

〈논문〉

국제친권 · 후견법의 동향과 우리의 입법과제*

石光現**

요약

근자에는 결혼이주여성의 증가에 따라 한국에 거주하는 외국 아동이 늘고 있고, 외국에 거주하는 한국 아동들도 늘고 있다. 따라서 아동의 국제적 보호를 다루는 국제친권 · 후견법의 중요성이 점차 커지고 있으나, 한국에서는 국제적 아동보호의 문제에 대한 관심은 별로 크지 않다. 그러나 근자의 아동학대 사건들은 한국 사회가 아동의 보호에 커다란 관심을 기울이게 되는 중요한 계기를 제공하였다. 앞으로는 국제적 아동보호의 문제가 중요한 관심사가 될 것이다. 여기에서는 국제사법을 중심으로 한국의 국제친권법과 국제미성년자후견법(양자를 묶어 “국제친권 · 후견법”)의 현황을 살펴보고(Ⅱ.), 헤이그 국제사법회의의 1996년 “부모책임 및 아동의 보호조치와 관련한 관할, 준거법, 승인, 집행 및 협력에 관한 협약”(“아동보호협약”)을 중심으로 국제친권 · 후견법의 국제적 동향을 논의한 뒤(Ⅲ.), 한국의 입법과제(Ⅳ.)를 논의한다.

여기에서 국제친권 · 후견법은 친권 · 후견과 관련된 광의의 국제사법을 말하므로 그에는 국제재판관할, 준거법과 외국재판의 승인 및 집행은 물론 국제공조가 포함된다. 아동보호가 문제되는 사안에서는 보호조치를 취할 국제관할, 보호조치의 승인 및 집행과 국제공조 등의 절차법적 쟁점이 우선 문제된다. 아동보호협약은 법원만이 아니라 행정당국이 하는 보호조치와 그를 위한 국제재판관할, 준거법, 그의 승인 및 집행과 그를 위한 국제공조를 포함하므로 그중에는 민사사건의 범위를 넘는 것이 있다. 아동보호협약과 비교하면 현재 한국의 국제친권 · 후견법은 미흡하다. 즉, 국제재판관할에 관하여는 가사소송법과 국제사법으로부터 몇 가지 규칙을 도출할 수 있으나 불확실하고, 외국재판의 승인 및 집행에 관하여는 학자들은 민사소송법과 민사집행법의 규정을 적용 내지 유추적용하는 경향이 있으나 여전히 논란이 있다. 국제공조에 관하여는 아무런 규칙이 없고, 준거법에 관하여는 친권은 친자관계의 준거

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2014학년도 학술연구비 지원을 받았음.

** 필자는 2012년 11월 24일 고려대학교에서 개최된 新·アジア家族法三國會議 第2回會議에서 여기에서 다룬 주제(아동탈취 문제 포함)에 관하여 발표하였으나 당시에는 간단한 레쥬메만 배포하였다.

*** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

법에 의하여, 아동의 후견은 후견의 준거법에 의하여 각각 규율되므로 양자가 다를 수 있어 아동을 효율적으로 보호하기에 부족하다. 아동보호협약의 내용은 한국에도 소개되어 있으나 한국법과의 異同, 협약 가입의 실익 등은 논의되고 있지 않은데 이제 우리도 아동보호협약에 대한 철저한 연구를 한 뒤 협약 가입을 추진할 필요가 있다. 더욱이 한국이 아동보호협약에 가입하더라도 아동친권·후견의 문제를 발생시킬 것으로 예상되는 국가들 중 중국과 동남아 국가들이 아동보호협약의 체약국이 아니므로 아동보호협약 가입만으로 모든 문제가 해결되는 것은 아니고 국제사법 기타 국내법을 보완할 필요가 있다. 그 구체적 방향은 국제친권·후견법에 대해 깊이 검토한 뒤 결정할 수 있을 것이다.

주제어: 아동보호협약, 부모책임, 친권, 아동의 후견, 아동의 보호조치, 국제공조

I. 머리말

과거와 달리 외국인 근로자들이 한국 내에 들어와 한국인 배우자와 혼인을 하거나 처음부터 결혼을 목적으로 국내에 이주하는 결혼이주여성¹⁾이 꾸준히 증가함에 따라 한국에 거주하는 외국국적을 가지는 아동이 늘고 있다. 또한 한국인들의 생활공간이 전세계적으로 확대됨에 따라 외국에 거주하는 한국국적을 가진 아동들도 늘어나고 있다. 그에 따라 아동의 국제적 보호를 다루는 국제친권·후견법의 중요성이 점차 커지고 있다. 국회는 2008년 3월 다문화가족 구성원이 안정적인 가족생활을 영위할 수 있도록 함으로써 이들의 삶의 질 향상과 사회통합에 이바지할 수 있도록 다문화가족지원법을 제정하였으나, 이렇듯 국제화된 현실에서 발생하는 국제적 아동보호의 문제에 대하여 우리 법률가들과 학자들의 관심은 별로 크지 않다. 이는 아직 그런 문제가 현실적으로 빈발하지 않고 있기 때문이거나,¹⁾ 국제사

1) 중앙일보 2012. 9. 21. 기사에 보도된 사건은 국제적 아동보호의 문제상황을 보여준다. 즉, 한국인 부(A)는 영국 거주 한국인 여성과 살기 위해 딸을 데리고 영국에 갔으나 가정폭력을 이유로 영국에서 재판을 받고 한국으로 추방되었다. 영국 행정당국은 A의 양육권을 박탈하고 딸을 영국인 가정에 위탁하였다. A는 딸을 한국으로 데려오기를 희망하나 영국 당국은 이를 거부하였다. 한국 정부는 “아동이 한국에 오면 보호시설에 맡기고, A의 폭행 정도를 조사한 뒤 양육환경에 문제가 있다고 판단되면 법원에 A의 접근금지를 요청하겠다”는 계획을 영국 측에 전달하였으나 아동을 보호중인 영국 사회복지사는 위 대책을 미답게 여기지 않고 있다는 것이다. 결국 보건복지부가 딸을 한국으로 데려왔다고 한다. 위 사안은 아동 보호를 위한 재판관할과 영국 당국의 보호조치를 한국에서 승인할 수 있는가라는 문제 등을 보여준다.

법에 대한 몰이해에 기인하는 것으로 짐작된다. 그러나 근자에는 ‘울산 계모 아동학대 사망사건’을 계기로 학대받는 아동의 보호가 커다란 사회적 관심사가 되었고, “아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법”이 제정되어 2014. 9. 29. 시행됨에 따라 법원이 친딸을 성추행한 아버지의 친권을 2개월간 정지한 사건도 보도된 바 있다.²⁾ 위 법률은 아동학대범죄의 처벌에 관한 특례와, 피해아동에 대한 보호절차 및 아동학대행위자에 대한 보호처분을 규정한다. 이처럼 우리 사회의 아동학대방지체계가 점차 개선되어 가고 있는데 앞으로는 국제적 아동보호의 문제도 그 중요성이 커질 것이다. 여기에서는 국제사법을 중심으로 한국의 국제친권법과 국제미성년자후견법(양자를 묶어 이하 “국제친권·후견법”)의 현황을 살펴보고(Ⅱ.), 헤이그국제사법회의가 채택한 국제친권·후견법에 관한 일반조약인 1996년 “부모책임 및 아동의 보호조치와 관련한 관할, 준거법, 승인, 집행 및 협력에 관한 협약”(“아동보호협약”)³⁾을 중심으로 국제친권·후견법의 국제적 동향을 논의한 뒤(Ⅲ.), 국제친

2) 2014. 10. 23. 중앙일보 20면 기사.

3) 영문명칭은 “Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children”이다. 2014. 7. 14. 현재 체결국은 41개국이다. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=70 참조. 동 협약의 국문번역은 최홍섭, “미성년자의 보호를 위한 1996년의 헤이그협약”, **국제사법의 현대적 흐름**(2005), 379면 이하; 법무부, **국제사법에 관한 헤이그회의 제협약**, 법무자료 제213집(1997), 307면 이하; 정하경, “아동보호조치 및 부모책임에 대한 관할권, 준거법, 승인, 집행 및 협력에 관한 헤이그협약(The Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children)의 내용에 관한 검토”, 국제규범의 현황과 전망 - 2012년 국제규범연구반 연구보고 및 국제회의 참가보고 - (2013), 73면 이하 참조. 개관은 석광현, **국제사법 해설**(2013), 515면 이하 참조. 아동보호협약에 관하여는 Paul Lagarde가 작성한 보고서가 있다. http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2943&dtid=3 참조. 이를 이하 “보고서”라 인용한다. 그 전에는 헤이그국제사법회의의 1902년 “미성년자의 후견에 관한 협약”(“미성년자후견협약”)이 있었으나 Boll 사건을 계기로 미성년자보호협약이 채택되었다. Boll 사건은 미성년자후견협약의 해석에 관하여 네덜란드와 스웨덴 간에 발생한 분쟁사건으로, 스웨덴의 아동복지국은 네덜란드 부와 스웨덴 모간에 태어나 네덜란드 국적의 스웨덴 거주 소녀인 Boll에 대하여 스웨덴법에 따라 보호교육조치를 취하였다. 미성년자후견협약에 의하면 미성년자의 후견은 본국법에 의하여야 하므로 스웨덴 아동복지국의 조치는 미성년자후견협약의 적용대상인 후견에 해당한다면 동 협약에 반하는 것이었다. 네덜란드의 제소에 따라 국제사법재판소(ICJ)는 1958. 11. 28. 판결에서 동 협약의 후견(*tutelle*, *guardianship*)을 좁게 해석하여 공법적 성격을 가지는 스웨덴의 보호교육조치는 후견에 속하지 않으므로 동 협약에 반하지 않는다고 보았다. 이를 계기로 국제사회는 아동의 보호조치에 공법적 보호조치를 포함할 필요성을 깨닫게 되었고, 보호조치의 관할에 관하여 본국법주의를 취한 미성

권·후견법 분야에서 우리의 입법과제(IV.)를 논의한다. 아동탈취와 반환, 특히 친권의 효력으로서 자의 인도청구에 관한 논점도 아동보호와 관련되고, 그에 관하여는 헤이그국제사법회의의 1980년 “국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약”(“아동탈취협약”)이 있으며 이는 아동보호협약의 특별법적 성격을 가질 뿐만 아니라 우리나라도 가입하였으므로 이를 함께 다뤄야 하나 이는 다른 기회에 논의하였으므로⁴⁾ 여기에서는 제외한다. 또한 여기에서는 성년후견은 다루지 않는다.⁵⁾

여기에서 국제친권·후견법이라 함은 친권·후견과 관련된 광의의 국제사법을 말하므로 그에는 준거법 외에도, ① 아동의 보호조치를 취할 국제재판관할, ② 보호조치의 승인 및 집행과 ③ 국제공조 등의 절차법적 쟁점이 포함된다.⁶⁾

아동보호협약은 법원만이 아니라 행정당국이 하는 보호조치, 즉 공법상의 보호조치⁷⁾와 그를 위한 국제재판관할, 준거법, 그의 승인 및 집행과 그를 위한 국제공조를 포함하므로 그중에는 민사사건의 범위를 넘는 것이 포함된다.⁸⁾⁹⁾

년자후견협약과 달리 본국법주의와 상거소주의의 타협을 도입하고 이를 미성년자보호협약에 반영하였다. Adair Dyer, “The Internationalization of Family Law”, 30 *U.C. Davis L. Rev.* 625, 631 (1997); 山田鑠一, **國際私法**, 제3판(2004), 546면; 溜池良夫; **國際私法講義**, 제3판(2005), 526면.

- 4) 영문명칭은 “Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction”이다. 아동탈취협약은 2013. 3. 1. 우리나라에서 발효되었다. 우리나라는 협약 가입을 위하여 2012. 12. 11. 법률 제11529호로 “헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률”을 제정하였다. 상세는 석광현, “국제아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그협약”, **서울대학교 법학**, 제54권 제2호(2013. 6), 79면 이하, 개관은 석광현(註 3), 517면 이하 각 참조. 미국 변호사협회(ABA), *Family Law Quarterly*, Volume 48, No. 2, Summer 2014, p. 221 이하에는 Symposium 형식으로 아동탈취협약에 관한 논문들이 수록되어 있는데, 한국의 이행법률을 소개한 필자의 글(Korea’s Accession to the Hague Child Abduction Convention)도 p. 267 이하에 수록되어 있다. 일본도 최근 아동탈취협약에 가입하였는데 일본 실시법의 소개는 광민희, “헤이그아동탈취협약의 국내이행입법에 관한 검토 - 일본의 헤이그아동탈취협약 실시법으로부터의 시사 -”, **가족법연구**, 제28권 제2호(2014. 6), 3면 이하 참조.
- 5) 성년후견에 관한 논의는 이병화, “민법상 성년후견제도 도입에 따른 국제사법상 한정치산·금치산선고 및 후견제도에 관한 개정방향”, **국제사법연구**, 제19권 제1호(2013. 6), 622면 이하; 김문숙, “부양사건과 성년후견사건의 국제재판관할권에 관한 입법론”, **국제사법연구**, 제19권 제2호(2013. 12), 181면 이하 참조.
- 6) Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 6. Auflage (2006), S. 389.
- 7) 독일에서는 그런 예로 독일 사회법(제42조)상 청소년복지국(Jugendamt)이 하는 아동보호조치(Inobhutnahme)를 든다. 반면에 독일 국제사법(제21조)은 공법상의 보호조치에는 적용되지 않으므로 아동보호협약이 개입하지 않으면 그에 대하여는 국제사회보장법의 법리가 적용된다. Staudinger/Henrich, EGBGB/IPR: Art 21 EGBGB, Neubearbeitung (2002), Rn. 111. 이 점은 우리 국제사법(제46조)에서도 같다.

우리 민법(제909조 이하)은 여전히 친권개념을 사용하나¹⁰⁾ 아동보호협약 등 국제적으로는 친권이라는 용어 대신 ‘부모책임’(parental responsibility)¹¹⁾이라는 개념을 사용하는데, 이는 우리나라에서도 발효한 국제연합의 1989년 “아동의 권리에 관한 협약”(Convention on the Rights of the Child. CRC)(“아동권리협약”)¹²⁾(제18조)으로부터 유래한 것이다.¹³⁾ 아동보호협약이 정의하는 부모책임은 “부모의 권한 또는 이와 유사한 권리의무관계로서, 아동의 신상(또는 신분) 또는 재산에 관하여 부모, 후견인(guardians) 또는 기타 법정대리인(legal representatives)의 권리, 권한 및 책임을 결정하는 관계를 포함한다”(제1조 제2항). 아래에서 보듯이 아동보호협약도 미성년자보호협약이 사용했던 ‘친권에 복종시키는 관계’(relationship subjecting the infant to authority)라는 용어 대신 부모책임을 사용하고, 이 점은 유럽연합의 ‘브뤼셀Ⅱbis’ 또는 ‘브뤼셀Ⅱa’¹⁴⁾도 같다.

-
- 8) Andrea Schulz, “Inkrafttreten des Haager Kinderschutzübereinkommens vo. 19.10.1996 für Deutschland am 1.1.2011”, *FamRZ* (2011), S. 162. 마찬가지로 브뤼셀Ⅱbis 제1항 제1호는 동 규정이 민사사건에 적용됨을 명시하는데 행정당국이 하는 공법상의 보호 조치도 여기의 민사사건에 포함된다. 즉 규정의 독자적인 성질결정에 따른다. Thomas Rauscher (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht: EuZPR/EuIPR Kommentar* (2010), Art. 1 Brüssel II a-VO Rn. 20 (Rauscher 집필부분)(이하 “Rauscher/집필자”라고 인용한다). 제2조 제1호는 동 규정의 ‘법원’은 제1조가 정한 적용범위에 속하는 사건에 대하여 관할을 가지는 회원국의 모든 당국을 포함함을 명시한다. 브뤼셀Ⅱbis 전문 제7항도 참조.
- 9) 그러나 아동보호협약은 사회보장문제, 교육과 보건에 관한 일반적 성격의 공적 조치, 형사범죄의 결과 취해진 조치를 포함한 공법상 문제에는 적용되지 않는다(제4조). 보고서, No. 26; 최홍섭(註 3), 338면.
- 10) 그렇지만 2005년 신설된 민법(제912조)은 친권을 행사함에 있어서는 자의 복리를 우선적으로 고려해야 한다고 규정하므로 친권이 부모의 자녀에 대한 지배권이 아니라 자녀의 복리실현을 위하여 부모에게 인정된 의무이자 권리(의무권)라는 점을 분명히 하고 있다고 한다. 김주수·김상용, **친족·상속법**, 제10판(2012), 375면.
- 11) 유럽의 모든 국가가 국내법상 위 용어를 사용하지는 않으며 영국, 노르웨이와 포르투갈이 이를 사용한다고 한다. Nigel Lowe/Michael Nicholls, *The 1996 Hague Convention on the Protection of Children* (2012), para. 4.8. 일본에서는 ‘親責任’이라고 번역하기도 한다.
- 12) 이는 1991. 12. 20. 조약 제1072호로 발효했다. 우리나라는 동 협약에 가입하면서 제9조 제3항, 제21조 (a)와 제40조 제2항 (b)(v)에 대해 유보하였다.
- 13) 보고서, Nos. 14, 98. 제18조 제1항은 “당사국은 부모 쌍방이 아동의 양육과 발전에 공동책임(common responsibilities)을 진다는 원칙이 인정받을 수 있도록 최선의 노력을 기울여야 한다. 부모 또는 경우에 따라서 후견인은 아동의 양육과 발달에 일차적 책임을 진다. 아동의 최선의 이익이 그들의 기본적 관심이 된다”고 규정한다.
- 14) 브뤼셀Ⅱbis는 “혼인과 친권(부모책임)에서의 재판관할 및 재판의 승인과 집행에 관한 이사회규정”(정확한 영문명칭은 Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November

각국의 후견법제는 과거 ‘가(家)를 위한 후견법’에서 ‘피후견인을 위한 후견법’으로의 추이와 함께 피후견인의 복지를 지키기 위하여 후견에 대한 공권적 감독을 할 필요를 느끼게 되었고, 법원 기타 국가기관을 통하여 이런 임무를 담당하게 한 결과 후견제도는 현저히 공적 성질을 가지게 되었다.¹⁵⁾ 후견과 관련한 국제재판관할과 준거법을 결정함에 있어서 이 점을 고려하여야 한다.¹⁶⁾

II. 한국의 현행 국제친권 · 후견법

여기에서는 우리 법상 국제재판관할, 준거법, 외국의 보호조치의 승인 및 집행과 국제공조를 포함하는 넓은 의미의 국제친권 · 후견법을 논의한다.

