

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2021므12320 이혼

2021므12337(병합) 이혼 및 양육자 지정

원고(병합피고), 피상고인 원고(병합피고)

피고(병합원고), 상고인 피고(병합원고)

소송대리인 변호사 이영원

사 건 본 인 사건본인 1 외 1인

원 심 판 결 전주지방법원 2021. 4. 8. 선고 2020르293, 2020르309(병합) 판결

판 결 선 고 2021. 9. 30.

주 문

원심판결 중 사건본인 1에 관한 친권자·양육자 지정 및 양육비, 면접교섭에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 전주지방법원에 환송한다.

나머지 상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

## 1. 위자료 청구 부분

원심은 혼인관계 파탄의 원인이 원고(병합피고, 이하 '원고'라고만 한다)와 피고(병합원고, 이하 '피고'라고만 한다) 모두에게 대등하게 있다고 보아, 혼인 파탄의 주된 책임이 원고에게 있음을 전제로 한 피고의 위자료 청구를 기각하였다.

위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 혼인 파탄의 귀책사유에 관해 필요한 심리를 다하지 아니한 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

## 2. 양육에 관한 처분 부분

### 가. 원심의 판단

원심은 판시와 같은 증거 및 가사조사관의 조사보고서 내용 등을 종합하여, 베트남 국적의 피고가 2015. 9.경 원고와 혼인신고를 마치고 2015. 12.경 대한민국에 입국하여 원고와 사이에 2016. 10.경 사건본인 1을, 2018. 5.경 사건본인 2를 낳은 사실, 피고는 원고와의 불화로 2018. 8.경 사건본인 1을 데리고 가출하여 베트남을 다녀오면서 원고와 별거를 하게 된 사실 등을 인정한 후, 피고가 별거 기간 동안 현재까지 사건본인 1을 양육하여 온 사정 및 사건본인 1이 원고보다 피고와 친밀도가 높아 보이는 사정까지 인정하면서도 피고 및 양육보조자인 피고의 어머니에게 한국어 소통능력이 부족하다는 점, 피고의 거주지 및 직장이 안정적이지 않다는 점, 원고가 피고보다 경제적으로 안정되어 있다는 점 등을 들어 사건본인들에 대한 친권자 및 양육자로 원고를 지정하고, 양육비 및 면접교섭에 관한 사항을 정하였다.

### 나. 대법원의 판단

1) 원심이 ① 사건본인 1에 대한 현재의 양육 상태를 변경하여 원고를 친권자·양

육자로 지정한 부분, ② 피고의 양육적합성에 대해 부정적으로 판단하면서 그 근거로 한국어 소통능력이 부족한 외국인이라는 사정을 든 부분, ③ 위와 같은 판단을 하면서 실질적이고 직접 심리를 하였는지 여부에 관하여 차례로 살펴본다.

## 2) 관련 법리

### 가) 양육자 지정의 기본 원칙 및 양육 상태의 변경을 가져오는 양육자 지정

(1) 법원이 민법 제837조 제4항에 따라 미성년 자녀의 양육자를 정할 때에는, 미성년 자녀의 성별과 연령, 그에 대한 부모의 애정과 양육의사의 유무는 물론, 양육에 필요한 경제적 능력의 유무, 부와 모가 제공하려는 양육방식의 내용과 합리성·적합성 및 상호 간의 조화 가능성, 부 또는 모와 미성년 자녀 사이의 친밀도, 미성년 자녀의 의사 등의 모든 요소를 종합적으로 고려하여, 미성년 자녀의 성장과 복지에 가장 도움이 되고 적합한 방향으로 판단하여야 한다(대법원 2020. 5. 14. 선고 2018므15534 판결 등 참조).

