

미국의 “사실상 부모(De Facto Parent)”법리에 관한 고찰*

진도왕**

〈국문초록〉

미국법상 사실상 부모 개념은 전통적인 가족관념 또는 가족형태가 붕괴하고 다변화된 가족관계의 현상을 맞이하면서 발전되어 왔다. 여기에 가족법제도를 선도한 자녀복리의 가치 역시 사실상 부모 법리의 발전을 견인하였다고 볼 수 있다. 즉, 전통적 가족관념에 기댄 부모 지위의 독점성 및 절대성이 힘을 잃게 되고, 부모의 권리는 자녀복리의 측면에서 재설정되어야 하는데, 사실상부모 법리는 그 과정에서 산출된 결과물이라고 할 수 있다. 사실상 부모는 해당 아동의 법적 부모가 아니지만 법적 부모와 같은 보살핌을 제공함으로써 그 아동과 유의미한 관계를 맺은 자를 말한다. 미국 내 많은 주들은 부모 아닌 자에게 특정 아동에 대한 양육권이나 면접교섭권을 부여하는 데에 그 기초로서 사실상 부모 개념을 활용하고 있다. 물론 여기에는 부모의 권리와 자녀의 복리가 침해하게 충돌하는 지점이 존재하지만, 부모의 권리가 정당한 이유 없이 침해되지 않도록 사실상부모의 성립요건을 엄격히 심사함으로써 양자 간 균형을 맞추고 있다. 요컨대 사실상부모 개념은 부모의 지위결정에 있어서 누가 부모의 권리·의무를 행사할 수 있는 자인지를 선행적 또는 동시적으로 고려할 수 있도록 하고, 그에 따라 부모의 지위를 좀더 유연화·실질화 시킴으로써 자녀복리의 가치에 보다 가까이 접근할 수 있게 한다.

주제어 : 사실상 부모, 법적 부모, 부모의 지위, 부모의 권리, 자녀 복리, 양육권, 면접교섭권

• 투고일 : 2020.09.23. / 심사일 : 2020.10.27. / 게재확정일 : 2020.10.27.

I. 머리말

부모와 자녀의 관계는 가족구성의 한 축을 담당하고 있는 만큼 가족관계에 관한 법제에 있어서 상당한 비중을 차지한다. 특히 부모의 지위를 결정하는 기준은 부모와 자녀의 관계에서 불거지는 법적 문제의 해결에 있어서 첫 관문이라고 할 수도 있을 것이다. 그런데 전통적인 가족의 관념은 상당한 변화를 겪

* 이 논문은 국립인천대학교 연구지원사업(2017-18)의 일환으로 작성되었음.

** 국립인천대학교 법학부 부교수(dwjin@inu.ac.kr)

고 있는 바, 즉 여성과 남성이 혼인하고 그로부터 자녀를 출산하여 하나의 공동생활체를 이루며 가족관계를 형성하는 모습은 더 이상 보편적·전형적인 것으로 볼 수 없게 되었다. 가령, 편부 또는 편모 가정이나 조부모와 손자녀로 이루어진 가정, 또는 사별한 전 배우자의 자녀와 생존존배우자로 구성된 가정 등이 그러하고, 시야를 외국의 경우까지 확대해 보면 동성혼배우자와 그 상대 배우자의 자녀로 구성된 가정의 모습까지도 상정해 볼 수 있다. 이렇듯 가족관계의 다변화는 앞서 언급한 부모의 지위에도 영향을 미치지 않을 수 없게 되었다. 그런데 가족법제도 안에서 부모 지위 그 자체에만 어떤 의미를 부여하기엔 부족함이 있다. 실제로 부모의 지위에 기인한 법적 권리 및 의무는 대부분 자녀를 향하고 있으므로, 부모의 지위는 결국 자녀복리의 가치와 결합되었을 때에 비로소 그 존재의의를 발휘한다. 자녀복리를 최우선으로 고려하는 현대 친자관계법의 경향을 보더라도, 부모 지위 그 자체에 과몰입하는 것은 자녀를 배제한 부모 중심의 낡은 사고일 뿐이다.

이러한 변화들은 전통적인 가족관념에 기댄 부모의 지위와 부모의 권리·의무를 되새겨 보아야 하는 당위를 제공한다. 자녀복리의 관점에서 볼 때, 과연 부모는 혈연적·생물학적 연관을 중심으로 그 지위가 설정되고 거기에 부모의 권리·의무를 귀속시켜야 하는지, 아니면 부모 아닌 자라도 자녀복리에 부합하면 부모의 지위와 그에 따른 권리·의무를 향유할 수 있는지 문제될 수 있다. 가족관계의 다변화를 직면하고 있는 상황에서는 자녀를 가운데 두고 부모와 부모 아닌 자 사이에 권리다툼(가령, 재혼이 해소된 후 계부모와 친부모 사이의 자녀 양육권이나 면접교섭권 분쟁)이 발생할 가능성도 전혀 배제할 수 없다.

이러한 문제의식 위에서 이 글은 미국의 사실상 부모 법리를 주목하고자 한다. 미국법상 사실상 부모 개념은 전통적인 가족관념 또는 가족형태가 붕괴하고 다변화된 가족관계의 현상을 맞이하면서 발전되어 왔다. 여기에 가족법제도를 선도한 자녀복리의 가치 역시 사실상 부모 법리의 발전을 견인하였다고 볼 수 있다. 즉, 전통적 가족관념에 기댄 부모 지위의 독점성 및 절대성이 힘을 잃게 되고, 부모의 권리는 자녀복리의 측면에서 재설정되어야 하는데, 사실상 부모 법리는 그 과정에서 산출된 결과물이라고 할 수 있다. 후술하는 바와 같이, 사실상 부모는 해당 아동의 법적 부모가 아니지만 법적 부모와 같은 보살핌을 제공함으로써 그 아동과 유의미한 관계를 맺은 자를 말한다. 미국 내 많은 주들은 부모 아닌 자에게 특정 아동에 대한 양육권이나 면접교섭권을 부여하는 데에 그 기초로서 사실상 부모 개념을 활용하고 있다. 물론 여기에는 부모의 권리와 자녀의 복리가 첨예하게 충돌하는 지점이 존재하지만, 부모의 권

리가 정당한 이유 없이 침해되지 않도록 사실상부모의 성립요건을 엄격히 심사함으로써 양자 간 균형을 맞추고 있다. 이러한 사실상 부모 법리는 새로운 가족관계의 현상을 직면하고 있는 우리의 가족법제도 상황에 약간의 참고점을 제공해 줄 수 있다고 생각한다. 그리하여 이하에서는 미국의 사실상 부모 법리의 전개과정을 살펴보고, 모델법을 중심으로 그 구체적 내용을 정리한 뒤, 우리 법에의 시사점을 제시하고자 한다. 또한 최근 우리 민법상 논의되어 온 면접교섭권자의 범위확대에 관하여도 보론(補論)으로써 다루고자 한다.

II. 미국의 사실상 부모(De Facto Parent) 법리의 개관

부모는 그 자녀에 대한 보호, 양육 및 통제에 관하여 지극히 근본적인 자유권이 인정된다. 그러나 부모의 자녀에 대한 권리는 그 본질에 있어서 재산관계에서의 재산권이나 재산적 이익과는 달라서, 그것은 부모가 자녀를 돌보고 보살핌으로써 그들 사이에 천착된 신뢰에 기반하는 것으로 파악한다.¹⁾ 그리하여 미국 가족법은 부모가 자신에게 부여된 자녀에 대한 권리와 의무를 그 자녀의 복리가 저해되지 않도록 행사한 경우에만 그 부모의 지위나 권리를 보장해준다. 또한 자녀의 복리에 부합하는 한 반드시 법적 부모만이 그 부모의 지위를 독점할 수 있는 것도 아닌 게 된다.²⁾ 물론 부모의 권리는 주법에 의해 강력히 보장되어야 하지만, 동시에 주법은 자녀복리 또는 아동의 최선의 이익을 보장해야 할 의무도 있기 때문에 적절한 입법과 사법기능을 통해 위 부모의 권리를 제약할 수도 있다.³⁾ 다만, 부모의 권리는 근본적인 권리로서 그에 대한 국가의 간섭은 적법한 절차에 의하여야 할 것이다.⁴⁾ 이는 이하에서 설명하는 사실상 부모의 법리를 통해 확인할 수 있다.

1) Pender v. McKee, 266 Ark. 18, 582 S.W.2d 929 (1979); In Interest of F. H., 283 N.W.2d 202 (N.D. 1979).

2) Fields v. Mayo, 982 A.2d 809 (D.C. 2009); In re A.W., 182 Wash. 2d 689, 344 P.3d 1186 (2015).

3) Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645, 92 S. Ct. 1208, 31 L. Ed. 2d 551 (1972).

4) In re A.W., 182 Wash. 2d 689, 344 P.3d 1186 (2015) (Parent’s right and desire to companionship, care, custody, and management of his or her children is an interest far more precious than any property right for due process purposes, and thus, if the State seeks to interfere with this right, it must provide the parent with fundamentally fair procedures.).

1. 사실상 부모 법리의 등장 배경

1960년대부터 미국 사회는 전통적인 가족관념 또는 가족형태에 있어서 큰 변화를 경험하게 되었다. 통상적인 가족의 모습으로서 먼저 남성과 여성이 혼인하고, 그 사이에 자녀가 출생하는 형태의 가족모델에 균열이 생긴 것이다. 그렇게 된 데에는 여러 이유가 있겠으나, 주로 이혼율의 증가, 편부모가정의 증가, 재혼가정의 증가, 비혼의 이성동거 및 동성동거의 증가 등을 그 원인으로 꼽고 있다.⁵⁾ 이혼율의 증가는 자연히 편부모가정의 증가로 이어지는데, 편부모가 경제활동 등에 종사하는 동안 그 자녀에 대한 보호와 양육의 공백을 조부모가 메꾸게 되었다. 또한 이미 자녀를 가진 자가 제3자와 비혼동거를 하는 일이 급증하면서 그 자녀와 혈연적·생물학적 관련성이 없는 자가 동거하는 사례도 늘어났다.⁶⁾ 뿐만 아니라, 동성간 인적결합에 대한 사회적·법적 시각이 전향적으로 바뀌고, 여기에 보조생식기술의 발전이 결합되면서, 동성커플이 입양을 통하지 않고 자녀를 가질 수 있게 된 점도 전통적인 가족모델에 큰 변화를 불러 일으켰다.⁷⁾ 이러한 변화들은 전통적인 가족관념에 기댄 ‘부모의 권리(parental rights)’와 그 귀속주체를 재고하는 계기가 되었고, 새로운 가족 유형에서의 자녀의 이익이나 복리를 고민하게 만들었다.

