

「혼인해소와 자녀의 문제에 대해 - 단독 친권 · 공동 양육권 문제를 중심으로」⁽¹⁾⁽²⁾

小 川 富 之

1 시작하며 - 외국 제도를 참고하는 경우의 주의점

일본 오사카에 있는 키키대학 법학부의 오가와 토미유키입니다. 이번에 저의 오랜 연구 동료이자 매우 존경하는 친구이며, 경북대학교 법학연구원장을 맡고 계신 김연 교수님을 뵙고, 이후의 연구 논의를 하기 위하여 대구에 오게 되었습니다. 오늘은 가족법의 문제로서, 이혼 후 자의 보호에 초점을 맞추어 여러분과 함께 생각해 보고 싶습니다. 일본에서는 현재 가족법의 개정이 논의 되고 있고 저도 이 위원회에서 이혼법을 중심으로 담당하고 있습니다. 오늘은 이혼 후의 친권 문제에 대해서 말씀 드리고자 합니다. 한국과 일본의 비교로서 들어 주시고, 이후 여러분의 의견을 여쭙고 싶습니다.

한국 일본 뿐만 아니라, 세계 여러 나라에서 다양화, 국제화하는 가족 분쟁을 해결하기 위하여, 어떻게 자의 최선의 이익을 실현해 가는지가 중요한 과제가 되고 있습니다. 이제부터 혼인 해소의 상황에서 발생하는 자의 친권 문제를 중심으로 이야기 하려 합니다. 일본의 친권제도는 혼인 중에는 부모의 ‘공동친권’, 이혼 후에는 어느

(1) 「婚姻解消と子どもの問題について—単独親権・共同養育の問題を中心にして」

(2) 本稿は、大韓民国大邱特別市の慶北大学校法律専門大学院における2011年9月6日(火)の「特別講義」の内容を基に加筆修正したものである。

한쪽이 ‘단독친권’을 행사하는 제도로 되어 있습니다. 이에 대하여 여러 구미 선진 공업국에서는 이혼 후에도 ‘공동감호’를 원칙으로 하는 제도를 채용하고 있고, 일본에서도 이러한 사고에 기반한 개정법을 만들어야 한다는 주장이 있습니다.

일본에서는 ‘친권’이라는 용어가 사용되고 있는데, 그 내용은 ‘부모가 미성년인 자를 사회인이 되기까지 양육하기 위하여, 자를 감호 교육하고 자의 재산을 관리하는것’이라고 정의 되어, 권리라기 보다는 의무의 색채가 강한 것으로 여겨지고 있습니다. 다만, 구미에서는 이러한 점을 더욱 강조하여 부모의 책임이라는 것을 명확하게 하기 위해서, 기존의 ‘자의감호’에서 ‘부모책임’이라는 표현으로 바꾸어 가고 있습니다. 공동감호에서 공동 부모책임 영어로는 “Joint Child Custody”에서 “Sharing Parental Responsibility”라는 표현으로 바뀌는 것입니다. “Sharing”이므로 공동 이라기 보다 오히려 자에 대한 부모 책임의 ‘분담’이라고 하는 것이 정확할지도 모르겠습니다.

‘1. 시작하며’에서 외국 제도를 참고하는 경우의 ‘주의점’이라는 부제를 붙였습니다.

가족문제를 다루는 국제 회의에 출석하였던 당시에 ‘부부관계가 파탄된 경우 자의 문제’에 대해서, 특히 ‘공동감호의 문제점’이라는 논의와 관련하여 일본에서는 다소 비판적으로 받아 들여지고 있는 제도, 예를 들어 오늘 테마인 ‘이혼후 단독 친권제’의 이야기를 하면, 공동감호를 채용하고 있는 국가의 참가자 들에게서 ‘훌륭한 제도’라고 의외의 평가를 받아서 놀랐던 경험이 있습니다. 발표 요약문에서 ‘남의 떡이 더 커보인다’라고 하였는데, 구미의 ‘공동감호’는 비교적 잘 시행되고 있는 것으로 일본에 소개되어 왔으나, 최근에는 이러한 ‘공동감호’에서 발생하는 다양한 문제가 지적되어 그것을 어떻게 해결 하는지가 구미에서 중요한 문제가 되고 있는 것 같았습니다. 물론,

‘공동감호’가 자의 최선의 이익을 실현하기 위하여 잘 기능하고 있는 점이 많다는 것을 부정하는 것은 아닙니다.