별거 이후 재판상 이혼에 이르기까지 상당기간 부모의 일방이 미성년 자녀, 특히 유아를 평온하게 양육하여 온 경우, 이러한 현재의 양육 상태에 변경을 가하여 상대방을 친권자 및 양육자로 지정하는 것이 정당화되기 위해서는 현재의 양육 상태가 미성년 자녀의 건전한 성장과 복지에 도움이 되지 아니하고 오히려 방해가 되고, 상대방을 친권자 및 양육자로 지정하는 것이 현재의 양육 상태를 유지하는 경우보다 미성년 자녀의 건전한 성장과 복지에 더 도움이 된다는 점이 명백하여야 한다(대법원 2008. 5. 8. 선고 2008므380 판결, 대법원 2010. 5. 13. 선고 2009므1458, 1465 판결 등 참조).

(2) 재판을 통해 비양육친이 양육자로 지정된다고 하더라도 미성년 자녀가 현실

적으로 비양육친에게 인도되지 않는 한 양육자 지정만으로는, 설령 자녀 인도 청구를 하여 인용된다고 할지라도 강제집행이 사실상 불가능하다. 미성년 자녀가 유아인 경우 「유아인도를 명하는 재판의 집행절차(재판예규 제917-2호)」는 유체동산인도청구권의 집행절차에 준하여 집행관이 강제집행할 수 있으나, 유아가 의사능력이 있는 경우에 그 유아 자신이 인도를 거부하는 때에는 집행을 할 수 없다고 규정하고 있다.

위와 같이 양육자 지정 이후에도 미성년 자녀를 인도받지 못한 채 현재의 양육 상태가 유지된다면 양육친은 상대방에게 양육비 청구를 할 수 없게 되어(2006. 4. 17. 자 2005스18, 19 결정 등 참조), 결국 비양육친은 미성년 자녀를 양육하지 않으면서도 양육비를 지급할 의무가 없어지므로 경제적으로는 아무런 부담을 갖지 않게 되는 반면, 양육친은 양육에 관한 경제적 부담을 전부 부담하게 된다. 이러한 상황은 자의 건전한 성장과 복지에 도움이 되지 않는다.

따라서 비양육친이 자신을 양육자로 지정하여 달라는 청구를 하는 경우, 법원은 양육자 지정 후 사건본인의 인도가 실제로 이행될 수 있는지, 그 이행 가능성이 낮음에도 비양육친을 양육자로 지정함으로써 비양육친이 경제적 이익을 누리거나 양육친에게 경제적 고통을 주는 결과가 발생할 우려가 없는지 등에 대해 신중하게 판단할 필요가 있다.

#### 나) 외국인 배우자의 한국어 소통능력과 양육적합성

대한민국 국민과 혼인을 한 후 입국하여 체류자격을 취득하고 거주하다가 한국어를 습득하기 충분하지 않은 기간에 이혼에 이르게 된 외국인이 당사자인 경우, 미성년 자녀의 양육에 있어 한국어 소통능력이 부족한 외국인보다는 대한민국 국민인 상대방에게 양육되는 것이 더 적합할 것이라는 추상적이고 막연한 판단으로 해당 외국인

배우자가 미성년 자녀의 양육자로 지정되기에 부적합하다고 평가하는 것은 옳지 않다.

대한민국은 공교육이나 기타 교육여건이 확립되어 있어 미성년 자녀가 한국어를 습득하고 연습할 기회를 충분히 보장하고 있으므로, 외국인 부모의 한국어 소통능력이 미성년 자녀의 건전한 성장과 복지에 있어 중요한 의미를 가진다고 보기 어렵다. 오히려 가정법원은 양육자 지정에 있어 한국어 소통능력에 대한 고려가 자칫 출신 국가 등을 차별하는 의도에서 비롯되거나 차별하는 결과를 낳게 될 수 있다는 점, 외국인 부모의 모국어 및 모국문화에 대한 이해 역시 자녀의 자아 존중감 형성에 중요한 요소가 된다는 점 등에 대해서도 유의하여야 한다. 「문화다양성의 보호와 증진에 관한 법률」은 모든 사회구성원은 문화적 표현의 자유와 권리를 가지며, 다른 사회구성원의 다양한 문화적 표현을 존중하고 이해하기 위하여 노력하여야 한다(제4조)고 규정하고 있다.