1. 국제재판관할

국제사법은 국제재판관할의 대원칙을 선언하고 소비자와 근로자를 보호하기 위한 국제재판관할규칙을 두고 있으나, 일부 비송사건¹⁷⁾, 즉 실종선고(제12조), 한정치산·금치산(제14조)¹⁸⁾ 및 후견(제48조 제2항) 등 일부에 관하여만 예외적 재판

2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000)을 말한다. 과거 브뤼셀II는 친권문제 전반이 아니라 혼인과 함께 다루어지는 친권사건만을 규율하였으나 브뤼셀II bis는 이혼과 함께 다루어지는지에 관계 없이 친권문제 전반을 규율한다. Rauscher/Rauscher, Art. 1 Rn. 21. 브뤼셀II bis를 소개한 우리 문헌은 광민희, “헤이그아동탈취협약과 유럽연합의 입법적 대응”, **가족법연구**, 제25권 제2호(2011), 394면 이하; 이승미, “이혼사건의 국제재판관할권에 관한 소고: EU의 「브뤼셀II a-규칙」을 중심으로”, **아주법학**, 제7권 제1호(2013. 6) 167면 이하; 이승미, 193면 이하에는 발췌번역도 있다. 이승미, 혼인관계사건의 국제재판관할에 관한 연구, 아주대학교 대학원 법학박사학위논문(2014. 7), 85면 이하 참조.

15) 我妻榮, **親族法**(法律學全集), 352면(山田鐮一(註 3), 545면에서 재인용).

16) 예컨대 아래에서 보듯이 실질법상 아동의 복지를 위하여 행정당국의 관여가 증가하게 되었고 행정당국은 보호조치를 취함에 있어서 자국법을 적용하게 되었다.

17) 비송사건이라 함은 실질적으로는 국가가 후견적 입장에서 정책적으로 간섭할 필요가 있는 경우, 법원이 사건의 발생·변경·소멸에 관하여 관여적 임무를 수행하는 사건을 말하고, 형식적으로는 비송사건절차법에서 정한 사건 및 동법의 총칙이 적용되거나 준용되는 사건을 말한다. 송상현·박익환, **민사소송법**, 신정 7판(2014), 29면.

18) 민법 부칙 제3조(다른 법령과의 관계)는 “이 법 시행 당시 다른 법령에서 “금치산” 또는 “한정치산”을 인용한 경우에는 성년후견 또는 한정후견을 받는 사람에 대하여 부칙 제2조 제2항에 따른 5년의 기간에 한정하여 “성년후견” 또는 “한정후견”을 인용

관할을 규정할 뿐이다. 따라서 여기에서 다루는 국제친권사건의 국제재판관할에 관하여는 명확한 지침이 없으나, 국제후견사건에 관하여 다수설은 제48조 제2항에 따를 것이라고 본다.¹⁹⁾

가. 국제친권사건

국제친권사건의 국제재판관할에 관하여는 국제사법이 명확한 지침을 제공하지 않으므로 국제친권사건의 국제재판관할규칙을 도출하는 방안은 아래 세 가지를 생각할 수 있다. 국제친권사건, 즉 친권자(또는 양육자)의 결정, 아동의 신상감호, 아동의 재산관리, 기타 친권의 효력 및 소멸 등의 국제재판관할을 논의하는 이유는 예컨대 부모의 양육권 박탈 기타 아동의 최대복지(the best interests. 또는 최선의 이익. 이하 양자를 호환적으로 사용한다)를 보호하기 위한 조치를 취할 법원 기타 당국의 소속국을 결정하는 데 있다.

제1설: 분쟁의 유형에 따라 아동의 주소지국 또는 상대방의 보통재판적 소재지국에 관할을 인정하는 견해

이는 국제사법 제2조에 따라 국내법, 즉 가사소송법의 관할규정을 참조하여 국제재판관할규칙을 정립한다. 가사소송법(제44조 제5호)에 따르면, ‘리류’ 가사비송 사건에 속하는 친권에 관한 사건²⁰⁾에 대하여는 미성년자 자녀의 주소지의 가정법원이 관할을 가진다.²¹⁾ 한편 친권에 관한 사항 중 일부, 특히 자(子)²²⁾의 양육에 관한 처분과 그 변경, 면접교섭권의 제한 또는 배제는 ‘마류’ 가사비송사건에 속하는데,²³⁾ 그에 대하여는 상대방의 보통재판적소재지의 가정법원이 관할을 가진다

한 것으로 본다”고 규정하므로 이는 민법 부칙에 의하여 성년후견 및 한정후견으로 사실상 대체되었다. 그러나 국제사법이 정식으로 개정된 것은 아니다.

19) 아래에서 보는 바와 같이 이를 부정하는 소수설도 있다. 과거 독일 비송사건절차법에 따른 해석론은 Staudinger/Henrich, EGBGB/IPR: Art 21 EGBGB, Neubearbeitung 2002, Rn. 142f. 참조.

20) 이에는 친권행사방법의 결정, 친권자의 법률행위대리권 및 재산관리권의 사퇴 또는 회복에 대한 허가 등이 포함된다. 다만 조문은 부부 사이의 공동의 자녀에 대한 친권 행사방법의 결정사건을 제외하고 있다.

21) 리류 가사비송사건에 해당하는 사항은 가사소송법 제2조 제1항에 있다.

22) 원칙적으로 자가 성년이 된 때에는 친권에 복종하지 않는데 자가 성년인가는 국제사법 제6조가 정한 행위능력의 준거법에 따른다. 아동이라는 개념은 우리 국제사법이 아니라 헤이그협약이 사용하는데 그 기준은 협약에 따라 다르다. 즉 아동보호협약과 입양협약의 대상인 아동은 18세 미만의 아동이고, 아동탈취협약의 대상인 아동은 16세 미만의 아동이다.

23) 가사소송법 제2조 제1항 제2호 나목 3.

(제46조). 이러한 관할규칙을 참조하면, 친권에 관한 사건은 유형에 따라 아동의 주소지국(라류 가사비송사건의 경우) 또는 상대방의 보통재판적소재지국(마류 가사비송사건의 경우)이 국제재판관할을 가지게 된다.²⁴⁾ 상거소의 개념은 객관주의를 따르는 우리 민법의 주소 개념과 유사하므로 라류 가사비송사건의 경우 이는 아동의 상거소지국의 관할을 인정하는 것과 유사하다.

우리 학설로는 마류 가사비송사건의 경우는 비송사항이며 법원에 의한 재량적 형성처분이 예정되어 있으나 그 쟁송적 성격과 일정 한도에서 당사자의 임의처분이 허용되는 점 등에 비추어 소송사건에 준하여 관할의 존부를 판단하여도 좋지만, 공익성이 강한 라류 가사비송사건에서는 심판의 대상인 사건 유형마다 그 문제를 심리함에 가장 적절한 법원이 국제적으로 어느 국가의 법원인가라는 관점에서 결정할 것이라는 견해가 있다.²⁵⁾ 이는 라류 가사비송사건과 마류 가사비송사건을 구별하는 가사소송법의 태도와 일맥상통한다.

이에 따르면 국제친권에 관한 사건은 분쟁의 유형이 라류와 마류 중 어디에 속하는지에 따라 국제재판관할이 다르게 된다.

제2설: 아동의 상거소지국에 관할을 인정하는 견해

이는 국제사법 제2조가 정한 실질적 관련에 착안하여 아동보호협약의 취지를 참고하여 아동의 상거소지국에 국제재판관할을 인정하는 견해이다. 필자는 국제사법의 해석론으로 이를 지지한다.²⁶⁾ 그것이 우리나라가 이미 가입한 아동탈취협약은

24) 다만 공동의 자녀에 대한 친권 행사방법의 결정사건의 관할은 혼인관계소송의 관할에 관한 원칙에 따르면 대체로 부부 또는 부부 중 일방의 보통재판적 소재지 국가에 관할을 인정할 수 있다.

25) 김원태, “섭외가사소송에서의 국제재판관할에 관한 연구”, **경성법학**, 제5호(1996. 9), 231면과 인용된 일본 문헌 참조. 일본에서는 권리의무에 관하여 판단하는 소송사건과 달리 법원의 후견적 역할과 합목적적·재량적 권한행사가 기대되는 비송사건에서는 신분관계 소송사건에서 형성된 국제재판관할규칙이 직접 타당하다고 할 수는 없고, 비송사건에 관한 국제재판관할규칙의 일반론으로서는 국제비송법의 이념에 비추어 “보호되어야 할 이익”의 소재지에 관할을 인정하는 견해가 유력하나 대심구조를 취하는가, 즉 쟁송성의 유무에 따라 구분하는 견해도 있다. 酒井一, “親權者指定申立事件の國際裁判管轄權”, **國際私法判例百選**, 第2版(2012), 213면과 그에 인용된 伊東乾·三井哲夫(編), **注解非訟事件手續法**(1995), 133면 참조. 독일의 가사 및 비송사건절차법의 국제재판관할규칙(제98조 내지 제106조)과 독일 문헌을 보면 소송과 비송의 도식적 대비는 잘 보이지 않는다. Haimo Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 5. Auflage (2010), Rn. 423ff. 참조.

26) 서울가정법원 2011. 2. 11. 선고 2010르2139 판결(대법원에서 심리불속행기각으로 확정. 2011므786)은 실질적 관련에 근거하여 국제재판관할을 판단하였다. 구체적으로, 한국인 여성인 원고가 미국인 남성인 피고에 대하여 이혼, 위자료, 친권자 및 양육자 지정,

물론이고(아래 IV.3. 참조) 아동보호협약의 태도와도 일관되므로 국제적 정합성을 확보할 수 있다. 나아가 국제사법의 해석상 아래 아동보호협약에서 논의하는 부대관할, 신속관할과 임시적 명령을 위한 관할을 인정할 여지가 있다. 그러나 최근 시행된 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법은 토지관할에 관하여 아동보호사건²⁷⁾과 피해아동보호명령사건²⁸⁾을 구별하여 전자에 관하여는 아동학대행위자의 행위지, 거주지 또는 현재지를 관할하는 가정법원의 관할을 규정하고(제18조 제1항), 후자에 관하여는 아동학대행위자의 행위지·거주지 또는 현재지 및 피해아동의 거주지 또는 현재지를 관할하는 가정법원의 관할을 규정하여(제46조 제1항) 위 견해와 일관성이 있는 것은 아니다. 다만 피해아동의 거주지 또는 현재지에 착안하는 후자의 경우는 상대적으로 제2설에 가깝다고 할 수 있다.

제3설: 원칙적으로 본국관할을 인정하고 상거소지국(또는 거소지국)의 예외적 관할을 인정하는 견해

이는 친권에 기한 아동의 보호조치와 아동후견의 유사성에 비추어 후견에 관한 국제사법(제48조 제2항)의 국제재판관할규칙을 친권사건에도 유추적용하는 방안이다. 이에 따르면 아동의 본국이 원칙적 관할을 가지고, 외국인인 아동이 한국에 상거소 또는 거소를 가지고 또한 일정한 요건이 구비되면 예외적으로 한국이 국제재

양육비 등을 구하였고, 항소심에서 사건본인들(자녀들, 각 4세, 6세)의 인도를 추가하여 청구한 사건에서, 위 판결은 인도 청구에 관하여만 따로 국제재판관할을 판단하지는 않았으나, 한국에서 피고가 자녀인 사건본인을 성주행하여 범죄인인도청구까지 있었는데 그 후 피고가 미국으로 가 미국 법원에서 임시양육권자로 지정받고 이에 따라 사건본인들을 인도받은 사실관계를 근거로 한국이 이 사건 모두와 실질적 관련성이 있다고 판단하였다. 이런 태도는 실질적 관련에 착안한 점은 위 2설과 같으나, 국제사법 제2조를 기초로 사안별 분석을 한 점에서 별개의 학설로 볼 수도 있다. 우리 법원은 이혼사건의 국제재판관할에서 그런 사안별 분석을 하는 사례가 있다. 석광현, “이혼 기타 혼인 관계 사건의 국제재판관할에 관한 입법론”, **국제사법연구**, 제19권 제2호(2013. 12), 114면 이하 참조.

- 27) “아동보호사건”이란 아동학대범죄로 인하여 제36조 제1항에 따른 보호처분의 대상이 되는 사건을 말한다(위 특례법 제2조 제7호). 위 보호처분은 아동학대행위자가 피해아동 또는 가정구성원에게 접근하는 행위의 제한과 피해아동에 대한 친권 또는 후견인 권한 행사의 제한 또는 정지를 포함한다.
- 28) “피해아동보호명령사건”이란 아동학대범죄로 인하여 제47조에 따른 피해아동보호명령의 대상이 되는 사건을 말한다(위 특례법 제2조 제8호). 위 피해아동보호명령은 아동학대행위자의 피해아동의 주거지 등으로부터의 격리, 아동학대행위자의 피해아동 또는 가정구성원에게 접근행위의 제한, 피해아동의 보호위탁, 치료위탁 및 가정위탁, 친권자인 아동학대행위자의 친권행사의 제한 또는 정지와 후견인인 아동학대행위자의 후견인 권한의 제한 또는 정지를 포함한다.

관관할을 가진다고 본다.

나. 국제후견사건: 본국관할의 원칙과 상거소지, 거소지의 예외적 관할

종래의 다수설에 따르면,²⁹⁾ 국제사법(제48조 제2항)은 국제후견사건에 관하여 국제재판관할규칙을 두고 있다. 제2항과 제1항을 묶어 보면 원칙적으로 피후견인인 아동의 본국이 국제재판관할을 가지고, 제2항이 정한 예외사유가 있는 경우에 한하여 한국이 예외적으로 국제재판관할을 가지고 한국법을 적용한다는 것이다.³⁰⁾ 예외적 관할을 보다 구체적으로 보면, 한국에 상거소 또는 거소가 있는 외국인인 아동에 대하여는 ① 아동의 본국법에 의하면 후견개시의 원인이 있더라도 그 후견 사무를 행할 자가 없거나 후견사무를 행할 자가 있더라도 후견사무를 행할 수 없는 경우 또는 ② 그 밖에 피후견인을 보호하여야 할 긴급한 필요가 있는 경우 한국법에 의한다. 조문은 한국법에 의한다고만 규정하지만, 다수설은 준거법과 국제재판관할의 병행을 인정하여 그 경우 한국법원이 국제재판관할을 가진다고 본다.³¹⁾

29) 윤종진, **개정 현대 국제사법**(2003), 483면; 김용한·조명래, **국제사법**(1998), 357면; 이호정, **국제사법**(1983), 417면. 제48조(섭외사법 제25조에 상응)에는 “법원은 ... 선고할 수 있다”는 문언은 없지만, 제48조의 문언이 실종선고, 한정치산 및 금지산선고에 관한 국제사법 제12조 및 제14조의 그것과 유사하다. 국제사법(제14조)의 해석상 한정치산 및 금지산선고에 관하여 원칙적으로 외국인의 본국법이 재판관할을 가지나 우리 법원은 예외적으로 한국에 상거소(또는 거소)가 있는 외국인에 대하여 재판관할을 가지므로 한정치산 및 금지산선고를 할 수 있는데, 제48조 제2항 제2호가 그러한 외국인에 대한 후견은 한국법에 의한다고 규정하므로 한정치산 및 금지산선고를 한 우리 법원이 후견에 관한 관할을 가진다고 보는 것이 자연스럽다. 또한 제48조 제2항 제1호와 제3호는 아동보호협약 제11조가 정한 긴급한 상황에서의 신속관할에 상응하는 것으로서 정당화될 수 있다. 다수설은 후견에 관한 재판관할과 준거법의 동조 내지 병행을 가능케 하는 장점이 있다.

30) 그러나 피후견인의 주소지관할(또는 상거소지관할)이 원칙이라는 소수설도 있다. 법무부, **국제사법 해설**(2001), 167면 이하는 제48조를 준거법의 문제로만 논의한다. 서희원, **국제사법강의**(1998), 322-323면은 섭외사법의 해석론으로서 피후견인의 상거소지국에 관할을 인정한다. 그 근거는 후견제도가 본래 피후견인의 보호뿐만 아니라 그와 교섭하는 일반사회의 공익과도 관계가 있으므로 이 점을 가장 적절하게 판단할 수 있는 것은 피후견인의 상거소지국의 법원 기타 국가기관이고 그런 기관이 취하는 조치가 가장 실효성이 있다는 데 있다. 학설의 소개는 이병화, “성년후견제도의 도입에 따른 국제후견법의 재고찰”, **비교사법**, 제13권 3호(통권 제34호)(2006. 9), 119면 이하 참조. 일본에서도 법원의 입법 당시는 물론 그 후에도 우리의 다수설의 태도가 다수설이었으나 현재는 일본 법적용통칙법(제35조)의 해석으로서는 동조는 준거법만을 정한 것이고 국제재판관할을 정하지 않은 것으로 보는 것이 다수설이다. 이는 피후견인 보호에의 신속한 대응과 피후견인의 거주지의 사회적 이익을 지키자는 관점에 근거한 것이다. 櫻田嘉章·道垣内正人(編), **注釋國際私法**, 第2卷, 142면(河野俊行 집필부분), 171면.

위에서 본 것처럼 가사소송법(제44조 제5호)은 후견에 관한 사건도 ‘라류 가사비송사건’으로 분류하고 그에 대하여는 피후견인의 주소지의 가정법원이 (토지)관할을 가진다고 규정하지만, 다수설을 따라 국제사법 제48조가 국제재판관할을 정한 것이라고 본다면 국제후견사건에 관하여는 특칙인 국제사법 제48조가 우선한다.³²⁾ 국제사법 제2조가 정한 실질적 관련에 근거하여 이런 결론을 도출할 여지도 있다. 생각건대 해석론으로는 국제사법 제48조를 고려하여 본국관할을 인정할 것이나 그 타당성에 의문이 있으므로 본국관할을 가급적 제한하고 상거소에 근거한 예외적 관할을 넓게 인정할 필요가 있다.³³⁾ 즉, 필자는 일본의 다수설처럼 피후견인 보호에의 신속한 대응과 피후견인의 거주지의 사회적 이익을 지키자는 관점을 충분히 이해하면서도 제48조의 문언을 존중하여 그보다는 온건한 견해를 취한다. 우리의 입법과제는 아래(IV.)에서 논의한다.

2. 준거법

국제사법에 따라 결정되는 준거법에 관하여는 친권과 후견을 구분할 필요가 있다. 여기에서는 현행법의 해석론을 다루고 입법의 방향은 아래(IV.)에서 논의한다.

가. 국제친권법

국제사법은 섭외사법처럼 친자간의 법률관계의 성립과, 그에 따른 권리·의무관계를 구분하는 체제를 취하면서 후자에 관하여는 원칙적으로 자(子)의 상거소지법을, 예외적으로 자의 본국법을 준거법으로 규정한다. 제45조는 혼인중의 출생자인가의 여부, 또는 친생자인가 양친자인가에 관계없이 모든 친자관계에 통일적으로 적용된다.

