친모의 이익을 충분히 고려하지 않은 입양허가의 가족생활 존중권 침해[1)]

Ⅰ. 사건 개요

소말리아 출신인 청구인은 미성년이던 2009년 아들인 X를 출산하였고, 2010년 난민 자격으로 임시 거주허가증을 받아 노르웨이에 입국하였다. 청구인은 아들을 돌보는 데 지원을 받기 위해서 미혼부모시설(parent-child center)에 입소하였는데, 해당 시설은 청구인의 양육으로 X가 위험에 처할 수 있는 상태라고 아동복지기구(child welfare services)에 알렸고, 이에 한 노르웨이 여성이 X를 긴급 위탁보호하게 되었다.

이후 아동복지기구는 지역사회복지위원회(이하 '위원회'라 한다)에 X에 대한 보호명령(care order)을[2)] 신청하였고, 청구인은 이에 반대하며 X가 노르웨이에 거주하는 자신의 사촌이나 소말리아인 혹은 이슬람교도인 위탁가정의 보호를 받아야 한다고 주장하였다.

그러나 위원회는 X의 정서 발달에 문제가 있고, X가 애착 장애를 겪고 있으며, 청구인이 충분한 교육과 지원을 받았음에도 불구하고 청구인의 양육자로서의 역량에 변화가 없었다는 점 등을 근거로 X에 대한 보호명령의 요건이 충족되었다고 판단하고, 다만 X가 어느 위탁가정의 보호를 받게 될 것인지는 관계 당국이 결정할 문제라고 하였다. 면접교섭권과 관련하여, 위원회는 청구인이 아동복지기구의 감독하에 연간 4회, 회당 2시간씩 아들을 만나는 것이 적절하다고 판단하였는데, 긴급 위탁보호를 맡았던 여성이 아들이 청구인을 만나고 오면 며칠씩 잠을 자지 못하고 울면서 보채고, 불안해한다

1) Case of Abdi Ibrahim v. Norway, Application no. 15379/16, 2021. 12. 10. 결정.

2) 노르웨이 아동복지법 제4-12조에 따르면 ① 아동이 제대로 양육을 받지 못하거나 아동이 그 나이나 발달과정에 따라 필요로 하는 대면 접촉(personal contact)이나 안정의 측면에서 심각한 결핍이 있을 경우, ② 아동이 아프거나, 장애가 있거나 지원을 받아야 할 특별한 필요가 있는 상황에서 부모가 필요한 치료나 훈련을 받을 수 있도록 하지 않았을 경우, ③ 아동이 가정 학대 등에 노출된 경우 또는 ④ 부모가 아이에 대한 적절한 책임을 지지 않아 아동의 건강이나 발달이 심각하게 해를 받을 가능성이 높은 경우 지역사회복지위원회가 보호명령을 발동할 수 있다. 보호명령이 발동되면 아동은 위탁가정, 시설, 훈련이나 치료 시설 혹은 미성년자를 위한 보호센터(care center for minors)에 맡겨지게 된다.

고 진술한 것을 고려하였다. 청구인이 자신의 사촌이 아들을 위탁보호해야 한다고 한 주장과 관련하여, 위원회는 X가 청구인에 대해 부정적인 애착 관계를 형성하고 있을 뿐 아니라 편모인 청구인의 사촌이 이미 두 아이를 키우고 있어 X까지 위탁보호하기는 어렵다고 판단하였다. 또한, 위원회는, 아동복지법이 위탁가정을 정할 때 아동의 인종, 종교, 문화 및 언어적 배경을 고려하도록 규정하고 있으나, 먼저 아동의 특성과 특별한 양육의 필요성을 고려하도록 규정하고 있는바, X가 정서적 문제를 겪고 있으므로 이 사건에서 X의 최선의 이익은 이러한 문제를 해결하는 데 있다고 판단하였다. 그러면서 위원회는 아동복지기구가 아동의 최선의 이익과 인종, 종교, 문화 및 언어적 배경을 모두 충족시키는 위탁가정을 찾는 것이 가장 이상적이라고 하였다.

청구인은 아들이 소말리아인 위탁가정에서 생활하기를 원하였으나, 아동복지기구는 소말리아인 위탁가정을 찾지 못하였고, X는 기독교도인 노르웨이인 가정의 위탁보호를 받게 되었다. 이에 청구인은 지방법원에 위원회 결정을 대상으로 소송을 제기하였다. 지방법원은 위원회의 보호명령이 정당하다고 판단하였으나, 청구인의 면접교섭 회수를 회당 1시간씩 연간 6회로 변경하였다. 청구인은 항소하지 않았다.

2013년 아동복지기구는 위원회에 청구인의 친권을 박탈하고 기존 위탁가정의 X 입양을 허가할 것을 신청하였고, 2014년 3월 위원회는 이를 허가하였다. 입양이 허가되어 아들을 만날 수 없게 된 청구인은 지방법원에 위원회의 입양허가 결정을 다투는 소송을 제기하였으나, 지방법원은 2014년 11월 청구인의 소송을 기각하였다. 청구인은 고등법원에 항소하였으나 기각되었고, 대법원에 상고하였으나 각하되었다.

