

미성년후견제도에 관한 입법평가

김 현 수 · 김 원 태



입법평가 연구 13-24-⑧

미성년후견제도에 관한 입법평가

김 현 수 · 김 원 태

미성년후견제도에 관한 입법평가

Legislative Impact Assessment : Guardianship of Minors

연구자 : 김현수(한국법제연구원 부연구위원)

Kim, Hyun-Soo

김원태(충북대 법학전문대학원 교수)

Kim, Won-Tae

2013. 10. 31.

요약문

I. 배경 및 목적

□ 배경

- 미성년후견제도는 친권자가 없거나 친권자가 법률행위의 대리권 및 재산관리권을 행사할 수 없을 때 개시되는 제도로 성년에 달할 때까지 “자의 최선의 이익 원칙(Principle of the Best Interests of the Child)”에 부합하여 실행될 것을 상정한 제도임
- 그러나 현행 미성년후견제도는 미성년후견인의 선임, 미성년후견감독처분에 있어 자의 최선의 이익이라는 기준에 부합하지 못하며, 이를 이유로 제도 개선의 필요성이 제기되고 있음

□ 입법평가의 목적

- 동 입법평가는 미성년후견제도를 규율하는 현행 법령에 대하여 자의 最善의 利益 원리를 기준으로 입법목적 달성 여부를 평가하고, 제도 개선방안에 관한 입법정책적 대안을 제시하는 입법평가를 실시함

II. 주요 내용

□ 현행 미성년후견제도의 현상과 문제점

- 미성년후견은 ‘친권의 연장 또는 보충’으로서 친권자를 대신하여 친권을 잃은 미성년자에 대한 신상감호와 재산관리를 하는 제도임

- 그러나 우리 민법은 성년후견인의 경우와 달리 미성년후견인의 수를 한 명으로 제한하고, 법인은 미성년후견인이 될 수 없도록 하고 있음
- 또한, 미성년후견인은 자를 보호하고 교양할 권리의무, 거소지정권, 징계권에 관하여는 친권자와 동일한 권리의무가 있는 것으로 규정하고 있지만(개정민법 제945조 본문), 미성년자의 친권자가 법률행위의 대리권과 재산관리권에 한정하여 친권을 행사할 수 없는 경우에는, 미성년후견인의 임무는 미성년자의 재산에 관한 행위에 한정되는 것으로 규정하고 있어 자의 최선의 이익 원칙에 부합하지 않음

□ 평가기준으로서 ‘자의 복리’, ‘자의 최선의 이익’ 원칙

- 친권의 제한을 통하여 이루어지는 미성년후견제도의 설계와 운용을 위해서는 ‘자의 복리’ 또는 ‘자의 최선의 이익’ 원칙은 제 1차적으로 고려되어야 하는 기준이 됨
- 2013년 5월 29일 UN 아동권리위원회에서는 “최선의 이익이 1차적으로 고려되어야 하는 아동의 권리에 관한 일반 의견”을 공표함으로써, 아동의 최선의 이익을 평가하고 판정하기 위한 틀을 제시하고 있음

□ 미성년후견제도에 관한 입법평가 및 대안제시

- 우리 민법에서도 미성년후견인은 한 명으로 한다는 규정을 삭제하고, 미성년후견인이 복수인 경우에 권한의 행사 등에 관한 규정을 정비하여야 함

- 또 법인도 미성년후견인이 될 수 있도록 개정하고 가정법원이 미성년후견인을 선임할 때 고려하여야 할 사항을 명확히 하여야 할 것임
- 이 때 미성년후견인의 특수성을 반영하여 성년후견인에 관한 규정과 별도로 피미성년후견인의 의견·연령·심신상태·생활 및 재산상황, 미성년후견인이 될 자의 직업·경력 및 피미성년후견인과의 이해관계의 유무, 그 밖의 일체의 사정을 고려하도록 하는 규정을 마련하여야 할 것임
- 이와 함께, 예비후견인, 후견감독제도, 절차후견인에 관해서도 자의 최선의 원칙에 부합하도록 개정할 필요성이 있음

▶ 주제어 : 미성년후견, 공동후견, 신상후견인, 재산관리후견인, 자의 복리, 감호

Abstract

I . Background and Purposes

Background

- The idea that society should respect the best interests of the child is seen as fundamental in all legal system, including the system of guardianship of minors.
- However, the current legal system of guardianship of minors in Korea has been criticized because the principle of the ‘best interests’ was not included and given a prominent position in the Korean Civil Code.

Purposes

- This research assesses the guardianship of minors in Korea, focusing on powers and duties of guardian of minors.
- And it intends to seek legal implications for the Korean Civil Code in this field.

II . Main Contents

The Legal System of Guardianship of Minors in Korea

- The legal system of guardianship of minors in foreign countries is significantly different from that in Korea in two important aspects.

- First of all, the Korean Civil Code does not permit joint, or co-guardianship. By contrast, foreign countries permit more than one guardian to be appointed for a single child. And two or more guardians may serve jointly, as do parents, or they may serve in different capacities, with one or more being the guardian of the person and the other or others guardian of the property.
 - Secondly, although Article 937 of the Korean Civil Code lists persons who are disqualified from serving as a guardian, the Code does not have any provision stipulating factors or requirements that a court should consider when it determines a guardian of a minor.
- The Best Interest of Child as an Assessment Standard
- The 1959 Declaration of the Rights of the Child had in fact already evoked the principle, stating that ‘the best interests of the child shall be the paramount consideration’ in the enactment of laws relating to children.
 - The Convention on the Rights of the Child extends the principle to cover all decisions affecting the child.
 - The Committee on the Rights of the Child has published its General Comment No.14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (Article 3). The General Comment was adopted during the Committee's 62nd session.
 - General Comments clarify the normative contents of specific rights provided for under the Convention on the Rights of the Child or

particular themes of relevance to the Convention, as well as offer guidance about practical measures of implementation.

Legal Impact Assessment and Conclusion

- Given the importance of the well-being of children in modern public policy in this field, the Korean Civil Code does not seem to protect children in an effective way, such as when a conflict of interest exists between guardian and minor with property.
- In this regard, it is necessary to revise the Korean Civil Code in light of the best interest of the child.

▶▶ Key Words : guardianship of minor, joint guardianship, guardian of the person, guardian of the property, the best interest of the child, custody

목 차

요 약 문	3
Abstract	7
제 1 장 입법평가의 개관	15
제 1 절 입법평가의 목적	15
제 2 절 입법평가의 범위 및 방법	16
제 2 장 현행 미성년후견제도의 현상과 문제점	17
제 1 절 친권과 미성년후견	17
1. 친권개념의 변화	17
2. 친권과 미성년후견의 관계: 친권의 보충으로서의 미성년후견 ...	19
제 2 절 현행 미성년후견제도의 문제점	20
1. 현행 미성년후견제도와 후견인 임무의 특수성	20
2. 현행 미성년후견제도의 문제점	22
제 3 장 미성년후견제도에 대한 평가 기준	27
제 1 절 평가기준으로서 ‘자의 복리’, ‘자의 최선의 이익’ 원칙 ...	27
제 2 절 아동권리협약상 ‘자의 최선의 이익’ 원칙	28
1. 아동의 최선의 이익에 대한 제1차적 고려의 의미	31
2. ‘아동의 최선의 이익’ 평가 및 결정	38
3. ‘아동의 최선의 이익’의 실행을 보장하는 절차적 요소	48
4. 소 결	53

제 4 장 미성년후견제도에 관한 비교법적 검토 및 평가	55
제 1 절 각국의 미성년후견제도 개관	55
1. 독 일	55
2. 프랑스	60
3. 대 만	62
4. 영 국	66
5. 일 본	69
6. 소 결	71
제 2 절 법인후견인	73
1. 독일의 법인후견과 관청후견	73
2. 프랑스의 국가에 의한 후견	76
3. 대만의 법인후견제도	76
4. 일본의 법인후견제도	78
5. 소 결	78
제 3 절 복수후견인	79
1. 독일의 복수후견인	79
2. 대만의 복수후견인	80
3. 일본의 복수후견인	81
4. 미국에서의 복수후견인	82
5. 소 결	83
제 4 절 임시후견인	84
1. 미국의 임시후견인제도	84
2. 대만의 임시후견인제도	86
3. 소 결	87

제 5 절 절차후견인	87
1. 독일의 절차보좌인제도	87
2. 미국의 소송상 후견인제도	90
3. 영국의 절차후견인제도	92
4. 호주의 자의 독립변호사제도	94
5. 대만의 절차감리인제도	95
6. 소 결	102
제 5 장 미성년후견제도에 관한 입법평가 및 대안제시	105
1. 미성년후견인의 선임	105
2. 미성년후견인의 수: 복수후견인의 문제	108
3. 미성년후견인의 적격: 법인후견인의 문제	112
4. 예비후견인제도의 도입	115
5. 미성년후견인의 임무 및 후견감독의무의 강화	117
6. 절차후견인제도의 도입	119
제 6 장 결 론	123
참 고 문 헌	127
【부 록】	
Convention on the Rights of the Child	135

제 1 장 입법평가의 개관

제 1 절 입법평가의 목적

미성년후견제도는 친권자가 없거나 친권자가 법률행위의 대리권 및 재산관리권을 행사할 수 없을 때 개시되는 제도로 성년에 달할 때까지 “자의 최선의 이익 원리(Principle of the Best Interests of the Child)”에 부합하여 실행될 것을 상정한 제도이다. 미성년후견사무에는 미성년자의 신상에 관한 사무와 재산에 관한 사무가 있으며, 이를 규율하는 현행 법령은 민법을 비롯하여 가족관계의 등록 등에 관한 법률, 미성년자보호법, 보호소년 등의 처우에 관한 법률, 아동복지법, 아동·청소년의 보호에 관한 법률, 청소년보호법 등이 존재한다.

그러나 현행 미성년후견제도는 미성년후견인의 선임, 미성년후견감독처분 등에 있어 자의 최선의 이익이라는 기준에 부합하지 못하며, 이러한 이유로 제도 개선의 필요성이 제기되고 있다. 예를 들어, 민법의 미성년후견인은 성년후견인의 경우와 달리 미성년후견인의 수는 한 명으로 제한하고(개정민법 제930조 1항, 법률 제10429호, 2011. 3. 7. 개정, 2013. 7. 1. 시행), 법인은 미성년후견인이 될 수 없도록 하고 있다(개정민법 제930조 3항). 또한, 공동후견인을 인정하지 않고, 두 명 이상의 후견인이 공동으로 임무를 수행하거나 신상후견인 또는 재산관리후견인과 같이 다른 성격의 임무를 수행하는 것을 부정하고 있어 후견인과 피후견인 사이에 이해가 상반되는 경우에는 이용할 수 없다는 제도적 문제점이 노정되고 있다.

동 연구에서는 미성년후견제도를 규율하는 현행 법령에 대하여 ‘자의 최선의 이익 원칙’을 기준으로 동 제도가 상정한 법목적 달성 여부를 평가하고, 입법적 대안을 제시하는 입법평가를 실시한다.

제 2 절 입법평가의 범위 및 방법

동 연구의 수행을 위한 범위와 방법은 다음과 같다.

제1장에서는 입법평가의 목적, 범위 및 연구의 수행방법에 대한 내용을 제시한다.

제2장에서는 현행 미성년후견제도의 현상과 문제점을 탐색한다. 이를 위해 친권의 보충으로서 미성년후견 제도의 현대적 의의에 대해 살펴본다. 이어서 미성년후견 임무와 특성과 함께 현행 제도의 문제점에 대해 고찰한다.

제3장에서는 미성년후견제도의 입법평가를 위한 기준을 설정하기 위하여 당사국의 입법, 사법, 행정에 있어 ‘아동의 최선의 이익’을 반영시킬 것을 의무지우고 있는 국제연합 아동권리협약 제3조 제1항을 입법평가의 이론적·실천적 기준으로 삼기 위해 2013년 5월 29일 아동권리위원회에서 공표한 “최선의 이익이 제1차적으로 고려되어야 하는 아동의 권리에 관한 일반 의견(General comment on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration)”을 검토한다. 구체적으로는 일반의견에서 제시하고 있는 아동의 최선의 이익에 관한 평가·결정과 관련한 실체적 고려요소와 구체적인 실행에 있어서 고려해야 할 절차적 고려요소에 대하여 살펴본다.

제4장에서는 독일, 프랑스, 일본, 대만, 미국 등 미성년후견제도에 관한 비교법적 분석을 통하여 현행 우리 제도의 문제점으로 노정된 사항에 대한 개선방향을 모색한다.

제5장에서는 현행 미성년후견제도에 대하여 입법평가를 실시하고, 미성년후견인의 선임, 미성년후견인의 수와 적격, 예비후견인제도, 미성년후견인의 임무 및 후견감독의무의 강화, 그리고 절차후견인 제도의 도입과 관련한 입법론적 대안을 제시한다.

끝으로 제6장에서는 미성년후견제도를 전체적인 시각에서 조망할 수 있도록 결론을 도출하면서 향후의 연구방향을 제시한다.

제 2 장 현행 미성년후견제도의 현상과 문제점

제 1 절 친권과 미성년후견

1. 친권개념의 변화

‘부의 자에 대한 지배권(부권: patria potestas)에서 유래한 친권(parental authority; parental right)’은 역사적으로 자녀에 대한 의무적 측면이 도외시된 반면 이론적으로는 거의 무제한적인 권리를 행사할 수 있었다.¹⁾ 부를 중심으로 한 친권의 개념은 근대법에서도 원칙적으로 그 전통을 이어왔으나, 점차 부모 모두가 친권에 대한 주체로서 인식되게 된다.²⁾

친권의 성질이나 내용 역시 변용을 겪게 되면서, 종래 자녀에 대한 권리적 측면이 강했던 친권개념이 점차 부모의 의무 또는 책임을 강조하게 된다. 1960년 우리 민법에 영향을 끼친 일본의 경우, 구민법 제 1초안에서 처음으로 등장하게 된 친권개념은 거소지정권, 징계권, 재산관리권 등으로 구성된 부권으로 인식되었다. 그러나 1898년 시행된 메이지 민법에서는 친의 감호·교육권이 친권의 내용으로 규정되면서, 친권은 친의 권리인 동시에 의무로서 규정되게 되었다.³⁾

책임과 의무를 강조하는 친권개념의 변화는 외국의 입법례에서도 찾아볼 수 있다.

1) Andrew M. Riggsby, Roman Law and the Legal world of the Romans 181-84 (2010) (“it is perhaps less surprising how little obligation a father(or, for that matter, a mother) had toward his or her child. ... There is no evidence of a parental obligation to support children before the second century AD.”) 참조.

2) 주지하는 바와 같이, 1960년 시행된 우리 민법의 경우도 미성년자인 자는 그 가에 있는 부의 친권에 복종하며, 부가 없거나 친권을 행사할 수 없는 때에만 모가 친권자로 될 수 있었다. 그러나 1977년 민법과 1990년 개정 민법을 통하여 친권의 귀속과 행사에 부모 모두를 적극적 주체로 인정하게 된다.

3) 佐柳忠晴, 「親權及び未成年後見制度の沿革と課題：児童虐待防止法制確立の視点から」, 『法政論叢』 48卷1号(2011), 44-45頁 참조.

프랑스의 경우 종래 민법전 제9장의 표제에서 자에 대한 부의 결정에 관한 권한을 의미하던 ‘부권(puissance paternelle)’이라는 용어를 사용하였으나, 1970년 법 개정을 통하여 “자의 이익을 위한 권리와 의무의 집합(un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant)”을 의미하는 ‘부모의 권한(autorité parentale)’으로 변경하였다(프랑스 민법 제371-1조).

독일의 경우에도 1979년 7월 18일 ‘부모의 감호권의 새로운 규율에 관한 법률’⁴⁾을 통하여 부모의 의무로서의 측면을 중시하는 관점에서 종래의 ‘부모의 권한 또는 친권(elterliche Gewalt)’이라는 용어를 “미성년자를 감호하는 의무이자 권리(die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen)”를 의미하는 ‘부모의 감호(또는 養護)(elterliche Sorge)’로 변경하였고(독일 민법 제1626조 제1항), 최근에는 다른 유럽 국가의 영향으로 ‘부모의 책임(elterliche Verantwortung)’이라는 용어 역시 점차 그 사용이 확대되고 있다.⁵⁾

그리고 영국에서도 종래 사용되던 부모의 권리와 의무라는 용어에 대신하여 ‘부모의 책임(parental responsibility)’이라는 개념이 1989년 아동법(Children Act 1989)⁶⁾의 제정과 함께 도입되었다. 동 법 제3조에 따르면 부모의 책임은 “자의 부모가 자와 그의 재산에 관하여 법률에

4) Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge (SorgRG) vom 18.7.1979, BGBl. I, S. 1061.

5) D. Schwab, Familienrecht, Rn. 436 ff; 구(舊) 비송사건절차법(Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit: FGG) 제52조 (“(1) In einem die Person eines Kindes betreffenden Verfahren soll das Gericht so früh wie möglich und in jeder Lage des Verfahrens auf ein Einvernehmen der Beteiligten hinwirken. Es soll die Beteiligten so früh wie möglich anhören und auf bestehende Möglichkeiten der Beratung durch die Beratungsstellen und -dienste der Träger der Jugendhilfe insbesondere zur Entwicklung eines einvernehmlichen Konzepts für die Wahrnehmung der elterlichen Sorge und der elterlichen Verantwortung hinweisen.”) 참조.

6) 동 법은 아동에 관한 포괄적인 입법으로 부모와 자 사이의 권리의무 관계에 관한 사법적 측면과 아동의 보호를 위한 국가의 관여에 관한 공법적 측면을 통합하는 것이다. 이에 관한 상세는 Department of Health, An Introduction to the Children Act 1989 (1989) 참조.

의해 가지는 모든 권리, 의무, 권능, 책임과 권한”를 의미한다.

위와 같이 의무성을 강조한 친권 개념의 변화는 사회구조와 시민의 의식변화에 따라 우리나라의 친권법에서도 나타나게 된다. 2005년과 2011년 개정 민법에서는 제912조에서 친권을 행사하는 경우와 가정법원이 친권자를 지정하는 데 있어서 ‘자의 복리’를 우선적으로 고려하도록 규정함으로써, 친권은 자녀의 복리를 실현하기 위하여 부모에게 인정된 의무인 동시에 권리라는 점을 명시하고 있다.

2. 친권과 미성년후견의 관계: 친권의 보충으로서의 미성년후견

미성년후견은 ‘친권의 연장 또는 보충’으로서 친권자가 없거나 친권을 행사할 수 없는 미성년자에 대한 신상감호와 재산관리를 내용으로 하는 제도이다. 민법은 미성년자에게 친권자가 없는 경우 혹은 친권자가 있더라도 법률행위의 대리권 및 재산관리권을 행사할 수 없는 경우 미성년후견이 개시되도록 규정하고 있다(민법 제928조). 그리고 미성년후견인은 신분에 관한 후견인의 권리와 의무에 관하여 제913조부터 제915조까지에 규정한 사항에 관해서는 친권자와 동일한 권리·의무가 있다(민법 제945조 본문). 그러나 ‘권리·의무’라고 하는 조문상의 규정에도 불구하고, 후견인에게는 ‘권리’적인 측면보다는 친권자를 대신하여 보호의 공백상태에 있는 미성년자를 보호하는 ‘의무’적인 측면이 강조된다. 따라서 친권의 개념을 ‘자를 건강하게 양육해야 할 부모의 책임이자 의무’라고 이해하면 후견은 친권과 다르지 않은 것으로 파악할 수 있다.⁷⁾ 전후 일본에서 ‘친권후견통일론’⁸⁾이 주장된 배

7) 같은 견해로, 배인구, 친권과 미성년후견과의 관계, 『親權と未成年後見』, 新・アジア 家族法三國會議(第2會 會議) 資料集, 2012. 11. 24, 23면(“친권의 본질을 ... 자의 보호, 교양을 위한 부모의 의무라고 이해하고, 친권의 권리성을 최대한 부인하면서 미성년자에 대한 감호문제를 친족의 자에게 방임하여서는 안되는 국가, 사회의 중요임무라고 한다면 결국 친권은 근본적으로 후견과 다를 바 없다는 것으로까지 나아가게 된다.”).

8) 일본의 친권후견통일론은 1950년 오보 후지오(於保 不二雄) 교수에 의해 최초로 주

경에는 친권이 가진 의무성이 강조됨에 따라 실질적으로 후견과 동일한 제도로써 이해될 수 있다는 관념이 자리잡고 있다.

제 2 절 현행 미성년후견제도의 문제점

1. 현행 미성년후견제도와 후견인 임무의 특수성

우리 민법에서는 미성년자에게 친권자가 없거나 친권자가 법률행위의 대리권과 재산관리권을 행사할 수 없는 경우에는 미성년후견인을 두며(민법 제928조), 미성년자에게 친권을 행사하는 부모는 유언으로 미성년후견인을 지정할 수 있다(민법 제931조). 미성년후견인의 지정이 없거나 미성년후견인이 없게 된 때에는 가정법원은 미성년자, 친족, 이해관계인의 청구 또는 직권으로 미성년후견인을 선임한다(민법 제 932조 1항).

이 때 미성년후견인은 친권자의 자를 보호하고 교양할 권리·의무, 자의 거소를 지정할 권리, 자를 보호 또는 교양하기 위하여 필요한 징계를 할 수 있고, 법원의 허가를 얻어 감화 또는 교정기관에 위탁할 권한을 친권자와 동일하게 행사할 수 있다(민법 제945조, 913조 내지 제915조).

장되었다. 그는 “친권이 자연적인 후견으로서 후견법으로 탈락한 후 친권을 제외한 친자법이 어떠한 모습으로 존속할 것인가가 친자법에 과해지는 새로운 과제이다. ... 20세기의 입법에서는 ... 친권의 후견성이 상당히 명확해지고 친권법과 후견법과의 통일은 실현되어 가고 있다”고 주장했다. 於保 不二雄, 『親子: 近代家族法の基礎理論』(日本評論社, 1950年), 6頁 이하. 한편, ‘親權後見統一’이라는 용어는 나카가와 켄노스케(中川 善之助) 교수에 의해 처음으로 등장하게 된다. 나카가와 교수는 당시 친족법 및 상속법에 관해 검토하고 있던 法制審議會 民法部會 身分法小委員會에 동 주장을 제시하였다. 中川 善之助, 『親權廢止論--附·親權後見統一法私案』, 『法律時報』 31卷 10号(1959) 참조. 당시 소위원회에 제출된 안들과 논의에 관해서는 我妻 榮, 『親族法の改正について--(法制審議會民法部會小委員會における仮決定·留保事項(その二))の解説』, 『法律時報』 31卷 10号(1959) 11-17頁; 我妻榮ほか, 『親族法の改正について(座談会)』, 『法律時報』 31卷11号(1959), 78-84頁 참조.

그러나 미성년후견인으로 동거하는 친족이 아닌 제3자가 선임되는 경우에는 친권의 보충으로서 미성년자에 대한 신상감호와 재산관리라고 하는 미성년후견제도의 취지가 몰각될 수 있는 경우가 있다. 이하와 같은 사례가 대표적이다.⁹⁾

미성년자인 사건본인들은 미국에서 발생한 교통사고로 부모를 모두 여의고 2008년 한국으로 귀국하였다. 당시 유언으로 지정된 후견인이 없었고, 법정후견이 개시되었다. 가장 근친인 외조모와 조부 중 외조모의 나이가 더 많아 외조모가 후견인이 되어 사건본인들과 함께 생활하였다.

사건본인들의 부모는 모두 대학교수로 재직하면서 부동산과 금융재산을 제법 많이 소유하고 있었고 교통사고는 100% 상대 차량의 과실로 사망하였기 때문에 사건본인들은 미국 보험회사로부터 상당한 액수의 보험금을 지급받았다. 그 후 사건본인들의 외조모는 사건본인들의 생활비 명목으로 한 달에 800만원까지 지출하는 등 사건본인들이 상속받은 재산을 방만하게 관리하였고, 이에 조부가 서울가정법원에 후견인변경신청을 하였다.

서울가정법원은 사건본인들을 둘러싸고 친가와 외가가 서로 사건본인들의 재산을 처분하였다고 의심하면서 재산을 둘러싼 감정대립이 심한 상태가 사건본인들의 복리에 해가 된다고 판단하고 친가와 외가를 설득하여 제3자인 변호사를 사건본인들의 후견인으로 선임하였고, 사건본인들의 의사를 존중하여 친가의 숙부와 동거하도록 하였다.

이렇게 후견인과 양육자가 분리됨에 따라 후견인은 사건본인들을 보호하고 교양하기 어렵고, 법정대리인으로서 사건본인들의 재산관리는 물론 입학, 전학문제를 처리해야 했고, 사소하게 휴대전화를 개설하는데 동석해야 하는 등 통상 후견인의 업무 외에 신상보호와 관련된 업무까지 관여할 수밖에 없었다.

9) 이하의 사례는 배인구, “미성년후견제도의 현황 - 실무상 문제점을 중심으로”, 한국법제연구원 입법평가 회의자료집, 2013. 10. 18, 13~14면에서 전재(轉載) 한 것이다. 현행 미성년후견제도의 실무상 문제점을 사례를 들어 상세히 설명해 주신 배인구 부장판사님께 감사의 말씀을 드린다.

그런데 양육자인 숙부는 사건본인들의 생활비에 전적으로 의지하면서 본인 가족을 부양하였고, 사건본인들의 의사를 빌미로 사건본인들의 재산을 무분별하게 사용하였으나 후견인과 가정법원으로서는 마땅히 이를 제지할 방법이 없었다. 특히 양육자가 사건본인들과 미국으로 이주하면서 양육자 명의로 주택을 구입하였는데, 그 대금은 사건본인들이 지급받은 보험금으로 충당하였고, 미국시민권자인 사건본인들은 공립학교에 다니고, 양육자의 자녀들은 시민권자가 아니어서 사립학교에 다닐 수밖에 없다고 주장할 때에는 후견인제도의 의미를 찾기 어려웠다. 그 후 사건 본인 중 1인이 성년이 되었지만 숙부의 영향력은 오히려 더 강해져서 성년이 된 사건본인과 함께 금융기관을 다니면서 예금을 인출하기에 이르렀다.

현행 민법에서는 위와 같은 사안에서 “사건 본인인 미성년자의 재산을 조사하여 목록을 작성하고 재산을 관리할 의무와 함께, 재산관리와 후견임무수행에 관하여 법원으로부터 필요한 처분을 받는 등 감독을 받도록 규정하고 있지만, 이와 같은 사례에서 양육자를 규제할 마땅한 방법이 없다”고 하는 문제가 실무상으로 존재한다.¹⁰⁾

2. 현행 미성년후견제도의 문제점

(1) 미성년후견인의 수

개정 민법은 복수후견인제도에 대한 다양한 현실적 요구를 고려하여 성년후견제도를 이용함에 있어 다양한 선택지를 활용할 수 있도록, 신상 및 재산에 관한 여러 가지 사정에 따라 복수의 성년후견인을 둘 수 있도록 하여 후견인의 대상을 확대하고 있다(민법 제930조 제2항).¹¹⁾ 이에 따라 복수의 후견인이 상호감시를 통하여 후견인이 그

10) 배인구, “미성년후견제도의 현황-실무상 문제점을 중심으로”, 한국법제연구원 입법평가 회의자료집, 2013. 10. 18, 14-15면

11) 복수의 성년후견인의 선임이 예상되는 경우는 예를 들어, “재산관리와 신상감호

권한을 남용하는 것을 방지하거나, 복수의 후견인에게 직무를 분담시킴으로써 보다 효과적이고 효율적인 후견사무의 처리를 기대할 수 있게 되었다.

반면, 미성년후견인의 수(數)는 1인으로 한정한다는 규정이 유지되었다(민법 제930조 제1항). 미성년후견인의 수를 1인으로 한정하는 근거는 미성년후견인의 직무의 성질에 비추어 복수후견인제도에 의한 후견인간 의견의 불일치나 충돌, 책임의 불명확을 피하고, 후견사무를 원활하게 수행함으로써 미성년자의 이익을 확보할 수 있다는 점에 있을 것이다.¹²⁾ 그러나 미성년후견인과 성년후견인의 직무의 차이를 고려하더라도 미성년자의 복리의 관점에서 미성년후견인을 1인으로 한정하는 것은 바람직하지 않다. 우선, 공동친권의 이념 하에서 친권이 부와 모의 공동의 권리·의무인 것과 마찬가지로 복수의 자가 미성년후견인이 되는 것을 부정할 필요는 없다. 그리고 단일후견인제도를 유지함으로써 미성년후견인이 될 수 있는 적격자의 확보를 어렵게 한다는 문제도 제기될 수 있을 것이다.¹³⁾ 또한, 미성년후견이 관련한 사안은 대체로 부모의 사망, 유기, 아동학대 등에 의한 친권상실 등의 경우이기 때문에 이러한 미성년자에 대한 신상감호를 담당하는 미성년후견인의 부담을 경감시킬 수 있는 하나의 방안이 복수후견인제도가 될 수 있다는 점도 고려할 수 있다. 그리고 실무적인 측면에서도 전술한 바와 같이, 미성년자에게 많은 재산이 있으며 동거하는 친족이 아닌 제3자가 미성년후견인으로 선임되는 경우에는 후견인은 법정대리인으로서 피후견인의 재산관리와 함께 신상감호와 관련한 업무까지 담

를 분리하여 전자는 법률전문가에게, 후자는 친족이나 복지전문가에게 분담시키는 경우, 재산의 소재지 또는 재산 유형이 다양하여 각각의 전문가에게 이를 분담시키는 경우” 등을 상정할 수 있다. 박인환, “새로운 성년후견제 도입을 위한 민법개정안의 검토,” 『가족법연구』, 제24권 제1호, 2010, 48면.

12) 김주수·김상용, 『친족·상속법』, 제11판, 2013, 450면 참조.

13) 谷口知平 外 5人/犬伏, 『新版 註釋民法(25) - 親族(5): §842II』(有斐閣, 2004), 305頁.

당하여야 하고, 양육자가 미성년자의 의사에 기하여 재산을 낭비하는 경우 현실적으로 이를 제지하기 어려운 점이 존재한다.¹⁴⁾

(2) 미성년후견인의 적격: 법인후견인의 문제

개정 민법에서는 후견인으로서 후견사무에 관한 전문적 경험과 지식, 그리고 조직을 갖춘 제3자가 후견인으로 참여할 수 있도록 법인도 성년후견인이 될 수 있게 하고(민법 제930조), 법인을 성년후견인으로 선임하는 때 적격성 여부를 판단하는 고려사항에 관하여 규정하고 있다(민법 제936조 제4항). 반면, 미성년후견에 관해서는 제930조의 반대해석상 법인후견이 인정되지 않는다고 해석된다. 아울러 법인후견을 인정하지 않는 논거는 미성년후견의 권리와 의무의 내용이 미성년자의 원만한 인격형성을 위한 신상감호권의 행사에 중점을 두고 있고, 이를 위해서는 피후견인인 미성년자와의 인적인 접촉이 불가결하다는 점이 지적되고 있다.¹⁵⁾

(3) 임시후견인에 관한 문제

우리 가사소송법은 가사사건의 소의 제기, 심판청구 또는 조정의 신청이 있는 경우에 가정법원, 조정위원회 또는 조정담당판사는 사건을 해결하기 위하여 특히 필요하다고 인정하면 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 상대방이나 그 밖의 관계인에게 현상을 변경하거나 물건을 처분하는 행위의 금지를 명할 수 있고, 사건에 관련된 재산의 보존을 위한 처분, 관계인의 감호와 양육을 위한 처분 등 적당하다고

14) 이에 관한 국내의 실제 사례를 소개하고 있는 것으로는, 배인구, 친권과 미성년후견과의 관계, 『親權と未成年後見』, 新・アジア家族法三國會議(第2會會議) 資料集, 2012. 11. 24, 23-25면 참조. 같은 견해로 김주수·김상용, 『친족·상속법』, 제11판, 2013, 450면; 정현수, “일본의 개정 친권법에 관한 소고”, 『법학연구』, 제37집, 전북대학교 법학연구소, 2012. 12, 330면 참조.

15) 김형석, “민법개정안에 따른 성년후견법제”, 『가족법연구』, 제24권 제2호, 2010. 7, 130면.

인정되는 처분을 할 수 있다고 규정하고 있다(가사소송법 제62조 1항). 따라서 미성년후견인선임심판 청구가 있을 때 가사소송법 제62조의 사전처분에 의하여 임시후견인을 선임할 수 있다.

가사소송규칙 제32조에서는 성년후견, 한정후견, 특정후견 및 임의후견에 관한 사건에 있어서, 가정법원이 법 제62조에 따른 사전처분으로서 직무대행자를 선임한 때에는, 그 직무대행자에 대하여는 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 해당 후견인 또는 해당 후견감독인에 관한 규정을 준용하도록 하는 규정을 두고 있다(가사소송규칙 제32조 1항). 또 가정법원이 법 제62조에 따른 사전처분으로 임시후견인을 선임한 경우, 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고, 성년후견 및 한정후견에 관한 사건의 임시후견인에 대하여는 한정후견인에 관한 규정을, 특정후견에 관한 사건의 임시후견인에 대하여는 특정후견인에 관한 규정을 각 준용하도록 하는 규정을 두고 있다(가사소송규칙 제32조 4항). 그리고 제1항의 직무대행자에 대하여는 사건본인의 재산 중에서, 제4항의 임시후견인에 대하여는 청구인 또는 사건 본인의 재산 중에서 각 상당한 보수를 지급할 것을 명할 수 있다는 규정을 두고 있다(가사소송규칙 제32조 6항). 그런데 가사소송법 제62조에 따른 사전처분으로서 미성년후견인을 선임할 때에는 위와 같은 규정을 두고 있지 않다.

(4) 미성년후견인의 임무 및 후견감독에 관한 문제

우리 개정민법은 후견인의 결격사유에 관한 규정만을 두고 있으며(개정민법 제937조), 가정법원이 미성년후견인을 선임할 때 고려하여야 할 사정에 관해서는 전혀 규정을 두고 있지 않다. 이는 자의 최선의 이익을 위한다고 하는 미성년후견인 선임의 중요성에 비추어 볼 때 명백한 입법의 불비라고 할 수 있다.

또한, 우리 민법은 미성년후견인은 자를 보호하고 교양할 권리의무, 자의 거소지정권, 징계권에 관하여는 친권자와 동일한 권리의무가 있

다고 규정하고(민법 제945조), 친권자가 정한 교육방법, 양육방법 또는 거소를 변경하는 경우, 미성년자를 감화기관이나 교정기관에 위탁하는 경우, 친권자가 허락한 영업을 취소하거나 제한하는 경우에는 미성년후견감독인이 있으면 그의 동의를 받도록 하고 있다(민법 제945조 단서). 그런데 개정 민법은 종래의 친족회가 실질적 감독기능을 수행하지 못한다는 이유로 이를 폐지하고 후견감독기관으로 후견감독인 제도를 도입하였지만(민법 제940조의 3), 후견감독의 수요가 많지 않을 것이라는 점과 후견감독인의 보수문제를 이유로 이를 임의기관으로 하였다.

따라서 위와 같이 미성년후견인이 일정한 행위를 하기 위하여 후견감독인의 동의를 필요로 하는 경우라도 민법 부칙에 종래의 친족회폐지에 따른 경과규정조차 없으므로 미성년후견감독인이 없으면 미성년후견인이 단독으로 권한을 행사할 수 있다는 결론에 이르게 되어 미성년자의 복리에 반하는 것이 될 수 있다.

제 3 장 미성년후견제도에 대한 평가 기준

제 1 절 평가기준으로서 ‘자의 복리’, ‘자의 최선의 이익’ 원칙

앞서 살펴본 바와 같이, 종래 부모의 자녀에 대한 절대적인 지배권으로서의 측면이 강조되던 친권의 개념은 우리 사회에서도 점차 의무로서의 성격이 강조되고 있다. 우리나라에서는 1977년 부모의 공동친권제도 도입(제909조), 1990년 부모의 협의 또는 가정법원에 의한 친권자 지정(민법 제909조 제4항), 2005년 친권 행사와 친권자 지정시 ‘자의 복리의 원칙’의 우선적 고려(민법 제912조) 및 국가의 감독권한의 강화, 2011년 생존친의 자동친권 부활 금지(민법 제909의 2 제1항) 등 수 차례의 민법 개정을 통하여 현대적인 친권의 개념에 부합하도록 가족법을 개정해 왔다. 그러나 여전히 아동학대 문제의 확대 등과 같은 사회문제에 적극적으로 대응하기 위한 관점에서는 “친권 제한의 경직성”으로 인한 문제점이 지적되고 있으며, 향후 친권제한의 유연화 관점에서 입법론적인 논의가 이루어질 것으로 예상된다.¹⁶⁾

이와 같은 친권을 둘러싼 입법론적·해석론적 논의를 지배하는 기본이념은 ‘자의 복리’이다.¹⁷⁾ 즉, 친권을 구성하는 권리의 행사만이 아니라 의무의 이행을 논하는 경우에도 자의 복리는 해석론과 더불어 입법론에서도 중핵적 지위를 차지하는 것이다. 전술한 바와 같이, 우리 민법 제912조에서는 친권의 행사와 가정법원의 친권자 지정의 기준으로 ‘자의 복리’를 명문으로 규정함으로써 친권제도의 설계와 운용에 있어 동 기준의 중요성을 명시적으로 인정하고 있다. 따라서 친권의 행사가 이 기준에 위배되는 경우 개인으로서의 존엄과 인권의 주체인

16) 예를 들어, 이은정, “친권 제한의 유연화-신분적 효력을 중심으로-”, 『가족법연구』, 제27권 1호, 2013. 7 참조.

17) 김유미, 아동권리에 관한 국제협약과 우리 민사법, 비교사법 제9권 4호, 2002, 참조.

미성숙한 자녀를 위하여 국가가 개입하여 친권의 제한, 후견제도 및 사회법상 양육제도 등을 정비하여야 한다는 요청이 도출된다. 그리고 친권의 내용인 의무의 위반에 따른 국가개입과 관련하여 ‘자의 권리주체성’ 논의가 가능하게 된다. 따라서 친권의 제한을 통하여 이루어지는 미성년후견제도의 설계와 운용을 위해서도 ‘자의 복리’ 또는 ‘자의 최선의 이익’ 원칙은 제1차적으로 고려되어야 하는 기준이 된다.

이하에서는 미성년후견제도 평가를 위한 기준과 틀을 검토하기 위하여, 1990년 ‘자의 권리주체성’을 명시적으로 인정한 UN 아동권리협약(협약 제3조 제1항)¹⁸⁾에서 인정하고 있는 ‘아동의 최선의 이익’ 원칙을 살펴본다. 동 협약에 따라 각 당사국들은 제1차적으로 고려되는 아동의 권리를 존중하면서 실시해야 하며, 이러한 권리를 전면적으로 실시하기 위하여 필요한 모든 조치를 신중하면서도 구체적으로 취할 의무를 진다.

