

민법상 자녀복리가 위험한 경우 가정법원의 역할*

- 독일민법 제1666조가 주는 시사점을 중심으로 -

Risks of child's interest and the role of the Family Court
: Focusing on the implications of Article 1666 of the German Civil Code

조 은 희**
Cho, Eun-Hee

목 차

- I. 들어가는 말
- II. 자녀의 복리를 위한 가정법원의 개입
- III. 독일법상 자의 복리를 위한 아동·청소년청과 가정법원의 역할
- IV. 시사점
- V. 맺는 말

국문초록

우리 헌법 제36조 제1항은 가족생활에서 가족의 한 구성원인 아동은 한 개인의 주체로서 존중되어야 하며, 민법은 부모의 친권행사에 있어서 자의 복리가 최우선으로 고려되어야 함을 명시하고 있다(민법 제912조 제1항). 그러나 부모의 권리남용으로 자녀의 복리는 위험한 상태에 빠지며, 이러한 경우는 적지 않게 발생한다. 이에 국가는 자녀의 복리를 위하여 부모의 양육을 감독하고 조력할 뿐만 아니라 경우에 따라서는 부모의 양육에 개입하여야 의무가 있다. 이는

논문접수일 : 2018. 03. 30.

심사완료일 : 2018. 05. 03.

게재확정일 : 2018. 05. 03.

* 이 논문은 2018년 제주대학교 학술연구지원사업에 의하여 연구되었음.

** 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

결국 자녀의 복리가 어떠한 범주 안에서 보호되어야 하며, 어떠한 방식으로 자녀의 복리실현을 도모할 수 있는가의 문제이기도 하다. 우리 민법은 자녀의 복리가 위협에 빠진 경우 이에 대한 친권상실 및 친권제한 제도를 통해 자녀의 복리실현을 도모하고 있다. 독일의 경우 자녀의 복리가 위협에 빠진 경우 이를 회복하기 위하여 민법에 보다 상세한 규정을 두고 있으며, 다양한 위협 상황에 따라 구체적인 조치를 규정하고 있다(독일민법 제1666조). 독일의 이러한 입법은 우리에게 시사하는 바가 있을 것으로 본다.

이에 본 논문은 독일민법 제1666조 및 관련조항을 소개하면서, 자녀가 위협한 상태에 빠진 경우 이를 회복하기 위한 아동·청소년청과 가정법원의 역할을 살펴보았으며, 또한 이것이 우리에게 주는 시사점을 생각해 보았다.

주제어 : 친권, 아동의 복지, 양육, 아동보호전문기관, 아동보호, 친권행사, 친권제한, 친권상실 가정법원, 자녀의 복리, 자의 복리

1. 들어가는 말

부모는 미성년 자녀의 친권자이다(민법 제909조 제1항). 민법은 이에 대한 부모의 권리의무를 규정하고 있다(민법 제913조, 제914조, 민법 제915조, 제916조 등). 그러나 부모의 모든 권한은 자녀의 복리를 위한 것으로 민법은 ‘부모의 권리행사는 자의 복리를 우선적으로 고려하여야 함’을 규정하고 있으며(민법 제912조), 오늘날 가족법상의 친권은 부모의 권리라는 측면보다는 자녀의 복리를 위한 부모의 의무로 인식하고 있다.¹⁾

그럼에도 불구하고 부모의 권리남용으로 인하여 자녀의 복리가 위협에 빠지는 경우가 적지 않게 발생한다. 현행법상 아동학대는 아동에 대한 구타, 성폭행, 노동착취 등의 경우 형법, 근로기준법 등에 의하여 범죄로 규율되고 있으며,²⁾ 가정 내에서 발생하는 아동학대의 경우는 특수성을 감안하여 「가정폭력방지 및

1) 김유미, “자녀의 복리와 친권법의 과제”, 「법학연구」 54(1), 부산대학교법학연구소, 2013, 3면.

2) 피학대아동 보호방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2000, 26, 27면.

피해자보호 등에 관한 법률」(법률 제14058호 일부개정 2016. 03. 02)에 의하여
 규율되고 있다.³⁾ 2014년 「아동학대범죄처벌 등에 관한 특례법」도 마련되어 아
 동학대가 발생하는 경우 경찰이 적극적으로 사건에 대처하여 문제해결을 할 수
 있도록 하였다.

그러나 미성년자녀에 대한 아동학대는 대부분 부모로부터 발생하는 경우가
 높고⁴⁾, 가정내에서 발생하는 아동학대행위는 형사처벌로 이어지지 않는데 문제
 가 있다. 이러한 점을 감안한다면 아동학대의 문제에 대한 관심은 가족법 분야
 에서 보다 적극적으로 전개되어야 할 것이다.⁵⁾

최근 2014년 10월 15일 개정된(2015. 10. 16. 시행) 친권법은 부모가 아동을
 학대하는 경우 친권상실, 일시정지하거나(민법 제924조), 일부제한 하거나(민법
 제924조의 2), 친권자의 동의에 갈음하는 재판(민법 제922조의 2)등, 상황에 따
 라 폭넓게 친권을 제한하는 제도를 도입함으로써⁶⁾ 가정법원이 친권남용뿐만이

3) 1997년 12월 13일 가정폭력을 예방하고 가정폭력의 피해자를 보호·지원하기 위하여 ‘가정폭력
 범죄의 처벌 등에 관한 특례법(1997.12.13제정법률 제5436호)이 제정되었다.

4) 아동학대와 가해자 유형에서 부모에 의한 학대(단위: 건, %), 출처: 보건복지부(2015), 2014
 전국아동학대현황보고서; 보건복지부(2014)

구분		2010	2011	2012	2013	2014
부모	친부	2797 (49.4)	2855 (47.1)	3013 (47.1)	2790 (41.1)	4531 (45.2)
	친모	1708 (30.2)	1963 (32.4)	2090 (32.6)	2383 (35.1)	3211 (32.0)
	계부	75 (1.3)	62 (1.0)	74 (1.2)	108 (1.6)	189 (1.9)
	계모	105 (1.9)	129 (2.1)	151 (2.4)	144 (2.1)	242 (2.4)
	양부	11 (0.2)	11 (0.2)	23 (0.4)	14 (0.2)	17 (0.2)
	양모	13 (0.2)	19 (0.3)	19 (0.3)	15 (0.2)	17 (0.2)
	계	4709 (83.2)	5039 (83.1)	5370 (83.9)	5454 (80.3)	8207 (81.8)

5) 이화숙, “가정 폭력에 대한 영국과 관련법의 보호조치”, 「경원대학 법학논총」, 1996, 58, 59,
 80, 81면에서 가족법에서의 관심을 언급하고 있다.

6) 권재문, “친권의 제한 정지제도 도입을 위한 검토사항”, 「가족법연구」 제28권 1호, 2014, 31면
 이하.

아니라 부적절한 친권행사 및 친권자의 역량이 부족한 경우 친권에 개입할 수 있게 되었다. 이는 약화된 가족의 기능을 보완하고 자의 복리를 도모하였다는 점에서 긍정적으로 평가되고 있다.⁷⁾

독일은 자녀의 복리가 위협한 상태에 빠진 경우 이를 위하여 친권상실이나 친권제한에 한정하지 않고 자녀의 복리에 대한 범주를 포괄적으로 정하고 이러한 범주에서 발생하는 자녀의 복리에 대한 다양한 위협에 대하여 보다 구체적으로 규정하고 있으며 또한 이에 대한 구제 방법을 민법에 규정하고 있다(독일 민법 제1666조). 그러므로 본 논문에서는 위의 독일민법 제1666조의 규정 및 관련규정과 가정법원의 역할을 소개하고자 하며, 이것이 우리에게 주는 시사점을 검토해 보고자 한다.

II. 자녀의 복리를 위한 가정법원의 개입

1. 국가개입의 법적 근거

‘UN아동권리협약’ 제18조는 국가와 부모의 양육책임의 관계에 대하여 아동의 ‘최선의 이익’을 제1차적으로 고려하여야 함을 규정하고 있다. 또한 부모의 양육책임과 그것에 수반하는 부모의 권리를 중시하여야 하며, 국가는 부모가 양육책임을 다할 수 있도록 적극적으로 원조할 의무가 있음을 규정하고 있다. 계속해서 ‘UN아동권리협약’ 제19조는 체약국에 대하여 부모에 의한 학대, 방임이나 성적학대를 포함한 부당한 취급 또는 착취로부터 아동을 보호하기 위하여 모든 입법상, 행정상, 교육상의 조치를 취할 것을 요구하고 있다. 또한 ‘UN아동권리협약’ 제34조에서는 모든 형태의 성적 착취나 학대로부터 아동을 보호받아야 할 것을 밝히고 있다.

