

아동권리보호를 위한 아동학대 관련 판례분석

박연주

(성균관대학교)

[요약]

본 연구의 목적은 아동권리보호를 위한 아동학대 관련 판례를 분석하는 것이다. 법에서 ‘아동학대’라 칭하여 판례가 나오기 위해서는 처벌 근거인 ‘아동 학대처벌’ 관련법이 있어야 하는데, 기본법인 아동복지법에서의 ‘아동학대’ 개념만 있어 처벌을 위한 직접적 판시로는 친권상실관련 ‘아동학대’ 판례와 형사범죄, 민사범죄, 특례법 판시만 내려지고 있어 ‘아동 학대범죄 처벌에 관한 특례법’이 절실했다(작년 12월 23일 아동학대범죄처벌에 관한 특례법이 국회를 통과하였다). 이에 본 연구를 통해 재판상 아동학대라 판시하지는 않았으나, 아동학대로 볼 수 있는 2000-2013년 판례를 묶어 판례분석을 하였다. 본 연구에서는 각 판례들을 사실관계에 따른 분석, 판시내용에 따른 분석을 함께 대법원판례, 대법원에 올라간 판시를 제외한 하급심종결판례를 구분하면서 민사상 합의된 것은 제외하고 불법행위로 성립, 형사사건화 되지 않고 민사사건으로 종결된 민사상판례분석, 형사상판례분석, 친권상실(아동학대와 관련하여)판례구분, 그 밖의 특례법상의 판례를 구분하여 도식화 진단하여 각 판례의 시사점을 통해 현 법제가 갖고 있는 문제점을 도출하고 그에 대한 입법 상 보완과제를 제시하면서 아동학대범죄 처벌에 관한 특례법상의 보완과제를 제시하였다.

주제어 : 아동학대, 아동학대 관련법, 아동권리, 판례

1. 서론

아동의 인권에 대한 논의는 사회적·국가적·문화적 경향에 따라 다소 차이는 있으나 어떻게 아동의 권리를 보호할 것인지, 규범학적으로 어떻게 노력해야 하는 것인지에 대한 논의는 공통적 관점에서 확대 논의 되고 있다. 유엔은 유엔아동권리협약(UN Convention on the Rights of the Child)¹⁾의

1) 유엔아동권리협약을 간단히 살펴보면 다음과 같이 전문과 54개 조항으로 이루어져 있다.

전문과 54개 조항을 통하여 아동의 인권을 지키고자 노력하고 있다. 그러나 현실적 규범체계속의 아동의 인권은 잘 이루어지지 않고 있으며, 법적 보호에서 차별받고 있다. 중앙아동보호 전문기관(2012)의 '아동학대 현황보고서'에 따르면 현장조사를 통해 전국 아동보호 전문기관으로 신고 접수된 응급 아동학대 의심사례 및 아동학대 의심사례는 8,979건이었고, 이 중 아동학대로 판정된 사례는 6,403건으로 71.3%를 차지하였으며, 6,403건 중 동일 아동이 한번 이상 신고 되어 학대된 판정을 제외하더라도 실제 집계 아동 수는 6,050명으로 나타나고 있다. 그러나 아동학대와 관련하여 우리나라에는 아동학대 범죄 처벌에 관한 특례법이 2013년 12월 23일에야 국회를 통과함으로써 기존의 법에서 아동학대라 칭하여 판시되고 있는 것은 친권상실과 관련된 판시 외에 나머지는 형사상, 민사상 및 특례법상의 적용을 받아 판시되고 있는 실정이다. 따라서 판례분석을 통한 아동 학대관련 재판을 살펴, 아동학대 범죄처벌에 관한 특례법의 필요성을 다각도로 분석해 볼 필요가 있다. 그러나 기존 판례분석연구들의 경우 법학계의 판례연구의 경우 판시사항에 대한 법적 해석에 그치고 있고 아동학대에 대한 사회 복지적 함의를 갖지 못하고 있으며, 그 밖의 사회 복지적 아동 권익 관련 판례분석의 경우, 성범죄 및 친권상실관련 판례분석에 그치고 있어 광의적 아동 학대관련 판례분석이 이루어지지 않았다. 판례분석은 현 재판이 실제 아동권익에 어느 정도 기여하고 있는지를 살펴볼 수 있으며, 법조계에서 바라보는 '아동학대'의 실태를 살펴볼 수 있는 장점을 갖고 있음에도 불구하고 기존 연구에서는 다각도로 판례분석이 이루어지지 않아 판례분석이 갖는 장점이 잘 도출되지 않았다.

본 연구에서는 기존 연구의 한계점을 진단하여 다음과 같은 구성으로 아동 학대관련 판례연구를 하였다. 먼저 본 연구의 아동 학대관련 판례들로는 2000-2013년 판례를 내용 분석하였고, 각 판례들을 사실관계에 따른 분석, 판시내용의 쟁점사안에 따른 분석을 함에 대법원판례, 대법원에 올라간 판시를 제외한 하급심종결판례를 구분하면서 민사상 합의된 건은 제외하고 불법행위로 성립, 형사사건화 되지 않고 민사사건으로 종결된 민사상판례의 쟁점분석, 형사상판례의 쟁점분석, 친권상실(아동학대와 관련하여) 판례구분, 그 밖의 특례법상의 판례를 쟁점분석하면서 구분하여 도식화 진단하여 각 판례의 시사점을 통해 현 법제가 갖고 있는 문제점을 도출하고 그에 대한 입법 상 보완과제를 제시하면서 2013년 12월 23일에 국회를 통과한 아동학대 범죄 처벌에 관한 특례법상의 보완과제도 제시하였다.

본 연구는 선행연구의 검토를 통해 본 연구의 타당성과 본 연구의 차별성을 확보하고자 하였으며, 연구의 목적과 판례분석방법을 제시하면서 판례의 내용분석을 통해 주요 법리를 파악하고 현 제도의 문제점과 시사점을 도출하여 연구문제를 해결하면서 논의와 제언을 통해 결론을 요약하였다.

전문(Preamble) : 아동권리협약의 취지, 목적, 기본 원칙 등을 선언한 글.

1부(1~41조) : 아동의 권리를 실질적으로 규정하는 조항들.

2부(42~45조) : 아동권리 이행과 모니터링에 관한 조항들.

3부(46~54조) : 협약의 조항을 보충하기 위해 덧붙인 조항들(부칙)(국제아동권리포럼, 2013).

2. 선행연구 검토

1) 용어의 정의

문영희(2010)는 학대의 개념에 대해 사회적·제도적 성격을 포함하는 개념이라는 관점에서 소아의 학, 심리학, 사회복지학, 법학, 교육학 등의 분야마다 차이가 있다고 보았으며, 몇 연구자들은 학대의 개념 및 기준과 척도 확립에 대해서는 문화적 특성에 맞는 아동학대 개념과 표준화된 측정도구가 개발되어야 할 것을 강조하고 있다(김유경, 2008; 윤선오·박복숙, 2011; 노충래 외, 2012; 문영희, 2012). 또한 손병덕(2012)은 학대를 성폭력과 구별 지어 제시하기도 하였다. 김용화(2013)는 학대행위 중 특히 악영향성과 심각성을 고려하여 성폭력만을 별도로 분류하여 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법과 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상의 가해자 처벌규정과 중요 개정내용을 함께 검토하기도 하였다. 따라서 본 연구를 위해서는 학대의 개념에 대해 학문상 정의, 법적 정의, 국제적 정의를 살펴볼 필요가 있다. 아동학대에 대해 학문상으로 일관된 기준은 없으나 우리나라 학자들은 아동학대를 신체적·정신적 손상을 일으키는 행위로 보는 협의의 개념에서부터 아동의 발달을 저해하는 환경적·제도적 위험요인을 포함하는 광의의 아동학대 개념까지 다양한 개념 정의를 갖고 있다(안재진 외, 2011: 21). 법적 정의로는 아동복지법, 형법, 가정폭력범죄의 처벌에 관한 특례법 및 가정폭력방지 및 피해자 보호 등에 관한 법률 등에 규정이 존재하고 있으며, 2013년에 새로이 아동학대범죄의 처벌에 관한 특례법²⁾에서 법적 정의를 내리고 있다. 국제적 정의로는 유엔은 아동권리협약에 의해 아동의 권리를 생존할 권리, 보호받을 권리, 발달할 권리, 참여할 권리의 네 가지 기본 권리를 천명하였으며, 이중 보호받을 권리는 학대나 방임, 착취 및 차별로부터 아동들이 보호받을 권리가 있다고 선언하고 있다.³⁾ 학대의 유형을 살펴보면 신체적 학대, 성적학대, 정서학대, 유기 및 방임으로 유형분류⁴⁾하고 있

2) “아동학대범죄의 처벌에 관한 특례법 제2조에서는 아동학대의 정의에 대해 아동의 보호자가 아동의 건강 또는 복지를 해치거나, 아동에 대하여 정상적인 발달을 저해할 수 있는 신체적·정신적·성적 폭력 등 가혹행위를 하거나 아동을 유기·방임하는 것을 말한다.” 라고 정의하고 있다.