31) 석광현(註 3), 542면 이하 참조. 이처럼 본국의 원칙적 관할과 한국의 예외적 관할을 인정한다면 각 관할에 근거한 법원의 조치의 관계는 분명하지 않다. 이는 아래 언급하는 서울고등법원 2012. 11. 16. 선고 2010나21209, 51224 판결에서 제기되었다.

32) 만일 제48조가 준거법만을 정한 것이라고 보면 친권의 경우와 마찬가지로 ‘라류’ 가사비송사건에 속하는 후견에 관한 사건의 관할을 정한 가사소송법(제44조 제5호)이 참고가 될 것이다. 그에는 후견인의 선임 또는 변경, 후견인의 사퇴에 대한 허가, 후견인의 재산목록작성을 위한 기간의 연장허가, 후견사무에 관한 처분, 후견인에 대한 보수의 수여와 후견종료시의 관리계산기간의 연장허가 등이 포함된다.

33) 이병화(註 30), 130면은 후견사건에 대한 국제재판관할권은 원칙적으로 피후견인의 상거소지국에 있고 예외적으로 본국의 관할권을 인정할 필요가 있다고 한다.

(1) 친자간의 법률관계의 준거법의 결정

(가) 자(子)의 상거소지법과 본국법

연결의 중심에 부 또는 모를 두었던 섭외사법과 달리, 국제사법은 자의 이익을 보호하기 위해 연결의 중심에 자를 두고, 자의 상거소지법을 원칙적인 준거법으로 지정한다. 국제사법에서는 친자관계의 성립에 자의 상거소지법을 허용하고,³⁴⁾ 부양의무도 부양권리자인 자의 상거소지법에 의하므로 모든 친자관계에 자의 상거소지법을 인정하는 것이 일관되기 때문이지만 부·모·자가 모두 동일한 본국법을 가지고 있는 경우에는 그들의 본국법에 의하는 것이 가정 내의 보호조치가 가능한 점 등을 고려하여 이를 자의 상거소지법에 우선시킨다.³⁵⁾

(나) 혼인중 출생자와 혼인 외 출생자의 미구분

입법례로서는 양자를 구별하는 국가(오스트리아)와 구별하지 않는 국가(독일, 스위스)가 있는데, 이는 기본적으로 실질법이 친권자의 결정 시 양자를 구분하는가의 여부³⁶⁾ 및 혼인관계가 존재하는 경우 친자간의 법률관계를 혼인공동체의 문제로 이해할 것인지의 문제와 관련된다. 우리 민법(제909조)은 혼인중 출생자에 대하여는 친권공동행사의 원칙을 정하고 있는 데 반하여, 혼인외 출생자에 대하여는 부가 인지한 경우 부모의 협의로 친권자를 정하도록 하는 점에서 양자를 구분하지만, 국제사법은 저축법 차원에서 양자를 구별하지 않는다. 그 이유는 친자관계의 효력의 준거법을 적출과 비적출로 이원화한다면 결국 적출친자관계에서는 혼인의 효력의 준거법에 의할 텐데 그 결과는 국제사법의 친자관계의 효력의 준거법과 크게 다르지 않고, 입양의 경우(동일 국적 부부와 이국적 양자의 경우)에 차이가 발생할 수 있는데, 그때에도 혼인의 효력의 준거법보다는 그들이 같이 생활하고 있을 자의 상거소지법에 의하도록 하는 것이 타당하며 자의 보호에도 기여할 수 있기 때문이다.³⁷⁾

34) 그러나 정확히 말하자면, 혼인중의 친자관계, 모자간의 혼인외의 친자관계와 입양에 의한 친자관계의 성립의 경우는 그러하지 않다.

35) 최홍섭(註 3), 17면; 법무부(註 30), 159면. 참고로 일본의 법 적용통칙법은 친자간의 법률관계는, 자의 본국법이 아버지 또는 어머니의 본국법과 동일한 경우에는 자의 본국법에 의하며, 그 밖의 경우에는 자의 상거소지법에 의하도록 하고(제32조), 후견 등에 관하여는 피후견인 등의 본국법에 의하도록 한다(제35조). 따라서 친권과 후견의 준거법이 달라질 수 있음은 우리 법과 마찬가지로다.

36) 横山 潤, 國際親族法(1997), 233면.

(2) 친자간의 법률관계의 준거법이 규율하는 사항의 범위

친자관계의 준거법의 범위는 친자관계 자체에 내재하는 직접적 효력에 그치고, 친자관계에서 파생하는 간접적 효력까지 미치지 않는다고 보므로 주로 친권과 부양의무가 문제가 될 것이나,³⁸⁾ 국제사법에 따르면 미성년 자녀에 대한 부양의무에도 제46조가 적용되므로 결국 제45조는 친권에 관한 사항들, 구체적으로 친권자(또는 양육자)의 결정(부모공동친권 또는 단독친권 등), 아동의 신상감호(자의 감호와 교육 즉, 거소지정권, 징계권, 직업허가권, 자의 인도청구권, 면접교섭권 등), 아동의 재산관리(자의 재산의 관리권과 수익권, 자의 재산행위에 대한 동의권과 법정대리권 등),³⁹⁾ 기타 친권(elterliche Gewalt⁴⁰⁾)의 효력 및 소멸 등을 규율한다.⁴¹⁾ 견해에 따라서는 자의 성명의 문제도 이에 따른다고 본다.⁴²⁾ 우리나라는 최근 아동탈취협약에 가입하였으므로 동 협약이 적용되는 범위 내에서는 그것이 국제사법⁴³⁾에

37) 상제는 横山 潤(註 36), 231면 이하 참조.

38) 법무부(註 30), 159면 註 103.

39) 그러나 영미법계에서는 부모에게 미성년자에 대한 신상감호를 할 수 있는 권한을 가지지만 재산관리를 위한 권한은 인정하지 않는다. Eugene F. Scoles/Peter Hay/Patrick J. Borchers/Symeon C. Symeonides, *Conflict of Laws*, 5th ed. (2010), §22.24는 양 기능을 구별하여 재산감호권을 가지는 ‘conservator’와 신상감호권을 가지는 ‘guardian’을 용어상으로도 구별한다.

40) 과거에는 elterliche Gewalt라고 사용하였으나 1979년 개정된 독일 민법(제1626조 이하)은 ‘elterliche Sorge’라는 용어를 사용한다. 이는 ‘부모의 감호’라고 번역할 수 있는데 이는 ‘신상감호’(Personensorge)와 ‘재산감호’(Vermögenssorge)를 포함한다(제1626조 제1항).

41) 김연·박정기·김인유, **국제사법**, 제3판(2012), 401면; 최홍섭(註 3), 17면.

42) 아동보호협약은 이를 규율하지 않는다(제4조 c호). 해석론으로는 성(姓)은 자(子)의 인격권에 관한 문제라는 측면과 성에 대한 사법적(私法的) 측면과 공법적 측면을 일치시킬 수 있는 장점을 고려하여 자의 국적에 연결하는 견해와, 친자관계의 준거법에 따르는 견해가 주장될 수 있다. 실무는 준거법과 관련 없이 예규에 따라 이루어지고 있는 듯하다. 즉 한국인 부와 외국인 모 사이의 혼인중의 자녀의 경우에는 한국인 간에 출생한 혼인중의 자녀와 동일하게 처리하고(예규 제312호 제13조), 한국인 모와 외국인 부 사이의 혼인중의 자녀의 경우에는 외국인 부의 성을 따르거나 한국인 모의 성과 본을 따라 신고할 수 있다(예규 제327호)(법원행정처, **국제가족관계등록사례집** (2009), 27면. 필자는 석광현(註 3), 220면에서 호적선례는 보이지 않는다고 썼으나 이처럼 바로 잡는다). 그러나 예규의 근거는 불분명하다. 아마도 부의 성을 따른다는 원칙을 유지하면서 부가 외국인인 경우 민법(제781조 제2항)을 적용한 것으로 보이기도 한다. 그러나 민법 제781조는 자의 성의 준거법이 한국법인 경우에 적용된다고 보아야 하므로 준거법에 관계없이 제781조를 적용할 근거는 없다.

43) 참고로 양육권에 기한 아동의 인도청구는 배우자에 대한 것이든 제3자에 대한 것이든 국제사법 제45조에 따라 결정된 준거법에 의한다. Staudinger/Henrich, EGBGB/IPR, Art 21 EGBGB, Neubearbeitung (2002), Rn. 115 참조.

대한 특별법으로서 우선하여 적용된다.

부부의 이혼에 따른 자녀의 친권자(또는 양육자)의 지정, 양육문제(특히 양육권자의 지정)와 면접교섭권도 제45조가 정한 친자관계의 준거법에 의한다. 즉 국제사법 제39조에 따른 이혼의 준거법이 규율하는 사항은 주로 부부간의 이해조정 범위에 한정되고 친자간의 그것에는 미치지 않는다.⁴⁴⁾ 법제에 따라서는 부모의 일방이 법정후견인의 지위(die Stellung eines gesetzlichen Vormundes)를 가지는데 우리 국제사법의 관점에서는 이러한 부모의 법정후견은 친권의 연장으로 보아 친권의 준거법에 따를 사항이다.⁴⁵⁾

나. 국제후견법

국제사법은 후견의 준거법에 관하여 피후견인의 본국법주의라는 섭외사법의 기본원칙을 유지하되(제48조 제1항), 한국에 상거소 또는 거소가 있는 외국인에 대해 예외적으로 한국 법원이 한국법에 따라 후견사무를 행할 수 있는 가능성을 확대하였다(제48조 제2항). 후견의 준거법이 규율하는 사항은 후견에 관한 제문제, 즉 후견개시의 원인, 피후견인과 후견인간의 권리의무관계, 후견인의 지명, 선임과 직무, 후견의 폐지와 종료 등이다.⁴⁶⁾

(1) 피후견인의 본국법주의의 원칙(제1항)

후견은 성년자 후견과 미성년자 후견으로 구분되는데, 통상 성년자 후견은 금치산·한정치산 선고 또는 후견개시심판과 연결되고, 미성년자 후견은 친자관계의 효력, 즉 친권문제와 연결되는 것으로서 친권의 연장선상에 있다. 그런데 국제사법(제45조)은 친자관계를 원칙적으로 자의 상거소지법에 의하고 예외적으로 자의 본국법에 의하도록 하므로, 미성년자의 후견문제도 피후견인인 자의 상거소지법에 연결하는 견해가 설득력이 있다. 특히 후견문제는 신분적 측면보다 재산관리라는 재산적 색채가 강하고, 피후견인의 보호를 위한 조치가 실효적으로 행해질 수 있는 곳은 생활의 중심지라는 점에서 볼 때 이는 설득력이 있다. 그러나 국제사법은 신분문제에 있어 본국법주의를 기본으로 하고, 후견과 밀접하게 관련된 금치산·

44) 이호정(註 29), 407면; Staudinger/Henrich, EGBGB/IPR: Art 21 EGBGB, Neubearbeitung (2002), Rn. 13.

45) 이호정(註 29), 416면; Staudinger/Henrich, EGBGB/IPR: Art 21 EGBGB, Neubearbeitung (2002), Rn. 96.

46) 신창선·윤남순, **신국제사법**(2014), 369면.

한정치산 또는 후견개시심판에서도 본국법주의를 취하며, 성년자와 미성년자의 후견을 별도로 규율하는 것의 타당성은 의문이라는 이유로 성년자와 미성년자의 후견 모두에 관하여 본국법주의를 고수하였다(제1항).⁴⁷⁾ 참고로, 독일 민법시행법 제24조(후견)는 우리 국제사법 제48조에 상응하고, 제21조(친자관계)는 우리 국제사법 제45조에 상응한다. 이처럼 우리 국제사법은 후견의 개시·종료와 후견의 내용의 준거법을 통일적으로 규율하는 데 반하여,⁴⁸⁾ 독일 민법시행법(제24조)은 후견의 개시·변경·종료와 법정후견의 내용에 대해서는 피후견인의 본국법에 의하고,⁴⁹⁾ 잠정적 조치와 개시명령에 따른 후견의 내용에 대해서는 후견을 명하는 법정지법에 의하도록 이원화하여 규정하는 점에 특색이 있다.⁵⁰⁾

여기에서 후견의 내용이라 함은 후견사무의 처리(또는 집행)(Durchführung)를 말하는데 대체로 ① 후견인의 선임, 감독·해임, ② 피후견인과 후견인 간의 권리의 무관계(피후견인의 신상에 대한 후견인의 보호·교양권과 피후견인 인도청구권, 후견인의 피후견인의 재산관리권), ③ 후견인의 법정대리권과 그에 대한 제한, 즉 후견인의 후견사무집행에 대한 법원이나 친족회(우리나라에서는 2013년에 폐지됨) 등에 의한 승인의 요부·내용·방법, ④ 후견인의 보수와 후견인의 재산에 대한 피후견인의 법정담보권을 포함한 피후견인과 후견인 간의 관계와 ⑤ 기타 후견인의 권리의무 등이 그에 포함된다.⁵¹⁾ 이러한 사항들은 우리 국제사법상으로는 당연히 후견의 준거법에 따른다. 부모가 자를 위하여 후견인을 선임할 수 있는지는 후견의 준거법에 의할 사항이지 친자관계의 준거법에 의할 사항이 아니다.⁵²⁾

47) 법무부(註 30), 168면.

48) 이것이 종래의 통설이다. 이호정(註 29), 414면.

49) 다만 예외적으로 독일에 상거소(상거소가 없으면 거소)를 가지는 외국인에 대하여는 독일법에 따라 부조자(Betreuer)가 선임될 수 있다. 독일 민법시행법 제24조 제1항 2문.

50) 즉 독일 국제사법은 후견의 개시·변경·종료에 대하여는 피후견인의 본국법에 연결하나, 후견의 내용에 대해서는 법정후견의 경우 피후견의 본국법, 법원이 개시하는 후견의 경우 법정지법에 의하도록 이원화한다(법정후견에 관한 한 독일 민법 제1791조와 제1717조가 제24조에 우선하므로 법정후견에 관하여 제1항은 별 의미가 없다고 한다). 아동보호협약은 독일에서 2011. 1. 1. 발효되었으므로 동 협약이 민법시행법에 우선한다. Schulz(註 8), S. 156.

51) 이호정(註 29), 414면; *MinchKommBGB/Klinkhardt*, 5. Aufl., 2010, Band 10, Art. 24. Rn. 20ff.

52) *Staudinger/Henrich, EGBGB/IPR: Art 21 EGBGB, Neubearbeitung 2002*, Rn. 97.

(2) 한국법의 예외적 적용(제2항)

다수설에 따르면, 국제사법은 비송사건인 후견사무에 관하여 예외적으로 한국법원이 국제재판관할을 가지고 한국법에 따라 처리할 수 있음을 규정한다. 이는 섭외사법(제25조 제2항)도 마찬가지였으나 국제사법은 두 가지 점에서 개선하였다.

첫째, 제1호의 ‘후견사무를 행할 자가 없는 경우’의 의미를 명확히 하였다. 즉 섭외사법의 ‘후견사무를 행할 자가 없는 경우’의 의미에 관하여 과거 논란이 있었으나,⁵³⁾ 후견을 행할 자가 전혀 없는 경우뿐만 아니라, 그러한 자가 있더라도 현실적으로 후견사무를 행할 수 없는 경우까지 확대하였다. 국제사법 제48조 제2항의 취지는 한국에 상거소 또는 거소를 가지는 외국인인 피후견인을 보호하려는 것인데, 후견사무를 행할 자가 있더라도 후견사무를 행할 수 없다면 피후견인의 보호가 불가능하기 때문이다.

둘째, 제3의 사유를 추가하였다. 섭외사법상 인정되는 제1호와 제2호의 사유 이외에도 기타 피후견인을 보호할 긴급한 필요가 있는 경우에도 한국 법원의 후견에 관한 예외적 관할을 인정하고 한국법을 적용할 수 있도록 하였다(제2항 제3호). 이는 외국인인 피후견인을 한국에서 신속하고 적절히 보호함과 동시에 그와 거래하는 내국의 제3자를 보호하기 위한 것이다. 예컨대 외국인 미성년자에게 친권자가 있더라도 한국에서 친권을 실효적으로 행사할 수 없거나, 또는 피후견인의 본국법에 의하면 후견 개시의 원인이 없어, 한국에 있는 피후견인이 보호받을 수 없는 경우 피후견인을 보호하기 위한 것이다.

다. 친권의 준거법과 후견의 준거법의 관계

후견의 준거법을 정한 국제사법 제48조는 미성년자의 후견에도 적용되나, 미성년자의 후견은 친권자에 의한 보호가 행해지지 않는 경우에 문제되므로 미성년자 보호는 대부분 제45조에 따라 정해지는 친자관계에 관한 법률관계의 준거법에 따른다. 따라서 제48조의 주안점은 성년자에 있다. 다만 논리적으로는 제48조가 미성년자의 후견에도 적용되므로 미성년자에 대한 친권은 원칙적으로 친자관계의 준거법에 의하고(제45조), 미성년자의 후견은 후견의 준거법(제48조)에 의하므로, 미성년자 후견의 준거법은 피후견인인 자의 본국법인 데 반하여, 친자관계의 준거법은 자의 상거소지법이므로 후견과 친권의 준거법이 상이하게 되어⁵⁴⁾ 양자 간에 충

53) 신창선, 『국제사법』(1999), 405면.

54) 최홍섭(註 3), 18면은 한국에 상거소를 둔 외국인에 대해 한국법원과 한국법이 개입할

들이 발생할 수 있다.⁵⁵⁾ 이와 달리 아동보호협약은 아동의 후견과 친권의 준거법을 통일적으로 규율한다.

제48조의 규율대상인 미성년자에 대한 후견은 친권자의 보호가 행해지지 않는 경우에 문제되므로 양자가 직접 충돌되는 것은 아니고,⁵⁶⁾ 친권의 소멸은 후견개시의 선결문제이다. 그렇지만 친권의 준거법과 후견의 준거법이 다른 경우 충돌이 있을 수 있는데 이는 적용(또는 조정)의 법리에 의하여 해결할 문제이다. 예컨대 친권의 준거법에 따르면 친권이 상실되어 후견이 개시되어야 하나 후견의 준거법에 따르면 친권이 상실되지 않아 후견개시사유가 존재하지 않는 경우(소극적 저촉)와, 반대의 경우, 즉 친권의 준거법에 따르면 부모가 친권을 가지는 데 반하여 후견의 준거법에 후견개시사유가 존재하는 경우(적극적 저촉)가 있다. 소극적 저촉의 경우 아동의 보호를 위하여 후견개시사유가 존재하는 것으로 취급하고, 적극적 저촉의 경우 보호의 중복을 피하기 위해 친권을 우선시켜 그 준거법에 따라 부모의 친권을 인정하는 견해가 유력하다.⁵⁷⁾ 이는 미성년자의 후견을 친권의 연장으로 보면서 친권법의 우위와 후견의 보충성을 인정하는 것이다. 이런 견해는 대체로 타당하나, 국제사법 제48조 제2항 제3호를 고려해야 한다. 즉 동 호는 피후견인을 보호하여야 할 긴급한 필요가 있는 경우 우리 법원이 한국법을 적용하여 후견사무를 처리할 수 있음을 명시하는데, 예컨대 피후견인의 본국법에 의하면 후견개시의 원인이 없어, 한국에 있는 피후견인이 보호받을 수 없는 경우 피후견인을 보호하기 위한 것이다. 즉 위에서 본 적극적 저촉의 경우 긴급한 필요가 있으면 친권자가 있더라도 후견을 개시할 수 있고 그 범위 내에서는 위 유력설을 수정할 필요가 있다.

