

가족법의 최근 쟁점¹⁾

- 친권상실신고와 아동인도집행에서 나타난 문제점을 중심으로 -

김상용(중앙대학교 법학전문대학원 교수)

I. 들어가는 말

친권은 자녀의 복리실현을 위하여 국가로부터 부모에게 부여된 실정법상의 의무이자 권리이다. 친권을 문자 그대로 풀이하면 부모의 권리라는 뜻이 되겠지만, 오늘날 친권은 부모의 권리라기 보다는 의무로서의 성질이 더 강한 것으로 이해되고 있다.²⁾ 친권의 행사는 기본적으로 친권자인 부모의 의사에 맡겨져 있지만, 친권의 본질상 자녀의 복리라는 기준에 의해서 제한을 받지 않을 수 없다. 즉 친권은 자녀의 복리를 침해하지 않는 한도 내에서만 행사되어야 한다는 내재적 한계에서 자유로울 수 없다.

따라서 부모의 친권과 자녀의 복리가 충돌하여 국가의 개입이 불가피한 상황이 전개된다면, 국가(법원)는 자녀의 복리를 최우선의 기준으로 하여 문제를 해결하여야 할 것이다. 이러한 점에서 아동의 복리를 보호해야 할 최종적인 책임은 국가에 있다고 할 수 있다.

친권상실신고는 친권에 대한 국가의 개입이 가장 현저하게 드러나는 제도라고 할 수 있다. 미성년자녀의 보호와 양육은 일차적으로 부모의 책임이지만, 부모가 자녀의 복리를 심각하게 침해하는 경우에는 아동의 보호에 대해서 최종적인 책임을 지는 국가가 개입하여 친권에 대한 일정한 조치(친권상실, 일시정지 또는 일부제한 등)를 취하지 않을 수 없다. 근래 개정된 민법상 친권상실에 관한 규정³⁾은 친권상실신고의 요건을 합리적인 이유없이 대폭 축소함으로써 자녀의 복리가 위태로운 상황에서 국가가 개입할 수 있는 여지를 오히려 제한하였는데, 이는 결국 친권상실에 관한 법원 실무에서 혼란을 야기하고 있다.

한편, 최근에 우리 사회에서는 아동의 인도집행과 관련하여 친권과 자녀의 복리가 대립, 충돌하는 상황이 벌어지고 있다. 대법원이 아동의 인도집행에 관한 예규를 새로 제정하고,⁴⁾ 종래의 예규를 개정⁵⁾함으로써 자녀의 의사에 반하는 강제집행이 가능하게 되었는데, 집행단계에서 자녀의 의사와 복리를 전혀 고려하지 않을 뿐 아니라 집행관이 아닌 경비노무자가 집행에 참여하여 무리한 집행이 이루어진다는 비판을 받고 있다.

아래에서는 민법상 친권상실신고와 대법원 예규에 따른 아동의 인도집행을 중심으로 친권과 자녀의 복리가 대립, 충돌하는 상황에서 실제로 어떠한 문제점이 발생하고 있는지, 국가⁶⁾는 어떠한 역할을 하고 있는지에 대해서 살펴보고, 이어서 문제의 해결과 개선을 위한 대안을 제시하려고 한다.

1) 2025년 12월 12일 대한변호사협회 학술대회에서 필자가 발표한 주제 발표문을 수정, 보완한 논문임.

2) 이러한 의미에서 친권은 의무권(Pflichtrecht)으로 이해된다(BT-Drucks. 8/2788, S. 36). 따라서 친권자는 자신(부모)의 이익을 위해서가 아니라, 자녀의 복리를 위해서 친권을 행사하여야 한다. Staudinger/Lettmaier(2020), § 1626 Rn. 118.

3) 법률 제12777호. 2014. 10. 15. 개정. 2015. 10. 16. 시행.

4) 헤이그 국제아동탈취협약에 따른 아동반환청구 사건의 집행에 관한 예규(재특 2024-1). 재판예규 제1869호. 2024. 4. 1. 시행.

5) 유아인도를 명하는 재판의 집행에 관한 예규(재특 82-1). 재판예규 제1894호. 2025. 2. 1. 시행.

6) 여기서 국가는 사법부, 입법부, 행정부를 포괄하는 개념으로 사용하였으며, 구체적으로는 법원, 국회, 법무부를 의미한다.

II. 친권상실에 관한 2014년 개정법

1. 개정민법의 친권상실사유 - 친권남용으로 인한 자녀의 복리침해

2014년에 개정된 제924조는 “부 또는 모가 친권을 남용하여 자녀의 복리를 현저히 해치거나 해칠 우려가 있는 경우” 친권의 상실 또는 일시 정지를 선고할 수 있다고 규정한다. 개정 전 제924조는 “부 또는 모가 친권을 남용하거나 현저한 비행 기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유”를 친권상실의 원인으로 규정하고 있었다. 개정 전과 후를 비교해 보면, 개정 전에는 ‘친권의 남용’, ‘현저한 비행’, ‘친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유’가 각각 독립적인 친권상실의 원인이 되어 이 중 어느 하나에 해당하면 친권상실선고를 할 수 있었으나, 개정민법 제924조에 따르면 ‘친권의 남용’과 그로 인한 ‘자녀의 복리침해’라는 두 가지 요건이 충족되는 경우에 한하여 친권의 상실(또는 일시 정지) 선고를 할 수 있다.

2. 친권상실사유 중 ‘현저한 비행’과 ‘친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유’의 삭제

위에서 본 바와 같이 개정 전 제924조는 ‘친권의 남용’, ‘현저한 비행’, ‘친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유’를 각각 독립적인 친권상실의 원인으로 규정하고 있었다. 그러나 개정민법 제924조는 ‘현저한 비행’, ‘친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유’를 합리적인 이유 없이 삭제하여, 친권상실의 원인을 축소시키는 결과를 가져왔다.

‘친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유’는 ‘친권의 남용’과 ‘현저한 비행’을 포괄하는 상위개념으로서 종래 법원 실무에서 친권상실의 원인으로 가장 빈번하게 사용되어 왔다. 그런데 2014년 개정 당시 아무런 대안없이 이 사유를 삭제하는 바람에 오히려 입법의 공백이 발생하였고, 이로 인하여 친권상실선고에 관한 재판에서 법원의 법 적용에 혼선이 빚어지고 있다. 아래에서 그 구체적인 사례들을 살펴본다.

3. 하급심 심판에 나타난 문제점

(1) 강간, 강제추행으로 인한 친권상실

(가) 2014년 개정법 시행 이전(2015. 10. 16. 이전)

① 서울가정법원 2010. 4. 6. 2009느합244 심판

부(父)가 딸을 수차례에 걸쳐 강제추행, 강간하여 징역 4년형을 선고받은 사건에서 서울가정법원은 부에게 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있다고 판단하여 친권상실을 선고하였다.

② 서울가정법원 2010느합208 심판⁷⁾

부가 딸을 수차례 강간하거나 강제추행을 하여 징역 12년 및 치료감호, 10년간의 위치추적 전자장치부착명령을 선고받은 사건에서 서울가정법원은 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있다고 판단하여 친권상실선고를 하였다.

7) 심판일 미상.

③ 서울가정법원 2015. 7. 20. 2014느합30218 심판

부가 딸을 추행하였다는 범죄사실로 징역 2년 6개월에 집행유예 4년의 형을 선고받은 사건에서 서울가정법원은 현저한 비행 기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있다고 판단하여 친권상실선고를 하였다.

(나) 2014년 개정법 시행 이후(2015. 10. 16. 이후)

① 서울가정법원 2016. 4. 14. 2015느합159 심판

부가 딸을 수차례에 걸쳐 강제로 추행 또는 간음하여 징역 9년 및 80시간의 성폭력 치료프로그램 이수명령을 선고받고 항소하여 항소심 절차가 진행 중인 사건에서 서울가정법원은 부가 자신의 친권을 남용하여 자녀의 복리를 현저히 해하였다는 이유로 민법 제924조에 따라 친권상실선고를 하였다.

② 부산가정법원 2016. 4. 26. 2016느합3 심판

부가 딸을 수차례에 걸쳐 강제추행하고, 딸을 상대로 유사성행위를 하여 징역 6년 및 120시간의 성폭력 치료프로그램 이수명령을 선고받고 항소한 사건에서, 부산가정법원은 부가 자신의 친권을 남용하여 자녀의 복리를 현저히 해하였다는 이유로 민법 제924조 제1항에 따라 친권상실선고를 하였다.

③ 서울가정법원 2016. 4. 8. 2016느합1028 심판

부가 딸을 수차례에 걸쳐 강제로 추행, 간음하여 징역 15년 및 80시간의 성폭력 치료프로그램 이수명령을 선고받은 사건에서 서울가정법원은 부가 딸에게 한 위와 같은 행위는 “현저한 비행 기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유라고 할 것이므로, 민법 제924조에 따라 상대방의 사건본인에 대한 친권을 상실시킴이 상당하다”고 판단하였다.

(다) 검토

2014년 개정법이 시행되기 전에는 친권자의 미성년자녀에 대한 강간, 강제추행 사건에서 법원은 일관되게 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유 또는 현저한 비행을 근거로 친권상실선고를 하였다. 그러나 2014년 개정으로 제924조에서 친권상실사유로서 현저한 비행과 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 삭제된 이후, 친권자의 미성년자녀에 대한 강간, 강제추행을 친권의 남용에 해당한다고 보고 친권상실선고를 하는 심판이 나오기 시작했다(그러나 개정 전과 마찬가지로 현저한 비행 기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유에 해당하는 것으로 보아서 친권상실선고를 한 심판도 있다. 예를 들면 서울가정법원 2016. 4. 8. 2016느합1028 심판).

친권자가 미성년자녀를 강간, 강제추행한 경우에 친권을 남용한 것으로 볼 수 있는지에 대해서는 검토가 필요하다. 사건으로는 친권자에 의한 미성년자녀의 강간이나 추행이 친권의 남용에 해당한다고 해석하는 것은 무리라고 생각한다. 친권은 자녀의 보호와 양육을 위하여 국가가 부모에게 부여한 실정법상의 의무이자 권리이며, 친권의 남용이란 친권 본래의 취지 및 목적을 벗어나 친권을 부당하게 행사하는 것을 말한다. 따라서 친권남용에 해당하려면 일단 친

권의 범위에 속하는 행위(법률행위와 사실행위를 포함한다)가 있어야 하고, 그 행위가 친권 본래의 취지 및 목적을 벗어나 자녀의 복리를 해치는 것이어야 한다. 예를 들어 친권에는 법률행위의 대리권과 재산관리권이 포함되므로, 친권자가 자녀의 재산을 자신의 사실혼 배우자에게 증여하는 행위는 친권의 범위에 속하는 것이기는 하지만, 친권의 본지에 반하여 자녀를 복리를 해치는 것이므로 친권의 남용이 될 수 있다. 그런데 부모가 미성년자녀를 강간하거나 추행하는 행위는 애초에 친권의 범위에 들어가지 않으므로, 친권의 행사에 해당할 수 없고, 따라서 친권의 남용에 해당할 여지도 없다.⁸⁾ 2014년 개정 전 친권상실에 관한 법원 실무가 부에 의한 자녀의 강제추행, 강간 등의 사건에 있어서 일관되게 ‘친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유’ 또는 ‘현저한 비행’이 있는 것으로 판단하여 친권상실선고를 해왔던 것도 이러한 해석론을 뒷받침한다.⁹⁾ 부모가 자녀를 강간하거나 추행하는 행위가 ‘현저한 비행’인가, 또는 ‘친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유’에 해당하는가에 대해서는 견해의 차이가 있을 수 있으나, 적어도 친권의 남용에 해당하지 않는다는 점은 분명해 보인다.¹⁰⁾

(2) 신체적, 정신적 학대로 인한 친권상실

(가) 2014년 개정법 시행 이전(2015. 10. 16. 이전)

① 서울가정법원 2014. 8. 20. 2013느합41 심판

부가 수차례 자녀를 폭행하고, 물이 담긴 세숫대야에 머리를 담그는 등 자녀의 신체에 손상을 주는 학대행위를 하여 징역 1년, 집행유예 2년, 가정폭력치료강의 40시간의 수강명령을 받은 사건에서 서울가정법원은 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있다고 보아서 친권상실선고를 하였다.

② 창원지방법원 통영지원 2015. 2. 26. 2014느단405 심판

부가 10세의 딸을 상대로 장기간 욕설과 폭행을 하여 딸이 현재까지 심리치료를 받고 있는 사건¹¹⁾에서 창원지방법원 통영지원은 부가 자녀에게 한 욕설의 내용, 음주횟수, 정도 등을 두루 참작하면, 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있다고 판단하여 친권상실선고를 하였다.

8) 개정 전 민법에서 자녀에 대한 추행, 강간 등의 성적 학대에 대해서는 ‘기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유’에 해당한다고 보는 견해(최금숙, 아동학대와 친권상실에 관한 고찰, 법학논집 제8권 제1호(2003), 95면)가 있는가 하면, ‘현저한 비행’에 해당한다는 견해도 있다(주해친족법 제2권(집필자 권재문), 박영사, 2015, 1128면).

9) 대부분의 심판은 ‘친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유’가 있다고 보았다(예컨대, 서울가정법원 2014. 5. 26. 2014느합30022 심판: “친권자는 자를 보호하고 교양할 권리와 함께 이를 이행하여야 할 의무가 있다고 할 것인데, 상대방은 스스로 친권자임을 포기하고 친딸인 사건본인들에게 위와 같은 반인륜적인 범죄행위를 저질렀으므로, 상대방에게는 사건본인들에 대한 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있다고 봄이 상당하다.”; 청주지방법원 2013. 2. 4. 2012느합8 심판; 서울가정법원 2012. 10. 8. 2012느합237 심판; 서울가정법원 2011. 6. 21. 2010느합259 심판; 서울가정법원 2010. 4. 20. 2010느합12 심판 등). 예외적으로 ‘현저한 비행 기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유’에 해당한다고 본 심판도 있다(예컨대 서울가정법원 2015. 7. 20. 2014느합30218 심판 등).

10) 이와 반대로 자녀를 성적으로 학대하는 것도 친권남용에 해당한다는 견해가 있다. 윤진수, 친족상속법 강의, 박영사, 2025, 294면.

11) 부는 딸과 딸의 어머니(자녀의 부모는 사실혼 관계였다)에 대한 이러한 행위를 이유로 창원지방법원에서 징역 1년 6월을 선고받아 형이 확정되었다.

(나) 2014년 개정법 시행 이후(2015. 10. 16. 이후)

① 광주가정법원 2017. 1. 6. 2016느합3028 심판

부가 자녀에 대한 학대행위(큰 소리로 운다는 이유로 자녀를 수차례에 걸쳐 때리고 자녀의 얼굴을 부의 가슴 중앙에 밀착시킨 후 힘껏 껴안는 등의 방법으로 자녀를 학대하여 생명에 중대한 위험을 발생시켰다)로 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동학대중상해), 상해, 아동복지법위반(아동학대)죄로 기소되어 징역형을 선고받은 사건에서 부가 자녀에게 한 위와 같은 행위는 “현저한 비행 기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유라고 할 것이므로, 민법 제924조에 따라 상대방의 친권을 상실시킴이 상당하다”고 판단하였다.

② 청주지방법원 영동지원 2016. 8. 19. 2015느합4 심판

부가 자녀를 학대하여(아무런 이유 없이 술에 취한 상태에서 9세 아들의 얼굴과 어깨 등을 발로 수회 차고, 왼손으로 머리카락을 잡아당긴 채 손바닥으로 위 사건본인의 뺨을 수회 때려 피해자에게 약 1주간의 치료를 필요로 하는 우측 경부 타박상을 가하였다. 또한 말을 더듬는다는 이유로 8세 딸의 뺨을 수회 때리고, 거실 바닥에 있던 손가락으로 딸의 앞니를 2회 때려 약 1주일간의 치료를 필요로 하는 안면부 타박상 등과 치료일수를 알 수 없는 치아가 깨지는 상해를 가하였다) 징역 10월, 80시간의 아동학대 치료 프로그램 이수명령을 받은 사건에서 부에게는 “친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있으므로, 민법 제924조에 따라 상대방의 사건본인들에 대한 친권을 모두 상실시킴이 상당하다”고 심판하였다.

