

친권법의 기본문제*

라이너 프랑크**

梁彰洙*** · 金相瑢**** 譯

I. 서 론

독일의 친권법은 다른 유럽국가의 친권법에 비하여 개혁의 필요가 더욱 크다. 1996년 3월 22일의 독일 연방정부의 개정법률안⁽¹⁾은 근본적으로 변화된 내용을 규정하고 있다. 요즈음의 토론상황에 비추어 볼 때 이 개정법률안은 머지 않은 장래에 의회에서 통과되어 곧장 발효될 것으로 전망된다.

독일법은 혼인중의 출생자와 혼인외의 출생자를 구별하여 규율하고 있다. 그런데 이러한 구별은 유럽에서 점차로 폐기되고 있다. 이는, 만일 모든 자녀가 법적으로 동등한 지위를 누려야 한다면, 그가 혼인 중에 출생하였는지 아니면 혼인 외에서 출생하였는지에 따라 구별하는 것은 더 이상 의미를 가질 수 없다는 주장에 의하여 뒷받침되고 있다. 위의 1996년 개정법률안도 혼인중의 출생자와 혼인외의 출생자를 더 이상 구별하지 않는다. 그러나 우리는 생활관계를 전형화하여 규율하여야 하는 입법자가 때에 따라서 자녀의 부모가 혼인 중에 있는가의 여부에 따라 일정한 차이를 두고 있음을 간과하여서는 아니된다. 즉 혼인 중에 있는 부모가 법률상 당연히 자의 공동친권자로 되는 것은 오늘날 세계적으로 당연한 것으로 받아들여지고 있다. 이에 반하여, 부모가 혼인하지 아니하고 있는 경우에는, 입법자가 여러 가지 사정, 즉 부모가 동거하고 있는지, 부모가 자녀를 공동으로 양육하기를 원하고 있는

* 1996년 10월 2일 서울대학교 법과대학에서 “Grundprobleme des elterlichen Sorgerechts”라는 제목으로 행한 강연의 원고를 번역한 것이다.

** Rainer Frank: 독일 프라이부르크대학교 교수. 친족법·상속법·국제사법이 주된 연구분야. 1938년생. 1967년 Dr. jur., 1976년 교수자격. 1977년부터 문스터大, 1980년부터 아우크스부르크大, 1985년 이래 프라이부르크大 교수. 1994년 이래 국제가족법학회(International Society of Family Law) 회장. 主著로 『入養의 限界(Grenzen der Adoption)』(1978)가 있다.

*** 서울대학교 법과대학 교수

**** Dr. jur.(프라이부르크대학교)

(1) Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts vom 22. 3. 1996, *Bundesrats-Drucksache* 180/96.

지, 또한 자녀가 일시적인 관계에서 태어났는지 아니면 안정된 혼인 유사의 생활공동관계(eheähnliche Lebensgemeinschaft)에서 출생하였는지의 여부를 고려하지 않고 모든 경우에 법적으로 부와 모에게 공동으로 친권이 귀속된다고 일률적으로 규정한다는 것은 쉽사리 상정될 수 없는 일이다. 부모가 혼인 중에 있는 경우와는 달리, 혼인하지 아니한 부모에 있어서는 최소한 공동친권을 희망한다는 공동의 의사 표시를 그 요건으로 하여야 할 것이다. 그뿐 아니라 법적 거래에 있어서 누가 혼인외의 출생자를 유효하게 대리할 권한을 가지는가를 명확하게 하기 위하여, 부모의 의사표시가 일정한 형식을 갖추어서 그리고 법원 혹은 해당 관청에 대하여 행하여질 것이 요구되어야 할 것이다. 그러므로 실질에 있어서는 위의 개정법률안은 예전과 마찬가지로 혼인중의 출생자와 혼인외의 출생자를 구별하고 있는 것이다. 그러나 다만 「혼인중의(ehelich)」이라든가 「혼인외의(nichtehelich)」와 같은 형용사는 이제 더 이상 사용되지 아니하고, 대신 「부모가 혼인한 자」 혹은 「부모가 혼인하지 아니한 자」라고 부르고 있다. 이는 결국 시의에 맞추어 용어를 변화시킨 것에 지나지 않는다. 이하에서는 서술의 경제상, 비록 개정법률안이 사용하지 않는 개념이기는 하지만, 혼인중의 자 또는 혼인외의 자라는 용어를 계속 쓰기로 한다.

II. 이혼 후의 공동친권

미국과 유럽에서 가장 많이 논의되고 있는 친족법상의 문제의 하나는, 부모가 이혼한 후에도 공동친권자로 될 수 있는지, 그리고 그것이 가능하다면 어떠한 요건 하에서 허용될 수 있는지에 대한 것이다.

1. 독일의 법상황

독일민법 제1671조 제4항 제2문은, 이혼에 있어서 예외적인 경우에는 친권이 내용적으로 분리되어 부모 중 일방에게 자의 신상에 관한 감호(Personensorge)가, 다른 일방에게 재산에 관한 감호(Vermögenssorge)가 귀속될 수 있다고 규정하고 있다. 입법자는 이 규정을 마련하면서, 이혼 후에 자녀가 어머니와 함께 생활하기는 하지만, 실생활의 거래에 경험이 밝은 아버지가 상당한 재산을 가진 자녀의 재산상 이익을 보살핀다는, 실제로는 드문 사례유형을 상정하였다. 실무상 친권을 신상감호와 재산감호로 내용상 분리하는 예는 극히 드물기 때문에, 이 문제에 대해서는 여기서 더 이상 자세히 언급하지 않기로 한다.

실무에 있어서 훨씬 중요한 문제는, 부모가 이혼한 경우에 친권, 특히 신상감호의 권리가 부모의 일방에게 귀속되어야 하는지, 아니면 계속해서 —혼인 중과 마찬가지로