이와 달리 국제사법의 해석론으로서 미성년자의 친권과 후견을 통일적으로 연결하는 견해도 주장될 여지가 있다. 즉 친권을 보완하거나 지지하거나 대체하는 것은 친자관계의 부속물로 간주되고 따라서 상이한 법이 적용됨으로써 규범의 저촉이 발생하는 것을 피하기 위해 미성년자에 대한 후견은 제48조가 아니라 제45조에

가능성이 있고 국제사법에서 그 범위가 다소 확대되었으므로 크게 부당하지는 않다고 한다.

55) 이처럼 친자관계의 준거법에 대해 子の 상거소지법에 의하면서도 후견에 관하여는 피후견인의 본국법에 따르는 것은 독일 민법시행법과 동일하다. 다만 독일의 경우 미성년자에 관한 후견에 대하여는 아동보호협약이 우선적으로 적용된다.

56) 신창선·윤남순(註 46), 370면; 이호정(註 29), 414면.

57) 김문숙, “涉外後見に關する研究”, *아세아여성법학*, 제3권(2000. 6), 235면; 신창선·윤남순(註 46), 370면. *注釋國際私法*, 第2卷(註 30), 142면(河野俊行 집필부분)도 동지.

따라야 한다는 것이다.⁵⁸⁾ 이에 따르면 제48조는 성년후견에 대해서만 적용될 것이다. 이런 견해가 장점이 없지는 않으나 조문의 문언상 해석론으로는 받아들이기 어렵다.

3. 외국의 보호조치의 승인 및 집행

특정국가에 주소 또는 상거소를 둔 아동을 위하여 당해 국가의 법원 또는 기타 행정당국이 취한 보호조치를, 그것이 친권법상의 것이든 후견법상의 조치든 간에 외국에서 승인 및 집행할 필요가 있다. 우리 법상으로는 민사사건에 관한 외국재판의 승인에 관하여 규정한 민사소송법 제217조, 제217조의2, 민사집행법 제26조와 제27조가 있을 뿐이므로 외국 행정기관이 취한 보호조치는 승인될 여지가 없다. 여기에서는 현행법의 해석론만 다루고 입법의 방향은 아래(IV.)에서 논의한다.

민사소송법 제217조가 가사사건의 외국판결에도 적용되는지에 관하여는 논란이 있다. 학설로는 제217조가 가사사건에도 직접 적용된다는 견해와 이를 부정하면서 유추적용 또는 조리에 의하여 유사한 요건을 요구하되 상호보증 요건은 제외하는 견해 등이 있었으나,⁵⁹⁾ 판례⁶⁰⁾와 호적실무⁶¹⁾는 제217조가 이혼판결을 제외한 가사사건의 외국판결에도 적용되는 것을 전제로 상호보증이 필요하다고 본다. 최근 대법원 2009. 6. 25. 선고 2009다22952 판결도 이를 전제로 한국과 캐나다 온타리오(Ontario)주 사이에 상호보증이 있다고 판단하였다. 이는 이혼 및 가사비송사건인 양육자지정, 면접교섭권, 재산분할 및 부양료·양육비지급을 명한 캐나다 온타리오주 법원판결에 기한 집행판결을 청구한 사건이다.

다만 근자의 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다68910 판결은 집행판결의 대상이 될 수 있는 ‘외국법원의 판결’이라고 함은 재판권을 가지는 외국의 사법기관이 그 권한에 기하여 사법상(私法上)의 법률관계에 관하여 대립적 당사자에 대한 상호간의 심문이 보장된 절차에서 종국적으로 한 재판 … 을 의미하고, 그 재판의 명칭이나 형식 등이 어떠한지는 문제되지 아니한다는 취지로 판시하였으므로 그에 따

58) Marianne Andrae, *Internationales Familienrecht*, 2. Auflage (2006), 109f. 참조. 이는 독일 민법시행법의 해석론이다.

59) 학설은 강봉수, “섭외가사사건의 제문제”, 섭외사건의 제문제(하), 재판자료 제34집 (1986), 320-321면 참조.

60) 예컨대 대법원 1971. 10. 22. 선고 71다1393 판결과 아래 소개하는 서울고등법원 2012. 11. 16. 판결과 울산지방법원 2012. 2. 3. 판결.

61) 이에 관하여는 박동섭, 주석가사소송법(1998), 863-864면 참조.

르면 비송사건 중에서도 비대심적 비송사건의 재판은 승인대상인 외국판결의 개념에 포함되지 않을 것이나,⁶²⁾ 위 판결이 과연 비송사건도 염두에 둔 것인지는 의문이고, 실제로도 해석론과 입법론상 이를 완화할 필요가 있다.

그 후 울산지방법원 2012. 2. 3. 선고 2011가단27188 판결(확정)은, 위 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다68910 판결의 설시를 따르면서, 자녀에 대한 양육비지급과 배우자 생활지원금의 지급을 명한 미국의 가사비송재판과 같은 가사심판도 위 ‘외국법원의 판결’에 포함됨을 전제로 민사소송법 제217조의 승인요건이 구비되었다고 판시하였다.⁶³⁾ 그러나 만일 이런 논리를 고집한다면 비대심재판인 후견인 선임재판은 승인의 대상이 될 수 없다는 부당한 결론에 이르게 되므로 가사비송사건에서는 위 요건을 엄격하게 요구할 것은 아니다. 실제로 서울고등법원 2012. 11. 16. 선고 2010나21209, 51224 판결(본소: 대표자선정, 반소: 대납금반환청구)은 일본에 거주하는 한국인에 대하여 일본 법원에서 일본법에 의하여 이루어진 성년후견에 관한 재판(심판)(이는 후견개시심판과 후견인선임재판을 포괄하는 것으로 보인다)에 대하여 우리 민사소송법 제217조의 요건이 모두 구비되었다고 판단하고 동 심판은 우리나라에서도 유효하다고 판단하면서, 다만 이와 같은 거소국법에 의한 후견은 본국법에 의한 후견에 대해서 보충적으로 인정되는 것이므로 본국법에 의하여 후견이 설정되면 종료될 것이지만,⁶⁴⁾ 당해 사건에서는 우리 법원의 한정치산 선고에 앞서서 일본에서 성년후견인이 선임되었고 그가 한국 소재 부동산에 관한 소송위임을 한 것이므로 소송위임은 여전히 효력이 있다고 판단하였다.⁶⁵⁾ 필자로서는 위 2010년의 판결에 관계없이 비대심적 비송사건재판에 대하여도 제217조를 유추적용할 수 있다고 보므로⁶⁶⁾ 위 서울고등법원 판결은 일응 설득력이 있어

62) 강현중, **민사소송법**, 제6판(2004), 822면은 비송재판의 경우 쟁송성이 희박하더라도 적어도 당사자의 심문을 경유한 사건에 관한 재판의 승인적격을 긍정하면서도 비송재판의 경우 확정개념이 존재하지 않으므로 결국 승인대상이 될 수 없다고 한다. 위 강현중, 823면.

63) 소개는 노태약, “2012년 국제사법 주요 판례 소개”, **국제사법연구**, 제18호(2012), 536면 참조.

64) 법률론으로 위 판결은 “거소국 법에 의한 후견은 본국법에 의한 후견에 대해서 보충적으로 인정되는 것이므로 본국법에 의하여 후견이 설정되면 위와 같은 예외적인 거소국 법에 의한 후견은 종료된다고 보아야 하는바, ... 서울가정법원은 2011. 12. 14. 원고 ... 를 한정치산자로 선고하고, 후견인은 별도로 선임하지 않았으므로 그 이후에는 일본법에 의한 후견은 종료되고 우리나라 민법상 최근친인 장녀가 법정후견인이 된다”는 취지로 판시하였다.

65) 소개는 노태약(註 65), 533면 이하 참조.

보이나 한국의 후견 개시로 인해 일본의 후견이 자동으로 종료되는지는 의문이다.⁶⁷⁾

만일 가사사건의 외국판결에도 상호보증을 요구하면 파행적 법률관계가 발생할 가능성이 커진다는 문제가 있다. 일반적으로 상호보증을 요구함으로써 당사자이익이 침해되는데, 가사사건의 경우는 그 성격상 당사자이익뿐만 아니라 파행적인 신분관계의 창설에 의하여 거래이익과 국가이익⁶⁸⁾도 침해되기 때문에 상호보증을 요구하는 것은 문제가 있으므로 해석상 이를 완화할 필요가 있는데 다만 그 범위와 요건을 더 검토할 필요가 있다.

가사사건의 경우 그것이 소송사건이든 비송사건이든 원칙적으로 상호보증의 요건을 요구하지 않는 것이 적절하다. 나아가 가사비송사건 중에서도 비대심적 비송사건재판의 승인 시 송달요건이 필요한지는 논란이 있다.⁶⁹⁾

주의할 것은 외국 행정당국의 재판도 그것이 민사사건에서 사법적 기능을 행사하는 범위 내에서는 민사사건으로 성질결정되어 승인될 수 있다는 점인데, 그 경우 중요한 것은 외국기관이 아니라 당해 재판의 법적 성질이다.⁷⁰⁾

66) 김원태, “외국가사재판의 승인·집행에 관한 문제의 재검토”, **국제사법연구**, 제6호(2001), 82면은 이의 유추적용을 긍정한다. 김우진(註 12), 587면은 비송재판이 외국법원의 판결에 포함된다고 본다.

67) 위 판결에서는 첫째, 일본 법원의 후견인선임재판이 승인대상인지(판결은 긍정. 이는 기관력의 존재를 요구하지 않는 것으로 보인다), 둘째, 일본 후견인의 권한이 한국 내 재산 및 후견사무에도 미치는지(판결은 긍정), 셋째, 일본 법원의 후견인선임재판이 승인되더라도 우리 법원이 한정치산선고를 할 수 있는지(판결은 긍정), 넷째, 우리 법원의 한정치산선고가 있으면 일본의 후견이 자동 종료되는지 아니면 한국 소재 재산 및 후견사무에 관한 한 한국 법원의 조치가 우선하는지(판결은 전자로 봄) 등의 의문을 체계적으로 검토할 필요가 있다.

68) 당사자이익, 거래이익과 국가이익의 개념은 석광현, **국제재판관할에 관한 연구**(서울대학교 출판부, 2001), 52면 이하 참조.

69) 우리나라에서는 대심적 소송이 아닌 비송사건의 경우 송달요건은 별로 문제되지 않는다는 견해가 유력하다. 석광현, “국제입양에서 제기되는 國際私法의 제 문제: 입양특례법과 헤이그입양협약을 중심으로”, **가족법연구**, 제26권 제3호(2012. 11), 375면 이하 참조. 일본에는 외국판결의 승인에 관한 민사소송법 제118조를 비송사건에 준용할 것이라는 견해(이는 관할요건과 공서요건만을 요구하는 경향이 있다)와 전면적용할 것이라는 견해가 나뉜다. 河野俊行, “非訟裁判의 承認”, **國際私法判例百選**, 第2版(2012), 232면 이하.

70) Dieter Martiny, *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, Band III/1, Kap. I (1984), Rn. 519.

4. 국제공조

국제친권·후견에 관한 국제공조에 관하여는 우리 법상 아무런 규정이 없다. 우리는 국제민사사법공조법을 가지고 있지만, 동 법에서 말하는 사법공조라 함은 재판상 서류의 송달 또는 증거조사에 관한 국내절차의 외국에서의 수행 또는 외국절차의 국내에서의 수행을 위하여 행하는 법원 기타 공무소등의 협조에 국한되므로 국제친권·후견에 관한 국제공조를 위해서는 별 도움이 되지 않는다.

주목할 것은 아동탈취협약에서 보듯이 사법기관인지 행정기관인지를 묻지 않고 협약상의 목적을 달성하기 위하여 체약국의 중앙당국을 통하여 공조체제를 구축하는 현상이다. 이는 전통적으로 민사비송적인 성질을 가지는 분야에서 체약국의 후견적 감독기능을 국제적으로 충실하게 하기 위하여 국가간 협력을 강화하는 것이다. 이런 공조체제는 그 후 헤이그입양협약과 아동보호협약에서 채택되었다. 이에 따라 국제적으로는 이런 공조체제가 점차 정착되어 확산되어 가고 있음을 주목해야 한다.⁷¹⁾ 우리의 입법방향은 아래(IV.)에서 논의한다.

Ⅲ. 국제적 동향: 헤이그국제사법회의의 아동보호협약을 중심으로

헤이그국제사법회의가 성안한 국제친권·후견법 분야의 협약으로는 1902년 미성년자후견협약, “미성년자의 보호에 관한 당국의 관할 및 준거법에 관한 1961년 협약”⁷²⁾(“미성년자보호협약”)과 그의 문제점을 개선하여 성안한 1996년 아동보호

71) 이 점은 석광현, **국제민사소송법: 국제사법(절차편)**(2012), 296면에서도 지적한 바 있다.

72) 영문명칭은 “Convention concerning the Powers of Authorities and the Law applicable in respect of the Protection of Infants”이다. 동 협약에 관하여는 W. de Steiger가 작성한 보고서가 있다. 미성년자보호협약의 국문번역은 최홍섭(註 3), 375면 이하; 법무부(註 3), 61면 이하 참조. 보고서, No. 5가 지적하는 미성년자보호협약의 문제점은 아래와 같다. 첫째, 아동보호조치를 취할 관할을 아동의 상거소국, 본국과 아동 소재지국에 경합적으로 부여하면서 본국에게 우선권을 준 것이다. 그 결과 본국이 아동 소재지국에서 실현될 수 없는 조치를 취하는 문제점이 발생하고, 아동이 복수국적자인 경우 아동보호협약의 마비를 초래하는 문제가 있었다. 둘째, 친권의 준거법을 본국법으로 지정하면서 보호조치의 준거법을 원칙적으로 상거소지법으로 지정함으로써 양자의 관계가 불확실하며, 셋째, 아동보호협약이 상정하는 당국 간의 공조가 제대로 기능하지 못하였고, 넷째, 어느 체약국에서 취한 조치를 다른 체약국에서 집행하는 데 관한 조항이 없다는 점이었다. 위 최홍섭, 334면은 그에 더하여 아동보호협약의 적용범

협약이 있는데 여기에서는 아동보호협약의 내용을 간단히 살펴본다.⁷³⁾ 우선 아동보호협약이 규정하는 아동의 보호조치와 관련한 관할권(1.), 준거법(2.), 외국보호조치의 승인 및 집행(3.)과 국가간 협력(4.)을 소개한다. 위에서 본 것처럼 헤이그 국제사법회의는 성년자보호를 위하여는 2000년 별도로 “성년자의 국제적 보호에 관한 협약”⁷⁴⁾(“성년자보호협약”)을 채택하였다.

한편 유럽연합에는 위에서 언급한 ‘브뤼셀Ⅱbis’(또는 ‘브뤼셀Ⅱa’)가 있다. 이는 혼인과 친권(부모책임)에서의 재판관할 및 재판의 승인과 집행을 규율함은 물론이고, 유럽연합 차원에서 아동탈취협약을 이행하고 보완하는 규범으로서 기능을 한다. 브뤼셀Ⅱbis가 규율하는 사항에 관하여는 그것이 탈취협약에 우선한다.⁷⁵⁾ 브뤼셀Ⅱbis는 아동보호협약과 마찬가지로 아동에 대한 후견도 규율한다(제1조 제1항 2호 b). 브뤼셀Ⅱbis에 관한 논의는 다른 기회로 미룬다.

아동보호협약의 적용대상인 아동은 18세 미만의 아동이고(제2조),⁷⁶⁾ 아동탈취협약의 적용대상인 아동은 16세 미만의 아동을 말한다.

보호조치는 부모책임의 귀속, 행사, 종료, 제한과 그의 위임에 관한 것(제3조 a호), 아동의 후견, 보호 및 이와 유사한 제도(guardianship, curatorship and analogous institutions)(제3조 c호), 아동의 신상 또는 재산을 관리하거나 그를 대리 또는 보좌할 개인 또는 단체의 지정과 직무(제3조 d호), 아동을 수양가정 또는 기관 또는 아래(주 125 참조)에서 설명하는 *Kafala* 기타 유사한 제도에 보호위탁하는 것(제3조 e호), 아동을 관리하는 사람의 아동보호에 대한 공적기관의 감독(제3조 f호)

위나 규정의 내용이 모호하여 계약국 간에 견해 차이가 크다는 점을 지적한다.

73) 아동보호협약에 관하여는 보고서 외에 헤이그국제사법회의 상설사무국이 작성한, 동협약의 운영에 관한 *Practical Handbook* (2014)(이하 “*Handbook*”이라 인용한다)과 Lowe/Nicholls(註 11) 등이 있다.

74) 이는 아동보호협약의 연장선상에서 체결된 것으로 그와 유사한 구조를 취한다. 즉, 성년자보호협약이 규율하는 사항은, 아동보호협약과 마찬가지로 보호조치에 관한 관할권, 준거법, 외국보호조치의 승인 및 집행과 국가간 협력이다. 2012년 4월 18일 현재 7개의 계약국이 있다. 성년자보호협약은 헤이그국제사법회의의 1905년 “금치산 기타 유사한 보호조치에 관한 협약”을 대체한 것이다. 상세는 Paul Lagarde, *Explanatory Report*; Kurt Siehr, *Das Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsener*, *Rebels Zeitschrift*, Band 64 (2000), S. 715f. 참조. 우리 문헌으로는 우선 최홍섭, “성년자의 국제적 보호를 위한 2000년의 헤이그협약”, *국제사법의 현대적 흐름*(2005), 329면 이하; 이병화(註 30), 85면 이하 참조. 개관은 석광현(註 3), 547면 이하 참조.

75) Rauscher/Rauscher, Einl., Rn. 19.

76) 이 점은 입양협약(제3조)의 경우와 같다.

