

면접교섭권 확대에 관한 민법개정안에 대한 소고

The Introduction and Analysis of the Amendments of the Civil Act Concerning the Expansion of Visitation Rights

김민지*
Kim, Min-Ji

목차

- | | |
|------------------------------|-----------------------------|
| I. 들어가는 말 | IV. 면접교섭권자 확대에 관한 민법개정안의 검토 |
| II. 면접교섭권자 확대에 관한 기존 논의의 상황 | V. 맺음말 |
| III. 면접교섭권자 확대에 관한 민법개정안의 내용 | |

현행 민법은 제837조의2에서 “자를 직접 양육하지 아니하는 부모의 일방과 자”에게만 한정하여 상호 면접교섭할 수 있도록 면접교섭권을 규정하고 있다. 그러나 이혼 및 재혼의 증가 등으로 현대사회의 가족 형태가 다양하게 변화함에 따라 그 가족구성원인 자의 양육 상황 또한 다양화되었고, 이는 결국 이혼 후 자를 양육하지 않는 부모 일방에게만 인정되는 민법 제837조의2의 면접교섭권의 주체를 확대하여야 한다는 논의로 이어졌다.

면접교섭권자의 확대에 관한 민법 일부개정법률안은 이러한 논의를 수용한 것으로, 2016년 12월 20일 국회에서 통과되어 2017년 6월 3일 그 시행을 앞두고 있다. 본 개정안이 시행되면 자를 직접 양육하지 않는 부모 일방의 직계존속, 즉 자의 조부모는 일정한 요건 하에 가정법원에 면접교섭권을 청구할 수 있다. 계속해서 변화하고 있는 가족관계와 이에 대한 가치관을 감안할 때 자의 복리를 위하여 면접교섭권의 주체를 확대한

투고일 : 2017. 4. 30. / 심사외뢰일 : 2017. 5. 23. / 게재확정일 : 2017. 6. 1.

* 법무부 전문위원(가족법)

Legal Specialist(Family Law), Legal Advisor Committee, Ministry of Justice

본 개정안의 취지에 공감한다.

다만, 개정안은 면접교섭권을 보유하고 있는 비양육친이 면접교섭이 불가능한 때 그의 직계존속에게만 면접교섭을 청구할 수 있도록 규정하여 그 주체가 매우 제한적인 점, 여전히 면접교섭권의 종료를 비롯하여 그 행사방법과 범위에 관한 규정을 마련하지 않은 점이 아쉬움으로 남는다. 향후 면접교섭권의 권리성이 더 확장될 것으로 예상되는 만큼 면접교섭권의 법적 성질 및 다른 권리와의 관계를 명확하게 하기 위하여, 더 나아가 면접교섭권과 관련된 다툼을 조속히 해결하기 위하여 면접교섭권에 관한 보다 상세한 규정이 마련될 필요가 있다고 생각한다.

[주제어] 면접교섭권, 조부모, 이혼, 비양육친, 자의 복리

I. 들어가는 말

이혼¹⁾²⁾ 및 재혼³⁾의 증가 등으로 현대사회의 가족 형태가 다양하게 변화함에 따라 그 가족구성원인 자의 양육 상황 또한 다양화되었다. 자의 부모가 친권자로서 자를 직접

- 1) 2016년 이혼은 10만 7천 3백 건으로 전년보다 1.7% 감소하였고, 2006년부터 2016년까지 이혼 건수와 증감 및 증감률은 다음과 같다: 통계청, 이혼건수 2006-2016, <<http://kostat.go.kr/portal/korea/index.action>>, 검색일: 2017.4.20.

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
이혼 건수(천 건)	124.5	124.1	116.5	124.0	116.9	114.3	114.3	115.3	115.5	109.2	107.3
증감(천 건)	-3.5	-0.5	-7.5	7.5	-7.1	-2.6	0.0	1.0	0.2	-6.4	-1.8
증감률(%)	-2.7	-0.4	-6.1	6.4	-5.8	-2.2	0.0	0.9	0.2	-5.5	-1.7

- 2) 2016년 미성년자가 있는 부부의 이혼은 5만 1천 건으로 전체 이혼의 47.5%이고, 2006년부터 2016년까지 미성년자가 있는 부부의 이혼 건수는 다음과 같다: 통계청, 미성년자 유무별 이혼 건수 및 구성비 2006-2016, <<http://kostat.go.kr/portal/korea/index.action>>, 검색일: 2017.4.20.

(단위 : 천 건, %)

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016 (구성비)
계	124.5	124.1	116.5	124.0	116.9	114.3	114.3	115.3	115.5	109.2	107.3 (100.0)
미성년자녀 있음	75.7	72.8	63.0	68.5	62.9	60.1	60.3	59.0	57.2	52.8	51.0 (47.5)
미성년자녀 없음	48.2	50.9	52.9	55.1	53.7	53.9	53.7	56.1	58.1	55.6	55.4 (51.7)

- 3) 2016년 남자의 경우 전체 혼인 중 초혼이 84.5%, 재혼이 15.4%이고, 여자의 경우 전체 혼인 중 초혼이 82.5%, 재혼이 17.4%인데, 2006년부터 2016년까지 초혼 및 재혼 건수는 다음과 같다: 통계청, 혼인종류별 건수 2006-2016, <<http://kostat.go.kr/portal/korea/index.action>>, 검색일: 2017.4.20.

양육하는 기본적인 형태에서 벗어나 조부모, 계부모 등 제3자가 그 자의 양육을 실질적으로 담당하게 된 것이다.

이러한 현상은 결국 제3자가 실질적으로 아동의 양육을 담당하였던 가정이 부모의 이혼 등으로 인하여 해체되어 더 이상 제3자가 양육을 담당하지 못하는 상황이 발생하게 된 때, 과거 제3자와 아동 사이 생성된 유대관계를 법적으로 보호할 필요가 있다는 인식과 함께, 이혼 후 자를 양육하지 않는 부모 일방에게만 인정되는 민법 제837조의2의 면접교섭권의 주체를 확대하여야 한다는 논의로 이어졌다. 이후 발의된 3개의 민법 일부개정법률안은 면접교섭권이 인정될 수 있는 주체와 그 요건에 있어 약간의 차이는 있지만 공통적으로 가족법의 최상의 이념인 ‘자의 복리’를 고려하여 부모 외 제3자도 자와 면접교섭 할 수 있도록 법적 장치를 마련할 필요가 있다는 인식에서 출발하고 있다.

현재 발의안을 바탕으로 2016년 12월 20일 소위 면접교섭권 확대에 관한 민법 일부개정법률안⁴⁾은 국회를 통과하여 2017년 6월 3일 시행을 앞두고 있으며, 본 개정안이 시행되면 자를 직접 양육하지 않는 부모 일방의 직계존속, 즉 자의 조부모는 일정한 요건 하에 가정법원에 면접교섭권을 청구할 수 있다.

본고에서는 2017년 6월 3일부터 시행될 개정안의 검토를 통하여 앞으로 면접교섭권제도가 나아갈 방향에 대하여 모색하고자 한다. 이를 위하여 먼저, 민법 제837조의2 규정에

(단위 : 천 건, %)

		2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016 (구성비)
계*		330.6	343.6	327.7	309.8	326.1	329.1	327.1	322.8	305.5	302.8	281.6 (100.0)
남	초혼	273.7	285.4	270.2	255.8	273.0	277.4	275.9	273.8	257.9	256.4	238.1 (84.5)
	재혼	55.6	57.1	57.2	53.8	53.0	51.6	51.1	48.9	47.5	46.4	43.3 (15.4)
여	초혼	269.3	280.7	264.5	250.7	268.5	272.6	270.5	268.4	251.5	250.0	232.4 (82.5)
	재혼	59.7	61.9	62.8	58.8	57.5	56.4	56.5	54.3	53.9	52.7	48.9 (17.4)
남(초)+여(초)		255.2	265.5	249.4	236.7	254.6	285.6	257.0	255.6	239.4	238.3	221.1 (78.5)
남(재)+여(초)		14.0	14.9	15.0	13.9	13.9	13.9	13.5	12.8	12.0	11.7	11.1 (3.9)
남(초)+여(재)		18.2	19.6	20.6	19.0	18.3	18.7	18.9	18.2	18.4	18.0	16.7 (5.9)
남(재)+여(재)		41.3	41.9	42.1	39.8	39.1	37.7	37.6	36.1	35.5	34.7	32.1 (11.4)

* 미상 포함, 남(초):남자초혼, 남(재):남자재혼, 여(초):여자초혼, 여(재):여자재혼

4) 민법 [시행 2017.6.3.] [법률 제14278호, 2016.12.2, 일부개정]

도 불구하고 부모 외 제3자에게 면접교섭이 인정할 수 있는지 여부에 관한 학설과 판례 및 민법 제837조의2의 해석론에서 벗어나 제3자의 면접교섭권을 입법적으로 해결하고자 발의된 민법 일부개정법률안을 살펴보고(Ⅱ), 앞으로 시행될 개정안의 면접교섭권의 주체 및 요건 등 그 구체적인 내용과(Ⅲ), 이에 대한 검토를 통하여 앞으로 면접교섭권제도가 나아갈 방향에 대하여 제시해보고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 면접교섭권자 확대에 관한 기존 논의의 상황

1. 면접교섭권자 확대에 관한 학설

현행 민법 제837조의2는 면접교섭권의 주체를 “자를 직접 양육하지 아니하는 부모의 일방” 및 “자”로 국한하고 있으므로 동 조문의 문리적 해석에 의하면 조부모를 비롯한 제3자에게 면접교섭권이 인정되지 않는 것이 원칙이다. 그럼에도 불구하고 학설은 동 조문을 유추적용 하여 면접교섭권의 범위를 확대할 수 있다고 보는 긍정설과 현행 민법상 조부모 등 제3자를 위한 실정법상 근거가 없어 해석상 면접교섭권을 인정할 수 없다는 부정설로 나뉜다.

1.1 긍정설

긍정설은 면접교섭이 부모의 이혼과 가족 해체에 따른 자의 상실감, 새로운 가정의 생활양식에 적응하는데 따른 어려움 등을 완화시킨다는 점을 감안하여 이를 반드시 부모에 국한해서 인정할 필요는 없고 자의 복리를 위하여 조부모를 비롯한 제3자에게까지 확대하는 것이 바람직하다는 입장이다. 긍정설은 다시 면접교섭권의 주체에 따라 ① 조부모의 면접교섭권을 인정해야 한다는 견해,⁵⁾ ② 계부모의 면접교섭권을 인정해야 한다는 견해,⁶⁾ ③ 형제자매 사이 면접교섭권을 인정할 수 있다는 견해⁷⁾로 나뉜다.

5) 박동섭, 친족상속법 제4판, 박영사, 2013, 192쪽; 신영호, 가족법강의 제2판, 세창출판사, 2013, 147쪽; 오시영, 친족상속법 제2판, 학현사, 2011, 199쪽; 이영규, (새로운) 가족법 강의, 대명출판사, 2008, 151쪽; 최달곤, “이혼 후의 자녀보호”, 가족법연구 제10호, 한국가족법학회, 1996, 193쪽; 어인의, “면접교섭권에 관한 고찰”, 청주법학 제7권, 청주대학교 법학연구소, 1993, 119쪽은 이혼 후 비양육친이 사망한 경우에 조부모의 면접교섭권을 인정한다.

1.2 부정설

반면 부정설은 ① 부모의 자에 대한 애정과 그 자에 대한 타인의 애정은 근본적으로 차이가 있으므로 면접교섭의 대상을 확대할 필요가 없다는 견해⁸⁾와 ② 면접교섭권자 확대의 필요성은 인정하나 현행법상 명문의 규정이 없으므로 인정할 수 없고 입법적 조치가 필요하다는 견해로 나뉜다. 후자의 견해는 다시 조부모의 면접교섭권은 헌법상의 기본권이나 천부적인 권리라고 할 수 없으므로 법률에 특별한 규정이 없는 한 이를 인정할 수 없다고 보는 견해,⁹⁾ 부모의 기본권을 제한하면서까지 면접교섭권을 인정하려면 이를 정당화할 만한 사유가 필요하고 따라서 민법 제837조의2의 유추적용을 통해 조부모 등의 면접교섭권을 인정하는 것은 부적절하다고 보는 견해,¹⁰⁾ 조부모 등의 면접교섭권을 함부로 인정하는 것은 다른 사람의 가정에 대한 부당한 개입이나 자에 대한 혼란을 야기할 수 있으므로 그 자격 및 요건을 법률에 상세하게 규정한 경우에 한하여 인정될 수 있다고 하는 견해,¹¹⁾ 민법 제837조의2 법문 상 부모 이외의 제3자에 대하여

-
- 6) 이현재, “의붓부모의 방문권과 당사자 적격-미국을 중심으로”, 민사법연구 제12권 제1호, 대한민사법학회, 2004, 309쪽 이하.
- 7) 김상용, “면접교섭권”, 법학연구 제40권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 1999, 252쪽; 김수정, “자녀의 최선의 이익과 면접교섭권”, 가족법연구 제19권 제1호, 한국가족법학회, 2005, 332쪽은 면접교섭권을 부모나 조부모 등의 권리로만 규정한다면 아동의 면접교섭청구 자체가 부정되는 결과가 될 것이므로, 면접교섭권의 주체를 자녀로 규정한다면 교섭권자의 범위가 확대되는 결과가 될 것이고, 따라서 아동이 같이 살고 있지 않는 형제자매에 대하여 면접교섭을 청구할 수 있을 것이라고 주장한다. 그러나 이후 개정 민법 제837조의2는 자를 면접교섭권의 주체로 규정하였으나, 부모의 일방과 상호 면접교섭 할 수 있는 권리는 가지는 것으로 규정하였으므로 위와 같은 해석은 현행법상 불가능하다.
- 8) 양수산, 친족상속법, 한국외국어대학교 출판부, 1998, 306쪽.
- 9) 윤부찬, “조부모의 면접교섭권에 관한 연구”, 민사법학 제38권, 한국민사법학회, 2007, 532-533쪽은 조부모의 면접교섭권을 위하여 “민법 제837조의3(조부모의 면접교섭권) ① 자녀를 직접 양육하지 않는 부모중 일방의 부모는 가정법원에 손자녀에 대한 면접교섭을 청구할 수 있다. ② 가정법원은 부모의 의사, 조부모와 손자녀에 사이의 유대감의 존재와 정도, 조부모와 손자녀의 연령, 조부모의 도덕성, 부모와 조부모의 적대감의 정도 등 기타 제반 사정을 참작하여야 한다.”라는 구체적인 안도 제시하고 있다.
- 10) 현소해, “조부모와 계부모 기타 친족의 면접교섭권 해석론과 입법론”, 가족법연구 제29권 제2호, 한국가족법학회, 2015, 8쪽, 31쪽에서 부모 외 제3자를 위한 “민법 제837조의2 ③ 자녀의 직계존속, 형제자매 그 밖의 친족 및 부모의 배우자였던 사람은 자녀의 복리를 위하여 필요한 경우 자녀를 면접교섭 할 수 있는 권리를 가진다. 이때 법원은 자녀의 과거와 현재의 양육상황, 자녀와의 유대관계, 면접교섭의 동기, 자녀 본인의 의사 그 밖의 사정을 고려하여야 한다. ④ 자녀를 직접 양육하지 않는 부모 중 일방이 제1항에 따른 면접교섭을 하고 있는 경우 법원은 당사자의 청구 또는 직권에 의하여 제3항에 따른 그의 부모나 그 밖의 친족의 면접교섭을 제한하거나 배제할 수 있다.”를 중국적으로 신설할 것을 제안하고 있다.
- 11) 편집대표 윤진수/이동진 집필부분, 주해친족법 제1권, 박영사, 2015, 358-359쪽; 진민희, “조부모의 면접교섭권”, 사법 제10호, 사법발전재단, 2009, 154쪽.

