creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학박사 학위논문

아동학대의 법적 규율

- 캐나다의 법제에 관한 비교법적 고찰 -

2022년 2월

서울대학교 대학원

법학과 사회법 전공

장 혜 영

아동학대의 법적 규율

- 캐나다의 법제에 관한 비교법적 고찰 -

지도교수 김 복 기

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함
2021년 11월

서울대학교 대학원
법학과 사회보장법 전공
장 혜 영

장혜영의 박사 학위논문을 인준함
2022년 1월

위 원 장 이 철 수 _____ (인)

부위원장 최 석 환 _____ (인)

위 원 차 성 안 _____ (인)

위 원 김 민 아 _____ (인)

위 원 김 복 기 _____ (인)

국문초록

이 논문에서는 아동학대에 관한 우리나라와 캐나다의 현황 및 법적 규율에 관하여 살펴보고, 양 국가의 유사점과 차이점을 비교·분석하여 우리나라의 아동학대 관련 법제의 개선에 참고할 만한 시사점을 찾고, 일부 개선방안을 제안하였다.

먼저 아동학대의 의의와 관련하여, 우리나라는 아동의 보호에 관한 기본법이라 할 수 있는 아동복지법 제3조 제7호에서 '아동학대'의 의의를 명시하고, 이를 아동학대범죄의처벌등에관한특례법(이하 아동학대처벌법)에서 준용하는 것을 기본 구조로, 양 법률에서 '아동학대범죄', '아동학대관련범죄', '학대행위' 등 관련 개념들을 정의하고 있음에도, 현행 법체계에서 전혀 규율되지 않는 '훈육'이라는 개념이 아동학대범죄의 성립 여부 및 양형에 실질적으로 영향을 미치는 등 실무상 아동학대의 의의에 관한 혼란이 존재한다. 또한 아동학대행위자의 형사처벌을 위한 절차뿐만 아니라, 아동의 보호를 목적으로 하는 비형사절차에서도 형사법적 개념인 '아동학대범죄'를 전제로 함으로써, 형사절차와는 다른 법적 성격과 목적을 가진 아동보호절차 및 피해아동보호명령절차에서 아동의 보호 범위가 제한되어 해당 절차의 목적이 충분히 실현되지 못하고 있다.

그 결과 아동학대에 대한 대응이 형사절차에 편중되어, 아동학대행위자를 형사처벌하지 않는 것은 아동학대 자체가 존재하지 않는다는 의미로 받아들여질 수 있기 때문에, 보호가 필요한 아동을 보호하기 위한 조치나 그 부모 등에 대한 적절한 처분을 할 가능성이 거의 없게 된다.

반면 캐나다는 캐나다 전역 또는 아동학대 관련 모든 절차에서 통일적으로 적용되는 아동학대의 의의를 법률에 명시하지 않고, 아동학대행위자의 형사처벌을 위한 형사절차는 주로 연방법인 '형사법에 관한 법률'(An Act respecting the Criminal Law, short title 'Criminal Code', 이하 캐나다 형사법[1])으로, 아동의 보호를 위한 비형사절차인 아동보호절차는 각 주 또는 준주의 법률로 규율하는 이원적인 법체계를 갖고 있다.

캐나다 형사법 제43조는 부모 등의 아동에 대한 유형력의 행사 중 일부는 형사처벌되지 않는다고 규정하고, 캐나다 대법원은 위 조항의 상세한 해석 기준을 제

1) 이 법이 실체법과 절차법, 즉 우리의 형법 및 형사소송법에 해당하는 조항을 모두 포함하고 있다는 점에서, 그 명칭을 '형사법'으로 번역한다.

시함으로써, 아동학대와 형사처벌되는 '범죄인 아동학대'를 구별하고 있다고 할 수 있다. 캐나다 형사법 제43조 및 캐나다 대법원 판결의 기본적 의의는 캐나다 법체계가 부모 등의 아동에 대한 유형력의 행사 중 일부는 '형사처벌'할 필요가 없다는 인식을 명확히 하고, 이에 대한 캐나다 사회의 공감이 있음을 확인한 것일 뿐, 그에 대한 다른 법적 제도 내지 절차에 의한 대응의 필요성을 부정한 것은 아니다.

캐나다의 아동보호절차는 아동학대를 포함하여 '보호가 필요한 아동'의 범위를 넓게 규정하고 있어, 부모 등의 아동에 대한 유형력의 행사 중 일부를 '형사처벌'하지 않더라도 아동에 대한 보호 또는 그 부모 등에 대한 조치의 공백을 초래하지 않는다.

아동학대의 의의에 관한 우리나라의 법제 개선을 위하여 다음과 같이 제안하였다. 아동복지법 제3조 제7호의 '아동학대'를 아동학대를 포함한 아동의 복지 내지 보호를 규율하는 기본적인 개념으로 두고, 아동학대행위자를 형사처벌할 수 있는 구성요건은 아동학대처벌법에서 통일적으로 규율하는 방식으로 법체계를 정비하여, 아동학대와 '범죄인 아동학대'가 구별됨을, 다시 말하면 '범죄인 아동학대'가 아니더라도 아동복지법 등에 의한 비형사적 제도에 의한 대응이 가능함을 명확히 할 필요가 있다. '범죄인 아동학대'와 관련해서는, 사회통념상 그 행위자를 형사처벌하는 것이 부적절한 행위 영역이 있음을 인정하되, 그 한계를 명확히 하고 이미 법적으로 금지되어 있는 '체벌'과의 혼돈을 방지하기 위하여, '훈육'에 관하여 법적으로 규율할 필요가 있다.

아동보호절차 및 피해아동보호명령절차 등 아동의 보호를 위한 비형사적 제도에서는 아동복지법 제3조 제4호의 '보호대상아동'을 기본 개념으로 하되, '보호대상아동'의 범위를 아동학대의 경우를 포함하여 현행 규정보다 확대함으로써, 실질적으로 보호가 필요한 아동에 대하여 국가와 사회가 다양한 방법으로, 구체적으로 개입할 수 있는 근거를 마련할 필요가 있다.

그리고 아동학대에 대응하기 위한 우리나라와 캐나다의 여러 제도 내지 절차를 당사자의 권리, 공동체의 책임과 의무, 증거의 공유 내지 절차의 통합 등 일정한 관점에서 살펴보았다.

아동 및 부모 등 '당사자의 권리'라는 관점에서 볼 때, 우리나라는 아동의 참여권이나 사실상 침익적 처분을 받은 부모 등의 절차적 권리를 보장하는 데 다소 부족한 것으로 보인다. 아동의 참여권을 보장하기 위하여, 캐나다의 법적 대리 제도

에서 시사점을 얻어, 아동이 자신과 관련된 절차에서 자신의 의사를 실질적으로 표현하고 전달할 수 있는 제도를 도입할 것을 제안하였다. 또한 부모 등도 아동학대 행위자로서 국가아동학대정보시스템에 등록되는 경우, 캐나다의 아동학대등록부의 피등록인의 권리와 같이, 그 내용을 확인한 후 잘못된 정보의 삭제 내지 수정을 요구할 권리를 명시할 필요가 있다.