제 2 절 아동권리협약상 ‘자의 최선의 이익’ 원칙

아동권리협약에서는 자녀를 권리향유의 주체인 동시에 권리행사의 주체로 상정함으로써 자의 권리주체성을 명시적으로 인정하고 있다. 협약 제3조 제1항에서는 “공공 또는 민간 사회복지기관, 법원, 행정당국 또는 입법기관 등에 의하여 실시되는 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 최선의 이익이 제1차적으로 고려되어야 한다”고 규정함

18) Convention on the Rights of the Child, Nov. 20, 1989, 1577 U.N.T.S. 3; 28 I.L.M. 1456 (1989). UN 아동권리협약은 1989년 11월 20일 총회에서 채택되고 1990년 9월 2일에 발효되었다. 우리나라에서는 1991년 11월 비준서를 제출하고 동년 12월 조약 제1072호로서 공포하였다. UN 아동권리협약과 가족법적 의미에 관해서는 이화숙, “자녀의 최선의 이익” 원칙에 비추어 본 가족법상 자녀의 복리, 사법 제10호, 2009. 10; 윤진수, 아동권리협약과 한국가족법, 국제인권법 제8호, 2005; 김유미, 아동권에 관한 국제협약과 우리 민사법, 비교사법 제9권 4호, 2002; 한봉희, 아동의 권리에 관한 UN 협약과 한국 친자법에 미친 영향, 가족법연구 제11호, 1997 참조.

으로써, 이러한 권리는 ‘아동의 최선의 이익’을 제1차적으로 고려함으로써 실질적으로 확보할 수 있게 된다고 선언하고 있다. 그러나 ‘아동의 최선의 이익’이라는 개념은 동적인 것으로 지속적으로 변화하는 다양한 문제를 포함하는 것이다.

2013년 5월 29일 UN 아동권리위원회에서는 “최선의 이익이 1차적으로 고려되어야 하는 아동의 권리에 관한 일반 의견(General comment on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration)”(이하 “아동의 최선의 이익에 관한 일반의견”)¹⁹⁾을 공표함으로써, 아동의 최선의 이익을 평가하고 판정하기 위한 틀을 제시하고 있다. 아동권리위원회는 아동에 관계하는 모든 자가 행할 결정에 대한 지침으로서 아동의 최선의 이익 기준이 작용하고, 협약의 당사국으로 하여금 동 원칙을 적용하고 존중하도록 하는 것이 일반의견 제시의 목적이라는 점을 밝히고 있다.²⁰⁾ 즉, 추상적 기준인 ‘자의 최선의 이익’을 평가할 수 있는 기준으로서의 틀(framework)을 제시함으로써 동 원칙이 아동과 관련한 다양한 활동에 보다 용이하게 반영될 수 있도록 하는 것을 목적으로 하고 있다.

구체적으로 일반 의견은 (1) 정부가 취한 모든 실시 조치의 입안, (2) 1인 또는 복수의 특정 아동에 대해 사법기관, 행정기관 또는 공공단체가 그 대표자를 통하여 행하는 개별 결정, (3) 아동과 관련된 또는 아동에게 영향을 주는 서비스를 제공하는 시민 사회 단체 및 민간 영역(영리 조직 및 비영리 조직을 포함)에 의한 결정, (4) 아동과 함께 아

19) Committee on the Rights of the Children, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 2013. 5. 29.

20) “특히 개인으로서의 아동과 관련된 사법상 및 행정상의 결정 기타의 활동에 있어서, 또 아동들 일반 또는 특정 수단으로서 아동들에 관한 법률, 정책, 전략, 프로그램, 계획, 예산, 입법상 및 예산상의 발의 및 지침 - 즉 모든 실시 조치 - 의 채택에 있어 모든 단계의 정당한 고려한 요건을 명확히 하고자 한다.” 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 10.

동을 위하여 활동하는 자(부모 및 양육자 포함)에 의하여 행해진 활동에 대한 지침에 대하여 함의(implication)를 갖는다.²¹⁾

아동의 최선의 이익에 관한 일반의견

- I. 서론
 - A. 아동의 최선의 이익: 권리, 원칙 및 절차규칙
 - B. 구조
- II. 목적
- III. 당사국의 의무의 성격과 범위
- IV. 협약의 일반원칙에 관한 법적 분석
 - A. 제3조 제1항의 문리분석
 - 1. 아동에 관련된 모든 활동
 - 2. 공적 또는 사적 사회복지기관, 법원, 행정기관 또는 입법기관에 의하여
 - 3. 아동의 최선의 이익
 - 4. 제1차적인 고려
 - B. 아동의 최선의 이익과 협약의 다른 일반 원칙과의 관계
 - 1. 아동의 최선의 이익과 차별금지에 관한 권리
 - 2. 아동의 최선의 이익과 생존에 관한 권리
 - 3. 아동의 최선의 이익과 의견을 반영시킬 권리
- V. 실행: 아동의 최선의 이익의 평가 및 결정
 - A. 최선의 이익 평가 및 결정
 - 1. 아동의 최선의 이익 평가시 고려 요소
 - 2. 최선의 이익 평가시 관련 요소의 비교형량
 - B. 아동의 최선의 이익의 실행을 보장할 절차적 보호조항
- VI. 보 급

[표 1] 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견의 체계

이하에서는 일반의견에서 제시하고 있는 내용을 살펴본다.

21) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 12.

1. 아동의 최선의 이익에 대한 제1차적 고려의 의미

가. 제3조 제1항의 문리 분석

협약 제3조 제1항에서는 “공공 또는 민간 사회복지기관, 법원, 행정 당국 또는 입법기관 등에 의하여 실시되는 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 최선의 이익이 제1차적으로 고려되어야 한다(In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration)”고 규정하고 있다.

(1) 아동에 관련된 모든 활동(in all actions concerning children)

(가) 아동(children)

“아동”이란 협약 제1조 및 제2조에 따라 어떤 종류의 차별 없이 체결국의 관할 내에 있는 18세 미만의 모든 사람을 말하는 것으로 제3조 제1항은 개인으로서 아동에 적용되어 당사국에 대하여 개별 결정에서 아이의 최선의 이익을 평가하고 제1차적으로 고려할 의무를 부과하는 것이다. 그렇지만 “아동”이라는 용어는 자신의 최선의 이익을 정당하게 고려할 권리가 개인으로서의 아동들뿐만 아니라, 아동들 일반 또는 집단으로서(as in general or as a group)의 아동들에게도 적용된다는 점을 내포하고 있다. 그럼에도 불구하고, 아동 개인에 관한 결정에서 해당 이익이 일반의 이익과 동일한 것으로 이해되지 않으면 안 된다는 것은 아니라고 할 수 있다. 오히려 협약 제3조 제1항은 한 아동의 최선의 이익은 개별적으로 평가되어야 할 것을 내포하고 있다.²²⁾

22) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 24.

(나) ~에 관련된(concerning)

이 법적 의무는 아동에게 직접 간접으로 영향을 주는 모든 결정 및 활동에 적용된다. 따라서 “~에 관련된”이란 첫째, 한 아동, 집단으로서 아동들 또는 아동들 일반에 직접 관련된 조치 및 결정을 하며, 둘째, 비록 아동이 조치의 직접적인 대상이 아닌 경우에도 아동 개인, 집단으로서 아동들 또는 아동들 일반에 영향을 미치는 기타 조치를 말한다. 위원회의 일반적 의견 7호에 말했듯이, 이런 활동에는 아이들을 직접 대상으로 하는 것(예를 들어 보건 관리 또는 교육에 관련되는 것)뿐 아니라 아이들 및 다른 주민 집단을 대상으로 하는 활동(예를 들어 환경, 주택 또는 교통 기관에 관련되는 것)도 포함된다. 따라서 아동“에 관련된”이란 문구는 매우 광의로 이해되어야 한다.²³⁾

실제로 국가가 행하는 모든 활동은 어떠한 형태든 아동들에게 영향을 주는 것이지만, 국가가 행하는 모든 활동에 아동의 최선의 이익을 평가·판정하는 완전하고 공식적인 프로세스가 포함되어 있을 필요는 없다. 그러나 어떤 결정이 아동에게 중요한 영향을 미치는 경우에는 아동의 최선의 이익을 고려하기 위하여 보호 수준을 높이고 상세한 절차를 마련하는 것이 적당하다. 따라서 아동들을 직접 대상으로 하지 않는 조치와 관련하여 “~에 관련된”이라는 문구의 의미는 해당 활동이 아동들에 미치는 영향을 평가할 목적으로 개별 사안의 사정에 비추어 밝혀져야 한다.²⁴⁾

(다) 모든 활동에서(in all actions)

협약 제3조 제1항은 아동에 관한 모든 결정 및 활동에서 이 권리가 보장되는 것을 확보하려는 것이다. 즉, 아동에 관련된 모든 활동에서

23) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 19.

24) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 20.

아동의 최선의 이익이 제1차적으로 고려되어야 한다. 이 때 “활동”이란 문구는 결정(decisions) 뿐만 아니라, 모든 행위, 제안, 서비스, 절차 및 기타 조치(acts, conduct, proposals, services, procedures and other measures)를 포함한다.²⁵⁾ 한편, 행동을 취하지 않는 것, 즉 부작위 또한 ‘활동’이다. 따라서 예를 들어, 사회복지기관이 아동을 방치(neglect)하거나 학대로부터 보호하기 위한 조치를 취하지 않는 경우 또한 동 활동의 범주에 포함된다.²⁶⁾

- (2) 공적 또는 사적 사회복지기관, 법원, 행정기관 또는 입법기관에 의하여(By public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies)

아동의 최선의 이익을 정당하게 고려하는 국가의 의무는 아동이 관계하는 또는 아동과 관련된 모든 공적 및 사적인 사회복지기관, 법원, 행정기관 및 입법기관을 포함하는 포괄적인 의무이다. 부모에 대해서는 제3조 제1항에서는 명시적으로 언급하고 있지 않지만, 아동의 최선의 이익은 부모의 “기본적인 관심”이 된다(제18조 제1항).

- (가) 공적 혹은 사적인 사회복지기관(public or private social welfare institutions)

이 문구는 해당 활동 및 결정이 아동 및 그 권리의 실현에 영향을 미치는 모든 기관을 의미하는 것으로서 이해되어야 한다. 이러한 기관은 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 것(예를 들어 케어, 보건, 환경, 교육, 비즈니스, 여가·놀이 등)뿐 아니라 시민적 권리 및 자유를 다루는 기관(예를 들어, 출생 등록, 모든 경우의 폭력에서의 보호 등)도 포함된다. 사적인 사회복지기관은 영리조직인지 비영리조직인지에 관계없이 아동의 권리의 향유에 있어 중요한 서비스의 제공에 있어서 역할을 하고 있으며, 또한 정부기관 대신 또는 정부기관과 병존

25) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 17.

26) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 18.

하는 선택 사항의 하나로서 활동하는 민간부문의 기구(private sector organizations)도 포함된다.²⁷⁾

(나) 법원(courts of law)

아동권리위원회는 “법원”을 모든 경우의 모든 사법절차(직업법관에 의한 것이든 그렇지 않은가를 묻지 않고) 아동과 관련한 모든 절차를 포함하는 것으로 특정하게 한정적이지 않은 것임을 강조한다. 이는 화해, 조정 및 중재(conciliation, mediation, and arbitration)의 절차도 포함된다.²⁸⁾

민사사건에서는 부자관계 확정, 어린이 학대 또는 방치, 가족 재통합, 시설 입소 등에 관한 사건으로, 아동이 직접 또는 대리인을 통하여 자신의 이익을 옹호하려는 경우가 있다. 아동은 예를 들어 입양 또는 이혼에 관한 절차, 자식의 삶 및 발달에 중요한 영향을 미치는 감호권, 거소, 면회 교류 등의 문제에 관한 결정 및 어린이 학대 또는 방치에 관한 절차에서 재판에 의하여 영향을 받는 경우도 있다. 법원은 절차적 성질의 것인지 실제적 성질의 것인지에 관계없이, 이런 모든 상황 및 결정에서 아동의 최선의 이익이 고려되도록 하여야 하며, 또한 아동의 최선의 이익을 효과적으로 고려하였다는 것을 증명하여야 한다.²⁹⁾

(다) 행정 기관(administrative authorities)

아동권리위원회는 모든 수준의 행정기관에 의한 결정의 범위가 매우 넓고 특히 교육, 감호(care), 보건, 환경, 생활 조건, 보호, 비호, 출입국 관리, 국적에 대한 접속에 관한 결정을 포함하는 것임을 강조한다. 이들 분야에서 행정 기관이 행하는 개별 결정은 모든 실시 조치

27) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 26.

28) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 27.

29) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 29.

의 경우와 같이 아동의 최선의 이익에 의하여 평가되고 아동의 최선의 이익을 지침으로 하는 것이어야 한다.

(라) 입법 기관(legislative bodies)

당사국의 의무가 “입법 기관”에도 적용된다는 것은 제3조 제1항이 개인으로서의 아동뿐 아니라 아동들 일반에도 관련된 것임을 명백히 보여 준다. 어떤 법령 및 집단적 협정(아동에게 영향을 주는 양 국 간·다 국 간의 무역 조약 또는 평화 조약 등)의 채택도 아동의 최선의 이익에 의하여 규율되어야 한다. 자기의 최선의 이익을 평가 받고 제1차적으로 고려되는 아동의 권리는 아동에게 특히 관련된 법률뿐만 아니라 모든 관련 법률에 명시적으로 포함되어야 한다. 이 의무는 또 예산 승인에도 적용되는 것이며, 예산 준비 및 책정에 즈음해서는 그것이 아동에게 배려한 것이 되도록 하기 위하여, 아동의 최선의 이익의 관점을 채용할 필요가 있다.

(3) 아동의 최선의 이익(The best interests of the child)

아동의 최선의 이익의 개념은 복잡하고 그 내용은 개별 사안별로 판정되어야 한다. 입법자, 법관, 행정기관, 사회기관 또는 교육기관은 협약의 다른 규정에 따라 제3조 제1항을 해석·실시하여야 이 개념을 명확히 하고 또한 구체적으로 활용할 수 있게 된다. 따라서 아동의 최선의 이익의 개념은 유연성 및 적응성을 가지는 것이다. 이 개념은 당사자인 아동(들)이 놓인 특정 상황에 따라 그 개인적 배경, 상황 및 요구를 고려하면서 개별적으로 조절·정의되어야 한다. 개별의 결정에 대해서는 아동의 최선의 이익은 그 특정의 아동이 가진 특정의 사정에 비추어 평가·판정되어야 한다. 입법자에 의한 결정과 같은 집단적 결정에 대해서는 아동들 일반의 최선의 이익은 특정 집단 또는 아동들 일반의 사정에 비추어 평가·판정되어야 한다. 어느 경우에도 평가 및

판정은 조약 및 그 선택 의정서에서 제시된 권리를 전적으로 존중하면서 추진되어야 한다.³⁰⁾

아동의 최선의 이익은 아동에 관한 모든 일에 대하여 적용되어야 하며 또한 동 협약 또는 다른 인권 조약에 나타난 각종 권리 사이에서 생길 가능성 있는 어떤 모순을 해결할 때도 고려되어야 한다. 아동의 최선의 이익에 따른 가능성 있는 해결책을 파악하는 데 주의를 기울여야 한다. 이는 국가들이 실시할 조치를 채택할 때 모든 아동들(취약한 상황에 처한 아동들을 포함)의 최선의 이익을 밝힐 의무가 있는 것을 내포하는 것이다.³¹⁾

전술한 바와 같이, 아동의 최선의 이익 개념은 추상적인 것으로 구체적인 내용은 개별 사안에 따라 결정되는 유연성과 사안에 따른 적용성을 가지고 있다.³²⁾ 따라서 이 개념은 당사자인 아동들이 가지는 개별적 요소 즉, 개인적 배경이나 상황 그리고 관련된 요구를 고려하면서 개별적으로 조절되고 정의되어야 한다. 반면, 입법론적 논의에서는 특정 집단 또는 일반적 사정을 반영하여 평가되고 결정되어야 한다. 그러나 이러한 유연성은 예를 들어, 자녀의 양육권 분쟁에서 분쟁 당사자인 부모가 아동의 최선의 이익을 주장하지만 실질적으로는 자신의 개인적 이익을 확보하기 위한 것일 수 있다는 점에서 남용의 우려가 있다는 점도 고려하여야 한다.³³⁾

30) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 32.

31) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 33.

32) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 32.

33) 이러한 점을 우려하여 아동권리협약의 일반적 시행조치에 관한 일반의견에서는 시행 조치와 관련해서 모든 행정적 차원에서의 입법, 정책 수립 및 서비스 제공에서 아이의 최선의 이익이 제1차적으로 고려되도록 하기 위해 아동과 그 권리의 향유에 영향을 미치는 모든 법률, 정책 또는 예산 배분의 제안에 대해서 그 영향을 예측하기 위한 아동권리에 대한 사전영향평가(CRIA) 및 시행 조치가 가지는 실제의 영향을 평가하기 위한 아동권리에 대한 사후영향평가 절차를 도입할 것을 요청하고 있다. General comment No. 5 (2003) on general measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child, para. 45 참조.

(4) 제1차적으로 고려된다(Shall be a primary consideration)

아동의 최선의 이익은 제1차적으로 고려되어야 한다(shall be a primary consideration). 이를 제1차적 고려요소로 하는 것은 의존성, 미성숙성, 법적 지위 및 의견표명 기회의 상실 등과 같은 아동이 처한 특수한 상황을 감안한 것이다. 아동은 일반적으로 성인에 비하여 특정한 상황에서 자신의 이익을 인지하고 주장하기 어렵기 때문에, 아동의 최선의 이익을 1차적으로 고려하지 않는 경우 아동의 이익은 간과될 수 있다.³⁴⁾

따라서 자와 관련한 모든 활동에서 아동의 최선의 이익이 평가되고 제1차적 고려사항이 되어야 한다는 점과 관련하여 국가에 대하여 강력한 법적 책무(strong legal obligation)를 부과하는 동시에 이를 위반하는 국가의 재량행사를 제한한다는 의미라고 볼 수 있다.³⁵⁾ 아울러, ‘제1차적 고려’의 의미는 아동의 최선의 이익을 다른 모든 고려요소들과 동등한 수준으로 판단할 수 없다는 것이다.³⁶⁾ 특히, 입양과 같은 경우 아동의 최선의 이익은 제1차적 고려요소(a primary consideration)가 아니라 최우선적인 고려요소(the paramount consideration)로 평가되어야 한다.³⁷⁾

단, 제3조 제1항은 광범위한 상황을 대상으로 하기 때문에, 아동권리위원회가 이를 적용하는 경우에는 어느 정도 유연성이 인정될 필요가 있다. 예를 들어, 일단 평가되고 판정된 아동의 최선의 이익이 다른 아동이나, 일반 공중 또는 부모의 이익과 충돌할 가능성이 있다. 이 경우 개별적으로 고려된 아동의 최선의 이익과 아동집단 또는 일

34) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 36.

35) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 36.

36) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 39.

37) 아동권리협약 제21조(“입양제도를 인정하거나 허용하는 당사국은 아동의 최선의 이익이 최우선적으로 고려되도록 보장하여야 하며 ...”).

반적 관점에서의 아동들의 최선의 이익이 충돌될 가능성이 있는 경우에는 모든 당사자의 이익을 신중히 비교형량(balancing the interests of all parties)하고, 적절한 절충 방안을 탐색하여 구체적인 사안별로 해결할 것이 요청된다.

타인의 권리가 아동의 최선의 이익과 상반되는 경우도 마찬가지이다. 조화를 도모할 수 없을 때는 공적기관 및 의사결정 담당자는 모든 관계자의 권리 분석 및 비교 형량을 하여야 한다. 이 때 자기의 최선의 이익이 제1차적으로 고려되는 아동의 권리는 아동의 이익이 단지 여러 고려 사항의 하나로 다뤄질 것이 아니라 높은 우선 순위를 줄 수 있다는 점의 중요성을 염두에 둘 필요가 있다. 따라서 어린이에게 최선이라고 생각되는 대응이 보다 중시되어야 한다.³⁸⁾

2. ‘아동의 최선의 이익’ 평가 및 결정

전술한 바와 같이, 아동의 최선의 이익은 특정 상황에서 자의 이익에 관한 모든 고려요소들을 평가하는 데 기초가 되는 권리, 원칙, 그리고 절차를 위한 규칙으로 작용한다. 특정한 조치에 대하여 아동의 최선의 이익을 평가·결정(assessment and determination)할 때에는 다음과 같은 단계를 밟아야 한다.

첫째, 당해 사안의 특정한 사실 관계에서 무엇이 최선의 이익 평가에 관련된 요소인지를 발견하고, 그 구체적 내용을 밝히며 각 요소가 다른 요소와의 관계에서 어느 정도의 무게를 가졌는지에 대하여 판단한다.

둘째, 이 때에는 법적 보장 및 이 권리의 적절한 적용을 확보하는 절차에 따른다.

아동의 최선의 이익을 평가하고 결정하는 것은 어떠한 결정을 내릴 때 요구되는 두 단계의 요소이다.

38) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 39.

“최선의 이익 평가”는 특정 아동 개인 또는 특정 아동 집단에 대하여 특정 상황에서 결정을 하기 위하여 필요한 모든 요소를 평가하고 비교형량하는 것으로 구성된다. 이 평가는 의사 결정 담당자나 부서원(가능하면 학제적인 팀)에 의하여 실시되는 것이다. 그 때에는 아동의 참여가 요구된다. “최선의 이익 결정”이란 최선의 이익 평가에 근거하여 아동의 최선의 이익을 결정하기 위하여 행하는 엄격한 절차상의 보장을 따른 정식 절차를 말한다.

아동의 최선의 이익에 관한 평가 및 결정을 위한 실체적 고려요소	아동의 최선의 이익 실행을 보장하는 절차적 고려요소
(가) 아동의 의견	(가) 자기의 의견을 표명할 권리
(나) 아동의 정체성	(나) 사실 관계 확정
(다) 가정환경의 보전 및 관계의 유지	(다) 시간의 지각(perception)
(라) 아동의 감호, 보호 및 안전	(라) 자격있는 전문가
(마) 취약성	(마) 변호사 대리인
(바) 건강에 대한 아동의 권리	(바) 법적 이유의 설명
(사) 교육에 대한 아동의 권리	(사) 결정에 대한 재심사·수정을 위한 제도적 장치
	(아) 아동의 권리영향평가(CRIA)

[표 2] 아동의 최선의 이익 평가·결정 및 실행을 보장하는 고려요소

가. 최선의 이익의 평가 및 결정

아동의 최선의 이익의 평가는 각각의 아동 또는 아동들의 집단 혹은 아동들 일반의 특유의 사정³⁹⁾에 비추어 개별 사안마다 이루어져야

39) 특유한 사정은 당사자인 아동의 개인적 특질(특히, 연령, 성별, 성숙도, 경험, 마이너리티 집단내의 소속, 장애, 감각 장애 또는 지적 장애가 있는 것 등) 및 아동이 처해있는 사회적·문화적 환경(부모의 유무, 자식이 부모와 함께 살고 있는지, 아동과 그 부모 또는 양육자와의 관계의 질과 안전에 관한 환경, 가족, 확대 가족 혹은 양육자가 이용할 수 있는 양질의 대체적 수단의 존재 등)이 관련한다. 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 48.

하는 독자적인 활동이다. 무엇이 아동의 최선의 이익에 따른 대응인지에 관한 결정은 해당 아동의 특수한 사정에 관한 평가에서부터 시작되어야 한다. 이는 아동의 특수한 상황에 따라 사용되는 요소(elements will be used)와 사용되지 않는 요소가 있다는 것을 내포하며, 이들 요소의 비교 형량이 어떻게 이루어지는지에 대한 것에도 영향을 미친다. 아동들 일반에 대해서는 최선의 이익의 평가에는 동일한 요소가 이용된다.

아동권리위원회는 아동의 최선의 이익을 결정하여야 하는 어떤 의사 결정 담당자의 최선의 이익 평가도 포함할 수 있는 여러 요소를 한정적으로 열거하고 있지 않으며, 요소들 사이에도 우선순위를 마련하지 않는 것이 유익하다는 점을 고려하고 있다. 따라서 목록에 열거된 제반 요소들 이외에도 아동 개인 또는 아동들의 집단에 관한 특수한 사정에 관련된 다른 요소들을 고려할 수 있도록 하고 있다. 그러나 목록에 열거된 모든 요소는 반드시 고려되어야 하며, 각각의 상황에 비추어 비교형량되어야 한다. 결국 동 목록은 구체적인 지침을 제시하면서도 유연한 것이어야 한다.⁴⁰⁾

따라서 고려요소들의 목록 작성은 국가나 의사결정 담당자로 하여금 아동에게 영향을 주는 구체적 분야(가족법, 입양법, 소년사법 등)에서 규제를 실시하는 경우 유익한 지침을 제시하게 되고, 필요한 경우 개별국가의 법적 전통에 따라 적절하다고 생각되는 것 외의 요소를 추가할 수 있다. 위원회는 목록에 요소를 추가할 때에는 아동의 최선의 이익의 최종 목적이 협약에서 인정되는 여러 권리들의 완전하고 효과적인 향수 및 아동의 전체적인 발달을 확보하는 것이라고 지적한다. 따라서 협약에서 열거된 여러 권리에 반하는 요소 또는 협약 상의 권리에 반하는 효과를 갖게 될 요소는 무엇이 아동에게 최선인가를 평가하는 데 유효한 것으로 볼 수 없게 된다.⁴¹⁾

40) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 50.

41) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 51.

(1) 아동의 최선의 이익 평가에 요구되는 고려요소

아동권리위원회에서는 아동의 최선의 이익을 평가하기 위하여 의사 결정자들이 행할 최선의 이익 평가에 포함되는 관련 요소들의 목록을 제시하고 있다. 하지만 목록상 고려요소들 사이에는 우선순위가 존재하지 않으며 해당 요소들에 한정되어 고려되는 것은 아니다. 전술한 바와 같이, 이는 관련 요소들 이외에도 아동의 특수한 상황에 비추어 기타의 요소들을 고려하는 것이 가능하도록 유연성을 인정하고 있는 것이다.⁴²⁾ 이는 사안에 따라 모든 요소가 관계하는 것은 아니며, 각 사안의 사실관계와 대상 아동에 따라 개별 요소들이 차지하는 중요성에는 차이가 있기 때문이다.⁴³⁾ 아동권리위원회는 아동의 최선의 이익을 평가하고 판정할 때 해당 상황과의 관련성에 따라 고려되어야 할 요소들을 다음과 같이 제시하고 있다.

(가) 아동의 의견

아동권리협약 제12조⁴⁴⁾는 본인에게 영향을 미치는 모든 결정에서 자신의 권리를 표명할 수 있는 아동의 권리에 대하여 규정하고 있다. 아동의 의견을 고려하지 않거나 아동의 연령 및 성숙도에 따라 그 의견을 정당하게 중시하지 않는 결정은 아동이 자신의 최선의 이익의 관

42) 따라서 이러한 변수 또는 고려요소에 관한 목록의 작성은 국가 또는 의사 결정 담당자가 아동에게 영향을 주는 구체적 분야(가족법이나 소년 사법제도 등)의 입법이나 법해석을 행할 때 유익한 지침을 제시하게 되고, 필요한 경우 각국의 법적 전통에 따른 기타 요소를 추가할 수 있게 된다. 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 50-51.

43) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 80-82.

44) 아동권리협약 제12조(“1. 당사국은 자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 자신의 견해를 자유스럽게 표시할 권리를 보장하며, 아동의 견해에 대하여는 아동의 연령과 성숙 정도에 따라 정당한 비중이 부여되어야 한다. 2. 이러한 목적을 위하여, 특히 아동에게 영향을 미치는 어떠한 사법적, 행정적 절차에 있어 아동이 직접 또는 대리인이나 적절한 기관을 통하여 진술할 기회가 국내법의 절차에 따라 마련되어야 한다.”).

정에 영향을 미칠 가능성을 존중하지 않은 것이 된다.⁴⁵⁾

아동이 매우 어리거나 또는 취약한 상황에 놓여 있는 경우, 예를 들어 장애를 가지고 있는 마이너리티 집단에 속하는 이주자 등인 경우라고 할지라도 아동이 자신의 의견을 표명할 권리를 박탈당하거나 최선의 이익을 결정하는 때에 해당 아동의 의견이 중시되는 정도가 낮아지는 것은 아니다. 따라서 이러한 상황에 처해있는 아동에게 동등한 권리를 행사할 수 있도록 보장하기 위한 특정한 조치가 해당 의사결정 과정에서의 역할을 아동 자신에게 부여하여야 한다.⁴⁶⁾

(나) 아동의 정체성

아동의 정체성은 성별, 성적 지향, 민족적 출신, 종교 및 신조, 문화적 정체성, 성격 등 다양한 사항이 포함되며, 아동의 최선의 이익을 평가할 때에는 이러한 아동의 다양성 측면이 존중되고 고려되어야 한다. 아동의 정체성을 보전할 아동의 권리는 아동권리협약 제8조⁴⁷⁾에서 보장하고 있다.⁴⁸⁾

45) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 53.

46) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 54.

47) 아동권리협약 제8조 제1항(“1. 당사국은 법률에 의해 인정되는 아동의 국적, 성명 및 가족관계를 포함하여 아동의 정체성을 유지할 권리를 존중하되 이를 불법적으로 방해하지 않는다.”).

48) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 55. 예를 들어, 양호시설 등에 위탁을 검토할 때의 종교적 및 문화적 정체성에 대해서는 아동의 양육에 계속성이 유지되는 것 그리고 아동의 민족적, 종교적, 문화적 및 언어적 배경에 대해 정당한 고려이므로(제20조 제3항), 의사결정 담당자는 아동의 최선의 이익에 대한 평가·결정을 하면서 이러한 구체적 맥락을 고려해야 한다. 아동의 최선의 이익을 정당하게 고려한다는 것은 아동이 자국 및 출신 가족의 문화(및 가능하면 언어)에 접속할 수 있고 해당 국가의 법률상의 규칙에 따라 자기의 생물학적 가족에 관한 정보에 접근하는 기회가 주어지는 것을 내포한다. 아동의 정체성의 일부로써 종교적·문화적 가치 및 전통의 유지를 고려하여야 하나, 협약에서 정해진 권리에 부합하지 않거나 이들 권리와 양립하지 않는 관행은 아동의 최선의 이익에 따른 것은 아니다. 의사결정 담당자 및 공적 기관은 문화적 정체성을 이유로 함으로써 조약으로 보장된 아동(들)의 권리를 부정하는 전통 및 문화적 가치를 허용하거나 정당화할 수 없다. 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 56-57 참조.

(다) 가정환경의 보전 및 관계의 유지

아동권리위원회는 아동과 부모의 분리라고 하는 문맥에서 아동의 최선의 이익 평가 및 결정을 수행하는 것을 불가피하게 상정한다(제9조, 18조, 20조). 가족은 사회의 기초적 구성요소로서 그 구성원 특히, 아동의 성장 및 생활을 위한 자연적인 환경이라고 할 수 있다(협약 전문). 가족생활에 대한 아동의 권리는 조약에 따라 보호되어 있다(제16조).

가족의 분리를 방지하는 것과 가족의 일체성을 보전하는 것은 아동 보호제도의 중요한 구성요소이며, 제9조 제1항에서는 “이러한 분리가 아동의 최선의 이익을 위하여 필요하다고 결정하는 경우”를 제외하고는 “자식이 부모의 의사에 반하여 부모로부터 분리되지 않을” 것을 요구하고 있다.⁴⁹⁾ 게다가 부모의 일방 또는 쌍방으로부터 분리되어 있는 아동은 “아동의 최선의 이익에 반하지 않는 한 정기적으로 부모 양쪽의 개인적 관계 및 직접 접촉을 유지할” 권리를 가진다(제9조 제3항).⁵⁰⁾ 이는 감호권을 가진 모든 자, 법률상 또는 관습상의 주된 양육자, 부모 및 아동이 강한 개인적 관계를 가진 사람에게도 적용된다.

따라서 가족 분리의 방지 및 가족 일체성의 보전은 아동 보호를 위한 제도의 구축과 설계에서 중요한 구성요소가 된다. 이러한 점을 고려하는 경우 아동의 분리는 아동이 절박한 위해에 직면한 경우 또는

49) Convention on the Rights of the Child, Article 9 (“1. States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child. Such determination may be necessary in a particular case such as one involving abuse or neglect of the child by the parents, or one where the parents are living separately and a decision must be made as to the child's place of residence.”).

50) Convention on the Rights of the Child Article 9 (“3. States Parties shall respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests.”).

기타 필요한 경우에 최후의 수단으로 진행되어야 한다.⁵¹⁾ 또는 분리는 보다 침해성이 낮은 조치에 따라 아동을 보호할 수 있는 경우에는 취해져서는 안 되는 수단이다. 국가는 분리의 수단을 취하기 전에 부모가 부모로서의 책임을 담당하는 것에 관한 지원을 제공하고 아동을 보호하기 위하여 분리가 필요한 경우를 제외하고, 자녀를 양육하는 가족의 능력을 회복하거나 증진시켜야 한다. 그렇지만, 경제적 이유는 아동을 부모로부터 분리시키는 정당한 이유가 되지 못한다.⁵²⁾

분리가 필요한 때는 의사 결정 담당자는 아동이 그 아동의 최선의 이익에 반하지 않는 한, 부모 및 가족(형제, 친족 및 아동이 강한 개인적 관계를 가지고 있는 사람)과의 연결 및 관계를 유지함을 확보해야 한다.⁵³⁾

(라) 아동의 감호(care), 보호 및 안전

아동의 최선의 이익을 평가하고 판정하는 때에는 아동에게 필요한 보호 및 감호와 관련하여 아동의 복리를 확보할 국가의 책무가 고려되어야 한다.⁵⁴⁾ “보호 및 감호(Protection and care)”라고 하는 문구도 광의로 해석되어야 한다. 이는 그 목적이 한정적이거나 소극적인 문구(“아동을 위해로부터 보호하기 위한” 등)로 서술되어 있지 않고, 오히려 아동의 복리(well-being) 및 발달을 확보한다는 포괄적 이상과의 관련에서 기술되어 있기 때문이다. 넓은 의미의 아동의 복리에는 물질적, 신체적, 교육적 측면 및 정서적으로 아동이 가진 기초적인 요구,

51) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 58-70 참조.

52) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 61.

53) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 62.

54) 아동권리협약 제3조 제2항(“당사국은, 아동의 부모, 법정 후견인, 또는 여타 아동에 대하여 법적 책임이 있는 자의 권리와 의무를 고려하여, 아동복지에 필요한 보호와 감호를 아동에게 보장하고, 이를 위하여 모든 적절한 입법적, 행정적 조치를 취하여야 한다.”).

안전에 관한 수요가 포함된다.⁵⁵⁾ 정서적 관리는 아동이 가진 기초적인 요구의 하나이다. 부모 또는 다른 주된 양육자가 아동의 정서적 요구를 충족하지 않을 경우 아동이 안정된 애착을 발전시킬 수 있도록 조치가 이뤄져야 한다. 아동은 매우 어린 단계에서 하나의 양육자에 대한 애착을 형성할 필요가 있는 것이며 이러한 애착은 그것이 충분한 것인 경우, 아동에게 안정된 환경을 주기 위하여 장기간 유지되어야 한다. 아동의 최선의 이익의 평가에는, 아동의 안전, 즉 모든 형태의 신체적 또는 정신적 폭력, 침해 또는 학대(제19조)⁵⁶⁾, 성희롱, 동료의 압력, 왕따, 품위를 손상시키는 취급 등으로부터의 보호 및 성적 착취, 경제적 착취, 기타 착취, 약물, 노동, 무력 분쟁 등으로부터의 보호(제32~39조)에 대한 아동의 권리도 포함되어야 한다.

이를 고려한 의사결정은 현 시점에서의 아동의 안전을 평가하는 것이지만, 예방원칙(precautionary principle)에 따라 해당 결정이 아동의 안전에 대하여 가져올 장래의 위험이나 위해, 그리고 기타의 영향에 대하여 평가하는 것도 요구된다.⁵⁷⁾

(마) 취약성

아동의 최선의 이익을 평가하고 판정하는 데 있어 또 다른 중요한 요소 중 하나는 아동이 처해있는 취약한 상황(장애나 학대로 인한 피해 여부 등)에 관한 것으로, 해당 아동이 가진 취약성의 종류 및 정도의 차이를 고려하여 개별적으로 평가되어야 한다.⁵⁸⁾

특정적으로 취약한 상황에 처한 아동의 최선의 이익은 같은 취약한 상황에 놓인 모든 아동의 최선의 이익과 동일한 것이 아니다. 아동은 각자 독자적인 존재이며, 각 상황은 그 아동의 독자성에 따라 평가되

55) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 71.

56) “모든 형태의 폭력에서 자유에 대한 아동의 권리”에 관한 일반의견 13호 (2011).

57) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 74 참조.

58) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 75 참조.

지 않으면 안 되기 때문에 공적기관 및 의사결정 담당자는 아동의 개인별 취약성의 종류 및 정도의 차이를 고려하여야 한다. 아동 개인의 출생시부터 자라 온 환경이 개별적으로 평가되어야 하며 동시에 아동의 발달 과정 전체를 통하여 학제적인 팀에 의한 정기적인 검토와 함께 합리적인 배려에 관한 권고가 실행되어야 한다.⁵⁹⁾

(바) 건강에 대한 아동의 권리

건강에 대한 아동의 권리(협약 제24조)와 건강상태는 아동의 최선의 이익의 평가에 있어 중핵적인 중요성을 가진다. 다만, 어떠한 건강 상태에 대하여 복수의 치료를 생각할 수 있는 경우 또는 치료의 결과가 불확실한 경우에는 생각할 수 있는 모든 치료의 이점들이 모든 위험과 부작용과 관련하여 비교형량되어야 하며, 아동의 의견이 해당 연령 및 성숙도에 따라 정당하게 중시되어야 한다. 이와 관련하여 아동에게는 해당 상황 및 자신의 이익과 관련된 모든 측면에 대하여 이해할 수 있도록 충분히 적절한 정보를 제공하여야 한다. 또 가능하다면 충분한 정보를 얻어 동의할 수 있도록 하여야 한다.⁶⁰⁾

예를 들어, 사춘기 자녀의 건강에 대하여 위원회는 모든 청소년이 건강에 관련되는 적절한 행동을 선택할 수 있도록 학교에 가고 있는지 여부를 불문하고, 자기의 건강 및 발달에 있어서 필요 불가결한 충분한 정보에 접속할 수 있음을 확보할 의무가 있다고 밝히고 있다.⁶¹⁾

59) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 76.

60) General comment No. 15 (2013) on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (art. 24), para. 31 참조.

61) 이러한 정보에는 담배, 알코올 기타 유해 물질 사용 및 남용, 음식, 성 및 생식에 관한 적절한 정보, 조기 임신의 위험성 및 HIV/AIDS 및 성병 예방에 관한 정보가 포함되어야 한다. 심리사회적 장애가 있는 청소년은 가능한 한 자신이 생활하고 있는 공동체에서 치료와 감호를 받을 권리를 가진다. 입원 또는 입소 시설에 대한 조치가 필요할 때는 결정을 하기 전에 아동의 의견을 존중하면서 아동의 최선의 이익에 대한 평가가 이루어져야 한다. 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 78.

