를 바로 적용하는 것은 현행법의 해석상으로는 불가능하다. 상속법리는 혼인신고를 한 법률혼 배우자에게만 배우자상속권을 인정하기 때문에 혼인신고를 하지 않은 사실혼배우자를 바로 상속법리를 적용하는 것은 현행법률체계를 붕괴시키는 것이다.³³⁾ 왜냐하면 사실혼부부는 혼인신고를 전제로 하는 법률혼효과에 대하여 유추적용을 할 수 없기 때문이다. 사실혼 배우자일방의 사망으로 사실혼관계가 해소된 경우에 생존사실혼배우자를 상속법리로 보호한다면 법률혼과 사실혼을 동일하게 다루어 법률혼주의를 취하는 현행법이니에도 반한다.

3. 기타 논의되는 법리들

사실혼 배우자일방의 사망으로 사실혼관계가 해소된 경우에 가족법상의 상속법리나 재산분할법리가 적용될 수 없다면 생존사실혼배우자를 보호하기 위하여 기타 논의되고 있는 법리를 살펴볼 필요가 있을 것이다.

이미 기술한 것처럼 일본에서는 사실혼배우자일방의 사망으로 사실혼관계가 해소된 경우에 재산분여법리나 상속법리를 적용을 부정하고, 재산법상의 법리를 적용하는 최고재판소의 판례가 있다. 현재 우리나라에서는 이 문제와 관련하여 깊게 논의가 되고 있지 않은 것으로 보인다.

사실혼 배우자일방의 사망으로 사실혼관계가 해소된 경우에 생존사실혼배우자를 보호하는 법리를 구성하고 있는 견해들을 검토해 보기로 한다.

(1) 특별연고자제도 또는 기여분제도의 수정을 통해 보호

사실혼배우자에게는 상속권을 인정할 수 없으므로 특별연고자의 재산분여제도 내지 기여분제도의 수정보완을 통하여 배우자를 보호하는 방안을 모색하여야 한다. 왜냐하면 특별연고자의 재산분여청구는 상속인이 존재하는 한, 배우자는 보호받을 수 없다. 또한 기여분제도도 상속인에 한정되기 때문에 배우자는 보호받을 수 없기 때문이다.³⁴⁾

30) 손승운, 앞의 논문, 349쪽.

31) 대법원 2006.3.24. 선고 2005두15595 [공2006.5.1.(249),745]; 대법원 1994.10.28. 선고 94므246,94므253 [공1994.12.1.(981),3126].

32) 박윤직, 앞의 책, 18쪽, 54쪽, 이경희, 앞의 책, 356쪽.

33) 김시철, ‘일방 당사자의 사망으로 인하여 사실혼관계가 종료된 경우 그 상대방에게 재산분할청구권을 인정할 수 있는지’ 대법원판례해설(통권 제61호), 법원도서관, 2006, 490-491쪽.

(2) 공유지분권확인 또는 공유물분할청구권에 의한 보호

사실혼배우자는 상속권이 인정되지 않으나 부양적 요소를 고려하여야 한다. 왜냐하면 사실혼 중에 상호간에 협력을 통하여 부부재산을 형성하였기 때문에 그 축적된 재산에 대하여 부양적 요소를 고려하여 잠재적 지분의 축적을 인정하고 사별해소에 의하여 그 잠재적 지분이 현재화되어 상속인들과 일종의 공동소유관계에 있게 된다는 점에서 그러한 공유지분확인 또는 공유물분할청구의 방식으로 사실혼배우자를 보호하는 견해이다.³⁵⁾

(3) 사건으로 '공유재산법리'³⁶⁾ 혹은 '부당이득반환법리'를 통하여 사실혼 배우자를 보호할 수 있다고 생각한다.

1) 공유재산으로 법리를 구성하는 방법이다.

민법 제830조 제2항, '부부의 누구에게 속한 것인지 분명하지 아니한 재산은 부부의 공유로 추정한다'라는 규정도 사실혼 부부에게 유추적용된다는 것이 통설과 판례의 입장이다.

혼인중 부부쌍방이 협력하여 취득한 재산이 누구의 명의로 되어 있어도 혼인관계가 원활하다면 문제가 될 것이 없을 것이다. 문제가 되는 경우는 혼인관계가 해소된 때이다. 혼인관계가 해소되었음에도 불구하고 굳이 경제공동체를 함께할 필요성이 없을 것이다. 혼인중의 재산구성에는 특유재산과 공유재산 그리고 실질적 공유재산으로 구분할 수 있다. 특히 문제가 되는 재산은 실질적 공유재산이라고 할 수 있을 것이다. 대법원판례도 '부부의 일방이 혼인 중에 자기 명의로 취득한 재산은 그 명의자의 특유재산으로 추정되지만, 실질적으로 다른 일방 또는 쌍방이 그 재산의 대가를 부담하여 취득한 것이 증명된 때에는 특유재산의 추정은 번복되어 다른 일방의 소유이거나 쌍방의 공유라고 보아야 한다.'³⁷⁾

사실혼 중에 부부가 협력하여 취득한 부동산이 7억원(구체적 남편 4억원, 부인 3억원)인데 그 부동산을 처의 명의로 취득한 경우이다. 이 경우에 생

34) 박윤직, 상속법, 박영사, 2004, 55-56쪽.

35) 김상준, 혼외가족의 법률문제, 민사판례연구 제18권, 1996, 박영사, 536-537쪽.

36) 양수산, 앞의 책, 297쪽.

37) 대법원 1995.10.12. 선고 95다25695 [공1995.12.1.(1005),3738].

존사실혼배우자는 처가 사망하는 경우에 사망배우자의 상속인이 그 재산을 상속하게 된다. 이때에 생존사실혼배우자는 사망배우자의 상속인을 상대로 혼인중 사망배우자와 협력하여 사망배우자의 명의로 취득한 부동산중에 4억원이 자신의 지분이라고 주장하여 재산분할을 청구할 수 없고 또한 상속도 할 수 없게 된다. 그렇다면 위의 사실관계에서 사실혼관계가 생존중에 해소된 경우에는 부동산명의자인 처를 상대로 재산분할을 청구할 수 있으나 부동산명의자가 사망한 경우에는 재산분할청구권은 물론 상속권도 인정되지 않는다. 사실혼관계가 생존중에 해소된 경우에는 재산분할청구권이 인정되는데, 사실혼배우자일방의 사망으로 사실혼관계가 해소되어도 재산분할청구권도 상속권도 인정되지 않는다. 이처럼 혼인중에 상호간에 협력을 통하여 취득한 동일한 공유재산에 대하여 재산분할이 인정되고, 인정되지 않는 것이 문제이다.

사실혼관계도 재산분할청구권이 유추적용되기 때문에 혼인중에 상호간에 협력을 통하여 취득한 재산에 대하여 법률상 혼인처럼 순수한 특유재산에 해당하지 않은 재산은 공유재산 내지 실질적 공유재산에 해당하게 될 것이다.³⁸⁾ 그러한 공유재산 내지 실질적 공유재산이 사실혼배우자일방의 사망으로 재산분할을 청구할 수 없고, 또한 법률혼이 아니기 때문에 상속도 할 수 없게 되어 사실혼배우자의 보호는 무방비상태가 된다. 이러한 불합리함을 해결하기 위하여 사실혼배우자가 선택할 수 있는 방법은 사실혼배우자가 죽어가고 있는 배우자에게 사실혼관계를 청산하고, 혼인중에 취득한 재산에 대하여 분할을 청구하는 것이다. 그러나 이것은 혼인윤리상 또한 사회적 윤리에도 큰 문제가 될 것이다.

사실혼배우자일방이 사망하였기 때문에 생존사실혼배우자는 혼인중에 협력을 통하여 취득한 공유재산이 존재함에도 불구하고 재산분할청구권을 행사할 수가 없다.

그런데 본조는 사실혼부부에게도 유추적용되기 때문에 사실혼배우자일방의 사망으로 사실혼관계가 해소된 경우에 생존사실혼배우자는 사망한 사실혼배우자의 상속인에게 상속재산에 대하여 생존사실혼배우자가 피상속인과의 사실혼기간 동안에 협력하여 취득하였다는 사실을 입증하여 상속재산상

38) 김주수·김상용, 앞의 책, 230쪽·248쪽, 이경희, 앞의 책, 124쪽, 한봉희, 앞의 책, 127쪽.

의 공유지분의 분할을 청구할 수 있을 것이다. 공유재산의 분할은 실질적 공유비율에 따라 분할하는 것을 원칙으로 하여야 하겠지만, 공유비율에 대한 입증이 되지 아니한 경우에는 공유재산의 분할비율, 즉 각각 2분의 1로 분할하여야 할 것이다. 이때에 생존사실혼배우자를 안정적으로 보호하기 위하여 공유재산의 분할당사자인 상속인 전체를 불가분 상속채무자 또한 연대채무자로 하는 것이 합리적일 것이다.³⁹⁾

2) 부당이득반환법리를 구성하는 방법이다.

민법 제741조 ‘법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고, 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다’라고 규정하여 부당이득의 개념을 규정하고 있다. 부당이득반환법리는 통설적인 입장에서 공평 또는 정의의 관념에서 인정하고 있다. 즉 정당한 이유없이 타인의 손실에서 재산적 이득을 얻은 자는 당연히 그 이득을 손실자에게 반환할 의무 내지 채무를 법률상 부담하고, 그에 대응하는 손실자에게는 부당이득반환청구권이 법률상 당연히 인정된다. 부당이득은 법률상 원인없는 이득이 생겼다는 사실 자체만으로 이득반환의무를 발생케 하는 것이다. 또한 수익과 손해 사이에는 인과관계가 있으면 충분하다. 그 인과관계는 사회관념상 그 연결이 인정되는 것으로도 충분하고, 반드시 직접적인 것임을 요구하지 않는 것이 통설적인 견해이다.

부당이득반환법리는 사실혼중에 배우자 상호간에 협력하여 취득한 재산이 존재하지만 사실혼배우자일방의 사망으로 사실혼관계가 해소되고, 사망배우자의 상속인은 사망배우자의 재산을 상속하게 된다. 사망배우자의 상속인이 상속하게 된 상속재산에는 생존사실혼배우자가 사실혼중에 사망배우자와 협력하여 취득한 공유재산의 지분도 포함되어 있으므로 사망배우자의 상속인은 법률상 원인없이 생존사실혼배우자의 공유지분을 취득하는 결과가 된다.

그렇다면 생존사실혼배우자는 사망배우자의 상속인을 상대로 부당이득반환법리를 통하여 사실혼중에 협력하여 취득한 공유재산의 지분을 반환받을 수 있을 것이다. 이 경우에 생존사실혼배우자가 사실혼중에 사망배우자와의 상호간에 협력하여 취득한 공유재산의 지분에 대하여 청산적 요소가 중심

이 될 것이다.

3) 사실혼배우자 일방의 사망으로 사실혼관계가 해소된 경우에 다양한 특별법에서⁴⁰⁾ 배우자는 사실혼배우자를 포함하여 생존배우자의 부양적 요소에 초점을 맞추고 있다. 그리고 비교법적으로 볼 때에 외국의 입법례에서 사실혼배우자 일방의 사망의 경우에 생존사실혼배우자를 보호하기 위하여 부양적 요소를 중심으로 법리를 구성하고 있다. 그렇다면 사실혼관계가 배우자 일방의 사망으로 해소된 경우에 생존사실혼배우자를 보호하기 위하여 우리나라의 다양한 특별법과 외국의 입법례처럼 생존사실혼배우자는 부양법리에 따라 보호되어야 혼인윤리상 또는 정의와 공평의 관념에서도 타당할 것이다.

4) 이상과 같이 사실혼관계가 배우자 일방의 사망으로 해소된 경우에 재산법상의 법리에 따라 사실혼 중에 상호간에 협력하여 취득한 재산에 대하여 공유물의 분할법리 또는 부당이득반환법리를 적용하고, 그리고 생존사실혼배우자의 보호하기 위하여 다양한 특별법과 외국의 입법례에서 볼 수 있는 것처럼 부양법리를 고려할 때에 공유물의 분할법리나 부당이득반환법리는 혼인 중 협력하여 취득한 공유재산은 청산적 요소가 중심이 될 것이고, 생존사실혼배우자의 안정적인 생존권을 보호하기 위하여 부양적 요소를 통하여 보호하는 법리를 구성하여야 할 것이다. 이상의 요소들을 고려할 경우에 사실혼배우자일방의 사망으로 사실혼관계가 해소된 경우일지라도 생존중에 혼인관계가 해소되어 재산분할청구권을 행사하는 것과 거의 유사한 결과가 될 것이다. 그리고 기술한 것처럼 재산분할청구권은 청산적 요소가 중심이 되고, 부수적으로 부양적 요소를 참작하고 있다. 또한 배우자상속권은 부부재산의 청산과 배우자의 생활보장에 있다.⁴¹⁾ 재산분할법리와 배우자상속법리가 양자 사이에 유사하기 때문에 사실혼배우자일방의 사망으로 사실혼관계가 해소되어도 사건에 의하면 재산분할법리를 통하여 생존사실혼배우자를 보호하여도 무방할 것으로 생각된다. 더 나아가서는 배우자상속

39) 윤진수, 앞의 논문, 38쪽.

40) 공무원연금법 제3조 1항 2호 가항, 군인연금법 제3조 1항 4호 가항, 산업재해보상법 제5조 3항, 근로기준법시행령 제48조 1항 1호, 선원법시행령 제29조 1항, 국가유공자 예우 등에 관한 법률 제5조 제1항 1호.
41) 박윤직, 앞의 책, 18쪽·54쪽; 이경희, 앞의 책 142쪽·356쪽.

법리도 부부재산의 청산과 배우자의 생활보장에⁴²⁾ 있기 때문에 결국은 사실혼배우자에게도 상속권을 인정하여도 큰 무리가 되지 않을 것이다. 다만, 이 경우에 현행법상 혼인은 법률혼주의를 취하고 있기 때문에 사실혼배우자에게 배우자상속권을 인정하는 경우에 법률혼과 사실혼과의 차이점이 없다는 점에서 문제가 될 것이다. 궁극적으로는 사실혼배우자에게 상속권을 인정하는 입법적 검토가 필요한 시기라는 견해가 있다.⁴³⁾

그러므로 사실혼관계가 사실혼배우자일방의 사망으로 해소된 경우에 생존사실혼배우자를 재산법상의 법리를 구성하여 보호하는 것보다는 가족법상의 재산분할법리를 통하여 생존사실혼배우자를 보호하는 것이 합리적이라고 생각한다.

그러나 현행법상의 해석론으로는 생존사실혼배우자를 재산분할법리나 상속법리 어느 것으로도 보호가 불가능하지만 입법론으로⁴⁴⁾ ‘사실혼관계가 배우자일방의 사망으로 인하여 해소된 경우에 재산분할을 청구할 수 있다’라는 항을 민법 제839조의2 제3항에 신설하고, 기존 제3항은 4항으로 정리하면 가능하지 않을까 생각이 든다.

IV. 맺음말

사실혼관계가 배우자일방의 사망으로 인하여 해소된 경우에 어떠한 사실혼관계를 혼인에 준하여 법률적으로 보호하느냐가 문제될 것이다. 법률상 보호할 가치가 있는 사실혼관계는 첫째, 현행법은 법률혼주의를 취하고 있기 때문에 주관적으로 사실혼 당사자 사이에 혼인의사, 즉, 혼인의사와 혼인신고할 의사가 존재하여야 하고, 둘째 가족질서 또는 사회통념상 정당시

되는 혼인공동체의 실체가 존재하고 있어야 한다.

사실혼 배우자일방의 사망으로 사실혼관계가 해소된 경우에 사실혼중에서 상호간에 협력을 통하여 형성된 재산의 처리는 가족법상 법리로 해결하되 현행법의 체계를 붕괴해서는 안된다고 생각한다. 혼인은 이혼과 사망 2가지의 원인으로 해소되는데, 각각의 해소의 원인에 따라 재산분할법리와 상속법리로 해결하고 있다.

사실혼의 해소에는 생존중에 해소된 경우와 배우자일방의 사망으로 해소된 경우 2가지가 있다. 전자는 재산분할법리를 유추적용하고, 후자는 현행법상 해석론으로는 재산분할법리나 상속법리 어느 것에 의해서도 해결할 수 없다. 이 경우에는 부득이하게 재산법상의 법리를 통하여 해결할 수밖에 없다고 생각된다. 우리나라에서 아직까지 사실혼 배우자일방의 사망으로 사실혼관계가 해소된 경우에 재산법상의 법리로 처리한 판례는 없는 것으로 보인다. 일본의 경우에는 재산법상의 법리로 처리된 최근 최고재판소판결이 있다.⁴⁵⁾

결국, 사실혼 배우자일방의 사망으로 사실혼관계가 해소된 경우에 재산법상의 법리와 재산분할법리와의 사이에 그 법률효과면에서 양자 사이에는 큰 차이가 없다면 가족법상의 문제를 재산법상의 법리로 처리하기보다는 가족법상의 법리로 처리하는 것이 바람직할 것이다.

그런데 현행법의 해석론으로는 이 문제를 해결할 수 없으므로 이 문제는 입법론으로 해결하여야 한다. 입법론으로서 다음과 같이 제안하는 것으로 맺음말에 갈음하고자 한다.

입법론 제839조의2 제3항 신설

제3항 ‘사실혼관계가 배우자일방의 사망으로 인하여 해소된 경우에 재산분할을 청구할 수 있다’.

제4항 기존 제3항은 4항으로 정리한다.

주제

사실혼, 사실혼배우자의 사망, 재산분할, 배우자상속권
de facto marriage, the death of de facto marriage spouse, the property division, the inheritance right of spouse

42) 이경희, 앞의 책, 142쪽.

43) 한봉희, 앞의 책, 371쪽.

44) 윤진수, 앞의 논문, 36-38쪽: 부양적 청구권을 인정하는 입법론이 있다. 사실혼 배우자일방의 사망으로 사실혼관계가 해소되는 경우에 사실혼관계에서 형성된 재산의 처리문제에 대하여 배우자의 부양문제에 관심을 갖고 이 문제점을 해결하는 한 방법으로 유럽과 미국 등에서 논의되고 있는 법리를 소개하면서 사실혼배우자를 보호하되, 법률혼배우자와 동등하거나 더 좋아서는 안된다면서 이 문제를 해결하는 방법으로써 ‘부양법리에 중점을 두면서 부수적으로 청산적 요소를 가미하는 방법’으로 해결하고 있다.

45) 最高裁, 平成(12) 2000. 3. 10, 判例時報(第1716号), 60面.

《참고문헌》

- 곽윤직, 상속법, 박영사, 2004.
 김주수, 김상용, 친족상속법, 법문사, 2006.
 김용한, 신친족상속법론, 박영사, 2002.
 배경숙, 최금숙, 친족상속법강의, 제일법규, 2004.
 양수산, 친족상속법, 일신사, 1994.
 이경희, 가족법, 법원사, 2006.
 이희배, 친족상속법요해, 제일법규, 1995.
 정광현, 신친족상속법요론, 위성문화사, 1961.
 한봉희, 가족법, 푸른세상, 2007.
 김상준, 혼외가족의 법률문제, 민사판례연구 제18권, 박영사, 1996.
 김시철, ‘일방 당사자의 사망으로 인하여 사실혼관계가 종료된 경우 그 상대방에게 재산 분할청구권을 인정할 수 있는지’ 대법원판례해설(통권 제61호), 법원도서관, 2006.
 고창현, 사실혼 과부의 법적 지위, 현대법학의 제문제(정간 김증한박사화갑기념), 박영사, 1984.
 권순환, 상속법의 미래의 과제, 가족법연구(제14호), 한국가족법학회, 2000.
 손승은, ‘사실혼관계 해소와 관련한 문제’ 가정법원사건의 제문제(재판자료집 제101집), 법원도서관, 2003.
 윤진수, 사실혼의 법적 보호 -사실혼배우자 일방이 사망한 경우의 재산문제(해석론 및 방 법론)를 중심으로-, 변화하는 사회와 사실혼의 법적보호 심포지엄, 한국가정법률상담소, 2007.
 二宮周平, 家族法, 新世社, 2006.
 船越降司, ‘內縁夫婦が共同經營によって得た財産とその歸屬’ 家族法判例百選(昭和 63) 1988.
 山口純夫, ‘內縁生存配偶者の財産分與請求權,’ 判例タイムズ 第543號(昭和 60) 1985.
 井上哲男, ‘遺産分割における得た財産とその歸屬,’ 判例タイムズ 第688號(平成 1) 1989.
 床谷文雄, ‘內縁夫婦の一方が死亡した場合において生存配偶者は財産分與請求權を有するか’ 法學セミナ 第452號(平成 4) 1992.

A Protection of de facto marriages — in case of one cohabitant's death —

Jong Yong Park*

De facto marriage means that a couple live together with potential willing to marry. however, it is not considered legitimate marriage because they did not follow legal procedure. Namely, de facto marriage is a relationship that cannot be legally accepted due to no official registration of marriage in spite of a socially accepted marriage life by mutual agreement on the marriage.

De facto marriage only did not registered but socially recognized as proper married spouses. de facto marriage is the same range of protection as legal marriage except a legal position by the submitting of a marriage registration form.

It can be the claim for the property division in case of divorce, the inheritance right in case death. the aim of this paper is to search the protection of the surviving cohabitant de facto marriage in case of one cohabitants death.

死亡에 의한 事實婚의 解消와 財産分割의 類推 Analogy of the Division of Matrimonial Property at the Termination of de facto Marriage by Death

박인환*
(Inhwan Park)

<차

I. 서론	IV. 일본에 있어서 관례와 학설
II. 우리 민법에 있어서 부부재산관계의 청산 구조	V. 찬반양론의 논거에 대한 검토
III. 우리나라에서의 학설	VI. 입법론적 대안에 대하여
	VII. 결론

I. 서론

지난 해 대법원은 사망으로 사실혼관계가 해소된 경우 생존 사실혼 배우자에게 재산분할청구권이 인정되는가라는 문제를 다루었는데, 그에 대하여 민법 제839조의2를 유추적용할 수 없다는 부정적 견해를 밝혔다.¹⁾ 대법원

* 한림대학교 법과대학 조교수.

1) 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005두15595 판결(공2006, 745), 사실혼 배우자의 사망으로 사실혼 관계가 해소된 경우, 생존 사실혼 배우자에게 재산분할청구권이 인정되는지 여부가 과세관청의 증여세 부과처분에 대한 당부 판단의 전제문제가 된 행정사건이다. 그 사실관계는 다음과 같다. 1971년경 A는 처인 B와 협의이혼한 후, 혼인하지 않은 상태에서 1976. C와의 사이에 D를 낳고, 다시 1979. E와의 사이에 F를 낳았다. 그 후 A는 1988년부터 미혼인 X와 같은 집에서 동거를 시작하였는데, 동거 후 10여 년이 경과된 2001. 2. 20. A가 갑자기 사망하였다. 이에 X는 상속인인 D와 F를 상대로 가정법원에 D와 F가 망인의 원고(X)에 대한 위자료지급채무와 재산분할

은 판결이유에서 “...사실혼관계에 있었던 당사자들이 생전에 사실혼관계를 해소한 경우 재산분할청구권을 인정할 수 있으나, 법률상 혼인관계가 일방 당사자의 사망으로 인하여 종료된 경우에도 생존 배우자에게 재산분할청구권이 인정되지 아니하고, 단지 상속에 관한 법률 규정에 따라서 망인의 재산에 대한 상속권만이 인정된다는 점 등에 비추어 보면, 사실혼관계가 일방 당사자의 사망으로 인하여 종료된 경우에는 그 상대방에게 재산분할청구권이 인정된다고 할 수 없다.”고 판시하였다.

그러나 이러한 대법원의 입장을 선뜻 받아들이기는 쉽지 않다. 대법원판결 스스로 인정하고 있듯이 “사실혼관계가 일방 당사자의 사망으로 인하여 종료된 경우에 생존한 상대방에게 상속권도 인정되지 아니하고, 재산분할청구권도 인정되지 아니하는 것은 사실혼 보호라는 관점에서 문제가 있”기 때문이다.

대법원판결은 이에 대하여 법률상 혼인관계가 일방 당사자의 사망으로 인하여 종료된 경우에도 생존 배우자에게 재산분할청구권이 인정되지 아니하고, 단지 상속에 관한 법률 규정에 따라서 망인의 재산에 대한 상속권만이 인정된다는 점을 논거로 들고 있다.

그러나 이 논거는 지나치게 형식 논리적이다. 사망에 의한 법률혼 해소의 경우에는 생존 배우자에게 상속권이 부여되므로, 현행법의 체계상으로는 부부재산관계 청산과 事後 부양이라는 실질적으로 동일한 근거를 갖는 재산분할청구권을 중첩하여 인정할 필요가 없다. 반면에 사실혼 배우자의 사망시에는 생존 사실혼 배우자에게 상속권이 없으므로, 재산분할청구권을 부인하여야 할 실질적 이유는 존재하지 않는다. 오히려 재산분할마저 인정하

금지급채무를 상속하였음을 이유로 재산분할금의 지급을 구하는 위자료 및 재산분할 청구소송을 제기하였다. 이 사건은 조정에 회부되어 가사조정사건으로 계속 중, 상속인들은 원고(X)에게 특정 예금채권을 양도한다는 취지의 임의조정이 성립하였고, 위 상속인들은 위 조정조서에 따라 이 사건 예금채권을 원고에게 양도하고 그 무렵 양도사실을 통지하였다. 그러자 과세관청인 피고 Y가 위 예금채권 양도가 상속 및 증여세법상 증여에 해당한다는 이유로 원고 X에 대하여 증여세를 부과하였다. 이에 원고가 상속인들의 예금채권 등의 양도는 생존 사실혼배우자인 자신의 재산분할청구권 등의 행사에 대한 적법한 의무의 이행일 뿐 증여가 아니므로 증여세부과처분은 무효라고 다툰 사건이다. 보다 상세한 사실관계는 제1심인 수원지법 2004. 12. 29. 선고 2004구합2111 판결 및 김시철, “일방 당사자의 사망으로 인하여 사실혼관계가 종료된 경우 그 상대방에게 재산분할청구권을 인정할 수 있는지” 대법원판례해설, 제61호(2006 하반기) 481면 이하 참조.

지 않는다면, 사망으로 인한 사실혼 해소시에는 실질적 부부 공유재산의 청산과 사후 부양을 전혀 하지 않아도 된다는 것이 되는데, 이는 생존 중 사실혼 해소와의 불균형을 고려할 때 불합리하다고 하지 않을 수 없다. 즉, 우리 판례는 생존 중에 사실혼관계가 해소된 경우에는 재산분할청구권의 유추적용을 인정하고 있으므로 실질적 부부공유재산의 청산과 사후 부양을 실현할 수 있다. 그런데 사망으로 사실혼이 해소된 경우에는 생존 사실혼 배우자가 사후 부양은 고사하고, 부부가 공동의 노력으로 이룩한 실질적 공유재산에 대하여도 아무런 권리를 갖지 못한다.

살아서 사실혼 관계를 해소할 때에는 재산분할이 가능한데, 일생을 함께 하다 사망한 경우에는 왜 재산분할을 허용해서는 안 되는 것일까? 결국 피상속인이 남긴 상속재산 가운데 존재하는 생존 배우자의 실질적 공유지분이—경우에 따라서는 상속재산의 형성에 아무런 기여도 없는—법정상속인에게 귀속되어 버리는 불공평이 발생한다.

위 판결은 “이는 사실혼 배우자를 상속인에 포함시키지 않는 우리의 법제에 기인한 것으로서 입법론은 별론으로 하고 해석론으로서는 어쩔 수 없다.”고 한다. 그러나 과연 그것이 해석론으로서는 불가피한 것인지, 대법원 판결이 제시하는 형식적 논거만으로는 충분히 납득하기가 어렵다. 혹자에 따라서는 이와 같은 사망에 의한 사실혼 해소에 있어서 생존 배우자 구제는 입법적 조치를 기다리든가, 배우자 일방 명의 재산에 대하여 공유관계를 인정하는 등 재산법적 법리를 활용하여 해결할 문제라고 하기도 한다. 그러나 입법론은 별론으로 하고, 재산법적 구성은 뒤에서 살펴보는 바와 같이 문제해결에 있어서 극복하기 어려운 한계를 가지고 있다.

본고는 사망으로 사실혼이 해소된 경우 생존 사실혼 배우자에게 재산분할청구권에 관한 민법 제839조의2를 유추적용하는 것에 대하여, 대법원 판결 등 반대설이 내세우는 논거들이 해석론적으로 극복할 수 없는 것이 아니며, 도리어 생존 사실혼 배우자를 위한 적합한 구체수단이라는 점을 밝히고자 하는 것이다.

이를 위하여 먼저 우리 민법의 법정부부재산제인 부부별산제의 문제점과 그 가운데에서 재산분할제도와 배우자 상속권이 어떤 기능과 역할을 하는지를 살펴보고(II), 사망으로 인한 사실혼 해소에 재산분할을 유추할 수 있는가에 관한 찬반 학설과 그 논거를 조사한다(III). 나아가 보다 다양한 논

거를 살펴보기 위하여 근래 활발한 논의가 전개되고 있는 일본의 판례와 학설을 살펴본다(IV). 이어서 찬반 논거에 대한 검토를 통하여 사망으로 인한 사실혼 해소에 있어서 재산분할 규정의 유추 가능성을 모색한다(V).

II. 우리 민법에 있어서 부부재산관계의 청산 구조

1. 부부별산제와 재산분할 및 배우자 상속의 상호관계

(1) 부부별산제와 재산분할의 의의

사망으로 인한 사실혼 해소시 재산분할규정을 유추적용할 수 있는지에 관하여 구체적 검토를 하기 전에, 먼저 우리 민법의 법정부부재산제에 있어서 재산분할제도가 어떤 역할과 기능을 하는지 살펴볼 필요가 있다.

우리 민법은 혼인공동생활에 따른 부부재산관계에 관하여 부부재산계약(민법 제829조)과 법정재산제(민법 제830조 내지 제833조)의 이원 구조를 취하고 있다. 그러나 우리나라에서 혼인신고 전 부부재산계약을 체결하는 예는 매우 드문 것이 현실이므로,²⁾ 실제 부부재산관계는 법정재산제에 의해 처리되는 경우가 대부분이다.

우리 민법은 법정재산제로 부부별산제를 채택하여 부부의 일방이 혼인 전부터 가진 고유재산과 혼인 중 자기의 명의로 취득한 재산은 그 특유재산으로 하여(민법 제830조 제1항), 각자 관리, 사용, 수익하도록 하면서(민법 제831조), 다만 부부 중 누구에게 속한 것인지 분명하지 아니한 재산은 부부의 공유로 추정하고 있다(민법 제830조 제2항). 그러나 이러한 부부별산제는 부부재산관계의 실질을 잘 반영하지 못한다는 점이 문제점으로 지적되어 왔다.

즉, 혼인의 공동생활 중에 재산을 취득하는 경우 그것을 부부 어느 일방(대개는 夫)의 명의로 하는 경우가 대부분인데, 부부 일방 명의의 재산은 그의 특유재산으로 인정되어 혼인의 공동생활에 협력하여 온 타방 배우자의

2) 2001. 5. 21. 인천 남동등기소에서 최초의 부부재산계약이 등기된 이래 2006.까지 약 10여 건의 예가 있는 것으로 학계에 알려져 있다. 전경근, “부부재산제 개정안에 관한 연구,” 가족법연구(제20권 제3호), 49면. 부부재산계약의 실례에 관해서는 전해정, 부부재산계약(경북대학교 박사학위논문, 2005. 12), 170면 이하 참조.

기여(특히, 처가 전업주부로서 가사에 전념하여 온 경우)를 반영하지 못한다.)³⁾ 이것은 결국 혼인의 자유와 평등을 해하는 결과를 초래하므로, 우리 민법은 1990년 일부개정을 통하여 이혼으로 혼인이 해소될 때 배우자 일방이 타방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있는 제도를 신설하였다. 이에 따라 협의상 이혼한 자의 일방은 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있고(민법 제839조의2 제1항), 이때 재산분할에 관하여 협의가 되지 않는 등의 경우에는 가정법원이 ‘당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수 기타 사정을 참작하여’ 분할의 액수와 방법을 정한다(동조 제2항). 그리고 재산분할청구권은 이혼한 날로부터 2년이 경과하면 소멸하며(동조 제3항), 재산분할에 관한 규정은 재판상 이혼에도 준용된다(민법 제843조).

재산분할제도가 신설됨으로써 종래 부부 공유재산에 대한 기여로서 인정받지 못했던 가사, 육아 등 전업주부의 가사노동에 대해서도 혼인 해소시에는 이를 실질적 부부 공유재산에 대한 기여로 인정하여 그에 대한 재산분할이 가능하게 되었다.⁴⁾ 재산분할제도의 도입에 의하여 우리 민법이 부부재산관계에 관하여 대외적으로는 불가피하게 부부별산제를 취하고 있으면서도, 부부가 혼인 중 ‘쌍방의 협력’(가사 노동 등에 의한 기여를 포함)에

의하여 이룩한 재산에 대해서는 내부적 또는 실질적으로는 부부의 공유재산임을 인정한 것이라고 할 수 있다.⁵⁾

다른 한편으로 재산분할제도에는 이혼 후 경제적 곤란을 겪는 배우자에 대한 사후 부양의 목적도 포함한 것으로 해석할 수 있다.⁶⁾ 따라서 부부의 실질적 공유재산의 청산이나 이혼위자료에 의해서도 이혼 후 생계유지가 곤란한 경우에는 재산분할에 있어서 실질적 공유재산의 분할뿐 아니라 보충적으로 부양적 요소를 고려할 수 있으며,⁷⁾ 재산분할제도의 부양적 요소는 민법 제839조의2 제2항에서 ‘기타 사정을 참작하여’라고 하는 표현에 함축되어 있는 것으로 이해된다. 요컨대, 이혼시의 재산분할제도는 본질적으로 혼인 중 쌍방의 협력으로 형성된 공유재산의 청산이라는 성격에 경제적으로 곤궁한 상대방에 대한 부양적 성격이 보충적으로 가미된 제도로서, “재산분할의 본질은 실질적인 부부공동재산의 청산에 있으므로 재산분할에 의하여 분할되는 재산은 사실상 재산 취득자의 소유에 지나지 아니하고, 재산분할에 의한 자산 이전은 공유물의 분할 내지 잠재화되어 있던 지분권의 현재화”라고 할 수 있다.⁸⁾

- 5) 그러나 실제 재산분할사건에서 여성의 가사노동에 의한 기여에 대한 평가가 충분하지 않다는 비판이 계속해서 제기되었고, 2006. 11. 7. 국회 제출된 법무부 개정안에는 재산분할에 있어서 균등분할의 원칙이 명시되기에 이르렀다. 개정안의 내용에 관해서는 註 10) 참조.
- 6) 김주수·김상용, 친족상속법(법문사, 2007), 225면, 김용한, 친족상속법(박영사, 2004), 158면, 박동섭, 친족상속법(박영사, 2004), 171면, 부양적 요소를 부인하는 견해로서는 배정숙·최금숙, 친족상속법강의(제일법규, 2006), 197면, 배성호, “재산분할청구권의 본질에 관한 재검토(하),” 사법행정 제42권 제12호(2001, 12), 15면 이하, 이에 관한 학설, 판례의 분석으로 정상현, “이혼으로 인한 재산분할청구권의 법적 성격과 상속의 인정 여부에 대한 법리 재검토(상),” 성균관법학 제18권 제1호, 324-330면 이하가 상세하다. 그에 따르면, 판례가 최근 판결에서도 이들 두 요소를 모두 고려하고 있으므로 재산분할청구권을 전제적으로 청산적 요소에 의한 것으로 이해하는 것은 시기상조이지만(같은 330면), 본질적으로 부부가 이혼 후에도 부양의 권리 또는 의무를 인정하는 것에 대해서는 부부평등의 이념에 부합하는 것인지 매우 의문이라고 하면서, 청산설을 지지한다(같은 336면). 그러나 혼인 해소 후 당사자 간 부양의 인정이 부부평등에 모순되는 것이라고는 할 수 없다고 본다.
- 7) 이는 법무부 민법개정안(註 10 참조) 제831조의3에서 혼인 중 재산분할을 인정하는 사유 중 하나로 제1항 제2호에 부양의무 불이행을 열거하고 있으므로 개정안에 따른 혼인 중 재산분할의 경우 부양적 요소가 고려되어 있다는 점은 분명하다. 물론 이 규정이 혼인관계 해소 후의 부양까지를 근거지울 수 있는 것은 아닐 것이다.
- 8) 헌법재판소 1997. 10. 30.자 96헌바14 전원재판부(헌공 제24호).

- 3) 판례는 부부의 일방이 혼인 중 자기 명의로 취득한 재산은 명의자 특유재산으로 추정되고, 상대방이 실질적으로 그 재산의 대가를 부담하여 취득하였음을 증명하지 못하는 한, 재산을 취득함에 상대방의 협력이 있었다거나 혼인생활에 있어 내조의 공이 있었다는 것만으로 추정을 반복할 사유가 되지 못한다고 하여 이를 뒷받침한다. 대법원 1992. 12. 11. 선고 92다21982 판결(공1993상, 451), 대법원 1998. 6. 12. 선고 97누7707 판결(공1998하, 1913), 대법원 1998. 12. 22. 선고 98두15177 판결(공1999상, 264) 등 참조.
- 4) 즉, 판례는 혼인 중 부부 어느 일방 명의의 재산에 대하여 이를 공유재산으로 인정하기 위해서는 그 취득에 있어서 타방 배우자가 실질적으로 대가를 부담하였다는 등의 사실을 입증하도록 하였으나(前註 참조), 이혼시 재산분할제도에 있어서는 부부가 혼인 중에 취득한 실질적인 공동재산을 청산 분배하는 것을 주된 목적으로 하는 것이므로 부부가 협의에 의하여 이혼할 때 쌍방의 협력으로 이룩한 재산이 있는 한, 처가 가사노동을 부담하는 등으로 내조를 함으로써 부의 재산의 유지 또는 증가에 기여하였다면 쌍방의 협력으로 이룩한 재산은 재산분할의 대상이 된다고 하고{대법원 1993. 5. 11.자 93스6 결정(집41-2, 특414, 공1993상, 1400) 등}, 나아가 그것이 특유재산일지라도 다른 일방이 적극적으로 특유재산의 유지에 협력하여 감소를 방지하였거나 증식에 협력하였다고 인정되는 경우에는 분할대상이 될 수 있다고 한다. 대법원 1993. 5. 25. 선고 92므501 판결(집41-2, 특430, 공1993하, 1881), 대법원 1998. 2. 13. 선고 97므1486, 1493 판결(공1998상, 767), 대법원 2002. 8. 28.자 2002스36 결정(공2002, 2337) 등 참조.

다만, 현행법은 부부 사이의 실질적 공유재산의 분할 청산은 혼인 중에 실현할 수 없고, 이혼시에 비로소 가능한 것으로 규정하고 있다. 그러나 이 규정의 취지가 재산분할청구를 반드시 협의이혼 또는 재판상이혼의 경우로만 제한하는 것이라고는 볼 수 없다. 실제 재산분할청구는 혼인 취소의 경우에도 존용된다.⁹⁾ 따라서 실질적으로 보면 재산분할청구가 이혼이라는 신분변동 자체를 원인으로 발생하는 것이 아니라, 널리 부부재산관계 청산의 필요에서 비롯된 것이라고 이해할 수 있다. 이러한 이해의 타당함은 2006. 11. 7. 국회에 제출된 법무부 민법개정안¹⁰⁾이 혼인 중에도 부부 재산관계의 청산이나 부양의 필요가 있는 일정한 경우¹¹⁾에는 재산분할청구

를 인정함으로써 더욱 분명해졌다.

(2) 사망시 부부재산관계의 청산과 배우자 상속권

이혼에 있어서는 재산분할제도에 의하여 부부 사이의 실질적 공유관계가 청산될 수 있는 데 반하여, 사망으로 인한 혼인해소의 경우에는 위와 같은 부부재산관계의 청산은 별도로 행해지지 않는다. 즉, 배우자 사망으로 혼인 관계가 소멸한 경우, 생존 배우자는 사망한 배우자의 재산을 배우자로서 상속할 뿐, 이와 별도로 배우자의 재산에 대하여 자신의 실질적 공유지분의 청산을 주장할 수 없다.

이는 배우자상속제도와 재산분할제도는 사망과 이혼이라는 서로 다른 국면에 적용되는 별개의 제도이지만, 부부공동생활의 해소 후 실질적 공유재산의 청산과 생존 배우자에 대한 사후 부양이라는 근본적으로는 동일한 목적을 가진 제도라는 점에서 이해된다. 즉, 우리 민법은 혼인관계 해소시 실질적 부부 공유재산의 청산과 사후 부양에 관하여, 이혼에 의한 해소시에는 재산분할제도에 의하여, 배우자 사망에 의한 해소시에는 배우자상속에 의하여, 각각 처리하는 이원구조를 취하고 있다. 따라서 현행법의 이원구조 하에서 배우자 사망으로 인한 혼인 해소시 실질적 부부 공유재산의 청산과 사후부양이라는 재산분할의 목적은 배우자 상속권에 흡수됨으로써 그 적용이 배제된다고 할 수 있다.¹²⁾ 그러므로 현행법의 해석론으로서는 배우자 사망의 경우에 동일한 목적을 가진 재산분할을 중첩하여 인정하는 것은 우리 민법이 예정하지 않은 것으로 체계에 반하는 것이 된다.

그러나 현행 공동상속인의 상속분에 단지 5할 가산된 배우자상속분은 — 특히 공동상속인이 많은 경우— 혼인 중 부부 공동의 협력으로 이룩한 실

9) 가사소송법 제2조 제1항 나. 가사비송사건 중 마류사건 4. 참조.
 10) 2006. 11. 7. 법무부는 협의이혼절차 개선과 부부재산제 개선을 내용으로 하는 민법친족상속편에 관한 개정안을 국회에 제출하였다. 그 중에서 부부재산제와 관련한 개정안은 ① 혼인 중 부부재산 가운데 다른 일방이 거주하는 주거용 건물 또는 주거용 건물에 대한 권리 및 그 대지 또는 그 대지에 관한 권리, 다른 일방이 거주하는 주거용 건물에 대한 임대차보증금반환청구권 등의 처분을 제한하는 것(개정안 제831조의2), ② 부부 일방이 타방의 재산분할청구권 행사를 해함을 알면서 재산을 처분하는 경우 이를 사해행위로서 취소할 수 있게 하는 것(개정안 제839조의3), ③ 혼인 중이라도 일정한 사유가 있는 경우에는 재산분할을 허용하는 것(개정안 제831조의3), ④ 재산분할에 있어서 당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산은 균등하게 분할함을 원칙으로 하는 것(개정안 제839조의2 제2항 후단), ⑤ 피상속인의 배우자 상속분을 상속재산의 5할로 하되 혼인 중 재산분할을 받은 경우에는 공동상속인과 균분 상속토록 하는 것(개정안 제1009조 제2항)을 내용으로 한다. 여기서 개정안에 대한 상세한 검토를 할 여유는 없으나 재산분할청구의 실효성을 높이고 법정 부부재산관계에 있어서 수정별산제로서의 성격을 분명히 하였다는 점에서 의의를 찾을 수 있을 것이다. 이 개정안은 법무부 산하 가족법개정특별분과위원회 회의록(2006) 참조. 특히 부부재산제와 관련한 개정안에 대한 상세한 해설로는 윤진수, “민법개정안 중 부부재산제에 관한 연구,” 가족법연구 제21권 제1호(2007. 1), 107면 이하 참조. 그 밖에도 법무부의 개정안 제출 이전에 국회에는 부부재산제에 관하여 한명숙 의원, 이계경 의원, 최순영 의원이 각각 대표발의한 3건의 민법개정법률안이 제출되어 있었다. 각 개정안은 혼인 중 부부재산의 처분 제한, 재산분할 균등비율의 원칙, 혼인 중 재산분할, 부부재산제와 혼인 중 재산분할을 고려한 배우자 상속분의 조정 등을 공통적으로 다루고 있다. 각 개정안에 대한 비교 검토로서는 전경근, “부부재산제 개정안에 관한 연구,” 가족법연구 제20권 제3호(2006. 11), 47면 이하 참조.
 11) 개정안이 열거하고 있는 것은 “1. 부부 일방의 동의 또는 그 동의에 갈음하는 결정을 받지 아니하고 다른 일방이 제831조의2 제1항 또는 제2항의 행위를 할 때, 2. 다른 일방이 정당한 사유 없이 부양의무를 상당한 기간 동안 이행하지 아니한 때, 3. 제839조의2에 따른 재산분할청구권의 행사가 현저히 곤란하게 될 우려가 있는 때, 4.

부부가 정당한 이유 없이 2년 이상 별거하고 있는 때”이다.
 12) 손승은, “사실혼관계 해소와 관련한 문제점,” 가정법원사건의 제문제(재판자료 101집)(법원도서관), 348면도 결론에 있어서 같다. 이에 따르면, 배우자 상속권과 이혼시의 재산분할은 공통의 성격을 갖지만, 재산분할청구가 여러 사정을 고려하여 분할 액수가 결정되는 데 반하여, 배우자 상속권은 획일적 기계적으로 피상속인의 재산이 분배된다는 점에서 다를 뿐 아니라 배우자가 그 형성에 관여하지 않은 재산을 취득할 수 있다는 점에서는 재산분할청구권보다도 유리하다고 한다. 따라서 혼인신고를 한 부부의 일방의 사망에 의해 상속이 개시된 경우에는 혼인의 장에 정해져 있는 재산분할청구권은 배우자로서의 청구권(상속권)에 포섭되어 생존 배우자가 재산분할청구권을 행사할 여지는 없다고 해석된다고 한다.

질적 공유재산의 청산에 전혀 미치지 못하게 될 가능성이 많다. 그렇게 되면, 상속재산에는 생존 배우자의 실질적 공유지분이 포함되어 있으므로, 경우에 따라서는 생존 배우자가 상속재산에 대하여 자신이 갖는 실질적 공유지분보다도 적은 몫을 상속받게 되는 데 반하여, 직계비속 등 다른 공동상속인이 상속재산에 포함되어 있는 생존 배우자의 실질적 공유재산까지 취득하게 되는 불합리가 발생할 수 있다. 따라서 엄밀하게는 생존 배우자가 상속재산에 포함된 자신의 공유지분을 분할하여 청산 받은 다음, 나머지 순수한 상속재산에 대해서 다른 공동상속인과 함께 상속을 받을 때 상속에 있어서의 형평이 실현된다고 보는 것이 타당하다.¹³⁾ 이러한 관점에서 입법론적으로는 혼인이 종료하는 경우, 부부 일방은 원칙적으로 타방이 취득한 재산의 절반에 대하여 분할을 청구할 수 있도록 하고, 이를 배우자 사망으로 인한 혼인 해소시에도 적용하는 것이 타당하다는 주장이 있다.¹⁴⁾

이와 같은 비판에 따라 법무부 민법개정안¹⁵⁾에는 재산분할에 있어서 원칙적 균등분할을 규정하는 한편(개정안 제839조의 제2항 후단), 배우자의 상속분을 조정하여 상속재산의 5할로 하고 있다(개정안 제1009조 제2항). 다만, 혼인 중 재산분할을 받은 경우에는 공동상속인과 균분 상속하는 것으로 한다(개정안 제1009조 제2항 단서). 개정안은 배우자 상속분을 상속재산의 5할까지 인정함으로써 배우자 상속에 있어서 부부재산관계 청산의 요소를 실질적으로 반영할 수 있게 하는 한편, 혼인 중 재산분할을 실시한 경우에는 공동상속인과의 균분 상속만을 인정함으로써 배우자 상속권이 실질적으로는 부부재산관계 청산 등을 위한 재산분할청구권을 흡수한 것이라는 점을 명확히 보여 주고 있다.

3. 사실혼에 있어서 부부재산관계와 재산분할의 유추 여부

(1) 생존 중 사실혼 해소와 재산분할의 유추

사실혼이란, 사실상 부부로서의 혼인생활을 하고 있으면서 단지 혼인신고

를 하지 않아 법률상 부부로 인정되지 않는 관계로서, 부부공동생활의 실체의 측면에서는 사실혼과 법률혼 사이에 차이가 없다.¹⁶⁾ 따라서 판례는 법률혼에 적용되는 법정부부재산제에 관한 민법 규정을 그대로 사실혼에도 적용하여, 사실혼관계에 있는 부부의 일방이 사실혼 중에 자기 명의로 취득한 재산은 그 명의자의 특유재산으로 추정되나, 실질적으로 다른 일방 또는 쌍방이 그 재산의 대가를 부담하여 취득한 것이 증명된 때에는 특유재산의 추정은 반복되어 그 다른 일방의 소유이거나 쌍방의 공유라고 보아야 한다¹⁷⁾고 하여, 법률혼의 법정부부재산제를 사실혼에도 그대로 적용하고 있다. 이와 같이 사실혼의 부부재산관계에 관하여 이를 법률혼과 동일하게 파악한다면, 법정부부재산제가 안고 있는 혼인 해소시 실질적 부부 공유재산 청산의 필요성은 사실혼에 있어서도 마찬가지이다. 따라서 판례는 이혼시의 재산분할청구권을 사실혼 해소의 경우에 대해서도 이를 유추적용하고 있다. 즉, “사실혼이라 함은 당사자 사이에 혼인의 의사가 있고, 객관적으로 사회관념상으로 가족 질서적인 면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인생활의 실체가 있는 경우이므로 법률혼에 대한 민법의 규정 중 혼인신고를 전제로 하는 규정은 유추적용할 수 없으나, 부부재산의 청산의 의미를 갖는 재산분할에 관한 규정은 부부의 생활공동체라는 실질에 비추어 인정되는 것이므로 사실혼관계에도 준용 또는 유추적용할 수 있다.”고 한다.¹⁸⁾ 따라서 쌍방 생존 중에 사실혼관계가 해소된 경우에는 재산분할의 유추적용에 의하여 실질적 부부 공유재산의 청산과 사실혼 해소 후 배우자

13) 김상용, “자녀의 유류분권과 배우자 상속분에 관한 입법론적 고찰,” 우리민법학은 지금 어디에 서 있는가 - 한국 민사법학 60주년 회고와 전망 - 민사법학 특별호(제36호)(박영사, 2007), 686면 이하 참조.

14) 김상용(註 13), 694면, 696면 참조.

15) 註 10) 참조.

16) 대법원 1987. 2. 10. 선고 86므70 판결(공1987, 428), 대법원 1998. 12. 8. 선고 98므961 판결(공1999,127), 대법원 2001. 1. 30. 선고 2000도4942 판결(공2001, 586). 사실혼 인정에 혼인의사가 필요한가에 대하여 통설은 이를 필요한 것으로 보지만(김주수·김상용(註 6), 242면, 박병호, 가족법(한국방송통신대학출판부, 1992), 139면, 배경숙·최금자(註 6), 218면, 박동섭(註 6), 185면, 김용한(註 6), 166면 등), 최근에는 사실혼 보호에 있어서 혼인의사라는 주관적 요건에 대하여 회의적인 견해도 유력하다. 윤진수, 사실혼배우자 일방이 사망한 경우의 재산문제, 저스티스 제100호(2007. 10), 7-10면 참조.

17) 대법원 1994. 12. 22. 선고 93다52068, 52075 판결(집42-2, 민305, 공1995상, 616).

18) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94므1379, 1386 판결(집43-1, 민116, 공1995상, 1612), 대법원 1995. 3. 28. 선고 94므1584 판결(공1995상, 1752), 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005두15595 판결(공2006, 745) 및 학설도 대체로 이에 찬동하고 있다. 학설로서는 우선 김주수·김상용(註 6), 239면, 박동섭(註 6), 172면, 배경숙·최금자(註 6), 194면 등 참조. 이에 대한 반대설로서 김용한(註 6), 168면이 있다.

에 대한 부양이 행해지게 된다.

다른 한편, 혼인 중 재산분할을 규정한 법무부 개정안 제831조의3이 사실혼관계에도 유추적용될 수 있을지가 중요한 문제이다. 현재로서는 이에 관한 학설의 견해를 알 수 없다. 생각건대, 재산분할 규정을 사실혼 해소의 경우에 유추적용하는 이유가 혼인공동생활의 실체라는 측면에서는 사실혼이 법률혼과 다르지 않아 실질적 부부 공유재산의 청산과 부양의 필요가 있다는 것인데, 그러한 유추적용의 취지는 사실혼 관계 존속 중이라 하여 달라질 것이 없고 이미 사실혼 배우자 간에도 부양의무가 인정되어 온 점까지를 고려하면, 법무부 개정안의 혼인 중 재산분할에 관한 규정은 사실혼의 경우에도 유추적용하는 것이 타당하다.

(2) 사망에 의한 사실혼 해소에 있어서의 문제성

위와 같이 판례와 학설은 법률혼에 관한 규정 중 혼인신고를 전제로 하지 않는 부부공동생활의 실질에 관계된 것은 널리 사실혼에 준용 또는 유추적용할 수 있다고 한다. 반대로 혼인신고를 전제로 하는 권리에 관해서는 사실혼은 보호받지 못한다. 혼인신고를 전제로 하는 권리는 사실혼 당사자 이외에 제3자 등 대외적 관계에도 영향을 미침으로써 신고 등에 의한 신분관계의 공시를 필요로 하는 것들로서, 그 대표적인 것이 배우자상속권이다. 사실혼 배우자에 대해서도 상속권을 인정하여야 한다는 학설이 없지 않으나,¹⁹⁾ 혼인신고에 의해 공시되지 않는 사실혼배우자에 대해서는 상속권을 인정하지 않는 것이 통설이다.²⁰⁾

그 결과 사망으로 인한 사실혼 해소의 경우, 실질적 부부 공유재산의 청산 내지 사후 부양에 있어서 생존 사실혼 배우자에게 보호의 흠결이 발생하게 된다. 즉, 법률혼 해소의 경우이든 사실혼 해소의 경우이든 부부공동생활의 실질이라는 측면에서는 모두 동일하게 실질적 부부 공유재산의 청

산과 혼인관계 해소 후 상대방에 대한 부양을 고려할 필요가 있다. 따라서 생존 중 혼인관계 해소의 경우에는 법률혼인가 사실혼인가를 막론하고 동일하게 재산분할청구가 인정된다. 하지만 사망으로 인한 혼인관계 해소의 경우에는 법률혼에 있어서는 배우자 상속권이 인정되는 데 반하여, 사실혼에 있어서만큼은 배우자상속권이 부인됨으로써 실질적 부부 공유재산을 청산하거나 사후 부양을 받을 수 있는 길이 차단되어 버린다. 이는 그 동안 우리 판례와 학설이 취해 왔던 사실혼 보호의 확대 경향에 배치될 뿐 아니라, 특히 생존 중 사실혼 해소시 재산분할규정을 유추적용하여 보호하는 태도에 반한다.

이러한 보호의 흠결을 메우는 방안으로 사실혼 배우자에게 전격적으로 배우자 상속권을 인정하는 것은 어떨까? 배우자 상속권을 생존 사실혼 배우자에게도 인정하는 경우에는 법률혼과 사실혼에 있어서 부부재산관계의 청산과 사후 부양을 각각 동일한 구체수단으로 처리함으로써 이해하기 쉽고 논리적이어서 형식적 整合性은 있다고 할 수 있다. 그러나 사실혼 배우자에게 상속권을 인정하는 것은 상속인의 명확성의 요청, 상속관계의 획일성의 요청 등으로부터 혼인신고 등에 의하여 가족관계로 공시된 자에 대해서만 상속을 허용한다는 상속에 관한 우리 민법의 기본원칙에 반한다. 이러한 원칙들은 상속이 재산의 귀속을 결정하는 제도로서 거래관계에 미치는 영향을 고려하여 우리 민법이 결단한 사항이라고 할 것이어서 해석론으로서 쉽게 완화하거나 포기할 수 없다. 그러므로 입법적 결단²¹⁾이 있기 전까지는 통설과 같이 이를 부인하는 것이 타당하다.

따라서 현단계 해석론으로서 혼인 중 형성된 실질적 부부 공유재산의 청산과 부양이라는 목적에 적합한 구체수단으로서 재산분할에 관한 우리 민법 제839조의2의 유추 가능성을 검토할 필요가 있다. 다양한 사실혼의 양태에 알맞은 개별적 처리가 가능하다는 점에서 재산분할청구가 획일적인 배우자 상속권보다 적합한 구체수단이 될 수 있다는 점에도 주목할 필요가 있다.

다음 장에서는 사망으로 인한 사실혼 해소시 재산분할을 유추적용할 수 있는지에 관한 우리나라의 찬반 학설들에 관하여 살펴보기로 한다.

19) 고창현, “사실혼과부의 법적 지위,” 조선대 사회과학연구 제4권(1981), 135면 이하, 정광현, 신친족상속법요론(법문사, 1962), 154면, 배경숙·최금숙(註 6), 518면, 이경희, 가족법(법원사, 2006), 142면 이하, 김용환(註 6), 167면은 종래의 인정설에서 부정설로 변경되었다.

20) 김주수·김상용(註 6), 249면, 252면, 박동섭(註 6), 190면, 곽윤직, 상속법(박영사, 2004), 55면 등.

21) 사실혼 배우자에게 상속권을 인정하는 입법론에 대해서는 아래 VI. 1 참조.

Ⅲ. 우리나라에서의 확설

1. 유추적용 부정설

사망에 의한 사실혼 해소시 재산분할규정의 유추적용을 부정하는 이유에 관하여, 그 논거를 구체적으로 제시하고 있는 것으로 위 대법원판결에 대한 관례해설이 있다. 그에 의거하여 부정설의 구체적 논거를 정리하면 다음과 같다.²²⁾

가. 유추적용 긍정설은 재산분할에 관한 민법 규정을 단지 유추적용하는 것에 불과한 사실혼관계에 대하여, 쌍방 당사자의 생존 중에 사실혼관계가 종료되지 아니하여 추상적 재산분할청구권도 발생하기 전에 일방 당사자가 사망한 사안에서, 그 생존 당사자에게 재산분할청구권을 인정하여야 한다고 주장하는 것이므로, 법률상 배우자에게도 인정되지 아니하는 권리를 명시적 법률규정 없이 사실혼 배우자에게 인정할 수 있다고 하는 것이 되어 현행 법 체계에 부합하지 않는다.

나. 법률혼관계에 관한 민법 규정을 전반적으로 사실혼에 유추적용하는 경우에도 사실혼 관계가 (이혼이 아닌) 사망으로 종료된 경우에 유추할 수 있는 법률효과는 ‘상속’이고 ‘재산분할’이 아니기 때문에, 이러한 사안에서 상속권이 아닌 재산분할청구권을 인정하는 식의 유추해석은 현행법의 전체적인 체계에 배치된다.

다. 망인이 법정상속인이 없는 경우에는 사실혼 배우자가 특별연고자로서 실질적으로 상속권과 유사한 권리를 인정받을 수 있으나, 망인에게 법정 상속인이 존재하는 경우에는 사실혼 배우자를 특별연고자로 인정하여 상속 재산을 분여할 여지도 없다.

라. 만일 법원에서 명문의 법률규정이 없는 상태에서 사실혼 배우자에게 재산분할청구권 등을 인정하는 판단을 하는 경우, 법원이 자의적 법률해석을 통하여 법률상 보장된 상속인이나 수증자 등 제3자의 재산권 등을 침해

한다는 비난을 받을 위험성이 있다.

마. 현행법상 사실혼관계를 유지하고 있는 당사자들에게 법률혼관계를 선택할 수 있는 기회가 충분히 보장된다는 점 등에 비추어 보면, 굳이 그러한 선택을 하지 아니하고 사실혼관계를 유지하는 당사자들에 대하여는 법률혼의 경우와 다른 법적 규율을 하는 것이 오히려 당사자들의 주관적 의사 등에 합치한다.

2. 재산법 법리의 활용설

사망으로 인한 사실혼 해소시 재산분할청구를 유추적용할 수 없다는 부정설은 그 대안으로서 재산법적 법리구성을 통한 구체방법을 제시하는데, 그 대표적인 것이 공유법리를 활용하는 것이다.

그 중 한 견해를 살펴보면, “부부재산의 형성과정에서 잔존 배우자의 기여정도나 가사노동의 본질에 대한 정확한 평가, 부양적 요소를 고려한 잠재적 지분의 축적을 인정하고(이는 재산형성에 대한 직·간접적 기여로 인하여 기여도의 비율에 따른 잠재적 지분 형성과는 차원을 달리하는 문제이다), 만일 상속개시 이전에 이러한 지분이 잠재화된 상태에 있다가 그 사실혼 관계의 사별해소에 의하여 그 잠재적 지분이 현재화되어 상속인들과 일종의 공동 소유관계에 놓이게 된다는 해석 방법을 취할 경우, 그러한 공유지분권확인 또는 공유물분할청구의 방식에 의하여 잔존 사실혼 배우자의 권리를 인정해 줄 수 있는 길도 있을 것”이라고 주장한다.²³⁾

또 다른 견해는 재산의 명의는 부부의 일방에 속하나 실질은 부부가 공동으로 협력하여 취득함으로써 부부의 공유에 속하는 실질적 공유재산이 존재하게 되는데 -따라서 재산분할은 이와 같은 실질적 공유재산의 내부적 공유관계를 해소하여 분할하는 절차 즉, 내부적 공유물을 분할하는 것으로 이해한다-, 부부의 내부적 실질적 공유관계는 명의신탁의 법리에 의하여 설명할 수밖에 없다고 한다. 그 결과, 명의신탁해지청구(민사소송)와 재산분할청구(가사비송)는 절차만 다를 뿐 법적 성질 및 효과가 동일한 것이 된다. 결과적으로 이것은 우리의 법체계와 잘 맞지 않고, 배우자의 법정상속분을

22) 김시철(註 1), 481면 이하, 특히 493-497면 참조. 그 밖에 유추적용을 부정하는 견해로서는 김준모, “재산분할제도의 성격,” 재판자료 제101집(법원도서관, 2003), 248면, 윤진수(註 16), 33면 참조.

23) 김상준, “혼외가족의 법률문제,” 민사판례연구 제18권(1996), 536-537면.

5할 가산하고, 별도로 기여분을 인정하는 우리 상속법의 체계와 잘 맞지 않는 문제점이 있지만, 사망에 의한 사실혼 해소의 경우에는 명의신탁해지 청구만이 사망한 사실혼 배우자와 생존 사실혼 배우자 사이의 혼인 중 형성된 재산의 귀속에 관한 분쟁을 해결할 방법이 된다는 것이다.²⁴⁾

3. 유추적용 긍정설

우리 학설 가운데에서 사망에 의한 사실혼 해소시 생존 사실혼 배우자에게 재산분할청구권의 유추적용 가능성을 시사하는 견해²⁵⁾가 있다. 그에 따르면, 엄격히 말하면 사실혼에는 그 해소가 있을지언정 이혼이라는 관념이 없고, 사실혼의 관점에서 볼 때 사망에 의한 해소와 생전의 해소는 본질적 차이가 없으므로 생전의 사실혼 해소에 대해 재산분할청구권을 유추적용할 수 있다면 사망에 의한 사실혼 해소의 경우에도 이를 인정할 수 있는 것이 아닌가 라고 한다. 나아가 사망에 의한 사실혼 해소의 경우 생존한 당사자만이 청구를 하는 것이 일반적이지만, 생존배우자가 사망한 배우자의 상속인에 대해 재산분할을 해준다는 것도 불가능한 것은 아니라고 한다. 비록 차이는 있지만 일방의 사망에 의해 사실혼이 해소된 경우에도 생존한 사실혼의 당사자는 상속재산에 대해 일종의 상속채권으로서 재산분할을 청구할 수 있고 분할을 해 줄 수도 있다고 해석하는 것이 가능하며, 다만 이 방법에 따를 경우 생존한 사실혼 당사자와 사망자 상속인 간에 청구권의 범위에 관해 분쟁이 생길 여지가 많은데, 이러한 복잡성의 문제는 재산분할청구권 자체에 내포되어 있는 것이므로 사망에 의한 부부재산 분할에 고유한 것은 아니라고 한다.

이상의 각 논거에 대한 평가와 비판은 V.에서 상세히 살펴보기로 한다.

IV. 일본에 있어서 판례와 학설

일본에 있어서 사망으로 인한 사실혼 해소시에 생존 사실혼 배우자에게

이혼시 재산분할에 관한 규정을 유추적용할 수 있는가에 대해서는 이전부터 이를 긍정하는 견해와 반대하는 견해가 대립하여 왔다.²⁶⁾ 판례에 있어서도 한동안 유추적용을 인정하는 판결과 이를 부정한 판결이 엇갈려 왔으나, 근래 일본 최고재판소는 이를 부정하는 판결을 하였다. 이하에서는肯·否에 관한 대표적 판결과 학설들의 주장과 비판을 살펴보기로 한다.

1. 일본 판례의 전개

(1) 大阪家審 昭和 58년(1983) 3월 23일²⁷⁾(긍정)

【사실관계】 신청인 X와 피상속인 A는, A의 전처 사망 후 1948년 맞선으로 만나 결혼식을 올리고 동거하기 시작하였으나 혼인신고는 하지 않았다. A는 의사로서 병원을 개업하였는데, X는 창구업무를 비롯하여 약의 조제, 외과수술의 보조 등의 일을 하였다. 그 후 X는 1966년 발병하여 입·퇴원을 반복하다가 1974년 병원에서 사망하였다. X와 A의 혼인신고는 X가 마지막으로 입원하였을 때에 청구 상대방인 Y1의 자 B에 의뢰하여 신고하려 하였으나 수리되지는 않았다(이유는 불명). A 사망 후 X는 A의 상속인인 형 Y1,

26) 긍정설로서는 青山道夫, 身分法概論(法律文化社, 1950), 114면、人見康子, “內縁夫婦の一方が死亡した場合における他方の財産分與の請求,” 家事審判事件研究 (1), 92면, 久貴忠彦, “内縁解消による財産分與,” 法律時報 제35권, 17면, 二宮周平, “内縁の死亡解消と財産分與請求權,” 私法判例リマックス 1993(上), 82면, 鍛冶良堅, “内縁配偶者の死亡と財産分與請求,” 法律論叢 제67권 제4·5·6호 (1995), 193면 이하 등 참조, 반대설로서는 山口純夫, “内縁生存配偶者の財産分與請求權,” 判例タイムズ 제543호(1985. 2. 25) 131면, 仁平正夫, “内縁の夫婦の一方が死亡した場合の財産分與請求權,” 家裁月報 제37권 9호, 156면. 中川 淳, “内縁の夫婦の一方死亡により内縁關係が解消した場合に民法七六八條の規定を類推適用することの可否,” 判例時報 제1728호, 207면 이하, 기타 太田武男, “内縁の死亡による解消と民法768條準用の可否,” 民商法雜誌 제107권 6호, 843면 등은 원칙적으로는 부정설이나 예외적으로 재산분할청구권의 유추적용을 인정할 여지가 있음을 인정하고 있다(861면).

27) 家裁月報 제36권 제6호, 51면; 山口純夫(註 26), 131면 이하 참조. 그 외 유추적용을 인정한 판결로서 東京家審昭和 31년(1956) 7월 25일(家月 제9권 제10호 38면), 大阪家審平成元年(1988) 7월 31일(家月 제42권 제7호, 45면), 大阪家審平成 3년(1991) 3월 25일(家月 제45권 제1호, 124면), 高松家審平成 10년(1998) 5월 15일(民集 제54권 제3호 257면)(아래 최고재판소 판결의 제1심) 등 주로 가정법원 사건에서 긍정례가 나오고 있다는 점이 특징적이다.

24) 손승운(註 12), 358면.

25) 권순한, “상속법의 미래의 과제,” 가족법연구 제14호, 355면 이하.

누이 Y2, 또 다른 누이의 대습상속인 Y3에 대하여 재산분할을 청구하였다.

이에 대하여 재판부는 위 X의 재산분할청구사건과 A의 상속인들의 상속 재산분할사건을 병합 심리하여, 다음과 같은 이유에서 상속재산의 2분의 1을 X에게 분여함과 동시에 그 나머지 재산에 대해서 상속재산분할의 심판을 하였다.

사실혼관계²⁸⁾에 있는 자의 일방이 타방에 대하여 재산분할을 할 수 있다는 것에 대해서는 현재 異論이 없음을 전제로, ① 재산분할의 본질을 부부 공유재산의 청산을 핵심으로 하는 것으로 해석하는 한, 생전 해소와 사망에 의한 해소를 구별할 합리적인 이유가 없다. ② 재산분할에 대응하는 의무(일신전속적 성질에 기한 것을 제외)의 상속성이 인정되어야 한다는 점에서 그 상속인을 상대로 하는 재산분할을 긍정하여야 한다. ③ 재산분할청구의 요건인 ‘이혼’도 위에서 말한 재산분할의 본질에서 보는 한, 신분변동 자체에 의미가 있는 것이 아니고, 신분변동에 필연적으로 수반되는 부부 공유재산의 형성모체인 부부공동체의 해체에 그 실질적 근거를 구하여야 한다. 그러므로 부부공동체 해체의 한 경우인 사망에 의한 사실혼관계 해소의 경우에도 위 동조의 유추적용을 인정하여야 하고, 일본 가사심판법(제9조²⁹⁾)의 적용도 인정되는 것이 상당하다. 그리고 이렇게 해석하더라도 사실혼관계를 특별히 더 보호하는 것은 아니다. 오히려, ④ 생전해소에 의해서 청구할 수 있는 것을 평생협력관계에 있었던 사망에 의한 경우에 있어서 이를 잃게 하는 것은 합리적 이유를 찾기 어렵고, 만연히 그 상대방의 상속인에게 이것을 전부 취득시키는 것은 부당하게 이득을 얻게 하는 것으로서 공평의 관념에서도 도저히 허용하기 어렵다. ⑤ 이 경우 포괄재산의 분배의 방법에 의한 재산분할제도 및 그 심판절차에 의하는 것이 보다 실제적이다.

위 판결은 사망에 의한 사실혼 해소에 대하여 이혼시의 재산분할 규정의 유추적용을 인정한 최초의 판결례로서 의미가 있다.

(2) 大阪高裁 平成 4년(1992) 2월 20일³⁰⁾(부정)

【사실관계】 피상속인 A남에게는 처와 두 명의 자가 있었으나, 1967년경부터 Z녀와 관계를 갖고 그 사이에子を 두었다. 1980년 A는 남편과 사별 후 2명의子を 두고 음식점을 운영하는 X에게 이혼을 전제로 청혼하였고, 1982년 처와 협의 이혼한 후 X와 그 자들과 함께 생활하게 되었다(그러나 그 동안에도 A는 일시적으로 Z와 같이 생활한 적도 있다). 1985년 X는 A의 희망에 따라 음식점을 그만두고 A의 주택판매회사 일에 협력하면서 월 15만 엔씩의 생활비를 받았다. 같은 해 X는 900만 엔으로 집을 구입하였고(그 중 500만 엔은 A의 정기예금을 담보로 빌려서 지불하였다), 이 집에서 X와 A는 동거하게 되었다. A는 X와의 혼인신고를 하겠다고 말하였으나, X는 A와 Z와의 문제를 분명히 처리한 다음 신고를 하고 싶었을 뿐 아니라, 모자연금을 받고 있었기 때문에 혼인신고를 거절하였다(A는 다시 1986년 1개월간 Z와 일시적으로 함께 산 적도 있으나 다시 X의 집으로 돌아왔다). 1987년 A가 암으로 입원하였을 때 X는 배우자로서 병원에서 기거하면서 간병을 하였다. 같은 해 A는 사망하고 그 장례는 전처의 자들이 행하였다. A의 유산은 건물, 예금, 주식 등으로 합하여 2억 3천만 엔이고 위 담보로 제공되었던 정기예금은 질권 실행에 의해 채무의 변제에 충당되었다. X는 사실혼의 처로서 재산분할을 신청하였다(한편 이와 별도로 Z도 사실혼의 처로 재산분할을 신청하였다).

이에 대하여 제1심은 재산분할을 유추적용하여 X에게 A의 유산 가운데 6분의 1에 상당하는 액을 부여하여야 한다고 하였으나,³¹⁾ 제2심인 본 판결³²⁾은 이를 파기하여 ... 우리 현행법은 사실혼관계를 포함한 혼인 중의 부부의 재산에 대해서는 이혼에 의한 해소의 경우에는 재산분할제도에 의해 청산하고, 사망에 의한 혼인해소의 경우에는 상속제도에 의해서 취득시키는 것으로 하고 있으므로, 혼인 신고를 한 부부 일방이 사망한 경우에는 재산분할의 규정은 적용되지 않고, 사실혼부부의 일방이 사망한 경우에는 상속법은 적용되지 않는다고 해석하여야 하는바, 사실혼 부의 사망에 의해 사실혼관계가 해소된 경우에도 재산분할제도를 준용하여 사실혼 부의 상속재산

28) 일본의 원어는 ‘內縁’이나 사실혼으로 번역하였다. 이혼시의 ‘財産分与’도 우리 민법상 특별연고자에 대한 재산분여와 혼동할 우려가 있기 때문에 재산분할로 번역하였다. 이하 같다.

29) 가정재판소의 심판사항을 규정한 조항임.

30) 判例タイムズ 제780호(1992. 6. 1.) 246면 이하.

31) 大阪家審平成 3년(1991) 3월 25일(家月 제45권 제1호, 124면).

32) 동 판결에 대한 평식으로 二宮周平(註) 26), 82면 참조.

에 대한 사실혼 처의 재산분할을 인정하는 것은 현행법의 체계를 무너뜨리는 것이라고 하지 않을 수 없다. 따라서 사실혼관계에 있는 남녀의 일방이 사망함으로써 사실혼관계가 해소된 경우까지 이혼에 따른 재산분할제도를 확장하여 준용하는 것은 상당하지 않다고 해석하여야 한다고 판시하였다.

위 판결은 유추적용부정설의 입장에서 재산분할청구를 부정한 고등재판소 단계의 최초의 결정으로서 의미를 갖는다. 다만, 사실관계 인정에 있어서 사실혼 성립 여부 자체가 다투어졌을 뿐 아니라, 사실혼 배우자의 생존 중에 이미 상당한 경제적 보상이 있었다는 사실이 주목된다.

(3) 東京地判 平成 4년 1월 31일³³⁾(매입대금 등의 부담에 의한 공유법리 구성)

【사실관계】 X는 1988년 그의 父(A)의 사망으로 제1건물을 상속 취득하였다. 그런데 그 건물에 Y가 불법 점유하고 있으므로 그 명도와 임료 상당의 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다. 이에 Y는 1980년부터 A와 사실혼의 관계에 있었고, A의 사망에 의해 사실혼관계가 끝났으므로, 재산분할에 관한 일본민법 제768조 규정의 준용 내지 유추적용에 의해 재산분할의 절차가 끝날 때까지 제1건물을 점유할 정당한 권원 있다고 주장하고, 보충적으로 무상거주약정의 존재와 그에 따른 점유 권원 또는 권리남용을 주장을 하였다(甲 사건). 다른 한편 Y는, 1982년 신축된 제2건물에 대하여, 그 건축자금으로 자기 예금의 거의 전부인 2,150만 엔을 A에게 제공하고 A의 건축자금 용자시에는 연대보증인도 되었으며 그의 업무에도 협력하였다는 이유에서, 이혼에 의한 재산분할에 관한 일본민법 제768조를 준용 내지 유추적용하여 재산분할로서 제2건물의 2분의 1의 지분권을 Y에게 귀속시키는 것이 상당하고, 설령 그렇지 않더라도 일본민법 제762조 제2항(부부의 공유재산), 제250조(공유지분균등의 추정)에 의해 Y에게 2분의 1의 공유지분이 인정되어야 하며, 나머지 2분의 1의 지분에 대해서는 A와 Y 사이에 사인증여계약이 체결되었다고 주장하여, 제2건물에 대하여 X 등에게 소유권이전등기 절차이행을 청구하였다(乙 사건).

이에 재판부는 甲 사건의 Y의 점유권원 주장은 모두 배척하였으나, 권리남용의 주장은 이를 받아들여 X의 청구를 기각하였는데, 특히, Y의 이혼으로 인한 일본민법 제768조 유추적용 주장에 대하여는 “사실혼의 사망해소의 경우에 재산분할의 규정을 준용 내지 유추적용하는 것은 사망해소의 경우 부부재산의 청산을 상속과는 별개의 제도로 처리하는 길을 여는 것이 되어, 이번에는 거꾸로 법률상 부부의 사망해소의 경우에도 상속제도와는 별개의 부부재산의 청산을 생각하지 않을 수 없게 되는데, 이는 현행법체계를 무너뜨리는 것이 된다.” 고하여 유추적용을 부정하였다.

이어서 재판부는 乙 사건에 있어서도 일본민법 제768조의 유추적용은 위와 같은 이유에서 이를 배척하였으나, 제2건물은 Y가 A와 사실혼의 부부로서 공동생활을 할 당시에 서로 자금을 내서 이를 합쳐서 두 사람의 노후의 생활 기반으로 하려는 취지로 건축된 것이 분명하므로, 설사 제2건물의 등기부상의 소유 명의가 A로 되어 있고 또한 Y의 출자 비율이 위와 같은 정도라 하더라도 Y와 A와의 사이에 제2건물을 A의 특유재산으로 하는 뜻의 특단의 합의가 없는 한 두 사람의 공유재산으로 봄이 상당하고, 제2건물은 두 사람의 공유재산으로서 건축 소유한 것이라고 인정하여야 한다고 하면서, 여러 사정을 종합하여 제2건물에 대하여 Y에게 공유지분 1만분의 1,736을 인정하였다.

사안에서 재산분할의 유추는 부정되었으나 매입대금의 부담 등이 입증됨으로써 그 범위 내에서 재산법상의 공유지분의 인정으로 구제를 받을 수 있었다는 점이 특징이다.

(4) 大阪高判 昭和 57(1982)년 11월 30일³⁴⁾(공동경영을 근거로 한 공유법리 구성)

【사실관계】 X는 1924년 A남과 혼인하여 두 명의子を 두고 A의 부모, A의 동생 B, C와 동거하였으나 A는 1931년 사망하였다. X는 A 부모와 B 등의 희망에 의해 같은 해 B와 혼인식을 하고 사실상의 부부가 되었다. B는 1947년 Z녀와 관계를 맺고 子 Y를 두게 되었고, B는 X와의 주거에 Z,

33) 判例タイムズ 제793호, 223면.

34) 判例タイムズ 제489호(1983. 4. 15), 65면 이하. 이에 대한 평석으로 山口純夫 “民法第七六二條にいわゆる特有財産の意味および内縁の生存配偶者の共有持分権,” 判例タイムズ 제499호(1983. 8. 25), 145면 참조.

Y를 동거시키는 한편, Y의 입학에 앞서 Z의 강한 요망에 의하여 Z와 혼인 신고를 하였다. X는 1959, 1960년경 B 등과 헤어져 친정으로 돌아왔으나, 1962년 Z와 헤어진 B에 이끌려 다시 되돌아와서 그 후 1979년 B가 사망할 때까지 동거생활을 계속하였다. B는 A의 사후에 직물점인 가업을 이었고, X도 가사, 육아 외에 직물점의 경영에 종사하여 1977년 노령과 병으로 영업을 그만둘 때까지 계속하였다. 그 사이 직물점의 경영 수입으로 본건 부동산 4건을 구입하였으나 소유 명의를 B로 하였다. B의 사후에 B의 상속인인 Y와 X 사이에 재산의 귀속을 둘러싼 분쟁이 발생하자, X는 위 부동산 등에 대하여 각각 2분의 1의 공유지분을 주장하였다.

이에 대하여 재판부는 정식의 혼인관계이든 사실혼의 관계이든 묻지 않고, 처가 家業(家事)에 전념하여 그 노동으로 부부 공동생활에 기여를 한 경우와는 달리 부부가 공동으로 가업을 경영하여 그 수익으로부터 부부 공동생활의 경제적 기초를 구성하는 부동산을 구입한 경우, 그 구입 부동산은 설령 그것이 등기부상의 소유 명의를 부로 하였더라도 부부간에 그것을 부의 특유재산으로 하는 취지의 특단의 합의가 없는 이상, 부부의 공유재산으로 그들 부부에게 속한다고 보는 것이 상당하다고 판시하여, 일본민법 제250조에 의하여 4건의 부동산에 대하여 사실혼의 처 X에게 각각 2분의 1의 지분을 인정하였다.

이 사안에 있어서도 생존 사실혼 배우자인 처의 재산분할청구는 부정되었으나, 처가 부와 같이 가업을 경영한 것이 구체적인 경제적 기여로서 인정받아 재산법상의 공유법리에 의하여 구체된 점이 특징이다.

(5) 最高裁 平成 12·3·10 決定³⁵⁾ (부정례)

【사실관계】 피상속인 A는 B녀와 혼인하여 그 사이에 자 Y1, Y2를 두

고 그 후 택시회사를 설립하여 사망할 때까지 대표로서 경영하였다. A는 71년경 X녀와 알게 되어 X가 사는 아파트에 드나들게 되면서 X에게 매월 생활비를 건네주었다. A와 X의 관계는 26년에 이르지만 동거는 77년 B가 사망한 후 병약한 A가 입·퇴원을 반복한 후의 7-8년간이고, 그때에도 주말에는 Y1의 집에 되돌아갔다. X는 A가 일시 입·퇴원을 반복할 때부터 요양간호를 도맡아 해왔고, 자신의 노후 등을 염려하여 A에게 재산분할 내지 혼인신고에 응할 것을 요구하였으나 A는 어느 것에도 응하지 않았다. 하지만 X는 A로부터 300만 엔의 증여를 받았고 A로부터 받는 생활비는 매월 20만 엔에 이르렀다. X는 A의 사후 장례과정에서 외형상 A의 친족과 같은 입장에서 참석하고, A의 지인은 X에게 부조금을 보냈다. A의 유산 총액은 주로 택시회사 지분의 형태로 1억 8,561만여 엔에 이르는데, X는 Y1, Y2에 대하여 재산분할로서 각각 1,000만 엔의 지급을 청구하였다.³⁶⁾

이에 대하여 제1심은 생전 해소의 경우와 사망 해소의 경우 사이의 불균형을 지적한 다음, ① 애당초 사실혼의 당사자는 처음부터 상속권을 가지지 않으므로 현행제도를 전제로 하는 이상, 사망에 의한 사실혼 소멸의 경우에도 이혼에 있어서의 재산분할 규정을 준용 내지 유추적용하여 사실혼 소멸에 의해서 불이익을 입는 자를 보호하는 것은 실질적인 공평을 도모하는 것은 될 수 있어도 민법의 체계를 무너뜨리는 것은 아니다. ② 재산분할의무의 상속성에 대하여 피상속인이 부담하였어야 할 재산분할의무를 승계한 상속인들은 그 구체적인 내용이 금전채무로서 형성된 경우에는 그 금액을 법정 상속분에 따라 부담하는 것으로 해석하는 것이 상당하다고 하여 법해석으로서 준용을 긍정할 수 있는 점을 명확히 밝히면서,³⁷⁾ Y1 등이 사실혼의 사망 해소시의 재산분할청구권의 존재를 적극적으로 다투지 않은 점 등을 고려하여 Y1 등에 대하여 1천만 엔의 지급을 명하였다.³⁸⁾

그러나 원심³⁹⁾은 사실혼의 성립은 인정하였으나, 재산분할청구권의 유추

35) 判例時報, 제1716호, 60면 이하, 判例タイムズ 제1037호, 107면 이하; 이에 대한 평석으로는 中川 淳(註 26), 207면, 伊藤 司, “內縁の一方の死亡による解消と財産分与請求,” 法學教室 제241호(2000. 10), 154면, 渡邊泰彦, “民事判例研究 內縁の死亡解消に財産分与の規定を類推適用することの可否(否定),” 法律時報 제73권 7호, 139면, 本山 敦, “生存內縁配偶者の財産分與請求,” NBL 제709호(2001. 3. 15), 188면, 二宮周平, “死亡に因る內縁關係の解消と民法768條の類推適用,” ジュリスト 제1202호(2001. 6. 10) 78면.

36) 二宮周平(註 35), 78면.

37) 二宮周平, “內縁の死亡解消と財産の分配,” 立命館法學 제271·272号(2000년 3·4호), 738면.

38) 高松家審 平成 10년(1998) 5월 15일(民集 제54권 제3호, 1057면).

적용은 이를 부정하였다. 즉, ① (현행)법은 법률상의 부부간의 재산관계 처리에 대해 이혼의 경우에는 재산분할에 의해, 일방 당사자의 사망에 의한 혼인해소의 경우에는 상속에 의한 처리를 하고 있으므로 현행법은 생존 배우자가 사망 배우자의 상속인에 대해서 재산분할을 청구하는 것을 허용하고 있지 않다. ② 현행법은 생존 배우자의 상속재산에 대한 기여분제도나 그에 수반하는 구체적인 상속재산분할방법에 의해 실질적인 공유재산의 청산이라는 점을 고려하는 길을 마련해 두고 있으므로, 상속재산분할절차와 동시에 병행적으로 재산분할절차를 상정하고 있지 않다. ③ 사실혼의 일방 사망에 의한 해소의 경우는 혼인의 일방 배우자 사망에 의한 해소와 同視하여야 하는 것으로 이혼과 동시할 수 없으므로 재산분할규정을 준용 내지 유추적용할 근거가 없다. ④ 일본민법 제890조(배우자 상속권), 제958조의3(상속인부존재의 경우의 특별연고자에 대한 상속재산의 분여), 借地借家法 제36조(상속인 부존재의 경우에 거주용 건물 임차권의 승계) 규정의 취지로부터 현행법은 사실혼의 보호를 법정상속인의 상속권에 저촉하지 않는 한도에서 그치고 있다고 하여야 할 것이므로 생존 배우자에 대하여 청산절차에 상당하는 재산분할을 인정하여서는 안 된다. ⑤ 생존 사실혼 배우자가 특유재산을 가지고 있다든지 사망 사실혼 배우자에 대하여 위자료청구권을 가지고 있는 등 사법상의 청구권이 인정되는 경우에는 이들 사법상의 청구권을 행사할 수 있다. ⑥ 사망한 사실혼 배우자가 유언이나 증여를 할 수도 있었는데도 불구하고 이를 하지 않고 사망한 이상, 가령 실질적 공유재산이 상속재산에 귀속되어 법정상속인이 그것을 취득하게 되더라도 ‘법률상 부부의 길을 택하지 않았던 것으로부터 비롯된 어쩔 수 없는 사태’이다. ⑦ 이혼 후의 부양의무는 일신전속적인 의무이므로 사망 사실혼 배우자의 상속인에게 승계되는 것으로 볼 여지가 없다는 점 등을 이유로 원고의 청구를 기각하였다.⁴⁰⁾

이에 원고가 항고하였으나 최고재판소는 다음과 같은 이유에서 원고의 항고를 기각하였다.⁴¹⁾ 즉, 민법은 법률상 부부의 혼인해소시에 있어서 재산

관계의 청산 및 혼인해소 후의 부양에 대해서는 이혼에 의한 해소와 당사자 일방 사망에 의한 해소를 구별하여, 전자의 경우에는 재산분할의 방법을 마련하여 두고, 후자의 경우에는 상속에 의해 재산을 승계시키는 것으로 처리하고 있다. 이러한 점에 비추어 보면 사실혼의 부부에 대하여 이별에 의한 사실혼 해소의 경우에 민법의 재산분할 규정을 유추적용하는 것은 準婚的 법률관계의 보호에 알맞은 것으로 그 합리성을 승인할 수 있지만, 사망에 의한 사실혼 해소시에 상속이 개시된 유산에 대하여 재산분할의 범리에 의하여 유산을 청산하는 길을 여는 것은 상속에 의한 재산승계의 구조 가운데 이질적인 계기를 끼워 넣은 것이므로 법이 예정하고 있는 바가 아니다. 또한 사망한 사실혼배우자의 부양의무가 유산의 부담이 되어 그 상속인에게 승계된다고 해석할 여지도 없다고 하였다.

2. 일본의 찬반 학설

(1) 현행법의 체계 파괴라는 비판과 재산법적 범리 구성

사망으로 인한 사실혼 해소시 재산분할 규정의 유추적용을 인정하는 판결에 대하여 무엇보다도 현행법의 체계를 무너뜨린다는 비판이 제기되었다.⁴²⁾ 즉, 현행법은 부부의 재산을 혼인계속 중은 각자 귀속, 각자 관리로 해두고, 혼인이 이혼으로 해소된 경우에는 재산분할제도에 의해서, 사망해소의 경우에는 상속제도에 의해서 처리하고자 하는 것이다. 따라서 ① 재산분할규정을 쌍방 생존 중 사실혼관계 해소에 적용하는 것은 그것이 원래 생존 중 해소를 목적으로 한 것이므로 문제가 없지만, 재산분할제도를 사망 해소의 경우에 준용하는 것은 제도의 체계성을 무너뜨리는 것이다. ② 재산분할규정을 사실혼관계의 사망 해소의 경우에 준용하는 것은 사망 해소의 경우에 부부 재산의 청산을 상속과는 별개의 제도로 처리하는 길을 여는 것이 되고, 그러고 나면 이제는 거꾸로 법률상 부부의 사망 해소의 경우에도 상속제도와는 별개로 부부 재산의 청산을 생각하지 않을 수 없게 되는데, 현행 제도는 그러한 제도를 예정하고 있지 않다. 따라서 입법론으

39) 高松高裁 平成 11년(1999) 3월 12일(判例時報 1691號, 76면, 78면).

40) 이에 관한 평적으로 村重慶一, “内縁の夫が死亡した場合に財産分与請求ができるか,” 戸籍時報ノート 제516호, 52면 참조.

41) 註 35)의 判例時報, 60면 이하, 判例タイムズ, 107면 이하 참조.

42) 山口純夫(註 26), 134면 이하.

로서는 몰라도 현행법의 해석으로서의 재산분할규정을 사실혼관계의 사망 해소의 경우에 준용하는 것에는 찬성할 수 없으며, 생존 사실혼배우자의 보호는 가족법상의 이론이 아니라 재산법상의 이론에 의한 해결을 지향하여야 한다고 한다.

