



이혼소송 등 가사소송의 쟁점과 실무

2022. 12. 20.

법무법인 화안

대표변호사 김운정

가사사건의 범위와 분류

가사소송법 제2조(가정법원의 관장 사항)

① 다음 각 호의 사항(이하 "가사사건"이라 한다)에 대한 심리와 재판은 가정법원의 전속관할로 한다.

1. 가사소송 사건

가. 가류 사건

나. 나류 사건

다. 다류 사건

2. 가사비송 사건

가. 라류 사건

나. 마류 사건

② 가정법원은 다른 법률이나 대법원규칙에서 가정법원의 권한으로 정한 사항에 대하여도 심리·재판한다.

가사사건의 범위와 분류

구분	예	특징
<u>가류 소송</u>	<u>혼인의 무효, 이혼의 무효</u>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ <u>직권주의(자백이나 청구의 인낙 x)</u> ✓ <u>조정대상 아님</u>
<u>나류 소송</u>	<u>재판상 이혼, 이혼의 취소</u>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ <u>직권주의</u> ✓ <u>조정대상임</u>
<u>다류 소송</u>	<u>이혼을 원인으로 한 손해배상청구 (제3자에 대한 청구 포함)</u>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ <u>본질상 민사사건</u> ✓ <u>민사소송절차에 따름</u>
라류 비송	성년후견 개시, 부재자 재산관리 처분	<ul style="list-style-type: none"> ✓ <u>대심적 구조 아님</u> ✓ <u>조정대상 아님</u>
마류 비송	재산분할에 관한 처분	<ul style="list-style-type: none"> ✓ <u>대심적 구조임</u> ✓ <u>조정대상임</u>

가사사건의 범위와 분류

▣ 가사소송법 제14조에 따라 가사소송사건과 가사비송사건의 병합 가능

1) 어느 절차에 따라 심리할 것인가?

⇒ 변론절차에 따라 심리되지만 각 절차의 특성이 그대로 유지. 따라서 이혼 및 재산분할청구가 병합된 경우 재산분할 청구 부분만 취하 시 상대방의 동의가 필요하지 않다고 봄

(법원실무제요 가사[1], 법원행정처, 481쪽 참조)

2) 판결을 선고하게 되고, 판결 확정 시 가사비송사건 판단 부분에는 기판력이 인정되지 아니함

3) 제1심판결에 대한 불복 방법은 항소임

⇒ 다만, 이혼 후 재산분할청구 사건은 비송사건이므로 심판을 고지하고 불복방법은 항고임

가사사건의 절차적 특성

- ▣ 본인출석주의(가사소송법 제7조 제1항): 헌법재판소 2012. 10. 25. 선고 2011헌마 598 전원재판부 결정(가사소송 당사자의 일반적 행동의 자유를 침해하는 것이 아니고, 당사자가 변호인의 조력을 받을 권리, 재판청구권을 침해하지도 않는다)
 - 출석의무 위반 시 50만 원 이하의 과태료 부과, 구인 가능
 - 변론기일, 심리기일 또는 조정기일에 적용(선고기일이나 사실조사기일은 적용대상 아님)
 - 변론준비기일도 포함되는지 여부(견해 대립 있음)

가사사건의 절차적 특성

▣ 직권주의: 가류, 나류. 자백이나 자백간주에 관한 규정도 적용되지 아니함(가사소송법 제12조 단서. 다만 변론 전체의 취지로 참작될 수는 있음)

▣ 절차의 공개 여부: 헌법상의 원칙에 따라 공개 재판이 원칙. 다만, '선량한 풍속을 해할 염려가 있는 때'에 해당하는 것으로 보아 심리를 공개하지 아니할 수 있음(대한민국헌법 제109조 단서, 법원조직법 제57조 제1항). 비공개결정은 결정으로 이유를 개시하여 선고하고, 그 사실 및 이유를 조서에 기재함. 비공개결정은 기일마다, 각 절차마다 개별적으로 하여야 함. '심리'에 한하므로 판결은 공개하여야 함

가사사건의 절차적 특성

▣ 보도금지규정(가사소송법 제10조): 위반 시 2년 이하의 금고 또는 100만 원 이하의 벌금(가사소송법 제72조)

▣ 가사조사관 제도: 사실조사, 조정조치 등

▣ 조정전치주의: 민사조정법 제23조 준용 제한, 가사소송법 제49조 단서, 제61조

▣ 사전처분

- 보전처분과의 구별: 직권 발령 여부, 시기(본안 계속을 요건으로 함), 대상(상대방 그 밖의 관계인도 가능), 집행력 유무, 위반행위에 대한 간접강제 수단

이혼소송 실무

▣ 전속관할(가사소송법 제22조)