면접교섭권이 인정될 수 없으나 일정한 범위에서 자의 조부모 등에게도 면접교섭권이 인정될 수 있는 입법조치가 필요하다는 견해¹²⁾ 등이 있다. 덧붙여, 조부모의 면접교섭권의 입법화가 필요하나 조부모 외 제3자의 면접교섭권은 오히려 친권에 대한 위협 내지 자의 안전과 보호에 영향을 미칠 수 있기 때문에 기본적으로 혈연과 애정을 바탕으로 인정되는 조부모의 면접교섭권보다 신중하게 예외적으로 인정되는 방향으로 입법화되어야 한다는 견해,¹³⁾ 형제자매 사이 면접교섭권 또한 민법 제837조의2 규정상 인정될 수 없으나 미성년자의 복리 및 기본적 인권의 문제와 관련된 것이므로 형제자매 사이 상호 면접교섭 할 수 있도록 민법이 개정되어야 한다는 견해¹⁴⁾도 있다.

2. 면접교섭권자 확대에 관한 판례

지금까지 대법원 판결 중 조부모를 비롯한 제3자에게 면접교섭권의 확대 여부를 다루고 있는 것은 없다. 다만, 하급심에서 형제자매에게 면접교섭권을 인정한 판결과 최근 조부모에게 면접교섭권을 인정한 판결을 소개하고자 한다.

2.1 형제자매 사이 면접교섭권 인정: 수원지방법원 2013. 6. 28. 자 2013브33 결정

2.1.1 사실관계 및 원심의 판단

청구인 A와 상대방 B는 1998년 6월 25일 혼인하였다가 재산상 이혼이 2007년 10월 19일 확정됨으로써 이혼하였는데, 혼인 중 사건본인 C(2002년생, 동생)와 소외인 D(2000년생, 형)가 출생하였고, 동생인 C는 청구인 A가, 형인 D는 상대방 B가 각 친권자 및 양육자로 지정되었다. 동생 C는 모인 상대방 B가 면접교섭 시간 종료 후에도 부인 청구인 A에게 돌아가지 못하게 하는 등 면접교섭 시간을 지키지 않고, 수시로 청구인 A에 대한 욕을 하며, 청구인 A와 사건본인 C를 떼어 놓으려 한다는 이유로 상대방 B와의 면접교섭을 강력하게 원하지 않고 있었다. 이에 청구인 A는 상대방 B의 사건본인 C에 대한 면접교섭권을 배제하고, 사건본인 C와 형인 소외인 D의 면접교섭권을 인정해 달라는 신청을 제기하였다.

12) 김주수/김상용 공저, 친족·상속법 제13판, 법문사, 2016, 231쪽; 송덕수, 친족상속법 제2판, 박영사, 2016, 98쪽; 김은아, “조손간의 면접교섭권”, 한양법학 제23권 제1호, 한양법학회, 2012, 191쪽.

13) 광민희, “프랑스법상 조부모의 방문권”, 가족법연구 제27권 3호, 한국가족법학회, 2013, 202-204쪽.

14) 최진섭, “형제자매관계의 민법상 의의”, 가족법연구 제22권 3호, 한국가족법학회, 2008, 384-393쪽.

원심¹⁵⁾은 상대방의 면접교섭권 배제에 대한 신청은 받아들이지 않고, 상대방의 면접교섭권을 시간과 장소를 제한하여 인정하고, 청구인의 나머지 형제간 면접교섭권에 관한 청구는 기각하였다.

2.1.2 항소심 주문 및 판결요지

재판부는 모인 상대방 B의 자인 사건본인 C에 대한 면접교섭배제청구에 대하여, ‘상대방 B는 사건본인 C가 원하여 상대방 B에게 면접교섭을 요청하기 전까지는 사건본인 C를 면접교섭 하여서는 아니 된다.’고 하였다.¹⁶⁾

반면, 형제간 면접교섭권에 관한 청구에 대하여 ‘사건본인은 매월 첫째 주 토요일 12:00부터 15:00까지 사건본인과 사건본인의 형 소외인이 서로 협의한 장소(AK플라자 등)에서 소외인과 면접교섭 할 수 있다.’고 하며, 사건본인과 소외인의 면접교섭 구체적인 방법 및 청구인과 상대방의 면접교섭 협조의무를 정하였다. 민법상 명문으로 형제에 대한 면접교섭권을 인정하고 있지는 아니하나 형제에 대한 면접교섭권은 헌법상 행복추구권 또는 헌법 제36조 제1항에서 규정한 개인의 존엄을 기반으로 하는 가족생활에서 도출되는 헌법상의 권리로서 특별한 사정이 없는 한 부모가 이혼한 전 배우자에 대한 적대적인 감정을 이유로 자녀들이 서로 면접교섭 하는 것을 막는 것은 부모의 권리남용이고, 사건본인 C와 C의 형 D가 서로를 정기적으로 면접교섭 하는 것을 간절히 원하고 있다는 등의 이유로, C와 D의 면접교섭을 인정하였다.

2.1.3 검토

현행 민법 제837조의2가 부모 일방과 자만이 상호 면접교섭을 할 수 있다고 규정하고 있어 원칙적으로 형제자매 사이 면접교섭권은 인정되지 않음에도 불구하고 법원은 형제에 대한 면접교섭권은 헌법상의 권리이므로 이를 막는 것은 부모의 권리남용이라고 하면서 형제 사이의 면접교섭을 인정하였다.¹⁷⁾ 또한 법원은 본 사안을 면접교섭권에서

15) 수원지법 성남지원 2013. 1. 3. 자 2012㉸단908 심판

16) 상대방 B의 사건본인 C에 대한 면접교섭권의 배제청구에 대해, 재판부는 면접교섭권의 경우 원래 이혼하는 부모 중 양육하지 않는 부모와 자녀 간에 서로 만날 것을 청구할 수 있는 권리인데, 면접교섭권의 행사가 자녀의 복리를 침해한다고 판단되는 경우 배제될 수 있고, 이 사건의 경우 사건본인 C가 모인 상대방 B를 만나는 것을 강력히 원하지 않고 있으므로, 상대방 B의 사건본인 C에 대한 면접교섭권을 사건본인이 면접교섭을 원할 때까지 배제하기로 결정하였다.

17) 덧붙여, 청구인 A와 상대방 B가 자인 사건본인 C와 사건본인의 형인 소외인 D가 만나는 것에는 반대하고 있지 아니하고, 사건본인 C가 소외인 D를 만나는 과정에서 사건본인의 상대방 B에 대한 부정적 태도가

의 분쟁으로 파악하여 민법 제837조의2를 유추적용하지 않고, 면접교섭이 자의 복리에 부합함에도 불구하고 그 실행에 있어 부모가 비협조적인 것은 민법 제912조에 비추어 볼 때 부모의 권리남용이라고 판단하였다. 따라서 헌법을 근거로 하여 형제자매의 면접교섭권을 인정할 본 판결은, 현행법상 형제자매의 면접교섭권을 정당화할 실정법상 근거 없이 이를 인정할 점 및 부모의 권리남용 또한 이를 주장하는 쪽에서 권리남용을 입증하여야 함에도 불구하고 특별한 사정이 없는 한 면접교섭권을 인정하게 되는 결론에 이르게 된다는 점에서 중국적으로는 입법적 해결이 필요하다는 문제점이 지적될 수밖에 없다.

그러나 형제자매 관계는 특히, 그 형제자매가 미성년자일 때 가족구성원 중에서도 그들의 관계가 매우 중요한 의미를 가질 수 있으므로 위 사안처럼 부모의 이혼 등의 사유로 친권 및 양육권이 분리되어 형제자매가 함께 살 수 없는 경우 그들에게 상호 면접교섭권을 인정할 필요성이 있음은 분명하다. 다시 말해, 이혼 등으로 양육하지 아니하는 부모 일방과 자 사이 면접교섭권이 인정되는 것은 본질적으로 그들 사이에 존재하는 애착관계에 기초하고 있다고 볼 수 있고, 따라서 형제자매관계에서도 부모의 이혼 등의 사유로 그들의 애착관계 유지가 어려워진다면 동일한 이유로 형제자매 사이 면접교섭권이 인정되는 것이 타당하다. 따라서 본 판결은 현행 민법 제837조의2에서 명시적으로 규정되지 않은 상황에서 형제자매의 면접교섭권을 헌법상 권리로 확인받은 점에서 의미 있는 판결로 생각된다.

2.2 조부모의 면접교섭권 인정:

서울가정법원 2016. 2. 11. 자 2015느단5586 결정

2.2.1 사실관계

청구인 A는 2012년 3월 28일 자신의 딸이자 사건본인 C의 모인 D가 C를 출산한 후 사망하자, 2012년 4월경부터 사위인 상대방 B와 함께 자신의 집에서 거주하면서 C를 양육하였다. 그러던 중 재혼을 하기로 계획한 상대방 B가 청구인 A의 집을 떠나 사건본인 C를 직접 양육하고자 하는 의사를 표시하였고, 이에 청구인 A는 이를 거부하여 사건본인 C를 데리고 집을 떠나 피하기도 하였으나, 결국 2015년 1월경 상대방 B에게

어는 정도 완화될 가능성도 있으며, 무엇보다도 사건본인 C와 소외인 D가 서로를 정기적으로 면접교섭하는 것을 간절히 원하고 있다고 이유에서 설시하고 있다.

사건본인 C를 인도하였고, 이후 손자녀인 사건본인 C를 만나지 못하게 되자 가정법원에 면접교섭허가를 구하는 심판청구서를 제출하였다.

2.2.2 주문 및 이유

재판부는 ‘청구인 A는 자신이 책임질 수 있는 장소에서 매월 첫째, 셋째 일요일 12:00 부터 같은 날 20:00까지 사건본인 C와 면접·교섭할 수 있다.’고 하여 외조부모인 청구인 A의 면접교섭권 청구를 인용하였다. 덧붙여, 청구인 A와 상대방 B 사이 구체적인 면접·교섭의 방법과 청구인 A가 면접·교섭을 할 수 없는 경우의 통지방법, 상대방 B의 면접·교섭 협조의무를 정하였다.

민법 제837조의2 제1항은 “자를 직접 양육하지 아니하는 부모의 일방과 자는 상호 면접교섭 할 수 있는 권리를 가진다.”고 정하고 있고, 부모의 일방이 사망한 경우에도 생존한 부 또는 모와 자녀로 구성된 가정의 자율성은 보장되어야 하는 것인 까닭에 조부모나 다른 친족의 면접·교섭을 제한 없이 인정하기는 어렵다 하더라도, 민법이 위와 같은 규정을 둔 취지가 가정의 해체에 따른 애착관계의 단절이 아동의 복리와 그 건전한 성장에 부합하지 않는다는 판단에 그 기반을 두고 있는 것인 점에 비추어 보아 외조부모인 청구인 A가 모의 사망 후부터 3년 가까이 사건본인 C를 양육하며 그들 사이에 깊은 유대와 애착관계를 형성하여 온 경우라면, 이를 양육친인 상대방 B의 일방적인 의사에 의하여 단절시키는 것이 사건본인 C의 복리와 건전한 성장에 부합하는 것이라 보기는 어려우므로 비록 청구인 A가 외조부모로 민법 제837조의2 제1항에서 직접적으로 정하고 있는 면접교섭권자가 아니라 할지라도 예외적으로 이미 사망한 사건본인 C의 모에 갈음하여 C와 면접교섭을 구할 수 있는 권리를 가진다고 해석함이 상당하고, 상대방 B가 지적한 사정들만으로는 면접교섭권을 전면적으로 배제하여야 할 사유로 삼기에는 부족하다고 하며 청구인 A와 사건본인 C의 면접교섭을 허용하였다.

2.2.3 검토

법원은 민법 제837조의2를 유추적용 하여 조부모의 면접교섭권을 허용한 것인데, 이러한 태도는 부정설의 입장에서 비판의 여지가 있다.

먼저, 현행 민법 제837조의2가 명시적으로 자를 직접 양육하지 아니하는 부모의 일방과 자로 그 주체를 한정하고 있으므로 동 조항을 유추적용 하거나 예외적으로 조부모의 면접교섭권을 인정하는 것은 문리적 해석에 의하면 실정법상 근거가 없는 것으로 부적절

하다. 물론 조부모의 면접교섭권을 자연권이라고 본다면, 앞선 형제자매 사이의 면접교섭권과 같이 이론적으로 명시적인 규정이 없다고 해서 조부모의 면접교섭권을 인정할 수 없는 것은 아니나 확실한 실정법상의 근거가 존재하여야 한다. 더 나아가, 조부모의 면접교섭권에 있어 민법 제837조의2를 유추적용하게 됨으로 인하여 그들에게 비양육친과 동일하게 원칙적으로 면접교섭권이 존재하게 되고 예외적으로 이를 배제하기 위하여 오히려 양육친이 면접교섭권을 배제하는 것이 자의 복리에 부합한다는 점을 입증하게 되는 불합리한 결과가 발생한다. 본 사안에서 상대방 B는 사건본인 C의 단독친권자이자 양육권자로서 C의 양육에 관한 사항은 헌법 제36조 제1항 및 헌법 제10조에 의해 보장된 B의 기본권이므로 면접교섭을 청구한 조부모가 자신의 면접교섭권을 인정하지 않는 것이 자의 복리에 반한다는 점을 입증하여야 함에도 불구하고, 오히려 민법 제837조의2를 유추적용으로 인하여 부모인 B가 면접교섭권을 배제하는 것이 자의 복리에 부합하게 된다는 점을 입증하게 된다. 본 사안에서 법원은 양육친 B가 새로운 가정을 꾸렸고, 나이 어린 사건본인 C가 양육친의 배우자와 새로이 애착관계를 형성하고 있어 사건본인 C의 복리에 부합하지 않는다는 이유로 외조부모 A의 면접교섭 청구를 반대한 B의 주장에 대하여 이는 면접교섭을 전면적으로 배제하여야 할 사유로 삼기에는 부족하다고 판단한 것이다.

민법상 명시적인 규정이 없음에도 불구하고 제837조의2를 유추적용하여 조부모의 면접교섭권을 인정한 본 판결은 유추적용의 한계를 보여주고 있으나, 개정안이 통과되기 전 상황에서 조부모의 면접교섭권을 명시적으로 인정하고 나아가 조부모의 면접교섭권 인정을 위해서는 결국 입법적 해결이 필요하다는 점을 인식시킨 판결로서의 의미는 매우 크다고 생각된다.

3. 면접교섭권 확대에 관한 발의안

3.1 2016년 7월 20일 발의 김삼화 의원 등 14인 민법 일부개정법률안(제996호)¹⁸⁾

18) 19대 국회, 2015.10.19.에 발의된 신의진 의원 등 13인 민법 일부개정법률안(17269호)은 김삼화 의원 대표발의 민법 일부개정법률안과 그 내용이 동일하므로 별도의 소개는 생략한다. 신의진 의원 대표발의 민법 일부개정법률안은 부모 외 제3자에게 일정한 요건 하에 면접교섭권을 인정한 최초의 발의안으로서 의미가 있다 하겠다.

