

# 가정폭력 가해자에 대한 친권 및 양육권 제한에 대한 검토





한국법학원 연구보고서 민-25-01

# 가정폭력 가해자에 대한 친권 및 양육권 제한에 대한 검토

2025. 6. 30.

2025년도 대법원 연구보고서

연구기관 : 한국법학원

연구책임 : 안문희 연구위원

감수 : 김상용 교수 (중앙대학교)

# Contents

---

## 제1장 서론

제1절 연구의 목적 .....	10
제2절 연구의 방법 .....	12

## 제2장 우리의 가정폭력 및 친권 관련 법제

제1절 서설 .....	14
제2절 우리 사회의 가정폭력 .....	15
I. 서설 .....	15
II. 가정폭력의 개념 .....	16
III. 가정폭력의 실태 및 현황 .....	18
IV. UN 여성차별철폐협약(Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women : CEDAW)의 영향 .....	21
제3절 가정폭력 관련 규정 : 가정폭력처벌법과 가정폭력방지법 .....	22
I. 서설 .....	22
II. 제정 이유 .....	23
III. 가정폭력의 개념 및 대상 .....	25
1. 서설 .....	25

---

2. 가정폭력의 개념 .....	26
3. 가정폭력범죄 .....	27
4. 가정구성원 : 가정폭력 행위자와 피해자 .....	28
<b>제4절 가정폭력과 친권 관련 사항 .....</b>	<b>33</b>
I. 가정폭력처벌법의 친권 관련 사항 .....	33
II. 아동학대처벌법의 친권 관련 사항 .....	33
III. 정리 .....	37

### 제3장

## 외국의 가정폭력 및 친권 관련 법제

<b>제1절 서설 .....</b>	<b>40</b>
<b>제2절 가족 영역에 대한 국가 불개입의 원칙 .....</b>	<b>41</b>
I. 서설 .....	41
II. 고대 및 중세 시대 .....	41
III. 근대 이후 .....	43
IV. 20세기 이후 .....	44
<b>제3절 미국 .....</b>	<b>45</b>
I. 서설 .....	45
II. 친권 결정에서의 가정폭력 .....	48
1. 미성년자녀에 대한 가정폭력의 영향 .....	49
2. 가정폭력과 친권 결정 .....	52

Ⅲ. 친권 결정에서 가정폭력 관련 법제 : 모범가정폭력법 (Model Code of Domestic and Family Violence) .....	55
1. 제정 및 개정 배경 .....	55
2. 가정폭력의 개념 .....	59
3. 가정폭력의 추정 .....	62
4. 자녀의 최상의 복리 .....	66
5. 아동구제에 관한 민사보호명령(CPO) .....	68
Ⅳ. 캘리포니아주의 친권 결정에서 가정폭력 관련 법제 .....	70
<b>제4절 독일</b> .....	72
Ⅰ. 서설 .....	72
Ⅱ. 폭력방지법 시행 이후 가정폭력 현황 .....	74
Ⅲ. 폭력방지법(GewSchG) .....	76
1. 서설 .....	76
2. 피해자를 위한 보호명령 .....	78
3. 공용주택의 인도 .....	81
4. 가정폭력과 친권의 결정 .....	86
<b>제5절 프랑스</b> .....	89
Ⅰ. 서설 .....	89
Ⅱ. 프랑스 사회의 가정폭력 .....	90
1. 가정폭력의 개념 및 유형 .....	90
2. 가정폭력으로부터 미성년자녀 보호를 위한 법규 신설 .....	91
Ⅲ. 가정폭력과 친권 관련 사항 .....	94
1. 서설 .....	94
2. 가정폭력 가해자와 친권 .....	95
3. 보호명령 .....	98
<b>제6절 정리</b> .....	99

## 제4장

### 가정폭력 가해자에 대한 친권 및 양육권 검토

제1절 서설 .....	102
제2절 가정폭력과 아동학대의 관계 .....	103
제3절 가정폭력 가해자와 친권 .....	105
I. 서설 .....	105
II. 친권자 및 양육자 지정에서의 고려 사항 .....	105
III. 가정폭력 가해자와 미성년자녀의 복리 보호 .....	107
IV. 구체적 제언 .....	108
1. 가정폭력 가해자에 대한 친권의 상실 등 .....	108
2. 원래 거주지에 대한 미성년자녀의 우선적 사용권 .....	109

## 제5장

### 결론

결론 .....	112
----------	-----

### 참고문헌

참고문헌 .....	114
------------	-----



# 제1장 서론

제1절 연구의 목적

제2절 연구의 방법



# 제1장

## 서론

### 제 1 절 | 연구의 목적

우리 사회의 가정폭력 발생률은 30%로 다른 국가와 비교해서도 높은 것으로 나타나고 있으며, 미성년자녀가 부모의 폭력에 노출되거나 직접 목격한 것과 같은 가정폭력을 경험한 비율도 20%를 넘고 있는 것으로 조사되었다.

우리 사회에서는 가정폭력의 방어나 피해자보호에 관한 법률(이하에서는 가정폭력방지법)은 부부 중 일방인 직접 피해자에 대한 보호에 치중되어 있고, 아동복지법을 비롯한 아동학대범죄의 경우에도 부모의 직접적 아동학대만이 대상이 되고 있어, 부모 사이의 가정폭력의 간접적 피해자인 아동<sup>1)</sup>에 대한 보호는 어려운 상황으로 나타나고 있다. 가정폭력의 직접 당사자인 가해자와 피해자가 아니라 가정폭력을 경험한 자녀가 겪는 사회적, 심리적 문제에 대한 논의는 최근 우리 사회에서도 이루어지고 있으나, 실질적인 법적 대처는 미흡한 실정이다.

여성가족부는 2004년부터 3년마다 ‘가정폭력 실태조사’를 시행하고 있다. 2021년에 19세 이상 남녀 약 900명을 대상으로 시행한 2022년의 가정폭력 실태조사에 따르면, 가정폭력 중에서 가장 많은 비율은 아동학대이며, 부부 사이의 폭력, 노인학대(자녀의 부모에 대한 폭력)의 순서로 나타나고 있다.

특히 가정폭력의 가해자와 피해자가 부모 양당사자인 경우, 미성년자녀의 친권자나 양육자 결정과 관련한 법규정이 민법뿐만 아니라 다른 특별법에도 존재하지 않으며, 부부

1) 이하에서는 아동, 자녀 및 미성년자녀를 혼용해서 사용함.

사이의 가정폭력으로 이혼하는 경우라고 해도 마찬가지이다. 물론 우리 민법 제924조가 친권의 상실 또는 일시 정지를, 동법 제924조의2가 친권의 일부 제한을, 아동복지법 제18조가 친권상실 신고의 청구를, 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하에서는 가정폭력처벌법) 제40조가 가정폭력행위자가 친권자인 경우 피해자인 아동에 대한 친권 행사를 제한하는 보호처분(동조 제1항 제3호)을 규정하고 있다.

다만 친권남용이나 현저한 비행, 그 밖의 친권을 행사할 수 없는 중대한 사유가 있는 경우 친권을 제한하거나 상실하게 할 수 있음을 규정하고 있음에도 불구하고, 부모 중 일방의 상대방에 대한 가정폭력을 미성년자녀에 대한 친권의 상실이나 제한 사유로 우리 법원이 판단하는지는 의문이다. 왜냐하면 실제로는 가정폭력으로 부모가 이혼하는 경우에도 가정폭력 가해자인 부모 중 일방이 친권자나 양육자로 지정되는 경우가 발생하고 있기 때문이다. 특히 가정폭력으로 부모 중 일방이 사망한 경우, 가정폭력 가해자인 부모 일방이 친권자로 지정되거나 가해자의 부모나 형제자매, 즉 미성년자녀의 조부모나 이모, 삼촌 등이 후견인으로 지정되는 경우에 미성년자녀의 복리가 보호된다고 보기 어렵다.

미성년자녀가 부모 사이에서의 폭력을 목격하거나 경험한 경우, 성장 과정에서 정서적 문제나 관계 형성에 부정적 영향을 주며, 아동기에 가정폭력을 경험한 아동은 성인이 되어서 가정폭력의 가해자 혹은 피해자가 될 가능성이 경험이 없는 경우에 비해 3배 정도 높다는 점에서 가정폭력 가해자에 대한 친권(양육권 포함)에 대한 인정은 엄격히 제한되어야 하며, 면접교섭권 또한 제한된 요건 하에서 허용될 필요가 있다.

특히, 미국, 프랑스, 독일의 경우에는 가정폭력 가해자인 부모의 친권을 제한하는 규정을 두고 있어, 우리 사회의 높은 가정폭력 발생률을 고려한다면 우리 민법에도 해당 규정의 신설은 필요하다고 보인다. 이하에서는 우리의 가정폭력 및 친권 관련 법제(제2장)에 이어서 외국의 가정폭력 및 친권 관련 법제(제3장)를 살펴보고, 마지막으로 가정폭력 가해자에 대한 친권 및 양육권을 검토하고자 한다(제4장).

가정폭력 가해자에 대한 친권 및 양육권 제한에 대한 검토와 관련해서 기본적으로 문헌 조사 방법을 통해 작성하고자 하며, 기존의 단행본이나 논문과 같은 문헌 자료를 중심으로 관련 법제 및 논의 등을 살펴보고, 관련 웹사이트를 보충적으로 참고하고자 한다. 그리고 전문가 자문을 통해 가정폭력 가해자에 대한 친권 및 양육권 제한을 위한 개정 사항을 검토하고자 한다.

## 제2장 우리의 가정폭력 및 친권 관련 법제

제1절 서설

제2절 우리 사회의 가정폭력

제3절 가정폭력 관련 규정 :  
가정폭력처벌법과 가정폭력방지법

제4절 가정폭력과 친권 관련 사항



## 제2장

# 우리의 가정폭력 및 친권 관련 법제

### 제 1 절 | 서설

가정폭력은 가정에서 일상적으로 일어나는 가족 내 약자에 대한 폭력으로, 가정폭력의 은밀성과 반복성이라는 특징으로 인해 가정폭력의 직접 피해자는 물론이고, 가정폭력을 경험한 아동은 폭력 성향이 대물림되고, 부정적인 영향을 준다는 여러 연구 결과가 보고된 바 있다.<sup>2)</sup>

사회적으로 가정폭력에 대한 부정적 인식이나 부정적 영향에도 불구하고, 전통적으로 가정폭력이 국가나 제도적 차원에서의 문제로 인식된 것은 최근의 일이고, 가정폭력 피해자도 가정폭력의 가해자에 대한 처벌을 원하지 않거나 범죄로 인식조차 하지 못해 가정폭력의 신고와 실제 발생률은 큰 괴리를 보일 수밖에 없음을 쉽게 예상할 수 있다.

우리 사회에서는 1997년 12월 13일에 가정폭력처벌법이, 1997년 12월 31일에 가정폭력방지법이 제정되어, 1998년 7월 1일부터 함께 시행되었다. 각 법률은 그 명칭에서 알 수 있듯이 가정폭력의 가해자와 피해자를 위해 개별적으로 제정되었으며, 각 법의 제정 이유 또한 가해자에 대한 처벌과 피해자에 대한 보호로 다름을 알 수 있다.

이하에서는 우리 사회의 가정폭력의 현황이나 의미(제2절) 및 가정폭력처벌법과 가정폭력방지법의 제정 이유를 비롯한 구체적 내용을 통해서 가정폭력 관련 규정(제3절)을 살펴본 후에 가정폭력이 발생한 경우 미성년자녀에 대한 친권 관련 사항(제4절)을 검토해 보고자 한다.

2) 신선인, “가정폭력 노출경험이 아동, 청소년 비행에 미치는 영향에 대한 메타분석”, 한국가족사회복지학 제23호, 2008, 153면 이하; 김재엽, 류원정, 오세현, 이현, “가정폭력 세대 간 전이에 관한 연구: 여성의 생애주기상 재피해 영향을 중심으로”, 한국가족복지학 제19권 제1호, 2014, 81-101면.

## 1. 서설

가정폭력이 사회적 문제로 인식되고 가해자에 대한 처벌을 비롯하여 피해자의 보호를 제도로 규정한 역사는 길지 않다. 서구 사회뿐만 아니라 우리 사회에서도 역사적으로 가정폭력을 가정 내의 문제로 보고 국가가 개입하지 않았다.<sup>3)</sup> 국가와 사회를 이원화하는 전통적인 입장에 의하면, 가정의 문제는 비록 해당 문제가 기본권을 침해하는 경우에도 사적 영역에 속하는 것으로서, 국가권력 작용을 통한 개입이 불가능하다고 보았다.<sup>4)</sup>

그러나 최근 서구 사회뿐만 아니라 우리 사회 또한 가정폭력을 바라보는 시각이 기존의 가정 내의 사적 문제로 보는 것이 아니라, 국가적, 사회적 차원에서 대처해야 하는 범죄로 인식하는 것으로 변화하였다. 여성의 지위 및 인권에 대한 인식의 향상과 가정폭력의 심각성이나 위험성이 많이 알려지게 되면서 가정폭력에 대한 사회적 시각이 변화하였고, 가정폭력에 대한 접근에 있어서도 국가 개입의 필요성과 당위성을 긍정하게 되었다. 이러한 측면에서 가정폭력을 “개인의 인권을 유린하는 개인적, 사회적 여러 요인의 복합적 상호작용으로 발생하는 가정 및 사회의 병리 현상”으로 보기도 한다.<sup>5)</sup> 왜냐하면, 가정폭력에 대한 국가 개입은 사적 영역에 대한 공적 개입으로서, 가정폭력은 인권이라는 공적 가치에 대한 침해인 동시에 가정이라는 사적 영역의 자율성에 대한 존중이 요구되기 때문이다.<sup>6)</sup>

- 3) 동서양 모두 마찬가지로 가부장제 사회에서 가정폭력은 만연된 사회현상으로(이유정, “여성 폭력과 사법”, 저스티스 제146-3호, 2015, 586면), 과거 여성 인권에 대한 인식이 거의 없었던 시기에는 가정폭력은 처벌 대상이 아니라 가정 내의 문제로 국가가 간섭하거나 개입할 수 없는 사안으로 인식되었다(김소연, “사적(私的) 영역에 개입하는 국가권력작용의 비례성 판단 -가정폭력에 대한 경찰의 영장 없는 현장출입의 가능성을 중심으로”, 공법학연구 제19권 제4호, 2018, 208면).
- 4) 국가와 사회를 구분하는 이원론에서는 사회는 국가와는 구분되며, 오히려 국가가 보장하는 일반적 법질서에 의한 사인 주도의 발현, 책임, 결정이 자유로운 탈(脫)정치적 영역을 의미한다(Ernst Wolfgang Böckenförde(김효전 역), 국가와 사회의 헌법이론적 구별, 법문사, 1988, 56-57면); 장영수, 헌법학, 홍문사, 2018, 26면.
- 5) 이금옥, “인권침해로서 가정폭력에 대한 미국에서의 논의”, 헌법학연구, 제12권 제5호, 2006, 244면.
- 6) 김소연, “사적(私的) 영역에 개입하는 국가권력작용의 비례성 판단 -가정폭력에 대한 경찰의 영장 없는 현장출입의 가능성을 중심으로”, 공법학연구 제19권 제4호, 2018, 211-212면.

1996년 UN의 인권이사회(Human Rights Council : HRC)는 가정폭력과 관련하여, ① 고문으로 인한 사망과 같이 특정 형태의 신체적, 심리적 고통이 수반된다는 점, ② 고문과 같이 고의적인 행위인 점, ③ 고문과 마찬가지로 상대방에 대한 처벌, 위협, 인격 축소를 포함한 특정한 목적을 가진다는 점, ④ 고문과 마찬가지로 국가가 조치를 취하지 않을 경우, 국가의 암묵적인 관여하에서 발생한다는 점에서 가정폭력은 고문의 한 형태라고 보았다.<sup>7)</sup>

이하에서는 가정폭력의 개념(II), 가정폭력의 실태 및 현황(III) 및 UN 여성차별철폐협약(Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women : CEDAW)의 영향(IV)을 순차적으로 살펴본다.

## II. 가정폭력의 개념

각 사회나 시대에 따라서 사회적 현상의 의미는 변화할 수 있으며, 이와 마찬가지로 가정폭력이라는 용어도 각 사회나 시대에 따라 그 의미나 범위는 달라질 수 있다. 더구나 특정의 시점에서 가정폭력의 개념과 범위를 확정하는 것은 쉽지 않은데, 이는 제도적, 사회적 의미가 동일하지 않고 이에 대한 보호 체계도 일원화되어 있지 않기 때문이다.

일반적으로 우리 사회에서는 가정폭력을 부부폭력으로 가정하거나 제한하여 사용하고 있는 경우가 많으며,<sup>8)</sup> 가정폭력이라는 용어 자체에 대한 개념도 혼재된 상태로 활용되어, 가정폭력에 대한 일치되고 정확한 개념을 정의하기 어렵다. 학술적 또는 정책적으로 family violence나 domestic violence를 가정폭력으로 보고 있고, 가정폭력이라는 용어 외에도 여성에 대한 폭력(violence against women) 또는 친밀한 관계에서의 폭력(Intimate-Partner Violence : IPV)이라는 용어도 사실상 동일한 의미로 사

7) 박정하, 장정식, “인권침해로서 여성폭력”, 국제엠네스티, 2005, 12면.

8) 조미숙, “가정폭력 목격이 자녀의 심리, 사회적 부적응에 미치는 영향”, 한국가족사회복지학 제4권, 1999, 295-326면; 김인숙, 신은주, 김혜선, “가정폭력 피해자를 위한 서비스 네트워크 모델 개발”, 한국가족사회복지학 제3권, 1999, 63-90면; 이훈, 노성훈, 조준택, “가정폭력사건 경찰신고의향 영향요인-서울특별시 가정폭력 빈발지역의 지역사회 특성을 중심으로”, 한국범죄학 제10권 제1호, 2016, 3-38면.

용되고 있다.<sup>9)</sup>

외국에서는 가정폭력에 대한 용어와 개념에 대한 정리의 필요성을 인식하여, 과거에는 family violence 또는 domestic violence라는 용어를 사용하였으나, 최근에는 ‘친밀한 관계 사이의 폭력(IPV)’이라는 용어를 일반적으로 활용하고 있는 것으로 보인다.<sup>10)</sup> 특히 세계보건기구(WHO)와 같은 국제기구 또한 부부를 포함한 친밀한 관계의 파트너 사이에서 발생하는 폭력에 대해서는 ‘친밀한 관계 사이의 폭력(IPV)’이라는 용어를 사용하고 있다.<sup>11)</sup> 세계보건기구(WHO) 및 미국의 질병통제예방센터(Centers for Disease Control and prevention : CDC)는 ‘친밀한 관계 사이의 폭력(IPV)’을 파트너에 대한 가장 일반적인 형태의 폭력으로 보고, 현재나 과거의 친밀한 파트너 사이에서 발생하는 신체적, 정서적, 성적 폭력, 스토킹, 협박 및 통제 행위로 정의한다.<sup>12)</sup>

미국에서는 가정폭력의 피해자나 가해자의 성별과는 관계없이 ‘친밀한 관계 사이의 폭력(IPV)’으로 인정되어야 하고 특히 동성(homosexual relationship) 파트너 사이의 가정폭력에 대해서도 ‘친밀한 관계 사이의 폭력(IPV)’으로 인정해야 한다는 움직임이 제기되었고, 사실상 현재에는 인정되고 있다.<sup>13)</sup>

---

9) 송아영, “가정폭력 현황과 정책과제”, 보건복지포럼 제247호, 2017. 5., 51-52면.

10) Breiding, M. J., Chen, J., & Black, M. C., Intimate Partner Violence in the United States—2010, National Center for Injury Prevention and Control, CDC, 2014.

11) WHO, Global and regional estimates of violence against women : prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence, Geneva, World Health Organization, 2013.

12) WHO, Understanding and addressing violence against women : overview, 2012. 11. 29. ([https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/77433/WHO\\_RHR\\_12.35\\_eng.pdf?sequence=1](https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/77433/WHO_RHR_12.35_eng.pdf?sequence=1)); Breiding, M. J., Basile, K. C., Smith, S. G., Black, M. C., & Mahendra, R., Intimate partner violence surveillance uniform definitions and recommended data elements, Center for Disease Control and Prevention, 2015.

13) 동성파트너 사이에서도 가정폭력을 인정해야 한다는 움직임이 시작되어 가정폭력법안(Violence Against Women Act : VAWA)의 보호 대상인 ‘친밀한 관계 사이의 폭력(IPV)’에 동성파트너도 포함되어야 한다는 요구가 제기되었다(Messinger, A. M., “Invisible victims : same-sex IPV” in the National Violence Against Women Survey, Journal of Interpersonal Violence, 26(11), 2010, pp. 2226-2243; Sorenson, S. B. & Thomas, K. A., “View of intimate partner violence” in same-and opposite-sex relationship, Journal of Marriage and Family 71(2), 2009, pp. 337-352); 송아영, “가정폭력 현황과 정책과제”, 보건복지포럼 제247호, 2017. 5., 53면.

### Ⅲ. 가정폭력의 실태 및 현황

가정폭력처벌법과 가정폭력방지법의 가정폭력에 대한 개념 정의에 따라서 가정폭력을 ① 신체적 폭력, ② 정서적 학대, ③ 경제적 위협, ④ 성적 폭력, ⑤ 방임(통제)으로 유형화하여, 아래의 표와 같이 3년 주기로 여성가족부가 가정폭력 실태조사를 시행하고 있다.

[가정폭력의 유형 및 개별 행위]<sup>14)</sup>

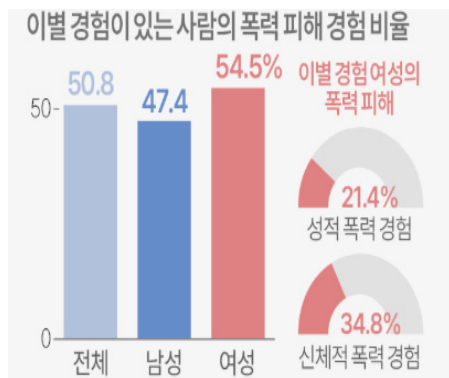
유형	내용
신체적 폭력	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 물리적인 힘이나 도구를 이용하여 신체를 직접적으로 때리는 것</li> <li>• 물건을 집어던지는 것</li> <li>• 어깨나 목 등을 짝 움켜잡는 것</li> </ul>
정서적인 학대	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 폭언, 무시, 모욕과 같은 언어폭력으로 기분을 상하게 하는 것</li> <li>• 직접적으로 때리지는 않았으나 때리려고 위협을 하거나 물건을 던지거나 부수는 것</li> <li>• 통제적으로 상대방을 고립시키고 의심하는 행위를 하는 것</li> </ul>
경제적인 위협	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 생활비를 주지 않는 것</li> <li>• 동의 없이 임의로 재산을 처분하거나 생활비 지출을 일일이 보고하게 하는 것</li> </ul>
성적인 폭력	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 성적 수치심을 유발하는 행위</li> <li>• 원치 않는 성관계를 요구하는 것</li> </ul>
방임(통제)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 무관심과 냉담으로 대하는 것</li> <li>• 위협 상황에 방치하는 것</li> </ul>

우리 사회의 가정폭력 실태조사에 따르면 가정폭력 발생 시에 사법 체계에 보호를 요청하거나 신고하는 비율이 다른 국가에 비해 낮은 것으로 조사되고 있으며, 더구나 최근에는 신고율이 점차 감소하는 추세로 2022년을 기준으로 1% 미만이며, 가정폭력 발생 시에 그냥 있는 것과 같은 소극적 반응이 절반 이상을 차지하는 것으로 나타나고 있다. 일반적으로 가정폭력의 특성상 실제 발생수에 비해 신고율이 낮다는 점을 고려한다면 우리 사회에서 가정폭력에 대한 사법적 개입은 극히 이례적인 일로 이해될 수 있다.

14) 송아영, “가정폭력 현황과 정책과제”, 보건복지포럼 제247호, 2017. 5., 53면.

가정폭력의 실태와 관련해, 전국의 가정폭력 사건의 검거 건수는 2012년 8,762건이었으나, 2016년에는 45,614건으로 5배가 증가하였으며,<sup>15)</sup> 2017년에는 38,583건, 2018년에는 41,905건, 2019년에는 50,277건, 2020년에는 44,459건, 2021년에는 46,041건, 2022년에는 44,816건, 2023년에는 44,524건으로 조사되었다. 경찰청이 통계 집계 방식을 바꾸기 이전인 2014년 발생한 가정폭력 전체 검거 건수 17,557건 중에서 ‘아내 학대’가 70.1%(12,307건)이었으며, 2015년 이후부터 피해자 기준으로 변경된 통계 집계 방식에 따르면, 매년 가정폭력의 약 70% 이상이 여성인 것으로 조사되었다.<sup>16)</sup>

여성가족부의 2022년 가정폭력 실태조사에 따르면 아래의 [가정폭력 실태 I] 그림과 같이 이혼을 비롯해 별거나 동거의 해소 등의 경험이 있는 사람 2명 중 1명은 상대방으로부터 폭력을 당한 경험이 있는 것으로 조사되었으며, 이별한 여성 3명 중 1명은 신체적 폭력을, 5명 중 1명은 성적 폭력을 경험한 적이 있는 것으로 조사되었다.<sup>17)</sup>



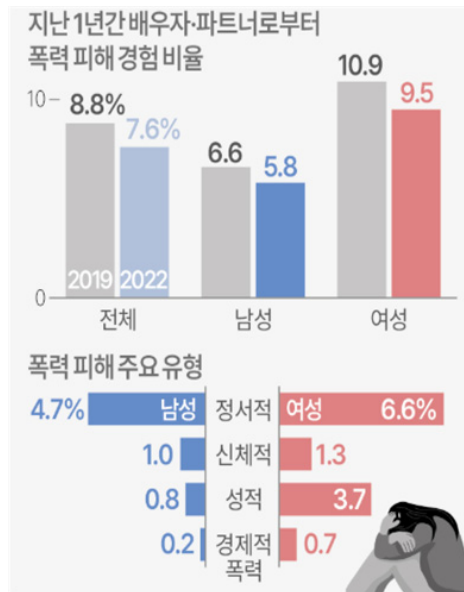
[가정폭력 실태 I]

15) 박기호, “가정폭력 5년새 5배 증가...‘아내 학대’가 70% 차지”, 한겨레, 2019. 10. 19; 박주민 의원은 가정폭력의 증가는 가정폭력의 절대적인 숫자의 증가라기 보다는 가정폭력의 신고율이 높아진 것으로 추측하면서, 가정폭력 사범의 증가가 단순히 범죄의 증가는 아니며, 과거 가정폭력을 가족만의 문제로 보던 관행이 있었으나 최근에는 가정폭력이 범죄라는 인식이 확산되면서 신고율 자체가 높아진 것도 원인이라고 보았다(정상근, “가정폭력사범 4년 간 17배 증가”, 미디어오늘, 2017. 10. 4.).

16) 경찰청, 가정폭력 검거 및 조치 현황.

17) 이재윤, “[그래픽] 가정폭력 실태”, 연합뉴스, 2023. 7. 5. (<https://www.yna.co.kr/view/GYH20230705000100044>).

여성가족부의 2022년 가정폭력 실태조사에 따르면 아래의 [가정폭력 실태 II]<sup>18)</sup> 그림과 같이 가정폭력의 내용은 정서적 폭력이 가장 높은 것으로 나타나며, 성적 폭력, 신체적 폭력, 경제적 폭력의 순서로 점차 그 비율이 줄어들고 있음을 확인할 수 있다.



[가정폭력 실태 II]

2022년의 가정폭력의 유형에 따른 조사 결과는 2007년의 조사와는 차이가 있는데, 2007년의 경우 최근 1년간 가정폭력 발생률은 50.4%로 2가구 중 1가구로 가정폭력이 발생한 것으로 조사되었으며, 유형별로는 정서적 폭력이 46.2%로 가장 높았고, 다음은 신체적 폭력 30.7%, 방임 16.0%, 성학대 9.6%, 경제적 폭력 3.5%의 순서로 나타났다.

18) 이재윤, “[그래픽] 가정폭력 실태”, 연합뉴스, 2023. 7. 5. (<https://www.yna.co.kr/view/GYH20230705000100044>).

#### IV. UN 여성차별철폐협약(Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women : CEDAW)의 영향

1975년 12월 UN 총회에서는 남녀 차별을 없애고 여성도 남성과 함께 역사 및 사회발전에 공동의 주역이 되어 발전적 사회를 만들자는 공약인 'UN 여성 10년'을 설정하였다. 해당 공약의 조직적 수행을 위해, UN은 1967년의 '여성차별철폐선언'을 기초로 법적 구속력이 있는 '여성에 대한 모든 형태의 차별철폐협약(CEDAW)'을 1979년 12월 18일 제34회 UN 총회에서 채택하였고, 1981년에 20개국의 비준을 통해 효력을 가지게 되었다. 우리나라는 1983년 5월 25일 세계에서 90번째로 비준한 후, 국내에서는 1985년 1월 26일부터 해당 협약이 시행되고 있다. 1986년 제1차 보고서 제출 이후 4년마다 국가보고서를 UN 여성차별철폐위원회에 제출해 오고 있다. UN 여성차별철폐위원회는 우리 정부의 협약 이행을 위한 노력을 긍정적으로 평가한 바 있으며, 제도적으로도 해당 협약의 영향으로 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(1994), 가정폭력처벌법(1997) 및 가정폭력방지법(1997)의 제정을 비롯하여, 사실상 많은 법의 제정 및 개정이 있었다.<sup>19)</sup>

2010년에 우리나라가 제출한 보고서에 대해서 해당 위원회는 우리나라의 여성에 대한 폭력 상황에 대해 우려와 권고를 표명하면서, 가정폭력과 성폭력 사건의 신고를 독려하기 위해 우리나라가 필요한 조치를 마련할 것을 권고한 바 있다. 특히, 가정폭력(성폭력 포함)에 대한 낮은 신고율, 성인의 성폭력 범죄의 대부분이 친고죄인 점, 낮은 성폭력 범죄의 기소율 및 유죄 선고율, 가정폭력(성폭력 포함)에 대응할 수 있는 여성 경찰 수의 부족을 지적하였다.

이후 가정폭력 피해자를 위해서 2010년 2월 4일 가정폭력방지법을 개정하여, 가정폭력

19) 1987년 10월 개헌을 통해, 성평등을 위한 헌법 규정의 신설(헌법 제32조 제4항, 제34조 제3항, 제36조 제1항 및 제2항), 유보조항 철폐를 위해 가족법(1990)과 국적법(1998)의 개정, 성평등 제고를 위한 남녀고용평등법(1987), 영유아보육법(1991) 및 여성발전기본법(1995)의 제정이 이루어졌으며, 여성 공무원에 대한 한시적 채용목표제 도입(1995)과 남녀차별금지 및 구제에 관한 법률(1999)이 제정되었다(양현아, “최근 여성차별철폐협약(CEDAW)의 한국정부에 대한 권고사항 -유보조항 ‘가족성(家族姓)’ 규정을 중심으로-”, 서울대학교 法學 제54권 제3호, 2013. 9., 216면).

피해자가 아무 준비 없이 거주지로부터 벗어나는 경우 발생할 수 있는 경제적 어려움과 학령기의 미성년자녀와 동반한 경우의 양육비, 학비 등의 필요를 고려하였다. 구체적으로는 가정폭력 피해자 보호시설에서 제공하는 상담, 치료, 법률 지원 외의 경제적 지원으로, 1. 생계비, 2. 아동교육 지원비, 3. 아동 양육비, 4. 그 밖의 대통령령으로 정하는 비용 관련 규정을 신설하였다. 그리고 2010년 5월 17일 다시 가정폭력방지법을 개정하여, 가정폭력 피해자를 긴급 구조할 필요가 있는 경우에는 경찰관의 동행을 요청할 수 있도록 하고, 긴급전화센터, 상담소 및 보호시설의 운영을 평가하도록 하였다. 또한 2012년 2월 1일 개정을 통해서, 가정폭력 사건의 신고를 받고 출동한 경찰관의 조사 권한을 확정함으로써 가정폭력 피해자에 대한 보호를 강화하였다.

또한 여성차별철폐협약의 영향으로 2018년 12월 24일에는 여성폭력방지와 피해자 보호·지원에 관한 국가 책임을 명백히 밝히고, 여성폭력방지정책을 통해 개인의 존엄과 인권 증진에 이바지함을 목적으로 여성폭력방지기본법이 제정되었다.

### 제3절 | 가정폭력 관련 규정 : 가정폭력처벌법과 가정폭력방지법

## 1. 서설

1980년대부터 우리 사회에서는 정치적 민주주의와 남녀평등, 여성 인권의 신장으로 인해, 가정폭력의 피해자인 여성에 대한 관심이 높아지기 시작하면서 1983년 한국여성의전화 설립과 함께, 가정폭력 피해 여성을 돕기 위한 사회적, 제도적 방안이 모색되기 시작하였다.<sup>20)</sup> 특히 여성단체를 중심으로 가정폭력에 대한 적극적인 사회적 관심을 위한 노력을 통해 가정폭력처벌법과 가정폭력방지법이 1997년 12월 13일과 31일에 연달아 제정

20) 허민숙, “가정폭력 재개념화를 위한 비교연구 : 시민의 권리인가? 가정에 대한 보호인가?”, 가족과 문화 제23권 제4호, 2011, 95면 이하.

되었다.

이하에서는 가정폭력처벌법과 가정폭력방지법의 제정 이유(Ⅱ)와 가정폭력의 개념 및 대상(Ⅲ)을 순차적으로 살펴본다.

## Ⅱ. 제정 이유

1997년 12월 13일에 제정된 가정폭력처벌법은 “가정폭력 문제의 심각성에도 불구하고 가정폭력은 가정 내의 문제로 치부되어 사회적으로 방치되어 왔으나, 최근 가정폭력이 다른 사회적 폭력보다 지속적, 상습적으로 행하여지고 있다는 우려가 제기되면서 가정폭력에 사회와 국가가 적극 개입하여 해결하여야 한다는 여론이 증가하고 있어, 가정폭력범죄 행위자에 대한 보호처분제도를 도입하고 가정폭력으로 입은 손해에 대한 민사처리특례를 통해 궁극적으로 건강한 가정을 육성하고 가정의 평화와 안정을 회복하고자 함”을 밝히고 있다.

구체적으로 다음의 사항을 통해 가정폭력범죄의 처벌을 규정하였다:

- ① 직무 또는 상담을 통하여 가정폭력범죄를 알게 된 의료기관·가정폭력 관련 상담소 등의 장에 대하여 신고 의무 부과(1997년 12월 13일 가정폭력처벌법 제4조 제2항·제3항),
- ② 가정폭력의 행위자가 피해자나 배우자의 직계존속인 경우에도 고소 가능(1997년 12월 13일 가정폭력처벌법 제6조 제2항),
- ③ 경찰 관리의 응급조치에도 가정폭력범죄의 재발 우려가 있는 경우, 검사에 의한 법원의 격리 및 접근금지 청구(1997년 12월 13일 가정폭력처벌법 제8조),
- ④ 검사는 가정폭력범죄로서 사건의 성질·동기 및 결과, 행위자의 성행 등을 고려해, 보호처분에 상당하다고 인정하는 때에는 가정보호사건으로 처리 가능(1997년 12월 13일 가정폭력처벌법 제9조),
- ⑤ 가정보호사건으로 처리하는 경우, 검사는 그 사건을 관할 가정법원 또는 지방법원으로 송치(1997년 12월 13일 가정폭력처벌법 제11조),
- ⑥ 가정폭력 행위자의 사건 심리 후, 보호처분에 처함이 상당하다고 인정할 때, 법원은

사건을 가정보호사건의 관할 법원으로 송치 가능(1997년 12월 13일 가정폭력처벌법 제12조),

⑦ 보호처분 확정의 경우, 동일한 범죄사실로 다시 공소 제기 불가(1997년 12월 13일 가정폭력처벌법 제16조),

⑧ 가정폭력 피해자의 신청 시, 피해자의 증인 신문에서 가정보호사건에 관한 피해자의 진술권 보장(1997년 12월 13일 가정폭력처벌법 제33조),

⑨ 판사가 심리 후 보호처분의 필요를 인정한 경우, 접근 행위 제한, 친권 행사 제한, 사회봉사·수강명령, 보호관찰, 감호 위탁 등의 처분 결정 가능(1997년 12월 13일 가정폭력처벌법 제40조 제1항),

⑩ 피해자의 물적 피해나 치료비, 부양료에 대한 신속한 민사 처리 절차를 위해 소송촉진 등에 관한 특례법의 내용과 유사한 민사 처리에 관한 특례를 규정(1997년 12월 13일 가정폭력처벌법 제56조 내지 제61조),

⑪ 접근 행위 제한 및 친권 행사 제한을 불이행한 경우, 보호처분의 불이행죄를 신설하여 처벌(1997년 12월 13일 가정폭력처벌법 제63조).