3) 유엔 아동권리협약 제19조 : 아동은 폭력과 학대, 유기로부터 아동을 보호하기 위해 입법적, 행정, 사회적, 교육적 조치가 확립될 필요가 있다.

4) 신체적 학대 : 아동의 신체에 손상을 주는 학대행위를 말하며, 이는 형법상 상해의 의미보다 좀 더 넓은 의미로 해석되어야 한다(곽병선, 2008).

성적 학대 : 18세미만의 아동과 함께하는 모든 성적 행위를 말하며, 여기에는 성희롱과 성폭행을 포함하고 있다(곽병선, 2008).

정서학대 : 보호자를 포함한 성인이 아동에게 행하는 언어적 모욕, 정서적 위협, 감금이나 억제, 기타 가학적인 행위를 말한다(손병덕, 2012: 164).

유기 및 방임 : 유기는 아동을 보호 감독할 자가 아동을 보호 없는 상태에 두으로써 아동의 생명과 신체에 위험을 가져오는 일체의 행위를 말하며, 방임은 아동이 위험한 환경에 처하거나 충분한 영양을 공급받지 못해 발육부진이 되는 경우가 많으며 나이 어린 아동에게는 치명적인 결과(장애)를 가져 오거나 사망에 까지 이르게 한다(손병덕, 2012: 164).

다. 그러나 지금까지의 재판에서는 아동학대 처벌 근거법에 따른 학대 유형 분류가 없어, 재판상 유형별 분류하여 재판이 이루어지지 않았으며, 앞으로는 처벌 근거법인 아동학대범죄의 처벌에 관한 특별법규정⁵⁾에 의한 학대 유형별 재판이 이루어질 것을 기대해 본다.

본 연구에서는 아동학대의 개념을 아동복지법상의 '아동학대' 개념에 국한시키지 않고 아동의 권익과 관련된 의미를 포함한 넓은 의미의 아동학대로 지칭하여 아동복지법상의 아동학대로 판결된 판례에 국한하지 않고 아동·청소년관련 소송들 중 특히 이들의 권익과 관련된 소송을 모아 각 판결의 의미와 이러한 소송들을 통해 법률이 아동의 권익을 훼손하고 있지는 않은지 살펴보았다.

2) 선행연구

본 연구를 위해 주제를 아동학대로 살펴 법원도서관, Riss(한국교육학술정보원), Kiss(한국학술정보) 등에서 학위논문을 제외한 학술지 논문으로 살펴본 연구논문으로는 천 건이 넘으며 이 중 아동학대, 아동학대 관련법 및 제도, 아동권리관련 논문으로 추려 살펴본 바 98건의 학술지 연구 논문이 도출되었다. 이들 논문 중 2000-2013년 논문(23건)들로 추려 선행연구과정을 살펴보았으며, 이 중 판례 분석 논문은 4건에 불과했다. 본 연구에서는 기존 유사판례연구들의 한계점을 진단하여 보니 다음과 같은 한계점을 찾을 수 있었다. 첫째, 법학계의 아동 학대관련 판례연구는 법률 쟁점에 대한 비판과

- 5) 제4조(아동학대 등 범죄) ① 아동의 보호자가 아동을 매매하는 경우 3년 이상의 유기징역에 처한다.
 ② 아동의 보호자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 경우 10년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
1. 아동의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위
 2. 아동에게 음란한 행위를 시키거나 이를 매개하는 행위 또는 아동에 대해 성적 수치심을 주는 성
 - ③ 아동의 보호자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 경우 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
 1. 아동에 대한 지속적이거나 반복적인 폭언·모욕, 아동과 동거하는 가족구성원에 대한 폭행·협박 등 아동에게 정신적 고통을 주어 아동의 정신 건강 및 발달에 중대한 해를 끼치는 정서적 학대행위
 2. 공중의 오락 또는 흥행을 목적으로 아동의 건강 또는 안전을 해치는 훈련이나 공연을 시키는 행위 또는 이를 위해 아동을 제3자에게 인도하는 행위
 3. 아동을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적인 보호·양육·치료 및 교육을 소홀히 함으로써 아동의 정상적인 심신 발달을 현저히 저해하는 방임행위
 4. 아동에게 구걸을 시키거나 아동을 이용하여 구걸하는 행위
 - ④ 아동의 보호자가 아동이 제2항 및 제3항 각 호의 학대를 당하고 있는 것을 알면서도 이를 묵인하거나 방치한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.
 1. 아동을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적인 보호·양육·치료 및 교육을 소홀히 함으로써 아동의 정상적인 심신 발달을 현저히 저해하는 방임행위
 2. 아동이 제2항 및 제3항 각 호의 학대를 당하고 있는 것을 알면서도 이를 묵인하거나 방치하는 행위
 - ⑤ 아동의 보호자가 제4항 제1호의 죄를 범하여 아동을 상해에 이르게 한 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 무기 또는 5년 이상의 유기징역에 처한다.
- 제5조 : 아동복지시설 종사자 등에 대한 가중처벌 규정으로 위4조에 열거된 죄를 범한 때에 가중처벌 한다.

기존학설에 대한 비판을 토대로 판시사항에 대한 해석상 비판에 그쳐, 법학연구의 학문적 가치는 높으나, 사회 복지적 함의를 갖지 못한다고 볼 수 있다. 둘째, 아동권리보호를 위한 친권상실관련 판례 분석 하승수와 이해원(2007)논문은 사회 복지적 함의를 부각시키면서 아동권리보장관점에서 친권상실관련 판례를 분석하고 있다. 그러나 본 연구는 부모의 아동 학대관련만 다루고 있어 아동복지시설 및 타인에 따른 아동학대를 다루지 못한 아쉬움이 있다. 셋째, 아동·청소년 성보호 관련 판례분석(김광병 외, 2013) 연구의 경우는 아동·청소년 성보호관련 판례를 1심부터 최종심인 대법원까지 이루어진 판례를 묶어 분석하여 성폭력관련 아동보호 연구의 필요성 및 판례의 중요성을 언급하고 있다. 위 연구의 경우 아동 학대관련 판례연구이기 보다는 성범죄처벌 관련 연구로 아동학대적 측면에서 보면 성폭력과 학대를 구분해서 바라보고 있는 연구로 보인다. 따라서 본 연구에서는 사회 복지적 측면에서 아동학대로 볼 수 있는 신체적 학대관련, 성학대 관련, 정서학대 및 유기·방임의 경우를 묶어 2000-2013년 판례 중 판시내용이 겹치는 것을 제외한 판례를 도출하여 전반적 아동학대 관련 판례를 분석하였다. 단 부모학대에 의한 아동사망의 경우는 아동사망에 대한 사회적 과장이 크에도 불구하고 실제 재판에서는 형법상 살인죄, 과실치사죄의 구성요건과 관련하여 판시하고 있어 아동학대의 특수적 상황을 고려한 판시가 없어 본 판례분석에는 적용하지 않았으나, 형법상 존속살해의 경우 일반살인죄를 적용하지 않고 존속살해죄규정에 따라 가중처벌이 있으므로 앞으로 아동 학대범죄 처벌에 관한 특례법에 추가 개정해야함을 제언하였다. 이는 기존 판례분석이 갖는 한계점을 극복하면서 아동 학대범죄 처벌에 관한 특례법이 갖는 의미를 살펴, 본 법이 절실하면서도 앞으로 더욱 개정 발전되어야 할 방향성을 제시해 줄 수 있어 다른 판례분석 연구와 차이가 있다 하겠다. 그 밖의 관련 선행연구를 연구유형별로 살펴보면 다음과 같다. 아동학대 현황연구와 관련하여 김유경(2008)은 학대발생원인, 피해증상 및 대처, 서비스 욕구를 추가적으로 제시하였고, 김형모(2011)는 아동학대 발생현황을 2001년부터 2009년까지 실태를 비교하였으며, 윤선오와 박복숙(2011), 노충래 외(2012)는 시설종사자들과 법집행담당자들의 학대 인식 실태를 제시하였는데, 특히 노충래 외(2012)는 검사·판사·경찰 간의 인식차이가 있음을 밝히고 있다. 국내 아동학대 관련법과 관련해서는 학대관련 규정들을 살피는 내용으로 문영희(2010: 2012) 연구와 가해자(학대와 성폭력)의 처벌규정을 살피는 내용으로 강동욱(2011), 손병덕(2012), 김용화(2013)의 연구가 있으며, 학대 금지규정을 살피는 내용으로는 김혜경(2010)의 연구가 있다. 문영희(2012)는 아동학대 예방 및 사후관리에 있어서의 제도보완을, 김혜경(2010)은 법적용에 있어서 청소년 보호법과의 관계에 대한 정리를, 강동욱(2011)은 학대행위자에 대한 특성별 차별적 조치현실화를 제시하고 있다. 또한 처벌 규정에 관한 연구로 손병덕(2012)은 전국적·정기적 실태조사 실시와 예방·신고·개입·사후 서비스개선방안을, 김용화(2013)는 처벌규정 강화와 가중처벌 피해아동 연령 상향, 신고의무 위반 시 과태료, 보호시설확충을 제시하고 있으며, 김상용(2011)은 가족법의 개정 동향에 관한 연구에서 친권에 관한 임시조치의 필요성과 후견인 변경이나 선임에 관하여 개선점을 제시하고 있다. 나라별 아동 학대관련 연구논문을 살펴보면 박주영(2010)은 프랑스의 친권제한제도를 살피면서 우리나라의 경우 친권상실제도 전단계로 구체적 상황에 맞는 다양한 친권제한제도를 도입할 것과 친권제한 시 가정법원이 친권제한사유를 다각도로 고려할 것, 그리고 보호조치를 함에 있어서는 학대사례의 특수성과 가족보호의 중요성을 고려하여 행정기관과 사법기관

