

한국국제사법학회 창립 25주년 기념 공동학술대회 자료집

한국 국제가족법의 회고, 현상과 과제



일 시 : 2018년 6월 20일(수) 13:30~18:30

장 소 : 서울가정법원 응선당

주 최 : 한국국제사법학회·서울가정법원

한국국제사법학회 창립 25주년 기념 공동학술대회 프로그램

한국 국제가족법의 회고, 현상과 과제

일 시: 2018. 6. 20(수) 13:30-18:30
장 소: 서울가정법원 응선당
주 최: 한국국제사법학회·서울가정법원
진행사회: 국제사법학회 총무이사 천창민

프로그램

13:00-13:30 등 록
13:30-13:45 개회사 석광현 한국국제사법학회장
13:45-14:00 환영사 성백현 서울가정법원장
14:00-14:10 기념사진 촬영

1 세션: 좌장 이은애 수석부장판사

14:10-14:40 한국 국제가족법의 회고와 과제
발표자: 최흥섭 교수(인하대 법학전문대학원)

14:40-15:30 국제입양의 준거법 결정 - 헤이그 입양협약 가입에 대비하여
발표자: 현소혜 교수(성균관대 법학전문대학원)
토론자: 박기주 판사(서울가정법원), 안소영 박사(성균관대 대학교육혁신센터)

15:30-16:20 국제입양 관련 실무 현황과 과제
발표자: 이선미 판사(사법정책연구원)
토론자: 임성권 교수(인하대 법학전문대학원), 소라미 변호사(공익인권법재단 공감)

휴 게 (16:20-16:40)

2 세션: 좌장 석광현 교수(서울대 법학전문대학원)

16:40-17:30 헤이그 아동탈취협약과 가족생활에 관한 기본권
-유럽인권재판소 판례를 중심으로-
발표자: 권재문 교수(숙명여대 법대)
토론자: 김윤종 판사(대법원), 박주현 사무관(법무부 국제법무과)

17:30-18:20 국제이혼 관련 재산분할 실무 현황과 과제
발표자: 이동희 판사(서울가정법원)
토론자: 정구태 교수(조선대 법학과), 정현미 판사(서울가정법원)

질의 응답(18:20-18:30)

개 회 사

존경하는 성백현 서울가정법원장님, 이은애 수석부장판사님과 서울가정법원 판사님 여러분, 그리고 국제사법학회 회원 여러분!

저는 현재 국제사법학회 회장직을 맡고 있는 석광현입니다. 오늘 서울가정법원과 저희 국제사법학회가 공동학술대회를 개최하게 된 것을 대단히 기쁘게 생각합니다. 오늘의 공동학술대회는 한국국제사법학회 창립 25주년을 기념하기 위한 것이기도 합니다. 우선 오늘 이런 훌륭한 자리를 마련해 주신 성백현 서울가정법원장님과 판사님 여러분께 감사의 말씀을 드립니다.

주지하시는 바와 같이 오늘날 우리 사회는 매우 빠르게 국제화되고 있고 이는 국제적 활동을 하는 기업들과 해외직구와 같은 경제활동을 하는 개인들에게만 국한된 이야기가 아니라 개인의 가족생활도 마찬가지입니다. 이러한 개인의 삶의 국제화에 수반하여 '광의의 국제사법', 그 중에서도 '광의의 국제가족법'의 중요성이 점차 커지고 있습니다.

우선 현행 국제사법 상 국제가사사건의 국제재판관할규칙이 정립되지 않아 법원과 당사자들이 어려움을 겪고 있습니다. 이를 개선하자는 국제사법학회의 요청을 받아들여 법무부는 국제사법학회의 지원 하에 '국제사법 전부개정법률안'을 성안하여 지난 2월 27일 공청회를 개최하였고 곧 국회에 제출할 예정인데, 개정안은 가사사건의 정치한 국제재판관할규칙을 담고 있습니다. 개정안이 국회를 통과한다면 적절한 시기에 국제가족법을 포함한 국제사법의 준거법 결정원칙을 개선할 필요가 있습니다. 이런 배경 하에서 우리 학회는 오늘 "한국 국제가족법의 회고, 현상과 과제"라는 주제로 서울가정법원과 공동학술대회를 개최하게 된 것입니다. 구체적으로 오늘의 학술대회는 다음과 같은 문제의식에서 비롯된 것입니다.

첫째, 2001년 7월 발효된 국제사법 중 국제가족법이, 빠르게 국제화되어가는 현실 속에서 제대로 기능하는지를 점검하고 입법적인 개선점을 모색하자는 것입니다. 1999년과 2000년에 걸쳐 추진되었던 섭외사법 개정과정에서 국제가족법 분야를 담당하셨던 최흥섭 교수님을 모셔서 '국제가족법의 회고와 과제'를 청취하는 것은 실로 뜻깊은 일입니다.

둘째, 가정법원의 실무상 국제가족법의 적용과정에서 제기된 문제점과 개선의 착안점을 파악하고자 합니다. 여기의 국제가족법은 국제사법만이 아니라 헤이그국제사법회의의 탈취협약과 입양특례법을 포함하는 것입니다. 탈취협약은 2013. 3. 1. 한국에서 발효되었고 지난 4월 17일에는 탈취협약상의 반환거부사유를 다룬 최초의 대법원 결정이 나왔습니다. 탈취협약은 한국이 가입한 헤이그협약 중 가족법 분야의 유일한 그리고 이행법률을 제정한 유일한 협약이라는 점에서 특별한 의미를 가집니다. 권재문 교수님께서 탈취협약의 핵심적 논점에 관하여 발표를 해주실 것입니다. 나아가 탈취협약 기타 국제가사사건을 취급하는 판사들 간의 국제적 교신과 협력을 촉진하기 위하여 1999년 International Hague Network of Judges(IHNJ)가 구성되어 있는데 현재 우리나라에서도 서울가정법원의 김성우 부장판사님과 오늘 발표자로서 참가하시는 이선미 판사님께서 등록되어 계십니다. 이것이야 말고

가사사건의 국제화를 잘 보여주는 증거입니다.

셋째, 우리나라는 2013. 5. 24. 입양협약에 서명하였으나 아직 비준하지 않고 있습니다. 비준동의안이 현재 국회에 제출되어 있습니다만, 저는 국제사법 연구자로서 1950년대 이후 20만명 가까운 아동을 해외입양을 위하여 내보낸 우리가 아직도 입양협약의 당사국이 아니라는 사실을 매우 부끄럽게 생각합니다. 해서 입양특례법을 포함하여 국제입양과 관련된 쟁점을 검토하고자 현소혜 교수님과 이선미 판사님께 발표를 부탁드립니다.

넷째, 그 밖에도 근자에 줄었습니다만 한동안 국제혼인의 비약적 증가에 따라 국제이혼이 증가하였고 그 결과 재산분할 등 다양한 국제이혼법 쟁점이 제기되고 있습니다. 하여 서울가정법원의 이동희 판사님께서 '국제이혼 관련 재산분할 실무 현황과 과제'라는 주제로 발표를 해주실 예정입니다.

저희가 공동학술대회를 개최하기로 결정을 한 뒤에도 언론을 통하여 다양한 국제가족법의 쟁점을 접하였습니다. 우선 모자관계는 '출산'이라는 자연적 사실에 의하여 결정된다는 점을 확인하고, 고전적인 대리모뿐만 아니라 '출산대리모'도 민법 제103조에 의하여 무효라는 서울가정법원의 결정이 있었습니다. 이는 전형적인 국제대리모사건은 아닌 것 같습니다만 머지않아 그런 사건이 제기될 것입니다. 또한 동성혼을 다룬 기사도 보았습니다. 즉 한국인 남성과 영국에서 결혼식을 올리고 혼인증명서를 받은 영국인 남성이 한국에 결혼이민비자를 신청할 수 없다는 보도였는데, 이를 통하여 외국에서 형성된 동성혼관계가 한국에서 어떤 지위를 가지는지를 성찰하게 되었습니다. 이들은 단편적 사례입니다만 이를 통하여 우리 주변에서 다양한 국제가족법 쟁점이 제기되고 있고, 가정법원의 실무상 국제가족법(필연적으로 그에 수반되는 국제사법 총론을 포함하여) 연구가 필수적이라는 사실을 깨닫게 되었습니다.

말씀이 길어졌지만, 오늘의 공동학술대회가 일회성 행사로 그치지 않고 우리 법률가들, 특히 가정법원 판사님들께 국제가족법의 중요성을 환기시키는 기회가 되기를 희망합니다. 그리고 한국에도 비록 수는 적지만 국제가족법 쟁점을 고민하는 사람들이 있음을 기억해주시기 바라고, 저희도 이런 문제를 해결하기 위해 꾸준히 노력할 것을 다짐합니다.

바쁘신 가운데 오늘 발표를 맡아주신 최흥섭 교수님, 현소혜 교수님, 이선미 판사님, 권재문 교수님, 이동희 판사님과, 토론자로 참여해주시는 박기주 판사님, 안소영 박사님, 임성권 교수님, 소라미 변호사님, 김윤종 판사님, 박주현 사무관님, 정구태 교수님과 정현미 판사님께 깊은 감사를 드립니다. 또한 오늘의 공동학술대회를 위하여 서울가정법원과 저희 학회간의 창구 역할을 맡아서 힘써 주신 이동희 판사님과 천창민 박사님을 비롯한 모든 분들께 이 자리를 빌려 감사의 말씀을 드립니다. 마지막으로 이런 자리를 마련해 주신 성백현 서울가정법원장님과 서울가정법원의 판사님들 그리고 참석자 여러분들께 거듭 감사의 말씀을 드리면서 인사말씀에 대신합니다.

2018. 6. 20.

(사) 한국국제사법학회 회장 석광현

환 영 사

여러분, 안녕하십니까?

서울가정법원장 성백현입니다.

오늘 바쁘신 업무 중에도 불구하고 귀한 시간을 내어 서울가정법원에 오신 여러분들을 진심으로 환영합니다.

우리 서울가정법원은 1963년 가사·소년사건을 그 특성에 맞게 재판하기 위하여 전문법원으로 개원하였고, 50년이 넘는 세월동안 사회와 제도의 급격한 변화 속에서도 사회의 기본단위인 가정을 보호하고 청소년의 밝은 미래를 도모한다는 사명감을 가지고 사건을 처리하고 있습니다. 또한 실무상 제기되는 여러 가지 문제점을 해결하고자 각종 연구회와 공동학술대회를 통하여 법관과 직원의 전문지식 강화 및 실무능력 향상을 꾀하고, 가족법 분야의 법률문화 향상에 기여하고 있습니다.

오늘날 국제화 시대에 국가간의 인적·물적 교류가 활발해짐에 따라 가족의 구성이나 해체의 모습도 다양해지고, 그에 따른 가족의 법적 지위, 재산의 귀속 등 복잡한 국제적 가사사건이 점차 증가하고 있습니다. 국제적 가사사건은 법률뿐만 아니라, 인권과 복지, 전통과 문화, 사회적 가치 등 다양한 분야와도 관련이 있기 때문에, 많은 논의와 연구가 필요한 분야입니다.

이에 '한국 국제가족법의 회고, 현황과 과제'라는 주제로 한국국제사법학회와 공동학술대회를 개최하게 된 것을 매우 기쁘게 생각합니다.

오늘 한국국제사법학회와의 공동학술대회에서는 '한국 국제가족법의 회고, 현황과 과제'라는 주제로, 국제입양법, 국제아동탈취법, 이혼시 재산분할에 관한 실무를 확인하고, 향후 과제를 매우 깊이 있게 다루고 있습니다.

이번 공동학술대회를 토대로 실무가들이 재판을 통해 얻은 경험과 학계에서 연구를 통해 얻은 성과를 더해 논의를 발전시켜 나간다면, 국제가족법 분야에 대하여 더욱 성숙되고 한 단계 진전된 결과물을 제시할 수 있을 것이라고 생각합니다. 또한, 향후에도 이와 같이 실무가들과 학자들이 각자의 자리에서 끊임없이 정진하면서 서로 협력한다면, 우리 모두가 바라는 건강하고 행복한 가정, 청소년의 밝은 미래에 큰 기여를 할 것이라고 확신합니다.

끝으로, 바쁜 업무 중에도 귀중한 시간을 내어 열정적으로 발표문과 토론문을 준비해주신 분들과 공동학술대회 개최를 위해 수고해주신 분들께 깊이 감사드립니다.

다시 한 번, 오늘 공동학술발표회에 참석해 주신 여러분들께 감사의 말씀을 드리면서, 여러분과 여러분의 가정에 항상 건강과 행복이 가득하시기를 기원합니다.

감사합니다.

2018. 6. 20.

서울가정법원장 성백현

제1주제 발표문

한국 국제가족법의 회고와 과제

최 흥 섭 교수

(인하대학교 법학전문대학원)

한국 국제가족법의 회고와 과제

인하대학교 교수 최홍섭

I. 들어가며

약 20년 전 필자는 당시 섭외사법이라 칭했던 현행 국제사법의 개정작업에 참여했었다. 특히 국제가족법과 국제상속법 분야에서는 담당 연구위원으로 활동하다가,¹⁾ 개정안 확정 후에는 마치 홍보위원처럼 활동하기도 했었다.²⁾ 아마 그런 이유로, 이번 국제사법학회에서 「한국 국제가족법의 회고: 현상과 과제」라는 주제로 학술대회를 열면서 필자에게 발표를 맡긴 게 아닌가 생각한다. 필자 역시 이 기회에, 2001년 국제사법의 전면 개정 이후 지금까지 우리 국제가족법 분야에서는 어떤 활동과 변화가 있었는지 총괄적으로 정리해보고 싶었다. 더구나 현행 국제가족법의 앞으로의 발전방향과 과제에 대해서도 한번 생각해보는 것은 더 큰 의미가 있을 것 같아 이 발표를 기꺼이 받아들였다. 다만, 거대한 국제사법학에 대한 필자의 지식과 연구가 턱없이 부족하여 발표 내용이 피상적인 개괄에 그치더라도 넓은 양해를 바랄 뿐이다.

1998년에서 2000년에 걸쳐 행해진 국제가족법에 대한 개정 준비 및 개정 작업에서 제일 어려웠던 점은 그때까지 우리 학계와 실무계에서 섭외사법에 대한 축적된 연구가 별로 없었다는 점이다. 그나마 다행이었던 것은 1989년에 개정되고 1990년에 시행된 일본 법례의 국제가족법 규정과 이에 관한 일본 학계의 축적된 연구업적을 크게 참고할 수 있었다는 점이다. 그러다보니 「적어도」 국제가족법 영역에서는 일본의 국제가족법 규정을 넘어서기가 쉽지 않았다.³⁾ 그러나 이것은 그리 중요한 문제가 아니었다. 정작 중요한 문제는 미래에 놓여 있었다. 그 이유는, 국제가족

1) 그 연구의 결과물이 법무부, 국제화시대의 섭외사법 개정방향, 법무자료 제226집, 1999, 180면 이하(= 최홍섭, 국제친족법과 국제상속법, 국제사법연구 제4호, 1999, 235면 이하)의 글이다. 따라서 이 내용이 아래 홍보용 글의 내용보다는 훨씬 필자의 견해에 가깝다.

2) 그 홍보용 글이 최홍섭, 섭외사법 개정법률안의 검토 - 자연인, 친족, 상속 -, 국제사법연구 제6호, 2001, 379면 이하와 최홍섭, 개정법률과 국제친족 상속법의 제문제, 법조 통권 536호, 2001, 150면 이하이다. 이 글들에서는 필자의 견해보다는 개정안과 개정 법률에 대해 결론을 내린 다수 위원들의 의견을 중심으로 기술하였다.

3) 그래서 우리의 현행 국제가족법과 일본의 국제가족법 규정을 비교해보면 거의 닮았다고 느낄지도 모른다. 물론, 많은 부분에서 일본의 국제가족법 규정을 본받은 것은 사실이다. 그만큼 당시 일본의 국제가족법 규정은 훌륭했고, 더구나 빈번하게 인적, 물적 교류가 있는 주변국가의 국제사법과 일치시키는 것은 국제적 판결일치를 가져와 forum shopping을 방지한다는 커다란 장점도 있다고 보았다.

그럼에도 불구하고 현행 국제가족법은 일본의 국제가족법과 차이가 없지 않다. 첫째, 우리는 혼인 외의 친자관계의 성립에서 자의 상거소지법을 중요한 연결점으로 인정하고 있다(한국 국제사법 제41조 1항 단서; 제41조 2항; 제42조 1항). 이에 반해, 일본의 국제가족법은 친자관계의 성립에서 자의 본국법을 연결점으로 한다(일본 법적용법 제29조 2항; 제30조 1항). 둘째, 친자관계의 효력에서 우리는 자의 상거소지법이 원칙이고 예외적으로 부와 모와 자의 본국법이 일치하면 그 본국법이 준거법이 된다(제45조). 이에 반해, 일본법에서는 자의 본국법이 부 또는 모의 본국법과 일치하면 그 본국법에 의하고 그 외에는 자의 상거소지법에 의하도록 하고 있다(일본 법적용법 제32조). 따라서 우리법은 자의 상거소지법의 적용 가능성이 일본법보다 크다. 셋째, 반정에서 큰 차이가 난다. 우리는 준거법이 본국법이든 상거소지법이든 원칙적으로 모두 반정을 인정하는데 반해(제9조 1항), 일본법은 본국법인 경우에만 반정을 인정한다(일본 법적용법 제41조 본문). 더구나 일본법은 혼인관계(혼인의 효력, 부부재산제, 이혼)의 단계적 연결과 친자간의 효력(일본 법적용법 제32조)에서 본국법이 준거법으로 되어도 반정을 허용하지 않는데 반해(일본 법적용법 제41조 단서), 우리는 이 경우에도 반정을 부정하지 않는다. 넷째, 우리는 국제가족법에도 예외조항이 적용되는데 반해(제8조), 일본 국제가족법에는 예외조항의 규정이 없다. 따라서 우리가 일본보다 좀 더 유연하게 국제가족법에서 준거법을 결정할 수 있게 된다.

법에 새로 도입된 개념(예컨대, 상거소)과 제도(예컨대, 8조의 예외조항이나 다수의 선택적 연결조항)의 전개, 그리고 법률에 명시하지 않고 공백으로 남겨둔 부분(예컨대, 친자관계의 성립에서 친생부인의 문제, 입양에서 부부가 입양하는 경우의 준거법 문제, 국제가족법의 방식 문제, 성명준거법 문제 등)에 대해서는 전적으로 차후 판례와 학설의 발전에 맡겼기 때문이다.

그렇다면 섭외사법이 전면 개정된 지 거의 20년이 흐른 지금 우리 판례와 학설의 발전은 어디까지 와 있을까? 이것을 점검해 보는 것이 아래에서 검토할 한국 국제가족법의 회고의 내용이다. 여기에 덧붙여, 지금까지 우리 국제가족법에 관한 입법이나 법률의 변화도 함께 살펴보는 것이 회고의 내용으로 필요할 것으로 본다. 따라서 아래에서는 한국 국제가족법의 회고라는 항목 아래 입법, 판결, 학설의 세 부분으로 나누어 각 분야에서의 변화와 발전을 살펴보기로 한다(아래 III). 이어, 우리 국제가족법의 전망과 과제에 대해 현재 필자가 가지고 있는 몇 가지 생각을 제시해 보기로 한다(아래 III). 다만, 미리 유의해 둘 점은 여기서 다루는 내용은 넓은 의미의 국제사법 중에서 국제민사소송법을 제외한 준거법 문제, 즉 소위 협의의 국제사법에 한정한다는 점이다.⁴⁾ 따라서 특별한 언급이 없는 한 여기서 사용하는 국제사법 또는 국제가족법이란 용어는 협의의 국제사법 또는 협의의 국제가족법을 의미한다.

II. 한국 국제가족법의 회고

1. 입법

2001년 국제사법으로 개정된 이후 우리 국제가족법에 변화를 가져오거나 영향을 준 법률 또는 입법으로는 다음 세 가지를 들 수 있을 것이다. 첫째, 민법에서 한정치산 및 금치산 선고제도 대신 후견심판 제도가 도입된 것. 둘째, 남북주민간의 특례법이 제정된 것. 셋째, 1980년의 헤이그 국제아동탈취협약을 비준하여 시행된 것이다. 따라서 이에 대해 각각 살펴보기로 한다.

1) 민법의 후견심판제도

4) 우리 국제사법을 광의와 협의로 구분하는 것은 석광현, 국제사법 해설, 박영사, 2013, 3면 이하와 석광현, 국제친족법, 주해친족법, 1555면에서 보인다. 물론, 이러한 구분은 내용상 타당하다. 또 양자의 용어를 구별할 필요도 분명히 있다. 그러나 이 용어로는 사용상 문제가 없지 않아 보인다. 이유는, 준거법 문제는 동시에 국제민사소송법과도 구별해야 하기 때문이다. 이 경우에는 준거법 문제에 대해 “협의의 국제사법”이라는 용어를 쓸 수가 없을 것이다. 필자로서는 차라리 준거법 문제에 해당하는 독자적인 용어를 하나 만들어 사용하는 것이 보다 명쾌하고 간단하지 않을까 생각한다. 그러한 용어로 종래의 “섭외사법”이라는 용어를 부활시켜 사용하면 어떨까 생각한다.

본래 종래의 섭외사법이라는 용어는 우리의 법률 명칭으로서 원칙적으로 준거법 문제를 가리켜 사용하던 용어였다. 2001년 섭외사법을 개정하면서 법률 명칭을 국제사법으로 바꾼 것은 사실 특별한 의미가 있어서 그런 것은 아니었다고 생각된다. 단지, “섭외”라는 용어의 일반적인 쓰임새가 별로 좋지 않았고, 또 외국에서 흔히 사용하는 용어가 국제사법(Internationales Privatrecht; Private International Law; Droit International Prive)이었기 때문에 변경한 것뿐이었다고 기억된다. 그러나 우리의 개정된 국제사법에 국제재판관할 규정(제2조, 제27조 4, 5, 6항, 제28조 3, 4, 5항)이 첨가됨으로써 현행법인 국제사법은 결과적으로 국제재판관할까지 포함하는 의미로 바뀌게 된 것이다. 필자는 민사소송법과 민사집행법에 들어가 있는 외국판결의 승인 및 집행 규정을 현행의 국제사법에 포함시켜 국제재판관할 및 준거법과 함께 한 세트로 규율하는 것이 보다 합리적인 것이라 보는 사람이다. 장래 외국판결의 승인 및 집행 규정도 최근의 국제사법 개정안의 국제재판관할 규정처럼 세분화해 규정하게 된다면 그렇게 될 가능성이 높다(예컨대, 스위스 국제사법처럼). 따라서 이들 3종을 합쳐 넓게 국제사법이라는 용어를 쓰고자 한다면, 국제민사소송법과 준거법문제(즉, 협의의 국제사법)는 국제사법이라는 용어와 구별하여 “섭외민사소송법”과 “섭외사법”으로 칭하는 것이 좋지 않을까 제안해본다. 그렇게 되면 이 법이 국내법이라는 느낌도 살릴 수 있을 것이다.

2011년에 민법은 한정치산 및 금치산선고의 무능력자제도를 폐지하고 이를 대체하는 성년후견제도를 도입하였으며 2013년부터 시행하였다. 이에 따라 국제사법 역시 제14조⁵⁾와 제48조 2항 2호를 개정할 필요가 생겼다. 그러나 일단 잠정적으로 민법 부칙 제3조(다른 법령과의 관계)에 “이 법 시행 당시 다른 법령에서 금치산 또는 한정치산을 인용한 경우에는 성년후견 또는 한정후견을 받는 사람에 대하여 부칙 제2조 제2항에 따른 5년의 기간에 한정하여 성년후견 또는 한정후견을 인용한 것으로 본다 “고 하여 이를 해결하였다. 이어, 5년 후인 2016년에는 제14조와 제48조 2항 2호를 개정하여 ” 한정치산 또는 금치산 선고 “를 없애고 개정된 민법의 내용에 따라 ” 한정후견개시, 성년후견개시, 특정후견개시 및 임의후견감독인선임의 심판 “으로 바꾸었으나 실질적으로 달라진 것은 없는 것으로 보인다.

2) 남북한 주민간의 특례법

우리에게 남북한 주민간의 문제는, 헌법 제3조의 영토조항의 문제는 있지만 국제사법학자들은 보통 준국제사법적 문제로 이해하고 있다.⁶⁾ 물론, 우리에게 준국제사법은 존재하지 않지만, 국제사법학자들은 우리의 국제사법을 유추적용하여 남북한 주민간의 이혼, 재혼, 상속 등의 문제를 해결할 수 있다고 보고 있다.⁷⁾ 그러나 2000년대 이후 탈북하여 남한에 정착한 탈북민이 다수 발생하고 이들의 이혼, 상속 등의 문제가 제기되자 정부는 이를 규율하기 위해 2007년에 “북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률”을 개정하여 제19조의 2에 이혼에 관한 특례규정을 신설하였고, 2012년에는 “남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법”을 만들어 시행하고 있다.⁸⁾ 물론, 이 특례법의 내용은 주로 재판관할 규정이거나 또는 한국 민법을 적용하면서 발생하는 문제점을 해소하기 위해 둔 특별규정들이다. 그러나 이는 적어도 준국제사법적 판단을 전제로 한 특별규정이며 또한 준거법이 한국법이라는 전제하에서 만들어진 특별규정으로 보는 것이 옳을 것이므로⁹⁾ 우리의 국제가족법과 밀접한 관련을 가진다고 보아야 할 것이다.

3) 헤이그 국제아동탈취협약

한국은 1980년의 헤이그 국제아동탈취협약¹⁰⁾을 비준하여 2013년부터 시행하고 있다. 물론, 이 협약은 준거법협약이 아니다. 16세 미만의 아동이 불법으로 타국으로 탈취되어 간 경우에 신속히 종전의 상거소지국으로 돌려보내기 위해 체약국간의 국제적 협력을 목적으로 하는 협약이다. 그러나 이 협약의 적용으로 인해 우리의 국제가족법은 일정한 제한을 받을 수 있다. 예컨대, 이 협

5) 이하에서 법률 명칭이 없는 것은 국제사법을 의미한다.

6) 이호정, 국제사법, 1981, 33면; 오수근, 동서독간의 준국제사법적 문제해결에 관한 연구, 배경숙교수 화갑기념 논문집, 1991, 851면; 임성권, 탈북자의 이혼 청구에 있어서의 국제사법적 문제, 국제사법연구 제10호, 2004, 418면; 석광현, 남북한 주민 간 법률관계의 올바른 규율: 광의의 준국제사법규칙과 실질법의 특례를 중심으로, 국제사법연구 제21권 2호, 2015, 343면.

7) 예컨대 조미경, 이산가족 중혼문제에 관한 연구 - 독일의 최근 판례를 참고한 저촉법적 실질법적 접근 -, 가족법연구 제16권 2호, 2002, 77면 이하

8) 이 두 법률에 대해서는 석광현, 국제친족법, 윤진수(편) 주해친족법 제2권, 2015, 박영사, 1664면 이하 참조.

9) 석광현, 위의 책, 1665면에서 언급된 남북주민간의 특례법의 법률안 제5조 준거법조항에서 이를 알 수 있다. 비록 이 규정은 반대에 부딪혀 법률에서는 삭제되었지만 적어도 준국제사법적 차원에서는 이론적으로 여전히 타당하리라 필자는 본다. 석광현, 앞의 논문, 365면에서도 남북가족특례법의 규정들은 “대체로 준거법이 남한법인 경우에 민법 대신 적용할 실질법의 특례를 정한 조문들”이라고 한다.

10) 이에 대해 자세한 이병화, 국제아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그협약 연구, 법무부, 2009.

약의 적용 내용은 친권(감호권, 양육권, 면접교섭권)에 관한 것이므로 우리의 국제가족법상 친자 관계의 효력문제로 되어 제45조가 적용될 것이다. 그런데 이 협약이 적용되기 위해서는 타국으로의 아동의 탈취가 불법인지 아닌지를 판단해야 하는데 이는 아동의 종래 상거소지국의 법(국제사법 포함)에 의하도록 하고 있다(협약 제3조 a호). 따라서 부와 모와 자녀가 모두 한국인이면서 외국(예컨대, 미국 캘리포니아주 로스엔젤스)에 상거소를 두고 있다가 부모 중 일방에 의해 자녀가 한국으로 탈취된 경우에 한국에서 그 불법성의 판단은 상거소지국인 그 외국법(미국 캘리포니아주법)에 의해야 하며 우리의 제45조에 의해 판단할 수 없다. 그 결과, 우리의 제45조에 의하면 친권의 존재 및 행사에서 한국 민법이 적용되어야 하겠지만, 협약에 의하면 자녀의 상거소지법인 미국 캘리포니아주법이 적용되어 캘리포니아주의 실질법이 적용될 것이다(협약 제31조 a호와 b호). 이 경우에 협약의 적용대상에 해당하는 한, 협약이 우선하므로 한국의 국제사법 제45조는 적용을 제한받게 되는 것이다.

2. 판결

필자가 아는 한, 국제사법 개정 후 지금까지 국제가족법의 준거법에 관한 대법원판결은 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결이 유일한 것으로 보인다.¹¹⁾ 주지하다시피 이 판결에서는 숨은 반정을 대법원이 처음으로 인정한 것으로 유명한데, 준거법상 핵심문제는 이혼준거법에 관한 것이었다. 미국인 부부의 이혼준거법에서 숨은 반정을 인정하여 한국 민법을 적용한 결과 남편의 이혼청구를 인정하지 않은 사건이었다. 그 결과, 이혼을 전제로 함께 청구한 친권자 및 양육자 지정 청구는 무의미해졌으므로 대법원은 이에 대해 더 이상 판단할 필요가 없었다. 다만, 이 판결에서 대법원의 논리에는 불명확한 점이 없지 않다.¹²⁾

하급심 판결로는 우선, 서울지법 2003. 7. 25. 선고 2001가합64849 판결이 보인다. 여기서는 어머니가 한국인인 대만 국적의 자녀들이 사망한 대만 국적의 아버지에 대한 상속청구권을 주장한 사건인데, 그 선결문제로서 한국인 어머니의 혼인 성립 여부와 그 자녀들에 대한 법정대리인의 자격 그리고 자녀들의 아버지에 대한 친생자(혼인 외)로서의 인정 여부가 문제로 되었던 사건이다.

대구지법 2012. 4. 18. 선고 2011구합2394 판결은 파키스탄 남자와 한국인 여자 사이의 한국에서의 혼인 성립 여부(제36조 1항과 2항)가 문제로 된 사건인데, 남녀는 한국에서 혼인하여 혼인신고를 마쳤고 또 한국인 여자의 혼인성립 요건은 한국법에 의해 충족되어 혼인은 유효하게 성립하였다고 판단하였다.

서울고법 2012. 8. 17. 선고 2010나84026 판결은 한국에 상거소를 둔 미국인 부부 가운데 처가 한국인인 피고를 상대로 남편과 부정행위를 하였다는 이유로 불법행위에 기한 위자료를 청구한 사건인데, 그 선결문제로서 정조의무의 존재 및 위반도 국제사법적으로 함께 다루어진 사건으로 보인다.¹³⁾

서울가법 2014. 6. 27. 선고 2013드단91378 판결은 중혼에 관한 사건이다. 한국인 부부의 미국 네바다 주에서의 이혼판결을 전제로 하여 그 직후 미국 네바다 주에서 이루어진 한국인 남자와

11) 최근 홍창우 판사의 논문에서는 대판 2013. 7. 25 선고 2011므3105 판결이 “남북한 주민이 관련된 가족법적 분쟁을 정면으로 다루게 되는 최초의 대법원 판례로서 준거법의 결정 기준 등 주요 쟁점들에 관한 뜻깊은 선례가 될 것”으로 평가하고 있으나(“남북한 주민의 친족관계 사례에 관한 비교법적 고찰 - 동 서독 사례를 중심으로 -”, 판례실무연구 XI (하), 2014, 343면) 아쉽게도 필자는 그러한 내용을 찾지 못했다.

12) 그 불명확성에 대해서는 석광현, 2006년 국제사법분야 대법원판례 : 정리 및 해설, 국제사법연구 제12호, 2006, 599면 이하.

13) 이 판결의 판단 요지는 노태약, 2012년 국제사법 주요 판례 소개, 국제사법연구 제18호, 2012, 531면 이하.

미국인 여자 사이의 혼인 및 한국에서의 이혼신고에 대해, 미국에서의 이혼은 진정한 이혼의사 없이 편취된 판결에 의해 이루어졌으므로 무효이고, 그 결과 그 직후 이루어진 미국에서의 혼인은 중혼에 해당하며 중혼은 쌍방적 혼인장애사유이므로 남녀 양측의 본국법이 모두 적용되는데(제36조 1항) 양국법의 효력이 다를 때에는 혼인의 유효성을 보다 부정하는 국가의 법을 적용해야한다는 논리에 따라 여기서의 중혼이 한국법에 따른 혼인 취소가 아니라 미국 네바다주법에 따른 혼인 무효라로 판단하였다.

서울고법 2016. 5. 18. 선고 2015르21561 판결은 한국에 상거소를 둔 한국 여자와 미국에 상거소를 둔 미국 남자 사이의 사실혼의 부당과기에 기한 손해배상 및 재산분할을 청구한 사건인데, 사실혼의 해소는 이혼과 유사하다고 보아 이혼준거법 규정인 제37조 단서를 유추 적용하여 준거법으로 한국법을 적용한 사건으로 보인다.¹⁴⁾

게을러서 그런지 몰라도, 필자가 발견한 국제가족법에 관한 우리 법원의 판결은 여기까지이다.¹⁵⁾ 물론, 하급심 판결이 더 있을지도 모른다. 그러나 이를 찾지 못한 필자로서는,¹⁶⁾ 국제가족법 사건임에도 불구하고 그 국제성을 인식하지 못하고 간단히 한국법을 적용하고 있는 법원에 대하여 뼈있는 비판을 가한 석광현 교수의 논문¹⁷⁾을 제시하는 것으로 필자의 부담을 조금이나마 덜고자 한다.

3. 학술

우리의 국제가족법에 관해 지금까지 논문이나 저술로 발표된 학술적 업적은 다양하므로 아래에서는 국제가족법의 내부적 분류대로 혼인관계, 친자관계, 부양관계, 후견관계의 4부분으로 나누어 검토해보기로 한다. 이와 함께 국제가족법에서 빠질 수 없는 헤이그협약과 남북한 주민간의 문제에 대해서도 살펴보기로 한다.¹⁸⁾ 그 전에 언급해두고 싶은 것은, 특히 2015년에 발간된 친족법 주석집인 「주해친족법」에서 국제친족법에 대해 집필한 석광현 교수의 글이다.¹⁹⁾ 한국 국제가족법의 종합적 안내서로서 이만한 내용을 담은 저서는 아직 없을 듯싶다.

1) 국제혼인법과 국제이혼법

국제 혼인관계의 준거법에 관한 논문으로는 우선, 비록 일본 국제사법을 전제로 한 글이지만 2001년 발표된 김문숙 교수의 “국제사법상의 이혼에 관하여 - 일본 법례 및 재판례를 중심으로 - ”가 있다.²⁰⁾ 이어, 2006년에 발표된 김원태 교수의 “국제이혼의 법적 문제”²¹⁾와 2013년에 발표된 이병화 교수의 “국제이혼에 관한 국제사법적 고찰”²²⁾이 보인다. 2017년에 발표된 논문으로 유럽연합의 이혼준거법에서 당사자자치를 허용하고 있는 로마 III 규칙을 주로 소개한 광민

14) 이 판결의 판단 요지는 노태약 김영석, 2016년 국제사법 주요 판례 소개, 국제사법연구 제22권 2호, 2016, 614면 이하.

15) 그 외에도 국제입양을 다룬 서울가법 2013. 2. 22. 선고 자2012느합356 심판이 보이지만, 필자가 보기에 국제입양과 직접적 관계는 없는 것으로 보인다.

16) 소위 국제사법 판례집이라는 부제를 달고 2012년에 발간된 김인호 교수의 책(국제사법, 2012, 박영사)에도 국제가족법 관련 우리 판결은 더 이상 보이지 않는다.

17) 석광현, 국제가사사건을 다루는 법률가들께 드리는 고언, 가족법연구 제30권 1호, 2016, 95면 이하.

18) 국제가족법에 관해 지금까지 우리나라에서 나온 학술적 업적을 가능한 모두 찾아 언급하고자 했으나 그래도 빠트린 것이 있을지도 모르므로 미리 양해를 구한다.

19) 석광현, 국제친족법, 윤진수(편) 주해친족법 제2권, 2015, 박영사, 1555면 이하.

20) 아세아 여성법학 제4호, 2001, 239면 이하.

21) 가족법연구 제20권 1호, 2006, 355면 이하.

22) 저스티스 137호, 2013, 381면 이하.

희 교수의 “국제가족법에 있어서의 당사자자치 원칙의 수용”²³⁾도 있다.

특히 언급하고 싶은 것은 2013년에 발표된 현소혜 교수의 “국제혼인의 이론과 실무”²⁴⁾라는 논문이다. 이 논문에서 현소혜 교수는, 한국 남성이 중국, 베트남, 필리핀 여성과 국제혼인 시에 자주 발생하는 위장혼인, 사기혼인 등을 사전에 방지하기 위해서는 한국에서 혼인신고 시에 제출하는 여성의 본국이 발행하는 혼인요건구비증명서에 그 본국법상 요구되는 혼인의사의 실질적 심사를 받은 내용도 함께 기재하도록 하자고 주장한다. 국제혼인의 성립(제36조 1항과 2항)과 관련하여 준거법의 적용(특히 한국 혼인신고의 내용)에서 발생하는 문제점을 제기하고 그 해결책을 제시한 논문인데, 상당히 깊이 있고 폭넓게 우리의 현실적인 문제를 다루고 있다는 점에서 놀랍다. 흥미롭게도 현소혜 교수의 이러한 해결책에 대해 2014년에 발표된 “준거법에 관한 국제사법의 2001년 개정과 후속 판례의 회고”²⁵⁾에서 장준혁 교수는 외국인에 대해서만 혼인의사에 대한 실질심사의 요구를 한다는 것은 헌법상의 평등원칙 위반의 여지가 있다고 비판하면서, 현소혜 교수와는 달리 위장혼인의 문제는 제36조 1항(혼인의 실질적 성립요건)의 해석에 의해서가 아니라 오히려 제36조 2항(혼인의 방식)의 준거법을 현행의 선택적 연결이 아니라 한국 남성의 한국법과 상대방 여성의 본국법을 중첩 적용하여야 해결할 수 있으므로 제36조 2항을 개정하자고 주장한다.²⁶⁾ 일단 어느 견해가 더 합리적인지는 별개로 하더라도, 국제가족법 분야에서 이러한 논쟁이 벌어지는 것은 매우 바람직한 현상이라고 본다.

2) 국제친자법

국제친자법에서 학계의 논의는 국제입양 문제에서 시작된 것으로 보인다. 예컨대, 2003년에 발표된 이병화 교수의 “국제입양에 관한 비교법적 고찰”²⁷⁾이 있고, 김문숙 교수가 2003년에 발표한 “국제사법에 있어서 입양의 상속법상 효과”²⁸⁾와 2005년에 발표한 “친양자제도의 도입으로 인한 국제사법상의 영향”²⁹⁾이 보인다. 물론, 헤이그 입양협약에 대한 논문도 다수 보이지만 이에 대해서는 뒤에 헤이그협약 부분에서 언급하기로 한다.

2010년에는 이병화 교수가 “국제적 인지에 관한 고찰”³⁰⁾을 발표하였다. 특히 2016년에 발표된 이병화 교수의 “국제대리모계약에 관한 연구”³¹⁾는 국제대리모계약에 관한 국제사법적 문제를 우리나라에서는 처음으로 본격적으로 논의한 글로 생각된다. 국제적으로도 뜨겁게 논의되고 있는 이 문제를 우리나라에서 처음으로 논의했다는 점에서 의미가 크다고 생각한다.³²⁾

3) 국제부양법

23) 국제사법연구 제23권 2호, 2017, 3면 이하.

24) 민사판례연구 제35권, 2013, 1175면 이하.

25) 국제사법연구 제20권 1호, 2014, 119면 이하.

26) 이외에도 이 논문(166면)에서 장준혁 교수는 현행 혼인관계의 준거법인 3단계의 단계적 연결 대신 독일 국제사법(독일 민법시행법 제14조 1항 참조)과 마찬가지로 5단계의 단계적 연결로 개정할 것을 주장한다.

27) 비교사법 제10권 1호, 2003, 441면 이하.

28) 아세아 여성법학 제6호, 2003, 143면 이하.

29) 국제사법연구 제11호, 2005, 303면 이하. 이 논문(333면)에서 김문숙 교수는 부부공동입양에 대해 독일 국제사법(독일 민법시행법 제22조 1항)과 마찬가지로 혼인의 일반적 효력의 준거법에 따를 것을 주장한다.

30) 저스티스 제119호, 2010, 339면 이하.

31) 국제사법연구 제22권 1호, 2016, 123면 이하.

32) 이외에 국제대리모계약에 관한 헤이그 국제사법회의에서의 논의에 관한 이병화 교수의 논문(“국제대리모계약을 둘러싼 법적 친자관계 쟁점에 관한 헤이그국제사법회의의 최근 동향 분석 및 시사점”, 국제사법연구 제23권 2호, 2017, 37면 이하)도 있다.

국제부양에 관해서는 2008년에 발표된 이병화 교수의 “국제적 부양의무에 관한 연구”³³⁾ 이외에는 거의 보이지 않는다. 그나마 몇 편 눈에 띄는 것은 이병화 교수의 헤이그 부양협약에 관련된 글이지만 이에 대해서는 뒤에 헤이그협약에 관한 논문들을 설명하면서 함께 언급하기로 한다.

4) 국제후견법

국제후견에 대해서는 실질법상의 성년후견제도의 도입과 관련하여 국제후견도 함께 검토되기 시작한 것으로 보인다. 따라서 이에 관해 먼저, 2006년에 발표된 이병화 교수의 “성년후견제도의 도입에 따른 국제후견법의 재고찰”³⁴⁾이 있고, 2009년에 발표된 김문숙 교수의 “성년후견제도에 관한 국제사법상 쟁점에 관하여 - 한국 민법 개정 후의 대응”³⁵⁾이 있다. 이어, 2013년에 발표된 이병화 교수의 “민법상 성년후견제도의 도입에 따른 국제사법상 한정치산 · 금치산선고 및 후견제도에 관한 개정방향”³⁶⁾과 같은 해에 발표된 필자의 “새로운 성년후견제의 도입에 따른 국제사법 규정의 개정문제와 적용문제”³⁷⁾가 있다.

5) 헤이그협약

국제가족법에 관련된 헤이그협약에 관한 글로는 우선, 우리나라가 1980년의 헤이그 국제아동탈취협약에 가입하게 됨으로써 행해진 다양한 저술과 논문이 눈에 띈다. 예컨대, 2009년에 공간된 이병화 교수의 저서 「국제아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그협약 연구」³⁸⁾가 있고, 2011년에 발표된 곽민희 교수의 “헤이그아동탈취협약과 유럽연합의 입법적 대응 - 브뤼셀 II bis 규칙 · 로마 수정안을 소재로 - ”³⁹⁾가 있으며, 2013년에 발표된 석광현 교수의 “국제아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그협약과 한국의 가입”⁴⁰⁾이 있다.⁴¹⁾

아직 비준하지 않아 우리나라에서 발효하지 않고 있지만 서명까지 한 헤이그협약으로 1993년의 헤이그 국제입양협약이 있다. 이에 관한 저서와 논문으로는, 2004년에 발표된 김문숙 교수의 “국제입양에 있어서 아동의 보호 및 협력에 관한 헤이그협약 - 한국의 가입가능성의 관점에서 - ”⁴²⁾가 있고, 2009년에 발표된 석광현 교수의 “1993년 헤이그국제입양협약(국제입양에 관한 아동보호 및 협력에 관한 헤이그협약)”⁴³⁾이 있으며, 석광현 교수와 이병화 교수의 공저로 2010년에 발간된 저서 「헤이그국제아동입양협약에 관한 연구」⁴⁴⁾가 있다.⁴⁵⁾

33) 비교사법 제15권 3호, 2008, 357면 이하.

34) 비교사법 제13권3호, 2006, 85면 이하.

35) 국제사법연구 제15권, 2009, 381면 이하.

36) 국제사법연구 제19권 1호, 2013, 589면 이하.

37) 법학연구(인하대) 제16집 3호, 2013, 1면 이하.

38) 법무부, 2013.

39) 가족법연구 제25권 2호, 2011, 381면 이하.

40) 법학(서울대) 제54권 2호, 2013,

41) 헤이그 국제아동탈취협약을 국내법에 적용하기 위한 국내법 문제를 다룬 논문으로는 2011년에 발표된 권재문 교수의 “국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약 이행법률안 - 제정의 의미와 초안의 검토 - ”(연세대 법학 제21권 4호)와 2014년에 발표된 곽민희 교수의 “헤이그아동탈취협약의 국내이행입법에 관한 검토 - 일본의 헤이그아동탈취협약 실시법으로 부터의 시사 - ”(가족법연구 제28권 2호)가 있다.

42) 국제사법연구 제10호, 2004, 373면 이하.

43) 국제사법연구 제15호, 2009, 421면 이하.

44) 법무부, 2010.

45) 헤이그 국제입양협약의 가입과 관련해 국내법의 문제를 다룬 글로는 2012년 발표된 석광현 교수의 “국제입양에서 제기되는 국제사법의 제문제: 입양특례법과 헤이그협약을 중심으로”(가족법연구

또 아동보호에 관한 헤이그협약으로 1996년의 헤이그 아동보호협약이 존재하는데 이에 관한 논문으로 2014년에 발표된 석광현 교수의 “국제친권 · 후견법의 동향과 우리의 입법과제” 46)가 있다.

우리나라는 1973년의 헤이그 부양협약에 가입하지는 않았지만 2001년 국제사법 개정 시에 이 협약의 기본적인 내용을 받아들여 제46조를 두었음은 주지의 사실이다. 그래서 그런지 이 협약과 밀접한 관련을 갖는 헤이그 국제부양청구협약에 관한 논문들이 눈에 띈다. 예컨대, 이병화 교수가 2009년에 발표한 “아동양육 및 기타 가족부양의 국제적 청구에 관한 헤이그협약 연구” 47)와 2015년에 발표한 “헤이그국제부양청구협약에의 가입가능성 모색을 위한 해석론적 접근: 특히 중앙당국의 행정적 협력 및 기능을 중심으로” 48)가 있다.

그러나 위와 같은 개별 헤이그협약을 넘어 헤이그협약 전반을 함께 다룬 논문들도 있다. 우선, 2006년에 발표된 이병화 교수의 “가족법 분야의 헤이그국제사법회의의 협약 - 특히 아동보호와 관련하여 - ” 49)가 있고, 2017년에 발표된 석광현 교수의 “한국의 헤이그국제사법회의의 가입 20주년을 기념하여: 회고, 현상과 전망” 50)이 있다.

6) 남북관계의 문제

분단국인 우리에게 특유한 남북한 주민 간에 발생하는 준국제사법적 문제에 대한 논문으로는 우선 임성권 교수의 2001년 발표된 “남북한 주민 사이의 가족법적 문제” 51)와 2004년에 발표된 “탈북자의 이혼 청구에 있어서의 국제사법적 문제 - 서울가정법원 2004. 2. 6. 선고 2003드단 58877 판결 - ” 52)과 2006년에 발표된 “북한주민과 관련한 가사분쟁의 특수문제” 53)가 있다. 또한 2002년 발표된 조미경 교수의 “이산가족 중혼문제에 관한 연구 - 독일의 최근 판례를 참고한 저촉법적 실질법적 접근 - ” 54)이 있으며, 정상규 판사의 2004년에 발표된 “탈북자 이혼사건에 관한 연구” 55)와 2005년에 발표된 “탈북자 이혼사건의 실무상 쟁점 및 입법안에 관한 검토” 56)가 있다. 2014년에는 홍창우 판사가 발표한 “남북한 주민의 친족관계 사례에 관한 비교법적 고찰 - 동·서독 사례를 중심으로 - ” 57)가 있으며, 특히 2015년에 발표된 석광현 교수의 “남북한 주민 간 법률관계의 올바른 규율: 광의의 준국제사법규칙과 실질법의 특례를 중심으로” 58)는 국제사법학자가 깊이 있게 연구한 남북한 주민 사이의 준국제사법적 문제와 남한의 특례법을 다룬 종합적 해석판으로 보인다.

제26권 3호)와 2014년에 발표된 현소혜 교수의 “헤이그 입양협약 가입에 따른 국제입양절차 개편 방향”(가족법연구 제28권 2호)과 2017년에 발표된 석광현 교수의 “헤이그협약 비준을 위한 2016년 ”국제입양에 관한 법률안“에 대한 검토”(가족법연구 제31권 1호)가 있다.

46) 법학(서울대) 제55권 4호, 2014, 473면 이하.

47) 저스티스 제112호, 2009, 354면 이하.

48) 국제사법연구 제21권 2호, 2015, 213면 이하.

49) 국제사법연구 제12호, 2006, 152면 이하.

50) DONG-A JOURNAL OF IBT LAW Vol. 19, 2017, 69면 이하.

51) 비교사법 제8권 2호, 2001.

52) 국제사법연구 제10호, 2004.

53) 국제사법연구 제12호, 2006.

54) 가족법연구 제16권 2호, 2002.

55) 사법논집 제38집, 2004.

56) 실무연구 (X), 2005. 45면 이하. 이 논문은 앞의 2004년에 발표된 논문과 내용이 거의 동일하지만 국회에 제출된 “북한 이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 중 개정법률안”에 대한 검토가 추가되어 있다.

57) 판례실무연구 XI (하), 2014.

58) 국제사법연구 제21권 2호, 2015.

4. 소결

2001년 국제사법 개정 이후 국제가족법에 관한 우리의 판례와 학설의 발전은 어디까지 와 왔을까? 앞에서 이미 보았듯이 판례와 학설 그 어느 쪽도 결코 충분하다거나 풍성해보이지는 않는다. 학술적인 면에서도 주로 헤이그협약의 소개에 치중해 있고 우리 국제가족법 자체에 대한 연구는 많지 않아 보인다. 다만, 학계에서는 이병화 교수와 석광현 교수가 고군분투하는 모습이 확연하다. 특히, 석광현 교수는 이런 표현이 맞을지 모르지만 한국 국제사법학계에서 “마이다스의 손”을 가진 것처럼 필자에게 보인다.

III. 한국 국제가족법의 과제

1. 국제가족법의 변화 - 유럽연합의 국제가족법을 통해서 보기

고전적인 국제사법은 19세기 중반에 이룩한 사비니의 국제사법이론에 기반을 둔 것이다. 이 유럽대륙의 국제사법은 근 100년 후인 1960년대에 미국의 실질법적 고려에 입각한 국제사법적 방법론에 커다란 충격을 받았다. 그 영향으로, 여전히 사비니의 이론에 굳건히 바탕을 두긴 했으나 변화된 국제사법이론을 정립하게 되었고 이를 1980년대 전후로 하여 각국이 입법화하는 흐름을 보여 왔다. 2001년에 전면 개정된 우리의 국제사법도 이러한 흐름의 하나였다.

그러나 2010년을 전후하여 유럽의 국제사법, 특히 국제가족법은 또 한 번 커다란 변화를 보이고 있는 것으로 보인다. 물론, 여기에는 유럽연합이라는 정치적 통합체의 존재가 변화의 결정적 이유인 것이다. 그러나 굳이 유럽연합을 전제하지 않더라도 그러한 변화에는 전 세계적으로 공통된 변화에 기인하는 점도 있는 것으로 생각된다. 따라서 우리로서도 그러한 변화의 내용이 무엇인지, 또 그러한 변화가 국제가족법에는 어떤 영향을 미치고 있는지, 그 결과 유럽 국제가족법에서는 어떤 변화가 나타나고 있는지, 거기서 우리는 무엇을 얻을 수 있는지 등에 관해 전반적으로 살펴볼 필요가 있다고 생각한다. 아래에서는 이를 몇 가지 특징으로 나누어 검토해보기로 한다.

1) 인권과 국제가족법

국제사법의 여러 분야 중에서 국제가족법만큼 인권문제에 영향을 받는 분야는 없을 것으로 생각한다. 일반적으로 국제가족법에서 인권문제는 국제사법상의 공서조항(제10조)을 통해 개입하는 것으로 알려져 있다. 즉, 준거법으로 지정된 외국법의 적용 결과가 국내법상의 인권(또는 기본권)이나 국제법상의 인권에 위배되는 경우에는 그 외국법의 적용을 배척하는 것이다.

그러나 오늘날 유럽에서 국제가족법에 대한 인권의 영향은 이를 넘어 국제가족법관계 전체에 통제력을 행사하고 있는 것으로 보인다. 이는 이미 오래전부터 국제가족법의 연결관계를 혼인관계에서는 부부 공통의 연결점으로 바꿨으며, 친자관계의 연결점은 자녀를 기준으로 하고, 부양관계의 연결점은 부양권리자를 기준으로 한다는 데에서도 엿볼 수 있다. 더 나아가, 오늘날 국제가족법상 기본원칙으로 제시되는 혼인의 자유, 이혼의 자유, 자녀의 복리 등은 국제가족법상 단순히 중요한 고려 내지 참작의 요소라기보다는 하나의 인권으로까지 확립된 듯 보인다. 말하자면 혼인자유권, 이혼자유권, 자녀복리권이라는 인권으로 말이다. 왜냐하면 유럽 각국의 국제가족법상

의 판례와 학설은 국제사법적 개개 사안에서 이러한 원칙에 위배되는 요소가 있다고 생각되는 즉시 내국의 국제사법 규정이든 외국의 국제사법 규정이든, 내국의 실질법이든 외국의 실질법이든 그 적용을 배제하고 이 원칙에 합당한 결과를 만들어 내기 위해 끊임없이 노력하는 모습을 보이고 있기 때문이다.⁵⁹⁾ 그러한 결과는 입법에도 반영되어 본래 저축법으로 여겨져왔던 국제사법이 갈수록 실질법화(Materialisierung)하는 경향을 보여주고 있다.

사실 우리의 국제가족법에서 판례든 학설이든 공서문제를 제외하고는 인권문제를 다룬 적이 거의 없는 것으로 보인다.⁶⁰⁾⁶¹⁾ 심지어 그 심각성은, 우리나라가 유엔아동권리협약에 가입하여 협약의 내용을 이행해야할 국제법적 의무를 지고 있음에도 불구하고 아동보호를 위한 헤이그 국제입양협약이나 헤이그 아동보호협약 등에 여전히 기준을 미루거나 관심을 두지 않는 점에서 두드러지게 나타난다. 시급하게는 이런 문제들을 먼저 해소해야 하겠지만, 더 나아가 우리의 국제가족법을 적용하고 운용하면서 나타날 수 있는 인권문제에 대해서도 이제는 우리의 학설과 판례가 깊은 관심을 가지고 적극적으로 문제를 제기할 필요가 있다고 생각한다.

2) 가족관계의 변화와 국제가족법

전통적으로 가족은 “남녀 간의 혼인을 기초로 하여 구성된 공동체”를 전제로 한다. 그러나 오늘날 서구에서는 다양한 비혼가족 및 생활공동체가 혼인가족을 수 적으로도 앞지르고 있으며, 심지어 동성 간의 혼인이나 생활공동체의 존재마저 부정할 수 없는 단계에까지 이르렀다. 과학기술의 발전은 자녀의 출생에까지 관여하여 친자관계에서 부모를 소위 유전적 부모(유전부모)와 대리된 부모(출산부모)로 구분해야할 경지에 도달하였다. 출산율의 저하와 불임의 증가는 해외에서 아동의 입양을 증대시키고 있으며, 의료기술의 발전은 고령층의 급격한 증가를 가져와 소위 고령화사회 또는 고령사회에까지 진입하고 있다.

이러한 가족관계의 변화는 단순히 사회현상으로 그치는 것이 아니라 법에도 큰 변화를 가져오게 된다. 더구나 전 지구적으로 일어나는 글로벌한 시대에 이러한 가족관계의 변화는 국경을 넘어서도 종종 이루어진다. 따라서 여기에 국제가족법이 관여하지 않을 수 없게 되는데, 문제는 국내 실질법에서도 해결이 쉽지 않지만 국제사법적으로도 못지않게 그 해결이 어렵다는 사실이다. 특히 국제사법에서는 문제가 더 심각하데, 그 이유는 국내 실질법에서야 공서를 이유로 그 존재를 간단히 부정해버리면 그만인 경우(예컨대 동성혼의 불인정)에도 국제사법적으로는 그렇게 할 수가 없기 때문이다. 예컨대, 동성혼이 인정된 국가에서 온 동성혼 가족에 대한 부양, 친자관계, 입양, 상속 등의 문제가 한국 법원에 제기된 경우에 동성혼이 우리 공서에 위배된다고 간단히 부정할 수만은 없으므로 이를 어떻게 해결할 것인가 하는 것이다. 물론, 그 해결방법은 좀 더 상세한 연구에 맡겨야겠지만, 여기서 강조하고 싶은 것은 이처럼 현대 가족관계의 변화에서 새로운 현상과 문제들이 국제가족법에서도 계속 발생할 것이며 그에 응하여 판례와 학설 그리고 입법 모두 국제가족법에 대한 깊은 관심과 연구를 필요로 한다는 점이다.

3) 국제가족법과 국제적 협력

59) 유럽에서는 특히 유럽인권협약의 차별금지 조항을 원용하여 유럽인권재판소는 국가간, 국민간, 집단(특히 소수자)간의 차별문제를 인권협약 위반으로 판단하고 있으며, 학설에서도 이에 대해 많은 논의가 이루어지고 있다.

60) 현행 국제가족법 규정의 부부 공통의 연결점이나 친자관계에서 자녀를 기준으로 하는 연결점 등은 모두 선진 외국의 입법을 그대로 받아들인 것뿐이지 그 전에 우리 스스로 이에 대한 인권 또는 기본권 차원에서의 논의는 전혀 없었다는 사실에서 이를 알 수 있다.

61) 2004년에 가서야 독일법의 상황을 소개하는 안춘수 교수의 논문 (“헌법, 국제사법 그리고 가족법 - 독일 학설, 판례 및 입법의 변화와 우리 국제사법의 현 위치 -”, 가족법연구 제18권 2호, 2004)이 보인다.

국제사법은 원칙적으로 외국적 요소를 전제로 하는데, 국제가족법에서 그 외국적 요소는 주로 당사자의 외국 국적이나 외국에 존재하는 상거소이다. 여기에 더해 국제가족법의 특징으로는 당사자에 대해 보호조치를 취할 필요성이 크다는 점과 그 보호가 필요한 당사자가 국제적으로 자주 이동한다는 점이다. 그 결과, 당사자에 대한 보호조치의 실효성을 확보하기 위해서는 외국과의 협력이 필수적이게 된다. 따라서 국제가족법에서는 자국에서의 준거법 결정도 중요하지만 이 결정된 준거법의 내용을 타국에서 확실하고 꼼꼼하게 이행할 수 있도록 확보하는 것이 못지않게 중요하다. 그러나 이것은 어느 한 국가만의 노력으로는 불가능하고 타국과의 협력체제에 의해서만 가능하다.

이러한 인식하에서 일찍부터 헤이그 국제사법회의는 국제사법의 통일 작업 외에도 한편으로는 사법공조 등의 국제적 협력체도를 마련하고자 노력해왔다. 그 결과, 헤이그 국제사법회의가 작성한 협약은 크게 국제사법의 통일을 목적으로 하는 협약과 사법공조 등의 국제협력체도를 목적으로 하는 협약으로 나누어진다. 뒤돌아보면 전자의 협약은 각국의 이해관계가 엇갈려 발효되지 못하거나 발효되었어도 가입국이 소수에 지나지 않은데 반해, 후자의 협약은 법적 문제는 각국에 맡기고 그 이행문제나 실질적 보호조치만을 서로 협력하기로 하는 내용이어서 성공 가능성이 높다. 후자의 전형적인 예가 바로 우리도 이미 비준한 헤이그 국제아동탈취협약과 아직 비준하지 않았지만 서명은 해둔 헤이그 국제입양협약이다. 최근 유럽연합은 국제적으로 사람의 이동이 급증하여 국제가족법 분야에서 국제적 협력의 필요성이 증대하자 유럽연합에만 적용되는 통일법에서 벗어나 전 세계가 참여할 수 있는 헤이그 협약으로 눈을 돌리고 있다.⁶²⁾ 따라서 전지구가 하나의 지구촌이 된 오늘날 우리 역시 내국인이든 외국인이든 국제적으로 보호를 필요로 하는 사람들의 실질적 보호를 확보해 주기 위해서는 국제적 협력을 목적으로 하는 다양한 국제협약에 적극적으로 참가할 필요가 있다. 그러한 협약의 예로는 1996년의 헤이그 아동보호협약과 2000년의 헤이그 성년자보호협약이 있고,⁶³⁾ 헤이그 부양준거법협약과 밀접하게 관련된 2007년의 헤이그 국제부양청구협약⁶⁴⁾도 여기에 속할 것이다. 물론, 이들 협약의 가입으로 인해 우리의 “자치적 국제사법”(autonomes IPR)은 부분적으로 또는 전면적으로 적용에 제한을 받게 된다. 또한 이로 인해 협약상의 국제가족법과 자치적 국제가족법 사이에 충돌 현상도 발생할 것이다. 그러나 그것이 바로 현대 국제가족법이 변화하고 있는 모습이라 것은 분명해 보인다.

4) 국제가족법에서 연결관계의 변화

유럽연합은 2010년을 전후하여 분할된 영역별로 다양한 방법을 통해 계속적으로 국제가족법의 통일규범을 내놓고 있다.⁶⁵⁾ 예컨대, 2008년에는 1996년의 헤이그 아동보호협약을, 2009년에는 2007년의 헤이그 부양준거법의정서를 적용하기로 결정했고, 2010년에는 이혼준거법에 관한 로마 III 규칙을, 2016년에는 국제부부재산 규칙인 로마 IV 규칙을 공표하였다.⁶⁶⁾ 이들 유럽연합의 국제

62) 1996년의 헤이그 아동보호협약과 2000년의 헤이그 성년자보호협약, 2007년의 헤이그 부양준거법의정서(프로토콜) 등이 그 예이다.

63) 이 두 협약은 아동이나 고령자 등의 보호조치에 대한 국제적 협력뿐만 아니라, 친권이나 후견에 관한 넓은 의미의 국제사법 규정(관할, 준거법, 승인 및 집행)도 다양하게 포함하고 있다.

64) 이 협약에 대해서는 이병화, 아동양육 및 기타 가족부양의 국제적 청구에 관한 헤이그협약 연구, 저스티스, 112호, 2009, 354면 이하; 이병화, 헤이그국제부양청구협약에의 가입가능성 모색을 위한 해석론적 접근: 특히 중앙당국의 행정적 협력 및 기능을 중심으로, 국제사법연구 제21권 2호, 2015, 213면 이하.

65) 유럽연합의 국제사법에 관한 통일규범은 2000년부터 시작되지만 이때에는 주로 국제관할 등 국제민사소송법에 관한 통일규범이었다.

66) 2012년에는 유럽연합의 국제상속법 규칙도 공표하여 2015년부터 시행하고 있다.

가족법의 특징은 관할과 준거법을 가능한 일치시키고 그에 기한 판결을 그대로 승인하는 것이다. 준거법의 차원에서는 연결점으로 국적이 퇴조하고 상거소가 원칙적인 연결점으로 등극했으며, 동시에 제한된 대상을 전제로 하긴 하지만 국제가족법에서도 당사자자치를 넓게 인정한다는 점이다. 그 결과, 결국은 법정지법의 적용을 우위에 놓게 된다. 이를 가리켜, 고전적인 국제사법이 배척해왔던 “자국법(법정지법) 적용의 경향”(Heimwaertsstreben)을 오늘날 유럽연합의 국제가족법은 태도를 바꾸어 이를 수용하고 있다고 평가하기도 한다.⁶⁷⁾

물론, 우리 국제가족법은 상황이 다르므로 이 유럽연합의 국제가족법의 태도를 그대로 따를 필요는 없다. 특히 유럽연합은 내부적으로 국적에 따른 차별을 금지하고 있으며 또 무제한적인 체류를 서로 허용하고 있기 때문에 유럽연합의 국제가족법상의 준거법으로 상거소지법 원칙은 불가피했을지도 모른다. 그러나 오늘날 전 세계적인 현상으로 각 국민간의 국경을 넘는 교류와 이동이 매우 빈번하게 일어난다는 점과 이러한 현상은 앞으로 더욱 가속화되리라는 점도 여기에 큰 영향을 주었을 것으로 본다. 따라서 우리로서도 이러한 전 세계적인 현상에 주목하여 국제가족법의 변화 가능성에 대해 깊이 생각해볼 필요는 있다고 본다. 더구나 인적 교류가 빈번한 주변국, 특히 중국이 2010년 국제사법을 새로 입법하여 2011년부터 시행하고 있는데 그 국제가족법준거법으로 상거소지법을 확고한 원칙으로 하고 있다는 점은 눈여겨볼 만하다.

2. 한국 국제가족법의 과제

앞에서 유럽연합 국제가족법의 변화를 살펴보면 우리 국제가족법에 대해서도 함께 생각해 보았다. 그 결과, 우리 국제가족법에서 지금까지 별로 관심을 기울이지 않았던 인권문제를 늘 인식하고 깊이 생각해보자는 것, 현대에 변화하는 가족관계에 기해 나타나는 새로운 국제가족법적 문제에 대해 심도있는 연구가 필요하다는 것, 국제가족법에서는 국제적 협력의 필요성이 매우 크므로 헤이그협약의 가입을 적극적으로 고려해보자는 것, 국제가족법의 준거법으로 상거소의 중요성을 새삼 인식하며 국제가족법에서도 당사자자치의 가능성을 검토해보자는 것을 제안하였다. 물론, 이는 우리 국제가족법 전체에 적용될 기본적인이고 기초적인 요구였다. 아래에서는 좀 더 구체적인 측면에서 필자가 생각하는 우리 국제가족법의 과제를 추가로 몇 가지 더 제시해보고자 한다.

첫째, 우리는 2001년 국제사법을 전면 개정하면서 친자관계의 성립(제40조 내지 제42조)과 효력(제45조)에서 보듯이 일본의 국제가족법에 비해 상거소 개념에 보다 큰 의미를 부여하였다. 더구나 앞에서 보았듯이 국제가족법에서는 앞으로 상거소의 기능과 역할이 더 확대될 가능성도 있다. 그러나 이렇게 중요한 상거소의 개념과 내용에 대해서 우리 법에서는 지금껏 거의 논의가 없는 것으로 보인다. 상거소의 개념이 우리 실질법상의 주소 개념과 유사하다고 보아 논의의 필요를 느끼지 못하기 때문인지도 모른다. 그러나 이미 잘 알려져 있듯이 상거소 개념이 법률에 정의되지 않은 것은 그 상대적 특성 때문이다. 즉, 상거소 개념은 영역에 따라 달리 결정될 수 있다는 것이다. 관할문제인지 준거법문제인지에 따라, 혼인문제인지 친자문제인지 부양문제인지에 따라 상거소의 내용과 범위가 달라질 수 있다는 것이다. 그렇다면 상거소 개념의 내용과 범위를 개별 영역에 따라 다양하게 그리고 세심하고 주의깊게 검토하고 논의할 필요가 있다고 생각한다.

둘째, 우리의 부양준거법 규정(제46조)은 기본적으로 1973년의 헤이그 부양준거법협약을 받아들인 것이다. 그 도입 취지는 협약 내용의 합리성 때문이기도 했지만, 다수의 가입자를 가진 국제협약에 동참한다는 의미도 컸다. 그 결과, forum shopping을 방지하며 판결의 국제적 일치

67) 이런 평가는 Weller, Anknuepfungsprinzipien im Europaeischen Kollisionsrecht - eine neue "kopernikanische Wende"?, in: Arnold (Hrsg.), Grundfragen des Europaeischen Kollisionsrechts, 2016, S. 136.

(internationale Entscheidungseinheit)를 얻는 장점이 있다고 보았기 때문이다. 그러나 헤이그 국제사법회의는 1973년의 헤이그 부양준거법협약에 대한 비판과 문제 제기를 받아들여 2007년에 새로운 헤이그 부양준거법의정서를 내놓았다. 더구나 유럽연합은 2011년부터 덴마크와 영국을 제외한 모든 회원국이 이 새로운 헤이그 부양준거법의정서를 적용하고 있다.⁶⁸⁾ 따라서 우리의 부양준거법 규정의 중요한 목적 하나가 사라져버렸다. 더구나 1973년 헤이그 부양준거법협약에서 비판 받은 내용이 무엇이며 왜 비판 받았으며 또 어떻게 개정되었는지도 검토해볼 필요가 있다. 그러나 아직까지 이에 대한 우리의 논의는 보이지 않는다.

셋째, 성명에 관한 준거법 문제는 국제가족법에 속하는 중요한 문제의 하나다. 그러나 우리 국제가족법에는 규정이 없다. 물론, 특히 문제로 되는 부부의 성이나 자녀의 성에 대해서 각 법률관계의 준거법에 의한다는 견해도 있으며 실무도 그렇게 처리하고 있다고 한다.⁶⁹⁾ 2001년 국제사법을 개정할 때 이에 대한 시안을 마련한 적이 있었으나 의견이 나뉘어 입법을 포기하고 장래의 학설과 판례의 발전에 맡겼었다. 그러나 그 후 민법이 개정되어, 부모가 자녀의 성을 모의 성으로 선택할 수 있으며 또 자녀의 복리를 위해 변경도 가능하다는 규정(민법 제781조 1항 단서와 6항)이 2005년에 새로 도입되었고, 또 성명을 인격권으로 이해하는 헌법재판소의 결정⁷⁰⁾도 나왔으므로 이제는 당사자자치의 허용까지 포함하여 성명준거법의 문제를 진지하게 다시 검토해볼 필요가 있다고 생각한다.⁷¹⁾

넷째, 우리의 입양준거법(제43조)에서 부부가 함께 입양하는 경우에 대한 규정이 없다는 비판이 있는데, 개정작업 당시 친자관계는 혼인관계와 성질이 다르므로 친자관계의 준거법에 혼인관계의 준거법이 영향을 주지 않도록 하고 친자관계에는 친자관계 독자의 준거법을 정하자는 기본 원칙에서 나온 결과였을 것으로 생각한다. 결국에는 장래의 학설과 판례의 발전에 맡기게 되었지만 지금까지 혼인의 효력준거법에 의하자는 견해가 전부인 듯하다.⁷²⁾ 최근 유럽에서는 동성혼 부부가 입양하는 경우, 비혼의 생활동반자들이 입양하는 경우 등에 대한 논란이 있고, 더구나 입법론으로 친자관계인 입양의 준거법에도 다른 친자관계와 마찬가지로 양친이 아니라 자녀가 중심이 되어야한다는 견해, 본국법이 아니라 상거소지법에 의해야 한다는 견해, 더 나아가 법정지법에 의해야 한다는 견해 등 다양한 주장이 나오고 있다.⁷³⁾ 뒤이은 발표 주제가 국제입양 문제이므로 많은 논의를 거쳐 우리에게 합리적인 방안이 도출되기를 기대해 본다.

다섯째, 친생자관계의 성립(제40조 내지 제42조) 문제에 대해서도 검토해볼 필요가 있을 것으로 본다. 특히, 혼인중의 친자관계와 혼인 외의 친자관계를 구분하고 있는 현행법의 태도가 우선 점점의 대상이 될 수 있을 것이다. 물론, 필자는 양자를 구별하고 있는 현행 국제사법의 태도가 아직까지는 나름대로 의미가 있다고 생각한다. 우리 실질법이 여전히 혼인중의 자와 혼인 외의 자를 구별하고 있고(그러나 그 법적 효과에서는 별로 차이가 없는 것으로 보인다), 또 외국에도 양자를 구별하는 국가들이 여전히 존재하기 때문이다. 그러나 독일은 이미 1998년부터 실질법과 국제사법에서 양자의 구분을 폐지하여 동일하게 취급하고 있으며 또 그것이 국제적인 추세이기도 하므로, 우리도 이에 대비해 진지하게 검토해볼 필요가 있다고 생각한다.

68) 2007년의 헤이그 부양준거법의정서에는 부양준거법 규정만 담겨 있으므로, 유럽연합은 부양문제의 국제관할과 판결의 승인 및 집행에 관해서는 별도의 규칙을 만들어 함께 적용하고 있다.

69) 이에 대해서 자세히는 석광현, 국제친족법, 윤진수 (편) 주해친족법, 2015, 1618면 이하.

70) 헌법재판소 2005.12.22. 선고 2003헌가5,6(병합)결정

71) 석광현, 국제가사사건을 다루는 법률가들께 드리는 고언, 가족법연구 제30권 1호, 2016, 122면.

72) 김문숙, 친양자제도의 도입으로 인한 국제사법예의 영향, 국제사법연구 제11호, 312면.

73) 예컨대 Helms, Vorschlag zur Reform des Internationalen Adoptionsrechts, StAZ 2015, S. 100 f.

IV. 나가면서

지금까지 2001년 국제사법 개정 이후 우리의 국제가족법에 대한 회고를 입법, 판결, 학술로 나누어 되돌아보았고, 앞으로의 과제에 대해서는 유럽연합 국제가족법의 변화와 우리 국제가족법의 미비점을 통해 필자 나름대로 몇 가지를 제시해보았다. 끝으로 이 기회에 우리 국제사법의 발전을 위해서는 꼭 필요함에도 불구하고 우리 실무계나 심지어 학계에서마저 별로 주의를 기울이지 않고 있다고 생각되는 기본적인 문제점 한 가지를 지적하면서 이 글을 마치고자 한다.

그것은 한마디로 말해 국제사법에 관한 기초적인 자료의 부족이다. 국제사법은 국내법임에도 불구하고 외국법에 대한 지식과 연구가 “필수적”인 법 분과다. 우리는 소위 협의의 국제사법을 “준거법결정”의 문제로만 이해하는데 이는 잘못이다. 오히려 더 방대하고도 어려운 분야가 존재하는데 그것이 “준거법적용”의 문제이다. 준거법, 특히 외국법의 적용문제⁷⁴⁾를 도외시키고는 협의의 국제사법을 운위할 수 없다. 우리는 이 사실을 종종 망각하는데, 그래서 국제사법을 단순하고 도식적이며 피상적인 법 분야로, 심지어 어렵지 않은 시험용 법 분과로만 생각하게 되는 것이다.

외국법에 대한 지식과 연구가 필수적인 결과, 과장으로 들릴지 모르겠지만 국제사법에서는 적어도 200개가 넘는 국가의 법(미국이라는 한 국가에만도 50개의 법이 존재한다)에 대한 지식과 연구가 필요하다. 각국의 실질법뿐만 아니라 국제사법도 여기에 포함되어야 하는 것은 물론이다. 필자가 아는 한, 외국 실질법에 대한 이해와 연구 없이는 국내법인 국제사법의 발전도 없다. 물론, 한 사람 또는 몇몇 사람이 이 많은 연구를 독자적으로 할 수는 없다. 바로 그렇기 때문에 국제사법에 관련된 실무계와 학계의 사람들 모두 자신이 잘 알며 접근이 가능한 영역에서라도 각국의 국제사법과 실질법 그리고 특히 최근에 발표되거나 논란이 되는 각국의 중요한 판례와 같은 기초자료들을 계속적으로 소개할 필요가 있다. 그래야 비로소 국제사법 연구의 저변 인력도 늘어날 수 있으며, 국제사법 연구자들의 이론적 논의도 깊어질 수 있을 것이다.

그러나 여기에 문제가 또 하나 도사리고 있는데, 우리에게 이러한 기초자료를 발표할 기회와 공간을 찾기 어렵다는 점이다. 최근 우리나라의 학술지는 너무나 수준이 높아져서 고급스러운 논문만을 요구하기 때문에 이러한 기초자료에는 자리를 내주지 않는다. 더구나 연구자들이 힘들여 작성한 기초자료를 게재해도 소위 연구업적으로 인정받지도 못한다. 필자는, 사실 수 페이지의 기초자료가 수십 페이지의 논문보다 실무계와 학계의 발전에 기여하는 바가 더 클 수도 있다고 보는 사람이다. 법학도나 학문후속세대에게는 더 말할 필요도 없다. 그래서 국제사법에 관해 한국에서 유일한 전문학술지인 국제사법학회의 『국제사법연구』에서라도 매년 게재되는 「국제사법 주요 판례 소개」처럼 「해외의 국제사법 주요 판례」나 「각국의 국제사법」등을 꾸준히 그리고 다양하게 소개해주기를 - 물론, 지금도 하고는 있으나 너무 부족해 보인다 - 기대해본다. 다만, 소개하는 외국의 판례나 입법들은 신뢰할 수 있는 사람이 학문적 책임을 지고 번역되고 작성되는 내용이어야 한다. 기초자료는 누구나 또 장래에도 계속하여 연구의 기초로 삼을 자료이므로 그 정확성과 신뢰성이 핵심적 요소이기 때문이다.

74) 준거법으로 한국법을 적용할 때에도 어려운 국제사법적 문제가 발생한다.

참고문헌

<국내문헌>

- 곽민희, “헤이그아동탈취협약과 유럽연합의 입법적 대응 - 브뤼셀 II bis 규칙 · 로마 수정안을 소재로 -”, 가족법연구 제25권 2호, 2011.
- , “헤이그아동탈취협약의 국내이행입법에 관한 검토 - 일본의 헤이그아동탈취협약 실시법으로부터의 시사 -”, 가족법연구 제28권 2호, 2014.
- , “국제가족법에 있어서의 당사자자치 원칙의 수용”, 국제사법연구 제23권 2호, 2017.
- 권재문, “국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약 이행법률안 - 제정의 의미와 초안의 검토 -”, 법학연구(연세대) 제21권 4호, 2011.
- 김문숙, “국제사법상의 이혼에 관하여 - 일본 법례 및 재판례를 중심으로 -”, 아세아 여성법학 제4호, 2001.
- , “국제사법에 있어서 입양의 상속법상 효과”, 아세아 여성법학 제6호, 2003.
- , “국제입양에 있어서 아동의 보호 및 협력에 관한 헤이그협약 - 한국의 가입가능성의 관점에서 -”, 국제사법연구 제10호, 2004.
- , “친양자제도의 도입으로 인한 국제사법예의 영향”, 국제사법연구 제11호, 2005.
- , “성년후견제도에 관한 국제사법상 쟁점에 관하여, - 한국 민법 개정 후의 대응”, 국제사법연구 제15호, 2009.
- 김원태, “국제이혼의 법적 문제”, 가족법연구 제20권 1호, 2006.
- 김인호, 『국제사법』, 박영사, 2012.
- 노태약, “2012년 국제사법 주요 판례 소개”, 국제사법연구 제18호, 2012.
- 노태약 · 김영석, “2016년 국제사법 주요 판례 소개”, 국제사법연구 제22권 2호, 2016.
- 석광현, “2006년 국제사법분야 대법원판례 : 정리 및 해설”, 국제사법연구 제12호, 2006.
- , “1993년 헤이그국제입양협약(국제입양에 관한 아동보호 및 협력에 관한 헤이그협약)”, 국제사법연구 제15호, 2009.
- , 『국제사법 해설』, 박영사, 2013.
- , “국제아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그협약과 한국의 가입”, 법학(서울대) 제54권 2호, 2013.
- , “국제친권·후견법의 동향과 우리의 입법과제”, 법학(서울대) 제55권 4호, 2014.
- , “국제친족법”, 윤진수 (편) 『주해친족법』 제2권, 박영사, 2015.
- , “남북한 주민 간 법률관계의 올바른 규율: 광의의 준국제사법규칙과 실질법의 특례를 중심으로”, 국제사법연구 제21권 2호, 2015, 343면.
- , “국제가사사건을 다루는 법률가들께 드리는 고언”, 가족법연구 제30권 1호, 2016.
- , “국제입양에 관한 법률안“에 대한 검토”, 가족법연구 제31권 1호, 2017.
- , “한국의 헤이그국제사법회의의 가입 20주년을 기념하여: 회고, 현상과 전망”, DONG-A JOURNAL OF IBT LAW Vol. 19, 2017.
- 석광현 · 이병화, 『헤이그 국제아동입양협약에 관한 연구』, 법무부, 2010.
- 안춘수, “헌법, 국제사법 그리고 가족법 - 독일 학설, 판례 및 입법의 변화와 우리 국제사법의 현 위치 -”, 가족법연구 제18권 2호, 2004.
- 오수근, “동서독간의 준국제사법적 문제해결에 관한 연구”, 배경숙 교수 화갑기념논문집, 1991.
- 이병화, “국제입양에 관한 비교법적 고찰”, 비교사법 제10권 1호, 2003.
- , “가족법 분야의 헤이그국제사법회의의 협약 - 특히 아동보호와 관련하여 -”, 국제사법연구 제12호, 2006년.
- , “성년후견제도의 도입에 따른 국제후견법의 재고찰”, 비교사법 제13권 3호, 2006.

