

國內滯留 外國人의 家族法的 問題

- 涉外 婚姻 · 親子法을 中心으로 -

張在玉*

차 례

I. 머리말

II. 국제사법과 국적법

1. 국제사법의 규정형식 개관
2. 가족법관계에 있어서의 본국법주의와 국적
3. 외국인인가 내국인인가
4. 외국인의 한국국적의 취득 · 상실

III.涉外적 혼인관계

1. 혼인의 성립
2. 혼인의 효력
3. 이혼의 허부(許否)
4. 이혼의 효력

IV.涉外적 친자관계

1. 혼인중의 친자관계
2. 준정(準正)
3. 인공수정으로 태어난 자의 친자관계 문제
4. 인지(認知)의 준거법
- 5.涉外입양의 준거법
6. 동의규정

V. 맺음말

* 中央大 法大 教授, 法學博士

I. 머리말

근래들어 우리 나라도 외국과의 인적·물적 교류가 활발해지면서 더 이상 ‘고요한 아침의 나라(land of the morning calm)’로만 머물러 있을 수는 없게 되었다. 최근의 통계자료에 의하면 2002년도 국내체류외국인은 181개국 629,006명이고, 출입국자수는 25,146,574명(국민출국자 7,441,070명, 외국인 입국자 5,204,670명)에 달하여 지난해보다 각각 11%의 증가를 보이고 있다고 한다.¹⁾ 이처럼 외국과의 접촉이 활발해질수록, 당사자 일방이나 쌍방이 외국인이거나 법률행위지가 외국인 경우와 같이 “외국적 요소가 있는 법률관계”(국제사법 제1조)의 형성이 늘어날 수밖에 없다. 이러한 외국적 요소가 있는 사법적(私法的) 법률관계에 어떤 법을 적용할지 그 재판관할은 어떻게 할지 등의 문제가 발생하게 되는데, 이에 관하여 정하고 있는 법이 『국제사법(법률 제6465호, 2001. 7. 1 시행)』²⁾이다. 본고는 외국적 요소가 있는, 이른바涉外 사법적 법률관계 가운데 국제적인 인적 교류가 활발해지면서 필연적으로 발생하게 되는 가족법적 문제, 특히 국내체류외국인이 늘면서 제기되는 혼인·친자법의 문제를 중심으로 고찰한다.

II. 국제사법과 국적법

1. 국제사법의 규정형식 개관

涉外적 사법관계를 규율하고 있는 『국제사법』은 어떤 특정한 법률관계, 즉 단위법률관계마다 그에 밀접한 법역(法域)의 법을 지정하는 형식을 취하는 것이기 때문에, 내국인·외국인을 구별하지 않고 규정하고 있다. 『국제사법』은 한국의 국적법의 선결문제와涉外호적실무에도 직결하는 것으로서, 우리의涉外 사법관계를 취급하는 근본규범이고 또한 강행법규이다.

1) 법무부(출입국관리과) 보도자료, 2003. 1. 9. 이에 의하면 국내체류외국인 629,006명 중 외국인등록을 한 체류기간 91일 이상 장기체류외국인이 271,666명, 단기체류외국인이 357,340이고, 장기체류외국인을 국적별로 보면 중국 84,590명, 미국 37,634명, 대만 22,714명, 필리핀 17,305명, 인도네시아 17,145명, 일본 15,498명 순이다.

2) 이는 1962. 1. 15 제정·공포된涉外사법(법률 제966호)을 시대변화에 맞추어 전면 개정한 것이다.

섭외사법적 법률관계에서는 우선 당해문제가 국제사법상의 어느 규정의 적용을 받는 것인가, 다시 말해 국제사법상의 어떤 단위법률관계에 해당하는가 하는 법률관계의 성질결정³⁾이 필요하다. 예컨대 국적을 달리하는 부부의 부(夫)가 사망한 경우, 처(妻)가 부(夫)의 재산에 대하여 주장하는 권리의 문제가 부부재산제(국제사법 제38조)의 법률관계에 해당하는가, 또는 상속(동법 제49조)의 법률관계로 보는가에 따라 적용되어야 할 국제사법 규정이 달라진다.

다음으로 연결점의 문제가 생기는데, 『국제사법』은 가족의 법률관계를 조문 상으로는 제36조의 혼인으로부터 제50조의 유언까지의 15개의 단위법률관계로 구분하여 연결점을 지정하고 있다. 연결점으로는 국적, 상거소(常居所), 행위지, 거행지, 부동산의 소재지 등이 있다. 각각의 조문을 보면 이러한 여러 연결점 가운데 단일의 연결점을 채택하기도 하지만, 경우에 따라서는 단계적으로, 선택적으로, 또 배분적으로 연결점을 사용하고 있기도 하다. 국제사법에서는 이러한 연결점을 매개로 하여 지정된 구체적인 실질법을 준거법이라고 한다. 연결점이 국적인 경우의 준거법은 본국법이 되고, 상거소인 경우의 준거법은 상거소지법, 행위지인 경우에는 행위지법이 되는 것이다.

그런데 사안에 따라서는 준거법이 ‘본국법’으로 되어 있으나 당사자가 복수의 국적을 가지고 있거나 또는 무국적이어서 당사자의 본국법을 바로 결정할 수 없고, 연결점인 본국법을 어떻게 결정하느냐 하는 연결점의 확정 문제가 발생하기도 한다. 이에 관하여는 우리 『국제사법』 제3조 제1항 및 2항이 규정하고 있다. 또 미국처럼 한 국가 내에 각 주(州)가 독자적인 가족법을 가지고 있는 일국수법(一國數法)(불통일법(不統一法)) 국가의 법이 준거법으로 지정된 경우에 그 국가의 여러 법역 중 어느 지역의 법을 준거법인 본국법으로 결정하느냐에 관하여는 『국제사법』 제3조 제3항이 규정하고 있다.

한편, 준거법이 ‘본국법’을 포함하여 외국법이고, 그 외국법의 법이 한국법을 적용하는 규정을 가지고 있는 경우에는 한국법을 적용하는 것으로 하는 규정, 즉 ‘반정(反定)’규정을 『국제사법』 제9조가 정하고 있다. 구섭외사법은 제4조에서 “당사자의 본국법”에 의해야 할 경우에만 제한적으로 반정을 인정하였으나, 개정 『국제사법』에서는 이러한 제한을 없애고 본국법외의 다른 법이 적용되는 경우에도 반정이 가능하도록 함으로써 그 인정범위를 확대하고 있다.⁴⁾

3) 법률관계의 성질결정에 관한 法廷地法說, 準據法說, 國際私法自體說 등에 관하여는 김연·박정기·김인유, 『국제사법』, 법문사, 2002, 109면 이하 참조.

또 『국제사법』은 제10조에 준거법인 외국법을 적용한 결과가 한국의 법질서에 명백히 반하는 경우에는, 그 외국법의 적용을 배제하고 그 결과로서 한국법을 적용하는 ‘공서’의 규정을 두고 있다.

2. 가족법관계에 있어서의 본국법주의와 국적

(1) 본국법주의

우리 『국제사법』에 의하면 본국법이 가족법상의 문제에 적용되는 원칙적인 준거법으로 되어 있다. 구체적으로 보면 혼인의 성립요건(제36조 제1항), 혼인의 방식(제36조 제3항), 혼인의 효력(제37조), 부부재산제(제38조 제1항), 이혼(제39조), 혼인중의 친자관계의 성립(제40조), 혼인 외의 친자관계의 성립(제41조), 준정(제42조), 입양 및 과양(제43조), 친자간의 법률관계(제45조), 그 밖의 친족관계(제47조), 후견(제48조), 상속(제49조), 유언(제50조) 등의 단위법률관계에 있어서 본국법이 준거법으로서 채택되고 있다. 이처럼涉外적 가족관계에서의 연결점으로 가장 중요한 요소는 국적이라 할 수 있다. 그리보면 국내에 체류하는 외국인의 한국내에서의涉外적 가족관계에는 국적이라는 연결점의 확정이 중요한 의미를 갖게 됨을 알 수 있다.

(2) 국적의 개념

국적의 개념은, 18세기말 프랑스 혁명 이후 근대국민국가의 성립에서 그 출발점을 두는데,⁵⁾ 국민으로서의 신분 또는 국민이 되는 자격을 말한다.⁶⁾ 즉 국적을 기준으로 해서 어느 국가의 국적을 가진 사람은 그 국가의 국민이 되고, 그렇지 않은 사람은 외국인으로 되는 것이다.

오늘날은 국제화시대에 걸맞게 많은 국가에서 외국인에게도 내국인과 유사한 정도의 법률상의 지위를 인정하고 있고, EU에서 보듯 국적이라는 개념이 사라져가고 있는 현실에서, 내국인과 외국인을 엄격하게 구별하는 것은 점점 그

4) 국제사법은 이처럼 반정의 범위를 넓히는 것과 함께, 반정의 부당한 확대를 방지하기 위하여, 반정을 인정하는 것이 국제사법이 정한 지정의 취지에 반하는 경우에는 반정이 인정되지 않는 것으로 하여 그러한 경우를 열거하고 있다(동조 제2항).

5) 木棚照一, 『國籍法逐條解說(1)』, 戶籍時報, 1996. 4, 4頁 이하; 定住外國人と家族法研究會 編, 『定住外國人と家族法IV』, 自主出版, 1993, 130頁 이하 참조.

6) 권영성, 『헌법학원론(보정판)』, 법문사, 2000, 119면.

의미를 잃어가고 있는 것이 사실일지 모른다. 그러나 국적의 개념은 국제법과 국내법적으로 여전히 중요한 문제라고 하지 않을 수 없다. 즉 국적의 국제법적 기능으로는, 외국에 체류하는 자국민이 체류국으로부터 부당하게 취급당하고 그 신체와 재산을 침해당한 경우에 그 본국은 그 체류국에 대하여 구제를 요구할 외교적 보호권을 가지는 것을 들 수 있다. 또, 국적의 국내법적 기능으로서, 그 소속국의 국민은 당해국의 자유로운 출입국·거주의 권리를 가지고, 또 참정권, 공무담임권을 가지며 병역의무를 부담하는 것으로 되어 있다.⁷⁾

그런데 우리나라의 경우, 과거의 특수한 역사로 인해 우리나라에 거주하는 다른 국적을 가진 사람 중 대한민국 국민인지 아니면 외국인인지 구분하기에 용이하지 않은 경우가 있다. 이 문제를 해결하는 것은 매우 중요한데, 왜냐하면 그 구분에 따라 국제사법의 적용여부가 결정되기 때문이다.

3. 외국인인가 내국인인가

대한민국의 국민이 되는 요건을 정한 법이 바로 『국적법』(1997. 12. 13 법률 제5431호로 전문개정, 1998. 6. 14 시행)이다(동법 제1조). 그런데, 우리나라의 경우 일제 식민역사와 해방이라는 격동기를 거치는 동안에 발생한 민족구성원의 해외이주, 남북분단상황이라는 특수성 때문에 대한민국 국민의 범위를 획정하는데 있어 어려운 문제가 발생한다. 즉 전자의 기간 동안 만주, 연해주 등으로 이주한 해외동포와 현재 북한주민(북한이탈주민 포함)을 대한민국의 국적을 보유한 우리나라의 국민으로 볼 수 있는가의 문제가 그것이다.

먼저 전자의 경우는, 최근 중국, 러시아, 독립국가연합의 재외동포들의 대한민국 국적회복 내지 국적확인에 관한 빈번한 청구와 한국에 불법체류하고 있는 소위 조선족의 처리 문제로서 적극적인 입법이 요구되는 부분이다. 이러한 문제의 발단은 출생에 의한 국적취득에 있어서 혈통주의를 취하고 있는 우리 국적법에 '최초 국민'에 대한 규정이 불비하기 때문이다.⁸⁾ 최초 국민의 범

7) 江川英文 外, 『國籍法(三版)』, 有斐閣, 1997, 3頁 이하 참조.