(사) 교육에 대한 아동의 권리

유아기의 교육, 비공식적인 교육 및 관련 활동을 포함한 양질의 교육에 무상으로 접근할 수 있는 것은 아이의 최선의 이익에 부합하는 것이다. 따라서 특정 아동 또는 아동 집단에 관한 조치 및 활동에 대한 모든 결정은 교육과 관련하여 아동의 최선의 이익을 존중하는 것 이어야 한다.⁶²⁾

(2) 최선의 이익의 평가에 필요한 제요소의 비교형량

기본적인 최선의 이익 평가는 아동의 최선의 이익에 관련된 모든 요소에 대한 일반적 평가이며, 각 요소의 가중치는 다른 요소들과의 관계에 따라 달라진다. 모든 요소가 모든 사안에 관련하지는 않고, 또한 다른 사안에서는 사용되는 요소 및 그 사용방법도 달라지는 경우도 있다. 각 요소의 내용은 결정의 양태 및 구체적인 사정에 따라 대상 아동과 사안에 따라 달라지며, 전반적인 평가의 각 요소의 중요성 또한 마찬가지로이다.⁶³⁾

한편, 최선의 이익 평가에서 해당 요소들은 특정 사안 및 해당 상황을 고려할 때 충돌되는 경우도 있다. 예를 들어 가정환경을 보전하는 것은 부모에 의한 폭력 또는 학대의 위험으로부터 어린이를 보호할 필요성에 반할지도 모른다. 이런 상황에서는 아동의 최선의 이익에 따른 해결책을 찾기 위하여 각각의 요소에 대하여 비교형량하여야 한다.⁶⁴⁾

다양한 요소를 비교형량하는 경우 아동의 최선의 이익을 평가하고 결정하는 목적이 협약 및 선택 의정서에서 인정하는 여러 권리의 전면적이고 효과적인 향수 및 아동의 전체적인 발달을 확보하는 것에 있다는 점을 염두에 두어야 한다. 상황에 따라 아동에게 영향을 미치

62) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 79.

63) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 80.

64) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 83.

는 ‘보호(Protection)’ 관련 요인(이는 권리의 제약 또는 제한을 내포할 수 있다)을 ‘권한부여(empowerment)’ 관련요인(이는 권리를 제한 없이 전면적으로 행사할 수 있다는 것을 내포할 수 있음)과 관련하여 평가할 필요가 있다. 이러한 상황에서는 아동의 연령과 성숙도가 제요소의 형량에 지침을 주는 역할을 하게 된다. 아동의 성숙도를 평가하기 위해서는 해당 아동의 육체적, 심리적, 인지적 및 사회적 발달을 고려할 것이 요구된다.⁶⁵⁾ 또한, 최선의 이익평가에서는 아동의 능력발달을 고려하여야 한다. 따라서 의사결정 담당자는 결정적이고 변경할 수 없는 결정을 하는 것이 아니라, 적절한 변경 또는 조정이 가능한 조치를 검토하여야 한다. 이를 위해서는 결정을 하는 특정 시점에서의 신체적, 정서적, 교육적 기타의 요구를 평가할 뿐 아니라, 아동의 발달 가능한 상황 및 단기간 그리고 장기간 분석이 요구된다. 이러한 문맥에서 결정은 아동의 현재와 미래 상황의 지속성 및 안정성을 평가하여야 한다.⁶⁶⁾

3. ‘아동의 최선의 이익’의 실행을 보장하는 절차적 요소

자신의 최선의 이익을 제1차적으로 고려하는 아동의 권리가 올바르게 실시될 수 있도록 확보하기 위해서는 아동에게 우호적인 절차적 보호조치가 일정부분 마련되고 준수되어야 한다. 이와 같이 아동의 최선의 이익 개념은 절차적인 규칙이다.⁶⁷⁾

아동과 관련한 결정을 하는 기관 및 조직은 아동의 최선의 이익을 평가하고 결정할 의무에 부합하는 형태로 행동하여야 하고, 아동과 관련된 결정을 일상적으로 실시하는 자(예를 들어, 부모, 후견인, 교사

65) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 83.

66) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 84.

67) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 85.

등)는 이러한 두 가지 단계의 절차에 엄격히 따르도록 기대되는 것은 아니다. 그렇지만, 일상생활에서 이루어지는 결정도 아동의 최선의 이익을 존중하고 반영하는 것이어야 한다.⁶⁸⁾

국가는 아동에게 영향을 주는 결정에 대해 아동의 최선의 이익에 대한 평가 및 결정을 행하는 것을 목적으로 한 절차상의 엄격한 보호조치에 따르는 정식절차(formal processes)를 정비하여야 한다. 국가는 특히 아동에 직접적인 영향을 주는 분야에서, 입법자, 법관, 행정기관이 행하는 모든 결정을 대상으로 하는 투명하고 객관적인 절차를 정비하도록 하여야 하며 다음과 같은 절차적 보호조치에 관심을 가져야 한다.

(가) 자기의 의견을 표명할 권리

절차의 중요한 요소 중 하나는 의미 있는 아동의 참여를 촉진하고 그 최선의 이익을 특정하기 위하여 아동들과 커뮤니케이션을 도모하는 것이다. 이러한 커뮤니케이션에는 절차와 지속 가능한 해결책, 그리고 서비스에 대하여 아동에게 정보를 제공하고, 아동으로부터 정보를 수집하는 것과 아동의 의견을 구할 것이 포함되어야 한다.⁶⁹⁾

아동이 의견표명을 희망하고 있으며 이 권리가 대리인을 통하여 충족될 경우 해당 대리인의 의무는 아동의 의견을 정확히 전달하는 것이다. 아동의 의견이 대리인의 의견과 일치하지 않는 상황에서는 필요에 따라 아동에게 다른 대리인(예를 들어 소송후견인)을 선임하도록 아동이 공적 기관에 대해 요구할 수 있는 절차가 마련되어야 한다.⁷⁰⁾

집단으로서 아동들의 최선의 이익을 평가·결정하기 위한 절차는 아동 개인에 관한 절차와는 일정부분 차이가 있다. 다수의 아동들의 이익이 쟁점이 되고 있는 경우, 정부기관은 모든 범주의 아동들이 대상이 될 수 있도록 해당 집단의 대표성을 확보하는 방식으로 추출된

68) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 86.

69) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 89.

70) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 90.

아동들의 의견을 듣고 그 의견을 정당하게 고려하기 위한 방법을 찾아야 한다.⁷¹⁾

(나) 사실 관계 확정

최선의 이익 평가를 위한 필요한 모든 요소를 이끌어 내기 위하여 특정 사안과 관련한 사실 관계 및 정보는 충분한 훈련을 받은 전문가들에 의하여 취득되어야 한다. 이는 특히 아동에 대하여 가까운 입장에 있는 자, 아동과 일상적으로 접촉하고 있는 자, 특정 사건의 목격자 등으로부터 사정을 청취하는 것이 포함되는 경우도 있다. 수집된 정보와 데이터는 아동의 최선의 이익 평가에서 이용하기 전에 검증·분석되어야 한다.

(다) 시간 지각(time perception)

시간의 경과를 아동과 어른에 의해 동일한 방식으로 지각되는 것이 아니다. 아동이 성장하기 때문에 의사결정이 지체되거나 장기화되는 것은 아동에게 특히 해로운 영향을 미치게 된다. 따라서 아동과 관련된 절차 또는 아동에게 영향을 미치는 절차는 우선적 처리의 대상이 되고, 가능한 한 짧은 기간에 완료하는 것이 바람직하다. 가능한 한 결정의 시기는 해당 결정이 아동 자신에게 어떠한 이익이 될 수 있는가에 관한 아동의 인식에 대응하는 것이어야 한다. 또한, 취해진 결정은 자녀의 성장발달이나 의견표명 능력의 발달에 따라 합리적인 빈도로 재검토되어야 한다. 감호, 치료, 조치 및 아동과 관련한 기타 조치에 관한 모든 결정은 해당 아동의 시간에 관한 지각 및 발달되고 있는 능력 및 성장발달의 관점에서 정기적으로 재심되어야 한다(제25조).⁷²⁾

71) 이러한 방법은 아동 청문회, 어린이 의회, 아동 주체의 단체, 아동 조합 기타의 대표 기관, 학교에서의 토의, 소셜 네트워크 사이트 등 다수의 예가 존재한다. 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 91.

72) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 93.

(라) 자격 있는 전문가

아동은 다양한 집단으로 개인에 따라 독자적인 특성을 가지고 있다. 따라서 아동과 청소년의 발달에 관한 업무에 전문적 지식을 가진 전문가에 의해서만 적절한 평가가 이루어질 수 있다. 그러므로 정식평가 절차는 특히 아동심리학, 아동, 인간, 사회적 발달에 관한 관련 분야에서 훈련을 받고, 아동에 대하여 활동한 경험이 있으며 입수한 정보를 객관적으로 고려하는 전문가들에 의하여 친숙하고 안전한 분위기에서 추진되어야 한다. 아동의 최선의 이익을 평가할 때에는 가능한 한 학제적인 전문가 팀의 관여가 요청된다.⁷³⁾

(마) 변호사 대리인

아동의 최선의 이익이 법원 또는 유사기관에서 공식적으로 평가·결정될 경우 적절한 변호사 대리인이 필요하다. 특히 아동의 최선의 이익 결정이 이루어지는 행정상 또는 사법상의 절차에 아동이 회부된 사안으로 결정 당사자 사이에 분쟁이 생길 가능성이 있는 경우, 후견인 또는 아동 대신 그 의견을 전하는 대리인과 아동의 변호사 대리인이 임명되어야 한다.

(바) 법적 이유의 설명

자기의 최선의 이익이 평가되고 제1차적으로 고려되는 아동의 권리가 존중되었다는 것을 설명하기 위하여 아동에 관련된 어떤 결정에서도 이유의 실시, 정당화, 관련 설명이 이루어져야 한다. 이유의 실시에는 해당 아동에 관한 모든 사실 관계, 최선의 이익 평가에서 관련성을 가진다고 인정된 여러 요소, 개별 사안의 여러 요소의 내용 및 아동의 최선의 이익을 결정하기 위하여 시행된 해당 변수의 비교 형

73) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 94.

량의 과정을 명시적으로 밝혀야 한다. 아동의 의견과 다른 결정이 이루어지는 경우 그 이유를 명확히 제시하여야 한다. 예외적으로 선택된 해결책이 아동의 최선의 이익에 따른 것이 아닌 경우는 그런 결과에도 아동의 최선의 이익이 제1차적으로 고려되었다는 점을 나타내기 위하여 해당 근거를 밝혀야 한다. 다른 고려 사항이 아동의 최선의 이익에 우월하다고 일반적으로 말하는 것으로는 충분하지 않다. 모든 고려 사항을 해당 사안과 관련하여 명시적으로 밝히고, 해당 사안에 대하여 그것들의 고려 사항이 더 중시된 이유를 설명하여야 한다. 이유의 설명에서는 아동의 최선의 이익이 다른 고려 사항에 비하여 가중치를 가지지 않은 것에 대한 것도 신뢰할 수 있는 방식으로 실증되어야 한다.

(사) 결정을 재심사 또는 수정하기 위한 장치

국가는 아동에 관련된 결정이 아동의 최선의 이익을 평가·결정하는 적절한 절차에 따라 이루어지지 않았다고 생각되는 경우 해당 결정에 대하여 이의를 제기하거나 또는 해당 결정을 수정하기 위한 장치를 자국의 법체계 내에 마련하여야 한다. 해당 결정의 재심 또는 해당 결정에 대한 이의 제기를 국가 차원에서 할 수 있도록 하여야 한다.

(아) 아동의 권리 영향 평가(CRIA)

전술한 바와 같이, 모든 실시 조치의 채택도 아동의 최선의 이익을 제1차적으로 고려하는 절차에 따라 하여야 한다. 아동의 권리 영향평가(CRIA)는 아동 및 아동의 권리의 향수에 영향을 주는 어떠한 정책, 법령, 예산 또는 기타 행정 결정의 제안에 대해서도 그 영향의 예측을 가능하게 하는 것이며, 여러 조치가 아동의 권리에 미치는 영향의 지속적인 감시 및 평가를 보완하는 것으로서 이용되어야 한다.⁷⁴⁾ 아동

74) “기업 부문이 아동의 권리에 미치는 영향에 관련된 국가의 의무”에 관한 일반적 의견 16호(2013년), para. 78-81.

권리 영향평가는 아동의 권리에 관한 국가적 관리체계를 확보하기 위하여 정부가 모든 차원에서 추진하는 정책과 일반적 조치들의 개발에 있어 가능한 한 초기에 이루어질 필요가 있다. 아동권리 영향평가를 실시하는 경우에는 다양한 방법 및 관행을 발전시킬 수 있다.⁷⁵⁾

4. 소 결

아동권리협약 제3조 제1항은 아동에 대한 공적 영역 및 사적 영역의 쌍방에 있어서 자기에 관한 모든 행동 또는 결정에서 자기의 최선의 이익을 평가받고 제1차적으로 고려하는 권리를 부여하고 있다. 이 규정은 협약이 가진 기본적 가치관의 하나를 표명하는 것이기도 하다. 아동권리위원회는 제3조 제1항을 아동의 모든 권리를 해석하면서 실시할 때, 협약의 4개의 일반 원칙의 하나로 자리매기는 동시에 특정 문맥에 걸맞는 평가를 필요로 하는 동적인 개념으로서 이를 적용하고 있다.

주지하는 바와 같이, “아동의 최선의 이익” 개념은 새로운 것이 아니다. 아동의 최선의 이익 개념은 협약에서 인정하고 있는 모든 권리의 전면적이고 효과적인 향수 및 아동의 전체적인 발달을 확보하는 것을 목적으로 한 것이다. 아동의 최선의 이익의 개념을 전면적으로 적용하려면 아동의 신체적, 심리적, 도덕적 및 영적 불가침성을 확보하고 그 인간으로서의 존엄을 촉진할 목적으로 모든 주체의 관여를 통하여 권리 기반 접근 방식을 발전시킬 필요가 있다.

한편, 전술한 바와 같이 아동의 최선의 이익은 세 가지 계층을 가진 개념이라고 할 수 있다.

첫째, 아동의 최선의 이익은 ‘실체적인 권리’로서 작용한다. 즉 쟁점이 되고 있는 문제에 대하여 결정하기 위하여 다양한 이익이 고려되

75) 아동의 최선의 이익에 관한 일반의견 para. 99.

는 경우, 자신의 최선의 이익을 평가받고 제1차적으로 고려되는 아동의 권리로, 한 아동, 특정 또는 불특정 아동의 집단 또는 아동 일반에 관한 결정이 이루어질 때 항상 이 권리의 실시가 보장된다. 제3조 제1항은 국가의 본질적 의무를 부여한 것이다. 따라서 직접 적용(자동 집행: self-execution)이 가능하며 법원에서 원용할 수 있다.

둘째, 아동의 최선의 이익은 기본적인 법적 해석의 원리로 작용한다. 이는 어떤 법률상의 규정에 복수의 해석에 관한 여지가 있다면 아동의 최선의 이익에 가장 효과적으로 부합할 수 있는 해석이 선택되어야 한다는 의미이다. 협약 및 그 선택의정서에서 제시된 권리가 해석의 틀이 된다.

셋째, 절차규칙(rule of procedure)으로서 작용한다. 즉 한 아동, 특정 아동집단 또는 아동 일반에 관한 결정이 이루어질 때에는 항상 의사 결정 과정에 해당 결정이 당사자인 아동에 미칠 가능성이 있는 긍정적 또는 부정적인 영향에 대한 평가가 포함되어야 한다. 아동의 최선의 이익을 평가·결정하기 위해서는 절차상의 보장이 필요하다.

제 4 장 미성년후견제도에 관한 비교법적 검토 및 평가

제 1 절 각국의 미성년후견제도 개관

1. 독일

가. 미성년후견제도의 현황

독일에서의 미성년후견은 원칙적으로 가정법원의 직권에 기초한 명령에 의해 개시된다.⁷⁶⁾ 독일 민법 제1773조가 정하는 후견개시사유로는, 미성년자가 부모의 배려에 복종하지 않을 때, 또는 부모가 신상보호 및 재산관리에 대해서도 미성년자를 대리하는 권한을 가지지 않는 때(동조 1항),⁷⁷⁾ 미성년자의 신분(Familienstand)이 불명확할 때(동조2항)이다.

후견인이 되는 자는 우선은 피후견인의 부모가 지정한 자이지만(독일 민법 제1776조 1항), 후견인이 될 자에게 후견을 위탁할 수 없는 때에는 소년국의 의견을 청취한 후에 가정법원이 후견인을 선임한다(독일 민법 제1779조 1항). 그 사이에 가정법원은 개인적 상황, 재산상황 그 외 사정에서 후견집행에 책임인 자를 선임하여야 한다. 또한 책임자가 복수인 경우에는 부모의 추정적 의사, 피후견인과의 개인적 관계, 친족 또는 인척, 피후견인의 신앙을 고려하여 선임하여야 한다(동조 2항).

76) 법률상 당연히 관청후견이 개시되는 경우로서 후견인을 필요로 하는 혼인외의 자가 출생한 경우(독일 민법 제1791조 c 제1항1문), 친생부인이 확정된 경우(동조 1항 2문), 부모가 입양에 동의한 후에 입양이 성립될 때까지의 잠정적인 경우(독일 민법 제1751조)가 있다.

77) 부모의 배려의 일부 예를 들면, 신상보호권 혹은 재산관리권이 박탈된 경우나 신상보호의 일부인 거소지정권만이 박탈된 경우 등에서는 미성년후견은 개시되지 않고, 「부모 또는 후견인이 처리하는 것이 가능하지 않는 사무」에 대하여 보호인 (Pfleger)이 붙여진다(독일 민법 제1909조 1항).

부모의 배려가 정지⁷⁸⁾한 사이에는, 후견이 개시된다(독일 민법 제 1675조).⁷⁹⁾ 단독배려권자가 배려권을 박탈당한 경우에는 즉시 후견이 개시되는 것은 아니고, 가정법원은 다른 한쪽의 부모에게 배려권을 이양하는 것이 자의 복리에 반하는지 아닌지에 대해 검토하도록 되어 있다(독일 민법 제1680조 2항, 3항).⁸⁰⁾

독일에서는 현재 미성년후견으로서 (a) 개인후견(Einzelvormund), (b) 법인후견에 해당하는 사단후견(Vereinsvormund, 독일 민법 제1791조 a), (c) 공적후견에 해당하는 관청후견(Amtsvormund, 독일 민법 제1791조 b, 동1791조 c)을 두고 있다.⁸¹⁾

개인후견에는 ① 근친자가 행하는 이른바 친족후견에 해당하는 후견인(조부모, 형제자매, 숙부숙모 등),⁸²⁾ ② 피후견인의 지인에 의한 후견인(이웃, 친구, 양육자인 수양부모, 교회의 멤버 등), ③ 제3자에 의한 후견인(사단 및 조합 등의 멤버), ④ 사회사업에 협력하는 형태로 명예직으로서 행하지만 사단이나 공공단체의 전문적인 조언과 지원도 받는 이른바 비직업적 후견인, ⑤ 전문적이면서 직업으로서 후견을 집

78) 부모의 배려가 정지하는 것은 부모가 행위무능력자 혹은 제한행위능력자인 경우(독일 민법 제1673조), 가정법원이 상당히 장기간, 부모의 배려를 사실상 행사할 수 없다고 확인한 경우(독일 민법 제1674조 1항), 부모가 입양에 동의한 경우(독일 민법 제1751조) 등이 있다.

79) 독일에서는 아동학대와 같은 자의 복리에 위험이 미치는 경우에 가정법원이 취할 수 있는 조치의 하나로서 부모의 배려의 일부 또는 전부에 대하여 박탈하는 것이 법정되어져 있는데(독일 민법 제1666조 3항 6호), 일방 부모만이 배려권의 전부를 박탈당했을 경우에는 다른 한쪽의 부모가 단독으로 배려권을 행사하는 것으로 되어(독일 민법 제1680조 1항, 3항), 후견은 개시되지 않는다.

80) 양친이 함께 배려권을 일부 박탈당한 경우에는 후견이 아니고 보호인이 선임되어진다. 보호에 대해서는 법률에 다른 규정이 없는 때에는 미성년후견에 관한 규정을 준용한다(독일 민법 제1915조 1항).

81) 1961년 8월 11일의 가족법개정법에 의하여 시설후견(Anstaltsvormundschaft)이 폐지되어진 결과, 현재의 개인후견·관청후견·사단후견의 3유형에 이르렀다. 이 중에서 행정기관인 소년국이 담당하는 관청후견이 전체의 약 7-8할을 점유하고 있다.

82) 아동학대 등이 원인으로 부모의 배려가 박탈되어진 경우에 개시되는 후견의 경우에는 친족후견이 도리어 로얄 컨플릭트(royal conflict)가 생기기 쉬운 까닭에 후견인으로서 고려하지 않아야 한다는 지적도 있다.

행하고 보수를 받는 이른바 직업후견인(Berufsvormund)⁸³⁾에 해당하는 후견인(변호사, 공증인, 세무사, 소셜워커,⁸⁴⁾ 교육자 등), ⑥ 주로 관청의 직원이 직무의 일환으로서 전문적으로 후견을 집행하는 후견인이 있다.⁸⁵⁾

나. 미성년후견법 개정의 동향

독일에서는 2008년 7월 4일에는 「자(子)의 복지의 위태화에 대한 가정법원의 조치 유연화에 관한 법률(Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls)」이, 절차법의 분야에서는 2009년 9월 1일에 「가사사건 및 비송사건의 절차에 관한 법률(Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit)[이하, FamFG라 함.]」이 시행되었다. 그렇지만 미성년후견제도에 관해서는 법 개정에는 이르지 못한 상황이다.⁸⁶⁾

그런데 2006년 10월에 브뤼멘 주(州)에서 관청후견인이 선임되고 있었지만, 당시 2세의 케빈이라는 소년이 양부(養父)에 의한 학대로 사

83) 직업후견인이란 예를 들어 경제 전문가, 심리학자 등 후견에 관한 전문지식을 가지고 있는 자 뿐만 아니라, 피후견인의 수, 비용(지출), 곤란성에 따라서 「직업으로서」 후견을 행하는 자를 포함한다(Gernhuber, Familienrecht 6. Aufl. 2010, §71 Rn. 59. 「직업상」 후견을 집행하는 것의 정의에 대해서는 VBVG 1조 1항 2문 참조).

84) Social Worker란 생활 곤궁자 등처럼 사회적으로 소외된 자들에 대해서 종합적 그리고 포괄적인 원조를 제공하는 전문직을 가리킨다.

85) 오로지 소년국의 직원이 미성년자를 위해 개인후견을 집행하는 것이다. 현재 개인후견의 대부분은 직업후견에 의해 이루어지고 있으며, 이러한 점에 대하여 직업후견은 개인후견의 하나의 유형이지만, 사단후견이나 관청후견 보다도 책임인 경우에만 선임하여야 한다는 지적도 있다.

86) 1992년 1월의 케어제도의 신설은 미성년후견자체의 개정은 아니고, 미성년자에 대한 종래의 후견제도 (Vormundschaft)을 유지하는 것에 지나지 않았다. 1997년의 친자법 개정에도 미성년후견은 대상이 되지 못했다. 2000년 드레스덴에서 개최된 관청후견에 관한 전문회의에서도 이미 한명의 직원이 하나의 안전에 대해서 연간 최대 3일간은 사용할 수 있게 하는 것이 바람직하다는 지적이 있었다(Mathias Kohler, Welchen Wert haben die Amtsvormünder?, DAVorm 2000, 729, 734.).

망한 사건이 발생하였다.⁸⁷⁾ 이 케빈사건은 독일 국내에 큰 충격을 주었고, 미성년후견제도에 대한 문제점이 부각되면서 법개정이 진행되었다.

2010년 8월 25일에는 연방사법성이 정리한 미성년후견법 및 케어법 개정 초안(Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts)(이하 ‘정부초안’이라 한다)이 각의결정 되면서, 같은 해 9월 3일 그 정부초안이 연방참의원에 제출되었다(BR-Drucks. 537/10).⁸⁸⁾ 그리고 동년 10월 15일에는 연방참의원이 몇 개의 의견을 더해 결정(BR-Drucks. 537/10[Beschluß])을 하였다.⁸⁹⁾

정부초안은 후견인에 대해 피후견인과 개인적인 접촉(Kontakt/contact)을 취할 의무를 부과하여 피후견인에 대한 신상보호를 강화하려는 것이다.⁹⁰⁾ 위 목적을 실현하기 위하여 정부초안이 제시한 개정에 있어

87) 케빈사건이 일어난 브뢰멘 주의회(州議會)가 설치한 조사위원회의 보고서에 의하면, 일반적으로 관청후견인들은 종종 후견을 인수한 때만 피후견인과 만났으며, 그 후의 피후견인의 상태를 거의 알지 못한다는 실태와, 때로는 한명의 관청후견인이 200명이상의 피후견인을 담당하고 있었다는 것이다. 2007년 4월 18일부터 조사보고서가 나와 있는데, 3장 이하(S. 23ff)에 케빈 사건에 관한 매우 상세한 내용이 있다.(Bericht des Untersuchungsausschusses zur Aufklärung von mutmasslichen Vernachlässigungen der Amtsvormundschaft und Kindeswohlsicherung durch das Amt fuer Soziale Dienste, Bremische Buergerschaft, LT-Drucks. 16/1381 v. 18. 4. 2007(<http://www.bremermontagsdemo.de/130/Kevin.pdf>)). 약물중독이었던 친모가 2005년 11월 12일에 사망한 후, 동년 11월 17일에 브뢰멘 소년국이 후견인(관청후견)으로 선임되어졌음에도 불구하고, 계부에 의한 학대에 의해 사망한 것이다. 2006년 10월 10일 당시 케빈은 불과 2살(2004년 1월 23일 출생)로 자택의 냉장고에서 시체가 발견되었다. 2008년 6월 5일 브뢰멘 지방법원은 계부에게 징역 10년형의 판결을 내렸다. 그 외에 케빈 사건을 언급한 것으로 Salgo und Zenz, vormundschaft zum Wohle des Mündels-Anmmerkungen zu einer überfälligen Reform, FamRZ 2009, 1378이 있다.

88) 2009년 12월 4일에 제출된 참사관초안의 단계에서는 미성년후견만이 대상으로 되었지만, 정부초안의 단계에서 케어법도 대상이 되었다. 한편 정부초안 자체는 Artikel 1에서는 BGB의 5개의 조문에 대해서, Artikel 2에서는 SGB에 관한 개정을 제안하고 있다.

89) 연방정부가 연방의회에 제출한 연방정부초안(BT-Drucks. 17/3617)은 정부초안(BR-Drucks.537/10)과 동일하다.

90) 후견인이 피후견인에 대해서 충분한 책임을 다하고 있지 않는 사태를 타개하기 위해서는 후견인이 피후견인과 정기적으로 만나면서 피후견인의 상황을 파악하는

중요한 것으로 다음 7가지가 있다. 즉 (i) 피후견인과 후견인의 개인적 접촉을 명시적으로 정하는 것, (ii) 후견인이 피후견인에 대한 케어·교육의무를 조성하고 보증하는 것을 법률상 한층 강화시키는 것, (iii) 후견인의 직무집행과 관련한 가정법원의 감독의무에 피후견인과 후견인 사이의 개인적인 접촉을 포함시키는 것, (iv) 피후견인과 후견인 사이의 개인적 접촉을 가정법원에 대한 후견인의 연간보고의무에 포함시키는 것, (v) 관청후견인의 경우 사건수를 직원 1명당 50건으로 제한하는 것, (vi) 개인적인 접촉이 실시되지 않았을 때에는 케어를 하는 자의 해임사유가 된다는 것을 명시하는 것, (vii) 앞의 (iii)(iv)의 감독의무나 보고의무에 관한 규정을 케어를 하는 자와 케어를 받는 자 사이에 개인적 접촉에도 적용한다는 것이다.⁹¹⁾

구체적으로는 현행 독일 민법 제1793조 1항의 후단에 “후견인은 피후견인과 개인적인 접촉을 취하여야 한다. 개별 사안에 있어 방문에 대한 그 밖의 간격 또는 장소가 필요하지 않는 한, 후견인은 원칙적으로 1개월에 한번 피후견인의 통상의 환경에서 피후견인을 방문하여야 한다”는 규정을 추가한다(정부초안 독일 민법 제1793조 1 a항).

이는 후견인에 의한 피후견인과의 개인적인 접촉의무를 구체화시킨 것이다. 후견인은 피후견인에 대하여 필요한 범위 내에서 개인적으로 만나야 하며, 그것은 피후견인의 통상의 거소에서 실시되어야 할 것이다(FamFG278조 1항 3문 참조). 본인과의 접촉 범위와 빈도는 개별 사안에 따라 그 때마다 정하는 것으로 한다. 다시 말하면, 입법자는 원칙적으로 월 1회의 만남은 필요하다고 보고 있지만, 사안에 따라서는 더욱 더 빈번히 만나는 것도 필요하다고 보고 있다.⁹²⁾

것이 필요한데, 이러한 개인적 접촉 실시를 가정법원의 감독의무의 대상으로 하는 것 등이 있을 수 있다.

91) 이들 중에서 (v)는 SGBⅧ에 관한 개정이며, (vi)(vii)는 케어에 관한 개정이다.

92) 연방참의원으로부터 정부초안 독일 민법 제1793조 1 a 항의 제2문을 삭제하고, 그 대신 “그 형태(Ausgestaltung)는 개별사안의 상황에 의한 것으로 그 판단은 후견인

한편 특별한 사정으로 개인적인 접촉을 빈번히 취하지 않는 편이 적절한 경우도 있다. 후견인은 원래 피후견인의 신상보호나 재산관리에 대한 포괄적 책임으로 피후견인을 장기에 걸쳐서 지켜보고 그 상황을 검토하여야 할 의무가 있으므로, 단시간 방문의 경우에도 피후견인에 대한 학대와 소홀(neglect)의 징후를 확인하도록 하고 있다.⁹³⁾

2. 프랑스

프랑스에서는 친권자의 사망 또는 친권자가 친권을 상실함으로써 친권자가 없는 미성년자에 관하여 우리나라와 같은 사인이 친권자의 대체기능을 담당하는 방식에 의한 제도는 없다. 다만 친권자에 갈음하여 자녀의 이익을 확보하는 방법으로서 공적 주체의 책임으로 하는 2가지 방법이 있다.⁹⁴⁾

첫째, 민법상 후견법 중 일반적 제도로서의 국가에 의한 피후견인에 대한 조치로서의 미성년후견제도를 두고 있다.⁹⁵⁾ 즉 후견이 계속하여 공적인 경우에는 후견감독을 임무로 하는 전문법관인 후견법관은⁹⁶⁾ 그것을 아동사회복지부조기관을 가지는 공공단체인 지방자치단체에 위탁한다. 지방자치단체는 나아가 후견법관이 정하는 바에 따라 후견을 행할 자로서 공증인, 미성년자가 입소하는 교육 등의 공적 시설 또는 자

의 전문적인 자기책임에 포함된다. 그 때 후견인은 피후견인을 통상의 환경에서 방문하는 것이 필요한지를 판단하여야 한다”는 문언으로 교체해야 한다는 의견이 나왔다(참의원안BGB1793조 1 a항 2문, 3문, BR-Drucks. 537/10[Beschluss], S. 2.). 참의원은 월 1회라는 구체적인 빈도를 법률로 규정할 것이 아니라 개별사안에 따라 그 빈도를 정하도록 하는 것이 현실적이며 유연하다는 것이다.

93) 알리바이 방문(Alibibesuchen)이 생길 위험성도 배제할 수는 없지만, 입법조치로도 그것을 완전히 회피할 수는 없을 것이다. 한편 이러한 규정은 독일 민법 제1915조에 기초한 보호의 경우에도 준용된다.

94) 프랑스에서의 미성년후견 관련 연구로서는, 이진기, “프랑스민법에서 미성년자 후견과 성년해방”, 민사법학 제54-2호, 한국민사법학회, 2011이 있는 정도이며, 이에 관한 본격적인 연구는 없는 실정이다.

95) 프랑스 민법 제411조. 후견의 대상은 미성년자에 한하지 않는다.

96) 1964년에 마련되었다.

격을 가지는 개인 또는 단체를 지명한다. 지명된 자는 신상 및 재산에 관하여 국가의 이름으로 후견을 행한다.⁹⁷⁾ 국가에 의한 후견에서는 통상의 후견과 같은 친족회 및 후견감독이 구성되지 않으며,⁹⁸⁾ 지명된 자는 재산에 대하여는 사법감독에 따른 법적 관리자의 권한을 가진다.⁹⁹⁾

둘째, ‘국가의 피후견자’제도이다. 국가의 피후견자란 법원의 관여 없이 행정예 의하여 행해지는 후견이다. 다만 국가의 피후견자의 조치에 대하여는 대법원에 불복신청이 인정된다.¹⁰⁰⁾ 입양의 전제를 이루는 조치이며, 국가의 피후견자에 관하여는 지체 없이 입양계획이 세워져야 하며, 입양이 타당하지 않다고 판단될 때에는 그 이유가 명확하여야 한다.¹⁰¹⁾ 지사가 후견인이 되며 실제로는 지사는 후견을 건강사회사업기관의 장에게 위탁한다. 민법에 규정되는 후견과 달리 후견법관 및 후견감독은 관계없다.¹⁰²⁾ 친족회는 두어지며 민법상 일반 후견법에서 친족회에 부여되는 것과 마찬가지로 속성을 부여받지만,¹⁰³⁾ 국가의 피후견자의 친족회는 지사, 건강사회사업기관의 장이 지명하는 자들로 구성되는 행정적인 색채가 강한 조직이다.¹⁰⁴⁾

미성년자가 국가의 피후견자로 되는 것은 친권상실선고가 내려진 때, 유기선고가 내려진 때 외에 자녀가 태어나면서 부모를 가지지 못하거나 자녀의 부모를 알 수 없을 때, 부모를 알고 있지만 입양에 동의권을 가지는 부모가 그 자를 국가의 피후견자로 하기 위하여 아동사회부조기관에 맡겨 2개월이 경과한 때 등이다.¹⁰⁵⁾ 국가의 피후견자로 된

97) 1974년 11월 6일의 데끄레 제2조.

98) 프랑스 민법 411조 2항 및 데끄레 제3조.

99) 데끄레 제4조.

100) 프랑스 가족사회사업법 제L224조의 8.

101) 프랑스 가족사회사업법 제L225조의 1.

102) 프랑스 가족사회사업법 제L224조의 1, 1항.

103) 프랑스 가족사회사업법 제L224조의 1, 2항.

104) 프랑스 가족사회사업법 제L224조의 2.

105) 프랑스 가족사회사업법 제L224조의 4.

자에 대하여 일반 미성년후견을 개시할 수는 없다.¹⁰⁶⁾

2007년 개정에서는 행정보호를 우선하고 사법보호가 꼭 필요한 사례에서만 사용되도록 하는 경향이 보인다. 사법보호와 행정보호의 기능분담에 관하여는 평가가 나뉠 수 있다. 즉 이에 대해서는 특히 심각하지 않는 사례를 직접 법원으로 가져가지 않고 합의로 행정적인 보호가 시도된다는 점에서 적극적으로 평가할 수 있다는 견해가 있을 수 있다. 하지만 한편으로는 실체적으로도 절차적으로도 당사자의 권리보장이 확보되어 있는 사법판단의 의의를 중시하는 입장에서는 이를 높이 평가할 수 없을 것이다. 다만 행정보호와 사법보호의 관계는 재정상의 문제도 무시할 수 없는 부분이라고 생각된다.

3. 대 만

미성년자의 후견에 관해서 대만 민법은 미성년자가 적당한 보호 및 교육을 받을 수 있도록 “미성년자에게 부모가 없는 경우, 부모 모두가 미성년인 자에 대한 권리의무를 행사·부담할 수 없는 경우에는 후견인을 두어야 한다”고 규정하고 있다(대만 민법 제1091조 전단).¹⁰⁷⁾ 후견인은 피후견인의 법정대리인이 되며(대만 민법 제1098조 1항), 피후견인의 이익을 보호·촉진하는 한 부모의 미성년인 자에 대한 권리의무를 행사·부담한다(대만 민법 제1097조 1항 전단).

따라서 대만에서도 미성년후견은 친권의 연장 내지는 보충이고 미성년후견제도는 타익성이 강한 것이라고 평가되고 있다.¹⁰⁸⁾

106) 프랑스 민법 제390조.

107) 본조가 말하는 ‘할 수 없을 때’로서는 법률상의 불능(예를 들면, 친권정지의 선고 받았을 경우) 및 사실상의 불능(예를 들면, 장기의 징역형이 확정되어 수감 중인 경우나 정신병, 중병, 생사불명 등의 경우)이 모두 포함된다. 단순히 곤란하다는 것에 지나지 않는 경우(예를 들면, 일 때문에 자를 교육할 시간이 없어 자를 돌봐 줄 사람을 고용하는 경우)는 이에 해당하지 않는다(1973년 台上字 415호 판례). 林秀雄, “대만의 친권과 미성년후견-섭외친권법 및 후견법을 포함하여-”, 『친권과 미성년후견』, 신·아시아가족법 3국회의 제2회 회의 자료집, 2012., 44면.

108) 林秀雄, “대만의 친권과 미성년후견-섭외친권법 및 후견법을 포함하여-”, 『친권

대만에서는 2000년 민법 개정으로 사적 자치적인 친족에 의한 후견이란 색채를 없애고 공직에 의한 후견·사단에 의한 후견을 인정하는 규정을 새로 두었다. 2008년의 대만 민법의 개정에 의하여 미성년자의 이익보호의 방향으로 더욱 진전하게 되었다. 후견인의 선임에 관한 규정은 4촌 이내의 친족도 법원에 후견인의 선임을 청구할 수 있도록 개정되었다(대만 민법 제1094조).¹⁰⁹⁾

후견인이 될 수 있는 자로서 3촌 이내의 방계혈족인 존속 또는 기타 적당한 자와 같은 자연인 외에도 주관기관 또는 사회복지단체도 후견인이 될 수 있게 되었다. 또 미성년자에게 법정후견인이 없을 때에는 법원이 청구에 의하여 후견인을 선임하게 되나 법원에 의한 후견인의 선임이 확정될 때까지 미성년자에게 후견인이 두어지지 않는 상황이 발생할 수 있다. 그 사이의 미성년자의 이익을 보호하기 위하여 “미성년자는 제1항의 후견인이 없는 동안 법원의 제3항의 규정에 의한 선임이 확정될 때까지 기타 사회복지주관기관을 후견인으로 한다”고 규정하고 있다(대만 민법 제1094조 5항).

후견인이 사망한 경우, 법원의 허가를 받고 사임한 경우, 후견 또는 보조의 선고를 받은 경우, 파산선고를 받고 복권하지 않은 경우 또는 실종된 경우에 피후견인에 대만 민법 제1094조 1항의 후견인이 없을 때에는 법원은 청구 또는 직권으로 새로운 적당한 후견인을 선임할 수 있으나, 법원에 의한 새로운 후견인의 선임이 확정될 때까지 후견사무를 수행하는 자가 없는 상황을 피하기 위하여 기타 사회복지주관기관이 그 후견인이 되는 것으로 규정하고 있다(대만 민법 제1106조).

과 미성년후견」, 신·아시아가족법 3국회의 제2회 회의 자료집, 2012, 41면.

109) 그럼에도 불구하고 대만의 2008년 민법 개정 시에 성년후견에 관해서는 법정의 친족에 의한 후견 규정이 삭제되었으나 미성년후견에 대해서는 그 규정이 남아 있어 후견제도의 전체적인 성질과 기본이념에서 보아 극히 부자연스러운 모습을 보이고 있어 입법론적으로는 미성년후견에서 법정후견인에 관한 규정을 삭제하여야 한다는 지적이 있다. 林秀雄, “대만의 친권과 미성년후견-섭외친권법 및 후견법을 포함하여-”, 『친권과 미성년후견』, 신·아시아가족법 3국회의 제2회 회의 자료집, 2012., 43면.

또 후견인에게 피후견인의 최선의 이익에 합치하지 않는다고 인정되는 사실이 있는 경우 또는 적임이 아니라는 사정이 분명한 경우에는 법원은 청구에 의하여 다른 적당한 후견인으로 변경할 수 있으나, 법원에 의한 후견인의 변경이 확정될 때까지는 종래의 후견인이 그 자격을 가지고 있으므로 그 종래의 후견인이 피후견인의 보호나 보살핌을 현저하게 게을리 한 경우에는 피후견인의 이익을 해한다.¹¹⁰⁾ 그래서 법원은 먼저 종래의 후견인의 권리를 정지시키고 기타 사회복지주관기관을 그 후견인으로 할 수 있다고 규정하고 있다(대만 민법 제 1106조의 1).