이에 청구인은 X에 대한 자신의 친권 박탈 및 X에 대한 입양 허가가 유럽인권협약(이하 '협약'이라 한다) 제8조[3] 및 제9조[4] 상 청구인의 권리를 침

---

3) 유럽인권협약 제8조(사생활 및 가족생활을 존중받을 권리)
1. 모든 사람은 그의 사생활, 가정생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.
2. 법률에 합치되고, 국가안보, 공공의 안전 또는 국가의 경제적 복리, 질서유지와 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호 또는 다른 사람의 권리 및 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 경

해한다고 주장하며 유럽인권재판소(이하 '재판소'라 한다)에 제소하였다. 유럽인권재판소의 소재판부는 2019년 만장일치로 청구인의 협약 제8조 상 권리에 대한 침해가 있었다고 판단하였다. 소재판부의 결정 이후, 청구인은 협약 제8조 위반 여부뿐만 아니라 협약 제9조와 유럽인권협약 제1의정서 제2조[5] 위반 여부의 문제도 다루어달라며 사건을 대재판부에 회부할 것을 요청하였다.[6]

Ⅱ. 소재판부 결정 요지

소재판부는 아동의 복지를 위한 조치와 관련한 사건에 적용 가능한 일반적 원칙에 관하여는 재판소의 확립된 선례가 존재한다고 설시하고, 이러한 원칙을 이 사건에 적용함에 있어 청구인이 소송 중에 보호명령이 중단되어야 한다고 주장하지는 않고, 친권 박탈과 입양에만 반대하였다는 점에 주목하였다. 소재판부는 청구인이 지방법원의 결정에 대해 항소하지 않았지만, 지방법원의 면접교섭권에 대한 결정을 살펴보면 청구인과 아들과의 만남이 최소한으로만 이루어졌다는 것을 알 수 있다고 하면서, 이는 가족 간의 면접교섭을 보장하고, 강화 및 발전시켜야 한다는 협약 제8조 상의 원칙에 반하는 것이라고 명시하였다. 소재판부는 이러한 상황에서 노르웨이가 X의 입양허가에 앞서 가족의 재결합을 원활하게 하기 위한 실질적인 조치를 했다고 보기는 어렵다고 하였다. 또한, 소재판부는 X가 청구인과의 만남에서 보인

우 이외에는, 이 권리의 행사에 대하여는 어떠한 공공당국의 개입도 있어서는 아니 된다.

4) **유럽인권협약 제9조(사상·양심·종교의 자유)**
   1. 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이러한 권리는 자기의 종교 또는 신념을 변경하는 자유와 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로 예배, 선교, 행사와 의식에 의하여 그의 종교 또는 신념을 표명하는 자유를 포함한다.
   2. 자기의 종교 또는 신념을 표명하는 자유는 법률에 규정되고, 공공의 안전, 공공질서, 보건, 또는 도덕, 또는 다른 사람의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에 있어서 필요한 경우에만 제한받을 수 있다.

5) **유럽인권협약 제1의정서 제2조(교육을 받을 권리)**
   누구도 교육을 받을 권리를 부인 당하지 아니한다. 국가는 교육 및 교수와 관련된 어떠한 기능을 수행하는 데 있어서도 부모가 자기의 종교적 및 철학적 신념에 일치하는 교육 및 교수를 확보할 권리를 존중하여야 한다.

6) 소재판부가 결정을 내린 후 사건의 당사자들은 사건을 대재판부에 회부할 것을 요청할 수 있는데, 이러한 요청은 아주 예외적인 경우에 한하여 승인된다(유럽인권협약 제43조 참조).

반응에 대한 고등법원의 판단 근거가 불충분하고, 노르웨이가 X의 입양을 허가함에 있어 청구인과 아들이 가족생활을 영위할 수 있도록 한다는 목표에 충분히 무게를 두지 않았다고 판단하였다.

결론적으로, 소재판부는 노르웨이가 청구인의 친권을 박탈하고 X의 입양을 허가하는 결정(이하 '이 사건 조치'라고 한다)을 내리는 과정에서 청구인의 관점과 이익을 제대로 고려하지 않았다면서 청구인의 협약 제8조 상의 권리가 침해되었다고 판단하였다.

Ⅲ. 대재판부 결정 요지

청구인이 대재판부에 사건 회부를 요청한 것은 소재판부가 청구인의 주장에 대해 협약 제8조만을 적용하였다는 이유에서였다. 청구인은 친권 박탈과 위탁가정에 대한 입양 허가라는 동일한 사안에 대하여 협약 제8조와 제9조를 각각 적용해달라고 주장하였다. 한편, 청구인은 대재판부에 대한 사건 회부를 요청하면서 처음으로 협약 제1의정서 제2조를 원용하며 이 사건 조치에 위 조항을 적용해달라고 요청하였다. 법률문제는 법원의 직권판단사항이라는 원칙(jura novit curia)에 따라, 본 재판소는 청구인이 청구의 규범적 근거로 제시한 협약이나 의정서의 조항에 구애받지 않고 사건을 심리할 권한을 가진다.[7] 본 재판소의 확립된 선례에 의하면 협약 제8조는 이 사건에서 문제된 조치에 예외 없이 적용되는바, 그렇다면 협약 제9조와 협약 제1의정서 제2조 또한 이 사건에 적용되는지를 살펴본다.

