한국가정법률상담소 창립 63주년 기념 심포지엄

현행 민법상 친생추정조항의 문제점과 개선방안

친생추정,

배제사유는 + 늘리고,

불필요한 추정은 − 줄여주세요.

자녀의 행복이 × 배가 되도록,

모두에게 공평한 출생등록권을 ÷ 나누어주세요.

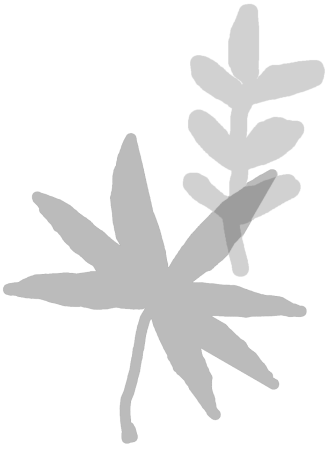
일시 ▷ 2019년 10월 18일(금) 오후2시

장소 ▷ 한국가정법률상담소 강당

법률구조법인
한국가정법률상담소

한국가정법률상담소 창립 63주년 기념 심포지엄

현행 민법상 친생추정조항의 문제점과 개선방안



법률구조법인
한국가정법률상담소

2015년 헌법재판소는 혼인관계 종료 후 300일 내에 출생한 자녀가 전남편의 친자가 아님이 명백한 경우에도 전남편의 자녀로 출생신고한 후 친생부인의 소를 제기해야 했던 법 조항의 문제점을 지적하고 이에 대한 개정을 요구한 바 있습니다. 이에 따라 2017년 민법이 개정되었으나 출생신고 규정과 조화가 되지 않고 아동의 권리를 침해한다는 점에서 비판이 있습니다.

특히 혼인관계 종료 후 300일 이내에 출생한 자녀를 모의 전남편의 친생자로 추정하는 규정을 유지함으로써 여전히 법의 장벽에 막혀 출생신고가 지연되거나 당사자들에게 경제적 · 정신적 고통이 과중되는 문제가 해소되지 않고 있습니다. 이에 한국가정법률상담소에서는 전문가들을 모시고 친생추정조항의 문제점을 검토하고 개정방향을 논의하고자 합니다. 아울러 본 심포지엄에서는 지난 6월 대법원 공개변론에서 다루어진, 혈연이 배치되는 자녀에 대하여는 언제든지 친자관계를 부인할 수 있는가의 문제를 포함한 친생추정과 친생자관계 등에 관한 다양한 논의와 개정방안이 제시될 예정입니다.

이 자리에 참석하셔서 귀한 의견을 나누어 주시는 모든 분들께 진심으로 감사드립니다.

2019. 10

법률구조법인 한국가정법률상담소 소장 곽 배 희

목 차

| 주제발표 |

친생추정에 관한 쟁점 ····· 7

김 상 용 중앙대 법학전문대학원 교수

| 토론발표 |

친생 추정 관련 토론문 ····· 73

배 인 구 법무법인 로고스 변호사

토론문 ····· 81

송 효 진 한국여성정책연구원 연구위원

제854조의2에 따른 친생부인의 허가 청구 및
민법 제855조의2에 따른 인지의 허가 청구에 관한 법원의 실무례 ····· 87

신 일 수 수원가정법원 판사

“친생추정에 관한 쟁점”에 대한 토론문 ····· 99

- 프랑스민법상 친자관계를 중심으로 -

안 문 희 사법정책연구원 연구위원

현행 민법상 친생추정 조항의 문제점과 개선방안 토론문 ····· 103

차 선 자 전남대 법학전문대학원 교수

친생추정에 관한 쟁점

김 상 용

중앙대 법학전문대학원 교수

I. 들어가는 말

민법[1] 제844조에 따르면 아내가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀는 남편의 자녀(친생자)로 추정되어 출생과 동시에 그 사이에 법률상의 부자관계가 발생한다(친생추정제도). 자녀와 모의 남편 사이에 혈연(유전자형)이 배치되는 사정이 있다고 해도 친생추정의 효과는 영향을 받지 않는다. 즉 모가 혼외관계에서 자녀를 임신하여 출산한 경우라고 해도 일단 그 자녀와 모의 남편 사이에는 법률상 부자관계가 발생한다(모와 모의 남편, 즉 법률상의 아버지는 그 자녀를 혼인중의 자로 출생신고를 할 의무가 있다).[2] 다만 이런 경우에는 모 또는 모의 남편이 그 사유를 안 날(자녀와 모의 남편 사이에 혈연관계가 없다는 사실을 안 날)부터 2년 내에 친생부인의 소를 제기할 수 있으며(제846조, 제847조), 친생부인판결이 확정되면 법률상의 부자관계는 자녀의 출생 시로 소급하여 소멸하게 된다(친생부인제도).

---

1) 이하에서 민법 조문은 별도로 법명을 표시하지 않는다.

2) 가족관계등록법 제46조, 제47조.

친생추정제도에 따라 모가 혼인 중에 자녀를 임신하여 출산한 경우에는 – 어떠한 의사표시나 절차를 거치지 않고 – 일단 자녀와 모의 남편 사이에 법률상 부자관계가 발생하므로, 현실에 서는 혈연관계와 일치하지 않는 법률상의 부자관계가 성립할 가능성을 배제할 수 없다. 이런 경우에는 친생부인제도에 의해서 혈연관계와 일치하지 않는 법률상의 부자관계를 소멸시킬 수 있으나, 민법은 원칙적으로 모와 모의 남편에게만 친생부인의 소를 제기할 수 있는 원고적격을 인정하고, 제소기간에도 엄격한 제한을 두고 있다.

친생추정과 친생부인에 관한 이러한 입법태도는 외국의 입법례에서도 공통적으로 볼 수 있다. 친생추정제도는 로마법에서 확립된 이래로 각국의 입법례에 반영되어 있으며("모가 혼인 중에 임신, 출산한 자녀의 아버지는 모의 남편이다."), 친생추정에 의하여 성립한 법률상의 부자관계가 혈연과 일치하지 않는 경우에 그 추정을 번복하여 법률상의 부자관계를 소멸시킬 수 있는 친생부인제도 역시 각국의 입법례에 공통적으로 규정되어 있다. 또한 대부분의 입법례가 친생부인의 소를 제기할 수 있는 원고적격자의 범위와 제소기간에 제한을 두고 있다는 점도 같다.

그런데 사회가 변화하고 과학기술이 발달하면서 친생추정제도에 대한 문제의식이 표출되었으며, 그와 함께 개정의 요구도 제기되었다. 우선 사회의 변화와 관련하여 보면, 현대사회에서 성적 자유가 확대되는 경향이 나타나면서 아내가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀가 남편의 자녀가 아닌 경우가 증가하였다. 이러한 배경에서 아내가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀라고 해도 남편의 자녀가 아닐 개연성이 높은 경우에는 처음부터 친생추정의 효력이 발생하지 않도록 친생추정을 배제하자는 주장이 제기되었다. 이러한 주장은 모가 혼인 중에 임신하였다고 해도 이혼 후에 자녀를 출산한 경우에는 전 남편의 친생자로 추정되지 않도록 처음부터 친생추정을 배제하는 법개정으로 귀결되었다(독일, 오스트리아, 스위스, 네덜란드, 노르웨이, 덴마크, 스웨덴). 다른 한편으로는 과학기술의 발달로 혈연에 따른 친자관계를 거의 100% 가려낼 수 있게 되면서 혈연관계와 일치하지 않는 법률상의 부자관계를 소멸시킬 수 기회를 더 넓혀야 한다는 주장이 제기되었다. 이러한 주장은 '자신의 친생부모를 알 권리'가 인간의 기본권으로 인정되는 경향과 더불어 더욱 강하게 표출되었으며, 친생부인의 소를 제기할 수 있는 원고적격자의 범위를 확대하는 법개정으로 이어졌다. 이에 따라 자녀와 생부에게도 친생부인의 소를 제기할 수 있는 원고적격을 인정하는 입법례가 늘어났다.

그러나 이러한 개정 경향에도 불구하고 친생추정제도는 여전히 각국의 입법례에 확고하게 뿌리내리고 있으며, 친생부인의 소를 제기할 수 있는 원고적격자의 범위와 제소기간도 여전히 엄격한 제한을 받고 있다. 이러한 결과는, 사회의 변화와 과학기술의 발달에 힘입어 혈연진실주의에 대한 요구가 높아진 것은 사실이지만, 그렇다고 해서 친자관계의 성립과 존속에 있어서 혈연이 유일한 기준이 될 수는 없다는 것을 보여주고 있다. 친자관계의 성립과 존속의 문제에 있어서는 혈연의 진실 이외에 자녀의 복리, 가정의 평화와 같은 다른 법익도 균형 있게 고려될 필요가 있으며, 각국의 친생추정제도와 친생부인제도는 이러한 가치관을 일정한 수준에서 반영하고 있다.

우리사회에서도 최근에 친생추정과 관련된 논의들이 계속해서 이어지고 있다. 헌법재판소가 2015년에 친생추정에 관한 제844조 제2항 중 “혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자” 부분에 대해서 헌법불합치선고를 내린 것을 계기로 민법 제844조가 개정되고, 친생부인의 허가청구(제854조의2) 및 인지의 허가청구(제855조의2)에 관한 규정이 신설되었다. 이에 따라 혼인관계가 종료된 날부터 300일 내에 출생한 자녀는 개정 전과 다름없이 모의 전 남편의 자녀로 추정되어 일단 법률상 부자관계가 발생하지만, 모나 모의 남편은 자녀의 출생신고를 미룬 상태에서 친생부인의 허가 심판을 받아 법률상의 부자관계를 소멸시킬 수 있게 되었다(제854조의2). 또한 생부는 – 모나 모의 남편이 자녀의 출생신고를 하지 않은 경우에 한하여 – 인지의 허가 심판을 받아 자녀와 모의 남편 사이에 발생한 법률상의 부자관계를 소멸시키고 인지에 갈음하는 출생신고를 할 수 있게 되었다(제855조의2).

한편 친생추정에 관한 문제는 재판에서도 쟁점이 되고 있다. 모가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀와 모의 남편(법률상의 아버지) 사이에 혈연(유전자형)이 배치되는 경우에 친생추정이 미치지 않는 것으로 보아서 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있다는 하급심 판결이 이어지면서 ‘친생추정이 미치지 않는 자’의 법리를 어느 범위까지 적용할 수 있는가에 대한 논쟁도 계속되고 있다.

친생추정에 관한 논쟁은 결국 친자관계의 성립과 존속의 문제에 있어서 혈연진실주의와 자녀의 복리 그리고 가정의 평화와 같은 다양한 법익을 어떻게 조화롭게 실현시킬 수 있는가의 문제로 귀결된다. 이 발표문에서는 이러한 관점에 근거하여 ① 친생추정에 관한 2017년 개정민법 규정의 문제점과 ② 부자간에 혈연(유전자형)이 배치되는 경우에 ‘친생추정이 미치지 않는 자’의 법리를 어느 범위까지 적용할 수 있을 것인가

의 문제에 대해서 검토한다. 그리고 ②의 쟁점과 관련된 문제로서 ③ 부자간에 혈연이 배치되는 경우에 친생추정이 미치지 않는 것으로 보아서 친생자관계는 존재하지 않지만, 입양의 실질적 요건이 갖추어져 있었다면 양친자관계의 성립을 인정할 수 있다는 법리에 대해서도 분석한다.

Ⅱ. 친생추정에 관한 2017년 개정민법 규정의 문제점

2015년 헌법재판소는 민법 제844조 제2항 중 "혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자"에 관한 부분이 모가 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권 및 행복추구권, 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해한다고 보고, 심판대상조항에 대해서 헌법불합치결정을 선고하였다.[3] 이 헌법재판소 결정에 따라 법무부가 개정안을 마련하여 국회에 제출하였고,[4] 국회 법제사법위원회는 이를 기초로 대안을 제안하였다. 이 대안이 2017년 9월 28일 국회를 통과하여 2017년 10월 31일 공포되었다.[5]

이에 따라 제844조(남편의 친생자의 추정)가 개정되었고, 제854조의2(친생부인의 허가 청구)와 제855조의2(인지의 허가 청구)가 신설되었다. 이외에 관련된 가사소송법과 가사소송규칙도 일부 개정되었다. 이하에서 이 규정들의 문제점에 대해서 살펴본다.

1. 개정법 규정과 출생신고에 관한 가족관계등록법 규정의 부조화

(1) 개정민법 규정

개정법과 관련하여 첫 번째로 제기할 수 있는 문제점은 가족관계등록법에 따른 출

3) 헌재결 2015. 4. 30. 2013헌마623.

4) 2017년 4월 5일 국회에 상정되었음. 법무부안에 대한 해설은 윤진수, 친생추정에 관한 민법개정안, 가족법연구 제31권 1호(2017. 3), 1면 이하 참조.

5) 법률 제14965호. 2018년 2월 1일 시행.

생신고 규정과의 조화를 전혀 고려하지 않았다는 점이다. 이와 관련하여 우선 개정민법의 규정을 보면 다음과 같다.

제844조(남편의 친생자의 추정) ① 아내가 혼인 중에 임신한 자녀는 남편의 자녀로 추정한다.

② 혼인이 성립한 날부터 200일 후에 출생한 자녀는 혼인 중에 임신한 것으로 추정한다.

③ 혼인관계가 종료된 날부터 300일 이내에 출생한 자녀는 혼인 중에 임신한 것으로 추정한다.

제854조의2(친생부인의 허가 청구) ① 어머니 또는 어머니의 전 남편은 제844조 제3항의 경우에 가정법원에 친생부인의 허가를 청구할 수 있다. 다만, 혼인중의 자녀로 출생신고가 된 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항의 청구가 있는 경우에 가정법원은 혈액채취에 의한 혈액형 검사, 유전인자의 검사 등 과학적 방법에 따른 검사결과 또는 장기간의 별거 등 그 밖의 사정을 고려하여 허가 여부를 정한다.

③ 제1항 및 제2항에 따른 허가를 받은 경우에는 제844조 제1항 및 제3항의 추정이 미치지 아니한다.

제855조의2(인지의 허가 청구) ① 생부(生父)는 제844조 제3항의 경우에 가정법원에 인지의 허가를 청구할 수 있다. 다만, 혼인 중의 자녀로 출생신고가 된 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항의 청구가 있는 경우에 가정법원은 혈액채취에 의한 혈액형 검사, 유전인자의 검사 등 과학적 방법에 따른 검사결과 또는 장기간의 별거 등 그 밖의 사정을 고려하여 허가 여부를 정한다.

③ 제1항 및 제2항에 따라 허가를 받은 생부가 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 제57조 제1항에 따른 신고를 하는 경우에는 제844조 제1항 및 제3항의 추정이 미치지 아니한다.

(2) 친생부인의 허가 심판이 확정될 때까지 출생신고를 미루어야 하는 개정법의 문제점

1) 위 헌법재판소 결정은 혼인관계 종료 후 300일 내에 출생한 자녀가 전 남편의 친생자가 아님이 명백하고 생부가 그 자녀를 인지하려는 경우에도, 모가 그 자녀를 일단 전 남편의 자녀로 출생신고한 후 친생부인의 소를 제기해야만 하는 방식의 문제점을 지적하고, 이에 대한 개선을 요구하였다. 개정법은 이 문제를 해결하기 위하여 다음과 같은 방식을 채택하였다. ① 우선 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 출생한 자녀는 모가 혼인 중에 임신한 것으로 추정하여 전 남편의 친생자로 추정한다(이 점에 있어서 개정법은 개정 전과 달라진 것이 없다). ② 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 출생한 자녀는 전 남편의 친생자로 추정되지만, 혼인 중에 출생한 자녀[6]와는 달리 친생부인의 소가 아니라 친생부인의 허가를 받아 부자관계를 소멸시킬 수 있다. 친생부인의 허가 심판은 친생부인의 소와는 달리 가사소송절차가 아니라 가사비송절차이므로 절차가 간이한 것이 장점이라고 설명되고 있다. ③ 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 출생한 자녀에 대해서 출생신고가 된 경우에는 친생부인의 허가를 청구할 수 없다. 즉 모(母)나 모의 전 남편이 친생부인의 허가 심판을 청구하려는 경우에는 자녀의 출생신고를 미루어야 하며, 법원에서 친생부인의 허가 심판이 확정된 후에야 비로소 출생신고를 할 수 있다.[7]

그런데 이와 같은 개정법 규정은 가족관계등록법의 출생신고 규정과 조화될 수 없다는 점에서 문제가 있다. 가족관계등록법에 따르면 출생신고는 자녀의 출생 후 1개월 이내에 하도록 되어 있는데,[8] 개정법 규정과 같이 친생부인의 허가 심판이 확정된 후에 비로소 출생신고를 하여야 한다면 이 기간 내에 출생신고가 이루어질 것을 기대하기는 어렵기 때문이다(물론 친생부인의 허가 청구를 하기 전에도 출생신고를 할 수는 있다. 그러나 이 경우에는 모의 전 남편을 자녀의 아버지로 하여 출생신고를 하여

---

6) 다만 혼인 중에 출생한 자녀의 경우에도 혼인성립의 날부터 200일이 되기 전에 출생한 자는 친생자의 추정을 받지 않으므로, 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있다.

7) 친생부인의 허가 심판이 확정되면 자는 모의 혼인외의 자가 되므로, 자의 가족관계등록부에 모의 전 남편은 부(父)로 기록되지 않는다.

8) 가족관계등록법 제44조 제1항: 출생의 신고는 출생 후 1개월 이내에 하여야 한다.

야 하므로, 자녀의 가족관계등록부에 모의 전 남편이 아버지로 등록되며, 모나 모의 전 남편은 친생부인의 허가 청구를 할 수 없게 되고, 친생부인의 소를 제기하여야 한다. 이렇게 되면 결과적으로 개정 전과 아무런 차이가 없게 되므로, 결국 개정의 의의가 상실된다).

2) 친생부인의 허가 심판이 가사비송사건으로서 가사소송사건에 비하여 절차가 간이하다고 설명되고 있지만,[9] 부자관계의 소멸이라는 중요한 문제를 다루는 재판이라는 점을 고려해 볼 때 자녀의 출생일로부터 1개월 내에 심판이 확정될 것으로 기대하기는 어렵다. 친생부인의 허가 심판을 받으려면 유전자검사결과를 제출해야 하는데, 검사기관에 따라 차이는 있지만 국립대학병원의 경우에는 검사결과가 나올 때까지 보통 15일에서 20일 정도가 걸린다고 한다. 또한 친생부인의 허가 심판에 대해서는 즉시항고가 가능하므로(가사소송규칙 제61조의2), 즉시항고 기간이 경과하여야 심판이 확정된다.[10] 즉시항고 기간이 경과하여 친생부인의 허가 심판이 확정되면 비로소 자녀의 출생신고를 할 수 있게 되는데, 위와 같은 과정을 고려해 볼 때 법원에서 아무리 신속하게 심판을 한다고 해도 자녀가 출생한 날부터 1개월 내에 출생신고를 마친다는 것은 사실상 불가능하다.[11] 실제로 서울가정법원의 경우에는 친생부인의 허가 청구가 있은 때부터 심판이 나올 때까지 보통 6-7개월 정도가 걸린다고 한다. 친생부인의 허가 심판이 법률상 부자관계의 소멸이라는 중요한 문제를 다루는 재판이라는 점을 고려해 볼 때 이 정도의 기간이 걸리는 것을 문제 삼을 수는 없다고 본다. 문제

---

9) 윤진수, 친생추정에 관한 민법개정안, 가족법연구 제31권 1호(2017. 3), 18면; 법제처 해설(관보 19121호).

10) 즉시항고의 기간은, 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는, 즉시항고를 할 수 있는 자가 심판을 고지 받는 경우에는 그 고지를 받은 날부터, 심판을 고지 받지 아니하는 경우에는 청구인(청구인이 수인일 때에는 최후로 심판을 고지받은 청구인)이 심판을 고지받은 날부터 14일이다(가사소송법 제43조 제5항, 가사소송규칙 제31조). 즉시항고할 수 있는 심판은 확정되어야 효력이 있다(가사소송법 제40조).

11) 또한 가사소송법은 제45조의8을 신설하여 친생부인의 허가 심판을 하는 경우에는 가정법원이 어머니의 전 배우자와 그 성년후견인(성년후견인이 있는 경우에 한정한다)의 진술을 들을 수 있도록 규정하였는데, 이러한 절차의 필요성이 인정된다는 점은 별론으로 하고, 심판 기간만을 놓고 보다면, 결국 자녀의 출생 후 1개월 내에 친생부인의 허가 심판이 확정되어 출생신고까지 마친다는 것은 불가능하다고 생각된다.

의 본질은 친생부인의 허가라는 제도 자체가 출생신고 기간의 위반을 전제로 하지 않으면 활용될 수 없다는 점이다.

그런데 개정법의 이와 같은 구조는 결국 아동의 권리를 침해한다는 점에서 심각한 문제가 있다. 유엔아동권리협약에도 규정되어 있듯이,[12] 이 세상에 태어난 아동은 누구나 출생 후 신속하게 등록될 권리를 갖는다. 이러한 아동의 기본적 권리를 보호하기 위하여 각국의 법률은 출생 후 일정한 기간 내에 출생신고가 이루어질 수 있도록 일정한 범위의 사람이나 기관에 대하여 출생신고 의무를 부과하고 있다. 우리나라는 출생신고 기간을 1개월로 정하고 있는데, 이는 외국과 비교해 볼 때 이례적으로 긴 기간이라고 할 수 있다.[13] 그러나 개정법에 따르면, 출생신고 기간으로서는 이례적으로 긴 1개월이라는 기간 내에도, 친생부인의 허가 심판을 거쳐 출생신고를 하는 것은 사실상 불가능하다. 개정법의 입법자들은, 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 출생한 자녀가 전 남편의 친생자가 아님이 명백한 경우에도, 모가 그 자녀를 일단 전 남편의 자녀로 출생신고한 후 친생부인의 소를 제기해야만 하는 법구조가 "모가 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권 및 행복추구권, 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활에 관한 기본권"을 침해한다고 판단하여, 개선입법을 마련하였다. 이에 따라 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 자녀가 태어난 경우, 이제 모는 그 자녀를 전 남편의 친생자로 출생신고 하지 않은 상태에서 친생부인의 허가를 받아 모의 혼인외의 자로 출생신고를 할 수 있게 되었다. 이러한 개정을 통하여 모의 기본권 침해의 문제는 해결되었는지 모르겠으나, 아동의 기본권 침해라는 새로운 문제가 발생하였음을 간과하여서는 안 될 것이다. 법무부와 국회에서 이 문제를 인식하지 못하고 제854조의2 규정을 신설하였다면, 법체계 전반에 대한 이해가 부족한 상태에서 새로운

---

12) 유엔아동권리협약 제7조 제1항. "아동은 출생 후 즉시 등록되어야 한다(The child shall be registered immediately after birth)." 유엔아동권리협약은 '즉시'가 어느 정도의 기간을 의미하는지에 대해서는 규정하지 않고 있다. 그러나 출생신고 기간이 날이나 주 단위로 정하여져야 하고, 월이나 연(年) 단위로 정하여져서는 안 된다는 점은 명확하다(Schmahl, Kinderrechtskonvention, 2017, S. 131). 이렇게 볼 때 출생신고 기간을 1개월로 정하고 있는 우리 가족관계등록법 규정은 출생등록에 관한 유엔아동권리협약의 규정을 충족시키지 못한다고 생각된다.

13) 외국은 우리에 비하여 출생신고 기간이 훨씬 짧다. 예: 독일 7일, 프랑스 3일, 일본 14일, 오스트리아 7일, 스위스 3일.

제도를 설계하였다는 비판을 피할 수 없을 것이다. 한편 법무부와 국회가 제854조의2 규정과 가족관계등록법의 출생신고 기간이 조화될 수 없다는 사실을 알면서도 이와 같은 개정을 강행하였다면, 아동의 복리에 대한 기본 인식이 결여되어 있다는 비판을 피해갈 수 없을 것이다.

(3) 인지의 허가 심판이 확정될 때까지 출생신고를 미루어야 하는 개정법의 문제점

개정민법 제855조의2 제1항에 따르면, 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 태어난 자녀에 대해서는 생부가 법원에 인지의 허가를 청구하여 심판이 확정되면 인지에 갈음하는 출생신고를 할 수 있다. 그러나 그 자녀에 대해서 이미 출생신고가 된 경우에는 생부는 이러한 절차를 거쳐 출생신고를 할 수 없다.[14] 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 태어난 자녀는 모와 전 남편의 혼인중의 출생자의 지위를 가지므로, 모나 모의 전 남편(가족관계등록법 제46조 제1항은 “혼인 중 출생자의 출생의 신고는 부(父) 또는 모가 하여야 한다”고 규정하고 있는데, 모의 전 남편은 이 규정의 부(父)에 해당한다)이 출생 후 1개월 내에 출생신고를 하여야 한다(가족관계등록법 제44조). 그런데 가족관계등록법 규정에 따라 모나 모의 전남편이 자녀의 출생 후 1개월 내에 출생신고를 하는 경우에는 생부가 인지의 허가를 받아 출생신고를 할 수 있는 기회는 사실상 봉쇄된다. 생부가 인지의 허가를 청구하여 심판이 확정될 때까지는 통상 1개월 이상의 기간이 걸릴 것으로 예상되기 때문이다(따라서 모나 모의 전 남편이 가족관계등록법 규정에 따라 출생 후 1개월 내에 출생신고를 하는 경우에는 생부가 그보다 빨리 출생신고를 하는 것은 불가능하다. 그리고 일단 모나 모의 전 남편이 출생신고를 한 이상 생부는 인지의 허가를 받아 출생신고를 할 수 없다). 더구나 위에서 본 바와 같이 가사소송규칙 제61조의2는 인지를 허가하는 심판에 대하여도 어머니 또는 어머니의 전 남편이 즉시항고를 할 수 있다고 규정하였으므로, 자녀의 출생 후 1개월 내에 인지의 허가 심판이 확정되어 출생신고를 마친다는 것은 구조적으로 불가능하게 되었다. 생부가 인지의 허가를 받아 출생신고를 하는 것이 실제로 가능하기 위해서는, 그 전제로서 가족관계등록법이 정한 1개월의 출생신고 기간 내에 모나 모의 전 남편

14) 이런 경우에는 모나 모의 전 남편이 친생부인의 소를 제기하여 판결이 확정된 후에만 생부는 그 자녀를 인지할 수 있다. 즉 생부가 자력으로 인지할 수 있는 방법은 없다.

이 출생신고를 하지 않아야 한다. 모나 모의 전 남편이 자녀의 복리에 관심이 없어서 출생신고를 해태하거나 혹은 생부에게 인지의 기회를 주기 위해서 의도적으로 출생신고를 하지 않은 경우에 한하여 비로소 생부는 제855조의2 규정에 따라 자녀의 출생신고를 할 수 있는 기회를 가지게 된다. 결국 제855조의2 규정은 가족관계등록법에 따른 출생신고 기간 내에 정상적으로 출생신고가 이루어진 경우에는 적용될 수 없는 규정이다. 다른 말로 표현하면, 출생신고에 관한 규정의 위반을 전제로 해서만 실제로 활용될 수 있는 규정이다.

가족관계등록법의 출생신고에 관한 규정은 자녀의 기본적인 권리인 출생등록권을 보호하기 위하여 마련된 것으로서 강행규정이다. 그런데 개정법의 입법자는 이 점을 무시한 채 가족관계등록법에 정해진 기간 내에 출생신고가 되지 않는 것을 전제로 하여 새로운 제도를 설계하였다. 이는 출생신고에 관한 현행법 규정의 위반을 조장하는 것이며, 결과적으로 아동의 기본권을 침해한다는 점에서 위헌의 소지가 있다고 생각된다.

2. 친생부인의 허가 심판과 인지허가 심판의 효력

(1) 친생부인 허가 심판의 효력

1) 제854조의2 제3항은 “제1항과 제2항에 따른 허가를 받은 경우에는 제844조 제1항 및 제3항의 추정이 미치지 아니한다”고 규정한다. 이 조항은 친생부인 허가 심판의 효력에 관하여 규정한 것으로 보이는데, 이에 따르면 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 출생한 자녀는 전 남편의 자녀로 추정되지만(제844조 제1항, 제3항), 친생부인의 허가 심판이 확정되는 경우에는 친생추정이 미치지 아니한다고 한다(제854조의2 제3항). 즉 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 출생한 자녀는 일단 모의 전 남편의 ‘친생자의 추정을 받는 혼인중의 출생자’의 신분을 갖지만, 친생부인의 허가 심판이 확정되면 ‘친생자의 추정이 미치지 않는 자’의 신분으로 전환된다는 것이다. 그런데 친생부인 허가 심판의 효력을 규정한 제854조의2 제3항은 기존의 판례, 학설과 모순될 뿐 아니라, 우리 법체계와도 조화될 수 없다는 점에서 문제가 있다.

2) 제854조의2 제3항의 문제점을 분석하기에 앞서 우선 친생부인의 허가 심판이 확정되는 경우에 어떠한 효력이 발생하는지(또는 발생하여야 하는지)에 대해서 살펴본다.

제854조의2 제1항에 따르면 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 자녀가 태어난 경우, 모나 모의 전 남편은 가정법원에 친생부인의 허가를 청구할 수 있다. 이 규정에 따라 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 태어난 자녀가 전 남편의 친생자가 아님이 명백한 경우에는 모는 전 남편의 친생자로 출생신고를 하지 않아도 되고, 친생부인의 허가 심판이 확정된 후에 출생신고를 할 수 있게 되었다. 이 경우 모는 그 자녀를 혼인외의 자로 출생신고를 하게 될 것이다.[15] 친생부인 허가 심판의 효력은 친생부인 판결의 효력과 다르지 않으므로, 심판의 확정에 의해서 법률상의 부자관계가 출생 시로 소급하여 소멸하고, 자녀는 모의 혼인외의 자가 되기 때문이다. 모의 출생신고에 의해서 자녀의 가족관계등록부가 작성되면 생부가 인지를 할 수 있다.

위에서 본 바와 같이 친생부인의 허가 심판이 확정되면 친생부인의 효력이 발생한다는 것은 의심의 여지없이 분명하다. 그렇지 않으면 모가 그 자녀를 모의 혼인외의 자로 출생신고를 할 수 없기 때문이다(친생부인의 허가를 받은 후에도 모가 그 자녀를 자신의 혼인외의 자로 출생신고를 할 수 없고, 전 남편과의 사이에서 출생한 혼인중의 자로 출생신고를 해야만 한다면 개정의 의미 자체가 완전히 상실될 것이다).

3) 그런데 제854조의2 제3항은 친생부인의 허가를 받은 경우 그 효력으로서 "제844조 제1항 및 제3항의 추정이 미치지 아니한다"고 규정하고 있다. 여기서 "추정이 미치지 아니한다"는 말은 모의 전 남편의 친생자로 추정이 미치지 않는다는 의미이고, 이를 다른 말로 표현하면 그 자녀가 '친생자의 추정이 미치지 않는 자(子)'가 된다는 것이다. 즉 제854조의2 제3항은 친생부인의 허가 심판이 확정되는 경우 그 효력으로서 자녀는 '친생자의 추정이 미치지 않는 자'가 된다고 규정하고 있다. 그런데 친생부인 허가 심판의 효력으로 그 자녀가 '친생자의 추정이 미치지 않는 자'가 된다는 제854조의2 제3항 규정은, 위에서 이미 언급한 바와 같이, 기존의 판례, 학설과 모순되는 것은 물론이고, 개정법의 법체계 내에서도 조화로운 해석의 가능성을 원천적으로

15) 혼인외의 자의 출생신고 의무는 1차적으로 모에게 있다. 가족관계등록법 제46조 제2항.

차단하고 있다. 아래에서 이 점에 대하여 보다 자세히 살펴본다.

4) 우리민법상 친생자는 혼인중의 출생자와 혼인외의 출생자로 나누어지며, 혼인중의 출생자는 다시 ① 친생자의 추정을 받는 혼인중의 출생자, ② 친생자의 추정을 받지 않는 혼인중의 출생자, ③ 친생자의 추정이 미치지 않는 자로 나누어진다.[16] 이 세 가지 개념을 좀 더 자세히 설명하면 다음과 같다.

ⅰ) 친생자의 추정을 받는 혼인중의 출생자: 아내가 혼인 중에 임신한 자녀는 남편의 자녀로 추정되므로, 친생자의 추정을 받는 혼인중의 출생자의 신분을 갖는다. 민법은 혼인이 성립한 날부터 200일 후에 출생한 자녀와 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 출생한 자녀는 혼인 중에 포태된 것으로 추정하므로, 이 기간 중에 출생한 자녀는 모의 남편(혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 출생한 경우에는 전 남편)의 친생자로 추정되어 '친생자의 추정을 받는 혼인중의 출생자의 신분을 가진다.