독일기본법 제6조 제2항은 자녀에 대한 양육과 교육은 부모의 천부적 권리의

7) 박주영, “개정 민법상 친권제한제도의 평가 및 향후 과제”, 「성균관법학」 제27권 3호, 2015, 133면; 제철웅·장영인, “아동보호를 위한 미성년후견제도의 활용방안” 독일 청소년청의 후견·보좌 보조·역할수행의 시사점”, 「법학논집」 제33권 제2호, 한양대학교법학연구소, 2017, 249면.

무이고 그들에게 우선권이 있음을 부여하고 있다. 그러나 부모가 권리를 남용하는 경우 국가는 ‘감독자’로서 이에 개입할 수 있다. 또한 독일기본법 제6조 제2항에 의한 입법자의 결정은 항상 자녀와 부 혹은 자녀와 모 사이에 이익관계의 충돌이 발생하는 경우 자녀의 이익이 우선시 되어야 한다는 것이다.⁸⁾ 이에 독일민법 제1666조는 독일기본법 제6조 2항에 근거하여 자녀의 복리를 구체적으로 어떻게 실현하는가를 제시한 조항으로, 국가가 언제, 어떠한 조치를 취할 것인가를 규정한 것이다.

우리나라의 경우 독일의 경우처럼 헌법에서 부모의 우선적 양육권을 명문화하고 있지 않으나, 헌법 제36조 제1항의 ‘국가는 가정생활이 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되도록 보장하여야 할 의무가 있음을 규정하고 있어’ 이에 가족의 구성원인 아동은 한 개인의 주체로써 존중되어야 하고 성인의 보호를 필요로 하는 약자로서 이에 누구보다도 법적 보호가 요구되는 것이 명백하기 때문에 국가는 아동을 보호하여야 할 의무가 있는 것이다.⁹⁾

현대 복지국가에서 실질적으로 자녀의 복리는 전적으로 부모에게만 위임되지는 않는다. 이에 국가는 아동의 복리를 위하여 다양한 형태로 노력하여야 하며, 아동복지법 제15조 1항에 따라 ‘시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 그 관할 구역에서 보호대상아동을 발견하거나 보호자의 의뢰를 받은 때에는 아동의 최상의 이익을 위하여 보호조치를 취하여야 한다. 이러한 조치는 친권을 제한하기 이전에 위급한 상황에서 자녀를 보호하기 위한 것이다. 또한 시·도지사, 시장·군수·구청장 또는 검사는 필요한 경우 법원에 아동의 친권상실선고를 청구할 수 있으며(아동복지법 제19조 제1항), 아동복지시설의 장 및 학교의 장도 법원에 친권행사의 제한 또는 친권상실의 선고를 청구할 수 있도록 하고 있다(아동복지법 제19조 제2항). 가정법원은 이에 대하여 경우에 따라서는 부모의 친권을 상실하거나, 정지 및 일부를 제한할 수 있다(민법 제924조~제927조의 2).

이는 결과적으로 국가가 부모의 자녀양육에 대한 감독자로서의 역할을 수행할 수 있도록 한 것이며, 헌법이 규정하고 있는 아동 개인에 대한 존중과 이들

8) Dieter Hesselberger, Das Grundgesetz - kommentar für die politische Bildung, Luchterhand, 1991, S. 99.

9) 곽동현, “이혼후의 친자관계 -친권과 양육권을 중심으로-”, 『아세아여성법학』, 1998. 6, 57면.

의 복리를 실현하고자 하는 것이다.

2. 자녀의 복리와 자녀의 복리가 위험한 상태에 빠진 경우의 범주

가. 자녀의 복리

자녀의 복리라는 개념은 민법뿐만 아니라 사회보장법, 아동복지법, 아동심리학 등등 아주 다양한 영역에서 사용되고 있다. 그러나 자녀의 복리라는 개념은 사법적으로 해석하기 위한 내용과 기준은 불명확하다고 평가받고 있으며¹⁰⁾, 그 추상성과 상대성 때문에 비판받기도 한다.¹¹⁾ 그러나 이에 대한 어떠한 해석을 내놓는다 하더라도 ‘자의 복리’라는 추상성을 완전히 해소할 수 있는 구체적이고 명확한 기준을 제시하기는 어려울 것이다. 또한 어떠한 것에 개념을 정의한다는 것은 그 자체가 한계를 짓는 것이기 때문에 그것이 현실에 적용될 경우에도 개별적인 개인, 가정, 사회가 처한 상황에 따라 유동적일 수밖에 없다.¹²⁾ 이에 무언가를 완전히 포괄할 수 있는 하나의 개념을 찾기는 어렵다. 반면 자의 복리를 너무 구체화하는 경우 오히려 그 경직성으로 인해 문제를 초래할 수도 있다. 그러나 너무 추상적인 개념에 머물러 있다면, 법의 적용에 있어서 안정성이 저해될 수 있다는 점도 간과할 수는 없을 것이다.

독일민법은 자의 복리를 “신체적, 정신적, 정서적 복리 및 그의 재산이 위험”의 범주 안에서 설정하고 있으며, 영국은 자의 복리를 “안정과 안전, 사랑과 사려분별 있는 배려와 지도, 따뜻하고 온정적인 관계로서 자녀의 성격, 인격, 재능의 완전한 발전을 위하여 본질적인 것”으로 이해하고 있다.¹³⁾

나. 자녀의 복리가 위험에 빠진 경우

10) P.M. Bromley & N.V. Lowe, Bromley's Family Law(8th ed.), Butterworth, 1992, 337면.

11) 김유미, 자녀복리의 관점에서 본 한국 친권법, 서울대학교 박사학위논문, 1996, 71-75면.

12) 진도왕, “피학대아동에 대한 법적 보호-민법상 친권제한제도를 중심으로-”, 「법학연구」 제18권 4호 인하대학교 법학연구소, 2015, 8면.

13) 윤진수(편집대표, 권재문 집필), 「주해친족법」, 제2권, 박영사, 2015, 991면.

가치가 다양하게 평가되는 사회에서 자녀의 복리의 위험이라는 개념을 구체화시키기에는 커다란 어려움이 있다.¹⁴⁾ 그러나 예를 들어 자녀의 건강을 상당히 해치는 일, 부모의 유기, 정신적으로 잔인한 학대를 가하는 행위, 혹은 범죄행위나 윤락행위를 유도하는 행위 등은 모두 자녀의 복리를 위협하게 하는 행위에 속한다.¹⁵⁾ 이러한 경우 가정법원은 자녀가 어떻게 양육되어야 하는 구체적 교육목표를 정할 필요는 없으나 가능한 한 많은 사람들이 수용할 수 있는 것으로 하여야 한다. 부모에게 자녀교육의 목표는 일반적으로 자녀의 내적인 것과 외적인 것으로 이해될 수 있는데, 내적인 것으로는 독립성, 자기실현을 위한 능력을 함양할 수 있도록 하는 것이다. 이것은 청소년의 직업선택과도 관련이 있으며, 또한 청소년이 사회생활에 적응할 수 능력을 갖도록 하는 것이다. 자녀교육에 대한 목표를 설정한다고 하더라도 이것을 충분히 성취할 수 없을 수 있다. 그러나 부모의 교육목표가 상당히 잘못된 동기를 갖은 경우 국가는 이에 대하여 개입하여야 한다. 결국 가정법원은 부모의 친권에 대한 자율성을 인정한다는 점에서 가정법원의 개입은 항상 자녀가 구체적이고 실질적인 위험에 빠진 경우 조치를 취할 수 있을 것이다.¹⁶⁾

이에 독일민법은 ‘자녀의 신체적, 정신적, 정서적 혹은 재산상의 복리가 위험한 경우, 부모가 위험을 제거할 의지도 없고, 제거할 능력도 없을 때 가정법원은 위험을 제거하기 위하여 조치를 취하여야 한다(독일민법 제1666조 제1항)’고 범주를 설정하고 있다. 이에 자의 복리가 위험한 경우 구체적인 사례를 살펴보면, 신체적 욕구에서 자녀는 음식, 돌봄, 부양을 통해 만족되어야 하는데, 음식이 제공되지 않거나, 건강상 돌봄을 받지 못하거나 혹은 필요한 치료조치를 받지 못하거나 혹은 중독물질로부터의 보호를 받지 못하는 등 신체적인 욕구가 충족되지 않는다면 이는 자녀의 복리가 위험한 상태이다. 또한 아동은 정서적인 욕구를 필요로 한다. 아동은 지속적인 사회적 관계를 필요로 한다. 이것이 결핍되는 경우 아동의 복리는 위험한 상태에 빠지게 된다. 이러한 예로는 양육자가

14) Gernhuber, FamRZ 1973, 229 ff; Coester, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, Frankfurt 1982.

