

헤이그아동탈취협약의 국내이행법의 입법평가

곽 민 희*

〈국문초록〉

국제결혼의 증가에 수반하여 국제가족법상의 문제가 증가함에 따라, 이에 관한 적극적인 논의가 필요하게 되었다. 예컨대, 경을 넘어서는 이혼, 부양, 친권,子の 보호의 문제 등은 가족으로서의 결합과 해체에 수반하는 당사자 사이의 애정에 기초한 결코 양보할 수 없는 이해대립의 문제는 비단 당사자에게만 그치는 문제가 아니라 국가간의 갈등을 빚어내고 있다. 특히, 국경을 넘어서 불법하게 이동되거나 유치되는 아동탈취의 문제는 그 특성상 필수적으로 국제적인 협력, 즉 각 국의 사법공조와 국제사법상의 통일에 기좌여 해결되어야 한다는 운명에 처해있다. 이로써 국제사회는 이러한 국제적인 문제들의 해결을 위한 노력의 일환으로서 헤이그국제사법회의(Hague Conference on Private International Law)를 마련하였고, 이 회의에서는 본고의 주요한 논의대상인 국제적인 아동탈취의 문제해결의 실마리로서, 1980년에 「국제아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그협약(Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction)」을 제정하였다. 이 협약은 아동의 감호와 관하여 아동의 이익(Interests of Children)이 가장 중요한 가치임을 인정하면서, 불법하게 이동되거나 유치된 아동의 신속한 반환절차를 규정함으로써 국경을 넘은 아동탈취의 유해한 영향으로부터 아동을 보호하는 것을 목적으로 한다. 따라서 본 협약의 내용은 아동의 불법한 이동이나 유치로부터 아동의 본래 상거소로의 신속한 반환을 보장하기 위한 절차와 양육권과 면접교섭권의 보호를 주된 내용으로 한다. 우리나라도 극히 최근 위 협약에 가입하고, 신속하게 그 이행법률로서 “헤이그 국제아동탈취협약 이

* 숙명여자대학교 법과대학 교수, 법학박사.

행에 관한 법률(법률 제11529호)”을 2012년 12월에 제정하고 2013년 3월 1일부터 시행하기로 하였다. 그러나 법률 그 자체의 입법과정은 그야말로 입법과정이라고 할 것 없이 급조되어 만들어지고 사회의 합의나 토론 없이, 특히 이 문제를 고민하는 학자들이나 실무자들의 참여가 없이 만들어졌다는 점에서 많은 아쉬움을 남기고 있다. 그 결과 본문에서 서술하는 바와 같이, 조문수와 내용이 너무 간략하여 해석의 여지도 많고 실제 실효성의 측면에서 적절히 적용되고 기대한 성과를 이끌어 낼 수 있을 것인가에 대해서는 의문이다. 바로 우리 이웃 일본의 경우에는 협약의 가입이전부터 국제적인 아동탈취의 문제에 대해서 정부부처는 물론이고 학자, 실무자, NGO 단체 등 각계의 다양한 계층으로부터의 뜨거운 관심과 지속적인 논의가 이루어져 왔고, 그 이행법률을 만드는 데에도 이러한 견해의 반영과 타협 등의 반복을 통한 신중한 검토와 방대한 조문의 내용을 검토의 대상으로 삼고 있다는 점은 시사하는 바가 크다. 게다가 최근에는 부모 중의 일방이 상대방의 양육권에 위반하여子を 국외로 데리고 나간 경우 국외이송약취죄가 문제된 사안에 대해서 약취죄를 인정하지 않는 대법원의 판결이 있었던 만큼, 국제가족법상의 문제는 현실화되어 가고 있고 이행법률의 실효성에 대한 고찰이 필요한 시점이다. 따라서 본고에서는 위 협약에 대한 한국의 이행법률의 구조와 내용을 소개하고 협약 규정 및 다른 나라의 이행법률과 검토함으로써 현재 한국에서의 협약의 위치와 이에 대한 인식을 기초로 우리 이행법률 시행의 실효성여부에 대해서 검토하고 있다.

※ 주제어 : 국제아동탈취협약, 국제아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그협약, 국제가족법, 친권, 아동, 자의 최선의 이익, 국제재판관할, 상거소, 헤이그 국제아동탈취협약의 이행에 관한 법률, 국외이송목적 약취죄

-
- I. 아동탈취에 관한 국제적 협력과 국내법으로의 수용
 - II. 「헤이그 국제아동탈취협약의 이행」에 관한 법률의 구체적 내용
 - 1. 이행법률의 체계
 - 2. 아동반환의 원칙
 - 3. 아동반환 등의 절차에 있어서의 지원
 - 4. 협약에 따른 아동반환청구절차와 반환명령
 - 5. 반환청구의 실효성 확보수단
 - III. 우리 이행법률에서의 문제점
 - 1. 재판관할의 문제
 - 2. 양육권 침해와 면접교섭권 침해의 불법성
 - 3. 아동의 소재파악을 위한 지원의 문제
 - 4. 이행명령의 확보를 위한 문제
 - IV. 반환청구의 실효성 확보수단의 문제
 - 1. 사전적·행정적 구제
 - 2. 아동의 불법한 국외이동에 대한 민사적 구제수단
 - 3. 민사적·행정적 구제의 실효성과 형사법적 구제
 - V. 형사법상의 규제필요성: 공동친권자 일방의 아동탈취행위에 대한 국외이송목적 약취죄의 성부에 관한 한국의 최근판결의 분석
 - 1. 사건의 개요
 - 2. 원심의 태도
 - 3. 대법원의 판단
 - 4. 주요쟁점과 대법원 판결의 분석
 - VI. 결 론
-

I. 아동탈취에 관한 국제적 협력과 국내법으로의 수용

국제결혼의 증가에 수반하여 국제가족법상의 문제, 즉 국경을 넘어서는 이혼, 부양, 친권,子の 보호의 문제 등도 증가함에 따라, 이에 관한 적극적인 논의가 필요하게 되었다. 특히 국경을 넘어서 불법하게 이동되거나 유치되는 아동탈취의 문제는 그 특성상 필수적으로 국제적인 협력, 즉 각 국의 사법공조와 국제사법상의 통일을 요구한다. 따라서 국제사법의 국제적 통일을 위하여 설치된 헤이

그국제사법회의(Hague Conference on Private International Law)는 이 문제에 관한 국제적인 협력과 이행을 위한 노력으로써, 1980년에 「국제아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그협약(Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction)」¹⁾을 제정하였다. 이 협약은 아동의 감호와 관하여 아동의 이익(Interests of Children)이 가장 중요한 가치임을 인정하면서, 불법하게 이동되거나 유치된 아동의 신속한 반환절차를 규정함으로써 국경을 넘은 아동탈취의 유해한 영향으로부터 아동을 보호하는 것을 목적으로 한다. 따라서 본 협약의 내용은 아동의 불법한 이동이나 유치로부터 아동의 본래 상거소로의 신속한 반환을 보장하기 위한 절차와 양육권과 면접교섭권의 보호를 주된 내용으로 한다. 그러나 이 협약이 가입국에서의 실효성을 갖기 위해서는 국내의 이행법률이 필요한데, 우리나라에 앞서 만들어진 대표적인 EU의 이행법률인 브뤼셀 II bis 규칙²⁾은 협약에 근거하면서도 현실에 부합·대응하기 위한 여러 가지 참고가 되는 규정들을 마련하고 있어서 시사점이 많다. 우리나라도 위 협약에 가입하고, 신속하게 그 이행법률로서 “헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률(법률 제 11529호)”을 2012년 12월에 제정하고 2013년 3월 1일부터 시행하고 있지만, 후

1) Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction; 이하 국제아동탈취에 관한 헤이그협약(1980). 이 협약의 타이틀에서 “abduction” 이라고 하는 용어는 보통 “奪取”로 번역하고 민법상으로도 이 용어를 사용하는 것이 일반적이다. 그런데 이 탈취라는 용어는 형사범죄로서의 이미지가 강하기 때문에 오해를 부를 여지가 있다고 판단되어, 이 협약의 타이틀에 「民事的 側面(civil aspect)」이라고 하는 수식어가 붙게 된 것이라고 한다.

2) 국제결혼과 이혼의 증가, 시민의 이동의 자유의 보장과 이에 수반하여 발생하는 아동의 불법적인 약취와 이동에 대응하여 아동의 보호를 위해 통합된 유럽연합 차원에서 제정되는 각종 EU입법, 특히 이혼과 친권, 양육권, 아동의 반환청구에 관한 규정과 외국판결의 승인 및 집행에 관한 브뤼셀 II bis 규칙(Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses 「혼인과 양배우자의 자녀에 관한 친권문제에 있어서의 재판관할 및 판결의 승인과 집행에 관한 유럽공동체 규칙」; 이하 브뤼셀 II bis 규칙)은 국제아동의 탈취에 관한 헤이그협약(1980)과 밀접한 관련을 맺고 있고, 이 규칙을 통해 본 협약의 실효성과 완성도가 확보된다고 하는 보충적인 성격을 가지고 있다는 점은 중요하다.

술하는 바와 같이 조문수와 내용이 간략하여 해석의 여지가 많다. 게다가 가족상의 변화와 국제결혼의 증가에 따라 국제아동탈취의 문제가 현실화 되고 있고, 최근에는 부모 중의 일방이 상대방의 양육권에 위반하여子を 국외로 데리고 나간 경우 국외이송약취죄가 문제된 사안에 대해서 의미 있는 대법원의 판결이 있었던 만큼,³⁾ 이행법률의 실효성에 대한 고찰이 필요한 시점이다. 따라서 본고에서는 위 협약에 대한 한국의 이행법률의 구조와 내용을 소개하고 협약 규정 및 다른 나라의 이행법률과 검토함으로써 현재 한국에서의 협약의 위치와 이에 대한 인식을 기초로 우리 이행법률 시행의 실효성여부에 대해서 생각해보고자 한다.