- 가. 부부가 같은 가정법원의 관할구역 내에 보통재판적이 있을 때에는 그 가정법원이,
- 나. 부부가 마지막으로 같은 주소지를 가졌던 가정법원의 관할구역 내에 부부 중 어느 한쪽의 보통재판적이 있을 때에는 그 가정법원이,
- 다. 위의 각 경우에 해당하지 아니하는 때에는 상대방의 보통재판적이 있는 곳의 가정법원이 각각 관할법원이 됨

▣ 소송 중 당사자 사망

- 당사자 사망으로 소송절차 종료(혼인 자체가 당사자 한쪽의 사망으로 해소됨)
- 대법원 1992. 5. 26. 선고 90므1135(첨부 1)

이혼소송 실무

▣ 파탄주의와 유책주의(대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568 전원합의체 판결 참조)

- 유책주의: 배우자 중 어느 일방이 동거, 부양, 협조, 정조 등 혼인에 따른 의무에 위반되는 행위를 한 때와 같이 이혼사유가 명백한 경우에 그 상대방에게만 재판상의 이혼청구권을 인정하는 입장
- 파탄주의: 부부 당사자의 책임 유무를 묻지 아니하고 혼인의 목적을 달성할 수 없는 사실 즉 혼인을 도저히 계속할 수 없는 객관적 사정인 파탄을 이유로 하여 이혼을 허용하는 입장
- 대법원의 기본적 입장: 혼인생활의 파탄에 주된 책임이 있는 배우자, 즉 유책배우자는 그 파탄을 사유로 하여 이혼을 청구할 수 없는 것이 원칙. 다만, 유책배우자의 이혼 소송이라고 할지라도, 상대방 배우자도 이혼의 반소를 제기하고 있는 경우 혹은 오로지 오기나 보복적 감정에서 표면적으로는 이혼에 불응하고 있기는 하나 실제로 있어서는 혼인의 계속과는 도저히 양립할 수 없는 행위를 하는 등 이혼의 의사가 객관적으로 명백하는 경우에는 인용함이 타당(대법원 1987. 4. 14. 선고 86므28 판결 등). 그 이후 조금씩 예외를 넓혀가는 추세인데, 이에 대하여는 후술

이혼소송 실무

▣ 국제이혼의 문제

1) 국제재판관할권

- 재판권을 어느 국가에 배당할 것인가의 문제
- 소송요건
- 판단기준: 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적인 관련성이 있는지 여부(대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결, 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010다8355 판결, 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549판결 등 참조)
- 국제사법(2022. 7. 5. 시행) 제56조

이혼소송 실무

2) 준거법: 국제사법 제66조

3) 외국이혼판결의 승인 및 집행

- 외국이혼판결의 승인: 민사소송법 제217조

- 집행: 집행판결의 원칙(민사집행법 제26조 제1항, 민사집행법 제27조)

외국의 이혼판결 등 신분적 형성 판결에 대하여 집행판결이 필요한지? 종래 대법원은 요구하는 것으로 판단하였으나(71다1393), 그 후 예규 등을 정비하여 외국법원의 이혼판결에 의한 이혼신고를 할 때 반드시 집행판결을 받을 필요는 없는 것으로 하였고, 현행 외국법원의 이혼판결에 의한 가족관계등록사무 처리지침에서도 그대로 유지되고 있음/ 다만 이혼무효판결의 경우 호적선례 200109-4호 (우리 나라에서 집행판결이 면제되는 외국법원의 판결은 대법원 호적예규 제371호의 규정에 의하여 민사소송법 제203조의 요건을 구비하고 있는 이혼판결에 한정되므로, 외국법원에서 이혼무효판결을 받은 경우에는 다시 국내 법원의 집행판결을 받아야만 호적신고를 할 수 있다)에서 국내에서 집행판결을 받아야만 가족관계등록 신고를 할 수 있다고 하고 있음

- 집행판결의 관할법원: 신분관계 사건에 해당하는 경우라도 가정법원이 아니라 채무자의 보통재판적 소재지 또는 재산소재지의 지방법원임(민사집행법 제26조 제2항)

이혼소송 실무

▣ 재판상 이혼사유(민법 제840조)

- 각호가 독립된 소송물임/1호 내지 6호의 관계에 대하여 견해 대립이 있으나 각각 독립된 이혼사유라고 보는 것이 실무임
- 원고가 주장하지 아니한 이혼 사유에 대하여는 법원이 판단하지 아니함

0 제1호: 부정한 행위/ 간통보다 넓은 개념으로서 정조의무에 충실하지 못한 일체의 행위(대법원 1992. 11. 10. 선고 92므68 판결, 첨부 2). 사전동의나 사후 용서를 한 때에는 부정행위를 이유로 이혼청구를 할 수 없음(민법 제841조)

0 제2호: 악의의 유기(96므1434 판결)/ 폭행, 학대, 냉대 등 상대방의 귀책사유로 인하여 불가피하게 가출한 경우에는 이에 해당하지 않음. 일시적으로 집을 나온 것만으로는 악의의 유기라고 할 수 없고 어느 정도의 시간적 지속을 요함

