

맘마미아 !

□ 부모와 자

I. 의의

친자관계는 부모와 자녀 사이의 법률관계를 말한다. 민법상 친자관계에는 친생친자관계(출생이라는 혈연에 의한 관계)와 법정친자관계(입양이라는 법률행위에 의한 관계)가 있다.

친생자는 ‘혼인중의 출생자’와 ‘혼인외의 출생자’로 나뉜다.

II. 친자의 성(親別姓)

1. 자(子)는 원칙적으로 부(父)의 성(姓)과 본(本)을 따르되, 다만 부모가 혼인신고 시 모(母)의 성과 본을 따르기로 합의한 경우에는 모의 성과 본을 따르도록 하였다.
2. 혼인외의 출생자가 인지된 경우 자(子)는 부모의 합의에 따라 종전의 성과 본을 계속 사용할 수 있고, 부모가 합의할 수 없거나 합의가 이루어지지 않으면 자(子)는 법원의 허가를 받아 종전의 성과 본을 계속 사용할 수 있다.
3. 부(父)가 외국인인 경우에는 자(子)는 모(母)의 성과 본을 따를 수 있다.
4. 부(父)를 알 수 없는 자(子)는 모(母)의 성과 본을 따른다. 모(母)도 알 수 없는 자(子)는 법원의 허가를 받아 성과 본을 창설한다. 다만 창설 후 부(父) 또는 모(母)의 성과 본을 알게 된 때에는 부(父) 또는 모(母)의 성과 본을 따를 수 있다.
5. 자(子)의 복리를 위하여 자(子)의 성과 본을 변경할 필요가 있을 때에는 부모 또는 자(子)의 청구에 의해 법원의 허가를 받아 이를 변경할 수 있다. 다만 자(子)가 미성년자이고 법정대리인이 청구할 수 없는 경우에는 민법 제777조의 규정에 따른 친족 또는 검사가 청구할 수 있다.

□ 친생자

I. 혼인중의 출생자

1. 친생자추정을 받는 혼인중의 출생자(親別姓 제844조)

처가 혼인 중에 포태한 자는 부의 자로 추정하는데, 포태 여부를 객관적

목차

- 부모와 자
- 친생자
- 양자
- 친권
- 부양

NOTE

으로 알기 어려우므로 민법은 혼인성립의 날부터 200일 후, 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 출생한 자는 혼인 중에 포태한 것으로 추정한다. 친생자추정을 받는 혼인 중의 출생자는 친생부인의 소에 의해서만 부자관계를 부인할 수 있다. 친생자 추정을 받으면 친생부인의 소로써 부자관계가 부인되지 않는 한 친생자관계존부확인이나 타인의 자로 인지하는 것은 허용되지 않는다.

< 민법 제844조 제2항 중 “혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자”에 관한 부분에 대한 헌법불합치결정(헌법재판소 2015. 4. 30. 2013헌마623 결정) >

