

후천성면역결핍증이 가족관계에 미치는 영향

— 가족해체의 법적 측면을 중심으로 —

The Effects on the Family Relations Caused by AIDS

— With Particular Reference to Legal Aspects of the Family Dissolution —

울산전문대학 여성교양과

전임강사 전 형 미

Dept. of Woman Culture, Ulsan Junior College.

Instructor : Hyung Mi Chun

〈 목 차 〉

- | | |
|---------------------|--------------------|
| I. 서론 | IV. AIDS의 출현과 한국가족 |
| II. AIDS의 의학적 특성 | V. 결론 및 제언 |
| III. AIDS의 출현과 미국가족 | 참고문헌 |

〈Abstract〉

Today the occurrence and world-wide transfusion of the AIDS has brought about new problems related to family relations.

The AIDS is more threatening than any other disease because of the special processes of infection through sex and intravenous injections, high care cost and terminal death.

The AIDS causes conflicts among family members, economic destitution and family dissolution.

In the U.S., Marriage without noticing the infection of the AIDS may lead to divorce like injuries, abandonment and misfeasance during marriage. but the AIDS victims should not be rejected from the rights of parental decision, divorce beneficiaries and visiting rights. More discussion is needed about such issues as the pregnancy rights, wrongful birth action and selective nontreatment by doctors.

The AIDS may influence the every party involved and interdisciplinary studies should be required to solve the problem including family science, laws, psychology, sociology and medical research as well.

I. 서 론

1. 문제의 제기

가족학자들의 연구(Galvin & Brommel, 1986)에 따르면 가족구성원의 심각한 질병이나 영구적인 장애, 별거, 이혼, 유기, 뜻밖의 죽음 등은 가족의 위기를 가져오는 심한 스트레스이다. 질병은 인류의 기원과 그 역사를 같이 하지만(Pearce, 1989) 1981년 미국에서 처음 의학적으로 발견된 AIDS, 즉 후천성 면역결핍증(Acquired immuno deficiency syndrome)은 인류 역사상 가장 두려운 질병으로 간주되고 있

다. 이 새로운 질병의 출현은 전통적인 가족개념과 가족관계에 중대한 도전이 되고 있다. 지금까지의 어떤 질병보다도 AIDS의 출현이 가족관계에 큰 파장을 던지게된 것은 이 질병이 다음과 같은 독특한 성격을 지녔기 때문이라 생각한다.

첫째, AIDS는 가족관계와 깊이 관련되어 있는 특수한 경로를 거쳐 감염된다. 미국방역센터(United States Centers for Disease Control ; CDC)의 조사에 따르면 AIDS는 ① 성접촉 ② 마약사용자의 정맥주사기 혼용 ③ 수혈 ④ AIDS감염자인 부모에 의한 수직감염 또는 신생아 감염으로 전파된다. 이중 특히 성접촉에 의한 감염은 동성연애나 양성연애와 같은 비

관 계	제 기 되 는 문 제
부 부 간	① AIDS감염사실을 숨기고 혼인한 것은 사기행위인가? ② 혼인 이후 시점에서 감염된 자의 간통행위 또는 동성연애 등 일탈적 성관계가 추측되는가? ③ 감염은 배우자에 대한 악의의 유기가 되는가? ④ 감염사실을 숨기고 배우자와 성행위를 하는 경우 안전한 성행위 의무위반으로 불법행위가 되는가? ⑤ 배우자의 감염을 이유로 동거를 거부하는 것은 부부동거의무의 위반인가? ⑥ AIDS감염사실은 감염경로를 묻지 않고 이혼사유가 되는가? ⑦ AIDS감염사실이 이혼시 재산분할청구에 영향을 주는가?
부 모 - 자 녀 간	① 감염자가 출산을 강행할 권리가 있는가? ② 수직감염된 자는 부모에게 AIDS전파에 대한 법적책임을 물을 수 있는가? ③ 유아감염의 위험에도 불구하고 모유에 의한 양육을 고집할 수 있는가? ④ 혼인관계 존속 중에 감염된 부 또는 모는 친권자로서의 적격성을 상실하는가? ⑤ 혼인관계 해소 후에 감염자의 양육권과 면접권이 제한 또는 박탈 되는가?
전 가족성원	① 성원의 질병 감염이 가져다 주는 일반적인 가족스트레스 ② 감염자 및 그 가족에 대한 사회적 편견과 차별대우(취학, 병역, 혼인, 취업기회, 공공시설 이용 등) ③ 동성연애나 양성연애, 마약 사용 등에 대한 전통 가족의 비판 ④ 치료를 위한 가족성원간의 역할 및 심리적 갈등(상당시설의 빈곤), 강제 격리수용의 감수 ⑤ 경제적 궁핍(실직, 치료비의 과중함, 생명보험가입을 거부당함, 의료체계가 국가적 원조의 불충분) ⑥ 가족성원의 프라이버시권 침해(감염 경로의 추적이나 감염자 명부작성등 감염자에 대한 국가관리) ⑦ 사별의 충격과 대응 ⑧ 전염에 대한 두려움

* 이 표의 작성은 Notes, 1986을 주로 참고 하였음.

정상적인 성적취향(sexual orientation)을 가진 사람, 매음행위자, 문란한 성생활자등이 고위험집단(high risky group)으로 나타나고 있다. 이와같은 사실은 수혈중 감염된 자와 같은 무고한(innocent) 감염자들까지 편견과 차별 속에 살게 하며 급기야 가족해체를 촉진시킨다.

둘째, AIDS에 대한 의학적 연구는 AIDS의 원인으로 알려진 HIV감염자의 발병율을 정확히 산출해내지 못하고 있으나(Loewenthal & Cooper, 1993) 아주 높은 발병율이 증명되고 있으며 발병은 필연적으로 사망으로 이어진다는 점이다. 현재의 의학수준은 환자의 생명을 단기간 연장시키는 정도에 머물러 있다. 이로 인하여 AIDS환자와 그 가족은 사별, 이혼, 세대의 단절과 같은 가족해체의 상황에 곧 직면하게 된다.