가지로—— 부모 쌍방이 공동으로 친권을 보유할 수 있는지에 관한 것이다. 독일에서는 오랜 기간 동안 이혼 후 자녀에 관한 친권은 부모의 일방에 귀속되는 것이 보다 바람직한 해결책이라는 생각이 지배하고 있었다. 심지어 독일민법 제1671조 제4항 제1문은 이혼 후의 공동친권을 명문으로 금지하여, “(이혼 후) 친권은 부모의 일방에게만 귀속된다”고 정하고 있었다. 그러나 독일연방헌법재판소는 1982년 11월 3일의 판결에서,⁽²⁾ 이 규정은 헌법에 의하여 보호되는 부모의 권리(독일기본법 제6조 제2항 제1문)(譯註 1)를 침해하는 것으로서 무효라고 선언하였다. 이 판결에 의하면, 최소한 예외적인 경우에는 부모 쌍방이 이혼 후에도 공동으로 친권을 보유하는 것이 가능하여야 한다는 것이다. 이 판결이 있는 후에도 법원은 처음에는 이혼 후의 공동친권을 인정하는 것에 매우 조심스러운 태도를 취하였다. 그러한 가운데서도 지역에 따라 상당한 차이가 나타났다. 즉 상당수의 家事法院은 공동친권도 원칙적으로 자녀의 이익에 부합할 수 있다고 보았던 반면에, 부모의 일방에게 명확하게 친권을 귀속시키는 것이 보다 바람직한 해결이라는 견해를 가진 가사법원도 있었기 때문이다. 그러나 최근에 독일 전역에 대하여 행하여진 조사에 의하면, 1994/95년의 기간에 있어서 부모가 이혼 후에도 공동친권자로 남는 경우가 전체 이혼사건의 17.07%에 해당한다는 놀라운 결과를 보여 주었다. 그리고 전체의 74.64%의 경우에 친권은 모에게 단독으로 귀속되었고, 부가 단독친권자로 된 경우는 전체의 8.29%이었다.⁽³⁾

2. 다른 유럽국가와 미국의 법상황

공동친권이 실제에 있어서 어떠한 경우에 인정되는가에 대하여는 많은 차이가 있지만, 미국과 대부분의 유럽국가는 이혼 후 공동친권의 가능성을 인정하고 있다.⁽⁴⁾ 세계적인 발전의 추세는, 공동친권이 특히 바람직한 것으로 점차 인식되고 있음을 보여주고 있다. 그러나 공동친권을 인정하는 것이 부모의 태도에 매우 긍정적인 영향을 미침으로써 이혼 후의 자녀의 처지를 보다 호전시키리라는 처음의 열광적인

(2) BVerfGE 61, 358 = NJW 1983, 101 = JZ 1983, 298 (Giesen의 評釋附) = FamRZ 1982, 1179.
[譯註 1] 독일기본법 제6조 제1항 : “子の 監護와 양육(Pflege und Erziehung)은 부모의 자연적 권리이며 또한 1차적으로 그들에게 부여된 의무이다. 그 실행에 관하여는 국가가 감시한다.”

(3) Abgedruckt in: Bundesrats-Drucksache 180/96, S. 46.

(4) Vgl. Peter Dopffel(Herausgeber), *Kindschaftsrecht im Wandel – Zwölf Länderberichte mit einer vergleichenden Summe*, 1994; Schwab/Henrich(Herausgeber), *Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts*, 1994; Annatina Wirz, *Gemeinsame elterliche Gewalt geschiedener und nichtverheirateter Eltern – unter Berücksichtigung des deutschen, französischen, englischen und schweizerischen Rechts*, 1995; Hamilton/Standley(Herausgeber), *Family Law in Europe*, 1995.

기대는 그 동안에 상당히 사그러졌다. 애초에는 공동친권이, 아버지가 보다 자주 자녀를 방문하고, 보다 높은 액수의 부양료를 지급하며, 부모 사이의 갈등을 완화하는 등의 효과를 가질 것이라고 기대되었던 것인데, 최근에 미국에서 행하여진 조사는, 공동친권이 이러한 효과를 달성하지 못한다는 결과를 분명하게 제시하였다.⁽⁵⁾ 오히려 공동친권의 장점은 오늘날 장기간에 걸쳐서 일어나는 의식변화에서 나타난다. 즉 자녀는 부모의 한쪽를 잃었다는 느낌을 가지지 않게 되고, 또 아버지는 자녀에 대한 책임에서 배제되지 않았다는 의식을 가지게 되는 것이다.

오늘날 유럽에서 이혼 후의 공동친권을 허용하지 않는 나라는 소수에 지나지 않는다. 본인이 아는 범위에서는, 스위스, 오스트리아, 헝가리만이 이에 해당한다.⁽⁶⁾ 그 외의 나라의 법률에서는, 지난 수십년 사이에 점차로 공동친권이 실현되어 왔다. 폴란드에서 이혼 후의 공동친권이 허용된 것은 이미 1964년도의 일이었으며, 이탈리아에서는 1975년, 스페인에서는 1981년, 네덜란드에서는 1984년에, 그리고 프랑스에서는 1987년에 각각 이혼 후의 공동친권이 가능하게 되었다.⁽⁷⁾

특히 유럽에서 공동친권에 관하여 선구자의 역할을 한 나라는 북유럽국가들, 즉 노르웨이, 스웨덴 그리고 덴마크이다.⁽⁸⁾ 이 나라들은 그 특유의 자유주의로 인하여 다른 유럽국가와 비교하여 특이한 지위를 점하고 있다. 우선 이혼율이 매우 높다는 점을 지적할 수 있다. 또한 매년 태어나는 신생아의 50% 이상이 혼인외의 출생자이다. 스칸디나비아제국에서 이혼이 하나의 「정상적」 현상으로 인식되고 또 이혼과 더불어 통상 나타나는 배우자 사이의 갈등이 다른 사회에 비하여 그렇게 두드러지지 않은 이유는 아마도 이와 같은 사회상황에 기인할 것이다. 어쨌든 통계에 의하면, 스칸디나비아제국에서는 이혼한 부부의 절반 이상이 계속해서 공동으로 친권을 행사하고 있다. 그러나 유럽대륙의 다른 국가에 있어서는 공동친권이 차지하는 비율은 현저하게 낮게 나타난다.

미국에서는⁽⁹⁾ 늦어도 1960년대 이후부터 가끔씩 그리고 이제는 매우 빈번하게 이혼시의 합의를 통하여, 이혼 후에도 원칙적으로 공동친권이 변함없이 계속되는 것으로 하거나(「공동감호」 joint custody) 이혼한 부모들이 번갈아 가면서 친권을 행사하는(「교호감호」 alternate custody) 방식이 정하여지고 있다. 이제는 일반적으로 채택되고 있는 견해에 의하면, 이 두 가지 방식 모두가 원칙적으로 공인된다. 또

(5) Maccoby/Mnookin, *Dividing the Child - Social and Legal Dilemmas of Custody*, 1992; Cherlin/Furstenberg, *Geteilte Familien*, 1993, S. 165.

(6) Vgl. Dopffel(Fn. 4), S. 591 mit Nachweisen.

(7) Vgl. Dopffel(Fn. 4), S. 590 mit Nachweisen.

(8) Vgl. Dopffel(Fn. 4), S. 589 mit Nachweisen.