이러한 흐름속에서 부모 아닌 자가 아동에 대한 부모의 권리를 주장하는 일이 빈번하게 발생하였고, 그 대표적인 예로서 조부모의 손자녀에 대한 면접교섭권 인정여부가 문제되었다.⁸⁾ 당시 미국 보통법상으로 부모는 자신의 자녀가 누구와 접촉할 수 있는지를 결정할 고유의 권한을 가지므로 그 부모의 의사에 반하여 조부모 등 제3자가 그 자녀와의 면접교섭을 권리로서 주장할 수는 없었다.⁹⁾ 그러나 전통적 가족형태의 해체와 더불어 조부모가 미성년자녀의 성장

5) Jason M. Merrill, Two Steps Behind: The Law's Struggle to Keep Pace with the Changing Dynamics of the American Family, 11 J.L. FAM. STUD. 509, 510 (2009); Anne E. Kinsey, A Modern King Solomon's Dilemma: Why State Legislatures Should Give Courts the Discretion to Find that a Child has More than Two Legal Parents, 51 SAN DIEGO L. REV. 295, 301 (2014).

6) Samuel Johnson, Are You My Mother? A Critique of the Requirements for De Facto Parenthood in Maine Following the Law Court's Decision in Pitts v. Moore, 67 Me. L. Rev. 353, 367(2015).

7) Id; Pamela J. MacAdams, Custodial Rights in Non-Traditional Families, 20 Ohio Dom. Rel. J. 53(2008).

8) Michelle E. Kelly, De Facto Parents in Maryland: When Will the Law Recognize Their Rights?, 46 U. Balt. L.F. 116, 119(2016).

9) 가령, Petersen v. Rogers, 445 S.E.2d 901, 906(N.C. 1994)(헌법상 부모가 자녀를 양육하고

에 끼치는 영향이 사회적으로 주목받게 되면서, 미국 내 각 주들은 입법으로써 조부모(또는 부모 아닌 제3자)의 면접교섭권을 허용하게 되었다.¹⁰⁾ 초기의 면접교섭권 관련 법들의 주된 초점은 조부모의 면접교섭권의 허용에 있었으나, 이후 면접교섭권의 허용범위는 점차 확대되어 친족(relatives), 계부모(step-parents), 위탁부모(foster parents), 동성커플(homosexual coparents)에까지 인정되기에 이르렀다.¹¹⁾ 그리고 이 과정에서 ‘사실상 부모 법리(De Facto Parent Doctrine)’는 법적 부모가 아닌 자에게도 아동에 대한 양육권이나 면접교섭권 또는 부양의무 등 부모로서의 권리와 의무를 귀속시키는 이론적 근거가 되었고, 실제 입법에 반영되어 명문으로 규정되기도 하였다.

2. 사실상 부모 법리의 전개

(1) 부모의 권리와 자녀의 복리

사실상 부모 법리는 법적 부모와 제3자 사이에 해당 아동에 대한 양육권이나 면접교섭권 등의 다툼을 둘러싸고 전개되었다. 여기에는 부모의 권리를 보호하는 입장과 자녀의 복리를 보호하는 입장이 긴장관계를 이루며 대립하였고, 양 극단 사이에서 각 주의 입법과 판례를 통해 구현된 사실상 부모 법리의 모습들은 매우 다양하다.

가령, 부모의 자녀에 대한 양육권 등의 권리를 헌법상 고유의 권리로 파악하는 주에서는 부모 아닌 제3자에게 그러한 권리를 부여하는 것에 대해 극도로 부정적이다.¹²⁾ 하지만 부모의 권리의 엄격성을 인정하면서도 거기에 자녀 복리의 가치를 보충적으로 고려하는 주들도 있다. 예를 들어, 원칙상 자녀에 대한 양육을 부모의 권리로 보면서도, 다만 거기에 “특별한 사정(extraordinary circumstances)”이 있는 경우에는 그 부모의 권리는 배척될 수 있고, 그에 따

돌보고 통제할 수 있는 권리는 그 자녀에 대한 양육과 면접교섭에 있어서 제3자를 배제시킨다고 판시함).

10) Holly M. Davis, Comment, Non-Parent Visitation Statutes: Was Troxel v. Granville Their Death-Knell?, 23 Whittier L. Rev. 721, 736 & n.152 (2002). 미국의 조부모 면접교섭권의 입법경위에 대한 상세는, 윤부찬, 조부모의 면접교섭권에 관한 연구, 민사법학 제 38호, 한국민사법학회, 2007, 500-06면 참고.

11) Kristine L. Roberts, State Supreme Court Applications of Troxel v. Granville and the Courts' Reluctance to Declare Grandparent Visitation Statutes Unconstitutional, 41 Fam. Ct. Rev. 14 (2003).

12) Schuh v. Roberson, 788 S.W.2d 740, 741(1990)(제3자는 부모의 양육권을 박탈할 수 없다고 판시함).

라 부모 아닌 제3자에게 양육권이 부여될 수 있다.¹³⁾ 여기서 그 특별한 사정이란 부모 아닌 제3자에게 양육권을 부여하는 것을 정당화시킬 수 있는 사유로서, 자녀복리를 감안하기 위한 장치라고 할 것이다. 이 특별한 사정의 존부는 사안별로 여러 사정들을 종합적으로 검토하여 판단해야 하는데, 특히 부모의 양육권자로서의 부적격 사실 뿐 아니라 그 제3자와 해당 아동이 상당한 기간 동안 유대관계를 맺어온 사실도 중요한 요소로 작용한다.¹⁴⁾ 이와 유사한 접근으로서 몇몇 주에서는 부모의 권리를 엄격히 보호하는 것을 원칙으로 삼으면서도, 특정 국면에서는 자녀의 복리만을 주된 판단기준으로 설정하여 그에 부합하는 자에게 자녀에 대한 양육권 등을 부여하기도 한다. 가령, 부모의 자발적 방기(放棄)속에서 해당 자녀가 상당한 기간동안 제3자와 가족처럼 지내왔던 경우에는 자녀복리의 관점에서 그 제3자에게 부모의 권리를 부여할 수 있다.¹⁵⁾

이와 달리 자녀를 둘러싼 부모와 제3자 사이의 모든 권리다툼에 있어서 자녀복리의 가치를 최우선으로 삼는 주들도 있다. 대표적으로 하와이주의 경우 그 주법에 자녀복리에 부합하는 한 친부모가 아닌 자에게도 양육권을 부여할 수 있다고 명시하고 있다.¹⁶⁾ 델라웨어주의 경우에는 양육친의 사망이나 장애 등 상황적 제한이 부가되어 있긴 해도 역시 자녀복리에 부합하기만 하면 계부 등 부모 아닌 자에게 부모의 지위를 부여할 수 있음을 규정하고 있다.¹⁷⁾ 이렇듯 부모의 권리나 지위의 귀속문제에 있어서 자녀복리의 가치를 우선적으로

13) *Watkins v. Nelson*, 748 A.2d 558(N.J. 2000) (“특별한 사정(exceptional circumstances)”의 입증에 없는 한, 조부모는 혈연부모의 그 자녀에 대한 권리를 대항할 수 없다고 판시함.).

14) *Burrows v. Sanders*, 635 A.2d 82, 84-86(Md. Ct. App. 1994)(7세의 아동이 출생한 때부터 조부모와 함께 살아왔고, 그 조부모는 아동에게 안정적인 주거와 적절한 교육을 제공해왔던 경우 그 조부모에게 양육권을 부여할 수 있는 특별한 사정이 존재한다고 판결함.); *Michael G.B. v. Angela L.B.*, 642 N.Y.S.2d 452(App. Div. 1996)(생모가 생후 18개월 된 자녀를 계부에게 맡긴 후 양육비를 제공하지 않은 채 방치하였고, 그 자녀는 6세가 될 때까지 계부와 함께 생활하면서 계부의 조카와도 친밀한 관계를 유지해 온 경우 그 계부에게 양육권을 부여할 수 있다는 특별한 사정이 존재한다고 판결함.).

15) *Colo. Rev. Stat. §14-10-123(1)(c)*(2000)(부모와 제3자 사이에 양육권 다툼이 있을 때, 만약 그 자녀가 6개월 이상 제3자의 신체적양육권(physical custody) 하에 놓여져 있었다면, 자녀의 최선의 이익을 기준(best-interests standard)으로 판단해야 한다고 규정함.); *Price v. Howard*, 484 S.E.2d 528 (N.C. 1997)(친부모가 그 자녀를 제3자에게 방치하여 그 제3자와 자녀가 상당한 기간 동안 가족으로서 동거한 경우, 자녀의 최선의 이익은 그 친부모와 제3자 사이에 양육권의 다툼이 있는 때 적용될 수 있는 매우 적절한 판단기준이라고 판시함.).

16) *Haw. Rev. Stat. §571-46(2)* (2000).

17) *Del. Code Ann. title 13, §733* (2000).

고려하는 주에서는 자연히 제3자에게 사실상 부모의 지위를 인정하는 데에 관대한 입장을 보인다. 그리하여 해당 아동에게 안정적인 주거와 건전한 가정생활을 제공하는 자는, 설사 부모가 아닌 자라고 하더라도, 그 아동의 사실상 부모로서 양육권을 가진다고 한다.¹⁸⁾ 한편 미국의 학계에서도 제3자에게 부여되는 사실상 부모의 지위에 대한 우호적인 흐름이 이어져 왔는데, 이 역시 자녀 복리의 관점에서 부모 아닌 제3자에게 부모에 준하는 지위를 부여하기 위한 이론적 토대라고 할 수 있다.¹⁹⁾

요컨대 사실상 부모 법리는, 자녀에 대한 부모의 권리를 헌법상 고유의 권리로서 파악하여 엄격히 보호하는 한편 국가는 최대한 그 개입을 자제해야 하는 지극히 내밀한 사적 영역으로 이해했던 것으로부터, 그 사이 외면되었던 자녀 복리의 가치를 실현시키고자 국가로 하여금 부모 아닌 제3자를 부모-자녀 관계속으로 투입시키는 데에 정당화 이론으로 작용하였다. 살펴본 바와 같이, 부모 고유의 권리에 해당하는 양육권이나 면접교섭권을 부모 아닌 제3자가 다투는 경우, 각 주의 판례와 입법은 - 다소의 차이는 있더라도 - 일정한 행위 또는 사실 요건을 통해 그 제3자의 지위를 부모에 준하여 판단할 수 있는 여지를 마련한 후, 그 요건충족을 전제로 양육권과 면접교섭권을 부여하였다. 그리고 그 요건들의 대개는 자녀의 이익이나 복리와 직접적 관련성이 있는 것들이었다. 이렇게 본다면, 사실상 부모의 개념은 해당 아동과 아무런 혈연적·생물학적 관련이 없거나 입양법적 관련이 없는 자가 부모의 지위 또는 권리를 득하는 과정에서 중간 매개의 역할을 하였다고 볼 수 있다.