그리고 법원이 후견인을 선임, 개임 또는 변경하는 경우에 피후견인의 최선의 이익을 최고의 지도원칙으로 하여야 한다는 것은 물론이지만 무엇이 피후견인의 최선의 이익이 되는가라는 판단은 용이하지 않으므로 그 판단의 참고로 하기 위하여 대만 민법 제1094조의 1에 구체적·객관적 사유를 규정하고 있다.¹¹¹⁾

대만 민법에서는 미성년후견인을 복수로 둘 수 있는데, 후견인이 복수인 경우에는 원칙적으로 복수의 후견인이 공동으로 후견사무를 수행하거나 피후견인의 중대한 사항에 관한 권리행사에 관하여 의견이 일치하지 않는 경우에는 법원에 피후견인의 최선의 이익에 따라 그 중의 한 명이 이를 행사하도록 결정할 것을 청구할 수 있다(대만 민법 제1097조 2항). 후견인의 행위와 피후견인의 이익이 상반되는 경우 또는 법률상 대리할 수 없는 경우에는 법원은 후견인, 피후견인, 주관기관, 사회복지단체 또는 기타 이해관계인의 청구에 의하여 또는 직권으로 피후견인을 위하여 특별대리인을 선임할 수 있다(대만 민법 제1098조 2항). 또 피후견인의 재산상의 이익을 보호하기 위하여 후견

110) 林秀雄, “대만의 친권과 미성년후견-섭외친권법 및 후견법을 포함하여-”, 『친권과 미성년후견』, 신·아시아가족법 3국회의 제2회 회의 자료집, 2012., 42면.

111) 林秀雄, “대만의 친권과 미성년후견-섭외친권법 및 후견법을 포함하여-”, 『친권과 미성년후견』, 신·아시아가족법 3국회의 제2회 회의 자료집, 2012., 42면.

인은 재산목록을 작성하여 법원에 제출할 때까지 피후견인의 재산에 대하여 관리상 필요한 행위만을 할 수 있다고 규정하고 있다(대만 민법 제1099조의 1).

후견인은 선량한 관리자의 주의를 가지고 후견사무를 수행하여야 한다(대만 민법 제1100조 2항).¹¹²⁾ 후견인은 피후견인의 재산을 관리하는 권한을 가지지만 피후견인의 재산에 관하여 피후견인의 이익이 되지 않으면 이를 사용하는 것, 피후견인이 대신 처분하거나 처분하는 것에 동의할 수 없다(대만 민법 제1101조 1항). 후견인이 ① 피후견인을 대리하여 부동산을 구입 또는 처분하는 행위, ② 피후견인을 대리하여 그 거주용의 건물 또는 토지를 임대하는 행위, 타인에게 사용시키는 행위, 또는 임차를 종료하는 행위를 할 때에는 법원의 허가를 받아야 한다(대만 민법 제1101조 2항). 이들 행위는 피후견인의 이익에 끼치는 영향이 매우 크므로 법원의 허가를 받지 않으면 그 효력이 발생하지 않는다는 것이 그 취지이다.¹¹³⁾ 또 후견인은 신중하게 피후견인의 재산을 관리하여야 하므로 후견인은 피후견인의 재산으로 투자를 할 수 없다(대만 민법 제1101조 3항).

그 밖에 대만의 미성년후견법은 미성년인 자의 이익 또는 피후견인의 이익을 강조하고 있는 규정들이 많다. 예를 들면, ‘미성년인 자의 최선의 이익’(대만 민법 제1094조 3항), ‘피후견인의 최선의 이익’(대만 민법 제1094조의 1, 제1097조 2항, 제1106조의 1 제1항) 또는 ‘피후견인

112) 개정 전의 대만 민법 제1100조 2항은 후견인이 피후견인의 재산을 관리할 때에는 자기의 사무를 처리하는 것과 동일한 주의를 가지고 관리하여야 한다고 규정하고 있었다. 후견제도가 사회적 의무로서의 성질을 가지는 점과 대만 민법 제1104조에 의하여 후견인이 보수를 청구할 수 있다는 점에 비추어 후견인이 구체적인 경과실에 대해서만 책임을 지는 것은 그 책임이 너무 가벼워 선량한 관리자의 주의를 가지고 후견사무를 수행하도록 개정하였다. 林秀雄, “대만의 친권과 미성년후견-섭외친권법 및 후견법을 포함하여-”, 『친권과 미성년후견』, 신·아시아가족법 3국회의 제2회 회의 자료집, 2012., 42면.

113) 林秀雄, “대만의 친권과 미성년후견-섭외친권법 및 후견법을 포함하여-”, 『친권과 미성년후견』, 신·아시아가족법 3국회의 제2회 회의 자료집, 2012., 43면.

의 이익'(대만 민법 제1097조 1항, 제1098조 2항, 제1101조 1항) 등을 들 수 있다.

4. 영 국

영국에서는 부모가 사망한 때에는 미성년후견이 개시되지만, 미성년후견에서는 지방자치단체 등의 공적 주체가 미성년후견인에 취임하는 것은 인정되지 않는다. 영국에서는 우리나라와 같이 친권을 상실시키는 제도가 없으므로 친권자가 사망한 경우를 제외하고는 후견이 개시되는 경우는 없다.¹¹⁴⁾

법원은 자녀의 이익을 보호하기 위하여 불필요한 경우를 제외하고는 미성년자녀를 위하여 미성년후견인(children's guardian)을 반드시 선임하여야 한다(The Family Procedure Rules 2010. FPR 2010, 16.3(1)).¹¹⁵⁾

당사자는 법원의 다른 지시가 없으면 상대방 당사자에게 통지하지 않고 미성년후견인의 선임을 청구할 수 있다.¹¹⁶⁾ 이 경우 법원은 충분한 이유가 있을 때에는 미성년후견인의 선임을 기각할 수 있다.¹¹⁷⁾ 법원은 미성년후견인을 선임하지 않기로 결정 할 때에는 당사자와 사무국에 가능한 한 즉시 통지하여야 한다.¹¹⁸⁾ 법원은 직권으로도 미성년

114) 다만 보호명령이 내려질 때에는 친권행사의 보완은 보호명령을 신청한 지방당국이 행하게 된다. 그 경우 자녀를 입양하는 즉 자녀에게 새로운 친책임자를 마련해 주는 것이다. 결국 영국에서는 생존해 있는 부모가 실질적으로 친권을 행사하지 않고 거기에 갈음하여 공적 주체가 친책임에 포함되는 권리의무 및 책임의 대부분을 행사한다고 하는 것은 보호명령의 형태로 실현되고 있다.

115) 영국의 현행 가사소송규칙(The Family Procedure Rules 2010)은 2011년 12월 13일 제정되고 2010년 12월 17일 의회를 통과하여 2011년 4월 6일부터 시행되고 있으며, 그 후 몇 차례의 부분 개정(2011. 6. 18., 2012. 4. 6., 2012. 7. 1., 2012. 9. 30., 2012. 12. 20., 2013. 1. 31., 2013. 4. 1., 2013. 7. 8. 등)이 있었다. 이 규칙은 종전의 가사소송규칙(The Family Proceedings Rules 1991)을 대체하는 것이다.

116) FPR 2010, 16.3(2)(a).

117) FPR 2010, 16.3(3)(a).

118) FPR 2010, 16.3(3)(b).

후견인을 선임할 수 있다.¹¹⁹⁾ 미성년후견인을 선임할 때에는 법원은 동일 미성년자녀의 미성년후견인으로 이전에 활동하였는지를 고려하여야 한다.¹²⁰⁾

자녀가 법원의 허가를 얻었거나 자녀가 절차에 관하여 충분한 이해력이 있거나 절차가 진행되었고 이미 변호사가 선임되어 소송을 수행하고 있는 경우에는 미성년후견인을 선임하지 않는다.¹²¹⁾ 법원은 미성년자녀가 절차후견인(Litigation Friend)¹²²⁾ 또는 미성년후견인(children's guardian)¹²³⁾ 없이 소송절차에서 당사자로서 소송을 수행하는 것을 충분히 이해하지 못하는 경우에는 미성년후견인을 선임하지 않는 허가를 취소할 수 있다.¹²⁴⁾ 법원은 자녀의 관련이익을 보호하기 위하여 필요하다고 판단할 때에는 절차감리인 또는 미성년후견인을 선임할 수 있다.¹²⁵⁾ 자녀가 소송절차에서 절차감리인이나 미성년후견인 없이 소송을 수행하고자 할 경우에는 절차감리인이나 미성년후견인에게 통지하고 절차감리인 또는 미성년후견인의 해임허가를 법원에 청구할 수 있다.¹²⁶⁾ 법원은 자녀가 관련절차에서 소송수행을 충분히 이해하고 있거나 절차감리인 또는 미성년후견인 없이 소송을 수행할 것을 청구하였음을 고려하여 이를 허가할 수 있다.¹²⁷⁾

119) FPR 2010, 16.3(2)(b).

120) FPR 2010, 16.3(4).

121) FPR 2010, 16.6(3)(a)(b).

122) 개정 전 규칙에서의 청구인 또는 신청인을 위한 “next Friend”와 상대방을 위한 “guardian ad litem”의 용어는 개정 가사소송규칙에서는 둘 다 “litigation friend”로 변경되었다. The Rt Hon Lord Wilson of Culworth, *The Family Court Practice 2013, Family Law, 2013.*, p.1892.

123) 개정 전 규칙에서의 “separate representation of children”의 용어는 개정 가사소송규칙에서는 “Children's guardian”으로 변경되었다.

124) FPR 2010, 16.6(8). 우리나라에서 영국의 가사소송규칙의 개정 전의 영국의 자녀의 대리인제도에 관한 소개로서는, 박주영, “자녀의 이익을 위한 가사사건 절차상 대리인 제도-영국과 독일의 제도를 중심으로-”, 4805~494면 참조.

125) FPR 2010, 16.6(10)(a)(b).

126) FPR 2010, 16.6(5)(b).

127) FPR 2010, 16.6(6).

미성년후견인은 심문절차에서 자녀의 이익을 위하여 활동하여야 한다.¹²⁸⁾ 미성년후견인은 법원에 필요한 도움을 제공하여야 한다.¹²⁹⁾ 미성년후견인의 책임은 실무지침 16A(Practice Direction 16A)에 따른다.¹³⁰⁾ 미성년후견인에 의한 법원에 대한 보고서는 비밀이다.¹³¹⁾

자녀가 직접 변호사를 선임하고 있거나 자녀 스스로가 소송을 수행하기를 희망하며 스스로 절차를 수행할 능력이 있다고 보일 때에는 미성년후견인은 법원에 그 사실을 보고하여야 한다.¹³²⁾ 미성년후견인은 법원의 지시에 따라 부가적인 책임을 수행하여야 한다.¹³³⁾ 미성년후견인은 법원이 지시하는 절차를 수행하여야 하며,¹³⁴⁾ 법원의 허가를 얻어 이러한 책임을 수행하기 위하여 소송대리권(legal representation)을 가질 수 있다.¹³⁵⁾

예외적인 경우를 제외하고는 미성년후견인이 있는 한 법원의 허가 없이 어느 누구도 절차를 수행할 수 없다.¹³⁶⁾ 법원의 다른 지시가 없는 한 자녀에게 절차감리인이 있기 전에는 어떤 행위도 효력이 없다.¹³⁷⁾ 법원의 다른 지시가 없는 한 자녀에게 미성년후견인이 있기 전에는 어떤 행위도 효력이 없다.¹³⁸⁾ 법원은 공익법무관(Official Solicitor), 공무원 그 밖의 적당한 자를 미성년후견인으로 선임할 수 있다.¹³⁹⁾ 미성년후견인의 선임명령은 미성년후견인이 되고자 하는 자 또는 당사자의

128) FPR 2010, 16.20.(1).
129) FPR 2010, 16.20.(2).
130) FPR 2010, 16.20.(5).
131) FPR 2010, 16.20.(6).
132) FPR 2010, 16.21.(1)(a)(b).
133) FPR 2010, 16.21.(2)(a).
134) FPR 2010, 16.21.(2)(b).
135) FPR 2010, 16.21.(2)(c).
136) FPR 2010, 16.23.(2).
137) FPR 2010, 16.8.(3).
138) FPR 2010, 16.23.(3).
139) FPR 2010, 16.24(1)(a)(b).

신청이나 직권으로 이루어진다.¹⁴⁰⁾ 법원은 언제든지 당사자에게 미성년후견인선임을 청구하도록 지시할 수 있다.¹⁴¹⁾ 미성년후견인선임 청구는 증거에 의하여 뒷받침되어야 한다.¹⁴²⁾ 자녀의 이익을 위하여 절차를 공정하게 수행할 수 있고 자녀의 이익에 상반되는 이해를 갖지 않는 사람은 미성년후견인으로 활동할 수 있다.¹⁴³⁾

법원은 특정인을 미성년후견인으로서 활동할 수 없도록 지시할 수 있다.¹⁴⁴⁾ 법원은 미성년후견인을 해임하거나 현존하는 미성년후견인을 대체하여 새로운 미성년후견인을 선임할 수 있다.¹⁴⁵⁾ 미성년후견인에게는 실무지침 16A(Practice Direction 16A)에 따른 권한과 책임이 있으며,¹⁴⁶⁾ 그 권한과 책임은 실무지침 16A(Practice Direction 16A)에 따라 수행하여야 한다.¹⁴⁷⁾ 미성년자가 18세에 달한 때에는 미성년후견인의 임기는 종료한다.¹⁴⁸⁾ 법원공무원은 자녀의 미성년후견인으로서의 활동이 끝났다는 것을 상대방 당사자에게 통지하여야 한다.¹⁴⁹⁾

5. 일 본

미성년후견이 개시하는 원인으로서는 ‘친권을 행할 자가 없는 때 또는 친권을 행할 자가 관리권을 가지지 않은 때’로 정해져 있다(일본 민법 제838조 제1항). 미성년후견인은 친권자가 유언으로 지정하는 경우(일본 민법 제839조), 이러한 지정이 없는 경우에는 미성년자(아동)나

140) FPR 2010, 16.24(2)(a)(b).

141) FPR 2010, 16.24(3).

142) FPR 2010, 16.24(4).

143) FPR 2010, 16.24.(5)(a)(b).

144) FPR 2010, 16.25(1)(a).

145) FPR 2010, 16.25(1)(b)(c).

146) FPR 2010, 16.27(1)(a).

147) FPR 2010, 16.27(1)(b).

148) FPR 2010, 16.28(1).

149) FPR 2010, 16.28(2).

친족 기타 이해관계인의 청구에 의하여 가정법원이 선임한다(일본 민법 제840조). 이 경우 미성년후견인의 주소지의 가정법원이 관할법원이 된다. 아동에게 친권을 행할 자가 없어 아동의 복지를 위하여 필요한 경우에는 아동상담소장이 가정법원에 미성년후견인의 선임을 청구하여야 한다(아동복지법 제33의 8 제1항). 통상 미성년후견인 선임 신청에 있어 후보자가 열거되는 경우가 많지만 가정법원은 이에 구속되지 않고, 예를 들어, 변호사회에 대한 추천 의뢰 등을 경유하여 가정법원이 독자적으로 선임하게 된다. 이 경우 미성년후견인의 연령, 심신의 상태, 생활이나 재산의 상황, 미성년후견인이 될 후보자의 직업, 경력, 이해관계의 유무 등이 고려되고(개정 일본 민법 제840조 제3항), 후보자의 의견도 청취하며(일본 가사사건수속법 제178조 2항), 미성년자의 보호에 적절한 것이 확인된 후에 심판에 의하여 선임된다.

또한 일본은 2011년 민법개정으로 미성년후견인을 복수로 선임할 수 있게 되었다(미성년후견인의 청구에 의하여 추가선임할 수 있다)(개정 일본 민법 제840조 제2항). 복수의 미성년후견인이 선임된 경우 그 권한은 공동으로 행사되지만, 가정법원의 직권에 의하여 권한의 역할분담이 정해지는 경우도 있다(개정 일본 민법 제857의 2). 그리고 동 개정에 의하여 법인이 미성년후견인이 될 수 있도록 되었고, 아동의 문제를 취급하는 사회복지법인 등이 선임되는 것도 가능하게 되었다(개정 일본 민법 제840조 제3항).

미성년후견인이 미성년자의 보호를 위하여 담당하는 역할은 재산관리사무와 신상감호로 나뉜다. 재산관리사무로서 미성년후견인이 우선 수행하여야 하는 것은 미성년후견인의 ‘재산의 조사와 재산목록의 작성’이다(일본 민법 제853조). 미성년후견인은 재산관리권으로 미성년자의 재산을 보존하고 그 성질이 변하지 않는 범위에서 이용, 개량할 수 있으며, 관리목적인 경우 처분하는 것도 가능하다. 미성년후견인은 미성년자의 재산에 관한 법률행위에 관하여 법정대리권을 가진다(일본 민

법 제859조 제1항). 이 점은 친권자의 법정대리권과 마찬가지로(일본 민법 제824조 참조). 미성년후견인의 이익과 미성년자의 이익이 상반하는 경우에는 친권자와 자의 이익이 상반하는 경우의 규정(일본 민법 제826조)이 준용되어, 원칙적으로 특별대리인의 선임이 필요하게 된다(일본 민법 제860조). 미성년후견인은 미성년자의 신상감호에 관하여 친권자와 동일한 권리의무를 가진다(일본 민법 제857조 본문). 구체적으로는 미성년자의 감호 및 교육(일본 민법 제820조), 거소의 지정(일본 민법 제821조), 징계(일본 민법 제822조), 직업의 허가(일본 민법 제823조)에 관하여 친권자와 마찬가지로의 권리의무를 가지게 된다.

6. 소 결

독일에서의 현행 미성년후견은 원칙적으로 가정법원의 직권에 기초한 명령에 의해 개시되며, 개인후견 외에 법인후견과 공적후견제도를 두고 있다. 2006년 케빈사건 이후 미성년후견제도에 대한 문제점이 부각되면서 후견인에 대하여 피후견인과 개인적인 접촉을 취할 의무를 부과하여 피후견인에 대한 신상보호를 강화하려는 법개정이 진행되고 있음은 높이 평가할 수 있을 것이다.

프랑스에서는 친권자가 없는 미성년자에 대하여 사인이 친권자의 대체기능을 담당하는 방식에 의한 제도는 없다. 오로지 친권자에 갈음하여 자녀의 이익을 확보하는 방법으로서 국가에 의한 피후견인에 대한 조치로서의 미성년후견제도를 두고 있음을 알 수 있었다. 2007년 개정에서는 행정보호를 우선하고 사법보호가 꼭 필요한 사례에서만 사용되도록 하는 경향이 보이는데, 사법보호의 의의를 중시하는 입장에서는 이를 높이 평가하기는 어려울 것이다.

대만에서는 미성년후견에 관해서는 미성년자에게 부모가 없는 경우, 부모 모두 미성년인 자에 대한 권리의무를 행사·부담할 수 없는 경

우에 후견인을 두도록 하여, 미성년후견은 친권의 연장 내지는 보충이고 미성년후견제도는 타익성이 강한 것이라고 평가되고 있다. 다만 대만의 미성년후견에서는 법정의 친족에 의한 후견 규정이 남아 있어 후견제도의 전체적인 성질과 기본이념에서 보아 극히 부자연스러운 모습을 보이고 있지만, 2008년의 법개정으로 4촌 이내의 친족도 법원에 후견인의 선임을 청구할 수 있도록 하여 미성년자의 이익보호를 도모하였다는 점에서 평가할 수 있을 것이다. 다만 민법은 후견인은 피후견인의 재산에 관하여 피후견인의 이익이 되지 않으면 피후견인이 이를 사용하거나 처분하는 것에 동의할 수 없다는 규정 외에 구체적으로 후견인이 피후견인을 대리하여 부동산을 구입 또는 처분하는 행위, 피후견인을 대리하여 그 거주용의 건물 또는 토지를 임대하는 행위, 타인에게 사용시키는 행위, 또는 임차를 종료하는 행위를 할 때에는 법원의 허가를 받도록 하는 규정과 후견인은 피후견인의 재산으로 투자를 할 수 없다는 규정을 두고 있다. 그 밖에 대만 민법은 미성년인의 이익 또는 피후견인의 이익을 강조하고 있는 규정들을 많이 두고 있는데, 이는 높이 평가할만하다.

영국에서는 친권을 상실시키는 제도가 없으므로 친권자가 사망한 경우를 제외하고는 후견이 개시되는 경우는 없다. 영국에서는 부모가 사망한 때에는 미성년후견이 개시되지만, 미성년후견에서는 지방자치단체 등의 공적 주체가 미성년후견인에 취임하는 것은 인정되지 않는다.

일본에서는 미성년후견이 개시하는 원인으로서 ‘친권을 행할 자가 없는 때 또는 친권을 행할 자가 관리권을 가지지 않은 때’로 정해져 있으며, 2011년 일본 민법 개정으로 미성년후견인을 복수로 선임할 수 있게 되었으며, 법인이 미성년후견인이 될 수 있어 아동문제를 취급하는 사회복지법인 등이 선임되는 것도 가능하게 되었다. 이와 같은 일련의 일본 민법의 개정은 미성년자의 최선의 이익 보호라는 미성년후견제도의 이념에 부합하는 것으로 평가할 수 있다.

제 2 절 법인후견인

1. 독일의 법인후견과 관청후견

가. 법인후견

독일의 경우 개인후견 외에 법인후견과 관청후견제도를 두고 있다. 법인후견이란 소년보호사업을 수행하는 권리능력 있는 사단(예를 들면 교회 혹은 자선목적의 사단)이 후견활동을 담당하는 것을 말한다.¹⁵⁰⁾ 사단은 명예직 개인후견으로서 적임의 인물이 없는 경우 또는 부모에게 지정되어진 경우(독일 민법 제1776조)에만 후견인으로서 선임된다(독일 민법 제1791조 a 제1항 2문).¹⁵¹⁾

사단의 주요한 목적이 아동 혹은 소년원조의 영역, 특히 미성년후견 사업 분야일 필요는 없다. 다만 당해 사단이 아동 혹은 소년원조의 영역에서도 활동하고 있는 것을 정관에 의해 증명할 필요는 있다. 그렇지만 ① 충분한 인원수의 적임의 직원이 있고, 감독, 계속적인 교육을 하며, 또한 직원이 그 활동의 범위 내에서 타인에게 줄 수 있는 손해에 대해서 적절한 보험이 가입되어 있을 것(1호), ② 계획적으로 개인후견인 및 개인보호인의 획득에 노력하며, 그들을 직무 수행시키면서 계속적으로 교육시키며 조언할 것(2호), ③ 직원간의 경험의 교류를 가능하게 할 것(3호)이라는 요건(SGB VIII 54조 2항)을 충족하면 소년국으로부터 자격이 있다는 허가가 내려진다.¹⁵²⁾

150) 사단의 동의를 필요하지만, 법적 의무는 없다. 독일에서의 사단후견은 사단후견의 경우에 보수 및 비용보상이 인정되지 않고(독일 민법 제1836조 3항, 동1835조 a 제5항), 또한 비용 상환에 대해서도 매우 한정적으로만 인정되고 있으므로(독일 민법 제1835조 5항) 미성년후견 전체의 약4%를 점유하는데 그치고 있다.

151) 사단이 후견이나 보호를 떠맡기 위해서는 ① 권리능력이 있어야 하며, ② 구(區)의 소년국으로부터 허가를 얻어야 하므로(독일 민법 제1791조 a 제1항1문, 사회법전 제8편[아동 및 소년원조][이하, 「SGB VIII」로 표기함] 54조) 사단은 우선 권리능력이 있다는 것을 등기부에 의하여 증명할 필요가 있다.

152) 이것들의 요건은 케어사단(社團)의 허가에 필요한 요건과 거의 동일하지만(독일

후견을 집행할 때에는 사단이 각 직원을 이용하는 것이 되지만(독일 민법 제1791조 a 제3항1문), 어디까지나 후견인은 사단이다.¹⁵³⁾

나. 관청 후견

관청후견이란 소년국이 후견사무를 담당하는 것을 말한다. 관청후견이라 하더라도 실제의 후견집행은 소년국의 공무원(Beamten) 또는 직원(Angestellten)에게 개별적으로 위탁하고 그들이 위탁받은 범위 내에서 피후견인의 법정대리인이 된다(SGBVIII 55조 2항).¹⁵⁴⁾ 일정한 경우에는 복수의 직원에게 위탁할 수 있다.

관청후견에는 법정관청후견(독일 민법 제1791조 c)과 선임관청후견(독일 민법 제1791조 b)이 있다. 법정관청후견은 혼외자의 경우나 자(子)가 출생시에 독일 민법 제1773조의 요건을 충족한 때, 즉 단독배려권자인 어머니가 행위무능력자, 제한행위능력자인 때 개시된다(독일 민법 제1791조 c). 선임관청후견은 적임의 개인후견인이 없고 동의하는 사단후견 또한 찾을 수 없는 경우에 가정법원에 의하여 후견인이 소년국으로부터 선임된 것을 말한다.¹⁵⁵⁾

소년국은 원래 소년이나 그 가족을 위한 원조서비스를 제공할 뿐만 아니라 행정기관으로서 예를 들면 아동 및 소년의 긴급일시보호(SGB VIII 42조), 가정법원의 절차협력(SGBVIII 50조), 양자관계설정절차에 있어서 조언과 교시(SGBVIII 51조) 등을 행하는 기관이다. 그리고 소년국은

민법 제 1908조 f), 케어사단의 허가에 대한 권한은 주정부(州政府)에 있다.

153) 직무분담의 효과는 내부에만 생기는 것으로, 직원이 제3자에 대해서 입힌 손해에 대해서는 사단 자신이 책임을 진다.

154) 직원에 후견사무를 위탁하더라도 직원 등은 개인후견인으로서 선임되었다고 할 수 없기에 직원 등이 행한 행위의 효과는 어디까지나 관청후견인인 소년국에 귀속된다.

155) 관청후견은 본래 적임의 개인후견인이 없는 경우에 보충적으로 선임되는 것이지만(독일 민법 제1791조 b 제1항 1문), 독일 미성년후견 전체의 70~80%를 점하고 있다.

그러한 직무의 일환으로서 가정법원에 후견인이나 보호인으로서 책임인 개인 또는 단체를 제안하는 의무를 지고 있다(SGBVIII 53조 1항). 이러한 직무내용을 고려한다면 소년국은 아동학대와 같은 미성년후견이 개시될 만한 상황에 처음부터 관여할 기회가 많고, 또한 전문성도 높다고 할 수 있다.

아래에서는 독일에서의 미성년후견과 관련한 정부초안의 구체적인 조문안과 그 이유 등을 소개하고자 한다.

현행 SGBVIII 55조 2항 2문 및 3문을 삭제하고, “아동 혹은 소년의 연령 또는 발달 상태에 따라 가능한 한 소년국은 위탁 전에 아동 혹은 소년에게 공무원 또는 직원의 선임에 관하여 구술로 심문하여야 한다. 후견 또는 보호의 집행을 위탁받은 풀타임 공무원 또는 직원은 최대 50건, 그리고 동시에 다른 직무를 수행하고 있는 경우에는 그 부분을 감안해서 그것보다 적은 후견 또는 보호를 집행하여야 한다”는 내용을 추가한다(정부초안 SGBVIII 55조 2항 2문, 3문).

소년국의 직원에 후견직무를 위탁하기 전에 피후견인이나 피보호인에게 심문할 의무와 관청후견인 및 관청보호의 사건 수를 직원 1명당 50건으로 제한하는 근거가 마련되었다.¹⁵⁶⁾ 심문의무 규정의 도입으로 피후견인의 절차보장이 강화되었다고 할 수 있다.

정부초안 SGBVIII 55조 2항 2문, 3문에 대해서는 연방참의원으로부터 3문의 일부를 변경해야 한다는 의견이 있었다(BR-Drucks. 537/10[Beschluss], S.3). 즉 연방참의원안 SGBVIII 55조 2항 3문은 “후견 또는 보호의 집행을 위탁받은 풀타임 공무원 또는 직원은, 피후견인과의 개인적인 접촉 외에도 다른 직무를 책임지고 수행하는 점을 특히 고려하여 집행가능한 정도만으로 후견 또는 보호를 집행하여야 한다”고 되어 있다.¹⁵⁷⁾

156) 50건이라는 사건 수는 ‘위킹그룹 아이들의 복리가 위태로운 경우의 법원의 조치-§1666BGB’가 추진한 수에도 합치된다고 한다.

157) 참의원안은 소년국의 직원에 위탁되는 후견이나 보호의 건수를 최대 50건이라

2. 프랑스의 국가에 의한 후견

프랑스에서는 앞서 살펴 본 바와 같이 친권자의 사망 또는 친권자가 친권을 상실함으로써 친권자가 없는 미성년자에 관하여 우리나라와 같은 사인이 친권자의 대체기능을 담당하는 방식에 의한 제도는 없다.

다만 친권자에 갈음하여 자녀의 이익을 확보하는 방법으로서 공적 주체의 책임으로 하는 방법이 있을 뿐이다. 즉 국가에 의한 피후견인에 대한 조치로서의 미성년후견제도를 두고 있다. 후견이 계속하여 공적인 경우에는 후견감독을 임무로 하는 전문법관인 후견법관은 그것을 아동사회복지부조기관을 가지는 공공단체인 지방자치단체에 위탁한다. 지방자치단체는 나아가 후견법관이 정하는 바에 따라 후견을 행할 자로서 공증인, 미성년자가 입소하는 교육 등의 공적 시설 또는 자격을 가지는 개인 또는 단체를 지명한다. 지명된 자는 신상 및 재산에 관하여 국가의 이름으로 후견을 행한다(1974년 11월 6일의 데끄레 제2조). 국가에 의한 후견에서는 통상의 후견과 같은 친족회 및 후견감독이 구성되지 않으며(프랑스 민법 411조 2항 및 데끄레 제3조), 지명된 자는 재산에 대하여는 사법감독에 따른 법적 관리자의 권한을 가진다(데끄레 제4조).

3. 대만의 법인후견제도

대만에서는 2000년 민법 개정으로 사적 자치적인 친족에 의한 후견이란 색채를 없애고 공직에 의한 후견·사단에 의한 후견을 인정하는 규정을 새로 두었다.

고 구체적으로 정할 것이 아니라, 사회교육학상 필요한 정도에 맞추어야 한다고 하면서 구체적인 규정은 소년국의 조직권한에 위임하여야 한다는 것이다.

후견인이 될 수 있는 자로서 3촌 이내의 방계혈족인 존속 또는 기타 적당한 자와 같은 자연인 외에도 주관기관 또는 사회복지단체도 후견인이 될 수 있게 되었다. 또 미성년자에게 법정후견인이 없을 때에는 법원이 청구에 의하여 후견인을 선임하게 되나 법원에 의한 후견인의 선임이 확정될 때까지 미성년자에게 후견인이 두어지지 않는 상황이 발생할 수 있다. 그 사이의 미성년자의 이익을 보호하기 위하여 “미성년자는 제1항의 후견인이 없는 동안 법원의 제3항의 규정에 의한 선임이 확정될 때까지 기타 사회복지주관기관을 후견인으로 한다”고 규정하고 있다(대만 민법 제1094조 5항).

후견인이 사망한 경우, 법원의 허가를 받고 사임한 경우, 후견 또는 보조의 선고를 받은 경우, 파산선고를 받고 복권하지 않은 경우 또는 실종된 경우에 피후견인에 대만 민법 제1094조 1항의 후견인이 없을 때에는 법원은 청구 또는 직권으로 새로운 적당한 후견인을 선임할 수 있으나, 법원에 의한 새로운 후견인의 선임이 확정될 때까지 후견 사무를 수행하는 자가 없는 상황을 피하기 위하여 기타 사회복지주관기관이 그 후견인이 되는 것으로 규정하고 있다(대만 민법 제1106조).

또 후견인에게 피후견인의 최선의 이익에 합치하지 않는다고 인정되는 사실이 있는 경우 또는 적임이 아니라는 사정이 분명한 경우에는 법원은 청구에 의하여 다른 적당한 후견인으로 변경할 수 있으나, 법원에 의한 후견인의 변경이 확정될 때까지는 종래의 후견인이 그 자격을 가지고 있으므로 그 종래의 후견인이 피후견인의 보호나 보살핌을 현저하게 게을리 한 경우에는 피후견인의 이익을 해한다.¹⁵⁸⁾ 그래서 법원은 먼저 종래의 후견인의 권리를 정지시키고 기타 사회복지주관기관을 그 후견인으로 할 수 있다고 규정하고 있다(대만 민법 제1106조의 1).

158) 林秀雄, “대만의 친권과 미성년후견-섭외친권법 및 후견법을 포함하여-”, 『친권과 미성년후견』, 신·아시아가족법 3국회의 제2회 회의 자료집, 2012., 42면.

4. 일본의 법인후견제도

일본의 경우, 2011년 아동학대방지의 관점에서 이루어진 민법 개정으로 친권정지제도를 새로이 도입하는 등 친권제한이 이전에 비하여 보다 확대될 것으로 예상된다. 이에 따라 미성년후견인의 선임이 현실적으로 용이하지 않다는 점, 미성년후견인의 부담이 경감될 수 있다는 점 등을 고려하여 개정 민법에서는 미성년후견인을 선임하는 경우의 선택지를 확대하는 방안으로 법인이 미성년후견인이 되는 것을 허용하였다. 이와 함께 미성년후견인으로서 법인의 적격성을 심사하기 위하여 법인의 사업의 종류 및 내용, 그리고 해당 법인 및 대표자와 미성년자의 이해관계 유무를 판단하도록 규정하였다(개정민법 제 840조 제3항).

5. 소 결

독일에서는 개인후견 외에 법인후견, 관청후견제도를 두고 있지만 법인후견은 원칙적으로 무보수이므로 잘 이용되지 않고 있다. 또 후견인으로서 책무를 부담하고자 하는 자가 적고 오히려 후견인보다는 입양을 선호하기 때문에 개인후견보다도 관청후견이 큰 비중을 점하고 있는 것으로 알려져 있다. 앞으로 우리나라에서 법인후견제도를 발전시키기 위해서는 보수제도에 관한 검토가 반드시 필요할 것이다.

프랑스에서는 공적 주체의 책임으로 하는 후견제도를 두고 있다. 즉 후견인이 공적인 경우에 후견법관이 지방자치단체에 위탁하면 지방자치단체가 후견을 행할 자로 공증인, 미성년자가 입소하는 교육 등의 공적 시설 또는 자격을 가지는 개인 또는 단체를 지명한다. 이는 국가에 의한 후견제도로써 평가할 수 있을 것이다.

대만에서도 후견인이 될 수 있는 자로서 자연인 외에도 주관기관 또는 사회복지단체도 후견인이 될 수 있도록 하고 있는데, 이는 공직에 의한 후견 내지는 사단에 의한 후견제도를 도입한 것으로 평가할 수 있다.

일본에서는 민법 개정을 통하여 미성년후견인을 선임하는 경우의 선택지를 확대하는 방안으로 법인이 미성년후견인이 되는 것을 허용하였으며, 이 때 법인의 적격성을 심사하기 위하여 법인의 사업의 종류 및 내용, 그리고 해당 법인 및 대표자와 미성년자의 이해관계 유무를 판단하도록 규정함으로써 법인후견의 건전성과 내실화를 꾀하고 있는 것으로 평가할 수 있다.

제 3 절 복수후견인

1. 독일의 복수후견인

독일 민법은 원칙적으로 후견인을 한명으로 하면서, 특별한 이유가 있는 경우에 한해서 예외적으로 복수후견인(Mitvormund)을 인정하는 제도를 채택하고 있다(독일 민법 제1775조).¹⁵⁹⁾

복수후견인이 선임되는 특별한 이유로서는 형제자매가 많은 경우, 재산이 매우 많은 경우, 재산의 일부가 예를 들면 다른 주(州)에 있는 경우 등 재산관리가 곤란한 경우, 후견인과 피후견인의 종파(宗派)가 다르다는 신상보호와 관련 있는 경우를 들 수 있다.

한명의 피후견인에게 복수의 후견인이 선임된 때, 후견인들은 공동(gemeinschaftlich)으로 집행하는 것이 원칙이지만(독일 민법 제1797조 1항 1문; 공동대리의 원칙),¹⁶⁰⁾ 가정법원은 특정 활동범위(Wirkungskreis)에 따라서 후견인 사이에 후견사무를 분장(verteilen)시킬 수도 있다(독일 민법 제1797조 2항 1문).

159) 1998년의 개정 케어법에 의하여 부부가 공동후견인이 될 수 있게 되었다.

160) 공동후견의 경우에는 의무위반에 의해 생긴 피후견인에 대한 책임은 연대책무이다(독일 민법 제1833조 2항).

후견분장을 행할지 여부, 또는 어떻게 분장할지에 대해서는 가정법원의 재량이다.¹⁶¹⁾ 분장의 방법으로서 예를 들면 (i) 한명의 후견인에게 신상보호를, 다른 후견인에게는 재산관리를 분장시키는 방법(한쪽을 기업경영자, 다른 한쪽을 농업 경영자에게 위탁하는 등), (ii) 특정의 후견사무에 대해서는 한명에게 맡기고, 그 이외의 사무에 대해서는 공동으로 후견사무를 행하는 방법도 가능하다.¹⁶²⁾ 분장하는 경우에는 공동대리(Gesamtvertretung)가 아니기 때문에, 각 후견인은 자기의 활동범위에서 어디까지나 독립하여 후견을 행사한다(독일 민법 제1797조 2항 2문). 따라서 각 후견인은 그 활동범위 내에서만 단독의 법정대리권을 가지며 또한 책임을 지므로 각각의 활동 범위 내에서만 책임을 진다(독일 민법 제1833조 1항).

복수의 후견인 사이에 견해가 대립한 경우에는 가정법원이 판단하는 것으로 되어 있다(독일 민법 제1797조 1항 2문, 1798조).¹⁶³⁾

2. 대만의 복수후견인

대만 민법에서는 미성년후견인을 복수로 둘 수 있는데, 후견인이 복수인 경우에는 원칙적으로 복수의 후견인이 공동으로 후견사무를 수행하거나 피후견인의 중대한 사항에 관한 권리행사에 관하여 의견이

161) 후견분장에 관하여 특정한 방식이 정해져 있는 것은 아니지만, 후견인이 받은 선임증서(Bestallungsurkunde)에는 후견인의 성명, 생년월일, 후견인·후견감독인·공동후견인의 성명과 함께 후견의 분장방법이 기재되어 있다(독일 민법 제1791조 2항). 따라서 법원에 의한 목시의 처분이 문제가 되는 것은 거의 없지만, 법원에 의한 목시의 처분은 인정되지 않는다고 해석된다.

162) 가정법원에 의한 후견사무의 분장의 결정은 후견인 선임시 또는 사후에도 할 수 있다.

163) 분장후견의 경우에는 분장되어진 후견사무에 대해 각 후견인들은 독립해서 임무를 수행하는 것으로 되어 있기에, 언뜻 보기에 견해의 대립이 생기지 않을 것처럼 생각될 수 있다. 그러나 예를 들면 교육과 관련하는 비용을 피후견인의 재산으로부터 지출하는 경우와 같이 신상배려와 재산배려가 동시에 엮여져 있는 사항도 있다. 이러한 것이 있기에 독일 민법 제1798조에서 공동후견의 경우와 동일하게 가정법원이 판단하는 것으로 정하고 있다.

