

대체 양육자 선정의 우선순위를 규정한 일반민법전 조항들의 위헌성¹⁾

I. 사실관계

오스트리아 최고법원은 연방헌법 제140조 제1항 제1호 a목²⁾에 기하여 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하였다. 자녀의 양육을 맡은 부모 중 한쪽 또는 양쪽 부모 모두 이를 지속할 수 없게 된 경우 대체 양육자를 법원이 지정하게 되는데, 이를 규정한 일반민법전(ABGB)의 조항이 융통성이 없고 아동의 복지에 위배될 소지가 있다는 이유였다.

이러한 제청의 배경이 된 사건은 다음과 같다. 세 명의 미성년 자녀를 둔 부모는 기관력 있는 결정을 통해 양육권을 박탈당하였고, 자녀들은 양부모와 함께 지내고 있다. 법원에서는 해당 자녀들을 앞으로 누가 양육할 것인지가 논란이 되었다. 티롤(Tirol) 주는 두 명의 자녀에 대해서는 소관 부서인 아동 및 청소년 보호처(Kinder- und Jugendhilfeträger)로 양육자를 변경하고 다른 한 명의 자녀에 대해서는 현재 그를 돌보고 있는 양부모를 양육자로 지정해 줄 것을 신청하였다. 이에 각각 1954년과 1956년 출생한 모친의 증조부모는 세 자녀의 양육권을 모두 자신들에게 이양하여 줄 것을 신청하였다.

1심 법원은 티롤 주의 신청에 따라 두 자녀에 대해서는 아동 및 청소년 보호처를 양육자로, 다른 한 명의 자녀에 대해서는 양부모를 양육자로 지정하였다. 1심 법원은 양부모가 자녀들을 잘 돌보았고 이 관계를 중단할 경우 자녀의 복지에 위협이 된다고 보았다. 증조부모가 자녀들을 돌보기에는 부담이 너무 크다고 판단하였다. 또한 법리적으로도 일반민법전(ABGB) 제178조에

1) 오스트리아 헌법재판소 2023. 3. 9. 결정, G 223/2022-26.

2) [연방헌법 제140조 제1항 제1호 a목]

헌법재판소는 법원의 제청에 기하여 법률의 위헌성을 인정한다.

따라 부모가 양육할 수 없게 된 경우 조부모 또는 양부모가 양육을 맡아야 한다고 하였다. 이들이 양육을 맡지 못하는 경우에만 일반민법전 제204조에 따라 해당 조문에 열거된 다른 적합한 사람이 고려될 수 있다는 판단이다. 이러한 방식으로도 적합한 양육자를 찾지 못할 경우, 아동 및 청소년 보호처가 양육을 맡아야 한다고 하였다. 항소법원도 해당 결정을 유지하였다. 증조부모는 일반민법전 제178조에 규정된 대체 양육자의 범위에 포섭되지 않으므로 양부모가 양육을 맡아야 하며, 자녀의 복지에 대한 위협이 있으므로 아동 및 청소년 보호처가 개입해야 한다는 것이다. 이에 대해 증조부모는 최고법원에 상고하였고, 자신들을 세 자녀 모두의 양육자로 지정해 줄 것을 요청하였다.

최고법원은 해당 사안에 관하여 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하면서 다음과 같은 우려를 표하였다. 이 절차에서 결정적인 역할을 하는 규정의 주된 내용은 2001년 친자관계변경법(Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, BGBl I Nr 135/2000)을 통해 도입되었으며, 2013년 KindNamRÄG, BGBl I Nr 15/2013의 개정에서도 그대로 유지되었다. 이에 따르면 양육권을 가진 부모 중 한쪽에 지장이 있을 경우 양육권자 선정 시에 명확한 순위가 성립한다.

- 만약 양육권이 부모 공동에게 있었다면 부모 중 다른 한쪽이 단독 양육권을 갖는다.
- 공동 양육권이 존재하지 않았다면 양육권자가 아니었던 부모 중 적합한 한쪽이 양육을 맡거나, 양부모(양부모 중 한쪽)나 조부모(조부모 중 한쪽) 중 적합한 사람이 양육을 맡는다. 후자는 양육권이 있는 부모 양 쪽에게 지장이 있는 경우에도 적용된다. 이러한 경우 자녀의 복지가 결정적인 역할을 한다.
- 부모 중 한쪽이나 양부모 또는 조부모 혹은 그 중 한쪽이 양육을 맡을 수

없는 경우에는 다른 적합한 사람에게 이를 맡겨야 한다.