셋째, 높은 치료비는 가족에게 경제적 스트레스를 주며, AIDS의 질병 특성에 대한 가족과 사회의 몰이해는 감염자와 가족 모두의 고통을 가중시키고, 불합리한 차별 대우를 당연시한다.

위와 같은 질병 특성은 아래 표와 같은 가족문제를 야기시킨다.

위의 표에서 열거한 것들은 지금까지는 주로 미국의 가족에서 문제되어 왔으나 우리나라에서도 점차 현실문제로 다가서고 있다.

우리나라의 경우 1985년 첫 AIDS환자가 발견된 이래 최근들어 환자가 급증하고 있다. 보사부 발표에 따르면 우리나라의 감염자는 1994년 5월말 현재 353명이 발견되었으며 이중 45명이 사망하고 1명이 이민하였으며 307명이 관할보건소의 관리를 받고 있다(1994.6. 보사부 방역국 보도자료). 그러나 잠재적인 환자수는 이와같이 발견된 감염자보다 10배에 달할 것으로 추계된다(한국일보, 1993.11.29).

한편 우리 사회에서도 실제로, AIDS감염사실을 속이고 혼인한 자의 재판상 이혼을 허용한 사례(부산지법, 1991.12.24., 91드3121 판결), AIDS 감염부부에 대해 보사부가 임신중절을 종용한 사례(중앙일보, 1990.10.9), 수혈과정에서 AIDS에 감염된 피해자가 자살한 사건과 보건당국에 대한 집단민원 및 소송사례(조선일보, 1993.12.1 및 23.)가 나타났다.

또한 AIDS감염자의 생명보험가입은 거부되고 있다. 생명보험표준약관은 이를 명시하지 않으나 우리나라 모든 생명보험계약청약서에는 이 점이 명시되어 있다.

이와같은 현상에 따라 우리나라에서도 AIDS의 출현에 대해 의학, 정책학, 법학의 관점에서 본격적인 논의가 이미 진행되어 왔고(김민중, 1990, 1993; 생협조사부, 1987; 안경환, 1990; 전종휘, 1991) 1987년에 후천성면역결핍증예방법이 제정되었다. 그러나 AIDS의 출현이 가족관계에 미치는 충격에도 불구하고 우리나라에서는 가족관계의 측면에서 이 문제를 다룬 선행연구는 아직 없는 것으로 필자는 알고 있다. 그러므로 본고에서는 세계에서 AIDS환자가 가장 많고 이 질병이 가족관계에 미치는 영향에 대한 연구가 가장 활발한 미국에서의 논의를 우선 소개하고자한다. 물론 미국사회의 성문화는 우리 사회의 그것과 많이 다르다. 특히 동성연애자 문제는 우리의 도덕 관념이나 상식을 갖고 재기에는 매우 복잡한 문제 영역이다. 동성연애자의 높은 AIDS 감염율을 나타내는 명백한 통계자료에도 불구하고 미국에서는 그들에게 감염검사를 강제하는 것은 곧바로 신체의 자유, 행복추구권, 프라이버시권, 평등권에 대한 침해로 간주될 소지가 있다. 동성 또는 양성행위자들에 대한 대중들의 적개심에도 불구하고 동의가 없는 미성년자에 대한 동성애나 공개장소에서 행한 동성애 행위자체는 처벌 대상이 되지만(이른바 sodomy statutes; Goldstein, 1988), 그와 같은 성행위 방식의 선택을 이유로 한 차별은 비교적 엄격히 금지되어 왔다. 미국의 가족학자 중에는 동성연애를 생활방식에 관한 개인적 선택의 문제로 보거나, 동성애 커플을 미국 사회의 부부개념에 포함시키자는 제안도 나오는 실정이다(Notes, 1993).

미국 사회는 이와 같은 우리와 다른 이질적 성문화를 지녔음에도 불구하고 AIDS와 관련된 성문화는 감염경로, 확산 경향 등 여러 공통점도 지니고 있다. 그러므로 미국에서의 논의는 우리에게도 시사하는 바 클 것으로 생각한다.

2. 연구범위와 방법

본고에서는 먼저 AIDS가 가족관계에 미치는 문제점을 추출하기 위하여 이 질병의 의학적 특성에 대하여 설명한 뒤 미국의 가족에서 쟁점이 되어 있는 주제들을 편의상 부부관계와 부모-자녀관계로 나누어 요약·소개한다. 다음으로 우리나라에서 문제되었거나 문제될 수 있는 사례를 검토한 뒤 문제 해결을 위한 기본적인 원칙들을 정리하고자 한다.

현재 우리나라에서는 AIDS에 대한 국가관리가 행하여지고 있으나 감염자나 가족의 프라이버시권 보장의 측면에서 감염자의 신원이나 감염경로, 감염 후의 대응이나 가족관계 등의 정보에 접근하는 것은 매우 어렵다. 여기서 본고는 주로 AIDS와 가족관계에 대한 가족법적 논의에 국한하여 살핌으로써 앞으로 실증자료에 입각한 가족연구의 출발점을 삼고자 한다.