가정폭력처벌법 제정 이후 18일 후인 1997년 12월 31일에 제정된 가정폭력방지법은 “가정 내의 폭력으로 인하여 가정이 파산되고 가족구성원이 신체적·정신적 피해를 당하고 있어 가정폭력을 예방하고 가정폭력으로 인한 피해자를 보호함으로써 건전한 가정을 육성”하고자 해당 법을 신설한다고 명시하고 있다.

구체적으로 다음의 사항을 통해 가정폭력의 방지를 위한 방안을 규정하였다;

① 국가와 지방자치단체는 가정폭력의 예방과 피해자 보호를 위한 법적·제도적 장치를 마련하고, 이에 필요한 예산상의 조치 의무 부과(1997년 12월 31일 가정폭력방지법 제4조),

② 국가와 지방자치단체의 가정폭력 상담소와 가정폭력 피해자 보호시설의 설치·운영 및 민간이 설치·운영하는 가정폭력 상담소는 신고제로, 가정폭력 피해자 보호시설은 사회복지법인 기타 비영리법인이 인가를 받아 설치·운영(1997년 12월 31일 가정폭력방지법 제5조 및 제7조),

③ 국가 또는 지방자치단체는 가정폭력 관련 상담소 또는 보호시설의 설치·운영 소요 경비의 일부 보조 가능(1997년 12월 31일 가정폭력방지법 제13조),

④ 의료기관은 가정폭력 피해자 본인·가족·친지 또는 상담소나 보호시설의 장 등의 요청이 있는 경우 피해자에 대한 치료·상담 등을 실시하여야 하며, 이에 필요한 비용은 가정폭력을 행한 자가 부담하도록 하되, 다만, 가정폭력을 행한 자가 비용을 부담할 능력이 없는 때에는 국가 또는 지방자치단체가 이를 부담한 후 구상권을 행사하도록 함(1997년 12월 31일 가정폭력방지법 제18조),

⑤ 상담소 또는 보호시설에서 업무에 종사하였거나 하고 있는 자는 그 업무상 알게 된 비밀 누설은 금지되며, 비밀 누설의 위반 시에는 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처하도록 함(1997년 12월 31일 가정폭력방지법 제20조).

정리하면, 가정폭력처벌법과 가정폭력방지법의 제정 이유는 상반된 것처럼 보이지만, 첫째, 우리 사회의 가정폭력의 증가 및 심각성에 대한 인식, 둘째, 가정폭력은 가정 내의 문제가 아닌 범죄로 사회적, 국가적 차원의 개입 필요성, 셋째, 다른 범죄와는 달리 가정폭력은 가해자와 피해자가 모두 가정구성원으로 일반 범죄와는 다른 특성을 가진다는 점에서, 피해자를 위한 신고, 상담, 지원 제도, 가해자인 행위자를 위한 보호조치 및 가정보호사건으로 사건 송치의 운영을 통해 가정폭력의 예방 및 가정폭력 발생 후의 가정의 평화와 피해자의 인권 보호라는 공통적인 목적을 가지고 있다.

### III. 가정폭력의 개념 및 대상

#### 1. 서설

앞서 살펴본 바와 같이 우리 사회에서 일상적으로 인식되거나 일반적으로 사용되고 있는 가정폭력이라는 의미는 사실상 부부 사이에서 발생하는 여러 종류의 폭력으로 이해되고 있으며, 확대해서 해석하는 경우에도 사실혼 관계에 있는 당사자<sup>21)</sup> 정도로 볼 수 있다.

이하에서는 일상적으로 이해되는 가정폭력의 개념과 달리 가정폭력처벌법과 가정폭력방지법에서 규정하는 가정폭력을 비롯한 가정폭력 가해자나 피해자의 범위를 살펴본다.

## 2. 가정폭력의 개념

가정폭력처벌법은 “가정폭력범죄의 형사처벌 절차에 관한 특례를 정하고 가정폭력범죄를 범한 사람에 대하여 환경의 조정과 성행(性行)의 교정을 위한 보호처분을 함으로써 가정폭력범죄로 파괴된 가정의 평화와 안정을 회복하고 건강한 가정을 가꾸며 피해자와 가족구성원의 인권을 보호함을 목적”으로 규정하고 있다(가정폭력처벌법 제1조). 이때 가정폭력은 가정구성원 사이의 신체적, 정신적 또는 재산상 피해를 수반하는 행위를 말한다(가정폭력처벌법 제2조 제1호). 즉 어느 가정구성원이 다른 가정구성원에게 피해를 주게 되면 가정폭력으로 처벌의 대상이 되는 것이다.

가정폭력방지법은 “가정폭력을 예방하고 가정폭력의 피해자를 보호·지원함을 목적”으로 하고(가정폭력방지법 제1조), “가정폭력 피해자가 피해 상황에서 신속하게 벗어나 인간으로서의 존엄성과 안전을 보장받을 권리”를 기본이념으로 규정하고 있다(가정폭력방지법 제1조의2). 그리고 이때 가정폭력은 가정폭력처벌법 제2조 제1호가 규정하는 바와 같이, 가정구성원 사이의 신체적, 정신적 또는 재산상 피해를 수반하는 행위를 말한다(가정폭력방지법 제2조 제1호).

즉 가정폭력처벌법과 가정폭력방지법은 제정 배경과 명칭에서도 알 수 있듯이 가정폭력 가해자와 피해자로 그 대상에 따라 구분되어 있을 뿐이고, 앞서 언급한 바와 같이 궁극적으로는 이들 법의 제정 이유는 동일하다는 점에서 이들 법이 대상으로 하는 범죄의 의미 역시 당연히 동일할 수밖에 없다.

---

21) 일상적으로 사실혼 배우자라는 표현을 사용하는데, 배우자는 혼인한 부부를 가리키므로 엄격하게 해석하면 배우자라는 표현은 적합하지 않으나, 해당 연구보고서에서는 혼용해서 사용한다.

### 3. 가정폭력범죄

가정폭력처벌법 제2조 제3호 가정폭력범죄는 첫째, 형법 제2편에서, ① 제25장 상해와 폭행의 죄, ② 제28장 유기와 학대의 죄, ③ 제29장 체포와 감금의 죄, ④ 제30장 협박의 죄, ⑤ 제32장 강간과 추행의 죄, ⑥ 제33장 명예에 관한 죄, ⑦ 제36장 주거침입의 죄, ⑧ 제37장 권리행사를 방해하는 죄, ⑨ 제39장 사기와 공갈의 죄, ⑩ 제42장 손괴의 죄, 둘째, ⑪ 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 카메라 등을 이용한 촬영 범죄, 셋째, ⑫ 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제74조 제1항 제3호(벌칙)의 죄, 넷째, ⑬ 앞에서 언급된 죄의 가중 처벌되는 죄의 13가지로 분류되며, 구체적으로는 다음과 같다:

① 형법 제257조(상해, 존속상해), 제258조(중상해, 존속중상해), 제258조의2(특수상해), 제260조(폭행, 존속폭행) 제1항과 제2항, 제261조(특수폭행), 제264조(상습범),

② 형법 제271조(유기, 존속유기) 제1항과 제2항, 제272조(영아유기), 제273조(학대, 존속학대), 제274조(아동학사)의 죄,

③ 형법 제276조(체포, 감금, 존속체포, 존속감금), 제277조(중체포, 중감금, 존속중체포, 존속중감금), 제278조(특수체포, 특수감금), 제279조(상습범), 제280조(미수범)의 죄,

④ 형법 제283조(협박, 존속협박) 제1항과 제2항, 제284조(특수협박), 제285조(상습범)(제283조만 해당), 제286조(미수범)의 죄,

⑤ 형법 제297조(강간), 제297조의2(유사강간), 제298조(강제추행), 제299조(준강간, 준강제추행), 제300조(미수범), 제301조(강간 등 상해, 치상), 제301조의2(강간 등 살인, 치사), 제302조(미성년자 등에 대한 간음), 제305조(미성년자에 대한 간음, 추행), 제305조의2(상습범)(제297조, 제297조의2, 제298조부터 제300조만 해당)의 죄,

⑥ 형법 제307조(명예훼손), 제308조(사자의 명예훼손), 제309조(출판물 등에 의한 명예훼손), 제311조(모욕)의 죄,

⑦ 형법 제319조(주거침입, 퇴거불응), 제320조(특수주거침입), 제321조(주거, 신체 수색), 제322조(미수범)의 죄,

⑧ 형법 제324조(강요), 제324조의5(미수범)(제324조만 해당)의 죄,

⑨ 형법 제350조(공갈), 제350조의2(특수공갈), 제352조(미수범)(제350조, 제350조의2만 해당)의 죄,

⑩ 형법 제366조(재물손괴 등), 제369조(특수손괴) 제1항의 죄,

⑪ 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조(카메라 등을 이용한 촬영), 제15조(미수범)(제14조만 해당)의 죄,

⑫ 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제74조 제1항 제3호(벌칙)의 죄 : 동법 제44조의7 제1항 제3호(불법정보의 유통금지 등)<sup>22)</sup>를 위반하여 공포심이나 불안감을 유발하는 부호, 문언, 음향, 화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하게 한 죄,

⑬ 앞에서 언급된 죄로서 다른 법률에 따라 가중 처벌되는 죄.

따라서, 가정폭력범죄는 가정구성원 사이의 신체적, 정신적 또는 재산상 피해를 수반하는 행위로서의 가정폭력에 해당하는 위의 13종류의 죄라고 정리할 수 있다.

## 4. 가정구성원 : 가정폭력 행위자와 피해자

### (1) 가정구성원의 범위

가정폭력처벌법은 가정폭력의 주체이자 객체가 되는 가정구성원을, 첫째, 배우자(사실상 혼인관계에 있는 사람 포함)에 또는 배우자였던 사람, 둘째, 자기 또는 배우자와 직계존비속관계(사실상 양친자관계 포함)에 있거나 있었던 사람, 셋째, 계부모와 자녀의 관계 또는 적모(嫡母)와 서자(庶子)의 관계에 있거나 있었던 사람, 동거하는 친족으로 규정하고 있다(가정폭력처벌법 제2조 제2호). 가정폭력방지법 또한 제정 이유에 부합하도록 가정폭력처벌법과 동일하게 가정폭력의 주체이자 객체인 가정구성원을 규정하고 있다(가정폭력

---

22) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의7 제1항 제3호(불법정보의 유통금지 등) 공포심이나 불안감을 유발하는 부호, 문언, 음향, 화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하도록 하는 내용의 정보.

방지법 제2조 제1호).

그리고 가정폭력 행위자는 가정폭력범죄를 범한 자만이 아니라 가정구성원인 공범까지도 포함되며(가정폭력처벌법 제2조 제4호 및 가정폭력방지법 제2조 제2호), 가정폭력 피해자는 가정폭력 범죄로 인해 직접적으로 피해를 입은 자(가정폭력처벌법 제2조 제5호 및 가정폭력방지법 제2조 제3호)를 의미함을 가정폭력처벌법과 가정폭력방지법이 동일하게 규정하고 있다. 또한 아동은 18세 미만인 자(아동복지법 제3조 제1호)로 보고 있는데(가정폭력처벌법 제2조 제8호 및 가정폭력방지법 제2조 제4호), 이 또한 가정폭력처벌법과 가정폭력방지법이 동일하게 규정하고 있다. 다만 아동의 경우는 이어서 별도로 후술한다.

## (2) 가정폭력 피해자와 아동

### 1) 가정폭력 피해자로서의 아동

가정폭력 범죄가 발생하는 경우, 형법을 비롯하여 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 및 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 또한 적용될 수 있는 범죄라고 해도 가정폭력처벌법이 우선적으로 적용된다.

그런데, 아동학대범죄의 경우에는 “아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하에서는 아동학대처벌법)”이 가정폭력처벌법보다 우선 적용됨을 명시하고 있다(가정폭력처벌법 제3조). 다만 이때의 아동은 ① 자기 또는 배우자와 직계존비속관계(사실상 양친자관계 포함)에 있거나 있었던 사람, ② 계부모와 자녀의 관계 또는 적모(嫡母)와 서자(庶子)의 관계에 있거나 있었던 사람, ③ 동거하는 친족 중에서도 가정폭력의 피해자로 한정되고 있음을 알 수 있다(가정폭력처벌법 제2조 제2호). 구체적으로는 자신의 자녀, 배우자의 자녀, 함께 살고 있는 조카, 사촌 등의 18세 미만인 아동이 가정폭력 피해자가 될 수 있다.

즉 가정폭력처벌법과 가정폭력방지법의 대상에는 18세 미만인 자로 아동이 가정구성원으로 포함되지만, 만약 해당 가정폭력 범죄가 아동학대처벌법의 아동학대범죄인 경우에는 우선적으로 아동학대처벌법이 적용된다. 아동학대처벌법이 대상으로 하는 아동학대범죄는 보호자<sup>23)</sup>에 의한 아동학대로서 형법 제2편의 ① 제25장 상해와 폭행의 죄, ② 제28장 유

기와 학대의 죄, ③ 제29장 체포와 감금의 죄, ④ 제30장 협박의 죄, ⑤ 제31장 약취, 유인 및 인신매매의 죄, ⑥ 제32장 강간과 추행의 죄, ⑦ 제33장 명예에 관한 죄, ⑧ 제36장 주거침입의 죄, ⑨ 제37장 권리행사를 방해하는 죄, ⑩ 제39장 사기와 공갈의 죄, ⑪ 제42장 손괴의 죄, ⑫ 아동복지법 제71조 제1항 각호의 죄, ⑬ 앞에서 언급된 죄로서 다른 법률에 따라 가중 처벌되는 죄, ⑭ 아동학대처벌법의 아동학대 살해, 치사, 아동학대 중상해 죄의 14가지로 분류되며, 구체적으로는 다음과 같다:

① 형법 제257조(상해) 제1항과 제3항, 제258조의2(특수상해) 제1항(제257조 제1항만 해당)과 제3항(제1항 중 제257조 제1항만 해당), 제260조(폭행) 제1항, 제261조(특수폭행), 제262조(폭행치사상)(상해에 이르게 한 때만 해당)의 죄,

② 형법 제271조(유기) 제1항, 제272조(영아유기), 제273조(학대) 제1항, 제274조(아동혹사), 제275조(유기 등 치사상)(상해에 이르게 한 때만 해당)의 죄,

③ 형법 제276조(체포, 감금) 제1항, 제277조(중체포, 중감금) 제1항, 제278조(특수체포, 특수감금), 제280조(미수범), 제281조(체포, 감금 등의 치사상)(상해에 이르게 한 때만 해당)의 죄,

④ 형법 제283조(협박) 제1항, 제284조(특수협박), 제286조(미수범)의 죄,

⑤ 형법 제287조(미성년자 약취, 유인), 제288조(추행 등 목적 약취, 유인 등), 제289조(인신매매), 제290조(약취, 유인, 매매, 이송 등 상해, 치상)의 죄,

⑥ 형법 제297조(강간), 제297조의2(유사강간), 제298조(강제추행), 제299조(준강간, 준강제추행), 제300조(미수범), 제301조(강간 등 상해, 치상), 제301조의2(강간 등 살인, 치사), 제302조(미성년자 등에 대한 간음), 제303조(업무상 위력 등에 의한 간음), 제305조(미성년자에 대한 간음, 추행)의 죄,

⑦ 형법 제307조(명예훼손), 제309조(출판물 등에 의한 명예훼손), 제311조(모욕)의 죄,

---

23) 아동학대처벌법의 아동학대자는 보호자에 한정되며, 이때의 보호자는 아동복지법 제3조 제3호의 보호자로 친권자, 후견인, 아동을 보호, 양육, 교육하거나 그러한 의무가 있는 자 또는 업무, 고용 등의 관계로 사실상 아동을 보호, 감독하는 자를 말한다.

- ⑧ 형법 제321조(주거, 신체 수색)의 죄,
- ⑨ 형법 제324조(강요), 제324조의5(미수범)(제324조의 죄만 해당)의 죄,
- ⑩ 형법 제350조(공갈), 제350조의2(특수공갈), 제352조(미수범)(제350조와 제350조의2의 죄만 해당)의 죄,
- ⑪ 형법 제366조(재물손괴 등)의 죄,
- ⑫ 아동복지법 제71조 제1항 각호의 죄 : 1. 아동을 매매하는 행위, 2. 아동에게 음란한 행위를 시키거나 이를 매개하는 행위 또는 아동을 대상으로 하는 성희롱 등의 성적 학대 행위, 3. 아동의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위, 5. 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위<sup>24)</sup>, 6. 자신의 보호, 감독을 받는 아동을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호, 양육, 치료 및 교육을 소홀히 하는 방임행위, 7. 장애를 가진 아동을 공중에 관람시키는 행위, 8. 아동에게 구걸을 시키거나 아동을 이용하여 구걸하는 행위, 9. 공중의 오락 또는 흥행을 목적으로 아동의 건강 또는 안전에 유해한 곡예를 시키는 행위 또는 이를 위하여 아동을 제3자에게 인도하는 행위,
- ⑬ 앞에서 언급된 죄로서 다른 법률에 따라 가중 처벌되는 죄,
- ⑭ 아동학대처벌법 제4조(아동학대살해, 치사), 제5조(아동학대중상해), 제6조(상습범)의 죄.

이상과 같이 아동학대처벌법의 대상인 아동학대범죄는 앞서 살펴본 가정폭력처벌법의 대상인 가정폭력범죄와 거의 유사한 것을 확인할 수 있다. 따라서 가정폭력방지법의 대상이 되는 아동은 아동학대범죄의 대상이 되지 않는 아동으로 제한된다. 이때, 아동학대범죄는 아동학대자(보호자)에 의한 경우만을 의미하므로, 아동에 대한 앞서의 범죄가 가해졌다고 해도 보호자(아동복지법 제3조 제3호)인 친권자, 후견인, 아동을 보호, 양육, 교육하는 자(또는 해당 의무가 있는 자) 또는 업무, 고용 등의 관계로 사실상 아동을 보호, 감독하는 자에 의한 범죄가 아니라면, 해당 아동은 가정폭력 피해자가 될 수 있다.

24) 가정폭력처벌법 제2조 제1호에 따른 가정폭력에 아동을 노출시키는 행위로 인한 경우를 포함한다.

## 2) 가정폭력 피해자의 자녀

가정폭력범죄나 아동학대범죄의 피해자는 아니지만 가정폭력방지법의 보호 대상이 되는 경우가 발생할 수 있다. 예를 들면 가정폭력 가해자와 피해자가 부부이고, 이들에게 미취학 자녀가 있는 경우로, 이때 어린 자녀는 가정폭력범죄의 피해자도 아동학대범죄의 피해자도 아닐 수 있다.

이와 관련해서 가정폭력방지법 제4조의4는 가정폭력 피해자가 아닌 아동의 취학 지원을 규정하고 있다.<sup>25)</sup> 구체적으로 국가나 지방자치단체는 가정폭력 피해자나 피해자가 동반한 가정구성원<sup>26)</sup> 중 피해자가 보호하거나 양육하고 있는 아동이 주소지 외의 지역에서 입학, 재입학, 전학 및 편입학 등의 취학 관련 사항에 대한 지원 의무가 있다.

이와 같은 취지에서 가정폭력방지법 제7조의5는 보호시설에 대한 보호비용 지원을 규정하고 있다.<sup>27)</sup> 국가나 지방자치단체는 보호시설에 입소한 가정폭력 피해자가 동반한 가정구성원인 아동의 보호를 위하여 필요한 경우 ① 생계비, ② 아동교육지원비, ③ 아동양육비, ④ 퇴소시 자립지원금의 보호비용을 지원할 수 있다.<sup>28)</sup>

또한 가정폭력방지법 제4조는 국가와 지방자치단체가 가정폭력의 예방, 방지와 피해자의 보호, 지원을 위해, 가정폭력을 목격하거나 피해를 당한 아동의 신체적, 정신적 회복을 위하여 필요한 상담과 치료프로그램을 제공해야 함을 규정하고 있다(가정폭력방지법 제4조 제1항 제10호). 즉 가정폭력 피해자인 아동에 대한 상담과 치료만이 아니라 피해자는 아니지만 이를 목격한 아동에 대해서도 동일한 조치를 취할 의무를 국가나 지자체에 부여하고 있다.

25) 물론 아동을 포함한 가정폭력 피해자도 지원의 대상이다.

26) 가정폭력처벌법 제2조 제2호:

- 가. 배우자(사실상 혼인관계에 있는 사람을 포함한다. 이하 같다) 또는 배우자였던 사람
- 나. 자기 또는 배우자와 직계존비속관계(사실상의 양친자관계를 포함한다. 이하 같다)에 있거나 있었던 사람
- 다. 계부모와 자녀의 관계 또는 적모(嫡母)와 서자(庶子)의 관계에 있거나 있었던 사람
- 라. 동거하는 친족

27) 물론 아동을 포함한 가정폭력 피해자도 지원의 대상이다.

28) 만약 보호시설에 입소한 피해자나 피해자가 동반한 가정구성원이 국민기초생활 보장법 등 다른 법령에 따라 보호를 받는 경우, 그 범위에서는 가정폭력방지법에 따른 지원은 하지 않는다.

### I. 가정폭력처벌법의 친권 관련 사항

판사는 심리의 결과 보호처분이 필요하다고 인정하는 경우에는 가정폭력행위자인 친권자에 대해서 결정으로써 피해자 보호를 위한 친권 행사의 제한 처분을 할 수 있다(가정폭력처벌법 제40조 제1항 제3호). 해당 보호처분을 하는 경우, 판사는 가정폭력 피해자인 아동을 다른 친권자나 친족 또는 적당한 시설로 인도할 수 있다(가정폭력처벌법 제40조 제3항).

또한, 판사는 가정폭력 피해자인 아동의 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 피해자인 아동, 그 법정대리인 또는 검사의 청구에 따라 결정으로 가정폭력 행위자에게 친권자인 가정폭력행위자의 피해자에 대한 친권행사의 제한을 하는 피해자보호명령을 할 수 있다(가정폭력처벌법 제55조의2 제1항 제4호).

만약 법원이 피해자 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우, 피해자인 아동 또는 그 법정대리인의 청구 또는 직권으로 일정 기간 검사에게 피해자인 자녀에 대한 면접교섭권을 행사하는 피해자에 대한 신변안전조치를 하도록 요청할 수 있다(가정폭력처벌법 제55조의2 제5항 제2호). 이 경우 검사는 피해자의 주거지 또는 현재지를 관할하는 경찰서장에게 신변안전조치를 하도록 요청할 수 있으며, 해당 경찰서장은 특별한 사유가 없으면 이에 따라야 한다.

### II. 아동학대처벌법의 친권 관련 사항

아동학대처벌법은 2000년대 이후 아동학대 사건이 언론을 통해 사회적으로 알려지게 되면서 피해아동의 보호를 위한 필요성과 이를 위한 대책으로서의 법제 신설이 요구되었다. 특히 아동학대의 주된 행위자가 부모, 즉 친권자라는 점과 친권의 남용으로 아동의 복리가 침해되는 상황이 발생하는 경우에도 이에 대응하는 제도적 장치가 존재하지 않는다

는 비판에 대한 구체적 대안으로써 2014년 1월 28일에 아동학대처벌법이 제정된 것이다.<sup>29)</sup> 2014년 9월 29일부터 시행된 아동학대처벌법은 “아동의 양육은 가족구성원 차원의 과제일 뿐만 아니라 사회 구성원 모두의 관심이 필요한 사안으로서, 아동에 대한 학대 행위는 성장 단계에 있는 아동의 정서 및 건강에 영구적인 상처를 남길 수 있으므로 그 대상이 성인인 경우보다 엄격한 처벌과 교화가 필요한바, 아동학대범죄에 대한 처벌을 강화하고 아동학대 범죄가 발생한 경우 긴급한 조치 및 보호가 가능하도록 제도를 마련함으로써, 아동학대에 대한 강력한 대처와 예방을 통해 아동이 건강한 사회 구성원으로 성장”하도록 하려는 목적을 가진다고 제정 이유를 밝히고 있다.

특히 아동학대처벌법을 통해서 피해아동보호명령이 제정되어, 친권자의 아동학대 행위가 발생한 경우에 학대받은 아동의 보호를 위해서 친권자(또는 후견인)인 아동학대행위자의 피해아동에 대한 친권(또는 후견인 권한) 행사의 제한 또는 정지할 수 있게 됨으로써, 아동을 실제로 보호 또는 위탁하고 있는 자가 아동에게 필요한 권한을 행사할 수 있게 됨은 물론 친권자로부터 아동에 대한 접근을 막을 수 있게 되었다(아동학대처벌법 제47조).

아동학대처벌법 제9조 제1항은 특정의 아동학대범죄를 범한 아동학대행위자가 피해 아동의 친권자나 후견인인 경우, 검사는 친권상실의 선고(민법 제924조) 또는 후견인의 변경 심판(민법 제940조)을 법원에 청구해야 함을 규정하고 있다. 이때 특정의 아동학대범죄는 첫째, 아동에 대한 살해의 미수(아동학대처벌법 제4조 제3항)<sup>30)</sup>, 둘째, 아동에 대한

29) 아동학대처벌법과 피해아동보호명령에 관해서는 다음의 논문 참조 : 김상용, “아동학대방지과 피해아동보호를 위한 친권법의 개정”, 가족법연구V, 법문사, 2019, 111-142면.

30) 가정폭력처벌법 제4조(아동학대살해, 치사)

① 제2조 제4호 가목부터 다목까지의 아동학대범죄를 범한 사람이 아동을 살해한 때에는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

③ 제1항의 미수범은 처벌한다.

가정폭력처벌법 제2조(정의) 제4호

가. 형법 제257조(상해) 제1항과 제3항, 제258조의2(특수상해) 제1항(제257조 제1항만 해당)과 제3항(제1항 중 제257조 제1항만 해당), 제260조(폭행) 제1항, 제261조(특수폭행), 제262조(폭행치사상)(상해에 이르게 한 때만 해당)의 죄

나. 형법 제271조(유기) 제1항, 제272조(영아유기), 제273조(학대) 제1항, 제274조(아동혹사), 제275조(유기 등 치사상)(상해에 이르게 한 때만 해당)의 죄

생명 위험, 불구 또는 난치의 질병(아동학대처벌법 제5조)<sup>31)</sup>, 셋째, 상습적으로 아동학대 처벌법 제2조 제4호 가목부터 파목까지의 아동학대범죄를 범한 자에 대한 형의 2분의 1의 가중(아동학대처벌법 제6조)<sup>32)</sup>에 해당한다. 다만, 친권상실의 선고 또는 후견인의 변경

- 
- 다. 형법 제276조(체포, 감금) 제1항, 제277조(중체포, 중감금) 제1항, 제278조(특수체포, 특수감금), 제280조(미수범), 제281조(체포, 감금 등의 치사상)(상해에 이르게 한 때만 해당)의 죄
- 31) 가정폭력처벌법 제5조(아동학대중상해) 제2조 제4호 가목부터 다목까지의 아동학대범죄를 범한 사람이 아동의 생명에 대한 위험을 발생하게 하거나 불구 또는 난치의 질병에 이르게 한 때에는 3년 이상의 징역에 처한다.
- 32) 가정폭력처벌법 제2조(정의) 제4호
- 가. 형법 제257조(상해) 제1항과 제3항, 제258조의2(특수상해) 제1항(제257조 제1항만 해당)과 제3항(제1항 중 제257조 제1항만 해당), 제260조(폭행) 제1항, 제261조(특수폭행), 제262조(폭행 치사상)(상해에 이르게 한 때만 해당)의 죄
- 나. 형법 제271조(유기) 제1항, 제272조(영아유기), 제273조(학대) 제1항, 제274조(아동혹사), 제275조(유기 등 치사상)(상해에 이르게 한 때만 해당)의 죄
- 다. 형법 제276조(체포, 감금) 제1항, 제277조(중체포, 중감금) 제1항, 제278조(특수체포, 특수감금), 제280조(미수범), 제281조(체포, 감금 등의 치사상)(상해에 이르게 한 때만 해당)의 죄
- 라. 형법 제283조(협박) 제1항, 제284조(특수협박), 제286조(미수범)의 죄
- 마. 형법 제287조(미성년자 약취, 유인), 제288조(추행 등 목적 약취, 유인 등), 제289조(인신매매), 제290조(약취, 유인, 매매, 이송 등 상해, 치상)의 죄
- 바. 형법 제297조(강간), 제297조의2(유사강간), 제298조(강제추행), 제299조(준강간, 준강제추행), 제300조(미수범), 제301조(강간 등 상해, 치상), 제301조의2(강간 등 살인, 치사), 제302조(미성년자 등에 대한 간음), 제303조(업무상 위력 등에 의한 간음), 제305조(미성년자에 대한 간음, 추행)의 죄
- 사. 형법 제307조(명예훼손), 제309조(출판물 등에 의한 명예훼손), 제311조(모욕)의 죄
- 아. 형법 제321조(주거, 신체 수색)의 죄
- 자. 형법 제324조(강요), 제324조의5(미수범)(제324조의 죄만 해당)의 죄
- 차. 형법 제350조(공갈), 제350조의2(특수공갈), 제352조(미수범)(제350조와 제350조의2의 죄만 해당)의 죄,
- 카. 형법 제366조(재물손괴 등)의 죄
- 타. 아동복지법 제71조 제1항 각호의 죄 : 1. 아동을 매매하는 행위, 2. 아동에게 음란한 행위를 시키거나 이를 매개하는 행위 또는 아동을 대상으로 하는 성희롱 등의 성적 학대행위, 3. 아동의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위, 5. 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위, 6. 자신의 보호, 감독을 받는 아동을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호, 양육, 치료 및 교육을 소홀히 하는 방임행위, 7. 장애를 가진 아동을 공중에 관람시키는 행위, 8. 아동에게 구걸을 시키거나 아동을 이용하여 구걸하는 행위, 9. 공중의 오락 또는 흥행을 목적으로 아동의 건강 또는 안전에 유해한 곡예를 시키는 행위 또는 이를 위하여 아동을 제3자에게 인도하는 행위
- 파. 앞에서 언급된 죄로서 다른 법률에 따라 가중 처벌되는 죄

심판을 해서는 안 될 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 친권상실 청구를 하지 않음을 규정하고 있다(아동학대처벌법 제9조 제1항).

만약 이러한 아동학대범죄의 경우에 검사가 친권상실 청구를 하지 않는 경우, 지자체의 장<sup>33)</sup>은 검사에게 제1항의 청구를 하도록 요청할 수 있으며, 해당 청구를 요청받은 검사는 요청받은 날부터 30일 내에 그 처리 결과를 지자체의 장에게 통보해야 한다(아동학대처벌법 제9조 제2항).

그리고 아동학대처벌법 제19조는 판사가 아동학대범죄의 원활한 조사, 심리 또는 피해 아동 등의 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우, 결정으로 아동학대 행위자에게 친권 또는 후견인 권한 행사의 제한 또는 정지와 같은 임시조치를 할 수 있음을 규정하고 있다(아동학대처벌법 제19조 제1항 제4호). 친권이나 후견인 권한 행사의 제한 또는 정지와 같은 임시조치의 기간은 2개월을 초과할 수 없으나, 피해아동 등의 보호를 위하여 그 기간을 연장할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 결정으로 한 차례만 2개월을 초과하지 않는 범위에서 연장할 수 있다(아동학대처벌법 제19조 제4항).

특히 아동학대처벌법 제47조는 가정법원의 판사는 직권 또는 청구에 따라 다음의 10가지 사항에 대해서 피해아동보호명령을 할 수 있다:

- ① 아동학대행위자를 피해아동의 주거지 또는 점유하는 방실(房室)로부터의 퇴거 등 격리,
- ② 아동학대행위자가 피해아동 또는 가정구성원에게 접근하는 행위의 제한,
- ③ 아동학대행위자가 피해아동 또는 가정구성원에게 전기통신기본법 제2조 제1호의 전기통신을 이용하여 접근하는 행위의 제한,
- ④ 피해아동을 아동복지시설 또는 장애인복지시설로의 보호위탁,
- ⑤ 피해아동을 의료기관으로의 치료위탁,
- ⑥ 피해아동을 아동보호전문기관, 상담소 등으로의 상담·치료위탁,
- ⑦ 피해아동을 연고자 등에게 가정위탁,
- ⑧ 친권자인 아동학대행위자의 피해아동에 대한 친권 행사의 제한 또는 정지,

33) 특별시장, 광역시장, 특별자치시장, 도지사, 특별자치도지사 또는 시장, 군수, 구청장(자치구의 구청장).

- ⑨ 후견인인 아동학대행위자의 피해아동에 대한 후견인 권한의 제한 또는 정지,
- ⑩ 친권자 또는 후견인의 의사표시를 갈음하는 결정.

### III. 정리

정리하면, 자녀를 학대한 부모는 아동학대나 가정폭력의 행위자 또는 가해자로 아동학 대처별법이나 가정폭력처벌법의 대상이 되므로, 친권의 상실을 비롯하여 친권의 제한 또는 정지가 가능하지만, 만약 가정폭력이 부부 사이에서 발생하는 경우에는 직접 피해자가 아니라는 이유로 가정폭력의 가해자인 부모 중 일방이 아동인 자녀에 대한 친권을 여전히 행사할 수 있다. 또한 가정폭력을 원인으로 이혼하는 경우라고 해도 가정폭력을 친권에 대한 어떠한 제한이나 상실 등의 사유로 한 판결을 찾기는 어려우며, 더구나 가정폭력으로 부모 중 일방이 사망한 경우라고 해도 가정폭력 가해자인 부모 중 일방이 여전히 친권자가 되거나 또는 가해자의 부모나 형제자매와 같은 친족이 해당 자녀의 후견인이 될 가능성이 존재하고 있다.



# 제3장 **외국의 가정폭력 및 친권 관련 법제**

제1절 서설

제2절 가족 영역에 대한 국가 불개입의 원칙

제3절 미국

제4절 독일

제5절 프랑스

제6절 정리



## 외국의 가정폭력 및 친권 관련 법제

### 제 1 절 | 서설

과거에는 여성 또는 가정 내의 문제로만 이해되던 가정폭력이 최근 사회적, 국가적 문제이자 인권 문제로 이해되기 시작하면서 국제기구나 협약 등을 통해서 가정폭력 문제 해결을 위한 노력이 나타나고 있다. 특히 세계보건기구(WHO)와 UN은 가정폭력을 여성에 대한 폭력 중 하나로 이해하고 있으며, UN 인권이사회(HRC) 또한 국제사회가 함께 해결해야 할 중요한 인권 문제로 보고 있다. 특히 세계보건기구(WHO)는 ‘친밀한 관계의 폭력(IPV)’ 및 성폭력을 중요한 보건 및 건강의 문제이자 인권 위반으로 간주하고 있다.<sup>34)</sup>

또한 여성의 지위 및 인권에 대한 인식이 향상되고 가정폭력에 대한 사회적 시각이 변화하면서 서구 사회에서도 과거와 달리 가정폭력을 가정 내의 문제가 아닌 국가가 통제 및 개입해야 하는 범죄로 보고 관련 법규를 제정해왔다. 가정폭력에 대한 국가의 인식은 차이가 매우 큰 것으로 나타나는데, 2017년 경제협력개발기구(OECD)의 조사에 따르면 여성에 대한 폭력을 인식하는 태도와 관련해, ‘여성에 대한 폭력은 절대 정당화될 수 없음’의 문항에 대해서 가정폭력을 사회적 문제로 보고 국가 개입을 적극적으로 주도해 온 국가인 스웨덴, 프랑스, 네덜란드, 캐나다, 호주 등에서는 90% 전후로 찬성한 반면에, 우리나라를 비롯한 일본, 멕시코 등의 국가는 70% 중반의 찬성 답변을 한 것으로 나타났다.<sup>35)</sup>

이하에서는 가정폭력에 대한 시대의 변화를 알 수 있는 가족 영역에 대한 국가 불개입

34) WHO, Understanding and addressing violence against women, 2012(<https://www.who.int/publications/i/item/WHO-RHR-12.35>).