과 아동의 재산에 대한 관리, 보존 또는 처분(제3조 g호)을 포함한다. 이처럼 아동 보호협약은 아동친권과 아동후견을 함께 규율한다.⁷⁷⁾ 그러나 아동보호협약은 친자 관계의 성립 또는 다툼(contesting)⁷⁸⁾과 성년선언(emancipation)에는 적용되지 않는다(제4조 a호, d호). 이는 아동보호의 문제라기보다는 아동의 신분 내지 지위에 관한 문제이기 때문이다.⁷⁹⁾ 그러나 누가 아동의 법정대리인이 되는지와 그가 법률상 당연히 지정되는지 아니면 당국의 개입을 필요로 하는지는 협약의 적용범위에 속한다.⁸⁰⁾

1. 국제재판관할(제II장)

제II장(제5조 내지 제14조)은 다양한 국제재판관할규칙을 두고 있다. 여기의 관할은 당국이 아동의 신상 또는 재산에 대하여 보호조치를 취할 관할을 말한다.

가. 상거소지관할권 원칙(제5조)

아동보호협약은 원칙적으로 아동의 상거소지국에 관할을 인정한다. 그 이유는 당국의 신속한 개입을 가능하게 하고, 절차로 인한 아동의 부담을 줄이며, 증거 근접성과 아동 및 청소년원조(Kinder- und Jugendhilfe)와의 근접성을 확보할 수 있기 때문이다.⁸¹⁾ 요컨대 아동의 상거소지국이 아동의 복리에 적합한 조치를 취하는 데 가장 적절한 지위에 있기 때문인데 이런 원칙은 국제적으로 널리 인정되고 있다.⁸²⁾ 미성년자보호협약(제4조)은 본국관할을 우선시하였으나 아동보호협약은 본국관할을 인정하지 않는다. 아동보호협약은 상거소의 개념을 정의하지 않는데, 상거소의 개념을 정의하지는 제안도 있었으나 이는 헤이그국제사법의 전통에 반하고, 또한 동일한 개념을 사용하는 헤이그국제사법회의의 다른 협약상 상거소의 해석을 교란시킬 위험이 있었기에 받아들여지지 않았다.⁸³⁾ 여기의 상거소를 이해함

77) 이 점은 브뤼셀II bis도 같다(제1조 제2항 b호).

78) 독일어 번역은 이를 ‘Anfechtung’(취소)이라고 한다.

79) Lowe/Nicholls(註 11), para. 2.19.

80) Lowe/Nicholls(註 11), para. 2.19; *Handbook*, para. 3.32-3.36. 권재문, “가사사건에 관한 국제재판관할규칙 - 친자관계에 관한 사건을 중심으로 -”, *국제사법연구*, 제19권 제2호(2013. 12), 18면 이하는 이미 결정된 보호자의 구체적인 권한행사와 보호자의 결정 양자를 구별하여 달리 취급하나 협약은 양자를 모두 규율한다고 할 수 있다.

81) 브뤼셀II bis에 관한 Rauscher/Rauscher, Art. 8 Rn. 6 참조.

82) Kropholler(註 7), 6. Auflage, S. 391.

83) 보고서, No. 40.

에 있어서 탈취협약의 상거소 개념에 관한 판례가 도움이 될 것이나, 양자가 동일한 한지에 관하여는 논란이 있다.⁸⁴⁾

위의 일반원칙에 대한 예외로 아동보호협약은 난민인 아동에 대하여는 소재지 관할을 인정한다(제6조).

까다로운 문제는 아동이 불법 탈취된 경우 보호조치를 위한 국제재판관할인데 아동보호협약(제7조)은 이를 해결하기 위한 규정이다. 즉 아동을 불법으로 탈취하거나 유치하는 경우 직전 상거소지국이 여전히 보호조치를 위한 재판관할을 가진다. 다만 첫째, 아동이 소재하는 국가에서 상거소를 획득하고, 또한 둘째, a) 양육권을 가지는 개인, 시설 또는 그 밖의 기관이 이동 또는 유치를 추진하거나, 또는 b) 양육권을 가지는 개인, 시설 또는 그 밖의 기관이 아동의 소재지를 알았거나 알았어야 하는 때로부터 아동이 그 국가에 1년 이상 거주하고, 그 기간 중에 반환청구가 제출되어 아직 계속중이 아니며, 또한 아동이 그의 새로운 환경에 적응한 경우에는 아동의 소재지국이 재판관할을 가진다. 제7조는 아동을 불법탈취함으로써 보호조치를 취하기 위한 관할을 획득하는 것을 방지한다. 특히 둘째 요건은, 아동을 탈취한 때에는 어떠한 경우에도 재판관할을 획득할 수 없어야 한다는 대표단과, 일정한 기간이 경과된 다음에는 상거소지국이, 그러한 지위가 어떻게 획득되었는가에 관계없이 재판관할을 가져야 한다는 대표단 간의 타협의 산물이다.⁸⁵⁾

나. 예외적 관할

나아가 아동보호협약은 상거소지국관할에 대하여 관할의 이전, 관할의 인수, 부대관할과 신속관할과 임시적 명령을 위한 관할이라는 예외를 규정한다.

첫째, 제8조는, 아동의 상거소지국가의 관청이, 특정한 사항에 대해 다른 계약국이 아동의 최대복리를 위하여 필요한 조치를 취하기에 더 적절하다고 판단하면, 다른 계약국의 당국에게 직접 또는 그 중앙당국의 도움을 받아 관할을 인수해가도

⁸⁴⁾ Lowe/Nicholls(註 11), para. 3.7 이하. 이는 브뤼셀II 하에서 유럽사법재판소가 발전시킨 상거소 개념도 참고할 필요가 있음을 지적한다. 예컨대 Re A (Area of Freedom, Security and Justice)(Case C-523/07)과 Mercredi v. Chaffe (Case C-497/10) 등 참조.

⁸⁵⁾ Linda Silberman, “The 1996 Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children: A Perspective from the United States”, *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr* (2000), p. 714. 아동보호협약과 아동탈취협약의 관계는 Lowe/Nicholls(註 11), para. 7.4 이하 참조.

록 요청하거나, 사건의 심리를 중단하고 당사자에게 타국의 관청에 그런 요청을 하도록 권유함으로써 그 국가에 관할을 이전하는 것을 허용한다. 다만 그런 계약국은 제8조 제2항에 열거된 4가지 계약국(즉, 아동의 본국, 아동의 재산소재지국, 아동 부모의 이혼 또는 별거소송이 계속한 국가 또는 아동이 실질적 관련을 가지는 국가) 중의 하나여야 한다.

둘째, 위 첫째와는 반대로 제8조 제2항에 열거된 계약국의 당국은 아동의 상거소지국의 당국보다 아동의 최대복리를 위하여 필요한 조치를 취하기에 더 적절하다고 판단하면 상거소지국의 당국에게 관할을 자신에게 이전해줄 것을 요청할 수 있다(제9조). 요청받은 상거소지국의 당국은 관할을 반드시 이전하여야 하는 것은 아니다.

셋째, 아동의 상거소지국 이외의 계약국에서 부모의 이혼·별거 또는 혼인무효의 신청이 계속중인 경우, 부모가 모두 그 계약국의 관할에 동의하고,⁸⁶⁾ 절차 개시 당시 부모의 일방이 그곳에 상거소를 가지며, 부모의 일방(상거소를 가진 부모일 필요는 없다)이 부모책임을 가지고 그 관할이 아동의 최대복리가 되는 때에는 그 계약국이 관할을 가질 수 있다(제10조). 이는 일종의 부대(附帶)관할(Annex-zuständigkeit)이다.

넷째, 긴급한 경우에는 아동 또는 그의 재산이 소재하는 계약국이 보호조치를 취할 수 있는 관할을 가진다(제11조). 이를 ‘신속관할’(Eilzuständigkeit)이라 부르기도 한다.⁸⁷⁾ 긴급한 상황은 만일 제5조 내지 제10조에 따른 관할(이를 ‘통상의 관할’이라 한다)을 통해서만 구제조치를 추구한다면 아동에게 회복할 수 없는 손해(irreparable harm)를 초래할 가능성이 있는 상황을 말하므로 이는 엄격하게 해석해

86) 상세한 요건은 보고서, No. 62 이하; Kurt Siehr, “Das neue Haager Übereinkommen von 1996 über den Schutz von Kindern”, *Rabels Zeitschrift*, Band 62 (1998), S. 483; 최홍섭(註 3), 346면 참조. 아동보호협약은 보호조치에 관하여 통상의 합의관할을 인정하지는 않는다. 브뤼셀Ⅱ bis(제12조)도 제10조와 유사한 취지의 조문을 두고 그 제목은 ‘관할합의’이나 이는 부모의 승인이라는 요소가 포함되어 있다는 뜻이고, 또한 다른 요건이 구비되어야 하는 점에서 통상의 관할합의는 아니다. Rauscher/Rauscher, Art. 12 Rn. 1 참조.

87) Siehr(註 86), S. 464. 최홍섭(註 3), 347면은 이를 ‘긴급관할권’이라고 부르나 국제재판관할에서 ‘긴급관할’(forum of necessity)이라 함은 우리 국제재판관할규칙에 따라 외국에 국제재판관할이 있는데 어떤 사정으로 당해 외국에서 재판할 수 없어 결과적으로 ‘재판의 거부’가 발생하는 경우에 예외적으로 우리나라가 가지는 보충적 관할을 말한다. 여기의 관할은 그런 긴급관할과는 다르므로 ‘신속관할’이라고 번역한다. ‘긴급’이라는 용어를 사용하자면 ‘긴급한 경우의 관할’이라고 부르는 것이 적절하다.

야 한다.⁸⁸⁾ 아동의 재산이라 해서 반드시 아동이 소유권을 가지고 있어야 하는 것은 아니고 또한 아동의 소유권에 대한 다툼이 있어도 무방하다.⁸⁹⁾ 이러한 보호조치는 통상의 관할을 가지는 계약국의 당국이 보호조치를 취한 때에는 효력을 상실하나, 다만 그런 관할국가가 비계약국인 때에는 보호조치가 문제된 계약국에서 승인될 것을 전제로 한다(제11조 제2항과 제3항). 신속관할을 가지는 국가가 보호조치를 취한 경우에는 이를 원칙적 관할을 가지는 국가의 당국에 통지하는 것이 바람직하다.⁹⁰⁾

다섯째, 아동 또는 그 재산소재지 계약국은 아동 또는 그 재산의 보호를 위하여 당해 국가에서만 효력을 가지는 임시적 성격의 보호조치를 취할 수 있는 관할을 가지는데, 다만 이는 통상의 관할을 가지는 국가의 보호조치와 양립하는 것이어야 한다(제12조).⁹¹⁾ 이를 ‘임시적 명령을 위한 관할’이라고 부르기도 한다. 다만 아동 탈취의 경우 아동의 상거소지국이 제7조에 따른 일차적 관할을 보유하는 한, 아동 또는 그 재산소재지국은 제11조의 신속관할을 가질 수는 있어도 제12조의 임시적 명령을 위한 관할을 가질 수는 없다.⁹²⁾

첫째와 둘째는 여러 가지 요소, 특히 아동의 복리를 고려하여 법원의 재량행사를 허용하는 점에서 영미의 부적절한 법정지(*forum non conveniens*)의 법리를 연상시킨다.⁹³⁾

다. 관할의 경합: 사건계속 시의 처리(제13조)

아동보호협약상 복수 계약국이 관할을 가질 수 있으므로 제13조는 관할경합 시의 처리를 규정한다. 그에 따르면 통상의 관할을 가지는 계약국 당국은 절차 개시 당시 사건이 다른 계약국에서 심리의 대상인 때에는 관할권의 행사를 자제하여야 한다.

⁸⁸⁾ 보고서, No. 68; *Handbook*, para. 6.2; Lowe/Nicholls(註 11), para. 3.27. *Handbook*, para. 6.4는 그 밖의 사례도 언급한다.

⁸⁹⁾ 보고서, No. 70.

⁹⁰⁾ *Handbook*, para. 7.5; Lowe/Nicholls(註 11), para. 3.33.

⁹¹⁾ 제11조의 경우에는 단서와 같은 제한이 없다.

⁹²⁾ 제7조 제3항과 보고서, No. 75.

⁹³⁾ 최홍섭(註 3), 343면; Silberman(註 85), p. 716.

라. 관할변경 시 종전조치의 효력(제5조, 제14조)

아동의 상거소가 다른 계약국으로 변경된 경우 신 상거소지국가가 관할을 가지고 필요한 보호조치를 취할 수 있다(제5조 제2항). 즉 관할항정(*perpetuatio fori*)의 원칙은 배제된다.⁹⁴⁾ 그러나 통상의 관할을 가지는 계약국이 취한 보호조치는⁹⁵⁾ 다른 국가가 관할을 가지게 되었더라도 관할을 가지는 그 다른 국가의 당국이 그 보호조치를 변경, 대체 또는 종료하지 않은 이상 여전히 효력을 가진다. 이는 보호조치의 영속성(*permanence, continuity*)을 보장하기 위한 것이다.⁹⁶⁾ 예컨대 구 상거소지국의 당국이 선임한 후견인은 아동의 상거소지가 변경되었더라도 신 상거소지국의 당국이 새로운 조치를 취하지 않는 한 여전히 권한을 가진다는 것이다.

아래에서 보듯이 계약국이 취한 보호조치는 그 효력이 있는 한 제27조에 따라 다른 계약국이 실질재심사 없이 승인해야 하나(제27조), 제14조가 다루는 문제는 과연 그 보호조치가 상거소의 변경에도 여전히 효력이 있는가의 문제이므로 이는 제27조에 의하여 해결되지 않는다.⁹⁷⁾

2. 준거법(제Ⅲ장)

아동보호협약 제Ⅲ장(제15조 내지 제22조)은 준거법에 관한 규정들을 둔다. 아동보호협약은 준거법을 규정함에 있어서 첫째, 당국의 보호조치의 준거법, 둘째 당국의 개입이 없는 경우, 즉 법률의 작용에 의한 부모책임의 귀속(또는 발생) 및 소멸과 행사의 준거법을 구분하여 규정하고,⁹⁸⁾ 셋째, 양자에 공통적으로 적용되는 일반규정을 두고 있다.

⁹⁴⁾ Christoph Benicke, “Haager Kinderschutzübereinkommen”, *IPRax* (2013), S. 48.

⁹⁵⁾ 제14조가 명시하듯이 동조는 제11조와 제12조에 따라 취한 보호조치에는 적용되지 않는다.

⁹⁶⁾ 보고서, No 81. 이는 MSA 제5조 제1항에서 온 것이다.

⁹⁷⁾ 보고서, No 81.

⁹⁸⁾ 아동보호협약과 달리 우리 국제사법(제48조)과 독일 민법시행법(제21조)은 보호조치의 준거법과 친권의 준거법을 구별하지 않고 통일적으로 연결한다. Staudinger/Henrich, *EGBGB/ IPR: Art 21 EGBGB, Neubearbeitung 2002, Rn. 109f.*는 이를 논의한다.

가. 당국의 보호조치의 준거법

(1) 법정지법원칙과 그 예외

체약국의 당국은 보호조치를 취하기 위하여 관할권을 행사함에 있어서 원칙적으로 자국법을 적용한다(제15조 제1항). 즉 보호조치에 관하여 아동보호협약은 국제 재판관할과 준거법의 병행원칙을 따른다. 이러한 법정지법원칙⁹⁹⁾의 근거는, 첫째, 관할권을 가지는 당국으로 하여금 가장 잘 아는 자국법을 적용하게 함으로써 임무를 촉진하고, 둘째, 아동보호협약상 관할권은 아동에게 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 당국에 부여되는데 그 보호조치의 이행도 그 국가에서 이루어질 것이기 때문이다.¹⁰⁰⁾ 다만 예외적으로 아동의 신상과 재산의 보호를 위하여 필요한 경우 체약국의 당국은 실질적 관련을 가지는 다른 국가의 법을 적용하거나 고려할 수 있다(제15조 제2항). 여기의 예외는 근접성(proximity)의 원칙(최밀접 관련)에 근거한 것이 아니라 아동의 복리에 근거한 것이다.¹⁰¹⁾ 나아가 아동보호협약상 아동의 상거소지국만이 관할을 가지는 것은 아니므로 아동의 상거소지국법만이 보호조치의 준거법은 아니고 다른 국가의 법이 적용될 수 있다.¹⁰²⁾

(2) 상거소가 변경된 경우(제15조 제3항)

제14조와 제15조는 보호조치의 존속(및 내용)과 조치의 행사(내지 행사의 방법 또는 태양)를 구분한다. 즉 위에서 본 바와 같이 관할을 가지는 체약국의 당국이 취한 보호조치는 상거소가 변경되어 그 국가가 더 이상 관할을 가지지 않더라도 여전히 존속하지만(제14조), 보호조치의 행사는 상거소의 변경 시부터는 다른 국가의 법에 따른다(제15조). 아동보호협약이 이처럼 보호조치의 존속(및 내용)과 조치의 행사방법을 구분하여 다른 법에 따르도록 함으로써 보호조치를 변질시키거나 약화시킬 우려가 있으나 이는 사안별로 적용의 법리에 의하여 해결하여야 하고 그

99) 엄밀하게는 보호조치의 주체는 법원만이 아니라 행정당국이 될 수도 있으므로 여기에서 ‘법정지법’이라고 한 것은 편의상의 표현이다.

100) 보고서, No. 86.

101) 보고서, No. 89. *Handbook*, Example 9(A)는, 체약국인 A국에 상거소를 둔 모와 자가 체약국인 B국으로 이주하려는 경우 관할권을 가지는 A국이 이를 허가하면서 이주 후 양육에 관한 명령을 함에 있어서 B국법을 고려할 수 있다는 사례를 든다.

102) 예컨대 아동의 상거소지국 이외의 체약국에서 부모의 이혼·별거 또는 혼인무효의 신청이 계속중인 경우 일정한 요건이 구비되면 그 체약국이 관할을 가질 수 있으므로 그 경우 그 체약국의 법이 적용된다.

럼에도 불구하고 비실제적인 경우에는 신 상거소지국의 당국이 새로운 보호조치를 취해야 한다.¹⁰³⁾ 문언상으로는 이러한 원칙은 신 상거소지가 체약국인 경우에 한정되나, 보고서는 신 상거소지가 비체약국인 경우에도 동일한 원칙을 적용할 것이라고 한다.¹⁰⁴⁾ 따라서 A국에서 후견을 명하여 선임된 후견인이 아동을 데리고 B국으로 이주하였다면 아동의 복지에 관한 보고서를 법원에 정기적으로 제출해야 하는지는 B국법에 따른다.¹⁰⁵⁾

나. 친권(부모책임)의 준거법

제16조와 제17조는, 제15조 제3항의 경우처럼 부모책임의 귀속(및 내용)과 부모책임의 행사(내지 행사의 방법)를 구분한다.