II. AIDS의 의학적 특성

1. AIDS에 대한 정의와 의적 증상

AIDS는 1981년 미국에서 처음으로 발견되었으며 원인균은 1983년에 확인되었다. 미국의 AIDS환자수는 이미 월남전 미군회생자수의 배에 달하고 있다(Sohlgrén, 1991). AIDS는 선천적으로 면역기능이 작용하지 않는 병증과는 달리 일반적으로 HIV(human immunodeficiency virus)라는 세균에 감염되어 면역 결핍상태가 되는 일련의 병증을 말한다. AIDS바이러스가 인체에 침투하면 장기간에 걸쳐 신체는 면역력을 상실하게 된다. 그 결과 그때까지는 면역력 때문에 감염을 피할 수 있었던 사람이 면역력이 약한 세균이나 원충, 진균, 또는 바이러스 등의 병원체에도 쉽게 감염되고 이들이 체내번식하여 여러가지 질병을 유발하여 결국 사망에 이르게 된다. 이처럼 HIV 감염은 1차감염이며 기회감염(opportunistic infection)은 2차감염이다. HIV감염여부는 반드시 혈청조사를 통하여서만 밝혀지며(Mortiner, 1993) 그때까지 감염자는 자신도 알지 못한채 전파행위를 할 위험이

있다. HIV감염자의 전이율은 아직 정확하지 않다. 그러나 감염자의 AIDS 발병율은 매우 높으며 잠복기간은 비교적 장기간이다. 비교적 새로운 질병인 까닭에 발병자의 사망율은 정확히 측정되지 않으나 생존 가망성은 없는 것으로 알려졌다(김민중, 1993). AIDS의 완전한 예방제나 치료약품은 아직 존재하지 않는다. AZT라는 약품이 때로는 환자의 생명을 연장하는데 도움이 되지만 유독성이 매우 높은 것으로 알려져 있다(Peters & Weber, 1993).

우리나라의 경우, AIDS는 그 특유한 임상증상으로 '세포 면역기능에 결함이 있고, 카포시육종(Kaposi Sarcoma : 결정체 모양의 갈색 발진) 기타 질병의 기회감염이 있는 경우' 라고 규정되고 있다(후천성면역결핍증예방법 시행령 제2조). 이는 물론 전염병에 대하여 국가관리차원에서 둔 규정이지만 본고에서도 일단 이에 따르기로 한다.

2. 감염경로와 고위험집단

AIDS의 감염경로는 각국의 방역당국, 의료계, 위험집단의 보험가입을 저지하려는 보험사업자에 의해 활발히 추적되었다. 감염경로는 대체로 다음의 네가지이다 ① 성행위(인공수정포함) ② 정맥주사기의 공동사용 ③ 수혈 또는 수술기회 ④ 태아에의 수직감염 또는 유아에의 수유.

AIDS는 이른바 일상적인 접촉(casual contact)을 통해서도 감염되지 않는다. 위와같은 특유한 감염경로 가운데 성행위가 가장 일반적인 감염경로로 밝혀졌으며 이에따라 특히 AIDS에 노출될 가능성이 높은 위험집단의 분류가 행하여졌다. 한 연구(Schepard, 1989)에 따르면 환자중 동성연애자(58%)와 약물중독자(31%)의 비율이 높으며 1990년대에 들어 이성간성행위자(8%) 사이의 발병율도 높아졌으며, 최근에는 모로부터 자에게 감염되는 사례(2%)도 꾸준히 늘고 있으나 혈액 또는 혈액제제로부터의 감염율은 안정적이라고 한다. 미국의 AIDS환자중 동성연애자의 비율은, Keenlyside와 Adler(1993)에 의하면 53%정도이며 Schepard(1989)의 연구에서는 약 58% 정도, Schatz(1987)에 의하면 약 73% 정도라고 한

다. 독일에서도 동성연애자가 AIDS환자의 72%를 차지하며(Lörper & Zich, 1988), 영국의 사정(National Underwriter, 1992.10.5)도 비슷하다고 한다. 각국의 통계에 따라 미국방역센터는 동성연애자를 혈우병환자, 정맥제제사용자(intravenous drug users), 윤락행위자와 그 상대방, 불특정 다수를 상대로 불안정한 성행위를 하는 자와 함께 고위험집단으로 분류하고 있다.

III. AIDS의 출현과 미국가족

1. 부부관계에 미치는 영향

1) 혼인무효 또는 취소

우리나라에서는 배우자가 AIDS에 감염된 때의 대응행동에 대하여 조사된 바 없다. 일본에서는 총리부가 1987년에 배우자의 AIDS감염시의 대응방안을 묻는 의식조사를 행한바(手嶋豊, 1991) 종래와 마찬가지로 생활한다는 응답이 가장 많았다(29.3%)고 한다. 그러나 가정내에서의 생활을 구별한다(27.7%)는 대답과 곧 바로 별거한다(9.6%)는 답변 및 이혼한다(4%)는 답변이 41.3%를 차지하였다(기타는 무응답). 이 자료를 볼 때 일본인들은 배우자의 AIDS감염에 대하여 곧 바로 이혼을 시도하는 비율은 낮다고 하여도 어떠한 형태된 가족관계의 변화를 도모하겠다는 반응을 보인 것이다. 가족관계의 변화로서 가장 문제되는 것은 혼인관계의 해소여부이다. 혼인전에 고의 또는 과실로 제3자에게 AIDS를 감염시킨 경우는 전과행위자의 민사상의 불법행위책임 또는 형사책임은 발생할 수 있으나 가족관계에 고유한 문제는 발생하지 않는다.

한쪽 배우자의 AIDS감염사실이 법률혼의 성립 후에 밝혀진 경우에는 이에 대한 가족의 대응은 다양할 것이다. 이때 감염자의 사기를 이유로 혼인을 취소하거나 무효로 할 수 있는가? 혼인무효의 사유는 각국이 매우 제한적으로 정하고 있으며 질병감염사실 때문에 혼인이 무효로 되지는 않는다. 그러나 혼인을 결정케할 목적으로 혼인시에 자신의 신체적, 정신적 사항에 대하여 정확히 알리지 않은 것은 불법

행위로서 혼인취소사유가 된다는 것이(O'Brien, 1989) 미국의 다수설이다.

