

## 子女福利原則에 관한 연구

金由美  
법학부 조교수

### <요 약>

일반적으로 자녀의 복리(welfare of child)나 子女의 최선의 이익(the best interest of child)은 현대 친권법의 기본 이념이라고 이해되고 있다. 각국의 입법 및 실무도 이러한 자녀복지원칙에 입각하여 자녀가 관련된 사안 특히 친권의 제한 및 상실, 이혼시 친권자·양육자 결정 등의 영역에서 자녀의 복리를 강조하고 있다.

그러나 자녀복지라는 개념은 상당히 이념적이고 복합적이며 상대적인 것이어서 종종 자의적인 것이라는 평가를 받기도 한다.

본고에서는 자녀복지원칙이 어떤 과정을 거쳐 현대 친권법의 지도 이념이 되었는지를 먼저 살펴 본 후에, 복리개념의 추상성이나 상대성에 대한 비판에도 불구하고 자녀복지원칙이 오늘날 여전히 그 지위를 유지할 필요성에 대하여 알아보았다.

## A Study on the “Welfare of the Child” Principle

Kim, You-Mee  
Professor of Law

### <abstract>

Welfare principle means that when any court determines any question with respect to the upbringing of the child or the administration of the child's property or the application of any income arising from it or the termination of parental right, the child's welfare shall be the court's paramount consideration. But the concept of welfare of child is indeterminate. And beliefs about a child's best interest or welfare have changed and will change according to current views on the matters such as

child-rearing and parenting. This paper asserts that the 'welfare of the child' principle must be the leading ideology of modern parental right in spite of its indetermination.

## I. 序

자녀복지원칙이란 일반적으로 자녀의 복리(welfare)에 최우선권(paramountcy)을 부여하는 원칙을 말한다. 즉 법원이 자녀의 양육, 자녀의 재산 관리나 그 재산으로부터의 소득의 활용에 관한 문제를 결정할 때 자녀의 복리를 최상으로 고려하여야 한다는 것이다.<sup>1)</sup> 그것은 아동의 최선의 이익(best interests)을 최상위에 둠으로써 그들의 이익을 성인들의 이익보다 상위에 두는 것이라고 할 수 있다.<sup>2)</sup> 그러나 자녀의 복리나 최선의 이익이라는 개념은 그 자체가 불명확하고 경계가 뚜렷하지 않아<sup>3)</sup> 자녀양육이나 부모의 역할에 대한 시대적 조류에 따라, 또 자녀의 필요(needs)에 대한 그 시대의 이해의 정도에 따라 변화하여 왔고, 같은 시대에 있어서도 각 국가의 사회적·문화적 가치관의 다양성 또는 문화적 상대주의 때문에 확정적인 기준을 제시하기가 곤란하다는 지적을 받고 있는데,<sup>4)</sup> 이러한 지적은 타당하다고 할 수 있다.

따라서 본고에서는 복리원칙이 시대를 통하여 어떠한 변천을 거쳐왔는가를 우선 살펴본 다음, 복리원칙의 현대적 의미를 고찰하면서 가치관의 다양성과 각 사회의 경제적·사회적·문화적 차이 때문에 생기는 복리원칙의 상대성을 비롯한 문제점을 지적하고, 그럼에도 불구하고 복리원칙이 여전히 현대 친권법의 지도 이념이라는 지위를 유지해야 할 필요성에 대하여 알아보려고 한다.

## II. 복리원칙의 의의

### 1. 복리원칙의 提高와 그 變遷

역사적으로 복리원칙은 그 시대의 지배적인 가족이념을 반영하였다. 그리하여父가 최고

- 
- 1) 영국의 1989년의 The Children Act Section 1(1); Bromley & Lowe, Family Law, (8th ed) Butterworths, 1992, 336면; Cretney & Masson, Principles of Family Law(5th. ed.), Sweet & Maxwell, 1990, 517면 ; John Dewar & Stephen Parker, Law and the Family, Butterworths, 1992, 73면.
  - 2) Andrew Bainham, "The Children Act 1989, Welfare and Non-Interventionism," 1990, Family Law, 143,145면(Bromley & Lowe, 1992, 346면에서 재인용. 1989년의 UN의 '아동의 권리에 관한 협약'의 section 3(1)에서는 "In all actions concerning children ... the best interests of the child shall be a primary consideration"이라고 하고 있다.
  - 3) S. Maidment, Child Custody and Divorce, Croom Helm, 1984, 3면; Stephen Parker, "The Best Interests of the Child --Principles and Problems," Int'l Journal of Law and the Family(Vol.8, No.1), 1994, 26,29-36면; Philip Alston, "The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights," Int'l Journal of Law and the Family(Vol.8, No.1), 1994, 17-19면.
  - 4) H.D. Krause, Family Law in a Nutshell(2nd ed.), West Publishing Co., 1986, 248면; Bart Rwezaura, "The Concept of the Child's Best Interests in the Changing economic and social context of sub-saharan Africa," Int'l Journal of Law and the Family(Vol.8, No.1), 82면; Philip Alston, 위의 글, 5-9면; Stephen Parker, 위의 글, 27, 40면.

의 권위를 가지고 처와 자녀는 의존자인 가족을 이상적으로 생각하던 시대에는 이러한 가부장적인 가족이념을 받아들여서, 자녀의 필요(needs)도 전적으로 父의 권리와 조화되도록 해석되었고, 법관들은 父아말로 자녀의 필요를 가장 잘 안다고 판단했던 것이다. 그 후 가족형태가 다양해지고, 이 다양성의 인정은 자녀복지에 관한 논의의 실마리를 제공하였다.

이러한 가족이념 이외에 자녀복지를 결정하는 맥락으로서 아동의 최선의 이익(the best interests of child)이라는 개념도 있다. 이것은 가족이념을 떠나 자녀자신을 중심으로 하는 개념인데 피후견인을 보호하기 위하여 영국 형평법 법원에서 유래된 것이다. 1840년대까지 영국의 형평법은 피후견인이 보호받을 재산을 소유하는 경우에만 적용되었다. 그러나 자녀의 복리라는 개념은 자녀의 물질적 복리, 예컨대 피후견인이 양육되는 물질적 환경도 포함하게 되고 19세기 말엽에 이르러서 법관들은 물질적 복리뿐만 아니라 도덕적이며 종교적인 복리도 언급하게 되었다. 피후견인의 보호가 문제되는 경우, 형평법 법원은 아동과의 유대관계를 그 결정의 정당화 사유로 삼았다.<sup>5)</sup> 따라서 자녀의 복리가 자녀를 둘러싼 분쟁 결과를 결정해야 한다는 원칙은 18세기말과 19세기의 후견(guardianship and wardship)사안에 관한 영국 형평법법원(the Chancery Court)의 실무관행에서 비롯되었다고 할 수 있다.<sup>6)</sup>

영국의 common law는 父母가(특히 父가) 미성년자녀(혼인중 자)를 보호하고 부양하는 것이 당연한 의무라고 인정하였다. 이러한 의무를 강제하는 기제(machinery)는 거의 비효율적이었지만, 그 의무들은 이행을 강제할 수 없는 법적 의무(obligation)로 간주되었다. 대부분의 경우 父가 이 의무들을 물리적으로 수행할 수 있는 유일한 사람이었다. 이러한 의무는 父의 행위가 자녀의 생명, 건강, 도덕에 큰 해가 되는 아주 희귀한 경우를 제외하고는 母에 대해서도 절대적이었다. 그는 자녀들이 21세가 될 때까지 법적 양육권(legal custody)을 보유할 자격을 가졌다. 그러나 만약 父의 권리를 강제하는 것이 자녀에게 육체적으로 도덕적으로 해가 된다면,<sup>7)</sup> 父의 요구가 신의성실에서 나온 것이 아니라면<sup>8)</sup> 父는 그 권리를 잃을 수 있었다. 父의 死後에는 母가 미성년자녀를 양육하기 위하여 법적 양육권을 보유하게 되는데, 이러한 권리도 1660년 이후부터는, 父가 유언후견인을 지정한 경우에는 그 유언 후견인이 모에 우선하여 법적 양육권을 가지게 되었다.<sup>9)</sup>

common law는 이처럼 母에게 다른 어떠한 권리도 부여하지 않았기 때문에 母에 대해서 父의 권리는 너무나 절대적이어서 그는 母의 품속에 있는 아이를 법적으로 그녀로부터 요구할 수 있었다. 이러한 common law상의 지위는 equity에 의해 간섭되고 조절되었다. equity의 관할은 보호자로서의 국가(parens patriae)인 국왕의 특권으로부터 나온 것인데 그것은 그 관할 안의 무능력자(not fully sui juris)를 보호하기 위해서 간섭하는 것이었다. common law에 비해서 equity가 가졌던 장점 중의 하나는 자녀가 관련된 분쟁을 처리하는데 equity의 절차가 훨씬 더 적합하다는 것이었다.<sup>10)</sup>

그런데 형평법의 개입은 초기에는 父의 지위에 거의 영향을 주지 못하였고, 부가 비도덕

5) S. Maidment, 앞의 책, 4-5면.

6) Cretney & Masson, 앞의 책, 517면.

7) 가령, 잔인함의 우려가 있다든가 대체로 비도덕적이거나 혹은 방탕한 행동 등: Bromley & Lowe, 1992, 290면.

8) 가령, 자녀를 타인에게 넘겨버리려는 의도를 가진 때: Bromley & Lowe, 1992, 290면.

9) Tenure Abolition Act (부동산 보유조건 폐지명령)의 규정에 따라서이다. Bromley & Lowe, 1992, 290면.

10) Bromley & Lowe, 1992, 290면.

