

# 가정위탁 제도의 다면적 법률관계 검토\*

차 선 자\*\*

## 차 례

- I. 들어가며
- II. 위탁부모의 자격
  - 1. 친족에 의한 위탁양육
  - 2. 제3자에 일반 위탁 양육
- III. 아동의 위탁배치와 관련 기관의 책임
  - 1. 가정위탁배치 과정에 법원의 역할
  - 2. 위탁기관과 위탁 부모의 아동보호 책임
  - 3. 『가정위탁보호지원법(안)』에 따른 위탁 기관의 책임
- IV. 위탁 부모의 권한과 위탁아동의 원 가정 복귀
  - 1. 위탁 가정의 가족에의 권리와 양육권 귀속
  - 2. 위탁 아동의 원 가정 복귀
  - 3. 『가정위탁보호지원법(안)』에 따른 위탁 부모의 권한
- V. 나가며

\* 이 논문은 2012년도 전남대학교 연구년교수연구비 지원에 의하여 연구되었음

\*\* 전남대학교 법학전문 대학원 부교수

접수일자 : 2013. 10. 21. / 심사일자 : 2013. 11. 30. / 게재확정일자 : 2013. 12. 10.

## I. 들어가며

서구사회에서는 산업혁명 시기와 19세기를 거치면서 아동 양육에 대하여 국가가 개입할 수 있다는 사고가 정착되었다.<sup>1)</sup> 우리 전통사회에서는 종법제의 영향으로 친족 공동체가 상당부분 이러한 역할을 하였고, 국가의 개입은 친족집단에 의해서 유기아의 구제 및 사역수양 등의 제도를 통하여 해결되지 않는 경우에 제한적으로 이루어진 것으로 보인다.<sup>2)</sup>

또한 알려진 바와 같이 우리나라의 입양은 상당 기간 동안 국외입양이 대부분을 차지하였다. 최근에는 비로소 국내입양 아동의 숫자가 국외입양을 초과하였지만, 유기아의 국내 입양은 아동의 연령, 성별 및 장애 여부에 따라 매우 큰 편차를 보이고 있다.<sup>3)</sup> 이러한 현실을 고려할 때, 친부모

- 1) 아동의 양육에 대한 국가의 개입의 원칙은 시대별로 다양한 이념적 변화와 흐름을 같이 한다. 18세기 가부장적 가족주의에서 아동은 가부장 남성에게 귀속된 존재에 불과하기 때문에 아동과 청소년에 대한 국가 차원의 정책이 필요하다는 개념은 존재하지 않았다. 이 시기 아동에 대한 국가의 역할은 매우 제한적이었고 부모와 자녀 관계는 신성함이 강조되었기 때문에 아동보호에 대한 책임은 부모에게 귀속되어 국가는 부모의 양육자로서 권리에 개입하지 말아야 한다고 보았다. 그러나 산업혁명 이후 아동에 대한 노동착취가 문제시되면서 국가의 가족에 대한 통제가 엄격하게 되었고 빈민법 및 아동보호법 등이 제정되기 시작하였다. 19세기 후반 미국에서는 산업화 이후 전문화된 노동력의 필요성이 증가하면서 아동노동의 필요성이 감소하였고 아동의 출생률 또한 감소하기 시작하면서 아동에 대한 국가의 보호 (parens patriae) 사상이 정착하게 되었다. 이에 의하여 부모의 보호가 부적절한 경우 국가가 개입하여 아동에게 새로운 영구적 가정환경을 제공하는 것이 가능하게 되었다. 그러나 20세기가 되면서 아동보호는 국가의 직접적 개입만이 아니라 가족을 지지함으로써 아동이 보호되는 방향으로 전환되었고, 이러한 이념을 지지하는 정책으로 보편적인 아동수당제도의 도입이 서부 유럽을 중심으로 도입되었다. 최근에는 1983년 아동권리협약이 채택됨에 따라 국가의 역할이 아동과 청소년의 인권을 강조하는 방향에서 요구되고 있다. 송주미, “아동과 청소년의 권리보호를 위한 국가이념의 방향과 과제,- 역사적 고찰을 중심으로 -”, 『청소년학연구』제10권 제2호, 한국청소년학회, 2003, 175~184쪽 참조.
- 2) 이미 고려시대부터 3세 전 유기아는 입양하여 입양부모의 성을 사용할 수 있도록 허용해 왔으며, 조선시대 세종조에 이르러서는 유기아가 발생한 경우, 구제를 위하여 자식으로 하기 위한 목적에서가 아니라 노비로 하기 위한 사역수양 (使役收養)이 허용되었고 사역하려는 자가 없는 경우 제생원에서 구호하여 기르도록 하라는 취지의 기록을 찾을 수 있으며 이는 중종조와 명종조에도 나타난다. 차선자, “아동복지를 위한 입양법의 제언”, 『강원법학』제35권, 강원대학교 법학연구소, 2012, 6-13쪽.
- 3) 2005년 상반기 국내입양은 754명, 해외입양은 1,294명으로 전체 입양 사례에서 국내 입양의 비율은 36.8%에 불과하였다. 물론, 2007년에는 국내입양 1,388명, 해외입양 1264명으로 국내입양 수가 해외입양 수를 앞지르게 되었다. 그럼에도 불구하고 2010

로부터 직접 양육되지 못하는 아동의 양육을 입양을 통하여 해결하는 것은 한계가 있다.

그동안 친부모가 양육하지 않고 입양가정을 찾지 못한 상당수의 아동은 시설에서 성장하는 것이 일반적인 방법이었다.<sup>4)</sup> 국내 입양되는 아동의 수가 상당히 소수였음을 고려하면 시설에서 담당하는 공적 양육의 비중은 상당히 높았다고 할 수 있을 것이다. 그러나 세계적인 경향은 친부모에 의한 양육이 어려운 아동을 대규모의 시설 보다는 개별 가정에서 위탁양육이 이루어지도록 하는 것이 일반적이다<sup>5)</sup>. 우리나라는 1960년 초 해외입양이 활발히 되면서 입양대상 아동을 일시동안 가정에서 위탁 양육하는 민간 가정위탁제도가 실시되었고, 1988년부터는 정부가 개입하여 인천과 광주에 시범 사업을 실시한 것이 공적 양육의 방식으로서 가정위탁 제도의 출발이었다. 정부는 2003년부터 이미 일부 민간단체에 의해 실시되어 온 가정위탁보호를 제도적으로 뒷받침하고, 가정위탁 지원센터를

---

년 기준으로 우리는 중국, 과테말라, 러시아, 에티오피아에 이어 5번째로 다수의 자국민 아동을 해외로 입양 보내는 국가이며, 특히 장애가 있는 아동의 경우 최근 7년간 장애아동의 국외입양은 3525명으로 국내입양 171명 보다 무려 20.6배나 높게 나타났다.

- 4) 최근에는 생활시설에 배치되는 경우가 상대적으로 줄었다고 하지만 보건복지부 조사에 의하면 2008년 요보호 아동 9,034명 중 시설보호 아동은 4,366명으로 48.6%를 차지하였고, 가정보호는 4,668명으로 51.4%였다. 가정보호에는 위탁보호가 34.3%, 입양 13.9% 및 소년소녀가정 3.2%로 구성되었다. 보건복지가족부, 아동청소년복지시설의 개선 방안, 2009, 1쪽.
- 5) 미국의 경우 19세기 초부터 대규모 시설에 수용되어 있는 아동에 대한 구제 방법으로 가정위탁이 도입되었다. 도입 초기에는 사후관리 없이 아동을 필요로 하는 가정에 배치하는 서비스가 전부였으나 보스톤 아동구호협회(Boston Children's Aid Society)의 책임자였던 찰스 버트웰(Charles Birtwell)가 아동을 위탁 배치할 때, 아동의 욕구, 위탁가정의 환경조사, 사후관리, 아동과 부모의 재결합 등을 고려하여 아동을 위탁하도록 하여야 한다고 강조함으로써 현대적 의미의 가정위탁제도가 도입되었다. 허남순, “가정위탁양육 관계법의 개정”, 『한국아동복지학』 제7호, 한국아동복지학회, 1998, 160-161쪽; 영국은 19세기 이후에 요보호 아동을 빈민이나 부랑인 시설에서 분리하여 따로 수용하기 시작하면서 아동을 위한 집단 홈, 주거 홈 같은 것이 발전하면서 가정위탁이 도입되었다. 현대적 의미의 가정위탁제도는 1948년 아동법(The Children Act)의 기초가 된 커티스위원회(the Curtis Committee)보고서에서 요보호 아동을 위한 서비스로서 가정위탁보호가 시설보호보다 우월하다는 주장을 근거로 아동법이 이러한 주장을 수용하면서 시작되었다. 이에 따라 요보호 아동은 정부의 책임으로 시설보호보다는 지역 사회에서 가정 내 위탁보호가 제공되도록 하였고 아동들은 대규모시설에서 퇴소하여 위탁가정에 배치되었다. 허남순, “가정위탁보호제도의 활성화 방안에 관한 연구”, 『한국아동복지학』 제9호, 한국아동복지학회, 2000, 267쪽.

설치·운영하고 있다.<sup>6)</sup>

현재 가정위탁 제도의 법적 근거는 「아동복지법」 규정에서 찾을 수 있다. 동법은 “보호를 필요로 하는 아동을 보호하기에 적합한 가정에 일정기간 위탁하는 것”을 (동법 제2조 제7호) 가정위탁으로 정의하고 있다. 여기서 “일정기간”을 어떻게 정의하는지는 명확하지 않으나 가정위탁이 일정기간 양육하고 원 가정으로 복귀시키는 것을 목적으로 한다면<sup>7)</sup>, 가정위탁은 요보호 아동에 대한 제한적인 양육의 기능만을 수행하는 것이라고 할 수 있다. 그러나 보호를 필요로 하는 모든 아동이 원래의 가정으로 복귀가 가능한 것은 아니다. 따라서 가정위탁이 일정한 단기간에만 사용되는 제도는 아니라고 할 것이다. 도리어 요보호 아동에 대한 일시적 보호부터 입양 가정에 배치되기 까지 일정기간 동안 양육되는 것 그리고 원 가정 복귀와 입양가정에 배치 양자가 불가능한 상황에서 상당기간 아동에 대한 양육을 개별가정이 담당하는 것 까지 모두 포함되는 개념일 것이다.<sup>8)</sup>

이처럼 가정위탁 제도는 요보호 아동을 개별 가정에서 양육하도록 한다는 점에서 양육자와 위탁 아동의 개인적인 관계가 형성되므로 부모와 자녀의 관계와 유사한 법적인 상황이 발생하기도 하며, 동시에 국가에 의한 지속적인 관리의 개념이 포함된다는 점에서 국가와 양육자 및 국가와 요보호 아동의 관계가 동시에 움직이는 역동적인 특성을 갖는다. 또한 친 부모가 생존한 경우 이들의 양육에의 참여 내지 개입을 전면적으로 부인할 수 없기 때문에 매우 다면적인 법률적 문제에 노출된다. 이러한 문제는 이미 19세기부터 가정위탁 제도를 도입한 미국에서 나타나는 다양한 법률문제를 보면 잘 알 수 있다.

이 연구는 이러한 문제의식을 배경으로 가정위탁 제도가 그 역할을 다하기 위해서는 아동위탁 단계부터 관련 당사자들에게 발생 가능한 법률

6) 허남순, 위의 글, 270면 ; 정현수, “요보호 아동의 복리관점에서 본 가정위탁제도 — 考”, 『法學論叢』제33권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2009, 243쪽,

7) 정현수, 위의 글, 244쪽.

8) Douglas E. Abrams / Sarah H. Ramsey, Children and the law, Thomson West, 2007, p. 432.

관계를 검토하여 어떠한 문제점 들이 극복되어야 양육대상자인 아동의 인권이 적절히 보호될 수 있는지 살펴보고자 한다. 2012년 11월에 국회에 『가정위탁보호지원법(안)』이 발의되었다. 이 법(안)은 그동안 가정위탁과 사업을 운영하면서 문제점으로 지적되었던 부분을 해결하기 위하여 제안되었던 것이다. 따라서 이 법(안)이 가정위탁 제도의 다면적 관계에서 나타날 수 있는 다양한 법률적 문제를 해결하기에 얼마나 효율적으로 규정하고 있는지 검토하는 것은 향후 가정위탁제도를 보편적인 공적양육 제도로 정착시키는 과정에서 나타날 수 있는 분쟁을 사전에 예방하고 보완하기 위하여 중요하다고 본다. 이러한 목적을 위하여 우리보다 앞서 가정위탁 제도를 도입하고 있는 미국에서 제도 운영과 관련되어 발생한 다양한 법률문제를 살펴보고 이것이 위 법(안)의 규정으로 어느 정도까지 해결할 수 있는지 비교 분석하고자 한다.