35) OECD Family Database. [https://www.oecd.org/els/soc/SF3\\_4\\_Family\\_violence\\_Jan2013.pdf](https://www.oecd.org/els/soc/SF3_4_Family_violence_Jan2013.pdf)

의 원칙(제2절)을 비롯하여, 가정폭력 가해자에 대한 친권 관련 규정을 미국(제3절), 독일(제4절) 및 프랑스(제5절)의 순서로 검토하고자 한다.

## 제2절 | 가족 영역에 대한 국가 불개입의 원칙

### I. 서설

과거 서구 사회에서는 가정폭력을 비롯한 가정 내의 여러 문제를 사적 영역의 문제로 치부해 왔으며, 국가는 이러한 가정 내의 문제에 관여하지 않는다는 ‘관례적 불개입 (conventional non-intervention)’의 입장을 고수해 왔다.<sup>36)</sup> 그러나 가정폭력과 같이 사실상 가정의 해체를 가져오는 상황에까지 국가가 가족 문제에 대한 불개입이라는 원칙을 고수할 근거는 없으며, 더구나 가정폭력으로 인해 가정폭력의 피해자에 대한 신체, 정신, 재산에 대한 피해뿐만 아니라 가정폭력 가정에서 성장한 자녀에 대한 정신적, 신체적 악영향까지 고려한다면, 단순히 가정폭력을 가정 내의 문제로 치부할 수는 없게 되었다.

이하에서는 서구 사회에서 가족 문제에 대한 국가 불개입의 원칙이 가정폭력 문제에 대해서는 어떻게 입장이 변화했는지 고대 및 중세 시대(II), 근대 이후(III) 및 20세기 이후(IV)로 나누어 살펴본다.

### II. 고대 및 중세 시대

서구 사회에서는 과거 보통법을 통해 법은 가정에 개입하지 않는다는 원칙을 고수해 왔고, 가족 관련 문제에 대해서 법규정을 제정하지 않게 되었다. 이러한 입법 태도는 고대 그리스나 로마법에서 찾을 수 있는데, 고대 그리스나 로마의 도시국가는 가장(家長)으로

36) 이복태, “가정폭력, ‘법대로’만 해결할 수 없다”, 대한민국 정책브리핑, 2006. 11. 21. (<https://www.korea.kr/news/policyNewsView.do?newsId=148610635>).

구성된 공동체로서, 고대 그리스나 로마법은 시민의 지위를 가지는 가정에 대한 규율을 의미하는 것으로, 가정의 지배하에 있었던 가족구성원 사이의 문제에 대해서는 규정을 들 필요성이 없었다고 이해하였다. 따라서 가정 내의 법규는 한정적인 범위에서 최소한의 규정만이 존재하였다.

고대 서구 사회에서의 법은 가정에 불개입한다는 원칙 및 가족구성원에 대한 가정의 지배 원칙은 근세의 절대주의 왕정에 이르기까지 광범위하게 적용되었다. 물론 절대주의 왕정 시대에는 가정 내의 문제에 대한 개입이 존재했으나, 가족구성원에 대한 지배를 유지하고자 하는 가정의 입장이 반영되어 가정의 지배하에 있는 가정에 대한 무단 침입은 당시의 관습 또는 습속으로 금지되어 왔다.<sup>37)</sup>

그러나 종교의 영향으로 중세 시대에는 교회법이 사회를 지배하면서 기존의 질서인 대가족이나 씨족사회는 해체되었고, 부부와 자녀 중심의 소가족으로 사회의 기본단위가 변화되면서 대가족이나 씨족사회에서 장(長)의 역할을 했던 가정의 지위는 약화되었다. 그러나 소가족 단위에서의 부의 가족구성원에 대한 지배는 여전히 유지되어, 미성년자녀에 대한 부(父)의 지배뿐만 아니라 처에 대한 부(夫)의 지배도 당연시되었다.

고대 로마법의 가정 문제에 대한 국가 불개입의 원칙은 영국 사회에도 영향을 주어 처에 대한 부의 지배를 사실상 허용하였으며, 처에 대한 부의 징계권을 경험칙으로 인정하게 되었다.<sup>38)</sup> 중세 시대에 처에 대한 부의 징계 및 종속의 근거를 제공한 것은 '부의 보호를 받는 처(coverture)'에 관한 이론으로, 혼인을 통해서 부부는 법률상 하나의 일체이며

---

37) 고대 로마법 시기에는 가정 내부 문제에 대해서 법이 아닌 습속(Sitte)의 지배하에 있었으므로, 가족은 법으로부터 자유롭다고 보았다(Erik Jayme, *Die Familie im Recht der unerlaubten Handlungen*, 1971, p. 43). 따라서 해당 시기에는 가족구성원에 대한 생살여탈권이 가장에게 있었다: 백승흠, "가정폭력 관련법률에 관한 고찰 -경찰의 긴급조치 등 보호명령제도를 중심으로-", *한국경찰학회보* 제 10권 4호, 2008, 203면.

38) 과거 영국 사회에서는 처에 대한 부의 징계권을 경험칙, 즉 엄지손가락의 원칙(rule of thumb)에서 근거했다고 보는 견해가 있는데, 이는 처를 매질하는 경우, 부(夫)인 자신의 엄지손가락을 넘지 않는 막대를 이용한 매질은 합법이라는 것으로, 이러한 경험칙의 존재 여부에 대해서는 비판이 있기는 하나, 당시 처에 대한 부의 폭력은 사실상 허용되었다고 유추할 수 있다(Alison Diduck and Felicity Kaganas, *Family Law, Gender and the State*, Hart Publishing, 1999, p. 317).

혼인한 처는 부의 보호 아래에서 독립적으로 법적 능력을 가지지 못하며, 부의 지위에 종속되거나 흡수된다고 보는 원리를 말한다.<sup>39)</sup> 가정폭력의 피해자인 배우자와의 혼인을 통한 부부일체론으로, 혼인을 통한 책임면제의 원칙(interspousal immunity)으로도 불리며, 해당 원칙은 첫째, 부부 사이에는 불법행위책임이 성립하지 않으며, 둘째, 부부 사이에는 소송을 제기할 수 없다는 것이다.<sup>40)</sup>

이와 같은 혼인을 통한 책임면제의 원칙은 부부 사이의 재산 관계뿐만 아니라, 처에 대한 부의 강간죄가 성립되지 않는 것과 같이 형사상으로도 영향을 주었으며, 해당 원칙이 1991년 개정을 통해서 영국 사회에서 폐지되었음을 볼 때 가정 문제에 대한 법 또는 국가 불개입의 원칙은 사실상 서구 사회에 오랜 시간 영향을 주었음을 알 수 있다.

### III. 근대 이후

근대 이후 서구 사회에서는 시민 중심으로 국가 및 제도가 정립되면서, 공적 관계와 사적 관계를 구별하게 되었다. 그러나 공적 관계에 대한 국가 개입은 당연시되었던 반면, 사적 관계에 대해서는 여전히 고대 및 중세 시대의 가정 문제에 대한 국가 불개입의 원칙이 영향을 주었다. 특히 공적 개입으로 대표되는 경찰이나 행정은 가족 내의 문제에 대해서는 개입하지 않는 것을 원칙으로 이해하게 되어, 가정 내의 폭력은 부의 징계권이라는 형태로 용인되어 왔다.<sup>41)</sup> 특히 처에 대한 부의 보호라는 명목으로 부부는 법률상 일체라는

39) Karen Pearlston, Judging the Judges : Mansfield and Kenyon on Coverture. Draft presented at 8th British Legal History Conference “Judging the Judges”, Oxford, UK, July 2007; 백승흠, “가정폭력 관련법률에 관한 고찰 -경찰의 긴급조치 등 보호명령제도를 중심으로-”, 한국경찰학회보 제10권 4호, 2008, 204면.

40) Erik Jayme, Die Familie im Recht der unerlaubten Handlungen, 1971, p. 171; 1882년에 영국의 혼인한 여성의 재산법(Married Women’s Property Act)의 개정을 통해서 처에게도 부와 독립해서 재산권이 인정되었음에도, 처의 재산에 대한 부의 침해가 있는 경우에만 한정적으로 부에 대한 불법행위 소송이 제기될 수 있었고, 이러한 부부 책임을 면제해 주는 원칙은 1962년의 개정(Law Reform Act(Husband and Wife) 1962)을 통해서야 배제될 수 있었다(백승흠, “가정폭력 관련법률에 관한 고찰 -경찰의 긴급조치 등 보호명령제도를 중심으로-”, 한국경찰학회보 제10권 4호, 2008, 204면).

41) Bradley v. State, 2 Miss. 156(1824) : 해당 판결에서는 처에 대한 부의 징계권을 인정하였다.

원칙이 19세기 후반까지 유지되었고, 그 결과 가정폭력의 피해자보다는 가족관계의 유지를 더 중시하였다.<sup>42)</sup> 근대사회의 중요한 가치였던 사생활, 가족생활에 대한 존중 및 자율은 오히려 처에 대한 부의 폭력 등의 불법적 행위에 대한 개입을 허용하지 않는 방식으로 나타나게 되었고, 역설적으로 처에 대한 부의 폭력을 용인하는 결과를 가져왔다는 점이다.

#### IV. 20세기 이후

고대부터 이어져 온 가정 문제에 대한 국가 또는 법의 불개입 원칙은 근대에도 여전히 유지되어 왔으나, 1970대부터 민사상 가정폭력 관련 법의 제정을 통해서 가정폭력 문제에 국가가 개입하기 시작하였다. 특히 기존 형사법 규제만으로 가정폭력 문제를 대처한다는 점에 한계나 문제의식을 가지고 민사상 가정폭력 규제 관련 입법을 했다는 특징이 있다.<sup>43)</sup>

가정폭력, 특히 부부폭력에 대한 사회적 인식의 변화는 시민운동의 확산, 여성주의 성장, 아동권 신장과 같은 인권 성장을 통해 20세기 중반부터 시작되었다.<sup>44)</sup> 특히 여성의 인권 및 남녀평등에 대한 인식의 변화가 미국 사회에서 가정폭력 문제를 공적인 영역의 문제로 이해하게 만드는 데 도움을 주었다고 평가된다.<sup>45)</sup> 20세기 중반의 여성 인권의 신장과 가정폭력을 사회적 문제로 보는 시각의 변화는 서구 사회를 중심으로 발전하였으며,

42) 19세기 후반까지 경찰을 비롯한 입법자나 판사들은 가정폭력 피해자의 권리보다는 가족관계를 사실상 중시하였다(홍춘의, “가정폭력관련법제의 개혁 -민사보호명령제도의 도입과 관련하여-”, 가족법연구 제25권 제2호, 2011, 344면).

43) 가정폭력의 가해자가 해당 가정의 경제를 책임지고 있는 경우라고 가정하면, 가정폭력 가해자를 형사법에 따라 체포, 구속하게 되면, 경제적으로 의존하고 있는 피해자와 미성년자녀의 경우 생활에 어려움이 발생할 수 있으므로, 관련 소송 절차가 진행되는 동안 거주 주택의 사용을 비롯한 여러 조치를 통해서 피해자와 미성년자녀에 대한 보호가 필요하다는 것이다(백승흠, “가정폭력 관련법률에 관한 고찰 -경찰의 긴급조치 등 보호명령제도를 중심으로-”, 한국경찰학회보 제10권 4호, 2008, 204-205면).

44) Davis, R. L., Domestic Violence, NW : CRC Press, 2008; 송아영, “가정폭력 현황과 정책과제”, 보건복지포럼 제247호, 2017. 5., 55면.

45) Dobash, R. E., & Dobash, R., Violence against wives : A case against the patriarchy, London : Open Books, 1979; 송아영, “가정폭력 현황과 정책과제”, 보건복지포럼 제247호, 2017. 5., 55면.

국제사회에서 여성에 대한 폭력을 주요 사안으로 상정한 것은 그리 오래 전의 일이 아니다.<sup>46)</sup>

### 제3절 | 미국

#### 1. 서설

미국 수정헌법 제14조 제1항 평등권 규정<sup>47)</sup>을 통해서 가정폭력의 차별에 대한 근거를 찾는데, 구체적으로는 가정폭력의 피해자에게 가해지는 폭력, 차별은 헌법적 기준에 대한 위반으로 법적 구제 근거를 제공한다고 보고 있다.

미국에서는 매년 약 1,000만 명이 가정폭력을 경험하고 있는 것으로 나타나고 있으며, 여성의 경우 4명 중 1명, 남성의 경우 9명 중 1명이 가정폭력의 피해자로 조사되었다.<sup>48)</sup> 그리고 매년 가정폭력에 노출되는 아동은 전체 아동의 10%, 아동기에 최소 1번 이상의 가정폭력을 경험하는 아동은 전체의 25%이며, 가정폭력을 경험한 아동의 수는 매년 330

46) Copelon, R., International human rights dimensions of intimate violence : another strand in the dialectic of feminist lawmaking. *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 11(2), 2003, pp. 865-876; 송아영, “가정폭력 현황과 정책과제”, 보건복지포럼 제247호, 2017. 5., 55면.

47) 미국에서 출생하거나 귀화해 미국의 통치권을 따르는 모든 사람은 미합중국 및 거주하는 주의 시민으로서, 어떤 주에서도 미국 시민의 특권과 면책권을 박탈하는 법률의 제정이나 시행은 금지된다. 또한 적법 절차에 따르지 않고는 누구라도 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 미국의 통치권 하의 누구에게도 법률에 의한 평등한 보호를 거부하지 못함을 규정하고 있다(박소현, “가정폭력규제입법에 대한 비교법적 검토”, 의정논총 제8권 제2호, 2013, 211면).

48) Sapkota D, Baird K, Saito A, Anderson D. Interventions for reducing and/or controlling domestic violence among pregnant women in low- and middle-income countries : a systematic review, *Syst Rev.* 8(1), 2019 Apr. 02, p. 79; Klein LB, Chesworth BR, Howland-Myers JR, Rizo CF, Macy RJ, Housing Interventions for Intimate Partner Violence Survivors : A Systematic Review, *Trauma Violence Abuse* 22(2), 2021 Apr., pp. 249-264; Marie-Mitchell A, Kostolansky R, A Systematic Review of Trials to Improve Child Outcomes Associated With Adverse Childhood Experiences, *Am J Prev Med.* 56(5), 2019 May, pp. 756-764.

만 명에서 1,000만 명으로 추산되며, 가정폭력을 최소 한 번 이상 경험한 아동은 4,500만 명 이상으로 이들 중에서 90%의 아동은 가정폭력을 직접 목격한 것으로 나타나고 있다. 미국에서는 가정폭력 피해자의 80~90%가 자녀를 학대하거나 방치하며, 처를 신체적으로 폭행하는 남편은 30%에서 60%의 확률로 자녀에 대한 신체적 폭행을 하는 것으로 나타나, 미국에서 가정폭력은 아동학대와 연관성이 높다고 분석하고 있다.<sup>49)</sup>

더구나 미국 내에서 가정폭력을 목격한 아동은 외상 후 스트레스 장애, 공격적 행동, 불안, 발달 장애, 또래 관계의 어려움, 학업 문제, 약물 남용 등의 위험이 높은 것으로 나타나며, 가정폭력을 목격했거나 경험한 아동은 사회심리적으로 부정적 결과를 겪을 위험이 더 큰 것으로 조사되었다.<sup>50)</sup>

또한 미국에서 미성년자녀는 여러 가지 방식으로 가정폭력과 아동학대를 경험하는 것으로 조사되었다.<sup>51)</sup> 구체적으로는 출생 전부터 가정폭력에 노출되거나, 출생한 이후에는 신

49) Effects of domestic violence on children, Office on Women's Health, U.S. Department of Health and Human Services, December 6, 2024.

(<https://womenshealth.gov/relationships-and-safety/domestic-violence/effects-domestic-violence-children#references>); Martin R. Huecker, Kevin C. King, Gary A. Jordan, William Smock, Domestic Violence, National Library of Medicine, National Center for Biotechnology Information, April 9, 2023. (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK499891/>).

50) Effects of domestic violence on children, Office on Women's Health, U.S. Department of Health and Human Services, December 6, 2024; Martin R. Huecker, Kevin C. King, Gary A. Jordan, William Smock, Domestic Violence, National Library of Medicine, National Center for Biotechnology Information, April 9, 2023; 미국에서는 최근 가정폭력을 경험한 아동의 경우, 이러한 경험이 없는 아동에 비해서 섭식장애나 악몽을 비롯하여 학교나 교우관계에서 문제가 발생하기 더 쉬우며, 자살 시도 경험이 있는 아동의 65%는 가정폭력의 목격자인 것으로 조사된 바 있다(최진섭, “가정폭력과 친권 -이혼 후 친권자 지정과 관련하여 미국의 입법례를 중심으로-”, 법조 제612호, 2007. 9., 172면).

51) 미국의 아동학대 관련 법제는 다음과 같이 3종류로 분류된다: 첫째, 성적 학대, 신체적 폭행, 살인 등과 같이 아동을 학대 및 방임하는 부모에 대한 형사상 처벌, 둘째, 아동학대 피해자인 아동 및 그 가족에 대한 보호와 감독에 관한 사회복지법, 셋째, 아동학대 피해자인 아동에 대한 민사상 보호이다. 아동학대나 방임과 관련된 사건이 발생하는 경우 이들 3종류의 보호 체계가 동시에 또는 순차적으로 진행될 수 있으며, 일반적으로 2년 정도의 기간 동안 아동을 보호하고 감독한 후, 사후 관리까지 이어지게 된다. 이러한 시스템은 학대 피해자인 아동의 복리와 사회적 부조를 실현하기 위한 목적에서 고안되었고, 오랜 기간 실증적 경험 및 시행을 통해서 완성되었다. 아동학대 사건이 부모(또는 후견인)에 의해 발생한 경우에는 가해자인 부모(또는 후견인)의 친권이나 양육을 제한하면서 각종 민사상 보호

체적, 성적, 언어적 폭력의 대상이 되거나, 가정폭력을 막고자 개입하거나, 부모, 형제자매 또는 반려동물에 대한 가정폭력을 목격하거나 듣게 되는 것을 포함한다.<sup>52)</sup> 가정폭력에 대한 직접 경험뿐만 아니라 간접 경험의 경우에도 성년보다는 미성년자인 아동에게 더 심각한 피해를 주게 되는데, 성장 발달, 행동에 문제를 일으키는 것뿐만 아니라 우울증, 불안, 자살 충동과 같은 정신건강의 문제뿐만 아니라 자해, 약물 남용, 만성통증 등 또한 야기하는 것으로 나타났다.<sup>53)</sup>

그러나 전통적으로 미국법원도 가족에 대한 남편의 징계권을 인정하면서 가정폭력을 가정 내의 사안으로 보고<sup>54)</sup> 당사자들이 해결해야 하는 문제로 인식해 왔다.<sup>55)</sup> 과거의 이러한 입장에서 최근에는 가정폭력으로부터 미성년자녀를 보호해야 하는 방향으로 미국법원의 친권 관련 사안에서 가정폭력에 대한 평가는 변화하였다. 특히 최근 미국에서는 가정

---

조치를 통해 아동보호와 가정의 회복을 시도하고, 이러한 시도가 아동보호를 보장하지 못하는 경우에는 친권을 종료하게 된다(양혜원, “아동학대와 부모의 친권에 관한 문제 -영·미제도의 시사점-”, 가족법연구 제27권 제1호, 2013, 247-248면).

- 52) Peter G. Jaffe et al., Risk Factors for Children in Situations of Family Violence in the Context of Separation and Divorce, 2014, pp. 12-13; Sibylle Artz et al., A Comprehensive Review of the Literature on the Impact of Exposure to Intimate Partner Violence for Children and Youth, 5 INT'L J. CHILD, YOUTH & FAM. STUD., 2014, pp. 493-587; For Indian children, see also Off. Juv. Just. & Delinq. Prevention, Off. Just. Programs, U.S. Dep't Just., Attorney General's Advisory Committee on American Indian and Alaska Native Children Exposed to Violence : Ending Violence so Children can Thrive, Nov. 2014; Revised Chapter Four : Families and Children, Model Code on Domestic and Family Violence, National Council of Juvenile and Family, 2022, pp. 35-36.
- 53) Vincent J. Felitti et al., Relationship of Childhood Abuse and Household Dysfunction to Many of the Leading Causes of Death in Adults : The Adverse Childhood Experiences (ACE) Study, 14(4) AMER. J. PREVENTIVE MED. 245-58; U. NATIONS CHILD. FUND (UNICEF), Behind Closed Doors : The Impact of Domestic Violence on Children, 2006.
- 54) 처는 행위능력을 인정받지 못하였기 때문에 남편의 책임 하에 있는 것으로 보았다(Edward S. Snyder, Remedies for Domestic Violence : A Continuing Challenge, 12 J. Am. Acad. Matrim. Law., 1994); 최진섭, “가정폭력과 친권 -이혼 후 친권자 지정과 관련하여 미국의 입법례를 중심으로-”, 법조 제 612호, 2007. 9., 178면.
- 55) Pauline Quirion et al., Protecting Children Exposed to Domestic Violence in Contested Custody and Visitation Litigation(citing Judith Herman, Trauma and Recovery 100 (1992)), 6 B.U. Pub. Int. L. J., 1997, p. 502; 최진섭, “가정폭력과 친권 -이혼 후 친권자 지정과 관련하여 미국의 입법례를 중심으로-”, 법조 제612호, 2007. 9., 178면.

폭력에 노출된 자녀가 폭력의 피해자가 될 수 있다는 점이 인정되면서,<sup>56)</sup> 미국의 많은 주들은 가정폭력으로부터 아동을 보호하기 위해 법을 개정하였다.<sup>57)</sup>

이하에서는 미국에서 친권 결정에서 가정폭력이 미치는 영향(II)을 살펴본 후, 연방법으로 가족법이 제정되어 있지 않지만,<sup>58)</sup> 가정폭력이 있는 경우 친권 결정의 모델이 되는 규정을 각 주(州)에게 사실상 제시하고 있는 모범가정폭력법(III)과 가정폭력이 있는 경우 친권의 결정에 관한 캘리포니아주의 관련 법제(IV)를 살펴본다.

## II. 친권 결정에서의 가정폭력

과거 미국 사회에서 가정폭력 피해자에 대한 구제 수단은 불법행위 소송과 형사고발로 구분될 수 있는데, 민사상 불법행위 소송의 경우에는 주법에 따라서 가족 간 불법행위에 대한 면책 규정이 적용되는 경우에는 구제수단으로 활용될 수 없었고 설사 이러한 면책규정이 없다고 해도 가정 문제에 대한 국가 개입의 부정적 인식으로 인해 피해자나 미성년자를 사실상 보호하지 못했다.<sup>59)</sup>

사실상 가정폭력에 대한 당시의 사회적 인식은 ① 가정폭력은 빈번하지 않고, ② 가정폭력은 정상적인 관계에서 발생하지 않으며, ③ 가정폭력은 외부 개입이 허용되지 않는

---

56) John Fantuzzo et al., Domestic Violence and Children : Prevalence and Risk in Five Major U.S. Cities, J. Am. Acad. Child & Adolescent Psychiatry, Jan. 1, 1997, p. 116; Martin R. Huecker, Kevin C. King, Gary A. Jordan, William Smock, Domestic Violence, National Library of Medicine, National Center for Biotechnology Information, April 9, 2023.

57) 최진섭, “가정폭력과 친권 -이혼 후 친권자 지정과 관련하여 미국의 입법례를 중심으로-”, 법조 제 612호, 2007. 9., 172면.

58) 미국 수정헌법 제10조 연방의 입법 권한 범위에 가족법은 해당하지 않아서 미국의 가족법은 연방이 아닌 각 주에서 개별적으로 제정하게 되지만, 친권 관련 사항은 거의 모든 주가 동일한 내용을 규정하고 있음을 확인할 수 있다(Boddie v. Connecticut, 401 U.S. 371, 389 (1970); Labine v. Vincent, 401 U.S. 532, 538 (1971); Rose v. Rose, 481 U.S. 619, 625 (1987)); 안문희, “민법 제909조 제4항 및 제5항에 대한 공동친권의 원칙 도입 검토”, 한국법학원, 2023, 65-66면.

59) 홍춘의, “가정폭력관련법제의 개혁 -민사보호명령제도의 도입과 관련하여-”, 가족법연구 제25권 제2호, 2011, 344면; 또한 경찰이 가정폭력 신고를 받아도 가정 내의 사건으로 보고 적극적으로 개입하지 않았으며, 많은 주에서는 가정폭력을 일반적인 형사상 폭력과는 구분하였다(박소현, “가정폭력규제 입법에 대한 비교법적 검토”, 의정논총 제8권 제2호, 2013, 211-212면).

사적 문제이며, ④ 가정폭력의 원인은 그 대상인 처에게 있다고 보았다. 이러한 사회적 인식하에서는 가정폭력은 정당화될 수밖에 없었고, 당연히 정책적 개선의 여지를 찾을 수 없었다.

이하에서는 미성년자녀에 대한 가정폭력의 영향(1)을 이해한 후, 이어서 미국에서 가정폭력이 친권 결정에 미치는 영향(2)을 살펴본다.

## 1. 미성년자녀에 대한 가정폭력의 영향<sup>60)</sup>

미국에서 가정폭력은 밀접한 관계였던 과거나 현재의 파트너에 대해 물리력을 사용하거나 물리력을 통한 위협으로 정신적 또는 신체적 고통을 초래하는 행위를 의미한다. 파트너는 배우자, 동거인 연인 등을 포함한 개념이며, 가정폭력의 대상은 파트너의 가족까지 확대될 수 있다.<sup>61)</sup>

가정폭력은 신체적, 정서적, 성적 폭력을 비롯하여 재산상의 피해나 스토킹에 이르기까지 다양하다. 미국에서 가정폭력의 대상이 되는 행위를 구체적으로 살펴보면, ① 상대방에게 침을 뱉는 행위, 뺨을 때리는 행위, 주먹으로 치는 행위, 팔을 비트는 행위, 머리채를 잡는 행위, 바닥이나 침대에 밀치는 행위, 목을 조르는 행위와 같은 낮은 단계의 신체적 폭행을 비롯해, ② 상대방에 대해 심한 욕설을 하는 행위, 외부 출입을 금지하는 행위, 지속적인 심리적 위협이나 고통을 초래하는 정신적 폭력이나 언어 폭력, ③ 생활비를 주지 않는 행위나 금전 사취와 같은 경제적 폭력뿐만 아니라, ④ 강제적인 성관계 등의 성적 학대이다.<sup>62)</sup> 따라서 지위, 힘, 권력 등을 이용해 상대방을 정신적, 심리적, 신체적, 성적으로 통제나 억압하는 모든 행동이 가정폭력의 대상이 된다.

60) 최진섭, “가정폭력과 친권 -이혼 후 친권자 지정과 관련하여 미국의 입법례를 중심으로-”, 법조 제 612호, 2007. 9., 174-178면.

61) 일반적으로 가정폭력의 피해자는 여성이 남성에게 비해 5배 많은 것으로 나타나며, 미국에서는 평균적으로 매일 3명의 여성이 파트너로부터 살해되며, 수천 명이 상해를 입는 것으로 조사되었다(Howard Davidson, American Bar Association, The Impact of Domestic Violence on Children 1, Aug. 1994).

62) 이금옥, “인권침해로서 가정폭력에 대한 미국에서의 논의”, 헌법학연구 제12권 제5호, 2006. 12., 245면.

미국에서 조사된 가정폭력의 유형 중에는 폭행과 구타가 전체의 절반을 차지하며, 자녀에 대한 학대가 약 20%, 협박이 약 17%로 나타난다.<sup>63)</sup> 앞서 언급한 바와 같이 처를 신체적으로 폭행하는 남편은 30%에서 60%의 확률로 자녀에 대한 신체적 폭행을 하는 것으로 나타나, 미국에서의 가정폭력은 아동학대와 높은 관련성이 인정된다.<sup>64)</sup> 특히 가정폭력이 발생한 가정에서는 아동학대가 발생할 확률이 그렇지 않은 가정에 비해서 평균 15배가 높다는 사실이 통계조사를 통해 나타난 바 있어,<sup>65)</sup> 가정폭력의 발생과 아동학대의 연관성이 높다고 볼 수 있다.

다만, 가정폭력에서 미성년자녀에 대한 부분은 아동학대와는 구분되는 지점이 있는데, 미국에서 미성년자녀에 대한 가정폭력은 미성년자녀에 대한 신체적 폭력 부분을 제외한 나머지 폭력 행위가 그 대상이 된다.<sup>66)</sup> 즉, 미성년자녀에 대한 가정폭력의 대상은 비신체적 폭력으로 한정되며, 신체적 폭력은 아동학대로 볼 수 있다.

최근 부모 중 일방의 상대방에 대한 가정폭력을 직접, 간접으로 경험한 미성년자녀가 받는 악영향에 관한 연구가 나타나면서 가정폭력의 미성년자녀에 대한 심각성이 널리 알려지게 되었다.<sup>67)</sup> 가정폭력을 직접, 간접으로 경험한 미성년자녀는 사실상 직접 아동학대를 받은 경우와 유사한 정신적 외상이나 심리적인 악영향을 받은 것으로 나타난다고 한다. 즉 가정폭력을 직접 목격하거나 듣는 경우 미성년자녀는 정신적, 심리적 학대를 겪게 되며, 직접 목격하지는 않았으나 가정폭력으로 인해 부모 중 일방이 입원해 있거나, 상해

63) 이영란, “미국의 가정폭력의 실태와 처벌 -한국에서의 적용과 대책을 위하여-”, 형사정책 제11호, 1999, 292면.

64) 부모 중 일방이 상대방에 대한 가정폭력을 행사하는 경우의 70%가 그들의 자녀를 신체적으로 폭행하는 것으로 조사된 통계도 있다(이금옥, “인권침해로서 가정폭력에 대한 미국에서의 논의”, 헌법학연구 제12권 제5호, 2006. 12., 246면).

65) Domestic Violence Prevention Guidebook for Faith Community, Korean Community Service Center of Greater Washington, 2006, pp. 22.

66) Linda R. Keenan, Domestic Violence and Custody Litigation : The Need for Statutory Reform, 13 Hofstra L. Rev., 1985, pp. 407-418.

67) Rosalind J. Wright et al., Response to Battered Mothers in the Pediatric Emergency Department : A Call for an Interdisciplinary Approach to Family Violence, Pediatrics, Feb. 1, 1997, p. 186; John Fantuzzo et al., Domestic Violence and Children : Prevalence and Risk in Five Major U.S. Cities, J. Am. Acad. Child & Adolescent Psychiatry, Jan. 1, 1997, p. 116.

를 입거나, 자녀를 돌볼 수 없거나 하는 경우에도 마찬가지로 미성년자녀는 정신적, 심리적 학대를 받게 된다.<sup>68)</sup>

어떠한 방식에 의한 경우이건 가정폭력을 경험한 미성년자녀에게는 무기력한 상황에 순응하는 심리 기제가 발생하여 결과적으로 자녀는 고립감과 무력감에 빠질 수 있으며 사회적 관계에 문제가 발생하고, 자살 사고 및 소년비행의 위험이 가정폭력을 경험하지 않은 자녀에 비해 증가하는 것으로 조사되었다. 또한 미성년자녀는 가정폭력으로 인해 지속적 불안, 긴장, 두려움을 느끼고 감정적, 심리적으로 자기 비난이나 자책이라는 결과를 가져오게 된다. 또한 외부적으로는 학교생활의 부적응, 언어 발달 문제, 의사소통의 문제, 신체상 발달지체, 두통, 종양, 발진 등이 나타나기도 하며, 연령이 더 어린 경우에는 부모와의 분리불안, 배변 문제, 불면증, 울음을 그치지 않거나 과민반응을 하는 등의 행동장애가 나타나기도 한다.<sup>69)</sup>

더구나 가정폭력의 경우 신체적 폭행으로의 아동학대의 위험도 커진다는 점에서 더욱 가정폭력 행위자의 친권 및 양육 결정에서 신중할 필요가 있다. 임신한 모에 대한 가정폭력은 사실상 태아에 대한 사상의 위험까지도 고려해야 하며, 미성년자녀가 가정폭력의 현장에 있는 경우 또는 가정폭력으로부터 부모 중 일방을 보호하려고 하는 경우 미성년자녀도 신체적 폭행을 당할 위험이 커지기 때문이다.<sup>70)</sup>

---

68) Claudia Cuevas et al., Los Angeles Commission on Assaults Against Women, *Surviving Domestic Violence* 10, 1989; Fields, Marjory D., "Impact of Spouse Abuse on Children and Its Relevance in Custody and Visitation Decisions in New York State", *Cornell Journal of Law and Public Policy* Vol. 3, Iss. 2, Article 1, 1994, pp. 221-228; Note, *Developments in the Law : Legal Response to Domestic Violence*, 106 *Harv. L. Rev.*, 1993, pp. 1597-1610; 심리학자들은 부모의 가정폭력을 직접이건 간접이건 경험한 미성년자녀는 자신이 직접 아동학대를 당한 것과 동일한 영향을 받는다고 설명한다.

69) Philip C. Crosby, *Custody of Vaughn : Emphasizing the Importance of Domestic Violence in Child Custody Cases*, 77 *B.U. L. Rev.*, 1997, pp. 483-500; Pauline Quirion et al., *Protecting Children Exposed to Domestic Violence in Contested Custody and Visitation Litigation*, 6 *B.U. Pub. Int. L. J.*, 1997, pp. 501-508; Claudia Cuevas et al., *Los Angeles Commission on Assaults Against Women, Surviving Domestic Violence* 10, 1989, p. 11.

70) Linda R. Keenan, *Domestic Violence and Custody Litigation : The Need for Statutory Reform*, 13 *Hofstra L. Rev.*, 1985, pp. 419-420; Pauline Quirion et al., *Protecting Children Exposed to*

가정폭력을 경험한 미성년자녀가 성년이 되었을 때, 가정폭력 없는 가정에서 성장한 경우보다 배우자에 대한 신체적 폭력을 행사할 가능성이 더 높은 것으로 나타나고 있어, 가정폭력은 학습될 수 있고, 세대 사이에서 전이되는 특성을 보인다는 점에서 가정폭력의 위험도나 심각성은 더 크다고 이해된다.<sup>71)</sup>

## 2. 가정폭력과 친권 결정

1970년대 미국에서는 이혼시 친권자 결정<sup>72)</sup>에 있어서 부모의 도덕성이 결정 요인으로 작용하였기 때문에, 당시의 유책주의에 기반한 이혼제도 하에서는 유책배우자인 부모 중 일방에게는 친권이 부여될 수 없었다. 특히 친권 결정에 있어서 부부 사이의 가정폭력이나 학대의 가해자인 부모 중 일방에게는 도덕성이 결여되어 있다고 보아서 친권을 인정할

---

Domestic Violence in Contested Custody and Visitation Litigation, 6 B.U. Pub. Int. L. J., 1997, pp. 508-509; Ruth Jenny & Kelly Gaines Stoner, Domestic Violence and the North Dakota Best Interests Statute, 72 N. D. L. Rev., 1996, pp. 1011-1016.

- 71) Ruth Jenny & Kelly Gaines Stoner, Domestic Violence and the North Dakota Best Interests Statute, 72 N. D. L. Rev., 1996, p. 1020; Linda R. Keenan, Domestic Violence and Custody Litigation : The Need for Statutory Reform, 13 Hofstra L. Rev., 1985, p. 420.
- 72) 최근 미국 각 주의 친자법에서의 공통 사항은 혼인한 부모뿐만 아니라 이혼한 부모에게도 공동친권을 허용하고 있다는 점으로 볼 수 있다. 친권 관련 사항을 부모가 협의하는 경우에는 해당 협의가 자녀의 복리에 반하는 경우를 제외하고는 인정되고 있으며, 이와는 달리 이혼 후에 부모의 경제적 상황이나 그 밖의 친권에 영향을 줄 수 있는 요인에 변경이 있는 경우에는 관련 내용의 실질적 변경이 가능하다. 미국은 전통적으로 양육권을 이혼한 부모 중 일방에게 귀속시켜 왔는데, 19세기 이전에는 이혼한 유책배우자에 대한 양육권이 인정되지 않았으나, 20세기 이후 자녀의 복리가 친권 및 양육의 판단 기준이 되면서 양육권은 대부분 모에게 귀속되었다. 1980년대 이후에는 이혼한 부모의 공동양육이 보편화되어, 미국의 14개 주에서는 이혼한 부모라고 해도 자녀의 최상의 복리에 공동양육이 부합한다고 보고 있다(M. F. Brinig & F. H. Buckley, "Joint custody : Bonding and monitoring theories," 73 Ind. L. J. 393, 1998, pp. 394-396; 최진섭, "이혼 후의 공동양육법제에 대한 입법론적 연구", 가족법연구 제24권 제3호, 2010, 257-260면). 미국은 양육자 결정에 있어서, 과거에는 모 우선의 원칙 및 후보 호자 우선 원칙을, 1970년대 이후부터는 경제적, 육체적 기여보다 미국법률협회(ALI)가 제시한 자녀와의 내적 친밀도 기준(근접성 기준으로 번역되기도 함 : 이준영, "미국에서의 친권결정에 관한 연구", 비교사법 제16권 1호, 2009, 170-171면)을 더 중요하게 평가하고 있다(Salk v. Salk, 89 Misc. 2d 883, 393 N.Y.S.2d 841, 1975, 53 App. Div. 2d, 558, 385 N.Y.S.2d 1015, 1976 참조); 조은희, "이혼시 친권자 및 양육자 지정과 자의 복리", 외법논집 제36권 제2호, 2012, 106면).