적이고 잔인한 행위로 그 권리를 상실하거나, 그 권한을 변덕스럽게 혹은 전횡적으로 행사하지 않는 한 부의 권리를 인정하였다. 즉, 출생으로 인하여 자녀가 부에게 종속하게 되면, 법원은 극히 드문 극한 상태를 제외하고는 부의 판단에 간섭하지 않으며 자녀의 출산이라는 사실로부터 자연이 부여한 권한을 행사할 책임을 부에게 남겨놓아야 한다는 것이 가족의 일반적인 이익이고, 자녀의 일반적인 이익이 되며, 특히 幼兒의 이익이 된다고 보았다.<sup>11)</sup> 이는 결국 그 시대의 이상이었던 중상류계층의 가부장제를 옹호하는 입장에서 복리원칙을 받아들인 셈이다.<sup>12)</sup>

그러나 한편으로는 자녀의 복리가 최우선(first)의 고려사항이고, 부의 권리에 효력을 부여하는 것이 자녀의 이익에 명백히 반한다면 부로부터 그 권리를 빼앗는 것을 주저하지 않을 것이란 견해도 점점 퍼지게 되었다.<sup>13)</sup> 따라서 형평법은 초기와는 달리 19세기말에 이르러서는 자녀에게 육체적, 도덕적 위협이 있다면 부의 권리에 대해 간섭을 하였고, 부가 그의 권리를 일단 버리거나 포기하고 나서 그 후 다시 그것을 제멋대로 주장하는 것이 자녀의 이익에 반한다면 그것은 허용되지 않았다. equity와 common law의 원칙이 충돌한다면 equity가 우선했고 1873년의 The Supreme Court of Judicature Act(상급법원조직 및 재판관할법)는 명시적으로 미성년자녀의 양육과 교육에 관련된 equity상의 원칙이 common law상의 것보다 우선한다고 하였다.<sup>14)</sup> 이 법 이전까지는 common law법원이 이 한도내에서 형평법법원(the Court of Chancery)의 관할의 우선성을 인정하고 있었기 때문에, 만약 형평법법원에 소송이 계속중이라면 그 소송의 결정이 날 때까지 인신보호명령의 영장의 적용은 보류될 수 있었다. 현재는 equity상의 원칙들이 우세하므로 common law가父에게 양육권(custody)을 거부하는 상황은 이제는 오직 史的 흥미에 불과할 뿐이다.<sup>15)</sup>

초기의 법에서 결여되어 있던 아동에 대한 관심은 19세기 중반에 아동의 기본교육권을 보장하기 위한 움직임과 일반적인 개인주의의 대두에 의해 개시된 듯하다. 예를 들어 1873년의 The Custody of Infants Act하에서는 양육에 관한 부모의 협의는 법원이 그것이 자녀의 이익을 위한 것이라고 생각하지 않는다면 효력이 없었다.<sup>16)</sup> 그 후 1886년의 The Guardianship of Infants Act는 처음으로 자녀의 복리를 부모의 희망과 행위와 마찬가지로 관련 고려요소로서 규정하였다. 가장 명백하게 자녀중심으로 된 성문법은 1891년의 The Custody of Children Act인데 이 법은 만약 어떤 부모가 그의 자녀를 유기하거나, 방임하거나 돌보지 않거나, 부모의 의무를 기꺼워하지 않는다는 것을 보이는 상황에서 타인, 학교, 기관, 지방행정당국이 그 비용으로 그의 자녀를 양육하는 것을 허용했다면, 그는 후에 자녀의 인도청구를 하는 경우, 그가 자녀의 보호·감호를 하기에 적합하다는 것을 입증해야 했다.<sup>17)</sup> 20세기 초반기 동안에는 자녀의 복리에 관한 관심이 증대되어 간 탓도 있지만 페미니스트들이 혼인중의 母들의 동등성을 주장한 것에 더 힘입어 1925년에 The Guardianship Act

11) Bromley & Lowe, 1992, 291면.

12) S. Maidment, 앞의 책, 4면.

13) 1893년의 Re v Gyngall 사건에서 Esher대법관은 법원이 그의 권한을 아주 주의깊게 행사해야 하며, 부모의 행동, 부모의 인간됨, 그가 놓여진 위치 등으로 보아서 부모의 권리가 중지되거나 대체되는 것이 자녀의 복리에 심각하고도 중요한 점에서 좋을 뿐 아니라 명백히 옳다고 보여질 때만 개입할 수 있다고 하였다.

14) 1981년의 The Supreme Court Act, S. 49도 동지. Bromley & Lowe, 1992, 291-292면.

15) Bromley & Lowe, 1992, 292면.

16) Bromley & Lowe, 1992, 293면.

17) Bromley & Lowe, 1992, 294면.

가 제정되었다.<sup>18)</sup> 이 법령은 자녀의 복리를 최우선의 그리고 최상의 고려사항<sup>19)</sup>으로(first and paramount consideration) 하였고, 父母 중 누구도 더 우세한 주장을 하지 못하며 부모는 평등하다고 하였다.<sup>20)</sup> 그것은 그 당시 현존하는 법률에 대한 선언인 동시에, 부모와 제3자 사이에도 적용되어야 한다고 주장되었다.<sup>21)</sup> 1925년의 법이 부모의 권리를 평등화하고 동시에 양육사건에서의 절대적인 부권을 압도하는 법원의 재량권을 확장시키려는 것 이상의 것을 의도했는지 여부는 논쟁의 여지로 남아 있지만, 이 법과 1886년의 법(The Guardianship of Infants Act)사이의 자녀의 복리에 놓여진 비중에 관한 뚜렷한 차이점은 단기간내의 思考의 아주 놀라운 변화의 징후이다. 이후 이 법의 효과는 자녀의 양육을 다루는 현행법에 초석을 이루고 있는 자녀의 복리의 최상성을 확실하게 확립했고, 이 원칙은 1971년의 The Guardianship of Minors Act에 다시 규정되었고 후에 1989년의 The Children Act의 S.1(1)에 규정되었다.

이리하여, 자녀의 복리는 아동의 양육, 그의 재산의 관리 혹은 그 재산으로부터의 수익을 활용하는 것에 관한 사건에서 유일한(Sole) 고려사항이며, 사안의 모든 면이 자녀의 복리를 보호하고 증진하려는 목적으로 검토되어야 하는 것으로 되었다.<sup>22)23)</sup>

## 2.자녀의 최선의 이익

복리의 원칙은 최근에 들어 자녀의 최선의 이익(the best interests of the child) 혹은 자녀의 이익(the interests of the child)이라는 개념으로 빈번히 나타나는데, 국제적인 문서에 더 일반적으로 나타났다. 즉, 1959년 UN의 아동의 권리선언(the Declaration of the Rights of the Child)에 포함된 이후로 1979년 UN의 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women)의 5조(1)과 16조(1)(d)에도 반영되었다.

同 협약 5조(1)에서는, 아동의 이익이 모든 사안에서 근본적인(primordial) 고려사항이라고 하고, 16조(1)(d)에서는 혼인과 가족관계에 관련된 모든 사건에서 아동의 이익이 최상의 것(paramount)이 되어야 한다고 하였다. 마찬가지로 1986년 UN의 아동의 보호와 복리, 특히 국내외 위탁보호와 입양에 관한 사회적·법적 원칙의 선언(The Declaration on Social and Legal Principles relating to the Protection and Welfare of Children, with Special Reference to Foster Placement and Adoption Nationally and Internationally)의 5조는 자신의 친부모의 보호로부터 격리된 아동의 위탁보호에 관련된 모든 사건에서 아동의 최선

18) S. Maidment, 앞의 책, 139면; Cretney & Masson, 앞의 책, 517면.

19) The Guardianship of Infants Act 1925, S. 1. 이 규정은 1971년의 The Guardianship of Minors Act에 재규정되었다.

20) 아동의 아버지는 여전히 단독 법적 후견인이었다. mothers는 1973년의 The Guardianship Act에 이르러서야 겨우 후견인 자격을 얻을 수 있었지만, 그때도 母는 아동의 후견인(guardian)이라고 묘사되지 않았었다.

21) Cretney & Masson, 앞의 책, 517면.

22) 예를 들어, 부모의 행위는 그것이 양육능력, 부모와 자녀의 관계, 자녀의 안전 혹은 그의 발달에 영향을 미치는 만큼만 관련이 있게 된다. S. v S.(Custody of Children)(1978) 1 F.L.R. 143에서는 母가 레즈비언이었기 때문에 아이들이 곤혹스럽고 심각한 장애의 위기에 처해 있다고 생각되었다. Cretney & Masson, 앞의 책, 518면.

23) 1989년의 The Children Act의 최상성 공식화는 자녀의 복리가 법원의 유일한 관심이고 다른 요인들은 그것들의 자녀에 대한 최선의 해결을 확정하는 데 도움이 되는 한도에서만 관련된다는 종전의 굳건히 확립된 지위를 단순히 반영하는 것이라는 평가도 있다. Bromley & Lowe, 1992, 336면.

의 이익 특히 애정과 안전보장에 대한 권리와 계속적인 보호에 대한 필요는 최고의 고려 사항이 되어야 한다고 규정하였다. 1966년의 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(the International Covenant on Civil and Political Rights)<sup>24)</sup> 중에는 아동의 이익이라는 어구가 특별히 사용되지는 않았지만, 인권위원회는 General Comments에서 혼인해소가 관련된 사안에서 아동의 최상의 이익(the paramount interest of the children)을 언급했다.<sup>25)</sup>

아동의 이익(혹은 최선의 이익)이 최고의 고려사항이 되어야 한다는 원칙이 어느 정도로 일반적인 승인을 얻고 있는지를 가장 강력하게 증명해주는 것은 그것이 국제적인 수준에서 일반적으로 법적 분석에 사용되는 빈도일 것이다. 그리하여 가령 UN의 인권위원회의 구성원들은 가정법원이 아동의 최선의 이익에 맞게 결정하는 것은 의심할 수 없는 권리와 의무라고 제언하였다.<sup>26)</sup> 이러한 원칙은 1987년의 아동의 권리와 보호에 관한 아프리카 헌장에도 반영되어 동헌장 제4조는 ‘어떠한 사람이나 당국에 의해 떠맡겨진 아동에 관련된 모든 활동(actions)에 있어서 아동의 최선의 이익이 주요한 고려사항(the primary consideration)이 되어야 한다’고 규정하였다.

