

# 面接交渉權

韓 三 寅\*

## 目 次

I. 序 說	V. 面接交渉權의 内容, 行使方法과 時期
II. 面接交渉權의 意義	VI. 面接交渉權의 適用範圍
III. 面接交渉權의 法的 性質	VII. 面接交渉權의 具體的 事例
IV. 面接交渉權의 主體와 客體	VIII. 結 語

## I. 序 說

社會의 基本的인 構成單位로서의 家族共同體는 미성숙자<sup>1)</sup>의 健全한 成長을 위한 보금자리임이 분명하다.

그런데 子女의 意思와는 관계없이 婚姻當事者에 의해 비롯되어진 離婚으로 말미암아 家族共同體가 송두리째 瓦解·破壞되어질 때 이혼에서 야기되는 정신적 피해는, 당사자들에게는 물론 그 자녀들에게도 패배감·거부의 감정·자포자기·지능과 인식의 저하·自虐의 感情을 유발시키는 등 매우 심각하다는 것<sup>2)</sup>이다. 더우기 부모가 이혼한 자녀는 정상적인 가정의 兒童과 비교했을 때 學校生活과 對人關係에서 否定的인 영향이 露呈된다는 實證的인 研究結果의 報告<sup>3)</sup>도 있다. 이와같이 부모의 이혼으로 말미암아 커다란 타격을

\* 法學科 副教授, 法學博士(民法學), 韓國家族法學會 理事, 韓國不動產法學會 理事

1) 未成熟子의 용어는 中川善之助 教授가 窮理해 낸 新造語이다. 그에 의하면, "미성년"의 표현 속에는 재산법적 기술적 형식적 語感이 강하기 때문에 사실상 실제적으로 親의 保護없이는 單獨生活이 어려운 乳兒, 幼兒, 少年을 포함하는 의미에서 미성숙자로 불러야 한다는 것이다.

中川善之助, "扶養義務の二の原型について," 『家族法 研究의 諸問題』, 勁草書房, 1969, 227面 이하 한편 대법원도 미성숙자의 용어를 사용하고 있다. 大法判 1985. 2. 26(84 ㄴ 86) 參照.

2) Barton S. Blond, "In the Child's Best Interests-A Better Way: The Case for Presumptive Joint Custody in Missouri", University of Missouri-Kansas City Law Review (Vol. 52, No. 4), 1984, p. 595.

3) P. H. Mussen et al., *Child Development and Personality*, Harpper & Row, 1969, p. 369.

임게 되는 者는 그들의 子女임<sup>4)</sup>이 分明한 것이므로, 바로 여기에 이혼에 따른 (未成熟) 子女 保護의 필요성<sup>5)</sup>이 있다 할 것이다.

本稿는 이러한 視角에서 민법 7차 개정(1990. 1. 13)시에 새로이 신설된 面接交渉權의 法理의 概要를 檢討·吟味해 보기로 한다.

## II. 面接交渉權의 意義

### 1. 概念

家族類型의 核家族化에로의 進展, 친권의 행사에 있어 兩性平等理念의 具現, 子女出產率의 低下 등은 이혼시 친권을 둘러싼 분쟁을 격증시킴으로써 사실상 子의 監護·教育에 関여하지 않고 있다 하더라도 子와 面접하고 애정을 보일 기회를 갖기 위해 소송을 제기하고 있는 당사자가 많아지고 있으며,<sup>6)</sup> 우리나라에 있어서는 이혼 또는 夫의 사망 후 親家에 復籍하거나 再婚한 母, 혹은 嫡母가 있기 때문에 親權者로 되지 못한 生母의 경우가 특히 문제시 되고 있다.”

면접교섭권(Verkehrsrecht, Umgangsrecht; rights of access, Visitation Rights; droit de visite)이란 이혼 등의 사유에 의해 미성숙자녀를 양육하고 있지 않은 부모의 日傍(非親權者 또는 非養育者)이 그 자녀를 訪問하여 상호간에 交涉·接觸하거나 또는 書信交換 등을 할 수 있는 법률상의 지위를 말한다.<sup>8)</sup>

4) Charles V. Metz, *Divorce and Custody for Men*, Doubleday & Co., 1968, p.91.

5) 통계청이 내놓은 「우리나라 가족현황」(1994. 5. 13)에 의하면, 부부간에 지켜져온 傳統的 倫理觀이나 子女에 대한 責任意識 등이 서서히 붕괴되어 가고 있음을 실감케 한다. 뿐만 아니라 離婚으로 인한 가정해체 현상에 따라 少年소녀 가장도 늘어 '93년 전국의 少年소녀 가장은 7,322명으로 '85년의 4,901명보다 2,421명(49.4%)이 늘었다 한다.

東亞日報, 1994. 5. 14(土), 30面 參照.

6) 韓瑛熙, “續 美國家族法の 動向”, 「法律研究」 제4집, 연세대 법률문제연구소, 1986, 78-79面.