15) Dieter Schwab, Familienrecht, 1995, 253.

16) BGH NJW 1956, 1434; Dieter Schwab, Familienrecht, C.H.Beck Verlage, 1995, S. 253.

변경되거나, 적대적인 감정을 경험하거나, 거절당하거나, 가치 없는 사람으로 대우받거나, 관계인(양육자)으로부터의 무관심이나 학대를 당하는 경우가 이에 속한다. 이외에도 안정에 대한 욕구, 안정적인 관계유지의 욕구, 소속감, 인정, 발전 등에 대한 욕구 등이 있으며, 이러한 욕구 혹은 필요는 충족되어야 한다. 이러한 것들이 충족되지 않을 경우 자의 복리는 위험한 상태에 빠졌다고 볼 수 있으며, 이러한 경우 국가는 자의 복리를 회복하기 위하여 개입한다.¹⁷⁾

우리 민법은 자녀의 복리가 위협에 빠진 경우의 범주를 정하고 있지 않다. 그러나 「아동복지법」 제2조 4호에서는 “아동학대라 함은 보호자를 포함한 성인에 의하여 아동의 건강·복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 신체적, 정신적, 성적 폭력 또는 가혹행위 및 아동의 보호자에 의하여 이루어지는 유기와 방임을 말한다”고 규정하고 있다. 또한 「아동복지법」 제17조에서는 자녀의 복리에 반하는 학대행위를 아동학대의 10가지 유형으로 구체화하고 있는데 이를 살펴보면, 1. 아동을 매매하는 행위 2. 아동에게 음란한 행위를 시키거나 이를 매개하는 행위 또는 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 성적 학대행위 3. 아동의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위 4. 아동의 정신 건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위 5. 아동을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호·양육·치료 및 교육을 소홀히 하는 방임행위 6. 장애를 가진 아동을 공중에 관람시키는 행위 7. 아동에게 구걸을 시키거나 아동을 이용하여 구걸하는 행위 8. 공중의 오락 또는 흥행을 목적으로 아동의 건강 또는 안전에 유해한 곡예를 시키는 행위 또는 이를 위하여 아동을 제3자에게 인도하는 행위 9. 정당한 권한을 가진 알선기관 외의 자가 아동의 양육을 알선하고 금품을 취득하거나 금품을 요구 또는 약속하는 행위 10. 아동을 위하여 증여 또는 급여된 금품을 그 목적 외의 용도로 사용하는 행위 등이다. 또한 「아동학대범죄처벌 등에 관한 특례법」 제2조 제4호¹⁸⁾에서는 아동학대가 더 이상 아동훈육이라는 미명하에 용인되지 않

17) Harry Dettenborn, Kindeswohl und Kindeswille, psychologische und rechtliche Aspekte, 4. Auflage, Ernst Reinhardt, 2014, S. 52, 53.

18) 「아동학대범죄처벌 등에 관한 특례법」 제2조 4호. “아동학대범죄”란 보호자에 의한 아동학대로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄를 말한다.

가. 「형법」 제2편 제25장 상해와 폭행의 죄 중 제257조(상해) 제1항·제3항, 제258조의 2(특수상해) 제1항(제257조 제1항의 죄에만 해당한다)·제3항(제1항 중 제257조 제1항의 죄

는 행위이고, 형사처벌대상이 되는 범죄행위임을 명확히 하고 있다.¹⁹⁾

결국 자녀가 위험에 빠진 경우의 범주를 설정하는 것은 쉽지 않은 일이나 친권법이 부모의 친권행사에 있어서 자녀의 복리를 기본원칙으로 삼고 있는 상황에서 친권의 권리남용(민법 제924조)을 벗어난 보다 구체적인 범주를 설정하는 것은 필요하다고 본다.

Ⅲ. 독일법상 자녀의 복리를 위한 아동·청소년청과 가정법원의 역할

1. 아동·청소년청

독일에서 아동 및 청소년지원의 촉진을 위한 공적인 기관은 아동·청소년청이며(Jugendamt), 이외에도 사회단체나 종교단체 등 여러 기관이 아동, 청소년을 지원하고 있다. 아동·청소년청의 목적과 조직은 아동 및 청소년지원법(Kinder-Jugend hilfegesetz, KJHG)에서 규정하고 있다.²⁰⁾

총괄적으로 청소년지원단체는 아동 및 청소년의 성장과 발육을 촉진시키고 그들이 책임과 사회공동생활을 영위할 능력을 발전시킬 수 있도록 지원하는 것을 그 기본이념으로 하고 있다(사회법 제8편 제1조 제1항). 이에 아동의 권리실현을 위한 청소년 지원은 다음과 같다(사회법 제8편 제1조 3항).

에만 해당한다), 제260조(폭행) 제1항, 제261조(특수폭행) 및 제262조(폭행치사상)(상해에 이르게 한 때에만 해당한다)의 죄
나. 「형법」 제2편 제28장 유기와 학대의 죄 중 제271조(유기) 제1항, 제272조(영아유기), 제273조(학대) 제1항, 제274조(아동학사) 및 제275조(유기 등 치사상)(상해에 이르게 한 때에만 해당한다)의 죄...

중략.

19) 강동욱, “아동학대범죄 피해아동의 보호를 위한 법제도적 보완 방안” 「홍익법학」 제17권 제1호, 2016, 59면.

20) 아동 및 청소년지원법(Das Kinder und Jugendhilferecht (KJHG)은 사회법 제8권(Sozialgesetzbuch Aches Buch ((SGB VIII) Kinder und Jugendhilfe - (Artikel 1 des Gesetzes v. 26. Juni 1990, BGBl. I S. 1163)에서 규정하고 있다. 아래의 논문에서 인용되는 위 규정의 인터넷 검색일자는 모두 2018. 4. 19. 이다.

1. 아동 및 청소년지원기관은 청소년 개인이 사회적으로 발전할 수 있도록 촉진하여야 하며, 기관은 그들이 처한 불이익을 피하거나 또는 제거할 수 있도록 기여하여야 한다.
2. 기관은 부모나 청소년의 교육을 담당하는 자들을 위한 교육과 상담도 지원하여야 한다.
3. 위의 기관은 아동의 복리를 위하여 위험에 빠진 자를 보호한다. 아동·청소년청은 자녀의 복리가 급박한 위험에 처한 경우 부모의 동의나 가정법원의 결정 없이 자녀를 보호하여야 한다.(사회법 8편 제8a조 3항).²¹⁾
4. 청소년을 위한 실질적인 생활조건과 청소년이 가족과 친화적인 환경 속에서 생활을 유지할 수 있도록 그리고 완만한 관계를 이끌어낼 수 있도록 기여하여야 한다.²²⁾

결국 아동·청소년청은 부모의 양육을 지원하는 동시에 필요한 경우에 있어서 양육에 개입한다. 우선 아동·청소년청이 행하는 구체적 지원 활동으로 가족구성원의 전체를 위한 교육증진사업을 들 수 있다. 이는 부모상담, 가족여가활동의 제공, 가족휴양, 특히 한부모 가족의 양육자를 위한 상담과 원조, 위탁가정의 교육, 아동보호소에서의 양육, 부양비 지급 등이다. 이러한 지원은 아동·청소년청이 독자적으로 이를 결정한다.²³⁾

일반적으로 부모가 아동·청소년청에 원조를 요청하지만 아동과 청소년도 사회법 제1편 제36조에 의해 언제나 15세 이상인 청소년은 국가에 직접 사회적 급부를 요청할 수 있다.

또한 아동과 청소년은 모든 교육과 발전에 관련된 사항을 아동·청소년청에 의뢰할 권리가 있다(사회법 제8편 제8조 제2항). 때로 아동·청소년들은 그들의 특별히 궁박한 상황이나 갈등으로 인해 부모가 알지 못하는 상황에서 아동·청소년청에 상담이나 지원을 요청할 수 있다(사회법 제8편 제8조 제3항).

21) 2005년 아동 및 청소년지원법의 개정에 따라 아동·청소년청은 아동학대 예방조치를 책무로 하고, 자녀의 복리를 위하여 위험을 예방하기 위하여 개입할 수 있도록 하였다.

22) http://www.gesetze-im-internet.de/sgb_8/_1.html; 2018. 4.19. 검색.

23) Dieter Schwab, Familienrecht, 2008, S. 323.

