

사회변화에 따른 가족관계의
변화와 헌법재판
-부양, 양육, 상속 등을 중심으로-



헌 법 재 판 소

권 두 언

우리사회에서 전형적인 가족이라고 여겨졌던 부부와 자녀로 구성된 유형이 점점 줄어 들고 있다. 혼인하지 않고 홀로 사는 1인 가구와 혼인을 하더라도 자녀를 갖지 않는 부부, 자녀와 부 또는 모로 구성된 한부모가족도 증가하고 있다. 국민의 가족에 대한 인식도 변화하고 있다. 2020년 여성가족부의 국민 인식조사에 따르면, 가족개념이 전통적인 혼인·혈연 중심에서 확장되고 있음을 알 수 있다. 국민들의 다양한 가족에 대한 정책 지원 및 차별 폐지 필요성에 대한 인식 정도가 제고되었고 다양한 가족의 포용을 위한 제도 개선에 대한 동의 정도도 상승하였다. 또한 다양한 가족 포용을 위한 법과 제도개선에 대한 동의 정도도 높은 것으로 나타났다.

그런데 가족과 관련이 깊은 법령들은 여전히 전통적인 가족을 상정하고 정상가족 이데올로기에 매몰되어 사회변화에 부응을 하고 있지 못한 측면이 있다. 임신, 출산, 가족 등과 밀접한 관련을 가진 건강가정기본법에서는 혼인을 전제로 한 가족만을 상정하고 있다. 정상가족 이데올로기의 고수를 위하여 법률혼과 출산의 장려, 이혼의 예방, 건강가정의 유지 또는 복원을 위한 다양한 규정을 두고 있다. 이러한 법의 내용은 시대 및 국민의 인식 변화를 반영하지 못한 채 다양한 가족을 포용하지 못하고 배제하고 차별함으로써 현재 우리사회에서 혼인과 가족을 둘러싸고 나타나는 문제들에 대한 해결책을 제시하지 못하고 있다. 가족의 변화는 부양, 양육, 상속, 이혼 등 민법의 영역에서 다양한 문제들을 발생시키고 있다. 이혼, 기타 사유로 인한 가족해체 등으로 자녀가 조손가족, 한부모가족, 혹은 인척의 가정 등에서 성장한 경우 양육책임을 다하지 아니한 부모의 자녀재산 상속권의 문제가 발생한다. 또한 이혼 후 양육비 채무자가 자녀 양육비를 실질적으로 지급할 수 있도록 하는 방안을 모색할 필요성이 발생한다. 이혼의 경우 현행의 법률이 정한 책임이 있는 사유에 따른 이혼만을 허용하는 태도에서 파탄주의 이혼으로 전환할 필요성을 검토하는 것도 중요하다.

연구를 위하여 먼저 가족구조 등의 변화에 대한 객관적 자료들을 검토하였다. 그리고 헌법상의 혼인과 가족제도를 조망한 후 법률혼 가족, 사실혼 가족, 1인 가구 등의 가족유형별로 부양의무불이행시 상속제한, 이혼 후 양육비지급

의 실효성을 담보하기 위한 방안, 파탄주의 이혼제도로의 전환 필요성의 주제에 대하여 심도 있는 검토를 하였다. 사실혼 가족과 1인 가구의 특성상 각 쟁점들이 모두 검토되는 것은 여의치 못하여 현재 발생하고 있는 가족유형에 따른 쟁점들 위주로 검토되었다.

이혼, 상속제한, 양육비 등의 영역에서 발생하는 문제들에 대한 실효성이 있는 제언을 위하여 독일, 프랑스, 미국의 관련 법제에 대한 비교법적인 연구를 시도함으로써 연구의 품질 제고를 꾀하였다. 가족관계 법률들은 한 사회의 역사, 전통, 문화 등과 밀접한 관련을 맺고 있기 때문에 언어뿐만 아니라 사회 전반에 대한 수준 높은 이해가 필요하다. 독일의 관련 법령에 대하여 연구책임자인 신옥주 교수, 미국의 경우 연구참여자 김영진 교수, 그리고 프랑스의 경우 연구참여자 강명원 박사가 연구를 담당하였다. 연구참여자들은 각 담당 국가들에서 유학을 하고 박사학위를 취득하여 담당 국가의 언어에 능하고 각 나라 전반에 대한 깊은 이해를 가지고 있다. 학자로서의 성실함을 가지고 광범위한 주제영역에서 심도 있는 연구를 진행함으로써 의미 있는 결과물을 보고서로 제출할 수 있도록 해 주신 두 분의 연구참여자들께 깊은 감사를 전한다.

이 연구는 혼인과 가족제도의 사회적 변화에 따라 발생하는 쟁점들을 검토하고 법제개선과 헌법실무에 도움을 주기 위한 목적으로 수행되었다. 현실과 매우 밀접하고 중요한 주제로 귀중한 연구를 할 수 있도록 기회를 제공한 헌법재판소에 깊은 감사를 드린다.

2021. 10. 29.

연구책임자 신옥주 교수

목 차

제1장 서론

제1절 연구배경 및 목표	1
제2절 연구내용	4
제3절 연구방법	5

제2장 우리나라에서 가족관계의 발전 및 인식변화추이와 다양한 가족의 포섭 필요성

제1절 인구구조 통계	6
I. 가족관계의 발전 및 인식변화 추이	6
II. 다양한 가족의 포섭 필요성	8
제2절 가족관계변화에 따른 부양, 상속, 양육, 이혼과 관련된 사회적 논의현황 및 쟁점	12
I. 법률혼 가족	12
1. 헌법상 혼인과 가족규정의 이해	12
2. 법률상 가족의 개념	19

3. 가족관계변화와 양육의무 불이행 부모의 부양 및 상속관련 법제의 쟁점과 해결방안	26
4. 이혼 후 자녀의 양육비지급 관련 법제의 쟁점과 개선방안	43
5. 가족관계변화에 따른 이혼관련 법제의 쟁점	78
II. 사실혼 가족	86
1. 사실혼	86
2. 동성 간의 사실혼	92
III. 1인 가구	96
1. 가족관계의 변화와 1인 가구의 증대	96
2. 1인 가구의 유형	97
3. 1인 가구를 둘러싼 부양, 양육, 상속 관련 사회적 논의	97

제3장 비교법적 고찰

제1절 서론	101
제2절 독일	101
I. 혼인과 가족제도 현황	101
II. 기본법 제6조의 혼인과 가족제도	103
1. 혼인과 가족규정의 변화	103
2. 기본권 제6조 제1항 혼인과 가족에 대한 권리와 제도보장의 이해	104

3. 다양한 가족의 보호	113
III. 민법에 따른 상속결격제도	125
IV. 민법상 파탄주의에 따른 이혼과 경제적 안전	127
V. 양육비 우선지급제도	131
1. 사회보장체계 내 양육비 우선지급제도의 위치	132
제3절 프랑스	138
I. 혼인과 가족제도 현황	139
1. 프랑스 혼인제도의 역사	139
II. 프랑스 헌법상 혼인과 가족제도	141
1. 프랑스 헌법상 혼인의 자유	141
2. 프랑스의 가족형태	150
III. 민법에 따른 부양·상속제도	152
1. 프랑스의 상속제도 : 민법전(Le Code Civil)	152
2. 프랑스의 부양제도 : 민법전(Le Code Civil)	157
IV. 민법상 파탄주의에 따른 이혼과 경제적 안전	163
1. 현행 이혼에 관한 법률	164
2. 혼인 파탄원칙에 의한 이혼	165
V. 양육비 제도(Pension alimentaire versée pour un enfant)	168
1. 양육비 제도 개괄	168
2. 양육비(Le montant de la pension alimentaire)	168

3. 양육비 지급 방법과 기간(Les Formes et La Durée de versement)	170
4. 양육비 미지급 시 조치	171
5. 프랑스의 양육비 미지급 문제 개선	172
제4절 미국	175
I. 미국의 가족관계변화 양상과 부양·양육·상속관련 법제 ..	175
1. 미국 사회의 가족관계변화 양상	175
2. 미국의 부양·양육·상속관련 법제의 구조와 특성	177
II. 부모에 대한 성년 자녀의 부양의무 관련 문제	179
1. 부모에 대한 부양의무 미이행과 상속결격	179
2. 부모에 대한 부양의무 미이행과 부모부양책임법 (filial responsibility law)	181
3. 각 주의 부모부양책임법 및 주 법원의 사법 판단	182
4. 부모부양책임법에 대한 찬반 논변	191
5. 소결	194
III. 자녀에 대한 부모의 양육의무 관련 문제	197
1. 양육 책임과 양육자 지정	197
2. 양육의무 미이행과 상속결격사유	199
3. 양육비지급이행제도 (Child Support Enforcement(CSE) Program)	203
4. 소결	211
IV. 배우자 상호간의 부양의무 관련 문제	214
1. 부부간 부양의무 미이행과 상속결격	214

2. 혼인 종료 후의 잔존 부양의무 이행	220
3. 사실혼 관계에서의 부양의무	223
4. 소결	225

제4장 결론

제1절 각국 법제의 시사점	227
I. 독일	227
II. 프랑스	229
III. 미국	230
제2절 법제 개선을 위한 제언	234
참고문헌	239

제1장 서론

제1절 연구배경 및 목표

○ 연구의 배경

가족생활의 영역에서 나타나는 사회적 변화에 따라 가족관계가 다양화되고 새로운 가족형태들이 등장하고 있다. 이에 따라 국민의 인식이 변화하고 있음에도 불구하고 법률은 이러한 변화에 부응하고 있지 못한 측면이 있다. 예컨대 대표적인 가족 관련 법률인 건강가정기본법에서는 여전히 가족을 혼인, 혈연, 입양을 통해 구성한다고 정의한다. 법률혼과 그 자녀로 구성된 가족개념은 다양한 새로운 가족형태를 포괄하지 못한다. 또한 법에서는 가족으로부터 구성되는 생활공동체를 “정상가정”으로 보고 그러한 가정의 해체를 위기로 보고 해체를 저지하기 위한 정부와 지방자치단체, 그리고 국민의 노력을 요구한다. 가족과 건강가정 가족을 혼인, 혈연, 입양에 한정하여 협소하게 정의하고 있어서 동거가정, 위탁가정 등 다양한 가정을 포괄하고 있지 못하다.

가족의 변화는 특히 민법 영역에서 많은 변화를 초래하게 된다. 현행 민법의 가족관계 규율은 제4편 친족과 제5편 상속으로 크게 이분하여 구성되어 있는데 1990년대와 2000년대를 거치면서 가족법 개혁이라 일컬어질 정도로 활발한 개정 작업이 진행되었다. 가족법 이론과 가정법원의 재판 실무 모두 주로 이혼 분야에 관한 상당수의 쟁점에 대해 집중해 왔고 후견 분야가 대폭 개정되면서 새로운 논의들을 촉발시켰다고 볼 수 있다. 상대적으로 부양, 양육, 상속에 대한 논의는 부진하였으나 최근 입법 및 재판 실무에서 특히 미성년 자녀를 중심으로 한 논의들이 다수 다루어지고 있다는 평가가 가능하다. 현행 민법상 규정된 부양·양육·상속에 관한 쟁점을 간략히 나열하면 다음과

같다.

첫째, 현행 민법상 부양의 법령상 쟁점은 부양의무의 법정화 논의, 부양의 순위 문제, 부양과 성년후견제도의 상관관계, 부양기여분의 인정 문제, 부양청구권의 제한 문제, 부양의무 미이행에 대한 제재 흡결 문제 등이 존재한다. 현행 민법의 제7장 부양은 6개 조항만으로 구성되어 있는 상황이고 부부간의 부양의무는 따로 독립하여 제826조에도 규정되어 있다. 이혼 및 상속 문제와 관련될 수 있는 부양에 관한 규정도 현행 민법상 부양 편에 종합적으로 규정되어 있지 않은 상황이다. 또한 성년 자녀가 부모를 부양해야 한다는 명문 규정도 현행 민법에는 존재하지 않는다. 대신 민법 제974조를 통해 직계혈족 및 그 배우자간, 기타 친족 간 부양의무만을 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 부모에 대한 부양의 이행 여부를 강제할 수 있는 규정 역시 존재하지 않는다. 부양의무를 부담하는 당사자가 부모 또는 성년 자녀의 어느 일방인지, 상호 부담 의무인지에 대해 명확히 규율할 입법상 필요가 있다.

둘째, 현행 민법은 제4장 부모와 자, 제3절 친권의 조항들에서 친권자에게 자를 보호하고 교양할 권리 의무를 확인하고 친권자로 하여금 자의 거소를 지정하거나 자의 특유재산을 관리하게 하는 등 자의 양육과 관련된 민법상 규정들을 보유하고 있다. 최근 재한 방송인인 일본인 사유리가 정자은행을 경유하고 보조 생식기술을 활용하여 모 단독으로 출생한 자에 대한 양육이 우리에게도 과급 논의를 일으키고 있는데 이러한 경우의 자 양육에 대해서는 현행 법령상 특별한 규정이 존재하지 않는 공백 상태에 있다. 또한 대리모 계약이나 동성 간 혼인이 친자관계를 구성한 후 양육으로 이어지는 문제에 대해서도 현행 민법은 침묵하고 있다. 한편 양육비 미지급에 대한 이행 강제제도에 관한 규정이 현행 민법상 존재하지 않으며 양육의무 미이행을 상속결격사유로 두는 문제는 민법일부개정안이 의원입법으로 발의되어 있는 상태에서 더하여 법무부 개정안으로 제시된 상속권상실신고제도

의 도입여부에 대한 논란도 지속되고 있는 상황이다. 또한 망은 행위에 기한 증여계약 해제에 관한 논의도 2014년 민법개정위원회에서 관련 안이 제시되었으나 개정 우선순위에서 뒤로 밀리는 등의 사유로 추진이 완결되지 않은 상황에 있다.

따라서 헌법적인 관점에서 혼인과 가족구성에 대한 권리, 차별금지 등에 대하여 고찰하고 가족구성원간의 부양, 양육, 상속, 이혼 등과 관련된 사회문제들에 대하여 종합적으로 연구할 필요가 있다.

○ 연구의 목적

이 연구의 목적은 사회의 변화에 부응하여 가족 구성원들 간의 부양, 상속, 이혼, 양육 등의 문제를 헌법적 관점에서 조망하는 것이다.

첫째, 헌법 제36조에서 보장하는 혼인과 가족에 대한 권리를 규명하고, 다양한 가족을 포용하는 것이 헌법 제36조하에서 가능할 뿐만 아니라 차별금지원칙에 따라 필요하다는 점을 밝힌다. 현행법상 가족의 개념에 대한 고찰을 통하여 생계공동체인 가족이 혼인을 통해서만 구성되는 것이 아니라 혼인은 다양한 가족을 구성하는 하나의 방법이 되는 것임을 밝히고자 한다.

둘째, 민법상 가족과 관련되어 나타나는 쟁점들을 고찰한다. 가족의 해체로서의 이혼제도를 살펴보고 파탄주의에 따른 이혼제도로 변모할 필요성과 그 가능성에 대하여 살핀다. 파탄주의 이혼으로 변화하는 경우 이혼 후 부부 일방의 경제적 안전을 담보하기 위한 방안이 모색될 필요가 있다는 점도 함께 살펴보고자 한다. 그리고 이혼 후 아동양육비의 지급을 실질화할 수 있는 방안에 대하여 고찰한다. 새롭게 도입된 출국금지제도, 명단공개제도, 출국금지제도, 운전면허정지제도를 살펴보고 국가의 양육비 우선지급제도가 양육비의 보장을 통한 아동의 생활안정의 차원에서 합리적인 대안이 될 수 있는지를 검토한다. 상속의 경우 자녀부양의무를 불이행한 부모의 상속권을 제한하기 위한 법

무부의 민법개정안을 살펴보고 문제점과 개선방안을 제안한다.

이러한 연구를 통하여 가족제도의 사회적 변화를 고려하면서 가족 관련 쟁점에 대하여 헌법을 중심으로 하는 종합적인 이론적 체계를 세우는데 일조하고자 한다.

제2절 연구내용

첫째, 가족제도의 변화추이와 이에 대한 국민들의 인식변화를 검토한다.

둘째, 현행 헌법적 관점에서 혼인, 가족, 부양, 양육, 상속, 이혼 등 관련 가족관계 법령을 고찰한다. 먼저 헌법 제36조 제1항의 혼인과 가족생활에 대한 권리의 내용을 이해한다. 그리고 가족의 유형별로, 즉 법률혼 가족, 사실혼 가족, 이인 가구별로 민법상 부양, 양육, 상속, 이혼제도와 관련 가족관계 법령 등을 검토한다. 가족관계 변화로 인하여 법적 보호영역에 포함되거나 배제되는 부분들에 대한 연구 및 제도개선의 필요성을 검토하여 다양한 가족의 보호필요성과 제도개선을 위한 방안을 제시한다.

셋째, 독일, 프랑스, 미국의 가족관련 법제를 비교법적 관점에서 고찰한다. 이를 위하여 각 나라의 혼인과 가족제도에 대한 헌법적 이해를 기반으로 접근한다. 세부적으로 가족관계 현실, 기본법상 혼인과 가족제도, 다양한 가족의 보호, 이혼, 부양, 양육비 대지급제도를 살핀 후 우리 법제의 개선을 위한 시사점을 도출한다.

제3절 연구방법

연구는 문헌연구를 중심으로 진행한다. 비교법적 문헌연구를 통하여 독일, 프랑스, 미국의 관련 법제에 대해 차례로 살펴본다. 재판실무에 도움을 주기 위하여 각 나라의 연구주제와 관련된 이론뿐만 아니라 중요한 판결들을 분석하여 소개한다.

제2장 우리나라에서 가족관계의 발전 및 인식변화추이와 다양한 가족의 포섭 필요성

제1절 인구구조 통계

사회변화에 따른 가족관계의 변화모습과 이에 따라 제기되는 부양, 양육, 상속 등 관련 사회문제가 나타난다. 다양한 객관적 자료들에 근거하여 새로운 가족형태 등장 및 이에 따라 발생하는 신분 및 재산관계의 변화 모습 등이 보인다.

특히 전통적인 의미의 이혼, 부양, 양육, 상속 등의 개념변화를 통하여 첫째, 부양의무를 위반한 자에 대한 상속권 배제 및 증여 해제범위 확대 및 양육의무를 불이행한 부모의 상속권 박탈을 위한 논의 검토, 둘째, 이혼에서 유책주의원칙을 살펴보고 파탄주의로의 전환가능성 검토, 셋째, 이혼 후 자녀 양육비 지급을 강제하기 위한 다양한 제도들 검토, 넷째, 사실혼 관계에서의 부양의무 및 상속권의 보장문제 검토가 중요해졌다.

I. 가족관계의 발전 및 인식변화 추이

우리 사회의 가족은 급속하게 변화하고 있다. 먼저 보편혼주의의 결 혼관과 법률혼에 대한 사고가 상당한 정도로 해체되고 있는 것으로 나타난다. 1990년대 후반부터 혼인 건수가 전반적으로 감소하고 혼인 연령은 높아졌다. 1990년 평균 초혼 연령은 남성 27.79세, 여성 24.78세 정도였으나 2018년 남성 초혼 연령은 33.15세 여성의 경우는 30.40세로 나타났다. 자녀의 출생 당시 모의 연령은 1990년대 중반까지는 20대가 압도적인 다수였다가 2000년대 중반 이후로 30대 출산율이 증가하였으며 2017년에 30대 여성이 출산한 신생아 비율은 70.91%로 나타났다.

결혼관에서도 큰 변화가 나타난 것을 알 수 있다. 2008년 결혼을 반드시 해야 한다고 생각하는 응답자가 23.6%였는데 비해 2018년에는 11.1%로 감소하였다. 반면 결혼을 해도 좋고 안 해도 좋다는 비율은 27.7%에서 46.6%로 증가하였으며, 이 질문에 대하여 30대 이하에서는 약 58% 그렇다고 응답하였다.¹⁾

2017년에는 가구의 형태가 1인 가구 28.56%, 2인 가구 26.74%, 4인 가구 17.66% 등으로 나타났다. 통계청의 2018년 인구주택 총조사²⁾에 따르면 1인가구가 전년대비 0.7%증가하여 29.3%, 2인 가구 27.2%로 1, 2인 가구의 합계가 56.5%에 달하였다. 3인 가구 21.0%, 4인 가구 17.0%, 5인 가구 5.4%이다. 다문화 가구는 33만가구로 1.7%이다. 2005년 이전의 가장 많은 가구유형은 전형적 가족으로 인식되어 왔던 부부와 미혼자녀로 이루어진 가구였으나, 그 비중은 2019년 29.8%(’10년 37%)로 감소하였다. 가구의 변화추이를 보면 2010년에는 2인가구, 2015년 이후로는 1인가구가 가장 주된 가구유형이 되었다. 한부모가구³⁾는 1,539,000가구로 나타났다.⁴⁾

또한 혼인과 출산의 감소, 만혼현상의 지속 등으로 인한 가족 구성 지연과 가족에 대한 가치관 변화 등이 맞물려 가족의 생애주기도 다변화하고 있는 점도 눈에 띈다. ’20. 통계청에 따르면 ‘결혼하면 자녀를 가져야 한다’는 설문에 20대 47.5%, 30대 59%, 60대 87.9%가 이상이 그렇다고 응답하였다.

1) 이나련, ‘다양한 가족’에 대한 인식변화와 시사점, 경기도 여성가족재단 『이슈분석』 제199호(21-13).

2) 통계청 보도자료, 2018 인구주택총조사, 2019. 8. 29. 39쪽.

3) 법적인 혼인상태가 미혼, 이혼 및 사별이며 미혼자녀와 거주하는 일반가구 의미. 통계청 보도자료, 2018 인구주택총조사, 2019. 8. 29. 53쪽.

4) 모와 미혼자녀로 이루어진 가구 963,000가구, 부와 미혼자녀로 이루어진 가구 283,000가구이다.

II. 다양한 가족의 포섭 필요성

급격한 가족변화로 부양, 돌봄, 양육 등의 가족기능이 지속적으로 약화되고 있고 혼인과 이혼 등의 변화로 인해 우리사회 가족 구성에 있어서도 큰 변화가 나타나 소위 “정상 가족” 모델이 감소하였다. 정상가족 모델은 1960년대 산업화시기에 구축된 가족모델로 혼인과 가족을 연결하고, 생계부양자 부, 전업주부 모, 미혼 2자녀의 4인 가족 형태를 이상으로 삼는다. 그러나 2000년대 들어와서 이러한 형태의 가족구성은 그 규모가 감소하기 시작하였다. 이혼의 증가와 부정적 인식의 약화 등의 추세와 더불어 “정상 가족” 모델은 현실과 거리가 더욱 멀어지게 될 것이다.⁵⁾

비혼 출산·동거 등 가족 다양화에 대한 인식이 확산되고 있는 점도 나타난다. 다양한 가족 구성에 대한 사회적 공감대가 높아지고 있다. '20. 여성가족부에 따르면 ‘혼인·혈연관계가 아니어도 생계와 주거를 공유하면 가족’이라는 의견이 69.7%였다. 집단으로서의 가족보다 가족구성원 개인의 권리에 대한 인식이 증대하고 특히 20-30대는 남녀 모두 가족보다 일과 개인생활을 우선시하고 있다.

국민의 가족에 대한 인식은 변화하고 있다. 여성가족부는 2020. 5. 18.-2020. 5. 29.까지 가족다양성에 대한 국민인식조사(수행 임브레인퍼블릭)를 하였는데, 그 결과는 다음과 같다⁶⁾: 첫째, 가족개념이 전통적인 혼인·혈연 중심에서 확장되고 있다. 또한 다양한 가족에 대한 사회적·개인적 수용도가 전반적으로 상승하였다. 응답자의 69.7%가 혼인·혈연 관계가 아니더라도 생계와 주거를 공유한다면 가족이 될 수 있다고 답하였으며, 함께 거주하지 않고 생계를 공유하지 않아도 정서적 유대를 갖고 있는 친밀한 관계이면 가족이 될 수 있다는 비율은

5) 조은주, 인구구조의 변화와 새로운 범규범의 요청: 저출산·고령사회기본법 비판, 법과사회 61호(2019년 8월) 1-18쪽.

6) 여성가족부 보도자료, 가족다양성에 대한 국민인식조사결과 최종배포본. 2020. 6. 30.(화). 1-7쪽.

39.9%이다. 또한 법적인 혼인·혈연으로 연결되어야만 가족이라고 할 수 있다는 비율이 64.3%로 2019년보다 3.0%p 하락했다.

둘째, 다양한 가족에 대한 정책 지원 및 차별 폐지 필요성 인식정도, 가족다양성 포용을 위한 제도 개선에 대한 동의 정도도 상승하였다. ‘외국인과 결혼하는 것’(92.7%), ‘이혼 또는 재혼’(85.2%), ‘성인이 결혼하지 않고 혼자 사는 것’(80.9%)에 대한 수용도가 높았다. 19-39세에서 타 연령층에 비해 수용도가 높게 나타났다. ‘결혼하지 않고 아이를 낳는 것’을 48.3%가 수용할 수 있다고 답하여 2019년 대비 3.8%p 상승하였다. 남성 49.5%, 여성 47.0%로 성별 간 의견차가 크지 않았다. ‘미성년이 자녀를 낳아 기르는 것’은 응답자의 29.5%만이 수용할 수 있다고 답하였으며, 이는 2019년 대비 4.1%p 상승한 수치다. 남성 31.7%, 여성 27.2%로 성별 차이는 크지 않았다.

셋째, 다양한 가족에 대한 개인적 수용도가 높은 편으로 나타났다. 19~49세가 50대 이상에 비해 수용도가 높고, 상승폭도 큰 것으로 나타났다. 또한 연령에 따른 수용도의 차이를 나타내고 있는 점도 눈에 띈다. ‘한부모 가족의 자녀’(81.2%), ‘입양된 자녀’(80.4%)에 대한 수용도가 높았다. ‘다문화 가족의 자녀’ 수용도는 79.7%로 2019년 대비 5.0%p 증가하여 상승폭이 특히 컸다. 그러나 한부모 개별 가족들이 느끼는 편견과 차별은 여전히 심각한 상황이다. '18. 다문화가족실태조사 결과를 보면, 결혼이민자·귀화자 차별 경험은 본인 30.9%, 자녀 9.2%이다. 또한 '18. 한부모가족실태조사에 따르면 한부모가족의 약 16%가 차별경험이 있다고 답하였다. ‘한부모 가족의 자녀를 배우자 혹은 자녀의 배우자로 수용할 수 있다’는 답변은 응답자의 81.2%였으며, 여성 79.1%, 남성 83.2%가 가능하다고 답하였다. ‘재혼가족의 자녀’에 대해서는 응답자의 78.9%가 수용 가능하다고 답변하였다. 여성 76.9%, 남성 80.8%로 성별 간 차이가 크지 않았다. 응답자의 60.8%가 ‘미혼부·모 가족의 자녀’가 수용 가능하다고 답하였다. 연령대가 낮을수록 찬성 비율이 높은 경향을 보였으며 20대 이하에서는 80.6%, 70대에서는 40.4%의 찬

성 비율을 나타내 40.2%p의 격차를 보였다. ‘비혼 동거 가족의 자녀’에 대하여는 응답자의 48.2%만이 수용 가능하다고 답변하여 다른 형태의 가족에 대한 수용도와 비교할 때 비혼 동거 가족에 대한 수용도가 가장 낮았다. 40대 이하는 과반이 찬성하고 있으나, 60대~70대는 30%대로 반대 의견이 더 많았다. ‘다문화가족의 자녀’는 응답자의 79.7%가 수용 가능하다고 하여 작년 대비 5%p 상승하였다. 연령대별로는 수용도가 가장 낮은 70대의 수용도가 64.0%, 수용도가 가장 높은 20대의 수용도가 89.9%로 전 연령대의 수용도가 높은 편인 것으로 나타났다.

넷째, 다양한 가족에 대한 정책지원의 필요성에 대하여 인정하는 비율이 높았다. ‘한부모 가족 지원’(95.3%), ‘미혼부모 가족 지원’(90.0%) 필요성을 인정하는 비율이 특히 높았다. ‘1인 가구 지원 필요성’에 대하여서는 78.3%가 필요하다고 답하였다. 이 부분에서 응답자의 78.3%, 여성 79.8%, 남성 76.8%가 필요하다고 응답하였으며, 20대의 찬성률이 84.0%로 가장 높았고 연령대에 따른 경향성이 나타나지는 않았다. ‘법률혼 외 혼인에 대한 차별 폐지’에 70.5%가 동의하였는데 연령별로는 19~29세는 9.2%p 상승한 반면, 70~79세는 1.1%p 하락하였다. 응답자의 70.5%가 사실혼, 비혼 동거 등 법률혼 이외의 혼인에 대한 차별 폐지가 필요하다고 답하였는데, 이는 2019년보다 4.5%p 상승한 것이다. 여성의 72.4%, 남성의 68.7%가 찬성하여 성별 간 차이는 크지 않은 것으로 나타난다. 응답자의 95.3%가 아버지 또는 어머니 혼자 자녀를 키우는 한부모 가족에 대한 지원 정책이 필요하다고 답하였다. 그중 ‘미혼부·모 가족에 대한 지원’에 대하여서는 남성 86.9%, 여성 93.1%로 응답자의 90.0%가 필요하다고 답하였다. 전 연령대에서 지원 필요성이 높게 나타나 30대~40대의 91% 이상, 기타 연령대에서도 87% 이상이 필요하다고 응답하였다.

다섯째, 다양한 가족 포용을 위한 법과 제도개선에 대한 동의정도가 높게 나타났다. 현행 법령에서는 가족을 혼인, 혈연, 입양에 기초해 정의하고 있는데, 응답자의 61.0%가 다양한 가족을 포용하기 위하여 가

족의 범위를 사실혼과 비혼 동거까지 확장해야 한다는 데에 찬성했다. 여성이 65.7%로 남성 56.4%보다 찬성 비율이 높았다. 60대 이상 응답자는 찬성 비율이 50%에 미치지 못하였다. 응답자의 73.1%가 현행 민법상의 부성주의 원칙을 개정하여, 자녀의 출생신고 시에 부모가 협의하여 자녀의 성과 본을 정할 수 있도록 제도를 개선하는 것에 대하여 찬성했다. 여성 80.6%로 남성 65.8%보다 찬성 비율이 높았다. 또한 연령대가 낮을수록 찬성 비율이 높게 나타났다. 현행 민법에서 부모의 혼인 여부에 따라 태어난 아동을 ‘혼인 외의 출생자(혼외자)’와 ‘혼인 중의 출생자(혼중자)’로 용어상 구분 짓는 것을 폐기해야 한다는 문항에 응답자의 75.9%가 찬성했다. 40대의 경우 85.2%가 찬성한 반면, 60대에서는 57.8%만 찬성했다.

임신, 출산, 가족 등과 밀접한 관련을 가진 현행 건강가정기본법에서는 혼인을 전제로 한 가족만을 상정하고 있다. 법 제2조 정의에 따르면, “가족”이라 함은 혼인·혈연·입양으로 이루어진 사회의 기본단위이고 “가정”이라 함은 가족구성원이 생계 또는 주거를 함께 하는 생활공동체이다. 그리고 “건강가정”이라 함은 가족구성원의 욕구가 충족되고 인간다운 삶이 보장되는 가정이다. 법에서는 정상 가족 이데올로기의 고수를 위하여 가족해체를 위기로 보고 이를 예방, 또는 복원하기 위한 다양한 규정을 두고 있다. 시대 및 국민의 인식의 변화를 반영하지 못한 채, 가족의 유지가 최선이라고 하는 사고는 현실에서 존재하는 다양한 가족을 배제하고 차별하고 함으로써 혼인과 가족을 둘러싸고 나타나는 문제들에 대한 해결책을 제시하지 못하고 있다.⁷⁾ 또 다른 한편으로는 이혼, 가족해체 등 증가에 따라 자녀가 조손가족, 한부모가족, 혹은 인척의 가정 등에서 성장한 경우 양육책임을 다하지 아니한 부모의 자녀재산 상속권의 문제와 양육비미지급의 문제들에 대한 법적제도적 장치가 미흡하여 다양한 문제들이 나타나고 있다.

7) 신옥주 외 2인, 성·재생산 건강과 권리의 보장을 위한 법제 연구, 저출산 고령사회 위원회, 2020 연구보고서.

제2절 가족관계변화에 따른 부양, 상속, 양육, 이혼과 관련된 사회적 논의현황 및 쟁점

I. 법률혼 가족

1. 헌법상 혼인과 가족규정⁸⁾의 이해

가. 헌법 제36조 제1항의 의의

현행 헌법 제36조 제1항에서는 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활 및 국가의 보장을 규정하고 있다. 이에 따라 혼인과 가족생활은 구성원 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립·유지되어야 하며, 이러한 기초 하에 성립된 혼인과 가족제도는 국가의 특별한 보호를 받는다.⁹⁾ 동 규정은 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치 및 제11조의 평등권을 혼인과 가족생활의 영역에서 특별히 규정한 것(spezielles Gleichheit)이다. 헌법제정 당시 이 규정을 둔 배경에는 특히 혼인 및 가족영역에서 가부장적이며 여성차별적인 전통이 매우 강했던 점에 대한 반성이 놓여 있다고 볼 수 있으며, 이 규정을 통해 헌법제정권력자들이 가부장적 가족제도를 폐기하고 양성의 평등과 개인의 존엄을 기반으로 하는 민주적 가족제도를 천명한 것이라고 할 수 있다.¹⁰⁾ 따라서 혼인제도와 가족제도에 대한 헌법원리를 설정하고 있

8) 신옥주, 『헌법상 혼인과 가족제도에 관한 고찰』, 『아주법학』 2015. 11. 제9권 제3호, 151-180쪽 참조.

9) 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등 학원의 설립 및 운영에 관한 법률 제22조 제1항 제1호 위헌제정.

10) 헌법재판소도 다양한 결정에서 이러한 견해를 피력하고 있다. 있다. 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9 등; 2004헌가5(병합); 헌재 2005. 12. 22. 2003헌가5·6(병합); 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등(병합). 자세한 것은 신옥주, 『부성주의원칙의 위헌성 고찰』, 『안암법학』 통권 43호(2014. 1.), 341쪽 이하 참조.

는 동 규정에 따라 혼인과 가족생활은 인간의 존엄이 보장되고 민주적으로 성립·유지되어야 한다.¹¹⁾

헌법 제36조 제1항은 개인의 주관적 공권의 성격과 제도보장이자 원칙규범으로서 객관적 범질서의 측면도 함께 가지고 있다. 규범의 내용은 ① 모든 사람은 국가의 간섭 없이 인간의 존엄과 양성평등에 기초한 혼인과 가족생활에 대해 결정하고 영위할 자유를 가진다는 것, ② 사회적 변화에 따라 입법자는 혼인제도와 가족제도의 내용에 변화를 가할 수 있으나 제도보장이므로 그 본질적 내용을 입법자가 침해해서는 안 된다는 것, ③ 제36조 제1항은 가치결정적인 원칙규범으로서 입법자는 혼인 및 가족생활에 불리한 규정을 정하면 안 된다는 것으로 파악할 수 있다.¹²⁾

나. 혼인

(1) 개념

헌법 제36조에서는 혼인에 대한 개념정의를 하고 있지 않고 있다. 현행 헌법하에서 혼인은 개인의 자유결정에 따라 양성 간¹³⁾에 지속적인 관계를 맺는 목적으로 형성된 생활공동체로서 개인의 존엄과 양성평등을 기반으로 하며, 혼인의 성립과 해제 시 국가의 협력(Mitwirkung)을 필요로 하는 특성을 갖는다고 정의할 수 있다.

(2) 자유권적 성격

학설과 헌법재판소는 헌법 제36조 제1항이 혼인과 가족생활의 제도

11) 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등 민법 제809조 제1항 위헌제정.

12) 김은철, 「혼인과 가족에 대한 헌법적 보호」, 『법학논총』 제21집 제1호, 135쪽.

13) 다른 견해로는 이준일, 「헌법상 혼인의 개념 - 동성 간 혼인의 헌법적 허용가능성」, 『공법연구』 제37집 제3호, 2009, 187쪽 참조.

적 보장이며 가치결정적 원칙규범(Wertentscheidende Grundsatznorm)이라는 점에 대하여 큰 이견이 없다. 그러나 동 규정이 혼인과 가족생활에 대한 기본권도 역시 규정한 것이라고 보는 경우, 그 기본권의 법적 성격에 대하여 학설은 다양하게 나뉘어 있다. 헌법재판소는 혼인과 가족에 대한 권리의 법적 성격에 대하여 분명한 견해를 제시하고 있지는 않지만, 민법 제809조 제1항 위헌제청 사건에서 “모든 국민은 스스로 혼인을 할 것인가 하지 않을 것인가를 결정할 수 있고 혼인을 함에 있어서도 그 시기는 물론 상대방을 자유로이 선택할 수 있는 것이며, 이러한 결정에 따라 혼인과 가족생활을 유지할 수 있고 국가는 이를 보장해야 한다.”¹⁴⁾라고 판시한 바 있다.

헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활의 자유를 기본권¹⁵⁾으로서 보장하기 위한 것이다. 혼인의 자유는 역사적으로 볼 때, 과거 가족 또는 영주의 의사에 따른 강제혼인에서 벗어나 개인의 존엄과 자율성에 기반하여 자유롭게 혼인할 자유를 보장하기 위하여 인정된 것이다. 오늘날에도 혼인이 국가나 그 누구로부터 강제됨이 없이 자유롭게 성립되어야 하고, 그 유지와 해소에 대해서도 국가가 강제함이 없이 그 당사자들이 자유롭게 결정하는 것이 인간의 존엄에 상응하며 민주적인 혼인제도라는 점에는 변함이 없으므로 이는 자유권으로 파악하는 것이 타당하다. 사회적 기본권으로 파악하는 논거로서 주장되는 혼인과 가족생활에 대한 국가적 배려는 혼인과 가족에 대한 권리를 가치결정적 근본규범으로도 보기 때문에 인정되는 것이다. 가치결정적 근본규범의

14) 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6 등 병합결정; 2013. 9. 26. 2011헌가42, 민법 제908조의2 제1항 제1호 위헌제청에서는 “헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로서 보장한다.”고 판시하고 있다.

15) 예컨대 유럽연합 인권협약 제2편 자유권 제9조 혼인하고 가족을 구성할 권리 Charta der Grundrechte der Europäischen Union Titel II Freiheiten Artikel 9 - Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen Das Recht, eine Ehe einzugehen, und das Recht, eine Familie zu gründen, werden nach den einzelstaatlichen Gesetzen gewährleistet, welche die Ausübung dieser Rechte regeln.

성격에 따라 국가가 혼인과 가족에 대한 침해를 하지 말아야 한다는 요청을 넘어서 국가가 적극적으로 혼인과 가족에 대한 보호 및 촉진 의무를 진다고 이해하는 것이다. 따라서 국가에 의한 혼인과 가족을 위한 촉진책들로부터 혼인과 가족에 대한 사회권적인 성격을 도출하기에는 무리가 있다. 또한 제36조 제1항 후단의 ‘국가는 이를 보장한다’는 표현에서 이 권리를 사회권으로 이해하는 논거로 삼기도 하지만, 이는 혼인·가족에 대한 제도적 보장을 표현한 것으로 이해하는 것이 적절하다고 생각한다. 헌법재판소도 소득세법 제61조 위헌소원 사건에서 “헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로서 보장하고, 혼인과 가족에 대한 제도를 보장한다.”고 판시한 바 있다.¹⁶⁾

기본권으로서 혼인의 권리는 대 국가적 방어권으로서 일반적으로는 자유로운 혼인에 대한 권리를 의미하고 자유로운 혼인에 대한 국가의 침해배제를 요청할 수 있다. 독일에서는 혼인을 하지 않을 자유는 인격권 규정인 기본법 제2조 제1항의 보호범위에 속하는 것으로서 혼인과 가족 기본권 규정인 기본법 제6조의 보호범위에 속하지 않는다고 보는 것이 일반적이다. 그러나 혼인을 하지 않을 자유도 소극적 혼인의 자유로서 헌법 제36조 제1항에 포함된다고 할 것이다.

(3) 동성혼의 포함여부

헌법 제36조 제1항에 따라 동성혼을 헌법상 혼인으로 볼 수 있는지도 살펴볼 필요가 있다. 학자들 간의 입장은 통일되어 있지 않다. 먼저 동성혼이 포함된다는 입장을 살펴본다. 헌법상 혼인에 대한 개념정의가 없고 양성혼인을 명문으로 규정하고 있지 않기 때문에 양성혼은 혼인의 한 예시일 뿐이고 동성혼도 제36조 제1항의 보호범위 내에 드는 혼인이라는 견해가 있다.¹⁷⁾ 헌법제정권자가 혼인에 관한 규정을 할

16) 헌재 2002. 8. 29. 2001헌마82 결정.

당시의 시대상황에서는 동성 간의 혼인을 염두에 둘 수가 없었던 것이므로, 헌법제정권자는 동성혼의 허용여부에 대한 어떠한 가치결단도 내리지 않은 것으로 볼 수 있어서, 헌법상 보장된 혼인개념에 동성 간의 혼인을 포함시킬 수 있는 것으로 해석될 여지는 여전히 남게 된다는 주장도 존재한다.¹⁸⁾

그러나 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”는 문언상 혼인은 양성의 평등과 개인의 존엄에 기반한다고 해석하는 것이 합리적이므로 ‘양성’ 평등한 혼인은 평등한 남녀 간의 결합으로 이루어진 혼인으로 이해된다. 현행 헌법에서 양성의 혼인은 혼인제도의 핵심을 이룬다고 할 수 있다.¹⁹⁾ 따라서 동성혼의 경우 헌법적 혼인으로 보기에는 어려움이 있다고 할 것이다. 동성 간의 결합의 자유는 헌법 제10조에 따라 보장되며 이들에 대한 차별은 헌법 제11조에 따라 금지된다고 볼 수 있다. 혼인과 유사한 동성 간의 결합을 위한 법률의 제정이 없어 이들이 현실에서 다양한 불이익과 차별을 받고 있다는 점을 볼 때, 동성 간의 결합의 자유를 실질적으로 보장하기 위하여 프랑스의 팩스제도나 독일의 구 동반자등록법²⁰⁾등의 제정이 필요하다.

(4) 내용

주관적 권리인 혼인의 권리에 따라 혼인체결의 자유, 혼인관계유지

17) 고보혜, 『헌법상 국가의 혼인과 가족보호의무와 그 실현방안에 관한 연구』, 전남대학교 박사학위논문, 2011, 66면.

18) 이준일, 『헌법상 혼인의 개념 - 동성간 혼인의 헌법적 허용가능성-』, 『공법연구』 제37집 제3호, 한국공법학회, 2009. 2, 187쪽.

19) 김병록, 『헌법적 존속보호 대상으로서 혼인과 가족』, 한국헌법학회 2013. 9. 발표문; 신옥주, 『이명박 정부 성평등정책 평가 및 제언』, 『민주법학』, 39쪽, 신옥주, 『헌법상 혼인과 가족제도에 관한 고찰』, 『아주법학』 제9권 제3호, 3쪽 이하.

20) 독일은 후술하는 것과 같이 2017년 동성혼인법이 제정된 후 동성 간의 혼인이 가능하게 되었다. 이전에 동성파트너등록법에 따라 동성파트너 관계에 있는 사람들은 자유롭게 혼인을 하거나 파트너관계로 남을 수 있다.

의 자유가 보호되며, 대국가적 방어권으로서 국가에 의한 이러한 자유의 침해가 금지된다. 이혼의 자유가 기본권인지에 대하여 많은 연구가 있지는 않다. 혼인은 지속성을 목적으로 하는 결합이지만, 혼인관계가 실제로 지속적으로 존속해야만 하는 것은 아니다. 따라서 이혼에 대한 권리는 헌법 제36조 제1항의 원칙적인 가치판단에 따르면 예외적인 것이기는 하지만 부부관계가 파탄되었을 경우 이혼의 자유가 기본권으로서 보장이 된다고 할 것이고 국가가 혼인지속을 강제함으로써 이혼의 자유를 제한함에 있어서는 헌법 제37조 제2항의 비례원칙이 준수되어야 한다. 현행 민법에서는 제834조에서 혼인의 해소를 부부 상호간의 의사에 따라서 해소할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 민법 제840조에서는 유책주의를 원칙으로 택하여 재판상 이혼의 사유에 해당하면 해소할 수 있도록 규정하고 있다.²¹⁾

다. 가족

(1) 개념

헌법 제36조에서는 가족에 대한 개념정의를 하고 있지 않다. 가족은 국가적 인정을 통해 생성된다.²²⁾ 가족개념을 규정하고 있는 건강가족 기본법에 따라 가족은 혼인, 혈연이나 입양 등 국가적인 인정을 통해 생성되며, 부부와 혈족, 자녀들의 자연적인 생활공동체 및 교육공동체로서²³⁾ 구성원간의 존엄과 양성의 평등을 기반으로 성립되고 유지되어야 한다. 비교적 영구적인 생활공동체인 가족은 생활동반자적으로 자녀를 양육·교육하며, 사회화 기능을 수행 하고, 구성원들의 경제적 수요를 공동으로 해결하는 한편 구성원들의 정서적 유대를 충족시키는 기능을 수행한다.²⁴⁾

21) 김은철, 『혼인과 가족에 대한 헌법적 보호』, 『법학논집』 제21집 제1호, 144-145쪽.

22) BVerfGE 80, 81, 90.

23) BVerfGE 127, 263, 287.

(2) 혼인과 가족의 관계

헌법 제36조 제1항의 규정에 따른 가족을 어떻게 정의하고 범위를 정해야 하는지, 즉 양성혼을 기반으로 하여 구성된 가족만이 포함된다 고 볼 수 있는지가 문제가 될 수 있다.

동 규정이 혼인과 가족을 병렬적으로 연결하고 있어서 마치 가족은 양성의 혼인을 통해서만 구성될 수 있는 것처럼 해석될 여지가 있기 때문이다.

헌법 제36조 제1항의 가족을 양성혼에 기반한 가족으로만 파악하게 되면 현대사회에서 나타나는 다양한 가족유형들을 포괄하는데 한계를 가지게 된다. 그 결과 이 새로운 유형의 가족들을 정상가족에 비해 결손가족, 혹은 비정상 가족으로 보게 되고 인격권의 침해 및 차별이 발생할 수 있다. 따라서 한 사회를 이루고 있는 모든 혼인 및 결합, 그리고 다양한 가족의 구성 및 가족들의 성장과 발달을 위해서는 단일한 형태와 고정된 기능을 가진 가족만을 가족으로 개념화하기보다는 가족의 형태와 기능의 다양성을 인정하는 것이 필요하다. 가족생활의 제도적 보장은 가족에 대한 사회적 변화를 반영한 입법을 금지하는 것이 아니라 전래적 가족의 본질을 형해화하는 입법을 금지하는 것이다. 따라서 제36조 제1항의 보호를 받는 가족의 범위를 이처럼 확대하여도 가족제도를 형해화한다고 볼 수 없다.²⁵⁾

(3) 내용

제36조 제1항의 내용으로는 먼저 자유롭게 가족을 구성할 권리를 들 수 있다. 한편 부부가 자녀수 및 출산시기의 결정을 자유롭게 할

24) BVerfGE 53, 257, 297; Gröschner, in: Dreier, 『GG, Bd. I』, 1996, Art.6, Rdnr. 69.

25) 조흥석, 『새로운 형태의 가족: 헌법적 가능성과 한계』, 『공법학연구』 제8권 제4호 236쪽 참고.

수 있는 것은 헌법 제10조 인간의 존엄에서 도출되는 자기결정권과 밀접한 관계를 맺는다. 부부의 성생활에 있어서의 자기결정권도 포함되므로 부부간이 범죄로서 처벌되는 근거를 제공한다. 자녀의 복리를 위한 예외적인 경우를 제외하고 원칙적으로 국가의 간섭 없이 부모와 자녀가 가족으로서 함께 살 권리를 가진다. 그리고 독일 기본법 제6조²⁶⁾와 같은 명문규정은 없으나, 부모는 자연권으로서 자녀에 대한 교육의 권리를 가진다. 헌법재판소도 ‘부모의 자녀에 대한 교육권’은 비록 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만, 이는 모든 인간이 국적과 관계없이 누리는 양도할 수 없는 불가침의 인권이라고 하면서, 도출근거로 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조 및 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”고 규정하는 헌법 제37조 제1항을 들고 있다.²⁷⁾

또한 헌법 제36조 제1항에 의하여 보장되는 가족생활에서의 인간으로서의 존엄에 관한 기본권의 내용으로 가족구성원의 부양과 양육, 보호 등을 받는 것은 법제도 형성 이전의 인간의 자연적인 생활 모습과 관련되는 것이다.²⁸⁾

2. 법률상 가족의 개념

가. 민법

가족의 범위에 관한 일반법적 규정은 민법 제779조로 동 조항에서

26) Art. 6 (3) Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur auf Grund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosten drohen.

27) 현재 2004. 4. 27. 98헌가16등, 학원의설립운영에관한법률 제22조제1항 제1호 등위헌제청(학원의설립운영에관한법률 제3조)

28) 현재 2011. 2. 24. 2009헌바89등 구민법 부칙 제4조 위헌소원

는 가족의 범위를 1. 배우자, 직계혈족 및 형제자매 2. 생계를 같이 하는 경우에 한하여 직계혈족의 배우자, 배우자의 직계혈족 및 배우자의 형제자매로 정하고 있다.²⁹⁾

부양가족, 동거가족 등 결합된 용어를 사용하는 경우로는 다문화라는 국제적 요소를 규정한 다문화가족지원법 제2조, 부모가 1인이라는 특성을 정의한 한부모가족 지원법 제4조를 들 수 있는데, 특성을 정의한 것 외에 민법상 가족범위와 달리 가족범위를 정하고 있는 것은 아니라고 할 것이다.

군인을 그 적용대상으로 하는 특별법인 군인복지기본법은 별도로 군인가족에 대하여 군인의 배우자, 본인 및 배우자의 직계혈족으로 한정하고 있다. 또한 공무원수당 등에 관한 규정 제10조제2항에서는 부양가족에 대해 규정하고 있는데, ‘주민등록표상 세대를 같이하는 사람으로서 해당 공무원의 주소나 거소에서 현실적으로 생계를 같이 하는’을 요건으로 하여 배우자, 직계존속(계부 및 계모 포함), 직계비속, 형제자매가 그 범위에 포함한다. 고용보험법 시행령 제73조에서 동거가족에 대하여 거소를 같이 하는 가족으로 규정한다.

소득세법은 제50조에서는 부양가족을 동거가족의 개념을 사용하여 그 범위를 규정하고 있다. 제53조에서는 제50조상의 생계를 같이 하는 부양가족이 주민등록표의 동거가족으로서 해당거주자의 주소 또는 거소에서 현실적으로 생계를 같이 하는 사람으로 규정한다. 그러나 직계비속과 입양자는 제외하고 있으며, 일정한 사유로 인하여 일시되거나 별거 중인 경우에도 예외적으로 생계를 같이 하는 부양가족으로 포함시키고 있다.

호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률은 환자의 의사를 확인하기 위하여 환자가족이라는 용어를 사용하고 있다. 환자 본인 의사가 추정 가능한 경우는 제17조에서 배우

29) 법제처 국가법령정보센터 검색결과 민법의 가족범위를 따르는 법령은 총 20개로 파악됨.

자, 직계비속, 직계존속, 그리고 이들이 없는 경우 형제자매를, 환자 본인 의사가 확인 불가능한 경우에는 제18조에서 배우자, 1촌 이내, 2촌 이내의 직계존속·직계비속, 이들이 없는 경우 형제자매 순으로 환자가족의 범위를 축소하고 있다.

가족범위에 관하여 민법상 규정이 일반법적인 지위를 갖는다고 보아 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률, 노인장기요양보험법, 청소년복지지원법 등과 같이 가족이라는 용어가 규정되고 있으나 별도의 가족 정의가 없는 경우 민법 제779조를 적용하여 그 범위를 정하여야 한다고 본다.

민법 제779조에서 가족의 범위를 혼인과 혈연 등을 기준으로 배우자, 직계혈족 및 형제자매, 그리고 생계를 같이 하는 직계혈족의 배우자, 배우자의 직계혈족 및 배우자의 형제자매로 한정하고 있어 다양한 가족의 상황에 적절하지 않은 범위를 기준으로 삼고 있으므로 수정이 필요하다는 의견이 있다. 가족이라는 용어를 사용하면서 개념이나 범위를 정의하지 않는 경우도 있다. 가족의 개념을 통합하자는 견해³⁰⁾도 있으나 개별 법률들의 상이한 법의 목적에 따라 가족 또는 가족의 범위가 정의되고 있기 때문에 이를 민법 제779조를 중심으로 통일하는 것은 어려운 것으로 생각한다.³¹⁾ 그러나 사회변화에 따라 변화하는 다양한 가족을 하나의 가족이나 규정으로 정의해내기가 어렵고 매우 포괄적인 개정을 한다고 하더라도 시간이 지남에 따라 다시 현재와 똑같은 비판을 받을 가능성이 매우 크다. 따라서 민법의 가족 개념을 삭제하는 것이 바람직하다는 견해도 있다.³²⁾ 독일의 경우 민법에서 가족개념이나 범위를 규정하고 있지 않고 제1589조에서 친족관계(Verwandschaft)³³⁾

30) 김용화, 「가족에 대한 법적·사회적 개념의 통합필요성」, 『가족법연구』 제22권 2호, 한국가족법학회, 2008.

31) 김민지, 「다양한 가족 유형의 확산에 따른 「민법」의 개선과제 검토」, 『가족법연구』 제34권 1호 2020년 3월, 34-46쪽.

32) 김민지, 「다양한 가족 유형의 확산에 따른 「민법」의 개선과제 검토」, 66쪽.

33) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 1589 Verwandschaft

(1) Personen, deren eine von der anderen abstammt, sind in gerader Linie

만을 규정하고 있다.

나. 건강가정기본법에 따른 가족개념의 문제점

2004. 2. 9. 제정(2005. 1. 1. 시행)된 건강가정기본법은 낮은 출산율과 높은 이혼율이 가족위기라는 시각을 가지고 혼인하고 출산하여 가정을 꾸리고 이러한 가정이 위기에 처해서 해체되지 않도록 건강한 가정을 만드는 것을 주요내용으로 삼고 있다. 지금까지도 유지되고 있는 이 법의 특징은 협의의 가족개념, 국가의 강한 개입을 통한 건강한 가정의 유지, 전통적인 가족제도의 유지, 혼인과 가족에 대한 개인의 사회적 책무 강조에 있다.

헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”고 규정하고 있다. 혼인과 가족생활은 각 각 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다고 보아야 하므로 헌법에서는 가족이 혼인을 통하여만 구성된다고 규정하고 있지 않다고 볼 수 있다. 혼인은 가족을 이루는 하나의 방법이지 가족을 이루는 유일한 방법이 아니라고 할 수 있다. 그러나 헌법재판소는 헌법 제36조 제1항에 대하여 “혼인 및 그에 기초하여 성립된 부모와 자녀의 생활공동체인 가족생활이 국가의 특별한 보호를 받는다는 것을 규정하고 있다.”³⁴⁾고 판시함으로써 가족이 혼인을 기초로 하여 성립되는 것을 전제하고 있는 것으로 보인다.

건강가정기본법에서는 혼인·혈연·입양으로 가족이 구성된다고 규정

verwandt. Personen, die nicht in gerader Linie verwandt sind, aber von derselben dritten Person abstammen, sind in der Seitenlinie verwandt. Der Grad der Verwandtschaft bestimmt sich nach der Zahl der sie vermittelnden Geburten.

(2) (weggefallen)

34) 헌재 2004. 4. 27. 98헌가16등, 학원의설립운영에관한법률 제22조제1항 제1호 등위헌제청(학원의설립운영에관한법률 제3조)

하고 있으며, 가정이란 가족구성원이 생계 또는 주거를 함께 하는 생활공동체로서 구성원의 일상적인 부양·양육·보호·교육 등이 이루어지는 생활단위를 말한다고 하고 있다. 민법 제779조에서는 가족의 범위를 ① 배우자, 직계혈족 및 형제자매 ② 직계혈족의 배우자, 배우자의 직계혈족 및 배우자의 형제자매(생계를 같이 하는 경우에 한함)라고 규정하고 있다. 헌법에서는 혼인을 통한 가족의 구성을 규정하고 있지 않음에도 불구하고 건강가정기본법상의 가족규정을 종합하여 보면 헌법 제36조 제1항의 가족을 혼인을 통해 이루어진 가족으로 이해하고 가족을 건강가정기본법상 혼인, 혈연이나 입양 등 국가적인 인정을 통해 생성되는³⁵⁾ 것으로 한정하고 있다.

건강가정기본법은 건강한 가정생활의 영위와 가족의 유지 및 발전을 위한 국민의 권리·의무와 국가 및 지방자치단체 등의 책임을 명백히 하고, 가정문제의 적절한 해결방안을 강구하며 가족 구성원의 복지증진에 이바지할 수 있는 지원정책을 강화함으로써 건강가정 구현에 기여하는 것을 목적으로 하고 있다. 제8조 제1항에서는 모든 국민은 혼인과 출산의 사회적 중요성을 인식하여야 한다고 규정하고 있는데, 자유로운 혼인과 출산의 권리의 보장이라는 시각보다는 사회적 책무성을 강조하고 간접적으로 혼인과 출산을 장려하는 관점이 투영되어 있다고 할 것이다. 또한 제9조 제1항에서는 가족 구성원 모두는 가족 해체를 예방하기 위하여 노력하여야 한다고 규정하고, 제12조에 따라 가정의 중요성을 고취하고 건강가정을 위한 개인·가정·사회의 적극적인 참여 분위기를 조성하기 위하여 가정의 날을 제정하고, 제31조에서는 국가 및 지방자치단체는 이혼하고자 하는 부부가 이혼 전 상담을 받을 수 있게 하는 등 이혼 조정을 내실화 할 수 있도록 필요한 조치를 강구하여야 한다고 규정하고 있다. 이는 건강한 가정의 구성과 유지를 위하여 국가, 지방자치단체와 개인이 적극적으로 참여하고 그 해체를 예방하고자 하는 규정들로서 이혼을 개인의 자유로운 결정이라

35) BVerfGE 80, 81, 90.

기보다는 가족해체위기로 보는 시각을 그대로 드러내고 있다.

건강가정기본법과 민법에 따르면 가족이란 부부와 혈족, 자녀들의 자연적인 생활공동체 및 교육공동체로서 구성원 간의 존엄과 양성의 평등을 기반으로 성립되고 유지되어야 한다. 비교적 영구적인 생활공동체인 가족은 생활동반자적으로 자녀를 양육·교육하며, 사회화 기능을 수행하고, 구성원들의 경제적 수요를 공동으로 해결하는 한편 구성원들의 정서적 유대를 충족시키는 기능을 수행한다.³⁶⁾ 그러나 이제는 건강가정기본법에 대한 근본적인 검토가 필요한 시점이다. 이 법에서 규정하는 매우 협소하고 배타적인 가족개념이나 여성의 출산에 대한 사회적 책임 강조, 이혼을 위기로 보고 이를 예방해야 하는 개인과 국가의 책무 등 몇몇 조문의 개정이 아니라 법률전체를 관통하는 기본적인 시각의 변화를 통하여 새로운 기본법으로 발전될 필요성이 검토되어야 한다. 이제 건강가정기본법은 국가와 지방자치단체가 법률혼 가정, 사실혼가정, 동거가정, 위탁가정 등 다양한 형태의 가족에 대하여 차별 없이 어떻게 지원을 할 것인지를 기본으로 하는 가족정책기본법(가칭)으로 진화할 때이다.

이러한 문제의식에 기반하여 수립된 제4차 건강가정기본계획에는 이 연구의 주제와 유관한 다음과 같은 매우 중요한 내용이 포함되어 있다.

첫째, 세상 모든 가족을 포용하는 사회기반을 구축한다. 이를 위하여 ① 차별적 법제를 개선한다. 가족의 유형에 따라 아동의 보편적 권리를 제한하거나 차별적 인식을 야기할 수 있는 출생신고 등 관련제도를 개선한다. 특히 자택출산 출생신고에 대한 법률지원, 미혼부 자녀 출생신고요건의 확대, 의료기관 출생통보제 도입, 자녀성의 결정방식을 부성주의원칙³⁷⁾에서 부모협의원칙으로의 전환 등을 시행한다. 또

36) BVerfGE 53, 257, 297; Gröschner, in: Dreier, 『GG, Bd. I』, 1996, Art.6, Rdnr. 69.

37) 민법 제781조 제1항의 개정. 부성주의원칙의 위헌성에 대하여서는 신옥주, 『부성주의 위헌성 고찰』, 『안암법학』 제43호, 2014. 1. 341-372쪽 참조.

한 혼중·혼외자를 구분하는 현행 친자관계 법령정비도 추진된다. ② 가족개념을 확대한다. 건강가정기본법, 민법의 ‘가족’의 정의·범위 규정 및 ‘건강가정’ 용어 개정, 가족형태에 따른 차별 방지 근거를 신설한다. ③ 가족다양성에 대한 인식을 제고한다. 사회적 감수성 제고를 위한 가족다양성 교육 운영체계를 구축하고 반편견모니터링과 홍보를 강화한다. 이와 더불어 가정폭력의 범위를 넓혀 비혼동거 등 친밀한 관계에서의 폭력피해를 포괄하도록 가정폭력처벌법의 배우자 규정개정을 검토한다.

둘째, 모든 가족의 안정적 생활여건을 보장한다. 이를 위하여 ① 경제적 기반을 강화한다. 가족 유형을 반영한 복지급여 등 제도를 개선하고 한부모 등 아동 양육 가족에 대한 지원을 강화한다. '21년부터 생계급여 부양의무자 기준을 단계적으로 폐지한다. '21. 5월부터 생계급여를 받는 한부모가정에도 아동양육비를 지급하고 추가 아동양육비 지급대상 연령을 만24세에서 만34세로 확대한다. ② 자녀양육여건을 조성한다. 가족유형에 따른 차별적인 양육환경에 놓이지 않도록 한부모·다문화가족 등 가족 특성을 고려한 맞춤형 지원을 확대한다. 자녀의 안정적 양육을 위해 이혼과정에서 협의사항 확인절차 강화, 조정조치 명령(양육비 이행을 위한 상담 등) 활성화 등을 통한 가정법원 역할이 확대된다. 그리고 비양육 부·모-자녀 간 지속적인 관계가 맺어질 수 있도록 부모·자녀 관계 등에 대한 상담프로그램 개발, 건강가정·다문화가족센터 등을 통해 면접교섭 프로그램을 전국으로 확대하고 이를 위한 지원이 강화된다. 양육비이행법 개정('21. 7. 13. 시행)을 통해 양육비 이행 실효성이 강화된다. 감치명령 후 양육비채무 불이행에 대해 출국금지 요청, 명단공개, 형사처벌이 가능하게 된다.

이외에도 가족 다양성에 대응하는 사회적 돌봄체계 강화와 함께 일하고 돌보는 사회환경을 조성하기 위한 계획을 수립하였다.³⁸⁾

38) 여성가족부 제4차 건강가정기본계획 방향 및 개요.

3. 가족관계변화와 양육의무 불이행 부모의 부양 및 상속관련 법제의 쟁점과 해결방안

가. 자녀에 대한 양육의무를 불이행한 부모의 상속배제 논의의 배경

우리사회에서 자녀를 양육하지 않은 부모가 자녀의 사망 후 그 재산(보험금, 보상금 포함)을 상속 받는 일에 대하여 사회적으로 논란이 일기 시작한 것은 2010년 천안함 사고를 마무리하면서 부터이다. 천안함 사고로 사망한 어느 상사의 모는 그 상사가 2세가 되던 때 이혼하여 27년 동안 연락이 없이 살았는데, 국가보훈처에서 상사의 군인사망 보상금 2억 원 가운데 1억 원, 군인보험금 1억 원 중 5000만 원을 수령하여 갔다. 모는 월 80만 원씩 지급되는 군인연금 40만 원도 매달 지급받았다. 이에 상사를 키운 부는 모를 상대로 상속재산 분할 청구 소송과 양육비 청구 소송을 제기했다. 이에 법원은 ‘모에게 군인사망보상금 및 군인보험금 1억 5000만 원을 지급하는 대신 매달 받는 군인연금을 포기하라’고 조정했고 두 사람은 법원의 의견을 받아들였다.³⁹⁾

당시에 이혼가족의 증가, 조손가족의 증가 등 전통적 가족관념의 변화와 더불어 이러한 일들이 빈번하게 발생할 것이 전망되었다.⁴⁰⁾ 그 후 2014년 세월호 참사 후 친부가 12년 만에 나타나 딸의 세월호 사망보험금의 절반을 협의 없이 수령해간 일이 발생하였다.⁴¹⁾ 2019년 경북 경주 리조트 사고 후 모 사망보상금 사건,⁴²⁾ 2019년 “조현병 역주

39) 평생 연락 한 번 없다 ... 자식 죽자 나타난 부모들, 머니투데이,

<https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2019062014352948410> 검색 2021. 10. 29.

40) 최현숙, 『상속과 연계를 통한 아동에 대한 부양의무의 강화』, 『민사법의 이론과 실무』(2013. 12. 31.), 184쪽.

41) 머니투데이 “딸 죽음에 ...” 12년만에 나타나 딸 보험금만 챙겨간 부,

출처: <https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2014052614173642529> 검색 2021. 10. 29.

42) “피가 거꾸로 솟는다 ... 12년 만에 나타난 생모가 경주리조트 희생자 보상금 절반 요구해 논란”, 국민일보,

출처: <http://news.kukinews.com/news/article.html?no=192543> 검색 2021. 10. 29.

행” 예비신부 사망사건 후 친모 사망보험금 수령사건,⁴³⁾ 2020년 구하라 씨 친모 상속사건,⁴⁴⁾ 2020년 전북 소방관 친모 유족급여사건⁴⁵⁾ 등이 대표적이다.

위 사례와 같이 혈연관계만 있으면 부양의무를 이행하지 않았더라도 사망한 자녀의 재산을 부모가 당연히 상속하는 것은 정의관념에 부합하지 않는다는 국민의 여론이 형성되었다.⁴⁶⁾ 제18대 국회에서부터 부양의무를 불이행한 상속인의 상속을 제한하기 위한 입법발의가 지속되고 있다. 학계에서도 이에 대한 논의가 지속되었으며 민법개정을 통한 상속권제한제도의 도입을 찬성하는 입장⁴⁷⁾도 많이 존재하였다.

2020.12.1. 국회에서 공무원연금법 및 공무원재해보상법이 가결되어

43) “그 돈은 다 엄마 돈이야”...보험금 때문에 나타난 부모들,

출처: <https://news.v.daum.net/v/20190621060304335> 검색 2021. 10. 29.

44) 2020. 12. 21. 광주가정법원 가사2부는 구하라 아버지 기여분 20%를 인정하였다.

출처: <https://www.ajunews.com/view/20201221192631316> 검색 2021. 10. 29.

45) 전북소방관 A가 구조 과정에서 얻은 극심한 외상 후 스트레스 장애(PTSD)와 우울증을 앓다가 극단적 선택을 하였다. 인사혁신처는 공무원재해 보상심의위원회를 열고 친부가 청구한 순직 유족급여 지급을 의결했다. 공무원연금공단은 이와 비슷한 시점에 32년간 서로 왕래가 없었던 친모에게도 이러한 결정을 알렸다. 친모는 본인 몫으로 나온 유족급여와 둘째 딸 퇴직금 등을 합쳐 약 8천만 원과 사망 때까지 매달 91만 원의 유족급여를 받게 되었다. A씨의 친부는 친모를 상대로 1억9천만 원 상당의 양육비를 청구하는 가사소송을 전주지법 남원지원에 제기했고 법원은 친부에게 양육비 양육비 7700만 원 지급 판결을 하였다. 소방관 딸 순직 이후 32년 만에 나타난 생모...유족 급여 타내,

출처: https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1005812838&plink=COPYASTE&cooper=SBSNEWSEND 검색 2021. 10. 29

46) 상실청구권 도입찬성 89.9%, 2019년 법무부 상속권상실 청구 제도에 대한 국민인식 여론조사 결과보고서, 김민지, 『다양한 가족 유형의 확산에 따른 「민법」의 개선과제 검토』, 75쪽. 직계존속 또는 직계비속에 대한 부양의무를 현저히 해태한 경우도 상속결격 사유로 추가하고 기여분 인정요건을 완화하는 민법개정에 관한 청원(청원번호 제2000212호).

47) 최현숙, 『상속과 연계를 통한 아동에 대한 부양의무의 강화』, 『민사법의 이론과 실무』(2013. 12. 31.); 윤진수, 『상속권 상실에 관한 정부의 민법개정안』, 『비교사법』 제28권 제3호, 2021; 박지원, 『부양의무 해태와 상속결격사유 확대에 관한 입법론』, 『홍익법학』 제21권 제3호, 2020; 김상용/박인환, 『상속권상실선고에 관한 법무부 개정안의 문제점』, 『중앙법학』 제23집 제1호, 2021; 이동진, 『상속결격·상속권상실과 대습상속』, 『가족법연구』 제35권 제2호, 2021 등.

순직한 공무원에 대해 양육의무를 다하지 않은 유족은 퇴직유족·재해 유족급여 전부 또는 일부가 지급되지 않게 되었다. 그리고 2021년 법무부는 후술하는 민법 제1004조 등의 개정안을 입법예고하였다.

나. 현행 민법상 부양의무와 상속제한의 내용

(1) 부양의무

부양이란 일정한 범위의 친족이 다른 친족의 생활을 유지해 주거나 부조하는 것으로 민법에는 2가지의 부양의무가 규정되어 있다. 제1차적 부양의무는 제826조 제1항에서 규정하는 부부간의 부양의무로 동 조에서는 부부는 동거하며 서로 부양하고 협조하여야 한다. 그러나 정당한 이유로 일시적으로 동거하지 아니하는 경우에는 서로 인용하여야 한다고 규정한다. 그리고 제913조의 부모의 미성년자 부양의무이다. 동 조에서는 친권자는 자를 보호하고 교양할 권리의무가 있다고 하여 부모의 보호·교양의무를 규정하고 있는데, 보호·교육은 양육과 교육을 의미하며, 여기에는 부양의무가 당연히 포함된다고 본다.⁴⁸⁾ 제1차적 피부양자의 생활을 부양의무자의 생활과 같은 정도로 보장하여 공동생활의 유지를 가능하게 하는 것을 내용으로 한다. 제2차적 부양의무는 제974조,⁴⁹⁾ 제975조⁵⁰⁾에서 규정하는 친족 간의 부양의무이다. 직계혈족과 그 배우자 사이에는 생계를 같이 하는지 여부와 관계없이 부양의무가 있다. 그러나 기타 친족 간에는 생계를 같이 하는 경우에 한하여 부양의무가 발생한다. 제2차적 부양의무는 부양의무자가 자기

48) 송덕수, 『신민법강의』 제14판, 박영사, 2021. 1613쪽.

49) 제974조(부양의무) 다음 각호의 친족은 서로 부양의 의무가 있다.

1. 직계혈족 및 그 배우자간

2. 삭제 <1990. 1. 13.>

3. 기타 친족간(生計를 같이 하는 境遇에 限한다.)

50) 제975조(부양의무와 생활능력) 부양의 의무는 부양을 받을 자가 자기의 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없는 경우에 한하여 이를 이행할 책임이 있다.

의 사회적 지위에 상응하는 생활을 하면서 생활에 여유가 있음을 전제로 하여, 부양을 받을 자가 자력 또는 근로에 의하여 생활을 유지할 수 없는 경우에 한하여 그의 생활을 지원하는 것을 내용으로 한다.

부양방법은 부양권리자와 부양의무자가 동거하면서 부양하는 동거 부양 또는 인수부양과 동거하지 않고 급부함에 그치는 금전급부와 급여부양이 있는데 급부부양에는 부양료, 양육비, 현물급여가 있다.