나아가 외국인 배우자가 국제결혼 후 자녀의 출산 등으로 한국어를 배우고 활용할 시간이 부족하였다는 사정 등을 외면한 채 이혼 시점에 한국어 소통능력이 다소 부족하다는 사정에만 주목하여, 외국인 배우자의 한국어 소통능력 역시 사회생활을 해 나가면서 본인이 의식적으로 노력한다면 계속하여 향상될 수 있다는 점을 놓쳐서는 안 된다. 특히 다문화가족지원법은 국가와 지방자치단체가 다문화가족에 대한 사회적 차별 및 편견을 예방하고 사회구성원이 문화적 다양성을 인정하고 존중할 수 있도록 다문화 이해교육을 실시하고 홍보 등 필요한 조치를 취하도록 할 책임이 있음을 규정하고 있고(제5조 제1항), 결혼이민자 등이 대한민국에서 생활하는데 필요한 기본적인 정보를 제공하는 것은 물론 언어소통 능력 향상을 위한 한국어교육 등을 받을 수 있도록 필요한 지원을 할 수 있으며(제6조 제1항), 해당 법률이 다문화가족이 이혼 등의 사유

로 해체된 경우에도 그 구성원이었던 자녀에 대해 적용되는 것으로(제14조의2) 규정하고 있다.

다) 양육자 지정에 있어 실질적이고 직접적인 심리의 필요성

가정법원은 혼인파탄의 주된 원인이 누구에게 있는지에 대한 당사자들 사이의 다툼에만 심리를 집중한 나머지 친권자 및 양육자 지정 등에 관한 심리와 판단에 있어 소홀해지는 것을 경계할 필요가 있다. 특히 가정법원은 가사소송법 제6조, 가사소송규칙 제8조 내지 제11조에 따라 가사조사관에게 조사명령을 하고, 이에 따라 사실조사를 마친 가사조사관이 작성한 조사보고서를 보고받는 방법으로도 양육 상태나 양육자의 적격성 심사에 필요한 자료 등을 얻을 수 있다. 가정법원은 충실한 심리를 통해 실제의 양육 상태와 양육자의 적격성을 의심케 할 만한 사정이 있는지에 관하여도 구체적으로 확인하여야 한다.

3) 원심판결 이유를 위와 같은 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 사건본인 1의 친권자 및 양육자로 원고를 지정한 부분은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

가) 사건본인 1에 대한 현재의 양육 상태에 변경을 가하여 원고를 친권자 및 양육자로 지정하는 것이 정당화될만한 사정을 찾아보기 어렵다.

피고는 원고와 별거 당시 만 2세인 사건본인 1을 별거 이후 사실심 변론종결시까지 2년이 넘는 기간 동안 계속하여 평온하게 양육하고 있는 것으로 보인다. 피고의 양육 환경, 애정과 양육의사, 경제적 능력, 사건본인 1과의 친밀도 등에 어떠한 문제가 있다거나 원고에 비해 적합하지 못하다고 볼만한 구체적인 사정을 찾아보기 어렵다. 원심 역시 원고보다 피고가 사건본인 1과 친밀도가 높다는 사정을 인정하고 있다.

한편, 원고는 자신을 사건본인 1의 양육자로 지정하여 줄 것을 구하고 있으나,

별다른 경제활동을 하고 있지 않은데다가 추후 경제활동을 하더라도 자신의 어머니에게 사건본인들의 양육을 대부분 맡길 의사를 표시하였고, 가사조사 과정에서도 피고가 양육하게 될 경우 양육비를 지급할 의사가 없다고 밝힌 바 있다. 여기에 원심이 인정 한 사실관계 등을 종합하여 보면, 자칫 사건본인 1의 인도가 이루어지지 않은 채 원고는 양육비 지급의무를 면하는 반면 실제로는 피고가 양육비를 부담하게 되는 결과가 발생할 우려가 적지 않다.

나) 피고의 한국어 소통능력이 부족하다는 점이 원고에 비해 양육자로서 부적합하다고 볼만한 주요한 사정에 해당한다고 단정하기 어렵다.