아동·청소년청의 원조는 상당성의 원칙에 따라 가정법원이 자녀를 부모와 분리하는 조치를 취하기 전에 우선적으로 행한다(독일민법 제1666a조). 아동·청소년청과 관련 기관의 적극적인 활동사항과 기관들의 협력관계(Zusammenarbeit der öffentlichen Jugendhilfe mit der freien Jugendhilfe)는 사회법 제8편 제4조에서 규정하고 있다. 위의 다양한 규정은 부모와 자녀의 관계에 있어서 직접적으로 적용되고 있다.²⁴⁾

아동·청소년청은 특히 자녀의 복리가 ‘급박한 위험’ 상태에 있는 경우 독자적으로 조치를 취할 수 있다. 여기서 ‘급박한 위험’이란 자녀를 그 상황에서 그대로 방치하면 확실히 자녀가 위험에 빠지게 되는 상황을 의미한다. 이에 아동·청소년청은 자의 위험을 제거하기 위하여 친권자의 동의 없이 자를 부모로부터 격리시키고 일정한 기관이나 기타 자녀를 돌보아주고 보호할 수 있는 곳에 기거하도록 할 수 있도록 한다(사회법 제8편 제42조, 제43조).

또한 아동·청소년청은 자녀가 부모로부터 폭행을 당하거나 혹은 부모가 돌보지 않아 심히 더럽고 냄새나는 집에서 지내는 경우 자녀를 가족으로부터 분리시킬 수 있다.²⁵⁾ 이것은 부모의 의사에 반하거나 법원이 결정하기 전에 이루어진 조치이기 때문에 아동·청소년청은 임시보호조치를 취한 후 즉시 친권자에게 통지하여야 한다(사회법 제8편 제42조 제3항). 친권자가 이러한 조치에 이의를 제기하여 가정으로 돌려보내주기를 원한다면, 자녀를 돌려보내거나 또는 아동·청소년청이 자의 복리를 위하여 계속적인 보호조치가 필요하다고 판단한다면 가정법원에 보호조치를 신청하여야 한다(사회법 제8편 제42조 제3항 2문, 제2호, 동조 제5항 2문).

아동·청소년청은 가정법원의 결정이 내려지기 전까지는 임시보호를 계속할 수 있다. 그러나 이러한 경우에도 아동·청소년청이 친권을 제한하는 조치를 취할 수는 없다. 친권을 제한하는 권한은 단지 가정법원의 결정에 의한다.

아동·청소년청은 임시보호기간 중 아동을 위하여 상담이나 치료 등 필요한 행위를 한다(사회법 제8편 제42조 제3항 3문, 4문). 부모는 이 기간 동안 사실상

24) Nina Dethloff, Familienrecht, 2015, S. 443.

25) Staudinger/Coester, § 1666 BGB, 2009, Rn.17; R. Wiesner Kommentar, Rn. 23.

그리고 법률상 자녀에 대한 결정을 할 수 없기 때문에 아동·청소년청이 실무상 일시적으로 친권자를 대행하기 위한 공법상 긴급권한을 가진다.²⁶⁾ 이는 아동·청소년청이 임시보호조치 기간 동안 친권을 대리하여 자녀를 보호하고 교양한다고 볼 수 있을 것이다. 이러한 경우에도 친권이 소멸되는 것은 아니기 때문에 부모의 보호·교양권이 임시적으로 정지된다고 보거나 혹은 부분적으로 아동·청소년청의 법적 권한이 중복된다고 보기도 한다.²⁷⁾ 이에 대해 독일민법 제1688조는 상당기간 동안 자녀를 현실적으로 양육하고 있는 양육자 또는 시설의 보호인에게 친권자를 대리하여 일상생활에 관한 사항에 대해서 단독으로 결정할 수 있는 권한을 가진다고 규정하고 있다(민법 제1688조 제1항 제1문, 동조 제2항).

결국 아동·청소년청이 가정법원에 보호조치를 신청하게 되면 가정법원은 독일민법 제1666조에 따라 친권의 전부 혹은 부분 상실을 포함한 보호조치의 여부를 결정한다. 가정법원은 이를 결정함에 있어서 아동·청소년청의 의견서나 의사 감정서 등을 참조한다.²⁸⁾ 아동·청소년청은 이러한 임시 보호조치를 제외하고 가정에 원조를 담당하는 기관으로(아동 및 청소년지원법 제27조 이하)가정법원의 보조기관이 아니며, 자신의 고유한 업무를 위하여 절차에 참가한다. 사회법상 아동·청소년청은 가정법원을 조력하고 재판절차에 협력할 의무가 있다(아동 및 청소년지원법 제50조 제1항 제1호, 제52조).

2. 가정법원의 역할

가. 친권행사와 가정법원 사이의 충돌

국가의 역할은 양육자가 자녀를 건전한 사회인으로 양육·교육하기 위하여 지

26) 아동·청소년청이 이러한 조치를 취할 때에는 적당한 범위 내에서 친권자의 추정적 의사도 고려한다(아동 및 청소년지원법 제42조 2항 4문).

27) MünchKomm/ Tillmanns, 42 SGB VIII, Bd. 8, 2008, Rn. 31.

28) 2008년 가정법원에 의한 보호조치를 강화하기 위하여 ‘자녀의 복리의 위협에 대한 가정법원 조치의 편의를 위한 법률’이 제정되었다(Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Massnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls: Kindeswohlmassnahmegesetz vom 4. 7. 2008, BGBl. I, S. 1188).

원하는 것이며 이외에도 부모의 친권행사가 자의 복리를 위협하게 한 경우에 가정법원은 자의 권익을 보호하기 위하여 직권상 친권행사에 개입하는 것이다. 경우에 따라 가정법원의 개입은 부모의 자율적인 친권행사와 충돌하게 된다. 독일기본법 제6조 제2항²⁹⁾은 부모의 친권행사의 자율성을 보장하는 규정으로 이는 부모의 양육방법에 대한 독자성을 인정하고 있다.

또한 독일기본법 제6조 제3항의 규정은³⁰⁾ 부모의 친권행사에 대하여 국가에게 감독자로서의 의무를 부여함으로써 자녀의 권익을 보호하고 있다.³¹⁾ 이 규정은 직접적으로 친권에 대한 한계를 규정한 것이며, 간접적으로는 관청 그리고 법원 또는 중요한 기관의 관계자가 개별사안에 있어서 법적으로 재량권을 행사할 수 있다는 것을 의미한다.³²⁾ 이렇듯 부모의 친권행사와 국가의 개입이 서로 충돌되는 경우 이러한 긴장 상태를 해결하여 주는 것이 바로 독일민법 제1666조이다. 이 규정은 가정법원의 개입시기 또는 개입방법에 대하여 보다 구체적으로 규정하고 있기 때문이다.³³⁾ 독일민법 제1666조는 특히 신상보호에 대한 자의 위험을 규정한 것으로 독일민법 제1666조의 전제조건이 충족되어질 때 가정법원은 친권행사에 개입하여 일정한 조치를 취할 수 있다.³⁴⁾

나. 가정법원의 개입을 위한 해당 규정

1) 전제조건

자의 복리가 위협한 상태에 처해 있을 때 법원은 다음과 같은 전제요건에 의

29) 독일 기본법 제6조 제3항; 교육권자가 의무를 태만히 하거나 또는 그 밖의 이유로 자녀가 방치될 우려가 있을 때에는, 그 자녀는 법률에 근거하여서만 교육권자의 의사에 반하여 가족과 분리될 수 있다.

30) 독일 기본법 제6조 제2항; 자녀의 부양과 교육은 양친의 자연적 권리이고 일차적으로 그들에게 부과된 의무이다. 그들의 활동에 대하여 국가는 감독한다.

31) BVerfG, Neue Juristische Wochenschrift 1982, 1379; Rainern Balloff, Nikola A. Koritz, Praxishandbuch für Verfahrensbeistand, Kohlhammer, 2016, S. 92.

32) KG FamRZ 1998, 378.

33) Wilfried Schlüter, BGB Familienrecht, 1996, Rnd. 371.

34) 부모로부터 자의 재산이 침해되는 경우에 있어서의 보호는 독일민법 제1667조에 규정하고 있다. 이에 관하여는 본고에서 특별히 언급하지 않겠다(Dieter Schwab, FamRZ, Rn 765 ; Marina Wellenhofer, Familienrecht, 4. Auflage, C.H. Beck, 2017, S. 320 참고).

하여 개입할 수 있다. 즉, 1. 가정법원은 자녀의 신체적, 정신적, 정서적 혹은 재산상의 복리가 위협한 경우 2. 부모가 위협을 제거할 의지도 없고, 제거할 능력도 없을 때 3. 상황의 적합성을 기본적으로 고려에 의하여 개입할 수 있다(독일민법 제1666조 제1항).