일본에서 ‘공동감호’에 대한 관심이 높아진 것에는 ‘워렌슈타인 연구소’의 영향이 있었습니다. ‘가족법과 자의 인권에 대한 세계 회의 (World Congress on Family Law and Children’s Rights)’ 제 2 대회가 1997 년에 미국 샌프란시스코에서 개최 되었던 당시 워렌슈타인 박사에게 이혼 후의 자의 양육 상황에 대하여 추적조사 보고를 의뢰하였습니다.

부모 이혼 후 자의 상황을 5 년, 10 년, 15 년, 20 년에 걸쳐 추적 조사하여, 부모의 이혼이 자에게 미치는 영향에 대해서 정리한 것입니다. ‘공동감호’가 적절하게 기능하는 경우에 이혼은 자에 대하여 반드시 부정적인 영향을 미치는 것은 아니라는 내용으로 되어 있습니다.

저 자신도 직접 워렌슈타인 박사의 이야기를 들었을 때에는 ‘공동감호’의 도입을 일본에서도 검토 해야하는 것이 아닌가 하는 생각을 했습니다. 그러나 최근 ‘공동감호’의 문제점이 국제회의 등에서 빈번하게 지적되고 있습니다. 이러한 사실을 제대로 파악할 필요성이 있습니다. 적어도, 어떠한 문제점이 있는지 일본에서는 ‘공동감호’를 도입할 때 그러한 문제에 대하여 어떠한 대응이 필요한지에 대한 논의를 하고, 해결책을 찾을 필요가 있다고 생각합니다. 이 문제에 대해서는 뒤에서 다루겠습니다.

일본의 ‘단독친권제’에 관하여 어떠한 문제점이 있는가. 그러한 문제점은 ‘공동감호’ 제도에서 어떻게 개선 되는가. 그것은 ‘공동감호’가 아니면 해결할 수 없는 것인가. 현재의 ‘단독친권제’를 유지하면서 개선할 수 있지 않은가. 만약 그렇다면 최근 구미 국가에서 지적되고 있는 ‘공동감호’에서 발생하는 문제를 회피하는 것이 가능한가. 이와 같은 것들에 대해서 충분히 조사할

필요가 있습니다. 이 점에 대해서는 한국에서도 동일할 것 이라고 생각합니다.

일본의 ‘단독친권제’는 역사적으로 보면 기존의 ‘가(家)’ 제도적 배경을 가지고 있다고 지적되고 있습니다. 그러나 적어도 이러한 제도는 지금까지의 일본에 있어서 장기에 걸쳐 기능하여 온 것도 사실이기 때문에, 과거는 일단 제쳐 두더라도 현 시점에서의 문제점을 제대로 파악하고 그것에 적절하게 대응할 수 있는 가능성이 있다면, ‘단독친권제’를 원칙으로 하면서 자의 최선의 이익을 실현할 수 있게 개선을 하는 방향의 논의가 우선 필요하지 않은가 생각합니다.

주지하시는 바와 같이 구미의 ‘공동감호’를 채용하는 경우, 관련된 여러 법의 정비가 이루어져야 합니다. 이러한 법 정비가 일본에서 바로 실현될 수 있는지에 대해서 논의할 필요가 있을 것입니다. 이러한 법정비가 실현된 다음, 구미의 ‘공동감호’에 관한 중대한 문제가 발생하고 있는 것에 유의할 필요가 있습니다. 부부관계가 파탄된 경우 생기는 문제, 예를 들어 가정내 폭력이나 아동 학대 등이 있는 경우에는 ‘공동감호’에서 발생하는 심각한 문제가 지적되고 있으며, 이혼 후 자에 대해서 부모간의 협력 관계가 확보되지 않는 경우, 특히 ‘자를 동반하여 전입’하는 ‘리로케이션 (Relocation)’의 문제는 구미에서는 중요한 문제로 지적되고 있습니다. 혼인 관계가 파탄된 가운데 자의 양육에 관하여 충분한 대화가 확보되고, 자의 장래를 고려한 부부관계의 해소가 이루어 진다면, 또한 이혼 후에도 자의 최선의 이익에 맞는 형태로 부모의 협력관계가 실현 될 수 있다면, 일본의 단독 친권제에서도 자의 최선의 이익 확보라는 점에서는 이미 문제는 없다고 생각합니다. 반대로, 부부간 대립이 격한 고갈등 (high-conflict) 사례 등에서는 공동감호가 자의 최선의 이익에 중대한 침해를 발생시킬 우려가 있다는 점도 염려하고 있습니다. 이러한

경우에는 오히려 단독친권제를 원칙으로 하는 편이 자에게 있어서도 바람직한 결과가 되는 것은 아닐지요. 이 문제에 관하여도 뒤에서 다루겠지만, 특히 이혼제도의 차이에는 충분히 주의를 기울일 필요가 있습니다.