2) AIDS감염을 이유로 한 이혼원인과 경제

전세계적으로 이혼원인에 관하여는 유책주의로부터 파탄주의로 이행하는 것이 추세이다. 미국의 대다수 주도 이혼원인에 관하여 파탄주의(no-fault divorce)를 취하며 순수하게 유책주의(fault divorce)를 취하는 주는 3개주 정도이다. 파탄주의를 취하는 주에서는 AIDS감염사실이 파탄의 원인이 되든가, 감염되지 않았음을 명백하게 밝히지 못한 채로 원만한 부부관계를 계속할 수 없다고 판단되는 때에는 이혼이 허용될 것이다. 나아가 AIDS의 감염여부는 친권자의 결정, 이혼급부의 결정, 면접권의 제한 등에도 영향을 미치므로 당사자의 AIDS감염여부를 밝히는 것이 큰 의미가 있다.

한편 유책주의 아래서는 배우자 한쪽의 HIV감염사실이 배우자 이외의 자와의 간통, 비감염배우자에 대한 폭행 및 상해나 악의의 유기와 같은 이혼원인의 증거가 되는가 하는 점과 증거력은 어느 정도인가 하는 것이 문제된다. 파탄주의나 유책주의를 구별할 것도 없이 이혼을 청구하는 자는 상대방에 대하여 HIV검사에 응할 것을 강력히 요구하게 되는데 이때에 자발적으로 동의하지 아니하는 배우자에게 검사를 강제하는 것은 매우 어려운 형편이다. 대체로 검사를 거부함으로써 생기는 불이익, 예컨대 유책의 인정으로 인한 이혼의 허용은 검사불응자가 감수하는 것으로 그친다. 더구나 당사자가 감염사실을 모르고 있었다면 HIV양성반응 사실은 그의 삶에 손상을 가할 수 있다고 지적된다. 그들이 자살, 살인, 마약중독에 빠질 위험성이 높다는 연구결과도 인용된다(Sadler, 1992). 또 평등권의 침해가 된다(Vash, 1991)고 한다.

결국 혼인 이후의 AIDS감염사실은 파탄주의하에서 이혼원인이 되겠지만 감염의 입증은 용이한 문제가 아니다. 그러나 유책주의하에서는 AIDS감염은 간통이나 동성행위등 일탈적 성행위(부정행위)의 유력한 증거는 되지만 성관계 이외의 다른 전염경로도 있는만큼 곧바로 감염배우자의 유책성을 인정할 수

없는 것이다. 그러므로 이혼하고자 하는 배우자는 굳이 상대방의 HIV감염사실을 밝히는 방법으로 상대방의 일탈적 성행위를 입증하고자 할 것이 아니라 종래와 같은 방법 예컨대 당사자의 자백이나 일탈현장의 포착 등으로 입증토록 하여야 할 것이다(Schepard, 1989).

한편 AIDS감염은 배우자에 대한 폭행, 상해의 증거가 되는지가 논의된다. 많은 가족학자에 의해 성적, 애정적기능은 현대가족의 본질적 기능의 하나로 꼽히고 있다(유영주, 1993). 부부중 한쪽의 AIDS감염은 상대배우자에게 감염될 가능성이 매우 높음을 뜻하며 배우자의 육체적·정신적 상태에 대한 불안정하고 부적절한 상황을 뜻한다. 만약 AIDS 감염자가 배우자에게 불안정한 성행위를 강요한다면 이는 부부간의 단순한 불화가 아니라 심각한 비행이 될 수도 있을 것이다. 한편 감염사실을 발견한 의사는 감염자의 배우자나 가족에게 감염사실을 통지함으로써 AIDS의 확산을 막고 환자의 치료를 도모하며 가족이 대응할 수 있는 기회를 주어야 한다는 주장이 있다(Curley, 1989~1990; Cowan & Johnson, 1993).

AIDS감염이 상대방 배우자에 대한 악의의 유기에 해당하는가가 논의된다. 그러나 이때에는 이혼청구자측에서 AIDS감염의 위험을 내세워 동거를 거부하는 경우가 많을 것이므로 악의의 유기가 이혼 원인이 되는 경우는 생각하기 어렵다.

한편 심각한 질병을 이유로 한 이혼은 가족성원에 게 경제적 스트레스를 가한다. 직장에서의 추방, 치료비의 과중한 부담, 생명 또는 상해보험회사에 의한 보험가입의 거부, 재산분할과 양육비부담의 문제가 생긴다. AIDS 감염자가 유책이라 하여 이혼급부를 결정함에 있어서 반드시 불리한 것은 아닌 것 같다(Schepard, 1989). 뉴욕주의 공평배분법 (Equitable distribution law)은 각 당사자의 향후의 재정적 상황, 생계비 조달방법, 당사자의 연령과 건강등을 고려하도록 한다.

기본적으로 AIDS 감염을 이유로 고용이나 보험가입이 거부되지 않을 것과 의료체계의 정비나 국가의 사회복지차원에서의 원조(McCubbin등, 1982)가 가족관계의 안정에 긴요하다.

2. 부모 - 자녀관계에 미치는 영향

1) 출산권의 제한

부모 특히 모가 AIDS 감염자인 경우 출산을 전후하여 자에게 AIDS가 전파될 가능성이 있다. 그럼에도 불구하고 부모는 출산을 고집할 권리가 있는가? 1993년 6월 현재 미국방역센터는 4,710건의 유아감염 사례가 보고되었으며 그 중 4,121건이 모체감염으로 파악되었다(Crossley, 1993). 신생아감염율은 45%(Curley, 1989), 7~39%(Crossley, 1993), 30%(Levin등, 1991)등 정확하지 않다. 미국방역센터는 향후 유아감염율은 상당히 높아질 것으로 예상한다. 유아감염율을 높이는 또 하나의 원인은 유아감염의 정확한 경로가 아직 밝혀지지 않고 있는 점이다. 의사들은 바이러스이전에 의한 임신중 감염, 분만시 모체의 혈액이나 생식기분비물을 통한 감염, 출산후 수유시의 감염등(Crossley, 1993)으로 그 경로를 추측할 뿐이다. 유아감염자의 70~80% 정도가 수직감염(vertical transmission)으로 추계된다. 현재 미국과 유럽의 경우 전체 AIDS감염자의 약 2%정도가 13세미만이다. 그러나 아프리카나 카리브연안 국가들의 유아감염자는 그 나라 전체 환자의 15~20%에 이르고 있다(Gibb & Peckham, 1993).