한편 UN의 피난민을 위한 고등판무관(High Commissioner)의 집행위원회는 피난민 아동을 위해 취해지는 모든 활동은 가족화합의 원칙만큼이나 아동의 최선의 이익원칙에 의해 지도되어야 한다는 것을 공식적으로 강조하였다.<sup>27)</sup>

그 후 1989년 UN에서는 아동의 권리에 관한 협약(the Convention on the Rights of the Child)을 총회에서 채택하였는데 동 협약의 제3조(1)은 ‘아동의 최선의 이익’을 공식화한 가장 중요한 규정이라 할 수 있다.<sup>28)</sup>

동 협약 3조(1)은 “공적·사적인 사회적 복지기관이나, 법원, 행정부 또는 입법부에서 수행되는 아동에 관한 모든 조처에 있어서는 아동의 최선의 이익이 기본고려사항이 되어야 한다”라고 규정하고 있다.<sup>29)</sup> 이 규정이 특히 중요하다고 평가되는 것은 대체로 다음의 이유에서이다. 첫째, 이전의 다른 문서는 아동의 권리를 인정하려고 의도한 것이 아니고, 오히려 여성이라든가 그밖의 다른 사람들에 더 관심이 있었고 둘째, 종래의 문서에서는 아동이 권리의 주체라기보다는 객체라는 맥락속에서 규정되었으며 셋째, 종래는 입법이나 행정적인 절차에만 이 원칙을 적용하려고 했음에 비해 동 협약 3조(1)은 아동에 관련된 모든 활동에 적용된다는 점이다.<sup>30)</sup>

이와 같이 자녀를 중심으로 하는 자녀의 최선의 이익이라는 개념은 아동의 권리와 함께 자녀복지원칙을 파악하는 하나의 맥락(context)에 불과하지만 최근의 국제사회에서는 자녀복지원칙을 상징하는 개념으로 빈번히 사용되고 있다.<sup>31)</sup>

24) 보통 국제인권규약(B규약)으로 더 잘 알려져 있다.

25) General Comment No.17(35), Report of the Human Rights Committee, UN doc A/44/40(1989), Annex VI, para 6; General Comment No.19(39), Report of the Human Rights Committee, UN doc A/45/40(1990), Annex VI, para 6.

26) Communication No.201/1985, Views of 27 July 1988, Appendix I(Individual opinion submitted by Mrs Higgins and Messrs Dimitrijevic, El shafei and Zielinski), in Report of Human Rights Committee, UN doc A/43/40(1988), Annex VII, para 1.

27) Conclusion No 47 (XXXVIII)(1987) on ‘Refugee Children’, para(d), in Conclusions on the International Protection of Refugees by the Executive Committee of the UNHCR(Geneva, UNHCR, 1991), 105.

28) Philip Alston, 앞의 글, 4면.

29) 동 협약의 내용은, Dominic McGoldrick, “The United Nations Convention on the Rights of the Child,” Int’l Journal of Law and the Family(Vol.5, No.2), 1991, 133-157면에 자세히 소개되어 있다.

30) Philip Alston, 앞의 글, 4면.

## II. 복리원칙의 개념의 상대성

### 1. 자녀복리의 의미

#### 1) 복리개념의 정립

자녀와 관련된 모든 문제(특히 양육)의 해결은 자녀의 복리를 최고의 고려사항으로 해야 한다는 원칙이 널리 지지를 받고 있고 많은 국가에서 이를 채택하고 있지만 자녀복리라는 개념을 司法적으로 해석하기 위한 내용과 기준은 불명확한 것으로 보인다.<sup>32)</sup>

① 자의 복리의 개념에 대해 명시적으로 규정하고 있는 법은 없다. 따라서 자의 복리가 구체적으로 의미하는 바를 알아내는 것은 아마 법의 영역 밖에서만 실현가능한 일인지도 모른다. 더욱이 현대의 복합적 사회구조 속에서 친권의 기본이념을 자의 복리라고 함으로써 일견 사고의 동질성을 표방하고 있지만 현대사회는 그 자체가 동질성을 거부하는 다양성에 그 특징이 있으므로, 법이 자의 복리를 구체적으로 요구한다는 것은 어떤 경우에도 불가능한 일인지도 모른다.<sup>33)</sup>

1924년에 국제연맹이 채택한 ‘아동의 권리에 관한 제네바선언(The Geneva Declaration of the Rights of the Child)’에 대치되는 1959년의 UN의 ‘아동의 권리선언(The Declaration of the Rights of the Child)’에서 복리개념은 그 절정을 보았다. 우리 나라에서는 헌법을 기반으로 하여 가사소송법, 아동복지법 및 어린이 헌장등에서 아동복리개념을 명확히 하고 있다고 할 수 있다. 우선 우리 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 하고 제34조 제1항은 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다”고 하여, 모든 국민이 행복을 추구할 권리와 인간다운 생활을 할 권리를 가지고 있음을 명시하고 있어 개개의 국민 모두는 헌법이 보장하는 기본적 인권의 주체가 됨을 명백하게 밝히고 있다. 이러한 헌법상의 기본적 인권의 주체인 국민의 개념속에는 아동도 포함되는 것이 명백하다.<sup>34)</sup>

헌법을 구체화시킨 아동복지법은 아동복리의 이념을 정립하고 있는데 동법 제1조는 “이 법은 아동이 건전하게 출생하여 행복하고 건강하게 육성되도록 그 복리를 보장함을 목적으로 한다”고 하고 제3조는 “① 모든 국민은 아동을 보호양육하고 사회생활에 적응되도록 육성할 책임을 진다. ② 국가와 지방자치단체는 보호자와 더불어 아동을 건전하게 육성할

31) 참고로 영국의 The Children Act(1989)의 S. 1(1) 에는 자녀복리가 최상의 고려사항이라고 하고 있고 BGB 제1666조에는 자녀의 복리의 위험에 대해서 규정하고 있다. 프랑스 민법 제287조는 미성년자녀의 이익에 따라서 양육권자 지정이 된다고 규정하고 있다. 이에 비하여 미국의 Uniform Marriage and Divorce Act(1970)의 S. 402는 자녀의 최선의 이익의 기준을 규정하고 있고 앞서 본 국제적인 문서에도 자녀의 (최선의) 이익이라고 표현하고 있다. 우리 나라의 민법 제837조의 2의 2항과 가사소송법 제58조는 자의 복리라고 표현하였다.

32) 복리(Welfare)의 현대적 의미는 즐거운 가정과 안락한 생활수준을 확보해 줄 적절한 자원과 건강 및 응당 가져야 될 자존감이 유지될 수 있는 적절한 보호를 포함한다. 물질적 요소는 그 나름의 중요성은 인정되어야 하지만 그것은 이차적인 것이다. 보다 중요한 것은 안정성과 안전, 사랑과 이해심있는 보호와 훈육, 그리고 온화하고 자비로운 관계유지인 바, 이러한 것들은 자녀의 인성과 재능의 발달에 필수적이다. Bromley & Lowe, 1987, 316면.

33) Joachim Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, 709면. 이화숙, “자의 최대의 이익과 현행친권제도,” 가족법연구 제2호, 1988, 210면에서 재인용.

34) 황성기, 아동의 인권에 관한 연구, 서울대학교 석사학위논문, 1994, 29면.

책임을 진다”고 명시하고 있어, 국가와 국민의 아동을 건전하게 육성할 의무와 아동의 복리와 권리에 관한 이념을 나타내고 있다.

민법 제837의 2조 제 2항에는 “가정법원은 자의 복리를 위하여 필요한 때에는 당사자의 청구에 의하여 면접교섭을 제한하거나 배제할 수 있다”고 하고, 가사소송법은 제58조 제2항에서 “자의 친권을 행사할 者の 지정과 변경, 양육방법의 결정등 미성년자인 자의 이해와 직접 관련되는 사항을 조정함에 있어서는 미성년자인 자의 복리가 우선적으로 고려되어야 한다”고 하고 있다. 자신이 놓여진 환경과 각자가 지니는 능력이 최대한도로 발휘되는 상태에 있는 것, 그것이 인간의 복리일 것이다.<sup>35)</sup> 아동복리도 아동이 지닌 잠재능력을 최대한 발휘시키며 충실하게 현재를 살아가는 데서 이루어지며, 아동의 건전한 성장 발달도 도모할 수 있을 것이다. 이것이 아동의 권리이며 이 권리는 아동의 성장 발달에 대한 권리인 것이다. 권리란 제욕구에 대한 사회적 표명이기도 하다. 즉 제반욕구가 사회에 의하여 인식되고 주장될 때 권리라는 말로 대치될 수 있으며, 따라서 권리의 내용은 욕구로 간주될 수 있다.

아동권리선언이나, 아동의 권리에 관한 협약, 어린이 헌장<sup>36)</sup>은 아동의 제반욕구를 권리로서 체계적으로 기술하여 표명한 것으로 아동복리의 이념이 되는 것이다.<sup>37)</sup> 자의 복리라는 용어자체는 구체적인 경우에 실현할 수 있는 특정한 권리성을 지닌 것이 아니지만, 바로 그러한 점에서 구체적 경험에 기인하는 위험성이 있다고 하는 주장도 있다. Gernhuber는 특히 BGB 제1666조(자의 복리의 위험)와 관련한 법관의 결정순위는 이따금 통치자의 견해에 이론적으로 무장된 국가의사의 친절한 집행자였던 과거의 법관의 권한을 재현시키는 것이며 아동의 정신발달정책 및 사회정책에 대해 상세히 규정한다는 것은 합당한 기준이 아니라고 주장하면서, 이러한 권한이 전문가인 법관에게서 절대적 지배자에게로 이행될 때는 과거보다 미래에 더욱더 위험에 당면하게 될 것이라고 경고하고 있다.<sup>38)</sup> 아마도 이는 과거 나치스시대에 자의 복리라는 이념이 정책적으로 전체주의적인 이념의 도구로서 이용되었음을 회상하고 추상적 이념의 선언과 그 이념의 실현을 위한 법관 또는 국가개입의 상세한 규정 사이의 위험을 경고한 것으로 해석된다. 자의 복리라는 개념이 나치스의 근본리념에 맞도록 해석되었던 일이 있음을 보아 알 수 있듯이 자의 복리라는 개념은 법을 적용하는 사람의 인생관이나 개인적인 체험에 따라 상이하게 해석될 수 있으므로 법적용자의 주관에 의한 잘못된 판단을 피하기 위해서라도 심리학, 정신의학, 사회학, 아동학 등 관련 학문의 도움을 얻어 그로부터 얻은 지식을 바탕으로 적합한 판단을 내려야 할 것이

35) 장인협, 아동복지론, 서울대학교출판부, 1986, 9면.