7) 朴秉濂·李興在, 「家族法」, 한국방송통신대학, 1985, 183面 參照.

8) 학자에 따라 面接交渉權(具然昌, “親權制度의 再照明”, 「개정가족법과 한국사회」, 韓國家族法學會, 1990, 124面; 金鳴洙, 「第三全訂 增補版 親族·相續法」, 法文社, 1990, 649面; 朴秉濂·李興在(1985), 上揭書, 183面; 韓瑛熙, 「改正家族法論」, 大旺社, 1990, 29面), 訪問權(金由美, “親權者의 保護·養育權에 関한 研究”, 「서울大 法學碩士學位 論文」, 1986, 93面; 이영애 “이혼과 子女양육”, 재판자료 제18집 「家庭事件의 諸問題」, 法院行政處, 1983, 424面), 意思疏通權(G. Beitzke, Familienrechts, 1988, S.201), access權(P.M. Bromley, Bromley's Family Law, Butterworths, 1981, p.288) 등의 용어를 사용하고 있으나 그 意味·內容은 동일하다.

## 2. 立法例

西歐에서는 이를 制度化하고 있는 나라가 많다. 主要國家의 立法例를 간단히 살펴보기로 한다.

**獨逸** : 獨逸民法 제1634조(BGB §1634 : Persönlicher Verkehr mit dem Kind)는 面接交渉權에 대한 다음과 같은 규정을 두고 있다. 「① 身上監護가 귀속되지 않은 父母의 一方은 子와 個人的으로 交渉할 權限(die Befugnis zum persönlichen Umgang)을 가진다. 身上監護가 귀속되지 않은 父母의 一方과 身上監護權者는 子와 다른 一方과의 關係를 侵害하거나 또는 教育을 방해하는 일을 해서는 안된다. ② 家庭法院은 前項의 權限의 範圍를 결정하고 또한 第三者에 대한 그 행사에 대하여도 상세하게 정할 수 있다. 決定이 없을 때에는 身上監護權이 없는 父母의 一方은 交渉의 存續期間 중에는 제1632조 2항에 의한 權利를 행사하는 것으로 한다. 家庭法院은 子의 福利를 위하여 필요할 때에는 그 權限을 제한하거나 또는 배제할 수 있다. ③ 身上監護가 귀속되지 않은 父母의 一方은 正當한 利益이 있을 때에는 身上監護權者에 대하여 子의 身上의 狀況에 대하여 報告를 請求할 수 있다. 그러나 報告의 제공이 子의 福利와 一致하는 때에 한한다. 報告에 관한 權利에 대한 다툼에 관하여는 後見法院이 결정한다. ④ 身上監護가 父母에게 귀속하고 또한 父母가 단지 일시적이 아닌 別居를 하고 있을 때에는 前3項이 準用된다.」

**프랑스** : 프랑스 民法 제288조는 「① 子의 監護를 委任받지 않은 夫婦의 一方은 子의 養育과 教育을 監督할 權利를 가진다. 그 者는 子의 養育과 教育을 그 收入에 비례하여 분담한다. ② 面接하는 權利와 宿泊시키는 權利는 重大한 事由가 없는 限, 그 者에 대하여 거부할 수 없다」고 규정하고 있으며, 學說은 面接交渉權이 위의 「監督할 權利」에 포함된다고 해석하고 있다.<sup>9)</sup>

**英國** : 英國에서는 未成年者後見法(The Guardianship of Minors Act, 1971) 제9조가 「法院은 子의 母(1928년 이후 父도 마찬가지)의 청구에 의하여 子의 福利·父母의 行爲·父와 마찬가지로 母의 意思를 고려하여 그 子의 監護와 父母의 子에 대한 面接權에 관하여 적당하다고 생각되는 命令을 할 수 있다」고 규정하고 있다.

9) Mazeaud, Leçons de droit civil, Tome 1, 1955, p.1414.

#### ④ 面 接 交 涉 權

蘇聯 : 소비에트聯邦共和國 婚姻·家族法(1969) 제56조도 「자와 별거하는 자는 자와의 면접교섭권을 가지며 子의 양육에 참여할 의무가 있다. 子와 함께 사는 자는 子의 면접교섭권이나 양육에 타방의 참여를 막을 권한을 갖지 않는다」고 규정하고 있다.

其他 : 그 외에 스웨덴 親子法(1983) 제6장 제15조, 미국의 UMDA §407, California Civil Code §4601, Wisconsin Statutes Ann §767, 245 (Visitation), Minnesota Statutes Ann §518, 175(Visitation of Children and Non-custodial Parent).

일본은 이를 制度化하고 있지 않으나 판례(東京家審 1959. 12. 14, 家庭裁判月報 37卷 5號, 35面)는 일찍부터 이를 인정하고 있다.