한편 아동학대에 대한 '공동체의 책임과 의무'라는 관점에서, 아동학대에 특유한 신고의무 제도 및 최근 도입된 아동학대전담공무원 제도를 검토한 후, 개인적 일탈이 아닌 사회의 구조적 문제로서 부정의(injustice)인 아동학대 문제에 대하여 공동체의 구성원 모두가 책임을 부담한다는 점을 명확히 하기 위하여 모든 사람이 신고의무를 부담하는 보편적 신고의무를 포함하여 신고의무 제도를 확대할 것을 제안하고, 아동학대전담공무원 제도의 성공을 위하여 아동학대전담공무원의 역량 강화의 필요성을 강조하였다.

'증거의 공유 또는 절차의 통합'이라는 관점에서는, 아동학대로 인한 범죄의 피해자 또는 보호의 대상인 아동이 그와 관련된 법적 절차에서 반복된 진술로 인한 불편과 소위 '2차 가해'를 방지하기 위하여, 캐나다의 법률이 증거의 공유에 관한 규정을 두고 있는 것과 같이, 우리나라도 관련 법령에 아동과 관련된 사건에서는 다른 기관 또는 다른 절차에서의 증거를 공유할 수 있는 근거 조항을 두는 방안을 제안하였다.

주요어 : 아동학대, 훈육, 형사처벌, 아동보호절차, 캐나다 형사법 제43조, 캐나다 대법원 판결, 아동등서비스법

학 번 : 2018-37622

목 차

제1장 서론 ····· 1
I. 연구의 목적 ····· 1
II. 연구의 범위 및 방법 ····· 7

제2장 우리나라의 아동학대 현황 및 법적 규율 ····· 11
I. 아동학대 현황 ····· 12
1. 아동학대의 신고 현황 ····· 12
2. 아동학대사례에 대한 조치 현황 ····· 13
3. 사법처리 건수 ····· 14

II. 아동학대의 의의 ····· 14
1. 아동복지법 및 아동학대처벌법에 규정된 아동학대 관련 개념들 ····· 14
2. 판례 ····· 15
3. 아동학대의 특수성 - 훈육과의 관계 ····· 16
가. 훈육과 체벌의 구별 ····· 17
나. 아동학대에 관한 최근 판결례 분석 ····· 18
다. 아동학대의 성립 및 처벌에 있어서 훈육의 기능 ····· 22

III. 아동학대에 대응하기 위한 제도 내지 절차 ····· 23
1. 신고의무 제도 ····· 23
2. 아동보호서비스 ····· 24
3. 아동보호절차 ····· 26
4. 피해아동보호명령절차 ····· 28
5. 아동학대행위자에 대한 형사처벌 ····· 29
가. 범죄의 구성요건으로서의 아동학대 ····· 29
나. 아동학대 관련 형사절차의 특수성 ····· 32

IV. 검토 ····· 33
1. 아동학대의 의의에 관한 혼란 ····· 33
2. 아동학대에 대한 대응의 적절성에 관한 의문 ····· 35
가. 아동학대에 대한 대응이 형사절차에 편중되어 있는가 ····· 35
나. 아동보호를 위한 비형사절차는 아동의 보호를 위하여 충분한가 ··· 38
다. 신고의무 제도는 효율적으로 기능하고 있는가 ····· 41
라. 아동학대전담공무원은 그 역할을 다하고 있는가 ····· 42

제3장 캐나다의 아동학대 현황 및 법적 규율 ····· 44
I. 아동학대 현황 ····· 44
1. 신고 및 조사 현황 ····· 44
2. 조사 결과 및 조치 현황 ····· 45

II. 아동학대의 의의 및 유형 ····· 47
1. 아동학대의 의의 ····· 48
2. 아동학대의 유형 ····· 50
가. 신체적 학대 ····· 51
나. 성적 학대 ····· 52
다. 방임 ····· 53
라. 정서적 학대 ····· 53
마. 가정폭력에의 노출 ····· 54
3. 긴급한 보호 필요성에 의한 분류 ····· 55

III. 아동보호절차 ····· 56
1. 캐나다 아동보호 제도의 특성 및 연혁 ····· 58
가. 아동보호 제도에 관한 역사 및 연방제로 인한 특성 ····· 58

나. 아동등서비스법 제정 이전의 아동보호 법률 ····· 60
다. 아동등서비스법의 제정 경과 ····· 64
라. 아동등서비스법의 의의 ····· 66
2. ‘보호가 필요한 아동’ ····· 71
가. 아동의 범위 ····· 72
나. ‘보호가 필요한 상태’의 의미 ····· 72
3. 신고의무 ····· 75
가. 신고의무자의 범위 및 신고자 보호 ····· 75
나. 신고의무의 대상 ····· 76
다. 접수된 신고에 대한 조사 ····· 77
4. 임시보호계약 ····· 78
가. 임시보호계약의 내용 및 성격 ····· 78
나. 임시보호계약의 종료 ····· 79
5. 아동보호절차의 진행 ····· 79
가. 개시 ····· 80
나. 입증 ····· 81
다. 아동보호명령 및 접근명령 ····· 86
라. 아동의 참여권 ····· 92
6. 아동학대 등록 ····· 96
가. 피등록인(registered person)의 권리 ····· 96
나. 등록부의 원칙적 비공개 ····· 97

IV. 형사법적 제도 ····· 98
1. 캐나다의 아동학대 관련 형사법 체계의 특성 ····· 98
2. 아동학대 관련 범죄의 구성요건 ····· 100
가. 캐나다 형사법 중 구성요건에 아동이 포함된 범죄 ····· 100