ⅱ) 친생자의 추정을 받지 않는 혼인중의 출생자: 혼인이 성립한 날부터 200일이 되기 전에 출생한 자녀는 친생자의 추정을 받지 않는 혼인중의 출생자가 된다. 모의 남편의 친생자의 추정을 받지는 않지만, 혼인중의 자의 신분을 가지며, 부부(모와 모의 남편) 사이에서 출생한 혼인중의 자로 출생신고를 하게 된다. 친생자의 추정을 받는 혼인중의 출생자와는 달리 요건이 완화된 친생자관계부존재확인의 소에 의해서 가족관계등록부상의 부자관계를 말소시킬 수 있다.

ⅲ) 친생자의 추정이 미치지 않는 자(子): 부부가 장기간 별거하여 아내가 남편의 자녀를 임신할 수 없는 것이 객관적으로 명백한 상황(예를 들어 사실상의 이혼상태가 장기간 지속되고 있는 경우 등)에서 출산한 자녀에 대해서는 남편의 친생자로서 추정이 미치지 않는다.[17] 이런 경우에도 제844조에 의하면 그 자녀는 친생자의 추정을 받

16) 김주수·김상용, 친족·상속법, 법문사(2019), 295면 이하; 법원행정처, 가족관계등록실무 〔I〕, 497면 이하.

17) 대법원 1983. 7. 12. 82므59 전원합의체판결. "부부의 한쪽이 장기간에 걸쳐 해외에 나가 있거나 사실상의 이혼으로 부부가 별거하고 있는 경우 등 동서의 결여로 처가 부의 자를 포태할

는 혼인중의 출생자의 신분을 가지게 된다(혼인성립의 날부터 200일 후에 출생하기 때문이다). 그러나 위와 같은 사정에서 아내가 자녀를 출산하였다면, 그 자녀는 남편의 친생자가 아님이 객관적으로 명백하므로, 친생추정이 미치지 않는 것으로 해석하고 있다. 친생추정이 미치지 않는 자의 신분은 친생자의 추정을 받지 않는 혼인중의 출생자와 다르지 않다. 일단 부부의 혼인중의 출생자로 출생신고를 하게 되지만(따라서 출생신고서와 가족관계등록부의 부(父)란에는 모의 남편을 기록한다),[18] 친생자의 추정을 받는 혼인중의 출생자와는 달리 요건이 완화된 친생자관계부존재확인의 소에 의해서 가족관계등록부상의 부자관계를 말소시킬 수 있다.

5) 위에서 본 바와 같이, 제854조의2 제3항은 친생부인의 허가를 받은 경우 그 자녀에 대해서는 전 남편의 친생추정이 미치지 아니한다고 규정하고 있다. 즉 친생부인 허가 심판이 확정되면 그 효력으로서 자녀는 '친생자의 추정이 미치지 않는 자'가 된다는 것이다. 그런데 개정민법의 입법자는 여기서 기본적인 개념을 혼동하고 있는 것으로 보인다. '친생추정을 받는다, 받지 않는다 혹은 친생추정이 미치지 않는다' 등의 친생추정과 관련된 개념은 모두 그 자녀가 혼인중의 자의 신분을 가지고 있음을 전제로 하는 것이다. 바꾸어 말하면 자녀가 혼인중의 자의 신분을 가지고 있을 때에만 그 자녀가 모의 남편의 친생자로 추정되는가, 추정이 미치는가의 여부를 논할 수 있는 것이다. 혼인외의 자의 경우에는 누구(설령 생부라고 해도)의 친생자로 추정된다, 추정되지 않는다, 혹은 추정이 미치지 않는다는 식의 친생추정에 관한 논의는 성립할 여지가 없다.

위에서 본 바와 같이 제854조의2 제1항 및 제2항에 따라 친생부인의 허가를 받은 경우에는 친생부인의 효력이 발생하므로, 그 자녀는 모의 혼인외의 출생자가 된다. 개정민법의 전반적인 취지를 고려한다면 이외에 다른 해석의 여지가 있을 수 없다. 그런데 제854조의2 제3항은 친생부인의 허가 심판이 확정되는 경우 그 효력으로서 그 자녀는 친생자의 추정이 미치지 않는 자가 된다고 한다. 이 규정에 따르면 모가 친생부인의 허가 심판을 받은 경우에도 혼인외의 자로 출생신고를 할 수 없게 된다. 왜냐하면 그 자녀는 혼인외의 자가 아니라 친생자의 추정이 미치지 않는 자이기 때문이다

수 없는 것이 객관적으로 명백한 사정이 있는 경우에는 그 추정이 미치지 않는다."

18) 법원행정처, 가족관계등록실무 〔I〕, 500면.

(위에서 본 바와 같이, 친생자의 추정이 미치지 않는 자의 경우에는 일단 모와 남편의 혼인중의 출생자로 출생신고를 하게 되고, 출생신고서와 가족관계등록부의 부(父)란에는 모의 남편을 기록한다). 그러나 이러한 결과는 개정법의 취지와 완전히 배치되므로, 받아들일 수 없을 것이다. 개정법의 취지를 살리려면 제854조의2 제3항의 "친생추정이 미치지 아니한다"는 문언으로부터 그 효력으로서 자녀가 혼인외의 자의 신분을 가지게 된다는 해석을 이끌어내야 할 것이다. 그러나 이러한 무리한 해석이 친생자의 추정이 미치지 않는 자에 관한 기존의 판례 및 학설과 도저히 조화될 수 없으며, 우리 법체계상 큰 혼란을 야기할 수 있다는 점은 부인할 수 없을 것이다. 결국 친생부인 허가 심판의 효력에 관한 제854조의2 제3항 규정은 입법상의 중대한 오류라는 점을 지적하지 않을 수 없다. 개정법의 취지를 고려한다면 제854조의2 제3항은 다음과 같은 내용으로 규정되었어야 했을 것이다. "제1항 및 제2항에 따른 허가를 받은 경우에는 친생부인의 효력이 발생하여 그 자녀는 혼인외의 출생자가 된다."

(2) 인지허가 심판의 효력

1) 제855조의2 제3항은 "제1항 및 제2항에 따른 허가를 받은 생부가 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 제57조 제1항에 따른 신고를 하는 경우에는 제844조 제1항 및 제3항의 추정이 미치지 아니한다"고 규정한다. 이 규정에 따르면 생부가 인지의 허가를 받아 출생신고를 하면 그 자녀에 대해서는 친생추정이 미치지 않는다고 한다. 즉 인지허가 심판의 확정 후 생부가 출생신고를 하면 그 효력으로서 그 자녀는 '친생자의 추정이 미치지 않는 자'가 된다는 것이다. 제855조의2 제3항 규정은 위에서 본 제854조의2 제3항 규정보다 더욱 심각한 문제가 있다. 아래에서 제855조의2 제3항의 문제점에 대하여 살펴본다.

2) 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 자녀가 출생한 경우 그 자녀는 일단 모의 전 남편의 친생자로 추정되지만, 생부는 인지의 허가를 받아 자신의 혼인외의 자로 출생신고를 할 수 있다(제855조의2 제1항). 이 경우 생부의 출생신고에 의해서 인지의 효력이 발생한다(인지에 갈음하는 출생신고. 가족관계등록법 제57조 제1항). 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 출생한 자녀는 일단 친생자의 추정을 받는 혼인중의 출생

자의 신분을 가지므로, 그 상태에서는 생부가 임의로 인지를 할 수 없다. 민법상 인지는 혼인외의 자에 대해서만 할 수 있기 때문이다(제855조의2조 제3항도 이 점을 전제로 하고 있다. 이 규정에 따르면 생부는 인지의 허가를 받아 가족관계등록법 제57조 제1항에 따른 출생신고를 하여야 하는데, 가족관계등록법 제57조 제1항은 "부가 혼인외의 자녀에 대하여 친생자출생의 신고를 한 때에는 그 신고는 인지의 효력이 있다"고 규정함으로써 가족관계등록법 제57조 제1항에 따른 출생신고를 하려면 그 전제로서 자녀가 혼인외의 자이어야 함을 분명히 하고 있다). 따라서 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 태어난 자녀와 모의 전 남편 사이에 혈연관계가 없는 경우에 생부가 그 자녀를 인지하려면, 우선 그 자녀의 신분이 혼인외의 자로 변경되어야 한다. 그런데 제855조의2는 이와 같은 경우에 생부가 인지에 갈음하는 출생신고를 하려면 사전에 인지의 허가를 받아야 한다고 규정한다. 이는 결국 인지 허가 심판의 확정에 의하여 자녀의 신분이 혼인외의 자로 변경된다는 뜻으로 풀이된다. 인지허가 심판의 확정에 의해서 친생자의 추정을 받는 혼인중의 자가 혼인외의 자로 신분이 바뀐다는 것은 결국 인지허가 심판에 의해서 친생부인의 효력(자녀와 모의 남편 사이의 법률상 부자관계의 소멸)이 발생한다는 의미이다. 친생자의 추정을 받는 혼인중의 출생자가 혼인외의 자로 신분이 변경되려면 친생부인의 효력이 발생하여야 하기 때문이다. 즉 개정법에 따르면 인지허가의 심판이 확정되는 경우 친생부인의 효력이 발생하여 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 출생한 자녀는 모의 혼인외의 자가 된다. 이렇게 해석하지 않으면 '친생자의 추정을 받는 혼인중의 출생자'에 대하여 생부가 인지의 허가를 받아 인지에 갈음하는 출생신고를 할 수 있다는 제855조의2 제3항 규정은 논리적으로 성립할 수가 없다. 인지의 허가를 받은 생부가 가족관계등록법 제57조 제1항에 따라 출생신고를 하면[19] 인지의 효력이 발생한다. 가족관계등록법은 이 점을 명문으로 규정하

19) 인지허가의 심판이 확정되면, 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 출생한 자녀는 모의 혼인외의 자의 신분을 가지게 되므로, 생부가 출생신고가 아니라 인지신고를 하는 것이 우리 법체계에 더 부합하는 것으로 생각될 수 있다. 그러나 인지허가의 심판은 자녀의 출생신고가 되어있지 않은 상태에서만 할 수 있는 것이므로(제855조 제1항), 생부가 인지의 허가를 받아 인지신고를 하려고 해도 자녀의 가족관계등록부가 작성되어 있지 않아서 인지의 기록 자체가 불가능하다. 이런 이유에서 제855조의2 제3항은 인지의 허가를 받은 생부가 인지신고가 아니라, 출생신고를 하는 것으로 규정하였다. 법무부 개정안은 자녀의 출생신고가 되어 있지 않은 상태에서 생부가 인지의 허가를 받아 인지신고를 하도록 규정하고 있었는데, 자녀의 가족관계등록부가 작

고 있다. “부(父)가 혼인 외의 자녀에 대하여 친생자출생의 신고를 한 때에는 그 신고는 인지의 효력이 있다”(가족관계등록법 제57조 제1항). 이와 같이 생부의 출생신고에 의하여 인지의 효력이 발생하게 되고, 이로써 생부와 혼인외의 자 사이에 법률상 부자관계가 창설된다.

3) 그런데 제855조의2 제3항은 생부가 인지의 허가를 받아 가족관계등록법 제57조 제1항에 따른 출생신고를 하는 경우에는 모의 전 남편의 친생추정이 미치지 아니한다고 규정한다. 즉 인지의 허가를 받은 생부가 출생신고를 하는 경우 그 자녀는 ‘친생자의 추정이 미치지 않는 자’가 된다는 것이다. 위에서 본 바와 같이 ‘친생자의 추정이 미치지 않는 자’라는 개념은 그 자녀가 혼인중의 자의 신분을 가지고 있을 때에만 사용할 수 있다. 혼인중의 자로 태어났지만 모의 남편(혹은 전 남편)의 친생추정을 받는 경우, 받지 않는 경우, 친생추정이 미치지 않는 경우가 있을 수 있다. 어떤 경우이든 그 자녀가 혼인중의 자의 신분을 가지고 있음을 전제로 한다. 제855조의2 제3항은 인지의 허가를 받은 생부가 가족관계등록법 제57조 제1항에 따른 출생신고를 하도록 규정하고 있고, 이 경우 인지의 효력이 발생한다는 것은 가족관계등록법에 명문으로 규정되어 있다. 제855조의2 제3항은 이런 경우에 친생추정이 미치지 아니한다고 규정하고 있는데, 이는 그 자녀가 ‘친생자의 추정이 미치지 않는 자’가 된다는 의미이고, 결국 그 자녀가 전 남편의 혼인중의 자의 신분을 가지고 있음을 전제로 하는 것이다.

생부가 인지의 허가를 받아 출생신고를 하는 경우에, ① 인지의 효력이 발생하여 생부와 혼인외의 자녀 사이에 법률상 부자관계가 창설된다는 것과 ② 친생추정이 미치지 않는 자가 된다는 것 사이에는 극복할 수 없는 모순과 괴리가 존재한다. 제855조의2 제3항은 ① 인지허가 심판의 효력과 ② 인지에 갈음하는 생부의 출생신고의 효력, 그리고 ③ ‘친생추정이 미치지 아니한다’는 개념의 혼돈 상태에서 탄생하여, 논리적으로 모순될 뿐만 아니라 민법체계와 전혀 조화되지 않는다는 비판을 피할 수 없을 것이다.

성되어 있지도 않은 상태에서 인지신고를 한다고 해도 인지의 기록 자체가 가능하지 않다는 점에서 중대한 오류가 있다는 비판을 받았다. 김상용, 법무부 친생추정조항 개정안에 대한 비판적 고찰, 중앙법학 제19집 제3호(2017. 9), 109면 이하.

4) 위에서 본 바와 같이 인지허가의 심판이 확정되면 친생부인의 효력이 발생하여 그 자녀는 '친생자의 추정을 받는 혼인중의 출생자'에서 '혼인외의 자'로 신분이 변경된다고 해석된다. 민법상 친생부인의 효력이 발생하기 위해서는 친생부인의 소를 제기하여 판결을 받는 것이 원칙이다. 다만 개정민법은 이에 대한 예외로서 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 자녀가 출생한 경우에는 모와 모의 전 남편이 친생부인의 허가를 청구할 수 있도록 하였으며(제854조의2), 심판이 확정되면 역시 친생부인의 효력이 발생한다. 그런데 제855조의2 규정은 이와 별도로 인지허가의 심판에 의해서 친생부인의 효력이 발생하는 또 하나의 예외를 인정하고 있다. 효력면에서 볼 때 인지허가의 심판은 친생부인의 허가 심판과 다르지 않다. 친생부인의 허가 심판에 의해서 친생부인의 효력이 발생하는 것과 마찬가지로 인지허가의 심판에 의해서도 친생부인의 효력이 발생한다. 그런데 인지허가의 심판에 의하여 친생부인의 효력이 발생하는 것은 법체계상으로 매우 어색할 뿐만 아니라, 굳이 이렇게 무리한 입법을 시도해야 할 이유도 찾기 어렵다.

그렇다면 개정법이 효력면에서 차이가 없음에도 불구하고, 친생부인의 허가 심판 이외에 인지허가의 심판이라는 또 다른 새로운 제도를 도입한 이유는 어디에 있을까? 어차피 생부의 입장에서는 인지허가의 심판을 받으나 친생부인 허가의 심판을 받으나 사실상 다를 것이 없고, 사건의 성격도 본질적으로 차이가 없을 것으로 보인다. 이 규정은 독일민법을 참고하여 만든 것이라고 하는데,[20] 독일민법 제1599조 제2항은 생부가 소송을 거치지 않고 자를 인지할 수 있다는 점에 특징이 있으나,[21] 제855조의2 규정에 의하면 생부가 인지(인지에 갈음하는 출생신고)를 하려는 경우 어차피 법원의 심판을 받아야 하므로, 친생부인의 허가를 받아 출생신고를 하든, 인지의 허가를 받아

---

20) 윤진수, 친생추정에 관한 민법개정안, 가족법연구 제31권 1호(2017. 3), 19면.

21) 생부가 자를 인지할 때에는 사전에 모의 남편으로부터 동의를 받아야 한다(또한 통상적인 인지의 경우와 마찬가지로 모의 동의도 필요하다). 따라서 제3자가 자의 생부가 아닌 경우에도 모의 남편 및 모와 통모하여 허위의 인지를 할 가능성을 배제할 수 없다. 이와 같이 법원의 개입 없이 모, 모의 남편, 생부가 사적인 합의에 의해서 자의 신분을 결정할 수 있다는 점에 대해서는 독일학계에서 강한 비판이 제기되고 있다. Gaul, Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz, FamRZ 1997, 1441/1448, 1454ff; Rauscher, Vaterschaft auf Grund Anerkennung, FPR 2002, 359/368; MüKoBGB/Wellenhofer BGB § 1599 Rn. 69.

출생신고를 하든 생부의 입장에서는 차이가 없다. 그렇다면 굳이 친생부인의 허가와 인지의 허가라는 두 제도를 둘 필요 없이 친생부인의 허가 심판으로 일원화하는 것이 합리적이라고 생각된다.[22] 즉 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 출생한 자녀의 경우에 모, 모의 전 남편 또는 생부가 친생부인의 허가를 청구할 수 있다고 규정한다면, 심판의 확정에 따라 친생부인의 효력이 발생함으로써 모의 경우에는 혼인외의 자로 출생신고를 할 수 있고(출생신고에 의해서 자녀의 가족관계등록부가 작성되면 생부가 인지할 수 있다), 생부의 경우에는 인지에 갈음하는 출생신고를 할 수 있게 될 것이다(생부가 출생신고를 할 때에는 모의 인적 사항을 기재하고 모의 혼인관계증명서를 제출해야 하므로, 자녀의 가족관계등록부에 모가 기록되는 데 문제가 없다.[23]).

3. 혼인관계 종료 후 출생한 자녀와 친생추정의 원칙 - 외국의 입법례와 비교하여

(1) 문제의 제기

개정민법은 혼인관계 종료 후 300일 내에 출생한 자녀를 모의 전 남편의 친생자로 추정한다(제844조 제1항, 제3항). 즉 그 자녀는 모와 모의 전 남편 사이에서 출생한 혼인중의 자의 신분을 가지게 되며, 모의 전 남편은 친생부인의 허가 심판이 확정되어 친생부인의 효력이 발생할 때까지 자녀의 법률상의 부(父)의 신분을 유지한다. 그러나 이러한 추정이 오늘날 우리사회의 현실에 어느 정도 부합하는지에 대해서는 의문이 제기될 수 있다.[24] 혼인관계의 파탄과 그로 인한 이혼의 성립은 어느 날 갑자기 이루

---

22) 필자는 개인적으로 자녀의 출생신고를 미루는 것을 전제로 하는 친생부인의 허가 제도나 인지 허가 제도에 찬성하지 않는다. 다만 개정민법 체계 내에서는 이와 같이 일원화하는 것이 보다 합리적인 대안이 될 수 있다는 의미이다.

23) 가족관계등록예규 제412호(출생신고에 관한 사무처리지침) 제8조.

24) 민법 제844조 제2항 중 "혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자"에 관한 부분이 헌법에 합치되지 않는다고 판단한 헌법재판소 결정(헌재결 2015. 4. 30. 2013헌마623)도 이러한 문제의식을 제기하고 있다. "사회적으로 이혼 및 재혼이 크게 증가하고 법률적으로 여성의 재혼 금지기간도 폐지되었으며 협의상 및 재판상 이혼에 필요한 시간이 상당히 늘어난 이상, 혼인종료 후 300일 이내에 출생한 자가 부(夫)의 친자일 개연성은 과거에 비하여 크게 줄어들었다."

어지는 사건이 아니다. 혼인관계의 파탄은 장기간 진행되는 과정이며, 이혼으로 형식적인 혼인관계가 종료하기에 앞서 실질적인 부부관계는 이미 더 이상 존재하지 않는 경우가 대부분이다. 더구나 근래에 들어 성적 자유가 확산되고 있는 우리사회의 분위기에 비추어 볼 때[25] 모가 이혼 후 300일 내에 자녀를 출산한 경우, 그 자녀가 전 남편과의 혼인관계에서 포태되었을 것이라는 추정이 일반적인 경험칙에 부합하는지에 대해서는 본격적으로 논의를 해 볼 시점이 되었다고 본다. 아래에서 이 문제와 관련하여 참고가 될 수 있는 외국의 입법례를 소개한다.

(2) 외국의 입법례

1) 독일

독일민법은 모가 혼인 중에 자녀를 출산한 경우 그 남편이 자녀의 부(父)라고 규정한다.[26] 혼인 중에 출생하면 충분하며, 포태의 시기는 문제가 되지 않는다(출생시 기준의 원칙).[27]

모가 혼인 중에 자녀를 출산한 경우에만 그 남편이 자녀의 부가 되므로, 이혼 또는 혼인 취소 후에 자녀를 출산한 경우에는, 설령 혼인 중에 포태되었다고 해도, 전 남편은 자녀의 부가 되지 않는다. 이혼의 성립에 앞서 일정한 기간 동안 포태된 자녀는 전 남편의 자녀일 가능성이 낮다고 보기 때문이다.[28] 따라서 이혼 성립 후 출생한 자

---

25) 헌법재판소의 형법 제241조(간통) 위헌 결정(헌재결 2015. 2. 26. 2009헌바17 등), 부부관계가 이미 파탄되어 회복될 수 없는 상태에 있었다면 제3자가 배우자의 일방과 부정한 행위를 하더라도 불법행위를 구성하지 않는다는 대법원 2014. 11. 20. 2011므2997 전원합의체 판결 등은 우리사회에서 성적 자유가 확대되고 있는 현실을 반영하고 있다.

26) 독일민법 제1592조 제1호. “Vater eines Kindes ist der Mann, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist.”: 자녀의 아버지는 출생시에 그 모와 혼인관계에 있는 남자이다. 독일민법은 우리와 달리 모의 남편이 부(父)로 ‘추정된다’는 표현을 쓰지 않고, ‘자녀의 부이다’라고 표현한다. 그러나 일단 부의 지위를 갖는다고 해도 생부가 따로 있는 경우에 재판을 통하여 친자관계를 부인할 수 있다는 점은 우리와 다르지 않다.

27) Schwab, Familienrecht, 2015, S. 256; 모가 혼인 전에 임신한 경우에도 혼인성립 후에 출산하면 그 남편이 자녀의 부(父)가 된다. BT-Drucks. 13/4899, S. 83.

28) BT-Drucks. 13/8511, S. 70.

녀는 일단 부가 없는 상태가 되며, 출생신고를 할 때에도 부는 기록되지 않는다. 부자관계는 임의인지나 부를 정하는 재판을 통하여 창설된다(전 남편이 생부인 경우에도 이러한 절차를 통하여 부자관계를 창설할 수 있다).[29] 독일민법도 예전에는 모가 혼인 중에 임신한 경우에는 이혼 후에 자녀를 출산하더라도 혼인중의 자로 추정하는 규정을 두고 있었으나,[30] 1997년 친자법 개정[31]에 의하여 현재와 같이 개정되었다.

다만 남편의 사망으로 혼인이 해소된 경우에는 이와 다른 원칙이 적용된다. 독일민법은 이런 경우에는 엄격한 출생시 기준의 원칙에서 탈피하여, 모의 남편의 사망으로 인한 혼인해소 후 300일 내에 출생한 자녀에 대해서는 제1592조 제1호가 준용된다고 규정한다(독일민법 제1593조). 300일을 통상의 최장 임신기간으로 보고, 그 기간 내에 출생한 자녀는 혼인 중에 포태된 것으로 추정하는 것이다. 이 규정에 따라 사망한 남편이 그 자녀의 법률상의 부가 된다. 이와 같이 독일민법은 남편의 사망으로 혼인이 해소된 후 출생한 자녀에 대해서는 예외적으로 포태시를 기준으로 하여 부자관계를 정한다. 따라서 남편의 사망으로 인한 혼인해소의 날부터 300일 후에 모가 자녀를 출산한 경우에도 남편의 사망 전에 임신했다는 사실이 증명되면 그 남편이 자녀의 부가 된다(예를 들어 남편의 사망으로 혼인이 해소된 후 306일 만에 모가 자녀를 출산하였는데, 남편의 사망 전에 임신하였다는 사실이 증명되면 사망한 남편이 그 자녀의 부가 된다). 만약 모가 자녀를 출산할 때 이미 재혼한 상태라면, 일단 현재의 남편이 자녀의 부가 된다(제1593조 제3문). 그러나 재혼한 남편이 친생부인의 소를 제기하여 인용 판결이 확정되면, 사망한 전 남편이 자녀의 부가 된다(제1593조 제4문).

2) 스위스

스위스민법도 부자관계의 발생에 관하여 독일민법과 유사한 태도를 취하고 있다. 즉 자녀의 출생시 그 모와 혼인관계에 있는 남자는 자녀의 부로 추정된다.[32] 혼인 중

---

29) 독일민법 제1592조 제2호, 제3호.

30) 구 독일민법 제1591조, 제1592조. 모가 이혼, 혼인취소 등으로 인한 혼인관계 종료의 날부터 302일 내에 자녀를 출산한 경우 그 자녀는 혼인중의 자가 되었다.

31) Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16. 12. 1997(1998. 7. 1. 시행).

32) 스위스민법 제255조. “Ist ein Kind während der Ehe geboren, so gilt der Ehemann als

에 출생한 것만으로 충분하며, 혼인이 존속한 기간이나 포태의 시기는 문제가 되지 않는다.

따라서 이혼으로 혼인이 해소된 후 출생한 자녀는 모의 전 남편의 자녀로 추정되지 않는다. 일반적인 경험칙에 비추어 모가 이혼 후에 자녀를 출산한 경우 전 남편이 자녀의 아버지일 가능성은 매우 낮다고 보기 때문이다.[33] 원래 스위스민법은 혼인관계 종료(이혼, 사망 등을 포함한다) 후 300일 내에 출생한 자녀를 전 남편의 자녀로 추정하는 규정을 두고 있었으나(구 스위스민법 제252조),[34] 사회 환경의 변화에 따라 1998년에 현재와 같이 개정되었다(2000. 1. 1. 시행).[35] 따라서 모가 이혼 후 출산한 자녀는 일단 법률상 부가 없는 상태가 되며, 부자관계는 임의인지나 재판을 통하여 창설된다.[36]

그러나 남편의 사망으로 혼인이 해소된 경우에는 예외가 인정된다. 즉 남편의 사망으로 혼인이 종료된 후 300일 내에 자녀가 출생한 경우에는 사망한 남편이 자녀의 아버지로 추정된다. 사망으로 혼인이 종료한 날부터 300일이 경과한 후에 자녀가 출생한 경우에는 남편이 사망하기 전에 포태되었다는 사실을 증명하여야 한다(스위스민법 제255조 제2항).

남편의 사망으로 혼인이 해소된 후 모가 재혼하여 전 남편이 사망한 날부터 300일 내에 자녀를 출산한 경우에는 현재의 남편이 자녀의 아버지로 추정된다(스위스민법 제257조 제1항). 친생부인 판결을 통하여[37] 친생추정이 번복되면(스위스민법 제256조 이하) 사망한 남편이 자녀의 아버지로 추정된다(스위스민법 제257조 제2항).

Vater.": 자녀가 혼인중에 출생한 경우에는 모의 남편이 자녀의 아버지로 간주된다.

33) Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtenschaftsrechts, 1999, S. 45.

34) Ist ein Kind während der Ehe oder innerhalb einer Frist vondreihundert Tagen nach Auflösung der Ehe geboren, so gilt es für ehelich. Bei späterer Geburt wird die Ehelichkeit nicht vermutet.

35) Scheidungsrechtsrevision von 26. 6. 1998. Amtliche Sammlung des Bundesrechts 1999, S. 1136.

36) H. Hausherr/T. Geiser/R. E. Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2007, S. 259.

37) 스위스민법상 친생부인의 소는 자녀의 아버지로 추정되는 모의 남편과 자녀가 제기할 수 있다(스위스민법 제256조).

3) 오스트리아

오스트리아민법도 자녀의 출생 시 그 모와 혼인관계에 있는 남자를 자녀의 부로 규정한다. 또한 모가 남편의 사망 후 300일 내에 자녀를 출산한 경우에는 그 남편을 자녀의 부로 규정한다(오스트리아민법 제144조 제1항).[38]

그러나 이혼이나 혼인의 취소, 무효를 원인으로 하여 혼인이 종료된 후 자녀가 출생한 경우에는 모의 전 남편은 자녀의 부가 아니다. 이런 경우 자녀는 일단 법률상 아버지가 없는 상태가 된다. 2001년 친자법개정[39] 전에는 이혼 등으로 인한 혼인해소의 날부터 302일 내에 출생한 자녀는 전 남편의 자녀로 추정되었으나(구 오스트리아민법 제138조 제1항), 이 규정은 더 이상 사회현실과 맞지 않는다는 이유로 개정되었다(당시 오스트리아 신분등록관청의 조사에 따르면 이혼, 혼인 취소, 무효 등으로 혼인관계가 종료한 후에 모가 출산한 자녀가 전 남편의 자녀인 경우는 매우 드물었다고 한다. 약 95%의 자녀는 전 남편이 아닌 제3자의 자녀로 밝혀졌다).[40]

남편의 사망으로 혼인이 해소된 날부터 300일이 경과하기 전에 모가 재혼하여 자녀를 출산한 경우에는 현재 혼인관계에 있는 남편이 자녀의 부가 된다(오스트리아민법

---

38) 오스트리아민법 제144조 제1항. “Vater des Kindes ist der Mann, der mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes verheiratet ist oder als Ehemann der Mutter nicht früher als 300 Tage vor der Geburt des Kindes verstorben is.”: 자녀의 부는 자녀의 출생 시 모와 혼인관계에 있는 남자 또는 자녀의 출생 전 300일 이내에 사망한 모의 남편이다; 예전에 오스트리아민법은 “혼인성립 이후 이혼, 혼인취소, 무효 전에 출생한 자녀는 혼인중의 자로 추정한다”(2004년 개정 전 오스트리아민법 제138조 제1항)고 규정하여 ‘혼인 중에 출생한 자녀는 남편의 자녀로 추정한다’는 표현을 사용하고 있었으나, 2004년 개정에 의하여 ‘추정한다’는 표현을 버리고 현재와 같이 ‘모의 남편은 자녀의 부이다’라는 형식으로 바꾸었다. 그 후 2013년 오스트리아민법 개정(Kindschafts-und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013)에 의해서 138조는 현재와 같이 144조로 바뀌었으나 내용면에서는 달라지지 않았다. 이로써 모의 남편은 단지 자녀의 부로 추정되는 것이 아니라, 법률상 부가 된다는 점을 명확히 하였다는 의미는 있으나, 내용면에서 실질적으로 달라진 것은 없다. 개정 전에 모의 남편이 자녀의 부로 ‘추정’된다는 표현을 사용할 때에도 모의 남편은 자녀의 출생과 동시에 법률상 부의 신분을 가지는 것으로 해석되었기 때문이다. 471 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage - Materialien, S. 14.

39) Kindschaftsrecht-Änderungsgesetz 2001(2001. 7. 1. 시행).

40) 296 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXI.GP (Nachdruck vom 14, 12. 2000). S. 50.

제144조 제4항). 재혼한 남편(또는 자녀)이 친생부인의 소를 제기하여 판결이 확정되면, 전 남편이 자녀의 법률상 부가 된다(오스트리아민법 제151조).

4) 네덜란드

모가 혼인 중에 자녀를 출산한 경우에는 그 남편이 자녀의 부가 된다(네덜란드민법 제199조 a호).[41] 포태의 시기가 혼인전이라도 상관없다. 임신한 여성과 혼인하는 남자는 자녀의 아버지일 가능성이 높다는 것이 그 이유이다.[42]

남편의 사망으로 혼인관계가 해소된 날부터 306일 내에 자녀가 출생한 경우에는 사망한 전 남편이 자녀의 부가 된다(네덜란드민법은 최장 임신기간을 306일로 설정한다). 그 사이에 모가 재혼한 경우에도 전 남편이 자녀의 부가 된다는 점에는 영향이 없다(네덜란드민법 제199조 b호 1문. 이 점에서 위에서 본 세 나라의 입법례와 구별된다).