(다) 검토

강간, 강제추행 등의 성적 학대가 친권남용에 해당하지 않음은 위에서 본 바와 같으나, 미성년자녀에 대한 친권자의 신체적, 정신적 학대를 친권의 남용으로 볼 수 있는가에 대해서는 별도의 검토가 필요하다. 민법에서 징계권에 관한 규정이 삭제되기 전에는 징계권이 친권의 범위에 포함되어 있었으므로, 친권자는 자녀에 대해서 친권의 일부인 징계권을 행사할 수 있다고 해석되었다.¹²⁾ 다만 징계권의 행사가 과도하여 친권 본래의 취지 및 목적을 벗어나 자녀의 복리를 해치는 경우에는 친권의 남용이 될 수 있다고 보았다. 예를 들어, 친권자가 자녀를 심하게 체벌한 경우에는 징계권의 남용으로서 친권상실의 사유가 될 수 있다고 해석되었다.¹³⁾ 그러나 민법상 징계권이 아동학대의 원인이 된다는 이유로 2021년 민법 개정¹⁴⁾에 의해서 삭제된 이후, 징계권은 이제 더 이상 친권에 포함되지 않으므로, 친권자라고 해도 미성년자녀에

12) 김주수·김상용, 친족·상속법, 법문사, 2018, 437면; 대판 2002. 2. 8. 2001도6468(친권자는 자를 보호하고 교양할 권리의무가 있고, 그 자를 보호 또는 교양하기 위하여 필요한 징계를 할 수 있기는 하지만, 인격의 건전한 육성을 위하여 필요한 범위 안에서 상당한 방법으로 행사되어야만 할 것이다).

13) 다만 친권자가 자녀를 체벌한 경우에 징계권의 남용으로 친권상실신고를 한 실제 사례는 찾지 못했다; 과거 독일에서는 부모가 자녀를 체벌한 경우 친권의 남용에 해당한다고 보아서 친권을 상실시킨 사례가 있었다(OLG Stuttgart FamRZ 1974, 538f. 친권자인 부가 15세의 딸을 반복적으로 체벌하여 부의 친권을 상실시킨 사건). 그러나 독일에서 2000년에 민법이 개정되어 체벌을 금지하는 명문의 규정이 도입되면서(“자녀는 폭력 없는 양육을 받을 권리가 있다. 체벌, 정신적 고통을 주는 행위 그밖에 굴욕감을 주는 조치는 금지된다. 독일민법 제1631조 제2항), 더 이상 체벌은 친권의 남용으로 볼 수 없게 되었다.

14) 법률 제17905호. 2021. 1. 26. 공포, 시행. 자세한 내용은 김상용, 민법에서의 징계권 삭제 - 그 의미와 한계, 중앙법학 제25권 제4호(2023), 7면 이하 참조.

대해서 징계권을 행사할 수 없다는 해석이 나오게 되었다. 한편 징계권이 삭제되었다고 해도 모든 종류의 징계가 금지되는 것은 아니며, 자녀의 양육에 필요한 한도에서 적절한 수준의 징계(예를 들어 게임 금지, 용돈 삭감, 외출 금지 등)를 하는 것은 허용된다는 의견도 있으나,¹⁵⁾ 어느 견해에 의하든 자녀에 대한 체벌이 금지된다는 점에서는 차이가 없다. 즉 이제 부모가 자녀를 체벌할 수 있는 권리는 친권의 범위에서 제외되었다고 보는 것이 타당하다. 따라서 친권자가 자녀를 체벌하는 행위는 친권의 행사라고 볼 수 없으며(부모 아닌 제3자가 자녀를 폭행하는 것과 본질적으로 다르지 않다), 체벌이 심하여 아동학대 수준에 이르는 경우에도 친권의 남용에 해당한다고 볼 수는 없다. 이러한 점에 비추어 볼 때 친권자에 의한 신체적, 정신적 학대를 친권의 남용으로 보아서 친권상실선고를 하는 것은 현행 법체계와 조화되기 어렵다.¹⁶⁾ 나아가 징계권의 행사나 훈육 목적의 체벌과는 무관한 신체적, 정신적 학대의 경우(광주 가정법원 2017. 1. 6. 2016노합3028 심판, 청주지방법원 영동지원 2016. 8. 19. 2015노합4 심판 참조)에는 처음부터 친권남용의 법리를 적용할 여지가 없다.

결국 자녀에 대한 신체적, 정신적 학대 역시 성적 학대와 마찬가지로 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유나 현저한 비행에 해당한다고 보는 것이 타당하다. 위에서 본 바와 같이 하급심 심판도 이러한 해석론을 취하고 있으며, 2014년 개정법 시행 이후에도 이러한 태도에는 변함이 없는 것으로 보인다.

2014년 개정법 시행 이후의 심판에서 법원이 자녀에 대한 신체적, 정신적 학대를 친권남용이 아닌, 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유로 판단하여 친권상실을 선고한 것은 법리상으로는 타당하다고 평가할 수 있다. 다만 현행 민법 제924조에는 친권상실의 원인으로서는 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 더 이상 존재하지 않는다는 문제가 있다. 친권상실선고에 관한 재판에서 이러한 혼란이 발생하게 된 근본적인 원인은 ‘친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유’와 같이 중요한 친권상실사유를 대안없이 삭제한 2014년 민법개정으로 귀결된다. 따라서 이 문제에 대한 책임은 개정안을 마련한 법무부와 이를 여과 없이 통과시킨 국회에 물어야 할 것이다.

(3) 친권자의 행방불명 또는 연락두절

(가) 2014년 개정법 시행 이전(2015. 10. 16. 이전)

① 수원지방법원 2012. 11. 7. 2012노합5 심판

이혼 시 부가 친권자로 지정되었으나, 이혼 후 지금까지 연락이 두절되었고, 그 동안 자녀들의 양육에 관여하지 않은 사건에서 법원은 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있는 것으로 판단하여 친권상실선고를 하였다.

② 수원지방법원 2012. 11. 7. 2012노합25 심판

협의이혼을 하면서 부가 친권자로 지정되었으나, 집을 나간 후 행방불명되어 10여 년간 연락이 두절된 사건에서 법원은 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있다고 판단하여 친권상실선고를 하였다.

15) 김주수·김상용, 친족·상속법, 법문사(2025), 447면.

16) 이와 달리 자녀를 학대하는 것이 친권남용에 해당한다는 견해가 있다. 윤진수, 친족상속법 강의, 박영사, 2025, 294면.

(나) 2014년 개정법 시행 이후(2015. 10. 16. 이후)

① 서울가정법원 2017. 3. 13. 2016누합207 심판

친권자인 부가 행방불명인 사건에서 부가 친권을 남용하여 자녀의 복리를 현저히 해칠 우려가 있다는 이유로 친권 일시 정지를 선고하였다.

② 서울가정법원 2018. 6. 1. 2016누합80 심판

친권자인 모가 출산 직후 가출하여 13 년간 자녀 및 양육자(조모)와 연락이 두절된 사건에서 모가 친권을 남용하였다고 볼 수 없으나, 친권을 전면적으로 행사하여 직접 자녀를 양육하는 것은 자녀의 복리를 해칠 우려가 있다는 이유로 민법 제924조의2, 제925조에 따라 친권 중 보호·교양권, 거소지정권, 징계권, 기타 양육과 관련된 권한을 제한하고, 법률행위대리권 및 재산관리권의 상실을 선고하였다.

(다) 검토

2014년 민법개정 전에는 친권자가 행방불명되거나 연락두절된 사건에서 법원은 일관되게 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있다는 이유로 친권상실선고를 하였다. 그러나 2014년 민법 개정으로 친권상실사유에서 ‘친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유’가 삭제된 이후 이러한 경우에 친권남용의 법리를 적용하는 심판이 나오기 시작했다. 친권자의 행방불명, 연락두절에는 여러 가지 이유가 있을 수 있는데, 일률적으로 친권남용이 있었다고 보는 것은 무리한 법 적용이라고 생각된다(방임에 해당되어 친권의 소극적 남용으로 볼 수 있는 사례가 있을 수 있겠으나, 친권자가 행방불명되거나 연락두절된 모든 사안에 이러한 법리를 적용하는 것은 무리이다).

한편 서울가정법원 2018. 6. 1. 2016누합80 심판에서는 친권자인 모가 자녀와 13년간 연락이 두절된 사건에서 친권을 남용하였다고 볼 수 없다고 판단하여, 민법 제924조의2, 제925조에 따라 친권 중 보호·교양권, 거소지정권, 징계권, 기타 양육과 관련된 권한을 제한하고, 법률행위대리권 및 재산관리권의 상실을 선고하였다. 친권자가 장기간 자녀와 연락두절한 경우를 친권남용으로 보는 것은 무리라고 판단하여 제924조의2(친권의 일부 제한의 선고)를 적용한 것으로 보인다. 제924조의2에 따르면 “가정법원은 거소의 지정이나 그 밖의 신상에 관한 결정 등 특정한 사항에 관하여 친권자가 친권을 행사하는 것이 곤란하거나 부적당한 사유가 있어 자녀의 복리를 해치거나 해칠 우려가 있는 경우에는” 자녀, 자녀의 친족 등의 청구에 의하여 친권의 일부 제한을 선고할 수 있다. 친권자의 연락두절을 “친권을 행사하는 것이 곤란하거나 부적당한 사유가 있”는 것으로 보는 데에는 무리가 없으므로, 제924조에 따라 친권남용의 법리를 적용하는 대신 제924조의2 규정을 적용한 것으로 보인다.

그런데 여기서 민법상 친권의 일부 제한은 실질적으로 친권의 일부 상실과 다르지 않다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 민법상 친권의 일부 제한에는 기간에 관한 규정이 없으므로, 친권 일부 제한의 선고를 받은 경우에는 친권 일시 정지의 선고를 받은 경우와는 달리, 일정한 기간이 경과한다고 해서 당연히 그 부분에 대해서 다시 친권을 행사할 수 있게 되는 것이 아니다. 친권의 일부가 제한된 부 또는 모가 제한된 부분의 친권을 다시 행사하려면 제926조에 의해서 실권회복의 선고를 받아야 한다. 실권(失權)회복의 선고란 법원의 선고로 상실했던 친권

의 전부 또는 일부를 다시 회복시키는 선고를 말한다. 따라서 친권 일부 제한의 선고를 받은 경우에 실권회복의 선고를 통해서만 제한된 범위의 친권을 다시 행사할 수 있게 된다는 것은 친권 일부 제한의 본질이 곧 친권의 일부 상실이라는 것을 의미한다. 제925조에 의하면 친권 중에서 법률행위의 대리권과 재산관리권만을 상실시킬 수 있게 되어 있는데, 이것 역시 친권의 일부 상실이라고 할 수 있다. 그런데 제925조에 의해서 법률행위의 대리권과 재산관리권을 상실한 경우에 이 부분의 친권을 회복하려면 제926조에 의해서 실권회복의 선고를 받아야만 한다. 제924조의2에 따라 친권 일부 제한 선고를 받은 경우에 법정대리권, 재산관리권 상실의 선고를 받은 경우와 동일하게 실권회복의 선고를 받아야만 그 부분의 친권을 회복할 수 있게 한 점을 보아도 친권 일부 제한의 본질이 친권의 일부 상실임을 알 수 있다.

따라서 위의 서울가정법원 심판이 “친권 중 보호·교양권, 거소지정권, 징계권, 기타 양육과 관련된 권한을 제한하고, 법률행위대리권 및 재산관리권의 상실을 선고”한 것은 실질에 있어서 친권 전부를 상실시킨 것과 동일한 결과가 된다. 친권의 남용이라는 제한된 요건만으로는 친권을 상실시켜야 할 다양한 사안에 대응하는 데에 명백한 한계가 있으므로, 친권의 일부 제한이라는 우회로를 통하여 결과적으로 친권의 전부 상실과 동일한 효과를 거둔 것으로 보인다. 이는 친권상실 사유 중 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 대안 없이 삭제된 현행 법체계에서 법원이 취할 수밖에 없었던 불가피한 대응이라고 평가할 수 있다.

한편 수원가정법원 2023. 12. 26. 2022느단51964 심판은 부가 자녀의 모를 살해하여 징역 15년형을 선고받고 복역 중인 사건에서 자녀에 대한 “친권남용 내지 아동학대 등으로 자녀인 사건본인의 복리를 현저히 해치거나 해칠 우려가 있다고 단정하기 어렵”다고 보고, “상대방이 상당한 기간 수감생활을 할 것으로 예상되고 사건 본인에 대한 친권을 행사하는 것이 곤란하거나 부적당하다고 인정되므로, 상대방의 사건 본인에 대한 친권 중 보호·교양권, 거소지정권, 징계권¹⁷⁾ 등 양육에 관한 권한과 법률행위 대리권, 재산관리권을 제한하기로 한다”고 판단하였다. 이 심판에서 수원가정법원은 위에서 본 서울가정법원 2018. 6. 1. 2016느합80 심판과 동일한 법리를 전개하여 실질적으로 친권 전부를 상실시켰는데, 단지 하나의 차이점은 서울가정법원 2016느합80 심판은 양육에 관한 권한을 전부 제한하고 법률행위의 대리권 및 재산관리권을 상실시킨 반면, 수원가정법원 2022느단51964 심판은 양육에 관한 권한뿐만 아니라 법률행위 대리권과 재산관리권도 제한하였다는 것이다. 제924조의2에 따라 친권의 일부인 법률행위의 대리권과 재산관리권을 제한하는 것도 가능하다고 해석되는데,¹⁸⁾ 이는 실질적으로 법률행위의 대리권과 재산관리권을 상실시키는 것이므로, 수원가정법원 2022느단51964 심판에서도 친권의 일부 제한이라는 우회적인 방법을 이용하여 친권 전부를 상실시키는 효과를 거두고 있다.

(4) 친권자가 자녀의 부 또는 모를 살해한 경우

(가) 2014년 개정법 시행 이전(2015. 10. 16. 이전)

수원가정법원 2011. 10. 19. 2011느합22 심판

친권자인 부가 배우자인 자녀의 모를 살해하여 징역 30년형을 선고받고 항소심이 계속 중인

17) 징계권은 2021년 민법개정으로 삭제되었다(법률 제17905호, 2021. 1. 26. 공포, 시행).

18) 김주수·김상용, 친족·상속법, 법문사(2025), 483면; 이와 달리 친권이 제한되는 범위는 신상에 관한 결정으로 한정된다는 해석론이 있다. 주해친족법 제2권(집필자 권재문), 박영사, 2015, 1140면.

사건에서 수원가정법원은 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있다고 인정하여 친권상실 선고를 하였다.

(나) 2014년 개정법 시행 이후(2015. 10. 16. 이후)

① 대구가정법원 2017. 2. 16. 2016느합10016 심판

친권자인 부가 배우자인 자녀의 모를 살해하여 미국 캘리포니아주 산타리타 구치소에 수감되었고, 현재 2급 살인죄로 기소되어 재판 중인 사건에서 대구가정법원은 친권을 남용하여 자녀들의 복리를 현저히 해칠 우려가 있다는 이유로 2019. 2. 15.까지 친권의 일시 정지를 선고하였다.

② 수원가정법원 2023. 12. 26. 2022느단51964 심판

친권자인 부가 배우자인 자녀의 모를 살해하여 징역 15년형을 선고받고 복역 중인 사건에서 자녀에 대한 “친권남용 내지 아동학대 등으로 자녀인 사건본인의 복리를 현저히 해치거나 해칠 우려가 있다고 단정하기 어렵다”고 보고, “상대방이 상당한 기간 수감생활을 할 것으로 예상되고 사건 본인에 대한 친권을 행사하는 것이 곤란하거나 부적당하다고 인정되므로, 상대방의 사건 본인에 대한 친권 중 보호·교양권, 거소지정권, 징계권 등 양육에 관한 권한과 법률행위 대리권, 재산관리권을 제한하기로 한다”고 판단하였다.