(2) 현행 민법상 상속과 상속제한

상속은 혈연, 가산공유, 사후부양이라는 다양한 측면에 근거를 둔 것으로 재산법상의 지위가 사망 후 특정인에게 포괄적으로 승계하게 하는 것이다.⁵¹⁾ 혈연은 상속의 1차적인 근거가 된다. 그러나 오늘날 민법이 배우자의 상속을 인정하고, 기여분⁵²⁾ 및 유류분⁵³⁾을 규정하고 있는

51) 윤진수, 『친족상속법 강의』, 박영사, 2016, 269쪽.

52) 민법 제1008조의2(기여분) ①공동상속인 중에 상당한 기간 동거·간호 그 밖의 방법으로 피상속인을 특별히 부양하거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여한 자가 있을 때에는 상속개시 당시의 피상속인의 재산가액에서 공동상속인의 협의로 정한 그 자의 기여분을 공제한 것을 상속재산으로 보고 제1009조 및 제1010조에 의하여 산정한 상속분에 기여분을 가산한 액으로써 그 자의 상속분으로 한다. <개정 2005. 3. 31.>

②제1항의 협의가 되지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 제1항에 규정된 기여자의 청구에 의하여 기여의 시기·방법 및 정도와 상속재산의 액 기타의 사정을 참작하여 기여분을 정한다.

③기여분은 상속이 개시된 때의 피상속인의 재산가액에서 유증의 가액을 공제한 액을 넘지 못한다.

④제2항의 규정에 의한 청구는 제1013조제2항의 규정에 의한 청구가 있을 경우 또는 제1014조에 규정하는 경우에 할 수 있다.

53) 민법 제1112조(유류분의 권리자와 유류분) 상속인의 유류분은 다음 각호에 의한다.

1. 피상속인의 직계비속은 그 법정상속분의 2분의 1
2. 피상속인의 배우자는 그 법정상속분의 2분의 1
3. 피상속인의 직계존속은 그 법정상속분의 3분의 1
4. 피상속인의 형제자매는 그 법정상속분의 3분의 1

유류분제도는 피상속인의 재산처분행위로부터 유족들의 생존권을 보호하고, 법정상속분의 일정비율에 상당하는 부분을 유류분으로 산정하여 상속재산형성에 대한 기여, 상속재산에 대한 기대를 보장하려는 데에 그 취지가 있다. 헌재 2013. 12. 26. 2012헌바467.

데, 이는 상속의 근거가 공유재산 형성에 대한 기여를 청산하고, 사후 가족 구성원의 생활을 보장하고자 함에 있음을 보여 주는 것이다.⁵⁴⁾

민법 제1000조에 따라 1. 피상속인의 직계비속 2. 피상속인의 직계존속 3. 피상속인의 형제자매 4. 피상속인의 4촌 이내의 방계혈족 순위로 상속인이 되며 동순위의 상속인이 수인인 때에는 최근친을 선순위로 하고 동순위의 상속인이 수인인 때에는 공동상속인이 된다. 그리고 태아는 상속순위에 관하여는 이미 출생한 것으로 본다.

첫째, 상속인 결격규정

상속결격은 어떤 사람이 법에서 정한 일정한 행위를 할 경우 상속인으로서 자격을 박탈시키는 것이다. 민법 제1004조에서는 1. 고의로 직계존속, 피상속인, 그 배우자 또는 상속의 선순위나 동순위에 있는 자를 살해하거나 살해하려한 자 2. 고의로 직계존속, 피상속인과 그 배우자에게 상해를 가하여 사망에 이르게 한 자 3. 사기 또는 강박으로 피상속인의 상속에 관한 유언 또는 유언의 철회를 방해한 자 4. 사기 또는 강박으로 피상속인의 상속에 관한 유언을 하게 한 자 5. 피상속인의 상속에 관한 유언서를 위조·변조·과기 또는 은닉한 자에 대하여 상속인의 상속결격을 규정한다.

둘째, 기여분 및 유증을 통한 상속제한

1990. 1. 13. 민법개정으로 남녀상속인 간의 불평등 및 장남에 대한 우대조항 등이 삭제되고, 공동상속에 있어 혈족상속인들 간의 균등상속의 원리가 실현되었다. 이와 같은 형식적 평등의 실현으로 인한 실질적 형평의 침해를 방지하기 위하여 당시 기여분제도가 신설되었다. 신설된 기여분제도는, 기존 호주의 추가상속분이 삭제됨에 따라 예상되었던 노친부양 문제에 대처하기 위하여, 일본이나 독일의 민법에는 없던 “피상속인을 특별히 부양한 자를 포함한다”라는 규정을 포함하고 있었다. 이후 기여분제도의 시행결과 위 규정만으로는 노친부양을 유

54) 이우리, 『부양의무를 불이행한 부모의 상속결격에 관하여 - 헌법재판소 2017. 2. 22. 선고 2017헌바59결정, 『가족법연구』 제32권 2호, 433쪽.

도하기에 부족하다고 판단되었다. 공동상속인간의 실질적 형평 및 가족관계의 건전한 가치관 정립을 위하여, 상당한 기간 동안 동거하면서 피상속인을 부양한 자에게도 기여분이 인정될 수 있도록 하려는 입법 취지를 반영하여, 2005. 3. 31. 민법 제1008조의2 제1항이 개정되었다. 종전의 ‘특별부양’이라는 기여분의 인정 요건을 “피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여한 자”로부터 분리하고, ‘특별부양’의 행위 태양을 “상당한 기간 동거·간호 그 밖의 방법으로 피상속인을 특별히 부양”한 것으로 구체화하였다는 점에서 최초의 기여분제도와 구별된다.⁵⁵⁾

제1008조의2에서는 기여분제도를 규정하는 기여분제도는 공동상속인 중에서 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 관하여 특별히 기여하거나 피상속인을 특별히 부양한 자가 있는 경우, 상속분을 정함에 있어서 그러한 기여나 부양을 고려하는 제도이다. 제1008조의2 제1항에 따라 공동상속인 중에 상당한 기간 동거·간호 그 밖의 방법으로 피상속인을 특별히 부양하거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여한 자가 있을 때에는 상속개시 당시의 피상속인의 재산가액에서 공동상속인의 협의로 정한 그 자의 기여분을 공제한 것을 상속재산으로 보고 제1009조 및 제1010조에 의하여 산정한 상속분에 기여분을 가산한 액으로써 그 자의 상속분으로 한다. 제2항에서는 제1항의 협의가 되지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 제1항에 규정된 기여자의 청구에 의하여 기여의 시기·방법 및 정도와 상속재산의 액 기타의 사정을 참작하여 기여분을 정한다고 규정하고 이에 따른 청구는 제1013조제2항⁵⁶⁾의 규정에 의한 청구가 있을 경우 또는 제1014조⁵⁷⁾에 규정하는 경우에 할 수 있다(제4항). 그리고 제3항에 따

55) 현재 2010헌바2 민법 제1008조의2 제1항 위헌소원

56) 제1013조(협의에 의한 분할) ①전조의 경우외에는 공동상속인은 언제든지 그 협의에 의하여 상속재산을 분할할 수 있다. ②제269조의 규정은 전항의 상속재산의 분할에 준용한다.

57) 제1014조(분할후의 피인자 등의 청구권) 상속개시후의 인지 또는 재판의 확정

라 여분은 상속이 개시된 때의 피상속인의 재산가액에서 유증의 가액을 공제한 액을 넘지 못한다.

다. 헌법재판소 부양의무 불이행 부모 상속제한 관련 결정⁵⁸⁾

헌법재판소는 청구인이 민법 제1000조 제1항 제2호 법정상속순위 조항의 위헌확인을 구한 사건에서 실질은 청구인이 상속결격사유를 규정한 제1004조에 피상속인에 대한 부양의무를 이행하지 아니한 직계존속의 경우 상속결격사유를 규정하지 않은 것의 위헌성을 다투는 것이라고 보고 직권으로 심판대상을 민법 제1004조로 변경하였으며, 2017. 2. 22. 동 조항이 합헌이라는 결정을 하였다.

청구인은 혼인 후 딸을 출산한 5년 후 이혼하고 홀로 딸을 양육하였다. 청구인의 전 배우자는 이혼 후 딸을 전혀 부양하지 아니하였다. 청구인의 딸은 20세가 되던 해 교통사고로 사망하였다. 사망할 당시 약 800만 원 정도의 예금이 있었고 생전에 생명보험계약에 가입하고 있었다. 약 2억 3천만 원 상당의 보험금은 생명보험계약에 따라 법정상속인에게 지급되게 되었다. 또한 법원은 청구인이 제기한 교통사고로 인한 손해배상청구소송에서 교통사고 가해차량 운전자의 보험사가 청구인에게 2억 8천만 원의 손해배상금을 지급하라는 판결⁵⁹⁾을 하였다.

청구인은 전 배우자를 상대로 딸에 대한 양육비를 청구하는 소와 함께 기여분 결정 및 상속재산분할심판을 제기하였는데, 그 내용은 딸의 상속재산인 예금채권, 보험금채권, 손해배상금채권에 대하여 자신의

의하여 공동상속인이 된 자가 상속재산의 분할을 청구할 경우에 다른 공동상속인이 이미 분할 기타 처분을 한 때에는 그 상속분에 상당한 가액의 지급을 청구할 권리가 있다.

58) 헌법재판소 2017. 2. 22. 선고 2017헌바59 민법 제1000조 제1항 제2호 위헌소원(피상속인에 대한 부양의무를 이행하지 않은 직계존속의 상속권 인정 사건)

59) 인천지방법원 2013. 1. 9. 선고 2012가단204678

기여분을 90%로 정하고 나머지 상속재산에 대하여 분할을 청구하는 것이었다. 법원은 양육비지급청구는 인용하고 기여분 결정과 상속재산 분할 청구는 모두 기각했다. 청구인의 항고 및 재항고가 항소심 법원과 대법원에서 모두 기각되었다.

이 사건의 쟁점은 피상속인에 대한 부양의무를 이행하지 않은 직계존속의 경우를 상속결격사유로 규정하지 않은 민법 제1004조(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 청구인의 재산권을 침해하는지 여부이다. 헌법재판소는 심판대상조항이 상속관계의 조속한 확정, 법적 안정성확보를 위한 것이며, 입법자가 부양의무를 이행하지 않은 직계존속의 경우를 상속결격사유로 규정하지 않았다고 하더라도 이것이 입법형성권의 한계를 일탈한 것이 아니라고 하면서 합헌결정을 하였다.

헌법재판소의 결정의 주요 내용은 다음과 같다. 동 재판소는 심판대상조항이 일정한 형사상의 범죄행위와 유언의 자유를 침해하는 부정행위 등 5가지를 상속결격사유로 한정적으로 열거하고 있는데, 이는 극히 예외적인 경우를 제외하고는 상속인의 상속권을 보호함과 동시에 상속결격여부를 둘러싼 분쟁을 방지하고, 상속으로 인한 법률관계를 조속히 확정시키기 위함이라고 판시하고 있다. 동 재판소는 또한 부양의무 이행과 상속이 서로 대응하는 개념이 아니기 때문에 법정상속인이 피상속인에 대한 부양의무를 이행하지 않았다고 하여 상속인의 지위를 박탈당하는 것도 아니고, 반대로 법정상속인이 아닌 사람이 피상속인을 부양하였다고 하여 상속인이 되는 것도 아니라고 보고 있다. 동 재판소는 만일 직계존속이 피상속인에 대한 부양의무를 이행하지 않은 경우를 상속결격사유로 본다면, 과연 어느 경우에 상속결격인지 여부를 명확하게 판단하기 어려워 이에 관한 다툼으로 상속을 둘러싼 법적 분쟁이 빈번하게 발생할 가능성이 높고, 그로 인하여 상속관계에 관한 법적 안정성이 심각하게 저해된다고 판단하고 있다. 또한 민법은 유언이나 기여분 제도를 통하여 피상속인의 의사나 피상속인에 대한 부양의무 이행 여부 등을 구체적인 상속분 산정에서 고려할

수 있는 장치를 이미 마련하고 있는 점들을 고려하면, 심판대상조항이 피상속인에 대한 부양의무를 이행하지 않은 직계존속의 경우를 상속결격사유로 규정하지 않았다고 하더라도 이것이 입법형성권의 한계를 일탈하여 다른 상속인인 청구인의 재산권을 침해한다고 보기 어렵다고 판단하고 있다.

헌법재판소는 이 문제에 대하여 진지하게 검토하고 있지는 아니하나, 부양의무 이행과 상속이 서로 대응하는 개념이 아니고, 따라서 법정상속인이 피상속인에 대한 부양의무를 이행하지 않았다고 하여 상속인의 지위를 박탈당하는 것도 아니라는 입장을 밝히고 있다. 민법에서는 혈족상속의 원칙을 채택하고 피상속인 등에 대한 중대한 범법행위와 유언의 자유를 침해하는 행위만을 상속결격사유로 규정하고 있다. 따라서 민법은 부양의무와 상속을 연결시키고 있지 않다. 그러나 부양의무를 다하지 않은 부모라고 하더라도 상속의 대원칙인 혈연주의에 따르게 되면 미성년인 자녀의 사망으로 부모는 상속인이 되어 상속인으로서 상속을 받는 데 일정한 제한이 없게 된다. 그 결과 부모가 자신의 부양의무를 다 하지 않았음에도 불구하고 자녀로부터 상속을 받음으로써 부양받지 못한 자녀로부터 사후부양을 받게 되는 불합리한 결과가 발생된다.

헌법재판소의 위 결정에 대하여 다음과 같은 비판이 있다.⁶⁰⁾

첫째, 생전증여 또는 유증은 자녀의 의사에 따른 재산의 이전이다. 그러나 부모의 사망 전에 발생한 갑작스러운 자녀의 사망의 경우 생전증여 또는 유증의 작성은 매우 드문 일이 될 것 이므로 자녀의 사망 이후 부모상속에서 나타나는 불공평을 시정할 수단이 될 수 있는지 의문이다. 더욱이 자녀가 생전증여 또는 유증에 의하여 자신을 부양해준 부모에게 전 재산을 물려주고자 하더라도, 부양의무를 해태한 부모가 유류분 반환 청구를 통하여 자신의 유류분에 해당하는 몫을

60) 이우리, 『부양의무를 불이행한 부모의 상속결격에 관하여』, 『가족법연구』 제32권 2호, 429쪽-432쪽.

다시 가져갈 수 있다는 큰 문제가 있다. 유류분 반환 청구권이 존재하나 상속권 상실 또는 유류분 상실에 관한 규정을 두지 않은 채, 유류분 반환 청구권만으로는 피상속인이 생전증여나 유증을 통하여 자신의 의사에 따라 자신에게 부양의무를 다한 부모에게 더 많은 비율의 재산을 상속하게 하는 데 한계가 있다.

둘째, 기여분 결정 청구는 홀로 자녀를 부양한 부모가 부양의무를 이행하지 않은 부모를 상대로 자녀에 대한 특별한 부양을 주장할 수 있는 것이다. 기여분의 인정을 위하여서는 ‘특별한 부양’이 인정⁶¹⁾되어야 한다. 부모는 자녀에게 법적으로 자신의 생활수준과 동일한 부양을 하여야 하는데, 통상 부모들이 자녀에게 그 이상의 부양을 하였음을 인정할 수 있는 경우가 드물기 때문에 자녀양육이 특별한 부양으로 인정되기는 어려울 것⁶²⁾으로 생각된다. 따라서 기여분제도가 부양의무 불이행에 따른 불공정시정장치로 기능하기엔 한계가 크다.

셋째, 양육비 청구는 어떠한 사정으로 인하여 부모 중 어느 한쪽만이 자녀를 양육하게 된 경우, 양육하는 일방은 상대방에 대하여 현재 및 장래에 있어서의 양육비 중 적정 금액의 분담을 청구할 수 있다. 또한, 부모의 자녀양육의무는 특별한 사정이 없는 한 자녀의 출생과 동시에 발생하는 것이므로 과거의 양육비에 대하여도 상대방이 분담함이 상당하다고 인정되는 경우에는 그 비용의 상환을 청구할 수 있

61) 2020. 12. 21. 광주가정법원 가사2부는 구하라 씨의 친 오빠가 친모 A씨를 상대로 제기한 상속재산분할 심판청구 소송에서 구호인 씨의 청구를 일부 인용한다고 판결했다. 재판부는 “미성년 자녀에 대한 양육 의무는 단순히 부모가 비용을 부담하는 것을 넘어 자녀의 신체적·정신적 발달을 위해 애쓰는 것을 포함한다”며 “구하라 씨가 일찍 가수 활동을 시작해 친부가 양육 비용을 많이 부담하지 않았더라도 구하라 씨를 특별히 양육한 것으로 봐야 한다”고 하면서 구하라 유족의 기여분을 20%로 정하고, 친부와 친모가 6 대 4의 비율로 유산을 분할해야 한다고 판결했다. 구하라 아버지 기여분 20% 인정, 출처: <https://www.ajunews.com/view/20201221192631316> 검색 2021. 10. 29.

62) 헌법재판소가 결정한 이 사안의 기여분 결정청구 심판에서 법원은 청구인의 부양이 어머니로서 통상 기대되는 정도를 넘어 피상속인을 특별히 부양한 것이라고 보기에는 부족하다고 하여 청구인의 기여분을 인정하지 않았다. 인천지방법원 2013. 7. 5. 선고 2011누합42 판결.

다.63) 그러나 양육비를 청구하는 소를 제기한다고 하더라도, 법원이 신의성실의 원칙이나 형평의 원칙에 따라 양육비 분담의 범위를 제한하는 경우, 부양의무를 이행한 부모와 그렇지 않은 부모 사이에 미처 시정되지 않은 불공평한 상속의 문제가 여전히 남게 된다.

라. 법무부의 양육불이행 부모 상속결격사유를 규정하기 위한 개정안 검토

법무부는 2021년 양육의무 이행을 하지 않은 부모의 상속자격을 제한하는 상속권상실신고 조항 등을 도입하기 위하여 민법개정안 입법예고를 하였다. 주요내용은 다음과 같다.64) 첫째, 민법 제1004조의2 상속권 상실제도를 신설65)한다. ① 피상속인에 대한 부양의무의 중대한 위반 ② 피상속인 또는 그 배우자나 직계혈족에 대한 중대한 범죄행

63) 대법원 1994. 5. 13. 92스21

64) 법무부 보도자료, 「민법」 일부개정법률안 입법예고 - 상속관계의 구체적 타당성 확보를 위한 상속권상실제도의 도입-, 2021. 1. 7.

65) 개정안 민법 제1004조의2(상속권상실신고) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 가정법원은 피상속인의 청구에 따라 상속인이 될 사람의 상속권 상실을 선고할 수 있다.

1. 상속인이 될 사람이 피상속인에 대한 부양의무를 중대하게 위반한 경우
2. 상속인이 될 사람이 피상속인 또는 그 배우자나 직계혈족에 대한 중대한 범죄 행위, 학대 그 밖의 심히 부당한 대우를 한 경우
- ② 피상속인이 공정증서에 의한 유언으로 상속권 상실의 의사를 표시한 때에는 유언집행자가 제1항에 따른 상속권 상실의 소를 제기하여야 한다.
- ③ 상속인에게 제1항 각 호 사유가 있는 경우에는 제1000조제1항의 각 호 중 어느 하나에 해당하는 자가 상대방이 상속인이 되었음을 안 날로부터 6개월 내에 가정법원에 그의 상속권 상실을 청구할 수 있다.
- ④ 가정법원은 상속권 상실 사유의 경위 및 정도, 상속인과 피상속인과의 관계, 상속재산의 규모 및 형성과정, 그 밖의 사정을 고려하여 상속권 상실이 적당하지 아니하다고 인정하는 경우에는 제1항부터 제3항의 청구를 기각할 수 있다.
- ⑤ 상속개시 후에 상속권 상실의 선고가 확정된 때에는 상속이 개시된 때에 소급하여 상속권을 상실한다. 그러나 제3자의 권리를 해하지 못한다.
- ⑥ 가정법원은 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 상속재산관리인 선임, 그 밖의 상속재산의 보존 및 관리에 관하여 필요한 처분을 명할 수 있다. 법원이 상속재산관리인을 선임한 경우에는 제24조 내지 제26조의 규정을 준용한다.

위 ③ 확대 ④ 그 밖의 심히 부당한 대우와 같은 일정한 사유가 있는 경우 가정법원은 피상속인의 청구에 따라 상속인이 될 사람의 상속권 상실을 선고할 수 있다. 법무부는 이 제도가 상속관계의 중요성에 비추어 가정법원으로 하여금 상속인 및 이해관계인의 입장 등 여러 가지 사정을 고려하여 신중하게 판단하고 피상속인의 의사가 최대한 반영되기 위한 취지라고 설명하고 있다. 둘째, 민법 제1004조의3 용서제도를 신설⁶⁶⁾한다. 이 규정은 상속권상실의 사유가 존재하는 경우 피상속인이 용서를 통해 상속권을 계속 인정할 수 있도록 하기 위해 마련된 것이다. 셋째, 현행 민법 제1001조 대습상속제도를 정비한다. 대습상속이란 상속인이 될 자가 사망 또는 상속결격으로 상속하지 못하게 되는 경우 그의 배우자 및 직계비속이 대신 상속을 하는 제도이다. 법무부는 이 개정안에 대하여 상속인에게 상속권을 상실시키면서 그 배우자나 자녀에게 대습상속을 인정하는 경우 상속권상실 취지에 부합하지 않으며 피상속인의 의사에 반할 수 있어 대습상속사유로 상속권 상실을 추가하지 않는다고 설명하고 있다.

현행 민법 제1001조, 제1003조⁶⁷⁾ 제1010조⁶⁸⁾에서 관련규정을 두고

-
- 66) 개정안 민법 제1004조의3(용서) ① 피상속인이 상속인이 될 자를 용서한 때에는 그 사유로 인한 상속권 상실의 선고를 청구하지 못하고, 상속권 상실의 선고는 효력을 잃는다.
 ② 제1항의 용서는 공증인의 인증을 받은 서면 내지 공정증서에 의한 유언으로 하여야 한다.
- 67) 현행 민법 제1003조(배우자의 상속순위) ② 제1001조의 경우에 상속개시 전에 사망 또는 결격된 자의 배우자는 동조의 규정에 의한 상속인과 동순위로 공동상속인이 되고 그 상속인이 없는 때에는 단독상속인이 된다. 개정안 제1003조 (배우자의 상속순위) ② 제1001조의 경우에 상속개시 전에 사망한 자의 배우자는 동조의 규정에 의한 상속인과 동순위로 공동상속인이 되고 그 상속인이 없는 때에는 단독상속인이 된다.
- 68) 현행 민법 제1010조 (대습상속분) ① 제1001조의 규정에 의하여 사망 또는 결격된 자에 갈음하여 상속인이 된 자의 상속분은 사망 또는 결격된 자의 상속분에 의한다.
 ② 전항의 경우에 사망 또는 결격된 자의 직계비속이 수인인 때에는 그 상속분은 사망 또는 결격된 자의 상속분의 한도에서 제1009조의 규정에 의하여 이를 정한다. 제1003조제2항의 경우에도 또한 같다.
 개정안 제1010조 (대습상속분) ① 제1001조의 규정에 의하여 사망한 자에 갈음하

있다. 제1001조에서는 전조제1항제1호와 제3호의 규정에 의하여 상속인이 될 직계비속 또는 형제자매가 상속개시 전에 사망하거나 결격자가 된 경우에 그 직계비속이 있는 때에는 그 직계비속이 사망하거나 결격된 자의 순위에 갈음하여 상속인이 된다고 규정하고 있다. 법무부의 제1001조에 대한 개정안은 전조제1항제1호와 제3호의 규정에 의하여 상속인이 될 직계비속 또는 형제자매가 상속개시 전에 사망한 경우에 그 직계비속이 있는 때에는 그 직계비속이 사망한 자의 순위에 갈음하여 상속인이 된다.

법무부의 개정안에 대하여 다음과 같은 문제점이 지적되고 있다.⁶⁹⁾

첫째, 피상속인의 생전 청구에 의한 상속권상실신고제도의 문제점으로 ① 연원상의 문제점이 지적되고 있다. 개정안 제1004조의2 제1항에 따라 법에서 정한 일정한 사유가 있는 경우 가정법원은 피상속인의 청구에 따라 상속인의 상속권상실을 선고할 수 있게 되는데, 이와 같이 피상속인이 생전에 상속개시 이전에 상속인의 상속권을 박탈하는 경우는 일본을 제외하고 입법례가 없는데, 현행 일본민법 제892조 추정상속인의 폐제조항은 명치민법 가독상속에 기원⁷⁰⁾을 두고 있다고

여 상속인이 된 자의 상속분은 사망한 자의 상속분에 의한다.

② 전항의 경우에 사망한 자의 직계비속이 수인인 때에는 그 상속분은 사망한 자의 상속분의 한도에서 제1009조의 규정에 의하여 이를 정한다. 제1003조제2항의 경우에도 또한 같다.

- 69) 윤진수, 「상속권 상실에 관한 정부의 민법개정안」, 『비교사법』 제28권 제3호, 2021; 박지원, 「부양의무 해태와 상속결격사유 확대에 관한 입법론」, 『홍익법학』 제21권 제3호, 2020년; 김상용/박인환, 「상속권상실신고에 관한 법무부 개정안의 문제점」, 『중앙법학』 23(1), 2021 등.
- 70) 김상용/박인환, 「상속권상실신고에 관한 법무부 개정안의 문제점」, 『중앙법학』 23(1), 2021, 각주 1), 2) 재인용. 일본민법 제892조(추정상속인의 폐제) 유류분을 가진 추정상속인(상속이 개시된 경우에 상속인이 될 자를 말한다. 이하 같다)이 피상속인에 대하여 학대를 하거나 중대한 모욕을 가한 때 가정재판소에 청구할 수 있다. 또는 추정상속인에게 그 밖의 현저한 비행이 있는 때에는 피상속인은 그 추정상속인의 폐제를 가정재판소에 청구할 수 있다. 일본명치민법 제975조 ① 법정 추정 가독상속인에 대하여 다음의 사유가 있는 때에는 피상속인은 그 추정상속인의 폐제를 재판소에 청구할 수 있다.
1. 피상속인에 대하여 학대를 하거나 중대한 모욕을 한 경우

한다. 가독상속은 무사계급의 단독상속제에 기초한 것으로 장남이 호주권과 가산(家産)을 단독으로 상속하게 함으로써 호주의 절대적 지배권 확립을 목적으로 하는 제도로 명치민법의 입법자들은 가독상속인 폐제의 취지를 재산상속인에 대하여서도 적용하여 유산상속인 폐제규정을 마련하였다. 그 후 호주제의 폐지와 가독상속제가 폐지됨에 따라 현행 민법에서는 재산상속인의 폐제규정만 남게 된 것이라고 한다. 일본민법 외에 유례가 없는 상속권폐제규정 외에 유럽 여러 국가들이 채용하고 있는 일반적 상속결격제도와 피상속인의 유언에 따른 유류분상실제도 등 다른 방법으로 이 문제를 충분히 해결할 수 있으므로 무리한 일본의 제도를 도입할 필요는 없다고 한다. ② 상속개시 전에 상속권을 상실시키는 문제점은 상속개시 전에 상속인이 될 사람이 갖는 일종의 기대권으로서 상속권은 권리라기보다는 일종의 기대 또는 희망적 지위에 불과하기 때문에 상속개시 전 아직 구체적인 권리가 발생하지 않았음에도 불구하고 상속권을 상실시키는 것이 논리적으로 가능하지 않다는 점이다.⁷¹⁾

둘째, 개정안 제1004조의2 제3항에 따라 법정상속인의 순위에 포함되는 자는 제1004조의2 제1항 각호의 사유에 해당하는 사람이 상속인이 되었음을 안 날로부터 6개월 이내에 가정법원에 상속권의 상실을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 이로 인해 발생하는 문제는 ① 친족간 분쟁발생문제가 있다. 이 규정에 따라 상속순위에 있는 사람은 누구나 상속권상실 청구를 할 수 있게 되는데 이로 인해 피상속인들 간에 불필요한 분쟁발생의 가능성이 커지며, 피상속인의 의사에 불문하고 법률상 이해관계가 없는 제3자에게 청구권을 인정하는 근거가 불

2. 질병 기타 신체 또는 정신적 사유로 집안을 다스릴(家政) 수 없는 경우

3. 가명(家名)을 더럽히는 죄로 형벌을 받은 경우

4. 낭비자로 한정재산의 선고를 받아 개전의 가능성이 없는 경우

② 기타 정당한 사유가 있는 때에는 피상속인은 친족회의 동의를 얻어 그 폐제를 청구할 수 있다.

71) 김상용/박인환, 「상속권상실선고에 관한 법무부 개정안의 문제점」, 『중앙법학』 23(1), 2021, 11-13쪽.

명확하다. ② 체계적으로 정합하지 않다. 이 규정은 현행 민법 제1004조에 따른 기존의 상속결격제도와는 구별되는 선고에 의한 상속결격 제도로서 넓은 의미의 상속결격제도의 일종이므로 이를 현행 민법 제1004조 상속결격규정에 두는 것이 체계적으로 더 바람직하다. ③ 이와 더불어 예측가능성과 법적안정성의 측면에서도 문제제기가 되고 있다. 현행 민법 제1004조의 상속결격사유에 해당하는 상속인은 당연히 상속결격이 되고 여기에 법원의 재량이 개입될 여지가 없다. 반면, 개정안 제1004조의2 제4항에 의하면 개정안 제1004조의2 제1항의 사유가 있는 경우 법원은 “상속권 상실 사유의 경위 및 정도, 상속인과 피상속인과의 관계, 상속재산의 규모 및 형성과정, 그 밖의 사정을 고려하여” 상속권 상실이 적당하지 않다고 인정하는 경우에는 상속권상실청구를 기각할 수 있어 판결의 예측가능성을 현저하게 떨어뜨릴 수 있다는 문제가 발생하게 된다는 것이다.⁷²⁾

셋째, 용서에 의하여 상속권상실선고의 효력이 상실되는 것의 문제점이 제기된다. 개정안 제1004조의3 제1항에 따라 피상속인이 상속인이 될 자를 용서한 때에는 상속권 상실청구를 하지 못하고, 상속권상실의 선고는 효력을 잃는다. 문제가 되는 경우는 상속인에게 상속권상실사유가 있어 피상속인이 생전에 상속권상실 청구를 하여 확정판결이 있는 후, 피상속인 상속인을 용서한다는 의사표시를 하는 경우 이미 확정된 상속권상실선고가 효력을 잃게 되는 경우이다. 사인의 의사표시로 확정판결의 효력이 상실되는 것은 전례를 찾기 어려우며 피상속인이 상속인을 용서한다면 생전증여를 하면 되는 것이어서 굳이 필요하지도 않아 입법적으로 무리한 규정이라는 비판이 있다.⁷³⁾

72) 김상용/박인환, 「상속권상실선고에 관한 법무부 개정안의 문제점」, 『중앙법학』 23(1), 2021, 16-21쪽.

73) 김상용/박인환, 「상속권상실선고에 관한 법무부 개정안의 문제점」, 『중앙법학』 23(1), 2021, 24-26쪽.

다. 부양의무 불이행 부모에 대한 상속배제를 위한 방안

부양의무 불이행 부모의 상속배제를 위한 법무부의 민법개정안은 개선이 필요하다고 생각한다. 일반적으로 외국의 경우 상속결격제도를 두어 법률상 당연히 상속인의 자격을 박탈하는 제도와 피상속인의 유언 등의 의사표시를 통하여 상속권 또는 유류분권을 박탈하는 상속권 상실제도(또는 상속인폐제제도)를 두고 있다.

부양의무 불이행자의 상속배제 관련 외국입법례⁷⁴⁾

구분	국가	주요내용
상속결격사유로 규정한 사례	미국	「통일유언검인법」에서 친권상실을 상속결격 사유로 규정(제2-114조 (a)), 뉴욕주, 캘리포니아 등 여러 주에서 부모의 자녀에 대한 부양의무 불이행을 상속결격사유로 규정
	오스트리아	친자관계로부터 발생하는 의무를 중대하게 해태한 경우 상속자격 박탈(오스트리아 「민법」 제541조 제3호)
	이탈리아	친권상실선고를 받고 상속개시 시까지 친권을 회복하지 못한 경우 상속자격 박탈(이탈리아 「민법」 제463조)
상속권상실사례로 규정한 사례	독일	피상속인은 유언으로 상속인을 폐제할 수 있으며, 직계비속이 피상속인에 대하여 법률상 부담하는 부양의무를 악의적으로 위반한 때에는 유류분권도 박탈할 수 있음(독일 「민법」 제1938조, 제2333조 제1항 제3호)
	스위스	상속인이 피상속인이나 그 친족에 대하여 부담하는 가족법상의 의무를 중대하게 위반한 경우, 피상속인은 만18세 이후부터 유증, 사인증

74) 김성호, 부양의무를 이행하지 않은 상속인의 상속배제에 관한 입법 쟁점, nars 현안분석 제211호, 입법조사처 2021. 10. 5., 9쪽.

구분	국가	주요내용
		여 등의 사인처분을 통해 상속인의 유류분을 박탈할 수 있음(스위스 「민법」 제477조제2호)
	일본	피상속인에 대한 학대 또는 추정상속인(상속이 개시된 때에 상속인으로 될 자)의 현저한 비행이 있는 경우 등에는, 피상속인(또는 유언집행자)의 청구에 따라 가정재판소가 심판 또는 조정에 의하여 상속인의 상속권(유류분 포함)을 박탈할 수 있음(일본 「민법」 제892조)

양육의무 불이행을 포함하는 것으로 상속결격사유를 확대하는 방안은 법원확인을 통하여 피상속인의 의사표시 없이도 상속인이 당연히 상속에서 배제하는 것으로 현행 제도를 확대하는 것이다. 법무부안의 상속권상실선고제도와의 차이점은 부양의무 불이행의 상속결격사유로 일단 상속결격의 효과가 발생하고 사후적으로 법원이 그 당부를 판단하게 되는 반면, 상속권상실사유로 규정하게 되면 법원의 사전적인 판단에 따라서 상속권이 배제된다는 점에 있다.⁷⁵⁾ 살펴본 것처럼 법무부안의 새로운 상속제한제도는 다양한 관점에서 문제가 제기된다. 상속결격사유에 해당하는 부양의무위반 여부를 놓고 법적분쟁이 발생할 가능성이 있는 것은 단점으로 지적⁷⁶⁾되기도 하지만, 상속결격제도가 현행의 상속법체계와 조화를 이루는데 유리하고, 법적 안정성 확보 측면과 상속인들 간의 분쟁발생 저하 등의 측면과 헌법재판소의 민법 제2004조에 대한 결정의 취지를 고려하면 상속결격제도의 확대가 좀

75) 김성호, 부양의무를 이행하지 않은 상속인의 상속배제에 관한 입법 쟁점, nars 현안분석 제211호, 입법조사처 2021. 10. 5., 12쪽. 학계는 상속결격제도 확대방안을 지지하는 입장(대표적으로 박지원, 부양의무 해태와 상속결격사유 확대에 관한 입법론, 홍익법학 제21권 제3호, 2020년; 김상용/박인환, 상속권상실선고에 관한 법무부 개정안의 문제점, 중앙법학 23(1), 2021))과 상속권상실선고제도 도입찬정 입장(대표적으로 윤진수, 상속권 상실에 관한 정부의 민법개정안, 비교사법 제28권 제3호, 2021)으로 대립하고 있다.

76) 박지원, 「부양의무 해태와 상속결격사유 확대에 관한 입법론」, 『홍익법학』 제21권 제3호, 2020년 참조.

더 바람직하다고 생각한다. 헌법재판소는 상속결격제도가 상속인의 상속권을 보호함과 동시에 상속결격여부를 둘러싼 분쟁을 방지하고, 상속으로 인한 법률관계를 조속히 확정시켜 법적 안정성을 확보하기 위한 제도라고 판시하면서, 민법은 유언이나 기여분 제도를 통하여 피상속인의 의사나 피상속인에 대한 부양의무 이행 여부 등을 구체적인 상속분 산정에서 고려할 수 있는 장치를 이미 마련하고 있는 점 등을 이유로 민법 제1004조 상속결격조항에 대하여 합헌결정을 하였다. 헌법재판소의 결정의 취지를 고려하여 보면, 부양의무 불이해 부모의 상속결격 혹은 배제규정의 도입에 있어 상속권보호, 분쟁방지와 상속관계 법률관계의 조속한 확정으로 인한 법적 안정성을 확보가 필요하며, 이미 존재하는 유언이나 기여분 제도, 유류분제도, 상속결격제도 등 현행 민법상 다양한 제도를 활용하는 것을 고려하는 것이 좋을 것으로 생각한다.

4. 이혼 후 자녀의 양육비지급 관련 법제의 쟁점과 개선방안

가. 이혼가정의 증가와 비양육 부모의 양육비지급에서의 쟁점

2020년 통계청 자료에 따르면, 한부모가구 중 18세 이하 자녀를 둔 이혼 및 미혼 한부모가구는 2019년 기준 총 384,114가구이다. 2019년 기준 한부모가족 경상소득은 3,661만 원으로 전체가구 5,828만 원의 62.8%에 불과하다. 근로소득은 2,057만 원이다. 이는 전체가구 3,781만 원의 54%에 해당한다. 2018년 실시한 미취학 아동을 양육중인 10-40대 미혼모 359명 대상의 온라인조사에서 이들의 소득은 월 소득평균 92만 3천 원이었다. 소득이 없다는 대답도 10%였다.

한부모가족의 빈곤은 아동빈곤으로 이어지고 이들 가족의 사회적 고립 및 차별, 그리고 인간존엄의 침해문제로 연결된다. 2017년 기준 우리나라 아동빈곤율은 14.5%로서 OECD 35개국 중 26위를 차지하였다.⁷⁷⁾ 한부모가족 아동의 빈곤은 비부양부모의 양육비 미지급과도 깊

은 관련이 있다. 국민기초생활급부와의 연동, 파트너와의 관계 등의 문제로 양육비이행관리원에 하는 양육비 지급신청이 높지 않을뿐더러, 양육비이행관리원을 이용한 경우에도 양육비 이행률은 2020. 12. 기준 36.1%로 낮은 것이 현실이다. 정부는 관계법령을 개선하여 신상공개제도, 출국금지제도, 운전면허정지제도 등을 도입하였으나, 이러한 새로운 제도들은 감치명령 후 실시되는 것이어서 실효성의 문제와 더불어 이 제도를 통하고서도 양육비 지급을 하지 않는 경우 아동의 빈곤이 개선될 수 없고, 이러한 제도들이 비례원칙에 상응하지 않는 기본권의 침해인지의 문제도 나타난다.

결국은 새로운 제도의 모색이 필요하다. 이를 위하여서는 양육비에 대한 관점의 변화가 필요하다. 즉 양육비가 양육부모가 아동양육에 필요한 비용이라는 입장에서 선회하여 양육비는 아동이 가지는 아동의 권리로 볼 필요가 있다. 비양육자가 아동에게 양육비를 반드시 지급하여야 할 것이지만, 그렇지 못한 경우 사회국가원칙에 따라 아동복리를 위하여 국가가 우선 지급하고 사후적으로 양육비채무자에게 구상권을 행사하는 것도 하나의 방안이 될 것으로 생각한다.

나. 부모의 자녀부양의무에 대한 이해

미성년 자녀에 대한 부모의 부양의무는 제1차적 부양의무로서 민법 제913조에서 그 근거를 찾을 수 있다. 대법원은 양육비 관련 판례에서 “부모는 그 소생의 자녀를 공동으로 양육할 책임이 있고, 그 양육에 소요되는 비용도 원칙적으로 부모가 공동으로 부담하여야 하는 것이며, 이는 부모 중 누가 친권을 행사하는 자인지 또 누가 양육권자이고 현실로 양육하고 있는 자인지를 물을 것 없이 친자관계의 본질로부터 발생하는 의무”⁷⁷⁾라고 보고 있다. 그리고 민법 제925조의3에 따라 친

77) 허민숙, 『양육비 이행 관리의 한계와 개선과제』, 『여성연구』 2020. vol.107 No. 4, 59쪽 이하; 한국여성정책연구원 박복순외 3인, 양육비 이행지원 강화방안 연구, 여성가족부, 2018. 12.

권의 일부 제한이 선고된 경우에도 부모의 자녀에 대한 그 밖의 권리와 의무는 변경되지 않으므로 가정법원이 자녀의 복리를 위하여 부모의 친권 중 양육권만을 제한한 경우에도 부모는 여전히 미성년 자녀에 대하여 부양의무를 부담한다. 따라서 미성년후견인이 민법 제946조에 따라 친권자를 대신하여 피후견인인 미성년 자녀를 양육하더라도 그 양육에 필요한 비용은 종국적으로 그 자녀에 대한 부양의무를 갖는 부모, 즉 ‘비양육친’이 부담해야 한다.⁷⁹⁾

민법상의 다른 부양권리자들과 달리 아동부양에서는 양육이 필요하다는 점은 아동이 제한능력자이자, 성장·발달의 단계에 있는 사람으로서 이들을 올바른 판단능력을 갖출 수 있도록 교양함으로써 건강하고 건전한 성인으로 성장할 수 있도록 하기 위하여 적극적인 부양이 이루어져야 한다는 것을 의미한다. 또 부양권리자로서의 아동은 연령대에 따라 그 특징을 달리한다는 점도 특징이다. 이 점은 헌법에서는 제31조 제2항에서 자녀, 제31조 제5항에서는 연소자, 제34조 제4항에서는 청소년이라는 다양한 표현을 하고 있고, 다양한 법률에서도 아동,⁸⁰⁾ 연소자,⁸¹⁾ 소년,⁸²⁾ 영유아, 청소년,⁸³⁾ 미성년자,⁸⁴⁾ 형사미성년자⁸⁵⁾ 등 달리 칭하고 있는 점에서도 나타난다.⁸⁶⁾

78) 대법원 1994. 5. 13.자 92스21 전원합의체 결정 [양육자지정등] >

79) 대법원 2021. 5. 27.자 2019스621 결정 [양육비] >

80) 아동복지법 제3조 1. “아동”이란 18세 미만인 사람을 말한다.

81) 근로기준법 제66조(연소자 증명서) 사용자는 18세 미만인 사람에 대하여는 그 연령을 증명하는 가족관계기록사항에 관한 증명서와 친권자 또는 후견인의 동의를 사업장에 갖추어 두어야 한다.

82) 소년법 제2조(소년 및 보호자) 이 법에서 “소년”이란 19세 미만인 자를 말하며, ...

83) 한부모가족지원법 제4조 1의2. “청소년 한부모”란 24세 이하의 모 또는 부를 말한다. 청소년 기본법 제3조 1. “청소년”이란 9세 이상 24세 이하인 사람을 말한다. 다만, 다른 법률에서 청소년에 대한 적용을 다르게 할 필요가 있는 경우에는 따로 정할 수 있다. 학교 밖 청소년 지원에 관한 법률 제2조(정의) 1. “청소년”이란 『청소년 기본법』 제3조제1호 본문에 해당하는 사람을 말한다. 청소년보호법 제2조 1. “청소년”이란 만 19세 미만인 사람을 말한다. 다만, 만 19세가 되는 해의 1월 1일을 맞이한 사람은 제외한다.

84) 민법 제4조(성년) 사람은 19세로 성년에 이르게 된다.

85) 형법 제9조(형사미성년자) 14세되지 아니한 자의 행위는 벌하지 아니한다.

다. 이혼 후 양육비의 성격

(1) 우리나라에서의 양육비 성격

양육비의 성격을 어떻게 보는지에 따라 나라마다 양육비 수령권자, 국가의 대지급제도 구비 여부 등 지원체계에서 차이가 있다. 우리나라에서 양육비는 자녀의 복지를 위한 것으로 이해되기 보다는 양육 부 또는 모가 미성년 자녀를 충분하게 보호·교양하기 위해서 필요한 비용, 즉 양육에 필요한 비용으로 보고 있다.⁸⁶⁾ 이 점은 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률(이하 양육비이행법)에서도 나타난다. 법 제2조에 따르면 양육비란 민법 제4조에 따른 성년이 아닌 자녀(이하 “미성년 자녀”라 한다)를 보호·양육하는 데 필요한 비용이다. 양육비 채무란 민법 제836조의2 및 가사소송법상의 집행권원이 있는 양육비용 부담에 관한 채무를 말한다. 또한 양육비 채권자란 양육자로 지정된 부 또는 모이거나 법정대리인 등 실질적으로 미성년 자녀를 양육하고 있는 사람으로서 양육비 채무의 이행을 청구할 수 있는 사람이며, 양육비 채무자란 미성년 자녀를 직접 양육하지 아니하는 부 또는 모로서 양육비 채무를 이행하여야 하는 사람(비양육부·모의 부모가 부양료를 지급하여야 하는 경우에는 비양육부·모의 부모를 포함한다)을 말한다. 그러나 아동이 부양에 대한 권리의 주체로 아동이 고유의 권리를 누릴 수 있도록 적극적으로 부양이 제공될 필요가 있다고 본다면, 양육비는 아동의 복리를 위하여 필요한 아동의 권리로 보는 것이 좀 더 타당할 것으로 생각한다.

86) 최현숙, 「상속과의 연계를 통한 아동에 대한 부양의무의 강화」, 『민사법의 이론과 실무』(2013. 12. 31.), 187쪽.

87) 대법원 2021. 5. 27.자 2019스621 결정 [양육비]

(2) 양육비 성격에 따른 지원체계

유럽과 영·미 각국에서의 양육비 지원체계는 ① 양육비를 부모의 책임으로 볼 것인지 또는 아동의 권리로 볼 것인지 ② 양육비를 받는 대상이 양육한 부모인지 또는 아동인지 ③ 양육비산정을 위한 계산방식을 어떻게 정할 것인지에 따라 부모의 양육책임을 강조하는 유럽국가형, 아동의 권리를 강조하는 북유럽국가형, 가족의 부양의무가 국가에 의하여 강제가 이루어지는 영·미형으로 구분될 수 있다.

1) 영·미권 국가형

영·미권 국가들은 양육비 이행확보 지원기관이 별도로 존재하고 양육비 우선지급제도가 없다는 특징이 있다. 이들 국가에서는 양육비 이행확보가 주로 저소득층의 복지비용 절감 차원에서 논의되었던 역사를 가지고 있다는 특징이 있다. 미국의 경우 형사처벌, 면허제재, 신상공개, 출국금지 등 매우 강력한 양육비이행강제 수단들을 가지고 있다. 대법원은 1808년 *Santon v. Wilson* 사건에서 “부모는 유아 및 미성년 자녀를 보호하고, 교육시키며, 생계를 유지시킬 책임이 있다.”라고 언급하며 원고 *Santon*이 이혼한 전남편으로부터 양육비를 회수 할 권리가 있다고 판시하였다.

미국은 이미 1886년에 11개 주에서 미성년 자녀의 부양을 거부하는 행위를 형사범죄로 규정하였으며 현재 미국의 모든 주는 제재 강도는 주마다 차이⁸⁸⁾는 있으나 양육비 미지급에 대한 형사처벌을 규정하고

88) 로드아일랜드주에서는 양육비 미지급 행위가 6개월을 선고받는 경범죄이지만, 아이다호주에서는 14년형까지 선고되는 중범죄에 해당한다. 양육비 미지급이 경범죄에 해당하는 주(앨라바마, 캘리포니아)가 있는 반면, 미시간주는 양육비 미지급 행위를 중범죄로 다스려 최장 4년의 징역형과 \$2,000의 벌금형을 부과하고 있다. 뉴햄프셔주의 경우 미지급 일수의 누적에 1년 이상, \$10,000의 연체금, 또는 재범인 경우 B급 중범죄에 해당되어 최장 7년형의 징역형 외 \$4,000의 벌금형에 처해질 수 있으며, 캘리포니아주는 자녀에 대한 양육비 미지급을 아동유기 및 방임죄로 규정하여 처벌. 허민숙, 『양육비 이행 관리의 한계와 개선과제』, 『여성연구』 2020. vol.107 No. 4, 67쪽.

있다. 미국의 경우 자녀양육비에 대한 국가개입을 정당화하는 공공정책을 수립하기 위하여 ‘빈곤 예방 및 비효율적인 공공지출의 방지’를 그 논거로 삼았다. 즉, 부양자가 돌보지 않는 피부양자는 국가 또는 민간 자선단체가 부양할 수밖에 없는데 이러한 경우를 공공자원의 ‘불필요한 지출’로 간주한 것이다. 부양의무를 다하지 않는 개인의 행위가 국가에게 의존적인 피부양자를 발생시킴으로써 피부양자를 예방 또는 감소시키고자 하는 복지국가의 공공평화(public peace)를 위협한다는 관점이 들어 있다.

영·미권 국가형의 문제점으로는 양육비 이행확보의 결과가 한부모 가족의 복지를 향상시키는 데에는 기여하지 못한 채, 국가의 복지비용 절감에 활용될 여지가 있다는 점이다. 특히 공공부조 수급자들은 급여 신청 시 이행확보 지원신청이 의무화되어 있다. 따라서 이행확보 지원 기구를 통해 비양육부모로부터 양육비를 받는다고 하더라도 양육비의 일부가 공제되기는 하지만, 수급액을 위한 변제에 우선 사용되기 때문에 실질적인 급여혜택은 없이 분쟁의 가능성만 떠안게 될 가능성도 있다는 비판도 받는다. 또한 사회가 아동양육에 대한 기본적인 책무를 하지 않고서 이를 다시 가족에게 돌리는 문제, 가족관계가 변화하는 가운데 생물학적 아버지를 강조하는 문제, 빈곤층의 경우 비양육부모 또한 빈곤하여 적절한 양육비보장이 어려울 수 있는 문제 등이 제기되며 복지후퇴라는 비판을 눈여겨 볼 수 있다.⁸⁹⁾

2) 유럽국가형

양육비 우선지급제도가 존재하는 유럽국가들은 양육비 이행확보를 지원하는 기구가 별도로 존재하는가에 따라 두 가지 유형으로 구분된다. 유럽국가 유형 1은 전체적으로 양육비 이행확보와 관련하여 법원의 결정이 중요하며 양육비 우선지급제도가 도입되어 있다. 일부의 국

89) 허민숙, 『양육비 이행 관리의 한계와 개선과제』, 『여성연구』 2020. vol.107 No. 4, 66쪽 이하.

가들은 이행확보와 관련된 별도의 기구를 운영하고 있다. 별도기구는 대체로 복지전달체계와 연결되어 출발하였으나 현재는 국세청(벨기에), 법무부(네덜란드), 사회보장(프랑스) 등으로 나라마다 다르다.⁹⁰⁾ 유럽 국가 유형 2는 법원이 양육비결정과 이행확보까지 중심적인 역할을 하고 있으며, 별도의 기구가 없기 때문에 법적 절차를 밟는 시간이 지체되는 문제점이 발생되고 있다. 독일의 경우 양육비 이행을 위한 별도의 기구가 존재하지 않고 각 주의 청소년청(Jugendamt)이 광범위한 업무를 담당한다.

북유럽 국가들은 양육비 우선지급제도가 존재하면서, 양육비 결정부터 이행확보까지 복지시스템과 통합하고 있는 점이 큰 특징이다. 양육비 이행여부 및 수준결정, 양육비 이행확보와 관련된 사항이 모두 사회복지 전달체계를 통해서 이루어진다. 가장 안정적이고, 양육부·모의 소득이 자녀의 복지수준에 미치는 영향이 적은 형태로 평가된다. 핀란드에서 양육비책임법은 1975년에, 그리고 양육비 우선지급법은 1978년에 제정되었다. 양육비의 결정은 모든 시마다 운영되고 있는 지역사회 복지위원회(Municipal Social Welfare Board)에서 담당한다. 동 기구는 자녀양육권, 사회부조, 가족상담 등의 포괄적 복지담당기구로서 기능하고 있다. 양육비 우선지급수당은 도입 초기에는 양육부모에게 새로운 파트너가 생겼을 때 감액 지급되었으나, 1998년 이러한 감액규정이 폐지되었다. 핀란드의 양육비 우선지급제도 기준액은 아동 1인당 일정액으로 결정되어 있고, 생계비 지수에 연동된다. 비양육부모가 지급하는 실지급 양육비가 많을수록 정부가 지원하는 우선지급수당액은 감소하지만, 양육부모의 소득과는 무관하다. 즉 선지급수당은 아동에 대한 급여이며 아동의 부모에 대한 급여가 아니라는 점이 강조되고 있다고 볼 수 있다.⁹¹⁾

90) 김은지, 『한부모가족을 위한 양육비 이행확보 지원: 국가간의 비교』, 『가족과 문화』 제25집 2호, 285쪽.

91) 김은지, 『한부모가족을 위한 양육비 이행확보 지원』, 『가족과 문화』 제25집 2호, 290-291쪽.

이러한 내용을 표로 나타내면 다음과 같다.

〈주요 국가의 양육비 이행확보 지원체계 비교〉 92)

유형	주요국가	양육비 이행확보 지원기구	양육비 우선지급수당 도입
영미형: 빈곤층 의무강화형	호주, 뉴질랜드, 영국, 미국	양육비결정에서 이행확보까지 별도의 기구(Child Support Agency: CSA) ⁹³⁾ 담당	없음
유럽대륙형 1: 이행확보 지원 기구 보완형	네덜란드, 프랑스, 벨기에	양육비결정은 법원, 이행확보는 별도기구 담당	있음
유럽대륙형 2: 법원중심형	오스트리아, 독일, 스페인	양육비결정부터 이행확보까지 법원담당	있음
북유럽형: 복지 통합형	핀란드, 노르웨이, 덴마크	양육비결정부터 이행확보까지 복지담당기구가 담당	있음

양육비 지급체계를 세 가지의 유형으로 구분할 수 있으나 각 유형에 속한 나라들에서 양육비 우선지급의 내용과 방법 등의 변화가 있어 두 유형들 간의 유사성이 많아진 점이 눈에 띈다. 예를 들면, 독일의 경우 양육비 수급권자가 아동이며, 양육부모의 재산과 무관하게 특히 12세 미만의 아동에게는 아무런 조건도 없이 보편적으로 지급되어 북유럽국가와 유사한 내용을 갖게 되었다.

92) 김은지, 『한부모가족을 위한 양육비 이행확보 지원』, 『가족과 문화』 제25집 2호, 281쪽 재구성.

93) 이행결정부터 집행까지 광범위한 권한을 가지며 준사법적 기능을 가짐. 단 미국의 경우 CSA는 이행집행만 담당.

라. 가사소송법의 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법제

양육비의 지급을 지원하기 위하여 관련 법률들의 제·개정이 꾸준히 이루어지고 있다. 2000년대 후반에는 협의이혼 시 자녀양육과 관련된 사항을 법적으로 강화하여 2007년에는 자녀양육사항에 대한 합의를 의무화하였다. 2009년에는 양육비부담조서 작성이 의무화되었고 가정법원이 재산명시명령을 하거나 재산조회를 할 수 있도록 하였다. 가정법원은 사용자에 대하여 양육비 채권자에게 직접 양육비를 지급하도록 명할 수 있게 되었으며 양육비 채무자에 대하여 담보제공을 명할 수 있는 권한도 신설되었다. 2012년에는 서울가정법원에서 양육비 산정기준표를 제정·공표하여 양육비산정의 기준이 마련되었다.

법의 양육비이행 관련 주요내용은 다음과 같다.

제63조의2에서는 양육비 직접지급명령에 대하여 규정한다.

제1항에 따라 가정법원은 양육비를 정기적으로 지급할 의무가 있는 사람(양육비채무자)이 정당한 사유 없이 2회 이상 양육비를 지급하지 아니한 경우에 정기금 양육비 채권에 관한 집행권원을 가진 채권자(양육비채권자)의 신청에 따라 양육비채무자에 대하여 정기적 급여채무를 부담하는 소득세원천징수의무자(소득세원천징수의무자)에게 양육비채무자의 급여에서 정기적으로 양육비를 공제하여 양육비채권자에게 직접 지급하도록 명할 수 있다. 제1항에 따른 양육비 직접지급명령은 민사집행법에 따라 압류명령과 전부명령을 동시에 명한 것과 같은 효력이 있고, 위 지급명령에 관하여는 압류명령과 전부명령에 관한 민사집행법을 준용한다. 제3항에서는 가정법원이 양육비 직접지급명령의 목적을 달성하지 못할 우려가 있다고 인정할 만한 사정이 있는 경우에는 양육비채권자의 신청에 의하여 양육비 직접지급명령을 취소할 수 있고, 이 경우 양육비 직접지급명령은 장래에 향하여 그 효력을 잃는다고 규정한다.

또한 제6항에 따라 소득세원천징수의무자는 양육비채무자의 직장

변경 등 주된 소득원의 변경사유가 발생한 경우에는 그 사유가 발생한 날부터 1주일 이내에 가정법원에 변경사실을 통지하여야 한다.

제63조의3에서는 담보제공명령에 대한 규정을 하고 있다.

제1항에 따라 가정법원은 양육비를 정기금으로 지급하게 하는 경우에 그 이행을 확보하기 위하여 양육비채무자에게 상당한 담보의 제공을 명할 수 있다. 또한 제2항에 의해 가정법원은 양육비채무자가 정당한 사유 없이 그 이행을 하지 아니하는 경우에는 양육비채권자의 신청에 의하여 양육비채무자에게 상당한 담보의 제공을 명할 수 있다. 이 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

제4항에 따라 가정법원은 제1항이나 제2항에 따라 양육비채무자가 담보를 제공하여야 할 기간 이내에 담보를 제공하지 아니하는 경우, 양육비채권자의 신청에 의하여 양육비의 전부 또는 일부를 일시금으로 지급하도록 명할 수 있다. 제2항과 제4항의 명령에 관하여는 제64조제2항을 준용한다.

제64조는 이행 명령에 대한 규정이다.

제1항에 따라 가정법원은 판결, 심판, 조정조서, 조정을 갈음하는 결정 또는 양육비부담조서에 의하여 1. 금전의 지급 등 재산상의 의무 2. 유아의 인도 의무 3. 자녀와의 면접교섭 허용 의무의 어느 하나에 해당하는 의무를 이행하여야 할 사람이 정당한 이유 없이 그 의무를 이행하지 아니하는 경우에는 당사자의 신청에 의하여 일정한 기간 내에 그 의무를 이행할 것을 명할 수 있다. 제1항의 명령을 할 때에는 특별한 사정이 없으면 미리 당사자를 심문하고 그 의무를 이행하도록 권고하여야 하며, 제67조제1항 및 제68조에 규정된 제재를 고지하여야 한다.

제67조는 의무불이행에 대한 제재규정이다.

제1항에 따라 당사자 또는 관계인이 정당한 이유 없이 제29조, 제63조의2제1항, 제63조의3제1항·제2항 또는 제64조의 명령이나 제62조의 처분을 위반한 경우에는 가정법원, 조정위원회 또는 조정담당판사는

직권으로 또는 권리자의 신청에 의하여 결정으로 1천만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있다.

제68조에서는 특별한 의무 불이행에 대한 제재로서 감치를 규정한다.

제1항에 따라 가정법원은 제63조의3제4항 또는 제64조의 명령을 받은 사람이 1. 금전의 정기적 지급을 명령받은 사람이 정당한 이유 없이 3기(期) 이상 그 의무를 이행하지 아니한 경우 2. 유아의 인도를 명령받은 사람이 제67조제1항에 따른 제재를 받고도 30일 이내에 정당한 이유 없이 그 의무를 이행하지 아니한 경우 3. 양육비의 일시금 지급명령을 받은 사람이 30일 이내에 정당한 사유 없이 그 의무를 이행하지 아니한 경우중의 어느 하나에 해당하면 권리자의 신청에 의하여 결정으로 30일의 범위에서 그 의무를 이행할 때까지 의무자에 대한 감치를 명할 수 있다.

양육비이행법 제27조 제2항에 따라 「가사소송법」 제68조제1항제1호 또는 제3호에 따른 감치명령 결정을 받았음에도 불구하고 정당한 사유 없이 감치명령 결정을 받은 날부터 1년 이내에 양육비 채무를 이행하지 아니한 사람은 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

가사소송법상의 양육비 이행관련 제도들은 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률들의 다양한 제도들과 상호 연계가 되어있으므로 가사소송법의 문제점은 이하의 “바. 양육비 이행법제의 한계 및 개선방안”에서 함께 논의하기로 한다.

마. 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률⁹⁴⁾의 주요내용

통계청의 「2012년 혼인·이혼통계」에 따르면, 2012년에 이혼한 114,316가정 중 미성년 자녀가 있는 가정은 60,317가정으로 전체 이혼가정의 52.8%를 차지하고 있다. 미혼 한부모가정의 미성년 자녀는 약

94) 2014. 3. 24. 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률이 제정(시행 2015. 3. 25.)

3만 5천명에 달하였다. 그러나 자녀 양육비의 안정적인 확보를 위한 법적·제도적 장치는 아직 미흡하고 특히, 양육부·모가 양육비 채권에 대한 집행권원을 부여받았음에도 양육비 채무자가 양육비 집행을 하지 않는 경우에는 소송 등을 통하여 양육비의 이행을 확보하기에는 시간 및 비용이 과다 소모되어 실질적으로 양육비의 청구 및 이행을 강제하기 어려운 실정이었다.⁹⁵⁾

2014. 3. 24.(시행 2015. 3. 25.) 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률(양육비이행법)이 제정되어 양육비이행확보지원서비스가 시작되었다. 이 법은 2021. 1. 12.(2021. 7. 13. 시행) 최종개정되었는데 이를 통하여 명단공개, 출국금지, 형사처벌 등이 새롭게 도입되었다.

양육비이행법의 제정의 배경에는 이혼가정의 증가와 아동을 양육하게 된 한부모가족이 이동양육비를 받지 못하여 경제적인 어려움에 처하게 되는 상황이 있다. 이 법은 자녀 양육에 대한 경제적 어려움을 겪는 한부모가정이 양육비의 원활한 이행을 확보할 수 있도록 지원 체계를 마련하고, 한시적 양육비 긴급 지원제도를 통하여 미성년 자녀가 최소한의 생존권을 누릴 수 있도록 지원함으로써 미성년 자녀의 안전한 양육 환경을 조성할 수 있도록 하려는 목표를 가지고 제정되었다.

법의 주요내용은 양육비의 지원을 위한 양육비이행관리원의 설립과 지원업무에 관한 규정과 양육비강제를 위한 여성가족부장관의 권한에 관한 규정이다. 양육비 이행관리원은 양육비이행법 제7조에 따라 2015. 3. 설립되어 ① 비양육부·모와 양육부·모의 양육비와 관련한 상담 ② 양육비 이행 촉진을 위한 비양육부·모와 미성년 자녀의 면접교섭 지원 ③ 양육비 청구 및 이행확보 등을 위한 법률지원 ④ 한시적 양육비 긴급지원 ⑤ 합의 또는 법원의 판결에 의하여 확정된 양육비 채권 추심지원 및 양육부·모에게 양육비 이전 ⑥ 양육비 채무 불이행자에 대한 제재조치 ⑦ 양육비 이행의 실효성 확보를 위한 제도 등 연구

95) 아동양육비 이행확보를 위한 법·제도 연구, 여성가족부, 2011-04 연구보고서.

⑧ 자녀양육비 이행과 관련한 교육 및 홍보 ⑨ 그 밖에 양육비 채무 이행확보를 위하여 필요한 업무 등 종합서비스를 지원하고 있다.

(1) 양육비이행관리원의 지원업무

1) 양육비긴급지원

양육부·모는 법 제11조에 따라 이행관리원의 장에게 자녀의 인지청구 및 양육비 청구를 위한 소송 대리 등 양육비 집행권원 확보를 위한 법률지원을 신청할 수 있다. 그리고 양육비 채권자가 합의 또는 법원의 판결에 의하여 확정된 양육비를 양육비 채무자로부터 지급받지 못할 경우, 이행관리원의 장에게 양육비 직접지급명령, 이행명령 신청의 대리 등 양육비 이행확보에 필요한 법률지원이나 양육비 채권 추심지원을 신청할 수 있다. 또한 정부는 법률지원 등에 드는 비용의 전부 또는 일부를 예산의 범위에서 지원할 수 있다.

또한 제11조에 따른 양육비 청구 및 이행확보를 위한 법률지원 등을 신청한 양육비 채권자는 양육비 채무자가 양육비 채무를 이행하지 아니하여 자녀의 복리가 위태롭게 되었거나 위태롭게 될 우려가 있는 경우에는 이행관리원의 장에게 한시적 양육비 긴급지원을 신청할 수 있다. 긴급지원 신청을 받은 이행관리원의 장은 대통령령으로 정하는 긴급지원 기준⁹⁶⁾에 해당하는 경우 긴급지원을 결정할 수 있다. 다만, 이 법에 따른 지원대상자가 국민기초생활 보장법 및 긴급복지지원법에 따라 동일한 내용의 보호를 받고 있는 경우에는 그 범위에서 이 법에 따른 긴급지원을 하지 아니한다. 법 시행령 제8조 제1항에 따라 한시적 양육비 긴급지원은 1. 양육비 채권자가 속한 가구의 소득이 국민기초생활 보장법 제2조제11호에 따른 기준 중위소득의 100분의 50 이하인 경우 2. 양육비 채권자가 한부모가족지원법 제5조⁹⁷⁾ 및 제5조

96) 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률 시행령 [시행 2021. 7. 13.] [대통령령 제 31891호, 2021. 7. 13., 일부개정]

의298)에 따른 지원대상자로서 여성가족부장관이 정하여 고시하는 기준에 해당하는 경우의 어느 하나에 해당하는 경우로 한다. 양육비의

- 97) 제5조 ① 이 법에 따른 지원대상자는 제4조제1호·제1호의2 및 제2호부터 제5호까지의 규정에 해당하는 자로서 여성가족부령으로 정하는 자로 한다.
- ② 제1항에 따른 지원대상자 중 아동의 연령을 초과하는 자녀가 있는 한부모가족의 경우 그 자녀를 제외한 나머지 가족구성원을 지원대상자로 한다.
- 제4조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. “모” 또는 “부”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자로서 아동인 자녀를 양육하는 자를 말한다.
 - 가. 배우자와 사별 또는 이혼하거나 배우자로부터 유기(遺棄)된 자
 - 나. 정신이나 신체의 장애로 장기간 노동능력을 상실한 배우자를 가진 자
 - 다. 교정시설·치료감호시설에 입소한 배우자 또는 병역복무 중인 배우자를 가진 사람
 - 라. 미혼자(사실혼(事實婚) 관계에 있는 자는 제외한다)
 - 마. 가족부터 라목까지에 규정된 자에 준하는 자로서 여성가족부령으로 정하는 자
 - 1의2. “청소년 한부모”란 24세 이하의 모 또는 부를 말한다.
 2. “한부모가족”이란 모자가족 또는 부자가족을 말한다.
 3. “모자가족”이란 모가 세대주(세대주가 아니더라도 세대원(世代員)을 사실상 부양하는 자를 포함한다)인 가족을 말한다.
 4. “부자가족”이란 부가 세대주(세대주가 아니더라도 세대원을 사실상 부양하는 자를 포함한다)인 가족을 말한다.
 5. “아동”이란 18세 미만(취학 중인 경우에는 22세 미만을 말하되, 「병역법」에 따른 병역의무를 이행하고 취학 중인 경우에는 병역의무를 이행한 기간을 가산한 연령 미만을 말한다)의 자를 말한다.
- 98) 제5조의2(지원대상자의 범위에 대한 특례) ① 혼인 관계에 있지 아니한 자로서 출산 전 임신부와 출산 후 해당 아동을 양육하지 아니하는 모는 제5조에도 불구하고 제19조제1항제3호의 미혼모자가족복지시설을 이용할 때에는 이 법에 따른 지원대상자가 된다.
- ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 아동과 그 아동을 양육하는 조부 또는 조모로서 여성가족부령으로 정하는 자는 제5조에도 불구하고 이 법에 따른 지원대상자가 된다.
1. 부모가 사망하거나 생사가 분명하지 아니한 아동
 2. 부모가 정신 또는 신체의 장애·질병으로 장기간 노동능력을 상실한 아동
 3. 부모의 장기복역 등으로 부양을 받을 수 없는 아동
 4. 부모가 이혼하거나 유기하여 부양을 받을 수 없는 아동
 5. 제1호부터 제4호까지에 규정된 자에 준하는 자로서 여성가족부령으로 정하는 아동
- ③ 국내에 체류하고 있는 외국인 중 대한민국 국적의 아동을 양육하고 있는 모 또는 부로서 대통령령으로 정하는 사람이 제5조에 해당하면 이 법에 따른 지원대상자가 된다.

지급은 양육비 채권자 명의 계좌에 입금하는 방법으로 한다. 그리고 2021. 7. 31. 신설된 단서에 따라 양육비 채권자가 1. 성년후견개시의 심판, 한정후견개시의 심판 또는 특정후견의 심판이 확정된 경우 2. 채무불이행으로 금전채권이 압류된 경우의 어느 하나에 해당하는 경우에는 양육비 채권자의 자녀 명의 계좌에 입금할 수 있다. 양육비 긴급 지원의 지급기간은 9개월을 넘지 아니하여야 하고, 자녀의 복리를 위하여 추가 지원이 필요한 경우에는 3개월의 범위에서 이를 연장할 수 있다.

법 제14조의2에 따라 이행관리원의 장은 양육비 채무자가 양육비를 지급하면 그 즉시 긴급지원을 종료하여야 한다. 양육비 채권자는 양육비 채무자가 양육비를 지급한 사실을 알게 되는 등 긴급지원의 지급 요건과 관련한 사항에 변화가 있는 경우 이를 지체 없이 이행관리원의 장에게 알려야 한다. 양육비 채권자는 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률 시행규칙⁹⁹⁾ 제7조의2에 따라 1. 양육비 채무자가 양육비를 지급한 경우 2. 영 제8조제1항에 따른 한시적 양육비 긴급지원 기준에 해당하지 아니하게 되는 경우 3. 국민기초생활 보장법 제7조제1항제1호에 따른 생계급여를 지원받게 되는 경우 4. 긴급복지지원법 제9조제1항제1호가목에 따른 생계지원을 받게 되는 경우 중 어느 사실을 알게 된 때에는 이행관리원의 장에게 통보해야 한다.

2) 양육비이행관리원의 기타 지원업무

① 양육비 이행확보를 위한 조치

제18조에 따라 이행관리원의 장은 양육비 이행 지원을 위하여 필요한 경우 양육비 채권자가 가사소송법 및 민사집행법에 따른 1. 재산명시 또는 재산조치 신청 2. 양육비 직접지급명령 신청 3. 양육비 담보제공명령 신청 4. 양육비 이행명령 신청 5. 압류명령 신청 6. 추심 또

99) 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률 시행규칙 [시행 2021. 7. 13.] [여성가족부령 제164호, 2021. 6. 10., 일부개정]

는 전부명령 신청 7. 감치명령 신청 등의 신청을 할 때 필요한 법률지원을 하여야 한다.

② 감치집행 지원을 위한 현장지원반 구성·운영 등

제18조의2에서는 이행관리원의 장이 가사소송법에 따라 양육비 채무자에 대한 감치명령 결정이 있는 때에는 감치집행을 지원하기 위하여 현장지원반을 구성·운영할 수 있다고 규정하며, 현장지원반의 구성·운영 등에 필요한 사항은 여성가족부령으로 정한다고 규정한다. 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률 시행규칙 제9조의2에 따라 이행관리원의 장은 법 제18조의2에 따라 감치집행을 지원하기 위하여 소속 직원으로 현장지원반을 구성할 수 있다. 그리고 1. 양육비 채무자가 감치명령 결정을 받은 후 양육비 채무의 전부 또는 일부를 이행하지 않았음에도 불구하고 감치집행이 되지 않은 경우 2. 감치집행을 지원하기 위하여 양육비 채무자의 주소지 등 현장 출석이 필요한 경우 3. 그 밖에 이행관리원의 장이 감치집행을 지원하기 위하여 필요하다고 결정하는 경우의 사유가 발생한 경우 현장지원반을 운영할 수 있다.