이와 같이 재산분할청구권의 유추적용을 부정하는 일본의 학설은 사실혼의 사망 해소 후 생존 사실혼 배우자의 보호와 부부재산관계의 청산을 위한 법적 수단으로서 재산법상의 법리에 의한 구제 가능성을 제시하고 있다. 그러한 견해는 위 판례를 통해서 이미 소개된 바와 같이 공유의 법리를 활용한 방법을 비롯하여, 부당이득반환의 법리 또는 고용 등에 기초한 보수청구권을 상정하는 방법 등을 제시한다.⁴³⁾ 예를 들면, ① 공유설은 부부가 혼인 중에 쌍방의 협력으로 얻은 재산에 대하여는 그것이 부부 일방의 명의로 되어 있는 경우, 대외적으로는 원칙적으로 그 명의자의 소유에 속하는 것으로 다루어지지만, 실질적으로는 공유에 속하는 것이므로 이혼시에는 당연히 청산되어야 하고, 배우자 사망의 경우에도 상속재산으로부터 공제되어 다른 배우자에게 취득시켜야 한다는 견해이다. ② 부당이득설은 사실혼의 처가 노무 등을 제공하여 상속재산이 유지 증가된 경우, 사망한 부에게 수익이 있었던 것으로 하여 그 몫을 부당이득반환청구에 의해 상속재산으로부터 공제하는 입장이다. ③ 보수설은 사망한 사실혼의 부와 처 사이에 고용·도급의 관계가 있었던 것으로 하여 임금 또는 보수의 미지급분을 상속재산으로부터 공제하는 입장이다.⁴⁴⁾

(2) 체계과피 비판에 반론과 재산법적 법리구성의 한계

사망에 의한 사실혼 해소시 재산분할규정의 유추적용을 지지하는 대표적인 견해는⁴⁵⁾ 다음과 같은 반론을 제기한다. ① 재산분할과 상속권의 제도적 구분은 두 제도가 모두 갖추어져 있는 경우에 비로소 문제가 되는 것이므로, 애당초 상속권이 부정되는 사실혼의 경우에는 관계가 없다. 즉, 현행법이 예정하지 않는 것은 법률상의 부부관계가 사망으로 해소된 경우에 재

산분할을 적용하는 것일 뿐이며, 사실혼에 이것을 인정하는 것이 당연히 법률혼의 경우에도 인정하는 것으로 되는 것은 아니다. ② 재산법의 법리를 적용할 경우에는 일반적으로 전업주부의 기여가 평가되지 못함으로써 구제범위가 제한된다. 즉, 가사에 전념하여 사실혼의 처에 경제적으로 의존하고 있는 보통의 주부라면, 재산법적 구성으로 공유지분권이 인정되기 어렵다. 나아가 이러한 구성에서는 사후의 생활보장을 포함할 수 없게 되므로, 병약, 고령 기타 여러 사정으로 특별한 기여는커녕 일반적인 가사협력도 할 수 없었던 경우에는 사실혼의 처가 곤궁상태에 방치되게 된다. ③ 다음으로 질차상의 합리성을 강조한다. 즉, 재산분할에서는 사망한 당사자의 재산을 포괄적으로 분배할 수 있고, 가사심판절차라는 간편하고 신속한 해결이 가능할 뿐 아니라 상속재산분할사건과 병합하여 심리할 수도 있다.⁴⁶⁾ 단, 재산분할청구권은 2년의 행사기간의 제한을 받게 된다. ④ 사실상 생존 사실혼 배우자에게 상속권을 부여한 것과 같은 결과를 가져온다는 비판⁴⁷⁾에 대하여는 다음과 같이 반론한다. 만약 생존에 사실혼이 해소되어 있었다면 재산분할이 준용되어 피상속인의 재산은 감소되었을 것이다. 일방의 사망까지 공동생활을 계속해 왔기 때문에 재산분할이 준용되지 않고, 이것을 기화로 상속인이 피상속인의 상속재산을 독점하는 것은 매우 공평에 반하는 것이다. ⑤ 덧붙여서 정책적 판단의 문제로서 혼인신고를 하였다면 배우자로서의 권리를 확보할 수 있었겠지만, 여러 가지 사정으로 혼인신고를 하지 못한 커플들이 존재하고, 이러한 커플들에게도 사망해소의 경우에 합리적이고 간결한 법적 구제수단을 보장해 줌으로써 비로소 그들에게 자유롭게 자신들의 라이프스타일을 선택할 수 있게 한다는 것이다.⁴⁸⁾

또 다른 견해는 현행법상 부부재산관계가 실제로는 법원의 재량에 의해 상당히 공유제에 가깝게 운용되고 있는 점을 고려하면, 재산분할과 배우자 상속권을 준별하여 사실혼의 사망해소의 경우에 본조(재산분할)의 유추적용을 부정하는 것은 너무나도 형식논리로 치닫는 것이다. 사실혼의 사망해소에 본조의 유추적용을 인정하되 혼인의 사망해소의 경우에 이를 부정하는 것은 해석문제에 지나지 않으므로, 배우자상속권의 취지로 보아 합목적적으

43) 中川 淳(註 26), 210면 및 高木積夫, “家事の労働評價,” *ジュリスト* 제531호 (1973. 5. 1), 83면 이하 참조.

44) 특히, 中川 淳(註 26), 210면에 인용된 각 문헌 참조.

45) 二宮周平(註 26), 82면 이하.

46) 人見康子(註 26), 93면도 유추적용의 장점으로 이 점을 지적한다.

47) 위 IV. 1. (2) 판결의 항고이유 가운데 하나이다.

48) 이상 二宮周平(註 26), 84-5면 참조.

로 해석하면 된다. 따라서 본조의 유추적용부정설은 충분한 논거가 없다고 지적한다.⁴⁹⁾

또한 다른 한편으로는 부부별산제에 따른 청산의 필요성이라는 관점에서 사실혼 배우자 사망시 생존 배우자에게 재산분할 규정의 유추적용을 긍정하는 견해도 있다. 그에 따르면, 혼인관계 종료시 부부별산제에 따른 문제점을 수정하기 위한 방책으로서 민법은 이혼에 따른 재산분할청구권과 배우자상속권을 마련하였으나, 부부재산관계의 청산이라는 관점에서 보면, 배우자 상속권은 반드시 이에 적합한 제도라고 말하기 어렵다. 그 첫째는 생존 배우자의 재산은 일체 청산에서 제외하고 있고, 둘째로 기계적인 상속분에 의한 승계가 청산의 취지에 합치한다는 보증이 없다. 청산이라는 목적에서 보면 배우자 상속권보다 훨씬 그 목적에 적합한 것이라고 할 수 있다. 사실혼 배우자의 사망도 혼인관계의 해소로서 부부재산관계의 청산의 필요성이 존재하는 이상, 법률에 기하여 그 청산을 하지 않으면 안 된다. 사실혼 배우자에게 배우자상속권이 인정되지 않는다고 하면, 재산분할청구권의 규정을 유추적용하여 청산을 하는 것이 가장 좋은 길이다. 특히, 사실혼 배우자 사망도 이혼과 마찬가지로 혼인해소사유인 점, 혼인해소에 따른 부부재산관계의 청산이 별산제의 裏面으로서 반드시 필요한 점, 청산에는 재산분할청구권의 규정이 보다 적합하다는 점 등이 유추를 정당화하는 이유가 된다고 한다.⁵⁰⁾

이들 주장 논거에 대한 평가는 장을 바꾸어 아래 V.에서 살펴본다.

V. 찬반양론의 논거에 대한 검토

1. 이른바 현행법의 체계파괴가 되는지에 대하여

우리나라의 유추적용 반대설이나 일본의 반대설은 한결같이 가장 중요한 반대 논거로서 재산분할청구권은 이혼과 같이 ‘생존 중’ 혼인관계가 소멸된

경우에 비로소 발생하는 권리이므로 ‘사망’에 의해서 사실혼이 해소된 경우에 유추적용하는 것은 현행법의 체계에 반한다는 점을 든다. 즉, 사실혼 관계가 (이혼이 아닌) 사망으로 종료된 경우에 무엇인가 유추할 수 있는 법률 효과는 ‘상속’이고 ‘재산분할’이 아니라는 것이다.⁵¹⁾

그러나 위와 같은 점만을 들어 체계파괴라고 비판하는 것은 형식 논리에 치우친 것이라 하지 않을 수 없다. 왜냐하면, 민법 제839조의2의 재산분할 청구의 요건인 ‘이혼’은 재산분할의 본질의 관점에서 보는 한 이혼이라는 신분변동 그 자체에 의미가 있는 것이 아니고, 그 신분변동에 필연적으로 수반되는 부부 공동재산관계의 청산의 필요성에서 그 실질적 근거를 구하여야 하기 때문이다. 그 점에 있어서 실질적 부부 공유재산관계의 청산 나아가 혼인관계 해소 후 부양이라는 재산분할의 실질적 근거는 생존 중 혼인관계 해소의 경우나 사망에 의한 해소의 경우나 모두 동일하게 충족되어 있다고 할 것이다. 다만, 법률혼의 경우에는 그 목적이 전적으로 상속제도에 의하여 처리하는 것을 현행법이 예정하고 있고, 따라서 재산분할청구권은 배우자상속권에 의해 배제되는 것으로 이해할 수 있다.⁵²⁾ 반면에 사망에 의한 사실혼 해소의 경우에는 배우자 상속권이 규정되어 있지 않으므로, 재산분할을 통한 실질적 부부공유재산의 청산과 사후 부양의 필요가 여전히 존재하고 있다. 따라서 생존 중 사실혼 해소에 있어서 재산분할 규정의 유추적용의 필요성과 요건은 사망에 의한 사실혼 해소의 경우에도 마찬가지로 존재하고 있는 반면, 사망에 의한 법률혼 해소에 있어서의 배우자상속권과 같은 재산분할을 방해하는 체계상의 장애요소는 존재하지 않는다고 하여야 할 것이다.

굳이 체계 파괴의 실질적 가능성을 찾아보면, 반대설이 지적하는 바와 같이 재산분할의 규정을 사실혼관계의 사망해소의 경우에 유추적용하는 것

51) 위 Ⅲ. 1. 에 소개된 김시철(註 1)의 각 반대논거 및 Ⅳ. 1. (2) 내지 (5)에 소개된 일본의 판결례 및 2. (1) 山口 등의 일본의 반대설 참조.

52) 같은 맥락에서 일본의 실무자들 사이에서는 재산분할제도와 상속제도의 실질적 근원성이라는 면에서 양자의 경합을 잠재적으로 인정하여 양자는 법조경합으로 이해하여야 한다거나 또는 혼인한 부부 일방이 사망한 경우에는 이혼을 조건으로 하는 재산분할청구권이 상속권으로 전화·변질하는 데 반하여, 사실혼 부부의 경우에는 이별을 조건으로 하는 재산분할청구권이 사망에 의해 조건이 성취되어 동 청구권이 현재화됨으로써 성립한다거나 하는 식의 이해를 나타내기도 한다. 村重慶一, “扶養의財産分與の算定基準,” 判例タイムズ 제805호(1993. 3. 15), 34면 참조.

49) 島津一郎·久貴忠彦, 新民法コンメンタール 11·親族 (2), 58면(島津一郎)(三省堂, 1994).

50) 鍛治良堅(註 26), 205-206면.

이 반대로 법률상 부부의 사망 해소의 경우에도 상속제도와는 별개로 부부 재산관계의 청산을 위해 재산분할을 준용하는 길을 열게 되는 경우일 것이다. 그러나 사망에 의한 사실혼해소에 재산분할을 준용하고자 하는 것은, 생존 사실혼 배우자에게 상속권이 없음으로써 생기는 불합리한 결과를 방지하여 공동생활을 해온 생존 사실혼 배우자를 보호하기 위한 방법으로 강구된 것이므로, 재산분할을 사실혼의 사망 해소에 인정하였다 하여 당연히 법률혼의 사망해소의 경우에도 이것을 인정하는 것으로 되는 것은 아니다. 그와 같은 경우는 현행법이 전혀 예정하고 있지 않은 것으로서 앞서 살펴본 바대로 배우자상속권에 의하여 배제되는 것으로 해석된다.

같은 논리라면 오히려 유추적용부정설이 사망 해소 후 생존 사실혼 배우자 구제수단으로 일반적으로 내세우고 있는 재산법적 범위구성에 있어서는 체계 파괴의 문제가 더욱 두드러지게 나타난다. 즉, 현행법에 관한 입법자의 의사가 혼인공동생활 중의 협력분을 포함하여 배우자의 협력에 대한 평가를 이혼시에는 재산분할에 의해, 사망 해소의 경우에는 배우자상속권에 의해 처리한다는 취지라면, 이것과는 별개로 공유지분권을 인정하거나 부당이익의 반환 등을 인정하는 것은 사망 해소의 경우에는 상속에 의해 재산을 취득시킨다는 현행법에 더욱 반하는 취급이 되고, 상속에 의한 재산승계의 구조 가운데 이질적 계기를 가지고 들어오는 것이 되기 때문이다. 만약, 법률혼과는 달리 사실혼에 있어서는 상속제도의 적용이 없으므로 이러한 공유지분권을 인정하는 해결이 허용된다고 한다면, 재산분할의 준용에 대해서는 왜 마찬가지로 말할 수 없는가라는 의문이 제기된다.⁵³⁾

끝으로 사실혼 배우자가 죽기 직전에 사실혼 관계의 종료를 선언하고 이를 해소한 경우와 대비하여 보면, 부정설의 부당함이 분명하게 드러난다. 즉, 사실혼 배우자가 상대방이 죽기 직전에 사실혼 관계를 해소하였다면, 아직 상대방이 생존하는 동안에 구체적으로 재산분할청구권을 행사하지 않았다 하더라도 추상적 재산분할청구권은 사실혼 해소와 동시에 발생하므로, 그 시점에서 상대방에게는 그에 대응하는 재산분할의무가 발생하고 그의 사망에 의하여 이는 다시 상속인에게 상속될 것이기 때문이다. 결국 부정설에 따르면 재산분할청구권이 생존 중 해소를 위한 제도라는 이유로

그에 맞추기 위하여 사망 직전에 애써서 그 해소의 의사표시를 하여 사실혼관계를 해소하여야 한다는 것이 된다. 이러한 판례의 입장은 실질적으로는 무의미한 형식주의에 얽매어 있는 것이라는 비난을 피하기 어렵다.⁵⁴⁾

나아가 우리나라의 법무부 개정안(개정안 제831조의3)⁵⁵⁾에 따르면 혼인 중에도 재산분할의 청구가 가능하다. 그리고 앞서 살펴본 바대로 현행 판례의 태도가 유지되는 한 이것은 사실혼관계에도 유추적용하는 것이 타당할 것인데, 사망으로 인한 사실혼 해소에 재산분할을 인정하지 않는다면, 사실혼 배우자가 가지고 있는 재산분할청구권이 상대방의 사망으로 갑자기 상실하게 된다는 부당한 결론을 피할 수 없다. 따라서 생존 중 사실혼 배우자의 재산분할청구권은 그 행사 전에는 잠재적인 권리로 존재하지만, 상대방 배우자가 사망한 경우에는 청산의 필요에 의하여 현재화되어 그 상속인에게 상속채무로서 승계된다고 보아야 할 것이다.

2. 특별연고자 분여제도 등이 재산분할의 유추를 금지하는 취지인가에 대하여

부정설은 망인에게 법정 상속인이 존재하는 경우에는 사실혼 배우자를 특별연고자로 인정하여 상속재산을 분여할 여지도 없다는 점을 부수적 논거로 들고 있다. 그러나 이러한 사실은 그 문언의 해석상 명백한 것이기는 하지만 유추적용 부정의 논거로서는 별 의미가 없다.

다만, 우리 민법 제1057조의2 특별연고자 재산분여규정의 입법취지가 사망에 의한 사실혼 해소시 재산분할규정의 유추까지를 금지하는 것인가라는 점만이 부정설의 논거로 문제가 될 수 있다. 왜냐하면 사실혼 배우자가 특별연고자로서 상속재산을 분여 받을 수 있는 것은 법정상속인 부존재의 경우이므로, 이러한 규정의 취지로부터 생존 사실혼 배우자의 보호는 상속인이 없는 경우 또는 적어도 상속인의 권리에 영향이 없는 범위 내에서만 인정하는 것이 입법자의 의사가 아닌가 하는 의문이 생길 수 있기 때문이다.

물론 특별연고자의 재산분여제도에 있어서 중요한 적용대상 중 하나로 사실혼 배우자가 상정되었음은 의심의 여지가 없다.⁵⁶⁾ 그러나 그 규정의 취지

53) 二宮周平(註 37), 752면.

54) 鍛治良堅(註 26), 209면에서의 지적 참조.

55) 註 10) 참조.

가 상속인 부존재 또는 상속인의 권리에 전혀 영향이 없는 경우에만 생존 사실혼 배우자를 보호하고, 그러하지 않은 경우에는 그 보호를 배제하거나 제한하는 것이라고 이해할 수는 없다. 그러한 반대해석을 뒷받침할 만한 적극적인 근거가 없을 뿐 아니라, 그와 같은 해석이 초래할 불공평한 결과에 비추어 부당한 확대해석이기 때문이다. 이혼시 사실혼 배우자에게는 재산분할의 유추적용을 인정하여 실질적 부부공유재산의 청산을 인정하면서, 반대로 사망으로 인한 사실혼 해소시에는 이를 엄격히 제한하는 것이 입법자의 의사라고는 생각할 수 없다. 왜냐하면 다른 모든 경우에 인정되는 실질적 부부공유재산의 청산이 유독 사망에 의한 사실혼 해소의 경우에는 상속인 부존재 외에는 허용되지 않는다는 부당한 귀결에 이르게 되기 때문이다.

3. 상속인 또는 수증자의 권리를 침해하는 것인지에 대하여

부정설은 만일 법원에서 명문의 법률규정이 없는 상태에서 사실혼 배우자에게 재산분할청구권 등을 인정하는 판단을 하는 경우, 법원이 자의적 법률해석을 통하여 법률상 보장된 상속인이나 수증자 등 제3자의 재산권 등을 침해한다는 비난을 받을 위험성이 있다고 우려한다.

앞서 살펴본 대로 사실혼관계에서 부부 일방이 자신 명의로 취득한 재산은 대외적으로는 그의 특유재산으로 인정되지만, 그 재산 가운데에는 타방 배우자의 노동과 협력에 의한 실질적 공유지분이 포함되어 있다. 따라서 사망에 의한 사실혼 해소시 생존 배우자에게 재산분할을 인정하는 것은 그가 혼인 중 취득한 잠재적 공유지분을 현실화하는 것에 지나지 않은 것이다. 그러므로 재산분할청구권은 원래 생존 사실혼 배우자의 것을 그에게 되돌리는 것일 뿐, 그에게 전에 없던 새로운 재산을 취득시킴으로써 상속인이나 수증자에게 돌아갈 것을 실질적으로 침해하는 것은 아니다. 오히려 생전에 사실혼 관계를 해소하였더라면 청구할 수 있는 것을 평생의 협력관계에 있었던 사망에 의한 경우에 있어서 이를 잃게 하는 것은 합리적 이유를 찾기 어렵고, 사실혼 부부의 공동의 협력에 의해 이룩한 재산에 포함되어 있는 생존 사실혼 배우자의 실질적 공유지분을 사망한 사실혼 배우자의

상속인에게 모두 취득시키는 것은 부당하게 이득을 얻게 하는 것으로서 공평의 관념에서도 허용하기 어렵다.

4. 재산법적 법리구성의 한계에 대하여

우리나라의 부정설도 결국은 재산법의 법리를 활용하여 사망해소 후 사실혼 배우자를 보호하지는 견해를 대안으로 제시하고 있다. 그러한 견해는 혼인 중 취득한 부부 일방 명의 재산 가운데 부부 쌍방의 노동과 협력으로 취득한 재산을 대외적인 명의와 관계없이 내부적으로는 실질적 부부공유재산으로 보아 이를 재산법상의 공유물의 분할 또는 부부간 명의신탁의 해지의 방법으로 생존 배우자에게 취득시키는 방법을 모색하고 있다.

그러나 우리 판례는 혼인 중에 있어서 부부재산의 귀속에 관하여 그것이 부부의 공유재산이 되기 위해서는 그 재산의 취득에 있어서 대가를 부담하였다는 등의 구체적 재산적 기여를 증명할 것을 요구한다. 전업주부의 가사노동 등에 의한 협력에 관하여 실질적 공유재산으로서의 기여를 인정하는 것은 재산분할에 있어서일 뿐이다. 이것은 결국 가사노동에 의한 협력이 재산법적으로는 공유재산 형성의 요소로 포섭될 수 없으며, 이것이 고려되는 것은 가족법상의 제도를 통해서만 가능하다는 것을 의미하는 것이다.

따라서 순수한 재산법적 법리로서의 공유물 분할이나 부부간 명의신탁 해지의 법리를 구성하는 경우에는 전업주부가 아닌 경우로서 당해 재산의 획득 형성에 생존 사실혼 배우자가 대가를 제공하였든가 일본의 예에서 보는 것처럼 가업의 공동 경영이나 수입의 제공 등으로 공헌해온 사실이 증명된 경우로 한정될 수밖에 없다. 반대로 부동산 등 재산 취득에 있어서 대가의 부담, 부부간 공동 경영의 실체, 공동생활비용의 부담의 사실 등 재산형성에 대하여 구체적인 경제적 기여나 공헌이 없는 경우, 즉 가사에 전념하여 사실혼의 부에게 경제적으로 의존하고 있는 보통의 주부의 경우에는 재산법적 법리구성에 의해서는 보호를 받지 못하게 된다.

이것은 결국 부부간 재산관계의 처리에 있어서 재산법리가 적당한 것이 아니라는 것을 반증하는 것이라고 할 수 있다. 부부간 재산관계에 있어서는 재

56) 김주수·김상용(註 6), 682면 참조.

57) 김상준(註 23), 536-537면, 손승운(註 12), 313면 이하.

산법리만으로는 합리적으로 고려하기 어려운 가족관계 특유의 요소들이 포함되어 있고, 이것을 해소하는 방법 역시 가족법 고유의 제도와 법리를 필요로 한다고 할 수 있다. 이와 반대로 생존 사실혼 배우자에게 재산분할청구권을 유추하는 경우에는 재산법리 구성에서는 포섭할 수 없었던 사후 부양적 요소를 고려할 수 있을 뿐 아니라, 절차상으로도 가정법원에 있어서 상속재산분할 절차와 병합하여 일괄해서 처리할 수 있는 가능성을 제공함으로써 당사자에게 있어서도 간편하다는 점도 利點 중 하나라고 할 수 있다.⁵⁸⁾

5. 사실혼 당사자의 주관적 의사와의 합치 여부에 대하여

사실혼 당사자가 법률혼을 선택할 수 있었음에도 그러한 선택을 하지 않은 경우에는 법률혼의 경우와 다른 법적 규율을 하는 것이 오히려 당사자들의 주관적 의사 등에 합치한다고 부정설은 주장한다. 이러한 주장은 사망 사실혼 배우자가 생전에 유언이나 증여를 할 수 있었음에도 그것을 하지 않고 사망한 이상, 실질적 부부공동재산이 상속재산에 귀속되어 법정상속인이 이를 취득하게 되더라도 그것은 법률혼의 길을 선택하지 않았던 당사자들의 의사에 부합하거나 그들의 자기책임의 문제라고 하는 생각이다.

그러나 그렇다고 하여 그 불이익을 사실혼 당사자의 책임으로 돌릴 수 있는 것일까? 사실혼당사자들은 각자 여러 가지 사정 때문에 혼인 신고를 하지 않았을 뿐인데, 그렇다고 하여 사실혼 부부가 협력하여 쌓아 올린 재산을 재산형성에 아무런 기여도 하지 않은 상속인에게 독점시키는 것이 타당하다고 할 수는 없다. 사실혼 당사자들이 법률혼을 선택하지 않았거나 선택할 수 없었던 사정이 모든 문제에 대하여 법적 해결을 전부 포기하는 의사를 포함하고 있는 것은 아닐뿐더러, 사실혼 일방이 서로 협력해서 형성한 재산을 독점할 생각으로 혼인신고를 하지 않았다면 그것을 알아차리지 못한 쪽은 무지로 인한 것이므로 어쩔 수 없는 일이라고 하면서 재산의 독점을 인정할 수 있는 것인가? 오히려 당사자의 자기책임에 맡겨두어서는 불공평한 결과가 발생하기 때문에 판례가 사실혼을 보호해 온 것은 아닌가 하는 의문이 제기된다.⁵⁹⁾

결국 위와 같은 사고의 배후에는 우리 사회가 법률혼을 채택하고 있는 이상 법의 보호를 받으려면 법률혼의 틀 안으로 들어와야 하고, 당사자들이 그렇게 하지 않아 법의 보호를 받지 못한다면 그것은 가족관계 형성에 관한 자기결정에 대한 자기책임의 문제로 어쩔 수 없다는 사고가 깔려 있다. 나아가서는 사실혼이 사회적으로 인정할 수 없는 비정상적 관계라는 보이지 않는 비난이 포함되어 있는지도 모른다. 물론 혼인신고만 하면 배우자로서의 권리는 확보할 수 있다. 그러나 여러 가지 사정 때문에 혼인신고를 하지 못하는 커플 또는 자신들의 의사로 자발적으로 혼인신고를 하지 않는 커플이 존재하고 있다. 이러한 커플들에 대해서도 혼인공동생활의 실체가 존재한다면, 그에 대해서도 사망해소의 경우에 합리적이고 간결한 법적 해결을 보장하여야 한다. 다양하게 변화해 가고 있는 현대사회에서 각 개인의 다양한 라이프스타일을 존중하고 다양한 가족관계를 인정하여, 각각 그에 알맞은 법적 규율을 제공하고 당사자들이 이를 쉽고 편리하게 이용할 수 있도록 보장하는 것이야말로 가족법이 지향하는 미래상에 부합하는 것은 아닐까? 그렇다고 하여 이것이 사회제도로서의 법률혼주의를 부정하는 것이 되지는 않는다. 위와 같은 가족법의 미래상에서 보면 오늘날 법률혼의 존중 또는 유지가 다른 라이프스타일 내지 가족관계를 억압하는 근거가 되어서는 안 된다⁶⁰⁾는 것일 뿐이다. 어떤 가족형태가 되었든 거기에 공동생활로서의 실태가 있고 생계의 상호의존관계가 있는 한 마찬가지로 법적 보호가 인정되어야 할 것이다.

6. 재산분할의무의 상속성에 대하여

(1) 우리나라의 학설

사실혼의 사망 해소시 재산분할의 유추를 인정하기 위해서는 그 정당성 뿐 아니라 재산분할청구권이 구체적으로 어떻게 발생하고 행사될 수 있는가에 대해서 법이론적으로 설명되지 않으면 안 된다. 재산분할청구가 본래 예정하고 있었던 혼인관계의 생존 해소의 경우라면, 해소 후 상대방 배우자에 대하여 재산분할을 청구하게 될 것이지만, 사실혼의 사망 해소시에는

58) 村重慶一(註 51), 34면도 절차상의 이점을 강조하고 있다.

59) 二宮周平(註 37), 756면 이하.

60) 二宮周平(註 37), 758면.

재산분할청구의 상대방은 이미 사망하고 존재하지 않기 때문이다. 따라서 생존 사실혼 배우자에게 재산분할청구를 인정하기 위해서는 사망한 사실혼 배우자의 재산분할의무가 어떻게 상속인들에게 이전되는지 즉, 재산분할의무의 상속성이 논증되지 않으면 안 된다.

재산분할의무의 상속성은 대개 재산분할청구권의 그것과 같이 논의되고 있다. 이에 대하여 우리나라 판례는 이혼 성립 전의 재산분할청구권의 상속성은 부인하나,⁶¹⁾ 이혼 후의 상속 여부에 관하여는 판례가 없고, 재산분할의무의 상속 여부에 관하여도 마찬가지이다. 학설은 재산분할청구권의 청산적 성질을 강조하는 입장에서는 상속성을 긍정하는 입장이 우세하나 부양적 성질 내지 요소에 대해서는 이를 부인하는 것이 일반적이다.⁶²⁾

학설 가운데에는 재산분할청구권이 이혼의 성립을 전제로 하여 인정되는 권리라고 한다면 이혼 후에는 권리로서 형성되어 있다고 보아야 할 것이고, 따라서 이혼 후 2년간의 제척기간이 경과하기 전에 당사자가 행사하지 않고 사망하였다면 그 상속인에게 상속된다는 논리적 가능성을 인정하는 견해,⁶³⁾ 재산분할청구권의 재산적 성격을 강조하여 구체적 재산분할의 확정과 관계없이 청산적 요소로서의 분할재산은 상속의 대상이 되는 것이고, 나아가 재산분할이 이루어진 경우에는 재산적 성격이 강화된 것으로 이해하여 상속대상이 된다고 하는 견해가 있다.⁶⁴⁾

이에 반대되는 학설로는 약혼해제로 인한 위자료의 상속성을 부정하는 민법 제806조 제3항(민법 제843조에 의하여 재판상 이혼에 준용된다) 및 가사소송규칙 제96조 “재산분할의 심판은 부부 중 일방이 다른 일방을 상대방으로 하여 청구하여야 한다”라는 규정을 들어, 재산분할청구권의 상속성은 부정되거나 적어도 절차상으로 상속인은 당사자에서 배제하는 취지라고 이해하는 견해가 있고,⁶⁵⁾ 여기에 덧붙여서 처가 자신의 자녀를 상대로 (재산

분할)심판절차를 계속하는 경우를 생각하면 윤리적으로도 용납하기 어렵다는 견해도 있다.⁶⁶⁾

(2) 일본의 학설

일본의 학설은 재산분할청구권을 협의에 의한 이혼인가 재판상 이혼인가에 관계없이 이혼에 의하여 당연히 발생하는 청구권으로 해석하고 따라서 일반원칙으로서 상속된다는 태도를 취한다.⁶⁷⁾ 상속시에 청구의 의사를 표시하여야 하는가에 대하여도 재산분할청구권을 행사상의 일신전속적 권리로 이해하여 사망 전에 재산분할청구의 의사를 표시하면, 조정심판에 의하여 구체적인 권리를 취득하기 전이라도 상속된다고 하는 판결이 있으나,⁶⁸⁾ 학설은 포기의 의사가 분명하지 않은 한 당연히 상속한다고 한다. 나아가 재산분할의무의 상속도 위와 같은 이론에 따라 해석하여야 한다고 한다.⁶⁹⁾ 일본의 판례는 추상적인 재산분할청구권은 이혼에 의하여 당연히 발생하고 구체적인 재산분할청구권은 당사자의 협의 또는 심판에 의해 비로소 형성되는 것이므로 의무도 혼인의 해소에 의하여 발생한다는 태도를 취하는 한편,⁷⁰⁾ 치료부터 부에 대하여 이혼과 위자료 및 재산분할의 청구를 하여 제1심에서 승소한 후 제2심 계속 중 부가 사망한 사안에 있어서 상속개시시

61) 대법원 1994. 10. 28. 선고 94므246, 253 판결(집42-2, 특438, 공1994하, 3126).
 62) 정상현(註 6), 331면 이하의 각 학설 소개 참조. 이 논문에 따르면, 실제 판례에서는 재산분할의 구체적 산정 등에 있어서 청산적 요소와 부양적 요소를 명확히 구별하여 인정하고 있지 않으므로 양자를 구별하여 상속 여부를 논하는 것에는 무리가 있다고 한다.
 63) 김주수·감상용(註 6), 238면.
 64) 정상현(註 6), 337면.
 65) 민유숙, “재산분할의 구체적 인정기준,” 재판자료 제62집(법원도서관), 450면.

66) 이상훈, “이혼에 따른 재산분할청구사건의 재판실무상 문제점에 대한 고찰,” 법조 제42권 제6호, 91면 이하, 그것이 여기에 반드시 적합한 논거라고는 생각되지 않는다. 배우자와 그 구 사이에 법적 청구권을 인정한다고 하여, 그것이 곧바로 윤리적 문제를 일으키는 것은 아니기 때문이다. 우리 가족법은 부모와 자식 간에 많은 권리와 의무를 인정하고, 그 중에서도 재산적인 권리와 의무에 대해서는 대부분 이를 법적으로 청구·강제할 수 있도록 하고 있다. 물론 가족 간의 법적 분쟁이 우리의 윤리감정을 해치는 경우가 있으나 그 경우에는 권리남용 또는 반사회질서행위로 개별적으로 규제하는 것으로 족하다. 기본적으로 가족관계에 관하여 이를 윤리의 문제로만은 맡겨 둘 수 없으므로 가족법이 개입하는 것은 아닌가 하는 것이다.
 67) 我妻 榮, 親族法(有斐閣, 1972), 154면.
 68) 名古屋高決 昭和 27년(1952) 7월 3일(高裁判集 第5권 第7호 265면){我妻 榮(註 61), 166면에서 재인용}.
 69) 我妻 榮(註 61), 158면 참조. 다만, 부양을 목적을 하는 것은 권리자 본인의 사망에 의하여 장래의 것은 소멸한다고 한다. 이 경우에도 그 구별이 분명하지 않은 경우에는 원칙적으로 전부 상속하고, 특히 부양을 포함하는 것이 분명한 경우에만 의무자는 감액을 청구할 수 있다고 해석한다(같은 면).
 70) 最判 昭和 55년(1980) 7월 11일(民集 第34권 第4호 628면).

에 재산분할청구권의 존부, 액이 확정되어 있지 않더라도 그 후 확정되면 사망한 부는 이혼 당시에 재산분할의무가 있었던 것으로 귀착되므로 그 의무는 상속에 의하여 상속인에게 상속된다는 판결⁷¹⁾이 있다.

유추적용을 긍정하는 일본의 학설은 위와 같은 일본 판례의 태도에 따라 이혼 후 재산분할의 청구를 하지 않았더라도 의무자의 사망에 의해 추상적 재산분할의무는 상속되어 권리자는 그 상속인을 상대로 재산분할의 청구를 하여 구체적인 재산분할의 내용을 형성할 수 있다고 한다. 특히, 일신전속성이라는 면에서 그 승계가 문제될 수 있는 것은 이혼 후 부양에 관한 부분의 재산분할청구권으로서 권리자측의 문제이지 의무자측의 문제가 아니라고 지적한다.⁷²⁾ 일본 판례도 이혼 후 부가 사망하고 처로부터 부의 상속인인 자를 상대로 재산분할을 청구한 사안에서 상속재산 가운데 존재하는 잠재적 지분의 회복과 생활보장의 도모라고 하는 상속제도의 취지는 이혼의 경우에도 존재한다는 점, 상속인은 피상속인의 입장에 서서 재산분할의 협의를 할 수 있다는 점, 상속인의 책임은 상속포기나 한정승인제도에 의하여 상속재산의 한도 내로 한정될 수 있으므로 부양의무의 상속성을 긍정한 사례가 있다.⁷³⁾

(3) 결 토

다시 우리나라의 판례를 돌아보면, 이혼 및 위자료청구의 소제기 후 원고가 사망한 사안에서 소제기로 청구권을 행사할 의사가 외부적, 객관적으로 명백하게 된 이상 양도나 상속 등 승계가 가능하다고 판시한 바 있으나,⁷⁴⁾ 이혼소송과 재산분할청구가 병합된 경우에는 배우자 일방이 사망하면 이혼의 성립을 전제로 하여 이혼소송에 부대한 재산분할청구 역시 이를 유지할 이익이 상실되어 이혼소송의 종료와 동시에 종료된다는 태도를 취한다.⁷⁵⁾ 이는 재산분할의 전제로서 혼인관계가 해소되지 않은 결과, 재산분

할청구권이 발생하지 않는다는 취지이지만, 사안과 같은 경우에는 오히려 배우자 상속권이 발생하게 되므로 재산분할청구권은 배우자 상속권에 의해 배제된 것으로 볼 수 있다.

그러나 이혼 등으로 혼인관계가 이미 해소되었다면, 소제기 등으로 아직 구체화되지 않은 성질의 것이라도 일단 재산분할청구권이 발생하고 특히 청산적 요소를 고려할 때에는 그 상속을 부인할 합리적 이유가 없다. 그리고 이때에는 이미 이혼이 성립하였으므로 상대방 배우자가 사망하더라도 배우자 상속권과 같은 장애요소는 발생하지 않는다. 다만, 재산분할청구권에 있어서 부양적 요소는 일신전속적 성질의 것이므로 상속성을 인정할 수 없을 것이다. 따라서 단순히 절차를 규정함에 지나지 않은 기사소송규칙의 문언에 구속되어 재산분할청구권의 상속성을 부인할 수 없으며, 재산분할청구권의 당사자로서의 지위는 상속에 의하여 포괄적으로 상속인에게 이전된다고 해석할 수 있다.

이는 재산분할의무에 대해서도 마찬가지로 이해될 수 있다. 따라서 이혼으로 인하여 일방에게 재산분할청구권, 타방에게 재산분할의무가 각각 발생한 후 2년의 권리 행사기간 내에 어느 한 당사자가 사망하였다면, 사망한 자의 재산분할청구권(부양 부분은 제외) 또는 재산분할의무는 당연히 상속인에게 상속된다고 해석할 수 있다. 이때 재산분할의무의 부양적 요소도 상속되는가가 문제이다. 일본에서는 무릇 부양을 혼인의 사후적 효과로 볼 때에는 당사자 간에만 이 의무를 인정하는 것이 지당하기 때문에 재산분할의무의 상속에 있어서도 부양은 상속하지 않는다고 보는 견해가 있으나,⁷⁶⁾ 일신전속성은 부양적 요소의 재산분할청구권에 있어서만 인정되는 것이므로 재산분할의무의 상속에 있어서는 일신전속성은 문제되지 않는다는 견해가 있다.

생각건대, 재산분할청구권의 부양적 요소는 부양 받을 당사자가 존재하지 않으므로 상속을 인정할 수 없으나, 재산분할의무의 경우에는 부양을 필요로 하는 자는 생존하고 있으므로 부양 의무의 승계를 반드시 부인하여야 하는 것은 아니다. 또한 재산분할에 있어서 부양은 보충적 요소로서 ‘기타 사정’으로 고려하는 데에 그치고, 실무상으로도 청산과 부양을 엄격히 구별하여 독립적으로 평가하지 않는다는 점까지 아울러 고려하면, 재산분할의무

71) 仙台高判 昭和 32년(1957) 10월 14일(下級民集 第8권 第10호, 1915면)(我妻 榮(註 61), 166면에서 재인용).

72) 二宮周平(註 37), 747면.

73) 大分地判 昭和 62년(1987) 7월 14일(判例時報 1266号, 103면), 이에 반대한 견해는 일신전속적 요소를 포함하는 생활원조(부양적 요소를 의미한다)를 상속인에게 부담시킬 수 없으므로 그러한 재산분할을 인정하는 것은 곤란하다고 한다. 鍛治良堅(註 26), 212면 참조.

74) 대법원 1993. 5. 27. 선고 92므143 판결(집41-2, 특449, 공1993하, 1882).

75) 대법원 1994. 10. 28. 선고 94므246, 253 판결(집42-2, 특438, 공1994하, 3126).

76) 我妻 榮(註 61), 158면 및 鍛治良堅(註 26), 212면 참조.

의 상속에서 굳이 부양적 요소를 배제할 필요는 없다고 본다. 따라서 생존 배우자는 부양적 요소까지를 고려한 재산분할청구권을 사망한 배우자의 상속인에 대하여도 행사할 수 있다고 보아야 할 것이다.

따라서 사실혼 배우자가 사망한 경우에는 사망과 동시에 생존 배우자에게 재산분할청구권이 발생하고 사망 배우자에게는 재산분할의무가 발생하는데, 사망 배우자의 재산분할의무는 발생과 동시에 상속인에게 승계되는 것으로 해석할 수 있다. 재산분할의무가 발생과 동시에 상속되는 것은 이미 손해배상청구권이나 위자료청구권의 상속성과 같은 문제 상황이라고 할 수 있다. 이것이 해석상 가능하다면 의무의 상속도 마찬가지로 해석하여 사실혼의 사망 해소에 의하여 생존 사실혼배우자에게는 재산분할청구권이 사망 사실혼배우자에게는 사망과 동시에 재산분할의무가 발생하여 그 의무가 상속인에게 상속된다고 해석하는 것이 가능하다고 할 수 있다.⁷⁷⁾

나아가 법무개정안(개정안 제831조의3)에 의하면, 혼인 중에도 일정한 경우에는 재산분할청구권을 할 수 있으므로 혼인 중에 이미 잠재적인 재산분할청구권 내지 재산분할의무가 존재한다는 점이 분명해졌다. 따라서 동 규정이 사실혼관계에 준용된다는 것을 전제로 하면, 위와 같은 논리적 조작조차 필요 없게 된다. 즉, 혼인 중 존재하는 잠재적 재산분할청구권과 재산분할의무가 사망으로 인한 사실혼 해소에 의하여 현재화되어 사망 사실혼 배우자의 상속인에게 상속된다고 볼 수 있다. 이때 법률혼 관계라면 재산분할청구권과 재산분할의무는 배우자 상속권에 흡수되어 배제되지만, 사실혼에 있어서는 그러한 장애사유가 존재하지 않는다.

VI. 입법론적 대안에 대하여

1. 사실혼 배우자에 대한 상속권을 부여하는 방안

최근 입법론으로서 사실혼 배우자에게도 전면적으로 배우자 상속권을 인정하여야 한다는 주장이 제기되었다.⁷⁸⁾ 주장의 논지에 따르면, 상속제도가

갖는 실질적 근거를 잠재적 공유관계의 청산과 사후 부양 또는 유족 생활 보장에 두는 한 법률혼 배우자와 사실혼 배우자 사이를 차별하여야 할 근거가 없고, 각종 연금관계법령이나 주택임대차보호법 등의 입법조치에 비추어 입법정책적으로는 사실혼 배우자에게도 상속권을 인정하는 것을 충분히 수긍할 수 있다고 한다. 다만, 사실혼 배우자에게 상속권을 인정하는 경우에는 상속 개시 당시 사실혼 배우자의 존재 여부를 객관적으로 확정할 수 없어 상속개시시에 상속인이 확정되지 아니하고, 사실혼관계존재확인 소송의 절차를 고려하면 장기간 상속인 불확정 상태가 지속되는 불합리가 발생하는 문제가 있다고 한다. 하지만, 이러한 문제들은 피상속인의 사후 인지 판결을 받은 혼인 외 자의 경우에 준하여, 일단 상속개시시에는 나머지 상속인들이 상속재산을 승계하고, 생존 사실혼 배우자가 검사를 상대로 사실혼관계존재확인청구를 하여 확정되면, 사실혼 배우자가 상속개시시에 소급하여 상속인 자격을 취득하되, 상속재산이 이미 분할된 경우에는 상속분 상당에 대한 가액반환만을 청구할 수 있는 것으로 하자는 것이다. 그리고 이러한 입법론의 배경으로 사실혼에 관하여 진보적인 법제를 갖추고 있는 네덜란드, 호주, 슬로베니아의 예가 제시되고 있다. 네덜란드의 경우에는同性 간 결합을 포함하는 생활공동체관계로서 신분등록부에 공시된 경우 법률혼의 배우자와 동일한 상속인의 지위가 인정되고, 호주와 슬로베니아에서는 등록, 공시를 요구하는 대신 사실상 혼인관계가 존재하였다는 사실을 재판에 의하여 확정 받은 후 법률혼 배우자와 같은 상속권을 취득한다.⁷⁹⁾

앞서 살펴본 대로 사실혼 배우자에게 전격적으로 상속권을 부여한다면, 부부재산관계 청산과 사후 부양에 있어서 법률혼과 병렬적인 구조를 가지게 되어 문제를 일거에 해결하는 명쾌한 해결책이 될 것임에 틀림없다. 다만, 장래 우리 사회에서 법률혼에 있어서의 혼인신고로 표시되는 신분관계에 관한 대외적 의사결정 없이 공동생활의 실체를 형성해 가는 다양한 형태의 사실혼의 전개 가능성을 생각하면, 모든 사실혼 배우자에게 획일적으로 상속권을 부여하는 것이 반드시 필요하고도 바람직할 것인지에 대해서는 더욱 깊이 있는 논의가 필요할 것으로 생각한다. 사실혼 배우자에 대한 상속권의 부여가 실무계에 있어서 사실혼 인정을 보다 엄격하게 하는 계기

77) 二宮周平(註) 37), 749면.

78) 김상용, “사실혼 배우자의 상속권에 관한 시론,” 중앙법학 제9집 제2호(2007. 8),

511면 이하.

79) 前註, 524면 참조.

가 됨으로써, 도리어 보다 다양한 실질적 가족 생활공동체를 사실혼으로 보호할 수 있는 가능성을 축소시킬 염려는 없는지 신중한 판단을 요하는 문제라고 생각한다.

2. 사실혼 배우자에게 부양청구권을 부여하는 방안

최근 제기된 또 다른 입법론은 외국법제를 참고하여 사실혼 배우자에게 부양청구권을 부여하는 입법을 하는 것이 타당하다는 주장이 제기되었다.⁸⁰⁾ 이 견해는 먼저 사실혼 해소에 있어서 생존 해소와 사망 해소 사이의 불균형은 파탄으로 인한 사실혼 해소의 경우에 재산분할청구를 인정하는 데에서 비롯된다고 진단한다. 그 근거로 일본을 제외한 다른 나라들은 별도의 입법이 없는 한 사실혼이 해소된 경우에 이혼 법리에 따른 재산분할을 인정하는 경우는 극히 예외적인 경우를 제외하고는 찾기 어렵다는 점을 들고 있다. 따라서 여기서 한 걸음 더 나아가 사실혼 배우자 일방이 사망한 경우까지만 재산분할청구를 인정한다면 입법자의 의사나 민법의 체계와는 너무 괴리되는 것이며, 이것을 인정하면 다른 공동상속인이 많은 경우에는 법률혼 배우자가 상속을 통해 취득하는 것보다 사실혼 배우자가 재산분할을 통해 받는 것이 더 많아 오히려 사실혼 배우자를 우대하는 결과가 될 수 있다고 비판한다. 따라서 해석론으로는 물론 입법론으로서도 이러한 경우에 재산분할청구를 인정하는 것은 바람직하지 않다고 주장한다.⁸¹⁾ 나아가 재산법상의 법리에 의한 구제도 결과의 예측가능성이 없어서 큰 기대를 하기 어렵다고 한다.

80) 윤진수(註 16), 5면 이하.

81) 윤진수(註 16), 33면, 이러한 비판은 해석론적인 것이기보다는 법률혼주의를 취하고 있는 법체계하에서의 사실혼 보호에 관한 소극적 가치판단이 개입되어 있는 것으로 여겨진다. 법률혼은 혼인의사가 대외적으로 확정되어 있다는 점에서 분명 사실혼과는 다른 차원의 보호 가치가 있는 것이고, 배우자 상속권과 같은 확정적인 권리를 부여하는 것이 그에 해당한다. 그러나 혼인공동생활의 실체를 존중하여 그에 준하는 보호를 하는 것이 필요한 경우에 그것을 억제하여야 하는 이유로 법률혼주의를 드는 것은 구체적인 설득력은 부족하지 않은가 하는 생각이다. 장래 우리 가족법이 가족관계의 다양성과 변화 가능성에 대비하여야 한다는 관점에서 다소 유연한 대처가 필요하다고 생각하며, 그것이 결코 법률혼주의에 대한 도전이 아니라는 점은 위에서 기술한 바와 같다.

따라서 입법적 조치로서 사실혼 배우자에게 상속권을 인정하거나 재산분할청구권을 인정하는 것⁸²⁾을 고려할 수 있으나 모두 바람직하지 않으므로, 결국 외국의 입법례를 참고하여 포르투갈, 캐나다의 몇몇 주 및 영국 등과 같이 사실혼 배우자가 상속인들에 대하여 기본적으로 부양을 위한 청구권을 인정하는 것이 가장 바람직한 대안이라고 주장한다. 다만, 사실혼 배우자가 상속재산의 형성에 현저한 기여를 하였을 경우에는 청산적 요소도 이를 고려할 수 있다고 한다.

결국 이 제도는 재산분할제도와는 반대로 부양적 요소가 1차적이고 청산적 요소가 2차적인 것이 된다. 위 견해가 지적하고 있듯이 입법론적 주장에 관해서는 각자의 가치관과 인생관에 따라 다른 결론이 나올 것이므로 그에 대한 평가도 유보적일 수밖에 없다. 다만, 우리가 생존 사실혼 배우자 보호에 대하여 불공평함을 느끼는 것은 사후 부양을 받지 못한다는 점보다는 사실혼관계 중 부부 공동의 노력으로 이룩한 재산에 대하여 왜 청산의 기회를 보장하지 않는가라는 점에 있다는 점에서, 이를 부수적으로만 고려하는 부양청구권의 입법으로 그러한 불공평이 해소될 수 있을지는 여전히 의문이다. 만약 청산의 요소가 고려되는 그러한 현저한 기여라면 정면에서 재산법적 분할의 대상으로 하는 것이 오히려 타당한 것은 아닐까라고 생각한다.

VII. 결 론

지금까지 사망으로 인한 사실혼 해소시 재산분할규정의 유추적용을 부정하는 견해와 찬성하는 견해의 논거를 국내와 일본의 판례, 학설을 중심으로 검토하였다. 그 결과 본고의 관점과 이해에 따르면, 부정설이 제시하는

82) 이와 관련하여 사실혼 배우자 사망시 생존 사실혼 배우자에게 재산분할을 인정하는 입법례로서 1988. 1. 1. 시행된 스웨덴의 사실혼부부재산관계법(통칭 Sambolagen으로 불린다)이 있다. 이 법률은 사실혼 관계가 해소된 때 사실혼 부부가 함께 사용할 목적으로 취득한 주택 및 가재도구 등을 분할의 대상으로 하는 것으로 되어 있고, 특히 사망으로 인하여 사실혼이 해소된 경우 생존 사실혼 배우자에 한하여, 사망한 사실혼 배우자의 상속인 내지 포괄적 수증자에 대하여(이들은 피상속인과 같은 지위에서 재산분할의 당사자가 된다) 재산분할을 청구할 수 있는 것으로 되어 있다. 입법 당시 법률 내용에 대한 소개로서 우선 菱木昭八郎, “スウェーデンにおける内縁夫婦の財産關係に關する法律について,” 家裁月報 제40권 제6호, 1면 이하 참조.

논거들은 모두 유추적용을 거부할 실질적 논거는 되지 못하는 것으로 파악되었다. 물론 민법을 하나의 전체 체계로서 파악하고 이해하는 것은 해석론의 전개에 있어서 매우 중요한 관점이다. 그러나 그것은 각 문제 상황들에 있어서 균형 있고 합리적인 해석론을 가능하게 하는 것이어야 한다. 형식적 구조나 체계 때문에 제도의 실질적 목적과 기능을 제대로 평가하지 못하여 보호의 흠결을 방치해서는 안 될 것이다. 그런 의미에서 생전에 사실혼 관계가 해소되는 경우에는 재산분할이 유추적용되는데, 반대로 사망하는 최후의 순간까지 생을 함께 했던 사망으로 인한 사실혼 해소의 경우에는 실질적 부부 공유재산의 청산을 통한 잠재적 공유지분의 현실화가 허용되지 않음으로써 상속인에게 모든 재산을 독점시키는 것은 우리 민법이 방치할 수 없는 불공평이라고 하지 않을 수 없다. 재산법상의 공유법리를 폭넓게 인정하는 경우에는 이러한 문제를 다소 완화할 수 있으나, 앞서 살펴본 바대로 부부의 공동생활에 있어서 특유한 여러 사정들을 고려하면 부부 재산관계를 재산법적 법리로 해결하는 데에는 여러 한계가 존재한다. 그럼에도 불구하고 생존 사실혼 배우자의 보호를 외면하는 것은 결국 사실혼에 관한 부정적 가치판단이 작용하고 있다고 볼 수밖에 없다. 그것이 우리 가족법이 지향하는 미래상에 부합하지 않는다는 점은 굳이 말하지 않아도 알 수 있다. 따라서 사실혼 배우자에게 상속권을 인정하지 않는 우리 민법의 해석론으로서 사망으로 인한 사실혼 해소의 경우에 생존 배우자에게 이혼시의 재산분할에 관한 규정을 유추적용하는 것이 합리적이고 타당한 해결책이라고 생각한다.

주제

사실혼 배우자, 생존 사실혼 배우자의 재산분할청구권, 재산분할청구권, 배우자 상속권, 부부재산제
 spouse of de facto marriage, the right of division of the matrimonial property by surviving spouse of de facto marriage, the right of division of the matrimonial property, the inheritance of the spouse, Matrimonial Property System

《참고문헌》

김용한, 친족상속법(보정판)(박영사, 2004).
 김주수·김상용, 친족상속법(법문사, 2007).
 박동섭, 친족상속법(박영사, 2004).
 박병호, 가족법(한국방송통신대학출판부, 1992).
 배경숙·최금숙, 친족상속법강의(제일법규, 2006).
 광윤직, 상속법 (박영사, 2004).
 정광현, 신친족상속법요론(법문사, 1962).
 고창현, “사실혼과부의 법적 지위,” 조선대 사회과학연구 제4권(1981), 135면 이하.
 권순환, “상속법의 미래의 과제,” 가족법연구 제14호, 355면 이하.
 김상용, “사실혼 배우자의 상속권에 관한 시론,” 중앙법학 제9집 제2호(2007. 8), 511면 이하.
 김상용, “자녀의 유류분권과 배우자 상속분에 관한 입법론적 고찰,” 우리민법학은 지금 어디에 서 있는가 - 한국 민사법학 60주년 회고와 전망 - {민사법학 특별호(제36호)}(박영사, 2007), 669면 이하.
 김상준, “혼외가족의 법률문제,” 민사판례연구 제18권(1996), 525면 이하.
 김시철, “일방 당사자의 사망으로 인하여 사실혼관계가 종료된 경우 그 상대방에게 재산분할청구권을 인정할 수 있는지” 대법원판례해설, 제61호(2006 하반기) 481면 이하.
 김준모, “재산분할제도의 성격,” 재판자료 제101집(법원도서관, 2003).
 민유숙, “재산분할의 구체적 인정기준,” 재판자료 제62집(법원도서관), 403면 이하.
 배성호, “재산분할청구권의 본질에 관한 재검토(하),” 사법행정 제42권 제12호(2001, 12), 11면 이하.
 손승은, “사실혼관계 해소와 관련한 문제점,” 가정법원사건의 제문제(재판자료 101집)(법원도서관), 313면 이하.
 윤진수, “사실혼배우자 일방이 사망한 경우의 재산문제,” 저스티스 통권 제100호, 5면 이하.
 이상훈, “이혼에 따른 재산분할청구사건의 재판실무상 문제점에 대한 고찰,” 법조 제42권 제6호, 61면 이하.
 전경근, “부부재산제 개정안에 관한 연구,” 가족법연구 제20권 제3호, 47면 이하.
 전해정, “부부재산계약,” 경북대학교 박사학위논문(2005. 12).
 정상현, “이혼으로 인한 재산분할청구권의 법적 성격과 상속의 인정 여부에 대한 법리 재검토(상),” 성균관법학 제18권 제1호(2006. 6), 315면 이하.
 我妻 榮, 親族法(有斐閣, 1972).
 人見康子, “內縁夫婦の一方が死亡した場合における他方の財産分與の請求,” 家事審判事件研究 (1), 81면 이하.
 久貴忠彦, “內縁解消による財産分與,” 法律時報 제35권.
 二宮周平, “內縁の死亡解消と財産分與請求權,” 私法判例リマックス 1993(上), 82면 이하.

- 二宮周平, “內縁の死亡解消と財産の分配,” 立命館法學 제271·272号(2000년 3·4호), 733면 이하.
- 二宮周平, “死亡に因る 内縁關係の解消と民法768條の類推適用,” ジュリスト 제1202호(2001. 6. 10), 78면 이하.
- 鍛冶良堅, “内縁配偶者の死亡と財産分與請求,” 法律論叢 제67권 제4·5·6호 (1995), 193면 이하.
- 山口純夫, “内縁生存配偶者の財産分與請求權,” 判例タイムズ 제543호(1985. 2. 25), 131면 이하.
- 山口純夫 “民法第七六二條にいわゆる特有財産の意味および内縁の生存配偶者の共有持分權,” 判例タイムズ 제499호(1983. 8. 25), 145면 이하.
- 太田武男, “内縁の死亡による解消と民法768條準用の許否,” 民商法雜誌 제107권 6호, 1면.
- 中川 淳, “内縁の夫婦の一方死亡により内縁關係が解消した場合に民法七六八條の規定を類推適用することの可否,” 判例時報 제1728호, 207면 이하.
- 伊藤 司, “内縁の一方の死亡による解消と財産分與請求,” 法學教室 제241호(2000. 10), 154면 이하.
- 渡邊泰彦, “民事判例研究 内縁の死亡解消に財産分與の規定を類推適用することの可否(否定),” 法律時報 제73권 7호, 139면 이하.
- 本山 敦, “生存内縁配偶者の財産分與請求,” NBL 제709호(2001. 3. 15), 67면 이하.
- 床谷文雄, “内縁夫婦の一方が死亡した場合において生存配偶者は財産分與請求權を有するか,” 法學セミナー 제452면(1992. 8), 133면.
- 村重慶一, “内縁の夫が死亡した場合に財産分與請求ができるか,” 戸籍時報ノート 제516호, 51면 이하.
- 村重慶一, “扶養的財産分與の算定基準,” 判例タイムズ 제805호(1993. 3. 15), 29면 이하.
- 日野忠和, “内縁の解消と財産分與,” ケース研究 제227호, 97면 이하.
- 高木積夫, “家事労働の評価,” ジュリスト 제531호(1973. 5. 1.), 96면 이하.
- 菱木昭八朗, “スウェーデンにおける内縁夫婦の財産關係に關する法律について,” 家裁月報 제40권 제6호, 1면 이하.

Analogy of the Division of Matrimonial Property at the Termination of de facto Marriage by Death

Inhwan Park*

On march 24, 2006 The Korea supreme court declared that the surviving spouse of de facto marriage could not have the right of division of the matrimonial property, when the other spouse dead, since the surviving spouse of legal marriage has no such right after spouse's death. According to this judgment, the surviving spouse of de facto marriage meets with difficulty after the death of the other spouse, because she(he) could not claim a right to inherited property. This is very unfair taking into consideration that the spouse of de facto marriage has the right of division of the matrimonial property, when divorce of de facto marriage during the other spouse being. But according to my study and survey on the Japanese cases and theories, in spite of the criticism that such conclusion is contrary of system of Korean Civil Law, the surviving spouse of de facto marriage should have the right of division of the matrimonial property not only the occasion of the divorce when the other spouse being also the occasion of the spouse dead.

死後胎의 자기결정권에 관한 일고찰*

A Study on the Decision-Making framework
for Posthumous Reproduction

이 경 희**

(Lee, Kyung-Hui)

<차

I. 머리말	IV. 생식물질에 관한 자기결정권
II. 사후포태의 의의	V. 관련당사자들의 이익교량
III. 사후포태에 관한 외국의 법제	VI. 맺는 말

I. 머리말

급속한 인공생식기술의 발달은 생물학적 한계를 뛰어넘고 있으며, 이러한 기술을 이용한 새로운 시장이 형성되어, 미국에서만 연간 약 20억 달러 이상의 성장산업으로 평가되고 있다.¹⁾ 이러한 현상은 필연적으로 새로운 윤리적, 정책적 문제점을 제기하게 된다. 특히 정자, 수정란, 난자까지도 추출·보존이 가능해짐에 따라 인공출산에 관한 새로운 기술과 시장을 창출해 내고 있다. 암 때문에 방사선치료를 받아야 하는 사람들은 그로 인하여 불임이 되는 것에 대비하여 생식물질을 미리 보존하는 것이 이미 보편화되었고, 당사자가 사망하는 경우 잔존배우자가 그 정자나 난자를 이용하여

자신들의 생물학적 자를 출산하는 것이 가능해졌기 때문이다. 이를 흔히 사후포태라고 부르고 있다.²⁾

사후포태에 관한 문제는 크게 두 가지 점에서 고찰되어야 한다. 하나는 사후포태에 관한 의사결정권의 문제이며, 다른 하나는 사후포태로 출생한 자의 법적 지위에 관한 문제이다. 전자는 사후포태를 누가 결정하는가의 문제이지만, 대부분의 경우 남편의 사후 잔존배우자인 처가 남편의 정자 내지는 수정란을 보관하고 있는 병원에 대하여 반환청구권을 행사할 경우에 이의 인정여부를 둘러싸고 논란이 제기된다. 즉, 정자 내지는 수정란의 물건성 여부가 전제가 되며, 나아가 사후포태의 허용여부를 둘러싸고 死者, 미망인 및 사후포태로 출생한 자 상호간의 이해관계의 조정이 필요하게 된다. 이 문제는 특히 생식에 관한 자기결정권과 관련하여 생각하지 않으면 안 된다. 이것은 바로 사후포태로 출생한 자의 법적 지위와 관련하여 논리적 전제가 될 수도 있다는 점에서 중요하다.

후자는 사후포태로 인하여 출생한 자의 법적 지위에 관한 문제이다. 특히 출생자의 친생여부와 관련하여 민법상 친생자추정을 받을 수 있는가? 인지는 가능한가? 부양이나 상속과 관련하여 어떠한 지위를 가지는가의 문제가 그것이다.³⁾

현재 우리나라에는 이러한 문제를 직접 다루고 있는 법률은 없다. 생명윤리 및 안전에 관한 법률이 사망한 자의 정자 또는 난자로 수정시키는 행위를 금지하고 있지만, 사후포태 자체를 금지하고 있지는 않다. 따라서 윤리적 문제를 차치한다면, 적어도 법률적으로는 아무런 제한 없이 사후포태가 이루어질 수 있다. 이에 사후포태의 시술 자체에 대한 규율은 물론 사후포태에 의하여 출생한 자의 법적 지위에 관한 규정이 현실적으로 필요한 상태에 있다.

이 글에서는 주로 사후포태에 관한 의사결정과 관련한 문제점을 중심으로 살펴보기로 하고, 사후포태로 인한 출생자의 법적 지위 특히 상속권의

2) 외국에서는 사후포태에 해당하는 개념으로 일반적으로 posthumous conception, postmortem conception 또는 PAR(posthumous assisted reproduction) 등으로 부르고 있다.

3) G. J. Banks, Traditional concepts and nontraditional conceptions: social security survivor's benefits for posthumously conceived children, 32 Loyola of Los Angeles Law Review, 1999, pp.251-252.

* 이 논문은 2006년도 한남대학교 학술연구조성비에 의하여 연구되었음.

** 한남대학교 법과대학 교수.

1) G.Bahadur, Death and conception, Human Reproduction vol.17 no.10, 2002, p.2769.

인정여부에 대하여는 별도로 미루기로 한다.

II. 사후포태의 의의

1. 포태의 의의

민법은 상속, 인지, 불법행위 등 몇몇 사안에 대해서는 태아는 이미 출생한 것으로 보아 보호하고 있으므로, 태아가 되는 시점 즉 포태시가 언제인가는 법률적으로 매우 중요한 의미를 갖는다. 종래 이에 대하여 크게 수정시설⁴⁾과 착상시설⁵⁾로 견해가 나누어져 있다. 수정시설은 생명 그 자체의 본질이 착상 전후로 구분할 필요가 없으므로 민법 제765조에서 규정하고 있는 태아의 보호에 포함해야 한다는데 그 주장의 의의가 있다.⁶⁾ 인공출산 기술의 발달로 인하여 수정란의 착상이라는 것 자체가 과거처럼 어려운 기술이 아니라는 점을 감안할 때 착상 전후의 본질을 다르게 볼 의미가 없다는 주장에는 일단 수긍할 수 있고, 따라서 수정란에 대해서 일반 물건과 같이 취급할 수는 없고 태아에 준한 인격적 보호가 필요하다는 점도 수긍할 수 있으나, 과연 법적으로 태아와 동일하게 보호할 것인가에 대해서는 의문이 있다. 따라서 일반적인 포태의 시점을 수정시로 보는 것은 현실적으로 여러 가지 법률적 난점이 있다고 생각한다. 한편, 착상시설을 주장하는 것처럼 보이는 견해도 수정란에 대한 특별한 존중이나 보호의 필요성 자체를 부정하는 것은 아니라는 점에서 양 학설의 실질적 차이는 그다지 크지 않은 것으로 보인다. 이것은 수정란의 보호에 관한 한 수정시설과 착상시설의 논란은 명분론적 의미밖에 없고, 실질적으로는 수정란의 보호범위에 관한 견해의 차이일 뿐이라고 볼 수도 있다. 즉, 수정란을 현재의 태아

의 보호와 동일한 보호를 할 것인가 아니면 수정란의 보호범위를 별도로 고려하여야 할 것인가의 차이가 될 것이다. 이것은 결국 수정란을 어떤 조건하에 어느 범위에서 보호할 것인가에 관한 새로운 논의가 필요하다는 의미가 된다. 이 글도 그러한 방향의 탐구의 하나라고 할 수도 있을 것이다.

특히 이 문제는 소위 체외수정기술과 관련하여 발생한다. 체외수정의 단계는 크게 다음과 같이 나누어 볼 수 있을 것이다. 우선 수정단계로서 one celled zygote의 형성시점이라고 할 수 있으며, 다음은 수정란단계로서 4-8 cell의 수정란으로서, 냉동 후 착상이 가장 성공적으로 이루어질 수 있는 단계라고 말할 수 있다. 명확히 밝히고 있지는 않으나 수정시설을 취하는 견해는 대체로 이 시점을 기준으로 하는 것으로 추측된다. 다음 세 번째 단계는 수정란의 착상단계로서, 수정란이 산모(gestational female)의 자궁 내에 착상된 순간이다.

생각건대, 우리 민법에서 태아의 보호를 위한 시점을 착상시로 보는 것이 전통적 이론에 비추어 타당한 것으로 생각되며,⁷⁾ 다만 수정란의 보호를 위한 요건과 범위는 별도로 고려하여야 할 것이다. 해석론적으로는 민법 제762조의 태아에 준하여 보호할 수밖에 없겠으나 그 구체적 범위나 내용은 주변사항을 충분히 고려하여 개별적으로 판단하여야 할 것이며, 입법론적으로는 수정란을 보호하기 위한 요건과 내용을 별도로 정하는 것이 타당하다고 판단된다.

2. 사후포태의 방법

夫의 사망 후에 사후포태를 하는 방법은 다음 세 가지가 있다. 첫째는 夫의 사후에 夫의 냉동정자를 이용한 전통적인 인공수정 방법에 의한 경우이다.⁸⁾ 처가 夫의 정자를 이용하여 포태를 한다는 점에서 대체로 AIH와

4) 이상태, 부부의 인공수정과 법적 문제, 아세아여성연구 23집, 1984, 307면; 연기영, 인공수정의 의사법적 문제, 인공수정의 법리, 법무자료 제79집, 1987, 241면.

5) 한봉희, 인공수정자법의 연구, 법학연구 제14집, 1987, 전북대학교, 27면; 구연창, 인공적 임신의 법적 문제점(하), 판례월보 제208호, 1988.1, 17면; 김준원, 인공수정에 관한 법리적 연구, 조선대학교 대학원 박사학위논문, 1995, 108면.

6) 김민중, 생명공학의 발달에 따른 민사법적 과제, 민사법학, 제21호(2002.3), 52면; 김천수, 태아의 법적 지위, 비교사법, 제10권 2호(2003.6), 33면.

7) 미국에서도 전통적으로 착상시까지의 상속권을 인정하지 않는다. UNIF. PROBATE CODE §2-108, 8 U.L.A. 87 (1998); William J. Maledon, Note, The law and the unborn child: The legal and logical inconsistencies, 46 NOTRE DAME L. REV. 1971, pp.351-54.

8) 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제13조 2항 2호는 사망한 자의 정자 또는 난자로 수정시키는 행위를 금지하고 있으나, 동 규정은 명백히 시험관에서의 배아생성을 금지하는 규정이므로, 직접적인 인공수정 자체를 금지하는 규정이라고 볼 수 없다.

유사한 경우가 될 것이다. 사후에 포태하였다는 점만 제외하고는 통상의 AIH와 다를 것이 없으므로 처의 夫와 자 사이에 친자관계를 인정하기는 비교적 용이하다고 할 수 있다. 그러나 엄밀히 말하여 夫의 사망으로 혼인 관계는 해소되었으므로 처의 입장에서는 이미 남편이 아닌 제3자의 정자를 이용한 포태이므로 오히려 AID에 해당한다고 볼 수도 있다. 그렇다면 대부분의 국가에서 정자제공자는 父로서의 아무런 권리의무도 인정하지 않고 있는 것과 관련하여 생각할 때, 사후포태에 의한 출생자는 생물학적 의미의 父를 가질 수 없게 된다. 그럼에도 불구하고 이들의 친자관계를 인정하기 위해서는 어떠한 요건이 필요한가에 관한 논의가 필요할 것이다.

두 번째는 夫의 사후에 부의 냉동정자를 이용하여 먼저 시험관에서 수정란을 만들고 이를 여성의 자궁에 착상시켜 포태하는 것이다.⁹⁾ 체외수정(In-Vitro Fertilization)의 방법이 이용된다는 점에서 위의 경우와 다르다. 그리고 수정란은 난자를 제공한 여성에게 착상할 수도 있으며, 또 제3의 여성(대리모)에게 착상할 수도 있다. 이러한 방법은 夫의 생전에 형성된 수정란을 夫의 사후에 이용하는 경우에도 마찬가지이다.

세 번째는 夫의 생전에 이미 생성된 수정란을 夫의 사후에 처의 자궁에 착상시키는 경우이다.¹⁰⁾ 수정란이 夫의 생전에 생성되었다는 점을 제외하고는 두 번째의 경우와 같다.

그리고 夫의 사망 후뿐만 아니라 처의 사망 후에도 처의 냉동난자를 이용한 수정란을 제3의 여성(대리모)에게 착상함으로써 사후포태가 가능하다. 이 경우에는 모자관계 결정원리와 관련하여 논란이 있을 수 있다. 이 경우에도 부부가 생전에 형성시킨 수정란을 두 사람 모두 사망한 후에 사용하는 것이 가능하다.

또 부부 쌍방이 모두 사망한 후에도 사후포태는 가능하다. 즉 냉동정자와 냉동난자를 이용한 수정란을 제3의 여성(대리모)에 착상함으로써 사후포태가 가능하며, 한편 생전에 형성하여 냉동보존된 수정란을 제3의 여성(대리모)에 착상함으로써도 가능하다.

이상에서 본 바와 같이 현행법상 사후포태가 전면적으로 금지되어 있는 것은 아님을 유의하여야 한다.¹¹⁾

III. 사후포태에 관한 외국의 법제

사후포태를 둘러싼 문제에 관한 각국의 대응은 일치하지 않고 있다. 독일, 스웨덴, 캐나다, 호주의 빅토리아주는 사후포태를 금지하는 규정을 두고 있으며,¹²⁾ 웨스턴오스트레일리아주는 사후생식물질의 사용을 금지하는 입법을 가지고 있다.¹³⁾ 이스라엘은 남편의 동의가 없더라도 남편의 사후 처나 파트너의 청구에 의하여 정자의 추출을 허용하고 있으며,¹⁴⁾ 정자의 사용에 관하여는 각각의 사건마다 사자의 존엄성과 추정 의사를 감안하여 법원에서 결정하도록 하고 있다.¹⁵⁾ 영국 the Human Fertilization and Embryology Act 1990은 정자의 사후보존이나 사용 자체를 금지하고 있지는 않으나, 이를 위해서는 夫의 생전의 서면동의를 요구하고 있다.¹⁶⁾ 따라서 영국에서는 정자의 사후추출, 보존, 인공수정이 가능한 것으로 보인다.¹⁷⁾ 프랑스는 1984년 *Parpaix v. CECOS* 사건¹⁸⁾ 이후에 Centre d'Etude et de Conservation du Sperme Humain (CECOS)에서는 사후수정

11) 학설은 자의 최선의 이익에 합치하지 않는다거나(김준원, 인공수정에 관한 법리적 연구, 조선대학교 대학원 박사학위논문, 1995, 80-81면), 기술상의 문제, 친족관계의 복잡성 등을 이유로 금지하여야 한다고 한다(정현수, 망부의 동결정자에 의한 인공수정자의 법적 지위, 성균관법학 18권 1호, 2006, 352-353면).

12) Carson Strong, Jeffrey R. Gingrich, William H. Kutteh, Ethics of postmortem sperm retrieval, *Human Reproduction* vol.15 no.4, 2000, p.740.

13) Ibid.

14) R. Landau, Posthumous sperm retrieval for the purpose of later insemination or IVF in Israel: an ethical and psychosocial critique, *Human Reproduction* Vol.19, No.9, 2004, p.1592.

15) Ministry of Justice Guidelines of the Attorney General of the Government, guideline number 1.2202, Oct. 27, 2003.

16) Robert Sawers, Sue Avery, Risk management consent in assisted conception, *Obstetrician & Gynaecologist*, 2006.8, pp.246-250.

17) Ibid.

18) Derek Jones, Artificial procreation, societal reconceptions: legal insight from France, *36 American Journal of Comparative Law*, 1988, p.525.

9) 이 경우는 명백히 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제13조 2항 2호에 위배되는 것이므로 허용되지 아니한다.

10) 이 경우도 임신목적으로 생성된 합법적인 수정란을 부의 사후에 처에게 착상시키는 것이므로 생명윤리 및 안전에 관한 법률과는 상관이 없다.

을 명백히 부정하는 정책을 수립하였으며, 이는 프랑스법원에서도 수용되었다.¹⁹⁾ 1994 프랑스는 사후수정을 금지하는 법을 통과시켰다.²⁰⁾ 한편, 벨기에나 미국 등은 남편의 사전동의가 없이도 사후수정을 할 수 있도록 허용하고 있다.²¹⁾

여기에서는 비교적 자세한 규정을 두고 있는 호주를 중심으로 살펴본다.

1. 호 주

호주는 인공출산과 관련하여 비교적 상세한 입법을 하고 있다. 대리모에 관한 법률을 가지고 있는 주도 6개주에 이르고,²²⁾ 인공포태에 의하여 출생한 자의 지위에 관한 규정은 거의 모든 주에서 가지고 있다.²³⁾ 그러나 호주에서도 인공포태기술 그 자체를 규율하는 특별규정을 두고 있는 주는 3개주에 불과하다. 즉, 빅토리아주의 Infertility Treatment Act (1995), 사우스오스트레일리아주의 Reproductive Technology Act (1988), 웨스턴오스트레일리아주의 Human Reproductive Technology Act (1991) 등이 그것이다.

2. 빅토리아주 Infertility Treatment Act (1995)

빅토리아주에서 인공포태는 불임치료의 일환으로만 가능하다. 따라서 불임치료를 받을 수 있는 요건을 상세하게 규정하고 있는데, 그 주요내용은

우선 불임치료를 받으려는 여성은 기혼자이거나 사실혼관계에 있어야 하며,²⁴⁾ 불임치료에 의하지 아니하고는 포태할 수 없어야 하고, 자연적으로 포태하게 되면 선천적 기형이나 질병이 유전될 수 있는 경우이어야 한다.²⁵⁾ 또 치료 전에 받을 치료의 종류에 대하여 부부 쌍방의 동의가 있어야 하며, 동의는 서면에 의하여야 하고, 시술 전에 철회되지 않아야 한다.²⁶⁾ 그리고 동의 전에 충분한 설명²⁷⁾과 상담²⁸⁾이 있어야 한다.

24) INFERTILITY TREATMENT ACT 1995 - SECT 8 Persons who may undergo treatment procedures : (1) A woman who undergoes a treatment procedure must- (a) be married and living with her husband on a genuine domestic basis; or (b) be living with a man in a de facto relationship. (2) Before a woman undergoes a treatment procedure she and her husband must consent to the carrying out of the kind of procedure to be carried out.

25) INFERTILITY TREATMENT ACT 1995 - SECT 8 Persons who may undergo treatment procedures :

(3) Before a woman undergoes a treatment procedure- (a) a doctor must be satisfied, on reasonable grounds, from an examination or from treatment he or she has carried out that the woman is unlikely to become pregnant from an oocyte produced by her and sperm produced by her husband other than by a treatment procedure; or (b) a doctor, who has specialist qualifications in human genetics, must be satisfied, from an examination he or she has carried out, that if the woman became pregnant from an oocyte produced by her and sperm produced by her husband, a genetic abnormality or a disease might be transmitted to a person born as a result of the pregnancy.

26) INFERTILITY TREATMENT ACT 1995 - SECT 9 Requirements as to consent : (1) A consent under section 8- (a) must be in writing; and (b) must specify that the woman and her husband have consented to undergo the kind of treatment procedure specified in the consent; and (c) must not have been withdrawn or have lapsed when the procedure takes place.

27) INFERTILITY TREATMENT ACT 1995 - SECT 10 Information : (1) Before a woman consents to undergo a treatment procedure the doctor in charge of the woman's case must give to the woman and her husband- (a) a list of counsellors who have been approved under Part 8 to give counselling to women undergoing treatment procedures and their husbands; and (b) enough information about the procedure and the alternatives to the procedure to enable the woman and her husband to make an informed decision about whether or not to undergo the procedure.

28) INFERTILITY TREATMENT ACT 1995 - SECT 11 Counselling : (1) Before a woman consents to undergo a treatment procedure, she and her husband must have received counselling (including counselling in relation to the prescribed matters) from a counsellor who has been approved under Part 8 to give counselling

19) Ibid. pp.527-528.

20) Carson Strong, et al. ibid, p.740.

21) Ibid.

22) 대리모에 관한 법률을 가지고 있는 주는 빅토리아주 Infertility Treatment Act (1995), 태즈메니아주의 Surrogacy Contracts Act (1993), 사우스오스트레일리아주의 Family Relationships Act (1975), 퀸즈랜드주의 Surrogate Parenthood Act (1988), 캔버라(Australia Capital Territory)의 Substitute Parent Agreements Act (1994) 등의 6개주이다.

23) 인공포태에 의하여 출생한 자의 지위에 관한 규정은 호주연방의 Family Law Act (1975), 뉴사우스웨일즈주의 Status of Children Act (1996), 빅토리아주의 Status of Children Act (1974), 퀸즈랜드주의 Status of Children Act (1978), 사우스오스트레일리아주의 Family Relationships Act (1975), 웨스턴오스트레일리아주의 Artificial Conception Act (1985), 태즈메니아주의 Status of Children Act (1974), 노스테리토리의 Status of Children Act (1978), 캔버라의 Artificial Conception Act (1985) 등이다.

그리고 이러한 요건을 갖춘 서면동의가 있었다 하더라도 남편이 사망한 후에는 사자의 정자를 사용할 수 없다.²⁹⁾ 이에 위반하는 경우 240단위의 벌금이나 2년의 금고에 처할 수 있는 처벌규정이 있다.³⁰⁾ 따라서 잔존배우자가 사망한 부의 정자를 이용한 사후적 인공포태는 금지하고 있으나, 생식물질의 주 바깥으로의 반출을 절대적으로 금지하고 있지는 않다. 즉 일반적으로 반출을 금하고 있으나, 주정부의 승인을 얻어서 반출할 수 있다.³¹⁾ 아울러 생식물질은 제공자가 사망하거나 기타 규정에 정한 바에 따라 폐기할 수 있다.³²⁾

3. 사우스오스트레일리아주 Reproductive Technology Act (1988)

사우스오스트레일리아주에서도 혼인부부가 일방 또는 쌍방이 불임이거나 자연포태에 의한 경우 유전적 결함이 자에게 발생할 위험이 있는 경우에 한하여³³⁾ 혼인부부나 장기간 동거한 사실혼커플에 대하여 불임치료를 할

to women undergoing treatment procedures and their husbands.

29) INFERTILITY TREATMENT ACT 1995 - SECT 43 Ban on procedures involving gametes of people known to be dead : A person must not (a) inseminate a woman with sperm from a man known to be dead; or (b) transfer to a woman a gamete from a person known to be dead.

30) 호주법상 벌금단위는 \$110이다. CRIMES ACT 1914 - SECT 4AA Penalty units : (1) In a law of the Commonwealth or a Territory Ordinance, unless the contrary intention appears: "penalty unit" means \$110.

31) INFERTILITY TREATMENT ACT 1995 - SECT 56 Import or export of gametes and embryos : (1) A person must not- (a) bring a gamete or embryo into Victoria outside the human body; or (b) take a gamete or embryo from Victoria outside the human body. (2) Subsection (1) does not apply if the gamete or embryo is brought into or taken from Victoria in accordance with the written approval of the Authority.

32) INFERTILITY TREATMENT ACT 1995 - SECT 53 Removal of embryos from storage : (1) A person must not remove an embryo from storage or cause or permit an embryo to be so removed unless- (c) one or both of the persons who produced the gametes from which the embryo is formed, die.

33) REPRODUCTIVE TECHNOLOGY (CLINICAL PRACTICES) ACT 1988 - SECT 13 Licence required for artificial fertilisation procedures : (3) A licence will be subject to- (b) a condition preventing the application of artificial fertilisation procedures except for the benefit of married couples in the following circumstances-

수 있도록 규정하고 있다.³⁴⁾ 대체적 내용은 빅토리아주의 경우와 대동소이하다. Reproductive Technology (Clinical Practices) Act (1988)의 부속법으로 제정된 The Reproductive Technology (Code of Ethical Clinical Practice) Regulations (1995)에도 법률에 따른 쌍방동의가 없으면 시술할 수 없고,³⁵⁾ 나아가 생식물질을 보존할 수도 없도록 규정하고 있다.³⁶⁾

또 배우자 일방의 사망, 혼인의 파탄, 보존의 철회가 있으면 생식물질을 처분할 수 있으나,³⁷⁾ 생식물질의 보존에 관한 규정은 사용보관에 관한 승낙의 취소가 있는 경우에만 처분할 수 있다고 규정하고 있다.³⁸⁾

(i) the husband or wife (or both) appear to be infertile; or (ii) there appears to be a risk that a genetic defect would be transmitted to a child conceived naturally.

34) REPRODUCTIVE TECHNOLOGY (CLINICAL PRACTICES) ACT 1988 - SECT 13 Licence required for artificial fertilisation procedures : (4) In subsection (3)- "married couple" includes two people who are not married but who are cohabiting as husband and wife and who- (a) have cohabited continuously as husband and wife for the immediately preceding five years; or (b) have, during the immediately preceding six years, cohabited as husband and wife, for periods aggregating at least five years.

35) REPRODUCTIVE TECHNOLOGY (CODE OF ETHICAL CLINICAL PRACTICE) REGULATIONS 1995 §15 Consent to treatment : (1) A licensee must not give infertility treatment or cause, suffer or permit infertility treatment to be given to any person unless the person and the spouse of that person have consented to the treatment in accordance with this Part.

36) REPRODUCTIVE TECHNOLOGY (CODE OF ETHICAL CLINICAL PRACTICE) REGULATIONS 1995 §17 Consent to storage of gametes : A licensee must not keep semen or ova in storage or cause, suffer or permit semen or ova to be kept in storage unless- (a) the person on whose behalf the semen or ova is to be stored; and (b) if that person is not the person who produced the semen or ova- the donor of the sperm or ova, has consented in accordance with this Part to the storage.

37) REPRODUCTIVE TECHNOLOGY (CODE OF ETHICAL CLINICAL PRACTICE) REGULATIONS 1995 §26 Licensee to dispose of stored embryo in certain cases : (1) A licensee must dispose of an embryo that is kept in storage for the future use of a married couple if- (a) the licensee becomes aware that the husband or wife has died or that their marriage has been dissolved; or (b) the consent to the storage of the embryo is revoked in accordance with this Part by the husband or wife, or both.

38) REPRODUCTIVE TECHNOLOGY (CODE OF ETHICAL CLINICAL PRACTICE) REGULATIONS 1995 §25 Licensee to dispose of stored donor gametes in certain

4. 웨스턴오스트레일리아주 Human Reproductive Technology Act (1991)

웨스턴오스트레일리아주에서도 인공포태에 대하여 허가제도를 취하고 있다. 따라서 체외수정 등과 관련하여 불임부부에게 이익이 되거나 자에게 유전적 기형이나 질병이 생길 수 있는 경우에 한하여³⁹⁾ 혼인부부 또는 장기간 동거한 사실혼커플에 대하여 적용하며,⁴⁰⁾ 아울러 이에 관한 유효한 동의가 있어야 한다.⁴¹⁾ 이때 불임의 원인이 고령이나 다른 법정원인이어서는 안 되며,⁴²⁾ 당사자와 출생자의 복지나 이익을 고려하여야 한다.⁴³⁾ 또 제공자의 동의 없이는 생식물질을 사용하거나 보존할 수 없으며,⁴⁴⁾

cases : A licensee must dispose of donor semen or ova kept in storage if consent to the storage or use of the semen or ova is revoked by the donor in accordance with this Part.

39) HUMAN REPRODUCTIVE TECHNOLOGY ACT 1991 - SECT 23 When procedures may be carried out : An in vitro fertilisation procedure may be carried out where - (a) it would be likely to benefit - (i) persons who, as a couple, are unable to conceive a child due to medical reasons; (ia) a woman who is unable to conceive a child due to medical reasons; or (ii) a couple or a woman whose child would otherwise be likely to be affected by a genetic abnormality or disease.

40) HUMAN REPRODUCTIVE TECHNOLOGY ACT 1991 - SECT 23 When procedures may be carried out : An in vitro fertilisation procedure may be carried out where - (c) the persons seeking to be treated as members of a couple are - (i) married to each other; or (ii) in a de facto relationship with each other and are of the opposite sex to each other.

41) HUMAN REPRODUCTIVE TECHNOLOGY ACT 1991 - SECT 23 When procedures may be carried out : An in vitro fertilisation procedure may be carried out where - (b) each of the participants required to do so has given an effective consent.

42) HUMAN REPRODUCTIVE TECHNOLOGY ACT 1991 - SECT 23 When procedures may be carried out : An in vitro fertilisation procedure may be carried out where - (d) the reason for infertility is not age or some other cause prescribed for the purpose of this paragraph.

43) HUMAN REPRODUCTIVE TECHNOLOGY ACT 1991 - SECT 23 When procedures may be carried out : An in vitro fertilisation procedure may be carried out where - (e) consideration has been given to the welfare and interests of - (i) the participants; and (ii) any child likely to be born as a result of the procedure.

44) HUMAN REPRODUCTIVE TECHNOLOGY ACT 1991 - SECT 22 Consents, generally : (1) Where by or under this Act consent is required to be given in

보존의 경우는 법정기간 내에서 최장기간을 정하여야 하고, 불구 등으로 승낙을 변경하거나 철회할 수 없는 경우에 대비한 생식물질의 처리방법을 표시하여야 한다.⁴⁵⁾ Human Reproductive Technology Act (1991)에 의거 반포된 지침⁴⁶⁾에는 제공자가 사망 후에는 인공포태를 위하여 사용할 수 없도록 하고 있다.⁴⁷⁾

relation to the use or keeping of any gametes, egg in the process of fertilisation or embryo - (a) the gametes of a person shall not be used, or for such a use be received by a licensee or participant, unless - (i) there is an effective consent, by that person, to the gametes being so used; and (ii) the gametes are used in accordance with that consent; (b) the gametes of a person shall not be kept in storage unless - (i) there is an effective consent, by that person, to the storage; and (ii) the gametes are stored in accordance with that consent; (c) the gametes of a person shall not be used in an in vitro fertilisation procedure unless there is an effective consent, by that person, to any egg in the process of fertilisation or embryo thereby derived being used for a consequential purpose authorised by this Act; (d) where the development of an egg in the process of fertilisation or an embryo was brought about by an in vitro fertilisation procedure it shall not be kept in storage unless - (i) there is an effective consent, by each person from whose gametes the egg or embryo was derived, to the storage; and (ii) the egg or embryo is stored in accordance with that consent; (e) where the development of an egg in the process of fertilisation or an embryo was brought about by an in vitro fertilisation procedure, it shall not be used for any purpose, or for such a purpose be received by a licensee or participant, unless - (i) there is an effective consent, by each person from whose gametes the egg or embryo was derived, to the use for that purpose; (ii) the purpose is authorised by this Act; and (iii) that egg or embryo is used in accordance with that consent, and the Code may make further provision in relation to such, or related, matters.

45) HUMAN REPRODUCTIVE TECHNOLOGY ACT 1991 - SECT 22 Consents, generally : (6) A consent to the keeping of any gametes, egg in the process of fertilisation or embryo must - (a) specify the maximum period of storage, if that is to be less than such limit as may be prescribed or may be determined in accordance with section 24(1)(b); and (b) give instructions as to what is, subject to this Act, to be done with the gametes, the egg or the embryo if the person who gave the consent is unable by reason of incapacity or otherwise to vary the terms of the consent or to withdraw it, and may specify conditions subject to which the gametes, or the egg or embryo, shall or shall not remain in storage.

46) Directions Given by the Commissioner of Health to Set the Standards of Practice under the Human Reproductive Technology Act 1991 on the Advice of the WA Reproductive Technology Council, Western Australian Government Gazette, No 171, 3 October 1997.

5. 기 타

위의 3개주를 제외하고는 인공포태에 관하여 특별한 규정을 두고 있는 주는 없다. National Health and Medical Research Council (NHMRC), Ethical Guidelines on Assisted Reproductive Technology (1996)에도 사자의 생식물질 사용에 관한 명확한 금지규정이 없다. 다만 사체로부터 생식물질을 추출하는 것은 윤리적으로 수용되기 어려우므로 금지된다는 규정을 두고 있을 뿐이다.⁴⁸⁾ 이와 별도로 생존 중에 이미 추출보존하고 있는 생식물질의 사후 사용에 관하여는 아무런 규정을 두지 않고 있어서 논란의 대상이 되고 있다.

IV. 생식물질에 관한 자기결정권

1. 생식물질의 법적 성질

사후포태와 관련한 문제를 해결하기 위한 이론으로 소위 생식물질에 대한 자기결정권이 유력한 기준이 될 수 있다. 생식물질에 대한 자기결정권의 범위와 본질을 살펴보기 위해서는 우선 개인이 자기의 생식물질에 대하여 가지는 이익의 본질에 관하여 개념을 명확히 할 필요가 있다. 사후포태와 관련하여 두 개의 문제를 생각해 보아야 한다. 하나는 사람의 신체로부터 일단 분리된 정자에 대해서 가지는 이익의 성질에 관한 것이고, 다음은 그의 사후에 그 정자가 사용될 것인가 아닌가에 대한 개인의 이해이다. 여기에서는 우선 정자 및 수정란의 법적 성질에 관하여 간단히 살펴보기로 한다.

종래 학설은 정자 특히 냉동정자에 대하여 완전한 인간과 동일한 인격권의 주체로 인정할 수도 없고, 그렇다고 일반 물건과 마찬가지로 완벽한 소유권을 인정할 수도 없으므로, 정자제공자에게 냉동정자의 이용에 관한 결

정권과 같은 제한적 범위 내에서 법적 권한을 인정하여야 한다는 소위 절충적 입장을 취하고 있다.⁴⁹⁾

생각건대, 정자가 재산법적 원리가 지배하는 일반 물건과 마찬가지로 사용수익처분이 자유로운 재산으로 볼 수 없음은 명백하다. 그러나 정자는 재산이 아님에도 불구하고 그 사용에 대한 이해관계가 존재한다는 점에 그 특색이 있다. 즉, 생식물질은 다른 신체적 물질과는 달리 생명창조적 특성을 가지므로 그에 대한 특별한 이해관계를 인정하지 않을 수 없을 것이다.⁵⁰⁾ 이러한 관점에서 몇몇 입법례 특히 위에서 살펴본 바 있는 호주의 빅토리아주, 사우스오스트레일리아주, 웨스턴오스트레일리아주 및 NHMRC의 가이드라인이 제공자의 승낙, 정자의 보관, 사용기간, 의사의 면허와 관련한 일반규정 등에 관하여 비교적 상세히 규정하고 있는 취지를 이해할 수 있다.

수정란의 법적 지위에 대해서도 마찬가지로 이를 인격권의 주체로 보기도 어렵고 재산권의 객체로 보기도 어려울 것이다.⁵¹⁾ 수정란 역시 생명창조적 특성을 가진다는 점에서 정자보다 오히려 한 단계 높은 차원에서 존중되어야 할 것이므로, 부모에게 무제한적으로 재산적 의미의 권리를 인정할 수는 없을 것이기 때문이다.⁵²⁾

생각건대, 수정란에 대해서는 자의 출생 후의 친권 유사한 권리를 인정할 수 있을 것이다. 물론 이러한 부모의 권리는 절대적인 것은 아니고 자의 권리와 이익에 의하여 제한되고, 또 넓은 의미의 공동체의 관심에 의하여 제한될 수도 있을 것이다.⁵³⁾ 어쨌거나 단순한 재산법적 원리의 적용을

49) 김민중, 사후수정(사후포태)의 입법론적 고찰, 가족법연구 제19권 2호(2005), 126-127면; 박동진, 냉동보존중인 정자의 훼손에 대한 민사법적 평가, 의료법학 제3권 1호(2002.6), 158면; 정현수, 앞의 논문, 348면.

50) 생식물질과 인간의 다른 신체적 물질과는 상당한 차이가 있다. 즉 생식물질의 사후이용은 신장과 같은 생식물질이 아닌 다른 신체장기의 사후이식과는 본질적으로 다르다. 전자는 생명창조적인 데 비하여 후자는 생명유지적이기 때문이다. Anne Reichmann Schiff, 'Arising from the Dead: Challenges of Posthumous Procreation'(1997), 75 North Carolina Law Review, p.901,

51) 정규원, 인간배아복제의 법적 문제, 의료법학 제2권 2호(2001.12), 82면 이하.

52) 그럼에도 불구하고 수정란의 취급과 관련한 의사결정에 있어서는 소유권 유사한 성질을 가지는 이익이 있음을 인정하지 않을 수 없는 측면도 있다. Davis v Davis, 842 SW 2d 588, 597 (Tenn., 1992); Hecht v. Super. Ct., 16 Cal. App. 4th 836 (Cal. Ct. App. 1993) 참조.

47) Ibid. 8.5: Any person to whom the licence applies must not knowingly use or authorise the use of gametes in an artificial fertilisation procedure after the death of the gamete provider.

48) NHMRC, Ethical Guidelines on Assisted Reproductive Technology (1996), 11.11.

바탕으로 한 자기결정권의 인정은 부적절하다.