(다) 검토

친권자가 자녀의 부 또는 모(친권자의 배우자)를 살해한 경우에 친권을 상실시키는 것이 타당하다는 점에는 이견이 없을 것이다. 이러한 경우에는 친권자가 이미 수감되어 있어서 현실적으로 자녀를 양육하면서 친권을 행사한다는 것이 불가능할 뿐만 아니라, 자녀의 입장에서 보더라도 자신의 부 또는 모를 살해한 자가 친권자의 신분을 유지하면서 친권을 계속 행사하는 것은 정서적으로 받아들이기 어렵기 때문이다. 2014년 개정 전에는 이러한 사정이 있는 경우 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있는 것으로 보아서 친권상실선고를 하는 데 아무런 문제가 없었다. 그런데 2014년 개정으로 친권상실사유 중 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 삭제되면서, 친권자가 자녀의 부 또는 모를 살해한 경우에 친권의 남용이 있는 것으로 보아서 친권상실(또는 일시정지)을 선고한 심판이 나오기 시작했다(대구가정법원 2017. 2. 16. 2016느합10016 심판 참조). 그러나 친권자가 자녀의 부 또는 모를 살해한 행위는 친권의 행사와는 아무 관련이 없으므로 친권남용의 법리를 적용하는 것은 적절하지 않다.

한편 수원가정법원 2023. 12. 26. 2022느단51964 심판은 친권자가 자녀의 모를 살해한 사건에서 친권남용의 법리를 적용하지 않고, 친권을 행사하는 것이 곤란하거나 부적당한 사유가 있다고 보아서 양육에 관한 권한 전부와 법률행위 대리권 및 재산관리권을 제한하였다(제924조의2, 제925조). 위에서 이미 서술한 바와 같이 법원이 양육에 관한 권한 전부와 법률행위 대리권 및 재산관리권을 제한하는 심판을 하는 경우에는 친권 전부를 상실시키는 것과 동일한 효과가 발생한다. 친권자가 자녀의 부 또는 모를 살해한 사안에 대해서 친권남용의 법리를 적용하는 데에는 무리가 따른다는 판단하에 이와 같은 우회적 방법을 통하여 친권상실선고와 같은 효과를 거둔 것으로 보인다.

4. 친권남용에 대한 해석론

(1) 2014년 민법개정 전 친권상실에 관한 하급심 심판을 분석해 보면 친권남용의 법리를 적용하여 친권을 상실시킨 사례는 찾아보기 어렵고, 대부분의 사건에 있어서는 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있는 것으로 판단하여 친권상실선고를 하였음을 알 수 있다. 그 이유는 친권을 남용하여 자녀의 복리를 침해한 것으로 볼 수 있는 사건이 실제로 있어서 그렇게 많지 않기 때문이다.

(2) 이와 같은 이유에서 독일에서도 친권의 남용을 이유로 친권을 상실시킨 사례는 많지 않다. 독일민법은 제정 당시에 친권자인 부(父)¹⁹⁾가 친권을 남용하여 자녀의 신체적, 정신적 복리를 위태롭게 하는 경우 후견법원이 친권상실 등 필요한 조치를 취할 수 있다고 규정하고 있었다(1896년 독일민법 제1666조). 그 후 독일민법에서 친권남용은 친권상실 등 국가(법원)가 친권에 개입할 수 있는 요건으로 계속 남아 있었으나, 2008년 법개정²⁰⁾에 의하여 삭제되었다.²¹⁾ 독일에서 친권남용의 법리를 적용하여 친권(전부 또는 일부)을 상실시킨 사건의 예를 들어 보면 다음과 같다: 친권자인 부모가 자녀의 치료에 필요한 의료행위(수혈)에 동의하지 않은 사건(OLG Hamm, FamRZ 1968, 221. 친권 중 의료행위에 대한 동의권과 거소지정권을 일시적으로 상실시킴), 친권자인 모가 17세인 자녀의 명시적인 의사에 반하여 전학을 시킨 사건(OLG Karlsruhe, FamRZ 1974, 661/662. 모의 친권을 전부 상실시킴), 자녀의 출생 직후부터 자녀를 3년 동안 양육해온 위탁부모를 상대로 친권자인 부모가 자녀의 인도를 청구한 한 사건(BayObLG, FamRZ 1978, 135ff. 부모의 친권 중 양육권과 거소지정권을 상실시킴),²²⁾ 친권자인 모가 각각 2세, 생후 6개월인 두 자녀를 데리고 위험 지역으로 여행하려고 한 사건(OLG Zweibrücken, FamRZ 1984, 931. 모의 친권 중 거소지정권을 상실시킴), 친권자인 모가 자녀의 취학을 거부하고 집에서 스스로 자녀를 가르친 사건(BayObLG, FamRZ 1985, 635f. 모의 거소지정권을 상실시킴), 친권자인 부가 16세인 딸에게 같은 침대에서 취침할 것을 강요한 사건(OLG Köln, FamRZ 1996, 1027. 성추행과는 무관한 사건이지만, 부의 양육권을 일시적

19) 당시 독일민법 제1627조는 부를 자녀의 단독친권자로 규정하고 있었다. 모는 예외적으로 부가 사망한 경우 등에 한하여 친권자가 될 수 있었을 뿐이다(1896년 독일민법 제1684조).

20) Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls vom 4. 7. 2008(아동복지 위험 시 가정법원 조치를 용이하게 하기 위한 법률. 2008. 7. 12. 시행).

21) 자녀의 보호를 위하여 법원이 개입해야 할 경우를 포괄적으로 규정함으로써 법원의 신속한 개입을 실현하려는 것이 삭제 이유였다. 아동학대 등으로 자녀의 복리가 위태롭게 되는 사태가 발생한 경우, 가정법원은 일반적으로 아동청의 연락을 통하여 이를 인지하고, 아동의 보호를 위하여 필요한 조치를 취하게 된다. 그러나 이 과정에서 친권의 남용 여부를 심리, 확정하는 데 상당한 시간이 소요되어 신속한 조치가 곤란해진다는 비판이 제기되어 왔다. 현행 독일민법 제1666조 제1항은 자녀의 복리가 위태롭게 되는 경우에 가정법원이 개입하기 위한 요건을 포괄적으로 규정하고(“아동의 신체적, 정신적 복리 또는 재산이 위태로운 상태에 있고, 부모가 이러한 위험을 막을 의사나 능력이 없는 경우에는 가정법원은 아동의 복리를 지키기 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다.”), 사안에 따라 친권의 전부 상실, 일부 상실, 친권자의 의사표시를 갈음하는 결정 등 적절한 조치를 취할 수 있도록 하고 있다(제1666조 제3항). 즉 독일은 2008년 개정을 통해 친권남용이라는 귀책 중심 개념을 삭제하는 대신, 아동복지의 위험이라는 아동 중심의 기준을 도입하여 법원의 조기 개입과 실효적 보호를 도모하였다(BT-Drs. 16/6815, S. 10; Meysen, Neuerungen im zivilrechtlichen Kinderschutz, NJW 2008, 2673).

22) 친권자의 자녀인도청구가 친권남용에 해당하는 것으로 판단하여 기각한 사례로는 이외에도 OLG Schleswig, Der Amtsvormund, 1980, 574f; LG Hof, Der Amtsvormund, 1981, 213ff. 등이 있다.

으로 상실시킴), 15세의 딸이 코로나백신의 접종을 원하였으나, 친권자인 모가 자녀에 대한 백신 접종을 완강히 거부한 사건(OLG Zweibrücken, NZFam 2023, 320. 친권 중 코로나 백신 접종에 대한 결정권을 상실시킴).

(3) 친권남용이 독일민법에서 친권상실사유로 규정되어 있을 때, 그 개념은 친권 본래의 목적과 취지에 반하여 친권을 행사함으로써 자녀의 복리를 침해하는 것으로 정의되었으며, 친권의 적극적인 행사를 전제로 하였다.²³⁾ 당시 독일민법은 친권남용 이외에 방임²⁴⁾을 친권상실사유로 규정하고 있었는데, 부모가 자녀에게 적절한 의식주를 제공하지 않고, 건강을 돌보지 않는 경우 등이 이 사유에 해당되었다.²⁵⁾

우리 학계에서는 친권남용을 적극적 남용과 소극적 남용으로 나누고, 방임을 친권의 소극적 남용으로 보아서 넓은 의미의 친권남용에 포함되는 것으로 해석하는 경향이 있으나,²⁶⁾ 독일민법에서는 친권의 남용과 방임은 별도의 친권상실사유로 규정되어 있었으며, 그 개념도 다르게 이해되었다. 그러나 친권남용에 소극적 남용까지 포함되는 것으로 넓게 해석한다고 해도, 현실에서 발생하는 다양한 친권상실 사례에 대하여 친권남용이라는 단일한 사유만으로 대응하는 것은 불가능하다.

5. 소결

위에서 개정된 친권상실신고 규정의 문제점을 살펴보았는데, 이제 이에 대한 하나의 개선방안을 제시해 본다. 친권상실 사유로서 지난 민법개정에 의해서 삭제된 ‘친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유’를 다시 회복시킬 필요가 있다고 생각된다.²⁷⁾ 2014년 개정민법 규정과 같이 친권상실신고의 요건을 친권의 남용으로 한정하는 경우에는 자녀의 복리가 침해되는 다양한 사례에 대해서 대응하는 데 명백한 한계가 있을 수밖에 없으며, 이는 결국 입법의 공백을 의미하는 것이다. 2014년 민법개정 시 친권상실신고의 요건을 축소시킨 이유는 알려져 있지 않지만,²⁸⁾ 이로 인하여 발생한 입법의 공백을 해소하려면 지난 민법개정에 의해서 삭제된 ‘친권

23) Staudinger/Coester(2000), § 1666 Rn. 88; MünchKomm/Hinz(1987), § 1666 Rn. 30; BayObLG, FamRZ 1981, 816.

24) Vernachlässigung. 부모가 자녀의 복리를 위해서 당연히 해야 할 의무를 이행하지 않는 양육태만을 뜻한다.

25) MünchKomm/Hinz(1987), § 1666 Rn. 38.

26) 김주수·김상용, 친족·상속법, 법문사, 2025, 470면; 주해친족법 제2권(집필자 이봉민), 박영사, 2025, 1266면; 한봉희·백승흠, 가족법, 정독, 2024, 306면; 김유미, 현행 친권상실신고제도의 문제점과 대응책, 가족법연구 제11호(1997), 335면; 최진섭, 친권상실에 관한 비교법적 연구, 가족법연구 제10호(1996), 381면.

27) 아동복지법에는 여전히 ‘현저한 비행’과 ‘그 밖에 친권을 행사할 수 없는 중대한 사유’가 독립된 친권상실사유로 규정되어 있다(아동복지법 제18조). 그러나 아동복지법에 이러한 규정이 남아 있다고 해서 민법에 규정되어 있던 친권상실 사유를 대안 없이 삭제한 것이 합리화되거나 정당화될 수는 없다. 그런 방식의 논리를 전개한다면 민법에 친권상실신고에 관한 규정을 굳이 따로 둘 필요가 없다는 주장도 성립할 수 있기 때문이다. 친권상실 등에 관한 규정은 민법 이외에도 아동복지법, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률, 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법, 아동학대처벌법 등 여러 법률에 산재되어 있으나, 적어도 기본법인 민법에서 친권상실 등에 관하여 규정할 때에는 자기완결적인 구조를 갖추어야 한다고 본다. 또한 아동복지법은 친권상실신고의 청구권자로서 시·도지사·시장·군수·구청장·검사만을 규정하고 있어서 자녀의 친족은 아동복지법에 근거하여 친권상실선고를 청구할 수도 없다. 따라서 친족이 민법에 의하여 친권상실선고를 청구한 경우, 법원은 직권으로 아동복지법을 적용하여 친권상실선고를 할 수 없다고 보아야 할 것이다.

28) 당시 개정안을 마련한 법무부의 공청회 자료집(2013. 11. 27), 법무부 친권 제한·정지 도입 개정 위

을 행사시킬 수 없는 중대한 사유'를 다시 회복시키는 것이 필요하다고 본다.

III. 자녀의 인도집행에 관한 대법원 예규의 제정 및 개정(2024년, 2025년)

1. 「헤이그 국제아동탈취협약에 따른 아동반환청구 사건의 집행에 관한 예규」의 제정 - 자녀의 의사에 반하는 강제집행의 허용

자녀의 친권자(이혼 등으로 친권과 양육권이 분리된 경우에는 양육자)는 자녀의 거소를 지정할 수 있고, 자녀를 부당하게 억류하는 자에 대해서 원칙적으로 자녀의 인도를 청구할 수 있다.²⁹⁾

친권자의 청구에 따라 법원이 자녀의 인도를 명하는 심판을 하였으나, 자녀가 인도를 거부하는 경우 집행관은 자녀의 의사에 반하여 직접강제를 할 수 있는가. 종래 대법원 예규는 이 문제에 관하여 다음과 같이 규정하고 있었다: 의사능력이 없는 유아의 경우 유체동산인도청구권의 집행절차(민사집행법 제257조)에 준하여 강제집행을 할 수 있으나, 유아가 의사능력이 있는 경우에 유아 자신이 인도를 거부하는 때에는 집행을 할 수 없다(유아인도를 명하는 재판의 집행절차. 재특 82-1).³⁰⁾

이 예규에 따라 의사능력이 있는 자녀가 인도를 거부하는 때에는 국내 사건이든 헤이그 국제아동탈취협약에 따른 국외 사건이든 관계없이 전부 집행불능으로 처리되었다.

그런데 최근에 대법원은 의사능력이 있는 자녀가 인도를 거부하는 때에도 강제집행이 가능하도록 예규를 제·개정하였다. 우선 「헤이그 국제아동탈취협약에 따른 아동반환청구 사건의 집행에 관한 예규」³¹⁾(이하 '헤이그 예규'라고 약칭한다)를 제정하였는데,³²⁾ “이 예규에 따른 아동의 인도 집행절차에는 「유아인도를 명하는 재판의 집행절차(재특 82-1)」를 적용하지 아니한다”는 규정을 두었다.³³⁾

대법원은 이러한 규정을 도입하게 된 이유에 대해서 다음과 같이 설명하고 있다: “현재 「헤이

원회 참고자료집에서 친권상실선고의 요건을 축소시킨 이유에 대한 설명을 찾을 수 없다. 다만 2014년 개정민법에 대한 사후 평가로서 친권상실 사유 중 '현저한 비행'을 삭제한 것에 대해서는 긍정적으로 보는 의견이 있다(윤진수, 친족상속법 강의, 박영사, 2025, 294면). 친권자의 개인적인 비행과 자녀의 복리는 직접적인 관련이 없다는 이유에서이다. 그러나 이것은 친권상실 원인 중에서 '친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유'의 삭제를 정당화하는 근거는 될 수 없다.

29) 김주수·김상용, 친족·상속법, 법문사(2025), 448면. 친권자의 자녀인도청구가 권리남용에 해당하는 경우도 있을 수 있다. 이러한 경우에는 법원은 인도청구를 기각해야 할 것이다. MüKoBGB/Huber, 9. Aufl. 2024, BGB § 1632 Rn. 12, 13.

30) 구 재판예규 제917-2호.

31) 재판예규 제1869호. 제정 2024. 1. 10. 시행 2024. 4. 1.