이와같이 AIDS감염부모에 의한 유아감염은 출산권에 대한 심각한 도전이 되고 있으며, 미국에서는 감염된 자녀가 모와 그 상대방(모에게 감염행위를 한 자)을 상대로 소송을 제기할 수 있는 지가 논의된다. 이는 선천성 장애를 비롯한 불우한 정황에서 자가 의사 또는 다른 사람의 과실이 없었다면 그 자신의 출생, 나아가 현재의 생명을 회피할 수 있었음을 주장하여 불법행위책임을 따지는 이른바 불법생명소송(wrongful life action)이다.

AIDS감염유아의 출산과 관련하여 가족학자들이 우려하는 바는 모체로부터의 감염을 예방하는 방법으로 출산을 자제시키는 것 밖에는 없다는 점이다. 왜냐하면 임신가능연령층 여성의 감염율이 급증하고 있고 소아과 의사들의 상당수가 AIDS감염유아의 치료담당자가 되기를 꺼리기 때문이다(이른바 selective nontreatment; Levin, 1991).

따라서 현재의 의학수준이 AIDS감염유아가 정상적인 삶을 살도록 보장하지 못한다는 점을 임신 및 출산을 결정할 때 고려해야 한다(Krause, 1986).

2) 친권 또는 면접권의 제한

이혼이 자녀에게 미치는 나쁜 영향에 대하여는 많은 가족학자의 선행연구가(Price & McKenry, 1988) 있었다. 이와 함께 이혼후의 친권자를 누구로 하는 것이 바람직한가에 대한 여러 연구는 모가 부모보다 자의 양육에 유익하다는 가설을 부인하게 되었다. 이와 같은 점을 반영하여 1988년 현재 미국의 36개 주는 공동양육(joint custody)제도를 택하고 있다(Freed & Walker, 1989). 이는 단독양육만이 허용되는 우리나라와 다른 점이다. 부 또는 모는 단지 AIDS감염자라는 사실만으로 친권을 박탈당하지 않는 것이 원칙이다. 미국가족의 사례연구결과(Schepard, 1989), 친권자는 어떤 결정이 자의 최대이익이 되는가라는 관점에서 결정되어야 한다는 결론에 이르고 있다.

한편 면접권은 이혼한 어머니 가운데 친권자이거나 양육권자가 아닌자가 계속하여 그 자를 면접, 교류, 숙박, 서신교환 등의 방법으로 교섭하는 권리이다.

미국의 통일혼인 및 이혼법은 자의 육체적, 정신적, 도덕적, 정서적 건강을 침해할 우려가 있는 경우에는 비양육친의 면접권을 제한한다(동법 제407조 b항). 다만 이혼에 따른 환경의 변화와 마음의 상처를 최소화하기 위해 법원은 가능한한 면접은 허용하고자 한다. 그러므로 질병을 이유로 면접이 제한된 부부는 질병이 치유된 후에는 면접이 재개된다.

AIDS는 일상적인 육체적 접촉(casual physical contact)으로는 감염되지 않는다. 그러나 일부 전문가의 보다 세밀한 관찰에 따르면 집안접촉(household contact)을 통하여 감염되는 회귀사례도 있다고 한다. 더 나아가 타액, 땀, 눈물이 AIDS의 매개체가 될 수 있다는 의학적 연구도 있다(Pearce, 1989).

요컨대 AIDS전파 가능성 때문에 AIDS감염자인 비양육친의 면접권이 부인되어서는 안된다는 것이 의학적 연구성과를 존중한 미국 법원의 기본입장이라고 할 수 있다. 즉 AIDS감염사실은 면접권을 부인

할 예외적 상황이라는 증거가 없는 한(no exceptional circumstances) 허용되어야 한다는 것이다(Pearce, 1989).

Pearce는 질병이 감염위험이나 성적학대(sexual abuse)가 주로 문제되는 경우에는 제3자의 입회하에 면접토록 하는 방법(supervised visitation)이 효과적이라고 제안한다(Pearce, 1989). 또한 자의 신체적 손상에 이르지는 않는다고 하여도 정신적 건강에 손상을 입히거나 입힐 가능성이 있는 때에는 면접이 제한 또는 박탈될 것이다. 이런 점에서 면접시에 자가 직면하는 다양한 위험 또는 이익을 규명함에 있어서 가족학의 역할이 중요하다고 생각한다.

IV. AIDS의 출현과 한국가족

1. 혼인무효 또는 취소

우리나라의 경우 혼인의 무효는 민법 제815조에 열거되어 있는 사유가 있을 때로만 한정되므로 배우자의 AIDS감염을 이유로 혼인이 무효가 되지는 않는다. 그러나 혼인당시 당사자 일방에 부부생활을 계속할 수 없는 악질 기타 중대한 사유가 있음을 알지 못한 때는 혼인취소사유가 된다(민법 제816조 2호). 여기서 혼인당시 AIDS감염사실을 알고 있는 자가 상대방에게 이를 알리지 않고 혼인한 때에는 혼인이 취소될 것이다. 문제는 혼인중에 AIDS에 감염되었거나 감염사실을 알게 된 때인데 이것이 재판상 이혼원인이 되는가 하는 점이다. 부부중 한쪽의 AIDS감염은 유책이혼사유인 '부정한 행위'의 유력한 증거가 될 수 있으나 입증에 필요하다. 결국 AIDS감염은 파탄이혼사유에 해당하는지가 문제이다. 민법 제840조 6호의 '기타 혼인을 계속하기 어려운 때'라 함은 혼인관계가 회복할 수 없을 정도로 파탄되어 더 이상 그 혼인의 건전성이 유지될 수 없다고 판단되는 객관적 사정을 의미한다. 현재까지의 학설·판례는 성병감염이나 악질, 육체적 모욕과 가해따위도 이혼사유가 될 수 있다고 한다(김주수, 1991). 여기서 도덕적으로 비난받을 사유없이 감염된 경우라도 AIDS감염사실은 동거의무등 부부관계의 본질에서

불 때 이혼사유가 될 것이다.