수 없다는 것이었다.<sup>73)</sup>

과거 유책주의에 근거한 이혼이 무책주의, 즉 파탄주의 이혼으로 이혼법이 개정되면서 친권 결정의 판단 기준이 기존의 도덕성이 아니라 자녀의 최상의 복리로 변경되었다. 즉 부부 사이의 유책 유무에 근거한 도덕성이 아니라 자녀의 최상의 복리가 친권 결정의 판단 기준이 되면서, 부부 사이의 폭력이나 학대는 자녀와는 관계 없는 것으로 인식되기 시작한 것이다. 부부 중 일방이 가정폭력이나 학대의 가해자라고 해도 미성년자녀에 대해서는 이러한 경향이 나타나지 않았다면, 얼마든지 친권자로 결정될 수 있게 되었다.<sup>74)</sup>

따라서 부부 사이의 폭력성과 자녀 관계의 연관성을 인정하지 않게 됨으로써, 과거 친권자 결정에 있어서 절대적 우위를 가지고 있었던 모의 지위는 유지될 수 없게 되었다. 더구나 미성년자녀의 최상의 복리가 친권 및 양육권 결정의 주요한 요인으로 작용하게 되면서 결과적으로는 경제력의 비중이 높아지게 되었다는 점에서, 과거보다 성역할이나 성별에 있어서 친권 결정이 중립적인 성격을 가지게 되었다고 보는 견해도 제시된 바 있다.

미국은 1970년대 이후부터는 이혼한 부모의 친권과 관련해서는 모가 우선적으로 친권자로 지정되어 왔다는 특징을 가지며, 자녀의 성별과의 일치를 비롯하여 주로 모가 친권자로 지정되기 유리한 원칙이 이혼한 부모의 친권 결정에서 나타나고 있다. 또한 미국의 경우는 통일된 친권법이 없기 때문에, 각 주가 개별적으로 친권 관련 사항을 적용하고 있는데, 그럼에도 이혼한 부모에 대한 공동친권의 원칙은 대부분의 주에서 정립되어 있고, 공동양육 또한 대부분의 주가 허용하고 있다.<sup>75)</sup> 1980년대 이후부터는 공동양육이 보편화되었으며, 14개의 주에서는 공동양육이 자녀의 복리 보호에 부합한다고 보고 이혼한 부모에 대해서도 원칙적으로 공동양육을 적용하고 있다.

73) Lynne R. Kurtz, Protecting New York's Children : An Argument for the Creation of a Rebuttable Presumption Against Awarding a Spouse Abuser Custody of a Child, 60 Alb. L. Rev., 1997, p. 1347.

74) 이혼에 있어서 부부 사이의 유책 여부와 친권 여부의 연관성이 약화되면서, 관련 사건 변호사들이 부부 사이의 폭력에 대한 조사를 상세하게 하지 않는 경우가 증가한 것으로 나타났다(Merry Hofford, M. A., et al., Family Violence in Child Custody Statutes : An Analysis of State Codes and Legal Practices, 29 Fam. L. Q., 1995, pp. 197-212.

75) 안문희, “민법 제909조 제4항 및 제5항에 대한 공동친권의 원칙 도입 검토”, 한국법학원, 2023, 67면.

그러나 친권 결정의 판단 기준이 미성년자녀의 최상의 복리가 되면서 오히려 미국법원에서 기존의 판단 기준인 부모의 도덕성을 중요하게 고려하지 않게 된 점이 역설적이게도 미성년자녀의 최상의 복리 보호가 위태로운 상황을 야기할 수도 있게 되었다. 구체적으로 살펴보면, 이혼하는 부부 관계가 적대적, 폭력적 상황에서 가해자와 피해자인 부모에게 공동친권의 행사를 위해 지속적으로 연락 및 만남이 요구된다면, 피해자인 부부 일방에 대한 2차 내지 3차 가해를 야기할 수 있을 뿐만 아니라, 피해자가 이러한 만남이나 연락을 기피하게 되면 오히려 친권자 결정에서 불리한 요인으로 작용할 가능성도 존재하게 되는 것이다.<sup>76)</sup>

경우에 따라서 가정폭력은 이혼 후에 더 위험한 상황이 나타나기도 하고, 폭력 수준이 더 높아지는 경향이 나타난다는 점을 고려한다면, 이혼에서의 유책 요인인 가정폭력을 고려하지 않았던 미국법원의 변화된 입장은 보호받아야 하는 가정폭력 피해자인 부부 중 일방과 사실상 장애의 피해자가 될 수 있는 미성년자녀를 오히려 더 위험하게 만드는 결과를 초래했다고도 볼 수 있는 것이다.<sup>77)</sup>

미국법원이 이혼시 친권 결정에서 미성년자녀의 최상의 복리 보호에만 치중하고, 부모의 유책, 특히 가정폭력과 관련성을 고려하지 않은 점이 역설적이게도 미성년자녀의 복리에 대한 침해를 야기할 수 있다는 점에서 이러한 법원의 친권 결정에 대한 비판이 미국 사회에서도 나타나기 시작하였다.<sup>78)</sup> 사실상 배우자 일방에 대한 폭력 성향은 결국 자녀에 대한 관계로부터도 자유롭지 못하게 되므로, 이러한 폭력성을 배우자에게 한정해 독립적 요인으로 이해해서는 안 된다는 것이다.<sup>79)</sup>

최근 미국에서는 다양한 형태의 가정폭력을 포함한 학대에 노출되는 것이 아동의 성장

---

76) Edward S. Snyder, Remedies for Domestic Violence : A Continuing Challenge, 12 J. Am. Acad. Matrim. Law. 1994, p. 351.

77) Lynne R. Kurtz, Protecting New York's Children : An Argument for the Creation of a Rebuttable Presumption Against Awarding a Spouse Abuser Custody of a Child, 60 Alb. L. Rev., 1997, p. 1348.

78) Naomi R. Kahn, Civil Images of Battered Women : The Impact of Domestic Violence on Child Custody Decisions, 44 Vand. L. Rev. 1991, p. 1042.

79) Note, Developments in the Law : Legal Response to Domestic Violence, 106 Harv. L. Rev., 1993, pp. 1597-1608.

과 복리(well-being)에 부정적인 영향을 준다는 연구가 지속적으로 발표되고 있다. 이러한 연구 결과와 동일한 견지에서 판사가 친권 결정에 앞서 가정폭력의 여부를 필수적으로 조사하도록 하는 법규정의 제정이 필요하다는 견해가 제기되었다.<sup>80)</sup> 친권 결정에서 가정폭력을 고려해야 한다는 해당 주장의 근거로는 첫째, 배우자에 대한 학대나 남용은 자녀에 대한 경우와 기능적으로 동일하다는 점에서, 가정폭력을 행사하는 자는 친권자로서 적합하지 않으며, 둘째, 부부가 이혼한다고 해도 공동친권을 행사하게 되는 경우, 양육, 면접교섭과 관련하여 가정폭력의 피해자에게 가해자와 연락이나 만남이 불가피하게 강요될 수 있기 때문이다. 뿐만 아니라, 가정폭력의 가해자는 친권 결정에서 불리하다는 점을 가해자와 피해자 부모 모두에게 인식시키는 제도적 장치의 필요성도 제안된 바 있다.<sup>81)</sup>

### Ⅲ. 친권 결정에서 가정폭력 관련 법제 : 모범가정폭력법(Model Code of Domestic and Family Violence)<sup>82)</sup>

#### 1. 제정 및 개정 배경

소년·가정법원판사협의회(National Council of Juvenile and Family Court Judges : NCJFCJ)는 1937년 5월 22일 활동을 시작한 미국 전역의 소년법원과 가정법원의 판사로 구성된 미국에서 가장 오랜 역사를 가진 전국협의회로서, 청소년, 가족 및 가정폭력 사건과 관련된 판사와 법원뿐만 아니라 관련 기관에게 필요한 정보 및 방안을 제공

80) Naomi R. Kahn, Civil Images of Battered Women : The Impact of Domestic Violence on Child Custody Decisions, 44 Vand. L. Rev., 1991, p. 1085.

81) Linda R. Keenan, Domestic Violence and Custody Litigation : The Need for Statutory Reform, 13 Hofstra L. Rev., 1985, p. 408.

82) “Model Code of Domestic and Family Violence”는 ‘가정 및 가족폭력에 관한 모델법 모델(박소현, “가정폭력규제입법에 대한 비교법적 검토”, 의정논총 제8권 제2호, 2013, 212면)’ 또는 ‘모델법인 가정폭력법(최진섭, “이혼 후의 공동양육법제에 대한 입법론적 연구”, 가족법연구 제24권 제3호, 2010, 173면)’으로 번역되었다.

하는 역할을 수행하고 있다.<sup>83)</sup>

1970년대 이전에는 미국 사회에서 가정폭력에 대한 규제는 가정 영역이라는 사적인 사안으로 이해되었고, 이러한 측면에서 가정폭력은 법적으로 어떠한 책임도 부담할 필요가 없었다.<sup>84)</sup> 이러한 인식의 변화는 1960년대 페미니즘 운동의 일환인 학대받는 여성운동(battered women's movement)을 통해 시작되었으며, 1970년대에는 가족 사이의 폭력에 대한 심각성을 사회적 문제로 인식하고 기존의 소극적 개입이라는 관행이 아닌 적극적 개입이 필요하다는 여론이 형성되기에 이르렀다.<sup>85)</sup> 또한 1980년대 중반부터는 여성들의 가정폭력 신고 전화에 우선적 대응을 하지 않거나 가정폭력 가해자에게 보호명령을 집행하지 않는 경찰에 대한 시민 소송을 통해서 경찰이 가정폭력 신고에 대해 즉각적인 대응을 하도록 이끌었다.<sup>86)</sup>

이러한 사회적 움직임에 따라서 각 주는 가정폭력에 대한 관례적 불개입의 원칙을 포기하고 가정폭력에 관한 법규를 신설하였는데, 1976년 펜실베이니아주가 민사보호명령(Civil Protection Order : CPO)<sup>87)</sup>을 내용으로 하는 가정폭력방지법을 미국에서 처음으로 제정한 이후, 1989년까지 순차적으로 미국의 모든 주에서 펜실베이니아주와 유사한 가정폭력에 관한 민사보호명령(CPO)이 포함된 가정폭력법을 제정하였다.<sup>88)</sup>

특히 각 주에서는 기존의 형사법만으로는 가정폭력 사건에 제대로 대응할 수 없다는 한계 및 문제를 인지하고, 형사상 조치와는 구분되는 제도의 신설 필요성을 인식하였다. 이

83) Who We Are, National Council of Juvenile and Family Court Judges(<https://www.ncjfcj.org/>).

84) Pauline Quirion et al., Protecting Children Exposed to Domestic Violence in Contested Custody and Visitation Litigation(citing Judith Herman, Trauma and Recovery 100, 1992), 6 B.U. Pub. Int. L. J., 1997, p. 502; 최진섭, “가정폭력과 친권 -이혼 후 친권자 지정과 관련하여 미국의 입법례를 중심으로-”, 법조 제612호, 2007. 9., 178면.

85) 홍춘의, “가정폭력관련법제의 개혁 -민사보호명령제도의 도입과 관련하여-”, 가족법연구 제25권 제2호, 2011, 344면.

86) Nancy Levit, Robert R. M. Verchick, Feminist Legal Theory : A Primer, NYU Press, 2006, p. 197; 박소현, “가정폭력규제입법에 대한 비교법적 검토”, 의정논총 제8권 제2호, 2013, 212면.

87) 이후에 상술함.

88) Sally F. Goldfarb, “Reconceiving Civil Protection Orders for Domestic Violence : Can Law Help End the Abuse Without Ending the Relationship?”, Cardozo Law Review, Vol. 29, No. 4, 2008, p. 1503.

러한 배경하에서 민사보호명령(CPO)제도가 신설되어 가정폭력의 가해자로부터 장래에 발생할 수 있는 폭력으로부터의 피해자를 보호할 수도 있게 되었으며, 소송 진행 중에도 경제적 지원을 보장함으로써 일반 형사 조치에 비해 효과적이라는 평가를 받고 있다.<sup>89)</sup>

미국 각 주가 가정폭력에 관한 법을 개별적으로 제정하게 되자, 1994년 소년·가정법 원판사협의회(NCJFCJ)는 각 주의 가정폭력 사건과 관련한 법률 체계의 일관성을 위해서 “모범가정폭력법”을 제정하였으며, 해당 모범법을 통해 각 주에서 가정폭력 사건을 해결하기 위한 기본적 체계를 제안하였다.<sup>90)</sup> 지난 20년간 해당 분야의 전문가를 비롯한 정부 및 연방과의 협력을 통해 모범가정폭력법 제4장이 2022년에 개정되었다.<sup>91)</sup>

2022년 개정을 통해 모범가정폭력법 제4장은 1994년 제정 이후의 지난 30년간의 실제 법원이나 실무에서 발생한 사건 및 문제를 반영하였다. 사실상 1994년 모범가정폭력법 제4장의 규정은 가정폭력과 아동학대에 대한 정확한 식별의 어려움을 비롯하여 법원의 가정폭력이나 학대 주장에 대한 불신, 가정폭력 피해 입증의 어려움, 가정폭력이 가정폭력 피해자인 부모 중 일방과 가정폭력을 경험한 아동에게 미치는 잠재적 영향에 대한 법원과 사회의 무지 등을 원인으로 그 적용에 있어서 어려움을 겪어왔다.<sup>92)</sup>

---

89) Stephen M. Cook, Domestic Abuse legislation in Illinois and Other States : A Survey and Suggestions for Reform, 1983 U. Ill. L. Rev. 261, 1983, pp. 271-272; 홍춘의, “가정폭력관련법제의 개혁 -민사보호명령제도의 도입과 관련하여-”, 가족법연구 제25권 제2호, 2011, 345면.

90) Model Code on Domestic and Family Violence, National Council of Juvenile and Family Court Judges(<https://www.ncjfcj.org/publications/model-code-on-domestic-and-family-violence/>).

91) Revised Chapter Four : Families and Children, Model Code on Domestic and Family Violence, National Council of Juvenile and Family, 2022, p. 10.

92) Debra Pogrud Stark, Jessica M. Choplin & Sarah E. Wellard, Properly Accounting for Domestic Violence in Child Custody Cases : An Evidence-Based Analysis and Reform Proposal, 26 MICH. J. GENDER & L. 1, 2019; Daniel G. Saunders, Research-based Recommendations for Child Custody Evaluation Practices and Policies in Cases of Intimate Partner Violence, 12 (1) J. CHILD CUSTODY, 2015, pp. 71-92; Joan S. Meier, U.S. Child Custody Outcomes in Cases Involving Parental Alienation and Abuse Allegations : What Do the Data Show?, 42 J. SOC. WELFARE & FAM. L. 92, 2020; Peter G. Jaffe, Claire V. Crooks & Samantha E. Poisson, Common Misconceptions in Addressing Domestic Violence in Child Custody Disputes, 54 JUV. & FAM. CT. J. 57, 2003, pp. 60-62; Stephanie J. Dallam & Joyana L. Silberg, Six Myths that Place Children at Risk in Custody Disputes, 7 FAM. & INTIMATE PARTNER VIOLENCE Q. 65, 2014; Revised

또한 가정폭력 피해자인 부모 중 일방 및 가정폭력을 경험한 자녀에 대한 포괄적인 평가나 분석을 통해서 가정폭력 피해자인 부모 중 일방이 자녀로부터 가해자인 상대방을 사실상 소외 또는 통제하는 행동을 보인다는 점이 알려졌는데,<sup>93)</sup> 2022년 모범가정폭력법은 가정폭력 피해자의 이러한 행위가 자녀에 대한 친권이나 양육권의 결정에서 불리한 요인으로 작용하지 않아야 함을 규정하고 있다.

모범가정폭력법 제4장의 ‘가족 및 아동’ 부분은 가장 획기적이고 중요한 내용이 포함되었다고 평가받는데,<sup>94)</sup> 미국 대부분의 주에서는 제4장에 포함된 규정들을 채택하고 있다.<sup>95)</sup> 2022년 개정에서도 1994년 모범가정폭력법 제4장의 기본적인 취지인 ① 아동의 최상의 복리에서 가장 중요한 사항은 가정폭력 피해자와 아동의 안전이며, ② 가정폭력의 가해자에게는 친권 및 양육권을 인정하지 않는 것이라는 점을 명확하게 하였다.<sup>96)</sup>

---

Chapter Four : Families and Children, Model Code on Domestic and Family Violence, National Council of Juvenile and Family, 2022, pp. 10–11.

93) Ctr. Rsch. & Educ. Violence Against Women and Child, The Misuse of Parental Alienation in Family Court Proceedings with Allegations of Intimate Partner Violence, Part 1 : Understanding the Issue, 33 Learning Network : Mobilizing Knowledge to End Gender-Based Violence, Feb. 2021; Revised Chapter Four : Families and Children, Model Code on Domestic and Family Violence, National Council of Juvenile and Family, 2022, p. 17.

94) Model Code on Domestic and Family Violence, National Council of Juvenile and Family Court Judges(<https://www.ncjfcj.org/publications/model-code-on-domestic-and-family-violence/>).

95) 2018년을 기준으로 미국의 모든 주에서는 아동의 최상의 복리 보호를 위해서 가정폭력 여부를 고려하고 있으며, 26개 주에서는 가정폭력 가해자에게 양육권 부여를 제한하고 있다(Res. Ctr. Domes. Violence : Child Prot. & Custody (hereinafter RCDV:CPC), Nat'l Council Juv. & Fam. Ct. J., (hereinafter NCJFCJ), State Custody Statutes Relevant to Domestic Violence, 2018); Revised Chapter Four : Families and Children, Model Code on Domestic and Family Violence, National Council of Juvenile and Family, 2022, p. 9.

96) Model Code on Domestic and Family Violence, National Council of Juvenile and Family Court Judges(<https://www.ncjfcj.org/publications/model-code-on-domestic-and-family-violence/>).

## 2. 가정폭력의 개념

### (1) 8종류의 가정폭력

모범가정폭력법 제401조 제1항은 가정폭력(domestic abuse)<sup>97)</sup>을 (a) 신체적 폭행, 충기와 관련된 모든 형태의 신체적 상해, 명시적 또는 묵시적 위협(상대방 부모 또는 가족에 대한 행위에도 적용), (b) 스토킹, (c) 성적 학대, (d) 건강 관련 학대, (e) 강압적 통제, (f) 기술적 학대, (g) 경제적 학대, (h) 인신매매라고 규정하고 있다. 동법 제401조 제1항의 가정폭력에는 부모 중 일방이 행사하는 위협으로부터 다른 부모 일방인 자신과 자녀를 보호하기 위한 행위는 포함되지 않는다(모범가정폭력법 제401조 제2항).

모범가족폭력법 제401조 제1항은 가정폭력의 정의라는 제목하에서 8가지 종류의 구체적인 가정폭력의 유형을 분류하면서, 특히 (d) 건강 관련 학대, (e) 강압적인 통제 및 (g) 재정적 학대, (f) 기술적 학대는 이하의 규정을 통해 상술하고 있다.

### (2) 건강 관련 학대

모범가족폭력법 제401조 제1항 (d) 건강 관련 학대는 신체적 침해, 위협, 협박 또는 강압적인 통제를 통해 부모 중 일방이 상대방에게 행하는 다음과 같은 행위를 가리킨다: 첫째, 건강보험, 치료, 의료, 의료기기 또는 기타 건강 관련 서비스에 대한 접근 방해 또는 개입, 둘째, 정신건강 서비스 또는 약물에 접근 방해 또는 통제, 셋째, 임신에 대한 자기 결정권, 피임 방식을 비롯한 임신 및 출산 관련 건강 정보에 대한 의도적 방해 또는 임신에 대한 통제나 통제 시도를 위한 강압적 방식(모범가족폭력법 제401조 제3항).

### (3) 강압적 통제

강압적인 통제는 협박, 묵시적이거나 명시적 위협 또는 강제적 순종을 통해 상대방 부

---

97) 또는 가정학대로 이해되므로, 이하에서는 abuse를 폭력과 학대로 구분 없이 사용함.

모의 안전이나 자율성을 실질적으로 제한하려는 목적 또는 효과를 위한 행동 패턴을 가리킨다(모범가족폭력법 제401조 제4항 (a)). 그러나 강압적 통제가 현재나 장래의 위협으로부터 자녀나 부모 중 일방인 자신을 보호하기 위한 행동은 강압적 통제에 해당하지 않는다(모범가족폭력법 제401조 제4항 (b)).

강압적 통제에 해당하는 구체적인 행동 패턴은 다음의 12가지이다(모범가족폭력법 제401조 제4항 (c)):

- (1) 일상적 개인 활동에 대한 모니터링 및 감시,
- (2) 일상생활에 대한 과도한 관리 또는 지시,
- (3) 위협,
- (4) 상대방에게 해를 끼치기 위한 정신상태 조작,
- (5) 친구, 친척, 종교, 문화 또는 언어 공동체, 취업, 교육 또는 기타 지원 네트워크로부터의 격리,
- (6) 반복적인 굴욕 또는 모욕적인 언사,
- (7) 자녀에 대한 침해 또는 납치 위협,
- (8) 가족과 관련된 동물에 대한 학대 또는 잔인한 행위나 위협,
- (9) 상대방을 괴롭히거나, 강요 또는 통제하기 위한 반복적인 범원 조치, 상대방의 재산에 대한 감소 또는 고갈 행위, 상대방의 고용이나 주거 위협 행위,
- (10) 가스라이팅,
- (11) 위협적 태도 또는 위협으로 총기 청소, 접근, 전시, 사용 또는 착용 행위,
- (12) 이주상태에 따른 추방 위협, 현지 또는 연방 기관에 신고, 이주 신청 거부, 보증 거부, 이주 신청을 위한 필수적 서류 보류, 대리 제출한 이주 신청 철회 위협 또는 이주 비자 조건 위반 강요나 위협.

#### (4) 경제적 학대

모범가족폭력법 제401조 제5항은 신체적 피해를 비롯해 신체적 피해에 대한 위협, 조작 또는 강압적 통제로 인해 피해를 받는 부모 중 일방이 경제적으로 의존하게 하거나 의

존하게 만드는 시도를 경제적 학대로 정의한다. 경제적 학대에 해당할 수 있는 구체적 행위 6가지는 다음과 같다(모범가족폭력법 제401조 제5항):

- (a) 신용 또는 재산에 대한 무단 사용 또는 접근,
- (b) 주나 연방 지원 또는 세금 관련 사기 또는 유용에 대한 가담 행위,
- (c) 금전, 직불카드, 신용카드, 정부 지원 또는 기타 재정에 대한 접근 보류나 방해,
- (d) 고용이나 교육, 이주 지위, 고용 허가에 대한 개입 또는 가정폭력 피해자인 부 또는 모에 대한 명예 훼손을 통한 재정적 독립에 대한 방해 활동,
- (e) 신용 등급에 대한 피해,
- (f) 채무의 인수.

## (5) 기술적 학대

기술적 학대는 온라인을 통한 스토킹, 기타 모니터링이나 감시 또는 상대방의 동의 없는 친밀한 이미지 공개나 사칭의 방식을 통해 피해, 위협, 협박, 스토킹, 사칭, 착취 또는 갈취하려는 행위 또는 패턴을 가리킨다(모범가족폭력법 제401조 제6항).

## (6) 정리

정리하면 모범가정폭력법 제401조가 규정하는 가정폭력의 정의는 가족 내에서 발생할 수 있는 신체적, 정신적, 심리적 위협이나 위협이 될 수 있는 말이나 행동과 사실상 차이가 없다. 그럼에도 모범가정폭력법은 미성년자녀의 친권 및 양육 관련 사항의 결정에 있어서 부 또는 모의 가정폭력을 다루고 있기 때문에, 가정폭력 대상을 현실적, 구체적으로 규정할 필요성이 존재하게 된다. 또한 동법 제401조의 가정폭력 정의 규정이 이어서 살펴 보게 될 가정폭력 추정의 대상과 거의 동일하다는 점에서도 가정폭력의 대상이 구체화 될 필요성을 찾을 수 있다.

### 3. 가정폭력의 추정

#### (1) 의의

가정폭력 가해자에 대한 친권과 양육권의 불인정이라는 모범가정폭력법의 두 번째 제정 목적이자 취지는 동법 제4장 제403조의 ‘반증을 허용하는 추정(rebuttable presumption)’ 규정에서 가장 잘 나타난다고 볼 수 있다. 해당 반증 허용 추정으로 인해 가정폭력 피해자와 미성년자녀에 대한 가정폭력의 위험성은 추정되기 때문에, 가정폭력 가해자는 자신이 친권 또는 양육권을 행사하는 것이 적합하다는 점을 항변할 수 있게 되었다. 즉 가정폭력 피해자는 자녀에 대한 가정폭력의 위험성이나 자신에 대한 가정폭력과 자녀에 대한 가정폭력의 연관성을 입증할 필요 없이 이러한 위험성 또는 연관성이 추정된다는 뜻으로, 궁극적으로 해당 규정을 통해 가정폭력 피해자인 부모 중 일방에게 입증 의무를 면제해 주게 되었다.<sup>98)</sup>

#### (2) 적용 대상

다만 이러한 반증 허용 추정 규정을 미성년자녀가 있는 모든 가정폭력 사건에서 적용하는 것은 아니다. 모범가정폭력법 제403조가 규정하는 반증 허용 추정을 적용할 수 있는 대상은 모범가정폭력법이 정의하는 학대의 범주보다 제한적인 범위의 가정폭력에 해당한다.<sup>99)</sup> 구체적으로 모범가정폭력법 제403조 제1항은 반증 허용 추정이 적용되는 가정폭력의 대상은 구체적으로 (a) 신체적 폭행 또는 모든 형태의 신체적 상해(교살 또는 총기 관련 포함), (b) 스토킹, (c) 성적 학대, (d) 건강 관련 학대, (e) 경제적 학대, (f) 기술적 학대, (g) 강압적 통제, (h) 인신매매이다. 즉 부모 중 일방이 상대방에게 동법 제403조 제1항

98) Revised Chapter Four : Families and Children, Model Code on Domestic and Family Violence, National Council of Juvenile and Family, 2022, p. 20.

99) Revised Chapter Four : Families and Children, Model Code on Domestic and Family Violence, National Council of Juvenile and Family, 2022, p. 20.

이 규정하는 8개의 가정폭력 중 하나를 행사했다는 혐의를 받는 경우, 이러한 혐의를 받는 부모 중 일방(가해자)에 대해서 반증 허용 추정이 적용될 수 있다. 또한 반증 허용 추정을 받는 가정폭력의 대상(동법 제403조 제1항 (a))에 모범가정폭력법의 대상(동법 제401조 제1항 (a))이 되는 학대의 “(a) 명시적 또는 암묵적인 위협”을 제외시킴으로써 반증 허용 추정의 대상은 보다 명확하고 제한적 성격을 가진다고 볼 수 있다. 특히 동법 제403조 제1항 (a)에서는 “상대방 부모 또는 가족에 대한 행위에도 적용된다.”는 부분을 포함하지 않아 반증 허용 추정에 있어서는 부부 당사자로 가정폭력의 범위를 한정시키고 있다.

### (3) 법원의 결정

물론 법원은 모범가정폭력법 제403조의 반증 허용 추정 규정을 적용하기 위한 결정에 있어서, 현재 또는 과거의 가정폭력 행위와 관련 있고 인용될 수 있는 증거를 고려해야 한다(모범가정폭력법 제403조 제2항). 반증 허용 추정에 관한 동법 제403조의 적용 여부를 결정함에 있어서, 기존의 가정폭력 범죄에 대한 유죄 판결, 자녀 또는 부모와 관련된 현재 또는 경료된 보호명령이나 가정폭력에 대한 다른 법원이나 행정기관의 조사 여부는 고려 사항이 아니다(모범가정폭력법 제403조 제2항).

만약 가정폭력을 행사한 부 또는 모가 해당 추정에 대해 항변하는 경우, 법원은 이를 허용할지를 결정함에 있어서, 다음 요소를 모두 고려해야 한다(모범가정폭력법 제403조 제3항):

- (a) 가정폭력의 성격과 전후 사정, 양육 행위 및 속성, 가정폭력이 자녀의 신체적 및 심리적 복리에 미친 영향,
- (b) 가정폭력 가해자에 의한 자녀 또는 피해자인 부모 상대방의 신체적 또는 심리적 복리에 대한 현재 또는 장래의 위협,
- (c) 다음의 3가지 증거:
  - (1) 가정폭력을 행사한 부모가 자녀의 신체적 및 심리적 복리를 우선적으로 고려할 수 있는지,
  - (2) 가정폭력을 행사한 부모가 자녀 또는 상대방 부모에게 위협을 초래하지 않는 방

식과 장소에서 자녀 관련 사항에 대해 공동으로 결정할 수 있는지,

(3) 가정폭력을 행사한 부모가 법원 명령을 이전에 준수했으며 장래에도 준수할 수 있는지,

(d) 가정폭력 가해자인 부모 일방의 과거 자신의 침해에 대한 인정, 장래에 이를 반복하지 않기 위한 노력 및 이를 위해 요구되는 변화 여부. 이때 요구되는 변화에 가정폭력 개입프로그램에 참여하는 행위 자체는 증거로 인정되지 못한다.

모범가정폭력법 제403조 제4항은 추정에 대한 반증이 인용되었는지 여부와는 관계없이, 법원은 친권 및 양육(또는 면접교섭) 시간의 결정에 있어서 동법 제402조의 자녀의 최상의 복리(best interest)<sup>100</sup>가 규정하는 사항을 고려해야 함을 규정하고 있다.

#### (4) 반증을 허용하는 경우

법원이 모범가정폭력법 제403조가 규정하는 가정폭력 추정에 대한 반증을 허용하는 경우에는, 가정폭력을 행사한 부모에게 친권 또는 양육(면접교섭) 시간을 인정하는 결과를 가져오게 되므로, 해당 명령을 함에 있어서는, 첫째, 법원이 가정폭력의 추정을 받는 부모 중 일방에게 친권 및 양육 시간을 허용하는 명령을 할 때 고려한 요소(모범가정폭력법 제403조 제3항의 가정폭력 추정의 항변 허용 요소)에 대한 자세한 설명(모범가정폭력법 제403조 제5항 (a)), 둘째, 해당 명령이 자녀의 신체적 안전과 심리적 복리를 어떻게 증진할 수 있는지(모범가정폭력법 제403조 제5항 (b)), 셋째, 해당 명령이 가정폭력을 행사한 부모 중 일방으로부터 피해를 받은 상대방 부모를 어떻게 보호할 수 있는지(동법 제403조 제5항 (c))가 명시되어야 한다(모범가정폭력법 제403조 제5항).

100) 앞의 복리(will-being)와 모범가정폭력법 제402조의 아동의 최상의 복리(Best Interest of the Child)는 용어는 다르지만, 실질적으로 가리키는 바가 유사하므로 해당 연구보고서에서는 동일하게 복리로 번역함.

## (5) 평가

모범가정폭력법의 반증 허용 추정 규정을 실제로 적용한 사례에서는 시행의 어려움이 많은 것으로 나타났다. 특히 해당 추정 규정으로 인해서 가정폭력 피해자에게 역효과가 나타나기도 하고, 개별 사건에서는 모범가정폭력법 제4장이 규정하는 가정폭력의 성격, 전후 사정 및 결과의 미묘한 차이가 양육 사항에 대한 합의가 성립되지 못하는 결과를 가져오기도 한 것으로 조사되었다.<sup>101)</sup>

그리고 모범가정폭력법 제403조의 반증 허용 추정 규정을 많은 주에서는 도입하였음에도, 실제로 해당 규정은 일반적인 형사상 행위, 반복적인 행위, 심각한 신체적 폭행 또는 신체적 상해 위협을 포함하는 한정된 경우에 적용되고 있는 문제점이 존재하고 있다. 즉 민법에서의 보호명령이나 친권, 양육과 관련한 가정폭력의 형사상 개입의 경우로 한정하고 있어 모범가정폭력법 제403조의 반증 허용 추정의 대상과는 차이가 있는 것으로 조사되었다.<sup>102)</sup>

더구나 해당 규정을 적용하고 있는 많은 주에서도 가정폭력을 행사한 것으로 추정되는 부모 중 일방이 항변한 경우에, 법원에서 해당 반증에서 고려하고 판단해야 하는 사항을 규정하고 있지 않아 사실상 해당 추정에 대한 항변이 있는 경우에는 반증이 모두 인용된다고 볼 수밖에 없어 반증 허용 추정 규정의 입법 취지를 무력화하고 있다. 결국 모범가정폭력법을 도입한 주에서도 해당 추정 규정의 취지나 그 적용에 대한 이해의 부족으로 실제 시행에서 어려움을 겪고 있는 것으로 이해될 수 있는 부분이다.<sup>103)</sup>

---

101) Revised Chapter Four : Families and Children, Model Code on Domestic and Family Violence, National Council of Juvenile and Family, 2022, p. 20.

102) Revised Chapter Four : Families and Children, Model Code on Domestic and Family Violence, National Council of Juvenile and Family, 2022, p. 20.

103) Lisa Bolotin, When Parents Fight : Alaska's Presumption Against Awarding Custody to Perpetrators of Domestic Violence, 25 ALASKA L. REV., 2008, pp. 263-270; Rebecca S. Lamprecht, Advancing the Best Interests of the Child : Why South Dakota Should Strengthen its Rebuttable Presumption Against Awarding Custody to Abusive Parents, 56(2), S. DAKOTA L. REV., 2011, p. 351; Zoe Garvin, The Unintended Consequences of Rebuttable Presumptions to Determine Child Custody in Domestic Violence Cases, 50(1) FAM L. REV., 2016, pp. 173-192;

모범가정폭력법 제403조가 규정하는 반증 허용 추정 규정의 취지는 과거의 가정폭력 전력이 없는 경우라고 해도 해당 규정을 적용함으로써, 미성년자녀의 친권과 양육 사항을 결정함에 있어 최상의 복리를 우선적으로 고려할 수 있도록 함에 있다. 따라서 동법 제4장에서는 가정폭력을 행사한 것으로 추정받는 부모 중 일방이 반증을 제시해 항변했는지의 여부와는 관계없이, 미성년자녀의 친권이나 양육 사항을 결정함에 있어서는 동법 제402조의 최상의 복리에 대한 분석이 반드시 이행되어야 한다고 보는 것이다.<sup>104)</sup>

#### 4. 자녀의 최상의 복리

모범가정폭력법은 미성년자녀의 최상의 복리를 위한 친권 결정을 위해서는 가정폭력의 본질, 전후 사정 및 자녀와 피해자인 부 또는 모에 대한 영향을 고려하고 각 가족에게 나타나는 가정폭력 등의 학대의 실제 경험에 대응해야 할 필요성을 규정하고 있다. 특히 자녀의 최상의 복리 보호를 위해서 가정법원은 다음의 4가지 사항을 고려해야 한다.<sup>105)</sup>

첫째, 법원은 가정폭력이 미성년자녀의 양육에 영향을 줄 수 있는 다음의 4가지 요소를 고려하여 친권 등 자녀와 관련한 사항을 결정해야 한다: ① 자녀에게 영향을 준 가정폭력의 성격, 전후 사정 및 결과, ② 가정폭력 가해자인 부 또는 모의 자녀에 대한 양육 행위 및 양육 관련 결정, ③ 자녀 또는 가정폭력 피해자인 부 또는 모에 대한 침해 위험성, ④ 미성년자녀가 경험한 가정폭력.