32) 2023년 12월 7일 법원행정처에서 입법 예고한 '헤이그 국제아동탈취협약에 따른 아동반환청구 사건의 집행에 관한 예규' 제정안 제4조 제4항에는 “집행관은 제3항에도 불구하고 아동에 대하여 강제력을 사용할 수 없다”는 규정이 있었으나, 최종적으로 제정된 예규에는 포함되지 못하였다. 이에 관하여는 장준혁, '헤이그 국제아동탈취협약에 따른 아동반환청구 사건의 집행에 관한 예규' 제정안에 대한 의견, 법률신문 1월 18일자 참조.

33) 제2조(아동인도의 강제집행절차) ① 「헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률」(이하 "법"이라고 한다) 제12조제1항의 아동 반환 청구에 대한 인용심판 또는 인용결정, 조정조서 또는 조정을 갈음하는 결정 및 같은 조 제3항에 따른 가처분 결정에 따라 반환의 대상이 된 아동(이하 "아동"이라 한다)의 인도를 위한 집행절차에 관하여는 「민사집행법」 제257조를 준용한다. ② 이 예규에 따른 아동의 인도 집행절차에는 「유아인도를 명하는 재판의 집행절차(재특 82-1)」를 적용하지 아니한다.

민사집행법 제257조(동산인도청구의 집행) 채무자가 특정한 동산이나 대체물의 일정한 수량을 인도하여야 할 때에는 집행관은 이를 채무자로부터 빼앗아 채권자에게 인도하여야 한다.

그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률」에서 아동 반환 시의 집행절차 등에 대하여 규정하고 있지 않아 「민사집행법」의 유체동산에 대한 강제집행절차를 준용하고 있음. 아동 인도와 관련하여서는 「유아인도를 명하는 재판의 집행절차(재특 82-1)」(이하 “현행 예규”라고 함)를 두고 있으나, 현행 예규는 1982. 6. 7. 제정 당시부터 ‘유아가 의사능력이 있는 경우 유아 자신이 인도를 거부하는 때에는 집행을 할 수 없다’는 규정으로 인해 아동의 인도를 명하는 판결의 실효성 확보에 어려움이 있어왔는바, 아동의 인도를 명하는 판결의 실효성 확보 및 아동의 복리적 관점에서 아동 인도 집행과 관련한 세부 절차 마련 및 관련 규정의 개정이 필요함.”³⁴⁾ 위 예규는 자녀의 복리를 위하여 필요하다고 판단되는 경우에는 아동³⁵⁾이 인도를 거부하는 때에도 강제집행을 할 수 있다는 명문의 규정을 두지는 않았으나, “이 예규에 따른 아동의 인도 집행절차에는 「유아인도를 명하는 재판의 집행절차(재특 82-1)」를 적용하지 아니한다”고 규율함으로써 상황에 따라서는 자녀의 의사에 반하는 강제집행도 가능하다는 점을 간접적으로 인정하고 있다.³⁶⁾

이어서 2025년에는 「유아인도를 명하는 재판의 집행에 관한 예규」를 개정하여(재판예규 1894호, 2025. 2. 1. 시행) “유아가 의사능력이 있는 경우에 그 유아 자신이 인도를 거부하는 때에는 집행을 할 수 없다”는 규정을 삭제함으로써 국내 사건에 있어서도 자녀의 의사에 반하는 강제집행이 가능하게 되었다.³⁷⁾

헤이그 예규가 2024년 4월 1일 시행된 이후 2024년 12월까지 실시된 6건의 집행에서 5건의 아동반환 강제집행이 이루어졌다.³⁸⁾

다음 두 사건은 법무부 국제법무정책과에서 2025. 2.에 발간한 「헤이그 국제아동탈취협약에 따른 아동반환결정 집행 매뉴얼」(이하 ‘법무부 매뉴얼’이라고 한다)에서 아동반환결정 집행의

34) 최근 미국 국무부는 우리나라를 헤이그 국제아동탈취협약 미이행 국가로 지정한 바 있는데(JTBC 2023. 5. 3. 보도. 한국, 2년 연속 '아동 탈취국' 오명...미국 국무부 "한국, 집행 절차 지연"), 이것이 새로운 예규 제정의 계기가 된 것으로 보인다.

35) 헤이그 국제아동탈취협약 제4조에 따르면 16세 미만의 아동을 의미한다.

36) 대결 2025. 5. 26, 2025그514은 이 예규에 의하여 집행관이 주거지뿐만 아니라 아동의 학교에서도 인도집행을 실시할 수 있다고 보았다. 헤이그 예규 제4조 제3항에 따르면 집행관은 아동의 인도 집행을 위하여 필요한 경우 ‘채무자의 주거 기타 채무자가 점유하는 장소’에서 아동의 수색 등 필요한 조치를 취할 수 있다. 이 규정에 의하면 아동에 대한 인도집행 장소는 ‘채무자의 주거 기타 채무자가 점유하는 장소’로 한정되는데, 이와 무관한 학교에서까지 아동에 대한 강제집행을 허용하는 해석은 명문의 근거를 결여한 과도한 확장해석이라고 생각된다(일본 민사집행법 제175조 제2항은 채무자의 주거 기타 채무자가 점유하는 장소 외의 장소에서 아동인도집행을 할 수 있는 예외를 인정하고 있으므로, 해당 요건이 갖추어진 경우 학교에서의 인도집행도 가능한 것으로 보인다. 그러나 이러한 규정이 없는 우리의 경우에는 학교에서의 집행은 허용되지 않는다고 해석된다). 학교는 교육 환경의 보호를 위하여 절대적인 안정과 평화가 요구되는 공공장소로서 그곳에서의 강제집행은 다른 아동들에게도 부정적인 영향을 미칠 수 있다. 또한 집행의 대상이 되는 아동에 대한 낙인효과를 고려해 본다면 학교에서의 인도집행은 아동의 복리와 조화되기 어렵다.

37) 유아인도를 명하는 재판의 집행절차(재특 82-1) [구 재판예규 제917-2호, 시행 2003.10.01]

1. 집행의 방법

유체동산인도청구권의 집행절차(민사집행법 제257조)에 준하여 집행관이 이를 강제집행할 수 있다. 이 경우 집행관은 그 집행에 있어서 일반동산의 경우와는 달리 수취할 때에 세심한 주의를 하여 인도(人道)에 어긋남이 없도록 하여야 한다. 다만 그 유아가 의사능력이 있는 경우에 그 유아 자신이 인도를 거부하는 때에는 집행을 할 수 없다.

유아인도를 명하는 재판의 집행에 관한 예규(재특 82-1) [재판예규 제1894호, 시행 2025.2.1]

제2조(유아인도의 강제집행절차) 유아인도를 명하는 재판이 있는 경우 유아의 인도를 위한 직접강제 집행절차에 관하여는 「민사집행법」 제257조를 준용한다.

38) 심병준, 김성화, 양승욱, 정관선, 유아인도집행에 관한 연구- 헤이그아동탈취법상 아동반환사건과 가사소송법상 유아인도사건을 중심으로 -, 사법정책연구원(2025. 7), 82면; 법무부 국제법무과, 헤이그 국제아동탈취협약에 따른 아동반환결정 집행 매뉴얼(2025. 2), 20면.

성공사례로 게시한 사건들이다.³⁹⁾

채권자 B 사건

2019. 아동 2명(7세, 6세)이 외국에서 한국으로 탈취
2022. 2. 대법원에서 아동반환결정 확정
2024. 4. 탈취부모의 주거지에서 집행
2022. 2.-5. 두 차례에 걸쳐 강제집행을 시도하였으나 모두 아동의 거부 의사표시를 이유로 기존예규에 따라 집행에 실패하였고, 과태료, 감치 등 법원 결정 불응에 따른 제재에도 불구하고 채무자가 완강히 아동의 인도를 거부하였던 사건임.

채권자 C 사건

2022. 아동 2명(6세, 4세)이 외국에서 한국으로 탈취
2024. 4. 대법원에서 아동반환결정 확정
2024. 7. 탈취부모의 주거지에서 집행
집행 당일 담당 집행관 2명, 아동 관련 전문가 2명, 경비노무자 8명(남 4명, 여 4명), 채권자측 법률대리인 2명, 총 14명이 집행에 참여.
채무자의 모친이 아이들을 빼앗기지 않으려 소리를 지르며 저항하였으나, 경비노무자가 채무자의 모친을 에워싸고 분리함으로써 이를 신속히 제지한 후 아동을 채권자에게 인계함으로써 집행.

한편 강제집행 현장에 있었던 집행보조자는 다음과 같이 진술하였다.⁴⁰⁾

아동 관련 전문가 B

헤이그아동반환집행을 한 경험이 있다. 사전준비도 하고 자료도 받고 했는데, 집행현장에서는 순식간에 안전요원이 채무자로부터 자녀를 강제로 빼앗는 방식으로 집행되었다. 이런 상황에서 채무자를 설득하거나 자녀와 대화를 나눌 시간도 없었고 채무자는 울고 항의하고 나를 매우 심하게 비난했다. 집행은 매우 비인간적인 상황이었다. 모든 집행 인력이 매우 불편감을 느꼈고 특히 집행관도 물건이 아닌 아이를 이런 형식으로 집행 인도하는 것에 대해 불편감을 토로했다. 강제집행을 착수하게 되었다는 것은 채무자가 법적 의무를 순리적으로 따르지 않았기 때문인 것은 알겠으나 어린 자녀를 물건처럼 집행하지 않을 수 있도록 매우 많은 고민과 고려를 해야 할 것으로 보였다. 그리고 집행에 앞서 반드시 자녀를 대상으로 사전 상담이나 의사확인 등의 절차가 필요하다고 생각하고 채무자에 대해서도 직접강제를 하기 전에 여러 가지 절차적 과정을 추가해서 더 시도해 보는 것이 어떤지 고민도 해보아야 할 것이다.

자녀에 대한 강제집행 현장에 있었던 채무자(자녀의 모)가 경험한 상황은 다음과 같다.⁴¹⁾

39) 법무부 국제법무과, 헤이그국제아동탈취협약에 따른 아동반환결정 집행 매뉴얼(2025. 2), 21-22면.

40) 심병준, 김성화, 양승욱, 정관선, 유아인도집행에 관한 연구- 헤이그아동탈취법상 아동반환사건과 가사소송법상 유아인도사건을 중심으로 -, 사법정책연구원(2025. 7), 203면.

41) 법무부 매뉴얼 성공사례 중 채권자 B사건. 'GlobalARRK', '정치하는 엄마들' 등 국내외 시민단체가 헤이그국제사법회의에 제출한 요청서에 나오는 내용임.

2024년 4월 15일 오전 8시 10분경 초인종이 울렸습니다. 밖에 있던 사람들은 수원지방법원 집행과에서 왔다고 말했습니다.

저는 옷을 갈아입어야 하니 기다려달라고 요청했지만, 그들은 계속해서 초인종을 반복적으로 눌렀습니다. 결국 문을 열자, 계단에 대기하고 있던 여성 사설 용역 3명과 남성 사설 용역 3명, 집행관 2명(남성), 집행보조자 2명(여성), 변호사, 아이 아버지, 아동정신과 의사 1명이 한꺼번에 집 안으로 들어왔습니다.

세 명의 여성 사설 용역은 즉시 저를 벽으로 몰아붙이고, 양팔과 어깨를 강제로 붙잡았습니다. 한 명의 남성 집행보조자와 한 명의 남성 사설 용역은 제 둘째 아이를 들어올려 데리고 나갔습니다.

이 모습을 본 첫째 아이는 안방 욕실로 달려갔으나, 또 다른 남성 사설 용역이 뒤따라가 아이를 데려 나와 집행보조자에게 넘겼고, 그 집행보조자는 다시 아이를 아이 아버지에게 넘겨주었습니다. 첫째 아이가 저항하자 그들은 담요로 아이를 감싸 안은 채 집 밖으로 데리고 나갔고, 그대로 떠났습니다.

이 모든 동안 세 명의 여성 사설 용역이 저를 강제로 붙잡고 있어, 아이들이 데려가지는 순간 저는 아이들에게 아무 말도 할 수 없었습니다.

아이 아버지가 붙잡고 있던 첫째 아이는 엘리베이터에서부터 지상 주차장을 빠져나가 차량에 태울 때까지 계속해서 “살려주세요!”라고 외쳤습니다. 아이들은 미리 준비된 서로 다른 차량에 태워졌고, 곧바로 아파트 단지를 빠져나갔습니다. 아이들이 떠났다는 확인을 받은 후에야 세 명의 사설 용역은 저를 놓아주고 자리를 떠났습니다.

2. 헤이그 예규와 법무부 매뉴얼의 문제점

헤이그 예규 제2조(아동인도의 강제집행절차) 제1항은 “반환의 대상이 된 아동(이하 “아동”이라 한다)의 인도를 위한 집행절차에 관하여는 「민사집행법」 제257조를 준용한다”고 규정한다. 민사집행법 제257조는 동산인도청구의 집행에 관한 규정인데, “채무자가 특정한 동산이나 대체물의 일정한 수량을 인도하여야 할 때에는 집행관은 이를 채무자로부터 빼앗아 채권자에게 인도하여야 한다”고 규정한다.

아동인도집행에 있어서는 그 대상이 사람, 그 중에서도 보호의 필요성이 더 큰 미성년자녀인데, 이에 대해서 물건(동산)의 강제집행에 관한 규정을 준용한다는 것은 그 자체로서 문제가 아닐 수 없다. 집행대상이 물건인 경우에는 물건을 채무자로부터 빼앗아 채권자에게 인도하는 방식으로 강제집행을 해도 큰 문제가 생기지 않는다. 물건은 스스로 사고할 수 없고, 감정을 느끼지도 않기 때문이다. 그러나 어린 아동을 채무자(현재의 양육자)로부터 강제로 빼앗아 채권자(친권자)에게 인도하는 방식의 강제집행은 집행대상인 아동에게 평생토록 지워지지 않을 상처와 트라우마를 남길 수 있음을 기억해야 한다.⁴²⁾ 물건에 대한 강제집행 방식을 그대로 아

42) Klosinski, Kinderpsychiartrische Begutachtung im Rahmen des Haager Kindesentführungsübereinkommen (HKiEntÜ) - zur Frage einer rückführungsbedingten schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind -, FuR 2000, 408/416; 헤이그 예규에는 채권자가 집행 현장에서 직접 아동을 인도받아야 한다는 명시적인 규정이 없기 때문에, 실무상 대리인이 아동을 인도받는 경우가 있다. 이때 대리인은 대부분 채권자가 위임한 변호사인데, 아동의 입장에서 보면 신뢰관계가 형성되지 않은 낯선 존재로서 두려움의 대상이 될 수 있다. 아동은 결국 항공편을 이용하여 외국에 있는 채권자에게 반환되는데, 이와 같은 장시간의 이동 과정에서 신뢰관계가 형성되지 않은 사람과 동행하는 경험은 그 자체로 아동에게 상당한 심

동에게 적용한다는 것은 선진국에서 찾아볼 수 없는 후진적인 행태이며, 우리가 살고 있는 21세기와는 맞지 않는 인권침해적 방식이다.

이러한 문제점을 완화할 의도로 헤이그 예규는 제4조 제2항에서 “집행관은 아동의 인도를 집행할 때 제1항의 자료 또는 정보를 종합적으로 고려하여 필요한 경우 또는 채권자의 요청이 있는 경우 아동의 복리를 위하여 법원행정처장이 위촉한 아동 관련 전문가를 집행보조자로 참여시킬 수 있다”고 규정한다. “집행보조자로 참여하는 아동 관련 전문가는 집행관이 아동의 인도를 집행할 때 아동의 연령, 의사능력 유무 등을 고려하여 아동의 심리적 안정을 위한 조치, 아동의 이해를 돕는 설명 등 필요한 조력을 할 수 있다(헤이그 예규 제5조).”

그러나 위에서 본 집행보조자 B의 진술에서 알 수 있듯이, 아동관련 전문가인 집행보조자는 현장에서 그에 걸맞는 역할을 하지 못하는 것이 현실이다(아동인도집행에 소요되는 시간은 보통 5-10분 정도로 알려져 있다.⁴³⁾). 실제로 아동에 대한 강제집행은 사설용역이라고 불리우는 경비노무자에 의해서 이루어진다고 해도 과언이 아닐 것이다.