- , “국제적 부양의무에 관한 연구”, 비교사법 제15권 제3호, 2008년, 357면
- , “아동양육 및 기타 가족부양의 국제적 청구에 관한 헤이그협약 연구”, 저스티스 통권 제112호, 2009년.
- , 『국제아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그협약 연구』, 법무부, 2009년.
- , “국제적 인지에 관한 고찰”, 저스티스 제119호, 2010.
- , “국제입양에서 제기되는 국제사법의 제문제: 입양특례법과 헤이그협약을 중심으로”, 가족법연구 제26권 3호, 2012.
- , “국제이혼에 관한 국제사법적 고찰”, 저스티스 제137호, 2013.
- , “헤이그 국제부양청구협약에의 가입가능성 모색을 위한 해석론적 접근: 특히 중앙당국의 행정적 협력 및 기능을 중심으로”, 국제사법연구 제21권 제2호, 2015년.
- , “국제대리모계약을 둘러싼 법적 친자관계 쟁점에 관한 헤이그국제사법회의의 최근 동향 분석 및 시사점”, 국제사법연구 제23권 2호, 2017.
- 이호정, 『국제사법』, 경문사, 1981.
- 임성권, “남북한 주민 사이의 가족법적 문제”, 비교사법 제8권 2호, 2001.
- , “탈북자의 이혼 청구에 있어서의 국제사법적 문제 - 서울가정법원 2004. 2. 6. 선고 2003드단58877 판결 -”, 국제사법연구 제10호, 2004.
- , “북한주민과 관련한 가사분쟁의 특수문제”, 국제사법연구 제12호, 2006.
- 장준혁, “준거법에 관한 국제사법의 2001년 개정과 후속 판례의 회고”, 국제사법연구 제20권 1호, 2014.
- 정상규, “탈북자 이혼사건에 관한 연구”, 사법논집 제38집, 2004.
- , “탈북자 이혼사건의 실무상 쟁점 및 입법안에 관한 검토”, 『실무연구 (X)』, 2005.
- 조미경, “이산가족 중혼문제에 관한 연구 - 독일의 최근 판례를 참고한 저촉법적 실질법적 접근 -”, 가족법연구 제16권 2호, 2002.
- 최홍섭, “국제친족법과 국제상속법”, 국제사법연구 제4호, 1999.
- , “섭외사법 개정법률안의 검토 - 자연인, 친족, 상속 -”, 국제사법연구 제6호, 2001.
- , “개정법률과 국제친족 상속법의 제문제, 법조 통권 536호, 2001.
- , “새로운 성년후견제의 도입에 따른 국제사법 규정의 개정문제와 적용문제”, 법학연구(인하대) 제16집 3호, 2013.
- 현소혜, “국제혼인의 이론과 실무”, 민사판례연구 제35권, 2013.
- , “헤이그 입양협약 가입에 따른 국제입양절차 개편방향”, 가족법연구 제28권 2호, 2014.
- 홍창우, “남북한 주민의 친족관계 사례에 관한 비교법적 고찰 - 동 · 서독 사례를 중심으로 -”, 판례 실무연구 XI (하), 2014.

<외국문헌>

- Helms, Vorschlag zur Reform des Internationalen Adoptionsrechts, StAZ 2015.
- Weller, Anknuepfungsprinzipien im Europaeischen Kollisionsrecht - eine neue“kopernikanische Wende”?, in: Arnold (Hrsg.), Grundfragen des Europaeischen Kollisionsrechts, 2016.

제2주제 발표문

국제입양의 준거법 결정

- 헤이그 입양협약 가입에 대비하여 -

현 소 혜 교수

(성균관대학교 법학전문대학원)

[한국국제사법학회 창립 25주년 기념 공동학술대회 발표문]

국제입양의 준거법 결정 - 헤이그 입양협약 가입에 대비하여 -

현 소 혜(성균관대학교 법학전문대학원)

I. 서론

舊 「섭외사법」(2001. 4. 7. 개정 전의 것) 제21조는 입양의 요건에 관하여는 각 당사자의 본국법을, 입양의 효력 및 파양에 관하여는 양친의 본국법을 따르도록 한 바 있다. 하지만 2001년 전면 개정된 「국제사법」 제43조는 입양의 요건과 효력·파양에 걸쳐 공히 양친의 본국법을 준거법으로 삼는 한편, 입양의 성립에 관하여 자(子)의 본국법이 자(子) 또는 제3자의 승낙이나 동의 등을 요건으로 삼고 있는 경우에 자의 본국법이 누적으로 적용되도록 하였다(「국제사법」 제44조). 현행 「국제사법」이 이와 같이 입양의 요건에 관하여 배분적 연결방식을 포기하고 양친의 본국법을 준거법으로 정한 것은 “입양의 성립을 용이하게” 하기 위한 것이었다고 한다.¹⁾

하지만 위와 같은 목적이 제대로 실현되고 있는지는 의문이다. 현재 우리나라에서 성립하는 국제입양 중 상당수는 「입양특례법」에 따른 입양인 것으로 추정되는데²⁾, 가정법원은 「입양특례법」에 따른 입양허가청구를 심리함에 있어 양부모가 외국인인 경우에 우리 「입양특례법」상 요건의 구비 여부도 심사하고 있기 때문이다.³⁾ 즉, 입양의

1) 김문숙, “친양자제도의 도입으로 인한 국제사법예의 영향”, 國際私法研究 第11號(2005), 308면; 석광현, 『국제사법 해설』, 박영사, 2013(이하 ‘석광현’으로 인용한다.), 492면; 편집대표 윤진수/석광현 집필부분, 『주해친족법』 제2권, 박영사, 2015(이하 ‘석광현, 주해친족법’으로 인용한다.), 1694면; 안춘수 『국제사법』, 法文社, 2017, 313면.

2) 「입양특례법」에 따른 국제입양이 총 몇 건인지에 대해 공식적인 통계가 존재하는 것은 아니다. 『2016년 사법연감』, 법원행정처, 2017, 906면에 따르면 2016년 전국 법원에 접수된 일반입양·친양자입양 또는 파양에 관한 사건은 2,852건이며, 「입양특례법」에 따른 요보호아동의 입양은 총 711건이다. 이 가운데 일반입양이나 친양자입양 제도를 통한 국제입양이 몇 건인지 또는 「입양특례법」에 따른 국제입양이 몇 건인지는 알 수 없다. 다만, 2016년 우리나라에서 성립한 요보호아동의 입양건수는 총 880건으로 공식 집계되고 있는바, 이 중 국내입양은 546건, 국외입양은 334건이다(『가정위탁 국내입양 소년 소녀 가정 현황: 국내외입양현황』, 보건복지부, 2016 참조. 위 통계는 국가통계포털(kosis.kr)에서 확인할 수 있다.). 그런데 위 보건복지부 통계는 아동보장시설에 입소되어 있는 아동 또는 입양기관에 입양 의뢰된 아동과 같은 요보호아동만을 대상으로 작성된 것이고, 이러한 요보호아동을 해외로 입양보내기 위해서는 반드시 「입양특례법」에 따른 입양기관을 통하여 입양절차를 진행하도록 되어 있으므로(위 법 제19조제2항), 2016년도 전체 입양사건 중 「입양특례법」에 따른 국제입양은 총 334건임을 알 수 있다. 반면 대한민국 국민인 양친이 외국의 아동을 입양하는 형태의 국제입양 또는 요보호아동이 아닌 자의 외국으로의 국제입양이 총 몇 건인지는 추산하기 어렵다.

3) 가령 서울가정법원 2013. 2. 22. 선고 2012누합356 심판(확정)은 舊 「입양촉진 및 절차에 관한 특례법」에 따른 입양 대상 아동의 생모가 위 법에 따른 양부모의 요건(특히 양부모가 40세 미만일 것)을 갖추지 못한 외국인에게 입양을 보내고자 시도하였던 사건에서 양부모가 외국인인 해외입양의 경우에

성립에 관해서는 자(子) 또는 제3자의 승낙이나 동의 외의 다른 여러 요건에 관해서도 자(子)의 본국법인 우리 법, 특히 「입양특례법」이 누적적으로 적용된다. 이러한 법률과 현실 간의 괴리를 우리는 어떻게 해결해야 할 것인가. 가정법원이 「국제사법」을 존중하지 않는다고 질타하고, 양친의 본국법만을 적용하도록 촉구할 것인가. 「국제사법」이 현실에 맞지 않음을 들어 이를 개정의 대상으로 삼을 것인가. 또는 해석론을 통해 현행 「국제사법」과 입양실무 간의 조화를 도모할 것인가.⁴⁾

본 논문은 「입양특례법」에 따른 입양뿐만 아니라, 「민법」상 일반입양·친양자입양 등 여러 형태의 입양 형태에 비추어 현행 「국제사법」 규정의 법리적·현실적 타당성을 검토하는 한편, 우리나라가 「국제입양에 관한 아동의 보호 및 협력에 관한 헤이그 협약(Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption)」(이하 ‘헤이그 입양협약’이라고 한다.)⁵⁾에 가입하는 것이 「국제사법」 제43조 및 제44조의 해석론에 미칠 영향을 분석함으로써 위 세 가지 방향 중 두 번째 방안, 즉 「국제사법」의 개정이 옳음을 논증하고자 한다. 효율적인 논의를 위해 주로 ‘국내에서 외국으로의 국제입양’ 사안을 중심으로 서술하고, 필요한 한도에서 ‘외국에서 국내로의 국제입양 사안’과 관련된 쟁점을 간략하게 부기한다.

II. 「국제사법」 제43조의 한계

1. 「국제사법」 제43조와 「입양특례법」 제10조간의 관계

현행 「입양특례법」 제10조제1항 각 호는 양친이 될 사람이 ① 양자를 부양하기에 충분한 재산이 있을 것, ② 양자에 대하여 종교의 자유를 인정하고 사회의 구성원으로서 그에 상응하는 양육과 교육을 할 수 있을 것, ③ 양친이 될 사람이 아동학대·가정폭력·성폭력·마약 등의 범죄나 알코올 등 약물중독의 경력이 없을 것, ④ 양친이 될 사람이 대한민국 국민이 아닌 경우 해당 국가의 법에 따라 양친이 될 수 있는 자격이 있을 것, ⑤ 그밖에 양자가 될 사람의 복지를 위하여 보건복지부령이 정하는 필요한 요

도 위 법을 준수해야 한다는 취지로 판시한 바 있다. 위 심판을 소개하고 있는 문헌으로 석광현, “국제가사사건을 다루는 법률가들께 드리는 고언(苦言)”, 家族法研究 第30卷 1號(2016), 112-113면.

4) 석광현(2016), 113-116면은 양자될 자격에 대해 정하고 있는 「입양특례법」 제9조와 양부모될 자격에 대해 정하고 있는 「입양특례법」 제10조를 ‘국제적 강행규정’으로 해석해야 한다고 주장하면서 위와 같은 가정법원의 태도를 결론적으로 지지하고 있다.

5) 위 협약은 1995. 5. 1. 발효된 세계 최대 규모의 입양 관련 국제협약으로서 2017. 3. 29. 현재 우리나라의 주요 입양 상대국인 미국, 캐나다, 호주, 중국 등을 비롯한 총 98개국이 위 협약을 비준 내지 수락하였으며, 우리나라도 2013. 5. 24. 위 협약에 서명하였다. 헤이그 입양협약 가입국 명단은

<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=69>에서 확인할 수 있다(최종방문일자: 2018. 6. 10.). 헤이그 입양협약의 비준 필요성을 논하고 있는 문헌으로 석광현, 505-506면; 석광현, 주해친족법, 1718면; 석광현, “헤이그입양협약 비준을 위한 2016년 ‘국제입양에 관한 법률안’에 대한 검토”, 家族法研究 第31卷 1號(2017), 105-106면; 이병화, “입양아동의 국제적 보호”, 國際法學會論叢 第48卷 第2號(2003), 146-147면; 장복희, “국제입양에 관한 헤이그협약과 국내입양법의 개선”, 저스티스 통권 제93호(2006), 229-230면; 현소혜, “헤이그 입양협약 가입에 따른 국제입양절차 개편방안”, 家族法研究 第28卷 2號(2014), 71-74면. 헤이그 입양협약의 문제점을 논하고 있는 문헌으로 최흥섭(1998), 828-829면 참조.

건을 갖출 것을 요구하고 있다. 또한 「입양특례법 시행규칙」 제4조는 위 「입양특례법」 제10조제1항 제5호에 따라 ① 양친될 자가 대한민국 국민인 경우에는 25세 이상으로서 양자될 사람과의 나이 차이가 60세 이내일 것을, ② 양친될 자가 대한민국 국민이 아닌 경우에는 25세 이상 45세 미만일 것을 요구하면서, 다만 보건복지부장관이 양친이 될 사람의 가정환경이 양자를 건전하게 양육하기에 적합하다고 인정하는 경우에는 위 요건을 면제할 수 있도록 하고 있다.

위 조문에서 명확히 드러나는 바와 같이 「입양특례법」의 입법자는 ‘양친이 될 사람이 대한민국 국민이 아닌 경우 해당 국가의 법에 따라 양친이 될 수 있는 자격이 있을 것’을 요구하고 있는바, 외국으로의 국제입양에 있어서 양부모와 관련된 입양의 성립 요건에 대해 양친의 본국법을 따르도록 한 「국제사법」 제43조의 태도를 충실히 따르고 있다. 다만, 보건복지부령을 통해 ‘양친될 자가 대한민국 국민이 아닌 경우에는 25세 이상 45세 미만일 것’을 추가로 요구하고 있는바, 위 요건은 「국제사법」 제7조에서 정하고 있는 국제적 강행규정에 해당함이 문언상 명백하므로 준거법인 양친의 본국법과 관계 없이 언제나 준수되어야 할 것이다.

문제는 그 밖의 요건이다. 가령 양부모에게 충분한 재산을 요구하거나, 양부모에게 범죄경력이나 알코올 기타 약물중독 경력이 없을 것 등을 요구하고 있는 「입양특례법」상의 요건은 양친이 외국인인 경우에도 반드시 적용되어야 하는 국제적 강행규정인가. 입법자의 의사는 명확하지 않다.⁶⁾ 이를 국제적 강행규정으로 볼 것인지 여부는 법률의 해석 문제일 뿐이다. 이에 대한 국제사법 학자들의 견해는 오랫동안 명확하지 않았다. 다만, 최근 들어 이를 국제적 강행규정으로 보아 양친의 본국법과 함께 적용되어야 한다는 취지의 견해가 주장되기 시작하였다.⁷⁾ 私見으로는 위 견해에 찬성한다. 「입양특례법」상 양부모에 관한 요건은 우리 입양법제에서 특별한 의미를 갖기 때문이다.

우리나라의 입양은 오랫동안 계약형 입양의 형태를 택하여 왔으며, 자녀를 위한 입양이라기보다는 가(家) 또는 부모를 위한 입양으로서의 성격을 가지고 있었다. 따라서 일반입양의 경우에 성년이기만 하면 누구나 양부모가 될 수 있고(「민법」 제866조), 친양자 입양이라도 3년 이상 혼인 중인 부부이기만 하면 누구나 가능하다(「민법」 제908조의2). 2013. 7. 1.부터 입양허가제가 시행된 이후로도 「민법」상 입양 또는 친양자입양의 경우에 양부모 될 자가 입양을 하기에 적절한 자격을 갖추었는지 여부에 대한 심사 기준은 오롯이 법관의 재량에 맡겨져 있으며, 법으로 그 최소한의 기준을 강제하지 않

6) 이를 들어 「입양특례법」이 국제사법적 사고의 빈곤을 드러내고 있다고 비판하는 견해로 석광현, “개정 입양특례법과 국제사법적 사고의 빈곤”, 法律新聞 第4037號(2012. 6. 7. 발간)(이하 ‘석광현, ’신문’으로 인용한다.), 11면; 석광현, “국제입양에서 제기되는 國際私法의 제 문제”, 家族法研究 第26卷 3號(2012), 382면 참조.

7) 석광현, 신문, 11면; 석광현, 497면; 석광현, 주해친족법, 1699, 1705면; 석광현(2016), 113면. 이와 관련하여 석광현(2016), 113면은 “국제사법에 따르면 양친이 될 자격은 양친의 본국법이 결정할 사항이지 한국법이 결정할 사항은 아니다. 그런데 만일 이렇게 해석한다면 제10조는 무의미한 조문이 될 것이다. 그러나 입법자들이 제10조를 둔 것은 국외입양에서 아동의 보호를 위하여 반드시 준수되어야 한다고 믿었기 때문일 것이다.”라고 서술하고 있다. 하지만 「입양특례법」 제10조는 국내입양과 국제입양에 두루 적용되는 것이므로, 위 조문 중 위 ① 내지 ③의 요건이 국제입양에 적용되지 않는다고 하여 반드시 위 조문이 ‘무의미한 조문’이 되는 것은 아니다. 혹시라도 위 논문의 서술을 오독(誤讀)하여 위 조문이 국제입양에만 적용되는 것으로 오인하는 독자가 있을까 하는 기우에 굳이 덧붙인다.

는다.

반면 「입양특례법」은 입양허가제가 도입되기 훨씬 전부터 위와 같은 양부모의 자격에 관한 요건을 법정하고, 그 기준에 부합하지 않는 자에게는 입양을 허용하지 않았다. 이는 원가정 양육이 불가능하여 보호가 필요한 아동(‘요보호아동’이라고 한다.)의 입양만을 적용대상으로 삼고 있는 「입양특례법」의 고유한 특성⁸⁾에서 비롯된 것으로서, 입법자가 요보호아동의 입양은 일반적인 계약형 입양과는 달리 오로지 ‘자녀를 위한 입양’이어야 한다는 것, 대한민국의 보호 하에 있는 요보호아동에게는 「민법」상 입양과 달리 적어도 가정폭력이나 빈곤의 우려가 없는 양질의 양육환경을 보장해주고자 한다는 것을 선언한 것이다.

요보호아동의 국내입양에 있어서 이와 같은 최저한의 요건을 설정한 이상, 위 기준은 국제입양에 있어서도 당연히 관철되어야 한다. 헤이그 입양협약 제4조와 「입양특례법」 제7조는 모두 국내입양이 가능한 경우에 그 아동을 해외로 입양 보내는 것을 금지하고 있다. 아동인권의 관점에서 아동의 상거소지를 인종적·문화적·사회적·종교적 배경이 전혀 다른 국가로 강제 이동시키는 국제입양은 가급적 지양(止揚)되어야 하기 때문이다. 사정이 이러하건대, 「입양특례법」이 국내입양을 가는 아동에게 보장해주고자 한 최저한의 양육환경이 정작 국제입양을 가는 아동에게는 보장되지 못한다는 것은 어불성설이다. 따라서 국제입양을 가는 요보호아동에 대해서도 「입양특례법」 제10조제1항은 반드시 적용되어야 한다. ‘국내에서의 국외입양’, 즉 외국 국적의 양부모가 국내에 상거소지를 가지고 있는 경우에 양자에게 국내입양과 같은 수준의 보호가 제공되어야 함은 물론이다.

물론 수령국에 따라서는 우리나라보다 양부모에 관한 기준을 엄격하게 설정해 놓은 입법례도 있을 것이며, 이 경우에는 양친의 본국법에 따라 입양의 성립요건을 정하더라도 아동의 복리관점에서 크게 문제되지 않을 수도 있다. 하지만 우리나라보다 양부모에 관한 기준이 완화되어 있는 수령국도 존재한다는 점, 양부모 자격을 엄격하게 정하고 있는 경우라도 입양허가심판에 대해 국제재판관할권을 가지고 있는 우리나라 법원⁹⁾으

8) 「입양특례법」의 적용대상이 되는 ‘요보호아동’에는 ① 보호자로부터 이탈된 사람으로서 특별시장·광역시장·도지사 및 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장이 부양의무자를 확인할 수 없어 「국민기초생활 보장법」에 따른 보장시설에 보호의뢰한 사람, ② 부모(부모가 사망이나 그 밖의 사유로 동의할 수 없는 경우에는 다른 직계존속을 말한다.) 또는 후견인이 입양에 동의하여 보장시설 또는 제20조에 따른 입양기관에 보호의뢰한 사람, ③ 법원에 의하여 친권상실의 선고를 받은 사람의 자녀로서 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 보장시설에 보호의뢰한 사람, ④ 그 밖에 부양의무자를 알 수 없는 경우로서 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 보장시설에 보호의뢰한 사람이 포함된다(「입양특례법」 제9조). 석광현, 신문, 11면; 석광현, 497면; 석광현, 주해친족법, 1700, 1705면; 석광현(2016), 114면; 석광현(2017), 126-127면은 위 조문이 양자와 관련된 입양의 성립요건 중 하나라는 전제 하에 「국제사법」 제43조에도 불구하고 위 조문은 국제적 강행규정으로서 양친의 본국법과 함께 적용되어야 한다고 서술하고 있다. 하지만 위 조문은 엄밀히 말하자면 입양의 성립요건에 관한 조문이 아니다. 위 요건에 해당하지 않는 아동의 경우에도 입양의 성립은 가능하다. 「입양특례법」에 따른 절차를 이용하지 못하고, 「민법」상 친양자입양 제도에 따라 입양 절차를 진행해야 할 뿐이다. 서울고등법원 1989. 7. 24. 선고 88르1028 판결; 서울가정법원 2013. 2. 22. 선고 2012느합356 심판(확정)의 태도도 필자와 같은 것으로 판단된다.

9) 현행 「국제사법」 제2조에 따르면 “당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우”에 우리나라 법원에 국제재판관할권을 인정하고 있으며, 실질적 관련성의 유무를 판단함에 있어서는 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙과 국내법의 관할 규정을 참작하여야 하는바,

로서는 증거와의 거리로 인해 양부모가 그의 본국법에 따른 요건을 갖추었는지 여부를 충실히 심리하기가 쉽지 않다는 점을 고려하지 않을 수 없다.

이상과 같이 「국제사법」 제43조에도 불구하고 「입양특례법」 제10조가 국제적 강행규정으로서 입양의 성립요건에 관하여 함께 적용되어야 함을 논증하였다. 하지만 그것으로 충분한가. 2. 이하에서는 아무리 「입양특례법」 제10조를 통해 보완하더라도 「국제사법」 제43조만으로는 외국으로의 국제입양과 관련된 문제를 모두 해결하는 것이 불가능하다는 점을 논증하고자 한다.¹⁰⁾

2. 양속위반과 동성혼

「국제사법」 제43조에 따라 양친의 본국법을 적용하는 경우에 그 적용의 결과가 ‘대한민국의 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 명백히 위반’ 되는지 여부가 문제될 가능성이 적지 않다. 동성혼 부부에 의한 입양을 허용할 것인지 여부의 문제가 대표적이다.

우리나라 아동이 주로 입양되어 가는 국가들에서는 대부분 동성혼을 허용하고 있다. 현재 「입양특례법」에 따라 요보호아동이 입양되는 국가는 미국, 스웨덴, 캐나다, 노르

「가사소송법」 제44조제1항 4호에 따르면 입양 또는 친양자입양에 관한 사건은 양자나 친양자가 될 사람의 주소지 가정법원에 관할이 있으므로, 국내에서 외국으로의 국제입양의 경우에도 양자가 거주하고 있는 우리나라 법원에 국제재판관할이 인정될 것이다. 김문숙(2005), 319-320면; 석광현(2012), 370면은 양자될 자 뿐만 아니라 양친될 자의 주소지국(또는 상거소지국)과 국적국에 모두 국제재판관할권이 인정된다는 입장이며, 2018. 1. 19.자로 입법예고된 ‘국제사법 전부개정법률안’(법무부공고 제 2018-17호, 이하 ‘국제사법 전부개정안’이라고 한다.) 제59조제1항 역시 “입양의 성립에 관한 사건에 대하여는 양자가 되려는 사람 또는 양친이 되려는 사람의 상거소가 대한민국에 있는 경우”에 대한민국에 국제재판관할권을 인정하고 있다.

10) 2. 내지 5.에서 서술하고 있는 내용 외에 「국제사법」이 양친의 본국법주의를 택하고 있는 결과 발생할 수 있는 문제로서 요보호아동이 아닌 일반아동이 해외로 입양되어 갈 때 우리나라 「민법」에 따른 입양허가를 받도록 할 것인지 여부에 대해서도 검토할 필요가 있다. 양친의 본국법에서 입양허가를 요구하지 않는다면 그에 따라 입양허가절차를 거치지 않는 입양의 성립이 가능하기 때문이다. 석광현, 주해친족법, 1698면; 석광현(2017), 129면은 “선고형 입양에 의할지 아니면 계약형 입양에 의할지는 입양의 방식의 문제가 아니라 입양성립의 태양 내지 방법의 문제로서 입양의 준거법에 따를 사항”이라고 주장하면서 이러한 경우에도 양친의 본국법에 따라 재판을 거치지 않고 입양이 가능하다는 입장이다. 김문숙(2005), 309면 역시 입양에 관한 재판은 “입양의 단순한 방식의 문제가 아니라 입양의 실질적 요건”이라고 서술한 바 있다. 하지만 현소혜, “개정 「민법」상 입양과 「입양특례법」상 입양-체계적합성의 관점에서-”, 家族法研究 第27卷 1號(2013), 95면에서 적어도 재판상 입양에서는 이를 입양의 방식의 문제로 보아 행위지법에 따를 수 있도록 해야 한다고 주장한다. 입양의 당사자가 양친의 본국에서 그 법에 따라 입양허가 없이 입양을 성립시키는 것을 막을 방도는 없으나, 적어도 당사자가 우리나라에서 스스로 입양허가심판을 받아 입양을 성립시키고자 하는 경우에게까지 입양허가제의 이용을 못하게 막을 필요는 없을 것이다. 법원의 허가를 입양의 방식이 아닌 성립요건으로 본다면 성년입양의 문제를 어떻게 처리할 것인지도 문제이다. 우리나라에서는 순수한 계약형 입양인 성년입양에 대해 양친의 본국법이 법원의 허가를 요구하는 경우가 이에 해당한다. 만약 양친의 본국에 국제재판관할권이 인정된다면 양친의 본국법 절차에 따라 입양허가를 받을 수 있겠으나, 양자의 본국인 우리나라에만 국제재판관할권이 인정된다면 우리나라에서 양친의 본국법에 따른 입양허가를 해주어야 한다는 것인데, 우리 「가사소송법」 제2조에는 성년자를 위한 입양허가 사건이 열거되어 있지 않으므로 난감한 상황에 빠질 수 있다. 이에 대해 김문숙(2005), 310-311면은 우리나라에서 인정되지 않는 형태의 선고형 입양이라도 “본국법이 선고형 입양을 채용하는 경우, 양친의 본국법에 따라 입양의 성립에 관하여 가정법원이 대행할 수 있다.”는 입장이나, 입법론으로서는 몰라도 우리 「가사소송법」의 해석론으로는 실현 불가능한 견해인 것으로 보인다.

웨이, 호주, 이탈리아, 덴마크, 룩셈부르크 및 프랑스 정도이다.¹¹⁾ 그런데 이 중 캐나다는 2005. 7. 20.에 이미 동성혼을 허용하는 내용의 법률(「Civil Marriage Act」)을 시행하였고, 스웨덴은 2009. 5. 1.부터, 노르웨이는 2009. 1. 1.부터, 덴마크는 2012. 6. 15.부터, 프랑스는 2013. 5. 19.부터, 룩셈부르크는 2015. 1. 1.부터 동성혼을 허용하였다. 완강하게 저항하던 미국 역시 연방대법원이 2015. 6. 26. Obergefell v. Hodges 사건에서 동성혼을 금지하는 주법은 위헌이며, 다른 주에서 유효하게 성립한 동성혼의 효력을 인정해야 한다고 선언함으로써 동성혼 허용 국가에 합류하였다. 주별로 편차가 컸던 호주 역시 2017. 12. 9.부터 모든 주에서 동성혼을 허용하였다. 결국 주요 입양대상국 중 이탈리아를 제외한 모든 국가에서 동성혼이 허용된 셈이다.¹²⁾

그리고 위 모든 국가에서는 동성혼 관계에 있는 자가 입양을 하는 것도 허용된다.¹³⁾ 가령 미국과 캐나다의 모든 주와 스웨덴, 노르웨이, 호주, 룩셈부르크, 프랑스는 동성혼 부부가 입양하는 것을 무제한적으로 허용한다. 덴마크는 한 때 동성혼 부부 중 일방의 생물학적 자녀를 다른 일방이 입양하는 것만을 허용하였으나, 2010년 이후로는 동성혼 부부의 입양을 전면적으로 허용하였다. 이탈리아에서는 동성혼 자체를 허용하지는 않지만, 2016. 6. 22. 파기원 판결에 의해 동성 커플 중 일방이 다른 일방의 친생자를 입양하는 형태의 계자입양은 가능해졌다. 따라서 해당 국가에서 적법하게 동성혼 관계에 있는 양부모가 우리나라의 아동을 입양하고자 하는 경우에 법원이 해당 국제입양을 허가할 수 있는지 여부가 문제된다.

현재 우리 「국제사법」 제43조에 따르면 양친의 본국법이 동성혼 부부의 입양을 허용하는 이상 우리 법원으로서도 그 입양을 허가해야 함이 원칙일 것이다. 다만, 「국제사법」 제10조는 “외국법에 의하여야 하는 경우에 그 규정의 적용이 대한민국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 명백히 위반되는 때에는 이를 적용하지 아니한다.” 라고 규정하고 있으므로, 법원이 이와 같은 공서조항을 들어 양친의 본국법의 적용을 배제하고, 입양허가청구를 기각할 가능성이 있다. 우리나라에서는 동성혼이 「민법」 제103조상의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우에 해당하여 허용할 수 없다는 견해¹⁴⁾가 한

11) 최근 3년간(2015-2017년) 국가별 해외입양 현황은 아래와 같다.

| 년도 | 계 | 미 국 | 스웨덴 | 캐나다 | 노르웨이 | 호주 | 룩셈부르크 | 덴마크 | 프랑스 | 이탈리아 |
|------|-----|----------------|--------------|--------------|--------------|--------------|-------------|-------------|-------------|--------------|
| 2015 | 374 | 278 (74.3%) | 36 (9.6%) | 22 (5.9%) | 10 (2.7%) | 6 (1.6%) | 6 (1.6%) | 5 (1.3%) | - | 11 (3.0%) |
| 2016 | 334 | 222 (66.4%) | 31 (9.3%) | 23 (6.9%) | 23 (6.9%) | 10 (3.0%) | 3 (0.9%) | 5 (1.5%) | 3 (0.9%) | 14 (4.2%) |
| 2017 | 398 | 274 (68.8%) | 25 (6.3%) | 28 (7.0%) | 20 (5.0%) | 24 (6.0%) | 5 (1.3%) | 6 (1.5%) | 5 (1.3%) | 11 (2.8%) |

출처:

http://www.kadoption.or.kr/board/board_view.jsp?no=218&listSize=10&pageNo=1&bcode=06_1&category=%ED%86%B5%EA%B3%84 (최종방문일자: 2018.6.10.)

12) 이탈리아에서도 동성혼을 허용하지 않는 대신, 2016년부터 ‘시민결합’ 제도를 도입하여 동성혼에 혼인에 준하는 효과를 인정하고 있다.

13) 그 밖에 동성커플의 입양에 대한 독일과 프랑스의 입법례와 경향을 소개하고 있는 문헌으로 안소영, “재입양의 허용에 관한 고찰”, 家族法研究 第29卷3號(2015), 335-336, 337-338면.

14) 가령 인천지방법원 2004. 7. 23. 선고 2003드합292 판결은 동성 간의 사실혼 유사의 동거관계는 “사회관념상 가족질서적인 면에서도 용인될 수 없는 것”이라고 판시한 바 있다.

동안 통설이었기 때문이다.

물론 「국제사법」 제10조의 해석과 관련하여서는 이를 「민법」 제103조가 정하고 있는 ‘국내적 공서’와 같은 개념으로 해석할 수 없고, 외국법 존중의 원칙에 입각하여 ‘국제적 공서’¹⁵⁾로 좁게 해석해야 한다는 것이 국제사법학계의 일반적인 견해¹⁶⁾이다. 이와 같이 국제적 공서를 강조한다면 이제 국제적으로 보편화되어 가고 있는 동성혼은 우리나라에서도 그 효력을 선불리 부인할 수 없을 것이다. 그럼에도 불구하고 ‘국제적 공서’는 해당 국가의 기본적 법질서를 수호하기 위한 것이므로, 해당 국가의 공서 관념이 다소간 반영될 수밖에 없다는 이른바 ‘공서개념의 국가성’¹⁷⁾을 고려하면 법원이 여전히 외국에서 적법하게 성립된 동성혼의 효력에 대해 부정적인 판단을 내릴 가능성도 없지 않다.¹⁸⁾ 아무리 국제적 공서 개념을 좇는다고 하더라도, 준거법인 외국법이 우리 헌법이 정하고 있는 근본적인 가치 관념에 반하는 결과를 야기하는 경우에까지 우리나라가 그 준거법의 적용을 승인할 의무는 없는데¹⁹⁾, 우리 법체계상 동성혼은 우리 헌법 제36조제1항에 의해 금지된다고 보는 견해도 적지 않기 때문이다.²⁰⁾

한편 동성혼의 허용 여부 그 자체와 동성 커플에 의한 입양의 허용 여부에 대한 판단이 언제나 일치해야 하는 것은 아니라는 견해도 가능하다.²¹⁾ 동성혼 자체는 우리나라의 공서 개념에 반한다고 하더라도, 동성혼 관계에 있는 자가 자녀를 성실히 양육하면서 그 부양의무를 다한 경우에 그 법정친자관계의 성립과 상속권을 인정하는 것이 오히려 선량한 풍속에 부합하는 결과일 수도 있기 때문이다. 대법원 역시 “당시의 민법 규정에 따라 적법하게 입양신고를 마친 사람이 단지 동성애자로서 동성과 동거하면서 자시의 성과 다른 성 역할을 하는 사람이라는 이유만으로는 입양이 선량한 풍속에 반하여 무효라고 할 수 없고, 이는 그가 입양의 의사로 친생자 출생신고를 한 경우에도 마찬가지이다.”라고 판시한 바 있다.²²⁾

15) 물론 ‘국제적 공서’의 개념에 대해서는 여러 가지 논란이 있다. 대표적으로 이병화, “國際的 公序問題에 관한 研究”, 比較私法 제12권 2호(2005), 411-454면 참조.

16) 대표적으로 김연/박정기/김인유, 『국제사법』(제3판), 法文社, 2012, 224-225면; 석광현, 176-177면; 신창섭, 『국제사법』(제4판), 세창출판사, 2018, 164-165면; 申昌善/尹南順, 『新國際私法』(제2판), 도서출판 피데스, 2016, 184-185면; 안춘수, 174면.

17) 석광현, 177면.

18) 석광현, 주해친족법, 1667면은 “외국법에 따라 동성혼과 동성의 생활동반자관계가 등록되었다라도 그의 효력을 직접 인정하는 것은 우리의 공서에 반할 것”이라고 서술하고 있다.

19) 같은 취지로 석광현, 178면; 석광현, 주해친족법, 1581면 참조.

20) 대표적으로 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2014, 216면. 대법원 2011. 9. 2.자 2009스117 결정(全). 가족관계등록공무원의 혼인신고 불수리처분에 대한 동성커플의 불복신청에 대한 서울서부지법 2016. 5. 25.자 2014호파1824 결정도 참조하라.

21) 안소영(2015), 354-357면 역시 동성 커플에 의한 입양의 허용 여부는 “아동의 복리를 기준으로 판단할 일이지 양친이 동성애자라는 사실만으로는 입양이 금지되어서는 안 될 것”이라는 취지로 서술하고 있다. 다만, 위 논문 359-360면은 동성혼 부부가 양부모가 되는 국제입양과 관련하여 “아동의 최선의 이익을 결코 위협을 감수할 수는 없다고 보아야 할 것이므로, 원칙적으로 양친이 동성혼부부 혹은 동성커플인 경우 입양을 금지하지는 않더라도 사안에 따라 특별한 사정이 있는 경우가 아니라면 우리나라도 동성의 양친에게 아동을 입양보내는 것에는 신중을 기할 수밖에 없을 것”이라고 서술하고 있다.

22) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012므806 판결. 이는 甲女와 동성애 관계 있었던 乙女가 입양의 의사로 丙에 대해 허위의 친생자출생신고를 한 후 甲女와 함께 丙을 양육하다가 甲女가 다시 丙에 대해 입양신고를 하고 甲女와 乙女, 그리고 丙이 계속 함께 생활한 경우에 甲女の 丙에 대한 입양신고에 의해 乙女와 丙 간의 양친자관계가 파양되었다고 보아야 할 것인지 여부가 문제되었던 사안이다. 단,

이와 같이 동성혼에 대한 판단과 동성혼 부부에 의한 입양에 대한 판단을 달리하는 경우에는 입양 성립시의 양친의 준거법에 따라 부부공동입양의 원칙을 적용할 것인지 또는 국가적 공서 개념에 따라 부부는 아닌 것으로 보고 순차입양의 형태를 취하도록 할 것인지 등도 문제될 것이며, 동성혼 부부 중 일방과 양자될 자 사이에 이미 친생자 관계 또는 양친자관계가 존재하는 경우라면 계자입양의 목적을 달성하는 것이 우리 입양 절차상 가능한지도 검토해야 할 것이다. 친양자 입양 절차에 따른 계자입양을 하기 위해서는 ‘1년 이상 혼인 중인 부부일 것’이라는 요건을 갖추어야 하므로 동성혼의 효력 자체를 승인하지 않을 수 없고, 일반입양절차에 따른 계자입양을 하고자 하는 경우에는 불완전 입양의 효과로 인해 그 입양의 성립을 인정하기 어렵기 때문이다.²³⁾ 요보호아동의 입양보다 계자입양의 요건을 완화해서 보는 경향에 비추어 볼 때 위와 같은 제도적 맹점으로 인해 계자입양에 어려움을 겪을 수밖에 없는 동성혼 부부에게 정작 요보호 아동의 입양은 무제한적으로 허용하는 것도 기이한 결론이다.

이상에서 살펴본 바와 같이 양친될 자가 본국법에 따라 적법하게 성립한 동성혼 부부인 경우에 우리나라 아동의 입양을 허용할 것인지 여부에 대해서는 사안에 따라 또는 관점에 따라 다양한 견해가 개진될 수 있다. 본 논문의 목적은 현행 「국제사범」에 따라 동성혼 부부의 입양을 허용할 것인지 또는 어느 범위까지 허용할 것인지를 탐구하는데 있지 않다. 위 문제에 지면을 할애한 주요한 이유는 입양의 성립요건 중 양친의 자격을 둘러싼 각국 입법례를 충분히 고려하지 않은 채 일률적으로 양친의 본국법을 입양의 준거법으로 삼는 것이 초래할 수 있는 결과를 증명하기 위함이다.

국가는 태어난 가정에서 자라기 곤란한 아동에게 건강하게 자랄 수 있는 다른 가정을 제공하기 위하여 필요한 모든 조치와 지원을 할 의무가 있다(「입양특례법」 제3조제2항). 그럼에도 불구하고 입양 대상 아동이 ‘건강하게 자랄 수 있는 다른 가정’의 기준이나 자격을 국가가 명시하지 않은 채 뭉뚱그려 ‘양친의 본국법’에 따라 결정되도록 하면서 해당 양친의 본국법에 따른 자격 요건이 마음에 들지 않을 때에만 ‘선량한 풍속 그 밖의 사회질서’라는 불확정 개념에 따라 그 적용을 배척하는 것은 첫째, 국가의 책무를 방기하는 것이고, 둘째, 입법자의 역할을 법관에게 떠넘기는 것이며, 셋째, 입양절차의 불안정성을 증가시킨다. 법관이 양속위반 여부의 판단을 위해 많은 시간을 소요할수록 입양대상아동의 대기기간은 장기화되고, 이는 안정적 애착관계의 형성과 정서발달에 심각한 해를 가한다는 점을 상기할 필요가 있다.

그러므로 「입양특례법」에 따른 요보호아동의 국제입양이건, 「민법」에 따른 일반 입양 또는 친양자입양에 의한 국제입양이건 대한민국 국민인 아동이 해외로 입양 가는 경우에 양부모가 갖추어야 하는 최소한의 자격을 담보하기 위해 외국으로의 입양에서 입양의 성립요건, 특히 양친의 자격에 관한 요건은 해당 아동에 대해 보호할 책임이 있는 양자의 본국법에 따르도록 해야 한다.

대법원은 법률상 부부가 아닌 甲女와 乙女가 공동으로 양부모가 될 수 있는 것은 아니라는 입장이다. 위 판결을 상세히 소개하고 있는 문헌으로 안소영(2015), 342-345면 참조.

23) 이에 관해 자세히는 III. 1. 이하의 서술을 참조하라.

3. 양부모의 국적이 동일하지 않은 경우

국제입양에는 양부모가 동일한 국적을 가지고 있는 경우도 있지만, 양부모의 국적이 서로 다른 경우도 있다. 양부모 쌍방과 양자 모두의 국적이 다른 3국간 입양 또는 양부모 중 일방과 양자의 국적이 동일하나 양부모 중 다른 일방은 다른 국적을 가지고 있는 2국간 입양이 이에 해당한다. 미국인과 영국인이 혼인하여 한국에서 거주하던 중 한국 출신 아동을 입양하고자 하는 경우가 전자의 예에, 미국인과 혼인한 한국인이 한국 출신 아동을 입양하여 미국에서 아동을 양육하고자 하는 경우가 후자의 예에 해당한다.

그런데 현행 「국제사법」 제43조는 양부모가 동일한 국적을 가지고 있지 않은 경우에 대한 해결책을 제시하지 못한다. 양부모의 국적이 동일한 것을 전제로 ‘양친의 본국법’에 따른다고만 정하고 있기 때문이다. 그렇다면 양부모의 국적이 서로 다른 경우에는 어느 법을 준거법으로 삼아야 할 것인가. 「국제사법」 제36조²⁴⁾에 준하여 각 당사자에 관하여 그 본국법이 적용된다고 할 것인가. 또는 「국제사법」 제40조제1항²⁵⁾에 준하여 입양 당시 양부모 중 일방의 본국법이 적용된다고 할 것인가.

입양에 있어서는 어느 쪽도 만족스럽지 않다. 먼저 뒤의 견해는 부부가 공동으로 입양하는 경우 양부모와 자녀 사이에 하나의 입양이 성립하는 것을 전제로 한 것이다(‘공동설’). 하지만 우리 민법은 부부공동입양에 관하여 ‘개별설’의 입장에 있다는 것이 다수설과 판례의 태도이다.²⁶⁾ 따라서 양부와 양모에 대해 별개로 입양의 성립요건을 검토하는 것이 옳다. 이와 같은 견지에서 일부 문헌은 앞의 견해를 택하여 부부 각각에 대해서 당연히 그 본국법이 적용된다는 전제로 서술한다.²⁷⁾ 하지만 이와 같이 배분적 연결방식을 택할 경우에는 그 법률관계가 지나치게 복잡해지는 단점이 있다.²⁸⁾

가령 양부는 자신의 본국법에 따른 요건을 갖추었으나, 양모는 자신의 본국법에 따른 요건을 갖추지 못한 경우에 양자는 양부와는 관계에서는 입양이 유효하게 성립하지만, 양모와의 관계에서는 성립하지 않는다는 결과가 되는데, 양부와 양모가 혼인 중이라면 다시 양부의 본국법이 부부공동입양의 원칙을 요구하는지 여부를 검토해야 하는바, 이를 요구하는 입법례라면 양부와 양모 모두와의 입양이 성립하지 않을 것이나, 부부공동입양을 요하지 않는 입법례라면 양부와는 단독입양이 성립하고, 양모와는 양부를 매개로 하는 계친자관계를 맺게 된다.²⁹⁾ 이와 같은 결과가 양자의 복리에 부합하지 않음은 물론이다. 이는 양자를 함께 양육하던 양부모가 이혼하는 경우에 친권자나 양육권자 지

24) 「국제사법」 제36조제1항은 “혼인의 성립요건은 각 당사자에 관하여 그 본국법에 의한다.”고 규정하고 있다.

25) 「국제사법」 제40조제1항은 “혼인중의 친자관계의 성립은 자(子)의 출생 당시 부부 중 일방의 본국법에 의한다.”고 규정하고 있다.

26) 개별설을 택하고 있는 판례로 대법원 1998. 5. 26. 선고 97므25 판결. 그밖에 개별설과 공동설의 대립 및 각 견해의 근거 등에 자세히는 편집대표 윤진수/현소혜 집필부분, 『주해친족법』 제1권, 박영사, 2015, 750-751면 참조.

27) 김문숙(2005), 309, 311면; 김연/박정기/김인유, 395면; 신창섭, 331면; 申昌善/尹南順, 373면; 석광현, 495; 석광현, 주해친족법, 1698면.

28) 이와 같은 점을 지적하고 있는 문헌으로 석광현, 495-496면; 석광현, 주해친족법, 1698면; 申昌善/尹南順, 373면; 안춘수, 313면.

29) 같은 취지로 김문숙(2005), 311면도 참조하라.

정, 양모(법적으로는 계모)가 사망한 경우에 상속, 양부와 의 파양시 양모와의 인척관계 단절 등 다양한 쟁점에서 양자의 입장에서는 수인하기 어려운 결과를 가져올 가능성이 높기 때문이다.

이와 같이 양부모의 국적이 동일하지 않은 경우에 배분적 연결방식에 따른 문제를 해결하는 방법은 크게 세 가지이다. 첫 번째 방법은 양친의 본국법주의를 택하면서 양부모의 국적이 다른 경우에 대비한 특례규정을 만드는 것이다.³⁰⁾ 가령 독일의 민법시행법 제22조는 “부부의 일방 또는 쌍방에 의한 입양은 제14조제1항에 따라 혼인의 일반적 효력의 준거법에 따른다.” 고 규정하고 있는바, 부부 쌍방의 본국법이 동일하지 않는 경우에는 부부 쌍방의 공통의 상거소지법이, 공통의 상거소지가 없는 경우에는 부부 쌍방과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이 적용된다. 프랑스 민법 제370조의3제1항의 태도도 이와 같다. 하지만 우리 입법자는 친자관계에 있어 혼인의 일반적 효력의 준거법을 준용하지 않았다는 이유로 입양에 관해서도 이를 택하지 않은 바 있다.³¹⁾

두 번째 방법은 입양에 관하여 속인법주의를 포기하고 관할법적 접근을 택하는 것이다. 우리나라는 2008년부터 친양자 입양에 관하여, 2012년부터 「입양특례법」 상 입양에 관하여, 2013년부터는 「민법」 상 일반입양에 관해서까지 입양허가제를 도입하였다. 그런데 재판형 입양 제도를 택하고 있는 영미법권에서는 일단 입양의 성립 여부를 결정하는 법원 기타 공적 기관의 관할권을 정하고, 그 관할 법역의 법을 준거법으로 삼는 태도를 취하는바, 우리나라도 법정지법주의에 따른 관할법적 접근을 택하는 방법을 고려해볼 수 있다. 그러나 우리는 「민법」 상 친양자입양과 「입양특례법」 상 입양에 관해서는 그 재판의 확정과 동시에 입양이 성립하도록 하는 재판형 입양제도를 택하면서도 「민법」 상 일반입양에 대해서는 재판 확정 후 다시 입양신고를 해야만 입양이 성립할 수 있도록 함으로서 계약형 입양 구조를 그대로 유지하고 있으므로³²⁾, 속인법주의를 완전히 포기할 수는 없다.

세 번째 방법은 양친의 본국법주의를 양자의 본국법주의로 전환하는 것이다. 이 때에는 준거법이 양자의 본국법으로 고정되므로, 양친의 본국이 서로 일치하지 않거나 국적이 변경되더라도 언제나 동일한 준거법에 따라 법률관계를 통일적으로 처리할 수 있다는 장점이 있다.³³⁾ 추후 양친의 본국법이 변경되더라도 준거법을 양자의 본국법으로 고정시킬 수 있다는 장점도 있다. 게다가 위 2.에서 살펴본 바와 같이 입양의 성립요건 중 양친에 관한 부분은 본래 양자의 본국법에서 정하도록 하는 것이 아동의 최선의 이익에 부합한다. 따라서 양부모의 국적이 다른 경우에 대비하여서도 양자의 본국법주의에 따

30) 이러한 방법을 지지하는 견해로 석광현(2017), 129면; 안춘수, 313면 참조. 김문숙(2005), 312면도 이와 같은 취지인 것으로 보인다.

31) 석광현, 495면; 석광현, 주해친족법, 1698면.

32) 반면 권재문, “친자관계의 성립과 효력, 성년후견, 부재와 실종에 관한 국제재판관할”, 國際私法研究 제21권 제1호(2015), 20면은 입양허가제의 도입에 의해 미성년자에 대한 입양은 모두 재판형 입양으로 전환되었으며, 성년자에 대한 입양만이 계약형 입양으로서의 성격을 갖는다고 서술하고 있다. 석광현(2017), 129면은 본고와 같이 민법상 일반입양은 계약형, 친양자입양은 재판형으로 파악하고 있다.

33) 이와 같은 관점에서 서로 다른 주소지에 거주하는 양부모가 공동으로 미성년자를 입양하는 경우에는 양자될 사람의 주소지에 국제재판관할권을 인정하여야 한다는 견해로 권재문(2015), 22면.

라 입양의 성립요건에 관한 준거법을 결정하도록 하는 것이 가장 효율적인 해결방법이다.

4. 파양

현행 「국제사법」 제43조는 입양의 성립뿐만 아니라 해소(특히 파양)에 관해서도 양친의 본국법을 적용할 것을 예정하고 있다. 다만, 이 때 양친의 본국법이란 파양 당시 양친의 본국법이 아니라, 입양 성립 당시 양친의 본국법을 의미한다고 한다.³⁴⁾ 입양은 성립시부터 종료시까지 동일한 법에 의해 규율되는 것이 합리적이고, 파양은 입양의 성립을 부정하는 것이므로, 파양의 준거법을 입양 성립의 준거법과 일치시킬 필요가 있다는 것이다.

하지만 양자녀의 입장에서 중요한 것은 입양 성립 당시 양친의 본국법을 적용할 것이냐, 입양 해소 당시 양친의 본국법을 적용할 것이냐의 문제가 아니다. 양자녀에게 가장 절실한 것은 파양된 경우 또는 파양사유가 있는 경우에 그에게 충분하고 적절한 보호가 제공될 수 있는가의 문제이다. 실제로 우리는 국제입양 후 양부모가 양자녀를 학대하거나 유기하는 사건들을 여럿 접해왔다.³⁵⁾ 이러한 경우에 해당 국가의 아동학대 관리 시스템이 제대로 작동하고, 양자녀에 대한 보호가 충분히 제공되고 있다면 모르겠으나, 그렇지 않은 경우에는 대한민국이 적극적으로 사태에 개입할 필요가 있다. 국가는 국민을 보호할 헌법상 의무가 있기 때문이다.³⁶⁾ 이를 위해 「입양특례법」 제25조 역시 입양기관의 장에게 입양 성립 후 1년간 양친과 양자의 상호적응상태에 관한 관찰 등 사후관리 서비스를 제공하도록 의무화하고 있다.

그러나 정작 사후관리 과정에서 아동학대나 유기가 발견된 경우에 우리는 무엇을 할 수 있는가. 현재로서는 해당 국가에 경찰권의 발동과 양부모의 처벌을 촉구하고, 입양아동을 위해 적절한 가정위탁이나 후견이 개시되도록 요구하는 것 외에는 별다른 방법이 없다. 이미 입양아동이 양부모 본국의 국적을 취득한 이상 우리 법에 따른 보호시스템이 작동할 수 없기 때문이다. 이러한 촉구하고 노력에도 불구하고 해당 국가에서 입양아동을 위해 제대로 된 보호가 제공되지 않는 경우라면 파양을 통해 양부모와의 관계를 단절하고, 우리 국적을 회복시켜서라도 아동이 제대로 보호받을 수 있어야 할 것인데, 현실적으로는 파양도 쉽지 않다.

첫 번째 이유는 파양 사건의 피고(양부모)가 본국에 거주하고 있는 이상 양부모의 본국 법원에 국제재판관할권이 인정될 가능성이 높기 때문이고³⁷⁾, 두 번째 이유는 우리나라

34) 김연/박정기/김인유, 396면; 석광현, 494면; 신창섭, 332면; 안춘수, 314면.

35) 대표적으로 2014년에는 미국인 양부가 한국에서 입양해 간 3세의 장애아동을 때려 숨지게 했던 사건이 언론에 대대적으로 보도된 바 있다. 경향신문 2014. 3. 18.자 기사(“입양아 현수 학대 살해 미 국인 양부 정식 기소”) 등 참조. 위 기사는

http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201403182200185&code=970201 에서 확인할 수 있다(최종방문일자: 2018. 6. 10.).

36) 정태호, “기본권보호의무”, 인권과 정의 제252호(1997), 83-108면. 국가는 대한민국 국적을 상실한 해외 입양인들을 재외국민의 범위에서 제외하고 있으나, 재외국민의 범위에 포함되지 않는다고 하여 국적 상실과 동시에 국가의 보호의무가 당연히 소멸한다고 볼 수는 없을 것이다.

라의 주요 입양 대상국에서는 파양 제도 자체를 인정하지 않는 비율이 높기 때문이며, 세 번째 이유는 설령 해당국이 파양을 인정하더라도 어차피 양자의 친생부모나 국내의 입양 알선 기관 등에게는 파양청구권이 인정되지 않기 때문이다. 외국인 양부모가 우리나라에서 입양 절차를 진행하여 입양허가심판이 확정된 후 마음을 돌이켜 입양의사를 철회하고 입양 대상 아동을 한국에 버려둔 채 본국으로 사라져버린 경우에는 더욱 곤란하다.³⁸⁾ 양부모의 본국법에 따른 적법한 입양의사의 철회인 경우에는 양부모의 본국에서 입양무효확인의 소라도 제기할 수 있겠으나, 양부모의 본국법이 위와 같은 입양의사의 철회를 허용하지 않는 법제이거나 본국법에 따른 적법한 철회가 아닌 경우에는 파양을 통해 위와 같은 문제를 해결하는 수밖에 없는데, 이 때에도 역시 양자는 위 첫째부터 셋째까지의 문제에 봉착하게 되기 때문이다.

한 가지 다행인 것은 최근 입법예고된 국제사법 전부개정안 제59조제2항이 피고인 양부모 중 한 쪽이 대한민국 국민인 경우뿐만 아니라, 자녀의 상거소가 대한민국에 있는 경우에도 우리 법원에 파양 사건에 관한 국제재판관할권을 인정하고 있다는 점이다.³⁹⁾ 이에 따르면 일단 대한민국에서 양자녀의 신원을 확보하고 있는 경우에는 국내법의 절차에 따라 파양 사건을 처리할 수 있어 학대 피해 아동의 보호에 큰 도움이 될 것으로 예상된다. 다만, 우리나라에 국제재판관할권을 인정하더라도 「국제사법」 제43조에 따라 입양의 해소에 관해서는 여전히 양부모의 본국법이 적용될 수밖에 없다는 한계가 있다. 양부모의 본국법이 파양을 허용하지 않는 경우에는 우리나라에서도 파양청구를 기각할 수밖에 없으므로, 친생부모와의 관계를 부활시키거나 국적을 회복시켜 국내에서 원가정 양육이나 그 밖의 아동 보호 조치를 하는 것이 불가능하기 때문이다.

서울가정법원은 일찍이 입양 성립 후 한 번도 양자를 만난 적도 없고, 부양의무를 이행한 적도 없는 미국 국적의 양부모에 대한 파양 청구 사건에서, 설령 피고인 양부모가 미국에 거주하고 있더라도 양자의 주소가 있는 우리나라에도 국제재판관할권을 인정해야 한다는 전제 하에, 이러한 경우에까지 양부모의 본국법에 따라 파양을 인정하지 않는 것은 “양자의 복지를 최우선으로 하는 양자제도의 취지에 비추어 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하므로” 법정지법인 우리나라 민법을 적용해야 한다는 취지로 판시한바 있다.⁴⁰⁾ 하지만 국제적 공서 개념에 비추어 볼 때 해당 국가가 파양을 인정하지 않는 것이 과연 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한다고까지 말할 수 있는지 여부는 의문이다. 완전입양에 파양을 인정하지 않는 것은 친양자 입양 관계의 안정적 보장을 위한 것

37) 권재문(2015), 16면; 석광현, 신문, 11면. 석광현(2012), 390-391면; 석광현, 주해친족법, 1701면도 같은 견해를 취하면서 이 점을 고려하여 파양에 관해 규정하고 있는 「입양특례법」 제17조는 국제입양에 적용될 수 없다고 주장하나, 우리 법원에 국제재판관할권이 인정되는 경우에만까지 그러하다는 취지인지는 명확하지 않다.

38) 우리나라에서는 입양허가심판이 확정될 때까지 입양의사의 철회가 가능함을 기억하라(「민법」 제 869조제5항 등). 양친될 자가 입양성립 후 양자를 인도해가지 않는 사건의 문제점에 대해 지적하고 있는 문헌으로 현소혜(2013), 96-98면도 참조.

39) 이와 같은 입법적 해결의 필요성을 주장했던 견해로 석광현, 신문, 11면.

40) 서울가정법원 1992. 4. 23. 선고 91드63419 판결(확정). 위 판결의 취지에 찬성하면서 양친의 본국법이 파양제도를 전혀 인정하지 않는 경우에는 공서에 의해 그 적용을 배제할 수 있다는 견해로 김연/박정기/김인유, 396면; 석광현, 494-495면; 석광현, 신문, 11면; 석광현, 주해친족법, 1697, 1702면. 같은 취지의 판결로 서울가정법원 1990. 11. 28.자 89드73468 판결(확정)도 같은 취지이다.

으로서 완전입양 제도를 택하고 있는 국가에서는 일반적인 제도인 이상, 파악이 허용되지 않는다고 하여 그 자체로 국제적 공서에 반한다거나 우리의 헌법적 가치질서에 반한다고 할 수는 없기 때문이다.⁴¹⁾

‘숨은 반정의 법리’에 따라 이 문제를 해결하는 방법도 생각해 볼 수 있을 것이다.⁴²⁾ 미국과 같은 영미법권에서는 입양에 대해서 재판관할을 정하고 있을 뿐, 준거법 지정에 관한 규정을 따로 두고 있지 않으므로, 재판관할권이 있는 법원이 속한 지역의 법, 즉 법정지법이 준거법으로 적용되는바, 그 결과 우리 「국제사법」 제43조에 따라 준거법으로 결정된 양친의 본국법이 미국법인 경우에 미국의 재판관할 규정에 따라 우리 법원에 국제재판관할권이 인정된다면, 결국 우리 법을 적용하는 것이 가능해진다. 현재 우리나라에서 이루어지는 외국으로의 국제입양 중 75%가 미국과 캐나다로의 입양인 것을 고려하면, 숨은 반정의 법리를 인정하는 것만으로도 준거법을 둘러싼 문제가 상당부분 해결되는 셈이다.

그런데 이와 같은 숨은 반정의 법리에 대해서는 이를 적극적으로 인정하는 견해⁴³⁾와 미국의 재판관할규정은 단순히 해당 주에 재판관할이 없을 때에는 소를 각하한다는 취지일 뿐이지 이로부터 재판관할이 있는 주나 국가의 법을 준거법으로 삼으라는 취지라고까지 해석할 수 없으므로 숨은 반정을 인정할 수 없다는 견해⁴⁴⁾가 대립한다. 또한 숨은 반정을 인정하는 견해도 그 요건과 관련하여 ① 우리 국제사법에 의해 연결대상의 준거법으로 외국법이 지정될 것, ② 당해 외국에 연결대상에 대한 독립적인 저촉법 규칙이 없을 것, ③ 당해 외국의 국제재판관할규칙에 따르면 우리나라에 국제재판관할이 있을 것, ④ 당해 국가가 자국에서 재판할 경우 법정지법을 적용할 것, ⑤ 반정을 허용하는 것이 우리 국제사법의 지정 취지에 반하지 않을 것을 요구하고 있는데, 이 중 ③의 요건이 우리나라에 전속관할이 있어야만 한다는 취지인지 또는 전속관할이 없는 경우라도 숨은 반정에 따라 우리 법을 적용할 수 있는지 여부에 대해서는 논란이 있다.⁴⁵⁾

사건으로는 [적어도 입양에 있어서만큼은] 우리나라에 전속관할이 없는 경우라도 숨은 반정이 가능하다는 견해에 찬성한다.⁴⁶⁾ 숨은 반정의 법리에 반대하거나 그 요건을 엄격하게 해석하고자 하는 견해는 기본적으로 미국의 법정지법주의는 국제재판관할권과 관련된 법리로서 준거법 지정과는 무관하므로, 그것이 준거법 결정에까지 함부로 확대

41) 김문숙(2005), 315면; 석광현(2017), 145면 역시 양친의 본국법이 파악을 허용하지 않는 경우에는 ‘사안의 내국관련성’이 인정되는 한도에서만 공서위반을 논할 수 있다는 입장이다.

42) 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결 역시 대한민국 법원이 국제재판관할권을 가지고 있는 이혼 등 사건에서 부부 중 일방의 본국법인 미국 미주리 주의 법과 미국 국제사법에 관한 일반 원칙 등에 의해 부부의 현재 주소가 소속된 법정지의 법률이 준거법이 될 수 있다고 판시하면서 숨은 반정의 법리를 인정한 바 있다.

43) 김연/박정기/김인유, 198면; 석광현, 신문, 11면; 석광현, 170-172면; 석광현, 주해친족법, 1702면; 석광현(2016), 115면; 안춘수, 145면.

44) 신창섭, 154면 참조.

45) 가령 김문숙(2005), 318-319면; 석광현(2012), 380-381면; 석광현, 171면; 석광현, 주해친족법, 1649, 1703면; 석광현(2016), 115면 각주 40)은 전속관할이 아니더라도 숨은 반정이 가능하다는 견해이다(이른바 ‘전면승인설’). 반면 전속관할인 경우에만 숨은 반정이 가능하다는 견해를 ‘중간설’이라고 하는데, 국내에서는 독일의 중간설을 소개하는 문헌이 있을 뿐이고(申昌善/尹南順, 163면), 우리나라의 해석론으로서 중간설을 택한 견해는 없는 것으로 보인다.

46) 서울고등법원 1989. 7. 24. 선고 88르1028 판결도 같은 취지인 것으로 보인다.

되어서는 안 된다는 사고를 바탕으로 하고 있다. 하지만 우리 「국제사법」이 입양에 관하여 양친의 본국법에 따르도록 한 것은 양친의 본국법 중 실체규범에 대한 것뿐만 아니라 저촉규범에 대한 것도 따르도록 한 것이므로, 별도로 준거법 지정 없이 국제재판관할권을 갖는 국가의 법이 적용되도록 한 법정지법주의의 정신 자체가 양친의 본국법의 내용을 이루는 것을 보아 전속관할 유무와 무관하게 이를 널리 허용할 필요가 있다.⁴⁷⁾

다만, 국제이혼과 달리 국제입양의 경우에는 입양 대상 아동의 복리 확보를 위해 각 주별로 다양한 실정법이 마련되어 있으므로, 굳이 숨은 반정의 법리에 의존하지 않더라도 처음부터 해당 주의 입양 관련 법규로부터 저촉법 규칙을 발견할 수 있는 경우가 적지 않다. 가령 캘리포니아주의 가족법(Family Code) 제8919조는 미국 시민이 외국에서 국제입양을 성립시킨 경우에는 캘리포니아 주 내에서 다시 아동을 재입양(readoption)할 것을 요구하는데, 만약 국제입양이 성립한 외국의 입양 요건이 캘리포니아주의 입양요건과 일치하거나 그보다 엄격한 경우에는 재입양의 요건을 다소 완화해 주면서 그 완화의 요건으로서 “입양이 해당 외국의 법에 따라 성립하였을 것”을 규정하고 있다(제8919조 (c) (2) (A)). 이와 같은 경우에는 숨은 반정의 법리와 무관하게 당연히 우리 법을 준거법으로 삼아 판단해야 할 것이다.

한 가지 기억해야 할 것은, 공서양속의 법리나 미국의 실정법 또는 숨은 반정의 법리에 따라 해외 입양 아동을 위해 우리나라의 파양에 관한 규정을 적용할 수 있다고 하여 파양에 대해 양친의 본국법을 따르도록 한 「국제사법」 제43조에 아무런 문제가 없는 것은 아니라는 점이다. 숨은 반정의 법리를 적용할 수 없는 다른 국가에 대해서도 여전히 우리나라가 입양의 사후관리를 위해 적극적으로 파양 기타 입양의 해소를 위한 조치를 취할 필요성은 남아 있기 때문이다. 특히 본 논문이 주장하는 바는 입양의 성립요건에 관하여 양자의 본국법주의를 택해야 한다는 것이므로, 파양에 관해서도 양자의 본국법주의를 택할 것을 제안하는 것은 지극히 당연한 것이다. “입양은 성립부터 종료까지 동일한 법에 의해 규율하는 것이 타당하고, 파양은 입양의 성립을 부정하는 것이므로 파양의 준거법을 입양의 성립의 준거법과 일치시킬 필요가 있다.”⁴⁸⁾

5. 입양의 효과

입양의 효과와 관련하여서도 양친의 본국법주의를 택하는 것은 심각한 문제를 수반한다. 현행 「국제사법」 제43조는 입양의 효과에 관해서도 일률적으로 양친의 본국법에 따르도록 하고 있으며, 그 의미는 양친의 본국법이 완전입양만을 인정하는 경우에는 그

47) 다만, 헤이그 입양협약은 국제입양 절차의 진행단계별로 출신국과 수령국의 책임을 배분함으로써 간접적으로 특정국가에 전속적 국제재판관할권을 인정하고 있다. 이 점에 대해서는 G. Parra-Aranguren, 『Explanatory Report to the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption』, 1994, para. 65 참조. 따라서 중간설을 택하는 경우라도 헤이그 입양협약 비준 후에는 입양허가심판을 함에 있어서 숨은 반정의 법리를 인정하는 것이 보다 수월해질 것으로 예상된다.

48) 석광현(2012), 379면; 석광현, 주해친족법, 1697면.

에 따라 입양에 완전입양의 효력이 발생한다는 취지로 이해된다.⁴⁹⁾ 하지만 일반입양의 경우에 양자될 자의 법정대리인이나 친생부모 또는 양자 자신은 친생부모와의 관계가 단절되지 않을 것으로 신뢰하고 입양의 동의를 하기 때문에, 그 허가 심판이 확정되더라도 친양자입양과 같은 완전입양의 효과를 부여하여서는 안 된다.⁵⁰⁾ 즉, 당해 입양에 불완전 입양의 효과를 부여할 것인가 또는 완전입양의 효과를 부여할 것인가는 자녀 자신이나 법정대리인, 친생부모에 의한 승낙 또는 동의 요건을 갖추었는가라는 성립요건과 분리하여 생각할 수 없다. 「국제사법」 제44조가 자의 승낙 등에 관해서는 우리 법을 누적적으로 적용하도록 규정하고 있는 이상 그 동의의 내용과 연계되어 있는 입양의 효과에 관해서도 우리 법이 적용되어야 하며, 양친의 본국법이 불완전 입양의 효력을 인정하지 않는다고 하여 당연히 완전입양의 효과가 부여되도록 하는 것은 옳지 않다.⁵¹⁾ 따라서 입양의 효과에 대해서도 양자의 본국법을 준거법으로 삼아야 할 것이며, 양친의 본국법에서 오로지 완전입양만을 인정하고 있는 경우에는 재입양 절차를 통해 그 입양의 효과를 전환하는 것이 오히려 정직한 방책이다.

III. 「국제사법」 제43조의 개정방향

1. 아동의 복리와 준거법의 결정

2001년의 「국제사법」 입법자는 양자의 이익보호라는 견지에서는 양자의 본국법을 준거법으로 삼는 것이 타당하다는 점을 인식하면서도 ① 입양에서 주도적인 입장에 서 있는 당사자가 일반적으로 양친이므로 양친의 본국법 요건을 구비할 필요가 있는 점, ② 자국민의 양자로 된 외국인에게 자동적으로 국적을 부여하는 입법이 많기 때문에 양친의 본국법은 결국 양자의 본국법이 되는 경우가 많은 점, ③ 입양 후 양자의 생활의 터전이 양친의 본국이 되는 경우가 많은 점, ④ 복수의 양자의 경우에도 통일적 처리가 가능하다는 점 등을 고려하여 양친의 본국법을 준거법으로 삼았다고 해설한다.⁵²⁾ 하지만 적어도 입양의 성립요건과 관련하여 위의 각 논거는 양친의 본국법주의를 정당화할

49) 김문숙(2005), 309면; 김연/박정기/김인유, 395면; 석광현, 493면; 석광현, 주해친족법, 1700면; 신창섭, 332면; 申昌善/尹南順, 373면; 안춘수, 313면.

50) 우리 입법자는 친양자입양에 따른 친자관계 단절의 효과를 엄중히 여겨 친양자입양을 할 때에는 일반입양에 비해 친생부모의 동의 면제 요건을 엄격히 규정하고 있다(민법 제908조의2제2항 2호).

51) 이러한 이유 때문에 석광현(2017), 135면은 양친의 준거법인 외국법이 일반입양 제도를 허용하지 않는 경우에는 처음부터 일반입양의 허가를 청구하는 것이 허용되지 않는다고 서술한다. 하지만 이와 같이 해석하면 「입양특례법」에 친양자입양의 효과가 부여되기 전인 2012년까지는 우리나라에서 요보호아동을 위한 국제입양을 성립시키는 것이 원천적으로 불가능하였다는 결과가 되는데, 이는 미국에서 재입양 절차를 밟지 못한 채 생활을 영위하고 있는 여러 해외입양인들의 구제수단을 완전히 박탈하는 결과가 되어 동의를 흠결을 이유로 완전입양의 효과를 부정하는 것보다 더 부정적인 결과를 초래할 수 있다. 입양의 자동승인 제도를 도입하고 있는 헤이그 입양협약 역시 출신국에서 성립한 입양이 단절효를 갖지 않는 경우에는 ① 수령국법이 이를 인정하고, ② 동의권자에 의한 유효적절한 동의가 있는 경우에 한하여 수령국의 전환결정에 의해 단절효를 가지는 입양으로 전환할 수 있다고 규정하고 있는바(협약 제27조제1항), 양친의 본국법에서 완전입양을 인정하지 않는 경우라도 양자의 본국법에서 불완전 입양의 절차가 진행될 수 있음을 예정하고 있다.

52) 신창섭, 329-330면; 申昌善/尹南順, 371면. 김연/박정기/김인유, 393면; 석광현(2012), 378-379면; 석광현, 493면; 석광현, 주해친족법, 1695면도 표현의 차이는 있으나 대체로 같은 입장이다.

만한 만족스러운 설명이 아니다.

첫째, 입양이 확정적으로 성립하기 전까지는 양자에게 양부모의 국적이 부여되지 않고, 일부 수령국에서는 입양이 성립된 후에도 일정 기간이 도과하거나 일정한 절차를 거친 후에나 양부모의 국적이 부여되므로, 입양의 성립요건 구비 여부를 심사하는 시점에 양친의 본국법과 양자의 본국법이 일치하리라는 보장이 없다.

둘째, 입양 후 양자의 생활터전이 양친의 본국이 된다고 하여 반드시 입양의 성립 요건을 양친의 본국법에 따라 결정해야 하는 것은 아니다. 양친의 본국에서 양육되고 있는 양자의 삶에 직접적으로 영향을 미치는 것은 입양의 성립에 따른 ‘친자관계의 효과’ 일 뿐이며, 입양의 성립요건은 이와 직접적인 관련이 없다. 그리고 양친자 간에 발생하는 친자관계의 효과는 「국제사법」 제43조가 아니라 제45조에 따라 준거법이 결정된다. 「국제사법」 제43조에 따라 양친의 본국법이 적용되는 ‘입양의 효과’란 입양의 성립에 따른 직접적인 법률효과, 즉 양친자관계의 성립과 친생자관계의 단절 등만을 의미하며, 양친자간의 권리의무를 포함하지 않기 때문이다.⁵³⁾ 국제입양의 성립에 의해 양자의 생활터전이 양자의 본국에서 양친의 본국으로 강제이전되는 결과를 가져온다는 점을 고려할 때 입양의 성립요건과 관련하여서는 양친의 본국법보다는 오히려 양자의 본국법 쪽이 밀접한 관련성을 갖는다.

셋째, 복수의 양자의 경우에 통일적인 처리가 가능하다는 것의 의미가 명확하지 않다. 양자가 모두 동일 국적인 경우에는 양자의 본국법주의를 택하더라도 어차피 통일적인 처리가 가능하므로 굳이 양부모의 본국법에 따를 이유가 없고, 양자가 서로 다른 국적인 경우라도 입양에 관한 절차는 통상 각 양자의 본국법에 따라 별개로 이루어지므로, 그 모든 양자의 본국법에서 공통적으로 양친의 본국법을 준거법으로 지정하고 있는 경우가 아닌 한, 어차피 우리 법에서 양친의 본국법을 준거법으로 지정한다고 하여 통일적 처리가 가능한 것은 아니다. 양친의 본국법주의에 의한 통일적 처리는 미국 일부 주(州)나 과거 독일과 같이 국제입양의 경우에 국내에서 다시 ‘재입양’ 절차를 거치도록 하는 관행이 있는 경우이나 실익이 있다.⁵⁴⁾ 물론 양친의 본국법주의를 택하면 입양의 효과나 해소에 있어서 모든 양자에게 동일한 법이 적용된다는 장점이 있다. 하지만 어차피 국민인 아동이 외국으로 입양 간 후에 입양의 효과나 해소와 관련된 재판은 주로 수령국에서 이루어질 것이므로, 우리나라에서 ‘양친의 본국법주의’를 택하고 있는지 여부가 법률관계의 통일적 처리에 직접적인 관계를 가지고 있는 것은 아니다.

이와 같이 그 논거가 충분치 않음에도 불구하고 우리 「국제사법」이 2001년 개정 당시 배분적 연결방식을 포기하고 양친의 본국법주의로 전환하는데 가장 큰 지지목이 되어 준 것은 아마도 외국의 입법례에 대한 비교법적 검토였을 것이다. 당시 개정 작업에 참고의 대상이 되었던 여러 입법례, 가령 독일의 「민법시행법」(Einführungsgesetz BGB) 제22조나 스위스의 「국제사법」 제77조, 오스트리아의 「국제사법」 제26조 등은 모두 입양 성립시에 양친의 본국법을 따르도록 하고 있었기 때문이다.⁵⁵⁾ 그런데 위 각

53) 석광현, 493면; 석광현, 주해친족법, 1695-1696면.

54) 독일은 한 때 출신국에서 입양이 완료된 경우라도 독일에서 다시 재입양의 절차를 밟도록 하였으나, 2002. 1. 1.부터 이 제도를 폐지하였다.

55) 일본의 「법 적용에 관한 통칙법」 제31조 역시 “입양은 입양 당시에 있어서의 양친으로 되어야 하는

국가는 모두 국제입양의 수령국 지위에 있다는 특수성을 가지고 있다. 수령국의 지위에서 볼 때 양부모의 본국법(즉, 수령국의 법)을 준거법으로 삼아 입양의 성립요건 구비 여부를 심사하고, 일단 양부모를 따라 입국한 자녀에게 가능한 손쉽게 입양의 성립을 인정하는 것은 매우 중요한 법익이다. ‘입양에서 주도적인 입장에서 있는 당사자가 일반적으로 양친’ 이므로 양친의 본국법을 따르는 것이 낫다는 논거 ①은 이러한 수령국 중심의 사고방식을 여실히 보여준다.⁵⁶⁾

하지만 우리나라는 6·25 전쟁 이후 몇 십 년간 수령국보다는 출신국의 지위에 있어왔다. 우리는 너무나도 오랫동안 국제입양이 입양아동의 정체성과 정서에 미치는 심각한 심리적 악영향에 대해 무지하였으며, 국제입양을 통해서라도 아동복지시설 또는 입양기관에서 보호 중인 요보호아동의 숫자를 줄이는 데에만 급급하여 해외입양간 아동이 양부모의 본국법에 따른 입양절차를 제대로 준수하였는지 여부 또는 양부모의 국적의 취득하였는지 여부에 대해서는 관심조차 기울이지 않았다. 그 결과 적법한 입양절차나 국적취득절차를 마치지 못한 채 양부모의 본국에서 심리적 혼란 가운데 성장하다가 범죄에 연루된 해외입양인들이 한국으로 추방되고, 그들이 한국에서도 이미 입양성립을 이유로 국적이 말소되어 가족관계등록이 누락된 채 노숙자 등 미등록 인구로 전락하는 등 혹독한 부작용⁵⁷⁾을 경험하면서 2012년 「입양특례법」의 입법자는 더 이상 해외입양은 장려되거나 촉진되어야 하는 대상이 아니라는 인식 하에 舊 「입양촉진 및 절차에 관한 특례법」이라는 명칭 자체를 「입양특례법」으로 개정하였다.

이러한 역사적·사회적 배경 하에서 우리나라에서의 국제입양의 준거법 결정에 있어서 가장 중요한 것은 ‘입양의 성립을 용이하게 하는지 여부’가 아니라 그것이 ‘아동의 복리에 부합하는지 여부’여야 하며, 입양의 성립요건과 해소에 있어서는 더더욱 그러하다.⁵⁸⁾ 그러므로 현행 「국제사법」 제43조가 택하고 있는 양친의 본국법주의를 양자의 본국법주의로 전환하고, 제44조를 삭제하여야 할 것이다.