2 가족에 관한 사고의 차이

외국인을 대상으로 가족법 이야기를 할 때, 일본의 가족이나 가족법은 특수한 것이 아닌가 하는 생각을 합니다. 일본에서는 호적법에 따른 제출을 함으로써 혼인이 성립하는 것을 당연하게 생각하고 있지만, 구미의 여러 국가에서는 혼인의 의식이 성립요건으로 되어 있습니다. 일본에서는 제출혼 주의, 구미에서는 의식혼 주의인 것입니다. 구미에서 동성혼이 인정되기도 하였다고 보도되었는데, 이는 일반적으로 등록 파트너십 제도 등으로 동성의 파트너로 등록 함으로서 혼인 부부와 같은 법적 보호를 받을 수 있는 제도입니다. 혼인으로서 인정 받은 것은 아니기 때문에 혼인으로 정식으로 인정되는 제도를 요구하는 움직임도 계속되고 있으며, 그것이 인정 되게 된다면 동성끼리의 정식 혼인 관계가 되기를 희망하는 사람도 많은 것 같습니다.

법률적으로는 같은 취급이라도, 정식 혼인을 요구하는 배경에는 아마도 기독교의 영향이 있다고 생각합니다. 의식을 거치는 것, 다시 말하면 신의 축복을 중요하게 여기는 것으로 보입니다.

혼인제도의 역사를 간단히 보면, 기독교의 영향을 받은 구미 국가에서는 기존의 교회 재판소가 가족의 문제에 관할권을 가지고 있었고, 이혼은 인정되지 않았습니다. 그 바탕에는 ‘신이 정해진 만남을 사람이 헤어지게 할 수 없다’ 는 기독교적 사고가

존재하였습니다.

이 후, 상대방에게 일정한 유책행위가 있는 경우에 혼인관계의 해소를 인정하게 되었고, 현재는 혼인 관계가 파탄된 경우에 이혼을 인정하는 파탄주의 이혼제도가 되었습니다. 주의할 것은 부부관계의 해소를 당사자의 의사에 맡기는 발상은 아니라는 점입니다. 이혼에는 재판소가 반드시 관여하여 그판단에 의하여 ‘남편과 아내’의 관계 해소가 인정되는 것입니다. 기독교에 대한 이야기는 생략하겠지만, 이혼하여 부부관계가 없어지는 것과 그 사이의 자의 문제를 고려하였을 때, 일본과는 기본적인 사고 방식이 다른 것이 아닌가 생각 합니다.

일본에서는 혼인은 그다지 종교적인 문제로 여겨지지 않고, 개개인의 문제라고 생각 되어 역사적으로는 남편의 출신모체와 아내의 출신모체가 되는 가족 간의 관계로 받아 들여 지기도 했습니다. 이것에 대한 평가는 별론으로 하고, 일본에서는 이러한 ‘가(家)³⁾’와 ‘가(家)’의 관계가 중요 했다는 것은 부정할 수 없습니다. 그리고 자에 대하여서도, 남편과 아내, 아버지와 어머니의 자녀이기는 하지만, 각각의 가족, 특히 무가(武家)사회가 성립한 후에는 아버지의 ‘가(家)’라는 요소가 강하게 작용하고 있었던 것입니다.

이혼에 대하여서도 기본적으로는 당사자 개개인의 문제로 생각하며, 역사적으로 이혼에는 비교적 관대하였습니다. 이러한 흐름에서 부부의 협의에 의한 이혼이 인정되어, 이혼 전체의 약 90%, 2009(平成 21 年)의 전체 이혼건수 253,353 건에 대하여 협의 이혼은 222,662 건으로 87.9%를 차지하고 있습니다(후생노동성<平成 21 年 인구 동태 통계 확정치>).