법무부 매뉴얼에 따르면, 집행관은 경비노무자를 집행보조자로 참여시킬 수 있다(법무부 매뉴얼, 12면). 법무부 매뉴얼은 그 이유를 다음과 같이 설명한다. “경비노무자를 참여시킴으로써, 집행관은 ① 아동반환결정을 집행하는 과정에서 발생할 수 있는 채무자 측의 물리적 저항에 대비하고, ② 현장의 상황을 안정적으로 관리하기 용이해집니다. * 특히 채무자가 여성인 경우 채무자의 저항에 따른 불가피한 신체 접촉에 대비하여 여성 경비노무자의 참여를 적극적으로 검토할 필요가 있음”

그러나 경비노무자를 아동인도집행에 참여시키는 것은 헤이그 예규에도 아무런 근거가 없다. 헤이그 예규 제4조 제2항에 따르면 집행관은 “아동의 복리를 위하여 법원행정처장이 위촉한 아동 관련 전문가를 집행보조자로 참여시킬 수 있”는데, 이로부터 집행보조자로 참여할 수 있는 사람은 법원행정처장이 위촉한 아동관련전문가로 한정된다는 사실을 알 수 있다. 법무부 매뉴얼은 “집행관규칙 제26조 및 ‘노무자 등을 보조자로 사용하는 집행사건에 있어서의 노무자 등의 관리지침’에 따라 경비노무자를 집행보조자로 참여시킬 수 있다”는 입장을 취하고 있으나, 물건을 대상으로 한 일반적인 집행사건을 전제로 하여 마련된 지침을 아동인도집행에 그대로 적용할 수 있다는 발상은 아동인권에 대한 고민의 부족에서 비롯된 것으로 보인다.⁴⁴⁾ 이러한 규정이 물건을 대상으로 한 일반 집행사건에 적용하기 위하여 마련되었다는 점은 분명하다. 집행관 규칙 제18조(금전 기타 귀중품의 보관방법: 집행관이 그 직무상 보관하는 금전 기타 귀중품은 금고 또는 자물쇠 장치가 되어 있는 견고한 용기에 넣어서 보관하여야 한다), 제19조(목적물의 평가: 집행관은 경매할 물건이 고가물이 아닌 경우에도 필요하다고 인정되는 때에는 적당한 감정인에게 그 평가를 하게 할 수 있다) 등의 규정을 보아도 집행의 대상을 물

리적 고통을 야기할 수 있다. 이와 관련하여 독일과 일본은 채권자가 집행 현장에서 직접 자녀를 인도받는 것을 원칙으로 하고 있다(Gerichtsvollzieher-Geschäftsanweisung: 법원집행관을 위한 업무지침 제156조 제4항. MüKoFamFG/Zimmermann, 4. Aufl. 2025, FamFG § 90 Rn. 18. 일본 민사집행법 제175조 제5항 참조).

43) 심병준, 김성화, 양승욱, 정관선, 유아인도집행에 관한 연구- 헤이그아동탈취법상 아동반환사건과 가사소송법상 유아인도사건을 중심으로 -, 사법정책연구원(2025. 7), 202면.

44) 일본 집행관규칙 제12조(기술자 또는 노무자의 사용)에 따르면 집행관은 민사집행법(1994년 법률 제4호), 민사보전법(1989년 법률 제91호) 및 그 밖의 법령에서 집행관이 취급하도록 되어 있는 사무를 실시함에 있어서 필요한 때에는 기술자 또는 노무자를 사용할 수 있다. 그러나 이러한 규정에도 불구하고 일본에서는 아동인도집행에 노무자를 참여시키지 않는다. 우리와는 달리 일본에서는 이 규정에 근거하여 아동심리전문가를 아동인도집행에 참여시키고 있다. 쓰루오카 겐이지, 일본의 민간 면접교섭 지원 및 자녀인도 강제집행 보조, 서울가정법원 국제 콘퍼런스 자료집(2023년 11월 15일), 185면 참조.

건으로 상정하고 있음을 할 수 있다. 또한 ‘노무자 등을 보조자로 사용하는 집행사건에 있어서의 노무자 등의 관리지침’(행정예규 제1112호) 제1조는 “이 지침은 집행관규칙 제26조에 의하여 집행관이 부동산명도, 철거등의 직무집행을 위하여 노무자 또는 기술자(이하 노무자등이라 한다)를 보조자로 사용할 경우 노무자 등의 선정, 교육, 수당의 산정 및 지급절차등에 관한 기준을 정함으로써 집행의 공정성을 확보함을 목적으로 한다”고 규정한다. 여기서 분명히 나타난 바와 같이 집행관이 노무자를 보조자로 사용할 수 있는 경우는 부동산명도, 철거 등 물건에 대한 직무집행으로 한정된다(법무부에서는 “부동산명도, 철거 등”에 아동인도집행이 포함된다고 주장할 수도 있겠으나, 이와 같은 목적론적 확대해석은 기본권 침해의 소지가 있는 사안에서는 엄격히 금지된다고 보아야 할 것이다).

부동산명도, 철거 등의 집행에 관한 규정을 아동인도집행에 여과 없이 그대로 적용하는 것은 부당하다. 부동산명도와 철거 등의 집행업무와 아동에 대한 강제집행은 그 직무의 성질상 비교할 수 없는 것이기 때문이다. 또한 위의 지침 제2조 제1항은 “집행의 실시는 당해 사건을 위임 받은 집행관 및 그 사무원이 함을 원칙으로 한다”고 규정하고, 예외적으로 “집행관 및 그 사무원만으로는 위임 받은 사건의 집행이 어려운 경우에 한하여 노무자등을 보조자로 사용할 수 있다”고 한다. 그러나 아동인도집행에 있어서는 노무자가 집행을 실시하고, 집행관은 현장에 입회하여 지켜보는 수준에 머물고 있는 것이 현실이다.

대법원⁴⁵⁾도 “집행관은 아동의 복리를 위하여 아동 관련 전문가를 집행보조자로 참여시킬 수 있는 등 이 사건 예규에서 정한 세부 절차에 따라 아동의 인도 집행을 실시하여야 한다”고 명시하고 있는데, 이는 헤이그 예규에서 정한 절차에 따라 아동인도집행이 실시되어야 한다는 의미이다. 그런데 헤이그 예규 어디에서도 경비노무자를 집행보조자로 참여시킬 수 있다는 규정은 찾아볼 수 없다.

물건을 대상으로 한 일반집행사건에 적용되는 집행관 지침을 근거로 아동인도집행사건에서도 경비노무자를 집행에 참여시킬 수 있다는 법무부 매뉴얼의 해설은 여러 가지 면에서 문제가 있다. 첫째, 신설된 헤이그 예규에 아무런 근거가 없다. 둘째, 아동에 대한 아무런 전문성이 없는 노무자가 아동인도집행에 참여하는 것은 아동의 기본권 침해의 문제를 야기할 수 있다. 셋째, 아동인도집행에 관하여 국가로부터 어떠한 위임도 받은 바 없고 채권자로부터 고용되어 보수를 받는 노무자⁴⁶⁾가 아동을 상대로 강제력을 사용하는 것은 그 법적 근거와 정당성을 인정하기 어렵다.

3. 아동인도심판의 실효성 확보에 관한 문제

45) 대법원 2025. 5. 26. 2025그514 결정.

46) 민사집행법 제53조(집행비용의 부담) 규정에 근거하여 노무자의 보수를 채무자가 부담한다는 의견이 있을 수 있다. 그러나 강제집행 실무에 있어서는 채권자가 노무자를 고용하고 보수를 지급하는 것이 현실이다. 나수경, 집행관제도 개선방안 연구 - 부동산 등 인도집행을 중심으로 -, 사법정책연구원(2021)은 이러한 문제를 심층적으로 다루고 있다: “채권자에 의하여 고용되고 채권자로부터 일당을 지급받는 경비용역은 아무래도 집행관보다는 채권자의 눈치를 보기 때문에 집행관이 경비용역을 지휘·감독하는 등 장악력을 행사하기 어렵다는 문제도 있다고 한다(188면).” “C 법무사: 채권자가 고용한 경비용역은 채권자에게 열심히 하는 모습을 보여야 보수를 받기 때문에 과장하여 행동하는 경우가 있다(188면).” “노무자 등 관리지침(행정예규 제1112호) 제3조 제2항에 의하여 법적으로 집행관은 등록 외 노무자 사용승인 절차를 거쳐서 경비업체의 경비원을 경비노무자로 선정할 수 있는 길이 있으나, 일선의 집행관들이 직접 경비노무자를 선정하는 예는 거의 없다고 한다. 심층인터뷰에 의하면, 채권자가 자신의 비용으로 경비용역을 고용하여 그 명부를 집행관에게 넘기면 집행관은 소속 법원장에게 사용승인을 받은 후 경비용역을 집행현장에 배치하는 것이 실무라고 한다. 경비용역을 고용하고 일당을 지급하는 주체가 채권자인 것이다(184면).”

(1) 「국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약」⁴⁷⁾이 인정하는 아동 반환의 예외 사유

(가) 신설된 헤이그 예규와 법무부 매뉴얼은 공통적으로 아동의 인도를 명하는 심판의 실효성 확보를 강조한다. 대법원은 헤이그 예규의 제정 이유를 다음과 같이 밝혔다: “아동 인도와 관련하여서는 「유아인도를 명하는 재판의 집행절차(재특 82-1)」(이하 “현행 예규”라고 함)를 두고 있으나, 현행 예규는 1982. 6. 7. 제정 당시부터 ‘유아가 의사능력이 있는 경우 유아 자신이 인도를 거부하는 때에는 집행을 할 수 없다’는 규정으로 인해 아동의 인도를 명하는 판결의 실효성 확보에 어려움이 있어왔는바, 아동의 인도를 명하는 판결의 실효성 확보 및 아동의 복리적 관점에서 아동 인도 집행과 관련한 세부 절차 마련 및 관련 규정의 개정이 필요함”. 법무부 매뉴얼도 아동의 인도를 명하는 심판의 실효성을 확보하기 위해 “헤이그 예규가 시행됨에 따라 아동이 반환 절차에 거부 의사를 표시한다는 점은 더 이상 집행불능 사유가 되지 않”는다는 점을 강조한다.

(나) 「국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약」(이하 ‘헤이그 협약’이라고 약칭한다)의 중요한 목적 중 하나는 아동의 불법적인 이동 또는 유치를 방지하는 데 있다. 이러한 관점에서 보면 아동의 신속한 반환이 헤이그 협약의 기본 정신이라고 해석될 수도 있다. 그러나 헤이그 협약의 전문⁴⁸⁾과 제12조, 제13조, 제20조 규정 등을 종합적으로 고려해 보면 헤이그 협약의 궁극적인 목적은 단순히 신속한 반환 그 자체가 아니라, 자녀의 복리를 실질적으로 실현하는 데 있다고 보아야 할 것이다.⁴⁹⁾ 헤이그 협약은 불법적으로 이동된 자녀를 신속히 상거소지로 반환하는 것이 원칙적으로 자녀의 복리에 부합한다는 추정에 기초하고 있지만, 구체적인 개별 사건에서 이러한 추정은 반복될 수 있음을 인정하고 있다.⁵⁰⁾

헤이그 협약의 목적은 자녀를 불법적으로 탈취한 부 또는 모를 징벌하는 데에 있지 않다. 자녀를 불법 탈취한 부모로부터 자녀를 분리하여 상거소지의 친권자에게 반환하는 경우, 그 결과로서 불법 탈취한 부모에 대한 제재는 실현될 수 있다. 그러나 그러한 조치로 인해 자녀의 복리가 희생된다면, 이는 헤이그 협약의 궁극적인 목적인 자녀의 복리 실현에 부합하지 않는다.⁵¹⁾

헤이그 협약은 다음과 같은 예외적인 사정이 있는 경우 아동의 반환을 거부할 수 있다고 규정한다: 아동의 불법적인 이동이나 유치일로부터 1년이 경과한 후에 반환신청이 제출되고, 아동이 현재 새로운 환경에 적응하였다고 증명되는 경우(제12조 제2항), 아동의 반환으로 인하여

47) 국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약.

48) 「국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약」 전문은 “이 협약의 서명국들은 아동의 양육에 관한 문제에 있어서 아동의 권익이 가장 중요함을 굳게 확신하고(Firmly convinced that the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody; 독일어 번역, in der festen Überzeugung, dass das Wohl des Kindes in allen Angelegenheiten des Sorgerechts von vorrangiger Bedeutung ist)”라는 문구로 시작하는데, 이는 협약의 적용에 있어서 최우선적으로 고려되어야 할 가치가 아동의 복리(“the interests of children=das Wohl des Kindes”는 가족법 분야에서 보통 ‘자녀의 복리’로 해석된다)임을 천명한 것으로 해석된다.

49) BVerfG, FamRZ 1999, 85/87. 다른 체약국의 판례를 비교해 보아도 헤이그 협약이 아동의 복리를 지향하고 있음을 확인할 수 있다고 한다: Grüneberg/Thorn, 2025, Anh EGBGB 24, Rz. 31; Pérez-Vera, Erläuternder Bericht zum Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, Anl. 1 zur Denkschrift der BReg. zum Abkommen, BT-Dr 11-5314, S. 41f; Antomo, Internationale Kindesentführung oder Rückkehr in die Heimat: das HKÜ zwischen Kindeswohl und Generalprävention, IPRax 2019, 405/411; Baer, Legal Kidnapping, ZRP 1990, 209/212.

50) OLG Hamburg, FamRZ 2015, 64ff=NJW 2014, 3378ff.

51) OLG Saarbrücken, NJOZ 2017, 1671ff.

아동이 육체적 또는 정신적 위해에 노출되거나 그 밖에 위험한 상황에 처하게 될 중대한 위험이 있는 경우(제13조 제1항 b호), 아동이 반환에 이의를 제기하고 있고 아동의 의견을 고려하는 것이 적절할 정도의 연령과 성숙도에 이르렀다고 인정되는 경우(제13조 제2항) 등.

또한 헤이그 협약의 반환 예외 조항과 같은 맥락에서 「헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률」 제12조 제4항도 다음과 같은 사유가 있는 경우 반환청구를 기각할 수 있다고 규정한다.⁵²⁾ 제1호: 아동의 불법적인 이동 또는 유치일부터 1년이 경과하였고, 아동이 이미 새로운 환경에 적응하였다는 사실, 제3호: 아동의 반환으로 인하여 아동이 육체적 또는 정신적 위해(危害)에 노출되거나 그 밖에 견디기 힘든 상황에 처하게 될 중대한 위험이 있는 사실, 제4호: 아동이 반환에 이의를 제기하고, 아동의 의견을 고려하는 것이 적절할 정도의 연령과 성숙도에 이르렀다고 인정되는 사실.

(2) 아동인도집행이 아동에게 신체적, 정신적 위해를 야기할 위험이 있는 경우

(가) 헤이그 협약의 반환 예외 조항은 법원의 아동인도심판 단계에서 뿐만 아니라 아동인도집행 단계에서도 적용될 수 있다. 따라서 외국에서는 법원이 아동인도집행 단계에서 헤이그 협약의 반환 예외 조항을 적용하여 강제집행을 배제한 사례들을 어렵지 않게 찾아볼 수 있다.⁵³⁾ 아동의 인도를 명하는 법원의 심판과 그 집행 사이에 상당한 시간적 간격이 존재하고, 그 사이에 아동의 신상과 의사에 중대한 변화가 있는 경우에는 집행 단계에서도 자녀에 대한 강제집행이 자녀의 복리와 조화될 수 있는지 여부를 다시 검토할 필요가 있다.