2. 생식물질의 반환청구

정자 또는 수정란을 냉동보관하는 경우 이를 임치에 유사한 무명계약이라고 하는 학설이 있다.⁵⁴⁾ 임치계약이라고 할 경우 정자나 수정란의 물건성을 그대로 인정하는 결과가 되기 때문에 임치 유사의 무명계약으로 보는 것은 충분히 납득이 간다.

그러나 임치 유사의 무명계약이라고 한다면 夫의 사망 후에 당사자 사이에 특약이 없는 한 계약상의 권리의무가 상속일반원리에 의하지 아니하고 잔존배우자에게 승계된다는 논리를 구성하여야 하며, 그 결과 잔존배우자가 냉동정자의 반환청구권을 행사할 수 있는 근거를 마련하여야 할 것이다. 이러한 논리는 임치 유사의 무명계약이라고 하여 당연히 발생하는 것은 아니기 때문이다. 현실적으로는 냉동정자의 잔존배우자에 대한 승계나 반환청구권의 인정은 결국 냉동정자의 법적 성질이나 냉동보존의 목적, 사자의 의사 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.⁵⁵⁾

수정란을 냉동보관하고 있던 중 부부의 일방이 사망한 경우에도 같은 문제가 발생한다. 특히 수정란의 경우에는 부부가 이혼하는 경우에도 이의 처리를 둘러싼 논란이 발생할 수 있다. 이의 처리에 관한 명확한 기준이 마련되어야 할 것이지만, 재산법적 논리에 의한 해결은 오히려 적절하지 못한 결과를 초래할 수 있음을 유의하여야 할 것이다.

53) 이것은 1984년 호주의 소위 Waller Committee에서 제안된 견해이다. The Committee to Consider the Social, Ethical and Legal Issues Arising from In Vitro Fertilization (Prof Louis Waller, Chair), Report on the Disposition of Embryos Produced by In Vitro Fertilization (Victoria, 1984) 2.8 참조.

54) 김민중, 앞의 논문, 133-136면.

55) 김민중, 앞의 논문, 136면은 정자제공자가 명시적으로(예컨대 서면에 의하여) 사후에도 자의 임신포태를 위하여 자기의 냉동정자를 사용할 수 있다는 의사를 표시하고, 일정한 기간(예컨대 사망시로부터 1년) 내에 사망한 남편과의 사이에 자를 갖기 위하여 잔존배우자가 포태하려는 경우에 한하여 반환청구권의 승계를 인정할 수 있다는 입법론을 제시하고 있다.

V. 관련당사자들의 이익교량

1. 이익교량의 필요성

위에서 본 바와 같이, 사후포태와 관련하여 재산법적 입장에서 자기결정권을 도출하려는 견해는 개인에게 관련되는 생식물질의 가치를 충분히 반영할 수 없을 것이다. 재산이론은 생식물질과 관련한 유전적 연결, 유전적 연속성, 인격체로서의 가능성 등을 충분히 포괄하지 못하기 때문이다.

더구나 인공출산기술을 이용한 사후포태는 단순히 잔존배우자가 그녀의 사망한 夫의 자를 가질 수 있는가의 문제만은 아니다. 이 문제의 핵심은 생식가능성의 의미를 어느 정도까지 중요하게 볼 것인가? 특히 사체에 대한 의사결정권과 관련하여 이러한 생식가능성의 의미를 어떻게 평가할 것인가에 관한 가치판단이다. 과학적 발전에 의하여 한껏 높아진 생식가능성을 그대로 인정하기 위하여 자기의 생식물질에 대한 소유권적 관념을 바탕으로 자기결정권을 인정하는 것이 과연 재산법적 의미에서의 소유권자 한 사람만의 문제로 결론지을 수 있을 것인가가 논란의 핵심이 될 것이다.

여기에서 권리나 재산적 관념을 바탕으로 한 접근으로는 타당한 결론에 이르기 어려울 것이라는 인식을 하지 않을 수 없다. 사후포태에 의하여 발생하는 관계는 일회적 재산상의 거래관계와 같이 단선적인 관계가 아니라, 친자관계, 친권관계, 부양관계, 상속관계 등 매우 복잡적이고 장기적인 관계일 수밖에 없기 때문이다. 따라서 재산법적 권리라는 관념보다는 이들 관계를 신중하게 배려하는 것이 바람직할 것이다. 좀더 포괄적으로 말하면, 새로운 과학적 가능성을 현실에 적용하기 위해서는, 그 가능성을 수행할 수 있는 권리여부를 확인하기보다는 관련 당사자들의 과거, 현재 및 미래에 대한 관계를 신중하게 고려할 필요가 있다는 것이다. 과학이 제공해주는 새로운 가능성을 둘러싼 윤리적 문제에 대한 결정은 권리를 통해서가 아니라 상호관계적인 고려를 통해서만 가능하다고 생각하기 때문이다.

그리고 과학적 가능성을 이용한 결과에 대한 기대가 클수록 이들 모두의 관계를 고려한 정책적 한계의 설정은 반드시 필요할 것이다. 그렇다면 사후포태와 관련하여 반드시 고려되어야 할 사항은 무엇인가? 우선 사자의

이해관계에 대한 세심한 배려가 있어야 하며, 잔존배우자의 정당한 요구에 대한 법적 장애와 관련하여 관심을 가져야 한다. 또 사망한 부의 정자를 이용하여 출생한 자의 복지에 대하여도 반드시 고려하여야 한다.⁵⁶⁾ 모든 관련당사자 즉 사자, 미망인, 출생할 자의 이익은 물론 여기에 보다 넓은 의미의 사회적 이익까지 형량하여 사후포태에 관한 윤리적·법적 문제를 판단하여야 할 것이다.

2. 사자의 이익

사람이 사망한 후에도 생식에 관하여 이해관계를 가지는가? 자신의 정자나 수정란이 자신이 사망한 후 먼 장래에까지 보존되고 사용된다는 사실이 자신과 전혀 상관없는 일이라고 할 수는 없을 것이다. 또 자신이 사망한 후 즉시 사체로부터 정자가 추출된다면 그것 역시 자신과는 상관없는 일이라고 보기는 어려울 것이다. 아무리 자신이 이미 사망한 후라 하더라도 이러한 것들에 대하여 아무런 이해관계가 없다고 보기는 어려울 것이다. 사후포태와 관련하여 이미 사망한 사자의 이해관계도 반드시 고려하지 않으면 안 되는 이유는 여기에 있다고 할 것이다.

그러나 사후포태와 관련하여 가장 중요한 문제는 사후에 자기의 유전자를 이용하여 후손을 생산하는 것을 미리 인식하는 것이 과연 의미 있는 생식활동이라고 볼 수 있는가 하는 것이다. 일반적으로 생식은 유전적, 출산적, 양육적 경험과 관련되어 있기 때문에 존중된다. 즉 생식은 개인을 장래의 세대와 연결시켜주고, 자기의 후손과 직접 접촉하거나 적어도 그들의 존재를 인식할 수 있기 때문에 일생을 통한 위대한 경험을 하게 된다.⁵⁷⁾ 그런데 사후포태는 이렇게 출산과 관련되고 또 높이 평가되는 양육과 감호라는 경험을 가질 수 없다는 한계가 명확히 존재한다는 점도 고려되어야 한다.⁵⁸⁾

한편, 실제 어떤 경우에 사자의 이익이 보호되었고 또 어떤 경우에 사자의

이해관계에 침해가 있었다고 할 수 있는가는 일률적으로 판단하기는 매우 어렵다. 회복될 가능성이 거의 없는 말기증상에 처한 환자로부터 추출된 정자를 사후에 사용하는 경우와 갑자기 사망하여 정자추출이나 사용에 아무런 승낙이나 희망도 표시하지 않은 상황에서의 사후사용은 전혀 그 성격이 다르기 때문이다.⁵⁹⁾ 따라서 사후포태를 허용하더라도 사후포태가 사자의 생전에 명확한 승낙이 있었던 경우에만 가능하도록 하는 적절한 법적 안전장치가 필요할 것이다.⁶⁰⁾ 물론 이 점에 관하여는 상당한 논란이 있을 수 있다.

(1) 생전에 명확한 승낙이 있었던 경우

사후포태를 위해서는 사자의 정자가 필요함은 물론이다. 사자가 생전에 사후포태의 의사를 가지고 자신의 정자를 냉동보존한 경우에는 별문제가 없을 것이다.⁶¹⁾ 그러나 당사자의 사후에 사체로부터 정자를 추출하는 경우에는 논란이 있다.

사자가 생전에 사후포태에 대하여 명확한 의사를 밝힌 경우에는 사체로부터 정자를 추출하여 사후포태를 실시하더라도 그 윤리적 정당성을 인정할 수 있을 것이다.⁶²⁾ 이때 명확한 생전승낙이라 함은 서면승낙이나 비디오 테이프에 나타난 승낙의사 등을 의미한다고 볼 수 있다.⁶³⁾ 가장 전형적

59) Robert Jansen, Sperm and ova as property, 11 Journal of Medical Ethics, 1986, pp.123-125.

60) 영국 Human Fertilization and Embryology Act 1990; 호주 빅토리아주의 Infertility Treatment Act 1995; 호주 사우스오스트레일리아주의 Reproductive Technology Act 1988; 호주 웨스턴오스트레일리아주의 Human Reproductive Technology Act 1991; 미국 ABA Comm. on the Laws of Assisted Reprod. Tech. & Genetics, Model Assisted Repro. Tech. act R. 1.02(6) (Discussion Draft 1999) 등 참조.

61) 그러나 정자를 냉동보존 하였다는 사실로부터 곧 사후포태의사가 있었다고 단정할 수는 없다. 단지 질병이나 사고에 대비하여 정자를 보존하는 경우도 있기 때문이다. Kristine S. Knaplund, Postmortem conception and father's last will, Arizona Law Review No.46 2004, p.92.

62) 부가 생전에 사후포태(사후수정)에 관한 동의를 하였다 하더라도 이는 ‘생식에 대한 자기결정권’의 범위를 넘는 것으로 사후포태를 정당화할 수 없다는 견해도 있다. 맹광호, 인공생식에 관한 가족법상의 문제점, 한국가족법학회 2007 하계학술대회자료집, 과학기술의 발전과 가족법의 대응, 68면.

63) 앞에서 살펴본 오스트레일리아를 비롯한 대부분의 입법례는 서면승낙을 요구하고 있다. 서면승낙에 대하여 비교적 엄격한 규정을 두고 있는 영국 the Human Fertilisation and Embryology Authority(HFEA) 법상의 상세한 승낙절차에 관하여는,

56) R. D. Orr, M. Siegler, Is posthumous semen retrieval ethically permissible?, 28 Journal of Medical Ethics, 2002, p.302.

57) John Robertson, Posthumous reproduction, 69 Indiana Law Journal, 1994, pp.1027,1031.

58) Ibid.

인 경우를 가정한다면, 말기증상과 같이 자신의 죽음을 알고 있는 자가 사후포태에 관련된 문제들을 가족들이나 의사와 충분히 상의하고 그 의사를 서면으로 작성한 경우가 될 것이다. 그러나 실제 이와 같이 명확한 승낙이 있는 사후포태는 그 수가 극히 제한적이라고 한다.⁶⁴⁾ 여기에 사후포태에 대한 규제의 어려움이 있는 것이다.

(2) 생전의 의사를 추정할 수 있는 경우

사자의 명확한 생전 서면승낙이 없는 경우에도 사자의 정자추출 및 사후포태의 의사를 합리적으로 추정할 수 있다는 주장이 있다.⁶⁵⁾ 이러한 주장은 만약 사자의 승낙이 합리적으로 추정될 수 있는 있다면 정자추출의 윤리적 정당성을 위하여 생전 서면동의가 반드시 필수적인 것은 아니라는 생각이 내포되어 있음을 유의하여야 한다. 따라서 이러한 승낙의 추정을 일 반화하는 것은 문제가 있다.⁶⁶⁾

한편, 논자에 따라서는 사자는 이미 사망하여 아무런 이해관계가 없으므로 사후포태를 위한 명확한 승낙이나 승낙의 추정 등을 하등 요구할 필요가 없다는 주장도 있을 수 있다.⁶⁷⁾ 그러나 이렇게 한다면 생전에 자신의 사체에 대하여 아무 것도 하지 말 것을 희망하는 사람들의 의사를 정면으로 무시하는 결과가 된다. 그것은 생전에 장기이식을 반대한 사람으로부터 장기를 추출하는 것과 마찬가지로 사자의 의사를 무시하기에 찬성하기 어렵다.⁶⁸⁾ 따라서 일면 사자의 인격을 존중한다는 차원에서 사자의 명확한 의사를 요구할 필요가 있는 것이다.⁶⁹⁾

Robert Sawers, Sue Avery, Risk management consent in assisted conception, *Obstetrician & Gynaecologist*, 2006.8, pp.247-250 참조.

64) Carson Strong, et al., *ibid.*, p.742.

65) M. Paker, Response to Orr and Siegler - collective intentionality and procreative desires: the permissible view on consent to posthumous conception, 30 *Journal of Medical Ethics*, 2004, p.390.

66) R.Landau, *ibid.*, p.1953.

67) M.Paker, *ibid.*, p.390.

68) Carson Strong, et al., *ibid.*, p.742.; R. Landau, *ibid.*, pp.1954-1955. 사후포태를 위한 정자추출이 사체해부나 장기이식을 위한 장기적출과 다른 점에 대해서는 R. D.

Orr, M. Siegler, *ibid.*, p.301 참조.

69) *Ibid.*

어쨌거나 의사의 추정을 인정하는 견해는 명확한 생전동의가 없음에도 불구하고, 몇몇 조건만 충족된다면 정자의 추출이나 그를 이용한 사후포태가 정당화될 수 있는 여지를 제공하고 있다. 이러한 생각의 바탕에는 사자가 정자추출에 동의하였다고 추정하는 것이 합리적이라는 전제가 있다고 볼 수 있다.

여기에서 실제로 사자가 사후포태를 승낙하였으리라는 추정을 가능하게 하는 요건은 무엇인가? 예컨대, 명확한 생전승낙은 없으나 가족들이 사자가 사후포태를 원했다고 주장하고 이에 대하여 가족들 사이의 다툼이 없는 경우에는 비교적 쉽게 승낙의 추정이 가능할지 모른다. 그러나 이러한 경우에도 사후포태를 원하는 가족들의 이해관계가 각기 다르고 각자의 이해 때문에 사자가 사후포태를 원했다고 거짓주장을 하고 있다면 이를 추정의 근거로 삼기는 곤란할 것이다.⁷⁰⁾

그렇다면 사자가 정자추출에 동의했을 것이라는 독립적인 근거가 있다면 추정이 가능할 것인가? 예컨대, 자가 없이 사망한 夫는 처의 포태에 동의할 것으로 추정할 수 있는가? 대부분의 남자들은 처가 자신의 자를 출산하기를 원한다는 주장에 일리는 있다.⁷¹⁾ 그러나 자신이 직접 양육하지 못하는 상황에서도 반드시 자의 출산을 원하지는 않을 것이라는 반론 또한 상당한 설득력이 있다.⁷²⁾ 따라서 사자가 승낙했을 것이라는 독립적인 근거를 찾는 것도 쉬운 일은 아니다.⁷³⁾

그런데 사자가 생전에 사후 정자추출 및 사후포태에 대하여 가족들과 논의하고 그것을 승인한다는 의사표명이 있었다면 가족들의 이해관계와 상관없이 추정이 가능할 것이다. 물론 이때의 증거는 가족들의 추측에 근거해서는 안 되고 실제 사자가 대화 중에 언급한 것을 근거로 삼아야 할 것이다.⁷⁴⁾ 이러한 상황이 증명된다면 승낙의 추정이 합리적이라고 할 수 있을 것이다.

반대로 이러한 점에 대하여 가족들의 주장이 엇갈린다면 사자의 승낙을 추정할 수 있는 충분한 증거가 있다고 말할 수 없다.⁷⁵⁾ 이러한 경우까지

70) Carson Strong, et al., *ibid.*, p.743.; R.Landau, *ibid.*, p.1953.

71) M. Paker, *ibid.*, p.391.

72) Carson Strong, et al., *ibid.*, pp.743.

73) R. Landau, *ibid.*, p.1953.

74) Carson Strong, et al., *ibid.*, p.743.

75) *Ibid.*

승낙을 추정하는 것은 사자의 이익이나 생식에 관한 자기결정권의 침해라고 볼 수 있을 것이다.⁷⁶⁾

(3) 생존 중 명백한 반대의사가 있었던 경우

생존 중에 사후포태에 대하여 명백히 반대의사를 표명한 경우에는 사후에도 그 의사는 존중되어야 한다.⁷⁷⁾ 사망하였다 하더라도 생전에 의사결정에 의한 이해를 반드시 소멸시켜야 할 이유는 없기 때문이다. 법이 재산분할에 관한 생전의 의사는 존중하면서, 인간본성의 핵심적 요소의 하나라고 할 수 있는 자기 혈통을 가진 후손의 출생에 관한 생전 의사를 무시하는 것은 모순이 아닐 수 없다.⁷⁸⁾ 사자가 그의 정자의 사후사용을 명백히 반대하였다면, 그것을 무시할 만한 잔존배우자의 다른 이익은 없을 것이다. 잔존배우자의 이익은 그 남편의子を 가지는 것이라고 항변할지라도, 생전에 사후포태를 반대하였다는 사실은 그의 생식에 관한 자기결정권의 표현으로서 존중되어야 할 것이다. 생전에 사후포태에 관하여 명백히 반대한 개인의 의사를 무시하는 것은 개인의 이익과 생식에 관한 자기결정권을 크게 해치는 결과가 될 것이기 때문이다.

(4) 명확한 의사를 밝히지 않은 경우

사후포태에 대하여 승낙이나 명확한 의사표시가 없는 경우에는 훨씬 복잡하게 된다. 사후 생식에 관한 자기결정권을 어느 범위에까지 인정해야 할 것인가에 대하여 명확하지 않기 때문에 관련당사자들의 이해의 조정이 가장 어려울 것이다.⁷⁹⁾

사자의 의사가 밝혀지지 않은 경우에는 사후 정자의 추출이나 사용에 반대하는 견해가 많을 것이다.⁸⁰⁾ 생식에 관한 결정은 극히 개인적이고 중요하기 때문에 사람의 사망으로 그러한 개인적 이해가 소멸된다고 보기는 매우 어렵기 때문이다. 이 문제에 관한 개인의 의사가 명확하지 않은 경우에는 승낙을 쉽게 추정할 수는 없을 것이다.⁸¹⁾ 그것은 혼인관계에 있다고 하여도 마찬가지일 것이다. 남편이나 사실혼의 파트너가 자의 포태를 기대하고 또 노력하였다 하더라도 사후포태에 대한 승낙이 있었다고 보기는 어려울 것이다.⁸²⁾

따라서 승낙이 없는 상태에서 사후에 생식물질을 이용하는 것은 사자의 생식에 관한 자기결정권의 침해일 뿐만 아니라 삶에 대한 현재적 가치를 떨어뜨린다고 할 수 있다. 뿐만 아니라, 잔존배우자로 하여금 사망한 부의 부모 등으로부터 사후포태를 하여야 한다는 심리적 압박을 받을 우려가 있기 때문에 잔존배우자의 자기결정권에 대한 침해가 될 수도 있다는 주장도 있다.⁸³⁾

3. 잔존배우자의 주장

잔존배우자인 처가 사망한 남편의 자를 원한다 하더라도 사망 사실 자체를 무시해서는 안 될 것이다. 그것은 단순히 잔존배우자인 처가 남편의 정자를 보관하고 있는 병원에 대해서 정자의 반환을 요구할 수 있는 권리가 있는가의 문제가 아니다. 몇몇 입법례에서 그 반환요구를 권리라고 부르고 있으나 엄밀한 의미에서 권리라고 볼 수는 없다. 또 이 문제와 관련하여 미망인의 권리가 사자의 권리보다 더 중요하다고 할 수는 더더욱 없다.⁸⁴⁾

76) R. D. Orr, M. Siegler, *ibid.*, p.301.

77) Anne Reichmann Schiff, *ibid.*, p.932.

78) Anne Reichmann Schiff, Posthumous conception and the need for consent, 170 *Medical Journal of Australia*, 1999, pp.53-54.

79) 실제로 생전에 자기의 사후에 자기의 생식물질을 사용할 것인가에 관하여 가족이나 의사와 상의하는 사람은 거의 없을 것이기 때문에 이러한 경우가 대부분일 것이다. 외국의 사례에 관한 매스컴 보도 등을 통하여 많이 알려지기는 하였으나, 아직은 국내에서 사후포태가 일반인들에게 생소하다고 할 수 있다. 또 다른 한편으로는 사람들이 자기의 죽을 자체나 갑작스런 사망으로 인하여 자기의 신체일부가 이용될 수 있음에 대하여 심각하게 생각하지 않는 경향이 있는 것도 사실이다.

80) 생식을 위한 정자의 사용결정권을 행사상의 일신전속권으로서 夫의 사망 후에도 배우자나 친족에게 승계되지 않으므로 처의 일방적 의사에 의한 사후포태는 인정할 수 없다고 하는 주장도 있다. 맹광호, 앞의 글, 68면.

81) Carole M. Bass, Planning for children conceived after parent's death, *New York Law Journal Trust & Estates*, Sep. 18, 2006.

82) 혼인을 하였다거나 또는 사실혼관계에 있다는 이유만으로 사후포태의 의사가 있었다고 추정하는 것은 오늘날 젊은 사람들이 혼인을 미루고 혼외관계를 유지하는 것이나子を 가지겠다는 생각 없이 단기적 동거를 하는 경향을 무시하는 것으로 비현실적이라는 주장도 있다. R. Landau, *ibid.*, p.1953.

83) *Ibid.*

84) R. D. Orr, M. Siegler, *ibid.*, p.301.

또 입법례에 따라서는 불임치료절차를 통하여서만 인공생식기술을 이용할 수 있는 경우도 있는데, 위에서 살펴본 바 있는 호주의 몇몇 주법들도 이러한 허가주와 유사한 형태를 취하고 있다. 이러한 법역에서는 미망인이 불임치료절차를 이용하지 않았다는 사실도 주목하지 않으면 안 될 것이다. 그녀는 단지 전남편과의 관계에서 불임이었을 뿐이다. 전남편의 정자를 이용하려는 의사를 제외하면, 그녀의 지위는 오히려 미혼모나 레즈비언여성이 불임치료(인공생식기술)를 받고자 하는 것과 같다. 대체적으로 미혼모나 레즈비언여성에 대해서는 불임치료를 허용하지 않는 입법례를 취하고 있는 법역에서도 미망인에 대해서는 종종 이러한 불임치료를 당연히 받을 수 있는 자격이 있는 것으로 취급되는 것도 반드시 적절하다고 볼 수는 없다.⁸⁵⁾

따라서 이러한 사실들에 대한 고려 없이 생식물질에 대하여 재산법적 원리를 바탕으로 하는 의사결정을 할 수 있도록 하는 구조가 부적절함은 이미 언급한 바와 같다. 생식에 관한 의사결정은 권리로서가 아닌 상호관계적으로 파악하는 것이 타당하다고 볼 때, 미망인의 경우도 미망인의 권리로서만 파악하기보다는 사자나 출생할 자 등의 다각적 관계 속에서 평가하여야 할 것이다.

그렇다면 사후포태와 관련한 미망인의 요구를 어떻게 관계적으로 개념지을 수 있을까? 이러한 문제에 대한 관계적 사고는 사후포태가 인간관계에 어떠한 영향을 미칠 것인가와 관련되어 있다. 사후포태는 사자의 개인 인생은 물론 다른 사람과의 관계까지 바꾼다. 이러한 관점에서 사후포태의 잠재적 영향을 결코 과소평가하여서는 안 된다.

나아가 사후포태를 둘러싼 잔존배우자와 사자의 관계를 고려하여야 한다. 부부 일방의 사망으로 부부 사이의 연대는 종료된다. 애도의 감정 속에는 그 부부가 출산할 수 있었던 미래의 자를 잃는 슬픔이 포함되어 있을지도 모르지만, 부의 사망에 의하여 생식가능성을 실현할 수 있는 관계는 종료되는 것이 냉정한 현실이다.⁸⁶⁾

4. 子의 복리

사자의 의사가 서면으로 명확하게 표명되어 있다 하더라도 그것이 출생할 자의 복리에 반하는 것이 명백한 경우에는 사후포태는 인정되지 않아야 할 것이다.⁸⁷⁾ 그런데 사후포태를 반대하는 가장 큰 이유의 하나는 편부모에 의하여 양육되는 것이 자의 복리에 반한다는 것이다. 그러나 편부모가 정에서 출생하는 것 자체가 자에게 유해하다는 논리는 문제가 있다. 이 논리를 연장하면 편부모가 정에서 자녀를 출산가능 하도록 허용하고 있는 법 자체가 유해하다는 결론에 도달할 것이기 때문이다. 만약 사후포태 그 자체가 출생자에게 유해하다고 하기 위해서는 그 자의 상태가 출생하지 않았던 경우보다 훨씬 나쁜 경우에만 성립될 수 있는 것이지만, 실제 편부모가 정에서 양육된다는 것이 반드시 자녀에게 유해하다고 단정할 수는 없다.⁸⁸⁾ 즉 출생 자체를 놓고 유해 여부를 따질 수는 없을 것이다. 다만 인공생식기술에 의하여 출생한 자가 선천성알코올중독증에 감염된 경우와 같이 출생 후에 받는 불이익이 출생하지 않은 것보다 더 불행한 경우에는 유해하다고 말할 수 있을지 모르겠다.⁸⁹⁾

또 자의 출생권(birthright)을 전제로 사후포태에 의하여 자의 권리가 침해되었다고 주장할 수도 있다.⁹⁰⁾ 이 권리는 출생할 권리 그 자체는 아니고, 심각한 장애 없이 출생할 권리로서 출생한 모든 사람에게 인정되는 것으로 이해하여야 할 것이다. 따라서 이것은 모든 상황에서 발생할 수 있는 것은 아니다. 자가 누구의 잘못도 없이 장애를 가지고 출생하였다면 권리침해는 발생하지 않을 것이기 때문이다. 결국, 이 권리침해는 누군가의 고의나 과실에 의하여 중대한 장애를 가지고 출생한 경우에만 발생할 것이다.

다시 말해서, 출생환경이 신체적 성장이나 정상적인 기능성의 실현을 심각하게 방해하는 정도에 이르지 않아야 한다는 것으로서, 이를 성장에 적절한 최소한의 기회를 가질 권리(a right to a decent minimum opportunity

85) Davina Cooper, Didi Herman, Getting 'The Family Right': Legislating Heterosexuality in Britain, 1986 - 1991, 10 Canadian Journal of Family Law, 1991, p.41; Hazel Biggs, Madonna minus child. Or - Wanted: Dead or Alive! The right to have a dead partner's child, 5 Feminist Legal Studies, 1997, p.225.

86) R. D. Orr, M. Siegler, *ibid.*, p.302.

87) *Ibid.*

88) Erdwin Deutsch, *Medizinrecht*, 4.Aufl., Berlin, Springer Verlag, 1999, Rdnr 431; Carson Strong, et al., *ibid.*, p.741.

89) *Ibid.*

90) *Ibid.*

for development)라고 한다.⁹¹⁾ 여기에서 장애가 어느 정도로 심각해야 그 권리를 침해하였다고 볼 수 있을 것인가에 관한 논란이 있을 수 있다. 실제 이에 관한 명확한 기준을 설정하기는 매우 어려울 것이다. 그러나 이러한 권리를 주장하는 근본취지는 장애가 심각해야 한다는 것이고 사소한 것이어서는 안 된다는 것임은 부정할 수 없을 것이다. 따라서 평균소득에 미달하는 가정에서 출생하였다는 사실은 이러한 권리침해가 있었다고 말할 수 없을 것이다. 그러나 위에서 든 예처럼 인공생식기술에 의하여 선천성알코올중독증에 감염되어 출생하였는데, 의사가 제공자에게 치유되지 않은 알코올중독증이 있다는 사실을 알면서도 이를 시술하였다면 권리침해가 있었다고 볼 수 있을 것이다.⁹²⁾

어쨌거나 유해하다는 의미를 이렇게 이해한다면 편부모에 의하여 양육될 자를 출생하도록 하였다는 사실만으로는 이 권리를 침해하였다고 말하기는 어려울 것이다. 권리침해를 주장하기 위해서는 편부모가정에서 양육되는 것이 사소한 것이 아니고 중대한 장애라는 것을 증명해야 할 것이다. 그러나 편부모가정에서 흔히 나타나는 남성역할모델의 결여, 친자간의 교류감소, 평균 이하의 소득 등의 문제가 반드시 필연적이라고 볼 수 없으므로 권리침해라는 주장은 설득력이 없다.⁹³⁾

또 양부모가 모두 있는 경우보다 불이익을 받는다는 주장도 가능하다. 그러나 이것도 양부모가정을 이상적이라는 전제하에서의 생각이며, 편부모가정에서 양육되는 것이 반드시 불이익이라는 생각 자체가 논란의 대상이 될 것이다.⁹⁴⁾ 설사 불이익을 받는 것이 사실이라고 하더라도 그것은 출산에 참여한 의사의 잘못은 아니다. 출생자가 불이익을 받을 것처럼 보일 때 우리는 그것을 부모의 책임으로 보지는 않는다. 평균소득 이하의 부모가 자를 출산하는 것을 잘못이라고 말할 수는 없기 때문이다.

요컨대, 사후포태를 결정함에 있어서 어떤 형태로든 출생할 자의 복리를 감안하지 않을 수 없을 것이다. 다만 이러한 판단과 이익교량은 결코 용이한 일은 아니며 사회적 환경이나 개인적 가치관의에 따라 결론이 달라질

수도 있을 것이다. 그러나 그것이 어렵다고해서 자의 복리가 간과되어서는 안 될 것이다.⁹⁵⁾

5. 사회적 이익

사후포태 자체는 개인의 생식물질을 사용하여 이루어지는 것이지만, 그 결과는 그 출생자뿐만 아니라 그 공동체나 가족에게 사자가 어떻게 기억되는가에 상당한 영향을 줄 수 있다. 다시 말해서, 사후포태는 사자와 이미 출생한 후손과의 감정적, 정신적, 재정적 관계까지 바꿀 수 있는 것이다. 따라서 이들과의 관계에 대한 충분한 고려가 필요하다.

VI. 맺는 말

이 글의 핵심은 사후포태와 관련한 의사결정을 누가 하는가에 관한 것이며, 의사결정은 곧 자기결정권의 문제가 된다. 여기에서 말하는 자기결정은 곧 생식에 관한 자기결정이 될 것이다. 종래 자기결정권의 근거를 생식물질에 대한 권리에서 찾고 있었으나, 이러한 견해는 사후포태와 관련한 여러 가지 복잡한 가족관계의 특성을 제대로 반영할 수 없는 한계가 있다. 따라서 이 글에서는 자기결정권이 생식물질에 대한 권리관계를 바탕으로 이루어지는 것은 가족관계의 특성을 구현하지 못하는 한계가 있음을 지적하고, 사자, 잔존배우자, 출생할 자의 이익을 물론 공서양속 등의 사회적 이익까지 충분히 고려하여 사후포태의 시술여부가 결정되는 구조로 전환하는 것이 바람직하다는 견해를 제시하고 있다.

사후포태에 관한 의사결정구조를 이러한 관점에서 본다면, 법은 최소한의 기준을 제시할 필요가 있다고 할 것이다. 생명윤리 및 안전에 관한 법률이 제정되었다고는 하나, 사후포태에 관한 한 거의 역할을 하지 못하고 있다. 결국 우리나라의 법은 사후포태에 대하여 전혀 아무런 태도를 취하지 아니하고 당사자들의 윤리적 판단에 맡겨두는 형태를 취하고 있다. 본문에서

91) Ibid.

92) Ibid., pp.741-742.

93) Ibid., p.742.

94) Ibid.

95) R. D. Orr, M. Siegler, *ibid.*, p.302; 반대견해는 M. Paker, *ibid.*, p.391.

자세히 살펴본 호주나 영국과 같은 허가주의까지는 아니라 하더라도 사후 포태의 시술을 받을 수 있는 취소한의 기준 즉, 사후포태의 대상 즉, 인공 출산기술을 혼인부부 및 사실혼커플에게만 적용하여야 하는가의 문제,⁹⁶ 보존기간⁹⁷)이나 특정기간 사용금지 등 사후포태를 할 수 있는 기간의 제한이 필요할 것인가의 문제,⁹⁸) 또 출생한 자의 법적 지위에 관한 최소한의 규제를 위한 연구가 필요하다고 생각한다.

그러나 우리나라에서는 아직까지 인공생식기술에 의하여 창출되는 가족의 구조나 가족관계의 질에 관하여 장기적으로 어떠한 변화가 있는가에 대한 사회적 논의나 사회과학적 연구조차도 거의 진행되지 않고 있는 실정이다. 따라서 이제부터라도 인간의 존엄성에 입각하여 사후포태를 포함한 인공생식기술의 이용 전반에 관한 입법적 검토가 필요하다는 것을 새삼 강조해 둔다.

주제

사후포태, 사후수정, 인공생식기술, 수정란, 명확한 생전동의, 생식에 관한 자기결정권
 Posthumous Conception, Postmortem Conception, Posthumous Reproduction, Assisted Reproductive Technology, Human Embryo, Reproductive Autonomy, Explicit Prior Consent

96) 사자가 처에게 사용할 것을 승낙하였으나 제3자에게 사용할 것을 승낙한 아무런 증거도 없는 경우에도 이를 허용해서는 안 될 것이다. 물론 이러한 경우에 사자는 단순히 익명의 정자제공자로서의 지위를 가질 뿐이다.
 97) 이경희, 인공수정자의 친자법상 지위, 가족법연구, 제2호, 1988, 49면. 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제16조는 배아(수정란)의 보존기간에 대해서는 5년 이내로 규정하고 있다.
 98) 배아의 보존기간에 관해서는 생명윤리 및 안전에 관한 법률 제16조에서 5년으로 정하고 있다. 그러나 정자나 난자 등의 생식물질에 관해서는 아무런 규정이 없다. 어쨌거나 보존기간에 관해서는 당사자와 보관기관과의 계약에 의하여 정할 수 있으며, 이 경우 보존기간을 결정할 수 있는 자는 배우자나 혈족인 경우가 보통일 것이다. 이들이 보관비용을 지불하는 한 기간제한의 여지는 적겠지만, 결정권자인 처의 사망이나 영구불임 등의 경우에 대비하여 정자의 폐기 등에 관한 합의가 명시되어야 할 것이다. 그러나 사후 정자추출하여 냉동보존이 가능한 시간은 대체로 사후 24시간 정도에 불과하므로 그 사이에 이러한 사항들을 모두 결정하기는 현실적으로 어려운 경우가 많다. 따라서 보존기관에서 미리 계약서를 준비해 두거나, 아니면 입법을 통한 세부 처리지침을 마련해 두어야 할 것이다.

《참고문헌》

김민중, 사후수정(사후포태)의 입법론적 고찰, 가족법연구 제19권 2호, 2005.
 김민중, 생명공학의 발달에 따른 민사법적 과제, 민사법학, 제21호, 2002.3.
 김준원, 인공수정에 관한 법리적 연구, 조선대학교 대학원 박사학위논문, 1995.
 김천수, 태아의 법적 지위, 비교사법, 제10권 2호, 2003.6.
 맹광호, 인공생식에 관한 가족법상의 문제점, 한국가족법학회 2007 하계학술대회자료집, 과학기술의 발전과 가족법의 대응, 2007.6.
 박동진, 냉동보관중인 정자의 훼손에 대한 민사법적 평가, 의료법학 제3권 1호, 2002.6.
 이경희, 인공수정자의 친자법상 지위, 가족법연구, 제2호, 1988.
 정규원, 인간배아복제의 법적 문제, 의료법학 제2권 2호, 2001.12.
 정현수, 망부의 동결정자에 의한 인공수정자의 법적 지위, 성균관법학 18권 1호, 2006.
 G. Bahadur, Death and conception, Human Reproduction, Vol.17 No.10, 2002.
 G. J. Banks, Traditional concepts and nontraditional conceptions: social security survivor's benefits for posthumously conceived children, 32 Loyola of Los Angeles Law Review, 1999.
 Carole M. Bass, Planning for children conceived after parent's death, New York Law Journal Trust & Estates, 18 Sep. 2006.
 Hazel Biggs, Madonna minus child. Or - Wanted: Dead or Alive! The right to have a dead partner's child, 5 Feminist Legal Studies, 1997.
 Davina Cooper, Didi Herman, Getting 'The Family Right': Legislating Heterosexuality in Britain, 1986 - 1991, 10 Canadian Journal of Family Law 1991.
 Erdwin Deutsch, Medizinrecht, 4.Aufl., Berlin, Springer Verlag, 1999.
 Robert Jansen, Sperm and ova as property, 11 Journal of Medical Ethics 1985.
 Kristine S. Knaplund, Postmortem conception and father's last will, 46 Arizona Law Review, 2004.
 R. Landau, Posthumous sperm retrieval for the purpose of later insemination or IVF in Israel: an ethical and psychosocial critique, Human Reproduction Vol.19, No.9, 2004.
 William J. Maledon, Note, The law and the unborn child: The legal and logical inconsistencies, 46 NOTRE DAME L. REV. 1971.
 R. D. Orr, M. Siegler, Is posthumous semen retrieval ethically permissible?, 28 Journal of Medical Ethics, 2002.
 M. Paker, Response to Orr and Siegler - collective intentionality and procreative desires: the permissible view on consent to posthumous conception, 30 Journal of Medical Ethics, 2004.
 John Robertson, 'Posthumous reproduction' 69 Indiana Law Journal, 1994.
 Anne Reichmann Schiff, 'Arising from the Dead: Challenges of Posthumous

A Study on the Decision-Making framework for Posthumous Reproduction

Lee, Kyung-Hui*

There is no legislation about posthumous reproduction in Korea. And the long-term effect of inevitable changes in the structure of families and quality of relationship created by assisted reproduction are not widely discussed and have not yet become the subject of research in the social science. But this paper only concentrates on what is an adequate decision-making framework for posthumous reproduction.

A traditional property model does not reflect the value of gametes and embryos to the individual concerned. Because property does not speak to the significance of genetic links, genetic continuity and potential personhood inherent in our relationship with our gametes and embryos.

Therefore I propose in this paper that the interest of all parties concerned - the deceased, the widow, the child - as well as the broad social interest, must be weighed if we are to decide on the ethics of posthumous reproduction.

- Procreation,' 75 North Carolina Law Review, 1997.
- Anne Reichmann Schiff, 'Posthumous conception and the need for consent,' 170 Medical Journal of Australia, 1999.
- Robert Sawers, Sue Avery, Risk management consent in assisted conception, Obstetrician & Gynaecologist, 2006.8.
- Carson Strong, Jeffrey R. Gingrich, William H. Kutteh, Ethics of postmortem sperm retrieval, Human Reproduction vol.15 no.4, 2000.
- The Committee to Consider the Social, Ethical and Legal Issues Arising from In Vitro Fertilization (Prof Louis Waller, Chair), Report on the Disposition of Embryos Produced by In Vitro Fertilization (Victoria, 1984).

양육비청구권을 자동채권으로 하는 상계

— 부양청구권의 법적 성질과 관련하여* —

大判 2006.7.4., 2006므751 (공보 2006, 1525)

The maintenance claim for child custody as basis of the set-off

김형석**

(Hyoung Seok Kim)

<차

I. 서론
결

III. 양육비청구권의 법적 성질과 대상판

[사실관계]

1. 원고와 피고는 1993년 4월 21일 혼인하여 법률상 부부가 되었으나, 피고가 2003년 3월경 재판상 이혼을 청구하였고, 2004년 3월 15일 인천지방법원에서 “원고와 피고는 이혼하고, 원고는 피고에게 위자료로 2,000만원, 재산분할로 3,800만원 및 위 각 금원에 대한 지연손해금을 지급하며, 원고와 피고 사이의 자녀들인 A, B에 대한 친권행사자 및 양육권자로 원

고를 지정한다”는 내용의 임의조정이 성립하였다.

2. 한편 2005년 7월 14일 인천지방법원 부천지원은 피고는 원고에게 800만원 상당의 과거 양육비를 지급하고 및 자녀들인 A, B가 성년이 될 때까지 1인당 매월 25만원의 비율에 의한 장래의 양육비를 지급하라는 내용의 심판을 하였는데, 원고가 즉시항고를 제기하여 사건이 당시 인천지방법원에 계속 중이었다.

3. 위자료 및 재산분할에 관하여 피고가 원고에 대하여 강제집행을 시도하자, 원고는 청구이의의 소를 제기하면서 다음과 같은 사실을 주장하였다.

(1) 원고는 임의조정 성립 후 피고와 사이에, 원고가 자녀들에 대한 양육비로 피고에게 지급받을 양육비를 3,000만원으로 정하여, 피고의 원고에 대한 위 위자료 및 재산분할청구권과 원고의 위 금 3,000만원 상당의 양육비채권을 대등액에서 상계하기로 합의하였다.

(2) 또한 원고는 과거 양육비채권 800만원 상당과 장래의 양육비채권 중 3,000만원 상당을 피고의 원고에 대한 위 위자료 및 재산분할청구권과 대등액에서 상계하는 상계의 의사표시를 하였다.

[원심판결]

원심(인천지방법원 2006.2.15. 선고, 2005르327 판결)은 우선 증거가 없음으로 원고의 상계계약의 주장을 배척하고, 원고의 상계 주장에 대하여 다음과 같이 판단하였다.

“(가) 부부가 이혼하여 그 중 일방이 그들 사이의 자를 양육하게 되는 경우 상대방이 부담하는 양육비 지급의무는 그것이 과거의 양육비이거나 현재 및 장래의 양육비이거나를 불문하고 민법 제837조 제1항에 따라 당

* 이 글은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2007학년도 학술연구비의 보조를 받았음.

** 서울대학교 법과대학 조교수. 이 글은 2007년 10월 19일 서울가정법원에서 개최된 한국가족법학회와 서울가정법원 공동발표회에서 발표한 원고를 보완한 것이다. 여러 좋은 지적과 비판을 해 주신 참석자 여러분, 그리고 특히 원고의 초기단계부터 비판적 논평으로 글의 성립에 도움을 주신 서울대학교 법과대학의 윤진수 교수님께 감사드린다.

사자의 협의로 이를 정하거나 민법 제837조 제2항에 따라 가정법원이 당사자의 청구 또는 직권에 의하여 ‘양육에 필요한 사항’으로서 이를 정하게 되는 것인바, 그렇다면, 이혼한 부부 사이에서 양육비의 지급을 구할 권리(이하 ‘양육비채권’이라 한다)는 당사자의 협의 또는 가정법원의 심판에 의하여 그 구체적인 내용이 형성되기까지는 그 범위 및 내용이 불명확, 불확정하기 때문에 구체적으로 권리가 발생한 것이라고는 할 수 없고, 따라서, 당사자의 협이가 성립하거나 가정법원의 심판이 확정되기 이전에 양육비채권을 자동채권으로 하여 상계를 하는 것도 허용되지 않는다고 할 것이다. 돌이켜 이 사건에 관하여 보건대, [...] 원고의 피고에 대한 양육비채권은 이에 대한 당사자의 협의가 이루어지지 않은 상태에서 양육비를 정하는 가정법원의 심판 역시 확정되지 않았으므로 아직까지 그 구체적인 내용이 형성되거나 구체적으로 권리가 발생한 것이라고는 할 수 없고, 따라서, 이를 자동채권으로 하여 피고의 위자료 및 재산분할청구권과 상계를 하는 것은 허용되지 않는다 할 것이다.

(나) 또한, 양육비채권은 부부 중 일방인 양육권자가 상대방에 대하여 가지는 권리이기는 하나, 그 발생근거 등에 비추어 볼 때 이는 자의 후생과 복리를 위하여 양육에 필요한 범위에서 인정되는 권리로서, 가사 이러한 권리가 구체적으로 발생하였다 하더라도 그 권리자인 양육권자가 자의 양육을 위한 목적 이외에 이를 임의로 양도하거나 처분할 수 없다 할 것인바(과거의 양육비는 더 이상 자의 양육에 사용될 것이 아니어서 과거의 양육비채권은 양육권자가 이를 임의로 양도, 처분할 수 있다고 볼 여지도 있으나, 과거의 양육비채권 역시 민법 제837조에 따라 이혼하는 부부가 ‘자의 양육에 관한 사항’으로 그들 사이의 협의로 정하거나 가정법원의 심판에 의하여 ‘자의 양육에 필요한 사항’으로 이를 정함으로써 비로소 발생하는 것이며, 과거의 양육비채권의 임의 양도나 처분이 가능하다고 본다면 양육비 지급의무를 부담하는 자는 고의로 양육비의 지급을 지연시킨 다음 양육권자에 대한 자신의 채권과 과거의 양육비채권을 상계함으로써 자녀들에 대한 양육의 의무를 회피하게 되는 문제가 생길 것이므로, 과거의 양육비채권에 대하여서도 장래의 양육비채권의 경우와 결론을 달리 할 것은 아니다), 그렇다면, 원고가 피고에 대한 양육비채권을 자동채권으로 하여 피고의 위자료 및 재산분할청구권과 상계를 하는 것은 양육비채권을 양육을 위한 목적 이외에 임의로 처분하는 것이어서 허용되지 않는다 할 것이

다”([] 안의 생략은 필자에 의한 것이다. 이하 같다).

[대법원 판결]

대법원은 다음과 같은 이유로 원심판결을 파기·환송하였다(大判 2006.7.4., 2006므751, 공보 2006, 1525).

“이혼한 부부 사이에서 자(子)에 대한 양육비의 지급을 구할 권리(이하 ‘양육비채권’이라 한다)는 당사자의 협의 또는 가정법원의 심판에 의하여 구체적인 청구권의 내용과 범위가 확정되기 전에는 ‘상대방에 대하여 양육비의 부담액을 구할 권리를 가진다’라는 추상적인 청구권에 불과하고 당사자의 협의나 가정법원이 당해 양육비의 범위 등을 재량적·형성적으로 정하는 심판에 의하여 비로소 구체적인 액수만큼의 지급청구권이 발생하게 된다고 보아야 하므로, 당사자의 협의 또는 가정법원의 심판에 의하여 구체적인 청구권의 내용과 범위가 확정되기 전에는 그 내용이 극히 불확정하여 상계할 수 없지만, 가정법원의 심판에 의하여 구체적인 청구권의 내용과 범위가 확정된 후의 양육비채권 중 이미 이행기에 도달한 후의 양육비채권은 완전한 재산권(손해배상청구권)으로서 친족법상의 신분으로부터 독립하여 처분이 가능하고, 권리자의 의사에 따라 포기, 양도 또는 상계의 자동채권으로 하는 것도 가능하다고 할 것이다.

돌이켜 이 사건을 보면, 원고는 피고를 상대로 인천지방법원 부천지원 [...] 양육비 심판 청구를 하였는데, 2005. 7. 14. 위 법원으로부터 [...] 심판을 고지받자 이에 불복하여 즉시항고를 제기하였으나 기각되었고, 이에 원고가 대법원에 [...] 재항고하였으나 대법원이 2006. 6. 29. 이를 기각하여 확정되었음을 알 수 있는바, 사정이 이러하다면 가정법원의 심판에 의하여 구체적인 액수만큼의 양육비채권이 발생하였다고 할 것이므로, 위의 양육비채권을 자동채권으로 하는 원고의 상계 주장은 이미 이행기가 도달한 부분에 한하여는 허용되어야 할 것이다.

원심은 이미 이행기에 도달한 과거의 양육비채권의 임의 양도나 처분이 가능하다고 본다면 양육비 지급의무를 부담하는 자가 일부러 양육비를 지

급하지 않고 있다가 양육권자에 대한 자신의 채권과 과거의 양육비채권을 상계함으로써 자녀들에 대한 양육의 의무를 회피하게 되는 문제가 생긴다는 점을 지적하고 있으나, 이는 양육비채권을 수동채권으로 하는 상계의 경우에 생길 수 있는 문제점이므로, 이 사건의 경우와 같이 양육비채권을 자동채권으로 하는 상계에 대해서는 그 이유의 설시로 적절하지 않다 할 것이다.

따라서 양육비 청구권이 구체적으로 발생하였다 하더라도 이를 임의로 양도하거나 처분할 수 없다는 이유로 원고의 상계주장을 배척한 원심판결에는 상계에 관한 법리를 오해하였거나 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다.”

[판례연구]

I. 서 론

1. 대상판결이 판단하고 있는 문제는 이혼의 결과 발생하게 된 양육비청구권을 자동채권으로 하는 상계가 가능한지의 여부이다.

(1) 원심은 이 사건에서 이를 부정하였다. 그 논거로는 ① 우선 양육비를 정하는 절차가 아직 확정되지 않아 양육비청구권의 내용이 불명확하여, 아직 구체적인 권리로 볼 수 없다는 것, 그리고 ② “자의 후생과 복리를 위하여 양육에 필요한 범위에서 인정되는 권리로서, 가사 이러한 권리가 구체적으로 발생하였다 하더라도 그 권리자인 양육권자가 자의 양육을 위한 목적 이외에 이를 임의로 양도하거나 처분할 수 없다 할 것”을 들고 있다. 이에 대해서 대법원은 ① 그 사이에 양육비를 정하는 심판이 확정되었으므로 이제 구체적인 내용을 가진 양육비청구권이 존재하고, ② “구체적인 청구권의 내용과 범위가 확정된 후의 양육비채권 중 이미 이행기에 도달한 후의 양육비채권은 완전한 재산권(손해배상청구권)으로서 친족법상의 신분으로부터 독립하여 처분이 가능하고, 권리자의 의사에 따라 포기, 양도 또는 상계의 자동채권으로 하는 것도 가능하다”는 이유로 원심을 파기하였다.

여기서 ①의 쟁점은 원심 판결과 대법원 판결의 재판시점과 관련되어 발생한 차이이며, 법리에 있어서는 원심과 대법원 모두 동일한 이해에서 출발하고 있다(아래 I. 2. 참조). 그러나 ②의 쟁점과 관련해서 원심과 대법원은 서로 상이한 견해를 보이고 있다. 즉 원심은 양육비청구권의 취지상 권리자에 의한 임의적 처분이 허용되지 않는다고 보는 반면, 대법원은 이행기에 도달한 양육비청구권은 “완전한 재산권”으로 권리자가 임의로 처분할 수 있다고 이해하고 있는 것이다.

(2) 미성년자인 자는 일반적으로 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없으므로 부양의 필요가 있다(제975조¹⁾ 참조). 이러한 경우 직계혈족인 부모는 부양의무자가 되며(제974조 제1호), 이는 부모가 이혼한 경우에도 친권의 행사 유무와 무관하게 그러하다. 그런데 이 경우에는 부양의 의무 있는 자가 수인이 되므로, 부양자 및 부양의 내용에 관해서는 이들이 협의로 정하고 협의가 성립하지 않으면 법원의 당사자의 청구에 의하여 이를 정해야 할 것이다(제976조 제1항). 그런데 이혼 후 자의 부양에 관한 사항은 동시에 “자의 양육에 관한 사항”(제837조 제1항)이기도 하므로, 제837조의 절차에 따라 양육권자와 양육의 방법 등을 정하면서 양육비의 부담해 관해서 정할 수 있다고 해석된다.²⁾ 즉 이혼의 당사자들은 자의 양육에 필요한 비용의 부담에 관해서 협의로 정할 수 있고, 협의가 성립하지 않거나 재판상 이혼의 경우에는 법원이 직권으로 이에 대하여 정할 수 있는 것이며(제837조 제1항, 제2항), 이는 양육을 부담하게 되는 부 또는 모가 자의 부양청구권을 대리하여 행사하는 것으로 파악할 수 있다(자세한 것은 아래 III. 1. 참조).

그러므로 대상판결에서 제기된 문제는 보다 일반적인 부양청구권의 법적

1) 이하에서 法名の 지시 없이 인용하는 조문은 民法의 조문이다.

2) 大判 1985.2.26., 84므86, 공보 1985, 471; 법원행정처, 「법원실무제요 가사」, 1994, 762면. 더 나아가 我妻榮, 「親族法」, 1961, 146면; 島津一郎·松川正毅 編, 「基本法コンメンタル 親族」, 第四版, 2001, 87면(梶村太市) 등도 참조. 이러한 해석은 기본적으로 부모와 미성년자인 자 사이의 부양과 일반적 친족적 부양 사이에 본질적인 차이는 없다는 것을 전제하고 있는 것이다. 물론 종래 이와 관련하여 이들 부양의무의 본질적인 차이(“生活保持義務”와 “生活扶助義務”)를 강조하는 입장이 우세하기는 하였지만, 현재 이 입장을 순수하게 유지할 수는 없다고 생각된다. 우선 전개 「基本法コンメンタル 親族」, 276-277면(山脇貞司) 참조.

성질의 논의로 나아간다. 양육비청구권이 구체적으로 이혼의 장면에서 문제 되는 자의 부양청구권으로 이해된다면, 양육비청구권을 자동채권으로 하는 상계의 허부는 제979조(“부양을 받을 권리는 이를 처분하지 못한다”)의 해석론과 관련을 가지게 된다.

2. 반면 구체적 부양청구권의 성립과 관련되는 쟁점에서 원심과 대법원은 실질적인 차이를 보이지 않는다.

(1) 통설적 견해에 의하면 부양권리자에게 부양의 필요성(제975조 참조)이 있고 부양의무자에게 부양의 능력이 있으면 부양청구권이 발생한다고 한다.³⁾ 그러나 부양의 정도 또는 방법에 관해서는 일차적으로 당사자들이 협정에 의하여 정하고, 협정이 없는 때에는 법원이 당사자의 청구에 의하여 정한다(제977조). 그러므로 부양청구권이 형식적으로는 성립하고 있더라도, 당사자들의 협정 또는 가정법원의 심판(양육비에 관해서는 가사소송법 제2조 제1항 마류 제3호, 일반적 부양에 관해서는 제8호)에 의하여 부양의 정도와 방법이 확정되지 않는 한에서는, 부양청구권은 구체적인 내용을 결여하는 권리로서 존재한다. 즉 추상적인 부양청구권은 부양의 필요성과 부양의 능력이라는 요건으로 성립하게 될 것이지만, 당사자들의 협정 또는 가정법원의 심판에 의하여 비로소 부양청구권은 현실적으로 행사할 수 있는 구체적 내용을 부여받게 된다.⁴⁾

(2) 원심과 대법원은 모두 이러한 인식에서 출발하고 있다. 즉 당사자의 협의나 가정법원의 심판에 의하여 비로소 행사가능한 구체적인 양육비청구권이 발생하므로, 당사자의 협의 또는 가정법원의 심판에 의하여 구체적인 청구권의 내용과 범위가 확정되기 전에는 그 내용이 극히 불확정하여 상계할 수 없다는 점에서는 의견이 일치하고 있는 것이다. 다만 원심판결 시점에는 양육비에 관한 분쟁이 아직 계속 중이었음에 반해서, 대법원이 판결

을 할 당시에는 심판이 확정되어 구체적으로 원고가 청구할 수 있는 양육비청구권의 내용이 결정되어 있었다는 점에서 사실관계가 차이가 있었을 뿐이다. 그러므로 원심판결의 시점에 양육비청구권의 내용이 확정되었다고 한다면, 이 쟁점에 관하여 원심과 대법원의 결론은 다르지 않았을 것이다. 그 결과 앞서 살펴본 양육비청구권의 임의적 처분가능성이라는 쟁점이 결정적인 의미를 가지게 되었을 것이다.

3. 이하에서는 양육비청구권을 자동채권으로 하는 상계의 문제를 부양청구권의 법적 성질에 관한 제979조 및 양육비 부담에 관한 제837조의 해석론과 관련하여 살펴보고자 한다. 서술은 외국의 예를 참조하는 해석론적 작업에 집중할 것이고, 정책적인 논의는 제외하기로 한다.

II. 부양청구권의 법적 성질에 관한 논의

양육비청구권이 기본적으로 부양청구권의 성질을 가지고 있다면, 부양청구권의 처분금지를 정하는 제979조의 해석에 관한 의문이 먼저 제기된다.

1. 우리 학설상 부양청구권의 법적 성질

우리의 학설은 제979조의 해석으로부터 부양청구권의 법적 성질을 다음과 같이 설명하고 있다.

(1) 학설은 일치하여 부양청구권의 一身專屬性을 인정한다. 이에 의하면 부양을 받을 권리는 ‘親族權’으로서, 채권과 유사하여 재산권이라고도 볼 수 있으나 신분관계(친족관계)의 한도에서 인정되는 것이므로 일반적인 재산권이 아니라 일종의 신분적 재산권이라고 한다.⁵⁾ 신분권 중에서 재산적인 성격이 짙은 것 중의 하나라고 표현되기도 한다.⁶⁾

3) 金嘯洙·金相瑢, 「親族·相續法」, 제8판, 2006, 480면; 박동섭, 「친족상속법」, 개정판, 2006, 414면.

4) 於保不二雄·中川淳 編, 「新版 注釋民法(25) 親族(5)」, 1994, 485면(太田武男) 참조.

5) 金嘯洙·金相瑢 (주 3), 480면; 박동섭 (주 3), 414-415면; 朴秉濂, 「家族法」, 1991, 245면; 宋德洙, 「民法講義(下)」, 2007, [1526]; 鄭光鉉, 「新親族相續法要論」, 修訂增補四版, 1961, 102면.

(2) 이러한 친족권적 성질에 기하여 학설은 더 나아가 다음과 같은 결론을 도출하고 있다.⁷⁾

(a) 부양청구권은 행사상·귀속상 일신전속권이므로 채권자대위권에 의하여 행사될 수 없고(제404조 제1항 단서), 상속되지 않는다(제1005조 단서).

(b) 부양청구권은 처분할 수 없으므로(제979조), 타인에게 양도할 수 없고, 입질할 수 없고(제346조), 포기할 수 없다.⁸⁾ 부양청구권은 친족관계를 바탕으로 발생하는 권리이므로, 친족이 아닌 제3자에게 양도하는 것은 곤란하다고 한다.⁹⁾

(c) 부양청구권을 수동채권으로 하여 상계할 수 없다(제497조).

(d) 부양청구권은 강제집행 절차에서 압류할 수 없다(민사집행법 제246조 제1호).

(e) 파산자의 부양청구권은 파산재단에 속하지 않으며(채무자회생 및 파산에 관한 법률 제383조 제1항), 파산자에 대한 부양채권은 재단채권으로서(동법 제473조 제9호) 우선변제를 받는다(동법 제476조).

(f) 부양청구권이 제3자에 의하여 침해되었을 경우 권리자는 제3자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다(제750조).

(3) 반면 대상판결에서 대법원이 양육비채권과 관련하여 언급한 문제 즉 구체적으로 확정된 부양청구권 중에서 이행기가 도래한 부분의 법적 성질에 관해서는 일반적인 논의를 찾아볼 수 없다. 다만 부양청구권의 포기에 관해서만 그러한 언급이 발견된다. 즉 부양청구권을 포기할 수 없다는 의미는 장래에 대하여 포기할 수 없다는 의미이며,¹⁰⁾ 그 결과 이행기가 도래한 부분은 일종의 손해배상청구권이 되어 있기 때문에 포기할 수 있다고 한다.¹¹⁾

(4) 이러한 내용은 거의 동일한 형태로 별다른 異論 없이 각 문헌에 서술되어 있다. 여기서 특히 두드러지는 점은 부양청구권이 가지는 친족권 내지 신분적 재산권이라는 성질에 기초에서 구체적인 여러 범명제들을 해명하고 있다는 것이다. 즉 부양청구권은 비록 채권에 유사한 성질을 가지고 있더라도 기본적으로 신분관계 내지 친족관계에 근거해서 발생하는 권리 즉 친족권이기 때문에, 그것은 일신전속적인 권리이고, 그 결과 임의적인 처분 및 압류가 제한된다는 것이다. 대상판결의 원심판결이 “양육비채권은 부부 중 일방인 양육권자가 상대방에 대하여 가지는 권리이기는 하나, 그 발생근거 등에 비추어 볼 때 이는 자의 후생과 복리를 위하여 양육에 필요한 범위에서 인정되는 권리로서, [...] 그 권리자인 양육권자가 자의 양육을 위한 목적 이외에 이를 임의로 양도하거나 처분할 수 없다”(강조는 인용자)라고 판시하였을 때, 여기서 앞서 서술한 통설의 입장이 연상되는 것이 우연은 아닐 것이다. 양육비청구권은 “상대방에 대하여 가지는 권리” 즉 채권적 권리가기는 하지만, “발생근거 등에 비추어 볼 때” 즉 그 친족권적 성질에 비추어 볼 때, “이를 임의로 양도하거나 처분할 수 없다”는 것이기 때문이다.

2. 부양청구권의 법적 성질에 관한 외국의 논의

이러한 우리 학설의 태도를 보다 적절하게 평가하기 위하여 외국의 상황을 살펴볼 필요가 있다고 생각된다.

(1) 프랑스

(a) 프랑스 민법상 부양청구권의 처분금지에 관한 명문의 규정은 존재하지 않는다. 그러나 학설은 해석에 의하여 부양청구권의 不可處分性(indisponibilité)을 인정하고 있다. 프랑스 학설에 의하면 부양청구권은 부양권리자의 생존과 관련되는 권리이므로 公序(ordre public)의 성질을 가지고 있다.¹²⁾ 특히 사적 부양이 없는 경우 사회의 집단적 사회보장이 행해진다

6) 金容漢, 「親族相續法」, 補訂版, 2003, 248면.

7) 金嘯洙·金相瑢(주 3), 480-481면; 박동섭(주 3), 415면; 朴秉濠(주 5), 245면; 金容漢(주 6), 248-249면; 鄭光鉉(주 5), 102-103면 등 참조.

8) 제979조의 ‘처분’에 拋棄가 포함된다는 것은 제979조의 前身이라고 할 수 있는(「民法案審議錄」, 下卷, 1957, 144면) 明治民法 제963조도 당연한 명제로 전제하고 있었다. 「民法修正案理由書 親族編」(서울대학교 도서관 소장본), 305면 참조.

9) 박동섭(주 3), 415면.

10) 金嘯洙·金相瑢(주 3), 480면; 金容漢(주 6), 248면; 宋德洙(주 5), [1526].

11) 박동섭(주 3), 415면; 金容漢(주 6), 248-249면.

12) Mazeaud et Leveneur, *Leçon de droit civil*, tome 1/3: La famille, 7^e éd., 1995, n° 1214; Bach, *Droit civil*, tome 1, 13^e éd., 1999, p.348.

는 의미에서 일반적인 이해관계가 관련되어 있고, 그러한 의미에서 공서의 성질을 가진다는 지적도 있다.¹³⁾ 이러한 公序의 性質의 결과로 권리자는 부양청구권을 임의로 처분할 수 없다. 즉 포기할 수 없고, 양도할 수 없으며, 압류할 수 없다(압류에 관해서는 1991년 7월 9일의 91-650호 법률 제14조 제2호 참조).¹⁴⁾

더 나아가 부양청구권은 일신전속성이 있으므로, 부양권리자의 채권자가 채권자대위권을 통하여 이를 행사할 수 없으며,¹⁵⁾ 부양청구권이 수동채권인 경우에는 (당연) 상계도 일어나지 않는다고 한다.¹⁶⁾

(b) 부양권리자가 사망하면 부양의 필요성이 소멸하므로 부양청구권도 소멸하고 상속되지 않는다.¹⁷⁾ 프랑스 학설은 이러한 결론을 불가처분성과 구별하여 不可移轉性(intransmissibilité)이라고 지칭한다.

(c) 그러나 이러한 일반적인 불가처분성 내지 불가이전성의 법리는 절대적인 것은 아니며, 사안유형에 따라 차별화된 접근이 요구된다고 지적된다.¹⁸⁾ 특히 이행기가 도래한 부양청구권에 대해서는 불가처분성의 법리는 제한적으로 적용되는 것으로 보인다. 즉 이행기가 도래한 부양청구권은 포기할 수 있고, 그 결과 부양청구권을 포기할 수 없다는 법리는 오로지 장래의 부양청구권에 대해서만 적용된다.¹⁹⁾ 또한 부양채권자는 상계적상이 충족되는 경우 자신의 부양청구권을 자동채권으로 하는 (당연)상계를 원용할 수도 있다.²⁰⁾ 양도와 관련하여도 파기원은 이행기가 도래한 부양청구권

이 양도된 사안에서, 부양청구권은 부양권리자의 일신전속권이므로 양도될 수 없다는 상고이유에 대하여, “부양채권의 불가처분성의 준칙은 채권자가 부양청구권의 이행기가 도래한 부분에 대하여 양도할 수 있다는 결론에 반하지 않는다”는 원심을 그대로 확정하여 이행기가 도래한 부양청구권의 양도가능성을 인정한 바 있다.²¹⁾ 더 나아가 학설에서는 양도금지는 어디까지나 그 목적과 관련하여 이해되어야 하므로, 예컨대 부양권리자가 부조기관 등으로부터 현실적으로 부양을 받기 위하여 그 대가로 장래의 부양채권을 양도하였다면 이는 부양의 목적에 충실한 것이고 따라서 긍정되어야 한다는 견해도 있다.²²⁾

불가이전성과 관련하여서, 이행기가 도래한 부양청구권의 상속에 관해서는 견해의 대립이 있는 것으로 보인다. 즉 부양권리자가 생존하는 동안 이행기가 도래한 부양청구권은 부양권리자가 사망한 이후에도 존속하여 상속재산을 구성한다고 하는 견해가 있는 반면,²³⁾ 부양청구권의 일신전속성 및 과거의 부양은 청구할 수 없다는 법리²⁴⁾에 따라 이행기가 도래하였으나 지급되지도 않았고 재판상 청구되지도 않은 부양청구권은 소멸한다는 전제에서 상속을 부정하는 견해도 있다.²⁵⁾

20) Cass. civ. 2^e, 10 mars 1965, Bull. n° 244; Cass. civ. 1^{re}, 30 nov 1965, Bull., n° 662. 학설도 同旨: Hauser et Huet-Weiller (주 18), n° 1319 참조.

21) Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 1973, Bull. civ. I, n° 164. 학설도 同旨: Mazeaud et Leveneur (주 12), n° 1214 참조.

22) Mazeaud et Leveneur (주 12), n° 1214 및 同所 주 3에 인용된 판결 참조.

23) Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil*, tome 1, 1956, n° 2062; Mazeaud et Leveneur (주 12), n° 1215.

24) 프랑스 민법은 부양청구권에 대하여 5년의 소멸시효를 정하고 있으나(동법 제2277조), 프랑스 판례는 오랫동안 과거의 부양은 청구할 수 없다는 법리를 적용하여 이행기에 변제되지 않은 부양료채권은 권리자가 상당기간 내에 청구하지 아니하면 소멸한다는 결과를 인정하고 있었다. 그러나 이 법리는 많은 비판을 받았으며, 현재 판례는 그 적용범위를 축소하여 부부 사이의 생활비용 부담의무, 부모와 자 사이의 부양의무, 법원의 재판으로 부양청구권의 내용이 정해진 경우 등에는 이를 적용하지 않고 있다고 한다. 간략한 개관으로 우선 Malaurie et Fulchiron (주 14), n° 1758 참조.

25) Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, tome I, 8^e éd., 1934, n° 379; Terré et Fenouillet (주 13), n° 308.

13) Bénabent, *Droit civil. La famille*, 11^e éd., 2003, n° 886; Terré et Fenouillet, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, 7^e éd., 2005, n° 307.

14) Malaurie et Fulchiron, *La famille*, 2^e éd., 2006, n° 1756; Mazeaud et Leveneur (주 12), n° 1214, 1217; Bénabent (주 13), n° 886, 887.

15) Mazeaud et Leveneur (주 12), n° 1214; Bénabent (주 13), n° 888.

16) Mazeaud et Leveneur (주 12), n° 1216; Bénabent (주 13), n° 887.

17) Malaurie et Fulchiron (주 14), n° 1754; Mazeaud et Leveneur (주 12), n° 1215; Bénabent (주 13), n° 888.

18) Hauser et Huet-Weiller, *Traité de droit civil. La famille: Fondation et vie de la famille*, 2^e éd., 1993, n° 1319.

19) Bénabent (주 13), n° 886; Malaurie et Fulchiron (주 14), n° 1756. 그러나 반대견해도 존재한다고 한다(뒤의 문헌의 주 67 참조).

(2) 독일 일

(a) 독일 민법도 부양청구권의 처분금지에 관한 명문의 규정은 두고 있지 않다. 더 나아가 독일의 학설은 부양청구권에 관하여 특별히 일신전속성이나 친족권적 성격을 강조하지도 않는다. 물론 부양청구권이 친족관계에서 기인하기 때문에 가지는 일신전속적 측면이 있음을 부정하지는 않지만, 동시에 재산권적 성격 및 公序의 성격을 함께 가지고 있다고 지적된다.²⁶⁾ 부양청구권의 처분금지에 관한 독일 학설의 서술은 기본적으로 법률의 규정을 체계적으로 해석하는 것에 집중하고 있다고 말할 수 있다.

(b) 우선 부양청구권은 장래에 대하여 포기할 수 없다(독일 민법 제1614조 제1항). 프랑스의 학설과 마찬가지로 이 규정의 취지는 부양권리자의 생활보호 및 사회보장 시스템과 관련된 공공이익으로 설명되고 있다.²⁷⁾ 이 규정은 장래에 대하여 부양청구권의 포기를 금지하는 것이므로, 이행기가 도래한 부양청구권에 대해서는 유효하게 포기할 수 있다.²⁸⁾

(c) 부양청구권은 원칙적으로 압류할 수 없다(독일 민사소송법 제850b조 제1항 제2호; 다만 제2항의 규정에 따른 예외가 있다). 이로부터 실체법상 두 가지 결론이 도출된다. 압류할 수 없는 채권은 양도할 수 없고(독일 민법 제400조) 입질할 수 없으므로(동법 제1274조 제2항), 부양청구권은 양도할 수 없고 입질할 수 없다. 그리고 압류할 수 없는 채권을 수동채권으로 하는 상계가 허용되지 않으므로(동법 제394조 제1문), 부양청구권을 수동채권으로 하는 상계도 할 수 없다.

그런데 우선 부양청구권의 양도금지에 관해서는 학설·판례에 의한 목적론적 축소해석이 관철되어 있다. 압류할 수 없는 채권의 양도를 금지하는 독일 민법 제400조의 규정의 취지는 — 부양과 관련하여 말한다면 — 부양권리자가 생활에 필요한 급부를 현실적으로 수령할 수 있도록 하는 것이다. “왜냐하면 그렇지 않다면 그는 자신의 채권자의 압력에 의하여 사전양도의 방법으로 자신의 부양에 필요한 수단을 박탈당할 수 있기 때문이다.”²⁹⁾ 독

일 민법 제400조의 규정은 이러한 목적을 위해서는 강행규정이라고 한다. 그러나 학설과 판례는 동시에 다음과 같은 목적론적 축소해석에 의하여 同條의 적용범위를 제한하고 있다. 즉 양수인이 양도인에게 扶助를 위하여 양도에 대한 충분한 급부를 현실적으로(즉 현실급부로) 제공하여 바로 권리자의 현실적 부양이라는 제400조의 목적을 충족시키는 경우에는, 규정의 문언에도 불구하고 압류할 수 없는 채권의 양도가 허용된다는 것이다.³⁰⁾ 그리고 현실적인 대가를 수령하는 한에서는, 개별적으로 이행기가 도래하는 부양청구권에 대해서 개별 양도를 할 수 있고, 더 나아가 전체의 부양청구권에 대해서 포괄적 사전양도를 할 수도 있는데, 이러한 포괄적 사전양도의 방법으로 연방대법원은 기한별로 양수인이 현실적 대가를 지급하는 것을 정지조건으로 하여 그 액수만큼의 부양청구권이 양도되는 법률구성을 언급하고 있다.³¹⁾ 이는 결과적으로 이행기가 도래하는 부양청구권을 분기별로 有償讓渡하는 것이라고 말할 수 있다.

그리고 상계에 관해서도 상계적상이 충족되는 경우 압류금지채권을 자동채권으로 상계하거나, 이행기가 도래한 이후의 압류금지채권을 목적으로 하여 상계계약을 체결하는 것은 허용된다고 한다.³²⁾ 법률의 보호목적이 침해되는 것은 아니기 때문이다.

(d) 부양청구권은 권리자 또는 의무자의 사망으로 소멸하지만, 독일 민법 제1613조에 의하여 인정되는 과거의 부양 및 이미 이행기가 도래한 부양청구권은 그렇지 않다(제1615조 제1항 제1문). 그러므로 예컨대 부양권리자가 사망한 경우 사망시점에 이미 이행기가 도래한 부양청구권은 상속재산을 구성한다.³³⁾

29) Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I, 14.Aufl., 1987, S.584 (강조는 인용자).

30) 1951년의 연방대법원의 연합부 판결(BGHZ 4, 153) 이래 확립된 판례와 통설이다. Roth in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4.Aufl., 2003, §400 Rn.6 및 문헌지시 참조. 이 판결은 독일의 방법론 논의에서 목적론적 축소해석의 대표적인 예로 거론되고 있다(Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.Aufl., 1991, S.393f. 참조).

31) BGHZ 4, 153의 III. 참조.

32) Schlüter in: *Münchener Kommentar* (주 30), §394 Rn.1.

33) *MünchKomm/Born* (주 27), §1615 Rn.5.

26) Gernhuber/Coester-Waltjen, *Familienrecht*, 5.Aufl., 2006, §3 Rn.25-27의 서술 참조.

27) Born in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4.Aufl., 2002, §1614 Rn.1.

28) Hammermann in: Erman, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 11.Aufl., 2004, §1614 Rn.4.

(3) 일 본

(a) 일본은 우리 제979조에 상응하는 규정을 가지고 있으므로(일본 민법 제881조), 부양청구권의 처분금지에는 同條의 해석론이 중심에 있다고 말할 수 있다. 통설적 견해는 부양청구권이 일신전속성을 가지고 있다고 전제하고, 일본 민법 제881조는 그러한 성격이 표현된 것으로 이해하고 있다. “부양의무는 신분관계에 기한 의무이다. 따라서 부양청구권도 많은 신분적 채권과 마찬가지로 일신전속적 성질을 가진다.”³⁴⁾ 그러나 부양청구권의 일신전속성을 부정하는 것은 아니지만 오히려 일본 민법의 제881조의 취지를 친족관계의 본질이 아니라 —프랑스 및 독일에서와 마찬가지로— 피부양자의 생존보호 및 사회보장 체계와 관련된 公序의 성격을 강조하는 견해도 존재한다.³⁵⁾

(b) 일본의 학설에 의하면, 부양의 요건이 충족되지 않은 상태에서 미리 장래의 부양청구권을 포기할 수 없을 뿐만 아니라, 협의나 심판에 의하여 청구권의 내용이 구체적인 내용이 확정되지 않은 추상적 청구권의 상태에서 이를 포기하거나 양도할 수 없고, 다른 채권자가 압류할 수 없고, 파산재단에도 속하지 않으며, 상계의 자동채권으로도 수동채권으로도 할 수 없다고 한다.³⁶⁾

(c) 협의나 심판에 의하여 부양청구권의 내용이 구체적으로 확정된 후에도 압류는 허용되지 않고 파산재단에도 속하지 않으며, 부양청구권을 수동채권으로 하여 상계하는 것은 허용되지 않는다(일본 민법 제510조 참조).³⁷⁾ 그러나 독일 민법의 해석론에서와 같이, 구체적인 내용이 확정된 부양청구권의 지분채권에 대해서는 아직 이행기가 도래하지 않았더라도 상당한 대가를 수령하면 양도하거나 포기할 수 있다는 견해가 주장되기도 한다.³⁸⁾

34) 中川善之助, 「親族法」, 1959, 603면. 中川善之助 編, 「註釋 親族法(下)」, 1952, 254-255면(於保不二雄)도 참조.

35) 「新版 注釋民法」(주 4), 569-570면(太田武男).

36) 我妻(주 2), 412면. 中川(주 34), 603면도 참조.

37) 我妻(주 2), 412면.

38) 「新版 注釋民法」(주 4), 558면(明山和夫) 참조.

반면 지분적 부양청구권이 변제기에 달한 후에는 권리자의 의사에 의하여 포기·양도(입질)·(자동채권으로 하는) 상계가 가능하다고 하는 견해가 일반적으로 수용되고 있다.³⁹⁾ 이 결론의 배후에 다음과 같은 이해가 자리 잡고 있다. 즉 이행기가 도래하였음에도 책임 있는 사유에 의한 부양의무의 불이행이 있다면, 그 지체된 부양청구권의 이행은 더 이상 부양의 필요에 충족되는 것이 아니다. 과거의 생활에 대한 부양은 불가능하기 때문이다(이행지체가 되는 동시에 이행불능). 그러므로 이행기가 도래한 부양청구권은 그러한 불이행으로부터 발생한 손해를 전보하는 손해배상청구권이고, 그 결과 “순연한 재산권”이고 처분이 가능하다는 것이다.⁴⁰⁾

(d) 더 나아가 부양청구권은 행사상·귀속상 일신전속권이기에 때문에, 대위행사할 수 없고, 상속되지 않는다고 한다.⁴¹⁾ 그러나 이행기가 도래한 부양청구권의 경우 상속이 가능한지에 관해서는 견해의 대립이 있다. 이행기가 도래한 부양채권의 재산권성에 기해서 긍정하는 견해가 통설과 판례의 입장이지만,⁴²⁾ 이미 부양권리자가 사망한 이상 부양의 필요는 존재하지 않으므로 일신전속성에 기하여 상속은 인정되지 않는다는 견해도 유력하다.⁴³⁾

(4) 소 결

이상에서 살펴본 외국의 입법 및 학설에서 다음과 같은 결론을 도출할 수 있다. 즉 어느 법질서에서든 부양청구권에 대해서는 임의의 처분, 압류, 상속을 부정하고 있으며, 이는 대부분 부양권리자의 생활유지 및 사회보장

39) 我妻(주 2), 412면; 「新版 注釋民法」(주 4), 569-570면(太田武男).

40) 藥師寺志光, 「日本親族法論」, 下卷, 1942, 1407, 1467면; 「新版 注釋民法」(주 4), 557면(明山和夫).

41) 「註釋 親族法(下)」(주 34), 255-256면(於保不二雄).

42) 我妻(주 2), 412-413면; 中川高男, 「親族·相續法講義」, 新版, 1995, 303면. 그 밖에 「新版 注釋民法」(주 4), 559-560면(明山和夫)에 인용된 大審院 판결 및 戰後の 실무예로 東京高決 1977.10.25., 「家庭裁判月報」, 第30卷 第5號, 108면: “일반적으로 친족간의 부양청구권 그 자체는 일신전속의 추상적인 권리이지만, 부양료의 청구에 의하여 그 범위가 구체화하고 심판 등에 의하여 금액 등이 형성된 때에는 [...] 순연한 금전채권으로 화하고 일신전속성을 상실한다고 해석하는 것이 상당하기 때문에 상속의 대상이 된다고 해야 한다.”

43) 「新版 注釋民法」(주 4), 570면(太田武男).

과 관련된 공서적 성격으로부터 정당화되고 있다는 것이다. 그러나 일단 구체적으로 확정되고 이행기가 도래한 부양청구권에 대해서는 적어도 양도, 포기, 자동채권으로 하는 상계가 인정되고 있으며, 상속에 대해서는 논란이 있다는 사실도 확인할 수 있다.

3. 평 가

(1) 이러한 비교법적인 인식을 바탕으로 우리 학설을 평가하면, 외국과 비교할 때 정도의 차이이기는 하지만, 방법론적으로 강한 개념법학적 특성을 보이고 있다는 사실이 두드러진다.

통설은 부양청구권이 그 본질에 있어 친족권 내지 친족적 특성이 강한 친족적 재산권이라고 이해하고, 이러한 특성에 기초하여 부양청구권은 일신전속성을 가진다고 설명한다. 그리고 이에 비추어 법률의 규정을 이해할 뿐만 아니라(제979조, 민사집행법 제246조 등), 해석이 필요한 부분에 구체적인 결론을 도출하는 논거로서도 활용한다. 예컨대 부양청구권은 행사상의 일신전속권이므로 채권자대위권의 대상이 될 수 없고(제404조 제1항 단서), 귀속상의 일신전속권이므로 상속재산을 구성하지 않는다고 한다(제1005조 단서). 그러나 이러한 논법은 순환논법이다. 부양청구권이 채권자대위권의 대상이 되지 않기 위해서 행사상의 일신전속권에 해당하는지가 바로 문제되는 상황에서, 부양청구권은 행사상 일신전속권이기 때문에 채권자대위권의 대상이 되지 않는다는 명제를 제시하기 때문이다. 여기서 과연 어떠한 이유에서 부양청구권이 행사상 일신전속권으로 평가되어야 하는지의 문제 즉 결론에 대한 실질적 이유제시는 결여되어 있다.

친족권, 일신전속권과 같은 개념은 그 자체로 범명제를 획득할 수 있는 기초가 될 수는 없다. 이는 민법이 다양한 형태로 규정하고 있는 권리들을 분류하여 이를 체계적으로 이해할 수 있도록 하는 정서개념으로, 개별 실정법규로부터 귀납적으로 구성되는 개념이다. 그러므로 이는 입법자의 가치평가적 이익평가 및 이로부터 전개되는 목적론적인 체계를 전제로 하여 이를 축약적으로 분류·정서하는 수단이며, 이들 가치평가를 참조할 때에만 비로소 그 의미가 구체화된다.⁴⁴⁾ 그러므로 어떠한 구체적인 범명제는 이러한 가치적 이익평가의 목적론적 체계로부터 정당화되어야 하며, 개념으로써

터 기계적으로 도출할 수는 없다. 부양청구권이 본질에 있어 행사상 일신전속권이기 때문에 채권자대위권의 대상이 될 수 없는 것이 아니라, 목적론적 해석상 채권자대위권의 대상이 될 수 없기 때문에 행사상 일신전속권으로 분류되어야 하는 것이다.

부양청구권과 관련된 이러한 개념법학적 태도는 외국의 예에서도 다소 보이지만, 일본의 일부 학설 그리고 우리 통설의 서술에서 보다 강하고 분명한 형태로 나타나고 있다고 생각된다. 이는 친족권의 특성을 강조하는 中川善之助의 입장이 종래 우리 학설에서 가지던 권위로부터 설명될 수 있을지도 모른다.

(2) 그러므로 아래에서는 가능한 한 법률의 구체적인 규정 및 그 취지를 바탕으로 하여 부양청구권의 법적 취급에 관한 구체적인 해석론을 제안해보고자 한다.

(a) 양도 및 포기

(aa) 제979조는 “부양을 받을 권리는 이를 처분하지 못한다”고 정하고 있다. 이 규정은 일본의 明治民法 제963조 및 현행 민법 제881조를 거의 문언 그대로 계수한 것으로 보이는데,⁴⁵⁾ 이들 규정의 입법과정에서 논의된 비를 살펴보면 다음과 같다. 시행이 좌절된 일본 구민법은 부양청구권의 처분금지에 대해서는 명확한 규정이 없었는데(중신정기금 계약에 의한 부양청구권에 대해서만 규정이 있었다; 재산취득편 제169조 제3항 참조), 明治民法의 제정과정에서 법정 부양청구권의 처분금지에 관하여 규정의 필요성을 인식하게 되었다. “단지 민사소송법 제618조에서는 법률상의 부양료는 이를 압류할 수 없다고 정하고 있으나, 압류할 수 없는 권리는 마찬가지로 이를 처분할 수 없다는 취지를 규정하는 법문이 없기 때문에, 본조에서 부양을 받을 권리의 압류 및 처분을 금하는 규정을 둔다”⁴⁶⁾는 것이었다. 그러므로 우리 민법 제979조의 기본적인 취지는, 압류할 수 없는 채권은 양도할 수 없다는 법리(독일 민법 제400조 참조)를 인정하지 않는 우리 민법에서⁴⁷⁾ 부양청구

44) Kramer, *Juristische Methodenlehre*, 2.Aufl., 2005, S.141 참조.

45) 民議院, 『民法案審議錄』, 下卷, 1957, 144면.

46) 『民法修正案理由書 親族編』(주 8), 305면.

권에 관해서만은 그러한 관계를 창출하겠다는 것으로 이해할 수 있다.

그렇다면 압류할 수 없는 채권에 대하여 추가적으로 임의의 양도를 금지하는 목적은 무엇인지 문제된다. 여기서는 앞서 독일 민법 제400조에 관하여 진행된 논의를 참조할 수 있을 것이다. 이에 의하면 부양청구권은 부양권리자의 생존에 필요한 수요를 충족해야 하기 때문에, 경제적 어려움의 압력 등의 이유로 이 채권들을 양도 또는 입질의 방법으로 스스로 처분할 가능성이 배제되어야 한다. 그는 압류에 의한 비자발적인 채권상실뿐만 아니라, 궁박 또는 경솔에 의하여 야기된 자발적 양도에 대해서도 보호를 받을 필요가 있는 것이다.⁴⁸⁾ 이는 외국의 학설이 지적하는 바와 같이 부양권리자의 생존 보장이라는 차원에서 일차적인 의미가 있을 뿐만 아니라, 부양청구권의 양도·포기 등으로 인하여 발생할 수 있는 사회보장 제도의 부담과 관련되는 公序의 성격을 고려할 때에도 그러하다.

그러므로 제979조의 부양청구권의 처분금지는 어디까지나 부양권리자가 궁박한 상태를 회피하기 위하여 경솔하게 부양청구권을 처분함으로써 오히려 자신의 생존의 기초를 상실하게 하는 사안을 상정하여 만들어진 규범이다. 따라서 그러한 제979조가 예방하고자 하는 위험이 존재하지 않거나 제거된 상황에서는 제979조의 규범의 목적은 더 이상 발언력을 가지고 있지 않으며, 同條는 적용될 필요가 없다.

(bb) 우선 부양의 필요와 부양의 능력이 있어 추상적 부양청구권이 성립한 상황에서, 부양권리자는 부양청구권을 포기하거나 양도할 수 없다고 해석할 것이다. 물론 아직 협의 또는 심판에 의하여 부양청구권이 구체적으로 확정되기 이전에는 부양권리자는 구체적으로 행사가능한 권리를 가지고 있지는 않다는 이유로 이를 부정할 수도 있겠지만, 더 나아가 부양권리자는 실제로 자신이 어느 정도 범위에서 부양을 받게 될 것인지를 구체적으로 알 수가 없다는 점에서 제979조가 예방하고자 하는 상황 즉 궁핍한 상태에서 경솔한 판단으로 자신의 생존의 기초를 상실하게 하는 처분을 하는 상황이 그대로 존재한다고 볼 수 있다.⁴⁹⁾ 그러므로 제979조의 취지에 비추어 볼 때 그러한 추상적 부양청구권을 양도한다든가 포기하는 것은 허

용되지 않는다고 생각된다.

더 나아가 협의 또는 심판에 의하여 구체적으로 부양청구권의 내용이 확정되었다고 하더라도, 부양권리자는 확정된 기본채권으로서의 부양청구권이 아직 이행기가 도래하지 않은 지분적 부양청구권을 양도하거나 포기할 수 없다. 바로 이러한 처분을 금지하고자 하는 것이 제979조의 취지라는 것은 명백하다.

다만 문제는 외국의 학설에서 논의되는 바와 같이, 부양권리자가 기본적 부양청구권이 아직 이행기가 도래하지 않은 지분적 부양청구권을 양도하면서 현실급부로 그에 상당하는 대가를 수령한 경우까지만 이를 무효로 보아야 할 것인지 여부이다. 논란의 여지는 있을 수 있으나, 부양권리자가 양도하는 채권에 상응하거나 이를 상회하는 대가를 현실적으로 수령한 경우에는 이를 부정할 이유는 없다고 생각된다. 부양권리자가 충분한 대가를 현실적으로 수령하였다면, 그는 단순히 부양청구권을 가지고 있는 것보다 유리한 상황에 놓이기 때문이다. 즉 그는 부양의무자의 자력에 의존하면서 경우에 따라서는 적극적 행사가 필요한 채권적 부양청구권 대신, 금전 기타 현물을 보유하게 되어 법적으로 그리고 경제적으로 보다 유리한 위치에 있게 되는 것이다.⁵⁰⁾ 이로써 제979조가 예방하고자 하는 상황은 해소된다. 다만 문제는 장래의 부양청구권에 대하여 받은 대가를 부양권리자가 낭비함으로써 다시 부양의 필요가 발생하게 되는 사안인데, 이는 엄밀히 말하자면 부양권리자에 대한 후견 내지 성년부조의 문제이고 제979조의 처분금지로 해결할 문제는 아니라고 생각된다.

(cc) 반면 이행기가 도래한 지분적 부양청구권에 대해서는 유효하게 포기하고 양도할 수 있다고 생각된다. 궁핍한 상황에서 경솔한 처분으로 생존의 기초를 소멸시키는 행위를 저지한다는 제979조의 취지는 이러한 경우에는 더 이상 의미를 가지지 않는다고 보인다. 부양권리자는 현재의 필요를 충족할 수 있게 하는 현재 관철가능한 부양청구권을 가지고 있다. 그러므로 그가 이를 처분한다면 이는 궁핍한 상황에서 경솔하게 처분하는 것이

47) 郭潤直, 「債權總論」, 제6판, 2003, 214면 참조.

48) BGHZ 4, 153 (I. 1.) 참조.

49) 「新版 注釋民法」(주 4), 558면(明山和夫) 참조.

50) BGHZ 4, 153 (II. 1.). 연방대법원은 더 나아가 부양권리자가 현실적으로 충분한 대가를 받고 부양청구권을 양도하는 사안이, 양수인에 해당하는 자가 제3자의 변제로서 부양의무를 이행하고 부양의무자에게 사무관리 또는 부당이득에 기하여 구상을 하는 사안과 그 실질에 있어서 다르지 않다는 점을 지적한다(II. 3.).

아니라, 자신의 부양을 위해 현실적으로 사용할 수 있는 권리를 다른 고려에 기하여 처분하는 것이다. 부양권리자의 이러한 처분의 자유는 보장되어야 한다고 생각된다. 예컨대 부양권리자는 (적어도 주관적으로) 보다 높은 가치의 다른 급부를 취득하기 위해서 양도할 수도 있고, 아니면 증여목적으로 양도할 수도 있을 것이다. 여기서 그는 자신의 부양의 필요를 충족할 수 있음에도 불구하고, 의식적으로 자신이 보다 적절하다고 생각하는 목적을 위해서 이를 처분하는 것이고, 따라서 제979조가 예방하고자 하는 상황에 있다고는 말할 수 없다. 부양권리자는 실제로 이행기가 도래한 부양청구권을 행사하여 받은 금전 기타 급부를 가지고, 자신이 원하는 다른 급부를 취득할 수도 있고 이를 타인에게 증여할 수도 있을 것이다. 이러한 취득이나 증여가 부양권리자의 자유에 속하는 것으로 인정되어야 한다면, 이행기가 도래한 부양청구권을 양도하거나 입질하는 처분 역시 부양권리자의 자유에 속한 것으로 인정되어야 할 것이다. 이는 이행기가 도래한 부양청구권을 포기하는 경우에도 다르지 않다.

(b) 채권자대위권

(aa) 채권자는 자신의 채권의 보전을 위하여 채무자인 부양권리자의 부양청구권을 대위행사할 수 있는가? 우리 통설은 채권자대위권이 친족권 내지 친족적 재산권으로서 행사상 일신전속권이라는 이유로 이를 부정한다. 결론을 미리 말한다면, 이러한 통설은 타당하며 지지되어야 할 것이다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 통설의 논거는 순환논법이며 동의하기 어렵다. 그러므로 이러한 결론을 정당화하기 위해서는 법률에 내재하고 있는 가치평가로부터 출발할 필요가 있다.