II. 「헤이그 국제아동탈취협약의 이행」에 관한 법률의 구체적 내용

1. 이행법률의 체계

「헤이그 국제아동탈취협약의 이행에 관한 법률」은 총4장, 17개 조문과 부칙 2개 조문으로 구성되어 있다. 헤이그 국제아동탈취협약이 전문 규정과 총 6장, 45개의 조문⁴⁾을 두고 있음에 비해서, 그 체계와 내용이 비교적 간단하게 규율되고 있다. 전문의 내용에 규정된 기본이념과 취지는 간략하게 제1장 총칙에서 선언하고 있고, 용어에 관해서도 협약에서 규정한 바에 맡기고 있다(법률 제2조 제2항).

3) 대법원 2013. 6. 20 선고, 2010도14328 [공2013하, 1399]

4) 제1장 협약의 적용범위(제1조~제5조), 제2장 중앙당국(제6조~제7조), 제3장 아동의 반환(제8조~제20조), 제4장 면접교섭권(제21조), 제5장 일반규정(제22조~제36조), 제6장 최종규정(제37조~제45조)

2. 아동반환의 원칙

제1장은 「총칙」으로서 본 법률의 목적(법률 제1조)과 정의(동법 제2조), 그리고 아동반환 등의 절차에 관여하는 국가기관 등의 신속한 처리의무(동법 제3조)를 규정하고 있다. 헤이그 아동탈취협약의 이행을 위한 대한민국의 중앙당국은 법무부장관으로 하였다(동법 제4조). 국제아동탈취에 관한 헤이그 협약은 아동을 국경을 넘어 불법하게 이동시키거나 유치하는 것은 원칙적으로 아동의 最善의 이익에 반한다고 하는 것을 기본이념으로 한다. 이러한 기본이념을 바탕으로 협약은 불법으로 이동되거나 유치된 아동은 즉시 아동의 이전 상거소국으로 반환되어야 한다는 원칙을 정하고 있는 것이고 이행법률도 이에 따른 것이다.

3. 아동반환 등의 절차에 있어서의 지원

제2장은 협약에 따른 아동반환 등의 절차에 앞서, 국내로의 또는 국외로의 아동이 탈취된 경우, 그 아동의 반환을 요구하는 등의 절차에 있어서 대한민국의 중앙당국이 분쟁의 우호적인 해결과 수행을 위해서 지원을 할 수 있는 규정을 두고 있다는 점이 특징이다. 즉, 대한민국으로 아동의 불법적인 유치로 인하여 본 협약에 따른 면접교섭권과 양육권이 침해된 자가 아동의 반환을 확보하기 위해서 아동의 소재발견이나 협약에 따른 국내의 일반적인 정보 등을 요구하는 경우에는 필요한 범위에서 법무부 장관의 지원을 받을 수 있도록 하고 있고(법률 제5조), 법무부장관 또한 이를 위해 필요한 조치를 할 수 있도록 규정하고 있다(동법 제6조, 제9조). 반대로 대한민국외의 다른 체약국으로 불법적인 아동의 유치와 이동이 있는 경우 협약에 따라 아동의 양육권과 면접교섭권이 침해된 자에게도 필요한 지원을 할 수 있도록 하였다(동법 제8조, 제9조)

4. 협약에 따른 아동의 반환청구절차와 반환명령

(1) 반환청구의 재판절차

아동반환 등에 관한 구체적인 재판절차에 대해서는 이행법률 제3장 제11조 내지 제14조가 규정하고 있다. 반환명령의 결정절차는 신청을 받은 협약 가입국의 사법기관 또는 행정기관이 행하는데 통상은 법원일 것이고, 우리 이행법률도 이러한 점에 근거하여 협약에 따른 아동반환사건은 서울가정법원의 전속관할로 하고 있다(법률 제11조). 협약에서는 반환명령결정절차는 신속하게 행해져야 하고(협약 제11조) 원칙적으로 6주간 이내에 결정해야 한다고 하고 있다.⁵⁾ 우리 이행법률 역시 “법원은 아동반환에 관한 사건의 심판 청구일 또는 조정 신청일 부터 6주 이내에 결정에 이르지 못한 경우에는 청구인 또는 법무부장관의 신청에 따라 그 지연이유를 서면으로 알려야 한다”고 규정하여(법률 제14조), 아동반환의 신속한 해결을 도모하고 있다. 다만, ① 아동의 불법적인 이동 또는 유치 일로부터 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 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, ⑤ 아동의 반환이 대한민국의 인권 및 기본적 자유 보호에 관한 기본 원칙에 의하여 허용되지 아니한다는 사실이 있는 경우에 법원은 반환청구를 기각할 수 있다.

(2) 반환명령과 본안에 관한 재판의 중지

국제아동탈취에 관한 헤이그 협약에 기한 반환명령은 양육권(right of custody)의 본안에 대한 결정, 즉 아동이 어떤 부모와 살아야 하는지 또는 어느

5) 협약 제11조, 브뤼셀 II bis 규칙 제11조 제3항 2문.

국가에서 살아야 하는지 등을 실제로 결정하는 양육권 결정의 문제와는 구별되어야 하고, 다만 양육권이나 면접교섭권에 대한 결정을 행하는 데 가장 적절한 국가(이전의 상거소국)에 아동을 돌려보내는 명령이라고 할 수 있다. 따라서 본 협약 제16조는 양육권의 본안에 대한 판단은 반환명령을 받은 아동이 소재하는 국가에서 행할 수 없다고 하고 있고, 나아가 제19조는 이 협약에 근거한 아동의 반환에 관한 결정은 양육과 관련한 본안 결정으로 간주되지 아니한다고 명시하고 있다. 따라서 본 이행법률에서도 아동의 불법적인 이동이나 유치가 있는 경우에는 법무부장관은 협약 제16조에 따른 “본안재판의 중지”를 위해서 관할법원에 이 사실을 통지할 수 있도록 하고 있고, 관할법원은 본안재판을 중지해야 한다(법률 제7조 제1항, 제2항).

5. 반환청구의 실효성 확보수단

위와 같은 반환청구절차에 의해서 내려진 반환명령의 실효성 확보수단으로서, 우리나라의 이행법률은 다음과 같이 「이행명령」, 「과태료」, 「감치」의 세 가지의 강제수단을 규정하고 있다. 또한 그 절차와 내용은 가사소송법 제64, 제67조 내지 제68조에 따르도록 하고 있다(법률 제13조 제3항).

(1) 법원의 이행명령

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(법률 제13조 제1항). 협약에 따른 아동의 반환명령에 위반하는 경우에 내려지는 이행명령은 동법 제13조 제3항에 따라 가사소송법 제64조가 정하는 절차에 의하도록 하고 있으므로, 법원은 의무를 이행하여야 할 사람이 정당한 이유 없이 그 의무를 이행하지 아니하는 경우에는 당사자의 신청에 의하여 일정한 기간 내에 그 의무를 이행할 것을 명할 수 있다(가사소송법 제64조).

(2) 과태료

이러한 반환의무이행명령을 받고도 정당한 이유 없이 그 명령을 위반한 자에게는 1천만원 이하의 과태료가 부과 될 수 있다(법률 제13조 제2항). 즉, 당사자 또는 관계인이 정당한 이유 없이 아동의 반환의무의 이행명령(가사소송법 제64조가 정하는 이행명령)의 처분을 위반한 경우에는 가정법원, 조정위원회 또는 조정담당판사는 직권으로 또는 권리자의 신청에 의하여 결정으로 1천만원 이하의 과태료를 부과할 수 있다(가사소송법 제67조 제1항).

(3) 감치명령

이행명령을 받은 자가 과태료의 제재를 받고도 30일 이내에 정당한 이유 없이 그 의무를 이행하지 않은 경우에는 30일의 범위 내에서 감치명령을 내릴 수 있도록 규정하고 있다.

조문형식상 이들 세 수단은 서로 병렬·독립적인 것은 아니고 순차·보충적인 관계에 있는 것으로 해석된다. 즉, 법원은 동법 제13조 제1항에 따라 심판, 조정 조서 및 조정을 갈음하는 결정에 의하여 협약에 따른 아동의 반환을 이행하여야 할 자가 정당한 이유 없이 그 의무를 이행하지 아니하는 경우에 이행명령을 내릴 수 있는데, 이러한 이행명령을 받고도 정당한 이유 없이 그 명령을 위반한 경우에 과태료를 명할 수 있는 것이고, 이행명령을 받고 과태료의 제재를 받고서도 30일 이내에 정당한 이유 없이 그 의무를 이행하지 않는 때에 비로소 위반자에 대한 감치를 명할 수 있는 것이다. 또한 이들 구제수단은 주로 사후적 구제수단으로서 아동의 반환의무를 지는 자가 자발적으로 이에 응하지 않는 경우에는 구제수단으로서의 실효성이 약하다는 점이 단점으로 지적될 수 있다.