이혼으로 혼인이 해소된 날부터 306일 내에 자녀가 출생한 경우에는 모의 전 남편은 자녀의 부가 되지 않는다. 네덜란드 구민법에는 이혼으로 인한 혼인해소의 경우에도 전 남편이 자녀의 부로 추정된다는 규정이 있었으나, 1997년 민법개정(1998. 4. 1. 시행)에 의하여 삭제되었다. 이혼 후에 자녀가 태어난 경우에는 전 남편의 자녀일 가능성이 낮다는 것이 그 이유였다.

5) 정리 및 시사점

ⅰ) 위에서 본 외국의 입법례[43]에 나타난 공통점은 다음과 같이 정리될 수 있다.

---

41) Weber, Niederlande, in: Bergmann/Ferid/Henrich(Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht. Teil III B 11 v. 1.9.2008.

42) Breemhaar, Streit um die Abstammung im Niederländischen Recht, in: Spickhoff/Schwab /Henrich/Gottwald, Streit um die Abstammung -ein europäischer Vergleich-, 2007, S. 153.

43) 이외에도 노르웨이(1981년 노르웨이 친자법 제3조), 덴마크(2001년 덴마크 친자법 제1조), 스웨덴(1977년 이후 태어난 자녀에 대해서 적용됨. Giesen, Schweden, in: Bergmann/Ferid/Henrich(Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht. Teil III A 32 v. 1.7.2013.) 역시 이러한 입법태도를 취하고 있다.

① 모가 혼인 중에 자녀를 출산한 경우에는 그 남편을 자녀의 부로 규정하며, 포태의 시기가 혼인 전이라도 관계없다(출생시 기준의 원칙). ② 따라서 모가 이혼(혼인 취소, 무효)으로 인한 혼인관계의 종료 후에 자녀를 출산한 경우에는, 비록 혼인 중에 임신하였다고 해도, 전 남편은 그 자녀의 부로 추정되지 않는다. ③ 다만 남편의 사망으로 혼인관계가 종료한 경우에는 예외가 인정되어, 모가 남편의 사망 후 300일(독일, 스위스, 오스트리아) 또는 306일(네덜란드) 내에 자녀를 출산한 때에는 사망한 전 남편이 자녀의 부가 된다. ④ 위의 나라들도 예전에는 이혼 후 일정한 기간(스위스: 300일, 독일, 오스트리아: 302일, 네덜란드: 306일) 내에 모가 자녀를 출산한 경우 전 남편의 자녀로 추정하는 규정을 두고 있었으나, 1990년대 후반부터 2000년대 초반 사이에 이루어진 개정에 의해서 전부 삭제되었다. 그 이유로는 ① 일반적인 경험칙에 비추어 모가 이혼 후 출산한 자녀는 전 남편의 자녀일 가능성이 낮다는 점, ② 그럼에도 불구하고 모가 이혼 후 일정한 기간 내에 출산한 자녀를 전 남편의 자녀로 추정할 경우, 일단 전 남편의 자녀로 출생신고를 한 후 친생부인 판결을 받아 자녀의 신분등록부를 정정하는 절차를 밟아야 하는데, 이는 사회적으로 불필요한 비용을 발생시킨다는 점 등을 들 수 있다.

ii) 2017년에 개정된 우리민법 제844조 제3항은, 개정 전과 다름없이, 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 출생한 자녀를 전 남편의 자녀로 추정한다. 여기서 혼인관계 종료란 이혼, 혼인취소 등으로 인한 생전의 종료와 사망으로 인한 혼인해소를 포함한다. 그런데 우리의 변화한 사회현실에 비추어 볼 때 모가 이혼 후 300일 내에 자녀를 출산하였다면 전 남편의 자녀가 아닌 경우가 적지 않을 것이다. 그러나 개정민법이 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 출생한 자녀를 전 남편의 자녀로 추정하는 규정을 그대로 존속시킨 결과(이에 따라 그 자녀는 출생과 동시에 전 남편의 혼인중의 자의 신분을 가지게 된다), 출생신고 의무자인 모(또는 모의 전 남편)가 출생신고를 할 때 그 자녀는 전 남편의 자녀로 출생신고가 될 수밖에 없다. 개정민법의 입법자는 이러한 문제를 해결하기 위하여, 전 남편의 혼인중의 자로 출생신고를 하는 것을 미루고 친생부인의 허가를 받아 모의 혼인외의 자로 직접 출생신고를 할 수 있도록 규정하였다(이와 같이 재판절차를 거쳐 출생신고를 하는 경우 가족관계등록법이 정한 출생신고 기간을 준수하기 어렵다는 점은 앞에서 이미 지적한 바와 같다).

위에서 본 바와 같이 외국에서도 모가 이혼 후 출산한 자녀를 전 남편의 자녀로 추정하는 경우에 발생하는 문제점(일단 전 남편의 자녀로 출생신고를 한 후 친생부인 판결을 받아 자녀의 신분등록부를 정정하는 절차를 밟아야 한다)을 인식하고, 이를 해결하기 위하여 친생추정에 관한 규정을 개정하였으나, 그 방향은 우리와 크게 달랐다. 출생시 기준의 원칙을 채택한 결과 혼인 중에 출생한 자녀만이 모의 남편의 자녀로 추정되고, 이혼 후 출생한 자녀는 더 이상 전 남편의 자녀로 추정되지 않았다. 이혼 후 출생한 자녀는 일단 법률상 부가 없는 상태가 되므로, 출생신고를 할 때도 부는 기록되지 않는다. 법률상 부자관계는 자녀의 출생신고 이후 생부(전 남편 또는 제3자)의 임의인지 또는 부자관계를 창설하는 재판절차를 통하여 발생한다.

외국의 입법례에서 알 수 있듯이, 이혼 후 출생한 자녀를 전 남편의 자녀로 출생신고를 하지 않도록 하려면, 그 전제로서 그 자녀를 전 남편의 자녀로 추정하는 원칙을 폐기하여야 한다. 모가 이혼 후에 출산한 자녀를 전 남편의 자녀로 추정하지 않는다면, 출생 시에 모는 확정되지만 법률상의 부는 정해지지 않는다. 따라서 출생신고를 할 때에도 법률상의 부는 기록되지 않으며, 출생신고 후 임의인지 또는 재판상 인지에 의해서 법률상의 아버지가 확정될 것이다(모와 생부가 새로운 가정을 형성하여 공동으로 자녀를 양육하고 있다면 출생신고 후 즉시 생부가 인지할 수 있다). 이러한 방향으로 우리 민법이 개정된다면 모의 기본권도 침해되지 않고 자녀의 출생등록권 침해로 인한 문제도 생기지 않을 것이다. 우리와 같은 문제를 먼저 경험한 외국에서 개정민법과 유사한 입법례를 찾아볼 수 없는 것은 결코 우연이 아니다. 이른바 선진국에서 아동의 기본적인 인권을 희생시키는 방식의 입법이 허용될 수 없다는 점은 명확하다.[44)]

---

44) 개정민법과 같이 출생신고 의무자의 선택에 따라 혼인중의 자로 출생신고를 할 수도 있고, 재판을 거쳐 모의 혼인외의 자로 출생신고를 할 수도 있는 법체계는 혼인중의 자로 출생신고 하는 것을 미루어도 무방하다는 것을 당연한 전제로 한다. 그런데 선진국에서는 자녀의 출생신고를 미룬 채 재판을 통하여 자녀의 신분을 결정하고 나서 비로소 출생신고를 한다는 것은 상상하기 어렵고, 더구나 이러한 방식을 법제화한다는 것은 불가능한 것으로 보이기 때문이다.

Ⅲ. “친생추정을 받는 자녀와 모의 남편 사이에 혈연(유전자형)이 배치되는 경우에는 친생추정이 미치지 않는 것으로 보아서 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있다”는 법리에 대한 검토

1. 혈연(유전자형)의 배치와 제844조 친생추정의 관계

대법원 판례에 따르면 친생추정을 받는 자녀와 모의 남편 사이에 혈연(유전자형)이 배치되는 경우에는 친생부인의 소를 제기하여야 하며, 친생자관계부존재확인의 소를 제기하는 것은 부적법하다.[45] 그런데 하급심 판결 중에는 이와 달리 ‘친생추정을 받는 자녀와 모의 남편 사이에 혈연(유전자형)이 배치되는 경우에 친생추정이 미치지 않는다’는 법리를 전개하면서 친생자관계부존재확인청구를 인용한 것이 적지 않다(“동서의 결여로 부의 자를 포태할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정이 있는 경우에 그 추정이 미치지 않는다고 해석하면서도, 이와 달리 보다 더 과학성 및 객관성이 담보되는 유전자검사 등에 의하여 부의 자가 아니라는 점이 명백히 밝혀진 경우까지 그 추정이 미친다고 할 합리적인 이유가 없는 점 등을 종합하면, 부부 사이의 동서 결여뿐만 아니라 유전자형 배치의 경우에도 친생자 추정의 효력은 미치지 않는다고 봄이 타당하다.”).[46]

위와 같은 법리는 민법상 친생추정에 관한 규정이 제정될 당시와는 달리 오늘날에는 과학기술의 발달로 인하여 생물학적인 친자관계의 존재여부를 거의 100% 가릴 수 있게 되었다는 점에 근거하고 있다. 그러나 친생추정에 관한 제844조의 기본적인 입법취지가 민법제정 당시와 거의 다름없이 유지되고 있다는 점에 비추어 볼 때, 위와 같은 해석론은 실정법 해석의 한계를 벗어난 것으로 생각된다. 제844조는 모의 혼인 중의 임신이라는 사정에 기초하여 모가 낳은 자녀를 그 남편의 자녀로 추정함으로써 자녀의 출생과 동시에 그의 법률상의 아버지를 정하는 것을 목적으로 한다. 현실에서는 모가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀와 그 남편 사이에 혈연관계가 없는 경우가

45) 대법원 2012. 10. 11. 2012므1892 판결; 대판 2000. 8. 22. 2000므292; 대판 1997. 2. 25. 96므1663 등.

46) 서울가정법원 2016. 9. 21. 2015르1490 판결; 창원지방법원 2015. 4. 10. 2014드단21841 판결 등.

있을 수 있지만, 이러한 사정이 있다고 해서 제844조에 따른 친생추정의 효과가 당연히 배제되는 것은 아니다. 오히려 제844조는 친생추정을 받는 자녀와 모의 남편 사이에 혈연관계가 배치되는 사례가 생길 수 있음을 예상하고, 그러한 경우까지도 포함하여 친생추정의 효력이 발생하는 것으로 규정하였다고 이해된다. 이 점은 친생추정제도와 친생부인제도의 관계를 살펴보면 보다 명확하게 이해할 수 있다: 모가 혼인 중에 임신하여 자녀를 출산한 경우에는 – 그 자녀와 모의 남편 사이에 혈연관계가 존재하는가의 여부와 관계없이 – 제844조에 따라 일단 친생추정의 효력이 발생하므로, 그 자녀는 모의 남편의 친생자로 추정되어 그 사이에 법률상의 친자관계가 발생한다. 그러나 민법은 친생추정을 받는 자녀와 모의 남편 사이에 생물학적인 친자관계가 없는 경우를 대비하여 친생부인에 관한 규정을 두어서 혈연과 일치하지 않는 법률상의 부자관계를 소멸시킬 수 있는 길을 열어 놓고 있다. 친생부인제도는 모가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀와 모의 남편 사이에 혈연(유전자형)이 배치되는 경우에도 제844조에 따라 일단 친생추정의 효력이 발생한다는 것을 전제로 한다. 친생추정의 효력에 따라 모가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀와 모의 남편 사이에 혈연이 배치되는 경우에도 일단 법률상의 친자관계가 발생하는 것을 전제로 하여 형성의 소인 친생부인의 소에 의해서 그 관계를 소멸시키도록 한 것이다(친생부인의 소가 형성의 소라는 사실은 친생추정을 받는 자녀와 모의 남편 사이에 혈연관계가 배치되는 경우에도 일단 법률상의 친자관계가 발생, 성립한다는 점을 전제로 한 것이다. 형성판결인 친생부인판결에 의해서 출생과 동시에 성립하였던 법률상의 친자관계가 출생 시로 소급하여 소멸하기 때문이다.[47]).

이러한 점들에 비추어 볼 때 하급심 판결에서 종종 볼 수 있는 “친생추정을 받는 자녀와 모의 남편 사이에 혈연(유전자형)이 배치되는 경우에는 친생추정이 미치지 않는 것으로 보아서 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있다”는 해석론은 우리 민법체계와 조화될 수 없다고 생각된다. 우리 민법상 친생추정제도와 친생부인제도의 관계에 비추어 볼 때 모가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀와 모의 남편 사이에 혈연이 배치되는 경우에도 일단 친생추정의 효력이 발생한다고 해석될 수밖에 없으며, 이렇게 성립된 법률상의 부자관계는 형성판결인 친생부인판결[48]에 의해서 자녀의 출생 시로

47) 이시윤, 신민사소송법(2019), 209면. 친생부인청구는 소급적 형성의 소로서 소급적으로 권리를 변동시키는 것이다.

소급하여 소멸하기 때문이다.

2. '친생추정이 미치지 않는 자(子)'의 법리가 적용될 수 있는 범위

(1) 동거의 결여로 아내가 남편의 자녀를 임신할 수 없는 객관적 사정이 있는 경우

"동서의 결여로 부(夫)의 자를 포태할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정이 있는 경우에 그 추정이 미치지 않는다고 해석하면서도, 이와 달리 보다 더 과학성 및 객관성이 담보되는 유전자검사 등에 의하여 부(夫)의 자가 아니라는 점이 명백히 밝혀진 경우까지 그 추정이 미친다고 할 합리적인 이유가 없다"는 하급심 판결의 법리는 일견 논리적으로 보일 수도 있다. 그러나 '친생추정이 미치지 않는 자'의 법리를 어느 범위까지 확대하여 적용할 수 있을 것인지에 대해서는 여러 각도에서 신중한 검토가 필요하다.

주지하는 바와 같이 대법원 판례는 1983년 전원합의체판결[49] 이래, 동거의 결여로 인하여 아내가 남편의 자녀를 임신하는 것이 객관적으로 불가능한 상황에서 자녀를 출산한 경우에 한정하여 '친생추정이 미치지 않는 자'의 법리를 적용해 왔다. '친생추정이 미치지 않는 자'에 대해서는 '친생추정을 받지 않는 자'(혼인이 성립한 날부터 200일이 되기 전에 출생한 자녀. 제844조 제2항)에게 적용되는 것과 동일한 법리가 적용되므로, 친생부인의 소가 아니라[50] 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있고, 이로써 친생부인의 소를 제기하는 경우에 걸림돌이 되는 단기의 제척기간(1983년 전원합의체판결 당시에는 자녀의 출생을 안 날부터 1년으로 되어 있었다.[51])을 피해서 혈연관계에 부합하지 않는 호적(2008년 이후에는 가족관계등록부)상의 부자관계를 말

48) 다만 혼인관계종료의 날부터 300일 내에 태어난 자녀의 경우에는 친생부인의 허가 심판을 통하여 친생자관계를 부인할 수 있다(제854조의2). 이 경우에는 친생부인허가 심판의 확정에 의해서 친생부인의 효력이 발생한다.

49) 대법원 1983. 7. 12. 82므59 전원합의체판결.

50) 물론 친생추정이 미치지 않는 자에 대해서도 모나 모의 남편이 제소기간 내에 친생부인의 소를 제기할 수 있으며, 이를 금지할 이유가 없다. 친생추정이 미치지 않는 자도 혼인성립의 날부터 200일 후에 태어난 경우에는 제844조에 따라 형식적으로 친생추정을 받기 때문이다.

51) 2005년 민법개정에 의하여 "그 사유가 있음을 안 날부터 2년 내"로 변경되었다.

소시킬 수 있었다. 그런데 이러한 법리가 친생추정에 관한 제844조의 해석과 큰 마찰을 일으키지 않고 지금까지 비교적 조화롭게 공존할 수 있었던 이유는 친생추정제도의 입법취지를 훼손하지 않으면서도 적용이 가능하였기 때문인 것으로 보인다. 친생추정제도의 기본적인 입법취지는 자녀의 복리와 가정의 평화를 보호하고자 하는 것인데, 판례가 채용하고 있는 '친생추정이 미치지 않는 자'의 법리가 적용될 수 있는 사례는 부부가 장기간 별거하여 혼인관계가 이미 파탄된 상태에 있는 경우(그 대표적인 경우가 사실상의 이혼상태라고 할 수 있다)가 대부분일 것이므로, 지켜야 할 '가정의 평화'가 존재하리라고는 처음부터 기대하기 어렵다. 또한 그러한 상태에서 태어난 자녀를 (아내와 형식적인 혼인관계에 있는) 남편의 친생자로 추정해서 그 사이에 법률상의 친자관계를 발생시킨다고 해도 자녀의 복리 실현에 도움이 되지 않을 것이다(오히려 이런 경우에는 모와 자녀의 생부가 자녀를 양육하고 있을 가능성이 높으므로, 생부가 쉽게 인지할 수 있는 길을 열어주는 것이 바람직하다).

1983년 전원합의체판결에 의해서 '친생추정이 미치지 않는 자'에 대해서는 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있다는 판례가 확립되면서 소를 제기할 수 있는 원고적격자와 제소기간의 범위가 친생부인의 소를 제기하는 경우와는 비교할 수 없을 정도로 확대되었으나, 이로 인하여 친생추정제도의 입법취지가 훼손되는 문제가 발생하지 않았던 이유는, 바로 위에서 본 바와 같이 '친생추정이 미치지 않는 자'의 법리를 부부의 동거가 결여된 상태에서 태어난 자녀에 한정하여 적용했다는 점에서 찾을 수 있을 것이다.

(2) 부자간에 혈연관계가 배치되는 경우에 '친생추정이 미치지 않는 자(子)'의 법리를 적용하면 생기는 문제점

그런데 이와 달리 일부 하급심 판결에서와 같이 부자간에 혈연(유전자형)이 배치되는 경우에까지 이 법리를 확대적용하게 되면, 친생추정제도의 입법취지와 정면으로 충돌하는 문제가 생길 수 있다. '친생추정이 미치지 않는 자'에 대해서는 이해관계인은 누구나 기간의 제한 없이 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있으므로, 모와 모의 남편이 가정을 유지하면서 자녀(아내가 혼인 중에 임신하여 출산하였으나, 그 남편과 혈연관계가 없는 자녀)를 양육하고 있는 사례에서는 자녀의 복리나 가정의 평화

가 크게 위협을 받을 수 있다. 예를 들어 아내가 혼인 중에 임신하여 낳은 자녀가 남편의 친생자가 아님을 알면서도 부부가 합의하여 가정을 유지하고 자녀를 양육하기로 결정하였는데, 생부가 친생자관계부존재확인의 소를 제기하여 판결이 확정된 후 자녀를 인지한다면 가정의 평화는 물론이고 자녀의 복리도 보호될 수 없다.[52] 또한 위와 같은 사례에서 부부가 자녀를 10년 이상 공동으로 양육해오다가 이혼을 계기로 남편이 변심하여 친생자관계부존재확인의 소를 제기하는 경우도 있을 수 있는데,[53] 부자간에 혈연(유전자형)이 배치된다는 이유를 들어 청구를 인용한다면 이는 자녀의 복리를 침해하는 결과로 이어질 수 있다(부부가 이미 이혼한 상태이므로, '가정의 평화'라는 법익의 보호는 더 이상 문제가 되지 않을 것이다). 이러한 경우에 실제로 자녀의 복리 침해가 있는가에 대해서는 의견이 갈릴 수 있으나, 자녀의 가족관계와 법률상의 신분이 언제든지 이해관계에 따라 부정되고 변동될 수 있다는 사실 그 자체가 이미 자녀의 권리를 침해하는 것이라고 볼 수 있다(부모의 이혼이라는 우연한 사정에 의해서 자녀의 의사와 무관하게 자녀의 신분 변경이 허용되는 것은 자녀의 복리에 반한다). 부자간에 혈연(유전자형)이 배치되는 경우에는 친생추정이 미치지 않는 것으로 보아서 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있다는 해석론에 따르면 자녀의 가족관계와 법률상의 신분은 일생에 걸쳐 유동(流動)적인 상태로 머물 수밖에 없다. 심지어 양육과 공동생활을 거쳐 수십 년간 실질적인 부자관계를 유지한 경우에조차도 당

52) 창원지방법원 2015. 4. 10. 2014드단21841 판결: 피고 1(자녀)의 모는 피고 2(남편)와 혼인 중에 원고(생부)와의 혼외관계에서 피고 1을 임신, 출산하였다. 피고 1은 모와 피고 2 사이에서 출생한 자녀로 출생신고가 이루어졌으며, 이 판결이 선고될 때까지 모와 피고 2가 양육하고 있다. 원고는 자신이 피고 1의 생부라고 주장하면서 피고들을 상대로 친생자관계부존재확인의 소를 제기하였다. 이에 대해서 피고 2는 "피고 1은 혼인 중에 포태되어 자신의 친생자로 추정되므로, 친생부인에 의하여만 부자관계가 해소될 수 있어 피고들 사이의 친생자관계부존재확인을 구하는 원고의 청구는 부적법하다"고 주장하였다. 그러나 법원은 부자간에 혈연(유전자형)이 배치되는 경우에 친생추정이 미치지 않는다는 법리를 전개하면서 친생자관계부존재확인청구를 인용하였다.

53) 서울가정법원 2016. 9. 21. 2015르1490 판결: 피고(자녀)의 모는 원고(전 남편)와 혼인 중에 피고를 임신, 출산하였다. 원고는 피고를 자신의 친생자로 출생신고를 하고 16년간 양육해왔으나, 이혼을 계기로 친생자관계부존재확인의 소를 제기하였다. 이 판결에서 법원은 혈연(유전자형)이 배치되는 경우에도 친생추정이 미치지 않는다는 법리를 전개하며 친생자관계가 존재하지 않음을 확인하였다.

사자인 부자의 의사와는 관계없이 제3자(예를 들어 법률상의 아버지와 재혼한 처)가 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있으며, 판결이 확정되면 오랜 세월 유지되어 온 부자관계가 하루아침에 부정되는 운명을 피할 수 없다.[54]

물론 하급심에서도 불합리한 결론을 피하기 위하여 '혈연(유전자형)이 배치되는 경우에 친생추정이 미치지 않는 것'으로 보는 법리를 적용함에 있어서 일정한 제한을 가하기도 하지만(예를 들면 하급심 판결 중에는 혼인의 해소 또는 파탄을 전제로 위의 법리를 적용한 사례가 적지 않다.[55]), 위의 법리를 적용하는 모든 하급심에서 이러한 경향이 일관적으로 관철되고 있다고 볼 수는 없다(이는 부자간에 혈연이 배치되는 사안에 있어서 법관에 따라 서로 다른 결론이 나올 수 있다는 것을 의미한다. 이러한 현상은 결과적으로 법원과 법에 대한 신뢰를 저하시키는 요인으로 작용할 것이다). 결국 하급심 법원에 따라서는 부자간에 혈연(유전자형)이 배치되는 사안에서 위의 법리를 아무런 제한 없이 적용할 가능성을 배제할 수 없는데, 이와 같이 단지 유전자검사 결과에 근거하여 부자관계의 존부를 판단하는 것은 과도하게 혈연진실주의에 경도된 것으로서 현행 민법체계와는 조화되지 않는다. 현행 민법상 친생추정제도는 혈연의 진실 이외에도 가정의 평화, 자녀의 복리와 같은 법익을 균형 있게 보호하여야 한다는 전제에 입각해 있기 때문이다.

나아가 부자간에 '혈연(유전자형)이 배치되는 경우에 친생추정이 미치지 않는 것'으로 보는 법리를 제한 없이 적용하는 경우에는 인공수정으로 태어난 자녀의 복리도 실현될 수 없다. 남편의 동의하에 아내가 제3자의 정자를 이용하여 자녀를 임신, 출산한 경우에도 제844조에 따르면 그 자녀는 남편의 친생자로 추정되어 그 사이에 법률상의 친자관계가 성립한다. 그런데 인공수정으로 태어난 자녀와 모의 남편 사이에는 혈연(유전자형)이 배치될 수밖에 없으므로, 위의 법리에 따르면 이해관계인은 누구나 기간

---

54) 수원지방법원 2011. 8. 12. 2010드단17939 판결: 피고(아들)의 모는 남편 A와의 혼인 중에 피고를 임신, 출산하였다. 피고의 모는 피고를 출산한 후 2년쯤 지난 시점에서 남편 A와 이혼하였다. 이혼 후 피고의 양육은 A가 맡았으며, A는 원고와 재혼한 후에도 계속해서 피고를 양육하였다. A는 원고와 약 50년간 혼인관계를 유지하다가 사망하였다. 원고는 A의 사망 후 피고를 상대로 친생자관계부존재확인의 소를 제기하였다(유전자검사 결과 피고(아들)와 A 사이에는 친생자관계가 성립할 수 없다는 결과가 나왔다). 이 판결에서 법원은 유전자검사결과를 근거로 친생자관계부존재확인청구를 인용하였다.

55) 서울가정법원 1994. 7. 15. 93드89828 판결; 서울가정법원 1995. 5. 30. 94드61789 판결 등.

의 제한도 받지 않고 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있게 된다. 결국 인공수정으로 태어난 자녀의 가족관계와 법률상 신분은 일생동안 안정되지 못하고 언제든지 부정, 변동될 수 있다(자녀 본인의 의사는 전혀 고려되지 않는다). 물론 이와 같이 불합리한 결과를 피하기 위하여 하급심 법원에서는 인공수정으로 태어난 자녀에 대해서 위의 법리를 적용하지 않으려는 경향을 보이고 있지만,[56] 이러한 경향 역시 모든 하급심 법원에 통일되어 있다고 보기는 어렵다.[57]

위에서 본 바와 같이 '혈연(유전자형)이 배치되는 경우에 친생추정이 미치지 않는 것'으로 보는 법리가 갖는 결정적인 약점은 자녀의 복리를 침해하는 결과를 야기할 수 있다는 것이다(가정의 평화를 위협하는 경우도 있지만 대개의 하급심 판결은 혼인의 파탄을 전제로 하여 위의 법리를 적용함으로써 그러한 위험을 피해가고 있다). 물론 사안에 따라서는 반대로 이 법리가 자녀의 복리 실현에 유리하게 작용할 수도 있다.[58] 어떠한 법리가 보편타당성을 확보하려면 어떠한 사안에서든지 그 법리를 적용했을 때 어느 정도 일관성 있는 결론이 도출될 수 있어야 한다. 그런데 '혈연(유전자형)이 배치되는 경우에 친생추정이 미치지 않는 것'으로 보는 법리는 어떤 사안에서는 자녀의 복리에 유리한 결론을 도출하는 데 도움이 되기도 하지만, 또 다른 사안에서는 자녀의 복리를 심각하게 침해하는 결과를 초래하기도 한다. 동일한 법리를 적용했을 때 사안에 따라 상반된 결론이 나올 수 있다는 것은 그 법리에 간과할 수 없는 흠결이 있음을 반증하는 것이다. 실무에서 앞으로도 '혈연(유전자형)이 배치되는 경우에 친생추정이 미치지 않는 것'으로 보는 법리를 계속해서 유지하고자 한다면 그 한계로서 자녀의 복리와 가정의 평화를 해치지 않는 한도에서만 적용할 수 있다는 점을 명확하게 할 필요가 있을 것이다.[59]

---

56) 서울고등법원 1986. 6. 9. 86르53 판결; 서울가정법원 2011. 6. 22. 2009드합13538 판결; 서울가정법원 2016. 9. 21. 2015르1490 판결 등.

57) 서울가정법원 2002. 11. 19. 2000드단53028 판결; 수원지방법원 2016. 4. 20. 2015드단509211 판결.

58) 생부가 인지의 의사를 가지고 자녀를 양육하고 있으나 자녀의 모 또는 그 남편이 친생부인의 소를 제기하지 않는 경우, 생부는 스스로 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있고 판결이 확정되면 자녀를 인지하여 부자관계를 창설할 수 있을 것이다. 대전가정법원 2017. 2. 16. 2016드단55628 판결 참조.

59) 물론 이와 같이 위 법리를 적용할 수 있는 한계를 명확히 한다고 해도 친생추정제도와의 관계

(3) 외국의 입법례

1) 친생추정에 관한 외국의 입법례를 살펴보면 '친생추정이 미치지 않는 자'에 대한 해석론을 검토하는 데 시사점을 얻을 수 있을 것이다. 친생추정에 관한 원칙은 로마법에서 확립된 이래 각국의 입법례에 공통적으로 규정되어 있다. 그 핵심적인 내용은 '모가 혼인 중에 임신하여 출산한 경우에는 그 남편이 자녀의 아버지로 추정되어 그 사이에 부자관계가 발생한다는 것'이다. 입법례에 따라서는 '추정'이라는 용어를 아예 사용하지 않고, '모의 남편이 자녀의 아버지이다'라는 단정적인 표현을 쓰기도 하지만(독일, 오스트리아), 효력 면에서는 차이가 없다: 모가 혼인 중에 자녀를 임신, 출산하였다는 사실만으로 위와 같은 친생추정의 효력은 당연히 발생하며,[60] 혈연(유전자형)이 배치되는 사정은 이러한 효력발생에 아무런 영향도 미치지 않는다. 친생추정을 받는 자녀와 모의 남편 사이에 혈연(유전자형)이 배치되는 경우에는 일정한 범위의 사람들이 일정한 기간 내에 친생부인의 소를 제기할 수 있고, 판결이 확정되면 출생 시로 소급하여 부자관계가 소멸한다.

2) 독일을 비롯하여 유럽의 몇몇 국가에서는 일정한 사정(예를 들면 임신할 무렵 부부가 별거하고 있었다는 사실)이 있는 경우 처음부터 친생추정의 효력이 발생하지 않도록 관련규정을 개정하자는 주장이 제기된 바 있다.[61] 여기서는 독일의 논의에 대해서 간략히 소개한다.[62] 독일에서 이러한 개정론이 주장된 배경에는 다음과 같은 사

에서 빚어지는 이론적 문제가 완전히 해결될 수는 없다. 그러나 친생부인의 소를 제기할 수 있는 제소권자와 제소기간의 제한으로 인하여 자녀의 복리가 침해되는 사례가 계속해서 발생하고 있는 현실을 감안해 볼 때 적어도 친생부인의 소에 관한 규정이 개정될 때까지는 이러한 해석의 가능성을 열어 두는 것은 불가피한 선택이라고 생각된다. 대전가정법원 2017. 2. 16. 2016드단55628 판결 참조.

60) 친생추정의 기준으로 혼인 중의 임신을 기준으로 하는 입법례(한국, 일본, 대만)와 혼인 중의 출산을 기준으로 하는 입법례(독일, 오스트리아, 스위스, 네덜란드, 스웨덴, 노르웨이)가 있다.

61) Schwenzer, Vom Status zur Realbeziehung(1987), S. 234. 이미 독일민법 제정 당시에도 이러한 논의가 있었으나 반영되지 않았다. Gaul, Die pater-est-Regel der §§ 1591 1592 BGB, in: Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag(1993), S. 638.

62) 독일의 개정론을 소개하기에 앞서 우선 '친생추정이 미치지 않는 자'에 관한 우리 법리와의 차이점을 간단히 정리한다. ① 우리나라에서 '친생추정이 미치지 않는 자'는 일단 혼인중의 자의

정이 자리 잡고 있다: 오로지 혼인 중의 출산이라는 사실에 의존하여 일률적으로 친생추정의 효력을 발생시키는 법제 하에서는 혈연관계와 일치하지 않는 법률상의 부자관계가 성립할 가능성을 배제할 수 없는데, 이러한 경향은 성적 자유가 확산되고 있는 현대사회에서 더욱 강하게 나타나고 있다. 이런 경우에는 결국 친생부인의 소를 제기하여 법률상의 부자관계를 소멸시키는 절차를 거쳐야만 하는데, 이는 시간의 낭비와 비용의 발생을 야기한다.[63] 따라서 모가 혼인 중에 출산한 자녀가 그 남편의 친생자가 아닐 개연성이 높은 사정이 있는 경우에는 처음부터 친생추정의 효력을 배제함으로써 별도의 재판절차를 거칠 필요 없이 그 자녀와 모의 남편 사이에 친자관계가 발생하지 않도록 하자는 것이 위 개정론의 핵심이다. 이 개정론은 친생추정의 효력을 배제하는 대표적인 사유로서 부부의 별거(모가 자녀를 임신할 무렵 부부가 별거하고 있었다는 사실)를 제시하였다.[64]

신분을 갖지만, 친생부인의 소가 아니라 친생자관계부존재확인의 소에 의해서 가족관계등록부상의 부자관계를 말소시킬 수 있다는 점에 특징이 있다. 즉 일단 혼인중의 자의 신분을 갖지만(따라서 혼인중의 자로 출생신고가 된다), 재판절차를 거쳐 판결이 확정되면 출생 시로 소급하여 혼인외의 자의 신분으로 변경되는 것이다. ② 이에 반하여 독일에서의 개정론은 모가 혼인 중에 자녀를 출산한 경우에도 일정한 사정이 있으면 재판을 거치지 않고도 친생추정의 효력이 발생하지 않도록 하자는 것이다. 즉 부부의 별거와 같은 일정한 사정이 있는 경우 모가 낳은 자녀를 처음부터 남편의 자녀로 추정하지 않음으로써 그 사이에 부자관계가 발생하지 않도록 하자는 주장이다. 따라서 이 개정론에 따르면 친생추정의 효력이 배제되는 사정이 있는 경우에는, 비록 모가 혼인 중에 자녀를 출산하였다고 해도, 출생과 동시에 법률상의 아버지가 정해지지 않으며(따라서 출생신고서에 부(父)를 기록하지 않는다), 인지를 거쳐야만 비로소 부자관계가 창설된다. ①과 ②의 설명을 종합해 보면 우리 판례에서 사용되는 '친생추정이 미치지 않는 자'의 개념은, 일정한 사정이 있는 경우 출생 시부터 당연히 친생추정이 배제되어 처음부터 부자관계의 성립을 인정하지 않는 개념과는 구별되어야 함을 알 수 있다.