(2) Troxel 판결의 영향

2000년에 이르러 사실상 부모 법리에 기반한 각주의 입법들, 즉 부모 아닌 자에게 양육권이나 면접교섭권 등의 부모의 권리를 허용하는 것에 대하여 미국 연방대법원의 제동이 가해졌다. 이는 Troxel 판결을 통해 나타났는데, 부모 아닌 자에게 부모의 권리를 부여하는 입법에 대해 헌법적 문제를 제기한 것이다. 이 사건 원고는 해당 아동의 조부모이고 피고는 그 친모인데, 조부모가 그

18) Haw. Rev. Stat. §571-46(2) (2000) (“[a]ny person who has had de facto custody of the child in a stable and wholesome home and is a fit and proper person shall be entitled prima facie to an award of custody”).

19) 가령, Janet L. Richards, *The Natural Parent Preference Versus Third Parties: Expanding the Definition of Parent*, 16 *Nova L. Rev.* 733(1992); Carolyn Wilkes Kaas, *Breaking Up a Family or Putting It Back Together Again: Refining the Preference in Favor of the Parent in Third-Party Custody Case*, 37 *Wm. & Mary L. Rev.* 1045(1996).

아동에 대한 면접교섭권을 신청하였는 바, 법원은 친모의 의사에 반하여 조부모의 면접교섭의 횡수와 시간을 더 늘리는 결정을 내렸다. 이에 피고인 친모는 워싱턴주 항소법원에 항소하였고, 항소법원은 원심판결의 근거가 된 워싱턴주법이 면접교섭권의 허용범위를 과도하게 확장시킴으로써 친부모의 자녀에 대한 헌법상 권리를 침해한다는 이유로 원심판결을 파기하였다. 이에 조부모인 원고가 워싱턴주 대법원에 상고하였으나, 주대법원 역시 해당 법규정이 헌법에 반하여 부모의 권리를 침해한다고 판단하였다. 그리고 이 사건은 다시 연방대법원의 판단에 맡겨지게 되었다.²⁰⁾

미국 연방대법원은 이 사건 문제가 된 워싱턴주법²¹⁾이 면접교섭권의 신청을 누구에게나 언제든지 허용하도록 규정하고, 그에 따라 법원으로 하여금 자녀의 복리에 부합하기만 하면 누구에게든 면접교섭권을 인용하게 하는 것은 헌법상 보장되는 부모의 자녀에 대한 권리를 과도하게 침해한다고 보았다.²²⁾ 즉, 연방대법원은 부모의 자녀에 대한 권리는 매우 근본적인 권리(fundamental right)임을 재차 확인하면서, 그러한 권리가 법률로서 제한되기 위해서는 적법절차의 원칙(Due Process Clause) 허용범위 내에서 이루어져야 함에도 그 허용한도를 이탈하였다고 보았다. 그러면서 이 사건 워싱턴주법은 부모 아닌 자의 자녀에 대한 면접교섭권을 허용하는 과정에서 그것이 해당 자녀의 복리에 부합하는지만을 고려하도록 규정되어 있는 바, 부모 아닌 자가 해당 자녀와 면접교섭하는 것이 그 자녀의 복리에 부합하는 것인지 여부만으로는 국가가 친부모-자녀 간의 내밀한 사적영역에 개입하는 데에 정당성을 확보해주지 않는다는 것이다. 이때 국가가 부모 아닌 자에게 면접교섭권을 허용함으로써 부모의 권리를 제한하는 것이 정당화되기 위해서는 부모가 자신의 자녀와 제3자의 면접교섭을 반대하는 것이 자녀복리에 부합하는지 여부도 함께 평가되어야 한다는 것이다.²³⁾ 부모가 자녀에 관하여 내린 결정은 일응 그 자녀의 복리에 부합하는 것으로 추정될 수 있기 때문이다. 이러한 판결에 따르면, 조부모의 면접교섭권 허용이 자녀복리에 부합하는지 여부는 그 조부모-자녀의 일면적 관계 속에서만 판단되어질 것이 아니라 그 면접교섭을 반대하는 부모와 자녀의 관계까지

20) Troxel v. Granville, 530 U.S. 57, 57(2000).

21) Wash. Rev. Code §26.10.160(3) (“Any person may petition the court for visitation rights at any time including, but not limited to, custody proceedings. The court may order visitation rights for any person when visitation may serve the best interest of the child whether or not there has been any change of circumstances.”).

22) Troxel v. Granville, 530 U.S. 57, 57(2000).

23) Id.

고려하여 다면적으로 판단되어야 한다. 그리하여 조부모는 그 자녀와의 면접교섭이 자녀복리에 부합한다는 것 뿐 아니라 오히려 부모의 면접교섭 반대가 자녀복리에 부합하지 않는다는 것까지 입증해야 한다.

Troxel판결은 부모의 권리가 제한될 때 적용되어야 하는 헌법상 적법절차의 의미를 제시한 것에는 큰 의미가 있었으나, 부모 아닌 자의 면접교섭권이 허용되기 위한 구체적인 판단기준을 마련해준 것은 아니었다.²⁴⁾ 어쨌든 각 주는 Troxel판결에서 드러난 문제점을 수용하여 기존보다 제한적인 입법이나 판례법리를 제시하게 되었다.²⁵⁾ 그러나 그 제한법리는 부모 아닌 자의 면접교섭권 등의 허용요건을 좀 더 강화한 것일 뿐 그 허용 자체를 전면 부정하는 것은 아니었다. Troxel판결의 취지가 부모 아닌 자에게 면접교섭권 등을 허용함에 있어서 부모의 권리를 절대적으로 침해할 수 없다는 것이 아니라 좀 더 면밀하고 엄격한 심사를 거쳐야 한다는 것임을 상기해보면 이와 같은 귀결을 수긍할 수 있다. 따라서 사실상 부모의 법리는 여전히 유효한 것이었고, 오히려 제한적 요건들이 추가되면서 좀 더 정교해진 측면도 있다.²⁶⁾

(3) 각 주별 상황

미국 내 사실상 부모의 도입여부나 도입형태는 각 주별로 다소 차이가 있다. 먼저 도입여부에 관하여 살펴보면, 사실상 부모의 개념을 인정하지 않는 주가 5개,²⁷⁾ 인정하는 주가 31개(District of Columbia 포함),²⁸⁾ 인정여부가 불확실한 주가 15개²⁹⁾이다.³⁰⁾ 그러나 사실상 부모의 인정 여부가 불확실한 주의 경우에도, 비록 사실상 부모를 이르는 “de facto parent” 또는 “in loco parentis” 등의 표현을 명시하고 있진 않지만, 여러 증명을 통해 법원이 자녀 복리에 부합하는지 여부를 심사하여 부모 아닌 제3자에게도 양육권 등을 부여하는 주도 있다.³¹⁾ 한편, 사실상 부모를 인정하는 주들 중에서도 이를 전면적으로 또는 제

24) Developments in the Law: IV, Changing Realities of Parenthood: The Law’s Response to the Evolving American Family and Emerging Reproductive Technologies, 116 Harv. L. Rev. 2052 (2003).

25) In re Marriage of O’Donnell-Lamont, 337 Or. 86, 91 P.3d 721 (2004); Or. Rev. Stat. 109.119. Kelly, supra note 8, at 120.

26) 가령, Del. Code Ann. tit. 13 §8-201; Ky. Rev. Stat. §403.270; S.C. Stat. §20-7-1540.

27) 일리노이, 아이오와, 미시건, 테네시, 유타가 포함된다.

28) 아리조나, 아칸소, 캘리포니아, 콜로라도, 코네티컷, 델라웨어, 인디애나, 캔자스, 켄터키, 메인, 메사츄세츠, 미네소타, 미시시피, 몬타나 등이 포함된다.

29) 알라바마, 알래스카, 플로리다, 조지아, 하와이, 아이다호, 루이지애나, 메릴랜드, 미주리, 뉴햄프셔, 뉴욕, 노스다코타, 사우스다코타, 버지니아, 와이오밍이 포함된다.

30) <https://www.lgbtmap.org/img/maps/citations-parents-de-facto.pdf>(최종방문 2020년 10월 26일).

한적으로 받아들이는 경우로 나눌 수 있다. 가령, 텔라웨어주, 캔자스주, 뉴멕시코주, 오클라호마주, 버몬트주의 경우, 단지 면접교섭권이나 양육권 뿐 아니라 부모의 권리 전부를 사실상 부모에게 부여할 수 있다.³²⁾ 그 외의 대부분의 주들에서는 부모 아닌 자에게 면접교섭권이나 양육권을 부여하는 데에 기초로서 사실상 부모 개념을 활용하고 있다.

사실상 부모의 개념에 관하여는 각 주별로 그 내용이 다소 상이하나, 그 차이는 크지 않다. 일반적으로 사실상 부모란, 해당 아동의 법적 부모가 아니면서, 그 법적 부모의 동의 하에 그 아동과 상당기간 동거하면서 금전적 보상이 없이 법적 부모와 같은 수준 또는 그 이상의 보살핌을 제공함으로써 그 아동과 유의미한 관계를 맺은 자를 말한다.³³⁾ 미국 내 많은 주들은 부모 아닌 자에게 특정 아동에 대한 양육권이나 면접교섭권을 부여하는 데에 그 기초로서 사실상 부모 개념을 활용하고 있다.³⁴⁾ 또한 실무상 이 개념은 특정 아동에 대해 부모의 역할을 수행해 왔던 자가 그 아동을 입양하는 것이 법적으로 허용되지 않을 때 법원으로 하여금 그 둘 사이의 관계를 유지시키게 하는 수단으로 활용되기도 한다.³⁵⁾ 일단 사실상 부모의 지위를 득한 자는 법적 부모(생물학적 부모 또는 양부모)에 준하는 지위에 있는 것으로 다루어지고, 그 자녀를 보호하기 위한 소송절차 뿐 아니라 그 외의 자녀 관련 소송절차 등에서 부모로서 다룰 자격을 가지게 된다.³⁶⁾

사실상 부모란 법적 부모는 아니지만 그에 준하는 지위에 있음을 법적으로 승인받은 자이다. 즉, 혈연적·생물학적 연관성이 없거나, 인지(paternity acknowledgement)나 입양(adoption) 또는 생모와의 혼인 사실이 부재하여 법

31) 가령, Clark v. Wade, 544 S.E. 2d 99, 101-102 (Ga. 2001); Kazmierczak v. Query, 736 So. 2d 106 (Fla. Dist. Ct. App. 1999, review denied, 760 So. 2d 947 (Fla. 2000)).

32) Del. Code Ann. Title 13, §8-201, 2302(2017); Vt. St. 15C §501(2018).