의 기능과 역할을 분담하고 법원은 기관들과 긴밀한 연계성을 갖추고 원조·보완하는 관계를 유지하도록 할 것을 개선점으로 제안하고 있다. 또한 박주영(2009)은 미국의 친권상실제도를 소개하면서 우리나라와 관련하여 아동보호 전문기관의 장에게도 친권상실 청구권을 부여하도록 할 것과 심각한 아동학대를 친권상실의 청구요건으로 별도로 규정하면서 요건을 구체화시키는 작업이 필요하다는 점, 친권상실을 청구할 때 아동의 장래 양육에 관한 계획을 제출하도록 의무화 하는 것, 그리고 아동학대를 사회 전체의 문제로 인식하여 국가의 적극적이고 지속적인 지원과 노력이 필요함을 시사점으로 제시하였다. 이상희 외(2008)에서는 우리나라와 일본의 가정폭력 및 아동학대 관련 법률의 체계와 내용을 분석하고 비교하여 우리나라의 아동학대 관련 법률의 개선방안을 모색하고자 하였으며, 김수정과 이재연(2011)은 미국, 캐나다, 오스트레일리아, 영국, 대만, 일본 그리고 한국의 아동보호서비스 관련 법의 신고조항과 기관의 운영 현황을 비교 분석하여 이를 바탕으로 신고의무 위반 시 처벌, 기관협력 의무화, 전문 기관 증설 등의 제안을 하고 있다. 정선영(2012)은 중국의 아동학대 관련법인 미성년자 보호법을 UN아동권리협약과 비교, 한국과 일본의 아동 학대 관련법과 비교 등을 통해 국제적 기준에 부합하는 인권기준을 반영하기 위한 개선방안을 제안하고 있으며, 김용화(2013)는 미국과 영국 그리고 우리나라의 성폭력범죄에 대한 관련법 규정을 비교 분석하여 우리나라 성폭력범죄 관련법의 보완, 처벌강화, 피해아동의 실질적 보호를 위한 심도 있는 논의를 하였다.

3. 연구방법

1) 연구의 목적 및 판례분석방법

본 연구의 목적은 아동학대(넓은 의미)와 관련하여 어떠한 소송이 발생하였으며, 이러한 판례들의 내용을 분석하여 아동학대와 관련된 법률의 입법적 보완과제는 무엇이며 실제 아동학대와 관련된 법률체계의 문제점을 살펴 아동권리규약과 관련한 제도개선방향을 모색해 보고자 함에 있다. 기존의 아동학대라 하면 아동복지법⁶⁾에 의하여 정의하고 있으나 본 연구에서는 아동학대의 의미를 아동의 권익과 관련된 의미를 포함한 넓은 의미의 아동학대로 지칭 하여 아동복지법상의 아동학대로 판결된 판례에 국한하지 않고 아동·청소년관련 소송들 중 특히 이들의 권익과 관련된 소송을 모아 각 판결의 의미와 이러한 소송들을 통해 법률이 아동의 권익을 훼손하고 있지는 않은지 살펴보고자 하였다. 이를 위하여 아동인권과 관련된 판례들을 종합적이고 체계적으로 분석함으로써 현행 아동관련 판례들이 어떻게 이루어지고 있는지 면밀히 분석하고자 하였다. 판례의 분석은 일종의 질적 내용 연구로 볼 수 있으며, 판례는 법조인의 법률해석에 의해 내려지고 있는 재판으로 우리나라 현 법조계의 인식을 살펴 볼 수 있는 장점을 갖고 있다. 본 연구의 판례내용분석은 각 판례의 사실관계분석을 위해 사건번

6) 아동복지법 제3조 7호 : 보호자를 포함한 성인이 아동의 건강 또는 복지를 해치거나 정상적 발달을 저해 할 수 있는 신체적·정신적·성적 폭력이나 가혹행위를 하는 것과 아동의 보호자가 아동을 유기하거나 방임하는 것을 말한다.

호, 청구인, 상대방, 청구이유, 법원의 판단에 따라 도식화 분석하면서 사실관계를 정리해 주었으며, 각 판례의 주요쟁점을 대법원, 친권상실, 형법 및 기타법률로 판결된 판시의 주요쟁점사안으로 분류하면서 각 판시의 유·무죄를 나누어 도식화분석하여 각 판시의 시사점을 파악해 보고자 하였다. 이와 같은 판례의 검토는 아동의 권리 보호에 있어 보다 적극적인 보호방향을 찾고자 법이 앞으로 개선해 나가야 할 방향을 제시해 보고자 함에 연구의 목적이 있다.

본 연구의 연구문제는 다음과 같다.

첫째, 아동학대와 관련된 소송은 어떤 소송이 이루어지고 있으며, 이러한 판례를 살펴봄에는 어떤 의미가 있는가?

둘째, 본 판례들을 분석하여 본 바 그에 따른 법적 미비점이 무엇인가?

셋째, 법적 미비점을 살펴, 그에 관한 입법적 보완과제는 무엇이 있는가?

2) 자료수집방법

이 연구에서 분석한 판례들은 대법원 홈페이지를 통해 공개된 대법원판례들과 공개되지 않은 판례는 김현수(2010)의 논문을 토대로 2000-2013년 판례를 근거로 분석하였으며, 하급법원의 판례는 공개되지 않은 판례의 경우 송현경(2003)의 논문과 법원도서관의 판례사례집내용 중 친권상실관련판례에서 아동학대의 직접적 측면이 있는 판례들을 간추리고 그 밖에 공개된 하급심판례는 대법원홈페이지, 법제처홈페이지를 통해 소개된 판례들 중 사실관계파악이 가능한 판례로 분석하였다. 또한 법원도서관자료인 법고을을 통해 비교적 사실관계가 명확하며 판시사항의 본문검토가 가능한 판례로 분석대상을 선정하여, 대법원판례 6건, 하급심판례 13건으로, 총 19건을 분석대상으로 선정하였다.

〈표 1〉 분석대상판례

구분	선고일자	사건번호	출처
대법원	2000.04.25	2000도223	대법원홈페이지
	2003.02.11	2002도7115	대법원홈페이지
	2004.06.10	2001도5380	대법원홈페이지
	2009.11.19	2009도6058	김현수(2010)
	2011.06.24	2011도4398	대법원홈페이지
	2013.06.20	2010도14328	대법원홈페이지
하급심	2002.12.30	서울가정법원2002느합92	송현경(2003)
	2002.08.19	서울가정법원2002느합35	송현경(2003)
	2002.02.25	서울가정법원2002느합5	송현경(2003)
	2003.01.20	서울가정법원2002느합84	송현경(2003)
	2007.09.05	대전고등법원2007노214	법원도서관
	2008.04.25	부산지방법원2007고합705	법원도서관
	2009.04.23	인천지방법원2009고단1010	법원도서관
2009.07.03	의정부지방법원2008고합220	법원도서관	

구분	선고일자	사건번호	출처
	2009.09.03	수원지방법원2009가합2913	법원도서관
	2009.12.09	수원지방법원2009고합314	법원도서관
	2010.05.28	서울북부지방법원2009고합477	법원도서관
	2011.07.21	서울고등법원2011전노174	법제처홈페이지
	2012.10.12	서울가정법원2012느합5	법원도서관

본 판례들의 내용을 분석하면서 이들 판시사항과 유엔아동 권리협약의(Convention on the Rights of the Child, 이하 CRC)의 일반원칙과 비교해 보았다. 이는 현 판례가 CRC의 기준에 저촉되는 판사가 없는지 살펴, 아동의 인권을 보호하는데 있어, 국가적 흠결이 없는지 살펴보고자 함에 있다.

4. 연구의 결과

1) 판례의 사실관계

분석대상 판례들 중 대법원판례 6건을 사실관계에 따른 분석틀에 따라 정리하면, 다음 <표 2>와 같다.