현 행	김삼화 의원안
<p>제837조의2(면접교섭권) ① 자(子)를 직접 양육하지 아니하는 부모의 일방과 자(子)는 상호 면접교섭할 수 있는 권리를 가진다. <신 설></p> <p>② 가정법원은 자의 복리를 위하여 필요한 때에는 당사자의 청구 또는 직권에 의하여 면접교섭을 제한하거나 배제할 수 있다.</p>	<p>제837조의2(면접교섭권) ① (현행과 같음)</p> <p>② 자(子)의 형제자매, 직계존속 그 밖에 상당한 기간 동안 자(子)의 양육을 담당하였던 친족은 가정법원에 자(子)와의 면접교섭을 청구할 수 있다. 이 경우 가정법원은 자(子)의 의사(意思), 청구의 동기, 그 밖의 사정을 참작하여야 한다.</p> <p>③ _____ 제 1항 및 제2항에 따른 면접교섭을 _____</p>

최근 들어 맞벌이 혹은 생활고 등으로 인해 직접 자를 양육하지 못하고 조부모나 친인척에게 자의 양육을 위탁하는 경우가 많은 현실을 감안하면, 실질적으로 아동의 양육을 담당했던 조부모나 친인척에게도 면접교섭권을 인정하는 것이 자의 심리적 안정과 건강한 성장에 기여할 수 있을 것이고, 부모의 이혼으로 인해 부득이하게 떨어져 살고 있는 형제자매의 경우에도 면접교섭권을 인정하여 최소한의 교류를 이어나갈 수 있도록 하는 것이 자의 복리 실현에 도움이 될 것이라는 이유를 들어, 자의 형제자매, 조부모 그밖에 상당한 기간 동안 자의 양육을 담당하였던 친족의 경우에도 가정법원의 허가를 받아 자와의 면접교섭이 가능하도록 제837조의2 제2항을 신설하는 민법 일부개정법률안을 발의하였다.¹⁹⁾

3.2 2016년 8월 12일 발의 박범계 의원 등 10인 민법 일부개정법률안(제1569호)

현 행	박범계 의원안
<p>제837조의2(면접교섭권) ① 자(子)를 직접 양육하지 아니하는 부모의 일방과 자(子)는 상호 면접교섭할 수 있는 권리를 가진다. <신 설></p> <p>② 가정법원은 자의 복리를 위하여 필요한 때에는 당사자의 청구 또는 직권에 의하여 면접교섭을 제한하거나 배제할 수 있다.</p>	<p>제837조의2(면접교섭권) ① (현행과 같음)</p> <p>② 자(子)를 직접 양육하지 아니하는 부모의 일방이 사망한 때에는 사망한 부모의 직계존속이, 자(子)를 직접 양육하지 아니하는 부모의 일방이 피치못할 사정으로 면접교섭권을 행사할 수 없을 때에는 면접교섭권을 행사할 수 없는 부모의 직계존속이 가정법원에 자(子)와의 면접교섭을 청구할 수 있다. 이 경우 가정법원은 자(子)의 복리를 위하여, 면접교섭을 청구한 부모의 직계존속과 자(子)의 관계, 청구의 동기, 그 밖의 사정을 참작하여야 한다.</p> <p>③ _____ 제 1항 및 제2항에 따른 면접교섭을 _____</p>

19) 김삼화 의원 등 14인 민법 일부개정법률안 의안원문, 1~2쪽.

<http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_D1C6X0V7F210R1B1E1L0Q2A1M5A8D2>.

자를 직접 양육하지 아니하는 부모 일방이 사망하거나 자를 직접 양육하지 아니하는 부모 일방이 중환자실 입원, 군복무, 교도소 수감 등 피치 못할 사정으로 면접교섭권을 행사할 수 없을 때에는 자가 오로지 친가나 외가 중 한쪽 집안과 교류하게 되어 양쪽 집안간의 균형 있는 유대를 상실하는 경우가 많이 발생하고, 이는 자의 심리적 안정과 건전한 성장에도 부정적인 영향을 미치게 될 것인바 이러한 경우에는 조부모의 면접교섭권을 인정하여 최소한의 교류를 이어나갈 수 있게 할 필요가 있음을 이유로, 자를 직접 양육하지 아니하는 부모 일방이 사망하거나 자를 직접 양육하지 아니하는 부모 일방이 피치 못할 사정으로 면접교섭권을 행사할 수 없을 때 그 부모의 직계존속은 가정법원의 허가를 받아 손자녀와 면접교섭이 가능하도록 하는 민법 일부개정법률안을 발의하였다.²⁰⁾

3.3 발의안의 비교 검토

	김삼화 의원안	박법계 의원안
주 체	자의 형제자매, 직계존속, 친족	자를 직접 양육하지 아니하는 부모 일방의 직계존속
요 건	① 형제자매와 직계존속은 요건 없음 ② 친족=상당한 기간 동안 자(子)의 양육을 담당하였을 것	부모의 일방이 사망 또는 피치 못할 사정으로 면접교섭권을 행사할 수 없을 때
절 차	가정법원 청구	가정법원 청구
참작사항	자의 의사, 청구의 동기, 그 밖의 사정	부모의 직계존속과 자의 관계, 청구의 동기, 그 밖의 사정

김삼화 의원안과 박법계 의원안은 모두 맞벌이 등의 사유로 조부모나 친인척에게 자의 양육을 위탁하는 경우가 많은 현실을 감안하여 조부모나 친인척에게도 면접교섭권을 확대 인정하고자 한다. 2개의 발의안 모두 민법 제837조의2 제1항에 따른 비양육친의 면접교섭권과 달리 가정법원에 면접교섭권을 청구할 수 있도록 하여 가정법원이 면접교섭권을 인정할 것인지 결정하도록 규정하고 있음은 동일하나, 면접교섭권의 주체와 그 요건에서 차이가 있다.

먼저, 면접교섭권의 주체와 관련하여 김삼화 의원안은 민법 제837조의2 제1항에 따라 면접교섭권을 행사할 수 있는 비양육친의 면접교섭권의 행사여부와 관계없이 자의 형제

20) 박법계 의원 등 10인 민법 일부개정법률안 의안원문, 1~2쪽.

<http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_L1M6A0X8V1U2T1P4D5R5E2N014F2E3>.

자매, 직계존속, 친족이 면접교섭권을 청구할 수 있도록 한다. 즉, 김삼화 의원안에 의하면 제1항에 의한 비양육친의 면접교섭권과 제2항에 의한 자의 형제자매, 직계존속, 친족의 면접교섭권의 병존도 가능한 것으로 해석된다. 반면, 박범계 의원안은 비양육친이 자의 면접교섭권을 행사할 수 없는 경우 그 직계존속만이 면접교섭을 청구할 수 있도록 하여 김삼화 의원안과 비교할 때 면접교섭권이 인정될 수 있는 주체의 범위가 좁을 뿐만 아니라 직계존속의 면접교섭권은 보충적·제한적으로 인정될 수밖에 없다.

면접교섭권의 요건과 관련하여 김삼화 의원안의 경우 자의 형제자매와 직계존속은 아무런 제한 없이 면접교섭을 청구할 수 있으나, 친족의 경우에는 상당한 기간 동안 자의 양육을 담당하였을 것을 요건으로 규정하고 있다. 생각건대, 자의 형제자매나 직계존속은 자와 오랜 기간에 걸쳐 직접적이고 신뢰할만한 유대관계를 구축해왔다는 것을 전제로 하여 별도의 요건 없이 면접교섭을 청구할 수 있도록 규정하고, 이와 달리 상대적으로 촌수가 가깝지 않은 친족의 경우 그만큼 유대관계에 대한 예상치는 감소하므로 무제한적인 면접교섭권의 청구를 막고자 ‘상당한 기간 동안 자의 양육을 담당하였던’이라는 별도의 요건을 추가한 것으로 판단된다. 반면, 박범계 의원안의 경우 민법 제837조의2 제1항에 따른 면접교섭권자인 비양육친이 사망 등의 사유로 면접교섭권의 행사가 불가능할 때를 요건으로 하여 자의 직계존속의 면접교섭권을 인정할 수 있다고 규정하고 있다. 장래 면접교섭권이 인정될 수 있는 주체가 자의 직계존속으로 한정되어 주체의 범위가 축소되어 있을 뿐만 아니라, 비양육친이 면접교섭권을 행사할 수 없을 때 보충적으로 인정될 수 있어 적용될 수 있는 구체적 사안의 범위 또한 좁다. 예컨대, 양육친과 양육친의 직계존속의 갈등으로 인하여 면접교섭이 불가능한 경우 그 양육친의 직계존속이나 비양육친과 비양육친의 직계존속의 갈등으로 비양육친의 면접교섭권 행사 기회에 면접교섭이 불가능한 비양육친의 직계존속은 자(손자녀)와 상당한 유대관계가 존재한다고 하더라도 면접교섭권을 청구할 수 없다.

III. 면접교섭권자 확대에 관한 민법개정안²¹⁾의 내용

면접교섭권의 주체를 확대하고자 한 민법 일부개정법률안은 2016년 12월 20일 국회를 통과하여 2017년 6월 3일부터 시행되게 되었다.²²⁾ 통과된 개정안은 앞서 언급한 발의안

21) 민법 [시행 2017.6.3.] [법률 제14278호, 2016.12.2, 일부개정]

과 비교하여 다소 면접교섭권의 주체와 그 요건이 제한되었고(민법 제837조의2 제2항), 추가로 협의나 가정법원의 결정으로 면접교섭권의 구체화된 경우라도 추후 자의 복리를 위하여 이를 변경할 수 있도록 하였다(민법 제837조의2 제3항).

현 행	개 정 안
제837조의2(면접교섭권) ① 자(子)를 직접 양육하지 아니하는 부모의 일방과 자(子)는 상호 면접교섭할 수 있는 권리를 가진다. <신 설> ② 가정법원은 자의 복리를 위하여 필요한 때에는 당사자의 청구 또는 직권에 의하여 면접교섭을 제한하거나 배제할 수 있다.	제837조의2(면접교섭권) ① (현행과 같음) ② 자(子)를 직접 양육하지 아니하는 부모 일방의 직계존속은 그 부모 일방이 사망하였거나 질병, 외국거주, 그 밖에 불가피한 사정으로 자(子)를 면접교섭할 수 없는 경우 가정법원에 자(子)와의 면접교섭을 청구할 수 있다. 이 경우 가정법원은 자(子)의 의사(意思), 면접교섭을 청구한 사람과 자(子)의 관계, 청구의 동기, 그 밖의 사정을 참작하여야 한다. ③ ----- ----- 제한·배제·변경할 수 있다.

면접교섭권자 확대에 관한 민법개정안의 구체적인 내용과 이에 따른 후속법령의 개정 사항은 다음과 같다.

1. 개정안 민법 제837조의2의 구체적인 내용

1.1 비양육친의 직계존속의 면접교섭권: 민법 제837조의2 제2항

1.1.1 면접교섭권의 주체 및 요건: 제1문

1.1.1.1 면접교섭권 청구의 전제: 이혼

개정안은 ‘자를 직접 양육하지 아니하는 부모 일방의 직계존속’의 면접교섭권을 민법 제837조의2 제1항 다음 제2항으로 신설하였다. 면접교섭권에 관한 민법 제837조의2가 ‘제5절 이혼’에 위치하고 있으므로 제1항의 ‘자를 직접 양육하지 아니하는 부모’란 이혼 후 양육권을 가지지 않은 부모 일방이고,²³⁾ 따라서 개정안 제837조의2 제2항의 ‘자를

22) 신의진 의원 등 13인 민법 일부개정법률안(17269호)은 제19대 국회에서 임기만료폐기, 김삼화 의원 등 14인 민법 일부개정법률안(제996호)와 박범계 의원 등 10인 민법 일부개정법률안(제1569호)은 제20대 국회에서 대안반영폐기되었다.

23) 물론 면접교섭권은 협의이혼의 제도로 규정되었으나, 재판상 이혼에 준용되고(민법 제843조), 혼인의 취소의 경우에도 준용되며(민법 제824조의2), 인지에 의하여 부모 중 일방이 친권자가 되는 경우에도 준용된다(민법

직접 양육하지 아니하는 부모의 일방의 직계존속' 또한 조문의 위치상 제837조의2 제1항의 면접교섭권이 이혼 후 비양육친에게 인정되는 것과 동일하게 이혼 후 면접교섭권을 가졌던 비양육친의 직계존속으로 한정된다.²⁴⁾

비양육친의 직계존속의 면접교섭권은 부모의 친권 및 양육권, 각 가정의 자율성, 양육의 안정성 보호 등과 조화를 이루어야 하는 것으로 부모가 혼인 중이라면 자에 대한 공동 양육 상태이고 합리적인 관점에서 이러한 상황에서까지 그들에게 면접교섭권을 허용하는 것은 부모의 친권 및 양육권은 물론 각 가정의 자율성의 침해가 발생할 우려가 높다.²⁵⁾ 따라서 부모의 이혼을 전제한 예외적인 상황에서만 비양육친의 직계존속의 면접교섭권이 인정될 수 있도록 민법 제837조의2 제2항으로 삽입한 개정안의 태도는 타당하다.

다만, 위와 같이 해석할 경우 이혼 외 사망으로 혼인이 해소된 경우 비양육친의 직계존속에 면접교섭권을 인정할 수 있는지가 문제된다. 사망으로 혼인이 해소된 경우 애초에 자를 양육하지 아니하는 부모 일방의 존재가 발생할 수 없기 때문이다. 이혼으로 혼인이 해소된 후 비양육친이 사망한 경우에는 제2항에 따라 그 직계존속이 면접교섭을 청구할 수 있는 반면, 사망으로 혼인이 해소된 경우에는 사망한 부모 일방의 직계존속은 원칙적으로 제2항에 따른 면접교섭의 청구를 할 수 없다. 자의 부모 일방의 사망이라는 사실, 사망한 부모 일방의 직계존속과 자와의 유대관계를 비롯한 모든 상황들이 동일하고 이에 따라 비양육친의 직계존속의 면접교섭권을 인정할 만한 예외적인 사정이 존재한다고 가정할 때, 개정안은 부모 일방의 혼인 해소의 사유에 따라 면접교섭의 청구 가부를 달리하는 결론에 이르게 된다. 앞서 살펴본 서울가정법원 판결 또한 사망으로 혼인이 해소되었기 때문에 개정안이 시행된다 하더라도 청구인 A는 민법 제837조의2 제2항의 면접교섭청구권자에 포함되지 않게 되는 것이다. 따라서 개정안이 시행되더라도, 부모 일방의 사망을 이유로 혼인이 해소된 경우에 그 직계존속의 면접교섭권은 개정안 제837조의2 제2항을 유추적용 하여 인정될 수밖에 없을 것으로 판단된다.

제864조의2).