부모가 자녀의 이익과 보호를 위해서 행동해야 함에도 불구하고 이에 반하는 행동을 하는 경우이다. 이것은 법에 위반되거나 자의 복리에 반하는 양육권의 행사라는 사회 통념적인 인식이어야 한다.³⁵⁾ 자의 복리의 위협은 자녀의 성장을 위하여 현재 혹은 최소한 직접적으로 당면한 위협이라고 보이는 것이다. 결국 이러한 것들은 계속해서 자녀의 신체적, 정신적, 정서적으로 현저히 해가 되는 것이고 상당한 안정이 필요한 경우이다.³⁶⁾ 단지 미래에 위협적인 위협은 이에 해당되지 않는다. 자녀의 복리가 지속적이고 그리고 상당히 위협에 빠진 경우이어야 한다.³⁷⁾ 법원의 사건에 대한 검토는 높은 요구에 의하며 전문가 감정이 있어야 한다.³⁸⁾ 부모는 이렇게 자녀에게 닥친 위협을 제거하기 위하여 조치를 취해야 한다.³⁹⁾

자녀의 복리가 위협에 빠진 경우에 대한 법원의 사례를 들어보면, 자녀가 범죄행위를 저지르는 것을 묵인하거나, 자녀의 노동력을 과도하게 이용하거나, 신체적인 폭력을 가하거나,⁴⁰⁾ 능력이나 취향 그리고 자녀의 희망에 반하여 어떤 경우에도 자녀에게 부합되지 않은 직업교육을 강요하거나,⁴¹⁾ 생명보존과 관련된 신체적 결정을 거부하거나,⁴²⁾ 자녀를 학교에 보내지 않는 것,⁴³⁾ 자녀의 신체적, 정신적 학대, 이는 제3자에 의해서도 가능한데, 친권자의 파트너를 통해 학대,⁴⁴⁾ 의사가 요구하는 필요한 치료의 동의를 거절하는 경우,⁴⁵⁾ 자녀에 성매

35) OLG Karlsruhe, FamRZ 1974, 661f; BayObLG FamRZ 1981, 999f.

36) BGH FamRZ 2016, 1752; 2017, 212 OLG Brandenburg FamRZ 2016, 1180.

37) BVerfG FamRZ 2016, 22.

38) BVerfG FamRZ 2015, 112.

39) Marina Wellenhofer, Familienrecht, 4. Auflage, C.H. Beck, 2017, S. 318.

40) BayObLG FamRZ 1993, 229; 1994, 975; Frankfurt, FamRZ 1980, 284f.

41) OLG Köln, FamRZ 1973, 265.

42) Bluttansfusion: OLG Hamm, FamRZ 1968, 221.

43) BayObLG MDR 1984, 233.

44) BHG FamRZ 2017, 212.

매나 범죄행위를 시키는 경우 등이다.

부모의 태만으로 인한 것을 권리남용으로 명확하게 한계 짓기는 어렵다. 그러나 태만은 수동적인 행동으로 부모가 자녀를 위하여 이행했어야 할 것을 이행하지 않은 경우이다. 일반적으로 자녀에 대한 태만에 있어서도 부모에게 유책 사유가 있어야 한다.⁴⁶⁾ 예를 들면 음식이나 의복을 충분하지 않게 제공하였거나 충분치 않은 의사의 치료 등을 들 수 있다. 자녀에 대한 부족한 주의의무, 자녀의 학교 방문 등에 대한 충분치 않은 감독행위도 이에 해당한다고 할 수 있다.

2) 부모의 자의 복리 위협에 대한 제어의 결핍, 부모청문

독일민법 제1666조 제1항에 의한 친권의 개입은 부모가 자의 위협을 제거하기를 원하지 않았거나 혹은 위협을 제거할 수 없었던 것을 전제조건으로 한다. 그러나 부모의 유책으로 발생되어진 위협을 제거하려고도 하지 않았고, 할 수도 없었던 상황이 국가로 하여금 직접 부모의 권리에 개입할 수 있다는 정당성을 아직은 부여하는 것은 아니다. 다만 이것은 부모가 좋은 의도로 실질적으로 위협을 제거하는데 도움이 되지는 못했거나 혹은 위협에 대응할 가능성이 제공되었음에도 이에 대한 의지가 없다는 것을 보여주는 것과는 다르다. 이에 법원은 부모를 불러 청문(Anhörung)⁴⁷⁾을 하고 청문을 통해서 부모가 위협을 제거하기를 원했고 그럴 능력이 있다는 것을 알게 되었다면 법원은 부모에게 일정한 지시나 경고하는 등의 조치를 취하게 된다. 그러나 이때 법원은 아직 자를 위한 위탁가정을 정하여는 명령을 내릴 수는 없다.⁴⁸⁾

다. 상황의 적합성에 대한 고려 및 법원의 조치

자의 복리가 위협에 처하게 되어 가정법원이 개입은 단지 자가 처한 위협을 제거하기 위하여 요구되는 조치이어야 한다. 이것은 관계상황을 기본적으로 고

45) 예를 들어 Bay ObLG FamRZ 1976, 43 : 수혈(Bluttransfusion).

46) Erman/Michalski, § 1666 Rnd. 10.

47) BGH NJW 2010, 1351 I.

48) Wilfried Schlüter, a.a.O., Rnd. 372.

려하여(상당성의 원칙)⁴⁹⁾ 행해져야 한다.

독일민법 제1666조는 법원에게 다양한 조치의 가능성을 제공하고 있다. 법원에 의해 선택된 조치는 단순히 책임을 생각할 수 있는 조치에 독촉, 경고, 행위의 명령, 금지 혹은 면접규정의 요청에서부터 부분적 또는 전부의 친권상실(독일민법 제1666조, 제1666a조) 등 다양하다

독일민법 제1666조 제3항은 다음과 같다

1. 자녀에 대한 원조나 의료복지 등의 공적 원조를 받을 수 있도록 부모에게 요청
2. 자녀가 의무교육을 받을 수 있도록 부모에게 요청
3. 임시적이거나 기간을 정하지 않은 주거 혹은 다른 주거를 사용하거나, 정해진 구역 내의 주거에 머물러야 하거나 혹은 주거를 찾아야 하거나 혹은 일정한 다른 지역을 찾아야 하거나 혹은 자녀가 일정하게 머무는 것이 금지하여야 하는 경우
4. 자녀와의 관계를 맺거나 혹은 면접하는 것을 금지하여야 할 때
5. 친권자의 선언으로부터 보충이 필요할 때
6. 친권의 부분 또는 전부의 상실이 요구될 때

가정법원은 아동·청소년청이 행한 임시적인 보호조치가 타당한가에 대하여는 관여하지 않는다. 가정법원은 우선 자녀의 복리가 위험한 경우 지원을 통하여 이를 제거할 수 있는지를 검토한다(독일 가사소송법(Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) 제157조 제1항 제1문). 이때 가정법원은 심리기일에 아동·청소년청의 관계자를 출석시켜 그들의 의견을 듣는다(독일 가사소송법 제157조 제1항 제2문). 이때 부모도 출석하도록 한다(동법 제2항 제1문). 아동·청소년청은 보호조치를 신청하는 경우 친권의 내용에 있어서 어떠한 부분이 제한되어야 하는가를 가정법원

49) BverfG FamRZ 1982, 567; 1989, 145; 상당성의 원칙: 가정법원의 개입의 정도는 개입의 목적과 상관관계가 있어야 한다: 이에 대한 자세한 설명은 박주영, “독일과 프랑스의 친권제한제도에 관한 고찰”, 「안암법학」 제33권 0호, 안암법학회, 2010.9 157-158면.

에 제시한다.

자녀를 부모로부터 격리시키는 조치는 단지 자녀가 처한 위험이 다른 방법으로는, 즉(독일민법 제1666a조 제1항),⁵⁰⁾ 신분에 대한 친권상실은 단지 다른 조치로 성공을 거두지 못하였을 때 공적 기관의 지원이나 협력으로는 치유될 수 없을 때에 행하여진다. 이는 앞서 행한 조치가 자녀의 복리에 대한 위험을 제거하기에 충분하지 않다고 추정되어진 경우이다(독일민법 제1666a조 제2항).⁵¹⁾ 그렇다고 하여 언제나 가정법원은 개입정도가 낮은 순서부터 조치를 취해야 하는 것은 아니다. 자녀의 복리가 위험한 정도에 따라 선택할 수 있는 실효성이 있는 조치 중에서 가장 법원의 개입정도가 낮은 조치를 취하면 된다.⁵²⁾ 일부 혹은 전부 신상보호가 상실되어질 때에는 자를 돌보아 줄 양육인(Pfleger, 독일민법 제1909조 제1항)을 정할 필요가 있다(독일민법 제1630조 제1항).