<표 2> 분석대상 대법원 판례의 사실관계분석

사건번호	청구인	상대방	청구이유	법원의 판단
2000도223	검사	피고인	아동복지법 및 형법상 학대행위에 대한 원심판단에 불복	상고기각
2002도7115	검사	피고인	미성년자약취죄 및 상해폭행에 대한 원심판단에 불복	상고기각
2001도5380	교사	피고인	교사의 체벌행위는 정당행위 이므로 학대가 아니라며 청구한 사안	도를 넘은 체벌행위는 정당행위가 아니라 판단
2009도6058	검사	피고인	청소년성범죄에 관한 반의사 불벌죄에 대한 혐의부분 공소기각에 대해 불복	상고기각
2010도14328	검사	피고인	국외이송약취 및 피약취자 국외이송에 대한 원심판단에 불복	상고기각
2011도4398	피고인	교사	심신장애 상태의 범행 장애아에 대한 감정실시 없이 내려진 원심판단에 불복	원심판단 파기 환송

사실관계분석표에 의한 대법원 판시사항에 대해 좀 더 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. 2000도223판시의 경우⁷⁾ 피고인이 미성년자의제강간치상 및 아동복지법위반으로 공소 제기된 사안에서 대법

7) 대법원판례의 경우 사건번호만 제시된 경우는 대법원홈페이지에서 사건번호로 내용을 찾아 제시한

원은 원심이 구 아동복지법 제18조 제5호에서의 '아동에게 음행을 시킨다'는 것은 행위자가 아동으로 하여금 제3자를 상대방으로 하여 음행을 하게 하는 행위를 가리키는 것일 뿐 행위자 자신이 직접 그 아동의 음행의 상대방이 되는 것까지 포함하는 의미로 볼 것이 아니라고 한 판단이 옳다고 판시하여 검사의 상고를 기각했으며, 또한 형법상 학대의미 부분에 대한 검사의 상고사유에 대해서도 형법의 규정체제상 학대와 유기범죄가 같은 장에 위치하고 있는 점 등에 비추어 단순히 상대방의 인격에 대한 반인륜적 침해만으로는 부족하다하여 상고 기각하였다. 두 번째 2002도7115 판시의 경우 피고인의 미성년자약취죄에 대해 피고인과 공범들이 피해자(여, 14세)를 보호·감독하고 있던 그 아버지 공소외인의 감호권을 침해하여 그녀를 자신들의 사실상 지배하로 옮긴 이상 미성년자약취죄가 성립한다고 한 원심의 판단에 동의하면서도 이들 피고인의 양형에 대해 아버지가 상고한 사실에 대해서는 상고 이유 없음을 내려 상고 기각한 사안이다. 세 번째 2001도5380판시내용은 교사의 체벌에 대한 내용으로 체벌행위가 도를 넘은 경우 정당행위로 볼 수 없으며, 이는 아동학대행위로 사회통념상 객관적 타당성을 갖췄다 보기 어렵다 판시한 사안이다. 네 번째 2009도6058(김현수, 2010)판시의 경우 피고인은 미성년자인 피해자 2명을 자취방에 불러 강간하였으나, 본 사안의 경우 피해 청소년의 처벌희망여부에 관한 의사표시를 하는 데에 법정대리인의 동의가 있어야 하는지에 대해 소극적 판단을 내린 원심에 불복한 사안이며 다섯 번째 2010도14328 판시의 경우는 베트남 국적 여성인 피고인이 남편의 의사에 반하여 생후 약 13개월 된 자녀를 주거지에서 데리고 나와 약취하고 베트남에 함께 입국함으로써 자녀를 국외에 이송하였다고 하여 국외이송약취 및 피약취자국외 이송으로 기소된 사안에서 제반 사정을 종합할 때 피고인의 행위를 약취행위로 볼 수 없다고 한 원심 판단에 대해 검사 상고하였고, 이에 무죄를 인정한 원심의 판단은 정당하다고 대법원에서 판단하여 상고 기각한 사안이며, 마지막으로 2011도4398판시는 정신지체 장애아가 교사를 강간등 상해한 사안에 대해 원심에서는 피고인인 장애아의 심신상실상태 및 정신감정을 실시하지 않은 채 성폭력범죄의 처벌로 판시한 사안을 대법원에서는 소년형사법의 심리 및 심신장애에 관한 법리를 적용하지 않은 원심판단은 위법한 판단이라 파기 환송 판결한 사안이다.

또한 분석대상 판례중 하급법원 판례 13건을 분석틀에 따라 정리하면 <표 3>과 같다.

<표 3> 분석대상 하급법원 판례의 사실관계분석

사건번호	청구인	상대방	청구이유	법원의 판단
서울가법2002느 합35	-	피 고 인 (모)	친권행사자인 부 사망후 모의 행방불명	친권상실판결
서울가법2002느 합92	모계 친 족	피 고 인 (부)	자녀들 앞에서 모를 폭행하여 사망	친권상실판결
서울가법2002느 합5	-	피 고 인 (모)	모 가출 후 연락두절 및 소재 파악되지 않아 자녀방임상태	친권상실판결
서울가법2002느 합84	부계 친 족	피 고 인 (모)	부부 별거 후 부 사망 및 모 연 락두절로 자녀방임상태	친권상실판결

것임(대법원판례, <http://www.scourt.go.kr/supreme>).

사건번호	청구인	상대방	청구이유	법원의 판단
대전고법2007노214	검사	피고인 외 1인	피고인들이 양육대책 없이 피해자를 강제약취 유인함	양형 선고 및 집행유예판결
부산지법2007고합705	검사	피고인	미성년피해자를 위력으로 간음하고 폭행	미성년자 간음학대 인정 판결
인천지법2009고합1010	검사	피고인 (교사)	체벌을 징계권행사의 정당행위로 볼 수 없다 청구	도를 넘어선 징계행위는 학대행위로 판결
의정부지법2008고합220	검사	피고인	피고인이 6회에 걸쳐 아동2명을 강제추행	일부인정 일부 부정하고 무죄 선고판결
수원지법2009가합2913	원고1 외 3인	피고 화성 시외1인	지속적 아동 학대행위 및 양육의무소홀로 아동 사망 후 지자체와 시설에 공동청구	공동불법행위판결
수원지법2009고합314	검사	피고인	13세 미만 아동에 대한 강간행위에 대해 청소년강간청구	강간치상은 무죄, 청소년강간유죄판결
서울북부지법2009고합477	검사	피고인	청소년(15세)을 강간하고 강제추행했다 검사공소	강제추행유죄, 강간무죄판결
서울고법2011전노174	검사	피고인	친딸을 강간한 사안으로 친족관계에 의한 강제추행	친족관계의 강제추행유죄판결
서울가법2012느합5	검사	피고인 (양모)	입양아를 폭행 사망시킨 양모에 대해 다른 입양아에 대한 친권 상실청구	친권상실판결

주: 판례의 내용이 상세하지 않아, 청구인이 불명확한 경우는 "-"로 표시하였음.

2) 판례의 주요쟁점분석

(1) 대법원판결에 대한 주요쟁점

분석대상 대법원판례의 경우 원심판결의 내용을 통한 상고이유 내용을 살펴보면 다음 <표 4>와 같다.

<표 4> 원심판결의 내용을 통해 본 대법원판결분석

사건번호	원심의 판단에 대한 상고이유	대법원의 판결
2000도223	아동복지법상 '아동에게 음행을 시키는 행위'와 형법상의 '학대'행위로 검사 공소한 사안에서 모두에 해당하지 않는다 판시하여 검사상고	원심의 판단에 대한 상고이유 없음으로 판결
2002도7115	집에 침입하여 '공모'공동하여 아동을 성폭행한 사안에 대해 미성년자약취죄가 성립한다고 원심 판결하였고 이에 피고인이 상고	미성년자 약취죄 성립하고 상고 이유 없음 판결
2001도5380	교사의 징계행위는 지도행위로 볼 수 있으며 이는 정당한 체벌행위라 피고인 상고	사회통념상 객관성을 넘은 징계행위는 정당행위로 볼 수 없다 판결

사건번호	원심의 판단에 대한 상고이유	대법원의 판결
2009도6058	피해자가 처벌의사 철회 후 법정대리인이 명시한 의사표시는 권리남용으로 청소년 성 보호법 위반혐의부분 공소기각한 원심에 대해 검사상고	반의사불벌죄인 청소년성 보호법률에 대해 법정대리인 동의불요판결
2010도14328	베트남 국적 피고인이 남편 의사에 반하여 생후 13개월된 아동을 주거지에서 데리고 나와 국외 이송한 사안에 대해 국외이송약취·피약취자 국외 이송에 대해 원심은 무죄 판결하였고 이에 검사상고	원심의 판단에 대한 상고이유 없음으로 판결
2011도4398	심신상실상태의 장애아의 성폭력행위에 대해 원심이 감정실시 안하고 판시함에 상고	원심의 심리에 대해 법리오해로 판시하고 원심판단 파기환송