8) 이에 관한 자세한 내용은 노영돈, “우리나라 국적법의 몇가지 문제에 관한 고찰”, 『국제법학회논총』 제41권제2호, 1996, 53면 이하; 제성호, “한국 국적법의 문제점 및 개선방안” 『국제인권법』 제4호, 2001, 134면 이하 참조. 본래 미군정하에서는, ‘국적에 관한 임시조례’를 1948년에 시행하였는데 그 5조는, 『외국국적 또는 일본호적을 취득한 자가 그 외국국적을 포기하거나 일본호적을 이탈하면 단기 4278년(1945년) 8월 9일 이전으로 소급하여 조선국적을 회복한 것으로 본다』고 규정한 바 있다. 이 국적에 관한 임시조례에 대해 대법원(후술할 소위 이영순 사건: 대판 1996. 11. 12, 96누1221)은

위가 정해져야 그것을 기초로 이들에게 대한민국 국민의 자격을 부여할 수 있다. 이것을 재중 한인과 관련하여 본다면, 현재로서는 국적법 제15조 제1항⁹⁾과 제20조¹⁰⁾에 의하여 해결할 수밖에 없을 것이다. 그런데 제15조 제1항의 규정은 법의 일반원칙에 따라 한국국적법이 제정된 1948년 12월 20일 이후에만 적용된다.¹¹⁾ 그 이전에는 한국국적이탈이 허용되지 않았기 때문에 위 시점 이전에 비록 자진하여 외국국적을 취득하였다고 해도 여전히 한국국적을 보유하고 있는 것으로 된다. 다만 재중한인은 한국국적법 제정 이전에 중국국적을 취득한 것이므로,¹²⁾ 법리상으로는 중국국적과 한국국적을 이중으로 가지는 모순이 발생하게 된다. 한편 1999년 12월 3일부터 시행되고 있는 『재외동포출입국과법적지위에관한법률』에서는 혜택을 받을 수 있는 외국국적동포를, 대한민국 정부수립 이후 국외로 이주한 자 중 대한민국 국적을 상실한 자와 그 직계비속 또는 대한민국 정부수립 이전 국외로 이주한 자 중 외국국적 취득이전에 대한민국의 국적을 법무부령이 정하는 바에 의하여 명시적으로 확인받은 자와 그 직계비속으로 하였다(동법률 제2조). 여기서 명시적 확인은 거주국 소재 재외공관 또는 대한민국 정부의 위임을 받은 기관·단체에 재외국민등록법에 의해 등록하는 것을 의미하므로, 사실상 중국동포와 러시아동포는 동법률의 적용대상에 포함되지 않기 때문에 재외동포체류자격 및 국내거소 신고증을 취득할 수 없었다. 이 규정에 대해 헌법재판소는 정부수립이전 이주동포를 재외동포법의 적용대상에서 제외한 것은 합리적 이유없이 정부수립이전 이주동포를 차별하는 자의적인 입법이어서 헌법 제11조의 평등원칙에 위

그 법원성을 인정할 바 있으나, 많은 비판을 받고 있다.

9) 제15조 ①대한민국의 국민으로서 자진하여 외국 국적을 취득한 자는 그 외국 국적을 취득한 때에 대한민국의 국적을 상실한다.

10) 제20조 ①법무부장관은 대한민국 국적의 취득 또는 보유여부가 분명하지 아니한 자에 대하여 이를 심사한 후 판정할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 심사 및 판정절차 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

11) 노영돈, “재중한인의 국적에 관한 연구”, 『국제법학회논총』 제44권제2호, 1999, 88면.

12) 제2차 세계대전 이후 소위 국공내전 당시 국민당과 공산당의 한인에 대한 정책은 달랐다. 국민당은 점령지역내 모든 한인을 ‘僑民’, 즉 재중외국인으로 취급하여 한인은 중국국적 없이 거류권만 가지게 되었고, 토지소유권도 박탈당하였다. 반면 공산당은 한인을 중국의 소수민족으로 보고 모두 중화민국 공민으로 취급하였다. 따라서 국민당 점령지역 내에 있던 한인들은 공산당 점령지역 내로 넘어 오게 되었고, 국민당 소속의 국적을 가진 한인들은 거의 없었다. 그 후 1949년 중화인민공화국이 성립되면서 한인은 자연적으로 중화인민공화국의 공민이 되었다(이에 관한 자세한 내용은, 노영돈, 전개논문 “재중한인의 국적에 관한 연구”), 86면 참조).

배된다고 하여 헌법불합치 결정을 한 바 있다.¹³⁾ 이에 따라 입법자가 합헌적인 방향으로 법률을 개선할 때까지 2003. 12. 31을 한도로 잠정적으로 적용하게 되어 있지만, 아직 해결을 보지 못하고 있는 실정이다.

한편 북한 주민의 국적문제도 어려운 문제 중 하나이다. 북한이탈주민의 법적 지위문제로 대표되는 이 문제는 북한의 법적 지위와 관련하여 논의되고 있다.¹⁴⁾ 다만 현행 법체계나 판례의 견해로 볼 때, 북한주민과 관련하여서는 외국인에 관한 규정이 적용될 여지는 없다고 보므로 여기에서는 논외로 한다.

4. 외국인의 한국국적의 취득·상실

주지하는 바와 같이, 대한민국의 국적을 취득한 사실이 없는 외국인이 대한민국의 국적을 취득하는 대표적인 방법은 귀화허가를 받는 것이다. 귀화에는 일반귀화(국적법 제5조) 이외에 일정한 가족법상의 행위가 결부하여 국적을 취득하는 경우가 있다. 혼인에 의한 간이귀화(동법 제6조 제2항), 출생(동법 제2조)·인지(동법 제3조)에 의한 국적취득 등이 그것이다. 그런데 이 경우 한국국적을 취득하기 전 섭외적 가족법상의 문제가 발생하게 된다. 이러한 문

13) 헌재결 2001. 11. 29, 99헌마494.

14) 이에 관하여는 크게 두가지 입장으로 나눌 수 있다. 첫째는 헌법상 영토조항(제3조)을 근거로 북한주민을 대한민국 국민으로 이해하는 입장이다. 우리나라 대법원의 확고한 입장으로 최근 이영순 사건(대판 1996. 11. 12, 96누1221 판결: 동 사건은 원고 이영순이 중국의 공안당국이 발급한 중국 여권을 소지하고 국내로 입국하여 불법체류하다가 출입국관리법에 기하여 서울 외국인보호소장으로부터 강제퇴거처분을 받게 되자 북한공민증을 제시하면서 동 처분의 무효를 주장한 사건이다. 이 사건에서 대법원은 원고와 같이 북한공민증 소지자는 대한민국 국민이므로, 출입국관리법상 외국인에 대해서만 부과할 수 있는 강제퇴거처분을 한 것은 위법하다고 판시하였다)도 같은 맥락으로 이해된다. 그러나 이러한 해석은 북한이 유엔 등 다수의 국제기구에 가입하는 등 국제사회에서 독립된 국가로 인정받는 현실과 모순되며, 더구나 1992년 2월에 발효한 「남북기본합의서」의 남북간 상호체제 인정·존중정신과 어긋난다. 둘째는 북한주민에 대한 대한민국의 관할권을 일체 부정하고 북한당국의 관할권을 인정하는 입장을 생각할 수 있다. 그러나 이 경우 탈북자들에 대한 우리 관할권이 부정되므로 문제가 된다. 이러한 문제점 때문에 최근에는 다소간의 차이는 있으나 양 설을 절충하여 북한주민에 대한 특례를 특별법으로 규정하자는 주장이 제기되고 있다. 즉 북한주민이 남한의 해외공관이나 남한의 영역에 들어오는 경우에는 외국인과 달리 남한의 주민으로 인정하되, 북한 및 제3국에 있는 경우에는 북한의 주민으로서 남한의 국적법을 적용하지 않도록 해야 한다는 것이다(장명봉, “6·15 공동선언 이행을 위한 법·제도적 과제”, 『6·15 공동선언과 남북통일의 당면과제』, 단국대학교 행정법무대학원 개원 20주년 학술대회 자료집, 2001. 5, 47면 이하; 제성호, 『남북한 특수관계론: 법적 문제와 그 대책』, 한울아카데미, 1995, 148면 이하 참조).

제는 가족 구성원의 다양한 국적 보유가 가능한 현행 국적법상 더욱 증가할 것인데, 본고에서는 크게 혼인과 관련한 문제와 친자와 관련한 문제로 나누어 고찰하겠다.

(1) 혼인과 관련한 문제

국적법은 우리 국민의 배우자가 된 외국인에 대하여 법무부장관의 귀화허가를 받은 때에 우리 국적을 취득하는 것으로 규정하고 있다(제6조 제2항).¹⁵⁾ 즉, 혼인한 상태로 국내에 2년 이상(혼인한 후 3년이 경과한 자는 국내에 1년 이상) 주소를 가지고 거주하면 귀화허가를 받을 수 있다. 현행 국적법과 같이 개정된 이유는 크게 두 가지로 볼 수 있는데, 하나는 국적취득의 방식을 성(性)에 따라 달리 정하였던 구 국적법상의 남녀차별적 요소를 해소함으로써¹⁶⁾ 다수 입법례와 부합된다는 측면과, 다른 하나는 외국인이 국내체류 및 취업 등을 목적으로 혼인을 국적취득의 수단으로 악용하는 것을 방지하자는 것이다. 특히 후자의 이유로,¹⁷⁾ 우리 국민과 혼인한 자에 대하여도 귀화허가를 받기 전까지는 외국인의 신분으로 국내에 체류하게 되므로, 입국 후라도 위장결혼 사실이 드러난 경우 출입국관리법에 의한 강제퇴거가 가능하다는 점에서 위장결혼의 기도가 상당히 억제된다는 것이다.

그런데 위 거주기간의 요건을 엄격하게 적용할 경우 많은 문제가 발생하게 된다. 실제로 결혼 후 2년이 지나야 한국 국적취득 시험을 치를 수 있도록 되어 있는 현행 국적법 조항을 악용하여 한국인 배우자들이 폭행과 경제적 착취를 한 사례가 많은가 하면,¹⁸⁾ 한국인 배우자가 2년 내에 불의의 사고로 사망

15) 국적법 제6조 제2항: 배우자가 대한민국의 국민인 외국인으로서 다음 각호의 1에 해당하는 자는 제5조제1호의 요건을 갖추지 아니하여도 귀화허가를 받을 수 있다.

1. 그 배우자와 혼인한 상태로 대한민국에 2년이상 계속하여 주소가 있는 자
2. 그 배우자와 혼인한 후 3년이 경과하고 혼인한 상태로 대한민국에 1년이상 계속하여 주소가 있는 자

16) 구 국적법이 우리 국민의 처가 된 외국인에 대해서는 혼인과 동시에 자동으로 우리 국적을 취득하는 것으로 한 반면(구 국적법 제3조 제1호), 우리 국민의 남편이 된 외국인에 대해서는 간이귀화대상자로서 국적법 소정의 요건을 갖추고 법무부장관의 귀화허가를 받은 때에 비로소 우리 국적을 취득하는 것(구 국적법 제6조 제2항)으로 남녀에 차이를 두어 달리 규정한 것을 배우자라는 중립적 개념을 사용하여 개정된 것이다.

17) 석동현, “신국적법의 성립경과 및 개정의 개요”, 『저스티스』 제32권제2호, 1999. 6, 164면 각주 48) 참조.

18) http://www.kjlove.co.kr/board/technote/read.cgi?board=공지사항&y_number=2&nnew=2 참조.