(9) Vgl. Dopffel(Fn. 4), S. 588 mit Nachweisen.

한 대부분의 州는 이혼 후의 공동친권이 또한 법관의 결정에 의하여서도 성립할 수 있다는 것을 명문으로 정하고 있다.

잉글랜드에 있어서는⁽¹⁰⁾ 1989년에 이르기까지 친권에 관한 재판실무는 미국에서와 유사하게 발전되었다. 이곳에서도 이혼 후 부모의 일방에 의한 단독친권(「단독감호」 sole custody) 대신에 재판에 의하여 부모의 공동친권이 결정되는 경우(「공동감호」)가 증가하였으며, 드물게는 자녀가 부모 쌍방의 거소를 번갈아 가면서 방문하여 일정기간 동안 그곳에 머무는 방식도 법원의 결정으로 허용되었다. 1989년의 아동법(Children Act)은 더 나아가서, 부모는 항상, 즉 이혼 여부에 관계없이, 「부모의 책임(parental responsibility)」의 주체라고 정하였다.

3. 이혼 후의 친권은 법원에 의하여 결정되는가, 아니면 부모 자신에 의하여 결정되는가?

공동친권의 가능성이 장래에도 유지되어야 한다는 것에 대하여는 독일뿐만 아니라 이를 인정하는 다른 모든 국가에서도 이견이 없다. 그러나 이혼 후의 공동친권이 성립하기 위하여 반드시 법원의 재판이 필요한가에 대해서는 입장이 나뉘어지고 있다. 대부분의 유럽국가와 미국은 모든 이혼의 경우에 원칙적으로 법원이 직권으로 누가 이혼 후에 친권자가 될 것인지를 결정하도록 법률로 규정하고 있다.⁽¹¹⁾ 설령 부모가 공동친권에 합의하더라도 법원의 종국적인 결정이 필요한 것이다. 이러한 방식을 통하여, 법원의 협력 하에 부모가 책임의식을 가지고 자녀의 복리에 적합하게 이혼자녀의 미래를 설계하는 것을 보장할 수 있다. 1976년 독일 이혼법 개정 당시에는, 가사법원은 이혼의 가부와 이혼의 후속조치를 원칙적으로 하나의 절차를 통하여 결정하여야 한다는 생각이 본질적인 것으로 자리잡고 있었다. 그리하여 이혼판결과 동시에 친권에 관한 결정이 이루어지지 않으면 결코 이혼이 허용될 수 없다는 원칙이 명문으로 규정되기에 이르렀다(독일민사소송법 제623조 제1항 및 제3항). 독일법에서 이 원칙은 이혼소송과 친권자결정의 「강제결합(Zwangsbund)」이라고 일컬어진다. 이러한 생각이 그동안에 얼마나 변화하였는가를 앞서 말한 1996년 독일연방정부의 개정법률안이 잘 보여주고 있다. 즉 앞으로는 법원에 의한 친권자 결정은 부모의 일방이 친권자지정청구를 하는 경우에만 행하여지게 된다. 부모 쌍방이 이를 청구하지 않는다면, 혼인 중의 부모에 대하여 법률상 당연히 인정되는 공동친권상태가 이혼 후에도 자동적으로 지속될 것이다. 비록 입법자가 공식의 개정이유서에서 이혼 후의 공동친권에 대하여 찬성도 반대도 하지 않으며

(10) Vgl. Dopffel(Fn. 4), S. 590 mit Nachweisen.

(11) Vgl. Dopffel(Fn. 4), S. 584 mit Nachweisen.

이 문제에 대한 입장을 유보한다는 견해를 밝혔다고 하여도,⁽¹²⁾ 이것은 사실상 공동친권을 단독친권에 대하여 우선시하는 것에 다름아니다. 왜냐하면 부모들이 이혼에 있어서 친권자지정청구를 하지 않는 경우에는 장래에는 공동친권이 원칙적인 형태가 될 것이기 때문이다. 현재 예상되는 대로 만일 이 개정법률안이 그대로 통과된다면, 독일은 국제적으로 보면 예외로서의 지위를 가지게 될 것이다. 이는 문제가 많은 것이라고 본인은 생각한다. 즉 이혼은 어느 경우거나 이혼을 겪는 자녀에게 이제까지 살아왔던 생활환경의 근본적인 변화를 초래한다. 이와 같이 원하지 않았고 예측할 수 없었던 자녀의 삶의 변화에 직면하여 부모로 하여금 최소한 자녀의 장래가 어떻게 전개될 것인지에 대하여 생각하여 볼 기회를 가지도록 한다는 일은 모든 국가의 과제에 속하는 것이다. 누가 이혼 후에 친권자가 될 것인가라는 결정적으로 중요한 문제가 방치되어서는 안되며, 오히려 —가능한 한, 경험이 풍부한 제3자(법관, 사회복지활동가[social worker], 심리학자 등등)의 관여 아래— 논의되고 명확하게 확정되어야만 한다.⁽¹³⁾

III. 혼인외의 출생자에 대한 친권

혼인외의 출생자에 대한 친권에 관한 독일에서의 논의는 다음의 두 가지 문제에 집중되고 있다. 첫째, 혼인외의 출생자의 母는 그 자의 생부에 대하여 인지청구의 소를 제기하고 그 부양료를 청구할 것인지의 여부를 단독으로 결정할 수 있는가? 만일 그렇다면, 어떠한 요건 아래서 그렇게 할 수 있는가? 또는 자녀의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우라면 모의 의사에 반하여서도 제3자가 생부에 대하여 인지청구의 소를 제기하고 부양료를 청구하는 것이 정당화될 수 있는가? 두번째의 문제는 다음과 같은 것이다. 원칙적으로 혼인외의 출생자의 어머니에게 단독으로 친권이 귀속되어야 하는가? 아니면 부모가 혼인하지 않았고 앞으로도 혼인하려는 의사가 없는 경우에도 부모에게 공동으로 친권이 귀속될 수 있겠는가? 만일 그것이 가능하다면 어떠한 경우가 이에 해당하는가?

1. 母의 친권

(1) 독일의 법상황

독일의 혼외자법은 역사적으로 볼 때 모에 대한 불신에 의하여 그 기초가 형성되

(12) *Bundesrats-Drucksache* 180/96, S. 73.

(13) Salgo, *FamRZ* 1996, 449; Niemeyer, *Familie und Recht* 1995, 221도 역시 [개정법률안의 태도에] 비판적이다.