라. 자녀양육에 대한 내용

독일민법은 부모의 자녀보호 및 교양에 대한 조항을 두고 있다. 즉 독일민법 제1631조 제1항은 신상보호(Personensorge)의 범위를 다음과 같이 정하고 있다. 신상보호는 자녀를 돌보고 교육하며 감독하고 그리고 자의 거소를 결정하는 의무와 권리를 포괄한다. 동조 제2항은 자녀는 폭력이 없는 교육을 받을 권리가 있음을 명시하고 있으며, 교육에 있어서⁵³⁾ 신체적인 처벌, 정신적인 손상 그리고 다른 존엄을 벗어나는 조치는 허용되지 않는다. 독일민법 1631조 제3항은 가정법원은 부모의 신청에 따라 합의되어진 사항에 있어서는 신상보호를 위하여 지원(Unterschützung)하여야 한다. 이처럼 독일민법 1631조 제3항은 가정법

50) BayObLG FamRZ 1994, 975.

51) OLG Bamberg, 1987, 664, 668.

52) Staudinger/Coester, § 1666 BGB, 2009, Rn.17.

53) 아동 및 청소년지원의 통계에 따라 사회교육적 개별 돌봄등의 교육적인 지원이 상당히 실행되고 있다(Eingliederungshilfe für seelich behinderte junge Menschen, Hilfe für Volljährige 2013, LT1). 위의 통계에서는 2013년 말 68350 사례가 사회교육적 가족지원 있었고 그중 3525 사례가 심화된 가족교육적인 개별 돌봄을 받은 것으로 나타나고 있다.

원의 지원을 규정하고 있으나 실질적으로 다양한 지원을 제공하는 것은 공적기관과 청소년지원단체이다. 그러나 가정법원은 부모가 도움을 요청하는 경우 예를 들어 법원이 부모의 양육을 도와 자녀를 훈계하거나 경고하는 등의 지원을 할 수 있다. 이것은 직무의 특성상 법원의 훈계가 부모보다는 자녀에게 더 주목될 수 있기 때문이다.⁵⁴⁾ 또한 법원은 가출한 자녀를 부모에게 돌려보내는 일, 기숙사(Internat)에 머물도록 하는 일 등을 행한다. 그러나 아동을 부모에게 인도해야 하는 경우에도 아동에 대한 강제력(Gewalt)은 허락되지 않는다.⁵⁵⁾

마. 제3자에 의한 위협에서의 부모의 유무책 관계

제3자의 행위로 인하여 자가 위협한 경우 부모의 유책사유가 있어야 하는 것은 아니다. 또한 이와 관련하여 부모의 무과실로 인한 장애에 있어서도 마찬가지로 부모의 유책사유가 있어야 하는 것은 아니다.⁵⁶⁾ 독일민법 제1666조 제1항이 개정되기⁵⁷⁾ 이전 이 조항은 부모의 유책으로 인한 장애가 있어야 했다. 그러나 새로 개정된 독일민법 제1666조는 기존의 다수설⁵⁸⁾인 유책에 대한 법원의 개입을 부모의 무책으로 인한 장애로 하였다.⁵⁹⁾ 이 전제요건은 부모의 책임 없이 발생되었으나 자녀에게 위협을 초래한 것으로, 대부분 이러한 것들은 결정적으로 설명할 수 없는 것들이 많다. 이러한 경우는 부모가 이러한 상황이 어느 정도 자녀에게 위협을 가져다 줄 수 있다는 것을 미리 예측할 수 없었던 경우이다. 그러나 이 경우 부모에게서 고의와 과실이 없었다는 것이 확정되어야 한다.⁶⁰⁾

54) Dieter Schwab, a.a.O., S. 249.

55) BayObLG FamRZ 1974, 534; BGH FamRZ 1975, 273/276.

56) Palandt, 20001, § 1666, Rnd.13.

57) 1979년 7월 18일 공포 후 1980년 1월 1일 발효.

58) BGHZ 20, 313, 319f; Doelle II, § 96 II 2 b.

59) 이 규정은 연방헌법재판소에서 독일기본법 제6조 제2항과 제3항에도 합한다고 결정하였다; BverfG FamRZ 1982, 567.

60) Dieter Schwab, a.a.O., S. 254.

Ⅳ. 시사점

1. 자녀양육에 대한 헌법적 근거

독일기본법 제6조는 자녀의 양육과 교육이 사적 영역의 가정 내의 부모의 책임만이 아닌 국가의 책임이라는 것을 명시하고 있으나 우리나라는 헌법에 자녀의 복리에 대한 부모나 국가의 책임을 명시하고 있지 않다. 우리나라도 헌법 제36조의 내용을 더 보완하여 ‘아동의 복리를 위한 최우선의 원칙이 부모 및 국가의 책임’이라는 것에 대한 구체적인 내용을 헌법에 명시하여 모든 법규의 지표가 될 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 본다.

2. 자녀양육 방식에 있어서의 기준점

민법은 제913조에서는 ‘친권자는 자를 보호하고 교양할 권리의무가 있다’라고 규정하고 있다. 그러나 독일민법 제1631조에서는 부모가 자녀를 교양하고 양육하는 방식에 있어서 중요한 기준점을 제시하고 있다. 민법 제1631조 제2항은 ‘자녀는 폭력이 없는 교육을 받을 권리가 있음을, 교육에 있어서⁶¹⁾ 신체적인 처벌, 정신적인 손상 그리고 다른 존엄을 벗어나는 조치는 허용되지 않는다’라고 규정하고 있다. 독일민법에서의 이러한 규정은 부모의 양육과 교육방식에서 폭력은 배제되어야 하며, 교육이라는 명목 하에 자녀에게 행해질 수 있는 신체적으로든 정신적으로든 가해지는 폭력 형태의 교육방식은 부인되어야 한다는 것을 명시하는 것으로 해석할 수 있을 것이다. 이러한 독일민법의 규정은 부모나 학교에서 은연 중 혹은 암묵적으로 용인되는 교육상의 폭력에 대하여 우리에게 시사하는 바가 크다.

61) 아동 및 청소년지원의 통계에 따라 사회교육적 개별돌봄 등의 교육적인 지원이 상당히 실행되고 있다(Eingliederungshilfe für seelich behinderte junge Menschen, Hilfe für Volljährige 2013, LT1). 위의 통계에서는 2013년 말 68350 사례가 사회교육적 가족지원 있었고 그 중 3525 사례가 심화된 가족교육적인 개별돌봄을 받은 것으로 나타나고 있다.

3. 아동지원 및 보호를 위한 기관

부모는 자녀의 양육의 제1차적 책임자이지만 국가 역시 자녀의 양육을 조력하고 지원하고 감독함으로써 자녀의 복리가 위협에 빠지거나 빠질 위험이 있을 때 이에 대하여 개입하여야 한다. 그러나 실질적으로 아동의 양육을 위하여 지원을 조력하는 기관은 아동관련보호기관이다.

현재 우리나라의 아동을 위한 행정적 보호는 아동복지법상 규정되어 있는 보호조치에 의한 것이 대표적이다. 이는 지방자치단체체장의 행정권한으로서 그 관할 구역에서 보호대상아동⁶²⁾을 발견하거나 보호자의 의뢰를 받을 때 취해진다. 미성년자에 대한 행정적 보호는 여러 법률에서 중첩적으로 이루어지고 있다.⁶³⁾ 이러한 경우 지방자치단체장(지사체장)은 보호대상아동에 보호조치를 실시하는데, 이 때 보호조치는 부모에 의한 양육곤란의 상태에 따라 대응되는 조치가 이루어지고 있다. 가정위탁보호, 시설보호 또는 장기적으로는 입양을 보내게 되는 등의 조치가 취해지며, 구체적인 사항은 아동복지법 제15조(보호조치)에 규정하고 있다.

위의 아동복지법 제15조에 따른 아동보호조치를 위한 실질적인 지원은 각종 사회복지급여로 위탁아동지원으로 상해보험, 심리치료, 생계비지급 등이 있으며, 위탁부모를 위한 양육보조금, 혹은 대리양육자를 위한 전세자금 지원 등이 있다. 아동이 아동복지시설에 입소하였을 때 국민기초생활보장법상 생계비가 지원된다.⁶⁴⁾ 그러나 이러한 법적인 친권제한조치 이전에 아동보호는 예방적 차원에서 다양하고 폭넓은 지원서비스가 운영되어야 할 것이다. 예방적 차원에서의 행정적 보호조치는 청소년 상담이나 교육이 대체로 지원서비스로 운영되고 있다. 이에 대한 역할을 담당하는 것이 청소년쉼터, 청소년자립지원관, 청소년치료재활센터 등이 있고 이는 청소년복지지원법을 근거로 하고 있다(청소년복지지원법 제22조, 제29조, 제31조).

62) 아동보호대상아동이란 '보호자가 없거나 보호자로부터 이탈된 아동 또는 보호자가 아동을 학대하는 경우 등 그 보호자가 아동을 양육하기에 적당하지 아니하거나 양육할 능력이 없는 경우의 아동'을 말한다(아동복지법 제3조 4호).