0 제3호: 배우자 또는 그 직계존속에 의한 심히 부당한 대우(97므612 판결)

0 제4호: 자기의 직계존속이 배우자로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때

혼인관계의 지속을 강요하는 것이 참으로 가혹하다고 여겨질 정도의 폭행이나 학대 또는 모욕을 받았을 경우를 뜻함. 따라서 가정불화 중 서로 격한 감정에서 오고간 몇 차례의 폭행과 모욕적인 언사는 경미한 것이면 이에 해당하지 아니함(85므6)

이혼소송 실무

▣ 재판상 이혼사유(민법 제840조)

0 제5호: 3년 이상 생사불명

- 북한이탈주민이 남한에 거주하지 않는 배우자를 상대로 이혼소송을 제기하는 경우 본호 해당 여부가 문제됨.
제5호나 제6호이냐의 견해대립이 있으나 실무상으로는 대부분 제6호 사유로 청구, 판단하고 있음
- 생존도 사망도 알 수 없는 경우로서, 실종선고에 의해 혼인관계가 해소될 수 있는 것과는 별개 문제임

0 제6호: 기타 혼인을 계속하기 어려운 사유

- 이는 파탄주의 이혼 사유로서 다양한 사유를 포섭함
- 대법원 2021. 3. 25. 선고 2020므14763 판결(첨부 3번 판례)
- 중대한 범죄(74므1), 성교거부나 성적불능(2010므1140), 불치의 질병, 처의 도박(91므559) 등은 이에 해당하는다고 본 경우가 있음
- 임신불능(89므365, 367), 일시적 성기능 장애(2009므2413), 남편의 학대로 인한 처의 자살기도(69므32, 33) 등은 이에 해당하지 않는다고 본 판례가 있음

유책배우자의 이혼 청구와 관련한 판례

- 대법원 2006. 1. 13. 선고 2004므1378 판결(첨부 4-1번)
- 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010므1256 판결(첨부 4-2번)
- 대법원 2015. 9. 15. 선고 2013므568 판결(첨부 5-1번)
- 대법원 2022. 6. 16. 선고 2021므14258 판결(첨부 5-2번)

- 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003므1890 판결: 혼인파탄에 있어 유책성은 혼인파탄의 원인이 된 사실에 기초하여 평가하여야 하고, 혼인관계가 완전히 파탄된 뒤에 있을 일을 가지고 따질 것은 아님
- 대법원 1994. 2. 25. 선고 93므137 판결: 이혼을 구하는 배우자의 유책행위와 혼인파탄과의 사이에 인과관계가 없는 때에는 유책행위가 있더라도 그것으로 이혼청구를 기각해서는 안 됨

이혼사건 조기개입모델

- 갈등저감형 소장양식 등 사용: 대한민국 법원 인터넷 홈페이지(대국민서비스)의 양식모음
- 조기조정 회부
- 조정장 판사의 신속한 사건선별
- 가사조사관의 조기조사
- 조기개입모델에 따른 진행
 - 소송과 철저히 분리된 조정(수소법원 조정과 차이점)
 - 조기 사전처분 결정(미성년 자녀가 있는 경우 거의 모든 사건에 대하여 직권 결정이 나가고 있음)

위자료소송 실무

▣ 불법행위로 인한 손해배상청구권

❖ 92므143 판결(첨부 6번 판례)

- ❖ 시효(민법 제766조): 이혼이 성립된 때를 기산일로 봄
- ❖ 이혼을 원인으로 하는 경우에 해당함(그렇지 아니한 상간자 소송은 민사사건임)
- ❖ 쌍방 유책의 경우
- ❖ 금액 산정의 문제
 - 배우자, 제3자에 대한 금액
 - 배우자의 불법행위책임과 제3자의 불법행위책임의 관계: 부진정연대책임(대법원 2015. 5. 29. 선고 2013므2441, 첨부 7번 판례)
 - 지연손해금의 문제
 - 가집행 선고 가능(재산분할과 차이점)

위자료소송 실무

상간자 손해배상 사건의 쟁점

[쟁점]

- 상간자를 특정할 수 있을 정도의 정보가 있는지
- 상간자가 나의 배우자를 유부남, 유부녀인 줄 알고 있는지
- 부정행위를 확인할 수 있는 정도의 증거가 있는지

혼인취소소송 실무

■ 민법 제816조

특히 실무에서는 사기 또는 강박으로 인하여 혼인의 의사표시를 한 때를 주장하는 경우가 많음

0 제2호 사유(혼인 당시 당사자 일방에 부부생활을 계속할 수 없는 악질 기타 중대사유 있음을 알지 못한 때): 불치의 정신병 등이 해당함. 성기능 장애 등을 이유로 취소를 구할 수 있는지와