1. 심판대상조항은, 母와 夫의 혼인관계가 종료된 이후에 子가 출생하였고 그 子의 生父임이 명백한 자가 그 子를 인지하려는 경우마저도, 아무런 예외 없이 혼인 종료 후 300일 이내에 출생한 子를 전남편인 夫의 친생자로 추정함으로써, 오직 친생부인의 소를 통해서만 그 친생추정을 번복하도록 하고 있다. 이러한 심판대상조항으로 인하여, 혼인종료 후 300일 이내에 출생한 子의 출생신고와 관련하여 다양한 편법행위가 발생하고 있다.
2. 이러한 문제는 1958년 민법 제정 당시의 기준에서 만들어진 ‘혼인종료 후 300일’이란 친생추정의 기준이 그동안의 근본적인 시대변화에 따라가지 못하여 그 합리성을 상실하였기 때문에 발생한 것이므로, 이를 해결하기 위하여는 변화된 현실과 시대적 상황을 법의 테두리 안에 넣을 필요성이 있다.
3. 외국의 입법례에서도 300일을 친생추정에 있어 일응의 기준으로 삼는 국가들이 있으나, 친생추정 기준의 구체적 내용과 그 예외 인정 여부에 관한 사정은 우리와 다르다. 가령 일본 민법의 경우에는, 혼인종료 후 300일 이내에 출생한 자를 전남편의 친생자로 추정하는 것이 실태에 맞지 아니함을 고려하여, 2007년 법무성 지침을 통하여 혼인종료 후 300일 이내에 출생한 자라도 의사의 증명서에 의하여 그 포태가 혼인 중에 이루어지지 않았음이 의학적으로 증명되면 그 친생추정을 제한하도록 하고 있다. 또한 독일의 경우에는, 전남편과의 혼인 중에 출생한 자라도 그 출생일이 이혼소송 계속 이후이고 생부가 그 자를 인정한 경우라면 부의 친생추정을 제한함으로써, 친생추정으로 인한 문제점을 해결하기 위하여 노력하고 있다.
4. 헌법재판소의 이 사건 결정은, 민법 제정 이후 사회적·의학적·법률적 사정변경을 전혀 반영하지 아니한 채 아무런 예외 없이 일률적으로 300일의 기준만 강요함으로써 가족 구성원이 겪는 구체적인 불이익에 대한 해결책을 마련하지 아니하고 있는 심판대상조항이, 입법형성의 한계를 벗어난 것으로서 母가 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권 및 행복추구권, 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해하여 헌법에 합치되지 아니한다는 점을 분명하게 확인한 사건이다.
5. 해결 : 민법 제855조의2(인지의 허가 청구) 신설(2017.10.31.)

더 알아보기

□ 헌법불합치결정

헌법불합치결정이라 함은 법률의 위헌성을 인정하면서도 입법자의 입법형성의 자유를 존중하고 법의 공백과 혼란을 피하기 위하여 일정기간 해당 법률이 잠정적인 계속효를 가진다는 것을 인정하는 결정형식이다. 이러한 결정이 있을 경우 그 법률은 위헌법률이 되지만 당분간 법률로서 그 효력을 지속한다.

NOTE

2. 친생자추정을 받지 않는 혼인중의 출생자(민법 제865조)

혼인이 성립된 날로부터 200일이 되기 전에 출생한 자는 친생자의 추정을 받지 못하며, 이 경우에는 친생자관계 부존재 확인의 소에 의하여 부자관계를 부정할 수 있다.

3. 친생부인의 소(민법 제846조 내지 제854조)

(1) 친생부인의 소는 부부의 일방이 그 자의 친생자 추정을 번복해서 친자관계를 부정하기 위하여 제기하는 소이다.

(2) 친생부인의 소는 원칙적으로 부 또는 처만이 제기할 수 있으나, 남편이나 아내가 피성년후견인인 경우 그의 성년후견인이 성년후견감독인의 동의를 받아 제기할 수 있고, 성년후견감독인이 없거나 동의할 수 없을 경우 가정법원에 그 동의를 갈음하는 허가를 청구할 수 있다. 또한 성년후견인이 소를 제기하지 않는 경우 피성년후견인은 성년후견종료의 심판이 있는 날로부터 2년 내에 소를 제기할 수 있다. 그리고 부 또는 처가 유언으로 부인의 의사를 표시한 때에는 유언집행자가 소를 제기하여야 한다. 그런가 하면 부가 자의 출생 전에 사망하거나 부 또는 처가 친생부인의 사유가 있음을 안 날로부터 2년 내에 사망한 경우, 부 또는 처의 직계존속이나 직계비속에 한하여 그 사망을 안 날로부터 2년 내에 소를 제기할 수 있다.

(3) 부 또는 처가 다른 일방 또는 자를 상대로 하여 그 사유가 있음을 안 날로부터 2년 내에 제기하여야 한다. 이때 상대방이 될 자가 모두 사망한 때에는 그 사망을 안 날부터 2년 내에 검사를 상대로 하여 친생부인의 소를 제기할 수 있다.