33) Ind. Code § 31-9-2-35.5 (“De facto custodian” is defined as “a person who has been the primary caregiver for, and financial support of, a child who has resided with the person” for at least one year for children over the age of three.); Ky. Rev. Stat. § 403.270 (“de facto custodian” means “a person who has been shown by clear and convincing evidence to have been the primary caregiver for, and financial supporter of, a child who has resided with the person for … a period of one year or more…”).

34) Sara Alpert, The Past and Future State of De Facto Parents in New York, 55 Family Court Review 458, 462-63(2017).

35) Rebecca E. Hatch, Esq., Litigation for De Facto Parent to Seek Child Custody or Visitation, 143 Am. Jur. Trials 441, §4 (2020 update, Originally published in 2016).

36) In re Parentage of J.B.R., 184 Wash. App. 203, 336 P.3d 648 (Div. 3 2014); In re K.S., 2014 ME 71, 93 A.3d 687 (Me. 2014).

적 부모가 아님에도 불구하고, 법원으로부터 해당 아동에 대한 부모의 지위를 승인받은 자라고 할 수 있다.³⁷⁾ 엄밀히 말해서 사실상 부모의 지위는 그 자체로서 어떠한 실제적 권리가 내재된 것은 아니고, 부모 아닌 자가 해당 아동에 대한 양육권이나 면접교섭권 등을 소로써 청구할 수 있게 하기 위한 절차적 지위에 불과하다. 친부모의 경우에는 그러한 절차적 지위를 따로 확인받을 필요가 없으나, 부모 아닌 제3자가 자신의 친자녀가 아닌 아동에 대해 부모의 권리를 주장하기 위해서는 먼저 자신이 그 아동의 사실상 부모의 지위에 있음을 주장·입증하여 이를 승인받아야 하는 것이다.³⁸⁾ 그런데 이러한 절차적 지위 또는 자격을 꼭 사실상 부모(de facto parent)로만 칭하는 것은 아니고, 미국의 학계와 법률 및 판례에서는 “in loco parentis”³⁹⁾, “psychological parent”⁴⁰⁾, “presumed parent”⁴¹⁾, “quasi-parent”⁴²⁾, “parent by estoppel”⁴³⁾ 등 다양한 표

37) Jeffrey A. Parness & Matthew Timko, De Facto Parent and Nonparent Child Support Orders, 67 Am. U. L. Rev. 769, 770 (2018).

38) A.F. v. K.H., 121 A.D.3d 683, 993 N.Y.S.2d 370 (2d Dep’t 2014).

39) 이는 그 내용 면에서 “de facto parent”와 크게 다른 개념은 아니다. 가령, Davis v. Vaughn, 126 So. 3d 33 (Miss. 2013) (in loco parentis의 지위에 있는 자는 부모의 지위와 책무를 가지는 자(“having assumed the status and obligations of a parent”)라고 판시함); D.G. v. D.B., 2014 PA Super 93, 91 A.3d 706, 708 (2014) (‘in loco parentis’란 용어는 입양의 절차를 거치지 않은 상태에서 부모의 권리와 의무를 보유한 것과 같은 상황에 스스로를 위치시킨 자라고 판시함.). 한편 애리조나주 법령을 예로 보면, Ariz. Rev. Stat. § 25-401(1); Ariz. Rev. Stat. § 25-415(A)(1) (in loco parentis의 지위에 있는 자가 되기 위해서는, 그 아동이 자신을 부모로서 인지하고 대하였다든 점, 그 아동과 상당한 기간에 걸쳐(“for a substantial period of time”) 유의미한 관계를 형성(“formed a meaningful relationship”)하였다는 점을 입증해야 하고, 더 나아가 그 아동이 생부의 양육권 하에 놓여져 있는 것이 그 아동에게 심각한 해악(“significantly detrimental”)이 된다는 점도 입증해야 한다고 규정함.).

40) Bowie v. Arder, 490 N.W.2d 568, 570-71, 578-79 (Mich. 1992); Christina Spiezia, In the Courts: State Views on the Psychological-Parent and De Facto-Parent Doctrines, 33 Child. Legal Rts. J. 402, 402(2013).

41) TEX. FAM. CODE ANN. § 160.204(a)(5) (2016) (아동이 출생한 때부터 2년 이상 그 아동과 지속적으로 생계를 함께 한 자에게 “presumed fatherhood”을 인정한다고 규정함).

42) Michael J. Higdon, The Quasi-Parent Conundrum, 90 U. Colo. L. Rev. 941, 944(2019)(본문에서 언급한 psychological parent, in loco parentis, de facto parent, parent by estoppel 등의 개념을 “quasi-parent”로 묶어서 설명함).

43) 이는 형평법상 원칙에 기초한 것이긴 하지만, 법적 부모가 아닌 자에게 양육권 등의 부모의 권리를 부여한다는 점에서 사실상 부모 개념과 크게 다르지 않다. 그러나 그 기능면에서 볼 때, parent by estoppel은 법적 부모가 자녀에 대한 양육을 거부하는 경우 그에게 존재하는 양육의무를 확인하는 데에 적용되기도 하고, 또는 생모의 현재 남편에게 부여되는 친생추정력 하에서 생부의 자녀에 대한 권리를 보호하기 위한 목적으로 활용되기도 한다는 점에서 사실상 부모(de facto parent)와 다소 결이 다르긴 하다. ALL, Principles of the Law of Family Dissolution-Analysis and Recommendations(이하 “ALI Principles”),

현으로 명명하기도 한다. 그러나 최근에는 사실상 부모에 관한 법리와 그 명칭 또는 용어의 통일화를 위한 노력도 이어지고 있다. 후술하는 바와 같이, 미국 법률가협회가 편찬한 “가족관계해소에 관한 원칙(Principles of the Law of Family Dissolution 2002)”과 통일주법위원회가 편찬한 “통일친자법(Uniform Parentage Act 2017)”에는 “De Facto Parent”라는 용어를 사용하여 사실상 부모의 개념을 규정하고 있다.⁴⁴⁾

Ⅲ. 사실상 부모 법리의 내용-모델법을 중심으로

사실상 부모의 법리는 미국 내 각주의 입법과 판례를 통해 - 큰 차이는 없더라도 - 다양하게 구현되고 있기 때문에, 제한된 지면 안에서 사실상 부모의 성립요건과 효과 등 그 내용을 각 주별로 일거에 확인하여 정리하는 것은 매우 어려운 작업일 것이다. 꼭 사실상 부모 법리만이 아니라도 가족관계에 관한 법리들 대부분이 각 주별로 과편화되어 있는 점을 감안하여, 미국에서는 해당 법리들의 통일화를 기하기 위해 여러 모델법들을 제정해 온 것은 주지의 사실이다. 그리하여 이하에서도 사실상 부모 법리를 규정해 둔 모델법, 즉 2002년의 가족관계해소에 관한 법원칙과 2017년의 통일친자법을 중심으로 관련 규정과 내용을 살펴보고 이를 통해 미국에서의 사실상 부모 법리의 내용전반을 가늠해 보고자 한다.

1. 가족관계해소에 관한 법원칙(Principles of the Law of Family Dissolution 2002)

(1) 부모 개념의 확장과 사실상 부모의 위치

가족관계해소에 관한 법원칙(이하 “법원칙”) 제2장은 혼인해소로 인해 부모가 함께 살지 않게 된 경우 그 자녀에 대한 친권 및 양육권 등의 분배에 관한 법원칙을 규정하고 있다.⁴⁵⁾ 그리고 이러한 원칙들은 주로 자녀복지의 가치를 지향하되 보충적으로 그 부모들 사이에 공평의 관념을 반영시키는 데에 목적

§2.03 reporter's note comment b (2002).

44) ALI Principles §2.03(c).

45) ALI Principles §2.01.

이 있음을 밝히고 있다.⁴⁶⁾ 이러한 목적과 취지 위에서, 법원칙은 부모의 개념을 세 유형으로 나누어 정의하고 있다. 즉, 부모의 개념범주 안에 ①법적 부모(legal parent), ②형평법상 부모(parent by estoppel), ③사실상 부모(de facto parent)를 포함시키고 있다.

첫째, “법적 부모”는 각 주법에서 “법적 부모”로 정한 부모를 말하는데, 통상 생물학적 부모(혼인 여부는 불문함)와 입양에 의한 부모, 그리고 친생추정효에 따른 부모를 말한다.⁴⁷⁾

둘째, “형평법상 부모”는 금반언 원칙에 기초한 개념으로서, 법적 부모는 아니지만 그 부모의 지위를 부정하는 것이 특정의 선행행위나 선행상황에 모순되는 경우에 인정된다.⁴⁸⁾ 즉, 형평법상 부모는 그 선행행위로 인하여 부모의 지위를 거부할 수 없는 자를 말한다. 여기서 말하는 선행행위에는 (i)해당 아동과 2년 이상 함께 거주하면서 그 생모와의 혼인에 기초하여 그 아동이 자신의 생물학적 자녀라는 합리적 믿음을 가짐과 동시에 그 믿음에 부합하는 부모로서의 책임을 전적으로 수용하고 - 설령 도중에 그 믿음이 사라졌더라도 - 그에 따른 노력을 계속 기울인 경우, (ii)해당 아동이 출생한 이후 출생 함께 거주하면서 그 아동의 법적 부모와의 공동양육(co-parenting)의 합의 하에 그 아동과 [부모-자녀]관계의 외관을 형성함과 동시에 부모로서의 영속적이고 완전한 책임을 수용한 경우, (iii)해당 아동과 2년 이상 함께 거주하면서 그 아동의 법적 부모와의 합의 하에 [부모-자녀]관계의 외관을 형성함과 동시에 부모로서의 영속적이고 완전한 책임을 수용한 경우 등이 포함된다.⁴⁹⁾ 법원칙에서는 이 형평법상 부모를 법적 부모와 거의 대등하게 취급하고 있다.⁵⁰⁾ 그러나 형평법상 부모 개념은 그 지위에 있는 자로 하여금 자녀에 대한 권리를 향유케 하는 목적 보다는 부양의무(양육비 지급)와 같은 부모로서의 책임을 이행하게 함으로써 해당 아동의 복리를 관철시키는 데에 그 주된 쓰임이 있다고 할 것이다.

셋째, “사실상 부모”는 앞서 언급한 법적 부모와 형평법상 부모가 아닌 자로서 이 법원칙에서 정한 요건을 충족한 경우에 인정된다. 즉, 사실상 부모는 당연히 법적 부모의 요건을 갖추지 않았고, 또 해당 아동을 자신의 친자녀로 인

46) ALI Principles §2.02.

47) ALI Principles §2.03, comment a.

48) ALI Principles §2.03, comment b.

49) ALI Principles §2.03(1)(b)(i)-(iv).

50) ALI Principles §2.03, comment b.