어 왔다. 즉 독일민법의 원시규정에 따르면, 혼인외의 출생자의 모는子を 대리하는 권능을 가지지 못한다. 모에게는, 독일민법의 용어에 의하면, 자에 대한 사실상의 신상감호(tatsächliche Personensorge)만이 인정될 뿐, 그가 대리권을 가질 수는 없었다. 그 대신에 예외 없이 혼인외의 출생자에게는 포괄적인 대리권을 갖는 후견인이 출생과 동시에 붙었다. 1969년 독일 혼외자법의 개정에 의하여 혼인외의 출생자의 모에게도 원칙적으로 친권이 인정되었으나(독일민법 제1705조), 모가 가지는 그 친권은 혼인중의 출생자에 대한 친권과는 달리 오늘날까지도 제한된 것이다. 모가 자신의 자녀의 이익을 적절하게 보호하지 못할 수도 있다는 우려에 기하여, 독일민법 제1706조는 상당수의 직무를 어머니 자신에 의하여서가 아니라 소위 職務上 保護人(Amtspfleger)으로서의 少年保護局(Jugendamt)에 의해서 수행되는 것으로 규정하고 있다. 그러므로 어머니는 결국 법에 다른 규정이 없는 한도에서만 친권을 행사할 수 있는 것이다. 국가기관인 소년보호국이 모에 갈음하여 수행하는 중요한 직무 중에는 부자관계의 확정[즉 인지청구의 소의 제기]과 자녀의 부양료를 청구한다는 직무가 포함되어 있다. 소년보호국은 부자관계를 가능한 한 빨리 확정하고 부에 대한 혼인외의 자의 부양청구를 관철시키기 위하여 필요한 모든 일을 직권에 기하여 수행할 권리를 가질 뿐 아니라, 그렇게 하여야 할 의무를 부담한다. 물론 이러한 직무를 수행함에 있어서 소년보호국은 어머니가 제공하는 정보에 의존하게 된다. 그러나 나아가 소년보호국은 또한 제3자를 통해서 입수한 정보도 평가·이용할 수 있으며, 또 그렇게 하여야만 한다. 독일법은 혈액감정과 DNA테스트를 강제로 실시하는 것을 인정하고 있으므로, 자녀의 아버지라고 의심되는 사람을 어머니의 의사에 반하여 강제로 조사하는 경우도 드물지 않다. 이러한 규율의 배경에는 모든 자녀는 자신의 부를 알 권리를 가지고 있으며, 모에게는 부자관계의 확정을 저지하거나 생부에 대한 자녀의 부양청구권을 포기할 권한이 없다는 인식이 자리잡고 있다.

현행의 법규정은 그것이 모에 대한 불신을 특징으로 하고 있다는 이유로 이미 오래 전부터 비판을 받아왔다. 혼인중의 출생자에 관하여는 현행법은 그에 대한 친권에 어떠한 제한도 가하지 않고 있다. 그리고 혼인중의 자에 대한 친권은 일반적으로 부모에게 공동으로 귀속한다. 물론 이혼 후에는 어머니 혹은 아버지가 단독친권자로 되는 경우가 많지만, 여기에 소년보호국이 자녀의 복리를 위하여 개입할 여지는 없다. 그런데 혼인외의 출생자에 관하여는, 물론 모의 특별한 청구가 있으면 후견법원의 재판을 통하여 그에게 포괄적인(소년보호국의 개입을 배제하는) 친권이 귀속될 수 있는 길이 열려 있기는 하지만(독일민법 제1707조), 이것은 큰 의미를 가지지 못한다. 왜냐하면 혼인외의 출생자의 모가 생부의 이름을 밝힐 생각이 없다면, 후견법원은 그러한 모에게 포괄적인 친권을 귀속시키는 결정을 내리지 않을 것

이기 때문이다.⁽¹⁴⁾ 독일적 법관념에 따르면, 부자관계의 확정은 자녀의 근본적 이익에 속하는 것이다. 어머니의 협력 없이는 부자관계를 확정할 전망이 거의 없는 경우에도, 부자관계를 확정할 수 있다는 회박한 이론적 가능성이 존재하기만 하면, 이를 이유로 후견법원은 소년보호국을 위의 직무상 의무로부터 면제시키기를 거부한다.

현행의 법규정에 대한 비판은 특히 1990년 독일 통일 이후 더욱 강화되었다. 서독의 경우와는 달리 동독, 즉 종전의 독일민주주의공화국에서는 혼인외의 자의 모에게 아무런 제한 없는 완전한 친권이 인정되고 있었다. 동독의 1965년 12월 20일의 가족법전(Familiengesetzbuch)에 의하면, 모를 보조하기 위한 제도로서 모 자신의 특별한 청구가 있으면 소위 보좌인(Beistand)이 선임될 수 있으며, 이와 같이 선임된 보좌인은 생부에 대한 자녀의 부양청구권을 실현함에 있어서 조력하였다. 옛 동독법에 의한 「보좌인제도」는, 서독의 법률이 규정하는 직무상 보호인의 제도와는 달리, 단지 국가에 의하여 제공되는 조력수단에 지나지 않았다. 즉 강제성을 띤 것이 아니었다.

독일 통일 이후 서독의 법은 원칙적으로 옛 동독지역에까지 확장적용되었다. 그러나 이러한 기본원칙에 대하여는 몇몇의 예외가 존재했는데, 그 예외의 하나가 바로 혼인외의 자를 위한 직무상 보호제도(Amtspflegschaft)였다. 동서독통일조약(민법시행법 제230조 제1항)에 따라, 직무상 보호제도에 관한 서독의 법규정은 구 동독지역으로 그 적용이 확대되지 않았다. 이러한 예외규정을 둔 이유는 우선 기술적인 면에서 구해될 수 있다. 즉 구 동독지역에는 혼인외의 출생자를 위하여 직무상 보호인이 수행하는 기능을 즉시 떠맡을 수 있는 국가기관으로서의 소년보호국이 없었기 때문이다. 그러나 또 다른 이유는, 사람들이 구 동독지역에 거주하는 미혼모가 가지는 제한 없는 친권에 대하여 서독의 예를 좇아 계약을 가하기를 원치 않았다는 사정에서 구해될 수 있다. 구 동독의 시민들은 그러한 서독의 법규정을 미혼모의 인격권에 대한 침해로서 받아들였을 것이고, 따라서 그에 대하여 결코 동의하지 않았을 것이다.