4. 부를 정하는 소

재혼한 여자가 자를 출산하였는데 전(前)혼배우자와 재혼배우자의 친생자추정이 충돌되는 경우, 즉 자의 출생 시점이 전혼의 해소일로부터 300일 이내, 후(後)혼의 성립 시부터 200일 이후에 해당하는 경우에 당사자는 부를 정하는 소를 제기할 수 있다.

II. 혼인외의 출생자

혼인외의 출생자는 부모가 혼인하지 않은 상태에서 출생한 자이다.

1. 인지(민법 제855조 내지 제865조)

인지란, 혼인외의 출생자의 생부 또는 생모가 그를 자기의 자로 인정하여 법률상의 친자관계를 발생시키는 일방적인 의사표시이다.

(1) 임의인지

① 인지권자 : (i) 혼인외의 출생자는 그 생부나 생모가 임의로 인지할 수 있으며, 가령 생부가 인지를 하는 경우 자(子)나 모(母)의 동의는 필요 없다. (ii) 인지를 함에 있어서는 의사능력만 있으면 되며, 행위능력은 요구하지 않는다. 다만 부가 피성년후견인인 때에는 성년후견인의 동의를 얻어 인지할 수 있다.

② 피인지자 : 자가 사망한 후에도 그 직계비속이 있는 때에는 이를 인지할 수 있다. 부는 포태 중에 있는 자에 대하여도 이를 인지할 수 있다.

③ 인지의 방법 : (i)인지는 ‘가족관계 등록 등에 관한 법률’의 정하는 바에 의하여 신고함으로써 그 효력이 생긴다. 이는 창설적 신고이다. (ii)인지는 유언으로도 할 수 있다. 이 경우 유언집행자가 이를 신고하여야 한다.

④ 인지무효의 소 : 인지무효의 소란, 임의인지를 무효라고 주장하면서 인지로 생긴 외관상 법적 부자관계를 소멸시키는 것을 목적으로 하는 확인의 소이다.

⑤ 인지취소의 소 : 사기, 강박 또는 중대한 착오로 인하여 인지를 한 때에는 사기나 착오를 안 날 또는 강박을 면한 날로부터 6월 내에 가정법원에 그 취소를 청구할 수 있다.

⑥ 인지 이의의 소 : 자 기타 이해관계인은 인지의 신고가 있음을 안 날로부터 1년 내에 인지에 대한 이의의 소를 제기할 수 있다.

(2) 강제인지

① 의의 : 부 또는 모가 임의인지를 하지 않고 있는 경우, 자와 그 직계비속 또는 그 법정대리인은 부 또는 모를 상대로 하여 가정법원에 인지청구의 소를 제기할 수 있다.

② 법적성질 : 부에 대한 인지청구는 형성의 소에 해당하고, 모에 대한 인지청구는 확인의 소에 해당한다. 인지청구권은 포기할 수 없는 권리이다.

(3) 인지의 효과

인지는 그 자의 출생 시에 소급하여 효력이 생긴다. 이로 인해 부양의무, 상속권, 양육책임과 면접교섭권이 생긴다. 그러나 제3자의 취득한 권리를 해하지 못한다.

(4) 준정

준정이란, 혼인외의 출생자가 그 부모의 혼인으로 인해 혼인중의 출생자

의 지위를 취득하는 제도이다. 민법은 혼인에 의한 준정만을 규정하고 있으나, 통설은 혼인 중의 준정, 혼인 해소 후의 준정, 사망한 자에 대한 준정도 인정한다.

III. 친생자관계존부확인의 소(민법 제865조)

1. 의의

친생자관계존부확인의 소란, 특정인 사이의 친생자관계의 존부의 확인을 구하는 소이다.

2. 소의 제기

(1) 당사자

① 원고 : 부를 정하는 소, 친생부인의 소, 인지에 대한 이의의 소, 인지청구의 소의 규정에 의하여 원고적격이 인정되는 사람이 제기할 수 있다.

② 피고 : 직접 당사자(부, 모, 자)가 피고이다. 부자관계의 확인소송에서 모는 피고가 아니다.