63) 이러한 논의는, 앞에서 소개한 바와 같이, 혼인 중에 포태되었으나 이혼 후 출생한 자녀에 대해서 친생추정의 효력을 배제하는 법개정으로 이어졌다(독일, 오스트리아, 스위스, 네덜란드, 노르웨이, 스웨덴, 덴마크).

64) 대부분의 유럽국가에서는 임신할 무렵 부부가 별거하고 있었다는 사실만으로는 친생추정의 효력이 배제되지 않는다. 즉 부부의 별거는 친생추정의 효력 발생에 영향을 미치지 못한다. 이에 대한 예외로는 벨기에와 스페인의 입법례를 들 수 있다. 예를 들어 벨기에민법 제316bis조에 따르면 부부가 각각 다른 주소에 주민등록을 한 날부터 300일 후에 자녀가 출생한 경우에는 친생추정이 효력이 발생하지 않는다. 다만 부부가 그 후에 다시 동일한 주소로 주민등록을 한 경우에는 친생추정의 효력이 발생한다(벨기에민법 제316bis조 제1항 제2호). 이러한 사정이 있는 경

그러나 이러한 주장에 대해서는 다음과 같은 반론이 제기되었다: 부부의 별거 중에 아내가 출산한 경우 그 남편이 자녀의 아버지일 가능성은 높지 않으나, 자녀의 신분을 결정하는 중요한 문제를 부모의 별거라는 불확실한 기준에 따라 판단할 수는 없다. 별거 중에 모가 출산하였다는 사정이 있다고 해서 친생추정의 효력이 처음부터 배제된다면 출생신고 시 출생등록부에 자녀의 아버지를 기록할 수 없게 되는데, 이러한 사정의 존부는 출생신고를 처리하는 신분등록공무원이 판단할 수 있는 범위를 넘어서는 것이다. 신분등록공무원은 별거의 개시 시와 그 기간, 그 기간 중에 모가 제3자와 동거하였는지의 여부, 또는 별거기간 동안 잠시라도 부부가 화해한 사실이 있는가의 여부 등을 확정할 수 있는 지위에 있지 않기 때문이다.[65]

이러한 논쟁을 거쳐 부부의 별거를 친생추정의 배제 사유로 규정하자는 주장은 궁극적으로 개정법(1997년 독일개정친자법)[66]에 반영되지 못하였다. 결과적으로 독일민법의 친생추정 규정에 따르면 모가 혼인 중에 자녀를 출산한 경우 그 남편이 자녀의 법률상 아버지가 되어 그 사이에 부자관계가 성립하고, 부부의 별거는 이러한 친생추정의 효력에 어떠한 영향도 미치지 않는다. 한편 친생추정에 관한 개정논의 과정에서 모가 혼인 중에 출산한 자녀와 그 남편 사이에 혈연이 배치되는 경우에 친생추정의 효력을 배제해야 한다는 주장은 제기된 적이 없었다. 따라서 개정 전후를 막론하고 모가 혼인 중에 출산한 자녀와 그 남편 사이에 혈연이 배치되는 사정은 친생추정의 효력에 아무런 영향도 미치지 않는다. 독일뿐만 아니라 다른 나라들에서도 모가 혼인 중에 출산한 자녀와 그 남편 사이에 혈연이 배치되는 사정은 친생추정의 효력에 영향을 미치지 않는다.[67] 부자간에 혈연이 배치되는 사정으로 친생추정의 효력을 처음부터

우에는 신분등록공무원은 친생추정의 효력 배제 여부를 결정하고 그에 따라 출생증명서를 발급한다(친생추정의 효력이 발생하는 경우에는 출생증명서에 모의 남편을 아버지로 기록하고, 반대의 경우에는 아버지를 기록하지 않는다). 부부의 별거로 인하여 친생추정의 효력이 배제되는 경우에도 부부가 출생신고를 할 때 그 자녀가 자신들의 친생자라는 의사를 표시하면 친생추정의 효력이 발생하여 모의 남편이 자녀의 법률상 아버지가 된다. Pintens, Die Abstammung im belgischen Recht, in: Streit um die Abstammung - ein europäischer Vergleich - (2007), S. 127f.

65) Beitzke, Reform der Ehelichkeitsanfechtung?, in: Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels (1986), S. 41.

66) Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16. 12. 1997(1998. 7. 1. 시행).

배제하는 것은 친생추정의 기본적인 원칙과 모순되기 때문이다(친생추정의 기본적인 원칙은 모의 혼인 여부에 따라 자녀의 아버지를 결정하는 것이며, 모가 혼인 중에 자녀를 임신, 출산한 경우에는 일단 그 남편을 자녀의 아버지로 추정하여 출생과 동시에 법률상의 부자관계를 발생시키고, 예외적으로 그 사이에 혈연이 배치되는 때에는 친생부인소송을 통하여 법률상의 부자관계를 소급적으로 소멸시키는 것이다. 따라서 혈연이 배치되는 사정은 자녀의 출생 후 그 사실을 안 때부터 일정한 기간 내에 재판절차를 거쳐 바로 잡으면 족하고, 출생 시부터 친생추정의 효력을 배제하는 사유가 될 수는 없다).

3) 역사상 친생추정의 원칙을 폐기하려는 개정시도가 전혀 없었던 것은 아니지만, 결국 성공을 거두지는 못하였다. 노르웨이에서는 1977년에 친생추정의 원칙을 폐기하는 개정안을 마련하였는데, 이에 따르면 모가 혼인 중에 자녀를 출산한 경우에도 그 자녀는 남편의 친생자로 추정되지 않으며, 따라서 그 사이에 법률상의 부자관계가 발생하지 않는다. 그 결과 모든 자녀는 출생과 더불어 법률상의 어머니는 확정되지만, 아버지는 정해지지 않은 상태가 된다(이런 점에서 혼인중의 자와 혼인외의 자 사이에 아무런 차이가 없다). 자녀의 아버지는 출생 후 임의인지 또는 재판상 인지를 통하여 개별적으로 정하여진다.[68] 이러한 개정안에 따르면 혈연과 일치하지 않는 법률상의 부자관계는 처음부터 발생할 여지가 없다.[69] 그러나 이 개정안에 대해서는, 모가 혼인 중에 낳은 자녀에 대해서도 아버지를 정하는 절차로서 개별적인 인지를 요구함으로써 혼인제도를 약화시키고, 모든 아내들에 대하여 근거 없는 불신을 조장한다는 비판이 제기되었다. 또한 인지를 거쳐 자녀의 아버지가 확정될 때까지는 자녀의 신분이 확정되지 않고 부자관계가 발생하지 않으므로, 자녀의 신분을 장기간 불안정하게 만든다는 비판도 있었다.[70] 이러한 이유로 친생추정의 원칙을 폐기하고자 했던 역사상 유일한

---

67) 필자가 조사한 범위에서는 모가 혼인 중에 출산한 자녀와 모의 남편 사이에 혈연(유전자형)이 배치되는 사정으로 친생추정의 효력을 배제하는 입법례는 없었다.

68) 이 개정안의 기본 목적은 친생자관계의 발생에 있어서 혼인중의 자와 혼인외의 자 사이에 완전한 평등을 실현하려는 데 있었다. Schwenzer, Vom Status zur Realbeziehung(1987), S. 231; Kropholler, Kritische Bestandsaufnahme im Nichtehelichenrecht, A.c.P. 1985, 260.

69) 예외적으로 허위의 인지에 의하여 혈연관계와 일치하지 않는 부자관계가 발생할 가능성은 배제할 수 없다.

시도는 무위로 돌아가고 말았다.

4) 위에서 본 외국의 입법례가 우리에게 시사하는 바를 간단히 정리해 본다. 친생추정의 원칙은 오늘날 여전히 각국의 입법례에 확고하게 뿌리내리고 있다. 이에 따라 모가 혼인 중에 자녀를 임신, 출산한 경우에는 그 남편이 자녀의 아버지가 되고, 그 사이에 법률상의 부자관계가 발생한다. 이로써 자녀에게는 출생과 동시에 법률상의 모가 확정될 뿐만 아니라 법률상의 부(父)도 정해진다. 이와 같이 모의 혼인관계에 따라 자녀의 아버지를 정하는 원칙은 혼인제도가 존속하는 한 앞으로도 계속 유지될 것으로 전망된다.[71]

친생추정의 원칙에 따라 모가 혼인 중에 임신, 출산한 자녀와 그 남편 사이에는 출생과 동시에 당연히 법률상의 부자관계가 발생하므로, 혈연관계와 일치하지 않는 법률상의 부자관계가 발생할 가능성을 배제할 수 없다. 이러한 경우에는 결국 친생부인소송을 통하여 혈연과 배치되는 법률상의 부자관계를 소멸시켜야 하는데, 성적 자유의 폭이 확대되고 있는 현대사회에서 이러한 소송은 계속 증가하는 추세를 보이고 있다. 이와 같은 사회적 배경에서 설령 모가 혼인 중에 임신, 출산하였더라도 남편의 자녀일 가능성이 현저히 낮은 경우에는 처음부터 아예 친생추정을 배제함으로써 재판절차를 거치지 않고도 자녀와 모의 남편 사이에 부자관계가 성립하지 않도록 하자는 개정론이 제기되었다. 친생추정을 배제하는 사유로서 주장된 대표적인 사정은 부부의 별거였으나, 유럽에서도 예외적으로 극히 일부의 국가(예를 들면 벨기에, 스페인 등)에서만 개정에 반영되었을 뿐, 대부분의 나라에서는 임신 무렵 부부가 별거하였다는 사정만으로는 친생추정이 배제되지 않는다. 다른 한편, 모가 혼인 중에 임신, 출산한 자녀와 그 남편 사이에 혈연이 배치되는 사정은 친생추정을 배제하는 사유로서 개정논의 과정에서 아예 거론되지 않았다. 친생추정의 원칙은, 모가 혼인 중에 임신, 출산한 자녀와 그 남편 사이에 혈연이 배치되는 경우가 생길 수 있다는 것을 예정하고 있으며, 원래부터 그러한 예외적인 사안에 대해서도 동일하게 적용되는 법원리로서 기능해 왔기 때문이다.

---

70) Gaul, Die pater-est-Regel der §§ 1591 1592 BGB, in: Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag(1993), S. 640.

71) Gernhuber, Neues Familienrecht(1977), S. 71.

우리나라의 일부 하급심 판결에 나타난 법리에 따르면 모가 혼인 중에 임신, 출산한 자녀와 그 남편 사이에 혈연(유전자형)이 배치되는 경우 친생추정이 미치지 않는 것으로 보아서 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있다고 한다. 친생자관계부존재확인의 소는 이해관계인이면 누구나 기간의 제한 없이 제기할 수 있으므로, 친생자관계부존재확인소송을 통해 자녀의 출생 시로 소급하여 친생추정의 효력을 배제하는 것은 이해관계인의 마음먹기에 따라서 언제든지 가능하다. 그런데 일부 하급심이 취하는 이러한 해석론은 외국의 입법례와 비교해 볼 때 유례를 찾기 힘든 것이다. 외국에서 이와 유사한 입법례를 찾기 어려운 이유는 그러한 법리구성이 친생추정의 원칙과 조화될 수 없기 때문이다.

Ⅳ. 모가 혼인 중에 임신하여 자녀를 출산한 경우에도 그 남편과 자녀 사이에 혈연(유전자형)이 배치되면 친생자관계는 성립하지 않지만 양친자관계의 성립은 인정할 수 있다는 법리에 대한 검토

1. '친생추정이 미치지 않는 자'의 입양

(1) 하급심 판결 중에는 모가 혼인 중에 임신, 출산한 자녀와 모의 남편 사이에 혈연(유전자형)이 배치되는 경우에 친생추정이 미치지 않는 것으로 보아 친생자관계가 존재하지 않음을 확인하면서도, 출생신고에 의하여 입양의 효력이 발생하였다는 법리를 전개하면서 파양사유가 없다는 이유로 친생자관계부존재확인청구를 각하한 것이 있다.[72] 이러한 법리는 모가 혼인 중에 임신, 출산한 자녀와 모의 남편 사이에 혈연관계가 없는 경우 그 자녀는 처음(출생 시)부터 당연히 모의 남편의 친생자(친생자의 추정을 받는 혼인중의 출생자)가 아니라는 것을 전제로 한다(자신의 혼인중의 자를 입양하는 것은 우리 법체계에서 가능하지 않기 때문이다.[73]). 이 법리는 위와 같은 경우에

72) 서울가정법원 2016. 9. 21. 2015르1490 판결; 수원지방법원 2011. 8. 12. 2010드단17939 판결도 이러한 법리를 긍정하고 있으나, 입양의 실질적 요건이 갖추어져 있지 않다는 이유로 친생자관계부존재확인청구를 인용하였다.

73) 이 점은 외국의 입법례도 마찬가지이다. 비교법적으로 고찰해 보아도 자신의 혼인중의 자를

모의 남편을 그 자녀의 아버지로 하여 이루어진 출생신고를 '허위의' 친생자 출생신고로 보는데, 이는 모가 혼인 중에 임신, 출산한 자녀와 모의 남편 사이에 혈연관계가 없는 경우 그 자녀와 모의 남편 사이에 친생자관계가 성립하지 않는다고 보는 데 근거하는 것이다. 이러한 법리는 피상적으로 살펴보면 논리적으로 타당한 것처럼 보이기도 하지만, 조금만 자세히 살펴보면 민법상 친생추정의 원칙과 입양의 요건에 대한 근본적인 오해에서 비롯된 것임을 알 수 있다.

(2) 민법상 친생추정의 원칙에 따르면 아내가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀는 그 남편의 친생자로 추정되고, 그 사이에 법률상의 친자관계가 성립한다. 이에 따라 모가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀는 그 남편의 '친생자의 추정을 받는 혼인중의 출생자'의 신분을 가지게 된다. 설령 모가 혼인 중에 임신하여 낳은 자녀와 모의 남편 사이에 혈연이 배치된다고 해도 친생추정의 효력에 따라 그 자녀가 모의 남편의 혼인중의 자의 신분을 갖는다는 점에는 아무런 영향이 없다. 다만 이런 경우에는 모나 모의 남편이 친생부인의 소를 제기할 수 있으며, 판결이 확정되면 출생 시로 소급하여 부자관계가 소멸하고, 그 때 비로소 자녀의 신분이 혼인중의 자에서 혼인외의 자로 변경될 뿐이다.

일부 하급심 판결에서는 모가 혼인 중에 임신하여 낳은 자녀와 그 남편 사이에 혈연이 배치되는 사정이 있는 경우 친생추정이 미치지 않는 것으로 보기도 하지만, 설령 이러한 법리에 따라 그 자녀를 '친생추정이 미치지 않는 자'로 분류한다고 해도 그 자녀의 신분이 혼인외의 자가 되는 것은 아니다. 실무상으로도 '친생추정이 미치지 않는 자'[74]는 혼인중의 자로 다루어지고 있으므로, 혼인외의 자가 아니라 부부의 혼인중의

입양하는 것이 가능한 입법례는 없다. 독일민법은 제정 당시부터 자신의 혼인중의 자를 입양할 수 있는가에 대해서는 아무런 규정도 두지 않았으나, 처음부터 당연히 가능하지 않은 것으로 해석되었으며, 반대 의견은 존재하지 않았다(Frank/Staudinger, § 1741 Rn. 54). 반면에 자신의 혼인외의 자를 입양하는 것은 가능하다고 해석되어 왔으며, 1969년 민법개정 시 이러한 해석론을 반영하여 자신의 혼인외의 자를 입양할 수 있다는 명문의 규정이 도입되었다(구 독일민법 제1742a조 제1문. 이 규정은 1976년 개정에 의하여 내용의 변경 없이 제1741조 제3항 제2문이 되었다). 그러나 1997년 친자법개정에 의해서 이 규정은 폐지되었는데, 그 주된 이유는 혼인중의 자와 혼인외의 자 사이에 법적인 차별이 없어진 상태에서 굳이 자신의 친생자인 혼인외의 자를 입양할 필요가 없다는 것이었다.

자로 출생신고를 하여야 하며 출생신고서와 가족관계등록부의 부(父)란에는 모의 남편이 기록된다.[75]

그런데 일부 하급심 판결의 법리에 따르면 '친생추정이 미치지 않는 자'(여기서는 모가 혼인 중에 임신, 출산하였으나 모의 남편과 혈연이 배치되는 자녀를 말한다)와 모의 남편 사이에는 처음부터 친생자관계가 존재하지 않지만, 입양의 실질적 요건이 갖추어진 때에는 허위의 친생자 출생신고에 의하여 입양의 효력이 발생하여 양친자관계가 성립할 수 있다고 한다. 이러한 법리는, 모의 남편이 제844조에 따라 친생추정을 받지만 혈연이 배치되는 자녀(위의 하급심 법리에 따르면 '친생추정이 미치지 않는 자')를 입양하는 것이 가능하다는 전제에서만 성립할 수 있다. 위에서 본 바와 같이 모가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀는, 모의 남편과 혈연이 배치되는 경우에도, 출생과 동시에 모의 남편의 혼인중의 자의 신분을 갖게 된다. 그렇다면 모의 남편이 위의 하급심 법리에서 말하는 '친생추정이 미치지 않는 자'를 입양한다는 것은 자신의 혼인중의 자를 입양하는 것이 되는데, 우리 법체계상 자신의 혼인중의 자를 입양한다는 것은 가능하지 않을뿐더러 또 아무런 실익도 없다(입양에 의해서 양자는 양친의 혼인중의 자의 신분을 갖게 되는데, 자신의 혼인중의 자를 입양하는 경우에는 입양에 의해서 자녀의 신분에 아무런 변화가 생기지 않는다. 우리 실무에서 자신의 혼인외의 자를 입양할 수 있다고 보는 것은 입양에 의하여 혼인외의 자의 신분이 혼인중의 자로 변경되기 때문이다.[76]).

허위의 친생자 출생신고에 의하여 입양의 효력이 인정될 수 있다는 법리[77]는 입양의 실질적 요건이 갖추어져 있어서 입양신고만 하면 입양이 성립할 수 있는 상태에서 입양신고를 하는 대신 친생자 출생신고를 한 경우에 입양의 성립을 인정할 수 있다는 것이다. 즉, 이 법리는 원래 입양신고에 의해서 입양이 성립될 수 있는 사안에 적용될 수 있는 것이다. 그런데 모가 혼인 중에 임신하여 낳은 자녀와 모의 남편 사이에 혈연이 배치되는 경우에 모의 남편이 그 자녀에 대해서 입양신고를 하는 것이 가능한

---

74) 실무상 '친생추정이 미치지 않는 자'란 부부간의 동거의 결여로 아내가 남편의 자녀를 임신하는 것이 불가능한 상황에서 임신, 출산한 자녀를 말한다.

75) 법원행정처, 가족관계등록실무 〔I〕, 500면.

76) 가족관계등록예규 제130호(친생자 입양에 관한 사무처리지침).

77) 대법원 1977. 7. 26. 77다492 전원합의체판결.

가? 출생신고[78]에 의하여 가족관계등록부에 이미 자신의 혼인중의 자로 등록되어 있는 자녀를 입양하겠다는 취지의 입양신고가 수리될 수 없다는 점은 명백하다. 그리고 입양신고에 의해서 입양할 수 없는 자를 출생신고의 방법으로 입양할 수 없다는 점도 또한 분명하다.[79] 그렇다면 출생신고에 의해서 '친생추정이 미치지 않는 자'와 모의 남편 사이에 입양의 효력이 발생하였다고 보는 법리는, 처음부터 그러한 사안에서는 입양이 가능하지 않다는 점을 간과한 데서 비롯된 것이라고 할 수 있다.[80]

2. 입양의 대상이 되는 자녀 – 법적인 친생자와 생물학적인 친생자의 구별

(1) 위의 하급심 법리가 간과하고 있는 또 다른 점은 생물학적인 의미에서의 '친생자'와 법적인 의미에서의 '친생자' 개념의 구별이다. 모가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀는 모의 남편의 친생자로 추정되어 그 사이에 법률상 친생자관계가 발생한다. 모가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀와 모의 남편 사이에 혈연관계가 배치되는 사정이 있다고 해도 법률상 친생자관계의 성립을 저해하지 않는다. 따라서 이런 경우에는 생물학적인 친자관계와 법률상의 친자관계가 일치하지 않는 현상이 발생한다(이런 경우에 양자를 일치시키려면 친생부인의 소를 제기하여 확정판결을 받아 생물학적인 친자관계와 일치하지 않는 법률상의 친자관계를 소멸시킨 후 임의인지나 재판상 인지를

78) 모가 혼인 중에 임신하여 낳은 자녀와 모의 남편 사이에 혈연이 배치되는 사정이 있는 경우에도 모와 모의 남편에게는 출생신고를 해야 할 의무가 있다(가족관계등록법 제46조, 제47조). 출생신고를 할 때에는 모의 남편을 아버지로 하여 출생신고를 하여야 하며, 자녀는 혼인중의 자녀로 분류되고, 가족관계등록부에도 모의 남편이 자녀의 부(父)로 기록된다.

79) 양친자관계를 발생시키려는 경우 입양신고에 의하는 것이 원칙이며, 허위의 친생자 출생신고에 의하는 것은 우리 사회의 특수성을 고려하여 예외를 인정하여 준 것에 지나지 않는데, 입양신고가 가능하지 않은 경우에 친생자 출생신고의 방법에 의해서 양친자관계를 발생시킬 수 있다는 논리는 본말이 전도된 것이다.

80) 반대의견 현소혜, 부자관계의 결정기준: 혼인과 혈연, 가족법연구 제33권 2호(2019), 71면은 "자녀의 출생 후 사회적 친자관계를 형성해 온 모의 남편은 그 사회적 친자관계가 입양허가제 도입 전인 2013년 이전부터 계속되어 온 것이라면 허위의 친생자출생신고에 의한 입양 법리에 따라, 입양허가제 도입 후인 2013년 이후에 성립된 것이라면 별도로 입양허가심판이나 친양자 입양허가심판을 받음에 따라 자신이 법률상 부로서의 지위를 확정적으로 취득하였음을 생부에게 항변할 수 있을 뿐이다"라고 주장한다.

거쳐 생물학적인 친자관계와 일치하는 법률상의 친자관계를 창설해야 한다). 위의 하급심 법리는 모가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀와 모의 남편 사이에 생물학적인 친자관계가 없으므로, 모의 남편이 그 자녀를 입양하는 데 아무런 문제가 없다는 입장을 취하고 있다. 그러나 생물학적인 친자관계의 존부를 기준으로 하여 입양의 가능여부를 판단하는 것(즉 양친이 될 사람과 양자가 될 사람 사이에 생물학적인 친자관계가 없으면 입양이 가능하다고 보는 것)은 우리 민법체계와 맞지 않는다.

입양의 본질은 양친이 되고자 하는 사람이 타인의 자녀를 입양하는 것이다. 다른 나라의 입법례와 마찬가지로 우리 민법도 입양의 요건으로서 양자가 될 사람이 자신의 자녀가 아닌 타인의 자녀이어야 한다는 점을 규정하고 있지 않지만, 이는 입양의 본질에 비추어 너무나 당연한 사리이기 때문에 굳이 규정할 필요가 없었던 것으로 이해된다. 그런데 여기서 양자가 될 사람이 자신의 자녀가 아니라 타인의 자녀이어야 한다고 할 때, '자신의 자녀'와 '타인의 자녀'란 법적인 의미인가 아니면 생물학적인 의미인가? 몇 가지 예를 보면 입양의 대상이 되는 자녀의 개념은 생물학적인 의미가 아니라는 점을 분명히 알 수 있다. 예를 들어 갑(모)이 을(남편)과의 혼인 중에 자녀 병을 임신하여 출산하였으나, 실제로 갑은 정(생부)과의 혼외관계에서 병을 임신하였다. 이런 경우에 병은 을의 친생자로 추정되어 을의 혼인중의 출생자의 신분을 갖는다(제844조). 갑과 을은 가족관계등록법(제46조 제1항)에 따라 병의 출생신고를 할 의무가 있으며(이 경우의 출생신고는 '허위의' 출생신고가 아니다. 병과 갑 사이는 출산에 의하여 당연히 법률상 모자관계가 발생하고, 병과 을 사이에서는 병은 을의 친생자로 추정되어 역시 출생과 동시에 법률상 부자관계가 발생하므로, 병을 갑과 을 부부의 혼인중의 출생자로 신고하는 것은 법률상의 친자관계에 부합하는 출생신고이다. 일부 하급심은 이런 경우의 출생신고를 허위의 친생자 출생신고라고 보는데, 이는 생물학적인 친자관계와 법률상의 친자관계에 대한 혼동에서 비롯된 것이다. 출생신고는 생물학적인 친자관계가 아니라 법률상의 친자관계에 따라 이루어져야 한다. 위의 예에서 병이 출생하였을 때 생부인 정을 아버지로 하여 출생신고를 할 수 없음은 분명하다), 출생신고를 마치면 병은 가족관계등록부에 을의 자녀로 기록된다. 이러한 경우에 을은 법률상 자신의 혼인중의 자의 신분을 갖는 병을 입양할 수도 없고, 또 입양을 해야 할 실익도 없다. 반면에 병의 친권자인 갑과 을[81]의 입양승낙 등 입양의 실질적 요건이 갖추어지면 생부인 정은 자신의 생물학적인 자녀인 병을 입양할 수 있다. 여기서 분명

히 알 수 있는 점은 양친이 되고자 하는 사람이 자신의 법률상의 친생자(혼인중의 자)는 입양할 수 없으나, 자신의 생물학적인 친생자는 입양할 수 있다는 것이다. 또 다른 예로서 대리모계약의 경우를 들 수 있다. A(아내), B(남편) 부부와 C(대리모)가 합의하여 A의 난자와 B의 정자로 형성된 수정체를 C의 자궁에 착상시키고, C가 자녀를 출산하면 A, B 부부에게 인도하기로 하였다. 우리 법체계에서 이런 경우에 C가 자녀 D를 출산하면 D와 C 사이에 법률상의 모자관계가 발생한다. 생물학적인 부모는 A와 B이지만, 출산에 의해서 A, B와 D 사이에는 법률상 친생자관계가 발생할 여지가 없다. 이런 경우에 A, B, C가 협의하여 D와 A, B 사이에서 법률상 친자관계를 발생시키고자 하다면 A, B 부부가 공동으로 D를 입양하여야 할 것이다.[82]

여기서도 알 수 있듯이 양친될 사람과 양자될 사람 사이에 생물학적인 친자관계가 있어도 법률상의 친자관계가 없는 경우에는 입양이 가능하지만, 그 반대의 경우(법률상의 친자관계가 있으나 그에 상응하는 생물학적인 친자관계가 없는 경우)에는 입양이 가능하지 않다(예를 들어 대리모는 자신이 낳은 자녀를 입양할 수 없으며, 또 입양을 해야 할 실익도 없다. 비록 그 사이에 생물학적인 친자관계는 없지만 출산에 의해서 대리모와 대리모가 낳은 자녀 사이에는 이미 법률상의 모자관계가 성립하였기 때문이다).[83]

아내가 남편의 동의를 받아 제3자의 정자를 이용하여 임신, 출산한 경우에 남편이 인공수정으로 출생한 자녀를 입양한 것으로 볼 수 있다는 견해도 있으나(따라서 이 견해에 의하면 인공수정으로 출생한 자녀와 법률상 부(父)의 부자관계는 파양에 의해서 해소될 수도 있다고 한다),[84] 이 견해 역시 법적인 친생자와 생물학적인 친생자의

---

81) 친생추정의 효과에 따라 을과 병 사이에는 법률상 부자관계가 발생하므로, 을도 갑과 더불어 공동친권자가 된다. 따라서 병이 입양될 때에는 갑뿐만 아니라 을도 법정대리인으로서 입양을 승낙하여야 하며, 을의 입양승낙을 결여한 때에는 그 입양은 무효가 된다. 을은 병의 친권자가 될 뿐 아니라 부양의무도 부담하게 된다. 나아가 을과 병 사이에는 상속관계도 발생한다. 요컨대 법률상 친자관계에 따른 모든 권리의무관계가 발생하게 되는 것이다.

82) 같은 취지, 서울가정법원 2018. 5. 9. 2018브15 결정.

83) 만약 C가 혼인하지 않은 상태에서 D를 임신, 출산하였다면 D는 C의 혼인외의 자가 되므로, C가 원한다면 D를 입양하는 것이 가능하다(우리 법체계상 자신의 혼인외의 자를 입양하는 것은 가능하기 때문이다. 가족관계등록예규 제130호(친생자 입양에 관한 사무처리지침) 참조).

84) 차선자, 친생추정의 법리와 혈연 진정성, 가족법연구 제33권 2호(2019), 13면; 김천수, 인공수

개념을 혼동하고 있는 것으로 보인다. 아내가 남편의 동의를 받아 제3자의 정자를 이용하여 임신, 출산한 자녀도 제844조에 따라 당연히 남편의 친생자로 추정되어 혼인 중의 자의 신분을 가지게 되며, 출생과 더불어 그 사이에 법률상의 부자관계가 발생한다.[85] 이런 사안에서 남편이 출생신고에 의하여 그 자녀를 입양한 것으로 볼 수 있다

정에 관한 법적 고찰, 민사법학 제21권(2002), 107면은 "혈연상의 부가 되는 정자제공자의 제공의 행위에는 민법 제869조의 입양승낙(代諾)의 의사표시가 포함되어 있고 수정으로 인하여 그 의사는 철회될 수 없는 것으로 해석될 수 있는 것이다"라는 이론구성을 하고 있다. 그러나 입양의 의사표시는 자녀가 출생한 후에만 할 수 있는 것이므로(우리 법체계상 태아를 입양하는 것도 가능하지 않다. 따라서 장래에 태어날 태아를 입양한다는 의사표시도 무효라고 보아야 할 것이다), 이러한 이론구성에는 무리가 있다고 생각된다; 이은정, 인공수정에 대한 입법론적 고찰, 가족법연구 제19권 2호(2005), 89면의 "夫의 동의는 입양의 의사로 볼 수 있으며 인공수정의 시술절차가 민법상 친양자의 성립절차를 대신할 수 있을 것이다"라는 서술에도 유사한 문제가 있다. 위에서 본 바와 같이 입양은 이 세상에 태어난 자녀를 대상으로 하는 것이므로, 제3자의 정자를 이용하는 인공수정에 대한 동의를 입양의 의사표시로 해석하는 것은 무리라고 생각된다. 또한 친양자 입양은 가정법원의 허가심판에 의해서 성립하는 것이므로, 법원이 관여하지 않는 인공수정의 시술절차가 친양자의 성립절차를 대신할 수 있다는 주장도 설득력이 약한 것으로 보인다; 권재문, 보조생식시술에 대한 표현부의 동의의 의미와 효과, 동아법학 제43호(2009), 353면은 인공수정으로 출생한 자녀와 모의 남편 사이에 양친자관계의 성립을 인정하는 견해에 찬성하면서, 다만 "양자관계에 준하는 관계를 인정하면 자녀 출생 당시에는 일단 아버지가 없는 상태가 된다는 문제가 야기된다"고 한다. 이 주장은, 아내가 남편의 동의를 받아 제3자의 정자를 이용하여 임신, 출산한 경우에 그 자녀는 모의 혼인외의 자가 되고(출생 당시 아버지가 없는 상태가 된다는 것은 우리 법체계상 그 자녀가 혼인외의 자가 된다는 의미이다), 남편의 출생신고에 의해서 입양의 효력이 발생한다는 것을 전제로 한다. 그러나 아내가 혼인 중에 남편의 동의를 받아 제3자의 정자를 이용하여 임신, 출산한 자녀가 모의 혼인외의 자가 된다는 것은 제844조와의 관계에서 무리한 해석이다. 나아가 이러한 주장대로 그 자녀가 모의 혼인외의 자가 된다고 하면 그 남편에게는 출생신고의 의무도 없을 뿐만 아니라(가족관계등록법 제46조 제2항), 설령 가족관계등록법 제46조를 넓게 해석하여 모의 남편에게 출생신고 의무가 인정된다고 하여도, 모의 남편이 출생신고를 거부하는 경우에는 입양의 효력이 발생할 수 없으므로, 그 자녀는 모의 남편(제3자의 정자를 이용한 인공수정에 동의한 남편)의 의사에 따라 아버지가 없는 상태, 즉 혼인외의 자의 신분으로 남을 수밖에 없게 된다(자녀는 정자제공자를 상대로 인지청구를 할 수도 없다). 이러한 결과가 인공수정으로 출생한 자녀의 복리에 반한다는 점은 길게 설명할 필요가 없을 것이다.