(1) 신체적 학대로 분류할 수 있는 범죄 ····· 100
(2) 성적 학대로 분류할 수 있는 범죄 ····· 100
(3) 방임으로 분류할 수 있는 범죄 ····· 102
나. 캐나다 형사법 중 구성요건에 아동이 포함되어 있지 않으나 아동학대와의 관련성이 큰 범죄 ····· 102
(1) 신체적 학대와의 관련성 ····· 102
(2) 성적 학대와의 관련성 ····· 103
(3) 정서적 학대와의 관련성 ····· 104
다. 아동등서비스법의 '아동학대' 범죄 구성요건 ····· 105
3. 아동학대 관련 형사정책 ····· 106
가. 의무적 입건 및 기소(mandatory charging and prosecution) ··· 106
나. 공소시효 배제 ····· 108
다. 아동보호기관과의 협력 ····· 109
라. 배상명령(restitution order) 제도 ····· 110
4. 캐나다 형사법 및 관련 캐나다 대법원의 판결 ····· 111
가. 캐나다 형사법 제43조 ····· 111
나. 캐나다 대법원 판결 ····· 113
다. 캐나다 형사법 제43조 및 캐나다 대법원 판결에 대한 평가 ····· 115
(1) 통계에 근거한 검증 ····· 116
(2) 캐나다 대법원 판결 선고 이후 하급심 법원의 판결례 검토 ····· 116
(3) 캐나다 형사법 제43조의 폐지 또는 개정 논의 ····· 122
(4) 캐나다의 여론 ····· 124

제4장 캐나다 법제로부터의 비교법적 시사점 ····· 127
I. 아동학대를 어떻게 이해할 것인가 ····· 127
1. 아동학대를 정의하는 방식 ····· 128
2. 아동학대의 유형 분류 방식 ····· 129

3. 아동학대와 ‘범죄인 아동학대’의 구별 ····· 130
가. 아동학대와 ‘보호가 필요한 상태’의 구별 ····· 131
나. ‘범죄인 아동학대’의 제한 ····· 132
4. 훈육과 아동학대의 구별 ····· 134
5. 소결 ····· 135

II. 당사자의 권리 관점에서 본 아동보호절차 ····· 138
1. 아동의 권리 측면 ····· 139
가. 아동의 권리 주체성 ····· 139
나. 아동의 권리로서의 참여권 ····· 141
2. 부모 등의 권리 측면 ····· 146
3. 소결 ····· 149

III. 공동체의 책임 관점에서 본 아동보호절차 ····· 152
1. 신고의무 제도 ····· 153
2. 아동학대 업무 담당자의 지위와 권한 ····· 154
3. 소결 ····· 156

IV. 증거의 공유 또는 절차의 통합 관점에서 본 아동보호절차 ····· 160
1. 증거의 공유 또는 절차의 통합 ····· 161
2. 서로 다른 절차에서의 입증에 미치는 영향 ····· 162
3. 소결 ····· 164

제5장 결론 ····· 167

참고 문헌 ····· 174
Abstract ····· 190

제1장 서론

I. 연구의 목적

톨스토이의 소설 '안나 까레니나'의 첫 문장 - 행복한 가족은 모두 비슷하지만, 불행한 가족은 각자 고유한 이유로 불행하다.(All happy families are alike; each unhappy family is unhappy in its own way.)[2] - 은 '가족'을 '아동'으로 바꿔도 자연스럽게 읽힌다. 행복한 아동은 건강하고, 부모를 비롯한 타인으로부터 폭력을 당하지 않고, 적절한 영양을 섭취하고, 자신을 포함한 가족의 생계를 걱정하지 않는 등 행복에 필요한 여러 조건을 대부분 갖추고 있다는 점에서 비슷하다. 반면, 불행한 아동은 각자 다른 이유로 불행할 수 있다. 예를 들어, 많이 아프다거나, 부모를 비롯한 타인으로부터 폭력을 당한다거나, 경제적 이유 등으로 적절한 영양을 섭취하지 못하거나, 자신 또는 가족의 생계를 책임져야 하는 등 행복한 아동이 갖추고 있는 여러 조건 중 하나라도 충족하지 못할 경우, 다른 조건의 충족 여부와 관계없이 불행할 수 있다.

아동의 복지를 포함한 사회보장 연구자로서, 행복과 불행의 관계에 대한 대가의 통찰에 감탄함과 동시에, '각자 고유한 이유로 불행한' 아동이 아동학대의 피해자일 가능성이 있다는 점에 주목하게 된다.

그러나 이런 인식이 결코 새롭지는 않은 것이, 또 다른 대가인 찰스 디킨스가 1861년에 출간한 소설 '위대한 유산'에서 '아이들이 존재하는 작은 세상에서, 누가 그들을 키우건, 부정의만큼 잘 인식되고 느껴지는 것은 없다.(In the little world in which children have their existence whosoever brings them up, there is nothing so finely perceived and so finely felt, as injustice.)'[3]라고 이미 단언하였기 때문이다. 주인공 핍이 '나는, 말을 할 수 있을 때부터, 누나가 변덕스럽고 폭력적인 강압으로 나를 부당하게 대한다는 것을 알았다. 누나가 나를 키운다는 사실이 그녀에게 나를 그렇게 키울 권리를 주지 않았다는 깊은 확신을 가졌다.(I had known, from the time when I could speak, that my sister, in her capricious and violent coercion, was unjust to me. I had cherished a profound

2) Leo Tolstoy, 「Anna Karenina」, Penguin Books, 2008, 1쪽.
3) Charles Dickens, 「Great Expectations」, Oxford University Press, 2008, 57쪽.

conviction that her bringing me up by hand, gave her no right to bring me up by jerks.)[4]'라고 말한 사실에 비추어, 당대 아동의 양육과 관련된 현실이 '말을 할 수 있는' 아동이라면 누구나 부당하다는 것을 알 정도였음을 짐작할 수 있다.

100년 이상의 시간적 간격과 영국이라는 장소적 차이에도 불구하고, 핍의 누나인 조 부인이 핍에게 행하는 '변덕스럽고 폭력적인 강압'은 낯설지 않고, 조 부인이 핍의 양육자로서 자기 행위의 적절성을 전혀 의심하지 않는 사실도 익숙하다. 이는 평화롭고, 정치적으로 안정된 시대, 가장 발전된 민주적 국가에서도 마찬가지다[5]. 이런 점에서, 동거남의 자녀를 상습적으로 학대하고, 여행용 가방에 감금한 후 그 위에 올라가 뛰는 등 방법으로 살해한 사건[6], 쇠사슬로 묶고, 프라이팬으로 손을 지지는 등 자녀를 상습적으로 학대한 사건[7], 입양한 16개월 여아의 췌장이 절단되도록 학대하여 사망에 이르게 한 일명 '정인이 사건'[8] 등 우리나라에서 발생한 아동학대 사건은 '보편적'이라 할 수 있다. 도대체 아동학대는 왜 반복되는가. 왜 '비슷한', 그러나 그 형태에 있어서는 '고유한' 아동학대 사건이 반복적으로 발생하는가. 이러한 의문조차 반복되는 것이 작금의 현실이다.