원심은 양육을 보조할 피고의 어머니가 한국어 소통능력이 부족하여 사건본인 1의 언어습득, 향후 유치원, 학교생활 적응이 우려스럽다고 하나, 막연한 추측을 넘어서 실제로 사건본인 1의 건전한 성장과 복지에 있어 바람직하지 못하다고 볼만한 어떠한 사정들이 있는지에 대해 납득할만한 이유를 제시하고 있지 못하다.

게다가 원심이 피고의 한국어 소통능력 부족 상태가 그대로 유지될 것이라고 쉽게 단정한 것도 의문이다. 피고는 혼인하여 한국에 입국하자마자 사건본인 1을 임신하였고, 출산 후 얼마 되지 않아 다시 사건본인 2를 임신하여 출산하였다. 외국인인 피고가 위와 같이 임신과 출산을 반복하면서 한국어를 제대로 습득할 기회를 가졌을 것이라고는 보이지 않고, 원고로부터 교육기회를 제공받은 일도 없는 것으로 보인다. 이혼 소송이 진행된 시점에서 피고의 한국어 소통능력이 부족하다고 하더라도 시간이 지남에 따라 향상될 수 있다는 사정을 쉽게 배제하기 어렵다.

다) 원심이 피고의 거주지와 직장의 안정성, 경제적 능력, 한국어 소통능력 등에 관하여 직접적이고 실질적인 심리를 하였는지 의문이다.

원심은 피고의 거주지 및 직장이 원고에 비해 안정적이지 않다고 판단하였으나, 기록상 원고는 자신의 명의로 된 집이 있기는 하나 별다른 경제적 활동을 하지 않고 있는 것으로 보이는 반면(피고는 원고가 집을 담보로 대출을 받아 생활하고 있다고 주장하고 있다), 피고는 원고와 별거한 이후 스스로 직장에 다니면서 매월 고정적인 수입을 얻고 있고 월세이기는 하나 주거지 역시 확보하고 있는 것으로 보인다.

또한 앞서 살펴본 원심의 친권자 및 양육자 지정에 관한 판단의 근거는 제1심에 제출된 가사조사관의 조사보고서 내용과 유사함을 알 수 있는바, 원심은 위 조사보고서의 내용에 상당 부분 의존한 것으로 보인다. 그런데 조사보고서의 내용 등을 살펴보면 가사조사관은 이혼에 있어 혼인파탄의 책임자가 누구인지에 대해 집중적으로 조사를 수행하였을 뿐 양육 상태나 양육자의 적격성에 대해서는 당사자들에 대한 면접 또는 방문 등을 통해 직접 조사하는 과정을 수행하지 않은 것으로 보인다(피고 소송대리인이 상고심에서 최근 피고와 주고받은 문자메시지 내용을 제출하며 피고의 한국어 소통능력이 향상되었음을 주장하고 있어서 이에 대해서도 확인이 필요할 것으로 보인다).

4) 그럼에도 원심은 앞서 본 이유만을 들어 사건본인 1의 친권자 및 양육자로 원고를 지정하고 이를 전제로 양육비, 면접교섭에 관하여 정한 제1심판결을 그대로 유지하고 말았으니, 원심의 이 부분 판단에는 친권자 및 양육자 지정에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

5) 한편 원심판결 이유를 위와 같은 법리에 비추어 살펴보면, 원심이 사건본인 2의 친권자 및 양육자로 원고를 지정하고 면접교섭에 관하여 정한 부분은 상고이유 주장과 같이 친권자 및 양육자 지정에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니

한 잘못이 없다(사건본인 2는 별거기간 중에도 원고가 계속하여 양육하여 왔고, 피고도 상고이유에서 명확하게 다투는 것으로는 보이지 않는다).

### 3. 결론

원심판결 중 사건본인 1에 관한 친권자·양육자 지정 부분 및 양육비, 면접교섭에 관한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 나머지 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            천대엽

                  대법관            조재연

주    심            대법관            민유숙

                  대법관            이동원