종래 우리나라에서는 民法 제873조의 “양육에 필요한 사항”의 法理<sup>10)</sup>를 통해 學說과 判例(서울高法 1987. 2. 23. 宣告, 86 르 313)가 인정해 오던 것을 개정민법 §837의 2(① 子를 직접 양육하지 아니하는 父母 중 一方은 面接交涉權을 가진다. ② 家庭法院은 子의 福利를 위하여 필요한 때에는 當事者의 請求에 의하여 面接交涉을 制限하거나 排除할 수 있다)가 이를 明文化시킨 것이다.

### 3. 立法趣旨와 그 必要性 與否

이러한 면접교섭권의 新設理由를 어디에서 찾아야 할 것인가? 생각컨대 이혼후 미성숙자가 있는 경우 그 子의 양육은 이혼한 부모 중 어느 일방이 하는 것이 一般的인 實情이라 할 수 있다. 그리하여 미성숙자를 양육하지 않고 있는 자가 그 子를 보고 싶어하고 또 子도 非養育者를 만나기를 원하며, 상호간에 접촉을 피하는 것이 미성숙자의 건전한 성장에 도움이 될 수 있음에도 불구하고 양육자 쪽에서 서로의 접촉을 의도적으로 막을 경우에 이를 解決할 수 있는 法的 根據를 明白히 할 필요가 있다는 것이다.<sup>11)</sup>

그러나 心理學 내지는 精神分析學的 見地에서 볼 때에 非親權者나 非養育權者에게 면접교섭을 허용하는 것이 그 子에게 반드시 이로운 것은 아니라는 主張<sup>12)</sup>도 있기 때문에 이 制度의 必要性 여부에 대하여는 見解가 나뉘져 있다.

10) 그 근거규정으로는 종전의 家事審判法 §2①丙類 바號(이혼당사자간의 子의 양육에 관한 처분)가 된다.

11) 金曉珠, “개정가족법의 경위와 과제”, 「개정가족법과 한국사회」 개정가족법관련 학술세미나 자료, 한국가족법학회, 1990. 6, 19面 參照.

12) Goldstein, Freud and Solnit, Beyond the Best Interests of the Child, Free Press, 1973 參照.

먼저 否定的 見解를 보면, 子의 健全한 양육에는 親子間의 愛情관계의 안정된 계속성 의 유지를 필요로 하며 이것은 혼인 중의 경우나 이혼의 경우에도 마찬가지로 할 수 있는데 양육자 이외의 아버지와 子女와의 단편적 일시적인 交渉에 의해 子의 정서적 심리적 안정 에 動搖·破壞를 가져올 수도 있고 결과적으로 子女의 성장에 阻害가 된다는 것이다. 따라서 子女의 양육방법의 결정은 법원이 아니라 양육자 자신에게 맡겨져야 하며 자녀를 양육하지 않는 父母의 一方에게 면접교섭권을 법적으로 강제해서는 안된다는 것이다.<sup>13)</sup> 또한 최근의 西歐 家族法에서 논의되고 있는 共同監護(Joint custody) 制度 등으로 면 접교섭권의 存在意義는 거의 없다는 것<sup>14)</sup>이다. 이와는 달리 “非親權者 또는 非養育權者 의 面接交渉에 의하여 그때까지 유지되었던 平穩한 子의 生活이나 心情이 미묘하게 동요 할 염려가 있을 수 있겠지만, 親子間의 人間關係는 愛情이 가장 자연적인 것이기 때문에 이에서 발생하는 親子의 行동을 처음부터 一切 否定하는 것에 대해서는 찬성하기 어렵다. 만약 面接交渉을 인정한 결과 좋지 않은 사태가 발생하였을 때에는 그것을 중지하거나 변경하는 절차를 밟으면 될 것이다. 그래서 本條 제2항으로 「家庭法院은 子의 福利를 위하여 필요할 때에는 當事者의 請求에 의하여 面接交渉을 制限하거나 排除할 수 있다」 고 하는 규정을 두게 된 것이다.” 고 함으로써 이 制度의 필요성을 강조하는 肯定的 見解<sup>15)</sup> 도 있다.

생각컨대 親子間의 애정어린 만남의 관계 자체를 단절시키는 것은 個人 人格의 尊嚴이 라는 憲法精神에 어긋날 뿐 아니라 자녀의 健全한 성장에는 아버지의 溫情이 요구된다는 一般論的 見地에서는, 이 制度에 대한 存在否定的 見解가 반드시 타당한 것은 아니다. 그러나 現代 親子法의 理念이 「子의 福利의 性格」을 강조하고 있기 때문에 面접교섭권의 문제는 아버지의 主觀的 主張이 고려될 수 있는 것이 아니라 子의 福利의 觀點을 우선적 으로 고려해야 할 것이다. 따라서 非親權者 또는 非養育權者에 대한 面접교섭권의 인정여 부 등은 「子의 最善의 福利增進」의 見地에서 다루어져야 할 것으로 생각한다.