③ 양육비 채무자의 재산에 대한 추심

제20조에서는 이행관리원의 장은 제18조에 따른 조치결과 지급받을 금전, 그 밖에 채무자의 재산에 대한 양육부·모의 추심을 지원할 수 있고, 추심한 금전, 그 밖의 재산이 있는 경우 이를 7일 이내에 양육비 채권자에게 이전하여야 한다고 규정한다.

또한 이행관리원의 장은 양육비 수령 여부를 확인하기 위하여 양육비 전용 계좌 개설 등 필요한 조치를 할 수 있으며, 양육비 채권자는 이에 협조하여야 한다. 이 경우 양육비 전용 계좌 개설 등에 필요한 사항은 여성가족부령으로 정한다.

④ 가정폭력피해자 정보보호

제21조의2에서는 이행관리원의 장이 이 법에 따라 법률지원 등을 신청한 양육부·모 또는 양육비 채권자가 가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률 제2조제3호의 피해자임을 알게 된 경우 가정폭력의

재발 방지 등을 위하여 양육부·모 또는 양육비 채권자의 주거·직장·연락처 등 신변 관련 정보가 같은 법 제2조제2호의 가정폭력행위자인 비양육부·모 또는 양육비 채무자에게 노출되지 아니하도록 적절한 정보보호 조치를 강구하여야 한다고 규정한다.

(3) 여성가족부 장관의 권한

1) 양육비채무자 정보자료 요청

① 양육비 채무자의 주민등록표의 열람 및 등본·초본의 교부 요청 등 법 제13조는 여성가족부장관은 양육비 집행권원 확보 또는 양육비의 이행확보를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 특별자치시장·특별자치도지사, 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말함)에게 비양육부·모 또는 양육비 채무자의 주민등록표의 열람 및 등본·초본의 교부를 요청하거나 국민건강보험공단의 장에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 비양육부·모 또는 양육비 채무자의 근무지에 관한 정보자료를 요청할 수 있으며, 요청을 받은 관계기관의 장은 정당한 이유가 없으면 이에 따라야 한다.

② 양육비 채무자의 재산 등에 관한 조사

제16조 제1항에 따라 여성가족부장관은 양육비 지급능력을 확인·조사하기 위하여 양육비 채무자에게 필요한 서류나 소득·재산 등에 관한 자료의 제출을 요구할 수 있고, 소속 직원으로 하여금 양육비 채무자의 소득·재산 등에 관한 자료를 조사하게 하거나 관계인에게 필요한 질문을 하게 할 수 있다. 여성가족부장관은 제1항에 따른 조사를 위하여 필요한 국세·지방세, 토지·건물, 건강보험·국민연금, 출입국 등에 관한 자료의 제공을 본인의 동의를 받아 관계 기관의 장에게 요청할 수 있으며, 이 경우 요청을 받은 관계 기관의 장은 정당한 사유가 없으면 이에 따라야 한다. 다만, 제14조에 따라 한시적 양육비가 지급된 경우에는 본인 동의 없이도 이를 요청할 수 있다.

③ 금융정보 등의 제공

법 제17조에 따라 여성가족부장관은 양육비 채무자의 재산을 조사하기 위하여 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제4조제1항과 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제32조제2항에도 불구하고 양육비 채무자가 제출한 동의서면을 전자적 형태로 바꾼 문서에 의하여 대통령령으로 정하는 기준에 따라 인적사항을 기재한 문서 또는 정보통신망으로 금융기관 등¹⁰⁰⁾의 장에게 금융정보·신용정보 또는 보험정보(“금융정보등”)를 제공하도록 요청할 수 있다. 다만, 제14조에 따라 한시적 양육비가 지급된 경우에는 본인 동의 없이 신용정보·보험정보를 요청할 수 있다. 금융정보등의 제공을 요청받은 금융기관 등의 장은 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제4조제1항과 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제32조에도 불구하고 이를 여성가족부장관에게 제공하여야 한다.

여성가족부장관은 제16조에 따라 관계 기관으로부터 제공받은 소득·재산 등에 관한 자료 및 제17조에 따라 금융기관 등의 장으로부터 제공받은 금융정보등을 양육비 채권 추심이 완료되거나 제15조제3항에 따라 조사를 중지하는 등 양육비 채무 이행 목적을 달성한 이후에는 개인정보 보호법 제21조¹⁰¹⁾에 따라 파기하여야 한다.

100) 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 금융회사등 및 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제2조제6호에 따른 신용정보집중기관을 말한다.

101) 개인정보 보호법 [시행 2020. 8. 5.] [법률 제16930호, 2020. 2. 4., 일부개정] 제21조(개인정보의 파기) ① 개인정보처리자는 보유기간의 경과, 개인정보의 처리 목적 달성 등 그 개인정보가 불필요하게 되었을 때에는 지체 없이 그 개인정보를 파기하여야 한다. 다만, 다른 법령에 따라 보존하여야 하는 경우에는 그러하지 아니하다. ② 개인정보처리자가 제1항에 따라 개인정보를 파기할 때에는 복구 또는 재생되지 아니하도록 조치하여야 한다. ③ 개인정보처리자가 제1항 단서에 따라 개인정보를 파기하지 아니하고 보존하여야 하는 경우에는 해당 개인정보 또는 개인정보파일을 다른 개인정보와 분리하여서 저장·관리하여야 한다. ④ 개인정보의 파기방법 및 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

④ 채납자료의 제공

제21조에 따라 여성가족부장관은 양육비 지급 이행확보를 위하여 필요한 경우로서 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제2조제6호의 신용정보집중기관, 그 밖에 대통령령으로 정하는 자가 양육비 채무자의 양육비 채납에 관한 자료를 요구한 경우에는 이를 제공할 수 있다. 또한 여성가족부장관은 양육비 채무자가 양육비를 지급하지 아니할 경우에는 채납자료를 신용정보회사 등에 제공할 수 있음을 양육비 채무자에게 미리 알려야 하며, 채납자료를 제공한 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 채납자에게 그 제공사실을 알려야 한다.

⑤ 세금환급예정금액의 압류요청

제20조에 따라 여성가족부장관은 제18조 및 제19조에 따른 조치로 양육비 지급 이행이 완전하지 못할 경우에는 국세청장 및 지방자치단체의 장에 대하여 양육비 채무자의 국세 및 지방세 환급 예정금액의 압류를 요청할 수 있고, 압류된 세금환급예정금액에 대하여 양육비 미지급분 만큼 차감하여 양육비 채권자의 계좌로 이체하여 지급하여야 한다.

2) 양육비채무 불이행자들에 대한 여성가족부장관의 요청 및 이에 따른 처분

① 운전면허 정지처분 요청

제21조의3에서는 여성가족부장관이 양육비 채무자가 양육비 채무 불이행으로 인하여 가사소송법 제68조제1항제1호·제3호에 따른 감치 명령 결정을 받았음에도 불구하고 양육비 채무를 이행하지 않는 경우에는 위원회의 심의·의결을 거쳐 지방경찰청장(지방경찰청장으로부터 운전면허 정지처분에 관한 권한을 위임받은 자를 포함)에게 해당 양육비 채무자의 운전면허(양육비 채무자가 지방경찰청장으로부터 받은 모든 범위의 운전면허를 포함)의 효력을 정지시킬 것을 요청할 수 있으며 다만, 양육비 채무자가 해당 운전면허를 직접적인 생계유지 목적으

로 사용하고 있어 운전면허의 효력을 정지하게 되면 양육비 채무자의 생계유지가 곤란할 것으로 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다고 규정한다.

여성가족부장관의 요청을 받은 지방경찰청장은 정당한 사유가 없으면 이에 협조하여야 한다. 여성가족부장관은 운전면허 정지처분 요청을 한 후 해당 양육비 채무자가 양육비를 전부 이행한 때에는 지체 없이 운전면허 정지처분 요청을 철회하여야 한다.

② 출국금지 요청 등

2021. 1. 12. 신설된 제21조의4 제1항에 따라 여성가족부장관은 양육비 채무 불이행으로 인하여 가사소송법 제68조제1항제1호 또는 제3호에 따른 감치명령 결정을 받았음에도 불구하고 양육비 채무를 이행하지 아니하는 양육비 채무자 중 대통령령으로 정하는 사람에 대하여 위원회의 심의·의결을 거쳐 법무부장관에게 출입국관리법 제4조제3항에 따라 출국금지를 요청할 수 있다. 그리고 법무부장관은 출국금지 요청에 따라 출국금지를 한 경우, 여성가족부장관에게 그 결과를 정보통신망 등을 통하여 통보하여야 한다. 또한 여성가족부장관은 양육비 채무의 이행, 양육비 채무자의 재산에 대한 강제집행 등으로 출국금지 사유가 해소된 경우에는 즉시 법무부장관에게 출국금지의 해제를 요청하여야 한다.

2021. 7. 13. 신설된 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률 시행령 제17조의3 제1항에서는 법 제21조의4제1항에서 “대통령령으로 정하는 사람”을 1. 양육비 채무가 5천만 원 이상인 사람 2. 양육비 채무가 3천만 원 이상인 상태에서 출국금지 요청일을 기준으로 최근 1년간 국외 출입 횟수가 3회 이상이거나 국외 체류 일수가 6개월 이상인 사람의 어느 하나에 해당하는 사람으로 규정한다. 동시행령 제3항에 따라 여성가족부장관은 출국금지 중인 사람에게 1. 국외건설계약 체결, 수출신용장 개설, 외국인과의 합작사업 계약 체결 등 구체적인 사업계획을 가지고 출국하려는 경우 2. 국외에 거주하는 직계존비속이 사망하여

출국하려는 경우 3. 제1호 및 제2호의 사유 외에 본인의 신병(身病) 치료 등 불가피한 사유로 출국금지를 해제할 필요가 있다고 인정되는 경우의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 경우로서 양육비 채무를 회피할 목적으로 국외로 도피할 우려가 없다고 인정되는 경우에는 법무부장관에게 출국금지의 해제를 요청해야 한다.

③ 명단공개

2021. 1. 12. 제21조의5 명단공개 규정이 신설되었다. 동조에 따라 여성가족부장관은 양육비 채무자가 양육비 채무 불이행으로 인하여 가사소송법 제68조제1항제1호 또는 제3호에 따른 감치명령 결정을 받았음에도 불구하고 양육비 채무를 이행하지 아니하는 경우에는 양육비 채권자의 신청에 의하여 위원회의 심의·의결을 거쳐 1. 양육비 채무자의 성명, 나이 및 직업 2. 양육비 채무자의 주소 또는 근무지(도로명주소법 제2조제5호의 도로명 및 같은 조 제7호의 건물번호까지로 한다) 3. 양육비 채무 불이행기간 및 양육비 채무액의 정보를 공개할 수 있다. 다만, 양육비 채무자의 사망 등 대통령령으로 정하는 사유¹⁰²⁾가 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 그리고 여성가족부장관은 제1항에 따라 명단 공개를 할 경우 양육비 채무자에게 3개월 이상의 기간을 정하여 소명 기회를 주어야 한다. 2021. 7. 13. 신설된 양육비 이행

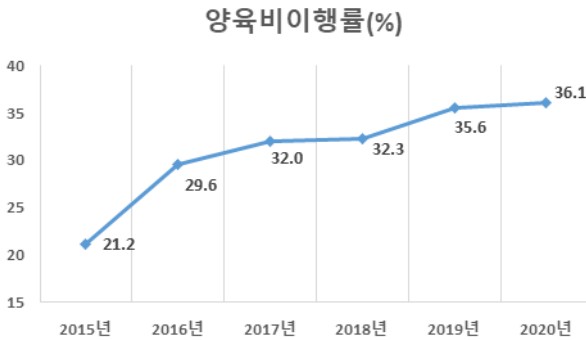
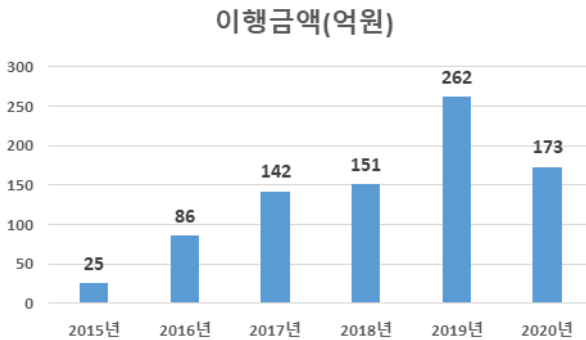
102) 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률 시행령 제17조의4 ② 법 제21조의5제1항 단서에서 “양육비 채무자의 사망 등 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

1. 양육비 채무자가 사망하거나 「민법」 제27조에 따라 실종선고를 받은 경우
 2. 양육비 채무자가 양육비 채무액 중 절반 이상을 이행하고 나머지 금액에 대하여 이행계획을 제출하여 위원회가 명단 공개 대상에서 제외할 필요가 있다고 인정하는 경우
 3. 양육비 채무자가 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따른 회생절차개시 결정을 받거나 파산선고를 받은 경우
 4. 제1호부터 제3호까지의 규정에 준하는 경우로서 위원회가 인적사항 등을 공개할 실효성이 없다고 인정하는 경우
- ③ 여성가족부장관은 법 제21조의5제1항에 따른 명단 공개 후 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생하거나 양육비 채무자가 양육비 채무 전액을 이행한 경우에는 그 명단을 삭제해야 한다.

확보 및 지원에 관한 법률 시행령 제17조의4에 따라 명단 공개의 기간은 공개일부터 3년간으로 한다.

(4) 양육비이행관리원의 양육비 이행서비스 실적

2015. 3.-2020. 12.까지 양육비이행원을 통한 양육비이행 서비스 관련 주요 내용은 다음과 같다.¹⁰³⁾



103) 양육비 이행 지원 6년 주요성과 및 개선방안, 2021. 3. 26. 여성가족부, 6-7쪽.

〈2015-2020 양육비 이행 지원 실적〉

(단위: 건, 억원)

구분	총 누계	2015	2016	2017	2018	2019	2020
상담	178,552	30,757	28,328	25,755	32,072	28,595	33,045
접수	23,184	5,756	3,588	3,682	3,925	3,206	3,027
이행의무확정	18,501	2,427	2,831	2,783	3,494	4,538	2,428
실이행	6,680	514	1,044	1,018	1,146	1,993	965
이행금액	839	25	86	142	151	262	173

한시적 양육비 긴급지원제도는 2018. 12. 20.과 2019. 7. 1.의 두 차례 지침이 개정되었다. 제1차 개정을 통하여 기존에 긴급복지법에 따른 생계지원 후 긴급지원을 하였으나, 개정 후 긴급복지법에 따른 생계, 교육, 의료, 주거 등 하나라도 지원 후 긴급지원을 하였다. 제2차 개정을 통하여서는 긴급복지법에 따른 지원을 받지 않더라도 질병, 실직, 폐업 등 긴급상황이 발생하면 지원을 하도록 추가되었다. 두 차례의 개정을 통하여 긴급지원의 요건이 완화되어 양육비채무 불이행으로 위태로운 상황에 처한 미성년 자녀가 최소한의 생존권을 누릴 수 있도록 지원대상이 확대되었다.

〈한시적 양육비 긴급지원〉

(단위: 백만 원, 명)

구분	총누계	2015년	2016년	2017년	2018년	2019년	2020년
지원금액	876	62	116	92	122	215	269
지원자녀수	905	79	93	100	123	265	245

바. 양육비 이행법제의 한계 및 개선방안

(1) 양육비에 대한 관점의 변화필요

영·미유형에 속하는 미국의 경우 형사처벌, 면허제재, 신상공개, 출국금지 등 매우 강력한 양육비이행강제 수단들을 가지고 있다. 미국은 공익을 위하여 자녀양육비에 대한 국가개입이 정당화된다고 보면서 부양자가 돌보지 않는 피부양자를 국가나 민간 자선단체가 부양하도록 하는 것은 의존적인 피부양자를 예방 또는 감소시키고자 하는 복지국가의 공공평화를 위협한다는 관점을 가지고 있다. 그러나 이러한 강력한 국가개입을 통한 부모의 부양의무강제라고 하는 양육비체계가 양육비의 이행이 확보되어도 한부모가족의 복지를 향상시키는 데에는 기여하지 못한 채, 국가의 복지비용 절감에 활용될 여지가 있어 복지의 후퇴라는 비판은 주의깊게 새길 필요가 있다.

우리나라 양육비체계는 영·미유형과 유사하다. 현행 양육비관련 법제는 무자력자인 양육비 채무자에 대한 고려를 전혀 하고 있지 않다. 양육비를 지급할 자력이 없어 지급하지 못하는 양육비채무자의 경우, 사적 채권의 이행의 측면만을 강조하여 강제집행으로서의 양육비이행 확보방안을 고수하게 되면 양육비채무자는 더욱더 사각지대에 내몰리게 된다. 따라서 저소득 양육비채무자에 대하여는 양육비 채권의 사적 이행의 강화도 중요하지만, 양육비를 지급할 수 없을 경우 한부모가족 내 아동을 어떻게 보호할 것인가, 아동과 비양육자 간의 관계를 어떻게 유지할 수 있도록 할 것인가의 문제가 고려되어야 한다.

영·미유형에서 공공부조 수급자들은 실질적인 급여혜택은 없다는 점, 사회가 아동양육에 대한 기본적인 책무를 하지 않고서 이를 다시 가족에게 돌리는 문제점, 가족관계가 변화하는 가운데 생물학적 아버지를 강조하는 문제점, 빈곤층의 경우 비양육부모 또한 빈곤하여 적절한 양육비보장이 어려울 수 있는 문제점들을 고려할 때 우리나라의

양육비지원체계에 대한 방향성을 아동복지를 중심으로 다시 정립할 필요가 있다고 할 것이다. 따라서 유럽국가 유형 중 북유럽국가유형처럼 아동양육비를 완전한 복지체계 안으로 편입시킬지, 혹은 유럽국가 유형과 같이 부모의 자녀부양의무를 유지한 채, 보충적 사회보장으로 서 국가가 양육비수당을 우선 지급하여 아동복리의 관점을 관철할지에 대하여서는 심도 깊은 논의가 필요하다.

(2) 양육비 이행을 위한 제도들의 문제점과 개선방안

양육비이행관리원 출범 이후 양육비 이행 규모는 점차 증가하는 추세이다. 그러나 양육비이행관리원을 이용한 경우에도 양육비 이행률은 2020. 12. 기준 36.1%로 낮은 것이 현실이다. 고의적으로 양육비를 지급하지 않는 양육비 채무자에 대해 출국금지, 명단공개, 형사처벌을 통하여 양육비 이행의 실효성을 제고할 필요성이 있어 2021년 양육비이행법이 개정(2021. 1. 12. 제정, 2021. 7. 13. 시행) 되었다. 이를 통하여 가사소송법 제68조제1항제1호(금전의 정기적 지급을 명령받은 사람이 3기 이상 그 의무를 이행하지 아니한 경우) 또는 제3호(양육비의 일시금 지급명령을 받은 사람이 30일 이내에 그 의무를 이행하지 아니한 경우)에 따른 감치명령 결정을 받았음에도 불구하고 양육비 채무를 이행하지 아니한 양육비 채무자에 대한 출국금지 및 명단 공개 근거와 감치명령 결정을 받은 날부터 1년 이내에 양육비 채무를 이행하지 아니한 경우 처벌할 수 있는 근거가 마련되어 양육비 이행의 실효성이 제고될 수 있도록 하였다.

법원을 통한 양육비 이행소송에는 양육비 채권 확보를 위한 인지청구 소송, 양육비청구·변경 소송에 1년 이상이 소요되고 추심¹⁰⁴⁾을 위

104) 민사집행법: - 재산명시·재산조회(4-6월), 채권압류 및 추심(2월), - 채무불이행자 명부 등재(3-6월). 가사소송법: - 직접지급명령(2월), 담보제공명령(4-6월) 및 일시금 지급명령(4-6월), 이행명령(6-12월), - 과태료 부과(6-12월), 감치명령(6-12월).

하여서는 2년 이상이 소요되는 등 3년 이상의 오랜 시간이 소요된다
는 문제가 있다. 2021년 새로 도입된 제도들의 실효성에 대한 문제제
기는 다양한 제도들과 감치제도가¹⁰⁵⁾ 연동되기 때문이다.

1) 감치제도 및 이와 연동된 제도들의 문제점

운전면허정지, 출국금지, 명단공개, 처벌 등은 감치 명령 결정 이후
양육비 채무를 이행하지 않을 때 적용¹⁰⁶⁾되는 것인데 감치명령의 인
용률이 35%로 저조하다. 따라서 감치명령과 연동이 되어 있는 제도들
이 아동의 양육비보장을 통한 인간다운 삶의 보장을 위한 장치로 기
능하지 못하고 유명무실하고 공허한 규정으로 남을 가능성이 있다.

105) 양육비 이행 지원 6년 주요성과 및 개선방안, 2021. 3. 26. 여성가족부, 9쪽.

106) 세금을 납부하지 않은 고액채무자에 대한 감치제도는 국세징수법 제115조에서
규정하고 있다. 제115조(고액·상습채납자의 감치) ① 법원은 감사의 청구에 따라
채납자가 다음 각 호의 사유에 모두 해당하는 경우 결정으로 30일의 범위에서
채납된 국세가 납부될 때까지 그 채납자를 감치(監置)에 처할 수 있다.

1. 국세를 3회 이상 채납하고 있고, 채납 발생일부터 각 1년이 경과하였으며, 채
납된 국세의 합계액이 2억원 이상인 경우
 2. 채납된 국세의 납부능력이 있음에도 불구하고 정당한 사유 없이 채납한 경우
 3. 「국세기본법」 제85조의5제2항에 따른 국세정보위원회의 의결에 따라 해당 채
납자에 대한 감치 필요성이 인정되는 경우
- ② 국세청장은 채납자가 제1항 각 호의 사유에 모두 해당하는 경우 채납자의 주
소 또는 거소를 관할하는 지방검찰청 또는 지청의 검사에게 채납자의 감치를 신
청할 수 있다.
- ③ 국세청장은 제2항에 따라 채납자의 감치를 신청하기 전에 채납자에게 대통령
령으로 정하는 바에 따라 소명자료를 제출하거나 의견을 진술할 수 있는 기회를
주어야 한다.
- ④ 제1항의 결정에 대해서는 즉시항고를 할 수 있다.
- ⑤ 제1항에 따라 감치에 처하여진 채납자는 동일한 채납 사실로 인하여 다시 감
치되지 아니한다.
- ⑥ 제1항에 따라 감치에 처하는 재판을 받은 채납자가 그 감치의 집행 중에 채
납된 국세를 납부한 경우 감치집행을 종료하여야 한다.
- ⑦ 세무공무원은 제1항에 따른 감치집행 시 감치대상자에게 감치사유, 감치기간
및 제6항에 따른 감치집행의 종료 등 감치결정에 대한 사항을 설명하고 그 밖에
감치집행에 필요한 절차에 협력하여야 한다.
- ⑧ 제1항에 따른 감치에 처하는 재판의 절차 및 그 집행, 그 밖에 필요한 사항
은 대법원규칙으로 정한다.

〈감치명령 신청대비 인용(법원전체)〉

(단위: 건, %)

구분	2015	2016	2017	2018	2019	계
감치명령 신청	516	872	1,028	1,048	1,013	4,477
감치명령 인용	91	231	385	432	430	1,569
인용률	17.6	26.5	37.5	41.2	42.4	35.0

2) 한시적 양육비 긴급지원제도의 한계

한시적 양육비 긴급지원제도의 한계가 나타나며 국가의 양육비 우선지급제도의 도입이 필요하다.

먼저 긴급지원액의 회수율이 다음과 같이 저조하다는 문제가 있다.

〈한시적 양육비 긴급지원 채권 회수현황(2015-2020)〉

구분	'17	'18	'19	'20
청구	42	30	49	47
회수	-	1	1	9
회수율	-	3.3	2.0	19.1

2020. 6. 9. 개정된 양육비이행법은 한시적 양육비 긴급지원 시 국가의 구상권을 보호하기 위해 두 가지 제도를 마련하였다. 첫째, 법 제14조 제5항에서 양육비채무자가 국가의 구상청구에 응하지 아니하는 경우 이행관리원장은 여성가족부장관의 승인을 받아 국세채납처분의 예에 따라 징수할 수 있도록 하였다. 둘째, 한시적 양육비 긴급지원 시 신용정보 등에 관하여도 양육비채무자의 동의 없이 양육비이행관리원이 해당 금융기관 등의 장에게 관련 정보를 요청할 수 있도록 하였다. 현행 양육비이행법 제16조 제2항 단서에서는 한시적 양육비 긴급지원이 이루어진 경우, 양육비채무자의 국세·지방세, 토지·건물, 건강보험·국민연금, 출입국 등에 관한 자료의 제공을 본인의 동의 없이도 관계기관의 장에게 요청할 수 있도록 하고 있다. 이러한 법의 개정

따라 회수율이 어느 정도는 제고될 수 있을 것으로 생각된다.

또한 한시적 양육비 긴급지원제도와 다른 복지제도와 연계를 다시 정립할 필요가 있다.

양육비이행법 제14조 제1항 및 제3항에 따라 9개월의 범위 내에서 신청할 수 있으며 3개월 범위 내에서 연장할 수 있다. 양육비채무자가 양육비를 지급하면 긴급지원은 바로 종료된다. 양육비이행법 시행령 제8조에서 규정하는 요건은 ① 만 19세 미만의 자녀를 양육하는 양육비채권자가 속한 가구의 소득이 기준 중위소득의 100분의 50 이하인 경우 ② 만 19세 미만의 자녀를 양육하는 양육비채권자가 한부모가족법 제5조 및 제5조의 2에 따른 지원대상인 경우이다. 「2018년도 한시적 양육비 긴급지원의 기준 및 금액고시(여성가족부고시 제2017-60호)」에 의하면 한시적 양육비 긴급지원의 금액은 자녀 1인당 월 20만 원이다. 다만 한부모가족지원법에 따른 양육비를 지급받는 경우에는 자녀 1인당 월 10만 원이 지급된다.

양육비채권자가 국민기초생활보장법 또는 긴급복지지원법을 통해 생계비지원을 받는 경우 긴급지원 대상에서 배제된다. 국민기초생활보장법이나 긴급복지지원법의 생계지원은 아동의 생활비가 일부 포함된다 고 할 수 있다. 그러나 동법상의 급여는 가구단위로 이루어지기 때문에 아동도 수급자가 되는 것일 뿐이지 해당 급여전체가 아동양육비는 아니라고 할 것이어서 전면적인 배제는 바람직하지 않다. 따라서 미성년 자녀에 대한 생계비 보장이 어느 정도 수준으로 이루어지고 있는지를 파악한 뒤, 한시적 양육비 긴급지원금에서 한부모가족의 구성원 모두가 공통으로 지출하게 되는 금액으로 타법의 생계급여를 통하여 보장받는 부분을 제외한 나머지를 긴급지원금으로 지급하는 것도 하나의 방안이라고 할 수 있다.

한편 한부모가족지원법에 따른 양육비 지원을 받는 경우, 한시적 양육비 긴급지원금은 아동 1인당 20만 원에서 10만 원으로 감경된다. 그러나 이러한 일괄적인 삭감의 정책적 근거를 찾기는 어렵다. 사회보장

수급권을 실현하는 것은 입법자의 광범위한 형성재량의 범위에 속하기는 하나 한시적 양육비 긴급지원제도는 아동을 위한 사회보장제도로써 이에 대한 입법자의 재량권 행사의 범위는 아동의 생존 보호 및 복리 보장을 위한 목적 내로 제한되어야 한다. 그러므로 삭감을 위한 납득할 수 있는 정책적 근거가 있어야 하고, 그에 따른 급여수준이 결정되어야 할 것이다.¹⁰⁷⁾

현행의 한시적 양육비 긴급지원제도는 양육비 우선지급제도의 변형이라고 할 수 있다. 그러나 양육비 이행률이 낮아 아동의 삶의 안전이 확보되지 못하는 점을 근본적으로 개선할 방안으로 양육비 미이행의 경우 국가가 먼저 지급하고 구상권을 행사하는 양육비 우선지급제도를 고려할 수 있다.

3) 명단공개제도의 위헌성문제 검토

2021. 1. 12. 명단공개제도가 신설되었는데, 법률의 규정에 따라 정부가 명단공개를 함으로써 이전에 민간인이 ‘배드파더스’ 사이트¹⁰⁸⁾를 통하여 양육비채무 불이행자들의 신상을 공개하는 문제점을 해결하고 양육비지급을 하도록 유도하려는 것이다. ‘배드파더스’ 운영자는 양육비를 불이행한 부의 얼굴 사진과 이름, 나이, 주소, 직업, 미지급 양육비 등의 정보를 배드파더스 사이트 운영자에게 전달, 신상정보를 공개하도록 해 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반을

107) 윤지영, 「사회보장의 관점에서 본 양육비이행확보제도의 법적 과제」, 『사회보장법연구』 10(1), 2021. 6. 34-35쪽.

108) 2018. 7. 배드파더스 사이트가 개설된 당시 신상공개 대상의 90%가 부였기 때문에 사이트의 명칭을 배드파더스라고 하였다. 그 후 배드파더스 사이트 속에 배드파더스, 배드마더스, 코피노로 구분이 되어 신상을 공개하고 있다. 사이트에서는 * 양육비를 지급할 의무가 있는데 지급하지 않는 것에 대해, ‘법원의 판결문’, ‘각서’등을 통한 사실관계의 확인을 거쳐 리스트를 작성하고 * 양육비를 지급하였거나 지급하기로 한 것이 확인되면, 리스트에서 즉시 삭제되며, * 리스트에 오른 명단의 제보자가 누구인지에 대해서는, 철저하게 ‘비공개’로 진행된다고 밝히고 있다. 출처: <http://www.badfathers.or.kr/> 방문일 2021. 10. 31. 양육비이행법에서 명단공개제도가 도입·시행되자 운영자는 2021. 10. 사이트를 폐쇄하였다.

위반하여 개인의 명예를 훼손한 혐의로 기소됐다. 국민참여재판을 통해 진행된 제1심인 수원지법 형사11부에서는 2020년에 무죄판결을 하였다(수원지방법원 2020. 1. 15. 선고 2019고합425 판결). 동 법원은 “피고인은 양육비 미지급자에 대한 정보를 공개하는 활동을 하면서 대가를 받는 등 이익을 취한 적이 없고, 대상자를 비하하거나 악의적으로 공격한 사정이 없다”고 하면서 “양육비 미지급으로 인해 위기에 처한 사람이 많아지면서 다수의 관심대상이 되고 있고, 문제 해결 방안이 강구되는 상황”에서 “피고인의 활동은 양육비를 지급받지 못한 다수의 양육자가 고통받는 상황을 알리고 지급을 촉구하기 위한 목적이 있어 공공의 이익을 위한 것으로 볼 수 있다”고 판시하였다.¹⁰⁹⁾ 현재 이 사건은 수원고법 형사1부에서 2심이 진행 중이다. 2심 결심공판에서 검찰은 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반(명예훼손) 혐의로 기소된 배드파더스 운영자가 “피해자들의 양육비 미지급 사유 등 소명이 생략된 상태로 인터넷에 신상정보가 유출돼 회복될 수 없을 정도로 명예가 훼손된 것은 큰 문제”라면서 재판부에게 표현의 자유와 공공의 이익에 대한 엄격한 기준을 세워줄 것을 요청하면서 벌금 300만 원을 구형하였다.¹¹⁰⁾ 한편, 2020년 9월 신상정보가 공개된 양육비 채무자가 해당 사이트에서 자신의 신상정보를 게시한 것이 인격권과 명예권을 침해한다고 주장하면서 법원에 신상정보 삭제 및 게시금지 가처분 신청을 하였는데, 법원이 이 신청의 일부를 받아들여 신상정보가 공개된 양육비채무자의 얼굴사진 및 구체적인 직업정보를 삭제하라는 결정을 하였다(서울지방법원 2020. 12. 15.자 2020카합239 결정).

109) 국민참여재판 ‘배드파더스’ 무죄...“양육비 미지급 부모 신상 공개, 공공이익 목적”, 매일경제 2020. 1. 15.

출처: <https://www.mk.co.kr/news/society/view/2020/01/47358/> 방문일 2021. 10. 31.

110) 배드파더스 대표 “양육비미지급 1천건 해결...신상공개 후회없다”, 연합뉴스 2021. 10. 29. <https://www.yna.co.kr/view/AKR20211029129800061?section=society/accident> 방문일 2021. 10. 31.

위 배드파과 사건에서 수원지방법원의 제1심 판결에서 양육비 미지급의 문제가 공적인 사안으로서 사회문제로 인식되고 양육비의 지급 불이행은 자녀의 생존권을 위협하는 행위이기 때문에 단순한 금전채무 불이행과는 다른 특수성이 인정되고 있고, 서울지방법원은 신상정보 삭제 등 가처분 사건에서 얼굴 및 구체적 직업정보 삭제에 대한 가처분신청만을 인용하였다는 점을 종합하여 보면, 법원은 신상공개의 표현의 자유를 통한 아동의 권익보호의 공익이 개인의 명예권이나 인격권보다 크다고 보고 있다. 그러나 사인이 정보통신망을 이용하여, 양육비 채무자의 신상을 공개하는 사인이 설정한 기준에 따라 채무불이행자에게 하는, 사인에 의한 사적 제재라고 하는 점에서 법치주의의 근간을 훼손하는 것으로 평가될 수 있으며, 적법절차의 보장도 없이 양육비 불이행 채무자의 신상을 공개하는 것은 문제가 있으며, 이를 통하여 공개된 당사자의 인격권과 명예권을 심각하게 침해하는 행위라고 평가할 수 있다. 더불어 인터넷, 스마트폰과 같은 모바일 기술 등의 발달에 따라 정보통신망을 통한 타인의 명예훼손 사례가 증가하고 있으며, 이러한 사실에 대하여 당사자가 반론 및 반박을 하여도 명예훼손적 표현에 대한 상쇄효과가 나타나지 않을 수 있으며 해당 내용이 광범위하게 유포된 경우에는 채무이행 등을 통하여 삭제가 될 수 있는 경우라고 공개된 정보를 모두 삭제하기 불가능하기 어렵다는 점¹¹¹⁾도 배드파과와 같은 사인에 의한 정보통신망을 통한 명예훼손이 헌법적으로 용인될 수 없는 이유라고 할 수 있다.

양육비이행법 제21조의5에 따라 여성가족부장관은 양육비 채무자가 양육비 채무 불이행으로 인하여 가사소송법 제68조제1항제1호 또는 제3호에 따른 감치명령 결정을 받았음에도 불구하고 양육비 채무를 이행하지 아니하는 경우, 대통령령 제17조의4에서 정한 사유가 없으며 일정한 절차를 거쳐 1. 양육비 채무자의 성명, 나이 및 직업 2. 양육비 채무자의 주소 또는 근무지(도로명주소법 제2조제5호의 도로명 및 같

111) 현재 2016. 2. 25. 2013헌바105, 2015헌바234(병합)

은 조 제7호의 건물번호까지로 한다) 3. 양육비 채무 불이행기간 및 양육비 채무액의 정보를 공개할 수 있다. 이와 같은 양육비 채무불이행자에 대한 명단공개제도가 위헌인지를 살펴보기 위하여 다른 법률에서 규정하는 신상공개 혹은 명단공개제도의 위헌성여부를 참조할 수 있다.

현재 신상공개를 두고 있는 대표적인 법률은 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하 청소년성보호법)과 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 (약칭: 성폭력처벌법)이다. 청소년성보호법 제49조 제1항에 따라 법원은 1. 아동·청소년대상 성범죄를 저지른 자 2. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제2조제1항제3호·제4호, 같은 조 제2항(제1항제3호·제4호에 한정한다), 제3조부터 제15조까지의 범죄를 저지른 자 3. 제1호 또는 제2호의 죄를 범하였으나 형법 제10조제1항에 따라 처벌할 수 없는 자로서 제1호 또는 제2호의 죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 자의 어느 하나에 해당하는 자에 대하여 판결로 제4항의 공개정보를 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제45조제1항의 등록기간 동안 정보통신망을 이용하여 공개하도록 하는 명령(이하 “공개명령”이라 한다)을 등록대상 사건의 판결과 동시에 선고하여야 한다. 다만, 피고인이 아동·청소년인 경우, 그 밖에 신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단하는 경우에는 그러하지 아니한다. 제4항에 따라 공개되는 정보는 1. 성명 2. 나이 3. 주소 및 실제거주지 (『도로명주소법』 제2조제3호에 따른 도로명 및 같은 조 제5호에 따른 건물번호까지로 한다) 4. 신체정보(키와 몸무게) 5. 사진 6. 등록대상 성범죄 요지(판결일자, 죄명, 선고형량을 포함한다) 7. 성폭력범죄 전과사실(죄명 및 횟수) 8. 『전자장치 부착 등에 관한 법률』에 따른 전자장치 부착 여부이다. 위 법률에 따른 성범죄자들의 신상공개제도는 국민의 알권리 보장, 재범방지 및 범죄예방의 공익성을 목적으로 확대되고 있는데, 그 위헌성에 대한 문제제기와 함께 형사정책적으로 그 효과에 대한 의문이 제기되고 있다.¹¹²⁾ 그러나 위 법률의 위헌성 논

의113)와는 별개로, 위 법률의 적용을 받는 신상공개대상자들이 범죄를 저지른 형사피고인이라는 점에서 채무불이행자에 대한 양육비이행법상의 명단공개와는 본질적으로 다르기 때문에 이 사안의 위헌성검토를 위하여 비교할 수 있는 대상은 아니라고 생각한다.

양육비이행법상의 명단공개와 유사하게 국세징수법 제114조에서 고액·상습채납자의 명단공개를 규정하고 있다. 제1항에 따라 국세청장은 「국세기본법」 제81조의13에도 불구하고 채납 발생일부터 1년이 지난 국세의 합계액이 2억 원 이상인 경우 채납자의 인적사항(성명, 연령, 주소) 및 채납액 등을 공개할 수 있다. 다만, 채납된 국세와 관련하여 심판청구등이 계속 중이거나 그 밖에 대통령령으로 정하는 경우¹¹⁴⁾에는 공개할 수 없다. 그리고 명단 공개 대상자의 선정 절차, 명단 공개 방법, 그 밖에 명단 공개와 관련하여 필요한 사항은 「국세기본법」 제85조의5제2항부터 제6항까지의 규정¹¹⁵⁾을 준용한다. 국세징수법상의 명

112) 손희권, 「과잉금지 원칙 관점에서의 청소년 성매수자 신상공개제도의 위헌성」, 『청소년학연구』, 2003-12 10(4), 93-119쪽; 김연희/이은영, 「성범죄자 신상공개제도의 비판적 고찰」, 『교정복지연구』, 10/31/2016, Vol. 44, 81-105쪽; 박광형, 「범죄자신상공개제도에 관한 비판적 고찰」, 『법학논총』, Vol. 35 No. 2(2015), 307-332쪽 등

113) 동 제도의 도입시부터 제도의 위헌성에 대한 문제제기가 현재판결에서도 꾸준히 나타나고 있다. 2003. 6. 26. 2002헌가14 청소년의성보호에관한법률 제20조 제2항 제1호 등 위헌제청 소수의견 참조.

114) 국세징수법시행령 제106조(고액·상습채납자의 감치 신청에 대한 의견진술 등)

① 국세청장은 법 제115조제3항에 따라 채납자가 소명자료를 제출하거나 의견을 진술할 수 있도록 다음 각 호의 사항이 모두 포함된 서면(채납자가 동의하는 경우 전자문서를 포함한다)을 채납자에게 통지해야 한다. 이 경우 제4호에 따른 기간에 소명자료를 제출하지 않거나 의견진술 신청이 없는 경우에는 의견이 없는 것으로 본다.

1. 채납자의 성명과 주소
2. 감치(監置) 요건, 감치 신청의 원인이 되는 사실, 감치 기간 및 적용 법령
3. 법 제115조제6항에 따라 국세를 납부하는 경우에는 감치 집행이 종료될 수 있다는 사실
4. 채납자가 소명자료를 제출하거나 의견을 진술할 수 있다는 사실과 소명자료 제출 및 의견진술 신청 기간. 이 경우 그 기간은 통지를 받은 날부터 30일 이상으로 해야 한다.
5. 그 밖에 소명자료 제출 및 의견진술 신청에 필요한 사항

단공개제도는 헌법상 국민의 의무인 납세의무를 다하지 아니한 체납자에게 납세의무를 이행하기 위한 목적을 갖는 것으로 목적이 정당하고 수단의 적절성도 인정할 수 있다. 침해의 최소성의 관점에서 보면, 법에서는 기본권의 침해를 최소화하기 위한 규정들을 두고 있다. 우선, 명단공개를 체납 발생일이 1년이 지난 국세의 합계액이 2억 원 이상인 고액체납자들에 한정하고 있다. 공개대상도 성명, 연령, 주소, 체납액으로 최소한에 그치고 있다. 준용이 되는 국세기본법 제85조의2 제2항부터 제6항에서는 국세정보위원회에서 공개여부를 심의하고, 공정한 심의를 위하여 위원의 제척, 회피제도를 두고 있다. 또한 기본권보장을 위한 절차적 보장으로서 공개대상자에게 공개대상임에 대한 통지, 소명의 기회부여를 하고 있고, 실질적 보호를 위하여 6개월 이후 재심의를 통한 공개대상자 결정을 하고 있다. 따라서 침해최소성의 원칙에 반하지 않는다. 법익의 균형성의 심사에 있어서도 헌법상 납세의무의 성실한 이행을 공익이라고 볼 수 있고 이러한 공익이 명단공개를 통해 이루어지는 인격권, 개인정보자기결정권의 침해보다 훨씬 크다고

115) 국세기본법 제85조의2 ② 제1항에 따른 불성실기부금수령단체, 조세포탈범 또는 해외금융계좌 신고의무 위반자의 인적사항, 국세추징명세, 포탈세액, 신고의무 위반금액 등 등에 대한 공개 여부를 심의하고 「국세징수법」 제115조제1항제3호에 따른 체납자에 대한 감치 필요성 여부를 의결하기 위하여 국세청에 국세정보위원회(이하 이 조에서 “위원회”라 한다)를 둔다.

③ 위원회의 위원은 공정한 심의를 기대하기 어려운 사정이 있다고 인정될 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 위원회 회의에서 제척되거나 회피하여야 한다.

④ 국세청장은 위원회의 심의를 거친 공개 대상자에게 불성실기부금수령단체 또는 해외금융계좌 신고의무 위반자 명단공개 대상자임을 통지하여 소명 기회를 주어야 하며, 통지일부터 6개월이 지난 후 위원회로 하여금 기부금영수증 발급 명세의 작성·보관 의무 이행 또는 해외금융계좌의 신고의무 이행 등을 고려하여 불성실기부금수령단체 또는 해외금융계좌의 신고의무 위반자 명단 공개 여부를 재심의하게 한 후 공개대상자를 선정한다.

⑤ 제1항에 따른 공개는 관보에 게재하거나 국세정보통신망 또는 관할세무서 게시판에 게시하는 방법으로 한다.

⑥ 제1항부터 제4항까지의 규정에 따른 불성실기부금수령단체, 조세포탈범 또는 해외금융계좌 신고의무 위반자 명단 공개와 관련하여 필요한 사항 및 위원회의 구성·운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

할 수 있다.

양육비가 공적 채무가 아니라 사적 채무인 점에서 차이가 있으나, 양육비이행법상의 명단공개는 국세징수법 제114조에서 고액·상습채납자의 명단공개를 규정과 유사하다. 비례원칙에 따른 위헌성을 심사하는 경우 다른 세부원칙들은 국세징수법상의 채납자 명단공개와 예와 유사하게 판단할 수 있을 것으로 생각한다. 양육비채무 불이행자의 명단공개제도의 합헌성을 위한 관건은 법익의 균형성 심사에서 양육비채무 불이행자 명단공개와 공익이 무엇인지를 밝혀야 하는 것과 그 공익이 공개를 통해 침해되는 인격권, 표현의 자유, 개인정보자기결정권 등의 사익보다 훨씬 커야한다는 점이다.

공익은 다의적인 개념이다. 대법원은 공공의 이익에 관한 것인지 여부는 적시된 사실 자체의 내용과 성질, 당해 사실 공표가 이루어진 상대방 범위, 그 표현 방법 등 표현 자체에 대한 여러 사정을 감안하고, 그 표현에 의하여 훼손되었거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교하여 결정하여야 한다고 판결하였다.¹¹⁶⁾ 그리고 사실 적시의 내용이 사회 일반의 일부 이익에만 관련된 것일지라도 다른 일반인과 공동생활에 관계된 사항이고 사회적 관심을 획득한 경우에는 직접적으로 사회 일반의 이익이 아니라는 이유로 공익성을 배제할 수 없다고 판시하였다.¹¹⁷⁾ 양육비는 개인 간의 채무이기는 하나 양육비의 지급은 아동의 복리에 매우 밀접한 관련성을 가지는 공적인 사안이라고 할 수 있다. 자신의 자녀에 대한 부양의무를 다 하지 아니한 양육비채무자의 양육비지급 불이행은 사회적으로 비난가능성이 매우 크고 양육비의 지급여부는 국민적 관심을 획득한 사회적 사안이라고 평가할 수 있다. 따라서 양육비를 지급하지 않는 채무자의 명단을 공개하는 제도는 한부모 및 그 자녀들이 양육비를 지급받지 못하는 고통에 대해 사회적으로 문제를 제기하여 양육비 이행에 대한 사회적 관심을

116) 대법원 2007. 12. 14. 선고 2006도2074 판결

117) 대법원 2020. 11. 19. 선고 2020도5813 판결

확대하고, 정부 차원의 양육비 이행 방안을 촉구하는 한편 미지급된 양육비의 실질적인 이행을 기대할 수 있어 공익성을 인정¹¹⁸⁾할 수 있고 이러한 공익이 공개대상자의 인격권, 개인정보자기결정권보다 크다고 볼 수 있다.

5. 가족관계변화에 따른 이혼관련 법제의 쟁점

가. 파탄주의에 따른 이혼제도로 변화가능성

(1) 현행 민법상 이혼제도

혼인은 일생의 공동생활을 목적으로 하여 부부의 실체를 이루는 신분상 계약으로서, 그 본질은 애정과 신뢰에 바탕을 둔 인격적 결합에 있다. 혼인은 이혼에 의하여 해소된다. 우리민법에서는 일제 강점하에서 시행되었던 이혼법제에서 큰 변화 없이 이혼제도를 이원화하여 협의이혼과 재판상이혼으로 규정하여 운용하고 있다. 민법 제834조에 따라 부부는 협의에 의하여 이혼할 수 있다. 부부 중 일방이 이혼에 동의하지 않는 경우 민법 제840조에 따라 부부의 일방은 법률에 정한 사유가 있는 경우에 가정법원에 이혼을 청구할 수 있다. 민법 제840조는 제1호 내지 제5호에서 재판상 이혼원인이 되는 이혼사유를 ‘배우자에 부정행위가 있었을 때’와 같이 구체적·개별적으로 열거하고 있고, 제6호에서 ‘기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때’(이하 ‘제6호 이혼사유’라고 한다)를 이혼사유로 규정하고 있다. 그리고 제6호 이혼사유의 의미에 관하여 대법원판례는 혼인의 본질에 상응하는 부부공동생활관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되고, 혼인생활의

118) 전병주/김진호, 『양육비 미지급한 채무자의 신상공개에 관한 판례 고찰 및 시사점: 서울중앙법원 2020. 12. 15.자 2020카합239 결정 중심』, 『지역과 세계』, 제 45집제2호(2021), 113-114쪽 참조.

계속을 강제하는 것이 일방 배우자에게 참을 수 없는 고통이 되는 경우를 말한다¹¹⁹⁾ 대법원의 판례에 따른 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유를 범주별로 살펴보면 ① 육체적 파탄원인: 성교 불능, 부당한 피임, 성병 감염, 성교거부 등 ② 정신적·윤리적 파탄원인: 불치의 정신병, 부부간의 애정상실, 수년간 계속된 사실상의 별거, 과도한 신앙생활, 혼전 부정으로 인한 부부갈등, 성격불일치, 상습가출, 알코올 및 마약중독, 실종신고청구, 배우자가 각기 별거하고 타인과 내연관계를 맺어 자녀 출산의 경우, 자녀에 대한 정신적·육체적 모욕 또는 가해, 심한 의처증 또는 의부증 등 ③ 경제적 파탄원인: 부의 방탕, 가계를 돌보지 않는 처의 난맥행위, 상습도박, 낭비·불성실, 지나친 사치 등으로 가정경제를 위협하는 경우 등이다.¹²⁰⁾

민법 제840조를 유책주의 규정으로 보는 견해, 파탄주의 규정으로 보는 견해, 그리고 유책주의와 파탄주의가 결합된 것으로 보는 견해가 있다. 재판상 이혼원인의 입법주의에 관한 견해 차이는 주로 민법 제840조 제6호 사유와 관련하여 논의된다. 다른 규정들과 달리 제6호는 이혼의 원인으로 추상적 문언인 ‘기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때’로 규정하고 있고 이와 관련된 대법원의 판결을 보면 이혼사유가 매우 광범위하기 때문이다. 그러나 6호는 유책주의적 성격이 강하다고 할 수 있다. 판례에서 제1호 내지 제5호에 해당하기 어려운 이혼원인 유형에 대하여 전 호들의 경우와 마찬가지로 당사자의 유책여부나 유책에 대한 증명 등을 이혼판결에 주요한 요소로 고려하였고, 유책배우자의 제6호 사유에 의거한 이혼청구를 원고의 유책이 이유로 기각해 온 것 역시 제6호가 유책주의적으로 해석될 수밖에 없는 근거가 될 수 있을 것이다.¹²¹⁾

119) 대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568 전원합의체 판결 [이혼]

120) 김기영, 『유책배우자의 이혼청구와 파탄주의』, 『원광법학』 제26권 제3호, 120-121쪽.

121) 조경애, 『재판상 이혼원인에서 파탄주의 도입에 관한 제언』, 『가족법연구』 제32권 3호, 60쪽.

(2) 대법원 판결태도의 변화 추이

헌법재판소의 간통죄 위헌결정 이후 이혼 시 유책주의에서 파탄주의로 전환될 것이라는 전망도 있었다. 대법원은 1987. 4. 14. 86므28판결에서 유책배우자의 이혼청구를 예외적으로 인정하였으며, 2009년까지 유책배우자의 이혼청구를 예외적으로 인용하였다. 2009년 이후 대법원은 유책배우자 이혼청구의 예외적 인용사유를 확대하였다. 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009므2130 판결에서 혼인공동체가 회복될 가능성이 없다면 이는 결국 법률상으로만 혼인관계를 유지하겠다는 의사에 지나지 않으므로, 이러한 의사에 절대적 가치를 부여할 수 없다고 하고 혼인이 회복할 수 없을 정도로 파탄된 점을 근거로 민법 제840조 제6호 소정의 이혼원인이 존재한다고 보아 유책배우자의 이혼청구를 인용하였다.

대법원은 2015. 9. 15. 유책배우자 이혼사건판결¹²²⁾에서 우리나라에서는 유책배우자라 하더라도 상대방 배우자와 협의를 통하여 이혼을 할 수 있는 길이 열려 있고, 이는 유책배우자라도 진솔한 마음과 충분한 보상으로 상대방을 설득함으로써 이혼할 수 있는 방도가 있음을 뜻하므로, 유책배우자의 행복추구권을 위하여 재판상 이혼원인에 있어서까지 파탄주의를 도입하여야 할 필연적인 이유가 있는 것은 아니라고 보고 있다. 대법원은 민법 제840조 제6호 이혼사유에 관하여 유책배우자의 이혼청구를 원칙적으로 허용하지 아니하는 종래의 대법원판례를 변경하는 것이 옳다는 주장은 아직은 받아들이기 어렵다고 하면서 파탄주의로 판례변경하지 않는 이유로 다음과 같은 점을 들고 있다. ① 우리나라에는 파탄주의의 한계나 기준, 그리고 이혼 후 상대방에 대한 부양적 책임 등에 관해 아무런 법률 조항을 두고 있지 않아서 유책배우자의 상대방을 보호할 입법적인 조치가 마련되어 있지 아니한 현 단계에서 파탄주의를 취하여 유책배우자의 이혼청구를 널리

122) 대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568, 전원합의체 판결 [이혼]

인정하는 경우 유책배우자의 행복을 위해 상대방이 일방적으로 희생되는 결과가 될 위험이 크다는 점 ② 유책배우자의 이혼청구를 허용하지 아니하고 있는 데에는 중혼관계에 처하게 된 법률상 배우자의 축출이혼을 방지하려는 의도도 있는데, 여러 나라에서 간통죄를 폐지하는 대신 중혼에 대한 처벌규정을 두고 있는 것에 비추어 보면 이에 대한 아무런 대책 없이 과탄주의를 도입한다면 법률이 금지하는 중혼을 결과적으로 인정하게 될 위험이 있다는 점 ③ 가족과 혼인생활에 관한 우리 사회의 가치관이 크게 변화하였고 여성의 사회 진출이 대폭 증가하였더라도 우리 사회가 취업, 임금, 자녀양육 등 사회경제의 모든 영역에서 양성평등이 실현되었다고 보기에는 아직 미흡한 것이 현실인 점 ④ 우리나라에서 이혼율이 급증하고 이혼에 대한 국민의 인식이 크게 변화한 것이 사실이더라도 이는 역설적으로 혼인과 가정생활에 대한 보호의 필요성이 그만큼 커졌다는 방증이고, 유책배우자의 이혼청구로 인하여 극심한 정신적 고통을 받거나 생계유지가 곤란한 경우가 엄연히 존재하는 현실을 외면해서도 아니 된다는 점 등이다. 그러나 다른 한편으로 유책주의자의 이혼청구가 예외적으로 허용될 수 있는 예외적 인용을 위한 기준을 다음과 제시하고 있어 눈길을 끈다: “유책배우자의 이혼청구를 허용하지 아니하는 것은 혼인제도가 요구하는 도덕성에 배치되고 신의성실의 원칙에 반하는 결과를 방지하려는 데 있으므로, 혼인제도가 추구하는 이상과 신의성실의 원칙에 비추어 보더라도 책임이 반드시 이혼청구를 배척해야 할 정도로 남아 있지 아니한 경우에는 그러한 배우자의 이혼청구는 혼인과 가족제도를 형해화할 우려가 없고 사회의 도덕관·윤리관에도 반하지 아니하므로 허용될 수 있다.

그리하여 상대방 배우자도 혼인을 계속할 의사가 없어 일방의 의사에 따른 이혼 내지 축출이혼의 염려가 없는 경우는 물론, 나아가 이혼을 청구하는 배우자의 유책성을 상쇄할 정도로 상대방 배우자 및 자녀에 대한 보호와 배려가 이루어진 경우, 세월의 경과에 따라 혼인과

탄 당시 현저하였던 유책배우자의 유책성과 상대방 배우자가 받은 정신적 고통이 점차 약화되어 쌍방의 책임의 경중을 엄밀히 따지는 것이 더 이상 무의미할 정도가 된 경우 등과 같이 혼인생활의 파탄에 대한 유책성이 이혼청구를 배척해야 할 정도로 남아 있지 아니한 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 유책배우자의 이혼청구를 허용할 수 있다.

유책배우자의 이혼청구를 예외적으로 허용할 수 있는지 판단할 때에는, 유책배우자 책임의 태양·정도, 상대방 배우자의 혼인계속의사 및 유책배우자에 대한 감정, 당사자의 연령, 혼인생활의 기간과 혼인 후의 구체적인 생활관계, 별거기간, 부부간의 별거 후에 형성된 생활관계, 혼인생활의 파탄 후 여러 사정의 변경 여부, 이혼이 인정될 경우의 상대방 배우자의 정신적·사회적·경제적 상태와 생활보장의 정도, 미성년 자녀의 양육·교육·복지의 상황, 그 밖의 혼인관계의 여러 사정을 두루 고려하여야 한다.”

대법원이 위 판결에서 유책배우자 이혼청구의 허용 가능성에 대한 기준을 제시한 것은 종전의 판례 태도에 대한 문제의식을 가지고 앞으로 사안별로 구체적인 운용 여하에 따라 유책배우자의 이혼청구 허용을 확대할 수 있다는 가능성을 제시한 것으로 의의가 있다고 생각한다. 그러나 대법원은 유책배우자의 이혼청구를 원칙으로 허용하는 것에는 여전히 부정적¹²³⁾인데, 그 이유로 현행법상 유책주의원칙하에서 가지게 되는 해석상 한계, 파탄주의를 위한 법과 제도의 미비로 인한 문제점 등이 크다는 점 등을 고려한 것으로 이해할 수 있다.¹²⁴⁾

유책주의 이혼을 규정하고 있는 현행 민법하에서 이혼의 유책사유가 있는 간통배우자에 대하여 손해배상액을 상향조정하는 방안을 생

123) 대법원은 2016. 2. 18. 선고 2014므5249판결에서 별거기간이 50여년에 이르고 유책배우자인 남편이 생활비 등을 일체 지급하지 않은 사안에 대해 대법원은 남편의 이혼청구를 배척하였다

124) 조경애, 『재판상 이혼원인에서 파탄주의 도입에 관한 제언』, 『가족법연구』 제32권 3호, 77쪽.

각하여 볼 수 있다. 그러나 징벌적 손해배상제도의 도입은 바람직하지 않다고 생각한다. 징벌적 손해배상제도는 억지기능과 처벌기능을 동시에 가지는 것으로서 법실현의 강제기능을 가지는 것이다. 간통한 사람에게 징벌적 손해배상을 통해 혼인생활의 유지와 성적 성실의무를 강제하고 종국적으로 혼인생활을 강제하는 것은 혼인생활을 국가가 개입해야 할 영역으로 보기보다는 개인적 영역으로 보고, 간통을 비범죄화한 헌법재판소의 간통죄 위헌판결의 취지에 부합하지 않는다고 생각한다. 그러나 궁극적인 지향점은 혼인뿐만 아니라 혼인의 해소에 대해서도 부부의 결정을 존중하고 파탄주의로 나아가는 것이고, 이를 위해 유책여부에 따른 손해배상책임이 아니라, 경제적·사회적 약자에 속하는 아동과 부부일방의 생계유지에 필요한 제도들의 마련과 국민들의 이혼가정에 대한 인식개선이 중요하다.

나. 파탄주의 원칙에 따른 이혼제도로의 전환 검토

이혼은 자유주의적 개인주의에 기반한 사적인 자유영역으로서 영속성을 예정하고 하는 혼인에서 예외적인 경우에 이루어지는 것이다. 언제 혼인을 해소할 것인지를 부부가 결정할 수 있는 헌법 제10조에서 도출되는 자기결정권과 제36조 제1항에 근거하는 이혼의 자유를 토대로 고려한다면, 책임여부가 아니라 혼인의 유지와 해소여부를 개인의 결정에 따르게 하는 파탄주의원칙을 채택하는 것이 더욱 논리적이다. 유책주의는 부부관계가 파탄이 되었음에도 법률이 정한 사유가 아니면 이혼을 할 수 없도록 하기 때문에 헌법 제10조의 인간의 존엄에 반한다는 비판에서 자유롭지 못하다. 또한 유책주의에 따른 이혼을 위해서는 부부 상호간의 흠결이 공론화되기 때문에 부부의 사생활의 비밀이 침해되고 그 과정에서 자녀와 부모의 관계에 대하여 부정적으로 영향을 미칠 수 있게 된다.¹²⁵⁾

125) 엄경천/김광재, 『이혼의 자유와 이혼 후 부양에 관한 검토』, 『인권과 정의』 2021.

2018년 통계청의 ‘2017 혼인·이혼통계’에 따르면 2017년 우리사회에서의 이혼 건수는 10만 6천 건으로 나타났다. 이혼의 증가는 우리사회가 개인주의 사회로 점차 변화하면서 근대 이후 성립한 자유주의와 평등사상의 형성, 그리고 여성의 경제생활과 사회적 지위 향상과 관련이 있다.¹²⁶⁾

파탄주의로의 전환이 필요하다는 입장은 다음과 같은 이유를 들고 있다.¹²⁷⁾ 첫째, 이혼에 대한 사회 일반의 인식, 사회·경제적 환경의 변화와 아울러 이혼 법제 및 실무의 변화 등을 함께 종합하여 볼 때, 유책배우자의 이혼청구라는 이유만으로 민법 제840조 제6호 이혼사유에 의한 재판상 이혼청구를 제한하여야 할 필요가 상당히 감소하였다는 점이다. 둘째, 간통죄는 과거의 간통행위 자체에 대한 형사적인 제재인 반면, 혼인파탄에 따른 이혼은 혼인의 실체가 소멸함에 따른 장래의 혼인 법률관계의 해소로서 제도의 목적과 법적 효과가 다르므로, 간통을 한 유책배우자에 대한 형사적 제재가 없어졌다고 하더라도, 민사상의 불법행위에 해당하는 간통행위로 인한 손해배상책임을 강화하는 것은 별론으로 하고, 혼인의 실체가 소멸한 법률관계를 달리 처우하여야 할 필요는 없다는 것이다. 셋째, 상대방 배우자의 혼인계속의사는 부부공동생활관계가 파탄되고 객관적으로 회복할 수 없을 정도에 이르렀는지 등을 판단할 때에 참작하여야 하는 중요한 요소인데, 그러한 의사를 참작하였음에도 부부공동생활관계가 객관적으로 회복할 수 없을 정도로 파탄되었다고 인정되는 경우, 다시 상대방 배우자의 주관적인 의사만을 가지고 형식에 불과한 혼인관계를 해소하는 이혼청구가 불허되어야 한다고 단정하는 것은 불합리하며, 협의가 이루어

9. 123-124쪽.

126) 조경애, 『재판상 이혼원인에서 파탄주의 도입에 관한 제언』, 『가족법연구』 제32권 3호, 80쪽; 김기영, 『유책배우자의 이혼청구와 파탄주의』, 『원광법학』 제26권 제3호, 100쪽.

127) 대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568, 전원합의체 판결 [이혼], 대법관 민일영, 대법관 김용덕, 대법관 고영한, 대법관 김창석, 대법관 김신, 대법관 김소영의 반대 의견.

어지지 아니할 때의 혼인해소 절차를 규정한 재판상 이혼제도의 취지에도 부합하지 아니하다는 것이다.

파탄주의 이혼에 대하여서는 혼인이 회복할 수 없을 정도로 파탄되었다고 하는 경우에 이에 관한 입증의 어려움이 있을 수 있다는 점, 유책배우자의 이혼청구권도 허용하게 되므로 축출이혼을 인정하는 결과를 초래할 수도 있다는 점, 책임 없이 파탄을 맞게 된 배우자 일방이 타방의 원조를 필요로 함에도 불구하고 법원에 의해 혼인의 해소가 이루어질 수 있어 비인도적·비윤리적 결과를 초래한다는 점 등이 문제점으로 적시되고 있다. 그러나 법원은 혼인이 회복할 수 없을 정도로 파탄되었는지 여부를 합리적이고 공정하게 판단할 수 있고, 복잡하고 다양한 현대사회에서 혼인파탄의 원인도 복잡, 다양하기 때문에 법에서 이혼사유를 열거하는 것은 거의 불가능하며, 따라서 현대사회에서는 파탄주의에 따른 이혼이 더 적합할 수 있다.¹²⁸⁾

이혼의 자유가 허용되기 시작한 후, 이혼 사유도 유책주의에서 파탄주의로 변화하는 추세¹²⁹⁾이다.¹³⁰⁾ 파탄주의로 전환을 위하여 별거조항을 마련할 필요가 있다. 파탄주의에 따른 이혼은 경우 간통 등 특정사유가 이혼의 기준이 되지 않고 당사자의 혼인을 지속하지 않겠다는 의지가 기준이 되었으며, 혼인을 지속할 의사가 없다는 의지는 별거기간을 통하여 객관적으로 파악된다. 또한 파탄주의 이혼에서는 부부의 유책여부는 이혼사유가 아니므로 이혼에 있어서 유책배우자에 대한 손해배상책임보다¹³¹⁾ 이혼 후 아동양육과 배우자의 생계보장을 위한 이론이 중심으로 발달하게 되었다. 우리 민법에도 혼인관계 파탄 후에 경제적인 자립이 곤란한 배우자를 위한 원조 그 밖의 부조 규정 및 그 이

128) 김기영, 「유책배우자의 이혼청구와 파탄주의」, 『원광법학』 제26권 제3호, 107쪽.

129) 독일, 프랑스, 영국, 미국, 스웨덴, 덴마크, 네덜란드, 스위스, 캐나다, 체코슬로바키아, 중국 홍콩, 싱가포르, 호주 등.

130) 김기영, 「유책배우자의 이혼청구와 파탄주의」, 『원광법학』 제26권 제3호, 100쪽.

131) 독일의 경우 불륜을 사유로는 소송비용, 친자검사비용 등의 Abwicklungskosten 외에 손해배상책임을 물을 수 없다는 것이 일반적인 견해이다.

행측구규정 등을 마련함으로써 혼인관계 파탄으로 부부의 일방이 겪을 수 있는 경제적 곤궁에 대처할 수 있는 규정을 둘 필요가 있다.¹³²⁾

II. 사실혼 가족

1. 사실혼

(1) 사실혼의 개념

우리나라 민법 제812조 제1항에서는 “혼인은 가족관계의 등록 등에 관한 법률에 정한 바에 의하여 신고함으로써 그 효력이 생긴다.”라고 명시하여 남녀 당사자가 혼인할 의사를 가지고 구청, 읍 및 면사무소에 혼인신고를 함으로써 혼인성립이 되는 법률혼주의를 채택하고 있다. 이에 따라 법적인 혼인신고가 결여되면 법률혼으로 인정받을 수 없는데 이를 대표하는 것이 바로 사실혼 관계이다. 즉, 사실혼은 남녀가 사실상 부부로서의 실질적 혼인 생활을 하고 있지만, 법적인 혼인신고를 하지 않아 법률상 혼인 관계로 인정받지 못하는 부부관계를 말한다.

우리 판례도 사실혼이란, “당사자 사이에 혼인의 의사가 있고, 객관적으로 사회 관념상으로 가족 질서적인 면에서 부부 공동생활을 인정할 만한 혼인 생활의 실체가 있는 경우”라고 정의하고 있다.¹³³⁾ 사실 우리나라는 구 관습상 오랜 기간 동안 사실혼주의를 취해왔다가 1923년 우리나라 민법에서 법률혼주의를 채택했지만, 결혼식을 하고 구 관습대로 혼인신고를 누락한 채 사는 부부들이 점점 증가하면서 이들 사실혼 관계에 있는 부부간의 법적인 보호가 문제시되었다.

132) 조경애, 『재판상 이혼원인에서 파탄주의 도입에 관한 제언』, 『가족법연구』 제32권 3호, 80쪽; 김기영, 『유책배우자의 이혼청구와 파탄주의』, 『원광법학』 제26권 제3호, 102-103쪽.

133) 대법원 2001. 4. 13. 선고 2000다52943

한편, 여기에서 말하고 있는 혼인의 의사란, 법률상으로 유효한 혼인을 성립하게 하는 합의를 말하는 것이지만, 법률은 이와 관련하여 객관적으로 혼인 생활의 실체에 관한 내용을 명확하게 규정하고 있지 않다. 따라서 사실혼에 해당되어 법률혼에 준한 법적 보호를 받기 위해서는 혼인의 실체 유무가 중요한 판단요소인데 이와 관련하여 판례는 다음과 같은 입장 등을 취하고 있다.

즉 단순한 동거 혹은 간헐적 정교 관계를 맺고 있다는 사정, 첩 관계 등 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위에 해당하는 경우에는 사실혼으로 인정하지 않고 있다. 이와 더불어 일반적으로 결혼식은 특별한 사정이 없으면 혼인할 것을 전제로 하는 남녀결합이 사회적으로 공인받기 위한 관습적 의식이라 할 것이므로 단순히 당사자가 결혼식이 끝난 후 신혼여행까지 다녀온 경우라도 이어서 부부공동생활을 하기에까지 이르지 못했다면 사실혼으로서 아직 완성되지 않았다고 판시하고 있다. 이러한 판례에 비추어볼 때 동거 기간이나 혼례식의 유무는 사실혼의 성립요건이 되지 못함을 알 수 있다.¹³⁴⁾

종합하여 말하면 사실혼 관계는 위와 같이 혼인의 실체를 가지고 있기 때문에 부부공동생활의 실체가 없고 단지 장래 부부가 되기로 합의만 있는 약혼과 다르며, 단지 혼인신고를 하지 않았다는 사정만으로 부부관계 일체의 효과를 인정하지 않는 것은 타당하지 않기에 학설과 판례는 일반적으로 사실혼의 본질을 법률혼에 준한 관계로 해석하여 혼인신고 조항만을 제외한 나머지 규정을 유추하여 적용하고 있다.¹³⁵⁾

(2) 사실혼의 법적 성질

사실혼의 법적 성질에 관한 학설은 크게 3가지로 구분할 수 있다. 첫째, 혼인예약설에 따르면 사실혼 관계는 장래에 민법상 부부관계가

134) 대법원 1998. 12. 8. 선고 98므961

135) 대법원 1997. 11. 11. 선고 97타34273

될 것을 약속하는 혼인예약으로 보고 있으므로 실제로 이러한 약속을 이행하지 않으면 혼인예약에 대한 의무 불이행이 되어 민법상 손해배상책임을 물을 수 있다. 둘째, 의사해석설로서 이러한 견해에 따르면 처음부터 혼인신고를 하지 않을 의사의 관계와 장래에 부부가 혼인할 의사는 있었으나 이를 연기한 관계를 구별하여 전자를 사실혼으로서의 준혼관계, 후자를 혼인의 예약이라 보는 견해이다.

셋째, 우리나라 다수설인 준혼관계설에 따르면 사실혼은 혼인의 실체를 가진 관계로서 단순히 혼인신고만 겹여되어 있기 때문에 혼인신고를 제외한 혼인의 모든 효과를 인정하는 것이다. 이에 따르면 부당과피자에게 대해 불법행위 책임을 부담하도록 하고 있다.

한편, 과거 판례에서는 사실혼의 법적 성질에 관해 혼인예약설의 입장을 취하여 혼인예약의 의무 불이행에 대한 손해배상책임을 인정¹³⁶⁾ 하였으나, 이후 판례 변경을 통해 우리나라 다수설과 마찬가지로 준혼관계설의 입장을 취하고 있다.

(3) 사실혼의 성립요건

사실혼 관계가 성립하기 위해서는 첫째, 혼인의 의사가 있어야 한다.¹³⁷⁾ 단순히 사통관계이거나 부첩관계 등은 사실혼 관계로 인정될 수 없다. 왜냐하면, 당사자 사이에 사회적, 실질적으로 부부가 되고자 하는 의사가 겹여되어 있기 때문이다. 따라서 결혼식을 했다거나 결혼사진을 촬영, 상당 기간 동안 동거 등은 혼인의 의사를 인정할 수 있게 할 뿐 사실혼의 성립요건은 될 수 없다.

둘째, 당사자 사이에 부부공동생활의 실체가 있어야 한다. 그러나 이와 같은 혼인의 실체 존재 여부를 판단하는 기준은 매우 추상적이어서 경우에 따라 애매모호할 수도 있다. 하지만 법률혼에 준하는 보

136) 대법원 1960. 8. 18. 선고 4292민상995 판결, 대법원 1965. 7. 6. 선고 65므12 판결

137) 대법원 2000. 4. 11. 선고 99므1329 판결

호를 받기 위해서는 일반 사람이 객관적 측면에서 바라볼 때, 부부공동생활 유지에 필요한 정도의 정서적 공감대 형성, 경제적 공동체, 시간의 연속성, 장소의 특정 및 공동생활에 필요한 도구와 수단의 구비 등이 필요하다.