36) 우리 나라의 어린이 헌장은 1957년 5월 5일에 제정되었다. 내용은 다음과 같다. 어린이는 나라와 겨레의 앞날을 이어나갈 새사람이므로 그들의 몸과 마음을 귀히 여겨 옳고 아름답고 씩씩하게 자라도록 힘써야 한다.

1. 어린이는 인간으로서 존중하여야 하며 사회의 한사람으로서 올바르게 키워야 한다.
2. 어린이는 튼튼하게 낳아 가정과 사회에서 참된 애정으로 교육하여야 한다.
3. 어린이에게 마음껏 놀고 공부할 수 있는 시설과 환경을 마련해 주어야 한다.
4. 어린이는 공부나 일이 몸과 마음에 짐이 되지 않아야 한다.
5. 어린이는 위험한 때 맨먼저 구출하여야 한다.
6. 어린이는 어떠한 경우라도 악용의 대상이 되어서는 아니된다.
7. 굶주린 어린이는 먹여야 한다. 병든 어린이는 치료해 주어야 하고, 신체와 정신에 결함이 있는 어린이는 도와주어야 한다. 불량아는 교화하여야 하고 고아와 부랑아는 구호하여야 한다.
8. 어린이는 자연과 예술을 사랑하고 과학을 탐구하며 도의를 존중하도록 이끌어주어야 한다.
9. 어린이는 좋은 국민으로서 인류의 자유와 평화와 문화발전에 공헌할 수 있도록 키워야 한다.

37) 장인협, 앞의 책, 9면.

38) J. Gernhuber, 위의 책, 710면. 이화숙, “자의 최대의 이익과 현행친권제도,” 211면에서 재인용.

다.<sup>39)</sup>

② 영국에서도 자녀의 복리의 원칙이 1989년의 The Children Act의 제정전까지 상당기간 아동법(Child Law)의 초석이였음에도 불구하고 그 의미의 司法的 표명을 발견하기는 매우 어렵다. 아동의 복리에 관한 얼마되지 않는 진술 중의 하나로 1893년에 유아가 관련된 어떤 사건에서 Lindley 대법관의 말이 있는데 다음과 같다. “자녀의 복리는 경제적, 신체적 안정만으로 측정될 수 없다. 복리라는 단어는 그것의 가장 넓은 의미로 받아들여져야 한다. 도덕적이고 종교적인 복리가 그의 육체적 복리와 마찬가지로 고려되어야 한다. 애정의 유대도 무시될 수 없다.”<sup>40)</sup>

복리의 의미에 관한 가장 현대적인 설명은 아마도 뉴질랜드의 판결에서 Hardy Boys 법관이 한 말일 것이다. “... 복리는 모든 것을 망라하는 말이다. 그것은 쾌적한 가정과 안락한 생활기준을 제공하는 자원이 충분하다는 의미와 좋은 건강과 합당한 개인적 궁지가 유지되도록 보장하는 배려가 충분하다는 의미 모두에서의 물질적 복리를 포함한다. 그러나 물질적 고려가 존재한다 하더라도 그것은 2차적인 문제이다. 더욱 중요한 것들은 안정과 안전, 사랑과 사려분별있는 배려와 지도, 따뜻하고 온정적인 관계로서 그것들은 자녀 자신의 성격, 인격, 재능의 완전한 발전을 위하여 본질적인 것이다.”<sup>41)</sup> 이러한 의미를 염두에 둔다면 이상적으로는 법원은 자녀의 먼 장래를 향상시키는 것에 관심을 가져야 한다. 그러나 부모의 직업획득과 재혼과 같은 미래의 우연성을 명백하게 얘기해 온 사례나 자녀의 교육과 일반적 기대를 진작시키도록 관심을 두어야 하는 사례가 있음에 비하여<sup>42)</sup> 법원은 불가피하게 자녀의 눈앞의 유대와 환경에 대하여 집중하려고 할 것이다.

복리원칙의 적용에 있어서 법원은 자녀의 최선의 이익안에서 행동하여야 한다고 때때로 말해지지만, 이것은 법원의 기능에 대하여 부적절하게 낙관적인 설명을 하는 것인지도 모른다. 즉 법원은 무엇이 자녀에게 이상적인가를 다루는 것이 아니라, 그 상황에서 행해질 수 있는 최선의 것이 무엇인가를 다루는 것이라는 점을 인정해야 한다. Cumming-Bruce 대법관은 법원이 당면한 딜레마의 전형적인 것을 잘 지적하고 있다. “진정으로 올바른 해결이란 없다. 즉 2개의 선택적인 잘못된 해결이 있는 것이다. 법관의 문제는, 자녀들의 장기이익을 존중하면서 각 방향에서의 요인들을 평가하는 것과 두 가지 나쁜 해결 가운데서 어떤 것이 가장 덜 해로운가를 결정하는 것이다.”<sup>43)</sup> 이것은 가장 덜 해로운 선택(the least detrimental alternative)의 원칙이라고 불린다.

Goldstein 등도 종래의 자녀의 최선의 이익기준 대신에 자녀의 성장과 발달을 보장하기 위하여 최소한의 위험을 선택한다는 대안을 제시하고 있다<sup>44)</sup>. 이 기준은 자녀의 시간관

39) 이화숙, 위의 글, 211면.

40) Re McGrath (Infants) [1893] 1Ch 143, 148. Bromley & Lowe, 1992, 337면.

41) In Walker v Walker and Harrison, 1981년의 NZ Recent Law 257면에서 주석이 붙고, 1985년의 영국의 Law Commission의 Working Paper No 96, Custody, para 6,10에 인용된 구절. Bromley & Lowe, 1992, 338면.

42) May v. May [1986] 1 FLR 325, CA(父가 더 학구적이라는 이유로 父에게 유리한 결정을 내림); Re Dw, Re O (Infants) [1962] 2 ALL ER 10, CA(아들은 먼장래의 이익을 위해 수단에, 딸은 영국에 있으라는 결정). Bromley & Lowe, 1992, 338면의 각주 14.

43) Clarke-Hunt v Newcombe (1983) 4 FLR 482, CA. 가장 덜 해로운 선택원칙이 작용하는 좋은 본보기는 Re P(A Minor)(Custody)(1983) 4 FLR 401, CA. 동성연애자인 모에게 양육권을 줄 것인지 그 아동을 법원의 보호하에 둘 것인지를 선택에서 모에게 양육권을 부여한 사건. Bromley & Lowe, 1992, 338, 384면.

념<sup>45)</sup>을 고려하고 장기적 예견이 불가능하다는 지식의 한계를 인식하면서 자녀가 부모로부터 사랑을 받을 수 있고, 또 계속성의 기초 위에서 부모와의 심리적 관계를 유지하게 하는 선에서 결정이 이루어지는 것이 최선이라고 한다. 이들은 자녀의 최선의 이익기준이 지향하는 목적에는 동의하면서도 이 기준이 최소 위험의 선택 기준으로 대체되어야 하는 이유를 다음과 같이 들고 있다. 첫째, 최선의 이익이라는 표현은 자녀가 이미 환경의 희생자이고 커다란 위기에 처해 있으며 조속한 조치를 취하는 것이 그의 장래의 위험에 대비하기 위하여 필요하다는 사실을 인식하기에는 적합하지 않다. 둘째로, 자녀의 최선의 이익기준은 그 의미를 해석함에 있어 자녀의 최선의 이익에 부합하지 못하는 결정이 이루어질 우려가 많고, 현실적으로 이러한 결정을 많이 볼 수 있는 점이다. 자녀의 이익보다는 상충하는 부모의 욕구나 희망에 대처하기 위하여 또는 특정의 사회정책을 보호하는 수단으로 왜곡될 수 있는 점에서 적합하지 않다고 한다<sup>46)</sup>.

독일의 경우 자녀복리는 민법 제1666조에 명시되어 있다.<sup>47)</sup> 이 조문은 자녀의 보호받아야 하는 생활의 이익으로서 자녀의 신체적, 정신적(geistig) 혹은 심적(seelisch) 복리를 규정하고 있다. 자녀의 정신적 복리와 심적 복리의 구분은 실무상 문제가 되지 않는데, 양자가 보통 결합되어 있기 때문이라고 한다.<sup>48)</sup>

불확정 법개념으로서의 자녀의 복리는 가족자치(Familienautonomie)의 침해를 정당화하는 기능을 하는데 그것은 다만 국가의 개입이 정당화될 때에 한해서 가능하게 된다. 그리고 그 경우 자녀복리개념은 국가개입의 내용에 대한 결정의 척도가 된다. 이같은 가치평가로 채워져야 하는 법개념은 개별적 재판에서 구체화되어야 하는데, 이러한 경우 법관은 법창조적으로 가치개방적인 자녀복리규범을 충족시켜야 한다. 자녀의 복리는 이때 단지 자녀의 주관적 관점(복리상태)에서 뿐만 아니라 객관-규범적(미래전망)으로 판단되어야 하며, 전반적이고 조화로운 전인격적 자녀성장을 가능케 하기 위하여는 각각의 관계들에서 자녀성장의 연령에 맞는 성숙을 위한 요건들이 확보되어야 한다.<sup>49)</sup> 그리고 결정기준으로서의 자녀복리는 무엇보다도 독일 민법 제1626조 제2항에서 승인된 교육목적 즉 자기책임적 인격의 성숙의 의미에서 자녀를 자주적 책임의식있는 행위로 인도하는 것에 따르게 된다. 그러나 이러한 소위 형식적인 교육목적은 각각의 삶의 상황에서 자녀복리가 무엇을 요구하는가에 대해서 다만 어떤 윤곽을 제시해 줄 뿐이므로, 후견법원은 자녀복리개념의 구체화를 위하여 사실관계의 확인에 각별한 주의를 기울여야 하며, 경우에 따라서 배려교육(Fürsorgeerziehung)의 명령에서와 유사하게 규범구성요건의 불확정성이 크면 클수록 사실관계 확인의 의무도 또한 커진다는 원칙에 상응하여 소년심리학 혹은 소년정신과의 감정

44) Goldsein, Freud & Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child*, the Free Press, 1979, 49-52면.