- 아동 및 청소년 보호처를 통한 양육은 보충적으로만 이루어진다.

이러한 순위 규정은 구체적인 사안에서 선결적으로 작용한다. 이에 따라 양부모가 양육에 적합하다면 실질적으로 증조부모가 양육자가 될 가능성은 존재하지 않게 된다. 이처럼 일반민법전 제178조와 제204조가 함께 적용됨으로 인해 초래되는 결과는 최고법원의 견해에 따르면 아동의 권리를 침해한다. 아동의 권리에 관한 연방헌법(BVG über die Rechte von Kindern, BGBl Nr 4/2011) 제1조에서는 ‘모든 아동은 세대 간 공정성의 관점에서 자신의 복지, 최선의 발전과 발달, 이익 보호를 위해 필요한 보호와 보살핌을 받을 권리가 있다. 공공 및 민간 기관이 아동에 관한 모든 조치를 취함에 있어 아동의 최선의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다.’고 규정하고 있다. 헌법재판소의 선례(G 18/2014, Slg 19.941; G 152/2015, Slg 20.018)에 따르면 해당 규정은 입법과 집행에 대해 아동의 복지를 우선적으로 실현할 과제를 부여한다.

II. 주문

1. 일반민법전 제178조 제1항 제2문 및 제3문과 동법 제204조의 ‘조부모 또는 양부모’ 및 ‘말지 못하게 될 경우’라는 문언은 헌법에 위배되므로 폐지한다.
2. 2024년 9월 30일이 경과하면 폐지의 효력이 발생한다.
3. 이전의 법률 규정은 다시 발효하지 아니한다.
4. 연방총리는 이 결정을 연방법률관보 I 에 지체 없이 게재할 의무를 진다.

Ⅲ. 심판대상 및 쟁점, 관련조항

1. 심판대상 및 쟁점

심판대상조항은 일반민법전 제178조와 제204조이며, 해당 조항에 따라 부모를 대체할 양육자를 선정하는 경우 그 순위 규정이 엄격함으로 인해 아동의 복지가 최우선적으로 고려되지 못하여 아동의 권리가 침해될 여지가 있다는 점이 쟁점이다.

일반민법전 제178조

(1) 공동으로 자녀의 양육을 맡은 부모 중 한쪽이 사망하거나 최소 6개월 이상 소재지를 알 수 없거나, 그와 연락이 되지 않거나 연락이 지나치게 어려운 경우 또는 양육권을 온전히 또는 부분적으로 박탈당한 경우에는 부모 중 다른 한쪽이 단독으로 양육을 맡는다. 단독으로 양육을 맡은 부모 중 한쪽이 위와 같은 상황에 처한 경우, 법원은 자녀의 복지를 고려하여 부모 중 다른 한쪽, 또는 조부모(조부모 중 한쪽)나 양부모(양부모 중 한쪽)에게 양육을 맡길 것을 결정해야 한다. 양쪽 부모 모두 이러한 상황에 놓인 경우에도 후자가 적용된다. 이때 양육과 관련된 규정은 해당 조부모(조부모 중 한쪽)에게도 적용된다.

(2) 제1항 제1문에 따라 양육을 맡게 된 부모 중 한쪽의 신청에 기해 법원은 해당 경과를 확정해야 한다.

(...생략...)

일반민법전 제204조

제3장³⁾(drittes Hauptstück)에 따라 부모나 조부모 또는 양부모가 양육을

맡지 못하거나 맡지 못하게 될 경우 및 제207조의 사안이 아닌 경우에 법원은 자녀의 복지를 고려하여 다른 적합한 사람에게 양육권을 맡겨야 한다.

2. 관련 조항

일반민법전 제184조

양부모는 자녀의 돌봄과 교육을 온전히 또는 부분적으로 도맡으며, 친생 부모와 자녀 간의 관계와 유사한 관계가 성립하거나 성립될 수 있는 사람들이다. 양부모들은 자녀 본인과 관련한 절차에서 신청을 제출할 권한이 있다.