(2) 제소기간

원칙적으로 기간 제한이 없다. 단, 피고가 사망한 경우 사망사실을 안 날로부터 2년 내에 검사를 상대로 한다. 그 기간의 기산점은 당사자 쌍방이 모두 사망한 경우에는 당사자 쌍방 모두가 사망한 사실을 안 날부터 기산한다는 것이 판례의 태도이다(대판 2004. 2. 12, 2003므2503).

3. 판결의 확정 및 효력

(1) 판결이 확정되면 소를 제기한 사람은 판결의 확정일로부터 1개월 이내에 판결의 등본 및 그 확정증명서를 첨부하여 가족관계등록부의 정정을 신청하여야 한다.

(2) 친생자관계의 존부확인에 대해서는 조정·재판상 화해가 성립되더라도 효력이 없다.

(3) 청구를 인용하는 판결이 확정되면, 그 판결은 제3자에게도 영향을 미친다.

□ 양자

I. 입양의 성립(민법 제866조 내지 제882조의2)

1. 입양의 의의

입양이란, 양친자관계를 창설할 것을 목적으로 하는 양자와 양친 사이의 합의이다.

2. 입양의 성립요건

(1) 실질적 요건

① 당사자의 입양의 합의

② 양자에 대한 요건 : (i) 미성년자인 경우 가정법원의 허가, 법정대리인의 동의나 승낙, 부모의 동의가, (ii) 성년자인 경우 부모의 동의, (iii) 피성년후견인인 경우 성년후견인의 동의가 필요하다.

③ 양부모에 대한 요건 : 성년자이어야 하고, 배우자가 있는 경우 부부가 공동으로 입양해야 한다.

(2) 형식적 요건

입양신고를 함으로써 그 효력이 생긴다.

3. 입양의 효과

양자는 입양된 때부터 양부모의 친생자와 같은 지위를 가진다. 양자의 입양 전의 친족관계는 존속한다.

II. 파양(민법 제898조 내지 제908조)

1. 파양의 의의

파양은 유효하게 성립한 양친자관계를 인위적으로 해소하는 것이다.

2. 협의상 파양

양부모와 양자는 협의하여 파양할 수 있다. 다만, 양자가 미성년자 또는 피성년후견인인 경우에는 파양할 수 없다. 양부모가 피성년후견인인 경우 성년후견인의 동의를 받아 협의하여 파양할 수 있다.

3. 재판상 파양

양부모, 양자 또는 제906조에 따른 청구권자는 다음에 해당하는 경우에는 가정법원에 파양을 청구할 수 있다.

- (1) 양부모가 양자를 학대 또는 유기하거나, 그 밖에 양자의 복리를 현저히 해친 경우
- (2) 양부모가 양자로부터 심히 부당한 대우를 받은 경우
- (3) 양부모나 양자의 생사가 3년 이상 분명하지 아니한 경우
- (4) 그 밖에 양친자관계를 계속하기 어려운 중대한 사유가 있는 경우

4. 파양의 효과

- (1) 파양으로 인하여 양친자관계 및 입양으로 인한 친족관계는 소멸된다. 따라서 입양으로 인하여 발생하였던 친자로서의 법률효과는 모두 소멸한다. 그리고 양자가 미성년자인 경우 친생부모의 친권이 부활한다.
- (2) 재판상 파양의 경우, 과실 있는 상대방에 대하여 이로 인한 재산적·정신적 손해배상을 청구할 수 있다.

III. 친양자(민법 제908조의 2 내지 8)

1. 친양자의 의의

입양이 이루어진 때에도 친생부모와의 친족관계는 종료되지 않고, 협의상 파양이 인정되며, 재판상 파양 사유도 폭넓게 인정된다. 하지만 친양자 제도는 양자와 친부모와의 관계를 완전히 끊고 양자를 양부모의 친자와 동일하게 취급하는 제도로, 친양자는 혼인 중의 출생자가 되어 친생부모와의 친족관계가 모두 단절된다.