85) 인공수정자에 대한 명문의 규정을 둔 외국의 입법례도 대부분 이러한 태도를 취하고 있으며, 법적인 부(父)에 의한 친생부인권을 인정하지 않는다. 독일민법 제1600조 제4항, 오스트리아민법 제148조 제3항, 스위스민법 제256조 제3항, 벨기에민법 제318조 제4항, 프랑스민법 제

는 주장은 모의 남편과 그 자녀 사이에 생물학적인 친자관계가 없으므로, 입양이 가능한 관계라는 전제에 서 있다. 그러나 위와 같은 방식의 인공수정으로 출생한 자는 제844조 친생추정의 원칙에 따라 출생과 동시에 모의 남편의 혼인중의 자의 신분을 가지게 되므로, 모의 남편이 입양을 할 수도 없거니와 또 굳이 입양을 해야 할 실익도 없다(따라서 파양에 의해서 그 부자관계를 해소한다는 것도 처음부터 생각할 수 없다). 입양신고에 의해서 입양할 수 없는 자녀를 허위의 친생자 출생신고에 의해서 입양할 수 없음은 이미 위에서 언급하였다.

(2) 모가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀를 모의 남편이 입양할 수 있다고 보는 하급심 법리는 그 자녀가 부부의 혼인중의 자가 아니라는 것을 전제로 한다. 부부의 혼인중의 자를 부부의 일방인 남편이 입양한다는 것은 가능하지도 않을 뿐만 아니라, 아무런 실익도 없기 때문이다. 결국 하급심 법리는 모가 혼인 중에 임신하여 낳은 자녀라고 해도 모의 남편과 혈연이 배치되는 경우에는 법률상 모의 혼인외의 자가 된다는 것을 전제로 하고 있음을 알 수 있다. 부부의 혼인 중의 자를 부부의 일방인 남편이 입양하는 것은 불가능하지만, 아내의 혼인외의 자를 그 남편이 입양하는 것은 가능하기 때문이다. 그러나 모가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀와 모의 남편 사이에 혈연이 배치된다고 해서 그 자녀가 당연히 모의 혼인외의 자가 된다는 해석은 민법상 친생추정의 원칙과 도저히 조화될 수 없는 것이다(모가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀와 모의 남편 사이에 혈연이 배치되는 경우에 그 자녀가 출생 시부터 당연히 모의 혼인외의 자가 된다고 해석한다면, 혼인외의 자의 생부가 별도의 사전절차를 거치지 않고도 바로 인지를 할 수 있게 될 것이다. 그러나 이러한 사안에서 생부의 임의인지가 가능하지 않음은 굳이 자세한 설명을 요하지 않는다).

친생추정의 원칙에 따라 모가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀와 모의 남편 사이에 혈연이 배치되는 경우에도 그 자녀는 출생과 더불어 남편의 친생자로 추정되는 혼인중의 출생자의 신분을 가지게 된다. 다만 이런 경우에는 모 또는 모의 남편이 친생부인의 소를 제기할 수 있으므로 판결이 확정되면 출생 시로 소급하여 법률상의 부자관계가 소멸하고, 그 자녀의 신분도 혼인중의 자에서 혼인외의 자로 변경될 뿐이다. 이

311-20조 제2항, 그리스민법 제1471조 제2항 등.

러한 점에 비추어 볼 때, 모가 혼인 중에 임신하여 낳은 자녀와 모의 남편 사이에 혈연이 배치되는 경우에 그 자녀가 모의 혼인외의 자가 된다는 것을 전제로 하여, 모의 남편이 그 자녀를 입양할 수 있다고 보는 하급심 법리에는 중대한 오류가 있다고 생각된다.

Ⅴ. 맺음말

1. 친생추정에 관한 2017년 개정민법 규정은 몇 가지 중대한 문제점을 안고 있다.

첫째, 출생신고에 관한 가족관계등록법 규정과 조화될 수 없다는 문제점이 있다. 개정민법은 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 출생한 자녀를 모의 전 남편의 친생자로 추정하는 원칙을 유지하면서도(제844조 제1항, 제3항) 전 남편의 자녀로 출생신고하는 것을 미룬 상태에서 친생부인의 허가 심판을 받아 모의 혼인외의 자로 출생신고를 할 수 있도록 하였다(제854조의2). 그러나 이와 같이 재판을 거쳐 출생신고를 하는 경우에는 가족관계등록법이 정한 1개월의 출생신고 기간을 준수할 수 없다는 문제가 발생한다. 결국 개정민법 제854조의2 규정은 출생신고에 관한 가족관계등록법 규정뿐만 아니라 “아동은 출생 직후 등록되어야 한다”는 유엔아동권리협약과도 충돌한다는 점에서 심각한 문제가 있다. 한편 개정민법은 제854조의2 규정과는 별도로 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 출생한 자녀에 대해서는 생부가 인지허가의 심판을 받아 혼인외의 자로 출생신고를 할 수 있는 규정을 두었는데(제855조의2), 이 규정에도 동일한 문제가 있다. 이 규정에 따라 생부가 인지의 허가를 받아 출생신고를 하려면 그 전제로서 출생신고 의무자인 자녀의 모나 모의 전 남편이 출생신고를 하지 않아야 한다(모나 모의 전 남편이 자녀의 출생신고를 하면 생부는 더 이상 인지의 허가를 받아 출생신고를 할 수 없다). 생부가 인지허가의 심판을 받아 혼인외의 자로 출생신고를 하는 데까지는 통상 1개월 이상의 기간이 소요될 것으로 예상되는 바, 그 때까지 출생신고 의무자인 모와 모의 전 남편이 출생신고를 하지 않고 있어야만 생부가 위와 같은 절차를 거쳐 출생신고를 할 수 있게 된다(만약 그 사이에 모나 모의 전 남편이 출생신고 기간을 준수하기 위하여 출생신고를 하게 되면, 설령 생부가 법원에서 인지

허가의 심판을 받았다고 해도 출생신고를 할 수 없다). 결국 개정민법 제855조의2는 가족관계등록법이 정한 출생신고 기간의 위반을 전제로 하여 설계된 규정인데, 그 배경에는 출생신고 기간은 굳이 준수하지 않아도 무방하다는 안이한 사고방식이 깔려 있다. 아동의 기본적 권리인 출생등록권을 무시하는 규정이 법무부에 의해서 마련되어 아무런 논란 없이 국회를 통과하였다는 사실을 어떻게 이해할 수 있을 것인가? 2017년 개정민법 규정은 아동의 인권에 대한 국가기관의 인식 수준을 여실히 드러내고 있다.

둘째, 개정민법은 친생부인의 허가 심판과 인지허가의 심판이 확정되는 경우에 발생하는 효력에 관하여 각각 규정하고 있는데(제854조의2 제3항, 제855조의2 제3항), 이는 기존의 판례, 학설과 조화되지 않을 뿐만 아니라 개정민법의 취지와도 모순된다는 점에서 문제가 있다.

먼저 친생부인 허가 심판의 효력에 대해서 본다. 개정민법에 따르면 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 출생한 자녀는 전 남편의 자녀로 추정되지만(제844조 제1항, 제3항), 친생부인의 허가 심판이 확정되는 경우에는 친생추정이 미치지 아니한다고 한다(제854조의2 제3항). 이를 달리 표현하면, 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 출생한 자녀는 일단 전 남편의 혼인중의 자가 되지만, 친생부인의 허가 심판이 확정되는 경우에는 친생자의 추정이 미치지 않는 자의 신분으로 변경된다는 것이다. 그런데 이 규정은 기존의 판례, 학설과 배치될 뿐만 아니라 개정민법의 체계 내에서도 조화로운 해석이 불가능하다는 점에서 심각한 문제가 있다. 개정민법의 전반적인 취지와 체계를 고려하여 보면, 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 출생한 자녀는 일단 전 남편의 혼인중의 자의 신분을 갖지만 친생부인의 허가 심판이 확정되면, 친생부인의 효력이 발생하여 모의 혼인외의 자가 된다고 해석된다. 그런데 제854조의2 제3항은 친생부인의 허가 심판이 확정되는 경우, 그 자녀는 '친생자의 추정이 미치지 않는 자'가 된다고 규정한다. '친생자의 추정이 미치지 않는 자'란 부모의 혼인 중에 출생한 자녀이지만, 동거의 결여로 인하여 모가 남편의 자녀를 임신할 수 없는 객관적 상황에서 출산한 자녀를 말한다. 이와 같이 '친생자의 추정이 미치지 않는 자'는 일단 혼인중의 자의 신분을 갖는 자녀로서 혼인외의 자와는 개념상 명확히 구별된다. 따라서 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 출생한 자녀가 친생부인의 허가 심판이 확정되면 '친생자의 추정이 미치지 않는 자'가 된다는 제854조의2 제3항 규정은 입법상의 중대한 오류

라고 하지 않을 수 없다.

개정민법은 인지허가 심판의 효력에 있어서도 이와 동일한 입법상의 오류를 범하고 있다. 개정민법에 따르면 혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 출생한 자녀는 전 남편의 자녀로 추정되지만, 생부가 인지허가의 심판을 받아 출생신고를 하는 경우에는 친생추정이 미치지 아니한다고 한다(제855조의2 제3항). 생부가 인지의 허가를 받아 가족관계등록법에 따른 출생신고를 하는 경우에 인지의 효력이 발생한다는 것은 가족관계등록법에 명문으로 규정되어 있으며, 이로써 생부와 자녀 사이에 부자관계가 창설된다는 점은 의심의 여지없이 명확하다. 인지허가 심판의 확정에 의하여 자녀는 혼인외의 자가 되고, 가족관계등록법에 따른 생부의 출생신고에 의해서 혼인외의 자를 인지하는 효력이 발생하는 것임에도, 개정민법은 인지허가 심판에 따른 생부의 출생신고에 의해서 그 자녀가 '친생자의 추정이 미치지 않는 자'가 된다고 규정한다. 이 규정 자체에 내재해 있는 모순이 입법과정에서 전혀 걸러지지 않았다는 점도 쉽게 이해가 되지 않는다.

2. 보편적인 외국의 입법례와 마찬가지로 민법 역시 제844조에서 친생추정의 원칙에 대해서 규정하고 있다. 이에 따라 모가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀는 모의 남편의 친생자로 추정되어 그 사이에 법률상의 부자관계가 발생한다. 모가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀와 모의 남편 사이에 혈연관계가 배치되는 사정이 있다고 해도 법률상 친생자관계의 성립에는 아무런 영향이 없다. 따라서 친생추정의 원칙을 규정하고 있는 법제 하에서는 생물학적인 친자관계와 법률상의 친자관계가 일치하지 않는 경우가 생길 수 있다. 이런 경우에 혈연관계와 일치하지 않는 법률상의 친자관계를 소멸시키기 위하여 마련된 제도가 친생부인제도이다. 친생추정의 원칙을 규정하고 있는 나라들은 친생부인에 관한 규정도 함께 두고 있는데, 각국의 친생부인제도에서 공통적으로 볼 수 있는 특징은 친생부인의 소를 제기할 수 있는 원고적격자의 범위와 제소기간을 엄격하게 제한하고 있다는 점이다. 혈연과 일치하지 않는 법률상의 친자관계의 소멸을 청구할 수 있는 사람의 범위와 기간을 제한하는 것은 혈연관계와 일치하지 않는 법률상의 친자관계를 인위적으로 존속시키려는 의도로 읽힐 수도 있다. 이런 이유에서 혈연과 일치하지 않는 법률상의 친자관계를 소멸시킬 수 있는 가능성을 넓혀야 한다는 주장이 꾸준히 제기되었으며, 이는 결국 친생부인의 소를 제기할 수 있는 원고

적격자의 범위와 제소기간을 확대하는 법개정으로 귀결되기도 하였다. 그러나 법개정에 의해서 원고적격자의 범위와 제소기간의 제한을 포기한 입법례는 거의 없으며, 대부분의 나라에서 친생부인의 소를 제기할 수 있는 사람의 범위와 제소기간은 여전히 제한을 받고 있다. 친생추정을 받는 자녀의 법률상의 신분(법률상의 부자관계)을 누구나 기간의 제한 없이 다툴 수 있도록 허용한다면, 자녀의 복리와 가정의 평화가 위협을 받을 수 있다는 것이 그 이유이다.

한편 우리나라의 하급심 판결 중에는 "친생추정을 받는 자녀와 모의 남편 사이에 혈연(유전자형)이 배치되는 경우에 친생추정이 미치지 않는 것으로 보아서 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있다"는 법리를 적용한 사례가 적지 않다. 이러한 법리에 따르면 모가 혼인 중에 임신하여 낳은 자녀와 모의 남편 사이에 혈연이 배치되는 경우에는 이해관계인은 누구나 기간의 제한 없이 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있게 된다. 외국의 입법례에서도 유례를 찾기 힘든 이러한 법리는, 결국 사안에 따라서는 자녀의 복리를 침해하고 가정의 평화를 위협하는 결과를 초래할 수 있다는 점에서 문제가 있다. 또한 이 법리는 모가 혼인 중에 임신하여 낳은 자녀와 모의 남편 사이에 혈연관계가 배치되는 때에는 친생추정에 관한 제844조가 적용되지 않는다는 태도를 취하고 있는데(제844조의 적용을 받으면 그 자녀는 남편의 친생자의 추정을 받는 혼인중의 자의 신분을 가지게 되고, 이러한 자녀에 대해서는 제846조에 따라 친생부인의 소를 제기해야 되기 때문이다), 이는 입법론으로 주장될 수 있을지는 몰라도 해석론으로서는 한계를 벗어난 것이다.

위와 같은 법리를 취하는 경우에 발생하는 문제점(특히 자녀의 복리 침해)을 피하기 위하여 하급심 중에는, 모가 혼인 중에 임신하여 낳은 자녀와 모의 남편 사이에 혈연관계가 배치되는 경우에 친생자관계는 존재하지 않으나 입양의 실질적 요건이 갖추어져 있었다면 출생신고에 의해서 입양의 효력이 발생한 것으로 볼 수 있다고 하면서, 파양사유가 없는 한 친생자관계부존재확인청구는 각하되어야 한다는 태도를 취한 것이 있다. 위에서 이미 언급한 바와 같이 모가 혼인 중에 임신하여 낳은 자녀와 모의 남편 사이에 혈연관계가 배치되는 사정이 있다고 해서 친생추정의 효력이 당연히 배제되는 것은 아니다. 따라서 모가 혼인 중에 임신하여 낳은 자녀는 혈연의 배치여부와 관계없이 출생과 더불어 모의 남편의 친생자로 추정되어 부부의 혼인중의 자의 신분을 갖는다. 위의 하급심 법리는, 모가 혼인 중에 임신하여 낳은 자녀와 모의 남편

사이에 혈연이 배치되는 경우에는 모의 남편이 그 자녀를 입양할 수 있다는 것을 전제로 하는데, 모가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀는 – 혈연의 배치여부와 관계없이 – 출생과 더불어 모의 남편의 혼인중의 자의 신분을 갖게 되므로, 모의 남편이 그 자녀를 입양하는 것은 불가능하다. 따라서 모가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀와 모의 남편 사이에 혈연이 배치되는 경우에 출생신고에 의해서 입양의 효력이 발생할 수 있다는 위 하급심 법리는 민법상 친생추정의 원칙과 조화될 수 없을 뿐만 아니라 입양의 요건과도 맞지 않는다.

3. 민법에 친생추정제도가 존재하는 한 혈연관계와 일치하지 않는 법률상의 부자관계가 성립할 가능성은 피할 수 없다. 민법은 이러한 경우에 친생부인의 소를 제기하여 혈연관계와 배치되는 법률상의 부자관계를 소멸시킬 수 있게 하였으나, 원고적격자의 범위와 제소기간이 엄격히 제한되어 있어서 혈연의 진실에 맞지 않는 부자관계의 성립과 존속을 조장한다는 비판이 제기되었다.

이러한 문제점을 해결하기 위하여 1983년에 해석론으로서 '친생추정이 미치지 않는 자'의 법리가 등장하였다. 부부가 별거하여 아내가 남편의 자녀를 임신하는 것이 객관적으로 불가능한 상황에서 자녀를 임신, 출산한 경우, 그 자녀는 형식적으로는 남편의 친생자로 추정되지만, 실질적으로는 친생추정이 미치지 않는 것으로 보아서 친생부인의 소가 아니라 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있도록 한 것이다. 이러한 해석론은 친생추정제도의 취지를 훼손하지 않으면서도 친생추정제도와 친생부인제도의 엄격성을 완화하는 기능을 하였다고 볼 수 있다. 그런데 1990년대 이후 일부 하급심에서 '친생추정이 미치지 않는 자'의 법리를, 모가 혼인 중에 임신하여 낳은 자녀와 모의 남편 사이에 혈연이 배치되는 사안에 대해서까지 확대하여 적용하는 경향이 나타났다. 그러나 '친생추정이 미치지 않는 자'의 법리를 혈연이 배치되는 사안에 적용하는 것은 친생추정제도의 입법취지 – 자녀의 복리와 가정의 평화 보호 – 와 정면으로 충돌하는 결과를 초래할 수 있다는 점에서 문제가 있다. 만약 실무에서 앞으로도 이러한 법리를 유지하고자 한다면, 그 한계로서 적어도 자녀의 복리와 가정의 평화를 해치지 않는 한도에서만 적용할 수 있다는 점을 명확히 할 필요가 있을 것이다.

보다 근본적인 해결책으로서는 친생부인에 관한 규정을 개정하는 방안에 대해서 생각해 볼 수 있다. 일부 하급심에서 부자간에 혈연이 배치되는 사안에 대해서까지 '친

생추정이 미치지 않는 자'의 법리를 적용하게 된 이유 중 하나는, 민법상 친생부인에 관한 규정만으로는 혈연관계와 일치하지 않는 법률상의 부자관계를 소멸시키는 데 한계가 있다고 보았기 때문일 것이다. 자녀의 복리나 가정의 평화가 문제 되지 않는 사안에서도(또는 오히려 자녀의 복리 실현을 위하여 적극적으로 법률상의 부자관계를 소멸시킬 필요가 있는 사안에서도) 원고적격자의 범위 제한 등으로 인하여 친생부인 소송에 의해서 부자관계를 소멸시킬 수 없는 경우가 있었기 때문이다. 이러한 문제를 해결하려면 친생부인의 소를 제기할 수 있는 원고적격자의 범위를 합리적인 범위에서 확대할 필요가 있을 것이다. 생부와 자녀에게 친생부인권을 인정하되 자녀의 경우에는 가정의 평화를 해치지 않는 한도에서 친생부인의 소를 제기할 수 있도록 하고, 생부의 경우에는 자녀의 복리와 자녀가 속한 가정의 평화를 해치지 않는 한도에서만 친생부인의 소를 제기할 수 있도록 제한한다면, 친생추정제도의 입법취지와 충돌하지 않으면서도 혈연진실주의를 추구할 수 있을 것이다.[86]

우리 하급심 법원에서 부자간에 혈연이 배치되는 사안에 대해서까지 '친생추정이 미치지 않는 자'의 법리를 확대 적용하게 된 데에는 사회의 변화에 따른 법개정이 이루어지지 못했다는 것이 큰 요인이 되었다고 생각한다. 이런 점을 고려해 보면 일부 하급심에서 '친생추정이 미치지 않는 자'의 법리를 부자간에 혈연이 배치되는 사안에 적용한 것은 – 여러 가지 무리한 점에도 불구하고 – 부득이한 측면이 있었다고 선해할 수 있다. 그러나 위와 같은 하급심 법리가 민법상 친생추정제도와 조화될 수 없다는 점도 지적하지 않을 수 없다. 새로운 해석론을 전개함에 있어서는 기존 법체계와의 조화를 항상 염두에 두어야 할 것이며, 그 한계를 뛰어넘으려 한다면 해석론이 아니라 입법론으로 주장되어야 할 것이다.

86) 자세한 내용은 김상용, 가족법과 혈연진실주의, 법철학연구 제22권 제1호(2019), 182면 이하 참조.

■ 참고자료

※ 친생추정의 의미와 효과

1. 모가 혼인 중에 임신하여 출산한 경우 자녀의 아버지를 정하는 원칙

제844조(남편의 친생자의 추정) 제1항은 "아내가 혼인 중에 임신한 자녀는 남편의 자녀로 추정한다"고 규정하고 있다. 이 규정에 따라 아내가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀[87]는 남편의 자녀(친생자)로 추정되고, 그 부부의 혼인중의 자의 신분을 가지게 된다. 이 규정은 혼인제도의 본질과 밀접한 관련이 있다. 즉 혼인에 의해서 부부에게는 정조의무가 발생하므로, 아내와 성관계를 갖는 유일한 남자는 그 남편이라는(혹은 그 남편일 가능성이 높다는) 전제에서, 아내가 혼인 중에 임신하여 자녀를 출산한 경우에는 그 남편을 자녀의 아버지로 추정하는 것이다. "혼인 중에 아내가 출산한 경우에는 그 남편이 자녀의 아버지이다"라는 명제는 로마법[88]에서 확립된 이래 오늘날까지 각국의 입법례에서 자녀의 아버지를 정하는 일반원칙으로 확고하게 자리 잡고 있다.

---

87) 혼인관계가 종료한 날부터 300일 내에 출생한 자녀는 혼인 중에 임신한 것으로 추정되어 모의 남편의 친생자로 추정된다(제844조 제1항, 제3항). 따라서 혼인 중에 임신하였다면 출산의 시기는 혼인종료 후라도 상관없다.

88) pater vero is est, quem nuptiae demonstrant. Dig. 2, 4, 5(Paulus); der Vater aber wird durch die Ehe bestimmt(자녀의 아버지는 혼인에 의해서 정해진다); Als Vater des Kindes einer verheirateten Frau gilt der Ehemann(모의 남편은 자녀의 아버지로 간주된다). Behrends/Knütel/Kupische/Seiler(Hrsg.), Corpus Iuris Civilis·Text und Übersetzung II(1995), S. 182; Liebs, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter(1991), S. 151. "pater vero is est, quem nuptiae demonstrant"에 대해서는 조금 다른 번역도 있다. 예를 들면, Liebwirth, Latein im Recht(1993), S. 221에서는 Vater ist, wen die Eheschlieβung ausweist(아버지는 혼인이 명시하는 사람이다)라고 되어 있다. 그러나 결국 혼인 중에 아내가 자녀를 출산한 경우 모의 남편이 그 자녀의 아버지가 된다는 의미에서는 다르지 않다.

2. 친생추정의 효과

(1) 제844조에 따라 아내가 혼인 중에 임신하여 자녀를 출산한 경우에는 친생추정의 효과가 발생하여 출생과 더불어 – 아무런 별도의 의사표시나 절차를 거치지 않고 – 자녀와 모의 남편 사이에 법률상의 부자관계가 발생한다.[89] 이러한 결과는 모가 남편 아닌 제3자(자녀의 생부)와의 혼외관계에서 자녀를 임신하여 출산한 경우에도 다르지 않다. 즉 자녀와 모의 남편 사이에 혈연(유전자형)이 배치되어 생물학적인 부자관계가 없는 것이 명백한 경우에도 그와 관계없이 일단 친생추정의 효과는 발생하며, 그에 따라 자녀와 모의 남편 사이에 법률상 부자관계가 발생한다(이런 경우에는 생물학적인 부자관계와 법률상의 부자관계가 일치하지 않는 현상이 발생한다). 만약 자녀와 모의 남편 사이에 생물학적인 부자관계가 없다면 모 또는 모의 남편은 혈연관계와 일치하지 않는 부자관계를 소멸시키기 위하여 친생부인의 소를 제기할 수 있으며, 판결이 확정되면 자녀의 출생 시로 소급하여 부자관계가 소멸한다.[90] 다만 친생추정의 효과와 관련하여 제844조 제1항이 "아내가 혼인 중에 임신한 자녀는 남편의 자녀이다"라는 단정적인 표현을 쓰지 않고[91] "남편의 자녀로 추정한다"고 규정한 이유는, 친생추정을 받는 혼인중의 자와 모의 남편 사이에 혈연관계가 없는 경우에는 그 사실을 증명하여 추정을 번복할 수 있는 여지가 있다는 점을 고려한 것이다. 그러나 이와 같이 '추정'이라는 용어를 사용했다고 해서 친생추정의 효과에 차이가 생기는 것은 아니

89) 법원실무제요 가사〔II〕, 58면.

90) 법원실무제요 가사〔II〕, 61면, 66면.

91) 이와 같이 단정적인 표현을 쓰는 입법례도 있다. 예를 들어 독일민법 제1592조 제1호. "Vater eines Kindes ist der Mann, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist.": 자녀의 아버지는 출생 시에 그 모와 혼인관계에 있는 남자이다. 독일민법은 우리와 달리 모의 남편이 부(父)로 '추정된다'는 표현을 쓰지 않고, '자녀의 부이다'라고 표현한다(이 규정은 1997년 독일친자법개정 시에 개정되었는데, 개정 이전의 제1591조, 제1592조 보다도 더 명확하게 자녀의 아버지를 정하는 로마법의 원칙을 구현하였다는 평가를 받는다. Gaul, Die Neuregelung des Abstammungsrechts, in: Schwab(Hrsg.), Das neue Familienrecht(1998), S. 63f. 그러나 일단 법률상 부의 지위를 갖는다고 해도 자녀와 혈연이 배치되는 경우에 재판을 통하여 친자관계를 부인할 수 있다는 점은 우리와 다르지 않다. 오스트리아민법도 같은 태도를 취하고 있다(제144조 제1항). 스위스민법은 "혼인 중에 자녀가 출생한 경우에는 남편이 아버지로 간주된다"고 규정하여 '추정' 대신 '간주'라는 용어를 사용하고 있다(제255조 제1항).

다. 즉 아내가 혼인 중에 임신하여 자녀를 출산하였다는 사실에 의해서 그 자녀와 모의 남편 사이에는 일단 법률상의 친자관계가 발생하며, 그 후에 그 추정이 번복될 수 있다는 점은 친생추정의 효과에 아무런 영향도 미치지 않는다.

(2) 친생추정의 효과에 따라 자녀와 모의 남편 사이에 법률상의 부자관계가 발생한 경우에 그 부자관계를 소멸시키기 위해서는 원칙적으로 친생부인의 소를 제기하여야 하며, 친생자관계부존재확인의 소를 제기하는 것은 부적법하다.[92] 이 점은 우리 민법 체계상 명확하다.

1) 제846조는, 모 또는 모의 남편은 제844조의 경우, 즉 아내가 혼인 중에 임신하여 자녀를 출산한 경우에 (자녀와 모의 남편 사이에 발생한 법률상의 친자관계를 부인하기 위하여) 친생부인의 소를 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 제844조에 따라 아내가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀는 그 남편의 친생자로 추정되고, 그 사이에 법률상의 친자관계가 발생하는데, 만약 자녀와 모의 남편 사이에 혈연관계가 없다면 모 또는 모의 남편은 친생부인의 소를 제기하여 부자관계를 소멸시킬 수 있다는 것이 제846조의 취지이다. 한편 제865조(다른 사유를 원인으로 하는 친생자관계존부확인의 소) 제1항은 “제845조, 제846조, 제848조, 제850조, 제851조, 제862조와 제863조의 규정에 의하여 소를 제기할 수 있는 자는 다른 사유를 원인으로 하여 친생자관계존부의 확인의 소를 제기할 수 있다”고 규정하고 있는데, 이를 제846조와의 관계에서 본다면, 제846조에 의해서 친생부인의 소를 제기할 수 있는 자, 즉 모와 모의 남편은 친생부인의 소를 제기하는 사유(모가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀, 즉 친생추정을 받는 자녀와 모의 남편 사이에 혈연이 배치되는 사정)와는 다른 사유를 원인으로 하여 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있다는 의미로 해석된다. 따라서 모나 모의 남편이 친생추정을 받는 자녀와 모의 남편 사이에 혈연관계가 배치되는 것을 이유로 법률상의 부자관계를 소멸시키려면 친생부인의 소를 제기하여야 하지만, 그와 다른 사유를 원인으로 하는 경우(예를 들어 ① 혼인 성립일로부터 200일이 되기 전에 출생하여 친생추정을 받지 않는 자녀,[93] ② 남편이 다른 여자와의 혼외관계에서 낳은 자

92) 대법원 2012. 10. 11. 2012므1892 판결.

93) 제844조 제1항, 제2항.

를 아내와의 관계에서 출생한 자녀인 것처럼 허위의 출생신고를 한 경우)에는 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있다. 위에서 든 예 ①의 경우에는 모 또는 모의 남편은 친생부인의 소가 아니라 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있고, ②의 경우 아내는 남편의 혼인외의 자와 자신 사이에 친생자관계가 존재하지 않음을 확인하는 소를 제기할 수 있다. 이러한 민법의 규정체계에 비추어 볼 때 제844조에 따라 친생추정을 받는 자녀의 경우에는 제846조에 의하여 친생부인의 소를 제기하여야 하며, 이와 별도로 친생자관계부존재확인의 소를 선택적으로 제기할 수 없다고 해석하여야 할 것이다.

2) 친생추정제도의 입법취지 역시 위와 같은 해석론을 뒷받침한다. 친생추정제도에 의해서 모가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀는 출생과 동시에 그 남편의 혼인중의 자의 신분을 가지게 된다. 그리고 이와 같이 친생자로 추정되는 자녀의 복리(법적 지위 안정)와 그 자녀가 속한 가정의 평화를 보호하기 위하여 민법은 친생추정에 의해서 성립한 법률상의 부자관계를 다투는 데 엄격한 제한을 두고 있다. 자녀가 친생추정을 받는 경우에는 원칙적으로 모 또는 그 남편만이 친생부인의 소를 제기할 수 있으며(제846조),[94] 소를 제기할 수 있는 기간도 그 사유가 있음을 안 날(친생추정을 받는 자녀와 모의 남편 사이에 혈연관계가 없다는 사실을 안 날)부터 2년 내로 제한된다(제847조). 이에 따라 모나 그 남편 이외의 제3자(예를 들어 자녀의 생부)가 친생추정을 받는 자녀와 모의 남편(법률상의 아버지) 사이에 혈연관계가 없다는 사실을 알게 된 경우에도 이미 그 사이에 성립하여 존재하고 있는 법률상의 친자관계를 다툴 수는 없다. 또한 모나 모의 남편은 자녀와 모의 남편 사이에 혈연(유전자형)이 배치된다는 사실을 알게 되면 친생부인의 소를 제기하여 법률상의 부자관계를 소멸시킬 수 있으나,[95] 이 경우에도 소를 제기할 수 있는 기간은 그 사실을 안 날부터 2년 내로 제한된다. 만약 친생추정을 받는 자녀에 대해서 친생부인의 소나 친생자관계부존재확인의

94) 다만 이에 대해서는 제848조 이하에 몇 가지 예외가 규정되어 있다. 예를 들어 모나 모의 남편이 피성년후견인인 경우에는 성년후견인이 성년후견감독인의 동의를 받아 친생부인의 소를 제기할 수 있다(제848조 제1항).

95) 모나 모의 남편이 친생부인의 소를 제기하는 경우에는 자녀의 복리와 같은 다른 법익은 고려되지 않으며, 오로지 혈연관계가 있는가의 여부만이 문제된다.