2000도223판시의 경우 법원이 문언의 형식적 해석을 함으로써 아동이라는 특수한 상황과 성적 도덕 감정을 인정하지 않고 있는 점이 주요 쟁점사항이다. 형법 제273조 1항의 ‘학대’의 의미에 대해서도 피고인과 피해자간의 비정상적인 관계가 장장 8년간에 걸쳐 지속되어 왔음에도 불구하고 이러한 사정들이 형법상 ‘학대’판단에는 좌우되지 못한다고 판시한 점(학대죄가 유기의 장애 함께 있음으로 인해 유기행위도 포함되어야 한다고 판시하면서 학대판정을 내리지 않음)은 명백한 아동인권유린의 판단으로 볼 수밖에 없다 할 것이다. 2001도5380판시는 교사의 ‘체벌’과 관련하여 어디까지를 징계행위로 보며, 어디까지를 폭행·모욕으로 볼 것인지를 판시한 사안이다. 교사의 ‘체벌’에 대한 허용여부에 대해서는 법학에서는 제한적 허용설⁸⁾, 전면적 금지설⁹⁾ 의학설 대립이 있다. 본 사안의 판례에서는 ‘피고인이 피해자들의 각 언행을 교정하기 위해 행한 체벌행위가 사회통념상 객관적 타당성을 잃은 지도행위여서 정당행위로 볼 수 없다.’고 판시하여 아동의 권익을 우선 생각하는 판시를 내리고 있다. 그러나 여전히 학교현장에서의 ‘체벌’을 놓고 체벌범위와 방법에 대한 모색은 필요하며 무엇보다 중요한 점은 학생의 인권이 가장 우선시 되어야 한다는 점에서 본 판시가 시사하는 바는 크다 할 수 있겠다.

2009도6058(김현수, 2010)판시의 경우는 청소년 성보호에 관한 법률의 반의사불벌죄¹⁰⁾에 대한 판시로 본 사안에서는 청소년 성보호법상의 청소년인 13세 이상 19세 미만의 청소년의 처벌의사 철회가 과연 신빙성이 있는지 쟁점이 된 사안이다. 여기에서 피해자인 청소년의 의사능력은 그 나이, 지능, 지적 수준, 발달성숙도 및 사회적응력 등에 비추어 그 범죄의 의미, 피해를 당한 정황, 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌희망 의사표시의 철회가 가지는 의미·내용·효과를 이해하고 알아차릴 수 있는 능력을 말하고, 그 의사표시는 흠이 없는 진실한 것이어야 하므로, 법원으로서 위와 같

8) 제한적 허용설 : 체벌행위 그 자체는 형법상 폭행죄 또는 상해죄 등의 구성요건해당성이 인정되지만, 당행위로서 위법성이 조각된다고 보는 견해로 교원의 체벌행위를 정당행위로 파악 하고는 있으나 구체적인 정당행위의 유형에 대해서는 제한적 허용한다는 학설이다.

9) 전면적 금지설 : 체벌은 그 수단과 목적의 비례성의 측면에서 인간의 존엄과 가치를 존중하는 헌법정신과 교육의 목적에 비추어 볼 때 폭행죄 또는 상해죄에 해당할 뿐이기 때문에 교원의 학생에 대한 체벌을 전면적으로 금지해야 한다는 학설이다.

10) 반의사불벌죄는 피해자가 처벌을 원치 않으면 처벌할 수 없는 죄를 말한다.

은 의미에서 피해자인 청소년에게 의사능력이 있는지 여부 및 그러한 의사표시가 진실한 것인지 여부를 세밀하고 신중하게 조사·판단하여야 한다.고 판시하면서 본 사안의 경우 부모의 의사표시절회주장에 앞서 청소년의 의사능력을 인정한 사안으로 청소년의 의사표시에 대한 의사능력을 신중히 인정하고 있는 판단으로 이는 앞으로 아동·청소년 피해자의 진술에 대한 신뢰성을 갖고 판결에 참고 할 수 있음을 보여준 사안이라 할 수 있겠다. 따라서 상황에 따라 아동·청소년의 의사표시에 대한 의사능력을 인정함은 UN아동권리협약의 아동권리주체성¹¹⁾을 인정하고 있다 보인다.

(2) 친권상실로 판결된 판시에 대한 주요 쟁점

친권상실사유로 판결된 사유에 대한 주요 언급을 사안별로 살펴보면 다음 <표 5>와 같다. 아동복지법상 아동학대의 방입으로 명백히 판결한 경우는 2건, 신체적 학대로 친권상실한 판결의 경우는 1건으로 친권상실관련 판례 중 단 3건만이 명백한 아동학대사유로 판결하여 친권 상실하였고, 다른 친권상실의 경우는 기타로 분류하여 선고 하였으나 행방불명, 양육불가능 등을 따로 분류할 것이 아니라 모두 방입, 유기학대로 분류하여 아동학대로 규정하여 친권 상실 선고하여야 할 것이며 자녀 앞에서 모를 폭행하여 사망케 하여 친권상실한 부의 판결의 경우는 아동의 입장에서는 정서학대로 놓고 판결하여 크게 아동학대로 놓고 친권상실판결을 내려야 할 것으로 보인다. 최근 가정법원에서 타자녀의 신체적 학대로 친권 상실한 2012노합5(법원도서관, 2012)판결에 대한 내용을 살펴보면 사건본인 양모는 두 자녀를 입양하여 한 자녀를 폭행하여 사망케 하였으며, 또 다른 자녀에 대한 친권을 행사하리라 기대 할 수 없다고 봄이 타당하다고 보면서 양모의 친권을 자녀의 신체적 학대에 따른 타자녀의 양육 박탈하였다.

<표 5> 친권상실의 경우 판결의 주된 사유

아동학대인 경우		학대로 판결하지는 않았으나 학대로 볼 수 있는 경우	
신체적 학대	방입·유기	친권자의 비행 (아동 앞에서 부가모를 폭행하여 살해)	기타사유(행방불명, 양육계획이 없고 연락두절의 경우)
1건	2건	1건	1건

(3) 형법 및 기타의 법률로 판결된 판시에 대한 주요쟁점

분석대상 판례들 중 형사상 위법한 행위로 판시한 판례와 민사상의 공동불법행위로 판시한 판례 및 특례법에 의한 판례는 형사판결 6건, 민사판결 6건 및 특례법상 판결 7건으로 다음 <표 6>과 같다.

11) 심리학자인 Farson은 자기결정권의 문제가 아동해방의 핵심이라고 하면서 아동이 성적 자유권, 경제적 독립권, 주거장소 선택권 등을 포함하여 그들에게 최상의 것을 스스로 결정할 수 있는 전반적 자유를 가질 때만 아동의 권리가 실현될 수 있는 것이라고 하면서 국가 또는 부모로부터 아동통제권을 제거해야 한다고 주장하였다(이노홍, 2013: 22).

〈표 6〉 형법 및 기타로 판결을 내린 경우의 주된 사유

형사상판결(6건)	민사상판결(6건)	특례법상 판결(7건)
형법상학대(1건)	가족법상 친권상실(5건)	청소년 성보호에 관한 법률(3건)
상해·폭행(2건)		
미성년자 약취(2건)	공동불법행위(1건)	성폭력 범죄 처벌에 관한 법률(4건)
강제추행(1건)		

〈표 6〉의 판례들의 내용을 살펴보면 형사상 위법행위로 판시한 6건의 사례의 경우 주로 형법상학대, 강제추행, 약취, 상해로 넓은 의미로 보면 모두 아동학대상의 신체적 학대와 성학대 및 유기로 볼 수 있으며, 위의 판단들을 아동복지법상의 아동학대 위반행위로 판시하여 가해자보호의 취지보다는 피해자 아동의 인권을 위한 강한 처벌로 판시하지 않음에 아쉬움이 남는 판시로 볼 수 있다. 또한 민사상의 공동불법행위로 판시한 아동복지시설의 아동학대에 대한 판시의 사안은 민법적용이 과연 학대 사건에 옳은 적용인지 의문이다. 민법은 과실책임주의를 근간으로 하는 법으로 학대의 경우를 과실여부에 따라 불법행위여부로 가리는 것은 무리가 있어 보인다.

한편 형사상의 판결들 중 무죄 판결한 사안에 대해 살펴보면 다음 〈표 7〉과 같다.

〈표 7〉 형사판례 중 무죄 판시된 사안

	무죄 판시한 경우	유죄 판시한 경우
대법원	2건	1건
하급심	1건(일부유죄포함)	2건

대법원 형사 판례 중 무죄 판시된 사항은 2000도223판시와 2010도14328이다. 이들 중 2000도223 판례는 앞서 형식적 해석을 한 재판부의 법률적 해석방식에 대해 비판한 바 있으며, 본 법원의 판단은 CRC의 규정 중 3~4조¹²⁾에 저촉되어 있음을 보여주고 있다 해도 과언이 아니다. 헌법 제6조 제1항¹³⁾에 의해 CRC의 규정은 국내법인 형법과 같은 효력을 갖고 있으므로 형법상의 문언규정이 설사 그렇다하더라도 아동인 점을 감안하여 단순히 형식적 해석에 그칠 것이 아니라 법원은 아동의 권리를 보호할 책임이 있으므로 아동의 최상의 이익을 우선 고려하여 판시하여야 할 것이다. 2010도14328의 사안은 헤이그 국제사범의 아동납치에 관련된 협약(이하 ‘탈취협약’이라 불림)¹⁴⁾과도 관련이 있는 사안으로 본 사안과 관련된 양육과 면접교섭권은 소송이 이루어진 국가의 법원이 판단하도록 국제적 규약에 의해 보장해 주고 있다. 이에 재판부는 피해자를 국외에 이송하였다는 공소사실에 대해 ① 피고인이 남편과 헤어져 베트남으로 돌아갈 것을 결심한 때는 피해자가 태어난 지 만13개월이 채 안되었

12) 제3조 : Your best interest must be put first in all decisions affecting you. (아동에게 영향을 미치는 모든 결정에 있어 아동 최상의 이익이 우선되어야 한다.)