한 경우에는 혼인의 해소에 이르는 결과, 강제출국 당하거나 불법체류자로 전락하게 된다. 이 점을 감안하여 불가피한 이유로 국적취득의 기회를 잃게 되는 외국인 여성을 구제할 수 있는 방안이 강구되어야 할 것이다.

또한 불법체류 외국인의 한국인과의 혼인후 귀화와 관련하여 2년 또는 1년의 국내거주기간을 인정하지 않는 문제도 발생하고 있다. 실무에서는 『국적법 시행규칙(법무부령 제461호, 1998. 6. 12 제정)』 제5조¹⁹⁾가 “외국인이 적법하게 입국하여 외국인등록을 마치고 국내에서 계속 체류한 기간”을 귀화신청자의 국내거주 요건으로 들고 있음을 근거로 하여 혼인한 불법체류외국인의 귀화 신청을 받아들이지 않는 것으로 알려져 있다. 그러나 산업연수생 등으로 정상적인 절차를 거쳐 외국인등록을 마친 후 국내에 체류하면서 배우자를 만나 혼인한 후 귀화요건으로서의 거주기간이 경과하기 전에 (불법으로라도) 연장체류를 할 수밖에 없는 현실적인 문제도 있음을 고려 할 때 이 요건의 운용에는 유연함이 필요하리라 본다.²⁰⁾

그리고 한국인과 외국인 간 혼인신고의 구체적 절차에 관하여는 호적예규(제557호 : 1998. 6. 14 시행)가 정하고 있다. 이에 의하면 한국에서의 혼인 신고시 외국인인 배우자가 그의 본국법에 의하여 혼인능력 등 혼인성립요건을

19) 국적법시행규칙 제5조[귀화신청자의 국내거주 요건] 법 제5조 제1호 및 법 제6조의 규정에 의한 기간은 외국인이 적법하게 입국하여 외국인등록을 마치고 국내에서 계속 체류한 기간으로 하되, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 국내에서 계속 체류한 것으로 보아 전후의 체류기간을 통산한다.

1. 국내에서 체류중 체류기간 만료전에 재입국허가를 받고 출국한 후 그 허가기간내에 재입국한 경우
2. 국내에서 체류중 체류기간연장이 불가능한 사유 등으로 일시 출국하였다가 1월 이내에 입국사증을 받아 재입국한 경우
3. 제1호 및 제2호에 준하는 사유로 법무부장관이 전후의 체류기간을 통산함이 상당하다고 인정하는 경우

20) 최근에 보도된 “말기암환자 - 조선족처녀 죽음 앞둔 ‘눈물의 웨딩마치’” 기사(동아일보 2003년 5월 26일자 참조)는 외국인 불법체류자의 어려움을 여실히 보여 주고 있다. 이 기사에 의하면 산업연수생신분으로 정상적인 입국을 한 조선족 여성이 한국인 남성과 만나 서로 결혼을 결심하였으나 이미 불법체류자의 신분이 되고 말아 시부모의 반대로 혼인을 못하였다. 한국인 남성은 부모를 설득하겠다고 하였고, 두 사람은 2000년 1월 동거를 시작하여 남성의 잇따른 사업실패에도 불구하고 서로 격려하며 열심히 살았으며 딸도 낳았으나 남성이 췌장암말기 선고까지 받게 되었다. 이제 6개월의 시한부 인생을 살게 된 남성이 여성과 혼인식을 올리고 아내에게 한국국적을 취득케 하여 주고자 하지만, 현행제도상으로는 구제방법을 찾기가 어렵다는 것이다. 법률혼 신고절차의 까다로움과 혼인후 2년 거주(동거)기간을 요하는 귀화요건의 엄격 적용으로 인하여 국적취득이 불가능한 문제점이 드러난 사례이다.

구비하고 있음을 증명하는 서면(외국인의 본국 관공서, 재외공관 등 본국유관 기관 발행)을 첨부하여 호적법 제76조에 의한 혼인신고를 한다. 그리고 이때 남자가 한국인인 경우, 외국인인 처가 혼인신고에 의하여 대한민국의 국적을 취득하는 것은 아니므로 남편의 신분사항란에 혼인사유만을 기재하여 두었다가 (남편이 법정분가를 하는 경우에는 남편(혼인외의 자 등 포함)을 본가에서 제적하고 법정분가 편제함) 나중에 귀화신고가 있을 때에 남편의 호적에 입적 기재하게 된다. 여자가 한국인인 경우에는 그 처를 본래의 호적에서 제적하여 일가창립하고,²¹⁾ 후에 처가 외국국적을 취득하여 한국 국적을 상실하게 되면 국적상실신고에 의하여 처의 호적을 제적처리 하게된다. 만일 후에 외국인 남편이 귀화로 호적을 갖게 된 경우, 처(妻)와 자(子)는 부(夫, 父)의 가에 입적하게되고 그 방법에 관하여는 호적예규 제580호(1999. 12. 11 제정)²²⁾가 정하고 있다. 국적을 전제로 하는 우리 호적법과 전통적 요소가 강한 호주제가 갖는 한계라고 볼 수 있지만, 혼인 후 바로 호적에 편입되지 못하고 귀화에 의한 국적취득이 있을 때 편입이 가능한 점이나, 혼인하는 부부의 의사로 외국인인 남편을 호주로 정하지 못하고 국적취득에 의해서만 가능하도록 한 점 등은 그 개선을 요하는 부분이라 할 수 있을 것이다.

(2) 친자와 관련한 문제

구 국적법이 출생에 의하여 우리 국적을 취득하는 요건으로서 규정하고 있었던 부계혈통주의는 국제인권규약(B규약)의 국적취득상의 남녀평등원칙에 위배될 뿐만 아니라 외국인 부와 한국인 모 사이에 출생한 자녀들이 우리 호적에 편입되지 못하여 각종 불이익을 받게 되는 등의 문제점을 가지고 있었다. 따라서 현행 국적법은 출생 당시 부모 중 어느 한 쪽이라도 우리 국민이면 그 자녀는 출생에 의해 우리 국적을 취득하는 것으로 규정하고 있다.²³⁾

21) 여자의 일가창립과 관련하여 호적예규 제589호(2001. 5. 21 개정)는 “외국인 또는 무적자(본적불명자)와 혼인한 여자는 일가를 창립한다”하고, 우리 나라 여자가 외국인 또는 무적자(본적불명자)와 혼인하여 부가(夫家)에 입적할 수 없는 경우에는 부가(夫家) 입적에 갈음하여 그 여자를 호주로 하여 신호적을 편제하도록 한다.

22) 호적예규 제580호는 외국인 부가 귀화로 호적을 갖게 된 경우 처, 자(子)가 부(夫, 父)의 가에 입적하는 방법 및 외국인 부(父)가 우리 나라에 귀화하여 호적을 갖게 된 경우 자의 성과 본의 경정절차에 관한 것이다.

23) 국적법 제2조(출생에 의한 국적 취득) ①다음 각호의 1에 해당하는 자는 출생과 동시에 대한민국의 국적을 취득한다.

한편, 부모양계혈통주의의 채택으로 부가 외국인이고 모가 한국인인 자의 성(姓)과 본(本)을 어떻게 정하는가가 문제된다. 이러한 문제를 해결하기 위해 민법은 1997년 12월 13일 제781조 제1항의 단서를 개정하여, “자는 부의 성과 본을 따르고 부가에 입적한다. 다만, 부가 외국인인 때에는 모의 성과 본을 따를 수 있고, 모가에 입적한다”고 규정하였다. 민법의 해석에 의할 때, 외국인 부와 한국인 모 사이에서 출생한 자는 한국인 모가에 입적할 수밖에 없게 된다. 다만 부의 외국식 성을 따를 수도 있고, 모의 성과 본을 따를 수도 있는데, 외국식 성을 쓰는 자녀의 본은 창본절차를 거쳐 새로 만들어야 할 것이고, 외국식 성을 사용하는 국적취득자가 새로이 성과 본을 정하고자 하는 경우에는 가정법원의 허가를 받아 호적관서에 신고하여야 한다(호적법 제111조).

그리고 자가 모의 성과 본을 따랐던 경우이든, 자가 부(父)의 외국식 성을 따랐던 경우이든 외국인 부(父)가 우리 나라에 귀화하여 호적을 갖게 된 경우에는, 자는 부의 성과 본을 따라 그 성과 본을 경정하도록 하고 있고, 그 절차에 대한 호적예규 제580호(1999. 12. 11 제정)를 두고 있다. 그밖에 우리나라 법에 따라 호적에 기재하게 되는, 외국인 부와 한국인 모 사이에 출생한 혼인중의 자의 성과 이름표기에 대하여는 호적예규 제638호(2003. 1. 9 개정)가 정하고 있다.

아울러 외국인과 한국인이 사실혼 관계에 있는 경우 이들 사이에서 출생한 자녀의 국적이 문제될 수 있다. 먼저 외국인 부와 한국인 모 사이에 출생한 자녀에 대해서 구 국적법에서는, 그 부를 알 수 없는 경우에 해당되어 모의 성과 본을 따르고 모가에 입적하였다(구 국적법 제2조 제1항 제3호, 민법 제781조 제2항). 그러나 부모양계혈통주의를 취하는 현행 국적법 하에서는 모가 우리 국민인 이상, 사실혼 여부 또는 부의 국적문제와 관계없이 우리 국적을 취득하게 된다. 다음으로 한국인 부와 외국인 모 사이에 출생한 자녀의 국적문제인데, 이 경우는 한국인 부의 인지에 의해서만 국적을 취득할 수 있다.²⁴⁾

-
1. 출생한 당시에 부 또는 모가 대한민국의 국민인 자
 2. 출생하기 전에 부가 사망한 때에는 그 사망한 당시에 부가 대한민국의 국민이었던 자
 3. 부모가 모두 분명하지 아니한 때 또는 국적이 없는 때에는 대한민국에서 출생한 자
 - ②대한민국에서 발견된 기아는 대한민국에서 출생한 것으로 추정한다.
- 24) 민법은 제855조 제1항에서 혼인외의 출생자의 친자관계발생에 관하여, 「혼인외의 출생자는 그 생부나 생모가 이를 인지할 수 있다」고 규정하고 있어 부자관계와 마찬가지로 모자관계도 모의 인지에 의하여 발생하는 것으로 해석될 소지가 있다. 그러나 판례(대판 1967. 10. 4. 67다1791)와 통설은 혼인외의 출생자와 생모와의 모자관계는 출산하였다는

인지에 대해 구 국적법에서는 외국인으로서 미성년인 자가 우리 국민에 의하여 인지된 때에는 자동으로 우리 국적을 취득하는 것으로 되어 있었다. 그러나 현행 국적법은 인지된 후 법무부장관에게 그 사실을 신고함으로써 국적을 취득할 수 있는 것으로 하고, 또한 출생한 당시에 인지한 부 또는 모가 대한민국 국민이었어야 한다는 요건을 이에 추가하였다(국적법 제3조 제1항). 그리고 호적예규 제545호(1998. 6. 3 제정)²⁵⁾는 외국인 인지에 대한 호적처리방법을 정하여 주고 있다. 즉 대한민국 국민인 부 또는 모가 외국인을 인지하는 경우 피인지자는 인지신고에 의하여 대한민국의 국적을 취득하는 것이 아니므로 인지자의 신분사항란에 인지사유만을 기재하여 두었다가 나중에 국적취득신고(피인지자가 미성년자인 경우) 또는 귀화신고(피인지자가 성인자인 경우)가 있을 때에 인지자의 호적에 입적 기재하거나 준법정분가 편제를 하도록 하고 있다.

Ⅲ. 섭외적 혼인관계

한국국적을 취득하지 않고 있는 외국인과 한국인의 혼인, 외국인들간의 한국에서의 혼인이 우리 『국제사법』의 규율을 받는 섭외적 법률관계가 됨은 물론이다. 혼인관계는 크게 혼인의 성립, 효력, 해소의 세가지로 나눌 수 있고, 국제사법도 이러한 분류체계에 따라 규정하고 있다.