소를 선택적으로 제기할 수 있다고 해석한다면, 위에서 본 친생추정제도 및 이와 불가분의 관계에 있는 친생부인제도의 기본적인 입법취지는 완전히 몰각될 것이다. 친생자관계부존재확인의 소는 이해관계인이면 누구나 제기할 수 있고, 소를 제기할 수 있는 기간에도 원칙적으로 제한이 없다.[96] 따라서 자녀의 생부는 물론이고, 상속의 이해관계가 있는 사람(법률상의 아버지와 재혼한 처, 친생추정을 받는 자녀의 형제자매 등) 등은 자녀의 출생 후 수십 년의 세월이 흐른 후에도(심지어 법률상의 아버지가 사망한 후에도) 구체적인 사정에 대한 고려 없이(친생추정을 받는 자녀와 그 법률상의 아버지 사이에 양육과 가정공동생활을 통해 성립, 유지된 실질적인 친자관계의 존재여부와 관계없이) 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있게 된다. 이러한 결과가 자녀의 복리와 가정의 평화를 해칠 수 있다는 점에 대해서는 굳이 길게 부연할 필요가 없을 것이다. 이러한 해석론은 친생추정제도와 친생부인제도의 입법취지를 완전히 잠탈하는 것으로서 현행 민법체계와는 조화가 불가능하다. 또한 이러한 해석론에 의하면 친생추정을 받는 자녀에 대해서도 얼마든지 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있게 되므로, 굳이 이와 별도로 원고적격과 제소기간에 있어서 엄격한 제한을 받는 친생부인의 소에 관한 규정을 둘 이유도 없다. 친생추정을 받는 자녀에 대해서도 친생자관계부존재확인의 소를 제기하는 것이 허용된다는 해석론[97]은 결국 친생부인의 소에 있어서 원고적격자의 범위, 제소기간의 제한을 사실상 완전히 폐지하겠다는 것과 다름이 없는데, 이는 입법론으로는 가능할지 몰라도[98] 해석론의 범위는 크게 벗어나는 것

---

96) 다만 당사자의 어느 한쪽이 사망하여 검사를 상대로 하여 소를 제기할 때에는 사망 사실을 안 날부터 2년 내에 소를 제기하여야 한다는 제한이 있을 뿐이다(제865조 제2항).

97) 서울가정법원 2016. 9. 21. 2015르1490 판결; 창원지방법원 2015. 4. 10. 2014드단21841 판결 등; 현소혜, 부자관계의 결정기준: 혼인과 혈연, 가족법연구 제33권 2호(2019), 66면 이하. "부부의 일방은 민법 제846조에 따른 친생부인의 소에 의해, 그 외의 자(특히 생부와 자녀)는 민법 제865조에 따른 친생자관계존부확인의 소에 의해 그 친생추정을 번복할 수 있다고 보아야 할 것이다."

98) 예를 들면, 노르웨이에서는 2002년 개정을 통하여 기간의 제한 없는 친생부인권을 인정하였으나 청구인은 자녀와 부, 모, 생부로 한정된다(노르웨이친자법 제6조). 그러나 같은 북유럽 국가라고 해도 스웨덴과 덴마크는 이와 매우 다른 입법 태도를 취하고 있다. 스웨덴에서는 모와 생부에게 친생부인권이 인정되지 않으며(Giesen, Schweden, in: Bergmann/Ferid/Henrich(Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht. Teil III A 32 v. 1.7.2013.), 덴마크에서는 원칙적으로 모와 모의 남편(자녀의 아버지) 또는 자녀의 후견인에 대해서만 친생부인권이 인정되며

이다.

3) 위에서 언급한 바와 같이 친생추정의 효과에 따라 모가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀와 모의 남편 사이에는 출생과 더불어 법률상의 부자관계가 발생한다. 설령 자녀와 모의 남편 사이에 혈연이 배치된다고 해도 이러한 친생추정의 효과에는 영향이 없다(다만 이런 경우에는 모 또는 모의 남편이 친생부인의 소를 제기할 수 있고, 친생부인판결이 확정되면 법률상의 부자관계가 자녀의 출생 시로 소급하여 소멸할 뿐이다).

친생추정을 받는 자녀와 모의 남편 사이에 – 혈연의 배치여부와 관계없이 – 출생시에 당연히 법률상의 부자관계가 발생한다는 점에 비추어 보면, 이들을 상대로 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있다는 논리는 그 자체로서 모순이 아닐 수 없다. 친생자관계존부확인의 소는 친생자관계의 존재 또는 부존재의 확인을 구하는 소인데, 여기서의 친생자관계란 생물학적인 의미의 친생자관계가 아니라 법률상의 친생자관계를 의미한다. 이 점은 오해가 없도록 명확하게 정리하고 넘어가야 할 것이다. 따라서 ① 법률상의 친생자관계가 이미 성립하여 존재하는 경우에 이에 대하여 친생자관계부존재확인의 소를 제기하는 것이나 ② 법률상의 친생자관계가 성립하지 않은 경우에 친생자관계존재확인의 소를 제기하는 것은 모두 논리적으로 모순된다. ①에 해당하는 예로서 친생추정을 받는 자녀와 모의 남편의 관계를 들 수 있다. 친생추정의 효과에 따라 모가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀와 그 남편 사이에는 자녀의 출생과 동시에 법률상의 친자관계가 발생하여 존재하게 되므로, 이들을 상대로 하여 법률상의 친자관계가 처음부터 존재하지 않음을 전제로 하는 친생자관계부존재확인의 소를 제기하는 것은 논리적으로 타당하지 않다.[99] 친생추정을 받는 자녀와 모의 남편 사이에는 출생과 동시에 부자관계가 발생하므로, 이와 같이 이미 성립하여 존속하고 있는 기존의 법률관계를 소멸시키려면 확인의 소가 아니라 형성의 소인 친생부인의 소를 제기

(2001년 덴마크친자법 제5조), 생부에게는 매우 예외적인 사안에 한정하여 친생부인권을 인정한다(2001년 덴마크친자법 제6조 제2항 2문). Frank, Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Vaterschaftsanfechtung durch den leiblichen Vater des Kindes, in: Perspektiven des Familienrechts, FS für Dieter Schwab(2005), S. 1136.

99) 대법원 2015. 6. 11. 2014므8217 판결 참조.

하여야 한다.[100] 한편 ②에 해당하는 예로는 혼인외의 자와 생부의 관계를 들 수 있다. 친생추정이란 모의 혼인(법률혼)을 전제로 하여 모가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀에 대해서만 적용되는 개념이므로, 혼인외의 자와 생부의 관계에서는 적용될 여지가 없다. 설령 모가 사실혼 상태에서 자녀를 임신하여 출산하였다고 해도, 그 자녀는 사실혼 관계에 있는 남편의 자녀로 추정되지 않으므로, 그 사이에 법률상의 친생자관계가 발생하지 않는다. 이와 같이 혼인외의 자와 생부 사이에는 법률상의 친자관계가 출생과 동시에 당연히 발생하는 것이 아니므로, 혼인외의 자가 생부를 상대로 하여 친생자관계존재확인의 소를 제기하는 것은 부적법하다(친생자관계존재확인의 소는 법률상의 친자관계가 존재함을 전제로 하여 그 확인을 구하는 소이기 때문이다).[101] 혼인외의 자와 생부 사이에는 생물학적인 친자관계는 존재하지만 법률상의 친자관계는 존재하지 않으므로, 법률상 친자관계의 존재 확인을 구하는 소인 친생자관계존재확인의 소를 제기하는 것은 타당하지 않으며, 부자관계를 창설하는 효과를 발생시키는 형성의 소인 인지청구의 소를 제기하여야 한다.

4) 위에서 친생추정을 받는 자녀에 대해서는 친생부인의 소를 제기하여야 하며 이와 더불어 친생자관계부존재확인의 소를 선택적으로 제기할 수 없는 이유에 대해서 논증하였는데, 이를 다시 간단히 정리해 보면 다음과 같다. 첫째, 우리 민법체계(제844조, 제846조, 제865조)에 비추어 볼 때 친생추정을 받는 자녀에 대해서는 친생부인의 소를 제기하여야 하며, 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 없다는 점은 명백하다. 둘째, 친생추정을 받는 자녀에 대하여 친생자관계부존재확인의 소를 제기하는 것이 허용된다고 해석한다면, 이해관계인은 누구나 제소기간의 제한 없이 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있게 되어 친생추정제도와 친생부인제도의 입법취지 – 자녀의 복리와 가정의 평화 보호 – 는 완전히 상실될 것이다. 셋째, 친생추정을 받는 자녀와 모의 남편 사이에는 출생과 더불어 법률상의 친자관계가 발생하므로, 이미 존재하는 친자관계를 소멸시키기 위해서는 형성의 소인 친생부인의 소를 제기하여야 하며, 법률상의 친자관계가 존재하지 않음을 전제로 하여 확인의 소인 친생자관계부존재확인의 소를 제기하는 것은 논리적으로 모순이다.

---

100) 이시윤, 신민사소송법(2019), 157면, 206면.

101) 대법원 1997. 2. 14. 96므738 판결.

※ 자녀와 생부의 친생부인권

1. 자녀의 친생부인권

(1) 우리 민법은 자녀에게 친생부인권을 인정하지 않는다. 자녀에게 친생부인권을 인정하지 않는 주된 이유는 가정의 평화를 보호하기 위한 것으로 보통 이해되고 있다. 예를 들어 아내가 제3자와의 관계에서 자녀를 임신, 출산하였는데, 남편과 협의하여 가정을 유지하면서 자녀를 양육하기로 결정하고 실제로 그렇게 살아온 경우를 상정해 볼 수 있다. 이런 경우에 자녀가 성장하여 자신을 양육해온 법률상의 부(父)를 상대로 친생부인의 소를 제기한다면, 그 때까지 유지되었던 가정의 평화와 부모의 사생활은 더 이상 보호될 수 없다. 일반적인 경우라면 자녀의 입장에서는 법률상의 부가 생부가 아니라는 사실을 알게 되었다고 해도, 특별한 사정이 없는 한, 자신을 양육해준 법률상의 부와의 부자관계를 굳이 소멸시키려고 하지는 않을 것이다. 다만 예외적으로 자녀가 생부를 알게 되었는데, 생부에게 상당한 재산이 있는 경우에는 생부와의 관계에서 법률상의 부자관계를 창설하고 싶은 욕구가 생길 수도 있을 것이다. 이런 경우에 자녀가 생부를 상대로 인지청구를 하려면 우선 법률상의 부를 상대로 친생부인의 소를 제기하여 법률상의 부자관계를 소멸시켜야 한다. 그러나 현행법은 자녀에게 친생부인권을 아예 인정하지 않음으로써 위와 같은 사안에서 자녀가 생부를 상대로 인지청구를 하여 부자관계를 형성할 수 있는 가능성을 원천적으로 봉쇄하고 있다. 이는 결국 가족법이 생부와의 부자관계 창설이라는 자녀의 이익보다는 가정의 평화와 부모의 사생활 보호라는 대립하는 법익에 더 큰 가치를 부여한 결과라고 할 수 있다(결과적으로 혈연진실주의는 이러한 한도에서 후퇴하지 않을 수 없다).

(2) 이러한 원칙에 대해서 기본적으로 동의하더라도 구체적인 사안에 따라서는 예외적으로 자녀에게 친생부인권을 인정할 필요가 있다고 생각된다. 첫째, 법률상의 부가 자녀를 학대하는 경우를 들 수 있다.[102] 법률상의 부가 자녀를 학대하고 있으나,

---

102) 구 독일민법(1998년 독일친자법 개정 전) 제1596조 제1항 제4호 참조. 1998년 친자법 개정에 의해서 자녀의 친생부인권은 대폭 확대되었으며, 자녀는 “실질적으로 아무런 제한 없이” 친생부인권을 행사할 수 있게 되었다(독일민법 제1600조, 제1600b조 제3항). 이러한 개정에 대해

어머니가 친생부인의 소를 제기하지 않거나 또는 사망, 소재불명 등의 사유로 친생부인의 소를 제기할 수 없는 경우에는 자녀의 복리를 위하여 예외적으로 자녀에게 친생부인권을 인정할 필요가 있을 것이다(이런 경우 미성년자녀를 위하여 선임된 특별대리인이 자녀를 대리하여 친생부인의 소를 제기할 수 있을 것이다). 둘째, 부모의 혼인관계가 파탄되거나 해소된 경우(법률상 부의 사망으로 혼인이 해소된 경우, 법률상의 부와 어머니가 이혼한 경우 등)에는 자녀에게 친생부인권을 인정해도 무방할 것이다.[103] 이런 경우에는 이미 법률상의 부와 모, 자녀로 구성된 가족공동체가 해소되었으므로, 더 이상 가정의 평화라는 법익의 보호는 문제가 되지 않기 때문이다.

비교법적으로 고찰해 보면, 자녀에게 보편적인 친생부인권을 인정하고 있는 입법례가 적지 않음을 알 수 있다(다만 친생부인의 소를 제기할 수 있는 제소기간에 제한을 두고 있을 뿐이다). 예를 들면, 독일,[104] 그리스,[105] 오스트리아,[106] 스위스[107], 프랑

서 비판하는 견해로는 Gaul, Die Neuregelung des Abstammungsrechts, in: Schwab(Hrsg.), Das neue Familienrecht, 1998, S. 101.

103) 스위스민법 제256조 제1항 제2호; 구 독일민법(1998년 독일친자법 개정 전) 제1596조 제1항 제1호, 제2호 참조.

104) 독일민법 제1600조. 자녀가 미성년자인 동안에 법정대리인이 친생부인의 소를 제기하지 않은 경우에는 자녀가 성년이 된 후 스스로 친생부인의 소를 제기할 수 있다. 이 경우에는 성년이 된 자녀가 친생부인의 사유가 있음을 안 날로부터 2년 내에 친생부인의 소를 제기할 수 있다(독일민법 제1600b조 제3항). 이외에도 부자관계의 존속이 자녀에게 참을 수 없는 고통이 되는 경우에는(예컨대 법률상의 부가 자녀에 대하여 범죄행위를 한 경우 등) 자녀의 친생부인권이 부활하여, 자녀는 그 사정을 안 때부터 2년 내에 친생부인의 소를 제기할 수 있다(독일민법 제1600b조 제6항).

105) 그리스민법 제1469조. 그러나 자녀가 성년이 된 후 1년이 경과하면 친생부인의 소를 제기할 수 없다(그리스민법 제1470조).

106) 오스트리아민법 제151조. 자녀는 친생부인의 사유가 있음을 안 날부터 2년 내에 친생부인의 소를 제기할 수 있으나, 미성년자인 동안에는 기간의 진행이 정지된다(오스트리아민법 제153조).

107) 스위스민법 제256조 제1항 제2호. 다만 자녀는 미성년자인 동안에 어머니와 법률상의 부 사이의 혼인공동체가 해소된 경우(사망, 이혼 등으로 인한 혼인해소, 회복가능성이 없는 혼인관계의 파탄으로 인한 별거 등)에 한하여 친생부인권을 행사할 수 있다(이 규정은 자녀의 친생부인권 행사로 안정적인 가족관계가 위태롭게 되는 것을 방지하는 기능을 가진다. Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2006, S. 261). 따라서 자녀가 성년이 된 후에 부모의 혼인공동체가 해소된 때에는 자녀는 친생

스[108] 벨기에[109] 등에서는 자녀에게도 친생부인권이 인정된다. 다만 모나 모의 남편 등이 친생부인권을 행사하는 경우와 마찬가지로 자녀의 친생부인권 행사도 제척기간에 따른 제한을 받게 되는데, 이러한 규정은 혈연진실주의의 관철을 제한하는 결과를 가져오지만, 가정의 평화를 보호하는 차원에서 마련된 것으로 이해되고 있다.

2. 생부의 친생부인권

(1) 우리 민법에서는 생부에게도 원칙적으로 친생부인권이 인정되지 않는다. 2017

부인권을 행사할 수 없다. 성년이 된 후 1년이 경과하면 자녀의 친생부인권은 소멸한다(스위스 민법 제256c조 제2항).

108) ① 자녀와 부(또는 모. 프랑스민법에서는 모에 대해서도 친생부인의 소를 제기할 수 있다) 사이에 출생증명서에 상응하는 실질적인 친자관계(이른바 '신분점유. possession d'état)가 최소한 5년 이상 유지된 때에는 누구도 친생부인의 소를 제기할 수 없다(프랑스민법 제333조 제2항). ② 출생증명서에 상응하는 실질적인 친자관계를 유지한 기간이 5년 미만인 경우에는, 실질적인 친자관계(신분점유)가 종료한 때부터 5년 내에 자녀, 부, 모, 생부가 친생부인의 소를 제기할 수 있다(프랑스민법 제333조 제1항). ③ 출생증명서에는 친자관계로 기록되어있으나 처음부터 실질적인 친자관계가 성립하지 않았던 경우에는 이해관계인은 누구나 10년간 친생부인의 소를 제기할 수 있다. 10년의 기간은 자녀가 그 신분을 향유하기 시작한 날(예컨대 출생기록부에 자녀로 기록된 때)부터 기산한다(프랑스민법 제334조, 제321조). 이 기간은 자녀에 대해서는 미성년인 동안에는 정지되므로, 자녀는 성년에 이른 후 10년간 친생부인의 소를 제기할 수 있다. 한편, 신분점유의 성립이 인정되려면 다음과 같은 여러 가지 사실이 요구된다(프랑스민법 제311-1조 제2항). ⅰ) 부모라고 자칭하는 사람과 자녀가 서로를 자녀와 부모로 여길 것, ⅱ) 부모로서 자칭하는 사람이 자녀에 대한 양육책임을 이행할 것, ⅲ) 사회와 가족, 국가기관에 대해서도 친자관계로 보일 것, ⅳ) 자녀가 부모로서 자칭하는 사람의 성을 따를 것.

109) 벨기에민법에 의하면 자녀와 부(모의 남편) 사이에 실질적인 부자관계가 존재하는 경우에는 (신분점유의 계속) 친생부인의 소를 제기할 수 없다(벨기에민법 제318조 제1항). 부는 자신이 자녀의 아버지가 아니라는 사실을 안 날부터 1년 내, 생부는 자신이 자녀의 아버지라는 사실을 안 날부터 1년 내에 친생부인의 소를 제기할 수 있으나, 실제에 있어서는 신분점유 상태가 계속되고 있어서 소가 각하되는 경우가 대부분이라고 한다(Pintens, "Die Abstammung im belgischen Recht", in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald(Hrsg.), Streit um die Abstammung, 2007, S. 133). 자녀는 12세에서 22세 사이에 친생부인의 소를 제기할 수 있으며, 그 후에는 모의 남편이 자신의 부가 아니라는 사실을 안 날부터 1년 내에 친생부인의 소를 제기할 수 있다(벨기에민법 제318조 제2항). 신분점유의 성립이 인정되기 위한 요건은 프랑스민법과 유사하다(벨기에민법 제331조, 제331ter조).

년 민법일부개정에 의하여 일정한 경우에[110] 생부가 가정법원의 허가를 받아 인지에 갈음하는 출생신고를 할 수 있는 규정이 신설되었고(제855조의2), 이에 따라 가정법원의 인지허가심판이 확정되면 친생부인의 효력이 발생한다고 해석될 수 있는 여지가 생긴 것은 사실이다.[111] 그러나 생부의 인지허가청구는 자녀의 출생신고가 이루어지기 전에만 할 수 있게 되어 있으므로, 출생신고 의무자인 모 또는 법률상의 부가 출생신고를 한 경우에는 생부는 인지허가청구를 할 수 없다. 가족관계등록법에 의하면 출생신고는 자녀의 출생 후 1개월 내에 하도록 되어 있고(가족관계등록법 제44조), 출생신고 의무자인 모 또는 법률상의 부가 이 규정에 따라 출생신고를 하는 경우 생부는 사실상 인지허가의 청구를 할 수 있는 기회를 가질 수 없게 된다. 제855조의2에 따른 생부의 인지허가청구권(그 본질에 있어서는 친생부인권과 다름이 없는 것으로 보인다)은 이와 같이 출생신고 전에만 행사될 수 권리이므로, 가족관계등록법에 따른 출생신고가 이루어지는 경우에는 사실상 행사될 수 없다는 한계가 있다. 이런 점들을 고려해 볼 때 우리 민법상 생부에게 친생부인권이 인정되고 있다고 말하기는 어렵다고 생각된다.

생부에게 친생부인권을 인정하지 않는 기본적인 이유는 자녀와 모, 법률상의 부로 구성된 가정의 평화를 위태롭게 하고, 자녀의 복리를 해칠 수 있다는 것이다. 그러나 예외적으로 생부가 친생부인의 소를 제기하고 자녀를 인지할 수 있도록 허용해도 가정의 평화를 해치지 않을 뿐 아니라, 자녀의 복리 실현에 오히려 도움이 되는 경우도 있을 수 있다. 예를 들어 갑(생부)과 을(모)이 교제하다가 병을 출산하였으나, 을은 병을 출산한 후 연락이 두절된 경우를 상정해 볼 수 있다. 갑이 병의 출생신고를 하려면 모인 을의 성명, 주민등록번호 등 인적 사항을 알아야 하는데, 실제로는 모의 주민등록번호 등을 알지 못하는 경우가 있다. 예전에는 이런 경우에 생부 갑이 병을 양육하고 있으면서도 출생신고를 하지 못하여 자녀의 복리가 심각하게 침해되는 사태가 발생하였다.[112] 이런 문제를 해결하기 위하여 2015년에 가족관계등록법이 개정되

110) 자녀가 혼인관계종료 후 300일 내에 출생한 경우.

111) 김주수·김상용, 친족상속법(2019), 316면.

112) 한겨레신문, 2013년 11월 28일, “사라진 엄마…출생신고도 못하는 아기, 입대 앞둔 아빠는 이별의 편지를 썼다.”; 현행 가족관계등록실무가 모의 인적 사항을 기재하지 않은 출생신고는 수리하지 않는 다는 태도를 취하고 있기 때문이다. 가족관계등록선례 제201106-2호: “생부가

어,[113] 이제 위와 같은 경우에는 생부가 가정법원의 확인을 받아 출생신고를 하는 것이 가능하게 되었다(가족관계등록법 제57조 제2항·제3항).[114] 그러나 생부가 이러한 방식으로 출생신고를 할 수 있는 경우는 자녀가 혼인외의 자인 때로 한정된다(즉 모인 을이 혼인하지 않은 상태에 있어야 한다). 그러므로 위의 예에서 모인 을이 병을 임신, 출산하였을 때 다른 남자 정과 혼인중인 상태였다면, 자녀 병은 정의 혼인중의 출생자의 신분을 가지게 되므로, 생부 갑은 위와 같은 방식으로 출생신고를 할 수 없다. 설령 생부 갑이 을과 정의 혼인관계를 알지 못하여 병이 혼인외의 자라고 믿고 가족관계등록법 제57조 제2항·제3항에 따라 출생신고를 하였다고 해도, 그 후 병이 정의 친생자의 추정을 받는 혼인중의 출생자라는 사실이 밝혀지면, 가족관계등록부상 병의 신분은 갑의 혼인외의 자에서 을과 정 사이에 출생한 혼인중의 자로 정정되어야 한다(가족관계등록법 제57조 제4항). 생부 갑이 출생신고를 하여(출생신고에 의해서 인지의 효과가 발생한다) 갑과 병 사이에서 법률상의 부자관계가 발생하고 갑이 병을 양육하고 있는데, 위의 규정에 따라 병의 법률상의 아버지가 정으로 정정된다면(이 경우 갑과 병의 부자관계는 소멸된다), 이는 반대로 갑과 병으로 이루어진 가정의 평화를 해치고 자녀의 복리를 해치는 결과가 된다. 이런 경우에는 적어도 생부에게 친생부인권을 인정함으로써 병과 정 사이의 법률상 부자관계를 소멸시키고, 다시 인지를 할 수 있는 길을 열어줄 필요가 있다고 생각된다.[115] 즉, 생부가 인지의 의사를 가지고 자녀를 양육함으로써 그 사이에 실질적인 친자관계가 발생한 경우에는, 생부에게 예외적으로 친생부인권을 인정함으로써 생부와 자녀로 구성된 가정을 보호하고 자녀의 복

혼인외의 자에 대하여 모를 불상으로 출생신고하는 것은 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 제29조 단서의 '법률상 기재하여야 할 사항으로서 특히 중요하다고 인정되는 사항을 기재하지 아니한 경우'에 해당하므로, 수리하여서는 아니된다."

113) 법률 제13285호. 2015. 5. 18. 공포, 2015. 11. 19. 시행.

114) 모의 성명·등록기준지 및 주민등록번호를 알 수 없는 경우에는 부의 등록기준지 또는 주소지를 관할하는 가정법원의 확인을 받아 부가 출생신고를 신고를 할 수 있다(가족관계등록법 제57조 제2항).

115) 이에 대해서는 자녀에게 친생부인권이 인정되는 경우 특별대리인을 선임하여 친생부인의 소를 제기할 수 있으므로, 굳이 생부에게 친생부인권을 인정할 필요가 없다는 견해가 있을 수 있다. 그러나 그런 방식으로 해결하는 경우에는 생부는 특별대리인의 선임 신청을 하여 특별대리인으로 선임된 후 다시 친생부인의 소를 제기하여야 한다는 번거로움이 따른다.

리를 실현하여야 할 것이다.

(2) 한편 비교법적으로 고찰해 보면, 생부의 친생부인권과 관련하여 다양한 입법례가 있음을 알 수 있다. 생부에게 아예 친생부인권이 인정되지 않는 입법례가 있는가 하면(오스트리아, 네덜란드, 스위스, 스웨덴), 제한적으로 인정하는 입법례도 찾아볼 수 있다. 예를 들어 독일에서는 법률상의 부와 자녀 사이에 실질적인 친자관계가 존재하지 않는 경우에 한하여 생부가 친생부인권을 행사할 수 있다(독일민법 제1600조).[116] 프랑스민법[117]과 벨기에민법[118]도 이와 유사한 태도를 취하고 있다. 나아가 생부에게 제한 없는 친생부인권을 인정하는 입법례도 있는데(슬로베니아혼인가족법 제99조. 다만 법률상의 부가 자녀의 신분등록부에 기록된 날부터 1년이 경과하면 생부의 친생부인권은 소멸한다. 그리스민법도 이와 유사한 태도를 취하고 있다. 그리스민법 제1469조 제5호, 제1470조 제5호. 즉 자녀의 모가 임신시기에 남편과 별거 중이었으며, 생부로 추정되는 자가 자녀의 모와 그 무렵 지속적으로 성적교섭을 가진 경우에는, 생부로 추정되는 자는 자녀가 출생한 날부터 2년 내에 친생부인권을 행사할 수 있다), 이런 나라들에서는 생부의 친권부인권 행사에 있어서 법률상의 부와 자녀 사이에 실질적인 부자관계가 존재하는가의 여부는 고려되지 않는다. 한 걸음 더 나아가 생

116) 법률상의 부가 자녀에 대하여 아버지로서의 책임(양육책임 등)을 사실상 이행한 경우에는 부자간에 실질적인 친자관계(sozial-familiäre Beziehung. 직역하면 사회·가족적 관계라고 할 수 있겠으나, 그 의미에 비추어 보면 '실질적인 친자관계'라고 번역해도 무리가 없다고 생각된다)가 존재하는 것으로 인정된다(독일민법 제1600조 제4항 1문). 법률상의 부가 자녀의 모와 혼인관계에 있거나 장기간 자녀와 가족공동생활을 한 경우에는 부자간에 실질적인 친자관계가 존재하는 것으로 추정된다(독일민법 제1600조 제4항 2문). 생부는 자신과 자녀 사이에 생물학적인 친자관계가 있음을 안 날부터 2년 내에 친생부인권을 행사할 수 있는데, 법률상의 부와 자녀 사이에 실질적인 친자관계가 존속하는 중에도 이 기간의 진행은 정지되지 않는다(독일민법 제1600조 제1항 2문). 따라서 생부가 자신과 자녀 사이에 생물학적인 친자관계가 있음을 알게 되었으나, 법률상의 부와 자녀 사이에 실질적인 친자관계가 존재하고 있었고 이 관계가 2년 이상 지속된 때에는 생부는 친생부인권을 행사할 기회를 갖지 못한다.

117) 자녀와 생부 사이에 5년간 실질적인 부자관계(신분점유)가 존속한 경우에는 생부의 친생부인권은 소멸한다(프랑스민법 제333조 제2항).

118) 생부는 자신과 자녀 사이에 부자관계가 있음을 안 날부터 1년 내에 친생부인권을 행사할 수 있으나, 자녀와 생부 사이에 실질적인 부자관계(신분점유)가 존속하는 동안에는 친생부인권을 행사할 수 없다.

부가 기간의 제한 없이 친생부인권을 행사할 수 있도록 허용하는 입법례도 있다(노르웨이친자법 제6조).

친생 추정 관련 토론문

배 인 구

법무법인 로고스 변호사

헌법재판소가 2015. 4. 30. 2013마623 사건에서 민법 제844조의 혼인종료 후 300일 이내에 출생한 자녀에 대해 간이한 방법으로 친생추정을 번복할 수 있도록 해야 한다고 결정한 이래 친생추정의 강하고 두꺼운 성벽은 점점 공략가능한 모습으로 변모하고 있다는 생각입니다. 특히 올해 봄 친생추정이 대법원 공개변론 쟁점으로 부각되면서 친생주정에 대해 비단 가족법 뿐만 아니라 법철학, 젠더법학에 이르기까지 관심 있는 주제가 되었고 그 과정에서 민법의 친생추정 규범을 형해화하는 주장도 제기되고 있습니다. 이러한 때에 한국가정법률상담소가 친생추정에 관한 심포지엄을 개최한 것은 매우 시의적절하다고 생각되고, 이런 의미 있는 자리에 참여하게 되어 개인적으로 무척 영광입니다. 김상용 교수님의 발표문을 통하여 친생추정의 체계를 제대로 공부할 수 있었습니다. 많은 가르침을 주신 교수님께 진심으로 감사드립니다. 토론자는 김상용 교수님의 생각에 거의 동일합니다. 다만 토론자의 소임을 다하기 위해 설익은 생각이지만 제 의견을 말씀드리면서 몇 가지 질문을 드리겠습니다.

1. 생부의 인지허가 및 친생부인

민법 제855조의2(인지의 허가 청구) ① 생부는 제844조 제3항의 경우에 가정법원에 인지의 허가를 청구할 수 있다. 다만, 혼인 중의 자녀로 출생신고가 된 경우에는 그러하지 아니한다.

② 제1항의 청구가 있는 경우에 가정법원은 혈액채취에 의한 혈액형 검사, 유전인자의 검사 등 과학적 방법에 따른 검사결과 또는 장기간의 별거 등 그 밖의 사정을 고려하여 허가 여부를 정한다.

③ 제1항 및 제2항에 따라 허가를 받은 생부가 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 재57조 제1항에 따른 신고를 하는 경우에는 제844조 제1항 및 제3항의 추정이 미치지 아니한다.

김상용 교수님은 제855조의2 제3항이 ① 인지허가 심판의 효력과 ② 인지에 갈음하는 생부의 출생신고의 효력, 그리고 ③ 친생추정이 미치지 아니한다는 개념의 혼돈 상태에서 탄생하여, 논리적으로 모순될 뿐만 아니라 민법체계와 전혀 조화되지 않는다고 비판하시면서, 친생부인의 허가와 인지의 허가라는 두 제도를 둘 필요 없이 친생부인의 허가 심판으로 일원화하는 것이 합리적이라고 주장하십니다. 즉 혼인관계의 종료의 날부터 300일 내에 출생한 자녀의 경우에 모, 모의 전 남편 또는 생부가 친생부인의 허가를 청구할 수 있다고 규정한다면, 심판의 확정에 따라 친생부인의 효력이 발생함으로써 모의 경우에는 혼인외의 자로 출생신고를 할 수 있고, 생부의 경우에는 인지에 갈음하는 출생신고를 할 수 있게 될 것이다 라고 주장하십니다.

그런데 현행 민법 제854조의2는 어머니 또는 어머니의 전 남편은 제844조 제3항의 경우에 가정법원에 친생부인의 허가를 청구할 수 있고, 허가를 받은 경우에는 제844조 제1항 및 제3항의 추정이 미치지 아니한다고 규정하고 있으므로 어머니 또는 어머니의 전 남편이 친생부인의 허가를 청구하여 허가를 받으면 그 자녀는 혼인 외의 자녀가 되어 생부는 인지할 수 있습니다. 즉 굳이 발표문 기재와 같이 민법 체계와 맞지 않는 제855조의2 규정을 두는 것보다는 차라리 삭제를 하는 것이 더 나을 것이라고 생각합니다. 아마도 개정안은 생부가 자를 법원의 개입 없이 모, 모의 남편, 생부

의 사적인 합의에 의해 자의 신분을 결정할 수 있다는 비판을 염두에 둔 것으로 생각됩니다. 하지만 법원으로부터 친생부인의 허가 결정을 받아 친생추정으로부터 벗어난 이상, 또 우리 민법상 혼인 외의 자에 대하여 모의 동의 없이 생부가 인지할 수 있있는 점에 비추어 인지허가의 청구를 하도록 할 이유가 없다고 할 것입니다.