일치하지 않는 경우에는 법원에 피후견인의 최선의 이익에 따라 그 중의 한 명이 이를 행사하도록 결정할 것을 청구할 수 있다(대만 민법 제1097조 2항). 후견인의 행위와 피후견인의 이익이 상반되는 경우 또는 법률상 대리를 할 수 없는 경우에는 법원은 후견인, 피후견인, 주관기관, 사회복지단체 또는 기타 이해관계인의 청구에 의하여 또는 직권으로 피후견인을 위하여 특별대리인을 선임할 수 있다(대만 민법 제1098조 2항). 또 피후견인의 재산상의 이익을 보호하기 위하여 후견인은 재산목록을 작성하여 법원에 제출할 때까지 피후견인의 재산에 대하여 관리상 필요한 행위만을 할 수 있다고 규정하고 있다(대만 민법 제1099조의 1).

후견인은 선량한 관리자의 주의를 가지고 후견사무를 수행하여야 한다(대만 민법 제1100조 2항).¹⁶⁴⁾

3. 일본의 복수후견인

일본에서는 2011년 민법 개정으로 종전의 미성년후견인은 1인으로 한다는 규정(개정 전 민법 제842조)을 삭제하고, 미성년후견인이 있는 경우에도 가정법원은 필요가 있다고 인정할 때에는 미성년후견인선임 청구권자나 미성년후견인의 청구 또는 직권으로 다시 미성년후견인을 선임할 수 있다는 규정을 두어(개정 민법 제840조 2항) 복수의 미성년후견인을 선임할 수 있도록 하였다. 이는 미성년후견인의 부담을 경감한다는 관점에서 취해진 입법적인 조치로서 평가할 수 있을 것이다.

164) 개정 전의 대만 민법 제1100조 2항은 후견인이 피후견인의 재산을 관리할 때에는 자기의 사무를 처리하는 것과 동일한 주의를 가지고 관리하여야 한다고 규정하고 있었다. 후견제도가 사회적 의무로서의 성질을 가지는 점과 대만 민법 제1104조에 의하여 후견인이 보수를 청구할 수 있다는 점에 비추어 후견인이 구체적인 경과실에 대해서만 책임을 지는 것은 그 책임이 너무 가벼워 선량한 관리자의 주의를 가지고 후견사무를 수행하도록 개정하였다. 林秀雄, “대만의 친권과 미성년후견-섭외친권법 및 후견법을 포함하여-”, 『친권과 미성년후견』, 신·아시아가족법 3국회의 제2회 회의 자료집, 2012., 42면.

복수의 미성년후견인이 선임된 경우 원칙적으로 공동으로 그 권한을 행사한다(일본 민법 제857조의 2 1항). 미성년후견인이 수인 있을 때에는 가정법원은 직권으로 그 일부의 자에 대하여 재산에 관한 권한만을 행사할 것을 정할 수 있다(일본 민법 제857조의 2 2항). 미성년후견인이 수인 있을 때에는 가정법원은 직권으로 재산에 관한 권한에 관하여 각 미성년후견인이 단독으로 또는 수인의 미성년후견인이 사무를 분장하여 그 권한을 행사할 것을 정할 수 있다(일본 민법 제857조의 2 3항). 가정법원은 직권으로 전 2항의 규정에 의한 결정을 취소할 수 있다(일본 민법 제857조의 2 4항). 미성년후견인이 수인 있을 때 제3자의 의사표시는 그 1인에 대하여 하면 족하다(일본 민법 제857조의 2 5항).

4. 미국에서의 복수후견인

미국에서는 한 명의 자를 위하여 복수의 후견인을 선임할 수 있다.¹⁶⁵⁾ 복수의 후견인은 부모와 마찬가지로 공동으로 업무를 수행하거나¹⁶⁶⁾ 신상후견인(guardian of the person) 또는 재산관리후견인(guardian of the property)과 같이 다른 성격의 업무를 수행할 수 있다.¹⁶⁷⁾ 이는 특히 자의 재산을 보호할 필요성이 큰 경우에 중요하다. 공동후견인은 일반적으로 공동행위에 대하여 연대책임을 부담하고, 공동후견인의 개

165) 법령에서 명시적으로 공동후견인(co-guardians)을 인정하거나 특별히 금지하는 규정이 없는 경우에는 공동선임(joint appointments)에 대한 묵시적 권한이 인정된다. ‘가족 구성단위(family unit)’를 이루기 위하여 남편-아내를 선임하는 공공 정책적 이유가 공동후견(co-guardianship)에 대한 법원의 묵시적 권한의 근거가 될 수 있을 것이다. 제정법상 명시적 규정을 가지고 있는 예로는 S.D. Codified Laws § 29A-5-202 (“The court may appoint more than one guardian or conservator and need not appoint the same individual or entity to serve as both guardian and conservator.”).

166) 조부와 조모는 근친관계를 근거로 신상 또는 재산관리의 공동후견인으로 선임될 수 있다. *In re Guardianship & Conservatorship of Reed*, 426 N.W.2d 657 (Iowa 1988).

167) 법원은 생존하는 부 또는 모를 신상후견인으로 유지하면서도 유언에 따라 유언에 의한 상속재산관리후견인으로 조부 또는 조모를 선임할 수 있다.

별 행위나 채무불이행에 대해서는 책임을 지지 않는다.¹⁶⁸⁾ 그리고 후견인이 사망하거나 사퇴 또는 사무를 거부하는 경우 후견인의 모든 권리나 권한은 남아있는 후견인에게 부여된다.¹⁶⁹⁾

5. 소 결

독일의 경우 미성년후견에서도 예외적이기는 하지만 복수후견인제도를 두고 있다. 복수의 미성년후견인이 선임된 때 후견인들 사이에는 공동대리가 원칙이지만, 복수의 후견인 사이에 견해가 대립한 경우에는 가정법원이 판단하는 것으로 하고 있다. 그 밖에 가정법원은 후견인 사이에 후견사무를 분장시킬 수도 있도록 하고 있다. 미성년후견의 경우에도 신상보호와 재산관리를 분장하거나, 특정 후견사무와 그 밖의 사무를 나누어 후견사무를 행할 수 있도록 하였다는 점에서 높이 평가할 수 있을 것이다.

대만 민법에서도 미성년후견인을 복수로 둘 수 있도록 하고 있다. 후견인이 복수인 경우에는 원칙적으로 공동으로 후견사무를 수행하지만, 피후견인의 중대한 사항에 관한 권리행사에 관하여 의견이 일치하지 않는 경우에는 법원에 피후견인의 최선의 이익에 따라 그 중의 한 명이 이를 행사하도록 결정할 것을 청구할 수 있도록 하는 제도를 마련하였다.

일본에서는 2011년 민법 개정으로 복수의 미성년후견인을 선임할 수 있도록 하였으며, 복수의 미성년후견인이 선임된 경우 그 권한행사에 관하여 상세한 규정을 두고 있다. 이는 미성년후견인의 부담을 경감한다는 관점에서 취해진 입법적인 조치로서 평가할 수 있을 것이다.

168) *In re Guardianship of Zimmerman*, 141 Ohio St. 207, 47 N.E.2d 782 (1943).

169) *Id.*

제 4 절 임시후견인

1. 미국의 임시후견인제도

미국 법원은 영구적 선임절차가 완료될 때까지¹⁷⁰⁾ 또는 미성년자의 복리를 위하여 필요한 경우 임시후견인(temporary guardian)이나 긴급후견인(emergency guardian)을 선임할 수 있다.¹⁷¹⁾ 긴급 임시후견인은 ① 후견인이 필요한 긴급상황인 경우, ② 후견인이 선임되지 않은 경우, ③ 자녀의 복리를 위하여 즉각적인 조치를 필요로 하는 경우, ④ 조치를 취할 권한을 가진 것으로 보이는 자가 없는 경우¹⁷²⁾에 선임될 수 있다.¹⁷³⁾ 그러나 임시후견인의 권한은 한정적이다.¹⁷⁴⁾ 재산에 관한 임

170) *Bechtel v. Rose*, 150 Ariz. 68, 722 P.2d 236, 243 (1986); Or. Rev. Stat. § 126.070 (6개월); *In re Kimberly*, 583 A.2d 877, 878 (RI 1990); *In re Guardianship of D.T.N.*, 275 Mont. 480, 914 P.2d 579 (1996).

171) Ind. Code § 29-3-3-4(1); Mass. Gen. L. ch. 201 § 14. 임시후견인의 필요성에 관한 실무적 논의의 상세는, Meryl Schwartz, *Reinventing Guardianship: Subsidized Guardianship, Foster Care and Child Welfare*, 22 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change 441 (1996) 참조. 우리 가사소송법은 가사사건의 심판청구가 있는 경우에 가정법원은 사건의 해결을 위하여 특히 필요하다고 인정할 때에는 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 상대방 기타 관계인에 대하여 현상을 변경하거나 물건을 처분하는 행위의 금지를 명할 수 있고, 사건에 관련된 재산의 보존을 위한 처분, 관계인의 감호와 양육을 위한 처분 등 적당하다고 인정되는 처분을 할 수 있다고 규정하고 있지만(가사소송법 제62조 1항), 실체법에서 임시후견인선임에 관한 근거 규정을 두는 것이 바람직할 것이다. 이에 관하여 자세한 것은, 김현수·김원태, “미국에서의 미성년후견인의 권한과 책임”, 『가족법연구』, 제26권 2호(통권 제44호), 한국가족법학회, 2012., 168~169면 참조.

172) David M. Berry, *Indiana's New Guardianship Code: A New Emphasis on Alternative Forms of Protection*, 22 Ind. L. Rev. 335, 343 (1989). Ind. Code § 29-3-3-4(1) 참조.

173) 미성년자가 거주하는 주 밖에서 긴급상황이 발생한 경우, 통일미성년감호관할법(Uniform Child Custody Jurisdiction Act: UCCJA)은 다른 주의 법원이 필요한 조치를 취할 수 있도록 규정하고 있다. 긴급한 손해의 위협이 중단된 경우 당해 법원은 추가적 또는 영구적 감호(permanent custody)를 결정하는데 있어 더 이상 관할권이 없다. *Piedimonte v. Nissen*, 817 S.W.2d 260, 268 (Mo. App. 1991).

174) *J.L.F. v. B.E.F.*, 571 So. 2d 1135 (Ala. App. 1990).

시후견인은 재산이나 재정상 이익에 대하여 긴박하거나(threat of immediate) 회복할 수 없는 손해(irreparable harm)가 있는 경우 선임될 수 있다.¹⁷⁵⁾ 부 또는 모가 자의 임시적 감호(temporary custody)를 허락하였다고 하더라도 친권을 영구적으로 포기한 것은 아니다.¹⁷⁶⁾ 임시후견인은 법률 규정에 의한 기간 만료일에 자동적으로 종료되거나 임시후견인을 선임한 명령에 근거하여 종료된다.¹⁷⁷⁾

일부 주에서는 법원이 마지막으로 생존한 부 또는 모가 사망하거나 무능력이 되는 즉시 의무를 승계하도록 권한을 부여받는 예비후견인(standby guardian)을 선임할 수 있도록 법률에서 규정하고 있다.¹⁷⁸⁾ 예비후견인은 불치병을 가진 부 또는 모가 자신이 무능력이 되거나 사망하는 경우를 대비해 자신의 자를 위한 부양자의 변경을 계획하고자 하는 경우에 특히 유용하다.¹⁷⁹⁾ 그러나 의무의 승계 이후 법원에 의한 추인을 필요로 한다.¹⁸⁰⁾ 부모의 선택에 대한 강한 추정이 주어지지만, 법원은 자의 이익을 증진시키기 위하여 필요한 경우 다른 사람을 선임할 수 있는 재량이 있다.¹⁸¹⁾ 위 경우 이외에도 선임된 후견인의 사망,

175) N.M. Stat. Ann. § 45-5-408 (“Upon a finding that serious, immediate and irreparable harm to the estate and financial interests of the person to be protected would result during the pendency of petition, the court shall appoint a *temporary conservator* and shall specify the temporary conservator’s powers in order to prevent serious, immediate and irreparable harm to the property of the person to be protected.”) (emphasis added).

176) Georgia. Hill v. Loren, 187 Ga. App. 71, 369 S.E.2d 260 (1988). 당해 부 또는 모가 부적합한 경우가 아니라면 당해 부 또는 모는 임시후견을 종료시킬 권리를 가진다. *In re Guardianship of Mikrut*, 175 Ariz. 544, 858 P.2d 689 (Ariz. App. 1993).

177) N.M. Stat. Ann. § 45-5-408 (30일에 한하여 일회 연장하는 경우를 제외하고는 60일을 초과할 수 없다.) *In re Doe*, 7 Hawaii App. 575, 786 P.2d 519 (1990).

178) Fla. Stat. § 744.304(3).

179) 예비후견인에 관한 성문법 규정이 없는 경우에도 모가 예비후견인의 선임청구를 한 경우 이를 기각한 법원의 판단은 잘못이라고 판시하고 있다. *In re Estates of Herrod*, 254 Ill. App. 3d 1061, 1064-65, 626 N.E.2d 1334, 1337 (1993).

180) Fla. Stat. § 744.304(4) (“Within 20 days after assumption of duties as guardian, a standby guardian shall petition for confirmation of appointment.”).

181) *In Matter of Guardianship of Rene O.C.*, 606 N.Y.S.2d 872 (1993).

무능력, 사퇴의 경우에 예비후견인은 승계후견인(successor guardian)이 될 수 있다.¹⁸²⁾ 포괄후견인(guardian) 또는 한정후견인(limited guardian) 선임할 때 예비후견인을 지정하는 통지서의 제출을 요구하는 주도 있다.¹⁸³⁾

2. 대만의 임시후견인제도

대만 민법에서는 미성년자에게 법정후견인이 없을 때에는 법원이 청구에 의하여 후견인을 선임하게 되나 법원에 의한 후견인의 선임이 확정될 때까지 미성년자에게 후견인이 두어지지 않는 상황이 발생할 수 있다. 그 사이의 미성년자의 이익을 보호하기 위하여 “미성년자는 제1항의 후견인이 없는 동안 법원의 제3항의 규정에 의한 선임이 확정될 때까지 기타 사회복지주관기관을 후견인으로 한다”고 규정하고 있다(대만 민법 제1094조 5항).¹⁸⁴⁾

후견인이 사망한 경우, 법원의 허가를 받고 사임한 경우, 후견 또는 보조의 선고를 받은 경우, 파산선고를 받고 복권하지 않은 경우 또는 실종된 경우에 피후견인에 대만 민법 제1094조 1항의 후견인이 없을 때에는 법원은 청구 또는 직권으로 새로운 적당한 후견인을 선임할 수 있으나, 법원에 의한 새로운 후견인의 선임이 확정될 때까지 후견사무를 수행하는 자가 없는 상황을 피하기 위하여 기타 사회복지주관기관이 그 후견인이 되는 것으로 규정하고 있다(대만 민법 제1106조).

또 후견인에게 피후견인의 최선의 이익에 합치하지 않는다고 인정되는 사실이 있는 경우 또는 적임이 아니라는 사정이 분명한 경우에는 법원은 청구에 의하여 다른 적당한 후견인으로 변경할 수 있으나, 법원에 의한 후견인의 변경이 확정될 때까지는 종래의 후견인이 그 자격을

182) Wash. Rev. Code § 11.88.125(1).

183) Wash. Rev. Code § 11.88.125(4).

184) 대만 민법은 후견인이 될 수 있는 자로서 앞에서 살펴본 바와 같이 3촌 이내의 방계혈족인 존속 또는 기타 적당한 자와 같은 자연인 외에도 주관기관 또는 사회복지단체도 후견인이 될 수 있다.

가지고 있으므로 그 종래의 후견인이 피후견인의 보호나 보살핌을 현저하게 게을리 한 경우에는 피후견인의 이익을 해한다.¹⁸⁵⁾ 그래서 법원은 먼저 종래의 후견인의 권리를 정지시키고 기타 사회복지주관기관을 그 후견인으로 할 수 있다고 규정하고 있다(대만 민법 제1106조의 1).

3. 소 결

미국에서는 법원이 미성년후견인 선임절차가 확정될 때까지 임시후견인(temporary guardian)을 선임할 수 있도록 하는 제도를 두고 있으며, 그 밖에 미성년자의 복리를 위하여 필요한 경우 긴급후견인(emergency guardian)을 선임할 수 있도록 하는 제도를 두고 있다. 일부 주에서는 법원이 마지막으로 생존한 부 또는 모가 사망하거나 무능력이 되는 경우, 그 밖에 선임된 후견인의 사망, 무능력, 사퇴의 경우 즉시 의무를 승계하도록 하는 예비후견인(standby guardian)제도를 두고 있는데, 모두 후견의 공백을 최소화하기 위한 것으로 평가할 수 있다.

대만 민법에서도 법원에 의한 후견인의 선임이 확정될 때까지 미성년자의 이익을 보호하기 위하여 특히 사회복지주관기관을 후견인으로 하는 제도를 두고 있는데, 이는 후견의 공백을 최소화하거나 미성년후견의 특수성을 감안하여 적정한 후견사무를 수행하도록 하여 피후견인의 최선의 이익을 보호하려는 입법적인 노력으로 높이 평가하여야 할 것이다.

제 5 절 절차후견인

1. 독일의 절차보좌인제도

독일에서는 자의 신상에 관한 절차에서 자의 의사를 대변하는 자로서 1997년의 친자관계법개정으로 절차보호인(Vergahrensfleger)제도를 창설하

185) 林秀雄, “대만의 친권과 미성년후견-섭외친권법 및 후견법을 포함하여-”, 『친권과 미성년후견』, 신·아시아가족법 3국회의 제2회 회의 자료집, 2012., 42면.

였다.¹⁸⁶⁾ 그 후 2008년에 제정되어 2009년 9월 1일부터 시행되고 있는 독일의 가사사건 및 비송사건절차에 관한 법률(FamFG) 제158조에서 이를 발전시켜 현재의 절차보좌인(Verfahrensbeistand)으로 하였다. 신법에서는 절차보좌인은 자의 법정대리인이 아니라는 점을 명문화하였다.¹⁸⁷⁾

절차보좌인은 법원이 선임하고, 법원에서 보수가 결정되지만 독립기관이어서 누구로부터도 감독을 받지 않는다. 그 역할은 자의 이익을 확인하고 재판절차에서 주장하는 것에 있지만 절차의 현상과 전망을 미성년자에게 알릴 의무를 부담한다. 이론적으로는 객관적인 자의 복지가 아니라 자의 주관적 의사를 대변하는 것이 특징으로 되어 있지만, 이는 소년국의 역할과는 차별화를 꾀한 것으로 생각된다.¹⁸⁸⁾

절차보좌인은 자의 신상에 관한 친자관계사건에 관하여 필요성이 있는 경우에 선임된다. 법정대리인과의 사이에 현저한 이해상반이 있는 경우와 감호자로부터의 격리된 사건 등 자의 중대한 이해에 관한 사건에 관해서는 원칙적으로 선임하여야 한다. 선임되면 친이 없는 자와 면접하고, 자의 의사에 관한 보고서를 작성하는 외에 법정에서 자의 의견청취를 위한 준비·지원, 의견청취에의 동석, 자의 입장에서의 주장 증명 등을 행하고 독립상소권도 있다. 자에 대하여 재판절차의 현상을 설명하고, 재판 후에는 그 내용의 설명도 행한다. 자격에 제한은 없으며 실제로는 변호사 외에 심리학·교육학·사회학 등을 이수한 자로서 연수를 받은 자로부터 선임된다.

또 절차보호인제도 신설 당시는 예정되어 있지 않았지만 절차보호인이 참가함으로써 화해가 촉진된다고 하는 부차적 효과가 명백하게 되어 신법에서는 화해에 협력할 것을 법원이 절차보좌인에게 위임할

186) 우리나라에서 독일의 절차보좌인제도에 관한 소개로서는, 김상용, “독일 가정법원의 기능과 역할”, 『가족법연구』, 제22권 제3호(통권 33호), 조미경교수 고회기념, 한국가족법학회, 2008, 128~132면; 박주영, 앞의 논문, 495~511면이 상세하다.

187) FamFG 제158조 4항.

188) 増田勝久, “子ども代理人制度の實現に向けて”, 『家事事件における子どもの地位-子ども代理人を考える-』, 日本加除出版株式會社, 201, 30면.

수 있는 취지로 명문화하였다.

법원은 미성년자의 신상에 관한 친자관계사건에서 자의 이익의 옹호를 위하여 필요가 있을 때에는 적당한 절차보좌인을 선임하여야 한다.¹⁸⁹⁾ 선임행위는 통상적으로 다음의 경우에 필요하다.¹⁹⁰⁾ 1. 자의 이익이 그의 법정대리인과 상반되는 경우, 2. 친권이 일부 또는 전부의 박탈이 고려되는 경우에 민법 제1666조 및 제1666조의 a절차, 3. 자를 감독하고 있는 자로부터 자를 분리하는 경우, 4. 자의 인도 또는 체재 명령(verbleibenanordnung)을 대상으로 하는 절차, 5. 면접교섭권의 배제 또는 본질적인 제한이 고려되는 경우이다. 절차보좌인은 가능한 한 조속히 선임되어야 한다, 선임이 이루어지면 절차보좌인은 관계인의 자격으로 절차에 참가하게 된다. 법원이 제2항의 경우에 절차보좌인을 선임하지 아니하면 이것은 재판의 이유로 실시되어야 한다. 절차보좌인의 선임 또는 취소 및 유사한 종류의 조치의 각하에는 독립하여 불복할 수 없다.¹⁹¹⁾ 절차보좌인은 자의 이익을 확인하여 재판절차에서 주장하여야 한다. 그는 자에게 절차의 대상, 경과, 예상되는 결론에 대하여 적절한 방법으로 알려주어야 한다. 개별사건의 정황에 따라 필요한 사항이 존재하는 한도에서 법원은 절차보좌인에게 추가적인 임무를 부여하고, 부모 및 기타 자의 이해관계인과의 대화를 주선하며, 절차대상에 대한 상호합의사항을 실현하는 데에 협력하여야 한다. 법원은 위임의 종류와 범위를 구체적으로 확정하고 위임의 사유를 실시하여야 한다. 절차보좌인은 자의 이익에 비추어 상소를 제기할 수 있다. 그는 자의 법정대리인이 아니다.¹⁹²⁾ 자의 이익이 변호사 또는 다른 적절한 절차수임인에 의하여 상당한 정도로 대리되는 경우에는 선임은 이루어지지 않거나 취소되어야 한다.¹⁹³⁾ 선임은 미리 취소되지 아니하

189) FamFG 제158조 1항.

190) FamFG 제158조 2항.

191) FamFG 제158조 3항.

192) FamFG 제158조 4항.

193) FamFG 제158조 5항.

는 한 다음의 경우에 종료한다.¹⁹⁴⁾ 1. 절차를 종결짓는 재판이 기판력을 가지는 때, 2. 기타 절차 종결. 직업적인 절차보좌인이 아닌 경우에 그 비요의 변상에 대하여는 제277조 제1항을 준용한다. 직업적인 절차보좌인인 경우에는 절차보좌인은 제4항의 임무를 수행한 것에 대하여 각 심급마다 1회 350유로의 보수를 받는다. 제4조 제3항의 사건의 이송이 있는 경우에는 550유로의 보수를 받는다. 그 보수는 절차보좌인을 수행하는 과정에서 발생하는 비용 및 보수에 부과되는 거래세액에 관한 청구권까지도 인정된다. 비용의 변상 및 보수는 언제나 국고로부터 지급된다. 그 밖의 경우에는 제168조 제1항이 준용된다.¹⁹⁵⁾ 절차보좌인에게 경비를 지출하도록 하여서는 아니 된다.¹⁹⁶⁾

2. 미국의 소송상 후견인제도¹⁹⁷⁾

법원이 선임한 후견인은 소송에서 미성년자를 대리할 수 있으나,¹⁹⁸⁾ 미국에서는 필요에 따라 법원이 소송상 후견인(guardian ad litem)을¹⁹⁹⁾

194) FamFG 제158조 6항.

195) FamFG 제158조 7항.

196) FamFG 제158조 8항.

197) 이하 미국의 소송상 후견인제도에 관한 내용은 김현수·김원태, “미국에서의 미성년후견인의 권한과 책임”, 『가족법연구』, 제26권 2호(통권 제44호), 한국가족법학회, 2012., 170~172면에서 재정리한 것이다.

198) 미성년자는 소송능력이 없다. 따라서 후견인, 재산관리후견인(conservator) 또는 다른 수탁자(fiduciary)와 같은 대리인은 미성년자의 이익을 위하여 소송을 수행하여야 한다. 일부 주에서는 판결이나 법원의 명령에서 부여한 특정한 의무의 이행을 목적으로 법원에 특별후견인(special guardian) 또는 한정후견인(limited guardian)을 선임할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 예를 들어, 부모가 없는 경우 미성년자의 군입대에 동의해 주기 위하여 특별후견인이 필요할 수 있다. N.J. Rev. Stat. § 3B:12-20 (“Special guardian for consent to enlist.”); Me. Rev. Stat. Ann. tit. 18-A, § 5-105; Okla. Stat. tit. 30, § 1-109. 이와 같은 특별후견인은 자의 재산에 대하여 부 또는 모와 자 사이에 이해가 상반되는 경우 선임할 수 있다. Richard Vance MacKay, *The Law of Guardianship* 26 (3d ed. 1980). 우리 민법은 제921조에서 친권자와 그 자 사이 또는 수인의 자 사이에 이해상반되는 행위를 함에는 법원에 그 자 또는 그 자의 일방의 특별대리인의 선임을 청구하도록 규정하고, 이 규정은 후견인에 대하여도 이를 준용한다(민법 제949조의 3 본문).

199) 미국에서의 소송상 후견인에 관하여는, 김현수·김원태, “미국에서의 미성년후견

선임할 수 있는 제도를 두고 있다.²⁰⁰⁾

미성년자의 복리에 이해관계가 있는 자는 누구라도 소송상 후견인의 선임을 청구할 수 있으며 법원은 직권(*sua sponte*)으로 소송상 후견인을 선임할 수 있다.²⁰¹⁾ 소송상 후견인은 후견절차에서 미성년자를 대리하도록 선임되거나 법원이 적절하다고 여기는 다른 원인으로 선임될 수 있다.²⁰²⁾ ① 부동산에 영향을 미치는 소송에서 원고가 비거주 미성년자를 위한 소송상 후견인의 선임을 원하는 경우,²⁰³⁾ ② 후견인과 미성년자의 이해가 충돌하는 경우,²⁰⁴⁾ ③ 법원이 소송상 후견인을

인의 권한과 책임”, 『가족법연구』, 제26권 2호(통권 제44호), 한국가족법학회, 2012., 170~172면이 상세하다.

200) Gale B. Wilhelm & David R. Hermenze, *The Role of the Guardian Ad Litem in Probate Proceedings*, 65 Conn. B.J. 462, 462 (1991); Marcia M. Boumi et al., *Legal and Ethical Issues Confronting Guardian Ad Litem Practice*, 13 J. L. & Fam. Stud. 43, 50-54 (2011). Dye v. Fremont County School Dist. No. 24, 820 P.2d 982 (Wyo. 1991); *In re M.F.B.*, 860 P.2d 1140 (Wyo. 1993) (소송상 후견인으로서 변호사의 의무를 논한 사례).

201) Okla. Stat. tit. 30, § 1-117 A. 우리 민사소송법은 법정대리인이 없거나 법정대리인이 대리권을 행사할 수 없는 경우에 미성년자를 상대로 소송행위를 하고자 하는 사람은 소송절차가 지연됨으로써 손해를 볼 염려가 있다는 것을 소명하여 주소법원에 특별대리인을 선임하여 주도록 신청할 수 있도록 하고 있다(민사소송법 제62조 1항). 또 위의 경우로서 미성년자가 소송행위를 하는 데 필요한 경우에는 그 친족·이해관계인 또는 검사는 소송절차가 지연됨으로써 손해를 볼 염려가 있다는 것을 소명하여 주소법원에 특별대리인을 선임하여 주도록 신청할 수 있지만(민사소송법 제62조), 특별대리인이 소송행위를 하기 위해서는 후견인과 같은 권한을 받아야 한다(민사소송법 제62조 4항). 그리고 특별대리인의 선임에 관한 비용과 특별대리인의 소송행위에 관한 비용은 신청인에게 부담하도록 명할 수 있도록 하고 있다(민사소송법 제62조 6항). 필요한 경우에는 법원이 직권으로도 특별대리인을 선임할 수 있도록 개정하는 것이 바람직하다.

202) *Rose v. Rose*, 519 So. 2d 6 (Fla. App. 1987) (부의 면접교섭권의 경우) Alaska. *Rich v. Berry*, 857 P.2d 341 (Alaska 1993) (가사소송사건의 경우) *In re H.J.F.*, 634 N.E.2d 551 (Ind. App. 1994) (혼외 자의 부양청구소송); Candice M. Murphy-Farmer, *Mandatory Appointment of Guardians Ad Litem for Children in Dissolution Proceedings: An Important Step Towards Low-Impact Divorce*, 30 Ind. L. Rev. 551 (1997); Raven C. Lidman & Betsy R. Hollingsworth, *The Guardian Ad Litem in Child Custody Cases: The Contours of Our Judicial System Stretched Beyond Recognition*, 6 Geo. Mason L. Rev. 255 (1998) 참조.

203) N.D. Cent. Code § 28-03-03.

204) Mo. Rev. Stat. § 475.097; Ohio Rev. Code Ann. § 2111.23.

선임하지 않으면 미성년자가 적절히 대리될 수 없다고 판단하는 경우,²⁰⁵⁾ ④ 피후견인의 소송에서 방어를 하거나 다른 소송을 위하여 변호사가 필요한 경우²⁰⁶⁾와 같은 다양한 상황에서 소송상 후견인이 필요하게 된다. 소송상 후견인으로서의 의무와 기능을 이해하는 성인은 누구나 소송상 후견인으로 선임될 수 있다.²⁰⁷⁾ 자의 최선의 이익이 후견인을 통해서 대리된 경우 그 판결의 효력은 미성년자에게 귀속되며, 소송상 후견인을 선임하지 않은 판결은 무효로 되지는 않지만 취소할 수 있다.²⁰⁸⁾

3. 영국의 절차후견인제도

영국에서 법원은 절차를 수행하는 것이 미성년자녀의 최선의 이익이라고 판단될 때에는 미성년자녀를 당사자로 할 수 있다.²⁰⁹⁾ 미성년자에게는 자신의 이익을 위한 소송절차를 수행하기 위하여 절차후견인(Litigation Friend)이 있어야 한다.²¹⁰⁾ 예외적인 경우를 제외하고는 절차후견인이 있는 한 법원의 허가 없이 어느 누구도 절차를 수행할 수 없다.²¹¹⁾ 법원의 다른 지시가 없는 한 자녀에게 절차후견인이 있기 전에는 어떤 행위도 효력이 없다.²¹²⁾

205) Mont. Code Ann. § 72-5-408; N.H. Rev. Stat. Ann. § 464-A:41.

206) Vt. Stat. Ann. tit. 14, § 2657.

207) Wilhelm & Hermenze(주 45), at 465. 부모가 소송상 후견인이 되는 경우도 있으나, 소송상 후견인이 부담하는 의무의 성격상 검인법원은 소송상 후견인으로 변호사를 선임하는 것이 관례이다. Id. 일부 주에서는 소송상 후견인으로서 자를 대리하는 변호사를 위한 기준을 제시하고 있다. 예를 들어, New York State Bar Association Committee on Children and the Law, Law Guardian Representation Standards, II Custody Cases (1994); Tex. Fam. Code Ann. § 107.001.

208) *In re Doe*, 91 Haw. 166, 981 P.2d 723 (Haw. Ct. App. 1999).

209) FPR 2010, 16.2(1).

210) FPR 2010, 16.5.(1)(b).

211) FPR 2010, 16.8.(2).

212) FPR 2010, 16.8.(3).

자녀의 이익을 위하여 절차를 공정하게 수행할 수 있고 자녀의 이익에 상반되는 이해를 갖지 않는 사람은 절차후견인으로 활동할 수 있다.²¹³⁾

법원은 공익법무관(Official Solicitor), 공무원 그 밖의 적당한 자를 절차후견인으로 선임할 수 있다.²¹⁴⁾ 절차후견인의 선임명령은 절차후견인이 되고자 하는 자 또는 당사자의 신청이나 직권으로 이루어진다.²¹⁵⁾ 법원은 언제든지 당사자에게 절차후견인선임을 청구하도록 지시할 수 있다.²¹⁶⁾ 절차후견인선임청구는 증거에 의하여 뒷받침되어야 한다.²¹⁷⁾ 법원의 다른 지시가 없으면 미성년자녀를 위하여 절차후견인으로 선임된 사람은 문서의 송달이나 통지 등에 관해서는 당사자로 취급된다.²¹⁸⁾

법원은 절차후견인의 임기가 종료되었거나 새로운 절차후견인이 선임된 경우에는 종전의 절차후견인을 절차후견인으로서 행동하지 못하도록 지시할 수 있다.²¹⁹⁾

절차후견인에게는 실무지침 16A(Practice Direction 16A)에 따른 권한과 책임이 있으며,²²⁰⁾ 그 권한과 책임은 실무지침 16A(Practice Direction 16A)에 따라 수행하여야 한다.²²¹⁾ 미성년자가 18세에 달한 때에는 절차후견인의 임기는 종료한다.²²²⁾ 법원공무원은 자녀의 절차후견인으로서의 활동이 끝났다는 것을 상대방 당사자에게 통지하여야 한다.²²³⁾

213) FPR 2010, 16.9.(2)(a)(b).

214) FPR 2010, 16.11(1)(a)(b)(c).

215) FPR 2010, 16.11(2)(a)(b).

216) FPR 2010, 16.11(3).

217) FPR 2010, 16.11(4).

218) FPR 2010, 16.11(5).

219) FPR 2010, 16.12(1)(a)(b)(c).

220) FPR 2010, 16.14(1)(a).

221) FPR 2010, 16.14(1)(b).

222) FPR 2010, 16.15(1).

223) FPR 2010, 16.15(2).

4. 호주의 자의 독립변호사제도

호주에서는 미성년자의 보호기관으로서 ‘자의 독립변호사(Independent Children’s Lawyers, ICL)’제도가 있다.²²⁴⁾ ICL은 자의 감호에 관한 사건 중에서도 일정한 복잡한 사건에서 법원에 의하여 선임되며 당사자로부터 중립·공정한 입장에서 자녀의 최선의 이익을 도모하기 위한 활동을 한다.²²⁵⁾

ICL은 자의 감호사건의 모두에 선임되는 것은 아니고 자의 최선의 이익과 자의 복리가 최대한 또 적절하게 고려될 필요가 있는 가사사건(FLA 제68조 L(1))과 그 밖의 국제적인 자의 탈취 사안 등 특별한 필요성이 있는 경우에 선임된다.

ICL은 법원의 재량에 의하여 선임된다(FLA 제68조 L(2)). 다만 직권에 의한 선임이 아니라 당사자와 자녀 본인 외에 복지기관 그 밖의 어떠한 자에게도 선임신청권이 있다(FLA 제68조 L(4)).

ICL의 자격은 변호사(Lawyer)에 한한다. ICL후보자를 위한 연수제도가 있으며, 변호사회, 법률부조기관(Legal Aid), 가정법원이 공동으로 실시하고 있다. 연수 종료 후에 면접 등을 거쳐 후보자 리스트에 등재된다.

ICL의 역할은 가사사건에서 최우선 고려요소로 될 ‘자의 최선의 이익’이라고 하는 이념에 따라 거기에 이바지하는 증거를 수집한 다음 그 자에게 최선의 이익이 무엇인가에 관하여 독자의 견해를 형성하고

224) 호주에서는 미성년자의 보호기관으로서 1975년 연방가족법 당초부터 존재하였으며, 자의 대리인(Child Representatives), 개별대리인(Separate Representatives)으로 불리었지만, 2006년 연방가족법 개정에 의하여 ‘자의 독립변호사(Independent Children’s Lawyers, ICL)’로 변경되었다.

225) 호주에서는 연방가족법(The Family Law Act 1975)에 자의 최선의 이익의 원칙과 그 내용이 정해져 있다(FLA 60조 B~60조 C). 법원이 자의 감호명령을 발할 때 자의 최선의 이익은 최우선 고려사항(the Paramount Consideration)이 된다(FLA 제60조 C A).

법원에 의견을 진술하는 등의 재판상의 행위를 행한다(FLA 제68조 L A(2)(3)). 다만 ICL은 자로부터 독립한 존재이며, 자를 위하여 선임되는 변호사라고 하더라도 자의 법적인 대리인은 아니며, 자의 지시에 따라 행동할 책무는 없다(FLA 제68조 L A(4)).

그 밖에 ICL의 책무로서 ① 당사자를 공평하게 취급할 것, ② 자로부터 표명된 적절한 의견은 법원에 제공할 것, ③ 자에 관한 보고서와 문서에 관하여 분석하고 자의 최선의 이익에 필요한 부분을 법원에 제시할 것, ④ 재판절차에 의하여 자에게 생길 트라우마의 경감에 노력할 것, ⑤ 자의 최선의 이익에 부합하는 한 합의에 의한 분쟁해결의 촉진에 노력할 것(FLA 제68조 L A(5)) 등을 들 수 있다.

ICL의 비용은 당사자의 부담이 원칙이지만 법률부조가 된다.

5. 대만의 절차감리인제도

대만 가사사건법에서는 미성년자녀의 절차적 이익을 옹호하기 위하여 절차후견인으로서 절차감리인(程序監理人)제도를 두고 있다.²²⁶⁾

독립적으로 법률행위를 진행하여 의무를 다할 수 있는 경우에는 행위능력이 있다. 만 7세 이상의 미성년자는 법률에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고 그 신분 및 인신자유에 관련된 사건에 대하여 행위능력이 있다. 독립적으로 법률행위를 진행하여 의무를 다할 수 없으나 그 의사표시능력을 증명할 수 있는 경우 법률에서 별도로 규정하는 경우를 제외하고 그 신분 및 인신자유에 관계된 사건에 대하여 역시 행위능력이 있다.²²⁷⁾

가사사건의 처리에서 다음의 정황 중 하나가 있는 경우 법원은 이해관계인의 신청 또는 직권에 따라 절차감리인을 선임할 수 있다. 一.

226) 대만의 가사사건법은 2012년 1월 11일 제정되어 2012년 6월 1일부터 시행되고 있는데, 전문 200조의 비교적 상세한 규정을 두고 있다.

227) 대만 가사사건법 제14조.