63) 제철웅·장영인, 전계논문, 252면.

64) 보건복지부 2016년 아동분야 사업안내 참고.

현재 우리나라에서는 한국의 아동보호전문기관⁶⁵⁾이나 청소년상담복지개발원, 지방자치단체의 지원을 받아 운영하는 기타 아동관련 기관 등이 이러한 역할을 담당하고 있다. 그러나 우리나라의 경우 독일처럼 아동·청소년청이라는 하나의 통합된 기관이 체계적으로 아동보호를 위한 전체 아동보호서비스를 관리하고 있지 못하다. 이에 앞으로 사회보장법 하에 법규적이 통합과 함께 기관의 체계적인 통합이 이루어져야 할 것이며, 가정법원과 긴밀한 협력관계를 갖을 수 있도록 하여야 할 것이다.

독일의 경우 자녀의 복리가 위험한 상태에 빠진 경우 지원을 통하여 이를 제거할 수 있는지를 검토한다(독일 가사소송법(Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) 제157조 제1항 제1문). 이때 아동보호관련기관과의 긴밀한 관계가 요구되며, 친권을 제한할 것인가 아니면 지원을 통하여도 아동의 복리가 회복될 수 있는가를 결정할 수 있기 때문이다. 이러한 법원과 아동관련기관의 긴밀한 협력관계는 자의 복리를 위하여 필요하기 때문에 우리에게 시사하는 바가 있다.

4. 자녀의 복리가 위험에 빠진 경우 가정법원의 조치를 위한 포괄적인 민법규정

민법에서 자녀의 복리가 위험에 빠진 경우 가정법원이 이에 대처할 수 있는 독일민법 제1666조와 같은 규정이 필요하다고 본다. 독일민법 제1666조 제1항에서 자녀의 복리가 위험에 빠진 경우의 범주를 정하고 있는데 이는 우리에게 시사하는 바가 있다. 독일민법 제1666조 제1항에 따라 법원은 개입의 정당성을 갖게 되고 이 경우 법원은 부모를 심문할 수 있다. 이에 법원은 부모에게 일정한 지시나 경고하는 등의 조치를 취할 수 있다. 이렇듯 법원이 부모를 심문하고 개입하여 그 상황에 적합한 지시나 경고를 통해 자의 복리를 회복할 수 있

65) 아동보호전문기관은 2000년 아동복지법의 개정(법률 제6151호)으로 설치가 가능하게 되었다. 이는 보건복지부 산하에 있는 성폭력, 가정폭력 피해 아동을 지원하기 위한 공공기관이다. 서울의 중앙아동보호기관과 함께 전국에 설치되어 있으며, 이 기관은 민간단체 등의 위탁을 통해 운영되고 있다.

도록 조치를 취할 수 있는 형태는 시사하는 바가 있다.

또한 계속해서 독일민법 제1666조 제3항 1호에서 5호까지 가정법원이 자녀의 복리에 위험에 가해진 구체적인 상황에 대한 조치를 취하도록 규정하고 있다. 자녀에 대한 원조나 의료복지 등의 공적 원조를 지원받도록 명하거나, 자녀가 의무교육을 받을 수 있도록 부모에게 요청하거나, 임시적이거나 기간을 정하지 않은 주거 혹은 다른 주거를 사용하거나, 정해진 구역 내의 주거에 머물러야 하거나 혹은 주거를 찾아야 하거나 혹은 일정한 다른 지역을 찾아야 하거나 혹은 자녀가 일정하게 머무는 것이 금지하여야 하는 경우에도 가정법원은 개입하고 있다. 또한 마지막으로 제6호는 우리 민법과 같은 친권의 부분 혹은 전부 상실을 규정하고 있는데, 이는 자녀의 복리가 위험에 처한 경우 최후의 수단으로 활용되는 것이다.

우리의 경우 2014년 친권법 개정으로 부모가 권리를 남용⁶⁶⁾하는 경우 가정법원이 친권상실, 일시정지하거나(민법 제924조), 일부제한 하거나(민법 제924조의 2), 친권자의 동의에 갈음하는 재판(민법 제922조의 2)등에 개입하여 상황에 따라 폭넓게 친권을 제한할 수 있도록 하였다.⁶⁷⁾ 이러한 개정은 가정법원이 친권남용뿐만 아니라 부적절한 친권행사 및 친권자의 역량이 부족한 경우 친권에 개입할 수 있게 되어⁶⁸⁾ 친권상실 및 친권제한제도에 문제를 해결할 수 있게 되었다. 또한 민법 제924조의 친권상실의 선고는 같은 조에 따른 친권의 일시정지, 제924조의 2에 따른 친권의 일부제한, 제925조에 따른 대리권 재산관리권의 상실선고 또는 그 밖의 다른 조치에 의해서는 자녀의 복리를 충분히 보호할 수 없는 경우에만 할 수 있도록 하였다(제925조의 2 제1항, 제2항). 이는

66) 2014년 개정 전 부모의 친권남용으로 친권상실을 선고하였다: 대법원 1979.7.10. 79므5; 대법원 1997.1.24. 선고 96다43928; 대법원 1981. 10.13. 81다649, 서울고등법원, 1996.7.16. 95브8, 대법원 1991. 12. 10. 선고 91므641 ./친권남용으로 볼 수 없다고 판시한 경우는 대법원 1991. 11. 26, 91다32466의 판결로 모가 자식의 재산인 부동산에 대해 근저당권을 설정한 행위이다.

67) 권재문, “친권의 제한 정지제도 도입을 위한 검토사항”, 「가족법연구」 제28권 1호, 2014, 31면 이하.

68) 박주영, “개정 민법상 친권제한제도의 평가 및 향후 과제” 「성균관법학」 제27권 3호, 2015, 133면; 장영인, “아동보호를 위한 미성년후견제도의 활용방안 - 독일 청소년청의 후견·보좌보조·역할수행의 시사점 -” 「법학논집」 제33권 제2호, 한양대학교법학연구소, 2017, 249면.

친권상실신고는 보충적인 제도이며 동시에 다른 제도로는 목적달성이 불가능한 경우에 최후에 사용할 수 있는 제도임을 의미한다.⁶⁹⁾

결국 우리 민법은 자녀의 복리가 위협에 처한 경우라는 포괄적이지만 보다 구체적인 범주를 정하고 있지 못하다. 다만 ‘부모의 권리남용’에 대한 친권상실 및 친권제한으로 한정하여 친권제한을 최종적 수단으로 삼고 있다. 이 보다는 가정법원이 자녀의 복리가 위협에 처한 상황을 제거하기 위한 폭넓고 구체적인 범주를 설정하고 이에 다양한 위협 상황에 대한 조치를 취할 수 있도록 하는 조항을 민법에 두는 것이 바람직할 것으로 본다.

5. 친권제한 및 후견인 선임

자녀의 복리가 위협한 상태에 빠진 경우 이를 구제하기 위하여 가정법원과 아동보호전문기관과의 긴밀한 협력관계가 이루어져야 한다. 이에 아동학대가 발생하는 경우 지자체장이 법원에 아동의 복지를 위한 친권제한이나 친권상실 신고를 위한 청구할 수 있거나(아동복지법 제18조), 아동에게 친권자나 후견인이 없을 경우 후견인을 선임해달라고 청구할 수 있도록 하였다(동법 제19조). 또한 아동이 급박한 상황에 처한 경우 법원은 후견인이 없는 아동에 대하여 제1항에 따라 후견인을 선임하기 전까지 시·도지사, 시장·군수·구청장, 아동보호전문기관의 장 및 가정위탁지원센터의 장으로 하여금 임시로 그 아동의 후견인 역할을 할 수 있도록 하였다.⁷⁰⁾ 급박한 위험상황에서 아동을 위하여 아동보호관련 기관의 독자적인 행위가 보장되어야 한다. 독일의 경우에도 아동·청소년청이 임시보호조치 기간 동안 친권을 대리하여 자녀를 보호하고 교양한다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 이와 관련하여 한편 우리의 「보호시설에 있는 미성년자의

69) 개정 전 판례는 친권상실신고는 최후의 경우 신고될 수 있다는 엄격한 입장에 있었다(대법원 1993. 3. 4. 93스3 결정); 송덕수, 「친족상속법」, 2016, 박영사, 220면. 친권상실제도의 문제점에 관하여는 김유미, 현행 친권상실제도의 문제점과 대응책, 「가족법연구」 1997, 12, 333-358면; 최진섭, 친권상실에 관한 비교법적인 연구, 「가족법연구」, 1996. 12, 379-406면 참고.

70) 2011년 3월 7일 개정은 미성년후견인의 선임 및 변경, 직무 수행 등에서 지방자치단체에 신청권한을 부여함으로써 지자체가 개입할 근거를 갖게 하고, 동시에 가정법원의 권한을 확대한 것이다(민법 제932조, 제940조의 3, 제954조 등).