새삼스러운 점은 디킨스가 이미 약 100년 전에 이러한 현실을 '부정의'(injustice)라고 명명함으로써 정의(justice)의 문제로 환기했다는 것이다. 부정의의 존재를 인정함으로써 사회적 정의의 더 넓은 의미를 전달할 수 있다[9]는 점에서, 디킨스의 통찰은 아동학대가 행위자의 품성에 따라 개별적으로 발생하는 문제가 아니라, 지역과 시대를 초월하는 구조적 문제이며, 따라서 아동학대에 대한 대응 또한 행위자 개인에 대한 처벌뿐만 아니라 아동을 포함한 관련자들에 대한 적절한 조치 및 지원을 포함한 다양한 법과 제도가 필요하고, 나아가 아동의 권리주체성, 부모의 바람직한 양육 태도에 관한 사회구성원의 합의 내지 가치관의 형성 또한 필요하다는 사실

---

4) Charles Dickens, 앞의 책, 57쪽.
5) Candace Johnson, 'Entitlement Beyond the Family : Global Rights Commitments and Children's Health Policy in Canada', 「Children's Rights : Multidisciplinary Approaches to Participation and Protection」, University of Toronto Press, 2008, 115쪽.
6) 피고인은 2021. 1. 29. 대전고등법원(2020노333호)에서 살인죄 등으로 징역 25년을 선고받고, 같은 해 5. 7. 확정되었다.
7) 피고인들은 2021. 6. 30. 부산고등법원{(창원)2021노8}에서 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(상습특수상해)죄 등으로 징역 7년 및 징역 4년을 각 선고받고, 같은 해 9. 16. 확정되었다.
8) 피고인들은 2021. 11. 26. 서울고등법원에서 살인죄 등으로 징역 35년 및 징역 5년 등을 각 선고받고, 현재 상고심(대법원 2021도16719호) 재판계속 중이다.
9) Sharon Vincent, Kim Holt, Nancy Kelly, Emma Smale, 'The Aims and Outcomes of Public Inquiries into the Care and Protection of Children: Should They Be Undertaken Differently?', 「Child Abuse Review」 Vol.29, 2020, 338쪽.

을 인식하게 한다. 또한, 20세기 최고의 정의철학자로 평가[10]되는 롤즈는 정의의 개념이 어느 정도 직관(intuition)에 의존하고 있음을 인정[11]하였는바, 아동학대야말로 직관적으로 그 부정의함을 알 수 있는 대표적인 현실이라 할 것이다. 가정폭력, 성폭력과 함께 아동학대가 시민의 기본권을 침해하는 것이며, 이것은 롤즈의 정의의 원칙이 적용되는 상황이라는 견해[12] 또한 같은 취지로 이해된다.

한편 앞서 언급한 사건들과 같은 중대한 사건에 대해서는 누구나 아동학대임을 의심하지 않고 그 행위자에 대한 형사처벌이 필요하다는 사실에 반론이 없을 것이나, 아동학대라는 동일한 용어로 지칭되는 현상의 정도는 매우 다양하고, 그 행위자에 대한 형사처벌의 필요성에 대해서도 의견이 일치하지 않는다. 소위 '경미한' 사안에 대하여, 초등학생 자녀를 혼냈더니 아동학대 의심으로 조사를 받았다고 하소연하는 어머니[13], 우리 사회의 아동학대에 대한 경각심이 높아진 가운데 그에 따른 부작용도 속출하고 있다는 취지의 방송[14], 아동학대 의심 사건에 대하여 아동보호기관과 경찰이 과잉대응을 했다는 취지의 기사[15] 등 아동학대가 아니라고 생각하거나 아동학대인지 여부가 명백하지 않음에도 아동학대로 명명되고, 이에 대하여 수사기관이 개입하는 형사절차로 진행되는 것에 대한 불편함이 존재하는 것이 현실이다. 이러한 불편함이 아동학대가 무엇인지에 관한 사회적 합의가 이루어지지 않은 탓인지, 아동학대에 대한 대응 방법이 잘못된 것인지 분명하지 않으나, 적어도 이로 인해 혼란을 느끼는 것은 일반인뿐만 아니라, 연구자[16], 수사기관[17], 법원[18] 등 아

10) 김도균, 「한국사회에서 정의란 무엇인가 - 우리 헌법에 담긴 정의와 공정의 문법」, 아카넷, 2020, 23쪽.
11) John Rawls, 「A THEORY OF JUSTICE」, Harvard University Press, 1971, 41쪽
12) 김은희, '롤즈의 자유주의는 여성주의적 비판에 대답할 수 있는가? : 오킨의 비판을 중심으로', 「윤리학」 제7권 제2호, 2018, 86쪽.
13) 일명 '맘까페' 게시글, "아동학대..어디까지가 훈육이고 학대일까요", 2021. 2. 3. 게시 (https://cafe.naver.com/mom79/671140, 2021. 3. 23. 접속)
14) 2017. 11. 20. OBS뉴스, '[뉴스 오늘] "훈육인데 학대?" 죄인 된 부모들' (https://tv.naver.com/v/2313148, 2021. 3. 23. 접속)
15) 2021. 2. 16. 크리스천투데이, '4살 아동을 부모와 강제분리, 아동학대 과잉대처 논란' (https://www.christiantoday.co.kr/news/338220, 2021. 3. 23. 접속)
16) 예컨대, 박연주, 한창근, '훈육행위로 인한 아동학대사건 판례에 대한 고찰',「한국아동복지학」제69권 제1호, 2020의 '어떠한 특정 행위를 아동학대행위로 볼 것인가에 대한 문제는 여전히 모호'(30쪽), '훈육이라는 체벌', '처벌의 훈육지표'(이상 48쪽), '훈육행위의 처벌기준'(50쪽), '형사제재가 되는 잘못된 훈육행위'(51쪽) 등 표현에서도 이러한 혼란을 짐작할 수 있다. 박혜진, '바람직한 아동학대방지정책 마련을 위한 제언', 「형사정책연구」제27권 제3호, 2016 또한 '아동학대와 관련된 법들을 살펴보아도 아동학대에 대한 명확한 정의를 발견하기 어렵다'(259쪽), '가장 선행되어야 할 과제는 아동학대의 개념이다. 무엇이 문제인지가 명확해야 그에 대한 대책을 강구할 수 있기 때문이다'(278쪽) 등 아동학대 개념의 불명확성을 언급하였다.
17) 예컨대, 고명아, '아동학대행위 각 개념에 대한 법리검토 - 송도, 부개동 어린이집 사건을 중심으로 -', 「인하대학교 법학연구」제18집 제4호, 2015는 '신체적 학대행위와 정서적 학대행위에 대하여 명확한 기준이 정립되지 아니한 것으로 보인다'(67쪽), '(아동학대에 관한) 명확한 정의 규정의 도입이 필요하다'(69쪽) 등 특히 학대의 개념에 대한 혼란을 언급하였는데, 위 글의 저자는 검사이다.
18) 예컨대, 제주지방법원 2017. 2. 3. 선고 2016고단853 아동복지법위반 판결은 아동복지법 제17조 제3호로

동학대 사건을 직접 담당하는 실무가도 예외가 아니라는 점만은 분명해 보인다.