(1) 부모책임의 귀속과 소멸(제16조)

당국의 개입이 없는 경우, 즉 법률에 의한(즉 법률상 당연히 발생하는) 부모책임의 귀속 또는 소멸(attribution or extinction of parental responsibility by operation of law)은 아동의 상거소지법에 의한다(제16조 제1항).¹⁰⁶⁾ 반면에, 부모책임이 당사자의 합의 또는 일방적 행위에 의하여 발생 또는 소멸하는 경우(예컨대 이혼 시 부모가 양육권의 귀속에 관한 합의를 하거나, 부모가 아동을 위하여 유언에 의하여 후견인을 지정하는 경우) 이는 그러한 합의 또는 행위의 효력발생 시(즉 위 이혼 시 또는 유언자의 사망 시) 아동의 상거소지법에 따른다(제16조 제2항).¹⁰⁷⁾ 어느 경우든 제3장에서 지정된 상거소지법이 반드시 체약국법이어야 하는 것은 아니다(제20조).

아동보호협약은 부모책임의 존재에 대한 선결문제(예컨대 인지의 유효성)인 아동의 신분(또는 지위)(personal status)의 준거법을 정하지는 않는다. 더욱이 친자관계의 성립은 아동보호협약이 규율하지 않는 사항이다(제4조 a호). 보고서는 이 문

103) 보고서, No. 91.

104) 보고서, No. 92.

105) Schulz(註 8), S. 159.

106) 이 경우에는 제2항의 경우와 달리 기준시점에 관한 규정이 없다. 특별위원회가 성안한 예비초안은 혼인, 인지 또는 사망 당시 자의 상거소지법이라고 기준시기를 명시 하였으나 이는 외교회의에서 삭제되었다. 따라서 협약의 해석으로서는 자가 자국에 상거소를 가지기 전에 발생한 혼인, 인지 또는 사망을 고려할지는 준거법인 자의 상거소지법이 결정할 사항이라고 한다. 보고서, No. 100.

107) 사례는 보고서, Nos. 103, 104.

체는 법정지의 국제사법에 의하는 것보다 본문제의 준거법 소속국, 즉 아동의 상거소지국의 국제사법에 의하여 결정하는 것이 합리적이라고 하면서도 그러나 협약의 문언은 이런 해결을 강요하지 않으며 위원회는 이 문제를 각 체약국이 결정하도록 맡겼다고 설명한다.¹⁰⁸⁾ 우리 법상으로는 선결문제의 처리에 관한 독립적 연결원칙¹⁰⁹⁾에 따르게 될 가능성이 크나 논란의 여지가 있다.

상거소가 변경된 경우 기존의 준거법에 따른 부모책임은 존속한다(제16조 제3항). 따라서 예컨대 구 상거소지법에 따라 모와 결혼하지 않은 부가 부모책임을 진다면 비록 신 상거소지법상 부의 부모책임이 부정되더라도 그는 여전히 부모책임을 진다.¹¹⁰⁾ 즉, 상거소의 변경은 기존의 부모책임을 소멸시킬 수는 없지만 부모책임을 부과할 수 있다는 것이다.¹¹¹⁾ 다만 상거소가 변경된 경우 종전 상거소지국법상 부모책임을 가지지 않던 자가 부모책임을 지는가는 신 상거소지법에 의하므로(제16조 제4항) 신 상거소지법이 이를 인정하는 때에는 그는 부모책임을 진다.¹¹²⁾ 제16조는 제15조와 달리 신 상거소지가 체약국일 것을 요구하지 않는다.

(2) 부모책임의 행사(제17조)

부모책임의 행사(의 방법)는 아동의 상거소지법에 의하고, 상거소가 변경된 경우 신 상거소지법에 의한다. 따라서 아동의 상거소지가 변경된 경우 부모는 구 상거소지법에 따라 여전히 부모책임을 보유하지만, 그의 행사는 신 상거소지법이 정한 조건에 따라야 한다.¹¹³⁾

(3) 조치에 의한 부모책임의 종료와 변경(제18조)

제16조에 언급된 부모책임 또는 그 행사의 조건은 아동보호협약에 따른 권한당국의 보호조치에 의하여 종료되거나 변경될 수 있다.¹¹⁴⁾ 따라서 권한당국들이 판단하기에 신규상거소지법을 중점적용함으로써 아동의 보호를 마비시키는 결과에 이르는 때에는 제18조에 기하여 보호조치를 취함으로써 문제를 해결할 수 있다.¹¹⁵⁾

108) 보고서, No. 102.

109) 석광현(註 8), 39 이하 참조.

110) Schulz(註 8), S. 159.

111) Lowe/Nicholls(註 11), para. 4.11.

112) 가사 아동이 구 상거소지로 돌아간 경우에도 부모책임은 소멸하지 않는다. Silberman(註 85), p. 721.

113) 보고서, No. 109.

114) 이는 미성년자보호협약 제1조와 제3조의 해석을 둘러싼 다툼을 해결한 것이다.

다. 일반규정

(1) 거래보호(제19조)

제19조는 아동을 대리하여 행위를 할 수 있는 것으로 믿은 자와 거래를 한 선의의 제3자를 보호하기 위한 규정이다. 이런 위협은 아동의 상거소지가 변경된 경우에 특히 크다. 거래의 상대방이 신 상거소지법에 따라 A가 아동을 대리할 권한이 있는 것으로 믿었으나 실제로는 구 상거소지법에 따라 B가 권한을 가지는 경우 거래의 안전을 보호하기 위한 것이다. 다만 이는 동일한 국가에 소재하는 사람들 간에 체결된 거래에만 적용된다(제2항). 그 결과 상대방이 아동의 법정대리인과 체결한 행위의 유효성을 다룰 수 없고, 상대방은 그 책임을 지지 아니한다.

(2) 반정(제21조)과 공서(제22조)

아동보호협약에 의하여 지정된 준거법은 원칙적으로 사항규정지정이므로 반정(*renvoi*)은 배제된다(제21조).¹¹⁵⁾ 한편 아동보호협약에 의하여 지정된 준거법의 지정은 그의 적용이 아동의 최대복리를 고려하여 공서에 명백히 반하는 경우에는 거부될 수 있다(제22조).

3. 외국보호조치의 승인 및 집행(제IV장)

외국보호조치의 승인 및 집행에 관하여 아동보호협약 제IV장(제23조 내지 제28조)은 승인, 집행가능선언 및 집행등록과 구체적인 집행을 구분하여 규정한다. 미성년자보호협약(제7조)은 승인요건을 명확히 규정하지 않았고 또한 다른 체약국의 보호조치를 집행할 의무에 관하여는 아무런 규정을 두지 않은 채 집행국의 국내법 기타 조약에 일임하였다. 아동보호협약은 이 점을 모두 개선하였다.

가. 승인(제23조 내지 제25조)

체약국의 당국이 취한 보호조치는 다른 체약국에서 법률상 당연히 승인되고(제

115) 보고서, No. 110.

116) 다만 그에 대한 예외로서 부모책임의 준거법인 비체약국의 국제사법이 다른 비체약국법을 지정하며 이 지정된 법이 자국법을 적용하는 경우에는 후자를 적용한다(제21조 제2항). 이는 비체약국 간에 이미 존재하는 조화를 유지하기 위한 것으로 상속의 준거법에 관한 1989년 헤이그협약(제4조)을 받아들인 것(Convention on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons)이라고 한다. 보고서, No. 116.

23조 제1항) 실질재심사(*révision au fond*)는 금지된다(제27조). 나아가 요청된 국가의 당국은 관할권의 기초가 된 사실인정에 구속된다(제25조). 예컨대 아동의 모에게 단독양육권을 부여하는 체약국 A의 재판 또는 아동의 재산관리인(B국의 재산을 포함하는)을 임명하는 재판은, 아래에서 보는 승인거부사유가 없는 한 다른 체약국 B에서 자동적으로 승인된다.¹¹⁷⁾

제23조 제2항은 다음과 같은 6개의 승인거부사유를 규정한다. 그것은 ① 관할의 결여, ② 요청된 국가의 본질적인 절차의 원칙에 반하여 아동에게 청문의 기회를 주지 않은 경우,¹¹⁸⁾ ③ 부모책임이 침해되었다고 주장하는 자에게 청문의 기회를 주지 않은 경우, ④ 공서위반(아동의 최대복리를 고려하여), ⑤ 보호조치가 아동의 상거소지인 비체약국의 것으로서 요청된 국가의 승인요건을 구비하는 사후의 보호조치와 양립되지 않는 경우, ⑥ 제33조의 절차, 즉 아동의 위탁가정, 수탁기관 등에의 위탁 시에 필요한 양국 당국 간의 협의절차가 이행되지 않은 경우이다. 다만 승인거부사유가 있더라도 체약국은 다른 체약국의 보호조치를 승인할 수 있다.¹¹⁹⁾ 이해관계인은 사전에 체약국의 권한당국에 대하여 다른 체약국에서 취한 보호조치의 승인 또는 불승인에 관하여 결정하여 줄 것을 요청할 수 있다(제24조). 이는 정당한 이해관계인에게 보호조치의 승인 또는 불승인에 관한 법적 불확실성을 제거할 수 있도록 하기 위한 것이다. 보고서는 이를 ‘예방적 소송’(preventive action)이라 한다.¹²⁰⁾ 이는 법원의 보호조치에 관한 것이고 법률상 당연히 발생하는 부모책임에는 적용되지 않는다.

나아가 체약국은 자국의 영토 내에 있는 재산에 관하여 자국 당국이 취한 조치와 저촉되는 한도 내에서는 어떤 부모책임 또는 조치를 승인하지 않을 수 있다는 유보선언을 할 수 있다(아동보호협약 제60조, 제55조 제1항 b호).

나. 집행가능선언과 집행등록(제26조, 제27조)

어느 체약국에서 취해진 보호조치를 다른 체약국에서 집행할 필요가 있는 경우 후자의 체약국의 법률이 정한 절차에 따라 이해관계인의 요청에 따라 집행가능하

117) 이는 *Handbook, Examples 10(A)*와 *B(B)*가 드는 예시이다.

118) 국가에 따라서는 아동의 연령에 따라 청문의 기회를 주지 않는데, 그것이 당연히 승인거부사유가 되는 것은 아니고 요청된 국가의 본질적인 절차의 원칙에 반하는 경우에 한하여 승인거부사유가 된다. Silberman(註 85), p. 723.

119) 보고서, No. 121.

120) 보고서, No. 129.

다고 선언되거나 집행을 위하여 등록되어야 한다(제26조 제1항). 각 계약국은 집행 가능선언 또는 등록에 대해 단순하고 신속한 절차를 적용하여야 하나(제26조 제2항), 그 구체적 방법은 각 계약국에 맡기고 기간제한도 두지 않는다.¹²¹⁾ 집행가능선언 또는 등록은 제23조 제2항에 규정된 이유만을 이유로 거부될 수 있다(제26조 제3항). 실질재심사는 금지되나 승인거부사유의 존부를 심사할 수는 있다(제27조).

다. 집행(제28조)

어느 계약국에서 취해지고 다른 계약국에서 집행가능하다고 선언되거나 집행을 위한 등록이 된 보호조치는 마치 그 계약국에서 행해진 보호조치처럼 집행되어야 하고, 구체적인 집행은 요청받은 국가의 법에 따라 아동의 최대복리를 고려하여 행해진다. 이에 대하여는 집행국 법원이 아동의 최대복리를 기화로 아동보호협약의 목적에 반하는 조치를 취할 가능성을 우려하기도 한다.¹²²⁾ 제23조 제2항 d호는 공서위반을 승인거부사유의 하나로 열거하면서 아동의 최대복리를 고려하여 판단하도록 요구하고 있는데 이에 대하여도 마찬가지로 우려가 있다.¹²³⁾

4. 국제공조(제V장)

제V장(제29조 내지 제39조)은 국제공조에 관한 규정을 두고 있다.

가. 중앙당국과 권한당국

계약국은 중앙당국(central authority)을 지정해야 하는데(제29조), 중앙당국은 아동보호협약의 목적을 달성하기 위하여 상호 협력하고 권한당국들 간의 협력을 증진하여야 하며 아동보호와 관련된 자국의 법과 이용가능한 서비스에 관한 정보를 제공하여야 한다(제30조). 중앙당국은 제8조와 제9조 및 제V장에 규정된 교신의 촉진과 지원의 제공 또는 조정 등에 의해 합의된 해결을 촉진하기 위해 모든 조치를 취하고, 보호를 요하는 아동이 자국에 있는 것으로 보이는 경우 다른 계약국의 요청에 따라 아동의 소재 발견을 위한 지원을 제공해야 한다(제31조). 중앙당국을 통한 국제공조는 아동탈취협약에 의하여 이미 도입되었다.¹²⁴⁾

121) 보고서, No. 132.

122) Silberman(註 85), p. 723.

123) Silberman(註 85), p. 723.

124) 우리나라에서는 아동탈취협약의 중앙당국은 법무부가, 입양협약의 중앙당국은 보건복지부가 담당하는 것으로 생각하고 있는데, 아동보호협약 가입 시 누가 중앙당국이

한편 관할을 가지는 당국 또는 권한당국(competent authorities)은 ① 아동을 다른 체약국의 보호가정이나 시설에 위탁하거나 또는 *kafala*¹²⁵⁾에 의한 보호를 제공하려는 경우 다른 체약국의 중앙당국 등과 미리 협의해야 하고(제33조),¹²⁶⁾ ② 아동의 보호에 필요한 정보의 제공을 요청하고 제공받을 수 있다(제34조 제1항).¹²⁷⁾ 또한 권한당국은 다른 체약국의 당국에게 아동보호협약에 따라 취해진 보호조치의 이행에서의 지원, 특히 아동과의 정기적인 직접적 접촉을 유지하고 면접교섭권(rights of access)을 실효적으로 행사함에 있어서 지원을 요청할 수 있다(제35조 제1항). 그 밖에도 아동의 상거소지국이 아닌 체약국의 당국은 그 체약국에 거주하는 부모의 요청에 따라 면접교섭권 행사 여부와 조건의 적합성에 관한 정보와 증거를 수집할 수 있다(제35조 제2항). 그 경우 제5조 내지 제10조에 따라 관할을 행사하는 당국은 결정 전에 그 정보와 증거를 고려해야 하고, 부모의 요청에 대한 결과가 나올 때까지 절차를 연기할 수 있으며 잠정적 조치를 취할 수 있다(제35조 제3항, 제4항).

아동의 보호조치를 취하였거나 고려중인 체약국의 권한당국은 아동이 심각한 위협에 노출된 경우 아동의 거소가 다른 국가로 변경되었거나 다른 국가에 있는 때에는 그 국가의 당국에게 위험과 보호조치를 통보해야 한다(제36조).¹²⁸⁾

나. 일반절차규칙

아동보호협약(제V장)은 아동에 관한 정보의 요청과 전달에 관하여 규정한다. 그러나 당국이 판단하기에 그것이 아동의 신상 또는 재산을 위협에 빠뜨리거나 아동의 가족의 자유 또는 생명에 심각한 위협(serious threat)이 되는 경우에는 정보를

되어야 하는지는 문제이다. 아동보호에 비중을 둔다면 보건복지부가 되어야 할 것이다.

125) *Kafala*라 함은 보호를 요하는 아동을 이슬람 가정에 위탁하여 그의 신상과 필요한 경우 재산에 대하여 돌보도록 하는 제도를 말한다. 그러나 *kafala*에 의하여 아동이 그 가정의 구성원이 되는 것은 아니므로 이는 입양에 해당하지 않으며 입양협약이 적용 대상이 되지 않는다. 보고서, No. 23.

126) 사전협의를 거치지 않고 내려진 위탁조치는 다른 체약국에서 승인이 거부될 수 있다(제23조 제2항 f호).

127) 요청을 받은 체약국의 당국은 정보를 제공할 의무를 부담하는 것은 아니고 이는 재량사항이고, 또한 국내법상 제한이 있는 경우 정보를 제공할 수 없다. 보고서, No. 144. 체약국은 그런 요청이 그의 중앙당국을 통해서만 전달되어야 한다고 선언할 수 있다(제34조 제2항).

128) 보고서, No. 150은 아동이 지속적 치료를 요하는 질병, 마약과 邪教 등에 빠진 경우를 든다.

요청하거나 전달해서는 아니 된다(제37조). 계약국의 중앙당국과 공공기관(public authorities)은 공조과정에서 발생하는 비용은 원칙적으로 각자 부담하나 계약국들은 비용부담에 관하여 달리 합의할 수 있다. 여기의 공공기관은 행정기관을 말하고 법원은 포함하지 않는다.¹²⁹⁾

IV. 국제친권·후견법 분야의 한국의 입법과제

위의 논의를 통하여 한국의 국제친권·후견법 분야의 국제재판관할, 준거법, 외국재판의 승인 및 집행과 국제공조에 관한 입법이 매우 불비함을 보았다.¹³⁰⁾ 이러한 문제는 한국이 아동보호협약에 가입함으로써 해소하여야 한다. 그러나 한국은 근자에 아동탈취협약에 가입하였으므로 그에 관한 문제는 일부 해소되었지만¹³¹⁾ 아동보호협약에의 가입을 적극적으로 검토하고, 국제사법을 적절히 개정함으로써 필요한 조치를 취할 필요가 있다.¹³²⁾ 다만 아직 필자의 연구가 부족하므로 논의는 제한적이다.

1. 한국의 국제재판관할규칙의 입법방향

위(II.)에서 본 바와 같이 현행법의 해석론은 국제친권사건과 국제후견사건을 구분할 필요가 있는데, 여기에서는 입법의 방향의 대강을 제시한다. 2014. 6. 30. 법무부에 설치된 국제사법개정위원회는 정치한 국제재판관할규칙을 도입하고자 국제사법 개정작업을 추진중이므로 이 글은 그 작업에 참고가 될 수 있을 것이다.¹³³⁾

¹²⁹⁾ 보고서, No. 152.

¹³⁰⁾ 한국의 국제친권법 중 아동탈취와 관련된 국제재판관할, 준거법, 외국재판의 승인 및 집행과 국제공조도 같다.

¹³¹⁾ 그러나 한국인과 국제혼인을 체결하는 배우자의 주된 소속국들은 중국과 베트남 등 이므로 아동보호의 문제나 탈취의 문제도 주로 그러한 국가들과의 관계에서 발생할 텐데 이들 국가는 관련 헤이그협약의 계약국이 아니다.

¹³²⁾ 우리나라가 아동보호협약에 가입하자면 이행법률을 제정해야 할 것이다.