셋째, 사회적 타당성이 있어야 한다. 즉, 사실상 혼인 생활을 유지하고 있다고 하더라도 선량한 풍속 기타 사회질서를 위배한 남녀 간의 결합은 법률상 혼인에 준하는 보호 및 인정을 받을 수 없다. 따라서 사회적 타당성이 없는 남녀의 부부공동생활은 사실혼으로 인정되지 않지만, 예외적 사유에 해당하면 사실혼으로서의 보호를 받고 있다. 예를 들어 민법 제807조에 의한 만18세에 도달하지 않은 자의 사실혼, 동법 제808조에 의한 부모의 동의를 받지 못한 미성년자 및 피성년후견인의 사실혼 등은 보호를 받을 수 있다.

(4) 사실혼의 효과

사실혼 관계도 법률혼과 마찬가지로 동거, 정조, 협조, 부양의무가 발생하고 이에 대하여 당사자 간에 배우자로서 권리가 있으며, 일상가사대리, 일상가사채무의 연대책임, 이혼 시 재산분할¹³⁸⁾을 인정하고 있다. 그러나 혼인의 효과 중 혼인신고를 전제로 하는 것들은 인정되지 않는다. 따라서 사실혼 배우자와 그 혈족 간에는 친족 관계가 성립되지 않으며 그 결과 사실혼 배우자는 서로 후견인이 될 수 없을 뿐만 아니라 이 둘 사이에 태어난 자녀도 혼외 출생자가 되고, 당사자 중 일방이 사망한 경우에도 다른 일방의 상속권은 인정되지 않는다. 이혼의 경우 법률혼은 협의상 이혼 또는 재판상 이혼의 사유가 있는 때에 한하여 법원의 판결에 따라 이혼할 수 있지만, 사실혼은 혼인신고가 결여된 상태이므로 단지 당사자 일방의 의사에 의해 일방적으로 해소될 수 있다.

138) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94므1379, 1386 판결

한편, 사실혼 관계에서 태어난 자녀는 위에 언급하였듯이 혼외 출생자가 된다. 다만 친부에 의해 친자녀임을 인지하는 경우에는 자녀에 대한 친권과 양육권을 부부가 공동으로 행사하게 되지만, 사실혼 관계가 해소된 경우에는 부부의 합의를 통해 자녀의 친권, 양육자 및 양육사항을 정하고, 만약 원만한 합의에 이르지 못하는 경우에는 법원에 이러한 사항의 지정을 청구할 수 있다고 민법은 규정하고 있다.

그러나 친부가 친자녀임을 인지하지 않은 상태에서 사실혼이 해소가 되면 혼외 출생자와 친부는 법적 부자 관계가 성립되지 않으므로 당사자 일방 또는 친부를 상대로 혹은 친부가 자신의 자녀의 친권 및 양육자 지정 및 양육사항을 정하는 청구를 법원에 할 수 없다. 따라서 이러한 청구를 위해서는 우선 인지청구소송을 통해 법적 관계를 형성할 필요가 있다. 이는 부양의 경우에도 마찬가지이다.

(5) 사실혼 관계에서의 상속권의 보장문제

사실혼 배우자가 생존해 있을 경우 사실혼이 해소된 경우에는 재산분할청구권을 인정받을 수 있는 것과는 다르게 만약 사실혼 배우자 일방의 사망으로 사실혼이 해소되는 경우에는 사실혼 배우자 타방에게 재산분할청구권은 인정되지 않는다. 인정되지 않는 이유로는 법률상 혼인관계도 당사자 일방의 사망으로 인해 혼인관계가 해소된 경우 당사자 타방에게 재산분할청구권이 인정되지 않으며, 다만 상속 법률규정에 의해 피상속인의 재산에 대한 상속권만이 인정된다는 것이다.

따라서 사실혼 관계에 있어서도 당사자 일방의 사망으로 인해 사실혼 관계가 해소된 경우 생존해 있는 당사자 타방에게 상속권 및 재산분할청구권이 인정되지 않는 것은 사실혼 관계 보호라는 측면에서 문제라고 볼 수 있으나, 이는 사실혼 배우자를 상속인의 범주에 넣지 않는 우리 법제에 기인한 것으로 입법론은 별론으로 하더라도 해석론으로서의 불가피하다고 한다.

한편, 위에서 보는 것처럼 우리의 판례는 최근 사실혼 관계가 증가 되는 현실과는 큰 괴리가 있으며, 이와 더불어서 사실혼이 당사자 일방이 사망하여 사실혼 관계가 해소된 경우 공동으로 형성한 재산 중 자신의 노력부분을 반환받을 수 없게 되고, 만약 공동으로 형성한 재산이 사망한 사실혼 배우자 타방 명의로 되어 있는 경우 상속인들이 상속받게 되는 불합리한 결과가 발생하게 된다. 이러한 결과는 사실혼 관계가 당사자 일방이 생존하고 있는 중에 해소된 경우와 사망으로 해소된 경우의 법적 효과의 불균형성의 문제 등 매우 중요한 문제들을 양산하고 있다.

이에 대해 학계의 의견은 사실혼 배우자에게 상속권을 인정하는 것은 우리 법제가 법률혼주의를 기반으로 하고 있어 수용하기 힘들다는 것이다. 즉, 상속권이란 피상속인이 사망하게 되면 즉시 법에서 규정하고 있는 사람에게 인정되는 것이고 이에 피상속인과 관계되는 어떠한 공문서에 어떠한 표기도 없는 사실혼 배우자에게 상속권을 인정하게 되면 이를 제3자가 용이하게 확인할 수 없기 때문에 거래의 안전에 매우 중대한 위협이 되고 더불어서 법률혼주의를 취하는 우리 법제에도 상충적인 결과가 나타난다는 것이다.

그러나 생각건대, 오늘날 비혼동거(혼외 동거)가 급속하게 증가하고 현실상황을 반영하고, 사실혼 배우자가 직면하고 있는 위의 문제들을 해결할 수 있는 가장 합리적인 방안은 사실혼 배우자 일방의 사망으로 사실혼 관계가 해소된 경우, 재산분할청구권을 인정하여 사실혼 배우자 타방이 행사할 수 있도록 입법화하는 것이라고 할 수 있다. 물론 사망은 곧 상속이라는 우리 가족법 체계에 맞지는 않으나, 생존해 있는 사실혼 타방 배우자의 재산의 정당한 몫을 찾도록 하는 것이 조금 더 합리적이라 생각된다. 조금 더 나아가 최근 사실혼 관계가 증가하고 있는 상황과 법적 안정성을 모두 고려하여 현재 관습화된 사실혼 관계에 대하여도 성문화를 생각해 볼 시점이라 할 것이다.¹³⁹⁾

139) 김상현, 사실혼 배우자의 상속권에 관한 연구, 입법학연구 제15권 제2호, 2018, 201면.

2. 동성 간의 사실혼

(1) 사실혼의 성립 문제

1) 헌법상 검토

우리나라 헌법상 혼인에 관한 규정은 헌법 제36조 제1항에서 명시하고 있다. 이 조항에서 말하고 있는 혼인은 당연히 이성 간의 결합으로 이해하고 있는 것처럼 보이는데, 왜냐하면 본 조항에서 ‘양성의 평등’을 명확하게 언급하고 있고 이는 당연히 이성을 의미한다고 해석될 수 있기 때문이다. 물론 이와 같은 ‘문리적 해석’이 분명히 잘못된 것은 아니지만 1987년 9차 개정헌법 당시에는 이성 간의 혼인을 현실에서 ‘당연한 현상’으로 생각하고 양성의 평등을 언급한 것으로 판단된다. 즉 당시 헌법제정자는 동성 간의 혼인에 관해서 전혀 고려하지 않았고 따라서 동성 간의 혼인이 허용될 수 있는지에 대하여 어떠한 가치 판단도 내리지 않은 것으로 해석할 수 있다.

따라서 헌법상 보장된 혼인의 개념에 동성 간의 혼인을 포함 시킬 수 있는 것으로 해석될 여지는 여전히 남아 있으며 이에 의하면 헌법에서 명시적으로 동성 간의 혼인을 금지하거나 허용하는 규정을 추가 신설하기 전까지는 헌법적으로 동성 간의 혼인 허용 여부는 헌법해석의 문제로 남아 있다고 볼 수 있다.¹⁴⁰⁾

2) 민법상 검토

현재 우리나라 민법상에도 혼인의 개념에 관한 명확한 정의는 두고 있지 않다. 반면에 우리 민법이 당사자 간에 혼인의 합의가 없는 경우 혼인이 무효가 되고, 사기나 강박으로 혼인 의사표시를 한 경우 혼인을 취소할 수 있도록 하고 있다는 점에 비추어보면 혼인성립의 근본

140) 이준일, “헌법상 혼인의 개념 - 동성 간 혼인의 헌법적 허용가능성”, 공법연구 제37집 제3호, 2009, 187면

적인 요소를 ‘당사자들의 자발적 혼인 의사’로 하고 있음을 알 수 있다. 따라서 이성 간의 혼인뿐만 아니라 동성 간의 혼인도 혼인 당사자들 간의 자발적인 혼인 의사가 존재한다면 혼인이 성립하는 것으로 이해될 여지가 있으며, 적어도 동성 간의 혼인을 사실혼과 동일하게 인정할 여지도 있는 것이다.

그러나 앞서 언급한 바와 같이 사실혼의 성립요건 중 하나인 사회적 타당성 측면에서 우선 혼인성립을 위한 주관적 요소인 혼인 의사가 객관적 요건인 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되지 않을 것이 요구된다.¹⁴¹⁾ 따라서 혼인성립을 위한 주관적 요소인 혼인 의사의 합치가 있다고 하더라도 객관적 요건에 위배될 수 없고, 동성 간의 혼인은 이러한 객관적 요건에 위반되는 것으로 해석될 여지가 크다고 할 수 있다.

한편, 사실혼의 성립요건을 주관적 요소인 혼인 의사의 합치와 객관적 요소인 사회 통념상 가족 질서적 측면에서 부부공동생활을 인정할 만한 혼인 생활의 실체가 있는 경우로 판시하고 있는 대법원의 일관성 있는 판례에 따라 때에도 법원은 동성 간의 혼인에 대해 2가지 요소 중 객관적 요소가 결여되었다고 판단할 가능성이 매우 크다.¹⁴²⁾

3) 판례의 입장

판례는 다음과 같이 혼인의 개념에 관해 판시하고 있다. 즉 “혼인제도가 다양하게 변화되어 왔지만 혼인이 기본적으로 남녀의 결합 관계라는 본질에는 변화가 없고 일반 국민의 인식도 이와 다르지 않다. 헌법과 민법, 가족관계등록법에 규정되어 있는 ‘혼인’은 남녀의 애정을 기초로 일생의 공동생활을 목적으로 하는 도덕적, 풍속적으로 정당시되는 결합을 말하는 것이고 당사자들의 성별을 불문하고 두 사람의 애정을 기초로 일생 동안 공동생활을 목적으로 하는 결합으로 확장해

141) 대법원 2001. 1. 30. 2000도4942 판결

142) 인천지법 2004. 7. 23. 선고 2003드합292 판결

석할 수 없다.”라고 하였다.

이어서 “법률에 정해진 문구의 문리적 의미를 확장하거나 유추해석하여 사회에 새로운 제도를 창설하거나 개인의 권리, 의무에 커다란 변경을 초래하는 것은 신중해야 한다며 동성 간 결합을 혼인으로 인정할 것인지의 문제는 우리 헌법과 민법 등 관련 법률의 제정 당시에 예상하거나 고려하지 않은 새로운 문제이다. 때문에 우리 법체계에는 현재까지 이에 대한 아무런 제도적 장치가 없는 상태이고, 법률혼주의를 채택하고 있는 현행 우리 법제에서 목적론적 해석론만으로 사회적 제도인 혼인제도로써 동성 간의 혼인할 권리까지 인정할 수 없다”라고 하였다.¹⁴³⁾

(2) 재산분할 및 위자료 관련 문제

사실혼 성립은 당사자의 혼인 의사와 사회 통념상 가족 질서적 측면에서 부부공동생활을 인정할만한 혼인 생활 실체의 존재가 필요하다. 판례는 동성 간에는 혼인의 의사 합치는 존재하지만, 그 혼인 의사 합치의 의미를 부부공동생활을 영위하기 위한 의사로 보기가 어렵고, 또한 객관적으로 부부공동생활을 인정할 만한 혼인 생활의 실체가 존재한다고 어려울 뿐만 아니라 사회 통념상으로도 이를 수용하기 어려워 동성 간의 동거 관계를 사실혼으로 보아 법률혼에 준한 보호는 할 수 없다. 따라서 사실혼과 유사한 동성 간의 동거 관계가 일방의 의사 또는 책임 있는 사유로 파탄되었을지라도 상대방은 타방에 대해 사실혼 부당과기에 의한 위자료 청구와 사실혼 해소로 인한 재산분할을 청구할 수 없다.¹⁴⁴⁾

그러나 우리 헌법이 제11조에 규정하고 있는 평등은 형식적 평등이 아닌 실질적 평등을 지향하고 있음을 고려하여 볼 때 남녀 관계로만

143) 서울서부지법 2016. 5. 25. 선고 2014호파1842 판결

144) 인천지법 2004. 7. 23. 선고 2003드합292 판결

이루어진 사실혼에 대해서만 법률혼에 준하는 보호를 하는 것은 합리적인 이유 없는 차별에 해당하기 때문에 이러한 평등과 존엄성은 동성혼에도 적용되어야 하는 것이 아닌지 면밀한 검토가 필요하다 할 것이다.

(3) 친생자 관계 문제

대법원은 2014. 7. 24. 선고 2012므806 판결(친생자관계부존재확인)을 통해 동성 간 동거 관계에서의 친생자 관계 문제를 다음과 같이 판시하고 있다. 즉 “2013. 7. 1. 우리 민법의 개정으로 입양허가제도가 도입되기 전 성년에 이른 사람은 성별과 혼인 여부 등을 불문하고 당사자들의 입양 합의 및 부모의 동의 등만 있으면 입양을 할 수 있었다. 따라서 당시 민법에 따라 입양신고를 적법하게 마친 사람이 단지 동성애자로 동성 간 동거하면서 자신의 성과 다른 성의 역할을 하는 사람이라는 이유로 그가 한 입양이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 무효라고 할 수는 없다.

이는 그가 입양의 의사로 친생자 출생신고를 한 경우에도 마찬가지이다. 여성인 갑과 동성애 관계인 을이 입양의 의사로 병을 자신의 친생자로 출생신고 후 갑과 함께 병을 양육하였는데, 이후 병이 갑의 양자로 입양신고를 마치고도 갑, 을과 함께 생활한 사안에서 병이 갑의 양자로 입양신고를 했다는 사정만으로 을과 병 사이의 양친자 관계가 파악되었다고 보기 어려워져 뒤에 이루어진 갑과 병 사이의 입양 효력이 문제될 뿐 을과 병의 친생자관계부존재확인을 구하는 소는 확인의 이익이 없어 부적법하다.”라고 판시하였다.

Ⅲ. 1인 가구

1. 가족관계의 변화와 1인 가구의 증대

주로 쌍방 배우자간의 혼인 관계를 중심으로 접근할 경우 앞서 살펴본 법률혼 가족 및 사실혼 가족이 다양하게 형성된 가족관계 분류법의 큰 줄기를 형성할 수 있다는 점은 이론의 여지가 없다. 그러나 가족형태의 분화 양상 중 오늘날 주변에서 과거보다 더 쉽게, 더 많이 접하는 현상은 1인 가구라는 점을 간과할 수 없다고 본다.¹⁴⁵⁾ 물론 1인 가구는 헌법 제36조 제1항의 규범적 보호 범위인 “혼인과 가족생활의 보호”로부터 문언상 누락되어 있고 현행 민법 제779조가 규정하고 있는 가족의 범위에도 포괄시킬 수 없으며 현행 각종 관련법 상 가족의 법적 개념 역시 엄밀히 충족시킨다고 보기는 어렵다. 따라서 1인 가구는 현재로서는 전통적 가족 개념을 전제로 형성된 현행 가족관련 법제도의 보호 범위 바깥에 위치해 있는 상황이다. 그럼에도 불구하고 1인 가구의 생성은 기존 가족관계의 변화로부터 유발되는 현상으로 파악할 수 있으며 이에서 파생하는 부양, 양육, 상속 등의 문제와도 현실적 관련성을 보유한다. 또한 1인 가구로의 이행 및 이에 관련된 부양, 양육, 상속 등의 문제는 그 양상이 상당히 다양하고 혼란스럽게 전개될 수 있으므로 이에 대응하기 위해서는 앞으로 다각도의 정책적 관심이 지속적으로 필요한 영역에 해당한다.

145) 통계청의 장래가구특별추계(시도편: 2017~2047년)에 따르면 2047년 가구 유형으로 17개 시도 모두 1인가구 비중이 가장 높아질 것으로 예측하고 있으며 특히 강원, 충북 등 7개 시도에서 40%를 상회할 것으로 전망하고 있다.
https://kostat.go.kr/portal/korea/kor_nw/1/1/index.board?bmode=read&aSeq=379314
(최종방문일 2021. 10. 28.)

2. 1인 가구의 유형

우선 1인 가구의 유형에 대해 1인 가구 구성원의 연령을 기준으로 분류하여 본다면 다음과 같이 나눌 수 있다. 첫째, 노년층 인구가 증대하고 초고령화 사회로 이행됨에 따라 늘어난 고령자 가구는 일단 노부부로 구성된 가구를 형성하다가도 1인 가구로 이행하는 경우가 있다. 배우자와의 사별이나 황혼 이혼, 졸혼, 별거 등의 사유로 남겨진 배우자가 1인 가구를 형성하게 되는 상황이 상기의 경우에 해당한다. 둘째, 법률혼을 해소한 후 1인 가구를 형성하거나 반면 법률혼을 유지하면서도 직장 등의 사유로 부득불 1인 가구가 형성되는 경우도 있다. 셋째, 학업 및 취업 준비, 직장 등을 위해 원래의 가족으로부터 독립한 미혼 1인 가구의 유형이 있다. 이 유형에는 본인의 가치관에 따라 독신 및 비혼을 유지하는 1인 가구도 포함된다. 그 밖에도 1인 가구 구성원이 1인 가구를 실제 형성하고자 하는 의사의 자발성 여부에 따라 자발적 1인 가구-비자발적 1인 가구로의 유형화도 가능할 것이다.

3. 1인 가구를 둘러싼 부양, 양육, 상속 관련 사회적 논의

단순히 개념으로만 본다면 1인 가구는 복수 구성원의 결합을 전제로 하는 일반적이고 통상적인 가족의 정의를 충족시키기 어렵다. 따라서 근본적으로 복수의 가족 구성원 간의 상호 문제에 해당하는 부양, 양육, 상속이 단독 구성원 1인으로 형성된 1인 가구 내부에서 독자적으로 발생한다는 것은 개념 내재적·원천적으로 불가능하다. 그러나 1인 가구가 형성되기까지의 경위나 연유, 그 형성 이후에 당해 1인 가구의 유형별로 연관되는 부양, 양육, 상속의 문제는 아래와 같이 상정해 볼 수 있다.

첫째, 고령자 1인 가구를 형성하는 자(독거노인)에 대한 부양의무를 평소 아예 이행하지 않거나 소홀히 하다가 당사자의 사후에 상속

분을 청구하는 경우의 문제가 있다. 이는 현행 민법상 상속재산분할청구권의 제한 문제나 상속인의 결격사유와 관련하여 검토해 볼 수 있는 영역이라 하겠다. 만일 황혼 이혼을 통해 법률혼을 해소한 경우라면 이혼 당시의 재산분할이 직접 문제될 여지는 있겠으나 이러한 재산분할이 1인 가구의 형성을 반드시 유발한다고 단정할 수는 없다. 왜냐하면 황혼 이혼한 부모 중 일방을 자녀가 모시면서 같이 살게 되는 경우에는 황혼 이혼만으로 1인 가구를 형성한다고 볼 수 없게 되기 때문이다. 그러나 생활의 영위에 있어서 자녀가 완전히 독립한 상황의 경우 노부부가 법률혼을 유지하면서도 소위 줄혼을 선언하거나 별거로 진행되는 상황도 상정해 볼 수 있다. 이 경우 각자 구성하게 된 1인 가구의 기준하에 배우자 상호간의 부양의무는 어느 범위까지 설정되어야 하는지 문제될 수 있다. 가령 노년기의 신체 노화에 따른 건강 문제 또는 질병의 발생은 그 누구도 정확히 상황을 예측할 수 없는 사항이기 때문에 실제 1인 가구가 되더라도 이혼이 아닌 한 여전히 상대 배우자에 대한 법적·사실적 부양의무는 남아 있을 수 있다. 기존의 법률혼 및 동거 여부를 전제로 측정되는 배우자 상호간 부양의무 이행의 밀도가 1인 가구의 형성 시 달라질 수 있는가에 대해 향후 충분히 논란이 발생할 수 있을 것으로 예상된다.

둘째, 자녀를 두고 있는 배우자 간 이혼의 필연적 결과물에 해당하는 이혼 후 누가 자녀를 양육할 것인가의 문제와 이혼이 비양육친 1인 가구의 형성을 유도하는 문제는 사실적·배경적 차원의 관련성을 부인할 수 없다. 자녀의 양육을 맡게 된 양육친은 자녀와 같이 사는 가구를 구성하게 되지만 이혼으로 자녀를 떠나 거주하게 된 비양육친은 1인 가구를 홀로 구성하게 되는 경우가 사실상 빈번하기 때문이다. 이렇게 형성된 1인 가구 비양육친은 자녀와 같이 살지 않음으로써 자연스럽게 양육에 직접 관여하지 않게 되며 이에 대한 금전적 보상을 자녀와 같이 살며 양육을 담당하는 양육친이 양육비의 명목으로 청구하게 된다. 그러나 비양육친이 양육비를 제대로 지급하지 않는 문제 역

시 발생할 수 있으며 동시에 양육비를 미지급한 자의 신상정보가 소위 배드 파더라는 이름으로 인터넷이나 SNS에 공개될 때 신상이 공개된 자의 인격권 침해 및 명예훼손 여부에 대한 사회적 논란도 촉발될 수 있는 것이다. 이렇듯 이혼 후 비양육친 1인 가구의 형성은 자녀에 대한 비양육친의 양육비 지급에 있어 그 원인이 되는 배경을 구성하는 경향이 짙다. 한편 이와 관련하여 미이행되고 있는 비양육친 양육비의 지급을 강제하는 방안이 명료한 목표를 갖는 후속적 논의 과제라면 다른 한편으로 비양육친의 양육비 부담에 따른 1인 가구의 경제적 빈곤 문제는 다소 사각지대에 위치해 있는 잠복적 성격의 논의일 수도 있다.¹⁴⁶⁾

셋째, 1인 가구를 형성한 성인 자녀에게 과거 양육의무를 이행하지 않은 생부·생모가 등장하여 부양 청구를 하거나 자녀의 사망으로 인한 보험금, 보상금, 유족연금 등의 지급을 요청하여 수령하고자 하는 상황이 발생한 경우 기존 법제에 따라 이러한 각종 청구권을 행사하도록 방치한다면 국민 정서 차원이나 법 감정상 납득하기 어려운 것

146) 그 외에도 이혼에 이르지 않고 법률혼을 유지한 상태에서 직장 문제나 자녀의 학업 문제 등 사유로 1인 가구를 형성한 사실상(de facto) 1인 가구주가 물리적 별거 중에 있는 법률상 배우자와 어느 정도 수준의 부양의무를 상호 이행해야 하는지에 대하여 가족 내부 문제로만 기존에 치부되어 온 경향이 있으나 향후 사회적 차원의 본격적 공론화가 가능할 수 있는 논의로도 판단된다. 사실상 1인 가구주의 경우는 엄밀히 접근한다면 현행 건강가정기본법상 가정의 개념, 즉 가족구성원이 생계 또는 주거를 함께 하는 생활공동체로서의 개념을 충족시키지는 않으나 우리 사회의 산업화·도시화 경향에 따라 실제 현실에서 크게 증대하였고 사실상 별거에도 불구하고, 법적 관계는 유지되는 경우에 해당한다. 이 경우 배우자 간 부양의무의 미흡한 이행은 부부간의 신뢰를 흔드는 요인으로 충분히 작용할 수 있고 결국 이혼 등 가족 해체로 이어질 수 있는 요인도 되기 마련인 것이다. 건강하게 지속되어야 할 가정의 불행한 결말을 사전적으로 예방하는 차원에서 사실상 1인 가구주 및 그 상대방 배우자 간 부양의무의 정도에 관하여 사회적 합의를 시도할 수 있을 것이지. 나아가 이러한 문제에 대해 법제적 차원의 지원이 가능할 것인지에 대해서도 추후 검토해 볼 수 있는 과제로 생각된다. 한편 주요 국가들의 1인가구 지원 법제를 주택정책이나 주거지원정책, 사회보장정책을 중심으로 소개한 문헌으로 이준우·장민선, 『1인 가구 급증에 따른 법제변화 연구』, 한국법제연구원, 2014, 115면-148면 참조.

이 아닌가 하는 논의가 최근 발생한 일련의 사건들을 통해 더욱 부각되고 있다. 특히 지난 제20대 국회에서 자녀에 대해 양육의무를 미이행한 부모가 자녀의 사망으로 인한 재산적 이득을 취하지 못하도록 요청하는 내용의 소위 “구하라법(안)”의 입법 요구를 담은 국회 국민동의청원이 국회 법제사법위원회에 회부되었으나 회기만료로 폐기되었던 적이 있었고 현재의 제21대 국회에서도 이와 관련한 법안들이 발의되어 있다.¹⁴⁷⁾ 이 의원발의 법안들은 피상속인의 직계존속이 피상속인에 대한 양육을 현저히 게을리하는 등 양육의무를 중대하게 위반한 경우를 상속결격사유에 포함시키고 있고 나아가 이 경우에 있어서 가정법원이 이행할 상속결격확인절차에 대해 제안하고 있다.¹⁴⁸⁾ 한편 이와 관련하여 기존의 민법 제1004조의 상속인 결격사유에 추가하여 제1004조의 2에 상속권상실선고제도를 도입하는 내용의 법무부 개정안도 입법예고 되었는데 피상속인에 대한 부양의무의 중대한 위반이 있을 경우 가정법원이 피상속인의 청구에 따라 상속인이 될 자의 상속권을 상실시킬 수 있는 제도가 그 내용을 이루고 있다.

147) 민법 일부개정법률안(서영교의원 등 50인), 2020. 6. 2.(의안번호 제2100070호) 및 민법 일부개정법률안(서영교의원 등 23인), 2021. 2. 10.(의안번호 제2108076호)

148) 소위 “공무원 구하라법”이라 일컬어지는 공무원재해보상법 및 공무원연금법의 개정안은 국회 본회의를 통과하여 현재 시행되고 있는 바 자녀의 양육의무를 다하지 않았다고 판단되는 부모에게는 유족의 유족급여 제한신청 및 공무원재해보상심의회 심의를 통해 유족급여의 전부 또는 일부를 지급하지 않을 수 있도록 법제화가 완료되었다.

제3장 비교법적 고찰

제1절 서론

우리나라의 인구구조 및 사회변화에 따른 민법상의 혼인과 가족의 영역, 특히 부모의 자녀부양, 이혼 후 양육비 지급, 이혼 등과 관련하여 관련 법제의 개선을 위하여 우리나라에서 참조할 수 있는 독일, 프랑스, 미국의 헌법상 혼인과 가족생활에 대한 이해를 비롯하여 혼인과 가족의 영역과 관련된 법제를 살펴보고 시사점을 도출한다. 각 나라마다 관련 법제가 일치하지는 않기 때문에 개별 국가들의 특성을 고려한 연구를 진행하고자 한다.

제2절 독일

I. 혼인과 가족제도 현황

혼인과 가족에서 나타나는 특징은 다양성이다. 많은 사람들이 혼인을 하지 않고 다양한 공동체에서 생활하고 있고, 파트너나 자녀 없이 혼자 사는 가구도 증가하였다. 그러나 혼인하지 않고 자녀를 출산하는 함께 사는 단독양육인(Alleinerziehenden) 가구의 수는 큰 변화가 없다.

가족, 생활유형과 아동 현황에 대한 2021년 독일연방통계청의 인구조사 자료¹⁴⁹⁾를 중심으로 혼인과 가족에 관련된 현황을 살펴보기로 한다. 특징은 2009년에 비하여 생활형태의 변화가 나타나는데, 생활공동체 파트너는 575,000명(21%) 증가하였고 혼인 한 부부는 763,000명(-4%) 감소하였다. 혼자 사는 사람의 수는 2009년부터 2019년 사이에

149) Tim Hochgürtel/ Bettina Sommer, 2 Familie, Lebensformen und Kinder, Auszug aus dem Datenreport 2021, Statistisches Bundesamt, 2021.

1.6Mil.명 증가(10%)했으며 단독양육인의 수는 2.6Mil.명으로 거의 변화가 없었다.

좀 더 상세히 살펴보면 다음과 같다.

동거유형을 보면 2019년 파트너가 있는 사람들은 20.8Mil.명으로 그 중 부부 17.5Mil.명, 생활공동체(Lebensgemeinschaft) 3.3 Mil.명이다. 독일에서 동성혼은 2017. 10. 1.부터 가능하다. 2019년 동성혼 부부는 53,000명이었는데 그중 54%는 남성들로 이루어진 부부이다. 2019년 34,000명(24%)이 동성 생활공동체이고 그중 59%는 남성 생활공동체이다. 2019년 15,000명의 동성부부가 아동과 함께 사는 것으로 나타났는데 그중 여성부부가 89%이다. 총 22,000명의 아동이 동성부부와 함께 살고 있으며 그중 19,000명은 18세 미만이다.

1인 홀로 된 사람은 18.7Mil.명, 그리고 단독양육인의 수는 약 2.6Mil.명이며 같이 사는 아동의 59%는 미성년자이다. 단독양육인의 대부분은 단독양육모이다. 2019년 1.3Mil.명(88%)이 단독양육모이고 185,000명은 단독양육부이다. 단독양육인이 되는 가장 큰 이유는 이혼이다. 2019년 단독양육모의 52%, 그리고 단독양육부의 62%가 이혼을 하였거나 혼인하였지만 별거 중인 것으로 나타났다. 단독양육모 중 44%는 미혼이고, 4%는 사별로 인하여 단독양육모가 된 경우다. 단독양육부중 28%가 미혼이고 10%는 사별하였다. 단독양육부의 31%는 15세 이상 17세 미만의 아동과 함께 사는데, 단독양육모의 경우 이 연령의 아동을 돌보는 비율은 19%이고, 약 30%의 단독양육모와 사는 아동은 6세 미만이다. 단독양육부 중 이 연령의 아동을 돌보는 비율은 15%에 불과하다.

홀로 된 사람(Alleinstehende)은 독신, 별거, 이혼, 사별 등으로 개인 집에서 부부 또는 파트너와 아동 없이 사는 사람으로, 이들은 예컨대 형제자매, 동료, 친구 등 다른 사람들과 함께 살거나 혼자 살게 된다. 2019년 인구의 23%가 홀로 사는 사람이었는데 이는 2009년에 비하여 9% 증가한 것이다. 2019년 홀로 사는 사람의 51%가 여성이다. 개인가

정에서 혼자 살며 경제생활을 하는 혼자 사는 사람(Alleinstehende)는 17.1Mil.이고 그중 35%가 65세 이상이다.

〈Lebensformen der Bevölkerung〉¹⁵⁰⁾

	2019	2009	2009-2019 사이의 변화
	in 1000		in %
Paare	20,800	20,993	-0.9
↳ Ehepaare	17,544	18,312	-4.2
↳ gemischtgeschlechtlich	17,493	18,312	-4.5
↳ gleichgeschlechtlich	53	-	-
↳ Lebensgemeinschaften	3,256	2,681	+ 21.4
↳ gemischtgeschlechtlich	3,166	2,617	+ 20.9
↳ gleichgeschlechtlich	90	63	+ 41.9
Alleinerziehende	2,606	2,635	- 1.1
Alleinstehende	18,653	17,059	+ 9.3
↳ Alleinlebende (Einpersonenhaushalte)	17,067	15,504	+ 10.1

II. 기본법 제6조의 혼인과 가족제도

1. 혼인과 가족규정의 변화

현행 기본법 제6조는 혼인과 가족기본권으로 이해된다. 바이마르헌법 제119조와 달리 혼인과 가족권에서 사회권적 성격을 제거하였으며, 국가주의적 색채를 탈색한 점이 특징이다. 제1항은 일반적 보장규정으로서 혼인과 가족에 대한 특별한 보호를 명시하고 있다. 제2항부터 제5항까지는 특별한 보장을 규정하고 있다. 규정의 구체적 내용은 다음

150) Tim Hochgürtel/ Bettina Sommer, 2 Familie, Lebensformen und Kinder, Auszug aus dem Datenreport 2021, Statistisches Bundesamt, 2021. S. 52.

과 같다. 제1항에서는 혼인과 가족은 국가질서의 특별한 보호하에 있다고 규정한다. 제2항 규정은 다음과 같다: “자녀의 돌봄과 교육은 부모의 자연권이며 최우선적인 의무이다. 국가공동체는 부모의 활동(Betätigung)에 대하여 감독한다.” 제3항에서는 부모의 자녀와 함께 살 권리에 대하여 양육권자(Erziehungsberechtigten)가 실패하거나(versagen) 다른 이유들로 인해 아동이 방치되는 위험에 처하게 되는 경우에 아동은 법률에 근거하여 교육권자의 의지에 반하여 가족으로부터 분리될 수 있다고 규정하고 있다. 제4항은 모성보호규정으로서 모든 어머니는 공동체에 대하여 보호와 돌봄을 청구할 권리를 가진다. 제5항은 혼인 외 출생아동에 대한 차별금지규정이다. 이에 따라 법률을 통해 혼인 외 출생아동들은 육체적, 정신적 발전을 위한 동등한 조건들이 형성되어야 하고 혼인관계에서 출생한 아동과 마찬가지로 사회에서 지위를 갖도록 해야 한다.¹⁵¹⁾

2. 기본권 제6조 제1항 혼인과 가족에 대한 권리와 제도보장의 이해

혼인과 가족제도의 제도보장의 핵심적 내용으로는 성평등, 이성 혹은 동성결합, 이혼가능성을 들며¹⁵²⁾ 핵심원칙은 혼인과 가족에 대한

151) Art 6

- (1) Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.
- (2) Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.
- (3) Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur auf Grund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen.
- (4) Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft.
- (5) Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern.

차별금지이다.¹⁵³⁾

독일에서 혼인과 가족제도의 변화에서 나타나는 특징은 동성혼을 인정하고 다양한 가족을 포용하는 방향으로 법제 개선이 이루어지고 있는 점이다.

다수의 학자들과 연방헌법재판소는 기본법 제6조에 따른 가족이 양성 간의 결합을 의미한다고 이해하였다. 연방헌법재판소는 혼인제도와 거의 동일한 동성파트너 등록제도가 기본법 제6조 제1항에 따라 보호되는 혼인과 가족제도를 침해하는 것이 아니라고 판단하였지만 혼인은 남녀의 결합으로 이해¹⁵⁴⁾하고 있었고, 이러한 태도를 변경한 일은 없다.

기본법의 개정 없이 입법자가 단순한 법률을 통해서 기본법 제6조상의 혼인과 다른 동성혼을 인정하는 것이 가능한 지 여부에 대하여 논란이 있었지만, 입법자들은 2017년 동성혼인법¹⁵⁵⁾을 제정하였다. 유럽연합 기본권협약 제9조에서는 “혼인을 하고 가족을 구성하는 권리는 이러한 권리들을 규율하는 개별국가들의 법률에 따라 보호를 받는다”고 규정함으로써 혼인과 가족보호를 회원국의 법에 맡기고 있다.¹⁵⁶⁾ 유럽인권협약 제12조 제1항에서는 “혼인능력이 있는 연령의 남녀는 혼인에 관하여 규율을 하는 유럽국가들의 법률에 따라 혼인을 하고 가족을 구성할 권리를 갖는다”¹⁵⁷⁾라고 규정한다. 유럽인권재판소는 동

152) 개념정의로부터 제도보장(Institutsgarantie)의 내용으로 Kernbereich, Gleichberechtigungsgesetz, Strukturprinzipien: Verschiedengeschlechtlichkeit, Zerrütungsprinzip im Scheidungsrecht 등이 도출된다.

153) Michael Sachs, Art. 6, 『Grundgesetzkomentar』; Pieroth/Schlink, 『Grundrechte Staatsrecht II』 1991, Rdnr. 717이하. S. 167 ff.

154) BVerfGE 105, 313, 345.

155) Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts (EheRÄndG k.a.Abk.), G. v. 20. 7. 2017. BGBl. I S. 2787 (Nr. 52); Geltung ab 1. 10. 2017.

156) Die “Charta der Grundrechte der Europäischen Union” (GRCh) Art. 9: “Das Recht, eine Ehe einzugehen, und das Recht, eine Familie zu gründen, werden nach den einzelstaatlichen Gesetzen gewährleistet, welche die Ausübung dieser Rechte regeln.”

조항이 이성혼에 한정된다고 해석될 수는 없다고 보면서, 그러나 그 적용에 있어서 동성혼도 인정되는지 여부는 회원국 법률에 따르는 것으로 보고 있다.¹⁵⁸⁾

가. 혼인보호

보호객체로서 혼인의 특성은 당사자의 자유로운 결정에 따라 이성간에 구성된 지속적인 생활공동체이며, 양성평등을 기반으로 하며, 국가는 민법상 혼인의 성립과 해제에 있어서 공동협력을 한다.¹⁵⁹⁾ 그러나 성적 관계는 혼인의 본질적인 특징은 아니다.¹⁶⁰⁾ 혼인특성으로서의 혼인지속성에 대해서는 혼인이 지속적 목적의 결합이기는 하지만, 사실상 지속적으로 혼인이 존속해야 하는 것을 의미하지는 않는다고 파악한다. 따라서 혼인의 자유에는 혼인의 자유와 더불어 부부가 파탄되었을 경우 이혼의 자유가 포함된다.¹⁶¹⁾ 헌법재판소는 민법개정을 통해 유책주의에서 파탄주의로 변화하는 과정에서 입법자가 이혼과 관련하여

157) Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) Art. 12 Abs. 1: “Männer und Frauen im heiratsfähigen Alter haben das Recht, nach den innerstaatlichen Gesetzen, welche die Ausübung dieses Rechts regeln, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen.”

158) EGMR, I. Sektion, Urteil vom 24. 6. 2010 – 30141/04 (Schalk u. Kopf/Österreich), deutsche Übersetzung in: NJW 2011, 1421. “Unter Berücksichtigung von Art. 9 GRCh nimmt der Gerichtshof nicht länger an, dass das in Art. 12 EMRK garantierte Recht, eine Ehe einzugehen, unter allen Umständen auf die Ehe zwischen zwei Partnern unterschiedlichen Geschlechts beschränkt ist. Deswegen ist Art. 12 EMRK auf die vorliegende Beschwerde anwendbar. Die Entscheidung aber, ob eine gleichgeschlechtliche Ehe zugelassen werden soll oder nicht, bleibt zum gegenwärtigen Zeitpunkt dem Recht des Konventionsstaats überlassen.”, in: Der Begriff der Ehe im Grundgesetz und anderen Verfassungen, WD 3 – 3000 – 142/17, Deutscher Bundestag, 2017.

159) BVerfGE 105, 313, 34.

160) Horst Dreier Art. 6, 『Grundgesetzkommentar』, 2004.

161) 이혼의 자유가 포함되지 않는다는 견해도 있다. Horst Dreier, Art. 6, 『Grundgesetzkommentar』 2004.

여 일정기간 별거 후 이혼이 가능하도록 한 1977. 7. 1. 자 § 1565 Abs. 1 Satz 1 BGB 규정이 헌법 제6조 제1항에 반하는지에 대한 판단을 하면서, 민법상 조항은 기본법 제6조 제1항의 원칙적인 가치판단에 따라 혼인의 영속성을 원칙에 상응해야 하며, 혼인의 자유를 반영해야 한다고 실시하고 있다. 동 재판소는 입법자가 이혼규정을 정함에 있어 광범한 재량을 가지지만 이혼을 예외인 것으로 이해¹⁶²⁾하여 이혼법에는 혼인을 유지하는 요소가 포함되어야 한다고 보았다. 동 재판소는 파타주의 원칙에 따라 3년 또는 5년의 별거기간 이후 이혼이 가능하도록 한 위 민법규정이 이 원칙을 유지 하고 있으므로 기본법 제6조 제1항에 합치된다고 판단하였다.¹⁶³⁾ 기본법 제6조 제1항에서 보호하는 혼인은 국가의 혼인체결과 해제에 있어서의 공동작용을 전제로 하기 때문에 교회법상 혼인, 강제혼인 등은 동조의 보호범위 내에 있는 혼인이 아니다. 그러나 외국법상 적법하게 체결된 혼인은, 그것이 독일법상 형식요건을 충족시키지 못하더라도 동조에 의해 보호받는 혼인이다.¹⁶⁴⁾

혼인의 성립에 있어서 국가와의 협업이 필요하다. 따라서 국가가 정하는 절차를 거쳐 혼인으로 승인을 받지 아니한 법률상의 비혼의 생활공동체(Nichteheliche Lebensgemeinschaft)는 제6조상 혼인보호범위에 포함되지 않는다고 볼 수 있는데, 생활공동체의 파트너들은 혼인을 위하여 국가와의 공동작용을 원하지 않거나 거부하고 혼인 대신 생활공동체를 택하였기 때문이다. 이러한 생활공동체는 기본법 제6조 제1항의 보호범위에 드는 아니라 인격의 자유로운 발현을 보장하는 제2조 제1항¹⁶⁵⁾의 보호범위에 속하고¹⁶⁶⁾ 민법 제705조 이하의 규정들의

162) BVerfGE 31, 58 69f.

163) BVerfGE 53, 224, 245 ff.

164) BVerfGE 62, 323, 331; 76, 1, 41 f.

165) Art 2 (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

166) BVerfGE 82, 6, 16.

적용을 받게 된다. 단일혼만 보호하고 중혼은 보호하지 않지만 중혼관계에서 태어난 아동은 가족보호의 보호범위에 속한다.¹⁶⁷⁾

기본법 제6조 제1항은 양성 혼인이라는 표현을 사용하지 않고 혼인이라고만 표현하고 있어서 동성 간의 등록파트너쉽 공동체가 동조상 혼인보호의 범위에 속하는지에 대하여 의견의 대립이 있다. 양성의 결합이 기본법상 혼인보호를 위한 전제조건인지 여부가 핵심적 문제라고 할 수 있다. 다수견해는 양성 간의 결합이 기본법 제6조 제1항상 보호받는 혼인이라고 본다. 그 논거로 혼인이 자존생식가능성과 결부되어 있기 때문이라는 견해를 표명한다. 그러나 헌법재판소는 혼인한 부부가 이를 실질화하는지 여부는 당사자에게 달린 문제이고 실제로 자녀를 생산하는지는 중요한 것이 아니라고 하고 있다.¹⁶⁸⁾ 한편, 양성 혼인이 제6조 제1항상 보호받는 혼인이라고 보면서도 다수의견이 제시하는 논거에 이의를 제기하는 입장도 존재한다. 이 견해는 자녀를 낳을지의 문제가 부부의 결정에 따른 것으로 자녀 없는 부부가 많은 현실을 볼 때 다수의견이 생식가능성이 왜 혼인의 결정적 기준이 되어 제6조상의 혼인이 양성혼에 한정한다고 하는지를 설명하지 못한다고 비판하면서 제6조 제1항이 규정된 역사적 맥락, 입법의도 등을 볼 때 이성간의 결합이 혼인의 확립된 근본적 특성이라고 보는 것이 일관성이 있다고 주장한다.¹⁶⁹⁾ 그러나 2017년 제정된 동성혼인법에 따라 2017. 10. 1.부터 민법 혼인규정이 개정되어 민법상으로는 동성혼이 혼인에 포함되었다. 민법 제1353조 제1항 1문 “혼인은 평생 결합하는 것이다(Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen.)”라는 규정이 개정되어 “혼인은 양성 혹은 동성의 두 사람이 평생 결합하는 것이다(Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen.)”라고 개정된 것이다.

167) BVerfGE 62, 323, 330.

168) BVerfGE 49, 286, 300.

169) Windthorst Art. 6, 『Studienkommentar zum Grundgesetz』, 1. Auflage C. H. Beck, 2013.

헌법재판소는 2001년에 제정된 등록 동성파트너쉽법¹⁷⁰⁾이 기본법 제6조 제1항에서 보장하는 양성의 혼인제도를 형해화한다는 주장을 받아들이지 않으면서 동성파트너 등록제도가 합헌이라고 판결하였다. 즉, 헌법재판소는 양성혼만이 제6조 제1항의 보호범위 내에 든다는 점이 입법자가 동성 파트너의 결합을 위한 적합한 제도를 취하는 것을 막지 않으며, 동성파트너쉽제도가 동성만을 대상으로 하므로 양성을 대상으로 하는 혼인제도를 형해화 할 우려가 없으며, 이를 통해 혼인과 동일한 기능을 가진 다른 제도가 도입된 것은 아니라고 하였다.¹⁷¹⁾ 법률을 통하여 동성혼이 도입이 되었으나, 현재까지 헌법재판소는 기본법 제6조 제1항의 혼인을 양성혼이라고 보는 입장을 변경하지는 아니하였다.

주관적 권리로서의 제6조 제1항은 혼인체결,¹⁷²⁾ 혼인관계 유지, 이혼¹⁷³⁾에 대한 권리를 보호한다. 이혼한 부부에 대하여 예정된 법률상의 후속적 조치들도 이 기본권의 보호에 속하는 것이다. 헌법재판소는 부부간의 의무관계는 이혼을 통하여 변화하였지만, 절대적으로 종결된 것은 아니며,¹⁷⁴⁾ 부부 일방이 사망하여 혼인관계가 해소된 경우도 이와 유사하다¹⁷⁵⁾고 보고 있다. 제6조 제1항에 따라 혼인당사자와 혼인체결시기의 선택, 혼인 후 공동의 혼인성을 가질지, 혹은 각자의 성을 사용할지에 대한 결정, 혼인재산권과 부부일방을 통한 재정적 관계의 규정, 공동의 주거 결정, 혼인계약의 자유 등이 보호된다. 헌법재판소는 혼인하지 않을 자유는 기본법 제2조 제1항의 보호범위에 속하는 것이며, 제6조 제1항의 보호내용은 아니라고 본다.¹⁷⁶⁾

170) LPartG v. 16. 2. 2001 (BGBl. I S. 266).

171) BVerfGE 105, 313, 342 ff.

172) BVerfGE 29, 166, 175; 105, 313, 342.

173) BVerfGE 31, 58, 82 f.; 53, 224, 250].

174) BVerfGE 53, 257, 297; 66, 84, 93; 108, 351, 363 f. 이혼후 부양은 사회적 약자와 사회적 강자의 연대관점에서 이해된다. Thomas Rauscher, 『Familienrecht』, S. 438.

175) BVerfGE 62, 323, 329 f.

176) BVerfGE 56, 363, 384 f.

제6조 제1항은 제도보장의 성격도 가진다. 객관적 권리로서 제6조 제1항은 입법자들에게 혼인제도의 보장을 요구한다. 핵심을 보장하는 제도보장이론에 따라 입법자가 혼인의 폐지 혹은 근본적 내용의 변환 및 헌법의 기저에 놓인 가족과 혼인상(Bildes von Ehe und Familie)¹⁷⁷⁾을 침해하는 것을 금지한다.¹⁷⁸⁾ 그리고 객관적 가치결정의 성격으로부터 입법자의 혼인 보호 및 촉진의무가 도출된다. 혼인을 촉진하는 관점에서 요구할 수 있는 대표적인 사례는 세제를 통해 혼인 부부에 대한 차별이 발생하지 않도록 하는 것이다. 이를 위해 소득세 산정 시 부부 소득에 대하여 개별과세, 합산과세 외에 합산 후 분할하는 방식의 과세, 소위 “Ehegattensplitting” 방식을 인정하고 있는데 헌법재판소는 “Ehegattensplitting” 방법에 따라 부부 소득세를 계산하는 방식이 혼인제도를 보호하고 부부를 세제상 차별하지 않도록 하는 것이므로 합헌이라고 판단하였다.¹⁷⁹⁾ 부부의 소득을 모두 합산한 후 둘로 나누어 소득세를 산출한 후 2를 곱하여 부부의 소득세를 계산하는 방식이다. 소득세법(ESTG) 제32a조 제5항에 근거하는 이 과세방식은 16%의 일반적 과세구간을 넘는 상향된 과세구간의 소득을 가지며, 부부간의 소득격차가 큰 부부에게 유리하다. 예컨대 부부소득 80,000 유로를 기준으로 생각하면, 다음과 같다. 첫 번째 유형으로 부부가 각각 40,000유로의 소득이 있을 경우 40,000유로에 대해서 각각 소득세를 계산하면 각 9,007유로이다. 합산방식에 따라도 동일하게 18,014 유로이다. 두 번째 유형으로 부부의 소득에 격차가 있어 A가 60,000유로인 경우 소득세는 17,028유로, 그리고 B가 20,000유로인 경우 소득세는 2,701 유로이다. 이 부부는 총 19,729유로의 소득세를 내게 되어 첫 번째 부부보다 1,715유로의 세금을 더 납부하며, 마치 두 명의 싱글이 세금을 내는 경우와 같게 된다. 세 번째 유형으로 부부소득의 격차가 더욱 커서 A

177) BVerfGE 76, 1, 49.

178) BVerfGE 80, 81, 92.

179) BVerfGE 61, 319, 347.

가 80,000유로를 벌고 B가 소득이 없는 가정주부인 경우를 보면, A의 80,000유로에 대하여 25,428유로의 소득세가 부과되어 이 부부는 첫 번째 유형의 부부보다 7,414유로의 소득세를 더 내게 된다.¹⁸⁰⁾

입법자에게는 혼인에 관한 헌법적 규범에 상응하는 범위에서 형성의 여지가 인정되며, 그 한계는 혼인의 본질과 기능이다. 제6조 1항에 대한 국가의 침해는 비물질적-인적, 혹은 물질적-경제적 영역의 모든 국가작용에서 발생할 수 있다. 예컨대 혼인과 직장의 실행의 양립을 어렵게 하는 것도 침해를 상정하며,¹⁸¹⁾ 성별전환을 위해 혼인관계 없음을 전제로 하는 것은 존속하는 혼인관계를 해소하도록 압력을 행사하므로 침해를 상정한다.¹⁸²⁾ 헌법재판소는 독신이나 다른 생활공동체에 비하여 혼인이 법적인 단점과 결부되어 있거나 혼인 때문에 우대가 거부되었다면 동조의 침해가 있다고 보았다.¹⁸³⁾

나. 가족보호

제6조 제1항상의 객관적 보호범위에 속하는 보호객체로서 가족이란 부부와 자녀들의 자연적인 생활 및 교육공동체이며¹⁸⁴⁾ 혼인이나 입양 등 국가의 인정을 통해 생성된다.¹⁸⁵⁾ 동조에 대한 역사적 이해의 관점에서 가족은 혼인을 전제로만 구성되는 것이라고 보는 입장도 찾아볼 수는 있으나, 현재는 사회적 변화로 매우 다양한 가족이 구성됨에 따라 가족은 혼인과는 별도로 다른 독립적인 보호를 받는다는 견해가 일반적이다.¹⁸⁶⁾ 따라서 혼인과 가족은 인과관계가 없으며,¹⁸⁷⁾ 한부모

180) <https://de.wikipedia.org/wiki/Ehegattensplitting>

181) BVerfGE 107, 27, 54 f.

182) BVerfGE 121, 157, 196 f.

183) BVerfGE 87, 234, 259; BVerfGE 105, 313, 346.

184) BVerfGE 127, 263, 287.

185) BVerfGE 80, 81, 90.

186) Horst Dreier, Art. 6, 『Grundgesetzkommentar』, 2004.

187) v. Mangoldt/ Klein / Starck, Art. 6, 『Bonner Grundgesetzkommentar』, 4. Auflage.

가족과 그 자녀도 가족보호범위에 속한다. 또한 등록된 삶의 파트너가 혈육이나 입양한 아동¹⁸⁸⁾과 함께 사회가족적 공동체에서 함께 산다면, 이는 동조상 가족이다.

헌법재판소가 가족을 부부와 자녀, 즉 소가족으로 한정하고 있음에 비해, 유럽인권재판소는 유럽인권협약 제8조 제1항의 ‘가족생활’ 규정에 조부모, 손자관계까지 확장하고 있어 양 기관의 가족의 범위에 대한 이해에는 차이가 있다. 다수적인 입장은 유럽인권재판소의 이러한 가족의 범위에 대한 태도가 국제법 우호적인 입장에서 제6조 제1항의 해석 시 고려되어야 할 것이라고 파악하고 있다. 헌법재판소도 조부모와 손자도 규칙적인 돌봄관계가 있는 경우에는 가족이라고 판단하였다.¹⁸⁹⁾

주관적 권리로서 가족에 대한 권리는 국가적 침해를 통해 가족이 손상되는 것을 금지한다. 이 기본권의 보장 내용에는 가족구성원의 자유, 즉 아이를 가질지 여부, 몇 명을 가질지에 대한 결정, 부모와 자녀가 함께 살 권리 등이 속한다. 가족에 대한 권리는 특히 체류권에서 매우 큰 중요성을 가진다. 따라서 외국인청은 외국인 가족구성원의 체류허가 혹은 추방결정에서 가족의 권리에 대한 특별한 보호를 고려해야 한다. 그러나 헌법재판소는 동 규정이 외국인 가족구성원의 일반적 체류권이나 가족후속이주권의 근거가 되지 않는다고 본다.¹⁹⁰⁾

가족에 대한 제도적 보장에서 도출되는 객관적 권리의 관점에서 입법자들이 법률을 통해 가족을 해체하지 못하도록 막는 기능을 한다. 즉, 입법자들이 가족제도에 대해 시대에 따른 변화를 줄 수 있으나, 제6조 제1항은 민법상 가족법을 구성하는 규정들의 핵심이 가족을 해체하거나 근본적으로 변환하지 못하게 함으로써 가족제도를 유지하도록

188) 헌법재판소는 동성결합 파트너들의 동시입양(Sukzessivadoption)을 금지한 등록 동성파트너법상의 규정이 가족기본권을 침해하여 위헌이라고 판단했다. BVerfG, Urt. v. 19. 2. 2013, Az. 1 BvL 1/11, LS 3.

189) Windthorst Art. 6, 『Studienkommentar zum Grundgesetz』, 1. Auflage C. H. Beck, 2013.

190) BVerfGE 76, 1, 47]; 80, 81, 93].

보증하고, 또한 국가적 조치들을 통해 기본법상 가족과 관련되어 나타나는 특성이 침해되지 않도록 보호한다. 또한 동조는 ‘가능성’이라는 전제를 갖기는 하지만, 국가가 가지는 일반적 가족촉진의무의 근거가 된다. 이때 촉진의 범위와 종류는 입법자의 재량에 속한다.¹⁹¹⁾ 그러나 국가의 가족촉진의무가 가족과 관련된 재정적인 모든 단점을 상쇄할 의무를 지우는 것은 아니다. 국가의 객관적 가족촉진의무로부터 자녀의 양육권의 관계에서 부모의 어떤 주관적 청구권이 법적으로 보장된다고 할 수는 없는 것이다. 그러나 가족의 구성원이 가족이 아닌 구성원에 비해 차별적 취급을 받거나 자녀가 있는 가족이 자녀가 없는 부부에 대해 차별적 취급을 받는 것은 국가에 의한 가족촉진의무가 침해된 것이다. 따라서 아동수당의 경우 부부의 소득과 관계없이 자녀에 대하여 동일하게 지급된다. 가족에 대한 권리는 법률유보가 없어 절대적 기본권의 성격을 가지고 있다. 그러나 국가의 가족보호침해는 예컨대 부부간 시 국가의 개입처럼 특히 다른 가족구성원의 기본권을 위한 경우 기본권의 헌법 내재적 한계에 따라 정당화 될 수 있다고 본다. 또한 교육권자로부터 아동이 분리되어야 하는 경우는 동조 제3항이 특별규정으로서 존중되어야 한다.

3. 다양한 가족의 보호

가. 동성혼 및 동성 생활동반자가족

독일의 가족유형은 다양성이 큰 특징이다. 모든 가족형태에 대한 차별이 금지된다.¹⁹²⁾

191) BVerfGE 82, 60 [82]; 103, 242, 259.

192) BVerfG: Benachteiligung homosexueller Lebenspartner gegenüber Ehepaaren bei der Erbschaftsteuer ist verfassungswidrig - BVerfG, Beschluss vom 11. Dezember 2019, AZ 1 BvR 3087/14 Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 21. Juli 2010, 1 BvR 611/07/ 1 BvR 2464/07

동성은 2001년부터 생활동반자법(Das Lebenspartnerschaftsgesetz vom 16. Februar 2001 (BGBl. I S. 266)에 따라 동성 간의 생활공동체로 보호를 받았다. 생활동반자법에 따른 동성 생활동반자들의 보호 정도와 수준은 연방헌법재판소의 다양한 결정과 그에 따른 법의 개정을 통해 헌법상 혼인과 거의 동일하게 높아졌다. 헌법재판소는 기본법 제6조 제1항이 입법자들에게 동성 파트너들이 양성의 부부에 동일하거나 유사한 권리와 의무를 갖도록 법률을 제정하는 것을 막는 것이 아니라고 보고 있다. 그리고 동성을 위한 등록 동반자제도가 도입이 되어도 이 제도는 혼인을 할 수 없는 동성 파트너들에게만 적용이 되는 것이기 때문에 기본법 제6조 제1항의 혼인과 가족제도가 침해되지 않는다고 보았다.¹⁹³⁾ 생활동반자법의 제정 이후 연방헌법재판소는 기본법 제3조 평등원칙의 위반여부를 기준으로 직장 유족급여(betriebliche Hinterbliebenenversorgung),¹⁹⁴⁾ 상속 및 증여세(Erbchaft- und Schenkungssteuer),¹⁹⁵⁾ 가족수당(Familienzuschlag),¹⁹⁶⁾ 기본소득세(Gründerwerbssteuer),¹⁹⁷⁾ 부부소득분할(Ehegattensplitting),¹⁹⁸⁾ 순차입양¹⁹⁹⁾(Sukzessivadoption)²⁰⁰⁾ 등 다양한 영역에서 혼인 부부와 동성 파트너 사이의 차별이 있는지를 적극적으로 판단하고 위헌 결정을 내

193) BVerfGE 105, 313.

194) BVerfGE 124, 199.

195) BVerfGE 126, 400.

196) BVerfGE 131, 239.

197) BVerfGE 132, 179.

198) BVerfGE 133, 379.

199) 순차입양은 파트너가 이미 한 아동을 입양한 경우 다른 파트너가 그 아동을 입양하는 것이다. 공동입양이 어려운 경우 사용되는 입양유형이다. 일반입양과 순차입양은 동시에 진행될 수 있다. 독일에서의 입양 유형과 종류는 아동과 입양부모가 아는지 여부를 중심으로 • Stiefkindadoption • Sukzessivadoption • Verwandtenadoption • Fremdadoption, 그리고 입양부모와 친생부모가 아는지 여부를 중심으로 • Offene Adoption • Halb offene Adoption • Inkognitoadoption으로 구분된다.

<https://www.service-bw.de/lebenslage/-/sbw/Arten+und+Formen+der+Adoption-5000503-lebenslage-0>

200) BVerfGE 133, 59.

려 동성파트너와 혼인한 부부의 지위가 거의 동등하게 되는 데 일조를 하였다.

2017년부터 동성혼인법의 제정을 통하여 동성 간의 혼인이 가능하게 되었다. 법 제2조 제1항에 따라 기존의 등록생활동반자법 제20조에 제5항²⁰¹⁾이 추가되어 등록생활동반자법상의 사람들 양측이 동의하면 생활동반자관계는 혼인관계로 전환된다. 혼인을 하거나, 또는 생활동반자로 남을 수 있게 되었다.

나. 한부모가족²⁰²⁾

(1) 단독양육모(Alleinerziehende) 현황

독일에는 우리나라의 ‘미혼모’에 해당하는 개념이 없으나 ‘미혼모’와 유사한 ‘단독양육인(Alleinerziehende)’의 개념이 있다. 이 단어는 엄밀하게 보면 우리나라 한부모가족지원법상의 한부모가정(Einzelelternfamilie, Alleinerziehende)에 해당한다. 그러나 독일에서 단독양육인 중 91%를 차지하는 것은 모인 여성²⁰³⁾이고 단독양육인과 관련한 논의는 보통 아동을 단독으로 양육하는 “단독양육모(Alleinerziehende Mutter)”를 둘러싼 논의라고 할 수 있어서 이를 우리나라의 ‘미혼모’에 유사하게 보아도 큰 무리는 없다고 생각된다.²⁰⁴⁾

201) Artikel 2 Änderungen weiterer Gesetze
§ 20a

Eine Lebenspartnerschaft wird in eine Ehe umgewandelt, wenn zwei Lebenspartnerinnen oder Lebenspartner gegenseitig persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit erklären, miteinander eine Ehe auf Lebenszeit führen zu wollen. Die Erklärungen können nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben werden. Die Erklärungen werden wirksam, wenn sie vor dem Standesbeamten abgegeben werden.”

202) 신옥주, ‘미혼모’의 인권제고를 위한 법제개선방안 비교법적 연구, 법학논집 제21권 제2호(2016.12.), 252-259쪽.

203) 단독양육모 1,500,000명; 단독양육부 157,000명.

독일에서 단독양육모에 대한 논의는 이들이 가지는 사회·경제적·건강상의 문제점에 대한 분석과 이러한 문제들을 해결하기 위한 법적·실무적 지원을 중심으로 이루어지고 있다. 통계를 보면, 단독양육모의 빈곤은 저연령의 아동을 양육하며, 학교 졸업장이 없어 비정규직에서 저임금을 받고 큰 실직의 위험이 크다는 점과 관련이 깊은 것으로 볼 수 있다. 부 또는 모를 포괄하는 단독양육인 관련 통계를 보면 2016년 현재 부모의 20%(구 서독지역의 18.3%, 구 동독지역의 25.9%)가 단독양육인으로서 15년 동안 50%가 상승하였다. 단독양육인의 대부분은 단독양육모이다. 2019년 1.3Mil.명(88%)이 단독양육모이고 185000명은 단독양육부이다. 단독양육인이 되는 가장 큰 이유는 이혼이다. 2019년 단독양육모의 52%, 그리고 단독양육부의 62%가 이혼을 하였거나 혼인하였지만 별거중인 것으로 나타났다. 단독양육모 중 44%는 미혼이고, 4%는 사별로 인하여 단독양육모가 된 경우다. 단독양육부 중 28%가 미혼이고 10%는 사별하였다. 단독양육부의 31%는 15세 이상 17세 미만의 아동과 함께 사는데, 단독양육모의 경우 이 연령의 아동을 돌보는 비율은 19%이고, 약 30%의 단독양육모와 사는 아동은 6세 미만이다. 다독양육부 중 이 연령의 아동을 돌보는 비율은 15%에 불과하다. 2016년 자료에 따르면 단독양육모의 69%가 1명, 그리고 25%가 2명, 5%가 3명, 1%가 4명의 아동과 생활하고 있다. 실직 단독양육모의 55%가 빈곤상태이다. 단독양육모의 55%는 최대 2년 후 새로운 파트너관계를 형성하며 4%만이 자발적으로 단독양육 모 또는 부의 가족형태를 유지하는 것으로 나타났다.²⁰⁵⁾

다양한 형태의 결합을 하는 단독양육모의 28%가 직업생활을 하며, 핵가족으로서의 단독양육모 가족에서의 모는 19%가 직업생활을 한다. 3세 미만의 아동을 양육하는 단독양육모의 50% 이상은 월 1,100유로

204) 신옥주, 독일의 단독양육모(Alleinerziehende)를 위한 법적·실무적 장치에 대한 연구, 젠더법학,

205) <http://wir-sind-alleinerziehend.de/alleinerziehende-in-deutschland/>

이하의 수입을 가진다. 2017년의 조사결과에 따르면 단독양육모의 약 23%의 교육수준이 낮은 것으로 나타났다. 이는 부부가족에서의 모 중 15%만이 교육수준이 낮은 것에 비하여 매우 높은 수치이다.²⁰⁶⁾

(2) 법제적 지원

독일 기본법의 경우 우리나라 헌법과 달리 사회권을 두고 있지 않다. 학계와 헌법재판소는 기본법 제20조의 사회적·민주적 연방공화국이라는 표현 속에 사회국가원칙이 규정되어 있다고 보며, 인간다운 생활을 할 권리는 사회국가원칙하에서 제1조 제1항으로부터 도출된다고 파악한다. 인간다운 생활을 할 권리에 대한 헌법재판소의 매우 전향적인 태도는 2010년 실업급여에 대한 판결²⁰⁷⁾에서 잘 나타난다. 사회법 전 2권상의 통상수요(Regelbedarf) 규정이 헌법에 반한다고 한 이 판결에서 동 재판소는 기존의 소극적인 태도를 벗어나 다음과 같이 판시하고 있다: 첫째, 기본법 제20조 제1항의 사회국가원칙과 결부되는 제1조 제1항에서 도출되는 인간 존엄에 합당한 최저생계의 보장에 대한 기본권은 사회부조를 통해 필요로 하는 모든 사람에게 신체적인 생존(physische Existenz), 사회적, 문화적, 정치적 삶에의 최소한 참여를 위하여 필수적인 물질적 전제조건들을 확보하여 준다. 둘째, 이것은 기본법 제20조 제1항과 결부된 보장권(Gewährleistungsrecht)으로서 기본법 제1조 제1항의 모든 개인의 존엄에 대한 존중에 대한 절대적 요청으로부터 도출되며 독자적인 의미를 갖는 기본권으로서 국가가 맘대로 아무런 조치를 취하지 않는 것은 수긍할 수 없는 것이며(unverfügbar), 원칙적으로 국가가 해결해야 하는 것(eingelöst)이다.

206) Veröffentlicht von Statista Research Department, 28.02.2019.

<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/973584/umfrage/bildungsstand-von-eltern-in-deutschland-nach-familienform/>

207) BVerfG, 1 BvL 1/09 vom 9.2.2010, Absatz-Nr. (1 - 220),

http://www.bverfg.de/entscheidungen/1s20100209_1bvl000109.html

그러나 그 권리는 입법자가 구체화하고 부단히 현실화(Aktualisierung) 할 필요가 있다. 입법자는 공동체의 시시각각의 발전 상태와 현실적인 삶의 조건들에 따라 제공되는 급부를 정해야 하며, 이를 위해 형성의 여지를 갖는다. 셋째, 입법자는 청구범위를 조사하기 위하여 생존에 필수적인 모든 비용을 현실에 적합하고 수급할 수 있게 신뢰할 수 있는 숫자와 논리정연한 계산절차에 근거하여 투명하고 객관적인 절차 속에서 산출해 내야 한다. 넷째, 입법자는 인간존엄에 합당한 최저생계비 확보를 위한 전형적인 필요를 월정액을 통해 충족시킬 수 있다. 그러나 이 월정액을 넘어서 피할 수 없이 발생하는 지속적이며, 일회성이 아닌 특별한 수요에 대한 부가적 급부청구도 인정되어야만 한다.²⁰⁸⁾

단독양육모와 관련이 있는 지원으로는 ① 소득세법상의 감세, 면세 ② 단독양육모 지원으로서 생활지원(Unterhaltsvorschuss) ③ 주거비 ④ 임신비용(Mutterschaftgeld) ⑤ 부모수당(Elterngeld), 부모양육휴가(Elternzeit) ⑥ 아동수당(Kindergeld) ⑦ 아동보조금(Kinderzuschlag) ⑧ 실업수당(Arbeitslosengeld) ⑨ 사회복지금(Sozialgeld) ⑩ 사회부조(Sozialhilfe) ⑪ 모성보호 ⑫ 유아원 자리청구권²⁰⁹⁾ ⑬ 아동생활보조금(Unterhaltsvorschuss) ⑭ 기타(기타지원, 질병아동 지원, 가사지원, 모자휴양 등)가 있다.²¹⁰⁾

단독양육모와 관련이 있는 법제를 좀 더 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

1) 사회법전 제2권상의 급부

단독양육모가 실직을 한 경우 노동능력이 있는 경우에는 사회법전 제2

208) 이 결정 이후 2011. 기초수요조사법의 제정을 통한 법제정비가 있었다. Gesetz zur Ermittlung der Regelbedarfe nach § 28 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch von 24.März 2011(2011. 1. 1. 소급적용). 이 법은 Regelsatzverordnung를 대체한다.

209) 아동축진법(Kinderfördergesetz)에 따른 유아원자리에 대한 청구권

210) <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/familie/chancen-und-teilhabe-fuer-familien/alleinerziehende-foerdern-und-unterstuetzen/73552><http://www.netmoms.de/magazin/familie/alleinerziehende/rechte-und-finanzielle-hilfe-fuer-alleinerziehende/>

권 구직자 기초보장(SGB II Grundsicherung für Arbeitssuchende) 규정에 따라 사회보장상의 급부인 실업수당(Hartz-IV)²¹¹⁾을 받는다. 그리고 노동능력이 없는 경우에는 사회법전 제12권 사회부조(SGB XII Sozialhilfe) 규정에 따른 국가에 의한 부조급부인 실업수당을 받는다. 두 종류의 실업수당은 동일한 기준에 따라 통상수요를 중심으로 개인기준으로 지급된다. 이를 위하여 제정된 통상수요조사법(Regelbedarfsermittlungsgesetz)에 의하여 특별한 가격기준을 정한 후 계산이 되어 통상수요가 결정된다. 통상수요는 6등급으로 구분이 되어 있다. 독립된 가정을 가진 단독양육모의 경우 1등급에 속한다. 또한 함께 살며 공동의 가정을 이끄는 부부일방이나 파트너가 역시 실직 혹은 노동능력이 없는 경우 2등급에 속한다. 함께 살지만 부부나 삶의 파트너가 아닌 성인의 경우에는 3등급으로 분류된다. 함께 사는 자녀의 경우, 연령에 따라 자녀는 4-6 등급으로 분류된다. 그리고 통상수요급부 외에 주거비, 난방비, 기타 적합한 비용, 긴급상황에서의 급부, 현물급부, 일회성 급부, 특별한 경우 대출 등이 같이 실행된다.²¹²⁾ 통상수요를 위한 급부액은 매년 현실에 맞춰 변화하며 연방사회노동부가 매년 11. 1.에 고시한다. 2021년에 지급되는 급부의 구체적인 액수는 다음과 같다²¹³⁾:

- ① 1등급²¹⁴⁾: 1인 가구²¹⁵⁾를 이끄는 수급권자, 또는 단독양육모에게 446유로
- ② 2등급²¹⁶⁾: 수급권이 있는 부부 각인 또는 생활공동체에서 공동으

211) 사회법전 제2권 제7조에서 규정하는 수급권자는 만15세 이상 만65세 미만으로, 노동능력이 있고, 도움이 필요하며, 독일에 통상적인 체류지를 가진 사람이다.

212) 통상수요의 급부의 자세한 내용은 신옥주, 독일의 단독양육모(Alleinerziehende)를 위한 법적·실무적 장치에 대한 연구, 쟈더법학, 제2권 제2호(2011. 6.) 참조.

213) <https://www.lpb-bw.de/regelsatz-hartziv>

214) Für eine erwachsene leistungsberechtigte Person, die als alleinstehende oder alleinerziehende Person einen eigenen Haushalt führt; dies gilt auch dann, wenn in diesem Haushalt eine oder mehrere weitere erwachsene Personen leben, die der Regelbedarfsstufe 3 zuzuordnen sind (§ 20 Absatz 2 S.1 SGB II).

215) Single 가구, 또는 1인가구로 파트너나 아동 없이 혼자 사는 가구를 말한다. 이에 반하여 단독양육모는 다양한 사유로 혼자서 아동을 양육하는 사람을 의미한다.