제4조 : The government is responsible for protecting your rights. (정부는 아동의 권리를 보호할 책임이 있다.)

13) 헌법 제6조 제1항 : 헌법에 의하여 체결·공포된 국제조약은 국내법과 같은 효력을 가진다.

14) 우리정부는 89번째 체약국으로 2013. 3.1 발효, 헤이그 국제아동 탈취협약이행에 관한 법률을 제정하였다(석광현, 2013).

으므로 피해자에게는 아버지보다 어머니의 손길이 더 필요했던 시기인 점, ② 당시 피해자의 아버지는 직장을 다니고 있었으므로 피고인이 없는 상황에서 피해자를 양육한다는 것은 사실상 어려웠던 점, ③ 피고인이 아들인 어린 피해자를 집에 혼자 두고 나가는 것이 오히려 친권자의 보호·양육의무를 방임하는 행위로서 더 비판받을 행위로 평가될 수 있는 점, ④ 피해자가 비록 한국이 아닌 베트남에서 양육되고 있기는 하나 그곳은 피해자의 외가이므로 피해자가 한국에서 어머니인 피고인 없이 양육되는 것보다 불리한 상황에 처하였다고 단정하기 어려운 점 등의 사정을 종합하면 아버지의 보호·양육권을 침해는 하고 있으나 피해자 본인의 이익을 침해한 것이라고 볼 수 없어 미성년자에 대한 약취에 해당하지 않는다고 판시하고 있다. 본 사안에서 재판부는 부모의 보호·양육권의 권리보다 우선하여 아동의 권익을 먼저 생각하여 판시하고 있어 본 사안은 재판부가 아동의 권익을 먼저 생각하라는 CRC규정 제3조를 직접적으로 언급하지는 않고 있으나 자녀의 복리를 최우선으로 고려한 판시라 할 수 있겠다.

하급심의 판시 중 형사상 무죄 판결한 사안은 대전고법 2007노214판시(법원도서관, 2012)로 엄마가 교통사고로 사망 후 정신지체2급 장애인 아버지는 아이를 양육 할 의사능력이 미약하여 할아버지가 양육하고 있던 중 아버지가 아이를 양육코자 아이의 의사에 반하여 '할아버지에게 간다.'고 거짓말하여 수업을 마치고 귀가하는 아동을 자신의 차량에 태워 경찰관에게 검거될 때까지 아이를 사실상 지배하여 데리고 다녀 미성년자를 약취 유인하여 공소된 사안이다. 재판부는 사안에서 미성년자 약취 유인은 인정하면서도 양형에서 집행유예의 판결을 내린 것은 여러 사정을 참작하여 본 바 아동에 대한 양육관계 등 분쟁을 원만하고 평화롭게 해결하는 데 그 초점을 맞추는 것이 바람직하다고 판단하여 본 사안의 피고인 아버지를 집행유예하면서 민사상 합의사항으로 돌려보냈다. 본 사안은 재판부의 판시를 떠나 CRC규정 제12조¹⁵⁾에 의하여 아동의 의견을 존중하여 아동이 아버지와 조부의 사이에서 누구에게 양육되는 것이 가장 아동의 권익에 최우선이 되는 상황인지를 판단하여 민사상 양육합의가 이루어져야 할 것으로 보이는 사안이다.

특례법상의 판시한 판결 내용에 대해 무죄, 유죄판결을 정리해 보면 다음 <표 8>과 같다.

<표 8> 특례법규정에 의한 무죄 판시된 사안

	무죄 판시한 경우	유죄 판시한 경우
대법원	2건	1건
하급심	2건(일부유죄포함)	2건

대법원 판시 중 특례법에 의해 무죄 판시된 사안을 살펴보면 2009도6058판시와 2011도4398판시이다. 앞에서 살펴본바와 같이 2009도6058판시의 경우 아동·청소년의 의사표시에 대한 의사능력을 인정받은 아동을 권리의 주체성으로 본 중요한 사안으로 무조건 아동·청소년을 피해의 주체로만 보지 않고 적극적 자기의사결정권을 갖는 객체로 본 것이다.¹⁶⁾ 아동의 권리내용에 언급되는 3p's 원칙

15) 제12조 : You have the right to express your opinions and to have them respected and considered in all matters concerning you. (아동은 아동과 관련된 문제 상황에 의견을 표현할 권리가 있으며, 아동의 의견은 존중되고 고려되어야만 한다.)

(Hammarberg, 1990)¹⁷⁾인 제공권(provision), 보호권(Protection), 참여권(participation) 중 참여권을 중요시한 판시라 하겠다. 2011도4398판시는 정신지체3급 장애인으로 정신박약과 주의력결핍 과잉행동 장애(ADHD)가 있는 아동이 흥기를 휴대하고 피해자를 강제 추행하여 상해를 입혔다고 하여 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(강간등상해)으로 기소된 사안으로 대법원은 원심이 정신지체가 있는 아동(만14세)의 정신 감정 없이 피해자의 주장에 의해 판결을 내리는 것은 정당한 판시라 할 수 없다고 판시하였다. 재판부는 '원심으로서서는 소년인 피고인이 이 사건 범행 당시 심신장애의 상태에 있었는지 여부에 대한 감정을 실시하여 그 결과까지 종합해 본 다음 과연 피고인이 이 사건 범행 당시 심신상실 내지 심신미약의 상태에 있었는지 여부를 판단하였어야 함에도 불구하고, 원심이 그 판시와 같은 이유만으로 피고인이 이 사건 범행 당시 심신장애의 상태에 있지 아니하였다고 단정한 것은 소년형사범의 심리 및 심신장애에 관한 법리를 오해한 판시라 하지 아니할 수 없다.'고 판시하여 사건을 원심법원에 파기 환송한 사안이다. 본 판단은 재판부가 소년법 제58조2항¹⁸⁾의 규정을 먼저 생 각함으로써 자칫 장애아동의 특례사건에서의 부당한 대우를 받을 것을 방지한 사안이라 할 수 있으며 이는 CRC규정의 제2조¹⁹⁾의 규정을 준수했다 보인다.

특례법에 의한 하급심재판부의 무죄 판결한 사안을 살펴보면 의정부지법 2008고합220판시와 서울 북부지법2009고합477판시이다(법원도서관, 2010). 먼저 2008고합220판시를 살펴보면 공소사실의 요지는 피고인이 아동 2명을 6회에 걸쳐 강제 추행한 사안으로 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률위반으로 기소된 사안으로 재판부는 일부 강제추행의 경우 피해자의 막연한 진술만으로 강제추행 사실을 인정하기에 부족하고, 강제추행의 범의에 대한 입증이 부족하다는 이유로 무죄를 선고한 사안이며, 2009고합477의 판시는 청소년 성보호에 관한 법률위반으로 공소사실의 요지는 피고인이 청소년인 피해자를 1회 강간하고, 1회 강제추행 하였다는 것이고, 이에 재판부는 강제추행 부분은 유죄를 인정하나, 강간 부분은 수사기관에 강간 피해 사실을 알리게 된 경위, 피해자 진술의 일관성 부족, 강간 피해자로서 이례적인 피해자의 행동 등을 들어 피해자 진술의 신빙성을 배척하고 무죄를 선고한 일부유죄, 일부무죄 사안이다. 특례법 하급심의 두 판결 모두 앞의 2000도223판시처럼 형식적 문 언해석에 그치고 있어 아동권의 우선의 객관적 법해석의 필요성이 커 보인다.

-
- 16) 국제 조약내 아동의 권리보장은 독립된 법적 상태로서 아동의 요청을 인식한다는 것을 의미하며 이는 아동을 보호와 혜택의 대상이 아닌 권리의 주체로 인식한 것이다(이노홍, 2013: 23).
 - 17) UN 아동권리협약을 쉽게 소개하기 위한 교육적 목적으로 1990년 Hammarberg가 제시한 아동권리의 분석은 이후 아동권리협약에 대한 분석도구가 되었다(이노홍, 2013: 24).
 - 18) 소년법 제58조 1항 : 소년에 대한 형사사건의 심리는 친절하고 온화하게 하여야 한다.
소년법 제58조 2항 : 제1항의 심리에는 소년의 심신상태, 품행, 경력, 가정상황, 그 밖의 환경 등에 대하여 정확한 사실을 밝힐 수 있도록 특별히 유의하여야 한다.
 - 19) 제2조 : You shall be protected against all from of discrimination. No child shall be treated unfairly. (아동은 모든 종류의 차별로부터 보호받으며, 부당한 대우를 받아서는 안 된다.)