이러한 이유에서 독일에서 자녀에 대한 직접강제를 허용하는 심판은 자녀의 인도를 명하는 심판과는 구별되는 별도의 독립된 절차로 규정되어 있다. 따라서 자녀의 인도를 명하는 심판이 있었다고 해도 자녀에 대해서 강제력을 사용하여 인도집행을 하려면 이에 대한 별도의 심판(강제력의 사용을 허용하는 심판)이 있어야 한다.⁵⁴⁾ 이러한 방식을 통하여 법원은 다시 한번 사안을 심리하게 되고, 이로써 성급한 판단을 피할 수 있다.⁵⁵⁾

자녀의 인도를 명하는 심판절차에서 법원이 자녀, 부모, 아동청 등의 의사를 이미 들은 경우에도 직접강제를 허용하는 심판절차에서 법원은 다시 이들의 의견을 청취하여야 한다(독일 가사 및 비송사건절차법 제159조-제162조).

(나) 1996년 오스트리아 최고법원은 헤이그 협약에 있어서 최종적인 기준은 자녀의 복리라는 점을 확인하면서 아동에 대한 강제집행을 인정한 원심의 결정을 일부 파기, 환송하였다.

자녀의 부모는 1994년 4월 미국에서 혼인하였고, 그 사이에서 1994년 9월 11일 자녀가 출생하였다. 자녀의 모는 오스트리아 국적이고, 부는 미국 국적이며, 자녀는 이중국적이다. 이 가족은 미국 미시간주에서 생활하였는데, 자녀의 모는 1995년 10월 30일 부의 동의를 받지 않

52) 자세한 내용은 석광현, 국제아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그협약과 한국의 가입, 서울대학교 법학 제54권 제2호(2013), 112면 이하 참조.

53) 오스트리아(OGH 15.10.1996, 4 Ob 2288/96s), 독일(OLG Hamburg, FamRZ 2015, 64ff=NJW 2014, 3378ff.).

54) 독일 가사 및 비송사건절차법 제90조 제1항. MüKoFamFG/Zimmermann, 4. Aufl. 2025, FamFG § 90 Rn. 4; 독일의 국제가사절차법(Internationales Familienrechtsverfahrensgesetz) 제14조 제2호에 따라 이 규정은 헤이그 협약에 따른 아동반환사건에도 적용된다. Nomos-BR/Wagner IntFamRVG/Wagner, 2. Aufl. 2022, IntFamRVG § 14 Rn. 1; 독일의 법원집행관을 위한 업무지침 제156조 제2항 1문은 이에 따라 다음과 같이 규정한다: 법원집행관은, 법원으로부터 특별한 명령에 의해 권한을 부여받은 경우에 한하여, 직접강제를 할 수 있다.

55) Sternal/Giers, 22. Aufl. 2025, FamFG § 90 Rn. 6.

은 채 자녀를 데리고 오스트리아로 돌아갔다.

제1심 법원은 부의 청구에 따라 1995년 12월 20일 모에게 즉시 자녀를 미국에 있는 부에게 반환할 것을 명하였으며, 헤이그 협약 제13조의 예외 조항을 적용하지 않았다. 항소법원은 제1심 법원의 판단을 유지하였고, 모가 이에 대하여 상고하였으나 오스트리아 최고법원은 이를 각하하였다.

제1심 법원은 부의 신청에 따라 아동의 인도집행을 위해 오스트리아 비송절차법 제19조 제3항에 근거하여 다음과 같이 결정하였다: 집행을 위하여 강제력을 사용할 수 있으며, 집행관은 관할치안당국(경찰)의 지원을 받아 자녀를 어머니로부터 분리해야 한다. 아동의 인도를 확보하기 위하여, 집행 시각에는 자물쇠공과 아동청 직원도 입회하여야 한다. 아동인도집행은 1996년 5월 10일 이른 아침 시간대에 실시되어야 한다.

제1심 법원은 그 이유로, 어머니가 확정된 아동반환심판에도 불구하고 아동의 인도를 방해하려 하고 있으며, 자녀와 함께 은신할 우려가 있다고 설시하였다. 또한 한 월간지의 인터뷰 기사에 따르면, 어머니는 딸을 빼앗길지도 모른다는 두려움 때문에 거주지를 계속 옮겨 다니며 숨어 지내고 있다고 한다. 그 기사에서 어머니는, 만약 남편이 아이를 강제로 데려가려 한다면 법적으로 대응할 수단은 없지만, 한 가지는 분명하다며 “내 아이는 절대로 넘겨주지 않겠다”고 말한 것으로 전해졌다.

제1심 법원의 결정은 1996년 5월 10일 집행 당시 어머니에게 고지되었으며, 그 당시 아동은 발견되지 않았다.

제1심 법원의 강제집행 결정에 대하여 자녀의 어머니는 항고하여 다음과 같이 주장하였다: 현재 20개월 된 아동이 약 7개월 전에 어머니와 함께 미국을 떠난 후 계속 오스트리아에 머물러 왔고, 그 사이 아버지와 전혀 접촉이 없었으며, 이제는 사진으로조차 아버지를 알아보지 못하게 되었다. 어머니는 자녀의 유일한 주된 양육자이므로, 아동을 갑작스럽게 어머니로부터 강제적으로 분리할 경우 회복할 수 없는 중대한 정신적·신체적 위해가 발생할 것이다.

항소법원은 어머니의 주장을 일부 받아들여 다음과 같이 결정하였다: 제1심 법원은 1995년 12월 20일자 결정 이후 아동에게 중대한 위험이 발생할 수 있을 정도로 사정이 변경되었는지 여부, 그리고 아동의 반환을 위하여 어떠한 강제집행수단이 아동의 복리에 가장 부합하는지를 심사하여야 한다(즉 항소심은 1심 법원이 결정한 강제집행 방식의 문제점은 인정하였으나, 강제집행 자체를 배제하는 결정을 한 것은 아니다).

이에 어머니는 아동에 대한 강제집행을 허용하는 결정의 취소를 구하는 취지로 오스트리아 최고법원에 재항고하였다.

최고법원은 모의 청구에 대해 다음과 같이 판단하였다: 오스트리아 비송절차법 제19⁵⁶⁾조는 의무의 이행을 실현하기 위한 두 가지 방식을 규정하고 있다. 즉 집행법(Exekutionsordnung)에 따른 강제집행(제3항)과 별도의 추가 절차 없이 적절한 강제수단을 적용하는 방식(제1항⁵⁷⁾)

56) § 19 AußStrG (Durchsetzung von Pflichten)

(1) Das Gericht kann zur Durchsetzung seiner Entscheidungen, soweit dies erforderlich ist, angemessene Zwangsmittel ohne weiteres Verfahren anwenden.

(2) Diese Zwangsmittel dürfen nur insoweit und nur so lange angewendet werden, als dies zur Durchsetzung der Entscheidung erforderlich ist.

(3) Soweit sich die Durchsetzung der Entscheidung auf vermögensrechtliche Ansprüche bezieht, ist sie nach den Vorschriften der Exekutionsordnung durchzuführen.

57) 법원이 자신의 결정을 집행함에 있어, 별도의 강제집행 절차에 따르지 않고, 필요성과 비례성의 한계 내에서 적절한 강제수단을 선택·적용할 수 있도록 하는 규정이다. 이는 특히 아동인도와 같이 비재산적이고 인격권에 직접 영향을 미치는 사안에서, 획일적 집행을 배제하고 아동의 복리를 중심으로

이다. 그러나 아동인도와 같은 비재산적 청구의 경우에는 집행법상의 강제집행은 고려될 수 없다.⁵⁸⁾ 아동은 절차의 당사자로서 권리주체이며, 절차의 객체가 아니기 때문이다(“weil die Kinder Rechtssubjekt als Verfahrenspartei und nicht Verfahrensobjekt sind.”). 아동인도의 집행을 담당하는 국내 법원은, 인도심판이 확정되었는지 여부와 무관하게, 모든 사안에 있어서 비송절차법 제19조 제1항의 적용 가능성에 대해 판단해야 하며, 이때 무엇보다도 아동의 복리를 최우선으로 고려해야 한다. 법원은 아동의 복리를 위해 강제조치⁵⁹⁾를 일시적으로 거부할 수도 있다. 어떤 집행조치⁶⁰⁾든 그것이 아동의 복리에 반하는 경우에는 전면적으로 배제되어야 하며, 특정 집행조치가 구체적인 상황에서 목적 달성에 부적합하거나 비례성을 결여한 경우에도 해당 조치는 포기되어야 한다.

아동의 반환에 저항하는 자가 반환명령에 관한 재판 절차에서 이미 주장하였으나 받아들여지지 않았던 사정들은, 다시 반복해서 주장할 수 없다. 따라서 비송절차법 제19조에 따른 집행단계에서 아동의 복리는, 아동의 반환을 명하는 심판과 인도집행 사이에 사정이 변경된 경우에 한하여 고려될 수 있다.

헤이그 협약에 따른 아동의 강제인도가 문제되는 사안에서는 이 협약의 목적(불법적인 아동탈취의 예방 및 억제, 아동의 신속한 반환) 역시 존중되어야 한다. 따라서 아동의 복리를 위하여 인도집행을 거부하는 것은, 아동의 반환이 그 아동에게 신체적, 정신적 위해를 초래할 중대한 위험이 있거나, 또는 아동을 그밖에 도저히 견딜 수 없는 상황에 처하게 하는 경우에 한하여 가능하다(헤이그 협약 제13조). 특히 문제가 되는 사안은, 탈취자가 아동을 탈취함으로써 반환이 아동복리에 중대한 위험이 되는 상황을 스스로 만들어낸 경우이다. 예를 들어 공동친권자인 탈취자가 어린 자녀의 주된 양육자인데, 상거소지로 돌아가기를 거부하는 경우, 그로 인해 아동의 복리에 중대한 위험이 발생할 수 있다(이런 경우 아동이 반환되면 주된 양육자와 자녀가 분리될 수밖에 없는데, 이는 아동의 복리에 중대한 위험을 초래할 수 있다는 의미이다). 이에 대하여는, 그러한 상황을 스스로 만들어낸 탈취자는 이를 이유로 반환 거부를 주장할 수 없다는 견해도 있다(Siehr in Münchener Kommentar, 2. ErgBd Rz 50 zu Art 13 in Anh II). 그러나 이러한 주장에 대해서는, 헤이그 협약 제13조에서는 물론 비송절차법 제19조에 있어서도 최종적인 기준은 아동의 복리라는 점을 들어 반박할 수 있다(Jorzik, Das neue zivilrechtliche Kindesentführungsrecht 43f).

헤이그 협약 제13조에서 분명히 알 수 있듯이, 구체적인 아동의 복리는 집행단계에서도 아동탈취를 일반적으로 억제, 예방하려는 협약의 목적보다 우선한다. 아동탈취는 결국 탈취자에게 이익이 되지 않는다는 것을 보여 주기 위해서, 특정 아동에게 신체적 또는 정신적으로 중대한 위험을 초래해서는 안 된다.

본 사안에서 어머니는, 이제 두 살을 넘긴 자녀가 아버지와 완전히 정서적으로 단절되어 아버지를 사진으로도 더 이상 알아보지 못하고 어머니만을 유일한 주된 양육자로 인식하고 있으므로, 아동을 갑작스럽게 강제로 분리하여 미국으로 데려가는 경우, 회복할 수 없는 중대한 정신적·신체적 위해를 초래하게 될 것이라고 주장한다. 그런데 아동의 반환을 명한 심판에서는 오로지 아동의 연령이 매우 어리다는 점을 이유로 아동에게 정신적 위해가 발생할 위험을 부

한 개별적 판단을 가능하게 하기 위한 것이다.

58) 집행법상의 강제집행은 물건을 대상으로 전제한 집행방법으로서 이를 아동인도집행에 적용하는 경우에는 자녀를 물건처럼 빼앗아 오는 방식으로 집행이 이루어질 것인데, 이는 아동의 기본권을 침해할 위험이 있기 때문이다.

59) Zwangsmaßnahme. 질서금, 질서구금, 간접강제, 직접강제 등의 강제집행 수단을 의미한다.

60) Vollzugsmaßnahme. 법원의 결정을 실행하기 위한 행위(자녀를 인도하는 행위 등)를 의미한다.

정하였다(아동반환심판 단계에서는 아동의 연령을 이유로 아동에게 위해가 초래될 위험이 부정되었으나, 집행단계에서는 그 사이에 나타난 변화 - 시간의 경과와 모에 대한 강한 애착의 형성 - 로 인하여 실질적 위험이 존재하는지가 문제된다는 의미이다).

현재 두 살을 넘긴 자녀가 1년 이상 오로지 어머니와 함께 생활해 온 점을 고려할 때, 아동이 미국에 있는 아버지에게 반환할 경우, 아동이 중대한 정신적 위해를 입을 위험을 배제할 수 없다. 사실심 법원은 문제를 명확히 하기 위하여 아동심리학 분야의 감정인을 참여시킬 필요가 있다고 본다.

강제집행이 필요한지, 구체적으로 어떠한 방법을 사용할 수 있는지에 대한 검토가 필요하다는 점에 관하여는 항소법원의 판단에 동의할 수 있다. 그러나 이는 - 항소법원의 견해와는 달리 - 제1심 결정 제1항(1995년 12월 20일자 확정된 결정을 집행함에 있어 강제수단을 사용한다)을 취소하는 결과로 이어져야 한다. 왜냐하면 아동에 대한 강제집행 자체가 과연 허용될 수 있는지 여부조차도 아직 최종적으로 판단할 수 없는 상태이기 때문이다(강제수단의 종류를 고르기 전에, 강제집행 자체가 허용되는지부터 다시 검토해 봐야 한다는 의미이다).⁶¹⁾

(다) 2022년 독일 프랑크푸르트 고등법원은 자녀의 복리에 반한다는 이유로 아동에 대한 강제 집행을 허용하지 않았다.⁶²⁾ 헤이그 협약은 아동을 상거소지로 즉시 반환하는 것이 원칙적으로 자녀의 복리에 부합한다고 추정한다. 그러한 조치를 통하여 아동의 생활환경의 안정성이 유지될 수 있기 때문이다. 그러나 이러한 추정은 개별사건에서 헤이그 협약 제13조 규정의 요건에 따라 반복될 수 있다. 아동 복리 최우선의 원칙은 절차의 모든 단계에서, 특히 집행단계에서도 보장되어야만 한다. 본 재판부는 2021년 10월에 아동의 반환을 명하는 심판을 하였으나, 스스로 위와 같은 법리에 근거하여 집행을 정지시키는 결정을 했다. 자녀를 위법하게 독일에 데려와 양육하고 있는 어머니가 자녀의 아버지가 살고 있는 미국 입국 허가를 받지 못한 상황에서 자녀의 인도집행은 어머니와 자녀를 분리하는 결과를 초래할 수밖에 없다.

자녀는 출생 직후부터 계속하여 어머니의 양육을 받아왔으며(자녀에게 어머니는 유일한 주된 양육자이다).⁶³⁾ 독일에서의 생활 기간이 자녀 생애 전체의 3분의 2 이상을 차지한다. 이러한 상황을 고려해 볼 때 자녀와 어머니의 분리를 초래하는 아동인도집행은 3세인 자녀를 정신적으로 견디기 어려운 상황에 처하게 할 것이다(아버지에게 자녀를 인도하는 경우, 이는 아동에게 심각한 심리적 외상을 초래할 것이 명백하다. 자녀의 시각에서 볼 때 아버지는 사실상 낯선 존재로 인식되고 있기 때문이다).

따라서 본 사안에서는 아동인도집행을 단지 일시적으로 정지하는 것으로는 충분하지 않으며, 아동인도집행 자체를 허용할 수 없다는 것이 본 재판부의 판단이다. 물론 자녀의 어머니가 장래에 미국 입국 허가를 받아 미국으로 반환되는 자녀를 동반할 수 있게 될 가능성을 배제할 수는 없다. 그러나 그렇게 될 수 있을 때까지 자녀의 독일 사회에 대한 통합은 더욱 심화될

61) 이 결정은 집행결정의 일부를 취소하고, 집행 가능성에 관한 추가 심리를 요구한 부분 파기환송 결정으로 이해할 수 있다.