이리하여 1990년에 독일이 통일된 이래 오늘날에 이르기까지 독일의 법은 분열된 상태에 놓여 있다. 즉 구 동독지역에서는 미혼모가 제한 없는 완전한 친권을 가지고 있음에 반하여, 서독지역에서는 미혼모의 친권에 대하여 소년보호국에 의한 제한이 가하여지고 있는 것이다. 이러한 법의 분열상태는 독일통일 이후에 태어난 자녀에게도 마찬가지로 적용된다. 오늘날의 이와 같은 법상황은 많은 문제를 불러 일으켰다. 만일 모가 자신의 혼인외의 출생자를 데리고 동독지역에서 서독지역으로

(14) Vgl. BGHZ 82, 173=NJW 1982, 381=FamRZ 1982, 159.

이주하였다면 법적으로 어떻게 처리하여야 하는가? 또 그 반대의 경우에는 어떻게 되는가? 이들 경우에 이제 소년보호국의 직무상 보호가 새로이 성립하는가, 혹은 자동적으로 소멸되는가? 통설에 따르면, 모가 서독지역에서 동독지역으로 이주한 경우에는 그의 친권은 소년보호국의 직무상 보호로부터 벗어나게 된다. 그 반대의 경우, 즉 동독지역에서 서독지역으로 이주한 때에는, 대다수의 견해에 따르면, 미혼 모는 제한이 없는 자신의 친권을 그대로 유지한다.⁽¹⁵⁾

이러한 법의 분열상태를 극복하고 법률을 통일시켜야 한다는 요구가 입법자에게 큰 압력으로 작용했으리라는 것은 명백하다. 이와 마찬가지로 구 동독지역에 직무상 보호제도를 도입하는 것이 가능하지 않다는 점도 또한 명백하다. 왜냐하면 이 제도를 도입하려는 시도는 구 동독시민의 거센 정서적 저항에 부딪힐 것이기 때문이다. 그러므로 이 문제의 해결책으로서 설득력 있는 것은, 현재 서독지역에서 통용되고 있는 법규정보다는 동독지역에 적용되는 법규정에 가까운 규정을 마련하는 것이다.

그리하여 법률상의 직무상 보호제도의 폐지와 보좌인제도의 신설에 관한 1995년 3월 24일의 법률안은⁽¹⁶⁾ 독일의 모든 지역에 대하여 통일적으로 혼인외의 출생자에 관한 법률상의 직무상 보호제도를 폐지할 것을 규정하고 있다. 법률상의 직무상 보호제도에 갈음하여 —과거의 동독에서와 유사한— 미혼모의 자발적인 의사에 근거하는 보좌인제도가 신설될 것이다. 보좌인의 선임에는 소년보호국의 서면신청이 요구된다. 신청을 할 수 있는 사람은 단독으로 친권을 가지는 부모의 일방이다. 즉 혼인외의 출생자의 어머니뿐만 아니라, 이혼 후 단독친권자가 된 혼인중의 출생자의 어머니나 아버지도 신청권을 갖는다. 보좌인의 임무는 부자관계의 확정과 생부에 대한 부양청구를 포괄한다. 현재 개정작업의 상태에 비추어 그렇게 되리라고 예상되는 대로, 만일 이 정부법안이 현실화된다면, 1900년 독일민법 시행 이후 최초로 혼인외 출생자의 부자관계 확정이 모의 단독책임 아래 놓이게 될 것이다. 독일연방헌법재판소가 자신의 혈통을 알 권리에 중대한 의미를 부여한 점에 비추어 볼 때,⁽¹⁷⁾ 이 법률안은 아마도 저항에 직면하게 될 것이다. 장래에는 부자관계의 확정이 가능함에도 불구하고 어머니의 소극적인 태도로 인하여 그것이 이루어지지 않을 수도 있게 된다는 점이 우려되기 때문이다.⁽¹⁸⁾ 이러한 우려에 대비하여, 이 법률

(15) Vgl. Münchener Kommentar/Hinz, *Ergänzungsband zur 3. Auflage*, Art. 230 EGBGB Rn. 3 mit Nachweisen.

(16) Entwurf eines Gesetzes zur Abschaffung der gesetzlichen Amtspflegschaft und Neuordnung des Rechts der Beistandschaft vom 24. 3. 1995, *Bundestags-Drucksache* 13 /892.

(17) Vgl. *BVerfGE* 79, 256 = *NJW* 1989, 891 = *FamRZ* 1989, 255.

(18) Vgl. dazu Richter, *FamRZ* 1994, 5.

안은 소년보호국이 직권으로 미혼모에 대하여 보좌인제도를 이용할 수 있음을 알려 줄 것을 규정하고 있다. 혼인외의 출생자의 어머니가 보좌인제도에 대하여 상세히 알고 있음에도 불구하고 여전히 부자관계의 확정에 대하여 소극적인 태도를 취하는 경우에도, 특별한 사정이 있다면 그의 의사에 반하여 인지청구의 소가 제기될 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 위의 법률안은 그러한 가능성을 인정하고 있지 않다. 그러나 모가 명백하게 자녀의 이익에 반하여 행위하는 경우에는 예외적으로 어머니의 친권을 부분적으로 박탈하고 그에 대신하여 소위 보호인(Pfleger)을 선임할 수 있는가의 여부에 관한 논쟁이 현행의 법규정(독일민법 제1666조)에 기초하여서도 이미 진행되고 있다. 나아가서 혼인외의 출생자가 어머니에 대하여 생부의 이름을 가르쳐 줄 것을 청구할 수 있는지의 여부 및 그 요건에 대하여, 그리고 나아가 어떠한 방법으로 그러한 정보청구권이 실현될 수 있는가에 대하여 논의가 이어지고 있다. 그러나 이러한 논의는 오늘날까지 전승되어 독일법에 내재하고 있는 혈통주의적 사고의 잔재일 수도 있다. 그러한 혈통중심적 사고의 최대의 목표는, 모든 자녀에게 가능한 한 출생시에 이미 한 명의 남자를 법률상의 부모로 정하여 주는 것이다. 만일 위의 법률안이 현실화된다면, 독일법에서의 사고의 전환은 불가피하다. 즉 자녀의 생부가 혼인외의 출생자를 임의로 인지하지 않고 또한 어머니가 생부에 대하여 필요한 법적 조치를 취할 용의가 없는 경우에는, 부자관계의 확정이 이루어지지 않음을 용인하여야 하는 것이다.