부모가 이혼한 경우의 자의 문제에 대해서, 기존 대부분의 경우에는

(3) 일본의 ‘이에(家)’ 제도는 한국의 호주제와 유사함

부 또는 부측이 자를 맡아 양육하고 있었습니다. 1947년(쇼와 22)년에 민법 제 4 편<친족>, 제 5 편<상속>이 전면적으로 개정되어 ‘家’ 제도는 폐지 되었습니다. 이혼 후 자의 친권에 대해서는 민법 제 819 조의 규정으로, 협의 이혼의 경우에는 그 협의에 따라, 재판이혼의 경우에는 재판소가 ‘(부모의) 일방을 친권자로 정한다’ 라고 규정되어, 단독 친권제와 부모 일방이 친권자가 되는 것에 대한 평등이 명기 되어 있습니다. 2009년(평성 21년) 숫자 입니다만, 미성년인 자가 있는 부부의 이혼 건수는 146,408 건으로 이혼 전체의 57.8%를 점하고, 그 중에서 모친이 1인 이상의 친권을 행사하는 건수가 127,027 건이나 있어 미성년인 자가 있는 이혼 가운데 86.6%를 점하고 있습니다(후생노동성<평성 21년 인구 동태 통계 확정치>). 이렇게 현재에는 자, 특히 어린 자녀의 경우에는 압도적으로 모친 측에서 양육 되는 경우가 많습니다. 이러한 이별모자세대의 생활 환경이 매우 어려운 상황에 있다는 것은 여러 상황에서 지적되고 있지만, 오늘의 직접적인 테마는 아니기 때문에 다른 기회에 이야기 하도록 하겠습니다. 다만, 적어도 일본에서는 부부관계 해소 후에 자의 상당수가 기존에는 부 또는 부측에, 현재는 모 또는 모측에 양육되고 있다는 것입니다. 물론 부부관계가 해소 되어도 부 또는 모라는 관계는 계속되고, 부모가 협조하여 자의 양육에 관여하는 것이 가능하다면 자에게 있어서도 가장 바람직하다고 생각하지만, 적어도 지금까지의 일본에서는 그러한 환경은 존재하지 않았던 것입니다. 그 중요한 요인은, 사실 일본의 이혼제도에 내재되어 있다고 생각합니다.

일본의 이혼 사유에는 아직 유책주의 이혼 사유가 잔존하고 있습니다. 구체적으로는 민법 제 770 조 제 1 항 제 1 호 ‘부정행위 및 제 2 호 ‘악의의 유기’ 라는 규정입니다. 부부의 협의로 이혼이 성립하지 않는 경우에 최종적으로는 재판소의 이혼판결을 얻을 필요가

있습니다. 물론, 이혼 사유로서 ‘기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있는 때(제 770 조 제 1 항 제 5 호)’ 라는 파탄주의 이혼사유 규정이 있기는 하지만, 부부가 이혼에 대해서 다툴 경우에는 상대방에게 이혼사유가 있다는 것을 주장하고 그것을 입증하는 경우가 많은 것 같습니다. 이혼 시에 재산 분할이 인정되지만, 상대방의 유책성을 주장함에 의하여, ‘위자료’ 를 동시에 청구할 수 있는 제도로 되어 있다는 것도 그 이유 중 하나일 것입니다. 이러한 점에서 이혼 소송은 남편과 아내가 상대방의 유책성을 증거로 제시하고 서로 공격하는 구조로 되어 있습니다. 최종적으로 이혼이 인정된다 하여도, 그 때 까지 적대하고 있던 부부가 이혼 후의 자에 문제에 대해서 부모로서 협조하여 자의 최선의 이익을 도모하는 대응을 할 수 있을 것이라고는 생각하기 어렵습니다.

이렇게 현재 일본의 재판 이혼에서는 부부간, 자의 입장에서 보면 부모간에, 서로 과거의 문제를 대상으로 적대하기만 하고 장래의 문제, 이혼 후 자의 양육이라는 장래를 향한 시점은제도가 유지되고 있는 것입니다. 협의이혼에 관해서 한국과는 다소 다르지만 일본에서는 현재 재판소의 관여가 전혀 없기 때문에 자의 문제에 대한 당사자의 합의가 과연 자의 최선의 이익과 합치하는 것인가에 대해서는 보장이 없습니다. 일본에서는 이혼 후의 ‘공동감호’ 를 적절히 기능 하도록 하는 것에 큰 장애가 존재한다고 할 수 있습니다.

이혼 후 ‘공동감호’ 를 실현하는 경우 구미의 관련법 정비에 대하여 생각해 봅시다.

3 공동 친권을 실현하기 위하여 필요한 법 정비

구미의 여러 국가들에서는 ‘회복의 여지가 없는 혼인 파탄’ 이 이혼

사유로서 규정 되어 ‘일정 기간 별거의 존재에 의한 혼인 파탄의 추정’이라는 법정 별거 제도가 채용되어 있습니다. 법정 별거 기간이 경과 하였으나 혼인 관계는 파탄되지 않았다는 것을 상대방이 입증하지 못하는 한, 재판관은 혼인 파탄에 대하여 사실 심리를 하지 않고, 이혼을 인정하는 것입니다.