만약 발표자의 생각과 같이 생부 역시 친생부인의 허가를 청구할 수 있다면, 발표자께서 주장하는 위험에 그대로 노출된다고 생각됩니다. 즉 발표문 중 부자지간에 혈연관계가 배치되는 경우에 '친생주정이 미치지 않는 자'의 법리를 적용하면 생기는 문제점과 같습니다. 모와 모의 남편이 가정을 유지하면서 자녀(아내가 혼인 중에 임신하여 출산하였으나, 그 남편과 혈연관계가 없는 자녀)를 양육하고 있는 사례에서는 자녀의 복리나 가정의 평화가 크게 위협을 받을 수 있습니다. 예를 들어 아내가 혼인 중에 임신하여 낳은 자녀가 남편의 친생자가 아님을 알면서도 부부가 합의하여 가정을 유지하고 자녀를 양육하기로 결정하였는데, 생부가 친생부인의 허가청구를 한다면 가정의 평화는 물론이고 자녀의 복리도 보호될 수 없습니다. 물론 모와 그 배우자가 빨리 출생신고를 하면 되겠지만 과연 생부도 친생부인의 허가를 청구할 수 있도록 개정하는 것인지 의문입니다.

이와 같은 생각의 연장선상에서 생부에게 친생부인권이 인정되어야 한다는 점에 대해 토론자는 반대입니다. 발표자는 을과 정 사이에 출생한 혼인 중의 자 병이 생부 갑과 부자지간으로 가정생활을 하는 경우, 즉 갑이 인지의 의사를 가지고 자녀를 양육함으로써 그 사이에 실질적인 친자관계가 발생한 경우에는 생부 갑에게 친생부인권이 인정되어야 한다고 합니다. 그러나 위 사례에서 을이 친생부인의 소를 제기해야 할 것이고, 만약 을과 정 외에 친생부인의 원고 적격을 확대해야 한다면 위와 같은 위험을 고려하여 자녀 병에게 원고 적격을 인정하는 것이 더 바람직하다고 생각됩니다.

2. 부자간에 혈연관계가 배치되는 경우 친생추정이 미치는지

친생부인의 소의 원고 적격과 소제기 기간은 계속 확대되어 왔습니다. 그리고 대법원 판례로 정립된 이른바 외관설에 따라 친생추정의 입법취지가 훼손되지 않는 범위 내에서 추정이 완화되었습니다. 그럼에도 과학기술의 발달로 쉽게 친자관계를 확인할

수 있게 되면서 친생추정제도가 과연 그 목적하는 가정의 평화와 자녀의 복리에 부합하는지 의문시되고 있습니다.

하지만 친생자로 추정되는지 여부는 출생 당시에 객관적으로 확정될 수 있어야 할 것입니다. 우리가 친생추정 제도를 존치하는 한 혈연설에 동의하기 어렵습니다. 왜냐하면 혈연설에 따르면 출생 당시에 어떤 추정을 받았는지 관계없이 언제든지 생물할적인 친자관계를 부인할 수 있게 되기 때문에 친생추정의 의미가 없어집니다. 친생부인의 소를 제기할 수 있는 기간이 지났음에도 언제든지 친생자관계부존재확인소송을 통해서 친자관계를 배제시킬 수 있기 때문입니다.

그렇다고 하여 외관설로 모든 문제를 해결할 수는 없다고 생각합니다. 토론자는 자녀가 친생자가 아니라는 것을 알았더라도 친생부인의 소를 제기하는 대신 처와 이혼을 선택하고 양육도 하지 않는다면 그 경우에는 친생자관계부존재확인소송으로 친자관계를 배제할 수 있어야 한다고 생각합니다.

이 점과 관련하여 교수님의 견해를 구합니다.

마지막으로 백혜련의원이 대표 발의한 민법 개정안의 조문대비표를 소개하며 토론을 마칩니다. 감사합니다.

현 행	개 정 안
제781조(자의 성과 본) ① ~ ④ (생략) ⑤혼인외의 출생자가 인지된 경우 자는 부모의 협의에 따라 종전의 성과 본을 계속 사용할 수 있다. 다만, 부모가 협의할 수 없거나 협의가 이루어	제781조(자녀의 성과 본) ① ~ ④ (현행과 같음) ⑤ 자녀----------자녀는 ----------

지지 아니한 경우에는 자는 법원의 허가를 받아 종전의 성과 본을 계속 사용할 수 있다.	----------자녀----------
⑥ (생 략)	⑥ (현행과 같음)
제844조(남편의 친생자의 추정) ① 아내가 혼인 중에 임신한 자녀는 남편의 자녀로 추정한다. ② 혼인이 성립한 날부터 200일 후에 출생한 자녀는 혼인 중에 임신한 것으로 추정한다. ③ 혼인관계가 종료된 날부터 300일 이내에 출생한 자녀는 혼인 중에 임신한 것으로 추정한다.	제844조(자녀의 부) ① 출생 시 모의 배우자를 그 자녀의 부로 추정한다. ② 배우자 사망으로 혼인관계가 종료된 날부터 300일 이내에 자녀가 출생한 경우, 종료된 혼인관계의 배우자를 그 자녀의 부로 추정한다. 다만 출생 시 모의 배우자가 있는 경우 제1항의 규정에 의한다. ③ 제1항 및 제2항의 추정이 미치지 않은 경우, 자녀는 그 생부나 생모가 이를 인지할 수 있다.
제845조(법원에 의한 부의 결정) 재혼한 여자가 해산한 경우에 제844조의 규정에 의하여 그 자의 부를 정할 수 없는 때에는 법원이 당사자의 청구에 의하여 이를 정한다.	제845조(법원에 의한 부의 결정) 제844조 ----------자녀----------
제854조의2(친생부인의 허가 청구) ① 어머니 또는 어머니의 전 남편은 제844조 제3항의 경우에 가정법원에 친생부인의 허가를 청구할 수 있다. 다만, 혼인 중의 자녀로 출생신고가 된 경우에는 그러하지 아니하다.	제854조의2(친생부인의 허가 청구) ① 모, 모의 배우자 또는 생부는 제844조 제1항 및 제2항---------- 모의 배우자 ----------

② (생 략) ③ 제1항 및 제2항에 따른 허가를 받은 경우에는 제844조제1항 및 제3항의 추정이 미치지 아니한다.	② (현행과 같음) ③ ----------친생부인의 효력이 발생한다.
제855조(인지) ①혼인외의 출생자는 그 생부나 생모가 이를 인지할 수 있다. 부모의 혼인이 무효인 때에는 출생자는 혼인외의 출생자로 본다. ②혼인외의 출생자는 그 부모가 혼인한 때에는 그때로부터 혼인 중의 출생자로 본다.	〈삭 제〉
제855조의2(인지의 허가 청구) ① 생부는 제844조 제3항의 경우에 가정법원에 인지의 허가를 청구할 수 있다. 다만, 혼인 중의 자녀로 출생신고가 된 경우에는 그러하지 아니하다. ② 제1항의 청구가 있는 경우에 가정법원은 혈액채취에 의한 혈액형 검사, 유전인자의 검사 등 과학적 방법에 따른 검사결과 또는 장기간의 별거 등 그 밖의 사정을 고려하여 허가 여부를 정한다. ③ 제1항 및 제2항에 따라 허가를 받은 생부가 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 제57조 제1항에 따른 신고를 하는 경우에는 제844조 제1항 및	〈삭 제〉

제3항의 추정이 미치지 아니한다.	
제909조(친권자) ① ~ ③ (생 략)	제909조(친권자) ① ~ ③ (현행과 같음)
④혼인외의 子가 인지된 경우와 부모가 이혼하는 경우에는 부모의 협의로 친권자를 정하여야 하고, 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 가정법원은 직권으로 또는 당사자의 청구에 따라 친권자를 지정하여야 한다. 다만, 부모의 협의가 자(子)의 복리에 반하는 경우에는 가정법원은 보정을 명하거나 직권으로 친권자를 정한다.	④ 자녀---------- ---------- ---------- ---------- ---------- ---------- ----------자녀------ ---------- ----------.
⑤ ~ ⑥ (생 략)	⑤ ~ ⑥ (현행과 같음)

토론문

송 효 진

한국여성정책연구원 연구위원

뜻깊은 토론의 장에 초대해주신 한국가정법률상담소에 깊이 감사드립니다. 더욱이 평소 존경하는 김상용 교수님의 발제에 토론의 기회가 주어지게 되어 영광입니다.

친생추정 제도는 2017년 민법 개정 이후에도 여전히 뜨거운 논쟁이 진행 중입니다. 김상용 교수님께서 발제문에서 지적하고 계시다 시피, 2017년 개정에도 불구하고 개정 규정의 한계와 문제도 여전히 지적이 되고 있습니다. 우리 사회의 변화를 제대로 반영하고 있지 못한 친생추정제도에 대한 근본적인 입법적 개선이 이루어지지 못한 채, 무리한 법해석론적 접근과 단편적이고 매우 소극적인 개정으로 버티고 있는 한계가 임계점에 다다르고 있는 것이 배경이 아닌가 생각됩니다.

발제문에서 교수님께서 지적하신 문제점들에 대해서 저도 동의하는 입장에 있으며, 본 토론에서는 이에 덧붙여 젠더관점에서의 친생추정제도의 문제와, 2017년 개정 민법상 친생부인허가청구 및 인지허가청구 제도에 있어 출생신고 지연의 문제에 대해서 말씀 드리는 것으로 토론을 갈음하고자 합니다.

1. 젠더관점에서 친생추정제도의 문제[119]

법에서 법률상의 부(父)를 정하는 문제는 유전자 검사 등 의학·과학 기술이 발전하기 이전의 시대에는 부성(父性)의 불확실성이라는 근원적인 문제 때문에 법적 결단이 필요한 문제였습니다.

가부장적인 가족제도 하에서 혼인제도 안에서 출생한 자녀들에 대해서는 유전자 검사가 불가능했던 시대에 확인 불가한 부계 혈통을 법에 의한 강한 부성(父性)추정[120]을 통하여 부(父)를 정하였고, 여성이 행하는 혼인제도 밖에서의 관계와 출산은 제도로서 부성(父性)을 담보하는 가부장제 질서를 흐리는 것으로서 터부시되고 도덕적으로 비난받았습니다. 지금의 법으로는 그렇지 않지만, 친생추정제도가 이미 존재했던 가부장제가 확립되었던 시대부터 정조의무는 남성보다는 여성을 주된 대상으로 한 도덕적·법적 규제로서 작용하였습니다.

부성(父性)의 불확실성을 제도로서 커버할 수 있었던 강한 친생추정제도가 큰 문제없이 유지되기 위한 전제는 가부장제 가족제도의 질서를 벗어난 관계와 출산의 가능성이 최소화됨으로써 법과 실제의 차이가 발생할 가능성이 가능한 한 최소화되는 것일 것입니다. 적어도 현대 이전의 사회에서 가부장적 가족제도의 질서 밖에서의 관계와 출생에 관련된 여성과 아동에 대한 공동체 안에서의 사회적·경제적 생존이 불가할 정도의 터부시와 차별을 통하여 충분이 가능했던 것으로 보입니다.[121] 그리고 이러한 편견과 차별로 인한 어려움은 오늘날 우리사회에서 가부장적 제도를 벗어나거나 진입하지 않은 채 가족을 구성하거나 관계 맺기를 시도하는 사람들을 향해 여전히 존재합니다.

부성(父性) 증명의 어려움이 친생추정 제도를 고안할 수밖에 없었던 전제라고 한다면, 가부장적 가족질서, 여성에 대한 강력한 순결이데올로기는 강한 친생추정제도가 문제 없이 운영되는 것에 매우 정합한 사회 규범이고 질서라 하겠습니다.

---

119) 이하의 내용은 송효진 • 박복순 • 최진희 • 신옥주(2018), 「비혼 가족 자녀에 대한 차별 법제 개선을 위한 연구」, 저출산고령사회위원회의 토론자 집필 부분의 일부를 토대로 수정 보완한 내용임을 밝힙니다.

120) 규범적 부성(父性)추정(오병철, 2018)

121) 혼인제도 밖에서 남성

그러나 사회가 변화하면서 이러한 전제와 사회질서와 가치에 변화가 발생하고 있습니다. 의학· 과학 기술의 발달로 부성(父性)의 과학적 증명이 가능해진 시대가 도래하였습니다. 가부장적 가족질서는 균열과 변화가 진행 중이며, 형법상 간통죄는 폐지되었습니다.

친생추정제도는 이러한 변화하는 사회에 대응하여 근본적인 재고가 필요합니다.

이러한 관점에서 친생추정제도가 과연 자의 복리를 위한 제도인가에 대하여서도 다르게 생각해 볼 여지가 있습니다. 친생추정과 인지를 위해 출생한 자녀를 혼인중의 출생자와 혼인외의 출생자로 구분하는 친자법의 관점은 자녀의 입장에서는 매우 차별적입니다. 친자법제는 부(父)를 정함에 있어 아동의 부모를 알 권리라는 관점에서가 아닌, 부(父)를 중심으로 법률혼제도에 기반을 둔 정상가족에 속하는 지 그렇지 않은 지의 관점에서 자녀에게 신분상의 지위를 부여하고, 자녀의 복리를 판단합니다. 강한 친생추정은 제도 밖에서는 사회적·경제적으로 생존이 불가하였던 강한 가부장제 질서가 작용하는 사회에는 자녀의 복리를 위하여 최선이었을지 모르나, 가족 가치가 변화하고 과학이 발달하여 친생증명이 가능해진 오늘 날에는 반드시 그렇다고 볼 수도 없습니다.

2017년 개정 민법 규정의 가장 큰 문제는 우리 민법은 친생추정제도를 근본적으로 건드리지 않고 최소한의 개정에 머무른 한계입니다. 2017년도의 개정에도 불구하고 혼인한 남성이 혼인관계가 아닌 관계에서 자녀를 갖게 된 경우의 출생신고에 있어서의 현실적인 장벽과 혼인한 여성이 마찬가지의 경우 출생신고에 있어서 겪는 장벽은 여전히 존재합니다.

호주제도가 폐지되고 가제도가 폐지되었지만, 오늘날 여전히 출생한 아동은 법률혼 제도 안에서 여전히 친생 추정와 자녀의 성(姓)을 부여함에 있어 권력적, 제도적 우위에 있는 제도혼의 부계에 복속하는 지위에 놓이게 됩니다.

친생추정제도는 사회의 변화에 맞게 아동을 중심으로 관점과 패러다임을 전환하여야 합니다.

2. 출생신고의 지연과 아동 인권침해의 문제

2017년 신설된 친생부인허가청구 및 인지허가청구 제도를 이용하는 경우에 발제에

서 지적하신 바와 같이 출생신고 지연의 문제가 수반됩니다. 출생신고 지연의 문제는 친생부인허가청구와 인지허가청구의 경우 뿐 아니라, 가족관계의 등록 등에 관한 법률(이하 '가족관계등록법') 제57조 제2항(예컨대 미혼부의 출생신고) 및 가족관계등록법 제44조의2에 의한 출생신고의 경우에도 발생합니다. 즉, 가정법원의 확인을 받아 출생신고를 하게 되는 경우 필연적으로 출생신고는 1개월을 지나서 지연될 수밖에 없는 문제가 있습니다.

확인절차에서의 과학적 증명의 도입과 가정법원의 확인제도 그 자체는 시대의 변화를 절차에 반영하고 아동의 인권을 보호하기 위한 취지이기는 하지만 결과적으로 아동의 출생등록의 지연 및 이에 따른 아동인권의 사각지대를 발생시키는 문제가 있으며, 이에 대한 입법적·정책적 보완책은 아직 강구되지 않고 있습니다.

관련하여 현 제도 하에서 이러한 경우의 출생 아동은[122] 다만, 출생신고 전 이라도 병원에 '신생아로서 건강보험증에 등재확인을 받지 못한 경우'로 처리하면, 건강보험 적용이 가능합니다.[123] 또한 보건소에서 관리번호를 받으면 필수예방접종이 가능합니다. 보호자의 우선순위 모(母)가 원칙이나, 모(母) 확인 어려울 경우 기타 보호자가 신분증을 지참하여 관리번호를 받을 수 있습니다. 출생신고 후에서 보건소에 기록통합관리를 요청해야합니다. 보육료, 양육수당을 지원받기 위해서는 역시 사회복지전산관리번호는 부여받으면 가능합니다. 그러나 이러한 정보로의 연결 접근성이 그다지 쉽지 않은 것이 현실입니다.

근본적인 개선방안으로는 적어도 아동이 출생 즉시 등록될 수 있도록 제도가 개선되어야 할 것입니다.

현행 법제 하에서 가정법원의 확인을 거쳐 친생자 출생신고를 하게 되는 경우 절차상 필연적으로 법정 출생신고 기한인 1개월을 초과하게 되므로, 일단 부모 기재를 하지 않은 채 아동의 출생신고를 접수하여 등록하고, 이후 법원의 확인에 의하여 친생확인이 이루어지면 그때 보완(추완)신청 내지는 직권정정 신청 등으로 추후에 부를 기재하여 보완하게 한다든지 하는 절차상의 방안 마련도 검토되어야 할 것입니다.

---

122) 이하 송효진·김영란(2018), 「혼인외 출산·양육에 대한 차별적 제도 발굴 연구」, 여성가족부의 토론자 집필 부분의 일부를 토대로 수정 보완한 내용임을 밝힙니다.

123) 여성가족부 홈페이지 한부모가족 공지사항(http://www.mogef.go.kr/cs/opf/cs_opf_s001.do?mid=gnr109) (최종접속일 2018.12.5.)

또한 가정법원은 출생미신고 아동의 출생신고 관련 비송사건이 접수되면 즉시 직권으로 출생신고 완료시까지 아동의 보호자와 보호자의 주소지 담당 사회복지사 등을 임시 공동후견인으로 지정하고, 아동의 복리를 위한 의료 및 복지 지원 등이 전달될 수 있도록 하고, 아동이 보호체계 하에 있을 수 있도록 아동의 복리를 위한 법원의 후견적 기능을 적극 발휘해야 할 것입니다. 출생신고에 가정법원의 확인 등 시일이 소요되는 케이스의 경우 특히, 가능한 한 행정력을 동원하여 출생신고가 완료될 때까지 복지 체계 하에서 출생아가 보호될 수 있도록 하는 정책적 노력이 적극적으로 이루어져야 합니다.

출생 아동의 부(父)가 확정되는 문제는 물론 중요하지만, 아동의 출생등록 그 자체보다 선순위를 차지할 것은 아니라고 생각됩니다. 아동의 출생은 '누구의 집-가(家)'의 구성원으로 입적이 되는 가의 관점으로 접근하는 시대는 이미 지났습니다. 아동은 출생 즉시 등록되어야 하는 것이 우선입니다.

제854조의2에 따른 친생부인의 허가 청구 및 민법 제855조의2에 따른 인지의 허가 청구에 관한 법원의 실무례

신 일 수

수원가정법원 판사

1. 의의

혼인관계종료의 날로부터 300일 이내에 출생한 자녀는 혼인 중 포태한 것으로 추정하는 구 민법 제844조 제2항에 대하여 헌법재판소는 헌법불합치 결정(2015. 4. 30. 헌법재판소 2013헌마623 결정)을 하였고, 그 결정 취지에 따라 혼인관계가 종료된 날로부터 300일 이내에 출생한 자녀는 혼인 중에 포태한 것으로 추정되나, 자녀가 이미 혼인 중의 자녀로 출생신고가 되지 않은 경우에는 모 또는 모의 전 남편은 가정법원에 친생부인의 허가 청구를 할 수 있고, 생부는 가정법원에 인지의 허가를 청구할 수 있는 제도 등이 민법에 신설되었습니다(법률 제14965호, 2017. 10. 31. 공포, 2018. 2. 1. 시행). 이는 라류 가사비송사건으로, 자녀의 주소지의 가정법원이 관할이고, 개정 민법 규정은 이 법 시행 전에 발생한 부모와 자녀의 관계에 대해서도 적용이 되나, 이 법 시행 전에 판결에 따라 생긴 효력에는 영향을 미치지 아니합니다.

2. 관련규정

민법

제844조(남편의 친생자의 추정)

① 아내가 혼인 중에 임신한 자녀는 남편의 자녀로 추정한다.

② 혼인이 성립한 날부터 200일 후에 출생한 자녀는 혼인 중에 임신한 것으로 추정한다.

③ **혼인관계가 종료된 날부터 300일 이내에 출생한 자녀**는 혼인 중에 임신한 것으로 추정한다.

제854조의2(친생부인의 허가 청구)

① **어머니 또는 어머니의 전 남편**은 제844조 제3항의 경우에 가정법원에 친생부인의 허가를 청구할 수 있다. **다만, 혼인 중의 자녀로 출생신고가 된 경우에는 그러하지 아니하다.**

② 제1항의 청구가 있는 경우에 가정법원은 혈액채취에 의한 혈액형 검사, 유전인자의 검사 등 과학적 방법에 따른 검사결과 또는 장기간의 별거 등 그 밖의 사정을 고려하여 허가 여부를 정한다.

③ 제1항 및 제2항에 따른 허가를 받은 경우에는 제844조 제1항 및 제3항의 추정이 미치지 아니한다.

제855조의2(인지의 허가 청구)

① **생부**는 제844조 제3항의 경우에 가정법원에 인지의 허가를 청구할 수 있다. 다만, 혼인 중의 자녀로 출생신고가 된 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항의 청구가 있는 경우에 가정법원은 혈액채취에 의한 혈액형 검사, 유전인자의 검사 등 과학적 방법에 따른 검사결과 또는 장기간의 별거 등 그 밖의 사정을 고려하여 허가 여부를 정한다.

③ 제1항 및 제2항에 따라 허가를 받은 생부가 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 제57조 제1항에 따른 신고를 하는 경우에는 제844조 제1항 및 제3항의 추정

이 미치지 아니한다.

가사소송법

제2조(가정법원의 관장 사항)

① 다음 각 호의 사항에 대한 심리와 재판은 가정법원의 전속관할로 한다.

2. 가사비송사건

가. 라류 사건

7)의2 민법 제854조의2에 따른 친생부인의 허가 7)의3 민법 제855조의2 제1항 및 제2항에 따른 인지의 허가

제44조(관할 등)

① 라류 가사비송사건은 다음 각 호의 가정법원이 관할한다.

3의2. 친생부인의 허가 및 인지의 허가에 관한 사건은 **자녀의 주소지의 가정법원**

제45조의8(친생부인의 허가 및 인지의 허가 관련 심판에서의 진술 청취)

① 가정법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 심판을 하는 경우에는 **어머니의 전 배우자**와 그 성년후견인(성년후견인이 있는 경우에 한정한다)에게 **의견을 진술할 기회를 줄 수 있다.**

1. 「민법」 제854조의2에 따른 친생부인의 허가 심판
2. 「민법」 제855조의2 제1항 및 제2항에 따른 인지의 허가 심판

② 제1항의 진술을 들을 때에는 심문하는 방법 외에도 가사조사관을 통한 조사나 서면조회 등의 방법으로 진술을 들을 수 있다.

가사소송규칙

제61조의2(즉시항고) 친생부인을 허가하는 심판과 인지를 허가하는 심판에 대하여는 **민법 제854조의2 제1항에 규정한 자가 즉시항고를 할 수 있다.**

3. 청구권자 및 요건사실

○ 청구권자는 친생부인의 허가 청구의 경우, 어머니 또는 어머니의 전 남편이고, 인지의 허가 청구는 생부입니다.

○ 요건사실은 혼인 중의 자녀로 출생신고하지 않을 것(친생부인의 허가 청구와 인지 허가 청구 모두 친생추정을 받은 부의 혼인 중의 자녀로 출생신고를 한 경우에는 기존과 같이 친생부인의 소를 제기하여야 합니다)과 어머니와 어머니의 전 남편이 혼인관계를 종료한 후 300일 내에 출생하여야 합니다.

4. 기본서류

○ 친생부인 허가의 경우

친모와 친생추정을 받는 부의 혼인관계증명서, 가족관계증명서, 주민등록초본, 사건본인의 출생증명서, 어머니의 전 남편의 친생자가 아니라는 소명자료가 필요한데, 해당 소명자료로 청구인이 사설업체에서 발급받은 혈액및유전자감정서를 첨부한 후 그 검사결과에 따라 허가결정을 요구하는 경우가 있습니다. 이 경우 현재 서울 및 각 가정법원에서는 친생부인의 소 등과는 달리 상대방이 없는 비송사건인 점, 여러 사설업체에서 발급받은 혈액및유전자감정서에 대한 신뢰정도를 계량화하거나 전부 받아들이기는 어렵다는 점 등을 고려하여, 원칙적으로 모든 사건에 대하여 법원의 혈액및유전자감정절차를 거치고 있습니다. 다만, 사설업체에서 발급받은 “혈액및유전자감정서 + 어머니의 전 남편에 대한 의견조회절차”를 법원의 혈액및유전자감정절차에 갈음하여 선택할 수 있게 하고 있고, 상대적으로 고가인 법원 감정비용부담이 어려운 사정이 있는 경우 적극적인 절차구조를 통해 그 비용의 전액을 보전하여 주는 실무례를 운영하고 있습니다.

○ 인지 허가의 경우

청구인의 가족관계증명서, 주민등록초본, 친모의 혼인관계증명서, 가족관계증명서, 사건본인의 출생증명서, 사건본인이 청구인의 친자라는 소명자료가 필요하고, 해당 소

명자료에 대한 설명은 위 친생부인 허가의 경우와 같습니다.

5. 심리방향

혈액채취에 의한 혈액형 검사, 유전인자의 검사 등 과학적 방법에 따른 검사결과 또는 장기간의 별거 등 그 밖에 사정을 고려하여야 하고(민법 제854조의2 제2항, 민법 제855조의2 제2항), 친생부인의 허가 심판과 인지 허가 심판의 경우 어머니의 전 남편과 그 성년후견인에게 의견진술 기회를 줄 수 있습니다(가사소송법 제45조의8 제1항). 이 경우 심문하는 방법 외에도 가사조사관을 통한 조사나 의견조회서의 송달 등의 방법으로 진술을 들을 수 있습니다(가사소송법 제45조의8 제2항). 현재 서울 및 각 가정법원에서는 어머니의 전 남편에게 의견청취서 송달하고, 인지 허가의 경우는 사건본인의 어머니의 동의서가 없는 경우, 어머니에게도 의견청취서를 송달합니다. 다만 예외적으로 출생증명서의 임신기간을 계산한 결과, 조산 등으로 사건본인의 임신이 혼인관계가 종료된 이후인 것으로 나타나는 경우나 출입국증명서 등에 의해 전 남편의 장기 해외 체류 등이 나타난 경우 등의 경우는 의견청취를 생략하기도 합니다.

6. 심판

친생부인의 허가 청구 주문은, 청구인의 사건본인에 대한 친생부인을 허가한다(어머니의 전 남편이 청구한 경우), 사건본인과 청구 외 ○○○(모의 전 남편의 주민번호, 주소)의 친생부인을 허가한다(어머니가 청구한 경우).

인지 허가 청구 주문은, 사건본인(어머니의 인적사항 기재)을 청구인의 친생자로 인지함을 허가한다.

7. 불복

어머니와 어머니의 전 남편은 친생부인을 허가하는 심판과 인지를 허가하는 심판에 대하여 즉시항고 할 수 있습니다(가사소송규칙 제61조의2). 청구인은 친생부인허가 기

각 심판과 인지허가 기각 심판에 대하여 즉시항고 할 수 있습니다(가사소송규칙 제27조). 즉시항고 기간은 14일입니다(가사소송법 제43조 제5항).

8. 확정 후 절차

○ 친생부인의 허가 심판이 확정되면, 친생추정 배제 효력이 발생하므로, 어머니가 친생부인의 허가 심판서 등본과 확정증명서를 첨부하여 출생신고 하여야 하고, 자녀의 생부도 친생부인의 허가 심판서 등본과 확정증명서를 첨부하여 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제57조 제1항(친생자출생의 신고에 의한 인지)에 따른 출생신고를 할 수 있습니다.

○ 인지의 허가 심판이 확정되면, 허가 받은 생부가 인지의 허가 심판서 등본과 확정증명서를 첨부하여 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제57조 제1항(친생자출생의 신고에 의한 인지)에 따른 출생신고를 할 수 있고, 이에 따라 출생신고를 하는 경우 어머니의 전 남편의 혼인 중의 자로 친생추정이 미치지 않게 됩니다.

9. 관련 사항

○ 구 민법 제844조 제2항에 대한 헌법재판소 헌법불합치 결정의 취지는 '혼인관계 종료 후 300일 내에 출생한 자는 유전자검사 등을 통하여 전 남편의 친생자가 아님이 명백하고 전 남편이 친생추정을 원하지도 않으며 생부가 그 자를 인지하려는 경우에도 예외 없이 전 남편의 친생자로 추정되어, 친생부인의 소를 제기하지 아니하고는 친생추정을 번복할 수 없도록 하고, 아울러 위 규정이 자의 출생 후 1개월 이내에 출생신고를 해야만 하는 가족관계의 등록 등에 관한 법률과 결합되면서 가족관계등록부에는 전 남편의 친생자로 등록될 수밖에 없는 것은 헌법과 합치되지 않는다'고 요약됩니다.

○ 이 중 친생부인의 소를 제기하지 아니하고는 친생추정을 번복할 수 없다는 부분은 헌법불합치 이전에도 이미 '구 민법 제844조는 부부가 동거하여 처가 부의 자를

포태할 수 있는 상태에서 자를 포태한 경우에 적용되는 것이고, 부부의 한쪽이 장기간에 걸쳐 해외에 나가 있거나 사실상의 이혼으로 부부가 별거하고 있는 경우 등 동서(同棲)의 결여로 처가 부의 자를 포태할 수 없는 것이 외관상 명백한 사정이 있는 경우에는 그 추정이 미치지 아니한다(대법원 1983. 7. 12. 선고 82므59 전원합의체 판결)'는 법리에 따라 친생자관계부존재확인의 소를 제기할 길을 열어줌으로써 어느 정도 불합리한 부분을 해결할 수 있었습니다. 그런데 자의 출생 후 1개월 이내에 출생신고를 해야만 하는 가족관계의 등록 등에 관한 법률 규정은 어떤 방법으로도 해결하기 어려운 상황이었습니다. 이러한 문제를 해결하기 위해 소송 보다 절차가 간단하고 신속한 비송사건절차를 통하여 친생추정을 번복할 수 있는 길을 열어주기 위하여 친생부인의 허가와 인지의 허가라는 새로운 제도를 도입하였습니다.

○ 아래는 서울가정법원, 인천가정법원, 수원가정법원의 5년간 친생부인의 소에 관한 접수처리 현황과 민법 개정 이후 2년간 친생부인의 허가와 인지의 허가에 관한 접수처리 현황입니다.