## II. 위탁부모의 자격

친부모로부터 양육을 받을 수 없는 아동이 위탁가정에 배치되는 경우 어떤 사람이 위탁부모가 되느냐는 아동의 복지에 가장 직접적인 영향을 준다. 미국은 이미 19세기 초부터 가정위탁 제도를 도입하여 오래전에 제도가 정착되었음에도 불구하고 위탁 양육에 있는 상당수의 아동이 위탁 부모에 의하여 다시 학대 또는 방임을 경험하고 있는 것으로 나타나고 있다.<sup>9)</sup> 따라서 이하에서는 위탁아동을 보호하기 위하여 누가 위탁부모가

9) Northwest Foster Care Alumni Study (NWAumni Study)는 1988년부터 1998년 사이 위탁 배치된 경험이 있는 20세에서 33세 사이의 성인을 대상으로 가정위탁에 대한 경험적 연구를 실시한 결과 정신건강의 관점에서 위탁 경험이 있는 성인은 일반 미국의 성인에 비교하여 정신적 장애를 경험하는 비율이 54.4%, 외상 후 스트레스 장애(PTSD) 25.2% (이는 전쟁 참여경험이 있는 미군이 경험하는 비율의 거의 2배에 해당함), 조우울증 20.1% 및 사회공포증 17.1%로 나타났다. 교육적 측면에서 학사 학위를 취득한 비율은 약 1.8% 정도에 불과하였다. 직업적인 면에서도 위탁 경험이 있는 성인은 일반 미국인에 비교하여 고용과 재정에 어려움을 더 경험하는 것으로 나타났고 18세 이후 노숙을 경험하는 비율이 약 22.2%로 나타났다. 공적 지원을 받는 비율은 16.8%이며 빈곤선 이하의 소득을 벌고 있는 가구는 33.2%이며 의료보험을 가입하지 않는 비율은 33.0%에 이르는 것으로 나타났다.

될 수 있는지 그리고 이들에게 요구되는 자격은 어떻게 검증해야 하는지 검토하고자 한다.

## 1. 친족에 의한 위탁양육

아동이 원래의 가정으로부터 양육을 받을 수 없는 경우, 이들을 위탁 배치하는 가장 일차적인 방법은 친족에게 위탁 양육하는 방식이 될 것이다. 미국은 연방법에서 주가 연방법에 따른 재정적 지원을 받기 위해서는 위탁 아동을 배치할 때, 성인인 친인척을 제3자 보다 우선적으로 고려하여야 하며, 이 경우에도 이들 친인척은 주가 요구하는 중요한 아동보호의 기준을 모두 충족하여야 한다고 규정하여 친족에 의한 위탁 양육을 일차적으로 고려함을 명확히 하였다(42 U.S.C. § 671 (a) (19)).

실제로 미국은 현재 약 26개 주<sup>10)</sup>에서 친족위탁을 우선적으로 장려하고 있다. 친인척 위탁은 실제로 다양한 장점이 있지만, 최근에는 주가 아동을 편리하게 친인척에게 위탁 의뢰하는 기계적 선택지가 되고 있다는 비난 또한 제기되고 있다. 특히 친인척에 의한 위탁양육의 경우 위탁 배치 이후에도 부적격한 친부모가 지속적으로 아동의 양육에 개입하는 문제가 발생하며, 또한 친인척 위탁 부모가 일반 위탁 부모와 비교하여, 점차 연령은 높으며, 소득과 교육은 점차 낮은 경우가 증가하는 것으로 나타나고 있다.<sup>11)</sup> 이러한 문제를 대처하는 방법으로 Colorado를 비롯한 일부 주는<sup>12)</sup> 아동이 배치되기 전부터 친족위탁의 경우에도 일반 위탁가정의 자격을 준수하도록 하고 있으며, Columbia 및 일부 주<sup>13)</sup>에서는 친인척이 제한적인 자격증을 가지고 있는 경우에는 그 기간이 만료된 후에는

---

[http://www.casey.org/Resources/Publications/pdf/Improving\\_FamilyFosterCare\\_FactSheet.pdf](http://www.casey.org/Resources/Publications/pdf/Improving_FamilyFosterCare_FactSheet.pdf) ; 2013년 3월 17일 최종확인

10) Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Delaware, Idaho, Iowa, Maine, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, New Jersey, North Carolina, Oklahoma, Oregon, Rhode Island, South Carolina, Tennessee, Texas, Utah, Virginia, and Washington.

11) Douglas E. Abrams / Sarah H. Ramsey, supra. note 8, pp.. 491-493.

12) Colorado, Indiana, Massachusetts, Minnesota, Oregon, and Virginia.

13) Connecticut, Maryland, Montana, New Jersey, and New York.

일반적인 위탁가정이 갖추어야 할 기준을 준수하도록 요구하기도 한다.<sup>14)</sup>

이처럼 연방법은 위탁 가정으로 친인척을 우선적으로 고려하도록 규정하고 있으나 친인척에게 가정위탁을 의뢰하는 경우에도 일반 위탁 가정에 제공되는 비용을 제공해야 하는지는 명문화 하지 않아 논란이 되었다. 1992년 *Lipscomb v. Simmons*<sup>15)</sup> 사건의 원고들은 아동학대 피해자이었는데, 양육을 희망하는 가까운 친인척이 있어, 주는 친인척을 위탁 부모로 선정하였지만 친인척 위탁 양육을 일반위탁 양육과 구별하여 재정지원과 의료적 지원을 하지 않았다. 이에 대하여 평등권 침해 여부가 문제로 제기되었다. 이에 대하여 지방법원이 Oregon주의 관련 정책이 평등보호조항을 침해하지 않는다고 판단하자, 원고는 Oregon에 거주하는 아동은 확대가족에게서 살 기본적 권리가 있음을 근거로 항소하였다.

항소법원은 이 사건의 판단을 위하여 의심스러운 계층 또는 이에 준하는 계층에게 불이익을 주거나 또는 정부의 개입으로 부터 보호되어야 하는 기본권의 행사가 침해되었음을 주장할 때 적용되는 엄격심사 기준을 적용하여야 하는지 고려하였다. 그러나 Oregon의 정책으로 친인척에게 위탁 양육 되면서 주의 재정적 지원을 받지 못하고 결과적으로 친인척과 함께 살 기회를 갖지 못한 집단이 평등보호에 있어서 엄격심사 기준이 적용되어야 하는 의심스러운 집단이라고 분류되지 않는다는 입장을 취하여 이를 적용하지 않았다.<sup>16)</sup> 결과적으로 항소법원은 원고가 가족관계를 유지할 권리를 행사하는 것에 추가 재정적 지원을 할 의무는 없다고 판단하였다.<sup>17)</sup>

결국 항소법원은 합리성 심사를 통하여 사안의 위헌여부를 판단하였

14) Illinois와 New Mexico는 친인척의 경우 특별한 자격증이 전혀 없어도 아동을 배치하고 있다.

15) *Lipscomb v. Simmons* 884 F. 2d 1242 (9th Cir. 1989), rev'd, 962 F. 2d 1374 (9th Cir. 1992)(en banc)

16) David Peterson, "Constitutional Law - *Lipscomb v. Simmons*: State Foster Care Funding for Non-Relatives Only, Social Welfare or *Parens Patriae*", 23 *Golden Gate U. L. Rev.* 1993, P. 78. ; 법원은 가까운 친족과 부유하지 않은 자를 평등보호를 위한 의심스러운 집단으로 분류하는 것을 부인한 각각 *Lyng v. Castillo*, 477 U.S. 635, 638 (1986)와 *Dandridge v. Williams*, 379 U.S. 471, 483-87 (1970)를 근거로 제시하였다.

17) David Peterson, id. P. 79.

고<sup>18)</sup> 이를 근거로 Oregon주가 친인척 위탁과 일반 위탁을 구별하여 복지 재원을 지급한 것에 대하여 주의이익이 있음을 인정하였다. 그 근거로 보조금이 지급되지 않는 위탁양육을 기꺼이 제공하고자 하는 친족의 협력을 받음으로써 주는 친족이 아닌 가정위탁에 배치되는 아동을 위하여 더 많은 비용을 제공할 수 있다는 것이다. 이 정책에 의하여 소수의 아동만이 그들의 친족과 함께 생활할 기회를 가지게 될 것이라는 점은 의도하지 않은 결과이지만, 그 전체적인 효과는 모든 위탁 아동을 위한 공적 수혜의 수준이 더 향상될 것으로 볼 수 있다는 것을 강조하였다.<sup>19)</sup> 또한 법원은 공적 수혜를 위한 집단을 좀 더 광범위하게 분류하는 것은 관련 프로그램을 운영하는 주의 재정을 파산에 이르게 할 것이라는 점을 근거로 제시하였다.<sup>20)</sup> 뿐만 아니라 친족에 의한 아동위탁에 대하여 재정지원을 하는 것에 대하여 비판적으로 보는 또 다른 이유는 이렇게 하는 것이 가족 재통합의 의욕을 축소시킨다는 것이다. 즉 조부모가 손 자녀를 위탁 양육하는 대가로 비용을 지급받는다면, 결국 아동을 계속해서 위탁양육 상태에 머무르게 하는데 이해관계가 형성된다는 것이다.<sup>21)</sup>

## 2. 제3자에 일반 위탁 양육

위탁 가정에 자격증을 주거나 위탁 가정을 승인하는 법과 정책은 각 주마다 차이가 있지만, 대부분의 주에서 위탁 부모가 되기 위해서 일정한 교육과 훈련을 받을 것을 요구하고 있다.<sup>22)</sup> 또한 주거환경은 안전이

---

18) 같은 입장으로 King v. McMahon 186 Cal. App. 3d 648 (1986). California 항소법원은 친인척이 아닌 자에게 가정위탁이 의뢰된 경우 주의 재정지원을 허용하면서 친인척에 의하여 위탁 양육되는 경우 가정위탁을 위한 재정지원을 부인하는 주법이 California 헌법의 동등조항에 요건에 부합한다고 하였다.

19) David Peterson, supra, note 16, P. 80.

20) David Peterson, id. p. 81

21) 약물 중독된 딸을 대신하여 손 자녀를 위탁 양육하는 조모에게 재정적 지원이 지속적으로 이루어지면서 지속적으로 딸의 약물 비용으로 이 재정이 사용되는 경우를 언급하면서 결과적으로 이런 구도가 딸의 약물 중독을 지속적으로 유지시키고 아동은 지속적으로 위탁양육 체계에 머무르게 하는데 기여한다는 문제 제기도 있다, Judith B. Scheindlin, Paying Grandmas to Keep Kids in Limbo, N. Y. Times, Aug. 29, 1994 <http://www.nytimes.com/1994/08/29/opinion/paying-grandmas-to-keep-kids-in-limbo.html> ; 2013년 9월 16일 최종확인



보장되어야 하며 유해물질로부터 분리 되어야 하고 충분한 공간적 여유가 있어 다른 성별과 침실을 공유하지 않도록 해야 하며 갓난아기인 경우를 제외하고 성인과 동일한 침실에서 자는 것 또한 금지된다.<sup>23)</sup>

원칙적으로 어떤 직업을 가진 성인도 위탁 부모에 지원할 수 있으나 일정한 연령제한이 있으며<sup>24)</sup> 일반적으로 커플이나 한 부모 모두 자격요건이 구비되어 있는 한 위탁 부모가 될 수 있다. 그러나 몇몇 주에서는 법적으로 혼인하였을 것을 요구하며<sup>25)</sup> 미국 시민이거나 미국 내 법적인 거주지가 있을 것을 요구 한다<sup>26)</sup>. 또한 위탁 아동의 안전을 보장하기 위하여 위탁 부모는 어떤 종류의든 범죄 피의자가 되었던 적이 없어야 하며 아동학대 또는 방임의 기록이 없어야 한다. 이를 확인하기 위하여 위탁 부모는 지문을 제공하고 여러 종류의 범죄 데이터 베이스를 통하여 신원 검증을 받아야 한다. 그 이외에도 대부분의 주는 가족의 필요와 재정적인 의무를 이행할 수 있는 충분한 가족 소득이 있어야 하며, 아동을 보살피는데 필요한 건강한 신체 상태를 필요로 한다. 또한 아동을 위태롭게 하거나 보살핌을 제공하는데 개입될 수 있는 어떠한 장애나 질병도 없어야

- 
- 22) 교육과정에 공통적으로 요구되는 것으로는 ① 허가에 필요한 사항들 ② 관련 부서의 정책과 절차 ③ 위탁 부모의 역할화 책임 ④ 아동 발달 ⑤ 행동조절과 훈육의 적절한 방식 ⑥ 문화적 감성 ⑦ 애정, 분리 및 상실에 대한 이슈들 ⑧ 가정과 아동안전 ⑨ 아동위탁의 위탁 부모의 가정에의 영향 등이 요구된다, U.S. Department of Health and Human Services, Child Welfare Information Gateway, pp. 3-4 ; [https://www.childwelfare.gov/systemwide/laws\\_policies/statutes/homestudyreqs.pdf](https://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/statutes/homestudyreqs.pdf) ; 2013년 9월. 16일 최종확인. 그 이외에 화재 예방과 안전에 관한 교육을 요구하는 경우 (North Dakota) 와 1978년 인디언 아동복지법에 대한 강의를 요구하는 경우 (Arizona, Mississippi)가 있으며, 응급처치와 심폐소생술을 훈련 받도록 하는 주도 있다 (Alabama, Arkansas, Colorado, Indiana, Kansas, North Carolina, Texas, Virginia, Washington, and Wisconsin).
- 23) U.S. Department of Health and Human Services, Child Welfare Information Gateway, id., pp. 4-5.
- 24) Columbia는 21세 이상, Massachusetts, Michigan, Montana 및 New Jersey 주는 18세 이상, Alabama와 Nebraska는 19세 이상을 요구하고 있다 U.S. Department of Health and Human Services, Child Welfare Information Gateway, id., pp. 1-2.
- 25) Alabama, Arkansas, Illinois, Louisiana, Mississippi, North Dakota 및 Utah : U.S. Department of Health and Human Services, Child Welfare Information Gateway, id., pp. 1-2
- 26) Colorado, Maryland, Massachusetts, Missouri, New Mexico, Oklahoma, 및 Utah주는 위탁 부모의 자격으로 미국 내 법적 거주지를, Kentucky는 미국 시민일 것을 요구한다.