¹³³⁾ 궁극적으로는 사건의 유형별로 정치한 국제재판관할규칙을 국제사법에 두어야 하는데 문제는 국제가사사건을 어떻게 유형화할 것인가이다. 독일 가사 및 비송사건절차법(FamFG)은 제98조 이하에서 가사사건의 혼인/이혼/효과사건(제98조), 친자(제99조), 친생자(제100조), 입양(제101조), 연금청산(또는 연금조정)(제102조), 생활동반자(제103조), 성인의 후견/감호(제104조), 기타 절차(제105조. 토지관할규칙의 이중기능을 명시 하는데, 부양사건에 관한 제232조도 이에 포함된다)로 구분하여 정치한 국제재판관할

다만 그에 앞서 독일법과 우리 법상의 토지관할규칙을 간단히 살펴본다.

가. 독일 가사 및 비송사건절차법의 소개

독일의 국내법인 가사 및 비송사건절차법(FamFG)에 따르면 독일 법원은 아동의 상거소가 독일에 있거나 아동이 독일 국적을 가지는 경우에 국제재판관할을 가지고(제99조 제1항 1문), 그 밖에도 독일법원에 의한 아동의 배려가 필요한 경우에는 친자관계사건에 대해 국제재판관할을 가진다(제99조 제1항 2문). 그러나 친생자관계사건, 보다 정확히는 친생자관계의 존부에 관한 사건에 관하여는 제100조가 별도의 국제재판관할규칙을 두고 있다.¹³⁴⁾ 이처럼 우리도 양자를 구별하여 별도의 국제재판관할원칙을 두는 것이 바람직하다고 본다.

나아가 독일 가사 및 비송사건절차법은 아동후견(Vormundschaft)에 관하여 독일 법원과 외국 법원의 관할이 경합하는 경우 절차의 중복을 피하기 위한 규정을 두고 있는데 이는 아동감호(Pflegschaft)에도 적용된다(제99조 제2항 내지 제4항).¹³⁵⁾

나. 한국의 토지관할규칙

가사소송법(제44조 제5호)에 따르면, ‘라류’ 가사비송사건에 속하는 친권에 관한 사건에 대하여는 미성년자 자녀의 주소지의 가정법원이 관할을 가진다. 친권에 관한 사항 중 일부, 특히 자(子)의 양육에 관한 처분과 그 변경, 면접교섭권의 제한

규칙 두고, 스위스 국제사법도 각 해당되는 곳에서 혼인법(혼인의 체결, 일반적 효력, 부부재산제, 이혼과 별거), 친자법(혈통에 의한 친자관계의 성립, 인지, 입양, 친자관계의 효력)과 후견법을 구분하여 정지한 국제재판관할규칙을 둔다. 순경한 외, **국제사법 개정 방안 연구(2014)**, 287면(장준혁 집필부분)은 친자관계 전반에 걸친 규정만을 두고 국내토지관할규정의 이중기능을 인정하면서 나머지 문제는 해석에 맡기는 방법과, 각칙을 보다 세분화하는 방안이 있는데, 특히 친자관계의 성립 단계에서의 비송재판관할에 관하여 친자관계의 종류별로 따로 규정하는 방법이 있다고 할 뿐 구체적 제안을 하지는 않는다. 권재문(註 80), 12면 이하는 친생자관계 사건, 입양 관련 사건과 미성년자 보호사건(친권, 양육권, 미성년자후견)으로 구분하여 국제재판관할규칙을 검토한다. 이혼사건에 관한 국제재판관할의 입법론은 석광현(註 26), 101면 이하; 이승미, 혼인관계사건의 국제재판관할에 관한 연구, 아주대학교 대학원 법학박사 학위논문(2014. 7), 153면 이하 참조.

¹³⁴⁾ 제100조에 따르면 관련당사자의 1인, 즉 아동, 모, 부(父), 또는 수태시기 동안 모와 동거하였음을 선서에 대신하여 보증하는 남자가 독일인이거나 독일에 상거소를 가지는 경우 독일 법원이 국제재판관할을 가진다. 위에서 본 것처럼 아동보호협약은 친자관계의 성립 또는 다툼(contesting)에는 적용되지 않는다(제4조 a호).

¹³⁵⁾ 성년의 감호에 관하여는 제104조가 사건본인의 국적 또는 상거소지가 독일 내에 있거나 독일 법원의 보호가 필요한 경우에 독일 법원의 관할을 인정한다.

또는 배제는 ‘마류’ 가사비송사건에 속하는데, 그에 대하여는 상대방의 보통재판적 소재지의 가정법원이 관할을 가진다(제46조). 한편 가사소송법(제44조 제5호)은 후견에 관한 사건도 ‘라류 가사비송사건’으로 분류하고 그에 대하여는 피후견인의 주소지의 가정법원이 (토지)관할을 가진다고 규정한다.

다. 국제친권사건의 국제재판관할규칙

위(II.1.가.)에서 언급한 것처럼 현행법의 해석론으로는 이 경우 아동의 본국관할의 원칙과 상거소지국 또는 거소지국의 예외적 관할을 인정하는 제1설, 아동보호협약처럼 아동의 상거소지국에 관할을 인정하는 제2설과 아동의 주소지국과 상대방의 보통재판적 소재지국의 관할의 원칙을 인정하는 제3설을 생각할 수 있다. 그러나 당국의 신속한 개입을 가능하게 하고, 절차로 인한 아동의 부담을 줄이며, 증거 근접성과 당해 국가의 아동보호제도와의 근접성을 확보하자면 아동의 상거소지국에 국제재판관할을 인정하는 것이 바람직하다.¹³⁶⁾ 아동보호협약은 원칙적으로 아동의 상거소지국에 관할을 인정하면서 본국관할은 인정하지 않는다. 필자는 위에서 국제사법의 해석론으로 제2설을 지지하고 아동보호협약에서 보는 바와 같은 부대관할, 신속관할과 임시적 명령을 위한 관할을 인정할 여지가 있다고 하였으므로 입법론적으로도 국제사법에서 아동의 상거소지국관할원칙을 명시하고 기타 관할근거를 명시하는 것이 바람직하다. 다만 국적관할을 인정할지는 논란의 여지가 있으나¹³⁷⁾ 성년자보호의 경우와 달리 아동보호의 경우에는 원칙적으로 이를 인정할 필요는 없지만, 아동의 상거소지인 외국에서 한국 아동에 대한 보호조치가 취해지지 않는 예외적 상황에서는 필요한 경우 관할을 인정하는 방안(제48조 제2항 참조)은 검토할 필요가 있다.¹³⁸⁾ 다른 국가들의 협력이 필요한 첫째와 둘째의 관할규칙에 관하여는 협약에 가입함으로써 해결하는 것이 바람직하다고 본다. 유럽연합의 브뤼셀 II bis, 즉 “혼인과 친권(부모책임)¹³⁹⁾에서의 재판관할과 재판의 승인 및 집행에 관한 규정”¹⁴⁰⁾도 친권에 관한 재판관할은 친권에 관한 소가 계속할

¹³⁶⁾ Rauscher/Rauscher, Art. 8 Rn. 6 참조.

¹³⁷⁾ 우리나라에도 과거에 입법론으로서 혼인관계소송, 친자관계소송 및 상속관련사건의 경우 국적관할을 인정하자는 견해가 있었다. 김용진, “民事訴訟法改正案 中 國際訴訟에 관한 부분에 대한 檢討意見書”, **국제사법연구**, 제4호(1999), 10면, 39면 이하.

¹³⁸⁾ 독일 “가사 및 비송사건절차법” 제99조는 아동의 국적에 기한 관할을 인정한다.

¹³⁹⁾ 영문은 ‘parental responsibility’이므로 위에서 언급한 것처럼 이를 ‘부모책임’ 또는 ‘친권’이라고 번역한다.

¹⁴⁰⁾ 유럽연합은 이혼사건과 부부의 공동의 자에 관한 절차의 국제재판관할과 외국재판의

당시 아동의 상거소지 국가의 법원이 가진다(제8조)고 규정한다.

문제는 이혼사건이 계속중인 경우 병합관할(또는 부대관할)을 인정할 것인가이다. 독일 가사 및 비송사건절차법(제98조 제2항)은 이혼사건에 대하여 관할을 가지는 독일 법원이 이혼사건과 병합된 효과사건(Folgesachen)에도 미친다는 점을 명시하는데, 효과사건에는 부양사건, 부부재산제사건과 양육권에 관련된 친자사건 등이 포함된다(제137조). 그러나 그 밖의 친자사건에까지 병합관할이 미치는 것은 아니라고 한다.¹⁴¹⁾

이처럼 아동의 상거소지국관할을 인정하는 것은 우리나라가 이미 가입한 아동탈취협약이 상정하는 바이다. 즉, 아동탈취협약상 국제재판관할을 논의함에 있어서는 ① 아동탈취협약에 따른 아동의 반환신청사건과 ② 본안인 양육권에 관한 사건을 구별한다. 아동탈취협약은 ① 아동의 즉각적인 반환에 관하여는 아동 소재지국의 반환의무를 부과함으로써 간접적으로 국제재판관할을 규율하고(제12조), ② 본안인 양육권에 관하여는 관할규칙을 명시하지는 않지만 탈취 직전 상거소지국이 관할을 가진다는 견해가 대체로 받아들여지고 있다.¹⁴²⁾ 그 근거는 첫째, 아동탈취협약은 불법탈취된 아동을 탈취 직전 아동의 상거소지로 신속하게 반환하여 그곳에서 양육권 본안에 관한 재판을 받으라는 것을 전제로 하는 것이라거나, 둘째, 아동 소재지국의 본안 판단을 금지한 제16조로부터 양육권의 본안에 대하여 탈취 직전 상거소지국의 배타적 국제재판관할을 도출하기도 한다. 우리나라가 아동탈취협약에 가입하였으므로 이제 우리나라가 친자관계의 국제재판관할규칙을 규제사법에 도입할 때에도 아동탈취협약이 상정하는 국제재판관할원칙을 반영해야 한다는 것이다.

라. 국제후견사건의 국제재판관할규칙

위(II.1.나.)에서 본 바와 같이 다수설에 따르면 국제사법(제48조 제2항)은 피후견인인 아동의 본국관할의 원칙과 상거소지국(또는 거소지국)의 예외적 관할을 명시한다. 그러나 국제친권사건에서 본 것처럼 국제후견사건에서도 당국의 신속한 개입을 가능하게 하고, 절차로 인한 아동의 부담을 줄이며, 증거 근접성과 당해 국

승인 및 집행에 관하여 1998년 5월 협약을 채택하였는데(브뤼셀II) 이는 이사회규정으로 변경되었다가 2003년 브뤼셀II bis에 의해서 폐지되었다. 브뤼셀II bis는 아동탈취협약을 유럽연합 내에서 이행하고 보충한다.

¹⁴¹⁾ Marianne Andrae, *Internationales Familienrecht*, 3. Auflage (2014), §6 Rn. 72.

¹⁴²⁾ 석광현(註 4), 93면 이하.

가의 아동보호제도와의 근접성을 확보하자면 아동의 상거소지국에 국제재판관할을 인정할 필요가 있고, 또한 국제친권사건과 국제후견사건의 국제재판관할규칙을 조화시킬 수 있다는 점에서도 바람직하다. 아동보호협약은 이 점을 잘 보여준다. 생각건대 국제사법 제48조의 해석론으로는 본국관할을 인정해야 할 것으로 보이나,¹⁴³⁾ 본국관할을 가급적 제한하고 상거소에 근거한 예외적 관할을 넓게 인정하는 것이 바람직하다. 입법론으로는 제48조 제2항을 개정하여 친권사건의 경우와 마찬가지로 아동의 상거소지관할을 원칙으로 규정하는 것이 바람직하다. 그렇게 하는 것이 아동의 복리에 충실하기 때문이다. 후견사건의 국제재판관할규칙을 정함에 있어서 성년자와 아동을 구분할 필요가 있다. 즉, 성년자보호협약은 아동보호협약과 달리 상거소지관할(제5조), 본국관할(제7조)과 재산소제지 관할(제9조)을 인정하는데¹⁴⁴⁾ 이 점을 우리 국제사법상으로도 반영하자는 것이다.

이와 같이 상거소지관할을 도입한다면 실무적으로 상거소의 개념이 중요한 의미를 가지게 될 것인데, 상거소라 함은 일용 “사람이 그의 생활의 중심(Lebensmittelpunkt)을 가지는 장소”를 말하고 이는 위에서 언급한 것처럼 객관주의에 따른 민법상의 주소개념과 유사한 것으로 이해되고 있으나,¹⁴⁵⁾ 장래 이를 구체화하기 위해 노력해야 할 것이다.

143) 물론 긴급한 필요가 있는 경우에는 거소지국 관할도 인정한다. 이는 아동보호협약 제12조와 국제사법 제48조 제2항 제3호에도 부합한다.

144) 그 이유는 아래(註 148)에서 언급하는 바와 같이 성년자보호와 아동보호는 상황이 다르기 때문이다.

145) 이호정(註 29), 193면. 상세는 최홍섭, “國際私法에서 日常居所의 의미와 내용”, **국제사법연구**, 제3호(1998), 525-532면 참조. 2008. 1. 1. 시행된 “신분관계를 형성하는 국제신분행위를 함에 있어 신분행위의 성립요건구비여부의 증명절차에 관한 사무처리 지침”(가족관계등록예규 제33호)에 의하면 한국인이 외국에서 적법하게 5년 이상 계속하여 체류하고 있는 경우에는 그 국가에 상거소가 있고, 체류자격이 출입국관리법 시행령상의 “거주”인 외국인으로서 1년 이상 계속하여 한국에 체류하는 경우 한국에 상거소를 가진 것으로 처리하지만, 불법입국자 및 불법체류자에 대하여는 한국의 상거소를 인정하지 않는다. 독일에는 국제재판관할의 맥락에서 6개월이 일용의 기준이 된다는 견해와, 사실관계에 따라 다르지만 6개월 내지 1년의 기간이면 상거소를 인정할 수 있다는 견해 등이 있다. 상세는 석광현(註 3), 122면 주 12 참조. 2013년 1월부터 시행된 중국 최고인민법원의 사법해석(제15조)에 따르면 자연인이 1년 이상 연속 거주하고 생활중심으로 삼는 곳이 상거소로 인정되나 치료, 노무과건 또는 공무로 주재하는 경우는 제외된다.

2. 준거법

가. 국제친권법

우리 국제사법은 친자간의 법률관계의 성립과, 그에 따른 권리·의무관계를 구분하는 체제를 유지하면서 후자에 대하여 원칙적으로 자(子)의 상거소지법을, 예외적으로 자의 본국법을 적용한다. 더욱이 국제사법은 친자관계의 준거법을 정함에 있어서 당국의 보호조치와, 친권의 귀속과 소멸을 구분하지 않고 양자를 제45조가 정한 친자관계의 준거법에 통일적으로 연결한다. 반면에 아동보호협약은 ① 당국의 보호조치에 대하여는 원칙적으로 법정지법을 적용하고,¹⁴⁶⁾ ② 법률의 작용에 의한 부모책임의 귀속 및 소멸과 행사의 문제에 대하여는 아동의 상거소지법에 의하도록 한다(제16조 제1항).¹⁴⁷⁾

국제친권법 분야에서의 우리의 입법과제는 첫째, 아동보호협약처럼 보호조치와 부모책임의 준거법을 이원화하는 방안을 도입할지, 둘째, 국제친권법에 관하여 현재처럼 예외적인 자의 본국법주의를 유지할지 - 아동보호협약은 보호조치에 법정지법을 적용하고 부모책임에 대하여는 아동의 상거소지법을 적용하나, 우리 국제사법은 양자에 대해 일원적으로 원칙적으로 자(子)의 상거소지법을, 예외적으로 자의 본국법을 적용하는데 이러한 예외를 유지할지의 문제이다 - , 셋째, 부모책임의 준거법을 정함에 있어서 부모책임의 귀속과 행사를 구분할지와, 넷째, 준거법의 변경에 관한 조항을 들지를 고려할 필요가 있다.

나. 국제후견법

국제사법은 후견의 준거법에 관하여 피후견인의 본국법주의를 유지하면서, 한국에 상거소 또는 거소가 있는 외국인인 아동에 대해 예외적으로 한국 법원이 한국법에 따라 후견사무를 행할 수 있는 가능성을 확대하였다. 그러나 아동보호협약은 국제친권과 국제후견을 구분하지 않고 통일적으로 연결한다. 국제후견법 분야에서의 우리의 입법과제로는 다음을 고려할 필요가 있다.

146) 다만 예외적으로 아동의 신상과 재산의 보호를 위하여 필요한 경우 계약국의 당국은 실질적 관련을 가지는 다른 국가의 법을 적용하거나 고려할 수 있다(제15조 제1항, 제2항).

147) 다만 부모책임이 당사자의 합의 또는 일방적 행위에 의하여 발생 또는 소멸하는 경우(예컨대 이혼 시 부모가 양육권의 귀속에 관한 합의를 하는 경우), 이는 그러한 합의 또는 행위의 효력발생 시 자의 상거소지법에 따른다(제16조 제2항).

첫째, 국제후견의 준거법을 국제친권의 준거법과 통일적으로 규정하는 방안. 우리 국제사법에 따르면 친권은 원칙적으로 친자관계의 준거법에 의하고(제45조), 미성년자의 후견은 후견의 준거법(제48조)에 의하므로 양자가 다를 수 있다. 나아가 우리 국제사법은 후견이라는 법률관계의 동질성에 착안하여 아동후견을 성년후견과 함께 통일적으로 연결하나, 헤이그국제사법회의는 아동보호협약에서 친권과 아동의 후견을 통일적으로 연결하고, 성년후견은 성년자보호협약에 의하여 별도로 규율한다. 이는 아동후견과 성년후견의 상황이 다르기 때문이다.¹⁴⁸⁾ 미성숙한 아동의 보호라는 실질에 착안하면 친권과 미성년 후견을 통일적으로 규율하는 아동보호협약의 태도가 더 설득력이 있다.¹⁴⁹⁾ 브뤼셀IIbis도 이런 태도를 취한다. 양쪽 모두 나름의 근거가 있다면 국제적 동향을 받아들이는 것이 바람직하다.

둘째, 아동 후견을 친권과 통일적으로 규율하든 별도로 규율하든 간에, 아동보호협약처럼 보호조치와 부모책임의 준거법을 이원화할지, 아니면 현재와 같이 원칙적으로 피후견인의 본국법을 적용할지도 검토할 필요가 있다. 아동의 상거소지관할을 인정한다면, 적어도 보호조치에 관한 한 아동보호협약처럼 관할과 준거법의 병행을 인정하는 것이 설득력이 있다.

셋째, 국제사법에도 거래의 안전을 보호하는 규정을 둘 필요가 있다. 현재 국제사법 제15조는 무능력자의 법률행위와 관련하여 유사한 취지의 규정을 두고 있다.