로 가계를 이끌고 있는 삶의 동반자나 부부유사한 공동체에서 생활하는 성인 각인에게 401유로

③ 3등급²¹⁷⁾: 다른 가정에 함께 살고 있어 자신의 고유의 가정을 갖고 있지 않은, 즉 부모의 가정이나 공동체에 함께 사는 생활공동체에 살고 있는 25세 이상 성인 수급권자에게 357유로

④ 4등급²¹⁸⁾: 필요공동체에 사는 만 15세부터 18세 이하 아동 및 25세가 되지 아니한 사람으로 연방통상·상업·서비스협회(BGA)의 보조금없이 이사를 하는 사람²¹⁹⁾에게 373유로

⑤ 5등급²²⁰⁾: 만 6세부터 13세 미만 아동에게 309유로

⑥ 6등급²²¹⁾: 6세미만의 아동에게 283유로(Sozialgeld)

2) 소득세법(Einkommenssteuergesetz: EStG)상의 규정

단독양육모는 연간소득 1,308유로에 대하여 면세가 된다. 또한 14세 이하의 아동돌봄비용에 대해서도 세금이 감면된다. 장애아동의 경우 돌봄비용 감세에 있어서 연령제한이 없다. 공공기관에서 아동돌봄을 하지 않고 사적으로 보모 등을 고용하여 아동돌봄을 실시하는 경우 돌봄 비용이 지급된 연간 2/3의 기간에 대하여 최대 4,000유로까지 세

216) Für jeweils zwei erwachsene Leistungsberechtigte, die als Ehegatten, Lebenspartner oder in eheähnlicher oder lebenspartnerschaftsähnlicher Gemeinschaft einen gemeinsamen Haushalt führen (§ 20 Absatz 4 SGB II).

217) Für eine erwachsene leistungsberechtigte Person, die weder einen eigenen Haushalt führt, noch als Ehegatte, Lebenspartner oder in eheähnlicher oder lebenspartnerschaftsähnlicher Gemeinschaft einen gemeinsamen Haushalt führt (§ 20 Absatz 3 SGB II). v.m. § 20 Absatz 2 S.2 Nr. 2 SGB II).

218) Für eine leistungsberechtigte Jugendliche oder einen leistungsberechtigten Jugendlichen von 14 bis unter 18 Jahre (§ 20 Absatz 2 S.2 Nr. 1 SGB II) § 23 Nr.1 SGB II).

219) 수급권자는 새롭게 주택임대를 하기 위하여 새 주거지의 비용을 청구할 수 있음. 새로운 주거지의 비용이 적당해야 하고 이사가 필요한 경우여야 함. 상세한 내용은 https://jobcenterdortmund.de/api/media/FW6_Umzugspaket_FW_6_Umzugspaket_c8468c57c3.pdf

220) Für ein leistungsberechtigtes Kind von 6 bis unter 14 Jahre (§ 23 Nr.1 SGB II).

221) Für ein leistungsberechtigtes Kind bis unter 6 Jahre (§ 23 Nr.1 SGB II).

금감면을 받을 수 있다.

소득세법 §§62-78에서는 저소득층을 위한 아동수당(Kindergeld)과 아동보조금(Kinderzuschlag)을 규정하고 있다.²²²⁾ 2021년부터 첫째, 둘째 아동 219유로, 셋째 아동 225유로, 넷째 아동 250유로의 아동수당이 지급된다. 아동수당은 부모의 소득, 국적과 관계없이 독일에 거주하고 있는 아동에게 18세가 될 때까지 지급된다. 그러나 21세가 될 때까지 직업을 구하지 못하고 실업급여II를 받는 아동들에게는 아동수당이 지급된다. 또한 아동이 직업교육이나 대학교육을 받는 중이면 25세까지 연장된다. 예외적으로 국방의무나 대체복무 중이면 지급되지 않는다. 고소득자는 아동수당 대신 법 §32에 따른 최소한도의 아동 양육, 돌봄, 교육비에 대하여 세제상의 혜택인 아동소득공제를 받을 수 있다.

아동보조금은 자신의 수요를 충족하기 위한 수입은 있으나 그 수입이 자녀를 위해 충분하지는 않은 저소득부모를 지원하기 위한 것이다. 저소득층의 노동을 유도하고 실업수당II를 수령하지 않도록 하기 위해 설계된 것²²³⁾으로서 우리나라의 한부모가족지원법상의 자녀수당과 유사하다. 2021. 1. 1.부터 아동 1인당 최대 월 205유로가 아동과 함께 사는 부모에게 지급된다. 혼인하지 않은 25세 이하의 자녀와 함께 사는 단독양육모나 부모는 가정의 자녀를 위해 ① 아동수당을 받고 있을 것 ② 부모의 월수입이 최소수입범위²²⁴⁾에 있을 것 ③ 고려될 수 있는 수입이나 재산이 법에서 정한 최대수입범위를 넘지 않을 것 ④ 자신의 소득과 아동보조금을 통해 가족의 수요가 충족될 수 있어서 사회부조인 실업수당II²²⁵⁾상의 부조요구(Hilfsbedürftigkeit)에 따른 사

222) 3,500 유로(Alleinerziehende), oder 6,700 Euro(기혼자, Splittingtarif) 미만의 수입자의 아동

223) 2014년에 260,000명의 아동과 부모가 아동보조금을 수령한 것으로 나타났다. 아동보조금에 대하여 82%가 만족하는 것으로 조사되어 만족도가 매우 높은 제도로 평가되었다. Evaluation des Kinderzuschlags, Bundesfamilienministerium 2009.

224) 부부의 경우 최소 900유로, 단독양육모의 경우 600유로의 세전수입의 범위.

225) Auf Sozialhilfe im engeren Sinn haben ab dem 1. 1. 2005 nur noch Erwerbsunfähige auf Zeit, Vorruehändler mit niedriger Rente, längerfristig

회복지급(Sozialgeld)²²⁶이 발생하지 않을 것이 요구된다.

이들의 주거소요비용에 대하여는 소득에 따라 차등적으로 주거비가 지급된다.

아동수당과 아동보조금, 주거비의 수령자는 이외에 지방자치단체에 의해 교육과 참여를 위한 7가지의 급부를 금전이나 실물로 받는다: ① 1일의 학교소풍 또는 유치원소풍(실질비용) ② 수일간의 학급여행 또는 유치원여행(실질비용) ③ 개인적 학교비용(연간 총 100유로) ④ 학생들의 학교등교비용(실질비용) ⑤ 수학축진(실질비용) ⑥ 학교나 유치원에서 공동체적인 점심 참여(보조금) ⑦ 공동체에서 사회적, 문화적인 삶에 참여, 스포츠 클럽이나 음악학교방문(매월 10유로).²²⁷

3) 부모수당 및 부모육아휴가법상의 지원²²⁸

부모수당은 출산 후 아동을 양육하기 위해 부모가 일시적으로 전일 혹은 일정시간을 집에 있게 됨으로써 소득이 감소하는 경우, 소득감소

Erkrankte und hilfebedürftige Kinder mit selbst nicht hilfebedürftigen Eltern einen Anspruch. Rechtsgrundlage ist das Sozialgesetzbuch - Zwölftes Buch - (SGB XII). Für die Frage, ob nun ein Anspruch auf - Arbeitslosengeld II(SBG II), - auf Grundsicherung im Alter oder bei Erwerbsminderung (SGB XII) oder - auf Sozialhilfe (SGB XII) besteht, ist das Tatbestandsmerkmal der Erwerbsfähigkeit entscheidend.

226) 사회법전 II 제19조에 따라 구직자 기초보장의 범위 내에서 도움이 필요한 사람으로서 노동능력이 없어서 실직수당II를 청구할 수 없으나, 사회법전 II 제7조 상의 수요공동체(Bedarfsgemeinschaft)에서 노동능력이 있는 사람과 같이 생활하는 자에게 지급하는 것으로서 생존배려급부(Fürsorgeleistung)이다.

227) <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/familie/familienleistungen/kinderzuschlag-und-leistungen-fuer-bildung-und-teilhabe/73906>

228) Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit; Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz -BEEG. Vollzitat: "Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz vom 5. Dezember 2006 (BGBl. I S. 2748), das zuletzt durch Artikel 14 des Gesetzes vom 9. Dezember 2010 (BGBl. I S. 1885) geändert worden ist", <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/beeg/gesamt.pdf>. 이 법은 저출산대책으로 새로이 부모수당과 부모육아휴직(Elterngeld und zur Elternzeit)제도를 도입하였으며, 2006. 12. 5. 제정되었고, 2007. 1. 1.부터 시행되고 있다. 이법은 2010. 11. 9.에 최종 수정되어 2011. 1.부터 시행되고 있다.

를 완화하는 역할을 한다. 실업수당Ⅱ, 사회복지금(Sozialgeld), 아동보조금은 부모수당의 산정 시 완전하게 수입으로 계산된다. 또한 부모수당은 고소득자, 즉 부부의 경우 세금을 내야 하는 연봉이 500,000유로, 단독양육인의 경우 250,000유로에 달하는 경우에는 부모수당이 지급되지 않는다.

저출산대책으로 제정된 이 법은 크게 두 파트로 나누어지는데 §§1-14는 부모수당, §§16-21에서는 부모육아휴직에 관하여 규정하고 있다. 부모는 아동을 돌보기 위해 부모육아휴가를 자유롭게 분할하여 신청할 수 있다. 부모육아휴가는 아동이 3세가 될 때까지 3년을 낼 수 있으며, 사업주의 동의하에 8년의 기간에 걸쳐 사용할 수 있다. 법상 부모수당규정의 적용대상자는 독일에 거주하며, 아동과 같이 생활하고, 아동을 스스로 돌보거나 교육하고, 출산 후 직업을 갖지 않거나 전일제 직업을 갖지 않은 자이다. 이러한 사람들에게 지급되는 부모수당은 자녀출산 후 이들에게 발생하는 경제적 손실을 막아주기 때문에 가족의 출산지원을 위해 매우 중요한 역할을 한다. 부모수당은 모나 부에게 최대 14개월 동안 지급된다. 그러나 일방에게 최장 12개월의 부모수당이 지급되도록 함으로써 부모 모두 아동양육에 참여하도록 유도한다. 단독양육인은 교대하여 아동을 돌보고, 그에 따라 부모수당을 청구할 파트너가 없기 때문에 예외적으로 1인이 14개월의 부모수당을 청구할 수 있다.

2015. 7. 1. 이후 출산한 부모는 지금까지의 기본부모수당(Basiselterngeld), 새로운 부모수당플러스(Elterngeldplus), 또는 이 두 가지의 혼합형을 선택할 수 있다. 전통적인 기본부모수당의 수령을 위하여 부모는 아동의 양육을 위한 시기를 자유롭게 정할 수 있으며 부모의 일방은 최단 2개월 최장 12개월의 부모수당을 청구할 수 있다. 최장 12개월의 부모수당을 부부 일방이 지급받는 경우 나머지 2개월분의 부모수당은 다른 일방이 아동보육을 하여 수입이 중단되면 청구할 수 있게 된다. 부모수당플러스는 부모수당의 수령 중 일정시간동안 일을 하고자 하는

부모를 위한 것으로서, 이들에게는 지금까지 인정되었던 통상적 부모수당지급기간보다 더 장기간의 부모수당지급기간이 인정된다. 이들이 매주 20-30시간 노동을 하고 아동을 양육한 경우 부모당 부모수당기간에 부가적으로 파트너보너스가 지급된다.

부모수당은 출산 전 부모의 월 평균수입에 상응하여 최대 1,800유로, 최소 300유로(부모수당 플러스의 경우 최대 900, 최소 150유로)가 지급된다. 출산 후 스스로 아이를 돌보면서 주당 30시간 이상의 노동을 하지 않으면, 예컨대 학생, 주부, 다른 아동을 돌보기 위해 일을 하지 않는 부모 등 누구나 최소 300유로의 부모수당을 받을 수 있다. 다자녀부모는 지급되는 부모수당에 10%의 부가금이 붙거나 혹은 최소 75유로의 자녀보너스를 받는다. 다둥이의 경우 아동당 300유로씩의 부가금이 있다. 출산 전 1,000유로 미만의 수입을 가진 저임금자에게 단계적으로 100%까지 부모수당이 인정이 된다. 기존에는 출산 전의 수입이 1,000-1,200유로 사이인 경우, 출산 후 사라진 수입의 67%를 부모수당으로 받았다. 그러나 2013. 1. 1. 출생한 자녀의 부모부터는 1,000유로의 67%를 기준으로 하여, 100-1,200유로까지는 2유로마다 0.1%가 증가하여 부모수당이 계산되고, 1,200유로 이상의 경우는 65%를 기준으로 2유로마다 0.1%가 증가하는 방식으로 이를 계산하여 지급한다.²²⁹⁾

4) 모성보호법²³⁰⁾(Mutterschutzgesetz)

법 제3조에 따라 임신부는 출산 6주전부터는 근로가 금지된다. 제6조에서는 출산 후 8주(조산, 또는 쌍둥이 이상 출산은 12주)가 지나서야

229) 법 제2조 부모수당의 한도

230) Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter(Mutterschutzgesetz - MuSchG).
Ausfertigungsdatum: 24. 1. 1952

Vollzitat: Mutterschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Juni 2002 (BGBl. I S. 2318), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 23. Oktober 2012 (BGBl. I S. 2246) geändert worden ist.

일을 다시 할 수 있다고 규정하고 있다. 이 기간 동안 법정보험에 가입된 산모에게는 신청에 의하여 보험회사와 회사가 공동으로 합해서 지불하게 되는 임신부수당(Mutterschaftgeld)이 지급된다. 월 400유로 단 시간 노동(미니잡)의 경우는 일시불로 한번에 210유로가 지급된다.

III. 민법에 따른 상속결격제도

독일 민법 제1938조²³¹⁾에서는 상속에 의하여 피상속인이 친척, 부부 혹은 삶의 파트너를 상속에서 배제시킬 수 있다고 규정한다. 그리고 제2333조²³²⁾에서는 의무상속부의 박탈을 규정한다. 제1항에 따라 피상속인은 후손(Abkömmling)이 1. 피상속인, 피상속인의 부부 일방, 다른 후손 또는 이와 유사한 관계의 사람에게 생명을 침해하려고 하거나 2. 1.호의 사람들에 대하여 중대한 고의의 범법행위 또는 범죄를 저지르거나 3. 피상속인에 대하여 후손이 해야할 법정 부양의무를 악의적(böswillig)으로 위반하였거나 4. 고의의 범죄로 인하여 최소 1년 이상

231) BGB § 1938 Enterbung ohne Erbeinsetzung

232) (1) Der Erblasser kann einem Abkömmling den Pflichtteil entziehen, wenn der Abkömmling

1. dem Erblasser, dem Ehegatten des Erblassers, einem anderen Abkömmling oder einer dem Erblasser ähnlich nahe stehenden Person nach dem Leben trachtet,
 2. sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen eine der in Nummer 1 bezeichneten Personen schuldig macht,
 3. die ihm dem Erblasser gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht böswillig verletzt oder
 4. wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bewährung rechtskräftig verurteilt wird und die Teilhabe des Abkömmlings am Nachlass deshalb für den Erblasser unzumutbar ist. Gleiches gilt, wenn die Unterbringung des Abkömmlings in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in einer Entziehungsanstalt wegen einer ähnlich schwerwiegenden vorsätzlichen Tat rechtskräftig angeordnet wird.
- (2) Absatz 1 gilt entsprechend für die Entziehung des Eltern- oder Ehegattenpflichtteils.

집행유예 없이 자유형의 선고를 받고 이로 인하여 상속재산에 대한 참여가 기대될 수 없는 경우이다. 후손이 중대한 고의적 행위로 인하여 정신병동이나 보호감호시설에 수용이 적법하게 처분이 된 경우도 이와 같다. 그리고 제2항에 따라 제1항의 규정은 부모 또는 부부 의무상속분에 대한 박탈을 함에 있어서도 유효하다.

의무상속권은 독일 기본법과 판결을 통해 특별한 보호를 받는다. 민법 제2333조는 예외적으로 피상속인이 명확하고 결정적인 사실관계에 근거하여 의무상속분을 상속인들에게서 박탈하는 규정이다. 이러한 박탈조항의 배경에는 후손 등이 피상속인에 대하여 무례하고 감사함이 없이 행동하고 가족 간의 결합의 관계에서 나오는 가족적 의무를 다하지 않은 경우 피상속인으로 하여금 이들이 상속하는 것을 받아들이지 않도록 하기 위한 것이다.

의무상속분은 피상속인의 유언에서 보호되며, 상속인의 재산증식에 대한 기여에 대하여 의무상속분을 통하여 후손 등의 생계와 돌봄을 확보할 필요성에서 인정된 것이다. 의무상속분이 가진 이러한 이념은 2005. 4. 19. 연방헌법재판소에 의하여 매우 비판적으로 검토되었다.²³³⁾ 연방헌법재판소는 피상속인 자녀가 유산의 의무상속분에 대하여 가지는 권리는 원칙적으로 박탈될 수 없고 경제적인 필요와 무관한 것으로서 기본법 제6조와 결부된 제14조의 상속권으로부터 보장되는 주관적 공권이고 따라서 그 내용과 제한은 법률에 따라서만 가능하다고 하며, 피상속인 자녀의 의무상속분에 관한 민법 제2303조 제1항의 규정, 의무상속분 박탈근거 규정인 민법 제233조 1., 2.와 의무상속분 부적당규저인 민법 제2345조 제2항, 2339조 제1항 1.은 헌법에 합치된다고 판단하였다.

헌법재판소의 위 결정 이후입법자는 유산 및 의무상속분의 개선을 위한 법률개정을 하였으며 이에 따라 현행 민법 제2333조에서 의무상

233) BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. April 2005
- 1 BvR 1644/00 -, Rn. 1-98,

속분의 박탈을 위한 근거들이 규정되었다. 동 법률규정은 2020. 1. 1. 발효되었다.

IV. 민법상 파탄주의에 따른 이혼과 경제적 안전

독일의 민법상 이혼 후 부양규정을 살펴보면 다음과 같다.

부부관계가 존속 되는 중 별거 후 이혼을 하게 되는 경우를 위해 민법 제1361조²³⁴⁾ 별거부양(Trennungsunterhalt) 규정에 따라 생계유지의무자가 권리자에게 부양의무가 있다. 유책인지여부는 기준이 아니며, 누가 이혼 후 경제적으로 취약하여졌는지가 기준이 된다. 이 규정에 따라 부부가 별거하여 살게 되면 부부의 일방은 다른 일방으로부터 부부의 생활관계와 소득 및 재산관계에 따라 적합한 부양을 요구

234) § 1361 Unterhalt bei Getrenntleben(별거부양)

- (1) Leben die Ehegatten getrennt, so kann ein Ehegatte von dem anderen den nach den Lebensverhältnissen und den Erwerbs- und Vermögensverhältnissen der Ehegatten angemessenen Unterhalt verlangen; für Aufwendungen infolge eines Körper- oder Gesundheitsschadens gilt § 1610a. Ist zwischen den getrennt lebenden Ehegatten ein Scheidungsverfahren rechtshängig, so gehören zum Unterhalt vom Eintritt der Rechtshängigkeit an auch die Kosten einer angemessenen Versicherung für den Fall des Alters sowie der verminderten Erwerbsfähigkeit.
- (2) Der nicht erwerbstätige Ehegatte kann nur dann darauf verwiesen werden, seinen Unterhalt durch eine Erwerbstätigkeit selbst zu verdienen, wenn dies von ihm nach seinen persönlichen Verhältnissen, insbesondere wegen einer früheren Erwerbstätigkeit unter Berücksichtigung der Dauer der Ehe, und nach den wirtschaftlichen Verhältnissen beider Ehegatten erwartet werden kann.
- (3) Die Vorschrift des § 1579 Nr. 2 bis 8 über die Beschränkung oder Versagung des Unterhalts wegen grober Unbilligkeit ist entsprechend anzuwenden.
- (4) Der laufende Unterhalt ist durch Zahlung einer Geldrente zu gewähren. Die Rente ist monatlich im Voraus zu zahlen. Der Verpflichtete schuldet den vollen Monatsbetrag auch dann, wenn der Berechtigte im Laufe des Monats stirbt. § 1360a Abs. 3, 4 und die §§ 1360b, 1605 sind entsprechend anzuwenden.

할 수 있게 되는데 생계부양권자는 생계활동을 통해서 자신의 생계를 스스로 유지할 수 없는 소득활동이 없는 부부 일방이다. 별거부양은 다른 일방에게 특히 혼인지속 기간의 고려 하에서 이전의 소득활동으로 인한 개인적인 관계에 따라, 그리고 부부의 경제적 관계에 따라서 이러한 부양이 기대될 수 있을 때 인정된다. 지속적인 부양은 금전연금을 통해 보장되고, 매월 선지급 된다. 부양의무자는 권리자가 그달에 사망하는 경우에도 1개월의 부양료 지급의무가 있다. 심한 부당성(grober Unbilligkeit)으로 인한 부양제한 또는 부양거부가 되는 경우에는 민법 제1579조 각호 2.부터 8.까지가 각각 상응하여 적용된다.

이혼재판과 동시에 이혼 후 부양사안이 진행되며 별도의 이혼의 부양청구는 필요하지 않다. 민법 제1569조에 따라 원칙은 이혼한 후 각자가 자신의 생계유지를 담당해야 하지만 그렇지 못한 경우를 위해 민법에서는 다음과 같은 다양한 보호장치를 마련하고 있다.

① 아동돌봄부양(Betreuungsunterhalt § 1570 BGB)²³⁵이 있다. 이혼한 후 아동을 양육하는 부부의 일방은 최소 출생 후 3세까지 부부공동의 자녀에 대한 양육과 돌봄비용을 아동의 욕구(Belange)와 현존하는 아동돌봄 가능성을 고려하여 청구할 수 있으며, 이 청구는 상당성(Billigkeit)이 있으면 연장된다.

② 고령부양(Unterhalt von Alters wegen § 1571 BGB)²³⁶이 있는

235) § 1570 Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes(아동돌봄으로 인한 부양)

- (1) Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes für mindestens drei Jahre nach der Geburt Unterhalt verlangen. Die Dauer des Unterhaltsanspruchs verlängert sich, solange und soweit dies der Billigkeit entspricht. Dabei sind die Belange des Kindes und die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen.
- (2) Die Dauer des Unterhaltsanspruchs verlängert sich darüber hinaus, wenn dies unter Berücksichtigung der Gestaltung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit in der Ehe sowie der Dauer der Ehe der Billigkeit entspricht.

236) § 1571 Unterhalt wegen Alters(고령부양)

Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen Unterhalt verlangen, soweit von ihm im Zeitpunkt 1.der Scheidung, 2.der Beendigung der Pflege oder

데, 이는 이혼한 시점이나, 공동자녀의 양육 또는 돌봄을 종료한 시점, 또는 제1572조와 제1573조에 따른 부양청구 전제조건이 사라졌을 때에 이혼한 부부일방이 고령으로 인해 생계활동이 더 이상 기대될 수 없는 경우에 한해 다른 일방에 대하여 부양을 청구할 수 있는 것을 뜻한다.

③ 질병부양(Unterhalt wegen Krankheit oder Gebrechens § 1572 BGB)²³⁷⁾은 이혼한 부부 일방이 다른 일방에 대하여 다음 4가지의 경우에 한하여서, 즉 ㉠ 이혼 시, ㉡ 공동자녀의 양육 또는 돌봄의 종료 시, ㉢ 혼련교육, 계속교육, 전환교육(Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung)의 종료 시, ㉣ 제157조에 따른 부양청구를 위한 전제조건이 제거된 때 질병 또는 다른 허약함(Gebrechen) 또는 육체적 또는 정신적 힘의 약함(körperlichen oder geistigen Kräfte)으로 인해 생계활동이 더 이상 기대될 수 없는 경우에 한해 부양을 청구할 수 있는 것을 뜻한다.

④ 실업부양(Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit § 1573 Abs. 1 BGB)²³⁸⁾은 이혼한 부부 일방이 제1570조부터 제1572조까지의 부양청

Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes oder 3.des Wegfalls der Voraussetzungen für einen Unterhaltsanspruch nach den §§ 1572 und 1573 wegen seines Alters eine Erwerbstätigkeit nicht mehr erwartet werden kann.

237) § 1572 Unterhalt wegen Krankheit oder Gebrechen(질병부양)

Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen Unterhalt verlangen, solange und soweit von ihm vom Zeitpunkt

1. der Scheidung, 2. der Beendigung der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes, 3. der Beendigung der Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung oder 4. des Wegfalls der Voraussetzungen für einen Unterhaltsanspruch nach § 157

an wegen Krankheit oder anderer Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann.

238) § 1573 Abs. 1 Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit (실업부양)

(1) Soweit ein geschiedener Ehegatte keinen Unterhaltsanspruch nach den §§ 1570 bis 1572 hat, kann er gleichwohl Unterhalt verlangen, solange und soweit er nach der Scheidung keine angemessene Erwerbstätigkeit zu finden vermag.

구권을 갖지 않는 한도 내에서, 그 부부일방이 이혼 후 적당한 어떠한 생계활동도 찾을 수 없는 경우에 한하여 부양을 청구할 수 있는 것을 뜻한다.

⑤ 보충적 부양(Aufstockungsunterhalt § 1573 Abs. 2 BGB)²³⁹⁾은 이혼한 부부 일방이 하는 적당한 생계활동으로부터 완전한 생계유지를 위한 소득이 충분하지 않다면(§1578), 그가 이미 제1570조부터 제1572조까지의 부양청구를 갖지 않는 경우에 한하여 소득과 완전한 생계유지비용사이의 차액을 요구할 수 있는 것을 뜻한다.

⑥ 교육부양(Ausbildungsunterhalt § 1575)²⁴⁰⁾은 이혼한 부부일방의 교육을 위한 부양이다. 첫째, 혼인을 기대하면서, 혹은 혼인생활 동안에 학교교육이나 직업교육을 받지 않거나 중단한 이혼한 부부 일방은 만일 그가 그 학교 또는 중단한 교육 혹은 다른 교육을 시작하면

239) § 1573 Abs. 2 Aufstockungsunterhalt(보충적 부양)

(2) Reichen die Einkünfte aus einer angemessenen Erwerbstätigkeit zum vollen Unterhalt (§ 1578) nicht aus, kann er, soweit er nicht bereits einen Unterhaltsanspruch nach den §§ 1570 bis 1572 hat, den Unterschiedsbetrag zwischen den Einkünften und dem vollen Unterhalt verlangen.

240) § 1575 Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung(훈련교육, 계속교육, 전환교육)

- (1) Ein geschiedener Ehegatte, der in Erwartung der Ehe oder während der Ehe eine Schul- oder Berufsausbildung nicht aufgenommen oder abgebrochen hat, kann von dem anderen Ehegatten Unterhalt verlangen, wenn er diese oder eine entsprechende Ausbildung sobald wie möglich aufnimmt, um eine angemessene Erwerbstätigkeit, die den Unterhalt nachhaltig sichert, zu erlangen und der erfolgreiche Abschluss der Ausbildung zu erwarten ist. Der Anspruch besteht längstens für die Zeit, in der eine solche Ausbildung im Allgemeinen abgeschlossen wird; dabei sind ehebedingte Verzögerungen der Ausbildung zu berücksichtigen.
- (2) Entsprechendes gilt, wenn sich der geschiedene Ehegatte fortbilden oder umschulen lässt, um Nachteile auszugleichen, die durch die Ehe eingetreten sind.
- (3) Verlangt der geschiedene Ehegatte nach Beendigung der Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung Unterhalt nach § 1573, so bleibt bei der Bestimmung der ihm angemessenen Erwerbstätigkeit (§ 1574 Abs. 2) der erreichte höhere Ausbildungsstand außer Betracht.

곧바로 다른 일방에 대하여 생계유지를 지속적으로 가능케 하는 적합한 생계활동을 확보하고 성공적인 훈련교육의 성공적인 종료를 할 수 있도록 부양을 청구할 수 있다. 둘째, 이혼한 부부 일방이 혼인을 통해 발생한 단점을 상쇄하기 위하여 계속교육이나 전환교육을 받는 경우에도 이와 같다.

⑦ 상당한 사유에 따른 부양(Unterhalt aus Gründen der Billigkeit § 1576 BGB)²⁴¹⁾ 규정이 있다. 이혼한 부부의 일방은 다른 일방에게 기타 중대한 사유로 생계활동이 기대될 수 없고 부부 쌍방의 이해를 고려하여 부양거부가 부당한 때에 한해서 부양을 청구할 수 있다. 중대한 사유는 단지 혼인의 파탄을 가져왔다는 이유만으로 고려되어서는 아니된다.

V. 양육비 우선지급제도

독일은 「양육비 선급을 통한 한부모 자녀의 양육지원에 관한 법률」(이하 양육비 우선지급(Unterhaltsvorschüsse)²⁴²⁾법)²⁴³⁾에서 양육비 우

241) § 1576 Unterhalt aus Billigkeitsgründen(상당한 사유에 따른 부양)

Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen Unterhalt verlangen, soweit und solange von ihm aus sonstigen schwerwiegenden Gründen eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann und die Versagung von Unterhalt unter Berücksichtigung der Belange beider Ehegatten grob unbillig wäre. Schwerwiegende Gründe dürfen nicht allein deswegen berücksichtigt werden, weil sie zum Scheitern der Ehe geführt haben.

242) 양육비 대지급, 양육비 우선지급, 양육비 선지급 등 다양하게 번역되고 있다. 이 글에서는 양육비 우선지급이라고 번역하고자 한다.

243) Gesetz zur Sicherung des Unterhalts von Kindern alleinstehender Mütter und Väter durch Unterhaltsvorschüsse oder -ausfälligkeiten (Unterhaltsvorschussgesetz) UhVorschG Ausfertigungsdatum: 23. 7. 1979

Vollzitat: “Unterhaltsvorschussgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Juli 2007 (BGBl. I S. 1446), das zuletzt durch Artikel 23 des Gesetzes vom 14. August 2017 (BGBl. I S. 3122) geändert worden ist”

Stand: Neugefasst durch Bek. v. 17. 7. 2007 I 1446; zuletzt geändert durch Art. 23 G v. 14. 8. 2017 I 3122

선지급제도를 두고 있다.

1. 사회보장체계 내 양육비 우선지급제도의 위치

사회보장제도의 급여는 두 가지로 분류된다. 첫째, 최저보장(Mindestsicherung)급여로 사회구성원으로서 누려야 하는 삶의 질을 보장해 주기 위한 것이다. 전쟁피해자부조, 망명신청자지원급여, 기초보장이 여기에 속한다. 또한 기초보장에는 근로능력자 대상의 실업급여 II와 근로무능력자 대상 사회부조(Sozialhilfe)가 있다. 둘째, 추가보장 개념의 급여로 최저보장에 속하지 않는 급여이며 취업훈련지원, 부모수당(Elterngeld),²⁴⁴⁾ 장애급여, 아동수당, 어린이집 보육료 지원, 양육비선지급(Unterhaltsvorschussleistung), 아동·청소년지원, 모성수당(Mutterschaftsgeld),²⁴⁵⁾ 의사상자 및 전쟁피해자지원 등이 있다.

양육비 우선지급은 국가가 아동양육을 위하여 부모가 지출하는 비용을 직접 보전해주는 현금급여로서 추가보장 급여 중 하나이다. 그 특징은 첫째, 양육비선지급은 최저보장이 아니라 아동양육 과정에서 발생하는 추가 비용을 지원하는 추가보장의 하나이며 둘째, 양육비선지급은 수급자의 자율을 최대한 존중하는 현금급여로 수급자의 급여 처분권을 제한하는 바우처 형태가 아니며, 셋째, 양육비선지급은 양육부모가 갖게 되는 양육으로 인한 기회비용 지원이 아니라 아동양육 시 지출해야 하는 비용을 보전해 주기 위한 지출비용 지원이라는 점이다.²⁴⁶⁾

양육지원금 또는 양육비감소급부를 통한 단독양육부·모 자녀의 양육안전을 위한 법률로 직역될 수 있으나 국회에서 번역한 예에 따름.

244) 1986년부터 실시한 아동양육수당(Kindererziehungsfeld)를 대체하여 남성의 아동양육참여를 자극하기 위하여 2007년부터 도입.

245) 하루 최대 13유로에 모성보호기간 시작전 3개월간 올린 순소득의 평균을 1일로나는 액수를 더한 것. 출산 전 6주, 출산 당일 하루, 출산 후 8주 지급. 자녀출산 후 휴직하는 부 또는 모에게 월소득 67% 최고 1,800유로 지급. 14개월 중 부모 일방은 최대 12개월 이용가능, 최소 2개월은 남은 부모 일방만이 사용가능. 한부모가족의 경우 14개월 사용.

246) 정재훈, 아동양육비 지원체계 국제비교 독일사례를 중심으로, 이슈브리프, 젠더리

가. 수급권자(Berechtigte)

수급권자는 아동이다. 양육비 우선지급법 제1조에 따라 18세 미만, 한부모 혹은 별거·사별한 부모와 동거, 비별거부모로부터 적절한 양육비 미지급, 독일국내거주, 외국인의 경우 영주권자일 것을 요건으로 하고 있다.

제1조는 이 법상 양육비지원금을 청구할 권리가 있는 사람에 대하여 다음과 같이 규정한다.

(1) 이 법에 따른 양육비지원금은 1. 만 12세가 넘지 아니하고 2. 이 법의 효력범위 내에서 미혼, 사별, 이혼 또는 배우자나 파트너로부터 장기간 따로 살고 있는 부모 일방과 함께 살고 3. a) 다른 부모 일방으로부터의 부양을 받지 못하거나 정기적으로 받지 못하거나, 또는 b) 부모나 계부모의 일방이 사망했을 때 이 법 제2조 제1항과 제2항에서 정한 최소한 액수의 고아연금(Waisenbezüge)을 받지 못하거나 정기적으로 받지 못하는 사람이 청구할 수 있다.

(1a) 다음과 같은 경우 제1항 1.의 규정과 달리 아동이 만 18세에 이르기까지 양육비지원금을 청구할 수 있다: 1. 아동이 사회법전 제2권에 따른 어떠한 급부도 받지 않거나, 양육비급부를 통하여 사회법전 제2권 제9조²⁴⁷⁾에 따른 아동의 부조필요성(Hilfebedürftigkeit)이 회피

부 2014. 여름호, 44쪽 이하.

247) Sozialgesetzbuch (SGB) Zweites Buch (II) - Grundsicherung für Arbeitsuchende § 9 Hilfebedürftigkeit

- (1) Hilfebedürftig ist, wer seinen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus dem zu berücksichtigenden Einkommen oder Vermögen sichern kann und die erforderliche Hilfe nicht von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen, erhält.
- (2) Bei Personen, die in einer Bedarfsgemeinschaft leben, sind auch das Einkommen und Vermögen des Partners zu berücksichtigen. Bei unverheirateten Kindern, die mit ihren Eltern oder einem Elternteil in einer Bedarfsgemeinschaft leben und die ihren Lebensunterhalt nicht aus eigenem Einkommen oder Vermögen sichern können, sind auch das Einkommen und Vermögen der Eltern oder des Elternteils und dessen in

될 수 있는 경우, 또는 2. 아동과 함께 사는 부모 일방이 아동수당을 제외하고 사회법전 제2권 제11조 제1항 1문248)에서 의미하는 처분할 수 있는 최소 600유로 이상의 수입이 있는 경우(이 수입계산에서 사회법전 제2권 제11b조에 따른 수당들은 제외되지 않음)이다.

(2) 아동과 함께 사는 부모의 일방은 부부 또는 파트너 관계에서 민법 제1567조상의 별거를 하거나 질병 또는 장애로 인하여, 또는 법원의 명령을 근거로 하여 최소한 6개월 이상 시설에 있는 수용되어 따로 사는 경우이다.

(2a) 이하 생략

제1조 제1항 2.상의 부모 일방이 다른 부모 일방과 함께 살거나, 이 법의 실현을 위하여 필요한 정보를 제공하지 않거나, 친부확정 또는 다른 부모 일방에 대의 체류지에 대하여 협조를 하지 않는 경우 이 법에 따른 우선지급청구권은 존재하지 않는다. 양육비지급의무자 양육

Bedarfsgemeinschaft lebender Partnerin oder lebenden Partners zu berücksichtigen. Ist in einer Bedarfsgemeinschaft nicht der gesamte Bedarf aus eigenen Kräften und Mitteln gedeckt, gilt jede Person der Bedarfsgemeinschaft im Verhältnis des eigenen Bedarfs zum Gesamtbedarf als hilfebedürftig, dabei bleiben die Bedarfe nach § 28 außer Betracht. In den Fällen des § 7 Absatz 2 Satz 3 ist Einkommen und Vermögen, soweit es die nach Satz 3 zu berücksichtigenden Bedarfe übersteigt, im Verhältnis mehrerer Leistungsberechtigter zueinander zu gleichen Teilen zu berücksichtigen.

- (3) Absatz 2 Satz 2 findet keine Anwendung auf ein Kind, das schwanger ist oder sein Kind bis zur Vollendung des sechsten Lebensjahres betreut.
 - (4) Hilfebedürftig ist auch derjenige, dem der sofortige Verbrauch oder die sofortige Verwertung von zu berücksichtigendem Vermögen nicht möglich ist oder für den dies eine besondere Härte bedeuten würde.
 - (5) Leben Hilfebedürftige in Haushaltsgemeinschaft mit Verwandten oder Verschwägerten, so wird vermutet, dass sie von ihnen Leistungen erhalten, soweit dies nach deren Einkommen und Vermögen erwartet werden kann.
- 248) Sozialgesetzbuch (SGB) Zweites Buch (II) - Grundsicherung für Arbeitsuchende § 11 Zu berücksichtigendes Einkommen (1) Als Einkommen zu berücksichtigen sind Einnahmen in Geld abzüglich der nach § 11b abzusetzenden Beträge mit Ausnahme der in § 11a genannten Einnahmen.

비를 지급한 그 달을 위하여서는 우선지급청구권이 행사될 수 없다.

12세 미만 아동의 경우, 아동이나 양육부·모 소득 및 수급요건에 무관하게 지급된다. 2021년부터 0-6세 미만 아동은 매월 174유로, 7-12세 미만 매월 232유로가 지급된다. 12-18세 미만의 아동인 경우 법에서 정한 요건을 충족하는 경우 월 309유로를 수급한다.

〈수급자격 및 지원금액〉 249)

연령	양육부·모의 소득요건	아동의 수급요건	지급금액
12세 미만	제한 없음	제한 없음	0-6세 미만: 매월 174유로 7-12세 미만: 매월 232유로
12세 이상- 18세 미만	양육부·모가 아동수당을 제외하고 사회법전 제2권 제11조 제1항 ²⁵⁰⁾ 에서 의미하는 최소 600유로 이상의 수입을 가지고 있을 것(사회법전 제2권 11b조에 따른 금액은 소득에서 제외되지 않음)	또는 ²⁵¹⁾ 아동이 사회법전 제2권의 수급을 받지 않거나 양육비우선지급수당을 통해 제2권 제9조에 따른 사회부조의 필요성이 해결될 수 있을 것	12-18세 미만: 매월 309유로

249) 윤지영, 사회보장의 관점에서 본 양육비이행확보제도의 법적 과제, 사회보장법연구 10(1), 2021. 6. 36쪽.

250) § 11 Zu berücksichtigendes Einkommen

(1) Als Einkommen zu berücksichtigen sind Einnahmen in Geld abzüglich der nach § 11b abzusetzenden Beträge mit Ausnahme der in § 11a genannten Einnahmen. Dies gilt auch für Einnahmen in Geldeswert, die im Rahmen einer Erwerbstätigkeit, des Bundesfreiwilligendienstes oder eines Jugendfreiwilligendienstes zufließen. Als Einkommen zu berücksichtigen sind auch Zuflüsse aus darlehensweise gewährten Sozialleistungen, soweit sie dem Lebensunterhalt dienen. Der Kinderzuschlag nach § 6a des Bundeskindergeldgesetzes ist als Einkommen dem jeweiligen Kind zuzurechnen. Dies gilt auch für das Kindergeld für zur Bedarfsgemeinschaft gehörende Kinder, soweit es bei dem jeweiligen Kind zur Sicherung des Lebensunterhalts, mit Ausnahme der Bedarfe nach § 28, benötigt wird.

251) 양육부모 요건 또는 수급권자인 아동의 요건 중 하나가 충족되면 족함.

나. 정보제공의무

양육비 지급의무자는 지자체 청소년청 양육비 우선지급 담당팀이 요청하는 본인 관련 정보를 제공할 의무를 부담한다. 지급의무자가 근무하는 직장의 사용자, 보험회사와 은행 등 금융기관, 지급의무자에게 급여를 제공하고 있는 사회서비스 및 복지급여 제공기관, 그리고 지역 세무서는 지자체가 요청하는 양육비 지급의무자의 고용관계, 근무지, 급여 등 정보를 제공할 의무를 갖는다. 특히 양육비 지급의무자와 사용자가 정보 제공 의무를 이행하지 않을 경우에 벌금을 부과하게 된다.

양육비선지급법 제6조 제1항에서는 담당관청의 요청에 따라 양육비 수급권자와 함께 살지 않는 부모 일방은 담당관청에게 이 법의 실행을 위하여 필요한 정보를 제공해야 할 의무가 있다고 규정한다. 제2항에서는 제1항의 부 또는 모를 고용하고 있는 사업주는 담당관청의 요청에 따라 이 법의 실행을 위하여 필요한 작업의 종류, 기간, 작업장, 수입 등의 정보를 제공할 의무를 가진다고 규정한다. 또한 보험회사는 담당관청의 요청에 따라 이 법의 실행을 위하여 필요한 제1항의 부 또는 모의 거주지, 수입정보를 제공해야 할 의무가 있다. 제1항과 제2항의 정보제공의무자들은 그러한 정보의 제공으로 인하여 형사처벌이나 질서벌의 위험에 처하게 되는 경우 정보제공을 거부할 수 있다.

제4항에서는 아동과 함께 사는 양육부 또는 모는 급부 또는 급부와 관련된 관계들에 현저한 변화가 있는 경우 담당관청에 변화를 신고해야 한다. 또한 제5항에 따라 사회법전 제10권 제69조에 따른 사회보장 급부권자나 기타 다른 관청 및 재무청은 담당 관청에게 제1항상의 부 또는 모의 거주지, 고용주, 수입에 대하여 정보를 제공할 의무가 있다.

제6항에서는 담당관청이 연방세무청에 Abgabenordnung 제93b조 제1항에 명시된 정보들을 제공하여 줄 것을 요청할 수 있다. 그리고 수급권자의 요청에 따라 제1, 2, 6항상의 정보를 제공해 줄 의무가 있다.

고의 또는 과실로 제6조 제1항, 제2항에 반하여 정보를 제공하지 않

거나 제4항에 따라 변동에 대한 신고를 하지 않는 경우 제10조에 따라 벌금에 처하여진다.

제9조에 따라 우선지급은 수급권자인 아동과 함께 살고 있는 양육부·모 또는 후견인이 서류로 신청해야 한다.

〈양육비선지급 관련 정보제공의무〉 252)

주체	의무
청소년청	양육비 수급아동의 부양자 혹은 법정후견인이 신청할 경우, 담당관청이 파악한 양육비 지급의무자 관련 정보제공 연방중앙세무청(Bundeszentralamt für Steuer)을 통해 금융기관(Kreditinstitut)이 보유한 양육비 지급의무자 관련정보를 요청할 수 있음.
양육비 지급의무자	담당기관이 요청하는 본인 정보를 제공
양육비 수급아동의 부양자 혹은 법정후견인	양육비 수급조건을 변화시킬 수 있는 내용을 즉시 담당관청에 고지
양육비 지급의무자의 사용자	담당관청이 요청하는 양육비 지급의무자의 고용관계, 근무지, 급여 등 정보제공
보험회사	담당관청이 요청하는 양육비 지급의무자 거주지, 소득수준 등 정보제공
사회서비스 및 복지급여 제공기관, 지역 세무서	담당기관이 요청하는 해당기관 보유 양육비 지급의무자 관련 정보 제공(거주지, 직장, 소득수준 등)

다. 재정 및 양육비선지급 업무

양육비선지급법 제8조 금전급부는 연방정부가 40%까지 부담하고 나머지는 주정부가 부담한다. 각 주에서 주부담의 비용을 지자체에

252) 정재훈, 아동양육비 지원체계 국제비교 독일사례를 중심으로, 이슈브리프, 젠더리뷰 2014. 여름호, 51쪽.

어떻게 분담시킬지에 관한 재량을 갖는다. 노르트라인-베스트팔렌(Nordrhein-Westphalen) 주의 경우에는 연방정부가 해당 소요 재정의 33.3%, 주정부가 13.2%, 그리고 지자체가 53.5%를 부담한다.

양육비 우선지급 업무는 지자체(Kommune) 소관이며 지자체의 청소년청(Jugendamt)이 업무를 담당한다. 청소년청의 양육비 우선지급 담당팀은 양육비선지급 신청을 받고 처리하는 업무를 담당한다. 또한 양육비 지급의무자, 지급의무자가 근무하는 직장의 사용자에게 양육비 지급의무 및 구상권 행사와 관련된 정보를 고지한다. 신청이 있을 경우 양육비 우선지급 담당팀이 파악한 양육비 지급의무자 관련 정보를 양육비 수급아동의 부양자 혹은 법정 후견인에게 제공하는 업무도 한다.

제3절 프랑스

프랑스에서 가족은 종종 사회에서 가장 중요하고 사회를 구성하는 기관 중 하나로 인용되며, 필수적인 물질적, 정서적 요구를 충족시키고 개인을 사회에 통합시키는데 중요한 역할을 하고 있다. 그리고 가족은 사회기관의 가장 작은 단위로서 프랑스에서 이러한 역할을 계속해서 수행해 왔지만, 최근부터 중요한 변화를 겪고 있다. 구체적으로 프랑스 인구통계학적 지표는 프랑스 내 가족의 구성은 기존 구성과는 다른 변화의 시기에 놓여 있음을 분명히 보여주고 있다.

성인이 되는 시기가 점점 늦어지고, 연간 혼인 건수는 점차 감소하고 있으며 이혼 건수 및 재결합 수는 증가하고 있다. 또한, 시민연대계약(Pacte civil de solidarité, PACs) 제도를 선호하는 부부의 수가 증가하고 있으며, 동성 부부간의 결혼도 가능해졌다. 이러한 동거 및 혼합가족의 확산과 출산율의 하락은 현대 가족이 변화하고 있으며 그 결과 새로운 가족 구성이 등장하고 있음을 보여주고 있다. 특히, 위와 같은 인구통계학적 분석은 프랑스가 다른 모든 선진국에서 보여주는 모습과 같지 않다는 점에 유의할 필요가 있다.

한편, 프랑스 내에 기존의 가족 구성과 새로운 형태의 가족이 혼재되면서 다양한 사회적 문제가 발생하고 있다. 구체적으로 결혼에 관한 의미가 변화하고 있으며, 전통적인 부모의 개념이 변화하면서 편부모의 지위가 생겨나고 사생활의 기준이 재구성되고 있다. 이와 더불어서 양육과 관련해서도 공동양육, 단일 양육 등 양육의 새로운 사회 메커니즘이 형성되고 있으며, 때로는 새로운 제도의 모호성으로 인해 혼란을 겪고 있다.

그리고 상속과 관련하여 가족 구성의 변화로 인해 혼외자, 혼합가족, 그리고 부양의무와 양육의무 위반자의 상속 등 복잡한 사회적 문제가 발생하고 있는데, 혼외자는 불확실성으로 인한 상속의 어려움이 있고, 혼합가족은 유언장이 없는 경우 또는 특정 상속인에 대한 증여나 유류분을 통한 문제 등이 발생하고 있다. 특히, 프랑스는 다민족 국가이며, 우리나라와는 달리 동성 부부가 법적으로 허용이 되어 있어 위와 같은 부양, 양육, 상속에 관해 더 다양하고 복잡한 문제가 발생하고 있으며, 이를 법적으로 해결하기 위해 끊임없는 노력을 하고 있다.

따라서 이하에서는 현재 프랑스에서 혼인의 자유와 그 효과 및 한계를 판례를 중심으로 우선 살펴보고, 가족관계 구성의 변화로 발생하고 있는 주요한 사회문제 중에서 특히 부양, 양육, 상속에 영향을 미치는 문제를 프랑스 민법전은 어떻게 세부적으로 규정하고 있는지를 검토 및 고찰하여 우리나라에의 시사점을 도출하고자 한다.

I. 혼인과 가족제도 현황

1. 프랑스 혼인제도의 역사

프랑스에서 혼인과 이혼절차는 1792년 법률에 따라 제정되었으며, 당시 보수적 가톨릭 신자들은 이를 반종교적 조치로 여겨 상당한 불만이 있었지만, 모두가 그렇지는 않았다. 아무튼 프랑스에서는 대혁명

이전에는 종교적 혼인만 인정되었는데 이는 신이 정해진 혼인을 인간이 해소할 수 없다는 사상이 근거에 자리 잡고 있었기 때문이었다. 그러나 프랑스는 대혁명기간인 1792년 9월 20일 법률(Loi du 20 septembre 1792²⁵³)을 제정하여 이혼의 절차에 의해 혼인 관계가 종료될 수 있도록 하였고, 이때부터 혼인은 시 공무원 참여하에 진행되게 되었다.²⁵⁴

이후 혼인은 신의 의지에 따라 맺어지고 절대 해소할 수 없는 관계가 아니라 단지 사법상 계약으로 이해되기 시작되었고 결과적으로 혼인의 세속화(Sécularisation)가 이루어졌다. 구체적으로 1791년 헌법 제7조에서는 “법률은 혼인을 민사계약으로 간주한다.”라고 명시하고, 더불어서 1792년 9월 20일 법규명령²⁵⁵을 제정하여 혼인 구성요건을 구비하였으며, 이에 따라 위에 언급한 바와 같이 교회 내에서 혼인을 하지 않고 시청 내에서 시 공무원 참여하에 거행하게 되었다. 그리고 이러한 혼인의 개념은 서서히 비종교적이며 민사적인 제도로 자리 잡게 되었다.

한편, 프랑스에서는 수 세기 동안 혼인은 가족의 개념과 분리될 수 없었고 성별은 혼인에 내재된 개념이어서 법률로 규정하는 것 자체가 필요 없었다. 예를 들어, 프랑스 민법전이라 명명하고 있는 1804년 3월 나폴레옹 법전 제144조에서도 “혼인을 하려면 남자는 18세, 여성은 15세에 이르러야 한다.”라고 규정(이후 남녀평등의 목적으로 남녀 모두 혼인연령을 18세로 통일함)하였는데, 이는 당연히 혼인 적령기의 남자와 여자의 결합을 의미하였다.²⁵⁶

253) <http://patronagelaique.fr/index.php/ressources/la-laicite/legislation/textes-de-loi/item/651-la-loi-du-20-septembre-1792-instaurant-le-mariage-civil> (최종방문일 2021. 8. 4.)

254) <https://www.lhistoire.fr/la-r%C3%A9volution-du-mariage-civil> (최종방문일 2021. 8. 4.)

255) Décret du 20 septembre 1792 qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens

256) 전영, “프랑스에서의 혼인과 가족생활 보호에 관한 연구- 팩스제도와 동성혼을 중심으로”, 비교헌법연구 2017-B-5, 2017, 8-9면

II. 프랑스 헌법상 혼인과 가족제도

1. 프랑스 헌법상 혼인의 자유

(1) 혼인의 자유에 관한 헌법적 근거

프랑스 헌법은 우리나라 헌법과 달리 기본권을 규정하고 있는 장이 따로 존재하지 않으나, 1971년 결사의 자유에 대한 헌법재판소 결정²⁵⁷⁾ 이후 간략하고 추상적으로 선언하고 있는 기본권을 확인하고 있는 현행 1958년 헌법 전문의 헌법적 효력을 인정하면서 각종 기본권 보장을 오늘날까지 해 오고 있다. 따라서 현행 프랑스 헌법상에는 ‘혼인’이라는 용어를 직접적으로 밝히고 있는 조항은 존재하지 않고, 이는 이전의 헌법도 마찬가지이다.

물론 현행 헌법 제5장 의회의 정부와의 관계 내에 규정된 헌법 제34조에서 부부재산제(Régimes matrimoniaux)를 의회가 입법할 수 있다고 명시하고 있지만, 이는 혼인의 자유를 직접적이 아닌 간접적으로 암시하는 것에 불과하고 따라서 프랑스에서는 이 조항을 혼인의 자유의 근거조항으로 보지 않는다.

이에 따라 과거에 프랑스 헌법재판소는 헌법 제66조 제2항에서 혼인의 자유를 도출하여 동조가 명시하고 있는 개인의 자유(La liberté individuelle) 보장의 구성요소로서 인정하는 입장을 취하였다가, 1988년에 최초로 헌법 제66조에 근거하는 개인의 자유에 있어서 사생활 존중과 분리된 개인적 자유(La liberté personnelle)의 개념을 확립하였다. 이후 프랑스 헌법재판소는 1993년 8월 13일 93-325 결정(Décision 93-325 DC du 13 août 1993)을 통해 혼인의 자유에 대한 헌법 원칙을 확립하였다.²⁵⁸⁾

257) La décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 relative à la loi sur la liberté d'association

258) <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/>

<1993년 8월 13일 제93-325호 프랑스 헌법재판소 사전위헌법률심판 결정(Décision 93-325 DC du 13 août 1993)>²⁵⁹⁾

1993년 프랑스 헌법재판소는 ‘외국인의 프랑스 입국 및 체류 조건에 관한 법률’에 관한 사전적 위헌법률 심판에서 다음과 같이 판시하였다. 즉, “혼인이 무효로 될 것이라는 사실을 추정하게 하는 중대한 사유가 발생하는 경우 공무원은 검사에게 이를 통보하고 검사는 15일 이내에 혼인 이의신청을 하거나 혼인을 연기하는 결정을 할 수 있고, 이 연기는 한 달을 넘지 못하며 혼인 당사자는 검사의 혼인연기 결정에 대하여 지방법원장에게 이의를 제기하고 지방법원장은 10일 이내에 이에 대한 판결을 하여야 한다.”고 명시한 민법 제175-2조에 대해 청구인의 혼인의 자유, 개인적 자유(La liberté personnelle)가 침해되었다고 판결하였다.

프랑스 헌법재판소는 이 결정을 통해 최초로 혼인의 자유는 1789년 인간과 시민의 권리선언 제2조²⁶⁰⁾ 및 제4조²⁶¹⁾에 기초하는 개인적 자유(La liberté personnelle)의 구성요소라고 하였고, 혼인이 민법 제 175-2조에서 규정하고 있는 조건들에 속박되는 것은 개인적 자유의 구성요소인 혼인의 자유를 침해하는 것이라고 판시하였고, 이후 2003년 ‘외국인의 이민, 체류 및 국적취득에 관한 법률’(Loi relative à la maîtrise de l’immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité)에 대한 사전적 위헌법률 심판(Décision n°2003-484 DC du 20 novembre 2003)에서도 위 1993년 결정의 논거를 그대로 적용하여

la-constitution-et-le-mariage-regard-d-un-privatiste (최종방문일 2021. 8. 5.)

259) <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1993/93325DC.htm> (최종방문일 2021. 8. 5.)

260) 모든 정치적 결사의 목적은 인간의 자연적이고 소멸될 수 없는 권리를 보전함에 있다. 그 권리란 자유, 재산, 안전, 그리고 압제에의 저항 등이다

261) 자유는 타인에게 해롭지 않은 모든 것을 행할 수 있음이다. 그러므로 각자의 자연권의 행사는 사회의 다른 구성원에게 같은 권리의 향유를 보장하는 이외의 제약 없이 갖지 아니한다. 그 제약은 법에 의해서만 규정될 수 있다.

결정하였다.

그러나 이러한 혼인 자유의 근거에 대한 프랑스 헌법재판소의 논리는 다음과 같은 비판에 정면으로 직면하였다. 첫째, 위와 같은 논리는 현행 헌법 제66조의 원래의 의미 즉, 제2항에 명시되어 있는 “개인의 자유를 보장하는 사법당국은 법률이 정하는 바에 따라 이 원칙을 준수한다.”라는 조항의 의미를 크게 희석시킬 수 있다는 비판, 둘째, 민, 형사법원과 행정법원으로 이원화된 구조를 가지고 있는 프랑스의 사법 권한의 배분에 영향을 미칠 수 있다는 비판인데 다시 말하면 ‘외국인의 프랑스 입국 및 체류 조건에 관한 법률’은 행정의 영역인데 민법에 위배된다고 판결하면 이원화된 프랑스 사법 권한 배분 구조에 대한 심각한 위협이 된다는 것이다. 결과적으로 프랑스 헌법재판소는 위와 같은 비판을 수용하여 1789년 인간과 시민의 권리선언 제2조, 제4조뿐만 아니라 프랑스 헌법 제66조에 근거하고 있는 개인적 자유(La liberté personnelle)개념에서 도출한 일련의 자유와 권리도 혼인의 자유의 근거가 된다고 하였다.

한편, 혼인의 자유에는 혼인할 자유뿐만 아니라 혼인하지 않을 자유와 자유롭게 자신의 배우자를 선택할 수 있는 자유까지 포함되며 국가는 혼인의 자유와 그 내용을 보장할 의무를 지고 있다. 또한, 프랑스에서 혼인의 자유는 절대적으로 보장받는 기본권이라 아니라 타 기본권과 마찬가지로 몇 가지 사유로 인해 제한이 가능한데, 즉 신랑과 신부가 추구하는 목표가 공서양속 및 기타 사회질서에 반하지 않아야 한다. 또한, 가족의 유대를 형성하려는 욕구 이외의 권리를 얻기 위해 이루어진 사기 또는 가상의 결혼은 무효이다.²⁶²⁾

이와 더불어 혼인절차를 중단할 수 있는 권한은 공화국 검사(Procureur de la République)에게만 있으며, 시 민사 신분등록기관(Officiers d'état civil)에는 이러한 권리가 허용되지 않는다. 실제로 2003년 3월 14일 파리 항소법원(CA Paris du 14 mars 2003)은 시장

262) <https://www.mondroitmeslibertes.fr/la-famille/le-mariage/> (최종방문 2021. 8. 9.)

(Maire)이 배우자 중 한 사람의 불규칙한 체류와 나이 차이로 인해 혼인절차 진행을 거부한 사건에서 유럽인권협약(Convention européenne des droits de l'Homme) 제12조 및 제14조에 근거하여 시장의 이러한 거부하는 혼인의 자유를 침해하였다고 결정하였다,

구체적으로 시 민사 신분등록기관은 남녀혼인에 대한 의혹이 있는 경우 민사소송법상 민사절차에 따라 혼인절차를 진행하려는 남녀의 의견을 들은 후, 혼인에 대한 의혹이 여전히 있는 경우 공화국 검사에게 이를 통지할 책임이 있다. 이후 통지를 받은 공화국 검사는 민법 제53조에 따라 민사신분등록(Registres de l'État civil)을 우선 확인하고, 민법 제34조 제1항에 따라 시 민사 신분등록기관에 의해 수행된 모든 행위에 대한 통제권을 가진다.

혼인의 자유 관련 사항을 민법 제175-2조와 제190조에 체계화한 2003년 11월 26일 법률(Loi du 26 novembre 2003 codifiée aux articles 175-2 et 190 du code civil)도 혼인절차의 유효성을 통제하는 것은 공화국 검사에게 속한다고 규정하고 있으며, 특히 '회색(Gris)' 또는 흰색(Blancs) 혼인으로 더 잘 알려진 사기 또는 가상 혼인의 경우, 공화국 검사만이 혼인절차를 연기하거나 취소할 수 있다. 그러나 검사는 민사소송법상 규정된 절차를 따라야 하며 조사결과가 나오기 전까지는 혼인절차를 반대할 수 없다. (Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003)²⁶³⁾

263) (2003년 11월 20일 제2003-484호 프랑스 헌법재판소 사전위헌법률심판 결정) <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003484DC.htm> (최종방문일 2021. 8. 9.)

(2) 혼인의 자유에 관한 프랑스 주요판례

1) 고용 계약상 비혼조항(Cass. soc., 7 février 1968, pourvoi n° 65-40622)²⁶⁴⁾

고용 계약상 비혼조항으로 인해 부당해고를 당한 농업공제조합연맹(Fédération de la mutualité agricole de l'Aube) 여성 근로자가 손해배상청구를 한 사건에서 항소법원은 계약상 비혼조항은 선량한 사회풍속 및 기타 사회질서에 반하는 조항으로 판결하였으나, 농업공제조합연맹은 이에 대해 프랑스 대법원에 상고하였다. 상고심에서 “고용회사는 청구인의 근무 특성상 빈번하고 지속적 근무지 이동이 있는 직업이기 때문에 청구인의 업무가 혼인 후에는 양립하기 어렵다.”라고 주장하였다. 그러나 프랑스 대법원은 “비혼조항을 정당화하는 불가피한 사유가 없을 뿐만 아니라 청구인의 빈번한 근무지 이동이 청구인이 누리고 있는 가족생활에 방해되는 것으로도 볼 수 없다.”라고 하면서 청구인 해고에 대한 보상을 판결한 하급심의 결정은 정당하다”라고 결정하였다.

2) 학교 교리상 재혼금지 조항(Cass. ass. plen, 19 mai 1978, n° 76-41.211)²⁶⁵⁾

이혼 후 재혼을 이유로 한 가톨릭 학교(혼인은 해소될 수 없으며, 재혼을 금지하고 있는 학교교리) 교사의 해고에 대해 1975년 10월 17일 판결(Cass. mixte, 17 octobre 1975, pourvoi n° 74.40239)에서 재판부는 혼인의 자유는 공공질서의 기본원칙임을 내세워 해고는 부당하다고 하였으나, 이후 1978년 5월 19일 판결(Cass. ass. plen, 19 mai 1978, n° 76-41.211)에서는 다음과 같은 이유를 들어 해당 교사의 해고를 인정하였다.

즉, 고용주에 의한 혼인의 자유 결정 여부는 남용할 수 없으나, 기

264) <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006977745/> (최종방문일 2021. 8. 9.)

265) <https://juricaf.org/arret/France-COURDECASSATION-19780519-7641211>
(최종방문일 2021. 8. 26.)

능의 필요성이 절실히 요구되는 매우 예외적인 상황에서는 결정할 수 있다는 것이었다. 구체적으로 종교적 제도와 규범은 서로 독립, 분리되어 있어 종교 교리 위반은 범죄가 아니며 법률상 재혼할 자유를 포함한 혼인의 자유를 보장하여야 하나 위 사건의 경우 예외적으로 종교적 교리를 이유로 재혼은 학교와는 양립할 수 없다는 점이 인정되었다.

(3) 프랑스에서 혼인의 효과와 한계

1) 혼인의 효과

프랑스에서 혼인에 관한 규정은 민법(Le Code civil) 제143조 내지 제227조에 규정되어 있으며, 이 중 혼인의 효과에 대해서는 민법 제203조 내지 제226조에 명시되어 있다. 우선 프랑스에서는 혼인이 성립하면 양 당사자를 중심으로 친족 관계가 발생하고 혼인의 당사자들에게는 자녀의 양육, 부양 및 교육에 대한 공동의 의무가 생긴다. (민법 제203조)²⁶⁶⁾ 이와 더불어서 혼인의 당사자 간에는 정조, 부양 및 협조 의무가 발생한다. (민법 제212조)²⁶⁷⁾

가) 성실 및 동거의무(Les devoirs de fidélité et de cohabitation des époux)

혼인에 내포된 많은 의무 중에는 배우자의 성실 및 동거의 의무가 있다. 이러한 의무는 민법 제212조와 제215조에 규정되어 있다. 우선, 성실의무는 각 배우자가 자신의 배우자와만 성관계를 가질 것을 요구하는 것인데, 프랑스에서는 1975년 이후 간통이 더 이상 범죄가 되지 않는다 하더라도 이러한 의무를 위반한 배우자의 책임으로 이혼으로

266) Art 203. Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.

267) Art 212. Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance.

이어질 수 있는 가능성은 매우 높다. 더불어서 배우자가 거주를 공유하지 않는다는 사실도 이러한 충실의무와 관련하여 의심을 할 수 있는 충분한 사유가 된다.

한편, 프랑스에서 생활공동체는 두 가지의 의미를 지니고 있다. 즉 생활공동체는 부부의 의무이자 한 지붕 아래에서 살아야 할 의무를 의미하는 것이다. 이론적으로 이러한 의무를 위반하는 것은 의무위반 이혼을 정당화할 가능성이 있다. 그러나 사회의 발전(삶의 리듬과 생활방식의 발전)에 따라 현재는 위의 법적 조항이 보다 유연하게 적용되고 있다. 즉, 민법 제108조²⁶⁸⁾는 배우자가 동거의무 위반을 주장할 수 없도록 2개의 별도의 주소를 가질 수 있도록 허용하고 있다. 그러나 부부 사이에 발생하는 동거와 자발적 동거(Une cohabitation volontaire)는 구분될 필요성이 있는데, 자발적 동거는 두 배우자가 원칙적으로 동의하면 아무도 이에 대해 책임을 물을 수 없다.²⁶⁹⁾

나) 정조 의무 및 협조 의무

프랑스 민법 제212조는 직접적으로 배우자 간 정조 의무를 명시하고 있지는 않으나, 배우자 이외의 자와 육체적, 애정적 관계 형성은 부정행위라 보는 것이 일반적인 인식으로 자리 잡고 있다. 앞서 언급하였듯이 프랑스에서는 1975년 이후 간통죄가 형법에서 삭제된 이후 이러한 간통은 단지 이혼에 관한 유책 사유이며, 민법 제1382조에 따라 민사적 책임만 물을 수 있게 되었다.

구체적으로 프랑스 판례(CA Paris, 13 février 1986, Gaz. Pal. 1986, 1, 216)에 따르면 민법 제212조에 규정된 성실의무는 2가지로 구성된다고 보고 있는데, 첫째는 배우자 이외의 파트너와 유지되는 성관계를

268) 민법 제108조: 부부는 생활공동체에 관한 규칙을 위반하지 않고 별도의 주소를 가질 수 있다.

269) <https://www.leparisien.fr/societe/la-cohabitation-est-elle-obligatoire-19-12-2000-2001812093.php> (최종방문일 2021. 8. 30.)

금지하는 것이며, 두 번째는 남편 배우자의 단순, 무모하거나 가벼운 행동은 법적 책임을 질 수 있다는 것이다.²⁷⁰⁾ 이와 더불어서 프랑스 대법원(Cour de cassation)은 정조 의무 유지 시점에 관해 (Cass. 1ère civ., 9 novembre 2016, n° 15-27.968) 다음과 같이 판결하였는데, 즉 혼인 생활 중 배우자의 정조 의무는 이혼판결이 있을 때까지 지켜져야 한다고 하였다.

한편, 협조 의무란, 부부가 공동생활을 영위하기 위해 이루어지는 협력 의무라 할 수 있다. 이 의무 역시 정조 의무와 같이 법률로 규정된 내용은 아니어서 그 범위를 일률적으로 특정하기가 매우 어렵다. 구체적으로 프랑스 대법원 판례(Cass. civ 2è, 10 juillet 1996, bull. civ II, n° 204)에 의하면 월세, 관리비 등이 협조 의무에 포함되고 자녀에 대한 병원비용 부담도 이에 해당한다.

다) 존중의무

프랑스 민법 제212조에서는 부부 사이의 존중(Respect)의무를 명시적으로 규정하고 있다. 이 존중의무는 이전에는 민법에 명시적으로 존재하지 않았으나, 2006년 부부 또는 미성년자에 대한 폭력 억제 및 예방강화에 관한 2006년 4월 4일 제2006-399호 법률(LOI n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs)²⁷¹⁾ 제2조에 의해 추가되었다.

배우자 간의 관계에 적용되는 존중의무는 심리적으로나 육체적으로 상대방의 성실성을 수용하고 인정하는 것을 포함한다. 즉 신체적 완전성뿐만 아니라 도덕적 완전성, 상대 배우자의 의견 및 정치적·이념적

270) <https://books.openedition.org/puam/1225> (최종방문일 2021. 8. 30.)

271) <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT00000422042> (최종방문일 2021. 8. 30.)

그리고 종교적 선택을 존중하는 것이다.

특히, 존중의무는 부정적인 의무(신체적 또는 도덕적 폭력 금지)뿐만 아니라 상대 배우자의 인격을 인정하고 증진해야 하는 긍정적인 의무까지 포함한다.

예를 들어, 종교의 자유는 각 배우자가 자신의 의지에 따라 자유롭게 자신의 종교 활동의 자유를 누리는 것을 의미하고 이는 종교의 선택(무선택 및 변경 포함)까지 포함하나, 부부 공동생활을 위협할 정도의 종교 활동은 남용에 해당한다는 것이다. 프랑스 대법원 민사2부도 1996년 10월 9일 판결(Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 9 octobre 1996, 95-10.46)²⁷²⁾에서 다음과 같이 판시하였는데, 즉 여호와의 증인으로 종교를 변경한 아내가 자녀교육에 방해가 된다는 남편의 이혼청구를 받아들였다.

라) 부양의무

부양의무란, 정신적·육체적인 것뿐만 아니라 경제적인 측면에서 부부가 협력하여 원만한 공동생활을 영위해 나가기 위해 필요하다. 프랑스 민법 제214조에서는 “혼인 약정이 혼인 비용에 대한 배우자의 부담금을 특별히 규정하지 않은 경우 그들은 각자의 능력에 비례하여 부담금을 부담하고 배우자 중 한 사람이 의무를 이행하지 않으면 민사소송법에 규정한 바와 같이 배우자 일방은 상대방에게 강제로 의무를 이행하게 할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

초기에는 부부간 연대 및 상호부조 필요성을 강조한 부양의무를 상대방의 생계유지에 필요한 정도의 것을 보장하는 것에 그치고 있는 협조 의무와 구별하였는데 즉, 부양의무는 혼인 생활 유지에 필요한 비용 부담(생계수단 충족)을 넘어서는 것이라고 이해하여 양자의 의무

272) <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007036111> (최종방문일 2021. 8. 30.)

를 구별하였다.²⁷³⁾

그러나 현재에는 이와 같은 구별의 의미는 많이 퇴색되었는데 왜냐하면 부양의무에 기반한 물질적 측면에서 부양은 부부의 수준을 조화시킬 수 있도록 그 범위를 엄격하게 해석하지 않고 있다. 또한, 부부별 산재를 받아들이기로 한 부부 사이에서도 부양의무는 발생하고 해당 비용에 대한 분쟁이 발생할 경우 법원은 사건의 전반적인 상황을 고려하여 판단²⁷⁴⁾하며, 이러한 부양의무의 불이행은 손해배상청구의 원인이 되고 악의적 유기는 이혼의 사유가 될 수 있다.

2) 혼인의 한계 : 공익의 보호

이미 앞서 언급하였듯이 프랑스에서 혼인의 자유는 기본적 자유로서 이에 대해 어떠한 제한이나 양도의 대상이 아니다. 그러나 프랑스 헌법재판소(Conseil constitutionnel)는 공공질서의 보호라는 목적으로 혼인의 자유에 대해 제한을 가할 수 있다고 판단하고 있다. 구체적으로 프랑스는 혼생, 비혼생을 떠나 직계존속 및 직계비속 사이와 직계인척 사이에서의 혼인과 남매사이의 혼인 금지(민법 제161조), 숙부와 조카, 숙모와 조카 사이의 혼인을 금지(민법 제163조)하고 있다.

2. 프랑스의 가족형태²⁷⁵⁾

프랑스 국립통계경제연구소(L'Institut national de la statistique et des études économiques, INSEE)는 프랑스의 가족 형태를 총 6가지로 구분하고 있다. 즉, 전통적인 가정, 한부모 가정, 부 또는 모만 있는 편부모 가정, 혼인 유지 중에 있는 한부모 가정(monoparentale “en couple”), 의붓형제 또는 준 형제로 재구성된 가정, 동성애자 가정이다.