이러한 실질 심리를 하지 않는 객관적 파탄주의 도입에 관해서는 기독교 단체의 강한 반대가 있어서, 구미 사회에서 큰 사회 문제가 되었습니다. 예를 들어, 호주의 1975 년 가족법에서 실질 심리를 하지 않고 12 개월간의 별거만으로 추정되는 이혼제도가 도입 되었을 때, 기독교 일부 과격한 집단이 재판소를 폭파하는 사건이나, 재판관이 테러 행위를 당하는 사건이 발생하였습니다.

호주에서는 가족법의 개정에 맞추어 ‘가족문제 연구소(Institute of Family Studies)’ 를 창설하여, 새로운 제도의 도입이 가족에 어떠한 영향을 미치는지 조사 연구하여, 그 성과를 바탕으로 필요에 따라 적절한 법 개정 등을 실시하고 있습니다. 일본에서도 새로운 제도의 도입을 검토할 때에는 적어도 이러한 조사 연구 기관의 창설을 먼저 논의할 필요가 있을 것 같습니다. 한국에는 이러한 연구기관이 존재한다고 들었습니다만, 그러한 의미에서는 일본 보다 상당히 선진적이라고 평가할 수 있습니다.

실질 심리 없는 객관적 파탄주의의 설명을 한 것은 ‘공동감호’의 제도를 도입하기 위해서는 ‘법정 별거 제도’가 불가결하기 때문입니다. 이 제도에 의하여 이혼의 다툼 내용이나 가정 재판소의 역할이 크게 변화 합니다. 재판소에서 이혼을 청구한 시점에서 법정 별거 기간이 경과 하였다면 이혼 판결을 얻을 수 있기 때문에, 당사자는 별거 개시 시점을 입증하면 되는 것입니다. 따라서 이혼을 청구하는 당사자간에 서로 상대방의 유책성을 지적하고 적대하며 공격할 필요성이

없어집니다. 이혼시에 상대방에게 위자료를 청구하는 개념도 없어집니다. 재판소의 역할은 이혼시 재산 문제와 이혼 후의 자의 문제에 집중할 수 있게 됩니다. 과거 청산보다 장래를 향한 시점이 중요해 지는 것입니다. 이러한 장래 시점을 실현하기 위해서, 예를 들어 호주 가정 재판소에서는 재산 문제에는 레지스트라(registrar)라고 불리는 법조 유자격자가 관여하며 자의 문제에는 카운셀러가 관여합니다.

이혼 사건은 모두 가정 재판소가 관여 하지만, 자의 문제에 관해서는 전문적인 교육을 받고, 자에 관한 분쟁처리 경험이 있는 카운셀러가 필요적 카운셀링을 실시 하여, 이혼 후에 부모가 협조하여 자의 양육에 참여할 수 있도록 지원합니다. 법정별거 기간이 경과하였다면 법률적으로는 이혼이 인정 되지만, 실제로는 이혼 후의 자의 양육에 부모가 협조하여 어떻게 참여 할지 결정을 하고, 재판소가 이혼을 인정하는 형태로 절차가 진행 됩니다.

사실 자의 양육 결정에 대한 논의는 실제로는 별거 시점부터 시작합니다. 별거 후에는 부모가 떨어져 살게 되므로 법률적으로는 부부 관계가 계속되고 있지만, 그 단계에서 자의 문제에 대하여 부부가 서로 이야기를 나누고 어느정도 결론을 내리지 않으면 법정 별거 제도는 제대로 기능하지 않습니다. 최종적으로 이혼을 할 때에는 이혼 후의 자에 대한 양육법을 부부간에 제대로 논의하여 그것을 재판소에 제시하지 않는 한, 재판소는 혼인 파탄을 인정하여도 쉽게 부부관계의 해소는 인정하지 않습니다. 따라서 이혼하려고 생각하는 부부는 적어도 별거를 고려한 단계에서, 별거한 후 자의 문제에 정면으로 부딪히지 않을 수 없는 것이 지금 제도의 현상 입니다.

당연히 별거 기간중 자의 양육이나 이혼 후의 자의 양육에 관하여, 필요에 따라 그 조정이나 감독을 위한 제도가 준비되어 있습니다. 가정

재판소만이 아니라 공적 또는 사적인 기관이 각각 필요에 따라 대응하고 있고, 페어런팅 코디네이터 (parenting coordinator)라는 전문직도 존재합니다.