5. 결론 및 정책적 제언

우리나라 아동·청소년관련 재판들을 살펴보면 국제인권규약의 조항에 저촉되는 판시가 여전히 존재하면서 재판부는 재판 내용상에 헌법 6조 규정과 관련하여 CRC규정의 내용을 직접적 언급하고 있지 않은 실정이다. 따라서 무엇보다도 아동 인권적 측면에서 법제의 아동보호체계가 시급해 보인다. 따라서 사법기관은 법제도적 측면에서 아동보호 지원체계를 갖춰야 할 시점이다. 이 연구의 결과로는 이러한 측면에서 아동권익과 관련된 재판상 개선할 수 있는 방안을 제안해 보았다. 첫째, 아동의 권익 우선에 따른 객관적 법해석이 확대되어야 한다. 대법원 판례 2000도223과 하급심판례 2008고합220, 2009고합477판시에서 보듯이 여전히 우리 법원은 아동·청소년재판에서도 아동의 권익보다는 문언자체의 형식적 해석을 중시 여기는 듯 보인다. 이러한 해석은 아동복지법의 법이념에도 부합하지 않으며, CRC규정 제3조, 4조의 이념에도 맞지 않는 판시라 할 수 있다. 따라서 아동의 권익 우선을 위해 아동·청소년재판의 경우, 문언해석에 그치지 말고 진정한 아동 복리를 위한 객관적 법해석이 이루어져야 할 것이다. 둘째, 재판과 관련하여 아동·청소년의 의사표시는 존중되어야 할 것이다. 2009도 6058판시의 경우, 재판부는 청소년의 의사표시를 신뢰하여 무죄를 인정한 사안에 부모는 법정대리인으로써 부모 동의 없이 이루어진 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시에 대해 무효를 주장하고 있으나, 아동·청소년을 보호의 객체로만 보고, 주체적 자기결정권을 인정하지 않게 되면, 결국 법정에서는 아동의 진술권에 대한 신뢰를 받지 못하게 되고 그렇게 되면 또 다른 형태의 아동권익훼손이 발생하게 될 것이다. 따라서 상황에 따른 적절한 아동의 주체성인 아동의 의사표명권은 앞의 재판에서처럼 앞으로 더욱 보장되어야 할 것이다. 또한 아동의 의사표명권과 부모의 양육권이 충돌할 경우, 자녀의 복리우선을 위한 재판부의 판단과 더불어 아동의 의사를 우선적으로 인정해 주어야 할 것이다. 셋째, 정서학대의 범위에 대해 '아동학대 범죄 처벌에 관한 특례법에서 제시한 사항 외 구체적 열거 제시되어야 할 것이다. 신설된 아동학대 범죄 처벌에 관한 특례법상 정서학대는 '보호자를 포함한 성인이 아동에게 행하는 언어적 모욕, 정서적 위협, 감금이나 억제, 기타 가학적인 행위를 말한다.' 라고 개념을 두고 있으나, 재판시 '정서학대'의 경우 구체적 증거가 없으면 법적 기준이 모호하여 재판에 '정서학대'로 규정하여 재판이 이루어지기 어렵다. 서울가법2002노합92판시(송현경, 2003)의 경우 친부가 아동들 앞에서 모를 폭행하여 사망에 이른 경우, 부가 아동을 부양할 수 없는 경우로 판시하여 친권 상실판결을 내리고 있으나, 이는 아동의 입장에서 명백한 '정서학대'로 단순히 '부양 할 수 없는 경우'가 아닌 아동학대라 하여 친권상실판결이 나왔어야 한다. 따라서 '아동학대 범죄 처벌에 관한 특례법'의 제4조3항의²⁰⁾에 의한 내용 외에도 중앙아동보호 전문기관의 '구체적 아동학대 유형'²¹⁾을 참

20) 아동학대범죄처벌특례법 제4조3항1 : 아동에 대한 지속적이거나 반복적인 폭언·모욕, 아동과 동거하는 가족구성원에 대한 폭행·협박 등 아동에게 정신적 고통을 주어 아동의 정신건강 및 발달에 중대한 해를 끼치는 정서적 학대행위.

21) 구체적 정서학대 행위 : 원망적, 거부적, 적대적, 또는 경멸적인 언어폭력 등, 잠을 재우지 않는 것.

조하여 각 사안을 법안에 열거적 제시하면서 포괄적 규정 문구를 두어야 할 것이다. 넷째, 학대신고의 무자의 학대의 경우 처벌을 강화하고 엄격한 학대유형 규정을 설정하여야 한다. 아동복지시설종사자의 경우 아동학대가 발생하면 오히려 학대 신고의무자로서 아동을 더욱 보호해야 할 당사자 임에도 불구하고, 아동학대를 저질렀을 경우, 이들에 대한 아직 구체적 처벌강화법의 부재로 인하여 이들의 처벌에 대해 관대하게 집행되고 있다. 새로 국회 통과된 특례법5조에 의하면 학대신고의무자의 학대의 경우 형의 2분의 1까지 가중 처벌하는 규정을 두고 있으나 이에 그치지 말고 신고의무자의 경우 좀 더 엄격한 학대유형을 규정에 설정하여 범집행과정상 학대에 관한 입증의 문제로 법망을 빠져나갈 수 없도록 해야 할 것이다. 다섯째, 소년범죄의 경우 소년법을 우선 적용하여야 할 것이다. 소년범죄의 경우, 형사상특례법 적용사안일 경우에도 소년법 58조2항의 규정을 최대한 우선 반영하여 아동이 재판상 부당한 대우를 받지 않도록 노력해야 할 것이다. 그러한 의미에서 2011도4398판시의 경우 원심의 판단을 파기하고 원심으로 돌려보낸 것은 비록 재판 문헌상 구체적 CRC규정을 언급하고 있지는 않지만, 소년법의 법리를 우선 적용함으로써 CRC규정을 준수하면서 형사사건에서 아동을 보호하고 있다하겠다. 따라서 소년범죄의 경우 위 판시의 경우처럼 아동의 권익을 우선 생각하는 법적용이 활성화 되어야 할 것이다. 마지막으로 아동학대 사망의 경우 '아동 학대범죄 처벌에 관한 특례법' 제43조5항에는 통상의 살인죄와 마찬가지로 무기 또는 5년 이상의 유기징역형을 마련하고 있다. 그러나 이는 아동이 학대로 사망하더라도 소송으로 가게 되면 '존속살해죄'의 가중처벌처럼 가중처벌의 근거가 없어 일반적 형사상의 살인죄적용을 받던 경우와 양형상의 차이가 없다 하겠다. 아동학대 사망의 경우 존속살해규정과 마찬가지로 사회적 파장이 크고, 책임의 구성요소에 해당하는 불법의 비난가능성의 측면에서도 존속살해처럼 사회통념상 비난가능성이 높은 만큼 존속살해와 마찬가지로의 양형상의 가중 처벌이 있어야 할 것이다. 따라서 아동 학대사망의 경우 대부분의 사망아동의 연령이 어린만큼 자신들의 권익보호에 취약하므로 법조인들의 아동권익을 바라보는 인식변화가 조속히 이루어져야 할 부분이라 생각한다.

참고문헌

- 강동욱, 2011, “아동학대행위자와 그에 대한 조치에 관한 고찰”, 『한양법학』, 22(2): 97-115.
 광병선, 2008, “아동학대의 형사 정책적 대응”, 『법학연구』, 31: 427-453.
 국제아동권리포럼, 2013, 『아동인권의 발자취자료집 중 쉽게 풀어 쓴 유엔아동권리협약』, 서울: 성균관대학교.
 김광병·정여주·정정호, 2013, “아동·청소년 성보호관련 판례분석”, 『청소년시설환경학회』, 11(3): 61-76.

벌거벗겨 내쫓는 행위, 삭발을 시키거나 강제적으로 머리를 자르는 행위, 형제나 친구 등과 비교하는 행위, 차별, 편애가족 내에서 왕따 시키는 행위, 아동이 가정폭력을 목격하도록 하는 행위, 미성년자 출입금지 업소에 지속적으로 아동을 데리고 다니는 행위, 돈을 벌러 오라고 위협하거나 아동의 나이에 적절하지 않은 과도한 행위를 시키는 행위, 보호자의 종교행위강요.