식하거나 또는 [부모-자녀]관계의 외관을 형성시킨 적도 없으며, 그 아동의 법적 부모와 공동양육의 합의 등을 한 바가 없는 자임에도 불구하고 실제로는 그 아동의 부모와 같은 역할을 수행한 자이다.⁵¹⁾ 후술하는 바와 같이, 사실상 부모의 성립은 다소 엄격한 편인데, 이는 법적 부모와 자녀 사이에 제3자의 부적절하거나 불필요한 개입을 최소화하기 위함일 것이다. 또한 법효과면에서 비교우위를 정하자면 법적 부모와 형평법상 부모가 사실상 부모에 우선한다(법적 부모 \geq 형평법상 부모>사실상부모).⁵²⁾ 사실상 부모에 대한 상제는 항을 달리하여 기술하기로 한다.

(2) 사실상 부모의 성립 및 효과

가. 성립요건

법원칙에서 정의하는 사실상 부모는 법적 부모와 형평법상 부모에 해당하지 않는 자로서 다음의 요건을 충족한 때에 성립한다.

첫째, 해당 아동과 2년 이상의 상당한 기간(significant period) 동안 함께 거주해야 한다.⁵³⁾ 부모 아닌 자에게 부모의 지위를 인정하는 취지는 그 자와 아동 간에 형성된 관계가 꽤 유의미한 것이어서 그 관계를 단절시키기 보다는 유지시키는 것이 그 아동의 복리증진에 부합하기 때문일 것이다. 이 요건은 통상 유의미한 인간관계가 형성되는 데에 “상당한 기간”이 필요하다는 점을 감안하여 그 상당한 기간의 최소치로서 2년을 상정하고 있다. 이 형식적 최소필요기준인 2년은 사실상 부모의 지위를 주장하는 자들 중에서 해당 아동과 단순히 일시적 관계를 맺은 경우를 사전에 차단하는 기능을 한다.⁵⁴⁾ 그러나 최소기준 2년은 사실상 부모가 성립하기 위한 충분조건은 아니어서 사안에 따라 그 이상의 기간이 요구될 수도 있다. 즉, 위의 “상당한 기간”을 판단하기 위해서는 해당 아동의 연령이나 접촉 빈도 등이 함께 고려되는데, 가령 고도의 보살핌(care)이 요구되는 6세 미만의 아동의 경우 2년의 기간이 유의미한 관계를 형성시키기에 충분한 기간으로 평가될 수 있으나, 그에 비해 보살핌의 정도가 덜한 취학아동이나 청소년의 경우에는 그 이상의 기간이 요구될 수 있다.⁵⁵⁾

51) ALI Principles §2.03, comment c.

52) ALI Principles §2.18, comment b.

53) ALI Principles §2.03(1)(c)(i).

54) ALI Principles §2.03, comment c.

55) ALI Principles §2.03, comment c(iv).

한편 해당 아동과 함께 거주해야 한다는 요건은 해당 아동과 동일 거소에서 가족의 일원으로서 정기적인 주거생활을 밤낮으로 영위하는 것을 의미한다. 따라서 부모가 자녀를 양육하는 과정에서 간헐적·일시적 도움을 준 이웃이나 비동거의 친족 또는 보모 등은 그 자녀와 2년 이상의 기간동안 관계를 맺어왔더라도 사실상 부모의 지위를 주장할 수 없다.⁵⁶⁾

둘째, 해당 아동에 대하여 부모로서의 역할을 담당했어야 한다. 법원칙에서는 부모의 역할을 크게 “caretaking function”과 “parenting function”으로 구분하고 있는데,⁵⁷⁾ 이는 우리 법상 양육과 친권의 대별과 흡사하다. 전자는 아동의 신상이나 일상생활에 직접 관련이 있는 일들의 처리기능으로서, 주로 의식주, 교육, 의료, 정서적 지도, 친구교제 등에 관한 사항을 담당하는 것이다. 후자는 전자의 기능을 포섭하는 상위개념으로서, 여기에는 재정적 지원, 자녀복지에 관한 의사결정, 가족 전체 주거의 유지 및 관리 등이 포함된다.⁵⁸⁾ 그런데 사실상 부모가 성립하는 데에 필요한 부모의 역할은 전자의 기능만으로 족하다. 이는 caretaking 개념이 사실상 부모와 해당 아동과의 유의미한 관계형성을 가능하게 더 적절하기 때문일 것이다.⁵⁹⁾ 그리하여 사실상 부모의 지위를 주장하려는 자는 해당 아동의 신상이나 일상생활에 직접 관련 있는 일들을 마치 부모처럼 수행했어야 한다. 이때 부모로서의 역할은 사실상 부모를 주장하려는 자가 주로 수행했어야 하고, 해당 아동이 자신의 부모와 함께 거주하고 있는 경우에는 그 부모가 수행하는 역할의 정도와 동일한 수준이거나 또는 그 이상이면 된다.⁶⁰⁾ 반대로 해당 아동이 그 부모와 주된 주거를 함께 한 경우가 아니라면 그 아동의 부모가 제공한 것과 동일한 수준의 역할만으로는 위 요건을 만족시킬 수 없다.⁶¹⁾

셋째, 위의 부모로서의 역할 수행은 경제적 보상에 따른 것이 아니어야 한다.⁶²⁾ 사실상 부모를 인정하는 취지에 비추어 볼 때, 부모 아닌 자와 그 아동 사이에 형성된 관계를 보존하는 이유는 그 관계가 단지 금전적 대가의 차원이 아닌 애정과 신뢰에 기반을 두고 있기 때문일 것이다. 따라서 일정 보수를 지

56) ALI Principles §2.03, comment c(i).

57) ALI Principles §2.03, (5)-(6).

58) ALI Principles §2.03, comment g.

59) 부부가 이혼할 때 법원이 양육권자를 정함에 있어서도 그 부부 중 누가, 얼마나 그 자녀에 대해 보살핌(caretaking)을 수행하였는지를 주된 고려사항으로 판단한다. ALI Principles §2.08(1).

60) ALI Principles §2.03(1)(c)(ii)(A)-(B).

61) ALI Principles §2.03, comment c(v).

62) ALI Principles §2.03(1)(c)(ii).

급받고 아동을 돌보는 보모의 경우에는 사실상 부모가 성립할 수 없다. 또한 정부로부터 재정적 지원을 받는 위탁부모(foster parents)의 경우에도 역시 사실상 부모의 지위를 인정할 수 없다.⁶³⁾

넷째, 해당 아동과의 관계는 그 부모의 동의하에 형성되었어야 한다.⁶⁴⁾ 즉, 부모 아닌 자가 해당 아동과의 관계를 비밀리에 형성하거나 또는 불법적 행위를 동원하여 형성한 경우에는 사실상 부모의 지위를 주장할 수 없다. 그 관계 형성에 있어서 부모의 동의는 묵시적이어도 무방하지만, 그것이 동의라고 볼 수 있기 위해서는 해당 아동을 위한 역할을 그 부모 아닌 자와 공유하게 된다는 예측과 그에 대한 수락이 담겨진 행위가 있어야 한다.⁶⁵⁾

나) 효과

위의 요건을 모두 충족시키면 사실상 부모의 지위가 성립하지만, 그렇다고 하여 곧바로 해당 아동에 대한 양육권이나 면접교섭권 등이 부여되는 것은 아니다. 다만 법원칙에서는 법적 부모 및 형평법상 부모와 더불어 사실상 부모에게도 해당 아동을 둘러싼 법적 다툼에 있어서 소구할 권리를 부여하고 있을 뿐이다.⁶⁶⁾ 즉, 사실상 부모의 지위는 그 자체로서 어떤 실체적 권리를 함유하고 있다기 보다는 부모 아닌 자가 해당 아동에 대한 양육권이나 면접교섭권 등을 소로써 청구할 수 있게 하기 위한 절차적 지위라 할 수 있다. 법적 부모의 경우에는 그러한 절차적 지위를 따로 확인받을 필요가 없겠으나, 자신의 법적 자녀가 아닌 아동에 대해 부모의 권리를 주장하려는 자는 먼저 자신이 그 아동의 사실상 부모의 지위에 있음을 주장·입증하여 이를 승인받아야 하는 것이다.⁶⁷⁾ 그리고 사실상 부모의 지위를 승인받았다고 하더라도 그 자체로써 해당 아동에 대한 양육권이나 면접교섭권 등의 권리를 보장받는 것도 아니다.⁶⁸⁾ 따라서 사실상 부모의 지위는 해당 아동에 관한 소송에 있어서 소의 이익이나 당사자적격을 확인받은 것이라 할 수 있다.

일반적으로 법적 부모만이 소송의 당사자로서 그 자녀에 대한 권리를 다룰 수 있는 것이지만, 위와 같이 법원칙은 법적 부모가 아니라도 일정 요건을 갖춘 자에게 사실상 부모의 지위를 부여함으로써 관련 소송에 참여할 수 있게

63) ALI Principles §2.03, comment c(ii).

64) ALI Principles §2.03(1)(c)(ii).

65) ALI Principles §2.03, comment c(iii).

66) ALI Principles §2.04(1)(c).

67) A.F. v. K.H., 121 A.D.3d 683, 993 N.Y.S.2d 370 (2d Dep't 2014).4

68) ALI Principles §2.04, comment a.

하였다. 다만 이를 위해서 사실상 부모는 해당 아동과의 동거가 종료된 후 6개월 내에 소를 제기해야 한다.⁶⁹⁾ 사실상 부모의 지위를 인정하는 취지는 해당 아동과의 유대관계를 유지시키고자 함인데, 그 원천인 아동과의 동거가 종료된 후 너무 오랜 시간이 흘러버리면 그 관계의 의미가 이미 퇴색되어 더 이상 법적으로 보호할 가치가 없게 될 것이다.⁷⁰⁾ 그러나 그 기간이 도과한 경우라도, 동거가 종료된 후부터 사실상 부모가 그 아동과의 관계를 지속적으로 유지했거나 그 관계유지에 노력을 기울인 때에는 역시 소를 제기할 수 있다.⁷¹⁾ 비록 해당 아동과의 동거가 종료된 이후라도 그 아동에 대한 부모로서의 역할을 끊임없이 수행하였다면, 그 아동과의 유대관계가 희석되었다고 볼 수 없기 때문이다. 또한 부모로서의 역할수행을 지속시키고자 하였으나 법적 부모의 기회주의적 방해행위에 의해 저지된 경우, 위 6개월의 기간요건을 유예함으로써 그 법적 부모가 위 방해행위로부터 이익을 향수할 수 없게 한다.⁷²⁾

일단 사실상 부모의 지위가 확인되면, 해당 아동에 대한 양육권이나 면접교섭권 등을 부여받을 전제가 마련된다. 법원칙에서는 법원으로 하여금 법적 부모, 형평법상 부모, 그리고 사실상 부모에게 위의 권리들을 부여하도록 규정하고 있고, 자녀복리에 부합하는 한 사실상부모도 부모의 권리를 향유할 수 있다.⁷³⁾ 다만 사실상 부모의 경우에는 일정 제약이 가해지는데, 즉 특별한 사정이 없는 한 법적 부모의 의사에 반하여 주된 양육권자의 지위를 사실상 부모에게 부여할 수는 없다. 이때 법적 부모는 자녀양육에 적합한 자이면서 동시에 양육의 의사가 있는 자를 말한다.⁷⁴⁾ 유의할 점은, 이 경우 사실상 부모가 부여받을 수 있는 양육권 등의 권리가 법적 부모의 그것보다 더 클 수 없다는 의미일 뿐 그 권리부여에 있어서 아예 배제된다는 뜻은 아니다.⁷⁵⁾ 반면 그 법적 부모가 부모역할의 상당 부분을 그간에 이행하지 않았던 경우에는 위의 특별한 사정에 해당하는 것으로 보아서 사실상 부모에게 주된 양육권자의 지위를 부여할 수 있다.⁷⁶⁾

69) ALI Principles §2.04(1)(c).