둘째, 법원은 가정폭력이 자녀의 친권 및 양육에서 부정적 영향을 줄 수 있음을 인정하

---

Nancy K.D. Lemon, Statutes Creating Rebuttable Presumptions Against Custody to Batterers : How Effective Are They?, 28 WM. MITCHELL L. REV., 2001, p. 601; Lisa A. Tucker, Domestic Violence as a Factor in Child Custody Determinations : Considering Coercive Control, 90(6) FORDHAM L. REV., 2022, p. 2673; Revised Chapter Four : Families and Children, Model Code on Domestic and Family Violence, National Council of Juvenile and Family, 2022, pp. 67-69.

104) Revised Chapter Four : Families and Children, Model Code on Domestic and Family Violence, National Council of Juvenile and Family, 2022, pp. 67-69.

105) Revised Chapter Four : Families and Children, Model Code on Domestic and Family Violence, National Council of Juvenile and Family, 2022, pp. 17-19.

고, 가정폭력을 전제로 자녀의 최상의 복리를 평가하고 이를 반영한 결정을 해야 한다. 가정폭력이 자녀의 최상의 복리에 미친 영향을 분석함에 있어서 필수적으로 고려해야 하는 요소는 다음의 4가지이다: ① 가정폭력 이전과 이후의 부모와 자녀와의 관계, ② 가정폭력 피해자인 부 또는 모의 자녀 보호, ③ 가정폭력으로 인한 일상생활 변화에 대한 자녀의 적응, ④ 자녀의 필요에 대한 각 부모의 대응.

셋째, 법원은 가정폭력의 성격, 전후 사정 및 결과를 평가한 후에, 평가 결과에 따른 명령 조치를 해야 하며, 해당 명령에는 자녀의 안전, 회복, 복귀를 촉진할 수 있는 내용의 목록이 포함된다.

넷째, 최상의 복리 규정은 가정폭력을 주장하는 부모 각자의 일반적 현상에 근거하므로, 부모 모두가 가정폭력의 가해자인 경우 법원은 가정폭력의 영향을 중요하지 않다고 판단할 수 있으나, 가정폭력의 성격, 전후 사정 및 결과가 자녀에게 미치는 영향은 매우 광범위한 것으로 나타나기 때문에, 법원은 가정폭력을 행사한 부모 각자의 주장에 대한 증거 조사, 분석 및 결론까지 충실해야 할 것을 요구받게 된다.

특히 법원의 증거 조사, 분석 및 결론에 따른 과정에서 고려해야 하는 사항은 다음과 같다: ① 가정폭력의 성격과 결과, ② 부모 중 일방의 가정폭력이 상대방의 가정폭력에 대한 대응인지 정당방위인지의 여부, ③ 가정폭력이 부모의 자녀에 대한 양육행위 및 그 속성에 어떠한 방식으로 반영되거나 영향을 주었는지의 여부, ④ 장래에 부모가 가정폭력을 행사할 가능성이 있는지의 여부. 이러한 조사 과정을 통해서 부모 모두가 가정폭력을 행사한 것으로 나타난 경우, 법원은 지속적 가정폭력 행사 가능성이 더 낮고, 자녀에 대한 침해 가능성이 더 낮은 부모 중 일방을 결정해야 한다.

모범가정폭력법 제402조는 가정폭력 관련 사건에서 미성년자녀의 최상의 복리 보호를 위한 위의 사항들을 법원이 조사 및 분석하고 고려할 것을 정하고 있는데, 해당 규정이 적용되는 경우는 다음의 2가지 경우이다: 첫째, 미성년자녀가 가정폭력 행사 혐의를 받는 부모 중 일방과의 연락이나 만남을 거부하는 경우, 둘째, 가정폭력 피해를 주장하는 부모 중 일방이 가해자인 상대방에 대한 친권 및 양육(또는 면접교섭) 시간의 제한을 요청한 경우. 두 번째 경우에, 가정폭력 피해를 주장하는 부모 중 일방의 이러한 요청은 단순히 자

녀와 상대방 부 또는 모와의 양육 및 면접교섭을 방해하려는 행위와는 구분되어야 한다.<sup>106)</sup>

## 5. 아동구제에 관한 민사보호명령(CPO)

2022년 개정을 통해 새롭게 추가된 모범가정폭력법 제409조의 내용은 아동구제에 관한 민사보호명령(CPO)이다. 미국의 각 주는 가정폭력범죄의 대응에 있어서는 형사상 규정이 비효율적이라는 점을 인식하고 형사법적인 조치와는 별도로 민사 구제 수단의 필요성을 인식하여 민사보호명령(CPO) 제도를 신설하였다. 민사보호명령(CPO)은 형사법상 불법행위의 대상으로서의 가정폭력 가해자에 대한 처벌보다는 가정폭력 피해자를 장래의 폭력으로부터 보호하고자 하는 취지에서 신설되었다는 점에서 미국에서는 가정폭력 피해자 보호에 가장 효과적인 법적 구제 수단으로 이해된다.<sup>107)</sup>

가정폭력 피해자를 위한 민사보호명령(CPO)의 법적 개입 근거는 ① 피해자의 안전, ② 장래의 폭력 예방, ③ 가해자에 대한 책임 부과, ④ 가해자의 특권의식에 대한 제재, ⑤ 피해자의 기회 회복, ⑥ 피해자의 능력 회복의 6가지이다. 2002년에 뉴욕주 최고법원은 가정폭력 소송에서 가정폭력 피해자가 가해자에 대한 유죄 청구를 철회하기 위해 소를 제기하게 되자 이를 기각하면서, “가정폭력은 개인적 사안이 아닌 사회적 범죄”라고 그 이유를 밝혔는데, 가정폭력에 대한 민사보호명령(CPO) 제도에 따르면, 법원은 정신적, 신체적 가정폭력에 대한 모든 학대 행위를 중대범죄로 판단해야 하기 때문이다. 법원이 민사보호명령(CPO)을 내리는 경우는 첫째, 검찰이 가정폭력 가해자를 기소하면, 담당 판사는 소송이 진행되는 동안 가정폭력 피해자에 대한 보호명령이 가능하며, 둘째, 가정폭력 피해자가 이

106) Revised Chapter Four : Families and Children, Model Code on Domestic and Family Violence, National Council of Juvenile and Family, 2022, p. 19.

107) Nicole M. Quester, Refusing to Remove an Obstacle to the Remedy, 40 Akron L. Rev., 391, 2007; 홍춘의, “가정폭력관련법제의 개혁 -민사보호명령제도의 도입과 관련하여-”, 가족법연구 제 25권 제2호, 2011, 345면; 박소현, “가정폭력규제입법에 대한 비교법적 검토”, 의정논총 제8권 제2호, 2013, 213면.

혼을 청구하면, 법원은 보호명령이 가능해지며, 셋째, 가정폭력 피해자가 지방법원(또는 가정법원)에 보호명령을 청구한 경우에 가능해진다.

민사보호명령(CPO)에서 미성년자녀와 관련한 부분은 첫째, 가장 어린 자녀가 성년이 되는 18세가 되기 전까지, 주택소유권이 가해자에게 있는 경우에도 피해자와 미성년자녀에 대한 점유권을 인정할 수 있는 동시에 해당 주택의 매도나 임대는 금지되며, 둘째, 법원은 친권 및 양육에 관한 권한을 피해자에게 부여하고, 가정폭력 가해자에게는 미성년자녀와의 면접교섭이 금지되며, 셋째, 가정폭력 가해자에게 면접교섭이 허용되는 경우에는 면접교섭은 전문경비원과 사회복지사가 감독하는 제3의 장소에서만 허용되며, 가정폭력 가해자에게 자녀와 피해자가 거주하는 장소를 알 수 있게 해서는 안 된다는 내용을 규정하고 있다.<sup>108)</sup>

이러한 민사보호명령(CPO)은 모범가정폭력법 제3장의 제306조와 관련되어 있다. 미성년자녀의 친권 및 양육 사항을 결정할 때, 가정폭력에 대한 민사보호명령(CPO) 규정을 적용할 수 있는데, 민사보호명령(CPO)에서도 미성년자녀의 최상의 복리를 증시하지만 그보다 우선적으로 고려하는 사항은 안전에 대한 요구이다.<sup>109)</sup>

모범가정폭력법 제306조의 민사보호명령(CPO)을 규정하는 동법 제409조의 취지는 사실상 제306조의 민사보호명령(CPO)을 아동구제에서 준용하기 위한 목적을 가진다. 따라서, 아동학대나 가정폭력 사건에 대한 민사보호명령(CPO)이 다른 법원에서 있었는지와는 별개로 친권 및 양육 관련 사항을 결정하는 경우, 법원은 가정폭력 발생 여부와 폭력의 성격 및 전후 사정을 판단하여, 민사보호명령(CPO) 유무에 따른 결과를 고려해야 한다(모범 가정폭력법 제409조 제1항). 또한 법원은 과거의 가정폭력 및 이러한 전력으로 인한 민사보호명령(CPO), 친권 및 양육(면접교섭) 시간 결정과 관련한 모든 조사를 해야 한다(모범 가정폭력법 제409조 제2항).

모범가정폭력법 제409조는 동법 제306조의 민사보호명령(CPO)을 준용하여, ① 임시

108) 박소현, “가정폭력규제입법에 대한 비교법적 검토”, 의정논총 제8권 제2호, 2013, 214-215면.

109) Revised Chapter Four : Families and Children, Model Code on Domestic and Family Violence, National Council of Juvenile and Family, 2022, p. 28.

양육권 결정에 있어서, 법원은 미성년자녀와 가정폭력 피해자의 안전과 복리를 최우선으로 고려해야 하며, ② 법원은 가정폭력 피해자(청구인)의 요청이 있는 경우에 한해서 가해자(피청구인)에 대한 양육(면접교섭) 시간을 부여할 수 있으며, 해당 결정에서도 미성년자녀 또는 피해자의 안전과 복리를 최우선으로 고려해야 하며, ③ 친권 및 양육(면접) 시간 관련 결정이 이미 있는 경우 또는 관련 소송이 진행 중인 경우, 법원은 가정폭력 사실을 해당 법원에 알리고 명령 사본을 제공해야 하며, ④ 법원은 피청구인에게 미성년자녀를 위한 양육이나 교육 관련 비용에 대한 이행명령을 해야 하며, ⑤ 법원은 위협의 정도를 식별하여 미성년자녀에 대한 피청구인의 무제한 접근 허용, 면접교섭 배제, 자격을 갖춘 제3자와 동행하는 면접교섭 등의 방식을 고려할 수 있다. 또한 민사보호명령(CPO)의 구제 목록에 반려동물의 안전 및 접근과 관련된 명령도 포함되어 있다.<sup>110)</sup>

만약 민사보호명령(CPO)에 대한 취소가 청구된 경우, 법원은 청구 이유, 위협이나 강압에 의한 취소 청구인지의 여부, 민사보호명령(CPO)의 청구인과 피청구인의 논의 기회 여부를 확인하여 조치를 취할 수 있다(모범가정폭력법 제306조의 민사보호명령(CPO)을 준용한 동법 제409조).

#### IV. 캘리포니아주의 친권 결정에서 가정폭력 관련 법제<sup>111)</sup>

캘리포니아주는 친권 및 양육 관련 사건에서 가정폭력의 영향과 중요성을 인정하는 입장을 취해 왔으며, 1998년 가족법 개정을 통해서 법원이 미성년자녀 또는 배우자에 대한 폭력 이력이 있는 부모에게 친권을 부여하기 위해서는 해당 이유나 근거가 서면으로 명시되도록 규정함으로써 사실상 가정폭력 가해자에 대한 친권 및 양육권을 제한하고 있다. 또한 법원은 가정폭력의 이력이 있는 부모 중 일방에 대한 친권이나 양육, 면접교섭 관련 사항을 결정하는 경우 시간, 날짜, 장소, 자녀 인계 방식 등을 특정해야 한다. 특히 친권,

110) Revised Chapter Four : Families and Children, Model Code on Domestic and Family Violence, National Council of Juvenile and Family, 2022, p. 28.

111) 최진섭, “가정폭력과 친권 -이혼 후 친권자 지정과 관련하여 미국의 입법례를 중심으로-”, 법조 제 612호, 2007. 9., 182-191면.

양육 및 면접교섭 관련 사건에서 미성년자녀에 대한 최상의 복리를 판단하는 기준으로 자녀의 건강, 안전 및 복리가 우선적으로 고려되어야 함을 규정하였다(캘리포니아주 가족법 제3011조).<sup>112)</sup> 캘리포니아 가족법이 판결문에 이를 서면으로 작성하게 함으로써 가정폭력이 있는 경우에 친권 및 양육 결정의 기준이 되는 자녀의 최상의 복리 보호에 대한 판단을 신중하게 하도록 유도하기 위한 장치의 역할을 한다고 평가된다.<sup>113)</sup>

2004년 개정을 통해서 모범가정폭력법의 반증 허용 추정 규정을 캘리포니아주도 도입하게 되어, 가정폭력을 행사한 부모에 대한 친권 및 양육에 대한 원칙적 배제가 적용되면서 가정폭력을 행사한 부모 일방이 친권 및 양육권을 인정받기 위해서는 자신에 대한 친권 및 양육권 인정이 자녀의 복리 보호를 침해하지 않는다는 점을 입증해야 하게 되었다. 2004년 개정 이전에는 캘리포니아에서는 친권 관련 사건에서 중재를 활용해 왔는데, 가정폭력이 있는 경우 가해자와 피해자인 당사자 사이의 중재는 비효율적인 수단이라는 비판이 제기되어 왔다. 특히 중재가 궁극적으로는 가정폭력 가해자를 위한 수단이라는 측면에서 일반적 정서에 반한다고 보았는데, 중재는 사실상 가정폭력의 피해자에게 가해자와의 접촉이나 연락이 강제되는 부분이 있고, 중재가 진행되는 동안에도 가정폭력이 발생할 수 있다는 점에서 부정적으로 인식되었다.<sup>114)</sup>

미성년자녀의 친권 관련 결정에 있어서 가정폭력은 자녀의 건강, 안전, 복리에 대한 침해임을 명시하면서 공동친권을 통해 부모 양쪽 모두와의 빈번하고 지속적인 연락이나 만남을 보장하는 것보다 자녀의 건강, 안전, 복리를 비롯하여 가족 모두의 안전을 보장할 수 있는 방안을 법원이 모색해야 함을 규정하고 있다(캘리포니아주 가족법 제3020조 및 제3040조).

---

112) Carol Ness, Twice-failed Abusive Dad Wins Half-time Custody Orange County Judge's Decision Questioned in Wake of Simpson Case, S.F. Examiner, Feb. 9, 1997.

113) Mary Lynne Vellinga, Child-Custody Measure Awaits Wilson's Verdict, Sacramento Bee, Sept. 21, 1997(available in 1997 WL 3307368).

114) M. A. Stapleton, Mediation is Not the Answer in Domestic Violence Cases, 143 Chi. Daily L. Bull. 3, May 22, 1997.

## 1. 서설

독일 사회에서도 과거 오랜 기간 다른 서구 사회와 마찬가지로 가정폭력을 포함한 가정 내의 문제에 대해서는 사생활 보호를 위해 국가가 개입하지 않는다는 원칙이 적용되어 왔다. 그러나 1970년대부터는 여러 사회적 변화와 함께 가정폭력을 사회적 문제로 보기 시작하였고, 1975년 ‘세계여성의 해’를 통해 가정폭력 문제에 대한 관심이 높아지게 되었다.

이에 따라 1980년대부터 독일 연방정부는 가정폭력에 관한 실태조사를 통해 가정폭력 관련 법제 제정을 위한 준비를 시작하였다.<sup>115)</sup> 더구나 구동독의 사회주의 체제하에서 가정폭력이라는 개념 자체가 부정되었다가 독일 통일 후 1년 동안 동독 지역의 약 90개의 피난처에 들어온 여성과 미성년자녀들을 통해 가정폭력의 심각한 실상이 알려지면서 가정폭력 관련 법제의 필요성이 가중되었다.<sup>116)</sup> 또한 독일에서 혼인한 여성 3명 중 1명의 비율로 상대방으로부터 신체적, 정신적 폭력 경험이 있다는 실태조사에 따라서 1996년 12월 연방정부는 가정폭력의 심각성에 대해 가정폭력과의 전쟁을 선포하게 되었다.<sup>117)</sup> 이러한 연방정부의 정책에 따라, 경찰은 가정폭력 가해자(주로 남편)에 대한 감시 명단을 작성하고 이들을 지속적으로 감시, 감독하게 되었으며, 검찰 및 법원은 가정폭력 가해자에 대한 중벌 방침을 규정하였다.

115) 그리고 1980년대 중반 이후에는 독일의 많은 여성운동가가 녹색당 창당에 참여하게 되면서 여성운동이 여성정책의 대상이 되었다(박소현, “가정폭력규제입법에 대한 비교법적 검토”, 의정논총 제8권 제2호, 2013, 223-224면).

116) 정현미, “가정폭력특례법의 운용현황과 법적 보완점”, 가정폭력, 소극적 방어를 넘어 적극적 대응 모색하기 : 가정폭력특례법의 점검과 보완, 한국가정법률상담소, 2012, 29면; 백승흠, “독일의 ‘폭력에 대한 민사적 보호법제’에 관한 고찰”, 한·독사회과학논총 2008년 겨울, 2008, 103면.

117) 독일 연방정부의 가정폭력과의 전쟁을 직역하면 ‘아내를 때리는 남편과의 전쟁’으로, 동독 여성들의 가정폭력 실태를 포함해 독일 전역에서의 가정폭력 실태조사의 결과를 심각하게 인식한 연방정부가 가정폭력을 살인이나 마약·테러와 같은 강력범죄와 동일하게 간주하겠다는 것을 뜻한다(박소현, “가정폭력규제입법에 대한 비교법적 검토”, 의정논총 제8권 제2호, 2013, 224면).

독일 사회에서 형성된 가정폭력의 심각성에 대한 여론을 통해서 가정폭력 관련 법제의 신설 필요성이 제기되면서, 이를 다른 범죄와 동일하게 형사법의 범주에서 규제하는 것은 부적절하다는 견해가 수용되었고, 이에 따라 1999년 12월 1일 연방정부는 가정폭력에 관한 실행계획을 제정하였다. 해당 실행계획은 가정폭력에 대한 민사나 형사적 조치뿐만 아니라 다양한 영역에서 가정폭력에 대한 대응조치를 포함하였다.<sup>118)</sup> 해당 실행계획에 따라, 2001년 12월 11일 ‘폭력 및 스토킹 사건에 대한 민사상 보호의 개선 및 별거 시 공용주택의 간이한 인도를 위한 법률’이 제정되었다.<sup>119)</sup>

해당 법률은 다음과 같이 크게 3부분으로 구성된다: ① 폭력 및 스토킹에 대한 민사상 보호법,<sup>120)</sup> 일명 폭력방지법(GewSchG), ② 공용주택의 인도 청구를 더 쉽게 할 목적의 독일민법 제1361조b 개정(BGB 제1361조b), ③ 기존 절차법의 개정에 관한 내용(제3장-제13장).

그리고 2007년 9월 26일 독일 연방정부는 가정폭력으로부터 여성과 아동 보호를 위해서 “여성에 대한 폭력 근절을 위한 실행계획<sup>121)</sup>”을 마련하여 여성과 아동에게 폭력과 두려움이 없는 삶을 보장하고 이들의 권리를 실현하고자 시도하였다. 특히 “여성에 대한 폭력 근절을 위한 실행계획: 실행계획 II<sup>122)</sup>”는 이주여성과 장애여성을 비롯하여 가정폭력 피해자인 아동에 대한 조기 보호에 중점을 두고 있다.<sup>123)</sup>

이하에서는 ‘폭력 및 스토킹 사건에 대한 민사상 보호의 개선 및 별거 시 공용주택의

---

118) 연방정부의 가정폭력에 관한 실행계획의 명칭은 “여성 폭력 근절을 위한 연방정부의 실행계획 (Aktionsplan der Bundesregierung zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen, vom 24. Februar 2000, BT-Drucksache 14/2812)”을 말한다.

119) ‘폭력 및 스토킹 사건에 대한 민사상 보호의 개선 및 별거 시 공용주택의 간이한 인도를 위한 법률’은 ‘Gesetz zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehewohnung bei Trennung’을 가리키며 2002년 1월 1일부터 시행.

120) Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (Gewaltschutzgesetz - GewSchG); <https://www.gesetze-im-internet.de/gewschg/BJNR351310001.html>.

121) Aktionsplan zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen.

122) Aktionsplan zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen : Aktionsplan II.

123) Keller, Häusliche Gewalt und Gewaltschutzgesetz, Richard Boorberg Verlag GmbH, 2008, S. 136f.

간이한 인도를 위한 법률'의 첫 번째 부분인 폭력방지법(GewSchG)(III)을 검토하기에 앞서 해당 법률의 시행 이후 독일 사회의 가정폭력의 현황(II)을 살펴본다.

## II. 폭력방지법 시행 이후 가정폭력 현황

독일연방수사국(BKA)에 따르면, 파트너 사이에서 발생하는 폭력 범죄로 인한 피해자의 수는 2012년 조사 이후 지속적으로 증가하는 것으로 나타나고 있다. 구체적으로는 2012년에 120,758명, 2013년에 121,778명, 2014년에 126,230명, 2015년에 127,457명, 2016년 133,080명으로 조사되었으며, 폭력행위는 구체적으로 ① 살인 및 과실치사(Mord und Totschlag), ② 위협한 상해(gefährliche Körperverletzung), ③ 중상해(schwere Körperverletzung), ④ 상해치사(Körperverletzung mit Todesfolge), ⑤ 고의의 단순 상해(vorsätzliche einfache Körperverletzung), ⑥ 강간, 성적 학대(Vergewaltigung, sexuelle Nötigung), ⑦ 협박(Bedrohung), ⑧ 스토킹(Stalking)으로 구분되었다.<sup>124)</sup> 2016년을 기준으로 피해자수가 많은 폭력 유형은 ⑤ 고의의 단순 상해(86,064명)가 가장 많았고, ⑦ 협박(18,678명), ② 위협한 상해(16,728명)가 다수를 차지하였다.

일반적으로 폭력 피해자는 대다수가 여성으로 나타나지만, 독일연방수사국(BKA)의 2016년의 조사에 따르면, 살인, 상해, 상해치사 범죄의 경우에는 파트너에 의한 폭력 피해자의 20%가 남성으로 나타났으며, 협박, 스토킹, 성적 학대 및 강간 범죄의 경우에는 높은 비율로 피해자가 여성인 것으로 조사되었다.<sup>125)</sup>

폭력방지법(GewSchG)은 파트너에 대한 폭력, 즉 가정폭력의 특수성을 반영한 조치로 실효성을 거두고 있다는 평가를 받는데, 실제 해당 법률의 시행 이후 가정폭력이 약 80%

124) Bundeskriminalamt, Partnerschaftsgewalt Kriminalstatistische Auswertung – Berichtsjahr 2016, 2017, S. 5; 김혜정, “가정폭력범죄 대응방안에 대한 재고찰”, 홍익법학 제19권 제3호, 2018, 280-281면.

125) Bundeskriminalamt, Partnerschaftsgewalt Kriminalstatistische Auswertung – Berichtsjahr 2016, 2017, S. 5; 김혜정, “가정폭력범죄 대응방안에 대한 재고찰”, 홍익법학 제19권 제3호, 2018, 281면.

감소한 것으로 나타났다.<sup>126)</sup>

특히 2000년부터 Hessen주는 파트너에 대한 폭력 가해자에 대해 전자감독을 시범적으로 실시해 왔으며,<sup>127)</sup> 2004년 11월 29일에는 가정폭력 예방 강화 및 피해자 보호와 가해자에 대한 개입 처분 관련 행동계획(Landesaktionsplan)을 마련하였다.<sup>128)</sup> 또한 가정폭력 방지를 위해서는 경찰과 법원을 비롯한 보건 관련 기관의 협조와 가정폭력 피해자에 대한 적합한 지원 제공이 필요함을 강조하였다. Hessen주의 경찰은 2003년부터 ‘가정폭력 근절을 위한 경찰 행동 지침(Polizeilichen Handlungsleitlinien zur Bekämpfung häuslicher Gewalt)’에 따라 가정폭력을 더 이상 가정 내의 문제로 보지 않고 개입을 시행해 왔다.<sup>129)</sup>

Hessen주가 발표한 경찰의 범죄 통계에 따르면, 가정폭력 발생 건수는 2002년 4,333건, 2003년 5,198건, 2004년 5,573건, 2005년 7,750건, 2006년 8,160건, 2007년 7,585건, 2008년 7,271건, 2009년 7,541건, 2010년 7,764건, 2012년 7,624건으로 집계되었으며, 2012년을 기준으로 전체 가정폭력 발생 건수의 약 45%에 해당하는 3,441건은 미성년자녀가 있는 가정으로 해당 미성년자녀의 수는 5,616명으로 조사되었다.

Hessen주가 시행하고 있는 전자감독은 2가지 유형으로, 첫 번째는 2000년부터 시범적으로 시행하고 있는 보호관찰로서의 전자감독(Elektronische Fußfessel : EFF)이며, 두 번째는 2012년부터 시행되고 있는 자유 제한적 보안처분으로서의 GPS가 부착된 전자감독(Elektronische Aufenthaltsüberwachung : EAÜ)이다. 첫 번째인 보호관찰로서의 전

---

126) Keller, Häusliche Gewalt und Gewaltschutzgesetz, Richard Boorberg Verlag GmbH, 2008, S. 125ff.

127) Hessen주에서는 처에 대한 폭행으로 상해죄를 여러 차례 신고받아 보호관찰 중이었던 남편이 처에 대한 살해 시도 범죄의 형집행이 종료되자, 처의 보호를 위해서 처의 거주지 반경 50km 이내의 접근을 금지하면서 전자발찌 부착을 신고하였다.

128) 김혜정, “유럽의 가정폭력범죄 대응정책에 관한 검토”, 피해자학연구 제23권 제2호, 2015. 8., 134면.

129) Hessisches Ministerium der Justiz, Fachtagung : 10 Jahre Landesaktionsplan gegen häusliche Gewalt in Hessen, 2014. 09. 22.

(<https://www.hessen.de/presse/pressemitteilung/fachtagung-10-jahre-landesaktionsplangeegen-haeusliche-gewalt-hessen-0>).

자감독(EFF)은 GPS 체계를 이용하지 않는 방식으로 보호관찰 대상자가 동의한 경우에 시행하고 있으며, 두 번째인 자유 제한적 보안처분으로서의 GPS가 부착된 전자감독(EAÜ)은 GPS 시스템을 통한 감시를 위해서 Hessen주 법무부 IT센터(IT-Stelle der hessischen Justiz)에 공동전자감독센터(Gemeinsame elektronische Überwachungsstelle der Länder : GÜL)를 설치해 독일 16개 주가 위임한 전자감독을 시행하고 있다.<sup>130)</sup>

2016년에 독일의 피해자 단체(Weiser Ring)는 파트너에 범죄 피해자 보호를 위해 파트너 범죄로 유죄판결을 받은 가해자에 대한 전자감독을 선고할 수 있도록 법개정을 촉구한 바 있다.<sup>131)</sup>

### III. 폭력방지법(GewSchG)

#### 1. 서설

독일기본법 제3조 제1항은 모든 사람의 법 앞의 평등을, 동조 제2항은 남녀 평등 및 남녀동권의 실질적인 이행 및 차별 제거라는 국가의 의무를, 동조 제3항은 성별, 출신, 인종, 언어, 신분, 종교, 이념으로 인한 차별 금지를 규정하고 있다. 해당 내용은 가정폭력에 대한 국가의 개입을 위한 헌법적 근거로서, 남녀 평등 및 기본권이 침해된 경우에 국가가 이러한 침해를 제거하고 바로잡을 의무가 있음을 규정하고 있다.<sup>132)</sup>

130) Hessisches Ministerium der Justiz, “68 Straftäter an der elektronischen Fußfessel”, 2014. 02. 26(<https://www.hessen.de/presse/pressemitteilung/68-straftaeter-derelektronischen-fussfessel>); 김혜정, “유럽의 가정폭력범죄 대응정책에 관한 검토”, 피해자학연구 제23권 제2호, 2015. 8., 135-136면.

131) Bundeskriminalamt, Partnerschaftsgewalt Kriminalstatistische Auswertung – Berichtsjahr 2016, 2017, S. 5; 김혜정, “유럽의 가정폭력범죄 대응정책에 관한 검토”, 피해자학연구 제23권 제2호, 2015. 8., 136면; 김혜정, “가정폭력범죄 대응방안에 대한 재고찰”, 홍익법학 제19권 제3호, 2018, 282면.

132) 특히 독일기본법 제3조 제2항 2문의 남녀동권의 실질적인 이행 및 차별 제거라는 국가의 의무는 1994년 개정을 통해서 추가된 내용으로, 실질적 평등을 위한 규정으로서의 역할을 하고 있다(신옥주, “헌법상 남녀동권규정 도입의 필요성에 관한 비교법적 고찰”, 공법학연구 제10권 제2호, 2009, 68-69면).

독일의 폭력방지법(GewSchG)은 파트너에 대한 폭력, 즉 가정폭력 대상 범죄에 대한 민사, 형사를 비롯한 다양한 분야가 포함된 종합적 대처 방안이라는 특징을 가지며, 가정폭력이라는 다른 범죄와는 구분되는 특수적 성격을 가진 범죄에 대한 단순하고도 단호한 대처 방식으로 효과적이라는 평가를 받고 있다.<sup>133)</sup>

2001년 12월 11일 ‘폭력 및 스토킹 사건에 대한 민사상 보호의 개선 및 별거 시 공용주택의 간이한 인도를 위한 법률’이 제정되기 이전에도 독일에서는 가정폭력 피해자를 위해서 일반 불법행위 규정을 적용할 수 있었다. 구체적으로는 고의나 과실로 타인의 생명, 신체, 건강, 자유, 재산 또는 기타 권리를 침해한 자에 대한 손해배상책임(독일민법 제823조 제1항), 신체, 건강, 자유 또는 성적 자기결정권 침해에 대한 위자료청구권(독일민법 제253조 제2항)이 인정되었다.

그러나 독일민법에 따른 손해배상은 침해 예방이나 침해 발생에 대한 즉각적인 대응이 라기보다는 이미 발생한 손해에 대한 사후 전보에 해당하여 사실상 가정폭력의 경우에는 실효성이 크지 않았다. 오히려 독일민법 제1004조 제1항을 유추 적용하여 침해에 대한 제거 청구가 가능하였고, 장래의 침해가 예상되는 경우 부작위 청구가 인정되어 왔다.<sup>134)</sup> 가정폭력으로 상대방에 대한 모욕이나 공포를 준 경우, 협박이나 강제로 행위를 강요하는 경우 또한 동일한 방식으로 침해 및 침해에 대한 금지 청구가 인정될 수 있었다.

이와 같은 독일민법에 따른 침해의 구제 및 예방의 대상은 광범위했다고 볼 수 있으나, 이러한 침해에 대한 부작위 내지 보호조치 등이 적용되기 위해서 시간이 많이 소요되고

---

133) Keller, Häusliche Gewalt und Gewaltschutzgesetz, Richard Boorberg Verlag GmbH, 2008, S. 125ff; 김혜정, “가정폭력범죄 대응방안에 대한 재고찰”, *홍익법학* 제19권 제3호, 2018, 281-282면; 김혜정, “유럽의 가정폭력범죄 대응정책에 관한 검토”, *피해자학연구* 제23권 제2호, 2015, 8, 134면.

134) 판례는 금지청구권의 대상으로 독일민법 제823조 제1항이 규정하는 절대권을 비롯하여 기타 권리로 인정된 일반적 인격권을 포함해 동조 제2항의 보호 대상까지 확대해서 인정하였고, 가정폭력이나 스토킹에 대해서도 금지 청구를 허용해 왔다. 예를 들어 가까운 거리에 있는 자의 비디오 촬영에 대해서 독일민법 제1004조를 유추 적용해 해당 카메라의 제거를 인정하였다(LG Braunschweig, NJW 1998, 2457); 백승흠, “독일의 ‘폭력에 대한 민사적 보호법제’에 관한 고찰”, *한·독사회과학논총* 제18권(2008년 겨울), 2008, 104-105면.

입증 또한 쉽지 않아 해당 구제 방법은 실제로 많이 활용되지 못했다.<sup>135)</sup>

이에 반해서, 폭력방지법(GewSchG)은 법원에 조치를 신청할 수 있도록 함으로써 가정 폭력에 대한 구체적 구제 방안을 제안하였다. 폭력방지법(GewSchG) 제1조는 피해자의 신청에 따라서 새로운 침해를 피하기 위해 조치를 해야 할 법원의 의무를 부과하고 있다. 법원의 조치가 이루어지는 침해 대상은 다음의 3가지 경우이다: 첫째, 고의로 타인의 신체, 건강 또는 자유를 위법하게 침해한 경우, 둘째, 타인에 대해 생명, 신체, 건강 또는 자유의 침해를 고지하여 위법하게 협박한 경우, 셋째, 타인의 주거·소유지에 대한 침입, 스토킹 행위 또는 통신수단을 사용해 타인에게 부당하게 폐를 끼치는 행위를 하는 경우.

그리고 폭력방지법(GewSchG) 제2조는 법원이 할 수 있는 조치에 관한 내용으로, 첫째, 위의 3가지에 해당하는 경우에는 피해자를 위한 보호명령(2), 둘째, 공용주택의 인도(3)의 2가지이다. 이하에서는 이들 2가지 법원의 조치를 순차적으로 살펴본다.

## 2. 피해자를 위한 보호명령

### (1) 서설

독일 폭력방지법(GewSchG)의 ‘피해자를 위한 보호명령’은 미국의 민사보호명령(CPO)과 유사한 형태로 형사법이 아닌 민사상 처분 또는 보호조치에 해당한다. 폭력방지법(GewSchG)의 피해자를 위한 보호명령의 대상이 되는 구체적인 가정폭력의 유형은 전형적인 폭력행위에 한정되지 않고, 신체적 폭력, 심리적 폭력, 협박 행위 및 스토킹 등을 포함한다. 이러한 의미에서 폭력방지법(GewSchG)은 특별법으로서의 가족법 관련 법이 아니라 가정 및 그 주변 영역에서 발생하는 폭력 예방에 관한 일반법이라고 평가된다.<sup>136)</sup> 특히 폭력방지법(GewSchG)의 경우에는 가정폭력의 가해자가 일시적 무능력자인 상태에

---

135) Dieter Schwab, Zivilrechtliche Schutzmöglichkeiten bei häuslicher Gewalt, FamRZ 1999, 1317, 1319.

136) Dieter Schwab, 2002—ein Jahr für Juristen, FamRZ 2002, 1, 2.

서 폭력을 행사한 경우라고 해도, 법원은 피해자를 위한 보호명령 조치를 적용할 수 있다는 점이 독일민법 제827조가 심신상실 상태에서 타인을 침해한 경우에 책임을 부담하지 않음을 규정한 점과는 구분될 수 있다.<sup>137)</sup>

## (2) 대상 행위 및 대상자

가정폭력 피해자는 고의 또는 과실로 생명, 신체, 건강, 자유, 재산 또는 기타의 권리를 위법하게 침해받은 자로서(독일민법 제1004조 유추 적용), 가해자에게 부작위 청구를 통한 보호가 가능하였다. 이때 가정폭력 피해자가 미성년자, 피후견인(독일민법 제1837조 제4항), 피보호인(독일민법 제1915조 제1항)인 경우에는 법원이 직권으로 개입할 수 있었으며, 미성년자녀가 부모로부터 아동학대의 피해자가 되는 경우에는 가해자인 부모의 고의나 과실의 인정이 어려운 경우에도 아동청(Jugendamt)에 의해 가정법원의 개입이 가능하다(독일민법 제1666조).<sup>138)</sup>

따라서 폭력방지법(GewSchG)의 대상이 되는 자에게는 가해자와 피해자의 밀접한 인적 관계는 요구되지 않으며, 배우자를 비롯하여 파트너 관계에 있는 모든 자가 대상이 된다.<sup>139)</sup> 반면에 폭력방지법(GewSchG)의 적용 대상에서 부모, 후견인, 보호인 등의 가정폭력의 피해자인 미성년자, 피후견인, 피보호인은 제외되는데(동법 제3조 제1항), 이는 독일민법 제1666조에 따라 아동청에 의해 가정법원이 개입하기 때문이다. 학대나 폭력의 대상이 아동이 되는 경우에는 독일에서는 해당 학대나 폭력 현장에 아동청이 1차적으로

137) 백승흠, “독일의 ‘폭력에 대한 민사적 보호법제’에 관한 고찰”, 한·독사회과학논총 제18권(2008년 겨울), 2008, 107면.