물론 세부논점은 더 검토해야 하겠지만, 아동보호협약의 성공적 확산을 보면 우

148) 보호를 필요로 하는 성년자와 미성년자의 상황은 아래와 같은 차이가 있다. 첫째, 성년자는 미성년자와 달리 독자적 상거소를 가질 수 있고, 둘째, 성년자는 미성년자와 달리 능력이 있을 수도 있으며, 셋째, 성년자는 오래 전부터 생활을 영위하고 있으므로 외국에 상거소가 있더라도 가족적 유대관계에서는 본국과의 밀접한 관련을 가지고, 넷째, 성년자는 재산을 소유하는 것이 보통이므로 미성년자의 경우와 달리 재산 법적 측면도 중요한 의미를 가지고, 다섯째, 미성년자의 경우에는 그를 보호하려는 부모 간에 다툼이 발생하지만 성년자의 경우에는 그를 보호하려는 자의 선의가 존중되어야 한다. 櫻田嘉章, “2000年ハーグ「成年者の國際的保護に關する條約」について”, **ケース研究**, 第264卷, 7면(최홍섭(註 75), 397면에서 재인용). 위 셋째, 넷째는 Siehr(註 74), S. 728-729도 국제재판관할의 맥락에서 지적하는데, 다섯째 점은 조금 달리 미성년자의 경우에는 그를 보호하려는 부모 간에 다툼이 발생하지만 성년자의 경우에는 가족집단(Familienverband) 안에 있는 외국에 거주하는 성년자의 운명을 둘러싼 타인들 간에 분쟁이 발생한다는 점을 지적한다. 이 점을 고려하면 성년후견과 미성년자후견을 통일적으로 연결하는 것이 타당한지는 재고할 필요가 있다.

149) 권재문(註 80), 18면도 동지. 일본에서는 실질법상 ‘친권후견통일론’이라는 견해가 있음은 흥미롭다. 논자에 따라 다르나 그 핵심은 친권을 폐지하여 후견으로 통합하자는 취지로 보인다. 2012. 11. 24. 고려대학교에서 개최된 新・アジア家族法三國會議 第2回 會議 발표자료, 90면 이하는 於保不二雄과 中川善之助의 견해를 소개하고 있다.

리나라도 동 협약에 가입해야 하고, 그 전에도 위의 논점에 관하여 대체로 동 협약의 태도를 따르는 것이 바람직할 것이다.

3. 외국보호조치의 승인 및 집행

우선 국제사법을 개정하거나 가사소송법을 개정하여 아동에 관한 보호조치의 승인 및 집행에 관한 명시적 조문을 둘 필요가 있다.¹⁵⁰⁾ 필자가 이해하는 바로는 2014년 구성되었던 가사소송법 개정위원회는 가사사건의 국제재판관할과 외국재판의 승인 및 집행에 관한 규정을 가사소송법에 신설하는 것을 검토하였으나 결국 포기한 것으로 알고 있다. 그렇다면 이를 국제사법에 규정하는 방안을 더 진지하게 검토할 필요가 있다. 그 경우 가사사건과 비송사건의 특수성을 고려하여 민사소송법의 요건을 완화할 필요가 있고 특히 상호보증의 요건은 제외하는 것이 바람직하다.¹⁵¹⁾ 국제친권·후견사건의 경우 외국의 법원이 한 재판 기타 보호조치만이 아니라 행정당국이 취한 보호조치도 승인 및 집행의 대상에 포함시킬 필요가 있으나 국제사법과 가사소송법에 넣는다면 이런 조치를 포함시키기는 더 어렵다. 이는 조약에 가입하고 조약과 이행법률에 필요한 규정을 둬으로써 해결할 사항이다.

한 가지 주목할 것은 2014년 5월 개정된 민사소송법 제217조 제1항이다. 즉 제1항 본문은 승인대상으로서 외국법원의 확정판결만을 규정하던 구 제1항을 개정하여 “외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판”으로 확장하였는데 그것이 비송사건에 어떤 영향을 미치는가라는 문제이다. 제1호가 확정재판이

150) 독일의 “가사 및 비송사건절차법”(FamFG)은 외국판결의 승인 및 집행요건(제107조 내지 제110조)에 관하여 정치한 규칙을 두므로 우리 법제의 정비에 도움이 된다. 위 독일법의 조문은 김상일, “독일의 [가사사건 및 비송사건절차법(FamFG)] 개관”, **민사소송**, 제13권 제1호(2009. 5), 648면 이하; 반홍식, “독일 가사 및 비송사건절차법의 내용과 구조: 비송사건을 중심으로”, **민사소송**, 제15권 제1호(2011. 5), 44면 이하 참조. 우리로서는 장래 가사 및 비송사건에서 외국재판의 승인 및 집행에 관한 조문을 국제사법에 신설하고, 민사소송법과 민사집행법에 나뉘어 있는 외국판결의 승인 및 집행에 관한 규정을 국제사법으로 통합하는 것이 바람직하다.

151) 참고로 독일 민사소송법(제328조 제2항)은 비재산법적인(또는 비재산권적인) 청구에 관한 사건에서 독일에 재판적이 존재하지 않는 경우 상호보증을 요구하지 않는다. 독일의 과거 비송사건절차법(FGG 제16a조)은 친자관계사건에서는 재판적에 관계없이 상호보증을 요하지 않았다. “가사 및 비송사건절차법”(FamFG) 제107조는 원칙적으로 가사사건에 대하여 상호보증을 요구하지 않는다. 다만 제109조 제4항이 열거하는 일정한 가사분쟁사건(이는 생활동반자관계에 관련된 사건들이다)에 대하여는 상호보증이 요구된다.

라고 하므로 이제는 비송사건에도 제217조의 모든 요건이 적용된다는 견해도 주장될 수 있으나, 위 개정이 특히 가사사건과 비송사건을 염두에 둔 것은 아니므로 필자는 비송사건에 관한 종래의 학설대립은 여전히 가능하다고 본다. 위 민사소송법 제217조 제1항의 문언에 비추어 승인 및 집행의 대상이 되는 비송재판은 반드시 기판력이 있어야 한다는 견해도 있다.¹⁵²⁾ 소송사건에서는 그럴 수도 있으나 비송사건의 경우에는 의문이다. 우리 가사소송법에는 가사비송심판의 기판력에 관한 규정이 없기 때문에 다수설은 일반적인 비송사건의 경우와 마찬가지로 기판력을 부인하는데,¹⁵³⁾ 만일 어느 외국이 이런 태도를 취한다면 형성력은 있지만 기판력이 없는 외국법원의 가사비송재판은 한국에서 승인될 수 없게 되기 때문이다. 이에 대처하기 위하여 가사비송사건의 특수성을 고려할 필요가 있고, 일정범위의 가사비송재판에 기판력을 인정하는 방안도 고려할 필요가 있다. 제217조를 개정하는 과정에서 가사사건과 비송사건의 특수성을 고려하여 그에 적절한 규칙을 두었더라면 하는 아쉬움이 있다.

4. 국제공조

국제친권·후견사건에서 국제공조를 실현하자면 우리나라는 결국 헤이그협약에 가입하여야 한다. 물론 조약에 의하지 않더라도 국제예양에 따라 국제공조를 제공하는 것이 불가능하지는 않지만 실효성이 제한적일 수밖에 없다. 국제공조를 위하여 필요한 사항은 우선 이행법률에서 보충할 필요가 있고, 장래에는 비체약국과의 국제공조를 가능하게 하기 위하여 국제민사사법공조법을 개정하여 사법공조의 범위를 확대할 필요성도 고려할 필요가 있다.

V. 맺음말

이상에서 국제사법을 중심으로 한 한국의 국제친권·후견법의 현황과 아동보호협약의 주요 내용을 검토하였다. 이를 통하여 한국의 국제친권·후견법은 여러 모

152) 이규호, “외국재판의 승인 등에 관한 개정 민소법·민사집행법에 대한 평가”, **법률신문**, 제4252호(2014. 9. 4), 11면은 비송재판에 확장되는 것을 막기 위해 확정판결과 동일한 효력, 즉 기판력이 인정되는 재판으로 제한했다고 설명한다.

153) 법원행정처, **법원실무제요 가사 I**(2010), 196면.

로 미흡하다는 점을 확인할 수 있었다. 국제재판관할에 관하여는 가사소송법과 국제사법으로부터 몇 가지 규칙을 도출할 수 있는 정도이고, 외국재판의 승인 및 집행에 관하여는 민사소송법과 민사집행법의 규정을 적용 내지 유추적용하는 경향이 있으나 아직 확립된 것은 아니다. 한편 국제공조에 관하여는 아무런 규칙이 없고, 준거법에 관하여는 친권은 친자관계의 준거법에 의하여, 아동의 후견은 후견의 준거법에 의하여 각각 규율되는 탓에 양자가 다를 수 있어 아동을 효율적으로 보호하기에 미흡하다.

한편 아동보호협약의 내용은 한국에도 소개되어 있으나 한국법과의 異同, 협약 가입의 실의 등은 아직 충분히 논의되고 있지 않다. 빠르게 진행되는 가정생활의 국제화를 고려하면 이제 우리도 아동보호협약에 대해 더 면밀하게 검토한 뒤 가입을 적극 추진할 필요가 있다. 특히 모두에서 언급한 것처럼, 아동보호협약은 국제사법과 국제민사소송법의 대상인 사법의 영역을 넘어 공법의 영역도 함께 규율하는 점에 특색이 있고, 이는 전통적으로 민사비송적인 성질을 가지는 분야에서 체약국의 후견적 감독기능을 국제적으로 충실하게 하기 위하여 국가간 협력을 강화하는 것인데 이러한 공조체제가 점차 확산되어 가고 있음은 주목할 만하다.¹⁵⁴⁾ 그러나 이러한 광의의 공조체제에 익숙하지 않은 우리로서는 아동보호협약에 가입하여 이를 국내적으로 시행하자면 여러 가지 어려움이 있을 수 있다. 다만 우리나라가 아동보호협약에 가입하더라도 아동친권·후견의 문제를 발생시킬 것으로 예상되는 국가들 중 중국과 동남아 국가들이 아동보호협약에 가입하지 않고 있으므로 우리나라의 아동보호협약 가입만으로 모든 문제를 해결할 수 없고 그와 함께 국제사법 기타 국내법을 보완할 필요가 있다. 그 구체적 방향은 국제친권·후견법에 대해 더 깊이 연구한 뒤 결정할 수 있을 것이다. 국제재판관할에 관하여는 현재 진행 중인 국제사법 개정작업에서 적절한 국제재판관할규칙을 명시해야 할 것이다.

투고일 2014. 11. 2	심사완료일 2014. 11. 26	게재확정일 2014. 11. 28
-----------------	--------------------	--------------------

154) 이 점은 석광현(註 68), 296면에서 지적한 바 있다.

참고문헌

- 강봉수, “섭외가사사건의 제문제”, **섭외사건의 제문제(하)**, 재판자료 제34집(1986).
- 강현중, **민사소송법**, 제6판(2004).
- 곽민희, “헤이그아동탈취협약과 유럽연합의 입법적 대응”, **가족법연구**, 제25권 제2호 (2011).
- 김문숙, “涉外後見に關する研究”, **아세아여성법학**, 제3권(2000. 6.).
- 김상일, “독일의 [가사사건 및 비송사건절차법(FamFG)] 개관”, **민사소송**, 제13권 제1호(2009. 5).
- 김 연·박정기·김인유, **국제사법**, 제3판(2012).
- 김용한·조명래, **국제사법**(1998).
- 김원태, “섭외가사소송에서의 국제재판관할에 관한 연구”, **경성법학**, 제5호(1996. 9).
- _____, “외국가사재판의 승인·집행에 관한 문제의 재검토”, **국제사법연구**, 제6호 (2001).
- 김주수·김상용, **친족·상속법**, 제10판(2012).
- 노태악, “2012년 국제사법 주요 판례 소개”, **국제사법연구**, 제18호(2012).
- 반홍식, “독일 가사 및 비송사건절차법의 내용과 구조 : 비송사건을 중심으로”, **민사소송**, 제15권 제1호(2011. 5).
- 법무부, **국제사법에 관한 헤이그회의 제협약**, 법무자료 제213집(1997).
- _____, **국제사법 해설**(2001).
- 서희원, **국제사법강의**(1998).
- 석광현, **국제민사소송법: 국제사법(절차편)**(2012).
- _____, **국제사법 해설**(2013).
- _____, 2001년 개정 **국제사법해설**, 제2판(2003).
- _____, “국제아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그협약과 한국의 가입”, **서울대학교 법학**, 제54권 제2호(2013. 6).
- _____, “이혼 기타 혼인 관계 사건의 국제재판관할에 관한 입법론”, **국제사법연구**, 제19권 제2호(2013. 12).
- _____, **국제재판관할에 관한 연구**(서울대학교 출판부, 2001).
- 송상현·박익환, **민사소송법**, 신정 7판(2014).
- 신창선·윤남순, **신국제사법**(2014).

- 신창선, **국제사법**(1999).
- 윤종진, **개정 현대 국제사법**(2003).
- 이규호, “외국재판의 승인 등에 관한 개정 민소법·민사집행법에 대한 평가”, **법률신문** 제4252호(2014. 9. 4).
- 이병화, “성년후견제도의 도입에 따른 국제후견법의 재고찰”, **비교사법**, 제13권 제3호 (통권 제34호)(2006).
- 이승미, “이혼사건의 국제재판관할권에 관한 소고: EU의 「브뤼셀IIa-규칙」을 중심으로”, **아주법학**, 제7권 제1호(2013. 6).
- _____, 혼인관계사건의 국제재판관할에 관한 연구, 아주대학교 대학원 법학박사학위논문(2014. 7).
- 이호정, **국제사법**(1983).
- 정하경, “아동보호조치 및 부모책임에 대한 관할권, 준거법, 승인, 집행 및 협력에 관한 헤이그협약(The Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children)의 내용에 관한 검토”, **국제규범의 현황과 전망 - 2012년 국제규범연구반 연구보고 및 국제회의의 참가보고 -** (2013).
- 최홍섭, **국제사법의 현대적 흐름**(2005).
- 山田 鎌一, **國際私法**, 第3版(2004).
- 溜池 良夫, **國際私法講義**, 第3版(2005).
- 酒井 一, “親權者指定申立事件の國際裁判管轄權”, **國際私法判例百選**, 第2版(2012).
- 河野俊行, “非訟裁判의 承認”, **國際私法判例百選**, 第2版(2012).
- 橫山 潤, **國際親族法**(1997).
- Andrae, Marianne, *Internationales Familienrecht*, 2. Auflage (2006).
- _____, *Internationales Familienrecht*, 3. Auflage (2014).
- Benicke, Christoph, “Haager Kinderschutzübereinkommen”, *IPRax* (2013).
- Dyer, Adair, “The Internationalization of Family Law”, 30 *U.C. Davis L. Rev.* 625 (1997).
- Kropholler, Jan, *Internationales Privatrecht*, 6. Auflage (2006).
- Lagarde, Paul, Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention (1998).

- Lowe, Nigel/Nicholls, Michael, *The 1996 Hague Convention on the Protection of Children* (2012).
- Martiny, Dieter, *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht*; Band III/1, Kap. I (1984).
- MünchKommBGB/Klinkhardt*, 5. Aufl. Band 5 (2010).
- Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, *Practical Handbook on the operation of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children* (2014).
- Rauscher, Thomas (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht: EuZPR/EuIPR Kommentar* (2010).
- Schulz, Andrea, “Inkrafttreten des Haager Kinderschutzübereinkommens vo. 19.10.1996 für Deutschland am 1.1.2011”, *FamRZ* (2011).
- Scoles, Eugene F./Hay, Peter/Borchers, Patrick J./Symeonides, Symeon C., *Conflict of Laws*, 5th ed. (2010).
- Siehr, Kurt, “Das neue Haager Übereinkommen von 1996 über den Schutz von Kindern”, *Rabels Zeitschrift*, Band 62 (1998).
- _____, “Das Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsener”, *Rabels Zeitschrift*, Band 64 (2000).
- Silberman, Linda, “The 1996 Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children: A Perspective from the United States”, *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr* (2000).
- Staudinger/Henrich, EGBGB/ IPR: Art 21 EGBGB, Neubearbeitung (2002).

<Abstract>

Trends of International Parental Authority and Guardianship Law and Korea's Future Legislation

Suk, Kwang Hyun*

In recent times, the number of foreign children who reside in Korea is increasing with the increase of the number of migrant foreign women who come to Korea for marriage and the number of Korean children who reside in foreign countries is also increasing. In the past, protection of children in the international context did not draw much attention in Korean society. However, recent cases of child abuse, in particular the Ulsan step mother case has offered opportunities to Korean society to pay more attention to the protection of children. Accordingly, in the future the protection of children in the international context will be the focus of Korean society. In this article, the author reviews the current provisions on parental responsibility and guardianship of the Private International Law Act of Korea ("PILA")(Chapter II.), international trend as reflected in the "Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children" ("Convention") of 1966 of the Hague Conference on Private International Law (Chapter III.) and the direction of Korea's future legislation (Chapter IV.). The "international parental authority and guardianship law" in its broad sense referred to in this article includes jurisdiction, applicable law, recognition, enforcement and co-operation in respect of parental authority and guardianship. In cases where protection of children is sought, the questions on procedural matters such as jurisdiction and recognition and enforcement of measures for the protection of children arise. The Convention also deals with the measures for the protection of children effected by administrative authorities in addition to those effected by courts, and therefore

* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

part of the issues could fall outside of civil matters. Compared to the Convention, the current international parental authority and guardianship law of the PILA leaves much to be desired. As to the international jurisdiction, we could draw several rules from the Family Litigation Act and the Private International Law Act in conjunction with the PILA, which are not clear enough. As to the recognition and enforcement of foreign judgments, the scholars tend to apply the provisions of the Civil Procedure Act and the Civil Execution Act by analogy; however, there are still disputes. In addition, there are no provisions at all concerning the international assistance. As to the governing law, the position of the PILA is not adequate to efficiently protect the interests of children because the law applicable to parental authority and the law applicable to guardianship of children could be different because the relevant provisions of the PILA set forth different connecting factors for parental authority on the one hand and guardianship of children on the other. Even though the content of the Convention is already known to Korea, the similarities and differences between the Convention and PILA and the practical advantages to be brought by Korea's accession to the Convention are not fully discussed in Korea. Thus it is now time for us to try to accede to the Convention after conducting more thorough research thereon. Even if Korea accedes to the Convention, it would not be sufficient to protect children because the countries of those children in question are not parties to the Convention. Accordingly, it is necessary for Korea to take legislative measures including amendment of the PILA. The concrete direction of such amendment could be determined after we have completed in-depth research on the international parental authority and guardianship law.

Keywords: child protection convention, parental responsibility, guardian of child, measures for the protection of children, international cooperation