1. 혼인의 성립

(1) 실질적 성립요건

혼인의 실질적 성립요건이란 혼인의 성립요건 가운데 형식적 성립요건, 즉 혼인방식을 제외한 요건을 말한다. 혼인합의, 혼인연령에 달하고 있을 것, 근친혼이 아닐 것, 중혼이 아닐 것, 재혼금지기간(대혼(待婚)기간)을 지킬 것 등이 이에 해당한다.

사실로써 명백한 것이므로 생모의 인지나 출생신고를 기다리지 않고 모자관계가 인정되어야 한다고 해석하고 있다. 이에 반하여 부자관계는 부(父)의 인지에 의하여만 발생하는데(대판 1984. 9. 25, 84므73), 헌법재판소는 모자관계와 부자관계에 차별을 두는 제도가 평등의 원칙을 침해하는 것은 아니라는 입장을 취한다(헌재결 2001. 5. 31, 98헌바9).

25) 호적예규 제545호는 “한국인이 외국인을 인지 또는 입양하거나 외국인과 혼인을 한 경우 등의 사무처리요령”에 관한 것이다.

이러한 실질적 성립요건에 관하여 각국의 법률에 정하고 있는 내용은 그 역사와 문화, 전통등에 따라 각각 다른 특색을 갖고 있다. 그러면 국내 체류 외국인인 결혼하는 경우, 어떠한 법에 따라야만 옳은 것인가?

이 문제에 대해, 한국 국제사법 규정 제36조 제1항은, 『혼인성립의 요건은 각 당사자에 관하여 그 본국법에 의한다』고 하고 있다. 따라서 혼인이 유효하게 성립하기 위하여는 부부가 되고자 하는 각 당사자는 각각의 본국법이 요구하는 실질적 성립요건을 갖추어야 하고, 양당사자의 양본국법이 요구하는 성립요건을 모두 구비할 필요는 없다. 즉 각 당사자의 본국법 적용은 편면적이면 족하고 누적적일 것을 요하는 것은 아니다.²⁶⁾ 물론, 귀화하여 한국국적으로 된 자는, 한국민법이 그 본국법으로 된다. 그리고 이 경우의 본국법은 혼인체결당시의 본국법을 말한다. 따라서 혼인체결당시의 각당사자의 본국법이 정하는 성립요건을 구비하면 되고, 혼인 후에 어느 당사자가 국적을 변경하여 신본국법에 의하면 혼인의 성립요건을 구비하지 않게 되는 경우에도 그 혼인은 무효로 되지 않는다. 반대로 혼인체결당시의 각 당사자의 본국법이 정하는 성립요건을 갖추지 못하였다면, 신본국법에 의하여 혼인의 성립요건을 구비하게 된다 하여도 그 혼인은 유효로 되지 않는다.²⁷⁾ 이들 요건을 보면,

1) 혼인적령, 부모의 동의

한국민법은 남자 만18세, 여자 만16세를 혼인적령으로 하고 있다(한국민법 제807조). 이는 일본민법도 동일하다(일본민법 제731조). 그러나 예컨대 중국은 남자 만22세 미만, 여자 만20세 미만의 혼인을 금지하고 있으므로(중국 혼인법 제6조), 한국인과 중국인이 혼인하는 경우 각각 자신의 본국법에 따라 혼인적령에 달하여야 한다. 우리 민법은 혼인적령에는 달하였으나 만20세에 달하지 않은 미성년자가 혼인하기 위해서는 부모의 동의를 요하는 것으로 규정하고 있으며 이 점도 일본과 같다(한국민법 제808조, 일본민법 제737조). 이 경우에 부모의 동의는 호적법의 규정에 따라서 혼인신고서에 동의서를 첨부하던가 또는 신고서에 동의한다고 부기하는 것으로 한다(호적법 제7조). 특별히 동의가 없는 신고는 수리가 거부되고(민법 제813조), 잘못 수리된 경우에는 당사자 또는 법정대리인이 취소할 수 있다(민법 제816조 제1호, 제817

26) 김연·박정기·김인유, 전계서, 314면; 서희원, 『국제사법강의(개정판)』, 일조각, 1998, 260면; 김용한·조명래, 『국제사법』, 정일출판사, 1996, 308면.

27) 김연·박정기·김인유, 전계서, 314면.

조). 혼인연령미달자의 혼인은 각 당사자나 그 법정대리인이 취소할 수 있다(민법 제817조). 혼인연령미달자가 적령에 달한 후에는 취소할 수 없고, 혼인증 포태한 때에는 혼인적령에 도달하기 전이라도 취소를 청구할 수 없다고 해석된다.²⁸⁾

2) 근친혼의 제한

근친혼은, 혼인연령처럼 당사자의 일방에만 관련된 문제가 아니라 상대방과의 관계에서도 문제로 되기 때문에, 상대방의 본국법에 의해서도 혼인의 장애로 되는가 아닌가를 확인할 필요가 있다. 근친사이의 혼인을 금지하는 것은 세계공통의 입법례이나 그 근친의 범위에 관하여는 각국이 법제를 달리한다. 동양사회에서 유지되던 동성불혼의 원칙은 중국 일본등에서 이미 폐기하였고, 우리 헌법재판소도 헌법불합치의 결정을 한 바 있다. 따라서 섭외혼의 경우에도 동성동본불혼의 문제는 제기될 수 없다. 그러나 중국의 조선족여성과 한국남성의 혼인과 같이 그 조상을 같이 할 수 있는 경우에 근친혼이 문제될 수 있다. 중국의 경우 직계혈족 및 3대 이내의 방계혈족의 결혼을 금지한다(중국 혼인법 제7조 제1호). 우리 민법 제 809조 제2항은 남계혈족의 배우자, 부의 혈족 및 기타 8촌 이내의 인척이거나 이러한 인척이었던 자와의 혼인을 금지하고 있다. 또 제815조는 직계혈족이나 8촌 이내의 방계혈족과의 혼인만이 아니라 그 배우자인 친족관계가 있거나 또는 있었던 때의 혼인을 무효로 하고 있으며, 당사자간에 직계인척 또는 부의 8촌 이내의 혈족인 인척관계에 있거나 있었던 때의 혼인 또한 무효로 하고 있다. 한국민법상의 금혼범위가 중국보다도 상당히 넓음을 알 수 있다.

3) 혼인의사

혼인의 실질적 요건중 가장 중요한 것은 당사자간 혼인의사의 합치이다. 당사자간 정신적·육체적 결합을 하고자 하는 혼인의사 없이 예컨대 한국내 취업을 위하여 혼인신고를 하는 가장혼·위장혼은 혼인무효에 해당한다(민법 제815조 제1호).²⁹⁾ 혼인 의사에 하자가 있는 경우의 효과는 그것이 문제되는 당사자

28) 박동섭, 『친족상속법』, 박영사, 2003, 79면.

29) 우리 대법원은 한국남성과 중국 조선족 여성사이에서의 국내취업을 위해 입국을 가능하게 할 목적으로 한 혼인에 대해 다음과 같이 실시하고 있다: “우리 나라 민법 제815조 제1호는 ‘당사자간에 혼인의 합의가 없는 때’에는 그 혼인은 무효로 한다라고 규정하

의 본국법에 의한다. 한국사람이 사기 또는 강박에 의하여 외국인과의 혼인의 의사표시를 하였다면 이것이 그 외국인의 본국법상으로는 혼인무효사유가 된다 하여도 우리 민법규정에 따라 혼인취소의 사유로 될 뿐이다(민법 제816조 제3호). 그러나 요건의 흠결이 당사자 쌍방에 존재하는 경우(예컨대 근친혼, 쌍방 모두 각자의 본국법에 따라 혼인부적령, 또는 중혼에 해당하는 경우)에는 양방 당사자의 본국법 중 보다 엄격한 효과를 인정하는 법에 의한다.³⁰⁾ 따라서 일방의 본국법상 취소할 수 있는 것에 지나지 않을 지라도 타방의 본국법상 무효가 되는 경우에는 무효로 된다.³¹⁾ 이를 엄격법의 원칙이라 한다.

(2) 혼인의 형식적 성립요건

한국에서 하는 한국인 사이의 혼인인 경우에는 호적법에 정한 바에 따라 신고하고 수리됨으로써 법률상 혼인으로 성립한다(민법 제812, 813조). 외국인의 경우에는 어떠한 방식에 의하여야 절차상 유효하게 혼인이 성립하였다고 할 수 있는가 하는 것이 혼인의 방식 또는 혼인의 형식적 성립요건의 문제로 논하여 진다.

이에 관하여 개정 국제사법은 중전의 거행지법에만 의하도록 하던 것을 넓혀서 당사자 일방의 본국법에 의한 혼인방식도 유효한 것으로 하였다(국제사법 제36조 제2항).³²⁾ 이는 혼인거행지의 방식에 따르지 않았다는 이유만으로 혼인성립이 부정되는 경우를 가능한 한 방지하고 자유로운 혼인을 보호하고자

고 있고, 이 혼인무효 사유는 당사자간에 사회관념상 부부라고 인정되는 정신적, 육체적 결합을 생기게 할 의사를 갖고 있지 않은 경우를 가리킨다고 해석할 것이므로, 당사자 사이에 비록 혼인의 제출 자체에 관하여 의사의 합치가 있어 일응 법률상의 부부라는 신분관계를 설정할 의사는 있었다고 인정되는 경우라도 그것이 단지 다른 목적을 달성하기 위한 방편에 불과한 것으로서 그들간에 참다운 부부관계의 설정을 바라는 효과의사가 없을 때에는 그 혼인은 민법 제815조 제1호의 규정에 따라 그 효력이 없다고 해석하여야 한다(대판 1996. 11. 22. 96도2049)”.

30) 예컨대 부적령혼, 중혼의 경우 중국은 그 혼인을 무효로 하고 있으나(중국혼인법 제10조), 우리나라와 일본은 혼인의 취소원인으로 하고 있다(민법 제817, 818조, 일본 민법 744조). 참고로 북한도 중혼, 부적령혼을 근친혼의 경우와 동일하게 무효혼으로 하고 있다(북한가족법 제13조 참조).

31) 이상훈, “섭외혼인관계사건의 실무상 제문제”, 『가사조정』 제3호, 서울가정법원 조정 위원회, 2000. 12, 34면.

32) 국제사법 제36조 제2항: 혼인의 방식은 혼인거행지법 또는 당사자 일방의 본국법에 의한다. 다만, 대한민국에서 혼인을 거행하는 경우에 당사자 일방이 대한민국 국민인 때에는 대한민국 법에 의한다.

하는 취지로 보인다.³³⁾ 따라서 외국인끼리, 또는 외국인과 한국인이 한국이외의 외국에서 혼인하는 경우에, 당해 외국혼인거행지법에 의하거나 일방의 본국법에 의한 혼인방식에 따르면 우리 나라에서 유효한 혼인으로 성립한다. 이 경우, 외국에서 혼인이 성립한 사실을 사후적으로 자국에 신고하는 것을 보고적 신고라고 한다.³⁴⁾ 그리고 한국내에서 외국인 당사자끼리의 혼인인 경우에 혼인거행지인 한국법에 따라 혼인신고를 하거나 당사자 일방의 본국법에서 정한 혼인방식에 의해 법률상 혼인이 성립하게 된다. 다만 외국인과 한국인이 한국에서 혼인을 거행한 경우에는 한국법에 의하여 혼인 신고를 하여야 하므로, 당사자 일방인 외국인의 본국법에 의한 방식은 인정되지 않는다(국제사법 제36조 제2항 단서). 즉 한국의 호적법에 따라 호적관청(시·구·읍·면사무소)에 혼인신고를 하여야 하고, 이는 혼인이라는 신분관계를 발생시키는 창설적 신고로서 별도의 신고기간이 없다.