1. 협약 제1의정서 제2조와 관련하여

청구인들은 때때로 위탁가정 선정 문제와 관련하여, 협약 제8조뿐만 아니라 협약 제1의정서 제2조도 적용해 달라고 요청해왔다. 이와 관련하여

7) Radomilja and Others v. Croatia [GC], nos. 37685/10 and 22768/12, 20 March 2018.

Olsson[8] 결정에 인용된 유럽인권위원회 보고서의 다음 내용은 의미가 있다. “아동의 위탁보호를 결정하는 것은 입양 허가나 양육권을 박탈하는 결정과는 다르다. 보호명령은 양육권을 박탈하는 것이 아니다. 보호명령은 아동을 실질적으로 보호할 책임을 정부 당국이 맡는 것으로, 정부가 얼마나 오래 아동을 보호할지는 일반적으로 사전에 정해지지 않는다. 그러나 보호명령은 임시적인 성격을 가지고 있으며, 그 목적은 아동이 종국적으로 그 친생부모에게 돌아갈 수 있도록 하는 데 있다. 위원회의 의견으로는, 협약 제1의정서 제2조 상의 친권은 보호명령으로 인해 박탈되지 않는다. 그러나 보호명령으로 인해 친권 일부가 임시로 정부로 이양되기 때문에 협약 제1의정서 제2조 상 친권의 내용이 축소되는 것은 불가피하다. 반면, 정부 당국은 보호명령에 따라 협약 제1의정서 제2조 상의 권리를 행사함에 있어 친생부모의 권리를 고려해야 한다.”

그러나 협약 제1의정서 제2조가 적용된 대부분의 사건과 본 재판소의 확립된 선례에 의하면, 이 조항은 제도화된(institutionalized) 교육 및 교수(teaching)와 관련한 국가의 의무에 적용되어 왔다. 또한, 이 조항은 협약 제9조의 특별규정(a lex specialis)인데, 청구인은 소송을 제기할 당시 협약 제9조만 원용하였다.

그러므로 본 재판부는 이 사건에서 협약 제1의정서 제2조 위반 여부에 대해서는 검토하지 않기로 한다.

2. 협약 제9조와 관련하여

본 재판부는 청구인의 협약 제9조와 관련한 주장에 타당성과 일관성이 있으며, 그 사안이 심각하고 중요하다고 판단하는 바이다. 또한, 본 재판부는 부모가 자녀를 자신의 종교나 철학적 신념에 따라 양육하는 것이 종교나 신앙을 표명하는 방식으로 여겨질 수 있다는 점을 고려한다. 자녀가 친부모와

8) Olsson v. Sweden(No.1), no. 10465/83, 24 March 1998.

함께 거주하는 경우, 친부모가 일상에서 협약 제8조 상의 권리를 향유함으로써 협약 제9조 상의 권리를 행사할 수 있다는 점은 분명하다. 자녀가 강제로 국가의 보호를 받게 되는 경우라 하더라도, 친생부모는 친권이나 면접교섭권의 행사 등을 통해 어느 정도 협약 제9조 상의 권리를 행사할 수 있을 것이다. 아동을 국가가 보호하게 될 경우에는 친생부모가 자녀양육 과정에서 종교 혹은 철학적 신념을 표명할 자유에 대한 제한이 불가피하다.

그러나 본 재판부는 이 사건에서 협약 제8조와 제9조를 별개로 적용하기보다는 협약 제9조에 비추어 협약 제8조를 해석하고 적용함으로써 청구인 주장의 핵심적인 부분에 대하여 판단할 수 있다고 본다.

3. 협약 제8조와 관련하여

이 사건 조치가 협약 제8조 제1항이 보장하고 있는 청구인의 가족생활 존중권을 제한하였다는 점은 명백하고, 이 점에 관하여는 당사자 간 다툼도 없다. 또한, 이 사건 조치가 노르웨이 아동복지법에 따라 이루어졌으며, 협약 제8조 제2항에 따라 합법적인 목적, 즉 X의 '건강과 도덕' 및 '권리'를 보호하기 위하여 이루어졌다는 점 또한 분명하다. 그렇다면 남은 쟁점은 노르웨이 정부가 협약 제9조가 보장하고 있는 청구인의 이익을 적절하게 고려했는지를 포함하여, 이 사건 조치가 이러한 합법적인 목적을 추구하기 위해서 민주사회에서 필요한 조치인지 여부이다.