관련하여서는 대법원 2015. 2. 16. 선고 2014므4734, 4741 판결 참조

0 제3호 사유(사기 또는 강박으로 인하여 혼인의 의사표시를 한 때)

실무상 출산 경력, 동거 경력, 혼인 경력, 범죄경력 등의 불고지, 임신 중인 자에 대한 착오, 경제력이나 학력, 직업, 집안 내력 등에 관한 거짓말 등이 문제되는데 구체적인 사정에 따라 달라질 수 있음(2007므1058, 2015므654, 661 판결 등)

혼인취소소송 실무

■ 제척기간이 있음에 유의: 사유별로 다름

0 동의 없는 혼인의 경우: 그 당사자가 19세가 된 후 또는 성년후견종료 심판이 있은 후 3개월

이 지나거나 혼인 중 임신한 경우에는 혼인 취소 불가능

0 근친혼의 경우: 당사자간 혼인 중 임신 시 혼인 취소 불가능

0 부부생활을 계속할 수 없는 악질 기타 중대한 사유가 있는 경우에는 상대방이 그 사유 있음을 안 날로부터 6월을 경과한 때

0 사기 또는 강박으로 인한 혼인은 사기를 안 날 또는 강박을 면한 날부터 3월을 경과한 때

0 혼인적령 미달의 경우: 제척기간 정함이 없으나 혼인적령 미달의 경우에는 동의 없는 혼인의 경우를 유추해석하고 있음

혼인무효소송 실무

▣ 민법 제815조

1. 당사자 사이에 혼인의 합의가 없는 때

0 가장혼인(74므23, 79므62, 63, 해외이주 목적으로 혼인한 경우, 외국인의 국내 취업을 위한 입국을 가능하게 할 목적으로 통모하여 혼인신고 마친 경우), 당사자 한쪽에게만 혼인의사가 있는 경우(83므22 판결, 78므37판결), 혼인의사의 철회(83므28)

0 무효인 혼인의 추인 문제(통설 및 판례는 추인 긍정): 95므731, 91므30, 83므22, 93므430

0 사실혼관계와 혼인의사의 추정: 인정한 경우(99므1329, 첨부 8번 판례), 부인한 경우(88므795, 첨부 9번 판례)

0 의사능력이 한쪽에 없는 경우(94므1089는 무효, 2012므2451은 유효, 첨부 10, 11번 판례)

혼인무효소송 실무

▣ 민법 제815조

2. 당사자 사이가 근친일 때

****2018헌바115: 8촌 이내 혈족 사이의 혼인 금지한 민법 809조 1항은 합헌, 이 조항을 위반한 혼인을 무효로 하는 민법 815조 2호는 헌법불합치, 다만 2024. 12. 31.까지 계속 적용**

3. 그 밖의 경우

0 타방 사망 후의 혼인신고. 다만, 생존 중 혼인신고서 작성하여 우송한 후 한쪽 또는 양쪽이 사망한 경우 시, 읍, 면장은 이를 수리하여야 하고, 사망 시에 신고한 것으로 봄

혼인무효소송 실무

- 0 혼인신고 후 가족관계등록부의 기록이 누락된 경우의 효력: 혼인의 효력에 아무런 영향이 없음(88스6: 혼인은 호적공무원이 그 신고서를 수리함으로써 효력이 발생하는 것이고 호적부의 기재는 그 효력 요건이 아님)
- 0 혼인신고절차의 흠: 신고절차에 중대한 흠이 있는지 여부에 따라 다름

혼인무효소송 실무

▣ 조정이 가능하지 아니함

❖ 대법원 2021. 12. 10. 선고 2019므11584, 11591 판결[첨부 12번 판례]

민법 제815조 제1호가 혼인무효의 사유로 규정하는 ‘당사자 간에 혼인의 합의가 없는 때’란 당사자 사이에 사회관념상 부부라고 인정되는 정신적·육체적 결합을 생기게 할 의사 합의가 없는 경우를 의미한다. 혼인무효 사건은 가류 가사소송사건으로서 자백에 관한 민사소송법의 규정이 적용되지 않고 법원이 직권으로 사실조사 및 필요한 증거조사를 하여야 하는바(가사소송법 제12조, 제17조), 일방 배우자가 상대방 배우자를 상대로 혼인신고 당시에 진정한 혼인의사가 없었다는 사유를 주장하면서 혼인무효 확인의 소를 제기하는 경우, 가정법원으로서는 직권조사를 통해 혼인의사의 부존재가 합리적·객관적 근거에 의하여 뒷받침되는지 판단하여야 한다.