Ⅲ. 우리 이행법률에서의 문제점

1. 재판관할의 문제⁶⁾

국제아동탈취에 관한 헤이그협약(1980)은 실제로 재판관할을 직접 결정하는 협약은 아니지만, 다음과 같은 의미에서 본 협약은 재판관할권의 문제와 전적으로 관련되어 있다.⁷⁾ 즉 불법으로 아동이 상거소로부터 이동 또는 유치된 경우, 아동의 반환을 명하는 것이 적절한 경우에 그 반환을 요청받은 국가의 의무는 아동의 반환을 명하는 것에 한정되고, 양육권분쟁의 본안에 관한 어떤 재판관할권도 행사할 수 없기 때문이다(제16조). 따라서 국제아동탈취에 관한 헤이그협약(1980)의 해석상 친권 내지 양육권에 관한 배타적 재판관할권은 상거소국에 부여된다. 이렇게 해석하는 것이 상거소국에서 재판을 받는 것 보다 자기에게 유리한 母國에서 재판을 받을 목적으로 불법으로 아동을 이동 또는 유치하는 것을 방지할 수 있다고 하는 측면에서도 타당하기 때문이다. 그러나 이는 국제적으로 아동이 탈취된 경우, 즉 「불법하게 상거소로부터 아동이 이동 또는 유치된 경우」에 관한 원칙일 뿐이고, 이를 제외한 경우에 상거소국 이외의 법원이 재판관할권을 갖는 것을 금지하는 것은 아니라고 할 수 있다. 결국 협약의 해석상 어느 법원이 재판관할권을 가지는가의 문제는 두 가지로 나뉘어 판단된다. 첫 번째로, 「불법하게 상거소로부터 아동이 이동 또는 유치된 경우」에는 상거소국이 장래 아동의 양육에 관한 본안결정을 할 수 있는 재판관할을 가진다. 두 번째로, 위 경우 이외에는 예컨대, 후술하는 아동의 반환명령의 경우에는 상거소국 이외의 법원이 재판관할을 가질 수도 있다.

이러한 재판관할의 문제는 체약국상의 또는 체약국과 비체약국 상의 관계에

6) 이하의 1.재판관할의 문제와 2. 양육권침해와 면접교섭권의 침해의 불법성과 관련한 내용은 필자의 헤이그아동탈취협약과 유럽연합의 입법적 대응-브뤼셀 II bis 규칙·로마 수정안을 소재로-, 가족법연구 제25권 제2호(통권 41호), 2011의 줄고를 참고한 것으로서 일부 내용의 중복과 전문인용이 포함되어 있음을 명확히 밝혀 둔다.

7) 이병화, 국제아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그협약 연구, 법무부, 2009, 254면.

있어서 가장 중요한 쟁점으로 부각되고 분쟁의 중심에 설 가능성이 있음에도 우리 이행법률은 제11조에서 “협약에 따른 아동반환사건은 서울가정법원의 전속 관할로 한다”고만 규정하고 있어서 많은 해석의 여지를 남기고 있다.

2. 양육권 침해와 면접교섭권 침해의 불법성

우리 이행법률은 양육권 침해의 경우와 면접교섭권 침해의 경우를 동시에 규정하지 않고, 경우에 따라서 양육권 침해만을 규정하는 조문이 있으므로 이에 대한 정리가 필요할 것이다. 협약은 아동의 양육과 관련하여 아동의 이익(Interests of Children)이 가장 중요한 가치임을 인정하면서, 불법하게 이동되거나 유치된 아동의 신속한 반환절차를 규정함으로써 국경을 넘은 아동탈취의 유해한 영향으로부터 아동을 보호하는 것을 목적으로 한다. 따라서 본 협약의 내용은 아동의 불법한 이동이나 유치로부터 아동의 본래 상거소로의 신속한 반환을 보장하기 위한 절차와 양육권과 면접교섭권의 보호를 주된 내용으로 한다. 이에 본 협약은 아동을 국경을 넘어 불법하게 이동시키거나 유치하는 것은 원칙적으로 아동의 最善의 이익에 반한다고 하는 것을 기본이념으로 하고 있고 이는 본건 피고인의 행위의 불법성의 근거가 된다. 이러한 기본이념을 전제로 본 협약은 불법으로 이동되거나 유치된 아동은 즉시 아동의 이전 상거소국으로 반환되어야 한다는 원칙을 정하고 있다. 아동을 이전 상거소국에 되돌려 보낸다고 하는 것은 아동의 생활의 계속을 유지·담보한다는 의미에서 아동에게 이익이 되기 때문이다. 또한 관련 증거의 입수가능성이라고 하는 점에서 상대적으로 용이한 아동의 이전 상거소국 법원이 양육권이나 면접교섭권에 관한 문제를 결정하는 것이 아동의 이익에도 부합한다는 것이다.⁸⁾

이처럼 협약이 전제하는 아동의 신속한 반환의 원칙에 따라, 부모의 일방에 의한 아동탈취의 경우 이 협약에 의해서 반환명령이 내려지는데, 이는 아동을

8) 이 점에서 국제아동탈취에 관한 헤이그협약(1980)은 보다 직접적으로 친권 또는 감호권이나 면접교섭권에 관한 본안 판단의 재판관할권을 결정하는 협약은 아니지만, 위 협약의 취지상 아동의 이전 상거소국이 이러한 문제에 관한 재판관할권을 갖는 것으로 해석된다.

불법한 탈취 이전의 상태로 원상회복시키기 위한 것이다. 이 협약에 기한 반환 명령은 양육권의 본안에 대한 결정, 즉 아동이 어떤 부모와 살아야 하는지 또는 어느 국가에서 살아야 하는지 등을 실제로 결정하는 양육권 결정의 문제와는 구별된다. 즉, 양육권이나 면접교섭권에 대한 결정을 행하는데 가장 적절한 국가(이전의 상거소국)에 아동을 돌려보내는 명령을 의미하는 것으로 본안에 대한 종국적인 판단을 의미하는 것은 아니다. 따라서 본 협약 제16조는 양육권의 본안에 대한 판단은 반환명령을 받은 아동이 소재하는 국가에서 행할 수 없다고 하고 있고, 나아가 제19조는 이 협약에 근거한 아동의 반환에 관한 결정은 양육과 관련한 본안 결정으로 간주되지 아니한다고 명시하고 있다. 이 협약에 근거하여 반환 명령이 내려지는 경우는 다음과 같은 두 가지 요건을 충족한 경우이다. ① 아동이 상거소국에서 다른 국가로 이동 또는 유치(탈취)되었을 것과 ② 그러한 이동과 유치가 불법일 것을 말한다. 여기서는 「常居所」와 「不法」의 개념이 가장 중요한 판단요소이다.

첫 번째 요건으로서 「常居所」⁹⁾라고 하는 개념은 그로부터 아동의 불법적인 이동이 있었는가의 실체적 판단기준일 뿐만 아니라, 불법적 이동이 있는 경우의 친권, 양육권을 포함한 아동에 관한 장래의 본안을 결정할 재판관할로서의 의미도 갖기 때문에 특별한 설명이 없는 협약과 국내 이행법률의 해석상 어려움이

9) 常居所(habitual residence)라고 하는 용어는 1902년의 「미성년자의 후견에 관한 헤이그협약」(Hague Convention relating to the Settlement of Guardianship of Minors)에서 처음 사용되었다고 한다. 이병화(註7), 17면. 神前禎 = 早川吉尚 = 元永和彦 『國際私法(2版)』(有斐閣, 2006) 51頁以下, 溜池良夫 『國際私法講義(第2版)』(有斐閣, 1999) 116頁以下 참조. 이에 따르면 상거소는 본국법주의와 주소지법주의의 대립을 지양하기 위해 헤이그국제사법회의에서 창출된 개념으로 헤이그의 각 협약이나 규칙에서는 그 개념에 대해서 명확히 정의하고 있지는 않다. 다만 준거법 결정의 요소의 연결점으로서 상거소라는 개념이 채용되었으므로 각 협약이나 규칙에서는 그러한 취지에 비추어 개별적으로 해석해야 한다고 한다. 참고로 일본의 국제사법이라고 할 수 있는 「法適用에 관한 通則法」에서는 상거소를 “사람이 상시 거주하고 있는 장소로서, 단순한 居所와는 구별되고 상당히 장기간에 걸쳐서 거주하고 있는 장소”라고 하고 있다(南敏文 『改正法例の解説』(法曹会, 1992), 42頁의 각주1 참조). 따라서 개념상 상거소가 중복하는 경우는 생각하기 어렵다고 할 수 있다.

있다. 즉, 협약에서는 상거소의 개념에 대하여 침묵하고 있어 그 개념에 관한 논란이 있다.¹⁰⁾

협약의 아동반환을 위한 두 번째 요건으로서 「불법」의 의미에 대해서는 양육권과 면접교섭권의 침해의 해석과 관련하여 이행법률 해석상 모호한 점이 있다. 「不法」의 개념에 대해서는 동 협약 제3조는 기본적으로 「양육권(right of custody)¹¹⁾」의 침해를 의미하는 것으로 보는 것이 일반적이다. 예컨대, 이동 혹은 유치 직전에 아동이 상거소를 가지고 있던 국가의 법에 의해 개인, 시설 기타 기관에 단독 또는 공동으로 부여된 양육권을 침해한 경우가 이에 해당한다. 또한 이동 혹은 유치 당시에 그 양육권이 현실로 단독 또는 공동으로 행사되고

10) Peter Nygh, “The New Hague Child Protection Convention”, *International Journal of Law, Policy and the Family* vol.11, no.3(1997), p.347.