행위무능력자와 그 법정대리인이 이익의 충돌의 우려가 있는 경우, 二. 행위무능력자의 법정대리인이 대리권을 행사할 수 없거나 대리권 행사가 어려운 경우, 三. 행위능력자의 권리를 보호하기 위하여 필요하다고 인정되는 경우, 법원은 전조 제2항 및 제3항의 정황에 대해 직권으로 절차감리인을 선임할 수 있다. 법원은 전 2항에 따라 절차감리인을 선임한 후 필요하다고 인정되면 수시로 취소하거나 변경을 결정할 수 있다. 법원은 전 3항의 결정을 하기 전에 마땅히 당사자, 법정대리인, 피선임인 및 법원의 직무상 이미 알고 있는 기타 이해관계인에게 의견진술의 기회를 주어야 한다. 단, 어려운 정황이 있거나 또는 그 건강을 해칠 가능성이 있거나 명백히 절차를 지연하게 될 가능성이 있는 경우는 이에 제한을 받지 아니한다.²²⁸⁾

양부모와 양자녀 간의 소송에 있어 양자녀가 행위능력이 없고 양부모가 그 법정대리인인 경우 친생부모가 소송행위를 대리하여야 한다. 법원은 제15조의 규정에 따라 절차감리인을 선임할 수 있다. 친생부모가 없거나 친생부모가 부적임한 경우 제15조의 규정에 따라 절차감리인을 선임한다.²²⁹⁾

미성년자녀의 권리의무의 행사와 부담에 관한 사건에 대하여 미성년자녀가 당사자가 아니더라도 법원은 미성년자녀의 최선의 이익을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 부모, 미성년자녀, 주관기관, 사회복지기관 또는 그 밖의 이해관계인의 신청 또는 직권으로 미성년자녀를 위하여 절차감리인을 선임할 수 있다.²³⁰⁾

감호선고사건 및 감호선고취소사건에서 감호선고인은 절차능력을 가진다.²³¹⁾ 다만 의사능력이 없는 자에 대해서는 법원이 직권으로 그 절차감리인을 선임한다.²³²⁾

228) 대만 가사사건법 제15조.

229) 대만 가사사건법 제62조.

230) 대만 가사사건법 제109조.

231) 대만 가사사건법 제165조 전단.

232) 대만 가사사건법 제165조 후단.

법원은 사회복지주관기관, 사회복지기구의 소속인원 또는 변호사협회, 사회복지사협회 또는 그 밖의 유사한 협회가 추천한 양성평등권 의식을 가지고 다원화된 문화를 존중하며 가사사건과 관련된 사건을 처리할 수 있는 적절한 인원을 절차감리인으로 선임할 수 있다.²³³⁾

이 법의 시행 전에 이미 계속되었으나 아직 종결하지 아니한 가사 사건을 수리한 법원은 이 법의 규정에 따라 절차감리인을 선임할 수 있다. 사건이 제2심법원에 계속된 경우 역시 동일하다.²³⁴⁾

당사자 또는 관계인이 이미 대리인을 선임한 경우 법원은 그 밖에 적당한 자가 없는 경우를 제외하고 해당 대리인을 그 절차감리인으로 선임하여서는 아니 된다.

① 미성년자녀의 권리의무의 행사 또는 부담에 관련된 경우, ② 피성년후견인 또는 피한정후견인과 관련된 사건인 경우, ③ 안치를 받은 자 또는 중병환자와 관련된 사건인 경우 법원은 필요하다고 인정할 때에는 이 법 제15 조 제1항, 제2항 규정에 따라 절차대리인을 선임하는 것이 바람직하다.²³⁵⁾

법원은 가사소송사건 또는 가사비송사건의 처리에 있어 이 법 제15 조 제1항에 열거한 사항이 있음이 인정되면 신청 또는 직권으로 1인 또는 1인 이상의 절차감리인을 선임하는 것이 바람직하다. 절차감리인의 선임 시에는 당사자, 법정대리인, 피후견인 및 이미 알고 있는 관계인에게 의견진술의 기회를 주어야 한다. 다만 곤란한 사정이 있거나 건강을 위협할 가능성이 있거나 현저히 절차를 지연시킬 가능성이 있는 경우에는 그러한 제한을 받지 아니한다. 전항의 의견의 진술은 서면 또는 이 법 제75조 제7항이 정하는 전신전송 또는 기타 과학

233) 대만 가사사건법시행세칙 제5조.

234) 대만 가사사건법시행세칙 제5조.

235) 대만 가사사건법시행세칙 제22조.

설비의 방식으로 할 수 있다. 법원은 절차감리인의 선임 신청을 기각할 시 마땅히 그 이유를 첨부하여야 한다.²³⁶⁾

절차감리인은 피후견인의 이익을 위하여 모든 절차를 진행할 수 있는 권리가 있으며 아울러 독립적으로 상소, 항고 또는 기타 불복 신청을 할 수 있다.²³⁷⁾ 절차행위를 피후견인 본인에 한정하는 경우 절차감리인은 절차행위를 할 수 없다. 법률에서 별도로 규정하는 경우를 제외하고 피후견인이 법에 따라 할 수 없는 절차행위는 절차감리인도 할 수 없다.²³⁸⁾ 절차감리인의 행위와 행위능력자의 행위가 일치하지 아니하는 경우 법원은 적당하다고 인정하는 자를 기준으로 한다.²³⁹⁾ 절차감리인과 피후견인의 법정대리인 또는 행위능력이 있는 피후견인이 진행한 절차행위가 일치하지 않을 때에는 법원이 적당하다고 인정하는 자를 기준으로 한다.²⁴⁰⁾ 선임된 절차감리인은 심급제한을 받지 아니한다.²⁴¹⁾ 가사사건의 재판은 절차감리인에게 송달하여야 한다. 절차감리인의 상소, 항고 및 불복신청 기간은 절차감리인이 송달을 받은 시점부터 기산한다.²⁴²⁾

절차감리인은 법원서기관에게 문서의 열람, 필사 또는 촬영을 신청하거나 필사본, 복사본 또는 발췌본을 신청할 수 있다. 그 절차는 민사소송법 제242조, 제243조의 규정을 준용한다.²⁴³⁾

절차감리인은 직무의 집행에 있어 마땅히 피후견인의 최선의 이익을 수호하고 피후견인과 기타 친족의 가정관계, 생활상황, 감정상황 등 일체의 정황을 고려하여야 한다. 절차감리인은 피후견인의 이익과 상호

236) 대만 가사사건법시행세칙 제20조.

237) 대만 가사사건법시행세칙 제5조.

238) 대만 가사사건법시행세칙 제24조.

239) 대만 가사사건법시행세칙 제5조.

240) 대만 가사사건법시행세칙 제30조.

241) 대만 가사사건법시행세칙 제5조.

242) 대만 가사사건법시행세칙 제24조.

243) 대만 가사사건법시행세칙 제24조.

충돌되는 사정이 있음을 발견한 경우 즉시 법원에 알려야 한다. 피후견인의 친족, 학교 선생님 또는 사회전문인원이 전항의 사정을 발견한 경우 역시 법원에 알려야 한다.²⁴⁴⁾ 절차감리인은 적당한 방법으로 피후견인의 연령 및 이해할 수 있는 정도에 따라 피후견인의 사건 진행의 목적, 절차 및 결과를 고지하여야 한다.²⁴⁵⁾ 절차감리인은 필요할 때에는 피후견인과 회담할 수 있다. 전항의 회담은 피후견인의 최선의 이익을 참작하고 피후견인이 진술을 중복하는 것을 피하며 아울러 필요할 때에 최소한도 내에서 이루어져야 한다.²⁴⁶⁾

법원은 사건 진행 정도에 따라 조화롭게 처리할 수 있는 희망이 있는 경우 절차감리인과 피후견인의 특정 가족 회담을 허가하여 사건 진행의 이해관계 및 미칠 수 있는 영향을 분석하고 조정절차의 진행에 참여하도록 할 수 있다. 법원은 전항의 허가에 있어 마땅히 구체적으로 회담의 중점과 범위를 지명하고 당사자 또는 관계인에게 이를 설명하여야 한다.²⁴⁷⁾

법원은 절차감리인이 ① 피후견인의 법원의 결정에 대한 이해능력, ② 피후견인의 바램, ③ 피후견인의 법정출두진술의 적합성과 바램 여부, ④ 절차진행을 위한 적정 장소, 환경 또는 방식, ⑤ 절차진행을 위한 적당한 시간, ⑥ 기타 피후견인의 본안에 유리한 청구 방법, ⑦ 그 밖에 법원이 적당하다고 인정하거나 절차감리인이 법원이 마땅히 이해하여야 한다고 인정하는 사항에 대하여 보고서 또는 건의서를 제출하도록 명령할 수 있다. 전항의 보고서와 건의서는 법원 동의를 거쳐 구두로 제출하는 경우 마땅히 기록하여야 한다.²⁴⁸⁾

법원이 절차감리인을 선임한 후 피후견인이 별도로 대리인을 선임한 경우 법원은 적당하다고 인정될 경우 절차감리인을 취소하거나 변

244) 대만 가사사건법시행세칙 제25조.

245) 대만 가사사건법시행세칙 제26조.

246) 대만 가사사건법시행세칙 제27조.

247) 대만 가사사건법시행세칙 제28조.

248) 대만 가사사건법시행세칙 제29조.

경할 수 있다. 절차감리인은 취소 또는 변경에 관한 결정의 발효 시점부터 피후견인을 위한 일체의 절차행위의 권리를 상실한다.²⁴⁹⁾

절차감리인에게 ① 피후견인의 최상의 이익을 수호하지 아니한 경우, ② 피후견인의 이익과 충돌하는 경우, ③ 피후견인 또는 그 가족 회담에 부당한 행위가 있어 충분히 사건의 진행 또는 피후견인의 이익에 영향을 미칠 수 있는 경우, ④ 피후견인에게 이미 적합한 대리인이 있는 경우, ⑤ 그 직업윤리규범 또는 절차감리인의 윤리규범을 위반한 경우, ⑥ 그 밖에 부적임한 사정이 있거나 이미 절차감리인을 선임할 필요가 없어진 경우 중 하나가 있는 경우 법원은 절차감리인을 취소하거나 변경할 수 있다. 법원은 전항의 결정을 하기 전에 피후견인 및 절차감리인에게 의견진술의 기회를 주어야 한다. 전조 제2항은 제1항의 취소 또는 변경에 준용한다.²⁵⁰⁾

법원은 절차감리인의 신청에 따라 그 직무의 내용, 사건의 복잡정도 등 일체의 정황에 비추어 참작하여 보수금을 결정하며 그 보수금을 절차비용의 일부로 간주한다. 전항의 보수금에 대해 법원은 필요할 때에는 기간을 정하여 당사자 또는 이해관계인이 예납하도록 명령할 수 있다. 다만 그 예납이 확실히 곤란한 경우 국고로 전체 또는 일부를 대납할 수 있다. 법원이 직권으로 선임한 경우 역시 국고로 대납할 수 있다. 절차감리인의 선임, 보수금의 결정, 비용 예납 및 국고 대납의 방법은 사법원이 정한다.²⁵¹⁾

법원이 당사자가 위임한 대리인을 절차감리인으로 선임할 때에 해당 대리인이 이미 보수를 수령한 경우 재차 절차감리인의 보수를 수령할 수 없다.²⁵²⁾

249) 대만 가사사건법시행세칙 제31조.

250) 대만 가사사건법시행세칙 제32조.

251) 대만 가사사건법 제16조.

252) 대만 가사사건법시행세칙 제21조.

① 피후견인이 미성년자이며 본인이 지급능력이 없는 경우, ② 피후견인이 성년후견 또는 한정후견을 받아야만 하는 자, 피안치인이며 지급능력이 없는 경우 중 하나에 해당하는 경우 절차감리인의 보수는 국고에서 전부 또는 일부를 대납할 수 있다.²⁵³⁾

피후견인이 미성년자이며 그 법정대리인이 당사자이거나 관계인으로써 지급능력이 있는 경우 법원은 법정대리인이 예납하도록 명령할 수 있다. 전 2항이 정하는 무지급능력의 인정은 법률부조법 제3조의 규정을 참고하여 인정한다.

법원은 절차감리인의 보수액을 직무내용, 사건의 경중, 근면정도, 절차감리인 집행변호사, 사회봉사자 또는 관련업무의 보수표준을 참작하여 1인당 한 십급마다 대만화폐로 5천원에서 3만 8천원 내에서 재판으로 정한다.²⁵⁴⁾ 전항의 보수에는 포괄절차감리인이 당해 사건을 위하여 지출이 필요한 비용이 포함되어 있다.²⁵⁵⁾ 법원은 전 2항의 재판으로 정하기 전에 절차감리인 및 당사자에게 의견진술의 기회를 주어야 한다.²⁵⁶⁾ 절차감리인은 제1항의 사유를 설명하여야 한다.²⁵⁷⁾ 전조 제1항 보수에는 법원이 필요하다고 인정할 때에는 당사자 또는 이해관계인에게 일부 또는 전부를 예납하게 할 수 있다.²⁵⁸⁾ 전항의 예납이 현저하게 곤란한 자는 법원이 필요하다고 인정할 때에는 국고에서 전부 또는 일부를 집행할 수 있다.²⁵⁹⁾ 법원의 직권으로 선임하는 자도 마찬가지이다.²⁶⁰⁾

253) 대만 가사사건법시행세칙 제23조.

254) 대만 程序監理人選任及酬金支給變法 제13조 1항.

255) 대만 程序監理人選任及酬金支給變法 제13조 2항.

256) 대만 程序監理人選任及酬金支給變法 제13조 3항.

257) 대만 程序監理人選任及酬金支給變法 제13조 4항.

258) 대만 程序監理人選任及酬金支給變法 제14조 1항.

259) 대만 程序監理人選任及酬金支給變法 제14조 2항.

260) 대만 程序監理人選任及酬金支給變法 제14조 3항.

6. 소 결

각국은 가사사건절차에서 미성년자녀의 이익을 옹호하기 위하여 용어는 다르지만 절차후견인제도를 두고 있음을 알 수 있었다.

독일은 자의 신상에 관한 절차에서 자의 의사를 대변하는 자로서 절차보좌인(Verfahrensbeistand)제도를 두고 있는데, 자격에 제한은 없으며 실제로는 변호사 외에 심리학·교육학·사회학 등을 이수한 자로서 연수를 받은 자로부터 선임된다. 절차보좌인의 보수에 관해서도 상세한 규정을 두고 있다는 것을 알 수 있었다.

미국에서는 필요에 따라 법원이 소송상 후견인(guardian ad litem)을 선임할 수 있는 제도를 두고 있다. 소송상 후견인으로서의 의무와 기능을 이해하는 성인은 누구나 소송상 후견인으로 선임될 수 있다.

영국의 경우 미성년자에게는 자신의 이익을 위한 소송절차를 수행하기 위한 절차후견인(Litigation Friend)제도를 두고 있다. 자녀의 이익을 위하여 절차를 공정하게 수행할 수 있고 자녀의 이익에 상반되는 이해를 갖지 않는 사람은 절차후견인으로 활동할 수 있는데, 법원은 공익법무관(Official Solicitor), 공무원 그 밖의 적당한 자를 절차후견인으로 선임하고 있다는 것을 알 수 있었다.

호주에서는 미성년자의 보호기관으로서 ‘자의 독립변호사(Independent Children’s Lawyers, ICL)’제도를 두고 있다. ICL은 자의 감호사건의 모두에 선임되는 것은 아니고 자의 최선의 이익과 자의 복리가 최대한 또 적절하게 고려될 필요가 있는 가사사건과 그 밖의 국제적인 자의 탈취 사안 등 특별한 필요성이 있는 경우에 선임된다. ICL의 자격은 변호사(Lawyer)에 한한다. 변호사회, 법률부조기관(Legal Aid), 가정법원이 공동으로 ICL후보자를 위한 연수를 실시하고, 연수 종료 후에 면접 등을 거쳐 후보자 리스트에 등재된다. ICL의 비용은 당사자의 부담이 원칙이지만 법률부조가 된다.

대만 가사사건법에서는 미성년자녀의 절차적 이익을 옹호하기 위하여 절차후견인으로서 절차감리인(程序監理人)제도를 두고 있다. 가사사건의 처리에서 일정한 경우에 법원은 이해관계인의 신청 또는 직권에 따라 사회복지주관기관, 사회복지기구의 소속인원 또는 변호사협회, 사회복지사협회 또는 그 밖의 유사한 협회가 추천한 양성평등권의식을 가지고 다원화된 문화를 존중하며 가사사건과 관련된 사건을 처리할 수 있는 적절한 인원을 절차감리인으로 선임할 수 있다. 절차감리인의 보수는 당사자 또는 이해관계인이 예납하도록 하고 있으며, 법원이 직권으로 선임한 경우에는 국고로 대납할 수 있도록 하고 있음을 알 수 있었다.

이상에서 살펴본 바에 따르면 각국은 가사사건절차에서 미성년자녀의 이익을 옹호하기 위하여 절차후견인제도를 두고 있으며, 그 자격은 호주를 제외하고는 자격에 제한이 없음을 알 수 있었다. 또 보수와 관련하여서도 법원이 선임한 경우에는 국고로 대납하고 있다는 것을 알 수 있었다.

가사사건절차에서 미성년자녀의 최선의 이익을 옹호하기 위하여 절차후견인제도의 도입은 꼭 필요하다고 판단된다.

제 5 장 미성년후견제도에 관한 입법평가 및 대안제시

현대 가족법에서 의무성이 강조되는 친권의 행사는 ‘자의 복리’ 기준에 적합할 것이 요구된다. 친권의 연장 또는 보충이라는 기능을 담당하고 있는 미성년후견 역시 제도의 설계와 운용에 있어 ‘자의 복리’는 1차적으로 고려해야 할 기준이 되어야 한다. 그간 친권제한과 관련해서는 친권의 개념, 친권의 유연화 등에 관한 논의가 이루어져 왔으나, 미성년후견과 관련해서는 제도 운영과 관련한 구체적인 실태조사가 이루어지지 않고 있고, 자의 복리의 관점에서 제도의 구축에 대한 논의 또한 미흡한 실정이다. 이러한 점을 고려하면 2011년 민법개정에서 성년후견제도를 현대법의 관점에서 재구축한 것과 마찬가지로 향후 친권제한제도에 대한 논의와 더불어 미성년후견제도의 재구축에 대한 논의가 필요하다. 그리고 이러한 논의의 기준은 ‘자의 복리’ 또는 ‘자의 최선의 이익’이 되어야 한다.

앞서 살펴본 바와 같이, 현행 민법상 미성년후견제도는 미성년자인 자의 최선의 이익을 담보하기에는 부족한 측면이 많다. 이에 반해, 외국의 제도는 이러한 측면을 고려하여 구체적인 규정을 담고 있다. 이하에서는 앞서 살펴본 국내에서의 문제점과 외국에서의 관련 제도를 비교, 검토하면서, 현행 미성년후견제도에 대한 입법평가 및 입법론적 대안을 제시한다.

1. 미성년후견인의 선임

미성년자를 위한 후견은 미성년자에 대해 친권자가 없거나 친권자가 법률행위의 대리권 및 재산관리권을 행사할 수 없는 경우에 개시된다(민법 제928조). 종래 미성년후견의 경우에는 친권자가 유언으로 후견

인을 지정할 수 있었고(민법 제931조), 이러한 유연이 없는 경우에는 법정후견인제도에 의하여 민법이 정하는 순서에 따라 후견인이 되었다. 그리고 법정후견인이 될 수 있는 자가 없는 경우에는 피후견인의 친족 등의 청구에 의하여 법원이 후견인을 선임하였다(개정 전 민법 제936조).

한편, 2011년 개정 민법은 종래의 법정후견인제도를 폐지하였다. 법정후견인제도의 폐지는 후견인이 될 자의 자질과 능력을 고려하지 않고 자동적으로 미성년후견인이 되도록 함으로써 피후견인인 미성년자의 복리를 해칠 우려가 있다는 점을 고려한 것이다.²⁶¹⁾ 이에 따라 현행 민법에서는 미성년후견인의 지정이 없거나 미성년후견인이 없게 된 경우에는 가정법원이 미성년자, 친족, 이해관계인, 검사, 지방자치단체장의 청구 또는 직권으로 미성년후견인을 선임하게 된다(민법 제932조 제1항). 그리고 미성년후견인이 지정되거나 선임된 경우에도 그 후 사망, 결격(민법 제937조), 사임(민법 제939조) 등의 이유로 미성년후견이 종료되면 가정법원이 후견인을 선임하게 된다.

이에 따라 현행 민법에서는 가정법원에 의한 미성년후견인의 선임이 보다 중요한 역할을 하게 되었다. 미성년후견이 친권의 연장 또는 보충이라는 점을 고려하면, 법원은 친권자 지정의 경우²⁶²⁾와 같이 피후견인인 미성년자의 복리를 우선적으로 고려하여 가장 신중하고 적절히 미성년후견사무를 수행할 수 있는 자를 후견인에 선임할 것이 요구된다. 그러나 현행 민법에서는 후견인의 결격사유에 관한 규정(민법 제937조)만을 두고 있으며, 미성년후견인 선임의 경우에 미성년자의 의사를 존중한다는 명시적 규정을 두지 않고 있다.²⁶³⁾

261) 김주수·김상용, 「친족·상속법」, 제11판, 2013, 446~47면.

262) 개정 민법 제912조 제2항에서는 가정법원이 친권자를 지정하는 경우 자의 복리를 우선적으로 고려하도록 하고 이를 위해 관련 분야의 전문가나 사회복지기관으로부터 자문을 받을 수 있도록 하는 내용이 신설되었다.

263) 다만, 2013년 6월 5일 대법원 규칙 제2467호로 개정된 가사소송규칙 제65조 4항

전술한 바와 같이, 독일의 경우 후견인으로 선임되는 자는 일차적으로 피후견인의 부모에 의하여 지정된 자이다(독일 민법 제1776조).²⁶⁴⁾ 다만, 부모에 의하여 지정된 자가 후견인이 되는 것이 피후견인의 복리에 반하는 경우(독일 민법 제1778조 제1항 제4호) 또는 14세 이상의 피후견인이 부모의 지정에 반대하는 경우(동 제5호) 등은 그러하지 아니다. 부모의 지정이 없는 경우 가정법원은 아동복지국(Jugendamt)의 의견을 청취한 후 적임자를 선임한다(독일 민법 제1779조 제1항). 이 때 부모의 추정적 의사, 피후견인의 개인적인 유대, 혈족 또는 인척관계, 그리고 피후견인의 신앙을 고려한다(독일 민법 제1779조 제2항). 일본도 미성년후견인을 선임하는 때에 미성년자의 연령, 심신의 상태, 생활·재산의 상황, 미성년후견인이 되는 자의 직업 및 경력, 미성년자와의 이해관계의 유무, 미성년자의 의견 기타 일체의 사정을 고려하도록 규정하고 있다(일본 민법 제840조 제3항). 미국의 경우, 법원이 후견인의 선임을 청구하는 다수의 친족, 친구 또는 이해관계인 중 한 명을 선택하여야 하는 경우 다양한 요소들을 고려하여 결정한다. 우선, 많은 수의 주에서는 14세 이상의 자가 지정하는 사람이 우선하게 된다.²⁶⁵⁾ 그리고 법원은 후견인이 되고자 하는 자의 성격, 기질(temperament), 그리고 성실성(sincerity)을 평가하여야 한다.²⁶⁶⁾ 보호의 지속

에서는 “가정법원은 미성년후견인·미성년후견감독인의 선임과 변경 심판을 하는 경우 그 미성년자가 13세 이상인 때에는 그 미성년자의 의견을 들어야 한다. 다만, 미성년자의 의견을 들을 수 없거나 미성년자의 의견을 듣는 것이 오히려 미성년자의 복지를 해할만한 특별한 사정이 있다고 인정되는 때에는 그러하지 아니하다.”는 규정을 신설하였다.

264) 독일의 경우 후견은 통상 가정법원이 직권으로 개시를 결정한다(독일 민법 제1774조 1문). 후견이 개시되는 것은 ① 자가 친권에 복종하지 않게 된 때, ② 부모 쌍방이 신상감호 및 재산관리에 대하여 자를 대리할 권한을 가지지 못한 경우, 혹은 ③ 자의 가족관계가 불명한 때(독일 민법 제1773조)이다.

265) Dan O’Hanlon & Margaret Workman, *Beyond the Best Interest of the Child: The Primary Caretaker Doctrine in West Virginia*, 92 W. Va. L. Rev. 355, 387 (1990).

266) *In re Application of White*, 118 A.D.2d 336, 505 N.Y.S.2d 116 (1986).

성(continuity of care: 미성년자가 일정기간 동안 해당인과 동거한 경우)은 법원의 판단을 위한 또 다른 중요한 요소라고 할 수 있다.²⁶⁷⁾ 또한 재산과 재정 관리능력은 법원이 재산관리후견인의 선임에 판단하는 경우 중요한 고려요소 중 하나이며,²⁶⁸⁾ 일부 주에서는 부모와 동일한 종교적 신념 또한 후견인 선임에 중요한 요소 중 하나로 고려된다.²⁶⁹⁾ 그러나 후견인의 선임에 관하여 다툼이 있는 경우에 법원은 종국적으로 무엇이 자의 최선의 이익인지를 고려하여 최종적인 결정을 하게 된다.²⁷⁰⁾

이러한 점을 고려할 때 우리의 현행 규정은 앞서 살펴본 아동권리 협약상 아동의 최선의 이익 평가에 요구되는 실체적·절차적 고려요소에 부합하지 않는다. 따라서 입법론적으로 미성년후견인의 선임에서 미성년자의 연령이나 성숙도에 따라 본인의 의사를 존중하는 한편, 미성년자의 최선의 이익을 확보할 수 있는 다양한 고려요소를 반영할 필요가 있다.

2. 미성년후견인의 수: 복수후견인의 문제

현행 민법은 미성년후견인의 수는 1인으로 한정한다는 규정이 유지되어 있다(민법 제930조 제1항). 그러나 전술한 바와 같이, 공동친권의 관념하에서 친권이 부와 모의 공동의 권리·의무인 것과 마찬가지로 복수의 자에게 미성년후견인이 될 수 없도록 할 필요는 없을 것이다. 또한, 미성년후견이 실질적으로 부모의 사망이나 아동학대 등에 의한

267) Trammell v. Isom, 25 Ark. App. 76, 753 S.W.2d 281 (1988).

268) Fla. Stat. § 744.312(c) (“The court shall give preference to the appointment of a person who ... (c) Has the capacity to manage the financial resources involved.”).

269) Pa. Stat. Ann. tit. 20, § 5113 (“A person of the same religious persuasion as the parents of the minor shall be preferred as guardian of his person.”).

270) L.F.H. v. People, 256 Ill. App. 3d 451, 628 N.E.2d 805 (1993); *In re Guardianship of Janke*, 500 N.W.2d 207 (S.D. 1993).

친권상실 등의 경우라는 점을 감안하면, 이 경우에 있어 미성년자에 대해 신상감호를 담당하는 미성년후견인의 부담을 경감시킬 수 있는 한 방안이 복수후견인제도라는 점도 고려하여야 한다. 이러한 점을 감안한다면, 미성년후견인의 수를 1인으로 한정하고 있는 현행제도는 후견인간의 의견의 불일치나 충돌, 책임의 불명확화 등 미성년자의 이익을 확보하기 보다는 미성년자의 물질적, 신체적, 교육적 측면 또는 정서적으로 아동이 가진 기초적인 요구나 안전에 부합하지 않는 것으로 볼 수 있어, 자의 최선의 이익이라는 측면에 부합하지 않는 측면이 있다. 따라서 이하의 외국 사례를 고려하여 미성년후견인의 수를 복수로 인정할 필요성이 있다.

독일의 경우, 미성년후견인의 수는 원칙적으로 1인이지만, 복수의 미성년후견인을 선임하여야 하는 ‘특별한 이유(besondere Gründe)’가 있는 경우에는 복수의 미성년후견인을 선임할 수 있다(독일 민법 제1775조). 이 때 인정되는 특별한 이유는 형제자매가 많거나, 다액의 재산 또는 재산의 일부가 다른 주에 존재하는 경우와 같이 재산의 관리가 곤란한 때, 그리고 후견인과 피후견인의 종교가 다른 경우와 같이 신상감호와 관련이 있는 경우 등이다.²⁷¹⁾

일본은 지난 2011년 민법 개정을 통하여 미성년후견인 선임의 선택 방법을 확대하였고, 미성년후견인의 부담을 경감한다는 관점에서 민법 제842조를 삭제하고, 제840조 제2항을 추가하여 복수의 미성년후견인을 선임할 수 있도록 하였다.²⁷²⁾

271) Staudinger/Engler, § 1775 BGB Rn. 8.

272) 일본 민법 제840조 제1항 및 제2항(“前条の規定により未成年後見人となるべき者が
ないときは、家庭裁判所は、未成年被後見人又はその親族その他の利害関係人の請求
によって、未成年後見人を選任する。未成年後見人が欠けたときも、同様とする。
2. 未成年後見人がある場合においても、家庭裁判所は、必要があると認めるときは、
前項に規定する者若しくは未成年後見人の請求により又は職権で、更に未成年後見人
を選任することができる。”).

미국에서는 한 명의 자를 위하여 복수의 후견인을 선임할 수 있다.²⁷³⁾ 복수의 후견인은 부모와 마찬가지로 공동으로 업무를 수행하거나²⁷⁴⁾ 신상후견인(guardian of the person) 또는 재산관리후견인(guardian of the property)과 같이 다른 성격의 업무를 수행할 수 있다.²⁷⁵⁾ 이는 특히 자의 재산을 보호할 필요성이 큰 경우에 중요하다. 공동후견인은 일반적으로 공동행위에 대하여 연대책임을 부담하고, 공동후견인의 개별 행위나 채무불이행에 대해서는 책임을 지지 않는다.²⁷⁶⁾ 그리고 후견인이 사망하거나 사퇴 또는 사무를 거부하는 경우 후견인의 모든 권리나 권한은 남아있는 후견인에게 부여된다.²⁷⁷⁾

한편, 복수의 미성년후견인을 인정하는 경우에는 이들의 권한행사에 관한 규율형태 역시 미성년자의 이익의 관점에서 검토할 필요가 있다. 주지하는 바와 같이 성년후견의 경우 개정 민법에서 이에 관한 규정을 두고 있다(민법 제949조의 2).²⁷⁸⁾

273) 법령에서 명시적으로 공동후견인(co-guardians)을 인정하거나 특별히 금지하는 규정이 없는 경우에는 공동선임(joint appointments)에 대한 묵시적 권한이 인정된다. ‘가족 구성단위(family unit)’를 이루기 위하여 남편-아내를 선임하는 공공 정책적 이유가 공동후견(co-guardianship)에 대한 법원의 묵시적 권한의 근거가 될 수 있을 것이다. 제정법상 명시적 규정을 가지고 있는 예로는 S.D. Codified Laws § 29A-5-202 (“The court may appoint more than one guardian or conservator and need not appoint the same individual or entity to serve as both guardian and conservator.”).

274) 조부와 조모는 근친관계를 근거로 신상 또는 재산관리의 공동후견인으로 선임될 수 있다. *In re Guardianship & Conservatorship of Reed*, 426 N.W.2d 657 (Iowa 1988).

275) 법원은 생존하는 부 또는 모를 신상후견인으로 유지하면서도 유언에 따라 유언에 의한 상속재산관리후견인으로 조부 또는 조모를 선임할 수 있다.

276) *In re Guardianship of Zimmerman*, 141 Ohio St. 207, 47 N.E.2d 782 (1943).

277) *Id.*

278) 제949조의2(성년후견인이 여러 명인 경우 권한의 행사 등) (“① 가정법원은 직권으로 여러 명의 성년후견인이 공동으로 또는 사무를 분장하여 그 권한을 행사하도록 정할 수 있다. ② 가정법원은 직권으로 제1항에 따른 결정을 변경하거나 취소할 수 있다. ③ 여러 명의 성년후견인이 공동으로 권한을 행사하여야 하는 경우에 어느 성년후견인이 피성년후견인의 이익이 침해될 우려가 있음에도 법률행위의 대리 등 필요한 권한행사에 협력하지 아니할 때에는 가정법원은 피성년후견인, 성년후견인, 후견감독인 또는 이해관계인의 청구에 의하여 그 성년후견인의 의사표시를 갈음하는 재판을 할 수 있다.”).

외국의 입법례를 보면, 일본의 경우 개정 민법에서 이에 관한 규정을 두고 있다(일본 민법 제857조의 2). 우선, 복수의 미성년후견인이 선임된 경우에는 혼인 중의 부모가 공동으로 친권을 행사하는 것과 동일한 상황이라는 점에 비추어, 원칙적으로 신상감호권과 재산관리권에 관하여 공동으로 권한을 행사하도록 규정하고 있다(일본 민법 제857조의 2 제1항). 그리고 법원은 직권으로 그 일부의 자에 대하여 재산에 관한 권한만을 행사하게 하거나, 재산에 관한 권한에 관하여 각 미성년후견인이 단독으로 또는 수인의 미성년후견인이 사무를 분장하여 그 권한을 행사하도록 정할 수 있으며, 이에 따라 정해진 것을 취소할 수도 있다(동조 제2항-제4항).

독일에서는 복수의 후견인이 선임된 때, 후견인들은 공동으로 사무를 집행하는 것이 원칙이지만(독일 민법 제1797조 제1항 1문), 가정법원은 특정의 활동범위에 따라서 후견인 사이에 후견사무를 분장(verteilen)시킬 수 있다(독일 민법 1797조 제2항 1문). 후견분장을 할지 여부 또는 분장의 방법에 대해서는 가정법원의 재량에 맡기고 있다. 분장의 방법은 예를 들면 (i) 한명의 후견인에게 신상감호를 다른 후견인에게는 재산관리를 분장시키는 방법, (ii) 특정의 후견사무에 대해서는 한명에게 맡기고, 그 이외의 사무에 대해서는 공동으로 후견사무를 수행하는 방법도 가능하다.²⁷⁹⁾ 사무를 분장하는 때에는 각 후견인은 자신의 활동범위에서 독립해서 후견사무를 집행한다(독일 민법 제1797조 제2항 2문).²⁸⁰⁾ 복수후견인 사이에 견해가 대립한 경우에는 가정법원이 판단하게 된다(독일 민법 제1797조 제1항 2문). 예를 들어, 교육관련 비용을 피후견인의 재산으로부터 지출하는 경우와 같이 신상

279) Münchener/Wagenitz, §1797 Rn. 16.

280) 즉, 각 후견인은 그 활동범위 내에서만 단독의 법정대리권을 가지며 또한 책임을 진다. 따라서 공동후견의 경우에는 의무위반에 의하여 생긴 피후견인에 대한 책임을 연대채무로서 지게 되지만(독일 민법 제1833조 제2항), 분장후견의 경우는 각각의 활동의 범위 내에 대해서만 책임을 지게 된다(독일 민법 제1833조 제1항).

감호와 재산관리가 동시에 이루어지는 경우에서 이러한 상황이 발생할 수 있다. 독일 민법 제1798조²⁸¹⁾에서는 이러한 특정 상황에서도 복수후견인 사이에 의견이 대립한 경우와 동일하게 가정법원이 판단하는 것으로 규정하고 있다.

3. 미성년후견인의 적격: 법인후견인의 문제

사실상 자립한 연장자인 경우에는 미성년후견인이 미성년자를 현실적으로 감호하지는 않게 되고, 실질적으로는 재산관리권의 행사가 주된 사무가 될 수 있다. 또한, 미성년자의 연령과 관계없이 아동보호시설에 있는 아동에 관하여 미성년후견인이 선임된 경우에도 미성년자에 대한 직접적인 신상감호는 보호시설에서 이루어지기 때문에, 미성년후견인에 의한 신상감호는 간접적인 것에 그치게 된다. 이 때 미성년후견인의 사무는 재산에 관한 권한행사가 주된 것이 될 것이다.²⁸²⁾ 이러한 경우를 상정한다면, 미성년후견인의 직무를 법인이 수행하는 것이 미성년자의 최선의 이익에 반하는 것으로 일반화하기에는 어려움이 따른다.

또한, 아동학대의 경우 일반적으로 친권을 상실하는 부모는 친족들과의 관계에서도 고립되어 있는 경우가 많고 이 때문에 현실적으로 미성년후견인을 선임하는 것이 쉽지 않은 점을 고려하여야 한다. 이와 함께 미성년후견은 그 기간이 10년 이상 장기에 걸쳐 이루어지는

281) 독일 민법 제1798조(“Steht die Sorge für die Person und die Sorge für das Vermögen des Mündels verschiedenen Vormündern zu, so entscheidet bei einer Meinungsverschiedenheit über die Vornahme einer sowohl die Person als das Vermögen des Mündels betreffenden Handlung das Familiengericht.”). 동 조는 문언상 신상감호와 재산관리를 각각 다른 후견인에게 맡긴 경우에 대해서만 언급하고 있지만, 해석상 분장된 후견사무의 범위에 대한 견해의 대립, 후견인과 피후견인의 의견대립의 경우에도 준용되는 것으로 여긴다. Staudinger/Engler, §1798 Rn. 3 참조.

282) 児童虐待防止関連親権制度部会, 『児童虐待防止のための親権に係る制度の見直しに関する中間試案の補足説明』(2010. 8), 31頁.

경우가 적지 않기 때문에 양육에 관한 책임이 무겁다는 점도 고려할 수 있다. 부모가 친권을 상실한 경우 피학대아동의 감호교육에 관해서는 미성년후견인이 부담해야 할 역할이 크고 무겁다고 할 수 있다. 이 때 개인이 아닌 법인이 미성년후견인의 역할을 수행하게 되면, 복수의 직원들에 의하여 한 개인에 비해서는 비교적 용이하게 그 역할을 부담하는 것이 가능하다.²⁸³⁾ 한편, 가정법원에 의한 친권상실 선고가 있는 경우 미성년후견인을 선임하기가 용이하지 않는 경우가 있다. 아동학대 사건이 증가하고 있는 현실을 고려해 볼 때,²⁸⁴⁾ 이러한 경우 행정기관이 잠정적으로 미성년후견인으로 선임될 수 있는 ‘기관후견’ 제도 역시 검토가 필요하다.²⁸⁵⁾

그러나 미성년후견인이 될 자에 대한 선택지를 확대하는 경우에도 예를 들어, 법인에 의한 미성년후견을 인정하는 경우에는 적격성을 가지는 법인이 선임될 수 있도록 제도적으로 담보하는 방안에 대해서도 충분히 검토할 필요가 있다.

일본의 경우, 2011년 아동학대방지의 관점에서 이루어진 민법 개정으로 친권정지제도를 새로이 도입하는 등 친권제한이 이전에 비하여 보다 확대될 것으로 예상된다. 이에 따라 미성년후견인의 선임이 현

283) 佐柳忠晴, 「親権及び未成年後見制度の沿革と課題：児童虐待防止法制確立の視点から」, 法政論叢 48卷1号(2011), 54頁.

284) 2010 전국아동학대현황보고서에 의하면, 연도별 상담신고 접수 건수가 지난 2001년 4,133건에서 2010년 9,199건으로 증가했다고 한다. 보건복지부·중앙아동보호전문기관, 2010 전국아동학대현황보고서, 205면.

285) 김주수·김상용, 「친족·상속법」, 제11판, 2013, 447~448면(“개인 중에서 후견인으로 선임할 만한 사람을 구하는 것이 어렵다면, 결국 국가가 나서서 이 문제를 해결할 수밖에 없을 것이다. 후견을 위한 전문국가기관을 설치하고, 전문후견인을 양성하여 이들로 하여금 후견인의 임무를 수행하게 한다면, 후견인으로 적합한 사람을 구하지 못하여 법원에서 후견인을 선임하지 못하는 곤혹스러운 상황을 타개할 수 있을 것이다. 이런 경우 국가기관이 후견인이 되고, 국가기관에 속한 전문후견인은 후견인의 임무를 위임받아 후견임무를 수행할 수 있게 될 것이다.”); 佐柳忠晴, 「親権及び未成年後見制度の沿革と課題：児童虐待防止法制確立の視点から」, 法政論叢 48卷1号(2011), 55頁 참조.

실적으로 용이하지 않다는 점, 미성년후견인의 부담이 경감될 수 있다는 점 등을 고려하여 개정 민법에서는 미성년후견인을 선임하는 경우의 선택지를 확대하는 방안으로 법인이 미성년후견인이 되는 것을 허용하였다. 이와 함께 미성년후견인으로서 법인의 적격성을 심사하기 위하여 법인의 사업의 종류 및 내용, 그리고 해당 법인 및 대표자와 미성년자와의 이해관계 유무를 판단하도록 규정하였다(일본 개정 민법 제840조 제3항).