일반민법전 제185조

(1) 법원은 신청에 기해 양부모(양부모 중 한쪽)에게 자녀의 양육권을 온전히 또는 부분적으로 이양해야 한다, 돌봄 관계가 짧지 않은 시간 동안 계획되어 있고 그러한 이양이 자녀의 복지에 상응하는 경우 양육에 관한 규정은 해당 양부모(양부모 중 한쪽)에게 적용된다.

(2) 부모 또는 조부모에게 양육이 맡겨져 있고 이들이 양육권 이양에 동의하지 않는다면, 양육권 이양이 이뤄지지 않는 경우 자녀의 복지에 위협이 되는 때에만 양육권 이양이 허용된다.

(3) 자녀의 복지에 상응한다면 양육권 이양을 취소해야 한다. 동시에 법원은 자녀의 복지를 고려하여 양육권이 누구에게 이양되는지 선고해야 한다.

(4) 법원은 결정을 내리기 전에 부모, 법정대리인, 다른 양육권자, 아동 및 청소년 보호처와 10세 이상의 자녀를 청문해야 한다. 제196조 제2항은 그 의미에 맞게 적용된다.

(...생략...)

3) 부모와 자녀 간의 권리를 규정한 부분.

일반민법전 제205조

(1) 양육권을 맡을 사람을 선정하는 때에는 특히 자녀의 복지를 고려해야 한다. 자녀와 부모의 소망과 제166조의 경우의 증여자의 소망은 자녀의 복지에 상응하는 한 고려되어야 한다.

(...생략...)

일반민법전 제207조

미성년 자녀가 국내에서 발견되고 그의 부모가 미상인 경우에는 법률에 따라 아동 및 청소년 보호처가 양육을 맡게 된다. 자녀가 국내에서 출생하였고 그의 미혼 모친이 미성년일 경우에는 재산관리와 대리 영역에도 동일하게 적용된다.

(...생략...)

IV. 판단

1. 법적 상황

헌법재판소는 최고법원의 제청이 이유 있다고 판단하였다. 판단의 기준이 되는 법적 상황은 다음과 같다.

가. 일반민법전 제178조의 내용

공동으로 자녀의 양육을 맡은 부모 중 한쪽이 사망하거나 최소 6개월 이상 소재지를 알 수 없거나, 그와 연락이 되지 않거나 연락이 지나치게 어려운 경우 또는 양육권을 온전히 또는 부분적으로 박탈당한 경우에는 일반민법전

제178조 제1항 제1문에 따라 부모 중 다른 한쪽이 단독으로 양육을 맡는다. 단독으로 양육을 맡은 부모 중 한쪽이 위와 같은 상황에 처한 경우, 법원은 일반민법전 제178조 제1항 제2문에 따라 자녀의 복지를 고려하여 부모 중 다른 한쪽, 또는 조부모(조부모 중 한쪽)나 양부모(양부모 중 한쪽)에게 양육을 맡길 것을 결정해야 한다. 양쪽 부모 모두 이러한 상황에 놓인 경우에도 후자가 적용된다.

나. 양육자 선정에 관한 순위체계

이처럼 양육자 선정에 관해서 법은 ‘엄격한’ 순위체계를 규정하고 있다. 양육권이 양쪽 부모 모두에게 있었다면 한쪽 부모의 사망 또는 지장이 있는 경우에 다른 한쪽 부모가 양육권을 갖는다. 이에 반해 한쪽 부모만이 양육권자였다면 법원은 자녀의 복지를 고려하여 다른 한쪽 부모나 조부모 또는 양부모에게 양육을 맡기게 된다. 구체적인 개별 상황에서 그들 중 누가 양육을 맡을지에 관해서는 법원이 자녀의 복지를 고려하여 결정한다. 다른 사람(가령 부모의 형제, 자매 또는 증조부모)은 일반민법전 제178조 제1항 및 제204조에 따라 다른 한쪽 부모 및 조부모와 양부모가 양육에 적합하지 않을 경우에만 양육자로 지정될 수 있다.