이혼 후의 자의 양육 문제는 자 본인에게 있어서도 중요한 문제로, 자 자신의 의견을 듣고 그것을 적절하게 반영할 필요가 있습니다. 일본에서도 논의가 시작 되고 있지만, 공동감호를 채용하고 있는 구미의 여러 국가들에서는 ‘자의 대리인 제도’가 창설이 되어 있습니다. 이 제도는 자의 의사를 대리하는 제도인지, 또는 자의 의사에 구속되지 않고 자의 최선의 이익을 실현하기 위한 역할을 부담하는 것인지 하는 문제, 또한 비용 부담의 문제 등이 일본 에서의 도입을 위한 향후의 검토 과제라고 생각합니다⁽⁴⁾.

일본에서는 이별 모자 세대의 어려운 생활 상황이 지적 되고 있습니다. 이에 대해서는 자의 양육비 문제, 특히 걱정된 양육비의 액의 산정과 그 이행 확보 제도의 도입이 요구 되고 있습니다. 2006 년(平成 16 년)의 수치이지만, 일본에서 양육비를 받고 있다고 대답한 사람의 비율은 겨우 20%에 불과합니다 . 지금까지 양육비를 받은 적이 있는 사람을 포함하여도 37%로 양육비를 받은 적이 없는 사람이 63%나 있습니다 (후생노동성平成 18 년<전국모자세대 등 조사>). 그 외에도 많은 조건을 정비할 필요가 있는데, 공동감호를 도입한다면 적어도 사전에 이러한 법 정비를 실현 하는 것이 요구될 것입니다, 구미에서는 이러한 조건이 갖추어진 상태에서도 공동감호의 문제가 지적되어 제도의 개선이 논의 되고 있는 것입니다. 이러한 이혼 후의 자 양육비 이행 확보에 대해서도 한국에서 최근 법률이 정비

(4) 일본에서는 가의 대리인 제도는 2013 년 1 월 1 일 부터 개시 되었다.
(가사사건 소송 법 23 조, 41 조 및 42 조)

되었다고 들었습니다. 이것에 대해서는 차후 다시 논의해 보고 싶습니다.

4 공동감호의 문제점

이혼 후에도 자의 최선의 이익을 확보할 수 있는 제도가 필요한 것은 당연한 일이지만, 그 내용이 추상적이어서 확실히 알기 어렵습니다. 자의 문제이기도 하기 때문에, 자의 의견을 반영해야 한다고도 말할 수 있습니다. 그러나 자의 의견이 어떻게 형성되었는지에 대해서도 충분히 검토해야 할 문제라고 생각합니다.

공동감호의 문제점으로서 일반적으로 가정내폭력(domestic violence)나 아동 학대를 들 수 있는데, 구미에서는 심각한 문제로 논의 되고 있습니다. 일본 보다 빠른 시기부터 문제가 현재화 하여 대응책도 여러 가지 형태로 취해지고 있음에도 불구하고, 공동감호에 대한 영향은 상당히 심각한 것이라고 합니다. 애초에 문제가 표면화 되지 않았기 때문에 그것을 간과하는 경향이 있다고도 할 수 있습니다. 자의 문제에 관해서 전문가인 카운셀러의 필요적 카운셀링이 실시되고 있는 곳에서도 이러한 상황이 있기 때문에, 일본에서 협의 이혼 제도를 유지하면서 공동감호를 도입하는 경우의 리스크는 측정할 수 없는 면이 있습니다.

최근 자주 논의 되는 것이 ‘자의 동반 전입’, ‘리로케이션(Relocation)’ 문제로서, 이것은 자의 유괴 문제와도 중복되는 부분이 있습니다. 공동감호도 실제로는 부모의 어느 한 쪽이 주된 감호를 제공하며, 자가 어린 경우에는 주로 모친이 됩니다. 자는 주된 감호자 밑에서 생활을 하고 있기 때문에 리로케이션의 문제가 생기는데, 공동감호 제도에서는 자를 돌볼 수 있는 범위 밖으로 데려가는 것이 제약됩니다 .

일본에서는 면접 교섭권으로서 논의 되고 있지만, 단독친권제에서도, 예를 들어 모측에서 자의 양육이 이루어지고 부와의 교류가 적절하게 행해지며, 그것이 자의 최선의 이익을 실현하는 것이라면 실질적으로는 공동감호가 잘 시행되고 있는 것과 같은 결과가 얻어질 수 있을 것입니다. 반대로 모가 주된 감호를 제공한 경우에 모가 자와 함께 자립하여 생계를 꾸리기 위하여 지금까지 생활하고 있던 장소를 떠나 이사를 할 필요가 있는 때에도, 공동감호 제도에서는 부의 승낙이 없으면 이사할 수 없게 됩니다.