45) 어린 자녀는 시간을 어른처럼 달력에 의해서 객관적으로 관념하는 것이 아니고, 조급하고 쉽게 좌절하는 단순하고 주관적인 느낌에 따라서 주어진 시간을 경험한다. 부모의 부재시간의 중요성은 그 기간의 정도, 빈도, 자녀의 발달정도 등에 따라서 달라진다. 자녀가 어릴수록 참아낼 수 있는 기간이 짧고, 자녀의 시간관념은 계속성의 단절에 대처하는 능력과 직접적인 관련을 갖는 것이므로 아동의 양육에 관한 결정은 가능한 최대한도로 신속하게 이루어져야 한다. Goldsein, Freud & Solnit, 위의 책, 42면.

46) Goldsein, Freud & Solnit, 위의 책, 53-54면.

47) 독일 민법 제1666조 제1항: 부모의 배려의 남용, 자의 멸시 혹은 귀책사유 없는 직무해태로 인한 또는 제삼자의 행위로 인한 자의 신체적 정신적 혹은 심적(Seelisch) 복리가 위협하게 되는 경우에, 부모가 위협을 제거하려고 하지 않고 또는 제거할 수 없는 때에는, 후견법원은 위협제거를 위해 필요한 조치를 취해야 한다. 법원은 제삼자에 대하여도 유효하게 조치를 취할 수 있다.

48) Kurt Rebmann(ed.), *Münchener Kommentar BGB(Bd. 8)*, C.H.Beck, 1992(이하 MünchKomm/Hinz으로 표시한다.) §1666 Rn 22.

49) MünchKomm/Hinz, §1666 Rn 23.

을 명하여야 한다. Goldstein등이 제기한, 무엇이 자녀성장에 “가장 덜 해로운 선택”인가에 대한 검토의 문제제기도 위와 같은 기초하에서만 비로소 어떤 성과를 얻을 수 있을 것이다. 문제는 항상 건전한 가정에서의 교육이상에 비추어 구체적 상황에서 자녀에게 가장 이롭게 여겨지는 해결책을 찾는 것일 뿐이다.<sup>50)</sup>

한편 사회주의 국가의 경우, 모와 자의 이익을 충분히 보호하며, 모든 미성년자에게 행복한 어린 시절을 보장하여 주는 것을 가족법의 중요한 임무의 하나로 보고 있다.<sup>51)</sup> 부모의 착취로부터 자녀를 보호하는 것이 공산당의 목표중의 하나<sup>52)</sup>였기 때문이다. 사회주의 사회는 모성의 보호와 장려, 자녀로서의 행복의 보장을 위하여 커다란 관심을 기울인다<sup>53)</sup>. 여기서 자녀의 이익이란 자녀의 건강유지, 정상적인 육체적·정신적 발달, 새로운 인간 즉 공산주의 사회 건설자에게 요구되는 성질을 갖춘 자녀를 육성하는 일이며, 자녀가 그러한 사람으로서 성장하는 데 필요한 물질적, 일상적인 여러 조건을 포함한다. 또한 주관적인 이익만이 아니라, 사회적 이익도 고려한다<sup>54)</sup>.

### ③ 권리로서의 자녀복지

자녀복지라고 할 때 지금까지는 주로 자선적 또는 인도적 견지에서 아동을 바라보았으므로 자녀복지에 대해서는 소극적 경향을 강하게 띄었다. 그러나 20세기에 들어오면서 자녀복지를 하나의 이념으로서, 더 나아가서는 권리로서 보장하여야 한다는 사조가 지배적인 흐름이 되고 있다. Ellen Key는 자녀의 복지권으로서, ㉠ 튼튼하게 태어날 권리 ㉡ 건전하게 키워질 권리 ㉢ 정상적인 가정생활을 영위할 권리 ㉣ 교육을 받을 권리 ㉤ 도덕적 또는 정신적 훈련을 받을 권리 ㉥ 유희나 오락을 받을 권리가 모든 아동들에게 확보되어야 한다고 하였다.<sup>55)</sup>

UN에서 1959년에 선언한 ‘아동의 권리선언’에서도 구체적으로 ㉠ 아동이 차별적 대우를 받지 않을 권리 ㉡ 건강하게 발육, 성장할 권리 ㉢ 적당한 영양, 주거, 레크리에이션 및 의료를 제공받을 권리 ㉣ 신체적, 정신적, 사회적 장애가 있는 아동들이 특별한 치료, 교육, 보호를 받을 권리 ㉤ 애정과 도덕적 및 물질적 보장이 되는 환경에서 양육될 권리 ㉥ 방임, 학대, 착취로부터 보호될 권리 ㉦ 고용에서 보호될 권리등을 제시했다.

1989년의 UN의 아동의 권리에 관한 협약에서는 제6조의 생명 및 성장의 권리를 필두로 하여 제40조의 형법하에서의 아동의 권리까지 규정하고 있다.

동 협약 제6조 : 생명과 성장발달의 권리

제7조 : 출생등록과 국적과 이름을 가질 권리, 부모를 알고 부모에 의해 보호(양육)될 권리.

제8조 : 주체성을 보전할 권리

제9조 : 부모로부터 그에 의사에 반한 분리금지 및 분리된 경우의 아동의 권리

제10조 : 가족과의 재결합을 위한 출입국의 자유

제11조 : 국외 불법이전 및 불반환의 방지

50) MünchKomm/Hinz, § 1666 Rn 24.

51) 이은정, 동아시아 사회주의 가족법의 특색, 고려대학교 석사학위논문, 1989, 14면.

52) K. Mark & F. Engles(남상일 역), 공산당선언, 백산서당, 1989, 105면.

53) 혼인 및 가족에 관한 소비에트연방과 연방구성공화국 입법의 원칙 전문.

54) 최달곤, “북한 친자법 연구,” 성곡논총 9, 1978, 411면

55) 장인협, 앞의 책, 415면.

- 제12조 : 아동의 의사표명권
- 제13조 : 표현의 자유
- 제14조 : 사상, 양심과 종교의 자유
- 제15조 : 집회, 결사의 자유
- 제16조 : 프라이버시권과 명예의 보호
- 제17조 : 매스미디어(정보)에 대한 접근권
- 제19조 : 부모등에 의한 학대, 방임, 착취로부터의 보호
- 제20조 : 가족이 없는 아동의 보호와 부조
- 제21조 : 입양
- 제22조 : 난민인 아동의 보호와 부조
- 제23조 : 장애아의 권리
- 제24조 : 건강과 의료, 재활에 관한 권리
- 제25조 : 기관의 보호를 받는 아동의 정기의료검진권
- 제26조 : 사회보장에 대한 권리
- 제27조 : 적절한 생활수준에의 권리
- 제28조 : 교육권(교육에 관한 권리)
- 제29조 : 교육의 목적
- 제30조 : 소수집단이나 토착민(선주민)의 아동의 문화·종교·언어에 관한 권리
- 제31조 : 휴식 및 여가에 관한 권리
- 제32조 : 경제적 착취와 유해한 노동으로부터의 보호
- 제33조 : 마약, 향정신성 약품으로부터의 보호
- 제34조 : 성적착취와 성적학대로부터의 보호
- 제35조 : 아동의 유괴·매매·거래의 방지
- 제36조 : 기타 모든 형태의 착취로부터의 보호
- 제37조 : 사형, 고문 등의 금지, 자유를 박탈당한 아동의 적절한 취급
- 제38조 : 무력분쟁에 있어서의 아동의 보호
- 제39조 : 희생당한 아동의 심신의 회복과 사회복리
- 제40조 : 형사절차에서의 아동의 권리

동 협약에 규정된 아동의 권리는 아동의 인권으로서의 성격을 가지며 그중에서도 특히 아동고유의 권리 즉 아동이 가지고 있는 정신적, 신체적 요구를 법적으로 승인하고, 아동의 인격을 전면적으로 발달시키는 것을 목적으로 하여 생존을 확보한다는 내용적 원칙을 가지는 것이다.<sup>56)</sup>

## 2) 자녀복리 최상성의 의미

① 영국에서는 1989년의 The Children Act의 시행 이전에도 자녀에 관련된 사안에서 자녀복리가 실제로 유일의 고려사항이 될 만큼 매우 중요하다는 것이 확립되어 있었고, 1989년의 The Children Act 이후에는 아동의 양육뿐만 아니라 재산의 관리에 관한 문제 결정에도 적용이 되고 있다.<sup>57)</sup> 아동복리의 최상성의 효력에 관한 근대적인 leading case는

56) 황성기, 앞의 글, 27-28면.

57) Bromley & Lowe, 1992, 340, 342면.

1970년의 J v C이다.<sup>58)</sup> 그 사안은 다음과 같다. 어떤 스페인 부부가 일거리를 찾으러 영국에 왔다. 영국에 있는 동안 아들을 출산했지만, 모가 아팠기 때문에 아기는 영국인 위탁부모와 함께 살게 되었다. 스페인 부부가 후에 스페인으로 귀국할 때 그들의 아이를 함께 데려갔으나, 그들이 스페인에 있는 동안 아이의 건강이 나빠졌고 그래서 아이는 다시 영국의 위탁부모에게로 갔다. 그 동안 친부모는 서독으로 일자리를 찾으러 가서 그들의 경제적 지위를 성공적으로 향상시키고 돌아갔고, 그 후 그들은 아들의 반환을 청구하였다. 불행하게도 소송은 지연되었고 그 사건이 귀족원(House of Lords)에 도달하는 데는 5년 이상이 걸렸다. 그때까지 18개월을 제외한 10년이란 세월을 영국에서 그의 위탁부모와 보냈던 그 소년은 그 위탁부모의 가족에 잘 융화되었다. 더욱이 그는 영국소년으로서 양육되었고 스페인어를 조금밖에 못하고 친부모에 대해 거의 몰랐다.