11) “right of custody”라고 하는 용어는 “양육권”또는 “감호권”으로 번역할 수 있는데, 참고로 우리 민법 제837조가 양육책임, 양육자, 양육비용 등의 양육이라는 용어를 사용하고 있으므로 일반적으로 우리학계에서는 “양육권”이라는 개념과 용어를 사용하고 있다. 다만, 우리 민법에서 의미하는 양육과 법적 권리 내지 개념으로써 양육권(또는 감호권)을 친권과 구별하여 인정할 수 있는지에 대해서는 의문의 여지가 있다. 그런데, 우리 판례의 문언에서 종종 발견되는 “감호권”이라고 하는 용어는 일본법에서 유래된 것으로서 우리 민법과는 다른 일본법상의 고유한 의미를 갖는 용어이므로 이를 그대로 차용하여 사용하는 것은 적절하지 않다. 상술하면, 일본 민법 제820조는 친권자가 행하는 권리와 의무의 내용으로써 감호라고 하는 개념을 별도로 인정하고 있어, 이 용어는 통상 일본에서는 “監護權”이라는 개념과 용어가 사용되고 있다. 일본 민법 제820조의 감호란 자가 순조롭게 자랄 수 있도록 해주는 부양과 의료 및 거소지정을 의미한다고 하고 있고, 일반적으로 친권자가 이러한 권리를 가지는 것으로 규정하고 있다(大村敦志 『家族法』(有斐閣, 2004) 102頁). 이러한 의미에서는 우리 민법상의 용어인 “양육(권)”과 유사하지만, 일본 민법상 이혼시 단독친권의 원칙(일본 민법 제819조 제1항 내지 제3항)에 따라 父 또는 母가 단독으로 친권을 행사하는 경우라도, 친권자와는 별도로 감호권자를 정하는 것이 타당하다고 인정되는 경우에는 친권을 가지지 않는 일방 부모에게 감호권이 주어질 수 있고, 이 때에는 친권자가 행하는 친권으로부터 감호권은 제외되게 된다고 하여 친권과 감호권은 구별되는 법적 개념 내지 권리로서 인정된다(大村敦志(同), 168頁)(이러한 감호권자의 결정 및 변경에 대해서는 일본 민법 제766조 참조). 따라서 일본민법상의 감호권 논의 및 용어가 체계 및 해석을 달리하는 우리 민법에도 타당한지에 대해서는 의문이고, 엄연히 우리 민법상 양육 내지 양육권이라는 용어가 존재하므로 가능하면 논란의 여지가 있는 감호권이라는 용어는 지양하는 것이 타당하다.

있었거나 그 이동 혹은 유치가 없었더라면 현실로 행사되고 있었을 경우를 말한다. 이때의 양육권은 법에 의해 부여된 것이거나 사법 또는 행정기관의 결정에 의해 부여된 것 또는 법적 효력이 있는 합의에 의해서 부여된 경우를 불문한다. 다만, 이 경우 공동양육권(의 침해)을 포함하여, 실제로 상대방의 양육권을 침해했는가의 여부에 대해서는 상거소국의 법률-우리나라의 법률 또는 그 해석-에 의해 결정된다. 그러나 면접교섭권의 침해에 대해서는 협약은 그 불법성을 규정하지 않고 있다. 따라서 부모 일방이 면접교섭권을 가지고 타방이 양육권을 가지는 경우, 양육권을 가지는 자가 면접교섭권자의 동의 없이 아동을 이동 또는 유치한 경우에는 본 협약상 국제아동탈취에 해당하지 않으므로, 이 협약에 기한 아동의 반환을 구할 수 없다. 즉 협약이 규율하는 아동의 국외이동의 불법성 판단은 양육권의 침해와 면접교섭권의 침해 모두에 동일한 것을 해석해야 할 것인가의 문제와 더불어, 한국의 협약 이행법률에서 양육권, 면접교섭권은 조문에 따라서는 양육권만을 규율하거나 둘 모두를 규율하는 경우가 있는데 이들 구별 기준에 대한 명확한 기준과 논의가 필요할 것이다.

참고로 유럽연합의 협약의 이행법률격인 브뤼셀 II *bis* 규칙은 원칙적으로 혼인과 친권에 관한 문제에 적용(제1조)되고, 이 경우에도 재판관할, 외국판결의 승인과 집행 그리고 사법공조에 필요한 사항에 한에서만 적용된다. 부양청구, 재산분할청구 등의 혼인해소에 수반하는 문제는 이 규칙에 포함되지 않는다. 親權(parental responsibility),¹²⁾ 養育權(right of custody), 面接交渉權(right of access) 그리고 常居所(habitual residence)와 같이 아동탈취에 관한 협약과 규칙의 해석상 중요한 개념들의 정의에 대해서는 상거소의 개념을 제외하고는 개별조문에서 정의하고 있다. 여기서 친권이란 판결, 법률 또는 법적 효력을 가지

12) 부모와 자간의 관계가 자에 대한 부모의 권리에서 “子の最善의 利益(福利)”라는 개념으로 확대됨에 따라, 친권이라는 용어도 “parental authority 또는 custody” 라는 용어에서 “parental responsibility”라고 하는 용어로 변화하였다(Ingeborg Schwenzer, *supra* note 1, p.136). 이에 따라 “parental responsibility”를 친책임이라고 번역하는 경우도 있으나 통상 친권이라고 할 때에는 자에 관한 권리와 의무를 동시에 내포하는 의미로 사용되고 있으므로 본고에서는 그대로 친권이라고 번역하기로 한다.

는 합의에 의해서 자연인 또는 법인에게 부여된 아동의 신체와 재산에 관한 모든 권리와 의무를 의미하고, 여기에는 양육권과 면접교섭권이 포함된다(제2조 제7항). 양육권과 면접교섭권의 정의는 국제아동탈취에 관한 헤이그협약(1980)과 거의 동일하다. 즉, 양육권은 아동의 신체에 관한 보호와 관련한 권리와 의무¹³⁾로서 아동의 거소지정권을 포함하고(제2조 제9항),¹⁴⁾ 면접교섭권은 일정기간 동안 아동의 상거소와 다른 곳으로 아동을 데려갈 수 있는 권리를 말한다(제2조 제10항).¹⁵⁾ 친권 및 아동의 보호에 관한 헤이그협약(1996)에는 이에 관한 정의규정은 없다.

아동의 불법한 이동과 유치에 있어서 不法(wrongful)의 개념은 양육권의 침해를 의미한다는 점에서 국제아동탈취에 관한 헤이그협약(1980)과 거의 동일하고, 다만 공동친권의 경우에 일방 친권자가 타방 친권자의 동의 없이는 아동의 거소를 결정할 수 없는 경우에는 양육권은 공동으로 행사되어야 한다고 규정(제2조 제11항 (b))하고 있으므로, 이러한 동의 없는 일방 친권자의 아동의 이동, 즉 공동양육권의 침해도 불법하다고 해석된다.

3. 아동의 소재파악을 위한 지원의 문제

아동을 우리나라에서 국외로 탈취하는 것을 막기 위해서는 사전예방적 차원에서의 구제방법이 효과적이다. 우리 입법상으로는 아직 이러한 사전적인 예방수단에 대해서는 규율이 없다. 더군다나 후술하겠지만, 한국의 대법원이 최근, 부모일방의 양육권을 침해하여 자를 국외이송한 사안에서(협약상으로는 이러한 경우도 아동의 불법한 국외유치 및 이동에 해당한다), 국외이송약취죄는 되지 않는다고 판단하고 있으므로 불법의 개념과 제재의 위하, 효율성 측면에서의 구

13) 다만 국제아동탈취에 관한 헤이그협약(1980)의 양육권에 관한 정의에서 ‘의무’는 규정하고 있지 않고 있지만(협약 제5조 a)), 이는 앞서 서술한 바와 같이 현대에서 친권에 개념에 주의 최선의 이익이라는 측면에서 의무개념이 도입된 것과 마찬가지로 선상에서 양육권을 이해할 수 있다.

14) 국제아동탈취에 관한 헤이그협약(1980) 제5조 a).

15) 국제아동탈취에 관한 헤이그협약(1980) 제5조 b).

제수단과 관련한 논의가 시급한 시점이다. 다만, 이러한 반환청구권의 확보 및 제재·구제수단의 전제로서 국외로 이동된 아동의 소재파악을 위한 지원 및 절차의 마련이 가장 중요하다고 할 수 있다. 즉 국제아동탈취에 있어서는 국내법에 어떤 효율적인 구제수단이 마련되어 있다고 하더라도 일단 아동의 소재파악이 되지 않는 경우에는 무의미할 뿐만 아니라, 실제 사례에서 현실적으로도 가장 문제가 되고 있는 것이 현재 아동의 소재를 발견해 내기가 어렵다고 하는 점에 있다. 따라서 아동의 소재파악의 절차와 방법 및 지원의 문제는 이행법률에서 해결해야 할 가장 중요한 과제로 남겨져 있다고 할 수 있다. 그러나 아동의 소재를 발견하기 위한 기관을 경찰에 맡길 것인지, 아니면 법원이나 정부에게 맡길 것인지 등에 대해서 아무런 법적인 절차와 수단이 마련되어 있지 않고, 우리 이행법률은 단순히 법무부장관에게 맡기고 다른 행정기관에의 협조요청 정도로만 규정하고 있다. 이 점에 대해서는 입법의 근거를 마련하여, 적절한 행정기관의 도움을 체계화하거나, 민간의 조사기관이나 NGO를 이용하는 것도 생각할 수 있을 것이다.