13) J. Goldstein et al., *Beyond the Best Interests of the Child*, new ed., 1979, p.117.38; 徐廷友, “改正民法의 문제점”, 『考試界』, 1990. 4, 175面; 崔鎭涉, “離婚節次에서의 子女保護 方案” 『現代家族 法과 家族政策』, 三英社, 1988, 200面 參照.  
14) H. D. Krause, *Family Law in A Nutshell*, 1986, p.260.262; 韓準熙(1990), 前掲書, 31面 參照.  
15) 金壽洙, 『註釋 親族·相續法』, 法文社, 1993, 245面.

### Ⅲ. 面接交渉權의 法的 性質

改正民法 제837의 2의 ①은 「子를 직접 養育하지 아니하는 父母중의 一方은 面接交渉權을 가진다」고 규정하고 있으므로, 面接交渉權은 父母의 權利임이 분명하다. 이처럼 면접교섭권의 法的 性質은 면접교섭권의 權利性認定을 전제로 하여 논의되는 것이다. 이혼 등의 事由에 의해 未成熟子를 양육하지 않고 있는 부모의 일방이 그 子와 面接·接觸·書信交換 등을 할 수 있는 法理論的 根據가 무엇인가를 밝히는 것으로서 이에 대한 학자들의 견해는 다양<sup>16)</sup>하다. 주요한 몇 가지만을 검토·정리하기로 한다.

제1설은 친권의 귀속과 행사와의 구별을 前提로 함으로써, 이혼시 친권자로 지정되지 않은 者라 하더라도 親權의 귀속 자체가 喪失되는 것은 아니며 다만 친권의 행사가 潛在的으로 停止되는데 지나지 않기 때문에 필요에 따라서는 이것의 행사가 가능한 것이고 따라서 면접교섭권은 潛在的 親權(그 내용으로서 養育權의 一部)의 行使로 새길 수 있다는 것<sup>17)</sup>이다.

제2설은 면접교섭권을 親子라는 身分關係에서 당연히 도출되는 부모에게 귀속된 基本的인 權利로서의 自然權 또는 固有權으로 파악함으로써 면접교섭권의 全面的 禁止는 容認될 수 없다는 입장을 취한다.<sup>18)</sup>

제3설은 면접교섭권의 성질을 2元的으로 파악함으로써, 본질적으로는 부모에게 귀속되는 固有權(自然權)으로 보지만 그 具體的 內容은 이혼 후 부모의 협의 혹은 가정법원의 결정에 의한 양육에 관련되는 권리로 새기는 입장<sup>19)</sup>이다.

생각컨대 본래 면접교섭권의 법적 성질에 대하여는, 앞에서 음미한 학설 외에도 子의 권리로 파악하거나 또는 親子共同歸屬權으로 새기는 견해도 있다. 그러나 개정민법 §837의 2의 규정상 면접교섭권은 이혼 후 子를 직접 양육하지 아니하는 父母의 一方에게 부여된 권리임이 분명한 것으로서 그것은 이혼을 하였다 하더라도 子와의 계속적인 접촉을 의

16) 이에 대하여는 襄慶淑, 「改正民法上の 親子關係에 관한 小考」, 『月刊考試』, 1990. 3, 49-50面; 崔鎮涉(1988), 前掲論文, 201-202面 參照.

17) 中川 淳, 「離婚後 親權을 行たおたい 父母의 一方의 面接交渉權」, 『法律時報』 41卷 9號, 1969. 8, 142面; 野田愛子, 「家庭裁判所の 諸問題」, 209面 參照.

18) 森口靜一·鈴木經夫, 「監護者てた 親と子の 面接」, 『ジュリスト』 314號, 75面; 太田武男·久貴忠彦, 「親子の 法律」, 194面.

19) 久貴忠彦, 「面接交渉權覺書」, 『阪大法學』 63號, 117面; 沼邊愛一, 「子の監護をみぐる諸問題」, 『家庭裁判月報』 25卷 4號, 6面.

육하는 부모의 자연적인 욕구를 충족시키기 위해 필요한 것일 뿐 아니라 다른 한편 子의 건전한 성장에는 부모의 私心없는 溫情이 요구된다는 一般論的 見地에서 볼 때, 추상적으로는 부모에게 주어진 固有權으로 파악하면서도 구체적으로는 子의 福利增進을 위한 양육에 관련되는 권리로 새기는 제3설이 비교적 타당하다고 생각된다.<sup>20)</sup> 이처럼 面接交渉權을 父母의 權利이자 子의 權利로 파악할 경우에는 이 두개의 權利를 調和시키는 어떤 基準이 필요하게 되는데 이 기준이 바로 改正民法 제837의 2의 ②가 규정하고 있는 「子의 福利」인 것이다. 따라서 면접교섭권은 그 子를 직접 養育하고 있는 者의 養育·教育方針과 저촉되지 않든가(이 경우에는 子의 宿泊이 수반되는 등 面接交渉을 넓게 허용하여도 좋을 것이다) 또는 저촉을 최소화 하는 범위내에서(가령 兩者의 養育·教育方針에 대립할 경우에는 子에 대한 영향을 고려하여 전면적으로 面接交渉을 금지하거나 電話나 書信을 接하는 형태의 방법만 인정될 것이다) 그 行使가 인정되어야 할 것<sup>21)</sup>이다.