2. 친양자 입양의 요건

친양자(親養子)를 입양하려는 사람은 다음 각 호의 요건을 갖추어 가정법원에 친양자 입양을 청구하여야 한다.

- (1) 3년 이상 혼인 중인 부부로서 공동으로 입양할 것. 다만, 1년 이상 혼인 중인 부부의 한쪽이 그 배우자의 친생자를 친양자로 하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- (2) 친양자가 될 사람이 미성년자일 것.

(3) 친양자가 될 사람의 친생부모가 친양자 입양에 동의할 것. 다만, 부모가 친권상실의 선고를 받거나 소재를 알 수 없거나 그 밖의 사유로 동의할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

(4) 친양자가 될 사람이 13세 이상 : 법정대리인의 동의를 받아 입양을 승낙할 것.

(5) 친양자가 될 사람이 13세 미만 : 법정대리인이 그를 갈음하여 입양을 승낙할 것.

3. 친양자 입양의 효과

(1) 친양자는 부부의 혼인 중 출생자로 본다.

(2) 친양자의 입양 전의 친족관계는 친양자 입양이 확정된 때에 종료한다. 다만, 부부의 일방이 그 배우자의 친생자를 단독으로 입양한 경우에 있어서의 배우자 및 그 친족과 친생자 간의 친족관계는 그러하지 아니하다.

□ 친권

I. 친권의 의의

친권이란, 부모가 미성년의 자(子)에 대하여 가지는 권리를 말한다. 친권은 부모가 미성년의 자(子)를 보호, 교양하는 권리임과 동시에 의무이다. 판례도 “친권은 미성년인 자의 양육과 감호 및 재산관리를 적절히 함으로써 그의 복리를 확보하도록 하기 위한 부모의 권리이자 의무의 성격을 갖는 것”이라고 하였다(대결 1993. 3. 4. 93스3도).

II. 친권의 성립

1. 혼인 중의 출생자

부모는 미성년의 자의 친권자가 된다(민법 제909조 제1항 전문). 부모가 공동으로 친권을 행사하되, 부모의 의견이 불일치하면 당사자의 청구에 의해 가정법원이 친권의 행사방법을 정한다. 부모의 일방이 친권을 행사할 수 없을 때에는 다른 일방이 친권을 행사한다(민법 제909조 제3항).

2. 양자

양부모가 친권자가 되고(민법 제909조 제1항 후문), 친권행사의 방법은 혼인 중의 출생자와 같다.

3. 혼인외의 출생자 또는 부모의 이혼

부(父)의 인지가 되지 않은 경우, 모(母)가 친권자가 된다. 그러나 부의 인지가 된 경우와 부모가 이혼하는 경우에는 부모의 협의로 친권자를 정한다. 만약 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 않는 경우에는 가정법원은 직권으로 또는 당사자의 청구에 따라 친권자를 지정해야 한다 (민법 제909조 제4항).

4. 친권자 지정

부모가 이혼한 경우, 혼인외의 자가 인지된 경우, 혼인이 취소된 경우에 있어 단독 친권자로 정해진 부모의 일방이 사망한 경우, 생존하는 부 또는 모, 미성년자, 미성년자의 친족은 그 사실을 안 날로부터 1개월, 사망한 날로부터 6개월 내에 가정법원에 친권자 지정을 청구할 수 있다. (민법 제909조의2 제1항)

최진실법 - 인지나 이혼 후 단독친권자로 지정된 친(親)이 사망한 경우 관하여 종래 친권자 지정에 의하여 다른 일방이 친권이 소멸하였으므로 후견이 개시된다는 견해와 부모의 다른 일방이 친권자로 된다는 견해가 나뉘었는데, 판례는 다른 일방의 친권이 자동으로 부활한다고 보았다. 이는 영화배우 최진실의 자살로 인해 사회 이슈화되어, 2011년 개정에 의하여 입법적으로 해결되었다.

III. 친권의 내용

친권을 행사함에는 자의 복리를 우선적으로 고려하여야 한다(민법 제912조).