4. 이행명령의 확보를 위한 문제

이행법률이 규정하고 있는 이행명령, 과태료, 감치의 제재는 우리 가사소송법상의 제재에 근거한 것이다. 그러나 이러한 이행명령이 내려진다고 하더라도 유아의 반환의무자에게 심리적인 압박이 될 뿐이어서 강제집행에 있어서의 간접강제(민사집행법 제261조)와 유사한 역할을 하지만, 이로써 반환채무자에게 곧 이행의무가 발생하는 것은 아니며 집행력도 생기지 않기 때문에 이행명령 그 자체로는 실제 아동의 반환 내지 인도 의무의 이행을 확보하는 수단으로서 실효성이 있다고 할 수 있을지는 의문이다. 따라서 이하에서는 아동의 국외의 불법한 탈취의 경우 그 반환청구의 실효성을 확보하기 위한 수단에 대해서 상세히 논의하기로 한다.

IV. 반환청구의 실효성 확보수단의 문제

1. 사전적·행정적 구제

아동을 우리나라에서 국외로 탈취하는 것을 막기 위해서는 사전예방적 차원에서의 구제방법도 생각해볼 필요가 있다. 현재 제시되고 있는 방안으로서는 아동의 여권을 법원에 맡기게 한다든가 아동의 여권을 단독신청하는 경우를 방지하는 등 출입국관리의 차원에서의 예방이 있다. 예컨대, 프랑스민법전의 친권에 관한 내용의 주요한 부분은 2002년 법률에 의해서 대폭적으로 개정된 내용으로서 국외에 자녀의 아동탈취방지를 위한 규정(제373조의 2의 6)¹⁶⁾을 신설한 것은 현대가족의 양태에 상응한 것으로서의 의미가 있다. 본조는 국제결혼의 증가와 그에 따른 국제이혼의 급증으로 인해 친권자의 동의 없이 자녀를 일방이 국외로 데리고 출국하는 것(child abduction)을 방지하기 위해서, 가정법원의 판사가 부모의 여권에 부모의 동의 없는 자의 국외출국금지의 취지를 기재하는 것을 명할 수 있도록 하는 규정이다. 이는 국제아동탈취에 관한 헤이그협약(1980)에 따라 이혼 등을 원인으로 국적이 다른 친생부모가 일방의 친권에 반하여 아동을 국외로 탈취한 경우, 협약상의 아동 반환명령의 실효성을 확보하기 위한 사전예방적 구제수단의 대표적인 예라고 할 수 있다. 국제아동탈취에 관한 헤이그협약(1980)의 가입국의 실무상 직접강제의 수단에 의해서 아동이 반환되는 사례가 많지는 않다는 점에 비추어 보면, 프랑스법이 이를 법률의 규정에 추가하였다는 점은 의미가 있다. 한국의 이행법률은 아직 이러한 제도를 도입하거나 고려하고 있지는 않고 있는데, 이유는 이러한 행정적 구제수단을 이용하기 위한 입법적 근거를 개별사안에 맞추어 규정하는 것이 어렵고 그 실제적인 효과를 기대하기 어렵기 때문인 것으로 생각된다. 결국 이러한 사전적 구제수단이 효력을 발하지

16) 각 가입국의 실무에 관해서는 헤이그국제사법회의 보고서(Enforcement of orders made under the 1980 convention-Towards Principle of God Practice, Enforcement of orders made under the 1980 convention-A Comparative Legal Study-(2006), at http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=3891&dtid=2) 참조.

못하는 경우, 일단 아동이 국외로 탈취되면 그 아동의 소재를 파악하기가 매우 곤란하기 때문에, 아동탈취의 경우 반환명령을 확보하기 위한 구제수단의 실효성을 구체적으로 논의해야 할 필요성이 있다. 이 점에서 입법상의 사전적 구제수단의 행정적 지원이나 실효성의 문제를 생각하면, 사후적 구제수단에 대한 의존도가 높아질 수 밖에 없고 이하에서는 이에 대해서 검토하기로 한다.

2. 아동의 불법한 국외이동에 대한 민사적 구제수단

종래 우리나라는 子の 인도청구시 子에 대한 직접강제에 대해서는 부정적인 시각이 많았기 때문에, 우리나라가 국제아동탈취에 관한 헤이그협약(1980)이 적용된다고 하더라도 반환명령을 실효성 있게 이행할 수 있는 수단에 대해서는 검토할 필요가 있다. 먼저 우리 가사소송법 제64조는 판결·심판·조정조서 또는 조정에 갈음하는 결정에 의하여 금전의 지급 등 재산상의 의무, 유아의 인도의무 또는 자녀와의 면접교섭 허용의무를 지는 할 자가 이를 이행하지 아니하는 경우에는 당사자의 신청에 의하여 가정법원 또는 조정위원회, 조정담당판사가 일정한 기간 내에 그 의무를 이행할 것을 과태료나 감치와 같은 제재(가사소송법 제67조 제1항, 제68조)를 통해 압박할 수 있다. 그러나 위와 같은 이행명령이 내려진다고 하더라도 유아의 반환의무자에게 심리적인 압박이 될 뿐이고, 강제집행에 있어서의 간접강제(민사집행법 제261조)와 유사한 역할을 하지만, 이로써 채무자에게 곧 이행의무가 발생하는 것은 아니며 집행력도 생기지 않기 때문에,¹⁷⁾ 이행명령 그 자체로는 실제 아동의 반환 내지 인도의무의 이행을 확보하는 수단으로서 실효성이 있다고 할 수 있을지는 의문이다.¹⁸⁾ 이행명령과 비교하

17) 崔孝燮, “家事事件에 있어서의 履行確保制度”, 사법연구자료 제9집(법원도서관, 1982), 159면.

18) 강제집행과 관련하여 별도로 이행명령의 필요성에 대해서는 김연, “家事訴訟上 效率的인 履行確保方案 마련에 관한 研究”(한국민사소송법학회, 2006), 382면. 이 논문에 따르면 실제로 유아의 인도의무 또는 子와의 면접교섭허용의무와 같은 것은 강제집행이 가능하다고 하여도 실제 집행에는 상당한 장애가 따르고, 또 이러한 집행을 가급적 하지 않는 것이 좋다는 점을 감안하면 이들 의무의 불이행에 있어서는 이행명령이 의미를 갖는다고

여 민사집행법상 강제집행방법으로서의 간접강제는 직접강제가 불가능한 경우의 보충적인 강제집행방법이다. 따라서 아동이 유아인 경우에는 비교적 용이하게 직접강제를 인정할 수 있을 것이고, 아동이 일정한 연령에 도달하여 상황에 대한 이해력을 어느 정도 갖추고 있어 직접강제가 어렵다고 판단되는 경우에는 간접강제가 의미를 가질 수 있다. 사실 이론상 아동에 대해 직접강제가 가능한가의 여부는 별론으로 하더라도, 반환명령에 따라 아동을 이동시키거나 유치하고 있는 부모로부터 아동을 강제로 떼어 놓는 것이 아동에게 미칠 수 있는 정신적 영향을 생각한다면 직접강제의 수단이 현실적으로 긍정적이라고는 할 수 없다.¹⁹⁾ 비교법적으로 독일은 재판소의 반환명령 중에서 자주적으로 본래의 상거소지에 되돌려 놓게 하는 임의의 반환을 촉구하고 있고, 영국, 노르웨이 같은 경우에는 반환명령으로부터 일정한 기간을 두고 그 사이에 당사자가 반환의 방법이나 조건을 상의하도록 하는 방법을 선택하고 있다.

3. 민사적·행정적 구제의 실효성과 형사법적 구제

현실적으로는 우리나라의 가사소송법상 이행명령이나 민사집행법상 간접강제와 같이 금전적 벌금을 부과하여 경제적 압박을 줌으로써 반환명령을 이행하도록 하는 나라가 대부분인데 캐나다, 미국, 독일, 영국 등에서는 반환에 응하지 않는 부모를 수감하는 경우도 있다고 한다. 가사소송법상 이행명령이나 민사집행법상 간접강제의 수단은 과태료나 감치 또는 손해배상에 따른 심리적 압박을 통하여 아동의 반환의무를 강제한다는 점에서 유사하지만, 실제로 아동반환의무자가 이러한 심리적·경제적 압박에도 불구하고 아동의 반환에 불응하는 경우가

한다.

19) 각 가입국의 실무에 관한 헤이그국제사법회의 의 보고서(Enforcement of orders made under the 1980 convention-Towards Principle of Good Practice, Enforcement of orders made under the 1980 convention-A Comparative Legal Study-(2006)에 따르면 국제아동탈취에 관한 헤이그협약(1980)의 가입국의 실무상 직접강제의 수단에 의해서 아동이 반환되는 사례가 많지는 않다는 점을 알 수 있고 따라서 민사법적 구제 보다 각국에서는 형법상 처벌의 필요성을 인정하는 경우가 많다.

대부분이어서, 협약에 따른 아동반환의무의 이행확보수단으로서의 실효성 확보 방안으로서 민사적 구제 이외에 형사적 구금 또는 처벌에 의한 강제도 그 수단의 하나로서 고려해야 할 필요성이 있다. 우리 형법상으로는 국외이송목적 약취 유인죄와 관련되어 본죄의 보호법익의 문제, 죄의 형벌로서는 비교적 중한 형이 규정되어 있다는 점에서 양형상의 문제 등에 비추어 구체적인 국내법적 논의가 필요하다. 후술하겠지만, 이에 대해서는 우리 대법원(2010도14328)이 최근에 판단을 내린 적이 있는데, 사법사상 최초로 공개변론으로 진행 될 정도로 사회적으로도 큰 이슈가 되었다는 점에서 현재 국제결혼에 수반하는 아동탈취의 문제가 우리사회의 중요한 화두임을 반증하고 있다.