한편 AIDS감염을 원인으로한 이혼의 경우에 위자료(민법 제806조, 825조) 산정 및 재산분할(민법 제839조의 2)에 영향을 미칠것인가는 두청구권의 성격을 어떻게 이해하는나에 달려 있다. 그러므로 AIDS 감염사실은 위자료산정에는 반영되겠으나 재산분할액 산정에는 영향이 없다고 하여야 할 것이다(Krause, 1986; Price & Mckenry, 1988; 임영진, 1994).

우리나라의 경우 AIDS감염을 이유로한 이혼소송은 1건 있었다. 법원은 감염사실을 숨긴채 결혼하여 아이까지 낳은 행위는 당연히 이혼사유에 해당한다고 밝히고 처에게 위자료 2천만원을 지급하도록 판결한바(부산지법 1991.12.24., 91드3121) 있다.

2. 출산권의 제한

우리 헌법은 혼인과 가족제도를 보장한다(헌법 제36조 1항). 이는 제도보장으로서(권영성, 1993)가의 계승을 위한 출산권도 당연히 포함된다. 한편 모자보건법은 전염성질환자의 임신중절수술과 불임수술을 규정하며(제14조, 15조), 후천성면역결핍증에 방법은 국민의 협조의무를 규정한다(제3조).

여기서 대략 50% 이하인 것으로 알려진 유아감염율을 이유로 AIDS감염자의 출산을 제한할 수 있는나하는 어려운 문제가 제기된다. 현행 후천성면역결핍증예방법상 '감염의 예방조치없이 행하는 성행위'(동법 제19조 1호)를 통하지 않고 부부간 자의 출산은 불가능하며 출산은 '혈액 또는 체액을 통하여 타인에게 전파할 수 있는 행위'(동법 제19조 2호)에 해당하여 당사자는 처벌받게 된다. 그러나 당사자가 처벌을 각오하면서까지 임신·출산을 강행하거나 임신한 자가 후에 AIDS감염 사실을 알면서 임신중절수술을 거부하는 경우는 문제이다.

우리나라의 경우 양쪽 모두 AIDS에 감염된 부부가 임신하자 보사당국이 출산을 포기하도록 종용한바 있으나 당해 부부는 출산을 강행한 사례가 1989년에 있었다. 출산후 1년이 지난 시점에서 유아를 상대로 한 혈액검사를 실시한 결과 다행히 유아는 AIDS음성반응을 나타냈으나(중앙일보, 1990.10.9)

보사부는 수유감염을 우려하여 분유를 통해 양육하도록 권장하였다고 한다(Gibb & Peckman, 1993).

이처럼 태아 또는 유아의 보호를 우연에 맡길 것이 아니라 개인의 출산의 권리와 국가의 공공정책간에 조화점이 찾아져야 할 것이다.

3. 친권 또는 면접권의 제한

우리나라의 경우 자녀없이 이혼하는 경우는 전체 이혼가정의 10%내외로 자녀를 갖고 이혼하는 경우가 압도적으로 많다(한봉희, 1993). 우리나라 사람들은 사회적 체면이나 경제적 능력, 상대방에 대한 애정보다도 자녀문제 때문에 이혼을 주저하는 사람이 61%에 이르며(김숙자, 1988), 이혼후 겪는 가장 큰 문제로 '자녀의 앞날에 대한 걱정'을 꼽고 있다(한경혜, 1992). 이러한 사정은 미국도 마찬가지이다(Price & Mckenry, 1988). 이와같은 사정은 이혼후 친권자의 결정이나 면접권제도의 운영이 얼마나 중요한 것인가를 말해준다. 가족법은 부모가 이혼할 경우에는 부모의 협의로 친권을 행사할 자를 정하고 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 아니하는 때에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 결정하도록 한다. 친권자를 변경할 경우도 또한 같다(민법 제909조 4항). 이처럼 우리나라의 경우는 다른 여러나라의 공동보호제도와는 달리 이혼후의 친권은 단독친권으로 규정되어 있어 친권자의 결정이 불가피하다. 다만 최진섭(1991)은 우리 가족법하에서도 공동친권이 가능하다고 해석한다.

친권자를 결정할 때 AIDS감염자는 단지 그 사실 때문에 친권자가 될수 없다고는 할 수 없다. 그러나 도덕적으로 비난받을 만한 사유로 AIDS에 감염된 자라면 자에게 미칠 정신적, 정서적 영향때문에 친권자로 결정될 수 없는 경우가 있을 것이다.

한편 우리 법원(서울지법 1987.2.23., 86르313)은 명문규정이 없음에도 이혼후의 자녀면접을 허용하였던 것을 입법적으로 수용함으로써 훨씬 활발한 이용이 기대되고 있다. 이 제도에 대하여는 심리학이나 정신분석학의 입장에서 비양육권의 면접은 양육권의 양육상의 어려움을 증가시키며 이혼부부간 갈등을

재연시킬 위험이 높다고 지적된다. 시간이 지날수록 비양육권이 무성의 해짐으로써 오히려 자에게 부정적 영향을 끼칠수 있다는 비판도 제기된다. 그러나 비록 가족의 해체에도 불구하고 부모와 자의 관계를 유지하는 것이 자연스러우며 자의 인격형성에도 도움이 되는 경우가 많으리라고 생각된다. 이에 대한 정현숙(1991)의 연구는 이혼후의 자녀들이 비양육권과 접촉을 많이 할수록 이혼후의 생활적응도가 높다고 밝히고 있다. 그러므로 면접을 원칙적으로 허용하되 여기에도 자의 최상의 이익의 원칙을 적용하여 자의 복리를 위하여 필요한 경우에만(이은신, 1994) 면접권을 제한 또는 박탈하면 되는 것이다. 비양육권이 AIDS에 감염된 경우 면접권이 제한 또는 배제되어야 하는가의 문제도 그것이 자의 복리를 위해 필요한 조치인가라는 관점에서 결정될 일이다. 즉, AIDS 감염자라는 이유만으로 면접권이 불허되어서는 안된다는 것이 원칙이다.