(bb) 여기서 단서가 되는 규정이 바로 민사집행법 제246조 제1호이다. 이에 의하면 부양청구권은 압류금지채권으로, 부양권리자의 채권자는 자신의 채권의 만족을 위하여 부양청구권을 압류할 수 없다. 이는 장래의 부양청구권이든 아니면 이행기가 도래한 부양청구권이든 불문하며, 이 점에서 양도 기타 처분과는 구별된다. 왜냐하면 압류에 의한 채권상실은 부양권리자의 의사에 의하지 아니한 권리상실이므로, 이행기가 도래한 부양청구권에 대해서 부양권리자의 재산처분의 자유를 존중한다는 해석은 여기서 원용할 수 없기 때문이다. 오히려 민사집행법 제246조 제1호의 목적은 부양권리자

가 의사에 반하여 생존 수단을 박탈당하는 것을 예방하고자 하는 것이고, 따라서 이행기 도래 여부와 무관하게 부양청구권은 압류할 수 없다. 채권자로서는 부양권리자가 현실적으로 부양청구권을 이행 받은 이후에 그 목적물에 대하여 압류를 할 수밖에 없다.⁵¹⁾

이렇게 부양청구권이 법률의 규정에 의하여 압류금지채권이라면, 이는 채권자대위권의 대상이 될 수 없다고 해석해야 한다. 그 근거는 채권자대위권의 행사가 채무자에 대하여 실질적으로 압류의 효력을 발생시킨다는 점에 있다.⁵²⁾ 즉 보전할 채권의 기한이 도래한 이후 채권자대위권을 행사하는 경우, 채권자는 보전행위 이외의 권리를 행사한 때에는 이 사실을 채무자에게 통지해야 하며(제404조 제1항 제1문, 제405조 제1항), 채무자는 이 통지를 받은 후에는 그 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항할 수 없다(제405조 제2항). 보전할 채권의 기한이 도래하기 전에 보존행위가 아닌 목적으로 채권자대위권을 행사하고자 하는 채권자는 법원의 허가를 받아야 하는데(제404조 제2항, 비송사건절차법 제45조), 이를 허가한 재판은 직권으로 채무자에게 고지되며(동법 제49조 제1항), 이 고지를 받은 채무자는 그 권리의 처분을 할 수 없다(동조 제2항). 즉 채권자대위권의 행사는 채무자에게 처분禁止效를 발생시키며, 따라서 채권이 압류된 것과 유사한 상태를 발생시킨다. 이러한 상황에서 법률이 부양권리자를 위하여 부양청구권의 압류를 금지한다면, 이러한 가치평가는 채권자대위권에 대해서도 마찬가지로 타당하다고 해야 한다. 즉 채권자가 보존행위가 아닌 목적으로 채권자대위권을 행사할 경우, 이는 압류와 유사한 효력을 채무자에게 발생시킨다. 더 나아가 채권자는 목적물이 동산 또는 금전인 경우 그 급부를 자신에게 직접 청구할 수 있고, 이러한 방법으로 금전을 수령한 경우 상계의 방법으로 부양권리자에 대한 반환의무에서 벗어나게 된다.⁵³⁾ 이는 부양권리자가 채권집행과 유사한 방식으로 자신의 의사에 반하여 부양청구권을 상실하게 되는 결과이고, 부양청구권을 압류금지채권으로 한 입법목적은 바로 이러한 결과를 예방하기 위한 것이었다. 그러므로 민사집행법 제246조 제1호의 취지에 비추어 채권자대위권의 행사 역시 허용되어서는 안 된다.

51) 大判 1996.12.24., 96마1302,1303, 공보 1997, 527 등 참조.

52) 平井宜雄, 「債權總論」, 第二版, 1994, 259면 참조.

53) 郭潤直 (주 47), 135, 137면.

이렇게 법률의 가치평가에 비추어 볼 때 부양청구권은 부양권리자의 의사에 의하지 않고서는 부양권리자의 책임재산에서 이탈할 수 없다는 결과가 확인된다. 부양청구권의 대위행사는 허용되지 않으며, 그러한 의미에서 부양청구권은 행사상의 일신전속권이라고 말할 수 있을 것이다(제404조 단서 참조).

(c) 상 계

부양청구권을 둘러싼 상계가가능성 역시 제979조, 민사집행법 제246조 제1호에 내재한 가치평가로부터 해결된다.

(aa) 부양청구권은 압류금지채권이므로, 이를 수동채권으로 하여 상계할 수 없다(제407조). 부양의무자가 부양청구권을 수동채권으로 상계한다는 것은 부양권리자가 자신의 의사에 반하여 부양청구권을 상실 당한다는 결과를 의미한다. 그러므로 부양청구권이 압류금지채권인 취지에 비추어, 이를 수동채권으로 하여 상계할 수 없는 것은 당연하다. 부양권리자는 부양청구권을 매개로 하여 현실적으로 생존에 필요한 급부를 받아야 하는 것이다.

(bb) 반면 부양청구권이 이행기가 도래하여 상계적상이 충족되는 경우, 부양권리자는 이를 자동채권으로 상계할 수 있다고 해석해야 한다. 부양청구권을 자동채권으로 하는 상계는 부양권리자의 의사에 기한 임의적 처분이므로, 여기에서 의미를 가지는 규범은 바로 제979조이다. 그런데 앞서 살펴본 바와 같이, 제979조의 입법취지에 비추어 볼 때 부양청구권이 이행기가 도래하여 현실적으로 행사할 수 있게 된 경우에는 그 처분을 부양권리자의 자유에 맡기는 것이 타당하다. 부양권리자가 부양청구권을 행사하여 만족을 받은 다음 이를 바로 부양의무자에 대한 채무의 변제로 급부하는 것이 허용된다면, 바로 그 부양청구권을 자동채권으로 하여 상계하는 것도 허용되어야 하는 것이다.

(d) 상 속

그러나 부양청구권의 상속과 관련해서는 이를 간단하게 답하기는 어렵다. 제979조, 민사집행법 제246조 제1호의 가치평가가 이 사안에는 미치지 않기 때문이다.

(aa) 우선 부양권리자가 사망하면, 그 시점에 기본적 부양청구권은 소

멸한다. 부양청구권은 부양권리자의 부양의 필요를 기준으로 하여 발생하는 권리이므로(제975조), 부양권리자가 사망하면 그 권리는 존립의 근거를 상실하여 소멸한다. 부양권리자의 상속인이 부양을 청구할 수 있는지의 문제는 상속인과 부양의무자 사이에 민법이 정하는 부양의 요건이 충족되는지 여부에 따라 결정되는 것이며(제974조, 제975조), 기본적 부양청구권이 상속되는 것은 아니다.⁵⁴⁾ 그러므로 아직 이행기가 도래하지 아니한 장래의 부양청구권은 부양권리자의 사망으로 소멸하고, 상속재산을 구성하지 아니한다. 이러한 의미에서 이는 귀속상의 일신전속권이다(제1005조 단서).

(bb) 그러나 부양권리자가 사망하기 이전에 이행기가 도래한 부양청구권이 상속재산을 구성하는지의 문제에 관해서는 견해가 대립할 여지가 있다. 명문의 규정이 없는 프랑스와 일본의 학설에서도 그러하다는 점은 앞서 살펴본 바 있다. 우선 이를 부정하는 입장에서는 다음과 같이 생각해 볼 수 있다. 즉 비록 이행기가 도래한 부양청구권이더라도 그것은 부양권리자의 부양의 목적을 위한 권리이므로, 부양권리자가 사망하여 부양의 필요가 소멸한 때에는 그 존속을 더 이상 인정할 필요가 없고, 만일 이를 존속한다고 하여 상속을 인정하면 그 이익은 부양의 필요와는 무관한 상속인의 이익으로 돌아갈 뿐이라는 것이다. 이러한 논거에 경청할 만한 점이 있음은 부정할 수 없다. 그러나 다른 한편으로 그러한 경우 부양의무자가 자신이 이행을 지체하였다는 사정으로부터 이익을 얻게 되는데, 이러한 결과는 납득하기 어렵다.⁵⁵⁾ 더 나아가 부양료가 이행기에 지급되지 아니하는 경우 부양권리자는 부양의 필요를 다른 수단으로 충족할 수밖에 없으며, 그 결과 그의 재산에 부양료에 상응하는 결손이 발생할 수밖에 없다. 그렇다면 비록 부양권리자가 사망하였더라도, 이미 이행기가 도래하였던 부양청구권의 경우 상속을 인정하여 그 재산적 가치를 상속재산으로 귀속시키는 것이 부양의 취지에 보다 적절하지 않을까? 이렇게 본다면 부양료는 이행기에 부양권리자의 재산으로 귀속되어야 할 이익이므로, 이행기가 도래한 부양청구권은 상속재산을 구성한다고 해석하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

54) Malaurie et Fulchiron (주 14), n° 1754 참조.

55) Mazeaud et Leveneur (주 12), n° 1215 참조.

III. 양육비청구권의 법적 성질과 대상판결

이상에서 부양청구권의 처분금지에 대한 해석론을 살펴본 바 있다. 그런데 대상판결에서는 부양청구권 중에서도 구체적으로 양육비청구권이 문제되고 있으므로, 앞서 도출한 결론을 적용하기 위해서는 양육비 부담 및 청구에 관하여 적용되는 제837조의 의미를 살펴볼 필요가 있다.

1. 양육비청구권의 법적 성질

(1) 서론에서 설명한 바와 같이(앞의 I. 1. (2) 참조), 부양의 필요가 있는 미성년자인 자는 직계존속인 부모에 대하여 부양청구권을 가지게 되며, 부양의 순위·정도·방법에 관해서는 당사자들의 협정이 없으면 법원의 심판에 의하여 정하게 된다(제976조, 제977조). 그런데 다른 한편 민법은 제837조의 규정을 두어 이혼의 당사자인 부모가 “자의 양육에 관한 사항”에 관하여 우선 협의로 정하고 협의가 성립하지 않으면 가정법원이 정하도록 하는데(동조 제1항, 제2항), 양육비의 부담문제가 자의 양육에 관한 사항에 해당함은 의문의 여지가 없다. 그 결과 이러한 자의 부양청구권이 이혼의 장면에서 문제되는 경우, 이는 통상 제837조의 적용에 의하여 해결되는 것이 현재 실무의 관행이라고 말할 수 있을 것이다. 즉 일반론으로는 부양의무가 이행되지 않는 경우 미성년자인 자가 스스로 당사자가 되어 부양청구권을 행사할 수도 있겠지만,⁵⁶⁾ 이혼의 과정에서 양육권자로 지정된 자가 있다면 그는 상대방에 대해서 협의 또는 심판으로 결정된 양육비를 청구할 수 있으며 이로써 동시에 자의 부양청구권이 행사된다고 말할 수 있다. 그러므로 제837조에 의하여 양육권자는 자의 부양청구권을 실질적으로 대리하는 지위에 있게 된다.

그러나 동시에 주의해야 할 점은 제837조에 의하여 양육권자는 자신의 이름으로 양육에 관한 사항을 협의하고 가정법원에 심판을 청구하며, 그에

따라 결정된 양육비청구권 역시 양육권자가 자신의 이름으로 행사한다는 사실이다. 이러한 과정이 실질적으로 미성년자인 자가 가지는 부양청구권을 대리하여 그 내용을 구체화하고 관철시키는 절차(제976조, 제977조 참조)이기는 하지만, 제837조의 문언(“당사자의 청구”) 및 가사소송법이 이 절차를 별도의 절차로 정하고 있다는 사실(동법 제2조 제1항 마류 제3호) 등에 비추어 볼 때 이 사실에 의문을 제기하기는 어렵다.⁵⁷⁾ 즉 제837조에 따라 양육권자가 양육비에 관한 사항에 관하여 권리를 행사할 경우, 그는 미성년자인 자의 부양청구권을 실질적으로 대리하는 것임에도 불구하고 자신의 이름으로 양육비채권을 행사한다.

요컨대 양육권자는 양육비청구권을 행사하는 과정에서, 실질적으로는 자의 부양청구권을 대리하여 행사하지만, 법정형식에 있어서는 대리의 요건을 충족할 필요 없이 자신이 바로 자신의 이름으로 이를 행사한다는 결과가 된다. 즉 양육권자는 자의 부양청구권을 대리하면서도 이를 자신의 이름으로 행사할 수 있는 지위를 가지는 것이다.⁵⁸⁾

57) 「법원실무제요 가사」(주 2), 767면도 참조.

58) 이러한 결과를 어떻게 법률구성하여 이해할 것인가가 문제된다. 여러 가지 방법을 생각할 수 있겠지만, 기본적으로 자의 부양청구권에 관한 법정대리권은 친권의 유무와 관계없이 양육권자에게 귀속하고, 다만 양육권자에게는 일종의 법정 소송담당(Prozeßstandschaft)이 인정되어(이에 관해서는 우선 호문혁, 「민사소송법」, 제4판, 190면 이하 참조) 자신의 이름으로 자의 부양청구권을 행사할 수 있다고 해석하는 것이 타당하다고 생각된다(그 결과 예컨대 파산관재인과 지위와 유사한 모습을 보이게 된다). 그 이유는 다음과 같이 생각해 볼 수 있다(이하의 설명은 독일 민법 제1629조에 관한 설명으로부터 기본적인 아이디어를 받았다. MünchKommH/Huber(주 27), §1629 Rn.83f. 참조). 현행법상 친권의 소재와 양육권의 소재는 항상 일치하지 않는다. 친권과 양육권이 한 사람에게 귀속한다면(제909조 제4항, 제5항 참조) 그는 친권자로서 자의 법정대리인의 자격으로(제911조) 자의 부양청구를 대리하여 권리를 행사할 수 있으므로 별도의 문제는 발생하지 않는다. 그러나 양육권과 친권이 분리되는 경우(공동친권이 인정되는 경우를 포함한다)에는, 통상 양육권을 가지는 자가 친권을 가지는 자에 대하여 자의 부양청구권을 대리해서 행사해야 하므로, 자의 부양청구권에 관한 법정대리권은 친권과 분리되어 양육권자에게 귀속할 필요가 있다. 그러한 의미에서 양육권자는 양육과 관련된 자의 부양청구권에 대해 대리권이 있다고 해석된다. 그런데 양육비에 관한 분쟁에는 미성년자인 자가 본인으로서 개입되는 것이 자의 복리에 비추어 바람직하지 않을 수 있으므로, 법률은 이러한 분쟁이 오로지 부모인 양육권자와 그 상대방 사이에서 처리하기 위하여 양육권자가 자신의 이름으로 권리를 행사할 수 있도록 하었다고 생각할 수 있다. 그 결과 양육권자는 제837조에 의하여 실질적으로는 자의 부양청구권을 대리하면서도 이를 자신의 이름으로 행사할 수 있게

56) 부양의무자가 의무를 이행하고 있지 않은 한에서, 미성년자는 행위무능력자이더라도 직접 부양청구를 할 수 있다는 것이 관례이다(大判 1972.7.11., 72미5, 집 20-2, 148 참조).

(2) 이렇게 양육비청구권의 성질을 이해하고 나면, 기본적으로 부양청구권에 관하여 앞서 서술한 내용이 기본적으로 양육비청구권에 대해서도 적용될 수 있다고 생각된다.

(a) 우선 양육비청구권은 실질적으로 자의 부양청구권이 대리행사되는 것이므로, 양육권자의 채권자는 당연히 이를 압류할 수 없고, 채권자대위권에 기하여 대위행사할 수 없다.

(b) 더 나아가 양육권자는 장래의 양육비청구권을 미리 포기하거나 양도하거나 입질할 수 없다. 이 점에 관해서 제979조가 적용된다. 즉 양육비의 협의 과정에서 양육권자가 장래의 양육비청구권을 포기하였다고 하였다더라도, 이는 무효이며, 이후에 자의 부양청구권 행사에 아무런 영향이 없다.⁵⁹⁾

되는 것이다.

비교를 위해 외국의 예를 본다면, 독일 민법상 공동친권이 행사되는 경우(혼인 중뿐만 아니라 이혼한 이후에도 원칙적인 형태이다) 자의 부양청구권의 대리권은 양육을 담당하는 부모에게 귀속하도록 하며(동법 제1629조 제2항 제2문), 혼인 중의 부부 사이에 이혼소송 등이 계속 중인 때에는 자를 양육하고 있는 부모가 자의 부양청구권을 자신의 이름으로 행사할 수 있도록 하고 있다(동조 제3항 제1문). 즉 독일 민법은 이혼한 부부에 대해서 양육권자에게 자의 부양청구권의 대리권을 인정하고, 법정 소송담당은 이혼소송 등이 계속 중인 때에만 인정하는 입장을 취하고 있다. 반면 프랑스 민법에 의하면 이혼 후 양육을 담당하는 부모는 원칙적으로 상대방에 대하여 자의 부양 및 교육을 위한 부양적 급부로서 정기금을 자신에게 직접 지급할 것을 청구할 수 있는데(동법 제373-2-2조 제1항 전단 참조), 이에 의하여 양육을 담당하는 부모는 항상 직접 자신의 이름으로 양육비를 청구할 수 있게 된다. 물론 이러한 직접청구권의 법적 성질이 실질적으로 자의 부양청구권을 대리하는 것인지 아니면 과거의 부양에 대한 구상적 성질을 가지는 것인지에 관해서는 학설의 대립이 있다. Marty et Raynaud, *Droit civil. Les Personnes*, 3^e éd., 1976, n° 341 참조.

물론 다른 형태의 법률구성도 불가능한 것은 아니다. 예컨대 대리의 관점을 채택하지 않고, 양육비청구권을 양육권자가 가지는 고유의 채권으로 파악하는 방법도 있을 수 있다. 이러한 채권 역시 부양청구권의 성질을 가진다고 보아야 하며, 양육권자의 양육비청구권과 자의 부양청구권은 동일한 목적을 추구하므로 연대채권관계에 있게 될 것이다. 그렇다면 양육권자는 이행기가 도래한 부분의 양육비채권을 자동채권으로 하여 상계할 수 있게 될 것이고, 그 상계의 효력은 절대적 효력을 가지므로 자의 부양청구권 역시 소멸한다는 결론에 도달하게 될 것이다. 그러나 이러한 법률구성은 양육비채권이 자의 부양청구권의 궁극적 실현에 봉사한다는 관점을 충분히 고려하지 못하므로, 앞서 설명한 대리적 법률구성이 보다 적절한 것이 아닌가 생각된다.

59) 「법원실무제요 가사」(주 2), 763-4면. 더 나아가 「基本法コンメンタル 親族」

더 나아가 포기약정의 당사자인 양육권자가 이후에 자신의 이름으로 청구하는 것도 가능하다고 해석해야 할 것이다.⁶⁰⁾

(c) 반면 이행기가 도래한 양육비청구권에 대해서는 이를 포기할 수 있고 양도할 수 있고 입질할 수 있다고 해석해야 할 것이다. 물론 이에 대해서는 다음과 같은 의문이 제기될 수도 있다. 즉 이행기가 도래한 부양청구권에 대해서는 이를 포기·양도할 수 있다고 하더라도, 양육비채권은 양육권자가 자의 권리를 실질적으로 대리하는 것이고 이를 자의 복리를 위하여 사용해야 하므로 이를 포기하거나 양도하는 행위는 권리의 성질상 내지 제도의 취지상 허용되지 않는다고 해석할 여지가 있는 것이다. 그러나 그럼에도 불구하고 제979조의 해석상 인정되었던 결론은 여기에서도 마찬가지로 인정되어야 할 것이다.

우선 양육비청구권이 기본적으로 자의 부양청구권이 대리되어 행사되는 것이라고 판단하는 이상, 이를 달리 해석할 이유는 없다고 생각된다. 제979조는 궁핍한 상태에서 경솔하게 장래의 부양청구권을 처분하는 것을 금지하는 규범이므로, 일단 이행기가 도래한 상태에서 부양청구권의 법정대리권자인 양육권자가 합리적 판단 하에 이를 양도하거나 포기하는 것은 금지할 이유가 없다. 다만 이러한 포기나 양도가 이해상반성을 가지고 있거나(제921조 제1항) 친권남용에 해당하는 경우에만 관계 법리에 따라 이를 무효로 하면 충분하다.⁶¹⁾

더 나아가 양육비는 실질적으로 자의 복리를 위하여 사용되어야 하므로, 양육권자는 이행기가 도래한 부분에 대해서도 처분할 수 없다고 생각할 수 있겠지만, 이렇게 해석한다고 해서 자의 복리 도모라는 목적이 달성되는

(주 2), 87면(梶村太市)도 참조.

60) Cass. civ. 2^e, 4 mars 1987, Bull. II, n° 60. 다만 극히 예외적인 경우에는 권리남용이 인정될 수도 있을 것이다.

61) 물론 특히 포기의 경우 원칙적으로 친권남용이 있게 된다고 보는 입장도 있을 수 있다. 그러나 양육권자의 재산상태나 포기를 하는 의도 등을 고려할 때 친권남용에 해당하지 않는 경우가 충분히 있을 수 있으며, 그러므로 원칙적으로 친권남용이 된다고 일반화하기는 어렵다고 생각된다. 따라서 이행기가 도래한 양육비청구권은 원칙적으로 양도·포기할 수 있다는 것을 원칙으로 하고, 개별사정에 따라 친권남용이나 이해상반성이 인정될 수 있는 가능성을 열어두는 것으로 충분할 것이다.

것은 아니다. 자의 복리를 위해서 법질서가 취할 수 있는 방법은 양육권자가 그의 의사에 기하지 않고 양육비청구권을 상실하게 되는 사안(압류 등)을 예방하는 것이며, 이를 넘어서 적법하게 행사할 수 있는 양육비청구권의 실질적인 처분에 관해서 개입할 수 있는 방법은 현실적으로 존재하지 않는다. 예컨대 이행기가 도래한 양육비청구권을 포기하거나 양도하고자 하는 양육권자는 그것이 금지될 경우 이를 추심한 다음 낭비하거나 (양도의 원인행위인 계약의) 대가로 지급하여 동일한 목적을 달성할 수 있다. 따라서 이행기가 도래한 부분의 처분을 금지한다고 해서 양육권자의 실질적 처분에는 아무런 영향을 줄 수 없다. 따라서 이는 양육권자의 변경(제837조 제2항) 등에 의하여 해결할 문제이지, 부양청구권의 처분금지에 관한 법리를 변경해서 해결될 수 있는 성질의 문제는 아니다. 그렇다면 더 이상 궁핍한 사정 하의 경솔한 판단의 위험이 없는 양육권자는 이행기가 도래한 부분에 대해서는 이를 청구하여 행사하거나 아니면 다른 방법으로 처분하여 활용할 수 있는 판단의 자유를 인정받도록 하는 해석이 보다 적절한 것이라고 생각된다. 그리고 이러한 결론이 바로 제979조의 해석상 요청되는 바이기도 하다(위 II. 3. (2) (a) (cc) 참조). 예컨대 양육비를 지급할 의무 있는 자가 일시적인 경제적 어려움에 봉착하여 지급이 지체되고 있는 경우, 일정 한도에서 연체부분을 포기하여 의무자의 재화를 부조할 필요성이 있는 사안이나, 양도에 의하여 적절한 방법으로 채권을 환가할 합리성이 있는 사안도 있는 것이다.

(d) 반면 상계에 관해서는 논의가 보다 복잡해진다. 우선 양육비 지급의 무가 있는 자가 양육비채권을 자동채권으로 하여 상계하는 것은 법률에 의하여 금지되는 것은 명백하다(제497조). 의문이 발생하는 사안은 양육비청구권을 행사할 수 있는 양육권자가 이를 자동채권으로 하여 양육비 지급의무자에 대하여 상계를 하는 경우이다. 물론 아직 이행기가 도래하지 않은 장래의 양육비청구권을 자동채권으로 하는 것은 상계적상의 미도래 및 부양청구권의 처분금지 법리(제979조) 등에 의하여 허용되지 않을 것이다. 그러므로 제기되는 문제는 양육권자가 이행기가 도래한 양육비청구권을 자동채권으로 하여 상계를 할 수 있는지 여부이다.

이는 이행기가 도래한 양육비청구권의 성질을 여전히 부양청구권을 실질

적으로 대리하는 것으로 볼 것인지 여부에 따라 결론이 달라질 수 있다. 만일 이행기가 도래한 부분도 여전히 자의 부양청구권이라고 해석한다면, 양육권자는 여전히 타인의 권리를 자신의 이름으로 행사하고 있을 뿐이고 따라서 상계적상은 처음부터 존재하지 않는다는 결과가 된다. 이러한 입장을 취하는 프랑스 문헌의 표현을 빌리면, “상계는 동일한 당사자들 사이에서 서로 대립하여 존재하는 두 채무를 전제로 한다. 그런데 양육권자는 부양정기금 채무자와 자 사이의 매개자에 불과하고, 그 자신이 배우자의 채권자는 아니다. 자만이 부양정기금의 진정한 수혜자이다.”⁶²⁾

반면 이행기가 도래한 부분에 대해서 그 법률적 성질을 달리 파악할 가능성도 존재한다. 양육비채권의 이행기가 도래하였으나 그 이행이 없는 경우, 자의 현실적인 부양의 필요는 양육권자가 단독으로 자신의 재산으로부터 충족시키게 된다. 이러한 관점에서 고찰하면 이행기가 도래한 양육비청구권은 이제 더 이상 부양청구권이 아니라 양육권자가 상대방에 대하여 가지는 구상채권으로서 성질을 가지게 된다고 이해할 수 있게 되며,⁶³⁾ 따라서 이행기가 도래한 이후에는 양육권자는 자신의 고유한 권리로서 양육비 지급의무자에 대한 구상채권을 가지게 된다고 해석할 수 있다. 이러한 입장에 선다면 양육권자는 적어도 이행기가 도래한 부분에 관해서는 이를 자동채권으로 하여 상대방에 대하여 상계할 수 있다는 결론이 가능하다.⁶⁴⁾

이러한 두 해석은 모두 나름의 근거와 설득력을 가지고 있다고 생각되므로, 단순히 법률구성의 차원에서 이를 답할 수는 없다. 오히려 문제되는 사안의 이익상황에 비추어 결론을 도출하는 것이 보다 적절한 것이다. 그러한 관점에서, 이행기가 도래한 양육비청구권에 관해 상계를 인정하는 견해가 보다 타당하지 않을까 생각된다. 전자의 견해가 양육비채권이 그 실질에 있어 자의 부양청구권임을 강조하는 취지 및 그로부터 양육권자의 상계를 배제하려는 의도는 충분히 이해할 수 있다. 그러나 일단 이행기가 도래

62) Marie-Josèphe Gebler, *Juris Classeur Civil*, Art. 286 à 295, Facs. 2, 1989, n° 31.

63) 구체적 내용을 가지는 양육비청구권이 확정되기 이전의 과거 부양에 관한 판결이기는 하지만 大決(全) 1994.5.13., 92스21, 집 42-1, 특586에 의하면 “과거의 양육비에 대하여도 상대방이 분담함이 상당하다고 인정되는 경우에는 그 **비용의 상환**을 청구할 수 있다”(강조는 인용자)고 하며, 이러한 법리는 양육비청구권이 확정된 이후에도 다르지 않다. 有地亨, 「家族法概論」, 新版補訂版, 2005, 258면 참조.

64) Marty et Raynaud (주 58), n° 341.

한 부분에 대하여 상계를 배제한다고 해서 자의 복리가 각별히 도모되는 것은 아니다. 우선 양육권자가 자에 대하여 현실적으로 양육을 수행하고 있는 이상, 자는 자신에게 귀속되어야 할 부양급부를 수령하고 있는 것이고, 그 결과 협의 또는 심판에 의하여 정해진 “양육에 관한 사항”은 준수되고 있는 것이다. 따라서 자의 복리의 문제는 더 이상 제기되지 않는다. 오히려 이러한 경우에는 양육비 없이 양육을 수행하고 있는 양육권자의 상대방에 대한 구상의 문제가 보다 전면에 드러난다고 말할 수 있다.

그리고 상계를 금지한다고 해서 이행기가 도래한 부분에 대한 양육권자의 실질적 처분에 영향을 미칠 수 있는 것도 아니다(위 III. 1. (2) (c) 참조). 상계가 저지되는 양육권자는 이행기가 도래한 부분을 현실적으로 추심하여 이를 다시 상대방에게 변제함으로써 동일한 결과를 발생시킬 수 있다. 이는 실질적으로 이행기가 도래한 부분을 자동채권으로 하는 상계를 인정하는 결과에 다름 아니며(오히려 상계의 담보적 기능이 상실되어 양육권자에게 불리할 뿐이다), 양육권자의 부적절한 양육의 문제는 양육권자의 변경 등에 의해서만 해소될 수 있다(제837조 제2항 참조).

더 나아가 양육권자는 이행기가 도래한 부분을 포기하거나 양도할 수도 있는데(위의 III. 1. (2) (c)), 이와 대비할 때 상계를 부정할 근거는 필연적이지 않다고 생각된다. 상계는 양육권자의 채무를 대등액에서 소멸시키므로, 양육권자의 재산이라는 관점에서 본다면 이는 양육권자가 이행기가 도래한 부분을 적정한 대가를 받고 양도한 것과 그 실질에 있어서 차이가 없다. 그렇다면 구상적 법률구성을 좇아서 이행기가 도래한 부분은 양육권자의 구상채권으로, 제979조의 취지에 비추어 볼 때 이를 자동채권으로 하여 상계하는 것은 허용된다고 추론하는 것이 결코 무리한 해석이라고 볼 수는 없을 것이다. 그러므로 포기, 양도와 같은 다른 처분과 마찬가지로, 양육권자는 이행기가 도래한 양육비청구권은 자동채권으로 하여 상계할 수 있다고 해석하는 것이 적절하다고 생각된다. 그리고 이러한 해석 역시 이행기가 도래한 부분에 대하여 양육권자의 합리적인 처분의 자유를 인정하는 것으로, 제979조의 취지와 합치한다고 보인다. 이를 합리적으로 관리하지 못하는 양육권자에 대해서는 양육권을 박탈하거나 제한함으로써(제837조 제2항) 대처해야 할 것이지 (실질적으로 실효성 없는) 상계금지로 대응할 필요는 없다.⁶⁵⁾

(e) 이러한 결론을 채택한다면, 이를 뒷받침하는 법률구성으로는 양육이 현실적으로 수행된 이상 과거의 양육비청구권은 구상적 성질을 가지는 양육권자의 권리로 파악할 수 있다. 다만 그렇다고 해서 이러한 청구권이 부양청구권으로서의 성질을 상실한다고 해석해서는 안 된다. 그렇지 않다면 양육비 지급의무자로서는 지급을 지연함으로써 압류금지(제246조 제1호)나 상계금지(제497조) 등의 제한을 회피할 수 있게 되기 때문이다. 그러므로 과거의 양육비청구권 역시 구상적 성질을 가지는 양육권자의 권리이기는 하더라도, 그것이 중국적으로 부양의 필요에 충족되어야 하는 이상 여전히 부양청구권의 법리에 따른다고 해석해야 한다.

(f) 이러한 전제를 채택한다면, 자의 사망의 경우 장래의 양육비청구권은 소멸하지만, 이행기가 도래한 부분은 그 구상적 성질을 이유로 여전히 청구할 수 있다고 해석해야 할 것이다.

2. 대법원의 판단에 대한 평가

(1) 이러한 해석을 배경으로 할 때, 대상판결에서 대법원의 결론은 기본적으로 지지될 수 있다고 생각된다.

우선 대법원은 양육비채권과 부양채권을 동일한 평면에서 이해하면서, “이행기에 도달한 후의 양육비채권은 완전한 재산권(손해배상청구권)으로서 친족법상의 신분으로부터 독립하여 처분이 가능하고, 권리자의 의사에 따라 포기, 양도 또는 상계의 자동채권으로 하는 것도 가능하다”고 판시하였는데, 앞서 제시한 구체적인 논증에 비추어 볼 때 결론에 있어 타당하다고 생각된다. 물론 대법원은 부양청구권에 대하여 인정되는 결론을 그대로 양육비청구권에 전용하여 이 문제를 답하고 있어, 양육비청구권의 경우에 나

65) 다만 양육을 완전히 방치하고 있는 양육권자가 하는 상계는 친권의 남용이나 이해상반행위(제921조 제1항)로 평가될 소지가 크다. 우선 그러한 경우에는 과거의 양육비채권에 대하여 구상적 성질을 인정하기 어려울 뿐만 아니라, “자를 대리하여 자의 대금채권을 포기시키고 그 채무자의 친권자에 대한 채권을 면제시킨 행위”를 이해상반행위로 보는 통설(金疇洙·金相瑢(주 3), 379면 참조; 이는 日大判 1921.8.10., 民錄 27, 1476면 이래 일본과 우리나라의 일반적 견해이다)과의 균형을 생각하여도 그러하다.

타날 수 있는 복잡한 문제들(위 III. 1. (2) 참조)이 간과되었다는 인상도 없지 않다. 그러나 앞서의 고찰은 부양청구권에 관해서 인정된 결론이 기본적으로 양육비청구권에 대해서도 타당하다는 점을 보여 주었으므로, 대법원의 판시는 결론에 있어 지지되어야 할 것이다.

(2) 법률구성이라는 점에서 본다면, 대법원은 이행기가 도래한 양육비채권은 손해배상 청구권이고, 따라서 완전한 재산권이라는 견해를 표명하고 있다. 이는, 앞서 살펴본 바와 같이, 일본의 학설이 이행기가 도래한 부양청구권의 처분가능성을 설명하기 위해 사용하는 법률구성이므로, 대법원은 추측건대 이러한 입장을 자신의 판단의 기초로 삼은 것으로 보인다. 이러한 법률구성 자체는 법논리적으로 가능한 것이고, 그 자체로는 문제가 없다. 즉 부양채권의 이행지체가 있으면 부양권리자의 필요는 다른 방식으로 충족되거나 시간의 경과로 소멸하게 되어 이행불능이 발생하고, 그로부터 발생한 손실에 대하여 부양권리자는 채무불이행법에 따라 손해배상을 청구할 수 있게 될 것이다(제390조). 이 점은 명백하다. 다만 이러한 법률구성만으로 모든 설명이 완결되었다고는 볼 수 없다는 것을 여기서 강조해 둘 필요가 있다. 통설적 견해에 따르면 채무불이행을 이유로 하는 전보배상청구권은 기존 채무의 내용이 변경된 것이며 그 결과 원래 채무와 동일성을 가지고 있는 것으로 이해되고 있다.⁶⁶⁾ 이러한 관점에서 선다면 부양의무의 불이행으로 인하여 발생한 손해배상청구권도 원칙적으로 부양청구권에 관한 법리의 적용을 받아야 한다는 주장도 불가능한 것은 아니다. 동시에 반대로 이행기가 도래한 부분이 단순한 재산법상의 손해배상 청구권이라면 이제 압류금지(제246조 제1호)나 상계금지(제497조) 등의 제한도 적용될 여지가 없는 것이 아닌가라는 의문도 필연적으로 제기된다.⁶⁷⁾

66) 예컨대 郭潤直(주 47), 86면 등 참조.

67) 아바 원심판결이 제기한 의문이 이러한 내용의 것일 수도 있다고 생각된다. 원심은 “과거의 양육비는 더 이상 자의 양육에 사용될 것이 아니어서 과거의 양육비채권은 양육권자가 이를 임의로 양도, 처분할 수 있다고 볼 여지도 있”다는 사실을 인식하였으나, 그럼에도 “과거의 양육비채권의 임의 양도나 처분이 가능하다고 본다면 양육비 지급의무를 부담하는 자는 고의로 양육비의 지급을 지연시킨 다음 양육권자에 대한 자신의 채권과 과거의 양육비채권을 상계함으로써 자녀들에 대한 양육의 의무를 회피하게 되는 문제가 생길 것”이라는 이유로 이행기가 도래한 양육비청구권의 처분가능성을 부정하는 결론에 도달하였다. 대법원은 원심이 드는 예는 양육권자가 의사에 반

그러므로 이행기가 도래한 부양청구권은 손해배상청구권이라는 법률구성은 그 자체만으로는, 즉 법률에 내재하는 가치평가적 작업과 병행하지 않고서는, 올바른 결론에 도달할 수 없다. 본고는 그러한 의미에서 대법판결에서 제기되는 문제에 대하여 법률구성으로부터의 연역이 아니라 법률의 “내적 체계”(inneres System)로부터 해답을 구해보자 하였던 시도이다.

IV. 결 론

본문의 내용을 요약하면 다음과 같다.

1. 제979조가 정하는 부양청구권의 처분금지 부양권리자가 궁핍한 상황에서 경솔한 처분으로 자신의 생존기초를 소멸시키는 행위를 금지하는 것이다. 그러므로 제979조는 장래의 부양청구권에 대하여만 적용된다. 반면 이미 이행기가 도래한 부양청구권은 임의로 양도, 입질, 포기할 수 있고, 이를 자동채권으로 하여 상계할 수 있다.

2. 부양청구권은 압류금지채권이며(민사집행법 제246조 제1호), 그 취지는 부양권리자의 의사에 반하여 부양의 기초가 상실되는 것을 예방하고자 하는 것이다. 부양청구권의 이행기 도래 여부는 중요하지 않다. 같은 이유로 부양청구권을 수동채권으로 하여 상계할 수 없고(제497조), 이를 대위행사할

하여 양육비채권을 상실하게 되는 상계(부양채권을 수동채권으로 하는 상계, 제497조)이므로, 대법판결의 사안과 같이 양육권자가 자신의 의사에 기하여 상계를 시도하는 사안과는 다르다고 지적하여 이를 배척하였다. 그러나 원심의 서술은 다음과 같은 내용으로 이해할 수도 있다. 만일 이행기가 도래한 부분이 손해배상 채권이라면 이제 제497조의 적용을 받을 필요가 없는 것이 아닐까? 그렇다면 고의로 이행을 지체하여 양육비 지급의무에서 벗어나는 사안이 발생할 수 있지 않을까? 그러나 이러한 의문은 다시 한 번 개념법학적인 논증에 빠져 있다고 말할 수 있다. 이행기가 도래한 부양청구권을 손해배상청구권으로 본다고 하더라도, 그것이 예컨대 민사집행법 제246조 제1호의 “부양료” 채권에 해당하는지 여부는 평가적인 해석에 의하여 판단해야 할 문제이고, 법률구성의 추상론으로 답할 수 없다. 그리고 민사집행법 제246조 제1항의 해석상 이행기가 도래한 양육비청구권이 이에 해당한다는 것은 그 규범의 취지에 비추어 명백하다(III. 1. (2) (e) 참조).

수도 없다. 이러한 이유로 부양청구권은 행사상 일신전속권으로 볼 수 있다(제404조 제1항 단서).

3. 장래의 부양청구권은 부양권리자의 사망으로 소멸하며, 그러한 한도에서 귀속상 일신전속권이다(제1005조 단서). 그러나 부양권리자의 사망 이전에 이행기가 도래한 부양청구권은 상속재산을 구성한다고 해석하는 것이 타당하다.

4. 양육권자의 양육비청구권은 자의 부양청구권을 자신의 이름으로 행사하는 것이지만, 기본적으로 부양청구권에 대하여 인정되었던 결론은 결과적으로 이에 전용할 수 있다. 특히 이행기가 도래한 양육비청구권은 구상적 성질을 가지는 권리로서, 양육권자가 임의로 처분할 수 있다.

5. 이러한 관점에서 볼 때 대상판결에서 이행기가 도래한 부양청구권의 처분가능성을 인정한 대법원의 판시는 타당한 것으로 지지되어야 한다.

주제

부양청구권, 양육비, 처분금지(민법 제979조), 상계, 일신전속권
 maintenance claim, child custody after divorce, disposition of maintenance claim (§979 of the Korean Civil Code), set-off, personal entitlement

《참고문헌》

[한국문헌]

- 郭潤直, 「債權總論」, 제6판, 2003.
 金容漢, 「親族相續法」, 補訂版, 2003.
 金疇洙·金相榕, 「親族·相續法」, 제8판, 2006.
 民議院, 「民法案審議錄」, 下卷, 1957.
 박동섭, 「친족상속법」, 개정판, 2006.
 朴秉濠, 「家族法」, 1991.
 법원행정처, 법원실무제요 가사, 1994.
 宋德洙, 「民法講義(下)」, 2007.
 鄭光鉉, 「新親族相續法要論」, 修訂增補四版, 1961.

[서양 문헌]

- Bach, Droit civil, tome 1, 13e éd., 1999.
 Bénabent, Droit civil. La famille, 11e éd., 2003.
 Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, tome I, 8e éd., 1934.
 Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, 11.Aufl., 2004.
 Gebler, Marie-Josèphe, Juris Classeur Civil, Art. 286 à 295, Facs. 2, 1989.
 Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 5.Aufl., 2006.
 Hauser et Huet-Weiller, Traité de droit civil. La famille: Fondation et vie de la famille, 2e éd., 1993.
 Kramer, Juristische Methodenlehre, 2.Aufl., 2005.
 Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, 14.Aufl., 1987.
 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.Aufl., 1991.
 Malaurie et Fulchiron, La famille, 2e éd., 2006.
 Marty et Raynaud, Droit civil. Les Personnes, 3e éd., 1976.
 Mazeaud et Leveneur, Leçon de droit civil, tome I/3: La famille, 7e éd., 1995.
 Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.2, 4.Aufl., 2003.
 Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.8, 4.Aufl., 2002.
 Ripert et Boulanger, Traité de droit civil, tome 1, 1956.
 Terré et Fenouillet, Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités, 7e éd., 2005.

[일본문헌]

- 有地亨, 「家族法概論」, 新版補訂版, 2005.
 於保不二雄·中川淳 編, 「新版 注釋民法(25) 親族(5)」, 1994.
 島津一郎·松川正毅 編, 「基本法コンメンタール 親族」, 第四版, 2001.
 中川善之助, 「親族法」, 1959.

- 中川善之助 編, 「註釋 親族法(下)」, 1952.
中川高男, 「親族·相續法講義」, 新版, 1995.
平井宜雄, 「債權總論」, 第二版, 1994.
「民法修正案理由書 親族編」(서울대학교 도서관 소장본).
藥師寺志光, 「日本親族法論」, 下卷, 1942.
我妻榮, 「親族法」, 1961.

The maintenance claim for child custody as basis of the set-off

Hyoung Seok Kim*

In this note to a decision of the Korean Supreme Court the author treats the set-off problem concerning maintenance claim, especially that of the divorced spouse for child custody. In the case arose the question whether the divorced spouse can set off her or his maintenance claim for child custody against the other's claim to property distribution and damages. In the second instance it was denied on the ground that the maintenance claim for child custody could not be disposed of in view of its purpose and nature (cf. §979 of the Korean Civil Code). On the other hand, the Korean Supreme Court supported the opinion that the maintenance claim which had fallen due should be, as a kind of damages claim, subject to creditor's disposition.

On the occasion of this ruling the author examines to what extent the maintenance claim deserves special treatments in law. From the comparative perspective he observes the conceptual-deductive method (*Begriffsjurisprudenz*) of the dominant opinion, and suggests the interpretation respecting the value judgements contained in the Civil Code and other statutes. In the final analysis, he agrees with the Korean Supreme Court, but supports its opinion with different arguments.

성년후견제도의 도입논의와 영국의 정신능력법의 시사점

Discussion on the Reform of Korean Adult Guardianship System and Implication of The Mental Capacity Act 2005

제철웅* · 박주영**

(Je Cheol-Ung · Park Ju-Young)

<차

I. 서 설	IV. 정신능력법상의 성년후견의
II. 영국 성년후견제도의 역사적 전개	유형과 내용
III. 정신능력법상의 성년후견제도의 특징	V. 맺음말: 우리 법에의 시사

I. 서 설

(1) 법률행위든 비법률행위의 영역이든 시민생활에서 私人是 주변으로부터 정보를 수집하여 이를 분석한 후 의사결정을 하고, 이를 대외적으로 표현함으로써 주변과 소통한다. 법률행위의 영역이든 비법률행위의 영역이든 私人的 활동에서의 핵심은 의사결정 및 그 표시를 통한 주변과의 소통에 있다. 그러므로 의사결정능력이 결여되었거나 부족한 성년, 혹은 인공적인 보조장치를 이용하더라도 의사소통을 할 수 없는 성년(이하 이들을 포괄하여 지칭할 때에는 ‘요보호성년’이라 한다)에 대해서는 특별한 보호가 필요하다. 그래

야만 이들도 사회 구성원으로 통합적 삶을 영위할 수 있기 때문이다.

현행 민법은 법률행위의 영역, 그것도 재산적 법률행위의 영역에 한정하여 ‘요보호성년’을 법률행위무능력자로 범주를 확장한 후 이들을 보호하는 주의를 채택하고 있다. 그러나 이러한 행위무능력제도는 비재산적 법률행위의 영역과 비법률행위의 영역에서 ‘요보호성년’을 보호하기에는 한계가 있다. 그리하여 행위무능력제도를 갈음해서 일상생활 전 영역에 걸쳐 ‘요보호성년’의 보호를 위한 제도의 도입이 추진되는데, 이것이 곧 성년후견제도¹⁾이다.

의학기술의 발달과 영양상태의 개선으로 인류의 수명이 늘어나 사회의 고령인구는 점증하고 있다. 통계청이 내놓은 2007년 고령자통계에 따르면 2007년(7월 1일 기준) 현재 65세 이상 노인은 481만 명으로 총인구의 9.9%를 차지하고 있다고 한다. 2000년 7.2%로 이미 ‘고령화 사회’에 진입하였으며, 2018년에는 14.3%로 ‘고령사회’, 2026년에는 20.8%로 ‘초(超)고령사회’에 도달할 것으로 전망하고 있다.²⁾ 노령화는 일반적으로 의사결정능력의 저하를 가져오고, 노인병으로서의 치매 현상 역시 벌써 심각한 사회 문제가 되고 있다.³⁾ 노령인구만이 아니라, 오늘날은 환경오염과 질병, 각종 재해로 인해 학습장애, 발달장애, 정신질환을 비롯하여 의사결정능력에 심각한 손상이 있는 젊은 층의 인구도 증가하고 있다.⁴⁾

이처럼 많은 수의 성년들이 의사결정능력에 문제가 있지만 행위무능력자 제도인 한정치산자·금치산자제도를 이용하는 수는 극소수이다. ‘사법연감’을 통해 본 한정치산·금치산자 신청사건의 접수건수는 2000년에 258건, 2001년에 323건, 2002년에 421건, 2003년에 433건, 2004년에 473건에 불과하다.⁵⁾ 최소한으로 추산하더라도 의사결정능력에 문제가 있는 청년 및

1) 이 글에서는 의사결정능력이 결여되었거나, 또는 부족한 성년을 일상생활 전 영역에 걸쳐 보호하고자 하는 제도를 광의의 성년후견제도로라고 정의하고 논의를 진행할 것이다.

2) 통계청, “2007 고령자통계, 2007. 10자.

3) 한국치매협회의 자료에 따르면 2010년에는 530만 명의 노인인구 중 약 47만 명이 치매환자일 것으로 추정하고 있다.

4) 보건복지부의 통계에 따르면 2007년(3월말 기준) 현재 등록 장애인 약 200만 명 중, 정신지체자는 약 13만 명, 뇌병변장애자는 약 20만 명, 그리고 정신장애자는 약 7만 명 정도에 달한다고 한다. 보건복지부(<http://www.mohw.go.kr/>) 통계자료 ‘전국장애인 등급별 유형별 등록현황(2007. 3월말 현재)’ 참조.

5) 법원행정처, 『사법연감』(2001-2005) 참조.

* 한양대학교 법과대학 교수.

** 고려대학교 법과대학 박사과정 수료.

노인을 포함한 성년은 60여만 명은 될 것인데, 누적적으로 보면 불과 1~2 천 명을 넘지 않는 이들만이 행위무능력제도를 이용하고 있다는 것이다. 이것만 보더라도 행위무능력제도는 이미 제 기능을 하지 못한다고 해도 과언은 아니다. 이것만 보더라도 성년후견제도의 도입은 절실하다.

(2) 2006년 12월 이은영 의원이 민법의 한정치산자·금치산자제도를 성년후견제도로 변경하는 개정안인 ‘민법 일부개정법률안’을 발의하고, ‘성년후견제도연구회’가 2007년 5월 외국의 성년후견제도를 연구한 성과물을 토대로 이은영 의원이 제안한 것과 동일한 내용의 ‘민법 일부개정법률안’을 제안한 것은 매우 시의적절하다. 그런데 ‘민법 일부개정법률안’은 요보호성년의 정신상의 장애상태를 3단계로 구분한 후, “정신상의 장애로 사리를 분별할 능력을 잃은 상태”의 성년에는 후견, “정신상의 장애로 사리를 분별할 능력이 현저히 부족한 상태”의 성년에는 한정후견, “정신상의 장애로 사리를 분별할 능력이 부족한 상태”의 성년에는 후원의 개시심판을 해서, 후견인, 한정후견인, 후원인(이하에서 이들을 구분 없이 포괄적으로 표현할 때에는 ‘성년후견인 등’이라 한다)을 선임하여 그들을 보호하고자 한다.⁶⁾

정신상의 장애상태를 과연 이렇게 구분할 수 있는지 의문이지만, 위 개정안에 따르면 ‘성년후견인 등’의 권한은 각기 다르다. 즉 한정후견인은 한정피후견인이 하는 중요한 법률행위(원금의 수령 및 이용, 차제 또는 보증, 부동산 또는 중요재산에 관한 권리의 득실변경을 목적으로 하는 행위 등등으로 개정안 제13조 제1항 각 호에 열거)에 관하여 동의권을 가지고, 후원인은 가정법원의 심판으로 피후원인이 하는 중요한 법률행위 중 일부(개정안 제13조 제1항 각 호의 일부)에 관하여 동의권을 가질 수 있고(개정안 제15조의3), 후견인은 피후견인의 재산활동에서 대리권과 취소권을 가지도록 구성되어 있다(개정안 제10조, 제935조).⁷⁾ 이처럼 정신장애의 상태의 따라 ‘성년후견인 등’의 권한이 각기 다르지만, 이 경계는 흐릿해진다. 즉 후원인도 법원의 심판으로 대리권을 가질 수 있고(개정안 제971조), 한정후견인도 대리권을

가질 수 있기 때문이다(개정안 제964조). 또한 정신적 장애 상태의 구분, ‘성년후견인 등’의 권한의 경계 구분이 모두 명확하지 않음에도 불구하고, 요보호성년의 정신적 장애 상태가 후원에서 한정후견 상태로, 한정후견에서 후견 상태로 악화되거나, 후견상태에서 한정후견으로, 한정후견에서 후원상태로 호전되면, 그 때마다 기존의 성년후견제도의 심판을 취소하고 새로운 성년후견제도의 개시를 심판하도록 하고 있다(개정안 제15조의5). 즉 절차의 면에서도 위 개정안은 매우 복잡하다.

그러나 보다 근본적인 문제는 위 개정안은 요보호성년 또는 그를 보호하는 가족들의 욕구를 충족시켜 줄 수 없다는 점이다.

첫째, 가령 법정성년후견제도의 이용 없이 치매부모를 모시는 가족들을 보자. 치매부모를 요양시설에 입원시킬지, 주거지를 변경해야 할지, 어떠한 치료를 받게 할지 등에 관하여 가족 간에 심한 의견대립이 있을 때, 법원의 도움을 얻어 이 문제만 해결하고, 별도로 후견인이나 한정후견인을 선임하고 싶어하지 않는 가족도 있을 것이다. 개정안은 이런 가족의 욕구를 해소시켜 주지 못한다. 즉 공적 개입의 보충성 또는 최소개입의 원칙이 존중되지 않는다는 것이다.

둘째, 요보호성년이 의사결정능력이 있었을 시점에서 가족 중 능력이 약간 모자란 셋째딸과 좋은 관계를 유지해 오면서 “내가 나이 들어 앞뒤 분간이 되지 않으면 네가 나를 돌봐주어라”라는 말을 하곤 하였다고 하자. 법정성년후견제도를 개시할 경우, 특별한 사정이 없는 한 본인이 지정한 셋째딸을 ‘성년후견인 등’으로 지정하는 것이 필요할 것이다. 그러나 개정안 제933조 제4항은 “성년후견인을 선임할 때에는 성년피후견인의 심신의 상태 및 생활, 재산의 상황, 성년후견인이 될 자의 직업 및 경험, 성년피후견인과의 이해관계의 유무(법인이 성년후견인이 될 때에는 사업의 종류 및 내용, 법인이 그 대표자와 성년피후견인 사이의 이해관계의 유무), 성년피후견인의 의견 등 제반 사정을 고려하여야 한다”고 규정한다.⁸⁾ 법관이 보기에 위의 요보호성년자가 현명하지 못한 지정을 했다고 하더라도, 법관의 결정이 요보호성년자의 현명하지 못한 판단을 대신하는 것이 정당화되는가? 의사

6) 성년후견제도연구회, 『성년 후견제도 연구』(사법연구지원재단, 2007), 264면 이하 참조.

7) 후견의 경우 피후견인은 일상생활의 영위에 필요한 행위를 스스로 할 수 있고, 후견인이 이를 취소할 수 없다(개정안 제10조). 한정후견의 경우 한정피후견인은 한정후견인의 동의 없이 일상생활의 영위에 필요한 법률행위를 할 수 있다(제13조 제2항 단서).

8) 후견감독인의 선임에서도 이 규정을 준용하며(개정안 제940조의4), 한정후견인(개정안 제961조 제2항), 한정후견감독인(개정안 제963조 제2항), 후원인(개정안 제968조 제2항), 후원감독인(개정안 970조 제2항)의 선임에서도 각각 이를 준용하고 있다.

결정능력 있는 상태의 특정인의 삶은 현명하지 않을 수 있지만 그 삶 자체가 존엄하고 고귀한 것인데, 요보호자의 신분이 되자마자 현명하지 않았던 지난날의 意思를 현명한 법관의 의사로 대체한다면, 이제부터 살아가는 삶은 더 이상 자신의 삶이 아닌 타인의 삶이 아닌가? 개정안은 요보호성년의 자율성, 자기결정을 충분히 존중하지 않는다.

셋째, 개정안은 제947조 제1항,⁹⁾ 제965조 제1항¹⁰⁾에서 후견인 및 한정후견인의 신상배려의무를 규정하고 있지만, 이것으로는 ‘요보호성년자’를 위한 신상보호가 가능하지 않다. 일상적인 활동에서 요보호성년자의 의사결정을 어떻게 지원, 조력할 것인지, 어떠한 경우에 어떻게 그 의사결정을 대신할 것인지, 일선에 밀접한 관련이 있는 의료계약, 요양시설 계약, 재화와 관련한 활동 등에서의 의사결정을 어떻게 지원, 조력, 대신할 수 있는가가 그에게 더 중요할 수 있다. 나아가 요보호성년자의 일상적인 의사결정에서 ‘성년후견인’은 어떠한 원칙 하에 활동해야 할지에 관한 지침도 있어야만 할 것이다. 그러나 위 개정안은 이에 대해 침묵하고 있다.

선부른 느낌도 있지만, 위 개정안은 행위무능력제도가 아닌 ‘성년후견제도’로의 전환을 목표로 삼지만, 용어만 ‘성년후견제도’로 전환한 것이지 그 실질에 있어서는 여전히 ‘행위무능력제도’의 틀 속에 머무르는 것처럼 보인다.

(3) 한편 ‘성년후견제도연구회’는 임의후견제도의 도입을 내용으로 하는 ‘임의후견계약에 관한 법률안’을 제안하고 있다.¹¹⁾ 즉 정신상 장애로 사리를 분별할 능력이 부족한 상황에서 자기의 생활, 요양상의 간호 및 재산관리에 관한 사무의 전부 또는 일부를 위탁하고, 그 위탁에 관계된 사무에 관하여 대리권을 부여하는 위임계약으로 임의후견계약을 체결할 수 있도록 하고 있다(동 법률안 제2조). 즉 재산관리를 위한 임의후견인, 신상보호를 위한 임의후견인 제도를 모두 인정한다.

그런데 이것도 요보호성년의 욕구를 충족시켜 주기에는 불충분함이 적지 않다.

첫째, 정신적·신체적 장애를 겪거나 의료 사고로 의사결정능력에 손상이 있는 아동의 부모들은 그 아동이 성년이 되었지만, 노령으로 더 이상 이들을 돌볼 수 없게 되는 시점을 염려한다. 이들은 성년이 된 그 아동을 돌볼 수 있는 책임자를 임의후견인으로 자신이 지정할 수 있기를 바라며, 또한 자신의 死後 또는 의사결정능력상실 후에도 법원이 그 임의후견인을 제대로 감독해 주기를 바랄 것이다. 그러나 위 법률안은 이러한 욕구를 충족시키는 규정을 담고 있지 않다.

둘째, 자신의 정신능력에 대해 우려하여 임의후견계약을 체결하지만, 장래의 정신능력 결여정도를 가볍게 판단하여 임의후견인의 권한을 제한적으로 설정할 수 있을 것이다. 그러나 본인의 정신능력이 예상보다 악화되어 후견계약상의 권한의 범위만으로는 본인의 보호에 충분하지 않을 수 있다. 이 경우 본인 보호에 필요한 특정의 결정을 법원이 대신하도록 하거나, 법원이 임의후견인의 권한을 확대시키거나, 임의후견인과 법정후견인을 양립시키는 것이 가장 바람직할 것이다. 그러나 위 법률안은 임의후견개시 후 법정성년후견제도가 개시되면 임의후견은 종료되는 것으로 정하고 있다(법률안 10조).

(4) 자신의 판단과 결정에 따라 삶을 영위하는 자율성이 있기에 인간은 존엄하며, 그 결정이 공익을 해하지 않는 한, 설령 그것이 다수의 눈에는 불합리하고 어리석어 보이더라도 이를 존중해야 할 것이다. 이러한 존중이 있을 때 사회의 다양성이 보장되며, 그 진보도 가능할 것이다. 성년후견제도는 인간존엄의 중핵인 의사결정능력에 손상이 생겼을 때 존엄한 개인을 국가·사회가 어떻게 보호할 것인가에 관한 계획서이며, 인간존엄의 가치에 대한 그 사회의 인식정도를 가늠하는 척도라고 해도 과언이 아니다. 그런데 위 (2), (3)에서 언급한 민법개정안 및 법률안은 가장 근자에 제안된 법정성년후견제도, 임의성년후견제도임에도 불구하고, 여기에는 본인 의사의 존중, 공적 개입의 보충성, 요보호성년의 잔존능력을 존중하여 덜 제약적인 조치를 우선하도록 하는 것, 타인으로 하여금 본인의 의사결정을 대신할 경우에도 의사결정능력이 있었다라면 본인이 하였을 의사결정에 가장 근접하게 하는 것(본인을 대체하는 의사결정=본인의 최선의 이익) 등에 대한 관념이 투철하지 않다. 인간존엄이 최고의 민법적 가치라는 점에 비추어 보면 이러한 개정안 또는 법률안은 성년후견제도의 대안이 될 수 없다.

9) 성년후견인은 성년피후견인의 생활, 요양간호 및 재산의 관리에 관한 사무를 처리할 때 성년피후견인의 의사를 존중하고 그 심신상태 및 생활상황을 충분히 배려하여야 한다.

10) 한정후견인은 한정후견의 사무를 할 때는 한정피후견인의 의사를 존중하고 그 심신상태 및 생활상황을 충분히 배려하여야 한다.

11) 성년후견제도연구회, 앞의 책(註 6), 334면 이하 참조.

이 글은 영국의 성년후견제도를 소개하면서 향후 우리나라에 도입될 성년후견제도를 둘러싼 논의에서 관심영역을 확장시키고자 하는 것에 그 목적이 있다. 성년후견제도를 이미 도입하고 있던 선진 각국에서는 최근 성년후견제도를 새롭게 정비하는 노력을 기울이고 있다. 가령 프랑스는 2007년 3월 5일 성년후견제도에 관한 민법규정을 대폭적으로 개정하여 2009년 1월 1일부터 시행하기로 하였고,¹²⁾ 미국도 2006년 7월 14일 통일주법위원회에서 임의후견인제도의 이용을 확대시키기 위해 그 권한과 책임에 관한 규정을 상세하게 한 ‘통일대리인법(Uniform Statutory Form Power of Attorney Act)’을 제정하여 기존의 통일검인법(Uniform Probate Code) 제5조 제7부를 갈음하기로 하였다.¹³⁾

특히 이 글에서 다룰 영국의 경우 2005년에 ‘정신능력법(The Mental Capacity Act)’을 제정하여, 2007년부터 시행 중이다.¹⁴⁾ 이 법이 특히 우리의 관심을 끄는 이유는 의사결정능력 없는 성인의 보호에 필요한 여러 제도를 단행법으로써 규율하므로, 제도를 전체적으로 개관하기가 용이하다는 점뿐만이 아니라, 우리나라와는 다른 법계에 속한 나라의 입법내용을 개관하면 동일한 규율대상에 대한 규율목적의 보편성을 간취할 수도 있기 때문이다. 아래에서는 먼저 영국의 성년후견제도의 역사적 전개를 개관하고(II), 현행 정신능력법의 핵심적 내용을 소개한 후(III, IV), 우리나라에서의 논의에 주는 시사점을 제시하고자 한다.

II. 영국 성년후견제도의 역사적 전개

1. 1983년의 정신보건법(The Mental Health Act)상의 성년후견제도

(1) 정신보건법 제7부에 의한 재산관리

영국에서는 전통적으로 법률이 없더라도 필요한 곳에 국가가 개입하여 보호를 제공한다는 왕실의 國父 관할(parens patriae jurisdiction) 사상에 입각하여 의사결정무능력자를 보호하여 왔다고 한다. 이 권한은 근대에 와서 대법관부의 판사(Chancery judge)에게 위임되었고, 그 후 1959년 시행된 정신보건법에 의해 의사결정무능력자에 대한 보호가 이루어졌다고 한다. 1959년의 정신보건법에 의한 의사결정무능력자를 위한 재산보호조치는 1983년의 정신보건법 제7부에 인수되었다.¹⁵⁾ 제7부는 정신이상으로 자신의 재산과 사무를 관리, 경영할 능력이 없는 자를 환자로 규정한 후 이를 보호하기 위한 제도를 두고 있다.

정신보건법은 최고법원(supreme court)¹⁶⁾의 한 부서로 보호법원을 설치하여 장애 상태의 요보호자의 재산과 사무의 보호와 관리를 담당하게 하며, Lord chief justice는 최고법원 판사 중에서 정신보건법 제7부의 목적을 수행하기 위한 보호법원 판사를 임명하도록 한다(동법 제93조). 보호법원 판사는 의학적 증거를 고려하여 정신이상으로 자신의 재산과 사무를 관리·경영할 능력이 없다고 판단한 경우, 그 환자를 위해 정신보건법상의 권한, 즉 환자의 재산 전반에 대한 관리·처분권한을 행사할 수 있다(동법 제94조). 특히 보호법원 판사는 환자 및 그 가족구성원의 부양, 환자가 정신이상이 아니었다면 그 밖의 자를 위해 제공하였을 부양과 이익을 제공하고, 환자의 재산과 사무에 관한 권한을 행사한다(동법 제95조 제1항). 동법 제96조에

12) 개정 민법 규정은 www.legifrance.gouv.fr에서 확인할 수 있다.

13) 그 내용은 <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/fnact99/1980s/usfpaa88.htm-2007>에서 확인. 2007.11. 5 최종접속.

14) ‘정신능력법(The Mental Capacity Act)’상의 여러 제도들은 각각 시행일이 다르다. 즉 영속적 대리인(Lasting Powers of Attorney=LPA)과 법정대리인(Deputy), 새로운 보호법원(Court of Protection), 새로운 공공후견청(Office of the Public Guardian=OPG)은 2007년 10월, A new Criminal Offence(범죄행위)는 2007년 4월, 독립정신능력수입인(Independent Mental Capacity Advocates=IMCA)는 England에서는 2007년 4월, Wales에서는 2007년 10월부터 시행되고 있다.

15) 이에 대해서는 P. Bartlett, *The Mental Capacity Act 2005*, Oxford University press, 2005, pp.1ff. 참조.

16) 여기서 말하는 최고법원은 2005년 헌법제도개정법(Constitutional reform act)을 통해 우리 대법원과 동일한 지위를 가지고 있는 최고법원(supreme court)이 아니라, 그 이전, High court, court of appeal, crown court를 합쳐 부르는 용어로서의 최고법원을 의미한다. 보호법원은 독립법원이 아니라, 앞의 최고법원의 한 부서로 런던에 소재하였다. Law Commission, *Mental Incapacity*, Law Com. 231, 1995, 10.9. 참조.

서는 환자의 재산유지와 관리, 재산매각, 교환, 재산취득, 승계적 재산처분, 유언 작성, 환자가 체결한 계약의 실행 등 판사가 행사할 수 있는 여러 가지 권한이 열거되어 있다.

보호법원 판사는 ① 자신이 동법 제96조의 조치를 직접 할 수도 있고, 특정인에게 그 권한을 부여하여, 그 수임인으로 하여금 이를 하게 할 수도 있다(동법 제97조). ② 한편 보호법원 판사는 재산관리인(receiver)을 선임하여 법원이 보유하고 있는 권한의 범위 내에서 그로 하여금 이를 행사하도록 명령, 지시, 수권할 수 있다(동법 제99조). 재산관리인의 선임절차에서 보호법원은 보조기관인 조사위원(Visitor)의 도움을 받는다. 즉 특정인을 정신이상이라고 하여 재산관리인의 선임을 신청하거나 특정한 명령을 내려줄 것을 신청하는 경우, 보호법원 판사는 조사위원을 파견하여 환자를 조사하게 하고(동법 제103조), 판사에게 보고하도록 한다(동법 제103조). 이 조사위원은 대법관(Lord chancellor)에 의해 임명되며, 의료전문조사위원, 법률전문조사위원, 일반조사위원으로 구성된다(동법 제102조). 보호법원 판사가 특정의 재산행위에서의 수임인 또는 재산관리인을 선임한 경우 사무처리 후의 계산서를 법원에 제출하도록 하고, 재산관리인에게는 담보제공을 명령하여 그 활동을 감독한다(동법 제107조). 그 밖에 공공후견청(Office of the Public Guardian=OPG)도 재산관리인의 활동에 대해 감독할 수 있다. 보호법원 및 공공후견청 이외에는 별도로 재산관리인의 감독기관을 두지 않는다.

그러나 정신보건법 제7부에 의한 조치는 가족사에 대한 지나친 개입이며, 유연성이 없다는 비판이 있었다고 한다. 보호법원이 재산관리인을 선임하면 요보호성년에게 일부 의사결정능력이 남아 있다고 하더라도 법률상으로는 재산에 대한 권한이 전부 박탈되고, 재산관리인이 모든 권한을 행사하게 되는 단점이 있었기 때문이다.¹⁷⁾

(2) 정신보건법 제8조의 후견제도¹⁸⁾

환자의 신상보호와 관련하여서는 정신보건법 제8조의 후견인이 있지만, 그 권한은 매우 제한적이다. 정신이상으로 본인이나 제3자에게 위해를 가

할 수 있다고 판단되면, 지속적 대리인(Enduring Powers of Attorney=EPA)이 있는지와 무관하게 정신보건법에 따른 강제치료의 대안으로서의 후견제도가 이용된다. 정신보건법 제8조에 의한 후견(guardianship)은 사회복지행정청에 의한 후견명령으로 개시된다. 후견명령은 6개월을 한도로 1회 연장이 가능하고, 후견명령의 신청은 자격 있는 사회복지사 또는 가까운 친족이 한다. 후견 신청은 후견인으로 제안된 지역관청에 하거나, 후견인으로 제안된 개인이 거주하는 지역관청에 한다. 지역관청이 이를 수락하면 후견이 개시된다. 환자¹⁹⁾는 16세 이상이어야 하고, 후견인은 지역 사회복지관청(공후견인: Public Guardian) 또는 이 관청이 승인한 개인(사후견인: Private Guardian)이다. 후견인은 정신보건법상의 권한을 행사한다.

후견인은 거소지정권,²⁰⁾ 환자에게 특정 장소에 출석해서 의학적 치료를 받거나 직업 또는 교육훈련을 받도록 요구할 권한,²¹⁾ 환자가 거주하는 장소에 환자에게 접근할 수 있도록 할 권한²²⁾ 등을 가진다(동법 제8조). 환자가 지속적으로 후견인의 권한행사를 거부하면 후견은 치료에 가장 적합한 방식이 아니라고 결론 내려질 수 있고, 후견명령은 철회될 수 있다. 후견 해소는 책임 있는 의료관청(RMO), 지역 사회복지관청, 가까운 친족에 의해(동법 제23조), 또는 정신건강재심법원의 명령(동법 제72조)으로 이루어진다. 환자는 첫 6개월 중 1회, 나중 6개월 중 1회, 1년의 종료 때 1회 각각 후견해소를 신청할 수 있다. 그러나 정신건강법상의 후견제도는 후견인에게 강제권한이 없어서 실효성이 없다는 비판도 있다.

19) 정신병치료를 받는 환자의 15% 정도가 강제치료를 받는 환자(formal patients)라고 하는데, 후견명령은 이들에 관한 것이다. 정신보건법상의 환자가 아닌 정신질환자를 비공식환자(informal patient)라고 하는데, 이들은 정신질환을 이유로 강제치료 또는 감금할 수 없다. 비공식환자의 권리에 관한 문제는 2004년 10월 5일 유럽인권법원에서 선고된, Bournemouth Hospital 사건으로 잘 알려진, H.L v. the United Kingdom (Application no. 45508/99) (2005) 40 EHRR 32에 의해 부각되었다. 판결전문은 www.echr.coe.int에서 확인할 수 있다. 이 판결의 긍정적 의미는 J. Dalrymple/B. Burke, Anti-oppressive practice, 2. ed., p.248 참조.

20) 이 때 감금할 권한은 없고, 본인의 의사에 반한 이주권한도 없다. 허가 없이 특정 장소에서 이탈한 환자는 법정 시간 내에 복귀하여야 한다.

21) 이 경우에 환자가 출석을 거부하면 출석을 강제할 권한은 없다. 환자의 동의 없이는 의학적 치료를 하게 할 권한은 없다.

22) 합리적 이유 없이 권한 있는 자의 접근을 거부하는 경우 범위반이다.

17) P. Bartlett, 앞의 책(註 15), p.2 참조.

18) 아래의 내용은 Department of Health and Welsh office, Code of practice Mental Health act 1983, Chapter 13의 설명을 참조하여 작성하였다.

2. 1985년의 지속적 대리인법²³⁾

(1) 정신보건법은 법원에 의한 법정후견제도인데, 개별성이 무시되는 문제가 있어서 이런 곤란을 시정하기 위해, 1985년 지속적 대리인법(Enduring Power of Attorney Act)을 제정하였다.²⁴⁾ 이 법은 영국의 대리법의 한계를 법적으로 우회할 수 있게 함으로써 사적 자치에 따른 성년후견이 실시될 수 있게 한 것이다. 즉 그 이전까지는 본인의 의사결정능력이 없으면 대리권도 소멸하였는데, 위 법은 본인의 의사결정능력과 대리권의 효력 간의 연계를 제거한 것이다.²⁵⁾

지속적 대리(EPA)는 ① 본인이 의사결정능력을 상실하기 이전에 그의 재산관리 대리인으로 활동하는 자가 본인의 의사결정능력 상실 후에도 그 대리권행사를 계속할 수 있을 때, ② 본인의 의사결정능력이 없어진 때부터 본인의 재산관리에 관하여 대리할 수 있을 때 두 가지 경우를 지칭한다. 지속적 대리를 설정하기 위해서는 법정의 EPA 서면양식서에 기재하여야 한다. 위 ②의 경우 본인의 의사결정능력이 없어진 후 보호법원에 등록하여야 EPA가 개시되고, 위 ①의 경우 보호법원에 미등록된 상태라도 대리활동을 하지만 본인의 의사결정능력이 상실되면 보호법원에 등록하여야 하고, 등록하지 않으면 EPA로서는 효력이 없다. 즉 본인에 대해 효력이 미치지 않는다는 것이다. 위 ①, ② 중 어떤 EPA를 선택할지를 EPA 서면양식서에 기재하여야 한다. 한편 보호법원에 EPA 등록을 할 때 서면의 의료증명서를 첨부할지 여부도 EPA 서면양식서에 기재하여야 효력이 있다. 본인의 의사결정능력이 상실되지 않았음에도 불구하고 보호법원에 EPA 등록을 신청할 수도 있을 것이므로, 등록신청 후에는 본인과 최소한 3인의 친족에게 등록사실을 통지하여야 한다.²⁶⁾ 등록신청 후 최소 35일이 지나면

등록이 되는데, 그 기간 내에 통지받을 권리 있는 자가 이의제기를 할 수 있고, 보호법원이 문제가 있다고 판단하면 등록이 보류된다. 이의사유는 EPA가 유효하지 않은 경우, 본인이 EPA를 철회한 경우, 신청이 너무 일찍 된 경우, 사기·강박에 의해 EPA가 작성된 경우, 대리인으로서 부적합한 경우 등이라고 한다. 이의제기가 납득하기 어려우면 EPA 등록을 해 줄 의무가 있다. 이의가 이유 있으면 등록을 거부하고, 본인의 사무를 관리할 재산관리인(정신보건법 제7부) 선임 여부를 고려한다.

한편 본인은 본인의 EPA를 둘 수 있는데, 이들로 하여금 연대하도록 하거나(이 경우 1인이 사망하거나 1인이 파산하면 전부의 대리권이 종료), 연대 그리고 각자 대리하도록 할 수 있다(이 경우 1인이 사망하더라도 나머지가 대리권 행사). EPA 등록이 있으면 통상 본인의 권한은 없어진다. 그러나 본인의 능력이 있으면 그렇지 않다.²⁷⁾ EPA는 신상문제 결정을 할 권한이 없고, 재산에 관하여서만 권한이 있다. 지속적 대리권을 수여할 때 일반적 권한을 수여한 경우 본인이 할 수 있는 일을 EPA가 전부 할 수 있지만, 본인이 그 권한을 제한할 수 있다. 아무런 제한이 없더라도 EPA는 그 활동에 있어서 본인의 최선의 이익을 위해, 가능하면 본인의 필요와 희망을 고려하여 활동하여야 하고, 본인의 재산과 자신의 재산을 분리하고, 자기 이익을 위해 활동해서는 안 된다. 본인의 주택을 매각할 수도 있으나 시가보다 낮거나, 자신이 매입하려고 할 때에는 공공후견청(OPG)에 연락하여야 한다. 그렇지 않으면 EPA는 철회될 수 있다. 또한 증여에 대해서는 매우 제한적인 권리만 있고, 통상의 증여 이외의 증여를 할 때에는 보호법원에 신청해야 한다. 나아가 본인을 위한 거래에서는 계산서를 정확히 작성해야 하고, 모든 수입·지출을 기록하고, 보호법원의 요구가 있으면 이를 제출하도록 해야 한다. 거래에서는 등록 EPA임을 언급해야 한다. 상대방이 등록 EPA 사본증을 요구할 수도 있다.

본인은 EPA의 감독 방법(가령 전문가, 가족 구성원에게 매년 보고서를 제출하는 것 등)을 EPA 양식서류에 기재함으로써 스스로 정할 수 있다. 이를

23) 이 부분에 관한 개괄적 설명은 영국의 공공후견청(OPG) 홈페이지에 잘 설명되어 있다. www.publicguardian.gov.uk/decisions/being-attorney-epa.htm에 2007. 11. 6. 최종 접속.

24) 아래에서 설명하겠지만, 지속적대리인법은 2005년 정신능력법의 제정으로 폐지되었지만(동법 66조, 부칙 제5 part 2), 종래에 선임되었던 EPA는 정신능력법 하에서도 계속 효력이 지속된다(동법 Schedule 4 part 1). 이에 대해서는 中山泰道, “イギリス成年後見法改正の動向,” 『成年後見法研究 第2號(2005), 日本成年後見法學會, 116-117頁.

25) P. Bartlett, 앞의 책(註 15), p.43 참조.

26) 통지할 친족의 순서는 법에서 정하며, 등록사실을 본인에게 알리는 게 좋지 않다고 판단되면 보호법원의 허가를 얻어 통지하지 않을 수 있다. 그 밖에 통지하지 않아야 할 이유가 있으면 보호법원에서 그 타당성 여부를 판단한다.

27) 본인이 능력이 있는 상태에서는 본인을 배제한 EPA의 활동은 가능하지 않다.

정하지 않더라도 EPA가 등록되면 보호법원이 이를 감독한다. 즉 누구라도 EPA의 활동에 의문을 제기하면 EPA는 보호법원의 질문에 답변을 해야 한다. 또 보호법원은 본인의 최선의 이익을 위해 활동하지 않는다고 판단하면 등록 EPA 행사에 개입할 권한이 있다. 보호법원은 EPA 등록취소, 권한 정지, 철회도 가능하다.

(2) 지속적 대리 제도의 문제점

지속적 대리인제도의 문제점으로 다음과 같은 것이 지적되었다.

① 등록에 관한 문제점: 지속적 대리권이 수여되었어도 실제로 등록하는 건수는 수여건수의 약 20분의1 정도에 불과할 만큼 등록하지 않는 경우가 많다고 한다. 등록의 불이행은 대리권을 등록하게 함으로써 보호법원의 감독적 기능에 의해 대리권의 남용으로부터 본인을 보호하려고 하는 지속적 대리인법의 목적에 치명적인 문제점이 되고 있다고 한다.²⁸⁾

② 범위에 관한 문제점: 지속적 대리권수여법은 재산관리만을 대상으로 하고 있으며, 본인의 거주장소나 의료적 처치에 대한 결정에 관한 소위 ‘신상보호행위’에 대한 배려가 완전히 빠져 있다는 점이 문제이다.²⁹⁾ 고령자를 위한 성년후견법의 주된 기능이 신상보호에 있다는 점을 고려해볼 때 이런 태도는 극히 경직적인 것으로 평가된다.

③ 통지에 관한 문제점: 등록신청이 종료된 때에 일정한 범위의 친족 외에 본인에게도 등록의사가 통지되는데, 본인에 대한 통지는 그 자체가 본인에게 악영향을 줄 가능성이 있고 본인이 무능력자로 되어 지속적 대리권이 신청되고 있음에도 그 무능력자인 본인에게 통지한다는 것 자체가 문제가 된다.

또한 일정한 범위의 친족에게도 통지해야 한다고 규정하고 있는데, 통지해야 할 친족의 명단이 현재의 가족상태와 합치하지 않는 것도 문제가 된다. 그러므로 친족에 대한 등록의사의 통지는 본인 보호에 그다지 도움이 되지 못하므로 오히려 대리권수여증서 작성시에 본인의 능력에 관한 의학 적 증명을 더 중시해야 할 것이며, 지속적 대리권의 효력이나 대리인의 선

택에 관한 친족들의 견해는 고려하지 않아도 좋을 것이다.³⁰⁾

④ 보호기관의 감독에 관한 문제점: 대리권 수여증서에 대한 책임을 법원이 부담해야 하나, 실제로 보호법원의 기능은 매우 약하다고 한다. 보호법원은 작성된 수여증서의 총수조차 파악할 수 없는 실정이며, 보호법상의 기능에 관해서는 모든 친족이 지명되었는지의 여부에 대한 점검이 없고, 지명된 친족에 대한 통지 완료에 대해 점검이 없으며, 등록해야 할 시기가 도래한 때에 등록되었는가의 점검도 없다. 또한 등록된 대리권이 적절하게 행사되고 있는가에 대한 비주기적인 점검이 없다는 것 등이 문제점으로 드러나고 있다.

3. 정신보건법 및 지속적 대리인법 이후 보통법에서의 발전

정신보건법 제7부는 본인의 잔존능력을 고려하지 않는 문제가 있었고, 이를 개선하기 위해 제정된 지속적 대리인법은 정신적 판단능력이 없는 성년의 재산보호에 한정함으로써, 신상보호와 의료기술에서의 보호를 도외시하는 문제가 있었다. 보통법의 범발전은 이런 공백을 메워나갔다.

영국의 보통법에서는 정신적 판단능력 있는 성인의 동의 없이 한 의료기술은 침해소권(Trespass)의 대상이 되고, 그의 의료기술거부결정이 비합리적 이어서 실령 사망을 초래하더라도 그 결정을 무시한 의료기술은 위법한 것이었다.³¹⁾ 문제는 정신적 판단능력 없는 성인에 대한 의료기술이다. 즉 동의 없는 의료기술의 적법성의 확인을 법원에 구할 수 있는지가 문제된다. 정신적 판단능력이 결여된 36세의 성년여성이 남성정신질환환자와 성관계를 맺고 있어서 만약 그녀가 임신하게 되면 그녀의 정신질환에 치명적 결과가 발생할 수 있을 것이라 판단한 모와 전문가가 임신중절수술의 적법성을 확인해 줄 것을 법원에 청구한 사건인 Re F(Mental patient: sterilisation), [1990] 2 AC 1에서는 법원이 그 수술에 동의할 수 권한권이 있는가, 피임목적의 임신중절수술이 F의 최선의 이익인가가 문제되었다. House of Lords는 법원

30) P. Bartlett, 앞의 책(註 15), p.47에서도 EPA에서의 통지의 복잡성을 지적하고 있다.

31) Re MB (medical Treatment) [1997] 2 F.L.R. 426; Re B(adult: refusal of medical treatment) [2002] EWHC 429 (Fam). 이 판결의 소개는 J. McHale/M. Fox, Health care law, 2. ed., p.302 참조.

28) 백승흠, 『성년후견제도론』(푸른세상, 2005), 170면.

29) P. Bartlett, 앞의 책(註 15), p.43 참조.

이 그녀의 동의를 대신할 수는 없지만 ‘필요성의 원칙’(doctrine of necessity)을 확장하여 그녀의 동의 없이 하는 수술이 적법한지 여부를 판단할 권한권이 있고, 정신적 판단능력의 결여로 동의를 할 수 없는 사람의 수술은 그 수술이 무능력자의 최선의 이익인 경우에는 적법하기 때문에 책임을 추궁당하지 않는다고 판단하였다.³²⁾ 그 후 Re S(hospital patient: court’s jurisdiction), [1996] Fam 1, CA 사건에서는, 뇌졸중을 앓고 있는 노르웨이 환자 S의 별거하는 처와 아들이 S를 영국에서 노르웨이로 이송하려고 하자, 영국에서 그와 같이 생활하던 보통법상의 파트너가 그를 영국의 사설병원에서 돌보기 위해 가족들의 이송이 환자의 이익에 반하므로 위법함의 확인을 구한 소송에서, 보통법상의 파트너가 그 위법함의 확인을 구할 충분한 이해관계가 있는지가 쟁점이었다. 항소법원은 환자의 최선의 이익이 무엇인지를 법원에서 판단할 수 있다고 보고, 파트너가 청문에 참여할 수 있다고 판단하였다.³³⁾ 또한 Re TF(An adult: Residence), [2000] 1 MHLR 120 사건에서는, 법원은 능력결여자의 최선의 이익을 선언하기 위해 거의 무제한의 권한을 가진다고 판단하였다. 나아가 Re S(An adult patient), [2002] EWHC 2278에서는 능력이 결여된 자를 위한 대행 의사결정자를 선임할 수도 있다고 판단하였다.³⁴⁾ 이상의 판결들은 필요한 경우 국가가 필요한 보호를 제공해야 한다는 國父 관할 사상의 연장이기도 하다.

한편 무엇이 정신적 판단능력 없는 환자의 최선의 이익인지에 관해서도 보통법의 발전이 계속되었다. 위 Re F(mental patient: sterilisation) [1990] 2 AC 1 사건에서는 의료적 처치가 환자의 최선의 이익에 부합하는지의 문제는 Bolam v. Friern Hospital Management Committee [1957] 2 All E.R. 118에서 확립된 원칙, 즉 의사가 선의 및 합리적으로 환자의 최선의 이익을 위해 활동하였다면 폭행(battery) 책임이 없다는 것, 이는 다시 문제된 특정의 치료가 책임 있는 전문의료집단에 의해 그 당시 적절한 것으로 인정되는 의료시술과 일치하는지에 의해 결정된다고 판단하였다.³⁵⁾ 그러나

Bolam 원칙은 그 후 변화를 겪게 되었다. 즉 Re A(medical treatment: male sterilisation) [2001] 1 F.C.R. 193에서는 정신적 판단능력 없는 성인에 대한 의료적 처치가 그의 최선의 이익에 부합하는지 여부는 환자 자신에게 긍정적인 면과 부정적인 면을 상호 비교하여 판단하여야지, 제3자, 특히 공익의 관점을 고려해서는 안된다고 보았으며,³⁶⁾ Re S(adult patient: sterilisation) [2001] Fam 15에서는 환자의 최선의 이익은 하나밖에 없으며, 그것은 의사가 아니라 법원이 판단하는 것이고, 환자 자신의 이익이라는 관점에서만 관찰하여야 한다고 보았다.³⁷⁾ 즉 여러 의료적 대안 모두가 환자의 최선의 이익으로서의 자격이 있다면, 의사의 재량권이 존중되던 Bolam 원칙이 포기되고, 제3자의 이익, 즉 공익이 아니라 환자 자신의 관점에서 무엇이 그에게 유일한 최선인지를 법원이 판단하겠다는 것으로 변천하였다.

정신적 판단능력의 결여로 성인이 의료시술에 동의할 수 없는 때에도 법원이 그 의료시술이 본인의 최선의 이익인지 여부를 판단할 수 있는 관찰권이 있다는 보통법에서의 발전은 신상보호 일반에 대해 법의 공백을 메워 주었고, 이로써 2005년의 정신능력법의 제정에 큰 영향을 미쳤다고 한다.³⁸⁾

4. 법률위원회(Law Commission)의 제안과 정신능력법의 제정

2005년의 정신능력법은 법률위원회의 제안에서 비롯되었다. 그 프로젝트는 1989년 Law Society의 토론문서에서 비롯되었다(Decision Making and Mental Incapacity). 법률위원회는 1991년 최초의 일반 건의문서를 공간하였다(Mentally Incapacitated Adults and Decision-Making: An Overview). 이어서 1993년에는 보호자의 권리를 정식화하고, 수정하고 명확히 하는 내용(Mentally Incapacitated Adults and Decision-Making: A New Jurisdiction), 정신치료와 조사에 관한 부분(Mentally Incapacitated Adults and Decision-Making: Medical Treatment and Research), 능력결여자를 위한 공법상의 보호(Mentally

32) 이 판결은 P. Bartlett, 앞의 책(註 15), p.4; J. McHale/M. Fox, 앞의 책(註 31), p.320을 참조.

33) 위 판결은 <http://international.westlaw.com>에서도 확인이 가능하다.

34) 위의 판결들도 <http://international.westlaw.com>에서도 확인이 가능하다.

35) 이에 대해서는 J. McHale/M. Fox, 앞의 책(註 31), p.321, 938을 참조. 28세 된 남자 자녀를 돌보는 63세 된 노모가 아이가 성적 충동이 강해져서 다른 여성을 임신시

킬 것을 염려하여 자녀의 임신중절수술이 적법하다는 것의 판단을 구한 사건에서 법원은 그것이 자녀의 최선의 이익이 아니라고 판단하였다.

36) 이 판결은 J. McHale/M. Fox, 앞의 책(註 31), p.326 참조.

37) 이 판결은 J. McHale/M. Fox, 앞의 책(註 31), p.943 참조.

38) 이 점은 P. Bartlett, 앞의 책(註 15), p.4 참조.

Incapacitated Adults and Decision-Making: Public law Protection)에 관한 보다 전문적인 보고서를 제출하였다. 이 보고서는 폭넓은 학계의 지지를 받았고, 1995년 최종보고서가 제출되었다(Law Com Report No.231, Mental Incapacity). 청서와 백서가 각각 1997년, 1999년 제출되었고, 2003년 초안법안이 입법 전단계의 조사를 거쳤다. 이유서가 첨부된 초안이 2004년 발간되고, 이 초안이 일부 수정되어 2005년 총선 직전에 법률로 통과되었다.³⁹⁾

III. 정신능력법상의 성년후견제도의 특징

1. 개 관

2005년에 제정되어 2007년 10월부터 시행되는 정신능력법은 자신을 위해 행동하거나 의사결정을 할 능력이 결여된 자를 요보호성년으로 보고 정신능력법 제3조⁴⁰⁾ 이들을 보호하기 위한 다양한 제도를 마련하고 있다. 이 법의 시행으로 종래의 정신보건법 제7부는 폐지되었고(부칙 5 제1부), 현재는 정신보건법(The Mental Health Act) 제8조의 후견제도⁴¹⁾와 정신능력법(The Mental Capacity Act)의 적용을 받는 성년보호제도 두 가지가 있다.

그 중 정신능력법은 종래와 다른 많은 새로운 제도를 도입하였다. ① 종래의 지속적 대리제도(EPA)에서는 재산관리권한만 대리가 가능하였으나, 신상보호에 대해서도 대리할 수 있도록 영속적 대리제도(LPA)를 창설하였다. 재산관리에 관한 것만 심판하던 보호법원을 대신하여, 신상보호에 관한 사항도 심판하기 위해 새로운 보호법원을 독립법원으로 창설하였다.⁴²⁾ 그리고 ② 보호법원이 선정한 법정대리인(deputy) 제도를 신설하였다. 또한 ③ 돌보아 줄 친척 또는 영속적 대리인이 없는 자들을 위해 이들의 치료와 관

39) 정신능력법의 입법과정에 대해서는 P. Bartlett, 앞의 책(註 15), p.16; J. McHale/M. Fox, 앞의 책(註 31), p.296 참조. J. Dalrymple/B. Burke, 앞의 책(註 20), p.157은 註 19의 Bournewood Hospital 사건이 정신능력법의 조속한 입법에 기여하였다고 주장한다.

40) 이하 정신능력법은 법률명칭 없이 조문만으로 표시한다.

41) 그 내용은 위 II 1 (2)를 참조.

42) J. McHale/M. Fox, 앞의 책(註 31), p.342 참조.

련한 활동의 대리를 위해 독립 정신능력 대리인(independent mental capacity advocates=IMCA)제도를 신설하였다. 나아가 ④ 누구라도 정신적 판단능력이 결여된 자를 위해 활동하는 경우, 그 활동으로 인해 책임을 지지 않도록 하는 일반항변제도를 도입하였다.⁴³⁾ 현재의 영국의 요보호성년에 제공되는 보호제도는 다음과 같이 개관할 수 있다.

	정신능력법	정신보건법	비고
법정보호제도	<ul style="list-style-type: none"> · 법원의 특정명령제도 · 법원이 특정 행위를 위해 선임하는 법정대리인 · 법원이 지속적 활동을 위해 선임하는 법정대리인 · 독립정신능력대리인 	제8조에 의한 공후견인 및 사후견인	<ul style="list-style-type: none"> · 정신능력법의 법정대리인에 대한 감독은 보호법원과 공공후견청이 담당한다. · 정신보건법의 후견인의 감독은 사회복지행정청, 정신능력재심위원회가 담당한다.
임의의 성년후견제도	<ul style="list-style-type: none"> · 재산관리를 위한 영속적 대리인 · 신상보호를 위한 영속적 대리인 		영속적 대리인의 감독은 보호법원, 공공후견청이 담당한다.
일반제도	<ul style="list-style-type: none"> · 의사결정무능력자에게 보호 및 치료를 제공하는 모든 사람을 위한 일반적 항변권 · 치료거부에 대한 본인의 사전 결정/생명연장조치에 대한 본인의 서면의 사전결정 		

43) Department for Constitutional Affairs(DCA), 『Mental Capacity Act 2005 Code of Practice』[London: TSO (The Stationery Office)], p.116; P. Bartlett, 앞의 책(註 15), p.37 참조. Code of practice는 정신능력법 제42조에 의해 Lord Chancellor가 작성하도록 되어 있는데, 그 작성 및 수정에는 의회와 상의하도록 하고 있다(제43조). Code of Practice는 法定的 실무지침 역할을 수행할 것인데, 관련 사건의 판단에서 법원도 이를 중시할 것으로 예상하고 있다고 한다. P. Bartlett, 앞의 책(註 15), p.22 참조.

2. 정신능력법의 일반원칙

정신능력법은 능력결여자를 격려하여 민사생활에 요구되는 각종의 행위를 할 수 있게 해 주는 것, 특정의 결정을 할 능력이 결여된 자를 보호하되, 그 스스로 의사결정을 할 수 있는 기회를 극대화시키고, 가능하면 의사결정과정에 참여하도록 하는 것을 목적으로 한다. 여기에는 다섯 가지 원칙이 적용된다(제1조).