본건과 같이 공동친권자 간의子を 둘러싼 분쟁에 대해서는 아동탈취에 관한 헤이그협약의 원칙으로서 아동의 신속한 반환이 요구되지만, 그 이행의 확보방안으로서 민사적 구제수단은 그 실효성에 의문이 있다. 이로 인해, 형사처벌의 필요성이 인정되고 비교법적으로도 실제로 구금필요성이 인정되고 있다. 외국의 입법례를 살펴보면, 먼저 ① 미국의 경우에는 주 형법을 근거로 상대방 배우자의 의사에 반한 아동 이동행위를 처벌해 오던 중, 협약 미가입국으로의 탈취를 포함하여 자녀인도 절차의 실효성 확보를 위해 자녀를 탈취한 부모에게 형사적 제재를 가할 수 있는 ‘국제적 자의 탈취에 관한 형사법[International Parental Kidnapping Crime Act 1993(IPKCA)]을 제정하여 연방형사재판제도를 국제적 아동탈취 사안에 적용²⁰⁾한 바 있다. 참고로, 국제부모유괴처벌법(International Parental Kidnapping Crime Act) § 1204에 따르면, 국제 부모 유괴²¹⁾가 규정되

20) 국제아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그 협약 연구, 법무부, 2009, 161면: 例) 최근 미국은 처의 의사에 반하여 자녀들을 데리고 대한민국에 입국한 범죄인에 대하여 California Penal Code § 278.5 위반(자녀탈취)을 이유로 범죄인 인도청구를 검토 중임. 미국남성과 혼인한 일본여성이 이혼 소송 중 딸을 일본으로 데려간 사안에서 일본여성을 국제아동탈취죄로 처벌한 경우가 있다(2011. 12).

21) International Parental Kidnapping Crime Act, 1993 § 1204. International parental kidnapping (a) Whoever removes a child from the United States, or attempts to do so, or retains a child (who has been in the United States) outside the United States with intent to obstruct the lawful exercise of parental rights shall be fined under this

어 있고 그 내용은 (a) 미국 밖으로 아동을 데려가거나, 그와 같은 시도를 하거나, (미국에서 거주했던) 아동을 미국 밖에서 억류하여 부모의 권리에 대한 합법적인 이행을 방해할 목적을 가지고 있는 사람은 본 항목에 따라서 벌금의 대상이 되거나, 3년 이하의 징역의 대상이 되거나, 이와 같은 벌금 및 징역 모두에 처할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 ② 영국의 경우에는 아동탈취법(CAA²²⁾)을 제정하여, 부모에 의한 아동탈취를 범죄로 규정²³⁾²⁴⁾하고 있다. ③ 프랑스의 경

title or imprisoned not more than 3 years, or both.

22) Child Abduction Act, 1984

23) 전계서, 169면

24) Child Abduction Act, 1984

1 Offence of abduction of child by parent, etc.(부모 등에 의한 아동유괴죄)

(1) Subject to subsections (5) and (8) below, a person connected with a child under the age of sixteen commits an offence if he takes or sends the child out of the United Kingdom without the appropriate consent.

(2) A person is connected with a child for the purposes of this section if—

(a) he is a parent of the child; or

(b) in the case of a child whose parents were not married to each other at the time of his birth, there are reasonable grounds for believing that he is the father of the child; or

(c) he is a guardian of the child; or

(d) he is a person in whose favour a residence order is in force with respect to the child; or

(e) he has custody of the child.

(1) 아래의 세부항목(5)와 세부항목(8)에 근거하여, 16세 미만의 아동과 관련된 사람이 해당 아동을 적절한 승인 없이 영국 밖으로 데려가거나 보낼 경우에 범죄를 저지르는 것으로 본다.

(2) 다음과 같은 경우 아동과 관련된 것으로 본다.

(a) 해당 아동의 부모인 경우

(b) 해당 아동이 태어난 시점에 부모가 결혼한 상태가 아닌 경우 해당 아동의 아버지라고 믿을만한 근거가 있는 경우

(c) 해당 아동의 보호자인 경우

(d) 해당 아동에 대한 거주명령을 가지고 있는 경우

(e) 해당 아동에 대한 양육권을 가지고 있는 경우

우에는 문헌상 국내이행법률을 찾기 어려우나, 일본국적 부인이 자녀와 함께 일본으로 귀국한 행위에 대해 구인영장을 발부한 사례가 존재한다. 즉, 프랑스인 부와 프랑스에서 혼인하여 공동생활을 하고 있던 일본인 처가 혼인생활 도중부터 시작한 부의 폭력으로부터 도망쳐 1세의 유아를 데리고 일본으로 귀국한 사안에서, 프랑스법원은 부의 신청에 기해 아동의 주소를 프랑스로 정하고 그 국가 밖으로 아동을 데리고 나가는 것을 금지하는 명령을 발하였고 또한 그러한 행위가 탈취죄에 해당한다고 하여 일본인 처에 대하여 구인영장이 발한 사례가 있다. ④ 독일의 경우에는 독일형법 제235조²⁵⁾가 동법 제289조와 유사 내용의 처벌규정을 마련하고 있으므로, 독일국내에서는 위 규정을 일방 부모의 자녀탈취 행위에 적용이 가능하다고 해석한다.²⁶⁾ ⑤ 일본 최고재판소²⁷⁾는 일방 부모의 자녀탈취행위에 대한 국외이송 약취죄가 명시적으로 성립한다고 판시한 바가 있다. 즉, ‘유형력을 이용하여 피약취자가 보호되고 있던 환경으로부터 데리고 나와 자신의 사실적 지배하에 둔 행위는 부부 일방의 감호권에 위반하여 국외이송약취죄가 성립한다’고 판시하였다.

이러한 각국의 입법례나 위에서 살펴본 아동탈취행위에 대한 각종의 구제수단이나 절차 등의 실효성을 확보하기 위해서는 형사처벌의 필요성이 대두되고 있는 지금, 한국에서는 공동친권자 일방의 아동탈취행위에 대한 국내 형법상의 해석이 문제된 판결이 있어 이하에서는 한국의 상황을 이해하기 위한 참고자료로서 이를 소개하고 이에 대한 분석을 부가하고자 한다.

25) 독일형법 § 235 Entziehung Minderjähriger(미성년자 약취·유인) (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 1. eine Person unter achtzehn Jahren mit Gewalt, durch Drohung mit einem empfindlichen Übel oder durch List oder 2. ein Kind, ohne dessen Angehöriger zu sein, den Eltern, einem Elternteil, dem Vormund oder dem Pfleger entzieht oder vorenthält. ① 위계, 협박 또는 폭행에 의하여 18세 미만자를 그의 부모, 후견인, 또는 보호자로부터 약취·유인한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

26) 혼인 등 가족관계등록 관련제도의 주요국가간 비교를 통한 제도개선방안, 여성가족부, 2012, 176면

27) 일본최고재판소 평성15년(2003) 3월18일 결정[제2소법정결정]

V. 형사법상의 규제필요성:

공동친권자 일방의 아동탈취행위에 대한 국외이송목적 약취죄의 성부에 관한 한국의 최근판결²⁸⁾의 분석

1. 사건의 개요

베트남 국적의 피고인은 2006. 2. 16. 대한민국 국적의 남자와 혼인하여 2006. 4. 30 입국한 후, 대한민국 내에서 거주하던 중 2007. 8. 12. 남아를 출산하였다. 피고인은 결혼생활을 하던 중 2008. 8. 30. 경 부부싸움을 하자 한국생활에 답답함을 느낀 나머지 아이를 데리고 베트남으로 떠나버리겠다는 마음에서 남편의 의사에 반하여 주거지에서 가출할 것을 결심하였다. 이에 피고인은 자존심이 상한데다 국내에는 갈 곳이 없자 베트남으로 돌아갈 것을 결심하고, 항공권을 예약한 후 남편의 예금통장에서 돈을 인출한 다음 2008. 9. 3. 피해자를 데리고 베트남으로 가버렸다. 이후, 피고인은 양육비를 벌기 위하여 2008. 9. 17. 혼자 다시 한국으로 입국하였다. 이후, 아이는 피고인의 베트남 친정집에서 양육하고 있다. 피고인과 남편은 2010. 5. 13. 협의이혼의사확인을 받으면서, 피해자에 대한 양육자를 피고인으로 정한 사실이 각 인정된다. 이에 검사는 피고인의 행위에 대하여 한국 형법 제287조 미성년자약취죄, 제288조 제3항의 국외이송약취 및 피약취자국외이송죄로 기소하였다.