24) 면접교섭권 규정은 재판상 이혼과 혼인의 취소 또는 인지에 의하여 부모 중 일방이 친권자가 되는 경우에도 준용되고, 사실혼해소의 경우와 별거의 경우에도 유추적용 되는 것으로 보므로, 이로 인하여 면접교섭권이 인정된 부모 일방의 직계존속은 개정안 제837조의2 제2항의 면접교섭권을 청구할 수 있다고 보아야 할 것이다.

25) 같은 취지로, 김은아, 앞의 논문(주 13), 190쪽; 윤부찬, 앞의 논문(주 10), 529-530쪽; 현소혜, 앞의 논문(주 11), 24쪽.

1.1.1.2 면접교섭청구권의 주체: 비양육친의 직계존속

면접교섭권의 주체는 자를 직접 양육하지 아니하는 부모 일방의 직계존속이다. 앞서 김삼화 의원안의 경우 자의 직계존속 외에 자의 형제자매나 친족에게까지 면접교섭권의 주체가 확대되었으나, 개정안은 박범계 의원안과 동일하게 부모 일방의 직계존속만 면접교섭권의 주체로 규정하였다.

민법 제837조 제1항 및 제2항에 따른 자의 양육자 결정은 통상 부모 중 일방을 양육자로 정하고 있어 양육친과 비양육친이 확연하게 구별되며 그 비양육친의 직계존속에게 면접교섭권의 권리성이 인정될 수 있다. 다만, 부모가 공동양육을 원하고 그에 따르는 능력이 뒷받침된다면 공동양육도 이론상 가능하며 실무상 이혼 후의 공동양육이 인정되는 경우도 있는데,²⁶⁾ 이 경우 부모 쌍방 모두 자를 직접 양육하고 있으므로 ‘자를 직접 양육하지 아니하는 부모 일방’에는 부모 쌍방 모두 포함되지 않고, 따라서 그들의 직계존속에게도 제837조의2 제2항의 면접교섭권의 권리성은 인정되지 않는 것으로 봐야 한다.

한편, 민법 제837조의2 제2항의 면접교섭권을 청구할 수 있는 자로 비양육친의 직계존속만을 규정하고 있으므로 그 면접교섭의 상대인 자는 민법 제837조의2 제2항에 따라 비양육친의 직계존속을 상대로 그와의 면접교섭을 청구할 수 없다.

1.1.1.3 면접교섭 청구의 요건: 비양육친의 면접교섭이 불가능할 것

비양육친의 직계존속의 면접교섭권은 비양육친이 사망하였거나 질병, 외국거주, 그밖에 불가피한 사정으로 자를 면접교섭 할 수 없는 경우에 청구할 수 있는 것으로 비양육친의 면접교섭권에 대한 보충성을 가진다. 비양육친이 생존해 있고 면접교섭의 이행에 아무런 장애가 없는 경우라면 비양육친의 직계존속은 비양육친의 면접교섭이 이루어지는 기회에 면접교섭 할 수 있기 때문에 본인의 독자적인 면접교섭을 주장할 실익이 거의 없는 반면, 비양육친의 외국거주, 행방불명 등으로 실질적인 면접교섭이 이루어지지 못하는 경우라면 그의 독자적인 면접교섭권을 인정해야 할 필요가 있는 상황이 존재하기 때문이다. 또한, 면접교섭의 구체적인 방법으로 주로 자와 직접 만나는 것을 생각할 수 있으나 이 외에도 전화, 이메일 교환, 사진 전송, 화상 채팅 등 간접적인 방법으로도 면접교섭이 가능하므로 비양육친의 직계존속의 면접교섭권 청구 시 실질적으로 비양육친의 면접교섭권 행사가 불가능한 상태인지 여부가 판단되어야 한다.

한편, 개정안 제837조의2 제2항은 비양육친의 사망, 질병, 외국거주, 그밖에 불가피한

26) 대판 2012. 4. 13. 2011므4719

사정이라는 비양육친의 면접교섭이 불가능한 구체적인 예를 들고 있는데, ‘그밖에 불가피한 사정’에는 구치소, 교도소 등에 수감 중인 경우나 중환자실이나 정신병원 등에 장기입원 중인 경우를 예상해볼 수 있을 것이다. 개정안과 같이 구체적으로 열거하지 않는 경우, 비양육친의 직계존속의 무분별한 면접교섭청구를 막기 어렵고 이것은 양육친의 친권 및 양육권에 대한 부당한 간섭이나 방어소송 부담으로 이어질 수 있으므로 개정안은 타당하다고 판단된다.

그런데 여기에 ‘비양육친에게 면접교섭 제한·배제사유가 있는 때’가 포함될 수 있는지 여부가 문제될 수 있다. 비양육친에게 면접교섭 제한·배제 사유가 있어 면접교섭이 불가능한 경우에는 ‘그밖에 불가피한 사정’에 포함되지 않는다고 보아 그 비양육친의 직계존속은 면접교섭권을 청구할 수 없다고 봐야 할 것인지가 문제되는 것이다. 왜냐하면 면접교섭이 제한·배제된 비양육친의 직계존속에게 면접교섭을 인정하게 되면 그 면접교섭의 기회를 틈타 면접교섭이 제한·배제된 비양육친이 자와 접촉할 수 있어 사실상 비양육친의 면접교섭을 제한·배제한 목적을 달성할 수 없는 경우가 발생할 수 있기 때문이다.

가정법원은 비양육친의 면접교섭권의 행사가 구체적인 경우에 자의 복리를 침해하는 등 필요한 경우 기존의 면접교섭권을 제한·배제할 수 있다. 면접교섭권자인 비양육친의 자녀학대, 폭력의 행사, 면접교섭과정에서 자에게 의도적으로 부당한 영향을 미치는 경우, 장기간의 관계단절, 정당한 사유 없이 면접교섭조건의 변경, 자의 탈취의 우려가 있는 경우 등 여러 가지 제한·배제 사유가 존재할 것이다. 물론 면접교섭의 제한·배제에 대하여 ‘자의 복리’라는 추상적인 기준만을 규정하고 있기 때문에 실제 사안에서 면접교섭권이 제한·배제되는지 여부는 각 사안의 구체적 상황을 종합적으로 고려하여 개별적으로 결정되어야 한다.

이 중 특히, 비양육친의 학대나 폭력이 비양육친의 면접교섭 제한·배제 사유라면 비양육친의 직계존속의 면접교섭권 행사를 틈타 비양육친의 면접교섭이 사실상 행사될 수 위험이 크므로 비양육친의 직계존속의 면접교섭권 또한 결과적으로 인정되지 않는 것이 타당하다. 그러나 i) 위에서 언급하였듯이 비양육친의 면접교섭 제한·배제 사유는 자에 대한 학대, 폭력과 같은 현저한 비행 외에 여러 가지 사유가 존재할 수 있고, 실제로 면접교섭이 제한·배제되어야 하는가의 여부는 가정법원이 각 사안의 구체적 상황을 종합적으로 고려하여 개별적으로 결정하며, ii) 비양육친의 직계존속의 면접교섭권도 청구에 의해 가정법원이 인정 여부를 판단하게끔 규정하고 있으므로, 비양육친

이 그의 면접교섭권 제한·배제로 인하여 자를 면접교섭할 수 없는 경우가 바로 그 직계존속이 면접교섭권을 청구할 수 없는 사유가 될 수 없다고 봐야 한다.²⁷⁾ 비양육친의 면접교섭권 제한·배제로 인한 면접교섭권 행사의 불가능 또한 ‘그 밖에 불가피한 사정’에 일단 포함되는 것으로 보아 비양육친의 직계존속의 면접교섭권이 인정될지 여부는 가정법원에서 판단되어야 할 것이다.

1.1.2 면접교섭권 청구 시 가정법원의 참작사항: 제2문

비양육친의 직계존속을 면접교섭권자로 인정할 것인지 여부는 장래 그와 자 사이 지속적인 접촉 등을 유지하는 것이 타당한지 여부를 결정하는 문제로, 개정안 제837조의 2 제2항 제2문에서 가정법원이 자의 의사, 면접교섭을 청구한 사람과 자의 관계, 청구의 동기, 그 밖의 사정을 참작하여 결정하도록 하고 있다.

1.1.2.1 자의 의사

자의 의사는 자의 복리를 최상의 이념으로 삼고 있는 가족법에서 자의 복리에 부합하는지 여부를 판단할 수 있는 가장 중요한 요소라고 할 수 있다. 개정안은 비양육친의 직계존속과 자 사이 면접교섭권을 결정할 때에 보다 명확한 자의 의사를 파악하여야 할 필요가 있으므로 이를 제837조의 2 제2항 제2문에 명시적으로 규정하였다.²⁸⁾

자가 비양육친의 직계존속과의 면접교섭을 강하게 반발하는 경우, 면접교섭을 인정하는 것은 사실상 곤란할 것으로 예상되는데, 이는 특히 자의 연령이 높을수록 자의 복리에 반할 가능성도 높아질 것이다. 그러나 가정법원은 단순히 자가 비양육친의 직계존속과의 면접교섭권을 거부한다는 발언만으로 면접교섭 인정 여부를 판단해서는 안 되고, 자의 연령을 고려하여 그 진의 및 이유, 거부의 정도를 신중히 확인할 필요가 있다.

1.1.2.2 면접교섭을 청구한 사람과 자의 관계

개정안 제837조의 2 제2항 제2문에서 ‘면접교섭을 청구한 사람과 자의 관계’라고 규정하고 있지만, 제2항의 면접교섭권은 비양육친의 직계존속만이 청구할 수 있고, 청구권자인 비양육친의 직계존속이 그 면접교섭권을 행사하게 되므로 그들 사이에는 직계존속과

27) 진민희, 앞의 논문(주 12), 156쪽은 반대로 조부모의 면접교섭의 기회를 틈타 비양육친이 자녀와 접촉함으로써 사실상 법원의 면접교섭 배제결정이 유명무실해질 수 있으므로 비양육친에게 면접교섭 배제사유가 있는 경우에는 조부모의 독자적인 면접교섭권을 인정할 필요가 없다고 한다.

28) 물론, 가사소송규칙 제100조에 따라 비양육친의 직계존속의 면접교섭권 청구가 있는 경우에, 자가 13세 이상인 때에는, 가정법원은 심판에 앞서 그 자(子)의 의견을 들어야 한다는 규정이 마련되어 있다.

직계비속이라는 동일한 신분관계가 존재한다. 따라서 ‘면접교섭을 청구한 사람과 자의 관계’는 단순히 면접교섭을 청구한 사람과 자의 법률상 친족관계가 아닌 그들 사이에 유대 관계, 친밀도를 의미한다고 보아야 한다. 비양육친의 직계존속과 자 사이의 관계는 면접교섭의 실현에 있어 매우 중요한 참작사항으로, 그 관계의 정도는 과거 직계존속과 자의 교류의 유무 및 빈도, 동거 기간, 양육에 있어서의 물리적·정신적 지원 등으로 판단될 수 있다.

다만, 개정안이 비양육친의 직계존속의 면접교섭권을 비양육친이 면접교섭권을 행사할 수 없는 때 비양육친의 직계존속이 대신 면접교섭권을 행사하는 것으로 구성하였고, 앞서 소개한 발의안이나 외국 입법례와 달리 상당한 기간 동안의 양육을 요건으로 하고 있지 않으므로 상당한 기간의 양육 및 이를 통한 유대관계는 비양육친의 직계존속과 자 사이 관계의 정도를 뒷받침해주는 강력한 근거로 작용할 뿐이다. 비양육친의 직계존속이 상당한 동거 기간 동안 양육을 담당하고, 그로부터 자와의 사이에 강한 애착관계가 형성되어 있다면 그에게 면접교섭권을 인정하는 것이 자의 복리에 부합할 가능성이 높다.

1.1.2.3 청구의 동기

비양육친의 직계존속의 면접교섭권 청구의 동기는 최우선적으로 자의 복리를 위한 것이어야 한다. 비양육친의 직계존속의 행복추구권을 비롯한 헌법상 기본권을 보장받기 위한 동기가 개입되어서는 안 된다고 할 수는 없으나, 비양육친의 직계존속의 면접교섭권의 입법취지에 비추어 볼 때 자의 복리가 그들 사이의 면접교섭의 최우선적인 동기가 되어야 함은 분명하다.

1.1.2.4 그 밖의 사정

가정법원은 ‘그 밖의 사정’으로 i) 자의 연령 및 심리상태 및 현재 자의 양육 상황, 과거 비양육친과의 면접교섭에 대한 자의 태도, ii) 비양육친의 직계존속의 연령 및 건강상태 등 면접교섭의 적합성, 자에 대한 애정도, 향후 면접교섭의 계속성 및 안정성 유무, iii) 양육친의 의사, 재혼을 비롯한 양육친의 상황, iv) 양육친, 비양육친, 비양육친의 직계존속 3자 사이의 관계 등을 함께 종합적으로 참작할 수 있을 것이다. 가정법원은 비양육친의 직계존속의 면접교섭권 행사가 자의 복리를 해한다는 판단이 없는 한 자의 성장과 복지에 가장 도움이 되고 적합한 방향으로 면접교섭의 구체적인 실현방법을 정하여야 한다.

1.1.3 면접교섭의 결정 기준: 자의 복리

오늘날 가족법에서 최상의 이념은 ‘자의 복리’로 자와 관련된 모든 결정에서 자의 복리가 우선적으로 반드시 고려되어야 한다. 개정안은 ‘자의 복리’에 대하여 명시적으로 규정하지 않고 있지만 비양육친의 직계존속의 면접교섭권 또한 ‘자의 복리’를 최우선적으로 고려하여 결정되어야 할 것이다. 비양육친의 직계존속의 면접교섭권의 행사가 자의 보다 안정되고 유리한 성장환경에 보탬이 되고 자의 정서적·신체적 발달에 기여할 수 있어야 하며, 자의 복리를 해할 위험성이 없어야 함은 당연하다. 또한 비양육친의 직계존속의 면접교섭권 행사는 그 자체의 목적을 위하여 행해져야 하고, 다른 분쟁의 해결 수단으로 제공되거나 받아서는 안 되고, 양육친과 비양육친의 직계존속의 이해조정이 아닌 자의 복리가 최우선되어야 한다. 비양육친의 직계존속의 면접교섭권 역시 자의 복리를 해하지 않아야 한다는 내재적 한계를 지닌 권리로 봐야 할 것이다.

1.2 면접교섭권의 제한, 배제 및 변경: 제837조의2 제3항

부모의 면접교섭권에 관한 처분에 관해서 가정법원이 자의 복리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우 부·모·자 및 검사의 청구 또는 직권으로 면접교섭권을 변경할 수 있다(민법 제837조 제5항). 이에 맞추어 개정안 제837조의2 제3항은 면접교섭권의 제한·배제 외 추가로 면접교섭권의 변경을 규정하였다. 비양육친의 직계존속의 면접교섭권 또한 가정법원에서 그 구체적인 행사 방법이 결정된 후에 자의 복리를 위하여 이를 유연하게 수정할 수 있는 방법이 필요하다는 이유에서였다.²⁹⁾

비양육친의 직계존속의 면접교섭권을 제한·배제 또는 변경하기 위해서는 ‘자의 복리를 위하여 필요하다고 인정’되어야 한다. 비양육친의 직계존속의 면접교섭권이 제한·배제 또는 변경될 수 있는 사안은 크게 ① 비양육친의 직계존속에게 귀책사유가 있는 경우와 ② 그러한 사유가 없는 경우로 나누어 볼 수 있을 것이다. 전자의 경우 면접교섭권자인 비양육친의 직계존속의 면접교섭이 자의 보호·교양에 악영향을 끼치는 것으로 그의 비행이나 면접교섭권 행사시 부정행위를 포함, 자의 복리에 부합하는 방법으로

29) 민법 일부개정법률안(김삼화 의원 대표발의, 제996호) (박법계 의원 대표발의, 제1569호) 검토보고, 2016.