민법은 혼인성립 이전의 단계에서 성립 요건의 흠결로 혼인이 유효하게 성립하지 않은 혼인무효(민법 제815조)와 혼인이 성립한 후 발생한 사유로 혼인이 해소되는 이혼(민법 제840조)을 구분하여 규정하고 있다. 또한 혼인무효는 이혼의 경우에 비하여 가족관계등록부의 처리 방식이 다르고, 이혼과 달리 혼인무효의 소가 제기되지 않은 상태에서도 유족급여나 상속과 관련된 소송에서 선결문제로 주장할 수 있어 유리한 효과가 부여된다.

혼인무효소송 실무

▣ 조정이 가능하지 아니함

❖ 대법원 2021. 12. 10. 선고 2019므11584, 11591 판결

따라서 가정법원은 상대방 배우자에게 혼인신고 당시 혼인의사가 없었던 것인지, 혼인 이후에 혼인을 유지할 의사가 없어진 것인지에 대해서 구체적으로 심리·판단하여야 하고, 혼인의사라는 개념이 다소 추상적이고 내면적인 것이라는 사정에 기대어 상대방 배우자가 혼인을 유지하기 위한 노력을 게을리하였다거나 혼인관계 종료를 의도하는 언행을 하는 등 혼인생활 중에 나타난 몇몇 사정만으로 혼인신고 당시 혼인의사가 없었다고 추단하여 혼인무효 사유에 해당한다고 단정할 것은 아니다.

우리나라 국민이 외국인 배우자에 대하여 혼인의 의사가 없다는 이유로 혼인무효 소송을 제기한 경우, 가정법원은 위 법리에 더하여 통상 외국인 배우자가 자신의 본국에서 그 국가 법령이 정하는 혼인의 성립절차를 마친 후 그에 기하여 우리나라 민법에 따른 혼인신고를 하고, 우리나라 출입국관리법령에 따라 결혼동거 목적의 사증을 발급받아 입국하는 절차를 거쳐 비로소 혼인생활에 이르게 된다는 점, 언어장벽 및 문화와 관습의 차이 등으로 혼인생활의 양상이 다를 가능성이 있는 점을 고려하여 외국인 배우자의 혼인의사 유무를 세심하게 판단할 필요가 있다.

약혼해제 및 사실혼관계 부당 파기로 인한 손해배상청구 및 원상회복청구

1. 손해배상청구

- 약혼해제로 인한 손해배상은 상대방에게 약혼 해제에 정당한 사유가 없음을 요건으로 함
- 재산상 손해(약혼의 경우 약혼 준비비용 등)와 정신적 손해가 포함됨
- 혼수품의 경우: 혼수품 장만하여 온 당사자 소유이므로 손해가 없다는 견해(2000므1257, 1264, 첨부 13번 판례)와 교환가치 및 다른 용도로의 사용가치가 감소된 감소분 상당액을 청구할 수 있다는 견해가 있음
- 약혼 해제 또는 사실혼관계 파탄에 대한 상대방의 과실도 일부 인정된다면 과실 상계도 가능(2000므1257, 1264)

2. 원상회복청구

- 약혼예물: 혼인의 불성립을 해제조건으로 하는 증여와 유사한 성질의 것으로 봄(94므895). 따라서 약혼 해제가 되면 해제조건 성취에 의하여 예물 반환 청구가 가능. 반면, 혼인이 상당기간 계속된 경우에는 예물의 반환을 청구할 수 없음(96다5506). 다만, 통설, 판례는 약혼 해제에 과실 있는 당사자나 사실혼 파기에 귀책사유 있는 당사자는 반환청구권이 없다고 봄(76므41, 42)
- 제3자가 점유하는 경우는 민사사건일 뿐 다류 가사소송은 아님

3. 약혼해제로 인한 손해배상청구에 관한 규정은 혼인 무효, 취소, 재판상 이혼에 각각 준용됨

친자관계소송 실무

친생부인의 소

0 혼인 중 아내가 임신한 자녀로서 남편의 친생자로 추정받는 자녀가 실제로는 친생자가 아닌 경우에 남편 또는 아내가 소송에 의하여 그 친생추정을 번복하여 법률상의 부자관계를 부정하는 것을 말함

0 친생추정(민법 제844조)

0 친생추정의 범위

1. 무제한설
2. 제한설
3. 가. 외관설(판례의 입장. 82므59 전원합의체 판결, 첨부 14번 판례)
 - 나. 혈연설 내지 실질설
 - 다. 사회적 친자관계설

친자관계소송 실무

친생부인의 소

- 친생 추정을 받는 자녀에 대하여는 요건이 엄격한 친생부인의 소를 제기하여 확정판결을 받아야만 친생추정을 번복할 수 있음(2000므292 판결). 따라서 이 경우에는 친생자관계 부존재 확인의 소로 다룰 수 없음
- 친생 추정이 미치는 경우에는 친생부를 상대로 인지청구의 소를 제기할 수 없고, 반대로 친생부라고 하더라도 타인의 친생추정을 받고 있는 자녀를 인지할 수 없음
- 대법원 2021. 9. 9. 선고 2021므13293 판결(첨부 15번 판례)
- 대법원 2019. 10. 23. 선고 2016므2510 전원합의체 판결(첨부 16번 판례)