다른 한편 면접교섭권은 子의 福利(Kindeswohl)와 밀접한 관계를 갖고 있으므로, 이혼한 부모의 일방에게 언제나 허용되는 것이 아님은 물론 이것의 행사가 子女의 건전한 양육에 阻害가 될 때에는 당사자의 청구에 의해 가정법원에 의한 면접교섭권의 制限·排除도 가능한 것이다(改正民法 제837조의 2의 ②).<sup>22)</sup>

#### IV. 面接交渉權의 主體와 客體

면접교섭권은 이혼 등에 의해 양육자가 되지 않은 부모의 일방에게 귀속되는 것이 원칙이다(개정민법 제837조의 2의 ① 참조). 그러나 면접교섭권은 子의 福利增進을 위해 행사되어야 할 內在的 限界를 갖고 있으므로, 形式論에 얽매어 그 주체를 부모로 한정할 필요는 없는 것이며 祖父母에게 이를 인정하는 것은 무방하다고 생각한다. 왜냐하면 조부모는 孫子의 생활에 있어서 重要な 役割을 담당하고 있다는 사실이 社會學者들의 調査에서 밝혀지고 있으며,<sup>23)</sup> 사실 조부모와 손자 사이에는 그 누구보다도 사랑의 유대가 강하기

20) 同旨: 具然昌(1990), 前掲論文, 125面; 金鶴珠(1990), 前掲書, 651面 參照.

21) 同旨: 金鶴珠(1993), 前掲書, 247面 參照.

22) 面接交渉權의 制限·排除에 관한 立法例를 보면 BGB §1634(2). Das Familiengericht Kann den Verkehr näher regeln, Es kann ihn Für eine bestimmte Zeit oder dauernd ausschließen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist.

그 외에 Code Civil §288②, UMDA §407④, 스웨덴 親子法 제6장 제15조 ②·③, 소비에트 聯邦共和國 婚姻·家族法 §56 등이 있다.

23) Turner, Family Interaction, 1970, p.437; Durall, Family Development, 1971, p.425.

### ⑧ 面接交渉權

때문에 兩者間의 間斷없는 交渉이 子の 最善의 福利增進에 부합<sup>24)</sup>할 수 있기 때문이다.

한편 미국의 경우에도 조부모에게 면접교섭권을 인정하는 것이 일반적 동향이라고 한다.<sup>25)</sup>

이 制度의 存在理由에 비춰볼 때 면접교섭권의 客體를 미성숙자로 한정할 필요는 없으며, 경우에 따라서는 當事者의 協議, 家庭法院의 調停·審判에 의해 미성숙자의 이혼한 부모에의 면접교섭을 허용해도 무방하다고 생각한다.<sup>26)</sup>

## V. 面接交渉權의 內容, 行使方法과 時期

개정민법 §837의 2는 면접교섭권의 구체적 내용을 밝히고 있지 않기 때문에 면접교섭권의 行使方法·時期·回數, 內容 등은 子の 연령·학교생활·취미와 같은 子の 福祉實現이라는 精神을 고려하여 당사자의 협의라든가 가정법원의 조정<sup>27)</sup>·심판에 의해 구체적으로 정해질 수 밖에 없다. 요컨대 面接交渉權의 內容은 個個의 事例에 따라 구체적 개별적으로 결정해야 한다는 것<sup>28)</sup>이다.

한편 가정법원의 조정·심판에 의해 이혼한 부모의 일방에게 면접교섭이 허용되었음에도 불구하고 養育者가 이의 行使를 妨害·拒否하는 경우 면접교섭의 구체적 실현을 위한 방법이 문제가 될 수 있는데 이에 대하여 제1설은, 이러한 경우의 해결을 위한 입법적 규제가 없는 것은 개정민법의 立法的 不備라고 하면서, 가정법원에서 조정 내지 감독하는 규정을 新設해야 한다고 주장<sup>29)</sup>하는가 하면 제2설은, 損害賠償請求를 통한 間接強制의 方法이라든가 養育者變更請求를 통하여 해결할 수 있다<sup>30)</sup>고 한다.

私見으로서서는 가정법원이 허용한 면접교섭권의 행사가,子を 직접 양육하고 있는 者에

24) 韓瑋熙, "續 美國家族法의 動向", 「法律研究」 제4집, 연세대 법률문제연구소, 1986, 78面 參照.

25) Freed and Walker, *Family Law in the Fifty States: An Overview*, XX II, Fam. L. Q. 4, 1988, pp. 506-507.

26) 서울高等法院 判決(1987. 2. 23 宣告, 86 르 313)에 의하면, 子가 성년에 달할 때까지 매년 설날과 추석날 父의 家를 방문하여 차례 및 성묘에 참여하는 것을 허용하고 있다.