구체적인 사건은 여러 형태로 나타나지만, 대부분의 경우 일본 정도는 아니더라도 남녀의 임금 격차가 존재하므로, 혼인시나 여성의 출산시에 남성의 직업 환경에 맞는 장소에서 가족생활을 하는 사례가 많아 집니다. 그래서 그 부부가 이혼한 경우에 모친이 자의 실질적 감호를 제공하게 되면, 만약 양육비가 제대로 지급 되었다 하더라도 그들이 이혼하기 전까지 생활하던 장소에서 모친이 자립하여 자를 양육할 수 있는 환경이 갖추어져 있지 않은 사례도 많이 발생할 수 있습니다. 예를 들면 혼인 전에 자신이 생활하던 환경에 돌아가면 어느 정도 자신들이 자립할 수 있는 생활을 확보 하고 자의 양육이 쉬운 환경에서 생활을 다시 시작할 수 있다고 하여도, 부가 ‘자의 이동을 동반한 전입’에 동의하지 않는 한 그것을 실현할 수 없게 됩니다. 부의 동의를 얻지 않고 자를 동반하여 이동을 하면, 경우에 따라서는 ‘아동유괴’의 문제가 됩니다. 이것이 국경을 넘어 발생하게 되면 ‘아동 약취에 관한 헤이그 협약’에 위반하는 일이 되어, 그 자의 상거소지(常居所地)에 귀환이 명해지게 됩니다. 이혼 전에 생활하고 있던 장소에 돌아가, 그곳에서 경제적 기반이 없는 상태에서 재판소에 대하여 자를 동반하고 자신이 생활할 수 있는 환경으로 이사할 것을 청구하며 다투게 됩니다. 그러면 그 동안 그 모자의 생활상황은 상당히

어려워질 것입니다. 재판소의 판례에서도 부친의 동의가 없는 경우에 자를 동반한 전입이 인정되기는 어렵다고 하고 있습니다. 그렇다고 해서 이혼하기 전까지 생활하고 있던 장소에서 모가 직업을 얻고 자와 함께 생활할 수 있는 적절한 환경을 갖추는 것도 쉬운 일은 아닐 것입니다. 일본은 헤이그 협약을 비준하는 방향으로 현재 법 정비를 포함한 준비를 진행하고 있습니다. 한국도 같은 방향성을 가지고 있다고 들었습니다만은, 저는 이것에 관해서는 다소 신중한 입장을 취하고 있습니다. 헤이그 협약을 비준하기 전에 우선 국내의 가족법체 개선이 불가결하다고 생각하고 있습니다⁽⁵⁾.

그 외에도, 예를 들어 재혼 가족, 복합 가족의 문제도 있습니다. 일본에서도 혼인한 사람들 가운데 어느 일방 또는 양방이 재혼인 비율이 상승하여, 2009년(평성 21)에는 25.9%에 달하고 있습니다. (후생노동성 평성 21년 인구 동태 통계 확정치). 4쌍중 1쌍이 재혼이지만, 아시는 바와 같이 일본에서는 예를 들어 모가 자신이 양육하는 자를 데리고 재혼하여, 새롭게 형성된 가정환경에서 자를 키우려고 하여도 모가 데려온 자와 남편의 사이에서는 양자 결연을 하지 않는 한 혈족관계가 발생하지 않습니다. 양자 결연을 하여 자를 키운다는 것이 만약 바람직한 환경이라 하더라도, 공동감호가 도입된 경우에 과연 그 양자 결연에 대하여 공동감호인인 부가 어떻게 반응할 것인가 하는 문제가 있습니다.

이 문제에 대해서는 현재의 단독 친권제에서는 친권자가 되지 않은 부모의 의견을 무시하고 양자 결연이 가능하다고 하는 비판이 있지만, 미성년인 자를 현실에서 감호하고 있는 모가 재혼하여 새롭게 형성된 가정환경에서 자가 성장 한다는 것을 고려한다면, 과연 어느 것을 우선

(5) 일본의 헤이그 조약 가맹은 2013년 5월 22일에 국회에서 승인되었다. 현재 관련된 규정의 준비를 진행하고 있다.

할지 생각해 보아야 합니다.