친자관계소송 실무

친생부인의 소

○ 헌법재판소 2015. 4. 30. 선고 2013헌마623 결정(첨부 17번): 민법 제844조 제2항 중 ‘혼인관계 종료의 날로부터 300일 내에 출생한 자’ 부분에 대하여 헌법불합치 결정 선고 → 그에 따라 2017년 민법이 개정되면서 개정전의 제844조 제2항을 제2항과 제3항으로 분리하고, 제3항의 경우 보다 쉽게 친생추정을 반복할 수 있게 하는 제도로 아래와 같은 제도를 신설함

○ 2017. 10. 31. 신설된 민법 제854조의2, 제855조의2 신설로 친생 추정의 엄격성이 다소 완화됨

- 친생부인의 허가심판 청구
- 인지의 허가심판 청구
- 모두 비송사건임

친자관계소송 실무

친생부인의 소

0 자녀를 출산한 어머니와 그 자녀 사이의 법률상 모자관계

가. 어머니가 자녀를 인지함으로써 법률상 모자관계가 성립한다는 견해

나. 어머니의 분만에 의하여 당연히 모자관계가 성립한다는 견해(통설, 판례): 2018다1049, 다만 기아와 같은 특수한 경우에는 인지를 필요로 함

0 인공수정과 친생추정

1. 남편의 정자를 아내에게 인공수정시키는 것

2. 남편 이외의 남성의 정자를 아내에게 인공수정시키는 것

3. 남편의 정자를 아내 이외의 여성에게 인공수정시키는 것

4. 남편의 정자와 아내의 난자를 체외수정하여 그 수정란을 아내 이외의 여성에게 이식하여 분만하게 하는 유형

** 위 1+2의 경우 출생한 자녀는 남편의 친생자로 추정되고 분만에 의하여 모자관계가 발생함(2016므2510, 첨부 16번 판례)

친자관계소송 실무

친생부인의 소

** 위 3+ 4는 남편과의 친생자관계는 추정되지 아니함

3의 경우 출산한 여성은 자녀의 법률상의 어머니가 됨

4의 경우 대리모계약의 유효성이 문제됨(2018브15 결정, 첨부 18번 – 대리모계약은 민법 제103조 위반으로 무효/ 재항고 취하로 확정)

0 친생자관계 부존재 확인과의 관계

- 친생추정을 받는 자녀에 대하여 친생부인의 소에 의하지 아니하고 친생자관계 부존재 확인의 소를 제기하는 것은 부적법
- 이 경우 법원은 친생부인의 소로 변경할 것을 권유하게 되는데, 이에 불응시는 소가 각하됨(다만, 부적법함에도 인용 판결이 확정된 경우에는 확정판결의 대세효, 즉 가사소송법 제21조 제1항에 의하여 친생추정이 깨어짐)

친자관계소송 실무

친생부인의 소

0 제척기간

- 부부 한쪽이 소를 제기하는 경우에는 그 사유가 있음을 안 날로부터 2년
- 상대방이 모두 사망하여 검사를 상대로 하는 경우에는 그 사망을 안 날로부터 2년

*2005년 민법 일부개정 이전에는 그 출생을 안 날로부터 1년이었으나 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 95헌가14, 96헌가7 헌법불합치 결정(첨부 19번) 이후로 위와 같이 개정됨. 그 사유가 있음을 안 날이란 ‘혈연관계의 진실을 인식한 날’을 의미함(헌법재판소 2015. 3. 26. 선고 2012헌바357 결정)

0 친생부인권의 소멸

- 자녀의 출생 후 친생자임을 승인한 자는 다시 친생부인의 소를 제기하지 못함(민법 제852조) 다만 사기 또는 강박으로 승인한 때에는 취소할 수 있음(민법 제854조)

친자관계소송 실무

친생자관계 존부확인

1. 사유: 허위의 출생신고가 있는 경우(혼인 외의 자가 가족관계등록부상 본처의 친생자로 기록되어 있는 경우, 67마332 결정), 가족관계등록부에 생부모 아닌 사람들 사이에서 출생한 것으로 기록된 경우(92스13 결정)
2. 다른 소송과의 구별
 - 친생부인의 소: 친생 추정받는 자와의 친생자관계를 부정하기 위하여는 친생부인의 소를 제기하여야 하고 친생자관계 부존재 확인의 소를 제기하는 것은 부적법(다만, 민법 제844조 제3항에 따른 친생 추정의 경우에는 출생신고가 되어 있지 아니할 것을 요건으로 친생부인의 소의 절차보다 간이한 라류 가사비송사건인 친생부인 허가 청구 또는 인지의 허가 청구를 할 수 있음)
 - 친생부인의 소와 관계와 관련한 대법원 판결(82므59 전원합의체 판결)
 - 법원이 부적법한 소임을 간과하고 친생자관계부존재 판결을 선고하여 확정된 경우(91므566 판결) – 친생추정 효력 사라짐
 - 친생 추정을 받지 않는 혼인 중의 출생자의 경우(생부 상대로 인지 청구 소 제기 전 사전에 제기할 필요 있음)