(2) 다른 유럽국가와 미국의 법상황

미국이나 거의 모든 유럽국가의 법률에 의하면, 부자관계가 확정되지 않은 동안에는 친권은 미혼모에게 단독으로 귀속하며, 이 경우의 친권에는 어떠한 제한도 부가되지 않는다.⁽¹⁹⁾ 미혼모에 대한 공무원에 의한 직무상의 감독과 감호는 역사적으로 볼 때 독일 외에 스위스와 오스트리아를 포함하는 獨逸法圈의 특징이다. 오늘날까지도 스위스는 독일과 유사한 법상태를 유지하고 있다.⁽²⁰⁾ 즉 관할관청(「후견청」 Vormundschaftsbehörde)은 혼인외의 출생자가 태어났다는 사실을 알게 되는 즉시 그에게 보좌인을 붙여야 한다. 보좌인은 부자관계의 확정을 위하여 필요한 조력을 제공할 뿐만 아니라, 미혼모에 대하여 조언하고 후원할 의무를 부담한다(스위스민법 제309조 제1항). 이에 반하여 오스트리아에서는⁽²¹⁾ 오랜 기간 존속되어 왔던 혼인외의 출생자에 대한 법률상의 직무상 후견제도가 1989년에 폐지되었고, 이 제도는 관할 소년복지관청의 조력제공과 결합된 단순한 법률상담에 의하여 대체되었다.

(19) Vgl. Dopffel(Fn. 4), S. 616 ff.

(20) Vgl. Hegnauer, *Grundriß des Kindrechts*, 1989, S. 168.

(21) Vgl. Schwimann, *JZ* 1990, 218.

법개정의 이유로는, 변화된 사회현실 및 미혼모와 기혼모를 동등하게 대우하여야 할 필요성이 지적되었다.

이와 같이 독일과 스위스는 미혼모에 대한 일종의 강제적 후원을 법률로 규정한 마지막 유럽국가가 되었다. 그러므로 독일에서 진행되고 있는 바의 법개정은 시급하게 필요한 것이라고 생각되고 있다.

2. 혼인하지 아니한 부모의 공동친권

(1) 독일의 법상황

대부분의 유럽국가나 미국의 법규정과는⁽²²⁾ 달리, 독일법은 혼인하지 아니한 부모의 공동친권을 금하고 있다. 미혼모가 법률상 당연히 단독친권자가 되고, 이 경우에 미혼모의 친권이 소년보호국의 직무상 보호에 의해서 제한을 받는 것은 앞에서 본 바와 같다. 자녀의 양육에 보다 적합한 자질을 가지고 있는 아버지에게 친권을 이전시킬 수 있는 가능성은 혼인하지 아니한 부모에게 공동친권이 인정될 가능성과 마찬가지로 법에 의하여 인정되어 있지 않다. 혼인하지 아니한 부모에 대한 공동친권의 금지는 현재 독일 내에 약 150만의 非婚姻生活共同關係(nichteheliche Lebensgemeinschaft)가 존재한다는 현실을 감안할 때 물이해의 소산이라는 비판에 부딪힐 뿐만 아니라, 헌법의 관점에서 보아도 매우 의문이다. 본인의 생각으로는, 부모가 안정적인 혼인 유사의 공동생활관계에서 살고 있고 또 자녀를 공동으로 양육할 의사가 있음에도 공동친권이 금지되는 것 이상으로 독일기본법 제6조 제2항이 보호하고 있는 「부모의 자연적인 권리」를 명백하게 침해하는 예는 없다. 독일이 오늘날까지도 혼인하지 아니한 부모의 공동친권을 허용하고 있지 않은 것은 특히 독일연방헌법재판소가 1981년 3월 24일의 판결에서 현행의 법규정이 헌법에 합치한다고 판단하였다는 사정에 연유하고 있다.⁽²³⁾ 또한 유럽인권법원도 1984년 3월 15일의 판결에서⁽²⁴⁾ 놀랍게도 독일의 현행 법규정이 유럽인권협약에 위반되지 않는다고 판단하였다. 이러한 분위기로 해서 독일의 입법자는 개혁을 서두를 필요성을 느끼지 못하였던 것이다. 이미 오래 전부터 새로운 규정이 시급히 요구된다는 점에 대하여 합의가 있었음에도, 개정작업은 오랜 시간이 지체된 후에야 앞에서 본 1996년 3월 22일 독일연방정부의 개정법률안에⁽²⁵⁾ 의하여 비로소 가시적인 모습을 띠게 되었다.

개정법률안은 친권이 예외적인 경우에는 혼인외의 출생자의 아버지에게 단독으로

(22) Vgl. Dopffel(Fn. 4), S. 594 ff.

(23) BVerfGE 56, 363=NJW 1981, 1201=FamRZ 1981, 429.

(24) B, R und J v. Bundesrepublik Deutschland, *Decisions and Reports* 36, 130.

(25) Bundesrats-Drucksache 180/96.

귀속될 수 있다고 규정하고 있다(법률안 제1680조 제1항, 제3항). 또한 부모 쌍방이 원하는 경우에는 혼인하지 아니한 부모의 공동친권도 가능한 것으로 규정하고 있다(법률안 제1626조a). 흥미로운 점은, 법률안이 혼인하지 아니한 부모가 공동친권자가 되기 위하여는 단지 공동친권을 원한다는 부모의 의사표시만으로써 족하다고 규정하고 있다는 것이다. 즉 법원의 결정은 요구되지 않는다. 그리하여 공동친권이 자녀의 복리에 어떠한 영향을 미칠 수 있는가에 대한 심사가 행하여지지 않는다. 법률안은 부모의 동거도 공동친권의 요건으로 하고 있지 않다. 혼인외의 출생자의 부모가 각각 이미 다른 사람과 혼인하고 있는 경우에조차도, 그들의 합치된 의사표시만 있으면 공동친권이 성립할 수 있다. 본인은 이 개정법률안의 해결방안이 타당하지 않다고 생각한다. 비록 위와 같은 개정법률안의 태도가 국가가 시민의 사생활에 개입하는 것을 절제하여야 한다는 시대의 조류에 부합하기는 하지만, 자녀의 복리가 구체적으로 위태롭게 되었을 때에야 비로소 소년보호국과 후견법원이 개입할 수 있게 된다는 점에서 타당하지 않다고 생각된다. 그러므로 대부분의 외국의 입법례는, 혼인하지 아니한 부모가 공동친권자가 되기 위하여는 반드시 해당 관청 또는 법원의 재량에 따른 판단을 거쳐야 하는 것으로 규정하고 있다(미국, 덴마크, 네덜란드, 오스트리아 등이 그러하다).⁽²⁶⁾ 여기서 다시 한번 독일의 입법자가 충분히 신중하지 못한 자세로 개정작업을 수행하였음이 드러난다. 독일에서는 오랜 세월 동안 혼인하지 아니한 부모의 공동친권이 금지되고 있다가, 이제 입법자는 일체의 통제가능성을 포기하고 단지 부모의 의사표시만을 공동친권이 성립하는 요건으로 설정함으로써 또 다른 극단으로 흐르고 있는 것이다.