현재 우리 가족법은 면접권을 부모의 권리로 규정하고 있어서 조부모의 면접은 허용할 수 없는 실정이다. 그러나 경우에 따라서는 부모보다 조부모가 훨씬 큰 정신적, 심리적 안정과 인격적감화를 줄 수도 있으므로 미국의 대다수의 주가 그러하듯(Krause, 1986) 조부모의 면접을 허용하는 것이 좋을 것이다. AIDS감염자가 비양육권자인 경우 양육권자는 전파가능성을 이유로 조부모의 면접을 거부할 수 없을 것이다. 법원은 면접 분쟁시에 면접의 허용여부, 그 시기와 방법을 선택함에 있어서 가족학, 심리학, 의학 등 관련과학의 조력을 구해야 할 것이다(김숙자, 1992 ; 이은신, 1994). 아울러 외국처럼(Krause, 1986) 혼인카운셀링을 입법화할 필요가 있다.

V. 결론 및 제언

AIDS와 가족에 관한 문제는 결국 사후적이고 극단적인 법정싸움 형식으로 제기되며 그 결과 지금까지는 법리논쟁이 주조를 이루어 왔는데, 앞으로는 가족학적 관점에서 보다 정밀한 분석이 요구된다 하겠다. 여기서는 논쟁의 결론을 우리나라 가족의 측면에서 정리하여 보고자 한다.

1. AIDS의 출현은 가족학자들이 꼽는 거의 모든 가족스트레스의 요인을 복합적으로 내포하고 가족의 위기를 불러온다.

2. AIDS감염자와 그 가족이 단순히 감염자 또는 그 가족이라는 이유로 기본적 인권의 침해나 부당한 사회적 취급을 받아서는 안된다.

3. AIDS감염 사실을 숨기고 혼인하거나, 혼인후 감염된 경우는 혼인 취소 또는 이혼 원인이 되지만 혼인무효는 아니다.

4. AIDS감염을 이유로 이혼하는 경우 감염사실은 위자료산정에는 반영될 수 있으나 재산분할 기준은 되지 않는다.

5. 친권자의 결정과 자녀면접권의 제한 여부는 자에게 최상의 이익이 되도록 결정하여야 한다. AIDS의 전파가능성 이외에 그의 도덕성이나 인격의 문제도 감안해야 한다.

다음으로 앞으로의 AIDS와 가족문제의 해결을 위하여 다음과 같이 제언한다.

1. AIDS의 출현으로 인하여 제기되는 가족문제의 해결에 있어서는 의학적 연구성과가 충실히 반영되어야 하겠지만 지나치게 의학적 측면만 강조해서는 안된다. 가족학적 접근과 해명도 문제해결에 중요요소이다.

2. 각종 통계자료를 감안할 때, 일부일처제를 기초로 하는 전통적 가족형태와 마약·윤락·문란한 성생활 등을 회피하는 건전가족에서는 AIDS감염가능성이 낮으며, 적절한 가족생활교육을 통하여 그리고 전통가족에 대한 인식을 제고함으로써 AIDS감염자를 줄여야 한다.

3. 혼인, 이혼, 친권자 결정, 면접권 실행의 전과정에서 상담의 중요성이 인식되고 제도적 뒷받침이 이루어져야 한다.

4. 취학, 취업, 혼인, 의료보장과 보험, 격리수용과 생활보호, 프라이버시 등 여러문제 영역에서 감염자와 그 가족의 보호를 강화할 수 있도록 후천성면역결핍증예방법 등 관련법규의 내용이 보완되어야 한다.

끝으로 AIDS와 가족문제의 바람직한 해결방안을 가족학, 의학, 법학, 심리학, 사회학 등 관련학문간의

학제적 연구에 의해 모색하고 보완하는 것이 바람직할 것이다.