친자관계소송 실무

친생자관계 존부확인

· 인지신고 아닌 일반 출생신고에 의한 친자관계를 다투기 위하여서는 친생자관계부존재 확인 소에 의하여야 함(91므306, 부가 혼인외의 자에 대하여 친생자 출생신고를 한 경우)

- 반대로 인지 신고에 의한 친생자관계를 다투기 위하여서는 인지무효의 소 또는 인지에 대한 이의의 소를 제기할 것이지 친생자관계 부존재 확인의 소를 제기할 것은 아님

- 재판상 파양을 갈음하는 친생자관계 부존재 확인 청구 허용

(99므2230, 첨부 20번 판례참조)

0 입양의 효력이 인정되는 허위의 출생신고에 있어서는 파양의 원인이 없는 한, 친생자관계 부존재 확인의 소를 제기하여도 확인의 이익이 없음을 이유로 각하 됨 (다만 재판상 파양 사유가 없음에도 친생자관계 부존재 확인의 확정 판결이 있는 경우에는 판결확정일 이후에는 양친자관계 존재를 주장할 수 없게 됨; 92다51969)

친자관계소송 실무

친생자관계 존부확인

0 입양의 방편으로 한 허위의 출생신고(77다492): 입양 효력 인정되나, 2012년 민법 개정으로 미성년자 입양에 가정법원의 허가가 필수적 요건이 되었음에 주의

친자관계소송 실무

친생자관계 존부확인

0 혼외자가 부자관계 창설하려면?

: 친생자관계 존재 확인의 소(80므103), 자녀가 인지 청구 소를 제기하여야 함.

* 혼외자와 생부 사이의 친자 관계는 인지에 의하여 비로소 발생하기 때문.

다만 모자관계는 인지를 통하지 않고도 법률상 친자관계가 인정되므로, 친생자관계 존재 확인의 소 가능

3. 당사자적격

- 원고 적격: 민법 제865조 1항 (이해관계인 관련 2015므8351 전원합의체 판결, 첨부 21번 판례 참조)
- 피고 적격: 가사소송법 제28조, 제24조 1, 2, 3항(친생자관계의 당사자인 아버지(또는 어머니)와 자녀 중 일방이 소를 제기할 때는 상대방이 피고/이해관계인이 소를 제기할 때는 아버지(또는 어머니)와 자녀가 공동피고, 그중 한 명이 사망한 때에는 생존자만 피고임)

친자관계소송 실무

친생자관계 존부확인

4. 관할: 전속관할(가사소송법 제26조 2항)

- 상대방의 보통재판적이 있는 곳의 가정법원
- 상대방이 모두 사망한 때에는 그중 1명의 마지막 주소지의 가정법원
- 상대방이 여럿 일 때(필수적 공동소송관계를 의미함: 부자 양쪽이나 모자 양쪽 등)는 그중 1명의 보통재판적이 있는 곳의 가정법원/ 통상의 공동소송관계와 같은 청구 병합은 이에 해당하지 아니함(예: 아버지가 여러 명의 자녀를 피고로 하여 그들과의 친생자관계 부존재 확인을 구하는 경우임. 이 때 피고들 주소지가 다르면 각각 전속관할이 다를 수밖에 없고 병합 불가)

친자관계소송 실무

친생자관계 존부확인

5. 제척기간

- 명문 규정은 없음
- 다만, 당사자의 어느 한쪽이 사망하여 검사를 상대로 소를 제기할 때는 사망사실을 안 날로부터 2년 내에 소 제기하여야 함(민법 제865조 제2항).
- 제3자가 소를 제기할 때 친생자관계 존부 확인의 대상이 되는 당사자 양쪽이 모두 사망한 경우에는 ‘당사자 양쪽 모두가 사망한 사실을 안 날로부터 2년 내에 ’ 소를 제기하여야 함(2003므2503)

예) 자녀가 검사를 피고로 하여 사망한 아버지와 친생자관계 부존재확인을 구하는 경우

제3자가 사망한 아버지와 생존 중의 자녀 사이의 친생자관계 존부확인을 구하는 경우

6. 피고를 누구로 지정하느냐에 따라 관할, 제척기간 모두 달라지게 하므로 피고 지정에 유의하여야 함

친자관계소송 실무

인지청구

- 아버지나 어머니가 인지를 하지 않거나 할 수 없는 경우 혼외자가 아버지 또는 어머니와의 법률상 친자관계를 형성하거나 확인받기 위해 가정법원에 소를 제기하는 것
- 자녀 측에서 아버지나 어머니 의사와 무관하게 소를 제기하여 확정판결을 받으므로 통상 '강제인지' 라고 표현함
- 실무상 통상의 사건들은 아버지와의 법률상 부자관계를 형성하기 위한 소송이 대다수임