2. 혼인의 효력

(1) 혼인의 일반적 효력

혼인성립 후 부부사이의 동거의무, 일상가사채무에 관한 연대책임, 혼인에 의한 처의 행위능력 제한, 부부의 성(姓)³⁵⁾ 등 혼인의 일반적 효력과 관련한

33) 법무부, 국제사법해설, 2001, 130면.

34) 이 경우 외국에서 외국인과 혼인한 한국인의 혼인관계가 호적부에 기재되지 않은 채 혼인성립을 인정하게 되는 문제가 발생할 수 있다. 이에 대한 부분적인 해결책으로 민법 제814조 제1항을 『외국에 있는 본국민 사이의 혼인 및 '본국민과 외국인 사이의 혼인'은 그 외국에 주재하는 대사, 공사 또는 영사에게 신고할 수 있다』로 개정하자는 의견이 제시되고 있다(최홍섭, “섭외사법 개정법률안의 검토 - 자연인, 친족, 상속 -”, 『국제사법연구』 제6호, 한국국제사법학회, 2001, 391면).

35) 성(姓)은 이름과 함께 사람의 동일성을 표시하는 기능을 하며 인격권을 이루는 것으로서 본인의 속인법에 의한다고 보는 것이 원칙이다. 하지만 다른 한편으로는 부부의姓의 문제가 혼인이라는 신분변동의 효과로서 생기는 문제라 하여 혼인의 일반적 효력의 준거법에 의한다는 것이 다수설의 견해이다(山田鎌一, 『國際私法』, 有斐閣, 1992, 370頁, 467頁; 김연·박정기·김인유, 전거서, 324면). 한편 자가 출생에 의해 부모의 성을 따르는 문제는 친자간의 법률관계의 문제로서 국제사법 제45조에 의한다. 인지, 입양 등 신분관계의 변동에 수반하는 자의 성의 변경 문제도 혼인외의 친자관계, 양친과 관계의 효력의 문제로서 국제사법 제45조에 의한다(김연·박정기·김인유, 전거서, 358면). 또한 외국인 부와 한국인 모 사이에 출생한 혼인중의 자의 성과 이름표기에 대하여는 호적예규 제638호(2003.1.9 개정) 참조.

문제가 제기된다.

이와 관련하여 국제사법 제37조는 혼인의 효력의 준거법을 복수로 하여 3 단계적 연결방법을 취하고 있다. 우선 1단계로 신분문제에 있어 기본원칙인 본국법주의에 따라 부부의 동일한 본국법에 의하도록 하고(제1호), 이국적(異國籍) 부부인 관계로 동일한 본국법이 없는 경우에는 2단계로서 부부의 동일한 상거소지법(제2호), 부부의 동일한 상거소지법도 없는 경우에는 마지막 3 단계로 부부와 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법을 준거법으로 하고 있다(제3호). 여기서 유의할 점은 부부의 ‘공통 본국법’이 아니라 ‘동일한 본국법’을 준거법으로 하고 있다는 점이다. 양당사가 하나의 국적만 가지고 있을 때에는 동일한 본국법과 공통 본국법의 의미가 일치하게 되지만, 당사자중 중국적자(重國籍者)가 있는 경우에는 중국적자의 본국법을 결정하는 절차로 인하여 양자간의 의미에 차이가 생길 수 있게 되는 것이다. 예컨대 부부가 모두 ‘미국인’인 경우, 부부의 동일본국법인 미국법이 준거법으로 된다. 하지만 일방이 미국과 한국의 이중국적인 경우, 그 자의 본국법은 국제사법 제3조 제1항 단서에 의해 한국법으로 되기 때문에 부부간에 동일한 본국법은 존재하지 않는 것이 된다.³⁶⁾ 따라서 동일 본국법이 아닌 것으로 되므로 다음 순위의 상거소지법인 한국민법에 따르게 될 것이다. 국내 장기체류 외국인의 상거소는 한국에 있는 것이 통상이고,³⁷⁾ 동일본국법이 없는 경우에는 동일상거소지법인 한

36) 이에 반하여 부부간에 미국 국적은 서로 공통되므로 미국법이 공통 본국법이 된다. 국제사법이 혼인의 효력에서 동일한 본국법을 요구하는 것은 당사자간에 가장 밀접한 법을 정해주기 위한 것이고, 공통 본국법은 준거법 결정을 보다 널리 인정할 필요가 있을 때 요구된다. 예컨대 부양(제46조)의 경우에는 부양당사자가 국적을 가지는 법 중 어느 한 법에서 부양이 인정되면 그 법에 의하도록 하는 것이 부양권리자의 보호를 도모하는 것이므로 동일한 본국법 보다 그 인정범위가 넓은 공통의 본국법으로 규정하고 있다(법무부, 전게서, 133면 참조).

37) 상거소(常居所)는 개정 국제사법에서 새로 도입된 개념으로 헤이그 국제사법회의에서 채택한 제조약을 비롯한 각종 국제조약 및 대다수 국가의 입법례에서 연결점으로 사용되고 있다. 상거소란 일용 생활의 중심지로 이해되고 있다. 상거소는 많은 나라에서 주소의 요건으로 하고 있는 『정주의사(定住意思)(animus manendi)』라는 주관적 요소를 요하지 않으며, 법적 개념인 주소(domicile)에 반하여 사실적 개념이라 할 수 있다. 일정한 장소에서 상당기간 정주(定住)한 사실이 인정되면 그곳이 상거소로 인정될 수 있는 것이다. 다만 우리 민법은 『생활의 근거되는 곳을 주소로 한다』고 규정(민법 제18조 제1항)하고 있고, 주소에는 정주의사를 필요로 하지 않는 객관주의를 취하고 있는 것으로 이해되고 있다. 따라서 우리 민법상의 주소와 상거소는 개념상 별 차이가 없다고 할 수 있고, 실무상으로도 대부분 같이 취급될 것으로 보인다. 한편 상거소는 거소보다 장기간에 걸쳐 지속적으로 거주할 것을 필요로 하는 등 장소적 밀접도가 높다는 측면에서 거소와 구분되며, 『국

국법이 준거법으로 될 개연성이 높다. 그러나 예컨대 국내체류 외국인과 한국에서 기거한 적이 없는 미국인이 한국에서 혼인하는 경우처럼, 동일본국법도 동일상거소지법도 없는 경우에는 다음 단계로 어떤 법이 “가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법”인지가 문제로 된다.

(2) 부부재산제

부부재산제에 관해서도 국제사법 제38조 제1항이 제37조를 준용하고 있기 때문에, 원칙적으로 앞의 『일반적 효력』에서 서술한 것이 그대로 적용된다. 다만 날짜와 부부의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 작성된 합의로 부부가 일정한 준거법을 선택할 수 있도록 하고 있다(국제사법 제38조 제2항). 이는 당사자 자치의 원칙을 존중하면서도 준거법의 선택 범위에 양적 제한을 가하고 또 선택의 방식에 명확성을 기하고 있는 것이라 하겠다. 이에 의해 부부는 합의로 부부의 일방이 국적을 가진 나라의 법률, 부부중 일방의 상거소지법, 부동산에 관한 부부재산제에 대하여는 그 부동산의 소재지법 가운데에서 준거법을 선택할 수 있다. 그러나 내국 거래보호의 관점에서 외국법에 의한 부부재산제는 제3자와의 대항문제가 발생한다(국제사법 제38조 제3, 4항 참조). 이는 특히 중국과 같이 부부공유재산제를 취하는 국가(중국 혼인법 제17조)의 국민과 별산제를 취하는 한국 국민이 혼인하여 그 외국의 법을 준거법으로 하기로 합의하였을 때 내국에서 거래하는 제3자에게 영향을 미치므로 그 보호의 의미가 크다고 할 수 있다.³⁸⁾

제사법』에서도 양자를 구분하여 사용하고 있다(국제사법 제3조 등)(법무부, 전계서 31면); 우리나라에서 상거소의 인정기준에 대하여는 아직 나타나 있는 것이 없으나, 일본의 법무성 民二 제3900호 民事局長通達에는 「외국인의 경우, 출입국관리 및 난민인정법에 의한 재류자격에 상응해서 1년 이상 또는 5년 이상 재류하고 있는 경우에 인정한다. 다만 출생이래 출국하지 않은 경우에는 언제나 상거소를 인정한다. 외교관, 불법입국자, 관광비자 등으로 일본에 온 자에게는 상거소가 인정되지 않는다」고 되어 있다(김연·박정기·김인유, 전계서, 132면; 그밖에 상거소에 관한 상세는 최홍섭, “국제사법에서 일상거소의 의미와 내용”, 『국제사법연구』 제3호, 한국국제사법학회, 1998, 515면 이하 참조).

38) 법정재산제에 관한 국제사법규정은 일본 법례(法例)(일본의 국제사법) 제15조의 규정을 따른 것이고, 법무부 발행 국제사법 해설 138면 각주 87)은 내국거래 보호조항과 관련하여 다음과 같은 사례를 들어 설명하고 있다. 한국인 남편 甲과 A국 국민인 처 乙이 혼인한 후 한국에 거주하면서 부부재산관계는 A국법에 의한다는 합의를 하였다. 甲은 혼인후 취득하여 자신 명의로 등기된 한국내 토지를 무단으로 제3자인 한국인 丙에게 매각하고 소유권이전등기를 넘겨주었다. A국법에 의하면 혼인 후 취득한 부동산은 부부의 공동재산이 되어 각자 2분의 1 지분을 갖는 것으로 되어 있다. 이때 乙이 丙을

3. 이혼의 허부(許否)

외국인부부가 이혼하려고 하는 경우, 한국인부부가 이혼하는 경우와 동일하다고 할 수 있는가? 이혼에 관해서는 국제사법 제39조에 의해 그 준거법이 결정되나, 동조 본문은 국제사법 제37조를 준용하고 있다. 따라서 앞의 『혼인의 일반적 효력』에서 설명한 것과 같이 먼저 부부의 동일한 본국법, 다음에 부부의 동일한 상거소지법, 그리고 그 어느 것도 없다면 부부와 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법이 준거법으로 된다. 다만 이혼하고자 하는 부부의 일방이 한국에 상거소를 가진 한국인인 때에는 항상 한국법에 의하여야 한다(국제사법 제39조 단서, 일본법례 16조 단서도 같은 규정을 두고 있음). 이 내국인조항은 일본과 마찬가지로 우리나라에서도 협의이혼제도가 인정되고 있고, 협의이혼 신고서를 호적공무원이 수리하는 데에서 발생하는 문제점을 해결하기 위한 것이다.³⁹⁾ 따라서 재판 또는 특정 방식에 의한 이혼만을 인정하는 외국 국가의 국민이 한국인과 혼인하여 한국에서 거주하는 경우, 협의이혼시에는 한국법이 정하는 요건과 절차를 갖추어 호적공무원에게 이혼신고서를 제출하면 된다.