2. 헤이그 입양협약과 준거법의 결정

헤이그 입양협약은 입양의 준거법을 통일하기 위한 국제조약은 아니다.⁵⁹⁾ 협약은 각국의 입양 체계가 갖는 고유한 특성과 문화를 존중하며, 아동의 복리 보장을 위한 최소한의 조건을 요구할 뿐, 그 밖의 점에 대해서는 각국의 재량을 매우 폭넓게 인정하고

자의 본국법에 의한다.”고 규정하고 있다.

56) 참고로 대표적인 입양의 출신국인 중국 「섭외민사관계법률적용법」 제28조는 입양의 성립요건에 관해서는 양자와 양친의 상거소지법을 누적적으로 적용하며, 입양관계의 해소에 관해서는 양자의 상거소지법 또는 법원 소재 법을 적용한다. 또 다른 출신국인 베트남은 「민법」이나 「혼인 및 가족법」 등 개별 법령에서 준거법 결정에 관한 조문을 두고 있는데, 국제입양에 있어서만큼은 준거법 지정 규정을 두는 대신 「입양법」에서 국제 입양과 관련하여 양친될 자와 양자될 자의 자격이나 파양 등에 대해 상세히 규정하고 있다.

57) 현소혜(2013), 94면; 석광현(2012), 410-411면; 석광현(2016), 117면도 이러한 부작용을 지적하고 있다.

58) 이와 유사한 시각에서 국제재판관할과 관련하여 미성년입양의 경우에는 미성년자 보호의 측면을 고려하여 양자의 주소지에만 국제재판관할권을 인정해야 한다는 견해로 권재문(2015), 21-22면.

59) 석광현, 연구, 36면; 석광현, 주해친족법, 1720-1721면; 이병화, 146-147면; 현소혜(2014), 70면 등.

있다.⁶⁰⁾ 따라서 우리가 헤이그 입양협약을 비준한다고 하여 반드시 양친의 본국법을 따라야 한다거나, 양자의 본국법을 따라야 한다는 등의 결론은 도출되지 않는다. 다만, 우리가 헤이그 입양협약을 비준한다면, 현행 「국제사법」 제43조와 같이 양친의 본국법주의를 택해야 할 실익은 현저히 감소한다. 그 이유는 아래와 같다.

입양아동의 복리 실현을 최선의 가치로 두어야 하는 출신국의 입장에서도 양친의 본국법에 따라 입양의 성립 요건 구비 여부를 심사하는 것이 중요한 의미를 갖는 것은, 양자의 본국법에 따르면 입양관계가 성립하였으나, 양부모의 본국법에 따르면 무효인 입양인 경우와 같이 파행적 입양관계가 성립하게 되면 결국 그 피해는 고스란히 양자에게 돌아가기 때문이다. 가령 우리 「민법」에 따르면 성년에 달한 자로서 3년 이상 혼인 중인 부부라면 누구나 19세 미만의 미성년자를 친양자입양할 수 있지만, 이탈리아에서는 35세에 달한 자로서 양자와 18세 이상의 연령 차이가 나는 자만이 양부모가 될 수 있으므로, 양자의 본국법인 우리법에 따라 친양자입양이 성립되더라도 양부모의 본국법에서 공서위반을 이유로 친양자입양의 성립을 인정하지 않을 위험이 있다.⁶¹⁾

특히 우리나라는 과거에 오로지 계약형 입양만을 인정하고 있었으므로, 입양의 성립 당시에 양친의 본국법에 따른 요건을 갖추었는지 여부에 대한 심사가 제대로 이루어지지 않아 입양이 성립한 후(내지 아동이 양친의 본국으로 출국한 후) 뒤늦게 준거법 통제에 의해 그 입양의 효력이 부정될 위험이 매우 컸다. 또한 2008년 이후 순차로 재판형 입양 제도를 도입한 후에도 그것이 과연 외국에서 승인될 수 있을 것인지 여부가 불분명한 상황이다. 입양허가심판은 「가사소송법」에 따른 라류 가사비송사건으로서 기판력 없는 비대심적 재판구조를 택하고 있기 때문이다.

우리 「입양특례법」 제10조가 국제입양에 있어서 양부모의 요건과 관련하여 과감하게 국제적 강행규정을 두고 있으면서도 제4호에서 ‘양친이 될 사람이 대한민국 국민이 아닌 경우 해당 국가의 법에 따라 양친이 될 수 있는 자격이 있을 것’을 요구하는 한편, 「입양특례법」에 따른 입양허가사건을 심리하는 법원이 양부모될 자에게 본국의 국가기관으로부터 발급받은 ‘양부모자격증명서’의 제출을 강제하는 것은 파행적 입양관계의 발생을 방지하고자 하는 현실적인 필요성을 반영한 것이다.

하지만 헤이그 입양협약은 “입양이 협약에 따라 행해지고, 입양국의 권한당국이 증명서에 의하여 이를 증명하는 경우에 그 입양은 자동적으로 다른 체약국에서 승인된다.”고 선언하고 있는바(협약 제23조제1항 1문), 만약 출신국에서 이미 입양절차가 완결되어 입양이 확정적으로 성립하였다면 수령국에서는 반드시 그 효력을 승인하여야 하며, 과거와 같이 재입양 절차를 통해 그 입양의 효력을 부정하거나 그 내용을 변경하는 등의 행위를 할 수 없다.⁶²⁾ 입양의 성립을 둘러싼 법률관계의 파행을 막고, 입양아동의 법적 지위를 안정적으로 확보하기 위함이다.⁶³⁾ 그러므로 헤이그 입양협약을 비준한 후

60) 현소혜(2014), 78-80면.

61) 이러한 이유 때문에 석광현(2012), 381-382면; 석광현, 주해친족법, 1703면; 석광현(2016), 115면은 숨은 반정에 의해 우리 법을 준거법으로 삼은 경우라도 해당 국가의 법에 따른 요건을 구비하는 것이 안전할 것이라고 권하고 있다.

62) 석광현, 주해친족법, 1716면; Parra-Aranguren, para. 402. 물론 당해 입양을 승인하는 것이 그 나라의 공서에 명백히 반하는 경우에는 입양의 승인을 거절하는 것도 가능하기는 하다(협약 제24조).

로는 「국제사법」 제43조의 유일한 미덕, 즉 ‘입양의 성립을 용이하게 한다.’ 는 것은 적어도 협약의 적용 범위 내에서는 그 법적 의미를 잃게 된다. 따라서 헤이그 입양협약 비준은 양자의 본국법주의로 전환하는데 중요한 전기(轉機)가 되어줄 수 있을 것이다.

물론 헤이그 입양협약을 비준한다고 하여 파행적 법률관계의 발생 가능성이 완전히 봉쇄되는 것은 아니다. 헤이그 입양협약은 ① 만 18세 미만의 아동을 입양하는 경우로서 ② 양부모될 자와 양자될 자의 상거소지가 서로 다른 때에 한하여 적용됨이 원칙이기 때문이다(협약 제2조제1항 및 제3조).⁶⁴⁾ 그러므로 양자의 본국법주의로 전환함에 있어서 헤이그 입양협약이 적용되지 않는 경우에 대비하여 파행적 입양관계의 성립을 막을 수 있는 장치를 미리 마련해 놓을 필요가 있다. 가령 양부모될 자와 양자될 자의 상거소지는 동일하더라도 국적이 상이하여 장래 어느 시점엔가는 양자될 자의 거소가 해외로 이동될 가능성이 있을 때 등이 이에 해당한다.⁶⁵⁾

그리고 다행히도 우리 「입양특례법」 제10조제1항 제4호는 이미 그러한 수단을 구비하고 있다. 위 법이 선언하고 있는 양친될 자의 요건 외에 양친이 될 사람이 대한민국 국민이 아닌 경우 해당 국가의 법에 따라 양친이 될 수 있는 자격도 갖출 것을 요구하기 때문이다. 위 조문은 현행 「국제사법」 제43조에 따르면 지극히 당연한 것을 규정한 것으로서 ‘국제사법적 사고의 빈곤’ 을 상징한다고 할 수 있겠으나⁶⁶⁾, 양친의 본국법주의를 버리고 양자의 본국법주의를 택한다는 전제에서 보면 양자의 법적 지위를 안정적으로 확보하기 위한 매우 중요한 장치가 된다.

물론 「입양특례법」의 입법자는 본래 입양의 성립요건에 대해서는 양친의 본국법을 따라야 한다는 「국제사법」에 대한 무지로 인해 위와 같은 규정을 둔 것일 수도 있다. 하지만 외국으로 입양되어가는 요보호아동의 보호를 위해 양부모의 자격을 엄격히 규정하는 국내법 조항이 필요하다는 점에 대해서는 비판자도 시각을 같이하고 있는바, 「입양특례법」의 입법자는 다행스럽게도 그의 「국제사법」에 대한 무지 덕분에 「국제사법」 입법자들의 국제입양법에 대한 몰이해로 인한 부작용을 방지할 수 있었다. 양자의 본국법주의로 전환하는 것을 전제로 「입양특례법」 제10조는 현재의 규정 구조를 유지하는 것이 옳다. 이와 같이 요보호아동의 입양에 대해 양자의 본국법과 양친의 본국법

63) 석광현, 『헤이그국제아동입양협약에 관한 연구』, 법무부, 2010(이하 ‘연구’라고 한다.), 91면; 현소혜(2014), 77면. 물론 헤이그 입양협약에 따르더라도 체약국이 무조건 모든 입양을 승인해야 하는 것은 아니다. 체약국은 최선의 이익을 고려하여 체약국의 공서양속에 반하는 경우에는 그 승인을 거부할 수 있다(협약 제24조). 하지만 이는 아동이 탈취되었거나 입양의 동기가 위조·사기·강박으로 이루어진 경우와 같이 예외적인 경우에 대비하여 많은 반대를 무릅쓰고 마련된 것이므로 (Parra-Aranguren, para. 423), 단순히 체약국의 성립요건을 갖추지 못한 입양이라는 이유만으로 그 승인을 거부해서는 안 될 것이다. 유사한 취지로 안소영(2015), 361면 참조.

64) 이와 같이 양친과 양자의 상거소지가 서로 다른 국가에 있는 형태의 국제입양을 ‘국가간 입양(intercountry adoption)’이라고 번역하는 문헌으로 석광현(2012), 369면.

65) 헤이그입양협약 가입에 대비한 이행법률안으로서 2016. 9. 23. 국회에 발의된 「국제입양에 관한 법률안」(대표발의: 김승희 의원, 의안번호: 2002466, 이하 ‘이행법률안’이라고 한다.) 제3조제2호는 양자가 될 아동과 양부모가 될 사람의 한쪽 또는 양쪽의 국적이 다른 경우에도 위 법률안이 적용될 수 있다고 규정함으로써 위와 같은 보호의 흠결에 대비하고자 하였다.

66) 같은 견지에서 석광현(2017), 128면 각주 32)는 이행법률안 제10조제1항 제6호가 ‘양부모가 될 사람이 외국인인 경우 본국의 법에 따라 양부모가 될 자격을 인정받았을 것’을 규정하고 있는 것을 비판하고 있다.

이 모두 적용되도록 하는 누적적 연결방식은 입양의 성립을 어렵게 만든다는 사소한 단점이 있으나, 「입양특례법」 제10조의 국제적 강행규정성으로 말미암아 양친의 본국법주의를 택하고 있는 현재의 상황에서도 동일한 결과가 도출된다는 점⁶⁷⁾, 헤이그 입양협약이 적용되는 입양의 경우에도 출신국과 수령국 각 중앙당국에 의한 입양절차 진행 합의 절차(협약 제17조)에 의해 사실상 출신국과 수령국의 입양 관련 법규가 누적적으로 적용되는 결과를 가져온다는 점⁶⁸⁾ 등을 고려하면 특별히 문제삼을만한 것은 아니다.

문제는 「입양특례법」 제10조제1항 제4호만으로도 양자의 본국법주의 채택으로 인한 파행적 입양관계의 발생가능성을 모두 제거할 수 없다는 것이다. 헤이그 입양협약의 적용대상이 아닌 외국으로의 입양으로서 양자될 자가 「입양특례법」에 따른 요보호아동에 해당하지 않는 경우에는 양부모의 본국법에 따른 요건을 갖추지 않더라도 대한민국법에 따른 입양이 유효하게 성립할 수 있기 때문이다. 하지만 대부분의 국가가 헤이그 입양협약에 가입해 있는 이상 비체약국으로의 입양 사안은 매우 적을 것으로 예상된다는 점, 양자와 양부모의 상거소지는 동일하나 국적만 달라 헤이그 입양협약의 적용대상이 되지 않는 입양 사례의 숫자 역시 많지 않을 것으로 예상된다는 점, 어차피 양자될 자가 요보호아동이 아닌 이상 파행적 입양관계가 되더라도 양자의 복리에 치명적인 영향을 미칠 것으로는 판단되지 않는다는 점, 요보호아동 아닌 자를 입양하는 경우는 대부분 계자입양으로서 양부모 자신에게도 법적 이익이 있으므로 양부모가 스스로 파행적 입양관계의 성립을 막기 위해 양친의 본국법상 입양 요건을 갖추기 위해 노력할 가능성이 높다는 점, 그럼에도 불구하고 이 사안에서도 파행적 법률관계를 막는 것이 중요한 법익이라고 판단된다면 요보호아동이 아닌 아동에 대해서도 협약이 적용되지 않을 때에는 양친의 본국법에 따른 요건을 누적적으로 구비할 것을 요구하는 특별규정을 마련하는 것으로 족하다는 점 등을 고려하면, 굳이 이 정도의 우려 때문에 양자의 본국법주의를 포기할 필요는 없을 것이다.

3. 외국에서 국내로의 입양과 준거법의 결정

현행 「국제사법」 제43조를 양자의 본국법주의로 전환할 때 가장 큰 걱정거리는 그것이 ‘국내로의 입양’ 절차에서도 잘 작동할 것인지 여부이다. 특히 최근 우리나라는 다문화가정이 증가하면서 계자입양 형태의 국내로의 입양이 빠른 속도로 증가하는 추세이다.⁶⁹⁾ 따라서 수령국의 시각에서 양자의 본국법주의를 검토해 볼 필요가 있다. 외국에

67) 위 II. 1. 참조.

68) 자세한 내용은 현소혜(2014), 80면 참조. 이와 같은 누적적 연결방식에 비판적인 시각을 가지고 있는 문헌으로 최흥섭, 826-827면 참조.

69) 현재 국내로의 입양이 한 해에 몇 건 정도 성립하는지에 대해 공식적인 통계가 있는 것은 아니다. 하지만 서울가정법원이 2018. 4. 19.부터 홈페이지 “민원: 자주묻는 질문” 코너에 “미성년자 입양허가심판청구(내국인이 외국인의 자를 입양하는 경우)” 안내문을 게시하여 입양허가심판청구서 양식과 함께 첨부 서류를 상세히 안내하고 있는 것만 보더라도 최근 관련 사건의 숫자가 적지 않음을 추단할 수 있다. 위 안내문은

http://slfamily.scourt.go.kr/dcboard/new/DcNewsViewAction.work?seqnum=135&gubun=47&cbub_code=000230&searchWord=&pageIndex=1 에서 확인할 수 있다(최종방문일자: 2018. 6. 11.). 그 밖에 국내로의 입양 현황과 그 이유를 추산하고 있는 문헌으로 노충래, “헤이그 입양협약과 관련된

서 국내로의 입양이 이루어지는 경로는 크게 두 가지이다. 하나는 한국에서 외국 국적의 양자와 한국 국적의 양부모 사이의 입양절차를 진행하는 경우이고, 다른 하나는 외국에서 그 입양절차를 진행하는 경우이다.

전자의 경우에는 우리 법에 따라 입양 절차가 진행되는 만큼 양자가 미성년자라면 법원으로부터 「민법」상 일반입양 또는 친양자입양의 허가를 받아야 한다.⁷⁰⁾ 「가사소송법」 제44조제1항 4호에 따르면 입양이나 친양자입양에 관한 사건은 양자나 친양자가 될 사람의 주소지 가정법원에 관할권이 있음이 원칙이나, 현재 가정법원은 해외에 거주하고 있는 아동에 대해 양부모가 국내에서 입양허가심판을 청구하는 경우에도 국제재판관할권을 인정하여 사건을 진행하고 있다. 국제사법 전부개정안 제59조제1항은 “입양의 성립에 관한 사건에 대하여는 양자가 되려는 사람 또는 양친이 되려는 사람의 상거소가 대한민국에 있는 경우 법원에 국제재판관할이 있다.” 고 하여 특별관할을 인정하고 있고⁷¹⁾, 헤이그 입양협약 역시 수령국의 법원에서 입양재판이 진행될 수 있음을 예정하고 있으므로⁷²⁾, 향후 위와 같은 사례에서 국제재판관할권 유무를 둘러싼 논란은 자연스럽게 해소될 것이다. 다만, 국내에서 입양 절차를 진행함에 있어 준거법 결정이 문제될 뿐이다.

반면 후자의 경우에는 외국에서 이미 입양이 성립한 상태이므로, 입양 성립 과정에서 우리 법원이 입양 성립요건의 구비 여부를 심사할 기회가 없다. 따라서 외국에서 계약형 입양 형태로 입양이 성립한 경우에는 입양의 무효나 취소 소송 등에서 사후적으로 통제가 가능할 뿐이며, 이 때 비로소 준거법 결정이 문제된다. 만약 외국에서 재판형 입양 형태로 입양이 성립하였다면 이를 우리 가족관계등록부에 기록하기 위해 외국 판결의 승인 및 집행 문제가 발생한다. 다만, 현재 가족관계등록 실무는 외국의 입양 확정재판을 첨부하여 입양신고를 할 때에는 집행판결을 받을 필요가 없다는 입장⁷³⁾이므로, 이때에도 역시 입양의 무효나 취소 소송 등의 경우에 한하여 사후적으로 준거법 결정이 문제된다.

아동복지의 과제”, 아동과 권리 제16권 제2호(2012), 319-320면 참조.

70) 「입양특례법」은 요보호아동이 국민인 경우에 한해 적용되므로, 외국 국적의 아동이 「입양특례법」에 따라 우리나라로 입양되는 것은 불가능하다.

71) 그 취지에 대해 자세히는 석광현, “2018년 국제사법 개정안에 따른 국제재판관할규칙”, 『국제사법 전부개정법률안 공청회 자료집』, 법무부, 2018, 71면 참조.

72) Parra-Aranguren, para. 403.

73) 『가족관계등록실무(III)』, 법원행정처, 2012, 559면. 김원태, “外國家事裁判의 承認과 執行”, 民事法の 理論과 實務 第5輯(2002), 311-312면 역시 입양에 관해서는 이혼과 달리 집행판결을 요하지 않는다고 선언하고 있는 대법원예규가 마련되어 있지 않으므로, 실무와 같이 해석하지 않을 수 없다는 입장이다. 친족관계의 변동은 가족관계등록부에 기재하는 것을 집행이라고 하기는 어렵기 때문에 외국재판이 승인요건만 갖추면 별도의 집행판결을 요구하지 않는 것 자체는 타당하다는 견해로 권재문, “외국 가사재판의 승인·집행에 관한 입법론적 검토”, 國際私法研究 第23卷 第2號(2017), 318면; 김희동, “외국이혼재판의 승인”, 강원법학 제44권(2015), 115-116면; 석광현, 『국제 민사소송법』, 박영사, 2012(이하 ‘석광현, 국제 민사소송법’으로 인용한다.), 427면; 한숙희, “국제가사사건의 국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행”, 국제사법연구 제12호(2006), 44-45면 등. 위 견해는 모두 권재문(2017), 318-319면은 승인 요건의 구비여부를 가족관계등록 담당 공무원의 재량에 맡겨두는 것의 부당함을 논하면서 적어도 감독법원이나 가정법원의 심사가 보장되도록 입법적 개선을 해야 한다는 입장이다. 다만, 석광현, 주해친족법, 1699면은 “외국법원 또는 관할당국에 의한 선고형 입양에 대하여는 외국판결의 승인 및 집행에 관한 민訴 §217가 유추적용”된다고 서술하고 있는바, 집행판결을 요하는 것으로 기존의 입장을 변경하는 취지인지는 명확하지 않다.

어느 쪽이든 현재로서는 「국제사법」 제43조 및 제44조에 따라 준거법이 결정된다. 만약 이를 양자의 본국법주의로 전환한다면 우리나라는 국내로의 입양을 어디까지 허용할 것인지에 대한 통제권을 잃게 될 것인바, 입양은 결국 양자의 국적 취득과 연결되므로⁷⁴⁾, 입법자나 사법부의 입장에서 이를 통제할 수 없게 되는 것은 두려운 일이 아닐 수 없다. 급증하고 있는 국내로의 입양 사건에서 일일이 양자의 본국법의 내용을 확인해야 하므로, 법관에게 상당한 부담이 되기도 할 것이다. 하지만 그럼에도 불구하고 본고는 양자의 본국법주의를 택할 것을 제안한다. 이유는 다음과 같다.

첫째, 양친에 관한 성립요건이나 법정대리인·친생부모·자녀 등의 동의에 관한 요건은 출신국인 양자의 본국법에 따라 결정되어야 한다. 위에서 살펴본 바와 같이 국제입양은 해당 국가의 아동보호체계의 일부이며, 아동을 어떠한 양부모에게 입양 보낼 것인가는 해당 국가 아동의 복리에 가장 부합하게 판단되어야 한다. 수령국은 입양하고자 하는 양부모에 대한 가정조사를 통해 양부모의 상황을 정확하게 판단할 수 있다는 장점이 있으나, 양부모가 갖추어야 하는 최소한의 자격을 규범적으로 결정짓는 것은 양자의 본국법에 맡기는 것이 옳다. 위에서 서술한 바와 같이 국제입양을 가는 경우에도 만약 해당 아동이 국내에 남아 있었다라면 받을 수 있었던 것과 같은 수준의 보호가 제공되어야 하기 때문이다. 출신국의 지위에서 우리의 입양 관련 법규가 국민인 아동에게 적용되기를 원한다면 수령국의 지위에서도 아동 출신국의 입양 관련 법규를 존중해주는 것이 호혜의 정신에 부합한다.

둘째, 입양 대상 아동에 관한 성립요건 역시 양자의 본국법에 따라 결정되어야 한다. 헤이그 입양협약은 출신국의 권한 있는 당국이 아동이 입양가능한지 여부(adoptable) 및 출신국 내에서의 아동의 위탁 가능성을 적절히 고려할 때 국제입양이 아동에게 최선의 이익이 되는지 여부를 심사하도록 강제하고 있다(협약 제4조). 이는 원가정 보호의 이념을 실현하고 국제입양의 보충성을 담보하기 위한 장치로서 헤이그 입양협약의 가장 핵심적인 부분이다. 아동이 출신국에서 정하고 있는 양자의 요건을 충족하고 있는지 여부, 특히 국제입양 대상자인지 여부는 출신국에서 결정해야 함이 원칙이며, 아무리 양친될 자의 본국법에 따르면 해당 아동의 입양이 가능하더라도 양자의 본국법에서 그의 입양을 금지하고 있다면 함부로 국제입양의 대상으로 삼아서는 안 된다.⁷⁵⁾ 우리가 양친의 본국법주의를 택하더라도 헤이그 입양협약 비준 후에는 어차피 입양 대상 아동에 대한

74) 대한민국 국민인 부 또는 모에게 입양된 자로서 미성년자는 ‘5년 이상 계속하여 대한민국에 주소가 있을 것’이라는 요건을 갖추지 않더라도 즉시 특별귀화가 가능하며(「국적법」 제7조제1항제1호), 양자가 성년인 경우에도 ‘대한민국에 3년 이상 계속하여 주소가 있’으면 간이귀화가 가능하다(「국적법」 제6조제1항제3호).

75) 위와 같은 위험을 고려하여 이행법률안 제9조제1항 제3호는 “외국 국적을 가진 아동인 경우 해당 아동이 본국의 법에 따라 입양이 가능할 것”을 요구하고 있다. 이에 대해 석광현(2017), 127면은 불필요한 조문이라고 비판하면서 “혹시 요보호아동에 상응하는 외국아동이라면 모르겠지만”이라고 부기하고 있다. 하지만 현행 「국제사법」 제43조에 따르면 요보호아동인지 여부 자체가 양친의 본국법에 따라 결정되므로, 모든 아동에 대해 양자의 본국법주의를 택하지 않는 한 요보호아동에 대한 보호만을 제공하는 것이 불가능해지는 문제가 있다. 미국의 입양법제가 ‘고아(orphan)’만을 입양 대상으로 한정하면서도 친생부모가 입양을 의뢰한 아동도 고아의 범주에 포함시킨 결과 우리 「입양특례법」도 입양의 필요성 내지 국제입양의 보충성에 대해 전혀 심사하지 않은 채 친생부모가 입양을 의뢰한 아동이라면 누구나 「입양특례법」에 따른 국제입양을 보낼 수 있도록 규정하게 되었음을 기억할 필요가 있다.

통제 권한을 잃게 되는 셈이다. 헤이그 입양협약을 비준하지 않는다고 하더라도 입양 대상 아동에 관한 요건은 출신국에서 결정하는 것이 이념적으로 옳다. 양친의 본국법주의를 택하는 경우 국제입양의 수요가 높은 국가에서는 양자의 자격을 가급적 완화해서 규정할 가능성이 높고, 아동을 공급하는 입양기관에서는 해당 아동의 입양 자격을 인정하는 국가의 양부모에게 우선적으로 양자를 입양보낼 가능성이 높기 때문이다. 이는 결국 입양을 구매자(양부모!) 중심의 아기시장(baby market)으로 전락시킬 것이다.

셋째, 물론 우리나라는 국제입양의 수요가 높은 국가가 아니며, 오히려 국적취득을 목적으로 하는 가장입양을 통제하려는 경향이 있다. 하지만 그렇다고 하더라도 우리가 양친의 본국법주의를 택해야만 하는 것은 아니다. 양친의 본국법주의를 택하고, 우리 법에 따라 국내로의 입양을 강하게 통제하더라도, 입양 당사자들이 양자의 본국에서 입양 절차를 진행하는 것은 어찌피 막을 수 없다. 그리고 위에서 살펴본 바와 같이 양자의 본국에서 성립된 입양을 우리 가족관계등록부에 기재하는 데에는 현재 아무런 절차적 통제가 없다. 제도를 개선하여 외국 재판의 승인 및 집행절차를 거치도록 하더라도 이 때 우리나라는 ① 양자의 본국에 국제재판관할권이 있는지 여부, ② 송달이 제대로 이루어졌거나 송달을 받지 않았더라도 소송에 응하였는지 여부, ③ 그 확정재판등의 내용 및 소송절차에 비추어 그 확정재판등의 승인이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회 질서에 어긋나는지 여부 및 ④ 상호보증에 있는지 여부 등을 심사할 수 있을 뿐이며⁷⁶⁾, 그것이 우리 법에 따른 입양의 요건을 갖추었는지 여부(즉, 외국의 입양재판이 양친의 본국법에 따라 이루어졌는지 여부)를 직접적으로 판단할 수 있는 것은 아니다. 외국재판의 승인 제도는 그 재판의 옳고 그름을 따지는 것을 목적으로 하지 않으며, 특히 준거법은 재판을 담당하는 해당 국가의 국제사법에 따라 결정되는 것이기 때문이다.⁷⁷⁾ 헤이그 입양협약을 비준한다면 자동승인의 원칙에 따라 그나마의 판단도 하지 못한다.⁷⁸⁾ 요컨대, 양친의 본국법주의를 택한다고 하더라도 국내로의 입양을 감소시키는데 크게 도움 될 것은 없다.

IV. 결론

76) 입양과 같은 가사비송사건에서도 위 모든 요건을 갖추어야만 외국재판의 승인이 가능한지 여부에 대해서는 논란이 있다. 가령 ① 가사비송재판의 승인요건은 소송의 경우보다 완화될 수는 있어도 엄격할 수는 없다는 점을 지적하면서 위 조문을 전체적으로 유추적용할 수는 없다는 견해로 김원태(2002), 304-306면; 가사비송심판도 위 조문에서 말하는 ‘확정판결과 동일한 효력이 인정되는 재판’으로 해석해야 한다는 견해로 권재문(2017), 305-307면; ② 「민사소송법」 제217조 중 ‘송달’ 요건을 라류 가사비송사건에 대해서도 요구해야 한다는 견해로 권재문(2017), 308-310면; 송달의 흠결로 인한 절차보장권의 침해 문제는 절차적 공서 개념을 이용하여 해결할 수 있으므로, 가사비송사건에서는 이를 승인요건으로 삼지 않아도 된다는 견해로 김원태(2002), 306-307면; ③ 가사사건에서는 가급적 파행적 법률관계가 발생하는 것을 막기 위해 상호보증의 요건을 요하지 않는다고 해석해야 한다는 견해로 김문숙(2005), 321면; 김원태(2002), 307면; 석광현, 국제 민사소송법, 426, 429면 등 참조. 입법론으로서 비송사건 재판 승인시에는 상호주의 요건을 제외해야 한다는 견해로 석광현(2012), 376-377면.

77) 국내로의 입양 중 가장 많은 비중을 차지하고 있는 것으로 추정되는 중국의 「섭외민사관계법률적용법」 제38조는 “입양의 요건과 절차에 관해서는 양자될 자와 양부모될 자의 상거소지 법률을 적용한다.”고 규정하고 있다.

78) 다만, 공서 위반의 판단을 할 수 있다는 점에 대해서는 각주 63)의 서술을 참조하라.

이상과 같이 국제입양에 있어서 준거법을 양친의 본국법이 아닌 양자의 본국법으로 개정할 필요가 있음을 살펴보았다. 하지만 안타깝게도 최근 입법예고된 국제사법 전부 개정안은 입양의 준거법과 관련하여 그 조문의 위치를 제43조 및 제44조에서 제71조 및 제72조로 이동시켰을 뿐, 양친의 본국법에 따른다는 현행법의 태도를 그대로 유지하고 있다. 이번 개정 작업은 국제재판관할권 관련 조문의 정비에 한정하여 이루어졌으므로 당연한 결과이다.⁷⁹⁾ 국제입양은 관련 사건의 숫자도 많지 않고, 그나마 문제되는 사건의 대부분은 국제적 강행규정성이나 숨은 반정의 법리를 이용하여 해결 가능할 것이므로, 「국제사법」 제43조 및 제44조의 개정 작업이 시급한 것은 아니다. 헤이그 입양협약 비준 작업이 본격화되면 그 때 다시 한 번 개정의 기회가 있을 것이므로, 금번 개정 작업에서 「국제사법」 제43조 및 제44조를 검토하지 않는다고 하여 복수불반(覆水不返)의 개정이 되는 것도 아닐 것이다. 다만, 국제사법 전부개정안에 대한 관심이 높아진 이 시점에 준거법 관련 규정 개정의 필요성을 문헌의 형태로 밝혀놓지 않으면 국제입양(혹은 더 넓게는 ‘국제가족법’)의 준거법에 대한 무관심이 계속될까 두렵다. 국제입양은 국제가사사건의 전체 건수에 비추어 보면 그 숫자가 많지 않으며, 섭외 사건 전체를 놓고 보면 더욱 그 비중이 미미하다. 하지만 그것이 갖는 역사적·사회적·외교적 파장은 작지 않다. 국제입양에 대한 입법자의 태도는 해당 국가에서 요보호 아동의 인권 보장 수준을 보여주는 징표임을 기억하고, 과연 현행 「국제사법」 제43조가 아동의 최선의 이익에 부합하는 규정인지 여부에 대해 진지하게 돌이켜 볼 필요가 있을 것이다.

79) 개정의 경위에 대해서는 석광현(2018), 15면 참조.

※ 참고문헌

1. 단행본

가. 국내문헌

- 김연/박정기/김인유, 『국제사법』(제3판), 法文社, 2012
 석광현, 『헤이그국제아동입양협약에 관한 연구』, 법무부, 2010
 석광현, 『국제 민사소송법』, 박영사, 2012
 석광현, 『국제사법 해설』, 박영사, 2013
 申昌善/尹南順, 『新國際私法』(제2판), 도서출판 피데스, 2016
 신창섭, 『국제사법』(제4판), 세창출판사, 2018
 안춘수 『국제사법』, 法文社, 2017
 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2014
 편집대표 윤진수/현소혜, 『주해친족법』 제1권, 박영사, 2015
 편집대표 윤진수, 『주해친족법』 제2권, 박영사, 2015
 『가족관계등록실무[III]』, 법원행정처, 2012
 『2016년 사법연감』, 법원행정처, 2017

나. 외국문헌

- G. Parra-Aranguren, 『Explanatory Report to the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption』, 1994

2. 논문

- 권재문, “친자관계의 성립과 효력, 성년후견, 부재와 실종에 관한 국제재판관할”, 國際私法研究 제21권 제1호(2015)
 권재문, “외국 가사재판의 승인·집행에 관한 입법론적 검토”, 國際私法研究 第23卷 第2號(2017)
 김문숙, “친양자제도의 도입으로 인한 국제사법예의 영향”, 國際私法研究 第11號 (2005)
 김원대, “外國家事裁判의 承認과 執行”, 民事法の 理論과 實務 第5輯(2002)
 김희동, “외국이혼재판의 승인”, 강원법학 제44권(2015)
 노충래, “헤이그 입양협약과 관련된 아동복지의 과제”, 아동과 관리 제16권 제2호 (2012)
 석광현, “개정 입양특례법과 국제사법적 사고의 빈곤”, 法律新聞 第4037號(2012. 6. 7.)

발간)

- 석광현, “국제입양에서 제기되는 國際私法의 제 문제”, 家族法研究 第26卷 3號(2012)
- 석광현, “국제가사사건을 다루는 법률가들께 드리는 고언(苦言)”, 家族法研究 第30卷 1號(2016)
- 석광현, “헤이그입양협약 비준을 위한 2016년 ‘국제입양에 관한 법률안’에 대한 검토”, 家族法研究 第31卷 1號(2017)
- 석광현, “2018년 국제사법 개정안에 따른 국제재판관할규칙”, 『국제사법 전부개정법률안 공청회 자료집』, 법무부, 2018
- 안소영, “재입양의 허용에 관한 고찰”, 家族法研究 第29卷3號(2015)
- 이병화, “입양아동의 국제적 보호”, 國際法學會論叢 第48卷 第2號(2003)
- 이병화, “國際的 公序問題에 관한 研究”, 比較私法 제12권 2호(2005)
- 장복희, “국제입양에 관한 헤이그협약과 국내입양법의 개선”, 저스티스 통권 제93호 (2006)
- 정태호, “기본권보호의무”, 인권과 정의 제252호(1997)
- 한숙희, “국제가사사건의 국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행”, 국제사법연구 제 12호(2006)
- 현소혜, “개정 「민법」상 입양과 「입양특례법」상 입양 -체계정합성의 관점에서-”, 家族法研究 第27卷 1號(2013)
- 현소혜, “헤이그 입양협약 가입에 따른 국제입양절차 개편방안”, 家族法研究 第28卷 2號(2014)

지정토론문
- ‘국제입양의 준거법 결정’ 과 관련하여 -

서울가정법원 판사 박기주

발표자는 국제입양의 준거법을 양친의 본국법으로 정하고 있는 현행 국제사법 제43조가 아동의 복리에 부합하지 않는다면 이를 양자의 본국법으로 개정할 필요가 있다는 의견을 개진하였습니다. 이러한 결론에 도달하기 위해 국제사법 제43조가, 입양특례법 제10조와의 관계나 양친이 동성 혼인 경우, 양부모의 국적이 동일하지 않은 경우, 과양 및 입양의 효과 측면에서 많은 문제점을 가지고 있다는 점을 논증하고, 앞으로의 개정방향까지 아울러 검토하였습니다. 특히 국제사법에 대한 해박한 지식을 바탕으로 국제사법 제43조가 갖는 문제점을 입양의 형태별로 다각적인 측면에서 분석하고, 나아가 그러한 개정이 낳을 수 있는 부작용까지 언급한 치밀한 논리 구성이 매우 인상적이었습니다.

사실 법관들이 가사재판을 하면서 준거법이 핵심 쟁점으로 부각되는 사건들을 접하기란 쉽지 않습니다. 특히 입양사건의 경우에는 당사자의 국적을 비롯하여 외국적 요소를 가진 사건들이 적지 않음에도 실질적으로 서로 대립하는 당사자가 존재하지 않기 때문에 준거법 문제가 표면화되기 어려운 실정입니다. 이번 발표를 통해 국제입양의 준거법을 정하고 있는 국제사법 제43조와 이 규정의 개정을 둘러싼 심도 깊은 논의를 접할 수 있었고, 무엇보다 국제입양 사건을 처리하면서 자칫 간과하기 쉬운 준거법의 결정 문제를 항상 머릿속에 염두에 둘 수 있게 된 것 같습니다. 국제입양 사건을 담당하거나 관심을 가진 분들에게 국제입양의 준거법 결정의 중요성을 환기시키고, 현행 준거법 규정이 과연 타당한지에 대하여 많은 고민과 배움을 나누어 주신 발표자께 깊이 감사드립니다.

이하에서는 지정토론자의 소임을 다하기 위해 몇 가지 의견과 함께 질문을 드리겠습니다.

1. 국제사법 제43조와 입양특례법 제10조간의 관계에 대하여

입양특례법의 입법취지, 입양의 요건에 관한 관련 규정의 문언과 그 체계 등에 비추어 보면, 양친이 될 사람의 자격을 규정한 입양특례법 제10조 제1항은 당사자의 합의에 의하더라도 그 적용을 배제할 수 없을 뿐만 아니라 준거법이 양친의 본국법이더라도 그 적용이 배제되지 않는 ‘국제적 강행법규’에 해당한다고 생각합니다. 국제사법 제43조에도 불구하고 입양특례법 제10조 제1항이 국제적 강행규정으로서 입양의 성립요건에 관하여 함께 적용되어야 한다는 발표자의 의견에 동의합니다.

2. 양속위반 및 동성혼과 관련하여

발표자께서는 국제사법 제43조에 따라 양친의 본국법을 적용하는 경우, 적법하게 동성혼 관계에 있는 양친이 우리나라의 아동을 입양하고자 할 때 이를 허용할 것인지 여부에 대하여 다양한 법 해석이 도출될 수 있고, 이는 입양절차의 불안정성을 증가시키는 등 아동의 복리에 부합하지 않다는 점을 지적하고 있습니다. 그런데 발표자께서 지적하신 위 문제는 사실상 동성혼 관계에 있는 우리나라 양친이 동성혼을 허용하고 있는 나라의 아동을 입양하고자 할 때(즉 우리나라가 수령국의 지위에 있을 때), 양자의 본국법을 적용하더라도 여전히 발생할 수 있는 문제가 아닌지요?(양자의

본국법에 따라, 우리나라 양친의 동성혼 관계를 적법한 것으로 인정하거나 사실혼에 준하여 법률적인 보호를 하여야 한다는 견해가 있을 수 있습니다. 만일 그렇다면 위 문제는 국제입양의 준거법을 양친의 본국법으로 정한 데 따른 필연적인 결과라고 볼 수 없다고 보이는데, 이에 대한 발표자분의 의견을 여쭙고 싶습니다.

3. 양부모의 국적이 동일하지 않은 경우와 관련하여

발표자께서는 양친의 국적이 동일하지 않은 경우, 양친의 본국법을 적용하게 되면 양친 각각이 본국법에 따른 입양의 성립요건을 갖추어야 하기 때문에 법률관계가 지나치게 복잡해지는 단점이 있고, 이것이 양자의 복리에 부합하지 않는 결과를 초래할 수 있다고 지적하고 있습니다. 그리고 그 예로 양모가 자신의 본국법에 따른 자격을 갖추지 못할 경우 양부와의 단독입양만이 성립할 수 있다는 점을 들고 있습니다. 그러나 재판 과정에서 양친 중 한 명이 자신의 본국법에 따른 자격을 갖추지 못한 것으로 판명될 경우, 법원으로서 특별한 사정이 없는 한 아동의 복리를 위하여 이들의 입양 허가 청구를 기각할 것으로 예상되므로, 발표자가 우려하는 위와 같은 상황이 실제로 발생하기는 매우 어려울 것으로 보입니다. 결국 양친의 국적이 달라 발생할 수 있는 복잡한 법률관계를 피할 수 있다는 이유로 국제입양의 준거법을 양자의 본국법으로 변경할 필요성이 있는지 의문이 있습니다. 이에 대한 발표자분의 의견을 여쭙고 싶습니다.

4. 파양 및 입양의 효과와 관련하여

발표자께서는 양친이 양자를 확대하거나 유기하는 등 양자의 복리를 현저히 해하는 행위를 하였음에도 양친의 본국법이 파양을 허용하지 않을 경우, 위 양자의 보호에 미흡할 수 있으므로 파양의 준거법을 양자의 본국법으로 정하는 것이 타당하고, 입양의 효과 역시 양자의 본국법을 준거법으로 삼아야 한다고 주장하고 있습니다(결국 국제사법 제43조가 입양의 준거법을 양친의 본국법으로 일원화한 취지 자체에는 동의하면서 입양의 요건, 파양, 입양의 효과에 관한 준거법을 양자의 본국법으로 일치시켜야 한다고 주장하고 있습니다).

토론자도 입양의 성립요건과 관련하여서는 양자의 본국법이 보다 밀접한 관련성을 갖고 있고, 양자의 본국법을 준거법으로 삼는 것이 양자의 이익보호에 보다 부합한다고 볼 여지가 있다고 생각합니다. 그러나 파양 및 입양의 효과와 관련하여서는 양자의 본국법을 적용하는 것이 반드시 양자의 이익에 부합하는지 의문이 있습니다.

입양이 아동의 이익이 최우선이 되도록 하여야 하는 것에는 이론이 있을 수 없습니다. 국제입양의 경우 아동이 해당 국가에 완전히 적응하여 정상적인 사회구성원으로 성장하기를 기대합니다. 대부분의 아동은 양친 국가의 국적을 취득함은 물론 그 곳에서 생활의 터전을 잡아 거주하게 되며, 양친 국가의 법과 문화 등을 배우고 신뢰하게 됩니다. 그런데 이처럼 양친 국가에서 성장해 온 양자와 양친 사이에 파양이 문제되는 경우, 양자의 본국법 적용을 관철하게 되면 파양의 허용 여부와 파양사유 등을 규정하고 있는 양친의 본국법에 대한 양자의 신뢰와 법적 안정성을 침해하는 결과를 초래할 수 있습니다(국제사법 제43조는 파양의 연결시점을 입양과 동일하게 입양 당시로 고정시켰으나, 파양에 관한 양친의 본국법 규정이 입양 이후에 큰 폭으로 변경되는 경우는 매우 드물 것으로 보입니다).

특히 우리나라의 경우 양자가 양친을 상대로 파양을 청구할 수 있을 뿐만 아니라 양친이 양자를 상대로도 파양을 청구할 수 있다는 점에서 양자의 본국법인 민법이나 입양특례법을 적용할 경우

사안에 따라서는 오히려 양자에게 불리한 결과를 초래할 수도 있습니다.

그리고 입양의 효과, 즉 양자가 혼인 중의 출생자와 동일한 신분을 취득하는지, 그러한 신분의 취득 시점, 양자와 양친의 혈족 간에 친족관계의 발생 여부, 친생부모 및 그 혈족 간 친족관계의 종료 여부 등도 양자의 생활터전이 되는 양친의 본국법을 준거법으로 삼는 것이 바람직해 보이고, 우리나라 법원에서 양친의 본국법에 따른 입양의 효과를 실질적으로 부인할 수 있는 심판을 할 수 있을지도 의문입니다.

요컨대, 입양의 요건은 별론으로 하더라도, 적어도 파양과 입양의 효과에 관해서는 양친의 본국법을 준거법으로 삼는 것이 타당하다는 게 토론자의 생각이고, 구 섭외사법(2001. 4. 7. 개정 전의 것)과 국제사법 역시 파양과 입양의 효력에 대해서는 그 준거법을 양친의 본국법으로 일관되게 규정하고 있습니다.

이와 관련하여 발표자에게 몇 가지 질문을 드리겠습니다.

먼저, 파양과 입양의 효력에 관한 준거법을 양친의 본국법이 아닌 양자의 본국법으로 정하고 있는 외국 입법례가 있는지, 있다면 해당 나라에서는 입양의 요건, 파양, 입양의 효력에 관한 준거법을 구체적으로 어떻게 규정하고 있는지 알고 싶습니다.

다음으로, 앞서 파양의 준거법을 양자의 본국법으로 정하는 것이 반드시 양자의 이익에 부합한다고 보기 어렵다는 취지의 설명을 드렸는데, 이에 대한 발표자의 의견을 듣고 싶습니다.

5. 외국에서 국내로의 입양과 준거법의 결정과 관련하여

발표자께서는 국제사법 제43조를 양자의 본국법주의로 전환할 때 발생할 수 있는 문제에 대해서도 여러 지면을 할애하여 논의를 전개하였습니다. 발표자가 언급하신 것처럼 입양특례법상 국제입양의 경우에는 입양특례법 제10조 제4호가 본국법에 따른 양부모의 자격에 관한 증명을 요구함으로써 양자의 본국법주의 채택에 따른 파행적 입양관계의 발생을 사전에 막을 수 있다고 봅니다. 다만 발표자께서는 외국인 자녀를 상대로 한 민법상 미성년자입양이나 친양자입양 사건에 있어서는 우리나라가 국적 취득을 목적으로 하는 가장입양 등을 막을 수 있는 통제권을 상실할 수 있음을 지적하고, 그럼에도 양자의 본국법주의를 택할 것을 제안하고 있습니다.

입양사건을 담당하고 있는 실무자의 입장에서, 국제사법 제43조를 양자의 본국법주의로 전환하더라도 미성년자입양 및 친양자입양의 요건에 관한 민법 규정을 누적적으로 적용하여 외국인 자녀를 상대로 한 가장입양 등을 계속하여 통제할 가능성이 높다고 생각합니다. 이와 관련하여 발표자께서는 국제입양의 준거법을 양자의 본국법주의로 전환할 때, 미성년자입양 및 친양자입양의 요건에 관한 민법 규정의 적용이 전면적으로 배제된다고 생각하시는지, 특히 민법 제867조 제2항¹⁾의 적용도 배제되어 법관이 입양을 허가할 것인지에 관하여 재량권을 행사할 여지도 없어지게 될 것이라고 생각하시는지 알고 싶습니다.

이상으로 지정토론자의 소임을 마치겠습니다.

마지막으로 입양아동의 이익을 위하여 국제입양의 준거법에 관한 깊은 고민과 연구를 하신 발표자에게 다시 한 번 깊은 감사의 말씀을 전합니다.

1) 민법 제867조

② 가정법원은 양자가 될 미성년자의 복리를 위하여 그 양육 상황, 입양의 동기, 양부모의 양육능력, 그 밖의 사정을 고려하여 제1항에 따른 입양의 허가를 하지 아니할 수 있다.

토 론 문

- 「국제입양의 준거법 결정 - 헤이그 입양협약 가입에 대비하여」에 관하여 -

안 소 영

(성균관대학교 대학교육혁신센터)

한국국제사법학회 창립 25주년 기념 공동학술대회라는 뜻깊은 자리에 함께 할 수 있어 영광입니다. 이 자리에서 국제입양의 준거법 결정에 관한 현소혜 교수님의 발표문을 읽고 토론할 수 있는 기회를 주셔서 감사드립니다. 박사 학위 논문에 국제입양에 관한 국제사법적 논의를 포함시키기 위해 고군분투 했으나 만족스러운 만큼 깊이 있게 다루지 못했던 아쉬움을 늘 가지고 있었는데, 현소혜 교수님의 연구를 통해 새롭게 고민하는 시간을 가질 수 있었습니다.

헤이그국제입양협약은 국제입양의 준거법에 대하여는 직접적으로 규정하고 있지 않습니다. 결국 국제입양의 준거법은 각국의 국제사법에 따라 결정되는 것이므로, 개인적으로는 헤이그국제입양협약의 시행을 대비하여 국제입양의 문제를 논의할 때 현행 국제사법에 따라 양친의 본국법이 준거법이라는 것을 당연한 전제로 받아들이고 있었습니다. 따라서 양친이 우리나라 국민인 경우에는 준거법인 우리나라 입양법제를 어떻게 개정하여야 할 것인지를, 양친이 외국인인 경우에는 국제사법의 해석을 통해 어떻게 아동의 최선의 이익을 보장할 수 있을지를 고민했을 뿐, 국제사법 규정 자체를 개정하여 준거법을 달리 결정할 수 있다는 생각은 하지 못했었습니다. 발표문 덕분에 그간의 고민에 대한 답을 얻기도 하고 많은 것을 배우기도 하였습니다. 감사의 말씀을 드립니다.

국제입양에서의 준거법 결정은 첫째, 헤이그국제입양협약이 시행되는 경우를 대비하여 협약과 배치되지 않고 조화를 이룰 수 있는가, 둘째, 아동의 최선의 이익을 위하여 가장 적절한 방법인가를 기준으로 검토되어야 하며, 따라서 국제입양에 있어서의 준거법을 양자의 본국법으로 개정할 필요가 있다는 현 교수님의 논지에 대부분 동의합니다. 다만, 준거법을 양자의 본국법으로 결정하는 경우 외국아동의 국내로의 입양에서 발생할 수 있는 다음 두 가지 사안에 대하여 교수님의 고견을 구하는 것으로 토론에 갈음할까 합니다.

1. 현행 국제사법에 따르면 외국아동의 국내로의 입양에 있어, 양친이 대한민국 국민인 경우 그들의 본국법인 우리 민법 또는 입양특례법을 적용하여야 하는데, 현행 입양특례법은 외국아동의 국내로의 입양에 대한 규정을 가지고 있지 않아 민법이 적용됩니다. 민법이 미성년자를 입양하기 위해 반드시 가정법원의 허가를 받아야하고, 가정법원은

양자가 될 미성년자의 복리를 위하여 그 양육 상황, 입양의 동기, 양부모의 양육능력, 그 밖의 사정을 고려하여 입양의 허가를 하지 않을 수 있다고 규정하고 있지만(민법 제 867조), 입양특례법에 의한 입양에서 만큼 양친의 요건을 구체화 하고 있지 않으며, 따라서 양친의 자격에 대한 검증이 적절하게 이루어지고 있는지는 의문이었습니다. 이 때문에 국내아동의 입양에 있어 양친의 자격에 대한 기준 및 검증절차를 통일하고, 외국아동을 국내로 입양하는 경우에도 국내아동의 입양에서와 마찬가지로 양친에 대한 자격 검증이 이루어질 수 있도록 관련법이 개정되는 것이 타당하다고 생각해왔습니다(특히 그 아동이 외국에서의 요보호아동에 해당하는 경우는 더욱 그 필요성이 커질 것입니다). 우리 입양법제가 아동의 최선의 이익을 보장하기 위하여 꾸준히 개선되어 왔지만, 관련법이 이원화되어 있고 외국아동의 국내입양이 크게 고려되지 않았기 때문에 나타나는 한계이자 공백입니다.

그런데 국제입양의 준거법을 양자의 본국법으로 개정하면 외국아동의 국내로의 입양에 대하여는 아동의 본국법에 따라 양친의 자격을 심사하게 될 것입니다. 문제는 양자의 본국이 양부모가 갖추어야 하는 최소한의 자격을 규범적으로 결정지을 것이라고 신뢰할 수 없는 경우입니다. 만약 양자의 본국법에 따를 때 양친에 관한 성립요건이 아동의 복리에 부합하지 않은 상태라면, 결론적으로 외국아동을 국내로 쉽게 입양해 올 수 있는 길을 열어주는 것이 됩니다. 이러한 사태를 막기 위해서 어떤 방식의 보완이 가능할지 교수님의 의견을 여쭙고 싶습니다.

2. 발표문에서 언급한 바와 같이, 파양을 허용하지 않는 양친의 본국법 때문에 우리나라 아동을 보호할 수 없는 상황을 해결하기 위해서라면, 파양이 허용되는 우리나라 법을 적용할 수 있도록, 파양 시에도 양자의 본국법을 준거법으로 하는 것이 바람직하다고 볼 수 있습니다. 입양의 성립부터 종료까지 동일한 법에 의해 규율하는 것이 타당하고 입양의 성립요건에 관하여 양자의 본국법주의를 택하는 것이 더 타당하다면 파양의 준거법을 양자의 본국법이라고 하는 것이 가장 합리적일 수 있다는 논지에도 이견은 없습니다.

다만, 파양의 준거법을 양친의 본국법으로 하고 있는 현행규정 하에서도 국내로 입양된 외국아동이 파양되는 경우에는 아동의 최선의 이익에 반하는 사례들이 발생하고 있는데(예를 들어, 다문화 가정에서 중도입국자녀의 파양), 만약 양자의 본국법으로 준거법이 바뀌는 경우 외국아동의 파양에 있어서는 부작용이 더 많이 발생할 수 있다고 생각합니다.

예를 들어, 외국아동이 국내로 입양된 후 파양신청이 제기되었는데, 양자의 본국법에 따르면 파양의 허용범위가 넓어 파양이 더 쉽게 성립하게 되는 경우가 그렇습니다.¹⁾ 이

1) 외국아동이 국내로 입양된 후 파양신청이 제기되었으나 아동의 본국법이 파양을 허용하지 않는 경우도 있을 것이지만, 파양을 허용하지 않거나 필요 최소한의 경우로 파양을 제한하는 것이 양자의 복리에 부합한다고 볼 때 아동의 본국법이 파양을 허용하지 않는 경우는 크게 문제되지 않을 것으로 보입니다. 물론 경우에 따라 파양을 허용하지 않는 것이 우리 국제사법 제10조에 따라 대한민국의 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 명백히 위반되는 때에 해당하여 파양이 가능하다고 해석할 여

러한 경우 가령, 우리 국제사법 제10조를 적용하여 아동의 최선의 이익을 위해 파양을 제한하는 방안은 가능하다고 보시는지요? 나아가 어떤 규정을 통해 양자를 보호할 수 있을지 교수님의 의견이 궁금합니다.

조속히 헤이그입양협약이 시행되고, 헤이그입양협약의 적용대상이 아닌 입양의 경우에도 아동의 최선의 이익이 보장될 수 있도록 관련법이 보완되기를 바라며, 또한, 뒤이어 이 자리에서 이루어지는 실무적 논의를 통해 더 건설적인 방향의 입법 및 제도적 개선이 이루어지기를 기원하며 토론을 마치겠습니다. 감사합니다.

지는 있습니다(파양을 허용하고 하지 않는 법제 자체가 아니라, 아동의 복리를 위해 반드시 필요함에도 그 법제로 인하여 파양을 하지 못하고 있는 현실을 용인하는 것이 선량한 풍속 기타 사회질서 위반인 경우). 다만, 이렇게 파양이 성립한 경우에도 파양의 효력이 양자인 외국 아동의 국가에서 인정될 수 있을 것인지는 또 다른 쟁점이 될 수 있을 것으로 보입니다.

제3주제 발표문

국제입양 관련 실무 현황과 과제

이 선 미 판사

(사법정책연구원)

국제입양 관련 실무 현황과 과제

2018. 6. 20.

한국국제사법학회 창립 25주년 기념 공동학술대회 발표문
사법정책연구원 연구위원(판사) 이선미

1. 머리말

입양은 출산이라는 자연적 사실이 아닌 법률적 행위를 통해 부모와 자녀의 관계를 창설하는 제도이다.

입양제도는 가(家)를 위한 양자제도에서 양친(養親)을 위한 양자제도를 거쳐 양자(養子)를 위한 입양제도로 발전하고 있으며, 계약형 양자제도에서 국가가 자의 복리를 위하여 적극적으로 관여하는 복지형 양자제도로 변천하고 있다.¹⁾ 과거의 입양제도는 가(家)를 위한 양자제도, 즉 대를 잇기 위한 아들을 들이는 의미의 양자제도였으므로 양자는 제사자(祭祀者) 또는 제사자로 될 자를 정하는 것에 불과하였다. 그리하여 양자로 할 수 있는 자는 남자에 한하고 그 남계의 혈족이면서 소목(昭穆)²⁾에 해당하는 자에 한하였다.³⁾ 따라서 구관습 시대의 양자제도에서는 외국인을 입양하거나 또는 외국으로 입양되는 소위 ‘국제입양’의 개념은 상정하기 어려웠을 것으로 보인다.⁴⁾

그러다가 한국전쟁으로 인하여 발생한 전쟁고아와 혼혈아들을 해외로 입양보낸 것을 계기로 하여 우리나라의 입양제도는 큰 변화를 겪게 되었다. 우리나라의 해외입양은 1953년도에 4명, 1954년에 8명을 입양보낸 것으로 시작되어 1956년부터 본격적으로 이루어졌고, 이후 그 수가 꾸준히 증가하여 1980년대에는 우리나라가 세계 1위의 해외입양 국가가 되었다.⁵⁾ 이로 인하여 입양을 통한 해외 이주 즉 상거소의 이동이 대거 발생함으로써 우리나라의 입양제도에 국제적 요소가 결합되기 시작하였다.

현재는 우리나라가 외국으로 아동을 보내는 국제입양은 감소 추세에 있으나,⁶⁾ 반면 국제결혼이 지속적으로 증가하면서⁷⁾ 그와 연관되어 있는 국제입양이 발생하기 시작하

1) 가족관계등록실무[1], 법원행정처(2012), 579면

2) 소목은 종묘나 사당에 조상의 신주를 모시는 차례를 말하는 것으로서, 왼쪽 줄을 소(昭)라 하고, 오른쪽 줄을 목(穆)이라 하여 1세를 가운데에 모시고, 2세, 4세, 6세는 소에 모시고, 3세, 5세, 7세는 목에 모시는 것을 말한다. 즉, 소목은 향렬에 의해 부자(父子), 원근(遠近), 장유(長幼), 친소(親疎)의 관계를 명확히 구분하는 것으로서, 양자제도에서 소목의 질서에 의한다는 것은 부계친족의 아들 향렬 중에서 양자를 들이고, 존속이나 형제 또는 손자의 향렬에 있는 사람은 양자로 삼을 수 없는 것을 말한다. 한국민속대백과사전 중 ‘소목’ 항목 참조. <https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=3561353&cid=58728&categoryId=58728>

3) 친족상속에 관한 구관습, 재판자료 제29집, 법원도서관(1985), 213~229면

4) 다만, 친족의 남성이 아닌 동성 또는 이성의 아(兒)를 양육하거나 기아(棄兒)를 습득하여 양육하는 수양자(收養子)가 있었으나, 수양자는 상속인이 되지 못하는 등 양자가 아니라고 보았다. 주3)의 책, 230~233면

5) 장윤수, “한인디아스포라와 해외입양”, 세계지역연구논총 26권 3호, 한국세계지역학회(2008. 12.), 90면

6) 장윤수, 주5)의 글, 91면

7) 2000년 총 혼인건수 중 외국인과의 국제결혼건수가 차지하는 비율은 3.5%였으나, 2009년에는 위 비율이 10.8%로 증가하였다. 조예저, “다문화가족의 결혼 및 가족생활과 정책방안”, 보건복지포럼 165권, 한국보건사회연구원(2010. 7.), 19면 참조. 다만, 최근에는 국제결혼이 감소추세에 있는 것으로 보인다. 2009년에는

였다. 즉, 외국인 배우자와 결혼한 한국인이 그 외국인 배우자의 전혼 자녀인 외국인을 입양하는 것이다. 그리하여 우리가 현재 경험하는 국제입양은 종래와는 달리 우리나라가 ‘출신국(the State of origin)’에 해당하는 경우뿐만 아니라 ‘수령국(the receiving State)’⁸⁾의 지위를 갖는 경우도 병존하고 있어, 국제사법의 시각에서 입양제도를 검토함에 있어서는 두 경우 모두에 대한 고려가 필요하다.

2. 입양과 관련된 가사사건의 종류

민법은, 미성년자를 입양하려는 사람은 가정법원의 허가를 받아야 하고(제867조 제1항), 친양자를 입양하려는 사람은 가정법원에 친양자 입양을 청구하여야 한다(제908조의 2 제1항)고 규정하고 있다. 또한 입양특례법은 요보호아동을 입양하려는 경우에는 가정법원의 허가를 받아야 하고(제11조 제1항), 국내에서 요보호아동을 양자로 하려는 외국인이나 외국인으로부터 입양알선을 의뢰받은 입양기관의 장은 가정법원에 입양허가를 신청하여야 한다(제18조, 제19조 제1항)고 규정하고 있다. 따라서 입양과 관련된 재판은 가정법원의 전속관할인 가사사건이 된다.

입양에 관련된 사건은 다음과 같이 크게 입양의 성립(입양허가 등), 입양의 하자(입양의 무효 또는 취소), 입양의 해소(파양 및 그 하자 여부를 다투는 사건)라는 세 가지 유형으로 나누어 볼 수 있다. 이를 표로 정리하면 다음과 같다.

〈표〉 입양과 관련된 가사사건의 종류

총 혼인건수 309,800건, 총 국제결혼 건수 33,300건인 반면, 2017년에는 총 혼인건수 264,500건, 총 국제결혼 건수 20,835건이다. 「e-나라지표」 웹사이트(www.index.go.kr)에서 2009년부터 2017년까지의 총 혼인 건수(http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1579) 및 총 국제결혼 건수(http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=2430)를 검색할 수 있다.

- 8) 「국제입양에서 아동의 보호 및 협력에 관한 협약(Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption)」은 양부모가 상거소를 두고 있는 나라를 ‘수령국(the receiving State)’이라고 지칭한다. 위 협약에 의한 국제입양이란 입양된 아동이 상거소를 둔 나라, 즉 ‘출신국(the State of origin)’을 떠나 ‘수령국’으로 상거소를 이동하게 되는 입양을 말한다. 국제규범의 현황과 전망 -2011년 국제규범연구반 연구보고 및 국제회의 참가보고-, 대법원 법원행정처(2012), 120면 참조

| | 사건명 | 사건의 분류 | 근거규정 |
|--------|------------------------------|---------|--|
| 입양의 성립 | 미성년자 입양 허가 | 라류 가사비송 | 민법 제867조, 가사소송법 제2조 제1항 2. 가. 8) |
| | 피성년후견인의 입양 허가 | 라류 가사비송 | 민법 제873조 제2항, 제867조, 가사소송법 제2조 제1항 2. 가. 8)의2 |
| | 성년자 입양에 대한 부모 동의를 갈음하는 심판 | 라류 가사비송 | 민법 제871조 제2항, 가사소송법 제2조 제1항 2. 가. 9) |
| | 친양자 입양 허가 | 라류 가사비송 | 민법 제908조의2, 가사소송법 제2조 제1항 2. 가. 12) |
| | 입양특례법에 의한 입양 허가 | 라류 가사비송 | 입양특례법 제11조, 제18조, 제19조 제1항, 입양특례법의 시행에 관한 대법원규칙 제11조 |
| 입양의 하자 | 입양의 무효 | 가류 가사소송 | 민법 제883조, 가사소송법 제2조 제1항 1. 가. 5) |
| | 입양의 취소 | 나류 가사소송 | 민법 제884조 제1항, 가사소송법 제2조 제1항 1. 나. 10) |
| | 친양자 입양의 취소 | 나류 가사소송 | 민법 제908조의4, 가사소송법 제2조 제1항 1. 나. 11) |
| | 입양특례법에 의한 입양의 취소 | 나류 가사소송 | 입양특례법 제16조, 입양특례법의 시행에 관한 대법원규칙 제11조 |
| 입양의 해소 | 재판상 파양 | 나류 가사소송 | 민법 제905조, 가사소송법 제2조 제1항 1. 나. 12) |
| | 양자의 친족 또는 이해관계인의 파양청구에 대한 허가 | 라류 가사비송 | 민법 제906조 제1항 단서, 가사소송법 제2조 제1항 2. 가. 11) |
| | 친양자의 파양 | 나류 가사소송 | 민법 제908조의5, 가사소송법 제2조 제1항 1. 나. 14) |
| | 입양특례법에 의한 입양의 파양 | 나류 가사소송 | 입양특례법 제17조, 입양특례법의 시행에 관한 대법원규칙 제11조 |
| | 파양의 무효 | 가류 가사소송 | 가사소송법 제2조 제1항 1. 가. 6) |
| | 파양의 취소 | 나류 가사소송 | 가사소송법 제2조 제1항 1. 나. 11) |

위의 <표>에서 보듯이, 입양의 성립과 관련된 사건은 라류 가사비송, 즉 상대방이 없는 가사비송사건이다. 입양의 성립을 구하는 당사자와 그에 반대하는 당사자가 대심적 구조로 다투는 사건이 아니라, 심판청구인의 청구에 의하여 가정법원이 후견적 허가 여부를 결정하는 사건이다. 반면 입양의 하자 및 해소와 관련된 사건은 대개 가사소송사건이다.

위에서 든 사건 외에도 입양과 관련된 사건에는 양친자관계존부확인 사건(가사소송규칙 제2조 제1항 제3호), 입양의 무효·취소, 파양의 무효·취소 또는 파양을 원인으로 하는 손해배상청구 및 원상회복의 청구 사건[가사소송법 제2조 제1항 1. 다. 3]이 있다.

3. 국제입양의 종류 및 현황

가. 국제입양의 종류

입양에 외국적 요소⁹⁾가 있는지 여부에 따라 국내입양과 국제입양으로 구분할 수 있다.¹⁰⁾ 헤이그국제사법회의(HCCH)에서 1993. 5. 29. 채택되어 1995. 5. 1. 발효된 「국제입양에서 아동의 보호 및 협력에 관한 협약(Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption)」(이하 ‘헤이그입양협약’이라고 한다)에 의하면, 위 협약이 적용되는 국제입양은 입양되는 아동이 입양으로 인해 상거소의 이동을 갖게 되는 입양을 말한다(헤이그입양협약 제2조). 즉 헤이그입양협약상 국제입양의 결정하는 요소는 상거소이다. 한편 입양특례법은 ‘국내에서의 국외입양(제18조)’과 ‘외국에서의 국외입양(제19조)’이라는 조문을 두어 국적(양부모가 되려는 사람이 외국인인 경우)을 입양에서의 외국적 요소 판단 기준으로 삼고 있다.¹¹⁾

가정법원의 실무에서는 입양 당사자(양부모가 되려는 사람 및 양자가 되려는 사람) 중 일방이 외국인인 경우의 입양, 한국 내에서 하는 외국인 사이의 입양, 외국에서 행위의 법에 의하여 이루어지는 한국인 사이의 입양을 외국적 요소가 있는 입양, 즉 ‘국제입양’이라고 보는 태도를 취하고 있다.¹²⁾ 그에 의하면, 국제입양에는 ① 내국인 양부모가 외국인 양자를 입양하는 경우(양부모와 양자의 상거소는 불문), ② 외국인 양부모가 내국인 양자를 입양하는 경우(양부모와 양자의 상거소는 불문), ③ 국내에 거주하는 외국인 양부모가 국내에 거주하는 외국인 양자를 입양하는 경우, ④ 외국에 거주하는 내국인 양부모가 내국인 양자를 입양하는 경우(양자의 상거소는 불문)¹³⁾가 있을 수 있

9) 국제사법 제1조는 ‘이 법은 외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 국제재판관할에 관한 원칙과 준거법을 정함을 목적으로 한다’고 정하고 있다.

10) 석광현, “국제입양에서 제기되는 국제사법의 제 문제: 입양특례법과 헤이그입양협약을 중심으로”, 가족법연구 제26권 제3호(통권 제45호), 한국가족법학회(2012), 368면

11) 석광현, 주10)의 글, 368면

12) 이용운, “國際入養”, 실무연구(1), 부산지방법원 가정지원(2002), 262면 ; 정주수, “국제입양의 실무적 고찰”, 법무사 436호(2003. 10.), 대한법무사협회(2003), 5면

13) 우리 국제사법 제43조는 ‘입양 및 파양은 입양 당시 양친(養親)의 본국법에 의한다’고 정하고 있는바, 입양이 이루어지는 외국이 우리 국제사법과 같은 취지의 규정을 가지고 있다면 외국에서 우리나라 법에 따른 입양

다.

나. 국제입양의 현황

실무상 다수를 차지하는 국제입양은 위의 분류 중 앞의 두 가지, 즉 내국인 양부모가 외국인 양자를 입양하는 경우와 외국인 양부모가 내국인 양자를 입양하는 경우이다. 양자가 외국인인 경우에는 입양특례법이 적용될 여지가 없으므로,¹⁴⁾ 내국인 양부모가 외국인 양자를 입양하는 경우는 민법에 따른 미성년자 입양¹⁵⁾ 또는 친양자 입양에 의한다. 반면 양부모가 외국인이고 양자가 내국인인 경우에는 입양특례법에 따른 입양이 절대다수를 차지하나, 그렇지 않은 경우도 종종 발견된다.

2016년 사건 통계에 따르면, 전국 법원에 2016년 1월부터 12월까지 기간 동안 접수된 라류 가사비송사건 중 입양·친양자 입양 또는 파양에 관한 사건은 2,852건, 요보호아동 국내외입양 사건은 711건이다.¹⁶⁾ 위 <표>에서 본 바와 같이 입양·친양자 입양 또는 파양에 관한 사건 중 라류 가사비송사건은 미성년자 입양 및 친양자 입양의 허가 사건 외에는 성년자 입양에 대한 부모 동의를 갈음하는 심판과 양자의 친족 또는 이해관계인의 파양청구에 대한 허가뿐인데, 후자의 두 가지 유형의 사건수는 전자에 비해 아주 작으므로,¹⁷⁾ 대부분의 사건은 미성년자 입양 및 친양자 입양의 허가 사건이라고 상정할 수 있다.

입양허가 사건 중 국내입양과 국제입양의 사건수는 어느 정도일까. 먼저, 입양특례법상 입양허가(즉, 요보호아동 입양허가) 사건에 관하여 살펴보기로 한다. 서울가정법원에 2017년 1월부터 12월까지 기간 동안 접수된 요보호아동 입양허가 사건 중 국내입양은 147건, 국외입양은 412건이다.¹⁸⁾ 그런데 국외입양의 경우 법원의 입양허가제가 도입된 후 현재까지 사건 전부가 서울가정법원에서 심판을 받았으므로,¹⁹⁾ 위 사건수에서 국

이 이루어질 것이다. 그러나 미국 등 영미법계국가는 국제입양에 대해 어느 국가가 국제재판관할을 가지는지를 문제삼고 국제재판관할이 긍정되면 법정지법을 적용하는 경향이 있는데(석광현, 주10)의 글, 380면), 예컨대 미국에서 거주하는 한국인 양부모가 한국인 양자를 입양하고자 미국 법원에서 입양허가재판을 받는 경우에는 미국법이 적용된다고 상정할 수 있을 것이고, 이는 '외국에서 행위지의 법에 따라 이루어지는 내국인 사이의 입양'으로서 국제입양에 해당된다.

- 14) 입양특례법에 의하여 양자가 될 수 있는 아동은 아동복지법 제3조 제4호에 따른 보호대상아동, 즉 요보호아동으로서 다음 중 어느 하나에 해당하는 사람이다. ① 보호자로부터 이탈된 사람으로서 특별시장·광역시장·도지사 및 특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장이 부양의무자를 확인할 수 없어 「국민기초생활 보장법」에 따른 보장시설에 보호의뢰한 사람, ② 부모 또는 후견인이 입양에 동의하여 보장시설 또는 입양기관에 보호의뢰한 사람, ③ 법원에 의하여 친권상실의 선고를 받은 사람의 자녀로서 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 보장시설에 보호의뢰한 사람, ④ 그 밖에 부양의무자를 알 수 없는 경우로서 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 보장시설에 보호의뢰한 사람. 입양특례법 제2조 제2호, 제9조 참조.
- 15) 양자가 성년자인 경우에도 당연히 국제입양에는 해당될 것이나, 양자가 성년자인 경우의 입양은 원칙적으로 가정법원의 허가심판을 필요로 하지 않으므로 입양사건 관련 재판을 논의의 대상으로 하는 이 발표문에서는 민법상 소위 '일반입양' 중에서는 미성년자 입양만을 검토하기로 한다.
- 16) 2017 사법연감[2016. 1.~ 2016. 12.], 법원행정처(2017), 906면
- 17) 코트넷 판결문 검색을 통해 검색해 본 결과, 전국 법원의 2016년 접수사건(사건번호가 "2016년"으로 시작) 중 2018. 6. 5. 현재 심판이 고지된 사건은 성년자 입양에 대한 부모 동의를 갈음하는 심판의 경우 총 94건이고, 양자의 친족 또는 이해관계인의 파양청구에 대한 허가심판은 발견되지 않는다.
- 18) 서울가정법원 제공
- 19) 입양특례법상 입양허가신청 사건은 양자가 될 사람의 등록기준지 또는 주소지 가정법원의 전속관할로 하는

외입양 사건수의 비중이 높은 것은 서울가정법원이라는 점에서 비롯된 것일 가능성이 높다. 2016년의 경우, 입양특례법상 입양허가 사건 중 서울가정법원에 접수된 사건수는 451건, 그 외의 전국 법원에 접수된 사건수는 260건이다.²⁰⁾ 2017년과 동일한 비율로 국내입양 사건과 국외입양 사건이 접수되었다고 가정하면, 국내입양 사건은 약 379건²¹⁾, 국외입양 사건은 약 332건²²⁾이 된다.

미성년자 입양 및 친양자 입양의 경우 입양특례법상 입양 사건보다 사건수가 월등히 많고 전국 법원에 사건이 골고루 분포해 있어 국내입양과 국제입양의 사건수에 관한 통계를 얻기 어렵다. 다만 서울가정법원의 경우를 들어 전체의 경우를 추측해볼 수 있을 뿐이다. 2017년 10월부터 12월까지 3개월 동안 서울가정법원에 접수된 미성년자 입양 및 친양자 입양 허가 사건은 총 118건인데, 그 중 48건이 청구인(양부모) 또는 사건 본인(양자)이 외국인인 사건이었다.²³⁾ 즉, 약 40%가 국제입양 사건에 해당한다.²⁴⁾

요컨대, 실무상 국제입양은 전체 입양사건 중 큰 비중을 차지하고 있다. 우리나라에서 입양을 보내는 국제입양은 대부분 요보호아동 국외입양이다. 그런데 요보호아동 입양허가 건수는 입양허가제가 도입된 이후 현재까지 꾸준히 감소하고 있으며,²⁵⁾ 입양특례법이 국내입양 우선의 원칙을 천명하고 있는 이상 요보호아동 국외입양 사건수는 앞으로 계속 줄어들 수밖에 없을 것으로 예상된다. 반대로 우리나라로 입양 들어오는 국제입양은 대부분 민법상 입양(미성년자 입양 또는 친양자 입양)이다. 민법상 입양의 허가건수는 증가추세에 있으며,²⁶⁾ 과거에는 외국인 배우자와 혼인한 내국인이 외국인 배우자의 전혼 자녀인 외국인을 입양하는 경우가 거의 전부였다면 현재는 입양 유형이 다양화되는 조짐이 나타나고 있다.²⁷⁾ 따라서 국제사법의 관점에서 국제입양을 검토하는데 있어서는 전자의 경우뿐만 아니라 후자의 경우에도 동등한 관심을 기울여야 할 것이다.

바(입양특례법의 시행에 관한 대법원규칙 제2조 제1항), 실무에서는 국외입양 사건에서 양자가 될 사람의 주소지 또는 등록기준지가 모두 서울가정법원 관내로 되어 있다.

20) 주16)의 책, 906면

21) (서울가정법원 접수건수 451건 × 2017년 국내입양 비율 147/559) + 그 외 법원 접수건수 260건, 소숫점 첫 번째 자리에서 반올림

22) 서울가정법원 접수건수 451건 × 2017년 국외입양 비율 412/559, 소숫점 첫 번째 자리에서 반올림

23) 서울가정법원 제공

24) 입양에 관한 사건은 양자가 될 사람의 주소지의 가정법원이 관할하는데(가사소송법 제44조 제1항 제4호), 양자가 될 사람이 외국인인 경우에는 원칙적으로 대한민국에 주소나 거소가 없을 것이므로 대법원이 있는 곳을 관할하는 법원인 서울가정법원이 관할법원이어서(가사소송법 제34조, 비송사건절차법 제2조 제3항), 서울가정법원의 국제입양 사건이 다른 법원의 국제입양 사건보다 더 많다고 추정할 수 있다. 그러나 실제로는 양자가 될 외국인이 국내에 이미 입국하여 있는 경우가 많아 그의 주소지 가정법원이 관할법원이 되는 경우가 대다수이다.

25) 전국 법원의 요보호아동 국내외입양 접수건수는 2013년에는 1,079건, 2014년에는 938건, 2015년에는 892건, 2016년에는 711건이다. 2014 사법연감[2013. 1. ~ 2013. 12.], 법원행정처(2014), 876면 ; 2015 사법연감[2014. 1. ~ 2014. 12.], 법원행정처(2015), 862면 ; 2016 사법연감[2015. 1. ~ 2015. 12.], 법원행정처(2016), 872면 ; 주16) 참조

26) 전국 법원의 입양·친양자 입양 또는 과양에 관한 라류 비송 접수건수는 2013년에는 2,150건, 2014년에는 3,063건, 2015년에는 3,160건이다. 다만 2016년에는 2,852건으로 감소하였다. 주25)의 책들 참조

27) 필자가 겪은 사건 유형으로는, 국내에 거주하는 외국인(외국인이다가 대한민국 국적을 취득한 사람 포함)이 자신의 원래 국적의 친척(조카 등) 또는 혈연관계 없는 사람(고향 동네 이웃주민의 자녀, 고아 등)을 입양하려는 사건 등이 있었다.

4. 국제입양과 관련된 국제법상 논점

가. 재판관할권의 문제

국제입양 사건의 재판을 함에 있어서 당해 사건에 관하여 우리 법원에 재판관할권이 인정되는지가 문제된다.

(1) 섭외사법(2001. 4. 7. 법률 제6465호 국제사법으로 전부개정되기 전의 것, 이하 같다) 적용 당시

(가) 국제재판관할에 관한 대법원 판시

섭외사법은 국제재판관할에 관한 규정을 두고 있지 않았으므로 그를 결정기준을 정하는 것은 법원의 해석에 맡겨져 있었다. 당시 우리 대법원 판례를 살펴보면 국제재판관할의 결정기준에 관하여 다음과 같은 입장을 가지고 있었던 것으로 정리할 수 있다고 한다.²⁸⁾

① 국제재판관할에 관하여는 조약이나 일반적으로 승인된 국제법상의 원칙, 우리나라의 성문법규가 없다.

② 결국 당사자간의 공평, 재판의 적정·신속을 기한다는 기본이념에 따라 조리와 정의관념에 의하여 결정함이 상당하다.

③ 우리나라 민사(가사)소송법의 토지관할에 관한 규정에 의한 재판적이 국내에 있을 때에는 우리나라에 재판관할권이 있다고 인정함이 상당하다.

④ 민사(가사)소송법의 토지관할에 관한 규정을 그대로 적용할 경우 당해 사건의 구체적 사정에 비추어 불합리하거나 조리와 정의관념에 반하는 예외적인 경우에는 그 규정에 의하여 관할권의 유무를 결정하여서는 안 된다.

입양 관련 사건은 아니나, 가사사건에 관하여 대법원은 다음과 같이 판시하였다.