첫째, 능력의 결여가 증명되지 않는 한 능력 있는 것으로 추정한다(제1조 제2항). 가령 자신의 능력이 결여된 후부터 자신의 자녀에게 영속적 대리권(Lasting Powers of Attorney=LPA)을 행사하도록 하고, 등록된 경우의 본인(母)이 치매진단을 받고 금전에 관하여 혼동하는 것을 자녀가 우려하는 경우에도 일단 능력 있는 것으로 추정해야 한다. 가령 한 사람이 쇼핑에서는 물건을 제대로 고르고 거스름돈을 제대로 받는 것이 가능하지만, 투자에 관하여는 과거와는 완전 달리 여러 가지 선택지를 설명해 주어도 이해하지 못하는 상태에 놓여 있다면 일상문제에 대한 재산적 결정은 스스로 결정하도록 조력하는 것에 머물러야 하고, 복잡한 재정문제는 LPA를 활용할 수 있다.⁴⁴⁾

둘째, 의사결정을 조력하기 위한 모든 실용적 조치를 취했지만 성과가 없는 경우가 아니면 의사결정능력이 없다고 판단해서는 안 된다(제1조 제3항). 가령 교통사고 후 쇼크로 말을 하지 못하는 환자가 소음같은 소리를 내고 몸짓은 하지만 의사소통이 안 되자 의사는 응급조치를 취하고 쇼크에서 회복된 후 대리인을 통해 그에게 상황을 설명해 주기를 희망하는데, 간호사 중 1인이 그의 몸짓이 의사적 표현이라고 판단하여 그에게 몸짓과 신호를 보내 의사소통을 시도하자 차분해진다면, 신호언어전문가를 데려와 통역하게 해서 장애의 치료방법에 관한 의사결정을 환자 스스로 하게 한다.⁴⁵⁾

셋째, 현명하지 못한 결정을 하였다든 이유만으로 의사결정을 할 수 없다고 판단해서는 안 된다(제1조 제4항). 예컨대 정신건강에 문제가 있어서 정신과의사에게 정기적으로 진단을 받고 있는 40대가 계좌에서 2000파운드를 인출하여 캠핑차를 마련해서 6개월간 전국을 여행하기로 결정한 경우, 여행 중에는 정신과치료 및 치료가 불가능할 것이고, 그 결과 상태가

44) Mental capacity act code of practice 2005, Chapter 2. 2.4.의 설명을 참조.

45) Mental capacity act code of practice 2005, Chapter 2. 2.6. 이하의 설명을 참조.

악화될 수 있기 때문에 여행결정은 현명하지 않다. 그러나 이러한 이유로 그를 의사결정능력이 없다고 판단해서는 안 되며, 그의 결정을 최대한 존중해 주어야 한다.⁴⁶⁾

정신적 능력을 판단하는 데에는 정신손상이 있는지, 정신작용에 영향을 미치는 장애가 있는지(일시적이든 지속적이든), 그리고 손상 또는 장애로 인해 필요한 시점에서 문제의 결정을 할 수 없는가라는 관점에서 판단하여야 한다. 의사결정을 할 능력이 있는지를 판단할 때에는 어떠한 결정을 할지를 이해하는지, 왜 의사결정을 해야 하는지에 관한 이해가 있는지, 그 의사결정을 하거나 하지 않으면 어떠한 결과가 발생할지를 알고 있는지, 의사결정에 관련된 정보를 이해·취합·이용·평가할 수 있는지, 의사결정은 타인과 소통할 수 있는지, 전문가의 조력이 필요한지, 그리고 보다 복잡한 의사결정을 할 능력이 있는지와 같은 여러 가지 관점에서 판단한다.⁴⁷⁾ 그러므로 피보호자를 대신하여 그를 위해 의사결정을 하거나 행위를 하고자 하는 자는 위와 같은 점들을 먼저 확인해 보아야 한다.

넷째, 능력이 결여된 자를 위한 행위 또는 의사결정은 피보호자의 최선의 이익이어야 한다(제1조 제5항). 피보호자의 최선의 이익은 그로 하여금 의사결정에 참여하도록 격려하는 것, 의사결정을 한다면 고려하여야 할 내용을 분명히 하도록 노력하여야 한다.⁴⁸⁾ 또한 본인에게 적절한 조력조치가 제공되는 것이 본인의 이익을 위해 최선이라고 판단될 것인데, 이는 개인

46) Mental capacity act code of practice 2005, Chapter 2. 2.10.의 설명을 참조. 유능한 사회복지전문가가 중병에 시달리면서 치료의 고통과 성과의 부진에 신음하면서 호흡기부착을 제거해 줄 것을 요청한 사건인 Re B(adult: refusal of medical treatment) [2002] EWHC 429(Fam)에서 법원은 그 결정이 현명하지 못하지만 의사결정능력이 있기 때문에 이를 존중하지 않을 수 없다고 판단한 것에서도 이 원칙이 잘 표현되고 있다. 이 판결은 J. McHale/M. Fox, 앞의 책(註 31), p.302 참조.

47) 의사결정능력의 존부에 관한 판단에 대해서는 Re MB (medical treatment) [1997] 2 F.L.R 426에서 잘 표현되어 있다. 이 판결은 J. McHale/M. Fox, 앞의 책(註 31), p.308 참조.

48) 본인을 대신하여 의사결정을 할 때의 원칙에는 최선의 이익(best interests) 기준, 대체적 판단(substituted judgement) 기준이 있을 수 있는데, 정신능력법은 ‘대체적 판단’ 기준을 중요 구성요소인 최선의 이익 기준을 채택하고 있다고 평가된다. Law Commission의 평가에 대해서는 J. McHale/M. Fox, 앞의 책(註 31), p.299, p.327 참조. 한편 본인의 최선의 이익에 관한 예시는 Mental capacity act code of practice 2005, Chapter 5를 참조.

의 상황(치매, 학습장애 등), 예정하는 의사결정, 의사결정이 요구되는 시점 등에 따라 달라진다. 가령 응급상황에서는 긴급한 의사결정과 행위가 본인의 최선의 이익을 위해 취해져야 하는 경우에, 본인 스스로 의사결정을 하도록 조력하면서 치료를 지연시키는 것은 부적절하다. 그러나 응급상황에서도 본인과 의사소통을 하면서 진행되고 있는 것에 관한 정보를 제공하도록 노력해야 한다. 노인성치매나 요양소에 있는 사람이 레저활동 등에 참여하기 위해 A, B, C의 세 가지 가능성이 주어졌는데 그 선택문제 때문에 짜증을 내며 이상행동을 보인다면, 각각의 내용, 장소, 소요시간, 교통수단 등을 설명해서 스스로 선택할 수 있도록 조력해야 할 것이다. 시청각장애 및 학습장애가 있는 청년이 벽에 머리를 찡고 있는 경우 그를 위험시설(벽)에서 강제 격리시키는 것보다 그의 행동에 의사전달적 요소가 있다면 전문가를 통해 그 의중을 확인한 후(가령 충치로 고통스러워 벽에 찡는 일) 문제를 해결할 수 있다.⁴⁹⁾

다섯째, 피보호자를 위한 행위 또는 의사결정 전에 필요성 있는 행위가 본인의 권리와 행동의 자유를 덜 제약하는 방식으로 실효성 있게 성취될 수 있는지 여부를 고려하여야 한다(제1조 제6항).⁵⁰⁾

3. 일반적 항변 제도(제5조)⁵¹⁾

법원의 승인이 없더라도 폭행(battery) 또는 침해소권(trespass)의 책임을 지지 않으면서 의사결정능력 없는 성인을 위해 일상적인 신상보호나 단순한 의료적 처치가 가능하도록 하기 위해, 정신능력법은 일반적 항변제도를 도입하였다. 이는 보통법상의 필요성의 원칙을 확장한 Re F (mental Patient: Sterilisation), [1990] 2 AC 1 의 법리를 제5조에 입법한 것이라고 한다.⁵²⁾ 이로써 의사결정능력 없는 자의 보호자, 의료담당자, 사회복지직원은 민사 책임에 대한 우려 없이 피보호자를 돌볼 수 있게 되었다. 가령 세면, 옷

입히기, 개인위생, 식사, 의사소통, 이동, 교육, 여가 및 사회활동 참여, 쇼핑에 동반하기 등등의 신상을 보호하는 자와 진단·검사·투약·치료, 간호, 응급처치 등 의료적 치료와 처치를 하는 자는 합리적으로 볼 때 피보호자가 그 행동에 동의할 능력이 결여되었다고 믿는 경우, 그 자의 최선의 이익을 위해 필요한 조치를 취한 경우에 대해서는 책임을 지지 않는다. 그러나 이때에도 권리나 자유를 덜 제한하는 방식을 사용하여야 한다(제1조 제6항).

피보호자를 돌보는 자들 사이에 이견이 있고, 또한 그것이 중대하여 쉽게 이견이 해소되지 않는 경우에는 보호법원에 신청하여 보호법원으로 하여금 결정하게 할 수 있다. 특히 생명연장기구의 제거를 결정하는 경우, 식물인간상태의 환자에 대한 인공적 영양공급장치 및 산소공급기를 제거하는 것, 환자에 대해 장기기증이 제안되는 경우, 피임목적의 불임수술이 제안되는 경우, 기타 특정치료가 환자의 최선의 이익인지 여부가 문제되는 경우에는 보호법원에서 결정해야 한다(제6조 제7항). 전문가 사이에 이견이 있거나 전문가와 가족 사이에 이견이 있는 경우도 마찬가지이다. 책임을 면하기 위해서는 특정 결정에 동의할 정신능력이 결여되었는지를 확인하기 위한 적절한 조치가 선행되어야 하고, 필요한 조치를 제안한 자는 그것이 피보호자의 최선의 이익이라고 믿을 만한 합리적 근거가 있어야 한다. 그런데 그 조치가 자유를 제한하는 경우에는 해악의 방지를 위해 자유를 제한하는 것이 필요하여야 하며, 해악의 중대성 및 개연성에 비추어 자유제한 조치가 적절한 대응이어야 한다. 그렇지 않은 경우에는 책임을 면하지 못한다. 자유를 박탈하는 조치는 보호법원의 허가 없이는 할 수 없다(제6조 제4항, 제5항). 그러나 자유제한조치와 자유박탈조치는 실질상의 차이라기보다는 정도의 차이이므로 주의를 기울여야 하고,⁵³⁾ 자유박탈조치라는 의심이 드는 경우에는 보호법원에서 결정하도록 하여야 할 것이다. 물론 제5조의 일반적 항변제도가 신상보호자 또는 의료기술자의 과실책임을 면하게

49) Mental capacity act code of practice 2005, Chapter 3, 3.10. 이하의 설명을 참조.

50) Mental capacity act code of practice 2005, Chapter 2. 2.14. 이하의 설명을 참조.

51) 이하는 Mental capacity act code of practice 2005, Chapter 6의 설명을 기본으로 한 것이다.

52) P. Bartlett, 앞의 책(註 15), p.35; J. McHale/M. Fox, 앞의 책(註 31), p.330 참조.

53) 註 19의 Bournewood 사건에서는, 자유제한과 자유박탈은 정도의 차이이며, 특정 상황의 제반사정을 고려하여야 한다고 하면서, 정신이상자인 피보호자의 돌봄과 움직임을 완전히 실효성 있게 통제하고 있다면 자유박탈이라고 한다. 'Code of practice' 제 6장에서는 이러한 이유로, 제공되는 보호유형, 그것의 지속정도, 그 효과, 보호가 제공되는 상황이 어떤 방식으로 초래되는가 등을 종합적으로 검토하여야 한다고 한다.

해 주는 것은 아니다(제5조 제3항).

IV. 정신능력법상의 성년후견의 유형과 내용⁵⁴⁾

1. 임의후견제도: 영속적 대리(LPA)

영속적 대리제도는 신상보호를 목적으로 하는 복지 목적의 영속적 대리(이하 복지 LPA라 한다)와 재산관리 목적의 영속적 대리(이하 재산관리 LPA라 한다)제도로 구분된다(제9조).

(1) LPA의 설정

행위능력 있는 18세 이상의 자는 LPA를 설정할 수 있는데, 시행령에서 정한 법정 방식의 서면서류를 통해 설정한다(부칙 제1 제1부). 서류에는 LPA의 내용, 재산관리 LPA인지, 신상관련 복지 LPA인지, 그 권한 범위 등에 관하여 기재하고, 본인과 대리인이 될 자가 서명하고, 독립한 제3자의 확인서가 첨부된다. LPA는 공공후견청(Office of the Public Guardian=OPG)에 등록을 하여야 하는데, 등록시에 통지를 받을 자의 이름을 기재하고, 없으면 없음을 기재한다. 서면내용은 시행령에서 정한다. OPG에 등록하지 않으면 LPA의 권한은 개시되지 않는다. OPG에의 등록은 LPA 서면 작성 후 언제든지 할 수 있다.

(2) LPA의 자격

재산관리 LPA는 18세 이상의 개인 또는 법인이 될 수 있고, 파산자는 LPA가 될 수 없다. 반면 복지 LPA는 18세 이상의 개인이어야 하고, 파산 상태에 있더라도 대리인이 될 수 있다(제10조).

위 각각의 LPA는 2인 이상으로 선임할 수도 있는데, 이때에는 각자 권

한을 행사할 수도 있고, 연대해서 할 수도 있는데 그 사항은 LPA 서류에 기재한다.

(3) LPA의 권한 내용

복지 LPA는 건강돌봄, 치료결정을 포함한 개인복지와 관련된 의사결정을 하는데, 가령 거주지, 누구와 동거할지, 다이어트, 의복, 접촉할 자, 의료검사, 치료, 치과치료, 사회활동, 레저활동, 교육활동, 개인정보에의 접근 등 다양한 사항에서 본인을 대리하거나 그의 활동을 조력한다. 복지 LPA는 본인이 의사결정을 할 능력이 결여되었을 때 비로소 권한이 개시되는데(제11조 제7항), 합리적으로 신뢰할 수 있는 사람, 가령 의사가 의사결정능력 상실에 관하여 확인이 있어야 한다.

재산관리 LPA는 LPA 서류에서 달리 정하지 않는 한 등록하면 위임인이 스스로 결정할 능력이 있더라도 위임인을 위해 재산관리활동을 할 수 있다. LPA는 위임인의 의사결정능력이 없어지더라도 소멸하지 않고 지속된다.

(4) LPA의 활동원칙

1) 본인의 이익 및 의사존중

본인은 LPA 서류에 그 권한을 제한할 수 있는데, LPA는 이를 준수하여야 한다. 재산관리 LPA이든 복지 LPA이든 본인의 최선의 이익(본인의 관점에서 판단하는 것임)을 위하여 활동하여야 한다(제9조 제4항, 제1조). 본인에게 의사결정능력이 있으면 그가 결정하도록 해야 하며, 이 때 본인의 의사결정능력이 없다는 것은 신중하게 판단하여야 한다. LPA는 본인의 의사결정능력이 없다고 판단하더라도 본인의 과거, 현재의 희망, 감정, 믿음, 가치를 충분히 고려하여야 하고, 이를 확인하기 위하여 본인을 직접 돌보는 자, 가까운 친척, 그의 복지에 이해관계를 가진 자, 다른 LPA가 있으면 그와 상의하여 판단하여야 한다. 등록에 대해서는 이의를 제기할 수 있다. 임의후견인이 되기로 예정되어 있는 수임자는 본인의 선택에 의하여 지명된 것인 만큼, 보호법원은 임의후견계약에 나타나 있는 본인의 의도를 존중하는 것을 원칙으로 하고 있다.⁵⁵⁾

54) 이하의 내용은 Department for Constitutional Affairs(DCA), 『Mental Capacity Act 2005 Code of Practice』[London: TSO (The Stationery Office)]; P. Bartlett, 앞의 책(註 15), p.43 이하; Jonathan Herring, Family Law, 3rd., LexisNexis, 2007, pp. 675-681을 정리한 것임.

2) 본인 치료와 관련하여 본인의 의사 존중

특히 치료와 관련하여 본인이 의사결정능력이 있을 때 표명한 치료, 치료거부의 의사표시도 존중하여야 한다. 구두로 하는 사전적 치료거부결정도 그 결정을 한 시점에서 유효하게 한 것이고, 현재에도 그대로 적용될 수 있다고 판단되면 존중하여야 한다(제24조 이하). 그러나 생명연장치료를 거부하는 사전적 거부결정은 서면으로 작성하고, 이에 서명(증인이 있는 상태에서 서명)하여야 한다. 유효하게 작성된 서면이 있으면, 생명연장치료를 거부되어야 한다(제25조 제5항).

3) 본인의 자유를 박탈하는 행위의 금지

LPA는 본인의 자유를 박탈하는 것으로 귀결될 행동을 취할 수 없다. 자유박탈(정신병원에 감금)은 정신보건법에 의해 법원의 명령, 사회복지관련 행정청의 명령(그 명령을 신청하는 것은 사회복지사, 정신과의사, 기타 제3자도 할 수 있음)에 따른 절차로 이루어진다(제11조 제5항, 제6항).

(5) LPA의 개시

LPA의 활동개시를 능력상실시로 정한 경우(특히 재산관리 LPA)에는 능력 상실 여부를 판단할 방법도 LPA에 기재할 수 있다. 개인담당의사(General Practitioner=GP)가 재산관리활동을 할 능력이 없다는 것을 확인하면, LPA는 활동을 개시할 수 있다.

(6) LPA에 대한 감독

1) 공공후견청(OPG)

LPA에 관한 변동(내용의 변동, 본인 및 LPA의 주소의 변경, LPA의 활동개시 등)은 모두 OPG에 보고하여야 한다. OPG는 이를 기록하여 관리하고, LPA 활동에 관한 새로운 정보를 LPA 등에게 교부한다(제57조 이하).

2) 보호법원의 감독권한

LPA의 유효성(개시, 종료, 철회 등)에 관하여 다툼이 있으면 보호법원에 청구하여 확인을 받을 수 있고, LPA의 이용과 관련된 명령을 청구할 수도 있다. 그리고 LPA가 위임인의 최선의 이익을 위해 활동하지 않으면 해임 등을 신청할 수도 있다(제22조, 제23조).

3) 일반인

누구든지 LPA가 권한을 남용하고 있다고 판단되면 OPG에 신고할 수 있다. OPG는 보호법원의 조사원(visitor)에게 본인, LPA를 방문하여 조사하도록 할 수 있다(제58조). 조사원의 보고로 검찰에 고발할 수도 있고, 보호법원에 LPA 이용과 관련된 명령을 내려줄 것을 청구할 수도 있다. 보호법원은 LPA를 해임할 수도 있다.

2. 법정의 성년보호제도

(1) 성년보호를 위한 법원의 개입에서의 원칙

보호법원은 성년보호를 위한 특정명령(치료결정, 성년을 보호하는 가족 간의 특정 쟁점에 대한 이견해소를 위한 결정 등), 법정대리인(deputy)의 임면 등을 할 수 있는데(제15조 이하), 이때에는 최소한의 개입을 하여야 하고, 본인의 최선의 이익을 기준으로 판단하여야 한다(제1조).

(2) 보호 신청권자

본인(이 때 국선변호사가 선임될 수 있다), 가족, (치료관련결정과 관련하여서는) 환자를 돌보는 치료기관, NHS(National Health Service)⁵⁶⁾ Trust, 사회복지행정청도 신청권이 있다. 기타 이해관계 있는 자는 법원의 허가를 얻어 신청할 수 있다.

55) 菅 富美枝, “英國・新成年後見制度の一考察-わが國における任意後見活性化の手がかりとして-,” 『實踐 成年後見』 No.18(2006. 7), 民事法研究會, 87頁.

56) 영국의 의료시설은 개인병원과 정부에서 지원을 받아 운영하는 국립보건서비스(National Health Service=NHS) 두 가지가 있다. 우선 국립보건원에 가입하면 담당 의사(GP)가 지정된다.

(3) 특정명령제도

의사결정능력 결여자에게 영향을 미치는 재정문제, 복지문제에 관하여 보호법원은 선언·결정·명령을 할 수 있다. 중대한 건강보호 및 치료에 관한 결정을 할 수도 있다(제16조). LPA가 있는 경우에도 특정명령제도를 활용할 수 있다.

(4) 법정대리인(deputy) 제도

특정 명령을 통해서 본인의 보호에 불충분하고, 지속적인 의사결정이 필요하다고 판단되면, 법정대리인을 선임할 수 있다(제16조). 법정대리인의 임기 존속기간도 법원에서 정할 수 있다. 이 때 가능하면 단기로 하여야 한다. 재산관리 법정대리인, 복지 법정대리인을 각자 선임할 수도 있고(제17조, 제18조), 2인 이상의 재산관리 법정대리인을 선임할 수도 있다. 가령 복지 법정대리인은 배우자 또는 가족 중 딸로 하고, 재산관리 법정대리인은 아들로 하는 것 등이 그 예가 될 것이다. 또한 법정대리인의 활동범위, 활동기간을 법원은 제한하여야 한다. 법정대리인은 통상 피보호자를 잘 아는 자, 즉 가족구성원 중에서 선임되는 것이 일반적일 것이고, 이것이 본인의 최선의 이익을 위해 부적절하다고 판단되면 전문 법정수임인을 선임할 수 있다. 전문법정수임인의 명단은 OPG가 보유하고 있다. 재산관리 법정수임인은 통상 이 분야의 전문 solicitors가 될 것이다.

한편 사회복지급여 이외의 재산이 없으면 재산관리 법정대리인을 선임할 필요가 없다. 연금지급기관에서 임명한 관리인이 관리한다. 그러나 이 경우에도 복지 법정대리인은 선임될 수 있다. 이 때 가족구성원이 법정대리인이 될 경우 위험성이 있다고 판단하면, 사회복지행정관청의 직원을 법정대리인으로 정할 수 있다. 법정대리인이 선임되면 OPG와 보호법원은 그로 하여금 담보를 제공하게 해서 본인의 손실방지를 담보할 수 있다. 이 때 법정대리인이 다룰 수 있는 자금의 액수를 고려하여 적절하고 안전한 수준을 결정할 수 있다.⁵⁷⁾ 법정대리인에 대한 감독은 OPG와 보호법원이 담당한다. 나아가 누구든지 법정수임인이 권한을 남용한다고 판

단되면 OPG에 신고할 수 있다. 이 때에는 LPA에 대한 경우와 동일하게 처리한다.

(5) 독립정신능력 수임인(IMCA)

중대한 치료와 중요한(장기간의) 거주변경에 관한 중요한 결정을 할 능력이 결여된 자에게 이 문제를 상의할 가족, 친구가 없는 경우에는 독립정신능력 수임인(Independent Mental Capacity Advocate=IMCA) 서비스를 통해 의사결정을 지원할 수 있다(제35조 이하). IMCA는 NHS와 협력하여 일하는 지방관청을 통해 서비스를 제공한다. 재정부담은 지방정부가 한다. 독립조직으로 서비스제공을 위임받은 변호사가 포함된 조직이 이를 담당한다.

3. 치료에 있어서 본인의 사전적 의사결정의 존중

(1) 일반원칙

만 18세에 달한 성인이 의사능력이 있는 상태에서 한 결정으로 미래 자신이 예정하는 특정의 상황에서 의료서비스를 제공하는 자가 특정의 치료를 제공하거나 지속할 경우, 또는 그 시점에서 자신이 그 치료의 제공 및 지속에 대하여 동의할 의사결정능력이 없는 경우에 그 특정의 치료가 제공되지 않도록 하거나 지속되지 않도록 사전적으로 거부하는 결정이 이른바 ‘사전결정’이다(제24조 제1항). 이러한 “사전결정”은 서면으로 할 필요는 없으며, 또한 사전결정 후 언제라도 철회 또는 변경할 수 있고, 그 철회 또는 변경도 서면으로 할 필요는 없다.

(2) 사전결정의 유효성 및 특정 치료에 적용가능할 경우의 책임

본인의 사전결정이 유효하고, 또 당해 치료에 적용가능함에도 불구하고 의사가 그 특정의 치료를 제공 또는 지속하는 경우에는 의사가 이에 따른 민사상의 책임을 질 것이다. 그러나 그 결정이 유효하고, 적용가능한 것이 아니면 민사적인 책임을 지지 않는다(제25조).

57) www.publicguardian.gov.uk- COP43: A guide for Deputies appointed by the Court of Protection 참조.

(3) 사전결정의 유효성 및 적용가능성의 판단기준

사전결정은 본인이 이를 철회한 경우, 사전결정 후 LPA를 선임하고 그에게 치료에 대한 동의 또는 거절권을 부여한 경우와 사전결정에 반하는 사후행위가 있었던 경우에는 현재 유효하다고 볼 수 없다(제25조 제2항). 사전결정은 문제의 시점에서 본인이 의사결정능력이 있거나, 사전결정상의 치료와 제공하고자 하는 현재의 치료의 내용이 동일하지 않을 경우, 사전결정에 특정된 상황이 존재하지 않거나, 사전결정을 할 시점에서 예견하지 못한 사정변경이 생겼다고 볼 수 있는 합리적인 근거가 있을 때 등에는 적용가능성이 없다.

(4) 생명연장치료와 사전결정

생명연장치료의 거부를 의미하는 사전결정이 유효하기 위해서는 첫째, 서면으로 작성된 사전결정문에 증인이 있는 상태에서 본인이 서명하고, 증인이 여기에 서명하든지, 둘째, 서면으로 작성된 사전결정문에 증인이 있는 상태에서 본인의 지시로 타인이 서명하고, 그 서명을 본인이 인정하며, 증인이 여기에 서명하든지 하는 방법에 의해 이루어져야 한다(제25조 제5항, 제6항).

(5) 법원의 권한

사전결정에 대하여 이의가 있거나 의문이 있을 경우 보호법원은 사전결정의 존부, 유효성, 적용가능성 등에 관하여 선언을 할 수 있다(제26조 제4항).

4. 소 결

이상에서 살펴본 바와 같이 영국법에서는 성년이 의사결정능력이 결여되거나 또는 부족할 수 있는 모든 상황(가령 식물인간이 된 상황 등)을 미리 예견하여 각각의 경우에 마치 본인이 의사결정능력이 있는 경우와 가장 근접하게 결과를 실현시켜 줄 수 있도록 하는 제도들을 마련하여 본인을 보호한다. 즉 모든 사람이 정신능력법상의 제도를 이용할 수 있는 가능성, 즉 보호의 전면

성이 있기 때문에 Stigma는 발생하지 않는다.⁵⁸⁾ 또한 성년보호에서 본인의 의사를 최대한 존중하는 것이 본인의 최선의 이익이라는 관점에서 여러 제도를 운영한다. LPA, 법정대리인 등의 활동을 감독하는 별도의 기관을 두지 않고 보호법원, 공공후견청, 일반인 모두가 관여할 수 있도록 하는 것도 특징적이다. 또한 요보호성년이 법률상의 보호제도를 이용하지 않고 있는 자연적 보호상태 하에서도 본인을 사실상 보호하는 자를 위한 행위준칙을 법정하고 있다. 요컨대 의사결정능력 결여자는 민사생활의 전 영역에 걸쳐 적절하게 보호되도록 제도가 마련되어 있다. 그 개관은 다음 표와 같다.

성년후견의 유형	재산관리영역	신상보호영역	의료영역
본인이 마련한 보호조치	재산관리 LPA	복지 LPA	치료거부의 사전결정 및 생명연장조치거부의 사전결정
법원에 의한 보호조치	· 특정선언제도 · 특정명령제도 · 단기법정대리인 · 지속적 법정대리인	· 특정선언제도 · 특정명령제도 · 단기법정대리인 · 지속적 법정대리인	특정선언제도
법률에 의한 보호조치	사실상 보호상태의 보호자의 일반적 항변권	사실상 보호상태의 보호자의 일반적 항변권	· 독립정신능력대리인 · 의사의 일반적 항변권
대리인 감독제도	공공후견청 보호법원 일반인의 신고	공공후견청 보호법원 일반인의 신고	

V. 맺음말: 우리 법에의 시사점

영국의 1983년의 정신보건법 제7부, 1985년의 지속적 대리인법을 우리 법과 비교하면, 재산관리에 있어서 요보호성년의 의사존중, 요보호성년과

⁵⁸⁾ Stigma 없이 성년을 보호하는 것이 Law Commission이 설정한 주요한 입법목표 중의 하나였다. 이 점은 J.McHale/M. Fox, 앞의 책(註에 31), p.299 참조.

그를 돌보는 가족의 필요에 부합한 보호형태(특정명령제도, 특정 행위를 위한 수임인, 재산관리인 등의 법정후견제도와 임의후견제도) 등의 특징이 부각된다. 그런데 2007년부터 시행되고 있는 정신능력법은 재산활동만이 아니라 신상 보호 및 의료기술에 이르기까지 모든 생활영역에서 요보호성년을 보호하며, 공적 개입(특정선언제도, 특정명령제도, 법정대리인, LPA에 대한 감독 등등)은 그와 가족의 필요성에 상응하여 보충적으로 이루어지고, 공적 개입에서도 본인의 최선의 이익을 도모하고 있다는 점이 특히 주목된다. 또한 요보호성년을 정신능력단계별로 범주적으로 구분하지 않을 뿐 아니라,⁵⁹⁾ 의사결정능력에 의심이 있더라도 최대한 그 스스로 판단하여 결정하도록 조력하며, 불가피하게 본인을 대신하여 결정할 때에도 그의 희망과 감정, 평소의 신념과 가치 등을 충분히 고려하는 것이 본인의 최선의 이익이라고 판단하는 것(제4조 제6항)이 두드러진다. 이로써 의사결정능력이 없어진 경우에도 평소의 정서와 가치관과 동일성 있는 삶을 살아 갈 수 있도록 배려하고 있는 셈이다.

영국의 정신능력법이 우리의 성년후견제도 개선논의에 주는 가장 중요한 시사점은 어떤 이념과 목표 하에서 성년후견제도를 조직할 것인가의 점이다. 그 핵심에는 요보호성년의 ‘의사의 자유’를 존중·보호하는 것이 자리 잡아야 하며, 그의 ‘재산 또는 재산적 권리’의 보호는 결과물이지 목표가 되어서는 안 될 것이다. 자유의지와 자율로 인해 인간이 존엄하다고 믿는다면, 요보호성년 스스로 의사결정을 하도록 지원·조력하는 것이 그의 존엄을 지켜주는 최선의 방법일 것이기 때문이다. 민법이 자유의지를 가진 인간사회의 규범질서를 추구하는 것이지, 재산을 둘러싼 쟁투에서의 질서를 부여하는 것이 아니라면, 의사결정능력이 없어진 상태에서조차도 그의 존엄성을 지켜 줄 수 있는 성년후견제도를 만들어야 할 것이다.⁶⁰⁾ 이러한 목표 하에서 보호영역과 보호방법 및 내용이 판단되어야 할 것이다.

첫째, 보호영역의 면에서는 재산관리만이 아니라, 신상보호와 의료적 처

치에 관련된 의사결정도 포함시켜 성년후견제도를 조직하는 것이 필요하다. 또한 이제까지 성년후견제도의 논의에서 관심 영역 밖에 머물렀던 의사결정능력이 없는 응급상황 하에서의 치료방법, 식물인간 상태에서의 생명연장 조치의 지속 여부, 강제치료를 받는 정신병자의 자기 의사결정의 존중도 논의의 대상에 포함시켜야 할 것이다. 응급상황 하에서의 치료는 응급의료에 관한 법률에서 규율하고 있지만, 그 내용은 환자의 자기결정권의 존중이라는 면에서 볼 때 충분한 지침을 제공하기 어렵고, 식물인간 상태의 생명연장 조치의 지속 여부에 대해 법은 침묵하고 있으며, 정신보건법은 한편에서는 정신질환자의 강제치료를 요건을 너무 엄격하게 하여 공익(제3자의 권익침해로부터의 보호) 침해에 대한 방어조치로는 불충분하고, 다른 한편에서는 보호의무자의 동의만 있으면 약간의 정신 질환 상태라도 장기간 환자로서 강제입원치료가 가능하여 환자의 인권이 침해될 수 있기 때문이다. 즉 이들 영역에서도 의사결정의 존중을 제도화하여야 할 것이다.

둘째, 보호방법의 면에서 요보호성년과 이를 돌보는 가족의 필요에 상응한 다양한 형태의 보호가 제공되어야 한다. 특히 법정 성년후견인등을 선임하지 않은 채 요보호성년을 돌보는 가족들에게도 적절한 범정의 보호제도가 제공될 수 있게 해야 한다. 또한 법정후견제도와 임의후견제도를 양립할 수 있는 제도로 만들어야 하며, 각각의 내용도 보다 다양하게 해야 할 것이다.

셋째, 보호내용의 면에서 성년후견제도가 실행되는 매 단계마다 요보호성년의 의사를 최대한 존중하는 장치가 마련되어야 할 것이다. 법정성년후견인의 선임단계에서는 의사결정능력 있는 상태에서 표명한 요보호성년의 의사를 존중해야 할 것이며, 그런 의견표명이 없으면 현재의 본인의 감정과 희망을 존중해야 할 것이다. 보호제도의 개시 후에도 요보호성년 스스로 의사결정할 수 있도록 지원·조력하여야 할 것이다. 법정성년후견인 또는 임의후견인이 본인을 대신하여 의사결정을 할 때에도 그의 희망과 감정, 신념과 가치를 존중하여야 할 것이다. 이런 내용이 제도화되어야 한다는 것이다.

이러한 원칙을 가지고 성년보호제도를 형성하고자 한다면, 제3자 보호를 위해 성년후견제도를 공시해야 한다거나, 어떻게 공시할 것인가의 문제 등은 매우 지엽적인 문제에 불과할 것이다. 우리는 ‘재산’이 아니라 ‘의사결

59) 이것이 정신능력법의 입법목표 중의 하나였음은 J. McHale/M. Fox, 앞의 책(註 31), p.331 참조.

60) 비판적 사회사업이론과 실천을 목표로 하는 반억압주의 사회복지실천가의 입장에서 영국의 정신능력법이 반억압주의적 가치에 입각하고 있음을 인정하는 것도 주목할 만하다. J. Dalrymple/B. Burke, 앞의 책(註 19), p.91 참조.

정'의 존중이 성년후견제도의 핵심임을 다시 한 번 강조하고자 한다.

주제

성년후견제도, 정신능력법, 정신보건법, 요보호성년, 법정후견, 임의후견, 영속적 대리, 지속적 대리, 의사결정의 존중
Adult Guardianship System, The Mental Capacity Act, The Mental Health Act, Incapacitated Adult, Adult guardianship, Lasting Powers of Attorney(LPA), Enduring Powers of Attorney(EPA), respect of self-decision-making

《참고문헌》

I. 국내문헌

백승흠, 『성년후견제도』(푸른세상, 2005).

_____, “성년후견제도의 입법방향,” 『민사법학』 제18호(2000. 05), 한국민사법학회. 성년후견제도연구회, 『성년후견제도연구』(사법연구지원재단, 2007).

통계청, “2007 고령자통계”.

보건복지부(<http://www.mohw.go.kr/>) 통계자료 ‘전국장애인 등급별 유형별 등록현황’. 법원행정처, 『사법연감』(2001-2005).

II. 외국문헌

中山泰道, “イギリス成年後見法改正の動向,” 『成年後見法研究』 第2號(2005), 日本成年後見法學會.

菅 富美枝, “英國・新成年後見制度の一考察-わが國における任意後見活性化の手がかりとして-,” 『實踐 成年後見』 No.18(2006. 7), 民事法研究會.

須永 醇, “成年後見制度の解釋運用と立法的課題,” 『成年後見法研究』 第2號 (2005), 日本成年後見法學會.

新井 誠, 『高齢社會の成年後見法』(有斐閣, 2000).

Code of Practice, London: TSO (The Stationery Office).

Department for Constitutional Affairs(DCA), Mental Capacity Act 2005.

Jane Dalrymple and Beverley Burke, Anti-Oppressive Practice, Open University Press, 2006.

Jean McHale and Marie Fox, Health Care Law, LONDON SWEET & MAXWELL, 2007.

Jonathan Herring, Family Law, 3rd., Lexis Nexis, 2007.

Peter Bartlett, The Mental Capacity Act 2005, Oxford University Press, 2005.

III. 인터넷 검색 자료

www.publicguardian.gov.uk

<http://www.nccusl.org>

www.legifrance.gouv.fr

<http://international.westlaw.com>

Discussion on the Reform of Korean Adult Guardianship System and Implication of The Mental Capacity Act 2005

Je Cheol-Ung* & Park Ju-Young**

Self-decision-making and communication with others are the key point of a person's life. Therefore, the Adults who lose mental ability or have incompetent mental ability(=incapacitated adults) needs special guardianship in order to live an integrative life as a member of society. The guardianship of korean Civil Code(KCC) provides safeguards by allowing guardian to administer the property and affairs of incapacitated adults. But, the guardianship of KCC focuses mainly on the protection of mental-disordered adults. Therefore Stigma accompanies the guardianship. In addition, the matters concerning personal welfare of incapacitated adults are out of protection. So a new guardianship system and a kind of lasting power of attorney system are needed to protect wholly the incapacitated adults.

This article explains the main features and contents of the Mental Capacity Act 2005 of England, which is supposed to substitute the Enduring Powers of Attorney Act(EPAA) 1985 and the Part 7 of the Mental Health Act(MHA) 1985. Compared to EPAA and MHA, this Act enlarges the protection scope of incapacitated adults to the personal welfare matters. In addition, it provides various protection means such as a deputy, a independent mental capacity advocate and a lasting power of attorney. The Aim of Mental Capacity Act which has been enforced since 2007 is to help the incapacitated adults make their own decision. When someone needs to do an act or make a substituted decision instead of an incapacitated adult, she or he should do or make it in the best interest of an incapacitated adult. According to this Act(sec. 4 (6)), then, the hope,

feelings, beliefs and values of an incapacitated adult should be taken into full consideration. It aims at helping an incapacitated adult live the same or similar life as usual even when she or he loses mental ability or has incompetent mental ability. The implication of the Mental Capacity Act 2005 of England to the reform discussion on our Adult Guardianship System is under what ideology and aim we should organize Adult Guardianship System. The most important part exists in helping the incapacitated adults make themselves their own decision. In addition, in the part of reality, Adult Guardianship System focusing on "human" and respecting self-decision-making of the incapacitated adults should be institutionalized instead of legal incompetence system focusing on just "property". Under this aim, the way, realm and content of guardianship should be judged.

First, in the aspect of the realm of guardianship, many things that have drawn little attention in the discussion of present Adult Guardianship System should be discussed such as a remedy under the emergency which limits decision-making, the continuance of life in coma, the way to respect decision made even when forced to be treated as a psychic patient.

Second, in the aspect of the method of guardianship, diverse forms guardianship should be provided in accordance of the needs of incapacitated adults and their family members who take care of them. More than anything else, even when family members take care of the incapacitated adults without selecting legal adult guardian, appropriate statutory protective system should be provided. In addition, legal adult guardianship system should be compatible with a kind of lasting power of attorney system and diversity of content is needed as well.

Third, in the aspect of the content of guardianship, the guardianship that respects the decision of the incapacitated adults should be provided. To sum up, it should be kept in mind that the bottom-line of Adult Guardianship System which we expedite the enactment of lies not in property but in the respect of decision-making.

* Professor, College of Law, Hanyang University.

** Candidate for Ph.D, Korea University.

민법시행 이전에 開始된 상속과 相續回復請求權의 除斥期間 민

박 세 민*
(Sea Min PARK)

<차

I. 서 론	IV. 상속회복청구권의 본질
II. 판결내용	V. 민법부칙의 해석론과 제2판결
III. 판례와 학설	VI. 결 론

I. 서 론

상속회복청구권은 청구권의 법적인 성격, 청구권자와 의무자, 그 행사방법, 회복의 범위 등 그것의 해석에 필수적으로 요구되는 사항이 많은 복잡한 영역임에도 불구하고 규정 자체는 매우 단순하게 구성되어 있다. 그리고 이 글에서 다루고자 하는 상속회복청구권의 기간제한규정의 문제도 이 청구권의 해석상 매우 중요한 쟁점이라고 할 수 있겠는데, 이것은 그간 위헌판결¹⁾과 일부개정²⁾ 및 전원합의체판결³⁾을 거치며 다른 것들에 비해 매우 가시적인 변화를 겪어왔다는 특징을 가지고 있다. 그런데 이런 변화는

* 대법원 전문계약직재판연구원, 법학박사.

1) 헌법재판소 2001.7.19. 선고 99헌바9·26·84, 2000헌바11, 2000헌가3, 2000헌가23(병합) 결정.

2) 2002년 1월 14일 개정 법3723호.

3) 대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결.

상속회복청구권의 제도적 의의와 기능을 종전과 달리 새롭게 해석해야 한다는 의미로도 받아들여진다.

특히 상속회복청구권의 제척기간과 관련하여 최근에 나온 대법원판결들에서 그런 측면이 감지된다. 이 청구권의 제척기간이 법률관계의 조속한 해결을 위한 것이라는 점에는 어느 정도 공감대가 형성되어 있지만, 이 판결들을 통해 상속회복청구권의 제척기간의 문제가 청구권의 본질과도 깊이 관련되어 있을 인식하게 되는 것이다. 이 글은 동일한 사안에 대해서 과거 환송과 상고를 거듭하고 있는, 대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결⁴⁾이하 “제1판결”이라 한다⁴⁾과 대법원 2007. 4. 26. 선고 2004다5570 판결⁵⁾이하 “제2판결”이라 한다을 계기로, 기간제한규정의 관점에서 상속회복청구권 자체의 본질을 검토해가고자 한다.

먼저 위 두 판결의 개략적 내용으로부터 문제영역을 도출해내고(II), 그 간 축적된 판례이론과 학설을 중심으로 상속회복청구권의 구체적 내용을 정리한 다음(III), 제척기간과 관련된 상속권의 의미를 검토하기로 한다(IV). 이에 덧붙여 민법상의 경과규정을 중심으로 상속에 관한 사항을 세분화하여 검토한 후(V), 적절한 결론으로 마무리하고자 한다(VI).

II. 판결내용

1. 사실관계 및 소송의 경과

위의 두 대법원판결은 동일한 사실관계를 바탕으로 한 것으로, 사안을 간단히 정리하면 다음과 같다. 이 사건의 피상속인 A는 1950년경에 사망했으나 1960년에 사망한 것으로 신고되어 있었다. 그런데 A의 자녀 중 한

4) 이 전원합의체 판결에 대한 판례평석으로, 윤진수, “相續回復請求權의 消滅時效에 관한 舊慣習의 違憲 與否 및 判例의 遡及效 -대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결(公 2003하, 1785)-,” 比較私法 제11권 2호 (통권 25호) (2004), 275 이하; 李和淑, “相續回復請求權의 時效에 관한 慣習法의 效力 - 대법원 2003.7.24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결 -,” 家族法研究 第18卷 1號, (2004), 249 이하.

5) 법원공보 불게재 및 대법원 홈페이지 “종합법률정보” 불게재.

명인 B가 A의 사망신고가 실제보다 늦추어져 있는 것을 기화로, A가 생전에 C를 양자로 들인 것처럼 하여 C를 A의 호적에 입적시켰다. 그러나 입적 당시에 C는 이미 사망해 있었고, 입양신고가 이루어진 후인 1974년에 사망한 것으로 신고되었다. A의 명의로 소유권보존등기가 경료되어 있던 이 사건 토지는 여러 과정을 거쳐 C의 자녀 앞으로 소유권이전등기가 경료되었다. 이 사건의 原告들은 C가 호적부상 양자로 기재된 것은 허위사실에 기초한 것이므로, C의 자녀들이 상속을 원인으로 한 소유권이전등기는 원인무효이고, 이에 터잡아 이루어진 被告 명의의 소유권이전등기 역시 원인무효의 등기라고 하며, 피고에 대해 진정명의회복을 위한 소유권이전등기 절차의 이행을 구하였다.

제1판결의 원심⁶⁾은 원고들의 청구를 민법이 정하는 상속회복청구의 소에 해당한다고 하였다. 그리고 “민법 시행 전의 상속회복청구권은 그 침해를 안 날로부터 6년, 상속이 개시된 날로부터 20년이 경과하면 소멸하는 것이 관습”이므로, 이 사건에서 B가 사망함으로써 상속이 개시된 6.25사변경부터 20년이 경과한 후인 1998년 3월 18일에 제기된 이 사건 소는 부적법하다고 하였다.

이어 전원합의체로 이루어진 제1판결에서 다수의견은 위 기간에 관한 관습법에 관습법으로서의 효력을 인정할 수 없다고 하였다. 즉 위 “상속이 개시된 날로부터 20년이 경과하면 소멸”한다는 관습법은 “헌법을 최상위 규범으로 하는 전체 법질서”에 반하는 것으로 합리성과 정당성을 인정할 수 없다는 것이다. 이처럼 다수의견이 합리성과 正當性의 관점에서 위헌을 주장하였다면, 반면에 소수의견은 規範的 근거에서 위헌을 인정하지 않으려 한다. 이를테면 이미 법원에 의해 그와 같은 관습이 법적 규범으로서 성립하고 존재하고 있음을 수차 확인·선언된 바 있고, 특히 조선민사령과 민법 부칙의 규정이 그와 같은 관습법의 적용을 규정하고 있다는 것이다.

파기환송된 이 사건은 이제 위 대법원의 위헌판단에 근거하여 민법 제 999조의 단기기간에 대해서만 심리가 이루어졌다. 제2판결의 원심⁷⁾은 상속회복청구권이 “그 침해를 안 날로부터 3년”을 경과하면 소멸한다고 전제하고, 이 사건에서 적어도 1994년 12월경에 원고들이 C의 자녀들이 참칭상속인으로서 자신들의 “상속권”을 침해하고 있음을 알았다고 보아야 하므로, 그로부터 3년이 경과한 후인 1998년에 제기된 이 사건 소는 부적법하다고 판단하였다. 이에 원고들은, 이 사건의 경우에는 상속이 개시된 당시인 1950년경의 관습법에 따라 “침해를 안 날로부터 6년”의 기간이 적용되어야 하는데도 불구하고 위와 같이 판단한 위 원심판결에 불복하여, 결국 이 사건의 제2판결에 이르게 되었다.

제2판결은 기본적으로 원고들의 상고이유를 그대로 받아들인 것이라고 할 수 있다. 즉 “제정 민법 부칙 제25조 제1항이 ‘본법 시행 전에 개시된 상속에 관하여는 본법 시행일 후에도 구법의 규정을 적용한다’라고 규정하고 있는바, 제정 민법 시행 전에 개시된 상속에 관한 상속회복청구권은 위 부칙 제25조 제1항에 의하여 제정 민법 시행 전의 구법인 구 관습법의 적용을 받고, 구 관습법상 상속회복청구권은 상속인이 상속권의 침해사실을 안 때로부터 6년이 경과하면 소멸한다고 할 것”이라고 판시하였다.⁸⁾

2. 문제제기

위의 두 대법원판결은 기간경과에 따른 상속회복청구권의 소멸을 다룬 것이다. 그리고 그 중 제1판결은, 민법이 시행되기 이전에 이미 판례를 통해 수차 확인된 바 있는 상속회복청구권에 관한 관습법의 존재를 확인하고 그 일부를 위헌이라고 판단한 것이다. 그리고 제2판결은 민법 부칙의 경과규정을 통해 상속회복청구권에 적용할 준거법을 정하는 규칙을 확인한 것이다.

우선 민법 부칙에 관한 사항을 살펴보면 다음과 같다. 1958년 제정된 민법의 부칙 제2조는 “본법은 특별한 규정이 있는 경우 외에는 본법 시행

6) 대구지법 2001. 6. 20. 선고 2000나11858 판결. 그런데 이 원심은 관습법에 의하면 20년의 기간이 소멸시효로 해석되어야 할 것인데도, 판결문에서는 제척기간이 경과하였다고 하고 있다. 참고로 관습법상의 상속회복청구권의 소멸시효기간을 적용한 대법원판결로는, 대법원 1981. 1. 27. 선고 80다1392 판결; 대법원 1991. 4. 26. 선고 91다5972 판결; 대법원 1996. 7. 12. 선고 96다6752 판결.

7) 대구지법 2003. 12. 24. 선고 2003나10696 판결.

8) 그 결과 이 사건은 다시 파기환송되어 현재 원심법원에 계속중이다.

일 전의 사항에 대하여도 이를 적용한다. 그러나 이미 구법에 의하여 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다”고 하여, 원칙적으로 소급효는 인정되지 않음에 있어서는 영향을 미치지 않는 것으로 하였다. 그런데 상속에 관해서만은 별도의 규정이 적용되도록 하였다. 부칙 제25조 제1항은 “본법 시행일 전에 개시된 상속에 관하여는 본법 시행일 후에도 구법의 규정을 적용한다”고 하여, 상속개시로 일단 발생한 상속인의 권리가 신법에 의해 변경 또는 제한될 수 없게 한 것이다.

여기에서 상속회복청구권과 관련된 구법이란 것은 바로, 조선고등법원판결⁹⁾과 그 취지를 계승한 대법원판결에 의해 수차 확인되어온 慣習法, 즉 “현행 민법시행 전에 있어서 상속회복청구권은 상속권의 침해사실을 안 때로부터 6년이 경과하거나, 상속이 개시된 때로부터 20년이 경과하면 소멸”¹⁰⁾한다는 것을 의미한다. 제1판결은 구법으로 확인된 6년, 20년의 기간 제한규범 중 長期間, 즉 20년에 관한 것을 위헌이라고 한 것이며, 제2판결은 민법 부칙 제25조를 통해 그 구법 중의 短期間, 즉 6년 기간을 적용한 사례이다.

그렇지만 제2판결과 관련하여 좀더 생각해보아야 할 점이 있다. 민법상의 상속회복청구권을 행사제함에 관한 期間이 논의의 중심에 있는 만큼, 민법 부칙상의 “기간에 관한 경과규정”도 함께 고려되어야 할 것이기 때문이다. 부칙 제8조는 제1항은 “본법 시행당시에 구법의 규정에 의한 시효기간을 경과한 권리는 본법의 규정에 의하여 취득 또는 소멸한 것으로 본다”고 하고, 동조 제2항에서는 시행 당시 위 기간을 경과하지 않은 권리는 “본법의 시효에 관한 규정을 적용한다”고 하고 있다. 그리고 동조 제4항에 의해 이 두 조항은 “시효기간이 아닌 법정기간”에 준용되고 있다. 상속회복청구권의 행사기간을 소멸시효기간으로 볼 것인지 제척기간으로 볼 것인지 여부도 분명해져야 하겠지만, 전자이든 후자이든 모두 부칙 제8조와 관련지어 논의되어야 하는 것만큼은 분명하다.

우선 상속회복청구권과 관련하여 현재 적용될 가능성이 있는 규범을 살

펴본다면, 舊法の 측면에서는 6년과 20년의 기간 중에 후자가 제1판결의 위헌판단으로 인해 적용될 수 없게 되었고, 오직 “침해를 안 날로부터 6년”이라는 短期間만이 적용될 수 있는 상태로 남아 있다. 다른 한편으로 新法の 적용가능성과 관련하여서는, 2002년에 개정된 제999조는 이 사건에 소급적용될 수 없고,¹¹⁾ 개정전 제999조에 의하여 준용되던 제982조 제2항 중 “상속이 개시된 날로부터 10년”의 부분이 헌법에 위반된다고 한 위 헌법재판소 결정은 이 사건에도 영향이 있다.¹²⁾ 따라서 이 경우에도 “침해를 안 날로부터 3년”이라는 短期 규정만이 적용가능한 상태에 있게 된다.

이와 같은 내용을 전제로 하여 만일 제2판결의 이론구성에서 완전히 배제되었던 민법 부칙 제8조가 적용된다면 어떤 결론에 이르게 될까. 원심에서 인정된 사실관계에 따라 1994년 12월경에 진정상속인임을 주장하는 원고가 상속권침해를 알았다고 한다면, 이것은 부칙 제8조 제2항이 전제로 하는 상황에 해당하는 것이므로 제2판결의 결론과는 달리 현행법, 즉 新法이 적용된다. 따라서 상속침해를 안 날로부터 3년이 경과한 1998년 3월에 처음 제기된 이 사건의 소는 부적법한 것으로 결론짓게 되는 것이다.

문제상황은 다음과 같이 요약된다. 이 사안에 대해 제2판결의 판시내용처럼 민법 부칙 제25조를 적용하여 구법인 관습법을 적용할 것인지, 그렇지 않고 부칙 제8조에 의해 현행 민법의 규정을 적용할 것인지를 판단하는 것이다. 그리고 그 논의의 중심에는 부칙 제25조가 규정하는 “상속에 관하여”를 어떻게 해석할 것인지 여부가 결정적으로 작용한다. 그렇지만 이 문제에 대한 해답을 구하기 위해서 우선, 현재까지 축적된 상속회복청구권 일반에 관한 판례이론과 학설현황을 간략하게 정리하여 이후에 전개될 논의의 전제로 삼는 것이 필요하다.

9) 朝鮮高等法院 昭和12(1937).8.27. 判決(錄 第24卷 317頁); 朝鮮高等法院 昭和14(1939).6.30. 判決(錄 第26卷 276頁).

10) 대법원 1981. 1. 27. 선고 80다1392 판결; 대법원 1991. 4. 26. 선고 91다5792 판결; 대법원 1998. 4. 24. 선고 96다8079 판결.

11) 2002년 1월 14일에 시행된 개정 민법 부칙 제2항에서 불소급효를 명시하고 있다.

12) 이 사건 재판의 계속중에 위헌결정이 내려졌다. 대법원 1993.1.15 선고 92다12377 판결 참조.

III. 판례와 학설

1. 판례현황

판례가 실시하는 상속회복청구권의 구체적 내용과 기능은 다음과 같다.

① 상속회복청구의 소의 상대방인 참칭상속인은 “정당한 상속권이 없음에도 재산상속인임을 신뢰케 하는 외관을 갖추거나 상속인이라고 참칭하면서 상속재산의 전부 또는 일부를 점유함으로써 진정한 상속인의 재산상속권을 침해하는 자”¹³⁾로서, 재산의 점유를 주장하는 원인은 반드시 상속이어야 한다. 그래서 피고가 분쟁대상이 되는 재산을 “매수한 사실이 없음에도 불구하고” 그런 사유가 있는 것처럼 주장¹⁴⁾하며 소유권이전등기를 마친 경우에는 상속회복청구의 소와 무관하다고 하고, 그것에 대한 판단은 “권리관계를 외부에公示하는 등기부의 기재”¹⁵⁾에 의해야 한다고 한다.¹⁶⁾ 유산상속권이 인정되지 않는 사후양자나 정식으로 입양되지 아니한 유산상속권이 없는 양자로 행세한 것만으로는 민법 제982조의 의미에서의 참칭이 될 수 없다고 하고 그의 상속재산처분행위도 민법 제999조에서 의미하는 재산

상속의 침해에 해당하지 않는다¹⁷⁾고 한다.

② 또 참칭상속인의 구체적 범위와 관련하여, “진정한 상속인임을 전제로 그 상속으로 인한 소유권 또는 지분권 등 재산권의 귀속을 주장”¹⁸⁾해야 한다고 하여, 통상적 의미의 참칭상속인뿐만 아니라 “자기들만이 재산상속을 하였다는 일부 공동상속인”¹⁹⁾이 포함된다. 그리고 “참칭상속인으로부터 상속재산에 관한 권리를 취득하거나 새로운 이해관계를 맺은 제3자를 상대로” 상속재산인 부동산에 관한 등기의 효력을 다투는 것²⁰⁾까지 인정하고 있다.

③ 그러므로 위 범위에 해당하는 자들의 “그 소유권 또는 지분권이 귀속되었다는 주장이 상속을 원인으로 하는 것인 이상 그 청구원인 여하에 불구하고”²¹⁾ 민법 제999조의 상속회복청구의 소에 해당한다고 하고 있다. 그리고 상속회복청구권과 물권적 청구권의 경합을 인정하지 않는데, 대법원²²⁾은 상속회복청구권이 제척기간의 경과로 소멸한 이상 참칭상속인은 상속개시일로 소급하여 상속인의 지위와 함께 “상속재산의 소유권”을 취득하게 된 이상, 소유권에 기한 물권적 청구권은 가능하지 않다고 하였다.

④ 상속회복청구의 소에 있어서 진정한상속인과 참칭상속인이 각각 주장하는 “피상속인이 동일인임을 요”한다.²³⁾

13) 대법원 1991. 2. 22. 선고 90다카19470 판결; 대법원 1992. 10. 9. 선고 92다11046 판결; 대법원 1994. 11. 18. 선고 92다33701 판결; 대법원 1997. 1. 21. 선고 96다4688 판결; 대법원 1997. 5. 28. 선고 97다8045,8052 판결; 대법원 1998. 3. 27. 선고 96다37398 판결; 대법원 2004. 12. 24. 선고 2004다43442 판결 등.
 14) 대법원 1982. 1. 26. 선고 81다851, 81다832 판결; 대법원 1987. 6. 23. 선고 86다카1407 판결; 대법원 1993. 9. 14. 선고 93다12268 판결; 대법원 1998. 10. 27. 선고 97다38176 판결; 대법원 2004. 6. 11. 선고 2004다17849 판결; 대법원 2004. 12. 24. 선고 2004다43442 판결.
 15) 대법원 1997. 1. 21. 선고 96다4688 판결.
 16) 다만 소유권보존등기의 경우에는 등기부상 등기원인이 기재되지 않기에 소유권이전등기와 함께 볼 수는 없으므로, 대법원 1992. 10. 9. 선고 92다11046 판결, 1993. 2. 26. 선고 92다3083 판결; 2003. 2. 11. 선고 2002다37320 판결은 부동산소유권이전등기등에관한특별조치법 등에 의하여 소유권보존등기가 경료된 경우에 그 보존등기신청서와 이에 첨부된 확인서와 보증서 등에 매매나 증여 등을 그 소유권취득의 원인으로 기재한 경우에는 그 등기명의자를 참칭상속인이라고 볼 수 없고, 상속을 그 원인으로 기재한 경우에는 참칭상속인으로 보고 있다.

17) 대법원 1987. 7. 21. 선고 86다카2952 판결.
 18) 대법원 1991. 2. 22. 선고 90다카19740 판결; 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다5740 전원합의체 판결; 대법원 2003. 5. 30. 선고 2002다43578 판결; 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003다49832 판결; 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다26694 판결 등 다수.
 19) 대법원 1991. 2. 22. 선고 90다카19740 판결; 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다5740 전원합의체 판결; 대법원 1992. 10. 9. 선고 92다11046 판결; 대법원 1994. 10. 21. 선고 94다18249 판결; 대법원 2003. 5. 30. 선고 2002다43578 판결; 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003다49832 판결.
 20) 대법원 1984. 2. 14. 선고 83다카2056 판결; 대법원 1991. 2. 22. 선고 90다카19470 판결; 대법원 1992. 9. 1. 선고 92다22923 판결; 대법원 1993. 2. 26. 선고 92다3083 판결; 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다26694 판결.
 21) 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다5740 전원합의체 판결; 대법원 1992. 10. 9. 선고 92다11046 판결; 대법원 2003. 5. 31. 선고 2002다43578 판결; 대법원 2004. 7. 22. 선고, 2003다49832 판결; 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006다26694 판결.
 22) 대법원 1998. 3. 27. 선고 96다37398 판결; 대법원 2001. 10. 12. 선고 2001다23836, 2001다23843(병합) 판결 참조.
 23) 대법원 1994. 4. 15. 선고 94다798 판결; 대법원 1995. 4. 14. 선고 93다5840 판결; 대법원 1995. 7. 11. 선고 95다9945 판결.

⑤ 제척기간의 경과여부는 법원의 직권조사사항이지만,²⁴⁾ 3년 기간의 기산점이 되는 “침해를 안 날”의 입증책임은 기간의 완성을 주장하는 자에게 있다.²⁵⁾ 제척기간이 경과함으로써 상속회복청구권이 소멸하게 되면 “상속인은 상속인으로서의 지위 즉 상속에 따라 승계한 개개의 권리의무 또한 총괄적으로 상실하게 되고, 그 반사적 효과로서 참칭상속인의 지위는 확정되어 참칭상속인이 상속개시의 시로부터 소급하여 상속인으로서의 지위를 취득”²⁶⁾한다.

그런데 판례는 상속회복청구의 상대방은 적어도 상속의 사실상의 외관을 갖출 것을 요구한다. 즉 ⑥ “사망자의 상속인이 아닌 자가 상속인인 것처럼 허위 기재된 위조의 제적등본, 호적등본 등을 기초로 하여 상속인인 것처럼 꾸며 상속등기가 이루어진 사실만으로는 민법 제999조 소정의 참칭상속인에 해당한다고 할 수 없”²⁷⁾다는 것이다. 이처럼 문서를 위조하여 상속인의 신분을 창출한 경우에 참칭상속인임을 부정하여 피고적격을 부정하고 있는 것은, 이런 자들까지 상속회복청구권의 기간제한의 혜택을 누림으로써 부당하게 재산을 차지하는 결과를 막아보려는 암묵적 시도이다.

2. 독립권리설과 집합권리설

민법상 규정된 상속회복청구권은 그 성질을 가리켜 통상 소유권에 기한 물권적 청구권²⁸⁾의 일종이라고 이해되고 있으면서도 일반적인 의미의 소유물반환청구권과 달리 거기에 일정한 기간제한을 두고 있다는 점이 늘 문제가 된다.²⁹⁾ 물권적 청구권은 물권의 실효성을 확보하기 위한 것으로 어디

까지나 진정한 권리자를 보호하기 위한 것이어야 하며, 그래서 소유권에 기한 물권적 청구권은 소멸시효에 걸리지 않는다고 하는 것이 통설이다.³⁰⁾ 그런데 상속회복청구권의 기간규정에 문제를 제기하는 입장에 의하면 그와 같은 성격을 지닌 상속회복청구권에 유독 기간규정을 두어 권리행사를 제한하는 것은 진정한 권리자를 보호하고자 하는 물권적 청구권의 궁극적인 취지에 반한다는 것이다. 그리고 실제로 이 사건과 관련하여 개정전 민법 제999조에 의하여 준용되던 제982조 제2항 중 “상속개시일로부터 10년”의 기간을 위헌이라고 한 헌법재판소 2001. 7. 19. 선고 99헌바9·26·84 결정에서도, 이 제도는 “상속에 관한 법률관계의 조속한 확정을 위한 것”이라고 하고 있을 뿐,³¹⁾ 진정한 권리자의 보호는 특별히 강조되지 않았다. 다시 말해 상속회복청구권은 진정한 권리자 보호와는 사실상 거리가 있다.

설령 상속회복청구권이 물권적 청구권의 성격을 지닌다고 하더라도 형식상 양자는 서로 구분되는 별개의 제도이다. 또 민법에는 이 물권적 청구권 외에도 권리자가 자기 권리를 침해하는 자에게 요구할 수 있는 다양한 청구권들이 마련되어 있다. 그리고 이 다양한 개별적 청구권들과 여기 상속회복청구권이 어떻게 다른 것인지, 그 관계를 둘러싸고 크게 두 학설³²⁾로 대립해왔다. 상속회복청구권이라는 제도의 본질에 관한 문제와도 관련된 이 학설들을 간단히 언급하면 다음과 같다.

먼저 獨立權利說(또는 “包括的 權利說”³³⁾³⁴⁾은 請求權의 基礎(請求原因)에 있어서 相續回復請求權과 個別的·物權的 請求權은 그 본질이 전혀 다르다고 한다. 후자의 청구권은 구체적인 재산상 권리인 반면, 상속회복청구권

선부분은 필자가 임의로 생략한 부분임)“하라고 하였다.

30) 民法注解 V 物權(2), 物權的 請求權(梁彰洙 집필부분) (1992), 195-196.

31) 이 점은 대법원 1994. 10. 21. 선고 94다18249 판결; 대법원 1997. 7. 22. 선고 97다15548 판결 등의 대법원판결에서도 반복적으로 확인되고 있다.

32) 그 밖에도 상속자격확정설, 상속자격확정설과 재산반환청구권설의 절충설, 소권설 등이 있으나, 여기에서는 대표적인 두 학설만 언급하기로 한다. 이들 학설분류와 그 구체적인 내용에 관해서는, 尹眞秀, “相續回復請求權의 性質과 그 除斥期間의 起算點,” 裁判의 한길: 金容俊 憲法裁判所長 華甲紀念 (1998), 487 이하; 李和淑, “相續回復請求權과 物權的 請求權과의 關係,” 考試研究 (1998), 20-24 참조.

33) 郭潤直, 相續法[民法講義VI] (2004), 162.

34) 대표적으로, 朴秉濠, “相續回復請求權 管見,” 民法學論叢 厚巖郭潤直教授華甲紀念 (1985), 834에서 당시의 다수설로 설명하고 있다.

24) 대법원 1993. 2. 26. 선고 92다3083 판결.

25) 대법원 2004. 4. 27. 선고 2002다67680 판결.

26) 대법원 1994. 3. 25. 선고 93다57155 판결; 대법원 1998. 3. 27. 선고 96다37398 판결.

27) 대법원 1993. 11. 23. 선고 93다34848 판결; 대법원 1994. 1. 14. 선고 93다49802 판결; 대법원 1997. 4. 25. 선고 96다54935 판결.

28) 헌법재판소 2001. 7. 19. 선고 99헌바9·26·84 결정에서 이 점을 확인하였다.

29) 이 점은 제1판결의 다수의견에서도 확인되고 있다. 상속개시시로부터 20년이 경과하면 상속회복청구권이 소멸한다는 관습에 대해, “[...]이는 소유권은 원래 소멸시효의 적용을 받지 않는다는 권리의 속성에 반할 뿐 아니라 진정한 상속인으로 하여금 참칭상속인에 의한 재산권침해를 사실상 방어할 수 없게 만드는 결과로 되어 불합리[...]”

은 청구인의 상속자격을 보호하기 위한 제도이므로 소송에서는 그 상속자격에 관한 단순한 증명과 회복할 재산이 상속재산에 포함되어 있었다는 증명만을 요한다는 것이다. 이 학설에 의하면 상속회복청구권과 물권적 청구권은 청구권경합관계에 있으므로, 후자의 권리를 주장하는 경우에는 상속회복청구권에 대한 기간규정이 적용되지 않는다.³⁵⁾

이에 반해 현재 판례³⁶⁾와 다수설의 입장으로 판단³⁷⁾되는 集合權利說³⁸⁾에 의하면, 상속회복청구권은 상속재산을 구성하는 개개의 財産에 관하여 생기는 개별적 청구권의 집합에 지나지 않는다고 한다. 즉 상속권의 침해라는 것은 곧 개별적 권리의 침해이며, 상속회복청구권은 편의상 그 모든 개별청구권을 대신하여 하나의 청구권으로 다루는 것에 지나지 않는다는 것이다. 상속재산반환청구권은 상속재산을 포괄적으로 청구하든, 일부의 특정재산에 대하여 개별적으로 청구하든, 참칭상속인에 대한 것이든, 제삼취득자에 대한 것이든, 명칭 여하를 불문하고 상속을 원인으로 하여 청구한 것이라면 그것에 해당한다는 것이다. 그러므로 이 학설은 상속회복청구권과 물권적 청구권과의 경합을 인정하지 않는다.

두 학설의 기본적 차이는 제999조의 법문상 상속회복청구권을 통해 보호하고자 하는 “相續權”을 어떻게 이해하느냐에 있다. 즉 상속권을 相續人의 資格 내지 地位로 본다는 입장과 그렇지 않고 상속으로 인해 취득한 財産權으로 본다는 입장이다. 그리고 이 점은 이 청구권에 붙어 있는 기간의 기산점을 정하는 문제와도 밀접한 관련이 있다. 상속회복청구권을 상속인의 지위를 회복시키려는 獨立權利로 보게 되면, 권리가 행사되든 기간경과로 소멸하든 그 효과는 상속인의 지위를 최초로 얻게 되는 시점인 相續開始時로부터 시작하는 것이 바람직하다. 개별재산권에 대한 침해가 상속인의

지위에까지 영향을 미친다고 할 수는 없기 때문이다. 반면에 상속회복청구권을 개별재산에 대한 권리의 集合權利로 보게 되면, 그 기간경과의 기산점에 있어서도 상속재산에 대한 侵害時點이 중요한 의미를 가진다. 다만 상속재산 일부에 대한 침해를 전부에 대한 침해로 볼 것인지는 별도로 생각해볼 문제이다.

그렇지만 이론의 당부에 대한 판단은 유보하기로 한다. 그와 같은 학설 대립은 우리 상속회복청구권의 형성에 직·간접으로 영향을 미친 외국제도의 해석론을 기반으로 한 것이며,³⁹⁾ 우리 제도가 실제로 운용되고 있는 현상을 제대로 반영한 것이라고 보기 어렵다는 점도 그 하나의 이유가 된다. 더욱이 判例가 集合權利說의 입장을 확고히 하고 있다고 판단되는 이상, 그런 학설대립을 굳이 부각시켜 양자택일의 구도를 유지하는 것은 발전적 이론구성에 그리 도움이 되지 않는다고 여겨진다. 그런 것보다는 오히려 민법규정과 판례이론을 중심으로 “진정한 권리자의 보호”와 “거래의 안전”의 불가피한 갈등관계를 조금씩 조정해가는 것이 더 의미 있는 일이 아닌가 생각된다. 그것을 위해 먼저 이하에서는 제도를 구성하는 기본개념을 중심으로 검토하기로 한다.

IV. 상속회복청구권의 본질

1. 상속권

(1) 상속권의 의미와 범위 문제

민법상의 상속회복청구권에 관해서는, 그것이 진정한 상속인의 재산상 권리를 부당하게 희생시킬 수 있다는 점이 널리 인식되어, 이 제도의 적용범위를 가능한 한 좁혀보려는 노력이 이어져왔다. 예를 들어, 참칭상속인이 스스로 진정한 상속인이 아님을 알면서도 자신이 상속한 것이라고 주장하여 진정한 권리를 침해하였음에도 불구하고 상속회복청구권의 제척기간이

35) 대법원 1977. 11. 22. 선고, 77다1744 판결; 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다5740 전원합의체 판결의 대법관 이회창, 이재성, 배만운의 반대이견.

36) 대법원 1978. 12. 13. 선고 78다1811 판결; 대법원 1981. 1. 27. 선고 79다854 전원합의체 판결; 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다5740 전원합의체 판결 등 다수. 위 III. 1의 ③과 ⑥도 참조.

37) 金大元, “공동상속인을 상대로 한 상속재산에 관한 등기말소청구의 소가 상속회복청구권의 소에 해당하는지 여부와 상속회복청구권의 제척기간 (2004. 7. 22. 선고 2003다49832 판결: 공보불게제),” 대법원판례해설 2004 하반기(통권 제51호) (2005), 376, 각주 2.

38) 대표적으로 尹眞秀 (1998), 493; 金嘯洙, 親族·相續法-家族法- (2001), 478-479,

39) 일본의 학설에 관해서는 대표적으로, 潮見佳男, 相續法 (2005), 307 이하. 독일의 학설에 관해서는, Lange/Kuchinke, Erbrecht (2001), §40 III, 1055f.; Brox, Erbrecht (2001), Rn.596 참조.

경과되었다고 주장하는 것은 신의칙에 비추어 인정될 수 없다는 견해⁴⁰⁾가 있는가 하면, 상속회복청구권의 행사기간을 소멸시효로 해석하자는 견해⁴¹⁾도 있었고, 상속회복청구권의 상대방이 될 수 있는 자를 선의의 참칭상속인으로 제한하여 진정상속인을 보호하자는 해석론⁴²⁾과 더불어, 한 걸음 더 나아가 “相續權”이라는 권리를 전제로 하여 그것이 침해된 경우에 발생하는 상속회복청구권의 존재이유 자체에 대해 의문을 가지는 견해⁴³⁾도 있다.

진정한 권리자 보호가 상속회복청구권의 궁극적인 목적이어야 하는 것인지에 대한 의문은 일단 제쳐두고서라도, 통상 권리소멸에 관한 규정을 이해함에 있어서는 당해 규정에 대한 엄격하고 정밀한 연구가 선행되어야 할 것이다. 민법 제999조에 의하면 상속회복청구권은 “相續權”이 침해된 때에 진정한 상속인이 행사할 수 있는 권리라고 한다. 상속회복청구권의 본질에 대한 이해는 이 보호대상인 권리의 실체를 파악하는 일로부터 시작되어야 한다.

“相續”에 의해 상속인은 물권이나 채권 같은 권리는 물론이고 의무까지도 포함하는,⁴⁴⁾ 피상속인의 일체의 재산상의 지위를 포괄적으로 승계한다(민법 제1005조). 그리고 상속은 사망을 원인으로 하여 일정한 자로 하여금 물권을 취득하게 하는, 이른바 법률의 규정에 의한 물권변동의 원인이며, 이것은 당사자의사에 의한 물권변동과는 달리 부동산인 경우에도 별도로 등기를 요하지 않는다(민법 제187조). 이처럼 상속의 개시와 동시에 권리가 이전하도록 하고 있는 것은 일순간이나 상속의 특성상 부동산물권이 누구에게도 속하지 않는 상태를 방지하기 위한 것이다. 그러므로 상속과 같은 법률규정에 의한 권리변동에는, 그 제도를 통해 의도하는 바와 구체적 내용을 정확하게 파악해내는 것이 가장 중요할 것이다. 그런데 제999조에서 주목해야 할 점이 바로, 상속인이 소유권이나 임차권 같은 권리와 더불어 “相續權”이라는

것을 별도로 취득하는 것으로 전제로 하고 있다는 점이다.

민법에서 “상속권”이라는 용어를 사용하고 있는 곳은, 특별연고자의 재산분여청구권을 규정한 민법 제1057조의2를 제외하면 상속회복청구권을 규정한 민법 제999조가 유일하다. 이 특별연고자의 청구권은 “상속권을 주장하는 자가 없는 때”에 피상속인과의 특별한 연고를 주장하는 자에게 상속재산에 대한 권리를 주장할 수 있도록 한 제도이다. 그런데 그 법문상의 “상속권을 주장하는 자가 없는 때”라는 것은 “상속인의 부존재가 확정된 경우”⁴⁵⁾를 달리 표현한 것이므로, 결국 이 조문에서 추론되는 것은 ‘상속인은 상속권을 주장할 수 있다’는 단순한 명제에 지나지 않는다. 요컨대 특별연고자의 권리에 관한 이 규정만을 가지고는 상속권의 구체적 의미를 파악하기 적당치 않다.

민법을 통틀어 두 개의 조문에만 나타나는 용어임에도 불구하고, 이 상속권을 보다 일반적으로 개념정의 해보려는 시도가 이루어지기도 한다. 상속권을 “상속개시 후 확정적으로 상속인이 된 자의 법적 지위”처럼 좁게 이해하는가 하면,⁴⁶⁾ 그 범위를 확대하여 상속이 개시되기 전의 기대권으로서의 상속권, 상속을 승인하기 이전의 상속권과 승인 이후의 상속권, 이렇게 다중적 의미의 상속권을 인정하려는 견해⁴⁷⁾도 있다.

두 학설이 공통적으로 상속권을 인정하는 부분은 상속인이 상속을 승인한 후에 상속재산을 구성하는 권리의무를 이미 취득한 상태에 해당한다. 그런데 민법은 이처럼 ‘확정적으로 상속인이 된 자’에게, 포괄적 권리의무의 승계를 규정한 제1005조를 기초로 취득된 권리 자체를 주장할 수 있게 할 뿐더러, 또 공동상속인으로서 다른 공동상속인에 대해 자신의 지분권을 기초로 상속재산분할을 청구할 수 있게 하고 있다(민법 제1012조 이하). 그러므로 이 범주에서 상속인의 상속재산상의 권리는 굳이 “상속권”이라는 개념을 별도로 제시하지 않더라도, 자연인의 사망으로 그의 재산상 지위가 법률의 규정에 의하여 특정한 자에게 포괄적으로 승계하는 것⁴⁸⁾이라는 상속 자체의 효력에 기해 얼마든지 행사가능하다.

40) 尹眞秀 (1998), 505; 郭宗哲, “相續回復의 訴,” 判例研究 8집 (1998), 536.

41) 李和淑, “相續回復請求權 制度의 改善,” 家族法研究 第11號 (1997), 393.

42) 嚴東燮, “財産相續回復請求權에 관한 一考察 -法的性質과 相對方을 中心으로-,” 계명대학교 社會科學論叢 第4집 (1986), 234-235.

43) 尹眞秀, “相續回復請求權의 研究 -歷史的 및 比較法的 考察-” 서울대학교 法學 第41권 第1호 (2000), 206; 郭京直, “相續回復請求權論,” 裁判資料; 相續法の 諸問題 第78輯 (1998), 317.

44) 金疇洙 (2001), 510-523.

45) 郭潤直 (2004), 210.

46) 郭潤直 (2004), 7.

47) 金疇洙 (2001), 468.

48) 郭潤直 (2004), 3, 金疇洙 (2001), 467.

만일에 꼭 상속권이라는 개념을 적용하고자 한다면 오히려 확정적 권리 취득상태 이전의 권리, 즉 ‘상속을 승인함으로써 상속재산을 자기의 것으로 할 수 있는 권리’로 정해두는 편이 더 유용할지 모른다. 게다가 독일민법상의 “상속권(Erbrecht)”이라는 개념이 유용하게 쓰이는 곳도 바로 이 영역이기도 하다. 독일법에서 말하는 상속권이란 “상속인이 상속재산에 대한 권리를 취득하게 되는 권리들의 통일적인 법적 기초”⁴⁹⁾이며, 그렇게 설명하는 한도에서 개별적인 권리취득의 경우와는 별개의 권리로서의 상속권이 그 완전한 의미를 갖게 된다고 한다. 그래서 법률행위로 상속권이 양도될 수는 없으며, 설령 相續財産이 양도되더라도 相續權만큼은 원래의 상속인에게 남아 있다고 설명된다.⁵⁰⁾ 그런데 상속개시 후⁵¹⁾의 권리취득과정 전반에 미치는 법적인 통일성이 문제되는 것은 상속을 일체 포기하는 상속인의 권리에서 나타난다고 하며, 그래서 상속의 포기로 상속권을 상실한다⁵²⁾고 한다. 그렇지만 독일에서 이 상속권이 상속회복청구권(Erbschaftsanspruch)과 무관한 것도 아니다. 이 청구권은 요건상 “실제로 자신에게 귀속되지 않는 상속권을 기초로 상속재산으로부터 어떤 것을 취득한 자(jedem, der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt)”에 대해 청구할 수 있는 권리(독일민법 제2018조)이기 때문이다.

그런데 독일의 상속권이 우리 법에서 말하는 상속권과 같은 의미이라고 선불리 단정지어서는 안 된다. 물론 우리 학설 중에서도 위의 독일의 예처럼 상속권의 의미에 상속인의 지위까지를 포함시켜 넓게 해석하는 입장에서 상속포기를 상속권과 결부시켜 해석하는 견해⁵³⁾가 있다. 그렇지만 상속

포기를 설명하기 위해 꼭 상속인의 지위를 지칭하는 매개가 필요한 것인지는 의문이다. 무엇보다도 우리의 경우에 규정상 상속포기의 효과(제1042조 내지 1044조)가 재산적인 것에 국한되어 있으며,⁵⁴⁾ 조문체계로 보더라도 독일법과는 달리⁵⁵⁾ 상속인의 지위와 연관되어 있지 않기 때문이다.

어쨌든 이 글에서의 상속권의 의미는 상속회복청구권에 관련된 것에 한정되어야 할 것이므로, 복잡한 상속권의 의미를 단계적으로 구분해볼 필요가 있다. 우선 상속이 개시되기도 전에 막연히 상속인이 되리라 예상되는 자의 기대권 정도가 침해된 것이 제999조의 요건을 충족했다고는 할 수 없다. 또 상속을 승인하거나 포기하기도 전의 상속인의 불확정한 지위에서 상속회복청구권을 현실적으로 행사할 것이라고도 생각되지 않는다. 따라서 상속회복청구권이 문제되는 한도에서라면 그 발생의 기초가 되는 상속권이라는 것은 상속인의 지위가 확정된 상태에서 구체적으로 상속재산상의 권리를 取得한 상태를 가리킨다. 결국 다시 상속권이라는 개념의 유용성에 대한 회의로 이어지게 된다.

그렇지만 제999조가 상속권을 언급하고 있는 이상, 그 정의는 분명히 해둘 필요가 있다. 다만 민법, 적어도 상속법에 일반적으로 통용되는 상속권 개념은 더 이상 유지되기 어렵다고 생각된다. 민법상 단 두 개의 조문을 설명하기 위해 그런 포괄적인 의미의 상속권을 설정해야 할 이유가 없다. 그 무엇보다도 서로 이질적인 것들을 무리하게 하나의 개념 밑으로 포섭해야 할 특별한 사정이나 유용성을 찾기 어렵다. 상속회복청구권을 적용하기 위해 상속권이라는 개념이 필요하다면 그것만을 정의하면 된다.

판례상 상속회복청구권이 문제가 되고 있는 것은 거의가 부동산소유권에 관한 것이고, 그것은 법률의 규정에 의해 상속개시와 함께 상속인에게 귀속된다. 그렇다면 민법 제999조에 기해 회복하고자 하는 상속권이라는 것은 이 부동산소유권 같은 재산권만을 가리키는지, 아니면 상속인으로서의 자격 내지 지위까지를 포함하는 것인지, 상속권의 본질이 확실치 않은 현

49) MünchKomm/Leipold, Bd.9 (2004), Einleitung, Rn.3, S.8. 이 점은, 我妻榮·有泉亨·遠藤浩·川井健, 民法3 親族法·相續法 (2005), 323에서 설명하는 것처럼, 일본 상속회복청구권을 발생시키는 개개 재산권의 종류나 그 침해의 태양이 “상속권의 침해”라는 공통의 성격에 의해 통일된다는 해석과 상통한다고 생각된다.

50) MünchKomm/Leipold, Bd.9 (2004), Einleitung, Rn.3, S.8-9.

51) MünchKomm/Leipold, Bd.9 (2004), Einleitung, Rn.3, S.8. 우리의 경우에 상속권이 상속이 개시되기 이전의 기대권의 성격도 포함한다는 견해로, 金嘯洙 (2001), 467, 그것에 반대하는 견해로, 郭潤直 (2004), 7.

52) MünchKomm/Leipold, Bd.9 (2004), Einleitung, Rn.3, S.9.

53) 金嘯洙 (2001), 584는, 상속승인·포기를 위한 고려기간이 경과하여 “相續權確定”이 이루어지면 단순승인의 효과를 가진다고 설명하고 있다.

54) 郭潤直 (2004), 170.

55) 독일민법 제1942조 이하에 규정된 상속의 승인과 포기에 관한 조문들은 동법 제5편 제2장 “상속인의 법적 지위(Rechtliche Stellung des Erben)”의 제2절에 해당하므로, 상속을 포기하는 행위가 상속인의 지위와 관련되는 것으로 해석될 수 있다. 참고로 상속회복청구권(Erbschaftsanspruch)에 관한 동법 제2018조 이하의 규정들은 같은 장 제3절에 해당한다.

제로서는, 소유물반환청구권과 별도로 상속회복청구권을 두고 있다면 그 존재의 당위성의 측면도 생각해보아야 한다.

상속회복청구권을 별도로 둔 이유로, 상속은 당사자의사에 기한 물권변동이 아니므로 제삼자는 물론이고 당사자들조차도 그것을 쉽게 인식할 수 없다는 특징⁵⁶⁾이 있기 때문이라고도 설명되기도 한다. 물론 상속이라는 제도의 특성을 고려하여 상속회복청구권이 소유물반환청구권에 비해 진정상속인의 입증부담을 경감시킬 수 있는 것으로 일반적으로 언급되고 있는 것도 사실이다.⁵⁷⁾ 그렇지만 대다수의 판례에서 실제로 그런 측면이 크게 부각되고 있다는 확신은 들지 않는다.

다른 청구권 규정과 구분되는 제999조의 가장 큰 특색은 기간제한규정이다.⁵⁸⁾ 그리고 판례는 일관되게 그것이 제척기간임을 확인하고 있다. 상속권 개념을 찾아가는 방법으로 제척기간이라는 제도의 의미를 되새겨보는 것도 하나의 방법이라고 생각된다.

(2) 권리의 발생과 제척기간

상속회복청구권의 기간규정을 제척기간으로 보는 것은 이미 판례⁵⁹⁾의 확고한 입장이고, 그 점에 예외는 없다. 그리고 이것에 관해서는 상속에 관한 법률관계의 조속한 확정을 위한 것이라고 설명한다.⁶⁰⁾ 그리고 이 기간규정은 우리 상속회복청구권이 다른 입법례에 비해 참칭상속인과 그로부터 재산을 승계한 제삼자를 부당하게 우대하며 진정상속인의 권리를 경시한다는 비판⁶¹⁾의 빌미가 되어왔고, 그래서 위헌결정과 개정의 우여곡절을 겪어야 했

다. 그렇지만 그런 사정의 여하는 불문하더라도, 소멸시효에 걸리지 않는다는 소유권에 기한 물권적 청구권이나 소멸시효에 걸리는 권리인 부당이득반환청구권과 비교해볼 때, 제척기간은 이 청구권의 가장 뚜렷한 특징이다.

제도를 폐지하거나 근본적으로 개정하려는 입장이면 몰라도 그것을 유지하려는 입장을 고수하는 한, 그 기간의 장단을 가지고 제도 자체의 합리성과 정당성에 시시비비를 따지는 것⁶²⁾은 제도개선에 큰 의미가 없다고 생각된다.⁶³⁾ 그것보다는 그간에 드러난 가지적 단서들을 가지고 상호간에 적절한 연결고리를 마련하여 이 청구권의 본질을 완벽하게 재구성하는 작업이 더 필요하지 않을까 여겨진다. 어차피 상속회복청구권의 제척기간이란 것도 “시간의 경과라는 일률적 기준을 요건으로 하지 않을 수 없는 것에 따르는 「불가피한 대가(necessary price)」”⁶⁴⁾의 측면을 감수하지 않을 수 없는 것이기 때문이다.

除斥期間은 일단 권리가 존속하는 기간으로 설명되지만, 용익물권이나 임차권 같은 권리가 존속하는 기간과는 분명 다르다. 이와 달리 권리를 행사할 수 있는 기간이라고도 할 수 있겠지만,⁶⁵⁾ 이렇게 되면 권리행사가능성을 전제로 하는 소멸시효(민법 제166조 제1항)와의 구분이 어려워진다는 측면도 있다. 그렇지만 어떤 식으로 정의하든 除斥期間(Ausschlussfrist)이라는 용어에서 알 수 있듯이 시간이 경과하면 권리행사가 排除되고 排斥되는 것이 제도의 본질이다. 시간의 경과가 권리를 소멸시킨다는 점에서는 소멸시효와 다를 바 없지만, 소멸시효에 비해 제척기간은 “법률관계 내지 권리관계의 조속한 확정”⁶⁶⁾이라는 측면이 더 강조된다는 특징이 있다. 소

56) 我妻榮·有泉亨·遠藤浩·川井健 (2005), 321-322.

57) 대표적으로, 金壽洙 (2001), 475; 文興安, “상속회복청구권의 행사기간 -헌재 2000헌가3, 2001헌가23 등 위헌결정을 중심으로-,” 家族法研究 第15卷 2號 (2001), 472; 李和淑 (1998), 16.

58) 우리 규정형식에 절대적으로 영향을 준 일본법규정의 해석론 중에도, 기간규정은 일본민법 자체적으로 상속회복청구권에 인정된 유일한 실질적 효과라고 하는 견해가 있다. 我妻榮·有泉亨·遠藤浩·川井健 (2005), 328.

59) 대법원 1981.01.27. 선고 79다854 전원합의체 판결; 대법원 1991.12.24. 선고 90다5740 전원합의체 판결; 대법원 2006.09.08. 선고 2006다26694 판결 등 다수.

60) 이 점은 대법원 1989.1.17. 선고 87다카2311 판결; 대법원 1994.10.21. 선고 94다18249 판결; 대법원 1997.7.22. 선고 97다15548 판결; 대법원 2001.10.12. 선고 2000다22942 판결(포괄적 유증에 관한 판결) 등.

61) 尹眞秀 (1998), 494; 李和淑 (1997), 389 등. 특히 윤진수 (2004), 304는, 참칭상속인의 외관을 신뢰한 제삼자가 항상 존재하는 것도 아닐뿐더러, 그와 같은 제삼자의 보호는 참칭상속인을 보호한 결과 발생하는 반사적 효과에 불과하다고 하여, 제삼자 보호가 제척기간 규정의 입법목적이 될 수 없다고 한다.

62) 특히 이 글 제1판결 다수의견.

63) 尹眞秀, “相續回復請求權의 消滅時效에 관한 舊慣習의 效力,” 21世紀司法의 展開 松旻崔鍾泳大法院長在任紀念 (2005), 362도 이 제1판결 다수의견에 대해 제척기간의 규정이 악의의 참칭상속인을 보호한다는 점에서 위헌성을 찾은 이상, 기간의 장단은 크게 중요하지 않다고 평가하고 있다.

64) 梁彰洙, “「유럽契約法原則」의 消滅時效規定 - 우리 민법에의 시사를 덧붙여,” 民法研究 第8卷 (2006), 156. 특히 같은 면, 각주 43 참조. 물론 이것은 제척기간이 아닌 소멸시효를 둘러싼 논의로서 제시된 것이다.

65) 民法注解 Ⅲ, 소멸시효 前論(尹眞秀 집필부분) (1992), 402.

멸시효의 중단이나 정지라는 제도가 제척기간에 적용될 수 있는지 여부가 다투어지고 있는 것도⁶⁷⁾ 그런 엄격성을 완화해보고자 하는 시도가 부분적으로 존재하기 때문일 것이다.

그런데 起算點의 관점에서 본다면 소멸시효와 제척기간의 차이가 보다 명백해진다. 消滅時效가 기산하기 위해서 권리가 존재해야 하는 것은 당연하지만, 또한 그 권리가 행사가능한 상태에 있어야 한다(민법 제166조 제1항). 그런데 이 권리가 발생하는 시점과 행사가 가능하게 되는 시점이 반드시 일치하는 것이 아니다. 판례도 “소멸시효는 객관적으로 권리가 발생하여 그 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행하고 그 권리를 행사할 수 없는 동안만은 진행하지 않⁶⁸⁾”이라고 하였다.

제척기간의 경우는 그렇지 않다. 예컨대 상속개시일을 長期間의 기산점으로 삼고 있던 개정전 상속회복청구권과 관련하여, 상속재산에 대한 침해행위가 상속개시 후 10년이 지난 시점에 발생한 경우에 대해서도 대법원⁶⁹⁾은 종전의 입장⁷⁰⁾을 고수하며, 상속권의 침해가 있었던 때로부터 기산하여야 한다는 주장을 받아들이지 않았다. 법이 개정된 이상 종전의 판결이 그대로 유지될 수는 없겠지만, 제척기간의 의미를 잘 보여주는 예라고 할 수 있다. 즉 권리행사가능성 여하는 제척기간의 경과에 아무런 영향을 미치지 않고, 오직 법에 명시된 기산점만이 적용된다.⁷¹⁾ 요컨대 제척기간의 기산점

66) 李相泰, “除斥期間의 本質에 관한 研究,” 저스티스 제72호 (2003), 107. 請求權상의 제척기간에 관해서는, 朴泳珪, “私法上の 權利行使期間 -消滅時效期間과 除斥期間을 둘러싼 몇 가지 爭點들-,” 民事法學 제18호 (2000), 293 이하 참조.

67) 民法注解 III, 소멸시효 前論(尹眞秀 집필부분) (1992), 402 참조.

68) 대표적으로 대법원 2004. 4. 27. 선고 2003두10763 판결.

69) 대법원 1997. 7. 22. 선고 97다15548 판결.

70) 관습법상의 상속회복청구권이 6년과 20년이 경과하면 소멸한다고 하는 일반론을 최초로 언급한 대법원 1981. 1. 27. 선고 80다1392 판결에서도, “상속이 개시된 때로부터 20년이라는 이 기간은 구체적인 상속권의 침해여부에 관계없이 상속이 개시된 때로부터 진행한다”고 하였다.