후견 직무에 관한 법률」 제3조 제1항은 보호시설에 있는 미성년자인 고아에 대하여는 가정법원이 시설미성년후견인을 선임하지 않고 지방자치단체가 미성년후견인을 선임하도록 하고 있는데, 이에 대하여는 비판의 여지가 있다. 독일민법 제1688조의 경우에도 상당기간 동안 자녀를 현실적으로 양육하고 있는 양육자 또는 시설의 보호인에게 친권자를 대리하여 일상생활에 관한 사항에 대해서 단독으로 결정할 수 있는 권한을 가진다고 규정하고 있다(민법 제1688조 제1항 제1문, 동조 제2항). 그러나 독일의 경우에도 친권을 제한하는 조치는 단지 가정법원이 이를 결정하여야 하고 있다는 점에서 미성년후견인을 정하는 것 역시 가정법원의 결정에 의하여야 할 것으로 본다.

V. 맺는말

헌법 제36조는 ‘가족생활에서의 개인의 존엄에서 아동의 권리’를 보장하고 있으며, 아동권리협약 제12조의 아동복리를 최우선의 원칙으로 그리고 우리 민법 제912조에서도 아동의 복리는 모든 친권행위 및 가정법원의 판단에 있어서도 최우선의 원칙으로 작용하고 있다.

자녀의 복리를 위하거나 혹은 자녀의 복리가 위험한 경우 행해져야 할 모든 것은 자녀양육에 관한 사항으로 자녀를 위한 문제는 가족법에 그 규정을 두어 해결해 나아가는 것이 바람직하다. 이를 위하여 가정법원의 다양한 역할이 기대되고 더욱 그 역할이 강화되어야 할 것으로 본다. 즉, 부모의 양육을 지원하거나 조력하고 감독하고, 친권을 제한에 이르기까지 가정법원과 아동보호기관의 역할은 상황에 따라 다양한 조치를 통해 자녀의 문제 혹은 가족의 문제를 해결하고 아동이 잘 성장할 수 있도록 도와야 할 것이다.

이에 본 논문에서는 독일과 우리법에서 자녀의 복리를 위하여 아동보호전문기관과 가정법원의 역할에 대하여 검토하였다. 특히 자녀의 복리가 위험한 상태에 빠진 경우 자녀를 보호하고 지원에 대한 상세한 규정을 두고 있는 독일민법 제1666조는 우리에게 여러 가지의 시사점을 주고 있다. 이에 가정법원은 역할을 더욱 강화하여 자녀의 복리가 위험한 상태를 회복시키기 위하여 지원하거나

조력하거나 친권을 제한하는 등 여러 가지 적절한 조치를 취할 수 있도록 민법에 근거조항을 마련하여야 할 것이며, 이를 위하여 아동보호기관과 더욱 긴밀한 협력관계를 형성해 나아갈 수 있도록 하여야 할 것이다.

참고문헌

1. 저서

김주수, 「친족상속법」, 2001.

송덕수, 「친족상속법」, 박영사, 2016.

윤진수(편집대표, 권재문 집필), 「주해친족법」, 제2권, 박영사, 2015.

피학대아동 보호방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2000.

2. 국내논문

강동욱, “아동학대범죄 피해아동의 보호를 위한 법제도적 보완 방안” 「홍익법학」 제17권 제1호, 2016.

김유미, “자녀의 복리와 친권법의 과제”, 「법학연구」 54(1), 부산대학교법학연구소, 2013.

김유미, 자녀복리의 관점에서 본 한국 친권법, 서울대학교 박사학위논문, 1996.

김유미, “현행 친권상실제도의 문제점과 대응책”, 「가족법연구」 1997, 12.

권재문, “친권의 제한 정지제도 도입을 위한 검토사항”, 「가족법연구」 제28권 1호, 2014.

곽동현, “이혼후의 친자관계 -친권과 양육권을 중심으로-”, 「아세아여성법학」, 1998, 6.

박주영, “개정 민법상 친권제한제도의 평가 및 향후 과제” 「성균관법학」 제27권 3호, 2015.

박주영, “독일과 프랑스의 친권제한제도에 관한 고찰”, 「안암법학」 제33권 0호

- 안암법학회, 2010. 9.
- 이화숙, “가정 폭력에 대한 영국과 관련법의 보호조치”, 「경원대학」 법학논총, 1996.
- 제철웅·장영인, “아동보호를 위한 미성년후견제도의 활용방안” 독일 청소년청의 후견·보좌 보조·역할수행의 시사점”, 「법학논집」 제33권 제2호, 한양대학교법학연구소, 2017.
- 제철웅, “성년후견인의 민법 제755조의 책임- 그 정당성에 대한 비판적 검토”, 「법조」 670호, 2012.
- 진도왕, “피학대아동에 대한 법적 보호-민법상 친권제한제도를 중심으로-”, 「법학연구」 제18권 4호 인하대학교 법학연구소, 2015.
- 최진섭, “친권상실에 관한 비교법적인 연구”, 「가족법연구」 제12권, 가족법학회, 1996.

3. 국외문헌

- Dieter Hesselberger, Das Grundgesetz - kommentar für die politische Bildung, Luchterhand, 1991.
- Dieter Schwab, Familienrecht, 8. Auflage, C.H. Beck München, 1995.
- Dieter Schwab, Familienrecht, 16. Auflage, C.H. Beck München, 2008.
- Staudinger/Coester, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. 4. Buch. Familienrecht, Sellier-de Gruyter, Berlin, 2009.
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch C.H. Beck 2001.
- Michael Coester. Das Kindeswohl als Rechtsbegriff : die richterliche Entscheidung über die elterliche Sorge beim Zerfall der Familiengemeinschaft Augsburg, 1983.
- Harry Dettenborn, Kindeswohl und Kindeswille, psychologische und rechtliche Aspekte, 4. Auflage, Ernst Reinhardt, 2014.
- Marina Wellenhofer, Familienrecht, 4. Auflage, C.H. Beck, 2017.
- P.M. Bromley & N.V.Lowe, Bromley's Family Law(8th ed.), Butterworth,

1992.

Rainern Balloff, Nikola A. Koritz, Praxishandbuch für Verfahrensbeistand,
Kohlhammer, 2016.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Familienrecht II, §§
1589 – 1921, SGB VIII Bd. 8, C.H. Beck, München, 2008

Wilfried Schlüter, BGB Familienrecht, Müller, Heidelberg, 1996

Reinhard Wiesner, SGB VIII : Kinder- und Jugendhilfe; Kommentar 4.,
überarb. Aufl., Beck, München, 2011

[Abstract]

Risks of child's interest and the role of the Family Court : Focusing on the implications of Article 1666 of the German Civil Code

Cho, Eun-Hee

Professor, Jeju University Law School

The parents are responsible for their children. The Basic Law stipulates that the care and upbringing of children are the parents' natural rights and the duty they are primarily responsible for(Art. 6 (2) sentence 1 GG). But here it was further regulated that the state community is watching over their awakening (Article 6 (2), second sentence, GG).

If their dealings with their children severely impair or endanger the child's welfare, for example through violence, the state may be called into the family to protect the best interests of the child.

For the protection of the child the youth welfare office is the most important state institution. The youth welfare office is subordinate to the

Federal Ministry for Family Affairs, Senior Citizens, Women and Youth. The Youth Welfare Office helps parents and children when they require help, and in an emergency, it works for the child's welfare. His cooperation with family law is also important.

If the best interests of the child are jeopardized, the family court has to take the necessary measures to avert the danger. The extent of the involvement of the § 1666 German Civil Code, which is relevant in this respect, has undergone a significant change, both with regard to the conditions for taking legal action and with regard to the type of measures to be taken. What is needed now is that the physical, mental or emotional welfare of the child is endangered by abusive performance of parental care, neglect of the child, failure of parents without fault or the behavior of a third party and parents are unwilling or unable to do so are to avert the danger (§ 1666 BGB). Parental custody may be withdrawn by the court. But the entire caring for the children in Germany may only be withdrawn if other measures have been unsuccessful.

In this paper, we examine the role of child protection agencies and family courts for the welfare of children in Germany and I looked for implications for us. In particular, Article 1666 of the German Civil Code, which protects children and provides detailed support for their children if their child is in a dangerous situation, gives us several implications. Therefore, the Family Court should further strengthen its role to provide provisions to the civil law to take appropriate measures such as supporting or helping to restore the harmful condition of the child, or to restrict the parental rights, So that they can form closer cooperation with institutions.

Key words : interest of the child, child's welfare, role of family courts, Abuse of rights, Risks of child's interest, protection of the child, Parental custody