① 대법원 1988. 4. 12. 선고 85므81 판결: “우리나라의 법률이나 조약 등에는 섭외이혼사건의 국제재판관할에 관한 규정을 찾아 볼 수 없으므로 섭외이혼사건에 있어서 위 규정²⁹⁾에 의한 외국법원의 재판관할권 유무는 섭외이혼사건의 적정, 공평과 능률적인 해결을 위한 관점과 외국판결 승인제도의 취지 등에 의하여 합리적으로 결정되어야 할 것인바, 섭외이혼사건에 있어서 이혼판결을 한 외국법원에 재판관할권이 있다고 하기 위하여는 그 이혼청구의 상대방이 행방불명 기타 이에 준하는 사정이 있거나 상대

28) 이공현, “국제재판관할권의 결정기준”, 민사판례연구 제17집, 민사판례연구회(1995), 271면

29) 구 민사소송법(1990. 1. 13. 법률 제4201호로 개정되기 전의 것)

제203조(외국판결의 효력) 외국법원의 확정판결은 다음의 조건을 구비하여야 그 효력이 있다.

1. 법률 또는 조약으로 외국법원의 재판권을 부인하지 아니한 일

방이 적극적으로 응소하여 그 이익이 부당하게 침해될 우려가 없다고 보여지는 예외적인 경우를 제외하고는 상대방의 주소가 그 나라에 있을 것을 요건으로 한다고 하는 이른바, 피고 주소지주의에 따름이 상당하다고 보아야 할 것이다.” 이 사건에서는 남편이 미합중국 캘리포니아주에 주소를 두고 있는 상태에서 우리나라에 주소를 둔 아내를 상대로 미합중국 캘리포니아주 로스앤젤레스군 고등법원에 이혼소송을 제기하여 이혼판결을 받았는데, 당시 아내의 주소는 우리나라에 있었고 그가 행방불명 기타 이에 준하는 사정이 있었다거나 남편의 이혼청구에 적극적으로 응소했다고 볼 만한 자료가 없으므로, 로스앤젤레스군 고등법원에는 위 이혼사건에 관한 재판관할권이 있다고 할 수 없어 위 법원에서 한 이혼판결은 우리나라에서는 효력이 없다고 보았다.

② 대법원 1994. 2. 21.자 92스26 결정: “외국인간의 가사사건에 관하여 우리나라의 법원에 재판관할권이 있는지 여부는, 우리나라 가사소송법상의 국내토지관할에 관한 규정을 기초로 외국인 사이의 소송에서 생기는 특성을 참작하면서 당사자간의 공평과 함께 소송절차의 적정하고 원활한 운영과 소송경제 등을 고려하여 조리와 정의관념에 의하여 이를 결정하여야 할 것이다. 외국에서 이혼 및 출생자에 대한 양육자지정의 재판이 선고된 외국인 부부 사이의 출생자에 관하여 부부 중 일방인 청구인이 상대방을 상대로 친권을 행사할 자 및 양육자의 변경심판을 청구하고 있는 사건에 있어서, 우리나라의 법원이 재판권을 행사하기 위하여는, 상대방이 우리나라에 주소를 가지고 있을 것을 요하는 것이 원칙이고, 그렇지 않은 한 상대방이 행방불명 또는 이에 준하는 사정이 있거나 상대방이 적극적으로 응소하고 있는 등의 예외적인 경우를 제외하고는, 우리나라의 법원에 재판관할권이 없다고 해석하는 것이 상당하다.” 이 사건에서는 자녀를 둔 미국인 부부가 이혼하면서 자녀의 친권자 및 양육자로는 아내가 지정되었는데, 그 후 남편이 자녀와 한국에서 거주하면서³⁰⁾ 미국 하와이주에 주소를 둔 아내를 상대로 자녀에 대한 친권자 및 양육자를 자신으로 변경할 것을 구하는 심판청구를 하였다. 이에 대하여 법원은 피청구인인 아내의 주소지를 관할하는 미국 하와이주 법원에 재판관할권이 있다고 보아 남편의 심판청구를 각하하였다.

(나) 입양 관련 사건에서 하급심의 판시

당시 입양 관련 법[민법, 고아입양특례법(1976. 12. 31. 법률 제2977호로 폐지되기 전의 것), 입양특례법(1995. 1. 5. 법률 제4913호 입양촉진및절차에관한특례법으로 전부개정되기 전의 것), 입양촉진및절차에관한특례법(2011. 8. 4. 법률 제11007호 입양특례법으로 전부개정되기 전의 것)]에 의하면 원칙적으로 입양의 성립에 있어서 법원의 재판이 필요하지 않았고 다만 외국인이 고아를 입양하거나(고아입양특례법) 국내에서 요보호아동을 입양하고자(입양특례법, 입양촉진및절차에관한특례법) 할 경우에만 법원으로부터 인가를 받아야 하였다. 당시 입양인가 결정을 함에 있어 우리나라에 국제재판관할권이 있는지 여부를 판시한 예는 보이지 않으나, 양자가 될 자의 국적이 대한민국이고

30) 위 사건의 항고심 결정문에 의하면, 남편과 자녀의 거주 상태가 일시적 체류에 불과한 것인지 통상의 주소지로서의 실체를 갖는 것인지 명백하지 않다고 하였다.

양자가 될 자 및 양부모가 될 자의 주소가 모두 국내이므로 우리나라 법원에 국제재판관할을 인정하는 것에는 문제가 없었던 것으로 생각된다.

한편 파양이나 입양무효의 소의 경우에는 국제재판관할권이 우리나라에 있는지 여부를 검토하여 이를 인정할 사례가 있다. 그 사건들은 모두 다섯 건인데, 국내에 주소를 둔 내국인인 양자가 원고가 되어 미국에 주소를 둔 미국인인 양부모를 피고로 하여 파양 또는 입양의 무효확인을 구하는 유형의 사건이었다.³¹⁾ 위 사건들에서 법원은 대체로 다음과 같은 이유로 우리나라에 재판관할권이 있다고 판시하였다.

“파양사건은 신분관계의 소멸에 관련된 중대한 사항으로 당사자가 대립하는 소송사건이므로 원칙적으로 피고의 주소가 있는 국가에 이른바 국제재판관할권을 인정함이 타당하다 할 것이나, 다만 원고가 피고에게 유기되어진 경우에는 예외적으로 원고의 주소가 있는 국가에도 재판관할권이 있다. 만약 피고가 원고를 유기하여 행방불명되어 버렸음에도 불구하고 우리나라의 법원에 재판관할권을 인정하지 않는다면 이는 원고에 대한 법의 보호를 거부하는 셈이 되어 국제사법생활에 있어서의 정의, 공평의 원칙에 어긋나는 심히 부당한 결과라고 할 것이므로, 원고의 본국이며 주소지국인 우리나라의 법원에 재판관할권이 있다.”

“입양무효확인 청구사건은 신분관계의 소멸에 관련된 중대한 사항으로 당사자가 대립하는 소송사건이므로 원칙적으로 피고의 주소가 있는 국가에 이른바 국제재판관할권을 인정함이 타당하다 할 것이나, 원고와 피고 사이에 양친자 관계가 성립되지 아니하여 원고가 피고로부터 부양을 받아본 사실이 없는 등 미합중국에서는 아무런 섭외적 생활관계가 형성된 바도 없고, 또한 원고에 대한 국내의 호적을 정정하는 문제만 남아 있는 경우에는 국제사법생활의 정의와 공평의 관념에 비추어 예외적으로 원고의 주소가 있고 원고의 호적을 관장하는 국가에도 재판관할권이 있다고 할 것이므로, 이 사건에 대하여는 원고의 본국인 대한민국도 재판관할권이 있다.”

가사소송법에 의하면 입양의 무효나 취소, 파양 등의 소는 양부모 중 1인의 보통재판적 소재지, 양부모가 모두 사망한 때에는 그 중 1인의 최후 주소지의 가정법원의 전속관할로 한다고 규정되어 있다(가사소송법 제30조). 즉 피고의 주소지에 따라 관할법원이 정해진다. 따라서, 가사사건에 있어서의 국제재판관할 인정 기준을 실시한 대법원 판례의 취지에 따르면 피고들이 모두 국내에 주소가 있지 아니한 위 사건들에서는 원칙적으로 우리나라에 국제재판관할권이 없고, 피고들이 행방불명 또는 이에 준하는 사정이 있거나 피고들이 적극적으로 응소하고 있는 등의 예외적인 경우에만 우리나라에 국제재판관할권이 인정된다고 보아야 할 것이다. 위 사건들 다섯 건 중 세 건에서는 피고들이 소재불명이었다. 그러나 나머지 두 건에서는 피고들이 소재불명이라는 기재가 없고, 피고들이 적극적으로 응소하였는지 여부를 알 수 있을 만한 자료가 없다. 이에 대하여 법원은 ‘국제사법생활상의 정의와 공평의 관념에 비추어 예외적으로 원고의 주소가 있는 국가에도 재판관할권이 있다’고 판시하였다. 이는 대법원이 1994. 2. 21.자 92스

31) 서울가정법원 1992. 4. 23. 선고 91드63419 판결 ; 서울가정법원 1992. 5. 21. 선고 89드73017 판결 ; 서울가정법원 1993. 1. 18. 선고 91드78923 판결 ; 서울가정법원 1996. 10. 31. 선고 94드89245 판결 ; 서울가정법원 1998. 4. 24. 선고 97드65172 판결

26 결정에서 제시한 ‘조리와 정의관념’이라는 기준을 적용한 것이라 할 것이다.

(2) 국제사법 시행 이후

(가) 국제사법에 의한 국제재판관할의 결정 기준

2001. 7. 1.부터 시행된 국제사법은 종전의 섭외사법과는 달리 국제재판관할에 관한 규정을 두고 있다. 즉, 법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다. 이 경우 법원은 실질적 관련성의 유무를 판단함에 있어 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다(국제사법 제2조 제1항). 그리고 법원은 국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하되, 제1항의 규정의 취지에 비추어 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다(동조 제2항).

이에 대하여 대법원은, 국제사법 제1항이 정한 ‘실질적 관련’이라 함은 우리나라가 국제재판관할권을 행사하는 것을 정당화 할 수 있을 정도로 당사자 또는 분쟁대상이 우리나라와 관련성을 갖는다는 것을 의미하며, 개별 사건에서 법원이 이러한 실질적 관련성의 유무를 판단함에 있어서는 당사자 사이의 공평, 재판의 적정, 신속을 기한다는 국제재판관할 배분의 기본이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 하고, 구체적으로는 소송당사자들의 공평, 편의 그리고 예측가능성과 같은 개인적인 이익뿐만 아니라 재판의 적정, 신속, 효율 및 판결의 실효성 등과 같은 법원 내지 국가의 이익도 함께 고려하여야 하며,³²⁾ 이러한 다양한 이익 중 어떠한 이익을 보호할 필요가 있을지 여부는 개별 사건에서 법정지와 당사자의 실질적 관련성 및 법정지와 분쟁이 된 사안과의 실질적 관련성을 객관적인 기준으로 삼아 합리적으로 판단하여야 한다³³⁾고 판시하였다. 또한 이혼 사건에 관하여는, 대한민국 국적을 가진 원고가 스페인 국적을 가진 피고를 상대로 제기한 이혼소송은 ① 국제재판관할권은 배타적인 것이 아니라 병존할 수 있는 것이므로, 스페인 법원이 대한민국 법원보다 심리에 더 편리하다는 것만으로 대한민국 법원의 재판관할권을 쉽게 부정하여서는 곤란하고, 원고가 대한민국 법원에서 재판을 받겠다는 의사를 명백히 표명하여 재판을 청구하고 있는 점도 고려하여야 하는 점, ② 원고 및 사건본인이 대한민국 국적을 가지고 있고, 사건본인이 대한민국에서 출생하여 현재 대한민국 유치원에 다니고 있으며, 결혼식과 혼인신고가 원·피고가 대한민국에 거주할 때 이루어졌으므로 피고 역시 이혼소송이 대한민국에서 제기될 수 있음을 예측할 수 있었다고 보이는 점, ③ 원고는 혼인기간 내내 사건본인과 함께 대한민국에 주민등록이 되어 있었고, 실제 혼인 중 상당기간 대한민국에서 거주하였을 뿐만 아니라, 2011. 6. 29.경부터 현재까지 대한민국에서 생활하고 있어 원고의 상거소가 대한민국에 존재하는 점, ④ 국제사법 제39조 단서는 이혼의 준거법을 정함에 있어 “부부 중 일방이 대한민국에 상거소가 있는 대한민국 국민인 경우에는 이혼은 대한민국 법에 의한다.” 고

32) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결

33) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결

규정하고 있어 이 사건 소송의 준거법은 대한민국 법이 되므로, 대한민국 국민인 원고의 이익을 위해서도 대한민국 법원에 재판관할권을 인정할 필요가 있는 점, ⑤ 원고의 이 사건 청구에는 대한민국 국적을 가지고, 대한민국에 거주하며, 대한민국 국민에 의하여 양육되고 있는 사건본인에 대한 친권자 및 양육자 지정청구도 포함되어 있는데, 그러한 사항까지도 대한민국 법원이 관할할 수 없다는 것은 대한민국 국민에 대한 법의 보호를 포기하는 결과가 되는 점, ⑥ 피고가 소유하고 있는 재산이 대한민국 내에 존재하고, 원고가 위 재산을 가압류한 상황에서 원고의 위자료 및 재산분할청구의 실효성 있는 집행을 위해서도 대한민국 법원에 이혼소송을 제기할 실익이 있는 점 등의 사정을 근거로 원고의 이 사건 청구는 대한민국과 실질적 관련성이 있으므로 대한민국 법원에 국제재판관할권이 인정된다고 본 원심의 판단을 수긍하였다.³⁴⁾

하급심은, 부부가 모두 외국인이나 대한민국에 상거소를 두고 있는 경우의 이혼 사건,³⁵⁾ 부부가 모두 내국인이고 국내에 주민등록도 두고 있으며 외국에서 혼인생활을 영위하고는 있지만 각자 자주 한국을 오가는 경우의 이혼 사건,³⁶⁾ 대한민국에서 출생하여 외국에서 거주하는 외국인인 원고가 대한민국에서 거주하는 외국인인 피고들을 상대로 친생자관계존부확인을 구하는 사건³⁷⁾에서는 우리나라에 국제재판관할권을 인정하였고, 부모와 자녀 모두 외국인으로서 그들의 본국에서 이혼 및 양육비에 관한 조정이 이루어졌는데 그 후 자녀와 함께 본국에 거주하고 있는 일방 당사자가 대한민국에서 경제활동을 하고 있는 상대방 당사자에게 양육비 지급을 구하는 사건,³⁸⁾ 대한민국 국민인 원고가 외국인인 피고와 대한민국에서 결혼식을 올리고 혼인신고를 마친 직후 외국에서 결혼생활을 하며 자녀를 낳았는데(자녀는 복수국적자) 피고와 자녀를 두고 집을 나와 우리나라 법원에 이혼 등을 구한 사건³⁹⁾에서는 우리나라의 국제재판관할권을 부정하였다.

(나) 입양 관련 사건의 경우

중국인인 양자가 원고가 되어 대한민국 국민인 양부를 상대로 파양을 구하는 사건에서, 법원은 피고의 본국이며 주소지인 우리나라에 재판관할권이 있다고 판시하였다.⁴⁰⁾ 대한민국 국민인 양부모가 외국인인 양자를 상대로 파양, 입양무효확인, 입양취소 등을 구하는 사건이 다수 존재하는데, 법원은 국제재판관할권에 관한 특별한 실시 없이 본안판단을 하고 있다.

실무상 분류에 의한 국제입양의 종류 중 ① 내국인 양부모가 외국인 양자를 입양하는 경우(양부모와 양자의 상거소는 불문), ② 외국인 양부모가 내국인 양자를 입양

34) 대법원 2014. 5. 16. 선고 2013므1196 판결. 원심은 서울고등법원 2013. 2. 8. 선고 2012르3746 판결

35) 서울가정법원 2017. 11. 29. 선고 2017드단5733 판결

36) 서울가정법원 2017. 2. 10. 선고 2016드단303836 판결

37) 서울가정법원 2016. 7. 15. 선고 2015드단50524 판결

38) 수원지방법원 안산지원 2017. 12. 27.자 2017느단1297 심판

39) 서울가정법원 2014. 7. 16. 선고 2013드합4999 판결

40) 인천지방법원 2005. 2. 16. 선고 2004드단24861 판결

하는 경우(양부모와 양자의 상거소는 불문), ③ 외국에 거주하는 내국인 양부모가 내국인 양자를 입양하는 경우(양자의 상거소는 불문)에는 다음과 같은 이유에서 우리나라에 국제재판관할권이 인정된다고 보는 데 별다른 어려움이 없다고 생각된다. ① 입양은 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」에서 정한 바에 따라 신고를 하여야 하는데,⁴¹⁾ 입양 당사자 중 한 명이라도 내국인인 경우 그의 가족관계등록에 관한 신고를 위해서라도 우리나라에 실질적 관련성이 있다. ② 입양에 관한 준거법은 양부모의 본국법이므로(국제사법 제43조) 양부모가 내국인인 경우 준거법이 대한민국 법이라는 측면에서 우리나라에 실질적 관련성이 있다. ③ 헤이그입양협약이 ‘국내입양 우선의 원칙’을 명시하고 있는 점에 비추어 볼 때 위 협약이 적용되는 경우 양자가 될 사람인 미성년자의 상거소지국 법원에 입양허가 재판에 대한 우선적인 관할권이 인정된다고 해석할 수 있는데,⁴²⁾ 우리나라에서 요보호아동을 입양하려는 외국인 양부모의 본국은 대개 헤이그입양협약 가입국이고⁴³⁾ 향후 헤이그입양협약 비가입국으로까지 해외입양이 확대될 것으로 예상하기 어려운 점⁴⁴⁾에 비추어 보면 비록 우리나라가 헤이그입양협약에 아직 가입하지는 않았지만 그 취지에 따라 우리나라가 국제재판관할권을 행사하는 것이 타당하다고 볼 수 있다.

한편 실무상 분류에 의한 국제입양 중 나머지 유형, 즉 국내에 거주하는 외국인 양부모가 국내에 거주하는 외국인 양자를 입양하는 경우에는, 당사자들의 국적이거나 준거법, 헤이그입양협약의 취지의 측면에서 우리나라와의 실질적 관련성이 있다고 보기는 어려울 수 있으나,⁴⁵⁾ 양부모와 양자가 국내에서 거주하는 것이 일시적인 거주가 아니라 사실상 생활의 중심지로 삼아 일정 기간 지속하여 거주하는 것, 즉 상거소를 가지는 것으로 평가할 수 있다면⁴⁶⁾ 우리나라에 국제재판관할권을 인정할 수 있다고 생각된다.

41) 다만 신고가 창설적 신고인지 보고적 신고인지는 입양의 종류에 따라 다르다.

42) 권재문, “친자관계의 성립과 효력, 성년후견, 부채와 실종에 관한 국제재판관할”, 국제사법연구 제21권 제1호, 한국국제사법학회(2015), 17면

43) 보건복지부 통계에 의하면 해외이주허가를 기준으로 2011년도 국외입양된 아동 총 906명이 입양된 국가는 미국, 스웨덴, 캐나다, 노르웨이, 호주, 덴마크, 룩셈부르크, 이탈리아, 프랑스라고 한다. 전연숙, “입양특례법상 입양허가 재판의 운영실무 및 개선방안”, 가정법원 50주년 기념 논문집, 서울가정법원(2013), 357면. 위 국가들 모두 2015년 9월 현재 헤이그입양협약의 체결국이다.

44) 입양특례법은 국내입양을 우선 추진할 것을 규정하고 있다(입양특례법 제7조).

45) 다만, 양부모의 본국이 미국 등 영미법계 국가인 경우 일단 우리나라에 국제재판관할권이 인정되면 ‘숨은 반정’에 의하여 우리나라법이 준거법이 될 가능성도 있다.

46) 「신분관계를 형성하는 국제신분행위를 함에 있어 신분행위의 성립요건구비여부의 증명절차에 관한 사무처리 지침」(가족관계등록예규 제427호)은 상거소의 인정 기준에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다.

3. 상거소의 인정

상거소란 사실상 생활의 중심지로 일정기간 지속된 장소를 말하는바, 상거소지법을 국제신분행위의 준거법으로 하고자 하는 경우에는 다음의 기준에 의하여 상거소인지를 판단할 수 있다.

가. 우리나라에서의 상거소 인정

(1) 사건본인이 한국인인 경우

사건본인의 주소가 국내에 있는 경우에는 외국에 상거소가 있는 것으로 판명되지 않는 한 우리나라에 상거소가 있는 것으로 볼 것이다. 또한 사건본인이 국외로 진출하여 그 주민등록이 말소된 경우에도 출국일로부터 1년 이내라면 우리나라에 상거소가 있는 것으로 볼 것이며, 출국일로부터 1년 이상 5년 이내라면 3.의 나. (1)의 단서에 따라 상거소가 인정되는 경우를 제외하고는 우리나라에 상거소가 있는 것으로 볼 수 있다.

(2) 사건본인이 외국인인 경우

사건본인이 우리나라에서 체류한 기간 및 「출입국관리법」 제10조의 체류자격(「출입국관리법시

나. 준거법

(1) 준거법에 관한 규정

국제입양 사건에 관하여 우리나라에 국제재판관할이 인정되면, 우리 법원은 국제사법에 따라 정해지는 국제입양의 준거법을 적용하여 재판을 하게 된다.

섭외사법에서는 입양의 요건은 각 당사자에 관하여 그 본국법에 의하여 이를 정하고, 입양의 효력 및 파양은 양친의 본국법에 의한다고 정하고 있었다(섭외사법 제21조 제1, 2항). 한편 현행 국제사법은 입양 및 파양은 입양 당시 양친(養親)의 본국법에 의하고(국제사법 제43조), 자(子)의 본국법이 자(子) 또는 제3자의 승낙이나 동의 등을 요건으로 할 때에는 그 요건도 갖추어야 한다(국제사법 제44조)고 규정하고 있다.

(2) 입양허가재판의 경우

(가) 양부모가 내국인인 경우

내국인이 양부모가 되는 사건에서는 위 국제사법 규정에 따라 우리나라 법이 준거법이 된다. 대한민국 국민이 양부모가 되어 외국인을 양자로 입양하려는 미성년자 입양허가 사건에서 법원은 “13세 미만의 미성년자인 사건본인의 본국법에서 양자를 하는 데 제3자 등의 동의가 필요한지 여부에 관계없이 양친인 청구인의 본국법인 대한민국 민법이 적용된다. 따라서 사건본인의 법정대리인의 입양승낙과 입양동의가 필요하고 (민법 제869조 제1항, 제2항), 아울러 사건본인의 친생부모의 동의를 받아야 한다(민법 제870조 제1항 본문).” 고 판시하면서 사건본인(양자가 되려는 자)의 친생부의 입양동의가 없다는 등의 이유로 입양허가청구를 기각하였다.⁴⁷⁾

행령」 별표 참조)에 따라 다음과 같이 처리하며, 그 체류기간 및 체류자격은 외국인등록증 및 여권 등을 자료로 판단할 것이다.

(가) 다음은 우리나라에 상거소가 있는 것으로 처리한다.

- ① 우리나라에서 출생한 외국인으로서 출국한 적이 없는 사람
- ② 체류자격이 "거주"인 외국인으로서 1년 이상 계속하여 체류하고 있는 사람
- ③ 「출입국관리법」 제31조 의 외국인등록을 한 외국인(장기체류자), 그 배우자 및 미성년인 자녀로서 5년 이상 계속하여 체류하고 있는 사람(단, ②의 요건 해당자는 제외한다)

(나) 다음은 우리나라에 상거소가 없는 것으로 처리한다.

- ① 주한 외교사절, 주한 미군, 단기체류자 등 「출입국관리법」 제31조 단서의 외국인등록이 면제된 사람
- ② 불법입국자 및 불법체류자

나. 외국에서의 상거소 인정

(1) 사건본인이 한국인인 경우

사건본인이 해당 국가에서 적법하게 5년 이상 계속하여 체류하고 있는 경우에는 그 국가에 상거소가 있는 것으로 볼 것이다. 다만, 사건본인이 ① 복수국적자인 경우에 우리나라 이외의 국적국, ② 영주자격을 가지는 국가, ③ 배우자 또는 미성년인 양자로서 체류하고 있는 경우에는 그 외국인 배우자 또는 양친의 국적국에서 1년 이상 계속하여 체류하면 그 체류국가에 상거소가 있다고 할 것이다.

(2) 사건본인이 외국인인 경우

사건본인의 국적국에서의 상거소 인정에 관하여는 3.의 가. (1)에 준하여 처리하고, 국적국 이외의 국가에서의 상거소 인정에 관하여는 3.의 가. (2)에 준하여 처리할 것이다.

(나) 양부모가 외국인인 경우

외국인이 양부모가 되는 사건에서는 위 국제사법 규정에 따라 입양의 성립, 유효성과 효력 및 파양은 모두 양친의 본국법이 적용되고 양자나 제3자의 동의를 요구하는 범위 내에서만 우리 법이 준거법으로 적용된다.⁴⁸⁾

그런데 양자나 제3자의 동의 외의 요건, 즉 양자가 될 자격이나 양부모가 될 자격 등에 관한 우리 법의 규정도 준거법이 되는지에 관한 의문이 있다.

요보호아동 국외입양의 경우, 준거법에 관한 판단을 심판문에 적시한 사례는 발견되지 않으나,⁴⁹⁾ 실무에서는 입양특례법상 양자가 될 자격(동법 제9조), 양친이 될 자격(동법 제10조)에 관한 규정이 적용되는 것을 전제로 하여 그 요건을 갖추었는지 여부를 심리하고 있다. 이는 위 규정들이 준거법에 관계없이 국제입양에 적용되도록 하고자 하는 입법자의 의지가 표현된 국제적 강행법규로서 준거법에도 불구하고 적용되어야 할 것이기 때문이라고 본다(국제사법 제7조 참조).⁵⁰⁾ 외국인 양부모가 내국인 양자를 친양자로 할 것을 구하는 친양자 입양신청 사건에서 하급심에서는 양부모의 본국법이 준거법이 되는 외에 국제사법 제7조에 의하여 대한민국 민법 중 친양자에 관한 규정도 적용된다고 판시한 바 있다.⁵¹⁾ 한편, 입양특례법상 가정법원의 입양허가는 입양의 성립요건이 아니라 입양의 방식인데, 입양의 방식에 대해서는 따로 국제사법이 준거법을 정하고 있지 않으므로 방식에 관한 일반규정인 국제사법 제17조에 따라 준거법이 결정되어야 하고, 결국 대한민국이 입양지인 경우에는 국제사법 제17조 제2항에 따라 행위지인 입양지법인 입양특례법이 입양의 방식에 관한 준거법이 될 수 있다고 보는 견해도 있다.⁵²⁾

한편, 친권제한 등 사건에서 국제입양에서의 요건이 준수되었는지 여부가 쟁점이 된 사건이 있었다. 사실관계는 다음과 같다. 친모 A는 임신한 상태에서 아기를 낳으면 입양 보낼 마음을 가지고 미혼모자가족복지시설에 입소하였다. A는 2012. 6. 10. 자녀 B를 출산한 후 바로 시설에 맡겼고, 시설 원장은 아이를 입양할 외국인 C 부부(미국 국적)를 소개한 목사에게 2012. 6. 17. B를 보냈으며, 목사는 C 부부에게 B를 인도하였다. 그 후 A는 2012. 6. 26. C 부부를 전혀 만나지 않은 상태에서 C 부부가 B를 입양하는 것에 동의하는 서면을 작성해 주었다. C 부부는 2012. 6. 28. B를 데리고 미국으로 입국하려고 하였으나, 미국 출입국관리소는 B에 대한 입양 목적의 이민비자가 없다는 이유로 B의 입국 불허를 통지하고 B를 C 부부로부터 격리시켰다. 이에 대하여 지방자치단체의 장은, 요보호아동인 B를 「입양촉진 및 절차에 관한 특례법」에 따른 절차를

47) 광주가정법원 목포지원 2016. 5. 16.자 2015ㄴ단843 심판

48) 석광현, 주10)의 글, 379면

49) 라류 가사비송사건의 심판서에는 이유를 적지 아니할 수 있으므로(가사소송법 제39조 제3항), 실제 심판문에는 ‘청구가 이유 있다/없다’는 내용과 입양특례법의 근거조문만을 거시하는 것이 통상적이다.

50) 전연숙, 주43)의 글, 358~359면 ; 석광현, 주10)의 글, 384면

51) 서울가정법원 2016. 8. 12.자 2016ㄴ단50599 심판(양부모가 미국인) ; 서울가정법원 2016. 10. 13.자 2015ㄴ단3402 심판(양부모가 영국인)

52) 현소혜, “개정 「민법」상 입양과 「입양특례법」상 입양 - 체계정합성의 관점에서-”, 가족법연구 제27권 제1호(통권 46호), 한국가족법학회(2013), 95면

위반하여 입양을 시도하는 C 부부에게 협조하는 등으로 A가 친권을 부적절하게 행사하였다는 이유로 A의 B에 대한 친권을 상실시키는 등의 심판을 청구하였다. 이에 대하여 A는 B가 「입양촉진 및 절차에 관한 특례법」의 적용을 받는 요보호아동이 아니어서 민법상 입양 규정이 적용되어야 하고, 민법상 입양은 이미 적법하게 완료되었다고 다투었다. 법원은, 국제사법 제43조, 제44조에 의하여 양부모가 되고자 하는 C 부부의 본국법인 미국의 입양 관련법이 준거법이 되나, 양자인 B의 본국법인 한국의 입양 관련법에서 요구하는 요건과 절차도 모두 준수하여야 함을 전제로, B는 아동복지법상 요보호아동으로서 친모인 A가 미혼모자가족복지시설에 보호의뢰한 자이므로 「입양촉진 및 절차에 관한 특례법」에 의하여 입양하여야 하는데 A는 위 특례법상 요건 및 절차 등을 위반하여 입양을 시도하는 C 부부에게 협조하는 등 친권을 행사할 수 없는 중대한 사유가 있다고 판단하였다.⁵³⁾ 이 사건에서 법원은 입양특례법상 양자 및 양부모의 자격에 관한 규정이 적용되어야 하는 근거로 국제사법 제43조, 제44조만을 적시하였다.

최근 외국인이 내국인 양자에 대한 친양자 입양신청을 한 사례에서 법원은, 국제사법 제43조에 의하여 양부모의 본국법이 준거법이 되고, 국제사법 제44조에 의하여 친생부모의 동의 및 친양자가 될 자의 승낙 등의 요건이 구비되어야 하며, 국제사법 제7조에 의하여 입양특례법상 양자가 될 자격 및 양친이 될 자격에 관한 규정도 적용되어야 하는지 문제되거나 이 사건에서 양자가 될 자는 입양기관 또는 보장시설에 보호의뢰된 경우가 아니므로 입양특례법상 규정이 적용될 여지가 없다고 판시하였다.⁵⁴⁾

(3) 파양재판의 경우 - ‘숨은 반정’의 법리 인정과 관련하여

국제사법 제9조는 준거법 지정시의 반정(反定) 규정을 두고 있다. 즉, 국제사법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정된 경우에 그 국가의 법에 의하여 대한민국 법이 적용되어야 하는 때에는 대한민국의 법에 의한다. 한편 준거법으로 지정된 외국법에 독립적인 저촉규정이 없고 국제재판관할에 관한 규정에 숨겨져 있는 저촉법적 규정에 따라 우리나라로 반정이 일어나는 경우를 ‘숨은 반정’이라고 한다. 영미의 국제재판관할규정에 저촉규정이 숨겨진 경우가 많다.⁵⁵⁾

대법원은 가사사건에 관하여 숨은 반정의 법리를 적용하여 우리 민법을 준거법으로 정한 예가 있다. 즉, 미국 국적의 남편이 미국 국적의 아내를 상대로 우리나라에 이혼소송을 제기하자 아내가 소장 부분을 적법하게 송달받고 적극적으로 응소한 사건에서, “국제사법 제39조 제37조 제1호에 의하면 이혼에 관하여는 부부의 동일한 본국법이 제1차적으로 적용되는데, 미국은 지역에 따라 법을 달리하는 국가이므로 국제사법 제3조 제3항에 따라서 미국 국적을 보유한 원·피고 사이의 이혼청구사건 등에 대한 준거법을 결정함에 있어서는 종전 주소지를 관할하는 미주리 주의 법규정 등을 검토해야 할 것인데, 미주리 주의 법(Missouri State Statute. Chapter 452. Dissolution of Marriage,

53) 서울가정법원 2013. 2. 22.자 2012노합356 심판

54) 서울가정법원 2018. 1. 11.자 2017브30139 결정

55) 국제거래재판실무편람(개정판), 대법원 법원행정처(2015), 41면

Divorce, Alimony and Separate Maintenance)과 미국의 국제사법에 관한 일반원칙(Restatement of the Law, 2nd, Conflict of Laws) 등에 의하면 미국 국적을 보유한 원·피고가 모두 선택에 의한 주소(domicile of choice)를 대한민국에 형성한 상태에서 대한민국 법원에 제기된 이 사건 이혼, 친권자 및 양육자지정청구에 관해서는 원·피고의 현재 주소(domicile)가 소속된 법정지의 법률이 준거법이 되어야 할 것이므로, 결국 ‘준거법 지정시의 반정(反定)’에 관한 국제사법 제9조 제1항 등을 유추적용한 ‘숨은 반정’의 법리에 따라서 이 사건 이혼에 대해서는 이혼, 친권자 및 양육자지정 등을 규율하는 법정지법인 우리 민법을 적용하여야 한다”고 판시하였다.⁵⁶⁾

국제입양 사건에 있어서도 위와 같이 숨은 반정의 법리에 따라 양친의 본국법이 아니라 우리나라 법이 준거법이 될 수 있을지 문제된다. 이는 입양허가재판의 경우보다 파양의 경우 더 의미가 있다. 입양의 경우 국제사법의 규정에 의하여 양부모의 본국법 및 입양의 요건(양부모 및 양자의 자격, 입양 동의 등)에 관한 우리나라 법률이 준거법이 되는 것은 위에서 본 바와 같으므로 특별히 숨은 반정의 법리를 도입하여야 할 필요가 없다고 할 것이나,⁵⁷⁾ 파양의 경우 우리나라는 파양제도를 인정하고 있는 반면 미국이나 영국 등에서는 파양제도를 인정하지 않는⁵⁸⁾ 차이가 있기 때문에 숨은 반정의 법리를 인정하여 우리나라 법률을 준거법으로 삼을 수 있을지 문제된다.

한국인 양자가 미국인 양부모를 상대로 파양 청구를 한 사건에서 하급심은 우리나라 법을 준거법이라고 보아 파양 판결을 한 바 있다. 위 판결들에서 우리나라 법을 준거법으로 삼은 근거는 섭외사법 제5조⁵⁹⁾이다. 즉, 법원은 “양친의 본국법에 의하면 파양제도가 인정되지 않기 때문에 위 법에 준거하는 한 어떠한 경우에도 원고와 피고는 파양을 할 수가 없다고 할 것인바, 이러한 입법례도 이른바 완전양자제를 채택한 결과로서 그 나름대로의 합리적인 근거가 없다 할 수 없겠으나 이 사건과 같은 경우에까지 파양을 인정하지 않는다면 입양 이후 미국에 거주하고 있는 양부모인 피고가 양자인 원고를 성년에 이르도록 부양하지 않았을 뿐만 아니라 한 번도 상면하지 않는 등 피고의

56) 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결

57) 서울고등법원 1989. 7. 24. 선고 88르1028 판결에서는, 양부모와 양자 사이에 양친자관계가 존재함의 확인을 구하는 청구에 대하여, “청구인 A, B[양부모]는 미합중국의 국적을 가진 자로서 대한민국의 국적을 가진 피청구인들[친생부모]에 대하여 이 건 양친자관계 존재확인 청구의 소를 우리나라의 법원에 제기하고 있으므로 이는 섭외사법관계에 속한 사건이라 할 것인즉 먼저 이 건 양친자관계 존재확인 청구의 소에 적용될 준거법에 관하여 보건대 청구인들[양부모 및 양자]과 피청구인들의 주소가 대한민국에 있음은 명백하므로 이 건 입양관계에 관하여 적용될 준거법은 섭외사법 제21조 제1항, 제2항, 리스테이트먼트(제2판) 제78조(미시시피 주법 또한 같다), 섭외사법 제4조등에 의하여 이 건 당사자들의 주소지법인 대한민국의 입양관계에 관한 법률이라 할 것이다.”라고 판시하였는데, 당시 섭외사법에는 현행 국제사법 제7조와 같은 규정이 없었으므로 우리나라 법의 입양 자격 및 요건에 관한 우리나라 법의 적용을 숨은 반정의 법리에 의하여서라도 인정할 필요가 있었던 것으로 보인다.

58) 미국 루이지애나 주의 경우는 서울가정법원 1989. 9. 22.자 89드16588 심판 ; 미국 오하이오 주의 경우는 서울가정법원 1992. 4. 23. 선고 91드63419 판결 참조 ; 미국 뉴햄프셔 주의 경우는 서울가정법원 1992. 5. 21. 선고 89드73017 판결 참조 ; 미국 통일양자법의 경우는 서울가정법원 1992. 7. 21. 선고 90드30009 판결 참조 ; 미국 알라바마 주의 경우는 서울가정법원 1996. 10. 31. 선고 94드89245 판결 참조 ; 정현수, “양자법의 새로운 전개”, 법학연구 23권 1호(2012. 6), 충남대학교 법학연구소(2012), 146면에 의하면 영국입양법상 한 번 성립한 입양은 해소될 수 없도록 하고 있다고 한다.

59) 섭외사법 제5조(사회질서에 반하는 외국법의 규정)
외국법에 의하여야 할 경우에 있어서 그 규정이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 사항을 내용으로 하는 것인 때에는 이를 적용하지 아니한다.

원고에 대한 유기에 의하여 전혀 양친자로서의 실체를 갖고 있지 않은 양친자관계가 원고의 의사에 반하여 영속되어 장래 당사자 사이에 있어서 서로 예기하지도 않고 희망하지도 않는 상속, 부양 등과 같은 여러가지 법률관계가 발생하도록 하는 부당한 결과가 생길 수 있어 이는 양자의 복지를 최우선으로 하는 양자제도의 취지에 비추어 출생 이래 대한민국에 거주하고 있고 장래에도 대한민국에서 생활하여야 할 양자인 원고의 복지에 합치하지 않는 것으로서 결국 대한민국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 것을 내용으로 하고 있다 할 것이므로 이 사건에 관하여는涉外사법 제5조에 의하여 외국법으로서 양친의 본국법을 적용하지 아니하고 과양을 인정하는 우리나라 민법을 적용하기로 한다.” 고 판시하였다.⁶⁰⁾

국제이혼사건에서 숨은 반정에 의한 우리나라 법의 적용을 긍정한 대법원 판례가 나온 이후 국제입양 내지 과양에 관하여도 숨은 반정의 법리를 인정할 것인지 여부에 관하여는 아직 명시적으로 다룬 사례가 없다. 숨은 반정의 법리를 인정하여야 할 필요성이 있는 경우는 양부모가 영미권의 외국인이고 양자가 내국인인 경우의 과양 사건이다. 그런데 본국법상 과양제도가 인정되지 않는 양부모가 우리 법원에서 스스로 숨은 반정의 법리에 따라 대한민국법에 의한 과양을 인정해 달라고 청구하는 것은 일종의 국제재판관할의 남용에 해당할 수 있다고 생각된다. 우리나라 법에 따라 과양을 허용하여야 할 필요성이 있는 경우는 위에서 든 하급심의 경우와 같이 양자가 양부모에게 입양된 외관(입양신고)만 있을 뿐 양부모로부터 자녀로서의 보호와 부양을 받지 못한 유기 상태에 있어 입양관계를 존속하도록 하는 것이 양자의 복지에 합치하지 않는다고 볼 예외적인 경우에 한정된다고 보인다. 그렇다면 양부모의 본국법에 따라 과양제도를 인정하지 않는 것이 우리나라의 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 위반된다고 보아 국제사법 제10조⁶¹⁾에 의하여 그 적용을 배제할 수 있다고 생각된다. 다만 그 경우 국제사법 제10조는 그 외국법을 적용하지 아니한다고 규정할 뿐 그 대신 적용되어야 할 법에 관하여는 달리 정하고 있지 않으므로, 이에 대한 입법적 검토가 필요하다.⁶²⁾

다. 외국 입양재판의 승인 및 집행의 문제

(1) 승인

외국 법원에서 입양재판을 받은 경우 그것이 우리나라에서 어떤 효력을 가지는가. 민사소송법 제217조는 외국재판의 승인에 관하여 규정하고 있는바, 그에 따른 요건

60) 서울가정법원 1989. 9. 22. 선고 89드16588 판결 ; 서울가정법원 1992. 4. 23. 선고 91드63419 판결 ; 서울가정법원 1992. 5. 21. 선고 89드73017 판결 ; 서울가정법원 1992. 7. 21. 선고 90다30009 판결 ; 서울가정법원 1996. 10. 31. 선고 94드89245 판결

61)涉外사법 제5조와 동일한 내용이다.

62) 이에 관하여, 외국법 적용의 배척 결과에 관하여 외국법보충설, 내국법보충설, 국제사법자체보충설 등의 견해가 대립되는데, 외국법의 적용을 배척한 범위에서 내국법에의 보충적 송치가 있는 것으로 해석하는 것이 타당하므로 외국법의 적용을 배척한 범위에서 문제된涉外적 생활관계가 어떻게 규율될 것인가는 오직 내국실질법상의 규정내용에 따라서 결정된다는 견해가 있다. 김용한, “涉外사법 제5조”, 법정(구) 19권 7호(64. 7.), 법정사(1964), 75면

을 모두 갖추면 승인, 즉 우리나라에서 효력을 가진다. 그런데 친생부모와의 관계가 단절되지 않는 일반입양과 친생부모와의 관계가 단절되는 친양자 입양을 두고 있는 우리 법제에서, 위와 같은 효력의 구별이 없는 외국에서 받은 입양재판이 승인되면 그것이 어떠한 효력을 가진다고 할 것인지가 문제된다.⁶³⁾ 이에 대하여, 우리 민사소송법에 따른 외국판결 승인의 경우 외국판결이 판결국에서 가지는 효력이 국내에까지 확장된다는 ‘효력확장설’이 유력한데 이는 외국 입양재판에도 타당하고, 외국 법원이 법정지법이 아닌 제3국법을 적용하여 판결한 경우 실제로 적용된 제3국법에 따라 입양의 효력이 결정된다고 보는 견해가 있다.⁶⁴⁾ 만약 외국 법원에서 우리나라 법을 적용하여 입양판결을 하였다면 그에 따라 일반입양인지 친양자 입양인지가 결정될 수 있을 것이고, 완전입양만을 인정하는 법정지법 또는 제3국의 법을 적용하여 입양판결을 하였다면 그로 인한 입양은 우리나라에서 친양자 입양의 효력을 가지는 것으로 볼 수 있을 것이다.

(2) 집행

우리나라 사람이 외국 법원에서 입양판결을 받은 경우 우리나라에서 그 판결의 집행판결이 필요한지 문제될 수 있는바, 입양판결은 국가가 후견적 사무로서 행하는 행정작용에 불과한 것이어서 당사자간의 분쟁을 전제로 하는 소송에 대한 중국적 재판과는 그 성질이 다른 것이므로 집행판결의 대상이 되지 않는다고 보는 견해가 있다.⁶⁵⁾ 외국 법원에서 이혼판결을 받은 경우 민사소송법 제217조에 의한 외국재판의 승인요건을 갖춘 경우에는 별도의 집행판결이 필요하지 않다고 보므로,⁶⁶⁾ 외국 법원에서 입양판결을 받은 경우에도 이와 동일하게 볼 수 있을 것이다.⁶⁷⁾

그렇다면 외국 법원에서 입양판결을 받은 경우 신고의무자가 별도의 판결을 받을 필요 없이 바로 가족관계등록관서에 신고를 할 수 있을 것인데, 그 외국 법원의 입양판결이 우리 법제상 일반입양의 효력을 가지는지 친양자 입양의 효력을 가지는지를 어떻게 밝힐 것인가가 문제된다. 당사자가 일반입양의 신고인지 친양자 신고인지 밝혀서 신고할 수 있을 것인지, 신고를 하면서 소명자료로 외국법원의 입양판결 외에 그 판결을 함에 있어 적용된 국가의 법 등을 제출할 것인지, 가족관계등록관서에서는 신고자에게 어느 입양에 해당하는지의 특정 및 소명자료 보완을 요구할 수 있을 것인지, 제출된 소명자료에 따라 어느 입양에 해당하는지를 가족관계등록관서에서 판단할 수 있을 것인가가 문제이다. 이에 대한 고려가 필요하다고 보인다.

63) 예컨대, 한국인인 A가 미국에서 B 부부에게 입양되는 재판을 받았는데, A의 친생부모 C가 사망한 경우 A가 C의 상속인 자격을 유지하는지 여부가 문제될 수 있을 것이다.

64) 석광현, 주10)의 글, 372~373면

65) 정주수, 주12)의 글, 14면

66) 외국법원의 이혼판결의 경우 민사소송법 제217조가 정하는 조건을 구비하는 한 우리나라에서도 그 효력이 있어[외국법원의 이혼판결에 의한 가족관계등록사무 처리지침(가족관계등록예규 제419호)], 당사자는 외국 법원 이혼판결의 정본 또는 등본과 확정증명서 등을 등록관청에 제출함으로써 이혼신고를 할 수 있고, 별도의 집행판결이 필요하지 않다.

67) 다만, 외국 법원의 과양판결에 대하여는 집행판결을 한 사례가 발견된다(서울중앙지방법원 2017. 11. 24. 선고 2016가합565797 판결).

5. 맺음말

이상으로, 실무상 국제입양의 종류 및 그 현황에 관하여 간략히 살펴보고, 국제입양에서 국제사법의 관점에서 문제될 수 있는 쟁점을 재판관할권, 준거법, 외국 재판의 승인 및 집행이라는 세 가지 항목으로 나누어 살펴보았다.

우리나라는 해외입양의 긴 역사를 가지고 있을 뿐만 아니라, 세계화에 따른 가족 구성의 변화로 인하여 기존 해외입양과는 반대 방향의 국제입양 증가도 경험하고 있다. 또한 헤이그입양협약의 가입을 지속적으로 검토하고 있는 와중이므로 이에 대비한 국내 법률의 제정 또는 개정에 관하여 연구할 시급한 필요가 있다. 국제입양에 관한 실무의 축적된 경험을 기반으로 하여 향후 국제입양과 관련된 국제사법의 여러 문제에 관한 논의가 지속되기를 기대한다.

[참고문헌]

단행본

- 가족관계등록실무[1], 법원행정처(2012)
 국제거래재판실무편람(개정판), 대법원 법원행정처(2015)
 국제규범의 현황과 전망 -2011년 국제규범연구반 연구보고 및 국제회의 참가보고-, 대법원 법원행정처(2012)
 친족상속에 관한 구관습, 재판자료 제29집, 법원도서관(1985)
 2014 사법연감[2013. 1. ~ 2013. 12.], 법원행정처(2014)
 2015 사법연감[2014. 1. ~ 2014. 12.], 법원행정처(2015)
 2016 사법연감[2015. 1. ~ 2015. 12.], 법원행정처(2016)
 2017 사법연감[2016. 1.~ 2016. 12.], 법원행정처(2017)

논문

- 권재문, “친자관계의 성립과 효력, 성년후견, 부재와 실종에 관한 국제재판관할”, 국제사법연구 제21권 제1호, 한국국제사법학회(2015)
 김용한, “섭외사법 제5조”, 법정(구) 19권 7호(64. 7.), 법정사(1964)
 석광현, “국제입양에서 제기되는 국제사법의 제 문제: 입양특례법과 헤이그입양협약을 중심으로”, 가족법연구 제26권 제3호(통권 제45호), 한국가족법학회(2012)
 이공현, “국제재판관할권의 결정기준”, 민사판례연구 제17집, 민사판례연구회(1995)
 이용운, “國際入養”, 실무연구(1), 부산지방법원 가정지원(2002)
 장운수, “한인디아스포라와 해외입양”, 세계지역연구논총 26권 3호, 한국세계지역학회(2008. 12.)
 전연숙, “입양특례법상 입양허가 재판의 운영실무 및 개선방안”, 가정법원 50주년 기념 논문집, 서울가정법원(2013)
 정주수, “국제입양의 실무적 고찰”, 법무사 436호(2003. 10.), 대한법무사협회(2003)
 정현수, “양자법의 새로운 전개”, 법학연구 23권 1호(2012. 6), 충남대학교 법학연구소(2012)
 조애저, “다문화가족의 결혼 및 가족생활과 정책방안”, 보건복지포럼 165권, 한국보건사회연구원(2010. 7.)
 현소혜, “개정 「민법」상 입양과 「입양특례법」상 입양 - 체계정합성의 관점에서-”, 가족법연구 제27권 제1호(통권 46호), 한국가족법학회(2013)

‘국제입양 관련 실무 현황과 과제’ 주제발표에 대한 토론문

임성권(인하대학교 법학전문대학원)

실제 사례를 중심으로 국제입양에 대한 쟁점들을 검토하신 발표에 대하여 전체적으로 동의합니다. 다만 국제사법적인 시각에서 몇 가지만 이야기를 나누고자 합니다.¹⁾

먼저 국제재판관할권에 대하여 기존의 법원 판결을 중심으로 검토해 주셨는데, 국제입양과 관련해서는 우리 법원에서 실제 판결례가 거의 없기 때문에²⁾ 결국 국제사법의 국제재판관할권 규정에서 출발하여 재판관할권의 문제를 해결하려 하셨습니다.

그런데 발표자께서는 16면에서 “입양당사자 중 한 명이라도 내국인이라면 우리 나라에 실질적 관련성이 있다” 라고 하셨는데 너무 지나친 주장이 아닌가 합니다. “실질적 관련성” 을 너무 지나치게 넓게 해석한다면 국제사법을 운영할 이유가 거의 사라지기 때문입니다. 더군다나 실무상 분류에 의한 국제입양의 종류 중 내국인 양부모가 외국인 양자를 입양하는 경우, 외국인 양부모가 내국인 양자를 입양하는 경우, 외국에 거주하는 내국인 양부모가 내국인 양자를 입양하는 경우에는 모두 우리 나라에 국제재판관할권이 어려움 없이 인정된다고 보고 계십니다. 그러나 국제사법 제43조에 따라 입양의 준거법이 양부모의 본국법이라 하여 그 본국법국가에 재판관할권이 인정되는 것은 아닙니다. 준거법의 판단과 재판관할권의 판단은 얼마든지 달라질 수 있기 때문입니다. 특히 위 두 번째 외국인 양부모가 내국인 양자를 입양하는 경우에는 발표자의 논리에도 맞지 않는 경우가 아닌가 합니다.

또한 국제입양의 나머지 유형, 즉 국내에 거주하는 외국인 양부모가 국내에 거주하는 외국인 양자를 입양하는 경우에는 “공통의 상거소” 를 재판관할권의 근거로 제시하는 것으로 판단할 수 있는데, 이 때에는 위에서 적시한 근거들을 모두 제외하고 상거소를 재판관할권의 인정근거로 하는 이유는 무엇인지요?

그리고 논쟁하려는 것은 아니고 단지 인용한 판결문의 내용 중 잘못된 부분이 있어서 여기 적시하고자 합니다. 21면에 인용한 대법원 2006.5.26. 선고 2005므884 판결의 내용 중에서 “미국의 국제사법에 관한 일반원칙(Restatement of the Law, 2nd, Conflict of Laws)” 은 미국의 법률이 아닙니다. 또한 판례도 아닙니다. 우리 법원에서 미국의 법으로 잘못 인용한 대표적인 사례입니다.

1) 8면의 “4. 국제입양과 관련된 국제법상 논점”은 국제사법상의 논점의 오타라고 생각합니다.

2) 우리 법원에서는 국제재판관할권에 대한 특별한 실시 없이 바로 본안판단을 하고 있는데, 석광현 교수님의 글에서도 여러 차례 지적한 바와 같이 우리 법원이 우리 법도 잘 적용하지 않는 모습이라고 평가할 수 있다.

‘국제입양 관련 실무 현황과 과제’ 주제발표에 대한 토론문

소라미(공익인권법재단 공감)

풍부한 실무경험과 사례를 바탕으로 국제입양과 관련된 법적 쟁점들을 면밀히 검토한 발표자의 발표내용에 대해서 공감하며 특별한 이견이 없으므로 그 동안 해외입양인 커뮤니티, 미혼모 단체 등 시민사회단체가 주도하여 추진해온 입양 관련 법제도 개선 활동 중 국제입양과 관련된 내용을 검토하는 것으로 토론을 갈음하고자한다. 우선 우리나라에 있어 해외입양현황을 살펴보고 2016년 정부가 주도했던 ‘국제입양에 관한 법률 제정안’의 한계를 검토한 후, 해외입양에 관한 다른 나라의 정책을 비교해봄으로써 이후 우리나라의 국제입양 관련 법제도의 나아갈 방향에 대해 고민해보고자 한다.

“국제입양은 한국에서 ‘태어’났다. 서양 양부모에 의한 아시아 아동의 대규모 입양은 1950년대 한국 전쟁 직후로 거슬러 올라간다. 그때부터 165,000명의 한국 아동이 미국, 캐나다, 호주, 유럽 각국으로 입양되었다.”¹⁾

1953년부터 2007년에 이르기까지 해외입양을 통해 한국을 떠난 사람은 약 16만 명에 이르며, 해외 입양인들의 누적 숫자로 치면 한국은 압도적인 1위 국가이다. OECD가입국이자 세계 경제규모 11위인 한국은 지금도 중국, 러시아, 과테말라에 이어 4번째로 많은 자국 아동들을 해외로 내보내는 ‘아동수출대국’이기도 하다.²⁾ 6.25 전쟁 후 전쟁고아에 대한 구제책으로 시작된 해외입양은 전쟁직후 사회·경제적으로 어려운 상황에서 보호가 필요한 아동에 대한 유일한 보호수단이 되었다. 좋은 양부모를 만난 후 사회적으로 성공한 해외입양인 사례 대한 언론의 스포트라이트는 우리 사회에 해외입양에 대한 ‘신화’를 양산했다. 그 결과 1980년대 우리나라는 연간 6000여명, 제일 많았을 때에는 약 8,000여명의 아이를 해외로 입양 보냈다. 아동의 보호를 해외입양에 의존한 결과, 보호가 필요한 아동을 우리 사회 안에서 돌보기 위한 정책은 제대로 설계조차 되지 않았고, 결국 우리나라는 국제사회로부터 ‘아동수출국’이라는 오명을 얻었다.

1) Seman, P., “Intercountry Adoption of Children from Asia in the Twenty-First Century”, Children’s Geographies(2014), P.1. 이경은 “국제입양에 있어서 아동 권리의 국제법적 보호”, 서울대학교 대학원 법학박사 논문(2017), p.39.

2) 2017. 5. 9. 전홍기혜 기자, "한국, 경제대국? 세계 1위 '아동수출대국'!", 프레시안 뉴스 <http://www.pressian.com/news/article.html?no=84078>

표1. 1971-1992년 연도별 해외 입양아동 수

| 연도 | 입양아동 수 | 연도 | 입양아동 수 |
|------|--------|------|--------|
| 1971 | 2725 | 1982 | 6434 |
| 1972 | 3490 | 1983 | 7263 |
| 1973 | 4688 | 1984 | 7964 |
| 1974 | 5302 | 1985 | 8837 |
| 1975 | 5077 | 1986 | 8680 |
| 1976 | 6597 | 1987 | 7947 |
| 1977 | 6159 | 1988 | 6463 |
| 1978 | 5917 | 1989 | 4191 |
| 1979 | 4148 | 1990 | 2962 |
| 1980 | 4144 | 1991 | 2197 |
| 1981 | 4628 | 1992 | 2045 |

출처 : 보건복지부.중앙입양원

[표1] 해외 입양아동 수 통계(1955~2007)³⁾

국내입양과 비교해 월등하게 높은 수치를 자랑하던 국외입양 건수가 감소하기 시작한 것은 2007년 1월부터 시행된 ‘국내입양우선추진제’가 추진되면서부터다. 아동수출국의 오명을 벗기자 정부가 나서서 국외입양을 추진하기 전에 5개월간 우선적으로 국내입양을 추진하도록 해외입양기관을 강제하기 시작한 것이다.⁴⁾ 그 결과 2007년 이후부터 국외입양보다 국내입양의 건수가 높게 나타나기 시작했다. 하지만 여전히 우리나라는 한 해 약400여명의 아동을 해외로 입양 보내고 있다.

| 구분 | 계 | 2007년 이전 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 |
|----|-----------------|-----------------|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| 계 | 247,343 | 230,635 | 2,556 | 2,439 | 2,475 | 2,464 | 1,880 | 922 | 1,172 | 1,057 | 880 | 863 |
| 국내 | 80,099 (32.4%) | 70,327 (30.2%) | 1,306 (51.1%) | 1,314 (53.9%) | 1,462 (59.1%) | 1,548 (62.8%) | 1,125 (59.8%) | 686 (74.4%) | 637 (54.4%) | 683 (64.6%) | 546 (62.0%) | 465 (53.9%) |
| 국외 | 167,244 (67.6%) | 160,308 (69.8%) | 1,250 (48.9%) | 1,125 (46.1%) | 1,013 (40.9%) | 916 (37.2%) | 755 (40.2%) | 236 (25.6%) | 535 (45.6%) | 374 (35.4%) | 334 (38.0%) | 398 (46.1%) |

[표2] 입양 통계(2008년~2017년)⁵⁾

우리나라는 2013년 5월 24일 ‘국제입양에 관한 아동의 보호 및 협력에 관한 협약’ (이하 ‘헤이그협약’이라고 함)에 서명 후, 2017년 10월 18일 국회에 비준동의안을 제출했다. 헤이그협약은 국제입양에 대한 주요한 기본 원칙을 천명하고 있다. 첫째, 입양에

3) 2017. 9. 12. 전홍기혜 기자, "전두환 정권, '아동수출'로 한해 200억 벌었다". 프레시안뉴스 <http://www.pressian.com/news/article.html?no=167856>

4) 2018. 5. 11.자 보건복지부 보도자료 “평범한 사람들의 입양이 한 아이의 세상을 바꿉니다!” http://www.mohw.go.kr/react/al/sal0301vw.jsp?PAR_MENU_ID=04&MENU_ID=0403&page=4&CONT_SEQ=38456&SEARCHKEY=TITLE&SEARCHVALUE=입양

5) 2018. 5. 11.자 보건복지부 보도자료 (각주4)

있어서 아동이익이 최우선 되어야 한다는 것, 둘째, 입양 이전에 원가정 보호가 우선되어야 한다는 점 셋째, 권한 있는 공적 당국이 입양을 관장해야한다는 것이다. 헤이그협약의 비준 및 이행을 대비하여 해당 부처인 보건복지부는 입양 관련 법제 개선을 추진해왔다. 2016. 9. 보건복지부는 국회 김승희 의원의 대표발의로 ‘국제입양에 관한 법률 제정안’ 과 ‘입양특례법 전부개정법률안’ 을 국회 발의했다. 보건복지부가 작업한 김승희 의원 대표 발의의 ‘국제입양에 관한 법률 제정안’ 은 다음과 같은 한계를 갖는다.

첫째, 핵심적인 입양 업무 중 일부를 민간기구인 국제입양기관에게 위탁 가능하도록 하고 있어 입양업무의 공공성을 훼손할 우려가 크다. 즉 동 법안은 ‘우리나라의 국제입양이 민간 입양기관 주도로 이루어지고 있어 입양절차의 진행에 있어서 국가의 책임이 상대적으로 소홀했던’ 점을 입법적 배경으로 제시하고 있음에도 불구하고 법안 제42조 ‘권한 등의 위임·위탁’ 규정을 통해 ‘입양이 될 아동에 대한 보고서 작성’ (법안 제9조제2항), ‘아동의 인도’ (법안 제18조), ‘입양신청’ (법안 제22조), ‘예비양부모에 대한 상담 및 가정조사’ (법안 제23조 제2항), ‘사후관리’ (법안 제19조, 법안 제26조) 업무를 국제입양기관에 위탁할 수 있도록 규정하고 있다. 이 중 사후관리 업무의 경우에는 민간 기관에 위탁을 하더라도 입양 업무의 공공성을 훼손할 가능성이 미약하다 할 수 있으나, 지방자치단체장이 해당 아동에게 입양이 최선인지 여부를 결정하는 근거가 되는 아동에 대한 보고서 작성(법안 제9조제2항), 민간 기관이 직접 입양될 아동을 인수·보호하는 것을 전제로 삼고 있는 국제입양기관에 의한 아동의 인도(법안 제18조), 예비 양부모 심사의 근거가 될 상담 및 가정조사 업무를 민간 기관에게 위임할 경우에는 입양업무의 공공성을 훼손할 우려가 크다.

둘째, 현재에도 아동에 대한 입양 절차는 계약적 성격이 강한 ‘민법상 입양 절차’ 와 요보호아동에 대한 ‘입양특례법상 입양 절차’ 로 이원화되어 있어 각각에서 정하는 요건과 절차가 상이한 결과 어떠한 절차를 따르느냐에 따라 아동 복리에 다른 영향을 미칠 수 있다는 점에서 아동이익최우선의 원칙에 부합하지 않는다. 그런데 김승희 의원 대표발의의 ‘국제입양에 관한 법률 제정안’ 의 목적(법안 제1조)과 정의 규정(법안 제2조) 및 제안이유를 살펴보았을 때, 동 법안의 적용 대상을 ‘요보호아동’ 만으로 규율하는 것으로 보이지 않으며, 외국적 요소가 있는 모든 아동의 입양을 규율하는 것으로 보인다. 그렇다면 동 법안이 통과될 경우에는 현재 이원화되어 있는 입양 절차가 ‘삼원화’ 되어 입양 절차상 실무에 더욱 혼선을 발생시키고 입양되는 아동의 복리가 저해될 가능성이 더욱 커지게 될 것이다. 이에 대한 대안으로서 민법상 입양 규정을 기본으로 하되, 모든 ‘아동’ 에 대한 입양의 요건과 절차를 좀 더 세세하게 규정하는 법으로서 입양특례법의 성격을 규정하고, 절차적인 부분의 경우에는 국제사법을 기본으로 하되 추가적인 규정이 필요한 경우에 한하여 국제입양에 관한 법률에 추가하는 방향으로

관련 법의 성격과 내용을 정비할 필요가 있을 것이다.

장기적으로는 우리 사회가 언제까지 우리 아동을 국내에서 보호하지 못한 채 해외로 입양 보내야 할지에 대한 고민과 결단이 필요하다. 특히 우리나라에서 해외로 입양 보내는 아동의 90% 이상이 미혼모 가정 출신이라는 점에서 미혼모에 대한 차별과 편견 그리고 지원정책의 부재에 대한 적극적인 대책이 마련되어야 할 것이다. 이와 관련하여 해외입양 ‘중단’ 선언을 한 해외 사례를 소개하며 본 토론을 마치고자 한다. 루마니아 정부의 경우 공산주의 몰락 이후 1990년대 초 10만명이상의 아동이 대규모 시설에 거주하였고, 친생 부모가 6개월 이상 아동에 대한 관심을 보이지 않으면 법적으로 유기한 것으로 판단하여 해외입양이 가능하도록 하였다. 그 결과 해외입양이 아동의 이익보다는 민간 입양기관의 경제적 이익을 우선하고 있다는 비판을 받게 되었고 유럽연합은 루마니아 정부에게 유엔아동권리협약과 헤이그협약을 준수하는 아동보호체계 개혁할 것을 촉구하였다. 그에 따라 루마니아 정부는 2004년 이후 입양 관련 법의 제·개정을 통해 아동의 4촌 이내의 친족만이 해외입양을 할 수 있도록 제한하여 1998년 2,017명이었던 해외입양아동 수가 2005년 2명, 2006년부터 2013년까지는 단 한명도 없게 되었다. 그 결과 시설보호 아동수가 절반으로 줄었고, 위탁가정 등 루마니아 내 가족 형태의 보호는 두 배로 증가하였다.⁶⁾ 2018년 2월 에티오피아 정부는 미국으로 입양보낸 자국 아동이 양부모에 의해 학대받아 사망한 사건이 발생한 후 “해외입양은 아동의 정체성 위기와 심리적 문제, 권리의 침해에 취약하게 한다”고 밝히면서 해외입양 중단을 발표했다.⁷⁾ 2014년에는 케냐 정부가 아동의 외국인 입양에 대한 무기한 유예 조치를 발표했다. 해외입양 과정에서 부적절한 재정적 이익이 발생했고, 이는 해외입양을 위한 아동 납치와 인신매매를 초래했다고 판단한 결과이다.⁸⁾ 2018년 인도정부는 국제홀트아동복지회를 통한 아동의 국제입양 중단을 결정했다. 2016년 인도계 미국인 부부가 입양한 자국민 아동을 살해한 사건이 발생했고, 인도 정부는 “홀트 인터내셔널이 입양부모를 제대로 심사하지 못하고 입양 후에도 사후관리가 미흡했던 것으로 판단”했기 때문이다.⁹⁾

6) 2018. 2. 9. 노혜련(송실대 사회복지학), ‘해외입양 중단 국가 사례’(미발행)

7) 2018. 1. 11. 경향신문. 심윤지 기자, “에티오피아, 학대·인종차별 우려 “해외입양 금지”
http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201801112138005&code=970100

8) 2018. 2. 9. 노혜련(송실대 사회복지학), ‘해외입양 중단 국가 사례’(미발행)

9) 2018. 1. 10. 프레시안, 전홍기혜 기자, “인도, '입양아 살해'로 홀트 통한 입양 중단”
<http://www.pressian.com/news/article.html?no=182190>

제4주제 발표문

헤이그 아동탈취협약과 가족생활에 관한 기본권

- 유럽인권재판소 판례를 중심으로 -

권재문 교수

(숙명여자대학교 법과대학)

헤이그 아동탈취협약과 가족생활에 관한 기본권*

— 유럽인권재판소 판례를 중심으로 —

권 재 문**

I. 서언

다문화 가정의 파탄으로 인한 국제적 아동탈취는 자녀에게 심대한 영향을 미칠 뿐 아니라 아동을 탈취당한 부모가 외국에서 법적 구제를 받기가 매우 어렵다는 문제를 야기한다. 헤이그 국제사법회의는 이러한 문제에 대처하기 위해 1980년 “국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약”(이하 “협약”이라 한다)을 성안하였다.¹⁾ 우리나라도 89번째 체약국이 되었는데²⁾ 국회는 탈취협약 가입을 위하여 2012. 12. 11. 법률 제11529호로 “헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률”(이하 “이행법률”이라 한다)을 제정하였으며, 협약상의 반환청구가 쟁점이 된 최초의 대법원 판례인 대법원 2018.4.17.자 2017스630 결정도 나왔다.

협약은 국제적 아동탈취가 발생하면 최대한 신속하게 아동이 원래 살던 곳인 상거소지국으로 돌려보내는 것을 목적으로 하고, 이를 위해 중앙당국 제도(협약 제7조 이하), 아동반환 재판의 신속처리를 위한 특칙(협약 제11조) 등의 장치로써 이를 뒷받침하고 있다. 그러나 협약 제정 후 30여년이 경과하여 각국의 실무례가 축적됨에 따라 이러한 협약의 기본구조에 대해서는 의문이 제기되고 있다. 특히 협약이 ‘신속반환에 의한 자녀의 생활환경 회복’과 ‘반환으로 인한 중대한 위험 예방’ 모두를 추구하고 있지만 이들을 원칙과 예외로 설정한 것에 대한 비판론이 유력하다. 그 논거는 아동과 관련된 모든 사안에 대해 적용되는 기본원칙인 ‘자녀의 복리 원칙’이 협약 사안에 대해서도 적용되어야 하는데, ‘중대한 위험’을 엄격하게 제한적으로 고려하는 것은 자녀의 복리를 해칠 수 있다는 것으로 요약할 수 있다. 이러한 비판론은 협약의 ‘신속반환 원칙’은 일반적인 자녀의 복리를, ‘중대한 위험’을 비롯한 반환예외 사유들은 ‘구체적인 자녀의 복리’를 추구하는 것이라고 한다. 이렇게 본다면 이들은 대등한 판단기준이 되거나, 후자가 더 우선적으로 적용되어야 한다는 해석이 가능하게 된다. 자녀의 복리 원칙은 원래 ‘구체적 사정’을 전제하는 것이기 때문이다.

이처럼 국제적 아동탈취 사안에도 자녀의 복리 원칙이 적용된다고 한다면, 협약이 추구하는 원칙-예외 구조는 정당화되기 어려운 것일까. 이 문제에 대한 국내의 해석론은 아직 문제제기 단계에 머물러 있다. 그러나 유럽인권재판소에서는 이미 상당히 많은 판례에서 이 문제가 다루어졌고,³⁾ 나름대로의 판단준칙까지도 수립된 것으로 보인다. 특히 유럽인권

* 이 글은 2018. 6. 20. 한국국제사법학회 제25주년 기념학술대회 발표문으로서 인용 등이 불완전할 수 있으나 발표자의 동의 없는 인용이나 전재를 금합니다.

** 숙명여자대학교 법학부 교수. 법학박사/변호사

1) 헤이그국제사법회의의 웹사이트(<http://www.hcch.net/upload/outline28e.pdf>) 참조

2) 조약 제2128호로서 2013. 3. 1. 우리나라에서 발효되었다.

3) 헤이그국제사법회의가 제공하는 협약사건 판례 데이터베이스에 의하면, 유럽인권협약과의 관계가 문제된 사례가 2010년 이후의 것만으로도 35건에 이른다. <https://www.incadat.com/en> (최종방문: 2018.6.10.)

재판소 판례는 이 문제 뿐 아니라 ‘신속 반환 원칙’이 좌절되는 경우 즉 반환절차 지연과 이로 인한 아동의 적응을 이유로 반환청구가 기각되거나, 반환청구 인용재판 확정 후에도 집행이 원활하게 이루어지지 못하는 상황을 어떻게 평가할 것인지도 문제되고 있다.⁴⁾ 따라서 이러한 유럽인권재판소의 판례를 살펴보는 것은 협약의 해석뿐 아니라 실무처리의 지침으로서도 유용할 것이다.

이를 위해 위의 두 가지 문제를 차례로 살펴본다. 우선 ‘신속 반환 원칙’과 ‘중대한 위험’을 중심으로 하는 반환예외 사유에 관한 논의를 *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* 사건⁵⁾과 *X v. Latvia* 사건⁶⁾을 중심으로 살펴본다(II). 다음으로 반환 절차 지연 또는 반환재판의 집행 지연과 관련된 논의를 *Hoholm v. Slovakia* 사건⁷⁾을 중심으로 살펴본다(III).

II. 자녀의 복리 원칙이 문제된 사례들

1. 개관

협약의 목적은 ‘상거소지국의 신속한 반환’이며 협약에 의한 구제절차의 특징적 요소인 중앙당국간 협조체제, 절차법적 특례 등은 모두 이를 위해 마련된 것이라고 해도 과언이 아니다. 물론 협약상의 반환청구 사건도 아동과 관련되어 있으므로, 아동에게 영향을 미치는 모든 사건에 대해 적용되어야 하는 기본원리인 ‘자녀의 복리 원칙’의 적용대상이라고 할 것이다. 바로 이런 이유 때문에 협약은 전문에서 협약이 추구하는 목적도 궁극적으로는 자녀의 복리를 위한 것임을 명시하고 있는 것이다.

그러나 협약이 실제로 적용되면서 협약이 추구하는 ‘신속 반환’만으로 자녀의 복리를 실현할 수 있는지에 대한 의문이 제기되기 시작했다. 무엇보다도 협약 제정 당시에 상정했던 것과는 달리, 혼인이주자가 ‘탈취부모’이고 가정불화 끝에 탈취부모나 자녀에게 가정폭력을 행사했던 상거소지국인이 ‘탈취당한 부모’인 사례가 증가했기 때문이다. 협약이 권장하는 해결방법은 상거소지국 법원에서 양육에 관한 본안판단을 받아 합법적으로 자녀를 데리고 귀국할 수 있는 권한을 확보하라는 것이다. 그러나 가정폭력에 노출된 혼인이주자가 자신에게는 ‘외국’인 자녀의 상거소지국에서 이런 ‘해결책’을 활용할 수 있을 것이라고 기대하기는 어렵다. 설령 이에 따라 자녀의 상거소지국 법원에 양육에 관한 본안판단을 구하더라도 —협약 자체도 암묵적으로 전제하는 것처럼— 자녀가 상거소지국에서 계속 사는 것이 자녀의 복리에 부합하는 것으로 결론이 날 가능성이 크다. 바로 이런 이유 때문에 혼인이주자는 자녀를 일단 ‘탈취’한 후 모국에서 양육에 관한 본안판단을 받으려고 시도하게 되고, 유럽인권재판소에서 문제된 협약관련 사안들도 대부분 이런 배경을 가지고 있다.

이런 상황을 감안한다면 *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* 전원합의체 판결은 대단히 중요한 의미를 가진다. 우선 선례인 *Maumousseau and Washington v. France* 사건⁸⁾에서 유

4) 위 데이터베이스를 보면, 2010년 이후에 유럽인권재판소에서 다룬 35건의 사건 중 ‘중대한 위험’이라는 반환예외사유를 규정한 제13조(1)b)은 18개 사건에서, ‘신속한 반환 원칙’을 반영한 제11조, 제12조는 21개 사건에서 쟁점이 되었다.

5) *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, no. 41615/07, 6 July 2010

6) *X v. Latvia*, no. 27853/09, 26 November 2013

7) *Hoholm v. Slovakia*, no. 35632/13, 13 January 2015.

유럽인권재판소는 자녀의 복리 원칙을 근거로 ‘신속반환과 예외적인 반환거부’라는 협약의 기본 구조를 교란시킬 수 없다고 판단했는데, Neulinger and Shuruk v. Switzerland 사건에서는 이런 선례의 논거를 원용하면서도 정 반대 결론을 도출했기 때문이다. 그러나 이에 대해서는, 반환청구를 인용할 때 자녀의 복리 심사를 충실하게 하지 않으면 유럽인권협약 제8조 위반에 해당한다는 법리를 일반화하면, 협약의 취지와 기능이 무력화된다는 비판론이 제기되었다. 그 와중에 거의 비슷한 쟁점이 다시 한번 전원합의체에서 다루어졌는데, 이것이 바로 X v. Latvia 사건이다. 여기서 유럽인권재판소는 Neulinger and Shuruk v. Switzerland 사건 판결에 대한 비판론을 의식하여 구체적 자녀의 복리 원칙을 구현하는 것이 협약의 존재가치 부정으로 귀결되는 것은 아니라고 천명했다.

이하에서는 Maumousseau and Washington v. France 사건, Neulinger and Shuruk v. Switzerland 사건, 그리고 X v. Latvia 사건을 차례대로 살펴본다.

2. Maumousseau and Washington v. France

(1) 사실관계와 사건의 경과

탈취모인 청구인은 미국에서 탈취당한 부와 혼인하여 2000. 자녀를 출산했는데, 가정불화를 겪던 중 2003. 휴가차 자녀를 데리고 프랑스로 왔고 그 후 탈취당한 부의 귀국 요구에 불응한 채 프랑스에서 생활하고 있다. 2003. 미국 법원은 단독 양육자로 부를 지정했고, 탈취당한 부는 중앙당국을 경유하여 프랑스에서 협약에 따른 반환을 청구했다. 1심은 중대한 위험 항변을 받아들였으나 2심은 이를 배척했고 반환청구 인용 재판은 2005. 확정되었다. 한편 탈취모는 2004. 7. 경 중앙당국을 통해 자녀를 돌려보내지 않으면 형사처벌을 받게 될 것임을 고지받았는데도 계속 반환에 불응하고 있다. 2004. 12. 경 프랑스 검찰관은 경찰과 함께 자녀가 다니는 유치원에 찾아가 반환재판 집행을 시도했으나, 탈취모, 친정부모, 유치원 직원, 동네 사람들 등이 함께 물리적으로 저항하면서 육설과 폭행이 난무하자 검찰관은 집행을 정지하고 철수했다. 그러나 그 다음날 모는 법원이 지정한 아동보호시설에 자녀를 맡겼고 법원은 부모 모두 면접교섭할 수 있도록 했다. 그 후 다시 집행이 실시되어 결국 자녀는 미국으로 돌아가게 되었다. 2006. 2. 경 미국 법원은 부의 청구에 따라 모가 면접교섭을 하려면 여권을 면접교섭 감독자에게 맡기도록 했다. 반면 프랑스 법원은 2007. 4. 이혼 후 양육자로 모를 지정하면서 부에게는 면접교섭권만 인정했다.

탈취모는 유럽인권재판소에 제소하여 자녀가 미국으로 간 것은 자녀의 복리에 반하고 경찰력을 동원한 반환재판 강제집행은 자녀에게 심각한 심리적 후유증을 남겼음을 이유로 유럽인권협약 제8조를 위반했다고 주장했으나 이런 청구는 배척되었다.

(2) 유럽인권재판소의 판단

청구인은 프랑스 법원의 이러한 판단을 비난하면서 세 가지 주장을 하였다. 첫째 ‘중대한 위험’을 지나치게 엄격하게 해석하여 자녀의 복리를 완전하게 고려하지 못했다. 특히 형사처벌 가능성 때문에 모가 미국에 갈 수 없기 때문에 자녀를 미국으로 돌려보내면 자녀와 모는 상당한 기간동안 면접교섭조차 할 수 없게 되는 ‘견딜 수 없는 상황’이 발생함을 간과했다. 둘째 협약은 법원의 심리범위를 지나치게 제한하여 반환이 자녀의 복리에 반하는지의 여부를 판단함에 있어서 양육에 관한 상황을 전체적으로 검토할 수 없게 한다. 셋째 협약과 다른 국제규범 특히 유엔아동권리협약, 유럽인권협약을 조화롭게 해석하려면

8) Maumousseau and Washington v. France, no. 39388/05, 6 December 2007

‘중대한 위험’에는 자녀가 반환된 후의 상황이 초래하는 해악도 포함되어야 한다. 이에 대해 유럽인권법원은 다음과 같이 판단했다.

①일반원칙

탈취모가 자녀와 함께 생활할 수 할 수 있는 가능성이 유럽인권협약 제8조의 보호대상에 해당하며 반환을 명한 프랑스 법원의 재판이 ‘제한’에 해당함은 명백하다.

이처럼 반환재판은 유럽인권협약 제8조의 가족생활을 제한하기 때문에 같은 조 (2)의 요건 충족 여부, 특히 체약국에게 주어진 판단여지 내에서 서로 충돌하고 있는 자녀의 이익, 부모의 이익, 공익을 공정하게 형량했는지의 여부가 문제된다. 확립된 판례에 의하면 어떤 사안에서 쟁점이 된 유럽인권협약 조문은 사안과 관련된 다른 국제규범도 함께 고려해야 해석해야 하고, 국제적 아동탈취 사안이라면 같은협약 제8조 위반 여부를 판단할 때 협약, 유엔아동권리협약 등의 취지와 내용도 함께 고려해야 한다. 또한 비록 유럽인권협약 제8조가 명시적으로 절차법적 요건을 두고 있지는 않지만, 가족생활 제한 조치를 위한 절차는 공정해야 한다는 요건도 충족되어야 한다.