가. 일반원칙

아동복지 관련 조치에 적용되는 일반원칙은 Strand Lobben and Others[9] 결정에 명시되어 있다. 민주사회에서의 필요성과 관련하여, 일반원칙은 사건을 전체로 놓고 보았을 때 해당 조치를 정당화하는 사유가 협약 제8조 제2항의 목적을 달성하는 데 충분하고, 관련이 있을 것을 요구한다.[10] 필요성이

9) Strand Lobben and Others v. Norway [GC], no. 37283/13, 10 September 2019.
10) Paradiso Aradiso and Campanelli v. Italy, no. 25358/12, 24 January 2017.

라는 개념은 권리에 대한 제한이 긴급한 사회적 필요에 의한 것이어야 한다는 것, 특히 상충하는 이익 간 공정한 균형을 고려함으로써 추구하고자 하는 합법적 목적과 비례해야 한다는 것을 의미한다.

아동과 관련한 결정을 내리는 데 있어 아동의 최선의 이익이 가장 중요하다는 것은 국제법으로 인정되고 있으며, 이에 대한 광의의 합의가 이루어져 있다.[11] 본 재판소도 아동의 보호 및 면접교섭권 제한 관련 사건에서 아동의 이익을 가장 먼저 고려해야 한다는 것을 강조해 왔다.[12]

가족의 유대 및 재결합과 관련한 문제는 협약 제8조 상의 가족생활 존중권과 직접 관련이 있는 고려사항이다. 따라서 가족생활을 제한하는 정부의 아동 보호 조치 관련 사건의 경우, 정부는 합리적으로 가능한 범위 내에서 조속하게 가족의 재결합을 용이하게 하는 조치를 해야 할 적극적인 의무를 진다.

아동과 부모의 이익이 충돌하는 사건의 경우, 협약 제8조는 정부로 하여금 상충하는 이익들 사이에 공정한 균형을 찾을 것을 요구하는데, 이때 문제의 특성과 심각성에 따라 부모보다는 아동의 이익에 더 무게를 두어야 할 때도 있다.[13]

아동과 가족의 유대를 끊는다는 것은 그 뿌리로부터 아동을 분리하는 것을 의미하는바, 일반적으로 아동의 최선의 이익이란 가족이 아동에게 특별히 부적합하다고 증명된 경우가 아니라면 아동과 가족 간의 유대를 지속시키는 데 있다. 가족과의 유대는 매우 이례적인 상황에서만 단절될 수 있으며, 가족과의 재결합이 가능하고 적절한 경우에는 이를 위해 가능한 모든 조치를 해야 한다.[14] 그러나 동시에, 아동의 최선의 이익이란 아동이 건전한 환경에서 성장할 수 있도록 보장하는 데 있고, 부모가 협약 제8조 상의 권리를 행사하는 것이 아동의 건강과 발전에 위해가 된다면 부모에게 이러한 권리를

---

11) Neulinger and Shuruk v. Switzerland [GC], no. 41615/07, 6 July 2010.
12) Zorica Jovanovic v. Servia no. 21794/08, 26 March 2013 및 Gnahoré v. France, no. 40031/98, 19 September 2000.
13) Sommerfeld v. Germany [GC], no. 31871/96, 8 July 2003.
14) Gnahoré v. France, no. 40031/98, 17 January 2001.

부여할 수 없다.[15] 또한, 국제적으로 널리 인정되고 있는 원칙은 권한 있는 당국이 법률과 절차에 따라 아동을 부모에게서 분리하는 것이 아동의 최선의 이익을 위해 필요하다고 판단하는 경우를 제외하고는 아동을 그의 의지에 반해 부모와 분리해서는 안 된다는 것이다.[16]

한편, 보호명령은 임시적인 조치로, 상황이 허락하는 한 조속히 종료되어야 하며, 보호명령을 시행함에 있어 모든 조치는 친부모와 아동의 재결합이라는 궁극적인 목적에 부합하는 것이어야 한다. 아동의 최선의 이익과의 형량을 통해 가능한 조속하게 가족의 재결합을 용이하게 하는 조치를 해야 할 국가의 적극적 의무는 보호명령이 발동되면서부터 시작되어 점진적으로 가중된다. 보호명령이 지속되는 기간이 길어지면 아동과 부모 관계에 회복할 수 없는 결과를 가져올 수 있는바, 가족의 재결합을 위한 정부 조치의 적절성은 정부가 이러한 조치를 얼마나 신속하게 취했는지를 기준으로 판단된다.[17] 따라서 정부 당국이 위와 같은 적극적 의무를 다하지 못하여 가족이 와해된 경우, 정부 당국은 부모와 아동 간의 유대관계가 없다는 이유로 입양 허가 결정을 내려서는 안 된다.[18] 가족구성원이 쉽게 정기적으로 만나는 것을 방해하는 요인이 있으면 가족 구성원 간 유대관계가 약화되거나 가족이 재결합할 가능성이 낮아진다.[19] 그러나 아동이 정부의 보호를 받기 시작한 후 상당한 시간이 경과하였다면, 사실상의(de facto) 가족 상황이 다시 변경되지 않도록 할 아동의 이익이 가족을 재결합시키고자 하는 부모의 이익에 우선할 수 있다.[20]