흥미로운 점은, 개정법률안이 혼인하지 아니한 부모의 공동친권이 성립하지 아니한 경우에 대하여 혼인외 출생자의 모로부터 친권이 박탈된 때에 한하여 비로소 아버지가 친권자가 될 수 있도록 허용하였다는 것이다. 독일민법 제1666조에 의하면, 친권상실은 어머니가 친권을 남용하여 자녀의 보호를 위하여 국가의 개입이 요구되는 극히 예외적인 경우에만 고려될 수 있는 것이다. 뿐만 아니라 독일의 후견법원은 친권의 남용이 있는 경우에도 친권을 전적으로 박탈하기보다는 자녀의 이익을 위하여 불가피한 한도에서 부분적으로 상실시키는 방식을 선호하고 있다. 예를 들어 어머니의 자녀에 대한 감호가 단지 불충분한 데 그치는 것이면, 어머니에게서 거소지정권이 박탈될 뿐인 경우가 종종 있다. 이로써 자녀의 주거가 어머니의 의사에 반하여 보호가정(Pflegefamilie)으로 옮겨져서 그곳에서 양육될 가능성이 열리는 것이다. 혼인외 출생자의 아버지는 어머니가 독일민법 제1666조에 의하여 전면적으

(26) Vgl. Dopffel(Fn. 4), S. 599f.

로 친권을 박탈당한 때에 비로소 단독친권자가 될 수 있다. 본인은 이 규정에 대하여 놀라움을 감출 수 없다. 본인의 생각으로는, 부와 모의 평등이라는 명제는, 입법자로 하여금, 혼인중의 출생자뿐만 아니라 혼인외의 출생자를 위하여서도, 부모 사이에 친권을 둘러싼 다툼이 있는 경우에는 양육에 보다 적합한 부모의 일방이 친권자가 될 수 있는 가능성을 보장하는 규정을 마련할 것을 요구한다. 일반적으로 양육에 보다 적합한 부모의 일방이란 어머니인 경우가 대부분일 것이다. 왜냐하면 자녀는 생후 최초의 몇개월 혹은 몇년간을 어머니와 함께 지내고 또한 [그 후에] 양육자를 변경하는 것은 원칙적으로 자녀에게 불이익하기 때문이다. 그러나 어머니가 친권남용으로 말미암아 친권을 상실하게 될 때까지는 아버지에 대하여 친권에 있어서의 우선권을 갖는다고 확정적으로 규정하는 태도는 오늘날의 법규율로서는 잘못된 것이라고 생각된다.

(2) 다른 유럽국가와 미국의 법상황

이미 본 바와 같이, 미국에서뿐만 아니라 유럽에서도 혼인하지 아니한 부모의 공동친권이 가능하다. 본인이 아는 범위에서는 스위스가 공동친권의 가능성을 인정하지 않는 유일한 유럽국가일 것이다.⁽²⁷⁾ 흥미로운 점은, 나라마다 공동친권의 요건에 상당한 차이가 있다는 사실이다. 미국, 덴마크, 네덜란드, 오스트리아에서는 공동친권이 오직 법원의 재판을 통해서만 성립될 수 있는 반면,⁽²⁸⁾ 노르웨이, 스웨덴, 잉글랜드, 그리고 독일의 개정법률안은 혼인하지 아니한 부모의 단순한 의사표시으로써 충분한 것으로 규정하고 있다.⁽²⁹⁾ 물론 이 경우 부모의 의사표시는 일정한 방식을 갖추어야 하며, 또한 관할 관청에 대하여 행하여져야 한다. 이태리와 프랑스에서는 일정한 요건이 갖추어져 있는 경우에는 법률에 의하여 자동적으로 공동친권이 성립한다. 이태리에서는⁽³⁰⁾ 혼인외의 출생자가 부모 쌍방에 의하여 인지되고 또 부모가 사실상으로 동거하고 있는 경우가 이에 해당한다. 프랑스에서는⁽³¹⁾ 부모가 동거하여야 한다는 요건 외에 자녀가 출생일로부터 1년 이내에 부모 쌍방에 의하여 인지되는 것이 필요하다.

독일의 입법자는 모든 사람에게 투명하고 명확한 규정을 마련하기 위하여 부단히 노력하는 경향이 있다. 그러므로 그들에게 이태리와 프랑스의 입법례는 받아들일 만한 것이 되지 못하였을 것이다. 왜냐하면 제3자는 혼인하지 아니한 부모가 실제

(27) Vgl. Hegnauer, *Grundriß des Kindrechts*, 3. Auflage 1989, S. 168.

(28) 註 27 참조.

(29) Vgl. Dopffel(Fn. 4), S. 599.

(30) Vgl. Dopffel(Fn. 4), S. 599.

(31) Dopffel(Fn. 4), S. 599.

로 동거하는지의 여부를 알 수 없기 때문이다. 또한 제3자로서는 혼인하지 아니한 부모가 공동으로 친권을 행사하는지의 여부도 알 수 없는 것이다. 그렇지만 법원에 의한 친권자결정은, 법률이 정한 방식에 따라 관할 관청에 제출되는 친권에 관한 부모의 합의와 마찬가지로, 명확성의 확보를 가능하게 하는 것이다.

혼인외의 출생자에 대한 친권을 어머니로부터 아버지에게로 이전하는 것에 관하여 보면, 많은 나라는 어머니에게 우선권을 인정하고 있다.⁽³²⁾ 단지 스칸디나비아제국만이 이와 달리 규정하고 있을 뿐이다.⁽³³⁾ 이들 나라에서는 혼외자의 아버지가 법원으로 하여금 자신을 친권자로 지정하도록 설득하는 데는 자신이 어머니에 비하여 자녀의 양육에 더욱 적합하다는 것을 입증함으로써 충분하다. 이로써 이제까지의 생활관계를 가능한 한 그대로 유지하는 것이 자녀에게 주는 이익에 대하여 고려가 배풀어지는 것이다. 그리하여 친권자의 변경은 예외적인 경우에 국한된다. 본인의 생각으로는, 독일의 친자법의 개정에 있어서도 입법자는 어머니의 우선권을 인정하기를 포기하고 누가 친권자가 될 것인지는 오로지 자녀의 복리의 원칙에 따라 결정된다고 정하면 충분하리라고 본다. 실제에 있어서는 양육의 계속성 및 안정성을 확보한다는 측면에서 원칙적으로 어머니가 친권자가 되는 상황에 변화가 오지는 않겠지만, 그래도 자녀의 복리를 위하여 적합하다고 인정되는 경우에는 친권이 아버지에게 귀속될 수 있는 가능성도 인정될 수 있을 것이다.