70) ALI Principles §2.04, comment d.

71) ALI Principles §2.04(1)(c).

72) ALI Principles §2.04, comment d.

73) ALI Principles §2.18(1).

74) ALI Principles §2.18(1)(a).

75) ALI Principles §2.18, comment b.

76) ALI Principles §2.18(1)(a)(i).

2. 통일친자법(Uniform Parentage Act 2017)

통일친자법은 친자관계의 결정 및 형성에 관한 모델법으로서, 최초 1973년에 제정되어 2002년과 2017년에 각각 개정되었다. 사실상 부모에 관한 규정은 2002년부터 등장하여 현재에 이르렀다.⁷⁷⁾ 우선 동법에서 정의하는 부모란 그 자녀와 친자관계가 성립된 자를 이르고, 친자관계가 성립되는 계기로서 임신과 출산, 친생추정, 입양, 인지 등에 더하여 법원 판결에 의해 확인된 경우 (adjudicated parent)를 들고 있다.⁷⁸⁾ 그리고 법원 판결에 의한 경우에 관해서는 다시 동법의 제6장에서 규정하고 있는데, 이 장은 주로 친자관계 또는 친권의 성립을 소송으로써 확인받는 절차들을 담고 있다.⁷⁹⁾ 그 절차에 관하여는 크게 세 개 부분(Part 1, 2, 3)로 나누어 규정하고 있는데, 특히 [Part 2]는 구체적 사안별로 그에 상응하는 절차요건 규정들로 구성되어 있다 (§§607-614). 사실상 부모에 관하여는 제609조에서 규정하고 있다.

동법상 부모 아닌 자라도 사실상 부모의 지위를 근거로 해당 아동과의 친자관계의 성립을 소로써 주장할 수 있다.⁸⁰⁾ 우선 사실상 부모의 지위를 주장하는 자는 해당 아동이 생존하고 있는 동안 그리고 성년에 이르기 전에 그 친자관계의 성립을 소로써 주장해야 한다.⁸¹⁾ 그리고 법원이 사실상 부모의 지위를 인정하기 위해서는 다음의 사항들이 명백하게 입증(clear and convincing evidence)되어야 한다. 즉, ①해당 아동과 상당한 기간 동안 가족의 일원으로서 함께 거주한 사실, ②해당 아동을 지속적으로 보살핀 사실, ③경제적 대가가 없이 해당 아동에 대해 완전하고 영속적인 부모의 역할을 수행한 사실, ④해당 아동을 자신의 자녀처럼 주변에 표명한 사실, ⑤해당 아동과 의존적 유대관계를 형성시킨 사실, ⑥해당 아동의 부모가 위의 유대관계 형성을 조성하거나 지지한 사실, ⑦해당 아동과의 관계를 지속하는 것이 그 아동의 복리에 부합한다는 점이 입증되어야 한다.⁸²⁾

77) 1973년의 통일친자법은 사실상 부모 개념을 규정하지 않았고, 또 그러한 표현의 용어도 사용하지 않았다. 다만 동법 제5조에서는 부모로 추정되는 경우를 나열한 뒤, 거기에 “미성년 아동을 자신의 가정으로 들이고 공개적으로 그 아동을 자신의 친자녀인 것으로 표명한 경우(hold-out)”를 포함시키고 있는데, 이 “hold-out”요건은 2017년 통일친자법상 사실상 부모의 요건 중 하나로 규정되어 있다. Uniform Parentage Act(이하 “UPA”) §5(a)(4)(Unif. Law Comm’n 1973).

78) UPA §102(2), (15), §201(3).

79) UPA §601(a).

80) UPA §609(a)(2).

81) UPA §609(b). 따라서 해당 아동이 사망한 이후 또는 성년자가 된 이후에는 소의 이익이 없다.

위 요건들은 대체적으로 앞서 설명한 가족관계해소에 관한 법원칙상의 사실상 부모의 성립요건과 유사하다. 다만, ①요건에서 해당 아동과 함께 거주해야 하는 기간을 단지 “상당한 기간”으로만 규정하고 있을 뿐, 위 법원칙상의 최소 기간 2년과 같은 요건은 제시하고 있지 않다. “상당한 기간”에 대한 해석은 법원의 재량에 맡겨져 있다. 또한 ④요건 역시 위 법원칙에서 요건으로 삼고 있지 않는 내용인데, 이 요건은 사실상 부모의 성립을 다소 어렵게 만들어서 결국 그 지위를 득할 수 있는 자들의 범위를 대폭 축소시킨다.⁸²⁾ 즉, 조부모나 형제자매 또는 그 외 친족이 해당 아동에 대해 부모와 같은 역할을 수행하면서 부모-자녀와 같은 유대관계를 형성하였더라도, 그 과정에서 통상 자신을 그 아동의 부모인 것으로 인식하지 않을 뿐 아니라 주변에 그 아동을 자신의 자녀인 것처럼 알리지도 않기 때문에 이들은 사실상 부모가 될 가능성이 매우 적을 것이다. 이런 점에서 볼 때, 통일친자법상 사실상 부모 규정은 주로 계부모(step-parents)의 경우에 한정하여 적용될 여지가 있다.

IV. 맺음말: 정리 및 우리 법에의 시사점

1. 부모의 지위결정과 부모의 권리·의무 귀속결정

미국의 사실상 부모 개념은 전통적인 가족관념 또는 가족형태가 붕괴하고 다변화된 가족관계의 현상을 맞이하면서 발전되어 왔다. 여기에 가족 분야 법제도를 선도한 자녀복지의 가치 역시 사실상 부모 법리의 발전을 견인하였다고 볼 수 있다. 즉, 전통적 가족관념에 기댄 부모 지위의 독점성 및 절대성이 힘을 잃게 되고, 부모의 권리는 자녀복지의 측면에서 재설정되어야 하는데, 사실상부모 법리는 그 과정에서 산출된 결과물이라고 할 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이, 사실상부모 법리는 - 미국 내 각주마다 다소 차이가 있지만 - 대체적으로 부모 아닌 자에게 양육권이나 면접교섭권을 부여하기 위한 기초로서 활용되고 있다. 물론 여기에는 부모의 권리와 자녀의 복리가 첨예하게 충돌하는 지점이 존재하지만, 논리법칙과 경험칙을 바탕으로 부모의 권리가 정당한 이유 없이 침해되지 않도록 사실상부모의 성립요건을 정제(精製)함으로써 양

82) UPA §609(d)(1)-(7).

83) Parness & Timko, *supra* note 37, at 614-16; ALI, *Restatement of the Law-Children and the Law* §1.82, comment b (Tentative Draft No. 2, 2019).

자 간 균형을 맞추고 있다.

사실상부모 법리를 이해함에 있어서 눈여겨 보아야 할 점은 미국의 친자관계에 관한 법제가 가리키는 방향이다. 미국법상 친자관계의 성립기준 또는 부모 지위의 결정기준은 방대한 양의 판례들이 축적되어 법리로서 정립되었다. 거기에는 다양한 기준들이 존재하지만, 대체적으로 ①혈연적 또는 생물학적 연관성, ②실질적인 양육의 이행 여부(사회적 친자관계), ③계약을 통해 부모가 될 의사를 표시하였는지 여부, ④자녀의 복리로 요약할 수 있다.⁸⁴⁾ 그런데 이러한 기준들은 모두 직·간접적으로 자녀 복리와 연결되어 있고, 무엇보다 그 주된 쟁점이 누가 부모인지를 밝히기 보다는 누구에게 부모의 권리·의무를 부여해야 하는지(누가 부모의 권리·의무를 적절히 수행할 수 있는지)에 관심을 두고 있다. 즉, 부모의 지위 그 자체를 결정하는 것은 잠시 유보하고, 부모 권리·의무의 귀속주체를 결정하는 것에 집중한다.⁸⁵⁾ 이는 우리 민법이 부모의 지위를 결정하는 규정(제4장 제1절(친생자) 및 제2절(양자))을 앞에 두고, 이어서 부모의 권리·의무에 관한 규정을 뒤에 배치하고 있는 것과 사뭇 다르다.⁸⁶⁾ 앞서 살펴 본 미국의 가족관계해소에 관한 법원칙의 경우, 부모 개념에 관한 규정에서 부모의 권리·의무를 행사할 수 있는 자로서 법적부모, 형평법상 부모, 사실상부모를 제시한 뒤, 각각의 지위를 개념정의하고 있다. 또한 통일친자법의 경우, 친자관계의 성립에 관한 규정에서는 혈연(임신 및 출산과 친생추정효)에 따른 친자관계의 성립과 함께 사실상부모의 지위취득에 따른 친자관계의 성립을 대등병렬시켜 규정하고 있는데, 이 역시 부모의 지위 자체보다는 부모의 권리·의무를 행사할 수 있는 자를 우선적으로 탐색한 결과라고 생각된다.

순서가 어찌됐든 결국 초점은 부모의 지위결정으로 모아지겠으나, 이를 결정하는 데에 있어서의 접근양상은 확연히 다르다. 즉, ①부모의 지위를 가지는 자가 원칙적으로 부모의 권리·의무를 행사할 수 있다는 것과 ②부모의 권리·의무를 행사할 수 있는 자가 원칙적으로 부모의 지위를 가진다는 것에는 분명히 차이가 있다. ①의 접근은 우리 민법이 취하는 태도로서, 우선 부모의

84) William P. Statsky, *Family Law: The Essentials* 219(3rd edit., 2014).

85) 같은 취지로, 권재문, 법적인 ‘아버지’를 결정하기 위한 요건들에 대한 일고찰-미국에서의 논의를 중심으로, *가족법연구* 제21권 제3호, 한국가족법학회, 2007, 80-81면.