4. 이혼의 효력

이혼의 효력에 관해서도 국제사법 제39조가 정한 준거법에 의한다. 이혼에 의해 혼인관계가 해소하는 것은 어느 나라의 법률에 의해서도 동일하다. 이혼한 부부의 일방이 혼인전의 성(姓)을 회복하는가 아니면 혼인중의 성을 그대로 유지할 수 있는가의 문제도 결국 이혼의 준거법 문제로 귀착될 것이다. 물론 준거법이 우리 나라 법으로 될 경우에는 성불변의 원칙이 지켜지기 때문에 이혼후에도 부부의 성에는 변동이 없다. 또한 이혼 그 자체에 기한 위자료가 이혼준거법(제39조)에 의하는지 불법행위에 의한 준거법(32조)에 의하는지가 문제된다. 현재 이에 관한 통설적 견해는 이혼시의 재산적 급부의 일환을 이루는 문제이므로 이혼의 효과에 관한 문제로서 이혼준거법에 의한다고 하

상대로 한국법원에 소유권이전등기 말소 청구를 제기한 경우 이것이 허용되는지의 여부를 어느 나라의 법률에 의할 것인가가 문제된다. 이 경우 丙이 선의라면 위 부부재산계약을 丙에게 대항할 수 없고 또한 한국법에 따르게 되며, 만일 丙이 악의라면 A국법에 의한다(개정법률 제38조 제3항). 그러나 위 부부재산계약을 우리나라에서 등기했다면 丙의 선의·악의를 불문하고 항상 A국법에 의하게 된다(개정법률 제38조 제4항).

39) 『국제사법해설』, 141면.

며,⁴⁰⁾ 일본의 최고재판소도 이 입장을 취하는 것으로 보인다.⁴¹⁾ 하지만 폭행 등 이혼에 이르게 한 원인행위에 의해 상대방에게 입힌 특정의 손해에 대한 배상청구의 문제는 이혼의 효력의 문제가 아니라, 그 자체로서 독립한 불법행위가 되므로 불법행위지법의 적용을 받는다고 보아야 한다.⁴²⁾ 또 재산분할 청구의 문제와 관련하여서는 이혼의 준거법(제39조)에 의한다는 것이 다수설과 판례의 입장이다. 즉 위자료의 청구나 부부재산의 청산 모두 이혼으로 인한 재산적 급부의 일환을 이루는 것으로서 상호보완적 관계에 있으므로 각 청구권을 별개의 준거법에 의하도록 하는 것은 불합리한 결과를 초래할 염려가 있다고 한다. 이에 대하여 소수설은 부부재산청산의 문제를 부부재산관계의 문제로 보아 부부재산제의 준거법(제38조)에 의한다고 한다. 만일 준거법으로 지정된 외국법이 재산분할을 인정하지 않는 경우 공서위반을 들어 배척할 수 있는가 하는 문제가 제기될 수 있다. 과거 일본에서는 1990년 한국민법 개정 전에 재산분할에 관한 명문 규정이 없음을 들어 한국법의 적용은 공서에 반한다는 이유로 일본민법을 적용하여 재산분할청구를 인정한 사례가 있다.⁴³⁾ 우리나라에서도 재산분할을 인정하지 않는 나라의 법에 대하여 그 나라의 손해배상제도나 그밖의 다른 이혼급부제도가 우리의 재산분할에 의한 급부에 현저히 미치지 못하는 경우에는 같은 적용이 가능하다고 본다.

IV. 섭외적 친자관계

1. 혼인중의 친자관계

국제사법 제40조 제1항은 『혼인중의 친자관계의 성립은 자의 출생 당시 부

40) 김문숙, “국제사법상의 이혼에 관하여”, 『아시아여성법학』 제4호, 아세아여성법학연구소, 2001, 253면; 김연·박정기·김인유, 전거서, 336면.

41) 日最判 1984. 7. 20, 民集38卷3号, 1051頁.

42) 김연·박정기·김인유, 전거서, 336면; 우리 대법원은 외국인과의 사실혼관계 부당파기로 인한 위자료청구 사건에서 “원고와 중화민국 국적을 가진 피고는 사실혼 관계에 있었고, 그 사실혼은 피고의 귀책사유로 인하여 파탄에 이르게 되었다고 보고, 그 부당파기로 말미암아 원고가 입게 된 정신적 손해의 배상을 구하는 이 사건 위자료 청구는 불법행위로 인한 손해의 배상을 구하는 것으로서 이 사건에는 섭외사법 제13조 제1항(현행 국제사법 제32조 제1항도 불법행위지법주의를 원칙으로 하고 있음)의 규정에 따라 그 불법행위의 발생지인 우리나라 민법이 적용된다”고 설시한 바 있다(대판 1994. 11. 4, 94므1133).

43) 김문숙, 전거논문, 254면; 定住外國人と家族法研究會 編, 『在日の家族法』, 日本評論社, 2002, 111頁.

부 중 일방의 본국법에 의한다』고 규정하고 있다. 부부의 본국법 중 어느 하나에 의해서라도 혼인중의 친자관계가 성립하면 이를 인정하는 선택적 연결방법을 취하고 있는 것이다. 이는 개정전 섭외사법이 “모(母)의 부(夫)의 본국법”⁴⁴⁾ 만을 준거법으로 함으로써 남녀평등과 자(子)의 이익보호관점에서 내포 하던 문제점을 해결하고 혼인중의 친자관계성립을 용이하게 하기 위한 것이다. 이는 혼인외의 자에 관하여는 국제사법 제41조 제1항⁴⁵⁾이 부모의 일방과 자와의 친자관계의 성립에 관하여 별개의 준거법을 정하고 있는 것과 비교되는 것이다. 즉 혼인이라는 법률관계가 존재하는 만큼, 자와의 관계가 부부 쌍방에게 동일적으로 정해져야 한다는 것이 그 기초에 있다고 할 수 있다.⁴⁶⁾ 한편 국제사법이 혼인중의 친자관계의 “성립(成立)”에 대하여만 규정하고 “부인(否認)”에 대하여는 명시하고 있지 않아 문제가 되나, 친자관계의 성립에는 부인되지 아니할 것을 전제로 하므로 당연히 친자관계의 부인(否認) 문제를 포함하는 것으로 해석된다. 그리고 혼인중 친자관계의 성립을 용이하게 하고 부부쌍방에게 동일적으로 그 관계가 정해져야 하는 것이 옳다고 볼 때, 부부 쌍방의 본국법에 의해 혼인 중 친자관계로 되어 있는 자를 부인하는 경우에는 부부 일방의 본국법에 의해 부인하는 것만으로는 족하지 않고 쌍방의 본국법에 의해 부인하는 것이 필요하다고 하겠다.⁴⁷⁾

그밖에 어느 특정 자(子)에 대해 복수의 부부에게 혼인 중의 친생자관계가

44) 제19조(친생자) 친생자의 추정, 승인 또는 부인은 그 출생당시의 ‘母의 夫의 본국법’에 의한다. 夫가 子의 출생전에 사망한 때에는 그 사망당시의 본국법에 의하여 이를 정한다.

45) 제41조(혼인 외의 친자관계) ①혼인 외의 친자관계의 성립은 자(子)의 출생 당시 모의 본국법에 의한다. 다만, 부자간의 친자관계의 성립은 자(子)의 출생 당시 부(父)의 본국법 또는 현재 자(子)의 상거소지법에 의할 수 있다.

46) 道垣内正人, “涉外嫡出親子關係の成否の準據法と國際裁判管轄”, 『判例タイムズ1100』, 2002. 11, 196頁.

47) 한국민법은 제844조에서 제854조 사이에서 혼인중 자의 친생추정, 여자의 대혼(待婚)기간 위반시의 부(父)의 결정, 친생추정을 부인하는 소와 출소 기간 등 혼인중의 자와 관련한 규정을 두고 있다. 그리고 친생추정이 되었어도 포태가 사실상 불가능한 경우에는 ‘친생자추정이 되지 않는 혼인중의 자’로서 동법 제865조에 의한 친자관계부존재확인의 소를 제기할 수 있다는 것이 판례의 태도이다(대판(전합) 1983. 7. 12, 82므59). 또 헌법재판소는 친생부인의 소의 제소기간을 부(夫)가 자의 출생을 안 날로부터 1년으로 하고 있는 민법 제847조 제1항의 규정이 부에게 매우 불리하고 부의 인격권, 행복추구권, 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인과 가족생활의 기본권을 침해한다고 하여 헌법불합치결정을 하였다(헌재결 1997. 3. 27, 95헌가14, 96헌가7). 이 결정이후 마련된 민법개정안 제847조에서는 “친생부인의 소는 그 사유가 있음을 안 날로부터 1년 이내, 자녀의 출생일로부터 5년 이내에 제기할 수 있다”고 규정하고 있다.

성립되는 경우도 있을 수 있다. 예컨대, 전혼의 해소·취소를 한 여성의 재혼 금지기간은 나라마다 달리 정해질 수 있으므로,⁴⁸⁾ 전혼의 부(夫)의 본국법상으로도 혼인중의 자로 추정되고 후혼의 부(夫)의 본국법에서도 혼인중의 자로 추정되는 경우가 발생할 수 있다. 이러한 문제의 해결방법으로서, 위 법률 중 하나가 국내법이거나 또는 국내법과 유사한 추정을 하는 것이고 다른 하나는 이와 모순하는 결과를 가져오는 것이라면, 후자에 대해서는 공서조항(제10조)의 적용에 의한 배제를 생각할 수 있을 것이다.

제40조 제2항에서는 자(子)의 출생 전에 부(夫)가 사망한 경우에 대비하여 보조적 준거법을 명시하는 규정을 두어, 『부(夫)가 자(子)의 출생 전에 사망한 때에는 사망 당시 본국법을 그의 본국법으로 본다』고 하고 있다. 한편 자의 출생전에 처가 사망한 경우에 대하여는 명문규정을 두고 있지 않는데, 그 이유는 이러한 경우를 상정하기 어렵기 때문이라고 한다.⁴⁹⁾ 그러나 사고 등으로 처의 사망 후 자녀만 무사히 출산하게 되는 경우가 실제로 발생하게 되면 이때에는 제40조 제2항을 준용할 수밖에 없을 것이다.⁵⁰⁾ 그리고 자(子)의 출생 전에 모(母)가 그 부(夫)와 이혼하여 혼인이 해소된 경우에 대하여도 명문의 규정을 두고 있지 않는데, 사망도 이혼과 마찬가지로 혼인의 해소원인을 생각할 때, 제40조 제2항을 준용하여 이혼 당시의 본국법을 모(母)의 부(夫)의 본국법으로 보아야 할 것이다.⁵¹⁾

2. 준정(準正)

사후적(事後的)으로 혼인중의 출생자로 되는 경우로서 준정이 있다. 우리 민법은 ‘혼인에 의한 준정’만을 규정하고 있으나,⁵²⁾ ‘혼인중의 준정’ 및 ‘혼인

48) 예컨대 한국과 일본의 재혼금지기간은 6개월이나 중국에는 여성의 재혼금지기간이 없다. 다만 남성은 여성이 임신중에 있거나 해산후 1년이 되기전 또는 임신중절후 6개월이 되기전 또는 임신중절후 6개월이 되기전에는 이혼을 제기하지 못한다는 규정을 두고 있을 뿐이다(중국 혼인법 제3조).

49) 법무부, 전게서, 145면.

50) 道垣内正人, 前掲論文, 197頁.

51) 오스트리아 국제사법 제21조는 “자의 적출성 및 부인의 요건은 부부가 자의 출생당시, 또는 ‘혼인이 그 전에 해소된 때에는 해소 당시에 가지고 있던 속인법’에 따라 판단한다”고 하여, 이혼 당시의 본국법이 母의 夫의 본국법으로 되는 근거규정을 두고 있다.

52) 민법 제855조 제2항: 혼인외의 출생자는 그 부모가 혼인한 때에는 그때로부터 혼인중의 출생자로 본다.

해소후의 준정'도 인정되는 것으로 해석되고 있다.⁵³⁾ 이는 적출자로 되는 점에서 국제사법 제40조의 '혼인중의 친자관계'와 동일한 것이나, 제42조에서는 제40조와 달리 그 요건에 '자의 상거소지법'에 의해서도 준정이 성립되는 것으로 하고 있다. 이것은 혼인 후에 인지에 의해 준정이 성립하는 경우, 인지에 관한 제41조가 “부자간의 친자관계의 성립은 자의 출생 당시 부(父)의 본국법 또는 현재 자(子)의 상거소지법에 의할 수 있다”고 규정하고 있으므로, 이것과의 조화를 위한 것이다. 따라서 부모가 혼인한 후 자의 본국법에 의해서만 인지가 성립할 수 있는 경우에도 준정이라는 효과가 부여될 수 있다. 이것 역시 앞에서 설명한 것과 마찬가지로 가능한 한 혼인중의 자로 하고자 하는 법 정책에 기초한 것이라 할 것이다.