0 소의 성질

- 아버지와의 부자관계: 형성을 구하는 형성의 소
- 어머니와의 모자관계: 분만에 의하여 발생되어 있는 법률상 모자관계 확인을 구하는 확인의 소(67다1791)

0 인지청구권의 포기 가부

- 일신전속적인 신분관계의 권리로서 포기할 수 없음
- 인지청구권 포기하는 화해조항이 있더라도 그 화해는 효력이 없음(85므70)

친자관계소송 실무

인지청구

0 제척기간

- 아버지 또는 어머니가 사망하여 검사를 상대로 소를 제기할 때는 그 사망사실을 안 날로부터 2년 내에 제기하여야 함
- 사망사실을 안다는 것은 아버지 또는 어머니의 객관적인 사망 사실을 의미하고, 사망가 자신의 친생부모이 사실인지 알아야 하는 것은 아님(2014므4871)

친자관계소송 실무

혈액형 등의 수검명령

- 혈족관계의 유무를 확정할 필요가 있는 경우
- 당사자 또는 관계인에게도 명할 수 있음
- 직권주의가 적용되므로 가능한 모든 증거조사를 통하여 실체적 진실에 부합하도록 그 유무를 판단하여야 함
(대법원 2005. 6. 10. 선고 2005므365, 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013므3482 판결 등)
- 당사자의 신청은 직권 발동을 촉구하는 의미만 있을 뿐
- 당사자나 관계인이 수검명령을 받고도 정당한 이유 없이 이에 응하지 않을 때에는 결정으로 1,000만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있고, 과태료 제재를 받고도 정당한 이유 없이 불응 시에는 30일 범위 내에서 감치를 명할 수 있음

친자관계소송 실무

재판상 파양, 친양자 파양 등

0 재판상 파양(민법 제905조, 파양청구권의 소멸과 관련한 민법 제907조 참조)

양부모, 양자 또는 제906조에 따른 청구권자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 가정법원에 파양을 청구할 수 있다.

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

0 친양자 파양

- 양친이 친양자를 학대 또는 유기하거나 그 밖에 친양자의 복리를 현저히 해하는 때, 친양자의 양친에 대한 패륜행위
- 실무상 친생부모 중 한쪽이 재혼한 후에 재혼한 배우자가 자녀를 친양자로 입양하였는데 이후 이혼하게 된 경우에 재혼한 배우자 또는 그 자녀가 친양자 파양을 청구하는 경우가 많음

기타 다류 가사소송

민법 제1014조에 따른 피인지자등의 상속분에 상당한 가액의 지급 청구

- 상속 개시 후 인지 또는 재판 확정에 의하여 공동상속인이 된 자가 ‘이미’ 상속재산을 분할하거나 처분을 한 다른 공동상속인에 대하여 자신의 상속분 상당 가액의 지급을 청구하는 사건
- 인지의 효력은 자녀의 출생 시로 소급하지만 제3자가 취득한 권리를 해하지 못하므로(민법 제860조), 위와 같이 청구하도록 한 것임
- 재판 확정 등에 의하여 피인지자 등이 공동상속인이 된 ‘이후’에 다른 공동상속인이 상속재산을 처분한 경우에는 민법 제999조의 상속회복의 문제일 뿐 민법 제1014조의 문제는 아님
- 다른 공동상속인이 여럿인 경우: 필수적 공동소송 관계에 있다는 견해(연대채무)와 통상의 공동소송 관계에 있다는 견해(분할채무)가 있으나 후자가 통설 및 실무임
- 이 권리는 상속회복청구권의 일종으로 보므로 민법 제999조 제2항 상속회복청구권에 관한 제척기간이 적용(그 침해 안 날로부터 2년, 상속권 침해 행위가 있는 날로부터 10년)

기타 다류 가사소송

민법 제1014조에 따른 피인지자등의 상속분에 상당한 가액의 지급 청구

- 0 이 경우에도 기여분 결정 청구가 가능. 다류 가사소송사건에 마류 비송사건의 병합이 가능한가의 문제인데, 실무는 대체로 병합을 허용하고 있음
- 0 기여분결정청구는 필수적 공동소송이므로, 가액지급청구의 상대방이 아닌 공동상속인들도 기여분결정청구에서는 상대방으로 추가되어야 함
- 0 본조의 상속분은 법정상속분이 아니라 특별수익과 기여분을 고려한 구체적 상속분임
- 0 피인지자 등이 지급을 청구할 상속분에 상당한 가액의 산정기준시는 사실심 변론 종결 당시의 시가임(2002므1398)

【 감사합니다. 】