한편 ‘자녀의 복리’는 협약사건에서도 주요한 고려요소들 중 하나여야 한다. 여기에는 자녀가 자신의 부모로부터 분리되지 않을 권리가 내포되어 있다. 당원은 국제적 아동탈취로 인한 트라우마의 희생자로 전제된 아동을 보호하기 위해 이러한 사태를 억제하고자 하는 협약의 취지에 전적으로 동의한다. 양육권과 관련된 사안에 관한 유럽인권재판소 판례의 자녀의 복리 판단 기준은 이원적이다. 첫째로 자녀가 안정된 환경에서 성장할 수 있게 하기 위해 부모가 자녀의 건강이나 발달에 해로운 조치를 할 수 없도록 해야 한다. 둘째로 아동을 자신의 연원으로부터 단절시키는 것을 방지하기 위해, 가족관계가 특별히 부적합하다고 증명된 경우가 아닌 한 이를 유지시켜야 한다.

②구체적 판단

이러한 일반원칙에 비추어 볼 때 프랑스 국내법원이 자녀의 생활상태를 제대로 고려하지 못했으므로 자녀의 복리 원칙을 위반했고, 반환예외 사유의 엄격해석은 유엔아동권리협약의 자녀의 복리 원칙과 저촉된다는 주장은 받아들이기 어렵다. 오히려 유엔아동권리협약 제11조는 체약국들에게 불법적인 국제적 아동탈취를 근절하기 위한 국가간 협력을 촉구하고 있으며, 협약은 바로 여기에 해당하는 것이다.

협약이 적용되면 자녀가 자동적·기계적 절차를 거쳐 반환되는 것도 아니다. 협약이 규정한 반환예외 사유들은 현실속의 사람으로서의 자녀와 관련된 객관적 사정을 구체적으로 고려하는 접근법을 보여주고 있기 때문이다. 만약 청구인의 주장을 받아들인다면 제8조와 관련하여 문제되는 사안에서 협약은 무의미해지기 때문에, 협약상의 반환예외사유에 엄격해석이 협약 제정 당시부터 전제되어 있는 것이다. 협약의 목적은 탈취부모가 시간 경과에 힘입어 자신이 일방적으로 작출한 사실 상태를 법적으로 승인받게 하는 것을 방지하는 것이다.

반환재판 과정에서 탈취모는 중대한 위험을 뒷받침할 만한 증거를 제출하지 못한 반면 탈취당한 부는 약물중독의 징후가 없다는 검사결과 등 중대한 위험이 없음을 증명할 만한 자료를 제출했다. 또한 자녀와 모의 분리가 자녀에게 ‘견딜 수 없는 상황’을 초래하는지의 여부를 판단하면서, 프랑스 항소법원은 프랑스와 미국에서 예상되는 양육 상황을 정서적인 측면과 물질적인 측면 모두 고려하여 신중하게 조사했고 이와 관련하여 자녀의 적응능력을 감안할 때, 불법적인 아동탈취에 대해 책임이 있는 모로부터 자녀 분리된다는 사실

만을 근거로 중대한 위험을 인정하기는 어렵다고 판단했다.

요컨대 이 사건에서 프랑스 법원은 모든 가족생활 상황과 사실적, 정서적, 심리적, 물질적, 의학적인 모든 요소들을 심층적으로 조사했고, 이해관계인들의 이해익을 공평하고 합리적으로 평가했다. 청구인의 주장과는 달리, 이러한 재판과정을 통해 반환으로 인해 자녀가 신체적·심리적으로 해악에 직면하게 될 가능성은 인정되지 않았다.

3. Neulinger and Shuruk v. Switzerland

(1) 사실관계와 사건의 경과

스위스인인 모와 이스라엘인인 부는 2001. 혼인하여 이스라엘에서 생활했다. 2003. 자녀가 태어날 무렵부터 부가 극단주의 유대교 활동에 가담하여 갈등을 겪던 중 2005. 이혼하면서 모에게 양육권, 부에게 면접교섭권이 인정되었으나 자녀가 미성년인 동안에는 출국이 금지되었다. 2005. 3. 20. 부에 대해 양육비 미지급을 이유로 하는 체포영장이 발급되었으나 같은 해 3. 27. 출국금지 해제를 구하는 청구는 기각되었다. 이에 모는 2005. 6. 24. 몰래 자녀를 데리고 출국하여 스위스로 귀국했으며, 2006. 5. 경 거주지가 발각되었다. 부는 같은 해 6. 29. 스위스 중앙당국에 반환지원 신청을 했으나 스위스 중앙당국은 중대한 위험을 이유로 반려했고, 1심법원도 2007. 5. 22. 반환청구를 기각했으나, 최고법원은 2007. 8. 16. 중대한 위험 항변이 근거 없다고 하면서 반환을 명했다. 이에 모는 2007. 9. 26. 유럽인권재판소에 제소하였다.

(2) 유럽인권재판소의 판단

Neulinger and Shuruk v. Switzerland 사건 판결의 핵심적인 내용은, 협약의 적용요건이 갖춰졌더라도, 당연히 반환청구가 인용되어야 하는 것은 아니고 가족생활에 대한 심층적 조사와 개별구체적 사정에 기초한 자녀복지 심사를 거쳐 재판해야 하는 것이 ‘일반원칙’이라고 선언했다는 것이다. 그 구체적인 내용은 다음과 같이 요약할 수 있다.

우선 이 사건에서도 반환청구 기각이 유럽인권협약 제8조의 가족생활권 제한으로 인정되기 때문에 같은 조 (2)의 제한요건이 충족되었는지가 문제되고, Maumousseau and Washington v. France 사건과 마찬가지로 재량범위 내에서의 공정한 이익형량이라는 기준을 적용된다. 이 때 비록 탈취당한 부모의 이익도 이익형량 대상이 되기는 하지만, 협약 전문도 명시하고 있듯이 ‘자녀의 이익을 최우선적으로 고려’ 해야 한다. 이를 위해 자녀의 복리는 ‘개별 사안마다’ 평가되어야만 하고, 각국 법원은 “가족생활의 상황과 사실적, 정서적, 심리적, 물질적, 의학적 요소 전반을 심층적으로 조사할 의무가 있다. 이해관계인들 각각의 이익을 합리적으로 형평에 맞게 평가하면서 반환청구 사안에서 아동에게 최선인 대안은 무엇인가를 항상 고려해야 한다. 이러한 일반원칙은 탈취 후에 전개된 사실관계를 반영하여 즉 반환재판이 강제집행 되는 시점의 사정을 전제로 적용되는 것이다.”⁹⁾

다만 자녀의 복리 기준에 따른 구체적 심사는 각국 법원의 권한이고 유럽인권재판소의 임무는 각국 법원의 재판이 유럽인권협약 제8조에 부합하도록 자녀의 복리 기준을 적용했는지의 여부를 심사하는 것이다. 따라서 심판대상인 스위스 법원의 반환청구 기각 재판 절차에서 자녀의 복리 심사가 제대로 이루어졌는지가 문제된다. 반환재판 절차에서 진행된 두 번의 전문가 조사 결과에 의하면, 모와 분리되어 자녀만 상거소지로 반환되면 자녀에게

9) 이런 판단의 논거로서 외국인의 강제추방이 유럽인권협약 제3조 위반인지의 여부는 추방이 실시되는 시점의 사실관계를 기초로 판단해야 한다는 Maslov v. Austri, no. 1638/03, para.91을 이 사건 사안에 맞게 변용하여 인용하고 있다.

매우 큰 정신적 충격이 가해지는 반면, 모와 함께 돌아간다면 심리적 해악에 노출될 위험성 정도만 인정된다고 하였다. 이런 사정을 반영하여 반환청구를 인용한 유일한 국내법원인 연방법원도 모가 자녀와 함께 상거소지국으로 돌아가지 못할 이유가 없음을 전제한 것이었다.

국내법원의 반환재판이 자녀의 복리 원칙과 저촉되는지의 여부는 문제된 재판이 집행될 시점을 기준으로 판단해야 한다. 탈취 후 상당한 기간이 경과했다면 절차법으로서의 성질을 가지는 협약의 적실성이 떨어지게 된다. 또한 협약 제12조에 의하면 국제적 아동탈취 후 1년 이상 경과한 시점에 반환재판이 진행되더라도 아동의 적응이 인정되지 않을 때만 반환을 명해야 한다. 반환재판에 대한 자녀의 복리 심사와 관련하여 아동에 대한 강제출국에 관한 선례를 사안에 맞게 원용하여 판단하면 다음과 같다. 우선 반환후 상거소지국에서 아동이 당면하게 될 어려움의 심각성이 어떠한지가 문제되는데, 특히 ‘어려움의 심각성’ 판단을 할 때는 아동과 함께 돌아가게 될 보호자에게 일어날 수 있는 사정도 감안해야 한다. 다음으로 아동이 돌아갈 나라와 소재지국 각각에 대해 어떤 사회문화적·가족적 유대를 가지고 있는지를 검토해야 한다.

이 사건의 경우 자녀는 만2세인 2005년 스위스에 와서 이 사건 재판시까지 모와 함께 스위스에 거주하면서 학교를 다니고 있으며 프랑스어를 모국어로 사용하고 있다. 반면 탈취당한 부는 이미 이스라엘에서도 면접교섭 금지 재판을 받은 바 있으며, 탈취모와 결별한 후 재혼, 삼혼을 거듭하였으나 다시 이혼한 상태이고, 경제적 양육 능력도 충분하지 않은 상태이다. 또한 탈취모가 자녀와 함께 이스라엘로 돌아가면 형사처벌 특히 자유형 선고가 내려질 가능성도 배제할 수 없다. 요컨대 탈취당한 부는 자녀를 양육할 수 있는 상황이라고 할 수 없고, 모가 자녀와 함께 이스라엘로 가는 것을 거부하는 것을 비난하기도 어려운 상황이다. 그렇다면 이 사건 반환재판을 집행하는 것은 자녀의 복리에 저촉되는데, 모와 분리하여 자녀만 반환하는 것이 자녀에게 큰 심리적 해악을 입힐 것임이 명백하고, 모와 함께 돌아가도록 강제하더라도 결국 모에 대한 형사처벌로 인해 자녀는 심리적 해악에 노출될 것이기 때문이다.

(3)평가

Neulinger and Shuruk v. Switzerland 판결이 제시한 ‘일반원칙’은 협약의 정당성에 대한 근본적인 의문을 제기하고 있다. 협약의 핵심인 신속한 반환 원칙과 반환예외 사유의 엄격한 제한이라는 구조가 ‘아동의 (일반적) 복리 원칙’을 구현한 것이 아니라 오히려 ‘아동의 (구체적) 복리’를 저해할 수도 있음을 보여주었기 때문이다.¹⁰⁾ 그러나 Neulinger and Shuruk v. Switzerland 판결에 대해서는 비판적인 견해도 유력하게 제기되고 있다.

첫째 양육에 관한 개별구체적 사실에 대한 조사를 의무화하면, 신속한 반환을 위해 국내법원의 양육에 관한 본안판단을 금지한 제16조의 취지를 무력화할 수 있다. 둘째 협약 제12조의 요건이 충족되지 않았는데도 자녀가 이미 소재지국에 적응했음을 이유로 반환의 예외를 인정하면 국제적 아동탈취 방지라는 입법취지가 몰각된다. 신속하게 반환청구를 했더라도 재판이 지연되면 자녀의 ‘적응’을 근거로 반환청구가 기각된다면, 탈취부모로서는 재판이나 조정예 적극적으로 응하지 않음으로써 절차를 지연시킴으로써 원하는 결과를 얻을 수 있게 되기 때문이다. 셋째 자녀의 복리 원칙의 근거인 ‘다른 국제인권규범’인 유

10) 광민희, 111면은 이런 문제의식을 반영하여 법원은 반환재판을 할 때 협약이 구현하려고 하는 ‘일반적’ 복리뿐 아니라 구체적 상황을 반영한 ‘구체적’ 복리도 함께 고려할 필요가 있다고 주장한다.

엔아동권리협약을 해석함에 있어서 —법적 근거 없이— 제3조의 우위를 전제한 것이 문제된다. 유엔아동권리협약에는 자녀의 복리의 원칙을 규정한 제3조뿐 아니라 아동의 불법적인 국제적 이동·유치를 방지하기 위한 국제적 규범 마련을 체약국의 의무임을 명시한 제11조도 규정되어 있다.¹¹⁾ 그런데도 Neulinger and Shuruk v. Switzerland 사건 판결은 —Mauמושseau and Washington v. France 사건이 유엔아동권리협약 제11조를 협약의 신속반환 원칙의 근거규범으로 제시하고 있는 것과는 달리— 같은 협약 제11조를 전혀 검토하지 않았다.

4. X v. Latvia

(1) 사실관계와 사건의 경과

모는 라트비아인이고 부는 호주인이며 자녀는 2005. 호주에서 출생했다. 부모의 관계가 악화되자 모는 2008. 7. 17. 일방적으로 자녀를 데리고 귀국했고, 같은 해 9. 22. 부는 라트비아 중앙당국에 반환지원 신청을 했다.

같은 해 11. 6. 호주법원은 공동친권이 인정된다는 재판을 했고 확정되었다. 같은 해 11. 19. 라트비아 1심재판은 반환청구를 인용하면서 호주로 반환되면 자녀가 심리적 고통에 노출될 것이라는 모의 주장을 배척했다. 2심에서 모는 자녀가 모와 분리되면 정신적 트라우마에 직면할 것이라는 심리학적 보고서를 제출하는 한편, 다음과 같은 사정을 주장했다: 첫째 법적으로나 실제적으로나 모 자신이 호주에서 라트비아로 올 당시 자녀의 유일한 양육자였고 부는 자신들을 학대했다. 둘째 부는 전과자이며 부패 혐의로 기소되었는데도 이런 사정이 고려되지 않았다. 셋째 자녀는 라트비아에서 유치원에 다니고 있고 라트비아어를 모국어로 사용한다. 넷째 호주로 반환될 경우 자신과 자녀의 안전이 보장되는지를 전혀 고려하지 않았다. 다섯째 호주에서 모는 취업을 못해서 경제능력이 없다. 그러나 2009. 1. 26. 2심 법원도 모의 청구를 기각하면서 이러한 모의 주장을 뒷받침할 만한 증거가 없음을 이유로 들었다. 이에 모는 6개월간의 반환재판 집행 정지를 신청했다. 같은 해 3. 경 부는 라트비아에 와서 자녀를 데리고 가려 했으나, 모의 신고를 받은 경찰이 출동하여 이를 저지했다. 다만 라트비아 경찰은 부를 형사입건 하지는 않았다. 2009. 9. 경 호주 법원은 부에게 단독친권을 모에게 면접교섭권을 인정하면서, 모는 면접교섭할 때 사회복지사가 입회하도록 해야 하고, 자녀가 만11세가 될 때까지는 라트비아어를 사용하면 안 된다고 하였다.

모는 유럽인권재판소에 이 사건을 제소하면서 자신이 귀국 당시 자녀의 단독양육권자였으므로 라트비아 법원이 협약을 적용한 것은 잘못이고, 재판절차에서 자신이 제출한 자녀의 복리 심사에 관련된 증거를 고려하지 않고 부가 제출한 증거만 기초로 판단했으므로, 유럽인권협약 위반이라고 주장했다.

(2) 판단

이 사건에 대한 유럽인권재판소의 판단은 다음과 같이 요약할 수 있다.

우선 협약상의 반환재판과 자녀의 복리 원칙의 관계에 관한 일반원칙부터 살펴본다. 일관된 판례에 의하면, 유럽인권협약은 국제규범과 조화롭게 해석되어야 하고, 국제적 아동탈취 사안에 대해 제8조를 적용할 때는 협약, 유엔아동권리협약 등의 입법취지를 반영하여 해석되어야 한다. 이를 위해 국제규범간 상충을 초래하는 해석보다는 유럽인권협약과 관련

11) (1) States Parties shall take measures to combat the illicit transfer and non-return of children abroad. (2) To this end, States Parties shall promote the conclusion of bilateral or multilateral agreements or accession to existing agreements.

국제규범의 실효성을 보장할 수 있는 방법으로 해석해야 한다.

여기서 자녀의 복리는 주요한 고려사항¹²⁾인데 신속한 반환이라는 협약의 목적도 여기에 해당한다. 다만 협약은 상거소지국으로의 신속한 반환을 명하는 재판을 통한 원상회복을 자녀의 복리와 연결시키면서도, 반환거부가 자녀의 복리에 부합하는 상황이 있을 수 있음을 인정하고 그 객관적 근거 중 하나로서 ‘중대한 위험’을 제시하고 있다. 따라서 협약상의 반환재판이 무조건적 당연반환을 의미하는 것이 아님은 제8조뿐 아니라 협약 자체를 근거로도 인정될 수 있다.

그러나 협약사건의 경우 자녀의 복리 심사는 양육에 관한 본안판단을 금지한 협약의 취지와 무관하게 행해질 수는 없기 때문에, 명문으로 규정된 반환예외사유와 관련하여 이루어질 수밖에 없다. 비록 *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* 사건 판결의 para.139의 문언만 놓고 보면 국내법원은 모든 가족생활 상황과 관련상황 일체를 상세하게 조사해야 하는 것처럼 보인다. 그러나 이런 판시가 국내법원에 의한 협약 적용에 관한 일반원칙을 수립한 것은 아니다. 자녀의 복리 심사와 관련하여 유럽인권협약과 협약의 조화롭게 해석하려면 두 가지 요건이 충족되어야 한다. 첫째 반환재판을 관할하는 법원은 반환예외사유를 구성할 수 있는 요소들이 절차에 현출되었다면 반드시 이를 심리해야만 한다. 둘째 국내법원이 자녀의 복리 심사를 제대로 했는지의 여부를 유럽인권재판소가 심사할 수 있도록 충분한 이유를 붙여 재판해야 한다. 요컨대 반환재판을 관할하는 각국 법원은 유럽인권협약 제8조에 의해 부과된 고유한 절차법적 의무를 지게 되는 것이다. 협약상의 반환예외 사유 주장을 제대로 심리하지 않은 것뿐 아니라, 충분한 이유설시 없이 이를 배척하는 것도 제8조 위반이며 나아가 협약 자체의 목적에도 반한다. 나아가 수탁국 법원이 반환예외 사유가 주장되는데도 상거소지국 반환을 명할 때는 이러한 위험을 방지하기 위한 구체적 보호조치가 현존하는지의 여부도 심사해야만 한다.

이러한 일반원칙을 이 사건에 대해 적용한다.¹³⁾ 우선 제1심은 반환예외 사유를 인정하지 않았는데, 사진, 탈취부모와 탈취당한 부모의 친족간에 오간 이메일 사본, 증인 등의 증거가 제출되었으나, 상거소지 중앙당국에 탈취당한 부의 형사처벌에 관한 정보 제공 신청을 해 달라는 탈취모의 요청을 기각한 후 반환시 자녀가 중대한 심리적 해악에 노출될 것이라는 주장을 배척하면서 탈취모가 이를 충분히 증명하지 못했다고 판단했다. 제2심에서는 심리전문가가 작성한 보고서가 제출되었는데, 자녀가 아직 어려서 자신이 살고 싶은 곳이 어디인지에 대해 제대로 의견을 표명하지 못하는 상태이고, 자녀를 탈취모와 분리하는 것은 심리적 트라우마를 초래할 우려가 있으므로 바람직하지 않다는 취지였다. 제1심은 이 보고서를 고려하여 ‘제2심 종료시까지 반환재판의 집행을 정지해달라’는 신청을 인용한 반면 제2심은 ‘분리로 인한 심리적 트라우마 발생 가능성’은 자녀의 복리 판단과 직결되어 있는데도 반환예외 사유인 중대한 위험과 관련하여 이 보고서를 고려하지 않았다. 그 이유는 이 보고서가 양육에 관한 본안판단과 관련된 것이므로 반환사건에서는 증거가 될 수 없다고 판단했기 때문인 것으로 보인다.

12) ‘of the primary consideration’ 대신 ‘of primary consideration’이라고 표현한 것은 *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* 판결 대신 *Maumousseau and Washington v. France* 판결의 태도를 이어받은 것으로 평가할 수 있다.

13) 반환재판절차가 상당기간 지연되었다는 특수한 사정에 기초한 *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* 사건과는 달리 이 사건의 경우 국내법원에서의 절차는 신속하게 진행되어 탈취부모와 자녀가 입국한 후 1년 이내에 반환재판 절차가 종결되어 자녀는 상거소지국으로 반환된 상태였다.

위에서 실시한 ‘일반원칙’에 의하면 반환재판 관할법원은 중대한 위험 향변을 효율적으로 심사하고 그 당부판단의 이유를 제시할 절차법적 의무를 지고 이것은 유럽인권협약 제8조로부터 도출된다. 이 사건에서 탈취모는 심리전문가의 보고서를 제출함으로써 자신의 의무를 다했고, 탈취당한 부의 형사처벌 전력도 제출했다. 따라서 수탁국 법원은 이러한 증거가 중대한 위험의 존부를 근거지울 수 있는지의 여부를 실질적으로 심사해야 한다. 그런데도 반환예외 사유인 중대한 위험의 존재 가능성을 뒷받침할 수 있었던 전문가 보고서를 고려하지 않은 것은 위에서 본 ‘절차법적 의무’를 위반한 것이다. 전문가 보고서가 탈취모의 의뢰에 따라 일방적으로 작성된 것이라는 사정도 이러한 잘못에 대한 변명이 될 수 없는데, 라트비아 국내법에 의하면 재판절차에서 이 보고서에 대해 상대방이 의견진술을 할 기회를 주거나, 이것과 별도의 전문가 보고서를 제출하도록 할 수도 있었기 때문이다. 뿐만 아니라 신속한 반환 원칙(협약 제11조)도 반환예외 사유 주장을 효과적으로 심리할 의무를 면제시켜줄 수는 없다. 따라서 제8조가 요구하는 절차법적 요청을 충족하지 못한 이 사건 반환재판은 탈취모의 제8조의 권리를 침해한 것이다.

(3)평가

이 사건에서 유럽인권재판소는 Neulinger and Shuruk v. Switzerland 판결이 제시한 ‘일반원칙’ 자체는 재확인하면서도, 위 판결과는 달리 자녀의 복리 원칙이 ‘유일한’ 주요 고려사항이 아니라 주요 고려사항들 중 하나¹⁴⁾라고 하고, 자녀의 복리 원칙이 협약에 의해 무력화될 수 없음을 천명했다.

이러한 X v Latvia 사건 판결은 Neulinger and Shuruk 사건 판결과 Maumousseau 사건 판결 사이에서 균형점을 찾으려고 한 것이라고 평가할 수 있다. 즉 반환예외 사유는 엄격하게 해석해야 한다는 원칙과 탈취부모가 주장하는 반환예외 사유 판단은 충분한 심리와 이유 설시를 통해 이루어져야 한다는 원칙을 모두 선언했기 때문이다. 그러나 유럽인권재판소가 강조하는 ‘효과적인 조사’는 —이것이 어떻게 해석되고 적용되느냐에 달려있기는 하지만— 재판지연을 초래하거나 양육에 관한 본안판단으로 빠지게 될 가능성이 있고, 탈취부모가 이런 상황을 작출하려고 시도할 위험도 배제할 수 없다. 게다가 법원이 예외사유에 대한 ‘엄격 해석’과 ‘충분한 심리’라는 요청을 동시에 충족시킬 수 있을지도 의문이다. 이들은 개념상으로도 실무적으로도 상충하는 면이 있기 때문이다.¹⁵⁾

일반원칙 적용에 내재되어 있었던 문제점은 바로 이 사건에서 드러났는데, 라트비아 법원의 반환재판이 ‘절차법적 일반원칙’을 준수했는지의 여부에 대해 재판관들 사이에 의견이 나뉘었기 때문이다. 소수의견은 비록 간결하기는 해도 라트비아 법원은 탈취모가 주장한 반환예외 사유에 대해 적절한 판단을 했으므로 제8조의 절차법적 의무를 다했다고 판단한 반면, 다수의견은 그렇지 않다고 보았다.

이렇게 의견이 갈라진 것은 실질적으로 중요한 의미를 가지는데 다수의견은 실질적으로 증명책임을 전환한 것이라고 볼 수 있기 때문이다. 협약의 문언상 명백한 것처럼 중대한 위험 사유에 대한 증명책임을 탈취부모에게 귀속되고 다수의견도 이를 인정하는데서 출발

14) para.134

15) 특히 이 사건 판결은 ‘일반원칙’을 절차법적 의무로 파악하면서 “수탁국 법원이 반환예외 사유가 주장되는데도 상거소지국 반환을 명하려면, 이러한 위험을 방지하기 위한 구체적 보호조치가 현존하는지의 여부도 심사”할 의무가 있다고 판시한 것이 문제된다. 반환 후의 상황까지도 평가하도록 하는 것이 자녀를 더 완전하게 보호할 수 있음에 대해서는 의문의 여지가 없으나 이로 인해 재판이 지연될 가능성도 부정할 수 없기 때문이다.

한다. 그런데 다수의견은 ‘심리학 전문가 보고서’와 ‘상거소지 중앙당국을 통해 확보한 탈취당한 부모의 전과기록’이 제출된 이상 수탁국 법원이 이러한 자료를 충분히 심사하여 중대한 위협의 존부를 판단하지 않은 것은 제8조의 절차법적 의무 위반이라고 보았다. 그러면서 다수의견은 이러한 해석론을 뒷받침하기 위해 제8조 위반은 협약 제20조의 반환에의 사유에 해당한다고 덧붙이고 있다. 그러나 협약의 해석상 제20조에 대한 증명책임이 법원과 탈취부모 중 누구에게 있는지는 불명확하다.

5. Karrer v. Romania¹⁶⁾

(1) 사실관계와 사건의 경과

자녀는 2006. 생이고 부는 호주인이고 모는 루마니아인이다. 이들은 호주에서 혼인생활을 하다가 2008. 2. 경부터 별거에 들어가자 호주법원은 공동양육을 명했다. 그 후 이혼소송이 시작되자 모는 부의 가정폭력을 이유로 모의 단독양육과 가정보호처분(부의 퇴거)를 구하는 가처분을 받았다. 2008. 9. 모는 이혼·양육에 관한 본안 진행 중 일방적으로 자녀를 데리고 루마니아로 귀국했고 그 직후 부는 반환지원 신청에 따라 루마니아 중앙당국은 2008. 12. 5. 반환절차를 개시하여 2009. 1. 28. 제1심은 협약 제3조의 요건이 충족되었고 예외사유가 없음을 이유로 반환청구를 인용했다. 한편 2008. 11. 25. 호주법원은 이혼사건이 종료될 때까지 부의 단독양육을 명하는 가처분을 했다.

모는 제2심에서 친정부모의 증언과 루마니아 아동복지관청의 보고서를 제출했는데 이 보고서는 모의 양육이 바람직하다는 취지였다. 또한 모는 부가 2008. 발령된 가정보호처분을 위반하여 가정폭력을 행사해서 모는 부득이 자녀와 함께 귀국할 수밖에 없었다고 주장했다. 이에 제2심은 2009. 7. 8. 중대한 위협 항변을 받아들여 반환청구를 기각했다. 그런데 제2심 재판은 부에게 고지되지 않아서 그대로 확정되어 버렸다.

이에 부는 유럽인권재판소에 유럽인권협약 제6조, 제8조 위반을 이유로 이 사건을 제소했는데, 루마니아 법원이 신속처리 원칙을 위반했고, 부에게 의견진술 기회를 주지 않았으며, 루마니아 중앙 당국이 탈취당한 부의 이익을 제대로 대변하지 못했다고 주장했다.

(2) 유럽인권재판소의 판단

이에 대해 유럽인권재판소는 루마니아 법원이 자녀의 복리 심사를 제대로 하지 못했고 부에게 자신에게 유리한 주장을 할 기회를 주지 않은 것은 제8조 위반이라고 판단했다. 그 이유는 다음과 같이 요약할 수 있다.

① 일반원칙: 우선 가족관계와 같은 민감한 영역에 대해 계약국은 가족생활 향유를 방해하는 조치를 취하지 않을 소극적 의무뿐 아니라 상황에 따라서는 이런 권리의 효과적인 실현을 보장하기 위한 조치를 취할 적극적 의무도 진다. 결정적인 판단기준은 각국의 재량범위 내에서 자녀의 복리를 가장 중요한 요소로 고려하면서 상충하는 이익들과 공익을 공정하게 형량했는지의 여부이다. *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* 판례에 의하면 국내법원은 모든 가족생활 상황과 사실적, 정서적, 심리적, 의학적 요소들을 포함하는 모든 요소들을 심층적으로 조사해야 한다.

② 이 사건에 대한 적용: 심사대상 판결이 판단 근거로 삼은 호주법원의 퇴거명령은 가처분이며 갱신되었다는 증거는 없으며, 부가 이 퇴거명령을 위반하였다는 증거도 없다. 또한 자녀의 복리 심사 과정에서 심사대상 판결은 자녀가 현재 처해 있는 가족생활 상황을 언급

16) *Karrer v. Romania* (Application No 16965/10) 21 February 2012

하지 않았고, 심리적, 정서적, 물질적, 의학적 요소도 판단하지 않았다. 게다가 호주 법원이 부의 단독양육을 인정한 재판의 자료인 호주 아동복지관청 보고서나 전문가 보고서를 전혀 참조하지 않았고, 자녀가 호주로 반환될 경우 자녀 보호를 보장하기 위한 조치가 마련되어 있는지의 여부도 전혀 판단하지 않았다. 따라서 심사대상 판결의 자녀복리 심사가 충분히 심층적이었는지가 의심된다. 심사대상 판결이 참고한 자료는 탈취모의 친정부모의 증언과 부의 가정폭력으로 인해 귀국할 수밖에 없었다는 탈취모의 진술을 받아 적은 것에 불과한 아동복지기관 보고서가 전부였다. 게다가 탈취당한 부와의 연락을 시도하지 않았다. 따라서 루마니아에서 행해진 자녀복리 심사는 불충분하다.

한편 민사재판에 대해 적용되는 대립당사자의 무기평등은 양당사자가 자신에게 유리한 사실주장과 증거제출을 할 기회가 실질적으로 평등하게 보장되어야 함을 의미한다. 루마니아 정부의 주장처럼 협약사건에서 반환요건에 대한 주장·증명책임은 소재지국 중앙당국이 아니라 전적으로 탈취당한 부모가 부담한다고 본다면, 이것은 탈취당한 부모에게 불리한 상황을 초래하고 따라서 공정한 재판의 원칙을 잠식하게 된다. 이 사건의 경우 탈취당한 부에게는 자신의 주장을 진술하고, 유리한 증거나 서면을 제출할 기회가 주어지지 않았다. 또한 재판의 공정성 확보를 위해 매우 중요한 절차인 상대방이 제출한 증거에 대한 의견을 진술할 기회도 주어지지 않았다.

6. K.J. v. Poland (Application no 30813/14) 1 March 2016

(1) 사실관계와 사건의 경과

이 사건에서 부와 모는 모두 폴란드인이지만 영국에서 생활하고 있었다. 2012. 7. 17. 모는 폴란드에서 휴가를 보내겠다고 하면서 자녀를 데리고 귀국한 후 같은 해 9. 9. 부에게 자신은 자녀와 폴란드에서 계속 살 것이라고 통보했다. 이에 부는 2012. 9. 21. 영국 중앙당국에 반환지원 신청을 했다.

반환재판 제1심은 가족상담기관에 심리학적 조사를 의뢰한 후 그 보고서와 증언 등을 참고하여 2013. 5. 8. 반환청구를 기각하고 부에 대한 정기적인 면접교섭을 명했다. 제1심이 인용한 보고서 내용에는 ‘만3세의 여아라는 자녀의 특성에 비추어 모 대신 부가 양육하게 하면 자녀의 안정감을 교란시켜 정서적 해악을 일으킬 우려가 있음.’ 이라는 취지와 ‘자녀는 부와 모 모두에 대해 애착이 있으며 영국과 폴란드를 모두 생활근거지로 인식하고 있음’ 이라는 취지가 나타나 있다. 이처럼 제1심은 반환청구가 인용되면 자녀가 모와 분리되어 영국으로 돌아가는 것을 전제로 ‘중대한 위험’ 항변을 인용하면서도 모가 함께 영국으로 돌아갈 수 없는 이유에 대해서는 심리하지 않았다.

부는 이를 문제 삼아 항소했으나 제2심도 2013. 10. 14. 항소를 기각했는데, 제1심의 판단을 인용하면서 여기에 덧붙여 영국에 거주할 때도 모는 항상 자녀를 돌본 반면 부는 자녀를 돌본 시간이 거의 없었고, 모가 자녀와 함께 영국으로 돌아가는 것도 자녀에게 악영향을 미칠 것이라는 점, 모는 영국 생활을 원하지 않았고 여기에 적응하지도 못했다는 점 등의 이유를 들었다.

(2) 유럽인권재판소의 판단

이 사건에 대해 유럽인권재판소는 ‘일반원칙’ 으로서 X v. Latvia 사건 판결의 판시내용을 인용하고, 이를 이 사건에 대해 다음과 같이 적용하고 있다.

청구인의 가족생활권을 제한하는 주된 사유는 소재지국의 작위 또는 부작위 때문이 아니

라 탈취모라는 개인 때문에 일어났다. 그러나 이런 사정만을 근거로 체약국은 가족생활 존중을 위해 필요한 조치를 할 적극적 의무가 면제되는 것이 아니다.

이 사건의 경우 협약 제3조의 불법적인 아동 유치가 발생했는데도 소재지국 법원은 12개월 동안이나 반환재판을 진행했고 결국 중대한 위험 항변을 받아들여 반환청구를 기각했다. 이로 인한 탈취당한 부의 가족생활권 침해가 유럽인권협약 제8조(2)를 근거로 정당화될 수 있는지는 국내법원이 한 자녀복리 심사가 타당했는지의 여부에 따라 결정된다.

반환재판에서 주요한 자료가 된 전문가 보고서는 모와 분리되어 반환되는 것이 자녀에게 해악을 미칠 것이라는 취지이고, 모와 함께 반환될 경우에 대해서는 언급하고 있지 않다. 그런데 제1심은 물론 제2심도 반환재판이 내려지면 자녀와 모가 분리되어 자녀만 반환되는 것을 당연한 전제로 삼고 있다. 그러나 모가 영국으로 함께 갈 수 없는 형사처벌 위험 등의 객관적인 이유는 전혀 나타나 있지 않다. 제2심은 모의 영국생활 부적응, 모와 부의 불화 등이 모가 영국으로 함께 갈 수 없는 이유라고 판단하고 있다.

유럽인권재판소의 임무는 구체적인 자녀의 복리 심사가 아니라 국내법원이 이러한 심사를 제8조에 부합하도록 수행했는지를 판단하는 것이다. 이런 관점에서 살펴건대, 반환예외 사유는 주장하는 자가 이를 증명해야 한다. 신체적 해악을 물론 심리적 해악도 ‘중대한 위험’에 해당할 수 있지만, 그러려면 이러한 해악이 자녀가 견딜 수 없을 정도에 이르러야 하는 것이다. 따라서 국제적 반환 과정에 수반되는 불편은 여기에 해당하지 않는다.

이 사건에서 탈취모가 반환을 거부하는 이유로서, 탈취당한 부와의 혼인이 이미 파탄에 이르렀고, 만약 영국으로 돌아가면 자녀와 함께 폴란드로 돌아오는 것이 금지될까봐 걱정된다는 점을 제시한다. 그러나 이런 사유만으로는 ‘중대한 위험’이 인정되기 어렵다. 게다가 판례에 의하면 반환예외 사유는 엄격하게 해석되어야 하고(X v. Latvia, para.116 인용), 특히 이 사건의 경우처럼 불법적 탈취를 한 부모와의 분리만을 근거로 ‘중대한 위험’이라는 반환예외 사유가 인정될 수는 없다(G.S. v. Georgia 사건, para.56 인용).

국내법원은 모와의 ‘분리’가 자녀에게 초래될 수 있는 해악의 원인이라고 판단하면서도, 탈취모의 영국 입국이 금지되어 있는지의 여부와 영국에서 형사처벌 등의 불이익을 당하게 될 가능성이 있는지의 여부는 전혀 심리하지 않았다. 또한 부득이한 사유 없이 총 45주가 소요된 국내법원에서의 재판이 절차 지연도 정당화되기 어렵다.

III. 절차법적 쟁점이 문제된 사례들

1. 개관

협약사건이 인권을 침해했다는 주장은 엄밀하게 말하면 실질법적 측면이 아니라 절차법적 측면을 문제 삼는 것이라고 할 수 있다. 예를 들어 신속반환 원칙과 양육에 관한 본안 판단 금지 원칙은 탈취부모 측의 방어권에 대한 제한이고, 반환재판 지연이나 반환인용판결의 집행수단 미비는 탈취당한 부모측의 절차법적 권리에 대한 제한이라고 볼 수 있다. 유럽인권재판소 판례를 보면 절차지연, 강제집행 제도의 불완전성 외에도, 조정전치주의 위반이나 협약 제16조에 의한 본안판단 금지 등을 위반한 것도 가족생활권 침해로 인정될 수 있다고 한다.

이러한 사례들 중 특히 절차지연을 문제삼는 최근의 유럽인권재판소는 판례 경향을 보면 Neulinger and Shuruk v. Switzerland 사건 판결의 부작용 중 ‘반환재판 지연이 탈취의 정당화로 이어지게 될 가능성’은 불식되었다고 할 수 있다. 특히 유럽인권재판소는 Hoholm

v. Slovakia 사건처럼 반환재판 절차가 극도로 지연된 것이 아닌 사건¹⁷⁾에서도 재판 지연을 이유로 유럽인권협약 제8조를 위반했다고 판단함으로써 협약이 추구하는 신속한 반환 원칙을 복원시키고 있는 것으로 보인다.

2. Hoholm v. Slovakia¹⁸⁾

재판절차 지연이 문제된 사건 중 특히 Hoholm v. Slovakia 사건을 주목할 필요가 있다. Neulinger and Shuruk v. Switzerland 사건에서는 재판 지연으로 인한 아동의 적응이 반환청구를 기각한 이유 중 하나였던 것과는 달리, 이 사건에서는 무려 7년이 경과했더라도 이를 이유로 반환청구를 배척할 수는 없다고 판단했다.

(1) 사실관계

탈취모는 노르웨이에 거주하던 중 탈취당한 부와 이혼했는데, 노르웨이 법원은 모를 주양육자로 하는 공동양육을 명하고 상대방 동의 없이 자녀들을 출국시킬 수 없도록 하였다. 그러나 탈취모는 2005. 7. 자녀들을 데리고 슬로바키아로 귀국했고 같은 해 12. 탈취당한 부가 슬로바키아 법원에 반환청구를 하였다.

이 사건은 7년간 계속되었는데, 최고법원의 파기환송 판결이 두 번 있었고, 최고법원 재판에 대한 헌법재판까지 진행되었기 때문이다. 이런 상황이 벌어지게 된 것은 슬로바키아의 독특한 법체계에서 비롯되었다. 슬로바키아법에 의하면 협약사건의 경우 당사자들이 법리오해를 이유로 검찰총장에게 특별상고를 신청하면 검찰총장은 최고법원에 상고할 수 있도록 되어 있었다. 슬로바키아 최고법원은 모의 특별상고를 인용하여 원심을 파기했는데 그 이유로서 원심 판단의 기초가 되었던 자녀의 양육상황에 관한 노르웨이 중앙당국의 보고서가 너무 오래 전 것이라는 점을 지적했다. 결국 2012. 12. 원심은 반환청구를 기각했는데, 그 이유로서 자녀가 모와 함께 살기를 원하고, 이미 슬로바키아에 적응했기 때문에 반환을 명하는 것이 자녀의 복리에 반한다는 점을 들었다. 이에 탈취당한 부는 재판지연이 유럽인권재판소에 제소하면서 공정한 재판을 받을 권리가 침해되었다고 주장했다.

(2) 판단

협약사건의 재판 지연이 인권침해인지의 여부는 배경상황과 관련하여 평가해야만 하는데, 이를 위해 사안의 복잡성, 당사자들의 태도, 사안의 쟁점, 절차 지연이 가족생활에 미칠 수 있는 결과 등의 기준을 고려해야 한다.

협약사건의 경우 시간의 경과를 중요한 의미를 가지는데, 양육에 관한 본안판단에도 결정적인 영향을 미치기 때문이다.¹⁹⁾ 이 사건의 경우 특별히 복잡한 쟁점이 있었던 것도 아니고, 당사자들이 비협조적이었던 것도 아니다. 또한 반환청구 기각의 논거 중 하나인 ‘노르웨이 중앙당국의 보고서의 시의성 상실’은 슬로바키아 법원이 재판 지연을 통해 자초한 것이라는 사정도 고려해야 한다. 따라서 슬로바키아에서의 재판지연은 탈취당한 부의 재판청구권을 침해한 것으로 인정된다.

3. G.S. v. Georgia 사건²⁰⁾

17) 그 외에도 반환청구에서부터 반환재판 확정까지 11개월밖에 안 걸린 Karrer v. Romania, no. 16965/10, 2012, 12개월이 걸린 Strömblad v. Sweden, no. 3684/07, 2012 등.

18) Hoholm v. Slovakia, no. 35632/13, 13 January 2015.

19) 반환재판에서 상당한 기간이 경과하면 그 후 반환청구가 인용되더라도 상거소지국에서 진행되는 후속 본안재판에서 자녀의 복리를 고려하여 탈취부모로 양육자를 변경할 가능성이 높아지게 된다.

(1) 사실관계와 사건의 경과

모는 우크라이나인이고 부는 그루지아·우크라이나 이중국적자인데 이들의 비혼 동거 생활 중 첫째가 2004. 출생했고 둘째가 2010. 출생했다. 부는 2005. 경 돈을 벌기 위해 러시아로 떠났고 가끔씩 첫째를 면접교섭 하였다. 첫째는 2010. 7. 22. 둘째가 창박으로 추락하여 사망하는 장면을 목격하고 말았고, 이로 인해 정신적인 문제를 겪어서 심리치료를 받기 시작했다. 모는 이런 상황 하에 자녀가 출생한 후 처음으로 부와 함께 여름 휴가 기간 동안 부의 고향인 그루지아에 가는 것을 승낙했다. 그러나 부는 같은 해 9. 개학을 했는데도 자녀를 돌려 보내기를 거부했고, 자녀를 자신의 동생 즉 자녀의 숙부의 집에 맡긴 후 다시 러시아의 직장으로 돌아가 버렸다. 이런 사실을 알게 된 모는 2010. 10. 우크라이나 중앙당국에 반환지원을 신청했으며, 같은 해 12. 2. 그루지아 중앙당국은 모를 대리하여 반환청구 소송을 제기했다. 한편 2010. 11. 16. 자녀는 적응장애 진단을 받았으며, 모는 2011. 3. 22. 우크라이나에서 자녀의 거소를 우크라이나로 정하는 재판을 했는데 부에게는 이런 재판이 진행되고 있다는 사실 자체가 고지되지 않았으므로, 1심에서 그대로 확정되었다.

그루지아에서 진행된 반환재판의 제1심법원의 촉탁을 받은 사회복지사들은 2011. 2. 10. 부의 집을 방문조사한 후 ‘자녀는 숙부의 집에서 사촌들과 생활하면서 그루지아 학교에 다니고 있지만 러시아어를 사용하고 있다’ 는 취지의 보고서를 제출했다. 그 후 사회복지사들이 주선하여 모와 자녀의 면접교섭이 이루어졌으나 부는 자녀와 모의 스킨십을 방해하는 등의 비협조적인 태도를 보였고, 숙부는 모의 부주의로 둘째의 추락사고가 일어났다고 비난하였다.

2011. 4. 경 자녀는 심리학적 검사를 받았는데, 전문가 보고서에는 다음과 같은 의견이 기재되었다. 첫째 자녀는 부모와의 정서적 관계 결핍으로 인한 정신적 고통을 겪고 있다. 둘째 부에게는 우호적인 태도를 보이면서 모에게는 애정과 증오의 이중적 태도를 보이고 있다. 셋째 부와 함께 숙부의 집에 사는 것에 만족하지만 모도 함께 살았으면 좋겠다고 진술했다. 넷째 자녀의 공격성, 타인에 대한 불신, 낮은 자존감 등의 정서적 문제의 원인은 추락사고 목격 뿐 아니라 현재의 복잡하고 이해하기 어려운 상황에서도 찾을 수 있다.

이런 사정을 전제로 제1심은 2011. 5. 16. 모의 반환청구를 기각하면서, 자녀가 우크라이나로 돌아가면 부와의 분리로 인한 정신적 위협에 노출될 우려가 있는데도 모는 이를 방지하기 위한 안정된 환경을 조성했음을 증명하지 못했음을 이유로 들었다. 그러나 제2심은 2011. 10. 27. 반환을 명하면서, 자녀는 우크라이나에서 태어나고 자랐으며, 사회복지사 보고서와 전문가 보고서에 의하면 자녀의 정서적 장애는 사고목격 뿐 아니라 부모와의 의사소통 부족, 현재의 이해하기 어려운 양육상황으로 인한 것이므로, 모와 재결합하는 것이 자녀의 복리에 부합한다고 판단했다. 부는 이에 불복하면서 협약에 대한 법리오해를 이유로 상고했고 상고심 법원은 변론기일을 열지 않은 채 2011. 10. 27. 2심을 파기하고 중대한 위협 사유를 인정하여 반환청구를 기각했다. 특히 자녀의 복리라는 협약의 취지에 비추어 볼 때 부가 반환 후의 위험성을 설득력 있게 증명한 반면 모는 반환이 자녀의 복리를 저해하지 않음에 대해 충분히 주장·증명하지 못한 이상 반환청구는 인용될 수 없다고 판시했다. 이에 모는 유럽인권재판소에 이 사건을 제소했다.

(2) 유럽인권재판소의 판단

이 사건에 대한 유럽인권재판소의 판단은 다음과 같이 요약할 수 있다.

20) G.S. v. Georgia, no. 2361/13, 21 July 2015

①일반원칙: 협약상의 반환재판은 양육에 관한 본안과는 별도의 판단기준이 적용되기 때문에 협약사건에 있어서의 자녀의 복리 심사는 협약에 규정된 예외사유와 관련하여 이뤄져야 한다. 이러한 심사는 일차적으로는 당사자들을 직접 대면할 수 있는 국내법원의 임무이지만 유럽인권재판소는 국내법원의 이러한 재량조치가 유럽인권협약 제8조를 위반했는지의 여부를 심사할 권한을 가진다

협약과 유럽인권협약 제8조가 조화롭게 적용되려면 국내법원은 반환예외 사유의 구성요건이 될 수 있는 사유들을 충분히 심리해야 하고, 유럽인권재판소가 사후에 심사할 수 있을 정도로 구체적인 이유를 제시하여 판단해야 한다. 따라서 협약상의 반환예외사유가 있다는 항변을 검토하지 않거나, 충분한 이유설시 없이 배척하는 것은 유럽인권협약 제8조와 저촉되고 반하고 협약의 취지에도 반한다. 특히 당사자 일방이 반환예외 사유를 주장하는 경우 반환재판 관할법원은 형식적이고 전형적인 이유가 아니라 구체적이고 상세한 이유를 제시해야 하는 것이다.

나아가 가족생활 존중을 효과적으로 실현하려면 부모와 자녀 사이의 장래의 관계에 대해 판단할 때, 시간의 경과만을 근거로 판단하면 안되고 관련된 제반사정을 전반적으로 고려하여야 평가해야 한다. 비효율적이거나 지연된 절차는, 이로 인해 문제된 사안에 대한 결론을 사실상 결정되어 버릴 위험이 있기 때문에, 유럽인권협약 제8조가 부과한 적극적 의무 위반으로 인정된다. 특히 친자관계가 쟁점인 사건에서는 시간의 경과가 이런 결과를 초래할 가능성이 더 크다는 것을 염두에 두고 더욱 신속하게 절차를 진행해야 하는 것이다. 이런 의무는 유럽인권협약 제6조 위반 여부와도 관련되지만 같은 협약 제8조에도 이러한 절차법적 요청이 내포되어 있다

②일반원칙의 적용: 위에서 본 일반원칙에 비추어 보면 첫째로 자녀를 우크라이나로 반환하면 해악이 발생할 중대한 위험이 인정된다는 판단이 적절하고 충분한 이유로 뒷받침되었는지의 여부와 판단에 영향을 미칠 만한 사정들을 빠짐없이 고려했는지의 여부가 문제된다. 둘째로 국내법원이 반환재판 절차의 신속한 진행을 위해 요구되는 조치를 다했는지의 여부가 문제된다. 이를 판단하기 위해 유럽인권재판소는 국내법원의 조치가 행해진 시점을 기준으로 판단한다.

첫째로 반환청구 기각의 이유를 살펴본다. 그루지아 법원이 반환청구를 기각한 주요한 이유는 우크라이나로 돌아가면 추락사 목적으로 인한 트라우마가 재발할 가능성이 있다는 것으로 요약된다.

그러나 그루지아 법원은 ‘신체적 또는 심리적 해악’ 또는 ‘그 외의 견딜 수 없는 상황’이라는 정형적 문구를 사용하는데 그치고 이러한 위험이 실제로 의미하는 것이 정확하게 어떤 것인지는 설명하지 않았다. 그루지아에서 진행된 반환재판 절차 내내 부 측에서는 모가 다시 자녀를 방임하여 위험에 노출시킬 것이라고 주장하지 않았고, 우크라이나의 사건기록을 보더라도 추락사고는 말 그대로 사고로 인정되어 모는 과실범으로 입건되지도 않았다. 게다가 전문가 보고서 등은 우크라이나로 돌아가면 자녀의 트라우마가 악화될 것인지의 여부에 대해서는 전혀 고려하지 않았다. 이들은 단순히 자녀는 트라우마를 겪고 있으며 도움이 필요하다고 했을 뿐이다. 반면 모는, 자신의 의료인으로서의 경험을 근거로, 우크라이나에서 심리치료를 받을 필요가 있다고 일관되게 주장하고 있다.

그루지아 정부는 자녀가 그루지아에서 부계 가족들과 함께 살기를 원하고 있으며, 이들

과의 분리는 추가적인 심리적 트라우마를 초래할 우려가 있다고 한다. 그러나 협약의 목적은 탈취부모의 일방적인 불법적 아동탈취 행위의 결과가 시간의 경과와 확립된 사실적 상황에 힘입어 법적으로 정당화되는 것을 저지하는데 있음을 간과하면 안 된다. 따라서 중대한 위험이라는 반환예외 사유는 탈취부모와의 분리만을 근거로 당연히 인정될 수는 없다. 또한 반환에 당연히 수반되는 불편함도 여기에 해당되지 않는다. 뿐만 아니라 부계가족과의 분리가 자녀에게 미치는 영향이나 우크라이나에 반환된 후의 양육환경에 대한 전문가 조사는 전혀 이루어지지 않았고, 재판과정에서도 이런 사항들은 전혀 검토되지 않았다. 따라서 부계가족과의 분리가 자녀에게 심리적 트라우마를 초래할 것이라는 주장은 받아들이기 어렵다.

이처럼 반환으로 인한 해악의 중대한 위험을 뒷받침할 만한 직접적이고 설득력 있는 증거가 제시되지 않았기 때문에, 반환예외사유를 인정한 구체적인 이유가 무엇인지도 불명확하다.

또한 그루지아 법원은 전문가 보고서를 근거로 재판하면서도, 여기에 나타난 내용 중 그루지아에 머무는 것이 자녀에게 해로울 수도 있다는 취지에 대한 판단을 누락했다. 예컨대 보고서에 의하면 자녀는 부모와의 관계 단절이나 ‘복잡하고 이해하기 어려운 상황’으로 인한 적응장애를 겪고 있다. 게다가 자녀는 ‘부’가 아니라 조부와 숙부 슬하에서 생활하고 있는데 이들에게는 자녀에 대한 양육권이 인정될 수도 없다. 이런 상황에 대한 판단을 누락한 것은 자녀의 상황에 대한 심층적 조사를 다한 것이라고 보기 어렵다.

이처럼 우크라이나에서 모와 함께 6년간 살았던 자녀를 그루지아에서 부모 모두와 단절된 채 살게 하는 것은 그 자체로서 자녀의 복리 원칙 저촉의 문제를 초래한다. 유럽인권재판소의 확립된 판례에 의하면 부모와 자녀가 서로 함께 살아가는 것은 유럽인권협약 제8조가 보호하는 가족생활의 본질적 요소를 이룬다. 비록 반환재판 절차와 직접 관련되어 있지는 않지만, 자녀의 복리 원칙을 준수한다고 하려면 이런 사정도 쉽사리 간과해서는 안된다.

요컨대 국내법원은 적절하고 충분한 이유를 실시하지도 않았고 구체적 사정에 기초한 자녀의 복리 심사를 수행하지도 않았다.

③절차의 신속성

이 사건 반환재판 절차는 2010. 12. 1. 시작되어 2012. 8. 22. 확정되었으므로 90주 가까운 기간이 경과하였다. 비록 협약 제11조의 6주는 훈시규정이라 하더라도 이렇게 재판이 지연되었기 때문에 제8조로부터 도출되는 절차적 의무, 그 중에서도 적극적 의무를 위반한 것은 아닌지가 문제된다.

그루지아 정부는 사회복지사나 심리학 전문가의 조사와 보고서 작성을 위해 적지 않은 기간이 경과했다고 주장한다. 그러나 사실심의 경우에는 이런 조사가 진행되었기 때문에 위와 같은 사유가 절차 지연을 정당화할 수 있겠지만, 이런 조사나 증인신문 등이 전혀 이뤄지지 않은 상고심 절차에서 무려 9개월이 소요된 것은 납득하기 어렵고, 이에 대해 그루지아 정부 측에서는 어떠한 해명도 하지 못하고 있다.

4. M.A. v. Austria²¹⁾

(1)사실관계와 사건의 경과

자녀가 2006. 출생한 후 탈취당한 부와 탈취모의 결별에 즈음하여 이탈리아 법원은 2008.

21) M.A. v. Austria, no. 4097/13, 15 Jan 2015

2. 8. 부의 청구에 따라 부를 단독양육자로 지정하고 자녀의 출국을 금지하는 취지의 재판을 했다. 그러나 이미 탈취모는 자녀를 데리고 오스트리아로 귀국한 상태였고, 이후 2008. 5. 23. 이탈리아 법원은 자녀의 청구에 따라 자녀가 아직 어리고 모와 유대관계가 강함을 이유로 모와 함께 오스트리아에 거주하도록 허가하고, 자녀에 대한 부모의 공동양육을 인정하는 한편 자녀에 대한 출국금지를 해제했다. 또한 전문가를 지명하여 양육에 관한 최종 판단을 위해 필요한 자료를 수집하도록 하는 한편, 탈취당한 부와 자녀간의 면접교섭은 전문가의 감독하에 이탈리아와 오스트리아에서 번갈아 진행하도록 하였다. 탈취모가 이에 불응하자 탈취당한 부는 (브뤼셀 IIa에 따라) 이탈리아에서 다시 반환을 청구하여 2011. 11. 23. 인용재판을 받았고 이에 대한 집행권원도 확보했다. 탈취모는 오스트리아 법원은 물론 유럽인권재판소에서도 이러한 이탈리아 법원의 재판을 다투었으나 결국 패소했다. 그 후에도 탈취모가 자녀의 반환을 거부하자 탈취당한 부는 오스트리아 법원이 반환재판을 집행하지 못함으로써 자신의 가족생활권이 침해되었다고 주장하면서 유럽인권재판소에 이 사건을 제소했다.

(2) 유럽인권재판소의 판단

이 사건의 주된 쟁점은 탈취부모가 반환재판의 집행을 거부하는 경우 소재지국이 지게 되는 적극적 의무의 구체적인 내용 또는 범위라고 할 수 있다.

①일반원칙: 이와 관련하여 유럽인권재판소는 우선 다음과 같은 일반원칙을 실시하고 있다. 이 사건의 경우 첫째로 탈취당한 부모인 청구인과 자녀 사이에 보호 대상인 ‘가족생활’이 있는지의 여부를 평가하고, 이것이 인정되면 둘째로 이러한 가족생활이 부당하게 침해되었는지를 평가해야 한다.

제8조의 목적은 공권력의 자의적 개입으로부터 가족생활을 보호하는 것이고, 부모와 자녀의 공동생활은 가족생활의 기본적 요소로서 보호대상인 가족생활에 포함된다. 체약국은 가족생활 보호를 위해 소극적 의무뿐 아니라 적극적 의무도 지는데, 비록 이들의 경계가 명확한 것은 아니지만 공통의 원칙이 적용된다. 즉 어떤 경우이건 상충하는 이익을 공정하게 형량해야 하고 체약국에는 판단여지가 인정된다는 것이다. 확립된 판례에 의하면 단절된 친자관계 회복을 위해 필요한 조치를 다하는 것은 체약국의 적극적 의무에 해당한다. 그러나 그렇다고 항상 즉각적으로 이런 조치를 할 의무가 인정되는 것은 아니다. 부모 중 일방이 자녀를 양육한 경우 타방과 자녀 사이의 관계가 문제되는 사안처럼 친자관계 회복을 위한 준비가 필요한 경우도 있기 때문이다. 이러한 준비의 내용과 정도는 구체적 사정에 따라 결정되겠지만 부모간의 이해와 협력이 가장 중요한 요소가 된다. 국가는 이러한 이해와 협력을 촉진하기 위해 최선을 다해야 할 의무가 있지만, 강제조치를 할 의무는 제한된 경우에만 인정된다. 특히 자녀에 대한 직접강제는 바람직하지 않으며, 자녀의 복리를 고려할 때 배제될 수 있다.

한편 협약과 관련된 사안에서 이러한 체약국이 지게 되는 적극적 의무의 내용은 협약, 아동권리협약 등의 다른 국제규범도 고려하여 해석되어야 한다. 이 경우 이러한 적극적 의무를 제대로 이행했는지의 여부는 신속한 집행여부에 따라 결정된다. 친자관계에 관한 재판절차와 이를 집행하는 절차는 신속하게 진행되어야 하는데, 시간이 지남에 따라 동거하지 않는 부모와 자녀 사이의 관계가 회복할 수 없을 정도로 훼손될 수 있기 때문이다. 협약에도 이러한 사정이 반영되어 있다.

②구체적 판단: 이러한 일반원칙을 근거로 유럽인권재판소는 이 사건에 대해 다음과 같

이 판단했다. 우선 오스트리아에서의 재판절차 지연을 문제삼고 있다. 비록 당사자들의 비협조적 태도, 브뤼셀 IIa에 의한 반환재판 절차의 중복진행, 이탈리아 중앙당국의 협조 지연 등도 절차 지연의 이유라고 할 수 있지만, 이런 사정들만을 근거로 ‘적극적 의무’가 면제되기에는 부족하다. 탈취일로부터 7년이 지난 이 사건 판결시까지도 반환재판이 집행되지 못한 상태라는 것 자체가 문제이다. 시간이 경과함에 따라 탈취당한 부모의 이익이 회복할 수 없을 정도로 저해될 수 있음을 감안한다면 반환재판을 적시에 효과적으로 집행하기 위한 제도를 마련하는 것도 계약국의 의무라고 할 수 있기 때문이다. 또한 반환재판이 반복되지 않는 한 반환이 자녀의 복리에 부합한다는 전제도 그대로 유지된다(X v. Latvia, para.96-97). 따라서 자녀의 복리를 우선으로 하여 이해관계인들의 이익을 공정하게 형량하려면 반환사건에 대해서는 신속한 집행을 위한 고유한 절차를 마련되어야 할 필요가 있다. 그런데 이 사건의 경우 오스트리아에는 협약상의 반환재판의 특수성을 고려한 별도의 집행절차가 없다. 이런 사정에 비추어 볼 때 오스트리아 당국은 청구인의 가족생활권을 보호하기 위한 적극적 의무를 다하지 못한 것이다.

5. Vujica v. Croatia²²⁾

(1) 사실관계와 사건의 경과

오스트리아인인 모와 크로아티아인인 부는 원래 오스트리아에 살다가 2006. 크로아티아로 이주했으며, 세 명의 자녀를 두었다(출생연도는 1999, 2001, 2006년). 부모의 혼인생활이 2009. 파탄에 이르자 모가 자녀들을 데리고 오스트리아로 돌아갔다. 자녀들은 2010. 8. 경 휴가차 크로아티아에 가서 부와 함께 지냈는데 부는 휴가기간이 끝났는데도 자녀들을 돌려보내지 않겠다고 선언하였다.

2010. 9. 모는 오스트리아 중앙당국을 거쳐 반환신청을 했다. 그러나 크로아티아 제1심은 2010. 11. 19. 반환청구를 기각했는데, 그 근거는 ‘자녀가 크로아티아 생활에 적응했고, 오스트리아로 돌아가지 않기를 원한다’라는 취지의 사회복지기관과 심리학 전문가의 보고서였다. 모가 항소했으나 2011. 2. 제2심도 반환청구를 기각했고 이 재판이 확정되었다. 한편 크로아티아 법원에서 반환사건 제1심과 함께 이혼·양육권 재판의 제1심도 진행되었는데, 2010. 11. 19. 기일에 부와 모는 첫째와 둘째는 크로아티아에서 부가 양육하는 것에 합의했으나 셋째딸에 대해서는 합의하지 못했다고 진술했다. 모 측에서는 아직 만 4세 정도인 셋째는 아직 모의 양육을 절실하게 필요한 상태라고 하면서, 이 아이의 복리 판단을 위한 전문가의 조사를 신청했으나, 이혼·양육권 소송의 제1심은 이를 기각하면서 자녀들을 분리 양육하는 것은 그 자체가 자녀들의 복리에 반함을 전제로 세 아이 모두 부가 양육하고 모에게는 면접교섭권만 인정된다고 판단했다. 이 재판도 2011. 2. 확정되었다.

그 후 모가 셋째를 오스트리아로 데려가자 부는 2011. 4. 협약을 근거로 반환을 청구했으나, 오스트리아 제1심은 2011. 9. 셋째를 모와 분리하는 것은 중대한 해악을 초래할 수 있다는 취지의 심리학적 조사보고서를 근거로 이를 배척했다.

모는 크로아티아 법원이 반환청구를 배척하고, 셋째에 대해서도 부에게 양육권을 인정한 것은 제8조 위반임을 이유로 유럽인권재판소에 제소했다. 여기서 크로아티아법에 의하면 이혼·양육권 사건의 경우 조정전치주의가 적용되는데도 크로아티아 법원이 이를 권고하지 않았다는 점이 문제되었다. 이에 대해 크로아티아 정부는 모 자신이 첫째와 둘째를 부가

22) Vujica v. Croatia, no. 56163/12, 8 October 2015

크로아티아에서 양육하는 것에 대해 동의했고, 셋째는 이미 모가 오스트리아에서 키우고 있기 때문에 가족생활권이 침해되지 않았다고 주장했지만, 유럽인권재판소는 부에게 세 아이 모두의 양육권을 인정한 크로아티아 재판이 아직 집행되지 않았으므로 이 사실만 가지고도 모의 가족생활권에 대한 침해가 인정될 수 있다고 했다

(2) 유럽인권재판소의 판단

이에 대한 유럽인권재판소의 판단은 다음과 같이 요약할 수 있다.

① 일반원칙: 유럽인권재판소의 심사 대상은 양육에 관한 본안판단이 아니라 국내법원의 판단이 자녀의 복리 원칙에 부합하는지의 여부이다. 이를 위해 문제된 조치에서의 국내법원의 재량 준수 여부만을 판단하는 것이 아니라 제반사정을 고려하여 실제로 그런 조치가 자녀의 복리에 부합하는지를 심사해야 하는 것이다.

② 이러한 일반원칙을 이 사건에 적용하여 판단한다.

첫째로 크로아티아 법원이 조정전치주의가 규정되어 있는데도 조정을 권유하지 않은 것에 대해 평가한다. 크로아티아 정부는 법정된 조정 권유를 하지 않았다는 사실을 인정하면서도, 그 이유를 당사자들 탓으로 돌리고 있다. 국내법에 의하면 조정권유는 첫 기일에만 할 수 있는데 부와 모가 첫 기일에 출석하여 자녀의 거소에 대해 합의할 시간이 필요하니 기일을 연기해 달라고 신청하기에 조정 권유를 안 했고, 그 다음부터는 첫 기일이 아니라서 조정권유를 할 수 없었다는 것이다. 그러나 조정전치주의의 궁극적인 취지가 부모의 협의로 양육에 관한 사항을 정하도록 하여 이혼이 자녀의 복리에 미치는 악영향을 최소화하는 것임을 감안한다면, 이런 형식적인 이유로 조정권유를 생략한 것이 정당화될 수는 없다. 부모가 두 번째 기일에 합의에 실패했음을 알았다면 크로아티아 법원은 그 때라도 조정을 권유했어야 한다. 물론 조정전치주의에는 예외가 인정되지만, 크로아티아 법원이 이런 예외사유의 존부를 심사한 것으로는 보이지 않는다.

둘째로 청구인은 크로아티아 법원이 반환사건 종결 전에 이혼·양육권에 관한 본안사건에 대해 확정판결을 한 것은 협약 제16조 위반이라고 주장한다. 살피건대 협약 제16조의 취지는 반환사건에 대한 예단을 방지하기 위한 것으로서 그 정당성이 인정된다. 이 사건에서 본안사건은 그대로 진행되어 2010. 11. 19. 종결되었는데 반환사건은 그로부터 상당한 기간이 경과한 2011. 2. 24. 비로소 종결되었다. 따라서 크로아티아 법원이 협약 제16조를 위반했음은 명백하다.

셋째로 크로아티아 법원이 자녀의 복리 심사를 위해 충분한 조사를 했는지를 판단한다. 크로아티아 법원은, 아직 어린 셋째 딸이 강한 정서적 애착을 가지고 있는 모와 분리되면 심리적 해악이 초래될 것이라는 취지의 전문가 조사 보고서 대신, 서로 애착을 가지고 있는 형제자매를 분리하면 심리적 해악이 초래될 것이라는 취지의 사회복지관청의 조사보고서를 채택하여 판단의 근거로 삼았다. 물론 유럽인권재판소 판례는 형제자매간의 애착도 부모가 함부로 차단할 수 없는 중요한 의미가 있다고 판단한 바 있다(Mustafa and Armağan Akin v. Turkey, no. 4694/03, 6 April 2010, para.23-24). 그러나 이 사건의 경우처럼, 자녀 각각의 개별적 사정을 고려하지 않고 이들을 일체로 보아 복리 판단을 해야만 하는 것은 아니다. 그런데도 크로아티아 법원은 모가 신청한 전문가 조사를 배척한 후 특별한 이유 설시 없이 셋째에 대한 별도의 판단을 하지 않았다. 만약 별도의 조사를 했다면 결과가 달라졌을 수 있음을 감안한다면 이것은 모의 가족생활권을 침해한 것이다.

IV. 결론

우리나라의 경우 반환청구를 인용하거나 기각하는 재판은 헌법소원의 대상이 되지 않기 때문에 이러한 재판도 유럽인권재판소의 심사대상으로 되는 유럽인권협약 체결국들과는 상황이 다를 수 있다.

그러나 협약의 신속반환 원칙 자체나 이 원칙의 좌절로 인해 제한되는 인권(탈취부모, 탈취당한 부모, 자녀의 가족생활권, 자녀의 복리 원칙)을 조화롭게 고려하기 위한 논의의 필요성은 부정할 수 없다. 무엇보다도 법원의 재판이 헌법소원 대상이 아니라고 해서 재판에 의한 인권 침해까지 정당화되는 것은 아니기 때문에, 반환재판을 관할하는 법원으로서 반환청구를 인용하거나 기각하는 재판에 의해 인권이 침해되지 않도록 주의 기울여야만 함은 당연하다. 게다가 상거소지국 또는 수탁국이 유럽인권협약 체결국인 경우 우리나라 법원이 한 반환사건 재판이 유럽인권재판소 판례와 저촉되면 ‘공서저촉’으로 인정될 우려가 있음에 유의해야 한다. 유럽인권재판소 판례에 의하면 협약에 따른 반환청구 인용재판이 유럽인권협약과 저촉되면 협약 제20조의 ‘인권과 기본적 자유 보호에 관한 기본원칙’에 저촉되는 것으로 인정되기 때문이다.²³⁾ 이런 상황이 발생하는 것은 국격의 문제이기도 하지만 신속한 반환절차 종결을 통한 자녀의 복리 실현이라는 원칙에도 저촉된다. 따라서 반환 재판을 진행할 때 협약사건에서 전형적으로 문제되는 인권규범과의 저촉 사례를 유럽인권재판소 판례를 통해 확인할 필요가 있다.

그러나 유럽인권재판소 판례는, 특히 *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* 사건 이후로는 ‘신속 반환 원칙’에 나타나는 일반적인 자녀의 복리 원칙과 중대한 위험 등의 반환예외 사유에 반영된 구체적 자녀의 복리 원칙을 어떻게 조화시킬 것인가에 대한 명확한 기준을 제시하지 못하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 이 문제를 해결할 것으로 기대를 모았던 *X v. Latvia* 사건 전원합의체 판결 역시 불확실성을 제거하는데 실패한 것으로 보인다. 여기에 재판절차 지연이나 집행 지연은 인권 침해라는 판례²⁴⁾가 확립됨에 따라 반환사건을 담당하는 국내법원은 진퇴양난에 빠지게 되었다. 신속하게 재판을 진행하면 ‘심리미진’ 때문에, 구체적 사정을 최대한 고려하여 절차를 진행하면 ‘재판지연’ 때문에 인권을 침해했다는 오명을 뒤집어쓰게 될 우려가 있기 때문이다.

이러한 상황을 해결하기 위한 추상적인 지침도 결국 유럽인권재판소 판례²⁵⁾에서 찾을 수 있을 것이다. 첫째 탈취부모가 반환 예외사유를 주장했다면 반환 원칙을 곧바로 적용하면 안 되고, 이런 반환예외사유를 존부를 심리해야만 한다. 둘째 반환청구를 인용하건 기각하건 충분한 이유를 설시해야 한다. 이 경우 개별구체적 사정을 검토한 후 이를 근거로 판단해야 하며 정형화된 이유설시에 근거한 반환청구를 인용하면 안 된다. 다만 반환예외 사유에 대한 엄격해석 원칙은 유지된다. 이것은 협약의 전제이기 때문이다. 셋째 재판절차는 신속하고 적절해야 한다.

23) *X v. Latvia*, no. 27853/09, 26 November 2013, para.118

24) 이 글 III. 부분

25) *Ferrari v. Romania*, no. 1714/10, 28 April 2015, para.47-49

지정토론문

대법원 재판연구원 김윤중

헤이그 아동탈취협약과 관련하여 협약이 추구하는 기본원칙으로서의 ‘자녀의 복리원칙’ 과 그 예외사유로서 ‘반환으로 인한 중대한 위험 예방’ 의 구조에서 발생하는 문제에 관하여 유럽인권재판소 판례를 중심으로 하는 상세하고 심도 깊은 연구를 해주신 권재문 교수님께 감사드립니다.

국제적 아동의 탈취에 관한 관심과 열정은 있으나 깊이 있는 고민을 하지는 못하고, 헤이그 컨퍼런스(Hague Conference on Private International Law, 이하 ‘HcCH’) 상설 사무소에서 1년간 파견 근무를 하면서 기회가 있을 경우에 한하여 단편적으로만 그 논의를 접한 것이 전부여서 핵심을 짚는 질문을 드릴 입장은 못됩니다.

다만 발표문을 정독하면서 들었던 궁금점이나 깊은 이해를 위해 간단히 질문을 드리고자 합니다. 혹여 질문이 적절하지 못하다면 그것은 제 이해가 부족하기 때문이니 양해부탁드립니다.

다문화 결혼의 증가와 더불어 이혼율이 증가하고 국제간 이동이 쉬어짐에 따라 국경을 넘는 아동의 탈취가 증가하게 되었고, 국제적 아동탈취의 경우 기존 양육친과의 접촉이나 연락이 배제되고 익숙한 환경에서 분리된 아동이 법률체계, 사회구조, 문화, 언어 등이 상이한 다른 나라로 이동되면서 발생하는 문제는 더욱 중대하게 보입니다.

헤이그 아동탈취협약은 1980. 10. 25. 채택되어 1983. 12. 1. 발표되었고, 2017. 8. 기준으로 협약가입국은 98개국입니다.¹⁾ 16세 미만의 아동의 경우 적용되고, 한국의 경우 법무부장관이 ‘중앙당국’ 이 되고, 불법한 이동 또는 유치를 당한 아동이 소재하는 체약국의 ‘사법당국’ 인 서울가정법원에서 아동의 반환을 명하도록 하고 있습니다(이원체계 또는 혼합시스템 도입).

아동반환의 원칙은 신속하게 이루어져야 하는데, 그 예외 사유가 인정될 때에는 아동의 반환을 명할 의무를 지지 않습니다. 특히 ‘아동의 반환으로 인하여 아동이 육체적 또는 정신적 위해에 노출되거나 그 밖에 견디기 힘든 상황에 처하게 될 중대한 위험이 있는 경우’ 를 판단함에 있어 그 기준과 범위가 문제됩니다.

1) <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24> 참조

【관련규정】²⁾

제12조 아동이 제3조상의 불법한 이동 또는 유치를 당하였고, 아동이 소재하는 계약국의 사법 또는 행정 당국에서의 절차개시일에 그러한 불법한 이동 또는 유치일로부터 1년이 경과하지 아니한 경우, 그 관련 당국은 즉시 아동의 반환을 명한다.

이전 문단에 규정된 1년의 기간이 경과한 후에 절차가 개시된 경우라도 사법 또는 행정당국은 아동이 현재 새로운 환경에 적응하였다고 증명되지 않는 한 아동의 반환을 역시 명한다.

[이하 생략]

제13조 전조의 규정에도 불구하고 아동의 반환에 이의를 제기하는 개인, 시설 또는 그 밖의 기관이 다음을 입증하는 경우 수탁국의 사법 또는 행정당국은 아동의 반환을 명할 의무를 지지 아니한다.

가. 아동의 일신보호를 하는 개인, 시설 또는 그 밖의 기관이 아동 또는 유치 당시에 실제로 양육권을 행사하지 않았거나, 이동 또는 유치에 동의하거나 추인함 또는

나. 아동의 반환으로 인하여 아동이 육체적 또는 정신적 위해에 노출되거나 그 밖에 견디기 힘든 상황에 처하게 될 중대한 위험이 있음

사법 또는 행정당국은 아동이 반환에 이의를 제기하고 있고 아동의 의견을 고려하는 것이 적절할 정도의 연령과 성숙도에 이르렀다고 인정되는 경우에는 아동 반환명령을 거부할 수 있다.

이 조가 규정하는 상황을 판단함에 있어서 사법 및 행정당국은 아동의 상거소의 중앙당국이나 그 밖의 권한 있는 당국에 의해 제공된 **아동의 사회적 배경에 관한 정보**를 고려한다.

1. 유럽인권재판소 판례와 관련하여

교수님께서서는 발표문에서 자녀의 복리 원칙이 문제된 유럽인권재판소의 주목할 만한 사례를 소개하시면서, 신속 반환 원칙에 나타나는 일반적인 자녀의 복리 원칙과 중대한 위험 등 반환예외 사유에 반영된 구체적 자녀의 복리 원칙의 조화로운 해석에 관한 명확한 기준은 제시하지 못하고, 재판절차의 지연이나 집행 지연은 인권침해라고 봄에 따라 반환사건을 담당하는 법원은 더욱 어려운 처지에 처하게 되었다고 보셨습니다. 다만 이를 해결하기 위한 추상적 지침으로 ① 예외사유가 주장된 경우에는 그 존부를 심리하여야 하고, ② 개별적·구체적 사정을 검토한 후 이를 근거로 반환청구

2) 국가법령정보센터 참조 <http://law.go.kr/trtySc.do?tabMenuId=tab64&query=#licTrty7257>

에 대한 결정에 충분한 이유를 제시하여야 하며, 예외사유 인정은 엄격하여야 하고, ③ 재판절차는 신속하고 적절하여야 한다는 입장을 취하고 있다는 것입니다.

아동탈취협약에서는 예외사유 판단시 **아동의 사회적 배경에 관한 정보**를 고려하도록 규정하고 있고, 우리나라의 이행법률인 『헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률(이하 ‘헤이그아동탈취법’)』 및 그 시행규칙에서는 가정법원에서 법무부 장관에게 아동 관련 자료의 제출을 요구하거나 가사조사관에게 아동의 환경 조사를 시킬 수 있다고 규정하고 있습니다(헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 대법원 규칙 제4조).

반환을 담당하는 국내 법원이 **가족생활에 대한 심층적 조사와 개별적 구체적 사정에 기초한 자녀복지 심사**를 통하여, 이해관계인들의 이익을 공평하고 합리적으로 평가하는 것은 매우 중요하고 바람직하지만 이는 동시에 신속반환원칙과 충돌하는 지점이 있음을 부정하기 어려운 것 같습니다.³⁾

이와 관련하여 아동탈취협약이 추구하는 신속한 반환의 ‘예외적인 반환거부’의 사유 존부를 결정함에 있어 **아동의 불법적인 탈취 현황에** 중점을 둘 것인지 탈취 후 전 개된 사실관계를 반영하여 **반환재판이 강제집행되는 시점의 사정**을 더 중시할 것인지에 따라 판단의 기준이 매우 달라질 수 있을 것 같습니다.

교수님께서도 유럽재판소에서 내려진 일련의 판결들이 국제적 아동탈취에 있어서 불법적인 탈취행위 자체나 당시 이해관계인들의 행위를 더 중시하는지 또는 탈취 후 반환재판이 이루어지는 시점의 상황에 무게 중심을 두고 있는 것인지에 관련하여 어떻게 보시는지 궁금합니다.

2. 중대한 위험 판단 기준에 관하여

아동탈취협약상 아동의 불법적인 탈취가 있는 경우 ‘자의 최선의 이익’은 신속한 반환을 통하여 구현되고, 아동의 양육과 관련한 본안판단은 탈취국의 법원에서 행하는 것을 금지하므로(협약 제16조), 아동의 신속한 반환과 관련된 절차의 재판관할은 반환청구를 받은 탈취국의 법원에, 양육과 관련된 본안판단의 배타적 재판관할은 상거소국의 법원에 있는 것으로 해석됩니다.

3) 이현경, “헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률 적용과 관련된 실무상 쟁점”, 가사재판연구 III (2018), 서울가정법원 가사소년재판연구회, 454면에서도 아동의 양육과 관련한 심도 깊은 조사나 아동의 복지에 관한 전반적인 검토를 하는 것은 지양하는데 이는 본안재판에서 다루어져야 하기 때문에 신속한 반환원칙과 충돌될 가능성이 있기 때문이라고 하고 있음

협약의 근본원칙으로서 **아동의 일반적인 복리**, ‘**자의 이익에 근거한 신속한 반환**’은 협약의 모든 규정에 기초를 이루는 것이고, 반환거부사유는 예외사유로서 **엄격하고 제한적으로 해석**된다는 것이 종래 각국 실무의 일반적 시각이었습니다. 그러나 실제 국제아동탈취의 사례는 협약의 기초자가 상정했던 사례유형과는 사뭇 다른 양상으로 전개되기도 합니다.⁴⁾ 이는 발표문에서 소개되는 일련의 유럽인권재판소 판결에서도 그 변화가 뚜렷하다 할 수 있습니다.