하고, 아동에게 지속적인 보살핌을 제공하는 것이 불가능할지도 모른다는 정신적 건강 문제가 없어야 한다. 뿐만 아니라 유효한 운전면허증과 차량에 대한 보험이 충분히 가입되어 있어야 한다.<sup>27)</sup>

### 3. 「가정위탁보호지원법(안)」의 위탁부모 자격

「가정위탁보호지원법(안)」은 가정위탁의 종류를 친족가정위탁보호, 일반가정위탁보호 및 위탁아동의 신체적·정신적인 특수한 상황을 보살필 수 있는 전문능력을 갖춘 사람이 행하는 전문가정위탁보호 세 종류를 규정하고 있다 (동법(안) 제10조). 이 중 친족위탁에는 직계혈족인 조부모에 의한 양육과 인척에 의한 양육이 포함될 것이며 이것은 우리나라에서 가장 많은 비중을 차지하고 있는 위탁양육 방식이다.<sup>28)</sup> 직계혈족인 조부모는 민법에 의한 부양 의무자에 해당하므로 (민법 제974조) 원칙적으로 위탁양육에 해당하지 않지만 현재 운영되고 있는 가정위탁 제도에 의하면 부양의무자인 친족이 생활능력이 없는 경우 일정한 양육비용을 보조하고 있다. 또한 부양능력이 있는 부양의무자가 존재하는 경우에도 실질적인 가족관계의 단절로 볼 수 있는 경우 국민기초생활보장법에 따른 수급자로 지정하여 급여를 지급한다.

아동의 위탁 배치와 관련하여 현장에서는 아동·청소년복지 사업안내에 보호가 필요한 아동은 연고자에게 우선 배치하도록 되어있기 때문에 전담공무원은 아동을 조부모나 친인척에게 우선 배치해 왔다. 가정위탁지원센터 통합 업무 메뉴얼(2008)에 따르면, 적절한 배치를 위해 고려해야 할 점들은 형제자매와 함께 배치, 친 가정이나 친인척과의 물리적 접근성, 위탁부모의 연령, 성별, 위탁가정의 아동 수와 위탁아동의 특성 및 욕구와의 적합성, 종교 등이다. 그러나 실제 현장에서 이와 같은 점들을 고려

27) U.S. Department of Health and Human Services, Child Welfare Information Gateway, supra, note 22, pp. 2-3.

28) 현재 우리나라의 가정위탁은 대리양육위탁이 65% 이상의 비율을 차지하고 다음으로 친인척위탁에 의존하고 있으나 대리위탁양육 내지 친인척위탁 결정에도 아동의 최선의 이익의 원칙에 따른 검토가 필요하다고 본다, 허남순/이혜원, “유엔 아동권리협약의 원칙과 국내 가정위탁 보호의 현황 분석”, 『한국아동복지학』 제22호, 한국아동복지학회, 2006, 121~122쪽.

해서 배치하도록 강제할 수 있는 보다 법률적 가이드라인은 없다.<sup>29)</sup>

이러한 점을 고려하여 「가정위탁보호지원법(안)」 제6조 제1항은 위탁부모의 조건으로 ① 위탁아동을 보호·양육하기에 충분한 재산이 있을 것, ② 아동학대·가정폭력·성폭력·마약 등의 범죄나 알코올·약물중독의 경력 등 아동의 양육에 부적합한 전력(前歷)이 없을 것, ③ 가정위탁보호에 필요한 교육을 이수할 것, ④ 위탁아동에 대하여 종교의 자유를 인정하고 사회의 구성원으로서 그에 상응하는 양육과 교육을 할 수 있을 것, ⑤ 그 밖에 위탁아동이 될 사람의 복지를 위하여 보건복지부령으로 정하는 필요한 요건을 갖출 것을 규정하면서, 위탁부모가 되고자 하는 사람 및 그 동거인은 위의 각 호의 요건을 “모두 갖추어야 한다”고 규정하고 있다. 뿐만 아니라 여기서 언급한 위탁 부모의 자격은 친족위탁의 경우에도 일반위탁과 동일하게 적용되어야 할 것이다.

이처럼 현재는 위탁아동을 연고자에게 우선 배치하도록 되어있기 때문에 주로 조부모나 친인척에게 우선 배치하고 있는데 대리양육자가 노령, 질병 등 상태에 있는 경우 과연 위탁 아동이 적절한 양육을 받을 수 있는지 의문이다. 특히 노충래의 2007년 연구에 의하면 위탁양육을 친족이 부담하게 된 동기에 관한 질문에서 대리위탁 양육의 경우 약57.8%가 친인척위탁 양육의 경우 43.4 %가 “어쩔 수 없이 맡게 되었다”는 결과가 있다.<sup>30)</sup> 이처럼 비자발적으로 친족위탁이 이루어지는 비율이 상대적으로 높다는 것은 친족위탁이 많은 문제를 내포할 수 있는 가능성이 있다는 것을 나타낸다. 그럼에도 불구하고 우리나라는 아동이 자신의 조부모나 친인척 등 확대가족 안에서 성장하는 것이 더 바람직하다는 인식과 일반위탁 가정의 부족함 때문에 대리양육이나 친·인척가정위탁의 경우 정부가 제시한 기준에 비하여 환경이 열악하더라도 아동위탁을 그대로 허용하는 것이 대부분인데<sup>31)</sup>, 과연 아동이 확대가족에 배치되는 것이 더 바람

29) 강현아, “가정위탁보호서비스 배치의 현황과 과제”, 『제3회 가정위탁정책세미나 자료집--가정위탁보호제도의 과제와 발전방안』 보건복지부 / 중앙가정위탁 지원센터, 2009년, 28쪽.

30) 노충래/박은미/강현아/신혜령, 가정위탁보호 활성화 방안 연구, 보건복지부, 2007 ; 양심영, “친족위탁가정의 심리적 양육환경이 아동의 문제행동에 미치는 영향”, 『한국가족복지학』 한국가족복지학회, 제26권, 2009, 202쪽 재인용.

직한지에 대한 실질적 검증은 잘 이루어지지 않는 것으로 보인다.

사회문화적 배경은 다소 차이가 있더라도 미국에서 친인척에 의한 위탁 양육의 문제점으로 지적되고 있는 점, 즉 위탁 아동의 친부모가 양육의 적절한 의무는 이행하지 않으면서도 아동양육에 개입할 여지가 일반 위탁에 비교하여 높다는 것과 특히 조부모가 손 자녀를 위탁 양육하는 대가로 비용을 지급받는다면, 결국 아동을 계속해서 위탁양육 상태에 머무르게 하는데 이해관계가 형성되며 도리어 가족통합을 방해할 수 있다는 지적은 일반적인 경우는 아닐지라도 가정위탁제도 운영과정의 부정적 효과라는 측면에서 실질적으로 개연성이 있다고 본다. 따라서 친족위탁의 비율이 상대적으로 높은 우리나라의 경우 이러한 부정적 효과를 억제할 수 있는 제도적 장치도 더 정교하게 마련되어야 할 것이다.<sup>32)</sup>

제안된 「가정위탁지원법(안)」에 의하면 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 이 법에 따른 급여 또는 보조금을 받거나 또는 타인으로 하여금 급여를 받게 한 자는 1년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처하도록 되어 있는데 (제39조) 이것이 제도 악용에 대한 유일한 규제 규정에 해당한다. 또한 “부정한 방법”의 구체적인 유형에 대해서도 좀 더 세밀하게 규정하는 것이 제도 악용을 예방하는데 필요할 것으로 본다.

또한 동법(안)은 “부모가 아동을 직접 양육할 수 없는 아동”을 위탁 대상 아동으로 전제하고(「가정위탁보호지원법(안)」제1조) 구체적으로 여기에 해당하는 경우를 18세 미만의 아동이 ① 부모의 적절한 보호를 받지 못하거나, ② 독립된 가구를 구성하여 생활하고 있거나, ③ 「아동복지법」에 따른 아동복지시설이나 그 이외의 보호시설에서 보호 중에 있거나, ④ 아동학대로 인하여 격리보호가 필요하거나, ⑤ 이에 준하는 이유로 가정위탁보호가 필요하다고 인정한 경우 위탁 보호 대상으로 결정하도록 가정위탁 보호를 받는 아동의 요건을 구체화 하고 있다(제5조 제1항).

그러나 양육할 수 없는 경우와 양육에 대하여 소극적 자세를 취하는 경우는 매우 구별하기 어려운 점이 있을 것이다. 부모가 직접 양육할 수

31) 허남순, “한국가정위탁의 역사와 현황”, 「제6차 가정위탁교육 국제 세미나자료집」한국수양부모협회, 2005년, 7쪽.

32) 같은 입장으로, 강현아, 앞의 글, 31쪽.

없는 원인을 단지 경제적인 어려움으로 인한 부양의 어려움과 동일하게 해석하는 것은 지나치게 좁게 해석하는 것으로 생각한다. 부모의 경제적 측면과 실질적 양육 의지의 정도를 함께 고려하여 직접 양육할 수 없는 원인을 판단해야 할 것이다. 또한 부모의 적절한 보호를 받지 못한다는 구체적인 유형 또한 매우 광범위하다. 이러한 이유로 미국의 경우 요보호 아동이 발생하면 법원이 개입하여 아동이 친부모로부터 분리되어야 하는 사유가 명확한지 그리고 그 사유에 기하여 아동을 어디에 배치하여야 하는지 결정하고 있다. 반면에 우리나라의 가정위탁 제도는 친부모의 요청과 공무원의 결정에 의하여 아동이 위탁 배치되도록 운영되고 있으므로 이 과정에서의 아동인권이 적절히 보장되고 있는지 검증할 방법이 사실상 없다.

이러한 점을 볼 때 부모가 직접 양육할 수 없는 경우나 부모의 적절한 보호를 받지 못하는 경우 등의 위탁사유를 지나치게 편의적 해석을 통하여 광범위하게 적용하는 것은 지양되어야 하지만, 동시에 이에 대한 판단은 부모의 관점에서가 아니라 양육을 받는 아동의 관점에서 해석되어야 할 것이다.

제안된 「가정위탁보호지원법(안)」에 따르면 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 가정위탁보호를 희망하는 사람 및 그 동거인에 대하여 범죄경력 확인해야 하며, 지역가정위탁전문기관의 장은 신원확인 등의 조치를 요청할 수 있도록 규정하고 있다 (법(안)은 제9조 제1항, 제3항 및 제4항) 여기서 범죄경력의 확인이란 아동학대·가정폭력·성폭력·마약 등의 범죄에 관련된 것으로 아동양육의 부적합한 전력 여부를 확인하는 것이 일차적일 것이다 (동 법(안) 제6조 제1항 제2호). 그러나 예시된 것에 국한하지 않고 좀 더 포괄적인 범죄경력 조회의 의미로 이해되어야 할 것이다.

또한 법(안)은 알코올 또는 약물 중독과 같은 병리현상이 있는 자 또한 위탁부모의 자격을 배제하고 있는데 (제6조 제1항 제2호), 범죄경력 조회는 시·도지사 또는 시장·군수·구청장의 책임으로 이루어지는 반면에 병리현상에 대한 조사는 주체가 명확하게 규정되어 있지 않다. 병리현상에 대한 조회가 신원확인에 해당하거나 부모적격여부 조사에 해당한다면 가정위탁전문기관의 장이 이를 해야 할 것이지만, 의료법상의 개인정보 보

호의 원칙에 의하여<sup>33)</sup> 병리현상의 확인을 위해서는 일정한 정보 접근에 대한 법적 근거가 명확하지 않으면 어려울 것이다. 따라서 병리현상에 대한 조회의무가 누구에게 귀속되는지 명시하고 이를 위한 정보접근의 법적 근거를 규정해야 할 것이다.

나아가 법(안) 제6조 2항은 위탁 부모와 동거인이 위탁 아동을 보호하기에 충분한 재산이 있어야 함을 요구하고 있으나 이에 대한 검증을 어떤 방법으로 할지는 법(안)에 명시되어 있지 않다. 특히 위탁 아동의 주거와 관련된 사항을 아동의 성장 과정에 매우 중요한 요건으로 본다. 언급한 미국의 예를 보면 위탁 부모가 아동을 위탁할 수 있는 충분한 주거 공간을 요구하는 것은 특히 위탁 아동이 청소년기에 있는 경우 철저하게 검토해야 할 사항으로 본다.

### Ⅲ. 아동의 위탁배치와 관련 기관의 책임

#### 1. 가정위탁배치 과정에 법원의 역할

가정위탁을 필요로 하는 아동은 부모의 직접적인 양육을 받지 못하거나 부모로부터 학대를 경험하는 아동이 대다수 이므로 이러한 아동이 위탁 배치 후 위탁 가정으로부터 다시 부적절한 양육을 받게 된다면 이는 아동의 인권에 매우 치명적이라고 할 수 있다. 따라서 위탁 배치는 매우 신중하게 이루어 져야 하며 이를 담당하는 기관도 위탁 배치에 따른 상당한 주의를 기울여야 할 것이다. 또한 가정위탁 제도는 입양과 달리 제한된 기간 동안 아동에게 양육을 제공하는 것이므로 위탁 배치와 동시에

33) 의료법 제19조(비밀 누설 금지) 의료인은 이 법이나 다른 법령에 특별히 규정된 경우 외에는 의료·조산 또는 간호를 하면서 알게 된 다른 사람의 비밀을 누설하거나 발표하지 못한다.