273) 박수근, 프랑스 민법상의 혼인의 효력 개관, 민사법학 제54권 제2호, 2011, 89면

274) Cass. 1ère civ., 8 mai 1979 : Bull. civ. 1979, I, n°135

275) <https://www.lejdd.fr/Societe/Les-sept-familles-francaises-selon-l-Insee-635744>
(최종방문일 2021. 9. 25.)

(1) 전통적인 가정(La famille traditionnelle)

클래식(Classique) 또는 핵(Nucléaire)이라고도 하며, 부부와 자녀(들)로 구성되어 있다. 이 전통적인 가족 형태는 프랑스에서 여전히 우세한 모델로 남아 있으며 거의 천만 명의 어린이가 다른 가정이 없는 부모와 함께 살고 있다.

(2) 한부모 가정(La famille monoparentale)

프랑스에서는 약 250만 명의 미성년자가 부모의 이혼, 별거 또는 사별의 결과로 한부모 가정에서 살고 있다. 여기에는 한 명 이상의 자녀가 있는 편부모가 포함되나, INSEE는 이를 명시적으로 표시하지 않고 혼인 유지 중에 있는 한부모 가정이라고 통칭하고 있다. 그리고 한부모 가정의 자녀 중 8%는 동일한 집에 살고 있지 않는 상대방 배우자 부부와 함께 살고 있다.

(3) 재구성된 가정(La famille recomposée)

현재 프랑스에서는 위 전통적인 가정 또는 한부모 가정보다는 재구성된 가정 또는 거의 재구성된 가정이 급격하게 늘어나고 있다. 재구성된 가정의 단일한 모델은 없으며 중요한 것은 자녀가 모두 현재 부부의 자녀가 아닌 가정이라는 점이다. 가장 일반적인 두 가지 모델은 첫째, 이복형제와 이복자매와 동거하는 자녀와 부모의 가정, 둘째, 의붓 부모 또는 부모 및 이복형제자매와 집을 공유하는 자녀로 이루어진 가정이다.

(4) 동성애자 가정(La famille homoparentale)

프랑스는 2013년부터 동성 커플이 결혼하고 아이를 입양할 수 있도록 하고 있다. 이는 사회의 진정한 변화에 대한 중요한 법적 발전이라고 할 수 있다. INSEE는 오늘날 프랑스에서 30,000~50,000명의 어린이가 동성 부모의 가정에서 자라고 있다고 발표하였다(2018-2019년 인구조사 수치를 기반). 또한, 프랑스에서 133,000명의 동성 커플이 한 지붕 아래에서 살고 있으며 이 중 14%가 집에 자녀를 두고 있다고 밝혔다.²⁷⁶⁾ 그러나 프랑스 동성부모 가족협회(Association des familles homoparentales, ADFH)에 따르면 현재 25만 명의 어린이가 적어도 한 명의 동성애 부모와 함께 살고 있다고 주장하고 있다.(이는 종종 논란이 되는 수치로서 확인되지 않는 사실이다.)²⁷⁷⁾

III. 민법에 따른 부양·상속제도

1. 프랑스의 상속제도 : 민법전(Le Code Civil)

프랑스 가족의 재정에 대한 국가의 간섭은 민법전(Le Code Civil, 나폴레옹 법이라고도 함)의 작성으로까지 거슬러 올라간다. 민법전은 민법과 관련된 법률을 통합하고 있다. 1804년 3월 21일 나폴레옹 보나파르트(Napoléon Bonaparte)에 의해 프랑스 민법전이라는 이름으로 공포되었으며, 1807년에는 나폴레옹 법전이라는 명칭을 사용하였다. 상

276) <https://www.journaldesfemmes.fr/maman/guide-des-parents/2674889-famille-homoparentale/> (최종방문일 2021. 9. 25.)

277) 프랑스 여론조사기관(Institut français d'opinion publique, IFOP)은 동성애자, 양성애자 또는 트랜스젠더 994명을 대상으로 동성 부모 가족협회를 위해 아이를 원하는지 여부에 대한 설문 조사를 실시하였다. 설문 조사에 따르면 응답자의 52%가 평생 아이를 갖고 싶다고 답했으며, 이를 달성하기 위해 58%는 보조 생식 또는 대리모에 의존하기를 원하고 31%는 입양, 11%는 공동양육을 원하는 것으로 조사되었다.

속 문제에서 프랑스 민법전은 무엇보다도 자녀에게 재산을 상속하지 않는 것은 불가능하며 유산 일부를 상속할 의무가 있는 로마법을 기초로 하였다. 프랑스 상속법에서 중요한 것은 상속인 간 평등원칙이다. 현재 프랑스는 민법전 제3권 제1편(제720조 내지 제892조)에서 상속에 대해 규정하고 있다.

가. 상속인 및 상속순서²⁷⁸⁾

(1) 피상속인이 유언장을 작성하지 않은 경우

상속은 법으로 정한 상속인의 순서에 따라 상속된다. 즉 상속은 법률에 따라 피상속인의 직계부모와 배우자에게 귀속된다.(민법 제731조) 단, 생존하고 있는 배우자는 이혼하지 않아야 한다.(민법 제732조) 계속해서 민법 제733조에서는 “법률은 상속 받을 부모를 결정함에 있어 친자관계의 성립방법에 따라 구별하지 않으며, 입양으로 인한 권리는 입양 법률에 따라 규제된다.”라고 명시하고 있다.

한편, 민법 제734조에서는 피상속인이 배우자가 없을 경우에 상속순서는 다음과 같이 이루어진다고 규정하고 있다. 즉, 첫째, 피상속인의 자녀와 그 후손, 둘째, 아버지, 어머니, 형제자매와 그 후손, 셋째, 아버지와 어머니 이외의 존속, 넷째, 형제자매 및 그 후손을 제외한 방계혈족으로 그 순서를 정하고 있다.

(2) 피상속인이 유언장을 작성한 경우

피상속인이 유언장을 작성한 경우 유언에 따라 피상속인은 유산을 분배할 수 있을 뿐만 아니라 상속인도 선택하여 법으로 정해진 상속

278) <https://www.notaires.fr/fr/donation-succeSSION/succeSSION/droits-de-succeSSION-ordres-des-h%C3%A9ritiers-et-bar%C3%A8me-des-droits-de-succeSSION> (최종방문일 2021. 9. 26.)

인의 순서를 바꿀 수 있다. 만약 피상속인에게 자녀가 없고 결혼도 하지 않았다면 피상속인은 자신이 선택한 상속인에게 자신의 모든 재산을 상속할 수 있다. 그러나 피상속인에게 자녀가 있는 경우(혼인유무와 관계없이) 상속을 취소할 수 없기 때문에 피상속인의 자유는 다소 제한이 된다. 피상속인이 자녀 없이 결혼한 경우 상속을 취소할 수 없는 사람은 배우자가 된다.

(3) 피상속인이 결혼하지 않은 경우

첫째, 피상속인에게 자녀가 있는 경우 유산은 자녀에게 전액 상속이 된다(또는 자녀가 사망한 경우 후손에게). 만약 피상속인에게 자녀나 형제자매가 없는 경우 부모가 각각 유산의 절반을 상속받는다. 둘째, 피상속인에게 형제자매 외의 자녀가 없는 경우 사망자의 부모는 각각 유산의 1/4을 상속받고 형제자매는 나머지 1/2을 상속받는다. (부모 중 한 명이 사망한 경우 형제자매는 3/4을 상속받음, 모두 사망한 경우 전 재산을 상속받음)

셋째, 피상속인에게 자녀, 부모, 형제 및 자매(대리인도 포함)가 없는 경우, 사망자의 재산은 2부분으로 균등하게 분할된다. 1/2은 모계 가족을 위한 것이고, 나머지 1/2은 부계 가족을 위한 것이다. 이런 경우에는 두 가족 각각 가장 가까운 상속인이 우선 상속한다. 예를 들어 삼촌이나 이모가 우선이며, 이후의 상속인은 사촌 등이 된다.

(4) 홀로 사는 부 또는 모의 경우

피상속인에게 자녀가 있는 경우, 유산은 생존 배우자와 자녀에게 분할된다. 만약 자녀가 없다면 2가지 경우로 나눌 수 있는데, 피상속인의 부모가 생존해 있다면 피상속인의 배우자는 피상속인의 부모와 유산을 공동으로 상속받으며, 그렇지 않은 경우 피상속인의 배우자가 단독

으로 상속을 받는다. 여기에서 주의해야 할 점은 PACs²⁷⁹⁾ 파트너는 상속인이 아니라는 점이다. 만약 PACs 파트너가 상속권을 가지기 위해서는 유언장에 상속인으로 지정되어 있어야 하며, 이 경우 배우자 또는 PACs 파트너는 상속세가 면제된다.

(5) 동거 또는 PACs의 경우

동거 또는 PACs의 경우 피상속인의 배우자들은 상속에 대한 우선권을 가지지 못한다. 그러나 반대로 그들의 상황은 법적으로 요구되는 형식으로 표현되는 피상속인의 유언에 따라 유언장이나 기부금의 혜택을 받을 권리에서 배제되지 않는다.

나. 상속 제한(민법 제725조 내지 729-1조)

상속을 위해서는 상속이 시작되는 순간에 존재하거나 이미 잉태된 상태에서 생존 가능한 상태로 태어나야 한다. 다만, 민법 제112조에 따라 부채가 추정되는 사람은 상속인의 자격을 가진다.

1) 상속자격 박탈의 경우(민법 제726조)

상속자격이 박탈되는 경우는 첫째, 고의로 피상속인을 죽였거나 죽이려고 시도한 죄로 정범 또는 공범자로 형사처벌을 받은 상속인, 둘째, 고의로 피상속인을 구타 또는 폭행을 가하거나 의도하지 않게 피상속인을 사망에 이르게 한 행위에 대해 정범 또는 공범자로 형사처벌을 받은 상속인이다.

279) 시민연대계약(Le pacte civil de solidarit, Pacts)의 법적 성질은 계약이다. 이성 또는 동성의 성인 2명이 함께 생활을 하는 것으로 프랑스 내에서 광범위하게 이용되고 있다.

2) 상속자격 박탈 선언될 수 있는 경우(민법 제727조)

상속자격 박탈이 선언될 수 있는 경우로는 첫째, 피상속인을 살해하려고 시도한 것에 대해 정범 또는 공범자로 교정형을 선고받은 상속인, 둘째, 고의는 없으나 피상속인을 사망에 이르게 한 자발적인 폭력에 대해 정범 또는 공범자로 교화형을 선고받은 상속인, 셋째, 피상속인에 대한 고문 및 야만적 행위, 고의적 폭력, 강간 또는 성폭행을 저지른 가해자 또는 공범으로 형사 또는 교정형을 선고받은 상속인, 넷째, 형사 절차에서 피상속인에 대하여 제기된 거짓 증언으로 유죄판결을 받은 상속인, 다섯째, 사망의 원인이 된 피상속인의 신체에 대한 범죄나 범죄를 예방하는 것을 방치한 상속인, 여섯째, 고발된 사실에 대하여 형사처벌을 받았을 때 피상속인에 대한 중상모략으로 유죄판결을 받은 상속인이다.

이와 더불어서 첫 번째 및 두 번째에 언급된 행위를 범하고 사망으로 인해 공개 소송을 수행할 수 없거나 중단된 상속인도 상속자격 박탈이 선언될 수 있다.

한편, 민법 제727조에 규정된 상속박탈 선언은 다른 상속인의 요청에 따라 법원이 상속을 개시한 후에 선언된다. 이 요청은 유죄판결 또는 유죄판결이 피상속인의 사망 이전인 경우 피상속인의 사망 후 6개월 이내에 이루어져야 하며, 피상속인의 사망 이후인 경우에는 이 결정이 있은 후 6개월 이내에 이루어져야 한다. 상속인이 없을 경우에는 검사가 청구할 수 있다.(민법 제727-1조)

그러나 민법 제726조와 제727조의 상속박탈 사유에도 불구하고 피상속인이 그러한 상속박탈 사유 사실과 이에 대한 사실을 기반으로 하여 유언의 형식으로 명시적인 유언장을 통해 자신의 상속계획을 유지할 의사가 있다고 명시했거나 해당 상속인에게 보편적 기부 또는 보편적 기부를 부여한 경우에는 해당 상속인은 상속박탈 사유에도 불구하고 상속에서 배제되지 않는다.(민법 제728조)

2. 프랑스의 부양제도 : 민법전(Le Code Civil)

(1) 프랑스의 부양의무

프랑스 민법전 제205조 내지 제207조까지의 원칙에 따라 부양의무는 필요한 가족 구성원에게 생활에 필수적인 물질적 지원을 제공해야 하는 법적 의무이다. 이 의무는 위자료 지불 또는 숙박, 음식 및 의복 제공으로 수행될 수도 있다. 또한, 부양의무는 필요의 중단이 추정될 때까지(자손은 취직 또는 학업 종료, 직계존속은 수명종료) 또는 이혼할 때까지 지속된다.

(2) 부양의무의 존재

프랑스 법령에서 부양의무는 여러 범주의 사람들 사이에 존재하며 상호적이다.

1) 직계가족 간

부양의무는 직계존속과 비속 사이에서는 가중된다. “부양의무(La obligation d'entretien)”라 불리는 특별한 양육의무(La obligation alimentaire)는 미성년자 또는 학업 중인 자녀와 관련하여 부모에게 적용되는 의무이다.

2) 양부모와 입양 자녀 간(단순입양)

양부모와 입양 자녀 사이에는 민법 제367조가 적용된다. 즉, 이 규정은 다음과 같이 명시하고 있는데, “양부모가 도움이 필요한 경우 입양 자녀는 지원을 제공하여야 하며, 상호적으로 양부모는 입양 자녀에

게 지원을 제공하여야 한다. 양육비를 제공할 의무는 입양 자녀의 부모와 입양 자녀 사이에 계속해서 존재한다. 그러나 입양 자녀의 부모는 입양 자녀가 양부모로부터 지원을 받을 수 없는 경우 입양 자녀에게 지원을 제공하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

3) 1차 가족관계 간

1차 가족관계 간 즉, 다시 말하면 사위 또는 며느리 사이 그리고 그들의 양부 또는 양모 사이에 부양의무가 존재하고 다만, 결혼을 한 배우자 일방이 사망하고 그 사이에 생존해 있는 자녀가 없는 경우에는 제외된다. 한편, 첫 번째 결혼을 해서 낳은 자녀와 그의 모의 두 번째 배우자 또는 그의 부의 두 번째 배우자 사이에는 부양의무가 존재하지 않는다.

4) 배우자 간

프랑스 법령에 따라 배우자 간의 가계 지출에 대한 분담금이 있다. 즉, 배우자 모두가 가계비용을 부담하여야 한다. 만약 배우자 일방이 가계비용을 부담하지 않는 경우 판사는 배우자 타방에게 부양료(La pension alimentaire)를 지불하도록 명령할 수 있다. 마찬가지로 배우자 사이에도 조력의 의무(Le devoir de secours)가 존재한다. 즉 배우자 일방이 도움이 필요할 때 타방 배우자는 그에게 물질적으로 도움을 주어야 한다. 일반적으로 배우자는 함께 살며 문제가 발생하지 않지만, 별거(사실상 별거 또는 법적 별거)의 경우 판사는 도움이 필요한 배우자에게 부양료 지급을 명령할 수 있다. 이러한 배우자 간의 부양의무 및 조력 의무는 이혼으로 종료된다.

한편, 프랑스 법령상 부양의무는 2가지 형태로 이행될 수 있다. 첫째, 배우자 일방은 현물(en nature)로써 집 또는 그 밖의 것, 즉, 숙소,

음식 및 의복을 제공함으로써 배우자 타방에 대한 부양의무를 이행할 수 있다. 둘째, 현금(en espèces)으로 부양의무를 이행할 수 있는데 예를 들어 부양료 지불이 이에 해당한다.

(3) 부양의무의 조건

프랑스 법령에서는 부양의무의 범위 내에서 지불되는 부양료는 민법 제205조 내지 제207조에 의해 규율되고 있다. 그리고 민법 제208조는 이 부양의무가 부양료를 지불하는 부양자의 재산 상태와 이러한 부양을 받는 피부양자의 필요상태에 따라 달라진다고 명시하고 있다.

한편, 위의 사항이 부양의 기본적인 요구사항인데 이러한 필요상태를 증명하는 것은 매우 어렵다고 할 수 있다. 왜냐하면, 프랑스 법령에서는 부양을 받는 피부양자가 스스로 삶을 살아가는 것이 어렵다는 것과 혹 수입이 있더라도 이러한 불행한 상황을 자신이 통제할 수 없다는 것을 입증해야 하기 때문이다. (실업이나 질병 등)

예를 들어, 농지를 소유하고 임대하지 않는 것은 자신에게 꼭 필요한 상태로 유지하려는 명백한 욕망으로 간주되어 그 사람에게 부양료를 지급하는 것을 불법으로 만들고 있다. 프랑스 세법에서는 수령한 소득에 대해 공제 혜택을 요청하는 자는 납세자이기 때문에 이러한 부양료를 지불했다면 세무 당국에 증명해야 한다. 즉 납세자가 이를 소득으로 신고했다는 사실만으로는 이러한 수입을 부양료로 지불했음을 증명할 수 없다.

실제로 부양자는 은행 지불을 통해 이 부양료를 지불하는 것이 바람직하다. 이와 같이 수취인의 이름은 부양료를 지불하는 부양자의 요청에 따라 세무 당국에 제출해야 하는 은행 거래 내역서에 나타나며, 이렇게 하지 않는 경우 다른 절차의 대상이 되는 개인 세금 상황에 관한 조사가 이루어진다. 구체적으로 송금 주문이 유효해야 하는데 이는 사실상 돈을 보내고 받는 사람 사이의 연결고리를 증명해야 한다.

판례는 이와 관련하여 매우 엄격한 태도를 보이고 있다. 즉 은행 시스템의 무질서를 초래하는 혼돈 상태는 부양자가 지불의 효율성을 입증하는 것을 도와주지 않는다. 따라서 수표(Le chèque)로 부양료를 지불하려면 은행 거래 명세서를 제시해야 한다. 그러나 수표는 부양료를 받는 피부양인이 수표를 현금화했음을 증명하지 않기 때문에 금지되는 것이 바람직하다.

(4) 부양료

1) 존속에게 지급되는 부양료

프랑스 세법에서는 부모에게 지급되는 부양료에 대한 이론적 한도를 설정하지 않고 있다. 따라서 부양자는 개인 자원과 피부양자의 필요상태를 고려하여 원하는 대로 자유롭게 지불할 수 있다. 다만 부양자는 지불한 금액을 정당화할 수 있어야 한다. 한편, 부양자는 집에 도움이 필요한 존속이 있는 경우, 정당성을 증명할 필요 없이 3,403유로(2014년 기준)를 지불하였다고 신고할 수 있다.

2) 비속에게 지급되는 부양료

미성년 자녀(Des enfants mineurs)가 있는 경우, 부양자는 법적으로 인정되는 미성년 자녀에게 부양료를 지급할 수 있다. 이 부양료는 법원의 판결을 필요로 하지 않는다. 법원의 결정이 없는 경우 부양료는 부모가 자유롭게 결정할 수 있다. 따라서 부양자는 개인 자원과 피부양자의 필요상태를 고려하여 자유롭게 지불할 수 있다.

만약 법원의 결정이 있는 경우, 부양료는 판사가 처음에 계획한 물가연동제(이 연동이 제공되는 한)에 따라 또는 부양자의 개인 자원 또는 피부양자의 필요가 변경된 경우 달라질 수 있다. 한편, 부양의무는

부모와 떨어져 사는 학생과도 관련이 있을 수 있다.

(5) 별거 중 부부 부양의무 문제

1) 부양의무자가 생존해 있는 경우

프랑스 민법전에는 별거(Séparation de corps)란, 법원의 선고에 따라 혼인 관계의 해소 없이 부부관계가 완화된 상태나 부부간의 동거의무가 면제된 상태라고 규정하고 있다.²⁸⁰⁾ 이는 법적인 별거로서 사실상 별거와는 구분되며 민법 제296조도 별거는 부부 중 일방 당사자의 청구로 재판상 이혼과 동일한 경우 및 동일한 요건하에 선고될 수 있다고 명시하고 있다.

프랑스 민법전에서는 별거가 성립하는 경우에 부부 사이의 의무 중 동거의무는 없어지지만, 제212조에 의한 정조의무와 부양의무 그리고 조력의무는 존속한다고 규정하고 있다.²⁸¹⁾ 특히, 프랑스 민법전은 부양의무와 관련하여 강화된 규정을 명시하고 있는데 즉, 제303조에서 부부는 별거 중에도 부양의무는 존속한다고 명문으로 인정을 하고 있다. 그리고 이러한 별거 중 부양의무는 공서양속을 규정하고 있는 민법전 제212조에 근거하므로 별거 중 부양의무도 공서양속 규정이라 할 수 있다.

그리고 부부 간의 부양의무는 각 상호 간에 필요로 하는 것, 즉 영양, 주거, 의류, 의료 등을 서로 간에 제공해야 하는 의무이다. 이에 대한 프랑스 관례를 검토하면 부양료 산정에 있어서 점차 부양의 범위를 넓게 인정하고 있다. 즉, 별거 중의 부양의무는 피부양자에 대한 부양의 필요성과 함께 부양의무자인 배우자 수입까지 전체적으로 고려

280) Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, La Famille 3e éd., Defrénois Lextenso, 2008, p. 345.

281) Alain Bénabent, Droit de la Famille, 3e éd., LGDJ Lextenso, 2014, pp.144-145

하여 판단하여야 한다거나²⁸²⁾ 피부양자인 일방에게 혼인 생활 중 보 장해주었던 수준까지 보장²⁸³⁾되어야 한다고 판단하였다.²⁸⁴⁾ 이에 대해서는 프랑스 대법원도 대체로 같은 입장²⁸⁵⁾을 견지하고 있다.

한편, 부부간의 별거의 원인이 부부 당사자 일방의 귀책사유로 선고 되는 경우에는 이러한 원인을 제공한 당사자 일방이 별거로 인한 부 양료를 청구할 수 있는지가 문제되었다. 이 문제와 관련하여 프랑스 대법원은 별거의 원인이 부부 당사자 일방의 귀책이 원인인 경우 귀 책사유가 있는 부부 당사자 일방이 별거로 인한 부양료를 청구하는 경우에도 부양의 필요성이 인정되는 조건 내에서 별거로 인한 부양료 를 인정할 수 있다고 판단하였다.

이후 프랑스는 1975년 민법개정으로 별거로 인한 부양료는 과실을 고려하지 않고 인정된다고 명시적으로 규정하여 이를 입법적으로 해 결하였으며, 이는 현행법에서도 그대로 유지되고 있다.

2) 부양의무자가 사망한 경우

위와 달리 부양의무자가 사망한 경우 프랑스 민법전에서는 생존배 우자에게 부양정기금청구권을 인정하고 있다.(민법전 제767조) 즉, 부 부 당사자 중 일방이 사망한 경우, 생존하고 있는 배우자가 부양이 필 요한 상황에 놓여 있다면 상속인에게 피상속인의 상속재산 중 일부를 부양료로 청구할 수 있다. 이러한 권리의 인정은 부부 당사자 중 일방 이 사망하여 혼인이 해소된 경우에도 생존배우자에게 부양의 필요성 이 있으면 혼인의 효과 중 하나인 부부 간의 부양의무가 종료되지 않

282) CA Paris, 5 févr. 1998 : JurisData n° 1998-023662. - CA Paris, 29 juin 2000 : JurisData n° 2000-119608. - CA Paris, 14 juin 2001 : JurisData n° 2001-152756.

283) CA Agen, 3 avr. 1997 : JurisData n° 1997-041243.

284) 김미경, 부부간 과거 부양료 청구에 대한 검토-프랑스 민법상 별거 중의 부양 문제, 민사법의 이론과 실무, 제24권 제1호, 2020. 99면.

285) Cass. 2e civ., 27 mai 1999, n° 97-22.301.

고 존속한다고 보는 법리이다. 다만, 이러한 권리는 피상속인이 사망한 다음에 인정된다는 점에서 상속적인 성격도 가지며, 이와 더불어 부양 필요성이 있는 상황에서 인정된다는 점에서 부양적인 성격도 함께 갖는다. 그런데 이 권리가 별거 중인 부부 당사자 일방이 사망한 경우에도 행사할 수 있는지 문제가 되었지만, 프랑스는 2006년 6월 23일 상속과 무상공여 개정에 관한 제2006-728 법률(La loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.)을 제정하여 별거 중 부양료를 받고 있던 부부 당사자 일방도 상대방 배우자 사망 후 지속적인 부양의 필요성이 있는 상황에 놓여 있다면 이 권리를 행사할 수 있게 하였다.²⁸⁶⁾

IV. 민법상 파탄주의에 따른 이혼과 경제적 안전

프랑스는 1789년 대혁명 이전에는 원칙적으로 이혼이 금지되었다. 그러나 1884년 이혼제도가 부활되면서 신체·명예죄, 간통, 가혹 행위, 방탕 등 정도만 이혼의 사유로 인정되었다. 1975년 프랑스는 민법을 개정하면서 협의 이혼의 경우와 배우자 사이에 공동생활이 파탄 난 경우를 이혼 사유에 추가하면서 민법상 파탄주의를 도입하였다.

이후 2004년 개정된 이혼에 관한 법률은 이혼에 대한 개인의 권리를 인정하였고, 혼인의 자유와 함께 이혼의 자유를 도입하였다. 단, 이혼 과정에서 배우자와 그의 자녀들을 보호하기 위해 당사자 간 합의의 적합성 여부를 따지는 방식으로 이혼 과정에서 발생하는 약자를 보호하고 있다.²⁸⁷⁾ 한편, 프랑스는 민법전 제229조 내지 제309조²⁸⁸⁾에 이혼에 관해 규정하고 있으며, 다원주의적이고 사법적인 개념과 연결시키고 있다는 것이 특징이다.

286) 앞의 논문(주161), 106면.

287) <https://www.chosun.com> (인터넷 조선일보 2015년 9월 15일)

288) <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000006117751/> (최종방문일 2021. 9. 26.)

1. 현행 이혼에 관한 법률: 이혼절차 간소화를 목적으로 하는
2004년 5월 26일 제2004-439호 법률(La loi no 2004-439 du
26 mai 2004 vise à simplifier les procédures de divorce)

(1) 2004년 5월 26일 제2004-439호 법률의 목적

현행 이혼에 관한 법률인 ‘이혼절차 간소화를 목적으로 하는 2004년 5월 26일 제2004-439호 법률’(이후 이혼절차개정법률이라 통칭함)은 기존에 존재하던 1975년 7월 11일 법률(La loi du 11 juillet 1975)의 일부 오류를 수정하였다. 위 2004년 5월 26일 법률의 목적은 이혼에 의존하는 배우자 사이의 관계를 진정시키는 동시에 이혼의 사법적 성격을 유지하는 것이었다. 이 법률은 민법 제229조를 개정하여 법적으로 이혼의 4가지 경우를 인정하고 있다.

즉 첫째, 민법 제230조에 의한 상호 동의에 의한 이혼(협의 이혼) 둘째, 민법 제233조에 의한 혼인 파탄주의 원칙을 수용한 이혼 셋째, 민법 제237조에 의한 결혼 관계 영구적 변경으로 인한 이혼 넷째, 민법 제242조에 의한 과실로 인한 이혼이다.

(2) 이혼절차개정법률의 주요 내용²⁸⁹⁾

앞서 언급한 바와 같이 위 이혼절차개정법률은 1975년 7월 11일 이혼 사유를 규정한 1975년 7월 11일 법률에서 상속절차를 간소화 및 현대화하는 것을 목적으로 하고 있다. 또한, 위 이혼절차개정법률 내용 중 새로운 것은 동거종료로 인한 이혼을 대체하는 결혼 관계 변경으로 인한 이혼이 추가되었다는 것이다. 이 절차는 독신 배우자의 유언장에 의해 시작될 수 있으며 이혼은 확정된 별거 후 2년(현재는 6

289) <https://www.vie-publique.fr/loi/269057-loi-du-26-mai-2004-relative-au-divorce>
(최종방문일 2021. 9. 26.)

년)후에 선언될 수 있다. 이러한 결혼 관계가 영구적으로 변경된 경우의 이혼은 배우자 중 한 명이 이혼을 청구할 수 있다.

이혼이 받아들여진 경우(이전에는 요청에 의한 이혼) 원칙적으로 혼인 종료에 대한 합의가 배우자가 결정을 설명하는 ‘각서(Un mémoire)’를 제출해야 하는 의무를 대체한다. 상호 합의에 의한 이혼은 기존의 2회 출석에서 단 한 번의 출석으로 변경되었다. 또한, 모든 이혼소송 사건(청구, 결혼 관계 영구적 변경, 과실 등)에 대해 위 이혼절차개정 법률은 더 많은 가고를 수반하는 일반공통과정을 규정하고 중재에 의존하도록 권장하고 있다.

2. 혼인 파탄원칙에 의한 이혼(Divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage)²⁹⁰⁾

혼인 파탄원칙에 의한 이혼은 재판상 이혼(Un divorce judiciaire)의 경우이다. 이혼에 동의하지만 결과에 동의하지 않는 배우자는 혼인 파탄원칙에 의한 이혼절차를 시작할 수 있다. 이들은 이혼 사유를 설명할 필요가 없으며, 이혼의 합의는 절차 전이나 절차 중에 작성된 수락 선언(Une déclaration d'acceptation)에 기록된다. 양 배우자는 이 합의를 되돌릴 수 없지만, 그 과정에서 상호 합의에 의해 이혼으로 전환할 수 있다.

(1) 이혼청구 조건

이혼에 동의하지만 이혼의 모든 결과(예: 자녀 양육권 또는 재산 분할 등)에 동의하지 않는 경우 이 이혼절차를 시작할 수 있으며, 각 배우자에게는 변호사가 있어야 한다. 이혼청구는 배우자 중 한 사람 또는 두 사람 모두가 요청할 수 있다.

290) <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F10569> (최종방문일 2021. 9. 26.)

1) 청구 내용 : 청구에는 다음의 정보가 포함되어야 한다.

첫째, 오리엔테이션 및 임시조치를 위한 청문회(L'audience d'orientation et sur mesures provisoires, AOMP)의 장소, 날짜 및 시간 둘째, 배우자의 금전적, 재산적 이익의 해결을 위한 제안 셋째, 가족 문제의 조정 내용 넷째, 친권의 행사와 이혼의 결과에 대한 당사자의 부분적 또는 완전한 합의에 대한 판사의 행위 또는 합의 승인(Homologation)

2) 수락 조서(Procès verbal d'acceptation)

수락 조서는 이혼 사유를 말하지 않고 이혼에 동의한다는 내용의 서면 또는 문서이다. 각 배우자는 다른 시간에 서명할 수 있는데, 절차 시작 전에 변호사에 의해 서명된 수락 조서에 각 배우자는 서명한다. (6개월 미만) 이 수락 조서에는 오리엔테이션 또는 청문회, 가정법원 판사(Juge aux affaires familiales, JAF)가 취한 잠정조치(자녀의 거주, 위자료 등)에 관한 청문회가 포함된다. 이 수락 조서는 JAF가 작성하고 각 배우자와 각 배우자를 조력하고 있는 변호사가 서명한다.

한편, 이 수락 조서에는 상소를 하여도 소송 당사자는 상급 법원에 사건에 대한 새로운 판결을 요청하는 구체수단으로써 혼인 파탄원칙을 다시 이용할 수 없다는 점을 언급하여야 한다. 즉 이 수락 조서에 서명을 하고 난 후에는 취소할 수 없다.

(2) 이혼청구 절차

각 배우자는 변호사를 선임하여야 하는데, 특히 피고는 변호사를 15일 이내에 선임하여야 한다. 이혼절차는 소환장에 의해 소집할 수 있는 가정법원 판사 앞에서 진행된다. 법원 집행관(Huissier de justice)은 소송이 제기되었고, 법원에 소환되었음을 알린다.

한편, 이혼청구 절차는 총 3단계로 진행된다.

첫 번째 단계는 임시조치를 요청할 수 있는 오리엔테이션 및 청문회이다.

두 번째 단계는 사건의 준비로, 판사의 감독하에 조사가 이루어지는 서면 절차이며 이 기간 동안 당사자는 증거 및 주장을 공유한다.

세 번째 단계는 판사 앞에서의 변론이다.

절차의 변경은 재판 과정에서 각 배우자가 공통의 합의에 도달한 경우, 그리고 원할 경우 판사 앞에서 상호 협의에 의한 이혼을 선택할 수 있다.²⁹¹⁾

(3) 이혼 비용

1) 법원 비용(Frais de justice)

비용은 변호사 비용에 따라 달라진다. 만약 재산이 이혼 비용을 지불하기에 충분하지 않은 경우 법률지원을 받을 수 있다. 또한, 판사가 달리 결정하지 않는 한 소송비용(비용, 변호사 수임료 등)은 이혼에 귀책사유가 있는 배우자의 책임이다.

2) 공유권리(Droit de partage)

배우자가 이혼하면 함께 가지고 있던 재산(가구, 금융 및 부동산 등)은 공유해야 한다. 세금은 부채를 공제한 후 배우자가 공유하는 자신의 순가치에 적용되는데, 이를 공유권이라 부르고 있다.

291) <https://monexpertdudroit.com/divorce/divorce-pour-acceptation-du-principe-de-la-rupture-du-mariage-nouvelle-procedure/> (최종방문일 2021. 9. 26.)

V. 양육비 제도(Pension alimentaire versée pour un enfant)

1. 양육비 제도 개괄

프랑스의 모든 아버지와 모든 어머니는 나이가 들어도 자신의 자녀를 먹이고 입히고 집에 거주케 하면서 키워야 한다. 이러한 양육의무는 입양된 자녀(합법적이거나 혼외 출생 등)에게도 적용되며, 양육비(Le montant de la pension alimentaire)는 합의로 이루어지거나 또는 판사가 결정하고 있다. 이와 더불어서 양육비의 일부는 소득세(Les impôts sur le revenu)에서 공제될 수 있다.

또한, 모든 아버지와 모든 어머니는 별거중이든 이혼했든 상관없이 미성년자 자녀(결혼 중 또는 이혼상태에서 태어난 자녀 및 입양 자녀 포함), 심지어 성인 자녀의 양육과 교육에 기여해야 한다.

한편, 양육비는 자녀와 일반적으로 함께 거주하는 부모가 일상생활(의류, 학교, 여가 등) 또는 보다 예외적인 상황(의료비 등)과 관련된 비용을 부담하도록 돕기 위한 것이다. 따라서 양육비는 양육을 하는 부모의 수입과 양육을 받는 자녀의 필요에 의해 결정되며, 한쪽 부모가 다른 쪽 부모나 자녀가 위탁된 사람에게 지불한다. 그리고 이러한 양육의무는 판사 앞에서 이행할 수 없음을 정당하게 증명한 경우에만 면제될 수 있다.²⁹²⁾

2. 양육비(Le montant de la pension alimentaire)

양육비는 자녀를 양육하지 않는 부모가 지급하는 금액이며, 양육비를 지급하는 자의 소득, 지출 그리고 자녀의 필요에 따라 결정된다.

(1) 별거 중이거나 이혼 중인 부모(Parents divorcés ou séparés de corps)

292) <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F991> (최종방문일 2021. 9. 30.)

다툼이 있는 이혼의 경우, 즉 이혼 또는 법적 별거 절차 중이나 이혼 또는 법적 별거 후에는 가정법원 판사가 양육금액을 결정하고 있다. 만약 가정법원 판사가 취한 조치에 대한 수정을 요청하는 경우에는 cerfa n°11530 문서²⁹³⁾를 작성한 후 가까운 지방법원에 제출하거나 보내야 한다.

이 문서는 총 7페이지로 구성되어 있는데 주요 작성 항목은 첫째, 요청하는 자의 인적사항, 둘째, 상대방의 신원(전 배우자, 자녀의 다른 부모 등), 셋째, 지원하는 자녀, 넷째, 자신의 상황, 다섯째, 자신의 요청사항, 여섯째, 요청의 동기, 일곱째, 분쟁 해결을 위한 노력, 여덟째, 심문 없는 절차 진행에 대한 동의 여부, 마지막으로 통지의 전자적 전송에 대한 동의 여부가 있다.

한편, 상호 합의에 의한 이혼의 경우, 양육비는 공증인(Le notaire)이 확인하고 공표한 이혼 합의의 틀 내에서 협의하여 결정하고, 법적 별거의 경우 양육비는 합의하에 결정되고 고정된다. 그러나 합의가 체결된 후 날짜를 기입하고 서명하는 것이 바람직하며 만약 의견이 다를 경우에는 가정법원 판사의 판결에 따른다.

(2) 법적 혼인 관계가 아니면서 별거 중인 부모(Séparation des parents non mariés)

법적 혼인 관계가 아니면서 별거 중인 부모(동거생활의 끝 또는 PACs 해산)는 소위 부모협약이라 불리는 협의를 작성할 수 있는데, 이 협약서는 각 부모의 친권행사 및 자녀의 양육 및 교육에 대한 각 부모의 기여(양육비)에 대한 조건을 설정하는 데 그 목적이 있다. 또한, 각 부모는 Caf 또는 MSA에 합의에 의해 결정된 양육비의 강제 지급을 허용하는 문서의 발행을 요청할 수도 있는데, 이를 위해서는 가정법원에 소송에 제기하지 않는다는 조건 내에서 가능하다. 프랑스

293) https://www.formulaires.service-public.fr/gf/cerfa_11530.do (최종방문일 2021. 9. 30.)

는 2020년 12월부터는 가족수당기금(Caisse d'allocations familiales, Caf²⁹⁴) 수혜자이든 농업상호기금(Mutualité Sociale Agricole, MSA²⁹⁵) 가입자이든 상관없이 이 문서를 온라인으로 신청²⁹⁶)²⁹⁷)할 수 있게 하였다.²⁹⁸)

3. 양육비 지급 방법과 기간(les Formes et La Durée de versement)

양육비는 대부분 경우에 매월 일정 금액을 수표 또는 송금(협의 또는 판결에서 결정된 사항에 따라 다름)을 통해 지급된다. (바캉스 기간 동안 자신이 자녀를 돌본다는 사실이 양육비 감소를 수반하지는 않는데, 이는 일시금이기 때문이다) 그러나 양육비는 수표 또는 송금 뿐만 아니라 다양한 형태로 지급이 될 수 있는데 첫째, 자녀에게 발생한 비용을 직접 보장하거나 둘째, 아동에게 연동연금을 지급하는 기관에서 관리하는 금액(즉, 지수에 따라 변화하는 정기금 등), 셋째, 재산 향유(예를 들어 주택 등), 마지막으로 소득을 창출하는 상품을 자녀에게 할당하는 것(예를 들어 임대료를 생산하는 건물, 임대 농지 등)으로 지급될 수 있다.

한편, 양육비 지급 기간과 관련하여 일반적으로 판결문 또는 협의서에 명시된 날짜부터 양육비를 지급하여야 하며, 자녀가 성인이 되어도 양육비 지급은 자동으로 중단되지는 않고 자녀가 재정적 자율성을 획득할 할 때까지, 즉 학업이 종료될 때까지 계속된다. 특히, 장애 아동

294) <https://www.caf.fr/> (최종방문일 2021. 9. 30.)

295) <https://www.msa.fr/lfy/nos-metiers> (최종방문일 2021. 9. 30.)

296) https://www.d.caf.fr/wps/portal/caffr/login!/ut/p/al/hY5NC4JAGiR_iweP7vuaUNJNQ uyDMCIi9xJrrLqgq6xbS_--zXPZ3GZ4ZhigkAOV7ClqpkUvWfvxdHk7pX6yPZwx SU9xgLt4IV3izdEPs4UFCgvgD0X4r38FOiEzC3ugdduX05silmUQ1kAVr7jijiyUjR uth3HtoovGGDJwOdr3HmtFx6VmQnFyZxWpllvfJpp-1JDPN2HocvRo-TRK47w BzJ3Gmw!!/dl5/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/#/signature (최종방문일 2021. 9. 30.)

297) <https://service-pensionalimentaire.msa.fr/aripa/accueil> (최종방문일 2021. 9. 30.)

298) <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F991> (최종방문일 2021. 9. 30.)

과 보호 대상 성인의 경우(심신미약의 상태로 후견 또는 판사의 보호를 받는 자)에는 양육비 지급이 계속될 수 있다. (질병, 장애, 마비, 정신적 장애 등)²⁹⁹⁾

구체적으로 성인 자녀는 다음의 조건 내에서는 부모의 별거 또는 이혼 여부와 관계없이 자신의 주소지 내에 있는 가정법원 판사에게 양육비 신청을 할 수 있는데, 즉 부모는 자녀가 자신의 필요를 충족할 수 없는 경우 나이가 들더라도 먹이고 입히고 집에 거주시킬 의무가 있다. 또한, 이러한 양육비는 지급하는 부모의 수입과 자녀의 필요(학생, 실업자, 보호 대상 성인 등) 및 정신상태(질병, 장애, 마비, 정신 장애 또는 장애가 있는 상황 등)에 따라 다르다.³⁰⁰⁾

4. 양육비 미지급 시 조치

양육비를 지급해야 하는 타방 배우자가 양육비를 지급하지 않으면 채무불이행(Le mettre en demeure) 법리에 따라 그 이행을 촉구할 수 있다. 이러한 이행 촉구는 일방 배우자가 양육비를 지급하여야 하는 타방 배우자에게 영수증 확인서가 있는 등기 우편 또는 집행관의 증서로 영수증 확인서가 포함된 등기 우편을 발송하면 되는데, 이 등기 우편에서 일방 배우자는 타방 배우자에게 양육비를 지급하여야 하는 의무에 대해 상기시키고 양육비 미지급 상황을 시정하지 않으면 강제적인 방법이 행사될 수 있음을 밝힐 수 있다. 한편, 양육비를 받아야 하는 일방 배우자는 양육비 회수 및 중개 기관(Agence de recouvrement et d'intermédiation des pensions alimentaires, Aripa)에 연락을 취해 도움을 받을 수도 있다. 그리고 일방 배우자는 양육비 추심을 Caf 또는 MSA에 맡기거나, 집행관을 불러 직접 지급절차를 시작할 수도 있고 가정법원 판사에게 타방 배우자의 은행 계좌 압류를 요청할 수도 있다.³⁰¹⁾

299) <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F991> (최종방문일 2021. 9. 30.)

300) <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F10435> (최종방문일 2021. 10. 5.)

특히, 프랑스는 강제적인 방법과 관련하여 양육비 채무자가 고의적인 의도를 가지고 양육비를 지급하지 않으면 이를 가족유기범죄(Délit d'abandon de famille³⁰²)로 규정하여 최대 2년의 징역형과 15,000유로의 벌금에 처해진다. 또한, 양육비 채무자가 1개월 이내에 양육비 채권자에게 거주지 변경 사실을 알리지 않은 경우 6개월의 징역형과 7,500유로의 벌금에 처해진다.(형법 제227-4조) 가족유기범죄에 대한 공소시효는 모든 범죄와 마찬가지로 3년이다.³⁰³)

5. 프랑스의 양육비 미지급 문제 개선

(1) 헌법상 인간다운 생활을 할 권리보장을 위한 양육비 채권자의 양육비 수급권 강화

2019년 프랑스 테라노바 보고서³⁰⁴)에 의하면 프랑스에 살고 있는 양육비 채권자 중 양육비 채무자로부터 매달 양육비를 받아야 할 양육비 채권자(8% 이상이 여성임)가 혼자서 양육하는 자녀가 150만 명에 이르는 것으로 파악하고 있다. 하지만 이들의 35%에 달하는 양육비 채권자가 양육비 채무자로부터 자녀의 양육비를 받지 못하는 것으로 조사되었다.

또한, 양육비 채권자 가족 5가족 중 1가족이 헌법상 보장되고 있는 인간다운 생활을 할 권리 즉, 최저 주거기준에 못 미치는 장소에 거주하며 자녀의 영양 불균형, 쾌적하지 않은 주거환경, 돌봄의 공백에 놓여있다. 다시 말하면 양육비 채권자의 빈곤이 그들 자녀의 성장발달에

301) <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F10435> (최종방문일 2021. 10. 5.)

302) 가족유기범죄는 최소 2개월 동안 결정에 의해 부여된 가족의무를 이행하지 않은 것으로 예를 들어 양육비 또는 위자료 미지급이 이에 해당한다.

303) <https://www.justifit.fr/b/guides/droit-penal/abandon-de-famille/> (최종방문일 2021. 10. 29.)

304) Lenoir, Par Daniel, Pensions Alimentaires: En Finir Avec Les Impayés, 2019.

좋지 않은 영향을 미치며, 이러한 현상이 오래도록 지속된다는 점에서 프랑스는 양육비 미지급 문제를 국가의 추진과제로 포함하였다.

이에 프랑스는 「여성과 남성의 실제적 평등을 위한 2014년 8월 4일 제2014-873호 법률(LOI n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes)」³⁰⁵⁾을 제정하여 양육비 채무자부터 양육비를 받지 못하는 양육비 채권자를 국가가 보호하고, 미지급된 양육비 회수에 관해 국가가 개입할 수 있는 근거를 마련함으로써 이 문제가 더 이상 사인 간의 관계가 아닌 시민의 권리와 사회보장적인 문제임을 분명하게 밝혔다.³⁰⁶⁾

(2) 양육비 이행관리원(Agence de recouvrement des impayés de pensions alimentaires, Aripa³⁰⁷⁾) 설치, 운영

프랑스는 미지급된 양육비를 회수하기 위해 2017년 사회보장재정법(Loi de financement de la sécurité sociale)에 따라 양육비 이행관리원을 설치하였다. 양육비 이행관리원은 별거 후 가족, 특히 양육비 채권자 부모의 미지급 양육비 회수절차를 간소화하였다.

1) 모든 양육비 채무자 부모로부터 신속하고 효율적인 징수

양육비 이행관리원은 20세 미만의 부양 자녀가 있는 채권자에게 미지급된 양육비 회수지원을 제공하고 있다. 즉, 2017년 1월 1일부터 이혼하고 새로운 배우자와 살고 있으면서 양육비를 받지 못하는 경우

305) <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000029330832> (최종방문일 2021. 10. 29.)

306) 허민숙, 프랑스의 양육비 이행 관련 법률의 제,개정, 외국입법 동향과 분석 제2호, 국회입법조사처, 2019, 2면.

307) <https://solidarites-sante.gouv.fr/affaires-sociales/familles-enfance/droits-et-aides/article/l-agence-de-recouvrement-des-impayes-de-pensions-alimentaires-aripa> (최종방문일 2021. 10. 29.)

사전에 다른 구제를 요청할 필요 없이 양육비 이행관리원을 통해 미지급된 양육비의 첫 달부터 채무자 부모로부터 보다 신속하고 효율적으로 징수가 가능하다.

프랑스 정부는 이 Aripa 대한 책임을 사회안전가족부(Branche famille de la sécurité sociale)에 위임하였고, Aripa가 국가가족수당기금(Caisse nationale des allocations familiales, Cnaf)과 농업사회상호기금(Caisse centrale de la mutualité sociale agricole, CCMSA)의 지원을 받을 수 있도록 하였다. 따라서 Aripa는 Cnaf와 함께 양육비 미지급 해결을 위한 국가서비스라 할 수 있다.³⁰⁸⁾

2) 절차를 간소화하는 새로운 웹사이트 및 전화 플랫폼

Aripa가 제공하는 모든 정보와 서비스는 Caf와 MSA가 공유하는 새로운 웹사이트에서 액세스 할 수 있으며, Aripa 웹사이트는 완전 무료로 제공되는 서비스를 제공하고 있다. 구체적으로 Aripa는 미지급 양육비의 회수절차를 시작하기 위한 완전한 정보와 새로운 기관의 미지급된 양육비 회수지원 혜택, 우호적인 합의의 틀 내에서 최소 양육비를 추정하기 위한 도구, 채무자 부모가 채권자 부모 또는 그 자녀에게 폭력이나 위협을 가하는 경우 판사의 선고에 의한 Aripa의 재정중계, 별거 시 권리 및 절차 특히 양육지원 시스템(가족 중재, 만남의 장소 등)에 대한 정보를 제공하고 있다.

한편, 채권자 부모는 단일 국가번호(08 21 22 22 22)로 전문 전화 플랫폼을 통해 Aripa에 연락할 수도 있다. 또한, 판결을 통해 양육비가 결정되는 즉시 당사자들에게 특히 이 양육비 회수방법에 관한 문서를 판결문에 첨부하여 알리고 있으며, Aripa의 운영 및 임무에 대한 정보

308) <https://solidarites-sante.gouv.fr/affaires-sociales/familles-enfance/droits-et-aides/article/l-agence-de-recouvrement-des-impayees-de-pensions-alimentaires-aripa>
(최종방문일 2021. 10. 29.)

가 제공되고 있다.³⁰⁹⁾

제4절 미국

I. 미국의 가족관계변화 양상과 부양·양육·상속관련 법제

1. 미국 사회의 가족관계변화 양상

남편의 가족 생계부양 책임과 아내의 가내 육아 등 돌봄노동 책임의 이분법적 역할 분담은 유럽 대륙식 전통적 가족관계의 원형적 모습에 해당한다. 마찬가지로 미국의 경우도 초기 식민지 시대(the colonial era)에는 이러한 표준적 역할 분담의 설계하에 출산과 양육을 결혼의 필수 요소로 생각하면서 동시에 가족의 공동체적 측면을 더욱 강조하였다. 그러나 산업혁명의 물결이 등장하면서 성별을 불문하고 고용 기회가 확대되었고 그 수혜자로서 특히 여성의 고용 증대, 이에 따른 여성의 남성에 대한 경제적 의존도가 감소하게 되면서 성별에 기인한 기존의 엄격한 역할 분담도 점차 사라지게 되고 덩달아 결혼 제도가 주는 효용도 과거보다 저하되는 경향이 발생하였다. 또한 전통적 농경사회에서 노동력 제공 수단으로도 기능하던 자녀의 필요성 대신 자녀 양육비용의 증가, 자녀에 대한 부모의 기대이익 저하 등은 과거보다 더 적은 수의 자녀를 가족 구성원으로 가지거나 아예 자녀를 갖지 않기로 결정하는 경우까지도 유발하게 되었다. 이렇듯 미국 사회의 추이 및 미국인들의 가치관 변화는 가족공동체중심주의의 입장에서 개인중심주의의 입장으로 점차 선회한 것으로 볼 수 있으며 이에 성적 평등을 지향하고 개인의 자기결정권을 중시하는 태도도 점점 득

309) <https://solidarites-sante.gouv.fr/affaires-sociales/familles-enfance/droits-et-aides/article/l-agence-de-recouvrement-des-impayees-de-pensions-alimentaires-aripa>
(최종방문일 2021. 10. 29.)

세하게 되었다.

또한 미국의 이혼제도가 가족관계변화의 양상을 촉발시키는 유인이 되기도 하였다. 1969년 캘리포니아 주를 시작으로 1985년까지 미국 모든 주에서 무책이혼(no-fault divorce) 내지 혼인상태의 회복할 수 없는 과탄을 이혼사유로 하는 과탄주의가 도입된 이후 이혼율의 급증으로 인하여 편부모 및 재혼부모 가정이 일반화되면서 남편과 아내를 중심으로 하는 전통적 가족관계 양상은 다양한 형태로 분기 또는 변화의 양상을 보여왔다.³¹⁰⁾ 미국의 여러 주가 갖고 있는 재판상 별거(judicial separation)제도 역시 별거 판결 후 일정 기간이 지나면 이혼을 허용하는 방식으로 운용됨으로써 과탄주의를 실제로 원조하였고 각 주마다 이혼사유 및 이혼소송 제기를 위한 거주요건이 상이함에 따라 이혼을 보다 폭넓게 인정하는 지역으로 이주하여 이혼을 시도하는 이주이혼(migratory divorce)이나 부부 중 일방 당사자에 대해서만 관할이 인정되면 이혼이 가능한 일방이혼(ex parte divorce) 등이 실제 이혼의 실행에 착수하여 최종적으로 이혼을 성사시킴에 있어서 편의를 실질적으로 돕는 측면도 있었다. 즉 어렵사리 형성된 가족조차 쉽게 해체할 수 있는 이혼제도의 발달은 미국 사회의 가족관계변화 양상의 촉매제로 작용하였음이 부인할 수 없는 사실이다.

현대 미국 사회의 가족형태 실상을 살펴보면 부모 양측이 모두 일과 가정을 양립하는 유자녀 맞벌이 부부는 물론, 이와 동일한 형태이나 자녀를 갖지 않는 맞벌이 부부, 자녀가 있음에도 불구하고 법률혼에는 이르지 않고 비혼 동거 내지 사실혼 상태를 유지하는 부부, 혼외출산을 한 미혼모 등을 포함하여 이혼 등의 사유로 편부모 가족을 구성하거나 여러 번의 반복된 결혼 및 이혼으로 인해 그때마다 생긴 자녀들이 혼합된 가족, 법적으로 자녀에 해당하지 않는 아이를 양육하는

310) 미국 이혼법의 정립과정에 있어서 무책주의 운동의 전개에 대해서는 한복용, 「현대 미국가족법의 발달과 전망-혼인법을 중심으로」, 『가족법연구』, 제14호, 2000, 444-446면.

가족, 전통적 가족상의 기본단위인 생물학적 남성과 여성으로 구성된 부부로 형성된 가족형태에 해당하지 않는 동성 사실혼 동거자나 2015년도 연방대법원의 Obergefell v. Hodges³¹¹⁾ 판례에서 동성결혼을 금지하는 주법이 위헌이라고 선언된 이후 미국 전역을 통틀어 합법의 영역으로 진입한 동성결혼자까지 다양한 형태의 가족관계 양상을 노정해 왔다는 평가가 가능하다.³¹²⁾ 미국 사회의 시대적 추이 변화를 살펴보면 분명 전통적 가족공동체주의는 현대적 개인중심주의로 이행되었으며 특히 1970년대 이후 이혼의 자유화로 대변되는 미국 사회의 일단의 흐름은 필연적으로 이혼율 증가에 따른 편부모·재혼부모 가정의 증가, 이혼 여성 및 자녀들의 경제적 여건의 악화, 비양육친의 낮은 양육비 지급이행률의 문제 등을 파생시키게 되었다. 이러한 사회적 부작용을 해결하기 위해 미국 사회 공동체는 정책적·규범적 대응을 필연적으로 계속 준비해야 했던 것으로 파악할 수 있다.

2. 미국의 부양·양육·상속관련 법제의 구조와 특성

50개 주로 구성된 연방국가인 미국의 경우, 연방헌법상 혼인과 가족제도에 대해 특별히 성문으로 명시하고 있는 조항을 보유하고 있지는 않다. 다만 특정한 권리의 헌법상 거명은 인민이 보유하고 있는 다른 권리를 부정하거나 경시하는 것으로 해석할 수는 없다는 연방헌법 수정 제9조에 따라 명문으로 열거되지 않은 권리로서 혼인과 가족제도가 보호될 수 있다는 차원에서는 연방헌법에서 간접적 근거를 도출할 수 있다. 실질적으로 미국의 부양·양육·상속에 대한 법적 규율은 각

311) Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644(2015).

312) 이러한 가족관계변화 양상에 대해 미국의 사회과학계는 한편으로 가족쇠퇴론의 관점에서 가족변화에 대한 위기감을 표출하기도 하였고 다른 한편으로 불만족스런 결혼공동체를 종료하고 대안적 가족을 인정하는 가족진보론의 관점으로 접근하기도 하였다. 가족변화의 방향성을 보는 관점의 차이라 할 수 있는 가족쇠퇴론과 가족진보론에 대해서는 임인숙, 『미국가족의 변화를 둘러싼 논쟁』, 『한국사회학회 사회학대회 논문집』, 1997, 263면.

주별 형성된 판례법 및 제정된 주법을 기본 토대로 고찰해야 한다. 그에 추가하여 미국 가족법의 통일화를 위한 시도들을 참조해야 하는데 먼저 주법 상호간의 비합리적 요소를 제거하고 통일성을 유도하기 위해 미국변호사협회(American Bar Association)의 권고로 각 주에서 선발된 변호사들을 구성원으로 하는 비정부기구로 1892년 설립된 통일주법전국위원회(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws: NCCUSL)를 주목할 수 있다. 이 통일주법전국위원회가 제정한 각 영역별 통일법으로 통일혼인·이혼법(Uniform Marriage and Divorce Act: UMDA), 통일친자법(Uniform Parentage Act: UPC),³¹³⁾ 통일유언검인법(Uniform Probate Code: UPC)이나 통일신탁법(Uniform Trusts Act: UTC)상 규정들이 있다. 이 중 예를 든다면 1969년 최초로 공포된 통일유언검인법(UPC)의 경우 19개 주가 채택하고 있는데 이를 전체적으로 채택하지 않은 주들 중 부분적으로는 통일유언검인법 조항을 채택하고 있기도 하는 등 주마다 또 다양한 변용이 존재하는 것도 사실이다.³¹⁴⁾

또한 미국의 경우 상속법(Wills and Trusts)은 강학상 유언법(Wills)과 무유언상속법(Intestate succession), 신탁법(Trusts)으로 구성되는데 유언과 신탁이 상호 밀접한 관계를 갖고 있으며 이를 토대로 각 주의 상속관계법령을 형성한다.³¹⁵⁾ 미국에서는 통상 자녀에게 신탁을

313) 미국 통일친자법의 제정경위와 특징에 대해서는 이화숙, 『2002년 미국 통일친자법 제정의 의미와 그 내용』, 『가족법연구』, 제17권 제1호, 2003, 132면-134면.

314) 한편 미국법조협회(American Law Institute: ALI)가 2002년 편찬한 가족해소에 관한 법원칙(Principle of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendation)은 미국 가족법 체계상의 성문법으로 볼 수는 없지만 각 주의 가족해소에 관한 법리의 분석 및 실태조사, 권고사항을 담고 있는 참고 자료로서는 유용하다. 이 자료의 일부 발췌 내용은

<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1038&context=djglp>
(최종방문일 2021. 10. 28.) 참조.

315) 미국의 상속법 체계에 대한 간단한 요약은 김상훈, 『미국의 상속설계(Estate Planning)와 관련한 신탁활용현황-캘리포니아 주를 중심으로』, 『가족법연구』, 제 28권 제2호, 2014, 351-352면. 류일현, 『미국의 상속포기 제도』, 『가족법연구』, 제 34권 제3호, 2020, 98면-99면.

통해 재산을 증여하는 방식을 보편적인 증여 및 상속 방법으로 볼 수 있는데 이 경우 재산을 관리하는 신탁관리자를 매개로 위탁자인 부모와 수탁자인 자녀의 삼각 구도가 성립하게 된다. 따라서 신탁관리에 대해 주목해야 하는 바 신탁 체결 시 조건을 부가하거나 가이드라인을 설정할 수 있고 이러한 조건의 이행을 전제로 재산의 최종적 이전이 자녀에게 가능해지는 점도 참조해야 한다. 한편 미국 상속법제의 기본 골간이 피상속인의 유언에 의한 상속을 원칙으로 함에도 불구하고 오늘날은 유언을 남기지 않는 사망자의 증대로 인하여 무유언상속의 비중이 점차 높아지고 있다. 무유언상속의 경우 결국 유언을 남기지 않은 피상속인의 의사를 추정하여 그 법제가 형성되어야 하나 모든 무유언 피상속인의 의사를 완벽히 다 수렴할 수 없는 한계도 본질적으로 내재한다. 통일유언검인법(UPC)의 경우 개정을 통해 피상속인의 의사를 최대한 구현하기 위한 미세 조정작업을 시도해 왔으나 갈수록 더욱 복잡해지는 미국의 가족 환경을 온전히 반영하기는 결코 쉬운 일이 아니다. 일부 피상속인에게는 법률상 가족보다 가족이 아닌 친구나 돌봄 간병인이 자신에게 보다 더 중요하거나 심지어 가족 이상의 의미를 가질 수 있는데 가족구성원을 단위로 하여 상속인을 특정하는 것이 기본 원칙인 통일유언검인법이 피상속인 고유의 생각 및 다양한 의사까지 적확하게 반영해 내기는 어렵다는 점이 곧 이 법의 현실적 한계이기도 하다.

II. 부모에 대한 성년 자녀의 부양의무 관련 문제

1. 부모에 대한 부양의무 미이행과 상속결격

우선 부모에 대한 성년 자녀의 부양의무를 논하기 전에 극단적으로 성년 자녀가 부모를 살해한 상황은 통일유언검인법 제2-803(b)조에 따

르면 피상속인을 고의적·의도적으로 살해한 상속인의 경우 상속이 아
 예 부정되고 있다. 제정법 대신 판례 법리로 피상속인을 살해한 자에
 대한 상속결격 인정하는 매사추세츠, 뉴햄프셔, 메릴랜드의 3개 주를
 제외한 나머지 모든 주의 경우는 각 주의 제정법에 기반을 두고 이
 경우의 상속을 금지하고 있다. 또한 캘리포니아 주를 포함한 4개 주법
 은 고령의 부모를 학대한 자에 대한 무유언 상속을 금지하고 있다. 우
 선 캘리포니아 주법이 정의하는 학대에는 물리적 학대, 방치, 재정적
 학대가 포함되며 명백하고 설득력 있는 증거(clear and convincing
 evidence)에 의해 학대 사실이 입증되거나 캘리포니아 주 형법에 의해
 학대의 유죄 판결을 받은 경우가 상속결격 사유에 해당된다.³¹⁶⁾ 일리
 노이 주법의 경우도 그것이 물리적이건 재정적이건 간에 피상속인 학
 대의 유죄 판결이 내려졌다면 상속결격 사유가 되는데 만일 상속인이
 명백하고 설득력 있는 증거에 의해 피상속인이 유죄 판결에 대한 인
 지를 하였고 동 판결 이후 재산을 양도하겠다는 의사를 표명하였음을
 입증할 수 있다면 그 경우 법원은 무유언 상속을 인정할 수 있다고
 규정하고 있다.³¹⁷⁾ 오리건 주법의 경우는 피상속인의 사망시점 기준 5
 년 이내에 피상속인에게 행해진 학대에 대한 유죄 판결을 상속결격
 사유로 삼고 있다.³¹⁸⁾ 이 때 만일 피상속인의 사망시점보다 5년 이전
 의 경우에 학대의 유죄 판결이 있었다면 상속결격 사유로 보지는 않
 는데 그 이유는 5년의 기간이 피상속인 자신을 학대한 자를 상속에서
 배제시키는 유언을 남기기에 충분한 시간이라고 오리건 주의 입법자
 가 판단한 것으로 보아야 하기 때문이다. 한편 메릴랜드 주법의 경우
 는 앞서 거론된 3개 주와는 달리 오직 재정적 사유에 기한 학대만을
 학대로 보고 상속인이 피상속인에 대한 재정적 범죄로 유죄 판결을
 받고 동시에 피상속인 자산 가치를 완전히 복구하지 못한 경우를 상

316) Cal. Prob. Code §259(a)(1)

317) 755 Ill. Comp. Stat. Ann. 5/2-6.2(b)

318) Or. Rev. Stat. §112.455

속결격 사유로 판단하고 있다.³¹⁹⁾

2. 부모에 대한 부양의무 미이행과 부모부양책임법(filial responsibility law)

앞서 살펴본 대로 고령 부모에 대한 부양의무 미이행에 대해 통일 유언검인법 및 일부 주법이 상속결격 사유로 보는 경우를 별론으로 둔다면 그 밖의 경우 성인 자녀가 부모에 대한 부양책임을 어느 정도 범위까지 부담하여야 하고 이를 성인 자녀의 일정 수준의 부양의무로까지 볼 수 있는가의 문제가 남아 있다. 동양문화권의 유교적 관점에서서는 마치 도덕의 영역인 부모에 대한 효도를 실정법으로 강제할 수 있는가의 문제로 일응 접근하기 쉽다.³²⁰⁾ 그러나 그 관점보다는 영국 엘리자베스 빈민구빈법(Poor Relief Act)의 영향하에 일찍이 각 주에 도입된 부모부양책임법(filial responsibility law)이 성인 자녀의 부모에 대한 재정 지원 책임을 추궁할 수 있는 근거를 갖고 있기에 오늘날 주로 노년의 부모가 부담해야 할 요양원의 병원비 채무와 관련하여 성인 자녀가 소송의 당사자가 되는 여러 실제 사건들이 발생하는 상황을 주목해 볼 수 있다.

미국 사회의 평균적 부모는 고령의 노년층이 되어서도 자녀에 의존하여 생활을 영위하기보다는 경제적 자립을 추구하는 독립적 경향이 강한 문화권 내에서 자신의 삶을 주체적으로 영위하려는 경향이 있다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 이미 경제적으로 독립한 성년의 자녀와는 별개로 본인만의 노후 생활을 영위하고자 하는 것이 흔한 모습이다. 이를 위해서는 개인의 노후 준비는 물론이거니와 노년층에 대한

319) Md. Code Ann., Crim Law §8-801(e)

320) 자녀의 부모 부양과 관련한 유사 입법례를 갖고 있는 아시아 국가들로 중국, 싱가포르, 인도, 베트남의 법제 현황에 대해서는 박광동·윤혜란, 『고령화사회에서 부모부양문제의 법적 해결방안 연구-효도법을 중심으로』, 『중앙법학』, 제17집 제1호, 2015, 159면-162면.

연방 및 주, 지방 정부 차원의 공적 부양제도가 정비되어 있어야 하고 또한 정상적으로 가동되어야 한다. 그러나 이러한 개인적 노후 준비 및 고령자에 대한 공적·제도적 지원이 현실적으로 점점 미흡해지거나 열악해질 수 있는 상황 변동의 요인이 등장하고 있다. 베이비 붐 세대가 은퇴 연령에 이르는 등 인구의 전반적 고령화가 일어날 경우 이들을 지원하기 위한 공적 부양제도를 뒷받침할 재원은 더욱 한정적일 수밖에 없는 상황이 그에 해당한다. 이 경우 고령의 부모 부양에 대한 구체적 책임 귀속은 더 이상 공적 영역이 아니라 사적 영역으로 이전될 수밖에 없다. 따라서 연혁적으로 보면 미국이 1930년대의 뉴딜 시기 공적 부조제도를 정립하기 이전부터 이미 각 주를 중심으로 존재해 온 부모부양책임법의 법체계하에서 고령의 부모에 대해 성인 자녀가 부담해야 할 부양의무의 범위를 두고 실제 관련 당사자들 간의 법적 분쟁이 전개되어 온 것으로 볼 수 있다.

3. 각 주의 부모부양책임법 및 주 법원의 사법 판단

통일적인 연방법이 제정되어 있지는 않은 상태이나 미국의 일부 주들은 부모부양책임법(filial responsibility law)을 제정하여 부모의 부양에 대해 자녀가 책임을 부담하도록 규율하고 있다. 이러한 자녀의 부양의무는 로마법으로까지 그 유래를 찾을 수 있는데 보다 직접적으로는 1601년 영국 엘리자베스 빈민구빈법(Poor Relief Act)이 그 시초가 된다. 당시 영국의 빈민구빈법 규정은 “아버지와 할아버지, 어머니와 할머니, 그리고 가난하고 늙고 장애가 있고 무력한 자의 자녀들(father and grandfather and the mother and the grandmother, and *the children of every poor, old, blind, lame, and impotent person*)”이 그들의 자산 한도 내에서 가족 구성원에 대해 책임을 진다고 명문으로 규정하였다.³²¹⁾ 가족 간의 자연적·도덕적 의무를 법적 의무로 전환시

321) 43 Eliz. 1, ch. 2, IV (Eng.) (1601)

킨 것으로 파악할 수 있는 이 법은 영국이 지배한 동부 식민지 시기부터 미국으로 도입되어 이 시기 대다수 지역에서 영국 모델에 기반을 둔 부모부양책임법이 존재하였다.³²²⁾

정작 영국에서는 1948년의 국가부조법(National Assistance Act) 체계로 빈민구제법이 편입되면서 폐지의 수순을 밟게 되었지만 현재 미국의 29개 주에서는 여전히 성인 자녀에게 노부모 부양을 법문상 요구하는 부모부양책임법이 존속한다. 부양의무 미이행에 대해 15개 주에서 단지 민사 소송만을 허용하며³²³⁾ 8개 주는 부양의무 미이행에 대한 형사벌을 부과한다.³²⁴⁾ 형사 및 민사 소송 양자를 허용하는 주는 현재 4개 주에 해당한다.³²⁵⁾ 이러한 각 주 부모부양책임법의 존재에도 불구하고 실상 알래스카 등 11개 주는 동법을 실제 시행한 적이 전혀 없음도 주목할 수 있다.³²⁶⁾ 반면 동법을 실제 시행하였거나 적어도 재판관할에서 고려한 주도 상당수에 이른다. 부양의무자의 범위에 대해

322) 이 시기 펜실베이니아의 부모부양책임법상 표현은 영국 엘리자베스 빈민구제법의 규정 내용과 거의 유사하였다. Colonial Laws of Pennsylvania, 1705-06, ch. CLIV, Section V, at 253.

323) Alaska Stat. Ann. §§ 25.20.030, 47.25.230; Ark. Code Ann. § 20-47-106; Del. Code Ann. tit. 13, § 503; Ga. Code Ann. § 36-12-3; La. Rev. Stat. Ann. § 13:4731; La. Civ. Code Ann. art. 229; Miss. Code Ann. § 43-31-25; Nev. Rev. Stat. Ann. § 428.070; N.H. Rev. Stat. Ann. §§ 167:2, 546-A:2; N.D. Cent. Code Ann. § 14-09-10; Or. Rev. Stat. Ann. § 109.010; 23 Pa. Cons. Stat. Ann. § 4603; S.D. Codified Laws §§ 25-7-27-28; Tenn. Code Ann. § 71-5-115; Utah Code Ann. § 17-14-2; W. Va. Code § 9-5-9.

324) Ky. Rev. Stat. Ann. § 530.050; Md. Code Ann., Fam. Law. §§ 13-101-102; Mass. Gen. Laws Ann. ch. 273, § 20; N.C. Gen. Stat. Ann. § 14-326.1; Ohio Rev. Code Ann. § 2919.21; R.I. Gen. Laws Ann. § 15-10-1; Vt. Stat. Ann. tit. 15, § 202; Va. Code Ann. § 20-88.

325) Cal. Fam. Code § 4400 (civil); Cal. Penal Code § 270c (criminal); Conn. Gen. Stat. Ann. § 46b-215 (civil); Conn. Gen. Stat. Ann. § 53-304 (criminal); Ind. Code Ann. § 31-16-17-1 (civil); Ind. Code Ann. § 35-46-1-7 (criminal); Mont. Code Ann. § 40-6-301 (civil); Mont. Code Ann. § 45-5-621 (criminal).

326) Alaska, Delaware, Idaho, Mississippi, Montana, Nevada, New Hampshire, North Carolina, Tennessee, Utah, Vermont 주가 해당된다. Allison E. Ross, Taking Care of Our Caretakers: Using Filial Responsibility Laws To Support the Elderly Beyond the Government's Assistance, 16 Elder L.J. 167, 172, 174 (2008).

서 14개 주는 자녀를 부양의무자로 두고 있으나 배우자, 조부모, 형제 자매, 손자녀도 부양의무자로 두고 있는 주들도 존재한다.³²⁷⁾ 부양의무의 범위에 대해서도 기본적인 의식주와 보호에 필요한 비용으로 보는 주도 있는가 하면 정신적 치료비나 장례비까지를 범위에 포함시키는 주도 존재한다.³²⁸⁾

미국 각 주의 부모부양책임법은 부모가 단순히 고령에 이르렀다는 점을 이유로 성인 자녀에게 부양의무를 부여하는 것이 아니라 부모의 현재 재정적 상황이 빈곤함을 이유로 성인 자녀에게 부양의무를 부여하고 있다. 결국 이 법은 대상자인 빈곤 부모들이 의료부조(Medicare)나 의료지원(Medicaid)의 사회보장제도에 지나치게 의존하거나 그러한 추세를 통해 일반적 사회보장 시스템에 과부하를 가하게 되는 것을 최소화하기 위해 의도되었다고 파악할 수 있다. 해당 부모가 자녀에게 부양의무를 이행하도록 동법에 기한 법적 권한을 행사하고자 할 때는 필요한 비용에 대한 청구를 법원에 신청하고 법원의 판결을 통해 강제력을 발휘할 수 있게 된다. 각 주마다 부모부양책임법의 입법상 요건 및 명문 표현은 조금씩 다르며 주 사법권의 판단에 따라 형성된 판례의 태도들도 사실관계에 따른 차이점이 존재하는데 아래에서 몇 개 주의 사례들을 차례로 살펴보기로 한다.