가령 **가정폭력의 피해자인 모의 탈취행위** 같은 경우 반환절차를 행하는 법원이 중대한 위험의 판단에 있어서 “**자의 실체적 복리 및 개별적·구체적 이익**”의 관점에서 상세한 조사를 행하고 검토하는 것은 반환의 예외를 유연하게 인정하는 방법일 수도 있기 때문입니다.

미국에서는 가정폭력의 항변을 거부하기 위해서는 일정한 보호조치를 조건으로 하여 가정폭력의 위험으로부터 아동의 이익을 보호하기 위한 조치를 강구하는 방향을 모색하기도 합니다.⁵⁾ 반환명령을 결정하는 법원은 상거소국에서의 본안 판단이 행하여지는 동안 아동을 충분히 보호하기 위한 **잠정적 보호조치**가 마련되어 있는가를 검토하고 이러한 조치가 취해진 경우에는 원칙적으로 상거소국에 아동을 신속히 반환하여야 한다고 본 사례가 있습니다. 다시 말하면 반환의 거절은 아동을 폭력적인 아버지의 양육하에 두지 않도록 하는 합리적인 수단을 발견할 수 없는 경우에만 인정되고, 부의 자에 대한 직접적인 폭력은 없고, 피청구인(모)에 대한 폭력만으로는 원칙적으로 중대한 위험이 인정되지 않는다는 것이 미국의 주류적 경향이라고 합니다.⁶⁾ 또한, 모나 형제자매와 분리되는 경우의 중대한 위험 주장에 대해서도 아동의 반환에 가족이 동반할 것을 조건으로 중대한 위험을 피할 수 있다고 봅니다.⁷⁾

우리나라 가정법원은 이와 다른 판단을 한 바 있습니다. ☞ 아래 서울가정법원 2017브 30068 결정 등 참조

이러한 각 국내 법원의 상반된 접근방법에 대하여 교수님께서 어떤 의견을 갖고 계신지 궁금합니다.

4) 광민희, “헤이그아동탈취협약의 해석상 「중대한 위험」과 자의 이익”, 민사법학 제67호(2015), 한구가법행정학회, 27면 이하

5) *Blondin v. Dubois*, 189, F.3d 240(2d Cir. 1999) 해당 사안에서 법원은 반환될 자를 부의 양육하에 맡기는 것을 의미하는 것은 아니라는 전제에서 반환절차를 행하는 탈취국의 법원은 상거소국의 법원이 아동이 반환된 후 필요한 보호조치를 취할 것이라고 하는 신뢰를 가질 필요가 있다고 지적하였음

6) 광민희, 앞의 논문 41면

7) *Whallon v. Lynn*, 230 F.3d 450(1st Cir 2000)

3. 대법원 2013. 6. 20. 선고 2010도14328 전원합의체 판결과 관련하여

대법원 다수의견은 베트남 국적의 여성(피고인)이 한국 남성과 결혼하여 우리나라에서 거주하다가 다툼이 발생하자 생후 13개월 된 아동을 데리고 베트남으로 출국한 사건에서 구 형법(2013. 4. 5. 법률 제11731호로 개정되기 전의 것)상 국외이송약취 및 피약취자국외이송의 공소사실을 아래와 같은 이유로 무죄로 판단하였습니다.

형법 제287조의 미성년자약취죄, 제288조 제3항 전단의 국외이송약취죄 등의 구성요건 요소로서 약취란 폭행, 협박 또는 불법적인 사실상의 힘을 수단으로 사용하여 피해자를 그 의사에 반하여 자유로운 생활관계 또는 보호관계로부터 이탈시켜 자기 또는 제3자의 사실상 지배하에 옮기는 행위를 의미하고, 구체적 사건에서 어떤 행위가 약취에 해당하는지 여부는 행위의 목적과 의도, 행위 당시의 정황, 행위의 태양과 종류, 수단과 방법, 피해자의 상태 등 관련 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도3816 판결 등 참조).

한편 미성년자를 보호·감독하는 사람이라도 다른 보호감독자의 보호·양육권을 침해하거나 자신의 보호·양육권을 남용하여 미성년자 본인의 이익을 침해하는 때에는 미성년자에 대한 약취죄의 주체가 될 수 있는데(대법원 2008. 1. 31. 선고 2007도8011 판결 등 참조), 그 경우에도 해당 보호감독자에 대하여 약취죄의 성립을 인정할 수 있더라도 그 행위가 위와 같은 의미의 약취에 해당하여야 한다. 그렇지 아니하고 폭행, 협박 또는 불법적인 사실상의 힘을 사용하여 그 미성년자를 평온하던 종전의 보호·양육상태로부터 이탈시켰다고 볼 수 없는 행위에 대하여까지 다른 보호감독자의 보호·양육권을 침해하였다는 이유로 미성년자에 대한 약취죄의 성립을 긍정하는 것은 형벌 법규의 문언 범위를 벗어나는 해석으로서 죄형법정주의의 원칙에 비추어 허용될 수 없다.

따라서 부모가 이혼하였거나 별거하는 상황에서 미성년의 자녀를 부모의 일방이 평온하게 보호·양육하고 있는데, 상대방 부모가 폭행, 협박 또는 불법적인 사실상의 힘을 행사하여 그 보호·양육 상태를 깨뜨리고 자녀를 탈취하여 자기 또는 제3자의 사실상 지배하에 옮긴 경우, 그와 같은 행위는 특별한 사정이 없는 한 미성년자에 대한 약취죄를 구성한다. 그러나 이와 달리 미성년의 자녀를 부모가 함께 동거하면서 보호·양육하여 오던 중 부모의 일방이 상대방 부모나 그 자녀에게 어떠한 폭행, 협박이나 불법적인 사실상의 힘을 행사함이 없이 그 자녀를 데리고 종전의 거소를 벗어나 다른 곳으로 옮겨 자녀에 대한 보호·양육을 계속하였다면, 그 행위가 보호·양육권의 남용에 해당한다는 등 특별한 사정이 없는 한 설령 이에 관하여 법원의 결정이나 상대방 부모의 동의를 얻지 아니하였다 하더라도 그러한 행위에 대하여 곧바로 형법상 미성년자에 대한 약취죄의 성립을 인정할 수는 없다.

그러나 반대의견에서는 ‘약취’의 개념에 대한 종전 대법원 판시를 그대로 따르면서도 ① 피고인의 행위는 사실상의 힘을 수단으로 유아를 자신 또는 제3자의 사실상 지

배 아래로 옮긴 것이고, ② 공동친권자인 부모의 일방이 상대방의 동의나 가정법원의 결정이 없는 상태에서 유아를 데리고 공동양육의 장소를 떠나 상대방 친권 행사가 미칠 수 없도록 하였다면 민법을 위반한 행위이며, ③ 피고인의 행위는 부의 생활관계 및 보호관계의 중대한 변경에 해당하는 등 부의 이익을 침해하는 행위로 충분하다는 이유 등으로 다수의견의 결론에 반대하였습니다. 특히 아동탈취협약을 언급하면서 다음과 같이 판시하였습니다.

다수의견이 약취죄의 성립을 긍정한 행위 유형, 즉 부모 중 일방이 상대방 단독양육의 자녀를 탈취하여 자신의 지배하에 옮긴 행위와 이 사건과 같이 상대방과 공동양육하는 자녀를 상대방의 의사에 반하여 자신의 단독 지배하에 옮긴 행위는, 양자 모두 정당한 절차와 방법을 거치지 않고 상대방의 자녀에 대한 보호·양육권을 침해하였다는 점에서 그 본질이 같다.

우리나라가 가입한 ‘국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약’에서 아동에 대한 부모의 단독 보호·양육 상태를 침해하는 행위와 공동 보호·양육 상태를 침해하는 행위를 모두 불법적인 아동탈취행위로 규정하고 있는 점을 보더라도 위와 같은 행위 유형의 구별은 법률상 큰 의미가 없다. 다수의견에 따르면 행위 태양의 일부 비본질적인 차이점을 들어 두 유형의 행위를 형사법상 완전히 달리 취급하게 되는데, 이러한 결론에는 동의하기 어렵다. [생략] 이러한 결론이 국민 일반의 정서와 법감정에 현저히 반하는 것임은 두말할 나위가 없다. 그뿐 아니라 이는 부모 중 일방이 아동에 대하여 공동으로 행사되는 양육권(rights of custody)을 배제하고 다른 국가로 아동을 이동하는 행위를 아동의 복리(interests of children)에 대한 침해행위로서 불법적(wrongful) 행위로 간주하는 위 협약에 명백히 배치되는 것으로서, 국제법적인 아동 보호 기준에도 위배된다.

이에 대하여 다수의견에 대한 보충의견은 아래와 같이 판시하였습니다.

아동탈취협약에서 아동에 대한 부모의 단독 보호·양육 상태를 침해하는 행위와 공동 보호·양육 상태를 침해하는 행위를 모두 불법적인 아동탈취행위로 규정하고 있다고 하여, 두 유형의 행위를 형법상 약취죄의 성립 여부에 관하여도 구별하지 않고 똑같이 취급하여야 한다는 논리는 타당하다고 할 수 없다. 가정법원의 결정 등 가족관계 법령에서 정한 절차와 방법을 거치지 아니한 채 자녀를 국외로 데리고 가는 행위가 민사적 측면에서 그 적법성을 인정받을 수 없다는 점은 위 국제조약의 성립 또는 발효와 관계 없이 우리 민사법 체계 자체에서도 당연한 결론이라고 할 것이나, 그러한 행위가 형법상 약취죄라는 범죄를 구성하느냐의 문제는 민사적 측면과는 전혀 다른 차원에서 검토되어야 한다.

해당 사안의 쟁점은 부모의 일방이 공동친권자의 동의 없이 공동양육 중인 자녀를 데리고 국외로 이전한 행위가 국외이송약취 및 피약취자국외이송죄에 해당하는지 여부

이고, 이는 각 죄의 구성요건인 ‘약취’의 개념을 어떻게 볼 것인지에 따라 결론이 달라집니다. 아동탈취협약은 불법탈취된 아동의 신속한 반환과 특정 체약국의 법에 기한 양육권 및 면접교섭권을 다른 체약국에서도 존중할 것을 규정하는 등 ‘민사적’ 측면을 다루고 있습니다.

위 판결에서 반대의견은 형법상 약취죄의 해석을 위한 기준 또는 보조수단으로 아동탈취협약을 간접적용한 것으로 평가할 수 있고, 다수의견에 대한 보충의견은 우리 민사법 체계에서 피고의 행위가 민사적 측면에서 불법임을 인정하면서도 형법상 약취죄라는 범죄를 구성하는지는 다른 차원에서 검토되어야 한다고 지적하고 있습니다.⁸⁾

위 전원합의체 판결에 대하여 교수님의 고견을 부탁드립니다.

4. 조정

유럽인권재판소의 판결에서도 언급하신 바 있는데, 영국 등 일부 국가에서는 국제아동탈취를 위한 전문적 조정 절차가 이용되고 있다고 하고, 우리나라에서도 아동반환청구사건의 조정에 관하여 헤이그아동탈취법 및 그 시행규칙에 특별한 규정 있는 경우를 제외하고는 가사소송법 및 가사소송규칙에 의한 가사조정절차에 따르도록 정하고 있습니다(헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 대법원 규칙 제7조).

국제적 아동탈취사건에 있어서 조정의 효율성에 대하여는 어떻게 생각하시는지 궁금합니다.

5. 어려운 주제에 관하여 다양한 법률적 쟁점과 종합적인 시각으로 깊이 있는 연구를 통하여 통찰력 있고 날카로운 비판으로 판례를 평석해 주신 교수님의 노고에 다시 한 번 경의를 표합니다. 이상으로 질문을 마칩니다.

8) 김영훈, “베트남 여성의 아동탈취 사건 : 대법원 2013. 6. 20. 선고 2010도14328 전원합의체 판결”, 인권관례평석(2017), 박영사, 269-270면

【한국 국제아동탈취법의 현황과 과제】

(1) 헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률

우리나라는 1997. 8. 20. HcCH에 가입하였고, 2012. 12. 13. 아동탈취협약에 가입하여 위 협약은 2013. 3. 1. 발효하였습니다. 협약의 이행을 위하여 2012. 12. 11. **독립된 국내이행법**을 제정하여 협약의 실시를 위하여 필요한 최소한의 사항을 규정하고 있습니다. ⇨ 『헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률(이하 ‘헤이그아동탈취법’)』

헤이그아동탈취법에서는 협약의 아동반환사건의 **전속관할을 서울가정법원**이므로 하고(제11조), 청구권자는 아동이 대한민국으로의 불법적 이동 또는 유치로 인하여 협약에 따른 양육권이 침해된 자이며(협약 제12조, 이행법률 제12조 제1항), 상대방은 대한민국으로의 불법적인 이동 또는 유치로 인하여 협약에 따른 양육권을 침해한 자로 규정하고 있습니다(헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 대법원규칙 제2조)

▶ 또한, 다른 체약국으로 탈취된 아동의 반환 신청에 대해서도 법무부장관은 다른 체약국으로의 불법적인 아동 또는 유치로 인하여 양육권 또는 면접교섭권이 침해된 자가 아동반환 지원 신청 등을 하는 경우에는 소재국 중당당국으로의 지원 신청서 전달 등 필요한 지원을 할 수 있고(제8조), 법원행정처의 장 등에게 필요한 협조를 요청할 수 있습니다(제9조).

(2) 헤이그 국제 네트워크 판사(International Hague Network Judge)

아동탈취협약의 이행과 관련하여 우리나라는 중앙당국을 법무부장관으로 지정하고(헤이그아동탈취법 제4조), 법원행정처에서는 서울가정법원 판사 중 헤이그 국제 네트워크 판사(International Hague Network Judge, 이하 ‘IHNJ’)를 지명합니다. HcCH는 아동탈취협약에서 발생하는 긴급하고 중요한 문제들에 관하여 이를 담당하는 각국의 가정법원 판사들이 보다 신속하고 효율적으로 정보를 교환하거나 의사소통을 할 수 있도록 하기 위하여 ‘Direct Judicial Communication’을 설립하고 2018. 3. 기준으로 83여 개국 133여 명의 판사를 IHNJ로 지정·등록하고 있습니다.¹⁾

(3) 헤이그아동탈취법상 아동반환거부사유

제12조(청구권자 등) ④ 법원은 아동의 불법적인 이동 또는 유치로 인하여 협약에 따른

1)HcCH 홈페이지IHNJ 명단 참조

<https://assets.hcch.net/docs/18eb8d6c-593b-4996-9c5c-19e4590ac66d.pdf>

양육권이 침해된 경우에도 협약에서 정하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 제1항에 따른 반환 청구를 기각할 수 있다.

1. 아동의 불법적인 이동 또는 유치일로부터 1년이 경과하였고, 아동이 이미 새로운 환경에 적응하였다는 사실
2. 아동을 보호하는 자가 아동의 이동 또는 유치 당시에 실제로 양육권을 행사하지 아니하였거나 이동 또는 유치에 동의하거나 추인한 사실
3. 아동의 반환으로 인하여 아동이 육체적 또는 정신적 위해(위해)에 노출되거나 그 밖에 견디기 힘든 상황에 처하게 될 중대한 위험이 있는 사실
4. 아동이 반환에 이의를 제기하고 아동의 의견을 고려하는 것이 적절할 정도의 연령과 성숙도에 이르렀다고 인정되는 사실
4. 아동의 반환이 대한민국의 인권 및 기본적 자유 보호에 관한 기본원칙에 의하여 허용되지 아니한다는 사실

(4) 서울가정법원의 아동반환신청에 관한 하급심 사례의 검토

(가) 개요

서울가정법원에서 아동탈취협약과 그 이행법률인 헤이그아동탈취법을 적용하여 우리나라로 불법적인 이동 또는 유치된 아동의 반환청구사건은 꾸준히 증가하는 것으로 보입니다. 아래에서는 최근까지 서울가정법원에서 아동반환명령을 인용하거나 기각한 판결례 중 주목할 만한 사례를 검토하여 협약과 이행법률상 기본원칙과 예외규정이 어떻게 적용되고 해석되는지 간략하게 살펴보고자 합니다.

(나) 기각한 사례

㉠ 불법적인 이동이나 유치가 아니라고 본 사례

- 서울가정법원 2014느단30816 심판에서 한국인 부부가 멕시코에서 주재원 생활을 하다가 한국인 모(상대방)가 한국으로 아동을 데려오자 한국인 부(청구인)가 아동반환을 청구한 사안에서 **최초로 반환신청을 기각하였습니다.** ☞ **그대로 확정됨**
- ▶ 해당 사안에서는 청구인이 아동을 단독으로 보호·양육하고 있던 모로부터 아동을 일방적으로 멕시코로 데려갔던 것을 모가 다시 데려온 것으로 적법한 행위로 인정하였고, 아래와 같은 사정을 들어 반환할 경우 ‘중대한 위험’이 있다고 판단하였습니다.

이 사건 기록과 심문 전체의 취지에 의하면, 사건본인이 멕시코와 한국으로의 잦은 이동으로 인하여 정신적으로 어려움을 겪고 있는 사실, 멕시코에서 상대방과 오빠 이윤재

없이 지내는 것을 힘들어 한 사실, 현재 한국에서의 생활에 잘 적응하고 있고 한국에서 상대방(모) 및 이윤재(오빠)와 함께 살고 싶다는 의사를 표현하고 있는 사실 등을 인정할 수 있고, 이러한 사정을 종합하면 사건본인을 청구인에게 반환할 경우 이로 인하여 사건본인이 견디기 힘든 상황에 처하게 될 중대한 위험이 있다.

○ 또한, 일본에서 결혼하여 생활하던 부부 중 일본인 남편이 경제적으로 어려워지고 심리적으로 불안정해지자 한국인 부인이 아동을 데리고 귀국한 사안에서 이를 불법적인 이동이나 유치로 볼 수 없다고 판단한 바 있습니다{서울가정법원 2016년 단 62384 심판 ㉠ 부(청구인)이 항고 및 재항고했으나 기각되었음}

▶ 해당 사안에서는 별거시 일본인 부가 양육권을 포기한 듯한 발언을 하였고, 한국인 모가 귀국한 후에도 그 소재를 알려주고 부와 아동이 영상통화를 계속하고 있는 점 등을 들어 불법성을 배척하였습니다.

㉠ 반환 예외사유를 인정한 사례

○ 서울가정법원 2016년 단 52500 심판에서는 재일교포 3세인 부와 한국인 모가 일본에서 거주하던 중 모가 아동을 데리고 한국으로 귀국한 사안에서 ‘**반환에 대한 아동의 이의**(헤이그아동탈취법 제12조 제4항 제4호)’를 인정하여 반환청구를 기각하였습니다.

아동탈취협약 제13조, 헤이그아동탈취법 제12조 제4항 제4호 조문의 해석은 아동이 특정한 연령에 이르렀는지가 일률적인 기준이 될 수는 없고, 아동의 연령과 성숙도 및 그러한 의사의 표현이 현재 탈취한 부 또는 모의 영향에 따른 것인지 아니면 진정한 사건본인의 의사인지 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정해야 한다.

이 사건 기록 및 심문 전체의 취지에 의하면 사건본인들은 어머니인 상대방의 영향으로 집안에서 한국어를 주로 사용하였던 것으로 보이고, 한국어로 의사소통을 하는데 무리가 없는 사실, **사건본인 甲은 현재 만 10세의 아동**으로 ‘일본에서는 숙제를 봐 줄 사람이 없고 공부만 했는데, 한국 학교는 TV도 보여주고 과자파티를 할 때도 있어 일본 학교에 비하여 더 재미있다’, ‘국어와 사회는 아직 좀 어렵지만, 다른 과목은 일본에서 학교를 다닐 때보다 더 잘하게 되었다’, ‘일본에서는 사촌오빠 언니가 나이가 많아 잘 놀아주지 않았는데, 한국의 사촌 형제들은 잘 놀아준다’, ‘일본학교로 다시 간다면 한국학교 친구들이 너무 보고 싶을 것 같아서 싫다’ 라고 한다거나, ‘일본에 데리고 갈까봐 무서워 청구인(부)과 전화하고 싶지 않다’ 라고 하여 일본에 가고 싶지 않다는 자신의 의사를 분명하게 표현하고 있다.

이러한 인정사실에 비추어 볼 때, 사건본인 甲의 경우 자신이 일본으로 반환되는 것에 이의를 제기하고 있고 이러한 사건본인의 의견을 고려하는 것이 적절할 정도의 연령과 성숙도에 이르렀으므로, 사건본인 甲에 대한 이 사건 반환 청구는 결국 이유 없다.

☞ 또한, 甲이 예외사유에 해당되는 이상 누나인 甲과 떼어내어 동생인 乙만 청구인에게 반환시키는 것이 위 협약 및 이행법률에서 정한 취지라고 볼 수 없다는 이유로 乙에 대한 반환 청구도 기각하였음

○ 위 사안에 대하여 청구인(부)가 항고하였는데 항고심은 그 신청을 기각하면서 아래와 같은 ‘중대한 위험(같은 항 제3호)’에 관한 판단을 덧붙였습니다(서울가정법원 2017브30068 결정 ☞ 재항고하였으나 기각되었음).

아동탈취협약과 그 이행법률의 목적이 아동의 신속한 반환절차를 규율함으로써 아동의 탈취를 억지한다는 데에 있는 점에 비추어, 위와 같은 ‘중대한 위험’에 대한 고려는 가능한 엄격하게 해석되어야 하나, **가정폭력 피해자의 아동탈취 경우와 같이 엄격한 해석이 결과적으로 아동의 실제적 복리에 악영향을 끼칠 위험이 있는 경우에는 이를 완화해서 해석하여야 한다.**

기록 및 심문 전체에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, 청구인은 혼인 기간에 상대방과 여러 차례 격렬한 다툼을 벌였고, 그 과정에서 상대방에게 폭언을 하고 폭력을 행사한 적도 있는데, 사건본인 甲은 위와 같은 폭행현장을 수차례 목격하였던 점, 이러한 사정으로 사건본인 甲이 정신적인 고통을 겪고, 청구인에 대하여도 부정적인 감정을 가지게 된 점, 상대방으로서는 의지할 사람이 없고 가정폭력 가해자인 청구인이 거주하는 일본으로 돌아가기가 쉽지 않을 것인데, 이 경우 사건본인들만 일본으로 돌아간다면 가정폭력의 간접 피해자이자 청구인에 대하여 부정적인 감정을 가지고 있는 사건본인 甲의 양육은 오롯이 청구인이 담당하게 되는 점, 상대방이 사건본인들과 일본으로 돌아간다 하더라도 상대방이 청구인으로부터 재차 폭행당할 가능성이 있고, 그 결과 사건본인들 역시 정신적 고통을 겪을 수도 있는 점, 반면 사건본인들은 한국 생활에 잘 적응하고 있고, 이를 일본에서의 생활보다 선호하고 있는 점 등을 종합하면, 사건본인 甲을 일본으로 반환할 경우 그의 실제적 복리에 악영향을 끼칠 우려가 있고, 이러한 상황에서 사건본인 乙을 사건본인 甲과 분리시켜 일본으로 반환하는 것 역시 마찬가지로 우려가 있으므로, 사건본인들을 육체적 또는 정신적 위해에 노출시키거나 그 밖에 견디기 힘든 상황에 처하게 하는 경우에 해당한다.

▶ 위 사건에서 부가 아동을 폭행하였다는 주장은 인정되지 않았으나, 모를 폭행한 사실이 인정되고 모와 아동들이 함께 돌아갈 경우 그 폭행이 재연될 수 있으며 아동들만 반환될 경우 가정폭력 행위자인 부가 양육을 담당하게 되므로 어느모로 보나 반환시 중대한 위험에 처하게 된다고 보았습니다.

(다) 인용한 사례

1] 최초의 사례

○ 서울가정법원 2015느단31183 심판에서 최초로 반환명령이 인용되었는데, 해당 사안

은 일본에서 혼인생활을 하던 부부가 별거상태에 있던 중 한국인 부가 면접교섭권 형식으로 아동을 한국으로 데려갔다가 연락을 두절한 경우입니다.

청구인(모)과 상대방(부)의 법률상 이혼절차가 종결되지는 않았지만 별거 시 청구인이 사건본인들을 실질적으로 양육하게 하는 의사가 있었고, 이에 따라 청구인이 일본에서 계속 사건본인들을 양육해 왔으므로, 청구인은 사건본인들에 대한 실질적인 양육자로 보인다.

상대방은 청구인에게 사건본인들을 청구인이 거주하는 **일본으로 다시 데려다 주기로 약정하고 이를 전제로 사건본인들을 대한민국으로 데려온 것임에도** 위 약정을 위반하여 청구인에게 사건본인들을 반환하지 않고, 나아가 일본에 거주하는 청구인과 연락을 끊고 청구인에게 사건본인들과 일체의 면접을 허용하지 않고 있다.

결국, 상대방은 일본에 상거소를 가지고 있던 사건본인들을 대한민국에 불법적으로 유치함으로써, 이 사건 협약에 따른 청구인의 양육권을 침해했다고 판단되므로, 상대방은 청구인에게 이 사건 법률 제12조에 따라 사건본인들을 반환할 의무가 있다.

- ▶ 해당 사안은 중앙당국에 지원요청 없이 법원에 바로 청구하여 한국 내 아동의 소재 파악이나 상대방 송달이 지연되었다는 특징이 있습니다.

㉔ ‘아동의 불법적인 이동일로부터 1년’의 경과에 대한 판단이 있는 사례

- 서울가정법원 2015느단6129 심판에서는 아동의 불법적인 이동일로부터 1년이 경과하였음을 전제로 아동이 **새로운 환경에 적응하였다고** 보아 반환청구를 기각하였으나, 그 항소심(같은 법원 2016브30032 결정)에서는 ① 아동반환신청이 1년을 경과하지 않았고, ② 대한민국으로 이동할 때 아동의 동의를 있다고 볼 수 없으며, ③ 중대한 위험도 인정되지 않고, ④ 아동이 겨우 8세 11개월의 초등학생으로 그 의견을 고려하는 것이 적절하지 아니함 등을 이유로 **반환명령이 이루어졌습니다.**

아동이 불법한 이동일로부터 1년의 기간이 경과한 후에 아동의 반환을 위한 절차가 개시된 경우 법원은 아동이 현재 새로운 환경에 적응하였다고 인정될 때에는 재량으로 그 반환청구를 기각하여 아동의 반환을 명하지 않을 수 있다. 1년의 경과 여부는 아동의 반환신청이 중앙당국이 아니라 사법당국인 법원에 제출된 때를 기준으로 판단해야 하고, 그 기산점은 아동이 불법적으로 이동한 날이 되며 민법 제157조에 의하여 그 초일은 산입되지 아니한다.

그런데 사건본인이 일본에서 대한민국으로 불법적으로 이동한 날이 2014. 6. 30.임은 앞에서 본 바와 같고, 그로부터 1년이 경과하지 아니한 2015. 6. 30. 이 법원에 사건본인의 반환을 구하는 이 사건 심판청구가 제기된 사실은 기록상 명백하므로, 결국 사건본인이 새로운 환경에 적응하였는가에 관하여 나아가 살필 필요 없이 상대방들의 위 주장은 이유 없다. [생략]

상대방들은, 사건본인이 청구인에게 돌아가고 싶은 마음이 전혀 없고 대한민국에서의 생활을 강하게 희망하고 있다고 주장하나, 사건본인은 이제 겨우 만 8세 11개월 정도의 초등학생에 불과하여 그의 의견을 고려하는 것이 적절할 정도의 연령과 성숙도에 이르렀다고 보기는 어려우므로, 상대방들의 위 주장도 이유 없다.

▶ 해당 사안은 일본에서 혼인하여 거주하던 부부가 별거하면서 한국인 모가 일본인 부의 동의 없이 아동을 데리고 한국으로 동반입국한 사안으로 청구인은 한국인 모와 그의 어머니인 한국인 외할머니를 상대방으로 반환청구하였습니다.

☞ 한국인 모와 외할머니가 재항고하였으나 법정기간 내에 재항고이유서를 제출하지 아니하여 그대로 확정되었음

③ 예외사유 주장을 배척한 사례

○ 서울가정법원 2016노단50118 심판은 부부가 일본에서 혼인생활을 하다가 부가 한국에 혼자 들어온 후 일본을 방문하여 아동을 1달에 1번 정도 만나오다가 아동을 데리고 임의로 한국으로 귀국한 사례로, 법원은 이동의 동의(제2호)나 중대한 위험(제3호), 아동의 이익(제4호) 등의 예외사유를 배척하였습니다.

사건본인은 2011. 3.경부터 2012. 1.경까지 한국에 거주한 적은 있으나 이를 제외하고는 출생시부터 계속 일본에 생활해 왔고, 특히 2012. 1.부터 한국에 입국한 2015. 10. 6.까지 일본에서 생활했다. 위와 같이 상대방은 일본에 상거소지를 가지고 있는 사건본인을 한국으로 이동시킴으로써 사건본인의 공동양육자인 청구인의 양육권을 침해했으므로, 상대방은 특별한 사정이 없는 한 헤이그 아동탈취협약과 그 이행법률에 따라 사건본인을 청구인에게 반환할 의무가 있다.[생략]

상대방(부)은, 청구인이 사건본인을 한국에 데려가 생활하는 것에 **동의**했다고 주장하나, 이를 인정할 자료가 없고, 오히려 청구인은 2015. 10. 6. 저녁에 사건본인이 귀가하지 않은 것에 대하여 경찰 신고를 한 점 등에 비추어 상대방은 청구인과 사건본인의 한국 생활에 관한 합의 없이 사건본인을 한국으로 이동시켰다고 보아야 한다.

상대방은, 사건본인이 일본으로 반환되는 경우 사건본인이 육체적 또는 정신적 위해에 노출되거나 그 밖에 견디기 힘든 상황에 처하게 될 **중대한 위험**이 있다고 주장하나, 청구인의 사건본인에 대한 경제적인 양육능력이 부족하다는 사정이나 청구인의 아버지 건강이 나쁘다는 사정은 중대한 위험으로 보기 어렵다.

아동이 반환에 이의를 제기하고, 아동의 의견을 고려하는 것이 적절할 정도의 연령과 성숙도에 이르렀다고 인정되는 경우 반환청구를 기각할 수 있으나, 사건본인의 나이는 만 5세 7개월 정도로서 사건본인의 의견을 고려할 만큼 연령과 성숙도에 이르렀다고 보이지 않는다.

- ㉮ 해당 사안은 상대방(부)이 항고하였으나 기각되었고 다시 재항고 하였으나 심리불속행으로 기각되었고, 부가 준재심신청을 하였으나 각하되었음
- ▶ 해당 사안은 청구인인 모(중국인, 일본영주권자)가 일본 외무성에 아동반환지원신청을 하고 일본 외무성은 원조결정 통지를 하고 한국 법무부 국제법무과에 요청하여 한국 법무부 국제법무과에서 부에게 아동 반환에 대한 권고문을 발송한 특징이 있습니다.
- 2017년 단50665 심판에서는 한국에서 혼인신고를 마치고 미국 텍사스주로 이주하여 살다가 이혼하기로 합의하면서 아동에 대하여 공동양육권을 행사하기로 하였는데, 모가 아동을 데리고 한국으로 귀국 후 미국으로 돌아가지 아니한 사례에서 ‘**중대한 위협**’ 이나 ‘**반환에 대한 아동의 이의**’ 등의 주장을 모두 배척하고 반환명령을 인용하였습니다.

상대방(모)은 미국 텍사스 내 치안불안으로 사건본인들에 대한 양육환경이 위협하다면서, ‘사건본인에게 **중대한 위협**이 있는 경우’에 해당한다고 주장하나, 상대방 제출 자료들만으로는 그 주장사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 게다가 상대방과 사건본인들이 이 사건 전까지 위 지역에 거주하여 왔고, 상대방이 사건본인들을 대한민국으로 입국시킬 당시에는 위와 같은 것을 이유로 삼지 않은 점에 비추어 볼 때, 상대방의 위 주장을 그대로 받아들일 수 없다.

또한, 상대방은 사건본인들이 한국에서 적응하였고 한국에서 계속 살고 싶어 한다면서, 아동이 반환에 이의를 제기하고, 아동의 의견을 고려하는 것이 적절할 정도의 연령과 성숙도에 이르렀다고 인정』 되는 경우에 해당한다고 주장한다.

헤이그아동탈취법 제12조 제4항 제4호의 해석에 있어서는 아동의 의사 표현이 현재 아동을 보호하고 있는 탈취자인 부 또는 모의 영향에 따른 것인지 아니면 진정한 의사인지를 아동의 연령과 성숙도와 함께 종합적으로 고려하여 신중히 결정하여야 한다.

이러한 판단에는 과거 양육권이나 면접교섭권을 침해당한 자가 아동을 학대하거나 아동 또는 상대방 배우자에게 폭력을 행사한 적이 있어 아동에게 정신적인 충격을 준 적이 있는지, 양육권이나 면접교섭권을 침해당한 자가 우울증이나 알코올 중독 등으로 아동에게 부적절한 행동을 한 적이 있었는지, 아동과 양육권 내지 면접교섭권이 침해된 부 또는 모와의 의사소통이나 친밀도 등 그동안 형성된 관계, 아동이 이동 또는 유치 직전 거주하던 곳에서 생활하면서 언어나 교우관계 등에 있어 어떠한 어려움을 겪고 있지는 않았는지, 현재 보호하고 있는 부 또는 모에 대해 가지는 아동의 심리상태 등이 함께 고려되어야 한다.

이 사건에서 청구인과 상대방이 양육에 관한 합의에 이른 이후 얼마 지나지 않아 바로 상대방에 의하여 사건본인들의 불법적인 이동이 이루어졌고, 사건본인들이 현재까지 상

대방의 영향아래 있다는 점, 청구인이 상대방과의 혼인 생활에서 이혼합의에 이르기까지 사건본인들 등에 대하여 폭력을 행사했다거나 특별히 부적절한 행동을 했던 것으로는 보이지 않고, 사건본인들과 친밀한 관계를 유지해 왔던 것으로 보이는 점, 사건본인들이 미국에서의 생활에 별다른 어려움이 있었던 것으로 보이지는 않는 점 등을 사건본인들의 연령 및 성숙도와 함께 고려할 때, 사건본인들이 자신들의 반환에 진정으로 이의를 제기하고 있다고 볼 수는 없다.

- ▶ 이 이외에도 모는 주양육자인 상대방이 미국에서 직업을 구하기 불가능하다거나, 청구인이 1달에 4일에 불과한 면접교섭을 행사하기 위해 상대방에게 미국에서 생활하라고 하는 것은 부당한 권리행사라고 주장하였으나 모두 배척하였습니다.

○ 위 사건의 항고심(서울가정법원 2017브30134 결정)에서는 모의 단독양육권 주장에 대하여 아래와 같이 배척하였습니다.

아동탈취협약은 양육권을, ‘아동의 보호교양에 관한 권리, 특히 아동에 대한 거소결정권을 포함하는 권리’로 규정하고 있으므로(제5조 제a항), 아동탈취협약에서 규정하는 **양육권의 주된 내용은 거소결정권**이라 할 것인데, 기록 및 심문 전체의 취지에 의하면 청구인과 상대방은 ‘사건본인들의 주요 거주지는 미국 텍사스주 이달고카운티이고, 청구인과 상대방은 법원의 명령 혹은 청구인과 상대방이 서명하여 법원에 접수한 서면합의에 의해 수정될 때까지, 사건본인들의 주요 거주지를 변경할 목적으로 텍사스주 이달고카운티 밖으로 사건본인들을 데려가지 못한다’는 취지로 합의하였으므로, 위 법원의 명령 없이 사건본인들의 거소를 미국 텍사스주 이달고카운티 외의 지역으로 결정할 수 있는 권한은 타방과의 의사합치를 전제로 청구인과 상대방 모두 보유하고 있고 청구인은 그 범위 내에서 거소결정권과 이를 주된 내용으로 하는 아동탈취협약상의 양육권을 보유하고 있다.

따라서 위 법원의 명령 없이 청구인의 의사에 반하여 사건본인들의 거소를 미국 텍사스주 이달고카운티 외의 지역으로 결정하여 사건본인들을 이동시킨 상대방의 행위는 청구인의 양육권을 침해한 것이어서 청구인은 상대방을 상대로 이 사건 반환청구를 할 수 있다.

☞ 해당 사안에 모가 재항고 하였으나 모두 기각당하였음

(라) 정리

아동반환청구를 기각한 사례들을 보면 대체로 아동을 대한민국으로 이동 또는 유치한 행위가 불법적이지 아니하다고 판단한 경우가 많습니다. 예외사유로는 중대한 위험이나 아동의 새로운 환경에의 적응이나 반환에 대한 아동의 이의를 많이 주장하였으나, 후자의 경우 실질적으로 1년이 되지 않은 경우에는 더 나아가 살피지 않고 배척하였고, 아동의 의사가 자발적인지를 판단함에는 연령뿐만 아니라 그 의사표시의 구체적인

내용과 맥락 청구인인 부 또는 모와의 관계 등이 많이 고려되었던 것으로 보입니다.

특히 ‘반환시 중대한 위험’을 인정한 사례에서는 **가정폭력**이 있었던 경우와 더불어 양육권자 일방이나 형제와 떨어져 단독 양육권자와 생활하는 것을 힘들어하고 현재 생활에 잘 적응하는 것을 고려하여 판단한 바 있습니다.

대체로 반환 예외사유를 판단함에 있어서는 아동의 환경 조사나 양육자와의 관계 등을 검토할 필요가 있고, 특히 아동의 중대한 위험 존부에 관한 판단에는 ‘위해’나 ‘중대한 위험’ 등 추상적 개념의 해석이 필요합니다.

가정법원은 법무부장관에게 아동반환청구사건의 심리를 위하여 필요한 아동의 출입국과 소재, 사회적 배경 등 **아동 관련 자료의 제출을 요청**할 수 있고, 가사조사관에게 아동의 이동 및 유치의 동기, 동거가족의 구성과 현황, 거주지 형편, 아동의 의사 등 **아동의 환경 조사**를 하게 할 수 있습니다(헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 대법원 규칙 제4조). 그러나 이러한 경우에도 아동의 양육에 관한 깊은 조사나 아동의 복지에 관한 전반적인 검토는 **신속한 반환원칙과 충돌될** 우려가 있습니다.

따라서 협약의 신속반환 원칙과 아동의 복리의 관점을 어떻게 조화롭게 해석할지에 관한 끊임 없는 고찰이 필요할 것으로 생각합니다.

헤이그아동탈취법의 현황과 과제 (토론문)

사무관 박주현(법무부 국제법무과)

□ 머리말

- 「국제적 아동탈취에 관한 민사적 측면에 관한 협약」 상 ‘신속반환의 원칙’ 과 이 원칙의 좌절로 인해 제한되는 인권(탈취부모, 피탈취 부모, 자녀의 가족생활권, 자녀의 복리 원칙)과의 조화를 고려하기 위하여 유럽인권재판소의 여러 판정 사례를 정리하여 주신 발표자의 노고에 깊이 감사드립니다
- 또한, 협약이 ‘신속반환에 의한 자녀의 생활환경 회복’ 을 원칙으로 하고 ‘반환으로 인한 중대한 위험 예방’ 을 예외로 설정하여 ‘자녀의 복리’ 를 판단하는 구조에 문제점이 있다는 점은 인상 깊었음
- 소개해 주신 판정 사례들은 국제 아동 탈취 관련하여 법원에서 아동반환 여부가 다투어질 경우 판단에 참고할 중요한 협약 해석론이라고 생각함
- 이하, 헤이그 아동탈취 협약 중앙당국으로서 법무부의 역할과 사건 현황 및 앞으로의 과제 소개

□ 헤이그 아동탈취 협약 개관

- 국제결혼이 증가하고 국제결혼 가정의 붕괴가 늘어남에 따라 ‘일방 친권자에 의한 아동의 무단 해외 이동’ 이 국제사회의 중요한 이슈
- 이에 대응하여 헤이그 국제사법회의에서는 중앙당국 간 협력을 통한 아동 반환의 지원 등을 주요 내용으로 하는 「국제적 아동탈취에 관한 민사적 측면에 관한 협약」을 성안
- 우리나라는 2012년 12월 13일 위 협약에 89번째로 가입하게 되었고, 현재 58개 국가 사이에 발효가 되어 있음. 우리나라는 2012. 12. 11. 「헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률(이하 ‘헤이그아동탈취법’)」을 제정하였고 동 법 및 협약은 2013. 3. 1. 발효되었음

□ 헤이그 아동탈취 협약 상 중앙당국의 역할

- 협약 제6조에 따르면 ‘체약국은 협약에 의해 중앙당국에 부과된 의무를 수행하기 위해 중앙당국을 지정’ 하게 됨. 법무부장관은 헤이그아동탈취법 제4조에서 대한민국의 중앙당국으로 지정되었고, 국제법무과는 2013년부터 관련 업무 수행 중
- 협약 제7조에 따르면 중앙당국은 아동의 신속한 반환을 확보하고 협약의 목적을 달성하기 위해 서로 협력하며, 각 국 내에서 권한 있는 당국들 간의 협력을 촉진하여야 한다고

규정하고 있음

- 협약 상 중앙당국의 가장 대표적인 의무는 아동의 소재 파악과 아동의 자발적 반환 확보 또는 분쟁의 우호적 해결 도모, 자국법의 일반적 정보 제공, 협약의 운영에 관한 정보 상호 교환임

□ 유형별 업무 처리 소개

- 헤이그 국제아동탈취협약 사건은 크게 아동이 ① 국외에서 대한민국으로 탈취된 경우로 나눌 수 있음 ② 대한민국에서 국외로 탈취된 경우

[국외에서 대한민국으로 아동이 탈취된 경우]

- 법무부는 외국의 중앙당국 또는 신청인으로부터 아동반환 지원신청이 접수되면 협약의 적용 대상인지 여부를 우선적으로 판단. 협약의 대상으로 판단되면 아동의 국내 체류 여부를 확인하기 위해 아동을 탈취한 사람과 아동에 대해 출입국 기록 조회, 주민등록 전산자료 조회 등을 통하여 아동의 소재를 파악. 필요한 경우 경찰에 아동 소재의 파악을 요청하기도 하며 이러한 절차를 거치면 대부분 소재를 파악할 수 있음.
- 아동의 소재가 파악되는 경우에는 아동을 탈취한 사람에게 분쟁의 우호적 해결을 권고하는 문서를 발송. 위와 같은 절차를 통하여 분쟁이 원만하게 해결되는 경우도 있는 반면, 반환을 거부하는 사례도 있는데 분쟁이 원만하게 해결되지 않는 경우 국내 소송 절차를 안내하는 역할도 담당하고 있음

[대한민국에서 국외로 아동이 탈취된 경우]

- 반환지원 신청이 접수되면 협약의 적용 여부, 첨부 서류 등을 확인하여 상대국 중앙당국으로 지원신청서를 송부. 지원신청서 송부 이후 신청인과 외국 중앙당국과의 가교 역할을 하며 아동의 반환을 지원
- 구체적으로 외국 중앙당국이나 법원의 국내법 등 각종 문의사항에 대해 회신하고, 외국에서 소송이 진행되는 경우 외국 중앙당국을 통하여 대리인의 선임을 지원하기도 함

□ 헤이그 아동탈취 협약 사건 현황

- 국제법무과는 2013년부터 현재까지 총 36개의 사건을 접수·처리 중

| | | 접수 | 지원 완료 | 진행 |
|---------|---------|----|-------|----|
| 아동반환 요청 | 외국 ⇨ 한국 | 16 | 12 | 5 |
| | 한국 ⇨ 외국 | 13 | 6 | 7 |

| | | | | |
|---------|---------|-----------|-----------|-----------|
| 면접교섭 요청 | 외국 ⇨ 한국 | 6 | 4 | 2 |
| | 한국 ⇨ 외국 | 1 | 0 | 1 |
| 계 | | 36 | 22 | 14 |

○사건은 많은 순서대로 미국이 17건, 일본이 10건, 호주가 3건을 기록 중.

특히, 미국과는 정기적으로 서로 사건 리스트를 공유 및 대조하여 사건 진행 상황을 파악하고 있음(양육권/이혼 소송 진행 과정에서 각 국 중앙당국에 상황이 공유되지 않는 경우 다수)

| | | 접수 | 지원완료 | 진행 | |
|------|---------|---------|-----------|----------|----------|
| 미국 | 아동반환요청 | 외국 ⇨ 한국 | 10 | 5 | 5 |
| | | 한국 ⇨ 외국 | 6 | 3 | 3 |
| | 면접교섭요청 | 외국 ⇨ 한국 | 1 | 0 | 1 |
| | | 한국 ⇨ 외국 | 0 | 0 | 0 |
| | 계 | | 17 | 8 | 9 |
| 일본 | 아동반환요청 | 외국 ⇨ 한국 | 6 | 6 | 0 |
| | | 한국 ⇨ 외국 | 2 | 0 | 2 |
| | 면접교섭요청 | 외국 ⇨ 한국 | 2 | 1 | 1 |
| | | 한국 ⇨ 외국 | 0 | 0 | 0 |
| | 계 | | 10 | 7 | 3 |
| 뉴질랜드 | 아동반환요청 | 외국 ⇨ 한국 | 0 | 0 | 0 |
| | | 한국 ⇨ 외국 | 0 | 0 | 0 |
| | 면접교섭요청 | 외국 ⇨ 한국 | 0 | 0 | 0 |
| | | 한국 ⇨ 외국 | 1 | 0 | 1 |
| | 계 | | 1 | 0 | 1 |
| 호주 | 아동반환요청 | 외국 ⇨ 한국 | 0 | 0 | 0 |
| | | 한국 ⇨ 외국 | 1 | 1 | 0 |
| | 면접교섭요청 | 외국 ⇨ 한국 | 2 | 2 | 0 |
| | | 한국 ⇨ 외국 | 0 | 0 | 0 |
| | 계 | | 3 | 3 | 0 |
| 홍콩 | 아동반환 요청 | 외국 ⇨ 한국 | 0 | 0 | 0 |
| | | 한국 ⇨ 외국 | 1 | 0 | 1 |
| | 면접교섭요청 | 외국 ⇨ 한국 | 0 | 0 | 0 |
| | | 한국 ⇨ 외국 | 0 | 0 | 0 |
| | 계 | | 1 | 0 | 1 |
| 페루 | 아동반환요청 | 외국 ⇨ 한국 | 0 | 0 | 0 |
| | | 한국 ⇨ 외국 | 0 | 0 | 0 |
| | 면접교섭요청 | 외국 ⇨ 한국 | 1 | 1 | 0 |
| | | 한국 ⇨ 외국 | 0 | 0 | 0 |
| | 계 | | 1 | 1 | 0 |
| 독일 | 아동반환요청 | 외국 ⇨ 한국 | 0 | 0 | 0 |
| | | 한국 ⇨ 외국 | 1 | 1 | 0 |
| | 면접교섭요청 | 외국 ⇨ 한국 | 0 | 0 | 0 |
| | | 한국 ⇨ 외국 | 0 | 0 | 0 |

| | | | | | |
|--------|--------|---------|----|----|---|
| | 계 | | 1 | 1 | 0 |
| 스페인 | 아동반환요청 | 외국 ⇨ 한국 | 0 | 0 | 0 |
| | | 한국 ⇨ 외국 | 1 | 1 | 0 |
| | 면접교섭요청 | 외국 ⇨ 한국 | 0 | 0 | 0 |
| | | 한국 ⇨ 외국 | 0 | 0 | 0 |
| | 계 | | 1 | 1 | 0 |
| 우즈베키스탄 | 아동반환요청 | 외국 ⇨ 한국 | 0 | 0 | 0 |
| | | 한국 ⇨ 외국 | 1 | 0 | 1 |
| | 면접교섭요청 | 외국 ⇨ 한국 | 0 | 0 | 0 |
| | | 한국 ⇨ 외국 | 0 | 0 | 0 |
| | 계 | | 1 | 0 | 1 |
| 계 | | 36 | 22 | 14 | |

□ 국제 아동탈취 관련 앞으로의 과제

[문제점]

- 결혼 이민자의 80.2%는 국제아동탈취협약 미가입 또는 미수락국* 출신

* 위 협약은 가입한 국가와 그 가입을 수락한 기존 체약국 간 유효

[국적별 결혼이민자 현황(2016년)]

| 구분 | 명(비율) | 남자/여자 | 비고 |
|--------|---------------|------------------------------|---------|
| 계 | 152,374(100%) | 23,856(15.7%)/128,518(84.3%) | |
| 중국 | 56,930(37.4%) | 11,629(20.4%)/45,301(79.6%) | 미가입 |
| 베트남 | 41,803(27.4%) | 1,324(3.2%)/40,479(96.8%) | 미가입 |
| 일본 | 13,110(8.6%) | 1,218(9.3%)/11,892(90.7%) | 가입 및 수락 |
| 필리핀 | 11,606(7.6%) | 334(2.9%)/11,272(97.1%) | 미수락 |
| 캄보디아 | 4,473(2.9%) | 61(1.4%)/4,412(98.6%) | 미가입 |
| 미국 | 3,354(2.2%) | 2,537(75.6%)/817(24.4%) | 가입 및 수락 |
| 태국 | 3,182(2.1%) | 77(2.4%)/3,105(97.6%) | 미수락 |
| 몽골 | 2,381(1.6%) | 117(4.9%)/2,264(95.1%) | 미가입 |
| 우즈베키스탄 | 2,302(1.5%) | 87(3.8%)/2,215(96.2%) | 가입 및 수락 |
| 러시아 | 1,182(0.8%) | 84(7.1%)/1,098(92.9%) | 가입 및 수락 |
| 캐나다 | 1,318(0.9%) | 1,112(84.4%)/206(15.6%) | 가입 및 수락 |
| 네팔 | 1,032(0.7%) | 153(14.8%)/879(85.2%) | 미가입 |
| 파키스탄 | 936(0.6%) | 814(87.0%)/122(13.0%) | 미수락 |
| 기타 | 8,756(5.8%) | 4,309(49.2%)/4,456(50.8%) | |

출

처: 출입국·외국인정책 통계연보, 법무부

- 미가입 또는 미수락국으로의 미성년자녀 무단탈취의 경우 아동 소재파악 및 반환 지원요청 곤란

- 현실적으로 국제법무과에 지원 요청 민원의 대부분은 미가입 또는 미수락국으로의 탈취 사건

[현행 제도]

「18세 미만 자녀의 여권 발급 등에 대한 공동친권자의 부동의 의사표시 관리제도」

- 외교부는 2016.7.1.부터 아래와 같은 ‘공동친권자의 부동의(不同意) 의사표시 관리제도’를 시행<부록 1 참조>

<제도 개요>

- 1) 공동친권자 중 일방이 민원실을 직접 방문, ‘법정대리인(공동친권자) 부동의서’를 제출하여, 18세 미만 자녀에 대한 여권 발급 또는 분실 신고에 동의하지 않는다는 의사를 표시하면,
- 2) 외교부가 이 정보를 여권정보통합관리시스템(PICAS)을 통해 관리하면서,
- 3) 이후 해당 자녀의 여권 (재)발급 신청이나 분실 신고가 접수되면, PICAS를 통해 접수담당자에게 공동친권자 중 한명이 동의하지 않고 있음을 알림으로써,
 ⇒ 결과적으로 상기 친권자의 동의 없이 무단으로 자녀 여권이 발급되거나 분실신고 되는 것을 방지

※ 단, 동 제도가 이미 발급된 유효한 여권을 실효시키거나 출국을 금지하는 효과가 있는 것은 아님에 유의

- 그러나, 이미 아동이 여권을 소지하고 있는 경우, 아동이 복수국적자로 대한민국 외 여권을 기소지하고 있는 경우에는 위 제도로 탈취 예방이 불가능

[해외 사례]

- 각 국은 공통적으로 부 또는 모가 **법원**으로부터 아동의 무단탈취 **금지명령**을 받아 **출입국 단계에서 집행**
- 특히 일본의 경우에는 이행법률에 당사자의 신청에 의하여 법원이 아동에게 ‘출국금지명령’ 과 ‘여권제출명령’ 을 내릴 수 있도록 하고 있음

[나라별 국제아동탈취 예방제도]

| 국명 | 법원 명령 | 법원 명령의 집행 방법 |
|------|--|---|
| 호주 | 아동 탈취 금지명령 (Restrain the removal of the child from Australia) | 연방 경찰(Australian Federal Police)이 관리하는 <u>공항 감시리스트</u> (the Airport Watch List)에 등재 후 출국 관리 |
| 뉴질랜드 | 탈취 예방 명령 (Order Preventing Removal) | <u>국경 통제 시스템</u> (the Border Alert System)에 아동정보 등재 후 아동 무단 탈취 시 출국 저지 |
| 미국 | 출국 금지 명령 (Court Order that prohibits the child's travel outside of the United States) | <u>공항 경찰</u> (Airport Police) 또는 <u>항공사 보안직원</u> (Airline Corporate Security Officer)에게 통지 후 출국 저지 ※ 미국은 출국을 통제하지 않음 |
| 일본 | 출국금지명령 (出国禁止命令の申立) ※ 헤이그협약 이행법률에 명시적 입법화 | <u>여권제출명령</u> (当該旅券の外務大臣への提出を命) ※ 당사자의 신청 필요 |

[국내 법령]

- 자의 거소 지정권은 친권의 일부이며 부모가 혼인 중인 경우 공동 행사가 원칙, 부모의 의견이 일치하지 않으면 당사자 청구에 의해 가정법원이 결정(민법 제909조 제2항, 제914조)
- 친권 행사방법의 결정은 가사비송 라류 사건으로 심리와 재판은 가정법원의 전속관할(가사소송법 제2조 제1항 제2호 가목)
- 청구인이 아닌 친권자의 절차참가는 필수적(가사소송규칙 제64조)
- 자의 거소지정(국내로 지정)에 관한 가정법원의 결정이 존재할 경우, 위 결정 내용을 출입국관리 시스템에 등재하여 아동 출국 시 탑승권(항공, 선박) 발권을 차단하는 방법으로 탑승을 저지하여 부모 일방의 아동 국외 탈취를 예방할 수 있음

[민법]

제909조(친권자) ① 부모는 미성년자인 자의 친권자가 된다. 양자의 경우에는 양부모(養父母)가 친권자가 된다. <개정 2005.3.31.>

② 친권은 부모가 혼인중인 때에는 부모가 공동으로 이를 행사한다. 그러나 부모의 의견이 일치하지 아니하는 경우에는 당사자의 청구에 의하여 가정법원이 이를 정한다.

...후략...

제914조(거소지정권) 자는 친권자의 지정한 장소에 거주하여야 한다.

[가사소송법]

제2조(가정법원의 관장 사항) ① 다음 각 호의 사항(이하 "가사사건"이라 한다)에 대한 심리(審理)와 재판은 가정법원의 전속관할(專屬管轄)로 한다.

1. 가사소송사건

...(생략)...

2. 가사비송사건

가. 라류(類) 사건

...(생략)...

13) 「민법」 제909조제2항 단서에 따른 친권 행사 방법의 결정

...(후략)...

[가사소송규칙]

제64조(친권행사방법의 결정) 민법 제909조 제2항 단서의 규정에 의하여 친권행사방법을 결정함에는 청구인이 아닌 친권자를 절차에 참가하게 하여야 한다.

□ 결어

- 아동의 권익 보호를 위하여 헤이그아동탈취법의 제정 및 시행은 환영하나, 현실적으로 비체약국으로 탈취 사건에 무방비, 체약 및 수락국으로의 탈취의 경우에도 아동 현실적 반환에 이르기 까지 많은 시간이 소요되는 문제
- 협약의 원론적인 내용만 담고 있는 현행 법제도의 보완이 요구됨(법은 17개, 시행규칙은 8개의 조문으로 구성, 일본의 실시법은 153개의 조문)
- 제도개선 및 법제정비는 단시간에 이를 수 있는 것이 아닌, 국민, 학계와 법원 등과 공감대를 형성하고 컨센서스가 확립되어야 달성할 수 있는 과제
- 이번 학술대회를 통해 국제 아동탈취 업무의 현황과 실무상 문제점을 널리 알리고 관심을 가져주시기를 당부드림

<부록1>

법정대리인(공동친권자) 부동의서

【만 18세 미만 자녀 정보】

| | | | |
|----|--|------|--|
| 성명 | | 생년월일 | |
|----|--|------|--|

【법정대리인(공동친권자) 정보】

| | | | |
|-----|-----------------------------------|------|--|
| 성명 | | 생년월일 | |
| 주소 | | | |
| 연락처 | ① | ② | |
| 관계 | 상기 만 18세 미만인 자녀의 _____ (예 : 부, 모) | | |

【동의하지 않는 여권 민원사무 구분】 ※ 해당사항에 ☑ 표시 하십시오.

| | |
|--------------------------|---------------------------------|
| <input type="checkbox"/> | 「여권법 시행령」 제5조 등에 따른 여권 (재)발급 신청 |
| <input type="checkbox"/> | 「여권법 시행령」 제20조제1항에 따른 여권 분실 신고 |

【동의하지 않는 기간】 ※ 해당사항에 ☑ 표시 및 기재 하십시오.

| | |
|--------------------------|--|
| <input type="checkbox"/> | 일시적인 부동의인 경우 : _____ 년 월 일까지 |
| <input type="checkbox"/> | 계속적인 부동의인 경우(해당 자녀가 만 18세 미만인 마지막 날까지) |

본인은 만 18세 미만인 위 자녀의 친권자로서, 위에 표시한 여권 민원사무 처리에 동의하지 않습니다.

※ (유의사항) 부동의 의사표시 효력은 상기 선택기간 동안 유지되며, 기간 중 철회를 희망하는 경우에는 반드시 귀하가 여권 민원창구를 직접 방문하여 철회서를 제출(대리 불가)해야 합니다. 또한 귀하의 친권자 신분변동(친권 상실 등)이 발생하였음이 확인되는 경우에는, 상기 부동의 의사표시에도 불구하고 자녀의 여권 민원사무가 처리될 수 있음을 참고하시기 바랍니다.

<행정정보 공동이용 동의> 본인은 담당자가 동 업무 처리를 위해 행정정보 공동이용을 통해 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」에 따른 가족관계등록전산정보자료를 확인하는 것에 동의합니다. ⇨ 동의함 동의하지 않음 (해당사항에 √ 표시)

※ 동의하지 않는 경우에는 신청인이 가족관계등록부 등 친권자임을 증명할 수 있는 서류를 제출해야 합니다.

법정대리인(공동친권자) _____ 년 월 일
(서명 또는 날인)

외 교 부 장 관 귀하

[제출서류] 법정대리인의 신분증, 가족관계등록부 등 친권자임을 증명할 수 있는 서류

제5주제 발표문

국제이혼 관련 재산분할 실무 현황과 과제

이 동 희 판사

(서울가정법원)

국제이혼 관련 재산분할의 실무와 과제

2018. 6. 20.

서울가정법원 판사 이동희

[목차]

I 들어가며

II 국제이혼사건의 쟁점

1. 국제이혼사건의 범위
2. 국제재판관할권
3. 준거법의 결정
4. 외국이혼판결의 승인 및 집행

III 국제이혼 관련 재산분할의 실무

1. 부부재산제와 재산분할제
2. 제척기간 또는 소멸시효기간
3. 분할대상 재산
4. 해외재산의 평가
5. 분할의 비율
6. 재산분할에 관한 외국판결의 승인 및 집행

IV 국제이혼 관련 재산분할의 과제

V 마치며

I 들어가며

오늘날 국가간의 인적·물적 교류가 활발해짐에 따라 가족의 구성이나 해체¹⁾의 모습도 다양해지고, 그에 따른 가족의 법적 지위 및 재산의 귀속 등 복잡한 국제적 가사사건이 발생하고 있다.

가족의 구성이나 해체는 그 자체로 사실관계나 해결책의 개별성을 가질 뿐만 아니라, 각 나라의 전통과 문화, 사회적 구성원의 지위와 그 보호에 관한 법률과 정책에도 관계되어 있어, 이를 일반적인 기준에 의하여 합리적이고 효율적으로 해결하는 것은 결코 쉽지 않다. 그러나 자의적인 판단을 하지 않도록 쟁점에 대하여 구체적이고 합리적인 기준을 세우는 것은 재판업무를 담당하는 법원에도 필요하고, 당해 사건의 당사자, 나아가 일반인에게도 재판에 대한 예측을 가능하게 한다는 의미에서 반드시 필요하다고 생각된다.

이 글에서는 국제이혼사건에서 가장 기본적인 쟁점이 되는 국제재판관할권, 준거법의 결정, 외국판결의 승인에 대하여 살펴보고, 특히 국제이혼사건의 재산분할에 관하여 재판실무에서 어떠한 기준으로 처리하고 있는지 살펴보고자 한다.

II 국제이혼사건의 쟁점

1. 국제이혼사건의 범위

국제이혼사건은, ① 대한민국에서 한국인과 외국인 사이의 이혼, ② 대한민국에서 외국인들 사이의 이혼, ③ 외국에서 한국인들 사이의 이혼 및 ④ 외국에서 한국인과 외국인 사이의 이혼으로 구별될 수 있다.

위 ①과 ②의 경우에는 대한민국 법원의 국제재판관할권의 존부 및 준거법의 결정이 문제되고, ③과 ④의 경우에는 외국 법원에서 이루어진 이혼판결의 대한민국에서의 효력이 문제된다.

2. 국제재판관할권

가. 의의

이혼과 관련하여 국제재판관할권은 어느 나라의 법원이 이혼사건을 재판할 권한이 있는가 또는 그 재판권을 어느 국가에 배당할 것인가의 문제이다. 대한민국 법원에 국제이혼소송이 제기된 경우 재판관할권은 소송요건에 해당하므로, 재판관할권이 인정되지 아니할 때에는 소를 각하하여야 한다.

나. 재판관할권의 판단 기준

1) 통계청에 의하면, 2017년 총 혼인 264,455건 중 외국인과의 혼인은 20,835건(7.8%), 총 이혼 106,032건 중 외국인과의 이혼은 7,130건(6.7%)이고, 최근 5년간 위와 같은 국제혼인(7.0%~8.0%)이나 국제이혼(6.7%~8.9%)의 비율은 큰 변동이 없다.

1) 일반적 기준 - 국제사법

국제사법 제2조는 ‘① 법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다. 이 경우 법원은 실질적 관련성의 유무를 판단함에 있어 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다. ② 법원은 국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하되, 제1항의 규정의 취지에 비추어 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다.’ 고 규정하고 있으나, 그 실질적 관련성,²⁾ 국제재판관할 배분의 이념³⁾ 또는 국제재판관할의 특수성⁴⁾ 등 개념이 추상적이므로, 그에 대한 구체적인 기준을 정립할 필요가 있다.

2) 구체적 기준

위와 같은 일반적인 국제재판관할권에 관한 국제사법의 규정과 그에 대한 해석은 국제이혼사건에도 원칙적으로 적용될 것이지만, 이혼이라는 사건의 특수성에 비추어 볼 때, 당사자의 ‘주소’⁵⁾와 ‘국적’이 국제이혼사건의 재판관할권을 판단하는 중요한 기준이 된다.

먼저, 당사자 쌍방의 주소가 모두 대한민국에 있다면 대한민국 법원의 국제재판관할권을 인정하는 데에 어려움이 없다. 그러나 당사자 일방, 특히 피고의 주소가 외국에 있는 경우에 대한민국 법원의 국제재판관할을 인정할 것인지에 관하여는 학설의 대립이 있는데,⁶⁾ 국제사법 제2조 제1항 및 민사소송법 제2조, 가사소송법 제13조, 제22조 등의 규정을 참작하여 재판관할권 유무를 판단하되, 이러한 국내법상 관할규정에 의한 관할이 인정되지 않더라도 대한민국과 실질적 관련성이 있다면 대한민국 법원에 재판관할권이 있는 것으로 보아야 할 것이다.⁷⁾

다음, 당사자의 국적을 기준으로 국제재판관할권을 인정할 것인지에 관하여서도 학설의 대립⁸⁾이 있으나, 한국인의 이혼사건은 대한민국과 ‘실질적 관련성’이 있다고 볼 수 있으므로, 당사자 중 일방이 한국인일 경우에는 국제재판관할권을 적극적으로 해석

2) ‘실질적 관련성’은 대한민국이 국제재판관할권을 행사하는 것을 정당화할 수 있을 정도로 당사자 또는 분쟁사안이 대한민국과 관련성을 갖는 연결점이 존재하는 것을 의미한다. 이병화, [국제이혼에 관한 국제사법적 고찰], 저스티스 137호(2013. 8.), 389면. 이명철, [국제이혼소송에서의 국제재판관할과 외국이혼판결의 승인], 가정법원 50주년 기념논문집(2014), 269면.

3) ‘국제재판관할 배분의 이념’은 당사자간의 공평, 재판의 적정, 신속 및 신속을 의미하지만, 반드시 그것에 한정되는 개념은 아니다. 이병화, 앞의 논문, 389면.

4) ‘국제재판관할의 특수성’은 국내관할, 특히 토지관할과 구별되는 특성으로서 법원의 조직, 법관과 변호사의 자격, 소송절차 및 실체적 준거법, 재판의 집행가능성 등을 그 내용으로 한다. 이병화, 앞의 논문, 389면, 이명철, 앞의 논문, 270면.

5) 주소와 구별되는 개념인 ‘상거소’에 관하여는 각주 12) 참조.

6) 그 중 ‘대한민국의 민사소송법 및 가사소송법이 규정한 피고 주소지 원칙을 지키면서 당사자의 편의나 공평의 관점에서 피고가 원고를 유기하거나 행방불명된 경우, 피고가 추방된 경우 또는 피고가 응소한 경우 등에 한하여 대한민국 법원의 국제재판관할권을 인정하는 견해가 많은 지지를 얻고 있다. 이병화, 앞의 논문, 391면, 김원태, [국제이혼의 법적 문제], 가족법연구 20권1호(2006. 3.), 366면.

7) 이명철, 앞의 논문, 270면.

8) 이러한 논의는 대한민국에 주소가 없고 상거소만 있을 때에도 동일하게 적용된다. 이병화, 앞의 논문, 393면.

9) 본국관할공정론(자국민의 이익을 보호하고, 국제사법이 혼인사건에 관하여 본국법주의를 채택하고 있으며, 신분관계가 본국법과 밀접한 관련이 있음을 근거로, 국적을 기준으로 한 국제재판관할을 긍정하는 견해)과 본국관할부인론(재판관할권의 귀속은 재판의 적정, 신속, 능률 및 당사자의 공평 등 관점에서 결정되어야 하는데, 국적은 이러한 것과 무관하다는 이유로, 국적을 기준으로 한 국제재판관할을 부인하는 견해). 이병화, 앞의 논문, 392면. 김원태, 앞의 논문, 365면.

할 수 있을 것이다.

주소와 국적 중 어느 것을 우선적으로 고려할 것인지 문제될 수 있으나, 당사자 모두가 외국인이라고 하더라도 일방, 특히 피고의 주소나 상거소가 대한민국에 있는 경우에는 대한민국 법원에도 재판관할권이 있다고 생각된다.¹⁰⁾

다. 판례

1) 대법원 2014. 5. 16. 선고 2013므1196 판결

국제재판관할은 당사자 간의 공평, 재판의 적정, 신속 및 경제를 기한다는 기본이념에 따라 결정하여야 하고, 구체적으로는 소송당사자들의 공평, 편의 그리고 예측 가능성과 같은 개인적인 이익뿐만 아니라, 재판의 적정, 신속, 효율 및 판결의 실효성 등과 같은 법원과 국가의 이익도 함께 고려하여야 한다. 그리고 이러한 다양한 이익 중 어떠한 이익을 보호할 필요가 있을지 여부는 개별 사건에서 법정지와 당사자의 실질적 관련성 및 법정지와 분쟁이 된 사안과의 실질적 관련성을 객관적인 기준으로 삼아 합리적으로 판단하여야 한다.

[기초사실]

- 원고(女)는 대한민국 국적, 피고(男)는 스페인 국적, 사건본인은 대한민국과 스페인의 이중국적
- 2006. 8. 15. 대한민국에서 결혼식, 1개월 가량 있다가 스페인으로 출국
- 2006. 10.경부터 원고가 수술, 임신, 출산(2007. 12.) 등으로 대한민국에서 생활, 이에 피고도 대한민국과 스페인을 왕래
- 2009. 3. 14. 원고와 피고 스페인으로 가서 생활
- 2011. 6. 29.경 피고의 부정행위 문제로 다투어 원고가 사건본인 데리고 대한민국으로 귀국
- 2011. 8. 25. 이혼소송 제기

[소송의 경과]

- 제1심(서울가정법원 2011드합9242) : 각하 (피고의 주소지가 스페인이고, 원고와 피고가 스페인에 거주할 예정으로 혼인, 실제로 약 2년간 스페인에서 생활, 피고가 스페인에서 제기한 이혼소송에서 원고가 응소하였음을 근거로 국제재판관할권을 부인함)¹¹⁾
- 항소심(서울고등법원 2012르3746) : 제1심판결 취소, 환송 (국제재판관할권은 병존 가능하고, 원고가 대한민국에서 재판을 받겠다는 의사를 표시한 점, 원고와 사건본인이 대한민국 국적이고 사건본인이 국내에서 유치원에 다니는 등 생활하고 있는 점, 결혼식과 혼인신고가 대한민국에서 이루어졌고, 원고는 혼인 이후에도 상당기간 대한민국에서 거주한 점, 국제사법 제39조 단서에 의해 이혼소송의 준거법이 대한민국 법인 점, 사건본인에 대한 심판이 포함되어 있는 점, 피고가 대한민국 내에 재산을

10) 김원태, 앞의 논문, 366면.

11) 이 판결에 대하여는 가사소송법 제22조가 아니라 제13조를 국내법 관할규정으로 삼았고, 국제사법 제2조 제2항에 의하면 국내재판관할 규정은 유추적용의 대상이 아님에도 가사소송법 제13조를 유추적용하여 스페인에 관할권이 있다고 판시하였다는 비판이 있다. 이명철, 앞의 논문, 279면.

보유하고 있는 점 등을 근거로 국제재판관할권을 인정함)

○ 상고심 : 상고기각

○ 환송 후 제1심(서울가정법원 2014드합3917) : 2015. 5. 1. 강제조정

2) 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결

미국 미주리 주에 법률상 주소를 두고 있는 미합중국 국적의 남자(원고)가 대한민국 국적의 여자(피고)와 대한민국에서 혼인 후, 미합중국 국적을 취득한 피고와 거주기간을 정하지 아니하고 대한민국에 거주하다가 피고를 상대로 이혼, 친권자 및 양육자지정 등을 청구한 사안에서, 원·피고 모두 대한민국에 상거소를 가지고 있고, 혼인이 대한민국에서 성립되었으며, 그 혼인생활의 대부분이 대한민국에서 형성된 점 등을 고려하면 위 청구는 대한민국과 실질적 관련이 있다고 볼 수 있으므로 국제사법 제2조 제1항의 규정에 의하여 대한민국 법원이 재판관할권을 가진다고 할 수 있고, 원·피고가 선택에 의한 주소(domicile of choice)를 대한민국에 형성했고, 피고가 소장 부분을 적법하게 송달받고 적극적으로 응소한 점까지 고려하면 국제사법 제2조 제2항에 규정된 ‘국제재판관할의 특수성’을 고려하더라도 대한민국 법원의 재판관할권 행사에 아무런 문제가 없다고 한 사례.

3) 서울가정법원 2008. 9. 3. 선고 2008드합3664(본소), 2008드합3671(반소) 판결 (확정)

원고와 피고 모두의 공통주소지는 미국 버지니아주에 있고, 이혼소송은 전속관할에 해당하여 대한민국 법원에 변론관할이 생기지도 아니한 점(국내법 관할규정을 참작), 원고가 대한민국 국적을 상실하였고, 사건본인들은 미국의 국적을 보유하고 있으며, 원고와 피고 모두 향후에도 계속 미국에서 거주할 의사를 피력하고 있는 점(당사자 관련성), 최근까지 원고와 피고, 사건본인들이 미국에 거주하였고, 혼인생활 관련 증거방법도 미국에 편재할 것으로 예상되는 점(사안 관련성), 국제사법 규정에 따라 상거소지법인 미국 버지니아주법이 준거법으로 적용되고, 따라서 미국에 재판관할권이 인정되는 점(준거법 관련성), 사건본인들이 미국에 있어 친권과 양육에 관한 집행의 가능성과 실효성 제고를 고려하여야 하는 점(판결의 실효성), 피고의 응소 및 반소는 피고의 보전처분에 대한 원고의 제소명령에 따라 이루어진 것에 불과한 점(응소 관련성) 등을 고려할 때에, 대한민국 법원에서 이 사건에 관한 국제재판관할권을 행사하는 것은 적절하지 아니하다.

[기초사실]

- 원고(男)는 대한민국 국적으로 미국에서 학업을 마치고 직장근무 중 대한민국 국적의 피고(女)를 만나 1999. 11. 대한민국에서 결혼식, 혼인신고
- 2000. 1.경 원고와 피고가 미국에서 공동생활, 사건본인1(2000. 8. 21.생)을 낳음
- 원고의 직장 때문에 2000. 11.경 대한민국에 귀국하여 사건본인2(2002. 8. 19.생)를 낳고, 다시 원고와 피고, 사건본인들이 2003. 12.경 미국으로 가서 생활
- 원고 2006. 12.경 미국 시민권 취득, 사건본인들은 이중국적

-2007. 7.경 원고가 서울가정법원에 이혼소송 제기, 뒤늦게 이 사실을 안 피고가 2008. 1.경 반소 제기

3. 준거법의 결정

가. 의의

국제이혼사건에서 준거법이라 함은 그 이혼사건에 적용될 법률을 말한다. 혼인과 이혼 등 신분관계에 관한 법률은 그 성립(허용)이나 방법(절차) 또는 효과에 관하여 나라마다 다르게 규정하고 있으므로, 이혼사건에서 어느 나라의 법률을 적용할 것인지는 신중한 검토를 요하는 문제이다.

나. 준거법의 결정 기준

1) 국제사법

○ 제39조 (이혼)

이혼에 관하여는 제37조의 규정을 준용한다. 다만, 부부 중 일방이 대한민국에 상거소가 있는 대한민국 국민인 경우에는 이혼은 대한민국 법에 의한다.

○ 제37조 (혼인의 일반적 효력)

혼인의 일반적 효력은 다음 각호에 정한 법의 순위에 의한다.

- 1. 부부의 동일한 본국법
- 2. 부부의 동일한 상거소¹²⁾지법

12) 국제사법은 ‘상거소’라는 용어를 사용하고 있으나, 그 의미에 대하여는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 일반적으로는 사람의 생활의 중심이 되는 장소로서 일정한 장소에서 상당기간 정주(定住)한 사실이 인정되면 족하고, 반드시 정주의사를 필요로 하지 않는 사실상의 개념이라고 한다.

[신분관계를 형성하는 국제신분행위를 함에 있어 신분행위의 성립요건 구비여부의 증명절차에 관한 사무처리 지침] (가족관계등록예규 제427호)은 상거소와 관련하여 다음과 같이 규정하고 있다.

상거소란 사실상 생활의 중심지로 일정기간 지속된 장소를 말하는바, 상거소지법을 국제신분행위의 준거법으로 하고자 하는 경우에는 다음의 기준에 의하여 상거소인지를 판단할 수 있다.

가. 우리나라에서의 상거소 인정

(1) 사건본인이 한국인인 경우

사건본인의 주소가 국내에 있는 경우에는 외국에 상거소가 있는 것으로 판명되지 않는 한 우리나라에 상거소가 있는 것으로 볼 것이다. 또한 사건본인이 국외로 전출하여 그 주민등록이 말소된 경우에도 출국일로부터 1년 이내라면 우리나라에 상거소가 있는 것으로 볼 것이며, 출국일로부터 1년 이상 5년 이내라면 3.의 나. (1)의 단서에 따라 상거소가 인정되는 경우를 제외하고는 우리나라에 상거소가 있는 것으로 볼 수 있다.

(2) 사건본인이 외국인인 경우

사건본인이 우리나라에서 체류한 기간 및 「출입국관리법」 제10조의 체류자격(「출입국관리법시행령」 별표 참조)에 따라 다음과 같이 처리하며, 그 체류기간 및 체류자격은 외국인등록증 및 여권 등을 자료로 판단할 것이다.

(가) 다음은 우리나라에 상거소가 있는 것으로 처리한다.

- ① 우리나라에서 출생한 외국인으로서 출국한 적이 없는 사람
- ② 체류자격이 "거주"인 외국인으로서 1년 이상 계속하여 체류하고 있는 사람
- ③ 「출입국관리법」 제31조의 외국인등록을 한 외국인(장기체류자), 그 배우자 및 미성년인 자녀로서 5년 이상 계속하여 체류하고 있는 사람(단, ②의 요건 해당자는 제외한다)

(나) 다음은 우리나라에 상거소가 없는 것으로 처리한다.

3. 부부와 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법
○ 제9조 (준거법 지정시의 반정)

- ① 이 법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정된 경우에 그 국가의 법에 의하여 대한민국 법이 적용되어야 하는 때에는 대한민국의 법(준거법의 지정에 관한 법규를 제외한다)에 의한다.

○ 제10조 (사회질서에 반하는 외국법의 규정)

- 외국법에 의하여야 하는 경우에 그 규정의 적용이 대한민국의 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 명백히 위반되는 때에는 이를 적용하지 아니한다.

2) 준거법 관련 논의

가) 이혼의 허용 여부

이혼을 금지하는 외국법이 준거법으로 지정된 경우 그 적용을 배척할 수 있으나 가 문제될 수 있는바, 국제사법 제10조(섭외사법 제5조에 해당)를 적용하여 외국법을 배척하고 우리 민법을 적용한 하급심 판례¹³⁾가 있다.

한편, 이혼 외에 ‘별거’¹⁴⁾를 인정하는 외국법이 준거법으로 결정된 경우 대한민국 법원에서 별거재판을 할 수 있을지에 관하여 견해의 대립¹⁵⁾이 있으나, 별거는 이를 인정하는 나라의 법률 체계상 이혼과 유사한 기능을 하는 제도이고, 『이혼 및 별거의 승인에 관한 헤이그협약』¹⁶⁾ 제6조도 같은 취지이며, 별거를 인정하는 외국법이 준거법으로 결정된 이상, 국제사법 제39조를 유추적용하여 대한민국 법원에서 별거재판을 할 수 있다고 생각된다.¹⁷⁾¹⁸⁾

- ① 주한 외교사절, 주한 미군, 단기체류자 등 「출입국관리법」 제31조 단서의 외국인등록이 면제된 사람
② 불법입국자 및 불법체류자

나. 외국에서의 상거소 인정

(1) 사건본인이 한국인인 경우

사건본인이 해당 국가에서 적법하게 5년 이상 계속하여 체류하고 있는 경우에는 그 국가에 상거소가 있는 것으로 볼 것이다. 다만, 사건본인이 ① 복수국적자인 경우에 우리나라 이외의 국적국, ② 영주자격을 가지는 국가, ③ 배우자 또는 미성년인 양자로서 체류하고 있는 경우에는 그 외국인 배우자 또는 양친의 국적국에서 1년 이상 계속하여 체류하면 그 체류국가에 상거소가 있다고 할 것이다.