86) 권재문, 위의 논문, 80면(“...현행 민법은, ‘부모의 지위 자체’의 귀속기준에 관하여는 ‘자녀의 복리’에 관한 판단을 요구하지 않으면서도, ‘부모의 권리·의무’를 행사할 사람을 결정할 때에는, 혈연을 원칙적인 결정기준으로 하면서도, 자녀의 복리라는 기준에 의하여 이러한 원칙을 제한하고 있을 뿐 아니라,....”).

지위를 고정시켜 두고 그 지위로부터 발생하는 권리·의무의 내용과 행사방법을 설정하는 것인데, 양자는 상호 단절된 구조를 띠게 된다. 실제로 우리 민법은 부모의 지위결정에 있어서는 자녀복리의 가치를 반영하지 않으면서(가령 제844조), 그 권리·의무의 내용과 행사를 설정함에 있어서는 자녀복리의 가치를 투영시킨다. 이러한 단절된 구조하에서는 부모의 지위결정에 처음부터 자녀복리의 가치를 반영하기 힘들고, 그로 인해 발생한 문제를 친권의 제한 및 상실(제924조 내지 제925조의2) 또는 미성년후견인의 선임(제909조의2) 등을 통해 후속적으로 수습하게 된다. 반면 미국법이 취하고 있는 ②의 접근은 애초부터 자녀복리에 입각하여 부모의 권리·의무 귀속주체를 염두에 두고 이를 다시 부모의 지위결정에 반영하는 것이므로, 양자는 상호 유기적이고 연동적인 구조를 보이게 된다. 물론 미국법의 경우에도 법적부모(친생부모와 양부모) 외의 제3자에게 부모의 지위를 부여하는 데에 엄격한 심사요건을 적용하므로 그 [부모-자녀]관계가 외부에 무차별적으로 개방되어 있진 않다. 하지만 위와 같은 사고나 접근방식은 부모의 지위결정에 있어서 자녀복리의 가치를 좀 더 수월히 담아낼 수 있게 하고, 그에 따라 부모의 지위를 유연화·실질화시킴으로써 부모 아닌 자에게 부모의 권리를 부여하는 데에 친화적인 환경을 조성한다.

생각건대 부모의 지위결정은 매우 중요한 문제이지만 그 자체가 목적일 수는 없을 것이다. 부모의 지위 그 자체가 자녀복리의 실현을 절대적으로 보장해주는 것은 아니기 때문이다. 그러므로 부모의 지위결정에 있어서 누가 부모의 권리·의무를 행사할 수 있는 자인지를 선행적 또는 동시적으로 고려할 수 있다면 부모의 지위를 좀 더 유연화·실질화 시킴으로써 자녀복리의 가치에 보다 가까이 접근할 수도 있다. 이런 점에서 사실상부모 법리의 의의를 찾을 수 있다고 생각한다. 그러나 특히 가족법제도는 그 사회가 가족관계에 대해 가지는 고유의 관념과 정서를 대변하는 것이기 때문에 어떤 긍정적인 효과에만 현혹되어 외국의 법리를 무분별하게 수용할 수는 없을 것이다. 그럼에도 불구하고 자녀복리의 가치를 적절히 관철시키기 위해서는 우리의 가족법제도를 보다 다양한 시각에서 재조명하고, 이를 통해 그 이론적 토대를 풍성히 할 필요도 있다.

2. 보론(補論): 우리 민법상 면접교섭권자 범위확대에 관한 논의에 덧붙여

최근 우리 민법은 제837조의2를 개정하여 조부모의 면접교섭권을 인정하는 규정을 신설하였다. 법개정 이전부터 부모(비양육친)에게만 인정되었던 면접교

섭권⁸⁷⁾에 관하여는 그 범위확대를 주장하는 논의들이 충분히 성숙한 상태였다. 즉, 면접교섭권을 부모의 지위에 터잡은 고유권으로 파악하기 보다는 자녀 복리의 가치를 실현하는 제도로 이해하고, 또 면접교섭권은 부모만이 누릴 수 있는 권리가 아니라 자녀 또한 향유할 수 있는 이익이라는 점을 감안하면, 그 자녀가 기존에 부모 외의 자들과 맺어왔던 유대관계를 단절시키지 않고 최대한 유지시켜 주어야 한다는 것이다.⁸⁸⁾ 이러한 기초 위에서 조부모, 계부모, 형제자매 등 부모 아닌 자들의 면접교섭권도 허용되어야 한다는 주장들이 제기되어 왔다.⁸⁹⁾ 물론 면접교섭권자의 확대에 대하여 회의적인 시각도 존재했지만, 대체적으로는 그 범위확대가 법문해석상 어렵다는 점을 들고 있을 뿐 이를 입법론적으로 해결할 수 있는 가능성까지 부정하는 것은 아니다.⁹⁰⁾ 이러한 논의들의 결실로서 2016년 제837조의2 제2항이 신설되었는데, 이는 “자(子)를 직접 양육하지 아니하는 부모 일방의 직계존속은 그 부모 일방이 사망하였거나 질병, 외국거주, 그 밖에 불가피한 사정으로 자(子)를 면접교섭할 수 없는 경우 가정법원에 자(子)와의 면접교섭을 청구할 수 있다. 이 경우 가정법원은 자(子)의 의사(意思), 면접교섭을 청구한 사람과 자(子)의 관계, 청구의 동기, 그 밖의 사정을 참작하여야 한다.”고 규정하고 있다. 즉, 조부모는 원칙적으로 면접교섭권을 단독으로 행사할 수 있는 자가 아니어서 부모(비양육친)가 자녀를 면접교섭하는 기회를 활용하도록 하고, 다만 그것이 여의치 않은 경우에 한하여 조부모가 단독으로 면접교섭권을 신청할 수 있는 것이다. 이 규정은 부모 아닌 제3자에게 면접교섭권 획득의 길을 열어주었다는 점에서 기존 입장으로 부터 진일보한 측면이 있으나, 제3자의 범위를 부모 일방의 직계존속(조부모)으로 한정된 것과 그 조부모마저도 특정 상황에서만 면접교섭권을 누릴 수 있

87) 개정전 민법 제837조의2 제1항(“자(子)를 직접 양육하지 아니하는 부모의 일방과 자(子)는 상호 면접교섭할 수 있는 권리를 가진다.”).

88) 김주수·김상용, 친족상속법 제15판, 법문사, 2018, 225-29면; 박동섭, 친족상속법 제4판, 박영사, 2013, 192면. 주해친족법 제1권(편집대표 윤진수/이동진 집필부분), 박영사, 2015, 357-58면; 진민희, 조부모의 면접교섭권, 사법 제10호, 2009, 154면.

89) 조부모에게 면접교섭권을 부여해야 한다는 입장으로, 박동섭, 위의 책, 192면; 오시영, 친족상속법 제2판, 학원사, 2011, 199면. 또한 계부모의 면접교섭권을 주장하는 견해로, 이현재, 의붓부모의 방문권과 당사자 적격-미국을 중심으로, 민사법연구 제12집 제1호, 대한민사법학회, 2004, 309-10면. 마지막으로 형제자매의 면접교섭권을 허용하자는 견해로, 김수정, 자녀의 최선의 이익과 면접교섭권, 가족법연구 제19권 제1호, 한국가족법학회, 2005, 332면.

90) 현소해, 조부모와 계부모 기타 친족의 면접교섭권: 해석론과 입법론, 가족법연구 제29권 제2호, 한국가족법학회, 2015, 8면; 주해친족법 제1권(편집대표 윤진수/이동진 집필부분), 박영사, 2015, 357-58면; 윤부찬, 조부모의 면접교섭권에 관한 연구, 민사법학 제38호, 한국민사법학회, 2007, 533면; 김은아, 재혼가족의 친족법적 과제, 가족법연구 제24권 제3호, 한국가족법학회, 2010, 90면.

다는 한계가 있다.⁹¹⁾ 이러한 한계로 인해 개정법은 기존 면접교섭권자의 범위 확대를 주창하는 측의 만족을 이끌어내진 못하였고, 법개정 이후에도 면접교섭권자의 범위확대에 관한 논의는 계속되고 있다. 이 논의들의 대부분은 면접교섭권이 부모와 자녀 모두의 권리인 점과 자녀복리의 가치를 실현하는 도구인 점을 전제하면서, 조부모 외에 형제자매, 친족, 기타 제3자까지 면접교섭권의 허용범위를 확장시킬 것을 주문하고 있다.⁹²⁾

우선 개정법상 조부모에게 예외적으로 면접교섭권을 허용한 것이 그 외 제3자의 면접교섭권 허용논의를 원천적으로 차단하는 의미로 해석할 수는 없을 것이고,⁹³⁾ 또한 전통적인 가족모델의 해체는 여전히 현재진행중이기 때문에 자녀복리의 관점에서부터 현행 면접교섭권을 포함한 가족법제도를 끊임없이 되새겨 보는 것은 법정정책적으로도 바람직하다. 이런 점에서 법개정 이후에도 지속된 면접교섭권자의 범위확대에 관한 논의들은 그 자체로도 의미가 있다고 생각한다. 그런데 이러한 논의들은 대개 잠재적 면접교섭권자의 신분적 지위에 기대어 그 허용여부나 허용요건들을 단계별로 검토한다는 공통점이 있다. 즉, 면접교섭권의 확대논의가 조부모로부터 형제자매와 기타 친족, 그리고 혈연적으로 무관한 제3자로 이어지는 과정에서 그 허용요건이 엄격해지거나 또는 허용이 부정되기도 한다. 이에 대해 조부모와 그 외 제3자는 자녀와의 유대관계가 다를 수 있다거나 또는 조부모와 제3자의 면접교섭권은 각각 법적성질을 달리한다는지 내지는 제3자의 면접교섭권이 부모양육의 자율성을 침해할 수 있다고 평가하는 것을 보면, 그 이면에는 경험칙상의 신분적 지위에 대한 신뢰가 자리하고 있는 듯 하다. 그런데 이러한 태도는 애초 부모의 자녀에 대한 애정은 매우 특별한 것이어서 부모 외의 조부모 등 제3자에게는 일질 면접교섭권을 인정할 수 없다는 논리⁹⁴⁾와 맥을 같이하는 면이 있다. 즉, 부모라는 신

91) 김주수·김상용, 위의 책, 229면(“자녀를 직접 양육하지 않는 부모의 일방이 자녀에게 애정이 없어서 면접교섭을 회피하는 경우에는 조부모도 손자녀와의 면접교섭을 청구할 수 없는 것으로 해석된다.”); 같은 취지로, 김민지, 면접교섭권 확대에 관한 민법개정안에 대한 소고, 일감법학 제37호, 건국대학교 법학연구소, 2017, 119-20면.