법원은 10세된 소년이 스페인에 사는 스페인인 그의 친부모에게 돌아가야 하는가 아니면 오직 18개월을 제외하고는 그를 계속 돌보아 온 영국인 위탁부모와 함께 있어야 하는가를 판단하여야 했다. 귀족원은 친부모가 무과실이라고 추정하면서도 그럼에도 불구하고 친부모의 이익보다 아동의 복리가 더 중요할 수 있고 특히 이 사안에서는 더욱 중요하다고 하였다. 이 사안에서 MacDermott 대법관은 복리의 최상의 의미를 다음과 같이 표현하였다. “복리의 최상성은 문제되는 사항과 관련되는 항목중에서 최고의 항목으로서 취급되어야 한다는 것 이상의 것을 의미한다. 그 말은 모든 관련요소들, 관계주장들과 부모의 희망, 위협선택과 다른 상황들을 고려하고 형량할 때 아동의 복리에 가장 이익이 되는 그런 절차에 따라 진행되는 것을 의미한다. 그것은 후속진행 절차를 지배하거나 결정하기 때문에 최고의 고려사항인 것이다.”<sup>59)</sup> 이 사건은 자녀의 복리가 압도적으로 중요하여 제3자에 대항하여 자신들의 자녀를 찾을 것을 요구하는 데 있어서, 자녀의 복리가 무과실의 부모의 이익보다 더 중요하다는 것을 명백하게 확립했다는 점에서 아주 중요하다. 그것은 물론 부모사이에서의 분쟁에서도 지배적인 고려사항이다. 이 사건은 1989년의 The Children Act의 복리원칙의 적용에 관해 표준준(locus classicus)로서 여전히 간주되고 있다.<sup>60)</sup>

② 복리의 최상성 원칙의 진일보한 예는 당사자들의 행위에 관한 것이다. 간통을 한 모에게는 배려와 규제감독권을 부여하지 않는 것이 19세기동안의 영국이혼법정의 관행이었다.<sup>61)</sup> 그리고 세기가 바뀔 때쯤이야 간통이 모의 양육권을 자동적으로 빼앗아서는 안된다고 법원이 인정하기 시작하였다.<sup>62)</sup> 1962년에서조차 혼인파탄에 대해 일방만이 유책이라는 것이 거의 드물다고 하여도 혼인파탄시 무책자의 희망을 더 고려해야 한다고 하였다.<sup>63)</sup>

그러나 영국의 상소법원은 1977년의 S(BD) v S(DJ)<sup>64)</sup>사건에서 이전의 결정들이 J v C

58) 「1970」 AC 668, 710, [1969] 1 All ER 788, 820-821, HL. Bromley & Lowe, 1992, 340면; Cretney & Masson, 앞의 책, 520면.

59) Cretney & Masson, 앞의 책, 520면.

60) Bromley & Lowe, 1992, 341면.

61) Clout v Clout(1861) 2Sw & Tr 391. 1839년의 Talfourd's Act는 지금까지의 법률과 달리 모에게 그 자녀가 7세가 될 때까지의 양육권과 성년이 될 때까지의 집권권을 부여하였다. 그러나 만약 모가 간통을 하면 그것이 부정되었다. Bromley & Lowe, 1992, 292면. 그러나 부가 간통을 한 경우에는 그가 그의 자녀를 타락시킬 우려가 없는 한 양육권이 거부되지 않았다. 같은 책, 341면의 각주 7번.

62) Re A and B (Infants) [1897] 1 Ch 786, CA. Bromley & Lowe, 1992, 341면.

63) Re L (Infants) [1962] 3 All ER 1, CA. Bromley & Lowe, 1992, 341면.

64) 「1977」 Fam 109, [1977] 1 All ER 656, CA, followed in Re K(Wordship: 보호와 감독); [1977] Fam 179, [1977] 1 All ER 647, CA.

사건과 모순되고 만약 자녀의 복리가 요구한다면, 타방이 아무리 불공정하다고 믿더라도 배려와 감독권은 유책자에게 주어야 한다고 주장했다. 즉 부모사이의 정의의 이익이 복리 원칙보다 덜 중요하다는 것이다. 오늘날에는 혼인생활의 비행이 부모로서 나쁜 영향을 미치는 한에서만 관련된다는 것이 확립되어 있다. 법원은 유책자를 처벌하는 데 관심이 있는 것이 아니고 아동에게 최선의 것을 행하는 것에 관심이 있어야 한다는 것이다.

## 2. 복리원칙의 추상성과 상대성

1) 자녀가 관련된 사안에서 복리원칙을 적용하는 것은 각각의 사안에서 개별적인 평가를 해야하는 것을 의미한다.<sup>65)</sup> 결과적으로, 아마도 일반적으로 법관들의 마음에 드는 접근 방식을 제시하는 것을 제외하고는 선판례는 거의 가치가 없다고도 평가될 수 있다.<sup>66)</sup> 통시적인 관점에서 본다면 가족과 혼인이라는 기본적 사회제도에 대한 사회적·문화적 가치와 신념에 따라서 사법적 해석이 변화하여 왔다. 자녀의 복리개념을 해석함에 있어서 법관은 국가이익의 대변자로서 사회적 안정을 유지하는 데 관심을 기울여 왔다. 예컨대 간통을 한 모에게는 양육권을 부여하지 않았는데 이는 혼인제도의 유지를 반영한 것으로 볼 수 있다. 비록 이러한 모에 대한 양육권의 부인은 자녀를 모로부터 분리시켜 자녀가 나쁜 영향력을 받지 않도록 자녀를 보호함으로써 자녀의 복리에 부응하려 했다고 주장될 수도 있겠지만, 이보다는 기존의 혼인제도나 가족제도를 유지하는 데 그 이유가 있었다고 보아야 한다.<sup>67)</sup>

과거에는 사안의 결과를 예측하거나 정당화하는 데 사용될 수 있는 많은 경험-그것들은 잠재적으로는 모순되기는 하다-을 상당히 강조하였다. 그리하여 부모사이의 분쟁에서 어린 자녀들과 소녀의 양육권은 보통 모에게 부여되고 나이는 소년의 양육권은 부에게 주어졌다. 특별한 사정이 없다면 형제자매를 분리시키지 않는 것이 바람직하다고 추정되었다.<sup>68)</sup> 이러한 결정들은 본질적으로 자의적이었으나, 복리라는 개념에 대한 조악하지만 유용한 접근방식인 상식에 근거한 것이었다.

복리개념에 대한 정확한 의미가 결여된 것은 법관과 사회복지사가 그들의 주관적인 결정을 정당화할 수 있도록 하였다. 복리개념이 불명확한 결과 복리원칙의 본질적 의미도 불명확하게 되어 결국 상대적 해석이 가능하게 되었다. 일견 이 원칙은 자녀중심의, 자녀를 위주로 한 것으로 보이며, 따라서 자녀의 복리는 자녀를 위한 최선의 것이 무엇인가에 대한 그 시대의 이해정도에 전적으로 의존한다고 할 수 있다. 예컨대 19세기 사람들은 엄격한 가부장적 원리가 자녀의 건전한 성장을 위한 본질적 요소라고 믿었다. 그러나 그 시대의 시각이 오늘날에도 그대로 받아들여질 수는 없다고 할 수 있다.<sup>69)</sup> 근래에 들어서도 의견상 자녀양육능력이 같았으나 성격이 태평한 모보다 엄격한 부에게 양육권을 수여한 결정도 있고,<sup>70)</sup> 일을 해서 가족을 부양해야 하는 것이 부의 의무라는 이유로, 실직한 부에게 양육권을 거부한 사안<sup>71)</sup>들도 나타난 것을 보면, 복리원칙은 그 시대의 상식을 반영하는 의

65) MünchKomm/Hinz, §1666 Rn. 23.

66) Cretney & Masson, 앞의 책, 520면.

67) S. Maidment, 앞의 책, 149면.

68) 분리하는 것이 합당한 경우도 있을 수 있다. M. Jones & R. Niblett, "To split or not to split: the placement of siblings" Adoption & Fostering (Vol. 9, No. 2), 1985, 26면. Cretney & Masson, 앞의 책, 521면의 각주 33번에서 재인용.

69) S. Maidment, 앞의 책, 149면.

70) May v May [1986] 1 F.L.R. 325. Cretney & Masson, 앞의 책, 521면.

견상 자의적인 법관의 결정의 정당화수단이라고도 할 수 있다.

2) 자녀가 관련된 사건에서 좀더 훌륭하고 공정한 결론에 도달하려는 요구가 증대하여 이런 종류의 사건에서의 추론은 아동발달의 이론에 근거하게 되었고,<sup>72)</sup> 자녀의 성장발달에 대한 지식의 발전은 복리원칙의 내용에 변화를 가져왔다.<sup>73)</sup> 따라서 복리원칙은 자녀양육에 대한 종교적·도덕적·사회적 신념과 사회과학적 지식에 기초한 신념에 따라서 법해석의 변화를 가져왔고 또 앞으로도 그러한 변화의 과정을 겪게 될 것이다.

### III. 복리원칙에 대한 비판과 보완

1) 복리원칙 그 자체는 여러 가지 근거로 비판되어 왔다. 쉽게 적용할 수 있는 경험으로부터 광의의 그러나 정의되지 않는 복리에의 접근으로 이동함에 따라 법관들은 혼자서는 결정할 수 없는 정교하고 개별적인 평가를 하도록 요구받게 된다.

아동의 복리가 무엇을 요구하는지에 관해 합치된 견해가 없거나, 무엇이 건강한 심리적 발달을 보장하는가에 대한 적절한 과학적 정보가 없는 까닭에 결정을 내리는 법관은 그들 자신의 주관적 견해를 부과할 수 있게 된다.<sup>74)</sup> 결정들은 본질적으로 임의적이고 이것은 법관과 법체계의 권위를 훼손할 수 있다. 더욱이 이해가능하고, 예견가능한 기준이 없기 때문에 이것은 이혼 부부들의 협상에 의해서 합의에 도달하는 것을 더욱 어렵게 한다. 그리고 다툼이 있는 사안의 숫자와 분쟁의 강도를 증가시킬 수도 있다. 또 강한 당사자가 약한 당사자에게 불리한 해결을 강요하는 것을 조장할 수도 있다.<sup>75)</sup>

2) 복리원칙에 대해 지적될 수 있는 또 다른 문제점의 하나는 복리원칙에 의한 법해석의 변화가 어른에 의해, 어른을 위해, 어른에 대해 이루어 진다는 점이다.<sup>76)</sup>

즉 외형상으로는 자녀중심적인 복리원칙은 실제에 있어서 아동의 보호와 양육권은, 무엇이 아동에게 최선인가에 관한 어른의 시각에 따라 어른에 의해 부여되었고 그것은 어른에게 편리하고 수용될만한 것이었다. 자녀의 양육에 관한 결정을 하는 경우에 법원은 자녀가 필요로 하는 것이 무엇인가에 대하여 유의를 하고는 있지만 본질적으로는 어느 성인에게 자녀의 보호를 맡겨야 하는가에 대하여 결정한다고 할 수 있다. 자녀가 욕구하는 것은 어른들에 의한 어른들 사이의 선택에 의하여 필수불가결하게 제한되거나 종속되어 왔다. 이는 아이들을 마치 재산처럼 치우하는 것으로 볼 수도 있는데, 이것이 양육에 관한 결정과

71) B v B (Custody of Child) [1985] F.L.R. 166. Cretney & Masson, 앞의 책, 521면.