위탁보호를 종료하고 입양을 허가하거나 친권을 박탈하는 등의 조치들은 예외적인 경우에만 허용되어야 하고, 이러한 조치는 아동의 최선의 이익을 위한 최우선적인 필요가 있을 때만 정당화될 수 있다.[21] 즉, 가족관계의 회

15) Elsholz v. Germany [GC], no. 25735/94, 13 July 2000.
16) 유엔 아동인권협약 제9조 제1항 참조.
17) S.H. v. Italy, no. 52557/14, 13 October 2015.
18) Pontes v. Portugal, no. 19554/09, 10 April 2012.
19) Scozzari and Giunta v. Italy, nos. 39221/98 and 41963/98, 13 July 2000.
20) K. and T. v. Finland no. 25702/94, 12 July 2001.
21) Johansen v. Norway no. 12750/02, 10 October 2002.

복이나 재결합의 가능성이 없고 아동에게 영구적인 새 가족을 만들어주는 것이 아동의 최선의 이익을 위한 것일 때만 입양을 허용하는 것이다.[22]

본 재판소는 위탁보호를 종료하고 입양을 허가하거나 친권을 박탈하는 조치를 정당화하는 사유가 협약 제8조 제2항의 목적을 달성하는 데 충분하고 관련이 있는지를 판단하는 데 있어, 가족의 역할 및 가정문제에 대한 정부의 개입과 관련한 각 국가의 전통에 따라 이러한 조치가 적절했는지를 국가마다 다르게 인식한다는 사실을 고려한다. 그러나 가장 중요한 것은 무엇이 아동의 최선의 이익이냐는 것이다. 더욱이, 관련 조치를 고안하거나 시행한 직후 모든 관련 당사자와 직접 접촉하는 것은 정부 당국이라는 점을 염두에 두어야 한다. 이러한 점에서, 재판소의 책무는 아동보호 관련 조치에 대한 책임을 이행해야 하는 정부 당국을 대신하는 것이 아니라, 정부 당국이 재량에 따라 내린 결정을 협약에 따라 심사하는 것이다.

정부 당국이 누리는 재량권의 범위는 문제의 본질 및 관련 이익의 심각성에 따라 상이하다. 본 재판소는 국가가 아동을 공적으로 돌볼 필요성을 평가하는 데 있어 정부 당국의 재량이 크다고 판단하는 바이다. 그러나 재량이 무한하다는 것은 아니다. 가령 본 재판소는 정부가 공적으로 아동을 돌보기로 결정하기 이전에 덜 극단적인 방식, 예컨대 먼저 지원 또는 예방 조치를 했는지 여부 및 그러한 조치들을 통해 문제를 해결할 수 없다는 것이 입증되었는지 여부를 중요하게 살펴보기도 한다.[23] 면접교섭권 제한과 같은 조치 및 부모와 아동의 가족생활 존중권을 실효적으로 보호하기 위해 고안된 법적 조치에 관한 사건에서는 더 엄격한 심사(stricter scrutiny)가 요청된다.

아동에 대한 공적 돌봄 조치와 관련한 사건에서 본 재판소는 당국의 의사결정 과정도 고려한다. 가령, 의사결정을 함에 있어 친생부모의 의견과 이익이 고려되었는지, 친생부모가 적시에 그들이 취할 수 있는 구제조치를 이용할 수 있었는지 등을 확인한다.[24] 또한, 사건의 특별한 상황과 결정의 심

22) R. and H. v. the United Kingdom, no. 35348/06, § 88, 31 May 2011.
23) R.M.S. v. Spain, no. 28775/12, 18 June 2013 및 Kutzner v. Germany, no. 46544/99, ECHR 2002-I.
24) W. v. the United Kingdom, 8 July 1987, § 63, Series A no. 121.

각성에 대한 고려를 전제로, 친생부모가 정부의 의사결정 과정에서 그들의 이익에 대한 적절한 구제조치를 충분히 제공받고 그들의 입장을 온전히 제시할 수 있었는지 여부 등도 고려사항이다.

나. 일반원칙의 적용

이 사건 조치의 필요성을 구체적으로 살펴본다. 고등법원은 이틀 동안 청구인의 변론을 들은 후 다음과 같은 사유로 X에 대한 위탁보호를 종료하고 입양을 해야 한다고 결정하였다. ① X는 위탁보호가정에서 4년 반 동안 살았고, 청구인과의 만남에 부정적으로 반응을 보였다. ② X는 위탁부모와 애착관계를 형성하였고, 안정을 필요로 하는 취약 아동이다. ③ 입양이 이루어지면 청구인이 X를 돌려달라고 할 가능성이 차단되고 청구인과 위탁부모 간의 문화나 종교적 시각 차이로 인한 분쟁의 가능성이 사라지게 된다.