27) 面接交渉權에 관한 調停이 이루어진 경우로서, 서울가정법원 1976. 9. 15 조정 (76 너 334)가 있다. 李兌榮·金淑子, 「子女養育에 관한 研究」, 韓國家庭法律相談所, 1982, 34-35面 參照.

28) 同旨: 具然昌(1990), 前掲論文, 125面; 金曉珠(1990), 前掲書, 651面; 韓瑋熙(1990), 前掲書, 32面.

29) 襄慶淑(1990), 前掲論文, 47面.

30) 金曉珠, "改正家族法의 改正經緯와 課題", 개정가족법관련 학술세미나 자료 「개정가족법과 한국사회」, 한국가족법학회, 1990. 6, 19面.



의해 방해·거부될 경우에 있어서도 면접교섭권의 성질상 直接強制는 어렵다고 본다. 다만 權利濫用의 法理에 의해 양육권의 박탈, 또는 양육자변경청구가 가능할 것으로 생각된다.

## VI. 面接交渉權의 適用範圍

민법 §843의 규정상 면접교섭권은 재판상 이혼의 경우에 당연히 적용된다. 명문의 규정이 없으나 事實婚의 경우에도 유추적용되어야 하며,<sup>31)</sup> 認知된 婚姻外의 子의 양육의 경우에도 적용되는 것으로 해석하여야<sup>32)</sup> 할 것이다.

## VII. 面接交渉權의 具體的 事例

### 1. 서울 高法判 1987. 2. 13[86 르 313]<sup>33)</sup>

청구인 X(妻)가 피청구인 Y(夫)를 상대로 이혼 및 위자료 청구를 하면서 X·Y사이에 출생한 子 A의 양육자를 X로 지정해 줄 것을 서울 가정법원에 청구하여 이혼 및 위자료 인용을 받음과 아울러 양육자로 지정되자 피청구인이 이에 不服하여 서울 高等法院에 抗訴를 제기하기에 이르렀다. 서울 고등법원은 “子の 양육은 애정과 경제력이 있는 生母의 보호와 사랑속에 자라게 함이 어린이의 안정된 정서의 발달에 도움이 되는 등 복리적 측면에도 합당하다”는 이유로 Y의 X를 상대로 한 養育者變更請求를 받아들이지 않으면서도 다만 “父子間의 오랜 상면의 두절과 애정의 단절 또한 어느면으로 보나 A의 올바른 성장을 위해 바람직하지 못한 일이므로 위 A가 성년에 달할 때까지 Y의 주소지에서 A의 방학 기간 중인 매년 1월과 8월의 첫 일요일부터 토요일까지 1주일간씩 위 A와 동거하고, 매월 셋째 일요일을 기하여 Y가 X의 주소지로 위 A를 방문하며, 매년 설날과 추석에는 X가 위 A를 Y의 家에 보내어 차례와 성묘에 참례하게 하는” 내용의 면접교섭권을 A를 양육하

31) 韓瑋熙(1990), 前掲書, 33面.

32) 徐廷友(1990), 前掲論文, 175面.

33) 金鳳珠, “子를 養育하지 않는 父에게 面接交渉을 認定한 事例”, 「法律新聞」, 1990. 5. 24, 11面 參照.

지 않는 Y(父)에게 인정하였다.

2. 서울 高法判 1990. 6. 15[89 르 4147]

청구인 X(妻)와 피청구인 Y(夫)는 1975. 9. 18. 혼인신고를 하여 A(딸, 중학생)와 B(아들, 국민학생)를 둔 부부였으나 1988. 4. 30. X와 Y사이에 들은 이혼하고 자녀인 사건본인 A와 B의 양육자는 Y로 지정하며 Y는 X에게 위자료로 금 30억원을 준다는 내용의 합의가 이루어져 동년 5월 4일부로 협의이혼이 이루어졌었다. 그후 X는 서울가정법원에 A·B의 양육자를 Y로부터 X로 변경해 줄 것을 요청하는 養育者變更請求訴訟을 제기하기에 이르렀고, 서울가정법원(1989. 11. 3. 선고, 88 드 35667 심판)은 “청구인과 피청구인간에 이혼하기로 합의하면서 위 사건 본인들의 양육자로 피청구인을 정한 사실은 인정되나 협의에 의하여 양육자를 정했다고 하더라도 이후 事情變更에 따라 양육자를 변경할 필요가 있으면 법원에 그 변경청구를 구할 수 있다”는 전제하에 A의 양육자를 Y에서 X로 변경하는(단 B의 양육자는 그대로 Y로 인정) 請求人 一部 勝訴判決을 내리자 Y는 이에 不服하여 원심판 중 피청구인 패소 부분을 취소하고 그 부분에 해당하는 청구인의 청구를 기각할 것을 요청하는 抗訴를 서울 高等法院에 제기하였다.