72) Cretney & Masson, 앞의 책, 521면. 이러한 이론 중 영향력을 가졌던 것은 J. Bowlby의 애착이론과 J. Goldstein 등의 정신분석이론이 있으며, 그 밖에도 각종 실태조사(research study)등이 있었다.

73) 최진섭, 이혼과 자녀, 삼지원, 1994, 21면.

74) D. Chamber, "Rethinking the substantive rules for custody disputes in divorce,"의 Michigan Law Review, 1984-85, 481-482면; 정형화되고 문화적으로 조건지워진 판단들이 결정을 유도하게 되고 그 결정들은 아동에게 도움이 되지 않을 위험이 항상 있다고 한 J. Montgomery, "Children as property," Modern Law Review(Vol. 51), 1988, 323, 328면; Cretney & Masson, 앞의 책, 526면에서 재인용.

75) Mnookin, "Bargaining in the shadow of the law: The case of divorce," 86면 이하. Cretney & Masson, 앞의 책, 526면에서 재인용.

76) S. Maidment, 앞의 책, 149면.

정의 실제구조이며 이를 부인하는 것은 문제점을 흐리게 할 뿐이다. 물론 자녀의 감정이나 희망이 존중되어야 한다거나, 부모가 자녀의 이익을 대변할 수 없는 경우에 특별대리인을 선임하여 그를 통해 자녀의 이익을 대변하게 하는 분리대변(separate representation)이 유익할 수 있다는 것을 부인하지는 않는다. 그러나 분리대변자는 어른이고 그는 자녀에게 무엇이 최선인가에 대한 판단을 함에 있어서 어른의 신념을 나타내려고 할 것이다.<sup>77)</sup>

복리원칙을 해석함에 있어서 자녀 중심적 접근을 강조하는 것은 양육에 관한 결정의 실재를 위장하는 것이라고 비판되고 있다. 자녀의 보호받을 권리나 양육받을 권리는 어른에 의하여 부여된 권리로서 자녀를 위해 무엇이 최선인가 하는 문제는 어른의 각색에 의하여 해석되었고, 어른에게 편리하게 또 어른들이 받아들일 수 있도록 결정이 이루어져 왔다고 주장한다. 앞으로는 어떻게 될 지 모르겠지만, 현재까지는 양육에 관한 결정이 자녀를 중심으로 이루어지도록 법으로 규정한 경우에도 어른들을 위하여 그리고 어른에 의하여 결정되어 왔다고 평가되고 있다.

실정법상으로 복리원칙을 표방한 것의 기원 자체는 자녀 중심의 지향에 있다고 할 수 없다. 여성의 지위향상을 위한 투쟁은 친권법의 변화에도 영향을 미쳤는데 여성들은 자녀 중심적인 이념보다는 자신들의 권리(자녀에 대한)의 쟁취에 더욱 관심을 가졌으므로, 비록 그들은 자신들의 향상된 권리가 자녀의 이익에 부합할 것이라는 신념을 가지고 있었다라도, 본질적으로는 자신들의 권리신장에 그 기원이 있다고 보아야 한다.

한편 복리원칙을 정착시킨 형평법법원(Court of Chancery)의 법관들은 자녀에 대한 최종적 보호자(parens patriae)로서 온정주의적인 관할권을 행사한 것으로 보이는데 여기서의 복리원칙은 자녀를 위하여 무엇이 최선인가에 대한 그들 자신의 견해를 피력한 것에 불과하다.

또한 복리원칙의 적용은 자녀에 관한 분쟁이 법원에 제기되면 어느 누구의 권리도 효과적으로 압도하지만, 이것은 부모의 권위(authority)를 약화시킬 뿐, 본질적으로 자녀의 권리, 특히 자기결정권을 부여하는 것은 아니다.<sup>78)</sup> 자녀의 보호받을 권리나 양육될 권리가 자기결정(self-determination)의 권리로 이해되기 시작한 것은 최근의 일이다. 예컨대 영국의 Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and the Department of Health and Social Security 사건<sup>79)</sup>에서는 16세미만의 딸이 부모의 동의없이 피임시술을 결정할 수 있다고 하였는데, 그 판결에서의 다수의견은 부모의 권한(친권)은 자녀의 이익을 위해서 존재하는 것이지 부모의 이익을 위한 것이 아니며 따라서 자녀가 보호를 필요로 하는 한도에서만 계속되고, 자녀가 스스로 결정을 내릴 만큼 충분히 성숙했다면 친권은 끝난다고 하였다.<sup>80)</sup> 즉 미성년자라 하더라도 결정을 필요로 하는 문제에 대하여 결정을 내릴 수 있는 충분한 이해와 지식을 갖추고 있으면, 친권은 자녀 스스로 결정할 권리에 종속되는 것으로 보기 시작하였다.<sup>81)</sup> 그러나 아직까지도 복리원칙은 법이 어떻게 규정하고 있는가에 관계없이 법관의 온정주의적 재량권에 종속되는 보호권을 의미하는 것으로 이해되고 있는 실정이다.<sup>82)</sup>

77) S. Maidment, 앞의 책, 149-150면.

78) Bromley & Lowe, 1992, 294-295면.

79) [1986] AC 112, [1985] 3 All ER 402, HL. Bromley & Lowe, 1992, 295면.

80) Bromley & Lowe, 1992, 295면. 이 경우 친권이 종료한다고 단정지는 것인지 불분명하다는 주장도 있다. Cretney & Masson, 앞의 책, 472면.

81) Cretney & Masson, 앞의 책, 472면; 그러나 이후에도 성숙한 미성년자녀(mature minor)는 의료검사와 평가를 거부하는 것과 같은 본질적으로 개인적인 결정은 할 수 있지만, 다른 것들이 포함된 결정은 법원에 의해 규제될 수 있는 보호자들이 한다고 해석되고 있다. Bromley & Lowe, 1992, 296면.

이혼시의 양육에 관한 결정에서 자녀 중심의 접근은 결국 어른들로 하여금 이혼에 따른 문제점들을 자녀의 관점에서 보게 하려는 것에 불과할 수도 있다. 대립하는 부모나 그들의 변호인들이 자신들의 이익만을 대변하는 데 관심을 기울이는 경우에는 대립되는 소송절차에서 자녀의 이익을 위한 자녀 중심적 결정이 내려질 수 있는지는 의문이 아닐 수 없다. 자녀를 위한 분리대변이 선호되고는 있지만 이를 통해 자녀의 지위가 향상되지는 못한다고 주장되고 있다. 그래서 자녀 중심의 접근은 더 이상 적합한 해결방법이 될 수 없다고 하여 일부의 사회과학자들은 집단으로서의 가족전체의 이익을 고려하는 것이 보다 균형잡힌 견해라고 제안하고 있다.<sup>83)</sup> 이혼에 따른 사회정책과 가족재편성의 문제를 고려하여 결정하는 것이 보다 바람직하다는 것이다. 즉, 부모가 필요로 하는 것과 자녀가 필요로 하는 것이 항상 경계를 접하고 있지는 않다는 전제에서 관계당사자의 어느 누구도 부당하게 고통을 받지 않는 선에서 해결되어야 하고, 이는 각 개인의 발달정도와 가족구조의 변화에 따라서 대응할 필요가 있다고 한다.

최근에는 심리학자들도 친자의 상호관계에 많은 관심을 가지고 연구하고 있다. 그 요점은 가족단위에서 자녀의 복리나 욕구는 부모의 그것과 공리공생의 관계에 있을 수 있는 반면에 다른 한편으로는 그것들이 항상 서로 일치하는 것은 아니다. 그러므로 일방의 복리에 기여하는 해결이 타방에게는 위해를 초래할 수도 있다는 것이다. 이런 점에서 가족치료(family therapy)가 자녀의 양육분쟁해결에 이용되기도 한다.

이와 같은 가족체계적 접근방법(family systems theory approach)은 개인의 발달정도나 적응능력을 고려하여 해결하는 것이다. 개별적 가족구성원과 관련된 단순한 원리나 관찰결과와는 양육에 관한 갈등을 풀 수 있는 최선의 해결책을 줄 수는 없다고 한다. 왜냐하면 이것들은 일반적으로 전가족모형의 한 부분에 불과한 것으로 판명될 때가 많기 때문이다.<sup>84)</sup> 따라서 친족연계 내지 유대의 중요성과 형제자매관계의 중요성이 재발견되고 있고, 이는 양육의 관점에 있어서 중대한 영향을 미치고 있으며 또 장래 미칠 것으로 보인다. 혼인이 파탄된 경우에 조부모에게 孫과의 면접교섭을 청구할 수 있는 실정법적인 권리가 부여된 입법례<sup>85)</sup>는 이를 반영한 것으로 볼 수 있고, 형제자매관계를 고려하도록 한 법규<sup>86)</sup>나 판례도 이와 맥락을 같이하는 것이다.

이러한 가족체계적 접근이 정신의학의 개별적인 자녀 중심적인 지향에 대한 교정수단으로서 고려되고 있는 점은 흥미롭다. 자녀의 복리를 해석함에 있어서 가족의 복리라는 차원에서 해석할 수 있는 길을 터놓게 된 것이다.<sup>87)</sup>

3) 복리원칙은 그 시대, 그 사회의 가치관의 변화에 따라 대응하여 왔고 이러한 사회변화에 대응하기 위해서 법관은 사회과학적 전문지식을 갖출 것이 요구된다.<sup>88)</sup>

82) S. Maidment, 앞의 책, 150면.