한편, 제42조에서 규정한 “그 요건인 사실의 완성 당시”라고 하는 시점의 해석이 문제로 된다. 이것은, 어떤 남녀의 사이에 자가 태어나고, 그 후에 다양한 행위와 사실이 이루어지는 과정에서, 그 시점의 “부 또는 모의 본국법 또는 자의 상거소지법”에 비추어 준정이 성립하는가 그렇지 않은가를 검토하고, 그것이 성립하는 최초의 시점이 “그 요건인 사실의 완성 당시”로 되는 것이다.⁵⁴⁾

3. 인공수정으로 태어난 자의 친자관계 문제

인공수정에는 여러 가지 태양이 있을 수 있다. ① 남편의 정액을 처에게 사용하여 시술하는 배우자간의 인공수정(A.I.H.), ② 남편 이외의 제3자의 정액을 처에게 사용하여 하는 경우(A.I.D.), ③ 남편과 제3자의 정액을 혼합시켜 처에게 사용하는 경우(C.A.I.) 등이 있으나 이러한 인공수정에 외국적요

53) '혼인에 의한 준정'은 혼인전에 출생하여 부모로부터 인지를 받고 있는 자가 부모의 혼인에 의해 준정되는 것이고, '혼인 중의 준정'은 혼인외의 자가 혼인중에 비로소 부모로부터 인지를 받음으로써 준정되는 것이며, '혼인해소후의 준정'은 혼인외의 자가 부모의 혼인중에 인지되지 않고 있다가 부모의 혼인이 취소되거나 해소된 후에 인지됨으로써 준정되는 것을 말한다(법무부, 전계서, 151면 참조).

54) 일본에 있어서는 法例 제19조 1항에서 「자는 준정의 요건인 사실의 완성 당시의 부, 또는 그가 없는 때에는 모 또는 자의 본국법에 의하여 준정이 성립하는 때에는 적출자인 신분을 취득한다」고 규정하고 있다. 일본에서도 우리와 마찬가지로 각각의 경우 부 또는 모 또는 자의 본국법에 의해 준정이 성립하는가 그렇지 않은가를 체크하여, 그것이 성립하는 최초의 시점이 준정의 요건인 사실의 완성의 시점이라는 것으로 된다(道垣内正人, 前掲論文, 197頁).

소가 있는 경우는 전술한 제40조에 의해 해결할 수 있을 것이다. 한편 특수한 경우이기는 하지만, 섭외적으로 혼인중의 친자관계가 문제될 수 있는 또 다른 예로서, 소위 대리모계약 중 처의 난자와 부의 정자를 결합시켜 그것을 다른 여성의 태내에 착상하여 그 여성이 출산한 경우도 생각할 수 있다. 대리모에 관하여 우리나라에서는 특별히 입법적으로 해결하지 않고 있는데, 통설⁵⁵⁾과 판례⁵⁶⁾는 이것을 민법 제103조 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효로 본다. 한편 이 경우의 친자관계의 성립에 관한 각국의 실질법은 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다.⁵⁷⁾ 그 하나는 출산을 한 자를 모로 하는 입법례인데, 상당수의 법제도가 이것을 채용하고 있다. 이에 대하여 유전자상의 문제를 중시하는 입장에서 난자를 제공한 자를 모로 하는 법제도 있다. 그렇다면 만약 후자의 법제를 채택하는 국가의 부부와 우리나라 여성 사이에 대리모계약을 체결하고 출산한 경우, 그 대리모인 여성도 혼인하고 있다면 그 출생한 자와의 혼인 중의 친자관계가 두 부부 사이에 발생할 수 있다.

이 경우 대리모계약은 무효라는 전제하에, 제40조에서 예정하고 있는 모는 출산한 자를 의미하는 것이기 때문에 그 모와 혼인하고 있는 부와의 사이에 혼인중의 친자관계가 성립한다고 해석할 수도 있을 것이다. 그러나 출산한 자를 모로 하는가 난자를 제공한 자를 모로 하는가에 대하여 각국의 법률이 달리 규정하고 있는 이상, 이는 국제사법상의 공서의 문제로 해결하는 것이 옳다고 본다. 따라서 한쪽이 국내법이거나 또는 국내법과 유사한 내용을 가진 법률이고, 다른 한편이 이것과 반대하는 결론을 도출해 내는 법률인 경우에는 후자의 법률의 적용결과는 제10조의 공서조항에 반하는 외국법 규정으로 처리하는 것이 타당할 것이다.⁵⁸⁾

55) 김용한, 『신친족상속법론(신판)』, 2002, 186면; 김주수, 『친족·상속법(제6전정판)』, 2002, 290면; 박동섭, 전제서, 245면; 이경희, 『가족법(3정판)』, 2002, 180면. 한편 이러한 통설의 견해에 반대하며 대리모계약의 효력을 인정하자는 견해로는 김민중, “대리모와 그 법률문제”, 『판례월보』, 1991. 1, 20면 이하; 엄동섭, “대리모계약”, 『저스티스』, 2001. 12, 104면 이하 참조.

56) 대판 1991. 9. 17, 91가합8269.

57) 미국에서는 이른바 베이비 M사건 이후 여러 주에서 대리모를 규제하는 법률이 마련된 바, 1988년 9월 통일주법위원회 전국회의가 작성한 『Uniform Status of Children of Assisted Conception Act』에서는 대리모를 인정하는 A안과 이를 무효로 보는 B안으로 나누어 제정되어 있고, 각 주는 임의로 어느 안이든 선택가능하다. 이에 버지니아 주, 뉴햄프셔 주 등에서는 대리모계약을 합법화하고 있다.

58) 道垣内正人, 前掲論文, 197頁.

4. 인지(認知)의 준거법

(1) 혼인 외의 친자관계의 성립에 관한 법제

혼인 외의 친자관계의 성립에 관한 각국의 법제는, 혈연관계가 있다면 당연히 친자관계가 성립한다고 하는 ‘사실주의(혈통주의)’와, 이 뿐만 아니라 부모의 의사표시 또는 재판에 의해야만 처음으로 친자관계가 성립한다는 ‘의사주의(인지주의)’가 대립하고 있다.⁵⁹⁾ 국제사법 제41조 제1항은 “혼인 외의 친자관계의 성립은 자의 출생 당시 모의 본국법에 의한다. 다만, 부자간의 친자관계의 성립은 자의 출생 당시 부(父)의 본국법 또는 현재 자의 상거소지법에 의할 수 있다”고 규정하고 있으므로, 부모의 본국법이 사실주의를 취하는가 아니면 인지주의를 취하는가의 문제를 판단하여야 한다. 우리 민법은 부자관계에 관하여는 인지를 요하도록 하고 모자관계에 관하여는 출산하였다는 사실로서 모자관계가 발생하는 것으로 하고 있으나,⁶⁰⁾ 중국, 필리핀, 뉴질랜드, 캐나다 온타리오주 등은 부자관계에 관하여도 사실주의를 채용하는 것으로 해석되고 있다.⁶¹⁾ 한편 이와 달리 부양청구와 상속 등에 관하여만 혈연관계에 의한 친자관계의 성립을 인정하는 법제도 있으나, 이것은 포괄적인 친자관계의 성립을 인정하는 것은 아니기 때문에, 제41조가 아닌 부양이나 상속 등의 개별적인 법률관계의 준거법에 의하여 해석된다.⁶²⁾

(2) 연결점

혼인외의 출생자의 모자관계에 대하여는 거의 모든 법제가 혈통주의를 취

59) 奥田安弘, “涉外親子關係と認知の準據法と國際裁判管轄”, 『判例タイムズ1100』, 2002. 11, 198頁. 학자에 따라서는 ‘사실주의(혈통주의)’와 ‘의사주의(인지주의)’를 ‘당연발생설’과 ‘인지필요설’로 표기하는 경우도 있다(이경희, 전거서, 153면).

60) 전거 주 24) 참조.

61) 最高裁判所事務總局編, 『涉外家事事件執務提要(下)』, 1992. 5, 41頁; 일본에서 1950년 중국 혼인법 15조를 근거로 중국이 사실주의의 입장이라고 판단한 판례(神戶地判, 1968. 12. 25, 判時 546号, 86頁)가 있다. 그러나 사실주의의 채택이 인지를 배척하는 것은 아니어서 이 판결은 “중국혼인법의 규정이 인지라는 제도를 기다릴 필요없이 객관적인 사실관계에 부자관계의 존부를 의존한다는 취지로서, 인지제도를 적극적으로 배척한다는 것이 아니라 인지를 단지 필요로 하지 않는다는 것에 지나지 않는다”고 하며 인지청구를 인정한 것이다. 학설도 같은 입장에 있다(奥田安弘, 前掲論文, 198頁).

62) 山田鎌一, 前掲書, 416頁.

하고 있으므로 국제사법은 혼인외의 친자관계의 성립에 대해 “자의 출생 당시 모의 본국법에 의한다”고 규정하고 있다(제41조 제1항 본문). 다만 “부자간의 친자관계의 성립은 자의 출생 당시 부의 본국법 또는 현재 자의 상거소지법에 의할 수 있다(제41조 제1항 단서)”고 규정하고, 아울러 “인지 당시 인지자의 본국법에 의할 수 있다”고도 규정하고 있다(제41조 제2항). 따라서 자의 출생당시의 모의 본국법, 자의 출생당시의 부의 본국법, 인지당시의 인지자의 본국법, 인지 당시의 자의 상거소지법 가운데 그 어느 쪽의 준거법에서 인지의 성립이 인정될 때는 혼인외의 친자관계가 성립한다. 이 때문에 인지의 성립이 용이하게 될 수 있는데,⁶³⁾ 예컨대 한국인 자가 일본인 부의 사망후에 인지청구의 소를 제기한 경우, 우리 민법은 부 또는 모가 사망한 경우 인지청구의 소를 그 사망을 안 날로부터 1년 내(민법 제864조)에 제기할 수 있도록 하는데 반하여,⁶⁴⁾ 일본법에 의하면 이것을 부 또는 모의 사망일로부터 3년(일본 민법 제787조)으로 규정하고 있으므로, 양 규정의 제소기간 중 어느 하나를 초과한다 해도 다른 하나를 충족한다면 인지청구의 소를 제기할 수 있게 된다.

한편, 인지의 무효·취소에 있어서도 물론 국제사법 제41조가 적용되는데, 제41조는 인지의 성립을 용이하게 하려는 정책적 고려이므로, 무효·취소의

63) 일본의 경우 개정 전 法例 제18조에서 인지자 측의 요건에 관하여는 인지자의 본국법에 의해, 子 측의 요건에 관하여는 자의 본국법에 의하도록 규정하고 있었으나, 현행 法例는 자 출생시의 인지자의 본국법, 인지당시의 인지자의 본국법 또는 자의 본국법의 어느 쪽에 의할 수 있도록 개정하였는데, 이것을 두고 통설은 인지의 성립을 용이하게 하려는 정책적 고려로 해석하고 있다. 구 법폐와 유사하게 규정되어 있던 구 섭외사법이 배분적 연결방법을 취함으로써 인지의 성립을 어렵게 한다는 비판을 받아왔으며, 우리나라에서도 일본과 같은 취지에서 현재와 같은 국제사법의 개정이 이루어졌다고 할 것이다(법무부, 전게서, 149면).