138) 가정법원은 아동청의 임시보호조치에 대한 타당성을 판단하지 않으며, 자녀의 복리가 위험한 경우 어떠한 조치나 지원으로 해당 위험을 제거할지를 검토하게 된다(독일가사소송법 제157조 제1항 1문). 이때 가정법원은 출석한 부모와 함께 아동청 관계자의 의견을 청취할 수 있다(독일가사소송법 제157조 제1항). 아동청이 보호조치를 신청하는 경우 친권에서 제한되는 사항을 가정법원에 제시한다(조은희, “민법상 자녀복리가 위험한 경우 가정법원의 역할 -독일민법 제1666조가 주는 시사점을 중심으로-”, 국제법무 제10권 제1호, 2018, 164-165면).

139) 파파라치와 같은 제3자에 의한 폭력 행위도 폭력방지법(GewSchG)의 대상이 된다(Dieter Schwab, 2002—ein Jahr für Juristen, FamRZ 2002, S. 3).

개입하여(독일사회법 제8편 제1조 제3항) 가정법원의 조기 개입을 요청하게 된다.<sup>140)</sup> 독일에서 아동과 관련한 문제는 아동청이 주축으로, 특히 학대나 폭력과 같은 상황에서는 아동청과 가정법원이 공동책임을 부담하여 사전적 예방을 위한 방지 체계를 마련하고 있다.<sup>141)</sup> 즉 독일의 폭력방지법(GewSchG)은 부모가 가정폭력의 가해자나 피해자가 되는 경우에 적용 대상이 되지만, 오히려 미성년자녀와 관련한 문제에 대해서는 아동청의 소관이 된다.<sup>142)</sup>

다만 폭력방지법(GewSchG)의 피해자를 위한 보호명령이 미성년자녀를 제외하고 있는 부분과 관련해서 입법의 흠결이라는 비판이 제기되었고, 이에 대해서, 폭력방지법(GewSchG)이 아닌 독일민법 제1666조a가 2002년에 개정되었다. 해당 규정을 통해서 가정폭력의 피해자인 미성년자녀를 보호하기 위해 가해자인 부모 또는 제3자에 대한 주거 사용 금지 또는 미성년자녀의 주거소에 대한 접근금지 명령이 가정법원을 통해 가능해졌다.<sup>143)</sup>

### (3) 보호명령 유형

폭력방지법(GewSchG) 제1조의 폭력행위, 협박 및 스토키 행위 등이 발생한 경우, 피해자의 신청에 따라 장래의 침해 방지를 위해 다음의 5가지의 경우에는 부작위 보호명령이 가능하다(폭력방지법(GewSchG) 제1조, 독일민사소송법 제621조 제1항 제13호): ① 피해자 주거지 침입, ② 피해자 주거지의 일정 범위 내의 접근(이때, 주거지의 일정 범위는 해당 지역의 주거밀집도에 따라 법원이 결정), ③ 피해자의 통상 소재지(직장, 학교, 공

140) 김상용, “아동학대 방지와 피해아동 보호를 위한 새로운 법체계의 구축을 위한 연구”, 중앙법학 제36권 제3호, 2012, 84-85면.

141) 아동학대의 방지 및 대응과 관련한 독일 아동청의 역할 및 수행과 관련한 자세한 내용은 다음의 논문 참조: 김상용, “아동학대 방지와 피해아동 보호를 위한 새로운 법체계의 구축을 위한 연구”, 중앙법학 제36권 제3호, 2012, 65-126면.

142) Klaus Schnitzler, Münchener Anwalts Handbuch Familienrecht, 2002, §17 Rn. 10.

143) Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl., 2003, § 1361b BGB Rn. 5; LG Hagen FamRZ 1993, 187; 백승흠, “독일의 ‘폭력에 대한 민사적 보호법제’에 관한 고찰”, 한·독사회과학논총 제18권 (2008년 겨울), 2008, 115면.

원, 유치원, 체육관 등)의 방문, ④ 피해자와의 접촉(전화, 팩스, 인터넷, 이메일 등의 통신 수단에 의한 경우 포함), ⑤ 피해자와의 우연한 만남.

위의 5가지 경우는 보호명령의 예시로, 가정법원은 위의 5가지 경우 외에도 피해자 보호를 위한 부작위 보호명령이 가능하며, 여러 개의 보호명령을 동시에 하는 것도 가능하다. 또한 피해자를 위한 보호명령에는 기한이 결정되어야 하는데, 기간은 침해행위의 반복성, 심각성에 따라서 결정되며, 기간 또는 횟수의 제한은 없다(폭력방지법(GewSchG) 제1조 제1항 2문).

피해자가 보호명령을 신청하는 경우, 가정폭력 가해자의 침해행위는 사실상 추정되므로, 피해자는 이를 입증할 필요가 없으며, 가해자가 자신의 폭력을 부정하여 해당 추정을 반복하는 것은 매우 어렵다.<sup>144)</sup>

폭력방지법(GewSchG)의 피해자를 위한 보호명령의 관할은 절차의 간소화를 위해서 가정법원이 되었으며(독일법원조직법 제23조a 제7호, 제23조b 제8a호), 피해자가 보호명령을 가정법원에 신청한 시점이 가정폭력의 가해자와 피해자가 계속적으로 공동생활을 하고 있지 않은 경우에는 해당 보호명령의 관할은 지방법원이 된다(독일민사소송법 제621조 제1항 제13호).

### 3. 공용주택의 인도

#### (1) 서설

폭력방지법(GewSchG)의 공용주택과 관련한 입장은 ‘폭력 가해자는 집에서 나가고, 피해자는 집에 남는다’<sup>145)</sup>라는 원칙의 실현이라고 볼 수 있다.<sup>146)</sup> 폭력방지법(GewSchG)

144) 판례는 해당 추정에 대한 반증이 인용되기 위해서는 엄격한 요건이 필요함을 명시하고 있다 (BT-Drucks. 14/5429, S. 19).

145) ‘폭력 가해자는 집에서 나가고, 피해자는 집에 남는다’는 내용은 공용주택 인도의 원칙을 단적으로 설명한 표현으로 이를 직역하면 ‘때린 자는 가고, 맞은 자는 남는다(Der Schläger geht, der/die Geschlagene bleibt)’이다.

제2조는 보호조치로서 피해자를 위한 보호명령 외에도, 공용주택을 피해자에게 인도함으로써 가정폭력의 피해자로부터 가해자를 물리적, 장소적으로 분리하는 방식을 시행하고 있는데, 이러한 공용주택의 인도가 폭력방지법(GewSchG)의 특징이라고 볼 수 있다.<sup>147)</sup>

그러나 앞의 피해자를 위한 보호명령과는 달리, 공용주택의 인도라는 조치는 폭력방지법(GewSchG) 제1조의 첫 번째 경우인 고의로 타인의 신체, 건강 또는 자유를 위법하게 침해한 경우와 두 번째 경우인 타인에 대해 생명, 신체, 건강 또는 자유의 침해를 고지하여 위법하게 협박한 경우에만 가능하다. 또한 두 번째의 위법한 협박은 '부당하게 가혹한 상태'에 대한 회피라는 요건을 충족한 경우에 한해서 인정된다(폭력방지법(GewSchG) 제2조 제6항).

## (2) 대상 행위 및 대상자

가정폭력의 피해자는 가해자에 대해서 피해자 단독 사용을 위한 공용주택의 인도를 청구할 수 있다. 피해자 보호를 위한 공용주택의 인도와 관련해 독일에서는 2개의 규정을 별도로 규정하고 있다. 첫째는 독일민법 제1361조b이고, 둘째는 폭력방지법(GewSchG) 제2조에 해당한다.

이하에서는 해당 내용을 순차적으로 살펴본다.

### 1) 독일민법 제1361조b

먼저 첫 번째 경우인 독일민법 제1361조b는 이미 별거하고 있거나 별거 의사가 있는 부부 중 일방이 혼인주택인 공용주택의 단독 사용을 위해서 상대방 배우자에 대해 해당

146) Keller, Häusliche Gewalt und Gewaltschutzgesetz, Richard Boorberg Verlag GmbH, 2008, S. 133: 김혜정, “가정폭력범죄 대응방안에 대한 재고찰”, 홍익법학 제19권 제3호, 2018, 280면.

147) Heinke, “Gewaltschutzgesetz”, Vorbemerkungen zum Gewaltschutzgesetz, Rn. 5, 1. Aufl. (2012); Elisabeth Meyer-Renschhausen, “Abschied von der Gleichheit : Die Neue Frauenbewegung als Gegenkultur”(1992), Agnes Joster/Insa Schoningh(Hg), So nah beieinander und doch fern Frauen in Ost und West, Centaurus-Verlag, Pfaffenweiler, p. 30; 정현미, “가정폭력특례법의 문제점과 개정방향”, 법학논집 제17권 제2호, 2012, 151면.

주택의 인도를 청구할 수 있다.

그런데, 개정 전 독일민법 제1361조b는 이혼 이전의 별거 기간 동안 부부는 공용주택의 분배나 사용 결정과 관련하여, ‘중대하게 가혹한 상태(eine schwere Härte)’에 대한 회피라는 요건을 충족한 경우, 가정폭력의 가해자인 배우자에게 공용주택의 전부나 일부의 단독 사용을 가정법원에 청구할 수 있음을 규정하고 있었다.<sup>148)</sup>

판례는 ‘중대하게 가혹한 상태’를 상대방의 이익보다도 주거의 인도가 더 긴급히 요구되는 상태로 해석하며,<sup>149)</sup> 동일한 주거지에서 별거하고 있던 부부가 상대방에게 피해를 주는 경우나 다툼 경우는 중대하게 가혹한 상태에 해당하지 않는다고 판단하였으며, 이와는 달리 상대방에 대한 심한 욕설이나 협박의 경우, 父 때문에 미성년자녀가 주거지가 아닌 시설에서 생활하는 경우에는 이에 해당한다고 판단하였다.<sup>150)</sup>

그러나 실제 사건에서는 해당 규정의 ‘중대하게 가혹한 상태’가 좁게 해석됨으로써, 해당 규정이 적용되는 경우는 많지 않았으며, 해석의 일관성도 없다는 비판이 있었다.<sup>151)</sup> 따라서 폭력방지법(GewSchG)을 제정하면서 공용주택의 인도와 관련된 독일민법 제1361조b의 ‘중대하게 가혹한 상태’를, ‘부당하게 가혹한 상태(eine unbillige Härte)’로 개정하여 규제 범위를 확대하였다.<sup>152)</sup>

이와 같이 부당하게 가혹한 상태는 대표적으로 자녀의 복리가 저해된 경우라고 규정하고 있는데(독일민법 제1361조b 제1항 2문), 비록 부부 사이에서 폭력행위 또는 협박이

148) OLG Schleswig, FamRZ 1991, 1301; 백승흠, “독일의 ‘폭력에 대한 민사적 보호법제’에 관한 고찰”, 한·독사회과학논총 제18권(2008년 겨울), 2008, 108면.

149) OLG Schleswig, FamRZ 1991, 1301.

150) OLG Hamburg, FamRZ 1993, 190; OLG Düsseldorf, FamRZ 1988, 1058; OLG Karlsruhe, FamRZ 1991, 1440; OLG Schleswig, FamRZ 1991, 1301; 백승흠, “독일의 ‘폭력에 대한 민사적 보호법제’에 관한 고찰”, 한·독사회과학논총 제18권(2008년 겨울), 2008, 108-109면.

151) 법률안 초안에 따르면 독일 연방정부가 1995년, 1996년 전국 140개 법원의 2,079건의 사건 심리를 분석한 결과, 도시에 위치한 가정법원의 경우 ‘중대하게 가혹한 상태’를 비교적 확대 해석하여 결과적으로는 부당하게 가혹한 상태와 유사한 결과였던 반면에, 지방에 있는 가정법원의 경우에는 비교적 엄격하게 해석되고 있음이 확인되었다(BT-Drucks. 14/5429, S. 15; 백승흠, “독일의 ‘폭력에 대한 민사적 보호법제’에 관한 고찰”, 한·독사회과학논총 제18권(2008년 겨울), 2008, 108-109면).

152) Heinke, “Gewaltschutzgesetz”, Vorbemerkungen zum Gewaltschutzgesetz, Rn. 2; BT-Drucks, 14/5429, S. 1; 정현미, “가정폭력특례법의 문제점과 개정방향”, 법학논집 제17권 제2호, 2012, 152면.

없다고 해도, 자녀의 복리가 저해된 경우는 부당하게 가혹한 상태가 발생되었다고 보아 공용주택인 혼인주택의 인도가 가능해진다. 다만 자녀가 직접 자신의 복리 저해를 이유로 공용주택의 인도를 청구할 수는 없기 때문에, 별거를 원하는 부모 중 일방이 가정폭력의 가해자인 상대방 배우자에 대한 인도 청구가 필요하다.

혼인주택인 공용주택에 대한 단독사용은 상대방 배우자가 위법하고 고의로 부부 중 일방의 신체, 건강, 자유를 침해한 경우나 일방에게 법익 또는 생명에 대한 침해 의사를 고지해 위법하게 협박한 경우에는 원칙적으로 인정된다(독일민법 제1361조b 제2항). 그러나 공용주택의 인도 청구는 새로운 침해 및 위법한 협박의 염려가 없는 경우에는 허용되지 않지만, 침해가 한 번이라도 있었던 경우에는 장래의 새로운 침해는 사실상 추정되므로 가정폭력의 피해자는 입증의 책임이 없으며 가해자가 침해의 염려가 없다는 사실을 입증할 책임을 부담한다.

그리고 만약 공용주택이 부부의 혼인주택으로 제3자와 공동소유이거나 가해자의 단독소유인 경우에도 해당 주택에 대한 피해자의 단독사용이 인정된다면, 가해자에게 피해자에 대한 사용료 청구가 허용된다(독일민법 제1361조b 제1항 및 제3항). 이때 사용료는 해당 지역의 차임을 상한선으로 부부의 경제 상황 등이 고려된다.<sup>153)</sup>

## 2) 폭력방지법(GewSchG) 제2조

피해자 보호를 위한 공용주택 인도의 두 번째 경우인 폭력방지법(GewSchG) 제2조는 혼인한 부부를 비롯하여, 파트너 관계, 친족 등 이들의 관계와 관련 없이 공용주택의 인도를 청구할 수 있다는 점이 첫 번째 경우인 독일민법 제1361조b와 구분된다.

계속적인 공동생활을 하고 있는 별거 의사가 없는 부부를 비롯하여 파트너, 친족 등 일방이 고의로 상대방의 신체, 건강, 자유를 위법하게 침해한 경우나 침해에 대한 협박이 있는 경우, 가정폭력의 피해자는 공용주택에 대해서 단독사용을 위한 인도를 상대방에게 청

153) Klaus Schnitzler, Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht, 2002, §16 Rn. 54; 백승흠, “독일의 ‘폭력에 대한 민사적 보호법제’에 관한 고찰”, 한·독사회과학논총 제18권(2008년 겨울), 2008, 110면.

구할 수 있다(폭력방지법(GewSchG) 제2조 제1항). 이때 지속적인 공동생활은 단순히 경제공동체나 주거공동체만으로는 부족하고 지속적인 내적 결합을 요하는 생활공동체로, 파트너 관계를 비롯해 형제자매와 같은 친족이나 친구 등 성별과 관계없이 다양한 공동체 관계에 있는 자는 폭력행위나 협박이 있는 경우 폭력방지법(GewSchG) 제2조의 공용주택의 인도를 청구할 수 있다.

이와는 달리 공용주택의 인도 청구가 허용되지 않는 경우도 있는데, 첫째, 새로운 침해나 협박의 염려가 없는 경우, 둘째, 침해행위 이후 3개월 내에 공용주택에 대한 인도 청구가 없는 경우, 셋째, 가해자의 중대한 이익이 침해되는 경우의 3가지이다(폭력방지법(GewSchG) 제2조 제3항). 첫 번째 경우는 독일민법 제1361조b의 혼인주택과 동일하나, 두 번째와 세 번째 경우는 폭력방지법(GewSchG)에만 적용된다.

공용주택이 가정폭력 가해자의 단독소유이거나 제3자와 공동소유인 경우에는, 공용주택의 인도는 최대 6개월이라는 기한의 제한이 있으며(제2조 제2항), 독일민법 제1361조b의 혼인주택의 인도와 마찬가지로 가정폭력 가해자의 권리나 이익 등도 고려된다.

### (3) 인도 청구 방식

#### 1) 독일민법 제1361조b

독일민법 제1361조b를 근거로 공용주택인 혼인주택의 인도가 가정법원에 청구된 경우, 직접강제가 인정된다(독일민사소송법 제885조). 또한 가정법원은 해당 주택의 인도를 가정폭력 가해자에게 명하는 경우, 해당 혼인주택의 사용을 곤란하게 하거나 사용하지 못하게 하는 행위의 금지 의무를 부과할 수 있게 되었다(독일민법 제1361조b 제3항 1문). 해당 규정을 통해 가해자에게 임대차계약을 무단으로 해지하는 행위가 금지된다. 또한 혼인주택의 인도 결정에 대한 가해자의 즉시항고가 가능해졌다(독일민사소송법 제620조c).<sup>154)</sup>

154) BT-Drucks. 14/5429, S. 15; 이는 가정폭력 가해자의 권리 또한 보장할 수 있어야 한다는 측면에서 신설되었다(백승흠, “독일의 ‘폭력에 대한 민사적 보호법제’에 관한 고찰”, 한·독사회과학논총 제18권(2008년 겨울), 2008, 110면).

## 2) 폭력방지법(GewSchG) 제2조

폭력방지법(GewSchG) 관련 사건은 가정법원의 관할이므로, 동법 제2조를 근거로 청구된 공용주택의 인도 청구 또한 비송사건으로 가정법원이 담당한다. 비송사건절차법 제64조b에 따라 임시명령이 가능해져, 가정폭력 가해자에게 송달하기 전에 해당 명령을 집행할 수 있는 절차적 신속성을 확보할 수 있게 되었다. 독일민법 제1361조b 제3항 1문과 마찬가지로 가정법원이 공용주택의 인도를 가정폭력 가해자에게 명하는 경우, 해당 공용주택의 사용을 곤란하게 하거나 사용하지 못하게 하는 행위를 금지할 수 있게 되었다(폭력방지법(GewSchG) 제2조 제4항).

또한 공용주택 인도 청구의 경우, 독일민법 제1361조b의 혼인주택의 인도보다도 가해자의 정당한 권리나 이익에 대한 신중한 배려가 요구되고 있다(폭력방지법(GewSchG) 제2조 제2항 및 제3조 제3호).

## 4. 가정폭력과 친권의 결정

독일기본법 제6조 제2항은 자녀의 양육과 교육은 부모의 권리이자 의무라는 사실을 명시하는 동시에 부모의 자녀에 대한 교양에 대한 국가의 감독권을 규정하고 있으며, 이어서 동조 제3항은 부모의 의무 태만이나 자녀 방치의 우려가 있는 경우 국가 개입을 명시하고 있다.

독일은 부모의 별거를 포함한 이혼시에도 공동친권이 원칙이며, 단독친권은 자녀의 복리 보호에 적합하다고 가정법원이 판단한 경우에 한해서 가능하다. 만약 부모 중 일방의 단독친권 행사에 상대방이 동의해도, 14세 이상인 자녀가 반대하는 경우에는 자녀의 의사와 달리 단독친권의 청구는 불가능하며, 가정법원이 단독친권 행사가 자녀의 복리에 반한다고 판단하는 경우에도 단독친권은 불가능해진다(독일민법 제1671조).<sup>155)</sup>

---

155) Johannsen/Henrich, Eherecht-Buette, Eherecht-Buette, 4. Aufl., C. H. Beck §1666, Rn 22-42; 윤혜란, “친권에 관한 비교법적 고찰 -친권의 행사와 제한을 중심으로-”, 가족법연구 제26권 제2호, 2012, 58면; 최신섭, “별거 중 친권행사-독일법을 중심으로-”, 가족법연구 제22권 제2호, 2008, 229면; 조은희, “이혼시 친권자 및 양육자 지정과 자의 복리”, 외법논집 제36권 제2호, 2012, 100면.

그러나 미성년자녀의 복리가 위험한 상태에서는 가정법원의 개입이 필요한데, 독일민법 제1666조 제1항은 첫째, 자녀의 신체적, 정신적, 정서적 또는 재산상의 복리가 위험한 경우이며, 둘째, 부모가 해당 위험을 제거할 의지나 능력이 없을 때에는 가정법원이 필요한 조치를 취해야 함을 규정하고 있다.

이와 같이 미성년자녀의 복리가 위험하다고 판단해 가정법원이 취해야 하는 6가지 구체적 조치는 다음과 같다(독일민법 제1666조 제3항):

- ① 부모에게 아동 및 청소년을 위한 복지 서비스나 의료 등의 공적 지원 신청의 요구(독일민법 제1666조 제3항 제1호),
- ② 부모에게 자녀의 의무교육 준수의 요구(독일민법 제1666조 제3항 제2호),
- ③ 부모가 원래의 주거지나 다른 주거지를 일시적 또는 무기한으로 사용하거나, 거주지의 일정 반경 내에 머무르거나, 자녀의 거주지 확인을 위한 장소를 방문하는 것을 금지(독일민법 제1666조 제3항 제3호),
- ④ 자녀와 접촉 및 만남의 금지(독일민법 제1666조 제3항 제4호),
- ⑤ 친권자의 선언에 대한 보충의 필요(독일민법 제1666조 제3항 제5호),
- ⑥ 친권의 부분 또는 전부 상실의 필요(독일민법 제1666조 제3항 제6호).

즉 독일민법 제1666조 제3항이 규정하고 있는 가정법원의 개입인 6가지 사법적 조치는 자녀의 이익과 보호 의무를 이행해야 하는 부모가 자녀의 복리를 위태롭게 하는 경우를 구체적으로 열거한 것으로, 자녀의 복리가 위험하다고 가정법원이 판단하는 경우에는 언급된 6가지 외의 조치도 가능하다. 가정법원의 개입 근거가 되는 미성년자녀의 복리가 위험한 상태는 자녀의 신체적, 정신적, 정서적 또는 재산상의 복리가 위험한 경우로, 이는 폭력방지법(GewSchG) 제1조가 규정하는 고의로 타인의 신체, 건강 또는 자유를 위법하게 침해한 경우와 사실상 동일하다. 또한, 독일민법 제1666조 제3항 제3호의 '부모가 원래의 주거지나 다른 주거지를 일시적 또는 무기한으로 사용하거나, 거주지의 일정 반경 내에 머무르거나, 자녀의 거주지 확인을 위한 장소를 방문하는 것'과 독일민법 제1666조

제3항 제4호의 ‘자녀와 접촉 및 만남의 금지’는 폭력방지법(GewSchG) 제1조의 타인의 주거·소유지에 대한 침입, 스토킹 행위 또는 통신수단을 사용해 타인에게 부당하게 폐를 끼치는 행위를 하는 경우와 마찬가지로 볼 수 있다.

자녀의 신체적, 정신적, 정서적 복리가 위험한 상태는 자녀의 성장에 현재 당면한 직접적 위협으로서, 해당 위험이 자녀의 복리에 지속적이고, 현저한 침해일 것이 요구되며, 이러한 자녀의 신체적, 정신적, 정서적 복리가 위험한 상태는 전문가의 판단에 따라서 가정법원이 필요한 조치를 취하게 된다.<sup>156)</sup> 이때 법원의 조치는 단순한 사법적 조치를 비롯해, 독촉, 경고, 특정 행위의 명령이나 금지, 면접 규정 준수 요청, 친권의 부분 또는 전부 상실 등이 포함된다(독일민법 제1666조 및 제1666a조).

특히 부모로부터 미성년자녀를 격리하는 조치는 자녀의 위험한 상태를 다른 방법으로는 해결할 수 없는 경우에 한해서 가능하도록 독일민법 제1666a조 제1항이 규정하고 있다. 해당 부모와의 격리 조치는 특히 부모에 대해 일시적, 잠정적으로 공용주택의 사용이 금지되는 경우에 적용될 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 폭력방지법(GewSchG)이 부모, 후견인, 보호인 등의 가정폭력으로 인한 피해자에 미성년자를 제외하고 있어(동법 제3조 제1항), 미성년자녀의 복리 보호에 미흡하다는 비판에 따라 2002년 개정을 통해 독일민법 제1666a조가 신설되어 가정폭력의 피해자인 미성년자녀의 보호를 위한 가해자인 부모 또는 제3자에 대한 주거 사용 금지 또는 미성년자녀의 주거소에 대한 접근금지 명령이 가정법원을 통해 가능해졌다.<sup>157)</sup>

156) BGH FamRZ 2016, 1752; 2017, 212 OLG Brandenburg FamRZ 2016, 1180; BVerfG FamRZ 2016, 22; BVerfG FamRZ 2015, 112; Marina Wellenhofer, Familienrecht, 4. Auflage, C.H. Beck, 2017, S. 318; 자녀의 복리가 위험하다고 법원이 판단한 경우는, 자녀의 범죄행위의 목인, 자녀 노동력의 과도한 이용, 신체적 폭력(BayObLG FamRZ 1993, 229; 1994, 975; Frankfurt, FamRZ 1980, 284f), 자녀의 능력이나 의망, 선호에 반하는 직업교육 강요(OLG Köln, FamRZ 1973, 265), 생명과 관련된 신체적 결정 거부(Bluttansfusion : OLG Hamm, FamRZ 1968, 221 : 김상용, “아동학대처벌법상 피해이동보호명령 제도의 도입 -성과와 한계”, 중앙법학 제94호, 2024, 85-118면), 자녀에 대한 등교 금지(BayObLG MDR 1984, 233), 친권자의 파트너에 의한 자녀의 신체적, 정신적 학대(BGH FamRZ 2017, 212) 등이다(조은희, “민법상 자녀복리가 위험한 경우 가정법원의 역할 - 독일민법 제1666조가 주는 시사점을 중심으로-”, 국제법무 제10권 제1호, 2018, 162면).

157) Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl., 2003, § 1361b BGB Rn. 5; LG Hagen FamRZ 1993,

가정폭력을 비롯한 자녀의 복리가 위험한 상태가 이러한 격리 조치로도 해결되지 못하는 경우에 신분상 행위에 대한 친권상실이 가능하다(독일민법 제1666a조 제2항). 즉 자녀에 대한 친권상실은 어떠한 조치를 통해서도 자녀의 신체적, 정신적, 정서적 복리에 대한 위험을 제거할 수 없는 경우로 사실상 자녀의 복리에 대한 위험이 여전히 존재한다고 추정될 수 있는 경우에 가능해진다. 이때 취할 수 있는 조치는 낮은 수준의 조치부터 순차적으로 이행될 필요는 없으며, 실효성에 따라 가정법원이 낮은 조치를 선택할 수 있다.<sup>158)</sup>

## 제 5절 | 프랑스

### 1. 서설

프랑스 사회에서도 과거 오랜 기간 다른 서구 사회와 마찬가지로 가정폭력을 포함한 가정 내의 폭력에 대해서 사회적, 국가적 개입을 제한해 왔다. 그러나 시대와 사회의 변화로 가정폭력이 단지 가정 내의 문제만이 아니라 법적인 제재가 필요하다는 점을 인식하게 되어, 가정폭력 가해자에 대한 처벌 및 피해자 보호를 위한 정책을 제정해 왔다. 프랑스는 2019년 9월부터 가정폭력의 예방 및 근절을 위해 방송최고위원회(Conseil Supérieur de l'Audiovisuel : CSA)의 주도로 가정폭력 예방을 위한 공익캠페인을 시행하였고, 각 방송사는 가정폭력으로 고통받다가 사망하는 가정폭력 피해자인 여성들에 대한 문제를 공론화하고 이를 예방하는 프로그램과 캠페인을 방영하였다.<sup>159)</sup>

특히 프랑스 사회에서는 코로나19의 확산으로 재택근무와 이동 제한이 시행되던 2020

187; 백승흠, “독일의 ‘폭력에 대한 민사적 보호법제’에 관한 고찰”, 한·독사회과학논총 제18권 (2008년 겨울), 2008, 115면.

158) Staudinger/Coester, § 1666 BGB, 2009, Rn. 17; 조은희, “민법상 자녀복리가 위험한 경우 가정법원의 역할 -독일민법 제1666조가 주는 시사점을 중심으로-”, 국제법무 제10권 제1호, 2018, 165면.

159) 최지선, “[프랑스] 가정폭력 근절·양성평등 위해 미디어 업계와 정부가 함께 나섰다”, 신문과방송 제586호, 2019. 10., 136면.

년에 가정폭력 발생 건수 및 가정폭력 상담 전화(3919)로의 문의가 급증한 것으로 나타났다.<sup>160)</sup> 2022년을 기준으로 프랑스에서 가정폭력 피해자는 24만 명으로 집계되었으며, 2021년에 비해 15% 증가한 수치로, 가정폭력 피해자의 대부분은 여성으로 피해자 4명 중에서 1명만이 신고한 것으로 나타났다.<sup>161)</sup>

최근 프랑스 정부는 가정폭력에 대한 대응을 정책 과제로 선정하고, 관련 입법을 신설해 왔다. 이하에서는 프랑스사회의 가정폭력(II)을 살펴본 후 이어서 가정폭력이 발생한 경우 미성년자녀의 친권 관련 사항(III)을 검토한다.

## II. 프랑스 사회의 가정폭력

이하에서는 우선 가정폭력의 개념 및 유형(1)을 살펴보고, 이어서 최근 가정폭력으로부터 미성년자녀 보호를 위해 신설된 법규정(2)을 통해 프랑스사회의 가정폭력을 이해하고자 한다.

### 1. 가정폭력의 개념 및 유형<sup>162)</sup>

프랑스에서 가정폭력(violences intrafamiliales)<sup>163)</sup>은 언어적, 육체적, 정신적

---

160) 프랑스에서는 2020년 3월 17일부터 시작된 이동 제한으로 인해 일주일 동안 가정폭력 발생 건수가 평균에 비해 30% 이상 증가하였다. 또한 해당 기간 여성의 폭력 피해에 관한 전화 상담 문의도 급격히 증가한 것으로 나타났다(Le Gouvernement pleinement mobilisé contre les violences conjugales et intrafamiliales, Communiqué de presse 25 mars 2020) :

<https://www.interieur.gouv.fr/Actualites/L-actu-du-Ministere/Le-Gouvernement-pleinement-mobilise-contre-les-violences-conjugales-et-intrafamiliales>; 김진리, “코로나19 이동 제한 시기에 급증한 가정폭력 문제와 프랑스의 정책 대응”, 국제사회보장리뷰 제14호, 2020, 119면 이하.

161) Violences conjugales, Le Monde, 2023. 11. 16.(<https://www.lemonde.fr/violences-conjugales/>).

162) Les violences intrafamiliales, Comprendre les violences intrafamiliales, Action Enfance, 2023. 8. 7.(<https://www.actionenfance.org/actualites/les-violences-intrafamiliales/>).

163) 프랑스의 가정폭력이라는 용어에 해당하는 violences intrafamiliales를 직역하면 ‘가족 안에서의 폭력’이 됨.

(psychologiques)<sup>164</sup>), 경제적 또는 성적 폭력의 형태로 이해되며, 가족구성원 사이에서 협박, 위협, 조정, 굴욕감이나 죄책감을 느끼게 하는 모든 종류의 폭력으로, 이는 국적, 종교, 성별, 연령 또는 성적 지향과는 관계없이 모든 교육, 사회, 경제 수준에서 나타난다.

가정폭력의 유형은 다음과 같이 다양한 형태로 나타날 수 있다.

① 심리적 폭력 : 심리적 폭력은 상대방에 대한 반복적인 창피, 굴욕, 모욕, 폄하, 무시, 죄책감을 느끼게 하는 행위로, 외부적으로, 직접적으로 드러나지 않기 때문에 정신적 폭력은 감지하기가 어렵지만, 심리적 폭력으로 인해 상대방은 불안감, 자신감 상실, 삶의 활력 상실을 야기하여 피해자에게 심각하고 장기적인 영향을 미치며, 자살로까지도 이어질 수 있다.

② 신체적 폭력 : 가족구성원 사이에서 위협하거나, 벌을 주거나, 고통을 주기 위해 물리적 또는 신체적인 힘을 사용하는 것을 가리킨다. 신체적 폭력은 뺨 때리기, 때리기, 꼬집기, 목 조르기와 같이 피해자를 직접적으로 위협에 빠뜨리는 모든 유형의 물리적 행위이다.

③ 경제적 폭력 : 경제적 폭력은 가족구성원의 재정적 또는 경제적 자원에 대한 접근을 방해하는 행위로, 구체적으로는 가족 재산에 대한 완전한 통제 행위, 상대방에 대한 근로 금지, 과도한 채무 설정, 개인이나 가족 재산을 위태롭게 하는 행위, 별거시 부양료 지급 거부, 재산의 은닉행위 등이다.

④ 성적 폭력 : 성적 폭력은 상대방이 동의하지 않은 모든 종류의 성적 행위에 대한 강요 또는 선동 행위로, 개인의 성적 의사를 무시함으로써 신체적, 정신적 온전함을 침해한다. 성적 폭력은 성폭행, 근친상간, 강간뿐만 아니라, 음란물 노출, 성희롱, 음란물 접근, 소아성에 등 다양한 형태로 나타날 수 있다.

## 2. 가정폭력으로부터 미성년자녀 보호를 위한 법규 신설

프랑스는 가정폭력을 예방하고 파트너를 포함한 부부폭력의 피해자를 보호하고자 2019

164) violences psychologiques를 심리적 폭력이라고 해석하였으나, 사실상 정신적 또는 정서적 폭력의 의미도 포함되어 있다.

년 12월 28일 법<sup>165)</sup>과 2020년 7월 30일 법<sup>166)</sup>을 도입하였다. 특히 이들 법은 첫째, 부모 중 일방이 상대방(다른 부모 중 일방)에 대해 중죄(crime)<sup>167)</sup>로 기소되거나 유죄판결을 받은 경우, 해당 부모 일방에 대해서 친권이 자동으로 정지되도록 하고, 둘째, 부모 일방이 상대방(다른 부모 중 일방) 또는 자녀에 대한 경죄<sup>168)</sup>의 유죄판결을 받은 경우, 해당 부모 일방에 대해서 친권을 박탈할 수 있게 함으로써, 가정폭력의 피해자인 미성년자녀를 보호하기 위한 발판을 마련하였다.<sup>169)</sup>

가정폭력에 노출된 미성년자녀 보호를 위한 2019년 12월 28일 법과 2020년 7월 30일 법의 제정을 위해 프랑스의 남녀평등최고위원회(Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes : HCE)가 조사한 자료에 따르면, 프랑스사회에서 전체 미성년 자녀의 21.5%가 가정폭력의 직접 피해자이며, 약 40만 명의 아동이 가정폭력이 빈번하게 발생하는 가정에서 성장하고 있으며, 직접 피해자가 아니라고 해도 가정폭력이 발생하는 가정의 경우에는 사실상 거의 예외 없이 자녀는 가정폭력의 목격자인 것으로 조사되었다.<sup>170)</sup> 또한 프랑스의 경우 부모의 폭력에 의해 5일마다 1명의 자녀가 사망하고 있으며,

165) Loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille 는 ‘가정 내의 폭력에 대한 조치를 위한 2019년 12월 28일 법’으로, 이하에서는 2019년 12월 28일 법이라고 함.

166) Loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales 는 ‘부부폭력의 피해자 보호를 위한 2020년 7월 30일 법’으로, 이하에서는 2020년 7월 30일 법이라고 함.

167) 프랑스는 범죄의 종류를 경중에 따라서 중죄, 경죄(délit) 및 경범죄(contravention)의 3가지로 구분하고 있다. 일반적으로 15년 이상의 징역형(3,750유로 이상의 벌금)에 대해서는 중죄, 2개월 이상 10년 미만의 징역형(3,750유로 이상의 벌금)에 대해서는 경죄, 징역형이 없이 벌금으로만 부과되는 경범죄로 구분된다(“Quelles sont les différences entre une contravention, un délit et un crime ?”, Service-Public.fr(Direction de l’information légale et administrative); <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1157>).