83) R. Rapoport, R.N. Rapoport and Z. Strelitz, *Fathers, Mothers and Others*, Routledge and Kegan Paul, 1977. S. Maidment, 앞의 책, 150면에서 재인용.

84) *Group for the Advancement of Psychiatry, Divorce, Child Custody and the Family*, Jossey-Bass Publishers, 1981, 83면.

85) 영국의 Domestic Proceedings and Magistrate's Court Act 1978, S. 14; 프랑스 민법 제371-4조.

86) 독일 민법 제1671조 제2항: 법원은 자녀의 복리에 가장 적합한 결정을 내리는 것으로 한다. 결정을 내릴 때는 특히 자녀와 부모 및 형제자매와의 유대를 고려하지 않으면 안된다.

87) S. Maidment, 앞의 책, 151면.

88) 전문지식을 갖추는 것이 곤란하다면, 아동심리학자 혹은 아동정신과의의 감정을 명해야 한다는 견해도

법관은 소송관계자의 청구에 대하여 판단하여야 한다. 그런데 현재 우리 나라에서 자녀를 둘러싼 사건은 가사비송사건<sup>89)</sup>이므로 일반 민사사건의 분쟁처럼 단순한 법률의 적용에 의한 일도양단의 판단으로 끝내지 않고, 법원이 후견적 입장에서 재량권을 가지고 깊숙이 개입하여 가정의 평화와 관계당사자들의 전반적 복리를 보호해야 할 필요가 있다.<sup>90)</sup> 법관은 사회과학적 지식에 의하여 판단하는 것이 아니라 오히려 개인적인 감정이나 가치관에 의하여 결정하는 것으로 보인다. 물론 사회과학이란 궁극적으로는 휴머니티나 상식보다 나은 것이 없다는 사회학자들의 주장이 있기도 하지만, 직관이라 하는 것도 실은 경험적·이론적 지식과 관련하여 근거지워진 것으로 볼 수 있다. 따라서 자녀의 복리를 해석함에 있어서 오늘날에 와서는 자녀의 신체적·정서적·성적·인지능력적인 발달에 대한 사회과학적 이해에 의존할 필요성이 강조되고 있다.<sup>91)</sup>

그러나 사회과학은 분명한 기준과 예견을 주지 못한다는 한계가 있고, 법조인이 사회과학을 이해하는 데에는 어려움이 따른다. 법관들은 사회과학이 문제점을 명백히 밝히지는 못한다고 생각한다. 또 맹목적으로 사회과학지식을 받아들임으로써 위험을 초래할 수도 있다. 그렇지만 현재로서는 사회과학지식이 불완전하기는 해도 이론적이고 경험적인 지식을 제공하여 이러한 문제를 해결하기 위한 결정의 기초를 제공하기도 한다. 그러나 현재 영국 사법부의 태도는 감정이입이나 직관이 사회과학지식을 우선시키고 있다고 평가되고 있다.<sup>92)</sup>

4) 이런 비판에도 불구하고 복리원칙은 현대적 기준으로서 널리 지지되고 있다.<sup>93)</sup> 왜냐하면 복리원칙은 상처받기 쉽고 의존적인 자녀들이 해악으로부터 보호되어야 하고 건전하고 잘 적응하는 성인이 되기 위한 모든 기회를 부여받아야 한다는 중요한 사회적·도덕적 가치관을 나타내기 때문이다.<sup>94)</sup> 또한 복리원칙의 표방의 기원 자체는 자녀중심이 아니라 여성의 지위향상을 위한 투쟁의 결과라 할지라도<sup>95)</sup> 복리원칙의 근본 이념은 자녀의 복리를 자녀를 중심으로 하여 자녀의 입장에서 생각하자는 것이다.<sup>96)</sup> 그러므로 어른 위주의 해석이 이루어졌다는 비판은 원칙의 운용과정에 대한 것이지 복리원칙 자체를 부정하는 것으로 볼 수 없다.

복리원칙의 궁극적 적용자인 法官들이 그 시대와 사회의 가족에 대한 가치관(따라서 자녀복리에 대한 가치관)에서 완전히 독립하기는 어렵다 할지라도, 그들에게 항상 자녀의 관점에서 판단하고 결정하도록 유념시키는 것이 자녀의 보호에 더 적합하다고 생각한다.

오히려 자녀중심의 복리원칙은 자녀의 양육받을 권리나 보호받을 권리뿐만 아니라 의사표명권과 경우에 따라서는 자기결정권을 포함한다.

있다. MünchKomm/Hinz, §1666 Rn 24.

89) 가사소송법 제2조 1항 라류 8호-12호, 마류 3호, 5-6호.

90) 서정우, “새 가사소송법의 개설,” 가족법학논총(박병호교수 환갑기념논문집 I), 박영사, 1991, 690면.

91) S. Maidment, 앞의 책, 152-153면.

92) S. Maidment, 앞의 책, 153면.

93) H.D. Krause, 앞의 책, 249면.

94) M. King, “Playing the symbols-Custody and the Law Commission” Family Law(Vol. 17), 1987, 189면; Cretney & Masson, 앞의 책, 526면에서 재인용.

95) S. Maidment, 앞의 책, 150면.

96) S. Maidment, 앞의 책, 149면.

또한 복리원칙에 대한 지나친 개인주의적 자녀중심의 접근방법은, 집단으로서의 가족의 이익이나 복리에 자녀의 복리가 의존한다는 가족체계적 접근방법(family system theory approach)에 의해 보완되고 있다.<sup>97)</sup>

이외에도 복리원칙의 작용을 개선하기 위하여 결정을 내리는 절차를 변화시킨다든가, 확실한 결정을 내릴 필요성(재심리를 제한하는 것)을 제거한다든가, 특별한 요소에 비중을 할당한다든지 하는 다양한 제안들이 이루어졌다. 자녀들이 만약 부모들의 견해에 도전할 수 있는 그들의 대표자(representative)를 둘 수 있었다면, 법관들이 결정내리는 것이 개선되었을 것이라고 주장되기도 하였다.<sup>98)</sup>

한편 복리원칙은 그 개념자체가 불확정하고 시대와 사회의 가치관의 변화에 따라 대응하여 왔다고 지적받아 왔으나, 오직 한가지의 확정적인 기준이 통용되어야 한다는 것 자체가 어찌면 더 불합리할지도 모른다.<sup>99)</sup> 또 시대와 사회를 지배하는 가치관과 격리된 복리원칙이라는 것은 더 공허한 것이 되고 말 것이다. 오히려 복리원칙의 개념의 추상성과 상대성 때문에 각 시대와 사회에서 구체적인 타당성을 갖는 지역적 관행이 형성될 수 있다.<sup>100)</sup> 따라서 시대와 사회에 맞는 지침을 제공하기 위한 복리원칙의 존재 자체는 부정될 수 없는 것이다.

다만 정확한 결과를 결정해 주지는 못한다 할지라도 가능한 결과를 이끌어 내기 위하여 현실적이고 구체적인 기준을 제시하는 것은 필요하다.

이에 각국의 입법례와 판례는 법원이 고려하여야 할 사항들을 항목화하게 되었다.<sup>101)</sup>

97) S. Maidment, 앞의 책, 150-151면.

98) R. Hansen, "The role and rights of children in divorce actions," *Journal of family Law* (Vol. 6), 1966, 1면; Mnookin, "Bargaining in the shadow of the law: The case of divorce," 95면; M. Murch 외, *The Representation of the Child in Civil Proceeding Research Project 1985-1989, 1990*, 52면; Cretney & Masson, 앞의 책, 526면에서 재인용.

99) Stephen Parker, 앞의 글, 27면.

100) Stephen Parker, 앞의 글, 39면.

101) 영국의 1989년의 *The Children Act*의 Check-list; 미국의 UMDA 제402조; 독일민법 제1671조, 프랑스 민법 제290조 등이 그 예가 될 수 있다. 자녀복리원칙의 구체적 기준은 지면 관계로 다음 기회에 소개하기로 한다.

### <참고문헌>

- 서정우, “새 가사소송법의 개설,” 가족법학논총(박병호교수 환갑기념논문집 I), 박영사, 1991
- 이은정, 동아시아 사회주의 가족법의 특색, 고려대학교 석사학위논문, 1989
- 이화숙, “자의 최대의 이익과 현행친권제도,” 가족법연구 제2호, 1988
- 장인협, 아동복지론, 서울대학교출판부, 1986
- 최달곤, “북한 친자법 연구,” 성곡논총 9, 1978
- 최진섭, 이혼과 자녀, 삼지원, 1994
- 황성기, 아동의 인권에 관한 연구, 서울대학교 석사학위논문, 1994
- Bart Rwezaura, “The Concept of the Child’s Best Interests in the Changing economic and social context of sub-saharan Africa,” *Int’l Journal of Law and the Family*(Vol.8, No.1), 1994
- Bromley & Lowe, *Family Law*, (8th ed) Butterworths, 1992
- Cretney & Masson, *Principles of Family Law*(5th. ed.), Sweet & Maxwell, 1990
- D. Chamber, “Rethinking the substantive rules for custody disputes in divorce,” *Mishigan Law Review*, 1984-85
- Dominic McGoldrick, “The United Nations Convention on the Rights of the Child,” *Int’l Journal of Law and the Family*(Vol.5, No.2), 1991
- Goldsein, Freud & Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child*, the Free Press, 1979
- Group for the Advancement of Psychiatry, *Divorce, Child Custody and the Family*, Jossey-Bass Publishers, 1981
- H.D. Krause, *Family Law in a Nutshell*(2nd ed.), West Publishing Co., 1986
- John Dewar & Stephen Parker, *Law and the Family*, Butterworths, 1992
- K. Mark & F. Engles(남상일 역), 공산당선언, 백산서당, 1989
- Kurt Rebmann(ed.), *Münchener Kommentar BGB*(Bd. 8), C.H.Beck, 1992
- Philip Alston, “The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights,” *Int’l Journal of Law and the Family*(Vol.8, No.1), 1994
- S. Maidment, *Child Custody and Divorce*, Croom Helm, 1984
- Stephen Parker, “The Best Interests of the Child —Principles and Problems,” *Int’l Journal of Law and the Family*(Vol.8, No.1), 1994