【참 고 문 헌】

- 1) 권영성, 헌법학원론(신정판), 법문사, 1993. 225면.
- 2) 김민중, "AIDS와 그 의학적·윤리적 그리고 법적문제", 인권과 정의 제172호, 대한변호사협회, 1990, 102면.
- 3) ———, "AIDS와 법", 전계 2. 인권과 정의 제198호, 1993, 54면.
- 4) 김숙자, "이혼원인", 남송 한봉회박사화갑기념논문집 현대민법의 과제와 전망, 밀알, 1994, 177-187면.
- 5) ———, "판례에 나타난 이혼사례연구", 가족법연구 제17호, 한국가족법학회, 1988, 315-316면.
- 6) 김주수, 친족·상속법(제4전정판), 법문사, 1991, 209-210면.
- 7) ———, 한국가족법과 과제, 삼영사, 1993, 585-589면.
- 8) 생협조사부, "AIDS와 생명보험", 생협 제 99호, 생명보험협회, 1987, 18면.
- 9) 유영주, 한국가족의 기능연구-대내적 기능을 중심으로, 교문사, 1993, 57-64면.
- 10) 안경환, "AIDS의 법적 문제", 사법행정, 1990, 2, 46-50면.
- 11) 엄영진, "이혼시의 재산분할청구권", 전계4. 현대민법의 과제와 전망, 232면.
- 12) 이은신, "면접교섭권", 인권과 정의 제211호, 1994, 57-101면.
- 13) 이화숙, "자의 최대의 이익과 현행친권제도", 가족법연구 제2호, 1988, 205면 이하.
- 14) ———, "아동의 권리와 법적·사회적 보호의 실현", 전계4. 현대민법의 과제와 전망, 369면.
- 15) 전중휘, "AIDS에 대하여", 보험의학회지 제10권, 한국보험의학회, 1991, 16면.
- 16) 정현숙, "가족해체와 자녀문제", 서울특별시·한국가족학연구회 공동주최 가정복지세미나「현대사회와 가족문제」자료집, 1992, 100면.
- 17) 최진섭, 이혼후의 공동양육(공동친권), 박병호교수회갑기념(1) 가족법학논총, 박영사, 1991, 268-272면.
- 18) 한경혜, "가족해체와 부부문제", 전계16. 자료집, 60면.
- 19) 한봉희, 비교이혼법, 일조각, 1982, 139-140면.
- 20) ———, "개정가족법의 제문제(상)", 소봉 김용한교수회갑기념 민사법학의 제문제, 박영사, 1990, 566면.
- 21) ———, "한국이혼법의 회고와 전망", 가족법연구 제7호, 1993, 106면이하.
- 22) 手嶋豊, "アメリカにわける後天性免疫不全症候群と家族法の諸問題", 廣島法學 第14卷, 廣島大學法學會, 1991, 336-350.
- 23) 丸山英二, "醫療現場でのエイズをめぐる法律問題" ジュリスト, No.1035(1993.12.1), 17-18.
- 24) Curley, M. M., "Establishing Relief for the most Innocent of all AIDS Victims ; Liability for perinatal Transmission of AIDS", 28. Journal of Family Law, 1989-1990, 274-287.
- 25) Cowan, F. M. & Johnson, A. M. HIV ; Controlling the epidemic, 21Medicine International, 1993, 37.
- 26) Crossley, M. A., "Of Diagnoses and Discrimination ; Discriminatory Nontreatment of Infants with HIV Infection", 93 Columbia Law Review, 1993, 1582-1594.
- 27) Freed, D. J. & Walker, T. B., "Family Law in the Fifty States ; An Overview", 22 Family Law Quarterly, 1989, 467.
- 28) Galvin, K. M. & Brommel, B. J., Family Communication, Cohesion and Change, 2nd ed., Scott, Foresman and Co., 1986, 232-241, 447ff.
- 29) Gibb, D. & Peckham, C., "HIV Infection in Infants and Children", 21 Medicine International, 1993, 64-69.
- 30) Goldstein, A. B., "History, Homosexuality, and Political Values ; Searching for the Hidden Deter-

- minants of Bowers r. Hardwick”, 97 The Yale Law Journal, 1988, 1073-1103.
- 31) Krause, H. D., Family Law in a nutshell, West Publishing Co., 1986, 198, 314ff, 269ff, 352ff.
- 32) Keenlyside & Adler, M. W. “Definitions and epidemiology of AIDS”, 21 Medicine International, 1993, 29~31.
- 33) Lörper Johannes & Zich Jutta, “AIDS and Life Assurance Acturial Models and Measures of Assurers”, Publications of the Cologne Re., 1988, 11.
- 34) Levin, B. W., Driscoll, J. M. Fleischman, A. R., “Treatment Choice for Infants in the Neonatal Intensive Care Unit at Risk for AIDS”, 265 Journal of American Medical Association, 1991, 2976-2980.
- 35) Loewenthal, M. R. & Cooper, D. A., “The natural History of HIV Infection”, 21 Medicine International, 1993, 26-28.
- 36) McCubbin, H. I., Nevin, R. S., Cauble, A. E., Larsen, A., Comean, J. K., Patterson, J. M., Families Coping with, Chronic Illness, McCubbin, H. I., Cauble, A. E., Patterson, J. M. ed., Family Stress, Coping, And Social Support, Charles C Thomas Publisher, 1982, 186-188.
- 37) Mortiner, P. P., “The ‘AIDS’ virus and The HIV test”, 21 Medicine International, 1993, 22-23.
- 38) Notes, “The Constitutional Rights of AIDS Carriers”, 99 Harvard Law Review, 1986, 1281-1292, 1910ff.
- 39) Notes, “Constitutional Limits on Anti-Gay-Rights Initiatives”, 106 Harvard Law Review, 1993, 1910ff.
- 40) O’Brien, R., “AIDS ; Perspective on the American Family”, 34 Villanova Law Review, 1989, 209-254.
- 41) Peters, B. S. & Weber Johathan, “HIV vaccines”, 21 Medicine International, 1993, 58.
- 42) Price, S. J. & Mckenry, P. C., Sage publications, Inc., 1988, 73ff.
- 43) Pearce, A. R., “Visitation Rights of an AIDS Infected Parent”, 27 Journal of Family Law, 1989, 713-731.
- 44) Schatz, B., “The AIDS Insurance Crisis ; Underwriting or Overreaching?”, 100 Harvard Law Review, 1987, 1783.
- 45) Schepard, A., “AIDS and Divorce”, 23 Family Law Quarterly, 1989, 6-35.
- 46) Sohlgren, E. C., “Group Health Benefits Discrimination against AIDS Victims ; Falling through the Gaps of Federal Law-ERISA, The Rehabilitation Act and The Americans with Disabilities Act”, 24 Loyala of Los Angels Law Review, 1991, 1247-1253.
- 47) Sadler, B. P., “When Rape Victims Right meet Privacy Rights ; Mandatory HIV Testing, Striking the Fourth Amendment Blance”, 67 Washington Law Review, 1992, 208.
- 48) Vash, L. A., “Leckelt V. Board of Commissioners of Hospital District No.1 ; Forced Disclosure for HIV Infected Health Care Workers”, 65 Tulane Law Review, 1991, 1722ff.