고등법원은 위탁가정이 계속 청구인의 아들을 보호하는 것이 아들의 최선의 이익이라는 청구인의 의견을 수용하였다.[25] 그렇다면 당시 청구인이 아들의 입양을 피하고자 하였던 이유는 입양이 본질상 최종적이고 확정적인 조치이기 때문으로 보인다. 위탁부모가 개방입양(open adoption)[26]을 원하지 않았으므로, 청구인의 입장에서 입양허가는 사실상(de facto) 그리고 법률상(de jure) 아들에 대한 면접교섭권을 상실하는 결과를 가져오게 된다. 더욱이, 청구인이 입양을 피하고자 하였던 이유는 입양을 하게 되면 청구인의 아들이 개종하게 될 것이라는 가능성 때문이었다.

입양은 가족의 유대를 단절하는바, 본 재판소는 확립된 선례에서 입양은 매우 이례적인 경우에만 허용되고, 아동의 최선의 이익과 관련한 최우선적인 필요가 있을 때만 정당화될 수 있다고 판시하여 왔다. 즉, 입양은 본질적으로 가족이 회복되거나 재결합할 가능성이 없어 아동에게 영구적인 새 가족을 만들어주는 것이 아동의 최선의 이익을 위한 것일 때에만 허가되어야 한

25) 청구인은 고등법원의 항소심 절차에서, X가 위탁부모에게 애착을 갖게 되었다는 점을 인정하며 아들을 돌려달라고 요청하지는 않았으나, X가 문화적·종교적 뿌리를 유지할 수 있도록 청구인과 계속 만날 수 있게 허용해달라고 요청하였다.

26) 아동이 입양된 이후에도 계속 입양아동과 친생부모의 만남을 허용하는 입양을 의미한다.

다. 이러한 성격을 고려해보면 입양 허용을 결정하는 데 있어서는 더 엄격한 심사(stricter scrutiny)가 요구된다.

이러한 점에서, 청구인이 항소심 절차에서 기존 위탁가정이 X를 보호하는 것이 X의 최선의 이익이라고 인정하였다는 점과 무관하게, 청구인과 X는 협약 제8조 상의 가족생활 존중권을 가진다는 점에 주목해야 한다. 청구인이 가족 재결합을 요청하지 않았다고 해서 정부 당국이 청구인과의 가족적 유대관계 유지에 관한 X의 최선의 이익을 고려해야 하고, 청구인과 아들이 개인적 관계를 유지하도록 해야 하며, X의 최선의 이익에 부합하는 방식으로 서로 접촉할 수 있는 기회를 제공해야 하는 의무에서 면제되는 것은 아니다. 이것이 바로 정부가 해당 사안의 상황이 입양을 정당화할 수 있을 정도로 예외적이라는 점과 아동의 최선의 이익과 관련한 최우선적 필요가 있었다는 점을 입증하기에 충분하고 관련성 있는 이유를 제시했는지, 그리고 입양 결정을 내림에 있어 상충하는 이익 간 공평한 균형을 도모하였는지를 판단하는 데 있어 본 재판부가 핵심적으로 고려하는 사항이다.

노르웨이는 친권을 박탈하고 입양을 허가하기 위한 절차에서 아동의 이익과 친생가족의 이익을 제대로 형량하지 않고 아동의 이익에만 초점을 맞추었고, 아동이 친생가족과 연락을 이어갈 가능성에 대해 진지하게 고려하지 않았다. 이러한 맥락에서 노르웨이가 청구인이 보호명령의 중지를 요청하지 않고 X와의 면접교섭권을 유지하기 위해 입양에만 반대했다는 사실의 잠재적 의미를 충분히 고려하였다고 볼 수 없다. 고등법원이 결정을 내림에 있어 X가 위탁가정에 애착을 보인다는 평가에만 큰 무게를 두었다는 사실을 고려하면, 입양허가 결정 과정의 문제점이 드러난다고 볼 수 있다.

청구인과 X의 만남, 특별히 위탁보호 이후 청구인과 만났을 때 X가 보인 반응이 고등법원의 결정에 핵심적인 역할을 한 것으로 여겨진다. 이와 관련하여 주목해야 할 것은 청구인과 X의 접촉이 거의 없었던 상황에서 둘의 만남이 이루어졌다는 것이다. 2010년 12월 보호명령이 발동되었고, 위원회는 청구인의 면접교섭시간을 1년에 4회, 회당 2시간씩으로 한정하였으며, 지방

법원은 이를 연간 6회, 회당 1시간으로 변경하였다. 2013년부터 고등법원 결정이 내려지기까지 X는 청구인을 2번밖에 만나지 못했다. 보호명령이 내려진 이후 청구인과 X가 거의 만나지 못했다는 점에서, 본 재판소는 청구인의 면접교섭권을 박탈하는 것이 X의 최선의 이익이라는 결론을 내리기에는 근거가 부족하다고 판단하는 바이다.