71) 梁彰洙, “매매예약완결권의 제척기간의 기산점,” 民法研究 第4卷 (1997), 261 이하에서는, 대법원 1995년 11월 10일 선고 94다22682 판결을 비판하며, 제척기간도 소멸시효와 마찬가지로 권리행사가 가능한 시점부터 기산해야 한다고 하고 있다. 그렇지만 이 사안에서는 당사자 의사에 의해 발생한 권리의 제척기간이 문제되었던 것이므로, 그 기산점을 당사자의 약정으로 자유롭게 설정될 수 있어야 한다는 주장도 그대로 설득력을 가진다고 생각된다. 그렇지만 상속회복청구의 경우처럼 법률행위가 아닌 법률규정에 의해 발생하는 권리의 기간 진행에는 거기에서 의미하는 권리행사가

은 권리가 발생하는 시점을 의미하며, 그 기간이 완성하는 시점은 권리가 소멸하는 시점이다.⁷²⁾

이것을 개정된 제999조의 해석론에 대입하면 어떻게 될까. 위의 논리대로라면 제척기간의 기산점을 변경한 것은 상속회복청구권의 발생시점을 바꾼 것이다. 즉 그 권리가 종전에는 침해를 안 날이나 상속개시시에 발생하였다고 추정된다면, 이제 개정된 제도에서는 침해를 안 날 또는 침해행위가 있는 날에 발생한다는 논리인 것이다. 그렇지만 제척기간이 선택적으로 마련되어 있다는 점에는 주의를 기울여야 한다. 하나의 권리가 두 번 발생할 수 있다고는 할 수 없기 때문이다.

이것에 관해서는 우리 상속회복청구권에 직접적인 영향을 미친 일본제도와 그 해석론에서 참고를 얻을 수 있다. 일본 상속회복청구권은 원래 브와소나드(Boissonade) 초안의 영향을 받은 旧民法의 단계까지만 해도 30년의 소멸시효기간을 두고 있었고,⁷³⁾ 그 기간 동안에는 점유자에 의한 取得時效나 即時取得을 배제하고 있었다.⁷⁴⁾ 明治民法을 기초하면서 소멸시효기간이 5년으로 단축되는데(旧民法 제966條), 여기에는 그 당시만 해도 상속회복청구권이 문제되는 경우의 대부분이 家督相續인의 지위, 즉 호주권이 침해되는 사안이 관한 것이었기 때문에 가능한 한 문제를 빨리 해결하는 편이 家를 둘러싼 내외의 이해관계에 부합된다는 점이 크게 작용했다고 한다.⁷⁵⁾

성이 의미를 가질 수 없을 것이다.

72) 대법원 1995. 11. 10. 선고 94다22682,22699 판결.

73) 현재 독일제도의 소멸시효는 30년이며(제195조, 제2026조), 프랑스도 30년 소멸시효를 인정하고 있다(제2262조). 스위스의 경우에는 상대방의 선·악의에 따라 구분하는데, 상대방이 선의이면 원고가 피고의 점유 및 자신의 우월한 권리를 안 때로부터 1년 또는 피상속인의 사망 내지 피상속인의 사인처분이 공개된 때부터 10년이고, 상대방이 악의이면 30년이다(제600조). 尹眞秀 (2000), 182 이하; 申榮鎬, “相續回復請求權의 法的 性質 -大法院 1991年 12月 24日字 全員會議體判決을 中心으로-,” 家族法研究, 第10號 (1996), 474-478, 각주 18 참조.

74) 廣中俊雄·星野英一, 民法典の百年 IV, 個別的觀察(3) 親族編·相續編 (1998), 168.

75) 中川善之助·泉久雄, 新版 注釋民法(26) 相續(1) (1992), 119는, 이 점과 관련하여 일본규정의 단기소멸시효를 비판하고 있다. 즉 일본 旧民法 제966조를 재산상속에 준용한 동법 제993조를 활용하여 그대로 자구를 수정한 것에 지나지 않는데, 전자규정의 단기소멸시효는 “家”와 관련하여 광범한 범위에서 법률관계에 변동을 일으키는 원인이 되는 상속회복에 기간제한을 가하고, 상속관계 및 재산자의 법률관계를 조기에 안정시키려는 취지에서 비롯된 것이므로 재산상속에 규율하기에는 적절치 않은

또 家督相續인이 상속개시를 안 이상 단기간 내에 권리를 주장하도록 하는 것이 바람직하다고 여겼다는 것이다. 이런 과정을 거치며 일본의 상속회복청구권은 단순히 시효기간이 단축된 것에 그치지 않고 質的인 變化를 겪은 것이라고 하고, 현재로서는 로마법 이래의 유럽의 상속회복청구권과는 성격상 다른 제도가 되었다⁷⁶⁾고 평가되고 있다.⁷⁷⁾

현재 일본 상속회복청구권⁷⁸⁾은 5년의 消滅時效와 20년의 除斥期間⁷⁹⁾의 제한을 받고 있다. 전자의 기간은 일본 고유의 법제사적 특성이 반영된 것이라고 하므로 그 나름대로의 특수성으로 받아들여야 할 것이다. 그리고 후자는 相續開始時를 그 기산점으로 하고 있는데, 이것은 개정 전의 우리 제도와 마찬가지로이다. 따라서 일본의 상속회복청구권을 두고, 그것이 “相續權”의 침해가 있어야 비로소 생겨나는 것이라고 해석하기에는 법문상 그리 자연스럽지 않은 것임을 알 수 있다.

우리 상속회복청구권이 일본 제도와는 성격을 달리 하는 제도일 것이라는 점은 규정의 외형으로부터도 인식될 수 있다. 현행 민법 제999조 제2항은 “침해를 안 날”과 “침해행위가 있는 날”을 이 청구권의 기산점으로 하

고 있는데, 권리자의 인식상황을 기준으로 하는 단기의 기산점이 권리발생 시점으로 적절한 것인지는 차치하더라도, 적어도 지금까지의 논리대로라면 상속회복청구권이라는 권리의 발생시점은 침해야위시점이라고 해야 하며, 결코 상속개시시점은 될 수 없기 때문이다.

기산점이 상속개시시인지 아니면 침해시인지 여부는 기간경과로 발생하는 효과에도 영향을 미친다. 대법원은⁸⁰⁾ 일반적인 제척기간의 경우와는 달리⁸¹⁾ 상속회복청구권의 경우에는 그 기간의 완성에 소급효를 인정한다고 하면서, 그 소급하는 시점을 “상속개시시”라고 하였다. 그렇지만 이 판결들은 제999조를 개정하기 이전에 상속개시시가 장기 제척기간의 기산점으로 되어 있던 때에 내려진 것들이다. 소멸시효이든 제척기간이든 불문하고 그 기간완성에 소급효가 인정된다고 하여 그 기산점의 이전 시점으로까지 소급된다고 하기 어렵다. 상속이 개시된 시점부터 침해행위가 있기까지의 기간 동안에 진정상속인이 평온하게 상속재산을 점유한 사실이 완전히 부정될 수는 없기 때문이다. 그러므로 개정법 하에서도 여전히 소급효를 인정하려면 소급되는 시점은 상속개시시가 아닌 침해시가 되어야 한다.

기간완성의 효과가 상속개시시가 아닌 침해시로 소급한다는 점은, 상속회복청구권을 통해 회복하고자 하는 “상속권”이라는 것이 상속인의 지위와는 거리가 있다는 점을 방증한다. 대법원판결도 이 점을 뒷받침하고 있는데, 제척기간의 경과로 인해 진정한 상속인에게 더 이상 구제받을 방법이 없다고 하더라도 이것은 참칭상속인이 얻게 되는 “반사적 효과”⁸²⁾에 불과하며 참칭상속인이 상속인의 지위를 가지는 것은 아니라고 하였다. 그리고 이런 판단이 상속개시시를 상속회복청구권의 장기 제척기간의 기산점으로 하고 있던 시기에 이미 내려졌다는 점도 주목해볼 만한 일이다.

이제 상속회복청구권 발생의 전제가 되는 상속권의 의미를 다시 생각해 보게 된다. 상속회복청구권 제척기간의 기산점을 둘러싼 지금까지 논의로 미루어보아, 우리 법문에서 말하는 “상속권”과 일본의 법문이 침해대상으로

규정이라는 논지이다.

76) 內田貴, 民法Ⅳ 親族・相續 (2004), 435. 이것에 의하면 전후에 일본에서는 戶主制가 폐지되었음에도 불구하고 재산상속에 관해서도 이 규정들이 유지되고 있어, 해석상 상당한 곤란을 겪고 있다고 한다.

77) 郭京直 (1998), 286에서는, 일본민법은 독일 민법의 규정과는 너무도 차이가 있어, 상속회복청구에 관하여 로마법-독일 민법-일본 민법-우리 민법으로 이어졌다는 족보의 진실성을 의심하지 않을 수 없다고 하고 있다.

78) 일본민법 제884조 [상속회복청구권] 상속회복청구권은 상속인 또는 그 법정대리인이 상속권이 침해되었다는 사실을 안 때로부터 5년간 행사하지 않으면 시효로 소멸한다. 상속개시시로부터 20년이 경과한 때에도 같다(民法 第八八四條【相續回復請求權】相續回復の請求權は、相續人又はその法定大代理人が相續權を侵害された事實を知つた時から五年間これを行わないときは、時効によつて消滅する。相續開始の時から二十年を経過したときも、同様である。).

79) 潮見佳男, 相續法 (2005), 303; 中川善之助・泉久雄 (1992), 123. 반면에 最高裁判所 昭和 23.11.6. 民集 2.12.397은, 家督相續에 관한 것이기는 하지만, 이 20년 기간이 소멸시효기간이라고 하면서도 통상의 소멸시효와 달리 판단하기도 하였다. 그런데 소멸시효는 권리행사가 가능한 시점부터 기산하게 되는데도, 이 판결은 상속개시시로부터 상속권침해시점까지 상속권침해가 없었음에도 불구하고 기간이 진행한다고 하였다. 소멸시효기간이라고 하면서도 제척기간처럼 취급한 점에서 일본의 학설과 판례에는 결론의 차이가 없게 된다.

80) 대법원 1994.3.25. 선고 93다57155 판결; 대법원 1998. 3. 27. 선고 96다37398 판결; 대법원 2001. 10. 12. 선고 2001다23836,23843 판결 등.

81) 소멸시효(민법 제167조)와는 달리 제척기간의 경과에는 원칙적으로 소급효가 없다. 民法注解 Ⅲ, 소멸시효 前論(伊眞秀 집필부분) (1992), 403.

82) 대법원 1994. 3. 25. 선고 93다57155 판결; 대법원 1998. 3. 27. 선고 96다37398 판결.

명시하고 있는 “相續權”은 엄밀히 말해 서로 의미가 다르다고 하지 않을 수 없다. 일본의 상속회복을 구하는 제도는 상속개시시에 발생하는 것인지 상속권이 침해된 시점에야 비로소 발생하는 것인지 확실하지 않으므로, 그 “相續權”이 상속인의 지위인지 재산적 권리인지는 여전히 논란의 대상이 될 수 있다. 그러나 우리 상속회복청구권은 결코 상속인의 지위까지 회복 시키고자 하는 제도가 아니다. 즉 상속회복청구권은 상속을 원인으로 취득한 재산에 대한 침해, 즉 상속권의 침해가 있을 때 비로소 발생하는 권리라고 해야 한다. 마치 물권으로부터 유출하는 진정한 의미의 물권적 청구권과 같은 논리가 상속회복청구권의 경우에도 마찬가지로 적용되는 것으로 여겨, 이것을 상속인의 지위라는 의미의 상속권으로부터 자연스럽게 “흘러 나오느라”⁸³⁾ 권리라고 하는 것은 적절치 않다.

판례가 침해대상인 상속권의 본질을 어떻게 이해하고 있는지는 제2판결을 통해서도 확인할 수 있다. 만일 상속권이 상속인의 지위를 가리키는 것이라고 한다면 이 사안에서 상속권이 침해된 시점은 C가 A의 호적에 입적한 때라고 해야 한다. 또 이 사안에서 원고가 침해사실을 안 때가 기산점으로 의미를 가진다면, 응당 원고들이 그 입적사실을 알게 된 시점이 기준이 되어야 한다. 그런데도 제2판결의 원심⁸⁴⁾은 상속을 원인으로 한 소유권이전등기시점을 기준으로 기산점을 정하였고, 이 점에 관하여 상고심인 제2판결은 별도로 이의를 두지 않았다. 요컨대 제999조의 “상속권”은 財産的意味로만 이해되어야 한다. 또 그렇게 해석하는 편이 상속회복청구권을 集合權利로 이해하는 판례의 태도와도 상통한다.

다만 短期의 기간에 대해서는 좀더 생각해보아야 한다. 일단 이것은 일본에서 제도가 마련될 즈음의 특수성이 반영된 것이라 하고, 우리 입장에서 이 제도의 태생적 배경 자체는 있는 그대로 받아들이지 않을 수 없

다. 다만 일본의 현행 규정이 이것에 관하여 소멸시효기간임을 명시하고 있으므로, 우리 제도를 예외 없이 제척기간으로 해석하는 이상 일본의 단기제도를 탐색해가는 것은 무의미하다.

그렇지만 제척기간의 본질에 비추어 볼 때, 이미 침해행위시에 발생했던 권리가 침해행위를 안 때에 다시 발생한다고 하는 것도 논리적이지 못하다. 따라서 이것은 제척기간이라는 권리소멸제도에 권리행사가능성의 요소로서 권리자의 인식가능성을 추가해보려는 시도로 이해되어야 할 것이다. 즉 단기 기간의 산정에 고려되는 권리자의 주관적 사정은 제척기간의 엄격성을 부분적으로나마 완화해보려는 장치인 것이다.

결국 우리 상속회복청구권의 기본관념은 ‘상속 관련 법률관계의 조속한 안정’인 것이다. 입법자가 일본민법상의 “시효로 소멸”한다는 부분을 의도적으로 삭제한 점은 물론이고, 장·단기 기간 중 어느 하나를 충족하면 권리소멸의 효과를 부여하는 선택적 소멸방식을 채택한 점이나, 다른 제도에 비해 상대적으로 짧은 기간으로 구성된 제척기간을 두고 있다는 것이 그 점을 뒷받침한다.⁸⁵⁾ 그러므로 자신의 권리가 침해된 것을 알고서도 3년간이나 권리를 행사하지 않는 상태를 용인하지 않겠다는 것도 그와 같은 관념의 표현이다. 그러므로 제999조의 단기 제척기간 규정은 이 제도가 표방하는 관념을 충실히 수행하기 위한 것이지, 권리발생시점과는 무관하다.

(3) 상속회복청구권과 제척기간

상속회복청구권을 발생시키는 상속권의 침해가 상속재산상의 권리에 대한 침해라고 한다면, 이제는 다른 일반적인 청구권들과 별도로 이 청구권을 명시한 이유가 제시되어야 한다. 또 다른 소유권취득원인과 달리 상속으로 취득한 소유권에 대한 침해를 배제하기 위한 권리행사는 왜 제척기간으로 제한되어야 하는지도 해결되어야 한다.

우선 상속회복청구권이 물권적 청구권의 성격을 가진다는 의미는 다음과 같이 해석되어야 한다. 그것은 물권의 실효성을 확보하기 위한 목적에 부

83) 郭潤直 (2004), 165. Lange/Kuchinke, Erbrecht (2001), §40 III, 1055도 참조.

84) 대구지법 2003.12.24. 선고 2003나10696 판결. 여기에서 “원고들은 적어도 1994. 12.경에는 ○○○의 상속인들이 이 사건 부동산에 대한 진정한 상속인이 아닌 참칭 상속인이며, 위 참칭상속인이 이 사건 부동산에 관하여 재산상속을 원인으로 상속지분에 따라 소유권이전등기를 경료하여 원고들의 상속권을 침해한 사실을 알았다고 보아야 할 것”이라고 하였다. 또 이 점은 침해에 대한 판단을 “권리관계를 외부에公示하는 등기부의 기재”에 의한다고 하는, 대법원 1997. 1. 21. 선고 96다4688 판결의 취지와도 논리적으로 일관된다.

85) 郭宗哲 (1998), 522에서는, 상속회복청구권의 단기 제척기간의 제재로 말미암아 이 제도에서는 진정한 상속인의 보호를 위한 측면을 전혀 발견할 수 없다고 하면서, 제도의 연혁에 미련을 두어 진정한 상속인 보호를 위한 방향으로 운용되어야 한다는 일부 견해의 주장을 배척한다.

합하게 작동하는 권리로서, 채권에 기초한 청구권이 아니며, 또 채무불이행이나 불법행위에서처럼 유책성을 요하는 손해배상청구권과도 다르다는 의미에 한정되어야 할 것이다.⁸⁶⁾ 그렇지만 대표적 물권적 청구권인 소유물반환청구권과는 다르다. 판례가 형성해가고 있는 상속회복청구권의 요건을 살펴보다더라도,⁸⁷⁾ 이 청구권의 발생을 위해서는 소유물반환청구권의 발생 요건들 외에 몇 가지 독자적 요건들이 더 요구된다는 것을 알 수 있다. 가령 원고와 피고가 서로 자신이 상속인이라고 하며 상속재산에 대한 권리를 주장하는 것은 물론이고, 서로 주장하는 피상속인이 일치해야 한다는 것⁸⁸⁾은 판례가 요구하는 특징적 요건이다.⁸⁹⁾

그러므로 소유물반환청구권에는 기간제한이 없는데도 상속회복청구권에는 왜 기간제한이 있어야 하는지의 질문에는 각도를 달리 하여 응답되어야 한다. 청구권이 물권적 청구권의 성격을 가진다는 것과 청구권에 행사기간제한을 두는 것은 전혀 별개의 문제이기 때문이다.

가령 독일민법 제197조 제1항 제1호는 “所有權 및 기타 物權의 權利로부터 발생하는 반환청구권들(Herausgabeansprüche aus Eigentum und anderen dinglichen Rechten)”이 30년의 소멸시효에 걸린다고 하고 있는데, 이것은 선의로 소유자가 된 자에게 소멸시효법적 보호가 필요하기 때문이라고 한다.⁹⁰⁾ 30년 동안이나 소유권을 주장하지 않은 자를 영구불변의 물권적 청구권으로 보호할 필요가 없다는 의미일 것이다. 그런데 같은 조 같은 항 제2호에서 親族法 및 相續法상의 청구권도 30년의 소멸시효에 걸리는 것으로 하고 있으며, 독일민법상의 상속회복청구권(Erbschaftsanspruch)도 여기에 포함

된다.⁹¹⁾ 이 30년의 기간은 독일의 일반소멸시효기간 3년에 대한 예외규정으로, 상속에 고유한 독자적 특징이 반영된 것이라고 한다. 예컨대 유언이 나중에 발견된다든지, 유언의 유효성이나 해석이 장기간 다투어진다면, 아니면 혈연관계의 문제가 먼저 해결되어야 하는 사정과 같은 것이다.⁹²⁾ 이렇듯 기간제한규정을 두는 것은 하나의 법체계 안에서 당해 제도의 특성과 다른 제도와의 관계를 염두에 두고 이루어지는 가치판단의 문제인 것이다.

독일의 경우 상속회복청구권만을 두고 본다면, 소유물반환청구권과 상속법상의 청구권을 공통적으로 30년의 소멸시효기간에 걸리게 하고 있으므로 청구권의 성격을 어떻게 판단하여도 큰 문제가 생기지 않는다. 그렇지만 사안에 따라서는 법규정의 解釋이 문제되기도 한다. 독일 민법 제197조 제1항 제2호가 “상속법상의 청구권(erbrechtliche Ansprüche)”이 30년의 소멸시효기간에 걸린다고는 하였는데, 도대체 상속법상의 청구권이 무엇이며, 어디까지를 포함하는 것인지가 문제인 것이다. 원칙적으로는 독일민법 제5편에 규정된 대부분의 청구권이 거기에 해당될 것이다. 그러나 예를 들어 동법 제2371조 내지 제2385조의 상속매매(Erbschaftskauf)에 있어서는 그것이 상속법적인 것인지 채권법적인지가 다투어지는데,⁹³⁾ 만일 후자로 판단되면 30년의 소멸시효는 적용이 없게 된다.

우리 민법 부칙 제25조의 기본입장도 마찬가지라고 생각되지만, 이처럼 법이 의도적이든 비의도적이든 家族法的인 것을 財産法的인 것과 구별하고 있다면, 모든 청구권들에 관해서 개별적으로 세부적인 판단이 이루어져야 한다. 상속회복청구권에 관해서도 그것이 단지 상속편에 규정되어 있다는 이유만으로 민법 부칙 제25조의 적용대상이라고 단정해버려서는 안 된다.

상속회복청구권이 단순히 개별적인 財産上 權利들의 집합으로서만 의미를 가진다고 하는 것에도 문제점은 있다. 상속재산에 속하는 권리가 개별적으로 주장될 수 있는데도 상속회복청구권이라는 것을 별도로 두고 있는 이유가 쉽게 납득되지 않기 때문이다. 상속회복소송에서는 물건의 본권에

86) 다만 상대방의 이익이 자신의 손실을 기초로 이루어진 것일 때 주어지는 부당이득반환청구권과의 관계가 문제되겠지만, 그 점도 물권적 청구권과 부당이득반환청구권과의 특별한 유대관계를 떠올릴 수 있겠다. 이른바 “Vindicationstheorie”에 관해서는, 拙稿, 三角關係上の 不當利得 -지시사례를 중심으로-, 서울대학교 대학원 박사학위논문 (2007.2), 214.

87) III. 1. 참조.

88) 대법원 1994. 4. 15. 선고 94다798 판결; 대법원 1995. 4. 14. 선고 93다5840 판결; 대법원 1995. 7. 11. 선고 95다9945 판결.

89) 吳奇斗, “相續回復請求權行使에 관한 判例理論 研究 -除斥期間適用을 中心으로-” 月刊 法曹 48권 1호(통권 508호) (1999), 98-99의 판례상 나타나는 상속회복청구권의 요건 참조.

90) MünchKomm/Grothe, Bd.1 1.Hb. (2006), §197, Rn.6, S.2343.

91) MünchKomm/Grothe, Bd.1 1.Hb. (2006), §197, Rn.11, S.2344.

92) MünchKomm/Grothe, Bd.1 1.Hb. (2006), §197, Rn.11, S.2344.

93) MünchKomm/Grothe, Bd.1 1.Hb. (2006), §197, Rn.11, S.2344.

대한 증명을 요하지 않는다고는 하지만, 본권에 관한 소에 있어서도 피상속인의 점유에 대해서는 본권이 추정되므로(민법 제197조, 제200조) 소송의 차원에서 상속회복청구권과 개별적 청구권의 차이는 그다지 크지 않다는 논의도 있다.⁹⁴⁾ 또 상속재산의 승계가 포괄승계이기는 하지만, 현실적으로 그 승계목적물에 대한 권리는 개별적으로 주장될 수밖에 없다. 즉 상속회복청구권은 상속재산의 반환을 청구하는 履行訴訟이며, 거기에 반환반고자하는 개개의 상속재산이 분명히 特定되어야 한다.⁹⁵⁾ 더욱이 소장에 특정된 목적물에 대해서만 소송이 係屬되고 既判力이 미친다.⁹⁶⁾ 게다가 민사소송법 제253조에 의한 소의 병합이 인정되고 있는 한, 상속회복청구권을 옹호할 수 있는 기반은 더욱 약해진다.⁹⁷⁾ 강제집행법상으로도 일괄청구를 가능하게 하는 제도는 마련되어 있지 않으므로, 현행법상 상속인의 포괄적인 반환청구를 실현시킬 방법은 없는 셈이다.

현행법이 상속재산에 관해서는 상속회복청구권을 통해 침해상태를 제거하고자 한다면 그 제도가 가지는 의의와 기능을 확실히 해두어야 한다. 가령 독일 제도의 경우에는 재산의 包括承繼를 實現시키고자 하는 제도 본연의 기능에 충실하다고 할 수 있다. 독일에서도 상속재산이 구체적으로 특정되지 않은 상태로 포괄적 반환이 청구될 수는 없다는 점에서 우리와 다를 것이 없지만, 상속회복청구와 관련하여서는 진정상속인에게 참칭상속인에 대한 정보제공청구권이 주어져 있어⁹⁸⁾ 결과적으로 포괄적 권리이전의 실현이 가능하게 되는 셈이다. 그렇지만 우리 제도의 구성과 내용은 그와 같은 기능을 기대하기 어려운 것이며, 결국 재산의 포괄승계실현 이외의 다른 역할이 부여되어야 한다.

상속회복청구권에 집합권리성을 부여하여 일률적으로 처리하고자 하는

취지는 역시 그 권리의 행사기간과 관련하여 의미를 찾아야 할 것이다.⁹⁹⁾ 적어도 우리 상속회복청구권이라는 제도가 상속을 원인으로 한 財産取得過程이 가지는 特殊性을 고려하여 상속재산을 둘러싼 법률관계를 조속히 확정지으려는 목적을 가진 것이라고 판단된다면, 개별 재산에 대해 그 권리를 주장할 수 있는 기간이 별개로 진행될 수 있도록 놓아두어서는 안 된다. 또한 제척기간이 경과한 후에 새롭게 발견된 재산에 대해서도 그 자체로 기간이 기산하여 진행하게 두어서는 안 된다. 다시 말해, 다양한 재산들이 모두 한 사람의 피상속인과 관련된 것이라면, 상속이라는 단일한 권리 변동사유로 취득된 그 모든 재산권을 가리켜 상속권이라고 지칭하는 것이며, 제척기간은 그 상속권에 적용되는 것이다. 물론 그런 일괄처리를 위해 혹은 상속인의 확정적 지위나 자격의 회복이라는 기능적 관념을 개입시키는 것도 입법적 기술의 하나일 수 있겠으나, 확인한 바와 같이 적어도 민법 제999조의 상속권은 그런 개념으로 쓰일 수 없다.

결론적으로 우리 상속회복청구권은 상속을 원인으로 취득한 재산상의 권리에 대한 침해를 배제하고 회복하기 위한 제도이긴 하지만, 제척기간을 엄격하게 적용함으로써 그 권리행사를 제한하여 상속을 둘러싼 재산분쟁을 가능한 한 일찍 마무리하려는 데에서 이 제도의 궁극적인 존재의의를 구해야 할 것이다.

V. 민법부칙의 해석론과 제2판결

상속권에 관한 지금까지의 논의를 전제로 하여, 이제 민법 부칙의 해석과 관련하여 현행법 규정이 아닌 관습법의 권리소멸시간을 적용한 제2판결의 타당성을 검토해보기로 한다.

99) 그것 외에도 상속회복청구권을 통해 다양한 형태로 존재하는 재산들에 대해 공통적으로 상속원인을 단일하게 할 수 있는 점, 재판적을 단일하게 할 수 있다는 점을 들 수 있겠으나, 부수적 사항에 불과하다. 다만 상속회복청구권을 민사소송법 제22조의 “사망으로 효력이 생기는 행위”라고 여기지 않게 된다면, 이제는 동법 제23조가 적용되어야 할 것이다. 그러므로 폐지된 인사소송법 제2조와 제53조를 적용하며 상속회복의 소는 피상속인의 보통재판적이 있는 지방법원 관할에 진속하는 것으로 판단한 대법원 1980.4.22. 선고 79다2141 판결도 재검토되어야 한다.

94) 諸哲雄, “相續回復請求權 -기능의 면에서 접근한 그 내용해석의 試論-,” 한림법학 FORUM 제6권 (1997), 120; 中川善之助·泉久雄 (1992), 95.

95) 李時潤, 신민사소송법 (2007), 235.

96) 諸哲雄, (1997), 121. 대법원 1980. 4. 2. 선고 79다2141 판결은, “상속재산의 일부에 대해서만 제소하여 제척기간을 준수하였다 하여 청구의 목적물로 하지 아니한 상속재산에 대해서도 제척기간을 준수한 것으로는 볼 수 없다. 할뿐더러 이 사건과 소송목적물을 달리한 소론 판결의 기판력이 이 사건에 미친다고 할 수는 없”다고 하였다.

97) 諸哲雄 (1997), 121.

98) 독일 민법 제2027조 제1항. 이것의 구체적인 내용은, 尹眞秀 (2000), 186 참조.

1. 경과규정

상속회복청구권의 권리소멸에 관한 관습법의 존부에 관해서는 여기에서 특별히 논하지 않기로 한다. 우리 전통관습법은 상속재산회복을 구하는 법률구제수단에 기간제한을 두지 않았다는 내용의 연구결과들이 이미 다수 나와 있다.¹⁰⁰⁾ 그리고 특정시점에 일본 실정법의 내용이 판례의 형식을 빌려 우리 규범 내로 침투하여 사실상 의제관습법의 형태로 존재하였고, 상속회복청구권의 권리소멸에 관한 것도 그것들 중 하나라는 점은 이미 기정사실로 받아들여지고 있다.¹⁰¹⁾ 그렇지만 그 실체가 무엇이든 그것은 상속회복청구권의 舊法으로서 모든 논의의 전제가 되지 않을 수 없다. 그것은 판례상 오랫동안 규범력을 인정받아 왔으며,¹⁰²⁾ 특히 여기 제1판결은 그 점을 전제로 한 규범통제임을 부인할 수 없기 때문이다.

1958년에 제정된 민법은 이전의 법률관계에도 적용되는 것을 기본으로 하면서도, 이미 발생한 권리·의무 또는 법률관계에 관해서는 소급효를 배제하는 것으로 하였다(민법 부칙 제2조). 그리고 기득권을 침해하지 않는

다는 이와 같은 원칙은 소멸시효와 제척기간에 관해서도 그대로 적용되고 있다. 즉 민법 시행 당시에 기간경과로 인해 소멸한 권리에 대해서는 그 상태를 그대로 인정하지만, 그렇지 않은 경우에는 새로 제정된 민법을 적용하는 것으로 한다(민법 부칙 제8조). 권리가 소멸되어 더 이상 의무이행을 요구당하지 않게 된 상대방의 지위에는 영향을 주지 않는다는 의미인 것이다.

이 사건에서 문제되는 상속회복청구권의 경우에도 민법이 제정될 당시¹⁰³⁾ 관습법상의 소멸시효기간이 완성해 있었는지가 우선적으로 확인되어야 한다. 소멸시효의 기산점은 권리발생과 더불어 권리행사도 가능한 시점이어야 하는데, 앞서 현행민법의 경우와 마찬가지로 관습법상의 제도에서도 그 침해대상이 무엇이고 침해시점을 언제로 볼 것인지는 매우 중요하다. 그렇지만 민법 제정 당시는 상속이 이루어진 시점으로부터 10년 정도의 기간이 흐른 시점으로 추정되므로 객관적으로 보아 소멸시효기간은 아직 완성하지 않은 상태이다. 따라서 이 경우에는 민법 부칙 제8조 중 제2항에 해당되어, 현행 민법상의 기간규정이 적용되어야 한다. 그런데 또 하나의 경과규정의 적용여부가 문제될 수 있는데, 상속에 관한 민법 부칙 제25조이다.

100) 윤진수 (2004), 285; 이상욱, “상속회복청구권의 시효에 관한 일제시대 관습법의 정립과 왜곡,” 家族法研究 第18卷 2號 (2004), 205 이하; 李和淑 (2004), 259, 262.

101) 윤진수 (2004), 285-287; 李和淑 (2004), 260-262. 朝鮮高等法院 昭和 10(1935).7.30. 昭和 9年 民上 687号 聯合部 判決(錄 第22卷 302頁 이하)에서 상속회복청구권이 일정 기간을 경과하면 소멸하는 것이 조선의 관습상 시인된다고 하며 종전의 판례를 변경한 이래, 朝鮮高等法院 昭和12(1937).8.27. 判決(錄 第24卷 317頁)에서는 “조선에 있어서 호주 및 재산의 상속회복청구권은 상속인 또는 그 법정대리인이 상속권한을 침해당한 사실을 안 때 또는 상속개시의 때로부터 각각 상당한 기간 내에 권리를 행사하지 않은 때에는 소멸한다는 관습이 있다”고 하면서 “상속권 침해의 사실을 안 때로부터 6년이 경과하면 그 기간은 위 상속회복청구권의 소멸시효를 완성시키는 데 상당한 기간”이라고 하였고, 朝鮮高等法院 昭和14(1939).6. 30. 判決(錄 第26卷 276頁)은 상속개시시의 때로부터 20년을 경과한 때에는 시효로 인하여 소멸하는 것이 조선의 관습이라고 하였다. 이상의 판결 추이에 대한 상세한 설명은, 윤진수 (2004), 196-201 참조.

102) 대법원 1981. 1. 27. 선고 80다1392 판결은 “현행 민법시행 전에 있어서 상속회복청구권은 상속권의 침해사실을 안 때로부터 6년이 경과하거나, 상속이 개시된 때로부터 20년이 경과하면 소멸한다고 보아야 할 것이”라는 내용의 일반론을 처음으로 개진하였고, 이 판결 후 대법원 1991. 4. 26. 선고 91다5792 판결; 대법원 1996. 12. 6. 선고 96므1137 판결; 대법원 1998. 4. 24. 선고 96다8079 판결이 이것을 따르고 있었다.

제25조(상속에 관한 경과규정)

- ① 본법 시행일 전에 개시된 상속에 관하여는 본법 시행일 후에도 구법의 규정을 적용한다.
- ② 실종선고로 인하여 호주 또는 재산상속이 개시되는 경우에 그 실종기간이 구법 시행기간 중에 만료하는 때에도 그 실종이 본법 시행일 후에 선고된 때에는 그 상속순위, 상속분 기타 상속에 관하여는 본법의 규정을 적용한다.

이것은 상속개시가 민법시행일 이전에 이루어진 경우에는 신법의 소급효를 제한한다는 규정이다. 또 실종선고로 인한 사망의제의 효과는 실종기간이 만료한 시점으로 소급하는 것이 원칙인데(민법 제28조), 그럼에도 불구하고 부칙 제25조 제2항은 宣告가 민법시행일 이후에 이루어졌다면 실령 사망의제효과가 민법시행일 전에 발생한다 하더라도 일정 분야에 대해 신법을 적용한다는 것이다.

103) 구법상의 소멸시효기간이 신법상 제척기간으로 된 경우에 관해서는, 윤진수 (2004), 289-290 참조.

민법시행 이전에 이미 상속이 개시된 이 사건에서는 결국 부칙 제8조와 제25조가 경합하고, 그 각각의 적용은 전혀 다른 결론에 이르게 된다. 즉 전자를 적용하면 신법이 문제되고, 후자의 경우에는 구법을 적용해야 한다. 대법원판결 중 이 점에 관해 명시적으로 입장을 밝힌 바에 의하면,¹⁰⁴⁾ 상속에 관한 한 민법 부칙 제25조가 민법 부칙 제8조에 우선하는 것으로 본다. 그리고 여기 제2판결도 그 입장을 따르고 있는 셈이다. 그렇지만 개정된 상속회복청구권에 적합한 해석론을 모색해온 이상, 그런 판례의 태도가 여전히 타당한 것인지에 의문을 갖게 된다.

2. 민법 부칙 제25조 “상속에 관하여”

민법 부칙 제25조의 “상속에 관하여”라는 것을 외견으로만 이해한다면, 민법 중 상속법에 위치한 모든 권리와 의무가 여기에 해당한다고 여기게 될 것이다. 학설 중에도 상속권을 전제로 하는 반환청구는 상속법의 영역에서 해결되어야 하는 입장¹⁰⁵⁾이 있는데, 아마도 이런 형식적 방법론의 하나가 아닌가 생각된다. 어쨌든 이와 같은 견해에 의하면 상속회복청구권은 상속에 관한 권리인 것이고 그 제척기간에 관해서는 부칙 제25조가 배타적으로 적용될 수밖에 없다. 그리고 이것이 판례의 입장이다.

다른 한편으로 상속의 내용을 좀더 세분하는 학설도 있다. 상속인의 범위, 상속분 또는 상속회복청구권의 인정 여부 등에 관하여는 민법 부칙 제25조가 적용되지만 일단 발생한 상속회복청구권의 소멸시효나 제척기간에 관하여는 부칙 제8조가 제25조에 우선한다는 것이다.¹⁰⁶⁾ 이 학설에 의한다면 제2판결의 사안에는 관습법이 아닌 현행민법이 적용되어야 한다.

민법의 경과규정을 관통하는 주요 관념은, 구법에 의해 법적인 평가가 종료된 것을 제외하고는 일관되게 신법을 적용한다는 것이다. 그리고 개정된 상속회복청구권은 상속인의 지위를 보호하기 위한 것이 아니라 상속재산 자체에 대한 침해를 복구하기 위한 재산적 성격의 청구권이라는 취지의 이론을 전개한 것은, 적어도 현재의 제도상 相續開始時에 이루어진 평가관

점은 그다지 큰 의미가 없다는 점을 강조하기 위한 것이다. 즉 상속이 개시하였더라도 상속재산에 대한 침해가 없다면 상속회복청구권이라는 권리는 발생조차 하지 않고 있는 것이다. 그러므로 상속개시는 민법 제정 이전에 이루어졌으나 侵害는 민법 제정 이후에 이루어진 것이라는 사실관계를 전제로 한 이 사안에는, 新법인 현행법을 적용하는 것이 경과규정에 관한 민법의 기본관념에 충실한 것일 수 있다.

그렇지만 가장 중요한 것은 부칙 제25조 제1항의 “상속에 관하여”에 대한 해석이다. 아무리 당해 판단에 작용하는 評價의 時點이 중요하다고 하더라도, 부칙 제25조가 상속에 관한 한 다른 모든 규정에 우선하는 특별규정이라고 한다면 응당 현행의 규정이 배타적으로 고려되어야 할 것이기 때문이다.

사망과 실종선고는 공통적으로 상속효과를 발생시키지만, 그 평가의 기초는 확연히 다르다. 민법이 이미 개시된 상속에 관하여 불소급원칙을 채용하는 이유는, 상속이 개시된 시점에 피상속인의 재산에 관해 포괄적으로 권리의무를 승계한 상속인의 기득권이 존중될 필요성이 크기 때문이다.¹⁰⁷⁾ 그러나 실종기간이 만료하는 시점(민법 제28조 참조)이라는 것은 어디까지나 실종선고절차상의 입증에 좌우되는 문제이므로, 그 때 형성되는 상속인의 지위라는 것은 기득권으로서 보호될 만큼 확고한 것이 아니다. 그래서 실종기간의 만료에 따라 부여되는 사망과 상속에 대한 법적인 평가는 실종선고시를 기준으로 하려 한다.

그런데 부칙 제25조를 면밀히 살펴보면 또 하나의 특징이 발견된다. 실종선고에 관한 동조 제2항이 “상속순위, 상속분 기타 상속에 관하여”라고 하여 구체적 항목을 열거한 반면에, 동조 제1항은 것처럼 예시하고 있지 않은 것이다. “상속에 관한 경과규정”이라는 부칙 제25조의 標題 하에 제1항과 제2항의 사이에는 어느 정도 유기적 관련성을 인정해야 한다. 즉 실종선고로 인한 사망의 간주에도 상속이 개시되어 민법 제5편¹⁰⁸⁾에서 정한 법적 지위가 일정한 자에게 부여되어야 한다는 점에서는 차이가 있을 수 없다. 다만 실제로 사망한 경우와는 달리 실종선고에 있어서 민법 제정 이전에 발생한 상속인의 기득권으로 인정될 수 없는 구체적인 예가 바로 상

104) 대법원 1962. 6. 21. 선고 62다196 판결.

105) 郭潤直 (2004), 164-165. 諸哲雄 (1997), 99에서도 이 점이 지적되었다.

106) 윤진수 (2004), 290.

107) 李和淑 (2004), 225.

108) 민법 제97조 이하.

속순위와 상속분 등¹⁰⁹⁾과 같은 기술적 항목이다.

상속에 관한 부칙 제25조도 민법상 경과규정을 관통하고 있는 신법우선 원칙과 기득권보호원칙 하에 일관되게 해석되어야 할 것이다. 이미 구법에 의한 법적 평가를 종료한 것 이외에는 현행법에 의한 새로운 평가가 이루어져야 한다. 이렇게 보면 민법 부칙 제25조 제1항과 제2항에서 말하는 각각의 “상속에 관하여”라는 것은 동일한 선상에 두고 일률적으로 판단될 것이 아니다. 구법 적용을 천명한 제1항은 “개시된 상속,” 즉 기득권의 측면에 초점을 맞추어야 한다.¹¹⁰⁾ 그렇지 못한 실종선고의 경우에는 선고의 효과는 소급할지언정 상속의 세부적 평가에 있어서는 현재가 기준이 되는 것이다.

이제 상속회복청구권을 두고 보면, 설령 그 권리의 존재 자체는 진정한 상속인을 보호하려는 취지에 충실하지 못한 점이 있을지 모르지만, 어쨌든 상속인에게 있어서는 만일에 있을지 모를 상속재산에 대한 침해에 대비할 수 있는 권리의 하나라고 할 수 있겠다. 그렇지만 그것은 상속개시와 더불어 발생하는 것도 아니고 상속인의 지위로부터 유래하는 권리도 아니며, 오직 상속을 원인으로 취득한 재산에 대한 침해상태가 발생한 경우에 한하여 그것을 제거하기 위한 것이다. 그러므로 상속재산상의 侵害가 發生한 時點만이 상속회복청구권의 준거법을 정하는 기준이 될 수 있다.

VI. 결 론

최근 판례와 학설을 망라하여 친족법과 상속법상의 법률행위를 이른바 재산법상의 법률행위와 동등한 관점에서 평가하고자 하는 시각이 확산되고

있다. 이혼에 따른 재산분할과 상속재산에 대한 분할협의가 “재산권을 목적으로 한 법률행위”로서 민법 제406조의 사해행위취소의 대상이 된다고 판단한 대법원판결에서 그와 같은 분위기를 확인할 수 있으며, 다양한 문헌에서 친족법과 상속법상의 법률행위에 관한 새로운 조망이 이루어지고 있다.¹¹¹⁾

상속회복청구권에 관해서 보면, 이 청구권으로 회복하고자 하는 대상이 무엇인지에 관해서 그간 독립권리설과 집합권리설의 학문적 대립이 있었다. 그런데 그것은 “상속권”이라는 개념을 중심으로 형성된 외국입법례를 계수하면서, 동시에 그것에 관한 해석론도 그대로 도입한 결과이다. 더욱이 상속회복청구권의 발생시기를 상속개시 시점으로 하고 있던 과거의 법문에서는 이 제도가 과연 상속인의 지위를 회복하기 위한 것인지, 상속재산을 회복하기 위한 것인지가 명확하지 않았다.

그러나 장기의 제척기간의 기산점이 변경되어 어느 외국의 입법례와도 전혀 다른 제도로 거듭난 현재로서는 그런 학문적 대립이 무색해진다. 일단 상속법의 해석상 상속권이라는 개념이 상속인의 지위나 자격까지 포함하는 포괄적인 의미로 사용되어야 할 필연성을 찾기 어렵다. 또 침해시점이 새로운 기산점이 된 이상, 침해상태를 배제하여 회복할 수 있는 것이 결코 진정한 상속인의 지위가 될 수는 없다는 점도 확인되었다. 요컨대 민법의 상속회복청구권은 상속을 원인으로 하여 취득한 재산권에 대한 침해를 복구하기 위한 순수한 재산적 성격의 청구권이라고 해야 한다.

그런 의미에서 민법 부칙 제25조 제1항의 “상속”의 의미를 광범위하게 해석한 나머지, 민법이 제정되기 이전에 상속이 개시되었으나 침해는 민법 제정 이후에 발생한 사건에 대해서 구법인 관습법을 적용한 판례의 태도는 문제가 있다. 그 조항은 어디까지나 상속이 “개시”되어 구법에 의해 이미 법적인 평가가 종료한 법률관계, 즉 상속인의 기득권보호라는 관점에서만 적용되어야 하기 때문이다. 상속회복청구권은 상속개시시점이 아닌 상속재산에 대한 침해시점이 기준이 되어야 하며, 민법 제정 전에 상속이 이루어졌더라도 상속재산에 대한 침해가 민법 제정 이후에 이루어진 이 사안에서

109) 민법 제1000조 이하.

110) 이것은 상속포기(민법 제1042조 내지 제1044조)와 같은 경우에도 마찬가지라고 생각된다. 상속포기는 상속인이 “상속개시 있음을 안 날로부터 3월내에” 포기할 수 있는데, 민법이 제정되기 전에 개시된 상속이더라도 그런 사실을 안 날이 민법제정 이후가 되는 사정 하에서라면, 이런 경우에도 민법 부칙 제25조의 적용여부가 문제될 것이다. 우리 상속포기는 재산적인 것에만 국한될 뿐만 아니라(郭潤直(2004), 170), 상속을 포기하려는 당사자를 대상으로 기득권여하를 논한다는 것 자체가 넌센스이다.

111) 郭潤直(2004), 4-6; 梁彰洙, “「家族法」上の 法律行爲의 特性,” 民法研究 第8卷(2006), 321 이하 참조. 특히 후자의 글, 322-331은, 가족법상의 법률행위와 재산취소권을 다른 판결들을 대상으로 재산법성을 강조하고 있다.

는 현행 민법의 규정이 적용되어야 한다.

주제

상속회복청구권, 상속권, 제척기간, 경과규정
Succession Recovery Claim, Right of Succession, statute of limitation,
transitional provision

《참고문헌》

郭京直, “相續回復請求權論,” 裁判資料 : 相續法の 諸問題, 第78輯, 법원도서관, 1998.6, 283 이하.

郭潤直, 相續法[民法講義VI], 改訂版, 博英社, 2004.

郭宗哲, “相續回復의 訴,” 判例研究 第8집, 釜山判例研究會, 1998.1, 513 이하.

金大元, “공동상속인을 상대로 한 상속재산에 관한 등기말소청구의 소가 상속회복청구의 소에 해당하는지 여부와 상속회복청구권의 제척기간 (2004. 7. 22. 선고 2003다 49832 판결 : 공보불게재),” 대법원판례해설 2004 하반기(통권 제51호), 2005. 6, 법원도서관, 372 이하.

金嘯洙, 親族·相續法 -家族法-, 第5全訂版, 法文社, 2001.

文興安, “상속회복청구권의 행사기간 -헌재 2000헌가3, 2001헌가23 등 위헌결정을 중심으로-,” 家族法研究 第15卷 2號, 2001.12, 461 이하.

朴秉濠, “相續回復請求權 管見,” 民法學論叢 厚巖郭潤直教授華甲紀念, 博英社, 1985, 831 이하.

朴泳珪, “私法上の 權利行使期間 -消滅時效期間과 除斥期間을 둘러싼 몇 가지 爭點들-” 民事法學 第18호, 2000.5, 289 이하.

申榮鎬, “相續回復請求權의 法的 性質 -大法院 1991年 12月 24日字 全員合議體判決을 中心으로-,” 家族法研究 第10號, 1996.10., 463 이하.

梁彰洙, 民法注解 V, 物權의 請求權, 1992.

_____, “매매예약완결권의 제척기간의 기산점 - 대법원 1995년 11월 10일 판결 94다 22682 등 사건 -,” 인권과 정의 241호, 1996. 9., 130면 이하 = 民法研究 第4卷, 博英社, 1997, 257면 이하.

_____, “유럽契約法原則의 消滅時效規定 - 우리 민법에의 시사를 덧붙여,” 서울대학교 법학 44권 4호, 2003. 12, 114 이하 = 民法研究 第8卷, 博英社, 2006, 131 이하.

_____, “「家族法」上の 法律行爲의 特性,” 서울대학교 法學 46권 1호, 2005. 3, 40 이하 = 民法研究 第8卷, 博英社, 2006, 321 이하.

嚴東燮, “財産相續回復請求權에 관한 一考察 -法的性質과 相對方을 中心으로-,” 계명대학교 社會科學論叢 第4집, 계명대학교출판부, 1986, 223 이하.

尹眞秀, 民法注解 III, 소멸시효 前論, 1992.

_____, “相續回復請求權의 性質과 그 除斥期間의 起算點,” 裁判의 한길 : 金容俊 憲法裁判所長 華甲紀念, 博英社, 1998, 478 이하.

_____, “相續回復請求權의 研究 -歷史的 및 比較法的 考察-” 서울대학교 法學 第41권 第1호, 2000.6, 172 이하.

윤진수, “相續回復請求權의 消滅時效에 관한 舊慣習의 違憲 與否 및 判例의 遡及效 - 대법원 2003. 7. 24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결(公 2003하, 1785)-,” 比較私法 第11권 2호 (통권 25호), 2004, 275 이하.

尹眞秀, “相續回復請求權의 消滅時效에 관한 舊慣習의 效力,” 21世紀司法의 展開 松旻崔鍾泳大法院長在任紀念, 2005, 351 이하.

吳奇斗, “相續回復請求權行使에 관한 判例理論 研究 -除斥期間適用을 中心으로-,” 月刊法曹 48권 1호(통권 508호), 1999. 1, 94 이하.

이상욱, “상속회복청구권의 시효에 관한 일제시대 관습법의 정립과 왜곡,” 家族法研究 第18卷 2號, 2004.9, 205 이하.

李相泰, “除斥期間의 本質에 관한 研究,” 저스티스 제72호, 2003.4, 한국법학원, 107 이하.

李時潤, 신민사소송법 第3版, 博英社, 2007.

李和淑, “相續回復請求權 制度의 改善,” 家族法研究 第11號, 1997.12, 381 이하.

_____, “相續回復請求權과 物權의 請求權과의 關係,” 考試研究, 1998.9, 14 이하.

_____, “相續回復請求權의 時效에 관한 慣習法의 效力 - 대법원 2003.7.24. 선고 2001다48781 전원합의체 판결 -,” 家族法研究 第18卷 1號, 2004.3, 249 이하.

諸哲雄, “相續回復請求權 -기능의 면에서 접근한 그 내용해석의 試論-,” 한림법학 FORUM 제6권(1997), 93 이하.

內田 貴, 民法IV[補訂版] 親族·相續, 東京大學出版會, 2004.

中川善之助·泉久雄, 新版 注釋民法(26) 相續(1), 有斐閣, 1992.

潮見佳男, 相續法[第二版], 弘文堂, 2005.

廣中俊雄·星野英一, 民法典の百年 IV, 個別的觀察(3) 親族編·相續編, 有斐閣, 1998.

我妻榮·有泉亨·遠藤浩·川井健, 民法3 親族法·相續法, 第二版, 勁草書房, 2005.

Brox, Erbrecht, 19. neu bearbeitete Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2001.

Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5.Auflage, C. H. Beck, 2001.

Münchener Kommentar/Grothe, Band 1 1.Hb., 5.Auflage, Verlag C. H. Beck München 2006.

Münchener Kommentar/Leipold, Band 9, 4.Auflage, Verlag C. H. Beck München, 2004.

The Succession before the Enforcement of the Korean Civil Law and the Statute of Limitation of the Succession Recovery Claim

Sea Min Park*

A Succession Recovery Claim in the Korean Civil Law is a remedy available for a successor whose Right of Succession is infringed. Korean jurisprudence has established that the Right of Succession is “rights” on property acquired on the basis of inheritance, not “the status of a successor”. Moreover, the statute of limitation of the Claim starts running “when an infringement to the Right occurs.” This means that it runs from an occurrence of the Claim. Therefore, the Claim would arise from an infringing action not from the commencement of succession.

In the case where the commencement of succession took place prior to the coming into force of the current Korean Civil Law but the infringement has occurred under the Law, the law at the time of infringement should apply. Notwithstanding that a transitional provision in the Civil Law provides that the law at the time of the commencement of succession shall apply to “succession cases,” it must be interpreted to protect successor’s vested rights, whose legal assessment has been completed before the current Civil Law comes into force. The commencement of succession does not vest the Succession Recovery Claim in an heir(s) yet. Thus, the Supreme Court decision, which have applied the law at the commencement of succession, seems incorrect.

口授證書遺言과 유언에 있어서 口授의 意義

— 대상판결 대법원 2006. 3. 9. 선고 2005다 57899 —

STUDY ON THE MEANING OF ORAL STATEMENT IN
A WILL AND AN ORAL WILL

金 泳 希*

(Young Hee Kim)

<차

I. 사실관계 및 판결의 개요	III. 結 論
II. 판례의 연구	

I. 사실관계 및 판결의 개요

1. 사실관계

(1) 사건개요

유언자 A는 1997. 11. 중순경 갑작스러운 체중감소로 서울 ΔΔ의료원에 입원하여 만성 골수성 백혈병 및 위암 초기라는 진단을 받아 즉시 위암 종양 제거수술을 하고 퇴원하였으나 증세가 다시 악화되어 1997. 12. 9. 서울 00병원에 입원하여 치료를 받았으나 계속된 치료에도 불구하고 병세가 악화되어 생명이 위독한 상태에 이르러, 1998. 1. 3. 토요일 유언자가 가족에게 유언의사를 밝혀 유언자의 현 배우자인 B가 변호사 3인을 00병원의 병실로 불러 이들의 입회하에 구수증서유언의 방식으로 “유언자 소유의 별

지 목록 기재 재산을 유언자의 현 배우자인 B에게 모두 상속한다. 별지 목록에 기재되어 있지 않은 유언자의 기타 소유재산도 모두 B에게 상속한다. 유언집행자로 주식회사(상호 생략)의 비서실장인 C를 지정한다.”는 취지의 유언서가 작성되었다. 유언서에는 주식회사(상호 생략)의 직원 D와 운전기사 F가 증인으로 참여하여 각자 서명, 무인하였고, 유언자 A의 이름이 기재된 외에 그 무인이 찍혀 있다.

유언자 A는 1998. 1. 5. 서울 00병원에서 ΔΔ의료원으로 이송한 즉시 급성신부전으로 사망하였는데 망인의 유언집행자로 지정된 피고는 1998. 1. 8. 이 사건 유언서에 대한 검인청구를 하여 1998. 2. 12. 검인절차를 마쳤다.

(2) 원고의 주장

이 사건에서 유언자 A는 1938. 2. 22. 甲과 혼인하였다가 1955. 1. 4. 협의이혼한 후 1955. 1. 6. 현재의 배우자인 B와 혼인하였는데, 망인 A와 전처 甲 사이에서 출생한 장남 乙은 丙과 혼인하였다가 1999. 12. 27. 이혼한 후 2000. 11. 14. 사망하였고, 원고들은 유언자 A의 장남인 망 乙과 丙의 자녀들이다. 이 사건의 원고는 유언서가 작성될 당시 망인은 사립판단을 할 만큼 의식이 뚜렷하지 못하였을 뿐만 아니라 자신의 의사를 명백하게 표현할 만큼 자유롭게 언어를 구사하지도 못하는 상태여서 이 사건 유언서와 같은 취지의 유언을 구수한 사실이 없고, 증인으로 참여한 주식회사 직원은 망인이 아닌 다른 사람이 불러주는 내용을 받아 필기하였으나 이를 낭독하지 않았으며, 망인의 서명도 후처인 B가 억지로 손을 붙잡고 이 사건 유언서에 망인의 이름을 그리다시피 쓴 것이어서 이를 망인의 서명으로 볼 수 없고, 그 이름 다음에 찍힌 무인도 망인의 것이 아니므로, 이 사건 유언서는 구수증서에 의한 유언이 필요로 하는 요건이나 방식을 갖추지 못하여 무효라고 주장하였다.

2. 판결요지

(1) 원심의 판단 (대전고등법원 2005. 9. 7. 선고 2004나 3602 판결)

원심은 그 채용증거들에 의하여 망인은 만성 골수성 백혈병 및 위암으로 입원 중이던 1998. 1. 3.경 가족들에게 유언을 하겠다는 의사를 밝혀서, 변

* 상지대학교 법학부 부교수.

호사 3인을 사실상 입회시킨 가운데 구수증서에 의한 유언을 하게 된 사실, 당시 망인의 정신 상태는 비교적 양호하였으나 병세의 악화로 기력이 쇠진하여 자필증서나 비밀증서를 작성하기 어려웠던 것은 물론이고, 간단한 외마디 말이나 손동작으로 자신의 의사를 표시하는 외에 유언의 전체취지를 스스로 구술하거나 녹음하는 것은 기대하기 어려웠던 사실, 이에 망인은 구수증서에 의한 유언을 하기로 하고 위 입회 변호사들 가운데 한 사람이 병실에 있던 가족 등으로부터 전해들은 망인의 유언취지를 확인하여 물어보면 “음,” “어” 하는 소리와 함께 고개를 끄덕여 동의를 표시하거나 아주 간단한 말로 대답을 한 사실, 증인인 주식회사 직원이 위와 같이 망인의 대답으로 확인된 유언의 취지를 필기하여 이 사건 유언서로 작성한 후 이를 낭독하였고, 망인과 증인 2인은 그 내용을 확인한 후 각자 서명·무인하였는데, 망인도 B 등의 도움을 받아 침대에서 반쯤 일어나 앉은 상태에서 유언장에 직접 서명·무인한 사실 등을 인정하였다. 위 인정사실에 의하면 망인이 유언서 작성당시 기력이 매우 쇠약하여 유언전체의 내용을 스스로 구술할 수 있는 상태는 아니었다고 하더라도 원고들의 주장대로 유언을 할 수 없을 만큼 사리분별을 하지 못하거나 의식이 뚜렷하지 않은 상태에 있었다고 볼 수 없고, 유언의 취지를 확인하는 입회변호사의 질문에 간단하게나마 소리를 내어 답변한 이상 유언의 취지를 구수한 것으로 볼 수 있으며 질문자가 그 유언의 내용을 망인이 아닌 다른 사람으로부터 들어 이를 확인하는 형식을 취하였다고 하여 달리 볼 것은 아니고 유언서에 찍힌 무인도 망인 본인의 것으로서 기력이 쇠약하여 그 이름을 적는 데 타인의 도움을 받았다고 하여 망인의 서명이 아니라고 할 수 없으므로 민법 제1070조에서 정한 구수증서유언에 관한 요건과 방식도 모두 충족되었다고 판단하여 원고의 청구를 기각하였다.

(2) 대법원의 판단

민법 제1065조 내지 제1070조가 유언의 방식을 엄격하게 규정한 것은 유언자의 진의를 명확하게 하고 그로 인한 법적 분쟁과 혼란을 예방하기 위한 것이므로, 법정된 요건과 방식에 어긋난 유언은 그것이 유언자의 진정한 의사에 합치하더라도 무효라고 하지 않을 수 없다(대법원 1999. 9. 3. 선고 98다 17800 판결, 2004. 11. 11. 선고 2004다 35533 판결 등 참조).

민법 제1070조 소정의 “구수증서에 의한 유언”은 유언자가 2인 이상의 증인의 참여로 그 1인에게 유언의 취지를 구수하고 그 구수를 받은 자가 이를 필기 낭독하여 유언자와 증인이 그 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인하여야 하는 것인바, 여기서 “유언취지의 구수”라 함은 말로써 유언의 내용을 상대방에게 전달하는 것이므로, 증인이 제3자에 의하여 미리 작성된, 유언의 취지가 적혀 있는 서면에 따라 유언자에게 질문을 하고 유언자가 동작이나 간략한 답변으로 긍정하는 방식은, 유언 당시 유언자의 의사능력이나 유언에 이르게 된 경위 등에 비추어 그 서면이 유언자의 진의에 따라 작성되었음이 분명하다고 인정되는 등의 특별한 사정이 없는 한 민법 제1070조 소정의 유언취지의 구수에 해당한다고 볼 수 없다 할 것이다.

유언자는 이 사건 유언을 할 무렵 만성 골수성 백혈병 및 위암 등의 병과 고령으로 건강이 극도로 악화되어 식사를 하지 못함은 물론 다른 사람이 부축하여 주지 않고서는 일어나 앉지도 못하였고, 큰며느리 丙을 몰라 보거나 천장에 걸린 전기줄을 뱀이라고 하는 등 헛소리를 하기도 하였으며, 유언당시에도 고개를 끄덕이거나 “음,” “어” 정도의 말을 할 수 있었을 뿐 자신의 의사를 제대로 말로 표현할 수 없었던 사실, 후처인 B는 유언 당일 변호사 3인을 망인의 병실로 오게 하여 자신이 미리 재산내역을 기재하여 작성한 쪽지를 건네주었고, 변호사들 중 한 사람이 그 쪽지의 내용에 따라 유언서에 들어갈 내용을 불러주면 망인은 고개를 끄덕이거나 “음,” “어” 하는 정도의 말을 한 사실, 유언자는 이혼한 전처와 사이에 아들 乙(원고들의 父)을, 후처인 B와의 사이에 2남 2녀를 두었으나, 이 사건 유언의 내용은 망인의 모든 재산을 후처인 B에게 상속하게 한다는 것으로서 전처 소생인 乙을 상속에서 완전히 배제하는 내용인 사실, 乙의 처 丙은 당시 병원에서 망인을 간호하고 있었는데 이 사건 유언은 丙이 없는 자리에서 이루어진 사실 등이 인정되는바, 위 인정사실을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 망인이 유언취지의 확인을 구하는 변호사의 질문에 대하여 고개를 끄덕이거나 “음,” “어”라고 말한 것만으로는 민법 1070조 소정의 유언의 취지를 구수한 것으로 볼 수는 없다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심은 그 판시와 같은 이유로 망인의 유언의 취지를 구수한 것으로 볼 수 있다고 판단하였으나, 원심판결에는 구수증서에

의한 유언에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이러한 위법은 판결에 영향을 미쳤음이 분명하다. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 한다.

II. 판례의 연구

1. 序 言

유언은 死者의 최종의사를 확보할 필요에서 엄격한 방식을 요구하고 있지만, 사망의 위급이라는 사정이 있어 민법이 요구하는 엄격한 유언방식을 준수하여 유언을 작성할 수 없는 경우에 유언자의 최종의사를 존중하고 유언의 자유를 보장하기 위하여 형식을 완화한 특별방식의 유언을 인정하고 있다. 비교법적으로 보아도 일정범위의 자에게 일정한 사정이 있는 경우에 요건을 완화한 특별방식에 의한 유언을 여러 국가에서 인정하고 있다.¹⁾ 우리나라도 사망의 위급에 처한 자가 보통방식에 의한 유언을 할 수 없는 경우 구두유언의 간이한 특별방식의 유언으로 구수증서유언을 인정하고 있다. 유언자가 임종에 직면하는 등의 위급한 경우의 특별방식의 유언으로, 유언자가 증인 2인 이상을 참여시킨 가운데 그 중 1인에게 유언의 취지를 구수하고 구수를 받은 자가 이것을 필기하여 유언자 및 다른 증인에게 낭독하여 필기의 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인하는 것으로 유

1) 일본민법은 특별방식에 의한 위급시 유언으로 일반 위급시유언과 난선 위급시 유언(선박조난자의 유언)을 규정하고 교통이 단절된 장소에서 행하는 격절지 유언으로 일반 격절지 유언과 계선자 유언을 인정하고 있다(일본민법 제976조, 제979조). 독일민법은 특별방식의 위급시의 유언으로서 「시장의 면전에서 하는 유언 (Testament vor dem Bürgermeister)」과 「3인의 증인의 면전에서 하는 유언 (Dreizeugentestament)」, 「항해중의 유언 (Seeestament)」을 인정하고 있다. 위급시 유언으로서 前者의 두 가지 유언은 공증인에 대하여 유언 작성을 하기 전에 사망할 우려가 있는 경우(독일민법 제2249조 제1항, 제2250조 제2항) 및 특별한 사정(전염병이나 천재지변)으로 격리되어 있어 공증인에 대한 유언 작성이 현저하게 불가능한 경우(독일민법 제2250조 제1항)에 허용된다. 항해중의 유언은 독일의 항구 외에서 항해중인 선박 상에 있는 자가 할 수 있는 유언이다(독일민법 제2251조). 특별방식의 유언 중 구수형 유언인 일반 위급시 유언과 「3인의 증인의 면전에서 하는 유언 (독일민법 제2250조 2항)」이 우리 민법상의 구수증서유언과 유사하다.

언을 할 수 있도록 하였다(민법 제1070조 제1항).²⁾

구수증서유언은 사망의 위급시에 행하여지는 구수형 유언으로 특히 유언자의 병상의 악화로 인하여 구수능력 및 구수의 유무가 문제로 된다. 대상판결의 경우 구수증서유언에 있어서 유언자의 구수의 성부가 문제된 사안으로 유언이 유언자의 진정한 의사에 합치하더라도 민법이 정하고 있는 요건과 방식에 위배되는 경우에는 무효가 됨을 확인하였다. 구수라고 하는 것은 유언자가 유언의 취지를 구두로 진술하여 전달하는 것으로 유언자의 진의를 확보하기 위하여 유언의 취지를 증인이나 공증인의 면전에서 직접적으로 전하여 유언서에 표시할 것을 요구하고 있다. 유언자의 의사가 불명확한 언어의 형태로 표시되거나 타인의 통역 등의 도움으로 표시되거나 거동만으로 표시되거나 공증인이나 증인의 판단을 통하여 표시되는 경우 구수의 유무가 문제로 된다. 최근의 판례를 살펴보면 病者의 구수이기 때문에 유언자의 구수의 성부가 문제로 된 사례가 보여진다. 특히 구수증서유언에 있어서는 사망에 임박한 유언자에 의한 구수이므로 병상의 악화로 인하여 구수능력을 상실하거나 언어장애로 인하여 표현이 불명확하여 구수의 유무가 문제된다. 또한 유언자의 질병으로 인한 판단능력의 저하로 인하여 유언능력의 유무가 문제되며 재산상속을 받기 위해 유언 작성에 개입하는 방법으로 구수증서유언을 악용하려는 자가 나타나기도 하여 분쟁이 발생할 여지가 있다. 이 때문에 병자의 구수의 성부를 판단함에 있어서는 유언자의 질병의 문제를 무시할 수 없을 것이다. 대상판결의 경우 임종에 직면한 유언자의 구수에 관한 사안이나 구수의 성부 그 자체만을 문제로 하고 있으며 유언자의 질병의 문제와 관련하여 검토하고 있지 않다.

이에 본고에서는 대상판결의 평가와 관련하여 유언에 있어서 구수의 의의 및 病者의 구수와 관련된 판례를 검토하고 구수증서유언의 작성방식과 관련된 해석상의 문제점을 살펴본다. 공정증서유언에 있어서도 유언자의 구수가 요건으로 되어 있으며 이에 관한 판례나 학설은 구수증서유언에 대하여도 타당한 점이 많으므로 구수의 문제와 관련하여 함께 검토하기로 한다.

2) 구수증서유언은 다른 방식에 의한 유언보다 형식이 간단한 것이 특징이고, 보통방식이라는 표제 하에 규정되어 있으나 그 실질에 있어서는 보통방식이 아니라고 판단되며 대법원판례도 다른 방식의 유언과는 달리 유언요건을 완화하여 해석하여야 한다고 하고 있다(대판 1977. 11. 18. 76므15 판결).

2. 구수형 유언에 있어서 「口授」

구수증서유언방식의 특징의 하나는 유언자에 의한 유언의 취지의 구수이다. 구수절차는 유언의 내용이 유언자 자신의 진의에 기한 것임을 담보하는 데 절대적으로 필요한 절차로서 구수증서유언뿐 아니라 공정증서유언에 있어서도 구수 없이 작성된 유언은 무효이다. 공정증서유언방식에 있어서도 구수가 요건으로 되고 있으며 구수의 의의에 대하여는 공정증서유언의 경우와 동일하게 해석할 수 있다.

(1) 구수의 의의

1) 구수 라고 하는 것은 유언자가 구두로 유언의 취지를 설명하는 것을 말한다. 구수는 언어를 사용하여 유언의 내용을 전달하는 것이므로 단순하게 머리를 끄덕여서 답하는 정도로는 구수하였다고 볼 수 없다.³⁾ 이처럼 구수는 언어에 의하여 직접 상대방에게 유언의 취지를 전달하는 것이지만, 원래 사망의 위급에 처한 자는 언어에 의한 표현이 불충분한 경우가 많기 때문에 구수의 유무가 문제될 수 있다. 또한 유언자의 병상의 악화로 인하여 과연 구수가 있었다고 말할 수 있는가, 구체적으로 어느 경우에까지 구수가 있었다고 인정할 것인지 문제된다. 단순하게 고개를 끄덕이거나 몸짓 및 기타 신체의 일부의 거동에 의하여 의사표명을 하는 경우도 구수에 포함시킬 수 있는가 하는 문제이다. 이에 대하여 공정증서유언에 관한 우리의 대법원판례⁴⁾는 유언자가 공증인의 질문에 대하여 언어로 대답하지 않고 단순히 거동에 의하여 응답한 경우에 대해서 신체의 일부나 몸짓에 의한 의사의 소통은 명확하지 않고 피상속인의 진의를 파악하기가 현저히 곤란하므로 거동으로 유언의 내용을 표시하는 것은 유언의 취지가 구수에 의하여 이루어진 것으로 볼 수 없다고 판시하고 있다. 대상판결은 구수증서유언에 관하여 구수의 성부가 문제로 된 사안이나 공정증서유언에 있어서와

마찬가지로 공증인의 질문에 단순히 음, 어 하는 정도의 긍정의 의사를 표시한 것만으로는 유언의 취지를 구수한 것이라 할 수 없어 구수의 성립을 인정하지 않고 있다.

그러나 구수증서유언에 있어서는 유언자의 정신적, 육체적 능력의 저하가 어느 정도 예상되므로 유언자의 구수능력을 완화하여 해석하여야 할 것이다. 구수증서유언에 있어서 구수의 유무에 관한 최근의 일본최고재판소의 판례⁵⁾는 입회한 증인의 1인이 미리 작성한 초안을 낭독한 후 유언자가 네 라고 대답하고, 최종적으로 입회인으로부터 초안으로 유언서를 작성하여도 좋은가의 질문에 대하여 유언자가 잘 알았습니다. 원합니다라고 하는 승인의 취지를 진술한 사례에서 구수가 있었다고 인정하였다. 위 판결은 유언자가 유언의 취지를 전부 구술하지는 않았으나 유언취지에 대한 질문에 대하여 단순하게 고개를 끄덕이지 않고 구두로 긍정의 대답을 한 사실관계를 고려하여 구수를 인정하였으며 구수의 요건을 상당히 완화하여 해석하고 있다. 구수에 대하여 이처럼 완화된 요구를 하는 이유는 많은 유언자, 특히 사망의 위급에 처하여 구수증서에 의한 유언을 작성하는 유언자가 자신의 의사를 개인적으로 정연하게 표시할 수 없다는 사실을 고려한 것이라 할 것이다.

2) 구수의 정도·방법 : 유언자에 의한 구수가 유언내용의 전체에 대하여 완전하게 행해져야 할 필요가 있는지 문제된다. 민법은 구수의 정도·한도에 관하여 명문으로 규정하고 있지 않기 때문에 구체적으로 구수의 내용이 어느 정도 필요한지 문제된다. 유언자는 유언의 전 취지를 구두로 진술할 필요는 없으며 유언자 또는 제3자가 작성한 원고에 의하여 개괄적인 진술만을 한 경우에도 유언의 의사가 명확하면 구수가 있다고 인정할 수 있다. 사정에 따라서는 서면에 의하여 구수의 일부를 대신하는 것은 인정된다. 그러나 구수할 것을 요건으로 하기 때문에 유언자가 필기할 수 있는 경우에 필기한 초안을 제시하여 증인에게 필기시킨 경우에는 구수에 해당하지 않는다.⁶⁾ 다만 유언자로부터 주도적으로 유언의 취지를 구수 받은 것은 아니고

3) 김주수, 친족상속법, 666면; 鄭甲柱, “공정증서에 의한 유언의 방식,” 판례월보 1993. 12, 18면.

4) 공정증서에 의한 유언이 구수된 것이 아니어서 무효라고 한 사례로 대법원 1996. 4. 23. 선고 95다34514 판결, 대법원 1993. 6. 8. 선고 92다8750 판결, 대법원 1980. 12. 23. 선고 80트18 판결이 있다.

5) 最判 平成 11. 9. 14. 결정.

6) 구수증서유언방식은 자필방식의 유언을 할 수 없는 경우에 인정되는 특별방식의 유언이라 할 수 있기 때문에 청각·언어장애의 유무를 구별하지 않고 자필에 의하여

사전에 필기된 것에 기하여 유언자의 의사를 확인하는 형식으로 유언 작성 절차가 진행되는 경우 유언자의 구수를 어느 정도 생략할 수 있는지 문제된다. 최근의 대법원 판례는 공증인이 유언서 작성에 있어서 미리 유언의 취지를 작성하여 그 서면에 따라 유언자에게 유언의 취지를 질문하고 확인받아 유언증서가 작성된 경우 구수가 있다고 인정하였다.⁷⁾ 구수는 유언자가 특정의 내용의 유언을 할 의사가 있다는 것을 명백하게 하는 것이므로, 구수₂의 유무는 유언자의 발언의 전후의 상황, 유언자의 대화가능의 정도, 유언 작성 전 과정에 있어서의 구체적인 사실을 종합하여 증인이 유언자의 유언의 진의를 확인할 수 있는 내용의 발언이 있었는지의 여부를 판단하여야 할 것이며, 단순히 형식적으로 판단할 것은 아니다.

3) 구수의 직접성 : 구수는 유언자 자신이 직접적으로 증인이나 공증인에 대하여 행하여야 할 것을 필요로 하므로 타인에 의하여 공증인이나 증인에게 전달하는 것은 구수라고 할 수 없다. 즉 구수는 자유롭게 표시된 유언자의 의사가 직접적으로 공증인이나 증인에게 전달되어 유언서에 표시되는 것을 확보하기 위한 방식의 하나이다. 그러므로 중병의 유언자의 응답이 근친자에 의하여 공증인이나 증인에게 전달하는 경우에 구수의 요건을 흠결한 것으로 무효이다.⁸⁾ 그리고 유언자의 병이 악화하여 유언자가 유언의 취지를 구수할 능력이 없는 경우에는 예컨대 유언서가 존재한다고 하여도 그 유언은 효력이 없다. 구수는 직접적으로 대화할 것을 요하므로 통역을 사용하여 구수하는 것, 전화를 사용하여 구수하는 것은 적법하지 않다.⁹⁾ 단 유언을 할 수 있는 정신능력이 있는 경우에는 연로하여 보청기를 사용하는 것은 지장이 없다.

유언의 취지를 전달하는 방법에 관하여 규정하지 않았다. 개정된 일본 민법도 청각·언어장애인이 위급시 유언을 하는 경우 구수하는 대신 수화통역방법만을 고려하고 있을 뿐 自書하여 유언의 취지를 전하는 방법은 채용하지 않았다.

7) 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007다51550, 51567 판결.

8) 이에 대하여 유언서 작성배경, 동기, 경위 등의 사정을 고려하여 유언자의 진의가 유언서에 정확하게 표시되어 있으면 구수의 범위를 가능한 한 넓게 해석하여 적법한 유언으로 인정할 수 있다는 견해(林 貴美, “死亡危急時遺言における口授,” 判例タイムズ, 2000. 8, 77면)가 있으며 또한 근친자에 의하여 전달되어도 전달에 오해가 없는 이상 무효인 것으로 할 수 없다는 판례(大阪高判 昭和 57. 3. 31. 결정)가 있다.

9) 木村健助, “危急時遺言,” 家族法大系 VII, 185면.

(2) 구수의 필기와 낭독 및 승인

1) 필기 : 유언자의 구수는 공증인이나 증인이 필기하여 이를 유언자 및 증인에게 낭독하여 승인할 것을 요건으로 한다. 필기를 요하는 것은 실수하여 유언내용을 빠뜨리거나 잘못 듣거나 하는 것을 방지하기 위함이다. 필기는 유언자의 구수를 一字一句 모두 필기할 것을 요하지 않으므로 유언자의 의사에 충실하게 구수의 취지가 필기되어 있으면 충분하다.¹⁰⁾ 필기의 방법에 대하여는 명문규정이 없다. 구수증서유언의 경우 구수를 받은 증인의 1인이 유언의 내용을 필기하여야 한다. 증인 1인이 작성한 필기를 증인 이외의 자에게 정서를 하게 하는 것은 적법하다고 해석되지만¹¹⁾ 처음부터 증인 이외의 자에게 필기를 하게 하는 것은 적법하지 않다. 공정증서유언의 경우에도 공증인이 유언자의 구수를 필기할 것을 규정하고 있지만 실제로 누가 필기하느냐는 유언자의 진의확보와는 무관계하므로 반드시 공증인 자신이 필기할 것을 요구하지 않는다. 공증인이 직접 구수절차에 입회한 이상 필기가 타인에 의하여 행하여진 경우에도 방식위배가 되지 않는다.¹²⁾ 필기는 반드시 手記할 필요는 없으며 컴퓨터나 타자기를 이용하여 필기하여도 좋다. 필기는 반드시 유언자의 면전에서 할 필요는 없으며 별실에서 필기하여도 좋다.

2) 낭독 및 승인 : 공증인 및 증인에 의하여 필기한 내용은 유언자 및 다른 증인에게 낭독하여, 필기의 정확함을 승인받아야 한다.¹³⁾ 낭독은 필기한 내용을 유언자 및 다른 증인에게 알려 필기가 정확하게 되었음을 확인 받는 것이며, 필기한 증인이나 공증인 자신이 직접 할 것을 필요로 하지

10) 小川 昭二郎, “特別方式による遺言,” 遺言法體系, 西神田編集室, 1995, 187면.

11) 대판 1992. 7. 14. 선고 91다39719 판결은 병원에서 비서로 하여금 유언을 받아쓰게 하여 유언서를 작성하고 사망 후 같은 회사 직원으로 하여금 위 유언서를 정서하게 하였고 정서된 유언서는 합동법률사무소에서 유언자의 처의 촉탁에 의하여 사본이 원본과 상위 없다는 내용의 인증을 받은 경우 구수증서유언으로 인정하였다.

12) 中川善之助, 加藤永一 編輯, 新版 註釋 民法(28), 113면; 中川 淳, 相續法逐條解説(下卷), 日本加除出版株式會社, 1995, 85면.

13) 일본민법은 위급시유언의 경우 공정증서유언과 달리 증인에게만 승인을 요구하고 있으며 유언자의 승인은 필요하지 않다. 이는 위급시유언의 경우 사망의 위험이 급박하여 실제로 유언자 자신의 승인을 구할 수 없는 경우가 많기 때문이다(小川 昭二郎, 앞 글, 187면).

않으며 다른 증인이나 제3자가 하여도 좋다.¹⁴⁾ 유언자 및 증인이 필기의 정확함을 승인하는 것은 유언자의 구술이 유언서에 정확하게 표현되어 있음을 확인하는 것이다. 필기한 유언을 낭독하였다는 것과 증인이 그 정확함을 승인하였다는 사실은 유언서 자체에 기재할 필요는 없다.¹⁵⁾

(3) 구수의 절차

구수증서유언과 공정증서유언은 “구수→필기→낭독→승인”의 순서에 의하여 유언서를 작성할 것을 요구하고 있다. 그러나 실제상으로 이러한 순서에 의하여 유언서가 작성되는 경우는 많지 않을 것이다. 근친자나 증인 등이 유언자의 요청으로 사전에 유언서를 준비하거나 공증인에게 의뢰하여 미리 필기한 후에 유언자로부터 구수를 받고 낭독, 승인받는 경우가 많을 것이다. 민법이 정하고 있는 구수와 필기의 순서의 전후가 바뀌어 유언이 작성된 경우에 이것을 방식위배로 볼 것인가가 문제로 된다. 이에 관한 최근의 대법원 판례¹⁶⁾는 공정증서유언에 있어서 미리 작성된 유언서에 의하여 “필기→낭독→구수”의 순서로 유언이 작성된 경우 유언내용이나 유언경위로 보아 유언이 유언자의 진정한 의사에 기한 것으로 인정할 수 있는 경우에 구수의 요건을 갖추었다고 보아 작성순서변경의 적법성을 인정하고 있다.¹⁷⁾

구수증서유언에 있어서도 마찬가지로 유언자로부터 유언의 취지를 구수 받아 사전에 작성된 서면의 내용이 증인 등에 의하여 유언의 취지와 합치하고 있다는 것을 승인받아 유언을 작성할 수 있을 것이다. 유언자의 질병 등의 급박한 사유로 공증인이 유언자의 병실에 출장하여 사전에 작성된 유언서의 공정증서를 작성하는 경우가 있으므로 법이 정하고 있는 소정의 순

서와 다르다고 하여도 증인이 낭독한 것을 듣고 유언자의 구수가 자유의사에 의한 것인가의 여부 또는 공증인의 필기가 유언자의 구수 내용을 정확하게 기재하였는지의 여부를 확인하는 것이 가능하므로, “구수→필기→낭독→승인”의 순서를 반드시 지키지 않았다고 하여 방식위배의 무효의 유언이라고 하는 것은 바람직하지 않다. 특히 구수증서유언은 유언자가 사망의 위급에 처한 상태에서 급하게 작성되기 때문에 구수 등의 절차나 작성순서가 법이 정한 절차와 상이한 경우가 있을 것이다. 유언을 하게 된 사정이 급박하고 유언자가 유언내용을 일일이 구수하기 어렵고 유언의 내용이 복잡한 경우 미리 그 내용을 정리하지 않으면 일부를 빠뜨릴 우려가 있는 경우도 있을 것이므로 필기가 구수에 앞섰다는 이유만으로 유언을 무효라고 하여서는 안 될 것이다.¹⁸⁾ 작성방식에 대하여 형식적으로 판단할 것은 아니며 유언 작성의 배경, 동기, 경위 등의 전체의 사정을 종합적으로 고려하여 실질적인 판단에 따라서 유언의 成否를 판단하여야 할 것이다.¹⁹⁾

대상판결의 경우 증인이 제3자에 의하여 미리 작성된 유언서에 기하여 질문을 하고 유언자에게 확인받는 형식으로 구술과 필기의 순서의 전후가 변경되어 작성된 사안이다. 판례는 순서변경의 적법성여부에 대한 판단보다는 유언내용의 진실성을 고려하여 구수를 인정하지 않았다고 생각된다. 즉 구수의 상세의 생략이나 작성순서의 변경이 있더라도 유언자의 진의가 유언서에 정확하게 표현되어 있으면 민법이 정하고 있는 취지에 반하지 않는다고 할 것이다.

(4) 「구수」의 요건과 언어·청각장애인의 보호

구수형 유언에 있어서는 유언자의 진의확보를 위하여 일정한 구술의 절차를 요구하고 있어 구술할 수 없는 청각·언어장애인의 경우 특별방식의 유언을 이용할 수 없게 된다. 구수증서유언방식은 사망의 위급자가 자서할 수 있는 경우에는 자필증서유언을 하는 것이 적당하다는 전제하에 자필증서유언을 할 수 없는 특수한 사정이 있는 경우의 유언자를 위하여 인정된 특별방식의 유언이라 할 수 있다. 때문에 구수증서유언의 작성과정에 있어

14) 小川 昭二郎, 앞 글, 187면; 中川 淳, 앞 책, 85면.

15) 中川善之助, 加藤永一 編輯, 앞 책, 155면.

16) 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007다51550, 51567 판결.

17) 일본의 학설과 판례는 법이 정하는 절차를 완화하여 해석하여 왔고 특별방식의 위급시 유언에 있어서도 유언서가 “필기→구수→낭독”의 순서로 작성되거나(最判 昭和 6. 11. 27. 선고 판결) “필기→낭독→구수”의 순서로 작성된 경우(最判 昭和 43. 12. 20. 선고 판결)에 증인의 입회하에 다시 유언자로부터 유언의 취지의 구수를 받아 그 취지가 사전에 작성된 서면의 내용에 합치하고 있으면 위급시 유언으로서 유효하다는 견해를 취하고 있다. 林 貴美, 앞 글, 76면; 小川 昭二郎, 앞 글, 186면.

18) 정갑주, 앞 글, 17면.

19) 有地 亨, 新版 家族法概論, 法律文化社, 2003, 337면.

서 청각·언어능력의 장애를 고려하지 않았다고 생각된다. 또한 공정증서 유언에 있어서도 구두주의만을 채용하고 있어 청각·언어장애인의 경우 공정증서에 의한 유언의 가능성을 고려하지 않았다고 할 수 있다. 유언자에 의한 유언의 취지의 구수는 구수형 유언방식의 특징으로 언어에 의할 것을 요하므로 언어장애인이 사용하는 수화 등에 의한 표시는 구수라고 말할 수 없다. 이러한 이유로 구수능력이 없는 聾者나 언어장애인은 구수를 대체할 수 있는 새로운 규정이 없이는 구수형 유언을 작성할 수 없다.

일본은 평성 11년 개정법²⁰⁾에 의하여 언어 및 청각장애인이 구술할 수 없는 경우 유언의 취지를 구수 하는 대신 통역인의 통역에 의하여 진술하거나 자서 할 수 있도록 하고 증인이나 공증인이 필기한 유언자의 유언의 내용도 「통역인의 통역」이나 「열람」 등의 방법을 사용하여 「낭독」에 대신할 수 있도록 하였다(일본민법 제969조, 제969조의2, 제976조). 개정된 일본 유언법은 청각·언어장애인에 대한 차별대우를 인식하고 이에 대한 실질적인 평등을 달성하는 데 일보 진전하였다 할 수 있다.

독일의 유언법은 시각장애인뿐만 아니라 언어장애인 등 각종의 장애인에 대하여 상당히 많은 특별규정을 하고 있는 것이 특징이다. 그럼에도 1999년 독일 연방헌법재판소는 언어능력 및 필기능력이 없는 자의 유언, 즉 중첩적인 장애인의 유언의 자유를 제한하는 독일 민법 제2232, 2233조, 공증법 제31조의 규정에 대하여 헌법불합치결정을 하였다.²¹⁾ 이러한 결정에 의하여 2002년 독일민법과 공증법이 개정되어 언어 및 청각장애인이면서 동시에 서면을 이해할 수 없는 경우에도 공정증서유언 및 특별방식의 유언을 작성할 수 있도록 하였다. 공정증서유언의 작성에 있어서 엄격한 구수(Mündlichkeitserfordernis)의 요건을 삭제하였으며 언어장애인도 유언자와 의사소통이 가능한 자를 참여시켜 유언을 작성할 수 있도록 하였으며 서면이

나 신체의 동작 기타의 방법에 의하여 유언의사를 표시할 수 있도록 하였다(독일민법 제2232조). 공증인에 대한 유언의사표시는 보통의 경우 구술에 의하지만 구술할 수 없는 경우 거동, 표시 또는 기타의 방법에 의하여 유언자의 중의를 표시하여 유언을 작성할 수 있도록 하였다.²²⁾ 독일 민법은 일본 민법처럼 수화통역에 의한 의사표시를 명문화하지는 않았지만 유언자와 의사소통이 가능한 자가 유언 작성에 참여한 경우 수화통역방법이 이용될 수 있을 것이다. 또한 유언자가 聾者·청각장애인인 경우에는 낭독에 대신하여 열람에 의하여 조서의 내용을 확인할 수 있도록 하고 유언 작성에 통역인을 참여시킬 수 있도록 하였다(공증법 제21조 1항, 제23조). 특별방식의 유언에도 공증인법의 장애인 규정을 준용하여 청각·언어장애인의 유언 작성을 가능하도록 하였다(독일민법 제2249조 1항, 제2255조 제3항, 공증인법 제23조).²³⁾

수화의 발달 보급이 일반화되어 수화통역이나 필답에 의하여 의사소통이 가능하고 낭독에 대신하여 증서의 내용을 열람케 하여 승인하는 방법이 있으므로 청각·언어장애인에 대하여도 구수형 유언 작성이 가능하도록 하여야 할 것이다. 학설과 판례에 의하여 구수의 요건을 아무리 완화하여 해석한다고 하더라도 수화 등의 통역이 구수를 대체할 수 없다. 우리 민법도 유언법에 있어서 장애인차별을 인식하여 청각·언어장애인이 구수나 낭독에 대신하여 수화 등의 통역이나 열람 등의 수단에 의하여 유언의 취지를 전달하여 유언을 작성하는 방법을 입법론으로 검토하여야 할 것이다.²⁴⁾

3. 「口授」에 관한 판례의 검토

구수형 유언에서는 유언자의 구수의 성부가 가장 많이 문제로 된다. 구수에 관한 최근의 판례는 구수의 성부가 유언자의 질병과 관련하여 문제되고 있다. 예컨대 死期에 임박한 유언자가 유언의 취지를 공증인이나 증인에게

20) 일본은 2000년 1월 8일에 민법의 일부를 개정하는 법률이 시행되어, 공정증서유언, 비밀증서유언 및 위급시유언의 口授主義가 개정되었다. 개정법에 의하여 구수의 의미가 확장된 것은 아니고 구수에 대체하는 방식이 새로이 추가되어 규정되었다. 따라서 구수가 구두의 진술이라는 것에는 변함이 없다. 개정법은 청각·언어장애인이 수화통역 등의 통역 및 필답에 의하여 공정증서유언을 작성할 수 있도록 하였으며 위급시유언과 비밀증서유언에 대하여도 통역인의 통역에 의한 진술이나 유언서임의 취지를 自書하는 방법에 의하여 유언을 작성할 수 있도록 하였다. 小林昭彦, 原 司, 平成11年民法一部改正法等の解説, 平成14年, 財團法人 法曹會, 506면 이하 참조.

21) BVerfGE 99, 341(358)=NJW 1999, 1853, 1855.

22) MünchKomm-Hagen, §2232 Rdnr.2, 5; Staudinger-Baumann, §2232 Rdnr.16, 17.

23) 일본과 독일의 유언법에 있어서 장애인 보호에 관한 규정의 자세한 내용에 대하여는 김영희, “공정증서유언과 장애인차별,” 가족법연구, 2002, 257-298면; 김영희, “현행 민법상 유언의 방식에 관한 연구,” 가족법연구, 2006, 127-151면 참조.

24) 김영희, “현행민법상 유언의 방식에 관한 연구,” 144, 151면.

口頭로 진술하지 않고 단순히 거동만으로 의사표시를 하거나 유언자의 병상이 급변하여 타인의 도움을 받아 유언의사를 표시한 경우 구수의 유무가 문제된다. 유언자가 死期에 임박하거나 병자인 경우 질병으로 인하여 구수의 유무가 문제로 되지만 판례를 살펴보면 질병의 문제를 고려하지 않고 구수의 성부를 판단한 사안도 보여진다. 대상판결도 유언자의 질병으로 인하여 구수의 유무가 문제된 사안으로 이는 많은 유언이 고령자에 의하여 이용되는 것과 관련이 있다고 할 수 있다. 구수의 성부를 판단함에 있어서 유언자의 질병과의 관계를 무시할 수 없으므로 이러한 관점 하에 판례의 태도를 검토하고 병자의 구수와 관련되어 나타나는 문제를 살펴본다.

(1) 거동에 의한 의사표시와 「구수」

병자의 구수와 관련하여 문제된 우리나라의 대법원판례를 살펴보면 질병으로 인하여 언어능력 및 구수능력을 상실하여 단순히 거동만에 의하여 의사를 표시하였기 때문에 구수의 유무가 문제되고 있다. 여기에서는 구수의 유무가 문제된 판례를 유언자가 病者인 사정과 관련하여 검토한다.

1) 대법원 1980. 12. 23. 선고 80므18 판결²⁵⁾

유언자가 뇌혈전증으로 입원 치료 중 언어장애, 좌반신마비 등의 의식불명상태가 계속되어 소생의 가망이 없자 대학부속병원으로 옮겼으나 여전히 좌반신마비가 있고 혼수상태가 지속되어 환자와의 대화는 하지 못하고 묻는 말에 알아듣는 표정만 짓고 있었으며 유언당일 정신상태가 상당히 호전되고 의식상태도 좋아졌으며 언어는 약간 가능한 정도였으나 당시 상태는 의사가 환자에게 물으면 말은 못하고 고개만 끄덕끄덕 반응하는 정도로서 의학상 가면성 정신상태에 놓여 있었으며, 유언자는 입원 중 의사나 간호원, 다른 가족들과 대화를 나눈 일이 없었고, 유언서 작성당시에도 산소마스크를 착용하고 침대에 누워 공증인이 유언자에게 유언내용의 취지를 유언자에게 말하여 주고 “그렇소?” 하고 물으면 유언자는 말은 하지 않고 고개만 끄덕끄덕하여 공증인의 사무원이 그 내용을 필기하고 이를 공증인이

낭독하는 방법으로 유언서가 작성된 사안이다. 원심과 대법원은 공정증서유언은 유언자가 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수하여야 함을 요하는데 본 유언은 유언자가 공증인에게 “구수”하여 작성된 것으로 볼 수 없어 무효라고 판시하였다.