1. 자녀의 신분에 관한 권리와 의무

친권자는 자녀를 보호하고 교양할 권리와 의무가 있다. 이를 위해 필요한 범위 안에서 자녀의 거소를 지정할 수 있고, 필요한 징계를 스스로 하거나 법원의 허가를 얻어 감화 또는 교정기관에 위탁할 수 있다. 또한 자(子)의 인도청구권과 신분상의 행위에 대한 대리권(상속의 승인, 인지청구의 소제기 등) 및 동의권(친족법상의 일정한 행위)을 가진다.

2. 자녀의 재산에 관한 권리와 의무

자녀가 자기의 명의로 취득한 재산은 특유재산으로 하고, 법정대리인인 친권자는 이를 관리한다. 이때 친권자가 자녀의 재산관리권을 행사함에는 자기의 재산에 관한 행위와 동일한 주의를 해야 한다.

만약, 무상으로 자녀에게 재산을 수여한 제3자가 친권자의 관리에 반대하는 의사를 표시하면 친권자는 그 재산을 관리하지 못한다. 이 경우 제3자가 그 재산에 대한 재산관리인을 지정할 수 있고, 지정하지 않은 때에는 재산을 받은 자 또는 그 친족의 청구에 의해 관리인을 선임할 수 있다.

IV. 친권의 상실

친권은 친권자 또는 자녀의 사망, 자녀의 성년 도달로 소멸한다. 또한 부모가 친권을 남용하거나 현저한 비행, 기타 친권을 행사할 수 없는 중대한 사유가 있는 때에 법원은 친족 또는 검사의 청구에 의해 그 친권의 상실을 선고할 수 있다.

또 분가·혼인·이혼·입양·파양·인지 또는 인지취소 등의 원인으로 친권자와 자녀의 친권은 소멸한다.

□ 부양

일정한 범위의 친족 사이에는 상호 부조할 권리와 의무가 있다. 이러한 사적 부양제도로 부모와 자 사이 및 부부 사이의 제1차적 부양과 친족 간의 제2차적 부양이 있다.

I. 부양의 종류

1. 제1차적 부양(생활유지의 부양)

부부간의 부양 및 부모와 미성년의 자의 부양의무를 말한다. 이는 공동 생활에 의하여 본질적으로 요구되며 부양의 필요성 및 가능성을 따지지 않는다.

2. 제2차적 부양(생활부조의 부양)

주로 친족 사이의 부양을 의미하며, 협의의 부양이라고도 한다. 자기의 생활에 여유가 있는 경우, 일반 친족에게 최소한도의 생활을 보장시켜주는 관계이다.

II. 부양의 당사자

부양의무는 친족인 직계혈족 및 그 배우자 사이 기타 생계를 같이하는 친족 사이에 생긴다.

III. 부양의 순위

부양의 의무가 있는 자가 여러 명이 있는 때에는 당사자 사이의 협정으로 순위를 정한다. 만약 협정이 이루어지지 않거나 협정할 수 없을 때에는 법원이 당사자의 청구에 의하여 순위를 정한다. 부양을 받을 권리자가 여러 명이고 부양의무자의 자력이 그 전원을 부양할 수 없는 때도 같은 방식으로 부양을 받을 권리자의 순위를 정한다.

IV. 부양의 정도와 방법

부양의 정도 또는 방법에 관하여 당사자 간에 협정이 없는 때에는 법원은 당사자의 청구에 의하여 부양을 받을 자의 생활정도와 부양의무자의 자력 기타 제반사정을 참작하여 이를 정한다.

V. 부양청구권의 성질

부양청구권은 신분관계를 기초로 하는 일신전속권이기 때문에 이를 처분 행사할 수 없다. 즉, 상속·양도·포기를 할 수 없다. 또 강제집행에 의해 압류당하지도 않는다. 그러나 제3자에 의하여 부양청구권이 침해되었을 때에는 그 손해에 대해 배상 청구가 가능하다.