제21조(기록 열람 등) ① 의료인이나 의료기관 종사자는 환자가 아닌 다른 사람에게 환자에 관한 기록을 열람하게 하거나 그 사본을 내주는 등 내용을 확인할 수 있게 하여서는 아니 된다. <개정 2009.1.30>

③ 의료인은 다른 의료인으로부터 제22조 또는 제23조에 따른 진료기록의 내용 확인이나 환자의 진료경과에 대한 소견 등을 송부할 것을 요청받은 경우에는 해당 환자나 환자 보호자의 동의를 받아 송부하여야 한다.

원래의 가정으로 복귀하는 것이 함께 고려되어야 한다. 즉 아동의 보호를 위하여 필요한 경우 아동을 원 가정으로 부터 분리하여야 하지만 동시에 지나치게 장기간 분리시키는 것 자체가 아동인권을 침해할 수 있다. 따라서 제도를 운영할 때, 원 가정으로 부터의 분리와 복귀라고 하는 양자 사이의 균형이 매우 중요하다.

이러한 문제는 미국에서도 1970년대부터 지속적으로 제기되었던 것으로 보호가 필요한 아동이 입양을 통하여 항구적인 제2의 가정으로 편입되지 못하고 위탁가정에 남겨지거나 위탁 가정에서도 여러 가정으로 재배치되는 경우가 증가하여 아동복지가 침해된다는 지적이 있었다. 때문에 미국에서는 아동을 가정위탁 서비스로부터 벗어나서 영구적인 안정적 양육 환경으로 편입시키기 위한 노력이 이루어 졌는데, 이 과정에서 의회와 주의 입법부는 가정위탁 담당 부서 보다는 법원이 아동배치에 주요한 역할을 하도록 하였다.

1997년 「연방입양과가족안전을위한법(Adoption and Safe Families Act)」에 의하면 법원은 가정위탁에 배치될 아동이 발생하면 가장 먼저 ‘배치를 위한 청문 (disposition hearing)’을 실시하여야 하는데, 이것은 누가 양육권을 가지게 될 것인지 그리고 부모의 역할을 다시 할 수 있도록 하고 아동을 보호하기 위하여 어떤 것을 계획하여야 하는지를 결정하는 초기 단계의 청문이다. 이 단계에서 아동 위탁 관련 기관은 부모와 자녀를 보호하기 위하여 실행되어야 할 과제와 단계별 시행계획을 제시한다. 또한 부모와 형제자매들과의 방문이 적절한지 그 시간적 간격은 어떻게 할지 등을 조정한다.

배치단계의 청문이 종료된 후에 많은 주의 법원은 정기적인 청문을 실시한다. 이 청문의 목적은 아동이 지나치게 오랜 기간 동안 가정위탁에 남아있게 되는 것을 예방하기 위한 것이다. 이 단계에서 판사는 아동의 항구적 배치를 위하여 입양이 적절하다고 판단하면 아동보호 기관에게 부모의 친권을 상실시키기 위한 소를 제기할 것을 요구할 수 있다. 이 때 법원은 부모의 친권을 상실시킬 정도로 명확하고 설득력 있는 증거가 있는지 여부, 즉 아동을 원 가정으로 복귀 시키는 것이 아동에 대한 안전에

심각한 침해가 될 수 있다는 것을 보여줄 수 있을 정도의 증거를 가지고 판단하여야 한다.<sup>34)</sup>

## 2. 위탁기관과 위탁 부모의 아동보호 책임

가정위탁 제도의 운영과정에서 위탁 기관의 책임과 관련된 문제는 위탁 부모의 행위로 인하여 위탁 아동이 부상을 당한 경우 주 또는 위탁기관이 이를 책임지는지 여부이다. 일반적으로 법원은 위탁 기관이 부주의하게 배치하였거나 공격적이고 학대적인 위탁 부모에게 아동을 배치하였거나 위탁 아동이 부상을 당한 경우에 주 또는 위탁 기관에 책임을 인정하는 경향이 있다.<sup>35)</sup>

그러나 이러한 경우 이외에 법원은 법령에서 주의 책임을 명시하지 않은 한, 주에게 사용자 책임이나 대리책임을 인정하지 않는다. *Simmons v. Robinson*<sup>36)</sup> 사건은 위탁아동이 자동차 사고를 당한 경우로 위탁모의 과실이 문제가 되었다. South Carolina 항소법원은 사회 서비스 담당 부서의 의무는 양도가 불가능하므로 위탁모의 과실에 대하여 위탁기관에게 대리

34) Douglas E. Abrams / Sarah H. Ramsey, supra. note 8, pp. 441~444..

35) *Hanson v. Rowe*, 18 Ariz. App. 131, 500 P.2d 916, 918 (1972) 주는 만일 위탁부의 폭력적 성향을 알았더라면 폭행과 불법행위에 의한 사망에 대하여 책임을 부담할 것이다. [http://scholar.google.com/scholar\\_case?case=15360828043847969633&hl=en&as\\_sdt=2&as\\_vis=1&oi=scholar](http://scholar.google.com/scholar_case?case=15360828043847969633&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholar) 2013년 9월 18일 최종확인 ; *Elton v. County of Orange*, 3 Cal. App. 3d 1053, 84 Cal. Rptr. 27 (1970) 가정위탁기관은 아동이 위탁 부모에 의하여 폭행을 당한 후에는 과실에 의한 배치에 대하여 책임을 부담할 것이다. [http://scholar.google.com/scholar\\_case?case=5051273025571340665&hl=en&as\\_sdt=2&as\\_vis=1&oi=scholar](http://scholar.google.com/scholar_case?case=5051273025571340665&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholar) ; *Bartels v. County of Westchester*, 76 App. Div. at 517, 429 N.Y.S.2d 906 (1980) 아동이 목욕 중에 뜨거운 물로 화상을 입은 경우, 그것은 이전의 학대에 대하여 인식할 수 있게 알려주는 것이고 아동에 대한 보살핌의 의무는 양도될 수 없기 때문에 카운티는 과실 책임이 있다. [http://www.leagle.com/decision/198059376AD2d517\\_1537](http://www.leagle.com/decision/198059376AD2d517_1537) ; *Little v. Utah State Div. of Family Services*, 667 P.2d 49 (Utah 1983) 가정위탁 기관은 자폐아에 대한 보살핌에서 위탁 부모를 적절하게 교육하는데 실패한 책임이 있다. [http://scholar.google.com/scholar\\_case?case=13192819883032585817&hl=en&as\\_sdt=2&as\\_vis=1&oi=scholar](http://scholar.google.com/scholar_case?case=13192819883032585817&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholar) ; *Babcock v. State*, 116 Wn.2d 596, 809 P.2d 143 (1991) 주는 위탁 부모의 성적 학대에 대해 지휘 감독의 과실 책임이 있다. [http://scholar.google.com/scholar\\_case?case=15888330810712399234&hl=en&as\\_sdt=2&as\\_vis=1&oi=scholar](http://scholar.google.com/scholar_case?case=15888330810712399234&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholar) 2013년 9월 19일 최종확인

36) *Simmons v. Robinson*, 303 S.C. 201, 399 S.E.2d 605 (Ct.App. 1990) [http://24.123.107.252/blackbelt\\_kf/Case\\_Text\\_Kan/257K258.pdf](http://24.123.107.252/blackbelt_kf/Case_Text_Kan/257K258.pdf) 2013년 9월 19일 최종확인



책임이 인정된다고 결정하였다. 그러나 South Carolina 대법원은<sup>37)</sup> 항소심의 판결을 번복하면서, 위탁모는 위탁 부모였다는 사실 만으로 주의 고용인이라고 볼 수 없기 때문에 위탁모의 과실행위를 주의 책임으로 돌릴 수 없다고 판단하였다.

또한 1993년 Stanley v. State Indust., Inc., 사건에서<sup>38)</sup> 목욕 중 심각한 화상을 입은 위탁 아동인 Stanly는 위탁모인 Dolores Hills를 상대로 손해배상을 주장하고 동시에 뉴저지의 아동위탁 기관인 청소년가족서비스국에 대해서 위탁아동에 대한 보호 의무를 양도하지 않았음을 근거로 위탁 부모의 태만으로 인한 대리책임을 주장하였다. 원고가 주장의 근거로 하고 있는 것은 Bartels v. County of Westchester<sup>39)</sup>와 Vonner v. State Through Welfare Department of Public<sup>40)</sup> 두 사례로 이것은 아동위탁 기관

37) Simmons v. Robinson, 305 S.C. 428 (1991) 409 S.E.2d 381 [http://scholar.google.com/scholar\\_case?case=10180979257605264280&hl=en&as\\_sdt=2,26](http://scholar.google.com/scholar_case?case=10180979257605264280&hl=en&as_sdt=2,26) 2013년 9월 19일 최종확인

38) Stanley v. State Indust., Inc., 630 A. 2d 1188 (N.J. 1993) [http://www.leagle.com/decision/1993434267NJSuper167\\_1418](http://www.leagle.com/decision/1993434267NJSuper167_1418) 2013년 9월 19일 최종확인

39) Bartels v. County of Westchester, 76 A.D.2d 517 (1980) 피해아동은 출생과 함께 위탁 부모에게 배치되었는데 이들의 부주의로 목욕을 시키는 과정에서 2도 내지 3도 화상을 입었고 항구적으로 몸 전체의 40%에 흉터와 오른손에 기형적 모양을 가지게 되었다. 이에 대하여 자치구의 책임귀속 여부가 문제가 되자 Westchester 자치구는 위탁부모가 자치구의 대리인도 고용인도 아닌 독립된 계약 주체이므로 이들의 방임적 행위에 대하여 자치구가 책임을 부담하지 않으며, 자치구는 통치행위로서의 면책 특권이 있으므로 책임으로부터 자유로우며 또한 아동의 친 부모는 아동을 부적절한 감독에 있도록 한 것에 대하여 책임을 부담하지 않으므로 부모를 대신하는 관계에 있다고 추정되는 자치구 또한 그와 같이 책임이 없다는 것을 주장하였다. 이에 대하여 New York 주 대법원은 Westchester 자치구는 위탁부모의 선정 과정에서 그리고 위탁부모에 의하여 아동에게 야기된 학대와 관련하여 아동을 위탁 부모의 집으로부터 분리시키는 것에 실패하여 방임적으로 행동한 것에 책임이 있다고 하였다. 또한 사회복지서비스법이 “1. 이 장에 의하여 아동학대가 의심스러운 사례를 보고하도록 요구되는 자, 정부 공무원 또는 기관이 의도적으로 그렇게 하는 것에 실패하면 A급의 경범죄가 적용된다. 2. 이 장에 의하여 아동학대가 의심스러운 사례를 보고하도록 요구되는 자, 정부공무원 또는 기관이 고의로 그리고 의도적으로 그렇게 하는 것에 실패하면 그러한 실패에 의하여 야기된 손해에 대하여 민사적으로 책임을 부담한다. (제420조의 제1항 및 제2항)” 라고 규정하고 있으므로 위탁부모와 관련 공무원에 대한 책임이 귀속되며 자치구의 면책권 주장도 근거가 없다고 판단하였다. [http://www.leagle.com/decision/198059376AD2d517\\_1537](http://www.leagle.com/decision/198059376AD2d517_1537) 2013년 10월 17일 최종확인

40) Vonner v. State Through Department of Public Welfare 258 So.2d 93 (1972) 이 사건은 위탁 배치된 5세 아동이 위탁모에 의한 구타로 사망에 이르게 되자 친부모가 손해배상을 청구하였다 : [http://www.leagle.com/decision/1972351258So2d93\\_1334](http://www.leagle.com/decision/1972351258So2d93_1334) 2013년 10

의 아동에 대한 보호 의무는 양도가 불가능하다는 것을 근거로 기관의 책임을 인정한 사례였다. 그러나 법원은 Bartels와 Vonner 사건은 모두 위탁 부모의 신체적 학대에 관한 것으로 단순한 과실행위에 대한 책임을 묻고 있는 이 사건과 구별된다고 보았다. 위의 두 사건에서 아동배치기관은 아동에 대한 책임을 양도할 수 없다는 입장에서 책임을 부담하였지만, 이 사건과 같이 위탁부모의 일반적인 과실로 인하여 위탁 아동이 부상에 이르게 된 경우에 대하여 아동배치 기관이 대리책임을 부담하지는 않는다고 판단하였다.

이 사건에서 법원은 특히 주가 위탁 부모의 행위에 대하여 책임을 부담하는지 여부에 대한 판단은 주가 위탁 부모에 대해서 어느 정도의 통제 수준을 가지고 있는지에 기초해야 하는데, 이 사건에서 뉴저지의 아동위탁 기관인 청소년가족서비스국이 위탁부모의 양육 방법에 대하여 행사하는 통제의 정도가 구조적이지도 않았고, 위탁 아동을 보살피는 일을 직접적으로 수행하는 것이 아니었으므로 대리책임을 부담한다고 할 수 없다고 보았다.

또한 아동위탁기관이 아동보호에 대한 책임을 부담하는 기준은 “고의적 방임 기준 (deliberate indifference standard)”에 따른다. 이 기준에 의하면 관련 종사자는 그들에게 알려진 위험을 무시하는 경우에만 책임을 부담한다. 반대로 관련종사자의 판단이 일반적으로 수용되고 있는 전문적 업무수행 또는 관련된 전문적 기준에서 상당히 벗어난 경우 책임이 부여된다고 하는 “전문적 판단 기준 (professional judgement standard)”은 적용하지 않고 있다.<sup>41)</sup>

### 3. 「가정위탁보호지원법(안)」에 따른 위탁 기관의 책임

아동이 위탁 배치되는 단계와 위탁 보호를 받는 기간 동안 위탁 기관이 어느 정도의 주의의무를 가지고 관련 절차를 진행해야 하는지, 위탁부모는 아동을 양육하면서 어느 정도의 주의를 가지고 실행해야 하는지 여부는 아동보호를 위한 핵심적인 요건에 해당한다.