먼저 아동학대가 무엇인지에 관한 혼란은 법적으로 아동학대의 개념이 명확히 정립되지 않은 점에서 비롯된다고 할 수 있다. 형법에 더하여 아동복지법, 아동학대처벌법 등 아동학대를 규율하는 특별법이 있고, 아동학대 사건에 관한 대법원 판례를 포함한 다수의 판결이 선고되는 상황에서, 아직 아동학대의 개념도 명확히 정립되지 않았다는 사실은 얼른 납득하기 어려울지도 모른다. 그러나 아동학대를 규율하는 법률에 아동학대의 정의 조항을 두고, 그 종류를 명시하였다고 하여, 아동학대의 의의가 명확히 정립되었다고 단정하기는 이르다. 오히려 '아동학대'라는 용어가 사용되는 상황 및 법적 절차가 다양함에도 불구하고, 아동학대의 개념을 단일하게 정의하는 것이 혼란을 초래할 수도 있다.

한편 아동학대의 의의를 정립하는 것은 그 자체가 목적이 아니라, 아동학대라는 문제에 적절히 대응하기 위한 전제 조건이다. 그런데 아동학대는 여러 차원에서 문제되고, 이에 따라 서로 다른 방법이 적용될 수 있는바, 그 대응이 적절치 않은 경우에도 혼란이 발생할 수 있다. 우선 아동학대는 아동과 부모 등 보호자 두 주체와 관련된 문제인데, 아동은 피해자로서, 부모 등은 주로 가해자로서 상반된 지위와 이해관계를 갖는다. 아동학대를 사회적 약자에 대한 부정의 측면에서 이해할 경우 가해자에 대한 형사처벌 문제가 주로 논의되고, 복지 정책이나 공중보건 측면에서 이해[19]할 경우 아동의 건강 및 복지 문제가 주로 논의될 수 있을 것이다. 즉, 아동학대에 대한 대응은 학대행위자, 아동 및 그 가정의 구성원 등 여러 사람들과 관련되고, 각자의 위치 및 시기에 따라 필요한 조치와 처분이 다르기 때문에, 민사, 형사, 행정 등 다양한 법적 제도와 절차가 적용될 수밖에 없다. 예컨대, 학대행위자는 형사절차에 의하여 처벌되고, 아동은 소년법원 내지 가정법원의 보호절차 또는 민사법원의 보호명령을 통해 학대행위자로부터 격리되고, 양육권과 관련된 절차에 들어가는 것처럼, 아동에 대한 좋은 결과를 획득하기 위하여 둘 이상의 법적 제도가 동시에 적용되는 경우가 자주 있다.[20] 이에 따라 아동의 보호를 위한 절차에서 아

기소된 사실(발달장애를 가진 5세 아동의 팔을 세게 잡아 전치 14일의 타박상 등을 가한 행위)에 대하여, 동법 제3조 제7호의 '아동의 건강 또는 복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 신체적 폭력이나 가혹행위'에 해당하지 않는다는 이유로 무죄를 선고하였으나, 제17조 제3호와 제3조 제7호의 문언이 완전히 일치하지 않고, 현행 아동복지법의 체계상 벌칙 조항이 있는 제17조 제3호를 구성요건으로 보아 판단하여야 함에도, 아동학대의 정의 조항인 제3조 제7호에 따라 성립 여부를 판단하였다.

19) Sonica Singhal, Sarah Orr, Harkirat Singh, Menaka Shanmuganantha and Heather Manson, 'Domestic violence and abuse related emergency room visits in Ontario, Canada', 「BMC Public Health」, Vol.21(1), 2021, 7쪽.

20) Henry J. Plum, 'Legal Responses to Child Maltreatment', 「Child Abuse and Neglect Worldwide」,

동의 보호는 어떤 방법으로 가능한지, 그 절차에서 아동은 어떤 권리를 갖는지, 아동학대행위자에 대한 형사절차에서 행위자는 다른 형사사건과 마찬가지로 피의자 또는 피고인으로서의 권리를 갖지만 비형사절차인 아동보호절차에서는 어떤 권리를 갖는지, 아동학대행위자가 형사처벌되지 않는 경우에도 양육 태도의 개선을 위한 조치를 취할 수 있는지 등 다양한 문제가 제기된다.

이에 따라 아동학대의 의의를 검토하여 구체적인 상황, 예컨대, 가해자에 대한 형사처벌이 필요한 상황, 가해자에 대한 형사처벌은 필요하지 않으나 아동의 보호는 필요한 상황 등에 적합한 아동학대의 개념을 정립하고, 그 정도와 종류에 있어서 다양한 아동학대에 대응하기 위한 다양한 법적 제도에 관하여 살펴보고자 한다. 이러한 법적 제도는 주로 관련되는 대상자가 아동 또는 부모 등 보호자인지, 그 성격이 형사절차 또는 민사절차인지 등 여러 측면에서 검토하게 될 것이다.

이를 위하여 캐나다의 아동학대 관련 법적 제도와 절차와 비교함으로써 우리의 아동학대 관련 법제를 개선할 수 있는 시사점을 얻고자 하는바, 여러 나라 중 캐나다를 검토하는 이유 중 하나는, 캐나다 형사법(Criminal Code)에 아동학대와 관련하여 살펴볼 필요가 있는 조항이 있기 때문이다. 캐나다 형사법 제43조는 아동에 대하여 유형력을 행사한 부모나 교사에 대하여 일정한 경우 형사처벌을 면제하고 있고, 2004년에 캐나다 대법원(Supreme Court of Canada)이 위 조항의 합헌성을 확인한 바 있다. 캐나다 형사법 제43조는 1892년에 영국 보통법(English common law)을 성문화한 캐나다 형사법의 제정 시부터 존재해온 조항으로, 디킨스가 아동학대의 본질을 '부정의'라고 선언한 1861년 무렵의 영국의 현실과 법이 반영되었을 것으로 생각되기도 한다. 캐나다 형사법 제43조와 캐나다 대법원 판결은 아동학대의 의의와 관련하여, 아동학대와 '체벌' 또는 '훈육'은 어떤 관계인지, 일단 아동학대로 인정되는 행위는 모두 형사처벌되어야 하는지 등 여러 관점에서 아동학대 관련 우리나라의 법제에 상당한 시사점을 줄 수 있을 것으로 기대된다.