가. 펜실베이니아 주

펜실베이니아 주의 경우 부모부양책임법은 성인 자녀가 빈곤한 부모를 돌보고 재정적으로 지원할 책임을 명시하고 있다. 여기서 의미하

327) California, Indiana, Kentucky, North Carolina, South Dakota, Oregon, Vermont, Virginia 주가 해당된다. 김수정, 『양육의무를 불이행한 부모의 부양청구권 제한』, 『비교사법』, 제27권 제3호, 2020, 360면.

328) 전자의 경우는 Maryland 주, 후자의 경우는 Montana주가 해당된다. 김수정, 앞의 논문, 360면.

는 빈곤이란 무력하고 극도로 부족하거나 완전히 자산이 결여되어 있을 필요까지는 없는 수준을 뜻하며 다만 자신 스스로의 돌봄을 위해 지급할 충분한 자산이 없는 수준으로 파악된다. 동법은 재정적 책임의 두 가지 예외도 규정하고 있는데 첫째, 성인 자녀가 빈곤한 사람을 지원할 충분한 재정적 능력이 없는 경우와 둘째, 부모가 자녀를 유기하고 미성년 기간 10년 동안 그 유기가 지속된 경우에는 성인 자녀가 부모에 대해 재정적 책임을 부담할 필요가 없다.

펜실베이니아 주 법원에서 펜실베이니아 주의 부모부양책임법에 대한 사법 판단을 가한 주요 내용은 다음과 같다. 우선 1994년의 *Savoy v. Savoy*³²⁹⁾는 한 노인 여성이 \$10,000을 초과하는 미지급 의료 비용과 관련한 몇 가지 의료 문제를 경험한 후 그녀의 성인 아들의 원조를 청구한 사안을 다루었다. 이 여성의 경우 사회보장급여 및 부수적 소득급여를 지급받았음에도 불구하고 이러한 공적 부조만으로는 그녀의 월 지출을 충당하기엔 부족하였다. 펜실베이니아 주 대법원은 이 여성의 월 소득이 월 지출의 절반 미만에 불과했기 때문에 빈곤상태에 처해 있다고 판단했고 월 소득이 \$2,327인 아들이 매월 \$125를 어머니의 의료조치 제공자에게 지불함으로써 어머니를 재정적으로 도울 수 있다고 판시하였다. 아들 자신의 월 지출이 월수입보다 \$200 이상 많다는 점은 법원의 결정에 영향을 미치지 않았으며 어머니를 원조하기에 충분한 아들의 재정적 능력에 대한 견해에 있어서 사실심 법원이 재량권을 남용하지 않았다고 주 대법원은 결론을 내렸다. 이 판례에서 법원은 성인 자녀 본인의 지출이 본인의 수입보다 더 많은 상태라 하더라도 고령의 부모에 대한 재정적 지원을 요구하였고 아들의 부양지원금이 아들의 어머니에게 지급되는 것이 아니라 의료비용의 채권자인 병원 측에 곧바로 지불되도록 결정하였다는 점을 주목할 수 있다.

다음으로 2003년의 *Presbyterian Medical Center v. Budd*³³⁰⁾에서

329) *Savoy v. Savoy*, 641 A.2d 596 (Pa. Super. Ct. 1994).

요양원은 \$96,000의 미결제 요양비를 상환하기 위해 이미 고인이 된 노인 여성의 성인 딸에 대해 소송을 제기하였다. 요양원측의 주장에 따르면, 성인 딸은 어머니가 이미 소진한 자산으로 인해 의료비를 지불할 수 없었기 때문에 어머니를 위해 의료지원 혜택을 신청하겠다고 약속했으나 그녀의 약속은 이행되지 않았는데 이는 어머니의 자산이 의료지원 혜택을 신청할 자격의 상한을 초과했기 때문이었다. 이후 딸은 어머니의 의료지원 수급 자격을 갖추기 위해 어머니의 자산 액수를 낮출 목적으로 자신의 은행 계좌에 어머니의 현금 자산을 이체하는 방식을 활용하였다. 법원은 성인 딸이 요양원에 \$68,000의 금액을 상환할 책임이 있다고 판시했는데 이는 그녀의 어머니가 요양원에 머무르는 동안 딸이 어머니의 은행 계좌에서 \$100,000 이상을 이체시킴으로써 어머니가 ‘빈곤’ 상태에 이르렀기 때문이었다. 즉 법원은 어머니의 빈곤 상태를 의도적으로 만드는데 딸이 주요한 역할을 한 점을 거론하며 딸의 책임을 추궁한 것이었다. 이 판례는 부모부양책임법이 규율하는 이해관계 구도에서 제3자에 해당하는 요양원이 직접 성인 자녀를 상대로 상환을 청구하는 것이 가능함을 법원이 인정하였다는 의미를 갖는다.

또한 2012년의 *Health Care & Retirement Corp. of America v. Pittas*³³¹)에서 펜실베이니아 주 대법원은 펜실베이니아 주 부모부양책임법에 대한 사법적 해석을 더욱 발전시켰다. 동 사건에서 차 사고로 다리를 다친 어머니가 6개월간 머물렀던 요양원 측은 어머니가 지급해야 할 요양원 비용 채무에 대해 직접 법적 조치를 취하는 대신 그녀의 아들에게 부담분을 청구하였다. 법원은 아들이 연간 \$85,000의 소득이 있음을 지적하고 펜실베이니아 주법에 따라 약 \$93,000에 대한 책임이 있다고 판시했다. 법원은 아들이 요양원 비용 채무를 생성한

330) *Presbyterian Medical Center v. Budd*, 832 A.2d 1066 (Pa. Super. Ct. 2003).

331) *Health Care & Retirement Corp. of America v. Pittas*, 46 A.3d 719 (Pa. Super. Ct. 2012).

잘못이 없으며 어머니의 부양을 지원할 수 있는 또 다른 형제가 있다는 사실에도 불구하고 어머니 부양을 위한 재정적 여건이 여의치 않다는 아들의 주장을 최종 배척하였다. 법원은 만일 아들이 다른 가족 구성원과 부양 책임을 분담하고자 원했다면 다른 가족들을 소송에 참여시킴으로써 가능할 것이라고 언급하였다. 이 판례는 아들이 어머니 요양원 비용 채무에 대하여 설령 잘못을 행한 사실이 없더라도 동 채무를 상환할 책임이 있고 다른 형제들의 존재 여부는 실제 그들이 소송에 참가하지 않는 한 결론에 영향을 미칠 변수가 될 수 없음을 확인한 의미가 있다.

나. 사우스다코타 주

사우스다코타 주의 부모부양책임법은 스스로 자신을 부양할 수 없는 부모에게 성인 자녀가 필요한 음식, 의류, 거처 또는 의료지원을 제공하도록 규정하고 있다. 이 법은 성인 자녀가 재정적으로 가능한 범위 내에서만 부양책임을 부담하도록 하고 있으며 형제자매들로부터 기여 분담금을 제공받을 권리도 부여하므로 오직 한 사람의 자녀에게만 부양책임 부담을 전적으로 요구하지 않는다. 그러나 이러한 기여 분담의 권리도 형제자매가 그 지원에 기여할 수 있는 능력에 의해 제한되며 부모에 대해 지원을 제공하지 않는 성인 자녀에 대해 어떠한 유형의 청구가 이루어지기 전 반드시 서면 통지를 필요로 한다는 점이 주목된다.

1994년 *Americana Healthcare Center v. Randall*³³²⁾에서 사우스다코타 주 대법원은 후보다는 가족이 노인 부양비를 제공하는 것을 선호하면서 부모부양책임법의 합헌성을 인정했다. 동 사건에서 요양원은 사망한 환자의 미지급 의료비 청구를 위해 그 환자의 성인 아들에게 소송을 제기하였다. 한편 환자의 사망 5년 전, 그녀는 자신의 자산 전

332) *Americana Healthcare Ctr. v. Randall*, 513 N.W.2d 566 (S.D. 1994).

체에 대해 아들을 수혜자로 하는 신탁을 형성하였다. 법원은 환자가 자신의 의료비를 지불할 수 없는 것이 5년 전에 형성된 신탁의 직접적인 결과에 기인한 것이라고 하면서 요양원의 청구를 인정하였다. 법원은 특히 자녀가 고령 부모의 자산을 관리할 때 고령 부모의 부채에 대해 책임을 부담할 성인 자녀를 찾는 것이 적절하다고 판단하였다.

1998년 *Prairie Lakes Health Care Systems, Inc. v. Wookey*³³³⁾에서 사우스다코타 주 대법원은 부모부양책임법에 대해 인정하였는데 이 사건에서 병원은 아버지에 의해 초래된 \$76,537의 병원비에 대해 성인 아들을 상대로 소송을 제기하였다. 법원은 동법이 성인 자녀가 재정적 능력을 보유하고 있을 때에만 빈곤한 부모에게 지원을 제공하도록 규정하고 있음을 강조하였다. 따라서, 법원은 성인 아들이 아버지의 의료비 청구서에 대해 재정적 측면에서 지불할 수 있다는 전제하에 아버지의 의료비에 대한 책임을 부담할 수 있으며 아들이 자신의 아내와 자녀를 부양해야 하는 긴박한 도덕적·법적 의무를 보유함에 대해 언급하면서도 동시에 전액 일시불 지급이 불가능하다면 분할하여 지급할 수도 있다고 하는 등 지급 방식에 대해서도 제안하였다.

다. 메릴랜드 주

메릴랜드 주의 부모부양책임법은 부모와 자녀 양자 모두에게 상호 책임을 부과한다. 동법은 메릴랜드 주에 거주하는 빈곤한 부모에게 충분한 자산을 이미 보유하거나 창출해 낼 수 있는 성인 자녀가 있다면, 그 성인 자녀는 빈곤한 형편의 부모에게 음식, 거처, 보호 및 의복을 제공하는 것을 거부하거나 간과하지 않아야 한다고 규정하면서 동시에 동일 내용을 반대의 상황, 즉 빈곤한 성인 자녀 및 이 자녀에게 부양을 충분히 제공할 수 있는 부모의 경우에도 적용하고 있다. 또한 메

333) *Prairie Lakes Health Care Sys., Inc. v. Wookey*, 1998 SD 99, 583 N.W.2d 405 (S.D. 1998).

릴랜드는 특정 개인이 그의 빈곤한 친지에 대해서 부양을 제공하지 않는 경우에도 형사 책임을 부과하는 주에 해당한다.

2003년의 *Corby v. McCarthy*³³⁴⁾에서 법원은 빈곤한 성인 자녀에 대한 부모의 의무를 다루었는데 이 사안에서 어머니는 장애가 있는 성인 자녀의 아버지로부터 부모의 지원을 확장하려 시도하였다. 법원은 부모가 성인 자녀를 돌볼 보통법상 의무를 갖는다고는 볼 수 없다 하더라도 장애인인 빈곤한 성인 자녀를 돌볼 실정법상 의무는 보유하고 있다고 언급하였다. 동 사안에서 아버지는 부양을 충분히 제공할 수 있었기 때문에 법원은 아버지가 성인 자녀를 부양할 의무가 있다고 판시하였다.

라. 로드아일랜드 주

로드아일랜드 주의 부모부양책임법은 부모에 대한 부양을 부당하게 소홀히 하거나 거부하는 자에게 형사 책임을 부과한다. 부모가 불운에 기인하거나 자신만의 고유한 잘못이 없는 경우 생계를 유지할 수단이 결여되고 고령이나 질병 등의 사유가 있을 때 부모부양책임법상 법적 의무가 시작되는바 이 의무의 위반은 벌금형이나 구금형으로 귀결될 수 있다.

1994년의 *Landmark Medical Center v. Gauthier*³³⁵⁾에서 법원은 로드아일랜드 주의 부모부양책임법의 유효성을 강조하였다. 이 판례에서 법원은 이 법이 구사하는 범문상 표현을 살펴보면 특정한 경우 빈곤한 부모를 부양하지 않는 성인 자녀에게 부양의 불이행에 대한 처벌이란 명백한 법적 의무를 부과하는 것으로 볼 수 있고 동 의무는 실재하는 것이라고 언급하였다. 또한 성인 자녀의 부모를 부양할 의무는 그 부모 중 일방의 배우자가 상대방 배우자에게 전적인 부양 책임을

334) *Corby v. McCarthy*, 840 A.2d 188 (Md. Ct. Spec. App. 2003).

335) *Landmark Med. Ctr. v. Gauthier*, 635 A.2d 1145, 1145 (R.I. 1994).

이행할 수 없을 때에 한하여 부과되는 것이라고 하였다.

마. 캘리포니아 주

오늘날 캘리포니아 주의 부모부양책임법은 성문으로 여전히 존치하나 동법의 입법 연혁을 보면 1970년대 초 개정된 이래 실제로는 현실에서 적용되지 않았음을 알 수 있다.³³⁶⁾ 1970년대 이래로 캘리포니아 주에 있어서 부모부양책임법의 적용과 관련하여 고령의 빈곤한 개인에 대한 지원이 사적 부담이어야 하는지 또는 공적 부담이어야 하는지에 대한 긴장 관계가 존재해 왔음을 찾아볼 수 있다. 1971년의 *Cnty. of San Mateo v. Boss*³³⁷⁾에서 캘리포니아 주 대법원은 주의 고령자 보호법(Old Age Security Law)으로부터의 원조를 수령하는 고령의 어머니에 대한 성인 아들의 부양 책임을 추궁하지 않았다. 법원은 당시 캘리포니아의 부모부양책임법에 비추어 결정을 내렸는데 동법은 “지원금을 수령하는 노인의 성인 자녀는 그 자녀의 능력의 범위 내에서 수령인의 지원에 기여해야 한다.”고 규정하였다. 캘리포니아 주 대법원은 성인 자녀로 하여금 주의 고령자 보호 혜택시스템에 불균형적으로 기여하도록 강요하는 것은 부모가 동 법령하에서 빈곤하다고 간주되지 않는 경우에는 그 성인 자녀가 누려야 할 평등보호의 권리를 침해한다고 판시하였다.

주 대법원의 이러한 결정에 대한 응답으로, 캘리포니아 주 의회는 성인 자녀가 주의 지원을 수령하는 고령 부모를 지원할 법적 의무가 있음을 분명히 하기 위해 부모부양법을 개정하였다. 주 의회는 법적인 정의에 의해 ‘빈곤한(poor)’ 것으로 간주되는 부모보다는 ‘도움이 필요한(in need)’ 부모를 지원하는 것으로 법문을 변경하는 것에 특히 주의

336) Katherine C. Pearson, “Filial Support Laws in the Modern Era: Domestic and International Comparison of Enforcement Practices for Laws Requiring Adult Children To Support Indigent Parents”, 20 Elder L.J. 269, 286-88 (2013).

337) *Cnty. of San Mateo v. Boss*, 479 P.2d 654, 659 (Cal. 1971).

를 기울였다. 캘리포니아 주 대법원도 개정된 법문에 따르면 성인 자녀가 그들의 고령 부모를 지원하기 위해 요구되는 앵글로-아메리칸 전통에 적절히 기반을 둔 합리적인 근거를 갖는다고 밝히면서 개정법에 동조하는 태도를 보였다. 그러나 이어서 1975년에 캘리포니아 복지법(California's Welfare Code)에 행해진 개정은 도움이 필요한 부모가 부양지원을 꺼리는 성인 자녀에 대해 소송을 제기하는 것을 억지하는 결과를 가져왔다. 개정된 캘리포니아 복지법에 따르면 도움이 필요한 부모가 주에 대해 과거 지원을 신청하였거나 현재 실제 지원을 수령하고 있다면 가족은 이들 부모를 위한 지원을 제공할 책임이나 주에 대해 이러한 지원을 상환할 책임을 부담하지 않는다고 규정하였기 때문이다. 이러한 입법적 변화는 결국 도움이 필요한 부모가 자신의 자녀에 대해 소송을 제기하기보다는 주로부터 지원금을 수령할 수 있게 하였으므로 부모부양법의 적용은 거의 사문화가 되었다. 캘리포니아 주의 사례는 주 의회와 사법부가 빈곤한 고령자를 지원하는 데 있어서 누가 책임져야 하는가에 대한 문제에 관하여 상호 논박을 펼쳐왔음을 보여주고 있고 최종적으로 캘리포니아 주의 경우는 그 책임 소재가 가족이라기보다는 주 정부에 있는 것으로 판단하였다고 평가할 수 있다.

4. 부모부양책임법에 대한 찬반 논변

가. 찬성론

첫째, 부모-자녀 관계를 계약과 흡사하게 보는 입장에서는 부모가 자녀를 돌보았기 때문에 그 대가로 자녀가 부모를 부양하고 돌보는 암묵적 계약이 둘 사이에 존재한다고 파악한다.³³⁸⁾ 또한 부모부양책임

338) Matthew Pakula, "A Federal Filial Responsibility Statute: A Uniform Tool to Help Combat the Wave of Indigent Elderly", 39 Fam. L.Q. 859, 868 (2005).

은 유대교 및 기독교 경전에서 비롯되었고 오랫동안 확립된 가족 충성 및 의무의 규범에 뿌리를 두고 있다고 보며³³⁹⁾ 이러한 부모와 자녀 사이의 독특한 관계로부터 서로를 책임지고 부양하는 것이 반드시 필요하다는 입장이 자연스레 도출된다고 주장한다.³⁴⁰⁾

둘째, 부모부양책임법이 존재함으로써 성인 자녀와 부모는 정기적으로 부양의 의무와 한계에 대해 대화를 나누게 되고 이를 통해 가족 간의 건강한 관계를 배양할 수 있게 됨으로써 나아가 긍정적이고 건설적인 가족 환경을 조성하게 되면서 가족 간의 연대를 강화하게 된다는 주장이 있다.³⁴¹⁾ 또한 긍정적 가족관계를 갖게 되는 것은 부모로 하여금 그들이 미래에 지출하게 될 건강관련 비용을 절약하거나 최소한 대비하여 예산계획을 미리 세울 수 있도록 동기부여를 하게 만드는 효과가 있다는 지적도 있다.³⁴²⁾

셋째, 부모부양책임법이 존재함으로써 빠르게 상승 중인 의료지원 비용을 낮출 수 있고 장기 요양보험에의 자발적 가입률을 제고할 수 있다.³⁴³⁾ 또한 동법의 존재에 따라 의료지원에 있어서 수급 자격이 있는 가족 구성원에게 고령의 부모가 자신의 자산을 미리 이전할 유인은 확연히 감퇴시킬 수 있다. 즉 부모부양책임법의 현실적 기대 효과는 부정한 목적을 갖고 부모가 자녀에 대한 자금 이체를 시도하게 될 여지를 현저히 줄이게 된다는 것이다.

넷째, 앞서 펜실베이니아 주 대법원의 *Pittas* 판례에서와 같은 결론은 사람들로 하여금 요양병원 측의 청구서를 계속 지체시키거나 그냥

339) Seymour Moskowitz, "Filial Responsibility Statutes: Legal and Policy Considerations", 9 J.L. & Pol'y 709, 721 (2001).

340) Pakula, supra, at 868.

341) Sharon F. Edelman, "Filial Responsibility: Can the Legal Duty to Support Our Parents be Effectively Enforced?", 36 Fam. L.Q. 501, 504 (2002).

342) Allison E. Ross, "Taking Care of Our Caretakers: Using Filial Responsibility Laws to Support the Elderly Beyond the Government's Assistance", 16 Elder L.J. 167, 189 (2008).

343) Ross, id, at 189.

내버려 두는 대신 바로 지불하거나 최소한 다른 형제자매들에게 알려서 개입시키도록 서둘러야 한다는 생각을 독려하게 할 수 있다. 또한 부모의 의료지원 혜택을 신청할 때 가족 구성원이 요양시설 등과 더 부지런히 협력하도록 장려할 수 있게 된다는 주장도 가능하다.

나. 반대론

첫째, 부모와 자녀간의 암묵적인 계약이란 개념은 지나치게 광범위하며³⁴⁴⁾ 부모부양책임법이 가족에 대해 법적인 의무를 부과하는 것은 곧 가족 간의 스트레스와 불화를 양산하고 결국 가족 단위를 붕괴시킬 수 있다는 주장이다.³⁴⁵⁾ 부모의 자발적 의지에 따라 자녀가 세상에 태어났으므로 이러한 자녀 입장에서 부양을 강요당하는 것은 부당하고 이미 가족관계가 불안정하거나 사이가 서로 험악한 가정에서 소송이 발생할 가능성이 높으며 이로 인해 가족 회합의 현실적 가능성을 일체 부정하게 된다는 것이다.

둘째, 부모에 대한 부양의무가 법적 의무는 아니며 도덕적 의무에 불과하다고 생각하는 사람이 다수이며 일반적으로 부모는 자녀가 성년이 될 때까지 돌볼 법적 의무가 있으므로 성인이 된 자녀가 본인의 남은 일생동안 부모를 부양하도록 강요하는 것은 결국 동일선상에서 비교하건대 불공평하다는 주장이다.³⁴⁶⁾ 게다가 미국 문화가 개인의 독립성 및 자녀와 부모를 분리시키는 것의 중요성을 강조하기에 부모는 자녀로부터 어떠한 도움도 원치 않을 수 있고 성인 자녀에게 부모가 의존함으로써 촉발될 수 있는 사회적 낙인이 생성될 수 있으며³⁴⁷⁾ 성인 자녀 역시 부모로부터 완전히 독립하지 못하였다고 느끼게 되는 점이 이들에게도 낙인이 될 수 있다는 것이다.³⁴⁸⁾

344) Pakula, *supra*, at 868.

345) Ross, *id.*, at 188.

346) Edelstone, *supra*, at 506.

347) Ross, *supra*, at 193.

셋째, 부모부양이란 법적 의무의 생성은 법이 당사자인 성인 자녀의 재정 상태를 이유로 재정적으로 풍족한 자녀가 부모부양을 맡게 함으로써 결국 각자의 재정 상태에 따라 성인 자녀들 간의 차별 양상을 초래할 수 있다는 것이다.³⁴⁹⁾

넷째, 부모부양책임법을 시행함으로써 정부의 비용을 절감하는데 상당히 기여할 수 있지만, 오히려 현실적 집행에 드는 비용은 훨씬 더 많이 들 수 있으므로 법 시행을 위해서는 고령 인구의 규모를 정확히 파악할 필요가 있고 어떤 종류의 지원이 구체적으로 필요한지도 확인할 필요가 있다는 것이다.³⁵⁰⁾

5. 소결

부모에 대한 성년 자녀의 부양의무와 관련하여 부양의무의 미이행이 상속결격 사유가 되는 경우로 피상속인 살해에 대한 상속 금지를 통일유언검인법은 명확히 규율하고 있다. 또한 판례 법리로 판단하는 일부 주를 제외한 대다수의 주법에서도 피상속인 살해에 대한 상속 금지는 제정법으로 명시하고 있음을 알 수 있다. 한편 캘리포니아 주를 비롯한 일부 주법에서 피상속인 부모에 대한 학대의 경우도 상속결격 사유로 규정하고 있는데 이 경우 일부 주는 학대의 의미를 재정적인 차원에 국한하기도 하고 물리적 학대 및 방임까지 넓게 포함해서 판단하는 주도 있다. 또한 학대의 유죄판결을 상속결격 사유로 요구하면서도 그 경우에도 피상속인의 용서나 이해에 따른 상속 자격 회복 가능성을 명기하는 주도 찾아볼 수 있다.

한편 부양의무 미이행과 관련하여 미국은 연혁적으로 영국의 영향 하에 식민지 시기부터 도입된 부모부양책임법의 운용 현황은 각 주마

348) Edystone, *supra*, at 511.

349) Edystone, *supra*, at 510.

350) Ross, *supra*, at 189.

다 다양한 편차를 보여주고 있다. 가령 펜실베이니아주처럼 적극적으로 성인 자녀의 부양책임을 추궁하는 주가 있는가 하면 반대로 캘리포니아 주처럼 기존에 존재해 오던 법조차 사문화되다시피 실제 적용을 거의 하지 않다가 결국 부양책임을 가족에게 부과하기보다는 주정부의 책임으로 판단한 사례도 있다. 또한 메릴랜드 주의 경우처럼 부모와 성인 자녀 모두에게 쌍방향으로 부양책임을 묻는 경우도 있다. 그러나 부모부양책임법 자체를 아직 당해 지역에 갖고 있지 않은 주들도 꽤 있는 상황이므로 동법을 활용하여 빈곤한 형편에 처한 부모에 대한 성인 자녀의 부양의무를 연방 차원에서 법제적으로 통괄하고 있다고 판단하기는 곤란한 것이 사실이다.

또한 부모부양책임법의 찬반 논변이 지적하듯 동법을 조망하는 어느 하나의 입장이 무조건 옳다고 단정지어 판단하기도 결코 쉽지 않은 문제이다. 동법의 규율 내용 자체에서부터 부모-자녀 간의 가족관계를 둘러싼 도덕적·윤리적 요소가 애초 도입의 출발점부터 분명히 존재함이 사실이며 각 가정의 내밀한 가족사 내지 가족 구성원의 성향, 각자 자신의 삶을 어떻게 살아왔는가에 관한 고유의 배경적 이야기도 품고 있기 때문이다. 그러나 자녀가 성인이 되기 전까지 부모로서 자녀에 대한 양육 책임을 다하려고 노력해왔고 학대나 유기 등 특단의 정황이 없었다면 고령의 빈곤한 부모에 대한 부양의무를 성인 자녀가 부담해야 한다는 도덕적 당위에 대해서 법이 반드시 침묵을 지켜야 할 필요는 없다고도 볼 수 있다. 이러한 관점에서는 부모부양책임법의 도입이나 채택의 확산, 심지어 통일적인 규율 내용을 갖는 연방 입법으로의 승격에 관한 정당화 논변을 구축하게 될 수도 있을 것이다. 한편 미국 사회의 공적 부조체계 내지 고령 인구에 대해 의료비 지원을 담당하는 사회보장시스템, 사회 안전망의 정비가 현실 상황을 반영하여 더욱 확고하게 현실에서 실현되기 전까지 부모부양책임을 둘러싼 법적 분쟁은 동법이 존재하는 주에서라면 더욱 증대될 소지가 다분하다. 인간 수명의 연장에 따라 고령 인구의 증대는 명약관

화한 현상이고 이들에 대한 요양서비스를 제공하는 시설 등도 계속 늘어날 것이며 경제적으로 빈곤해진 고령의 부모가 시설에 지출할 비용도 예전보다 증대되면 증대될 것이지 향후 감소할 것으로는 결코 예상할 수 없다. 따라서 요양병원 등 시설의 입장에서는 비용 지급을 다 이행하지 못한 부모의 책임을 성인 자녀에게 부담시키려는 필요성이 커질 것이고 실제 현실에서의 시도 역시 더욱 빈번해질 것으로 보인다. 이러한 예상을 염두에 둔다면 미국 사회에서 부모부양책임법 이슈에 관한 논의는 결국 제반 여건에 대한 면밀한 참조를 경유한 후 이익 교량에 따른 결정을 가할 문제로서의 성격이 크다고 판단된다. 즉 가족 공동체 내부의 문제에 법의 지배를 확산시켰을 때 증가할 법적 분쟁들이 초래할 사회적 비용, 법의 개입이 없는 상황에서 국가의 사회보장체계가 미흡할 때 권리 보호가 더 곤란해질 수 있는 당사자들을 구제하는데 투입될 사회적 비용, 사적 영역에의 책임 배분이나 지원에 기대지 않고 경제적으로 빈곤한 상황의 고령 인구를 위해 전적으로 사회보장체계를 쉐인할 때 소요될 사회적 비용 등의 형량에 관하여 입법자의 고려가 지속적으로 필요한 영역이 부모부양책임법과 관련한 논의가 될 것이다.

III. 자녀에 대한 부모의 양육의무 관련 문제

1. 양육 책임과 양육자 지정

미국에서의 양육권(custody)은 법적 양육(legal custody)과 물리적 양육(physical custody) 양자를 포괄하는 광의의 개념이다. 한편 미국 법조협회(ALI)의 “가족해소에 관한 법원칙”에 의하면 법적 양육은 의사결정책임(decision making responsibility), 물리적 양육은 양육책임(custodial responsibility)으로 칭하기도 한다. 따라서 양육권을 부모 고유의 일방적 결정 권리 또는 권한의 한 형태로 이해하기보다는 자녀에 대한 부모의 양육책임을 반드시 포괄하는 개념으로 보는 관점이 유력하다. 즉 미성년 자녀를 자신과 함께 살게 할 수 있는 부모의 권리에 더하여 그 자녀를 일상적으로 돌보고 감독하는 부모의 의무가 필수적으로 포함되어 있다는 것이다. 결국 성인 자녀가 부모에 대한 부양책임을 부담하듯 양육은 부모가 미성년 자녀에 대한 일종의 돌봄 책임을 부담하는 것으로 판단할 수 있다.

양육자의 지정은 역사적으로 영국 커먼로 시기부터 자녀에 대해 절대적 지배권을 갖는 아버지에게 양육권을 부여하는 부선호추정(parental presumption)에서 출발하여 1920년대 이후 어린 자녀를 신체적·정서적으로 잘 보살필 수 있는 어머니에게 양육권을 부여하는 모선호추정(maternal presumption)시기를 경유한다. 이후 대부분의 주가 1970년대에 자녀의 최선의 이익(child's best interest) 기준을 도입하게 되나 이 기준의 불명확성에 대한 반동으로 부모의 성별에 상관없이 자녀의 주보호자로서 가장 안정적이고 지속적인 관계를 맺을 수 있는 자에게 양육권을 부여하는 주보호자추정(primary caretaker presumption)이 등장하였고 미네소타 주와 웨스트버지니아 주에서 실제 입법이 되기도 하였다. 그러나 주보호에 대한 개념의 미비로 인해 이 기준이 추정으로 더 이상 사용되지 않게 되었고 단순히 일부 주에서 자녀의 최

선의 이익을 결정하는 여러 요소 중 하나로 고려되고 있을 뿐이다. 현재 가장 유력한 양육자 지정 기준은 친부모추정(natural parent presumption)으로 의붓부모, 조부모와 그 외 다른 사람을 포함하는 제3자보다 친부모에게 자녀양육권이 부여된다는 것이다. 연방대법원의 *Troxel v. Granville*³⁵¹⁾ 판례에서도 조부모의 면접교섭권 허용이 자녀양육에 관한 모의 자유 및 적법절차상 권리를 침해할 수 있다고 하면서 친부모의 자녀양육권은 수정헌법 제14조의 적법절차에 의해 보호되는 자유에 포함되는 헌법상 권리로서의 특징을 갖는다고 판시하였다. 그러나 양육권을 주장하는 친부모가 실제로 자녀와 거의 접촉이 없었던 대신 자녀가 제3자와 장기간 함께 살아온 경우가 실제 사안에 등장하면서 법원이 친부모추정의 일관적 적용에 고심하는 상황도 등장하였다.

양육에 있어 통일혼인·이혼법(UMDA)이 제시하는 가장 기준점이 되는 개념은 아동의 최선의 이익(child's best interest)이다. 통일혼인·이혼법 제402조에 따르면 법원은 다음 요소들을 포함하여 모든 제반 요소를 참작하여 아동의 최선의 이익에 합치되도록 양육자를 결정하여야 한다. 법원은 첫째, 자녀의 양육에 관한 부 또는 모(내지 부모)의 희망, 둘째, 자녀의 양육자에 관한 자녀의 선호, 셋째, 부모, 형제자매, 자의 최선의 이익에 중요하게 영향을 줄 수 있는 자에 대한 자녀의 상호작용과 상호관계, 넷째, 가정, 학교, 이웃에 대한 자녀의 적응, 다섯째, 관련된 모든 사람의 정신적, 신체적 건강을 고려하여 판단해야 한다. 대부분의 주들은 아동의 최선의 이익에 기초하여 양육권이 부여되어야 한다는 내용의 법률을 채택하고 있다. 법원은 이 기준을 통해 자녀의 개별 상황 및 부모와의 관계가 갖는 고유의 특성을 별도의 선입견 없이 심사할 수 있다. 이러한 아동 중심 기준은 자녀의 입양, 부모의 이혼, 자녀의 성명 결정 등 자녀 양육과 관련되는 영역에서는 모든 사항에서 우선 적용된다. 통일친자법(UPC) 제202조에서도 부모-자

351) *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57(2000).

녀 사이의 관계가 그 부모의 혼인 상태와 무관하게 모든 부모-자녀에게 동등하게 확장된다고 규정하고 있다.

2. 양육의무 미이행과 상속결격사유

부모가 양육의무를 이행하지 않는 경우, 즉 고의적으로 자신의 의무를 유기하는 경우는 주로 자녀의 미성년자 시기에 발생할 수 있는데 이는 자녀가 성년에 달하면 부모의 양육의무도 일반적으로 중단되기 때문이다. 양육의무의 미이행에는 단순히 협의의 양육의무 미이행(nonsupport)을 포함하여 유기(abandonment), 학대(abuse), 방임(neglect) 등의 유형이 모두 포함될 수 있다. 양육의무 미이행의 구체적 행위 태양으로 양육의무자가 거주지를 일방적으로 변경하는 경우, 양육비 지급을 하더라도 지속적으로 부족한 금액을 지급하거나 부정기적으로 재정 지원을 반복하는 경우, 자녀와의 접촉이 거의 없거나 장기간 연락이 전혀 없는 경우 등이 있다. 미국의 경우 통일유언검인법(UPC) 및 23개 주법에서 양육의무 미이행을 상속결격사유로 규정하고 있다.³⁵²⁾ 아래에서는 양육의무 미이행이 상속결격 사유로 도입된 통일유언검인법의 조항 내용을 먼저 살펴본 후 23개 주 중에서 대표적인 주법 조항들이 상속결격 사유로 양육의무 미이행을 도입하게 된 경위, 실제 입법으로 수용된 내용이 어떠한 양상을 나타내고 있는지에 대해 살펴보기로 한다.

가. 통일유언검인법(UPC)상 규율

우선 통일유언검인법에 따르면 1969년의 제정 당시에는 살인에 대

352) 미국의 경우 자녀에 대한 양육의무를 해태한 경우 상속결격에 관하여 통일유언검인법 및 주법이 규율하고 있는 내용의 전반에 대해서는 박지원, 『부양의무 해태와 상속결격사유 확대에 관한 입법론-실체법 및 절차법 관점에서』, 『홍익법학』, 제21권 제3호, 2020, 232면-234면 및 236면-239면.

한 상속결격조항만을 규정하였으나 2008년의 개정을 통해 양육의무 미이행을 상속결격사유에 포함시키고 있다. UPC 제2-114조 (a)(1)에 따르면 친권(parental rights)이 상실되었고 친자관계가 사법적으로 회복되지 않은 경우가 상속결격사유에 해당한다고 규정하고 있다. 또한 UPC 제2-114조 (a)(2)에 따르면 자녀가 18세 도달 전 사망하였고 그 사망 직전에 당해 주법상 양육의무 미이행, 유기, 학대, 방임 또는 기타 부모의 자녀에 대한 작위·부작위로 인해 그 부모의 친권이 상실될 것이 명백하고 설득력 있는 증거(clear and convincing evidence)로 증명되는 경우에는 상속결격사유에 해당한다고 규정하고 있다. 이상 UPC의 두 규정은 친권상실 여부에 따라 상실이 된 경우와 상실이 되지 않은 경우 모두 상속결격사유에 해당되는 상황을 적시한 것이다. 우선 UPC 제2-114조 (a)(1)은 각 주법에 따라 친권이 상실된 경우 더 이상 부모와 자식 간의 법적 권리-의무 관계를 갖지 않는다고 보기에 상호 간의 부양의무나 상속권도 존재하지 않게 되므로 상속결격사유를 당연히 충족하게 된다는 태도를 취하고 있다. 다음으로 UPC 제 2-114조 (a)(2)는 설령 친권이 상실되지 않은 상태에 처해 있더라도 양육의무 미이행, 유기, 학대, 방임 등의 사유로 친권이 상실될 수 있었다는 것에 대한 명백하고 설득력 있는 증거를 제시한다면 이 또한 상속결격사유를 충족하게 된다는 태도를 취하고 있다. 이 조항이 자녀의 사망 경우를 18세 도달 전, 즉 성년이 되기 전으로 한정하고 있는 이유는 자녀 사망시점보다 훨씬 더 오래 전의 특정시기에 부모의 친권이 상실될 수 있었음을 입증하기는 현실적으로 곤란하며 18세 이후가 되면 자녀는 부모를 상속에서 배제하는 유언이 가능하다는 점 때문이란 지적이 있다.³⁵³⁾

353) Susan N. Gary, “The probable definition of family: A Proposal for Guided Discretion in Intestacy”, 45 U. Mich. J.L. Reform 787, 808(2012).

나. 주법상 규율

한편 주법의 경우를 살펴보면 1926년 *Avery v. Brantley*³⁵⁴⁾에서 자신의 딸을 유기한 부친에게 무유언상속을 인정한 노스캐롤라이나 주 법원의 판결을 비판하는 입법적 대응의 관점에서 1927년 노스캐롤라이나 주가 최초로 양육의무 미이행을 상속 결격사유로 도입하여 규정하였다. 노스캐롤라이나 주법은 1961년의 개정을 통해 양육의무 미이행에 의한 상속결격이 회복되는 두 가지 예외를 부가하였고 그것은 현재에 이르기까지 계속 지속되고 있는바 그 예외로는 첫째, 늦어도 자녀의 사망 1년 전부터 사망 시까지 양육의무를 다시 이행한 경우, 둘째, 부모가 관할법원 명령에 따라 양육권을 박탈당한 상황에서 자녀 양육에 대한 기여를 요구하는 법원의 모든 명령을 실질적으로 준수한 경우가 해당한다.³⁵⁵⁾

노스캐롤라이나 주의 입법 이후 뉴욕 주도 1941년 양육의무 미이행을 상속결격 사유로 도입하여 규정하였는데 동 규정의 목적은 부모가 유아기에 자녀를 유기했거나 돌봄에 소홀하였거나 양육하지 않은 경우 그 자녀의 부당한 죽음으로 보상되는 자녀의 재산 또는 손해에 대한 기여분에 있어서 부모의 지분을 박탈하는 것이었다.³⁵⁶⁾

펜실베이니아 주는 1984년에 양육의무 미이행을 상속결격 사유로 도입하였는데 최소 자녀의 사망 1년 전부터 1년 동안 자녀에 대한 양육 의무를 고의로 소홀히 하거나 수행하지 못한 경우 미성년자 또는 부양 자녀의 부동산 또는 동산 자산에 대해 부모는 어떠한 권리도 없다고 규정하였다.³⁵⁷⁾

코네티컷 주의 경우는 1989년의 *Hotarek v. Benson*³⁵⁸⁾에서 사망한

354) *Avery v. Brantley*, 131 S.E.721(N.C.1926).

355) N.C.Gen.Stat. § 31A-2

356) 1941 N.Y. Laws ch. 89, p. 173

357) 20 Pa.Cons.Stat.Ann. § 2106(b)

358) *Hotarek v. Benson*, 557 A.2d 1259

15세의 아들에게 13년간 접촉 없이 양육의무를 다하지 않았던 생모에게도 상속자격은 부인할 수 없다는 내용의 판결을 하였는데 이와 동시에 코네티컷 주 대법원이 주의회에게 법 개정을 촉구한 것을 계기로 양육의무 미이행을 상속결격 사유로 도입하게 되었다. 입법안을 통과하기 위한 시도는 1990년의 주의회 회기에서는 한차례 무산되었으나 1991년의 두 번째 시도에서는 성공하였는데 이런 과정을 통해 나온 최종 규정은 부모가 미성년의 자녀를 유기하고 그러한 유기가 자녀의 사망 시까지 지속된 경우 자녀의 상속분에 대한 부모의 획득 자격은 결격이 된다는 것이었다.³⁵⁹⁾

버지니아 주의 경우 1992년에 양육의무 미이행을 상속결격사유로 도입하였고 앞서 노스캐롤라이나 주, 뉴욕 주, 펜실베이니아 주의 규정 내용을 종합하여 반영하였다. 버지니아 주법은 부모가 고의적으로 미성년 자녀를 유기한 경우 그 유기가 자녀의 사망 시까지 지속된다면 친자관계 및 그에 수반하는 부모의 의무에 복귀하여 자녀의 사망 시까지 양육의무를 수행하지 않는 한 동 부모는 자녀의 상속분으로부터 배제된다고 규정하였다.

그 밖에도 현재 각 주의 법이 양육의무 미이행을 상속결격 사유로 보는 입장을 취하고 있으나 주마다 세부 규율 내용은 약간의 차이가 존재한다. 가령 오하이오 주의 경우는 과거 유기 또는 양육의무의 미이행이 있었다 하더라도 상속 개시 시점에 부모가 양육의무를 다시 이행할 경우 상속결격 규정을 적용하지 않는다.³⁶⁰⁾ 또한 일리노이 주의 경우는 부모의 고의적 유기가 사망한 미성년 자녀에 미친 영향을 관할 법원이 결정하고 이러한 미성년 자녀의 사망에 의해 부모가 받게 될 이익의 감액을 허용한 경우에는 양육의무 미이행의 상속 결격을 완화시켜 판단하는 것이 가능하다는 입장을 취한다.³⁶¹⁾ 법원에 판

359) Conn.Gen.Stat.Ann. § 45a-439(a)(1)

360) Ohio Rev. Code Ann. § 2105.10(A)(1)

361) 755 Ill. Comp. Stat. Ann. § 5/2-6.5

단의 재량을 부여하는 태도는 사우스캐롤라이나 주의 경우도 유사하다고 볼 수 있는데 사우스캐롤라이나 주는 유언검인법원의 판단에 따를 때 부모가 사망한 자녀에게 합리적인 양육을 제공하지 못한 경우 그 법원은 부모 일방 또는 쌍방 모두에 대해 상속을 제한하거나 박탈할 수 있도록 규정하고 있다.³⁶²⁾

3. 양육비지급이행제도(Child Support Enforcement(CSE) Program)

이혼 등의 사유로 편부모 가정이 된 경우 비양육친의 양육비 지급은 양육친 및 자녀의 재정적 불안과 빈곤을 완화시킬 수 있으며 전체 복지체계에서 편부모 가정에 대한 공공 지출이 차지하는 비중을 줄일 수 있는 요인으로 기능할 수 있다. 이 때문에 미국은 양육비지급이행 프로그램을 주마다 운영하도록 법제를 계속 정비해 왔고 동 프로그램을 통해 양육비 지급 의무가 있는 부모의 소재 파악, 친자관계의 확인, 의료지원을 포함한 양육비지급명령의 발령 및 시행, 양육비 수납 등을 시행할 수 있도록 했다.

가. 법제의 정비 과정

미국 연방정부는 대공황시기를 겪으면서 경제적 궁핍자들에 대한 사회부조 제공 차원에서 가정 내 자녀양육에 대한 지원체계도 정립하고자 하였다. 1935년에 제정된 사회보장법(Social Security Act)은 양육을 요하는 자녀를 두고 있음에도 불구하고 경제적 곤궁 상태에 있는 가정에 대해 연방정부의 재정지원을 규정하고 있었으며 1965년의 개정 사회보장법을 통해 주 정부가 비양육친의 주소 및 직장 주소를 파악할 수 있게 하였고 이들의 소재 파악을 위한 주 정부의 사회보장 기록 접근권도 인정되었다. 양육비지급결정 및 이행제도의 도입에 본

362) S.C. Code Ann. § 62-2-114

격적 초점을 맞춘 연방의 입법은 1974년의 양육비지급 및 친자관계
 확인에 관한 법(Child Support and Establishment of Paternity Act)으
 로 볼 수 있다. 동법의 제정 목적은 비양육친으로부터 양육비를 지급
 받도록 하며 혼외자에 대한 친자관계의 확정을 통해 이들에 대한 양
 육비가 지급되도록 각 주로 하여금 일정한 조치를 취하도록 요구하는
 데 있었다. 곧이어 1975년의 개정 사회보장법은 양육비지급이행제도의
 연방-주 체계를 마련하였는데 연방양육비집행청(Federal Office of
 Child Support Enforcement)의 지원하에 양육비지급이행을 위한 각 주
 의 법제 정비 및 프로그램 확립을 요구하였다. 1984년에 제정된 수정
 양육비지급이행법(Child Support Enforcement Amendment)은 사회복지
 지정책 시행에 필요한 연방정부의 재정지원을 획득하기 위해서는 각
 주가 1987년까지 권고적 성격의 양육비 가이드라인을 의무적으로 제
 정해야 할 것을 요구하면서 동시에 각 주는 양육비 결정 및 집행을
 위한 신속 절차를 마련하기 위한 입법도 보유할 것을 요구하였다. 만
 일 각 주가 양육비 가이드라인을 미제정할 경우, 연방정부의 부양 아
 동이 있는 가정에 대한 지원 프로그램(Aid to Families with
 Dependent Children: AFDC)을 각 주가 시행함에 있어서 필요한 연방
 재정지원이 중단될 수 있었다. 따라서 각 주는 연방의 요구에 부응하
 여 권고적 성격의 가이드라인을 제정하거나 번복이 가능한 추정적 성
 격의 가이드라인까지 점차 자발적으로 마련하게 되었는데 이러한 흐
 름을 반영하여 연방의회가 제정한 1988년의 가족부양법(Family
 Support Act)은 추정적 성격의 가이드라인을 미국의 모든 주가 보유
 하도록 입법상 강제하였다. 동법은 양육비 관련 소송에서 이 가이드라
 인에 따라 결정된 양육비가 작동하도록 하였고 최소 4년마다 가이드
 라인 자체에 대한 심사도 요구하였다. 각 주는 이 가이드라인을 근거
 로 법률을 제정하거나 법원명령 또는 행정명령에 근거를 두고 양육비
 지급이행제도를 시행하였다. 또한 1996년의 개인책임 및 고용기회조정
 법(The Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation

Act of 1996)은 기존에 법원에 많이 유보되어 있던 양육비지급이행 업무에 대한 주의 권한을 확대하여 불완전한 양육비지급방법의 개선 및 신속하고 효율적인 양육비 집행절차의 구비를 요구하였고 양육의무자가 양육비 지급을 지체하였을 경우 양육의무자의 재산에 자동적으로 법정담보가 설정되도록 하는 법률을 제정할 것과 양육비의 수령과 배분을 담당하는 기관 설치를 요구하였다.³⁶³⁾

나. 양육비지급이행제도의 개요

(1) 연방정부의 역할 및 주정부 프로그램의 골자

연방보건복지부(U.S. Dept. of Health and Human Services)는 연방 양육비집행청을 통해 각 주에서 시행되는 양육비지급이행프로그램을 감독하고 주의 계획을 검토하거나 정책 개발을 권장하며 감사를 실시하고 관련 교육 및 기술지원을 제공하는 역할을 수행한다. 각 주의 양육비집행기관은 연방양육비집행청이 승인한 계획하에 운영되며 연방정부가 제공하는 양육비 집행기금을 수령하는데 집행 및 체납 현황이나 투입 비용 대비 효율성 등 운영 성과에 따른 추가적 인센티브도 받을 수 있다. 주정부의 경우 시행하고 있는 양육비지급이행프로그램은 매우 다양한데 일부 주는 사무소를 두고 중앙집중식으로 운영하기도 하고 예하의 카운티별로 독립적 운영을 시도하는 주도 있다. 각 주정부의 양육비지급이행프로그램이 포함하는 최소한의 골자는 부모 소재 파악, 친자 확인, 양육비지급명령의 발령 및 시행, 양육비 징수, 양육비지급이행을 요하는 부모 근로자를 고용주에게 통보하는 내용 등

363) 양육비지급이행제도의 도입 배경과 경과에 대해서는 이비안, 『양육비지급이행 강제 수단으로서의 운전면허제한에 대한 행정법적 검토-미국의 CES Program (자녀양육이행제도)를 중심으로』, 『미국헌법연구』, 제30권 제3호, 2019, 237면-240면. 전해정, 『양육비 이행확보제도-양육비 직접지급명령제도를 중심으로』, 『법과 정책』, 제17집 제1호, 2011, 222면-224면.

이다. 양육비지급이행은 양육친이 주에게 양육비청구권을 양도한 것을 전제로 출발한다. 비양육친에 대한 양육비지급이행명령의 발령은 법원이나 행정기관 양자 모두에 의해 가능하고 다수의 주들은 이 양자의 방식을 통합한 복합 형태 또는 준사법절차를 활용한다고 볼 수 있다. 가령 주의 법무장관실과 같은 행정적 수단을 사용해도 변호사와 같은 사법 요소를 활용하는 방식을 복합형태로 파악할 수 있다. 따라서 특정 주가 전적으로 사법절차 또는 행정절차 한 가지만을 사용한다고는 볼 수 없는 것이 현실이다.

(2) 부모 소재 파악

양육비지급이행명령을 발령하기 위해서는 최초단계에서 부모 모두의 현주소 또는 고용정보가 필요하며 관련 정보를 부모에게 요청한 후 제공된 정보에 대한 확인도 필요하다. 양육비를 미지급하고 있는 부모가 이러한 정보를 제공하지 않는다면 주정부 프로그램은 연방과 주의 위치 네트워크를 비롯하여 친척과 친구, 현재 또는 과거의 고용주, 우체국 및 통신서비스, 경찰 및 가석방 및 보호 관찰기록, 차량등록, 실업보험 내지 소득과세 등 각종 수단을 활용한다.

(3) 친자 확인

주 정부는 자발적으로 친자관계를 인정하지 않을 경우 법원이나 행정절차를 통해 친자관계 확인 절차로 이행하게 된다. 우선 사법적 절차에서는 주 양육비 집행기관 실무자가 소위 부친 또는 비양육친으로 일컬어지는 자에 대한 정보와 증거를 수집하여 동 기관의 소송대리 변호사에게 사건 의뢰를 한 후 공판 과정을 경유하게 된다. 다음으로 행정절차에서는 행정기관이 친자관계를 확인하고 양육비 지급을 이행하라는 행정명령을 발령할 수 있는데 모친이 친자확인을 주장하는 진

술서에 서명을 하면 행정기관은 부친에게 그 사실에 대해 통지하는 방식을 취한다.

(4) 양육비지급이행명령 발령

소위 자녀의 부친 또는 비양육친으로 일컬어지는 자의 소재 파악이 된 지 90일 이내 친자관계 확인 여부와는 별개로 양육비 집행기관은 양육비지급명령을 발령해야 한다. 양육비 지급 확인은 당사자 간의 자발적 합의나 법원 절차를 통해 수행될 수 있다. 양육비를 지불할 부모가 그 액수에 대해 동의하고 동의서에 서명 후 양육비지급이행 법관의 승인을 얻게 되면 법적 구속력을 갖는 양육비지급이행명령이 된다. 또한 양육비지급이행기관이 소송대리 변호사를 통해 소를 제기함으로써 그 결과에 따라 양육비지급이행명령이 발령될 수 있다. 또한 양육비지급이행명령의 내용에는 아동에 대한 금전적 지원, 의료 지원, 연체금 또는 보상에 대한 제공, 관련 비용 및 수수료, 이자 및 벌금, 급여공제, 변호사 비용 및 기타 사항에 관한 내용이 포함될 수 있다.

(5) 양육비지급이행명령 시행

주 정부는 양육비지급이행명령의 준수를 독려하기 위해 다양한 수단을 활용하여 동 명령을 시행해야 하는바 그 방식으로 급여공제, 면허 정지 또는 취소, 공제 후 세액 환급, 자산유치(담보), 자산압류, 신용기관 및 보험사 통보, 여권발급거부, 민·형사상 기소 등이 있다.

1) 급여공제(소득 원천징수)

양육비지급이행수단의 하나로 급여공제(소득 원천징수: income withholding) 제도는 1984년의 수정양육비지급이행법(Child Support Enforcement

Amendmenet of 1984)을 통해 도입되었다. 동법은 각 주로 하여금 양육비이행강제조치를 마련하도록 요구하였는데 이 강제절차의 핵심적 내용은 법원이나 행정기관에 의한 양육비지급명령을 이행하지 않은 자의 급여 등 수입으로부터 양육비를 공제하는 급여공제제도를 수립하는 것이었다. 이러한 급여공제방식은 초기에는 1개월 양육비 체납을 요건으로 하여 공제가 개시되었으나 1988년의 가족부양법(Family Support Act)은 이러한 체납요건을 삭제하여 처음부터 자동 급여 공제방식으로 전환되었다. 1998년에는 모든 주가 통일주간가족부양법(Uniform Interstate Family Support Act)을 채택하게 되면서 급여공제 명령은 양육비채무자의 고용주가 있는 주로 직접 보내지게 되었고 고용주는 설령 다른 주에 의해 급여공제 명령이 발부되더라도 고용주의 주 법원이 발부한 명령과 동일하게 이를 이행해야 한다.³⁶⁴⁾

급여공제 절차는 비양육친에게 급여소득의 원천징수가 시작되었다는 사실을 고지하는 한편 만일 비양육친이 이러한 공제 또는 공제 액수가 사실상 착오에 기인하여 부적절하다란 사유로 이의제기를 하고자 한다면 따라야 할 절차가 무엇인가를 고지하는 것으로부터 개시된다. 비양육친의 고용주에게도 통보되어야 하고 고용주 역시 양육비 급여공제 절차에 협조해야 한다. 회계연도 2018년 기준, 지급이행이 되어야 할 전체 양육비의 75%가 근로자 급여공제 방식을 통해 수집되었다고 하므로³⁶⁵⁾ 가장 비중이 큰 양육비지급이행유형에 해당한다.

2) 면허 제한

양육비지급이행수단의 하나로 운전면허, 전문 및 직업면허, 레크리에이션 및 스포츠 면허 등의 사용을 보류하거나 일시적으로 중단 또

364) 전혜정, 앞의 논문, 228면.

365) https://www.acf.hhs.gov/sites/default/files/documents/ocse/child_support_and_employers_infographic.pdf (최종방문일 2021. 10. 28.)

는 제한 조치를 취할 수 있다.³⁶⁶⁾ 특히 운전면허 정지·취소 등의 면허 제한 제도는 자동차에 대한 직접 압류보다 양육비 징수의 측면에서 효과적 제도로 운영되고 있다.³⁶⁷⁾ 각 주 정부는 친자확인 또는 양육비 지급결정을 위한 절차와 관련된 소환에 응하지 않는 당사자의 면허를 정지·취소할 수 있는 권한을 부여받고 있다.

미국에서의 차량운전이 갖는 특성상 특히 저소득층 대상자에 대한 운전면허제한 조치는 이들의 생계와 운전의 밀접한 관련성에 기인하여 동 조치가 생계를 위협하는 결과를 유발할 수 있으며 제한된 운전 면허에서 유발되는 재취업 시도와 수입의 감소, 고용주들의 신규 인력 채용의 부담 발생 등 파생하는 우려와 비판도 없지 않았다.³⁶⁸⁾ 그러나 운전면허제한 조치가 오히려 제한되는 당사자의 생계와 관련성이 있을 뿐 양육비지급이행과의 관련성은 결여되는 것이 아닌가하는 관점은 일련의 소송을 통해 당사자의 주장에서 개선되었음에도 불구하고 최종적으로 인용되지는 않았다. 먼저 *Thompson v. Ellenbecker*³⁶⁹⁾에서 양육비지급미이행을 이유로 한 운전면허제한의 근거 법률이 차량의 안전운행과 양육비채무이행 사이의 합리적 관련성이 결여됨에도 불구하고 양육비지급이행 강제를 목적으로 운전면허제한처분을 가능하게 하는 것은 자의적이자 비합리적이므로 위헌무효라고 원고측이 주장하였으나 피고측은 합리적 관련성의 근거로 운전면허가 취소된 운전자로서는 생계를 이유로 새로운 운전면허를 발급받고자 할 것이며 그 때 주소지를 파악하여 양육비 이행을 강제할 수 있다는 점, 운전면허 제한으로 타주로 이주하고자 하는 시도를 방지할 수 있는 효과가 있다는 점을 주장하였다. 결국 재판부는 피고의 주장을 받아들여

366) 전문직 자격증의 예로 변호사 자격증, 레크레이션 자격증의 예로 사냥허가증, 낚시허가증 등을 들 수 있다. 김현진, 『양육비이행과 면접교섭권 행사의 긴장관계 - 양육비이행확보를 위한 개선방안에 관한 연구』, 『법학연구』, 제23집 제1호, 2020, 314면.

367) 이비안, 앞의 논문, 241면.

368) 이비안, 앞의 논문, 242면.

369) *Thompson v. Ellenbecker*, 935 F.Supp.1037(D.S.D. 1995).

동 근거 법률의 목적과 수단 사이의 합리적 관련성을 인정하였다. 한편 *State Dept. of Revenue v. Beans*³⁷⁰⁾에서도 양육비지급을 미이행한 자에 대해 운전면허정지를 허용하는 알래스카 주법은 양육비채무자의 실질적 적법절차를 누릴 권리, 평등보호를 받을 권리, 배심재판을 받을 권리를 침해하지 않았다고 판시하였다. 또한 *Amunrud v. Bd. of Appeals*³⁷¹⁾에서는 양육비지급채납액이 과다한 경우 생계수단으로 택시를 운행하는 양육비채무자의 택시운전면허가 정지되더라도 당사자로서 적법절차를 누릴 권리를 침해하지 않았고 직업적이고 전문적인 면허의 정지와 양육비지급명령을 강제할 워싱턴 주의 이익 사이에는 합리적인 관련성이 있다고 판시하였다. 결국 법원은 양육비지급이행을 통한 빈곤 가정 자녀의 생존권 보장이 비양육친의 자유권 보장에 비해 더 우선한다는 관점을 채택한 것으로 볼 수 있다.

3) 기타 방안

양육비지급이행명령을 효과적으로 시행하기 위해 우선 연방법이 허용하거나 연방기관과의 협력 하에 도모할 수 있는 방안으로 근로자의 연방소득세 환급 과정에서 비양육친이 연체한 양육비를 선공제한 후 해당 세액을 환급하는 방식이 있다. 그 외에도 미지급 양육비에 대해 비양육친의 자산인 동산 또는 부동산에 법정 담보를 설정하는 방식, 퇴직금 및 금융기관 계좌에 대해 압류를 가하는 방식, 양육비지급의무자의 명단을 신용기관 및 보험사에 정기적으로 통보하는 방식, 연방양육비집행청에 의해 \$2,500을 초과하는 체납금을 보유한 것으로 주에 의해 공인된 비양육친에 대해 여권 발급신청을 거부하거나 제한을 가하는 방식, 양육비지급이행명령을 이행하지 않은 당사자에 대한 민사·형사 조치를 가하는 방식³⁷²⁾ 등 다양한 유형의 방안들이 존재한다.

370) *State Dept. of Revenue v. Beans*, 965 P.2d 725(Alaska 1998).

371) *Amunrud v. Bd. of Appeals*, 158 Wn. 2d 208(Wash. 2006).

또한 연방법과 무관하게 주 차원에서 독자적으로 활용할 수 있는 방안으로 복권 당첨금, 카지노 및 기타 사행 시설을 통해 획득한 상금에서 양육비를 선공제하는 방안, 신문이나 온라인을 통해 양육비 연체자의 신상을 공개하는 방안, 양육비 미지급자의 차량 운행을 방해하는 차바퀴 고정 기구 부착 방안, 전자발찌 부착 방안, 법정 명령에 따른 실업 부모의 고용 프로그램이나 가장으로서 경제적 위기와 심정적 장애의 극복에 초점을 맞춘 부성(fatherhood) 프로그램 시행 방안 등이 있다.

4. 소결

자녀에 대한 부모의 양육 의무와 관련하여 우선 미국의 경우 통일 유언검인법(UPC) 및 23개 주법상의 상속결격사유에 양육의무 미이행이 포함된 것을 주목할 수 있다. 양육의무 미이행이 전통적 상속결격사유에는 해당되지 않았음에도 불구하고 통일유언검인법의 개정을 통해 동 사유를 결국 포섭하였다는 점은 아직 이러한 법제의 변경을 채택하지 않은 주들에도 향후 영향을 미칠 수 있다는 점에서 의미가 있다. 한편 주법 차원에서 양육의무미이행을 상속결격사유로 포함하게 된 상황은 앞서 살펴본 대로 2008년의 통일유언검인법 개정 이전부터 훨씬 더 역동적 전개를 보여준다. 이는 최초로 양육의무 미이행을 상속결격사유로 규정한 노스캐롤라이나 주의 경위를 보아도 알 수 있다. 노스캐롤라이나 주 법원은 실제 사건의 판결을 통해 명백히 불공정함으로써 구체적 정의에 반할 수밖에 없거나 평균인의 법감정에 의존하더라도 납득하기 어려운 결론이 도출되는 것을 입법상 미연에 방지할 수 있게 하는 근거 조항이 부존재하고 있음을 발견하였고 이에 대해

372) 연방법에 따르면 비양육친이 양육비를 고의로 지급하지 않거나 지급이 1년 이상 또는 \$5,000 이상 연체시 형사경죄로 기소, 벌금 및 최대 6월의 징역형, 지급이 2년 이상 또는 \$10,000 이상 연체시 형사중죄로 기소, 벌금 및 최대 2년의 징역형에 처해진다. 김현진, 앞의 논문, 315면.

주 의회의 후속 입법에 반영할 것을 촉구한 상황이 전개되었던 것이다. 2008년의 통일유언검인법의 개정은 그간 목도해 온 일부 주법의 상속결격 사유 입법 양상을 반영한 것으로도 해석할 수 있을 것이다. 그러나 현재 양육의무 미이행을 상속결격 사유로 반영한 통일유언검인법 역시 완벽한 입법으로 평가하기에는 여전히 미흡한 면이 있다. 특히 통일유언검인법(UPC) 제2-114조 (a)(2)의 규정상 피상속인 자녀의 나이를 18세 도달 전 사망의 경우로 제한한 후 부모의 상속결격사유를 적시하는 태도는 18세 이후의 성년이 된 이후 자녀의 유언에 의해 부모를 상속인에서 배제하지 않은 상황에서 그간 친권이 상실되지 않은 부모가 갑자기 등장하여 주장하는 상속에 대해 제대로 방어해 낼 효과적인 방안을 갖추지 못한 입법상 공백이 존재하고 있기 때문이다.

한편 자녀에 대한 부모의 양육 의무와 관련하여 또 하나 주목할 수 있는 점은 미국 연방 및 주 정부가 양육비지급이행제도의 운영을 지원하는 법적 근거를 수립하고 오랜 시간에 걸쳐 정책 체계를 확고히 구축하고 시행해 왔다는 것이다. 일찍이 대공황시기부터 편부모 가정이 경제적 약자 계층으로 편입될 소지가 크다는 점을 고려하여 비양육친의 양육비 지급에 대해 연방 및 주 정부가 적극 개입하여 정책을 선도하는 방안을 구상하였다는 점은 현대 사회복지국가의 역할과 기능 면에 있어서 상당한 시사점을 갖는다. 통상 양육비지급이행제도 구축의 직접적 기대 효과로 양육친 및 자녀의 재정적 불안 제거 및 빈곤 완화를 들 수 있겠지만 오히려 정책적 견지에서 높이 평가할 수 있는 바는 전체 복지체계 내에서 편부모 가정에 대한 공적 자원 배분의 효율성을 숙려한 점이다. 또한 양육비지급이행명령의 발령 방식에 있어서 법원 및 행정기관 양자 모두가 관여할 수 있도록 절차상의 탄력성을 부여한 면도 사법절차 특유의 지연 가능성에 대한 대처방안으로 의미가 있다고 평가할 수 있다. 그럼에도 불구하고 양육비지급이행명령을 시행하는 방안들 중에는 논자의 관점에 따라 논란이 될 수 있는 요소들이 여전히 존재한다. 면허 제한제도의 경우 특히 운전이 필

수적인 직종에서의 운전면허 제한은 다른 형사 범죄자의 경우 운전면허 제한이 이뤄지지 않는 상황과의 형평성 논란이 발생할 수 있고 행정처분에 있어서 부당결부금지원칙의 적용 문제³⁷³⁾와 관련하여서도 비판될 수 있는 지점을 유보하고 있다. 일부 주가 채택하는 방안에 불과하지만 신문이나 온라인을 통해 양육비 연체자의 신상을 공개하는 방안은 신상공개에 따른 인격권 침해의 문제를 유발할 소지가 있으며 양육비지급미이행자의 차량 운행을 방해하는 차바퀴 고정 기구 부착 방안이나 전자발찌를 부착하도록 강제하는 방안은 당사자의 이동할 자유를 포함하는 행복추구권이나 직업의 자유, 신체의 자유에 대한 침해 가능성과도 밀접하게 관련될 수 있기 때문이다. 한편 최근 각 주에서 제정된 양육비지급관련 법안들 중 몇 가지 주목할 수 있는 내용들을 간략히 보충하면 다음과 같다.³⁷⁴⁾ 예를 들어 공동 양육권을 갖는 부모에 대해 양육비지급의무 계산공식을 개발한 메릴랜드 주법, 양육비채무자의 월수입 및 자녀의 수와 관련하여 요구되는 양육비 지급의무를 갹신한 루이지애나 주법, 자녀 출생 후 6개월 이내에 양육비지급이행 절차가 시작될 때 부모의 총소득에 비례하여 임신 또는 출산을 위해 지급되지 않았던 경비의 지급을 요구하는 버지니아 주법 등을 거론할 수 있다.

373) 미국의 경우 부당결부금지원칙 위반의 의심을 받는 법률은 수정헌법 제12조의 적법절차 위반여부에 대한 심사를 받아 왔는데 공익 목적과 이를 달성하기 위한 수단 사이에 합리적 관련성만 인정되면 적법절차 규정에 부합한다고 법원이 판시하였으므로 운전면허 제한과 관련한 부당결부금지원칙의 논의 강도가 크지 않았다는 분석은 이비안. 「양육비이행확보 및 지원에 관한 법률상 운전면허제한과 부당결부금지 원칙 - 미국 연방·주 법원의 실제적 적법절차심사를 중심으로」, 『미국헌법연구』, 제31권 제3호, 2020, 239면.

374) 2020년 미국의 경우 27개 주 등에서 82건의 양육비지급 및 가족법 관련 법안이 입법되었다고 한다. 이들은 양육 및 면접교섭, 경제적 안정성, 가정폭력, 양육비지급가이드라인 및 양육비지급이행명령 등 다양한 이슈를 다루고 있다고 한다. 이 대략의 내용에 대해서는

<https://www.ncsl.org/research/human-services/ncsl-s-summary-of-2020-enacted-legislation.aspx> (최종방문일 2021. 10. 28.) 참조.

IV. 배우자 상호간의 부양의무 관련 문제

1. 부부간 부양의무 미이행과 상속결격

1969년 캘리포니아 주를 필두로 미국 모든 주에서 무책 이혼(no-fault divorce), 즉 파탄을 이혼사유로 하는 파탄주의가 도입되었으므로 심지어 루이지애나 주의 경우처럼 일방만이 이혼을 희망해도 이혼이 가능한 주도 등장하게 되었다. 그러나 쌍방 배우자 모두에게 책임이 없고 혼인생활의 파탄이란 결과를 중심으로 판단하는 무책 이혼 사유에 대해 그 결과에 이르게 된 원인까지 따져 추궁하지 않는 한 부양의무 미이행으로 단정하기는 다소 어려운 면이 있다. 따라서 배우자 상호 간의 부양의무 미이행에는 전통적 유책 이혼사유가 보다 직접적으로 관련된다고 볼 수 있다.

가. 부양의무 미이행 관련 유책 이혼사유

첫째, 배우자 아닌 사람과의 성관계를 의미하는 간통(adultery)의 경우 미국의 거의 모든 주를 망라하여 이혼사유를 구성하고 있다. 쌍방 배우자가 별거 중에 있거나 이러한 별거가 쌍방의 협의에 의한 것이라 하더라도 혼인관계가 법적으로 해소되지 않는 한 배우자 아닌 사람과의 성관계 행위는 간통을 구성할 수 있다. 동성이 간통의 상대방이 되느냐에 대해 버지니아 주의 경우 이혼법령 상 간통의 의미에 동성 간 성행위를 포함한다고 규정하고 있으며 오하이오 주 법원은 *Blaes v. Hack*³⁷⁵⁾ 판례에서 오하이오 주법이 동성 간 성관계를 이혼사유로 명시하고 있지는 않으나 그러한 행위는 간통 또는 심각한 학대를 구성할 수 있다고 판시하였다.

둘째, 잔혹하고 비인간적인 처우로 생명·신체·건강에 위협을 초래하

375) *Blaes v. Hack*, 509 N.E.2d 95(Ohio Ct. App. 1986).

거나 동거자로서의 생활을 부적절하게 만드는 신체적 손상 내지 그 손상이 합리적으로 우려되는 경우에 해당하는 학대(cruelty)의 경우 미국의 이혼 소송에서 가장 일반적으로 이용되어 온 이혼 사유에 해당한다. 학대는 일회성에 그친다기보다는 일정 기간에 걸친 일련의 행동을 요하는 바 뉴욕 주 법원은 *Brady v. Brady*³⁷⁶⁾ 판례에서 잔혹하고 비인간적 처우를 구성하는 행동인지 여부는 혼인기간을 반영하여 전체 결혼생활의 맥락에서 검토되어야 한다고 판시하였다. 또한 학대는 뉴햄프셔 주법에 규정되었듯 정신적 학대의 경우도 포괄하며 그 외에 다양한 행위 태양-일방적 성관계에의 집착이나 성관계 거부, 성도착, 언어폭력, 동성애, 음주나 약물 사용, 범죄 연루, 부양 거부, 자녀에 대한 부당한 대우 등-을 포괄할 수 있다.

셋째, 혼인을 종료시키거나 혼인상 동거를 재개하지 않을 의사로 상대의 동의나 정당한 사유 없이 일방이 자발적 별거를 선택하는 유기(abandonment)의 경우도 전통적 이혼 사유에 해당한다. 루이지애나 주 법원은 *Crosby v. Crosby*³⁷⁷⁾ 판례에서 아내가 남편이 선택한 거주지에서 동거하지 않는 경우 유기를 이유로 이혼을 청구할 수 있었던 과거의 유기 개념 정의 규정은 평등 보호 조항에 위배된다고 판시하였다. 한편 가정을 본격적으로 떠나 별거를 선택하는 수준에 이르는 것이 아니라 하더라도 유기로 간주될 수 있는 행위에 대해 버지니아 주 법원은 *Jamison v. Jamison*³⁷⁸⁾ 판례에서 성관계 거부나 세탁, 청소 등 가사 노동 거부 등이 부부로서의 의무를 소홀히 한 것으로 유기 주장의 근거가 충분히 될 수 있다고 판시하였다.

넷째, 전통적 유책이혼사유로서의 간통, 학대, 유기 이외에도 기타 사유들에 의해 간접적으로 배우자에 대한 부양의무 미이행에 영향을 미칠 수 있는 것으로 중죄 유죄평결 및 일정 기간 수감, 알코올 또는

376) *Brady v. Brady*, 476 N.E.2d 290(N.Y. 1985).

377) *Crosby v. Crosby*, 434 So.2d 162(La Ct. App. 1983).

378) *Jamison v. Jamison*, 352 S.E.2d 719(Va. Ct. App. 1987).