(2) 사건본인이 외국인인 경우

사건본인의 국적국에서의 상거소 인정에 관하여는 3.의 가. (1)에 준하여 처리하고, 국적국 이외의 국가에서의 상거소 인정에 관하여는 3.의 가. (2)에 준하여 처리할 것이다.

- 13) 서울가정법원 1984. 2. 10.자 83드209 심판 : 부의 본국법인 필리핀공화국의 민법은 이혼을 금지하고 있는 것으로 해석되며 반정(反定, renvoi)도 인정되지 아니하므로 결국 부의 본국법인 필리핀공화국의 법률이 준거법으로 적용되어야 할 것이나, 필리핀공화국의 이혼에 관한 위 법제도는 우리의 선량한 풍속이나 사회질서에 위반하는 것이라고 할 수밖에 없어서, 본건에서는 우리의 섭외사법 제5조에 의하여 필리핀공화국의 법률을 적용하지 아니하고 우리의 민법을 적용하기로 한다.
- 14) 별거제도란 배우자의 간통, 불합리한 행동, 유기 또는 별거 등의 사실이 있는 경우, 법원이 별거의 재판을 하는 것인데, 별거의 재판은 부부의 동거의무를 면제하는 한편, 재산의 청산과 부양, 자녀양육에 관한 내용을 포함하므로, 실질적으로는 재판상 이혼의 효과와 크게 다르지 않다. 별거제도를 도입한 국가는 영국, 프랑스, 독일 등이 있다. 이화숙, [별거제도 도입을 위한 입법정책적 연구], 법조 57권3호(2008. 3.), 1면~27면.
- 15) 이병화, 앞의 논문, 399면.
- 16) 이혼 및 별거의 승인에 관한 헤이그협약에 관하여는 각주 31) 참조.
- 17) 김원태, 앞의 논문, 361면.
- 18) 별거재판 자체는 아니지만, 대한민국과 달리 별거만을 원인으로 한 이혼재판을 한 사례로는 서울고등법원

나) 이혼의 방법

이혼의 행위지가 외국이고, 그 외국법에 따를 경우 별도의 확인절차 없이 당사자의 의사만으로 이혼이 성립하는 경우에 한국인이 외국법에 따라 이혼할 수 있는지가 문제되는바, 그 이혼의사확인절차를 이혼 방식의 문제가 아니라 이혼의 실질적 성립요건으로 보아 이혼의 준거법에 따라야 한다는 견해¹⁹⁾가 설득력이 있다.

조정전치주의와 관련하여, 대한민국에서 국제이혼사건의 재판을 할 경우에는 가사소송법에 따라 조정전치주의²⁰⁾가 적용된다. 준거법이 외국법으로 결정된 경우 그 외국에 이혼조정제도가 없을 때에도 조정에 의한 이혼이 가능한지 논의가 있으나, 가사소송법은 법정지법으로서 절차상의 문제일 뿐 이혼의 성립요건에 관한 것이 아니므로, 조정에 의한 이혼을 긍정하여야 할 것이다.²¹⁾²²⁾

다) 이혼의 효과

이혼의 직접적 효과로서 신분관계의 소멸은 이혼의 준거법에 의하여 결정된다.

그리고 이혼의 효과로서 부양의 문제, 위자료청구의 문제, 재산분할의 문제, 미성년자녀에 대한 문제, 성(姓)의 유지 등에 있어서 이혼의 준거법을 따를 것인지 아닌지 문제가 되고 있으나, 위자료청구 및 재산분할의 문제는 이혼의 준거법에 따르고,²³⁾ 부양의 문제는 국제사법 제46조 제2항에 따라 이혼의 준거법을, 미성년자녀에 대한 문제는 국제사법 제45조를,²⁴⁾ 부부재산 약정의 청산에 관한 문제는 국제사법 제38조를 각 적용하고,²⁵⁾ 성의 유지 등 문제는 본인의 인격권(성명권)의 문제이므로 각자의 본국법에 의하여 처리하여야 할 것이다.²⁶⁾

다. 판례

1) 수원지방법원 안산지원 2015. 7. 3. 선고 2014드단8395 판결²⁷⁾

2017. 7. 11. 선고 2016르22226 판결.

19) 이병화, 앞의 논문, 400면. 김원태, 앞의 논문, 360면. 황경웅, [국제 혼인 및 이혼사건의 처리에 대하여], 중앙법학논집 제33집 2호, 64면.

이 견해에 따르면, 대한민국 국민의 경우 대한민국의 재외공관장에 의한 이혼의사의 확인을 받아야 한다. [외국에 거주하고 있는 한국인의 가족관계등록신고절차 등에 관한 사무처리지침] (가족관계등록예규 제486호) 참조.

20) 가사소송법 제50조.

21) 김원태, 앞의 논문, 361면.

22) 반면, 외국에서 재판뿐만 아니라 조정이나 협의 등의 방법으로 이혼을 하였을 때, 그것이 대한민국에서도 유효한지의 문제는 뒤에서 '외국이혼판결의 승인'의 문제로 다루어야 한다.

23) 다수의 사건에서 재산분할을 이혼의 효과로 보아 국제사법 제39조, 제37조를 적용하여 재산분할사건의 준거법을 결정하고 있으나(서울가정법원 2008. 6. 13.자 2007느합160 심판, 서울가정법원 2015. 11. 5. 선고 2013드합8243 판결, 서울가정법원 2014. 12. 19. 선고 2013르2536 판결, 서울고등법원 2015. 5. 26. 선고 2014르710 판결 등), 국제사법 제38조 제1항, 제37조 제3호를 적용한 사례로는 인천가정법원 2017. 5. 26. 선고 2016드합10084 판결, 인천가정법원 2017. 5. 19. 선고 2014드합10554 판결이 있다.

24) 이혼 및 위자료, 재산분할에 대하여는 국제사법 제39조 단서에 따라 대한민국 민법을, 친권자의 지정 등에 대하여는 국제사법 제45조에 따라 중화인민공화국 혼인법을 적용한 사례로는 서울가정법원 2014. 12. 19. 선고 2013르2536 판결.

25) 다만, 부부재산 약정으로 '이혼시의 청산(분배)'에 대하여 정하였는데, 약정에 따른 이행이 아니라 이혼에 따른 재산분할을 청구한 경우, 준거법을 어떻게 결정할 것인지는 어려운 문제에 해당하여 별도의 연구가 필요하다고 생각된다.

26) 이병화, 앞의 논문, 401~402면. 김원태, 앞의 논문, 362~363면.

27) 항소심(수원지방법원 2015르1968)에서 2015. 11. 17. 조정 성립되어 종결.

원고와 피고는 모두 중화인민공화국의 국적을 가진 외국인이나, 부부쌍방이 모두 선택에 의한 주소를 대한민국에 형성하였고, 대한민국에서 혼인생활을 하였으며, 원고가 피고를 상대로 대한민국 법원에 이혼 등 청구의 소를 제기하였고 피고 역시 이에 대하여 아무런 이의를 제기한 바 없으며, 중국의 혼인관계법령에 관한 자료가 제출된 바 없는 등 사정 등을 종합하여 볼 때, 이 사건은 우리나라와 실질적 관련이 있어 그 재판관할권은 대한민국의 법원에 있다고 봄이 타당하고, 이 사건에 관한 준거법으로 대한민국 민법을 적용하기로 한다.

※ 국제사법상 이혼의 준거법은 부부의 동일한 본국법, 상거소지법, 밀접한 관련이 있는 곳의 법의 순서대로 적용되어야 하고(제39조, 제37조), 법원은 국제사법에 의하여 지정된 외국법의 내용을 직권으로 조사·적용하여야 하며(제5조), 소송과정에서 그 외국법의 판례나 해석기준에 관한 자료가 제출되지 아니하여 그 내용의 확인이 불가능한 경우에 법원으로서의 일반적인 법해석 기준에 따라 법의 의미·내용을 확정하여야 한다(대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다47939 판결 등 참조). 위 사건에서 당사자(대리인 포함)가 준거법에 관한 자료를 제출하지 아니하였다고 하여 대한민국 민법을 이혼의 준거법으로 삼은 것은 명백한 잘못이라고 생각된다. 다만, 중국의 경우 섭외민사관계법률적용법(2011. 4. 1. 시행)에 의하여 재판상 이혼은 법정지법에 의하게 되므로, 국제사법 제9조 제1항(반정)에 의하여 대한민국 민법이 준거법이 되는 결론은 일치하게 되었다.

2) 대전지방법원 가정지원 2007. 10. 19. 선고 2005드단10157(본소), 2006드단409(반소) 판결²⁸⁾

원고는 중화인민공화국 국적을 가진 자이고, 피고는 타이완 국적을 가진 자이나, 원·피고 모두 대한민국에 상거소를 두고 있으므로 국제사법 제39조 단서에 의하여 이 사건에 관한 준거법으로서 대한민국 민법을 적용한다.

※ 상거소지법인 대한민국 민법을 이혼의 준거법으로 인정한 사례

3) 서울가정법원 2014. 9. 2. 선고 2013르2901 판결 (확정)

국제사법 제39조, 제37조 1호에 의하면, 이혼에 관하여는 부부의 동일한 본국법이 제1차적으로 적용되므로, 미국 국적을 가진 원고와 피고 사이의 이혼청구 사건인 이 사건의 준거법은 미국법이라 할 것인데, 미국은 지방에 따라 법이 상이한 국가이므로 국제사법 제3조 제3항에 의하여 원고와 피고가 속하는 지방인 미국 뉴욕주의 법이 적용되어야 할 것이나, 한편 미국의 경우 판례와 학설에 의하여 일반적으로 승인되어 있는 이혼에 관한 국제사법의 일반원칙에 따르면 그 법정지법이 준거법으로 인정되고 있으며, 이는 원고와 피고가 속한 뉴욕주에 있어서도 동일하다고 할 것이므로, 결국 국제사법 제9조 제1항의 준거법 지정시의 반정(反定) 규정에 의하여, 이 사건 이혼 및 그에 부수한 친권자, 양육자 지정 청구에 관한 준거법으로 법정지법인 대한민국 민법을 적용하기로 한다.

28) 2008. 7. 2. 항소기각(대전지방법원 2007르565), 2008. 10. 23. 상고기각(대법원 2008르1710)으로 확정.

4) 서울고등법원 2017. 7. 11. 선고 2016르22226 판결²⁹⁾

이 사건 이혼 청구에 관하여는 대한민국 국제사법 제39조에 의하여 준용되는 같은 법 제37조에 따라 원고와 피고의 동일한 본국법인 캐나다 이혼법(An Act respecting divorce and corollary relief. 약칭으로는 Divorce act)을 적용한다. 원고와 피고는 이 사건 소가 제기된 2015. 3. 19. 별거상태에 있었던 것으로 간주되고, 당심 판결 선고일 직 전까지 적어도 1년 이상 별거상태에 있음이 분명하며, 피고가 캐나다에서 원고를 상대로 이혼 소송을 제기하기까지 한 점 등에 비추어 보면, 캐나다 이혼법이 적용되는 이 사건에서 캐나다 이혼법 제8조 제2항 (a)에서 정한 바에 따라 원고와 피고에게 이혼을 명함이 상당하다.

※ 대한민국과는 달리, 1년 이상의 별거만으로 이혼청구의 요건이 충족되는 캐나다 이혼법에 따라 별거기간만을 판단하여 이혼청구를 인용한 사례³⁰⁾

4. 외국이혼판결의 승인 및 집행
가. 의의

외국판결의 승인은 외국법원이 내린 판결의 효력을 국내에서 인정하는 것이고, 외국판결의 집행은 외국법원이 내린 판결을 국내에서 집행하는 절차를 말한다.

나. 승인 및 집행의 요건

1) 관련 규정

○ **민사소송법 제217조 (외국재판의 승인)**

- ① 외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판(이하 "확정재판등"이라 한다)은 다음 각호의 요건을 모두 갖추어야 승인된다.
 1. 대한민국의 법령 또는 조약에 따른 국제재판관할의 원칙상 그 외국법원의 국제재판관할권이 인정될 것 (관할권요건)
 2. 패소한 피고가 소장 또는 이에 준하는 서면 및 기일통지서나 명령을 적법한 방식에 따라 방어에 필요한 시간여유를 두고 송달받았거나(공시송달이나 이와 비슷한 송달에 의한 경우를 제외한다) 송달받지 아니하였더라도 소송에 응하였을 것 (송달요건)
 3. 그 확정재판등의 내용 및 소송절차에 비추어 그 확정재판등의 승인이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니할 것 (공서요건)
 4. 상호보증이 있거나 대한민국과 그 외국법원이 속하는 국가에 있어 확정재판등의 승인요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 중요한 점에서 실질적으로 차이가 없을 것 (상호보증요건)

29) 2018. 5. 말일 현재 대법원에서 상고심(2017므12552) 계속 중이다.

30) 제1심(의정부지방법원 고양지원 2015드합77)은 소제기일(2015. 3. 19.)까지 1년간 별거하지 아니하였다는 이유로 이혼청구를 배척하였으나, 항소심은 캐나다 이혼법에 따라 당사자가 소제기일부터 판결선고일까지 1년 이상 별거하였다는 이유로 이혼청구를 받아들였다.

○ **민사집행법 제26조 (외국재판의 강제집행)**

- ① 외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판(이하 "확정재판등"이라 한다)에 기초한 강제집행은 대한민국 법원에서 집행판결로 그 강제집행을 허가하여야 할 수 있다.

○ **민사집행법 제27조 (집행판결)**

- ① 집행판결은 재판의 옳고 그름을 조사하지 아니하고 하여야 한다.

○ **이혼과 별거의 승인에 관한 협약(Convention on the Recognition of Divorces and Legal Separations)³¹⁾**

다. 판례

1) 재판관할권 : 서울고등법원 2011르689(본소), 2011르696(반소) 판결³²⁾

우리나라의 법률이나 조약 등에는 섭외이혼사건의 국제재판관할에 관한 규정을 찾아 볼 수 없으므로, 섭외이혼사건에 있어서 민사소송법 제217조 제1호에 따른 외국법원의 재판관할권 유무는 섭외이혼사건의 적정, 공평과 능률적인 해결을 위한 관점과 외국 판결 승인제도의 취지 등에 의하여 합리적으로 결정되어야 한다(대법원 1988. 4. 12. 선고 85르71 판결 참조). 앞서 본 바와 같이, 미국에서의 이혼소송 당시 원·피고가 이미 미국에서 약 6년 이상 살았고, 그 소송 역시 원·피고가 함께 거주하던 곳의 법원에 제기되었으며, 피고가 주장하는 가정폭력 등 이혼사유 등도 대부분 그곳에서 발생한 점 등을 고려하면, 미국법원은 원·피고의 위 이혼사건에 관한 국제재판관할권을 가진다고 할 것이다.

31) 본 협약은 31개조로 구성된다. 주요내용은 다음과 같다.

- 협약의 적용범위는 체약국 상호간에만 한정된다. 즉 한 체약국에서 사법절차나 기타 절차에 의해 내려지고 그 국가에서 법적으로 유효한 이혼이나 별거를 다른 체약국에서 승인할 때에 적용되며, 부수적인 명령에는 적용이 없다(제1조).
- 판결국이 소송 당시 다음의 요건을 갖추면 다른 체약국에서 승인된다. 즉, '(1) 피고가 판결국에 상거소를 가지는 경우 (2) 원고가 판결국에 상거소를 가지는 경우에 그 상거소가 소송 제기 이전 1년 이상 계속된 경우 또는 배우자 쌍방이 판결국에 최후의 상거소를 가지는 경우 (3) 배우자 쌍방이 판결국의 국민인 경우 (4) 원고가 판결국의 국민인 경우에 원고가 판결국에 상거소를 가지는 경우 또는 원고가 소송 제기 전 2년 사이에 적어도 그 일부가 포함되는 1년간 계속해서 판결국에 상거소를 가지는 경우 (5) 원고가 판결국의 국민인 경우에 원고가 소송 제기 당시 판결국에 현재하였던 경우 또는 배우자 쌍방이 소송 제기 당시 이혼을 금지하는 판결국에 최후의 상거소를 가지는 경우'라고 규정하고 있다(제2조).
- 피고가 응소한 경우 승인국은 판결국이 관할권을 인정함에 있어서 내린 사실판단에 구속된다. 또 승인국 법에 의하면 이혼이나 별거가 허용되지 않는다는 이유로 또는 승인국의 국제사법이 정하는 준거법에 의하지 않았다는 이유로 승인을 거절할 수 없으며 판결을 승인함에 있어서는 그 판결의 당부를 심사하지 못한다(제6조).
- 승인을 거부할 수 있는 조건으로는 소송 당시 배우자 쌍방이 이혼을 허용하지 않는 국가의 국민이었을 경우 피고의 이익 보호를 위한 적절한 조치가 취해지지 않았을 경우 배우자의 혼인상의 지위에 대한 종전의 판결과 모순되는 경우 공서에 반하는 경우에 각각 승인을 거부할 수 있다(제7조~제10조).
- 승인국은 다른 국가에서 승인하지 않는다는 이유로 재혼을 금지할 수 없으며(제11조), 다른 국가에서 혼인상의 지위에 대한 소송이 진행 중일 때에는 이혼이나 별거소송을 중단할 수 있다(제12조).
- 이 협약에 대하여 한 개 또는 몇 개의 체약국이 따로 협약을 체결할 수는 있으나 동일한 사안에 대해 이 협약과 부합하지 않는 내용을 체결하는 것을 금하며 그러한 협약에도 불구하고 그 협약의 체약국이 아닌 이 협약의 체약국에 대하여는 이 협약에 따라 승인되어야 한다(제18조).

32) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012르66(본소), 2012르73(반소) 판결로 상고가 기각되어 확정.

상고심에서는 민사소송법 제217조 제2호, 제3호 및 제4호에 관하여 다투어졌으나, 제1호에 관하여는 별도의 판단이 없었다.

※ 섭외사법 시대의 판례를 인용하지 않더라도, 개정된 국제사법과 가사소송법 규정을 참작하여 충분히 미국 법원의 국제재판관할권 유무를 판단할 수 있었다는 아쉬움이 남는다.

2) 송달요건 : 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008다31089 판결

민사소송법 제217조 제2호는 집행판결의 요건으로 ‘패소한 피고가 소장 또는 이에 준하는 서면 및 기일통지서나 명령을 적법한 방식에 따라 방어에 필요한 시간 여유를 두고 송달받았거나(공시송달이나 이와 비슷한 송달에 의한 경우를 제외한다) 송달받지 아니하였더라도 소송에 응하였을 것’을 규정하고 있다. 여기서 ‘소장 또는 이에 준하는 서면 및 기일통지서나 명령’이라 함은 소장 및 소송개시에 필요한 소환장 등을 말하는 것인데, 패소한 피고가 이러한 소환장 등을 적법한 방식에 따라 송달받았을 것을 요구하는 것은 소송에서 방어의 기회를 얻지 못하고 패소한 피고를 보호하려는 것에 그 목적이 있는 것이므로 법정지인 판결국에서 피고에게 방어할 기회를 부여하기 위하여 규정한 송달에 관한 방식, 절차를 따르지 아니한 경우에는 여기에서 말하는 적법한 방식에 따른 송달이 이루어졌다고 할 수 없다.³³⁾

3) 공서요건³⁴⁾ : 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012므66(본소), 2012므73(반소) 판결

민사소송법 제217조 제3호는 외국법원의 확정판결의 효력을 인정하는 것이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니할 것을 외국판결 승인요건의 하나로 규정하고 있는데, 여기서 외국판결의 효력을 인정하는 것, 즉 외국판결을 승인한 결과가 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나는지는 그 승인 여부를 판단하는 시점에서 외국판결의 승인이 대한민국의 국내법 질서가 보호하려는 기본적인 도덕적 신념과 사회질서에 미치는 영향을 외국판결이 다룬 사안과 대한민국과의 관련성의 정도에 비추어 판단하여야 하고, 이때 그 외국판결의 주문뿐 아니라 이유 및 외국판결을 승인할 경우 발생할 결과까지 종합하여 검토하여야 한다.

33) 위와 같은 법리를 기초로, 대법원은 “위싱턴주의 법률 및 사실관계를 위 법리에 비추어 살펴보면, 위싱턴주 법이 위싱턴주 밖에 주소를 둔 피고에게 60일의 응소기간을 부여한 것은 재판지와 멀리 떨어진 곳에 있는 피고를 위하여 답변의 준비, 증거의 수집, 우편물의 도달기간 등을 고려하여 피고가 그 소송을 실질적으로 방어할 수 있도록 법정의 기간을 규정한 것으로 보이므로 원고가 이러한 규정을 따르지 아니하고 위싱턴주 밖에 주소를 둔 피고에게 20일의 응소기간만을 부여한 소환장을 송달한 것은 적법한 방식에 의한 송달이라고 할 수 없다. 따라서 이를 간과하고 한 이 사건 외국법원의 판결은 민사소송법 제217조 제2호의 송달요건을 갖추지 못한 판결에 해당하여 집행판결로 그 적법함을 선고할 수 없다.”라고 판시하였다.

34) 본문의 판결 외에 대법원 2016. 12. 15. 선고 2016다242327 판결 : 원심은 … 이 사건 외국판결의 재산분할 방법이나 내용이 통상 우리나라 법원에서 이루어지는 것과 다소 차이가 있다고 하더라도, 그와 같은 사정만으로 이 사건 외국판결이 우리나라의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 반한다고 보기 어렵다고 판단하였다. 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이 준거법의 적용이나 재산분할의 공평성의 관점에서 민사소송법 제217조 제3호에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다. (이 사건에서 피고는, 대한민국 민법이 아닌 캐나다 브리티시 콜럼비아주 가족관계법을 준거법으로 잘못 적용하여 피고가 부친으로부터 상속, 증여받은 특유재산까지 가족공동재산으로 보아 재산분할의 대상으로 삼았고, 재산의 형성과 기여에 대한 합리적 근거 없이 분할비율을 50%까지 인정하는 등 하였는바, 이는 부부 공유재산을 그 형성의 기여도에 따라 적절히 분배하도록 하고 있는 국내법상의 재산분할법리에 배치되므로, 이 사건 외국판결은 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 반한다고 주장하였다.)

4) 상호보증요건 : 대법원 2017. 5. 30. 선고 2012다23832 판결

민사소송법 제217조 제1항 제4호는 외국법원의 확정재판 등의 승인요건으로 ‘상호 보증이 있거나 대한민국과 그 외국법원이 속하는 국가에 있어 확정재판 등의 승인요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 중요한 점에서 실질적으로 차이가 없을 것’을 규정하고 있다. 이에 의하면 우리나라와 외국 사이에 동종 판결의 승인요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 외국에서 정한 요건이 우리나라에서 정한 그것보다 전체로서 과중하지 아니하며 중요한 점에서 실질적으로 거의 차이가 없는 정도라면 민사소송법 제217조 제1항 제4호에서 정하는 상호보증의 요건을 갖춘 것으로 보아야 한다. 이러한 상호보증은 외국의 법령, 관례 및 관례 등에 의하여 승인요건을 비교하여 인정되면 충분하고 반드시 당사국과 조약이 체결되어 있을 필요는 없으며, 해당 외국에서 구체적으로 우리나라의 같은 종류의 판결을 승인한 사례가 없다고 하더라도 실제로 승인할 것이라고 기대할 수 있을 정도이면 충분하다.

5) 서울가정법원 2011. 9. 30. 선고 2010르4241(본소), 2011르864(반소) 판결³⁵⁾ (확정)

이 사건의 경우 1991. 11. 15. 선고된 미국 이혼판결의 효력에 관하여 살피건대, 위 이혼판결의 당사자인 원고와 피고는 그 당시 모두 대한민국 국적의 소유자들로서 원고는 미국 메릴랜드주에, 피고는 미국 콜로라도주에 각 주소를 두고 있었으므로, 위에서 본 예외적인 사정이 있는 경우를 제외하고는 위 이혼판결의 피고였던 원고의 주소지 법원(미국 메릴랜드주 법원)에 제기되어야 할 것이고, 나아가 당시 위 이혼판결의 피고인 원고가 소장 부분 및 기일소환장 등을 송달받았는지 여부가 불분명하며, 원고가 위 소송에 적극적으로 응소도 하지 아니한 이상, 미국 콜로라도주 메사카운티 지방법원은 원고와 피고의 이혼과 관련하여 재판관할권이 있다고 할 수 없다. 따라서 미국 이혼판결은 민사소송법 제217조 제1호의 요건을 결여하였다 할 것이어서 우리나라에서는 그 효력이 없으므로, 위 이혼판결 이후로도 원고와 피고는 혼인관계가 지속되어 온 것으로 보아야 할 것이다.

6) 기타

일본 법원의 이혼무효 판결에 기한 강제집행을 허가한 사례³⁶⁾, 일본 법원의 혼인취소 판결에 기한 강제집행을 허가한 사례,³⁷⁾ 일본 법원의 친생자관계부존재확인 판결에 기한 강제집행을 허가한 사례³⁸⁾ 등

35) 이 판결 역시 그 판단의 근거로 대법원 1988. 4. 12. 선고 85므71 판결(섭외이혼사건에 있어서 이혼판결을 한 외국법원에 재판관할권이 있다고 하기 위하여는 그 이혼청구의 상대방이 행방불명 기타 이에 준하는 사정이 있거나 상대방이 적극적으로 응소하여 그 이익이 부당하게 침해될 우려가 없다고 보여지는 예외적인 경우를 제외하고는 상대방의 주소가 그 나라에 있을 것을 요건으로 한다고 하는 이른바, 피고 주소지주의에 따름이 상당하다)을 들고 있다.

이에 대하여는, 국제사법 제2조가 신설된 이후에는 위 대법원 판례를 그대로 적용할 수 없음에도, 가사소송법 제22조(이혼소송 등의 관할)를 기초로 하지 않고 과거 대법원 판례를 답습한 것이라는 비판이 있고, 그 비판은 타당하다고 생각된다. 이명철, 앞의 논문, 284면.

36) 대구지방법원 2001. 5. 11. 선고 2001가합2833 판결. 서울지방법원 2001. 5. 29. 선고 2000가합7771 판결 등.

37) 서울지방법원 1995. 12. 22. 선고 94가합24133 판결 등.

Ⅲ 국제이혼 관련 재산분할의 실무

1. 부부재산제와 재산분할제

가. 법정 부부재산과 이혼시 재산분할 제도에 관한 입법례³⁹⁾

① 독일의 경우 혼인 중에는 별산제를 취하고, 이혼시에는 혼인 중에 증가한 재산을 균등하게 분할한다. 즉, 혼인기간 중에 취득한 재산이라도 그 명의자에게 개별적으로 귀속되고, 이혼시에는 종국재산(특유재산 포함)에서 초기재산(특유재산)을 공제하여 산출된 부분, 즉 증가한 재산을 절반씩 분할한다.⁴⁰⁾

② 영국의 경우 혼인 중에는 별산제를 취하고, 이혼시에는 공동재산을 균등하게 분할(Equal Division)하며, 특유재산은 재산분할의 대상에서 제외한다.

③ 미국 뉴욕주 등의 경우 혼인 중에는 별산제를 취하고, 이혼시에는 혼인 외 재산(혼인 전에 취득한 재산, 혼인기간 중 증여, 상속에 의하여 취득한 재산, 손해배상채권 등)을 제외한 나머지를 형평을 기준으로 분할(Equitable Distribution)한다.

④ 미국 캘리포니아주의 경우 혼인 중에 취득한 재산을 그 명의와 상관없이 공동재산으로 보는 한편, 혼인 전에 취득하거나 혼인기간 중에 증여, 상속으로 취득한 재산, 손해배상채권 등은 특유재산으로 보고, 이혼시에는 공동재산만을 균등분할 한다.

⑤ 프랑스의 경우 혼인기간 중에 취득한 재산을 공동재산으로, 혼인 전에 취득한 재산이나 혼인기간 중 증여, 상속에 의하여 취득한 재산을 특유재산으로 보고, 이혼시에는 공동재산을 균등하게 분할한다.

⑥ 호주의 경우 부부재산제는 별산제이지만, 이혼시에는 부부의 모든 재산에 대하여 정당하고 공평한 분할을 한다.

⑦ 일본의 경우 부부재산제는 별산제를 채택하고 있고, 이혼시에는 특유재산을 원칙적으로 분할대상에서 제외하되, 예외적으로 상대방이 특유재산의 감소 방지나 유지에 기여한 경우에는 분할대상이 된다.

나. 대한민국 민법

○ 제830조 (특유재산과 귀속불명재산)

- ① 부부의 일방이 혼인 전부터 가진 고유재산과 혼인 중 자기의 명의로 취득한 재산은 그 특유재산으로 한다.
- ② 부부의 누구에게 속한 것인지 분명하지 아니한 재산은 부부의 공유로 추정한다.

○ 제831조 (특유재산의 관리 등)

부부는 그 특유재산을 각자 관리, 사용, 수익한다.⁴¹⁾

38) 서울지방법원 2000. 6. 23. 선고 99가단307423 판결 등.

39) 주석 민법(제5판), 친족(1)편, 487면 이하. 사법정책연구원, [재산분할의 기준 정립을 위한 방안 연구], 109면 이하. 김용원, [이혼시 부부재산분할제도의 개선에 관한 연구], 숭실대학교 대학원 법학과(2009), 80면 이하.

40) 이러한 독일의 재산분할제도를 ‘잉여청산제’라고 표현하기도 한다. 문숙재·윤소영·이윤신, [부부 이혼시 재산분할액 산정과정에 대한 제안], 대한가정학회지 40권 12호(2002. 12.)

○ 제839조의2 (재산분할청구권)

- ② 제1항의 재산분할에 관하여 협의가 되지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 당사자의 청구에 의하여 당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수 기타 사정을 참작하여 분할의 액수와 방법을 정한다.

○ 제843조 (준용규정)

- (이전 생략) 재판상 이혼에 따른 재산분할청구권에 관하여는 제839조의2를 준용하며, (이하 생략)

다. 검토

1) 부부재산제도와 재산분할제도는 부부라는 공동체의 재산을 다루는 점에서 분명히 연관성이 있고, 특유재산을 분할대상으로 삼을 것인지 문제에 있어서 부부재산제가 중요한 이론적 근거가 될 수는 있으나,⁴²⁾ 각국의 입법례에서 보는 바와 같이, 부부재산제가 별산제인지 공동재산제인지에 따라 반드시 이혼시에 균등분할 또는 균형분할로 귀결되거나 특유재산을 분할대상 재산에서 제외하는 것은 아니다.

이는 부부재산제나 재산분할제가 단순히 공동 재산의 관리 및 청산에 한정되지 아니하고, 남녀 내지 가족간의 자유와 평등, 거래 안전의 보호, 이혼 후의 당사자와 자녀의 삶의 보장 등 전통, 문화, 사회적 가치, 제도와 연관되어 있어, 각국의 법률이나 정책에 따라 달라질 수 있기 때문인 것으로 보인다.

2) 한편, 위에서 검토한 국가 중 일본을 제외하고는 모두 이혼과 관련하여 재산분할 외에 부양료제도를 두어 이혼 후에도 당사자와 자녀의 삶의 질을 보장하고자 한다. 즉, 혼인기간 중 형성한 공동재산을 청산하는 외에 특유재산을 포함한 경제적 능력을 감안하여 부양료의 지급을 명할 수 있다. 따라서 부양료제도가 있는 경우에는 재산분할을 함에 있어 특유재산(또는 공동재산에 포함하지 않는 재산)을 제외하더라도 경제적 능력이 부족한 자에게 불리하거나 불합리한 것이 아니다.

그러나 대한민국과 일본은 이혼시 재산분할 외에 부양료 규정을 두고 있지 아니하므로, 재산분할의 법적 성질과 관련하여 부양적 요소를 인정할 것인지, 인정할 경우 청산적 요소와 대등한 것인지 등에 대하여 학설이 대립하고, 판례⁴³⁾⁴⁴⁾를 통하여 부양적 요소를 감안하여 재산분할을 하는 것으로 보고 있다.⁴⁵⁾

3) 따라서 국제이혼사건의 재산분할을 함에 있어서 결정된 준거법 규정을 검토할 때에는 ‘재산분할’에 관한 규정뿐만 아니라 ‘부부재산제’, ‘부양료’⁴⁶⁾에 대한 규

41) 민법 제830조의 규정과 달리 재산을 보유, 사용, 관리하기 위해서는 부부재산계약을 체결하여야 하지만, 혼인성립 전에 체결하여야 하고, 혼인 중에 함부로 변경하지 못하는 등의 제약으로 실제로 이용되고 있는지는 의문이 있다.

42) 이에 관하여는 뒤에 있는 ‘특유재산의 분할 대상성’ 부분도 참조.

43) 대법원은 ‘이혼에 있어서 재산분할은 부부가 혼인 중에 가지고 있었던 실질상의 공동재산을 청산하여 분배함과 동시에 이혼 후에 상대방의 생활유지에 이바지하는 데 있지만, 분할자의 유책행위에 의하여 이혼함으로써 인하여 입게 되는 정신적 손해(위자료)를 배상하기 위한 급부로서의 성질까지 포함하여 분할할 수도 있다고 할 것’(대법원 2001. 5. 8. 선고 2000다58804 판결)이라고 판시하고 있다.

44) 일본의 경우에도 재산분여청구권은 청산과 부양, 나아가 위자료 청구권을 포괄하는 것으로 보고 있다. 김용원, 앞의 논문, 17면. 사법정책연구원, 앞의 책, 183면.

45) 재산분할에 관한 부양적 요소에 관한 자세한 논의는 김용원, 앞의 논문, 26면~37면.

정도 함께 확인하여야 할 것이다.⁴⁷⁾

2. 제척기간 또는 소멸시효기간

가. 대한민국

대한민국 민법은 재산분할청구권이 이혼한 날부터 2년이 경과한 때에 소멸한다고 규정(제839조의2 제3항)하고 있는데, 위 기간은 소멸시효기간이 아니라 제척기간으로서 그 기간이 도과하였는지 여부는 당사자의 주장에 관계없이 법원이 당연히 조사하여 고려할 사항이라고 본다.⁴⁸⁾

한편, 재산분할재판에서 분할대상인지 여부가 전혀 심리된 바 없는 재산이 재판확정 후 추가로 발견된 경우에는 이에 대하여 추가로 재산분할청구를 할 수 있으나,⁴⁹⁾ 그 추가 재산분할청구 역시 이혼한 날부터 2년 내에 이루어져야 할 것이다.⁵⁰⁾

나. 외국의 경우

독일의 민법 제199조에 의하면, 이혼시 재산분할청구권은 부부재산제의 종료를 알았거나 알게 되었을 당해 연도가 종료된 때로부터 3년, 부부재산제가 종료되었을 때로부터 10년이 지나면 소멸한다.⁵¹⁾

호주의 가족법에 의하면, 재산분할청구는 별거한 때부터 언제든지 가능하지만, 법원의 이혼명령이 있는 경우에는 그 명령일로부터 1년 내에 재산분할청구가 이루어져야 한다.⁵²⁾ 위 기간은 상당한 이유가 있는 경우에는 법원의 허가로 연장할 수 있다. 호주의 가족법상 재산분할의 청구기간과 관련한 사례를 소개한다.

○ 의정부지방법원 고양지원 2016. 7. 8. 선고 2014드합60317 판결⁵³⁾

호주 가정법원의 결정에 의해 2012. 12. 7.자로 원고와 피고의 이혼이 효력을 발생하

46) 판결문 검색시스템에서 외국법에 기초하여 부양료를 청구한 사례가 1건(서울가정법원 2016. 9. 12.자 2016느단1425 심판) 발견되었는데, 위 사건에서는 ‘준거법인 미합중국 워싱턴주의 주법에는 부모가 자녀를 상대로 부양료를 청구할 근거규정이 발견되지 않는다’는 이유로 부양료청구를 배척하였다.

47) 서울고등법원 2017. 7. 11. 선고 2016르22226 판결(상고심 계속 중)은 준거법을 캐나다 퀘벡주 민법으로 결정하고, 이혼, 위자료, 재산분할에 관하여 그 규정을 자세히 기재하였다. 또한, 대구지방법원 상주지원 2010. 9. 30. 선고 2008드합37(본소), 2009드합27(본소) 판결도 준거법을 대만법으로 결정하고, 그 규정을 표시하였다.

그러나 다른 많은 사건에서는 외국법을 준거법으로 결정하였음에도 외국법에 대한 번역문만 간단히 기재하거나 조문 번호만 표시하기도 하였고, 아예 조문도 표시하지 않은 경우도 있었다.

48) 대법원 1994. 9. 9. 선고 94다17536 판결.

49) 대법원 2003. 2. 28. 선고 2000므582 판결.

50) 창원지방법원 2018. 2. 22.자 2017브26 결정(제척기간은 권리관계나 법률관계를 신속히 확정하려는 데 그 목적이 있는 점, 제척기간은 그 성질상 중단, 중지가 허용되지 아니하는 점, 제척기간은 불변기간과는 달리 당사자가 책임질 수 없는 사유로 기간을 준수하지 못하였다고 하더라도 추후에 보완될 수 없는 점, 재산분할청구권의 행사기간을 2년의 제척기간으로 정한 이유는 부부 사이의 재산분할문제를 가급적 신속하게 확정하도록 하기 위한 것인 점 등을 종합하여 보면, 앞서 본 법리는 법원에 의하여 재산분할심판이 확정된 후 부부 일방이 추가로 재산분할청구를 하는 경우에도 적용된다고 할 것이다). 이에 대하여는 쌍방이 재항고하여 현재 재항고심(대법원 2018스18) 계속 중이다.

51) 사법정책연구원, 앞의 책, 143면.

52) 사법정책연구원, 앞의 책, 165면.

53) 이에 대하여 원고가 항소(서울고등법원 2016르21988)하였으나, 2017. 5. 11. 항소기각판결이 선고되어 제1심판결이 그대로 확정되었다.

였고, 그로부터 12개월이 지난 2014. 12. 31. 이 사건 소가 제기되었음은 기록상 분명하다.

그러나 이 사건 소송은 원고가 호주 가족법에서 정한 바에 따라 법원의 (연장)허가를 받아 적법하게 제기한 것으로 봄이 상당하다. 이러한 판단의 근거는 다음과 같다. 즉, ① 위 인정사실과 같이 호주 가정법원에서 재산분할 등에 대하여 심리를 하던 중 원고와 피고가 이 사건 합의의 효력을 포함하여 재산분할과 관련한 문제를 다룰 수 있는 가장 적절한 곳은 대한민국 법원이라는 것에 대하여 동의하였고, 그에 따라 원고와 피고가 호주 가정법원에 제기하였던 소송을 취하하였으며 원고가 다시 이 사건 소를 제기한 것이기 때문이다. ② 만일 위와 같은 상황에서 원고의 이 사건 소가 제소기간을 도과한 것이라거나 법원의 허가를 받지 못한 것이라고 한다면, 이는 당초 대한민국과 호주 양쪽에 적법한 기간 내에 소송을 제기하였던 원고로 하여금 어느 곳에서도 본안의 판단을 받지 못하게 하는 불합리한 결과를 초래하게 된다. ③ 피고는 호주 가정법원에서 원고와 피고 사이의 재산분할 문제를 대한민국 법원에서 재판하는 것에 동의하였음에도, 그에 따라 제기된 이 사건 소송에서는 제척기간 등을 주장하여 원고로 하여금 실질적인 재판을 받지 못하게 하는 등 모순된 행위를 하고 있는바, 그 주장은 금반언의 원칙에 반하고, 권리남용에 해당한다고 볼 여지도 충분하다.

[기초사실]

- 원고(男)와 피고(女)가 호주에서 결혼식을 올리고, 호주와 대한민국을 오가며 생활
- 원고가 2009. 10.경 대한민국에 이혼소송을 제기하였다가 피고와의 합의로 취하하고 재결합
- 피고가 호주 가정법원에 이혼 및 재산분할 등 소송을 제기하였고, 원고는 대한민국에 이혼소송을 제기
- 호주 가정법원이 2012. 11. 6.경 이혼명령(효력발생일 2012. 12. 7.), 원고에게 대한민국에서의 이혼소송을 취하할 것을 요구, 이에 원고가 대한민국에서의 이혼소송을 취하하고, 호주 가정법원에 재산분할을 청구
- 호주 가정법원은 재판부와 쌍방 대리인 사이에 '대한민국에서 재산분할을 심리하는 것이 적절하다'는 점에 대한 동의가 이루어졌다는 이유로, 2014. 10. 27. 원고와 피고의 소송을 취하한 것으로 정리하는 결정을 함
- 원고가 2014. 12. 31. 이 사건 재산분할청구소송을 제기
- 피고는 재판관할권, 제소기간, 부제소합의(2009. 10.경 합의) 등의 본안전항변을 하였음

3. 분할대상 재산

가. 특유재산의 분할 대상성

1) 준거법에 따른 대상성 결정

앞서 본 바와 같이, 각국의 재산분할 및 부부재산제에 대한 입법례에 따라 특유재산을 재산분할에서 제외할지 여부, 제외하는 범위가 다르므로, 결정된 준거법이 정한 바에 따라 판단하여야 한다.

2) 대한민국의 경우

앞서 본 바와 같이 재산분할 규정(제839조의2 제2항, 제843조)의 해석에 있어, 대한민국 민법상 부부재산제와 재산분할의 관계에 관하여, 대법원이 “부부 일방의 특유재산은 원칙적으로 분할의 대상이 되지 아니하나, 특유재산일지라도 다른 일방이 적극적으로 그 특유재산의 유지에 협력하여 그 감소를 방지하였거나 그 증식에 협력하였다고 인정되는 경우에는 이것도 분할의 대상이 될 수 있다.”(대법원 1993. 5. 25. 선고 92므501 판결)고 판시한 이래 다른 사건에서도 같은 취지로 판결을 하였고, 하급심에서도 분할대상 재산인지에 관한 판단기준으로 위 판결을 인용하고 있다.

다만, 대법원은 <채무초과 재산분할청구 사건>에서, 위 대법원 판례 사건번호를 인용하면서도 이유는 다르게 “재산분할 제도는 이혼 등의 경우에 부부가 혼인 중 공동으로 형성한 재산을 청산·분배하는 것을 주된 목적으로 한다. 이는 민법이 혼인 중 부부의 어느 일방이 자기 명의로 취득한 재산은 그의 특유재산으로 하는 부부별산제를 취하고 있는 것을 보완하여, 이혼을 할 때는 그 재산의 정의와 상관없이⁵⁴⁾ 재산의 형성 및 유지에 기여한 정도 등 실질에 따라 각자의 몫을 분할하여 귀속시키고자 하는 제도이다. 따라서 부부가 이혼을 할 때 쌍방의 협력으로 이룩한 적극재산이 있는 경우는 물론 부부 중 일방이 제3자에 대하여 부담한 채무라도 그것이 공동재산의 형성에 수반하여 부담한 것이거나 부부 공동생활관계에서 필요한 비용 등을 조달하는 과정에서 부담한 것이면 재산분할의 대상이 된다.”(대법원 2013. 6. 20. 선고 2010므4071, 4088 전원합의체 판결)고 판시하였다.

3) 검토

① 민법에서 규정하고 있는 부부재산제 규정(민법 제830조, 제831조)은 부부가 혼인 기간 중에 재산을 관리, 사용, 수익하는 일응의 기준을 정하는 것일 뿐이고, 논리적으로 반드시 부부의 이혼 시에도 적용되어야 하는 것은 아닌 점, ② 특히 민법 제830조 제1항에서 규정하고 있는 특유재산에는 ‘혼인 중 쌍방의 협력으로 이룩하였으나 일방의 명의로 취득한 재산’도 포함하고 있는데, 이러한 재산이 실질적 공동재산에 해당하여 재산분할의 대상에 포함되어야 한다는 점에 대하여는 학설이나 판례가 부정하지 않는 점, ③ 민법에서 특유재산을 재산분할의 대상에서 제외하는 명문의 규정이 없고, 민법 제839조의2에서도 재산분할의 대상을 ‘쌍방의 협력으로 이룩한 재산’이라고만 정하고 있을 뿐인 점, ④ 우리 민법에는 이혼 후 부양에 관한 규정이 없고, 다만, 법원이 재산분할의 성질을 청산적 요소 외에 부양적 요소도 포함하는 것으로 해석하여 그 간격을 메우고 있는바, 부양적 요소를 고려하여 재산분할을 할 때에는 부부의 일방이 보유한 특유재산의 가치도 포함하여 평가할 수밖에 없는 점, ⑤ 특유재산을 재산분할에서 제외할 것인지 여부는 각국의 입법례마다 다른 점 등을 종합하여 볼 때, 특유재산이라는 이유만으로 원칙적으로 재산분할의 대상에서 제외할 것이 아니라, 그 취득하게 된 경위, 보유한 기간, 재산가치의 변화 등을 고려하여 ‘상대방의 협력(기여)’이 없음이 명백한

54) 이와 유사한 표현을 한 판례로는 대법원 1999. 6. 11. 선고 96므1397 판결 참조.

“혼인중에 쌍방의 협력에 의하여 이룩한 부부의 실질적인 공동재산은 부동산은 물론 현금 및 예금자산 등도 포함하여 그 정의가 누구에게 있는지 그 관리를 누가 하고 있는지를 불문하고 재산분할의 대상이 되는 것이고, 부부의 일방이 별거 후에 취득한 재산이라도 그것이 별거 전에 쌍방의 협력에 의하여 형성된 유형·무형의 자원에 기한 것이라면 재산분할의 대상이 된다고 할 것이다.”

경우에 한하여 재산분할에서 제외하는 것이 타당하다.

이러한 이론의 구성은, 특유재산이라 할지라도 취득의 경위와 보유기간 외에 혼인 기간, 파탄의 경위 등을 고려하여 분할대상인지 여부를 판단하고 있는 현재의 하급심 실무⁵⁵⁾에도 부합하고, 재산분할제도를 ‘민법이 혼인 중 별산제를 취하고 있는 것을 보완하여, 이혼할 때에 그 재산의 명의와 상관없이 재산의 형성 및 유지에 기여한 정도 등 실질에 따라 각자의 몫을 분할하여 귀속시키고자 하는 제도’로 표현한 최근 대법원 판례⁵⁶⁾와도 일치한다.⁵⁷⁾

나. 기타⁵⁸⁾

특유재산 외에 분할대상인지 여부가 문제되는 것으로는 명의신탁 재산,⁵⁹⁾ 1인회사,⁶⁰⁾ 채무,⁶¹⁾ 퇴직급여,⁶²⁾ 영업권(또는 권리금)⁶³⁾ 등이 있다.

4. 해외재산의 평가

가. 해외재산의 파악

국제이혼사건의 특성상 해외에 재산이 있더라도 그 보유자가 스스로 밝히지 않는 한 상대방이 존재 및 가치에 대한 자료 수집에 어려움을 겪을 수 있고, 재판에서는 그에 대한 소명이 부족하다는 이유로 재산분할이 이루어지지 않는 경우가 종종 있다.

따라서 재산목록의 제출을 명하는 재산명시명령⁶⁴⁾ 등 직권에 의한 탐지를 적극적으로

55) 특유재산이 발견된 재산분할사건의 88.6%가 특유재산의 분할을 인정하였다는 조사도 있다. 김용원, 앞의 논문, 43면.

56) 특유재산을 원칙적으로 재산분할의 대상에서 제외한 중전 대법원 판례는 용어에 혼란을 일으킨 것이라고 생각한다는 견해로는 함윤식, [이혼에 따른 재산분할에 관한 판례의 최근 동향], 민사판례연구 38권, 1204면.

57) 이러한 실무의 태도에 대해, 단독취득재산에 대한 보유명의자의 처분의 자유가 위축될 수 있고, 사해행위취 소권과 결합할 경우 거래 상대방의 신뢰도 해할 우려가 있다는 지적이 있다. 함윤식, 앞의 논문, 1206면.

58) 사법정책연구원, 앞의 책, 57면 이하. 함윤식, 앞의 논문, 1208면 이하.

59) 제3자 명의의 재산도 부부 쌍방의 협력에 의하여 형성된 유형, 무형의 자원에 기한 것이라면 그와 같은 사정도 참작하여야 한다는 의미에서 재산분할의 대상이 된다(대법원 2013. 7. 12. 선고 2011므1116, 1123 판결).

60) 부부의 일방이 실질적으로 혼자서 지배하고 있는 주식회사(이른바 ‘1인 회사’)라고 하더라도 그 회사 소유의 재산을 바로 그 개인의 재산으로 평가하여 재산분할의 대상에 포함시킬 수는 없다. 주식회사와 같은 기업의 재산은 다양한 자산 및 부채 등으로 구성되는 것으로서, 그 회사의 재산에 대하여는 일반적으로 이를 종합적으로 평가한 후에야 1인 주주에 개인적으로 귀속되고 있는 재산가치를 산정할 수 있을 것이다(대법원 2011. 3. 10. 선고 2010므4699, 4705, 4712 판결).

61) 공동재산의 형성에 수반하여 부담한 채무인 경우에는 분할대상이 된다(1993. 5. 25. 선고 92므501 판결). 채무초과의 경우 대법원이 당초에는 재산분할을 받아들이지 않다가, 최근에 채무의 성질, 채권자와의 관계, 물적 담보의 존부 등 일체의 사정을 참작하여 이를 부담하게 하는 것이 적합하다고 인정되면 구체적인 부담의 방법 등을 정하여 재산분할 청구를 받아들일 수 있다고 입장을 변경하였다. 대법원 2013. 6. 20. 선고 2010므4071, 4088 전원합의체 판결.

62) 정책적 고려나 향후 소득의 보상이라는 의미가 있는 명예퇴직금도 재산분할의 대상이 된다(대법원 2011. 7. 14. 선고 2009므2628 판결). 장래 수령할 퇴직금도 근무에 있어 상대방 배우자의 협력이 기여한 것으로 인정된다면 재산분할의 대상이 되고(대법원 2014. 7. 16. 선고 2013므2250 전원합의체 판결), 이미 발생한 공무원 퇴직연금수급권도 재산분할의 대상이 될 수 있다(대법원 2014. 7. 16. 선고 2012므2888 전원합의체 판결).

63) 대법원에서 권리금이나 영업권에 관하여 직접 다른 사례는 없다. 그러나 하급심에서는 권리금으로 구체화된 영업권을 재산분할의 대상으로 삼거나(서울고등법원 2013. 2. 6. 선고 2012르440 판결), 영업권 자체를 재산분할의 대상으로 삼은 사례(서울고등법원 2014. 3. 12. 선고 2013르2160 판결)도 있다. 사법정책연구원, 앞의 책, 62면.

이용할 필요가 있다.

또한, 국세청은 조세조약 또는 조세정보자동교환협정(FATCA) 또는 다자간 금융정보자동교환협정(MCAA)에 따라 외국 금융계좌 또는 소득의 정보를 제공받을 수 있다. 따라서 이러한 정보를 적극 활용하는 것도 해외재산의 검색에 있어 도움이 될 것이다.

나. 해외재산의 가치 평가

판결문 검색시스템에서 검색된 국제사건 중 해외재산의 평가 또는 그 근거가 있는 경우를 살펴보면 다음과 같다.

① 캐나다 앨버타주 소재의 주택의 시가를 ‘주정부의 부동산평가통지(Property Assessment Notice)’ 에 기재된 것에 의하여 정함(서울고등법원 2018. 4. 5. 선고 2017르21954 판결. 상고심 계속 중)

② 미합중국 뉴욕주 소재의 주택과 상가의 시가, 부동산과 관련한 대출금을 당사자가 제출한 ‘재산명시결과’ 에 의하여 인정함(서울고등법원 2018. 1. 16. 선고 2017르21787(본소), 2017르21794(반소) 판결. 상고기각으로 확정)

③ 캐나다 퀘벡주 소재의 주택, 그에 관련한 대출금, 퇴직연금을 원고가 제출한 ‘서증’ 에 의하여 인정함(서울고등법원 2017. 7. 11. 선고 2016르22226 판결)⁶⁵⁾

④ 원고와 피고가 공동으로 설립하고 수익비율을 약정한 중국 라오닝성 단동시에 소재한 회사를 재산분할 대상에서 제외함(서울고등법원 2016. 6. 2. 선고 2015르1291(본소), 2015르1307(반소) 판결)⁶⁶⁾

⑤ 미국의 예금을 ‘가사조사관의 조사보고서’ 에 의하여 인정함(서울가정법원 2015.

64) 2017. 2. 1. 법원 내 게시판(가사소년재판부커뮤니티 자료실)에 당사자가 제출하는 재산목록의 신뢰성을 확보하기 위한 [재산명시명령] 양식이 게시되었는데(게시자 : 현 제주지방법원 장창국 부장판사), 그 내용은 다음과 같다.

재산명시목록에는 다음 사항도 반드시 포함시켜야 합니다.

1. 금융감독원의 **계좌정보통합관리서비스(www. accountinfo.or.kr 또는 www.payinfo.or.kr)**를 통한 본인 명의의 ‘**계좌통합조회(상세내역)**’과 ‘**해지결과조회**’를 인쇄하여 제출하여 주시기 바랍니다 (인터넷을 통한 조회가 가능하고 공인인증서가 필요함). 없다고 나오더라도 그 화면을 그대로 인쇄하여 제출하여야 합니다.
2. 손해보험협회의 **보험가입내역조회 서비스(cont.knia.or.kr)**를 통한 본인 명의의 ‘**생존자보험가입내역조회**’와 ‘**휴면계좌조회**’ 결과를 인쇄하여 제출하여 주시기 바랍니다(휴대폰인증도 가능함). 없다고 나오더라도 그 화면을 그대로 인쇄하여 제출하여야 합니다.
3. 한국예탁결제원의 **주식찾기 서비스(www.ksd.or.kr/미수령 주식찾기 바로가기)**를 통한 본인 명의의 ‘**미수령주권내역**’과 ‘**주주께서 찾아가신 주권내역**’과 ‘**실질주주정보**’를 인쇄(화면 오른쪽 상단에 PRINT 버튼 있음)하여 제출하여 주시기 바랍니다. 없다고 나오더라도 그 화면을 그대로 인쇄하여 제출하여야 합니다.
4. 국토교통부의 **온나라부동산정보 3.0(www.onnara.go.kr)**에서 **부동산 정보 > 내 토지찾기 서비스**를 통한 본인 명의 재산을 제출하여 주시기 바랍니다. 단 인쇄기능이 없으므로 화면을 사진촬영하여 인쇄하거나, 키보드 상단의 ‘Print Screen’을 누른 후 아래아 한글 등 워드프로세서 프로그램을 실행하여 ‘붙이기’하면 화면이 그대로 나오는데 그것을 인쇄하여야 합니다. 없다고 나오더라도 그 화면을 그대로 인쇄하여 제출하여야 합니다.

65) 이 사건은 분할대상 평가의 시기에 관하여서도 다툼이 있었는데, 법원은 준거법인 캐나다 퀘벡주 민법에 따라 소재지시를 기준으로 가액을 평가하였다.

66) 한편, 이 사건에서 피고의 재산 중 중국 라오닝성 단동시에 있는 부동산이 분할대상 재산에 포함되었으나, 그 시가의 근거는 표시되지 아니하였다.

1. 29. 선고 2013드합2498 판결. 항소기각으로 확정)

⑥ 독일의 예금 및 예금인출액을 서증(계좌 잔고)과 금융거래정보제출명령 회신서에 의하여 인정{서울고등법원 2008. 12. 24. 선고 2007르1586(본소), 2007르1593(반소) 판결. 상고기각으로 확정}

다. 평가의 시기

재산분할의 준거법이 정한 바에 따라야 할 것이다. 실무상 문제된 경우로는 별거와 변론종결일의 사이에 상당한 시간적 간격이 있는 경우, 별거 후 재산을 처분하거나 새로 취득한 경우 등이다.

혼인관계가 실제로 파탄된 시기와 재판종결일 사이의 시간적 간격이 큰 경우, 재산분할의 대상을 선정하고 가액을 산정하는 기준시기를 별거시점으로 정한 사례⁶⁷⁾가 있다.

실무상 혼인관계의 파탄 이후 재산을 처분하고, 새로운 재산을 취득하거나 채무를 부담하는 경우가 많은데, 재산을 처분하였을 때에는 그 대가를 생활비나 양육비, 다른 재산의 형성·유지에 사용하였다는 사실이 증명되지 않는 한 그 대가를 보유한 것으로 추정하는 사례⁶⁸⁾가 있고, 위와 같은 기준은 다른 사건에도 적용할 만하다.

5. 분할의 비율⁶⁹⁾

가. 분할비율을 결정하는 기준

대한민국 민법은 재산분할의 비율이나 분할 방법에 관하여는 아무런 기재가 없으므로, 전적으로 법원의 재량에 맡겨져 있다고 할 수 있다.

재판실무상 재산분할을 결정하는 기준으로는 ‘재산의 형성·유지에 대한 기여 정도, 혼인생활의 과정 및 기간, 당사자의 나이, 직업 및 경력, 경제능력, 소득, 혼인파탄의 경위’를 일반적인 요소로, ‘자녀(상대방의 전혼관계 자녀 포함)를 양육하거나 부모를 봉양하는 점, 원가족이 재산적으로 도움을 주었거나 도움을 받은 점, 혼인 전에 보유하거나 상속·증여로 취득한 재산의 규모, 재산을 낭비하거나 손실을 입힌 점, 분할 대상 재산의 규모 등’을 특수한 요소로 고려하고 있다.⁷⁰⁾

나. 분할의 비율

67) 창원지방법원 2016. 12. 14. 선고 2016르143(본소), 2016르297(반소) 판결 : 재산분할 대상 선정 및 가액 산정 기준시기를 원, 피고의 혼인관계가 사실상 파탄에 이르렀다고 보이는 별거 시점인 2009. 3.경으로 정하고, 그 이후 취득한 적극재산 내지 새로이 부담한 소극재산의 경우 부부 공동생활에 기초한 것이라는 점을 인정할 증거가 없는 한 이를 재산분할의 대상에서 제외하기로 한다. (2009. 3.경부터 별거 후 공시송달에 의하여 2010. 12. 제1심판결 선고, 피고가 2016. 2. 추완항소를 제기한 사건)

68) 서울고등법원 2015. 10. 20. 선고 2014르2952 판결(상고기각으로 확정) : 피고가 변론종결 전에 부동산을 처분하였으나, 그 대금 5억 1,000만 원 중 임대차보증금반환채무(1억 6,800만 원), 새로이 취득한 임대차보증금반환채권(3,000만 원), 대출금채무 변제금(1억 2,000만 원)을 제외한 나머지(1억 9,200만 원)의 사용용도에 관하여 아무런 주장, 입증을 하지 않으므로, 이를 보유하고 있는 것으로 추정하여 재산분할의 대상 및 가액을 정하였다.

69) 준거법이 외국법으로 결정된 경우에는 그 외국법과 그에 대한 해석에 따라 분할의 비율을 균등분할 또는 균형분할 등으로 정하게 된다. 따라서 이 항목에서의 논의는 대한민국 민법이 준거법으로 결정된 것을 전제로 한다.

70) 사법정책연구원, 앞의 책, 73면.

대한민국의 경우, 2014년 전국 가정법원에서 재산분할의 비율을 명시한 제1심판결은 모두 348건인데, 그 중 60%에 해당하는 209건의 재산분할 비율이 40%-60%였다고 한다.⁷¹⁾

구체적으로는, 여성을 기준으로 할 때, 동거기간이 15년을 초과하는 경우에는 전업주부이더라도 재산분할의 비율을 50%로 보고, 혼인 전 부동산을 소유하고 있는 경우, 혼인 중 상속 또는 증여를 받은 경우, 전문직, 사업체 운영 등이 재산 형성의 주된 원인이 된 경우, 분할대상 재산이 다액인 경우, 주식투자나 과소비 등 혼인생활과 무관하게 다액의 채무를 부담하거나 손실을 초래한 경우, 소송 제기 전후로 재산분할에 관한 합의를 한 경우, 별거 후 공동채무를 변제하거나 재산을 처분한 경우, 자녀를 양육하거나 부모를 봉양하는 경우 등을 고려하여 재산분할 비율을 정하는 것으로 나타났다.⁷²⁾

6. 재산분할에 관한 외국판결의 승인 및 집행

재산분할 또는 부양료의 지급 등에 관한 외국판결의 효력을 대한민국에서 인정하고, 그에 따라 강제집행을 한 사례를 위주로 검토한다.

가. 승인 및 집행이 허가된 사례

1) 대법원 2016. 12. 15. 선고 2016다242327 판결

원심은 ... 이 사건 외국판결의 재산분할 방법이나 내용이 통상 우리나라 법원에서 이루어지는 것과 다소 차이가 있다고 하더라도, 그와 같은 사정만으로 이 사건 외국판결이 우리나라의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 반한다고 보기 어렵다고 판단하였다. 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이 준거법의 적용이나 재산분할의 공평성의 관점에서 민사소송법 제217조 제3호에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

[기초사실]

- 원고(여), 피고(남)는 1989. 4. 7. 대한민국에서 혼인신고, 자녀 낳음
- 2000년 캐나다 밴쿠버로 이주하여 생활
- 2008년 초경부터 혼인관계 파탄
- 원고가 2009. 3. 24. 캐나다 브리티시 콜럼비아주 법원에 이혼 및 재산분할 청구소송 제기
- 2013. 4. 5. 캐나다 제1심판결 : 이혼, 피고는 원고에게 재산분할금 3,406,221달러, 사건 본인1에 대한 과거 기본양육비 173,331달러, 특별양육비 61,605달러, 장래 기본양육비 월 2,803달러, 사건본인2에 대한 과거 기본양육비 94,550달러, 배우자 과거 부양료 612,000달러를 각 지급하라.

71) 사법정책연구원, 앞의 책, 74면 이하.

72) 한편, 재산분할사건이 항소된 경우, 재산분할의 비율을 결정하는 요소에는 크게 변동이 없음에도 항소심에서 재산분할의 비율을 변경하는 사례를 어렵지 않게 발견할 수 있었는데, 그 변경된 비율의 차이가 5%, 심지어는 3%인 경우도 있었다.

이러한 결과는 재산분할에 대한 당사자의 예측가능성을 떨어뜨릴 뿐만 아니라, 자의적인 판단이라는 비판을 면할 수 없다. 사법정책연구원, 앞의 책, 106면.

-제1심판결에 대하여 피고가 항소하였으나, 2014. 10. 15. 항소기각

[소송의 경과]

○ 제1심(서울중앙지방법원 2015. 11. 6. 선고 2015가합516187 판결)

-집행판결의 허가 여부 : 민사소송법 제217조 각호의 요건 갖추었다고 판단

-지연이자 : 캐나다 브리티쉬 콜럼비아주법상, 금전채무의 이행을 명하는 판결에는 지연이자가 가산되고, 본건 외국판결의 항소심에서도 심리의 조건으로 재산분할금에 대하여 지연이자를 지급할 것을 명하였으므로, 피고는 원고에게 재산분할금에 대한 지연이자도 지급할 의무가 있다.

○ 항소심(서울고등법원 2016. 7. 12. 선고 2015나2070103 판결)

-집행판결의 허가 여부 : 민사소송법 제217조 각호의 요건 다시 판단

-지연이자 부분 : 확정재판에 해당한다고 보기 어려우므로, 집행판결의 대상 아니다.

2) 부산고등법원 2016. 8. 18. 선고 2016나50016 판결

원고는 미국에서의 이혼 등 판결에 따라 배우자 부양료, 양육권 회복을 위한 긴급 재정지원금, 양육보조비 연체금, 양육보조비, 소송비용의 집행허가를 구한 사건인데, 위 사건의 항소심에서는 배우자 부양료, 긴급재정지원금, 양육보조비만 인정하였다.⁷³⁾

3) 광주지방법원 2015. 2. 11. 선고 2013가단513023 판결⁷⁴⁾

당초 재산분할에 관한 미국법원의 제1심판결이 항소심에서 취소되었고, 위 항소심 법원의 판결은 민사소송법 제217조의 요건을 모두 갖추었으며, 그 내용을 실현하는 데 별도의 강제집행절차를 필요로 하지 않는 형성판결이므로, 승인과 함께 자동적으로 그 효력이 발생한다. 따라서 본건 부동산에 관한 피고의 소유권이전등기 및 이에 터잡아 이루어진 소유권이전등기 또는 근저당권설정등기는 모두 원인무효로서 말소되어야 한다.

[기초사실]

-피고(아내)가 미국 캘리포니아주 법원에 이혼 등 소송 제기, 이 사건 원고(남편) 결석재판으로 진행하여 2009. 7. 30. 이혼 및 재산분할(대한민국 내 부동산을 피고의 소유로 한다는 내용)을 선고하였고, 확정됨

-피고는 위 판결에 대한 집행허가 판결(광주지방법원 2009가단63675)을 받아 소유권이전등기 마침. 이후 매각, 근저당설정 등 이루어짐

-원고가 미국 제1심판결에 항소하여 2013. 5. 22. 제1심판결 전부가 취소되었음

-위 취소판결에 대해 피고가 불복하였고, 이에 대한 재판에서 2013. 10. 15. 쌍방이 이혼하되(제1심판결 유지), 재산분할 부분은 취소하고(제1심판결 취소), 향후 재산분할에

73) 제1심법원(부산지방법원 2014가합13207)은 위 청구취지 전부에 대한 강제집행을 허가하였으나, 항소심에서는 그 중 양육보조비 연체금, 소송비용이 강제집행의 허가를 구하는 본건 미국판결이 아니라 다른 미국판결에 의하여 그 지급의무가 확정된 것이라는 이유로 이에 대한 허가를 불허하였다. 상고기각(대법원 2016다249748)으로 확정되었다.

74) 이에 대한 항소가 기각되었고(광주지방법원 2017. 3. 31. 선고 2015나51445 판결), 현재 상고심(대법원 2017다224906) 계속 중이다.

관한 소송은 미국법원에서 진행하기로 한다는 결정을 받음

4) 기타

① 미국 법원의 판결 중 ‘대한민국 소재 부동산은 원고에게 귀속된다. 피고는 위 부동산의 소유권 이전에 필요한 서류를 양도하여야 하고, 아니면 본 판결문은 그 제시와 동시에 위 부동산에 대한 소유권 이전과 동일한 효력을 가진다.’는 주문에 대한 강제집행을 허가한 사례⁷⁵⁾

② 일본 법원의 재산분할금 지급에 관한 판결에 기한 강제집행을 허가한 사례⁷⁶⁾

③ 미국 법원의 양육비지급에 관한 판결에 기한 강제집행을 허가한 사례⁷⁷⁾

④ 미국 뉴저지주 베르겐카운티법원의 ‘미국 회사와의 고용관계를 통해 지급받는 초과이익 및 퇴직적립금을 원고에게 이체하라’는 판결에 대한 강제집행을 허가한 사례⁷⁸⁾

⑤ 유아인도청구의 전제로 미국 법원의 친권자 및 양육자 지정에 관한 판결을 승인하여, ‘원고는 피고에게 사건본인들을 인도하라’는 판결을 선고한 사례⁷⁹⁾

⑥ 캐나다 법원의 친권자 지정, 면접교섭, 자녀보조금과 대학등록금, 배우자 부양료, 캐나다 소재 부동산의 사용과 처분에 관한 판결에 기한 강제집행을 허가한 사례⁸⁰⁾ 등

나. 승인 또는 집행이 불허된 사례

① 원고가 미국 법원에 이혼소송을 제기할 당시 상대방인 망인은 대한민국 부산에 거주하고 있었고, 망인이 미국의 소송에 응소하거나 출석하지 아니하였으므로, 미국 법원의 이혼판결은 민사소송법 제217조 제1호의 요건을 갖추지 못하였다고 한 사례⁸¹⁾

② 미국 캘리포니아주 민사소송법상 결석판결의 요건으로 피고에 대하여 소장 및 소환장이 적법하게 송달되었을 것을 요구하나, 이 사건 송달증명서에 기재된 주소에 피고

75) 인천지방법원 부천지원 2014. 12. 30. 선고 2014가단38717 판결. 항소기각(인천지방법원 2015나2225)으로 확정.

76) 서울고등법원 2014. 7. 18. 선고 2013나58080 판결(확정).

이 사례에서, 일본에서의 판결에는 이혼과 재산분할금의 지급 외에 미성년자녀에 대한 친권자 지정, 양육비의 지급도 포함되어 있었다.

원고는 본건에서 재산분할금 외에 친권자 지정 및 양육비에 관한 판결의 강제집행 허가도 청구하였으나, 재판부는 ‘일본판결을 전제로 대한민국에서 친권자 변경 및 양육비의 지급에 관한 심판이 있었고, 항고와 재항고를 거쳐 확정되었음에도, 다시 일본판결에 대한 강제집행을 청구하는 것은 선량한 풍속 기타 사회질서에 어긋나는 것’이라는 이유로 각하하였다.

77) 서울서부지방법원 2014. 5. 15. 선고 2014나30005 판결(확정).

78) 춘천지방법원 속초지원 2014. 2. 12. 선고 2013가단50482 판결(공시송달에 의한 판결. 확정).

79) 서울가정법원 2011. 1. 25. 선고 2010드합6949(본소), 2010드합6956(반소) 판결. 항소(서울고등법원 2011르689(본소), 2011르696(반소))와 상고(대법원 2012르66(본소), 2012르73(반소))가 각 기각되어 확정.

위 사건의 미국판결에는 친권자 및 양육자에 대한 결정만 있었고, 유아인도에 관한 결정(주문)이 없었다.

이와 달리 캐나다 법원의 판결에 유아인도에 관한 주문의 강제집행을 허가한 사례로는 수원지방법원 2008. 6. 10. 선고 2008가단15106 판결.

80) 수원지방법원 안산지원 2007. 9. 11. 선고 2005가단37543 판결. 항소(수원지방법원 2007나21518)와 상고(대법원 2009다22952)가 각 기각되어 확정.

81) 부산지방법원 2014. 11. 25. 선고 2013가단101131 판결(항소심에서 조정 성립). 미국 법원의 판결의 효력을 승인하지 아니함에 따라 위 판결에 기하여 이루어진 부동산에 관한 소유권이전등기의 말소를 명하였다.

가 거주하고 있었다고 볼 아무런 증거가 없으므로, 이 사건 외국재판은 민사소송법 제 217조 제2호의 송달요건을 갖추지 못한 판결에 해당하여 집행판결로 그 적법함을 선고할 수 없다고 한 사례⁸²⁾

③ 원고가 캐나다에 이혼소송을 제기한 이후에야 캐나다 시민권을 취득하였고, 피고는 대한민국에 주소와 직장을 두고 있었으며, 피고가 원고의 이혼청구에 응소한 것도 아니므로, 캐나다법원은 국제재판관할권이 없고, 캐나다법원의 재판이 피고에 대한 적법한 송달이 있었음을 인정할 증거도 없다는 이유로 캐나다법원의 판결이 집행판결의 요건을 갖추지 못하였다고 한 사례⁸³⁾ 등

IV 국제이혼사건과 관련한 향후의 과제

1. 국제재판관할권, 준거법의 판단

앞서 살펴본 바와 같이, 국제이혼사건에서는 어느 법원에서 이혼재판을 할 것인가(재판관할권), 어느 나라의 법을 적용할 것인가(준거법)의 문제가 기본적인 뿐만 아니라 중요하다고 볼 수 있다. 특히 외국의 법률이 준거법으로 결정되는 사안에서는 이혼이나 재산분할에 관한 규정 외에 부부재산제도와 부양료제도 등 관련 규정까지 검토할 필요성도 있다고 보인다.

따라서 당사자나 대리인이 그에 관한 주장을 아예 하지 않거나 자료를 제출하는 데에 협조하지 않더라도, 석명권을 적극 행사하여 외국법률을 조사하고 적용하고, 나아가 그 근거를 판결이유에 적절하게 표시하여야 할 것이다.

2. 분할대상 재산

각국의 입법례와 그에 대한 해석에 따라 분할의 대상이 되는 재산이 달라질 수 있으므로, 실무와 학계에서 분할대상 재산에 대한 각국의 입법례뿐만 아니라 그에 대한 판례를 분석할 필요가 있다.

특히, 대한민국 민법을 적용하는 이혼사건의 실무에서는 특유재산이라도 되도록 분할 대상으로 삼기는 하였으나, 기존 대법원 판례의 문언(부부 일방의 특유재산은 원칙적으로 분할의 대상이 되지 않는다)에 오해의 소지가 있고, 그에 따라 실제로 일부 하급심에서 특유재산이라는 이유만으로 분할대상에서 제외하거나, 제1심과 항소심에서 재산분할 대상 여부에 관한 판단을 달리하는 등 혼선이 있는 경우도 있다.

따라서 특유재산에 해당하더라도 ‘혼인 중 쌍방의 협력으로 이룩한 재산’ 인지 여부를 검토한 후에 쌍방의 협력이 없음이 명백한 경우에 한하여 재산분할의 대상에서 제외하는 것이 민법의 규정에 충실한 해석이고, 일반적인 실무의 태도에도 부합한다.

다만, 재산분할의 대상이 되는 것과 그렇지 않는 것을 구분하고, 가족의 부양에 관한 제도를 도입하는 등 민법의 개정과 제도의 정비가 근본적인 해결책이 될 것이라고 생각

82) 서울고등법원 2015. 5. 1. 선고 2014나2030979 판결(확정).

83) 창원지방법원 2013. 7. 17. 선고 2013가합430 판결(확정).

된다.

3. 재산의 가치 평가

국내 이혼사건에 있어서도 재산의 가치를 평가하는 문제는 간단하지 않다. 국제이혼 사건에서는 재산의 소재를 파악하는 것부터 그 재산에 대한 적절한 평가가 이루어졌는지, 재판에 따른 집행이 가능한지 등 더욱 다양하고 복잡한 문제가 있으나, 이에 대한 판례도 거의 없고, 학설이나 논문도 찾기 어렵다.

재산의 파악이나 그에 대한 평가는 행정부의 세금부과나 복지정책과도 연관되어 있고, 조세조약이나 정보협약 등에 의하여 다른 나라에서 보관하고 있는 재산에 관한 정보가 공유될 수 있으므로, 관련 행정부가 보유하고 있거나 취득할 수 있는 정보를 어떻게 재판에서 이용할 수 있을지 실무의 실질적인 검토가 필요하다.

4. 재산분할의 비율

대한민국 민법상 재산분할의 비율을 결정하는 것은 오로지 법원의 재량에 맡겨져 있으나, 이로 인하여 담당 법원이나 재판부의 성향과 개인적인 경험, 가사재판의 특수성과 재산분할제도의 특성에 대한 이해 등에 따라 언제든지 재산분할의 비율이 달라질 수 있다는 문제점이 있다. 실제로 하나의 사건에서 제1심과 제2심에서의 사실관계에 관한 판단이 크게 다르지 않음에도 재산분할의 비율을 달리하는 경우가 적지 않았다.

따라서 재산분할의 비율을 결정하는 기준을 설정하는 것이 무엇보다 필요하다고 보인다.

다만, 앞서 언급한 바와 같이 입법을 통하여 재산분할 대상을 명백히 하고, 부양료제도를 도입하여 재산분할을 ‘부부가 혼인 중에 형성한 재산의 청산’으로 한정한다면 위와 같은 문제점이 상당히 해소될 것으로 예상된다.

V 마치며

국제이혼사건은 대한민국의 민법 외에 가족관계등록법, 국제사법 등 내국법과 외국법에 대한 지식과 이해가 필요하고, 실제 사건에서도 이혼뿐만 아니라 재산분할, 자녀의 양육에 관한 사항, 부양 등 다양하고 복잡한 문제가 발생하고 있다.

그런데 대한민국 법원에서 다른 국제이혼사건 중 외국법을 준거법으로 하여 재산분할을 깊이 있게 다룬 사건은 거의 없었고, 대한민국 민법을 적용한 재산분할 사건에서도 특유재산의 분할 가능성, 재산분할의 비율에 대하여 일반적으로 적용할 수 있는 구체적인 기준을 발견하기 어려웠다. 문제는 이러한 사정으로 인해 언제든지 재판의 신뢰가 훼손될 수 있는 위험성이 있다는 점이다.

무엇보다 재산분할의 대상, 재산분할의 비율에 대한 기준을 설정하는 것이 시급하다고 생각된다. 이에 대하여는 구체적인 사건을 다루는 법원에 일차적인 책임이 있겠으나, 학계와 재야의 지속적인 비판과 조언도 필요하다고 생각된다.

[참고문헌]

- 김용원, [이혼시 부부재산분할제도의 개선에 관한 연구], 송실대대학원 법학과(2009)
- 김원태, [국제이혼의 법적 문제], 한국가족법학회지 20권 1호(2006. 3.)
- 문숙재·윤소영·이윤신, [부부 이혼시 재산분할액 산정과정에 대한 제안-독일의 잉여청산제 적용을 중심으로-], 대한가정학회지 40권 12호(2002. 12.)
- 사법정책연구원, [재산분할의 기준 정립을 위한 연구](2016. 4.)
- 이명철, [국제이혼소송에서의 국제재판관할과 외국이혼 판결의 승인], 가정법원 50주년 기념 논문집(2014), 서울가정법원
- 이병화, [국제이혼에 관한 국제사법적 고찰], 저스티스 137호(2013. 8.)
- 이화숙, [별거제도 도입을 위한 입법정책적 연구], 법조 57권 3호(2008. 3.)
- 함윤식, [이혼에 따른 재산분할에 관한 판례의 최근 동향], 민사판례연구 38권(2015. 12.)
- 황경웅, [국제 혼인 및 이혼사건의 처리에 대하여], 중앙대 법학논문집 33집 2호(2009)
- 통계청, [2017년 혼인·이혼 통계], 보도자료(2018. 3. 21.)

이동희 판사님 발표(국제이혼 관련 재산분할의 실무와 과제)에 대한 토론문

정구태(조선대학교 법과대학 교수)

안녕하십니까. 조선대학교 정구태입니다. 한국국제사법학회 창립 25주년을 기념하는 뜻 깊은 자리에서 토론자로 참여하게 되어 큰 영광입니다. 이 판사님께서 국제이혼사건의 쟁점을 3가지로 대별하여 관련 판결의 태도를 상세히 소개해주셔서 큰 가르침을 얻을 수 있었습니다. 특히 학계에서 하급심 판결을 접하기란 여간 어려운 일이 아닌데, 하급심 판결이 다수 망라되어 있어 학계에서도 매우 유용한 자료로 활용되리라 기대됩니다. 일일이 판결례를 수집하여 정리하시느라 상당한 시간이 소요되었을 것으로 짐작되는데, 노고에 깊이 감사드립니다. 저는 외국이혼판결의 승인 및 집행과 관련하여 2가지 쟁점에 대하여 拙見을 말씀드리고 이에 관한 이 판사님의 高見을 여쭙는 것으로 토론자로서의 소임을 다하고자 합니다.