캐나다의 법제를 연구하는 두 번째 이유는 현재 캐나다에서 아동학대가 중요한 정치적, 종교적 문제이기 때문이다. 2021년 6월 캐나다 정부는 19세기 후반부터 1990년대까지 캐나다 정부와 카톨릭 교회가 운영했던 원주민 기숙학교 부지에서 아동의 시신 1,000여구가 발견된 것과 관련하여 위 원주민 기숙학교에서 아동에 대한 폭행 등 학대가 자행된 사실에 대하여 공식적으로 사과하고, 카톨릭 교회

PRAEGER, 2014, 183쪽.

의 수장인 교황에 대해서도 사과를 요구[21]하였는바, 캐나다에서 아동학대 문제는 단지 과거의 개인적 문제가 아니라, 현재의 정치, 종교 공동체의 문제임을 알 수 있다. 즉, 과거에 발생했던 아동학대가 그 피해자나 가족뿐만 아니라, 피해자가 속한 공동체와 국가의 현재에도 영향을 미친다는 점에서, 아동학대는 언제나 현재의, 공동체의 문제라는 사실을 상징적으로 보여준다고 할 것이다. 이로부터 아동학대를 개인의 일탈로 개인의 책임만으로 끝날 문제가 아니라, 사회의 구조적 문제로서 국가 또한 책임을 져야 할 문제라는 관점에서 검토할 동기를 얻을 수 있다.

한편 캐나다는 영미법 체계의 국가로서 우리나라와 법체계가 다를 뿐만 아니라, 10개의 주와 3개의 준주(territory)[22]로 이루어진 연방국가로서 정치 구조 및 제도 또한 다른바, 이렇게 기본적인 정치 제도 및 법체계가 다른 나라에서, 아동학대라는 보편적 문제에 어떻게 대응하는지를 검토하는 것은, 우리나라의 법체계를 제3자의 시선에서 새롭게 이해하는 계기가 될 수 있다. 캐나다의 경우 범죄의 처벌 및 형사소송절차를 규정하는 캐나다 형사법이 캐나다 전역에 걸쳐 적용되는 연방법임에도 불구하고, '아동학대'의 의의를 규정하거나 이를 구성요건으로 한 범죄가 없다. 위 법 외에 우리 아동복지법이나 아동학대처벌법과 같이 '아동학대'의 의의를 통일적으로 정의하거나 '아동학대'라는 범죄의 구성요건을 창설하는 연방법 또한 존재하지 않는다. 한편, 아동학대로 인한 범죄에 대한 형사처벌 문제에 대해서는 연방법인 캐나다 형사법이 적용되어 캐나다 전체를 통일적으로 규율하는 반면, 그 외 아동학대를 포함한 아동의 복지 내지 보호 문제에 대해서는 원칙적으로 각 주 별로 서로 다른 입법과 정책으로 대응하는 법체계를 갖고 있다. 캐나다의 아동복지 정책은 가족 중심 모델과 아동 중심 모델 사이를 왔다갔다하는 추에 비유되어 왔는데, 최근 대중의 주목을 끄는 아동의 죽음과 다른 비극들로 인해 위험에 집중한 아동보호 패러다임으로 기울고 있다[23]는 분석이 있는바, 앞서 언급한 중대한 아동학대 사건으로 인해 아동학대 정책이 크게 영향을 받는 우리나라의 상황도 이와 비슷하다고 생각된다.

---

21) 2021. 6. 26. 매일경제신문, '캐나다 총리 "교황, 직접 와서 원주민들에게 사과해야"' (https://www.mk.co.kr/news/world/view/2021/06/617517/, 2021. 10. 4. 접속)

22) 준주는 주의 자격을 얻지 못한 행정구역으로, 연방 행정 관할 아래 있으므로 연방정부가 임명하는 지방행정 관료와 자체 내에서 선출된 평의회에 의해 통치된다. 국가기록원, '주요 외국의 기록관리 현황', 2005, 294쪽.(https://www.archives.go.kr/next/news/viewPublicationList.do?bg_no=48, 2022. 1. 20. 접속)

23) Barbara Fallon, Rachael Lefebvre, Joanne Filippelli, Nicolette Joh-Carnella, Nico Trocmé, Jessica Carradine, John Fluke, 'Major findings from the Ontario Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect 2018', 「Child Abuse & Neglect」111, 2021, 10쪽.

결국 위와 같이 법과 제도의 측면에서 우리나라와 많이 다르면서도, 아동학대가 공동체에 중요한 현재적 문제라는 현실에서는 유사한 캐나다의 아동학대 관련 법제를 연구함으로써, 우리나라의 아동학대 관련 법제를 더욱 명확히 이해하고, 이를 개선할 수 있는 방법에 대한 시사점을 얻는 것이 이 논문의 목적인바, 이제까지 '유럽의 주요나라와 미국 및 일본에 비하여 카나다의 경우는 우리에게 비교적 덜 알려져[24]'캐나다의 법제에 대한 연구가 적었다는 사실만으로도, '사람들이 적게 간 길을 택하는(I took the one less traveled by)[25]' 의미가 있을 것이다.

II. 연구의 범위 및 방법

이 논문의 주된 내용은 아동학대에 대한 캐나다의 법적 규율인바, 그 중에서도 형사법적 제도와 비형사적 제도인 아동보호 제도를 중심으로 연구하고자 한다. 가사소송 제도(family justice system)는 형사사법 제도, 아동보호 제도와 함께 캐나다에서 아동학대가 발생한 경우 주로 관련되는 제도[26]이고, 부모의 이혼 시 아동의 양육권(custody), 면접교섭권(access) 등을 포함하고, 이혼사유 중 상당 부분이 가정폭력이라는 점에서 아동학대와의 관련성이 밀접하다고 할 수 있으나, 그 기본 구조가 부모 등 성인의 이혼 등에 관한 절차에 초점을 맞추고 있다는 점에서, 이번 연구에는 포함하지 않는다. 또한 아동학대 피해자는 그가 입은 피해를 보상받을 필요가 있고[27], 캐나다는 아동학대, 특히 성적 학대에 관한 민사소송이 발전되어 있고, 캐나다 대법원이 아동학대에 있어서 공권력의 책임에 관한 이론을 상당한 정도로 발전시켰다고 평가[28]되기도 하며, 아동학대 피해에 대한 손해배상소송은 아동학대에 대한 민사법적 규율로 그 중요성을 부정할 수 없으나, 구체적인 사건에 대한

24) 이홍재, '실업급여의 수급자격과 구성체계 - 카나다와 한국의 고용보험법을 기초로 한 비교연구 -', 「서울대학교 법학」 제45권 제3호, 2004, 286쪽.
25) Robert Frost, 'The Road Not Taken', 「The Road Not Taken and other poems」, Penguin Books, 2015, 91쪽.
26) Report of the Federal-Provincial-Territorial (FPT) Ad Hoc Working Group on Family Violence, 'Making the Links in Family Violence Cases: Collaboration among the Family, Child Protection and Criminal Justice Systems', Department of Justice Canada, 2013, 137쪽.
27) Margaret Hall, 'THE LIABILITY OF PUBLIC AUTHORITIES FOR THE ABUSE OF CHILDREN IN INSTITUTIONAL CARE : COMMON LAW DEVELOPMENTS IN CANADA AND THE UNITED KINGDOM', 「International Journal of Law, Policy and the Family」14, 2000, 281쪽.
28) Margaret Hall, 'Child Abuse and the Failure to protect : Liability of Public Authorities in Canada', 「Child Abuse Tort Claims Against Public Bodies : A comparative Law Review」, Taylor & Francis Group, 2004, 161쪽.