본 사안은 질병에 의한 언어장애로 인하여 유언자의 언어가 불명확하여 중개자의 도움으로 유언이 작성된 경우로 유언자가 공증인에게 단지 거동에 의하여 긍정의 의사를 표현하였기 때문에 구수의 성부가 문제로 된 경우이다. 유언자가 의학상 가면성 정신상태에 있으면서 공증인의 유언내용에 대한 질문에 단순히 고개만 끄덕끄덕한 상황으로 유언 작성 당시의 유언자의 의사능력의 유무가 문제된다. 유언자가 거동에 의하여만 긍정의 의사를 표현한 경우 유언자의 충분한 판단능력에 기하여 유언이 작성되었는지의 여부가 문제될 수 있으나 본 사안은 구수의 성부를 판단함에 있어서 유언자의 의사능력의 유무에 대하여 고려하지 않고 있다. 질병은 유언자의 판단능력이나 사리분별력을 현저하게 저하시키므로 구수능력 및 구수의 유무의 판단과 유언능력의 문제는 밀접한 관계가 있다. 구수의 성부가 유언자의 언어장애나 언어능력 및 유언능력의 결여와 연관성이 있음을 시사하고 있는 사안이라 할 수 있다. 거동에 의한 의사표시를 평가할 때 유언 작성 당시의 유언능력의 존부의 문제와 관련하여 구수의 유무를 판단하여야 할 것이다.

2) 대법원 1993. 6. 8. 선고 92다 8750 판결²⁶⁾

유언자가 당뇨병 등의 질병으로 반혼수상태에 빠지는 등 병세가 호전되지 아니할 징후를 보이자 가족의 연락에 의하여 공증업무를 취급하는 변호사가 유언자가 입원하여 있는 병원에 와서 유언공증을 한 사안으로 변호사가 유언자의 재산상속에 관한 의사를 확인하기 위하여 유언자에게 재산을 어떻게 할 것이냐, 전에 말한 대로 모든 재산을 유언자의 특정의 자인 A에게 유증할 것이냐고 묻자 유언자가 고개를 끄덕거렸고, 유언집행자 지정에 대한 물음에 역시 고개를 끄덕였으며, 그 과정에서 유언자의 자 A가

25) 본 판결에 대한 평석으로 이재성, “공정증서에 의한 유언의 방식,” 이재성판례평석집 VI, 1989, 499면 이하 참조.

26) 본 판결에 대한 해설로 정갑주, 앞 글, 14면 이하 참조.

“아버지 힘내세요”라고 외치자 유언자가 고개를 끄덕거렸다. 유언자가 유언증서에 직접 서명할 기력이 없는 상태였으므로 A가 유언자의 손에 필기구를 쥐어주고 그 손을 잡고 서명하게 하였으며 그 후 유언자는 병세가 악화되어 유언 작성일 병원에서 사망하였다. 원심 및 대법원은 위 사안에 대하여 변호사의 일정 내용의 유언취지를 묻는 질문에 대하여 유언자가 고개를 끄덕였을 따름이므로 이는 유언자가 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수하여 공정증서가 작성된 것으로 볼 수 없다고 하여 위 공정증서유언은 무효라고 판단하였다.

위 사안은 평소 유언자가 후계자를 누구로 할 것인가에 관한 말을 여러 차례 하였고 유언서 작성시에 공증인이 유언자에게 평소 말해온 바를 유언 내용으로 할 것인가의 여부를 확인하려 하였으나 유언자가 말을 하지 못하고 공증인의 질문에 대하여 고개를 끄덕여서 긍정의 취지를 나타낸 사안이다. 유언서의 작성내용이 유언자의 평소의 뜻과 합치하고 유언자의 유지임이 분명하지만 공증인의 질문에 단순히 고개를 끄덕이거나 가로짓는 등 거동만에 의한 의사표시는 구수로 볼 수 없다고 하여 유언에 있어서 구수의 의미를 재차 확인한 판결이라 할 수 있다. 판례는 질병으로 인한 여러 사정의 고려 없이 거동에 의한 의사표시는 유언의 구수로 볼 수 없다고 판단하여 구두의 진술의 유무·정도를 중시하는 입장에서 구수의 의미를 밝히고 있다.

그렇지만 거동에 의하여 표시된 유언의 효력에 대하여는 일반적으로 단정지어 해석할 수 없으며 유언 작성 과정, 유언의 내용, 병색의 정도 등을 고려하여 결정하여야 할 것이다. 특히 병자의 유언에 있어서 유언자의 의뢰로 유언 작성 준비가 진행되어 유언서가 마련된 경우 정식의 유언 작성 과정에서 유언자가 병상의 악화로 인하여 구두로 진술할 수 없지만 거동만으로 명확하게 자신의 의사를 표명한 경우에도 방식위반이라고 하여 유언을 무효로 할 것인가는 의문이다. 공증인이나 증인의 판단에 의하여 표시된 유언이 유언자의 진의에 합치한 것임을 유언 작성 과정에서 확인할 수 있으면 거동만에 의하여 표현된 유언의 효력을 인정한다고 하더라도 구수형 유언에 있어서 구수의 취지에 반한다고 할 수 없을 것이다.²⁷⁾

3) 대법원 1996. 4. 23. 선고 95다34514 판결

유언자는 1987. 8월 폐기중으로 대학병원에 입원하여 치료를 받았는데, 호흡부전으로 의식을 회복하지 못하자 같은 해 9월 기관지절제수술을 하고, 그 곳에 인공호흡기를 부착하여 충분히 산소공급을 받고 의식이 회복되었으나, 1987. 11월부터 1988. 2월까지의 기간을 제외하고는 1989. 12. 27. 사망에 이르기까지 목에 튜브(T-tube)를 삽입하여 인공호흡을 하고 있었기 때문에 공기가 성대를 통할 수 없어 말을 할 수 없었고, 의식이 있는 동안에는 몸짓, 표정, 입모양으로 의사표현을 하거나, 준비해 둔 차트판 종이와 필기도구를 이용하여 자신의 의사를 표현하였다. 1989. 10월부터 상태가 몹시 악화되어 거의 의식을 잃었으며, 같은 해 12월 21일 의학상 반혼수상태(semi-coma state)에 들어가자 유언자가 설립하여 경영하였던 주식회사의 직원을 통하여 임야의 등기부등본과 주권의 주권번호가 기재된 서류를 법무법인에 전달하면서 유언공정증서의 작성을 의뢰하였다. 이에 기하여 유언공정증서 초안을 작성하여 같은 날 유언자가 입원 중이던 병실에서 유언자에게 유언증서 초안의 취지대로 부동산의 필지와 주식의 총수를 불러 주면서 임야와 주권 전부에 대한 유증의사를 묻자 이에 유언자가 고개를 끄덕거렸고, 팔목을 붙잡아 주어 유언증서의 유언자란에 서명하게 하였다. 대법원은 유언공정증서를 작성할 당시 유언자가 반혼수상태였으며 유언공정증서가 낭독된 후에도 그에 대하여 전혀 응답하는 말을 하지 아니한 채 고개만 끄덕였다면, 유언공정증서를 작성할 당시에 유언자에게 의사능력이 없으며 그 공정증서에 의한 유언은 유언자가 유언의 취지를 구수하고 이에 기하여 작성된 것으로 볼 수 없어서 민법 제1068조가 정하는 공정증서에 의한 유언방식에 위배되어 무효라고 판단하였다.

유언자의 판단력, 사리변별능력 및 유언능력의 존부의 문제는 구수의 문제와는 직접적인 관련이 없다. 유언자가 구수하여 유언을 작성하였다 하더라도 유언은 유언자의 판단능력을 전제로 하기 때문에 판단력이 현저하게

27) 구수형 유언에 있어서 구수는 유언자의 진의를 유언서에 정확하게 표시하기 위한 수단이므로 다른 제 사정에 의하여 유언자의 진의 및 유언능력이 명확한 경우에 한하여 거동에 의한 의사표시로 구수에 대신하는 것이 가능하다는 견해도 주장되고 있다(林 貴美, 앞 글, 77면).

결여되어 있는 때에는 유언능력을 흠결한 것으로 그 유언은 무효가 되며 이 경우 구수의 성부는 문제되지 않는다. 그러나 구수의 성부의 판단이 유언자의 판단력이나 유언능력의 존부의 문제와 관련이 있는 경우가 있다. 본 사안의 경우 질병으로 인하여 유언자의 판단능력 및 사리변별능력이 현저하게 저하되어 직접적으로 유언능력의 유무가 문제로 되었으며 구수의 성부는 이와 관련하여 부정되었다. 공증인의 질문에 대한 유언자의 긍정의 거동이 충분한 판단능력에 기하여 행하여진 것인지 의문이며 언어장애 및 언어능력의 결여와 구수의 성부의 문제가 연관성이 있음을 시사하고 있는 사안이라 할 수 있다. 이 사안은 구수의 성부의 문제가 유언능력의 유무의 문제와 밀접하게 연관되어 있음을 보여주고 있으며 구수」를 구두의 진술에 한정하여 유언능력의 문제와 별도로 판단하는 것은 타당하지 않다고 생각된다.

(2) 사전에 작성된 서면에 의한 유언서 초안과 「口授」

구수형 유언은 유언자의 구수→필기→낭독→승인의 일련의 절차에 따라서 작성될 것을 예정하고 있다 그러나 사전에 유언자 등으로부터 필요서류, 자료 등의 제출, 유언내용의 설명이나 이를 기재한 서면을 받아 미리 유언서를 작성하여 이것을 유언자로부터 구수 받아 작성된 것으로 하여 민법이 규정하고 있는 구술절차와 실제의 유언 작성 절차가 다른 경우가 있다. 이처럼 유언자가 주도적으로 유언의 취지를 구수하지 않고 사전에 필기된 것에 기하여 유언자의 의사를 확인하는 형식으로 유언 작성 절차가 진행되는 경우 유언자의 구수를 어느 정도 생략할 수 있는지 문제된다. 유언자에 의한 유언의 취지의 구수에 있어서 사전에 작성한 서면을 이용하는 관행은 오래 전부터 행하여져 왔으며 최근의 대법원판례는 이를 인정하였다.

1) 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007다51550, 51567 판결

유언자의 장남이 유언 전달 공증인의 사무실에서 증인 2인과 함께 부동산을 전부 장남에게 유증한다는 내용의 유언공증에 필요한 서면을 작성하였다. 그 후 공증변호사가 유언자의 자택을 방문하여 미리 작성한 서면에 따라 유언자에게 유증대상자와 유증재산에 대하여 하나하나 질문하고 낭독

하여 확인절차를 거쳐 서명 날인하였으며 유언자가 거동은 불편하였으나 의식은 명확하여 언어소통에 지장이 없었으며 유언자 본인의 유증의 의사를 확인하고 자필 서명한 사안이다. 판례는 공증인이 유언자의 말을 구수하여 필기하고 낭독하여 확인한 것이 아니라, 먼저 유언자의 의사에 따라 유언의 취지를 작성한 다음 미리 필기된 서면에 의하여 유언자에게 질문·낭독을 해주었고 유언자가 유언의 취지를 정확히 이해할 의사식별능력이 있고 유언의 내용이나 유언경위로 보아 유언 자체가 유언자의 진정한 의사에 기한 것으로 인정할 수 있는 경우 민법상의 '유언취지의 구수' 요건을 갖추었다고 볼 수 있어 사전에 필기한 서면을 유언자에게 확인하는 방식으로 작성된 공정증서유언의 효력을 인정하였다.

본 판결은 유언의 구수절차에 있어서 미리 작성된 서면을 이용하는 것이 허용되는지에 관하여 처음으로 그 적법성을 인정한 것이라 할 수 있다. 유언취지의 구수를 엄격하게 제한하여 해석하지 않고 유언 작성 내용이나 경위로 보아 유언자의 진정한 의사에 기한 경우에는 유언 작성의 순서변경이 있더라도 그 요건을 갖추었다고 인정하고 있다. 즉 유언 작성 절차에 있어서 순서의 변경이나 구수의 상세의 생략은 유언자의 진의가 정확하게 표시되어 있는지의 여부의 문제임을 밝히고 있다.

2) 最判 昭和 43. 12. 20. 결정

유언자 A는 소화 3, 4년경에 처자와 별거하고 X와 동거하면서 공동으로 금융업을 하여 소화 29년경 본건 부동산을 취득하였다. 소화 37년 6월에 이르러 A는 동맥경화증 등으로 병상에 눕게 되자 자신의 사후에 X와 처자와의 사이에 재산상의 분쟁이 발생할 것을 우려하여 X와 상담하여 주된 재산인 부동산을 X와 처자 Y 등의 4명에게 균등하게 분배하기로 하는 취지의 공정증서에 의한 유언을 작성하기로 하였다. X는 소화 37년 10월 공증인에게 공정증서의 작성을 촉탁하였으며 공증인은 X로부터 청취한 유언의 내용을 필기하여 유언서를 작성한 후 A를 방문하여 공정증서에 정서한 유언의 내용을 낭독하고 A는 이 토지와 집을 모두에게 나누어 준다 라고 하는 취지를 진술하고 서면에 자필 서명 날인하였다. 유언공정증서의 작성에 있어서 유언자인 A가 유언의 취지를 공증인에게 구수한 것은 아니지만 공정증서에 기재된 유언의 취지가 부동산을 X와 Y 등의 4명에게 균등하

게 분할하여 유증한다」는 취지 및 유언집행자로서 소외 B를 지정한다는 취지의 간단한 것으로 A의 발언은 기재된 유증의 취지와 일치한다고 진술한 사안이다.

판례는 유언자의 구수와 공증인에 의한 필기 및 낭독이 민법이 정하고 있는 순서와 바뀐 결과가 되었지만 유언자의 구수와 공증인에 의한 필기가 그 취지에 있어서 일치하고 유언자가 필기의 정확함을 승인하여 서명 날인한 것이 인정되므로 유효하다고 인정하였다. 공정증서유언이 공증인의 사전의 필기 → 낭독 → 유언자에 의한 동 취지의 구수 → 승인이라는 순서변경에 의하여 작성되어도 낭독하고 승인할 때 유언자의 의사를 확인하는 형식으로 유언 작성 절차가 진행되어 유언자의 진의가 정확하게 표시되어 있으면 적법한 것으로 인정하고 있다.

3) 大阪高判 昭和 51. 8. 6. 결정

공증인이 유언공정증서를 작성함에 있어서 유언자의 면 연고자로부터 유언자 이외의 제3자가 작성한 유언의 취지를 기재한 메모를 교부받고 이에 기하여 공정증서작성의 준비를 하여 필기를 하였다 그 후 유언자를 면접하여 위 메모를 유언자에게 보여주고 유언자로부터 메모에 적힌 대로 재산을 손자에게 준다는 진술을 듣고 위의 필기를 낭독한 다음에 유언자가 그와 같다고 진술하고 위 필기에 서명 날인한 경우 민법 소정의 유언자의 구수가 있었다고 인정하는 것이 상당하다고 판시하고 있다.

이 사안의 경우 필기의 기초가 된 메모가 유언자가 작성한 것은 아니지만 유언자가 유언의 골자를 공증인에 대하여 진술하고 있기 때문에 진술행위와 필기가 바뀐 경우지만 공정증서에 의한 유언의 방식에 위배되지 않는 것으로 판시하였다.

4) 最判 昭和 54. 7. 5. 결정

유언자 A는 병원요양 중 병상의 악화로 사기에 임박하여 왔음을 느껴 본가의 B부부에게 유언의 의뢰를 부탁하였다. A는 자신의 재산분배에 대하여 처에게 메모케 하여 공증인에게 이를 교부하여 유언공정증서의 작성을 의뢰하였다. 공증인은 이에 기하여 공정증서작성의 준비로서 그 필기를 하여 병원을 방문하였다. 당시 유언자 A는 심히 쇠약하여져 얼굴과 손이

수척하고 안색이 푸르고 처음 보아도 사기에 임박하였다고 생각될뿐더러 심히 고통스러웠으나 의식은 분명하고 간호인에게 침상에서 일으켜 달라하고 수고하십니다 하면서 공증인이 필기한 것을 보여주고 항목항목 낭독하자 그와 같다고 진술하였으며 금원을 유증할 자의 성명과 숫자에 대하여 목소리가 명확하게 나오지 않은 경우에도 공증인의 축구에 의하여 소리를 내어 응답하였다. 마지막으로 공증인이 필기한 것을 통독하고 위의 필기에 대하여 유언자가 크게 끄덕여 승인하였고 피로하여 서명할 수 없었지만 공증인의 도움으로 날인하였다. 공증인은 위 필기를 원본으로 하여 공정증서를 작성하였다. 원심은 이러한 사실에 기하여 작성된 본건 유언공정증서를 유언자 A의 구수에 기하여 작성된 것으로 인정하였으며 최고재판소는 원심의 판단이 정당한 것으로 시인하고 있다.

5) 最判 平成 11. 9. 14. 결정²⁸⁾

유언자는 소화 62년부터 중도의 당뇨병 환자로 경영하는 회사의 대표권을 장남에게 넘기고 요양 중 소화 63년 9월 하순 중도당뇨병에 만성신부전, 腸閉塞, 高血壓症, 양안실명, 난청 등이 발병하여 긴급입원하고 11월 11일에 사망하였다. 유언자는 입원당초 의식이 朦朧한 증상을 보이다 그 후 10월에 의식이 회복하여 이 사이에 유언을 작성하였다. 유언자가 후처인 A에게 家財와 예금 등의 재산을 A에게 준다는 취지의 유언을 작성할 것을 지시하여 A가 이를 변호사와 상담하였으며 A로부터 청취한 내용에 기하여 유언서 초안을 작성하였다. 변호사로부터 작성절차의 설명을 받고 증인이 된 담당의사 3명이 병실에 입회하여 침상에서 유언할 것을 확인하고 변호사가 작성한 유언서 초안을 교부받아 항목항목 낭독하고 유언자로부터 はい 라는 응답을 듣고 최종적으로 이것으로 유언서를 작성하여도 좋습니까? 라는 질문에 잘 알았습니다. 위와 같이 원합니다. 라는 대답을 얻었으며 의사는 퇴실하고 별실에서 원고를 정서하여 유언서를 작성한 사안이다. 본건은 위급시 유언에 있어서 구수가 유무가 문제된 사안으로 유언자의 발언 자체에 의하여 유언내용을 헤아려 알 수는 없지만 구수를 유

28) 본 판결에 대한 해설로 林 貴美, 앞 글, 74면 이하; 東 條廣, 齊藤 嚴, “いわゆる危急時遺言あたり民法第九七六條一項にいう遺言の趣旨の口授があったとされた事例,” 判例タイムズ, 平成12年度主要民事判例解説, 2001. 9, 182면 이하 참조.

언자의 진의 및 유언능력을 판단하는 수단으로 보아 본건 유언 작성당시 유언자가 충분한 판단능력을 갖고 있으며 서면에 표시된 유언내용이 유언자의 진정한 의사임이 인정되어 적법한 구수로 판단하였다.²⁹⁾ 판례는 비교적 정확하게 유언자의 의사확인이 이루어졌다는 사실관계를 인정하여 유언의 취지의 구수를 인정하였다.

6) 이상의 판례는 구수형 유언의 작성과정에서 민법이 예정하고 있는 구수→필기→낭독→승인이라는 일련의 순서를 변경하여 사전에 공증인과 상의하여 미리 유언의 내용을 작성하거나 유언자로부터 미리 원고의 교부를 받아 유언서를 작성한 경우의 구수의 성부가 문제되고 있다. 이러한 문제는 특히 유언자가 질병으로 인하여 체력이 현저하게 저하된 경우에 발생하며 사전에 작성된 유언서가 있는 경우 어느 정도 까지 유언자에 의한 구수를 생략할 수 있는지 문제된다.

판례와 학설은 사전에 유언의 내용을 서면이나 구두로 공증인에게 전하여 그것에 기하여 유언서가 작성되는 것을 부정하고 있지는 않다. 사전에 작성한 유언서에 의하여 유언 작성이 진행되는 경우의 구수의 방식에 대하여 어느 정도의 구술을 하여야만 구수가 있었다고 인정되는지 문제된다. 최근의 우리의 대법원 판결은 이러한 경우의 구수의 방식으로 유언자가 유언의 취지 전체를 구술하지 않았으나 유언자가 어떠한 형태로든 유언내용에 대한 구두의 진술을 행하고 유언자의 진의가 정확하게 표시되어 있는 경우 미리 작성한 서면을 이용하여 이를 확인받는 형식으로 작성된 유언공정증서의 효력을 인정하였다.³⁰⁾ 유언의 내용에 대하여 완전하게 전부를 구수하지 않아도 유언자의 진의확보에 중점을 두어 구수의 요건을 완화하고 있다. 즉 유언자는 유언의 전 취지를 구두로 진술할 필요는 없으며 유언자 스스로 또는 제3자가 작성한 원고에 기하여 어느 정도 개괄적인 진술을 한 경우에 유언의 의사가 명확하면 구수가 있다고 인정할 수 있으며, 공증인이나 증인의 질문에 대한 유언자의 응답시에 유언자가 구체적인 의사를 명확하게 하는 것도 가능하므로 판례는 구수를 유언자의 발언 자체로부터 유언내용이 반드시 전달되어야 하는 것으로 엄격하게 해석하고 있지 않다.

29) 林 貴美, 앞 글, 77면.

30) 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007다51550, 51567 판결.

유언자의 판단능력 및 유언자의 진의와 증서에 기재된 내용과의 일치됨이 유언자의 언어에 의하여 확인될 수 있으면 유언의 구수의 요건을 충족하는 것으로 인정하는 경향이 보인다.

사전에 작성된 서면에 의하여 유언을 하는 경우의 구수의 방식과 관련하여 위의 판례 3) 4) 5)는 유언자가 공증인이나 증인이 미리 작성한 서면의 내용을 긍정하는 발언을 한 것만으로 유언의 취지를 구수한 것으로 인정하여 유효한 유언으로 하였다. 위의 판례를 보면 어떠한 형태로든 유언자의 진의를 확인할 수 있는 내용의 발언이 있었는지 판단하여 유언자의 의사가 유언서에 정확하게 표시되어 있으면 구수의 상세의 생략이나 순서의 변경이 있어도 유언과정 전체로 보아 부적법한 것으로 되지 않았다. 즉 유언 작성 절차에 있어서 순서의 변경이나 구수의 상세의 생략 등은 구수의 방식의 완화의 문제는 아니라 할 것이며 본래 목적인 유언자의 진의가 정확하게 표시되어 있는지의 여부의 문제라 할 수 있다.³¹⁾

이상의 판례에 의하면 구수는 유언자가 특정의 내용의 유언을 할 의사가 있음을 명확하게 하는 것이므로 어느 정도의 구술이 있으면 구수가 있다고 인정할 수 있는지는 확일적으로 결정할 수 없으며, 유언 작성 절차의 전 과정에 있어서 구체적 사안에 따라 개별적으로 구수의 성부를 판단하여야 할 것이다. 유언서의 작성배경, 동기, 경위, 유언자의 발언의 전후 상황, 유언자의 발언의 정도 등의 사정을 고려하여 유언자의 진의가 유언서에 정확하게 표시되어 있음이 인정되면 구수의 의의를 넓게 해석하여 적법한 유언으로 인정할 수 있을 것이다.³²⁾

31) 大阪高裁 平成 9. 3. 28. 결정은 공증인이 사전에 작성한 서면을 낭독하여 유언을 작성한 사안이나 유언자가 서면이나 도면의 작성에 스스로 관여하였다는 것을 인정할 만한 증거가 없으며 또한 유언내용에 대하여 유언자가 충분히 승인하였다는 점 등에 의문이 있어 유언의 취지를 구수한 것으로 볼 수 없다고 하여 그 공정증서유언을 무효로 하였다. 본 사안도 미리 작성된 서면에 의하여 유언을 한 경우나 구수의 생략이나 순서의 변경이 문제된 것이 아니며 유언의 본래 목적인 유언자의 의사가 정확하게 표시되어 있는지의 여부가 문제임을 명확하게 하고 있다(日野忠和, “公正證書遺言が民法第九六九の要件を欠きであるとされた事例,” 判例タイムズ, 1999. 9, 164면 이하 참조); 동 취지의 판결로 廣島高裁 平成 10. 9. 4. 결정 참조.

32) 加藤永一, 遺言の判例と法理, 42, 43면.

(3) 타인의 도움을 받아 유언이 작성된 경우의 「口授」

구수형 유언방식은 유언자의 진의가 구수를 통하여 직접 공증인이나 증인에게 전달할 것을 보장하는 절차이므로 구수절차에 타인이 개입하는 경우가 문제된다. 특히 질병으로 인한 언어장애 때문에 유언자가 행하는 언어가 명확하지 않은 경우 타인의 도움을 받아 유언서를 작성한 경우 적법한 구수로 인정할 것인지의 여부가 문제된다. 유언에 이해관계를 가지는 타인이 유언 작성에 개입하여 본인의 진의확보가 어려운 경우 적법한 구수라고 할 수 없으므로 유언은 무효로 된다. 그러나 구수절차에 타인이 개입해도 단순히 발언의 정확성을 확보하기 위한 것에 지나지 않은 경우에는 적법한 것으로 허용될 수 있는 경우가 있다. 타인의 개입이 첨가적 또는 보완적인 것에 그치는 경우 적법한 것으로 허용될 수 있음을 시사하는 사안으로 일본의 大阪高判 昭和 57. 3. 31. 결정이 있다.

유언자 A는 평소 자녀들에 대하여 생전증여 등으로 재산분배를 하여 배려하였으며, 장남인 B부부와 동거하는 등 감정적 대립은 없었다. A는 사법서사 C와 상담하여 사후의 재산분배에 관하여 유언서를 작성하기로 하여 A의 자택에 공증인 D가 내방하여 공정증서유언을 작성하였다. A는 뇌경화증 때문에 몸을 움직일 수 없어 누워서 D에게 응답하였지만 의식은 상당히 확실하였다. 단 당시는 실조성 언어장애가 있어서 공증인의 질문에 대하여 신체를 흔들며 구두로 진술하였으며 언어가 불명료하여 위 공증인이 판단할 수 없었기 때문에 A의 발언을 평소부터 들어와서 그 의미를 이해할 수 있는 E(A의 가정부이면서 증인의 1인)가 A의 동의로 통역을 하여 D에게 전하였다. 이와 같이 하여 A는 각 부동산을 기재한 서면을 미리 준비하여 위 서면에 기재한 부동산을 Y1, Y2에게 각각 유증하는 취지의 유언을 하였다. 공증인은 유언자의 구술내용을 필기하여 유언자 A 및 각 증인에게 낭독하고 유언자 A는 그 의미를 이해하여 머리를 끄덕여 구두로 승인하여 유언공정증서를 작성하였다. 판례는 공증인에 대한 유언내용의 전달도 단순히 신체의 거동만으로 긍정, 부정의 의사를 표시한 것은 아니며 스스로 그 취지에 대하여 구술하였으며 단 언어장애 때문에 그 언어표현이 불명확하여 평소 유언자의 발언을 이해할 수 있는 가정부 E의 첨가적인 통역이 행하여졌어도 위 유언의 응답은 공증인 C와의 사이에 다른 근친자 등이

개재하여 유도적 질문을 하여 이것을 공증인에게 전달한 흔적이 없으며 유언자가 직접 공증인에게 구술한 형태를 취하였으며 그 사이에 가정부 E가 통역하였을 뿐이며 공증인이 유언자의 거동을 오해하거나 공증인의 의사에 의하여 유언자의 의사가 좌우되거나 또는 유언자가 구두로 직접 공증인에게 그 의사를 전달하는 것이 저해되는 등의 특단의 상황이 존재하지 않으므로 본건 공정증서유언에 유효한 구수가 있었다고 해석하는 것이 상당하다.」고 판시하여 유언의 효력을 인정하였다.

본 사안은 유언자의 질병으로 인한 언어장애 때문에 구수절차에 타인이 개입한 경우이나 다음의 논거로 적법한 구수로 인정하였다. 첫째로 유언자가 신체의 거동만으로 긍정, 부정의 의사를 표시하지 않고 구술을 하였다는 점이다. 둘째로 근친자의 유도적인 질문이 없었다는 점이다. 유언의 취지는 정확하게 공증인에게 유언자의 입으로 전하여졌으며 유도적 질문은 없었으며 단 언어의 불명료한 부분을 보조인의 보조적 통역으로 명확하게 하였을 뿐 유언자의 진의가 훼손된 위험은 없었다는 점이다. 셋째로 통역이 유언자의 발언을 명확하게 하는 부수적 또는 보완적이라는 점이다. 이는 자필증서유언의 자필에 있어서 타인의 도움을 받은 경우와 동일하게 생각할 수 있다. 즉 자필증서유언에서 최악한 유언자가 단지 타인의 의지를 받아 자필한 경우에도 자필능력이 기본적으로 인정되며 자필의 요건을 갖춘 것으로 해석할 수 있는 것과 같다. 특히 본 사안의 경우 주목할 점은 부수적 통역을 사용하는 것이 단지 소극적으로 저촉되지 않는다고 하는 측면뿐 아니라 적극적으로 유언자의 진의를 불명료하게 방치시키지 않기 위하여 필요한 것으로 평가하고 있다. 첨가적 통역이 없으면 유언자의 진의의 불명료함을 방지하는 것이 되므로 이를 피하고 유언자의 진의확보를 위하여 통역이 필요한 경우 부수적 통역은 적극적으로 이용할 수 있는 것으로 하고 있다. 이처럼 타인의 부수적 통역에 의하여 유언자의 불명료한 발언의 의미를 명확하게 할 수 있는 경우 적법한 유언으로 긍정하고 있다.³³⁾

(4) 구수와 관련된 문제의 검토

구수의 성부가 유언자의 질병과 관련되어 문제되고 있는 판례를 살펴본

33) 加藤永一, 앞 책, 38-40면 참조.

결과 ① 유언능력의 존부, ② 유언서나 유언서 초안이 준비되어 있는 경우의 구수의 정도, ③ 타인의 개입에 의하여 유언서의 내용이 좌우되었는지의 여부가 문제로 되었다.

첫째 질병으로 인하여 직접적으로 유언자의 유언능력의 유무가 문제된다. 본래 유언자의 판단력, 사리분별능력 및 유언능력의 존부의 문제는 구수의 문제와는 직접적인 관련은 없다. 그러나 유언자가 병자인 경우 판단력이나 사리분별능력이 구수의 성부의 판단에 영향을 주는 경우가 있다. 병자의 유언의 경우 거동에 의한 의사표시를 평가함에 있어서 구수를 구두의 진술로만 한정하여 유언능력과는 전적으로 별개의 것으로 판단하는 것은 타당하지 않으며 구수능력의 유무는 유언자의 유언능력의 유무와 관련하여 판단하여야 할 것이다.

둘째 구수는 언어에 의하여 직접 상대방에게 전달하여야 하는 것이지만 원래 사망의 위급에 처한 자는 언어에 의한 표현이 불충분한 경우가 많기 때문에 유언자가 거동만으로 긍정의 의사표시를 한 경우 구수의 성부가 문제로 된다. 특히 미리 작성된 유언서가 준비되어 있는 경우의 구수에 대하여 거동만에 의한 긍정의 의사표시를 적법한 것으로 할 수 있는지가 문제된다. 구수는 구두의 진술을 불가결 요구하며 거동만의 응답으로 의사표시를 한 경우에는 적법한 구수로 볼 수 없다는 것이 판례의 태도이다.³⁴⁾ 다만 미리 작성된 유언서가 있는 경우 유언내용의 전 취지를 구수할 필요는 없으며 유언자의 진의와 증서에 기재된 내용이 일치됨이 유언자의 의하여 어떠한 형태로든 확인할 수 있으면 구수의 요건을 충족하는 것으로 완화하

34) 거동에 의한 의사표시에 대하여 구수를 인정하지 않는 판례의 한정적 태도에 대하여 의문을 제기하는 견해가 있다. 이에 의하면 미리 작성된 유언서나 유언서초안이 준비되어 있는 경우 정식의 유언서를 작성할 단계에서 거동에 의하여 유언자가 명확하게 긍정의 의사표시를 하여 인정한 사정이 있으며 더욱더 유언자의 진의가 유언서에 정확하게 표시되어 이를 방해할 사정이 없다고 인정될 경우 단지 구두의 진술이 행하여지지 않았다 하여 유언의 효력을 부정할 것인가는 의문이라고 한다. 구수형 유언의 절차는 유언자의 진의가 필기 또는 유언서에 정확하게 표현될 것을 요구하는 방식이며 구수는 이를 위한 수단이다. 때문에 일련의 유언 작성과정에서 명확하게 유언자 본인의 의사를 밝히고 유언안을 작성하였으나 정식의 유언서 작성단계에서 질병으로 인하여 유언자가 구두로 진술할 능력이 없어 거동에 의하여 명확하게 자신의 유언서임을 표명한 경우에도 이를 방식위반이라고 하여 무효로 하는 것은 의문이며 이러한 경우 유언의 취지에 대하여 구수를 인정할 수 있는 여지가 있다고 한다(加藤永一, 앞 책, 40, 41면 참조).

여 해석하고 있다. 미리 유언서를 작성하여 이를 확인하는 방식으로 유언자의 구술과 공증인의 필기의 순서가 바뀌어도 민법소정의 방식에 위반하는 것은 아니다. 구수의 상세의 생략이나 순서의 변경은 유언자의 진의가 명확하게 표시되어 있는 경우 적법한 것으로 인정되었다.³⁵⁾ 구수는 유언의 진의를 확보하기 위한 수단이므로 유언 작성 배경, 동기, 경위, 관계인의 태도 등의 제반사정, 유언내용의 단순 복잡의 정도 등 유언 작성시의 여러 실질적 사정을 고려하여 구수의 유무를 판단하여야 할 것이다.³⁶⁾ 유언자의 진의가 현실적으로 보장되는 경우 단순히 구두의 진술의 유무에 의하여 획일적·형식적으로 결정할 것은 아니며 구체적 사안에 따라 개별적으로 판단하여야 할 것이다.

셋째 유언의 구수를 공증인이나 증인 등이 듣고 필기하는 단계에 타인이 관계한 경우가 문제된다. 유언내용의 구수에 이해관계 있는 타인이 개입함으로써 인하여 유언자의 진의가 확보되지 않을 염려가 있기 때문에 적법한 구수로 인정하지 않고 있다. 그러나 이는 구수절차에 타인의 개입을 전적으로 허용하지 않는 것은 아니다. 특히 최근 개정된 일본 민법은 언어장애자를 위하여 수화통역방법을 채택하고 있으며 독일 민법의 경우 유언자와 의사소통할 수 있는 자의 개입에 의한 유언 작성을 허용하고 있으므로 구수절차에 타인의 개입 및 도움이 있다는 사실이 구수의 성부에 영향을 주는 것은 아니라 할 것이다. 근친자의 유도적인 질문에 의하여 유언자의 진의를 해할 사정이 없거나 타인의 개입이 부분적 또는 보충적인 경우 또는 부분적인 통역이 유언자의 진의확보라는 유언방식의 취지의 실현을 위하여 필요하거나 통역이 없으면 유언자의 진의가 명확하지 않은 경우 또는 유언자의 발언을 명확하게 할 보충적인 필요가 있는 경우 부분적 통역은 적극·소극적으로 이용될 여지가 있을 것이다.

35) 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007다 51550, 51567 판결.

36) 加藤永一, 앞 책, 43면; 日野忠和, 앞 글, 165면 참조; 林 貴美, 앞 글, 77면; 清水節, “公正證書遺言が, 民法九六九條所定の遺言者による口授の方式によってなされたとはいえないとして, 無効とされた事例,” 判例タイムズ (No. 1036),平成11年度主要民事判例解説, 2000. 9, 199면.

4. 구수증서유언의 작성방식에 관한 제 문제

구수증서유언은 보통방식에 비하여 엄격성을 완화하여 사망의 위급시 간단한 방식에 의하여 유언할 수 있도록 한 것이다. 그러나 구수증서유언에 있어서도 유언자의 진의확보와 사후의 분쟁방지를 위하여 일련의 작성절차를 요구하고 있으며 실질적으로 그 형식완화의 폭은 그리 크지 않다고 할 수 있다. 유언은 유언자의 최종의사를 사후에 실현시키는 것이므로 그 진실을 확보하기 위하여 엄격한 방식을 요구하고 있으나 학설과 판례는 유언형식의 엄격성을 완화하여 유언의 효력을 인정하려는 태도를 취하고 있다. 그러나 민법이 유언을 요식행위로 하고 있는 이상 해석에 의한 방식완화는 유언자의 진의확보와 관련하여 일정한 한계가 있다. 이하에서는 구수증서유언에 있어서 해석상의 요건완화의 한계가 어느 정도인지 작성방식과 관련된 문제를 검토하여 본다.

(1) 유언 작성의 시간적 제약

구수증서에 의한 유언은 보통방식에 의하여 유언을 할 수 없는 특별한 경우, 구체적으로 질병 기타 급박한 사유로 인하여 유언자의 생명의 위급절박이라는 시간적 제약 하에 인정되는 유언방식이다.³⁷⁾ 여기서 질병 이외의 “기타 급박한 사유”라 함은 재해, 소요, 교통사고에 의하여 중상을 입은 경우, 또는 광산의 낙반사고, 등산의 조난사고 등에 의하여 구출 불가능한 사망의 위험이 절박한 경우, 전염병 때문에 교통이 차단된 장소에 있는 경우, 조난한 선박에 있는 경우 같은 때를 말한다.³⁸⁾ 사망의 원인이 급박한 사유가 무엇인가는 묻지 않는다.

37) 대법원 1999. 9. 3. 선고 98다17800 판결은 민법 제1070조 제1항의 구수증서에 의한 유언은 질병 기타 급박한 사유로 인하여 민법 제1066조 내지 제1069조 소정의 자필증서, 녹음, 공정증서 및 비밀증서방식에 의한 유언을 할 수 없는 경우에 허용되는 것으로 규정하고 있는 이상, 유언자가 질병 기타 급박한 사유가 있는지 여부를 판단함에 있어서는 유언자의 진의를 존중하기 위하여 유언자의 주관적 입장을 고려할 필요가 있을지 모르지만 자필증서, 녹음, 공정증서 및 비밀증서의 방식에 의한 유언이 객관적으로 가능한 경우까지 구수증서에 의한 유언을 허용하여야 하는 것은 아니라고 판시하여 보통방식에 의한 유언을 할 수 없는 경우에 인정되는 특별방식의 유언임을 밝히고 있다.

38) 김주수, 주석민법 [상속(2)] §1019-1118, 한국사법행정학회, 2005, 225면 참조.

사망의 위험이 급박한지의 여부는 통상 의사의 판단에 의하지만 반드시 의사의 검진을 필요로 하는 것은 아니다. 또한 객관적으로 사망의 위험이 급박할 것을 필요로 하지 않으므로 유언자가 주관적으로 자기의 사망의 위험이 급박하다고 자각한 때나 주위의 자가 유언자의 병상 등에서 보아 死期가 임박하였다고 판단한 때에도 구수증서방식에 의한 유언을 할 수 있다고 해석한다.³⁹⁾ 객관성을 요구하지 않는 이유는 유언자가 스스로 사망의 급박한 위험을 감지하고 특별방식에 의한 유언을 하려고 하여도, 그것이 객관적으로 부합하지 않은 때에 유언의 효력이 발생하지 않는 것으로 하게 되면 유언자가 특별방식에 의한 유언을 하고자 하는 경우에 그것이 객관적으로 합치하는 것인가 어떤가를 일일이 탐색하여야 하므로 유언의 작성이 망설여지게 되고 사람의 최종의사를 존중하고자 하는 유언제도, 특히 특별방식에 의한 유언의 취지의 대부분을 몰각시킬 우려가 있기 때문이다.⁴⁰⁾ 그러나 유언자가 단순하게 생명의 위험이 급박하다고 예상하거나 공상한 것으로는 부족하다. 반대로 유언자가 주관적으로 자기의 사기가 임박하였음을 인식할 수 없더라도 의사 등이 중태라고 판단하여 유언자에게 유언을 하도록 권고하여 구수증서에 의한 유언을 하였을 때에는 적법한 유언이라고 할 것이다.⁴¹⁾

(2) 유언자 및 증인의 서명 또는 기명날인

1) 구수증서유언은 2인 이상의 증인의 입회를 필요로 한다. 2인 이상의 증인의 참여를 요구하는 이유는 유언자의 진의를 명확하게 전달하고 증인간의 통모를 예방하려는 의미도 있으며, 증인의 1인이 필기를 하기 때문이기도 하다.⁴²⁾ 증인은 유언자의 진의를 확보하고 유언서 작성의 적법성을 담보하는 자이므로 구수가 시작되어 필기, 낭독, 승인, 서명 또는 기명날인

39) 中川善之助, 加藤永一 編輯, 앞 책, 153면; 松日樂正次, “危急時遺言の作成方式,” 判例タイムズ (688), 1989. 4, 332면; 本村健助, 앞 글, 183면.

40) 中川善之助, 加藤永一 編輯, 앞 책, 152면. 이와 같이 해석하여도 독일과 일본민법은 유언자가 보통방식에 의한 유언을 할 수 있는 때로부터 일정기간(3개월, 6개월) 생존한 때에는 위급시 유언의 효력이 상실하도록 규정하고 있으므로 부적합이 초래되지 않는다 할 것이다.

41) 小川 昭二郎, 앞 글, 184, 185면.

42) 中川善之助, 加藤永一 編輯, 앞 책, 153면; 小川 昭二郎, 앞 글, 185면.

의 절차가 종료하기까지 전원이 입회할 것을 필요로 한다.⁴³⁾ 따라서 유언의 일부가 증인 2인 이상의 참여 없이 필기되었을 때에는 방식의 위법이 있는 것으로 그 유언은 무효가 된다.

증인으로서의 자격을 결여하는 자가 참여한 유언은 그 유언 전체가 무효이다. 결격자가 한 사람이라도 참여한 경우에 유언은 무효가 되는가, 혹은 결격자를 제외하더라도 소정의 증인 수에 달하고 있으면 유언의 효력에는 영향이 없는가가 문제된다. 법정수의 적격자 외에 부적격자가 입회하여도 유언은 유효하다고 해석하는 것이 타당하다고 생각된다. 다만 부적격자가 유언의 내용을 필기하거나 낭독하는 등 주동적 입장에서 행동하거나 기타의 증인에게 실질적인 영향력 내지 지배력을 가지는 것이 외견상 명백한 경우에는 방식위배로서 그 유언은 무효라고 하여야 할 것이다.⁴⁴⁾

2) 증인은 유언 성립의 진정성과 방식 존수의 확실성을 증명하는 자로서 이들의 서명 또는 기명날인은 유언의 유효·무효를 판단하는 자료가 된다. 증인 1인에 의하여 필기한 유언은 유언자 및 증인 전원이 서명 또는 기명날인하여야 한다.⁴⁵⁾ “署名 또는 記名捺印”이라고 하였으므로 서명만 하여도 되고 기명날인하여도 무방하다. 그러므로 타인이 대신 기명하였으나 유언자 및 증인의 날인이 있으면 무방하고, 기명날인은 반드시 유언자나 증인 자신이 할 필요는 없다. 이것은 유언자 자신이 서명할 수 없는 경우에 필요하다.⁴⁶⁾ 그러나 서명만을 하는 경우에는 타인이 대신 서명하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다.⁴⁷⁾

43) 有地 亨, 앞 책, 322면.

44) 김주수, 주식 민법, 236, 237면.

45) 일본 민법은 위급시 유언에 있어서는 공정증서유언과는 달리 증인에게만 서명날인을 요구하고 있으며, 유언자 본인의 서명날인을 요구하지 않는다(일본민법 제976조 제1항). 이것은 유언자가 사망의 위급에 처하여 있을 것이기 때문에 실제상으로도 승인을 요구할 수 없거나 필기할 수 없는 경우가 많다고 하는 것이 그 이유이다(中川善之助, 加藤永一 編輯, 앞 책, 156면).

46) 김주수, 친족상속법, 667면; 朴東涉, 친족상속법, 박영사, 2003, 604면; 배경숙, 최금숙, 친족상속법강의, 도서출판제일법규, 2004, 625, 626면.

47) 일본민법(제976조 제1항)은 서명날인 하는 것만을 요건으로 하고 기명날인 하는 것을 그 요건으로 하지 않으므로 날인이 있어도 다른 자가 대신 서명하는 것을 허용하지 않는다. 小川 昭二郎, 앞 글, 187, 188면.

3) 서명 또는 기명날인의 시기 : 구수증서에 의한 유언서의 작성은 증인의 서명 또는 기명날인에 의하여 종료한다. 문제는 유언서를 작성하는 과정에서 증인의 전부 또는 일부가 서명 또는 기명날인을 마치지 않은 단계에서 유언자가 사망하는 경우의 유언의 효력이다. 일본의 판례는 서명날인을 함으로써 유언이 완성하는 것이므로 유언자의 생존 중에 증인의 서명날인이 완료되지 않으면 유언은 무효라고 판시하였다.⁴⁸⁾ 학설은 이러한 판례의 엄격한 태도에 반대하여 일반적으로 증인의 서명날인의 시기를 유언자의 생존 중으로 한정하지 않고 적어도 서명날인이 일련의 행위로서 행하여졌다고 평가할 수 있는 경우에 유언의 성립을 인정하려 한다.⁴⁹⁾

구수증서유언에서 유언자나 증인의 서명날인을 필요로 하는 이유는 유언자에 의하여 구수된 유언의 취지의 필기가 정확하기를 증명하기 위한 것이므로, 본인 및 증인이 필기의 정확함을 승인한 이상 유언은 실질적으로 성립하였다고 할 수 있다. 유언자의 진의를 확보하는 것이 유언의 형식요건을 정한 이유이기 때문에, 유언취지의 필기가 정확하다는 것을 다른 제사정에 의하여 증명하면 서명날인이 행하여진 시기나 장소는 그리 큰 비중을 차지한다고 볼 수 없다. 그러므로 유언자의 생존 중에 증인이 서명날인하지 않고 사후에 하였다는 이유만으로 그 유언을 무효라고 하는 것은 타당하지 않다.⁵⁰⁾ 또한 구수증서유언의 경우 유언능력으로서 의사능력이 필요하지만, 필기의 정확함을 본인 및 증인이 승인한 이상 서명 또는 기명날인당시에 의사능력을 상실하여도 사망의 경우와 마찬가지로 유언의 성립에 영향이 없다고 할 것이다.⁵¹⁾

4) 서명 및 기명날인의 장소 : 서명 및 기명날인의 장소에 대하여, 법은 원칙적으로 유언이 행하여진 장소에서, 그리고 유언자의 면전에서 행하여질 것을 예정하였다고 생각된다. 유언자의 면전에서 증인의 서명 또는 기명날인이 행하여지지 않은 유언이라도 필기의 정확성을 담보하는 취지를 해하

48) 大判 大正 14. 3. 4. 결정.

49) 中川善之助, 加藤永一 編輯, 앞 책, 156면.

50) 김주수, 친족상속법, 669면; 中川善之助, 加藤永一 編輯, 앞 책, 146, 157면; 千藤洋三, “危急時遺言の方式,” 別冊ジュリスト, 1980. 2, 243면.

51) 中川善之助, 加藤永一 編輯, 앞 책, 157면.

는 것이라고 말할 수 없으며, 또한 증인의 서명 또는 기명날인은 직접적으로 유언자 자신과는 관계없는 것이므로 반드시 유언자가 현존하는 장소에서 행하여질 필요는 없다고 할 것이다.⁵²⁾

5) 摺印 : 날인은 반드시 印章으로 하여야 하는가, 아니면 무인도 허용되는지가 문제된다. 무인은 우리나라에서 종래부터 날인에 대신하여 사용되어 왔으며 지문에 의하여 摺印者의 異同·眞僞를 명확하게 구별할 수 있으므로 무인으로 날인에 대신하는 것도 적법하다 할 것이다.⁵³⁾ 날인을 요구하는 것은 유언자나 증인이 필기의 정확함을 승인하였다는 것을 확보하려는 취지이므로 摺印도 이러한 의미에서 날인에 대신할 수 있을 것이다.⁵⁴⁾

(3) 구수증서유언의 효력존속기간

구수증서유언은 사망의 위급이라는 긴급한 사태에 직면하여 작성방식을 완화한 특별방식의 유언이라 할 수 있다. 그러므로 사망의 위험한 상태가 해소되어 유언자가 보통방식에 의한 유언을 할 수 있게 된 때로부터 일정기간 생존하고 있으면 구수증서에 의한 유언의 효력은 어떻게 되는가가 문제된다. 유언자의 생존으로 인하여 특별방식의 유언의 효력을 실효케 하는 입법례는 예로부터 존재한다.

일본민법 제983조는 사망의 위험한 상태를 벗어나 보통방식의 유언을 할 수 있게 된 때로부터 6개월간 유언자가 생존한 경우에 위급시 행한 유언의 효력은 없다고 규정하고 있다. 독일민법 제2252조도 특별방식의 유언이 오용될 위험을 예방하기 위하여 그 유효기간을 제한하고 있으며, 유언 작성 일로부터 3개월이 경과하도록 유언자가 생존한 때에 유언은 그 효력을 잃

도록 하고 있다.⁵⁵⁾ 특별방식에 의한 유언은 엄격한 방식이 요구되는 유언에 있어서 예외적인 것이고, 유언자가 생존하여 있음에도 불구하고 위급시에 행한 유언을 계속 유효로 하는 것은 후일 분쟁을 초래할 염려가 있기 때문에 유언자가 보통방식에 의한 유언을 할 수 있게 된 때로부터 일정기간 생존한 때에는 유언의 효력을 상실하도록 그 존속기간을 정하고 있는 것이다. 우리 민법은 일본이나 독일과 같이 이러한 명문의 규정을 두고 있지 않으므로 구수증서에 의한 유언을 한 자가 사망의 위험한 상태에서 벗어나서 보통방식의 유언을 할 수 있게 된 때로부터 6개월(또는 3개월)이 경과한 후까지 생존한 때 그 유언의 효력이 상실하는 것으로 해석하는 것은 무리라 할 것이다.⁵⁶⁾

구수증서유언은 사망의 위급이라는 긴급한 사태에 직면하여 작성방식을 완화한 특별방식의 유언이라 할 수 있다. 특별방식에 의한 유언은 특별한 경우에 인정되는 것이므로 방식을 완화함으로써 생기는 폐해를 제거하기 위하여 유언자가 사망의 위급한 상태가 해소되어 보통방식의 유언을 할 수 있는 때로부터 일정기간 생존하고 있으면 특별방식에 의한 유언의 효력을 상실하도록 하는 유언의 효력존속기간을 우리 민법도 입법론으로 고려하여 볼 수 있을 것이다.⁵⁷⁾

5. 대상판결의 평가

대상판결은 구수증서유언에 있어서 구수의 성부가 유언자의 질병과 관련하여 문제로 된 사안이다. 앞서 살펴본 바와 같이 대상판결도 구수의 성부를 판단함에 있어서 유언자의 질병과 관련하여 논의되는 세 가지 관점에서

52) 加藤永一, “いわゆる危急時遺言の遺言書における日附と遺言の效力,” 民商法雜誌, 1972. 12, 447면; 中川善之助, 加藤永一 編輯, 앞 책, 157면.

53) 대판 1998. 6. 12. 97다38510 판결은 유언자의 주소를 유언 전문이 담긴 봉투에 기재하고 무인의 방법으로 날인한 자필증서유언에 대하여 날인은 인장 대신 무인에 의한 경우에도 유효하다고 하여 그 효력을 인정하고 있다. 또한 대판 1998. 5. 29. 97다38503 판결도 자필증서유언에 있어서 무인에 의한 날인을 유효한 것으로 하고 있다.

54) 中川善之助, 加藤永一 編輯, 앞 책, 157, 158면.

55) Brox, Erbrecht, §12 I, Rdnr.130; Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrecht, C. H. Beck, München, 2001, §20 V, S.331.

56) 高榮九, “구수증서에 의한 유언,” 가정법원사건의 제문제, 재판자료 제62집, 법원행정처, 1993, 786면.

57) 구수증서에 의한 유언이지만 유언자는 유언을 한 것으로 안심하여 사망의 위급한 상태를 벗어났어도 보통방식에 의한 유언을 하지 않게 되는 경우가 있을 것인데, 후에 구수증서유언의 존속기간의 만료로 유언의 효력을 실효케 하면 유언자에게 예기치 않은 결과를 초래하게 될 우려가 있다고 하여 이러한 효력존속기간에 대한 부정적인 입장도 있다.

평가할 수 있다.

대상판결은 유언자가 유언의 취지를 직접 구술하지 않고 가족들로부터 유언의 취지를 전해 듣고 사전에 필기한 유언내용에 대한 공증인의 질문에 단순히 음, 어 하는 정도의 긍정의 의사를 표현하였기 때문에 구수의 성부가 문제로 된 경우이다. 대상판결은 유언서의 내용이 유언자의 뜻에 합치한다고 하더라도 단순히 공증인의 질문에 음, 어 하는 정도로 답한 것만으로는 구수한 것으로 볼 수 없다고 하여 공증증서유언에 있어서와 같이 구수증서유언에 있어서 “구수”의 의미를 재차 확인한 것으로 볼 수 있다. 즉 구수증서유언에 있어서도 거동만의 응답으로 의사표시를 한 경우에는 적법한 구수로 볼 수 없으며 구수의 진술이 불가결 요구된다고 해석하고 있다. 거동에 의해서 구수에 대신할 수 있다고 하면 법이 구수와 승인을 구별하여 규정하고 있는 것과 모순되며 구수증서유언에 있어서도 일관적으로 구수는 구두의 언어에 의한 진술이 불가결하다는 것을 재차 확인하고 있다.

대상판결은 민법이 예정하고 있는 구술절차와 달리 사전에 필기된 유언서에 기하여 유언자의 의사를 확인하는 형식으로 유언 작성이 이루어진 사안이다. 판례는 유언 작성 과정 전체로 보아 유언서의 작성에 본인 스스로 관여하는 등 유언내용에 대하여 유언자의 진의가 정확하게 표현되어 있으면 일정부분의 구수의 생략이나 구술의 순서의 변경은 부적격한 것으로 보지 않고 있다. 대상판결의 경우 구수의 상세나 순서변경이 있는 경우 그 방식의 적법성여부에 대하여는 명확한 입장을 밝히고 있지는 않으나 이를 부적법한 것으로 판단한 것으로 보이지 않는다. 유언 작성 순서의 변경보다는 가족이나 이해관계인 등의 타인의 개입에 의하여 유언의 취지를 전달 받아 필기한 것을 유언자에게 낭독하여 승인받는 형태로 유언 작성이 이루어진 경우 유언자의 의사가 정확하게 표시되었는지의 여부가 문제로 되었다고 생각된다. 대상판결은 미리 작성된 서면에 의하여 유언자에게 질문하고 간략한 답변에 의하여 긍정하는 방식으로 유언을 작성한 경우 서면이 유언자의 진의에 따라 작성되었음이 분명하다고 인정할 수 있는 특별한 사정이 없는 한 적법한 유언취지의 구수라고 볼 수 없다고 하여 유언 작성의 순서변경보다 유언 내용의 진실성을 고려하였다고 할 수 있다. 유언자가 유언서의 작성에 스스로 관여하는 등 본건 유언내용에 대하여 사전에 충분

히 승인하고 있음을 인정할 수 있는 특단의 사정이 없으며 유언자가 유언 당시 유언내용을 정정할 기회를 얻을 가능성이 적으며 증인에 의한 낭독, 승인시에도 이의를 제기하여 정정할 수 없었으므로 유언자가 “음, 어”하는 위 발언만으로는 구수를 인정할 수 없었다고 생각된다. 또한 상속에 있어서 유언자의 전처의子を 완전히 배제하는 내용 등으로 미루어 유언의 내용의 진실성에 대하여 일정부분 고려하였다고 보여진다. 이렇게 보면 유언 작성 절차가 필기→낭독→승인 및 구수의 형태로 순서가 변경된 경우 구수가 있었다고 인정할 수 있는지의 문제는 구수의 방식을 완화하는 문제가 아니라, 구수의 상세의 생략이나 순서의 변경에 의해서도 유언자의 진의가 유언서에 정확하게 표시되어 있는지 여부에 관한 문제라 할 것이다. 대상판결의 경우 유언서가 미리 준비되어 있는 경우 타인의 개입에 의하여 구수의 내용이 좌우되었는지의 여부를 고려하였다고 생각되며 이것이 구수의 유무의 판단에 영향을 미친 사안이라 생각된다.

대상판결의 경우 유언자가 반혼수 상태에서 유언을 작성하여 유언자의 유언능력의 유무가 문제로 될 수 있으나 구수의 성부의 판단과 관련하여 이 점에 관하여는 고려하지 않고 있다. 유언자의 판단력, 사리분별능력 내지 유언능력의 존부의 문제는 구수의 문제와 구별된다. 즉 유언은 유언자의 판단력을 전제로 하는 것이므로 판단능력이 현저하게 결여된 경우에는 유언능력을 흠결한 것으로 유언을 무효로 하여야 할 것이다. 이 경우 구수의 성부는 문제되지 않는다 할 것이다. 그러나 질병은 유언자의 체력뿐 아니라 판단능력을 현저하게 저하시켜 거동에 의해서도 의사를 표시할 수 없는 경우에는 유언능력의 존재 자체가 문제로 된다. 병자의 구수와 관련된 판례에서도 유언능력의 존부의 문제와 구수능력은 밀접한 관련이 있음을 살펴보았다. 언어에 의한 표현이 있어도 구수의 성부의 판단은 유언자의 판단력 또는 유언능력이 있었는가의 실질적 판단에 따르므로 병자의 구수의 성부를 고려하는 경우 유언능력의 문제와 관련하여 검토하여야 할 것이다. 본사안의 경우 직접적으로 유언능력의 문제를 명확하게 다루고 있지 않으나 구수를 구두의 진술에 한정하여 유언능력의 유무와 분리하여 별도로 판단하는 것은 타당하지 않으며 거동에 의한 의사표시의 문제와 관련하여 검토하여야 할 것이다.

III. 結 論

구수형 유언의 작성에 있어서 유언자가 언어로 진술을 못하고 단지 거동에 의하여 긍정 또는 부정을 보이는 데 불과한 때에는 민법이 정하는 구수가 있었음을 인정하지 않고 있다. 유언자가 유언의 전 취지를 구술할 필요는 없으며 사전에 작성된 유언서가 있는 경우에 이에 기하여 어느 정도 개괄적인 진술을 하고 유언자의 의사가 명확한 경우에는 구수가 있다고 인정하고 있다. 그러나 사망의 위급에 있는 자가 미리 공증인에게 의뢰하여 유언하는 경우에는 구두의 언어에 의한 구수는 가혹한 요구이며 유언자의 마지막 뜻이 분명하고 절차의 일련성에 기하여 오해의 소지가 없이 뚜렷하게 설명할 수 있는 경우에는 단순히 구두의 진술의 유무만으로 확실히 구수의 성부를 판단하여 유언의 효력을 부정하는 것이 타당하지 않은 경우가 있을 것이다. 그러나 유언내용에 깊은 이해관계를 가지는 타인이 개재함으로써 인하여 본인의 진의여부가 명확하게 확보되지 않는 경우에는 구수의 인정여부에 신중을 기하여야 할 것이다. 구수에 타인이 개재하더라도 단지 발언의 명확성을 확보하기 위한 것에 불과한 경우에는 유효한 구술이 있다고 해석하여야 할 것이다. 구수증서유언에 있어서는 유언자의 질병 등으로 인하여 정신적, 육체적 능력의 저하가 어느 정도 예상되므로 유언자의 구수능력을 완화하여 해석하여야 할 것이며, 유언 작성 배경, 동기, 경위 등의 제반 사정을 고려하여 실질적인 판단에 의하여 구수의 성부를 판단하여야 할 것이다.

구수증서유언은 보통방식에 비하여 엄격성을 완화하여 간단한 방식에 의하여 유언할 수 있도록 한 것이나 일련의 구수절차와 검인절차를 요구하고 있어 실질적으로 그 형식완화의 폭은 크지 않다. 민법이 정하고 있는 유언방식을 엄격하게 해석하게 되면 방식위배인 무효의 유언이 증가하게 되어 유언자의 최종의사실현 및 유언의 자유를 보장하려는 유언제도 본래의 취지에 역행하는 결과가 된다. 유언자의 진정한 의사가 존재하는 경우 유언형식의 엄격성을 완화하여 해석하려는 태도는 보통방식의 유언에 대하여도 인정된다. 특별방식의 유언이라 할 수 있는 구수증서유언에 있어서도 유언자의 진정한 의사가 존재하는 것이 객관적으로 명백한 경우에 한하여

유언자의 최종의사의 존중이라는 유언제도의 취지를 고려하여 요건을 완화하여 해석하여야 할 것이다. 그러나 민법이 유언을 요식행위로 하고 있는 이상 방식완화에도 한계가 있으며 유언자의 진의확보를 위태롭게 할 수 있는 요건의 완화는 허용될 수 없다.

특별유언으로 구수증서유언방식은 작성과정에 있어서 청각·언어능력의 장애를 고려하지 않았다고 생각된다. 구수할 수 없는 자는 유언의 취지를 통역인의 통역에 의하여 진술하여 구수에 대신할 수 있도록 하거나 유언자 및 증인에 대하여 필기한 내용을 낭독에 대신하여 열람하도록 하거나 통역인의 통역에 의하여 전달하여 확인할 수 있도록 하여 언어·청각장애인도 특별방식의 구수증서유언을 작성할 수 있도록 배려하여야 할 것이다.

주제

유언, 구수증서유언, 구수의 의의, 구수형 유언, 유언방식, 특별방식의 유언, 위급시 유언
 Formality of will, Oral will, The meaning of oral statement, Testament, Public certificate will, Verbal will, The will of special type

《참고문헌》

高榮九, “구주증서에 의한 유언,” 가정법원사건의 제문제, 재판자료 제62집, 법원행정처, 1993.

김영희, “공정증서유언과 장애인차별,” 가족법연구, 제16권 1호 (통권 제17호), 2002.

김영희, “현행민법상 유언의 방식에 관한 연구,” 가족법연구, 제20권 1호 (통권 제26호), 2006.

김주수, 친족상속법, 법문사, 2002.

김주수, 주석민법 [상속(2)] §1019-1118, 한국사법행정학회, 2005.

朴東涉, 친족상속법, 박영사, 2003.

배경숙, 최금숙, 친족상속법강의, 도서출판 제일법규, 2004.

이재성, “공정증서에 의한 유언의 방식,” 이재성판례평석집 VI, 1989.

정갑주, “공정증서에 의한 유언의 방식,” 판례월보 279호, 1993, 12.

加藤永一, 遺言の判例と法理, 一粒社, 1992.

加藤永一, “いわゆる危急時遺言の遺言書における日附と遺言の效力,” 民商法雜誌 제 67권 제3호, 1972. 12.

久貴忠彦, “死亡危急者遺言の方式,” 家族法判例百選, 別冊 ジュリスト(No.132) 1995.

内田 貴, 民法 IV, 親族・相續, 東京大學出版會, 2004.

東 條廣, 齊藤 巖, “いわゆる危急時遺言あたり民法第九七六條一項にいう遺言の趣旨の口授があったとされた事例,” 判例タイムズ, 平成12年度主要民事判例解説, 2001. 9.

本村健助, “危急時遺言,” 家族法大系 VII 相續(2), 有斐閣, 1960.

燕山 巖 外, 遺言法體系, 西神田編集室, 1995.

小林昭彦, 原 司, 「平成11年民法一部改正法等の解説」, 財團法人 法曹會, 2002.

小川 昭二郎, “特別方式による遺言,” 遺言法體系, 西神田編集室, 1995.

松日樂正次, “危急時遺言の作成方式,” 判例タイムズ (688), 1989. 4.

有地 亨, 新版 家族法概論, 法律文化社, 2003.

日野忠和, “公正證書遺言が民法第九六九の要件を欠きであるとされた事例,” 判例タイムズ, 平成10年度主要民事判例解説, 1999. 9.

林 貴美, “死亡危急時遺言における口授,” 判例タイムズ, 2000. 8.

中川善之助, 加藤永一 編輯, 新版 註釋 民法(28) 상속(3) 遺言・遺留分, 有斐閣, 2002.

中川 淳, 相續法逐條解説(下卷), 日本加除出版株式會社, 1995.

千藤洋三, “危急時遺言の方式,” 別冊ジュリスト, 1980. 2.

清水 節, “公正證書遺言が, 民法九六九條所定の遺言者による口授の方式によってなされたとはいえないとして, 無効とされた事例,” 判例タイムズ (No. 1036), 平成11年度主要民事判例解説, 2000. 9.

Brox, Erbrecht, 12.Aufl., 1996.

Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrecht, C. H. Beck, München, 2001.

MünchKomm-Hagen, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erbrecht, §§1922-2285, BeurkG §§27-35, C. H. Beck, 2004.

Staudinger-Baumann, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5, Erbrecht, §§2197-2264, Neubearbeitung 2003, Sellier-de Gruyter, Berlin, 2003.

STUDY ON THE MEANING OF ORAL STATEMENT IN A WILL AND AN ORAL WILL

Young Hee Kim*

In the case of oral will, one's last will and testament is done when the testator is on the brink of passing away, so that his capability of oral statement or its very existence comes into question. Oral statement means in conveying the testator's last intent by verbal. In order to secure the testator's real intent, the testator is supposed to directly convey his free intention in front of witnesses or a notary. Whether the testator's intention is described in an ambiguous language, with the help of an interpreter or a doctor, by a mere gesture or through the judgement of witnesses or a notary comes into question.

According to the analysis as to the judicial precedents of public certificate will or oral will, failing to answer questions in a verbal way or showing a mere positive or negative sign by gestures when the testator leaves his last intent is not recognized as good as having an oral statement by the civil code. The testator need not state the whole intent of his testament. And when a third-party person prepares a draft and makes a general statement overall, it is recognized as good as having a clear intent of the testament. It is actually necessary to judge whether the oral statement is valid, taking into consideration the background, motive and rightfulness of the testament rather than the mere existence of verbal statement.

Besides, it is not deemed inappropriate to omit some parts of the oral statement or change the order of verbal statements when the true intent of the testator is correctly described with regard to the content and the testator himself gets involved with writing a will of his own free intent,

viewed from the entire process of making the will. If an interested person deeply involved with the content of the will writes it himself, hindering the true intent of the testator from being secured, it is necessary to seriously consider whether to recognize the oral statement. It should be construed as valid, though, for another person to write a testament, when it merely helps secure the clarification of the statement

A disease often reduces the testator's capability of discernment or judgement by far. According to some judicial precedents of a patient's oral will, the question of whether he is capable of making a will is closely related to the ability of an oral statement. When a disease reduces both the physical and judgemental ability of the testator so conspicuously as to make him unable to declare his intention even by gestures, his ability of a will comes into question. When taking into consideration whether a patient is able to make an oral will, it should be examined in relation to the question of his discerning capability to make a will, since the substantial judgement as to the oral will depends on testator's ability of making a will regardless of the existence of verbal expressions. The question of whether the testator is capable of making a judgement, a discernment or a ability of will closely related to the ability of oral statement. Since a will is based on the assumption of the testator's discerning ability, it should be deemed invalid when he lacks enough judgemental ability so conspicuously.

An oral will is a system that is recognized as a special method of making a will with ease when the testator is unable to make a holographic will. It requires standard procedure of oral statements however. I think, therefore, people with hearing and speaking disabilities consequently cannot execute these types of will. It is thus necessary to be considerate of people with hearing and speaking disabilities, so that they could execute a oral will by allowing interpretations and approving the contents of the will to the testator and witnesses through readings and interpretations.

* Professor, Sangji university, Department of Law.

가족법상 북한이탈주민의 남한사회 정착 지원 방안에 관한 연구*

— 이혼의 특례를 중심으로 —

文 興 安**
(Moon, Heung-Ahn)

<차

I. 서 론	IV. 이혼특례규정의 신설과 해석론
II. 북한이탈주민의 보호	V. 이산가족의 재결합과 중혼
III. 「취적」의 문제점	VI. 결 론

I. 서 론

북한을 이탈하여 남한에 이주한 주민은 해방 이후 6.25전쟁과 냉전체제 속에서 이념과 사상 등을 이유로 꾸준히 이어져 왔다. 남한거주 이산가족은 이산2세대와 3세대를 포함하여 약767만여 명으로 추정되고 있다.¹⁾ 1993년까지 매년 한 자리 숫자에 불과하던 북한이탈주민은 '94년의 52명

을 시작으로 두 자리 숫자로 이어지는 등 기하급수적으로 늘어 지난 한 해 국내에 입국한 북한이탈주민은²⁾ 2천 19명으로 2005년의 1천 383명에 비해 31.5% 증가한 것으로 집계되었고 '98년 이후 현재 국내에 정착한 북한이탈주민은 8천 836명으로 추산되고 있다.³⁾ 이렇게 북한이탈주민의 국내 입국이 증가하는 이유는 식량난이 극심하였던 1990년대 후반 북한을 탈출한 이후 제3국 체류가 장기화하고 있으나, 현지에서의 정착이나 북한 귀환이 어렵기 때문이다. 특히 중국 당국의 단속강화, 공민증 교체, 북한 내 생존기반 상실, 가족해체 등으로 인한 북한귀환의 어려움, 조선족 등 현지인과의 갈등 심화, 북한이탈주민을 지원하는 단체의 적극적 활동 등에 기인한다.

'90년대 초반까지만 해도 소수에 머물던 북한이탈주민의 국내이주가 급격히 늘어나면서 기존 북한이탈주민을 보호하기 위한 법제는 새로운 국면을 맞게 되었다. 지난 '97년 기존의 법체계를 대폭 보완하여 「북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률」(1997년 1월 13일 법률 제5259호)을 제정하여 북한이탈주민을 보호하고 있다. 그러나 2000년대 들어 가족단위의 이주가 많아짐에 따라 여자와 어린이 이주자의 증가는 가정의 평화와 혼인생활의 보호, 어린이보호 등 기존의 법제가 예상하지 못한 새로운 문제를 야기 시켰다. 구체적으로는 북한이탈주민이 북한에서 혼인을 하였으나 홀로 이탈한 경우, 가족들과 함께 이탈하였으나 헤어지게 된 경우, 상당한 시간이 흘렀으나 배우자의 생사를 알 수 없는 경우 등 다양한 사정이 발생하게

* “이 논문은 2004년도 한국학술진흥재단의 선도연구자지원사업 지원에 의하여 연구되었음” (KRF-2004-A003-0206).

** 건국대학교 법과대학 교수.

1) 연합뉴스, 2000. 6. 16. 이는 민주평통자문회의(「남북이산가족재회 현황 및 과제」, 『인권보장을 위한 특별위원회 제8차 회의』민주평통, 1998)에서 해방 전후 및 6.25전쟁을 전후하여 약 500만명이 이동하였다고 보고 있는 것이, '70년 현재 가호적 신고자 546만여명으로 연결되는 것으로 보아 이 숫자에 인구증가율을 감안한 수치다. 이중 이산가족 1세대는 123만명으로 생존자 대부분은 고령자로 추정된다.

2) 이우영, 「국내탈북자의 실태와 문제점」, 『인권과 정의』, 대한변호사협회, 2003. 1. 25. 문은 ‘북한이탈주민’에 대한 용어 사용례에 대하여, 과거 북한이탈주민이 남한사회에 정착한 경우에 대해서는 월남귀순자, 월남귀순용사, 귀순북한동포, 북한이탈주민, 북한출신남한이주자, 자유북한인 등 다양하게 지칭된다고 한다. 한편 북한이탈주민이라는 용어는 변절자, 반동분자 등의 느낌이 들어 국내에 입국한 탈북자와 중국 등지에서 유랑하는 탈북자간에 구분이 안되어 혼란을 주는 문제도 있다는 점에서 남한에 귀순 정착하면 탈북정착민으로 부르고, 중국 등지에서 유랑하는 사람들을 탈북난민으로 호칭하는 주장도 있다고 한다. 그러나 이 발표에서는 「북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률」의 용어례에 따라 ‘북한이탈주민’이라는 용어를 사용한다.

3) 통일부 <http://www.kinu.or.kr/kinu/database/interchange/icsearch.csp?scode=dbic&scKey=1> 참조

연도	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	합계
입국자	71	148	312	583	1,141	1,285	1,894	1,383	2,019	8,836

되었다.

이 논문은 북한에서 혼인하였으나 북한에 배우자를 남겨두고 남한에 정착한 북한이탈주민이 2003년 7월경 북한잔류 배우자를 상대로 서울가정법원에 제기한 이혼소송이 계기가 되었다. 2006. 7.말 기준으로 208건의 이혼소송이 접수되었으나⁴⁾ 서울가정법원은 법리적 검토를 이유로 이혼소송 진행 자체를 보류하고 있어, 이들의 남한에서의 정착에 장애가 되고 있었다. 마침 통일부가 북한이탈주민의 보호 및 정착 지원에 관한 법률⁵⁾을 개정하기 위한 T/F팀을 구성하여 연구에 참여할 기회가 있었고, 북한이탈주민들의 정착지원시설인 '하나원'을 방문하여 북한이탈주민을 면담할 기회와 연구결과를 논의할 수 있는 기회도 있었다. 또 여러 국회의원들이 발의한 개정안을 검토할 기회와 통일외교통상위원회 법안심사소위원회에서 개정안에 대한 사건을 진술할 수 있었다.⁵⁾ 2007. 1. 26. 개정 「북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률」(2007년 1월 26일 법률 제8269호)에서는 이러한 논의의 결과가 일부 수용되어 이혼특례규정이 신설되었다(동법 제19조의 2). 그 결과 법원에 오랫동안 묶여있던 북한이탈주민들의 이혼소송은 별무리 없이 진행되고 있어 이들의 남한사회의 정착에 실질적 도움을 줄 수 있을 것으로 기대한다.

하지만 이혼특례규정의 신설을 두고 다른 견해도 있고, 이 이혼특례규정에 의한 이혼소송에 있어 민법의 재판상이혼과 어떤 관계를 유지하여야 할지 해석론에 맡겨 놓은 상태이다. 따라서 이 논문에서는 이혼특례규정의 신설과정에서 논의되었던 문제점을 중심으로 논의를 전개한다. 하지만 근본적으로는 위와 같은 이혼사건에 대하여 우리 법원이 재판관할권을 가지는지, 재판관할권이 있다면 증거법은 무엇인지 등이 먼저 검토되어야 한다. 우리 법원이 재판관할권을 행사할 수 있다면 법원의 관할 및 송달 등의

절차법상의 문제가 대두되며, 실체법상으로는 민족분단에 의한 재회의 곤란 내지 불가능이라는 역사적 원인으로 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유에 해당되어 재판상 이혼사유로 인정될 수 있는가 등의 문제가 있다.⁶⁾ 하지만 이 문제는 그간 많은 선행연구가 축적되어 있기 때문에 그 연구결과에 의존하면서 제19조의2의 제정과정에서 논의되었던 내용을 중심으로 기술한다.

최근 남북교류가 활성화 되는 분위기 속에서 북한을 이탈하여 남한에 정착한 주민들은 북한잔류 배우자와의 이혼과 남한에서의 재혼에 의해 이산가족과의 재결합 과정에서 필연적으로 중혼문제에 봉착하게 될 것이다. 이러한 문제의 해결을 위하여 갖춰야 할 법률적 시스템에 대한 견해를 제기하고자 한다.

II. 북한이탈주민의 보호

1. 보호법률 개관

정부는 북한이탈주민들을 이주시기에 따라 법적 보호의 형태를 달리하며 남한지역에 정착할 수 있는 법적 기반을 마련하고 있다.⁸⁾ 이 논문의 주제와 관련이 깊은 내용만 살펴본다.

6) 신영호, 「북한이탈주민의 이혼소송」, 『북한이탈주민의 행복추구권 보호와 법적보장 방안-이혼을 중심으로』, 한국가정법률상담소, 2006. 12. 6. 주제발표문 8면.

7) 신영호, 「남북이산가족의 왕래 및 재결합에 관한 법령 정비방안」 『고려법학』 제34집, 298면 이하 참고; 신한미, 「북한이탈주민의 이혼소송」 『통일사법정책연구(1)』(법원행정처, 2006. 12) 83-85면; 임성권, 「탈북자의 이혼 청구에 있어서의 국제사법적 문제 - 서울가정법원 2004년 2월 6일 선고 2003드단58877 판결을 계기로 -」 『국제사법연구』 제10권, 424-425면; 임성권, 「남북한 사이의 국제사법적 문제」 『국제사법연구』 제4호; 정상규, 「탈북자 이혼사건에 관한 연구」 『사법론집』 제38집(법원도서관, 2004), 638-642면; 오수근, 「남북한간의 국제사법적 문제」 『국제사법연구』 제3호, 575; 석광현, 『국제사법해설 제2판』, 지산 2003; 오승률, 「섭외적 이혼관계에 관한 법적 고찰」 『국제사법연구』 제3호; 이효원, 「남북한특수관계론의 헌법학적 연구」 서울대학교 박사 논문, 2006. 등 많은 선행연구가 있음.

8) 자세한 것은 문흥안, 「북한이탈주민의 남한사회 정착과정상의 법적 문제점과 그 개선방안 - 호적문제를 중심으로 -」 『인권과 정의』 제334호(2004. 6.), 18면.

4) 북한이탈주민의 재판상이혼소송 건수는 사법연감의 통계자료로 집계되지 않아 공식적인 자료를 입수하기 어려우나, 2006. 7.말 현재 법률 개정을 위하여 국회 통일외교통상위원회에 보고된 수치가 208건이라는 것이다. 이혼특례규정이 신설된 후, 2007. 4.말 현재 420여건이나 접수되었다는 견해도 있으나, 이 수치는 당분간 폭증할 것으로 예상된다.

5) 2006. 9. 26. 제262회 국회(정기회) 통일외교통상위원회 제2차 회의, 「북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률」 중 개정법률안에 관한 공청회. 진술인으로는 문흥안 이외에 부동호(대법원 등기호적심의관), 송삼현(법무부 특수법령과 검사), 임동일(대한변호사협회 북한이탈주민법률지원단 간사)가 참여하여 진술하였다.

(1) 가호적제도에 의한 보호(1948. 4. 1. 미군정법령 제179호)

1960. 1. 1.까지 시행된 미군정법령 제179호는 미수복지구에 호적을 가진 자로서 대한민국 내에 거주하는 자들의 편의를 위하여 만든 임시조치법령으로 이에 의거하여 북한이탈주민들에 대한 가호적의 취적이 대부분 이루어졌다.⁹⁾ 즉 1945. 8. 15. 당시 북위 38도 이북에 본적이 있던 자로서 현재 북위 38도 이남 지역에 거주하는 자는 그 거주지를 본적지로 정하여 취적신고를 하여 시·읍·면장으로 하여금 가호적을 편제하도록 하였다(제2조).

이 가호적을 기본으로 하여 신고된 신분상 행위는 원래의 호적에 저촉되지 않는 한 원래의 호적에 행한 것과 동일한 법적 효력을 갖는 것으로 하였다. 이 가호적은 가까운 시일 내에 남북한이 통일되어 북위 38도 이북지역에 있는 호적을 사용할 수 있게 될 때까지 호적령에 의한 호적과 동일한 법적 효력을 갖는 임시조치였다(동령 제1장 제1조). 그러나 이 가호적제도는 1962. 12. 29. 호적법의 개정으로 폐지됨과 동시에 가호적은 본호적으로 전환되었고, 아직 가호적의 취적을 하지 못한 북한이탈주민은 호적법상의 일반 무적자(無籍者)로 보아 일반 취적절차(호적법 제116조)에 의하여 취적하도록 하였다. 그런데 이와 같은 가호적제도의 폐지는 가호적의 특별취적절차에 따른 취적의 방법을 폐지한 것에 불과하며, 북한이탈주민이 호적법에 의하여 일반취적절차에 따라 취적을 하는 경우에도 그 호적의 편제기준 및 호적기재의 방식은 여전히 가호적제도의 기준에 따르도록 하고 있음으로써(호적법시행규칙 제56조, 호적예규 제201호) 가호적은 현행 호적에 있어서도 존속되고 있는 셈이다. 그 결과 가호적에 의한 취적시 이루어진 허위신고에 의한 호적부 기재나 누락된 신고는 현재까지도 법률적 다툼의 원인이 되고 있다.¹⁰⁾

(2) 부재선고 등에 관한 특별조치법(제정 1967. 1. 16. 법률 제1867호/ 일부 개정 2007. 5. 17. 법률 제8435호)

해방 후 국토가 북위 38도선으로 분단되고 6. 25.사변 이후 이북의 고향

을 버리고 남한에 이주하여 새로이 취적을 한 사람 가운데는 가족의 일부가 미수복지구에 그대로 남아있는 경우가 많아 법률적으로 여러 문제를 야기 시키고 있었다. 예컨대, 배우자를 미수복지구에 남겨 둔 채 월남한 기혼자들의 재혼문제 또는 호주가 이북에 잔류하고 있는 경우에는 상속문제 등이 있었다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 미수복지구 잔류자에 대한 부재선고와 미수복지구 이남의 지역에서 주소나 거소를 떠나 행방불명이 된 자에 대한 실종선고의 절차에 관한 특례를 정할 목적에서 부재선고 등에 관한 특별조치법¹¹⁾과 동시행령을 제정하여 현재까지 시행하고 있다.

부재선고의 신고절차는 호적법 중 실종에 관한 규정을 준용하도록 하였다. 즉 법원은 호적상 미수복지구 거주자로 표시된 재산류자가 분명한 때에는 가족이나 검사의 청구에 의하여 부재선고를 하고 그 부재선고를 받은 자는 호적에서 제적된다. 그렇게 되면 상속이나 혼인에 관하여는 실종선고를 받은 것으로 간주한다(동법 제3조, 제4조).

(3) 북한이탈주민의 보호 및 정착 지원에 관한 법률(제정 1997. 1. 13. 법률 제5259호/ 일부개정 2007. 1. 26. 법률 제8269호)

이 법률은 대한민국의 보호를 받고자 하는 북한이탈주민이 급증함에 따라 이들에 대한 종합적인 보호 및 정착지원에 관한 제도적인 기반을 확립하여 북한이탈주민이 자유민주주의 체제에 적응할 수 있도록 각종 보호·혜택을 부여하고 있다. 특히 종래의 「귀순북한동포보호법」 제2조가 보호의 대상이 불명확하다는 비판을 수용하여, 보호의 대상을 명확히 규정하였다. 즉 동법 제2조 2호에서 보호대상자라 함은 이 법에 의하여 보호 및 지원을 받는 북한이탈주민을 말하며, 북한이탈주민이란 북한에 주소, 직계혈족, 배우자, 직장 등을 두고 있는 자로서 북한을 벗어난 후 외국의 국적을 취득하지 아니한 자로 한정하고 있다. 다만 이 경우라도 체류국에서 10년 이상 생활근거지를 두고 있는 자는 보호대상자에서 제외될 수 있도록 하고 있다(동법 제9조 4호). 업무주관부서도 보건복지부에서 통일부로 변경되었다.

한편 2007. 1. 26. 개정법률은 정착지원의 방향을 기존의 ‘보호’에서 ‘자립·자활’ 중심으로 선회하여 북한이탈주민의 직업능력과 자립능력의 향상을 지원하고, 이혼특례를 규정하는 등 정착에 장애가 되는 각종 제도적 미

9) 김갑동, 「가호적제도에 대한 고찰(2)」, 『법무사』(406호), 대한법무사협회, 4면.

10) 배금자, 「북한주민 소송」, 『시민과 변호사』(서울지방변호사회), 2004. 2. 73면 이하에는 이와 관련하여 최근에 사건화 된 사례를 구체적으로 기술하고 있다.

비점을 개선하였다.

2. 선별적·제한적 보호

북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률¹¹⁾은 대한민국의 보호를 받고자 하는 북한이탈주민 모두를 그 적용대상으로 하는 것이 아니라 최근에 북한지역을 이탈한 사람 중 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 소정의 심의절차를 거쳐 보호대상자로 결정된 사람만을 대상으로 하고 있다. 따라서 이 법에 의한 보호대상자는 선별적이고 협소할 수밖에 없다.¹¹⁾ 그 결과 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률¹²⁾의 보호를 받을 수 없는 북한이탈주민이나 재일조총련계 동포, 남북이 분단되기 전에 중국 또는 사할린 등 구 소련지역 국가 등으로 이주하였으나 체류국 내에서 공민신분을 취득하지 못하고 무국적 상태로 장기 거주해 온 동포들은 여전히 국내법의 보호 범주 밖에 머무를 수밖에 없는 실정이다. 이는 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률¹³⁾의 보호대상에서 제외되더라도 외국인은 아니고 그렇다고 내국인으로 대우받지 못하고 있는 특수한 지위에 있는 주민을 우리 국민으로 인정할 수 있는 기준이나 절차에 관하여 근거규정을 두지 않고 있는데 기인한다.¹²⁾

3. 「취적」의 특례

대법원의 견해에 의하면 북한이탈주민은 대한민국 국민이므로 본적이 없으면 당연히 취적할 수 있고, 이산가족에 해당하는 북한이탈주민은 본적이 있으면 호적정정에 의한 방법으로 호적을 사실관계에 일치시킬 수 있다. 본적지가 북위 38도선 이북의 미수복지구인 경우에는 1945. 8. 15.을, 북위 38도선 이남의 미수복지구인 경우에는 1950. 6. 25.을 각각 기준으로

호주 및 전가족에 대한 취적의 절차를 취할 수 있다.¹³⁾ 북한지역에 호적을 가졌던 무적자는 원래의 원적지 호적의 기재사항 그대로 취적을 한다. 취적은 호주와 가족이 함께 1戶 1건으로 신청할 수 있다.

특히 북한이탈주민은 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률에 의한 특례규정의 적용을 받아 취적할 수도 있다. 동 법률 제19조는 대한민국 정부의 보호 및 지원을 받기로 결정된 북한이탈주민으로서 남한지역에 호적이 편제되어 있지 않은 사람은 본인의 의사에 따라 본적지를 정하고 통일원장관이 서울가정법원에 취적허가신청서를 제출하도록 하고 있다. 서울가정법원은 취적허가신청에 대하여 지체 없이 허가여부를 결정하고 허가한 때에는 당해 취적지의 호적관서의 장에게 취적허가서 등본을 송부하고, 호적관서의 장은 지체 없이 호적을 편제하도록 하고 있다. 북한이탈주민으로 보호 받기 위하여 북한이탈주민은 재외공관이나 기타 행정기관의 장각급 군부대의 장을 포함한다에게 보호를 신청하고(동법 제7조 1항), 통일원장관은 북한이탈주민대책위원회의 심의를 거쳐 보호여부를 결정한다(동법 제8조). 예컨대 중앙아시아 우즈베크공화국에 거주하는 무국적자는 한국인 호주의 자인 경우라도 먼저 법무부로부터 국적판정절차 또는 국적취득절차를 거쳐 대한민국이 국적을 가져야만 호적을 가질 수 있다. 즉 국적을 취득한 후에 취적 등 절차를 취하여야지 바로 취적에 의한 방법으로 호적에 입적할 수 없다¹⁴⁾는 점과 비교하면 특별한 보호조치라 할 수 있다.

Ⅲ. 「취적」의 문제점

1. ‘신고’에 의하여 등록된 자의 법적 지위

(1) 가호적 취적 ‘신고’

가호적에 의한 취적은 본적지가 북위 38도선 이북의 미수복지구인 때에는 1945. 8. 15.을, 북위 38도선 이남의 미수복지구인 때에는 1950. 6.

11) 예컨대 “북한이탈주민지원법” 제9조 제4호는 체류국에서 10년 이상 생활근거지를 두고 있는 자에 대하여 보호대상자로 결정하지 않을 수 있다는 규정을 두고 있다. 그런데 종래에는 보호결정 기준을 ‘상당한 기간 동안’과 같이 불확정하게 규정되어 자의적으로 적용될 가능성이 높아 2007. 1. 26 개정에서 현재와 같이 명확하게 되었다.

12) 석동현, 『통일전 북한주민의 국내법적 지위 및 관련입법의 방향 논고』, 『법조』(Vol. 522), 2000. 3. 84-85면.

13) 1979. 6. 27. 법정 제163호, 중공으로부터 귀국한 교포의 취적.

14) 1994. 12. 27. 법정 3202-491 무국적자가 호적을 가지는 절차.

25.을 기준으로 미수복지구에 있는 호주와 가족전원을 취적·신고 대상자로 하여 가호적에 빠짐없이 등재하도록 하였다.¹⁵⁾ 그 결과 이북지역의 잔류자도 취적이 되자, 다시 취적된 자를 부재선고나 실종선고에 의하여 호적을 정리할 필요에서 부재선고 등에 관한 특별조치법¹⁶⁾을 제정한 계기가 되었다.

취적에 있어서는 군정법령 제179호의 시행 당시 호적사무에 관하여 조선호적령¹⁶⁾에 의하도록 하고 있었으므로 취적은 조선호적령 제121조에 따라야 했다. 즉, 본적을 가지지 아니하는 자는 그 취적코자 하는 지(地)를 관할하는 법원의 허가를 얻어 10일 내에 취적신고를 하여야 한다. 이렇게 취적은 법원의 재판에 의하도록 되어 있으며, 오늘날에도 취적은 오로지 법원의 재판에 의하도록 하고 있다(호적법 제116조). 그럼에도 불구하고 군정법령 제179호에 의한 가호적의 취적신고는 법원이 아닌 가본적지 관할 시·읍·면의 장에게 하도록 하였고, 시·읍·면의 장은 이에 따라 가호적을 직권 편제하였다(동령 제2조 다). 그런데 가호적 취적신고에 있어서는 북위 38도선 이북의 본적을 명백히 표시하고 원적지의 등본 또는 초본을 첨부하도록 하였다(동령 제1장 제2조 나). 그러나 원적지 호적의 등본이나 초본을 첨부하기가 곤란한 경우에는 호적기재사항에 관한 사실을 잘 아는 성인 남자 2인 이상의 보증서를 첨부하도록 하였다. 하지만 당시 가호적 취적신고의 실태는 원적지 호적의 등본이나 초본을 첨부하여 가호적 취적신고를 한 사례는 드물고 거의 대부분의 취적신고가 보증서에 의하여 이루어져 오늘날 가호적 기재사항의 진실성에 많은 문제가 제기되는 원인이 되고 있다.¹⁷⁾

(2) '북한이탈주민의 보호'를 위한 취적 '신고'

북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률에 의한 보호대상 북한이탈주민은 남한에 가족관계등록이 되어 있지 아니한 경우, 서울가정법원에 가족관계등록창설허가를 신청하여야 한다. 신청서에는, 구 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률에 의한 취적절차에 관한 예규¹⁸⁾에 의하면

“단신 보호대상자는 단신으로 취적하도록 한다. 만약 보호대상자의 가족이 대한민국에 취적되어 있는 경우에는 취적허가절차에 의하여 그 호적에 추가로 입적하게 한다.”고 규정되어 있었다(호적예규 제600호). 이 호적예규가 2003. 3. 18. 제644호로 개정되면서 보호대상자의 취적시 그 호적에 북한에서의 혼인여부 및 배우자를 기재하게 되었고, 그로 인하여 보호대상자들이 남한에서 새로이 혼인신고를 하지 못하게 되는 문제점이 발생하게 되었다. 즉 부부가 동반하여 북한이탈주민인 경우에는 특별한 문제가 없으나, 북한에 배우자를 남겨둔 채로 혼자(혹은 배우자를 제외한 가족) 취적을 한 경우에도 신분사항란에 혼인사유를 기재하도록 되어 있어¹⁸⁾ 복잡한 문제의 원인이 된다. 왜냐하면 북한이탈주민의 취적신청서상 취적자의 신분사항란에 ‘혼인’으로 기재된 자는 대한민국의 호적상 취적되어 있는 것이 아니고 단지 취적자의 신분사항란에 배우자로 기재되어 있을 뿐이다. 이 기재내용은 호적에 혼인신고를 마치고 입적한 것과 전혀 다르다. 이 신분사항란에 기재된 자의 실존에 대하여는 확실한 증명방법이 없으므로 자연인의 법률적 지위를 인정하여야 할지 의문이다. 특히 북한에 잔류한 배우자(신분사항란에 기재되어 있는 자가 재판상 이혼소송의 당사자가 될 수 있을지 논란이 된다. 이러한 북한이탈주민이 남한에서 혼인을 할 수 있는지에 대하여 대법원은, 현 상태에서는 중혼이 되므로 혼인을 할 수 없을 것이나 만일 배우자에 대하여 재판상 이혼판결을 받는다면 이러한 자도 혼인을 할 수 있을 것이라는 의견을 표명하였다.¹⁹⁾ 서울가정법원도 탈북자가 청구한 이혼 및 친권자지정에 관하여 이를 인용하는 판결을 선고(2004. 2. 6. 선고 2003드단58877)하여 법원의 견해를 나타내었지만 논란이 제기될 수 있다. 생각건대 북한에 남아있는 배우자가 이혼소송에 참여할 가능성이 전혀 없을 뿐만 아니라 생존해 있는지 확인할 수 없는 상태에서 일방적으로 신분사항란에 기재된 것만으로 법률행위능력을 부여하는 것이 된다. 따라서 해석상으로는 한계가 있을 수밖에 없었다. 북한이탈주민의 대한민국에서의 정착을 지원하는 차원에서 입법론으로 북한에 남아있는 배우자에 대하여는 특별규

15) 대법원 예규, 1950. 6. 8.자; 군정법령 제179호에 의한 「가호적사무처리에 관한 건」

16) 조선총독부령 제154호, 1922. 12. 18.