서울高法은 “청구인과 피청구인이 이혼할 당시 양육자에 관한 합의가 있었다 하여도 합의 이후에 발생한 여러가지 사정에 비추어 볼 때 X의 A에 대한 양육자 변경청구는 이유있어 이를 인용하고, X의 B에 대한 양육자 변경청구는 양육자를 변경할만한 새로운 사정이 이혼 후에 발생하지 않았다는 이유로” 이를 棄却하였다. 그러나 “변경청구 범위 내에 포함되어 있는 것으로 인정되는 청구인의 위 B에 대한 接見 청구부분에 대하여는 민법 §837에 의하여 양육권 없는 X도 B를 接見·交渉할 권리가 있다 할 것이고 그 범위 및 시기·방법에 대하여는 B가 학생(국민학교 5학년)인 점을 고려하여 청구인으로 하여금 매년 1월과 8월 중 청구인이 희망하는 각 7일간 B와 청구인의 주소지 또는 청구인이 책임질 수 있는 장소에서 동거할 수 있도록 합의 상당하다”는 내용의 面接交渉權을 X(妻)에게 인정한 것이다.

3. 大法院 決定 1993. 8. 11[93 즈 4 사전처분신청, 제3부 결정]

피고 X(妻)와 원고 Y(夫)는 1983. 10. 15. 혼인신고를 하여 그 사이에 사건본인 A(피

고의 면접교섭권 신청당시 6세)를 두고있는 법률상의 부부로서<sup>34)</sup> 피고는 원고가 1990. 8. 초경 피고에게 이혼을 요구하면서 사건본인을 데리고 집을 나간 이후 매일 같이 원고가 사건본인을 데리고 집으로 돌아올 것을 기다리다가 1990. 8. 27. 본가로 가서 사건본인을 데리고 집으로 돌아오려고 하는데 시아버지가 사건본인을 데려가지 못하게 막고 피고는 데려가려고 하는 도중 서로 몸싸움까지 벌였으며, 결국 시부모의 반대로 인하여 “엄마가 좋아”라고 외치며 우는 사건본인을 두고 그대로 집으로 돌아올 수 밖에 없었으며, 그 이후로는 아직 나이 어린 사건본인 앞에서 험악한 광경을 보이지 않으려고 직접 사건본인을 찾으러 가는 것을 최대한 자제하고 그 대신 수차례 원고에게 집으로 돌아오라고 사건본인 만이라도 좀 보게 해달라고 전화도 하고 편지도 보냈으나, 원고로부터는 아무런 응답도 받지 못한채 지금에 이르고 있었으며, 피고는 “엄마가 좋아”라고 외치며 우는 사건본인을 그대로 두고 집으로 돌아온 이후, 사건본인에 대한 그리움과 사건본인에 대하여 엄마로서의 역할을 하지 못하고 있는 것에 대한 죄책감(물론 피고의 잘못으로 사건본인을 돌보지 못하고 있는 것은 아니나 피고로서는 사건본인과 떨어져 있다는 자체에 대하여 죄책감을 느끼고 있다)에 시달리며 사건본인이 다닌다는 유치원도 알아보고 먼발치에서나마 사건본인을 보려고 유치원 주위를 배회하자 이를 눈치챈 원고의 가족들은 일주일여간 사건본인을 유치원에 보내지도 않아 피고는 내성적인 성격의 사건본인이 엄마도 없이 자라면서 유치원에라도 다녀야 된다는 생각에 그후로 유치원에 가는 것도 삼가한 채 지금까지 사건본인을 보고 싶은 모정을 억누르며 정상적이고 평온한 상태에서 사건본인을 만나보고자 지금까지 애타는 마음을 억누르며 기다려왔으나, 한편으로 피고가 사건본인과 떨어져 지낸지 어언 2년 3개월의 긴 시간이 흘렀고, 아직 나이 어린 사건본인이 어차피 평생 그 연을 끊을 수 없는 엄마를 오랫동안 보지 못하여 엄마의 존재를 잊어버린단든지 엄마의 사랑과 관심을 느끼지 못하게 된다면 그것은 사건본인의 인격형성에 커다란 장애가 될 수도 있고, 또한 피고로서도 “엄마가 좋아”라고 외치며 우는 모습을 마지막 장면으로 사건본인과 떨어진 이후 지금도 사건본인이 엄마를 부르짖는 애처로운 모습이 한시도 머리에서 떠나지 않고 있어서 정신적인 안정을 찾을 수가 없으며 한편 앞으로 원고와의 결혼생활이나 사건본인의

34) 원고는 1991. 1. 7. 피고를 상대로 이혼 및 사건본인에 대한 양육자지정을 구하는 소송을 제기하였으나, 1992. 7. 23. 서울가정법원에서 청구기각판결을 받았음.

양육문제를 어떠한 방법으로 어떻게 해결해 나갈 것인지에 대하여 생각하고 결정을 내리기 위해서는 사건본인을 만나보는 것이 절대적으로 필요하다고 판단하였음.