독일에서는 개인후견(Einzelvormundschaft)²⁸⁶, 법인후견에 해당하는 사단후견(Vereinsvormundschaft)(독일 민법 제1791조a), 그리고 공적후견에 해당하는 관청후견(Amtsvormundschaft)(독일 민법 제1791조b, 동법 제1791조c)을 인정하고 있다. 사단후견은 아동보호사업을 수행하는 권리능력 있는 사단, 예를 들면 교회 혹은 자선목적의 사단이 후견활동을 담당하는 것을 말한다. 사단은 개인후견으로서 적합한 자가 없는 경우 또는 부모의 지정이 없는 경우에만 후견인으로 선임된다(독일 민법 제1791조 a 제1항 2문). 사단후견인이 되기 위해서는 권리능력을 가져야 하며, 주(州)의 아동복지국으로부터의 허가가 필요하다(독일 민법 제1791조 a 제1항 1문). 그러나 사단의 주요한 목적이 아동 혹은 소년원조의 영역, 특히 미성년후견사업 분야일 필요는 없다. 다만, 해당

286) 개인후견은 다시 개인이 자발적 또는 비직업적으로 행하는 개인후견인과 변호사, 공증인, 세무사, 사회복지사와 같이, ‘직업으로서’ 후견을 하는 직업후견인(Berufsvormund)로 나뉜다. 민법전은 자연인에 의한 개인후견을 가장 바람직한 미성년자후견의 형태로 생각하고 이러한 개인후견을 관청후견이나 사단후견보다도 우선시한 것은 독일 민법전에도 명확하게 규정되어 있다. 독일 민법 제1791조 a 제1항 2문 (“Der Verein darf nur zum Vormund bestellt werden, wenn eine als ehrenamtlicher Einzelvormund geeignete Person nicht vorhanden ist oder wenn er nach § 1776 als Vormund berufen ist”). 그러나 이미 민법전 시행 이전부터 특히 대도시에서는 혼외자나 고아들에게 미성년후견에 책임자를 충분히 확보할 수 없었기 때문에, 직업후견이라는 이른바 개인후견의 특별한 형태가 발전되어 왔다고 한다. 직업후견인의 특징은 후견사무에 대한 보수를 받는다는 점에 있다. 독일에서의 후견인의 유형과 사무에 관한 실증적 연구에 관한 문언으로는 Barbara Noske, Closing a Protection Gap: Core Standards for Guardians of Separated Children: German Report 2010-2011, Bundesfachverband UMF 참조.

사단이 아동 혹은 소년원조의 영역에서도 활동하고 있다는 것을 정관에 의하여 증명할 필요는 있다.²⁸⁷⁾ 또한, SGB VIII 제54조 제2항에서는 적격성에 관한 요건을 규정하고 있다.²⁸⁸⁾ 관청후견은 아동복지국의 공무원들이나 직원들(Angestellten)에게 개별적으로 위탁하여 직원들은 이러한 위탁받은 범위 내에서 피후견인의 법정대리인이 된다(SGB VIII 제55조 2항). 관청후견은 선임관청후견(독일 민법 제1791조 b)과 법정관청후견(독일 민법 제1791조 c)이 있다.²⁸⁹⁾

4. 예비후견인제도의 도입

우리 가사소송법은 가사사건의 소의 제기, 심판청구 또는 조정의 신청이 있는 경우에 가정법원, 조정위원회 또는 조정담당판사는 사건을 해결하기 위하여 특히 필요하다고 인정하면 직권으로 또는 당사자의 신청에 의하여 상대방이나 그 밖의 관계인에게 현상을 변경하거나 물건을 처분하는 행위의 금지를 명할 수 있고, 사건에 관련된 재산의 보존을 위한 처분, 관계인의 감호와 양육을 위한 처분 등 적당하다고 인정되는 처분을 할 수 있다고 규정하고 있다(가사소송법 제62조 1항). 따라서 미성년후견인선임심판 청구가 있을 때 가사소송법 제62조의 사전처분에 의하여 임시후견인을 선임할 수 있다.

287) Helga Oberloskamp, Vormundschaft, Pflegschaft und Beistandschaft für Minderjährige 3. Aufl. 2010, § 13. Rn. 27.

288) 사회법전 제8편 제54조(사단후견인의 허가) 제2항(“1. 충분한 인원수의 적임의 직원이 있고, 감독, 계속적인 교육을 하며, 또한 직원이 그 활동의 범위 내에서 타인에게 줄 수 있는 손해에 대해서 적절한 보험이 가입되어 있을 것, 2. 계획적으로 개인후견인 및 개인보호인(Einzelpflegern)의 획득에 노력하며, 사무를 수행하게 하면서 지속적으로 교육시키며 조언할 것, 3. 직원간의 경험의 교류를 가능하게 할 것”).

289) 선임관청후견은 적임인 개인후견인이 없고 사단후견 또한 찾을 수 없는 경우에 가정법원에 의해 아동복지국이 선임되며, 법정관청후견은 혼외자의 경우 등에 개시된다(독일 민법 제1791조 c). 2011년 한 해 동안 선임관청후견은 32,280건이며, 법정관청후견은 5,575건이 이루어졌다. Kinder- und Jugendhilfestatistiken-Pfleg-, Vormund-, Beistandschaften, Pflegeerlaubnis, 2011, <https://www.destatis.de>(최종방문일, 2013. 9. 22.).

가사소송규칙 제32조에서는 성년후견, 한정후견, 특정후견 및 임의후견에 관한 사건에 있어서, 가정법원이 법 제62조에 따른 사전처분으로서 직무대행자를 선임한 때에는, 그 직무대행자에 대하여는 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 해당 후견인 또는 해당 후견감독인에 관한 규정을 준용하도록 하는 규정을 두고 있다(가사소송규칙 제32조 1항). 또 가정법원이 법 제62조에 따른 사전처분으로 임시후견인을 선임한 경우, 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고, 성년후견 및 한정후견에 관한 사건의 임시후견인에 대하여는 한정후견인에 관한 규정을, 특정후견에 관한 사건의 임시후견인에 대하여는 특정후견인에 관한 규정을 각 준용하도록 하는 규정을 두고 있다(가사소송규칙 제32조 4항). 그리고 제1항의 직무대행자에 대하여는 사건본인의 재산 중에서, 제4항의 임시후견인에 대하여는 청구인 또는 사건 본인의 재산 중에서 각 상당한 보수를 지급할 것을 명할 수 있다는 규정을 두고 있다(가사소송규칙 제32조 6항).

그런데 가사소송법 제62조에 따른 사전처분으로서 미성년후견인을 선임할 때에는 위와 같은 규정을 두고 있지 않다. 따라서 임시후견인을 둘 수 있다는 내용과 임시후견인에 대하여는 미성년후견인에 관한 규정을 준용한다는 규정 및 임시후견인의 보수에 관한 규정을 민법에 두는 것이 바람직할 것이다. 그리고 미성년임시후견인의 선임절차에 관하여도 가사소송규칙이 아니라 가사소송법에서 별도로 자세한 규정을 두어야 할 것이다.

대만 민법에서는 법원에 의한 후견인의 선임이 확정될 때까지 미성년자의 이익을 보호하기 위하여 특히 사회복지주관기관을 후견인으로 하는 제도를 두고 있는데, 이는 후견의 공백을 최소화하거나 미성년후견의 특수성을 감안하여 적정한 후견사무를 수행하도록 하여 피후견인의 최선의 이익을 보호하려는 입법적인 노력으로 높이 평가할 수

있을 것이다. 앞으로 우리 민법의 개정시에는 대만 민법의 이와 같은 규정의 도입도 필요하다고 생각된다.

아울러 미국의 일부 주에서는 법원이 마지막으로 생존한 부 또는 모가 사망하거나 무능력이 되는 경우, 그 밖에 선임된 후견인의 사망, 무능력, 사퇴의 경우 즉시 의무를 승계하도록 하는 예비후견인(standby guardian)제도를 두고 있는데, 모두 후견의 공백을 최소화하기 위한 것으로 평가할 수 있다. 우리 민법의 경우 미성년자에게 친권을 행사하는 부모는 유언으로 미성년후견인을 지정할 수 있다는 규정을 두고 있지만(민법 제931조 1항), 이의 실효성에는 의문이 있으므로 미국의 예비후견인제도의 도입도 검토할 필요가 있다.

5. 미성년후견인의 임무 및 후견감독의무의 강화

우리 개정민법은 후견인의 결격사유에 관한 규정만을 두고 있으며(개정민법 제937조), 가정법원이 미성년후견인을 선임할 때 고려하여야 할 사정에 관해서는 전혀 규정을 두고 있지 않다. 이는 자의 최선의 이익을 위한다고 하는 미성년후견인 선임의 중요성에 비추어 볼 때 명백한 입법의 불비라고 하여야 할 것이다.

가정법원이 미성년후견인을 선임할 때 고려하여야 할 사항을 명확히 하여야 할 것이다. 이 때 미성년후견인의 특수성을 반영하여 성년후견인에 관한 규정과 별도로 미성년자의 의견·연령·심신상태·생활 및 재산상황, 미성년후견인이 될 자의 직업·경력 및 미성년자와의 이해관계의 유무, 그 밖의 일체의 사정을 고려하도록 하는 규정을 마련하여야 할 것이다.

또 민법 개정을 통하여 독일민법 정부초안과 같이 후견인에 대하여 피후견인과 개인적인 접촉을 취할 의무를 규정하여 피후견인에 대한 신상보호를 강화하여야 할 것이다. 구체적으로는 “후견인은 피후견인과 개인적인 접촉을 취하여야 한다. 개별 사안에 있어 방문에 대한

그 밖의 간격 또는 장소가 필요하지 않는 한, 후견인은 원칙적으로 1개월에 한번 피후견인의 통상의 환경에서 피후견인을 방문하여야 한다”는 규정을 신설할 것을 제안한다. 또한 “특히 가정법원은 후견인에 의한 피후견인과 필요한 개인적인 접촉이 준수되는지 감독하여야 한다”는 규정도 신설하여야 할 것이다.

우리 민법은 미성년후견인은 자를 보호하고 교양할 권리의무, 자의 거소지정권, 징계권에 관하여는 친권자와 동일한 권리의무가 있다고 규정하고(민법 제945조), 친권자가 정한 교육방법, 양육방법 또는 거소를 변경하는 경우, 미성년자를 감화기관이나 교정기관에 위탁하는 경우, 친권자가 허락한 영업을 취소하거나 제한하는 경우에는 미성년후견감독인이 있으면 그의 동의를 받도록 하고 있다(민법 제945조 단서). 그런데 개정 민법은 종래의 친족회가 실질적 감독기능을 수행하지 못한다는 이유로 이를 폐지하고 후견감독기관으로 후견감독인제도를 도입하였지만(민법 제940조의 3), 후견감독의 수요가 많지 않을 것이라는 점과 후견감독인의 보수문제를 이유로 이를 임의기관으로 하였다.

따라서 위와 같이 미성년후견인이 일정한 행위를 하기 위하여 후견감독인의 동의를 필요로 하는 경우라도 민법 부칙에 종래의 친족회폐지에 따른 경과규정조차 없으므로 미성년후견감독인이 없으면 미성년후견인이 단독으로 권한을 행사할 수 있다는 결론에 이르게 된다. 이는 미성년자의 복리에 반하는 것으로 미성년후견감독인이 없는 경우에는 가정법원의 허가를 얻도록 하는 규정의 신설이 필요하다..

그 밖에 우리 민법은 후견인이 피후견인을 대리하여 소송행위를 하거나 미성년자의 소송행위에 동의를 할 때는 후견감독인이 있으면 그의 동의를 받도록 하고 있다(민법 제950조 1항 5호). 현재까지 민법 개정에 따른 민사소송법의 개정은 이루어지지 않고 있으며, 현행 민사소송법은 “법정대리인이 소의 취하, 화해, 청구의 포기·인낙 또는 소송탈퇴를 하기 위하여서는 특별한 권한을 받아야 한다”고 규정하고

있다. 그러므로 이 경우에도 미성년후견감독인이 있으면 그의 동의를 받도록 하고, 미성년후견감독인이 없으면 가정법원의 허가를 받도록 하는 규정으로 개정할 필요가 있다.

6. 절차후견인제도의 도입

소송능력이란 당사자로서 유효하게 소송행위를 하거나 소송행위를 받기 위하여 갖추어야 할 능력을 말하며, 이의 유무는 민사소송법상의 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민법의 행위능력을 기준으로 결정된다(민사소송법 제51조). 미성년자는 법정대리인의 동의를 얻어 스스로 법률행위를 할 수 있으며(민법 제5조 1항), 미성년자가 법정대리인의 동의를 얻지 않고 한 법률행위는 유효하며 당연히 무효가 되는 것은 아니며 단지 취소할 수 있는 법률행위에 지나지 않는다(민법 제5조 2항). 그렇지만 소송행위는 1회적인 법률행위와 달리 연쇄적이고 복잡하기 때문에 그 효력은 처음부터 정해져 있을 필요가 있다. 따라서 미성년자는 법정대리인에 의해서만 소송행위를 할 수 있고,²⁹⁰⁾ 다만 미성년자가 독립하여 법률행위를 할 수 있는 경우는 그러하지 아니하다고 개정하여야 할 것이다.

가사소송에서의 소송능력에 관하여 살펴 볼 필요가 있다.²⁹¹⁾ 구 민사소송법 제29조 1항은 행위무능력자는 법정대리인(또는 친족회)의 동

290) 무능력자에게 소송후견인을 선임하도록 하는 것이 법원의 권능이라는 것에는, *State ex rel. Perman v. Dist. Ct. of the Thirteenth Juda. Dist.*, 690 P.2d 419, 422(Mont. 1984).

291) 가사소송법 제12조는 가사소송절차에 관하여는 가사소송법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 「민사소송법」에 따른다고 하고 있다. 그렇기 때문에 가사소송에서의 소송능력에 관하여는 민사소송법의 일반원칙에 따른다는 해석이 가능하다. 그러므로 가사소송에서의 소송능력을 검토하기 전에 민사소송에서의 소송능력에 대한 검토가 선행되어야 할 것이다. 민사소송에서의 소송무능력자 내지 제한소송능력자라고 하더라도 가사소송에서도 곧바로 소송무능력자 내지 제한소송능력자로 취급하는 것이 적절한지에 대해서는 진지하게 검토할 필요가 있다. 왜냐하면 가사사건 중 신분행위에 관한 소송에서는 재산관계 소송에서와는 다른 취급(예를 들면, 미성년자의 인지소송·입양관계소송, 피한정후견인의 혼인관계 소송에서의 취급 등)이 필요하기 때문이다.

의를 얻어 혼인관계사건의 소송행위를 할 수 있다고 규정하고, 이를 친생자·입양·후견인·친족회·부양관계사건에 준용하고 있었는데(제 35조, 제37조, 제52조, 제55조), 가사소송법에서는 이 특례를 삭제하였으므로²⁹²⁾ 무능력자의 소송행위능력에 관하여 다툼이 있다. 다수설은²⁹³⁾ 가사소송법은 당사자의 소송능력에 관하여 아무런 특칙을 두고 있지 아니하므로 가사소송에서의 소송능력의 유무는 민사소송법에 따르고(민사소송법 제51조), 따라서 민법상의 행위무능력자는 원칙적으로 소송무능력자이므로 법정대리인의 대리에 의해서만(민사소송법 제55조) 가사소송행위를 하여야 한다고 풀이하고 있다.²⁹⁴⁾

신분행위는 본인의 인격에 가장 영향이 큰 행위이어서 본인 자신의 의사가 존중되어야 하므로 가사소송에서는 본인출석주의를 채택하고

292) 삭제이유는 실제로 이 제도가 사용된 예가 많지 아니하였으며, 변론능력이 부족한 무능력자에게 대리인선임명령을 하기보다는 차라리 법정대리인이 소송행위를 하거나 특별대리인을 선임하는 것이 훨씬 낫다고 생각하였기 때문이라고 한다. 서정우, “새 가사소송법의 해설”, 『가족법학논총』, 박병호교수 환갑기념(I), 박영사, 1991, 689면.

293) 법원행정처 편, 『법원실무제요 가사(I)』, 법원행정처, 2010, 89면; 박동섭, 『주석 가사소송법』, 3정판, 박영사, 2004, 63면; 이시윤, 『신민사소송법』, 제6판, 박영사, 2011., 147면; 정동윤·유병현, 『민사소송법』, 제3판, 법문사, 2009., 183면, 각주 4)번; 강현중, 『민사소송법』, 제6판, 박영사, 2004., 158면; 정영환, 『신민사소송법』, 세창출판사, 2009., 230면; 오시영, 『민사소송법』, 학현사, 2004., 133면.

294) 이에 반하여 통상의 민사소송에서는 소송무능력자라도 혼인관계, 친생자관계, 입양관계, 부양관계 상속관계와 같은 신분관계에 관한 가사소송에서는 재산관계의 소송과는 달리 될 수 있는 대로 본인의 의사를 존중하여야 하므로 의사능력이 있는 한 소송능력이 인정된다는 견해가 있다. 김홍규·강태원, 『민사소송법』, 제2판, 삼영사, 2010., 152면; 김용배, “특별대리인제도-민사소송법 제58조와 민법 제921조를 중심으로-”, 『實務研究VI-법관 가사재판실무연구모임 자료집』, 서울가정법원, 1999., 73면. 다만 금치산자는 심신상실의 상태에 있는 한 가사소송에서도 실제로 소송능력을 인정할 수 없을 것이다. 한정치산자는 적어도 혼인관계소송에 관한 한 소송능력을 가지는 것으로 보아야 할 것이라는 견해로서는, 김용욱·김연, 앞의 책, 49면. 금치산자의 가사소송능력에 관해서는, 김연, “금치산자와 이혼소송”, 『가족법연구』, 제14호, 한국가족법학회, 2000., 457면 이하 참조. 미성년자의 가사소송능력에 관해서는, 박동섭, “새 가사소송법과 미성년자의 가사소송능력”, 『사법행정』, 1991년 8월호(통권 368호), 한국사법행정학회, 54면 이하; 서울가정법원 편, “미성년자의 가사소송능력”, 『가사재판자료집』, 서울가정법원, 1991., 47면 이하; 서울가정법원 편, “과양에서의 미성년자의 가사소송능력”, 『가사재판자료집』, 서울가정법원, 1991., 53면 이하 등 참조.

있다(가사소송법 제7조).²⁹⁵⁾ 따라서 가사소송에서는 민사소송과는 달리 의사능력이 있는 한 소송능력이 인정되어야 할 것이다.²⁹⁶⁾

가사비송절차에서의 절차행위능력(심판능력)은 가사비송사건의 절차에 관한 행위를 유효하게 하기 위한 능력을 가리키며,²⁹⁷⁾ 실제법상의 관리처분권에 해당하는 청구인적격(당사자적격)과는 구별하여야 한다. 가사소송법 제34조에 따르면 가사비송절차에 관하여는 가사소송법에 특별한 규정이 없으면 「비송사건절차법」 제1편을 준용한다고 하고 있다. 그런데 비송사건절차법 어디를 찾아보아도 가사비송절차에서의 절차행위능력에 관한 규정은 보이지 않는다. 절차행위능력은 일반적으로 가사소송에서의 소송능력과 마찬가지로 이해되고 있다.²⁹⁸⁾ 따라서 가사비송에서도 민사소송과는 달리 의사능력이 있는 한 절차행위능력이 인정되어야 할 것이다.²⁹⁹⁾

개정 민법상 미성년자는 행위무능력자가 아니라 ‘제한능력자’이므로 적어도 제한된 절차행위능력은 가지는 것으로 하여야 할 것이다. 따라서 미성년후견에 관한 심판사건에 관해서는 미성년자는 의사능력을 가지는 한 절차행위능력을 가지는 것으로 규정하여야 할 것이다. 다만 미성년자에게 절차행위능력을 부여할 경우에는 사건본인의 이익을 객관적으로 옹호하기 위한 절차의 구축이 필요하다. 따라서 사건본인에게

295) 당사자뿐만 아니라 이해관계인까지 본인출석의무자로 규정한 것은 참가인(가사소송법 제37조·제49조, 민사조정법 제16조)이나 사건본인(가사소송규칙 제20조)과 같이 당사자와 다른 지위에 서는 자까지 포함시키려는 취지이다. 법원행정처 편, 앞의 책, 205면.

296) 미국의 몇몇 주에서는 정신장애가 있더라도 정식으로 무능력의 재판을 받지 않는 한 계속해서 소송능력을 가진다고 한다. *Ridgeway v. Ridgway* 429 A.2d 801, 805 (Conn. 1980); *Sinley v. Estco, Inc.*, 200N.Y.S.2d 939, 941(1960).

297) 이해관계인이 참가를 하거나 심판을 받을 자가 심판의 고지를 받기 위해서도 원칙적으로 절차행위능력이 필요하다.

298) 법원행정처 편, 앞의 책, 89면.

299) 미국의 몇몇 주에서는 정신장애가 있더라도 정식으로 무능력의 재판을 받지 않는 한 계속해서 소송능력을 가진다고 한다. *Ridgeway v. Ridgway* 429 A.2d 801, 805 (Conn. 1980); *Sinley v. Estco, Inc.*, 200N.Y.S.2d 939, 941(1960).

특별대리인 선임신청권을 부여하여 특별대리인의 선임신청권자에 친족·이해관계인·검사(민사소송법 제62조) 이외에 사건본인을 추가하고 그 밖에 가정법원의 직권으로 미성년자에 관하여 특별대리인을 선임할 수 있도록 하여야 할 것이다.³⁰⁰⁾ 아동은 일반적으로 성인에 비하여 특정한 상황에서 자신의 이익을 인지하고 주장하기 어렵기 때문에, 아동의 최선의 이익을 1차적으로 고려하지 않는 경우 아동의 이익은 간과될 수 있다. 궁극적으로는 미성년자의 최선의 이익이라는 관점에서 모든 사건에서 미성년자에게 절차행위능력을 인정함과 동시에 미성년자의 최선의 이익을 절차상 옹호하기 위하여 독일법 내지 대만법상의 절차후견인 제도의 도입을 고려할 수 있다. 절차후견인의 자격에는 제한을 두지 말고 오히려 후견인 후보의 교육을 위한 적절한 연수제도를 마련하여야 할 것이다. 절차후견인의 보수도 절차구조의 대상이 되도록 절차구조의 대상을 확대하는 것이 필요하다.

300) 일본의 경우 재판장은 미성년자 또는 피성년후견인에 관해서 법정대리인이 없는 경우 또는 법정대리인이 대리권을 행사할 수 없는 경우에 지체 때문에 손해가 발생할 염려가 있는 때에는 이해관계인의 신청 또는 직권으로 미성년자 또는 피성년후견인에 관하여 특별대리인을 선임할 수 있다(일본 민사소송법 제35조 1항 참조).

제 6 장 결 론

사회의 구조와 의식의 변화에 따라 친권의 개념변화와 더불어 친권 제한에 관한 논의가 이루어져 왔다. 그러나 친권의 연장 또는 보충 기능을 담당하고 있는 미성년후견 제도에 대해서는 구체적인 현황을 바탕으로 한 논의 또한 미흡한 실정이었다. 이러한 문제의식을 바탕으로 동 연구에서는 현행 미성년후견제도를 평가하고 제도의 개선방안을 제시하고자 했다. 이를 위해 평가를 위한 기준으로 아동권리협약상 ‘아동의 최선의 이익’ 원칙을 검토한 후, 미성년후견인의 선임, 복수후견인의 문제, 그리고 법인후견인의 인정, 임시후견인, 후견감독제도, 절차후견인과 관련하여 입법평가적 관점에서 검토과제를 제시하고자 했다.

그러나 미성년후견제도에 관한 향후의 논의는 성년후견제도와 연계에서 독립적인 제도로 구축할지 여부, 유언 이외의 미성년후견 지정 허용의 문제, 신상감호와 관련한 후견인의 책임 문제, 양육자와 미성년후견이 병존하는 경우 권한배분의 문제 등 다양한 측면에서 이루어져야 할 것이다.

한편, 최근 아동학대 등에 대한 사회적 관심이 높아져 친권 정지 제한제도 도입을 위한 민법의 일부를 개정하는 법률이 2013년 9월 법무부로부터 입법예고(법무부 공고 제2013-211호, 2013. 9. 30)되고, 이에 관한 공청회(2013. 11. 27.)가 개최된 바 있다. 이는 부모의 개인적 신념 등으로 자녀의 생명, 신체 등에 위해가 발생하는 경우 아동을 보호하는 방안으로 ‘친권제한 및 정지제도를 도입’하는 내용이다.

구체적으로는 특정 사안에 대하여 친권의 행사를 제한하는 친권제한과 일시적으로 2년 이내 기간을 정하여 포괄적인 친권을 정지하는 친권 정지 및 친권자의 동의를 필요로 하는 행위에 관하여 친권자가 정당한 이유 없이 동의하지 않음으로써 자의 생명, 신체 또는 재산에

중대한 손해가 발생할 위험이 있는 경우에 법원이 청구권자의 청구에 의하여 동의를 갈음하는 허가를 선고할 수 있다는 내용이다. 이것은 어디까지나 친권의 기능을 유지시키는 것을 전제로 하는 개정안이다.

일본에서는 1948년에 개정민법이 시행되면서 아버지에 의한 자녀의 사물화(私物化)로 연결되는 친권이라는 권력적 제도를 폐지하고 미성년자의 감호제도로서의 후견으로 통일하여야 한다는 견해가 유력하게 주장되었다. 특히 1955년대 후반에서 1965년대 후반에 ‘친권후견통일론’은 학계에서 일정한 지지를 얻었지만 구체적인 제도개혁으로 이어지는 못하였다. 일본의 이와 같은 예전의 ‘친권후견통일론’은 친권을 후견으로 흡수통일하는 것을 골자로 하는 것이었다. 당시로서는 ‘자녀는 아버지가 결정하고, 타인이 참견하지 않는다’는 발상이 강한 시대라서 친권의 사회화, 공법화, 국가후견화에 대하여 일반사회에서 이를 바로 받아들일 수 있는 기반이 없었으며, 후견제도 자체가 정비된 것이 아니어서 ‘친권후견통일론’은 ‘자를 위한 친권’이라는 이념을 실현하는 방향으로 개선되지 못하였다.

그런데 최근 일본에서는 친권폐지론에 기초를 둔 예전의 ‘친권후견통일론’이 아니라 ‘공적 친권, 사적후견’의 모색으로서의 “친권, 후견통일론의 현대적 구축”이라는 새로운 형태로의 ‘신·친권후견통일론’의 공동연구(연구대표자 : 床谷文雄)가 진행된 바 있어 흥미롭다. 해당 연구에서는 친부모의 친권행사에 대한 행정청, 법원 등 공적 기관에 의한 제한에 관한 종래의 논의를 뛰어 넘어 친권제도 중에 공적 요소를 어떻게 받아들일 수 있을지를 탐구한 것이다.

위와 같은 연구의 방향성은 앞으로 우리나라의 친권, 미성년후견제도의 개선에 시사하는 바가 크다. 우리나라에서도 미성년자녀의 보호를 위한 친권과 미성년후견의 새로운 관계를 구축하기 위하여 사법제도와 공법상의 제도의 침투, 상호작용의 구체적 상황 등을 검증할 필요가 있을 것이다. 미성년후견을 사법상의 제도로서 유지한 다음 공

적 아동보호기구를 정비하여 법인으로 하여금 친권 내지는 미성년후견의 직무를 수행하도록 하는 등 부분적으로 공적 요소를 가미하거나, 부모 이외의 제3자에게 후견을 위탁할 만한 우수한 미성년후견인의 확보 및 양성에 더욱 노력을 기울여야 할 것이다.

참 고 문 헌

- 강현중, 「민사소송법」, 제6판, 박영사, 2004.
- 김용욱·김연, 「가사소송법」, 고시연구사, 1995.
- 김주수·김상용, 「친족·상속법」, 제11판, 2013.
- 김홍규·강태원, 「민사소송법」, 제2판, 삼영사, 2010.
- 박동섭, 「주석 가사소송법」, 3정판, 박영사, 2004.
- 법원행정처 편, 「법원실무제요 가사(I)」, 법원행정처, 2010.
- 오시영, 「민사소송법」, 학현사, 2004.
- 이시윤, 「신민사소송법」, 제6판, 박영사, 2011.
- 정동윤·유병현, 「민사소송법」, 제3판, 법문사, 2009.
- 정영환, 「신민사소송법」, 세창출판사, 2009.
- 김상용, “독일 가정법원의 기능과 역할,” 「가족법연구」, 제22권 제3호(통권 33호), 조미경교수 고회기념, 한국가족법학회, 2008.
- 김 연, “금치산자와 이혼소송,” 「가족법연구」, 제14호, 한국가족법학회, 2000.
- 김용배, “특별대리인제도-민사소송법 제58조와 민법 제921조를 중심으로-”, 「實務研究VI-법관 가사재판실무연구모임 자료집-」, 서울가정법원, 1999.
- 김원태, “미국 뉴욕 주의 성년후견 심판절차”, 「가족법연구」, 제25권 3호(통권 제42호), 한국가족법학회, 2011.
- 김유미, “아동권리에 관한 국제협약과 우리 민사법”, 비교사법 제9권 4호, 2002.

참 고 문 헌

- 김현수·김원태, “미국에서의 미성년후견인의 권한과 책임”, 『가족법연구』, 제26권 2호(통권 제44호), 한국가족법학회, 2012.
- 김형석, “민법개정안에 따른 성년후견법제”, 『가족법연구』, 제24권 제2호, 2010. 7, 130면.
- 남윤봉, “民法一部改正에 관한 考察”, 재산법연구 Vol. 28, No. 1, 2011.
- 박동섭, “새 가사소송법과 미성년자의 가사소송능력”, 『사법행정』, 1991년 8월호(통권 368호), 한국사법행정학회, 1991.
- 박인환, “새로운 성년후견제 도입을 위한 민법개정안의 검토”, 『가족법연구』, 제24권 제1호, 2010.
- 박주영, “아동의 의견표명권에 관한 검토-가사사건절차를 중심으로-”, 『가족법연구』, 제23권 2호, 한국가족법학회, 2009.
- _____, “자녀의 이익을 위한 가사사건 절차상 대리인제도-영국과 독일의 제도를 중심으로-”, 『민사법학』, 제46호, 한국민사법학회, 2009.
- 배인구, “친권과 미성년후견과의 관계”, 『親權と未成年後見』, 新・アジア家族法三國會議(第2會 會議) 資料集, 2012.
- _____, “미성년후견제도의 현황-실무상 문제점을 중심으로”, 한국법제연구원 입법평가 회의자료집, 2013.
- 백승흠, “독일 민법에서 피성년후견인의 절차능력과 절차감호인에 관한 고찰”, 『한·독사회과학논총』, 제17권 제3호(2007년 겨울), 2007.
- 서울가정법원 편, “미성년자의 가사소송능력”, 『가사재판자료집』, 서울가정법원, 1991.

- _____, “과양에서의 미성년자의 가사소송능력”, 『가사재판자료집』, 서울가정법원, 1991.
- 서정우, “새 가사소송법의 해설”, 『가족법학논총』, 박병호교수 환갑기념(1), 박영사, 1991, 689면.
- 송효진. “상속에 있어서 미성년자 보호”, 가족법연구 Vol. 24, No. 3, 2010.
- 양창수, “자료 : 민법 친족편(親族編) 중 제5장 후견 등에 대한 법전 편찬위원회 심의자료의 소개 - 동위원회의 민법안 심의과정 일반(一斑)”, 서울대학교 法學 Vol. 46, No. 2, 2005.
- 윤진수, “아동의 사법절차상 청문-아동의 권리에 관한 협약 제12조 제2항의 우리나라에서의 실현-”, 이창희·장승화 편저, 『절차적 정의와 법의 지배: MS법의 지배센터 연구시리즈』, 박영사, 2003.
- _____, “아동권리협약과 한국가족법”, 『국제인권법』, 제8호, 2005.
- 이은정, “친권 제한의 유연화-신분적 효력을 중심으로-”, 『가족법연구』, 제27권 1호, 2013.
- 이진기, “프랑스민법에서 미성년자 후견과 성년해방”, 민사법학 제 54-2호, 한국민사법학회, 2011.
- 이홍민, “‘허락을 얻은 특정한 영업’에 대한 한정치산자의 행위능력”, 민사법학 Vol. (12), No. 12, 2008.
- 이화숙, “자녀의 최선의 이익” 원칙에 비추어 본 가족법상 자녀의 복리, 사법 제10호, 2009.
- 정소민, “신탁제도를 통한 미성년자 보호에 관한 연구”, 『외법논집』, 36, 한국외국어대학교 법학연구소 외국학종합연구센터, 2012.

참 고 문 헌

- 정현수, “일본의 개정 친권법에 관한 소고”, 『법학연구』, 제37집, 전북대학교 법학연구소, 2012.
- 한봉희, 아동의 권리에 관한 UN 협약과 한국 친자법에 미친 영향, 가족법연구 제11호, 1997.
- 林秀雄, “대만의 친권과 미성년후견-섭외친권법 및 후견법을 포함하여-”, 『친권과 미성년후견』, 신·아시아가족법 3국회의 제2회 회의 자료집, 2012.
- 佐柳忠晴, 『親権及び未成年後見制度の沿革と課題：児童虐待防止法制確立の視点から』, 法政論叢 48卷1号, 2011.
- 徐炳煊(Bing-xuan XU), “중국 미성년인 후견에 있어서의 국가개입제도의 설립”, 『가족법연구』, 제25권 1호(통권 제40호), 한국가족법학회, 2011.
- 児童虐待防止関連親権制度部会, 『児童虐待防止のための親権に係る制度の見直しに関する中間試案の補足説明』, 2010.
- 我妻栄, 『親族法の改正について—法制審議会民法部会小委員会における仮決定・留保事項(その二)の解説』, 『法律時報』, 31卷 10号, 1959.
- 我妻栄ほか, 『親族法の改正について(座談会)』, 『法律時報』, 31卷 11号, 1959.
- 於保 不二雄, 『親子: 近代家族法の基礎理論』, 日本評論社, 1950.
- 中川 善之助, 『親権廃止論--附・親権後見統一法私案』, 『法律時報』, 31卷 10号, 1959.
- 増田勝久, “子ども代理人制度の實現に向けて”, 『家事事件における子どもの地位-子ども代理人を考える-』, 日本加除出版株式會社, 2010.

- Angela D. Lurie, Representing the Child-Client: Kids are People Too, An Analysis of the Role of Legal Counsel to a Minor, 11 N.Y.L. Sch. J. Hum. Rts. 205 (1993).
- Candice M. Murphy-Farmer, Mandatory Appointment of Guardians Ad Litem for Children in Dissolution Proceedings: An Important Step Towards Low-Impact Divorce, 30 Ind. L. Rev. 551 (1997).
- Dan O'Hanlon & Margaret Workman, *Beyond the Best Interest of the Child: The Primary Caretaker Doctrine in West Virginia*, 92 W. Va. L. Rev. 355, 387 (1990).
- David M. Berry, Indiana's New Guardianship Code: A New Emphasis on Alternative Forms of Protection, 22 Ind. L. Rev. 335 (1989).
- Gale B. Wilhelm & David R. Hermenze, The Role of the Guardian Ad Litem in Probate Proceedings, 65 Conn. B.J. 462 (1991).
- George B. Fraser, Guardianship of the Person, 45 Iowa L. Rev. 239 (1960).
- Gernhuber, Familienrecht 6. Aufl. 2010.
- James W. Paulsen, Family Law: Parent and Child, 47 SMU L. Rev. 1197 (1994).
- Leslie Joan Harris et al., Family Law (4th ed. 2006).
- Marcia M. Boumi et al., Legal and Ethical Issues Confronting Guardian Ad Litem Practice, 13 J. L. & Fam. Stud. 43 (2011).
- Mathias Kohler, Welchen Wert haben die Amtsvormünder?, DAVorm 2000.
- Meryl Schwartz, Reinventing Guardianship: Subsidized Guardianship, Foster Care and Child Welfare, 22 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change 441 (1996).

참 고 문 헌

- Raven C. Lidman & Betsy R. Hollingsworth, The Guardian Ad Litem in Child Custody Cases: The Contours of Our Judicial System Stretched Beyond Recognition, 6 Geo. Mason L. Rev. 255 (1998).
- Richard Vance MacKay, The Law of Guardianship (3d ed. 1980).
- Robert G. Spector, A Primer on Third-Party Custody in Oklahoma: The Interrelationship Between Divorce, Habeas Corpus, Guardianship and the Juvenile Code, 61 Okla. B.J. 2465 (1990).
- Salgo und Zenz, vormundschaft zum Wohle des Mündels-Anmerkungen zu einer überfälligen Reform, FamRZ 2009.
- The Rt Hon Lord Wilson of Culworth, The Family Court Practice 2013, Family Law, 2013.
- Thomas A. Jacobs, Arizona Juvenile Law And Practice (2011-2012 ed.).
- William F. Fratcher, Powers and Duties of Guardians of Property, 45 Iowa L. Rev. 264 (1960).

부 록

부 록

Convention on the Rights of the Child

1989년 11월 20일 유엔총회에서 채택, 1990년 10월 2일부터
국제법으로서 효력 발생

협약의 당사국들은 다음의 전제에 동의해 유엔아동권리협약의 조항에 합의했다.

유엔헌장의 원칙에 따라 세계 평화와 정의, 자유의 성취는 모든 인류의 존엄성 및 평등하고 절대적인 권리를 인정하는 데 달려있음을 고려한다.

유엔 체제하의 모든 국민들이 인권과 인간의 존엄성에 대한 신념을 유엔헌장에서 재확인하는 한편 충분한 자유를 보장받는 가운데 사회 발전과 생활수준 향상을 촉진하기로 결의했음을 유념한다.

유엔이 세계인권선언과 국제인권규약을 통해 모든 사람은 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 의견, 민족적·사회적 출신, 재산, 태생, 신분 등의 차별 없이 이 선언과 협약에 규정된 모든 권리와 자유를 누릴 수 있음을 선언하고 동의했음을 인정한다.

아동기에는 특별한 보호와 도움을 받을 권리가 있음을 천명한 유엔 세계인권선언을 상기한다.

가정은 사회의 기본적인 집단이며 특히 아동의 발달과 행복을 위한 천연의 환경이므로 공동체 안에서 가정이 본연의 책임을 다 할 수 있도록 보호와 도움을 받아야 함을 확신한다.

조화로운 인격 발달을 위해 아동은 가족적인 환경과 행복, 사랑과 이해 속에서 성장해야 함을 인정한다.

부 록

아동은 사회인으로서 삶을 살아가기 위한 충분한 준비를 해야 하며, 유엔헌장이 선언한 평화·존엄·관용·자유·평등·연대의 정신 속에서 성장해야 함을 고려한다.

아동에 대한 특별한 보호의 필요성은 1924년 아동권리에 관한 제네바선언과 1959년 11월 20일 유엔총회가 채택한 아동권리선언에 명시되어 있으며, 세계인권선언, 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(특히 제23조 및 제24조), 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제 규약(특히 제10조) 및 아동의 복지와 관련된 전문기구와 국제기구의 규정 및 관련문서에서 인정되었음을 유념한다.

아동권리선언이 명시하는 바와 같이, “아동은 신체적·정신적으로 미성숙하므로 출생 이전부터 아동기를 마칠 때까지 적절한 법적 보호를 비롯해 특별한 보호와 배려가 필요하다”는 점에 유념한다.