다. 일반민법전상의 양부모 개념

일반민법전 제184조와 제185조상의 양부모 개념은 두 가지 특징과 결부되는데, 먼저 대내적 관계에서 실제로 전적인 또는 부분적인 돌봄과 교육이 이뤄져야 하며, 둘째로 친생 부모와 자녀 간의 관계와 유사한 개인적인 관계가 존재하거나 그러한 관계를 형성하고자 하는 의도가 있어야 한다(ErläutRV 296 BlgNR 21. GP, 69 f. 참조). 이는 법원의 결정 시점에서 아동이 이미 양부모의 가정과 생활의 일과 내지 삶의 관계 속에 편입되어 일상을 함께 함을 전제로 한다(OGH 21.10.2014, 10 ObS 68/14v; 27.11.2019, 5 Ob 143/19v; *Ondreasova*, § 184 ABGB, in: Rummel/Lukas/Geroldinger [Hrsg.], rdb.at,

2. 아동의 복지

가. 아동의 권리에 관한 연방헌법 제1조

아동의 권리에 관한 연방헌법 제1조에 따르면 모든 아동은 ‘세대 간 공정성의 관점에서 자신의 복지, 최선의 발전과 발달, 이익 보호를 위해 필요한 보호와 보살핌을 받을 권리가 있다. 공공 및 민간 기관이 아동에 관한 모든 조치를 취함에 있어 아동의 최선의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다.’ 아동과 관련된 조치에서 아동의 복지를 우선적으로 고려해야 하는 헌법적 기준은 입법자가 그러한 조치를 규정한 규범을 제정하는 때에도 입법자를 기속한다. 아동의 권리에 관한 연방헌법 제1조 제2문에 규정된 아동의 복지는 제1문에 규정된 아동의 최선의 발전과 발달을 위한 권리를 통해 결정된다(VfSlg 19.941/2014, 20.018/2015 참조). 헌법재판소의 선례에 따르면 해당 규정은 입법과 집행에 대해 아동의 복지를 우선적으로 실현할 과제를 부여한다(VfSlg 19.941/2014, 20.018/2015 참조).

나. 아동의 복지에 관한 권리의 제한

아동의 권리에 관한 연방헌법 제1조 제1문의 권리의 제한은 (유럽인권헌장 제8조 제2항을 따라 규정된) 위 연방헌법 제7조4)에 따라 ‘법률로 규정되고 민주 사회에서 국가의 안전, 공공의 평화와 질서, 주의 경제적 이익, 질서의 방어와 범죄 예방, 건강의 보호 또는 타인의 권리와 자유 보호에 필요한 조치인 경우’에만 허용된다.

입법자는 문제된 규정을 통해 일반적인 경우에 아동의 복지에 상응하는 양

4) [아동의 권리에 관한 연방헌법 제7조]

이 연방헌법 제1조, 제2조, 제4조 및 제6조에서 보장하는 권리와 청구권의 제한은 그러한 제한이 법률로 규정되고 민주 사회에서 국가의 안전, 공공의 평화와 질서, 주의 경제적 이익, 질서의 방어와 범죄 예방, 건강의 보호 또는 타인의 권리와 자유 보호에 필요한 때에만 허용된다.

육권 위탁 규정체계를 만들었다. 이에 따르면 법원은 단독으로 양육을 맡은 부모 중 한쪽에 지장이 있는 경우에 아동의 복지를 고려하여 양육권을 다른 (적합한) 부모 중 한쪽이나 조부모 또는 양부모에게 위탁할지를 결정해야 한다. 양쪽 부모 모두에게 지장이 있는 경우에도 그러하다. 해당 범주의 사람들 중에서 양육권을 수탁할 자를 정하는 것이 일반적인 경우에 아동의 복지에 상응한다면 이는 상기한 아동의 권리에 관한 연방헌법의 요청에 위배되지 않는다.

하지만 헌법재판소는 문제된 규정들이 일반민법전 제204조상의 ‘다른 적합한 사람’(부모 중 다른 한쪽이나 조부모 또는 양부모)을 (우대하여) 양육권을 위탁함으로써 입법자가 해당 범주를 좁게 정의하여 아동의 권리에 관한 연방헌법 제1조에 위배된다는 최고법원의 견해에 동의한다.