62) OLG Frankfurt a. M. FamRZ 2022, 1941ff; 같은 취지 OLG Karlsruhe, FamRZ 2018, 39; OLG Saarbrücken, FamRZ 2018, 40; OLG Hamburg, FamRZ 2015, 64ff=NJW 2014, 3378ff; OLG Rostock, NJW-RR 2001, 1448ff

63) 자녀의 절차보조인이 보고한 바에 따르면 아버지와 자녀 사이에는 친밀한 애착관계가 형성되어 있지 않다. 아버지는 자녀를 양육한 적이 없고, 간헐적으로 면접교섭만을 하였기 때문이다. OLG Frankfurt a. M. FamRZ 2022, 1944. 독일의 절차보조인 제도에 관하여는 김상용, 절차보조인 제도 및 면접교섭보조인 제도의 도입을 위한 시론 - 가사절차에서 자녀의 지위 강화와 관련하여 -, 사법 제27호(2014) 참조.

것이며, 현재 3세인 자녀의 연령에 비추어 볼 때 미국을 떠난 후 상당한 기간이 경과한 후에 자녀를 미국으로 반환하는 것은 자녀의 복리와 조화될 수 없다.

(라) 츠바이브뤼켄 고등법원⁶⁴⁾은 소아정신과 전문의의 감정의견에 근거하여 아동에 대한 직접 강제를 허용하지 않았다: 헤이그 협약 제13조에 따르면 아동의 반환으로 인하여 아동이 신체적 또는 정신적 위해에 노출될 중대한 위험이 있는 경우에는 법원은 아동의 반환을 명하지 않을 수 있는데, 이 규정의 기초를 이루는 사상과 원칙은 아동의 반환을 명하는 심판 단계에서만 아니라 집행 단계에서도 적용된다. 대학병원의 소아정신과 전문의의 의견서에 따르면 자녀를 어머니로부터 폭력적으로 분리할 경우 자녀에게 정신적 위해를 야기할 중대한 위험이 있다고 한다. 아동에 대한 강제집행이 아동에게 신체적, 정신적인 위해를 야기할 중대한 위험이 있다면, 아동의 반환을 명하는 심판이 확정되었다고 해도 재판부는 아동에 대한 직접강제를 명하지 않을 수 있다. 어머니가 자녀를 불법적으로 탈취함으로써 현재와 같은 위법한 상태가 발생하였다고 해도 헤이그 협약 제13조의 원칙을 적용하여 아동의 반환을 거부할 수 있다는 점에는 변함이 없다.⁶⁵⁾

(3) 강제집행 단계에서 아동의 거부 의사

(가) 법무부 매뉴얼은 “아동이 반환 절차에 거부 의사를 표시한다는 점은 더 이상 집행불능 사유가 되지 않”는다고 하면서 “아동의 거부 의사는 이미 아동반환청구 재판 절차에서 반환의 예외사유로 고려된 요소(이행법률 제12조 제4항)로서, 신설예규는 집행 단계에서 다시 아동의 거부 의사를 집행불능사유로 고려하지 않고 있음”이라고 해설하고 있다(법무부 매뉴얼 9, 26면).

그러나 앞서 본 바와 같이, 아동의 인도를 명하는 법원의 심판과 집행 사이에 상당한 시간적 간격이 존재하고 그 사이에 아동의 의사에 중대한 변화가 있는 경우에는, 집행 단계에서도 자녀의 의사를 고려하여 아동인도집행이 자녀의 복리와 조화될 수 있는지 여부를 다시 검토할 필요가 있다.

법무부 매뉴얼은 아동의 인도를 명하는 심판이 있으면 집행단계에서는 아동의 의사를 더 이상 고려할 필요가 없다는 취지로 해설하고 있으나, 이는 집행단계에서 아동의 의사와 복리를 아예 고려하지 않는다는 점에서 아동인권 침해의 문제를 야기할 수 있다.

외국에서는 헤이그 협약 제13조 제2항에 따라 법원이 아동의 의사를 존중하여 반환청구를 기각하거나 집행을 허용하지 않은 사례가 적지 않다(헤이그 협약은 아동의 의사를 존중하여야 하는 연령 기준을 명문으로 정하고 있지 않다. 이 문제와 관련하여 외국의 법원은 연령 기준에 관한 경직된 해석을 지양하고, 사안별로 아동의 성숙도와 구체적 사정을 고려하는 비교적 유연한 태도를 취하고 있다).⁶⁶⁾

64) OLG Zweibrücken, Beschl. v. 21.3.2001 - 5UF 112/00, BeckRS 2001, 30987245.

65) 헤이그 협약에 따른 아동강제집행 단계에서도 독일 국제가사절차법(Internationales Familienrechtsverfahrensgesetz) 제44조 제3항이 규정하는 절차보호의 원칙이 보장된다. 따라서 아동반환심판과 집행 사이에 사정이 크게 변경되어 집행과 아동의 복리가 양립할 수 없게 된 경우에는 아동반환집행은 정지될 수 있다(Nomos-BR/Wagner IntFamRVG/Wagner, 2. Aufl. 2022, IntFamRVG § 44 Rn. 12; KG, NJW-RR 2022, 287ff.).

66) 현소혜, 아동 반환재판의 집행에 관한 개정 제언, 민사소송 제29권 3호(2025), 475면은 아동이 3세 미만인 경우에 한하여 직접강제를 허용하되, 3세에 달하지 않은 경우에도 의사결정능력이 있는 경우에는 직접강제를 할 수 없도록 해야 한다는 의견을 제시하고 있다; 한편 자녀의 반환 거부 의사가 자녀를 불법으로 탈취한 양육친의 영향을 받아 형성된 경우에도 이를 존중해야 할 것인가. 자녀의 의사

(나) 자르브뤼켄 고등법원⁶⁷⁾은 제1심 법원의 아동인도심판 이후 자녀의 반환거부의사가 더욱 강화되고 반환의 결과를 이해하기에 충분할 정도로 판단능력이 성숙해진 경우에는 헤이그 협약 제13조에 의한 반환 거부 요건이 충족된 것으로 보아서 아동에 대한 인도집행명령이 취소되어야 한다고 판단하였다: 독일 여성이 독일에서 미국 남자와 혼인하여 2004년과 2008년에 각각 쌍둥이 형제와 딸을 출산하였다. 부부와 세 자녀는 주로 미국에서 생활하였는데, 2010년에 부부가 별거하게 되면서 모가 자녀를 양육하였고, 부는 면접교섭을 통하여 자녀와의 관계를 유지하였다. 모는 2014년 8월 2일 사전에 부에게 통지하지 않은 채 자녀들을 데리고 독일로 돌아왔다. 부의 청구에 따라 자르브뤼켄 가정법원은 모에게 자녀들을 미국으로 반환하라는 심판을 하였으며, 이에 대해서 모가 항고하였으나 자르브뤼켄 고등법원에서 기각되었다. 그 후 자녀들의 저항으로 집행시도가 무산되면서 인도집행은 계속 지연되었다. 자르브뤼켄 고등법원 재판부는 2017년 6월 22일 자녀들(쌍둥이 형제 13세, 딸 9세)의 의견을 듣고 그 의사를 존중하여 인도집행이 더 이상 이루어질 수 없다고 판단하였다.

세 자녀들은 독일 사회에 성공적으로 적응하여 학교생활, 교우관계에 만족하고 있으며 언어의 문제도 없고 스포츠클럽, 공부 동아리에서도 활발하게 활동하고 있다. 이들은 일관되게 미국으로의 반환에 반대한다는 의사를 표시하고 있으며, 강제집행에 저항하는 과정에서 쌍둥이 형제는 자살 가능성을 언급하기도 했다. 이러한 상태에서 자녀들을 그 확고한 의사에 반하여 미국으로 강제반환시킨다면 이는 자녀들에게 심각한 정신적인 피해를 야기할 수 있다. 헤이그 협약의 목적은 자녀를 불법으로 이동시킨 부 또는 모를 징벌하는 데 있지 않다. 자녀를 불법으로 이동, 유치한 부 또는 모에게 제재를 가하는 데 초점을 둔 나머지 헤이그 협약의 가장 중요한 목적인 자녀의 복리를 희생시켜서는 안될 것이다.

(다) 독일연방헌법재판소⁶⁸⁾는 8세 아동이 반환에 반대하는 의사를 표시하는 경우, 이를 존중해야 한다고 결정한 바 있다: 독일 국적의 여성이 프랑스 국적의 남자와 혼인하여 프랑스에서 1988년과 1991년에 각각 아들을 출산하였으나, 1997년 두 아들과 함께 독일로 이주하였다. 부가 독일법원에 두 자녀의 즉시 반환을 청구하였으나, 제1심 법원, 제2심 법원은 모가 두 자녀를 데리고 독일로 이주함으로써 부의 친권을 침해하였다는 점은 인정하면서도, 독일에서 모와 함께 살겠다는 자녀의 의사를 존중하여 청구를 기각하였다. 이에 대해서 부는 독일연방헌법재판소에 헌법소원을 청구하였다. 독일연방헌법재판소는 부모와 자녀의 이익이 충돌하는 경우 헌법상 자녀의 복리가 우선한다는 점을 확인하고, 헤이그협약 제13조에 따라 자녀의 의사를 존중하는 것이 자녀의 복리에 기여한다고 판단되는 경우에는 아동을 반환하지 않기로 한 결정은 헌법에 위반되지 않는다고 판단하였다.

이외에도 뒤셀도르프 고등법원⁶⁹⁾은 8세 아동의 의사를 존중하여 아동반환청구를 기각하였으며, 프랑크푸르트 고등법원⁷⁰⁾은 각각 10세, 6세인 자녀의 의견을 존중하여 반환청구를 기각한 바 있다.

가 확고부동하여 이를 무시하고 강제로 반환할 경우 자녀에게 정신적 피해를 야기할 위험이 있다면, 이는 자녀의 아동의 주관적·심리적 현실로서 존중되어야 할 것이다. OLG Karlsruhe, FamRZ 2006, 1403.

67) OLG Saarbrücken, NJOZ 2017, 1669ff; 같은 취지의 결정 OLG Hamburg, FamRZ 2015, 64ff=NJW 2014, 3378ff. 11세인 자녀의 의사를 존중하여 이미 확정된 아동반환심판에도 불구하고, 인도집행명령을 취소하였다.

68) BVerfG, Beschl. Vom 03.05.1999, 2 BvR 6/99, FamRZ 1999, 1053.(반환청구를 기각한 사례)

69) OLG Düsseldorf, FamRZ 1999, 949f.

70) OLG Frankfurt, FamRZ 1996, 689ff.

4. 대법원 예규에 근거한 아동인도집행의 문제점

아동의 의사에 반하는 강제집행, 아동에 대한 직접적인 강제력의 사용은 아동의 신체의 자유, 인격권 및 인간으로서의 존엄과 가치 등 기본권을 제한할 수 있다는 점에서, 그 근거는 헌법 제37조 제2항에 따라 국회의 입법을 통해 제정된 법률에 마련되어야 한다. 현행 아동인도집행 절차는 대법원이 제정한 헤이그 예규에 의해 규율되고 있는데, 이는 법률이 아닌 법원 내부의 행정규칙(사법부 내부 규범)에 불과하다. 헌법상 입법권을 부여받지 않은 대법원이 아동의 기본권 제한과 직접 관련된 규정을 제정, 시행하고 있다는 것은 삼권분립의 원칙과 법치주의의 관점에서 볼 때 용인되기 어렵다.

아동의 인도집행에 관하여 독일은 가사 및 비송사건절차법에서 규정하고 있으며, 일본은 민사집행법에 근거 규정을 두고 있다. 독일과 일본의 의회에서는 아동에 대한 강제집행 문제에 대하여 장기간의 심의와 토론을 거쳐 사회적 합의를 도출하였으며, 그 내용은 우리의 대법원 예규와 사뭇 다르다. 독일 가사 및 비송사건절차법 제90조는 자녀에 대한 강제력의 행사는 자녀 복리의 관점에서 정당화될 수 있는 경우에만 허용된다고 규정한다(독일 가사 및 비송사건 절차법 제90조 제2항 2문).⁷¹⁾ 일본 민사집행법은 아동인도집행절차에서 아동에 대한 강제력 행사를 전면 금지하고 있다(제175조 제8호. “제6조 제1항의 규정에도 불구하고 아동에게는 일체의 강제력을 행사할 수 없다. 또한 아동 이외의 자에 대한 강제력 행사가 아동의 심신에 해로운 영향을 미칠 우려가 있는 경우에는, 그 아동 이외의 자에 대해서도 동일하게 강제력을 행사할 수 없다.”).

현행 헤이그 예규는 국회에서의 심의와 토론을 거치지 않았고, 입법권이 없는 대법원에서 단 기간 내에 제정되었다는 점에서 문제가 있다. 또한 내용면에 있어서도 아동에 대한 직접적인 강제력 행사에 관하여 아무런 제한 기준이 없어서 아동의 기본권을 침해할 가능성이 매우 높다. 이와 같이 아동의 기본권을 침해할 가능성이 있는 규정이 법률이 아닌 예규로 제정되어 아무런 제한 없이 시행되고 있는 상태는 위헌의 소지가 있다고 본다.

5. 소결

법무부 매뉴얼은 경비노무자가 아동인도집행에 집행보조자로 참여할 수 있다고 해설하고 있으며, 이에 따라 아동인도집행 현장에서는 경비노무자로 불리우는 사설용역이 아동에 대하여 강제력을 행사하고 있다. 법무부 매뉴얼은 집행관규칙 제26조 및 ‘노무자 등을 보조자로 사용하는 집행사건에 있어서의 노무자 등의 관리지침’에 따라 경비노무자를 집행보조자로 참여시킬 수 있다고 해설하고 있으나, 물건을 대상으로 한 강제집행을 전제로 하여 마련된 이러한 지침을 아동의 인도집행에까지 확대하여 적용하는 것은 아동인권을 침해할 소지가 있다는 점에서 심각한 문제가 있다. 아동인도집행에 있어서 경비노무자의 참여는 아무런 법적 근거도 없을 뿐만 아니라, 아동의 기본권을 침해할 가능성이 높다는 점에서 즉각 중지되어야 한다.

법무부 매뉴얼에 따르면 아동의 의사는 법원의 재판 절차에서 이미 충분히 반영되었으므로, 집행단계에서는 고려할 필요가 없다고 한다. 그러나 아동의 인도를 명하는 법원의 심판과 집행 사이에 상당한 시간적 간격이 있는 경우에는 사정의 변화가 있을 수 있으므로, 집행단계에서도 자녀의 의견을 다시 청취하고 고려하는 것이 필요하다. 이러한 이유에서 독일에서 자녀에 대한 직접강제를 허용하는 심판은 자녀의 인도를 명하는 심판과는 구별되는 별도의 독립된

71) 자세한 내용은 김상용, 자녀의 인도청구에서 직접강제의 허용 여부에 관한 소고(小考) - 자녀의 의사에 반하는 강제집행의 허용 여부를 중심으로 -, 중앙법학 제26집 제3호(2024), 25면 이하 참조.

절차로 규정되어 있다. 우리 사회에서도 향후 민사집행법이나 가사소송법 등 관련법률에 자녀의 인도집행에 대한 규정이 도입된다면, 집행단계에서 자녀의 복리를 고려할 수 있는 장치가 마련되어야 할 것이다.