5 마치며 - 단독 친권제를 원칙으로

부부 관계가 해소된 사이에 자가 있는 경우 자와의 관계에서 부모로서 협조하여 적절한 ‘부모책임의 분담’을 할 수 있다면 자의 최선의 이익이라는 시점에서 그것이 바람직합니다. 공동감호라는 방향성을 부정하는 것은 아니라는 것을 미리 밝혀두지만, 일본의 상황을 고려한 경우에 현 시점에서는 단독 친권제를 원칙으로 하면서 필요한 개선을 하는 형태의 법 개정이 바람직하다고 생각합니다.

현재의 단독 친권제에서는 문제의 해결이 곤란하여서 자의 최선의 이익이 확보되지 않는다고 한다면, 다음 선택지로서 공동감호의 도입을 고려해야 할 것입니다. 부모의 일방을 친권자로 하는 것이 다른 쪽에서 보면 불공평하다는 생각은 부모 입장의 것으로, 최우선 되어야 할 것은 자를 위하여 무엇이 가장 바람직한가 하는 것입니다. 이것을 실현하기 위해서 일본에서 지금까지의 단독친권제를 원칙으로 할 것인지, 공동감호의 도입을 급선무로 할 것인지의 관점에서 생각해야 할 문제입니다.

일본에 있어서 장기간에 걸쳐 형성되어 온 친자에 관한 사고를 일거에 바꾸는 것은 어려움이 있다고 생각합니다. 일본에 있어서 지금까지의 경위를 인정하고, 이혼 후 친자법제의 이후 형태에 대하여 충분히 조사 연구하여, 신중한 논의를 할 필요가 있습니다. 오늘 이야기한 내용에 대해서 한국 여러분의 의견을 여쭙고 싶습니다. 한국과 일본은 여러가지 점에서 같은 기반을 공유하고 있습니다. 예를 들어, 유교적인 사고도 그 중 하나라고 생각합니다. 구미 선진 공업국과는 달리 한국의 여러분과 이러한 문제에 대하여 논의할 수

있는 것은 매우 큰 의의가 있다고 생각합니다.

概 要

韓国，日本に限らず，世界の多くの国では，多様化，国際化する家族紛争を解決する上で，いかにして子どもの最善の利益を実現していくかが，重要な課題となっている。日本では，婚姻中は父母の「共同親権」，離婚後はいずれか一方の「単独親権」という制度になっている。これに対して，多くの欧米先進工業諸国では離婚後も「共同監護」を原則とする制度が採用され，日本もこの考え方に立った法改正を行うべきであると主張されている。

日本での「単独親権制」に関してどのような問題点があるのか。それらの問題点は「共同監護」の制度でどのように改善されるのか。それらは「共同監護」でないと解決できないものか。現在の「単独親権制」を維持しつつ改善できるのではないか。もしそうだとすれば，最近になって欧米諸国で指摘されている「共同監護」から生じる問題を回避することができるのではないかと，といったようなことについて，十分に精査する必要があると思われる。

周知のとおり欧米の「共同監護」採用に際し，関連する多くの法整備が為されている。これらの法整備が日本ですぐの実現できるかどうかについても議論する必要がある。これらの法整備が実現した上で，なお欧米で「共同監護」に関する重大な問題が生じていることに留意する必要がある。夫婦関係が破綻した際に生じる問題，例えば，家庭内暴力や児童虐待等がある場合に「共同監護」から生じる深刻な問題が指摘されているし，離婚後に，子どもについて父母間の協力関係が確保できない場合，とくに，「子どもを伴っての転居」が「リロケーション (Relocation)」の問題で，これは子どもの連れ去りとも重なり，欧米で重要な問題として指摘されてい

る。婚姻関係が破綻した中で、子どもの養育に関して十分な話し合いが確保され、子どもの将来を見据えた夫婦関係の解消ができれば、また、離婚後も、子どもの最善の利益にかなうような形での父母の協力関係が実現できれば、日本の「単独親権制」の下でも、子どもの最善の利益の確保という点では、とくに問題はないのではないかと考える。逆に、夫婦の間の対立が激しい高葛藤のケース等では「共同監護」が子どもの最善の利益に重大な侵害を生じさせる恐れがあるという点を懸念する。このような場合には、むしろ「単独親権制」を原則とするほうが子どもにとって好ましい結果になると思われる。

夫婦関係が解消され、その間に子どもがいる場合、子どもとの関係で父母として協調して適切な「親責任の分担」が可能であれば、子どもの最善の利益という観点からも、それが望ましいことはいうまでもない。「共同監護」という方向性を否定するわけではないことを踏まえて、日本の現状を考えた場合、現時点では、「単独親権制」を原則としながら、必要な改善を加えるという形での法改正が望ましいと考える。