11. 앞서 살펴본 김삼화 의원안과 박법계 의원안에 대하여 법무부는 자의 복리를 위하여 가정법원이 직계존속의 면접교섭권을 변경할 수 있는 규정을 마련해야한다는 의견을 제시하였고 이것이 개정안에 반영된 것인데, 개정안 제837조의2 제3항이 면접교섭권의 변경을 추가하면서 ‘직계존속의 면접교섭권의 변경’으로 적시하지 않았다.

면접교섭이 이행되지 않거나 자의 의사를 존중하지 않아 오히려 자의 복리를 위태롭게 할 우려가 있는 경우가 해당할 수 있고, 이 경우 보통 면접교섭권의 제한·배제 심판을 청구할 것이다. 반면, 비양육친의 직계존속에게 귀책사유가 없는 경우 예컨대, 그의 질병, 노령 등 비양육친의 직계존속의 지위상 그가 고령화됨에 따라 기존의 면접교섭을 충분히 이행하기 어려워진 경우에는 면접교섭권의 변경을 청구하게 될 것으로 예상된다. 비양육친의 직계존속의 면접교섭권 변경은 자의 복리를 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 언제든지 변경될 수 있는 것이므로 면접교섭권 청구 당시 그 내용이 예상하지 못한 사정의 발생으로 변경이 불가피하게 되거나 애초의 면접교섭권의 내용 자체가 시간이 흐름에 따라 사정에 맞지 않는 경우 등도 포함될 것이다.

비양육친의 직계존속이 면접교섭권에 대한 변경이 필요한 경우 당사자인 비양육친의 직계존속과 양육친 상호간에 일방이 다른 일방을 상대로 그 변경을 청구하거나 가정법원의 직권에 의하여 그 변경이 가능하게 된다(가사소송규칙 제99조 제2항 2호).

2. 개정된 관련 후속 법령의 구체적인 내용

2.1 가사소송법³⁰⁾

현 행	개 정 안
제2조(가정법원의 관장 사항) ① 다음 각 호의 사항(이하 “가사사건”이라 한다)에 대한 심리(審理)와 재판은 가정법원의 전속관할(專屬管轄)로 한다. 2. 가사비송사건 나. 마류(類) 사건 3) 「민법」 제837조 및 제837조의2(같은 법 제843조에 따라 위 각 조항이 준용되는 경우 및 혼인의 취소 또는 인지를 원인으로 하는 경우를 포함한다)에 따른 자녀의 양육에 관한 처분과 그 변경, 면접교섭권(面接交涉權)의 제한 또는 배제	제2조(가정법원의 관장 사항) ① (현행과 같음) 2. 가사비송사건 나. 마류(類) 사건 3) ----- ----- ----- 면접교섭권(面接交涉權)의 처분 또는 제한·배제·변경

개정안 제837조의2 제2항 및 제3항에 따라 비양육친의 직계존속의 면접교섭권 청구 절차와 면접교섭권의 변경에 관한 사항을 가사소송법상 가사비송사건으로 처리하도록 가사소송법 제2조 제1항 제2호 마류사건에서 ‘면접교섭권(面接交涉權)의 처분 또는 제한·배제·변경’으로 개정하였다.

30) 가사소송법 [시행 2017.6.3.] [법률 제14278호, 2016.12.2, 타법개정]

2.2 가사소송규칙³¹⁾

현 행	개 정 안
<p>제99조(당사자) ① 자(子)의 양육에 관한 처분과 변경, 면접교섭권의 제한과 배제 및 친권자의 지정과 변경에 관한 심판은 부모중 일방이 다른 일방을 상대방으로 하여 청구하여야 한다.</p> <p>② 자(子)의 양육에 관한 처분과 변경 또는 친권자의 지정과 변경의 심판을 청구함에 있어, 부모 아닌 자가 자(子)를 양육하고 있을 때에는, 그 자를 공동상대방으로 하여 자(子)의 인도를 청구할 수 있다.</p> <p><신 설></p> <p>제100조(자의 의견의 청취) 제99조 제1항에 규정한 청구가 있는 경우에, 자(子)가 13세이상인 때에는, 가정법원은 심판에 앞서 그 자(子)의 의견을 들어야 한다. 다만, 자(子)의 의견을 들을 수 없거나 자(子)의 의견을 듣는 것이 오히려 자(子)의 복지를 해할만한 특별한 사정이 있다고 인정되는 때에는 그러하지 아니하다.</p>	<p>제99조(당사자) ① 자(子)의 양육에 관한 처분과 변경 및 친권자의 지정과 변경에 관한 심판은 부모중 일방이 다른 일방을 상대방으로 하여 청구하여야 한다.</p> <p>② 면접교섭권의 처분 또는 제한·배제·변경에 관한 심판은 다음 각 호의 자들 상호간에 일방이 다른 일방을 상대방으로 하여 청구하여야 한다.</p> <p>1. 부(父)와 모(母)</p> <p>2. 자를 직접 양육하지 아니하는 부(父) 또는 모(母)의 직계존속과 자를 직접 양육하는 부(父) 또는 모(母)</p> <p>③ 제1항의 심판을 청구함에 있어, 부모 아닌 자가 자(子)를 양육하고 있을 때에는, 그 자를 공동상대방으로 하여 자(子)의 인도를 청구할 수 있다.</p> <p>제100조(자의 의견의 청취) 제99조 제1항 및 제2항에 — _____ _____ _____ _____.</p>

친권자의 지정과 자의 양육에 관한 사건의 당사자 규정인 가사소송규칙 제99조에 면접교섭권의 처분 또는 제한·배제·변경에 관한 심판의 당사자를 위한 제2항이 신설되었다. 또한, 면접교섭권의 처분 또는 제한·배제·변경에 관한 제99조 제2항의 청구가 있을 때에도 자의 의견을 청취하도록 제101조에 제99조 제2항의 청구를 추가하였다.

IV. 면접교섭권자 확대에 관한 민법개정안의 검토

면접교섭권의 주체가 비양육친의 직계존속으로 확대됨에 따른 개정안 제837조의2의 내용과 그에 따라 개정된 후속 법령의 내용을 살펴보았다. 이하에서는 개정안의 검토를 통하여 면접교섭권제도가 나아갈 방향에 대하여 검토하고자 한다.

31) 가사소송규칙 [시행 2017.6.3.] [대법원규칙 제2715호, 2017.2.2, 일부개정]

1. 비양육친의 직계존속의 면접교섭권의 성립단계

1.1 면접교섭권의 법적 성질

민법상 면접교섭제도는 1990년 민법 일부개정으로 제837조의2에 이에 관한 규정이 신설됨으로써 도입되었다. 면접교섭제도에 관한 민법 제837조의2는 이후 2차례 개정되어, 현재 동조 제1항은 면접교섭권을 ‘자를 직접 양육하지 아니하는 부모의 일방과 자가 상호 면접교섭 할 수 있는 권리’라고 규정하고 있다.

중전 면접교섭권은 ‘자를 직접 양육하지 아니하는 부모 중 일방’만이 면접교섭권을 가진다고 규정함으로써 면접교섭권을 부모의 권리로만 볼 것인지, 자의 권리로만 볼 것인지, 아니면 부모의 권리임과 동시에 자의 권리로 이해할 것인지에 대한 학설간 대립이 있었다. 그러나 2007년 민법 일부개정으로 ‘자(子)를 직접 양육하지 아니하는 부모의 일방과 자(子)는 상호 면접교섭 할 수 있는 권리를 가진다.’고 규정하고 있으므로 면접교섭권은 부모의 권리임과 동시에 자의 권리로 이해하는 것이 타당하다.

그러나 이번 2016년 민법 일부개정으로 제837조의2 제2항에 비양육친의 직계존속의 면접교섭권이 별도로 규정됨으로써 면접교섭권은 더 이상 부모와 자만의 권리가 아니다. 개정안의 시행으로 면접교섭권은 비양육친의 직계존속과 자 사이에 행해질 수 있으므로 면접교섭권의 법적 성질은 비양육친과 자, 그리고 비양육친의 직계존속과 자 사이 각 면접교섭권의 주체에 따라 개별적으로 그 성질이 결정되어야 될 것이다. 개정안 제837조의2 제2항에 따른 비양육친의 직계존속의 면접교섭권은 혈연관계에 근거한 자와의 유대관계를 기초로 하는 자연권적 성격을 가진 독자적인 권리지만, 문언 상 비양육친의 면접교섭권이 행사될 수 없는 경우 보충적으로 인정될 수 있고 자의 복리에 반해서는 안 된다는 내재적 한계를 지닌 권리로 볼 수 있을 것이다.

1.2 면접교섭권 주체의 확대

개정안은 비양육친의 직계존속이라는 법적 신분관계가 존재하는 사람에게만 면접교섭권을 청구할 수 있도록, 소위 자의 조부모에게만 면접교섭권의 권리성을 인정한다. 면접교섭권의 주체가 면접교섭권을 행사하지 못하는 비양육친의 직계존속으로 한정되어 있어, 자와의 유대관계의 정도가 상대적으로 낮을 것으로 예상되는 사람이 면접교섭

을 청구함으로써 발생할 수 있는 법적 분쟁의 가능성은 현저히 감소한다는 점에서 자의 복리에 부합하는 측면이 있다.

그러나 개정안이 ‘비양육친이 직접 면접교섭권을 행사할 수 없는 경우’와 ‘그 비양육친의 직계존속’이라는 2종의 요건을 충족시킨 경우 면접교섭권의 주체가 될 수 있도록 규정한 것은 근본적인 면접교섭권의 성질과 그 목적을 다소 간과한 결과로 판단된다. 자는 안정되고 계속성 있는 양육 상황에 놓일 때 그들의 정상적인 성장과 발달을 기대할 수 있는 것이고, 따라서 부모의 이혼으로 기존에 유지되어 왔던 양육 상황이 단절된다면 그 자체가 자의 복리에 해가 되므로, 이러한 종전 양육 상황에서의 양육친 일방을 상실한 것에 대한 보상으로 면접교섭권이 인정된다고 볼 수 있다. 이러한 면접교섭권의 성질 및 목적에 비추어 볼 때, 결국 면접교섭권은 기존에 자를 둘러싼 양육 상황에서 이미 생성되어 유지되고 있는 유대관계와 그 유대관계의 대상이 존중되어야 함은 당연하다. 그럼에도 불구하고 개정안은 면접교섭권을 인정할 수 있는 주체로 면접교섭권을 행사할 수 없는 비양육친의 직계존속으로 한정하였고, 면접교섭권으로 보호되어야 할 계속성 있는 유대관계는 면접교섭권 인정을 위한 참작사항으로 고려될 뿐이다. 개정안은 기존의 양육 상황에서 자에게 유지되어야 할 유대관계와 그 대상이 무엇인지, 그 유대관계를 면접교섭권이라는 법적 권리로 보호할 필요성이 있는지 ‘자의 복리’를 최우선적 기준으로 하여 판단하려 하지 않는다. 개정안은 오로지 비양육친의 면접교섭권 행사 여부를 기준으로 그의 직계존속에겐 권리성을 인정함으로써 자의 복리보다는 전형적인 혈연관계 중심의 사고에서 탈피하지 못하였다는 점, 나아가 자의 복리를 위하여 법적으로 보호될 필요성이 있는 다양한 양육 상황에 기한 유대관계에 대한 고려가 턱없이 부족하다는 점에서 비판의 여지가 있고 과연 개정안의 면접교섭권의 행사로 자의 복리가 얼마나 실현될 수 있을지 의문이다.

현행 독일민법은 제1685조는 조부모와 형제자매는 자의 복리에 기여하는 때에는 자와 면접교섭 할 권리가 있으며(제1항), 마찬가지로 아동과 밀접한 관계에 있는 자로서 아동에 대해 사실상의 책임을 담당하고 있거나 담당했던 경우(sozial-familiäre Beziehung)에는 면접교섭권을 인정하고 특히, 아동과 오랜 기간 가정에서 공동생활을 한 자는 원칙적으로 아동에 대한 사실상의 책임을 담당하는 것으로 추정하고 있다(제2항). 즉, 현재 독일에서는 조부모와 형제자매는 면접교섭권은 제한 없이 인정되고 있으며, 사회적 친자관계를 형성한 계부모, 위탁부모, 혼인 외 자를 인지하지 않은 생물학적 부모 등도 면접교섭권이 인정될 수 있게 되었다.³²⁾ 또한, 친양자입양에 의해 종래의 친족관계가 소멸된 입양

전 친족들 또한 사회적 친족관계가 유지되고 있다면 면접교섭권을 가질 수 있게 된다.³³⁾

영국에서의 면접교섭권에 관한 법적 근거는 1989년 아동법(Children Act 1989)에서 찾을 수 있는데, 제10조 제4항과 제5항에서 배치명령(arrangements order³⁴⁾)의 신청권자를 규정하고 있다. 이에 따르면 ① 아동의 부모, 후견인 또는 특정후견인[제10조 제4항 (a)], ② 혼외자에 대해 부로 등록되어 친권을 갖게 된 자[제10조 제4항 (aa)], ③ 아동에 대해 배치명령을 받은 자[제10조 제4항 (b)]를 비롯하여, ④ 아동과 가족관계에 있는 사람과 혼외관계에 있는 (혹은 있었던) 자[제10조 제5항 (a)], ⑤ 아동과 가족관계에 있는 사람과 생활동반자 관계에 있는 (혹은 있었던) 자[제10조 제5항 (aa)], ⑥ 아동과 적어도 3년 이상 동거한 자[제10조 제5항 (b)], ⑦ 아동이 누구와 살 것인지 또는 언제 누군가와 살 것인지에 관한 배치명령 중인 경우 아동이 누구와 같이 살 것인지의 배치명령을 부여받은 사람으로부터 동의를 받은 자[제10조 제5항 (c)(i)], ⑧ 아동이 시설보호 중인 경우 보호 중인 지방자치단체로부터 동의를 받은 자[제10조 제5항 (c)(ii)], ⑨ 아동의 친권자로부터 동의를 받은 자[제10조 제5항 (c)(iii)]는 누구라도 법원에 배치명령을 신청할 수 있는데, 5항에서 규정된 자들은 신청권자로서의 적격성이 판단된다(동법 제10조 제9항³⁵⁾). 즉, 현재 영국에서는 계부모는 명시적으로 배치명령 신청권자에 해당되고, 나머지 조부모나 형제자매를 비롯한 모든 사람은 3년이라는 동거기간³⁶⁾이 충족되면 적격성 여부 심사 후 배치명령을 부여받을 수 있어 면접교섭권자의 범위가 매우 넓다고 하겠다.

현행 프랑스 민법 제371조의4 제1항도 자에게 존속(ascendants)과 개인적인 관계

32) Höfelmann, Das neue Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes, FamRZ 2004, 745, 747 f; Peshel-Guzeit, Stiefkinder und ihre Familien in Deutschland – Rechtlicher Status und tatsächliche Situation, FPR 2004, 47.