IV. 면접교섭권

끝으로 면접교섭권에 대하여 간략하게 보기로 한다. 독일에서는 친권자가 아닌 부모의 일방은 면접교섭권을 가질 수 있다. 실제에 있어서 면접교섭권을 둘러싼 다툼이 생기는 것은, 부부가 별거하거나 이혼한 경우 또는 혼인외의 출생자의 모가 생부와 자녀의 접촉을 거부하는 때이다. 친척 또는 그 밖에 자녀와 가까운 사람들(예를 들면 전에 자녀를 돌보아 준 보호가정의 부모)의 면접교섭권은 독일법에 규정되어 있지 않다. 특별한 사정이 있는 경우에 법원은, 친권자가 면접교섭을 거부하는 것이 친권의 남용에 해당될 수 있으며(독일민법 제1666조) 그 경우 후견법원은 친권자의 의사에 반하여 면접교섭에 관한 규정을 마련할 수 있다는 논리를 전개하여, 법에 의하여 면접교섭권을 보장받지 못한 사람들의 처지를 배려하였다. 이러한 방법에 의하여 드문 예외적인 경우에는 자녀와 조부모 혹은 자녀와 보호가정의 부모 사이에 이미 형성되어 있는 친밀한 관계가 자녀의 복리를 위하여 유지될 수 있었다.

(32) Dopffel(Fn. 4), S. 604의 개관 참조.

(33) Vgl. Dopffel(Fn. 4), S. 604f.

「면접교섭권(Umgangsrecht)」이라는 말에서 이미 나타나듯이, 입법자는 애초에 이를 부모가 가지는 하나의 권리로서 생각하고 자녀의 복리에 대하여는 별로 고려하지 않았다. 독일에서 행하여진 최근의 개정논의과정에서 처음으로 자녀가 가지는 면접교섭권이 제안되었다. 이는 면접교섭권이 오로지 자녀의 이익을 위한 것이라는 생각에 기한 것이었다. 그러나 이 논의는 이론적 성질의 차원을 넘어서지 못하였다. 왜냐하면 자녀가 면접교섭권을 가진다고 하여도 면접교섭의무를 부담하는 부모가 이에 응할 의사가 없는 경우에는 이를 그의 의사에 반하여 관철시킬 방법이 없다는 사실이 바로 분명하게 되었기 때문이다. 그러므로 개정법률안은 친권자가 아닌 부모 일방의 면접교섭권이라는 개념을 장래에 있어서도 그대로 유지할 수밖에 없었다.

그러나 독일에서는, 부모의 면접교섭권뿐만 아니라, 제3자(친척이든 아니든)도 자녀와 접촉을 가지는 인물로서 그의 성장·발전에 매우 중요한 의미를 가질 수 있으므로 필요한 경우에는 그러한 제3자가 법원의 명령에 의하여 자녀와의 면접교섭을 관철할 수 있는 가능성이 열려 있어야만 한다는 점이 인식되었다. 자녀가 오랜 기간 동안 조부모, 형제자매, 보호가정의 부모 혹은 계부나 계모와 함께 살아왔기 때문에, 이러한 관계의 지속이 자녀에게 매우 중요하다고 인식되는 경우가 이에 해당하는 사례로서 상정되었다. 그러므로 독일연방정부의 개정법률안은 독일민법 시행 이후 처음으로, 부모뿐만 아니라(법률안 제1684조), 조부모, 형제자매, “전에 자녀와 가정생활을 공동으로 하였던, 부모 일방의 배우자 또는 종전의 배우자,” 그리고 “그 자가 있었던 보호가정의 구성원”(법률안 제1685조)도 면접교섭권을 갖는 것으로 규정하고 있다. 개정법률안은 자녀가 혼인중의 출생자인가 혼인외의 출생자인가에 따른 구별을 더 이상 채택하지 않고 있다. 이미 시대에 뒤떨어진, 그러나 아직까지 유효한 현행의 법규정은 혼인중의 출생자의 아버지에게만 면접교섭권을 인정하고(독일민법 제1634조), 혼인외의 출생자의 아버지에게는 원칙적으로 이를 부여하지 않는다(독일민법 제1711조).

개정법률안이 면접교섭권의 주체를 특정한 사람들, 즉 조부모, 형제자매, 계부나 계모 및 보호가정의 부모 등에 한정시키지 않고, 생활의 다양한 환경에 의하여 자녀와 밀접한 관계를 맺은 모든 사람들로 범위를 확대시켰으면 더 좋았을 것이라는 점에서, 여전히 비판의 여지는 남아 있다. 삼촌이나 이모, 고모 그리고 자녀와 친밀한 인간관계를 형성한 그 외의 모든 사람들이 이러한 범위에 들어 갈 수 있을 것이다. 또한 세계적으로 볼 때에도 면접교섭권을 오로지 자녀의 복리라는 관점에서 파악하려는 경향이 점점 강해지고 있다.⁽³⁴⁾

(34) 스페인(민법 제160조), 프랑스(민법 제371조의4 제2항), 스위스(민법 제274조a) 참조.

V. 맺음말

마지막으로 독일연방정부의 개정법률안의 기본사상을 다시 한번 간략하게 정리해 본다면, 기본적으로 다음과 같은 세 가지 측면으로 요약될 수 있을 것이다.

첫째, 이제까지 존재하는 혼인중의 출생자와 혼인외의 출생자 사이의 구별이 폐지된다. 혼인 유사의 공동생활관계는 법률혼에 더욱 근접한 법적 지위를 가지게 된다.

둘째, 국가는 혼인생활관계 혹은 혼인 유사의 공동생활관계가 파탄된 경우에 있어서의 부모와 자녀 사이의 관계형성과 관련한 문제를 우선적으로 자녀의 부모에게 위임한다. 이로써 가족생활의 사적 성격(Privatheit)이 더욱 강화되었다.

셋째, 부모와 자녀의 관계를 법적으로 규율함에 있어서 부모의 권리보다는 자녀의 복리가 점점 더 전면에 대두되고 있다.

가족관계가 법적으로 어떻게 규율될 것인가를 결정하는 주체는 입법자 자신이라기보다는 결국에 있어서는 사회현실이라고 볼 수 있다. 왜냐하면 가족법은 언제나 단지 사회현실의 거울에 불과하기 때문이다.