---

월 17일 최종확인

41) Douglas E. Abrams / Sarah H. Ramsey, supra. note.,8 p. 487.

때문에 「가정위탁보호지원법(안)」은 위탁부모에 대하여 범죄경력이 없고 위탁양육에 필요한 교육을 이수하도록 하는 등 일정한 요건을 갖추도록 하고 있으며 (동법(안) 제6조 제1항), 이러한 요건 이외에도 가정위탁 전문기관의 장으로 하여금 위탁부모 적격 여부를 조사하도록 하고 있다 (법(안)은 제9조 제3항, 제5항). 따라서 가정위탁 지원센터가 위탁 부모와 아동을 연계하는 과정에서 위에 언급한 요건에 대한 조사를 소홀히 하여 부적격한 위탁부모에게 아동이 배치되어 위탁아동에게 손해가 발생한다면 그에 따라 발생하는 법적인 책임을 부담하게 될 것이다.

또한 「가정위탁보호지원법(안)」은 아동의 배치 이후 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 가정위탁보호 기간 중 보건복지부령으로 정하는 절차와 방식에 따라 위탁아동의 양육 상황을 점검하고 (법(안) 제22조 제1항), 그 결과 위탁아동의 복리가 위태롭게 되었다고 인정할 때에는 『아동복지법』 제15조 제4항에 따라 보호조치를 하고, 지체 없이 관할 가정위탁심의 위원회에 통보하여야 하도록 하고 있다 (동법(안) 제22조 제2항).

구체적으로 일반위탁 및 신규 대리양육·친인척위탁가정으로 결정된 가정에 대해서는 위탁보호 초기(3개월 이내)에 위탁가정을 방문하도록 하고, 이후 분기별 1회 이상 방문 또는 전화연결 등을 통하여 아동의 적응 상태 및 양육실태 등을 파악하도록 하고 있다.<sup>42)</sup> 따라서 가정위탁지원센터가 이러한 업무를 부적절하게 하여 위탁 아동이 학대 등에 노출된다면 이에 대하여 발생한 손해에 대하여 책임이 귀속되게 될 것이다.

「가정위탁보호지원법(안)」은 위탁아동이 아동복지법 제3조 6호에 따른 위탁부모의 성범죄, 가정폭력, 아동학대의 피해자가 되어 부상을 당한 경우 상해보험에 의하여 처리하도록 하고 있다 (동법(안) 제24조 제1항 제1호). 그러나 상해보험이 보상보험으로서의 기능을 하는 것은 아니다. 상해보험으로 처리하는 범위를 벗어난 손해의 발생에 대해서는 여전히 배상 책임이 귀속될 것이다.

또한 「가정위탁보호지원법(안)」은 위탁 부모가 어느 정도의 주의의무를 기울이면서 위탁아동을 양육해야 하는지에 대해서는 규정하지 않았다. 미

42) 보건복지부, 2011 아동분야 사업안내, 61-62쪽.

국의 경우 위탁 부모는 “고의적인 방임에 대한 책임”만을 부담한다는 입장을 취하고 있지만, 「가정위탁보호지원법(안)」과 같이 일차로 위탁 부모의 자격 요건을 규정하고 여기에 더 나아가 위탁부모의 적격 여부를 검토하도록 2 단계의 검증 구조를 취하고 있는 것은 가정위탁이 위탁 아동의 인권에 매우 중요한 양육이라고 하는 대인서비스를 제공하기 때문이다 (동법(안) 제6조 제1항). 가정위탁에서의 양육행위와 일치하는 것은 아니지만, 사람의 생명·신체·건강을 관리하기 위하여 의사의 진찰·치료 등의 의료행위를 함에 있어서 우리 법원은 의료인이 환자의 구체적인 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위하여 요구되는 최선의 조치를 취하여야 할 주의의무가 있다고 보고 있다.<sup>43)</sup> 위탁 양육과 의료행위 양자는 돌봄을 제공하는 대인서비스라는 점에서 맥락을 함께 한다는 것을 고려할 때, 위탁부모가 아동을 양육하는 과정에서 기울여야 하는 주의의무도 이와 유사한 것으로 보아야 할 것이다.

나아가 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 1. 위탁부모 또는 그 가족이나 동거인이 위탁아동에 대하여 「아동복지법」 제3조 제6호에 해당하는 아동학대를 하거나, 2. 위탁부모가 이 법 제6조에서 요구하는 요건을 충족하지 못하게 되었거나, 3. 위탁부모가 위탁아동의 질병 및 가출 등 기타 상황에 대한 신고의무를 위반하거나, 4. 그 밖에 위탁아동의 안전·건강 및 복지 증진을 위하여 필요하다고 인정한 경우에는 관할 가정위탁심의위원회의 심의를 거쳐 가정위탁보호결정을 취소하고 (동법(안) 제24조 제1항 및 제2항) 다른 가정에 가정위탁보호를 하는 등 해당 아동의 보호를 위한 조치를 하도록 하고 있다 (동법(안) 제24조 제3항).

---

43) 대법원 1998. 7. 24. 선고 98다12270 ; 대법원 1998. 2. 27. 선고 97다38442 ; 대법원 1997. 2. 11. 선고 96다5933 ; 대법원 1994. 4. 26. 선고93다59304.

## IV. 위탁 부모의 권한과 위탁아동의 원 가정 복귀

### 1. 위탁 가정의 가족에의 권리와 양육권 귀속

가정위탁 제도를 운영함에 있어서 가장 논란이 되는 사항은 위탁 아동에 대한 양육권을 누가 보유하는지 여부이다. 특히 아동을 양육하는 과정에서 아동과 관련된 다양한 결정을 내려야 할 필요가 있기 때문에 누가 아동에 대한 양육권을 가지느냐는 제도 운영의 탄력성을 위하여 명확히 되어야 할 필요가 있을 것이다. 특히 위탁 기간이 장기화 되면서 아동과 위탁 부모 사이에 보호 받을 가치가 있는 부모와 자녀의 관계가 형성되었다면 위탁 부모가 이를 근거로 위탁 아동에 대한 양육권을 주장할 수 있는지 여부가 문제될 수 있다. 만일 이를 인정한다면 입양과 가정위탁 제도는 사실상 매우 근접한 제도가 될 것이다.

1977년 *Smith v. Organisation of Foster Families for Equality and Reform*<sup>44)</sup> 사건에서 연방대법원은 가족생활을 구성하는 것은 적법절차에 의하지 않고 침해될 수 없는 자유권의 내용이며, 국가의 개입으로부터 보호되는 가족의 사생활 또한 수정 헌법 제14조가 보장하는 자유권의 내용이라는 것을 인정하였지만<sup>45)</sup>, 위탁가족은 혈연에 의하여 구성된 가족과 다르게 이들 관계형성의 초기부터 주가 중요한 파트너로 함께하며 주와의 계약관계에서 발생하는 것이므로 이들의 권리 주장은 주법의 내용에 따라야 하며<sup>46)</sup> 이 점에서 위탁가정은 친 가정과 동일한 자유권을 가진다고 인정하지 않았다.

그러나 아동복지의 관점에서 볼 때, 위탁부모가 항상 친생 부모에 비교하여 아동에 대하여 제한된 권리만 인정받는 것은 아니다. 1999년 *In Division of Family Services v. Harrison*<sup>47)</sup> 사건은 위탁 아동의 후견인으로

---

44) *Smith v. Organization of Foster Families* - 431 U.S. 816 (1977) <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/431/816/case.html> 2013년 9월 19일 최종확인

45) *Cleveland Board of Education v. La Fleur* (1974) ; *Prince v. Messachusetts* (1944).

46) *Doglas E. Abrams / Sarah H. Ramsey*, supra, note 8, p. 453.

47) *In Division of Family Services v. Harrison*, 741 A. 2d 1016 (Del. 1999) <http://caselaw.findlaw.com/de-supreme-court/1121918.html> ; 2013년 9월 19일 최종확인

법원이 위탁 부모를 지정한 예이다. David의 모는 약물중독 상태였고 부는 알콜 의존상태에서 감옥에 수감되었기 때문에 델라웨어 가족서비스국은 David를 Butler 부부에게 위탁배치 하였다. 위탁 부모인 Butler 부부는 2년 동안 David를 양육해왔고 입양을 희망하고 있었다. 위탁 배치 당시 David에 대한 양육권은 가족서비스국이 보유하고 있었다. 감옥에 수감 중이던 David의 부는 출소하면서 가족서비스국의 가족통합 프로그램에 참여하기 시작하였는데, 이에 대하여 Butler 부부는 지난 기간 동안 가족서비스국이 David의 최선의 이익을 보호하는지에 대하여 회의적인 입장이었고 David의 부가 가족통합 프로그램에 참여하고 있음에도 불구하고 아동을 양육하는데 부적절하다고 생각하였다. 이러한 이유에서 Butler 부부는 가족서비스국의 동의 없이 자신들을 David에 대한 후견인으로 선정해 줄 것을 법원에 청구하였다. 법원은 Butler 부부를 후견인으로 선임하고 친생부모에게는 면접교섭권을 부여하였다.

법원의 이러한 결정에 대하여 가족서비스국은 위탁부모는 가족서비스국의 동의 없이 양육권을 청구할 수 있는 “지위에 있지 않다”는 점을 근거로 법원의 판단이 잘못되었음을 주장 하였다. 그러나 법원은 절차적인 의미에서 “지위에 있다”는 것은 법적인 권리주장을 시작할 자격이 누구에게 있는지에 대한 문제와 관련된 것이며, 논쟁이 되는 사안에서 Butler 씨는 David의 성장과정 동안 주 양육자였기 때문에 법적으로 보호되는 이익을 가지고 있으므로 가족서비스국의 반하여 친생부모와 양육권 소송을 할 수 있는 지위를 가지고 있다고 판단하였다.<sup>48)</sup>

## 2. 위탁 아동의 원 가정 복귀

가정위탁에 배치된 아동의 복리에 최선은 필요한 적절한 기간 동안 아동을 위탁 양육 받도록 하되 위탁 배치된 사유가 소멸하여 아동이 원 가정에서 양육이 가능하다고 판단하면 복귀하도록 하는 것이다. 따라서 적

---

48) 같은 입장으로 I.B. v. Department of Children and Families, 876 So. 2d 581(Fla. Dist. Ct. App. 2004) [http://www.leagle.com/decision/20041457876So2d581\\_11072](http://www.leagle.com/decision/20041457876So2d581_11072) ; 2013년 9월 19일 최종확인

절한 기간의 배치 그리고 원 가정으로의 복귀 양자는 가정위탁 전문 기관이 지속적으로 검토하여야 하는 사항이다.

그러나 적절한 기간 동안 위탁양육 이후 원 가정으로의 복귀 여부를 결정해야 할 때 어려운 점은 위탁 부모가 위탁 아동을 유아기부터 오랜 기간 동안 양육하여, 이들 사이에 강력한 심리적 유대가 형성되는 경우이다. 1991년 *In Re Ashley K* 사례는<sup>49)</sup> 이러한 문제점을 잘 보여준다. Ashley K는 약물 중독 부모에게서 출생한 아동으로 5년간 위탁 부모의 보살핌으로 잘 성장하였으나 부모가 약물중독 치료 프로그램에 참여하고 아동에 대하여 관심을 보이기 시작하였다는 이유만으로 지방법원에서 Ashley K에 대한 양육권을 친생 부모에게 이전한 사건이다.

1991년 Illinois 주 항소법원은 이 사건의 사실관계를 전체적으로 검토한 후, Ashley K의 양육권이 친생부모에게 이전되도록 한 지방법원의 결정에 의문을 표시하였다. 항소법원은 지방법원이 이 사안에 대하여 결정할 때, Ashley K의 최선의 이익 보다는 최근 13개월 동안 아동의 친부모가 양육에 관심을 보이기 시작하였는지 여부와 이들이 이 기간 동안 약물을 사용하지 않았다는 사실에 더 강조점을 두었다는 점을 지적하였다. 그러면서 현재 이 사건에서 Ashley K의 친부모에게 양육권이 이전된 것은 아동에게는 최선의 이익이 아니므로 기각되어야 하고, 지방법원은 아동의 최선의 이익의 관점에서 양육권을 이전하는 문제를 다시 판단하도록 하였다. 이 사건을 통하여 법원은 위탁부모와 위탁아동이 장기간의 유대관계가 형성된 경우 친생부모의 양육권 주장으로 위탁 아동을 원 가정으로 다시 돌려보내야 할 경우 친생부모의 양육의지 보다는 아동의 최선의 이익을 중심으로 판단해야 한다는 것을 명확히 하였다.