[서울가정법원]

가. 친생부인의 소 접수 처리 현황

기간	접수	처리		처리계	평균처리기간
		인용	기각		
2015.01.01.~2015.12.31.	119	98	1	121	
2016.01.01.~2016.12.31.	105	96	3	118	
2017.01.01.~2017.12.31.	103	83	2	103	
2018.01.01.~2018.12.31.	58	41	0	50	162일
2019.01.01.~2019.08.31.	36	37	0	46	206일

-처리계 건수는 종국 결과 중 인용, 기각, 기타를 모두 합한 것입니다(이하 같음)

나. 친생부인의 허가 접수 처리 현황

기간	접수	처리		처리계	평균처리기간
		인용	기각		
2018.01.01.~2018.12.31.	66	36	1	58	38일
2019.01.01.~2019.08.31.	23	17	1	21	70일

다. 인지의 허가 접수 처리 현황

기간	접수	처리		처리계	평균처리기간
		인용	기각		
2018.01.01.~2018.12.31.	49	22	1	45	53일
2019.01.01.~2019.08.31.	22	14	1	16	73일

[인천가정법원(개원 전 구. 인천지방법원 가사부 포함)]

가. 친생부인의 소 접수 처리 현황

기간	접수	처리		처리계	평균처리기간
		인용	기각		
2015.01.01.~2015.12.31.	50			54	
2016.01.01.~2016.12.31.	66			59	
2017.01.01.~2017.12.31.	45			58	
2018.01.01.~2018.12.31.	31			30	121일
2019.01.01.~2019.08.31.	20			20	117일

나. 친생부인의 허가 접수 처리 현황

기간	접수	처리		처리계	평균처리기간
		인용	기각		
2018.01.01.~2018.12.31.	52			51	22일
2019.01.01.~2019.08.31.	26			25	21일

다. 인지의 허가 접수 처리 현황

기간	접수	처리		처리계	평균처리기간
		인용	기각		
2018.01.01.~2018.12.31.	23			23	14일
2019.01.01.~2019.08.31.	7			7	11일

[수원가정법원(개원 전 구. 수원지방법원 가사부 포함)]

가. 친생부인의 소 접수 처리 현황

기간	접수	처리		처리계	평균처리기간
		인용	기각		
2015.01.01.~2015.12.31.	44			49	
2016.01.01.~2016.12.31.	53			52	
2017.01.01.~2017.12.31.	43			46	
2018.01.01.~2018.12.31.	25			29	117일
2019.01.01.~2019.09.30.	15			16	137일

나. 친생부인의 허가 접수 처리 현황

기간	접수	처리		처리계	평균처리기간
		인용	기각		
2018.01.01.~2018.12.31.	36	31	0	35	30일
2019.01.01.~2019.09.30.	15	14	0	15	63일

다. 인지의 허가 접수 처리 현황

기간	접수	처리		처리계	평균처리기간
		인용	기각		
2018.01.01.~2018.12.31.	32	24	3	29	27일
2019.01.01.~2019.09.30.	15	9	2	14	59일

○ 위 현황에서 보시는 바와 같이, 민법이 개정된 이후 친생부인의 소 접수는 약 절반가량 줄어든 반면 친생부인의 허가와 인지의 허가는 아직 시행 초기임에도 불구하고 상당수가 접수되고 있음을 알 수 있습니다. 아울러 평균처리기간 또한 친생부인의 소에 비하여 친생부인의 허가와 인지의 허가의 처리기간이 훨씬 더 단축되었음을 알 수 있습니다(특히 인천가정법원의 경우, 인지의 허가 사건은 매우 신속하게 진행됨을 볼 수 있습니다). 그럼에도 불구하고 법원의 비송사건 심리 또한 상당한 기간이 소요될 수밖에 없고 일부 사건의 경우 즉시항고 기간을 부여하지 않을 수 없는 사정 등에 따라 새롭게 도입된 친생부인의 허가 제도와 인지의 허가 제도 또한 사실상으로는 가족관계의 등록 등에 관한 법률에 정해진 출생신고 기간 1개월의 위반 할 수밖에 없다는 점에서 개정 민법만으로는 문제를 근본적으로 해결하기 어렵습니다. 이는 현행법 위반을 조장하는 것임과 동시에 결과적으로 유엔아동권리협약으로 규정된 아동의 기본권 즉 아동은 출생 후 즉시 등록되어야 한다는 권리를 침해한다는 발표자의 문제의식에 동의합니다.

○ 개정 민법이 존재하는 이상 법원에서 이 문제를 해결할 수 있는 방법은 근본적으로 존재하지 않는 것으로 보이고, 법원으로서는 비송사건을 보다 더 신속하게 처리하는 방법과 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제122조에 따라 '이 법에 따른 신고의 의무가 있는 사람이 정당한 사유 없이 기간 내에 하여야 할 신고 또는 신청을 하지 아니한 때에는 5만 원 이하의 과태료를 부과한다'는 규정에 있는 정당한 사유에 관하여 폭넓게 해석하여, 친생부인의 허가 제도와 인지의 허가 제도를 이용하는 사람들에게 과태료를 면제해주는 방법 정도를 생각할 수 있을 것 같습니다. 발표자님께서는 개정 민법이 존재하는 현재 상황에서 법원이 이 문제를 해결할 수 있는 좋은 방법이 있다면 그 방법을 제안해주시면 감사하겠습니다.

“친생추정에 관한 쟁점”에 대한 토론문

- 프랑스민법상 친자관계를 중심으로 -

안 문 희

사법정책연구원 연구위원

역사적으로 부성추정에 관한 이론은 친자관계 입증의 어려움을 해소하기 위한 목적으로 로마의 법학자인 Paul에 의해서 신설되었으며, 현대적인 혈액이나 유전자 검사가 도입되기 전까지 부성추정의 문제는 불확실한 문제로 이해되어 왔습니다.

프랑스는 특히 1804년 나폴레옹 민법 제정에 참여한 입법자들은 부성추정과 관련하여 혼인으로 성립된 가족 보호라는 목적을 위해 모의 배우자(mari; 夫)를 출생한 자녀의 부(père; 父)로 인정하는 동시에 혈연에 근거한 친자관계는 은폐 또는 묵살하였습니다. 이러한 부성추정의 원칙은 약 170년이 지나 Carbonnier가 주도한 ‘친자관계에 관한 1972년 1월 3일 법(Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation)’을 통해 프랑스에서는 현대적 의미에서의 친자관계가 정립되었는데, 해당 개정을 통해 첫째, 혼인중의 출생자와 혼인외의 출생자 사이의 차별을 없애고, 둘째, 혈연에 근거한 친자관계를 인정하게 되었습니다. 그리고 ‘친자관계 개정에 관한 2005년 7월 4일 법규명령(Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation)’을 통한 개정으로 기존의 복잡했던 친자관계에 관한 이의 소송을 간이화하고, 혼인 여부에 따른 모성추정에 대한 차별을 삭제하였습니다.

프랑스민법은 자녀의 **출생증명서**, **인지증명서** 또는 **신분점유를 입증하는 공정증서**를 통해 친자관계가 입증된다고 보고 있어(프랑스민법 제310-3조 제1항), 이하에서는 이들 3가지 부분을 차례로 살펴보겠습니다.

우선 **자녀와 모 사이의 친자관계**는 해당 자녀의 **출생증명서에 모를 지정(기재)**함으로써 성립되며(프랑스민법 제311-25조), 자녀와 모와의 친자관계에 대한 증명은 포태와 출산으로 이루어지게 됩니다. 특히 2005년 7월 4일 법규명령을 통해 혼인하지 않은 모에게 요구되었던 인지신고가 아니라 출생증명서에 모의 기재를 통한 친자관계의 성립을 인정하게 되었습니다.

출생증명서에 모의 기재를 통한 친자관계 성립이라는 원칙은 프랑스민법 제326조 및 가족 및 사회 활동법(Code de l'action sociale et des familles: CASF) 제L.222-6조가 규정하는 익명출산규정에도 동일하게 적용되어, **모성추정 및 친자관계를 성립시키지 않을 권리를 모에게 허용**하고 있습니다. 즉 모가 자신의 신분에 관한 사항을 익명으로 하면서 자녀를 출산할 수 있기 때문에 **익명출산**으로 출생한 자녀의 출생증명서에는 모의 성명이 기재되지 않습니다.

부성추정과 관련하여 **자녀는 출생일 300일 전부터 180일 전까지의 기간 동안에 포태되었다고 추정되며**(프랑스민법 제311조 제1항), 특히 **자녀의 포태 시점은 해당 기간 내에서 자녀의 복리 보호를 위한 시점**으로 추정된다고 보고 있습니다(프랑스민법 제311조 제2항). 그러나 자녀의 포태시점과는 별도로 프랑스민법 제312조는 **"혼인기간 동안 포태되거나 출생한 자녀의 부(父)는 부(夫)**이다."라고 규정하여 부성추정은 혼인기간 동안 포태한 자녀뿐만 아니라 출생한 자녀까지 포함함으로써 혼인식을 거행한 날을 기준으로 179일 이전에 출생한 자녀도 부의 자녀로 인정하고 있습니다. 그러나 혼인기간을 통한 부성추정이 절대적인 것은 아니며, **법정 별거**(séparation de corps) 또는 **사실상 별거**(séparation de fait) 기간을 비롯해, **이혼청구**에서 조정 불성립 명령 시점(협의서의 승인 시점)을 기준으로 300일 이후 또는 이혼 청구 기각(화해 성립)을 기준으로 180일 이전에 출생한 자녀에 대해서는 **부성추정을 배제하여 친자관계가 성립되지 않을** 수 있도록 인정하고 있습니다.

이와는 달리 자연적인 포태 또는 출산에 어려움을 겪는 성별이 다른 부부, PACS 당사자 및 모든 커플에게 **인공수정**이 허용되며, 인공수정을 원하는 부부(또는 커플)

는 인공수정으로 인한 친자관계 성립 및 그 효과를 공증인을 통해 고지 받게 되고, 비밀유지 조건에 동의하는 경우에 인공수정이 가능합니다(프랑스민법 제311-20조). 인공수정에 대해서 **부부**(또는 커플)**가 동의한 경우**에는, 인공수정을 통해 출생한 자녀와의 **친자관계에 대한 이의 제기를 위한 어떠한 소송도 부부**(또는 커플)**에게 허용되지 않으며**(프랑스민법 제311-20조 제2항), AID(제3자인 정자기증자에 의한 인공수정) 방식으로 자녀를 출산하는 경우에, 해당 **제3자와 출생한 자녀 사이에는 어떠한 친자관계도 성립하지 않으며**, 해당 제3자에 대한 어떠한 소도 제기될 수 없습니다(프랑스민법 제311-19조).

부 또는 모가 자녀를 인지하기 위해서는 프랑스민법 제311-25조(출생증명서를 통한 모의 지정)를 비롯하여 동법 제312조 내지 제315조(부성추정)에 해당하지 않는 경우에 가능하며, 이러한 **인지신고는 자녀의 출생 전 또는 후**에 신분등록공무원에게 할 수 있으며(프랑스민법 제316조 제1항), 인지로 인한 친자관계는 자녀의 출생증명서에 기재됩니다(프랑스민법 제316조 제3항). 이와 같은 인지신고와는 달리 자녀는 부 또는 모에 대한 **재판상 인지**를 통해서 친자관계를 성립시킬 수 있으며(프랑스민법 제328조 제1항), 해당 소의 제기는 **자녀에게만 허용**됩니다(프랑스민법 제327조 및 제325조). 재판상 인지 청구는 해당 자녀의 연령이 28세까지 제기될 수 있습니다(프랑스민법 제321조 및 제329조).

프랑스민법은 **신분점유(possession d'état)**라는 지위를 인정하고 있는데, 신분점유는 **실제 생활에서 자녀와 부 또는 모 사이에 친자관계가 존재**하는 것처럼 보이지만 **혈연에 의한 친자관계가 아닐 수도 있는 상태의 관계**를 의미합니다. **신분점유에 대한 입증은 공증인에 의해 발급된 공정증서를 통해 가능**하며, 이와 같은 공정증서를 통해 인정되는 신분점유로 인한 친자관계의 성립은 해당 자녀의 출생증명서에 기재됩니다(프랑스민법 제317조 제4항). 이러한 신분점유는 자녀와 부 또는 모와의 사이에 실제 친자관계와 동일한 외관 및 자녀와 가족들 사이의 실체적 관계의 존재를 입증할 수 있는 사실상의 요건들로 인정되는데(프랑스민법 제311-1조 제1항), 구체적으로 첫째, 부 또는 모와 자녀 사이에 **실제적인 가족관계가 존재**하며, 둘째, 부 또는 모는 해당 **자녀의 교육, 양육 또는 거주와 관련한 물질적인 부담**을 지며, 셋

째, 해당 가족이 속한 **사회, 가족 및 공공 기관에서** 이들을 **부 또는 모와 자녀의 관계로 인정**하고 있으며, 넷째, 해당 자녀가 **부 또는 모의 성(姓)을 따르고 있는 경우**에 인정됩니다(프랑스민법 제311-1조 제2항). 이러한 신분점유를 통한 친자관계 성립은 공정증서를 통해 가능하며(프랑스민법 제317조 제1항), 이때 신분점유에 대한 공정증서가 성립하기 위해서는 최소한 증인 3명의 진술 및 앞서의 4가지 요건이 충족되어야 합니다(프랑스민법 제317조 제2항). 신분점유를 통해 성립된 친자관계에 대한 이의 제기는 부, 모 또는 부모임을 주장하는 자 또는 검사로 제한되며, 신분점유의 중단 시점 또는 이의가 제기된 친자관계의 부 또는 모의 사망 시점을 기준으로 5년 내에 제기되지 못하면 친자관계이의소송은 시효로 소멸하게 됩니다(프랑스민법 제333조). 즉 자녀의 출생 또는 인지 후에 신분점유 상태가 5년 동안 유지된 경우에는, 누구에게도(검사 제외) 이의 소송이 허용되지 않습니다(프랑스민법 제333조 제2항).

프랑스 친자법은 우리 민법과 유사하게 혼인기간 동안 출생한 자녀에 대한 친자관계의 성립을 규정하면서도, 우리 민법에는 없는 신분점유와 같은 사실상의 친자관계를 비롯해 출생증명서의 부 또는 모의 기재라는 방식을 통해 친자관계의 성립(또는 불성립)을 인정함으로써 혈연에 부합하는 친자관계와 가정 · 미성년 자녀의 복리 보호를 조화시키고자 노력하고 있다고 평가할 수 있습니다.

현행 민법상 친생추정 조항의 문제점과 개선방안

토론문

차 선 자

전남대 법학전문대학원 교수

우리민법은 2015년 헌법재판소는 민법 제844조 제2항 중 “혼인관계종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자”에 관한 부분이 모가 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권 및 행복추구권, 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활에 관한 기본권을 침해한다고 보고, 심판대상조항에 대해서 헌법불합치결정을 선고하자, 민법 제844조를 개정하고 제854조의2(친생부인의 허가 청구)와 제855조의2(인지의 허가 청구)가 신설하였습니다.

그러나 이로써 혼인관계 종료 후 300일 이내에 출생한 자녀는 친생부인허가 청구 또는 인지허가 청구에 따른 심판이 이루어질 때까지 출생신고가 유예되는 결과를 가져왔습니다. 그리고 그 기간은 김상용 교수님의 발제문에 나타나듯 적어도 총 6개월 정도의 기간을 요구하고 있습니다. 이는 김 교수님의 지적처럼 출생과 함께 등록되어야 할 권리를 중요한 인권의 내용으로 규정하고 있는 [아동권리협약]을 위반할 가능성이 상당이 있다고 생각합니다.

결국 개선 입법은 모의 혼인생활에서의 인격권과 행복추구권을 보장할 수 있을지 몰라도 아동인권의 침해를 야기한 점은 인정될 수 있을 것으로 생각합니다. 헌법재판소 결정의 취지는 공감하지만 문제를 해결하는 방법에 있어서 전남편, 현재의 동거 중인 남성, 이혼한 모, 및 아동 이들 사이에서 아동의 인권을 덜 보장하는 방식으로 문제 해결을 기획한 개정법이 아니었을까 생각합니다. 이러한 문제 의식에 대해서 김 교수님의 견해에 동의하며 친자법의 궁국적인 목적이 일면은 혈연진정성에 기반한 친자관계의 신속한 안정으로 자의 복리를 추구하는 것이라고 한다면 위의 관련자들 중 가장 고정변수로 전제되어야 할 것은 '출생후 즉시 등록될 아동의 인권'일 것이라고 생각합니다.

이처럼 기본적인 문제의식에 공감하면서 몇 가지 의문점을 검토하고자 합니다.

1. 먼저, 교수님께서는 우리 민법의 친생자는 혼인중의 출생자와 혼인외의 출생자로 나누어지며, 혼인중의 출생자는 다시 ① 친생자의 추정을 받는 혼인중의 출생자, ② 친생자의 추정을 받지 않는 혼인중의 출생자, ③ 친생자의 추정이 미치지 않는 자로 나누어지며, 이러한 분류는 자녀가 혼인중의 자의 신분을 가지고 있을 때에만 그 자녀가 모의 남편의 친생자로 추정되는가, 추정이 미치는가의 여부를 논할 수 있으므로 혼인외의 자의 경우에는 누구(설령 생부라고 해도)의 친생자로 추정된다, 추정되지 않는다, 혹은 추정이 미치지 않는다는 식의 친생추정에 관한 논의는 성립할 여지가 없음을 지적하셨습니다. 그런대 현행 민법은 '혼인중의 자'라고 하는 표현을 사용할 때 다소 명확하지 않은 지점이 있다고 생각합니다.

① 혼인 성립 후 200일 후에 출생한 자녀가 출생한 경우 :

이 경우 혼인중의 출생자라는 개념은 포태 시기와 출산 시기 모두 모가 법률상 혼인 상태에 있으므로 출생자는 혼인중의 친생자로 추정된다는 의미입니다. 만일 혼인 성립 수 200일 이후 자녀가 출생한 경우 출생한 자녀가 모의 법률상 배우자의 자녀가 아니라는 사실을 인식하고 있다고 하더라도 일단 혼인중의 자녀의 지위와 친생추정은 미치게 되며 이후 친생부인소의 효력으로 소급적으로 친생자 추정과 혼인중의 자녀의 지위가 소멸될 것 입니다.

② 혼인 성립한 날로부터 200일 이전에 자녀가 출생한 경우 :

이 자녀는 친생추정을 받지 않는 혼인중의 출생자로 분류됩니다. 출생신고도 모의 남편과 모 사이에서 출생한 혼인중의 자로 출생신고를 합니다. 다만 친생추정을 받지 않으므로 친자관계부존재확인의 소로 부자관계를 소멸시킬 수 있을 것입니다. 이는 모의 포태 시점을 기준으로 모의 법률상 배우자의 친생자 추정을 할 수 없지만 출생자가 모의 법률상 혼인이 유지되는 상태에서 출생하였으므로 이를 근거로 혼인중의 지위를 부여받게 될 것입니다.

그러나 제844조는 "① 아내가 혼인 중에 임신한 자녀는 남편의 자녀로 추정한다. ② 혼인이 성립한 날부터 200일 후에 출생한 자녀는 혼인 중에 임신한 것으로 추정한다."고 규정하고 있으므로 혼인성립후 200일 이전에 출생한 자녀는 모의 임신이 '혼인중에' 이루어졌다고 할 수 없으며 임신시점을 기준으로 모의 법률혼 여부를 판단한다면 이 경우 혼인중의 출생자로 분류할 수 없을 것이다. 그럼에도 불구하고 민법은 혼인성립후 200일 이전에 출생한 자를 친생추정을 받지 않는 혼인중의 자로 분류합니다. 그것은 결국 출산시 모의 법률혼이 존속하고 있었다는 것을 근거로 혼인중의 자의 지위를 부여하고 있는 것입니다.

따라서 민법에서 정의한 혼인중의 출생자란 ① 모의 임신이 법률혼 중에 이루어진 경우 또는 ② 모의 출산이 법률혼중에 이루어진 경우, 양자를 모두 포함하는 개념으로 이해할 수 있을 것입니다.

만일 임신과 출산시 모두 모의 법률혼이 존속할 경우에만 혼인중의 출생자로 분류한다면 모의 혼인성립 후 200일 이전에 출생한 자녀는 임신시 모가 미혼이었으므로 두가지 요건을 충족시키지 못하여 혼외자로 분류되어야 하지만, 실제 우리 민법은 이 경우 친생추정을 받지않는 혼인중의 자로 분류하기 때문입니다.

그러나 민법이 이처럼 혼인중의 자녀의 개념을 임신시 또는 출산시 모의 법률혼 존속을 모두 포함하는 개념으로 사용할 필요가 있을지 의문입니다. 혼인성립 후 200일 이내에 출생한 자녀에게도 혼인중의 자녀의 지위를 인정한다면 출산시 모의 법률혼이

존속하고 있는지 여부를 기준으로 혼외자와 혼인중의 자의 개념 구별을 하는 것이 지나친 해석일지 의문입니다. 언급한 바와 같이 혼인성립후 200일 이후 출생한 자 또는 200일 이전 출생한 자 모두 혼인중의 자녀로 분류한다면 혼인중 출생자의 개념은 출산시점의 모의 법적지위가 법률혼 관계를 유지하고 있다는 것을 근거로 혼인중 출생자의 개념을 사용하는 것이기 때문입니다.

혼외자의 개념을 '출산시 모의 법률혼 존속 여부'를 기준으로 할 경우 전혼관계 종료 후 모가 혼인하지 않은 상태에서 300일 이내에 자녀를 출산한 경우 이 출생자는 전혼 관계에서 친생추정을 받지만 출생시 모의 법률혼은 귀속되어 있지 않으므로 혼외자로 분류되게 될 것입니다. 만일 모가 재혼하여 전혼 종료후 300일 이내 재혼성립 후 200일 이내에 출산한다면 출생자는 출산시 모의 법률혼 귀속에 따라 혼인중의 자녀이나 전혼관계의 친생추정을 받고 재혼에서는 친생추정이 미치지 아니하는 혼인중의 자녀가 될 것입니다.

2015년 관련 개정을 촉발하게된 사안의 경우 母가 2012년 2월 28일 이혼신고를 마치고 동거를 시작하여 2012년 10월 22일 子를 출산하였는데 이 경우 子의 지위는 현행 민법의 혼인중의 자의 개념에 따르면 혼인중의 친생추정을 받는 자로 분류되어야 할 것입니다.

그런대 혼인중의 출생자의 개념을 ① 출산시 모의 법률상 혼인의 존속 여부에 따라 부여되는 개념으로 사용되거나 ② 모의 포태시 모의 법률상 혼인존속여부에 의하여 부여되는 개념으로 사용하면 친생부인의 허가 (제854조의 2)에 관한 규정이 해석이 문제될 수 있을 것입니다.

새로이 도입한 제854조의 2 친생부인 허가의 경우 그 효력은 친생부인의 소와 동일하므로 제833조 제3항의 추정이 미치는 경우 친생부인의 허가를 받게되면 결과적으로 친생추정을 받는 자녀와 모의 남편 사이에 법률상의 친자관계가 출생시로 소급하여 소멸되며 子는 혼인외의 출생자가 되는 것으로 볼 수 있을 것입니다. 그러나 이에 대하여 교수님께서는 제854조의2 제3항이 친생부인의 허가 심판이 확정되는 경우 그

효력으로서 그 **자녀는 친생자의 추정이 미치지 않는 자가 된다**고 규정하고 있으므로 이에 따르면 그 자녀는 혼인외의 자가 아니라 친생자의 추정이 미치지 않는 자, 즉 혼인중의 친생추정이 미치지 않는 자가 된다는 결론에 이르는 것으로 해석하셨습니다. 그리고 이러한 결론에 이른다면 친생자의 추정이 미치지 않는 자의 경우에는 일단 모와 남편의 혼인중의 출생자로 출생신고를 하게 되고, 출생신고서와 가족관계등록부의 부(父)란에는 모의 남편을 기록해야 하는데 이러한 결과는 개정법의 취지와 완전히 배치되므로, 받아들일 수 없다고 합니다. 이를 근거로 제854조의 2 제3항을 "제1항 및 제2항에 따른 허가를 받은 경우에는 친생부인의 효력이 발생하여 그 자녀는 혼인외의 출생자가 된다." 로 문언이 개정되어야 한다고 보고 계십니다. 이러한 문언 개정에 대해서는 제854조의 2의 명확성을 높일 수 있다는 점에서 동의합니다.

다만 혼인 종료 후 출산 시점에 모에게 법률혼이 귀속되어 있지 않을 경우 출생자를 혼외자로 분류하고 제844조 제3항의 "혼인 중에 임신한 것으로 추정한다."는 문구의 의미를 '친생추정이 적용된다'는 의미로 보면 현행 제854조의 2 제3항은 친생추정만을 배제하면 결과적으로 출생자는 친생추정이 미지지 않는 혼외자가 된다고 해석할 가능성은 없을까요?

특히 현행 제847조 제1항은 "친생부인(親生否認)의 소(訴)는 부(夫) 또는 처(妻)가 다른 일방 또는 자(子)를 상대로 하여 그 사유가 있음을 안 날부터 2년내에 이를 제기하여야 한다"는 문구 이외에 그 효력을 민법 규정에서 명시하지 않습니다. 다만 친생부인의 소가 형성의 소이므로 그 효력으로 혼인중의 친생자 추정을 받았던 출생자의 지위가 소급적으로 전부 소멸하여 혼외자가되고 친생추정을 받지 않는 것으로 해석하는 것입니다. 그렇다면 현행 민법 제854조의 2의 친생부인의 허가 청구가 친생부인과 동일한 효력을 가진다고 본다면 특별히 동조 제3항이 "친생추정이 미치지 아니한다"는 문언을 표시하고 있다는 것으로부터 출생자가 혼외자의 신분이 되는 것으로 볼 수 없다고 해석할 필요가 있을까요?

2. 교수님께서는 원칙적으로 친생부인 허가와 인지허가를 이원화하지 않고 친생부인 허가 심판으로 일원화하는 것이 더 적절할 것이라는 입장을 표현하셨습니다. 저 또

한 이에 동의합니다. 다만 연구자께서는 “혼인관계 종료의 날부터 300일 내에 출생한 자녀의 경우 모, 모의 전남편, 또는 생부가 친생부인 허가를 청구할 수 있다고 규정” 하는 방법을 제한하셨는데, ‘생부’라는 개념은 법적으로 여전히 명확한 개념이 아니기 때문에 경우 ‘생부’가 친생부인허가심판을 구할 수 있는 것에는 일정한 제한이 있어야 하지 않을까 합니다.

3. 또한 언급한 바와 같이 2015년 사건은 명백히 동거남의 친생자일 개연성이 높은 상황에서 법이 임신의 시점을 기준으로 혼인관계가 종료된 날부터 300일 이내에 출생한 자녀를 혼인 중에 임신한 것으로 추정하도록 규정하였기 때문에 발생하였던 문제입니다. 그렇다면 관련 규정을 계속 존치시키는 방향으로 개정하는 것이 출생신고와 관련하여 아동의 지위를 더 복잡하게 만들고 있는 것은 아닐까 합니다. 이는 연구자께서도 주장하시는 바와 동의합니다.

즉 혼인 성립후 200일 이후 출생자는 모의 배우자의 자녀로 친생추정이 되는 것이 합리적일 수 있으나, 다양한 관계형성이 일반화되고 있는 오늘날 혼인 종료후 300일 이내에 출생한 자녀의 임신 시점이 전혼 관계가 유지될 시점이었음을 법으로 규정하는 것이 얼마나 합리적인지 회의적입니다. 설령 혼인 종료후 바로 재혼한 여성이 100일이 경과한 후에 子를 출산한 경우 임신의 시점을 기준으로 전남편의 친생자로 추정되고 재혼한 남편의 혼인중의 자녀이나 친생추정을 받지 않는 자로 분류될 것입니다. 이 경우 제844조 제3항을 적용하면 자녀는 도리어 전 남편의 친생자로 출생신고에 부를 모의 전남편으로 신고해야 할 것입니다.

그러나 이러한 경우 도리어 부부관계 파탄 후 사실상의 이혼 단계에서 동거와 재혼으로 이루어지는 새로운 관계가 형성되는 것으로 이해하는 것이 더 일반적인 경우로 이해할 수 있을 것입니다. 민법이 혼인관계 종료를 전제로 300일 이내에 자녀가 출생한 경우 전혼관계에서 임신 이 이루어진 것이라는 추정을 두는 것은 혼인관계 종료에 이르는 과정에 대한 이해가 부족하고, 법률혼 관계를 우위에 두는 입장에서 판단하고 있기 때문으로 생각합니다. 동 규정을 존치시키고 아동의 출생신고를 신속하게 하기 위한 새로운 입법을 하는 과정에서 친생부인의 허가 또는 생부의 인지허가 청구와 같

은 제도를 새로 도입하기 보다 제844조 제3항의 친생추정 규정을 삭제하고 혼인관계 종료 후 출생한 자녀는 모의 혼외자로 생부의 인지 가능성을 폭넓게 인정하는 방향이 더 효과적일 것으로 생각합니다.

4. 유전자형 배치 자녀에 대한 친생추정 배제와 친자관계부존재확인의 소에 의한 부자관계해소를 인정하는 하급심의 입장에 대하여 :

남편이 친생자 아님을 알고도 부부가 자녀를 10년 이상 공동으로 양육해오다가 이혼을 계기로 남편이 변심하여 친생자관계부존재확인의 소를 제기하는 경우도 있을 수 있는데,[124] 부자간에 혈연(유전자형)이 배치된다는 이유를 들어 청구를 인용한다면 자녀의 가족관계와 법률상의 신분이 언제든지 이해관계에 따라 부정되고 변동될 수 있다는 자체가 이미 자녀의 권리를 침해하는 것이라고 볼 수 있다(부모의 이혼이라는 우연한 사정에 의해서 자녀의 의사와 무관하게 자녀의 신분 변경이 허용되는 것은 자녀의 복리에 반한다)는 입장을 취하셨습니다.

이러한 견해에 대해서는 일면 동의하지만 자녀의 가족관계와 법률상의 신분이 이해관계인에 따라 변동된다는 것을 항상 부정적인 입장으로 판단할 수 있는 문제인지는 다소 회의적입니다. 특히 부부가 이혼하는 과정에 남편이 친자관계부존재확인의 소를 제기하는 경우 사실상 부부관계 뿐만 아니라 부자관계도 파탄에 이르는 경우가 많다고 보는 것이 더 현실적인 판단이 아닐까합니다. 도리어 친자관계부존재확인의 소를 인정하지 않을 경우 친생부인의 소의 제척기간 경과로 자는 진실한 혈연관계에 기반한 친자관계를 형성할 기회를 봉쇄당하는 결과에 이르게 됩니다.

---

124) 서울가정법원 2016. 9. 21. 2015르1490 판결: 피고(자녀)의 모는 원고(전 남편)와 혼인 중에 피고를 임신, 출산하였다. 원고는 피고를 자신의 친생자로 출생신고를 하고 16년간 양육해왔으나, 이혼을 계기로 친생자관계부존재확인의 소를 제기하였다. 이 판결에서 법원은 혈연(유전자형)이 배치되는 경우에도 친생추정이 미치지 않는다는 법리를 전개하며 친생자관계가 존재하지 않음을 확인하였다.

5. 우리 법체계상 자신의 혼인중의 자를 입양하는 것이 가능하지 않다는 것에 대하여 :

모가 혼인 중에 임신하여 출산한 자녀는, 모의 남편과 혈연이 배치되는 경우에도, 출생과 동시에 모의 남편의 혼인중의 자의 신분을 갖게 되며, 모의 남편이 하급심 법리에서 말하는 '친생추정이 미치지 않는 자'를 입양한다는 것은 자신의 혼인중의 자를 입양하는 것이 되는데, 우리 법체계상 자신의 혼인중의 자를 입양한다는 것은 가능하지 않다고 지적하셨습니다.

그러나 점차 이혼과 재혼이 증가하는 현실을 고려할 때, 만일 모가 전혼관계 종료 후 제3의 남성과의 관계에서 임신하고 다시 다른 남성과 재혼하여 재혼성립 후 200일 이내에 자녀가 출생한 경우 출생자는 모의 재혼남과의 관계에서 친생추정을 받지 않는 혼인 중의 자로 (제844조 제2항)이 적용될 것으로 생각합니다.

이때 혈연부가 친생추정이 미치지 아니하는 혼인중의 출생자를 친자관계부존재확인의 소로 친자관계가 존재하지 않음을 확정하고 인지한 후 재혼 부의 입양에 동의할 경우 모의 재혼 배우자는 자신의 "혼인중의 자"를 입양하는 것으로 이해할 수 없는 것인지요? 이 경우 출생자의 친생부는 인지한 부로 모의 재혼 배우자는 입양에 의한 부가 될 것으로 생각되는데 만일 자신의 "혼인중의 자"를 입양하는 것이 가능하지 않다면 임신 상태에서 재혼한 모의 출생자는 법적으로 인지한 부와의 관계에서 태어난 것을 기준으로 출생당시 모는 분명히 법률상 혼인을 하고 있었음에도 불구하고 재혼한 배우자의 친생추정을 받지 않는 "혼인외의 자"로 보아야 하는지요?

93360
9 788985 999625
ISBN 978-89-85999-62-5

1910

법률구조법인
한국가정법률상담소

상담 대표전화 ☎ 1644-7077

07239 서울특별시 영등포구 국회대로 76 가길 14
|전화| 02-780-5688~9 / 782-3427 |전송| 02-780-0485
|홈페이지| http://www.lawhome.or.kr
|트위터| https://www.twitter.com/LegalAidCenter
|페이스북| https://www.facebook.com/korealawhome
|이메일| webmaster@lawhome.or.kr