168) 개정 전에는 중죄에 대해서만 적용되었으나, 개정을 통해 경죄로 확대됨.

169) “Loi du 18 mars 2024 visant à mieux protéger et accompagner les enfants victimes et covictimes de violences intrafamiliales”, Vie publique, Direction de l’information légale et administrative(DILA), rattachée aux services du Premier ministre; <https://www.vie-publique.fr/loi/288160-loi-du-18-mars-2024-violences-intrafamiliales-inceste-autorite-parentale>.

170) Rapport du Haut conseil à l’égalité entre les femmes et les hommes sur la politique de lutte contre les violences conjugales, Année 2019; Proposition de loi visant à mieux protéger et

매년 16만 명의 자녀가 성폭력 피해자가 되는 것으로 조사되었다.<sup>171)</sup> 프랑스의 국가인권자문위원회(Commission nationale consultative des droits de l'homme : CNCDH)는 대부분의 경우 미성년자녀의 사망은 일련의 가정폭력의 마지막 단계로 볼 수 있다는 점에서, 가정폭력이 부부 사이에서만 발생한다고 해서 미성년자녀의 안전이 담보될 수 없다고 밝혔다.<sup>172)</sup>

사실상 직접 피해자가 아닌 아동이라도 가정폭력의 목격자라는 점에서 간접적인 피해자라고 볼 수 있어, 해당 법만으로는 가정폭력의 대상이 되는 미성년자녀의 보호에 미흡하다는 비판이 제기되었고, 이는 ‘가정폭력의 피해자 및 공동피해자인 아동 보호를 위한 2022년 12월 15일 법안’으로 구체화 되었다. 해당 2022년 12월 15일 법안은 국회에 상정된 후, 한 차례의 수정을 거쳐, 최종적으로 2024년 3월 11일 하원에서, 하루 뒤인 12일 상원에서 각각 만장일치로 채택되었다. 해당 법안은 ‘가정폭력 피해자인 자녀 보호를 위한 2024년 3월 18일 법’<sup>173)</sup>으로 제정되어 이틀 뒤인 20일부터 시행되었다. 2024년 3월 18일 법은 가정폭력의 직접적인 피해자는 아니지만 부모의 가정폭력에 노출되었거나 이를 경험한 미성년자녀를 가정폭력의 피해자로 인정함으로써 가정폭력으로부터 미성년자녀를 보다 두텁게 보호하고자 하는 목적을 가진다. 또한 2024년 3월 18일 법은 가정폭력 피해자 중 미성년자에 대한 성폭력 가해자인 부모에 대한 친권 제한에 관한 내용을 포함하고 있다.

---

accompagner les enfants victimes et co-victimes de violences intrafamiliales, n° 658 rectifié, Assemblée nationale, déposée le jeudi 15 décembre 2022.

171) “Loi du 18 mars 2024 visant à mieux protéger et accompagner les enfants victimes et covictimes de violences intrafamiliales”, Vie publique, Direction de l’information légale et administrative(DILA), rattachée aux services du Premier ministre (<https://www.vie-publique.fr/loi/288160-loi-du-18-mars-2024-violences-intrafamiliales-inceste-autorite-parentale>); Le Monde avec AFP, “En France, un enfant tué tous les cinq jours par ses parents ou des proches”, Le Monde, 2019. 4. 26. ([https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/04/26/en-france-un-enfant-tue-tous-les-cinq-jours-par-ses-parents-ou-leurs-proches\\_5455518\\_3224.html](https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/04/26/en-france-un-enfant-tue-tous-les-cinq-jours-par-ses-parents-ou-leurs-proches_5455518_3224.html)).

172) Sudouest.fr avec AFP, “Tous les 5 jours, un enfant est tué par ses parents en France : comment mettre fin aux infanticides ?”, SUDOUEST, 2023. 12. 29.

173) Loi n° 2024-233 du 18 mars 2024 visant à mieux protéger et accompagner les enfants victimes et covictimes de violences intrafamiliales. 이하에서는 2024년 3월 18일 법이라고 함.

2024년 3월 18일 법이 제정되고 3개월 후에 가정폭력 피해자 보호를 위한 연장선상에 서, ‘보호명령 강화 및 즉각적인 임시보호명령의 신설을 위한 2024년 6월 13일 법<sup>174)</sup>이 제정되었다. 2024년 6월 13일 법은 가정폭력 피해자 중에서 부부폭력 피해자 보호를 강화하고 긴급임시조치를 신설하기 위해 제정되었다.

### Ⅲ. 가정폭력과 친권 관련 사항

#### 1. 서설

앞서 살펴본 바와 같이 2024년 3월 18일 법의 제정 이전에도 가정폭력에 대응하고 가정폭력 피해자를 보호하기 위해, 2019년 12월 28일 법과 2020년 7월 30일 법이 제정되었고, 이들 법을 통해 가정폭력으로부터 미성년자녀에 대한 보호가 강화되었다. 특히 부모 중 일방이 상대방 부모나 미성년자녀에 대한 심각한 범죄를 범한 경우에 친권의 정지 또는 박탈을 통해 미성년자녀를 보호하고자 하였다.<sup>175)</sup>

그러나 이들 법을 통해서도 가정폭력이 발생하는 경우 미성년자녀에 대한 보호가 부족하다는 비판이 지속적으로 제기되었다. 2019년 12월 28일 법과 2020년 7월 30일 법을 통해 부모 사이에서 발생한 가정폭력으로 가해자인 부모 일방이 기소된 경우 또는 유죄판결을 받은 경우, 친권 정지 또는 박탈을 이미 규정한 바 있다. 그러나 해당 법들 또한 2010년부터 가정폭력으로부터 미성년자녀를 보호하기 위한 목적으로 신설되었던 기존의 법규정과 마찬가지로 형사법상의 기소 또는 유죄판결과 같은 결과를 통해서만 친권에 대

---

174) Loi n° 2024-536 du 13 juin 2024 renforçant l'ordonnance de protection et créant l'ordonnance provisoire de protection immédiate. 이하에서는 2024년 6월 13일 법이라고 함. 2024년 6월 13일 법은 특히 가정폭력의 위험에 처한 여성을 위해 보호명령을 강화하면서, 즉각적인 조치를 취할 수 있는 임시보호명령을 신설하였다.

175) “Loi du 18 mars 2024 visant à mieux protéger et accompagner les enfants victimes et covictimes de violences intrafamiliales”, Vie publique, Direction de l'information légale et administrative(DILA), rattachée aux services du Premier ministre; <https://www.vie-publique.fr/loi/288160-loi-du-18-mars-2024-violences-intrafamiliales-inceste-autorite-parentale>.

한 제한이 가능하다는 점에서 미성년자녀의 보호가 불충분하다는 비판을 받았으며, 친권을 정지하거나 박탈하는 규정이 다층적이고, 각 법률의 내용이 통일적이지 않다는 문제 또한 제기된 바 있다.

## 2. 가정폭력 가해자와 친권

### (1) 형사상 유죄판결의 경우

부모 중 일방이 상대방 부모나 미성년자녀에 대한 범죄로 유죄판결을 받은 경우에, 형사법원은 친권상실을 선고한다(프랑스민법 제378조 제1항). 이때 미성년자녀에 대한 범죄는 중죄 또는 근친상간의 성폭력이 대상이 되며, 친권상실이 선고되는 부모 중 일방은 해당 범죄의 정범, 공동정범 또는 공범으로 유죄판결이 선고된 경우이다. 사실상 자신의 자녀에 대해 이러한 범죄를 저지른 부모에게 친권을 박탈하는 것은 당연한 일이지만, 프랑스민법 제378조 제1항은 다른 부모 일방에게 중죄를 범한 가정폭력 가해자인 부모 중 일방에 대해서도 친권을 상실하고 있다. 즉 프랑스민법 제378조 제1항은 가정폭력이 부모 사이에서 발생한 경우, 가정폭력 가해자인 부모 중 일방이 중죄의 유죄판결을 받은 경우에도, 형사법원은 해당 부모에 대해 미성년자녀에 대한 친권상실을 선고해야 함을 규정하고 있다.

예외적으로 형사법원은 정당한 사유가 있는 경우에는 친권상실을 선고하지 않을 수도 있지만, 해당 경우에도 친권의 부분 상실 또는 친권 행사에 대한 제한을 선고해야 한다(프랑스민법 제378조 제1항). 부모 중 일방이 정범, 공동정범 또는 공범으로 미성년자녀에 대해 경죄로 유죄판결을 받은 경우(근친상간에 의한 성폭력 제외), 형사법원은 친권의 전부 또는 부분 상실이나 친권행사의 제한을 선고해야 한다(프랑스민법 제378조 제2항).

부모 중 일방이 상대방 부모 중 일방에 대한 경죄의 정범, 공동정범 또는 공범으로 유죄판결의 선고를 받은 경우, 형사법원은 친권의 전부 또는 부분 상실이나 친권행사의 제한을 선고할 수 있다(프랑스민법 제378조 제3항). 또한 부모 중 일방이 미성년자녀가 저지른 중죄나 경죄의 공동정범 또는 공범으로 유죄판결이 선고된 경우도 마찬가지이다(프랑

스민법 제378조 제3항).

친권의 철회나 친권행사의 제한과 관련한 위의 규정(프랑스민법 제378조 제1항 내지 제3항)은 미성년자녀의 자녀, 즉 손자녀에 대해 친권을 대행하고 있던 조부모에 대해서도 동일하게 적용된다(프랑스민법 제378조 제4항).

## (2) 형사상 유죄판결 외의 경우

형사상 유죄판결 없이도 다음의 4가지 경우에는 민사 법원에서 친권상실이 가능하다(프랑스민법 제378-1조 제1항):

- ① 미성년자녀에 대한 학대
  - ② 습관적이고 과도한 알코올 섭취 또는 약물 사용
  - ③ 부모 중 일방의 상대방에 대한 신체적 또는 심리적 압력이나 폭력 행사를 미성년자녀가 목격하는 것과 같은 비행 또는 불법행위
  - ④ 미성년자녀의 안전, 건강 또는 윤리를 명백하게 침해하는 보살핌이나 지도의 부족
- 위의 4가지 경우에 민사 법원에 친권의 전부 상실을 청구할 수 있는 자는 검사, 가족구성원, 후견인, 해당 지역의 아동에 대한 사회원조서비스(service de l'Aide sociale à l'enfance : ASE)이다(프랑스민법 제378-1조 제3항). 형사법원에서 가정폭력을 원인으로 하는 친권상실에 대한 어떠한 결정도 하지 않았거나 형사법원의 친권상실 관련 결정이 미성년자녀의 복리에 부합하지 않는 경우, 프랑스민법 제378-1조를 근거로 친권상실을 민사 법원에 청구할 수 있다. 즉 이러한 경우에는 형사법원의 확정판결에 대해서 동일한 사안으로 민사 법원이 친권상실을 선고하는 것은 문제가 되지 않는다. 왜냐하면 민사 법원이 프랑스민법 제378-1조를 근거로 친권상실을 선고하는 경우는 미성년자녀에 대한 명백한 위험이 있다고 판단한 경우이기 때문이다.<sup>176)</sup>

---

176) Adeline Gouttenoire, "L'amélioration du dispositif de limitation des droits parentaux de l'auteur de violences intra-familiales par la loi « Santiago » du 18 mars 2024", Lexbase, La lettre juridique n° 979, 28 mars 2024.

### (3) 가정폭력으로 인한 친권상실 판결의 영향

프랑스민법 제378조 및 제378-1조에 의해 선고된 친권의 전부 상실은 민법이 규정하는 모든 친권 관련 사항에 대해서 적용되며, 법원의 친권 전부 상실이 선고된 시점에 이미 출생한 모든 자녀에 대해서 친권을 전부 상실한다(프랑스민법 제379조 제1항). 뿐만 아니라 프랑스민법 제378조 및 제378-1조에 의해 친권이 전부 상실된 부모에 대한 자녀의 부양 의무(동법 제205조 내지 제207조) 또한 면제된다(프랑스민법 제379조 제2항).

부모 중 일방이 ① 미성년자녀에 대한 중죄 또는 성폭력, ② 상대방 부모에 대한 중죄로 인해, 기소 내지 수사판사가 조사 중인 경우에, 해당 부모의 친권 및 면접교섭권은 관련 결정이나 판결이 있을 때까지 자동으로 정지된다(프랑스민법 제378-2조).

법원이 부모 중 일방에게 친권의 전부 또는 일부 상실이나 제한을 선고하는 경우, 부모 중 상대방이 이미 친권을 상실했거나 사망한 경우라면, 미성년자녀를 일시적으로 위탁할 제3자를 지정하여 후견인 선임을 요청하거나 해당 지역의 아동에 대한 사회원조서비스(ASE)에 아동을 임시위탁한다(프랑스민법 제380조 제1항). 또한 친권의 전부 상실 결정은 하는 경우에 법원은 자녀의 이름 변경에 관해 결정할 수 있으며, 만약 미성년자녀의 연령이 13세 이상인 경우에는 본인의 동의가 필요하다(프랑스민법 제380-1조).

### (4) 상실된 친권의 회복

프랑스민법 제378조 및 제378-1조에 의해 친권의 전부 또는 일부 상실된 부모는 친권 상실의 원인이 소멸되거나 정당화된 경우에는 청구를 통해 이를 회복할 수 있다(프랑스민법 제381조 I 제1항). 상실된 친권의 회복 청구는 친권상실 판결이 확정된 후 1년이 경과한 시점에 가능하다(프랑스민법 제381조 I 제2항).

프랑스민법 제378조를 근거로 친권 행사의 제한 및 면접교섭권이 선고된 경우에는, 해당 판결이 확정된 후 6개월 이내에는 해당 사항에 대한 수정이나 변경 신청(프랑스민법 제373-2-13조)은 불가능하다(프랑스민법 제381조 II 제1항).

### 3. 보호명령

가정폭력 피해자를 위한 보호명령은 2010년 7월 9일 법을 통해 제정되어 여러 차례 개정되었다. 보호명령은 ① 가정폭력 피해자와 미성년자녀 보호를 위한 거주지에 가해자의 출입 금지, ② 피해자에 대한 거주권 부여 및 친권의 독점권 부여의 형태 등이다. 2022년을 기준으로 해당 보호명령의 신청은 6,000건 미만인 것으로 조사되었다.

2024년 6월 13일 법을 통한 개정 전에는 해당 보호명령 신청부터 판결까지 6일이라는 기간이 소요되었는데, 해당 기간 동안 피해자 보호가 이루어질 수 없다는 점에서 비판이 지속적으로 제기되었다. 2024년 6월 13일 법을 통해서 피해자가 보호명령을 신청하면 법원은 즉시 임시보호명령을 통해 피해자를 보호할 수 있게 되었다. 또한 개정 전에는 보호명령의 최초 기간은 6개월이었으나, 2024년 6월 13일 법을 통해 12개월로 연장되었다. 또한 2024년 6월 13일 법을 통해서 보호명령을 보완하는 2가지 조치가 가능해졌다. 첫 번째 조치는 가정폭력 피해자의 주소에 대한 비밀 보장 조치이며, 이를 통해 선거인 명부에서도 피해자의 주소가 나타나지 않도록 할 수 있게 되었다. 두 번째 조치는 가정폭력 피해자에게 반려동물에 대한 양육권을 부여하는 것으로, 프랑스는 이혼하는 경우 반려동물에 대한 양육이나 면접교섭 관련 사항을 결정하고 있는데, 1978년 6월 27일 에브루지방 법원<sup>177)</sup>은 이혼소송에서 처에게 반려견의 관리를 인정하는 동시에 상대방에 대한 반려견의 양육비 청구권을 함께 허용한 바 있으며, 1980년 10월 8일 파기원<sup>178)</sup>은 이혼한 부부 중 일방에게 속한 반려견에 대해서 상대방이 청구한 반려견에 대한 면접교섭권, 즉 방문 및 숙박에 대한 권리를 부정한 바 있다.<sup>179)</sup> 즉 가정폭력의 경우도 사실상 거주지의 분리와 같은 별거에 해당하므로, 이혼과 마찬가지로 반려동물에 대한 사항을 결정할 수 있다고 보며, 특히 가정폭력 가해자가 반려동물을 미성년자녀에 대한 협박 또는 압박 수단으

177) Evreux, 27 juin 1978 : Gaz. Pal. 1978, II, Jur. p. 382.

178) Cass. civ., 1er 8 oct. 1980 : D. 1981, Jur. p. 361, note A. Couret; JCP 1981, II, n° 19536.

179) 안문희, “반려동물에 관한 민사적 쟁점에 관한 연구”, 한국법학원, 2024, 77면.

로 이용하고 있어, 이를 차단하기 위한 조치라고 이해된다.<sup>180)</sup>

## 제6절 | 정리

미국, 독일, 프랑스의 가정폭력 가해자에 대한 친권 관련 법제의 공통점은 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 가정폭력은 아동학대로 연결될 수 있다는 점을 전제로, 비록 미성년자녀가 가정폭력 직접 대상이 아니라고 해도 미성년자녀가 입은 정신적(또는 심리적, 정서적) 폭력을 인정하거나 부모의 가정폭력을 목격한 경우에 가정폭력 피해자로 인정하고, 둘째, 가정폭력 가해자에 대한 미성년자녀의 친권(양육권 포함)에 대한 상실, 제한을 비롯해, 가정폭력 가해자와의 면접교섭권에 대해서도 엄격한 기준을 적용하며, 셋째, 가정폭력이 발생한 경우, 가정폭력 가해자에 대한 친권 상실이나 제한을 검사나 법원의 의무 사항으로 규정하거나 자동으로 친권이 상실이나 제한될 수 있도록 하며, 넷째, 가정폭력 피해자와 미성년자녀가 원래 주거지에서 거주하도록 보호받으며, 가해자는 원주거지에 대한 접근을 금지하며, 만약 피해자와 미성년자녀가 원래 주거지에서 이탈하여 보호시설을 비롯한 임시 거소에 있는 경우 이들이 있는 장소에 대한 정보가 누설되지 않도록 하는 조치 등이 있다는 점이다.

---

180) “Loi du 13 juin 2024 renforçant l'ordonnance de protection et créant l'ordonnance provisoire de protection immédiate”, Vie publique, Direction de l'information légale et administrative(DILA), rattachée aux services du Premier ministre (<https://www.vie-publique.fr/loi/292859-loi-du-13-juin-2024-ordonnance-de-protection-violences-conjugales>).



# 제4장 가정폭력 가해자에 대한 친권 및 양육권 검토

제1절 서설

제2절 가정폭력과 아동학대의 관계

제3절 가정폭력 가해자와 친권



# 제4장

## 가정폭력 가해자에 대한 친권 및 양육권 검토

### 제 1 절 | 서설

친권자인 부모 중 일방이 미성년자녀에 대한 아동학대의 가해자인 경우에는 아동학대처벌법 제9조에 따라서 민법 제924조를 근거로 친권상실의 신고가 가능하다. 뿐만 아니라 아동학대처벌법 제19조를 통한 친권 행사의 제한 또는 정지의 임시조치나 동법 제36조를 통한 피해아동에 대한 친권 행사의 제한 또는 정지를 위한 보호조치도 가능하다. 다만 우리 민법을 비롯하여 가정폭력처벌법이나 아동학대처벌법의 경우에도 미성년자녀가 가정폭력의 직접 피해자가 아닌 경우에는 가해자에 대한 친권이나 양육 관련 규정이 사실상 존재하지 않는다. 더구나 부모 중 일방의 가정폭력으로 인해 상대방이 사망한 경우에, 가정폭력 가해자가 친권자로 지정될 가능성도 배제할 수 없다.

앞서 살펴본 바와 같이 미국, 독일, 프랑스의 경우에는 가정폭력 가해자에 대한 양육권은 물론이고 친권의 상실 또는 제한을 명시적으로 규정하고 있다. 그 이유는 가정폭력의 경우 사실상 미성년자녀는 가정폭력의 피해자로 보호되고 있기 때문이다. 즉 가정폭력의 공통적인 개념이 신체적, 정신적(또는 정서적, 심리적), 성적, 재산적 피해를 주는 행위라는 점을 이해한다면, 부부폭력, 즉 부모 사이의 신체적 폭력 등을 목격한 미성년자녀가 입은 정신적, 심리적 또는 정서적 피해는 목격 당시뿐만 아니라 성장 과정을 비롯해 성인이 된 후까지 부정적 영향을 미친다는 점에서 미성년자녀를 가정폭력의 피해자에서 제외할 근거는 존재하지 않는다.

이하에서는 가정폭력과 아동학대의 관계(제2절)를 살펴본 후, 가정폭력 가해자와 친권(제3절)을 통해 우리 법제에서의 가정폭력 가해자에 대한 친권의 상실, 정지, 제한 등을 위한 방안을 모색해 본다.

## 제2절 | 가정폭력과 아동학대의 관계

여러 연구를 통해 알려진 바와 같이, 가정폭력의 경우는 피해자가 아닌 경우에도 이를 경험한 자, 특히 미성년자녀에 대해서는 폭력이 전이된다는 정신병리학적 메커니즘이 존재한다.<sup>181)</sup> 아동학대의 주요 원인은 가정구성원, 특히 부모의 정신건강, 알코올, 약물남용을 비롯하여 가정폭력인 것으로 분석되는데, 우리 사회에서 가정폭력이 발생하는 상당수의 가정에서는 아동학대도 함께 나타나는 것으로 조사되었다.<sup>182)</sup> 우리 사회의 경우 가정폭력이 아동학대의 재발생을 예측할 수 있는 주요 요인이라는 연구 결과가 있으며,<sup>183)</sup> 외국의 경우도 사실상 유사한 조사 결과가 나타나고 있음을 확인할 수 있다.<sup>184)</sup>

그런데, 우리의 경우 가정폭력과 아동학대 문제를 주관하는 기관은 여성가족부와 보건복지부로 이원화되어 있어, 해당 문제에 대한 예방, 대응조치를 위한 적합한 시스템을 마련하는 것 자체가 쉬운 일이 아니다. 더구나 여성가족부는 가정폭력에 대해서 피해자의 치유와 자립을 목표로 하는 반면에, 보건복지부는 아동학대를 아동의 보호와 아동의 권리 보장을 목표로 피해자인 아동의 안전과 복리 보호에 중점을 두고 있어서, 각 기관이 지향하는 바가 사실상 다르다고 볼 수 있다.

또한 가정폭력 문제가 발생한 경우에 사실상 미성년자녀 또한 해당 가정에서 가정폭력을 목격하여 발생하는 피해가 있음에도 해당 아동에 대한 보호나 서비스가 제대로 이루어지지 못하는 경우도 있고, 반대로 가정폭력 피해자인 부모 일방이 미성년자녀를 보호하지

181) Patrick Jury, "Violence « privée », violence « publique »", Violence intrafamiliale ordinaire, une clinique systémique de l'individu, *Thérapie Familiale* 2003/3 Vol. 24, 2003, p. 275 et s.

182) 김기현·김경희·박상규·허만세, 아동학대가정 회복을 위한 통합 프로그램 개발, 법무부, 2015; 김기현, 김용희, 김경희, "아동학대와 가정폭력의 중복발생 연구: 아동보호서비스의 관점", *사회복지연구* 제49권 제4호, 2018 겨울, 223면.

183) 장희선, 김기현, 김경희, "아동보호서비스 개입사례의 재학대 특성연구: 생존분석의 적용", *한국가족사회복지학* 제12권, 2016, 226면 이하.

184) 또한 아동학대만 발생하는 가정과 가정폭력과 아동학대가 함께 발생하는 가정은 제도적 개입의 효과가 다른 것으로 나타나고 있다(김기현, 김용희, 김경희, "아동학대와 가정폭력의 중복발생 연구: 아동보호서비스의 관점", *사회복지연구* 제49권 제4호, 2018 겨울, 223면).

못했다는 비난을 받기도 하는 것으로 나타나고 있어, 실제로는 피해자인 부모 일방과 미성년자녀 모두에게 적절한 서비스가 제공되지 못하고 있는 것으로 조사되었다.<sup>185)</sup>

2022년 여성가족부의 ‘가정폭력 실태조사’에 따르면,<sup>186)</sup> 가정폭력 중에서 가장 많은 비율로 나타난 것은 아동학대이며, 부부 사이의 폭력, 노인 학대(자녀의 부모에 대한 폭력)의 순서로 나타나고 있다. 다만 해당 자료로 알 수 없는 점은 아동학대와 이를 제외한 별도의 가정폭력이 함께 발생했는지의 여부인데, 2016년 가정폭력 실태조사를 바탕으로 한 연구 결과에 따르면, 조사 대상인 미성년자녀가 있는 성인 여성의 약 12%가 가정폭력 피해자면서, 이들 중 절반 이상은 아동학대도 함께 있었다고 답한 것으로 나타났다.<sup>187)</sup>

미국에서의 가정폭력과 아동학대의 중복발생률에 대한 연구에 따르면, 가정폭력이 있는 가정의 절반 정도는 아동학대가 함께 발생한다는 결과가 있으며, 기존의 통계를 분석한 다른 조사에서는 약 40%의 중복발생률이 나타나는 것으로 보고된 바 있다.<sup>188)</sup>

가정폭력과 아동학대의 중복발생의 문제는 폭력이나 학대 자체의 문제뿐만 아니라, 미성년자녀가 부모 사이에서의 폭력을 경험한 경우, 성장 과정에서 정서적 문제나 관계 형성에 부정적 영향을 주며, 아동기에 가정폭력을 경험한 아동은 성인이 되어서 가정폭력의 가해자 혹은 피해자가 될 가능성이 이러한 경험이 없는 경우에 비해 3배 정도 높다는 점이다.<sup>189)</sup>

---

185) 김기현, 김용희, 김경희, “아동학대와 가정폭력의 중복발생 연구 : 아동보호서비스의 관점”, 사회복지연구 제49권 제4호, 2018 겨울, 223-224면.

186) 가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률에 따라 2004년부터 3년마다 실시하는 법정조사로 만 19세 이상 남녀 900여 명을 대상으로 2021년에 실시됐다.

187) 우리 사회에서는 가정폭력과 아동학대의 중복 발생, 연관성 등에 대한 면밀한 조사는 이루어지지 않고 있다(이인선, 황정임, 최지현, 조윤주, 가정폭력 실태와 과제 : 부부폭력과 아동학대를 중심으로, 한국여성정책연구원, 2017, 20면 이하).

188) Appel & Holden, 1998; Edleson, 1999; O’Leary, Slep, & O’Leary, 2000; McGuigan & Pratt, 2001; 김기현, 김용희, 김경희, “아동학대와 가정폭력의 중복발생 연구 : 아동보호서비스의 관점”, 사회복지연구 제49권 제4호, 2018 겨울, 225-226면.

189) Hessisches Ministerium der Justiz, Fachtagung : 10 Jahre Landesaktionsplan gegen häusliche Gewalt in Hessen, 2014. 09. 22.

(<https://www.hessen.de/presse/pressemitteilung/fachtagung-10-jahre-landesaktionsplangeegen-hauesliche-gewalt-hessen-0>); 김혜정, “유럽의 가정폭력범죄 대응정책에 관한 검토”, 피해자학연구 제23권 제2호, 2015. 8., 135면.

## I. 서설

우리 가사사건에서 가정폭력을 원인으로 하는 경우는 쉽게 찾을 수 있지만, 이혼 원인으로서의 가정폭력은 거의 찾기가 어렵다. 그 이유는 약 90%에 이르는 협의이혼율을 비롯해, 이혼 원인이 사실상 다양한 복합적인 성격을 가지기 때문일 것이다. 만약 처가 남편의 폭력을 피하기 위해서 집을 나가게 되는 경우를 가정하면, 남편은 처의 귀가를 요구하다가 처의 유기를 원인으로 이혼을 청구하고, 처는 해당 유기가 남편의 폭행을 원인으로 함을 주장하는 경우, 사실상 외부적으로는 가정폭력이 이혼 청구의 직접적 원인으로 나타나지 않아 가정폭력을 직접 원인으로 하는 이혼 사유를 찾기 어려울 수도 있다.<sup>190)</sup>

이하에서는 친권자 및 양육자 지정에서의 고려 사항(II), 가정폭력 가해자와 미성년자녀의 복리 보호(III), 구체적 제언(IV)을 순차적으로 검토한다.

## II. 친권자 및 양육자 지정에서의 고려 사항

가정법원이 양육자를 지정하는 경우 부모의 양육 적합성, 자녀의 의사, 부모와 자녀의 유대관계, 양육의 계속성이 종합적으로 고려된다.<sup>191)</sup> 이혼의 유책배우자가 자녀의 양육자로 적합한가의 문제와 관련해서 유책배우자가 반드시 자녀 양육자로서 부적합하다고 추정되지는 않지만, 혼인 파탄의 원인이 되는 유책행위의 성격에 따라서 양육자로서의 적합성을 판단해야 한다. 즉 배우자에 대한 폭력 행사와 같은 유책행위는 자녀에게도 해로운 영향을 미칠 수 있다고 볼 수 있어, 이혼사유인 유책행위를 자녀 복리의 관점에서 고려해야

190) 이혼 원인으로 폭력이 명시된 경우는 대법원 1994. 12. 2. 선고 94므901, 94므918 판결 정도이다 (정현수, “가정폭력과 이혼후 자녀양육에 관한 일고”, 법학연구 제19권 제1호, 2009, 331면).

191) 김주수, 김상용, 친족·상속법, 법문사, 2024, 218면; 김상용, “이혼후의 양육자 및 친권자 결정에 있어서 민법이 갖는 몇 가지 문제점”, 사법행정, 1996. 8., 12면 이하.

한다.<sup>192)</sup> 특히 이혼사유인 유책행위에 대한 판단은 친권 결정에서도 동일하게 적용될 수 있을 것이다.

다만 우리의 경우는 앞서 언급한 바와 같이 이혼의 유책행위로서의 가정폭력에 대한 통계도 존재하지 않고, 해당 유책행위로 친권자와 양육자가 어떻게 결정되었는지에 대한 조사도 없는 것으로 보인다.

오히려 대법원의 94므901, 94므918 판결(1994. 12. 2. 선고)을 보면 혼인 파탄의 원인이 처에 대한 구타와 처의 부모에 대한 폭언이라고 판단하면서도, 처를 구타한 가정폭력 가해자인 남편을 미성년자녀의 친권자 및 양육자로 지정하고 있어, 가정폭력과 미성년자녀의 복리의 관련성에 대한 고려나 판단은 없었다는 점을 확인할 수 있다.<sup>193)</sup> 설사 처가 미성년자녀의 친권 및 양육자를 원하지 않는 경우라고 해도 부모의 자녀에 대한 양육의무는 당연한 것이라는 점에서 미성년자녀의 복리 보호를 침해하지 않는다면 처를 친권자 및 양육자로 지정했어야 할 것이다. 만약 처가 친권자 및 양육자로 부적합한 경우에도 처의 부모를 후견인으로 지정하는 방식으로 미성년자녀를 가정폭력 가해자인 부모부터 보호했어야 했다고 보인다.

그러나 1997년 가정폭력처벌법과 가정폭력방지법의 제정으로 가정폭력에 대한 우리 사회의 인식과 시각이 변화했으며, 법원의 판결 또한 이러한 영향을 받았음을 다음의 판례를 통해 확인할 수 있다. 서울가정법원의 96드56454 판결(1997. 4. 2. 선고)을 보면 남편의 처에 대한 폭행으로 처가 신체 마비 증상을 보인 경우, 처를 친권자와 양육자로 지정하였다. 다만 가정폭력 가해자인 부모에 대한 친권상실, 제한을 비롯한 면접교섭권의 제한 등에 관한 명시적인 규정의 부재로 인해 법원의 재량에 따라서 친권자나 양육자로 가정폭력 가해자가 지정될 여지는 여전히 존재하게 된다.

192) 김주수, 김상용, 친족·상속법, 법문사, 2024, 218-219면.

193) 오히려 대법원은 처의 양육능력에 문제가 있다고 보았다(정현수, “가정폭력과 이혼후 자녀양육에 관한 일고”, 법학연구 제19권 제1호, 2009, 335면).

### Ⅲ. 가정폭력 가해자와 미성년자녀의 복리 보호

정리하면 우리의 현행 규정으로는 가정폭력 가해자가 친권자나 양육자로 지정될 가능성을 차단하지는 못한다. 단지 친권자나 양육자 지정의 본질적인 기준인 미성년자녀의 복리 보호에 부합하느냐를 각 사건의 가정폭력 가해자에 대해서도 판단해야 한다는 문제가 남게 된다. 미성년자녀의 복리 보호를 위해서는 다음의 연구 결과를 근거로 가정폭력 가해자에 대한 친권을 상실 또는 제한해야 한다는 결론에 이를 수 있다:

첫째, 미국에서의 가정폭력과 아동학대의 중복발생률에 대한 연구에 따르면, 가정폭력이 있는 가정의 40% 내지 50%가 아동학대가 함께 발생한다는 결과가 있으며,<sup>194)</sup>

둘째, 미성년자녀가 부모 사이에서 발생한 폭력을 경험한 경우, 성장 과정에서 정서적 문제나 관계 형성에 부정적 영향을 주고,

셋째, 아동기에 가정폭력을 경험한 아동은 성인이 되어서 가정폭력의 가해자 혹은 피해자가 될 가능성이 경험이 없는 경우에 비해 3배 정도 높다는 점이다.<sup>195)</sup>

정리하면 가정폭력에 대한 직접적, 간접적 목격이나 경험은 미성년자녀의 복리에 대한 침해로 볼 수 있으므로 외국의 경우와 같이 이러한 경우에 우리 또한 미성년자녀를 가정폭력의 피해자로 인정할 수 있어야 한다. 사실상 우리 가정폭력처벌법과 가정폭력방지법의 가정폭력의 개념에 따르면 미성년자녀를 가정폭력의 피해자로 인정할 수 있다. 해당 법은 가정폭력을 가정구성원 사이의 신체적, 정신적 또는 재산상 피해를 수반하는 행위를 가리키고 있어, 미성년자녀가 부모의 가정폭력을 직접, 간접으로 목격 내지 경험한 경우에는 얼마든지 정신적 피해를 인정할 수 있기 때문이다.

194) Appel & Holden, 1998; Edleson, 1999; O'Leart, Slep, & O'Leary, 2000; McGuigan & Pratt, 2001; 앞서 살펴본 바와 같이, 우리의 경우에도 이와 유사한 연구 결과가 존재한다(김기현, 김용희, 김경희, “아동학대와 가정폭력의 중복발생 연구 : 아동보호서비스의 관점”, 사회복지연구 제49권 제4호, 2018 겨울, 225-226면).

195) Hessisches Ministerium der Justiz, Fachtagung : 10 Jahre Landesaktionsplan gegen häusliche Gewalt in Hessen, 2014. 09. 22.  
(<https://www.hessen.de/presse/pressemitteilung/fachtagung-10-jahre-landesaktionsplangeegen-hauesliche-gewalt-hessen-0>); 김혜정, “유럽의 가정폭력범죄 대응정책에 관한 검토”, 피해자학연구 제23권 제2호, 2015. 8., 135면.

## IV. 구체적 제언

### 1. 가정폭력 가해자에 대한 친권의 상실 등

가정폭력 가해자에 대한 친권의 상실 또는 정지를 민법 제924조 제4항의 신설을 통해 다음과 같이 고려해 볼 수 있다:

“가정폭력처벌법이 정하는 가정폭력범죄를 범한 부모에 대해서는 아동학대처벌법 제9조를 준용하여 친권의 상실을 청구해야 한다. 가정폭력 신고가 접수된 경우, 미성년자녀에 대해서는 아동학대처벌법의 규정을 준용하여 가정법원은 피해아동보호명령 또는 임시조치로 친권의 행사를 정지한다.”

아동학대처벌법 제9조에 따라 친권 상실의 청구권자는 우선적으로는 검사가 되고(동조 제1항), 검사가 친권 상실 청구를 하지 않은 경우, 특별시장, 광역시장, 특별자치시장, 도지사, 특별자치도지사 또는 시장, 군수, 구청장은 검사에게 해당 청구(동조 제1항)를 하도록 요청할 수 있으며, 해당 청구를 요청받은 검사는 요청받은 날부터 30일 내에 그 처리 결과를 통보해야 하며(동조 제2항), 통보받은 처리 결과에 이의가 있을 경우 앞의 지방자치단체의 장은 통보받은 날부터 30일 내에 직접 법원에 친권 상실 청구(동조 제3항)를 할 수 있다.