반면에 1996년 *Marisol A. v. Giuliani* 사례에서<sup>50)</sup> 연방대법원은 위탁 기

49) *In Re Ashley K* 212 Ill. App.3d 849, 571 N.E.2d 905 (1991) [http://www.leagle.com/decision/19911476571NE2d905\\_11407](http://www.leagle.com/decision/19911476571NE2d905_11407) ; 2013년 9월 19일 최종확인

50) *Marisol A. v. Giuliani* United States District Court, S.D.N.Y., 1996, 929 F. Supp. 662 ; 구체적으로 이들의 주장은 (1) 피고인 New York시 아동복지국이 학대와 방임을 조사하기 위한 신고를 적절히 접수하지 않았고, (2) 적절한 시점에 법에서 요구되는 방법으로 신고에 따른 조사를 실시하는데 실패하였으며, (3) 아동을 위탁 가정에 사전 배치할 때, 아동을 원 가정에 남아있도록 할 수 있는 예방적인 서비스를 제공하는데

간과 원 가정 복귀에 대한 주의 책임에 대하여 검토하였다. 관련 사건의 원고 11명은 심각한 학대와 방임으로 위탁 배치된 아동들이었다. 원고들은 New York시의 아동서비스 담당 부서가 자신들의 사례를 잘못 처리함으로써 위해로부터 자유로울 권리가 침해되었음을 주장하였다. 일반적으로 연방대법원은 국가가 양육권을 가지고 있지 않은 아동이 위해로부터 보호되어야 할 권리를 국가에 대하여 주장할 수 없다는 입장을 취하여 왔다.<sup>51)</sup> 반면에 국가가 보호책임을 지는 자에 대해서는 특정한 상황을 전제로 주가 이들에게 보호와 보살핌을 제공하여야 할 의무가 부과된다고 하였다. 이에 대한 근거로 연방 대법원은 수감 중인 죄수가 적절한 의료적 치료를 받을 권리가 있다고 판단한 *Estelle v. Gamble* 사건과,<sup>52)</sup> 본의

---

실패하였고, (4) 아동 개인별 수요를 충족시킬 수 있을 정도로 제한이 많지 않으면서 가족과 같은 환경에 배치하는데 실패하였으며, (5) 아동이 New York시 아동서비스국의 양육하에 있는 동안 신체적, 정신적, 교육적으로 더 나빠지지 않도록 보장하는 서비스를 제공하는데 실패하였으며, (6) HIV/AIDS를 비롯하여 장애가 있는 아동을 적절하게 배치하는데 실패하였고 (7) 아동이 원 가정으로 돌아가거나 가능한 한 빠르게 항구적인 배치가 실행되는 것이 가능하도록 하는 적절한 사례관리와 계획을 제공하는데 실패하였고 (8) 가정위탁을 벗어나 입양 가능한 아동을 지원하기 위한 서비스를 제공하는데 실패하였고, (9) 특히 가정위탁 서비스를 벗어나는 10대 들에게 적절한 서비스를 제공하는데 실패하였고, (10) 아동의 배치를 위한 행정적 또는 사법적 청문을 적절히 제공하는데 실패하였으며 (11) 사례관리자들에게 적절한 훈련과 지원 및 감독을 제공하는데 실패하였고, (12) 아동을 위한 모니터, 진료 및 계획에 적절한 체제를 유지하는데 실패하였다는 것이다. <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&case=/data2/circs/2nd/969132v3.html> ; 2013년 9월 19일 최종확인

51) *DeShaney v. Winnebago County Dept of Social Services* 489 U.S. 189 : DeShaney의 양육권자인 아버지가 아동을 학대하고 있다는 혐의를 병원에서 보고하였음에도 불구하고 사회복지국은 DeShaney 부의 양육권을 상실시키기 위한 아무런 조치도 취하지 않았는데 부가 DeShaney를 지나치게 폭행하여 코마상태가 되자, DeShaney의 모가 사회복지국이 폭력으로부터 DeShaney를 보호하는데 실패하였음을 근거로 아동 거주 의 자치구를 대상으로 연방헌법 수정헌법 제14조에 의하여 보장된 적법절차 없이 DeShaney의 자유권을 침해하였음을 소송을 제기하였다. 연방 대법원은 부모의 양육 책임에 있는 아동에 대하여 학대를 예방하는 주 정부의 대행 기관의 실패가 연방수정헌법 제14조가 의도하는 아동의 자유에 대한 권리를 침해하지 않는다는 입장을 취하였다. 법원은 비록 주가 사적인 행위에 대하여 보호를 제공할 의무가 있다고 하더라도 주가 부담하는 보호를 위한 우선적 의무는 투옥, 시설보호 또는 그와 유사하게 개인의 자유를 제한한 것에서 발생하므로 이 사건에서 DeShaney는 사회복지국이 양육을 책임지고 있는 아동이 아니었기 때문에 사회복지국은 위해로부터 그를 보호할 필요가 없다고 하였다. [http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0489\\_0189\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0489_0189_ZS.html) ; 2013년 9월 19일 최종확인



아니게 범죄를 저지르는 정신질환자의 안전을 보장해야 하는 주의 의무를 인정한 *Youngberg v. Romeo* 사건을 제시하였다.<sup>53)</sup>

이 사건에서도 법원은 같은 입장을 취하여 국가는 자신의 책임으로 양육되는 아동에 대한 보호 의무도 부담한다고 보았다. 다만 해당 아동에 대한 국가의 보호의무의 범위가 얼마나 광범위하게 보호되어야 하는지는 논란이 되었다.<sup>54)</sup> 이에 대하여 법원은 아동복지 제도의 목적은 양육에 있어서 가족과 유사한 환경을 제공하여 아동의 최선의 이익을 촉진하는 것이므로, 원고에게는 이와 합리적 관련성이 있는 위탁조건과 기간의 적절함을 주장할 권리가 있으며, 이것은 또한 위해로부터 자유로울 권리의 구체적인 내용에 해당한다고 하였다.<sup>55)</sup> 따라서 원고에 대한 양육권이 주에게 귀속되어 있는 경우 이들에 대한 가정위탁의 조건과 기간이 지나치게 부적절해서는 아니 된다고 보았다.

다음으로 원고는 New York시의 아동서비스 담당 부서가 가족의 통합을 위한 서비스를 제공하는 것에 실패하였기 때문에 자신들의 가족통합에 대한 권리가 침해되었음을 주장하였다. 일반적으로 연방대법원은 부모와 자녀의 권리가 헌법적으로 보호되어야 하며 가족의 사생활은 헌법적으로 투영(penumbral)된 권리로 인정하지만 주가 그러한 가족의 삶을 보장하는 의무를 부담한다는 것은 소극적으로만 인정해왔다.<sup>56)</sup> 즉 법원이

52) *Estelle v. Gamble*, 429 U.S. 97 (1976) 수감 중인 Gamble은 감옥의 농장에서 작업 중 부상을 당하였으나 의사는 Gamble의 부상이 낮은 정도의 등 근육의 좌상으로 진단하고 통증에 대한 약물 처방만 이루어지자 Gamble은 교도소를 대상으로 부적절한 의료적 치료를 원인으로 소송을 제기하였다. 연방대법원은 수감자가 그의 의료적 필요를 치료하는데 교도소 당국에 의존해야 하므로 만일 관련 당국이 적절한 의료적 지원을 하지 않으면 최악이 경우 죽음에 이르게 될지도 모르고 죄수들에 심각한 의료적 필요에 대한 의도적인 무관심은 불필요하고 악의적인 고통의 형벌을 구성한다고 보았다. <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/429/97/case.html> 2013년 9월 19일 최종확인

53) *Youngberg v. Romeo*, 457 U.S. 307 (1982) : 이 사건은 유아기 정도의 지능을 나타내는 정신지체자 Nicholas Romeo가 정신지체 수용시설에 감금된 사건에서 보살핌의 기준에 관한 것으로 연방대법원은 비자발적으로 수용된 자는 합리적이고 안전한 감금의 조건에 대한 권리를 가지고 있다고 하였다. <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/457/307/case.html> ; 2013년 9월 18일 최종 확인

54) *Doglas E. Abrams / Sarah H. Ramsey*, supra. note 8, p. 477.

55) *Doglas E. Abrams / Sarah H. Ramsey*, id., p. 478.

아동복지의 맥락에서 가족의 통합에 대한 권리를 인정하는 경우는 친생 부모가 가정위탁에 있는 아동에 대한 면접교섭권을 인정받지 못한 사례에서 제한적으로 사용되는 경향이 있었다.<sup>57)</sup> 이 사건에서도 법원은 원고가 주장하는 가족 통합에 대한 주장은 가정위탁의 기간과 밀접하게 관련이 있기 때문에 피고가 적절한 검토 없이 아동을 가정위탁 상태에 방치한 사례는 원고인 위탁 아동의 가족 통합에 대한 권리를 침해한 것임을 인정하였다.<sup>58)</sup> 즉 아동위탁 기관은 아동을 위탁배치 하는 경우 그 조건과 기간이 적절해야 하며 배치 이후 원 가정에 복귀 노력 없이 위탁 가정에 방치하는 것은 가족 통합에 대한 권리를 침해한다는 것이다.

### 3. 「가정위탁보호지원법(안)」에 따른 위탁 부모의 권한

미국의 가정위탁 제도의 법리에 따르면 위탁 가정에게 인정되는 권리는 생물학적 가정에게 인정되는 것에 비교하여 제한적이므로 장기간의 위탁 양육 과정을 통하여 심리적 유대를 강하게 형성하고 있다고 하여도 위탁 가족이 독자적인 자유권을 주장할 수 없고 주와의 계약 내용에 의하여 그 구체적인 내용이 결정되는 것으로 본다. 그러나 *In Division of Family Services v. Harrison* 사건에서 나타난 바와 같이 아동복지에 필요하다고 인정되는 때에는 위탁 부모가 직접 후견인의 지위를 인정받기도 한다.

이와 관련하여 그동안 우리나라의 가정위탁 제도 운영 과정에서 큰 문제점으로 지적된 것은 실질적으로 아동을 위탁 양육하고 있는 위탁부모가 아동에 대한 친권자가 아니기 때문에, 친부모가 아동을 가정위탁에 의뢰하고 연락이 두절된 경우 위탁 부모는 양육과정에 결정권이 없어 어려움을 갖게 된다는 것이다.<sup>59)</sup> 이러한 문제를 해결하기 위하여 「가정위탁보

---

56) *Child v. Beame*, 412 F. Supp. 593 (S.D.N.Y.1976) ; [http://scholar.google.com/scholar\\_case?case=6157525351430785899&hl=en&as\\_sdt=2&as\\_vis=1&oi=scholarr](http://scholar.google.com/scholar_case?case=6157525351430785899&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholarr) 2013년 9월 18일 최종확인

57) *Aristotle P. v. Johnson*, 721 F.Supp. 1002 (N.D.Ill.1989); [http://scholar.google.com/scholar\\_case?case=15383749724165406806&hl=en&as\\_sdt=2&as\\_vis=1&oi=scholarr](http://scholar.google.com/scholar_case?case=15383749724165406806&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholarr) 2013년 9월 18일 최종확인

58) *Doglas E. Abrams / Sarah H. Ramsey*, supra. note 8, p. 479.

호지원법(안)』은 위탁부모, 가정위탁전문기관의 장 또는 검사의 청구로 부모가 ① 소재불명 등의 사유로 사실상 친권행사를 할 수 없는 경우, ② 1년 이상 위탁아동과 면접교섭을 하지 않는 경우, ③ 그 밖에 친권행사를 하지 아니하거나 남용하여 위탁아동의 복리가 위태롭게 되거나 위태롭게 될 우려가 있는 경우 친권행사의 정지를 청구할 수 있도록 규정하고 있다 (동법(안) 제16조 제1항). 그리고 가정법원이 친권행사의 정지를 선고하는 경우에는 직권으로 또는 위탁부모, 가정위탁전문기관의 장, 검사의 청구에 따라 위탁아동의 후견인을 선임하도록 하고 있다(동법(안) 제16조 제2항).

그러나 이 규정이 그동안 가정위탁 제도의 문제점으로 지적되어온 친권자가 실질적으로 아동 양육에 관심을 보이지 않으면서 친권을 가지고 있는 반면 아동을 직접 양육하고 있는 위탁부모의 경우 양육과 관련된 권리를 갖지 못하여 위탁양육관계가 불안정하게 되는 현상을 예방하는데 어느 정도 기여할 수 있을 것인지 명확하지 않다.<sup>60)</sup> 친권행사의 정지라는 개념은 민법이 규정하고 있는 친권상실은 아니며 친권행사 정지 사유가 소멸하는 경우 다시 친권행사의 회복을 선고할 수 있도록 규정되어 있기 때문에(동법(안) 제16조 제3항) 친권행사정지가 궁극적으로 아동이 친권자로부터 분리되는 것은 아니다.

따라서 「가정위탁보호지원법(안)」이 규정하고 있는 친권행사 정지에 의하여 후견인이 선임되어 있다고 하여도 이는 기간의 제한이 있는 후견인이다. 특히 민법은 친권이 상실되어 있거나 소재불명으로 친권행사가 불가능한 경우 후견인을 (민법 제927조의 2) 선임하도록 규정하고 있지만

59) 김상용, “가정위탁양육에 관한 민법상의 쟁점”, 『法曹』 610호, 법조협회, 2007, 97쪽.  
 60) 실제로 현행 『아동복지법』에서도 지방자치단체장이 아동의 친권자가 그 친권을 남용하거나 현저한 비행 기타 친권을 행사할 수 없는 중대한 사유가 있는 것을 발견한 경우 아동의 복지를 위하여 필요하다고 인정할 때(제12조 제1항) 및 아동보호전문기관의 장의 요청이 있는 경우(제12조 제2항)에는 법원에 ‘친권행사의 제한 또는 친권상실의 선고’를 청구하도록 규정하고 있는데, 현행법상에서는 ‘친권행사의 제한’이 구체적으로 무엇을 의미하는지에 관한 명문의 규정을 두지 않고 있기 때문에 현실적으로 그 제한의 실현에 대한 방법론상의 문제가 제기되었다, 정현수, 앞의 글, 266면. 「가정위탁보호지원법(안)」은 이러한 문제를 인식하고 친권행사 정지 사유를 좀 더 구체화하여 규정한 것으로 본다.