- 김상용, 2011, “2011년 가족법의 개정 동향- 친권, 후견을 중심으로”, 『연구논문법서』, 663: 5-86.
- 김수정·이재연, 2011, “아동보호를 위한 외국의 아동학대 신고제도 연구”, 『아동과 권리』, 15(1): 21-43.
- 김용화, 2013, “아동 대상 성폭력범죄 처벌 수준에 관한 연구”, 『서울법학』, 20(3): 145-177.
- 김유경, 2008, “아동학대 실태와 정책방안”, 『보건복지포럼』, 2008(8): 30-43.
- 김현수, 2010, “2009년 형사판례검토”, 『법과정책』, 16(1): 69-102.
- 김형모, 2011, “아동학대의 실태 및 아동보호서비스의 현황 분석”, 『임상사회사업연구』, 8(2): 95-113.
- 김혜경, 2010, “아동복지법상 금지규정의 형사법적 검토”, 『형사정책연구』, 21(1): 33-63.
- 노충래·정익중·전종설·김정화, 2012, “법집행담당자의 아동학대 인식”, 『사회과학논총』, 27: 77-106.
- 대법원판례, <http://www.scourt.go.kr/supreme>.
- 문영희, 2010, “현행 아동복지법에 관한 고찰-특히 아동학대와 관련하여”, 『한양법학』, 21(3): 403-425.
- _____, 2012, “개정 아동복지법과 아동학대”, 『한양법학』, 23(1): 215-236.
- 박주영, 2009, “미국의 친권상실제도에 관한 검토-아동학대사례에 대한 대응을 중심으로”, 『비교사법』, 16(1): 1-38.
- _____, 2010, “독일과 프랑스의 친권상실제도에 관한 고찰-부모에 의한 아동학대 사례를 중심으로-”, 『안암법학』, 33: 141-177.
- 법원도서관, 2010, 『2010 간결한 판례사례집』, 서울: 사법행정 간행물.
- _____, 2012, 『법고을 CD』, 서울: 법원도서관.
- 석광현, 2013, “국제아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그협약과 한국의 가입”, 『서울대학교법학』, 54(2): 79-134.
- 손병덕, 2012, “아동의 권리침해 현황: 성폭력과 학대로부터 아동보호”, 『한국범죄학』, 6(2): 157-184.
- 송현경, 2003, “친권상실에 관한 소고-서울 가정법원 2002년 접수 사건들을 중심으로”, 『법원도서관 재판자료집』, 101: 489-522.
- 안재진·강상경·김혜란·신혜령·유조안·이봉주·이은주·황옥경, 2011, 『아동학대 실태조사 보고서』, 서울: 보건복지부.
- 윤선오·박복숙, 2011, “아동복지시설 종사자들의 아동학대 및 신고의무자에 대한 인식 연구”, 『복지행정논총』, 21(2): 25-59.
- 이노홍, 2013, 『UN아동권리협약 및 선택의정서에 따른 아동권리보호의 국제적 동향』, 서울: 한국법제연구원.
- 이상희·하승수·이혜원, 2008, “한·일 아동학대 관련 법률에 대한 비교 연구”, 『아동과 권리』, 12(3): 225-248.
- 정선영, 2012, “중국의 미성년자보호법의 개선방향에 대한 제안-UN아동권리협약과 한국과 일본의 아동학대 관련법 비교를 바탕으로”, 『아동과 권리』, 16(4): 619-645.
- 중앙아동보호 전문기관, 2012 “2012년 아동학대현황보고서”, <http://www.korea1391.org/>
- 하승수·이혜원, 2007, “아동권리보장을 위한 친권상실관련 판례분석”, 『아동권리연구』, 11(2): 149-166.
- Hammarberg, T., 1990, “The UN Convention on the Rights of the Child and how to make it work”, *Human Rights Quarterly*, 12(1): 97-105.

Analysis of Precedents Related with Child Abuse to Protect Rights of Children

Park, Yeonju
(Sungkyunkwan University)

The purpose of this study is to analyze precedents related with child abuse for protection of the rights of the child. There should be the law related with 'punishment for child abuse,' which is the grounds of punishment, to make a precedent in the law punishing for 'child abuse,' but there is the concept only for 'child abuse' in the Child Welfare Law, the fundamental law; therefore, for a direct judgment for punishment, only precedents of 'child abuse' related with loss of parental rights and judgements for criminal cases, civil cases and laws covering special cases have been made. For that reason, 'the special law related with punishment for child abuse cases' is desperately required (On last December 23, 2013, the special law related with punishment for child abuse cases passed the National Assembly). Hence, precedent analysis had performed by grouping precedent from 2000 to 2013 which were not judged as child abuse in trial but can be regarded as child abuse. When analyzing each precedent according to the contents of analysis and judgment by fact relevance in this study, problems which the current legislative system has were deducted through an implication of each case by diagnosing using diagraming after classifying lower instance terminated cases, which precedents of the Supreme Court and judgments sent to the Supreme Court were excluded, while excluding cases settled in the civil level and classifying analysis of civil case precedents which did not become a criminal case and completed as a civil case, analysis of criminal case precedents, classification of precedents of loss of the parental rights (regarding child abuse) and precedents of any other special laws. And compensatory tasks for special laws regarding punishment of child abuse were presented while suggesting compensatory tasks for the legislation regarding deducted problems.

Key word: child abuse, the law related with child abuse, the rights of the child, precedent

〈기고자 소개〉

권현정

성균관대학교 사회복지학과 박사수료. 최근의 주요논문으로 “서비스 질의 측면에서 고찰한 노인장기요양서비스 공급구조에 대한 시장화분석”(『사회복지정책』, 41(1), 2014). “노인장기요양보험의 제도효과가 생활만족도와 가족 관계만족도에 미치는 영향”(『한국사회복지학』, 63(4), 2011). “패널자료를 이용한 경제적 변화가 민간의료보험 가입이행에 미치는 영향”(『사회복지정책』, 38(3), 2011). 주요관심분야는 노인복지정책, 노인장기요양서비스, 사회복지정책분석임.

E-mail: martha8291@hanmail.net

박연주

성균관대학교 사회복지학과 박사수료. 최근의 주요논문으로 “국민기초생활보장 수급자 선정을 위한 부양의무자 기준의 개선방안에 관한 연구 : 판례분석을 중심으로”(『비판사회정책』, 39(2), 2013, 공저) 주요관심분야는 사회복지법제연구로 공공부조, 사회보험, 학대, 폭력관련 사회복지분야의 재판에 대한 질적 내용분석연구임.

E-mail: yeonjulaw@naver.com

박봉길

그리스도대학교 사회복지학과 부교수. 최근의 주요논문과 저서로 “독거노인의 경제적 상실감이 자살생각에 미치는 영향: 고독감의 조절효과”(『노인복지연구』, 63, 2014), “중년기 위기감이 자살생각에 미치는 영향: 사회적 지지 및 영성적 지지의 조절효과”(『한국사회복지조사연구』, 38, 2013, 공저), “노인의 심리사회적 특성이 우울감과 자살생각에 미치는 조절효과에 관한 연구”(『한국노년학』, 28(4), 2008), 『노인복지론』, (공동체, 2009, 공저) 등이 있음. 주요관심분야는 노인복지, 자살예방, 재가복지임.

E-mail: pbgsw@naver.com

송인석

등촌4종합사회복지관 관장(연세대학교 일반대학원 사회복지전공 박사과정). 최근의 주요논문과 저서로 “농촌 결혼이주여성들의 복지욕구 영향요인에 관한 탐색적 연구”(『한국사회복지학』, 62(3), 2010, 공저), 『농촌 결혼이주여성의 복지욕구와 지원방안 연구』, (한국농협문화복지재단, 2010, 공저), 『사회복지와 탄력성(Resiliency)』, (나눔의집, 2004, 공동번역) 등이 있음. 주요관심분야는 노인복지, 지역복지, 사회복지행정임.

E-mail: siswelfare@hanail.net

이지현

연세대학교 사회복지대학원 객원교수. 최근의 주요 논문으로 “Factors Influencing Help-Seeking Behavior among Battered Korean Women in Intimate Relationships”(Journal of Interpersonal Violence 26(15), 2011 공저). “청소년의 가정폭력 노출경험이 인터넷 게임중독에 미치는 영향: 부모애착의 매개효과”(『한국사회복지학』, 63(4), 2011, 공저). “아내폭력 피해여성의 위험음주 실태와 영향요인에 관한 연구”(『한국사회복지학』, 62(4), 2010, 공저). 주요 관심분야는 청소년복지, 학교폭력, 가정폭력 등임.

E-mail: hifivejh@hanmail.net

변금선

서울대학교 사회복지학과 박사과정 수료생. 서울대학교 사회복지연구소 연구원. 주요 논문으로는 “청소년기 빈곤이 청년기 노동시장 성취에 미치는 영향”(『사회복지정책』, 40(4), 2013), “생애과정 전환기의 생활시간 배분에 관한 연구: 중·고령자의 생활시간 비교를 중심으로”(『한국사회복지학』, 65(3), 2013, 공저), “청년층의 근로빈곤 요인에 관한 연구: 고용불안정과 고용상태가 빈곤이행에 미치는 영향을 중심으로”(『한국사회복지학』, 64(3), 2012)가 있음. 주요 관심분야는 근로빈곤, 청년층의 경제적 불안정, 생활시간연구임.

E-mail: tgoldsun@naver.com