92) 최민수, 독일법상 조부모 이외의 제3자의 면접교섭권에 관한 법적 고찰-면접교섭권자의 범위에 관한 독일민법과 비교를 중심으로, 민사법의 이론과 실무 제22권 제1호, 민사법의 이론과 실무학회, 2018, 263면; 박득배, 자(子)의 권리로서 면접교섭권, 가족법연구 제32권 제1호, 한국가족법학회, 2018, 178면; 신동현, 조부모의 면접교섭권-광주고등법원 2015. 1. 7. 자2013브3 결정, 법학논총 제38권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2018, 415면; 안문희, 프랑스민법상의 면접교섭권, 가족법연구 제33권 제1호, 한국가족법학회, 2019, 227-28면; 서중희, 면접교섭권자의 범위확대를 위한 해석과 그 한계-일본민법과의 비교를 중심으로, 가족법연구 제34권 제2호, 한국가족법학회, 2020, 37-40면.

93) 서중희, 위의 논문, 2-3, 39-40면.

분적 지위가 가지는 경험칙상의 무한신뢰를 근거로 조부모의 면접교섭권 허용을 반대하던 논리가 이제는 조부모 외 제3자에게로의 면접교섭권 확대논의에 활용되는 것이 다소 아이러니하기도 하다. 또한 면접교섭권자 범위확대의 논의가 촉발된 배경이 자녀복리에 있다면, 신분적 지위 그 자체가 자녀복리를 담보하지 않는다는 점도 고려되어야 할 것이다. 뿐만 아니라 가족유형의 다변화 현상을 감안해 볼 때 자녀복리에 부합하는 신분적 지위, 즉 면접교섭권을 허용할 만한 신분적 지위를 사전에 획일적으로 정해두고 논의를 전개하는 것이 과연 타당할지도 의문이다.

물론 위의 논의들은 궁극적으로 부모의 권리와 자녀의 복리 사이에서 균형점을 찾는 노력의 일환일 것이다. 어쨌든 면접교섭권은 자녀의 권리이면서 동시에 부모의 권리이기도 하기 때문이다. 그렇다 보니 부모의 지위에 기인하는 면접교섭권을 부모 아닌 자에게, 특히 혈연적으로 무관한 제3자에게 분배하는 것에 대해 정서적 거부감이 드는 것은 물론이고 정교한 정당화 이론을 정립하는 것도 힘들게 된다. 거슬러 올라가면, 다소의 비약이 있을 수는 있지만, 이러한 문제의 시작은 우리 민법이 부모의 지위를 확고부동한 고정 상수로 위치시키고 거기에 자녀복리의 가치가 유입될 수 있는 여지를 좁혀둔 데에 있다고 생각한다. 앞서 설명한 바와 같이, 부모의 지위결정에 있어서 누가 부모의 권리·의무를 행사할 수 있는 자인지를 선행적 또는 동시에 고려할 수 있다면 부모의 지위를 좀 더 유연화·실질화 시킴으로써 자녀복리의 가치에 보다 가까이 접근할 수도 있다. 이렇게 부모 지위의 경직성이 완화되면 그 지위로부터 발생하는 면접교섭권의 범위확대를 이론적으로 설명하는 데에 도움이 될 수 있다. 즉, 자녀의 복리를 위해 부모의 지위로부터 발생하는 면접교섭권을 부모 아닌 자에게 부여할 필요가 있다면, 그 부모 아닌 자를 부모의 지위에 준하는 것으로 하는 이론구성을 고려해 볼 수도 있다. 이 지점에서 미국의 사실상 부모 법리가 하나의 단초를 제공할 수 있을 것이다.

94) 양수산, 친족상속법, 한국외국대학교 출판부, 1998, 306면.

[참고문헌]

<국내문헌>

- 김주수·김상용, 친족상속법 제15판, 법문사, 2018
- 박동섭, 친족상속법 제4판, 박영사, 2013
- 오시영, 친족상속법 제2판, 학현사, 2011
- 주해친족법 제1권(편집대표 윤진수/이동진 집필부분), 박영사, 2015
- 권재문, 법적인 아버지를 결정하기 위한 요건들에 관한 일고찰-미국에서의 논의를 중심으로, 가족법연구 제21권 제3호, 한국가족법학회, 2007
- 제철웅, 생물학적 부모, 법적 부모, 그리고 사회적 부모-아동복지 우선의 관점에서 본 친자관계 확정을 중심으로, 비교사법 제26권 제2호, 한국비교사법학회, 2019
- 현소혜, 부자관계의 결정기준: 혼인과 혈연, 가족법연구 제33권 제2호, 한국가족법학회, 2019
- _____, 조부모와 계부모 기타 친족의 면접교섭권: 해석론과 입법론, 가족법연구 제29권 제2호, 한국가족법학회, 2015
- 신동현, 조부모의 면접교섭권-광주고등법원 2015. 1. 7, 자2013브3 결정, 법학논집 제38권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2018
- 서중희, 면접교섭권자의 범위확대를 위한 해석과 그 한계-일본민법과의 비교를 중심으로, 가족법연구 제34권 제2호, 한국가족법학회, 2020
- 이현재, 의붓부모의 방문권과 당사자 적격-미국을 중심으로, 민사법연구 제12집 제1호, 대한민사법학회, 2004
- 김수정, 자녀의 최선의 이익과 면접교섭권, 가족법연구 제19권 제1호, 한국가족법학회, 2005
- 윤부찬, 조부모의 면접교섭권에 관한 연구, 민사법학 제38호, 한국민사법학회, 2007
- 김은아, 재혼가족의 친족법적 과제, 가족법연구 제24권 제3호, 한국가족법학회, 2010
- 김민지, 면접교섭권 확대에 관한 민법개정안에 대한 소고, 일감법학 제37호, 건국대학교 법학연구소, 2017
- 최민수, 독일법상 조부모 이외의 제3자의 면접교섭권에 관한 법적 고찰-면접교섭권자의 범위에 관한 독일민법과 비교를 중심으로, 민사법의 이론과 실무 제22권 제1호, 민사법의 이론과 실무학회, 2018
- 박득배, 자(子)의 권리로서 면접교섭권, 가족법연구 제32권 제1호, 한국가족법학회, 2018

안문희, 프랑스민법상의 면접교섭권, 가족법연구 제33권 제1호, 한국가족법학회, 2019

<국외문헌>

Principles of the Law of Family Dissolution—Analysis and Recommendations, American Law Institute (2002)

Restatement of the Law—Children and the Law, American Law Institute (tentative draft No. 2, 2019)

Jeffrey A. Parness & Matthew Timko, De Facto Parents and Nonparent Child Support Order, 67 Am. U. L. Rev. 769 (2018)

Jeffrey A. Parness, Choice of Law in De Facto Parent Cases: Tweaking the 2017 Uniform Parentage Act, 88 Miss. L.J. Supra 1 (2019)

Margaret Ryznar, A Curious Parental Right, 71 SMU L. Rev. 127 (2018)

Michelle E. Kelly, De Facto Parents in Maryland: When Will the Law Recognize Their Rights?, 46 U. Balt. L.F. 116 (2016)

Mark Strasser, Custody, Visitation, and Parental Rights under Scrutiny, 28 Cornell J.L. & Pub. Pol'y 289 (2018)

Michael J. Higdon, The Quasi-Parent Conundrum, 90 U. Colo. L. Rev. 941 (2019)

Sara Alpert, The Past and Future State of De Facto Parents in New York, 55 Fam. Ct. Rev. 458 (2017)

Israel L. Kunin & James M. Davis, Protecting Children and the Custodial Rights of Cohabitants, 22 J. Am. Acad. Matrim. Law. 29 (2009)

Lindsay J. Rohlf, The Psychological-Parent and De Facto-Parent Doctrines: How Should the Uniform Parentage Act Define “Parent”?, 94 Iowa L. Rev. 691 (2009)

Jason M. Merrill, Two Steps Behind: The Law’s Struggle to Keep Pace with the Changing Dynamics of the American Family, 11 J.L. FAM. STUD. 509, 510 (2009)

Anne E. Kinsey, A Modern King Solomon’s Dilemma: Why State Legislatures Should Give Courts the Discretion to Find that a Child has More than Two Legal Parents, 51 SAN DIEGO L. REV. 295, 301 (2014)

- Samuel Johnson, Are You My Mother? A Critique of the Requirements for De Facto Parenthood in Maine Following the Law Court’s Decision in *Pitts v. Moore*, 67 Me. L. Rev. 353, 367(2015)
- Pamela J. MacAdams, Custodial Rights in Non-Traditional Families, 20 Ohio Dom. Rel. J. 53(2008)
- Holly M. Davis, Comment, Non-Parent Visitation Statutes: Was *Troxel v. Granville* Their Death-Knell?, 23 Whittier L. Rev. 721, 736 & n.152 (2002)
- Kristine L. Roberts, State Supreme Court Applications of *Troxel v. Granville* and the Courts’ Reluctance to Declare Grandparent Visitation Statutes Unconstitutional, 41 Fam. Ct. Rev. 14 (2003)
- Rebecca E. Hatch, Esq., Litigation for De Facto Parent to Seek Child Custody or Visitation, 143 Am. Jur. Trials 441, §4 (2020 update, Originally published in 2016)
- Janet L. Richards, The Natural Parent Preference Versus Third Parties: Expanding the Definition of Parent, 16 Nova L. Rev. 733(1992)
- Carolyn Wilkes Kaas, Breaking Up a Family or Putting It Back Together Again: Refining the Preference in Favor of the Parent in Third-Party Custody Case, 37 Wm. & Mary L. Rev. 1045(1996).

[Abstract]

Implications of the De Facto Parent Doctrine in the U.S. Family Law

Jin, Dowang*

The definition of family has expanded drastically. To address these changing family dynamics, many states have adopted de facto parent laws, which recognize a nonbiological or adoptive parent's right to petition for custody or visitation in strict circumstances. These laws differ drastically from state to state, leaving no common understanding of the requirements to be a de facto parent. A de facto parent is an individual other than a legal parent or a parent by estoppel who, for a significant period of time not less than two years, (i) lived with the child and, (ii) for reasons primarily other than financial compensation, and with the agreement of a legal parent to form a parent-child relationship, or as a result of a complete failure or inability of any legal parent to perform caretaking functions, (A) regularly performed a majority of the caretaking functions for the child, or (B) regularly performed a share of caretaking functions at least as great as that of the parent with whom the child primarily lived. Although granting a parental right to a de facto parent or non-parent gives rise of a trade-off between protecting a parent's right and child's best interests, states have tried to keep the balance between them through the strict scrutiny of requirements to be a de facto parent.

Keywords : De Facto Parent, Legal Parent, Parental Right, Child's Best Interest, Custody, Visitation, Parent-Child Relationship

* Prof., Incheon National University