나아가, 본 재판소는 고등법원 결정에 명시된 사유들이 청구인과 X의 접촉을 완전히 단절하기 위한 근거가 아닌, X가 위탁부모를 떠나 청구인에게 돌아갔을 때 나타날 잠재적 효과에 초점을 맞추고 있다는 점에 주목하는 바이다. 고등법원은 X와 연락을 지속하며 가족생활을 이어가고자 하는 청구인의 이익보다는 위탁부모가 개방입양에 반대하였다는 점에 더 중점을 둔 것으로 보인다.

고등법원은 청구인이 향후 보호명령이나 면접교섭권 관련 결정을 뒤집기 위해 사법적 구제를 신청할 가능성을 사전에 차단할 필요성을 강조하였으나, 본 재판소는 이에 대해 의문을 제기하는 바이다. 사건의 특수한 상황으로 인해 소송이 반복되면 아동이 해를 입는 경우가 있지만, 친생부모가 사법적 구제를 요청한다는 것이 곧바로 입양에 우호적인 요소로 고려되어서는 안 된다. 보호명령의 중지나 면접교섭권 제한의 해제 등을 위한 소송에의 접근권 등을 포함한 친생부모의 절차적 권리는 협약 제8조가 보호하고자 하는 가족생활 존중권의 핵심적인 부분이다.[27]

청구인이 이슬람교도이고, X를 이러한 신앙적 배경에 따라 양육하고 싶다는 바람과 관련하여, 고등법원은 X가 위탁가정이라는 환경에 애착 관계를 갖도록 하는 이익이 다른 중요한 고려사항과 균형을 이루어야 한다고 명시하였다. 다른 중요한 고려사항이란, 입양부모가 개방입양을 신청할 의향이 없다는 사실뿐만 아니라, 인종·문화·종교적 측면 및 청구인과 입양부모의 종교가 다르다는 것을 고려했을 때 X가 개종하게 될 가능성 등을 의미한다. 이와 관련하여 고등법원은 두 명의 전문가로부터 이슬람 국가에서 입양을

27) M.L. v. Norway, no. 64639/16, 22 December 2020.

저해하는 요인들에 관한 증언을 들었고, 그 중 한 전문가는 아동의 필요에 따라 각 사건이 평가되어야 한다고 강조하였다.

또한, 고등법원은 국제법의 법원(法源)을 살펴보고, 노르웨이에서 이슬람교도의 아이를 입양하는 것이 금지되지 아니한다고 판단하였다. 고등법원은 '아동 양육에 있어 연속성을 보장하는 것이 바람직하다는 점과 아동의 인종적·종교적·문화적 및 언어적 배경에 대해 정당한 고려를 해야 한다'고 명시한 UN 아동권리협약 제20조 제3항의 요청을 중점적으로 검토하였다. 또한, 고등법원은 청구인의 종교적 시각에 비추어 그녀의 입양에 대한 인식을 살펴보았고, 청구인의 문화적 배경과 유사한 문화적 배경을 가진 위탁부모가 없다고 상정하고 이 사건에서의 위탁가정 선정에 대하여 평가하였다. 고등법원은 소수인종 출신 위탁부모가 매우 부족하다는 점이 잘 알려져 있다고 하면서, 이 사건에서의 위탁가정 선정을 어떻게 평가하든 최초의 위탁보호가 X의 최선의 이익을 평가하는 데 영향을 미쳤다고 보았다. 고등법원은 위탁부모에 의한 양육 환경을 고려할 때 입양 결정 당시 X가 어떤 것에 가치를 두고 있다고 볼 수 있는지를 검토하였고, 친생모와 위탁부모 간의 종교적 차이가 위탁보호를 계속하는 데 있어 어려움을 야기할 수 있다고 보았으며, 입양이 어떻게 X의 정체성 발달을 돕고 그를 그가 함께 사는 가족의 구성원으로 만들 수 있는지에 중점을 두어야 한다고 하였다.

노르웨이 정부는 본 재판소에 청구인의 이익에 부합하는 위탁가정을 찾기 위해 노력하였음을 보여주는 자료를 제출하였다. 청구인은 보호명령이 발동된 이후 소말리아인 위탁가정을 찾을 수가 없다는 소식을 들었고, 항소를 진행하면서는 X가 소말리아인이나 이슬람교도 가정의 위탁보호를 받아야 한다는 주장을 철회하였다.

협약 제9조에 비추어 해석한 청구인의 협약 제8조 상의 권리를 보장하기 위해 반드시 청구인의 문화적·종교적 배경에 상응하는 위탁가정을 찾아야만 하는 것은 아니다. 본 재판소는 정부 당국이 전체적인 절차에서 행한 다양한 이익에 대한 형량을 고려하고, 또한 이 사건과 같은 상황에서 정부 당국이

결과보다는 수단과 관련한 의무를 부담한다는 것이 국제법적으로 널리 인정되고 있다는 점을 고려하고자 한다. 본 재판소에 제시된 정보에 근거하여 판단하건대 노르웨이가 X에게 적합한 위탁가정을 찾기 위해 노력했다는 점에는 의문을 제기할 수 없다. 그러나 본 재판부는 소재판부와 마찬가지로, 노르웨이가 청구인의 정기적 면접교섭에 관한 결정을 함에 있어, X로 하여금 어느 정도는 그의 문화적·종교적 배경과 연을 유지할 수 있도록 하고자 하였던 청구인의 이익을 적절하게 고려하지 않았다고 판단하는 바이다.