대법원이 마련한 헤이그 예규는 자녀가 반환에 반대하는 경우에도 강제력을 사용하여 집행할 수 있다는 태도를 취하고 있으며, 이에 대하여 어떠한 예외도 인정하고 있지 않다. 그러나 아동에 대한 직접적인 강제력의 사용은 아동의 기본권을 침해할 수 있으므로, 이를 제한하는 기준이 있어야 한다. 독일 가사 및 비송사건절차법은 자녀에 대한 강제력의 행사는 자녀 복리의 관점에서 정당화될 수 있는 경우에만 허용된다고 규정하고 있으며, 일본 민사집행법은 아동인도집행절차에서 아동에 대한 강제력 행사를 전면 금지하고 있다. 독일과 일본은 아동에 대한 강제집행 문제에 대하여 국회에서 수년간 심의하고 토론한 결과를 바탕으로 위와 같은 규정을 마련하였다. 아동의 기본권을 침해할 가능성이 높은 아동인도집행에 관한 규정이 입법권이 없는 대법원에서 예규로 제정되어 아무런 제한 없이 시행되고 있는 현재의 상태는 삼권분립과 법치주의의 정신에 반한다고 생각한다.

헤이그 협약은 주된 양육자인 모가 양육하던 아동을 면접교섭권자인 부가 탈취한 상황을 상정하여 기초되었다.⁷²⁾ 따라서 반환을 통해 아동이 기존의 안정된 사회적 환경으로 복귀하고, 아동과 가장 친밀한 애착관계를 형성한 주된 양육자(대개의 경우 어머니)에게 다시 돌아가게 될 것이라고 전제하였다. 그러나 이와 같은 헤이그 협약의 전제는 아동 탈취의 현실과 상당한 괴리가 있음을 부인할 수 없다. 실제 사례에 있어서는 아동의 주된 양육자인 모가 탈취자인 경우가 대부분이며, 이러한 경우에는 반환을 통하여 아동의 이전 생활관계를 회복시키는 것은 불가능에 가깝다.⁷³⁾ 모가 반환되는 아동을 동반할 수 없는 경우가 적지 않으므로(아동의 반환이 예정되어 있는 국가로부터 입국이 거부된 경우 또는 모 스스로 돌아가기를 원하지 않는 경우 등), 부에게 아동을 반환하는 것은 결국 자녀와 그의 주된 양육자인 모의 분리를 초래하기 때문이다. 이러한 사정에 비추어 볼 때, 헤이그 협약상 아동 반환의 예외 사유는 엄격하게 해석되어야 한다는 종래의 일반적 견해는 재고될 필요가 있다고 생각한다.

IV. 맺음말

사람은 태어나서 일정한 연령(성년기)에 이를 때까지 타인의 보호와 양육을 받으며 살아가는데, 미성년자녀를 보호하고 양육할 책임은 일차적으로 부모에게 맡겨져 있다. 국가가 부모에게 부여한 자녀의 보호, 양육의 책임이 바로 친권의 본질이며, 이러한 의미에서 친권은 권리라기 보다는 의무적인 성격이 훨씬 강하다고 볼 수 있다(의무권).

이와 같은 친권의 본질에 비추어 볼 때 부모의 친권과 자녀의 복리가 충돌하는 상황이 벌어진다면, 국가는 자녀의 복리를 최우선의 기준으로 하여 문제를 해결하여야 할 것이다.

미성년자녀의 보호와 양육은 일차적으로 부모의 책임이지만, 부모가 자녀의 복리를 심각하게 침해하는 경우에는 아동의 보호에 대해서 최종적인 책임을 지는 국가가 개입하여 일정한 조치를 취하지 않을 수 없다. 친권상실신고제도는 아동의 보호를 위하여 국가가 취할 수 있는 가장 강력한 수단이라고 할 수 있다.

2014년 개정민법은 친권상실신고의 요건으로 친권남용만을 남겨두고, 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유와 현저한 비행을 삭제하였는데, 친권남용을 아무리 넓게 해석한다고 해도 자

72) 석광현, 국제아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그협약과 한국의 가입, 서울대학교 法學 제54권 제2호(2013), 84면.

73) Antomo, Internationale Kindesentführung oder Rückkehr in die Heimat: das HKÜ zwischen Kindeswohl und Generalprävention, IPRax 2019, 411.

녀의 복리를 침해하는 다양한 사례에 대하여 친권남용이라는 단일한 사유만으로 대응하는 것은 가능하지 않다. 2014년 민법 개정 전까지 친권상실선고에서 법원이 가장 자주 적용했던 요건은 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유였으며, 현저한 비행과 친권남용을 이유로 친권이 상실되는 경우는 드물었다. 이러한 점에 비추어 볼 때 적어도 '친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유'는 친권상실선고의 요건으로 다시 회복시킬 필요가 있다고 본다.

최근에 우리 사회에서는 아동의 인도집행과 관련하여 친권과 자녀의 복리가 대립, 충돌하는 상황이 벌어지고 있다. 대법원이 아동의 인도집행에 관한 예규를 제정, 개정함으로써 자녀의 의사에 반하는 강제집행이 가능하게 되었는데, 집행단계에서 자녀의 의사와 복리를 전혀 고려하지 않을 뿐 아니라 집행관이 아닌 경비노무자가 집행에 참여하여 무리한 집행이 이루어진다는 비판을 받고 있다.

대법원 예규는 자녀에 대한 직접강제를 허용하면서도 이에 대하여 어떠한 예외도 인정하고 있지 않다. 그러나 아동에 대한 직접적인 강제력의 사용은 아동의 기본권을 침해할 수 있으므로, 이를 제한하는 기준이 있어야 할 것이다. 독일 가사 및 비송사건절차법은 자녀에 대한 강제력의 행사는 자녀 복리의 관점에서 정당화될 수 있는 경우에만 허용된다고 규정하고 있으며, 일본 민사집행법은 아동인도집행절차에서 아동에 대한 강제력 행사를 전면 금지하고 있다. 독일과 일본은 아동에 대한 강제집행 문제에 대하여 국회에서 수년간 심의하고 토론한 결과를 바탕으로 위와 같은 규정을 마련하였다. 아동의 기본권을 침해할 가능성이 높은 아동인도집행에 관한 규정이 입법권이 없는 대법원에서 예규로 제정되어 아무런 제한 없이 시행되고 있는 현재의 상태는 삼권분립과 법치주의의 정신에 반한다.

주제어: 친권(Sorgerecht), 친권상실(Entzug des Sorgerechts), 자녀의 복리(Kindeswohl), 자녀에 대한 직접강제(unmittelbarer Zwang gegen das Kind), 자녀의 의사(Kindeswille)

참고문헌

- 김상용, 절차보조인 제도 및 면접교섭보조인 제도의 도입을 위한 시론 - 가사절차에서 자녀의 지위 강화와 관련하여 -, 사법 제27호(2014)
- 김상용, 민법에서의 징계권 삭제 - 그 의미와 한계, 중앙법학 제25권 제4호(2023)
- 김상용, 자녀의 인도청구에서 직접강제의 허용 여부에 관한 소고(小考) - 자녀의 의사에 반하는 강제집행의 허용 여부를 중심으로 -, 중앙법학 제26집 제3호(2024)
- 김유미, 현행 친권상실선고제도의 문제점과 대응책, 가족법연구 제11호(1997)
- 김주수·김상용, 친족·상속법, 법문사, 2025
- 나수경, 집행관제도 개선방안 연구 - 부동산 등 인도집행을 중심으로 -, 사법정책연구원 (2021)
- 법무부 국제법무과, 헤이그국제아동탈취협약에 따른 아동반환결정 집행 매뉴얼(2025)
- 석광현, 국제아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그협약과 한국의 가입, 서울대학교 法學 제54권 제2호(2013)
- 심병준, 김성화, 양승욱, 정관선, 유아인도집행에 관한 연구- 헤이그아동탈취법상 아동반환사건과 가사소송법상 유아인도사건을 중심으로 -, 사법정책연구원(2025)
- 쓰루오카 겐이지, 일본의 민간 면접교섭 지원 및 자녀인도 강제집행 보조, 서울가정법원 국제 콘퍼런스 자료집(2023년 11월 15일)
- 윤진수(편집대표), 주해친족법 제2권(집필자 권재문), 박영사, 2015
- 윤진수(편집대표), 주해친족법 제2권(집필자 이봉민), 박영사, 2025
- 윤진수, 친족상속법 강의, 박영사, 2025
- 장준혁, '헤이그 국제아동탈취협약에 따른 아동반환청구 사건의 집행에 관한 예규' 제정안에 대한 의견, 법률신문 1월 18일자
- 한봉희·백승흠, 가족법, 정독, 2024
- 최금숙, 아동학대와 친권상실에 관한 고찰, 법학논집 제8권 제1호(2003)
- 최진섭, 친권상실에 관한 비교법적 연구, 가족법연구 제10호(1996)
- 현소혜, 아동 반환재판의 집행에 관한 개정 제언, 민사소송 제29권 3호(2025)
- Antomo, Internationale Kindesentführung oder Rückkehr in die Heimat: das HKÜ zwischen Kindeswohl und Generalprävention, IPRax 2019
- Baer, Legal Kidnapping, ZRP 1990
- Klosinski, Kinderpsychiartrische Begutachtung im Rahmen des Haager Kindesentführungsübereinkommen (HKiEntÜ) - zur Frage einer rückführungsbedingten schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind -, FuR 2000
- Meysen, Neuerungen im zivilrechtlichen Kinderschutz, NJW 2008
- Münchener Kommentar zum BGB, C.H.BECK 2024
- Münchener Kommentar zum FamFG, C.H.BECK 2025
- Grüneberg BGB Kommentar, C.H. Beck 2025.
- Wagner, Internationales Familienrechtsverfahrensgesetz, Nomos 2022
- Sternal, FamFG, C.H.BECK 2025
- Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch §§ 1626-1633, ottoschmidt -

De Gruyter 2020

Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch §§ 1638-1683, Sellier - De Gruyter 2000

국문초록

친권은 자녀의 복리실현을 위하여 국가로부터 부모에게 부여된 실정법상의 의무이자 권리이다. 친권을 문자 그대로 풀이하면 부모의 권리라는 뜻이 되겠지만, 오늘날 친권은 부모의 권리라기 보다는 의무로서의 성질이 더 강한 것으로 이해되고 있다(의무권). 친권의 행사는 기본적으로 친권자인 부모의 의사에 맡겨져 있지만, 친권의 본질상 자녀의 복리라는 기준에 의해서 제한을 받지 않을 수 없다. 즉 친권은 자녀의 복리를 침해하지 않는 한도 내에서만 행사되어야 한다는 내재적 한계에서 자유로울 수 없다.

따라서 부모의 친권과 자녀의 복리가 충돌하여 국가의 개입이 불가피한 상황이 전개된다면, 국가는 자녀의 복리를 최우선의 기준으로 하여 문제를 해결하여야 할 것이다. 이러한 점에서 아동의 복리를 보호해야 할 최종적인 책임은 국가에 있다고 할 수 있다.

2014년 개정민법은 친권상실선고의 요건으로 친권남용만을 남겨두고, 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유와 현저한 비행을 삭제하였는데, 친권남용을 아무리 넓게 해석한다고 해도 자녀의 복리를 침해하는 다양한 사례에 대하여 친권남용이라는 단일한 사유만으로 대응하는 것은 불가능하다. 2014년 민법 개정 전까지 친권상실선고에서 법원이 가장 자주 적용했던 요건은 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유였으며, 현저한 비행과 친권남용을 이유로 친권이 상실되는 경우는 드물었다. 이러한 점에 비추어 볼 때 적어도 ‘친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유’는 친권상실선고의 요건으로 다시 회복시킬 필요가 있다고 본다.

최근에 우리 사회에서는 아동의 인도집행과 관련하여 친권과 자녀의 복리가 대립, 충돌하는 상황이 벌어지고 있다. 대법원이 아동의 인도집행에 관한 예규를 제정, 개정함으로써 자녀의 의사에 반하는 강제집행이 가능하게 되었는데, 집행단계에서 자녀의 의사와 복리를 전혀 고려하지 않을 뿐 아니라 집행관이 아닌 경비노무자가 집행에 참여하여 무리한 집행이 이루어진다는 비판을 받고 있다.

대법원 예규는 자녀에 대한 강제력의 사용을 허용하면서 이에 대하여 어떠한 예외도 인정하고 있지 않다. 그러나 아동에 대한 직접적인 강제력의 사용은 아동의 기본권을 침해할 수 있으므로, 이를 제한하는 기준이 있어야 할 것이다. 독일 가사 및 비송사건절차법은 자녀에 대한 강제력의 행사는 자녀 복리의 관점에서 정당화될 수 있는 경우에만 허용된다고 규정하고 있으며, 일본 민사집행법은 아동인도집행절차에서 아동에 대한 강제력 행사를 전면 금지하고 있다. 독일과 일본은 아동에 대한 강제집행 문제에 대하여 국회에서 장기간 심의하고 토론한 결과를 바탕으로 위와 같은 규정을 마련하였다. 아동의 기본권을 침해할 가능성이 높은 아동인도집행에 관한 규정이 입법권이 없는 대법원에서 예규로 제정되어 아무런 제한 없이 시행되고 있는 현재의 상태는 삼권분립과 법치주의의 정신에 반한다.

Brennpunkte im Familienrecht

Das elterliche Sorgerecht ist ein vom Staat verliehenes gesetzliches Pflichtrecht, das der Verwirklichung des Kindeswohls dient. Auch wenn es seinem Wortlaut nach als Elternrecht erscheint, wird es heute überwiegend als Pflicht verstanden. Die Ausübung der elterlichen Sorge unterliegt ihrem Wesen nach der immanenten Grenze des Kindeswohls und ist nur insoweit zulässig, als dieses nicht beeinträchtigt wird.

Kommt es zu einem Konflikt zwischen elterlicher Sorge und Kindeswohl, hat der Staat im Wege seines Wächteramtes das Kindeswohl als vorrangigen Maßstab heranzuziehen. Die letztendliche Verantwortung für den Schutz des Kindeswohls liegt daher beim Staat.

Die Reform des koreanischen Zivilgesetzbuches von 2014 beschränkte die Voraussetzungen der Entziehung der elterlichen Sorge auf den Missbrauch der elterlichen Sorge und strich insbesondere den Tatbestand der Hinderung der Ausübung der elterlichen Sorge aus schwerwiegenden Gründen. Angesichts der vielfältigen Formen der Kindeswohlgefährdung erscheint es jedoch unzureichend, diese allein unter den Tatbestand des Sorgerechtsmissbrauchs zu subsumieren. Vor der Reform stellte gerade die Hinderung der Ausübung der elterlichen Sorge aus schwerwiegenden Gründen den zentralen Anwendungsfall der Sorgerechtsentziehung dar. Vor diesem Hintergrund spricht vieles für eine Wiederaufnahme dieses Tatbestands.

Im Zusammenhang mit der Vollstreckung von Herausgabeanordnungen von Kindern treten zunehmend Konflikte zwischen elterlicher Sorge und Kindeswohl zutage. Die durch Richtlinien des Obersten Gerichtshofs geregelte Kindesherausgabevollstreckung ermöglicht eine zwangsweise Durchsetzung auch gegen den Willen des Kindes, ohne dessen Willen und Wohl im Vollstreckungsverfahren hinreichend zu berücksichtigen. Zudem wird kritisiert, dass an der Vollstreckung private Hilfs- oder Sicherheitskräfte beteiligt sind, was das Risiko unverhältnismäßiger Maßnahmen erhöht.

Während das deutsche FamFG die Anwendung von Zwang gegen Kinder nur zulässt, soweit sie aus der Perspektive des Kindeswohls gerechtfertigt ist, verbietet das japanische Zwangsvollstreckungsgesetz den Einsatz unmittelbaren Zwangs gegen Kinder im Verfahren der Kindesherausgabe vollständig. Diese Regelungen beruhen jeweils auf intensiven parlamentarischen Beratungen.

Demgegenüber werden in Korea Regelungen mit erheblichem Grundrechtseingriffspotential nicht durch ein Gesetz, sondern durch richterliche Richtlinien eines zur Gesetzgebung nicht befugten Organs geschaffen und angewandt. Dies steht im Spannungsverhältnis zu den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Gewaltenteilung und des Rechtsstaats.