면접교섭권을 이행하지 않은 경우는 후견인 선임의 대상이 되지 않는다. 따라서 친생부모가 위탁아동을 1년 이상 면접교섭을 행사하지 않은 경우 동 법(안)에 의하면 친권행사가 정지되어 후견인을 선임하여야 하지만, 민법에 의하면 부모의 친권은 여전히 유효하게 존재한다. 이러한 이원적인 상태는 법률관계의 혼란을 야기할 수 있을 것이다.

예를 들어 현재 제시된 「가정위탁보호지원법(안)」에는 위탁 부모가 위탁 아동을 입양할 수 있는 특별한 규정이 존재하지 않기 때문에 결국 민법과 「입양특례법」규정에 의하여 입양이 이루어져야 하는데, 아동을 위탁 배치하고 1년 이상 면접교섭권을 행사하지 않는 경우 「가정위탁보호지원법(안)」에 의하면 친부모는 친권이 정지되어 후견인이 선임되게 된다. 이러한 조건에서 아동을 위탁 부모가 입양하고자 하면 친부모가 친권자로서 입양동의를 하도록 해야 하는지 아니면 동법(안)에 의하여 선임된 후견인이 입양동의를 해야 하는지 명확하지 않다. 동법(안)에 따르면 부모의 친권은 정지된 상황이므로 후견인이 입양에 대한 동의권자가 되는 것으로 해석할 수 있을 것이다. 그러나 민법에 의하면, 친권상실 된 경우나 (동법 제870조 제1항 제2번) 부모가 소재를 알 수 없어 동의나 승낙을 받을 수 없는 경우만 (동법 제870조 제1항 제3번) 부모가 입양에 대한 동의권을 행사할 수 없다. 따라서 아동을 위탁 배치한 후 면접교섭권을 이행하지 않는 것이 민법의 친권상실 사유에 해당하는 것이 아니라면 친부모는 여전히 입양에 대한 동의권을 행사할 수 있고, 결국 「가정위탁보호지원법(안)」에 따른 후견인과 민법에 의한 친부모가 각각 입양동의권을 행사한다는 해석이 가능할 것이다. 이러한 결론이 위탁배치 이후 친부모가 사실상 아동을 방임하는 경우에 입양을 통하여 아동에게 항구적인 가정을 제공할 수 있도록 하는데 효율적이라고 할 수 없을 것이다.

특히 최근 법무부는 친권 제한 및 정지제도를 민법에 도입하고자 민법 개정(안)을 입법예고하고 있는데, 이에 의하면 부 또는 모가 친권을 남용하거나 현저한 비행 기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있는 경우에, 친권의 상실 또는 일시 정지를 선고할 수 있도록 하고 있다 (개정민법(안) 제924조 제1항). 친권정지 사유에 관하여 양 법(안)을 비교하

면, 친권행사를 하지 아니하거나 남용하여 위탁아동의 복리가 위태롭게 되거나 위태롭게 될 우려가 있는 경우 또는 소재불명 등의 사유로 사실상 친권행사를 할 수 없는 경우는 동법(안)과 개정민법(안) 모두에 근거하여 친권정지 사유가 될 수 있을 것이다. 반면에 면접교섭권을 이행하지 않은 것은 동법(안)에 의하면 친권행사 정지사유에 해당하지만 개정민법(안)에 의하면 이를 현저한 비행으로 분류하지 않는 한 친권정지사유에 해당한다고 할 수 없을 것이다. 따라서 현행민법에 의하든 입법 예고된 민법 개정(안)에 의하든 면접교섭권을 이행하지 않은 것을 근거로 친권행사 정지가 선고되고 위탁부모를 아동의 실질적 후견인으로 선임하는 경우는 기대하기 어려울 것이다.

현재 「가정위탁보호지원법(안)」은 위탁 아동의 배치 이후 친부모가 직접 자녀를 양육하고자 귀가신청을 하면 가정위탁심의위원회는 아동의 복리를 기준으로 귀가의 허용여부를 판단하되 귀가조치가 아동의 복리에 반한다고 인정될 경우 귀가조치를 하지 아니할 수 있다. 그러나 아동 복리에 반하는 경우 귀가조치를 하지 않을 수 있다는 것은 매우 광범위한 원칙규정이므로 아동의 원 가정 복귀가 적절한 것으로 판단할 수 있는 구체적인 요건이 명확해야 할 것이다. In Re Ashley K 사례를 통하여 알 수 있듯이 단순히 친부모의 양육의지의 표현이 아니라 아동이 성장할 수 있는 환경이 형성되어 있는지 여부와 친부모가 양육을 수행할 수 있는지 객관적으로 판단해야 할 것이다.

또한 언급한 Marisol A 사례에서 검토한 것처럼 명확한 근거 없이 아동을 가정위탁에 지나치게 장기간 배치하는 것은 그 자체로 국가의 개입 없이 가족생활을 유지할 수 있는 자유권적 기본권이 침해될 수 있을 것이다.<sup>61)</sup> 그런데 「가정위탁보호지원법(안)」에 의하면 아동이 위탁 배치되고 난 이후 부모의 귀가 신청이 있거나 아동이 만 18세가 되어 위탁 배치가 종료되기까지 중간단계에서 가정위탁의 지속여부를 판단할 수 있는

61) 우리 헌법 제36조 제1항의 법적 성질에 대해서는 단순 제도보장에 그친다는 입장과 기본권의 특징을 가지고 있다는 입장이 있는데, 후자의 경우 우선적으로 국가의 개입 없이 가족생활을 유지할 수 있는 방어권적 특징이 있다고 해석한다. 차선자, “양성평등과 개인의 존엄의 시각에서 본 가족법”, 「아시아여성연구」 제43집 제1호, 숙명여자대학교 아시아 여성연구소, 2004, 152-154쪽.

절차에 대한 규정이 없다. 현재 우리나라 가정위탁 제도는 1년 단위로 위탁 계약을 하지만, 그 실태를 보면 가정위탁이 단기간의 위탁 이후 원 가정 복귀를 목표로 하고 있음에도 불구하고 2007년 종결한 위탁 배치된 2,208명 중 원 가정으로 복귀한 아동은 17.02%밖에 되지 않으며 만 18세가 되어서 보호가 종결된 아동이 47%이었다. 이러한 상황은 2006년도에도 유사하게 나타났다. 특히 대리양육이나 친인척가정위탁은 거의 대부분이 장기 위탁으로서 아동이 18세가 되어 성인이 되면서 위탁상태가 종료된다. 일반가정위탁의 경우도 위탁이 장기화되고 있는데 친부모들은 자신의 문제들, 즉 주거 및 안정된 직업, 경제능력 회복 등이 해결되는 것이 다소 회의적이어서 1-2년 내에 아동을 데려오기는 어렵다고 인식하고 있었다. 2006년 노충래 등의 조사에 의하면 조사대상자의 절반 정도인 48%는 ‘상황이 좋아질 때까지 몇 년간 더 유지’하겠다고 응답하였고, ‘계약 없다’는 응답도 6.0%로 나타났다. 이는 가정위탁의 본래 취지인 일시적인 보호 및 원 가정 복귀에 대한 인식이 부족한 것으로 추측된다. ‘여건만 좋아지면 당장 데려 오겠다’는 응답도 28%를 차지하였고, 계약한 1년 정도만 유지하겠다는 응답도 8%가 되어 약 36%의 친부모만 아동의 조기 원 가정 복귀 의지가 있는 것으로 조사되었다.<sup>62)</sup> 이러한 인식과 현실을 고려할 때, 「가정위탁보호지원법(안)」처럼 일단 아동이 위탁 배치되고 난 이후 원 가정으로의 복귀 여부를 부모의 결정에만 좌우되도록 한다면, 아동위탁 기간이 장기화될 가능성이 높아질 것으로 생각 한다<sup>63)</sup>.

62) 노충래, 신혜령, 박은미, 강현아, 가정위탁제도의 활성화, 중앙가정위탁지원센터, 2006 ; 허남순, “가정위탁보호제도의 과제와 발전방안”, 「제3회 가정위탁정책 세미나 가정위탁보호제도의 과제와 발전방안」 보건복지부/중앙가정위탁지원센터, 2009년, 14쪽 재인용.

63) 실제 최근 조사에 의하면 서울시내 위탁 아동·청소년 친가정 복귀 8.3% 불과한 것으로 나타났다. 위탁된 아동이 친가정으로 돌아가지 못한 채 성인이 돼 보호가 끝나고 자립한 사례는 180건(71.4%)에 달했다. 애초 약정된 위탁 기간이 끝나고 나서도 아동이 위탁가정에 계속 머무는 경우는 32건(12.7%)으로 조사됐다. 아동 위탁 의뢰 사유로는 '부모의 이혼'이 가장 많았다. 서울 전체 가정위탁 1천285건 가운데 489건(38%)이 부모의 이혼 탓에서 비롯됐다. 부모 별거나 아동 가출 때문인 경우가 323건(25.1%), 부모 중 한 명이 사망한 경우가 312건(24.3%)으로 그 뒤를 이었다. 부모가 수감됐거나 혼외 출생으로 위탁을 의뢰한 사례도 각각 20건, 11건으로 나타났다: <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&aid=0006271532&mid=shm&oid=001&sid1=102&nh=20130522061140> 2013년 9월 19일 최종확인.

가정위탁 제도는 제한된 기간 동안 양육 서비스를 제공하는 것으로 필요한 경우 아동을 원 가정으로 부터 분리시키되 동시에 원 가정 복귀를 위한 노력 나아가 원 가정 복귀가 아동복지에 해롭다고 판단될 경우 원 가정 복귀를 시키지 않을 수 있는 노력 모두가 균형 있게 이루어 져야 한다. 이런 이유에서 미국에서는 위탁 배치 이후 정기적인 청문 (periodic review hearing)을 실시하여 아동이 지나치게 오랜 기간 동안 가정위탁에 남아있게 되는 것을 예방하고 이 단계에서 판사는 아동의 항구적 배치를 위하여 입양이 적절하다고 판단하면 입양을 위한 절차를 시작하는 것을 결정할 수 있도록 하고 있다. 그러나 우리 「민법」이나「입양특례법」에 의하면 법원은 입양을 최종적으로 허락하기는 하지만 입양절차의 개시에 판사가 직접 개입하지는 않는다. 일반적으로 아동이 원 가정으로부터 분리되어 가정위탁에 배치되는 경우 가급적이면 위탁가정에서 장기간 성장하는 것 보다는 원 가정 복귀 또는 입양 등을 통하여 항구적인 가정에 배치되도록 하는 것이 아동복지에 적합할 것이다. 따라서 장기적인 차원에서 법원이 입양의 허락단계만이 아니라 입양개시 단계부터 함께 하여 각 아동의 상황에 따라 위탁배치와 입양 양자를 연계하도록 하는 것이 아동복지에 더 부합하는 방향일 것으로 본다. 그러나 이를 위해서는 현재 민법과「입양특례법」양자로 분리되어 있는 입양관련법이 일원화 되어 통일된 입양 절차가 만들어져야 할 것이다. 또한 일차로 아동에 대한 귀가 조치를 판단할 수 있는 주체인 가정위탁전문기관 및 가정위탁심의위원회의 의견을 통해서 위탁배치의 지속여부를 판단하는 중간 심의 과정이 체계화되어야 할 것이다.<sup>64)</sup>

## V. 나가며

아동권리협약은 아동이 일시적 또는 영구적으로 가정을 박탈당했거나 아동에게 이롭지 않은 가정환경으로 인해 가정으로부터 분리된 아동은 국가로부터 특별한 보호와 원조를 부여 받을 권리가 있으며, 당사국은 국

64) 허남순 / 이해원, 앞의 글, 118~120쪽.

내법에 따라 아동에 대한 대안적 보호방안을 마련하되, 여기에는 위탁양육이나 입양 및 필요한 경우 적절한 아동보호시설에서의 양육까지를 포함하는 것으로 규정하고 있다 (아동권리협약 제20조).

우리나라는 이미 1985년에 가정위탁 제도가 처음으로 도입되었고 아동권리협약의 비준국임에도 불구하고 그동안 시설 중심으로 아동에 대한 공적양육 시스템이 구축되어 있었다. 그러나 유엔 아동권리위원회의 제1차 권고를 계기로 2000년부터 가정위탁을 공공양육 체계로 구축하려는 본격적인 노력이 시작되었다. 그동안 가정위탁제도에 대한 법적 근거는 아동복지법에 의하여 규정되어 있었으나, 아동복지법은 가정위탁만을 규정하는 것이 아니라 아동복지에 관한 포괄적 입법이므로 특정 제도를 상세히 규정하기 위해서는 별도의 법을 제정하는 것이 적절할 것이다. 이런 점에서 가정위탁 제도를 규정하기 위한 독자적인 입법은 필수적이라고 생각한다.