2. 원심의 태도

위 인정사실에 나타난 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인이 남편인 정시영과 헤어져 베트남으로 돌아갈 것을 결심한 때는 피해자가 태어난지 만 13개월이 채 안되었으므로 피해자에게는 아버지보다 어머니의 손길이 더 필요했던 시기라고 볼 수 있는 점, ② 당시 피해자의 아버지인 정시영은 직장을 다니고 있었으므로 피고인이 없는 상황에서 아버지 혼자 피해자를 양육한다는 것은 사실상 어

28) 대법원 2013.6.20. 선고 2010도14328 전원합의체 판결[공2013하,1399]

려웠을 것으로 보이는 점, ③ 피고인이 아들인 어린 피해자를 집에 혼자 두고 나가는 것이 오히려 친권자로서의 보호·양육의무를 방기하는 행위로서 비난받을 행위로 평가될 수도 있는 점, ④ 피해자가 비록 한국이 아닌 베트남에서 양육되고 있기는 하나 그곳은 피해자의 외갓집이므로 피해자가 한국에서 어머니인 피고인 없이 양육되는 것보다 불리한 상황에 처한 것이라고 단정하기는 어려운 점 등을 종합하여 보면, 피고인이 남편인 정시영과 사전 협의 없이 아들인 피해자를 베트남으로 데리고 간 행위는 비록 피해자의 다른 보호감독자인 정시영의 감호권을 침해한 것이라고 볼 수는 있으나 그로 인하여 미성년자인 피해자 본인의 이익을 침해하였다고 단정하기는 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 피고인의 위 행위가 미성년자에 대한 약취행위에 해당한다고 볼 수는 없다고 한다. 따라서 원심은 피고인의 행위가 약취행위에 해당함을 전제로 한 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

3. 대법원의 판단

대법원은 피고인의 행위에 대해서 다음과 같이 판단하였다. 즉, 형법 제287조의 미성년자약취죄, 제288조 제3항 전단(구 형법(2013.4.5.법률 제11731호로 개정되기 전의 것)을 말한다. 이하 같다) 제289조 제1항에 해당한다)의 국외이송약취죄 등의 구성요건요소로서 약취란 폭행, 협약 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 해당하는지의 여부는 행위의 목적과 의도, 행위당시의 정황, 행위의 태양과 종류, 수단과 방법, 피해자의 상태 등 관련사정을 종합하여 판단하여야 한다고 한다.²⁹⁾ 한편, 미성년자를 보호·감독하는 사람이라고 하더라도 다른 보호감독자의 보호·양육권을 침해하거나 자신의 보호·양육권을 남용하여 미성년자 본인의 이익을 침해하는 때에는 미성년자에 대한 약취죄의 주체가 될 수 있는데,³⁰⁾ 그 경우에도 해당 보호감독자에 대하여 약

29) 대법원 2009.7.9. 선고 2009도3816 판결 등 참조.

취죄의 성립을 인정할 수 있으려면 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 없다고 할 것이라는 전제에 있다. 따라서 부모가 이혼하였거나 별거하는 상황에서 미성년의 자녀를 부모의 일방이 평온하게 보호·양육하고 있는데 상대방 부모가 폭행, 협박 또는 불법적인 사실상의 힘을 행사하여 그 보호·양육상태를 깨뜨리고 자녀를 탈취하여 자기 또는 제3자의 사실상 지배하에 옮긴 경우, 그와 같은 행위는 특별한 사정이 없는 한 미성년자에 대한 약취죄를 구성한다고 볼 수 있다고 한다. 그러나 본 사건에서 대법원은 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 등의 특별한 사정이 없는 한 설령 이에 관하여 법원의 결정이나 상대방 부모의 동의를 얻지 아니하였다고 하더라도 그러한 행위에 대하여 곧바로 형법상 미성년자에 대한 약취죄의 성립을 인정할 수 없다고 판시하였다.

결론적으로 대법원(다수의견)은 본건과 관련하여, 약취죄의 사실상 힘의 행사인 유형력의 행사라는 점을 엄격하게 해석하여 피고인의 행위를 원심에서 인정한 사실을 근거로, 피고인의 행위는 상대방 부모의 보호·양육권을 침해한 것이라고 볼 수는 있으나 피해자 본인의 이익을 침해한 것이라고 볼 수는 없어 미성년자에 대한 약취에 해당하지 않는다는 이유로 무죄를 선고한 원심을 그대로 유지하였다.

30) 대법원 2008.1.31. 선고 2007도8011 판결 등 참조.

4. 주요쟁점과 대법원 판결의 분석

위와 같은 대법원의 결론의 요지는 다음과 같다. 종래 대법원은 여러 판결을 통하여 약취죄에서의 ‘약취행위’란 폭행, 협박 또는 그 이외의 사실상의 힘을 수단으로 사용하여 피해자를 그 의사에 반하여 자유로운 생활관계 또는 보호관계로부터 이탈시켜 범인 또는 제3자의 사실상 지배하에 옮기는 행위를 의미하고, 미성년자를 보호·감독하는 사람이라고 하더라도 다른 보호·감독자의 보호·양육권을 침해하거나 자신의 보호·양육권을 남용하여 미성년자의 이익을 침해하는 때에는 미성년자에 대한 약취죄의 주체가 될 수 있다는 법리를 선언해 왔다. 다수의견 역시 이러한 법리를 전제로 하면서도, 이 사건에서의 피고인의 행위는 유아인 피해자에 대한 보호·양육 상태를 계속 유지한 것일 뿐 폭행, 협박 또는 불법적인 사실상의 힘을 사용하여 피해자를 피고인 또는 제3자의 지배하에 옮긴 것이 아니어서 약취죄에서 말하는 ‘약취행위’에 해당하지 않는다고 본 것이다. 그러나 이와 같은 대법원의 다수의견에 대해서는 다음과 같은 의문이 있다.

대법원의 다수의견에 대해서는 공동친권자인 부모 중 일방이 상대방과 동거하며 공동으로 보호·양육하던 유아를 국외로 데리고 나간 행위가 약취죄에 있어서의 ‘약취행위’에 해당하는지를 판단하려면, 우선 폭행, 협박 또는 사실상의 힘을 수단으로 사용하여 유아를 범인 또는 제3자의 사실상 지배하에 옮겼는지, 그로 말미암아 다른 공동친권자의 보호·양육권을 침해하고, 피해자인 유아를 자유로운 생활관계 또는 보호관계로부터 이탈시켜 그의 이익을 침해하였는지의 여부를 이익형량하여 판단해야 한다는 점에서 반대의 의견이 있다. 부모 중 일방이 상대방과 동거하며 공동으로 보호·양육하던 유아를 국외로 데리고 나갔다면, ‘사실상의 힘’을 수단으로 사용하여 유아를 자신 또는 제3자의 사실상 지배하에 옮겼다고 보아야 함에 이론이 있을 수 없다는 것이다. 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 침해하였

다는 점에서 그 본질이 같기 때문이다. 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 아동탈취 행위로 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 어렵다는 것이다. 생각건대, 피고인의 이 사건 행위, 즉 피고인이 남편과 동거하며 공동으로 보호·양육하던 생후 약 13개월 된 유아를 친정인 베트남으로 데려간 행위가 약취행위에 해당하는지는 여부는 다수의견과 같이 오로지 약취행위의 불법성 내지 행위유형에 있는 것이 아니라, 피고인의 행위유형의 불법성과, 부모 일방의 보호·양육권의 침해 및 그것이 아이 본인의 이익을 침해하는지와 이익형량 여부에 달려 있다고 하겠다.

결론적으로 보호법익 침해여부의 판단에 있어서는 일률적으로 모와 자와의 일반적 보호 관계를 기초로 판단할 것이 아니라, 당해행위에 의해서 실현되는 이익과 행위에 의해서 상실되는 당해 구성요건으로 보호되는 이익과의 비교형량 및 그 보호법익을 위협하는 행위 수단 내지 행태의 악질성, 당해 보호법익의 실현을 위한 정당한 법적 절차를 밟을 수 있는 가능성 및 수단적 측면, 궁극적으로 자의 이익에의 부합여부 등을 근거로 판단해야 할 것이다. 요컨대, 아무리 자의 외가라고 할지라도, 상대방 양육권자의 양육권의 행사나 외가의 친족이 제대로 아이를 보호하고 안전하게 양육하고 있다는 것을 감독하고 확인할 수 없는 부의 입장에서는 양육권에 대한 심각한 침해가 있다고 할 수 있고, 더불어 자의 안전이나 이익, 또는 자의 추정적 의사에도 부합하지 않는다고 해야 할 것이다. 한국에서 적어도 부모 쌍방 및父와 그 친족과 함께 생활하고 보호받을 수 있는 여지와 모의 친족 만에 의한 양육권 행사감독여지를 국외이송을 통해 원천적으로 곤란하게 한 점 등에서 모가 실질적으로子を 안전하게 보호하고 양육한다고 볼 수 없고 모가 양육하는 이익이 크다고 인정할 수는 없다. 이 경우에는父와 모의 상황을 비교형량하고, 적법한 절차를 통해 자의 최선의 이익과 복리에 부합하는 결정에 따를 이익이 반드시 고려되어야 한다. 따라서 이 사건에서의 피

고인의 행위는 적어도 미성년자에 대한 국외이송약취죄의 보호법익 모두를 침해하는 행위로서 처벌의 대상이 될 수 있을 것이라고 생각된다. 부모는 누구라도 자녀를 자신의 전유물로 여겨서는 아니 되고, 자녀의 신체적·인격적 성장과 보호를 위하여 무엇이 최선인지를 자신이 아닌 자녀의 처지에서 살펴보아야 하며, 자녀의 이익을 위해서 자신의 친권이 양보되어야 한다면 이를 감수하는 성숙된 자세가 필요하다. 부모를 공동친권자로 정한 것은 서로 뜻을 모아 자녀의 성장과 보호를 위하여 최선을 다하라는 것이므로, 어느 일방이 상대방의 견해를 무시하고 자신의 의사나 선택만이 자녀를 위한 것이라고 쉽게 단정하여 이를 일방적으로 강요하거나 강제적으로 실현하여서는 아니 된다. 자녀의 양육에 관하여 부모의 의견이 다르다면 서로 협의를 통하여 바람직한 방안을 강구하여야 하고, 협의가 불가능한 경우에는 가정법원의 결정 절차를 통하여 자녀의 권익을 중심으로 부모와 자녀 모두의 이익이 조화된 합리적인 해결방안을 찾아야 한다. 이러한 협의 및 가정법원의 결정 절차는 혼인관계가 파탄에 이르러 공동친권 행사가 불가능할 때에 그 필요성이 더욱 절실하다고 할 것이며, 부모 중 일방이 이를 무시하여 자녀의 이익에 어긋나는 결과나 우려를 낳는 경우에는 그에 상응한 적절한 제재를 가함으로써 함부로 주관적·개인적인 판단에 의하여 자녀의 복리를 해칠 수 있는 행동을 하지 못하도록 하여야 할 것이다. 요컨대, 본 협약에 가입한 이상, 아동의 반환의 이행을 확보하기 위해 형사벌을 부과하는 것이 법이론적으로 정당화 될 수 있다면 그에 적절한 제재를 가하는 것이 바람직하다고 생각된다. 국제결혼에 의한 다문화가정이 증가함에 따라 앞으로 이 사건과 유사한 사례가 잇달아 발생할 수 있을 것으로 보이는데, 공동친권자인 부모 중 일방이 정당한 절차와 방법에 반하여 상대방 몰래 자녀를 데리고 출국해버리는 행위를 처벌할 수 없다고 한다면 형사정책적 측면에서도 중대한 문제가 발생할 수 있음을 염려하지 않을 수 없기 때문이다.