64) 이 민법 제864조의 규정이 헌법에 위반하는가에 관하여 헌법재판소는 “민법 제864조가 ‘사망한 사실을 안 날로부터 1년내’라고 규정한 것은 혼인외 출생자의 인지청구 자체가 현저히 곤란하게 되거나 사실상 불가능하게 되는 것은 아니다. 부 또는 모가 사망한 경우 인지청구의 제소기간을 너무 장기간으로 설정하는 것은 법률관계를 불안정하게 하여 다른 상속인들의 이익이나 공익을 위하여 바람직하지 않으므로 인지청구의 제소기간을 부 또는 모의 사망을 알게 된 때로부터 1년으로 제한하여 법률관계를 조속히 안정시키는 것은 혼인외 출생자의 이익과 공동상속인 등 이해관계인의 이익을 조화시킨 것이다. 따라서 이 사건 법률조항이 인지청구의 소의 제소기간을 부 또는 모의 사망을 안 날로부터 1년내로 규정한 것은 과잉금지원칙에 위배되지 아니하므로 인지청구를 하고자 하는 국민의 인간으로서의 존엄과 가치 그리고 행복을 추구하는 기본권을 침해하는 것은 아니다(헌재결 2001. 5. 3, 98헌바9)”라고 하여 합헌 결정을 하였다.

판단에 있어서는 달리 해석할 필요가 있을 것이다.⁶⁵⁾ 즉, 자의 출생당시의 부모의 본국법, 인지당시의 인지자의 본국법, 인지 당시의 자의 상거소지법 중 어느 하나의 법에 의해서만 인지가 성립한 경우는, 당해 법에 의해서만 인지의 무효·취소를 판단해야 한다. 또 복수의 법에 의해 인지가 성립한 경우는, 모든 법이 무효 또는 취소를 인정하지 않는 한 인지는 유효하다고 할 것이다. 또한, 어떤 법이 인지를 무효로 하고, 다른 법에서는 단순히 취소로 할 경우에는 인지는 취소로만 되어야 할 것이다.

(3) 인지의 방식

인지의 방식에 대하여 우리 국제사법에서는 특별한 규정을 두고 있지 않으므로 법률행위의 방식에 관한 일반 원칙을 정하는 제17조의 적용을 받을 수 밖에 없다. 민법총칙상의 법률행위에 관한 규정이 가족법에 그대로 통용되지는 않는다는 점을 감안할 때 별도의 규정을 두는 것이 나았으리라고 생각된다. 한편, 일본에서는 법례 제22조에서 『친족관계에 대한 법률행위의 방식은 그 행위의 성립을 정하는 법률에 의한다. 단, 행위지법에 의하는 것을 방해하지 아니한다』고 규정하고 있다. 국제사법 제17조에 의하면 인지라는 행위의 준거법인 제41조에 따르거나 그 행위지법에 의할 수 있게 된다. 다만 유언에 의한 인지인 경우에는 유언 방식의 준거법인 제50조 제3항에 따른다. 따라서 유언자가 유언 당시 또는 사망 당시 국적을 가지는 국가의 법에 의하거나, 유언자의 유언 당시 또는 사망 당시 상거소지법에 의하거나, 유언당시 행위지법에 의해 인지를 인정하게 된다.

5. 섭외입양의 준거법

국제사법 제43조에서는 섭외입양에 관하여, “입양 및 과양은 입양 당시 양친(養親)의 본국법에 의한다”고 규정하고 있다. 따라서, 입양이 허용되는지 여부, 연령·연령차 또는 일정한 신분관계의 존재에 의해 입양이 금지되는지 여부, 당사자의 입양에 대한 의사표시·동의권자, 입양요건의 흠결 등에 관한 문제는 원칙적으로 입양 당시 양친의 본국법에 따라 결정된다. 또 성립요건의 충족의 결과, 양자가 어떠한 신분을 가지는지, 그 취득시점은 언제인지, 양친

65) 山田鑠一, 前掲書, 418頁.

의 혈족과의 사이에 친족관계가 발생하는지 등에 관한 문제도 입양 당시 양친의 본국법에 따라 결정된다.

한편, 제43조의 해석상 양친자관계는 양부와 양모 각각 달리 정해지므로, 각각의 양친자관계에 대해 준거법을 고려하여야 한다. 이 때문에, 예컨대 부부가 공동하여 입양한 경우에 있어서도 부에 관하여는 부의 본국법, 처에 관하여는 처의 본국법에 따라 실질적 성립요건의 충족 유무를 각각 검토하여야 한다.⁶⁶⁾ 따라서, 부에 관하여는 입양관계가 불성립, 처에 관하여는 성립된 경우라도, 처의 본국법상 부부공동으로만 입양할 수 있다고 한 경우에는 결국 처에게 있어서도 입양은 불성립한 것으로 된다.

입양의 방식에 관하여는, ‘관할권적 접근’을 채택하는 입법에서는 입양의 방식의 문제가 발생하지 않는데 반하여 우리 국제사법은 ‘저촉법적 접근’을 채택하고 있으므로 입양의 방식의 문제가 생긴다. 그러나 국제사법에서는 이에 관한 명문규정을 따로 두고 있지 않으므로 결국 앞의 인지의 방식과 마찬가지로 법률행위의 방식에 관한 일반원칙인 제17조에 따라 정해진다고 볼 수밖에 없을 것이다.⁶⁷⁾

6. 동의규정

국제사법은 인지, 준정, 입양 등 친자관계의 성립에 있어서 자를 보호하기 위하여 제44조에 일괄적인 동의규정(이른바 safeguard 규정)을 마련하고 있다. 개정 전 법률은 인지와 입양의 성립요건에서 배분적 연결을 취하고 있어 자의 보호를 위해 동의를 요구하는 실질법적 내용을 고려할 수 있었으나, 개정법률에서는 선택적 연결을 취하고 있으므로, 개정 국제사법에서 자의 보호를 위해 신설한 규정이다.⁶⁸⁾ 따라서 제41조 내지 제43조의 규정에 의한 친자관계의 성립에 관하여 자(子)의 본국법이 자(子) 또는 제3자의 승낙이나 동의 등을 요건을 할 때에는 그 요건도 갖추어야 한다.

한편, 자(子)의 본국법이 법원의 허가 등을 요건으로 하고 있는 경우, 이것이 위 규정에 포함되는가가 문제될 수 있다. 일본에서는 법제 개정전 사안이긴 하지만, 이것이 문제된 판례가 있다.⁶⁹⁾ 이 사안은 필리핀인인 자가 일본

66) 早川吉尚, “國際養子縁組の準據法と國際裁判管轄”, 『判例タイムズ1100』, 2002. 11, 202頁.

67) 김연·박정기·김인유, 전거서, 351면.

68) 법무부, 전거서, 158면 각주 100).

69) 東京家審 1987. 5. 19, 家月 39卷11号, 147頁.

인 부에 대해 인지청구한 사안인데, 당시 필리핀법은 미성년의 자에 관하여 인지가 출생등록 또는 유언으로 이루어지지 않은 경우에는 법원의 허가를 요하도록 하고 있었는데(필리핀 민법 제281조), 판례는 “가사심판법 제23조에 의한 가재(家裁)의 심판으로써, 필리핀 법상의 허가에 충족하였다”고 한 바 있다.⁷⁰⁾ 현행 국제사법에서는 법원의 ‘허가’가 제3자의 승낙이나 동의에 포함된다고 할 수 있을 것이다.

V. 맺음말

국제화의 흐름속에 시대는 변화를 가속화하고 있다. 최근의 국적법과 국제사법에 대한 대폭적인 개정은 시대적 요구에 부응하는 것이라 하겠다.

하지만 국적법이 부모양계혈통주의의 채택으로 남녀차별적 요소를 제거하였다 하더라도, 국적을 전제로 하는 우리 호적법과 전통적 요소가 강한 호주제가 갖는 한계는 남아 있다고 할 것이다. 앞으로 호주제에 대한 대안모색과 관련이 있는 것이기도 하지만, 외국인의 호적에의 편입이 불가능하고 부부의 자유로운 의사에 의해서도 외국인 남편을 호주로 정하지 못하는 문제는 그 자에게 까지 영향을 미칠 수 있다는 점에서 개선되어야 할 부분이라 하겠다. 또한 한국인과 혼인한 외국인의 귀화요건으로서의 거주기간 인정에 있어서 불법체류외국인에게 이를 엄격하게 적용하는 실무의 태도는 결혼과 가족은 인간행복의 기초적 요소라는 점에서 재고되어야 하리라고 본다.

국내체류 외국인의 급증과 더불어 국제교류가 빈번해진 오늘날 국제사법의 기능 또한 막중하여졌음은 물론이다. 국제사법의 개정으로 남녀평등이 구현되고 자의 보호와 신분행위에 있어서의 자유보장이라는 실질법적 가치가 준거법 결정시에도 고려되는 등 시대변화에 부응하여 가고 있다. 앞으로 판례와 학설이 개정내용을 구체화하고 변화하는 현실에 맞추는 운용을 하여 가는 것이 요구된다고 하겠다.

국제사법분야의 발전은 국내법만이 아니라 외국법에 대한 풍부한 지식을 필요로 한다. 독일의 경우 Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht라는 세계 각국의 가족법, 국적법의 소개와 해당법조문을 번역한 방대한 자료가 가제식으로 꾸준히 발간되어 법원의 섭외사건 실무에도

70) 그 후 필리핀 가족법 시행에 따라 민법의 관련규정은 실효하였다.

도움을 주고 있으며, 이에 미치지 못하는 곳이지만, 일본도 법무성 민사국 발행의 외국신분관계법규집(外國身分關係法規集)이 있어 외국법에 대한 추적이 용이한 편이다. 그러나 우리나라에서는 그와 같은 외국의 혼인친자관계법을 소개하는 자료가 아직 발간되지 못하고 있다.涉外적 사건이 늘어가고 있는 시점임을 감안할 때 앞으로 이에 비견될 만한 자료를 국내에서도 만들어 가는 것이 필요하리라 본다.

**Issues of the Family Law regarding Sojourning Foreigners
in Korea : Focused on the International Matrimonial Law and
International Law of Parents and Child**

Chang, Jae-Ok*

Having faced various involvements with other countries, Korea can't remain to be 'the land of the morning calm' any more, whether it wishes or not. Subsequently, so many complicated issues regarding the conflict of laws have been raised around Korea, as they have in other countries. In this context, this article tried to deal with the matters concerning the Korean Nationality Act and the Private International law, especially focusing on the issue of the International Matrimonial Law and International Law of Parents and Child due to an increasing number of foreigners who stay in Korea.

Recently, Korea has broadly amended the Nationality Act and the Private International Law according to the urgently felt needs. Through these amendments, it can be said that a lot of problems on the sexual discrimination remained in the Family Register Law have been solved and even removed. However, it is still pointed out that in that field there are several limitations we should get rid of. Especially Korean traditional Householder System (for example, foreigners can't register their names in the census register book) still contains significant problems that can harm foreigners' human rights in many respects, so that such system have to be fixed in any ways. Particularly, current rigid requirements and severe procedures for illegal sojourners need to be changed, in that marriage or forming a family is the core element of happiness for every human beings.

Nowadays, the function and role of the Private International law get more important as a result of the international trade and increasing number of foreigners in Korea. Thanks to the amendment of these laws, Korean society can meet the demand of the age, so that it is expected that a lot of precious values respecting human rights such as sexual equality, protection of child, and so forth can be realized. It goes without saying that legal study and judicial practice should be followed this spirit of the age at this point. At the same time, we should make an endeavor to introduce foreign family laws to Korea and do sincere research on those topics. That is because advance research and analysis on foreign legal system are one of the first step to make a development of Nationality Law and International Family Law.

* Professor, Department of Law, Chung-Ang Univ.