한편, 피고는 사건본인에 대한 친권자로서 원고와 함께 사건본인을 보호하고 교양할 권리의무를 가지며(민법 제913조), 현재 사건본인을 직접 양육하고 있지 못하더라도 신설된 민법 제837조의 2에 의하여 사건본인을 만나볼 권리를 가지고 있다 할 것이고, 원고는 민법 제 826조에 의하여 사건본인의 양육에 관하여 피고와 협조하여야 할 의무가 있음에도, 원고와 그 가족들은 사건본인을 만나러 간 피고를 강제로 쫓아내고, 사건본인을 만나게 해 달라는 피고의 부탁을 계속 거절함으로써 피고의 친권 및 면접교섭권의 행사를 방해하고 부부간의 협조의무를 위반하고 있다 할 것인 바, 원고가 이혼 및 양육자지정을 구하는 이 사건 소송과 관련하여 가사소송법 제62조에 의하여 재판중의 사전처분으로 피고가 사건본인을 만날 수 있도록 허락하여 줄 것을 바라는 피고의 청구에 대하여 大法院은 “원고는 이 결정 고지일부터 이 사건 판결 선고일까지 매월 첫째와 셋째주 토요일 16:00부터 그 다음날 18:00까지 사건본인 A를 피고에게 보내어 피고와 함께 지내게 하여야 한다. 이에 위반한 때에는 과태료에 처할 수 있다”는 결정을 통하여 피고 X(妻)에게 면접교섭권을 인정한 것이다.<sup>35)</sup>

## Ⅷ. 結 語

法(制度; institution)은 사회 현실의 合目的的 規律을 그 목적으로 하고 있다. 그러므로 경제적 문화적인 社會事情의 變化에 뒤따라 法(制度)은 바뀌거나 새로이 나타나게 된다(이른바 既存 法의 改正, 新法의 制定). 그러나 외국의 특수한 사정을 배경으로 하는 法理論·制度의 도입이 能事는 아닌 것이다. 그것은, 우리의 社會·經濟·文化的인 現實背景이 외국의 제도가 예정하고 있는 社會<sup>36)</sup>와 반드시 일치한다고 볼 수는 없기 때문이

35) 그 후 본건의 전제가 된 원심판결(서울 高法判 1993. 4. 23, 92 르 1674)은 “원심이, 피고가 원고 및 원고의 부모에게 정신적 학대 또는 부당한 대우를 하였고 피고의 귀책사유로 원·피고간의 혼인을 더이상 계속할 수 없게 되었다는 원고의 주장을 배척한 데에, 소론과 같은 위법은 없으므로 논지들은 모두 이유가 없다”고 함으로써 大法院에 의해 上告棄却되었다. 大法院 1993. 8. 27(93 르 577).

36) 이에 대하여는 F. Wieacker, Das Sozialmodell der Klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, in : *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, 1974, S. 9ff. 參照.

다.

面接交渉權은 우리와 社會 文化的 生活風土가 다른 西歐의 家族法에서는 오래 전부터 父母에게 부여된 自然權으로 인정하고 있던 것을 民法 7次 改正(1990. 1. 13)시에 채택한 것이다. 이 제도의 存在理由는, 離婚에 의해 父母의 一方과 家庭共同體를 이루고 있지 않은 未成熟子의 福利實現에 있으나, 이 때의 福利概念은 추상적이기 때문에 그 判斷基準을 구체화 명확화 객관화시킬 필요가 있다. 한편, 子의 심리적 정서적 안정이 그 개인의 성장과 인격 형성에 큰 영향을 미치기 때문에 面接交渉權의 認定은 신중을 기해야 할 것으로 생각된다(가령 離婚 후 오랫동안 子와 접촉이 없던 非養育親이 면접교섭을 제의해 온 경우에는 이를 인정할 수 없을 것이고, 나아가 子의 연령이 높을 경우에는 子의 의향을 중시해야 할 것이다<sup>37)</sup>).

생각컨대 面接交渉權의 認定與否<sup>38)</sup> · 行使의 基準 · 具體的 方法 · 履行確保 問題 등은 "子의 最善의 福利 增進" (the best interests of the child)이라는 現代 親子法의 現念의 바탕위에서 개개의 事案에 따라 구체적 개별적으로 해결되어야 할 것으로 생각한다.

37) 同旨: 韓壽熙, "韓國離婚法의 回顧와 展望", 『家族法研究』第7號, 韓國家族法學會, 1993, 116面.

38) 面接交渉權의 制限에 관한 leading case를 보면, 권모씨(21세 女)가 남편인 김모씨(31세)를 상대로 낸 이혼 및 친권자지정청구소송에서 조정을 통해 "아내를 상속적으로 구타, 이혼 당한 남편인 김씨의 자녀면접권을 인정할 경우 아이의 성장에 악영향이 인정되므로 10년간 면접교섭권을 제한하고 아들이 12살이 되는 2003년부터 매년 3월1일과 9월1일에 각각 2시간씩만 면접교섭권을 인정한다"는 서울 家庭法院 家事一部, 1994. 1. 20. 결정이 있다.

法律新聞 1994. 1. 24, 1面 參照.