이러한 정의에 따라 예컨대 (나이 많은) 형제나 자매, 이모나 고모, 삼촌, 증조부모 또는 다른 적합한 (사회적) 가족의 일원은 부모 중 다른 한쪽이나 조부모 또는 양부모가 양육을 맡기에 적합하지 않은 경우에만 양육을 맡을 수 있다. 이러한 사람(형제나 자매, 이모나 고모, 삼촌, 증조부모 또는 다른 적합한 (사회적) 가족의 일원)은 원칙적으로 양부모로서 아동의 양육을 맡을 가능성이 있다. 그렇지만 이를 위해서는 해당 아동이 법원의 결정 시점에 이미 그의 가정에 편입된 상태여야 한다(OGH 1.12.2005, 6 Ob 215/05v; 14.12.2011, 3 Ob 165/11b; 21.10.2014, 10 ObS 68/14v; 27.11.2019, 5 Ob 143/19v; *Ondreasova*, § 184 ABGB, in: Rummel/Lukas/Geroldinger [Hrsg.], rdb.at, Stand 1.5.2022, Rz 4; *Weitzenböck*, § 184 ABGB, in: Schwimann/Kodek [Hrsg.], ABGB, 2018, Rz 7). 아동을 가정에 편입시키고자 하거나 앞으로 돌봄과 교육을 행사하고자 하는 단순한 의지가 있다는 것만으로는 일반민법전 제184조상의 양부모의 자격에 부합하지 않는다.

문제된 규정들은 법이 선호하는 범주의 사람들(부모 중 다른 한쪽, 조부모, 양부모)이 양육에 적합하다면 형제나 자매, 이모나 고모, 삼촌, 증조부모 또는 다른 적합한 (사회적) 가족의 일원이 아동의 양육을 맡을 가능성을 원칙적으로 봉쇄한다. 아동의 복지를 위해서는 법이 선호하는 사람이 아닌 다른 사람이 더 적합한 경우에도 마찬가지다.

다. 아동의 복지에 관한 권리 제한의 정당화 가능성

이러한 규정은 아동의 권리에 관한 연방헌법 제7조상의 정당화를 통해서만 헌법적 요건을 충족할 수 있다. 헌법재판소는 절차상의 합리성이나 혈연관계에 있다는 단순한 사실만으로는 법적으로 보장되는 아동의 복지를 제한하는 것이 정당화될 수 없다는 최고법원의 견해에 동의한다.

양부모로부터 아동을 분리시키는 것이 아동의 복지에 위해가 될 수 있다는 주장은 원칙적으로 고려될 수 있다. 이는 많은 경우에 해당할 수 있지만, 양육자 선정 시 선호되는 사람들의 범주에서 상기 언급한 다른 사람들 전체를 법으로 배제하는 것을 정당화할 수는 없다.

따라서 헌법재판소는 최고법원이 문제삼은 규정들을 정당화하는 정당하고 반대되는 이익을 인지할 수 없다.

3. 결론

그러므로 입법자는 일반민법전 제204조의 의미 내에서 ‘다른 적합한 사람’을 선호함으로써 양육권을 위탁받을 사람의 범위를 너무 좁혔다. 문제된 조항들로 인해 발생하는 아동의 복지의 제한은 아동의 권리에 관한 연방헌법 제7조상 정당화될 수 없으므로 해당 조항들은 아동의 권리에 관한 연방헌법 제1조에 위배되며 위헌으로 폐지되어야 한다.

입법자는 새로운 규정이 마련되는 동안 아동의 복지에 상응한다면 지금까지 선호된 사람들(부모 중 다른 한쪽, 조부모, 양부모)에 더해 형제나 자매, 이모나 고모, 삼촌, 증조부모 및 다른 적합한 (사회적) 가정의 일원이 양육을 맡을 수 있도록 해야 한다. 또한 입법자는 객관적인 기준에 따라 선호되는 사람의 범주를 확장할 수 있는 여지가 있다.

V. 결정의 의의

이 결정에서 오스트리아 헌법재판소는 부모가 양육을 하지 못하게 되는 경우에 자녀를 맡을 대체 양육자를 선정하는 순위를 규정한 일반민법전 조항이 너무 엄격하여 실질적으로 아동의 복지가 최우선으로 고려되지 못하는 상황이 초래될 수 있다고 보고 해당 조항을 폐지하였다.