

■ 최신 판례 ■

[가사] 이혼시 양육권자는 모(母)로, 친권자는 부(父)로 정하는 것이 가능한지

최승수 변호사 | 마상미 변호사

1. 사안의 쟁점

이혼 청구를 할 때에는 일반적으로 친권 및 양육자 지정청구를 함께 하는데, 본 사안에서는 법원에서 양육자는 부모 중 일방으로 정하고, 친권자는 부모 공동 또는 양육자가 아닌 자로 다르게 정할 수 있는지 문제되었습니다.

2. 판시내용

- (1) 자의 양육을 포함한 친권은 부모의 권리이자 의무로서 미성년인 자의 복지에 직접적인 영향을 미친다. 그러므로 부모가 이혼하는 경우에 부모 중에서 미성년인 자의 친권을 가지는 사람 및 양육자를 정함에 있어서는, 미성년인 자의 성별과 연령, 그에 대한 부모의 애정과 양육의사의 유무는 물론, 양육에 필요한 경제적 능력의 유무, 부 또는 모와 미성년인 자 사이의 친밀도, 미성년인 자의 의사 등의 모든 요소를 종합적으로 고려하여 미성년인 자의 성장과 복지에 가장 도움이 되고 적합한 방향으로 판단하여야 한다.
- (2) 민법 제837조¹, 제909조 제4항², 가사소송법 제2조 제1항 제2호 나목의 3) 및 5)³ 등이 부부의 이혼 후 그 자의 친권자와 그 양육에 관한 사항을 각기 다른 조항에서 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 이혼 후 부모와 자녀의 관계에 있어서 친권과 양육권이 항상 같

은 사람에게 돌아가야 하는 것은 아니며, 이혼 후 자에 대한 양육권이 부모 중 어느 일방에, 친권이 다른 일방에 또는 부모에 공동으로 귀속되는 것으로 정하는 것은, 비록 신중한 판단이 필요하다고 하더라도, 일정한 기준을 충족하는 한 허용된다고 할 것이다.

3. 해설

이혼 사건에서 자녀에 대한 친권자 및 양육권자를 결정할 때에 보통 부모 중 일방에게 친권 및 양육권이 함께 귀속되는 것으로 정하는 경우가 대부분입니다. 그런데 **최근에는 부모 모두를 공동 친권자로, 양육권은 부모 중 일방으로 정하는 경우도 종종 있습니다.** 본 판결은 이와 같이 정하는 것은 비록 신중한 판단이 필요하다고 하더라도, 허용될 수 있음을 밝히고 있습니다.

친권은 그 내용상 자녀를 보호, 양육할 권리의무와 자녀의 법률행위대리를 비롯한 재산관리를 할 권리의무의 두 가지로 대별할 수 있고, 이들은 일체로서 부모가 공동으로 행사하는 것이 원칙입니다. 그러나 이혼 등의 경우에는 위 두가지 권리의무를 분리하여 그 귀속이나 내용을 달리 정하는 것이 오히려 자녀의 복리나 이익 및 부모 양쪽의 애정의 만족, 원만한 친족관계의 유지를 위하여 바람직할 수도 있습니다.

일반적으로 친권이라고 할 때에는 양육권과 재산관리권을 포괄하는 개념이지만, 친권자와 양육권자가 분리될 때 친권자는 양육권에 관한 권한 행사를 할 수 없습니다. 예를 들어 아버지를 친권자로, 어머니를 양육자로 지정한 경우, 양육자로 지정된 어머니는 자녀의 양육·교육에 필요한 거소지정, 부당하게 자녀를 억류하는 사람에 대한 인도청구, 방해배제청구 등의 권한이 있으므로, 친권의 내용 중 이와 배치되는 권한은 제한되며, 친권자가 임의로 이를 변경할 수 없습니다. 그러나 양육 이외의 친권의 내용은 아버지가 행사하므로, 자녀에 대한 법정대리권이나 자녀의 법률행위에 대한 동의권은 친권자인 아버지만 가지게 됩니다.

4. 다운로드 : 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011므4719 판결

1 민법 제837조 (이혼과 자의 양육책임)

- ① 당사자는 그 자의 양육에 관한 사항을 협의에 의하여 정한다.
- ② 제1항의 협의는 다음의 사항을 포함하여야 한다.
 1. 양육자의 결정
 2. 양육비용의 부담
 3. 면접교섭권의 행사 여부 및 그 방법
- ③ 제1항에 따른 협의가 자(子)의 복리에 반하는 경우에는 가정법원은 보정을 명하거나 직권으로 그 자(子)의 의사(意思)·연령과 부모의 재산상황, 그 밖의 사정을 참작하여 양육에 필요한 사항을 정한다.
- ④ 양육에 관한 사항의 협의가 이루어지지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 직권으로 또는 당사자의 청구에 따라 이에 관하여 결정한다. 이 경우 가정법원은 제3항의 사정을 참작하여야 한다.
- ⑤ 가정법원은 자(子)의 복리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 부·모·자(子) 및 검사의 청구 또는 직권으로 자(子)의 양육에 관한 사항을 변경하거나 다른 적당한 처분을 할 수 있다.
- ⑥ 제3항부터 제5항까지의 규정은 양육에 관한 사항 외에는 부모의 권리의무에 변경을 가져오지 아니한다.

2 민법 제909조 (친권자)

- ① 부모는 미성년자인 자의 친권자가 된다. 양자의 경우에는 양부모(양부모)가 친권자가 된다.
- ② 친권은 부모가 혼인중인 때에는 부모가 공동으로 이를 행사한다. 그러나 부모의 의견이 일치하지 아니하는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정한다.
- ③ 부모의 일방이 친권을 행사할 수 없을 때에는 다른 일방이 이를 행사한다.
- ④ 혼인외의 자가 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.
- ⑤ 가정법원은 혼인의 취소, 재판상 이혼 또는 인지청구의 소의 경우에는 직권으로 친권자를 정한다.
- ⑥ 가정법원은 자의 복리를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 자의 4촌 이내의 친족의 청구에 의하여 정하여진 친권자를 다른 일방으로 변경할 수 있다.

3 가사소송법 제2조 (가정법원의 관장 사항)

- ① 다음 각 호의 사항(이하 '가사사건'이라 한다)에 대한 심리와 재판은 가정법원의 전속관할로 한다.
 2. 가사비송사건
 - 나. 마류 사건
 - 3) 「민법」 제837조 및 제837조의2 (같은 법 제843조에 따라 위 각 조항이 준용되는 경우 및 혼인의 취소 또는 인지를 원인으로 하는 경우를 포함한다)에 따른 자녀의 양육에 관한 처분과 그 변경, 면접교섭권(면접교섭권)의 제한 또는 배제
 - 5) 「민법」 제909조제4항 및 제6항(혼인의 취소를 원인으로 하는 경우를 포함한다)에 따른 친권자의 지정과 변경