33) MünchKomm/Hennemann, 6. Aufl., 2012, §1685 Rn. 6 f, 8; Theurer, Das Umgangsrecht von Großeltern und anderen Bezugspersonen, MDR 2005, 250 ff.

34) 1989년 아동법 제8조 제1항에서 배치명령에 대하여 “아동이 누구와, 언제 살고, 시간을 보내고, 면접교류할 수 있는지와 관련된 배치를 조정하는 명령”으로 정의하고 있다. 배치명령은 2014 아동과 가족에 관한 법에서 소개된 개념으로 기존의 면접교류명령(contact order)과 거주명령(residence order)를 대체하는데, 이에 따르면 아동이 누구와 살지, 누구와 면접교섭 할 것인지를 결정하는 것으로 가장 우선적으로 고려하는 것은 자의 복리이다.

35) 법원은 ① 제기된 신청의 성질, ② 신청인과 아동 관계 정도, ③ 신청을 인용할 경우 아동의 생활에 혼란을 초래할 우려, ④ 아동이 시설보호중인 경우 아동의 장래를 위한 지방자치단체의 계획 및 아동의 부모의 희망과 감정 등을 고려하여 당사자의 적격성을 심사한다.

36) 3년이라는 동거기간에 대하여, 아동법 제10조 (10)에서 “이 기간은 계속될 것을 요구하지 않으나 신청하기 전 적어도 5년 전에 시작되었거나 3개월 이 전에 종료되었어야 한다”고 규정하고 있다.

(relations personnelles)를 유지할 권리가 있고, 다만 중대한 사유가 없는 한 방해받을 수 없는 것으로 규정하고 있다.³⁷⁾ 즉, 직계존속과 아동은 모두 면접교섭권의 주체에 포함된다. 또한, 자의 이익에 적합하다면 제3자에게도 가정법원의 심판에 의해 면접교섭권이 인정될 수 있는데(동조 제2항), 제3자의 면접교섭권을 결정하는 기준은 별다른 요건 없이 오로지 자의 이익으로, 제3자가 면접교섭의 권리성을 인정받기 용이하다 할 것이다.

독일, 영국 및 프랑스와 같이 대부분 외국의 입법례들은 자의 직계존속 나아가 제3자의 면접교섭권까지 널리 인정하여 면접교섭권에 있어 제3자의 권리성을 유연하게 인정하고자 한다. 이는 자의 복리가 가족법의 최상의 이념으로 모든 상황에 있어 최우선적으로 고려되어야 하는 기준이며, 더 이상 자의 양육이 친권자인 부모에 의해서만 이루어지지 않는다는 인식의 전환에 따른 결과라 하겠다. 비록 개정안이 자의 비양육친의 직계존속에겐 면접교섭권의 권리성을 인정하여 비교적 면접교섭권 확대에 있어 소극적이거나, 추후 외국의 입법례와 같이 자와 상당한 동거기간이 존재하거나 그 기간 동안 실질적으로 자를 양육하는 등 그들 사이에 면접교섭권으로 보호해야 할 유대관계가 있는 경우 자의 복리를 위하여 이를 인정하는 방향으로 개정해야 할 것이고, 프랑스의 경우와 같이 자도 비양육친의 직계존속 등 제3자와의 면접교섭권에 있어서 그 주체로서의 지위를 인정하는 것이 타당하다고 생각된다.³⁸⁾

2. 비양육친의 직계존속의 면접교섭권의 행사단계

2.1 비양육친의 직계존속의 면접교섭권의 정도

보통 이혼재판에서 면접교섭권은 부모 및 자의 의사, 자의 연령 및 성별, 기존의 양육 상황 등을 고려하여 각 사안마다 탄력적으로 적용되는데, 비양육친의 직계존속의 면접교섭권이 비양육친의 면접교섭권과 동일한 수준에서 인정되어야 하는지 여부가 논의될 수 있다. 개정안에 따라 비양육친의 직계존속에겐 면접교섭권이 인정되는 것은 부모

37) 이에 관한 구체적인 내용은, 박민희, 앞의 논문(주 14), 185-201쪽 참고

38) 반면, 이에 대하여 현소혜, 앞의 논문(주 11), 23-24쪽은 ‘아동의 면접교섭권을 인정하는 실익은 아동과 그의 친권자가 모두 조부모 등과의 면접교섭을 원하고 있음에도 불구하고 조부모 등이 이를 거부하는 경우로 한정된다. 하지만 부모의 친권이 권리이자 의무인 것(민법 제913조)에 반해, 조부모 기타 제3자가 아동과 교류하고자 하는 욕구는 권리일 뿐 의무가 될 수 없다. 그렇다면 아동의 면접교섭권을 이를 인정하더라도 결국 강제이행이 불가능한 종류의 권리가 될 뿐이다. 그러므로 아동의 면접교섭권을 별도로 인정할 필요는 없을 것이다.’고 한다.

의 제3자에게 면접교섭권이 인정되는 것으로 시기, 장소, 횟수, 빈도, 방법 등 면접교섭권의 내용을 정하는 것은 양육친과 비양육친의 직계존속, 자 모두에게 중요한 문제이기 때문이다.

개정안이 비양육친의 직계존속의 면접교섭권을 비양육친의 면접교섭권을 갈음하는 것으로 정하였음을 고려할 때, 비양육친과 자 사이 이루어지는 면접교섭의 형태보다는 조금 더 제한을 두는 것이 양육친의 자에 대한 친권 및 양육권의 제약을 줄이고 양육상황의 안정성을 유지하는데 바람직할 것으로 판단된다. 추후 비양육친의 직계존속의 면접교섭권이 잘 이행되어 자의 복리에 부합하는 것으로 판단되면 개정안 제837조의2 제3항의 면접교섭권 변경을 통해 면접교섭의 정도를 단계적으로 확대하면 될 것이다. 또한, 면접교섭의 시기, 장소, 횟수, 빈도, 방법 등 면접교섭권의 구체적 실행에 관한 사항들은 부모가 아닌 직계존속의 면접교섭권이므로 이 모든 사항들이 양육친과 비양육친의 직계존속 사이에 명확해야만 추후 분쟁 가능성이 감소할 것이다. 앞서 서울가정법원 2016. 2. 11. 자 2015ㄴ단5586 결정에서 사건본인 C의 나이, 거주 지역, 현재의 양육 상황, 청구인 A와 상대방 B의 나이 및 면접교섭을 위한 이동의 용이성, 사건본인 C의 양육을 둘러싼 갈등 및 그동안의 경위 등 사건 기록과 심문과정에 나타난 제반 사정을 감안하여 조부모 자신이 책임질 수 있는 장소에서 매월 첫째, 셋째 일요일 12:00부터 같은 날 20:00까지 사건본인 C와 면접·교섭할 수 있다고 정하고 있음은 참고할 만하다. 마지막으로 비양육친의 직계존속의 면접교섭권 청구 시 가정법원은 판결보다 가능한 조정으로 구체적인 일자나 방법 등을 정하도록 권유하는 것이 자의 복리를 위하여 더 타당할 것으로 생각된다.

2.2 비양육친의 면접교섭권과의 병존

개정안은 비양육친이 면접교섭권을 행사할 수 없는 경우에 그의 직계존속에게 면접교섭권을 청구할 수 있도록 규정하고 있으므로 해석상 비양육친의 면접교섭권과 비양육친의 직계존속의 면접교섭권이 충돌되는 문제는 발생하지 않는다.

그러나 사망 외 다른 사유로 비양육친이 사실상 면접교섭권을 행사할 수 없어 비양육친의 직계존속에게 개정안 제837조의2 제2항에 따른 면접교섭권이 인정되어 그가 면접교섭권을 행사하고 있는 중, 비양육친의 면접교섭 행사 장애사유가 제거되어 비양육친이 면접교섭권을 재개하는 경우를 생각해볼 수 있다. 이 때 비양육친의 직계존속의 면접

교섭권은 비양육친의 면접교섭권에 대한 보충적 지위에 따라 당연 소멸되는가?

일단, 비양육친의 면접교섭권은 ① 현행 민법상 면접교섭권의 상실 내지 소멸, 종료에 대하여 별도로 규정하고 있지 않아 비양육친이 장기간 행사하지 않았다 하여 그 권리가 상실 내지 소멸될 수 없으며, ② 비양육친의 직계존속이 면접교섭권을 청구할 때 가정법원은 사실상 비양육친의 면접교섭권 행사 불가능한 경우를 판단하는 것이지 그 권리 자체의 상실이나 소멸을 결정하지 않으므로 비양육친은 면접교섭권은 여전히 존재한다고 봐야 한다.

다음으로 비양육친의 직계존속의 면접교섭권은 비양육친의 면접교섭권 재개로 당연 소멸한다는 견해와 당연 소멸되지 않는다는 견해로 나뉘어 생각해 볼 수 있다. 먼저, 개정안이 제1항에서 비양육친의 면접교섭권이 항시 그 권리성이 인정되는 것과 달리 제2항의 비양육친의 직계존속의 면접교섭권은 비양육친의 면접교섭권이 행사될 수 없는 경우에 보충적으로 행사될 수 있다고 규정함으로써, ① 제1항에 따른 비양육친의 면접교섭권과 제2항에 따른 비양육친의 직계존속의 면접교섭권은 동등한 위치에 있다고 볼 수 없으며, ② 2개의 면접교섭권이 동시에 자에게 행사되는 것을 예상하지 않았고, ③ 이에 따라 자에 대한 면접교섭권의 총량이 증가되는 것으로 구상하지 않음은 틀림없다.³⁹⁾ 따라서 개정안의 이와 같은 취지를 고려한다면 비양육친의 직계존속의 면접교섭권은 비양육친의 면접교섭권 재개 시 당연 소멸된다고 볼 수 있다. 그러나 개정안 제837조의2는 면접교섭권의 제한·배제·변경에 대하여만 규정하고 있을 뿐 상실 내지 소멸, 종료에 대하여 별도로 규정하고 있지 않으므로 비양육친이 면접교섭권을 재개하였다는 사실만으로는 비양육친의 직계존속의 면접교섭권 또한 당연 소멸 또는 종료한다고 볼 수 없다.

따라서 비양육친의 면접교섭권과 비양육친의 직계존속의 면접교섭권이 병존하는 의도치 않은 상황이 발생할 수 있고, 이처럼 의도치 않게 비양육친의 면접교섭권과 비양육친의 직계존속의 면접교섭권이 병존하여 면접교섭권 행사에 다툼이 발생하는 경우 개정안 제837조의2 제3항에 따라 2개의 면접교섭권의 행사로 양육권을 침해받는 양육친이 비양육친 또는 비양육친의 직계존속을 상대방으로 하여 가정법원에 면접교섭권의 제한·배제·변경을 청구할 수밖에 없을 것으로 보인다.

39) 물론 2개의 면접교섭권이 행사되는 것에 대하여 양육친을 비롯한 면접교섭권의 이해관계인들 사이 아무런 다툼이 없다면 자의 복리를 위하여 2개의 면접교섭권이 모두 행사되어도 무방할 것이다.

2.3 면접교섭권 인정 후 일반입양의 성립

자가 민법상 일반입양의 양자로 입양된 경우에는 그 자는 친생부모의 친권을 벗어나서 양부모의 친권에 따르나(민법 제909조 제1항), 양자의 입양 전의 친족관계는 그대로 유지된다(민법 제992조의2 제2항). 만약 비양육친의 직계존속의 면접교섭권이 행사되고 있는 중 자의 일반입양이 성립된 경우, 비양육친의 직계존속이 면접교섭을 계속 행사할 수 있을지 문제될 수 있다. 왜냐하면 민법상 일반입양의 효과에 따라 기존의 친족관계가 단절되지 않아 비양육친의 직계존속은 그 지위를 유지, 개정안의 면접교섭권을 청구할 수 있는 주체로 여전히 그 요건을 충족하기 때문이다.

이 문제를 검토하기 전에, 우선 비양육친의 면접교섭권이 행사되고 있는 중 자의 일반입양이 성립된 경우 친생부모인 비양육친의 면접교섭권의 행사 여부에 대하여 살펴볼 필요가 있다. 민법상 일반입양의 경우, ① 양자의 입양 전의 친족관계는 그대로 유지되어 일반양자에게 양부모와 친생부모 모두 법률상 부모라는 점, ② 이미 협의나 가정법원에 의하여 정해진 면접교섭권의 행사를 입양의 성립이라는 사정에 의해 소멸 또는 종료한다고 보는 것은 비양육친에게 가혹하다는 점, ③ 친생부모인 비양육친과의 면접교섭권의 계속적인 행사가 오히려 자의 복리에 부합할 수 있다는 점을 생각해보면 비양육친의 면접교섭권이 계속 행사되고, 일반입양의 성립에 의해 소멸되지 않는다고 보는 것이 타당할 수 있는 반면, 비양육친의 면접교섭권과 일반입양 양부모가 있는 경우에는 친생부모는 면접교섭권을 행사하기 어렵다고 보는 것이 양자제도의 원리에 부합하는 길이라 볼 수도 있다.

동일한 맥락에서, 비양육친의 직계존속의 면접교섭권 또한 ① 양자의 입양 전의 친족관계는 그대로 유지되므로 비양육친의 직계존속은 여전히 개정안 제837조의2 제2항의 면접교섭권자로서의 지위를 유지하고 있다는 점, ② 이미 가정법원에 의하여 정해진 면접교섭권의 행사를 입양의 성립이라는 사정에 의해 소멸 또는 종료한다고 보는 것은 비양육친의 직계존속에게 가혹하다는 점, ③ 비양육친의 직계존속과의 면접교섭권의 계속적인 행사가 오히려 자의 복리에 부합할 수 있다는 점을 생각해보면 비양육친의 직계존속의 면접교섭권은 계속 행사되고, 일반입양의 성립에 의해 소멸되거나 종료되지 않는다고 봐야 하나. 일반입양 양부모가 있는 경우에는 친생부모의 직계존속은 면접교섭권을 행사하기 어렵다고 보는 것이 양자제도의 원리에 부합하는 길이라 볼 수도 있다.

결국 이는 민법상 일반입양이 성립된 가정의 자율성과 양부모의 친권 및 양육권을

우선적으로 보호할 것인지 계속되고 있는 면접교섭권을 보호할 것인지 문제로 귀착된다.

일반입양의 양부모는 비양육친의 직계존속의 면접교섭권 행사가 자의 복리에 부합하지 않는다고 판단되는 경우 개정안 제837조의2 제3항에 따라 비양육친의 직계존속을 상대방으로 하여 가정법원에 면접교섭권의 제한·배제·변경을 청구하는 방법이 마련되어 있긴 하다.

2.4 면접교섭권 인정 후 친양자 입양의 성립

친양자는 마치 양부모의 가정에서 출생한 친생자와 같은 신분을 가지게 되고, 입양전의 친족관계는 종료하는 것이 원칙이다(민법 제908조의3 제2항). 친양자 입양이 성립하면 친양자 부모는 입양한 자와 함께 그 가정의 완전성을 갖추게 되고 그들 가정의 자율성은 최대한 존중되어야 하므로, 그 가족구성원 외 제3자의 개입은 친양자 부모의 친권 및 양육권에 대한 과도한 침해임이 분명하다.