개별적 대응이라는 점에서, 주로 법률을 통한 아동학대에 대한 법적 규율을 검토하고자 하는 이번 연구에는 포함하지 않는다.

한편 이 논문에서는 캐나다 중에서도 온타리오주의 법률과 제도를 집중적으로 검토하고자 하는데, 아래와 같은 이유로 온타리오주가 캐나다의 아동보호 제도를 대표할 수 있다고 보기 때문이다.

먼저 온타리오주는 캐나다의 주 또는 준주 중 가장 많은 인구가 살고 있고[29], 1893년에 캐나다 최초로 아동보호에 관한 법률인 '아동에 대한 잔인함 방지 및 더 나은 보호를 위한 온타리오 법(Ontario's Act for the Prevention of Cruelty to and Better Protection of Children)'을 제정[30]하고, 전국적 규모의 아동학대에 관한 통계가 시행되기 전인 1993년 캐나다에서는 최초로 아동학대에 관한 통계인 '온타리오 아동학대 및 방임 발생 연구'(Ontario Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect, 이하 OIS)를 실시하고, 그 후 5년마다 OIS를 실시[31]하는 등 캐나다의 아동학대 관련 법제 및 연구에서 선두적인 위치에 있다고 볼 수 있다. 온타리오주의 아동복지 제도는 전통적으로 아동의 보호, 안전 및 위험의 평가, 학대 또는 학대 위험의 입증에 초점을 맞춰왔는데, 최근 긴급한 보호가 필요한 경우로부터 가족의 기능이 제대로 작동하지 않는 경우와 같이 보다 장기적 문제로 관심의 축이 이동하는 경향이 있으나 아직 이에 대응한 서비스의 이동이 이루어지고 있지는 않다[32]고 하는데, 현재 온타리오주의 아동 보호 및 복지를 규율하는 기본법은 비교적 최근인 2018년에 제정된 '아동, 청소년 및 가족 서비스법'(Child, Youth and Family Services Act, 2017, 이하 아동등서비스법)으로, 이 법률은 온타리오주뿐만 아니라 캐나다 아동의 권리 신장에 분수령을 이루는 중요한 입법으로 평가[33]되고 있다.

---

29) 캐나다 연방통계청(Statistics Canada)의 '실시간 인구시계'{Canada's population clock(real-time model)}에 의하면, 2021. 4. 9. 16:01(대한민국 시간 기준) 현재 캐나다 총 인구 38,181,715명 중 약 38.7%인 14,813,324명이 온타리오주에 거주하고 있다.
(https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/71-607-x2018005-eng.htm, 2021. 4. 9. 접속)

30) Karen Swift and Marilyn Callahan, 'Problems and Potential of Canadian Child Welfare', 「Towards Positive Systems of Child and Family Welfare : International Comparisons of Child Protection, Family Service, and Community Caring Systems」, University of Toronto Press, 2006, 119쪽.

31) Barbara Fallon, Rachael Lefebvre, Joanne Filippelli, Nicolette Joh-Carnella, Nico Trocmé, Jessica Carradine, John Fluke, 앞의 글, 1쪽.

32) Joanne Filippelli, Barbara Fallon, Kristen Lwin, Andrea Gantous, 'Infants and Toddlers: Factors for Ongoing Child Welfare Services in Ontario, Canada', 「Child and Adolescent Social Work Journal」, 2021, 182, 189쪽.

33) Jane Long, Patric Senson, '2018: A (Mostly) Positive Year For Advancing Children's Rights in Ontario', 「Canadian Family Law Quarterly」vol.38(2), 2019, 185쪽.

위와 같은 주제를 연구하기 위하여, 우리나라 및 캐나다의 법률, 판례 및 관련 논문을 검토하는 방법을 사용하였다. 캐나다의 법률 및 판례는 캐나다의 공용어 중 하나인 영어로 편찬된 문헌을 사용하였다. 구체적인 연구의 방법으로는, 캐나다 형사법, 아동등서비스법 등 주요 법률의 내용을 먼저 확인하고, 그와 관련된 판례를 검토한 후, 관련된 문제에 관한 캐나다의 통계, 보고서, 논문을 확인하는 방식으로 진행하였다.

위와 같은 연구의 범위 및 방법에 따라, 이 논문은 총 5장으로 구성된다.

제2장은 우리나라의 아동학대 현황과 법적 규율에 관해서 검토하는데, 먼저 통계를 통하여 우리나라 아동학대의 현황을 살펴본 후, 아동학대의 의의 및 아동학대와 관련된 제도를 검토한다. 아동학대 관련 제도로는, 아동 보호를 위한 비형사절차로서 아동보호절차, 피해아동보호명령절차, 아동학대행위자에 대한 형사절차를 중심으로 살펴본 후, 우리나라의 아동학대 관련 현실과 법령에서 제기되는 여러 의문점 및 그에 관한 연구의 필요성을 확인한다.

제3장은 캐나다의 아동학대 현황 및 법적 규율로, 먼저 캐나다의 통계를 통하여 아동학대의 현황을 살펴본 후, 아동학대의 의의 및 아동학대와 관련된 제도를 검토한다. 아동학대 관련 제도 중 아동보호 제도를 먼저 검토하는데, 캐나다 아동보호 제도의 일반적 특성 및 관련 입법사를 살펴본 후, 아동등서비스법상 아동보호절차를 상세히 검토한다. 이어서 형사법적 제도로서, 연방법인 캐나다 형사법과 주법인 아동등서비스법이 규정하고 있는 아동학대 관련 범죄의 구성요건을 살펴보고, 공소시효 등 관련 형사정책에 관하여 검토한 후, 아동학대 행위자에 대한 면책과 관련된 캐나다 형사법 제43조 및 위 조항에 대한 캐나다 대법원의 판결, 위 캐나다 대법원 판결 선고 후 사실심 판결의 경향 등에 관하여 살펴본다.