또한 아동학대처벌법 제9조를 준용하여 가정폭력에 노출된 미성년자녀에 대해서 후견이 개시되어 있는 경우에는, 민법 제940조에 따라서 가정폭력범죄를 범한 후견인에 대한 후견인 변경을 청구할 수 있다.

그리고 민법 제924조의 친권의 상실 및 정지뿐만 아니라, 친권자인 가정폭력 가해자에 대한 제924조의2 친권의 일부 제한도 가능하다. 민법 제924조의2는 “가정법원은 거소의 지정이나 그 밖의 신상에 관한 결정 등 특정한 사항에 관하여 친권자가 친권을 행사하는 것이 곤란하거나 부적당한 사유가 있어 자녀의 복리를 해치거나 해칠 우려가 있는 경우에는 자녀, 자녀의 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 구체적인 범위를 정하여 친권의 일부 제한을 선고할 수 있다.”고 규정하고 있는데, “가정폭력의 행사”를 추가하는 방식으로 친권을 일부 제한할 수 있다. 구체적으로는 다음과 같다:

“가정법원은 거소의 지정, “가정폭력의 행사”, 그 밖의 신상에 관한 결정 등 특정한 사

항에 관하여 친권자가 친권을 행사하는 것이 곤란하거나 부적당한 사유가 있어 자녀의 복리를 해치거나 해칠 우려가 있는 경우에는 자녀, 자녀의 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 구체적인 범위를 정하여 친권의 일부 제한을 선고할 수 있다.”

이와 같은 친권의 상실, 정지 및 일부 제한뿐만 아니라, 가정폭력 가해자에 대한 양육권은 당연히 제한되는 것으로 해석되며, 면접교섭권 또한 엄격하게 제한된 요건 하에서 허용될 수 있어야 할 것이다.

## 2. 원래 거주지에 대한 미성년자녀의 우선적 사용권

앞에서 살펴본 외국의 가정폭력 관련 법제에서는 특히 미성년자녀가 있는 경우에는 원래의 주거지에 대한 사용권을 가정폭력 피해자와 미성년자녀에게 우선적으로 부여하는 특징이 있었다. 이는 미성년자녀가 특히 취학 연령인 경우, 학교생활의 연속성이 중요한 부분이기 때문인데, 우리 아동학대처벌법 제47조는 가정법원의 피해아동에 대한 보호명령을 통해서 아동학대 행위자를 피해아동의 주거지 또는 점유하는 방실(房室)로부터의 퇴거 등 격리할 수 있다(아동학대처벌법 제47조 제1항 제1호). 해당 규정을 앞서 제안한 민법 제924조 제4항의 신설 규정에 추가하는 방식으로 가정폭력 피해자와 미성년자녀의 주거지를 확보할 수 있을 것이다.

구체적으로는 제안하는 민법 제924조 제4항은 다음과 같다:

“가정폭력처벌법이 정하는 가정폭력범죄를 범한 부모에 대해서는 아동학대처벌법 제9조를 준용하여 친권의 상실을 청구해야 한다. 가정폭력 신고가 접수된 경우, 미성년자녀에 대해서는 아동학대처벌법의 규정을 준용하여 가정법원이 피해아동보호명령 또는 임시조치로 친권의 행사를 정지한다. 친권의 상실이나 정지의 선고시에 미성년자녀의 복리를 침해하지 않는다면, 아동학대처벌법 제47조 제1항 제1호의 피해아동보호명령이 수반된다.”

물론 가정폭력 피해자와 미성년자녀가 원래의 주거지에서 거주하는 경우에는 가해자에 대한 접근이 금지되어야 하며, 만약 피해자와 미성년자녀가 원래 주거지에서 이탈하여 보호시설을 비롯한 임시 거소에 있는 경우라고 해도 이들이 있는 장소에 대한 정보가 누설되지 않도록 하는 조치 등이 필요하다.



# 제5장      결론



# 제5장

## 결론

여러 연구를 통해 알려진 바와 같이, 가정폭력의 경우는 피해자가 아닌 경우에도 이를 경험한 자, 특히 미성년자녀에 대해서는 폭력이 전이된다는 정신병리학적 메커니즘이 존재한다. 아동학대의 주요 원인은 가정구성원, 특히 부모의 정신건강, 알코올, 약물남용을 비롯하여 가정폭력인 것으로 분석되는데, 외국의 여러 조사와 마찬가지로 우리 사회에서 가정폭력이 발생하는 상당수의 가정에서는 아동학대도 함께 나타나는 것으로 조사되었다.

만약 친권자인 부모 중 일방이 미성년자녀에 대한 아동학대의 가해자인 경우에는 아동학대처벌법 제9조에 따라서 민법 제924조를 근거로 친권상실의 신고가 가능하다. 또한 아동학대처벌법 제19조를 통한 친권 행사의 제한 또는 정지의 임시조치나 동법 제36조를 통한 피해아동에 대한 친권 행사의 제한 또는 정지를 위한 보호조치도 가능하다. 다만 우리 민법을 비롯하여 가정폭력처벌법이나 아동학대처벌법의 경우에도 미성년자녀가 가정폭력의 직접 피해자가 아닌 경우에는 가해자에 대한 친권이나 양육을 제한하는 규정이 사실상 존재하지 않는다는 문제점이 있다. 더구나 부모 중 일방의 가정폭력으로 인해 상대방이 사망한 경우에, 가정폭력 가해자가 친권자로 지정될 가능성도 배제할 수 없다.

따라서 구체적 규정의 신설을 통해 가정폭력 가해자에 대한 친권(양육권 포함)을 상실, 정지, 제한해야 할 뿐만 아니라, 면접교섭권 또한 엄격하게 제한된 요건 하에서 허용될 수 있어야 할 것이다. 또한 원래의 주거지에 대한 사용권을 가정폭력 피해자와 미성년자녀에게 우선적으로 부여하는 조치와 동시에 가해자에 대한 접근금지를 통해 피해자와 미성년자녀의 보호를 할 수 있을 것이다.

앞서 살펴본 바와 같이 미국, 독일, 프랑스의 경우에는 가정폭력 가해자에 대한 양육권은 물론이고 친권의 상실 또는 제한을 명시적으로 규정하고 있다. 그 이유는 가정폭력의 경우 사실상 미성년자녀는 가정폭력의 피해자로 보호되고 있기 때문이다. 즉 가정폭력의

공통적인 개념이 신체적, 정신적(또는 정서적, 심리적), 성적, 재산적 피해를 주는 행위라는 점을 이해한다면, 부부폭력, 즉 부모 사이의 신체적 폭력 등을 목격한 미성년자녀가 입은 정신적, 심리적 또는 정서적 피해는 목격 당시뿐만 아니라 성장 과정을 포함하여 성인이 된 후까지 부정적 영향을 미친다는 점에서 미성년자녀를 가정폭력의 피해자에서 제외할 근거는 존재하지 않는다.

미국에서 시행된 조사에 따르면 미성년자녀가 부모 사이에서의 폭력을 목격하거나 경험한 경우, 성인이 되어서 가정폭력의 가해자 혹은 피해자가 될 가능성이 경험이 없는 경우에 비해 3배 정도 높고, 가정폭력과 아동학대의 중복발생률이 약 40~50%에 이른다는 점에서 가정폭력 가해자에 대한 친권(양육권 포함)에 대한 인정은 엄격히 제한되어야 하며, 면접교섭권 또한 제한된 요건 하에서 허용될 필요가 있다고 생각된다.

| 참고문헌 |

## [국내 문헌]

### 1. 단행본

김주수, 김상용, 친족·상속법, 법문사, 2024

장영수, 헌법학, 홍문사, 2018

### 2. 국내학술지 논문 등

김기현, 김용희, 김경희, “아동학대와 가정폭력의 중복발생 연구 : 아동보호서비스의 관점”, 사회복지연구 제49권 제4호, 2018 겨울

김상용, “이혼후의 양육자 및 친권자 결정에 있어서 민법이 갖는 몇 가지 문제점”, 사법행정, 1996. 8

김상용, “아동학대방지와 피해아동보호를 위한 친권법의 개정”, 가족법연구V, 법문사, 2019

김상용, “아동학대 방지와 피해아동 보호를 위한 새로운 법체계의 구축을 위한 연구”, 중앙법학 제36권 제3호, 2012

김상용, “아동학대처벌법상 피해아동보호명령 제도의 도입 -성과와 한계”, 중앙법학 제94호, 2024

김소연, “사적(私的) 영역에 개입하는 국가권력작용의 비례성 판단 -가정폭력에 대한 경찰의 영장 없는 현장출입의 가능성을 중심으로”, 공법학연구 제19권 제4호, 2018

김인숙, 신은주, 김혜선, “가정폭력 피해자를 위한 서비스 네트워크 모델 개발”, 한국가족사회복지학 제3권, 1999

김혜정, “가정폭력범죄 대응방안에 대한 재고찰”, 홍익법학 제19권 제3호, 2018

김혜정, “유럽의 가정폭력범죄 대응정책에 관한 검토”, 피해자학연구 제23권 제2호, 2015. 8

박소현, “가정폭력규제입법에 대한 비교법적 검토”, 의정논총 제8권 제2호, 2013

박정하, 장정식, “인권침해로서 여성폭력”, 국제엠네스티, 2005

- 백승흠, “독일의 ‘폭력에 대한 민사적 보호법제’에 관한 고찰”, 한·독사회과학논총 제18권(2008년 겨울), 2008
- 백승흠, “가정폭력 관련법률에 관한 고찰 -경찰의 긴급조치 등 보호명령제도를 중심으로-”, 한국경찰학회보 제10권 4호, 2008
- 송아영, “가정폭력 현황과 정책과제”, 보건복지포럼 제247호, 2017. 5
- 신옥주, “헌법상 남녀동권규정 도입의 필요성에 관한 비교법적 고찰”, 공법학연구 제10권 제2호, 2009
- 안분희, “민법 제909조 제4항 및 제5항에 대한 공동친권의 원칙 도입 검토”, 한국법학원, 2023
- 이금옥, “인권침해로서 가정폭력에 대한 미국에서의 논의”, 헌법학연구 제12권 제5호, 2006. 12
- 이복태, “가정폭력, ‘법대로’만 해결할 수 없다”, 대한민국 정책브리핑, 2006. 11. 21
- 이인선, 황정임, 최지현, 조운주, 가정폭력 실태와 과제 : 부부폭력과 아동학대를 중심으로, 한국여성정책연구원, 2017
- 이영란, “미국의 가정폭력의 실태와 처벌 -한국에서의 적용과 대책을 위하여-”, 형사정책 제11호, 1999
- 이유정, “여성 폭력과 사법”, 저스티스 제146-3호, 2015
- 이준영, “미국에서의 친권결정에 관한 연구”, 비교사법 제16권 1호, 2009
- 이훈, 노성훈, 조준택, “가정폭력사건 경찰신고의향 영향요인-서울특별시 가정폭력 빈발지역의 지역사회 특성을 중심으로”, 한국범죄학 제10권 제1호, 2016
- 양현아, “최근 여성차별철폐협약(CEDAW)의 한국정부에 대한 권고사항 -유보조항 ‘가족성(家族姓)’ 규정을 중심으로-”, 서울대학교 法學 제54권 제3호, 2013
- 양혜원, “아동학대와 부모의 친권에 관한 문제 -영·미제도의 시사점-”, 가족법연구 제27권 제1호, 2013
- 윤혜란, “친권에 관한 비교법적 고찰 -친권의 행사와 제한을 중심으로-”, 가족법연구 제26권 제2호, 2012
- 장희선, 김기현, 김경희, “아동보호서비스 개입사례의 재학대 특성연구 : 생존분석의 적용”, 한국가족사회복지학 제12권, 2016
- 정현미, “가정폭력특례법의 문제점과 개정방향”, 법학논집 제17권 제2호, 2012

- 정현미, “가정폭력특례법의 운용현황과 법적 보완점”, 가정폭력, 소극적 방어를 넘어 적극적 대응 모색하기 : 가정폭력특례법의 점검과 보완, 한국가정법률상담소, 2012
- 정현수, “가정폭력과 이혼후 자녀양육에 관한 일고”, 법학연구 제19권 제1호, 2009
- 조미숙, “가정폭력 목격이 자녀의 심리, 사회적 부적응에 미치는 영향”, 한국가족사회복지학 제4권, 1999
- 조은희, “이혼시 친권자 및 양육자 지정과 자의 복리”, 외법논집 제36권 제2호, 2012
- 조은희, “민법상 자녀복리가 위험한 경우 가정법원의 역할 -독일민법 제1666조가 주는 시사점을 중심으로-”, 국제법무 제10권 제1호, 2018
- 최신섭, “별거 중 친권행사 -독일법을 중심으로”, 가족법연구 제22권 제2호, 2008
- 최지선, “[프랑스] 가정폭력 근절·양성평등 위해 미디어 업계와 정부가 함께 나섰다”, 신문과방송 제586호, 2019. 10
- 최진섭, “가정폭력과 친권 -이혼 후 친권자 지정과 관련하여 미국의 입법례를 중심으로-”, 법조 제612호, 2007. 9
- 허창환, “동물은 존엄한가 -‘존엄성’의 확장 가능성-”, 공법연구 제52집 제2호, 2023
- 홍춘의, “가정폭력관련법제의 개혁 -민사보호명령제도의 도입과 관련하여-”, 가족법연구 제25권 제2호, 2011
- Ernst Wolfgang Böckenförde(김효전 역), 국가와 사회의 헌법이론적 구별, 법문사, 1988

## [국외 문헌]

- Adeline Gouttenoire, “L’amélioration du dispositif de limitation des droits parentaux de l’auteur de violences intra-familiales par la loi « Santiago » du 18 mars 2024”, Lexbase, La lettre juridique n° 979, 28 mars 2024
- Alison Diduck and Felicity Kaganas, Family Law, Gender and the State, Hart Publishing, 1999
- BGH FamRZ 2016, 1752; 2017

- Breiding, M. J., Chen, J., & Black, M. C., Intimate Partner Violence in the United States-2010, National Center for Injury Prevention and Control, CDC, 2014
- Bundeskriminalamt, Partnerschaftsgewalt Kriminalstatistische Auswertung - Berichtsjahr 2016, 2017
- BVerfG FamRZ 2016, 22; BVerfG FamRZ 2015
- Carol Ness, Twice-failed Abusive Dad Wins Half-time Custody Orange County Judge's Decision Questioned in Wake of Simpson Case, S.F. Examiner, Feb. 9, 1997
- Claudia Cuevas et al., Los Angeles Commission on Assaults Against Women, Surviving Domestic Violence 10, 1989
- Copelon, R., International human rights dimensions of intimate violence : another strand in the dialectic of feminist lawmaking. Journal of Gender, Social Policy & the Law, 11(2), 2003
- Ctr. Rsch. & Educ. Violence Against Women and Child, The Misuse of Parental Alienation in Family Court Proceedings with Allegations of Intimate Partner Violence, Part 1 : Understanding the Issue, 33 Learning Network : Mobilizing Knowledge to End Gender-Based Violence, Feb. 2021
- Daniel G. Saunders, Research-based Recommendations for Child Custody Evaluation Practices and Policies in Cases of Intimate Partner Violence, 12 (1) J. CHILD CUSTODY, 2015
- Debra Poggrund Stark, Jessica M. Choplin & Sarah E. Wellard, Properly Accounting for Domestic Violence in Child Custody Cases : An Evidence-Based Analysis and Reform Proposal, 26 MICH. J. GENDER & L. 1, 2019
- Dieter Schwab, 2002-ein Jahr für Juristen, FamRZ 2002
- Dieter Schwab, Zivilrechtliche Schutzmöglichkeiten bei häuslicher Gewalt, FamRZ 1999
- Dobash, R. E., & Dobash, R., Violence against wives : A case against the patriarchy, London : Open Books, 1979
- Domestic Violence Prevention Guidebook for Faith Community, Korean Community Service Center of Greater Washington, 2006

- Edward S. Snyder, Remedies for Domestic Violence : A Continuing Challenge, 12 J. Am. Acad. Matrim. Law., 1994
- Effects of domestic violence on children, Office on Women's Health, U.S. Department of Health and Human Services, December 6, 2024
- Elisabeth Meyer-Renschhausen, "Abschied von der Gleichheit : Die Neue Frauenbewegung als Gegenkultur", 1992
- Fields, Marjory D., "Impact of Spouse Abuse on Children and Its Relevance in Custody and Visitation Decisions in New York State", Cornell Journal of Law and Public Policy Vol. 3, Iss. 2, Article 1, 1994
- Erik Jayme, Die Familie im Recht der unerlaubten Handlungen, 1971
- Heinke, "Gewaltschutzgesetz", Vorbemerkungen zum Gewaltschutzgesetz, Rn. 5, 1. Aufl. 2012
- Hessisches Ministerium der Justiz, "68 Straftäter an der elektronischen Fußfessel", 2014. 02. 26
- Howard Davidson, American Bar Association, The Impact of Domestic Violence on Children 1, Aug. 1994
- Joan S. Meier, U.S. Child Custody Outcomes in Cases Involving Parental Alienation and Abuse Allegations : What Do the Data Show?, 42 J. SOC. WELFARE & FAM. L. 92, 2020
- Johannsen/Henrich, Ehe recht-Buette, Ehe recht-Buette, 4. Aufl., §1666, C.H. Beck, 1992
- John Fantuzzo et al., Domestic Violence and Children : Prevalence and Risk in Five Major U.S. Cities, J. Am. Acad. Child & Adolescent Psychiatry, Jan. 1, 1997
- Karen Pearlston, Judging the Judges : Mansfield and Kenyon on Coverture. Draft presented at 8th British Legal History Conference "Judging the Judges", Oxford, UK, July 2007
- Keller, Häusliche Gewalt und Gewaltschutzgesetz, Richard Boorberg Verlag GmbH, 2008
- Klaus Schnitzler, Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht, 2002

- Le Monde avec AFP, “En France, un enfant tué tous les cinq jours par ses parents ou des proches”, Le Monde, 2019. 4. 26
- Les violences intrafamiliales, Comprendre les violences intrafamiliales, Action Enfance, 2023. 8. 7
- Linda R. Keenan, Domestic Violence and Custody Litigation : The Need for Statutory Reform, 13 Hofstra L. Rev., 1985
- Lisa Bolotin, When Parents Fight : Alaska's Presumption Against Awarding Custody to Perpetrators of Domestic Violence, 25 ALASKA L. REV., 2008
- Lisa A. Tucker, Domestic Violence as a Factor in Child Custody Determinations : Considering Coercive Control, 90(6) FORDHAM L. REV., 2022
- “Loi du 18 mars 2024 visant à mieux protéger et accompagner les enfants victimes et covictimes de violences intrafamiliales”, Vie publique, Direction de l’information légale et administrative(DILA), rattachée aux services du Premier ministre, 19 mars 2024
- Lynne R. Kurtz, Protecting New York's Children : An Argument for the Creation of a Rebuttable Presumption Against Awarding a Spouse Abuser Custody of a Child, 60 Alb. L. Rev., 1997
- Marina Wellenhofer, Familienrecht, 4. Auflage, C.H. Beck, 2017
- Martin R. Huecker, Kevin C. King, Gary A. Jordan, William Smock, Domestic Violence, National Library of Medicine, National Center for Biotechnology Information, April 9, 2023
- Mary Lynne Vellinga, Child-Custody Measure Awaits Wilson’s Verdict, Sacramento Bee, Sept. 21, 1997
- M. A. Stapleton, Mediation is Not the Answer in Domestic Violence Cases, 143 Chi. Daily L. Bull. 3, May 22, 1997
- Merry Hofford, M. A., et al., Family Violence in Child Custody Statutes : An Analysis of State Codes and Legal Practices, 29 Fam. L. Q., 1995

- Messinger, A. M., "Invisible victims : same-sex IPV" in the National Violence Against Women Survey, *Journal of Interpersonal Violence*, 26(11), 2010
- M. F. Brinig & F.H. Buckley, "Joint custody : Bonding and monitoring theories," 73 *Ind. L. J.* 393, 1998
- Nancy K.D. Lemon, Statutes Creating Rebuttable Presumptions Against Custody to Batterers : How Effective Are They?, 28 *WM. MITCHELL L. REV.*, 2001
- Nancy Levit, Robert R. M. Verchick, *Feminist Legal Theory : A Primer*, NYU Press, 2006
- Naomi R. Kahn, Civil Images of Battered Women : The Impact of Domestic Violence on Child Custody Decisions, 44 *Vand. L. Rev.*, 1991
- Nicole M. Quester, Refusing to Remove an Obstacle to the Remedy, 40 *Akron L. Rev.*, 391, 2007
- Note, Developments in the Law : Legal Response to Domestic Violence, 106 *Harv. L. Rev.*, 1993
- OLG Brandenburg FamRZ 2016
- OLG Düsseldorf, FamRZ 1988
- OLG Hamburg, FamRZ 1993
- OLG Karlsruhe, FamRZ 1991
- OLG Schleswig, FamRZ 1991
- Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 62. Aufl., 2003
- Patrick Jury, "Violence « privée », violence « publique »", Violence intrafamiliale ordinaire, une clinique systémique de l'individu, *Thérapie Familiale* 2003/3 Vol. 24, 2003
- Pauline Quirion et al., Protecting Children Exposed to Domestic Violence in Contested Custody and Visitation Litigation(citing Judith Herman, *Trauma and Recovery* 100, 1992), 6 *B.U. Pub. Int. L. J.*, 1997
- Peter G. Jaffe, Claire V. Crooks & Samantha E. Poisson, Common Misconceptions in Addressing Domestic Violence in Child Custody Disputes, 54 *JUV. & FAM. CT. J.* 57, 2003

- Philip C. Crosby, Custody of Vaughn : Emphasizing the Importance of Domestic Violence in Child Custody Cases, 77 B.U. L. Rev., 1997
- Proposition de loi visant à mieux protéger et accompagner les enfants victimes et co-victimes de violences intrafamiliales, n° 658 rectifié, Assemblée nationale, déposée le jeudi 15 décembre 2022
- “Quelles sont les différences entre une contravention, un délit et un crime ?”, Service-Public.fr(Direction de l’information légale et administrative)
- Rapport du Haut conseil à l’égalité entre les femmes et les hommes sur la politique de lutte contre les violences conjugales, Année 2019
- Rebecca S. Lamprecht, Advancing the Best Interests of the Child : Why South Dakota Should Strengthen its Rebuttable Presumption Against Awarding Custody to Abusive Parents, 56(2), S. DAKOTA L. REV., 2011
- Res. Ctr. Domes. Violence : Child Prot. & Custody (hereinafter RCDV:CPC), Nat’l Council Juv. & Fam. Ct. J., (hereinafter NCJFCJ), State Custody Statutes Relevant to Domestic Violence, 2018
- Revised Chapter Four : Families and Children, Model Code on Domestic and Family Violence, National Council of Juvenile and Family, 2022
- Rosalind J. Wright et al., Response to Battered Mothers in the Pediatric Emergency Department : A Call for an Interdisciplinary Approach to Family Violence, Pediatrics, Feb. 1, 1997
- Ruth Jenny & Kelly Gaines Stoner, Domestic Violence and the North Dakota Best Interests Statute, 72 N. D. L. Rev., 1996
- Sally F. Goldfarb, “Reconceiving Civil Protection Orders for Domestic Violence : Can Law Help End the Abuse Without Ending the Relationship?”, Cardozo Law Review, Vol. 29, No. 4, 2008
- Sapkota D, Baird K, Saito A, Anderson D. Interventions for reducing and/or controlling domestic violence among pregnant women in low- and middle-income countries : a systematic review, Syst Rev. 8(1), 2019 Apr. 02

- Sorenson, S. B. & Thomas, K. A., "View of intimate partner violence" in same-and opposite-sex relationship, *Journal of Marriage and Family* 71(2), 2009
- Staudinger/Coester, § 1666 BGB, 2009
- Stephanie J. Dallam & Joyana L. Silberg, Six Myths that Place Children at Risk in Custody Disputes, 7 *FAM. & INTIMATE PARTNER VIOLENCE Q.* 65, 2014
- Stephen M. Cook, Domestic Abuse legislation in Illinois and Other States : A Survey and Suggestions for Reform, 1983 *U. Ill. L. Rev.* 261, 1983
- Sudouest.fr avec AFP, "Tous les 5 jours, un enfant est tué par ses parents en France : comment mettre fin aux infanticides ?", *SUDOUEST*, 2023. 12. 29
- U. NATIONS CHILD. FUND (UNICEF), *Behind Closed Doors : The Impact of Domestic Violence on Children*, 2006.
- Violences conjugales, *Le Monde*, 2023. 11. 16
- WHO, *Global and regional estimates of violence against women : prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence*, Geneva, World Health Organization, 2013
- WHO, *Understanding and addressing violence against women : overview*, 2012. 11. 29
- Zoe Garvin, The Unintended Consequences of Rebuttable Presumptions to Determine Child Custody in Domestic Violence Cases, 50(1) *FAM. L. REV.*, 2016

## 한국법학원 발간 연구보고서 목록

연도	일련번호	제목
2016	민-16-01	공동주택인 집합건물에 관한 법적 규율의 통합 방안
	민-16-02	자율주행자동차의 법적 규율 정비 방안
	상-16-01	주주총회 활성화 방안에 관한 연구
	상-16-02	자금조달 활성화 방안에 관한 연구
2017	민-17-01	개정 민법(여행계약) 시행에 따른 여행표준약관의 개선 방안
	민-17-02	컴퓨터프로그램 저작권 침해의 개념 및 손해액 산정 기준에 관한 연구
	상-17-01	신주인수선택권 및 차등의결권 제도 최근 논의 동향
	상-17-02	소수주주 보호제도의 활성화 방안
2018	민-18-01	민법상 변동 법정이율제 도입 필요성 등에 관한 연구
	민-18-02	가격하락손해 인정기준 및 손해액 산정에 대한 연구
	상-18-01	최근 해외 보험법 개정 동향
	상-18-02	다중대표소송 관련 최근 논의 동향
2019	민-19-01	독일의 임대차관계에서 차임액의 규율 및 인상방식의 검토, 국내법상 도입 가능성에 관한 연구(上)
	민-19-02	독일의 임대차관계에서 차임액의 규율 및 인상방식의 검토, 국내법상 도입 가능성에 관한 연구(下)
	민-19-03	공인에 대한 명예훼손의 인정 기준 및 손해배상액 산정에 대한 연구
	상-19-01	상법상 유한회사 및 유한책임회사 규정 정비 필요성에 관한 연구
	상-19-02	영국 해상보험법상 Warranty 제도의 한국 상법에의 도입에 관한 연구
	상-19-03	국내 도산절차에서의 ADR 도입가능성에 관한 연구
2020	민-20-01	민법상 위험책임에 대한 일반규정의 도입 검토
	민-20-02	포스트 코로나 시대에 대비한 민사소송 체계 정비
	민-20-03	위법하게 취득한 이득 반환의 이론적 근거에 대한 연구
	상-20-01	우리나라 징벌적 손해배상제 판례 분석 및 활용상 한계와 개선방안
	상-20-02	상법상 소멸시효 제도의 개선 방향 검토 - 민법 개정논의와의 관계를 고려하여
	상-20-03	업무집행에 관한 주주간계약의 효력 및 한계에 대한 연구
	상-20-04	가계부채 해소를 위한 개인파산제도 및 개인회생제도 활성화 방안

연도	일련번호	제목
2021	민-21-01	민법상 유치권 개선방안에 관한 연구
	민-21-02	민법상 인격권 도입방안에 관한 연구
	민-21-03	데이터 소유권에 관한 연구
	민-21-04	민법 제482조 제2항의 문제점과 개선방안
	상-21-01	소비자의 집단적 구제 절차에 관한 EU 지침(2020)의 내용과 시사점
	상-21-02	상법상 물적분할에 대한 비교법적 연구: 물적분할제도의 쟁점을 중심으로
	상-21-03	종합자산관리 수단으로서 상사신탁의 활용을 위한 법제도 개선방안 연구
	상-21-04	2020년 개정상법의 회사법 실무에의 영향 및 개선방안에 대한 연구
2022	민-22-01	관습법에 대한 법원의 조사 방법과 관습법의 실효에 관한 연구
	민-22-02	가상자산에 대한 보전 및 집행절차에 관한 연구
	민-22-03	집합건물법의 조문 정비 방안에 관한 연구
	민-22-04	면접교섭권 확대를 위한 민법 제837조의2 제2항에 대한 개정 검토
	민-22-05	불법행위 금지청구권 도입에 관한 연구
	민-22-06	신체장애에 따른 장애평가기준에 대한 연구 - 대한의학회 장애평가기준으로의 대체가능성을 중심으로 -
	상-22-01	기업 컴플라이언스와 이사의 감시의무에 대한 연구
	상-22-02	주주행동주의와 기업지배구조 개선에 관한 연구
	상-22-03	금융신기술을 활용한 명의개서 대리인의 자격 요건에 관한 연구
	상-22-04	ESG 관련 해외 입법례 연구
	상-22-05	디지털자산(가상자산)의 개념 정립 및 합리적인 상법 규율 방안 연구
	상-22-06	불완전 판매 근절을 위한 상법 보험편(제638조의3)의 개정 방안
2023	민-23-01	사정변경의 법리에 대한 연구
	민-23-02	미혼부 출생신고제도 개선 검토
	민-23-03	민사집행법상 평등주의에 대한 재검토
	민-23-04	민법 제909조 제4항 및 제5항에 대한 공동친권의 원칙 도입 검토
	민-23-05	대리모계약에서의 모자관계 결정에 관한 비교법적 검토
	민-23-06	부동산등기제도의 개선에 관한 연구 - 등기의 공신력 확보를 중심으로 -
	상-23-01	쌍방미이행 쌍무계약에서 도산해지조항에 관한 연구 - 최근 입법의 비교법적 연구를 중심으로 -
	상-23-02	전자주주총회의 도입과 운영에 관한 연구
	상-23-03	자율주행자동차, 자율운항선박 도입에 따른 상법 및 제조물책임법 개정방안 연구

연도	일련번호	제목
	상-23-04	복합운송에 관한 상법 개정방안 연구
	상-23-05	SPAC 제도의 운영현황과 개선방안
	상-23-06	ESG 경영 관련 기업의 책임과 이사의 의무
2024	민-24-01	배우자 상속분 확대를 위한 개정 검토
	민-24-02	전자인격의 도입에 관한 연구
	민-24-03	자율주행자동차에 관한 민사법적 검토
	민-24-04	반려동물에 관한 민사적 쟁점에 대한 연구
	민-24-05	디지털제품 제공계약에 관한 법안에 대한 연구
	민-24-06	인공지능과 불법행위책임에 대한 민사법적 검토
	상-24-01	UNCITRAL 전자양도성기록 모델법에 관한 법제 연구
	상-24-02	D&O보험과 회사보상계약제도에 관한 법적 연구
	상-24-03	상호보험(相互保險), 공제(共濟) 준용규정(상법 제664조)의 합리적 정비방안
	상-24-04	국제규범에 부합하는 전자문서법 개정방안 연구
	상-24-05	사외이사제도의 개선 방향에 관한 연구
	상-24-06	임직원에 대한 주식 보상 방안
2025	민-25-01	가정폭력 가해자에 대한 친권 및 양육권 제한에 대한 검토
	민-25-02	개정 주택임대차보호법상의 분쟁에 관한 법적 쟁점에 대한 연구
	민-25-03	원격의료의 법적 쟁점과 제도화에 대한 검토 - 현행 의료법 체계와 입법적 과제를 중심으로 -
	상-25-01	이사의 충실의무에 관한 연구
	상-25-02	전문법원 설치에 관한 해외 입법례 연구 - 상사법원을 중심으로 -
	상-25-03	손해사정제도의 개선방안에 관한 법적 연구

## 한국법학원 발간 현안보고서 목록

연도	일련번호	제목
2022	제2022-01호	NFT의 현황과 쟁점
	제2022-02호	메타버스 공간에서의 상거래에 대한 법적 규율
	제2022-03호	헤이그국제아동입양협약비준과 우리의 현황·개선방안
	제2022-04호	물적분할에 대한 상법 개정 방향
	제2022-05호	유채주의와 파탄주의에 관한 최근의 동향
	제2022-06호	경영판단원칙의 법제화에 관한 시론
	제2022-07호	보험료와 금융환경변화에 관한 법적 연구
	제2022-08호	미혼부(생부)의 출생신고에 관한 연구
	제2022-09호	긴급조치에 대한 최근 대법원 판례의 동향과 시사점
	제2022-10호	복수의결권제도의 도입여부에 관한 소고
	제2022-11호	자율운항선박 상용화 관련 법률문제
	제2022-12호	동물 관련 법제에 관한 최근의 이슈
2022년 한국법학원 현안보고서(합본)		
2023	제2023-01호	보험계약의 무효 사유에 관한 연구
	제2023-02호	퍼블리시티권의 도입과 전망
	제2023-03호	회사 법인격의 형해화에 관한 판례 동향
	제2023-04호	21대 국회 인공지능 관련 법안 현황 및 쟁점
	제2023-05호	실손의료보험의 운영현황과 쟁점에 관한 검토
	제2023-06호	친권 개념의 변화 - 이혼한 부모의 공동친권을 중심으로 -
	제2023-07호	학교법인의 도산 관련 쟁점
	제2023-08호	제사주재자의 결정에 관한 최근 판례의 동향과 쟁점
	제2023-09호	'디지털자산 및 사법에 관한 UNIDROIT 원칙'의 개관
	제2023-10호	프랑스의 양육비이행제도
	제2023-11호	인공지능 모빌리티 활성화를 위한 보험제도 검토
	제2023-12호	노란봉투법에 관한 쟁점과 동향
2023년 한국법학원 현안보고서(합본)		

연도	일련번호	제목
2024	제2024-01호	「기업결합 심사기준」의 개정 배경과 세부내용의 검토
	제2024-02호	매매계약에 있어서의 사정변경과 불안의 항변권
	제2024-03호	보험산업의 인공지능 활용 현황 및 법적 쟁점
	제2024-04호	민법 제915조의 징계권 폐지와 체벌금지법의 도입 필요성
	제2024-05호	의무공개매수제도의 주요 쟁점과 시사점
	제2024-06호	제3자를 위한 계약 - 대법원 2021. 8. 19. 선고 2018다244976 판결을 중심으로 -
	제2024-07호	디지털화에 따른 다국적기업의 조세 이슈
	제2024-08호	유류분 제도의 과거, 현재 그리고 미래
	제2024-09호	인공지능의 현재와 미래
	제2024-10호	보험사기 방지를 위한 전담기구 도입 방안 검토
	제2024-11호	금융회사 책무구조도와 내부통제 관리의무
	제2024-12호	동성 동반자의 국민건강보험 피부양자 자격에 관한 검토 - 2024년 7월 18일 대법원 전원합의체 판결(2023두36800)을 중심으로 - 2024년 한국법학원 현안보고서(합본)
2025	제2025-01호	2024년 상법 판례 정리
	제2025-02호	통상임금에 관한 최근 대법원 판결의 주요 쟁점과 시사점 - 2024년 12월 19일 대법원 전원합의체 판결(2020다247190, 2023다302838)을 중심으로 -
	제2025-03호	보험계약재매입제도 도입에 관한 최근의 현황
	제2025-04호	임차권등기 의무화에 관한 논의
	제2025-05호	한국형 CBDC 프로젝트 한강의 법적 쟁점
	제2025-06호	프랑스의 법정벌거제도



한국법학원 연구보고서 민-25-01

**가정폭력 가해자에 대한  
친권 및 양육권 제한에 대한 검토**

---

2025년 6월 28일 인쇄  
2025년 6월 30일 발행

**발행인** 이 기 수

**발행처** 사단법인 한국법학원  
서울특별시 용산구 백범로90길 32, 2층  
전화 : 02-752-7481/02-753-6002, Fax : 02-773-0823  
e-mail : ksl@lawsociety.or.kr

**인쇄** 한국컴퓨터인쇄정보사 전화 02-2275-8106

---

종이책 ISBN 979-11-7478-000-3 (93360)

전자책 ISBN 979-11-7478-001-0 (95360)



서울특별시 용산구 백범로 90길 32, 2층  
전화 : (02) 753-6002, 752-7481 팩스 : (02) 773-0823  
홈페이지 : [www.lawsociety.or.kr](http://www.lawsociety.or.kr)