그러나 만약, 개정안 제837조의2 제2항에 따라 비양육친의 직계존속의 면접교섭권이 행사되고 있는 중 자의 친양자 입양이 성립된 경우 비양육친의 직계존속이 면접교섭권을 계속 행사할 수 있는지 문제될 수 있다. 이 문제 또한 우선 비양육친의 면접교섭권이 행사되고 있는 중 자의 친양자 입양이 성립된 경우를 살펴보면, 친양자 입양에서는 친생부모와의 관계가 완전히 단절되므로 면접교섭권도 인정되지 않는다고 봐야 타당하다.

동일한 맥락에서 비양육친의 직계존속의 면접교섭권을 검토해보면 먼저, 3년 이상 혼인 중인 부부로서 공동으로 입양하는 경우라면 ① 새롭게 완성된 친양자 입양가정의 자율성을 보장할 필요성이 매우 크고, ② 친양자 입양으로 인하여 친족관계가 단절되었으므로 비양육친에 갈음하여 보충적으로 인정되는 비양육친의 직계존속의 면접교섭권의 법적 성격상 그 권리는 자동적으로 소멸된다고 해석하는 것이 타당할 것으로 생각된다. 또한, 1년 이상 혼인 중인 부부의 일방이 그 배우자의 친생자를 친양자로 하는 경우, 즉 이혼 후 비양육친의 직계존속이 면접교섭을 행사하고 있는 중 그 자와 양육친의 재혼배우자 사이 친양자 입양이 성립한 경우에도 동일한 이유로 비양육친의 직계존속의 면접교섭권의 법적 성격상 그 권리는 자동적으로 소멸된다고 해석하는 것이 타당할 것이다.

결국 친양자 입양의 경우 또한 민법상 일반입양과 마찬가지로 친양자 입양이 성립된 가정의 자율성과 양부모의 친권 및 양육권을 우선적으로 보호할 것인지 계속되고 있는

면접교섭권을 보호할 것인지의 문제로 귀착되나, 개정안 제837조의2가 비양육친의 직계존속에게만 면접교섭권을 인정하고 있어 기존의 친족관계가 단절되는 친양자 입양의 효과로 인하여 일반입양에서와 달리 그들의 면접교섭권은 자동적으로 소멸된다고 보는 것이 타당하다.

구체적 사안에서 비양육친의 직계존속에게 면접교섭권이 인정되어 있다면, 가정법원은 친양자 입양 허가 시 제837조의2 제2항의 면접교섭권에 대하여 자의 의견을 청취하고, 친양자가 될 사람의 친생부모의 사망 그 밖의 사유로 의견을 들을 수 없는 경우 최근친 직계존속의 의견도 듣도록 규정하고 있는바 이 최근친 직계존속은 제837조의2 제2항의 면접교섭을 인정받은 직계존속과 동일할 가능성이 높으므로 친양자 입양에 관한 의견 외에 행사되고 있는 면접교섭권에 대한 의견도 함께 들어 친양자 입양 허가와 면접교섭권이 조화되는 접점을 찾아야 할 것이다.

3. 비양육친의 직계존속의 면접교섭권의 종료단계

현행 민법과 개정안은 제837조의2의 면접교섭권에 대한 종료 사유에 대하여 별도로 규정하고 있지 않다. 면접교섭권 또한 미성년인 자의 신상양육에 관한 것이므로 친권 및 후견과 동일하게 자가 사망하거나 성년이 된 경우 절대적으로 소멸하며, 면접교섭권자인 비양육친이나 비양육친의 직계존속이 사망하는 등의 경우에는 상대적으로 소멸한다고 볼 것이다.

다만, 이와 같이 명백하게 면접교섭권이 소멸하는 경우를 제외하고 앞서 면접교섭권의 행사단계에서 언급한 비양육친의 직계존속의 면접교섭권과 비양육친의 면접교섭권이 병존하는 경우(IV.2.2), 비양육친의 직계존속의 면접교섭권 인정 후 자에게 일반입양이 성립된 경우(IV.2.3), 비양육친의 직계존속의 면접교섭권 인정 후 자에게 친양자 입양이 성립된 경우(IV.2.4)에 각 면접교섭권이 종료되는지 여부에 대한 해석상 논란이 발생할 수 있다. 따라서 각 경우 비양육친의 직계존속의 면접교섭권이 종료되는 것인지, 종료된다고 보는 것이 타당하다면 이를 위한 별도의 규정이 필요한지 검토하고자 한다.

먼저, 비양육친의 직계존속의 면접교섭권과 비양육친의 면접교섭권이 병존하는 경우(IV.2.2)에는 비양육친의 면접교섭권 행사가 사실상 다시 가능하게 되었다고 할지라도, ① 이는 사실상 면접교섭권이 행사되고 있는 것일 뿐이어서 비양육친의 직계존속의 면접교섭권이 당연 소멸된다고 볼 수 없으며, ② 비양육친의 면접교섭권이 항상 더 우월

하게 보호될 가치가 있다고 볼 수 없고 ③ 결국 분쟁이 발생한 사안에서 누구의 면접교섭권이 자의 복리에 부합하는지 여부를 판단하여 결정되는 것이 타당할 것으로 생각된다. 따라서 2개의 면접교섭권이 병존한다고 하여 개정안 제837조의2 제2항의 비양육친의 직계존속의 면접교섭권이 당연 소멸한다고 볼 수 없고, 굳이 ‘비양육친이 면접교섭권을 다시 행사할 수 있게 된 때’를 비양육친의 직계존속의 면접교섭권 소멸 사유로 규정하여 비양육친의 면접교섭권을 우선적으로 보호해야 할 필요성도 낮다고 생각한다.⁴⁰⁾

비양육친의 직계존속과 자 사이 면접교섭권이 인정된 후 자의 일반입양이 성립된 경우(IV.2.3)를 살펴보면, 일반입양의 경우 기존의 친족관계가 단절되지 않아 비양육친의 직계존속 지위가 유지되므로 비양육친의 면접교섭권은 당연 소멸된다고 볼 수 없다. 그러나 ① 민법상 일반입양이 성립된 가정의 자율성과 양부모의 친권 및 양육권은 민법상 양자제도의 취지를 고려할 때 비양육친의 직계존속의 면접교섭권보다 우선적으로 보호할 필요가 있다고 판단되고, ② 여전히 비양육친의 직계존속은 그 친족관계를 유지하고 있으나 필요한 경우 개정안 제837조의2 제2항의 면접교섭권을 다시 청구할 수도 있으므로, 일반입양이 성립된 때 비양육친의 직계존속의 면접교섭권은 일단 소멸된다고 보는 것이 타당하며, 이를 위한 명시적인 규정이 마련되어야 할 것으로 판단된다.

반면, 비양육친의 직계존속과 자 사이 면접교섭권이 인정된 후 자의 친양자 입양이 성립된 경우(IV.2.4)는 ① 민법상 친양자제도의 취지를 고려할 때 친양자 가정의 자율성은 강하게 보호될 필요가 있고 ② 친양자 입양으로 인하여 친족관계가 단절되어 더 이상 비양육친의 직계존속은 그 지위를 유지하지 못하므로 비양육친의 직계존속의 면접교섭권은 자동적으로 소멸된다고 해석하는 것이 타당하다.⁴¹⁾ 이와 같이 친양자 입양이

40) 앞서 언급한 바와 같이 2개의 면접교섭권의 행사로 양육권을 침해받는 양육친이 비양육친 또는 비양육친의 직계존속을 상대방으로 하여 가정법원에 면접교섭권의 제한·배제·변경을 청구할 수밖에 없으므로, 비양육친과 비양육친의 직계존속 사이 면접교섭권의 제한·배제·변경을 청구할 수 있도록 하는 방안에 대해서 검토할 필요가 있다. 이에 대하여는 IV.4.2에서 다시 논의하고자 한다.

41) 비양육친의 직계존속의 면접교섭권이 자동적으로 소멸되고, 이후 일반입양과 같이 제837조의2 제2항의 면접교섭권을 다시 청구할 수 없는 것은 개정안이 ‘직계존속’이라는 신분상 지위를 면접교섭권의 요건으로 삼고 있어 불가피한 결과라 하겠다. 이로 인하여 특히, 재혼배우자의 친생자를 친양자로 하는 경우, 민법 제908조의 2는 1년 이상의 혼인기간을 요구하고 있어 양육친의 혼인과 동시에 자는 가족공동생활을 시작하는 것이 보통이고, 이에 따라 친양자 입양이 성립되기 전 최소한 1년의 기간 동안에는 양육친이 별도의 제3항에 따른 면접교섭권의 제한·배제·변경을 청구하지 않은 이상 비양육친의 직계존속의 면접교섭권은 행사되었을 것인데, 과연 이후 친양자 입양이 성립되었다는 이유로 비양육친의 직계존속의 면접교섭권이 자동적으로 소멸된다고 보는 것이 구체적 사안에서 자의 복리에 부합할지 의문이다. 이와 같이 비록 친양자 입양 성립으로 인한 비양육친의 직계존속의 면접교섭권의 당연 소멸이 개별 사안에서 자의 복리에 부합하지 않을 수 있지만, 현재 개정안이 면접교섭권의 권리성을 비양육친의 직계존속으로 지극히 제한적으로 인정하기 때문으로

성립한 경우 비양육친의 직계존속의 면접교섭권은 자동적으로 소멸한다고 보는 것이 타당하나 이를 명확하게 하기 위한 확인적 규정을 마련하는 것이 추후 분쟁 예방 차원에서 나올 것으로 생각된다.

현행 민법상 면접교섭권은 이혼으로 인하여 자를 더 이상 양육하지 아니하는 부모 일방에게 인정되는 권리로 부모 쌍방이 당사자와 그 상대방이 되는 권리에 불과했으나, 개정안이 부모 외 제3자, 비양육친의 직계존속에게 면접교섭권의 권리성을 인정하므로 더 이상 면접교섭권은 부모의 친권 및 양육권과 함께 부모 쌍방 사이에서만 문제되지 않을 것이다. 더 나아가 앞서 면접교섭권 주체의 확대(IV.1.2)에서 검토하였듯이 자의 복리를 위하여 면접교섭권 주체의 확대가 필요하고 추후 그 확대가 예상되는바, 면접교섭권의 주체가 확대될수록 면접교섭권의 종료사유에 관한 명시적인 규정의 필요성이 증대될 것이라 생각한다. 자의 부모 사이에서만 논의되었던 면접교섭권이 제3자에게까지 확대되고, 이러한 면접교섭권의 확대에 따라 친권 및 양육권을 행사하는 부모와의 권리 사이에서 법적 분쟁이 발생할 여지가 증가할 수 있기 때문이다. 따라서 우선, 민법 제882조의2 입양의 효력 및 제908조의3 친양자 입양의 효력 부분에 입양이 성립한 때 원칙적으로 기존에 인정된 비양육친 및 비양육친의 직계존속의 면접교섭권은 소멸한다는 내용의 규정을 신설하는 것을 제안한다. 추가로 친족관계에 있는 자 사이 자의 입양이 성립된 경우에는 예외적으로 면접교섭권을 유지하는 내용의 단서도 생각해볼 수 있을 것이다.⁴²⁾

4. 그 밖의 검토사항

4.1 면접교섭권 이행을 위한 제도의 추가

면접교섭권은 친권 및 양육권과 달리 부모와 자의 권리이며, 이번 개정을 통하여 비양육친의 직계존속도 면접교섭권의 권리성을 인정받을 수 있게 되었다. 비양육친의 면접교섭권과 동일하게 비양육친의 직계존속의 면접교섭권 또한 전면적으로 자의 양육

그 권리성이 확대되어야 해결 가능할 것이다.

42) 대표적으로 미국 앨라배마 주는 조부모에게만 방문권을 인정하고 있는데, 조부모의 방문권은 자가 계부모나 형제자매, 친족 등에게 입양된 경우 자의 최선의 이익인 때 예외적으로 그 방문권이 유지되거나 법원의 재량에 의해 인정될 수 있으나 이를 제외하고는 입양으로 종료한다고 규정하고 있다. The Code of Alabama 1975 Section 30-3-4.2 (j)

권을 침해하지 않고 지속적이지만 일시적인 면접과 교류에 그친다는 점에서 양육친의 권리와 조화될 여지가 많다고 볼 수 있다. 그러나 한편으로 가정법원에 비양육친의 직계존속이 면접교섭권을 청구한다는 것은 결국 양육친이 자와 비양육친의 직계존속 사이 면접교섭을 거절하고 있는 등의 이유로 실제 면접교섭이 행해지지 않고 있는 상황을 전제하는 것으로 그들 사이 면접교섭을 두고 구체적인 내용을 조정하는 것은 쉽지 않다. 더 나아가, 자와의 면접교섭을 두고 많게는 양육친, 비양육친, 비양육친의 직계존속, 자 4명이 이를 두고 대립할 수 있어 그 갈등양상이 더 복잡해질 것으로 예상된다.

개정안으로 면접교섭권의 주체가 확대되고 면접교섭권의 변경에 대한 규정도 추가되었지만, 여전히 민법 제837조의2 오직 1개의 조문에서 면접교섭권의 주체와 제한, 배제 및 변경에 관한 내용만을 규정하고 있을 뿐이다. 면접교섭이 민법상 법적 권리로 규정되었고 장차 그 권리성의 확대가 예상되는 만큼, 면접교섭권에 대한 보다 상세한 규정과 함께 장차 독일의 면접교섭보조인제도(Umgangspflegeschaft)의 도입도 고려해볼 만 하다.⁴³⁾

4.2 절차적 요건에 대한 검토

비양육친의 직계존속의 면접교섭권과 비양육친의 면접교섭권이 병존하는 경우 (IV.2.2) 개정안으로는 2개의 면접교섭권의 행사로 양육권을 침해받는 양육친이 비양육친 또는 비양육친의 직계존속을 상대방으로 하여 가정법원에 면접교섭권의 제한·배제·변경을 청구할 수밖에 없다. 가사소송규칙 제99조는 면접교섭권의 처분 또는 제한·배제·변경에 관한 심판은 자를 직접 양육하지 아니하는 부(父) 또는 모(母)의 직계존속과 자를 직접 양육하는 부(父) 또는 모(母) 상호간에 일방이 다른 일방을 상대방으로 하여 청구하여야 한다고 개정되었으므로, 비양육친은 제2항에 따른 비양육친의 직계존속의 면접교섭권의 제한·배제·변경 심판의 당사자에 포함되지 않아 직접 이를 청구할 수 없는 것이다. 비양육친이 다시 면접교섭권을 행사할 수 있게 되는 때에는 비양육친과 비양육친의 직계존속 사이 면접교섭권의 제한·배제·변경을 청구할 수 있도록 할 필요도 있다고 생각된다.