17) 김갑동, 「가호적제도에 대한 고찰(1)」, 『법무사』(404호), 대한법무사협회, 28면.

18) 호적예규 제644호(2003. 3. 18)에 의하면, “보호대상자의 배우자가 북한에 거주하고 있는 경우에는 신분사항란에 그 혼인사유, 배우자의 성명, 출생연월일 및 배우자가 군사분계선 이북지역에 거주하고 있는 취지와 그 거주지를 기재한다”.

19) 2003. 4. 11. 호적 3202-126 질의회답.

정을 두어 당사자능력을 인정하는 방안이 제시되기도 하였다.²⁰⁾ 북한이탈주민의 대한민국에서의 정착을 지원하는 차원에서 재혼을 가능하게 하여야 한다는 필요성은 충분히 공감하나 법리적인 난점이 있었다.

2. 취적허가신청서의 정확성 담보

우리 호적법은 호적 기재내용의 정확성을 유지·확보하기 위한 여러 종류의 배려를 하고 있다. 우선 일반적으로 각종 신고서에는 신고인이 서명날인을 하도록 하고 있고(호적법 제29조), 개별적으로 창설적 신고 중 특히 중요한 혼인이라든가(민법 제812조 제2항), 협의이혼(민법 제836조 제2항), 입양(민법 제878조 제2항)에 대하여는 그 합의를 담보하기 위하여 성년자인 증인 2명의 서명날인을 요구하고 있다(호적법 제32조)²¹⁾. 특히 협의이혼을 하는 경우에 당사자의 진실한 의사를 확인하기 위하여 가정법원의 확인을 받아야 신고할 수 있도록 하고 있다(호적법 제79조의 2). 또 출생이나 사망 등에 있어서는 신고에 관계되는 사실에 대하여 이에 관여한 자가 작성한 그 사실을 증명하는 출생증명서나 사망진단서 또는 시체검안서를 첨부하도록 하고 있다. 또 신분행위에 제3자의 동의나 승낙이 필요한 사안²²⁾에 대하여는 신고에 그 동의나 승낙을 증명하는 서면을 첨부하거나, 동의 또는 승낙을 한 자에게 신고서에 그 사유를 부기하고 서명날인하게 하고 있다(호적법 제37조)²³⁾. 또 귀화신고(호적법 제109조 제3항), 호적의 정정(호적법 제1조 이하) 등과 같이 귀화허가나 호적기재의 착오나 유류의 존재 등 그 전제요건의 존재를 담보할 필요성이 강한 것에는 신고에 그 허가의 등본이나 재판의 등본을 첨부하도록 하고 있다(호적법 제117-119조).

더욱 강력하게는 국가 형벌권을 발동할 수 있도록 하고 있다. 즉 허위신고에 의해 호적에 부실기재를 하게 한 자에 대하여는 공정증서원본 부실

기재죄(형법 제288조)로 처벌 할 수 있게 함으로써 호적기재의 진실성을 확보하기 위한 제반조치를 강구하고 있다. 이러한 진실성 확보 노력은 대법원으로 하여금 호적부의 기재는 법률상 그 기재가 적법하게 되었고 그 기재사항은 특별한 사정이 없는 한 진실에 부합하는 것으로 추정 받는다는 진실추정으로 확인되고 있다²⁴⁾. 하지만 가호적의 경우에는 부진정한 신분기재로 인한 폐해가 아직도 계속되고 있는 형편이다. 또 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률에 의한 취적의 경우 가호적 취적과 달리 보호대상자만이 취적되지만 신분사항란에 가족관계를 빠짐없이 기재하여야 한다. 그러나 이 경우에도 보호대상자의 신고내용의 진정성을 확인할 수 있는 제도적 장치는 전혀 없고 오로지 보호대상자의 진술에 의존할 수밖에 없는 한계가 있다. 기재내용의 진정성을 확보하려면 우선 북한이탈주민이 진정한 북한주민의 신분을 가지고 있었는지의 여부, 그가 제시하는 공민증 및 각종 북한 관공서 발급문서의 진위여부, 그가 제시한 문서에 표시된 자와 동일인인지 여부, 한때 북한주민이었다 하더라도 북한을 이탈한 후 제3국의 국적을 취득하여 현재 외국인 신분은 아닌지 등 최소한의 기초적 사실관계를 확인할 수 있어야 한다. 그러나 현재 상황에서 그 같은 최소한의 기초적 사실을 확인할 수 없는 실정이다. 그렇다면 호적제도와와의 균형에 맞는 취적허가신청서 기재의 정확성을 담보하기 위한 제도적 보완이 필요하다.

현행 법률의 범위 내에서는 우선 취적허가신청서의 작성자에게 신의칙에 입각한 신청서의 작성의무를 서약케 하고 이를 위반한 경우 책임을 묻도록 제도화할 수 있을 것이다. 이는 북한이탈주민들에게 의무적으로 시행되고 있는 정착지원시설에서의 사전교육을 통하여 신청서 허위기재시 신청인이 민·형사상의 불이익을 받을 수 있음을 고지 내지 충분히 교육시킬 수 있으므로 운영 여하에 따라서 실효성 있는 방안이 될 수 있을 것으로 생각한다.

20) 법원행정처 법정국 호적과 검토자료, 「북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 개정에 관하여」, 2003. 12. 4면.

21) 그러나 그 실효성에는 의문이다. 자세한 것은, 문흥안, 위의 호적제도개선에 관한 연구, 486~487면 참조.

22) 미성년자의 혼인에 대한 부모의 동의(민법 제808조).

23) 예컨대 출생신고서에 첨부할 출생증명서에 관한 처리지침(호적예규 제506호), 사망의 사실을 증명할 서면(호적예규 제507호) 등이 있다.

24) 대법관 1995. 7. 5(94 스 26); 동. 1994. 6. 10(94 다 1883); 동. 1990. 5. 8(89 다카 31948); 동. 1987. 12. 22(87 다카 1932); 동. 1987. 2. 24(86 무 119) 등 참조.

IV. 이혼특례규정의 신설과 해석론

1. 이혼특례 규정의 배경

북한지역을 이탈하여 남한지역으로 이주한 북한이탈주민에 대하여 가족관계등록창설(취적)의 특례를 명문으로 인정하는 것은 월남귀순용사특별보상법(1978. 12. 6. 법률 제3156호) 제15조가 처음이다. 이어 제정된「북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률」(1997. 1. 13) 제12조와 제19조가 취적에 관한 특례를 규정하였고, 이에 따라 1997. 7. 18. 호적예규 제534호가 제정되었다. 이 호적예규는 북한이탈주민의 호적편제시 개인단위의 편제를 원칙으로 하였으므로 북한지역 또는 제3국에 두고 온 가족이 호적에 입적되지 않았다. 그 결과 북한이탈주민의 혼인이나 이혼이 문제될 여지가 없었다.

2000년대 들어 가족단위로 북한을 이탈하여 남한에 정착한 북한이탈주민에 대해서는 호적부(가족관계등록부)에 혼인사실을 기재하여 하나의 호적을 만들어줄 필요가 있었고, 먼저 남한에 정착한 북한이탈주민의 배우자나 자녀도 탈북하여 남한에서 합류하는 사례가 많아져 이들의 가족관계를 호적부의 기재를 통하여 정리할 필요가 있었다. 이러한 문제의 해결을 위한 통일부의 질의에 대하여 대법원은 2003. 3. 18. 호적예규 제534호를 호적예규 제644호로 개정하여 해결하고자 하였다. 즉, 개인단위호적편제의 원칙을 유지하면서 호적부의 신분사항란에 북한지역에서의 혼인사실을 기재하게 하였고, 일가족이 남한으로 정착한 북한이탈주민 가족에 대한 가족단위의 호적편제를 가능하도록 하였다.

하지만 북한이탈주민의 호적부의 신분사항란에 혼인사실이 기재됨으로서 이제 북한에 배우자를 둔 북한이탈주민들은 남한에서 혼인을 하고 싶어도 이미 호적부에 배우자가 있다는 사실이 기재되어 있으므로 그 상태에서 재혼이 불가능하자 북한잔류 배우자를 상대로 한 이혼소송이 급증하게 되었다. 하지만 법원에서는 개정 전 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률」에 그 근거가 없다거나 헌법·민법의 일반이론에 의하더라도 특별히 북한이탈주민을 위한 법리를 도출하기 극히 어렵다는 이유로 이혼소송의

심리를 보류하고 있었다. 지난 2007. 1. 16 「북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률」 제19조의2로 이혼특례 규정이 신설되어 입법적으로 해결되었지만 해석론상 논란의 여지가 있다.

2. 이혼특례 규정의 검토

(1) 이혼특례 개정안과 개정조문

이혼특례 규정은 김학원의원 대표발의안과 이화영의원 대표발의안을 통일외교통상위원회에서 종합하여 마련한 대안에 기하여 개정된 것이다. 아래에서는 이 개정안과 개정 법률을 비교·검토한다.

	김학원의원 대표발의안	이화영의원 대표발의안	개정 법률(2007. 1. 26)
제19조의2 (이혼의 특례)	제19조의2(이혼의 특례) ①제19조의 규정에 의하여 취적한 자중 북한에 배우자가 있는 자는 취적한 날부터 3년이 경과하고, 배우자가 북한을 이탈하지 않는 등의 사유로 대한민국에 거주하는지 여부가 불명확한 경우 민법 제840조제6호의 사유로 이혼을 청구할 수 있다.	제19조의2(이혼의 특례) ① 제19조의 규정에 따라 취적한 지 3년이 경과되도록 취적부의 혼인란에 북한지역 거주자로 기재된 배우자의 소재를 알 수 없어 혼인생활을 계속하기 어려운 보호대상자는 「민법」 제840조제6호의 사유로 이혼을 청구할 수 있다.	제19조의2(이혼의 특례) ① 제19조의 규정에 따라 가족관계등록창설한 자 중 북한에 배우자가 있는 자는 그 배우자가 남한지역에 거주하는지 여부가 불명확한 경우 이혼을 청구할 수 있다.
	②제19조의 규정에 의하여 취적한 자의 배우자로 기재된 자는 재판상 이혼의 당사자가 될 수 있다.	②제1항의 규정에 따른 이혼을 하고자 하는 자는 배우자가 제2조제2호의 보호대상자가 아님을 증명하는 통일부장관의 서면을 첨부하여 서울가정법원에 재판상 이혼을 청구하여야 한다.	②제19조의 규정에 따라 가족관계등록창설한 자의 배우자로 기재된 자는 재판상 이혼의 당사자가 될 수 있다.
	③제1항의 규정에 의한 이혼을 청구하고자		③제1항의 규정에 따른 이혼을 청구하고자

	<p>하는 자는 배우자가 제2조제2호의 보호대상자가 아님을 증명하는 통일부장관의 서면을 첨부하여 서울가정법원에 재판상 이혼청구를 하여야 한다.</p>		<p>하는 자는 배우자 보호대상자에 해당하지 아니함을 증명하는 통일부장관의 서면을 첨부하여 서울가정법원에 재판상 이혼청구를 하여야 한다.</p>
	<p>④제3항의 관할법원이 제1항의 규정에 의한 이혼청구자의 배우자에 대하여 송달을 하고자 할 때에는 민사소송법 제195조 및 제196조의 규정에 의한 공시송달에 의할 수 있다.</p>	<p>③제2항의 관할 법원이 제1항의 이혼청구자의 배우자에 대하여 송달을 하고자 할 때에는 「민사소송법」 제195조 및 제196조의 공시송달에 의할 수 있다. 이 경우 첫 공시송달은 실시한 날부터 2월이 지나야 효력이 생긴다. 다만, 같은 당사자에게 하는 그 뒤의 공시송달은 실시한 다음 날부터 효력이 생긴다.</p>	<p>④제3항의 관할법원이 제1항의 규정에 따른 이혼청구자의 배우자에 대하여 송달을 하고자 할 때에는 「민사소송법」 제195조의 규정에 따른 공시송달을 할 수 있다. 이 경우 첫 공시송달은 실시한 날부터 2개월이 지나야 효력이 생긴다. 다만, 같은 당사자에게 하는 그 뒤의 공시송달은 실시한 다음 날부터 효력이 생긴다.</p>
			<p>⑤제4항의 기간은 줄일 수 없다.</p>

(2) 검토

1) 이혼특례 규정의 입법화

최근 북한이탈주민의 구성은 여성이 65-70%를 차지하고 있고, 20대-30대가 59%를 차지하고 있다. 2006. 7. 31. 현재 서울가정법원에 계류 중인 재판상 이혼소송 208건 중 여성 원고사건이 133건, 남성 원고사건이 75건으로 가족단위의 북한이탈 여성의 이혼신청이 압도적으로 많음을 보여주고 있다.

북한이탈주민의 이혼문제는 크게 법원의 해석에 의한 해결과 입법에 의한 해결방안이 있다. 법원의 해석에 의한 방안은 남북관계의 특수성에 비추어 현행법을 탄력적으로 해석하여 이혼소송을 진행하는 방법이다. 하지만 법원은 이 입장에 매우 소극적이어서 입법에 의한 해결방안이 제시된 것이다.

입법에 의해 이혼문제를 해결하는 경우에는 다시 민사법의 개정 내지 민사특별법의 제정, 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률」에 이혼의 특례 규정을 신설하는 방법이 있을 것이다. 북한이탈주민의 이혼문제는 민법(이혼사유), 민사소송법(당사자문제·공시송달), 가사소송법(전속관할) 등 세 가지 법률과 관련되어 있어, 민사법의 개정으로 해결하는 경우 위의 세 가지 법률을 모두 개정하여야 하므로 개정절차가 번거롭고 경직적이라는 단점이 있다. 뿐만 아니라 남북관계의 특수성으로 생긴 문제를 일반법인 민사법을 개정하는 방법으로 해결하는 것은 적절하지 않다. 민사특별법에 의한 문제해결 방안은 입법체계상 북한이탈주민의 이혼문제이므로 민사특별법의 영역에 해당하지만, 북한이탈주민들의 보호차원에서 제기된 만큼 민사특별법에 의한 해결도 난점이 있다. 마지막으로 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률」에 이혼특례 규정을 신설하는 방안이다. 이 방법은 민사특별법의 영역에 속하는 이혼문제를 북한이탈주민의 보호 및 정착 지원에 관한 법률」에 규정한다는 비판이 있을 수 있다. 하지만 동법 제19조에 따라 가족관계등록창설을 하는 과정에서 북한잔류 배우자와의 혼인관계가 가족관계등록부에 등록되었기 때문에 이혼문제가 발생하였으므로 이를 해결하는 특례규정도 같은 법에 두는 것이 합리적이라는 생각이다. 이혼특례규정과 관련하여 이러한 방안 이외에도 이미 기재된 배우자를 부재선고 등에 관한 특별조치법을 원용하는 방법으로 잔류자에 대한 부재선고로 가족관계등록부에서 제적하는 방안이 있을 수 있다. 그러나 동 특별조치법은 해방과 휴전협정의 체결에 따른 이산가족의 호적정리를 위한 것으로 이미 호적에 입적된 자를 대상으로 한다. 북한이탈주민의 보호 및 정착 지원에 관한 법률」에 의하면 북한을 이탈한 주민만이 가족관계등록창설을 할 수 있고 북한에 잔류하는 배우자는 가족관계등록창설을 할 수 없으므로 부재선고의 대상이 될 수 없다. 하나의 방안으로 북한이탈주민의 가족관계등록창설허가신청서의 배우자를 가족관계등록부에 입적시켜주고 부재

선고에 의하여 가족관계등록부를 정리하는 방법도 생각해 볼 수 있다.²⁵⁾ 그러나 그 가족관계등록부를 기초로 가족관계가 등록되며, 확인 안 된 가족이 모두 등록되었던 가호적의 후유증이 지금까지 진행되고 있음에 비추어 적당하지 않다. 후에 그 배우자가 북한을 이탈하여 국내에 이주하면 중혼이 되어 다시 혼인사항을 정리하여야 하는 번거로움도 있다.

또 북한이탈주민의 가족관계등록창설시 북한 잔류 배우자도 가족관계등록창설을 허용하고 그 배우자의 가족관계등록부에 '군사분계선이북지역거주자'라고 표시하는 방법도 있으나 대한민국 사회에 존재하지 않는 허무인이 된다는 문제점이 있다. 다른 한편 신분사항란에의 기재가 가족관계등록창설이 아니라면 기재된 배우자를 무시하고 혼인신고를 접수하고 그 배우자를 그 호적에 입적시키는 방안도 생각해 볼 수 있다. 그러나 이 경우 혼인관계에 있는 배우자가 있음이 명백함에도 중혼을 허용하는 것이 되어 일부일처주의 원칙에 정면으로 위배된다는 결과가 된다. 결국 어느 방안을 강구하더라도 현행의 법제도의 틀에서는 한계가 있을 수밖에 없었다. 문제를 해결하기 위하여 현행법 체계에서 구체적 타당성을 추구하는 목적론적 해석이 필요하다는 견해가 있다.²⁶⁾ 충분히 공감이 되는 견해이기는 하나 현행법 해석의 범위를 넘는 견해라고 생각한다.

이혼특례 규정의 필요성에 대하여는 두 개의 의견이 대립될 수 있다. 북한이탈주민의 가족관계등록부창설에는 북한에서 한 혼인사실이 기재되고, 북한잔류 배우자도 기재되나 배우자의 호적이 별도로 편제되지 않는다.²⁷⁾ 이 때문에 북한이탈주민과 그의 북한잔류 배우자와의 혼인관계를 어떻게 보아야 할지 문제된다. 혼인관계의 유효성을 인정한다면 북한이탈주민에게 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률」에 따라 등록된 북한잔류 배우자와의 이혼을 허락하여 재혼을 통해 남한사회에 신속하고 안정적으로 정착할 수 있는 법적 뒷받침을 할 필요가 있다. 그러나 혼인관계의 유효성을 인정하지 않는 경우에는 가족관계등록부의 등록과 관계없이 별다른

혼인해소의 절차 없이 재혼을 할 수 있을 것이다. 북한잔류 배우자와 북한에서 한 혼인관계의 진정성을 확인할 수 없으므로 그 기재를 생략하도록 하자는 견해도 혼인관계의 유효성에 대하여 유보적인 견해로 볼 수 있다.²⁸⁾ 국회 통일외교통상위원회 법안심사소위원회에서는 대다수의 위원들과 진술인들이 북한잔류 배우자의 기재를 생략하는 것은 가족관계등록부의 공시기능에 반한다는 의견과 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률」의 명문 규정을 근거로 이혼특례를 인정하자는데 견해가 일치되어 이혼특례 규정이 신설되었다.²⁹⁾ 한편 동법 제19조의2 조문의 제목을 두고 '이혼의 특례'와 '가사소송의 특례'가 대립하였으나, 전속관할이나 공시송달 등은 이혼소송을 위한 절차에 종속적이라는 견해가 많아 '이혼의 특례'로 확정되었다.

2) 북한잔류 배우자의 소송상 당사자 능력

북한이탈주민이 자신의 가족관계등록부에 배우자로 기재된 북한잔류 배우자를 상대로 재판상 이혼소송을 제기할 수 있을까. 2004. 2. 6. 2003드단58877사건은 북한이탈주민이 재혼을 하려면 배우자에 대하여 재판상 이혼판결을 받는다면 가능하다는 대법원의 질의회답에³⁰⁾ 근거한 것으로 보인다. 보호대상자의 일방적 진술에 의존하여 등록된 배우자가 가공인물일 가능성도 배제할 수 없어 자칫 허무인을 상대로 소송을 하여야 한다는 위험이 있다.

통일외교통상위원회 법안심사소위원회에서 이러한 자의 소송당사자능력을 의제하는 특례규정이 필요한지에 대한 논의가 있었다. 특례규정이 불필요하다는 견해는 북한이탈주민이 국내에 입국하여 보호결정을 받기까지 관계기관의 정밀한 조사를 받는다는 점, 혼인사실이 없는 사람이 혼인사실이 있다고 허위의 진술을 할 가능성이 없다는 점, 더욱이 후에 허위진술이 증명될 경우 정착금의 감액 등 불이익이 따른다는 점에 비추어 허무인을 배우

25) 법률신문, 사설, 「북한이탈주민의 취적 방식」, 2007. 3. 26; 법률신문, 사설, 「탈북자의 이혼소송 문제」, 2006. 7. 10; 법률신문, 사설, 「탈북자들의 이혼문제」, 2004. 2. 16.

26) 강해룡, 탈북자의 이혼문제, 법률신문, 2003. 12. 5.

27) 이 점이 「부재선고 등에 관한 특별조치법」에서의 북한잔류 가족도 취적(가족관계등록창설)하는 것과 구별이 된다.

28) 이 견해에 의하면 가족관계등록부상 재혼을 제한할 조건이 없으므로 북한이탈주민은 자유롭게 재혼할 수 있다.

29) 법원행정처 법정국, 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 개정에 관하여 검토의견도 같은 입장이다.

30) 2003. 4. 11. 호적 3202-126 질의회답.

자로 등록할 가능성이 매우 희박하다고 한다. 또 당사자능력은 소송요건으로 소송요건의 확인은 법원의 책무이므로 별도의 특례규정이 불필요하다고 하는 견해도 주장되었다.³¹⁾ 이에 대하여 특례규정이 필요하다는 견해는, 가족관계등록부의 배우자로 등록된 자는 남북분단의 현실로 사실의 확인이 매우 곤란하고 사실 확인이 곤란한 배우자의 실존여부로 인하여 재판의 진행에 장애가 되는 것을 피하기 위하여 당사자 능력을 의제할 필요가 있다고 한다. 「북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률」 제19조의2 ②은 북한잔류 배우자의 당사자능력을 인정하였다.

3) 북한에서 한 혼인의 효력

북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률」 제19조는 북한에서 한 혼인의 효력성을 전제로 한 규정이다. 유효성 인정의 근거는 우리 국제사법 제36조를 유추 해석하여 북한의 법에 의하도록 하며³²⁾ 북한의 혼인법에 따라 이 혼인의 유효 여부를 판단하여야 한다는 것이다.³³⁾

북한지역은 대한민국의 영토주권이 미치나 사실상 통치권이 미치지 않고 있는 특수한 지역이다. 북한에서 북한가족법이나 관습에 의해 이루어진 신분행위의 효력에 대하여 기본적으로는 50여년 이상 나름대로 적법성을 유지해 오고 있는 현상을 인정하여야 할 것으로 생각한다. 이미 형성된 혼인관계나 친자관계 등 신분관계의 효력을 부인한다면 가족과 함께 북한지역을 이탈하여 남한지역에 정착한 북한이탈주민은 다시 대한민국의 법률에 의하여 새로운 신분행위를 하여야 한다는 모순이 생긴다. 따라서 법률생활의 안정이라는 측면에서 북한법 내지 관습법에 근거하여 형성된 신분관계는 우리나라 법에 의하여 그 유효성을 인정하는 것이 타당하다고 생각한다.

4) 이혼원인

북한 가족법에 의하면 이혼은 유책주의의 법리에 입각하여 재판상 이혼만 인정되고³⁴⁾, 재판상 이혼을 청구하는 경우 부부생활을 계속할 수 없는 사유를 이혼사유로 정하고 있다.³⁵⁾ 구체적으로는 부부관계를 계속할 만한 정치·도덕적 기초를 상실한 경우를 의미한다고 한다.³⁶⁾ 또 소재불명을 이유로 이혼을 청구할 수도 있다. 소재불명을 이유로 이혼하고자 하는 자는 공증소로부터 소재불명증명서를 발급받아 이혼을 청구할 수 있다. 북한 민법 제22조는 마지막 소식이 있을 때로부터 2년이 지나도록 소식이 없는 공민에 대하여 소재불명자로 인정할 수 있도록 규정하고 있다.³⁷⁾ 이러한 법리에 의하면 북한이탈주민은 북한의 잔류배우자가 제기한 이혼소송의 피고가 되고 재판이 확정되면 이후 재혼하는데 별 문제가 없을 것이다. 그러나 북한이탈주민으로서 북한에서 진행되는 이혼소송여부를 전혀 알 수 없을 뿐만 아니라 이혼결과를 통보받을 수도 없어 기대하기 어려운 상황이다.

다른 한편 우리 친족법도 재판상 이혼에 있어서 유책주의를 원칙으로 하고, 제840조 제6호에서 추상적·상대적 이혼원인으로 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유를 들고 있다.³⁸⁾ 즉 부부간의 애정과 신뢰가 바탕이 되어야 할 혼인의 본질인 부부공동생활관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되고, 그 혼인생활의 계속을 강요하는 것이 일방배우자에게 참을 수 없는 고통이 되는 경우를 의미한다³⁹⁾. 학설은 유책배우자의 이혼청구권을 인정하는 견해도 있으나 판례는 유책배우자의 이혼청구를 인정하지 않는 것을 원칙으로 하면서 특수한 사정이 있는 경우에만 예외적으로 이혼청구를 인정한다.⁴⁰⁾

31) 주로 검찰측의 견해로 진술인 송삼현 검사의 진술내용.

32) 이 사안에서 법원은 북한법의 적용 여부에 따른 판단을 하지 않고 대한민국의 「헌법」 및 「북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률」에 의하여 이 혼인의 유효를 인정하였다.

33) 이러한 논란에 대하여는 임성권, 「탈북자의 이혼 청구에 있어서의 국제사법적 문제 - 서울가정법원 2004년 2월 6일 선고 2003드단58877 판결을 계기로 - 『국제사법연구』 제10권,에 자세하다.

34) 조선민주주의인민공화국 가족법 제20조.

35) 앞의 북한 가족법 제21조는 ‘배우자가 부부의 사랑과 믿음을 흑심하게 배반하였거나 그 밖의 사유로 부부생활을 계속할 수 없는 경우에는 리혼할 수 있다’고 규정하고 있다.

36) 법원행정처, 북한의 가족법, 통일사법정책자료 98-1, 1998. 142-143면

37) 법원행정처, 위의 책, 148면.

38) 김용한, 보정판 친족상속법, 박영사, 2003. 180면; 박동섭, 친족상속법, 박영사, 2003. 152면.

39) 박동섭, 위의 책, 153면; 대판 1991. 7. 9. 90므1067.

40) 김용한, 위의 책, 180면.

그렇다면 북한이탈주민이 북한에 배우자를 남겨둔 채 대한민국에서 가족관계등록창설을 한 후, 북한의 배우자와 이혼을 하려는 경우 재판상 이혼 사유를 충족할 수 있을까. 2003드단58877 사건에서는 그 해설에서, 북한이탈주민이 대한민국의 보호를 받고자 하는 의사를 존중한다는 전제하에, 남한의 원고가 북한잔류 배우자의 생사를 확인하기 어렵게 된지 3년여가 지난 점, 남북한 주민사이의 왕래가 자유롭지 못하고 이러한 상태가 가까운 장래에 해소될 개연성이 높지 않은 상황에서 원고에게 피고와의 혼인관계의 계속을 요구하는 것은 원고에게 너무 가혹하다는 점, 혼인관계의 파탄 경위 등을 종합하여 이혼청구를 받아들이고 있다.

통일외교통상위원회 법안소위원회에 제안된 법률안은 이혼을 청구할 수 있는 요건으로 북한이탈주민이 가족관계등록창설한 날로부터 3년을 경과하고 배우자가 대한민국에 거주하는지 여부가 불명확한 경우로 하는 안이었다. 북한이나 제3국에 체류하는 배우자가 추가로 북한지역을 이탈하는 것이 쉽지 않을 뿐만 아니라, 이탈하였다 하더라도 재외공관에 보호를 요청하는 것이 어렵기 때문에 최소 3년이라는 기간을 고려하였다.⁴¹⁾ 또 이 3년이라는 기간은 우리 민법 제840조 5호가 이혼사유로 들고 있는 기간이기도 하여 이와 형평을 맞춘다는 의미도 있다. 그러나 심의과정에서는 3년의 기간이라든가 민법 제840조 6호의 사유와 같은 구체적인 이혼사유를 삭제하기로 하였다. 북한이탈은 남북 분단이라는 특수한 상황과 북한의 극심한 경제난으로 발생한 문제로 혼인파탄의 책임이 북한이탈주민에게만 있다고 보기 어렵다는 이유 때문이다. 이혼의 특례 조항에 민법 제840조 6호에 의하는 것으로 명시하기 보다는 민법 제840조에 6개의 이혼원인이 있고 다시 북한잔류 배우자가 남한지역에 거주하는 여부가 불명확한 경우에도 이혼을 할 수 있다는 의미로 현행 규정이 확정되었다. 그 결과 서울가정법원은 이혼소송의 진행과정에서 원고의 북한잔류 배우자 송환노력 등을 감안하여 법원재량으로 신속한 이혼을 허락할 수 있게 되었다.

이혼특례조항이 신설된 이후 서울가정법원의 태도는, 북한에서 1996. 2. 혼인한 원고가 2002. 12. 혼자 남한에 와, 2003. 2. 취적하면서 북한지역에 있는 배우자를 기재할 필요가 없음에도 불구하고 그 배우자가 호적에

입적되어 재혼할 수 없는 경우에도⁴²⁾ 이 이혼특례규정을 적용하여 이혼을 허락하고 있다.⁴³⁾ 또 법원은 다른 원고가 2003. 11. 취적하면서 북한잔류 배우자와의 혼인사실이 기재된 경우⁴⁴⁾ 이혼특례규정의 취지 및 북한이탈주민의 혼인생활이 이미 북한에서도 파탄에 이르렀고, 피고가 현재 남한에 거주하는지 여부가 불명확한 점, 대한민국이 군사분계선을 기준으로 나뉘어 남·북한 주민 사이의 왕래나 서신교환이 자유롭지 못한 현재의 상태가 가까운 장래에 해소될 개연성이 그리 크지 않은 점 등의 사정을 종합하여 보면, 원·피고 사이에 혼인관계를 계속하기 어려운 중대한 사유가 있다고 보고, 이는 민법 제840조 제6호가 정한 재판상 이혼사유에 해당한다는 판단을 하고 있다.

5) 이혼소송의 관할

당사자 일방만 북한을 이탈하여 이혼소송을 제기할 경우 가사소송법 제22조에 의하면 북한에 잔류하고 있는 배우자의 주소가 국내에 없기 때문에 관할법원을 정할 수 없다는 문제가 생긴다. 현행 가정법원의 관할구역이 남한지역에 한정되어 있고 북한지역이 외국도 아니므로 북한잔류 배우자가 북한에 거주하는 경우에 어느 법원이 전속관할법원인지 불분명하여 논란이 될 수 있다. 생각건대 가사소송법 제13조 제1항 및 제2항을 확장해석하면, 가사소송법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 피고의 보통재판적 소재지 법원을 관할로 하고, 당사자의 주소, 거소, 최후주소가 국내에 없거나 이를 알 수 없는 때에는 대법원 소재지의 가정법원의 관할로 볼 수 있

42) 「북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 부칙 ②는 “제19조의2의 개정규정은 2003. 3. 18. 이후 취적한 북한이탈주민에게 적용한다.”고 규정하고 있다.

43) 서울가정법원 2007. 8. 23. 선고 2004드단63067 판결에 의하면, “부칙 ②의 규정에 의하면 원고에게는 북한이탈주민보호법 제19조의2의 규정이 적용되지 않는다고 할 것이나, 위 부칙규정은 2003. 3. 18. 이전에 취적한 북한이탈주민의 경우 구 ‘북한이탈주민보호법’에 의한 취적절차에 관한 예규’에 따라 개인 단위로 편제되었으므로 북한이탈주민보호법 제19조의2의 규정이 적용될 필요가 없음은 전제로 한 것으로 보이는 점, 원고는 위와 같은 호적편제로 인하여 재혼을 할 수 없는 등의 신분상의 불이익을 입고 있는 점 등을 고려할 때 원고의 호적이 북한에 있는 피고가 입적되어 있는 이상 원고에게도 북한이탈주민보호법 제19조의2의 규정이 적용된다고 봄이 형평의 원칙에 부합하는 해석이라고” 한다.

44) 서울가정법원 2007. 6. 22. 선고 2004드단77721 판결. 이러한 태도는 서울가정법원 2007. 8. 23. 선고 2004드단63067 판결에서도 그대로 유지되고 있다.

41) 법원행정처 법정국 호적과의 검토의견도 동일한 의견이다.

다. 따라서 가사소송법 제22조를 적용하려는 경우 국내에 그 주소나 거소가 없는 북한이탈주민의 북한잔류 배우자에 대한 이혼소송은 가사소송법 제13조 제2항에 의하여 서울가정법원을 관할법원으로 하는 것으로 해석할 수 있다. 생각건대 북한이탈주민의 보호를 위한 가족관계등록창설절차도 서울가정법원이 관할임을 감안하여 북한이탈주민의 편의와 혼란을 줄이기 위해 이혼의 특례규정 중에 소송의 관할법원을 서울가정법원이라고 명시하게 되었다.⁴⁵⁾

6) 공시송달

북한에 잔류한 배우자가 소송당사자 능력이 있다는 전제하에서, 이 피고가 현실적으로 이혼소송에 관하여 통지를 받거나 법적조치를 취할 수 없는 상황에서 법원이 이혼재판을 진행하는 것이 가능한가가 문제된다. 공시송달에 부정적인 견해는 민사소송법 제194조 제1항을 그 근거로 든다. 부부 중 일방만이 북한을 이탈하고 그 일방은 북한에 잔류하고 있는 경우 주소 등 또는 근무 장소를 알 수 없는 경우에 해당하지 않는다는 것이다. 따라서 이 조항을 엄격히 해석하면 북한이탈주민의 이혼소송을 공시송달에 의할 수 없게 된다. 반면 공시송달을 긍정하는 견해는 민사소송법 제194조 제1항이 공시송달 이외의 다른 방법에 의하여 송달할 수 없는 경우를 대비한 보충적 규정이고, 송달불능을 이유로 재판을 거부할 수 없다는 점을 이유로 분단 상황을 사실상 송달이 불가능한 경우에 포함시킨다. 통일외교통상위원회 법안심사소위원회는 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제19조의2 ③항과 ④항에서 공시송달을 명문으로 규정하여 입법적으로 해결하고 있다.

(3) 소 결

북한이탈주민은 2007. 1. 26. 개정 전 「북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률」 제19조에 의하여 특별히 취적(가족관계등록창설)에 의한 보호를 받았다. 가족관계등록창설시 보호대상자는 북한에 잔류한 가족관계를 기재하여야 한다. 이 경우 직계혈족이나 자녀 등과의 관계에서 보호대상자

는 가족관계등록부의 기재여부와 관계없이 이들과 권리·의무가 발생하나, 배우자관계의 등록여부는 재혼과 직결되는 문제로 자칫 제3자에게 피해를 줄 수 있어 문제가 되는 것이다. 즉 보호대상자의 북한 잔류 배우자도 신고대상이 되므로, 보호대상자가 남한에서 재혼하는 경우 가족관계등록부에 기재되어 있는 배우자를 법적으로 어떻게 처우하여야 할지 오랫동안 논란이 되고 있었다. 북한이탈주민들과 통일부의 노력으로 현행 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제19조의2(이혼의 특례)가 신설되어 보호대상자는 가족관계등록부에 신고한 배우자와 재판상 이혼을 할 수 있도록 하는 등 소송관할, 공시송달 등의 문제를 해결할 수 있는 장치가 마련되었음을 살펴보았다.

이혼특례 규정에 의하면 북한이탈주민이 배우자를 동반한 경우, 북한에서 한 이들의 법률행위 효력에 관계없이 가족관계등록부에의 등록은 남한의 법률에 따른 부부관계의 창설을 의미하는 것으로 볼 수 있어 특별한 문제가 생길 여지가 없다.⁴⁶⁾ 문제는 배우자를 동반하지 않은 북한이탈주민의 경우이다. 당해 배우자의 실존을 확인할 수 없을 뿐만 아니라 혼인의 실체도 알 수 없어 결국 부진정한 가족관계등록부가 될 가능성이 많다. 그 결과 부진정한 등록을 기초로 하여 이루어진 가족관계는 후일 많은 법률문제를 야기 시키고 있음을 ‘가호적’을 통하여 경험하고 있는 중이다(Ⅲ. 1. 가. 참조).

이 문제의 해결과 관련하여 통일외교통상위원회의 법안심의과정에서 제안된 ‘진영’위원의 견해는 경청할 만 한 것이었다.⁴⁷⁾ 이미 보호대상자의 가족관계등록부에 북한잔류 배우자가 배우자로 기재되어 있어 재혼을 하는데 법률적인 장애가 되고 있으므로 특별규정을 두어 북한잔류 배우자와의 재판상 이혼을 허용하지만 제도적으로는 여러 문제점이 있어 근본적인 대책

46) 이 경우 동반 배우자가 사실상의 배우자인 경우라도 혼인의사가 있고 혼인신고가 있으면 법률혼 부부가 되므로 가족관계등록부에 배우자로서 신고를 하게 됨으로 법률혼 부부로 인정할 수 있을 것이다.

47) 2006. 11. 28. 제262회 국회(정기회) 통일외교통상위원회 제3차 회의, 회의록 59면 이하 ‘진영’ 위원 발언 “그러니까 이중혼 때문에 그렇다면 이 제도나 저 제도나 다 이중혼의 위험이 있기 때문에 저는 통일부가 지금까지 취해 온 이 관행은 탈북자한테 괜히 불필요한 혼인절차를 해서 이혼을 하게 만드니 가사 이것이 통과되더라도 이것은 잘못된 관행을 인정하는 법이라 저는 반드시 이 관행은 고쳐야 된다 이렇게 보는 거예요.”

45) 법원행정처 법정국, 위의 검토자료도 역시 같은 견해이다.

이 필요하다는 점에 인식을 같이 한다.

북한에 배우자가 잔류하고 있는 보호대상자가 가족관계등록창설을 하는 경우, 실체도 알 수 없고 혼인관계도 확인이 되지 않은 배우자를 등록에서 제외하면 법률비용과 기회비용을 줄여 법정제적으로 이익이 될 수 있다고 생각한다. 이렇게 하면 보호대상자는 자신만의 가족관계등록창설을 하게 되므로, 다른 사람과 바로 혼인할 수 있다. 이 경우 보호대상자는 북한 잔류 배우자를 기다릴 수도 있고 재혼할 수도 있기 때문에 보호대상자에게 자유로운 재혼을 허락하여 중혼을 인정하는 결과가 되고 북한 잔류 배우자에게 불이익을 주는 것으로 비춰질 수 있다. 하지만 남한 주민들의 가족관계창설과의 형평성 및 실체도 알 수 없는 배우자를 상대로 재판상 이혼소송을 하느라 소요되는 법률비용과 기회비용을 감안하면 실제 보호대상자에 한하여 가족관계등록창설을 인정하는 것이 합리적이지 않을까.

V. 이산가족의 재결합과 중혼(重婚)

1. 남북 이산가족의 재결합과 과제

통상적인 ‘이산가족’이라 함은 대개 6.25전쟁 동안의 월남가족, 즉 실형민과 그 가족에 한정되어 있었지만⁴⁸⁾ 남한에서 월북 또는 피랍되어 북한에 거주하고 있는 자와 그 가족도 이산가족의 범주에 속한다.⁴⁹⁾ 하지만 최근에는 북한의 악화된 경제사정에 따라 북한을 이탈하여 남한에 거주하는 자와 북한잔류 가족이 논의의 중심에 있다.

남북의 냉전시기에는 상대방의 정치적 실체를 인정하지 않았고 교류가 없었기 때문에 남북 이산가족문제는 크게 부각되지 않았다. 다만 6.25전쟁 기간 중 북위 38도선을 넘어 남한에 거주하고 있는 월남자와 북한잔류 가족 문제의 처리를 위하여 월남자의 가족단위의 호적 취득과 그 정리를 위한 특별법을 두고 있었다.⁵⁰⁾ 이 시기의 월남자의 혼인문제는 이미 호적에

기재되어 있는 배우자를 어떻게 처우할 것인가에 있었다. 특별조치법에 따라 부재선고와 실종선고에 의하여 호적을 정리하여 재혼을 할 수 있도록 하였지만, 90년대 들어 남북교류가 시작되면서, 이산가족 상봉에 따른 이중혼의 문제, 상속문제 등이 현안의 문제로 대두되기 시작하였다.

90년대 후반 대량 북한이탈주민의 입국이 이어지면서 남북문제는 현실의 실체를 인정하여야 하는 문제가 되었다. 1997. 1. 13. 북한이탈주민의 보호 및 정착 지원에 관한 법률⁵¹⁾은 북한이탈주민에게 가족등록창설(취적)의 특례를 인정하여 북한잔류 배우자도 신고하도록 하였으나, 가족등록부(호적)에 북한잔류 배우자의 기재가 북한이탈주민의 혼인을 막는 장애가 되고 있어 2007. 1. 26 개정법에서 이혼특례 규정을 신설한 것에 대하여는 이미 살펴본 바 있다(앞의 IV. 1. 참조). 그런데 남북교류가 활성화 되면 이산가족의 재결합 기회가 많아질 것이고 그 결과 이산 이후 남과 북에서 다른 배우자와 재결합한 배우자와의 관계가 법리적으로 복잡해 질 수 있다. 우리 친족상속법은 중혼을 취소할 수 있다고 규정함으로써(민법 제810조·제816조) 전혼관계에 있던 북한잔류 배우자가 남한에서 합류하는 경우 후혼을 취소하여 보호받을 수 있다. 이 경우 후혼 배우자는 불측의 손해를 입을 수 있으므로 후혼 배우자를 보호하기 위한 방안을 마련하여야 할 필요가 있다. 이 경우 전혼 배우자의 보호의 한계도 중요할 것이다. 중국과 대만 그리고 통일 전의 서독과 동독에서의 경험을 통하여 전혼 배우자와 후혼 배우자 모두를 보호하기 위한 방안을 모색해 본다.

2. 중국과 대만 이산가족의 재결합과 중혼

(1) 대만은 분단 이래 1국가 2정부가 지속되어 왔다는 전제하에, 대만과 중국이 각기 정치적 실체로서 독립적인 주권을 가지고 국제적으로 완전한 주권국가로 존재한다는 입장이다. 종래 대만에서는 대륙에 있는 배우자를 상대로 한 이혼청구에 대하여 사법행정부⁵¹⁾는 ‘그 배우자가 현재 대륙에

48) 강권찬, 「이산가족 문제의 현황과 대책」, 『민족연구』제5호, 98면.

49) 이산가족의 범위에 관한 자세한 논의는, 신영호, 「남북이산가족의 왕래 및 재결합에 관한 법령정비방안」, 『법학논집』제34집, 고려대학교 법학연구소, 277면 이하 참조.

50) ‘가호적제도’와 ‘부재선고 등에 관한 특별조치법’을 말한다. 자세한 것은 본 논문 II. 1. 참조.

51) ‘사법행정부’는 1980년 법원조직법의 개정 전까지 고등법원 이하 각급 법원을 감독하는 기관이었다.

있어 법원과 교통이 단절되어 소송서류를 송달할 방법이 없으므로 각급 법원은 관할을 지정받은 후에 민사소송법의 규정(제181조)에 의하여 이러한 장애가 없어질 때까지 소송절차를 중지하여야 한다'고 하였다.⁵²⁾ 또 대만 최고법원은 생사불명으로 3년이 도과한 경우의 이혼청구에 대하여 '단지 전쟁으로 인하여 교통이 두절되어 일시 그 행적을 알 수 없는 것은 민법이 규정한 소위 생사불명의 상황과 다르므로 이혼청구의 사유로 삼을 수 없다'고 판시하였다.⁵³⁾ 또 '송달장소 불명을 원인으로 한 공시송달은 송달받을 자가 법원으로부터 공시송달의 상황을 알 수 있어야 하고 대륙에 있는 당사자는 법원의 공시송달사실을 알 수 없으므로 공시송달을 할 수 없다'고 판결⁵⁴⁾ 하는 등, 대만으로 온 일방 배우자는 대륙의 배우자와 이혼을 할 방법이 없었다. 그러나 대륙에서 대만으로 이주한 사람의 대만에서의 혼인이 중혼에 해당하는지는 단순히 호적만으로는 알 수 있는 방법이 없었다.⁵⁵⁾ 그 결과 호적실무에서는 중혼도 호적등록을 할 수 있도록 하였다.⁵⁶⁾ 당시 중혼은 취소할 수 있는 혼인이었기 때문에 취소하지 않는다면 중혼관계는 합법적인 혼인관계로 배우자로서의 지위를 누릴 수 있었다.

대만과 중국의 교류가 빈번한 가운데, 중국잔류 배우자가 1930년 중국에서 혼인하여 대만으로 이주한 남편을 상대로 대만에서 1960년 재혼한 남편에 대하여 혼인취소소송을 제기하여 3십까지 승소한 사건이 있었다. 대만거주 남편은 사법원 대법관회의에 해석을 청원하였고, 대법관회의는 일부 일처제의 원칙이 존중되어야 하지만 국가가 중대한 변고를 맞아 부부가 격리되었고 생사를 알 수 없는 상황에서 발생한 중혼관계는 일반적인 중혼사건과 다르다는 것을 인정하였다. 오랫동안 공동생활을 한 후혼관계를 취소

하는 것은 후혼 당사자 및 그 친족의 가정생활 및 인륜질서에 중대한 영향을 미친다는 이유로 재심의 소에서 승소판결을 받았다.⁵⁷⁾ 대법관회의의 해석은 중국잔류 배우자의 후혼관계 취소를 저지할 수 있었지만 대만과 중국의 모든 중혼문제를 해결할 수 없었다.

이에 대만은 1992년 7월 17일 대만지구와 대륙지구 인민관계 조례⁵⁸⁾를 제정하여⁵⁹⁾ 동년 9. 18.부터 시행하여 입법적으로 이 문제를 해결하고 있다. 이 조례에 의하면 민사사건에 대하여 당사자주의를 취하고 있기 때문에 혼인관계도 이 조례 제52조 이하의 규정을 기본으로 하여 운용된다. 이 조례 중 이산가족 재결합에 따른 법적 처리 문제인 혼인문제에 대한 제64조에 의하면 "부부중의 한사람이 대만에 있고 다른 한사람이 대륙에 있어 동거할 수 없는 경우 한 사람이 1985년 6월 4일(수정된 민법 제992조의 발효일) 이전에 중혼했을 때에 이해관계인은 중혼의 취소를 신청할 수 없으며, 1985년 6월 5일 이후 1987년 11월 1일 이전에 중혼했을 때에는 후혼을 유효한 것으로 간주한다. 특히 전항의 경우에 부부쌍방이 모두 중혼했을 때에는 나중에 혼인한 날로부터 본래의 혼인관계는 소멸된다"고 규정하고 있다. 또 동 조례 제76조는 "배우자 중의 한사람이 대만에 있고 다른 한사람이 대륙에 있는 경우 1987년 11월 1일 이전에 중혼했거나 배우자가 아닌 사람과 공동생활을 목적으로 동거하고 있는 때에는 소추와 처벌을 면제하여 주도록 하며 혼인이나 동거의 경우도 마찬가지이다"라고 규정하는 등 남북한 이산가족의 재결합에 따른 중혼의 범리에 많은 시사점을 주고 있다.

(2) 중국의 기본입장은 1국가 2체제론이다. 대외적으로 유일한 합법정부는 중화인민공화국이고 대만은 중국내의 특별행정구로서 자본주의체제를 시행하는 지방정부에 불과하다는 입장이다.⁵⁹⁾ 그 결과 대만주민에게도 대륙주민과 동등한 법률상의 지위를 부여하며, 대만주민이 행한 민사관련 법률행위와 대만지구 법률에 의하여 취득한 민사상의 권리는 중국헌법에 위배되지 않고 사회의 공공이익에 손해를 주지 않는 범위 내에서 그 효력이

52) 한기중, 「남북한 및 해협양안의 이산부부 혼인관계에 관한 고찰 『가족법연구』 제21권 2호, 159면.

53) 한기중, 위의 논문, 159면; 1954. 대만최고법원43년 臺上字538號 판례.

54) 한기중, 위의 논문, 160면; 1981. 대만최고법원70년 臺上字20號 판례.

55) 이미 중국에서 혼인을 하였더라도 당시 중국에서는 의식혼주의를 취하고 있었기 때문에 호적등록이 필요하지 않았다.

56) 신한미, 「북한이탈주민의 이혼소송 『통일사법정책연구(1)』 (법원행정처, 2006. 12), 60면에 의하면, 대만에서는 중국에서 대만으로 이주한 사람들의 대만에서의 혼인을 편리하게 하기 위하여 실무상 호적등록 사항에 착오가 있거나 탈루가 있다는 이유로 경정을 신청하는 것도 넓게 받아 주었고, 원배우자와 중혼배우자를 모두 기입하는 방식의 호적등록실무에 따라 중혼 역시 호적등록을 할 수 있었다고 한다.

57) 대만최고법원 1989대만제111호 판결

58) 법제처, 『중국과 대만의 교류법제』(법제자료 제162집), 1992, 284면 이하

59) 중국헌법 서문에 의하면, "대만은 중화인민공화국의 영토의 일부이다. 조국통일의 완성은 대만동포를 포함한 모든 중국인의 신성한 책무이다"라고 한다.

인정된다.

따라서 중국과 대만의 교류가 단절된 시기에도 중국은 대만과 관련된 이혼사건의 처리에 비교적 적극적인 태도였다.⁶⁰⁾ 즉 재판에 참여하지 못하는 대만거주 인민을 최대한 배려하기 위한 조치를 취할 것을 권고하고, 이것이 불가할 경우 공시송달절차에 의하여 응소하도록 하거나 서면에 의한 답변기회를 주고 그 기간이 경과하면 조사를 거쳐 결석재판을 하도록 한다.⁶¹⁾ 또 최고인민법원은 1988. 8. 9. 대만으로 갔다가 대륙으로 돌아온 일방이 인민법원에 대만에 있는 배우자와의 이혼을 요구하면 인민법원은 당연히 수리하여 혼인법의 규정에 따라 이혼을 허락할 것인지 판결하여야 한다고 하였다. 그러나 현실에 있어 대만주민의 권리의무에 관한 것은 특별규정에 의하여 규율되고 있는 등 정치적 환경의 지배를 받고 있었다.

중국은 대만과의 교류가 활발해지면서 대만과의 사이에서 발생하는 여러 법률문제에 관하여 기본적으로는 대륙법과 대만법이 충돌하는 문제는 국제법률충돌이 아니라 域際法律衝突로 보며, 교류확대에 따른 가족법상의 문제를 해결하기 위한 별도의 새로운 입법을 하지 않고 각종의 행정법규나 최고인민법원의 사법적 해석 등을 통하여 대만주민에 대하여도 중국 민사법을 적용하되 기존 법률의 탄력적인 해석과 운용을 통하여 각각의 문제를 개별적으로 해결하는 정책을 펴고 있다. 특히 1988. 8. 9. 최고인민법원의 대만관련 민사사건의 처리에 관한 기본원칙은 대만이주자의 혼인문제를 다음 세 가지 유형을 기본으로 하여 처리하고 있다.⁶²⁾ ① 인민법원의 이혼판결은 유효한 것이지만, 이혼판결 후 쌍방이 재혼을 하지 않고 부부관계의 회복을 청구하면 원래의 판결을 철회하고 혼인관계의 회복을 선고할 수 있다. ② 쌍방 격리 후 이혼절차 없이 중국잔류 배우자가 타인과 혼인하거나 장기간 타인과 동거생활을 한 경우, 원칙적으로 이러한 혼인관계는 인정된다. ③ 쌍방 격리 후 이혼절차 없이 일방 혹은 쌍방이 각각 중국과 대만에서 재혼한 경우, 이러한 특수한 원인에 의해 형성된 혼인관계는 중혼으로

보지 않는다.

3. 독일에서의 이산가족의 재결합과 중혼

독일의 경우에는 통일 전까지 독일국경선을 기준으로 독일제국(Das Deutsche Reich)이 지속된다는 것을 전제로 국내적으로는 오직 하나의 독일 국적만이 존재한다는 입장을 고수하여 왔다.⁶³⁾ 동·서독은 제2차대전 이후 전쟁으로 인한 신분관계의 붕괴와 관련하여 이미 독일이 연합국의 관리 하에 있을 때 혼인법을 제정하고 그 후 수차례의 개정을 통하여 현실 문제를 해결하고 있었다.⁶⁴⁾

(1) 서독에서는 독일 통일 전 특히 이산가족의 혼인관계의 처리에 있어서 실종선고제도를 통하여 혼인관계를 해소하고, 실종선고를 전후한 전혼과 후혼의 관계에 대하여는 혼인법의 제정을 통하여 문제를 해결하였다. 이산가족의 결함에 관한 규정으로는 혼인법 제38조 및 제39조와 동 규정의 보충규정인 실종선고법 개정법률 제3관을 들 수 있다.⁶⁵⁾

혼인법 제38조 제1항에 의하면, “배우자가 혼인 성립 시에 선의이면 즉 실종선고 받은 자가 실종선고시에 생존하여 있음을 알지 못한 경우 후혼은 유효하다.” 또 동조 제2항에 의하면, “이 경우 전혼은 후혼의 성립으로 소멸됨으로 무효인 중혼이 성립되지 아니한다. 추후 실종선고가 취소된 경우라도 전혼의 해소에는 영향을 받지 아니한다.”고 규정하고 있다. 혼인법 제38조 및 제39조는 전쟁으로 인하여 특별한 의미를 지니는 바 그 적용의 전제조건은 재혼한 종전의 배우자가 재혼의 성립 전에 실종선고를 받았어야 한다. 실종선고가 재혼성립 후에 이루어졌거나 재혼성립 전에 실종선고가 취소된 경우 또는 종전 배우자의 실종선고 없이 호적청의 오류에 의한 사망서에 근거하여 재혼이 이루어진 경우 후혼은 무효의 재혼으로 간주된

60) 한기중, 「대만과 중국 양안 관련 혼인문제의 법적처리」, 『가족법연구』제16권 2호, 118면-119면.

61) 1951.12.1. 최고인민법원 서남분원

62) 한기중, 앞의 「남북한 및 해협양안의 이산부부 혼인관계에 관한 고찰」, 161면-162면; 이를 최고인민법원 부원장이었던 馬原에 의해 발표되었다고 하여 ‘馬原報告’라고도 한다.

63) 이시우, 「동독탈출자에 대한 서독의 법적대응방안」, 『인권과 정의』, 1994. 6. 19면.

64) 소제선, 「남·북이산가족의 상봉(1-3차)에 따른 가족법상의 제문제」 『가족법연구』제15권 2호, 150면.

65) 소제선, 「한반도 통일과 민사법상의 제문제」, 『경희법학』제34권 제1호, 1999. 226면 이하

다. 비록 쌍방이 배우자가 혼인성립시에는 선의였거나 오류로 사망으로 간주된 배우자가 혼인 성립 후에 사망한 경우일지라도 마찬가지로 등의 규정을 두어 입법적으로 해결하고 있었다.

(2) 동독은 1967. 2. 20. 새로운 국적법을 제정하여 의식적으로 독자적인 동독국적을 규정하였다. 이후 1974년 개정된 동독헌법은 동독을 서독과는 구별되는 하나의 국가로 표현하였다. 그 결과 동독은 서독을 외국으로 보기 때문에 동서독 사이의 법률관계는 국제사법문제로 파악할 수밖에 없었다. 이에 따라 동독법원은 서독법원의 판결을 외국법원의 판결로서 집행판결을 요하는 것으로 보았고, 사법공조도 국제사법공조로 처리하였다.

(3) 2001년 독일연방대법원은⁶⁶⁾ 동·서독 분단 이전에 혼인한 부부가 제 2차 세계대전 이후 각자 동·서독에 거주함으로써 이산가족이 된 사안에 대하여, 통일독일 하에서 재혼문제에 대한 판단을 하였다.⁶⁷⁾ 서독거주 배우자가 초혼을 감춘 채 재혼함으로써 서독에서 한 혼인이 무효가 된 사례이다. 이 독일판례는 후혼의 무효가 재혼 배우자에게 중대하게 가혹한 경우에는 권리남용이 될 수 있다는 점과 유족연금에 대한 전혼배우자와 후혼배우자의 권리는 혼인존속기간에 비례하여 배분된다는 점이다. 비록 중혼은 취소할 수 있다는 우리 법제와 다르지만 이산가족의 재결합에 시사하는 바가 크다. 이러한 독일판례를 우리 이산가족에 적용하는 경우, 전혼배우자의 후혼취소는 권리남용이 될 수 있을 것이다.⁶⁸⁾

4. 소 결

위에서 살펴본 바와 같이 분단국들은 이산가족의 문제 해결에 있어 유연한 대응을 하고 있다는 점이다. 그 결과 구체적인 문제의 해결에 있어서 분단 상황을 고려하면서도 비교적 합리적인 태도를 취하고 있다. 따라서

남북한 사이에 발생하는 민사법적 법률관계의 해결에 있어서도 구체적인 사례에 따른 현실적인 시각에 바탕을 둔 합리적인 해결책을 모색할 필요가 있다. 이산가족의 재혼에 있어서 쌍방 격리 후 각자(혹은 일방) 혼인한 경우, 중혼 법리의 기계적인 해석보다는 현실에 입각한 후혼배우자의 보호, 이에 따르는 전혼배우자의 법적 불이익의 해소를 대체할 예컨대 국민연금수급권의 분배 등 구체적인 방안이 필요하다. 근본적으로는 남북교류를 중국과 대만의 예에서 보듯이 민간교류를 주축으로 이산가족의 재혼문제 등 민사법 전반을 포괄적으로 다룰 수 있는 제도적 합의와 실천이 필요하다.

VI. 결 론

통일부와 북한이탈주민 및 북한이탈주민지원단체 등의 노력으로 2007. 1. 26. 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제19조의2가 신설되어 보호대상자는 이혼특례 규정에 의하여 가족관계등록부에 신고한 배우자와 재판상 이혼을 할 수 있고, 소송관할, 공시송달 등 재판상 이혼소송을 진행할 수 있는 법적인 장치가 마련되었음을 알 수 있었다. 이 이혼특례 규정의 진가는 배우자를 동반하지 않은 북한이탈주민인 보호대상자가 재혼하려는 경우 나타난다. 이제 보호대상자는 가족관계등록부에 신고한 배우자와 재판상 이혼소송에 의하여 이혼을 한 후 재혼 할 수 있기 때문이다. 하지만 보호대상자의 북한잔류 배우자는 그 실존을 확인할 수 없을 뿐만 아니라 보호대상자와의 혼인의 실체도 알 수 없어 결국 부진정한 가족관계등록부에 의한 이혼소송으로 많은 법률비용과 사회적 비용이 소요될 가능성도 있다.

북한이탈주민과 북한잔류 배우자의 이혼문제에 대하여는 세 가지 방안이 제시되고 있다. 「부재선고 등에 관한 특별조치법」에 따른 부재선고 내지 실종선고, 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률에 따른 이혼특례 규정에 의한 이혼, 가족관계등록부의 형식적인 기재를 바탕으로 한 조치에서 탈피하여 북한잔류 배우자 문제를 남북교류의 발전과정에서 나타나는 특수한 현상이라는 인식을 갖고 실존하는 북한이탈주민에게만 가족관계등

66) BGH Urteil vom 17.1.2001 - ZR 266/98

67) 자세한 것은 조미경, 「이산가족 중혼문제에 관한 연구-독일 최근판례를 참고한 저축법적·실질법적 접근-」 『가족법연구』 제16권 2호, 78면 이하 참고.

68) 앞의 논문, 110면도 같은 견해이다.

록창설을 하도록 하는 방안이다. 이것은 남한에서 가족관계등록부의 진정성을 확보하기 위한 노력과 그 맥을 같이 하는 것이다. 그동안 ‘가호적제도’에 의한 폐해의 심각성을 경험하고 있는 현실에서는 확인 가능한 실존인물을 중심으로 법리를 구성하는 것이 합리적이라고 생각한다. 그 결과 피상적으로는 보호대상자에게 자유로운 재혼을 인정하는 듯 보이지만 이는 중혼의 법리에 의하여 해결될 수 있다. 민법은 중혼을 취소할 수 있다고 함으로써 북한잔류 배우자는 보호될 수 있지만 후혼 배우자는 불측의 손해를 입을 수 있다. 따라서 중국과 대만에서의 경험을 바탕으로 일정한 경우 전혼 배우자에게 전혼의 부활을 제한하는 법리에 의하여 후혼 배우자를 보호하는 방안을 강구할 필요가 있다.⁶⁹⁾ 그렇다면 입법론으로 북한이탈주민의 가족관계등록창설에 있어 이미 등록된 북한잔류 배우자에 대하여는 이혼특례에 의하여 가족관계등록부를 정리하도록 하고, 새로이 가족관계등록창설을 하는 경우에는 북한잔류 배우자의 기재를 생략하는 방안이 추진되는 것이 바람직하다.⁷⁰⁾ 이는 결과적으로 자칫 국가가 북한잔류 배우자의 이산가족 재결합시 예상치 못한 손해배상 등 입법으로 인한 국가적 손실부담의 개연성을 미연에 방지하여 통일비용을 절감하는 일이기도 하다.

[후 기]

이 논문은 “2004년도 한국학술진흥재단 선도연구자지원사업”에 의한 연구논문으로 2005년 11월 논문이 완성될 예정이었다. 마침 2005년 3월 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률」의 개정을 위한 T/F팀이 구성되어 연구자도 그 일원이 되어 공동연구를 진행할 기회가 있었다. 당초 연구계획서에 포함되었던 하나원 등의 현장조사는 북한이탈주민의 남한사회 정착에 필요한 입법자료 등이 충분히 확보되어, 다음 단계인 법리연구로 진행할 수 있었다. 2004. 9.부터 국회 통일외교통상위원회에는 8건의 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률」개정안이 발의·계류되어 있

었고, 연구자도 동 위원회 법안심사소위원회의 대안 마련 심의에 말석으로 참여할 기회가 있었다. 2007. 1. 26. 개정된 법률은 동년 2월 26일부터 시행되고 있어, 이 논문에서는 논문결과보고서 제출 이후의 개정 법률을 추가·보완하여 발표하게 되었다. 아울러 이혼특례 규정의 신설 후, 서울가정법원 2007. 6. 22. 선고 2000드단77721 판결, 동, 2007. 8.23. 선고 2004드단63067 판결을 소개하였다.

주제

북한이탈주민, 새터민, 중혼, 이산가족, 이혼, 이혼특례, 재혼, 「북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률」, 북한잔류 배우자, 부재선고, 실종선고, 가호적, 호적, 가족관계등록부, 가족관계등록창설, 취적 North Korean Defector, Bigamy, Dispersed Family, Divorce, Exemption in Divorce, 「Law regarding the protection and the settlement for support of the North Korean Defector」, Spouse remained in North Korea, The adjudication of absence, The adjudication of disappearance, Census Registration, Registration of Family Relations, Establishment of Registration of Family Relations

69) 이산가족이 재결합하는 경우의 재혼관계나 상속관계 등을 포괄하는 가칭 ‘이산가족 교류법’ 등의 입법조치가 필요하다.

70) 북한이탈주민의 북한에서의 혼인여부 등의 파악이 필요하다면 행정적으로 별도로 관리할 수 있겠지만 이를 신분공시의 방안으로 삼는 것은 남한에서의 신분등록의 신중성에 비하여 실득력이 떨어진다.

《참 고 문 헌》

김용한, 『친족상속법론』, 박영사, 2002
 법원행정처, 『북한의 가족법』, 1998
 법원행정처, 『각국의 신분등록제도 및 우리나라 전산호적의 발전방향』(2003)
 법원행정처, 『호적실무편람』, 2003
 법제처, 『중국과 대만의 교류법제』(법제자료 제162집), 1992
 석광현, 『국제사법해설 제2판』, 지산 2003
 이경희, 『가족법』, 법원사, 2000.
 이호경, 『섭외사법』, 한국방송대학교 출판부, 1998
 이효원, 『남북한특수관계론의 헌법학적 연구』서울대학교 박사논문, 2006

강권찬, 「이산가족 문제의 현황과 대책」 『민족연구』제5호
 국회(제262회 정기회) 통일외교통상위원회 제2차(2006. 9. 26) · 제3차 회의록(2006. 11. 28)
 김갑동, 「가호적제도에 대한 고찰(1,2)」 『법무사』(405호, 406호), 대한법무사협회
 김주수, 「이산가족 사이에서 일어나는 가족법상의 문제」 『판례월보』360호(2000. 9.)
 문홍안, 「북한이탈주민의 남한사회 정착과정상의 법적 문제점과 그 개선방안 - 호적문제를 중심으로 -」 『인권과 정의』 제334호(2004. 6.)
 법원행정처 법정국 호적과 검토자료, 「북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 개정에 관하여」, 2003. 12
 배금자, 「북한주민 소송」, 『시민과 변호사(서울지방변호사회)』, 2004. 2.
 석동현, 통일전 북한주민의 국내법적 지위 및 관련입법의 방향 논고, 『법조』(Vol. 522), 2000. 3.
 소재선, 「한반도 통일과 민사법상의 제문제」, 『경희법학』제34권 제1호, 1999
 소재선, 「남·북이산가족의 상봉(1-3차)에 따른 가족법상의 제문제」 『가족법연구』제15권 2호
 신영호, 「북한이탈주민의 이혼소송」, 『북한이탈주민의 행복추구권 보호와 법적보장 방안 --이혼을 중심으로』, 한국가정법률상담소, 2006. 12. 6. 주제발표문
 신영호, 「대량탈북사태와 사법적 대응」, 『법제연구』제12호, (한국법제연구원) 1997
 신영호, 「남북이산가족의 왕래 및 재결합에 관한 법령정비방안」 『고려법학』제34집
 신한미, 「북한이탈주민의 이혼소송」 『통일사법정책연구(1)』(법원행정처, 2006. 12)
 오수근, 「남북한간의 국제사법적 문제」 『국제사법연구』제3호
 오승률, 「섭외적 이혼관계에 관한 법적 고찰」 『국제사법연구』 제3호
 이시우, 「동독탈출자에 대한 서독의 법적대응방안」, 『인권과 정의』, 1994. 6
 이우영, 「국내탈북자의 실태와 문제점」, 『인권과 정의』, 대한변호사협회, 2003. 1.
 이은정, 「북한 가족법의 변화와 전망」 『북한법연구』제7호
 임성권, 「남북한 사이의 국제사법적 문제」 『국제사법연구』 제4호

임성권, 탈북자의 이혼 청구에 있어서의 국제사법적 문제 - 서울가정법원 2004년 2월 6일 선고 2003드단58877 판결을 계기로 -」 『국제사법연구』제10권
 정상규, 「탈북자 이혼사건에 관한 연구」 『사법론집』 제38집(법원도서관, 2004)
 정영화, 북한주민의 대량 이주에 대비한 법정채론」, 『통일연구논총』(제4권 2호), 1995.
 조미경, 「이산가족 중혼문제에 관한 연구-독일의 최근관례를 참고한 저축법적·실체법적 접근-」 『가족법연구』제16권 2호
 한기중, 남북한 및 해협양안의 이산부부 혼인관계에 관한 고찰」 『가족법연구』제21권 2호
 한기중, 「대만과 중국 양안 관련 혼인문제의 법적처리」 『가족법연구』제16권 2호
 한기중, 「중국과 대만 양안 관련 상속문제의 법적처리」 『가족법연구』제17권 2호
 한충수, 「섭외사법 개정법률안의 검토」, 『국제사법연구』 제6호
<http://www.kinu.or.kr/kinu/database/interchange/icsearch.csp?scod=dbic&scKey=1>

“Study on Supporting Settlement of North Korean Defectors in South Korea based on the Family Law”*

— Focusing on the Divorce Exemption Provision —

Moon, Heung-Ahn**

This treatise is triggered by an incident in July of 2003 in which divorce cases were filed by North Korean refugees who had been married in the North but left their spouses in the North in order to settle in the South, against their North Korean spouses wishes. As of July 2006, a total of 208 divorce lawsuits were filed, but they were left pending by the Seoul Family Court on account of looking into legal issues, thus posing an obstacle to the refugees' successful settlement in the South.

This treatise is triggered by an incident in which the North Korean refugees who were married in the North but left their spouses to settle in the South filed for divorce in July of 2003. As of July 2007, a total of 208 divorce cases were filed and left pending by the Seoul District Court in order to study legal issues. This poses an obstacle to successful settlement in the South for these refugees.

Act on the Protection and Settlement Support of Residents Escaping from North Korea, revised January 26, 2007, added special provisions for divorce in consideration of the above-mentioned development, allowing the previously pending divorce cases to be resolved. The issues discussed in the legislation of the special divorce provision shall be the focus of this treatise.

The special divorce provision applies to North Korean refugees, protectees of the Act, and not accompanied by their spouse, so that they can marry in the South. A divorce from the spouse in the North is now possible if the protectee is registered in the Family Register by divorce litigation and is then able to remarry. However, it is impossible to verify the presence of the spouse in the North and also to verify the relationship between them, so it is possible that divorce lawsuits may be filed based on false Family Register records, causing significant legal and social cost.

As a matter of legislation, this treatise proposes that North Korean refugees, when registering family relationships, conclude their Family Register by specially allowed divorce, and not record the North Korean spouses when creating a new Family Register. This will allow the state to avoid legal responsibility on account of negligent legislation in the cases where North Korean spouses reunite with their separated families, thus reducing reunification cost for Korea.

This treatise is structured as follows:

- I. Introduction
- II. Protection of the residents escaping from North Korea
- III. Problems of Creation of Family Register
- IV. Legislation and interpretation of special provision on divorce
- V. Reunion of dispersed family members and bigamy
- VI. Conclusion

* “This work was supported by Korea Research Foundation Grant” (KRF-2004-A003-0206)

** College of Law, Konkuk University.

부 록

www.kci.go.kr

2007 하계 학술대회

— 일본을 중심으로 —

발표자 : 우병창 (상지대)
토론자 : 임상혁 (숭실대)
토론자 : 박인환 (한림대)

대주제 : 과학기술의 발전과 가족법의 대응
일시 : 2007.06.09.(토) 오후 13시 30분
장소 : 이화여자대학교 학생문화관 소극장
(이대 「생명윤리법정책연구소」와 공동개최)

제1부 사회 : 장영민 (이화여대)

— 제1주제 : 생명윤리법의 문제점과 입법안 (13:40-14:30)
발표자 : 김현철 (이화여대)
토론자 : 박은정 (서울대)
토론자 : 김동국 (법무법인 로텍)

— 제2주제 : 과학기술과 부모자녀관계 (14:30-15:20)
발표자 : 권재문 (숙명여대)
토론자 : 김명희 (보건인력개발원)
토론자 : 박준석 (이대 생명윤리법정책연구소)

휴식(15:20-15:40)

제2부 사회 : 윤진수(서울대)

— 제3주제 : 인공생식을 둘러싼 가족법상의 문제점 (15:40-16:30)
발표자 : 맹광호 (연세대 법학박사)
토론자 : 구영모 (울산의대)
토론자 : 복거일 (작가)

— 제4주제 : 과학기술발전과 외국 가족법의 대응 (16:30-17:20)

한국가족법학회 제87차 정기학술회의

- 일시 및 장소
일 시 : 2007. 3. 10.
장 소 : 숙명여자대학교
- 발표자 :
 1. 황운희(공인노무사) : 미지급 산재보험급여의 상속 법리”
 2. 오병철(연세대) : 일상가사대리권과 일상가사채무 연대책임과의 관계

한국가족법학회 제88차 정기학술회의

- 일시 및 장소
일 시 : 2007. 5. 28. (공동발표회)
장 소 : 서울가정법원 회의실
- 발표자 :
 1. 김소영(서울가정법원 판사) : 상속재산분할에 있어서 배우자의 기여분 평가
 2. 윤진수(서울대학교) : 개명허가의 요건

한국가족법학회 제89차 정기학술회의

- 일시 및 장소
일 시 : 2007. 7. 12.
장 소 : 충북대학교
- 발표자 :
 1. 정현수(충북대학교) : 호적제도의 변천과 새로운 신분등록제도에 관한 고찰
 2. 최성경(단국대학교) : 상속의 승인, 포기와 채권자취소권

한국가족법학회 제90차 정기학술회의

- 일시 및 장소
일 시 : 2007. 10. 19. (공동발표회)
장 소 : 서울가정법원 회의실
- 발표자 :
 1. 김형석(서울대학교) : 양육비청구권을 자동채권으로 하는 상계
 2. 지귀연(서울가정법원) : 가사사건에 있어서의 조정실무

韓國家族法學會의 規約·規程

I. 韓國家族法學會 規約

第1章 總 則

第1條(名稱) 本會는 韓國家族法學會라 한다.

第2條(目的) 本會는 家族法 및 이에 관계되는 諸問題의 研究와 발전에 이바지하고 이 分野 研究者間의 協力을 支援·促進하며, 나아가서 會員 相互間의 親睦을 도모함을 目的으로 한다.

第3條(事業) 本會는 前條의 目的을 達成하기 위하여 다음과 같은 事業을 한다.

1. 家族法의 理論과 判例에 관한 共同研究
2. 學術大會와 세미나의 開催
3. 機關誌와 그 밖의 圖書의 刊行
4. 國內外 研究機關과의 交流
5. 隣接 學問分野와의 協同
6. 그 밖의 本會의 目的을 達成하는 데 필요한 사업

第4條(事務所) 本會의 事務所는 서울 特別市 안에 둔다. 다만, 필요에 따라 그 밖의 곳에 둘 수 있다.

第2章 會 員

第5條(會員의 資格) ① 家族法 및 家族問題의 研究에 종사하는 분은 本會 會員이 될 수 있다.

② 會員은 소정의 會費를 납부하여야 한다.

第3章 機 關

第6條(任員) 本會에는 다음의 任員을 둔다.

1. 會 長 : 1명
2. 副會長 : 1명
3. 理 事 : 약간명
4. 監 事 : 2명
5. 幹 事 : 약간명

第7條(會長 및 副會長) ① 會長은 本會를 대표하며, 會務全般을 統轄하고,

各급회의의 議長이 된다.

第8條(理事, 監事 및 幹事) ① 理事는 本會의 會務를 執行한다.

② 監事는 會務의 執行狀況과 會計를 監査한다.

③ 幹事는 會長의 지시를 받아 本會의 事務를 처리한다.

第9條(任員의 選任과 任期) ① 會長은 副會長이 承繼한다.

② 副會長·理事 및 監事는 總會에서 선임한다.

③ 幹事는 會長이 지명·선임한다.

④ 任員의 任期는 2年으로 한다.

第10條(名譽會長 및 顧問) ① 本會에는 總會의 推戴에 따라 약간 명의 名譽會長과 顧問을 둘 수 있다.

② 名譽會長과 顧問은 理事會의 諮問에 응하며, 本會의 各급회의에 참석·발언할 수 있다.

第11條(總會) ① 會長은 매년 1회 會員의 通常總會를 召集하여야 한다.

② 會長은 必要가 있을 때에는 언제든지 臨時總會를 召集할 수 있다.

③ 會員의 4분의 1 이상의 書面要請 또는 理事會의 결의가 있을 때에는 會長은 臨時總會를 召集하여야 한다.

④ 總會는 在籍會員 4분의 1 이상의 出席으로 開會하고, 出席會員 過半數의 찬성으로 議決한다.

⑤ 總會에 출석하지 않은 會員은 書面に 의하여 다른 出席會員에게 議決權의 行使를 委任할 수 있다.

第12條(理事會) 理事會는 會長, 副會長, 理事로 構成하고, 다음의 사항을 審議·議決한다.

1. 本會의 基本運營方針 및 主要 計劃
2. 總會의 委任事項
3. 그 밖의 主要 業務

第13條(理事會의 召集과 議決) ① 會長은 必要가 있을 때에는 언제든지 理事會를 召集할 수 있다.

② 監事 또는 理事 3분의 1 이상의 要請이 있을 때에는 會長은 理事會를 召集하여야 한다.

③ 理事會는 그 構成員의 過半數의 出席으로 開會하며, 出席者 過半數의 贊成으로 議決한다.

④ 第11條 第5項은 前項의 경우에 準用한다.

第4章 財政 및 決算

第14條(財源) 本會의 財源은 다음으로 한다.

- 1. 基 金
- 2. 會 費
- 3. 그 밖의 收入

第 15 條(會計年度와 報告) ① 本會의 會計年度는 매년 1월 1일부터 12월 말까지로 한다.
 ② 會長은 매년 1회 監事의 監査를 거쳐 事業 및 會計狀況을 總會에 보고하고, 그 승인을 받아야 한다.

第5章 規約의 改正

第 16 條(規約의 改正) 이 規約의 改正은 會議에 出席한 會員 3분의 2 이상의 찬성을 얻어야 한다.

附 則

이 規約은 1963년 12월 17일부터 施行한다.

附 則

이 規約은 1981년 12월 5일부터 施行한다.

附 則

이 規約은 1987년 12월 5일부터 施行한다.

附 則

이 規約은 1992년 7월 4일부터 시행한다.

附 則

이 規約은 1994년 7월 12일부터 施行한다.

II. 家族法研究 刊行 規程

第 1 條(目的) 본 규정은 韓國家族法學會(The Korean Society of Family Law : 이하 학회로 줄임)에서 간행하는 학회지인 가족법연구(Korean Journal of Family Law : 이하 학회지로 줄임)의 간행기준을 정하는 것을 목적으로 한다.

第 2 條(資格) 학회의 회원과 학회의 정례발표회에서 발표한 비회원은 학회지에 논문을 寄稿할 수 있다.

第 3 條(對象) 학회의 회원 등은 가족 및 가족법에 관련한 논문, 번역, 서평자료 등(이하 ‘논문 등’으로 줄임)을 기고할 수 있다.

第 4 條(言語) ① 학회지의 언어는 한국어를 공식어로 하고 영문요약문을 첨부한다.

② 한국발표자가 외국어로 발표를 할 때에는 국문요약문을 첨부하여야 한다.

③ 외국발표자의 경우에는 외국어원문과 번역문을 함께 수록하는 것을 원칙으로 한다.

第 5 條(節次) ① 학회지에 논문 등을 기고하려는 회원 등은 학회의 논문심사위원회에 논문 등을 매년 1월 31일 또는 7월 31일까지 제출하여야 한다.

② 학회의 정례발표회에서 발표한 논문을 우선적으로 게재한다.

③ 논문심사위원회는 제출된 논문 등을 심사하여 게재여부를 결정한다.

第 6 條(論文審査委員會) ① 제출된 논문 등의 심사를 위하여 학회에 논문심사위원회를 둔다.

② 논문심사위원회는 심사위원장을 포함하여 6명 이내의 심사위원으로 구성한다.

③ 심사위원과 심사위원장은 회장이 임명한다.

④ 심사위원장은 논문심사업무를 주관하며, 심사경과 등 업무를 회장에게 보고한다.

⑤ 회장은 심사위원에게 약간의 심사수당을 지급할 수 있다.

第 7 條(編輯委員會)

① 학회지의 발간을 위하여 학회에 편집위원회를 둔다.

② 편집위원회는 편집위원장을 포함하여 6명 이내의 편집위원으로 구성한다.

③ 편집위원과 편집위원장은 회장이 임명한다.

④ 편집위원장은 학회지의 편집업무를 주관하며, 편집경과 등 업무를 회장에게 보고한다.

⑤ 편집위원회는 학회지의 간행과 관련된 업무를 성실히 수행하여야 한다.

⑥ 회장은 편집위원에게 업무수행에 필요한 경비를 지급할 수 있다.

第 8 條(審査方法)

논문심사위원회에서는 논문 등의 수준과 내용 및 분량 등을 심사한다.

第9條(審査結果)

- ① 심사결과는 게재와 조건부게재, 수정후재심사, 게재불가로 한다.
- ② 조건부게재는 논문 등의 내용수정 등을 조건으로 하며, 회원은 이를 존중하여야 한다.
- ③ 논문 등의 심사과정에 대한 구체적인 사항은 대외비로 하며, 회장은 논문 등의 제출자에게 심사결과만을 매년 2월 20일 또는 8월 20일까지 통보한다.

第10條(刊行日)

학회지는 매년 3회 3월 31일, 7월 31일 및 11월 30일까지 간행하는 것을 원칙으로 한다.

第11條(論文 등의 掲載費)

논문 등의 기고자에 대해서 회장이 정한 기준에 따라 편집위원회의 결정으로 논문 등의 기고에 대해 실비를 징수할 수 있다.

第12條(論文 등의 掲載費 基準)

논문 등의 게재비의 기준에 대한 규칙은 이사회의 승인을 얻어 회장이 정한다.

第13條(規程 改正)

본 규정의 개정은 이사회에서 한다.

附 則

- ① 본 규정은 총회의 승인을 받는 날(1995년 6월 23일)부터 효력을 가진다.
- ② 본 규정은 1995년에 간행 예정인 家族法研究 第9號의 발간부터 적용한다.

附 則

본 규정은 2000년 7월 1일부터 시행한다.

附 則

본 규정은 2003년 4월 1일부터 시행한다.

附 則

본 규정은 가족법연구 제18권1호의 발간부터 적용한다.

附 則

본 규정은 가족법연구 제20권2호의 발간부터 적용한다.

Ⅲ. 가족법연구 게재논문 심사규정

제1조(목적) 이 규정은 가족법연구 간행규정 제5조에 의하여 본 학회가 발간하는 [가족법연구]에 게재할 논문(국문·외국어)의 심사절차와 기준을 정함을 목적으로 한다.

제2조(논문심사의뢰) ① 학회지에 게재하기 위하여 제출된 각 논문은 가족법연구 간행규정 제6조에 의해 위촉된 3인 이상의 심사위원에 의한 심사를 받아야 한다.

② 심사위원회는 특히 필요한 경우에 논문의 심사를 심사위원 이외의 당해 분야의 전문가에게 위촉할 수 있다.

제3조(심사기준) 심사위원은 다음 각호의 심사기준에 의하여 논문을 심사한다.

- 1. 논문주제의 명확성과 가족법 관련성
- 2. 논문전개의 논리성
- 3. 내용의 창의성 및 충실성
- 4. 문장의 정확성과 각주의 활용 및 그 인용의 정확성
- 5. 논문의 학문적 기대효과 및 활용성

제4조(심사판정) ① 심사위원은 논문평가를 심사결과보고서에 기재한 후, 심사위원회에서 합의에 의해 게재여부를 다음과 같이 최종결정한다.

- 1. 수정이 필요 없을 때 : '게재'
- 2. 간단한 수정이 필요할 때 : '조건부 게재'
- 3. 대폭적인 수정이 필요할 때 : '수정 후 재심사'
- 4. 제3조의 심사기준에 크게 미달한 때 : '게재불가'

② 심사위원간에 심사의견이 다를 때에는 우선 합의에 의하고, 합의 도출이 불가능한 경우에는 다수의견에 의한다.

제5조(심사결과 통보) ① 출판이사는 심사위원회의 심사의견을 종합하여 그 결과를 편집위원회에 보고하고 논문제출자에게 통보한다.

② '게재불가' 논문은 그 이유를 명시하지 않고 논문제출자에게 통보한다.

부 칙

이 규정은 2005년 3월 12일부터 시행한다.

Ⅳ. 掲載費 規則

第1條(目的) 본 규칙은 학회의 제정을 충실히 하여 학회지 家族法研究의 지

속적인 간행을 목적으로 한다.

第2條(用途) 논문 등의 掲載費는 家族法研究의 간행에만 사용되어야 한다.

第3條(掲載費)

① 家族法研究에 논문 등을 기고하는 자는 다음 각호와 같이 게재비를 납부하여야 한다.

- 1. 인쇄된 논문 기준 20면 이하 : 25만원
- 2. 21면 이상은 면당 10,000원 추가

② 연구비를 지원받아 연구한 논문 등을 家族法研究에 기고하는 자는 전항에 불구하고 20면까지는 40만원, 추가 1면당 1만원을 게재비로 납부하여야 한다.

③ 인쇄면수 50면을 초과하는 논문 등에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 게재를 불허한다. 편집위원회가 예외적으로 게재를 허용하는 경우에는, 그 게재비는 편집위원회가 정하는 바에 따른다.

第4條(掲載費의 免除) 외국학자의 논문게재 등 특별한 경우에는 편집위원회의 결정으로 게재비를 면제할 수 있다.

第5條(掲載費의 監査) 掲載費의 수입 및 사용내역은 편집위원장이 監事와 理事會에 제출하여 承認을 받고, 총회에 보고한다.

第6條(規則 改正) ① 본 규칙은 발간비의 인상 등의 사정으로 개정할 수 있다.

② 본 규칙은 편집위원회에서 결정하여 이사회의 승인을 얻어 개정한다.

附 則

본 규칙은 家族法研究 간행규정과 함께 시행한다.

附 則(2000. 3. 11.)

본 규칙은 가족법연구 제14호의 발간부터 적용한다.

附 則(2003. 3. 15.)

본 규칙은 가족법연구 제17권 1호의 발간부터 적용한다.

附 則(2006. 3. 11.)

본 규칙은 가족법연구 제20권 1호의 발간부터 적용한다.

附 則(2007. 3. 10.)

본 규칙은 가족법연구 제21권 1호의 발간부터 적용한다.

V. 「가족법 연구」 원고제출 요령

1. 원고제출요령

- 가. 원고작성 매체 : 디스켓 복사본 1매 * E-Mail로 대체 가능.
- 나. 파일구성 : 한글 '97 이상
- 다. 제출기한 : 매년 1월 31일, 5월 31일 및 9월 30일

2. 본문작성방법

가. 제목위계 순서, 행간, 글자크기

II. 제목	들여쓰기 없음, 13p, 산돌명조M
↓ 1행 삼입 (28.9p)	
1. 제목	들여쓰기 10pt, 11.2p 휴먼세익스포
↓ 1행 삼입 (24.9p)	

- (1) 제목 : 들여쓰기 10pt, 11p, 산돌고딕L
- .1) 제목 : 들여쓰기 10pt, 10.7p, 산돌명조M
- (가) 제목 : 들여쓰기 10pt, 10.7p, 산돌명조M
- .a) 제목 : 들여쓰기 10pt, 10.7p, 산돌명조M
- ..i) 제목 : 들여쓰기 15pt, 10.7p, 산돌명조M
- ㉠ 제목 : 들여쓰기 18pt, 10.3p, 산돌명조M

나. 본문(판면)

- 1) 1행 30자, 1페이지 28행
- 2) 크기/서체 : 10.7p/산돌명조L
- 3) 행장 : 115mm
- 4) 행간(줄간격 조절하기) : 15.9pt(160%)
- 5) 첫문단 첫글자 표기(들여쓰기) : 들여쓰기 10pt

다. 먼주

- 1) 글자/서체 : 8.6p/신명세고딕

2) 본문과의 간격 : 10mm(1행)

라. 각주

- 1) 크기/서체 : 8.8p/산돌명조L
- 2) 선의 종류/길이 : 가는선 굵기/자동선정

마. 할주

- 1) 크기/서체 : 5p 2행 표기(아래한글 2.1 전문가용 사용)

바. 영문 및 일어 표기

- 1) 크기/서체 : 10.7/AmeriGarmnd BT

사. 도표

- 1) 도표번호 : 8p/산돌고딕L
- 2) 도표내 글자크기 : 8.5p/산돌명조L
- 3) 선 : 외각 → 굵은줄, 내부 → 가는줄
- 4) 자간 : 50% → 100%

아. 용지와 여백주기

- 가) 용지길이/폭 : 224/155
- 나) 위 여백 : 20.5
- 다) 아래쪽여백 : 21
- 라) 왼쪽여백 : 20
- 마) 오른쪽여백 : 20
- 바) 머리말 : 10
- 사) 꼬리말 : 0

한국가족법학회 임원
(2006년 1월 1일~2007년 12월 31일)

- | | | |
|----------|------------------------------------|------------------|
| 명 예 회 장: | 이화숙 (연세대 교수) | |
| 고 문: | 김주수 (경희대 객원교수) | 최달곤 (고려대 명예교수) |
| | 한봉희 (동국대 명예교수) | 배경숙 (인하대 명예교수) |
| | 박병호 (서울대 명예교수) | 이희배 (인천시립대 명예교수) |
| | 곽동현 (경북대 명예교수) | 조미경 (아주대 명예교수) |
| | 김성숙 (숭실대 교수) | |
| 회 장: | 이승우 (성균관대 교수) | |
| 부 회 장: | 윤진수 (서울대 교수) | |
| 실 무 이 사: | 총무이사 문홍안 (건국대 교수) | |
| | 정기학술이사 전경근 (아주대 교수), 권재문 (숙명여대 교수) | |
| | 연구이사 김유미 (울산대 교수) | |
| | 출판이사 우병창 (상지대 교수) | |
| | 섭외이사 최금숙 (이화여대 교수) | |
| | 국제이사 한기종 (상지대 교수) | |
| 감 사: | 한웅길 (동아대 교수) | 홍춘의 (전북대 교수) |
| 이 사: | 고상룡 (성균관대 명예교수) | 곽배희 (한국가정법률상담소장) |
| | 권순환 (경원대 강사) | 권정희 (이화여대 강사) |
| | 김기영 (수원대 교수) | 김병대 (순천대 명예교수) |
| | 김상용 (부산대 교수) | 김숙자 (명지대 교수) |
| | 김철자 (경인대 교수) | 김형석 (서울대 교수) |
| | 김혜숙 (이화여대 강사) | 남효순 (서울대 교수) |
| | 민유숙 (부장판사) | 박동진 (연세대 교수) |
| | 성위석 (경북대 교수) | 소재선 (경희대 교수) |
| | 신영호 (고려대 교수) | 안춘수 (연세대 교수) |
| | 양병희 (건국대 명예교수) | 양정숙 (변호사) |
| | 양정자 (대한가정법률복지상담원장) | 양창수 (서울대 교수) |
| | 양현아 (서울대 교수) | 엄동섭 (서강대 교수) |
| | 윤대성 (창원대 교수) | 오종근 (이화여대 교수) |
| | 이경희 (한남대 교수) | 이명숙 (변호사) |

이상욱 (영남대 교수)
이종길 (동아대 교수)
이회규 (강남대 교수)
임정평 (단국대 교수)
정동호 (한양대 교수)
정태운 (이화여대 교수)
최은희 (서울시립대 교수)
최행식 (원광대 교수)
표계학 (숙명여대 강사)
한삼인 (제주대 교수)
황경웅 (중앙대 교수)

이은정 (경북대 교수)
이진기 (숙명여대 교수)
임성권 (인하대 교수)
전광백 (성신여대 교수)
정중휴 (전남대 교수)
조명래 (건국대 교수)
최진섭 (인천시립대 교수)
최홍섭 (인하대 교수)
한복룡 (충남대 교수)
현병철 (한양대 교수)

(가나다 순: 2007년 3월 현재)

편집위원(2006.1.1~2007.12.31)

위원장 : 이화숙 (연세대 교수)
위원 : 김상용 (부산대 교수)
신영호 (고려대 교수)
우병창 (상지대 교수)
윤진수 (서울대 교수)
이경희 (한남대 교수)
(가나다 순)

家族法研究 第21卷 3號(通卷 第30號)

2007년 11월 25일 印刷

2007년 11월 30일 發行

編輯 및 韓國家族法學會
發行處

發行人 李勝雨

韓國家族法學會의 連絡場所와 住所

회장 : 이승우

서울시 종로구 명륜동 3가 53번지

성균관대학교 법과대학 ☎110-745

전화 · 02-760-0356 / FAX · 02-760-0920

총무이사 : 문홍안

서울시 광진구 화양동 1번지

건국대학교 법과대학 ☎143-701

전화 · 02-450-3602 / FAX · 02-455-3595

학회 Cafe : cafe.daum.net/fmlaw

학회 E-mail : moon4u@konkuk.ac.kr

제작/판매처 : 세창출판사

전화 · 02-723-8660 / FAX · 02-720-4579

값 : 15,000원

www.kci.go.kr