국내외 가정위탁과 입양문제를 명시한 ‘아동의 보호와 복지에 관한 사회적·법적 원칙에 관한 선언’의 제규정, ‘소년법 운영을 위한 유엔 최소 표준규약(베이징규칙)’ 및 ‘비상시 및 무력충돌시 여성과 아동의 보호에 관한 선언’을 상기하고, 세계의 모든 국가에는 매우 어려운 상황에서 생활하는 아동들이 있으며, 이 아동들을 특별히 배려해야 함을 인정한다.

아동의 보호와 조화로운 발달을 위해 각 민족의 전통과 문화적 가치의 중요성을 충분히 고려하고, 모든 국가, 특히 개발도상국 아동의 생활여건 향상을 위한 국제협력의 중요성을 인정한다.

제 1 조

아동의 범위는 특별히 따로 법으로 정하지 않는 한 18세 미만까지로 한다.

제 2 조

1. 협약의 당사국(이후 ‘당사국’이라 한다)은 아동이나 그 부모, 후견인의 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 의견, 민족적·인

종적·사회적 출신, 재산, 장애여부, 태생, 신분 등의 차별 없이 이 협약에 규정된 권리를 존중하고, 모든 아동에게 이를 보장해야 한다.

2. 당사국은 아동이 부모나 후견인 또는 다른 가족의 신분과 행동, 의견이나 신념을 이유로 차별이나 처벌을 받지 않도록 모든 적절한 조치를 취해야 한다.

제 3 조

1. 공공·민간 사회복지기관, 법원, 행정당국, 입법기관 등은 아동과 관련된 활동을 함에 있어 아동에게 최상의 이익이 무엇인지 가장 먼저 고려해야 한다.
2. 당사국은 아동의 부모, 후견인 및 기타 아동에 대해 법적 책임이 있는 자의 권리와 의무를 고려해 아동복지에 필요한 보호와 배려를 보장하고, 이를 위해 입법적, 행정적으로 모든 적절한 조치를 취해야 한다.
3. 당사국은 아동 보호의 책임을 지는 기관과 시설이 관계당국이 설정한 기준, 특히 안전과 위생분야, 직원의 수와 자질, 관리와 감독의 기준을 지키도록 보장해야 한다.

제 4 조

당사국은 이 협약이 명시한 권리의 실현을 위해 입법적, 행정적 조치를 비롯해 모든 적절한 조치를 취해야 한다. 경제적·사회적·문화적 권리 보장을 위해 당사국은 최대한 자원을 동원해야 하며 필요한 경우 이를 국제협력의 관점에서 시행해야 한다.

제 5 조

당사국은 아동이 이 협약이 명시한 권리를 행사함에 있어 부모나 현지관습에 의한 확대가족, 공동체 구성원, 후견인 등 법적 보호자

부 록

들이 아동의 능력과 발달정도에 맞게 지도하고 감독할 책임과 권리가 있음을 존중해야 한다.

제 6 조

1. 당사국은 모든 아동이 생명에 관한 고유의 권리를 가지고 있음을 인정한다.
2. 당사국은 아동의 생존과 발달을 최대한 보장해야 한다.

제 7 조

1. 아동은 출생 후 즉시 등록되어야 하며, 이름과 국적을 가져야 하며, 가능한 한 부모가 누구인지 알고 부모에 의해 양육 받아야 한다.
2. 당사국은 국내법 및 관련 국제문서상의 의무에 따라 아동이 이러한 권리를 누릴 수 있도록 보장해야 하며, 국적 없는 아동의 경우 보다 특별한 보장을 해야 한다.

제 8 조

1. 당사국은 이름과 국적, 가족관계 등 법률에 의해 인정된 신분을 보존할 수 있는 아동의 권리를 존중해야 한다.
2. 아동이 자신의 신분요소 중 일부나 전부를 불법적으로 박탈당한 경우 당사국은 해당 아동의 신분을 신속하게 회복하기 위해 적절한 원조와 보호를 제공해야 한다.

제 9 조

1. 당사국은 법률 및 절차에 따라서 사법당국이 부모와의 분리가 아동에게 최상의 이익이 된다고 결정한 경우 외에는, 아동이 자신의 의사에 반해 부모와 떨어지지 않도록 보장해야 한다. 이러한 결정은 부모에 의한 아동학대나 유기, 부모의 별거로 인한 아동의 거취 결정 등 특별한 경우에 필요할 수 있다.

2. 이 조 제1항의 규정을 시행하는 절차에 있어 모든 이해당사자는 자신의 의견을 표명할 기회를 가져야 한다.
3. 당사국은 아동의 이익에 반하는 경우 외에는, 부모의 한 쪽이나 양 쪽 모두로부터 떨어진 아동이 정기적으로 부모와 관계를 갖고 만남을 유지할 권리를 존중해야 한다.
4. 부모나 아동의 감금, 투옥, 망명, 강제퇴거 또는 사망(당사국이 억류하고 있는 동안 사망한 경우 포함)등과 같이 당사국이 취한 조치로 인해 아동과 부모가 분리된 경우, 당사국은 아동에게 해롭지 않다고 판단되는 정보제공 요청이 있을 때 부모나 아동, 다른 가족에게 부재중인 가족의 소재에 관한 필수적인 정보를 제공해야 한다. 또한 당사국은 그러한 요청 의뢰가 관련자에게 불리한 결과를 초래하지 않도록 보장해야 한다.

제10조

1. 제9조 제1항에 규정된 의무에 따라 가족의 재결합을 위해 아동이나 그 부모가 당사국에 입국이나 출국 신청을 했을 경우 당사국은 이를 긍정적이며 인도적인 방법으로 신속히 처리해야 한다. 또한 이러한 요청이 신청자와 그 가족에게 불리한 결과를 초래하지 않도록 보장해야 한다.
2. 부모가 다른 나라에 거주하는 아동은 예외적인 상황 외에는 정기적으로 부모와 개인적 관계를 갖고 만남을 유지할 권리를 가진다. 따라서 협약 제9조 제2항에 규정된 당사국의 의무에 따라, 당사국은 아동과 그 부모가 본국을 비롯한 어떠한 국가로부터도 출국할 수 있는 권리를 존중해야 하며, 본국으로 입국할 수 있는 권리 또한 존중해야 한다. 이러한 권리는 법률에 의해 규정되어야 하며 이 권리의 제한은 협약이 인정하는 다른 권리와 부합되는 범위에서 국가안보와 공공질서, 공중보건, 도덕, 타인의 권리와 자유를 보호하기 위한 때에만 가능하다.

제11조

1. 당사국은 아동이 불법으로 해외 이송되거나 본국으로 돌아오지 못하게 되는 상황을 막기 위해 적절한 조치를 취해야 한다.
2. 이 목적을 위해 당사국은 양자 또는 다자간 협정을 체결하거나 기존 협정에의 가입을 추진해야 한다.

제12조

1. 당사국은 자신의 의견을 형성할 능력을 갖춘 아동에게는 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 대해 자유롭게 의견을 표현할 권리를 보장하고, 아동의 나이와 성숙도에 따라 그 의견에 적절한 비중을 부여해야 한다.
2. 이 목적을 위해 당사국은 아동에게 영향을 미치는 사법적·행정적 절차를 시행함에 있어 아동이 직접, 또는 대리인이나 적절한 기관을 통해 의견을 진술할 기회를 국내법 준수의 범위 안에서 갖도록 해야 한다.

제13조

1. 아동은 표현할 권리를 가진다. 이 권리는 말이나 글, 예술형태 또는 아동이 선택하는 다양한 매체를 통해 국경과 관계없이 모든 정보와 사상을 요청하며 주고 받을 수 있는 자유를 포함한다.
2. 이 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만 이 제한은 오직 법률에 의해 규정되어야 하며 다음 사항을 위해 필요한 것이어야 한다.
 - 가. 타인의 권리 또는 명성 존중
 - 나. 국가안보, 공공질서, 공중보건, 도덕의 보호

제14조

1. 당사국은 사상·양심·종교의 자유에 대한 아동의 권리를 존중해야 한다.

2. 당사국은 아동이 이러한 권리를 행사함에 있어 부모나 후견인이 아동의 능력 발달에 맞는 방식으로 아동을 지도할 권리와 의무를 존중해야 한다.
3. 종교와 신념을 표현하는 자유는 법률에 의해 규정되어야 하며 공공의 안전, 질서, 보건이나 도덕 또는 타인의 기본권과 자유를 보호하기 위해 필요한 경우에만 제한될 수 있다.

제15조

1. 당사국은 결사의 자유와 평화적 집회의 자유에 대한 아동의 권리를 인정한다.
2. 민주사회의 법체계 안에서 국가안보나 공공의 안전, 공공질서, 공중보건과 도덕의 보호 또는 타인의 권리와 자유의 보호를 위해 필요한 경우 외에는 이 권리의 행사에 어떠한 제한도 가해서는 안 된다.

제16조

1. 아동은 사생활과, 가족, 가정, 통신에 대해 자의적이거나 불법적인 간섭을 받지 않으며 또한 명예나 명성에 대해 불법적인 공격을 받지 않는다.
2. 아동은 이러한 간섭이나 공격으로부터 법적인 보호를 받을 권리가 있다.

제17조

- 당사국은 대중매체의 중요한 기능을 인정해 아동이 특히 자신의 사회적·정신적·도덕적 복지와 신체적·정신적 건강의 향상에 도움이 되는 국내외 정보와 자료에 접근할 수 있도록 보장해야 한다. 이 목적을 위해 당사국은,
- 가. 대중매체가 사회적·문화적으로 유익하고 제29조의 정신에 부합되는 정보와 자료를 아동에게 보급하도록 장려해야 한다.

부 록

- 나. 문화적, 국내적, 국제적으로 다양한 정보와 자료를 제작·교류·보급함에 있어 국제협력을 장려해야 한다.
- 다. 아동도서 제작과 보급을 장려해야 한다.
- 라. 대중매체가 소수집단이나 원주민 아동이 겪는 언어상의 어려움에 특별한 관심을 기울이도록 장려해야 한다.
- 마. 제13조와 제18조의 규정을 유념해 아동복지에 유해한 정보와 자료로부터 아동을 보호하기 위해 적절한 지침을 개발하도록 장려해야 한다.

제18조

1. 당사국은 아동의 양육과 발달에 있어 양 쪽 부모가 공동책임을 진다는 원칙이 공인 받을 수 있도록 최선의 노력을 기울여야 한다. 부모 또는 경우에 따라 법정후견인은 아동의 양육과 발달에 일차적 책임을 지며 그들은 기본적으로 아동에게 무엇이 최상인가에 관심을 가져야 한다.
2. 이 협약에 규정된 권리의 보장과 증진을 위해 당사국은 아동에 대한 양육 책임을 잘 이행할 수 있도록 부모와 법정후견인에게 적절한 지원을 제공해야 하며, 아동 보호를 위한 기관과 시설, 서비스가 발전할 수 있도록 보장해야 한다.
3. 당사국은 취업부모의 자녀들이 아동보호시설과 서비스의 혜택을 받을 권리를 보장하기 위해 모든 적절한 조치를 취해야 한다.

제19조

1. 당사국은 아동이 부모나 법정후견인, 다른 보호자로부터 양육되는 동안 모든 형태의 신체적·정신적 폭력, 상해나 학대, 유기, 부당한 대우, 성적인 학대를 비롯한 착취로부터 아동을 보호하기 위해 모든 적절한 입법적·행정적·사회적·교육적 조치를 취해야 한다.

2. 이러한 보호조치 속에는 아동 및 아동의 양육책임자에게 필요한 지원을 제공하기 위한 사회계획의 수립과 이 조 제1항에 규정된 아동학대사례에 대한 다른 형태의 방지책, 학대사례를 확인·보고·조회·조사·처리·추적하고 필요한 경우 사법적 개입이 가능한 효과적인 절차가 포함되어야 한다.

제20조

1. 일시적 또는 영구적으로 가정을 박탈 당했거나 아동에게 이롭지 않은 가정환경으로 인해 가정으로부터 분리된 아동은 국가로부터 특별한 보호와 원조를 부여 받을 권리가 있다.
2. 당사국은 국내법에 따라 이러한 아동을 위한 대안적 보호방안을 확립해야 한다.
3. 이러한 보호는 위탁양육, 회교법의 카팔라(Kafalah, 빈곤아동, 고아 등을 위한 회교국의 위탁양육방법), 입양, 필요한 경우 적절한 아동보호시설에서의 양육까지를 포함한다. 양육 방법을 모색할 때는 아동이 지속적으로 양육될 수 있는가 하는 점과 아동의 인종적·종교적·문화적·언어적 배경을 중시해야 한다.

제21조

입양제도를 인정하는 당사국은 아동의 이익이 가장 먼저 고려되도록 보장해야 하며 또한

- 가. 아동의 입양은 적용 가능한 법과 절차에 따라 적절하고 신빙성 있는 정보에 기초해 이루어져야 하며 관계당국에 의해서만 허가되도록 보장해야 한다. 관계당국은 부모나 친척, 후견인과 관련된 아동의 신분상태를 고려해 입양의 허용여부와 필요한 경우 부모나 친척 등 관계자들이 협의해 입양에 대한 분별 있는 동의를 했는가 하는 점을 결정한다.

- 나. 해외입양은 아동이 위탁양육자나 입양가족을 구하지 못했거나 모국에서는 적절한 방법으로 양육될 수 없는 경우 아동양육의 대체수단으로 고려될 수 있음을 인정해야 한다.
- 다. 해외입양아가 국내입양아에게 적용되는 보호와 기준을 동등하게 누릴 수 있도록 보장해야 한다.
- 라. 해외입양의 경우 양육지정이 입양관계자들에게 부당한 금전적 이익을 주는 결과가 되지 않도록 모든 적절한 조치를 취해야 한다.
- 마. 적절한 상황이 되면 양자 또는 다자간 약정이나 협정을 체결해 이 조의 목적을 촉진시키며, 그러한 체제 안에서 아동에 대한 해외에서의 양육지정이 관계당국이나 기관에 의해 이루어지도록 노력해야 한다.

제22조

1. 당사국은 난민의 지위를 요청하거나 적용 가능한 국제법이나 국내법, 다른 절차에 따라 난민으로 규정된 아동이 부모나 다른 보호자의 동반 여부와는 관계없이 이 협약 및 해당국가의 국제인권/인도주의 관련 문서에 규정된 권리를 누림에 있어 적절한 보호와 인도적 지원을 받도록 관련조치를 취해야 한다.
2. 이 목적을 위해 당사국은 유엔 및 유엔과 협력하는 자격 있는 정부기관이나 비정부기구들이 이러한 아동을 보호, 원조하고 가족재결합에 필요한 정보 수집을 위해 난민아동의 부모나 가족추적에 기울이는 노력에 대해 적절한 협조를 해야 한다. 부모나 다른 가족을 찾을 수 없는 경우, 그 아동은 영구적 또는 일시적으로 가정환경을 박탈당한 다른 아동과 마찬가지로 이 협약에 규정된 보호를 받아야 한다.

제23조

1. 당사국은 정신적·신체적 장애아가 인격을 존중 받고 자립과 적극적 사회참여가 장려되는 여건에서 여유롭고 품위 있는 생활을 누려야 함을 인정한다.
2. 당사국은 특별한 보호를 받을 장애아의 권리를 인정하며 활용 가능한 재원의 범위 내에서 아동과 부모, 다른 아동양육자의 사정에 맞는 지원이 신청에 의해 해당아동과 양육 책임자에게 제공되도록 장려하고 이를 보장해야 한다.
3. 장애아의 특별한 어려움을 인식하고, 이 조 제2항에 따른 지원을 할 경우, 부모 등 아동양육자의 재산을 고려해 가능한 한 무상 지원을 해야 하며, 아동이 교육과 훈련, 의료지원, 재활지원, 취업준비 및 오락의 기회를 실질적으로 이용할 수 있는 지원 안을 장애아동의 사회참여와 문화적·정신적 발전 등 개인발전에 기여하는 방법으로 마련해야 한다.
4. 당사국은 국제협력의 정신에 입각해 이러한 분야에서의 능력과 기술을 향상시키고 경험을 확대하기 위해 장애아를 위한 재활, 교육 및 직업에 관한 정보 보급과 이용을 비롯해 예방의학분야, 의학적·심리적·기능적 치료에 관한 적절한 정보 교환을 촉진해야 한다. 또한 이 문제를 다룸에 있어 개발도상국의 필요를 특별히 고려해야 한다.

제24조

1. 당사국은 아동이 최상의 건강수준을 유지할 권리와 질병치료 및 건강회복을 위한 시설을 이용할 권리를 인정한다. 이와 관련해 보건의료서비스 이용에 관한 아동의 권리가 침해되지 않도록 노력해야 한다.

2. 당사국은 이 권리의 완전한 이행을 추구해야 하며, 특히 다음과 같은 적절한 조치를 취해야 한다.
 - 가. 영아와 아동사망률을 낮추기 위한 조치
 - 나. 기초건강관리 증진에 중점을 두면서 모든 아동이 필요한 의료지원과 건강관리를 받을 수 있도록 보장하는 조치
 - 다. 기초건강관리 체계 안에서 환경오염의 위험과 피해를 충분히 고려하면서, 쉽게 이용할 수 있는 기술 적용과 충분한 영양식 및 안전한 식수 보급을 통해 질병과 영양실조를 퇴치하기 위한 조치
 - 라. 산모에게 적절한 산전산후 건강관리를 보장하는 조치
 - 마. 부모와 아동을 비롯한 모든 사회구성원이 아동의 건강과 영양, 모유수유의 장점, 위생 및 환경정화, 사고 예방에 관한 기초지식 관련 정보를 제공 받고 교육받을 수 있도록 지원하는 조치
 - 바. 예방 중심의 건강관리, 부모교육, 가족계획 교육과 서비스를 발전시키는 조치
3. 당사국은 아동의 건강에 유해한 전통관습을 폐지하기 위해 모든 효과적이고 적절한 조치를 취해야 한다.
4. 당사국은 이 조에서 인정하는 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위해 국제협력을 증진하고 장려해야 한다. 이 문제에 있어서 개발도상국의 필요를 특별히 고려해야 한다.

제25조

당사국은 아동이 보호나 신체적, 정신적 치료의 목적으로 관계당국에 의해 양육 지정된 경우 해당아동은 치료상황을 비롯해 양육 지정과 관련된 모든 상황을 정기적으로 심사 받을 권리를 가짐을 인정한다.

제26조

1. 당사국은 모든 아동이 사회보험을 포함한 사회보장제도의 혜택을 받을 권리가 있음을 인정하며, 이 권리의 완전한 실현을 위해 자국의 국내법에 따라 필요한 조치를 취해야 한다.
2. 이러한 혜택은 아동 및 아동에 대한 부양책임자의 재산과 상황을 고려함은 물론 아동이 직접, 또는 대리인이 행하는 혜택 신청과 관련된 여러 상황을 고려해 적절한 경우에 부여되어야 한다.

제27조

1. 당사국은 모든 아동이 신체적·지적·정신적·도덕적·사회적 발달에 맞는 생활수준을 누릴 권리를 가짐을 인정한다.
2. 부모 또는 아동을 책임지는 보호자는 능력과 재산의 범위 안에서 아동 발달에 필요한 생활여건을 조성할 일차적 책임을 진다.
3. 당사국은 재정 범위 안에서 국내 상황을 고려해 부모나 아동을 책임지는 보호자가 이 권리를 실현할 수 있도록 적절한 조치를 취해야 하며, 필요한 경우에는 특별히 기본적인 의식주에 대해 물질적 지원과 지원프로그램을 제공해야 한다.
4. 당사국은 국내외에 거주하는 부모, 또는 아동의 재정적 책임자로부터 양육비를 확보하기 위해 모든 적절한 조치를 취해야 한다. 특히 아동의 재정적 책임자가 아동과 다른 국가에 거주하는 경우 국제협약 가입이나 체결 등 적절한 조치를 세우도록 추진해야 한다.

제28조

1. 당사국은 교육에 대한 아동의 권리를 인정하며, 균등한 기회 제공을 기반으로 이 권리를 점진적으로 달성하기 위해 특별히 다음 조치를 취해야 한다.

- 가. 초등교육은 의무적으로 모든 사람에게 무상으로 제공되어야 한다.
 - 나. 일반 및 직업교육을 포함한 여러 형태의 중등교육 발전을 장려하고, 모든 아동이 중등교육의 혜택을 받을 수 있도록 하며, 무상교육을 도입하거나 및 필요한 경우 재정적 지원을 하는 등 적절한 조치를 취해야 한다.
 - 다. 모든 사람에게 능력에 따라 고등교육 기회가 개방되도록 모든 적절한 조치를 취해야 한다.
 - 라. 모든 아동이 교육 및 직업관련 정보와 지침을 이용할 수 있도록 조치를 취해야 한다.
 - 마. 학교 출석률과 중퇴율 감소를 촉진하는 조치를 취해야 한다.
2. 당사국은 학교 규율이 아동의 인격을 존중하고 이 협약을 준수하는 방향으로 운영되도록 보장하기 위해 모든 적절한 조치를 취해야 한다.
3. 당사국은 특히 전세계의 무지와 문맹 퇴치에 이바지하고, 과학 기술지식 및 현대적인 교육체계에의 접근성을 높이기 위해 교육 부문의 국제협력을 증진하고 장려해야 한다. 이 문제에 있어서 특별히 개발도상국의 필요를 고려해야 한다.

제29조

1. 당사국은 아동교육이 다음의 목표를 지향해야 한다는 데 동의한다.
- 가. 아동의 인격, 재능 및 정신적·신체적 잠재력의 최대 개발
 - 나. 인권과 기본적 자유, 유엔헌장에 규정된 원칙 존중
 - 다. 자신의 부모와 문화적 주체성, 언어 및 가치, 현거주국과 출신국의 국가적 가치 및 이질적인 문명에 대한 존중
 - 라. 아동이 인종적·민족적·종교적 집단 및 원주민 등 모든 사람과의 관계에 있어서 이해, 평화, 관용, 성(性) 평등 및 우정

의 정신에 입각해 자유사회에서 책임 있는 삶을 영위하도록 하는 준비

마. 자연환경에 대한 존중

2. 이 조 제1항에 대한 준수와 교육기관의 교육이 국가가 설정한 최소기준에 맞아야 한다는 조건 하에, 이 조 또는 제28조의 어떤 조항도 개인 및 단체의 교육기관 설립·운영의 자유를 침해하는 것으로 해석되어서는 안 된다.

제30조

인종적·종교적·언어적 소수자나 원주민 아동은 본인이 속한 공동체의 구성원들과 함께 고유의 문화를 향유하고, 고유의 종교를 믿고 실천하며, 고유의 언어를 쓸 권리를 보호 받아야 한다.

제31조

1. 당사국은 휴식과 여가를 즐기고, 자신의 나이에 맞는 놀이와 오락활동에 참여하며, 문화생활과 예술활동에 자유롭게 참여할 수 있는 아동의 권리를 인정한다.
2. 당사국은 문화적·예술적 활동에 마음껏 참여할 수 있는 아동의 권리를 존중하고 증진하며, 문화, 예술, 오락 및 여가활동을 위해 적절하고 균등한 기회 제공을 촉진해야 한다.

제32조

1. 당사국은 경제적인 착취를 비롯해 위협하거나, 교육을 방해하거나, 건강이나 신체적·지적·정신적·도덕적·사회적 발전에 유해한 모든 노동으로부터 보호 받을 아동의 권리를 인정한다.
2. 당사국은 이 조의 이행 보장을 위해 입법적·행정적·사회적·교육적 조치를 강구해야 한다. 이 목적을 위해, 그리고 여러 국제문서의 관련규정을 고려해 당사국은 특히 다음의 규정들을 확립해야 한다.

부 록

- 가. 단일 또는 복수의 최저 고용연령 규정
- 나. 고용시간 및 고용조건에 관한 적절한 규정
- 다. 이 조의 효과적인 실시를 위한 적절한 처벌 규정

제33조

당사국은 관련 국제조약에서 규정하고 있는 마약과 향정신성 물질의 불법적 사용으로부터 아동을 보호하고 이러한 물질의 불법적 생산과 거래에 아동이 이용되는 것을 방지하기 위해 입법적·행정적·사회적·교육적 조치를 비롯한 모든 적절한 조치를 취해야 한다.

제34조

당사국은 모든 형태의 성 착취와 성학대로부터 아동을 보호할 의무를 진다. 이 목적을 달성하기 위해 당사국은 특히 다음의 사항을 방지하기 위해 적절한 국내적·양국간·다국간 조치를 모두 취해야 한다.

- 가. 아동을 위법한 성적 활동에 종사하도록 유인하거나 강요하는 행위
- 나. 아동을 매춘이나 기타 위법한 성적 활동에 착취적으로 이용하는 행위
- 다. 아동을 외설스러운 공연 및 자료에 착취적으로 이용하는 행위

제35조

당사국은 모든 목적과 형태의 아동유괴나 매매 또는 거래를 방지하기 위해 적절한 국내적·양국간·다국간 조치를 모두 취해야 한다.

제36조

당사국은 아동복지를 침해하는 모든 형태의 착취로부터 아동을 보호해야 한다.

제37조

당사국은 다음의 사항을 보장해야 한다.

가. 어떤 아동도 고문을 당하거나 잔혹하고 비인간적이거나 굴욕적인 대우나 처벌을 받아서는 안 된다. 18세 미만의 아동이 범한 범죄에 대해서는 사형 또는 석방의 가능성이 없는 종신형 처벌을 내려서는 안 된다.

나. 어떤 아동도 위법적 또는 자의적으로 자유를 박탈당해서는 안 된다. 아동의 체포, 억류, 구금은 법에 의해 오직 최후의 수단으로서 꼭 필요한 최단기간 동안만 행해져야 한다.

다. 자유를 박탈당한 모든 아동은 인도주의와 인간 존엄성에 대한 존중에 입각해 아동의 나이에 맞는 처우를 받아야 한다. 특히 자유를 박탈당한 모든 아동은 성인과 함께 수용되는 것이 아동에게 최선이라고 판단되는 경우를 제외하고는 성인으로부터 격리되어야 하며, 예외적인 경우를 제외하고는 서신과 방문을 통해 가족과 연락할 권리를 가진다.

라. 자유를 박탈당한 모든 아동은 법률적 지원 및 다른 필요한 지원을 신속하게 받을 권리를 가짐은 물론 법원이나 기타 권한 있고 독립적이며 공정한 당국에서 자유박탈의 합법성에 이의를 제기하고 이러한 소송에 대해 신속한 판결을 받을 권리를 가진다.

제38조

1. 당사국은 아동과 관련 있는 무력분쟁에 있어 당사국에 적용 가능한 국제적인 인도주의법의 규칙을 존중하고 이행할 의무를 진다.
2. 당사국은 15세 미만 아동이 적대행위에 직접 참여하지 않도록 보장하기 위해 실행 가능한 모든 조치를 취해야 한다.
3. 당사국은 15세 미만 아동의 징집을 삼가야 한다. 15세 이상 18세 미만 아동을 징집하는 경우 최 연장자부터 하도록 노력해야 한다.

4. 무력분쟁 하의 민간인 보호를 위한 국제적인 인도주의법의 의무에 따라 당사국은 무력분쟁의 영향을 받는 아동을 보호하기 위해 실행 가능한 모든 조치를 취해야 한다.

제39조

당사국은 모든 형태의 유기, 착취, 학대, 고문, 기타 모든 형태의 잔혹하거나 비인간적이거나 굴욕적인 대우나 처벌, 또는 무력분쟁으로 인해 희생된 아동의 신체적·심리적 회복 및 사회복귀를 위해 모든 적절한 조치를 취해야 한다.

제40조

1. 당사국은 형사피의자나 형사피고인, 유죄로 인정받은 모든 아동이 타인의 인권과 자유에 대한 아동의 존중심을 강화하고, 아동의 나이에 대한 고려와 함께 사회복귀 및 사회에서 맡게 될 건설적 역할의 가치를 고려하는 등 인간존엄성과 가치에 대한 의식을 높일 수 있는 방식으로 처우 받을 권리가 있음을 인정한다.
2. 이 목적을 위해 국제문서의 관련규정을 고려해 당사국은 특히 다음 사항을 보장해야 한다.
 - 가. 모든 아동은 국내법이나 국제법에 위배되지 않는 행위를 이유로 형사피의자가 되거나 형사기소 되거나 유죄로 인정받지 않는다.
 - 나. 형사피의자나 형사피고인이 된 모든 아동은 최소한 다음 사항을 보장 받는다.
 - (1) 법률에 따라 유죄가 입증될 때까지 무죄로 추정 받는다.
 - (2) 피의사실에 대한 변론 준비와 제출에 있어 직접, 또는 부모나 후견인을 통해 신속하게 법률적 지원을 비롯한 적절한 지원을 받는다.

- (3) 권한 있고 독립적이며 공평한 기관이나 사법기관에 의해 법률적 지원 및 다른 적절한 지원 하에 법에 따른 공정한 심리를 통해 지체 없이 판결을 받아야 하며, 아동에게 최상의 이익이 아니라는 판단이 없는 한 특별히 아동의 나이나 상황, 부모나 후견인 등을 고려해야 한다.
 - (4) 증언이나 유죄의 자백을 강요당하지 않으며, 자신에게 불리한 증인을 심문하거나 심문 받는 것과 대등한 조건으로 자신을 대변할 증인의 출석과 심문을 확보할 수 있어야 한다.
 - (5) 형법위반으로 간주되는 경우, 판결 및 그에 따른 모든 조치는 법률에 따라 권한 있고 독립적이며 공정한 상급당국이나 사법기관에 의해 심사되어야 한다.
 - (6) 아동이 사법절차에서 사용되는 언어를 이해하지 못하거나 말하지 못하는 경우, 무료로 통역원의 지원을 받아야 한다.
 - (7) 사법절차의 모든 단계에서 아동의 사생활은 충분히 존중되어야 한다.
3. 당사국은 형사피의자, 형사피고인, 유죄로 인정받은 아동에게 특별히 적용할 수 있는 법률과 절차, 기관 및 기구의 설립을 추진하도록 노력하며, 특히 다음 사항에 대해 노력해야 한다.
- 가. 형법위반능력이 없다고 추정되는 최저 연령의 설정
 - 나. 적절하고 바람직한 경우, 인권과 법적 보호가 충분히 존중된다는 조건 하에 이러한 아동을 사법절차에 의하지 않고 다루는 조치
4. 아동복지측면에서 적절하고, 아동이 처한 상황 및 위법행위에 맞는 처우를 아동에게 보장하기 위해 제도적으로 아동을 보호하는 지도 및 감독명령, 상담, 보호관찰, 보호양육, 교육, 직업훈련 계획, 기타 대체방안 등 다양한 처분이 가능해야 한다.

제41조

이 협약의 규정은 아동권리 실현에 보다 크게 공헌할 수 있는 다음 법률의 규정에 영향을 미치지 않는다.

가. 당사국의 법

나. 당사국에서 효력을 가지는 국제법

제42조

당사국은 이 협약의 원칙과 규정을 적절하고 적극적인 수단으로 성인과 아동 모두에게 널리 알릴 의무를 가진다.

제43조

1. 이 협약의 의무 이행에 관해 당사국이 달성한 진전 상황을 심사하기 위해 이하에 규정된 기능을 수행하는 아동권리위원회를 설립한다.
2. 위원회는 이 협약이 다루고 있는 분야에서 명망 높고 능력을 인정받는 10명의 전문가로 구성된다. 위원회의 위원은 균형 있는 지역적 배분과 주요 법체계를 고려해 당사국 국민 중에서 선출되며, 개인적 자격으로 임무를 수행한다.
3. 위원회의 위원은 당사국이 지명한 후보 중에서 비밀투표로 선출된다. 각 당사국은 자국민 중 1인을 위원후보로 지명할 수 있다.
4. 위원회의 최초 선거는 이 협약의 발효일로부터 6개월 이내에 실시되며, 그 이후는 매 2년마다 실시된다. 각 선거일의 최소 4개월 이전에 유엔사무총장은 2개월 내에 후보자를 지명해 제출하라는 서한을 당사국에 발송해야 한다. 그 후 사무총장은 후보를 지명한 당사국 표시와 함께 후보들의 명단을 알파벳 순으로 작성해 협약당사국들에게 제시해야 한다.
5. 선거는 유엔본부에서 사무총장이 소집한 당사국 회의에서 실시된다. 이 회의는 당사국의 3분의 2를 의결정족수로 하고, 회의에

출석해 투표한 당사국 대표들의 최대 다수 표 및 절대 다수 표를 얻는 자가 위원으로 선출된다.

6. 위원회 위원의 임기는 4년이며 재지명된 경우에는 재선될 수 있다. 단, 최초 선거에서 선출된 위원 중 5인의 임기는 2년 후 종료된다. 이들 5인 위원의 명단은 최초 선거 직후 동 회의의 의장에 의해 추첨으로 선정된다.
7. 위원회 위원이 사망, 사퇴 또는 본인이 특정 이유로 인해 위원회의 임무를 더 이상 수행할 수 없다고 선언하는 경우, 그 위원을 지명한 당사국은 위원회의 승인을 조건으로 자국민 중에서 잔여 임기를 수행할 다른 전문가를 임명한다.
8. 위원회는 자체의 절차규정을 제정한다.
9. 위원회는 2년 임기의 임원을 선출한다.
10. 위원회 회의는 통상적으로 유엔본부나 위원회가 결정하는 그 밖의 적절한 장소에서 매년 개최된다. 회의기간은 필요한 경우 총회의 승인을 조건으로 협약 당사국 회의에서 결정되고 검토된다.
11. 유엔사무총장은 이 협약에 의해 설립된 위원회가 효과적으로 의 효과적인 기능을 수행할 수 있도록 필요한 직원과 편의를 제공한다.
12. 이 협약에 의해 설립된 위원회 위원은 유엔총회의 승인을 얻고 총회가 결정하는 기간과 조건에 따라 유엔으로부터 보수를 받는다.

제44조

1. 당사국은 이 협약이 규정하는 권리 실행을 위해 채택한 조치와 동 권리의 보장과 관련해 이루어진 진전상황 보고서를 유엔사무총장을 통하여 다음과 같이 위원회에 제출한다.

가. 당사국에서 협약이 발효된 후 2년 이내

나. 그 후 5년마다

부 록

2. 이 조에 따라 제출되는 보고서는 이 협약의 의무 이행 단계에 영향을 주는 요소와 어려움이 있을 경우 이를 명시해야 한다. 또한 보고서는 당사국의 협약 이행에 관한 포괄적 이해를 위원회에 제공하기 위해 충분한 정보를 포함해야 한다.
3. 위원회에 포괄적인 최초 보고서를 제출한 당사국은, 제1항 나호에 의해 제출하는 후속보고서에 이미 제출된 기초적 정보를 반복할 필요가 없다.
4. 위원회는 당사국에게 이 협약의 이행과 관련된 추가정보를 요청할 수 있다.
5. 위원회는 위원회의 활동에 관한 보고서를 2년마다 경제사회이사회를 통해 총회에 제출한다.
6. 당사국은 자국의 활동에 관한 보고서를 자국 내 시민사회에서 널리 활용될 수 있도록 해야 한다.

제45조

이 협약의 효과적인 이행을 촉진하고 협약이 다루는 분야에서 국제협력을 장려하기 위해

가. 전문기구, 유니세프(유엔아동기금)를 비롯한 유엔기구들은 이 협약 중 그들의 권한에 속하는 규정 이행과 관련된 논의에 대표를 파견할 권리를 가진다. 위원회는 전문기구, 유니세프 및 위원회가 적절하다고 판단하는 그 밖의 권한 있는 기구에 대해 각 기구의 권한에 속하는 분야에 있어 협약 이행에 관한 전문적인 자문 제공을 요청할 수 있다. 위원회는 전문기구, 유니세프 및 다른 유엔기구들에게 그들의 활동분야에 한해 협약 이행에 관한 보고서 제출을 요청할 수 있다.

나. 위원회는 적절하다고 판단되는 경우 당사국이 기술적 자문 지원 요청, 또는 그 필요성을 명시한 보고서에 대해 위원회가 그

러한 요청이나 지적에 대한 의견이나 제안을 하는 경우 위원회의 해당 의견이나 제안과 함께 해당보고서를 전문기구, 유니세프 및 그 외의 권한 있는 기구에 전달해야 한다.

다. 위원회는 사무총장이 위원회를 대신해 아동권리와 관련된 특정문제에 대해 조사를 요청할 것을 총회에 권고할 수 있다.

라. 위원회는 이 협약 제44조 및 제45조에 의해 접수한 정보에 기초해 제안과 일반적 권고를 할 수 있다. 이러한 제안과 일반적 권고는 당사국의 논평이 있으면 그 논평과 함께 모든 관계 당사국에 전달되고 총회에 보고되어야 한다.

제46조

이 협약은 모든 국가가 서명하도록 개방된다.

제47조

이 협약은 비준되어야 유효하며 비준서는 유엔사무총장에게 기탁된다.

제48조

이 협약은 모든 국가가 가입할 수 있도록 개방되며 가입서는 유엔사무총장에게 기탁된다.

제49조

1. 이 협약은 20번째 비준서나 가입서가 유엔사무총장에게 기탁되는 날부터 30일째 되는 날 발효한다.
2. 20번째 비준서 또는 가입서의 기탁 이후 이 협약을 비준하거나 가입하는 각 국가에 대해 해당국가의 비준서 또는 가입서 기탁 후 30일째 되는 날 발효한다.

제50조

1. 모든 당사국은 개정안을 제안하고 이를 유엔사무총장에게 제출할 수 있다. 사무총장은 제안된 개정안을 당사국들에게 통보하는 한편 이를 심의하고 표결하기 위한 당사국 회의 개최에 대한 찬성 여부를 물어야 한다. 이러한 통보일로부터 4개월 이내에 당사국 중 최소 3분의 1이 회의 개최에 찬성하는 경우 사무총장은 유엔 후원으로 동 회의를 소집해야 한다. 개정안은 동 회의에 출석해 표결한 당사국 과반수의 찬성에 의해 채택되며 승인 절차를 위해 유엔총회에 제출된다.
2. 제1항에 따라서 채택된 개정안은 유엔총회에 의해 승인되고, 당사국 3분의 2이상이 찬성할 때 효력이 발생한다.
3. 발효된 개정안은 이를 수락한 당사국에 대해 구속력을 가지며 다른 당사국은 계속해서 이 협약의 규정 및 당사국이 받아들인 그 이전의 모든 개정안에 대해서만 구속된다.

제51조

1. 유엔사무총장은 비준이나 가입 시 각 당사국이 유보한 조항의 문서를 접수하고 이를 모든 국가에 배포해야 한다.
2. 이 협약의 목표 및 목적과 부합되지 않는 유보는 허용되지 않는다.
3. 유보는 유엔사무총장에게 통지문을 제출함으로써 언제든지 철회될 수 있으며, 사무총장은 이를 모든 국가에게 통보해야 한다. 유보조항 철회 통지는 사무총장이 이를 접수한 날부터 유효하다.

제52조

당사국은 유엔사무총장에 대한 서면통지를 통해 이 협약을 폐기할 수 있다. 협약폐기는 사무총장이 통지문을 접수한 날부터 1년 후 발효된다.

제53조

유엔사무총장은 이 협약을 보관하는 수탁자로 지명된다.

제54조

아랍어 · 중국어 · 영어 · 불어 · 러시아어 · 스페인어 정본으로 동등하게 만들어진 이 협약의 원본은 유엔사무총장에게 기탁된다. 이상의 증거로 아래의 서명 전권대표들은 각국 정부로부터 정당하게 권한을 위임 받아 이 협약에 서명했다.