위와 같은 점에 비추어, 본 재판부는 노르웨이 정부 당국이 이 사건 조치를 결정함에 있어, 특히 가족 간의 유대 및 개인적 관계를 유지하는 것에 관한 친생모와 아동의 상호 이익이라는 측면에서, 청구인의 가족생활 존중권에 충분한 무게를 두었다고 보기 어렵다고 판단하는 바이다. 노르웨이의 주장은 이 사건의 상황이 매우 이례적이어서 청구인과 X의 관계를 완전히 그리고 종국적으로 단절하는 것이 정당화될 수 있다는 점 또는 입양 결정이 X의 최선의 이익을 위한 최우선적인 필요에 따라 이루어졌다는 점을 입증하기에 충분하지 않다. 또한, 이 사건에서 침해된 이익의 심각성을 고려할 때, 이 사건 조치를 결정하는 과정에서 청구인의 의견과 이익이 적절하게 반영되었다고 볼 수도 없다.

따라서 본 재판부는 노르웨이 정부 당국이 협약 제8조를 위반하였다고 결론 내리는 바이다.

Ⅳ. 결정의 의의

이 사건에서 유럽인권재판소는 노르웨이 정부 당국이 이슬람교도이자 소말리아 난민인 청구인의 의사에 반하여 청구인의 아들을 기독교도인 노르웨이인 양부모에게 입양되도록 허가한 것이 협약 제8조와 제9조에 위반되는지 여부를 판단하였다. 소재판부가 이미 노르웨이가 협약 제8조를 위반하였다는 결론을 내렸음에도, 청구인은 이 사건에 협약 제8조뿐만 아니라 협약 제9조가 적용되어야 한다고 주장하며 이 사건을 대재판부에 회부할 것을 요청하

였고, 대재판부는 청구인의 요청을 받아들여 판단에 나아갔다.

유럽인권재판소 대재판부는 이 사건에서 협약 제8조와 제9조를 별도로 적용할 것이 아니라 제9조에 비추어 제8조를 해석, 적용하는 것이 옳다고 판시하고, 친권 박탈과 입양 관련 사건에 적용되는 일반원칙을 설명하였는데, 특히 아동과 관련한 사건에서 가장 중요한 원칙인 '아동의 최선의 이익'을 강조하였다. 대재판부는 아동의 최선의 이익이란 일반적으로 가족과의 유대를 지속하면서 자신의 뿌리와 연결되는 데 있다고 하면서, 입양은 아동의 최선의 이익을 위하여 최우선적인 필요가 인정되는 예외적인 상황에서만 허용된다고 설시하였다. 그러면서 대재판부는 이 사건에서 노르웨이가 청구인과 아들 간의 가족관계를 완전히, 그리고 종국적으로 단절시키는 입양을 허용할 만큼 예외적인 상황이 존재함을 입증하지 못하였다고 판단하였다. 또한, 대재판부는 노르웨이가 이 사건 조치를 결정함에 있어 ① 청구인의 이익, 즉 X와의 면접교섭을 위하여 입양을 피하고자 하는 이익 및 X로 하여금 인종, 문화 및 종교적 뿌리와 계속 연결될 수 있도록 하고자 하는 이익과, 이와 상충하는 ② X와 위탁부모의 이익을 공정하게 형량하지 못하였다고 판단하고, 노르웨이의 협약 제8조 위반을 인정하는 결론을 내렸다.

이 결정은, 과거에는 입양이 친생부모가 돌보지 못하는 아동에게 영구적인 안정을 줄 수 있다는 점에서 아동의 최선의 이익에 부합한다고 보았던 것과 달리, 입양이 아동을 자신의 뿌리로부터 단절시킨다는 점에서 인권 침해의 소지가 있을 수 있다는 점을 고려해야 한다는 시대정신의 변화를 반영한 것으로 볼 수 있다.[28] 또한, 유럽인권재판소가 노르웨이의 아동 입양에 관한 또 다른 사건인 Strand Lobben 결정에서는 단순히 가족생활의 지속 여부에만 초점을 맞추었지만, 이 결정에서는 진일보하여 가족적 유대관계의 유지뿐만 아니라 자녀가 그의 문화 및 종교적 배경과 유대를 지속할 수 있도록 하고자 하는 친생부모의 이익도 강조하였다는 점에서 의미가 있다.

28) https://strasbourgobservers.com/2022/04/11/abdi-ibrahim-v-norway-a-new-zeitgeist-regarding-intercultural-adoptions-at-the-ecthr/Ghent 참조.