1. 외국 가사판결의 승인에 있어 상호보증의 쟁점

이 판사님께서 각주 32번에서 언급하신 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012므66, 73 판결은 외국판결의 승인 및 집행에 관한 민사소송법 제217조 각호의 요건 중 상호보증의 요건이 외국가사판결의 승인에도 그대로 적용되는 것으로 보고 있습니다. 이 판결에서는 甲이 배우자 乙을 상대로 미국 오레곤주 법원에 이혼소송을 제기하여 판결이 확정되었는데, 오레곤주 판결이 외국판결의 승인요건으로서 ‘상호보증’의 요건을 갖추었는지가 문제되었습니다. 대법원은 오레곤주의 외국판결 승인요건이 우리 민사소송법이 정한 승인요건보다 전체로서 과중하지 아니하며 중요한 점에서 실질적으로 거의 차이가 없으므로, 오레곤주 판결이 상호보증 요건을 갖추었다고 본 원심판단은 정당하다고 하였습니다.¹⁾

그러나 외국 가사판결의 승인에도 상호보증이 필요하다고 한다면 파행혼과 같은 파행적 법률관계가 발생함으로써 ‘국제사법적 정의’에 반하게 될 가능성이 커진다는 문제가 있습니다.²⁾ 물론 외국 가사판결의 승인에 관한 별도의 규정이 없는 이상 해석론으로서는 상호보증이 필요하다고 볼 수밖에 없겠으나,³⁾ 적어도 상호보증의 요건을 완화하여 해석함으로써 불합리한

1) 석광현, “국제가사사건을 다루는 법률가들께 드리는 고언(苦言)”, 「가족법연구」 제30권 제1호(한국가족법학회, 2016.03), 131면은 이 판결이 양육권자 지정 판결이 아니라 이혼판결의 승인에 관한 우리 법과 오레곤주법을 비교한 것은 동종판결 간에 상호보증의 존재를 제대로 심리하지 못한 것이라고 비판하고 있습니다.

2) 정구태, “한국 민법 제865조 제2항의 적용과 국제적 공서”, 「가족법연구」 제29권 제2호(한국가족법학회, 2015.07), 247면 주70). 석광현 집필부분, 「주해친족법[제2권]」(박영사, 2015), 1660면도 가사사건에 상호보증을 요구하게 되면 당사자이익뿐만 아니라 파행적 신분관계의 창설에 의하여 거래이익과 국가이익도 침해되는 문제가 발생한다고 한다.

3) 이와 다른 취지로 김희동, “외국이혼재판의 승인”, 「강원법학」 제44호(강원대학교 비교법학연구소, 2015.02), 111면(외국이혼재판의 승인에도 상호보증을 요하게 되면 신분관계의 동일성을 확보하고자 하는 외국이혼재판 승인의 법목적은 저해할 수 있게 되므로 외국이혼재판의 승인에는 상호보증이 요구되지 않는다고 봅니다); 이병화, “국제이혼에 관한 국제사법적 고찰”, 「저스티스」 제137호(한국법학원, 2013.08), 416면(상

결과를 최대한 피하는 것이 바람직하고,⁴⁾ 입법론으로서는 국제사법에 외국 가사판결의 승인에 대해서는 상호보증이 요구되지 않는 것으로 명문의 규정을 둘 필요가 있습니다.⁵⁾

이 판사님께서서는 외국 가사판결의 승인에도 상호보증 요건이 필요하다고 보시는지 여쭙고자 합니다.

2. 외국 이혼판결의 가족관계등록부 기재를 위한 집행판결의 요약

외국판결이 승인요건을 구비하였더라도 한국에서 집행되기 위해서는 한국법원의 집행판결이 있어야 하는바, 외국 이혼판결에 기한 가족관계등록부 기재도 외국판결의 ‘집행’에 해당하는 것으로 보아 집행판결이 요구되는지가 문제됩니다. 일찍이 대법원 1971. 10. 22. 선고 71다 1393 판결은 집행판결이 요구되는 것을 전제로 판단하였으나, 특히 미국에서 이혼판결을 받은 재미교포들이 상호보증의 결여를 이유로 미국 판결에 기해 호적기재를 하지 못하고 다시 한국에서 이혼소송을 제기해야 하는 불편을 겪게 되자, 대법원은 가사판결 중 이혼판결에 한해서는 집행판결을 요구하지 않는 것으로 예규를 정비하였습니다.⁶⁾⁷⁾

즉, 외국법원의 이혼판결에 의한 가족관계등록사무 처리지침(가족관계등록예규 제419호) 제3항은 외국판결에 의한 이혼신고가 제출된 경우 가족관계등록공무원은 해당 외국판결이 민사소송법 제217조가 정하는 각 조건을 구비하고 있는지의 여부를 심사하여 그 수리여부를 결정하도록 하고 있습니다. 이 때 그 조건의 구비여부가 명백하지 아니하거나 일정한 경우⁸⁾ 가족관계등록공무원은 원칙적으로 감독법원에 질의하고 그 회답을 받아 처리해야 합니다.⁹⁾ 그러나 실제로는 가족관계등록공무원이 이러한 절차를 생략하고 승인요건을 구비하지 못한 외국판결에 따른 이혼을 그대로 가족관계등록부에 기재하는 경우가 적지 않고, 이로 인하여 기습적으로 이혼을 당한 당사자 스스로 국내에서 이혼무효확인 소를 제기하여 당해 외국 이혼판결이 무효임을 증명해야 하는 사례가 빈번하게 발생하고 있습니다.

서울가정법원 2014. 6. 27. 선고 2013드단82626 판결이 이러한 대표적 사례입니다. 이 판결의 사안에서 처 B를 두고도 C女와 동거하던 A男은 2011년 네바다주에서 이혼판결을 받아 집행판결 없이 국내에서 이혼신고를 마치고 C녀와 새로 혼인신고를 하였습니다. A가 받은 네바

호보증요건은 재산상의 청구에 관한 외국급부판결과 같이 우리나라에서 그 집행이 요구되는 경우에만 적용되는 요건이고, 신분상의 청구에 관한 외국이혼판결과 같이 우리나라에서 그 집행이 요구되지 않는 경우에는 적용되지 않는 요건이라고 합니다).

- 4) 김원태, “국제이혼의 법적 문제”, 「가족법연구」 제20권 제1호(한국가족법학회, 2006.03), 381면.
- 5) 정구태, “2015년 혼인법 관련 주요 판례 회고”, 「법학연구」 제27권 제1호(충북대학교 법학연구소, 2016.06), 178면.
- 6) 이명철, “국제이혼소송에서의 국제재판관할과 외국이혼판결의 승인”, 「가정법원 50주년 기념논문집」(서울가정법원, 2014), 287면.
- 7) 석광현, 「국제민사소송법: 국제사법(절차편)」(박영사, 2012), 427면은 외국법원의 이혼판결과 그 밖의 신분관계판결에 관하여 이와 같이 집행판결의 요건을 달리 볼 근거가 없다고 비판하고 있습니다.
- 8) 외국판결의 확정여부가 불분명한 경우, 송달의 적법여부가 불분명한 경우, 외국법원의 판결절차가 진행될 당시 피고가 해당 외국에 거주하지 않은 경우, 그 밖에 외국판결의 효력이 의심스러운 경우.
- 9) 예외적으로 다음의 경우에는 감독법원에 질의를 요하지 않습니다: 외국판결상의 피고인 대한민국 국민이 해당 외국판결에 의한 이혼신고에 동의하거나 스스로 이혼신고를 한 경우, 외국법원의 이혼판결에 대하여 민사집행법 제26조 및 제27조에 따른 집행판결을 받은 경우.

다주 이혼 판결문에는 “A와 B가 공동으로 이혼을 신청했다”는 문구와 함께 “네바다주에서 6주 동안 거주한 아내가 공증인의 면전에서 이혼에 동의해 서명했다”는 내용이 기재되어 있었는데, 실제로 B는 한 번도 외국에 나간 사실이 없었습니다. 그리하여 B(원고)는 A(피고)가 네바다주 이혼판결에 근거하여 신고한 이혼은 무효라고 주장하며 이혼무효확인 소송을 제기하였고, 서울가정법원은 “원고와 피고 사이의 청구취지 기재 이혼신고는 원고의 진정한 이혼의 사 없이 편취된 판결에 기하여 이루어진 것이라 봄이 상당하므로, 원고와 피고 사이의 이혼 신고는 무효라 할 것이고 원고로서는 그 확인을 구할 이익이 있”다고 판시하였습니다.

살피건대, 외국의 이혼판결에 의한 신분변동은 그 판결에 기하여 가족관계등록부에 기재됨으로써 비로소 효력이 생기는 것이 아니라, 그 판결이 승인요건을 구비하면 그 자체로서 법률관계가 창설·변경·소멸되는 형성의 효력이 발생하고 가족관계등록부의 신고는 보고적 신고에 불과하므로 가족관계등록부의 기재를 고유한 의미의 ‘집행’으로 보기는 어렵습니다.¹⁰⁾ 따라서 외국 이혼판결에 기한 가족관계등록부 기재를 위하여 별도의 집행판결이 요구된다고 보는 것은 무리입니다. 그러나 현재와 같이 대법원예규에 의하여 외국 이혼판결의 승인요건이 구비되었는지에 관한 판단을 법관이 아닌 가족관계등록공무원이 하도록 하는 것은, 민사소송법상의 규율을 대법원 예규에 의해 변경하는 것으로서 법체계상 타당하지 않습니다.¹¹⁾

입법론으로서는 가사소송법을 개정하여 신분관계 판결에 대한 승인요건의 심사를 가정법원의 전속관할로 규정하는 것이 바람직합니다.¹²⁾ 이 판사님께서서는 이러한 입법론에 대하여 어떻게 생각하시는지 여쭙고자 합니다.

그러면 유익한 발표를 통해 많은 가르침을 주신 이 판사님께 거듭 감사드리며, 이것으로 부족하나마 토론을 마치겠습니다. 감사합니다.

10) 김희동(주3), 115면.

11) 석광현 집필부분(주2), 1662면도 민사소송법의 해석론을 불합리한 예규로 바꿀 수는 없다고 한다.

12) 정구태(주5), 180면. 같은 취지로 한숙희, “국제가사사건의 국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행을 중심으로-”, 「국제사법연구」 제12호(한국국제사법학회, 2006), 44-45면(외국신분판결에 대하여 집행판결을 구하는 사건은 일반민사법원에서, 외국이혼판결의 효력을 부인하는 이혼무효확인 등 사건은 가정법원에서 각각 처리하는 현재의 이원적인 형태는 바람직하지 않으므로, 외국법원의 이혼판결을 비롯한 모든 신분관계판결에 대한 승인요건의 심사를 가정법원에서 일괄 처리하도록 하는 입법이 필요하다고 합니다). 김희동(주3), 116면도 가족관계등록부에 외국이혼판결에 따른 이혼을 기입하기 위한 승인요건의 구비 여부에 대하여는 가사비송절차에 의하여 가정법원의 사법적 심사를 받게 할 필요가 있다고 합니다.

국제이혼 관련 재산분할의 실무와 과제 지정토론

서울가정법원 판사 정현미

저는 발표문 중 대한민국에서 한국인과 외국인 사이의 이혼이나 외국인들 사이의 이혼인 국제이혼사건뿐만 아니라 우리나라에서 한국인들 사이의 이혼 및 재산분할 사건을 처리할 때에도 종종 문제가 되는 해외재산의 파악 및 평가 부분에 대해서 질문을 드리려고 합니다.

이혼 및 재산분할 재판 실무에서 분할대상 재산의 확정 및 그 가액 산정은 가장 중요한 심리대상 중 하나로서 실제 당사자들 사이에 다툼이 많은 부분이기도 합니다. 특히 이혼하는 부부의 해외재산의 파악 및 해외재산에 대한 가치 평가의 어려움으로 인해 재판이 상당히 지연되기도 하고, 단순히 증거가 부족하다고 판단하여 해외재산을 제대로 재산분할 대상으로 평가하지 못할 경우 당사자의 불만이 야기되어 항소 등으로 이어지는 문제가 생기기도 합니다.

먼저, 해외재산의 파악과 관련하여 현재 법원에서 이용하고 있는 해외 금융기관에 대한 사실조회, 금융거래 조회 등의 방법은 시간이 상당히 많이 걸리고, 기본적인 정보를 알지 못하는 경우에는 사실조회 등의 방법 자체를 이용하지 못하는 경우가 많은데요. 발표자께서 말씀하신 재산명시명령 이외에 추가적인 해외재산 파악 방법에 대해 알고 싶습니다. 특히 소개해 주신 국세청의 정보(조세조약 등에 따라 제공받을 수 있는 소득정보 등)를 법원이 이용할 수 있는 방안을 구체적으로 설명해 주시면 감사하겠습니다.

다음으로, 해외재산의 가치 평가와 관련하여, 해외재산은 국내재산과 비교해 볼 때 법원이 명하는 시가 감정 등의 방법을 이용할 수 없어 당사자가 제출하는 증거 내지 자료에 의하여 최소한의 객관적인 금액으로 평가, 판단되고 있는 것이 현실인 것 같은데요. 이러한 소극적인 해외재산의 가치 평가로 인하여 손해를 보게 되는 일방 당사자의 구제방안이 있는지, 해외재산의 존재는 인정되나 그 가치 평가를 할 수 있는 객관적인 자료가 제출되지 아니하는 경우에 대처 방안은 무엇인지 발표자의 의견을 듣고 싶습니다.

참 고 자 료

1. 국제사법(발취)
2. 헤이그입양협약 국문번역(가안)
3. 민사소송법 및 민사집행법 관련 조문
4. 헤이그아동탈취협약과 이행법률
5. 민법 이혼 관련 조문

1. 국제사법[발췌]

제1장 총칙

제1조(목적) 이 법은 외국적 요소가 있는 법률 관계에 관하여 국제재판관할에 관한 원칙과 준거법을 정함을 목적으로 한다.

제2조(국제재판관할) ① 법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다. 이 경우 법원은 실질적 관련성의 유무를 판단함에 있어 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다.

② 법원은 국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하되, 제1항의 규정의 취지에 비추어 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다.

제3조(본국법) ① 당사자의 본국법에 의하여야 하는 경우에 당사자가 둘 이상의 국적을 가지는 때에는 그와 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 그 본국법으로 정한다. 다만, 그 국적 중 하나가 대한민국인 때에는 대한민국 법을 본국법으로 한다.

② 당사자가 국적을 가지지 아니하거나 당사자의 국적을 알 수 없는 때에는 그의 상거소(常居所)가 있는 국가의 법(이하 “상거소지법”이라 한다)에 의하고, 상거소를 알 수 없는 때에는 그의 거소가 있는 국가의 법에 의한다.

③ 당사자가 지역에 따라 법을 달리하는 국가의 국적을 가지는 때에는 그 국가의 법 선택규정에 따라 지정되는 법에 의하고, 그러한 규정이 없는 때에는 당사자와 가장 밀접한 관련이 있는 지역의 법에 의한다.

제4조(상거소지법) 당사자의 상거소지법(常居所地法)에 의하여야 하는 경우에 당사자의 상거소를 알 수 없는 때에는 그의 거소가 있는 국가의 법에 의한다.

제5조(외국법의 적용) 법원은 이 법에 의하여 지정된 외국법의 내용을 직권으로 조사·적용하여야 하며, 이를 위하여 당사자에게 그에 대한 협력을 요구할 수 있다.

제6조(준거법의 범위) 이 법에 의하여 준거법으로 지정되는 외국법의 규정은 공법적 성격이 있다는 이유만으로 그 적용이 배제되지 아니한

다.

제7조(대한민국 법의 강행적 적용) 입법목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정은 이 법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 이를 적용한다.

제8조(준거법 지정의 예외) ① 이 법에 의하여 지정된 준거법이 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐이고, 그 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 그 다른 국가의 법에 의한다.

② 제1항의 규정은 당사자가 합의에 의하여 준거법을 선택하는 경우에는 이를 적용하지 아니한다.

제9조(준거법 지정시의 반정(反定)) ① 이 법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정된 경우에 그 국가의 법에 의하여 대한민국 법이 적용되어야 하는 때에는 대한민국의 법(준거법의 지정에 관한 법규를 제외한다)에 의한다.

② 다음 각호 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항의 규정을 적용하지 아니한다.

1. 당사자가 합의에 의하여 준거법을 선택하는 경우
2. 이 법에 의하여 계약의 준거법이 지정되는 경우
3. 제46조의 규정에 의하여 부양의 준거법이 지정되는 경우
4. 제50조 제3항의 규정에 의하여 유언의 방식의 준거법이 지정되는 경우
5. 제60조의 규정에 의하여 선적국법이 지정되는 경우
6. 그 밖에 제1항의 규정을 적용하는 것이 이 법의 지정 취지에 반하는 경우

제10조(사회질서에 반하는 외국법의 규정) 외국법에 의하여야 하는 경우에 그 규정의 적용이 대한민국의 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 명백히 위반되는 때에는 이를 적용하지 아니한다.

제2장 사람

제11조(권리능력) 사람의 권리능력은 그의 본국법에 의한다.

제12조(실종선고) 법원은 외국인의 생사가 분

명하지 아니한 경우에 대한민국에 그의 재산이 있거나 대한민국 법에 의하여야 하는 법률관계가 있는 때, 그 밖에 정당한 사유가 있는 때에는 대한민국 법에 의하여 실종선고를 할 수 있다.

제13조(행위능력) ① 사람의 행위능력은 그의 본국법에 의한다. 행위능력이 혼인에 의하여 확대되는 경우에도 또한 같다.

② 이미 취득한 행위능력은 국적의 변경에 의하여 상실되거나 제한되지 아니한다.

제14조(한정후견개시, 성년후견개시 심판 등) 법원은 대한민국에 상거소 또는 거소가 있는 외국인에 대하여 대한민국 법에 의하여 한정후견개시, 성년후견개시, 특정후견개시 및 임의후견감독인선임의 심판을 할 수 있다.

제15조(거래보호) ① 법률행위를 행한 자와 상대방이 법률행위의 성립 당시 동일한 국가 안에 있는 경우에 그 행위자가 그의 본국법에 의하면 무능력자이더라도 법률행위가 행하여진 국가의 법에 의하여 능력자인 때에는 그의 무능력을 주장할 수 없다. 다만, 상대방이 법률행위 당시 그의 무능력을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항의 규정은 친족법 또는 상속법의 규정에 의한 법률행위 및 행위지 외의 국가에 있는 부동산에 관한 법률행위에는 이를 적용하지 아니한다.

제16조(법인 및 단체) 법인 또는 단체는 그 설립의 준거법에 의한다. 다만, 외국에서 설립된 법인 또는 단체가 대한민국에 주된 사무소가 있거나 대한민국에서 주된 사업을 하는 경우에는 대한민국 법에 의한다.

제3장 법률행위 / 제4장 물권 / 제5장 채권

제6장 친족

제36조(혼인의 성립) ① 혼인의 성립요건은 각 당사자에 관하여 그 본국법에 의한다.

② 혼인의 방식은 혼인거행지법 또는 당사자 일방의 본국법에 의한다. 다만, 대한민국에서 혼인을 거행하는 경우에 당사자 일방이 대한민국 국민인 때에는 대한민국 법에 의한다.

제37조(혼인의 일반적 효력) 혼인의 일반적 효

력은 다음 각호에 정한 법의 순위에 의한다.

- 1. 부부의 동일한 본국법
- 2. 부부의 동일한 상거소지법
- 3. 부부와 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법 제38조(부부재산제) ① 부부재산제에 관하여는 제37조의 규정을 준용한다.

② 부부가 합의에 의하여 다음 각호의 법 중 어느 것을 선택한 경우에는 부부재산제는 제1항의 규정에 불구하고 그 법에 의한다. 다만, 그 합의는 일자와 부부의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 작성된 경우에 한하여 그 효력이 있다.

- 1. 부부 중 일방이 국적을 가지는 법
- 2. 부부 중 일방의 상거소지법
- 3. 부동산에 관한 부부재산제에 대하여는 그 부동산의 소재지법

③ 외국법에 의한 부부재산제는 대한민국에서 행한 법률행위 및 대한민국에 있는 재산에 관하여 이를 선의의 제3자에게 대항할 수 없다. 이 경우 그 부부재산제에 의할 수 없는 때에는 제3자와의 관계에 관하여 부부재산제는 대한민국 법에 의한다.

④ 외국법에 의하여 체결된 부부재산계약은 대한민국에서 등기한 경우 제3항의 규정에 불구하고 이를 제3자에게 대항할 수 있다.

제39조(이혼) 이혼에 관하여는 제37조의 규정을 준용한다. 다만, 부부 중 일방이 대한민국에 상거소가 있는 대한민국 국민인 경우에는 이혼은 대한민국 법에 의한다.

제40조(혼인 중의 친자관계) ① 혼인 중의 친자관계의 성립은 자(子)의 출생 당시 부부중 일방의 본국법에 의한다.

② 제1항의 경우 부(夫)가 자(子)의 출생 전에 사망한 때에는 사망 당시 본국법을 그의 본국법으로 본다.

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

② 인지는 제1항이 정하는 법 외에 인지 당시 인지자의 본국법에 의할 수 있다.

③ 제1항의 경우 부(父)가 자(子)의 출생 전에 사망한 때에는 사망 당시 본국법을 그의 본국

법으로 보고, 제2항의 경우 인지자가 인지 전에 사망한 때에는 사망 당시 본국법을 그의 본국법으로 본다.

제42조(혼인 외 출생자에 대한 준정(準正)) ① 혼인 외의 출생자가 혼인 중의 출생자로 그 지위가 변동되는 경우에 관하여는 그 요건인 사실의 완성 당시 부(父) 또는 모의 본국법 또는 자(子)의 상거소지법에 의한다.

② 제1항의 경우 부(父) 또는 모가 그 요건인 사실이 완성되기 전에 사망한 때에는 사망 당시 본국법을 그의 본국법으로 본다.

제43조(입양 및 파양) 입양 및 파양은 입양 당시 양친(養親)의 본국법에 의한다.

제44조(동의) 제41조 내지 제43조의 규정에 의한 친자관계의 성립에 관하여 자(子)의 본국법이 자(子) 또는 제3자의 승낙이나 동의 등을 요건으로 할 때에는 그 요건도 갖추어야 한다.

제45조(친자간의 법률관계) 친자간의 법률관계는 부모와 자(子)의 본국법이 모두 동일한 경우에는 그 법에 의하고, 그 외의 경우에는 자(子)의 상거소지법에 의한다.

제46조(부양) ① 부양의 의무는 부양권리자의 상거소지법에 의한다. 다만, 그 법에 의하면 부양권리자가 부양의무자로부터 부양을 받을 수 없는 때에는 당사자의 공통 본국법에 의한다.

② 대한민국에서 이혼이 이루어지거나 승인된 경우에 이혼한 당사자간의 부양의무는 제1항의 규정에 불구하고 그 이혼에 관하여 적용된 법에 의한다.

③ 방계혈족간 또는 인척간의 부양의무의 경우에 부양의무자는 부양권리자의 청구에 대하여 당사자의 공통 본국법에 의하여 부양의무가 없다는 주장을 할 수 있으며, 그러한 법이 없는 때에는 부양의무자의 상거소지법에 의하여 부양의무가 없다는 주장을 할 수 있다.

④ 부양권리자와 부양의무자가 모두 대한민국 국민이고, 부양의무자가 대한민국에 상거소가 있는 경우에는 대한민국 법에 의한다.

제47조(그 밖의 친족관계) 친족관계의 성립 및 친족관계에서 발생하는 권리의무에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 경우에는 각 당사자의 본국법에 의한다.

제48조(후견) ① 후견은 피후견인의 본국법에 의한다.

② 대한민국에 상거소 또는 거소가 있는 외국인에 대한 후견은 다음 각호 중 어느 하나에 해당하는 경우에 한하여 대한민국 법에 의한다.

1. 그의 본국법에 의하면 후견개시의 원인이 있더라도 그 후견사무를 행할 자가 없거나 후견사무를 행할 자가 있더라도 후견사무를 행할 수 없는 경우
2. 대한민국에서 한정후견개시, 성년후견개시, 특정후견개시 및 임의후견감독인선임의 심판을 한 경우
3. 그 밖에 피후견인을 보호하여야 할 긴급한 필요가 있는 경우

제7장 상속

제49조(상속) ① 상속은 사망 당시 피상속인의 본국법에 의한다.

② 피상속인이 유언에 적용되는 방식에 의하여 명시적으로 다음 각호의 법 중 어느 것을 지정하는 때에는 상속은 제1항의 규정에 불구하고 그 법에 의한다.

1. 지정 당시 피상속인의 상거소가 있는 국가의 법. 다만, 그 지정은 피상속인이 사망 시까지 그 국가에 상거소를 유지한 경우에 한하여 그 효력이 있다.
2. 부동산에 관한 상속에 대하여는 그 부동산의 소재지법

제50조(유언) ① 유언은 유언 당시 유언자의 본국법에 의한다.

② 유언의 변경 또는 철회는 그 당시 유언자의 본국법에 의한다.

③ 유언의 방식은 다음 각호 중 어느 하나의 법에 의한다.

1. 유언자가 유언 당시 또는 사망 당시 국적을 가지는 국가의 법
2. 유언자의 유언 당시 또는 사망 당시 상거소지법
3. 유언 당시 행위지법
4. 부동산에 관한 유언의 방식에 대하여는 그 부동산의 소재지법

제8장 어음·수표 / 제9장 해상

2. 입양협약: 국문번역[공식번역은 아니고 참고용]

국제입양에 관한 아동보호 및 협력에 관한 협약

(1993년 헤이그 입양협약)

이 협약의 서명국은,
아동이 완전하고 조화로운 인격발달을 위해 가족환경에서 행복하고 애정어린 그리고 이해있는 분위기 속에서 성장해야 함을 인정하며,
각국은 우선적으로 아동이 그의 출생가족의 보호 아래 있도록 적절한 조치를 취해야 함을 상기하고,
국제입양이 출생국에서 적당한 가족을 발견하지 못한 아동에게 영구적 가정을 제공할 수 있음을 인식하며,
국제입양이 아동에게 최선의 이익이 되며 그의 기본적 권리를 존중하면서 이루어지도록, 그리고 아동의 탈취·매매 또는 거래가 방지되도록 조치를 취할 필요가 있음을 확신하며,
이것을 위해 국제문서, 특히 1989년 11월 20일의 아동의 권리에 관한 유엔협약과 “국제적 및 국내적 양육위탁과 입양에 특히 관련해서 아동의 보호와 복지에 관한 사회적 법률적 제원칙에 관한 유엔선언”(1986년 12월 3일의 총회결의 41 / 85)에 정한 제원칙들을 고려하여, 공통의 규칙을 정립하기를 바라면서
다음과 같이 합의하였다.

제1장 協約의 범위

제1조

이 협약의 목적은 다음과 같다.

- a. 국제입양이 아동에게 최선의 이익이 되게 그리고 국제법에서 인정된 그의 기본적 권리가 존중되면서 이루어지도록 보호조치를 확립하고,
- b. 그러한 보호조치가 준수되고 그리고 그렇게 함으로써 아동의 탈취·매매 또는 거래를 방지하도록 계약국 간에 공조체제를 확립하며,

c. 이 협약에 따라 이루어진 입양을 계약국이 승인하도록 보장하는 것이다.

제2조

1. 이 협약은 어느 계약국(출신국)에 상거소를 둔 아동이, 다른 계약국(수령국)에 상거소를 둔 부부 또는 사람에 의해 출신국에서 입양된 후에 또는 수령국이나 출신국에서 그러한 입양을 하기 위해, 수령국으로 이동했거나 이동하고 있거나 또는 이동할 경우에 적용되어야 한다.
2. 이 협약은 영구적인 친자관계를 창설하는 입양만을 대상으로 한다.

제3조

이 협약은 아동이 18세에 달하기 전에 제 17조 c에 정한 합의가 이루어지지 않은 경우에는 적용되지 않는다.

제2장 국제입양의 요건

제4조

이 협약의 적용을 받는 입양은 출신국의 권한있는 당국이 다음과 같이 행한 경우에만 이루어질 수 있다.

- a. 아동이 입양 가능하다고 인정했고,
- b. 출신국 내에서의 아동의 위탁 가능성을 적절히 고려한 후 국제입양이 아동에게 최선의 이익이 된다고 결정했으며,
- c. 아래와 같은 사실들을 확보했고,
 - (1) 입양을 위해 그 동의가 필요한 사람·단체 및 기관들이 그에 필요한 상담을 받았고 또 그 동의를 효력, 특히 입양에 의해 아동과 그의 출생가족 간의 법적 관계가 종료되는지 여부에 대해 적절히 설명을 받았다는 것
 - (2) 그러한 사람·단체 및 기관들이 자유의사로 법이 정한 방식에 따라 동의하였고 이를 서면으로 표시하거나 입증하였다는 것
 - (3) 이 동의를 어떠한 종류의 금전지급이나 대가에 의하여 유인된 것이 아니며 또 철회되지도 않았다는 것, 그리고
 - (4) 모의 동의를 필요한 경우에는 그 동이가 아동의 출생 후에 주어졌다는 것
- d. 아동의 연령과 성숙정도를 고려하여 아래와 같은 사실들을 확보했을 경우
 - (1) 아동이 상담을 받았으며, 또 입양의 효

력과, 아동의 동의가 필요한 경우에는 그 동意的 효력에 대해 적절히 설명 받았다는 것

(2) 아동의 희망과 의견이 고려되었다는 것

(3) 입양을 위해 아동의 동의가 필요한 경우에는 그 동意的 자유의사로 법이 정한 방식에 따라 그리고 서면으로 표시되거나 입증되었다는 것

(4) 이러한 동의는 어떠한 종류의 금전지급이나 대가에 기인한 것이 아니라는 것

제5조

이 협약의 적용을 받는 입양은 수령국의 권한있는 당국이 다음과 같이 행한 경우에만 이루어질 수 있다.

- a. 양친될 자가 입양할 자격이 있으며, 입양에 적합하다고 결정하고
- b. 양친될 자가 그에 필요한 상담을 받았다는 것을 확보하며,
- c. 아동이 그 나라에 입국해서 영주(永住)할 자격이 있거나 또는 있을 것이라고 결정할 경우

제3장 중앙당국과 인가된 단체

제6조

1. 체약국은 이 협약이 그 당국에게 부과한 의무를 이행하기 위해 중앙당국을 지정해야 한다.

2. 연방국가나 一國數法국가 또는 여러 개의 지역적 자치체를 가진 국가는 두 개 이상의 중앙당국을 지정하고 그들 기능의 지역적·인적 범위를 특정할 수 있다. 복수의 중앙당국을 지정한 국가는 통신이 그 국내의 적절한 중앙당국에 전달되도록 하기 위해 통신을 접수하는 중앙당국을 지정한다.

제7조

1. 중앙당국은 아동보호와 이 협약의 기타 목적을 달성하기 위해 서로 협력하며, 그들 국내의 권한있는 당국들 간의 협력을 촉진시킨다.

2. 중앙당국들은 다음을 위해 직접 적절한 모든 조치를 취한다.

- a. 입양 관련 국내법 정보와, 통계나 표준서식과 같은 일반정보를 제공하기 위해
- b. 이 협약의 운용에 관한 정보를 상호 교

환하고, 가능한 한 그 적용상의 장애를 제거하기 위해

제8조

중앙당국은 입양에 관련된 부당한 재정적 또는 기타의 이득을 방지하며 이 협약의 목적에 반하는 모든 관행을 저지하기 위해, 직접 또는 공적 기관을 통해 적절한 모든 조치를 취한다.

제9조

중앙당국은 직접 또는 공적 기관이나 각국에서 적법하게 인가된 단체를 통해서 특히 다음을 위해 적절한 모든 조치를 취한다.

- a. 입양을 실현하기 위해 필요한 한도에서 아동과 양친될 자의 상황에 대해 정보를 수집하고 보존하며 교환하기 위해
- b. 입양을 달성하기 위하여 절차를 용이하게 하고 준수하며 신속하게 하기 위해
- c. 그들 나라에서 입양상담과 입양 후의 서비스를 발전시키기 위해
- d. 국제입양의 경험에 관한 일반적인 평가 보고서를 상호 제공하기 위해
- e. 그 나라의 법이 허용하는 한도에서, 특별한 입양상황에 대해 다른 중앙당국이나 공적 기관으로부터 정당한 정보요청에 응하기 위해

제10조

인가는, 그들에게 맡겨진 임무를 적절하게 수행할 수 있는 능력을 보여주는 단체에게만 부여되고 유지되어야 한다.

제11조

인가된 단체는,

- a. 인가국의 권한있는 당국이 정한 조건에 따라 그리고 그러한 제한범위 내에서 비영리 목적만을 추구해야 하고,
- b. 윤리적 수준과 훈련이나 경험으로 보아 국제입양분야에서 활동할 자격이 있는 사람들이 지도하고 운영해야 하며 또한
- c. 조직·운영 그리고 재정상황에 대해 그 나라의 권한있는 당국의 감독을 받아야 한다.

제12조

어느 체약국에서 인가된 단체가 다른 체약국에서 활동할 수 있기 위해서는 양국의 권한있는 당국이 그 단체에게 그러한 활동을 할 자격을 인정했을 경우에만 가능하다.

제13조

체약국은 중앙당국의 지정, 필요한 경우에는 그 권한의 범위, 그리고 인가된 단체의 이름과 주소를 헤이그국제사법회의의 상설 사무국에 통보해야 한다.

제4장 국제입양의 절차적 요건**제14조**

어느 체약국에 상거소를 둔 사람이 다른 체약국에 상거소를 둔 아동에 대해 입양을 원하는 경우에, 그는 자기가 상거소를 둔 국가의 중앙당국에 신청한다.

제15조

1. 수령국의 중앙당국은 신청자가 입양할 자격이 있고 입양에 적합하다고 인정하면 그의 신원, 입양 자격과 그 적합성, 배경, 가족사 및 병력, 사회적 환경, 입양이유, 국제입양능력 그리고 그가 양육하기에 적합한 아동의 특징 등에 관해 보고서를 작성한다.
2. 수령국의 중앙당국은 출신국의 중앙당국에게 앞항의 보고서를 보낸다.

제16조

1. 출신국의 중앙당국은 아동이 입양 가능하다고 인정하면 다음 사항을 행한다.
 - a. 아동의 신원, 입양가능성, 배경, 사회적 환경, 가족사, 가족 및 아동의 병력, 그리고 아동이 특히 필요로 하는 것 등에 관해 보고서를 작성한다.
 - b. 아동의 성장과정과 그의 인종적·종교적·문화적 배경을 적절히 고려한다.
 - c. 제4조에 따라 동의를 얻었음을 보장한다.
 - d. 특히 아동과 양친될 자에 관한 보고서를 기초로 하여, 예상된 위탁이 아동에게 최선의 이익이 되는지를 결정한다.
2. 출신국의 중앙당국은 아동에 관한 보고서, 필요한 동의를 얻었다는 증거와 위탁하기로 결정한 이유를 수령국의 중앙당국에 보낸다. 이때 부모의 신원이 밝혀지는 것이 출신국에서 허용되지 않는다면 그 신원이 드러나지 않도록 해야 한다.

제17조

아동이 양친될 자에게 위탁되어야 한다는 출신국의 결정은 다음과 같은 경우에만 가

능하다.

- a. 출신국의 중앙당국이 양친될 자의 동의를 확보했을 것
- b. 수령국의 중앙당국이 그러한 결정을 승인했을 것. 다만 수령국의 법에 의해 또는 출신국의 중앙당국에 의해 그러한 승인이 요구되는 경우에 한 한다.
- c. 양국의 중앙당국이 입양이 진행되는 것에 합의했을 것
- d. 제5조에 따라, 양친될 자가 입양자격이 있고 입양에 적합하다는 것과 아동이 수령국에 입국하여 영주할 자격이 있거나 있을 것이라고 결정되었을 것

제18조

양국의 중앙당국은 아동이 출신국에서 출국하며 또한 수령국에 입국하여 영주할 수 있는 허가를 얻기 위해 필요한 모든 조치를 취한다.

제19조

1. 제17조의 요건이 충족된 경우에만, 아동은 수령국으로 이동할 수 있다.
2. 양국의 중앙당국은 이러한 이동이 안전하고 적절한 상황 하에서 그리고 가능하다면 양친 또는 양친 될 자와 동반하여 이루어질 것을 확보한다.
3. 아동의 이동이 이루어지지 않는다면 제15조와 제16조에 정한 보고서들은 그것을 송부한 기관에게 반송되어야 한다.

제20조

양국의 중앙당국은 입양과정, 그 완료를 위해 취해진 조치, 그리고 시험양육기간이 요구되는 경우에는 위탁의 진행결과에 대해서로 알려주어야 한다.

제21조

1. 수령국으로 아동이 이동한 후에 입양이 이루어지기로 되어 있는 경우에, 수령국의 중앙당국이 보기에 양친될 자에게 아동을 계속 위탁시키는 것이 아동에게 최선의 이익이 되지 못할 때에는 그 중앙당국은 아동을 보호하기 위해 필요한 조치를 취한다. 특히 다음과 같은 조치를 취한다.
 - a. 아동을 양친될 자로부터 격리시키고 잠정적인 보호조치를 취한다.
 - b. 출신국의 중앙당국과 협의하여 입양을

위해 아동을 지체없이 새로 위탁시키는 조치, 또는 이것이 적절하지 않은 경우에는 대신 장기적인 보호조치를 취한다. 새로 양친될 자에 관해 출신국의 중앙당국이 적법하게 알게 될 때까지 입양이 이루어져서는 아니된다.

c. 최후의 수단으로, 그것이 아동의 이익에 합치한다면 아동의 반환을 주선한다.

2. 특히 아동의 연령과 성숙정도를 고려하여, 아동에게 상당하고 적절하다면 이 조항에 따라 취해진 조치에 대해 그의 동의도 얻는다.

제22조

1. 이 장에서의 중앙당국의 기능은 그 중앙당국이 속하는 국가의 법이 허용하는 한도에서 공적 기관 또는 제3장의 인가된 단체가 수행할 수 있다.

2. 계약국은 그 나라의 법이 허용하는 한도에서 그리고 그 나라의 권한있는 당국의 감독 하에서 다음과 같은 요건을 충족시키는 단체 또는 개인도 제15조에서 제21조에 정한 중앙당국의 기능을 그 나라에서 수행할 수 있다고 이 협약의 수탁자에게 선언할 수 있다.

a. 성실성, 전문적 능력, 경험 그리고 그 국가가 책임질 수 있다는 요건들을 충족시킬 것과

b. 윤리적 수준과 훈련이나 경험으로 보아 국제입양분야에서 활동할 자격이 있을 것

3. 제2항에 정한 선언을 하는 계약국은 헤이그국제사법회의 상설사무국에 이들 단체 및 개인의 이름과 주소를 알려주어야 한다.

4. 계약국은 자기 영토에 상거소를 둔 아동의 입양은 중앙당국의 기능이 제1항에 따라 행사된 경우에만 이루어질 수 있다고 이 협약의 수탁자에게 선언할 수 있다.

5. 제2항의 선언에도 불구하고 제15조와 제16조에 정한 보고서는 어떠한 경우에도 중앙당국 또는 제1항에 따른 기관과 단체의 책임 하에 작성되어야 한다.

제5장 입양의 승인과 효과

제23조

1. 입양이 이 협약에 따라 행해졌다고 입양

국의 권한있는 당국에 의해 증명되는 경우에, 그 입양은 법률상 당연히 다른 계약국에서 승인된다. 증명서는 제17조 c의 합의가 언제 그리고 누구에 의해 이루어졌는지를 특정해야 한다.

2. 계약국은 서명·비준·수락·동의나 가입시 그 나라에서 증명을 행할 권한이 있는 당국들의 이름과 기능을 이 협약의 수탁자에게 통지한다. 이 당국들의 지정에 대한 어떠한 변경도 수탁자에게 통고해야 한다.

제24조

계약국은 아동의 최선의 이익을 고려하여 입양이 그 나라의 공서에 명백히 반하는 경우에 한하여 그 입양의 승인을 거절할 수 있다.

제25조

계약국은 제39조 제2항의 합의에 따라 이루어진 입양에 대해서는 이 협약에 기한 승인의무를 지지 않겠다고 이 협약의 수탁자에게 선언할 수 있다.

제26조

1. 입양의 승인은 다음의 승인을 포함한다.

- 아동과 양친 사이에 법적 친자관계,
- 아동에 대한 양친의 부모로서의 책임,
- 입양이 이루어진 나라에서 입양이 아동과 그의 부모 간에 존재하는 기존의 법률관계를 종료시키는 효과를 갖는 경우에는 그 종료

2. 입양이 기존의 법적 친자관계를 종료시키는 효과를 갖는 경우에, 수령국과 입양이 승인된 수령국 이외의 계약국에서 아동은 그 나라에서 이 효과를 갖는 입양에서 나오는 권리와 동등한 권리를 향유한다.

3. 전항의 규정들은 입양을 승인하는 계약국에서 효력이 있는, 아동에게 보다 유리한 규정을 적용하는 것을 방해하지 않는다.

제27조

1. 출신국에서 부여된 입양이 기존의 법적 친자관계를 종료시키는 효과를 갖지 않는 경우에는, 이 협약에 따라 입양을 승인하는 수령국에서는 다음에 해당할 때에 그러한 효과를 갖는 입양으로 전환될 수 있다.

- 수령국의 법이 그것을 인정하고 있는 경우, 그리고

- b. 제4조 c와 d에 언급한 동의가 그러한 목적으로 주어졌거나 주어지는 경우
- 2. 제23조의 규정은 입양의 전환결정에 적용된다.

제6장 일반조항

제28조

이 협약은 자국에 상거소를 둔 아동의 입양은 자국에서 행해져야 한다거나 또는 입양에 앞서 수령국에 아동을 위탁 또는 이동하는 것을 금지하고 있는 출신국의 법에 영향을 미치지 않는다.

제29조

제4조 a에서 c까지 및 제5조 a의 요건이 충족될 때까지는 양친될 자와 아동의 부모 기타 아동을 보호하는 자 사이에 접촉이 있어서는 아니된다. 다만, 입양이 가족 내에서 이루어지거나 또는 그 접촉이 출신국의 권한있는 당국이 정한 조건에 따르고 있는 경우에는 그렇지 않다.

제30조

- 1. 계약국의 권한 있는 당국은 갖고 있는 아동의 출생에 관한 정보, 특히 병력과 그 부모의 신원에 관한 정보를 보존하도록 해야 한다.
- 2. 계약국의 권한있는 당국은 그 나라의 법이 인정하는 경우에는 적절한 지도에 따라 아동 또는 그 대리인이 그 정보에 접근할 수 있도록 해야 한다.

제31조

제30조에 영향을 미치지 아니하고, 이 협약에 따라 수집되거나 전달된 개인정보, 특히 제15조와 제16조에 정한 정보는 수집되거나 전달된 그 목적을 위해서만 사용되어야 한다.

제32조

- 1. 어느 누구도 국제입양에 관한 활동으로부터 부당한 재정적 기타 이득을 얻어서는 아니된다.
- 2. 입양에 관여한 자의 직업상의 합리적 보수를 포함하여 비용과 지출에 대해서만 청구하거나 지불할 수 있다.
- 3. 입양에 관여한 단체의 이사·관리자·직원 은 제공한 서비스에 관련해 부당하게 높은

보수를 받아서는 아니된다.

제33조

어느 권한있는 당국이 이 협약의 어느 조항이 준수되지 않았거나 또는 준수되지 않을 중대한 위험에 있음을 발견하는 경우에는 자기 나라의 중앙당국에 즉시 알려주어야 한다. 이 중앙당국은 적절한 조치를 취해야 할 책임이 있다.

제34조

문서접수국의 권한있는 당국이 요구하는 경우에, 원본과 일치한다는 인증을 받은 번역문이 제공되어야 한다. 달리 정한 바 없으면 그 번역비용은 양친될 자의 부담으로 한다.

제35조

계약국의 권한있는 당국은 입양절차에 있어서 신속하게 행동해야 한다.

제36조

- 입양에 관해 다른 영역단위마다에 적용될 두 개 이상의 법제를 가진 국가에 대해서는
 - a. 그 나라에서의 상거소란 그 나라의 영역 단위에서의 상거소를 말하는 것으로 본다.
 - b. 그 나라에서의 법이란 관련된 영역단위에서 효력을 갖는 법을 말하는 것으로 본다.
 - c. 그 나라의 권한있는 당국 또는 공적 기관이란 관련된 영역단위에서 활동할 자격이 주어진 그러한 기관을 말하는 것으로 본다.
 - d. 그 나라의 인가된 단체란 관련된 영역단위에서 인가된 단체를 말하는 것으로 본다.

제37조

입양에 관해 인적 집단마다 달리 적용될 두 개 이상의 법제를 가진 국가에 대해서는, 그 나라의 법이란 그 나라의 법에 의해 정해진 법체제를 가리키는 것으로 본다.

제38조

입양에 관해 다른 영역단위마다 고유의 법률을 갖는 국가는, 통일된 법제를 갖는 국가가 이 협약을 적용할 의무를 부담하지 않는 경우에는 이 협약을 적용할 의무가 없다.

제39조

- 1. 이 협약의 계약국이 그 당사국이며 동시에 이 협약이 다루고 있는 사항에 관해 규

정을 갖고 있는 국제문서에 이 협약은 영향을 미치지 않는다. 다만, 이 국제문서의 당사국이 반대의 선언을 하고 있는 경우에는 그렇지 않다.

2. 체약국은 서로 이 협약의 적용을 증진시키기 위해 다른 체약국과 합의할 수 있다. 이 합의에서는 제14조에서 제16조까지 그리고 제18조에서 제21조까지만 배제할 수 있다. 그러한 합의를 하는 체약국들은 이 협약의 수탁자에게 그 사본을 송부해야 한다.

제40조

이 협약에 대한 유보는 허용되지 않는다.

제41조

이 협약은, 협약이 수령국과 출신국에서 효력을 발생한 후에 제 14조에 따른 신청이 수리된 모든 경우에 적용된다.

제42조

헤이그 국제사법회의의 사무총장은 이 협약의 실제적 운용상태를 검토하기 위해 특별위원회를 정기적으로 개최한다.

제7장 최종규정

제43조

이하 생략

3. 민사소송법과 민사집행법 관련 조문

민사소송법

제217조(외국재판의 승인) ①외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판(이하 "확정재판등"이라 한다)은 다음 각호의 요건을 모두 갖추어야 승인된다.

1. 대한민국의 법령 또는 조약에 따른 국제재판관할의 원칙상 그 외국법원의 국제재판관할권이 인정될 것
2. 패소한 피고가 소장 또는 이에 준하는 서면 및 기일통지서나 명령을 적법한 방식에 따라 방어에 필요한 시간여유를 두고 송달받았거나(공시송달이나 이와 비슷한 송달에 의한 경우를 제외한다) 송달받지 아니하였더라도 소송에 응하였을 것
3. 그 확정재판등의 내용 및 소송절차에 비추어 그 확정재판등의 승인이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니할 것
4. 상호보증에 있거나 대한민국과 그 외국법원이 속하는 국가에 있어 확정재판등의 승인요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 중요한 점에서 실질적으로 차이가 없을 것

② 법원은 제1항의 요건이 충족되었는지에 관하여 직권으로 조사하여야 한다.

제217조의2(손해배상에 관한 확정재판등의 승인) ① 법원은 손해배상에 관한 확정재판등이 대한민국의 법률 또는 대한민국이 체결한 국제조약의 기본질서에 현저히 반하는 결과를 초래할 경우에는 해당 확정재판등의 전부 또는 일부를 승인할 수 없다.

② 법원은 제1항의 요건을 심리할 때에는 외국법원이 인정한 손해배상의 범위에 변호사보수를 비롯한 소송과 관련된 비용과 경비가 포함되는지와 그 범위를 고려하여야 한다.

민사집행법

제26조(외국재판의 강제집행) ①외국법원

의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판(이하 "확정재판등"이라 한다)에 기초한 강제집행은 대한민국 법원에서 집행판결로 그 강제집행을 허가하여야 할 수 있다.

②집행판결을 청구하는 소(訴)는 채무자의 보통재판적이 있는 곳의 지방법원이 관할하며, 보통재판적이 없는 때에는 민사소송법 제11조의 규정에 따라 채무자에 대한 소를 관할하는 법원이 관할한다.

제27조(집행판결) ①집행판결은 재판의 율고 그릇을 조사하지 아니하고 하여야 한다.

②집행판결을 청구하는 소는 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하면 각하하여야 한다.

1. 외국법원의 확정재판등이 확정된 것을 증명하지 아니한 때
2. 외국법원의 확정재판등이 민사소송법 제217조의 조건을 갖추지 아니한 때

4. 헤이그아동탈취협약과 이행법률

국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한
협약[국문번역 발췌]

이 협약의 서명국들은
아동의 양육에 관한 문제에 있어서 아동의 권
익이 가장 중요함을 굳게 확신하고,
불법한 아동의 이동이나 유치에 의한 유해한
결과로부터 아동을 국제적으로 보호하고, 아동
의 상거소국으로의 신속한 반환을 보장하는 절
차를 수립함과 아울러 면접교섭권의 보호를 확
보할 것을 희망하며,
이를 위한 협약을 체결할 것을 결의하고, 다음
과 같은 규정에 합의하였다.

제1장 협약의 범위

제1조

이 협약의 목적은 다음과 같다.
가. 불법적으로 어느 체약국으로 이동되거나
어느 체약국에 유치되어 있는 아동의 신속한
반환 확보

나. 한쪽 체약국의 법에 따른 양육권 및 면접교
섭권이 다른 나머지 체약국에서 효과적으로 존
중되도록 보장

제2조

체약국은 자국 영토 내에서 협약의 목적 이행
을 확보하기 위한 모든 적절한 조치를 한다. 이
목적에 위하여 체약국은 이용 가능한 가장 신
속한 절차를 이용한다.

제3조

아동의 이동 또는 유치는 다음의 경우에 불법
으로 본다.

가. 이동 또는 유치 직전에 아동이 상거소를 가
지고 있던 국가의 법에 따라 개인, 시설 또는
그 밖의 기관에 단독 또는 공동으로 부여된 양
육권을 침해하고,

나. 이동 또는 유치 당시에 그 양육권이 실제로
단독 또는 공동으로 행사되고 있었거나, 그 이
동 또는 유치가 없었더라면 그렇게 행사되고
있었을 경우

위 가항에서 말하는 양육권은 특히 법의 작용,
또는 사법적 또는 행정적 결정, 또는 해당 국가

의 법에 따라 법적 효력을 가지는 합의에 의하
여 발생할 수 있다.

제4조

이 협약은 양육권 또는 면접교섭권이 침해되기
직전에 체약국에 상거소를 가졌던 모든 아동에
대하여 적용된다. 아동이 16세에 달한 경우에
는 이 협약의 적용이 종료된다.

제5조

이 협약의 목적상
가. '양육권'은 아동의 일신 보호에 관한 권리와
특히 아동의 거소지정권을 포함한다.
나. '면접교섭권'은 일정 기간 동안 아동의 상
거소 이외의 곳으로 아동을 데려갈 권리를 포
함한다.

제2장 중앙당국

제6조

체약국은 협약에 의해 중앙당국에 부과된 의무
를 수행하기 위하여 중앙당국을 지정한다.
연방제국가, 하나를 초과하는 법제를 가진 국
가 또는 자치지역기구를 가진 국가는 하나를
초과하는 중앙당국을 지정하고, 각 중앙당국의
권한이 미치는 지역적 범위를 특정할 자유가
있다. 하나를 초과하는 중앙당국을 지정한 국
가는 신청이 그 국가의 해당 중앙당국에 전달
되도록 하기 위해 신청을 접수하는 중앙당국을
지정한다.

제7조

중앙당국은 아동의 신속한 반환을 확보하고 이
협약의 다른 목적을 달성하기 위하여 서로 협
력하며 각 국 내의 권한 있는 당국들 간의 협력을
촉진한다.

특히, 중앙당국은 직접 또는 중개기관을 통하
여 다음 사항을 위해 모든 적절한 조치를 한다.

가. 불법적으로 이동되거나 유치된 아동의 소
재 파악

나. 임시조치를 하거나 이를 하게 함으로써 아
동에 대한 추가적 해나 이해당사자에 대한 불
이익 방지

다. 아동의 자발적 반환 확보 또는 문제의 우호
적 해결 도모

라. 바람직한 경우, 아동의 사회적 배경에 관한
정보 교환

- 마. 협약의 적용과 관련한 자국법의 일반적 성격에 대한 정보 제공
- 바. 아동의 반환을 실현하기 위한 사법적 또는 행정적 절차의 개시 또는 촉진, 그리고 적절한 경우, 면접교섭권의 효과적 행사의 추진 또는 확보 조치
- 사. 상황에 따라 필요한 경우 변호사 및 법률조언자의 참여를 포함하여 법률구조 및 법적 조언의 제공 또는 그 제공의 촉진
- 아. 아동의 안전한 반환을 확보하기 위하여 필요하고 적절한 행정적 조치 제공
- 자. 이 협약의 운용에 관한 정보 상호 교환 및 가능한 한 협약 적용상의 모든 장애 제거

제3장 아동의 반환

제8조

양육권이 침해되어 아동이 이동되거나 유치되었다고 주장하는 모든 개인, 시설 또는 그 밖의 기관은 아동의 상거소국의 중앙당국 또는 그 밖의 모든 체약국의 중앙당국에 대하여 아동의 반환을 확보하기 위한 지원을 신청할 수 있다. 신청서에는 다음을 포함한다.

- 가. 신청인, 아동 및 아동을 이동시키거나 유치하고 있는 것으로 주장되는 사람의 신원에 관한 정보
- 나. 가능한 경우, 아동의 생년월일
- 다. 신청인의 아동반환 청구의 근거
- 라. 아동의 소재 및 아동과 함께 있다고 추정되는 사람의 신원에 관하여 입수 가능한 모든 정보
- 신청서에 다음을 첨부하거나, 다음에 의해 신청서를 보완할 수 있다.
- 마. 모든 관련 결정 또는 합의의 인증등본
- 바. 아동의 상거소국의 중앙당국이나 그 밖의 권한 있는 당국 또는 자격 있는 자가 발급한 그 국가의 관련 법에 관한 증명서 또는 선서진술서
- 사. 그 밖의 모든 관련 서류

제9조

제8조에 규정된 신청서를 접수한 중앙당국은 아동이 다른 체약국에 소재한다고 믿을 만한 이유가 있는 경우에는 그 신청을 직접 그리고 지체 없이 그 체약국의 중앙당국에 전달하고,

촉탁 중앙당국 또는 경우에 따라서는 신청인에게 그 사실을 통지한다.

제10조

아동소재국의 중앙당국은 아동의 자발적 반환을 실현하기 위하여 모든 적절한 조치를 하거나 그러한 조치가 이루어질 수 있도록 한다.

제11조

체약국의 사법 또는 행정 당국은 아동의 반환을 위한 절차에 있어서 신속하게 행동한다. 관련 사법 또는 행정 당국이 절차개시일로부터 6주 이내에 결정에 이르지 못한 경우, 신청인 또는 수탁국의 중앙당국은 직권으로 또는 촉탁국 중앙당국의 신청에 따라 지연이유에 관한 설명을 요청할 권리를 가진다. 수탁국의 중앙당국이 회답을 받은 경우, 그 중앙당국은 촉탁국의 중앙당국 또는 경우에 따라서는 신청인에게 그 회답을 전달한다.

제12조

아동이 제3조상의 불법한 이동 또는 유치를 당했고, 아동이 소재하는 체약국의 사법 또는 행정 당국에서의 절차개시일에 그러한 불법한 이동 또는 유치일로부터 1년이 경과하지 아니한 경우, 그 관련 당국은 즉시 아동의 반환을 명한다.

이전 문단에 규정된 1년의 기간이 경과한 후에 절차가 개시된 경우라도 사법 또는 행정 당국은 아동이 현재 새로운 환경에 적응하였다고 증명되지 않는 한 아동의 반환을 역시 명한다. 수탁국의 사법 또는 행정 당국은 아동이 다른 국가로 탈취되었다고 믿을 만한 이유가 있는 경우에는 그 절차를 중지하거나 아동반환 신청을 기각할 수 있다.

제13조

전조의 규정에도 불구하고, 아동의 반환에 이의를 제기하는 개인, 시설 또는 그 밖의 기관이 다음을 입증하는 경우 수탁국의 사법 또는 행정 당국은 아동의 반환을 명할 의무를 지지 아니한다.

- 가. 아동의 일신보호를 하는 개인, 시설 또는 그 밖의 기관이 이동 또는 유치 당시에 실제로 양육권을 행사하지 않았거나, 이동 또는 유치에 동의하거나 추인함 또는
- 나. 아동의 반환으로 인하여 아동이 육체적 또는 정신적 위해에 노출되거나 그밖에 견디기

힘든 상황에 처하게 될 중대한 위험이 있음
사법 또는 행정 당국은 아동이 반환에 이의를 제기하고 있고 아동의 의견을 고려하는 것이 적절할 정도의 연령과 성숙도에 이르렀다고 인정되는 경우에도 아동 반환명령을 거부할 수 있다.

이 조가 규정하는 상황을 판단함에 있어서 사법 및 행정 당국은 아동의 상거소의 중앙당국이나 그 밖의 권한 있는 당국에 의해 제공된 아동의 사회적 배경에 관한 정보를 고려한다.

제14조

제3조에서 의미하는 불법한 이동 또는 유치가 있었는지 여부를 확인함에 있어, 수탁국의 사법 또는 행정 당국은 아동의 상거소국의 법 및 사법적 또는 행정적 결정이 아동의 상거소국에서 정식으로 승인되었는지 여부를 불문하고 다른 경우라면 적용되었을 그 법의 증명 또는 외국결정의 승인을 위한 특별절차를 거치지 아니하고 이를 곧바로 인정할 수 있다.

제15조

체약국의 사법 또는 행정 당국은 아동의 반환을 명하기 전에 그 이동 또는 유치가 협약 제3조에서 의미하는 불법이라는 취지의 결정이나 그 밖의 확인을 아동의 상거소국에서 받을 수 있는 경우에는 신청인에 대하여 그 국가의 당국으로부터 그러한 결정 또는 그 밖의 확인을 구하도록 요청할 수 있다. 체약국의 중앙당국은 신청인이 그러한 결정 또는 확인을 취득하도록 가능한 한 실질적인 지원을 한다.

제16조

제3조에서 의미하는 아동의 불법한 이동 또는 유치의 통지를 받은 후, 아동이 이동되거나 유치되어 있는 체약국의 사법 또는 행정 당국은, 이 협약에 따라 아동이 반환되지 않음을 결정할 때까지 또는 이 협약에 따른 신청이 그 통지를 수령한 후 합리적인 기간 내에 제출되지 않은 것이 아닌 한, 양육권의 본안에 관하여 결정하지 아니한다.

제17조

수탁국에서 양육에 관한 결정이 내려졌거나 승인받을 수 있다는 사실만으로는 이 협약에 따른 아동의 반환을 거부할 사유가 되지 아니한다. 그러나 수탁국의 사법 또는 행정 당국은 이 협약을 적용함에 있어서 그 결정의 이유를 고

려할 수 있다.

제18조

이 장의 규정은 어떠한 경우에도 아동의 반환을 명할 수 있는 사법 또는 행정 당국의 권한을 제한하지 아니한다.

제19조

이 협약에 따른 아동의 반환에 관한 결정은 어떠한 양육문제의 본안에 관한 판단으로도 이해되지 아니한다.

제20조

인권 및 기본적 자유 보호에 관한 수탁국의 기본원칙에 의해 허용되지 않는 경우에는 제12조의 규정에 의한 아동의 반환은 거부될 수 있다.

제4장 면접교섭권

제21조

면접교섭권의 효과적 행사를 추진하거나 확보하기 위한 조치를 구하는 신청은 아동 반환 신청과 동일한 방식으로 체약국의 중앙당국에 제출할 수 있다.

중앙당국은 면접교섭권의 평화로운 향유 및 그 권리행사를 위한 모든 조건의 충족을 촉진하기 위하여 제7조에 규정된 협력의무를 진다. 중앙당국은 가능한 한 그러한 권리 행사에 대한 모든 장애를 제거하기 위하여 조치한다.

중앙당국은, 직접 또는 중개기관을 통하여, 이러한 권리들을 체계화하거나 보호하고 그 권리행사를 위한 조건의 준수를 확보하기 위하여 절차의 수행을 개시하거나 지원할 수 있다.

제5장 일반 규정

제22조

이 협약의 적용범위에 속하는 사법적 또는 행정적 절차상의 비용과 지출의 지급보증을 위해 그 명칭을 불문하고 어떠한 담보, 보증 또는 예치금도 요구되지 아니한다.

제23조

이 협약과 관련하여 인증이나 이와 유사한 어떠한 형식도 요구될 수 없다.

제24조

수탁국의 중앙당국에 송부되는 모든 신청서, 통지, 그 밖의 서류는 자국의 언어로 작성하고, 수탁국의 공용어 또는 공용어 중의 하나로 된

번역문을 첨부하거나 그 번역이 곤란한 경우에는 프랑스어나 영어로 된 번역문을 첨부한다. 다만, 체약국은 제42조에 따른 유보를 함으로써 그 중앙당국에 송부되는 모든 신청서, 통지, 그 밖의 서류에 프랑스어 및 영어 모두는 아니 되지만 그 중 어느 하나를 사용하는 것은 거부할 수 있다.

제25조

체약국의 국민 및 체약국에 상거소를 가지는 사람은 이 협약의 적용에 관한 사항에 있어서 다른 모든 체약국에서 그 국가의 국민이고 그곳에 상거소를 가지는 사람과 동일한 조건으로 법률구조 및 법적 조언을 받을 권리를 가진다.

제26조

각 중앙당국은 이 협약을 적용함에 있어 비용을 각자 부담한다.

체약국의 중앙당국 및 그 밖의 공공 기관은 이 협약에 따라 제기된 신청과 관련하여 어떠한 수수료도 부과하지 아니한다. 특히, 절차 또는 적절한 경우 변호사나 법률 조언자의 참여로 발생하는 비용 및 지출에 대해 신청인으로부터의 어떠한 지불도 요구할 수 없다. 다만, 아동의 반환을 실시하기 위하여 발생하였거나 발생할 경비에 대한 지불을 요구할 수 있다.

그러나 체약국은 제42조에 따른 유보를 함으로써 자국의 법률구조 및 법적 조언에 관한 제도에 의해 지불할 수 있는 한도 외에는 이전 문단에 규정된 변호사 또는 법률 조언자 참가비용 또는 재판절차 비용을 부담해야할 의무에 구속되지 않음을 선언할 수 있다.

이 협약에 의하여 아동의 반환을 명하거나 면접교섭권에 관한 명령을 발함에 있어 사법 또는 행정 당국은 적절한 경우, 아동을 이동하거나 유치한 자 또는 면접교섭권의 행사를 방해한 자에게 여행비용, 아동의 소재를 파악하는데 발생한 비용 또는 지급된 비용, 신청인의 변호사 비용 및 아동반환비용을 포함하여 신청인에 의하여 또는 신청인을 위하여 발생한 필요비용의 지급을 명할 수 있다.

제27조 내지 제33조 (생략)

제34조

이 협약의 적용범위에 속하는 사항에 있어서 이 협약과 「미성년자의 보호에 관한 당국의 관할권 및 준거법에 관한 1961년 10월 5일 협약

」의 양 협약에 둘 다 가입된 당사국간에는 이 협약이 우선한다. 그 밖에 이 협약은 불법적으로 이동되거나 유치된 아동의 반환 또는 면접교섭권의 실시를 위하여 문제발생국과 수탁국간의 유효한 국제 법률문서 또는 수탁국의 그 밖의 법률의 적용을 제한하지 아니한다.

제35조 내지 제45조 (생략)

유보

협약 제42조 및 제24조에 따라 대한민국은 대한민국의 중앙당국에 송부되는 모든 신청서, 통지, 기타 서류에 프랑스어를 사용하는 것을 거부한다.

협약 제42조 및 제26조에 따라 대한민국은 대한민국의 법률구조 및 법적 조언에 관한 제도에 의해 책임지는 한도 이외에는 제26조 두 번째 문단에 규정된 변호사 또는 법률 조언자 참가비용 또는 재판절차 비용을 부담해야할 의무에 구속되지 않음을 선언한다.

헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률

제1장 총 칙

제1조(목적) 이 법은 대한민국 정부가 「국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약」을 이행하는 데 필요한 사항을 규정함으로써 탈취된 아동의 신속한 반환 등을 통하여 아동의 권익 보호에 이바지함을 목적으로 한다.

제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “아동”이란 「국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약」(이하 “협약”이라 한다) 제4조에 따라 협약의 적용을 받는 16세 미만인 사람을 말한다.

2. “중앙당국”이란 협약 제6조에 따라 지정되어 협약에 따른 아동반환 지원 등의 역할을 수행하는 각 체약국의 국가기관을 말한다.

② 제1항에서 정의한 것 외에 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 협약에서 정하는 바에 따른다.

제3조(국가기관 등의 신속한 처리 의무) 이 법에 따라 아동반환 절차 등에 관여하는 국가기관 등은 아동의 복리를 최우선으로 고려하여 협약과 이 법에 따른 아동반환 및 면접교섭권에 관한 사건을 신속하게 처리하여야 한다.

제4조(중앙당국의 지정) 대한민국의 중앙당국은 법무부장관으로 한다.

제2장 아동반환 지원 절차 등

제5조(대한민국으로 탈취된 아동의 반환 지원 등 신청) ① 대한민국으로의 불법적인 이동 또는 유치(留置)로 인하여 협약에 따른 양육권이 침해된 자, 또는 협약에 따른 면접교섭권이 침해된 자는 법무부장관에게 협약에서 규정하는 아동의 반환을 확보하기 위한 다음 각 호의 지원 등을 신청할 수 있다.

1. 아동의 소재 발견
2. 협약의 적용과 관련한 국내 법률의 일반적 정보 제공
3. 그 밖에 협약에서 규정한 지원

② 법무부장관은 협약에 따른 요건이 충족되지 아니하거나 신청에 충분한 근거가 없음이 명백

한 경우에는 협약 제27조에 따라 제1항의 신청을 수리하지 아니할 수 있다.

제6조(분쟁의 우호적 해결 등) 제5조 제1항의 신청을 받은 법무부장관은 아동탈취 등과 관련된 분쟁의 우호적 해결 또는 아동의 자발적 반환을 위하여 협약에서 정하는 바에 따라 필요한 조치를 할 수 있다.

제7조(아동의 불법적인 이동 또는 유치 사실의 통지) ① 법무부장관 또는 양육권 침해를 이유로 제5조 제1항의 신청을 한 자는 협약 제16조에 따른 본안 재판 중지를 위하여 대법원규칙으로 정하는 관할법원에 아동의 불법적인 이동 또는 유치 사실을 통지할 수 있다.

② 제1항에 따른 통지 또는 제12조 제1항에 따른 청구가 있는 경우 법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하지 아니하는 한 협약 제16조에 따라 본안 재판을 중지한다.

1. 제12조 제1항에 따른 청구가 받아들여지지 아니한 경우

2. 제1항에 따른 통지를 받은 후 상당한 기간 내에 제12조 제1항에 따른 청구가 접수되지 아니한 경우

제8조(다른 체약국으로 탈취된 아동의 반환 신청 등 지원) 법무부장관은 다른 체약국으로의 불법적인 이동 또는 유치로 인하여 협약에 따른 양육권이 침해된 자, 또는 협약에 따른 면접교섭권이 침해된 자가 아동반환 지원 신청 등을 하는 경우에 아동 소재국 중앙당국으로의 지원 신청서 전달 등 협약에서 정한 범위에서 그에 필요한 지원을 할 수 있다.

제9조(관계 기관에 대한 협조요청) 법무부장관은 제5조 제1항의 신청에 따른 지원, 제8조에 따른 지원 등 협약의 이행을 위하여 필요하면 관계 중앙행정기관, 지방자치단체, 공공기관(「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관을 말한다) 또는 법원행정처의 장에게 아동의 출입국과 소재, 사회적 배경 등 아동 관련 자료 또는 정보의 제공, 그 밖에 협약 제7조에 따른 중앙당국의 역할을 수행하는 데 필요한 협조를 요청할 수 있다. 이 경우 그 요청을 받은 기관의 장은 특별한 사정이 없으면 그 요청에 따라야 한다.

제10조(통계수집·홍보 등) 법무부장관은 아동탈취의 효율적인 예방과 탈취된 아동의 신속

한 반환 등을 위하여 다음 각 호의 사업을 수행할 수 있다.

- 1. 협약에 따라 처리하는 사건의 통계수집
- 2. 인터넷·신문·방송, 그 밖의 언론 매체를 통한 국내외 홍보
- 3. 아동탈취 예방 및 탈취된 아동의 신속한 반환 등을 위한 연구·조사
- 4. 각 계약국 중앙당국과의 교류
- 5. 아동탈취 반환 등 관련 업무 담당자의 교육·훈련

제3장 재판절차

제11조(관할) 협약에 따른 아동반환사건은 서울가정법원의 전속 관할로 한다.

제12조(청구권자 등) ① 아동의 대한민국으로의 불법적인 이동 또는 유치로 인하여 협약에 따른 양육권이 침해된 자는 관할법원에 아동의 반환을 청구할 수 있다.

② 제1항에 따른 아동반환 청구에 관하여는 협약, 이 법 및 대법원규칙으로 정한 사항을 제외하고는 「가사소송법」에 따른 마류(類) 가사비송사건에 관한 규정을 준용한다.

③ 법원은 제1항의 청구 사건에 관하여 아동의 권익 보호 또는 아동의 추가적인 탈취나 은닉을 예방하기 위하여 「가사소송법」 제62조에 따른 사전처분 또는 같은 법 제63조에 따른 가처분을 할 수 있다.

④ 법원은 아동의 불법적인 이동 또는 유치로 인하여 협약에 따른 양육권이 침해된 경우에도 협약에서 정하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 제1항에 따른 반환 청구를 기각할 수 있다.

- 1. 아동의 불법적인 이동 또는 유치일부터 1년이 경과하였고, 아동이 이미 새로운 환경에 적응하였다는 사실
- 2. 아동을 보호하는 자가 아동의 이동 또는 유치 당시에 실제로 양육권을 행사하지 아니하였거나 이동 또는 유치에 동의하거나 추인한 사실
- 3. 아동의 반환으로 인하여 아동이 육체적 또는 정신적 위해(危害)에 노출되거나 그 밖에 건디기 힘든 상황에 처하게 될 중대한 위험이 있는 사실

4. 아동이 반환에 이의를 제기하고, 아동의 의견을 고려하는 것이 적절할 정도의 연령과 성숙도에 이르렀다고 인정되는 사실

5. 아동의 반환이 대한민국의 인권 및 기본적인 자유 보호에 관한 기본원칙에 의하여 허용되지 아니한다는 사실

⑤ 법원은 제1항에 따른 사건의 심급별 재판 결과를 지체 없이 법무부장관에게 서면으로 알려야 한다.

⑥ 제1항의 청구 사건에 대한 재판과 조정의 절차에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

제13조(이행명령 등) ① 법원은 심판, 조정조서 및 조정을 갈음하는 결정에 의하여 협약에 따른 아동의 반환을 이행하여야 할 자가 정당한 이유 없이 그 의무를 이행하지 아니하는 경우에는 일정한 기간 내에 그 의무를 이행할 것을 명할 수 있다.

② 법원은 제1항에 따른 이행명령을 받고도 정당한 이유 없이 그 명령을 위반한 자에게는 1천만원 이하의 과태료를 부과할 수 있다.

③ 법원은 제1항에 따른 이행명령을 받은 자가 제2항에 따른 제재를 받고도 30일 이내에 정당한 이유 없이 그 의무를 이행하지 아니한 경우 그 의무를 이행할 때까지 30일의 범위에서 감치(監置)를 명할 수 있다.

④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 이행명령, 과태료 부과 및 감치 명령의 방식, 절차 등에 관하여는 「가사소송법」 제64조, 제67조 제1항 및 제68조를 준용한다.

제14조(지연이유의 고지) 법원은 아동반환에 관한 사건의 심판 청구일 또는 조정 신청일부터 6주 이내에 결정에 이르지 못한 경우에는 청구인 또는 법무부장관의 신청에 따라 그 지연이유를 서면으로 알려야 한다.

제4장 보 칙

제15조(소송비용) 국가는 「법률구조법」에 따른 법률구조 등 법령에 따른 법률구조의 적용 대상이 되는 경우를 제외하고는 변호사비용 등 소송비용의 지급의무를 부담하지 아니한다.

제16조(번역문) 이 법에 따라 법무부장관에게 제출하는 서류 중 영어 외의 외국어로 작성된

서류는 한국어 번역문을 첨부하여야 한다. 다만, 한국어로 번역이 곤란한 특별한 사정이 있는 경우에는 영어로 된 번역문을 첨부할 수 있다.

제17조(신청 등의 처리절차) 협약의 이행을 위하여 이 법에서 규정한 사항 외에 아동반환 지원 신청 등의 절차, 그 밖에 법무부장관의 업무 처리 절차에 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

5. 민법 이혼 관련 조문

제5절 이혼

제1관 협의상 이혼

제834조(협의상 이혼) 부부는 협의에 의하여 이혼할 수 있다.

제835조(성년후견과 협의상 이혼) 피성년후견인의 협의상 이혼에 관하여는 제808조 제2항을 준용한다.

제836조(이혼의 성립과 신고방식) ① 협의상 이혼은 가정법원의 확인을 받아 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」의 정한 바에 의하여 신고함으로써 그 효력이 생긴다.

② 전항의 신고는 당사자 쌍방과 성년자인 증인 2인의 연서한 서면으로 하여야 한다.

제836조의2(이혼의 절차) ① 협의상 이혼을 하려는 자는 가정법원이 제공하는 이혼에 관한 안내를 받아야 하고, 가정법원은 필요한 경우 당사자에게 상담에 관하여 전문적인 지식과 경험을 갖춘 전문상담인의 상담을 받을 것을 권고할 수 있다.

② 가정법원에 이혼의사의 확인을 신청한 당사자는 제1항의 안내를 받은 날부터 다음 각 호의 기간이 지난 후에 이혼의사의 확인을 받을 수 있다.

- 1. 양육하여야 할 자(포태 중인 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)가 있는 경우에는 3개월

2. 제1호에 해당하지 아니하는 경우에는 1개월

③ 가정법원은 폭력으로 인하여 당사자 일방에게 참을 수 없는 고통이 예상되는 등 이혼을 하여야 할 급박한 사정이 있는 경우에는 제2항의 기간을 단축 또는 면제할 수 있다.

④ 양육하여야 할 자가 있는 경우 당사자는 제837조에 따른 자(子)의 양육과 제909조 제4항에 따른 자(子)의 친권자결정에 관한 협의서 또는 제837조 및 제909조제4항에 따른 가정법원의 심판정본을 제출하여야 한다.

⑤ 가정법원은 당사자가 협의한 양육비부담에 관한 내용을 확인하는 양육비부담조서를 작성하여야 한다. 이 경우 양육비부담조서

의 효력에 대하여는 「가사소송법」 제41조를 준용한다.

제837조(이혼과 자의 양육책임) ① 당사자는 그 자의 양육에 관한 사항을 협의에 의하여 정한다.

② 제1항의 협의는 다음의 사항을 포함하여야 한다.

- 1. 양육자의 결정
- 2. 양육비용의 부담
- 3. 면접교섭권의 행사 여부 및 그 방법

③ 제1항에 따른 협의가 자(子)의 복리에 반하는 경우에는 가정법원은 보정을 명하거나 직권으로 그 자(子)의 의사(意思)·연령과 부모의 재산상황, 그 밖의 사정을 참작하여 양육에 필요한 사항을 정한다.

④ 양육에 관한 사항의 협의가 이루어지지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 직권으로 또는 당사자의 청구에 따라 이에 관하여 결정한다. 이 경우 가정법원은 제3항의 사정을 참작하여야 한다.

⑤ 가정법원은 자(子)의 복리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 부·모·자(子) 및 검사의 청구 또는 직권으로 자(子)의 양육에 관한 사항을 변경하거나 다른 적당한 처분을 할 수 있다.

⑥ 제3항부터 제5항까지의 규정은 양육에 관한 사항 외에는 부모의 권리의무에 변경을 가져오지 아니한다.

제837조의2(면접교섭권) ① 자(子)를 직접 양육하지 아니하는 부모의 일방과 자(子)는 상호 면접교섭할 수 있는 권리를 가진다.

② 자(子)를 직접 양육하지 아니하는 부모 일방의 직계존속은 그 부모 일방이 사망하였거나 질병, 외국거주, 그 밖에 불가피한 사정으로 자(子)를 면접교섭할 수 없는 경우 가정법원에 자(子)와의 면접교섭을 청구할 수 있다. 이 경우 가정법원은 자(子)의 의사(意思), 면접교섭을 청구한 사람과 자(子)의 관계, 청구의 동기, 그 밖의 사정을 참작하여야 한다.

③ 가정법원은 자의 복리를 위하여 필요할 때에는 당사자의 청구 또는 직권에 의하여 면접교섭을 제한·배제·변경할 수 있다.

제838조(사기, 강박으로 인한 이혼의 취소

청구권) 사기 또는 강박으로 인하여 이혼의 의사표시를 한 자는 그 취소를 가정법원에 청구할 수 있다.

제839조(준용규정) 제823조의 규정은 협의상 이혼에 준용한다.

제839조의2(재산분할청구권) ① 협의상 이혼한 자의 일방은 다른 일방에 대하여 재산분할을 청구할 수 있다.

② 제1항의 재산분할에 관하여 협의가 되지 아니하거나 협의할 수 없는 때에는 가정법원은 당사자의 청구에 의하여 당사자 쌍방의 협력으로 이룩한 재산의 액수 기타 사정을 참작하여 분할의 액수와 방법을 정한다.

③ 제1항의 재산분할청구권은 이혼한 날부터 2년을 경과한 때에는 소멸한다.

제839조의3(재산분할청구권 보전을 위한 사해행위취소권) ① 부부의 일방이 다른 일방의 재산분할청구권 행사를 해함을 알면서도 재산권을 목적으로 하는 법률행위를 한 때에는 다른 일방은 제406조제1항을 준용하여 그 취소 및 원상회복을 가정법원에 청구할 수 있다.

② 제1항의 소는 제406조제2항의 기간 내에 제기하여야 한다.

제2관 재판상 이혼

제840조(재판상 이혼원인) 부부의 일방은 다음 각호의 사유가 있는 경우에는 가정법원에 이혼을 청구할 수 있다.

1. 배우자에 부정한 행위가 있었을 때
2. 배우자가 악의로 다른 일방을 유기한 때
3. 배우자 또는 그 직계존속으로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때
4. 자기의 직계존속이 배우자로부터 심히 부당한 대우를 받았을 때
5. 배우자의 생사가 3년 이상 분명하지 아니한 때
6. 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 있을 때

제841조(부정으로 인한 이혼청구권의 소멸) 전조제1호의 사유는 다른 일방이 사전 동의나 사후 용서를 한 때 또는 이를 안 날로부터 6월, 그 사유있는 날로부터 2년을

경과한 때에는 이혼을 청구하지 못한다.

제842조(기타 원인으로 인한 이혼청구권의 소멸) 제840조제6호의 사유는 다른 일방이 이를 안 날로부터 6월, 그 사유있는 날로부터 2년을 경과하면 이혼을 청구하지 못한다.

제843조(준용규정) 재판상 이혼에 따른 손해배상책임에 관하여는 제806조를 준용하고, 재판상 이혼에 따른 자녀의 양육책임 등에 관하여는 제837조를 준용하며, 재판상 이혼에 따른 면접교섭권에 관하여는 제837조의2를 준용하고, 재판상 이혼에 따른 재산분할청구권에 관하여는 제839조의2를 준용하며, 재판상 이혼에 따른 재산분할청구권 보전을 위한 사해행위취소권에 관하여는 제839조의3을 준용한다.

Memo