위에서 검토한 바처럼 가정위탁제도의 운영과정은 국가와 가정위탁 지원센터, 위탁부모, 위탁아동 및 친부모까지 개입되기 때문에 매우 복잡하다. 따라서 가정위탁 제도에 관한 입법을 할 때는 이들 관계의 특성에서 발생하는 예측 가능한 문제들을 어떻게 정리할 것인가가 명확히 되어야 하며 각 당사자들의 입장이 적절하게 반영되어야 제도가 안착할 수 있을 것이다. 이러한 관점에서 보면 제시되었던 「가정위탁보호지원법(안)」은 가정위탁 기관과 위탁부모 및 위탁 아동에 관해서는 상세하게 규정하고 있으나, 위탁가정의 배치와 원 가정으로 복귀, 위탁부모, 위탁아동 및 친생부모와의 상호관계를 염두에 둔 절차적인 균형은 적절하게 규정되어 있지 않은 것으로 생각한다. 특히 현재 가정위탁 제도는 “부모가 직접 양육할 수 없는 아동”을 친부모의 요청과 공무원의 결정에 의하여 아동이 위탁 배치되도록 운영되고 있는데 이 과정에서의 아동인권이 적절히 보장되고 있는지 검증할 방법이 사실상 마련되어 있지 않다.

또한 친부모가 아동을 가정위탁에 의뢰하고 연락이 두절된 경우 위탁부모는 양육과정에 결정권이 없어 어려움을 갖는 점이 지적되어 이를 해결하기 위한 대안으로 동법(안)은 친권정지 제도를 도입하였으나 현행 민법의 친권상실제도나 입법 예고된 개정 민법(안)에 친권정지제도와는 관



계를 고려할 때 그 효과는 제한적일 것이다. 나아가, 동법(안)은 위탁 아동의 배치 이후 아동의 원 가정으로의 복귀가 전적으로 부모의 양육의사 표시에 의하여 좌우되게 되어 있을 뿐, 부모가 아동양육이 가능한 상태인지 여부를 판단할 체계가 마련되어 있지 않다. 이 또한 보완되어야 할 것이다.

특히 가정위탁제도는 미성년 아동에게 양육이라고 하는 대인서비스를 제공하는 것이므로 이에 대한 질적인 수준을 유지하는 것이 매우 중요하다. 이것은 위탁부모가 위탁아동을 양육할 때 그리고 가정위탁지원 기관이 위탁 관련 업무를 처리할 때 어느 정도의 주의의무를 기울여야 하는지 기준이 제시되어야 가능할 것이다. 그러나 동법(안)은 이에 대한 지침이 부족하다고 본다. 향후 이러한 점을 고려하여 당사자들의 입장이 절차적인 면에서 좀 더 상세히 반영 되어 가정위탁 제도가 위탁 아동인권을 실체적 측면만이 아니라 절차적인 보장도 함께 고려하여 좀 더 개선된 법(안)이 제안되기를 바란다.

## 참 고 문 헌

### 〈국내문헌〉

김상용, “가정위탁양육에 관한 민법상의 쟁점”, 『법조』610호, 법조협회, 2007.

보건복지가족부, 아동청소년복지시설의 개선 방안, 2009.

변미희/정혜선, “저출산 시대 사회적 보호가 필요한 아동의 양육의 질 제고를 위한 정책방향”, 『한국가족복지학』제16권 제3호, 한국가족복지학회, 2011.

송주미, “아동과 청소년의 권리보호를 위한 국가이념의 방향과 과제,-역사적 고찰을 중심으로-”, 『청소년학연구』 제10권 제2호, 한국청소년학회, 2003.

정현수, “요보호 아동의 복리관점에서 본 가정위탁제도 일고”, 『법학논총』제33권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2009.

차선자, “양성평등과 개인의 존엄의 시각에서 본 가족법”, 『아시아여성연구』제43집 제1호, 숙명여자대학교 아시아여성연구소, 2004.

차선자, “아동복지를 위한 입양법의 제언”, 『강원법학』제35권, 강원대학교 법학연구소, 2012.

허남순, “가정위탁양육 관계법의 개정”, 『한국아동복지학』제7호, 한국아동복지학회, 1998.

허남순, “가정위탁보호제도의 활성화 방안에 관한 연구”, 『한국아동복지학』제9호, 한국아동복지학회, 2000.

허남순·이혜원, “유엔 아동권리협약의 원칙과 국내 가정위탁 보호의 현황 분석”, 『한국아동복지학』제22호, 한국아동복지학회, 2006.

허남순, “한국가정위탁의 역사와 현황”, 『제6차 가정위탁교육국제세미나 자료』한국수양부모협회, 2005년.

### 〈국외문헌〉

David Peterson, “Constitutional Law - Lipscomb v. Simmons: State Foster Care Funding for Non-Relatives Only, Social Welfare or Parens Patriae”, 23

Golden Gate U. L. Rev. 1993.

Douglas E. Abrams / Sarah H. Ramsey, Children and the law, Thomson West, 2007.

[http://www.casey.org/Resources/Publications/pdf/ImprovingFamilyFosterCare\\_FactSheet.pdf](http://www.casey.org/Resources/Publications/pdf/ImprovingFamilyFosterCare_FactSheet.pdf) ; 2013년 3월 17일 방문

<http://www.childwelfare.gov/systemwide/lawspolicies/statutes/homestudyreqs.cfm>;  
2012년 12월 20일 방문.

[http://www.mw.go.kr/front\\_new/mw/smw0101mn.jsp?PAR\\_MENU\\_ID=01&MENU\\_ID=010101](http://www.mw.go.kr/front_new/mw/smw0101mn.jsp?PAR_MENU_ID=01&MENU_ID=010101).

[http://libproxy.jnu.ac.kr/2f584ed/\\_Lib\\_Proxy\\_Url/international.westlaw.com/find/default.wl?mt=LawSchool &db=345&findtype=Y&stid=%7b2f2f08b4-8079-4096-bbf1-e36ce7f11e7e%7d&tc=-1&rp=%2ffind%2fdefault.wl&spa=chonnam-04&ordoc=1999094446&serialnum=1996139175&vr=2.0&fn=\\_top&sv=Split&tf=-1&referencepositiontype=S&pb=637B312C&referenceposition=693&rs=WLIN13.01](http://libproxy.jnu.ac.kr/2f584ed/_Lib_Proxy_Url/international.westlaw.com/find/default.wl?mt=LawSchool&db=345&findtype=Y&stid=%7b2f2f08b4-8079-4096-bbf1-e36ce7f11e7e%7d&tc=-1&rp=%2ffind%2fdefault.wl&spa=chonnam-04&ordoc=1999094446&serialnum=1996139175&vr=2.0&fn=_top&sv=Split&tf=-1&referencepositiontype=S&pb=637B312C&referenceposition=693&rs=WLIN13.01)

<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&aid=0006271532&mid=shm&oid=001&sid1=102&nh=20130522061140> ; 2013년 5월 21일 오후 4시 방문.

〈판례〉

Aristotle P. v. Johnson, 721 F.Supp. 1002 (N.D.Ill.1989)

Babcock v. State, 116 Wn.2d 596, 809 P.2d 143 (1991)

Bartels v. County of Westchester, 76 App.Div. at 517, 429 N.Y.S.2d 906 (1980)

Child v. Beame, 412 F.Supp. 593, 603 (S.D.N.Y.1976)

Cleveland Board of Education v. La Fleur (1974)

DeShaney v. Winnebago County Dept of Social Services (1989)

Elton v. County of Orange, 3 Cal.App.3d 1053, 84 Cal.Rptr. 27 (1970)

Estelle v. Gamble, 429 U.S. 97 (1976)

Hanson v. Rowe, 18 Ariz.App. 131, 500 P.2d 916, 918 (1972)

I.B. v. Department of Children and Families, 876 So. 2d 581(Fla. Dist. Ct. App. 2004)

- In Re Ashley K 212 Ill. App.3d 849, 571 N.E.2d 905 (1991)
- In Division of Family Services v. Harrison, 741 A. 2d 1016 (Del. 1999)
- King v. McMahon 186 Cal. App. 3d 648 (1986)
- Little v. Utah State Div. of Family Services, 667 P.2d 49 (Utah 1983)
- Lipscomb v. Simmons 884 F. 2d 1242 (9th Cir. 1989), rev'd, 962 F. 2d 1374 (9th Cir. 1992)(en banc)
- Marisol A. v. Giuliani United States District Court, S.D.N.Y., 1996, 929 F. Supp. 662
- Simmons v. Robinson, 303 S.C. 201, 399 S.E.2d 605 (Ct.App. 1990).
- Simmons v. Robinson, 305 S.C. 428 (1991) 409 S.E.2d 381.
- Smith v. Organization of Foster Families - 431 U.S. 816 (1977)
- Stanley v. State Indust., Inc., 630 A. 2d 1188 (N.J. 1993) :
- Suter v. Artist M. 503 U.S. 347(1992)
- Prince v. Messachusetts (1944).
- Wilder v. Virginia Hosp. Ass'n, 496 U.S. 498 (1990)
- Youngberg v. Romeo, 457 U.S. 307 (1982)

## <국문초록>

가정위탁제도는 아동학대 등의 사유로 친부모가 직접 자녀를 양육할 수 없는 경우, 제한된 기간 동안 친족이나 제3자의 가정에서 아동 양육 서비스를 제공하는 것이다. 우리나라는 1988년부터 이 제도를 도입하였고, 그 제도의 근거는 「아동복지법」규정에서 찾을 수 있다 (제2조 제7호). 가정위탁 제도는 친부모가 생존하고 있는 경우가 많으므로 위탁 부모와 친부모, 그리고 위탁 아동의 관계, 국가와 위탁 부모의 관계, 국가의 위탁 아동에 대한 보호 의무 및 국가와 친부모의 관계에 이르기까지 매우 다양한 관계가 동시에 움직이는 역동적인 특징을 가지며 다양한 법률문제를 내포하고 있다. 또한 가정위탁제도는 학대나 방임에 노출된 아동을 원 가정으로부터 분리하여 양육 서비스를 제공하는 것이므로 보호를 필요로 하는 아동을 적시에 원 가정으로 부터 분리하는 것은 매우 중요하다. 반면에 가정위탁 제도는 제한된 기간 동안 아동양육 서비스를 제공하는 것이므로 원 가정으로 복귀도 그에 못지않게 중요하다. 원 가정으로 부터의 분리와 원 가정으로 복귀 양자 사이의 균형은 아동인권에 가장 직접적인 영향을 주는 중요한 요소이다. 미국에서는 이러한 다양한 관계에서 발생하는 법률문제를 판례를 통하여 대처해 왔다. 또한 미국의 가정위탁 제도는 초기부터 법원이 개입하여 위탁 아동을 입양, 위탁배치 및 원 가정 복귀 3가지 큰 틀에서 결정하는 방법으로 위탁아동의 복리를 위한 결정을 단계별로 하고 있다. 반면에 우리나라에서 가정위탁 제도는 아동복지법 근거 규정에 따라 제도가 운영되었지만 아동복지법은 아동복지에 관한 기본법적인 특성을 가지고 있는 것이므로 가정위탁 제도에 대한 세밀한 규정을 두고 있지 않았다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 2012년 11월 「가정위탁보호지원법(안)」이 발의되었다. 동법(안)은 위탁부모의 자격, 위탁 아동 배치이후 학대 발생 시 아동보호 방법 및 친권행사 정지 문제 등을 규정하여 아동위탁제도 운영에 필요한 내용을 상당히 세밀하게 포함하였다. 그러나 우리 보다 가정위탁제도 운영에 대하여 장기간의 역사를 가지고 있는 미국에서 이 제도가 운영될 때 나타나는 문제점들을 고

려할 때, 제시된 『가정위탁보호지원법(안)』이 이러한 문제에 대하여 적절히 대비하도록 제안되었는지 검토할 필요가 있을 것이다. 이 논문은 제시된 『가정위탁보호지원법(안)』이 제도운영 과정에 발생 가능한 문제를 적절하게 해결할 수 있는지 이를 위하여 추가적으로 보완되어야 하는 것은 없는지 검토하였다.

주제어 : 가정위탁, 아동학대, 양육서비스, 원 가정 분리, 원 가정 복귀, 위탁배치

## A study on the multifaceted legal relations of the foster care

Cha, Seon-Ja\*

Foster care system is the child rearing service given by foster family within limited duration. It was introduced in 1988 and its legal grounds is in Art. 2 Nr. 7 of the Child Welfare Act. Foster care system feathers dynamic and multifaceted legal relations between foster parents and foster children, between the nation and foster parents and foster children, and between foster parents and legal parents. Furthermore, while operating foster care system, the balances between the segregation of the children from their family in case of the abuse and neglect and the reunification with their original family are very important to protect children`s human right. In America diverse legal problems from the multifaceted relations of the foster care are solved by the decisions of the court. Besides the juvenile court is involved in the beginning the process to protect the children who can not be reared by their parents. It decides whether the children should be adopted, be placed in foster family, and be resent to their original family. In Korea foster care program is arranged on the basis of the Child Welfare Act, however this act is enacted for the child welfare generally, not just for the foster care relations. Therefore, the Child Welfare Act does not provide detailed regulations which are necessary to enforce the foster care system. For this reason, 『Bill of Supporting Act for Foster Care』 was proposed. This Bill provides the qualification of foster parents, child protecting standards about the child abuse by foster parents after the placement and the suspension of the legal custody ect. However, considering the diverse problems of foster care system in America, it is not clear that diverse legal problems can be solved with the provisions of the 『Bill of Supporting Act for Foster Care』. On the basis of the critical mind, this paper examines the contents of the 『Bill of Supporting Act for Foster Care』 and dealt with which of them should be supplemented to solve the diverse problems caused in running foster care program.

**Key Words** : Foster care, child abuse, child rearing, segregation from family, placement of foster child

---

\* Chonnam National University, Law School, Associate Professor