한편, 가사소송규칙은 여전히 그 자의 양육에 관한 처분과 변경, 면접교섭권의 제한과

43) 이에 관하여 김상용, “절차보조인 제도 및 면접교섭보조인 제도의 도입을 위한 시론(試論): 가사절차에서 자의 지위 강화와 관련하여”, 사법 제27호, 사법연구지원재단, 2014, 67-102쪽 참고

배제 등에 관한 심판은 부모 중 일방이 다른 일방을 상대방으로 하여 청구하여야 하는 것으로 규정하고 있으며, 가사소송규칙 제18조 제1항은 “법 제25조의 규정에 의한 가정법원의 협의권고에 따라 부모 사이에 미성년자인 자의 친권자로 지정될 자 또는 미성년자인 자의 양육과 면접교섭에 관한 사항에 대한 협의가 성립되거나 가정법원이 직권으로 이를 정한 때”라고 규정하고 있다. 이와 같이 면접교섭에 관한 절차법의 규정은 면접교섭권에 관한 사항은 부모 사이의 일이라는 것을 전제로 하고 있으나, 민법 제837조의2에서 자가 면접교섭권의 주체로 규정된 만큼 자도 부 또는 모를 상대로 하여 면접교섭을 청구할 수 있도록 관련 규정을 보완할 필요가 있다. 자를 면접교섭권의 절차법적 주체로의 지위를 인정할 것인지에 대하여 ① 민법 제837조의2에서 자를 면접교섭권의 주체로 규정하여 그 권리를 인정하더라도 양육친과의 갈등가능성 때문에 그 행사를 꺼리거나 비양육친이 협조하지 아니하여 현실적으로 관철되지 못한 가능성이 높아 민법상 자에게 면접교섭의 권리 자체를 인정하는 것에 대해 입법론적으로 비판하는 견해,⁴⁴⁾ ② 미성년인 자가 면접교섭권을 행사하거나 제한하기 위해서는 법정대리인이 대신하거나 법정대리인과 이해관계가 상반되는 경우 특별대리인이 선임되어야 하는데, 과연 면접교섭에 있어서 자의 권리를 인정한다고 해서 이런 절차를 두어야 하는지는 의문이 아닐 수 없고 실효성도 없을 것이라는 견해,⁴⁵⁾ 면접교섭의 실효성이 문제될 수 있으나 권리 자체를 부정할 근거는 되지 못한다는 견해⁴⁶⁾가 대립되고 있지만, 자에게도 가사소송법상 소송능력이 인정될 것으로 예상되므로 그들에게 절차법상에서도 면접교섭권의 주체로서의 지위가 인정되는 것이 타당할 것으로 생각된다.⁴⁷⁾

덧붙여, 기존 이혼 후 부모 일방의 면접교섭권의 처분에 관하여 그 변경이 필요한 경우에는 기존 민법 제837조 제5항에 따라 양육에 관한 사항 중 하나로 그 변경을 청구할 수 있다고 보아야 할 것인지, 개정안 제837조의2 제3항에 따른 면접교섭권의 변경을 청구할 수 있다고 보아야 할 것인지 해석상 문제가 발생한다. 민법 제837조 제5항에

44) 김연, “면접교섭권에 관한 절차적 문제점과 최근의 동향-면접교섭권절차에 있어서의 자의 지위”, 민사소송 제11권 제2호, 한국민사소송법학회, 2007, 386쪽 이하.

45) 윤부찬, 앞의 논문(주 10), 526쪽.

46) 편집대표 윤진수/이동진 집필부분, 앞의 책(주 12), 359쪽.

47) 입법예고된 가사소송법 전면 개정안에 따르면 자에게 소송능력이 인정되고 절차보조인을 비롯하여 자가 절차법상 독자적으로 소송 주체로서 참가할 수 있도록 그 지위가 강화되었지만 여전히 자의 면접교섭권과 관련하여 소송 당사자로서 규정되고 있지 않은 실정이다. 자의 권리로서 면접교섭권이 실현될 수 있기 위해서는 면접교섭권의 주체로서 자가 절차법상에서도 그 주체로서 가사소송법 등 그 후속 법령에 있어 반영되지 않은 점이 아쉽다.

다른 변경 청구와 개정안 제837조의2 제3항에 따른 변경 청구는 모두 이미 확정된 면접교섭권을 변경할 수 있기 위한 조문이지만, 이를 청구할 수 있는 당사자의 범위가 다르기 때문이다.⁴⁸⁾ 개정안과 이에 따른 후속법령의 개정에서 부모 일방의 면접교섭권과 비양육친의 직계존속의 면접교섭권을 구분하여 규정하고 있지 않은 점을 볼 때 면접교섭권의 변경은 개정안 제837조의2 제3항을 적용하는 것이 타당하다고 판단된다. 그러나 가사소송규칙 제99조에서 양육과 면접교섭권에 관한 변경은 부모 일방이 다른 일방을 상대방으로 청구하여야 한다고만 규정하고 있어 결과적으로 청구적격의 범위는 동일하다. 이에 대한 가사소송규칙 규정이 함께 수정 보완되어야 할 것으로 판단된다.

4.3 비양육친의 직계존속의 양육과 관련된 의무 존재 여부

자가 이혼 후에도 계속해서 건강하게 성장하기 위하여 신체적, 정서적인 측면의 지원 뿐만 아니라 경제적인 측면에서의 지원도 매우 중요한데, 비양육친과 사이에 이루어지는 면접교섭권이 자의 정서적인 측면을 지원하는 것이라면 비양육친의 양육비지급은 자에 대한 경제적인 지원에 해당한다고 볼 수 있다. 비양육친의 양육비지급의무와 면접교섭권은 양육비지급의무가 있는 비양육친은 동시에 자에 대한 면접교섭권의 주체이기도 한 점, 양육비지급과 면접교섭은 비양육친의 권리의무의 내용이라는 점, 실제 운영에 있어서 함께 평가되어 일체적으로 이행되고 있다는 점에서 동전의 양면과 같은 관계에 있다고 볼 수 있으나 그렇다고 하여 비양육친의 면접교섭권과 양육비지급의무는 서로 견련관계에 있는 것이 아니므로 이를 결부시켜서는 안 된다.

비양육친의 양육비지급의무와 면접교섭권이 상관관계에 있지 않은 것과 마찬가지로 비양육친의 직계존속의 면접교섭권을 양육비 지급과 연결시켜 인정할 수는 없다. 다시 말해, 비양육친의 직계존속이 양육비 등 경제적 지원을 하였다고 하여 이에 따른 보상 또는 대가로서 면접교섭권이 인정되는 것은 타당하지 않다. 다만, 비양육친의 양육비지급의무를 대신한다고 볼 수 있을 정도의 상당한 경제적 지원이 계속해서 존재하고 있다면 이것은 비양육친의 직계존속의 면접교섭권 청구시 ‘그 밖의 사정’으로 참작되어 그에게 면접교섭권이 인정될 가능성은 높아질 수 있다. 비양육친의 직계존속의 지속적인 경제적 지원은 자에 대한 애정의 표시로서 존중되어야 하고, 지속적인 양육비 지급이

48) 민법 제837조 제5항에 따라 면접교섭권의 변경을 청구하는 경우, 이를 청구할 수 있는 자는 부·모·자와 검사인데 개정안 제837조의2 제3항에 따르면 당사자만이 청구할 수 있도록 규정되어 있다.

실제로 이행되는 경우 양육친의 좀 더 수월한 면접교섭 협조의무를 기대할 수 있고, 무엇보다 경제적 지원 또한 자의 보호와 양육에 있어 필수적인 것으로 자의 복리에 부합할 가능성이 매우 높기 때문이다.

더 나아가 개정안이 비양육친의 직계존속의 면접교섭권을 비양육친의 면접교섭이행 의무가 불가능할 때 이를 갈음하는 것으로 규정한 이상, 비양육친의 양육비지급의무도 동시에 이행되지 않고 있을 가능성이 높으므로 이 경우 비양육친의 직계존속에게 양육비 지급 등 양육에 관한 의무를 부담하도록 하는 것도 추후 정책적으로 불가능하진 않을 것이라 생각한다. 현실적으로 손자녀에 대하여 면접교섭을 하려는 의지가 있는 조부모라면 기꺼이 양육비 지급을 비롯한 양육관련 의무까지도 부담하려고 할 경우도 많을 것이라 예상되기 때문이다. 2015년 3월 25일부터 시행되고 있는 “양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률”에서 이미 비양육친이 부양 능력이 없는 미성년자인 경우 그 부모가 양육비를 지급하도록 양육비 청구 대상을 조부모까지 확대한 점은 참고할 만하다.⁴⁹⁾ 앞서 언급했다시피 비양육친의 직계존속의 면접교섭권이 양육비 지급에 따른 보상적인 면접교섭권이 되어서는 안 되지만, 면접교섭권 확대에 관한 이번 개정안과 같은 맥락에서 충분히 이러한 내용이 논의될 수 있을 것으로 생각된다.

V. 맺음말

면접교섭권자의 확대에 관한 민법 일부개정법률안의 통과는 현대사회에 있어 가족형태의 변화와 그에 수반되는 자의 양육 상황이 다양화된 것을 수용한 것이며, 동시에 면접교섭권이 자를 위한 것이라는 인식의 전환에 따른 결과라 할 것이다.

외국과 달리 혈연 중심, 가족 중심적인 사고가 강하고 가족제도와 국민 정서도 다르지만 가족을 둘러싼 다양한 변화가 빠르게 진행되고 있는 현실을 감안할 때 자 복리를 위하여 면접교섭권의 주체를 확대한 본 개정안의 취지에 공감한다. 면접교섭권자의 확

49) 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률 제3조(미성년 자녀에 대한 양육 책임) ① 부 또는 모는 혼인상태와 관계없이 미성년 자녀가 건강하게 성장할 수 있도록 의식주, 교육 및 건강 등 모든 생활영역에서 최적의 성장환경을 조성하여야 한다.

② 비양육부·모는 양육부·모와의 합의 또는 법원의 판결 등에 따라 정하여진 양육비를 양육비 채권자에게 성실히 지급하여야 한다. 다만, 비양육부·모가 부양능력이 없는 미성년자인 경우에는 그 비양육부·모의 부모가 지급하여야 한다.

대에 관한 민법개정안의 시행이 얼마 남지 않은 상황에서 새로운 제도가 자의 복리를 위하여 어떻게 적절하게 행사될 것인지 기대된다.

다만, 개정안은 면접교섭권을 보유하고 있는 비양육친이 면접교섭이 불가능한 때 그의 직계존속에게만 면접교섭을 인정하여 그 주체가 매우 제한적이다. 그 뿐만 아니라 자와의 유대관계가 아닌 자의 직계존속이라는 법적 관계가 존재해야만 면접교섭을 청구할 수 있는 요건을 충족하게 되어 면접교섭권 행사의 주된 목적인 종전 형성된 애착관계의 유지가 간과된 점은 아쉬움으로 남는다. 마지막으로 여전히 개정안은 면접교섭권의 종료를 비롯하여 그 행사방법과 범위에 관하여 더 상세히 규정하진 않았는데, 향후 면접교섭권의 권리성이 더 확장될 것이 예상되는 만큼 면접교섭권의 성질과 다른 권리와의 관계를 명확하게 하기 위하여, 더 나아가 이와 관련된 다툼을 조속히 해결하기 위하여도 이에 관한 보다 상세한 규정이 마련될 필요가 있다.

참고문헌

1. 단행본

- 김주수/김상용 공저, 친족·상속법 제13판, 법문사, 2016.
- 박동섭, 친족상속법 제4판, 박영사, 2013.
- 송덕수, 친족상속법 제2판, 박영사, 2016.
- 신영호, 가족법강의 제2판, 세창출판사, 2013.
- 양수산, 친족상속법, 한국외국어대학교 출판부, 1998.
- 오시영, 친족상속법 제2판, 학현사, 2011.
- 이영규, (새로운) 가족법 강의, 대명출판사, 2008.
- 편집대표 윤진수/이동진 집필부분, 주해친족법 제1권, 박영사, 2015.
- MünchKomm/Hennemann, BGB, 6. Aufl., 2012.

2. 학술지

- 곽민희, “프랑스법상 조부모의 방문권”, 가족법연구 제27권 3호, 한국가족법학회, 2013, 177-208쪽.
- 김상용, “절차보조인 제도 및 면접교섭보조인 제도의 도입을 위한 시론(試論) : 가사절차에서 자녀의 지위 강화와 관련하여”, 사법 제27호, 사법연구지원재단, 2014, 67-101쪽.
- _____, “면접교섭권”, 법학연구 제40권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 1999, 243-278쪽.
- 김수정, “자녀의 최선의 이익과 면접교섭권”, 가족법연구 제19권 제1호, 한국가족법학회, 2005, 309-347쪽.
- 김 연, “면접교섭권에 관한 절차적 문제점과 최근의 동향-면접교섭권절차에 있어서의 자의 지위-”, 민사소송 제11권 제2호, 한국민사소송법학회, 2007, 358-381쪽.
- 김은아, “조손간의 면접교섭권”, 한양법학 제23권 제1호, 한양법학회, 2012, 179-194쪽.
- 어인의, “면접교섭권에 관한 고찰”, 청주법학 제7권, 청주대학교 법학연구소, 1993, 101-120쪽.
- 윤부찬, “조부모의 면접교섭권에 관한 연구”, 민사법학 제38권, 한국민사법학회, 2007,

499-538쪽.

이현재, “의붓부모의 방문권과 당사자 적격-미국을 중심으로-”, 민사법연구 제12권 제1호, 대한민사법학회, 2004, 273-314쪽.

진민희, “조부모의 면접교섭권”, 사법 제10호, 사법발전재단, 2009, 131-167쪽.

최달곤, “이혼 후의 자녀보호”, 가족법연구 제10호, 한국가족법학회, 1996, 175-202쪽.

최진섭, “형제자매관계의 민법상 의의”, 가족법연구 제22권 3호, 한국가족법학회, 2008, 373-398쪽.

현소혜, “조부모와 계부모 기타 친족의 면접교섭권: 해석론과 입법론”, 가족법연구 제29권 제2호, 한국가족법학회, 2015, 1-34쪽.

Höfelmann, Das neue Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes, FamRZ 2004.

Peshel-Guzeit, Stiefkinder und ihre Familien in Deutschland – Rechtlicher Status und tatsächliche Situation, FPR 2004.

Theurer, Das Umgangsrecht von Großeltern und anderen Bezugspersonen, MDR 2005.

[Abstract]

The Introduction and Analysis of the Amendments of the Civil Act Concerning the Expansion of Visitation Rights

Kim, Min-Ji*

Article 837-2 of the Civil Act concerning visitation rights limits such rights to between the non-nurturing parent and his/her child. However, the family structure nowadays have changed greatly due to the increase of divorce, remarriage, etc in our society. This also led to diverse changes in how and who raises a child, therefore giving birth to an argument that the spectrum of visitation right holders should also be widened than the current Article 837-2.

In the 20th of December 2016, Article 837-2 was amended and is waiting to be enforced on the 3rd of June 2017. Upon enforcement, the “lineal ascendants of the non-nurturing parent”, in other words the child grandparents, will be able to ask the court for visitation rights under certain terms. Taking into regard the diverse and rapid change of the family structure, the amendment extending the range of visitation rights and therefore promoting the welfare of the child is to be welcomed.

However, the amendment is still limited because it only allows visitation rights to the child’s grandparents only when the non-nurturing parent cannot exercise his/her visitation rights. Also it has failed to introduce explicit provisions concerning how and to what extent can one exercise their visitation right, especially its termination. The increase in the interest regarding visitation rights is inevitable. Therefore in order to clarify its relationship to other rights and to swiftly settle any related legal disputes, more highly detailed articles should be introduced to our Civil Act.

[Key Words] visitation right, child’s grandparents, divorce, non-nurturing parent, child’s welfare

* Legal Specialist(Family Law), Legal Advisor Committee, Ministry of Justice