약물 중독, 일정기간 정신병에 의한 입원, 성적 불구, 가정 소홀, 기망 등을 들 수 있다. 그 밖에도 일리노이 주는 전염병을 옮기거나 독살 시도 등 상대방의 생명을 위협한 경우를 명시하고 있고 노스캐롤라이나 주의 경우 배우자를 집 밖으로 내쫓거나 부부생활을 참을 수 없게 할 정도의 인격적 모욕을 명시하고 있다. 또한 당해 주로의 이주를 거부하고 고의적으로 2년간 새 주거지에 거주하지 않은 상황을 규정한 테네시 주의 경우도 있다.

한편 이러한 유책사유에 대해서 상대방 배우자에 의해 주장될 수 있는 항변사유는 묵인(connivance), 용서(condonation), 쌍방유책(recrimination), 공모(collusion)가 있는데 우선 묵인은 일방이 상대방의 유책행위에 동의하거나 도운 경우를 뜻하는바 주로 간통을 이유로 한 이혼 청구에 있어서 항변으로 주장된다. 또한 용서는 문자 그대로 결혼생활에 있어서 상대방의 잘못을 포용하는 것으로 상대방의 잘못을 알면서도 지속적인 동거를 계속하는 것도 이에 해당된다. 그리고 쌍방유책은 배우자 쌍방 모두에게 잘못이 있다면 유책사유에 기한 이혼소송은 기각되어야 함을 의미한다. 끝으로 공모는 법원의 이혼판결을 얻어내기 위해 부부가 허위의 증거를 제시하는 일종의 기망을 의미하는바 재판 진행 중 이러한 공모가 밝혀지면 이혼청구를 기각하게 되고 판결이 확정된 이후 공모가 드러나면 법원은 이혼판결을 무효화할 수 있다.

나. 부양의무 미이행과 상속결격

(1) 간통

전통적으로 대부분의 주가 이혼 유책사유에 해당한다고 판단하는 간통의 부정행위를 한 배우자는 상속결격 사유를 충족하여 상속으로부터 배제되는 것이 일찍이 영국의 1285년 웨스트민스터 법령(Statute of Westminster II) 이래 확립된 법리에 해당한다. 이 시기 웨스트민스

터 법령을 구성하는 50개 장 중 제34장에 해당하는 미망인상속박탈법 (Forfeiture of Dower, etc. Act 1285)은 결혼한 여자의 간통이 중죄에 해당하고 상속에서 배제됨을 명시하고 있었다. 커먼로 법리의 전통을 이어받은 미국도 일찍이 이러한 공적 관념은 수용되었고 현재 인디애나 주를 비롯한 5개 주의 주법에서 간통 등 행위를 한 유책 배우자의 상속결격을 명시적으로 규정하고 있다.

유책 배우자의 상속결격이 규정된 5개 주법의 내용을 구체적으로 살펴보면 우선 인디애나 주법은 일방 배우자가 상대 배우자의 사망시점에 상간자와 같이 살고 있는 경우 사망 배우자의 상속재산 또는 신탁에 대한 지분에서 배제된다고 규정하고 있다.³⁷⁹⁾ 또한 켄터키 주법은 일방 배우자가 자발적으로 상대 배우자를 떠나 상간자와 거주하고 있는 경우, 이들이 추후 화해하고 동거하지 않는 한 상대 배우자의 재산에 관한 모든 권리는 이러한 위반행위를 한 배우자에게 배제된다고 규정하고 있다.³⁸⁰⁾ 즉 켄터키 주의 경우는 추후 부부로서 화해하고 다시 동거하는 경우에 한정하여서만 상속 자격의 회복 여지를 두고 있다. 미주리 주법의 경우도 배우자를 자발적으로 떠나 간통 등 부정행위를 한 상간자와 함께 거주하거나 배우자 사망 직전 1년 동안 별거 상태로 살면서 합리적 사유 없이 배우자를 유기한 경우, 지속적으로 간통관계에 있는 자와 같이 사는 경우 등에 대해 자발적으로 화해하고 동거하지 않는 한 상속결격 사유로 규정하고 있다.³⁸¹⁾ 한편 노스캐롤라이나 주법의 경우는 배우자 상속분에 대한 무유언 상속(법정상속), 배우자의 부동산에 관한 상속, 선택적 기여분에 대한 청구 등이 배제되는 자에 자발적으로 별거하고 상간자와 동거하며 그 상태가 용서되지 않은 자, 고의적으로 특단의 사유 없이 배우자를 유기하고 동거를 거부하며 배우자의 사망시점에 같이 동거하지 않는 자, 고의적으로 중

379) Ind. Code Ann. § 29-1-2-14

380) Ky. Rev. Stat. Ann. § 392.090

381) Mo. Ann. Stat. § 474.140

혼계약을 한 자 등을 포함하여 규정하고 있다.³⁸²⁾ 오하이오 주법의 경우도 배우자를 떠나 상간자와 거주하는 자는 그 배우자로부터 용서를 받지 못하는 한 상속결격 사유로 규정하고 있다.³⁸³⁾

이상 5개 주가 배우자의 간통 등 부정행위를 자동적 상속 결격으로 판단함에도 불구하고 다시 상속자격을 회복하는 방안을 법 문언에 동시에 내포하여 제시하고 있는 주가 다수인 점도 주목할 수 있는 지점이다. 앞서 살펴보았듯 인디애나 주만이 특별한 단서 조항이 존재하지 않을 뿐 켄터키 주와 미주리 주의 경우는 부부가 화해 후 다시 동거하는 경우를 언급하고 있으며 노스캐롤라이나 주와 오하이오 주 역시 불륜 배우자에 대한 상대 배우자의 용서에 기인하여 상속자격을 회복시킬 수 있음에 관하여 규정하고 있다. 미국 사회에서 배우자의 간통이 이혼 유책사유에 분명 해당함에도 불구하고 절대 불변의 상속결격 사유라고 칭하기는 어려우며 당사자의 처신에 따라 상속 자격이 회복될 수 있는 가능성 및 법 조항의 현실 적용에 있어서 탄력성을 동시에 보유하고 있는 것이다.

(2) 유기

코네티컷 주를 포함한 11개 주법의 경우 배우자 유기를 상속결격사유로 규정하고 있다. 우선 코네티컷 주법의 경우 생존 배우자가 충분한 이유 없이 상대 배우자를 유기하였고 그 배우자의 사망 시까지 유기 상태가 지속된다면 법정 상속분을 획득할 권한이 배제된다고 규정하고 있다.³⁸⁴⁾ 인디애나 주법의 경우도 배우자를 정당한 사유 없이 유기하였다면 상속결격으로 규정하고 있다.³⁸⁵⁾ 미시건 주법의 경우 배우자의 사망 전 1년 또는 그 이상의 기간 동안 고의적으로 배우자와 별

382) N.C. Gen. Stat. Ann. § 31A-1(2)

383) Ohio Rev. Code Ann. § 2103.05

384) Conn. Gen. Stat. Ann. § 45a-436(g)

385) Ind. Code Ann. § 29-1-2-15

거를 하였거나 배우자를 유기하였거나 법상 요구되는 부양의 제공을 방임하였거나 아예 거부한 경우에 대해 상속결격 사유를 구성한다고 규정하고 있다.³⁸⁶⁾ 미주리 주법의 경우 앞서 간통을 다룬 조문 내용에서 소개하였듯 간통 행위와 동시에 배우자 유기를 상속결격 사유로 규정하고 있다.³⁸⁷⁾ 뉴햄프셔 주법의 경우 남편 일방을 특정하여 남편이 아내를 고의적으로 유기하였거나 별거 상태에 있거나 아내에 대한 부양을 고의적으로 소홀히 하였거나 아내의 사망 전 3년 동안 그 자신의 과오로 인해 연락을 취하지 못한 경우 아내가 유언을 따로 남기지 않는 한 상속 자격에서 배제됨을 규정하고 있다.³⁸⁸⁾ 뉴욕 주법의 경우 생존배우자로서의 자격 박탈 규정에 배우자 사망시점까지 당해 배우자에 대하여 유기를 지속한 상대 배우자의 경우를 포함하고 있다.³⁸⁹⁾ 노스캐롤라이나 주법의 경우 앞서 간통을 다룬 조문 내용에서 소개하였듯 고의적으로 특단의 사유 없이 배우자를 유기하고 동거를 거부하며 배우자의 사망시점에 같이 동거하지 않는 자를 상속 자격이 배제되는 자로 규정하고 있다.³⁹⁰⁾ 펜실베이니아 주법의 경우 배우자의 사망 전 1년간 또는 더 이전까지 고의적으로 부양의무를 소홀히 하였거나 거부한 자 또는 고의적·악의적으로 배우자를 유기한 자를 상속결격 사유로 규정하고 있다.³⁹¹⁾ 버지니아 주법의 경우 배우자를 고의적으로 유기하고 사망 시까지 그 유기를 지속한 경우에 대해 상속결격 사유로 규정하고 있다.³⁹²⁾ 하와이 주법의 경우 아내를 특정하여 남편의 사망시점 기준 1년간 또는 더 이전까지 고의적으로 완전히 남편을 유기한 경우 상속 자격을 박탈하고 있다.³⁹³⁾ 매사추세츠 주법의 경

386) Mich. Comp. Laws Ann. § 700.2801(2)(e)

387) Mo. Ann. Stat. § 474.140

388) N.H. Rev. Stat. Ann. § 560:18

389) N.Y. Est. Powers & Trusts Law § 5-1.2(a)

390) N.C. Gen. Stat. Ann. § 31A-1

391) 20 Pa. Cons. Stat. Ann. § 2106(a)

392) Va. Code Ann. § 64.1-16.3

393) Haw. Rev. Stat. § 533-9

우 유언검인법원의 판정에 따라 배우자에 의해 유기되었거나 정당한 사유 없이 별거를 하게 된 당사자가 사망한 경우 그 배우자의 상속 자격을 박탈하고 있다.³⁹⁴⁾

이상 소개된 주법들의 규율 내용에서 추론할 수 있듯 배우자 유기의 경우 배우자 사망시점을 기준으로 특정 기간의 유기 기간을 명시하여 그 기간을 충족하지 못하거나 해당하지 않는 과거 시점의 유기는 상속결격의 판단에 영향을 미치지 않는 태도를 취하고 있는 점을 주목할 수 있다. 즉 앞서 간통의 용서 또는 화해 후 동거 재개와 유사하게 배우자에 대한 유기 상황을 끝내려는 일방 배우자의 의사에 따라 상속 자격이 회복될 여지를 각 주법들이 제공하고 있음을 조항의 해석을 통해 발견할 수 있는 것이다.

2. 혼인 종료 후의 잔존 부양의무 이행

부부간의 부양의무는 혼인 계약을 전제로 한 것이나 혼인 관계의 청산과 동시에 수반하는 재산분할 및 배우자 부양료의 지급은 그 제도적 성격상 혼인 종료 전 상대 배우자가 영위하던 생활 수준에 버금갈 수준으로의 복귀를 고려하여 일방 배우자에 대해 남아 있는 부양 의무를 혼인 종료와 동시에 또는 종료 이후에 이행하게 유도하는 제도로도 파악할 수 있을 것이다.

가. 재산분할(property division)

혼인기간동안 부부의 재산에 대해 소유권을 인정하는 방식으로 권원(title)에 따라 자산의 소유권을 결정하는 커먼로(common law) 방식과 혼인기간 중 취득한 재산을 부부의 공동재산으로 파악하는 공동체 재산(communitary property) 방식이 있다. 커먼로 방식의 경우 이혼 시

394) Mass. Gen. Laws Ann. ch. 209, § 36

어느 일방 배우자가 대부분의 자산에 대한 권원을 보유하고 있는 경우에는 상대 배우자에게 불공평한 결과가 초래되는 경향이 발생하였고 이에 미국 대부분의 주는 통일혼인·이혼법(UMDA)을 토대로 한 제정법을 통해 형평분할제도(equitable distribution system)를 채택하였다.³⁹⁵⁾ 형평분할제도 하에서도 재산분할의 대상이 되는 재산을 어떻게 확정하며 재산분할에 있어 분할비율은 어떻게 산정할 것인가에 대해 각 주는 나름의 고유한 독자적 방식들을 채택하고 있다. 우선 이혼 시 분할의 대상이 되는 재산을 일방 또는 쌍방 배우자가 소유한 모든 재산으로 보는 방식을 택한 소수의 주가 있는가 하면 혼인기간 중 증여, 유증, 상속 외의 방식으로 취득한 재산(marital property)은 분할의 대상이 되나 혼인 외의 개별 재산(separate property)은 분할의 대상이 되지 않는 것으로 보는 방식을 택한 다수의 주가 존재한다. 이 두 가지 방식을 병행하는 주로 워싱턴 주나 위스콘신 주를 거론할 수 있는데 이들 두 주에서는 원칙적으로 혼인 중 재산(marital property)만 재산분할 대상으로 보고 그러한 분할이 가혹하다는 판단을 법원이 한 경우에 혼인 외 재산까지 분할의 대상이 된다고 본다. 재산분할에 있어 분할비율 역시 캘리포니아 주를 비롯한 소수의 주는 여전히 균등분할(equal distribution)을 강제하나 앞서 언급한대로 다수의 주가 형평분할(equitable distribution) 방식을 취하고 있다. 따라서 미국의 다수 주는 균등한 분할 방식보다 문자 그대로 형평에 맞는, 즉 공평한(fair) 분할 방식을 취하고 있다고 보면 되나 그렇다고 분할비율 산정의 출발점이 균등분할임을 전적으로 부인하는 것은 아니다. 어쨌든 재산분할에 있어서 법원은 양 당사자가 재산형성에 기여한 요소-예를

395) 통일혼인·이혼법(UMDA) 제307조는 각 주들이 수용할 수 있는 두 가지 대안을 입법하고 있는데 커먼로 방식을 활용하는 커먼로 주를 위해 대안 A로 명기하며 법관으로 하여금 일방 배우자나 쌍방 배우자가 소유한 자산에 대해 취득시기 및 취득방법을 불문하고 이혼 시 재산분할의 대상에 포함시킬 수 있는 권한을 부여하고 있으며 공동체 재산방식을 활용하는 공동체 재산 주를 위해서는 대안 B로 명기하며 부부재산을 공동재산과 개별재산으로 구분하면서 공동재산을 공정하게 분할하기 위해 법원이 고려할 요소들을 나열하고 있다.

들어 직업, 소득, 지출, 기여도 등-을 살펴보고 이혼 후 양 당사자의 경제적 필요성-예를 들어 연령 및 건강상태, 수입능력 및 취업가능성, 양육자 여부 등-까지 두루 살펴보면서 재산분할을 결정한다. 결국 법원이 쌍방 배우자의 이혼 후 상호간의 잔존 부양의무의 부담분에 대한 결정을 하게 되는 것이다.³⁹⁶⁾

나. 배우자 부양료(alimony)

통상 남편이 이혼 후 처의 부양을 위해 지급한 금전에서 유래한 배우자 부양료(alimony)는 혼인생활 파탄에 대해 유책 배우자인 남편의 혼인 계약 위반에 대한 손해배상으로서의 역할을 해왔다. 그러나 1979년 연방대법원은 *Orr v. Orr*³⁹⁷⁾에서 경제적 필요가 있는 아내에 대해서만 배우자 부양료의 지급을 허용하는 이혼 규정은 성별에 따른 차별에 해당되어 수정 제14조의 평등 보호 조항에 위반된다고 판시하였다. 이 관례에 따라 성별과 무관하게 부조를 요하는 배우자라면 모두 이혼 시 배우자 부양료를 지급받을 권리를 갖게 되었다. 그간 기존의 관점 상 위자료로도 불릴 수 있는 배우자 부양료에 대해 통일혼인·이혼법(UMDA) 제308조는 청구인이 자신의 합리적 필요를 충족시키기에 충분한 재산이 없고 자신의 직업을 통해 자신을 부양할 수 없는

396) 법원이 재산분할을 위해 구체적으로 고려하는 요소들은 혼인기간, 당사자의 연령 및 건강상태, 수입능력 및 취업가능성, 혼인의 개별 재산의 가치나 출처, 연금 및 퇴직금에 관한 권리, 양육자 지정 및 양육비 부담 여부, 가사노동의 가치, 혼인 중 자산의 지출을 통한 감소 여부, 혼인 중 비행 또는 유책행위, 거주주택의 분할 여부, 세무상 결과까지 상당히 광범위하고 다양하다. 가령 거주주택의 분할 여부에 대해 법원이 판결함에 있어서 구체적 상황을 고려하는 경우가 있는데 양육친과 미성년 자녀가 분할의 대상이 되는 주택에서 거주하는 경우 이들에 대한 보호를 위해 자녀들이 성년에 달할때까지 양육친에게 독점적인 점유·사용권을 부여하였다가 추후 자녀가 성년이 되거나 양육친이 재혼을 하게 된 경우 거주주택을 처분하여 그 처분 대금을 법원이 정하는 비율로 분할하는 방식이 있다. 민유숙, 『재산 분할에 있어서 분할비율산정-비교법적 고찰』, 『저스티스』, 제 34권 제2호, 2001, 60면.

397) *Orr v. Orr*, 440 U.S. 268(1979).

경우에 허용되는 것으로 규정함으로써 배우자 부양료의 전통적 개념인 유책성을 더 이상 지향하지 않는 방향을 제시하였다. 통일혼인·이혼법의 규정 태도는 결국 이혼 후 자활을 위한 배우자 부양료(rehabilitative alimony) 개념을 각 주에 전파하는데 기여하였다. 이에 따라 예를 들어 인디애나 주의 경우 중국 판결이 있는 때로부터 3년이 도과하지 않는 범위에서 자활을 위한 배우자 부양료의 지급을 명시적으로 인정하고 있으며³⁹⁸⁾ 웨스트버지니아 주의 경우도 합리적 노력으로써 유급의 직장을 갖기 위해 필요한 일정 기간 동안 지급되는 배우자 부양료 조항을 갖고 있다.³⁹⁹⁾ 요부양배우자의 자활을 위한 부양료의 확산은 배우자 부양료 산정의 초점을 단순한 성별 요소로부터 경제적 자립을 위한 개인의 역량 요소로 옮긴 것으로도 해석할 수 있는데 이러한 관점은 이혼 후 상대 배우자를 위한 잔존 부양의무의 이행에 있어 최선의 방식을 구사하고 있는 것으로 평가할 수 있게 된다.

3. 사실혼 관계에서의 부양의무

미국에서 법적 결혼에 이르지 않은 사실혼 동거자의 수는 여러 환경적 요인에 의거하여 지속적으로 증대하고 있다. 미국에서의 사실혼에 대해 광의로 접근한다면 혼인의사가 있으나 법률혼에 이르지 않은 이성 간의 결합이란 고전적 사실혼 양상, 혼인의사가 없는 단순 동거(cohabitation)의 태양도 포섭할 수 있음은 물론이거니와 동성 간의 인적 결합까지 포괄하는 시민 결합(civil union/domestic partnership)의 유형에 이르기까지 계속 진화하는 모습을 볼 수 있다. 우선 사실혼 관계에서의 부양의무를 논하기 위해 사실혼 기간 동안 형성한 재산분할에 대해 법적 보호를 제공할 수 있는가에 관하여 법원이 어떻게 해석하였는지 살펴볼 필요가 있다. 일리노이 주 법원의 *Hewitt v. Hewitt*⁴⁰⁰⁾

398) Ind. Code Ann. § 31-15-7-2

399) W.Va. Code § 48-8-105

400) *Hewitt v. Hewitt*, 394 N.E.2d 1204 (1979).

판례에서는 아예 사실혼에 대한 법적 보호를 부정하는 태도를 취하기도 하였으나 캘리포니아 주 법원의 *Marvin v. Marvin*⁴⁰¹⁾ 판례에서는 사실혼 기간 중 취득 재산을 공유로 하는 구두 약정의 효력을 인정하는 태도를 취하였다. 또한 워싱턴 주 법원의 *Cornell v. Francisco*⁴⁰²⁾ 판례에서는 사실혼 당사자들이 혼인 유사관계를 안정적으로 지속한 경우 법률혼 당사자에 준하는 지위를 부여한다는 관점을 취하면서 워싱턴 주의 법률혼 당사자들이 취득한 재산은 공유재산으로 파악되므로 사실혼 기간 중 사실혼 당사자들이 취득한 재산도 결국 공유재산으로 추정하여 재산분할이 가능함을 인정하였다.

한편 통일유언검인법(UPC)에 따른다면 법적 혼인관계에 있지 않은 사실혼 당사자들은 물론 비혈연관계로 정식 입양되지 않은 자녀의 경우도 한정된 의붓자녀의 예외를 제외하고는 규율 범위에 두지 않고 있다. 가령 두 여성이 동성 사실혼 동거관계를 유지하고 있으면서 동시에 한 여성의 생물학적 자녀를 양육하고 있는 경우에 두 여성 간의 유언에 기한 상속이나 무유언 상속은 동성 간의 결혼을 금지한 주법을 위헌으로 결정한 2015년 연방대법원의 *Obergefell v. Hodges* 판례와는 별개로, 후속적 입법조치가 취해지지 않는 한 적어도 통일유언검인법에 따르면 발생하지 않는다. 또한 이 경우 자녀 역시 오직 생물학적 모친에게만 상속을 받을 수 있을 뿐 또 다른 모친에게는 상속을 받을 수 없게 된다.

이를 위해 사실상(de facto)의 동거인 개념을 충족시키고 있는지 여부를 법원이 판단할 때 활용할 수 있는 다항목 테스트를 개발하자는 제안이 있었고⁴⁰³⁾ 시민결합의 일방 당사자로 피상속인과 동시에 등록이 되어 있거나 명백하고 설득력 있는 증거로써 피상속인과 같이 생활해 온 동거인임을 유언검인법원에 증명할 수 있는 경우에는 상속지

401) *Marvin v. Marvin*, 18 Cal. 3d 660 (1976).

402) *Cornell v. Francisco*, 898 P.2d 831(1995).

403) Lawrence W. Waggoner, "Marital Property Rights in Transition", 59 Mo. L. Rev. 21, 79-80 (1994).

분을 창설해 주자는 제안도 있었다.⁴⁰⁴⁾ 그러나 통일유언검인법에 이러한 내용의 제안은 아직 반영이 되지 않은 대신 캘리포니아 주, 버몬트 주, 하와이 주 등에서 동거인(domestic partner), 시민 결합(civil union) 상호 수혜자(reciprocal beneficiaries) 등 각각의 명칭 하에 등록된 자에 대해 무유언 상속의 권리가 부여된 점은 관찰이 가능한 사항들이다.

4. 소결

앞서 살펴본 부모에 대한 성인 자녀의 부양의무는 부양의무자인 성인 자녀가 자신의 생활 여유를 전제로 요부양자인 부모가 자력이 없거나 빈곤한 경우에 부모의 생활을 부조하는 차원의 소위 2차적 부양의무에 해당된다. 그러나 부부간 부양의무는 미성년 자녀에 대한 부모의 양육의무와 마찬가지로 부양(양육)의무자와 요부양(양육)자가 같은 수준의 생활이 유지되어야 하는 차원의 소위 1차적 부양의무에 해당하는 것으로 판단되며 이러한 분류는 우리 가족법 학계의 통설적 태도이자⁴⁰⁵⁾ 대법원 판례⁴⁰⁶⁾의 입장이기도 하다.⁴⁰⁷⁾ 그러나 적어도 미국 법상 배우자 상호 간의 부양의무는 전통적으로 혼인이란 일종의 계약에 자발적으로 진입한 당사자 간의 상호 부양뿐만 아니라 혼인관계가 해소되고 청산되는 과정에서의 재산분할이나 배우자 부양료의 지급이 우회적으로 의미하는 부양의무, 사실혼 동거나 동성혼 관계를 비롯한 다양한 형태의 법률혼 유사 관계에 진입한 새로운 유형의 부부 공동체 구성원이 유언에 의한 상속이나 무유언 상속의 권리를 주장하는 형국 등까지 포함하므로 훨씬 더 복잡하고 심도 깊은 고찰이 필요하

404) E. Gary Spitko, “An Accrued/Multi-Factor Approach to Intestate Inheritance Rights for Unmarried Committed Partners”, 81 Or. L. Rev. 255, 345-49 (2002).

405) 조은희, 「부부간 부양의무에 대한 소고-과거의 부양료청구를 중심으로」, 『법과 정책』, 제21집 제3호, 2015, 375면.

406) 대법원 2012.12.27. 선고 2011다96932

407) 우리 민법상 부양의무에 대해서는 이병화, 「부양의무에 관한 비교법적 고찰」, 『민사법연구』, 제28집, 2020, 71면-77면.

다. 즉 일견 동일한 차원인 듯하면서도 미세하게 다른 논의의 층위를 검토해야 하는 문제들이 미국법상 부부간 부양의무에 있어서 더 자주 발생하는 것으로 파악된다. 이혼율이 높아지고 심지어 법적 혼인으로 이어지지 않은 사실혼 내지 동거혼의 증대, 동성 젠더 간의 동반자 관계나 동성혼 등 다양한 형태의 가족 구성이 앞으로 더 자주 등장할 수 있다는 점을 고려한다면 오히려 부부 상호 간의 부양의무는 부부 공동체의 구성, 영위, 해체의 시기별 전 과정을 아우르는 관심이 절실히 요구되는 분야라 하겠다. 또한 최초에는 두 사람의 개인이 결합하여 가족공동체 형성의 기초 단위인 부부를 형성하나 자녀의 탄생이나 입양 등을 통해 가족 구성원 수를 점차 확대해 나가는 점을 고려한다면 부부 사이의 부양의무를 부모-자녀 간의 부양의무 또는 양육의무와 완전히 별개의 차원으로 떼어 볼 수만은 없을 것이며 새로운 부양의무 파생의 시발점으로 파악할 수 있을 것이다.

부부 상호 간 부양의무와 관련하여 파탄주의가 미국 전역에 도입되었음에도 불구하고 전통적 유책이혼사유에 해당하는 간통, 학대, 유기 등의 배우자에 대한 가해행위는 여전히 부양의무 미이행에 해당하는 동시에 상속결격 사유도 구성하게 된다. 그러나 이러한 상황이 무조건 절대불변의 상속결격 사유를 구성하는 것은 아니며 상대 배우자의 용서나 쌍방 배우자의 상호 화해 후 동거의 재개와 같은 인적·행위적 요소가 추후 개입되면 상속 자격을 다시 회복하게 하는 식으로 상속결격 여부에 대한 일종의 수정 장치를 각 주법이 탄력적으로 규정하고 있음에 대해 주목할 수 있다. 또한 혼인 종료 후의 재산분할이나 배우자 부양료 지급의 물적 관계 청산은 관점에 따라서는 상대 배우자에 대해 완전히 이행을 다 하지 못한 채 그대로 남아 있는 부양의무를 계속 이행하는 작업의 일환으로도 정의할 수 있다. 또한 이 과정에는 법원이 개입하여 광범위하고 다양한 요소들을 직접 면밀하게 고려함으로써 양 당사자 간의 공평한 조정을 시도하는 작업에 매진한다고 평가할 수 있다.

제4장 결론

제1절 각국 법제의 시사점

I. 독일

독일에서 가족형태의 변화는 다양성이라는 특징을 보이면서 일어나고 있다. 2019년 통계에 따르면 혼인의 비율이 낮아지고 생활공동체의 비중이 늘어나는 것으로 나타난다. 그리고 이혼, 사별 등으로 이하여 홀로 살게 된 사람들의 수가 매우 증가하였으며, 이들 중 1인 가구로 사는 사람들의 비율도 증가하고 있다. 단독양육모의 비율은 2009년에 비하여 크게 변화하지 않았으며 단독양육모와 단독양육부 상호 간에는 차이가 있음이 발견된다. 먼저 단독양육모가 88%로 매우 많고 단독양육모는 6세 미만의 미취학 아동을 양육하는 비율이 단독양육부에 비하여 높다. 단독양육모의 경우 빈곤의 문제를 가지고 있는데 이는 비정규직, 저임금, 쉬운 해고의 특성을 가지는 단독양육모의 일자리와 관련이 있다.

독일에서 혼인과 가족의 자유는 기본법 제6조에서 보장하고 있다. 동 조항은 방어권적 기본권이며, 원칙규범이고 제도보장이라고 이해된다. 혼인과 가족유형에 따른 모든 차별은 금지된다. 동성의 경우 2001년 생활동반자법으로 그 생활유형이 보호되었으나 2017년 동성혼인법이 제정되어 동성 간의 혼인이 가능하게 되었다.

독일은 1974년 민법개정을 통해 이혼 시 과탄주의로 전환하였다. 연방헌법재판소는 혼인은 영속적 결합이 예정된 것으로서 혼인의 자유가 보장되고 이혼도 자유롭게 할 수 있는 것이지만 입법자는 이혼관련 규정을 정할 때 기본법의 혼인원칙인 혼인영속성이 입법에 반영되도록 해야 한다고 판시하면서 민법상 과탄주의 규정이 이러한 헌법원

칙을 반영한 합헌적 조항이라고 판단하였다. 이혼에 있어서 중요한 것은 이혼한 후 일방이 갖게 되는 경제적 불안정성에 대한 안정성확보이다. 민법에서는 이혼 후 부양에 대한 다양한 규정을 두어 경제적 안정성을 확보하고 있다.

양육비의 수급권자는 아동이다. 독일의 양육비 우선지급제도는 우리나라의 한시적 양육비 긴급제도와는 달리 적어도 12세 미만의 아동을 위하여는 지급 기한의 제한 및 소득 요건 등에 제한이 없는 한부모가족을 위한 보편적인 사회보장제도로서 기능한다. 아동의 연령에 따른 욕구를 반영하여 연령 구간에 따라 지원하는 금액이 다른 점 또한 독일 사회부조법을 지배하는 개별성의 원칙에 따른 특성으로서 우리나라의 제도와 다르다.

양육비 대지급제도는 법원의 절차를 거치지 않고서도 국가에 대하여 양육비 지급을 신청하고 이에 따라 양육비를 정기적으로 지급받음에 따라 양육비채무자와의 감정적인 소모전을 피하고 양육비채무자의 자력과 관계없이 정기적으로 양육비를 지급받음으로써 아동의 건강한 양육에 도움이 될 것으로 생각된다. 특히 아동과 양육비채무자와의 관계에 양육비 미지급으로 인한 문제가 개입될 여지가 적어 아동의 이익에 상당히 부합하는 모델로 국내 도입을 고려할 필요가 있다.⁴⁰⁸⁾

아동이 양육비를 지급받기 어려운 경우 아동의 복리를 위하여 양육비를 우선지급하고 추후에 양육비채무자에게 구상권을 청구하는 제도를 실시하고 있다. 양육비우선지급제도 안에는 양육비가 채무로서의 성격을 갖는다는 점도 나타나 있지만 사회복지국가의 원칙 하에서 국가가 양육비를 지급한다는 사고도 함께 들어 있어 양육비의 우선지급 후 양육비 채무자가 양육비를 국가에게 지급하지 못하는 상황인 경우 국가가 추심하지 않는다. 구상권을 통한 양육비회수비율은 약 20%정도로 낮은 편이다.

408) 사회보장의 관점에서 본 양육비이행확보제도의 법적 과제, 사회보장법연구 10(1), 2021. 6. 37쪽.

민법에서는 피상속인이 유언을 통하여 상속인의 상속을 제한할 수 있는 규정과 함께 제2333조에서는 상속결격사유를 규정하고 있다. 동 규정은 자녀, 부부일방, 부모에게 적용되는데 상속인의 법정무상속분에 대한 박탈규정을 두고 있고 여기에는 법정부양의무를 악의적으로 해태한 경우가 포함된다.

II. 프랑스

프랑스에서 혼인과 이혼절차는 1792년 법률에 따라 제정되었으나 이후 혼인은 신에 의지에 따라 맺어지고 절대 해소할 수 없는 관계가 아니라 단지 사법상 계약으로 이해되기 시작되었고 결과적으로 혼인의 세속화(Sécularisation)가 이루어졌다. 오늘날 프랑스 혼인에 관한 규정은 민법(Le Code civil) 제143조 내지 제227조에 규정되어 있으며, 혼인의 자유에는 혼인할 자유뿐만 아니라 혼인하지 않을 자유와 자유롭게 자신의 배우자를 선택할 수 있는 자유까지 포함되며 국가는 혼인의 자유와 그 내용을 보장할 의무를 지고 있다.

계속해서 프랑스는 상속과 부양에 관해 규정을 민법에 두고 있는데, 우선 상속에 관해서는 피상속인이 유언장을 작성하지 않은 경우와 유언장을 작성한 경우로 나누어 규정하고 있으며, 이와 더불어서 피상속인이 결혼하지 않는 경우와 홀아비이거나 과부일 경우 및 동거 또는 PACs의 경우로 나누고 있다. 특히 프랑스 민법전에서는 상속과 관련하여 상속자격의 박탈의 경우와 상속자격 박탈이 선언될 수 있는 경우로 세분화하여 규정하고 있는 점이 특징이다.

부양의무와 관련하여 프랑스는 민법전 제205조 내지 제207조에 규정된 원칙을 따르고 있는데, 우선 부양의무는 필요한 가족 구성원에게 생활에 필수적인 물질적 지원을 제공해야 하는 법적 의무의 성격을 가진다고 보고 있으며, 이러한 부양의무는 직계가족 간, 양부모와 입양 자녀 간, 1차 가족관계 간, 배우자 사이에 적용하고 있다.

한편, 프랑스는 1975년 민법전을 개정하면서 협의이혼하는 경우와 배우자 사이에 공동생활이 파탄 난 경우를 이혼 사유에 추가하면서 민법상 파탄주의를 도입하였고, 이에 따른 양육비와 관련하여 양육비를 지급해야 하는 배우자가 양육비를 지급하지 않으면 채무불이행(Lemettre en demeure) 법리에 따라 그 이행을 촉구할 수 있도록 하고 있으며, 형사적으로는 징역형과 더불어 벌금을 부과하고 있다.

III. 미국

미국의 경우 가족관계의 변화에 대한 연방 및 주 차원의 법·제도적 대응이 우리에게 시사하는 바는 다음과 같다.

첫째, 부모에 대한 성인자녀의 부양의무와 관련하여 미국의 일부 주들이 주법으로 채택하고 있는 부모부양책임법의 규율 내용을 우리의 입법 논의로 어떻게 연계하여 전개할 수 있는지에 대해 살펴볼 수 있다. 우리나라의 경우 현재 실정법으로 효행장려 및 지원에 관한 법률이 제정되어 시행되고 있는 상황이나 동법의 경우 부모에 대한 부양의무를 범규범 차원에서 강제하거나 성인 자녀의 부양의무 위반에 대한 처벌 등을 실제 규정하고 있지는 않다. 우리나라에서 소위 불효자 방지법의 제정 시도는 과거부터 국회의 관련 법안 제출을 통해 이미 여러 차례 존재해 왔으나 불효자 방지라는 문자 그대로의 의미에 충실한 수준의 입법적 결실을 맺지 못한 채 중단되는 등 그간의 관련 논의는 다소 산발적·미완성적 시도에 그친 것에 불과하다는 평가가 가능하다.⁴⁰⁹⁾ 그러나 최근 우리 법무부에서 부모로부터 재산을 증여받은 이후 부모에 대한 부양의무를 저버린 자녀에 대해 증여재산을 환수할 수 있게 하는 내용의 민법 개정안 검토 작업에 돌입하고 국회에

409) 우리의 소위 불효자방지법에 대한 과거 논의의 경과에 대해서는 김나래, 「노인부양을 위한 사적부양제도의 개선방안」, 『가족법연구』, 제31권 제3호, 2017, 158면-163면. 김합빈·김규완, 「증여계약 해제에 관한 민법 개정시안 소고」, 『아주법학』, 제10권 제4호, 2017, 247면-255면.

서도 증여자에 대해 부양의무를 이행하지 않거나 학대 또는 신체적 고통이나 폭언 등의 정신적 고통을 가한 경우 증여를 해제하고 부양의무이행을 명령할 수 있도록 하는 내용의 민법 일부개정법률안이 발의되는 등⁴¹⁰⁾ 관련 논의는 또다시 주목을 받고 있다. 각 개인마다 각기 다른 가정 상황을 배경으로 둔 채 부모에 대한 효도란 일용 가족구성원 간의 애정과 감정을 담은 전통적 도덕의 영역을 법의 규율영역으로 편입하여 강제하고자 하는 시도는 논란의 여지가 계속 존재한다. 그럼에도 불구하고 공동체 구성원 누구나 공감할 수 있는 최소한의 기초적 도덕 가치에 대한 법적 보호의 필요성에 관하여 우리 사회가 입법의 필요성 및 정당성을 부여하는 단계로 현재 진행되고 있다고 보아야 할 것이다. 이 경우 미국 일부 주의 부모부양책임법의 규율은 자녀의 자산범위란 명확히 정해진 합리적 한계 내에서 부모에 대한 가장 넓은 범위의 부양책임을 자녀에게 부과하는 법적 근거로 실제 입법 시 참조할만한 내용이 될 수 있다. 물론 미국의 경우 부모부양책임법은 과거 영국의 엘리자베스 빈민구빈법의 입법 목적인 보호대상으로서의 빈곤계층에 대한 국가의 실제적 원조 필요성으로부터 유래한 것이므로 엄밀히 접근한다면 불효자의 부모 배반 상황에 대해 회복적 정의를 추구하려는 우리의 입법 시도와는 논의의 층위가 기본적으로 다르다는 평가도 가능하다. 그러나 미시적 관점에서 부모와 성인 자녀 간의 관계에 있어서 회복적 정의의 총합은 곧 결국 거시적 관점에서 고령자를 대상으로 하는 현대 복지국가 복지체계의 원활한 작동을 위해 사적 영역이 공적영역과 같이 책임 분담을 하거나 적어도 공적 영역과 긴밀한 공조 작업을 수행하는 것과 밀접한 관계가 있다고 평가할 수 있다. 인구구조가 이미 상당히 고령화에 이른 우리 사회에서 고령 부모에 대한 사회보장정책의 전개를 지원하는 입법은 결국 당해 부모와 성인 자녀 간의 가정 내 관계에 대한 입법사실 규명을 전제로 세부 내용을 채워 나가는 것이 더 합리적인 입법기술에 해

410) 민법 일부개정법률안(서영교의원 등 10인), 2020. 9. 28.(의안번호 제2104276호)

당한다. 우리의 소위 불효자 방지법에 대한 입법 규율은 결국 따로 독립된 논의라기보다는 그 연장선에 고령 부모에 대한 사회적 지원을 위한 입법 규율이 필히 예정되어 있다고 볼 수 있으므로 미국에서의 부모부양책임법에 관한 논의는 우리의 소위 불효자 방지법 입법 논의에 충분한 시사점을 줄 수 있는 것이다.

둘째, 자녀에 대한 부모의 양육의무와 관련하여 애초 미국에서도 전통적 상속결격사유에 해당되지 않았던 양육의무미이행이 통일유언검인법 및 23개 주법상 상속결격사유를 구성하고 있게 된 점과 연방 및 주 정부가 양육비지급이행제도의 운영을 지원하는 법적 근거를 수립하면서 동시에 정책 체계를 확고히 구축하고 시행해 온 점을 주목해야 한다. 이 지점에 대한 주목은 자연스럽게 우리의 관련 입법 및 정책이 어떤 경로로 진행되어 왔고 향후의 지향점은 어떤 방향으로 전개되어야 하는지와 연계될 수 있다. 우리나라의 경우 이미 지난 2020년 공무원재해보상법 및 공무원연금법을 개정하여 적용 범위는 공무원으로 제한되나 자녀에 대한 양육의무를 다하지 않았다고 판단되는 부모에게는 유족의 유족급여 제한신청 및 공무원재해보상심의회 심의를 통해 유족급여의 전부 또는 일부를 지급하지 않을 수 있도록 규정하였으며 국민 전체를 적용 대상으로 하여서는 피상속인의 직계존속이 피상속인에 대한 양육의무를 중대하게 위반한 경우를 상속결격사유에 포함시키고 이 경우 가정법원의 상속결격확인절차를 제안하는 민법 일부개정법률안도 현재 국회에 발의되어 있다.⁴¹¹⁾ 이는 곧 결국 자녀에 대한 부모의 양육의무미이행에 대해 과거에는 특별한 규정 없이 입법상 침묵하는 태도를 취하였지만 오늘날은 관련 법조항에 상속결격사유로 규정함에 대해 우리 역시 규범공동체의 일정한 공감대가 수렴되고 있음을 의미한다. 한편 양육비지급이행제도의 운영을 위한 법적 근거로 지난 2015년 제정된 양육비 이행확보 및 지원에 관한 법률은 양육비이행관리원을 출범시켜 양육비지급이행 관련 업무의 주요

411) 민법 일부개정법률안(서영교의원 등 23인), 2021. 2. 10.(의안번호 제2108076호)

기능을 전담시키고 있으며 동법의 순차적 개정을 통해 양육비채무자의 채무불이행에 대한 운전면허 정지처분 요청이나 출국금지 요청, 양육비채무불이행자의 성명, 나이, 직업, 주소 등에 대한 신상공개에 대해서까지 현재 입법상 규율 중에 있다.⁴¹²⁾ 이렇듯 이미 우리에게 법제화된 양육비지급이행제도에 더 추가할 수 있는 방안으로 벤치마킹할 수 있는 검토 대상에는 미국 연방 및 주정부가 구축한 양육비지급이행명령의 구체적 시행을 위한 각론상의 다양한 수단들이 존재하고 앞서 본 연구에서 소개하였다.⁴¹³⁾ 물론 양육비 지급이행을 강제하기 위한 새로운 수단들을 우리 입법에 실제 도입하기 위해서는 그러한 수단들이 우리 헌법이 보호하는 여타 다른 기본권을 침해할 소지가 없는지, 우리 규범공동체의 지배적 헌법 가치와 헌법 원리, 비례의 원칙을 포함한 각종 헌법 원칙들을 준수하는지 여부를 선제적으로 면밀하게 검토해야 할 것이다.

셋째, 배우자 상호 간의 부양의무와 관련하여 여전히 유책주의에 근간을 두고 있는 우리의 이혼법 체계를 고려한다면 1969년 이후 모든 주에서 무책 이혼이 가능해짐으로써 과탄주의를 골간으로 삼고 있는 미국의 경우와 동일한 선상에서 대등한 차원의 비교를 통해 관련되는 시사점을 추출할 실익은 특별히 크지 않다. 그러나 미국의 이혼 판결 과정에서 유책 이혼사유의 제시는 상대 배우자에 대한 부양의무 미이행에 대한 입증자료로 여전히 활용되고 있으며 각 주의 입법에 따라 상속결격사유로 입법상 규정되고 있는 점은 주목할 필요가 있다. 또한 우리 이혼법제에서는 혼인 관계의 해소와 동시에 수반하는 재산 분할 및 정신적 피해에 대한 손해배상으로서의 위자료에 대한 관념이 일응 명료함에도 불구하고 곰곰이 생각해보면 결국 이 제도들이 혼인

412) 우리 가사소송법상 양육비이행확보제도에 대해서는 박건창, 『양육비 분담과 집행에 관한 실무상 논의』, 『가족법연구』, 제31권 제3호, 2017, 435면-446면.

413) 그 밖에 양육비지급이행의무자로 하여금 양육비지급을 독려할 수 있는 방안으로 영미식 신탁제도를 활용할 수 있다는 견해로 이연갑, 『자녀양육신탁의 효용과 쟁점』, 『가족법연구』, 제31권 제2호, 2017, 37면-58면.

상황 종료를 위한 도구적 기능을 제대로 수행하는가에만 초점이 맞추어지고 있음을 부인할 수 없다. 그러나 미국 법제에서는 혼인 종료 전 상대 배우자가 영위하던 생활 수준에 버금갈 수준으로의 복귀를 위해 일방 배우자가 상대방에게 이행을 다하지 못하고 여전히 남아 있는 부양의무를 혼인 종료와 동시에 또는 종료 이후에라도 온전히 이행하도록 유도한다는 관점이 탑재되므로 당사자의 이혼 이후 생활을 더 고려하려는, 보다 실용적 관점의 접근이 가능해진다는 장점이 부각된다. 한편 미국법제가 동성 간의 인적결합을 포함하여 사실혼 동거자 간의 부양의무를 법적으로 구성하고 있는가의 논의는 각 주마다 다소 다른 입장을 취한다고 판단되며 연방 차원에서 이들에 대한 일반적 보호의 범위를 설정하고 입법으로 확대해 나갈 것인지의 여부는 우리 역시 지속적 관심을 갖고 지켜보아야 하는 현재 진행형 단계에 있다. 특히 이 논의는 시간의 경과에 따라 우리 공동체 역시 소수자의 인권 보호 차원에서 향후 미래에 맞닥뜨릴 의제가 될 가능성을 갖는다.⁴¹⁴⁾

제2절 법제 개선을 위한 제언

첫째, 급격한 가족변화로 부양, 돌봄, 양육 등의 가족기능이 지속적으로 약화되고 있고 혼인과 이혼 등의 변화로 인해 우리사회에서 가족 구성에 있어서도 큰 변화가 나타나 정상 가족 모델이 감소하였다. 비혼 출산·동거 등 가족 다양화에 대한 인식이 확산되고 있는 점도 나타난다. 다양한 가족 구성에 대한 사회적 공감대가 높아지고 있다. 건강가정기본법에서는 혼인·혈연을 중심으로 가족을 정의하고 그러한 가족들이 생계 또는 주거를 함께하는 생활공동체를 가정이라고 정의하고 있다. 그리고 건강가정이란 가족구성원의 욕구가 충족되고 인간

414) 우리의 경우 동성 파트너를 가족의 한 유형으로 파악하는지 여부와 관련한 실제 발생 사례들을 소개한 문헌으로 김민지, 『다양한 가족유형의 확산에 따른 민법의 개선 과제 검토』, 『가족법연구』, 제34권 제1호, 2020, 52면-53면.

다운 삶이 보장되는 가정이라고 한다. 이러한 정의규정으로 인하여 사실혼 가족, 돌봄가족, 동성가족 등 다양한 가족들이 법안으로 포섭되지 못하고 이들 가족구성원들은 인간다운 삶을 지원하는 법의 체계 내에서 지원을 받지 못하게 된다. 따라서 건강가정기본법을 가족지원기본법으로 전면 개정하여 사실혼가정, 돌봄가정 등 다양한 가족을 포섭하여 가족을 지원하는 기본법으로서 역할을 하도록 할 필요가 있다.

둘째, 헌법 제36조 제1항은 개인이 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로서 보장하는 한편, 혼인과 가족에 대한 제도를 보장한다. 혼인은 영속적 결합을 목적으로 하는 것이지만 부부관계가 파탄되었을 경우 이혼할 자유도 기본권으로서 보장되며, 국가가 혼인지속을 강제함으로써 이혼의 자유를 제한함에 있어서는 헌법 제37조 제2항의 비례원칙이 준수되어야 한다. 헌법상 혼인이 양성혼에 한정되는지 여부에 대하여 동성혼도 포함하여 해석할 수 있다는 견해도 존재하나, 혼인과 가족생활이 “양성”의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다는 문언상 이성 간의 혼인으로 보는 것이 합리적인 것으로 생각한다. 동성 간의 결합의 자유는 헌법 제10조에 따라 보장되며 이들에 대한 차별은 헌법 제11조에 따라 금지된다고 볼 수 있다. 동성 간의 결합의 자유를 보장하기 위하여 프랑스의 팩스제도나 독일의 구 동반자등록법등의 제정이 필요하다. 헌법 제36조 제1항의 가족을 양성혼에 기반한 가족으로만 파악하게 되면 현대 사회에서 나타나는 다양한 가족유형들을 포괄하는데 한계를 가지게 된다. 그 결과 이 새로운 유형의 가족들을 정상가족에 비해 결손가족, 혹은 비정상 가족으로 보게 되고 인격권의 침해 및 차별이 발생할 수 있다. 따라서 한 사회를 이루고 있는 모든 혼인 및 결합, 그리고 다양한 가족의 구성 및 가족들의 성장과 발달을 위해서는 단일한 형태와 고정된 기능을 가진 가족만을 가족으로 개념화하기보다는 가족의 형태와 기능의 다양성을 인정하는 것이 필요하다.

셋째, 민법 제913조에 따라 부모는 미성년자 부양의무를 갖는다. 민

법 제1004조에서는 1. 고의로 직계존속, 피상속인, 그 배우자 또는 상속의 선순위나 동순위에 있는 자를 살해하거나 살해하려한 자 2. 고의로 직계존속, 피상속인과 그 배우자에게 상해를 가하여 사망에 이르게한 자 3. 사기 또는 강박으로 피상속인의 상속에 관한 유언 또는 유언의 철회를 방해한 자 4. 사기 또는 강박으로 피상속인의 상속에 관한 유언을 하게 한 자 5. 피상속인의 상속에 관한 유언서를 위조·변조·파기 또는 은닉한 자에 대하여 상속인의 상속결격을 규정한다. 부모의 자녀에 대한 양육의무를 불이행은 민법 제1004조에서 정한 상속결격사유에 해당하지 않는다. 이 경우 기여분제도, 유증, 양육비청구 등을 통하여 양육의무를 불이행한 부모의 상속이 일정부분 제한될 수 있다.

양육의무를 불이행한 부모의 상속박탈을 위하여 2021년 법무부는 상속권상실을 위한 민법개정안 입법예고를 하였다. 그 내용은 상속인의 중대한 부양의무위반 등의 경우 가정법원이 피상속인의 청구에 따라 상속인에 대하여 상속권 상실을 선고할 수 있고, 용서제도를 마련하여 상속권상실 사유가 있는 경우 피상속인이 용서를 통하여 상속인의 상속권을 계속 인정하고, 대습상속의 사유로 상속권상실을 추가하지 않는 것이다. 법무부안에 대하여서는 피상속인이 살아 있는 경우 상속권상실제도의 문제점, 피상속인이 사후 다른 상속인에 의하여 청구가 되는 경우 상속인들 간의 분쟁발생소지가 있다는 점, 사인의 용서로 상속권상실선고재판의 기속력이 없어진다는 점 등의 문제가 지적될 수 있다. 따라서 민법 제1004조의 상속결격사유에 양육의무 불이행을 포함하는 것이 현행의 상속법체계와 조화를 이루는데 유리하고, 법적 안정성 확보측면과 상속인들 간의 분쟁발생 저하 등의 측면에서 볼 때 좀 더 바람직한 문제의 해결방안이라고 할 수 있다.

넷째, 이혼 후 자녀의 양육을 담당하지 않는 양육비지급채무자가 양육비를 지급하지 않는 경우 아동의 경제적 곤란은 아동에 대한 사회적 차별, 사회적 고립, 인간의 존엄훼손 등의 문제로 나타난다. 현재 양육비이행관리원에 하는 양육비 지급신청이 높지 않을뿐더러, 양육비

이행관리원을 이용한 경우에도 양육비 이행률도 2020. 12. 기준 36.1%로 낮다. 정부는 관계법령을 개선하여 신상공개제도, 출국금지제도, 운전면허정지제도 등을 도입하였으나, 이러한 새로운 제도들이 감치명령 후 실시되는 것이어서 실효성의 문제와 더불어 이 제도를 통하고서도 양육비 지급을 하지 않는 경우 아동의 빈곤이 개선될 수 없다. 결국은 새로운 제도의 모색이 필요하다. 이를 위하여서는 양육비에 대한 관점의 변화가 필요하다. 즉 양육비가 양육부모가 아동양육에 필요한 비용이라는 입장에서 선회하여 양육비는 아동이 가지는 아동의 권리로 볼 필요가 있다. 비양육자가 아동에게 양육비를 반드시 지급하여야 할 것이지만, 그렇지 못한 경우 사회국가원칙에 따라 아동복리를 위하여 국가가 우선 지급하고 사후적으로 양육비채무자에게 구상권을 행사하는 것도 하나의 방안이 될 것으로 생각한다.

다섯째, 파탄주의 이혼제도의 도입이 필요하다. 민법에서는 부부의 합의이혼이 아닌 경우 제840조에 따라 법률에 정한 사유가 있는 경우에 이혼에 책임이 없는 배우자가 가정법원에 이혼을 청구할 수 있다. 민법 제840조는 제1호 내지 제5호에서 재판상 이혼원인이 되는 이혼사유를 ‘배우자에 부정한 행위가 있었을 때’와 같이 구체적·개별적으로 열거하고 있고, 제6호에서 ‘기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때’(이하 ‘제6호 이혼사유’라고 한다)를 이혼사유로 규정하고 있다. 대법원은 판례를 통하여 유책배우자의 이혼청구를 예외적으로 인정하면서, 우리나라에서는 유책배우자라 하더라도 상대방 배우자와 협의를 통하여 이혼을 할 수 있는 길이 열려 있고, 이는 유책배우자라도 진솔한 마음과 충분한 보상으로 상대방을 설득함으로써 이혼할 수 있는 방도가 있음을 뜻하므로, 유책배우자의 행복추구권을 위하여 재판상 이혼원인에 있어서까지 파탄주의를 도입하여야 할 필연적인 이유가 있는 것은 아니라고 보고 있다.

그러나 이혼이 자유주의적 개인주의에 기반한 사적인 자유영역으로서 영속성을 예정하고 하는 혼인에서 예외적인 경우에 이루어지는 것

으로 언제 혼인을 해소할 것인지를 부부가 결정할 수 있어야 한다. 헌법 제10조에서 도출되는 자기결정권과 제36조 제1항에 근거하는 이혼의 자유를 토대로 고려한다면, 이혼에 대한 책임여부가 아니라 혼인의 유지와 해소여부를 개인의 결정에 따르게 하는 파탄주의원칙을 채택하는 것이 더욱 논리적이다. 당사자의 혼인을 지속하지 않겠다는 의지가 기준이 되었으며, 혼인을 지속할 의사가 없다는 의지는 별거기간을 통하여 객관적으로 파악될 수 있을 것이다. 또한 파탄주의 이혼에서는 부부의 유책여부는 이혼사유가 아니므로 이혼에 있어서 유책배우자에 대한 손해배상책임보다 이혼 후 아동양육과 배우자의 생계보장을 위한 이론이 중심으로 발달하게 되었다. 우리 민법에도 혼인관계 파탄 후에 경제적인 자립이 곤란한 배우자를 위한 원조 그 밖의 부조 규정 및 그 이행촉구규정 등을 마련함으로써 혼인관계 파탄으로 부부의 일방이 겪을 수 있는 경제적 곤궁에 대처할 수 있는 규정을 둘 필요가 있다.

참고문헌

1. 국내자료

- 송덕수, 『신민법강의』 제14판, 박영사, 2021
- 윤진수, 『친족상속법 강의』, 박영사, 2016.
- 고보혜, 「헌법상 국가의 혼인과 가족보호의무와 그 실현방안에 관한 연구」, 전남대학교 박사학위논문, 2011.
- 김기영, 「유책배우자의 이혼청구와 과탄주의」, 『원광법학』 제26권 제3호.
- 김민지, 「다양한 가족 유형의 확산에 따른 「민법」의 개선과제 검토」, 가족법연구 제34권 1호 2020년 3월.
- 김성호, 부양의무를 이행하지 않은 상속인의 상속배제에 관한 입법 쟁점, nars 현안분석 제211호, 입법조사처 2021. 10. 5.
- 김병록, 「헌법적 존속보호 대상으로서 혼인과 가족」, 한국헌법학회 2013. 9. 발표문.
- 김상용/박인환, 「상속권상실선고에 관한 법무부 개정안의 문제점」, 『중앙법학』 제23집 제1호, 2021
- 김연희/이은영, 「성범죄자 신상공개제도의 비판적 고찰」, 『교정복지연구』, 10/31/2016, Vol. 44.
- 김용화, 가족에 대한 법적·사회적 개념의 통합필요성, 가족법연구 제22권 2호, 한국가족법학회, 2008.
- 김은철, 「혼인과 가족에 대한 헌법적 보호」, 『법학논총』 제21집 제1호
- 김은지, 「한부모가족을 위한 양육비 이행확보 지원」, 『가족과 문화』 제25집 2호.
- 박지원, 「부양의무 해태와 상속결격사유 확대에 관한 입법론」, 『홍익법학』 제21권 제3호, 2020.
- 박광형, 「범죄자신상공개제도에 관한 비판적 고찰」, 『법학논총』, Vol. 35 No. 2(2015).

- 손희권, 「과잉금지의 원칙 관점에서의 청소년 성매수자 신상공개제도의 위헌성」, 『청소년학연구』, 2003-12 10(4).
- 신옥주, 「이명박 정부 성평등정책 평가 및 제언」, 민주법학, 2014.
- 신옥주, 「헌법상 혼인과 가족제도에 관한 고찰」, 아주법학 2015. 11. 제 9권 제3호.
- 신옥주, 「부성주의원칙의 위헌성 고찰」, 『안암법학』 통권 43호(2014. 1.).
- 신옥주 외 2인, 성·재생산 건강과 권리의 보장을 위한 법제 연구, 저출산 고령사회위원회, 2020.
- 신옥주, 독일의 단독양육모(Alleinerziehende)를 위한 법적·실무적 장치에 대한 연구, 젠더법학.
- 아동양육비 이행확보를 위한 법·제도 연구, 여성가족부, 2011-04 연구보고서.
- 양육비 이행 지원 6년 주요성과 및 개선방안, 2021.3.26. 여성가족부.
- 엄경천/김광재, 「이혼의 자유와 이혼 후 부양에 관한 검토」, 『인권과 정의』 2021.9.
- 이나련, ‘다양한 가족’에 대한 인식변화와 시사점, 경기도 여성가족재단 『이슈분석』 제199호(21-13).
- 이동진, 「상속결격·상속권상실과 대습상속」, 『가족법연구』 제35권 제2호, 2021.
- 이우리, 「부양의무를 불이행한 부모의 상속결격에 관하여 - 헌법재판소 2017.2.22. 선고 2017헌바59결정」, 『가족법연구』 제32권 2호.
- 이준일, 「헌법상 혼인의 개념 - 동성간 혼인의 헌법적 허용가능성-」, 『공법연구』 제37집 제3호, 한국공법학회, 2009. 2.
- 윤진수, 「상속권 상실에 관한 정부의 민법개정안」, 『비교사법』 제28권 제3호, 2021.
- 윤지영, 「사회보장의 관점에서 본 양육비이행확보제도의 법적 과제」, 『사회보장법연구』 10(1), 2021. 6.

- 전병주/김건호, 「양육비를 미지급한 채무자의 신상공개에 관한 판례 고찰 및 시사점: 서울중앙법원 2020. 12. 15.자 2020카합239 결정 중심」, 『지역과 세계』, 제45집제2호(2021).
- 정재훈, 아동양육비 지원체계 국제비교 독일사례를 중심으로, 이슈브리프, 젠더리뷰 2014. 여름호.
- 조경애, 「재판상 이혼원인에서 파탄주의 도입에 관한 제언」, 『가족법 연구』 제32권 3호.
- 조은주, 인구구조의 변화와 새로운 법규범의 요청: 저출산·고령사회기 본법 비판, 법과사회 61호(2019년 8월).
- 조홍석, 「새로운 형태의 가족: 헌법적 가능성과 한계」, 『공법학연구』 제8권 제4호.
- 여성가족부 보도자료, 가족다양성에 대한 국민인식조사결과 최종배포본. 2020. 6. 30.(화).
- 최현숙, 「상속과 연계를 통한 아동에 대한 부양의무의 강화」, 『민사법의 이론과 실무』(2013. 12. 31.)
- 한국여성정책연구원 박복순외 3인, 양육비 이행지원 강화방안 연구, 여성가족부, 2018. 12.
- 허민숙, 「양육비 이행 관리의 한계와 개선과제」, 『여성연구』 2020. vol.107 No. 4.
- 통계청 보도자료, 2018 인구주택총조사, 2019.8.29.
- 통계청 보도자료, 2018.
- 인구주택총조사, 2019. 8. 29.
- 김미경, 「부부간 과거 부양료 청구에 대한 검토폰-프랑스 민법상 별거 중의 부양 문제」, 『민사법의 이론과 실무』, 제24권 제1호, 2020
- 김상현, 「사실혼 배우자의 상속권에 관한 연구」, 『입법학연구』 제15권 제2호, 2018
- 김영정, 「자녀양육비 확보를 위한 제도개선 방향」, 『이화젠더법학』 제4

권 제2호, 2012

박수곤, 『프랑스 민법상의 혼인의 효력 개관』, 『민사법학』 제54권 제2호, 2011

안문희, 『프랑스 민법상 부모의 양육의무 및 그 이행에 관한 연구』, 『비교사법』 제26권 제3호, 2019

전영, 『프랑스에서의 혼인과 가족생활 보호에 관한 연구- 팩스제도와 동성혼을 중심으로』, 『비교헌법연구』 2017-B-5, 2017,

허민숙, 『프랑스의 양육비 이행 관련 법률의 제,개정』, 『외국입법 동향과 분석』 제2호, 국회입법조사처, 2019

허민숙, 『양육비 이행 관리 제도의 문제점 및 개선과제』, 『입법정책보고서』 Vol.19, 2018.

김유경·이여봉·최새은·김가희·임성은, 『가족형태 다변화에 따른 부양체계 변화전망과 공사 간 부양분담 방안』, 한국보건사회연구원(2015)

변수정·박종서·오신휘·김혜영, 『다양한 가족의 제도적 수용성 제고 방안』, 한국보건사회연구원(2017)

우병창·안경희·전해정, 『미래가족에 대비한 가족법 및 가족관련 현행법의 정비』, 한국여성정책연구원(2013)

이준우·장민선, 『1인 가구 급증에 따른 법제변화 연구』, 한국법제연구원(2014)

홍승아·최진희·진미정·김수진, 『가족변화 대응 가족정책 발전방향 및 정책과제 연구』, 한국여성정책연구원(2015)

김나래, 『노인부양을 위한 사적부양제도의 개선방안』, 『가족법연구』, 제31권 제3호(2017)

김두년, 『부모일방의 자녀탈취와 양육권 확보를 위한 법적 과제』, 『법학연구』, 제57집(2015)

김민지, 『다양한 가족유형의 확산에 따른 민법의 개선 과제 검토』, 『가족법연구』, 제34권 제1호(2020)

- 김상훈, 「미국의 상속설계(Estate Planning)와 관련한 신탁활용현황-캘리포니아 주를 중심으로」, 『가족법연구』, 제28권 제2호(2014)
- 김수정, 「양육의무를 불이행한 부모의 부양청구권 제한」, 『비교사법』, 제27권 제3호(2020)
- 김영정, 「자녀양육비 확보를 위한 제도개선 방향」, 『이화젠더법학』, 제4권 제2호(2012)
- 김한빈·김규완, 「증여계약 해제에 관한 민법 개정시안 소고」, 『아주법학』, 제10권 제4호(2017)
- 김현진, 「양육비이행과 면접교섭권 행사의 긴장관계 - 양육비이행확보를 위한 개선방안에 관한 연구」, 『법학연구』, 제23집 제1호(2020)
- 류일현, 「미국의 상속포기 제도」, 『가족법연구』, 제34권 제3호(2020)
- 민유숙, 「재산 분할에 있어서 분할비율산정-비교법적 고찰」, 『저스티스』, 제34권 제2호(2001)
- 박건창, 「양육비 분담과 집행에 관한 실무상 논의」, 『가족법연구』, 제31권 제3호(2017)
- 박광동·윤혜란, 「고령화사회에서 부모부양문제의 법적 해결방안 연구-효도법을 중심으로」, 『중앙법학』, 제17집 제1호(2015)
- 박복순, 「양육비 확보제도 개선을 위한 비교법적 고찰」, 『민사법학』, 제30집(2005)
- 박지원, 「부양의무 해태와 상속결격사유 확대에 관한 입법론-실체법 및 절차법 관점에서」, 『홍익법학』, 제21권 제3호(2020)
- 배인구, 「고령화 사회와 배우자 상속분에 관한 단상」, 『가족법연구』, 제29권 제1호(2015)
- 안소영, 「미국법상 대습상속의 법리-통일유언검인법(UPC)상 무유언상속에서의 대습상속을 중심으로」, 『가족법연구』, 제34권 제3호(2020)
- 윤우일, 「양육비대지급의 실효성을 제고하기 위한 제도적 방안」, 『외

- 법논집』, 제35권 제4호(2011)
- 윤진수, 「사실혼배우자 일방이 사망한 경우의 재산문제: 해석론 및 입법론」, 『저스티스』, 제100호(2007)
- 윤진수, 「배우자의 상속법상 지위 개선 방안에 관한 연구」, 『가족법연구』, 제33권 제1호(2019)
- 이경희, 「1990년대 미국 가족법의 변화양상」, 『가족법연구』, 제9호(1995)
- 이병화, 「부양의무에 관한 비교법적 고찰」, 『민사법연구』, 제28집(2020)
- 이비안, 「양육비이행확보 및 지원에 관한 법률상 운전면허제한과 부당결부금지 원칙 - 미국 연방·주 법원의 실제적 적법절차심사를 중심으로」, 『미국헌법연구』, 제31권 제3호(2020)
- 이비안, 「양육비지급이행 강제 수단으로서의 운전면허제한에 대한 행정법적 검토-미국의 CES Program(자녀양육이행제도)를 중심으로」, 『미국헌법연구』, 제30권 제3호(2019)
- 이선미, 「양육비 감액과 자의 복리-대법원 2019. 1. 13.자 2018스566결정」, 『가족법연구』, 제34권 제1호(2020)
- 이연갑, 「자녀양육신탁의 효용과 쟁점」, 『가족법연구』, 제31권 제2호(2017)
- 이화숙, 「2002년 미국 통일친자법 제정의 의미와 그 내용」, 『가족법연구』, 제17권 제1호(2003)
- 임인숙, 「미국가족의 변화를 둘러싼 논쟁」, 『한국사회학회 사회학대회 논문집』 (1997)
- 전혜정, 「양육비 이행확보제도-양육비 직접지급명령제도를 중심으로」, 『법과 정책』, 제17집 제1호(2011)
- 정구태, 「배우자 상속권 강화를 위한 입법론-상속에서의 약자 보호를 위한 관견」, 『안암법학』, 제59호(2019)
- 조상희, 「미국 루이지애나(Louisiana) 법에서의 유류분 제도의 변천」, 『일감법학』, 제36권(2017)
- 조은희, 「법제도에서 다양한 가족의 수용을 위한 개선」, 『법과 정책』,

제26집 제1호(2020)

조은희, 「부부간 부양의무에 대한 소고-과거의 부양료청구를 중심으로」,
『법과 정책』, 제21집 제3호(2015)

한복용, 「현대 미국가족법의 발달과 전망-혼인법을 중심으로」, 『가족
법연구』, 제14호(2000)

홍순기, 「배우자상속권 강화에 관한 법무부 개정시안 검토」, 『법학논
총』, 제27권 제2호(2014)

현소혜, 「유산기부 활성화를 위한 유류분 제도의 개선방안- 영국, 미
국 사례로부터의 시사점을 포함하여」, 『외법논집』, 제43권
제2호(2019)

2. 외국자료

Horst Dreier Art. 6, 『Grundgesetzkommentar』. 2004.

Tim Hochgürtel/ Bettina Sommer, 2 Familie, Lebensformen und
Kinder, Auszug aus dem Datenreport 2021, Statistisches
Bundesamt, 2021.

Windthorst Art. 6, 『Studienkommentar zum Grundgesetz』, 1.
Auflage C. H. Beck, 2013.

Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages. Der Begriff
der Ehe im Grundgesetz und anderen Verfassungen, WD
3 - 3000 - 142/17, Deutscher Bundestag. 2017.

v. Mangoldt/ Klein / Starck, Art. 6, 『Bonner Grundgesetzkommentar』,
4. Auflage.

Thomas Rauscher, 『Familienrecht』.

Alain Bénabent, Droit de la Famille, 3e éd., LGDJ Lextenso, 2014

Lenoir, Par Daniel, Pensions Alimentaires: En Finir Avec Les
Impayés, 2019

- Patrick COURBE, Adeline GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Sirey, 2017
- Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, *La Famille* 3e éd., Defrénois Lextenso, 2008
- Oldham, Mika, *Blackstone's Statutes on Family Law*, New York: Oxford University Press, 2008.
- Margaret F. Brinig, "Penalty Defaults in Family Law: The Case of Child Custody", 33 Fla. St. U. L. Rev. 779(2006).
- Sharon F. Edelstone, "Filial Responsibility: Can the Legal Duty to Support Our Parents be Effectively Enforced?", 36 Fam. L.Q. 501 (2002).
- Richard A. Epstein, "Of Same Sex Relationships and Affirmative Action: The Covert Libertarianism of the United States Supreme Court," 12 Sup. Ct. Econ. Rev. 75 (2004).
- Ann Laquer Estin, "Bonding after Divorce: Comments on Joint Custody: Bonding and Monitoring Theories", 73 Ind. L.J. 441(1998).
- Mark R. Fondacaro & Dennis P. Stolle, "Revoking Motor Vehicle and Professional Licenses for Purposes of Child Support Enforcement: Constitutional Challenges and Policy Implications", 5 Cornell J.L. & Pub. Pol'y 355 (1996).
- Susan N. Gary, "The Probable Definition of Family: A Proposal for Guided Discretion in Intestacy", 45 U. Mich. J.L. Reform 787(2012).
- Nancy C. Marcus, "Beyond Romer and Lawrence: The Right to Privacy Comes Out of the Closet", 15 Colum. J. Gender & L. 355 (2006).
- Seymour Moskowitz, "Filial Responsibility Statutes: Legal and

- Policy Considerations”, 9 J.L. & Pol’y 709(2001).
- J. Thomas Oldham, “Should the Surviving Spouse’s Forced Share be Retained?”, 38 Case W. Res. L. Rev. 223(1987/88).
- Matthew Pakula, “A Federal Filial Responsibility Statute: A Uniform Tool to Help Combat the Wave of Indigent Elderly”, 39 Fam. L.Q. 859(2005).
- Katherine C. Pearson, “Filial Support Laws in the Modern Era: Domestic and International Comparison of Enforcement Practices for Laws Requiring Adult Children To Support Indigent Parents”, 20 Elder L.J. 269(2013).
- Anne-Marie Rhodes, “Consequences of Heir’s Misconduct: Moving from Rules to Discretion”, 33 Ohio N.U. L. Rev. 975(2007).
- Allison E. Ross, “Taking Care of Our Caretakers: Using Filial Responsibility Laws to Support the Elderly Beyond the Government’s Assistance”, 16 Elder L.J. 167 (2008).
- E. Gary Spitko, “An Accrual/Multi-Factor Approach to Intestate Inheritance Rights for Unmarried Committed Partners”, 81 Or. L. Rev. 255(2002).
- Cass R. Sunstein, “What Did Lawrence Hold? of Autonomy, Desuetude, Sexuality, and Marriage”, 55 Sup. Ct. Rev. 27 (2003).
- Terry L. Turnipseed, “Community Property v. The Elective share”, 72 La. L. Rev. 161(2011).
- Lawrence W. Waggoner, “Marital Property Rights in Transition”, 59 Mo. L. Rev. 21(1994).

3. 인터넷 자료

<http://patronagelaique.fr>
<https://www.lhistoire.fr>
<https://www.conseil-constitutionnel.fr>
<https://www.mondroitmeslibertes.fr>
<https://www.legifrance.gouv.fr>
<https://juricaf.org>
<https://www.leparisien.fr>
<https://books.openedition.org>
<https://www.lejdd.fr>
<https://www.journaldesfemmes.fr>
<https://www.notaires.fr>
<https://www.chosun.com>
<https://www.vie-publique.fr>
<https://www.service-public.fr>
<https://monexpertdudroit.com>
<https://www.formulaires.service-public.fr>
<https://www.caf.fr>
<https://www.msa.fr>
<https://service-pensionalimentaire.msa.fr>
<https://www.justifit.fr>
<https://solidarites-sante.gouv.fr>
<https://kostat.go.kr>
<https://scholarship.law.duke.edu>
<https://www.acf.hhs.gov>
<https://www.ncsl.org>

판 권

소 유

헌법재판연구 제32권

사회변화에 따른 가족관계의 변화와 헌법재판
-부양, 양육, 상속 등을 중심으로-

2021년 12월 22일 인쇄

2021년 12월 29일 발행

발행처 **헌법재판소**

서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전화 : (代) 708-3456

인쇄 경성문화사

(비매품)