VI. 결 론

국제아동탈취에 관한 문제는 첫째, 성격상 행정적 측면에서 국제적 협력과 공조를 필요로 하고, 둘째, 이행의 확보를 위해서는 국제사법적 측면에서의 규제, 즉 친권이나 감호권에 관한 재판관할 및 외국판결의 승인이나 집행에 관한 공통의 원칙을 세우는 것이 효과적이고, 셋째, 보호해야 할 법익이 무엇인가와 관련하여 다수의 복잡한 이해관계가 얽혀 있다는 특징이 있지만 무엇보다 「兒童의 利益」을 최선의 이익으로 고려해야 한다. 이러한 문제의식에 따라 1980년에 헤이그사법회의에서 국제아동탈취에 관한 헤이그협약이 제정된 이후로, 세계의 각국은 다각적인 측면에서 이 협약의 이행을 검토하고 그 확보를 위한 방안을 고심하고 있다. 특히 유럽연합은 협약의 이행과 관련하여 그 실효성을 확보하기 위한 입법적 대응으로서 대표적으로 브뤼셀 II *bis* 규칙 및 로마 수정안과 같은 규칙을 제정하여 공통의 해결원칙을 모색하고 있다. 그런데 국제아동탈취의 문제는 앞서 지적한 특성상 가족법과 국제사법 양분야에 걸쳐 복잡한 논점을 다수 포함하고 있기 때문에, 현재 국제가족법이라고 하는 차원에서 논의되는 혼인이나 이혼, 친권과 부양, 상속과 같은 실체법상의 문제에 비해서 상대적으로 논의나 연구가 아직 진행 중에 있다고 할 수 있다. 이러한 상황을 고려할 때, 한국은 이 협약에 가입한 후 즉시 「헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률」을 만들어 서둘러 시행하였으나, 그 내용에 있어서 앞서 지적한 여러 논점에 대한 명확한 규정을 두고 있지 않아서 그 적용에 있어서 적잖이 논란이 예상된다 할 수 있을 것이다. 또한 규정의 실효성의 측면에서도 효율적인 구제수단이 구비되어 있지 않는 한, 실제로 어느 정도로 아동탈취에 대응하는 유의미한 법률이 될 수 있을지는 의문이다. 현실적으로도 대법원의 다수의견에 따르면 이에 관한 형사적인 제재가 불가능하다는 점도 이 법률의 실효성을 더욱 약화시키는 상황을 초래하였다고 할 수 있다. 일단 자녀가 외국으로 떠나버린 다음에는 자녀를 되찾아올 실효성 있는 방안을 찾기가 더욱 어렵고, 우리나라 법원에서 자녀의 인도를 명하는 민사재판 또는 가사재판을 받는다고 하더라도 외국에서 그 재판을

집행한다는 것은 현실적으로 기대할 수 없기 때문이다. 우리나라가 가입한 ‘국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약’ 등 국제조약에 의한 구제도 조약 가입국이라는 제한된 범위의 국가에 대해서만 시도할 수 있고, 재판관할 등과 관련한 해석상의 문제도 이행법률에서는 미결인 상태이다. 따라서 최근 한국의 대법원이 내린 결론은 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 배치되는 것으로서, 협약의 이행법률이 상정하는 제도적 정착과 사회적 배려를 이끌어내는 데 도움이 되지 못하고 국가로 하여금 자국민의 보호라는 가장 기본적인 책무조차 다하지 못하게 하는 해석론으로 이어지게 된다는 비판을 받는 것이다. 결론적으로 한국이 체약국으로서 협약에 대응하기 위한 신속한 이행법률을 제정하였다는 점에서 의미를 찾을 수 있지만, 그 자체로는 다문화가정에서 현실적으로 존재하는 문제에 대하여서는 구체적인 해결책을 제시하고 있다고 보기는 어렵고 최근의 대법원의 판결은 이러한 해석상의 어려움을 심화시켰다고 할 수 있을 것이다. 이러한 점에서 앞서 언급한 유럽연합의 입법적 대응이나 비교법적인 관점에서 타체약국의 이행법률의 제정 등의 상황을 보면서 지속적인 논의와 연구가 이루어져야 할 것이다.

참 고 문 헌

- 김석호, “외국판결을 승인·집행하는 논거,” 『법학연구』 제23집(2006).
- 김 연, “家事訴訟上 效率的인 履行確保方案 마련에 관한 研究”(한국민사소송법학회, 2006)
- 석광현, “개정루가노협약에 따른 계약사건의 국제재판관할,” 『서울대 법학』 제49권 제4호.
- _____, 민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 유럽공동체 협약 (일명 “브뤼셀 협약”), 『국제사법과 국제소송』(제2권) (박영사, 2002).
- _____, 헤이그국제사법회의의 「민사 및 상사사건의 국제재판관할과 외국판결에 관한 협약」 예비초안, 『국제사법과 국제소송』(제2권) (박영사, 2002).
- _____, 『국제사법해설』(지산, 2003).
- 이병화, “헤이그 국제아동탈취협약의 국내적 이행의 가능성에 관한 연구,” 『저스티스』 통권 제9호(2003).
- _____, 국제아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그협약 연구, 법무부(2009).
- 崔孝燮, 家事事件에 있어서의 履行確保制度, 사법연구자료 제9집(법원도서관, 1982).
- Boele-Woelki, K./C.González Beilfuss, The Impact and Application of the Brussels II bis Regulation in the Member States: Comparative Synthesis, Brussels II bis: Its impact and Application in the Member States, European Family Law Series(Intersentia 2007).
- Boele-Woelki, Katharina et. al., Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance between Former Spouse (Anwerp-Oxford, 2004).
- _____, Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibility(Anwerp-Oxford, 2007).
- Borrás, Alegría, “Protection of Minors and Child Abduction under Hague Conventions and the Brussels II bis Regulation”, Japanese and European

Private International Law in Comparative Perspective (Juergen Basedow et al. eds., Mohr Siebeck GmbH & Co. K; 1. Auflage, 2008).

Ingeborg, Schwenzer, Model Family Code; From Global Perspective (Antwerpen-Oxford, 2006).

岡野正敬「国境を越える奪取をめぐる問題の現状と課題」国際法外交雑誌 第109卷 第1号(2010).

溜池良夫『国際私法講義(第2版)』(有斐閣, 1999).

神前禎 = 早川吉尚 = 元永和彦『国際私法(2版)』(有斐閣, 2006).

織田有基子「子の奪取に関するハーグ条約の実務の運用と日本における批准の可能性」国際95卷2号(1995).

横山潤「国際的な子の奪取に関するハーグ条約」一橋大学年報 法学研究 第34号(2000).

〈Abstract〉

The evaluation of Korean legislation for implementation of the
Hague International Child Abduction Convention

Gwak, Min-Hui

(Prof. college of Law at Sookmyung Women's University)

The Hague International Child Abduction Convention, adopted in 1980 at the Fourteenth Session of the Hague Conference, is now in force in 89 countries, including the United States. The objective is to protect children from wrongful international removals or retentions from their lawful custodians by requiring that children be returned to their country of habitual residence for resolution of any custody dispute. The Convention remedy is simple: The child is ordered returned, and any dispute over custody is litigated at the place of habitual residence. The Convention does not offer uniform international standards for determining custody rights, nor does it provide for enforcement of custody decrees rendered by another foreign state. Notwithstanding the reference to "Abduction" in the title to the Convention, the Convention applies more generally to children who have been taken to another country in violation of another's custody rights or have been wrongfully retained in violation of such rights. In addition, parents will be deterred from unilaterally taking or removing children from their habitual residences. To that end, countries adhering to the Convention agree to return children to have all issues of custody decided in the jurisdiction where the child was habitually resident. Korea had to decided to sign the Convention last year, and made to the domestice law which can apply to the matter of

Child Abduction in this year. The Convention offers the opportunity for the international community both to deter and to remedy the wrongful taking of children across transnational boundaries. My focus in this article is to provide a brief overview of the structure of the Convention, to highlight a number of issues that have surfaced in the interpretation of the Convention in the courts, both in the United States and abroad, and to offer some observations about the use of the Convention.

※ **Key Words:** (International) Family Law, Child Abduction, The Hague International Child Abduction Convention, Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Interests of Children, Parental responsibility, Custody, Private International Law