제4장은 캐나다 법제로부터의 비교법적 시사점으로, 제2장에서 제기된 여러 의문점에 대하여 개선방안을 제안하는 형식으로 구성하되, 이를 위하여 제2장 및 제3장에서 살펴본 우리나라와 캐나다 법제를 분석하고, 우리 법제의 개선을 위하여 캐나다로부터 어떤 시사점을 얻을 수 있는지를 중심으로 검토한다. 특히, 양 국가의 제도를 단순히 병렬적으로 비교하는 것이 아니라, 아동학대를 어떻게 이해할 것인가, 아동학대와 관련된 당사자의 권리, 아동학대에 대한 공동체의 책임, 아동학대에 관련된 여러 법적 절차의 통합 내지 증거의 공유 관점, 그리고 아동의 보호를 위하여 구체적인 상황에 따른 다양한 제도의 개발 관점 등 아동학대와 관련된 몇 가지

주제 내지 관점을 기준으로, 캐나다와 우리나라의 법제를 분석한 후, 우리나라의 법제를 개선할 수 있는 방안을 제안하고자 한다.

제5장은 결론으로, 이 논문의 주요 내용을 다시 한 번 제시하고, 이 논문이 갖는 의의 및 한계, 향후 연구의 필요성과 지향점을 모색하면서 마무리한다.

제2장 우리나라의 아동학대 현황 및 법적 규율

아동보호체계를 보호를 필요로 하는 아동을 보호하고 지원하는 전달체계[34]로 이해할 때, 학대피해 아동의 보호, 학대행위자에 대한 처벌 등 아동학대와 관련된 여러 문제들에 관한 법적 규율은 아동보호체계의 주요한 내용이라 할 것이고, 현재 우리나라에서는 주로 아동복지법과 아동학대처벌법에 의하여 규율되고 있다.

아동복지법은 우리나라 아동이 건강하게 출생하여 행복하고 안전하게 자랄 수 있도록 아동의 복지를 보장하는 것을 목적으로 하는, 그 전신인 아동복리법[35]이 시행된 1962년부터 우리나라 아동의 복지 내지 보호에 관한 기본법이라 할 수 있다. 여기서, 아동복지란 위와 같은 목적과 이념을 실현할 수 있도록 국가와 지방자치단체 그리고 사회 전체가 아동과 그 가정을 지원하기 위하여 행하는 활동을 의미[36]한다. 아동학대처벌법은 아동학대범죄의 처벌 및 그 절차에 관한 특례, 피해아동에 대한 보호절차 및 아동학대행위자에 대한 보호처분을 규정함으로써 아동을 보호하여 아동이 건강한 사회 구성원으로 성장하도록 함을 목적으로 하는 법률로, 2014. 1. 28. 제정되어 같은 해 9. 29.부터 시행되고 있다.

아동복지법은 2020. 10 1. 아동학대 조사업무를 담당하는 아동학대전담공무원을 두는 등 아동학대 조사체계를 공공 중심으로 개편하고, 2021. 6. 30.부터는 보호자로부터 피해아동을 즉시 분리할 수 있는 제도 등을 마련하고, 아동학대처벌법은 2021. 3. 16. 아동학대살해죄를 신설하는 등, 양 법률 모두 최근 아동보호체계를 강화하는 방향으로 개정되었는바, 이는 아동학대의 심각성에 대한 사회적 인식의 변화 및 보다 실효성 있는 대책의 요구에 대응하여 아동학대에 대한 국가의 책임을 강화하는 것으로 이해된다. 즉, 아동학대를 국가가 책임지고 개입한다는 목적 하에, 지자체의 아동학대전담공무원과 아동보호전담요원의 배치로 지자체가 요보호아동의 보호에 관한 핵심주체 즉 컨트롤 타워의 역할을 하는 '아동보호체계 공공화'를 선언한 것[37]이라 할 수 있다.

---

34) 김기현, 김미숙, 양심영, 하태정, '지역사회 아동보호체계의 서비스 연계성 연구', 「한국아동복지학」47호, 2014, 3쪽.

35) 1961. 12. 30. 법률 제912호로 제정되어 1962. 1. 1.부터 시행된 후, 1981. 4. 13. 법의 제명을 아동복지법으로 개칭하였다.

36) 전광석, 박지순, 김복기,「사회보장법」, 신조사, 2018, 237쪽.

37) 고윤순, '한국 아동학대 예방정책의 개선방안: 아동보호체계 공공화를 중심으로', 「교정복지연구」제73호, 2021, 20쪽.

이하에서는 우리나라에서 아동학대의 의의 및 위 법률들이 규율하는 아동학대와 관련된 구체적인 제도를 검토하되, 그에 앞서 아동학대의 현황을 먼저 살펴본다.

I. 아동학대 현황

1. 아동학대의 신고 현황

2020년 집계된 전체 신고접수 건수는 총 42,251건으로, 전년 대비 약 2.1% 증가했는데, 신고접수 건수는 2016년부터 계속 증가하고 있다.[38] 아동학대의심사례는 총 38,929건으로 전체 신고접수의 92.1%로 나타났고, 아동학대의심사례 중 사례판단 결과 아동학대사례로 판단된 건은 총 30,905건(79.4%)으로 전년 대비 2.9% 증가하였고, 추계 아동 인구(0세~17세)를 기준으로 피해아동 발견율은 4.02%로 전년 3.81%보다 다소 증가하였다. 학대행위자의 82.1%는 부모로 나타났다.[39]

신고접수 건수 중 아동학대 신고의무자에 의한 신고는 10,973건(28.2%)으로, 세부적으로는 초, 중, 고교 직원이 3,805건(9.8%)으로 가장 높았고, 비신고의무자 직군 중에서는 부모가 6,284건(16.1%), 아동 본인 5,533건(14.2%) 순으로 나타났다. 신고접수 건수 중 신고의무자의 신고 비율은 2008년 내지 2016년 평균 약 32% 수준[40]이었다가, 2017년 28.6%[41], 2018년 27.3%, 2019년 23%, 2020년 28.2%로[42] 2019년까지 계속 낮아지다가 2020년 다소 높아졌으나, 호주 73%, 미국 58%, 일본 68% 등 외국의 신고의무자에 의한 신고 비율[43]에 비하여 상당히 낮다고 할 것이다. 신고의무자에 의한 신고율이 낮은 이유는 가정문제에 대한 불간섭

38) 다만, 윤혜미, '코로나19와 아동학대', 「아동권리 이슈 Brief」 창간호, 2020, 5쪽에 의하면, 2020년 2~4월 아동학대 신고건수는 2019년 2~4월에 비하여 20.5% 감소하고, 교직원에 의한 아동학대 신고건수 또한 82.9% 감소하였는바, 이에 대하여 이봉주, 장희선, '코로나19 발생 이후 아동폭력 잠재유형화와 잠재유형별 결정요인에 관한 연구', 「한국아동복지학」 제70권 제1호, 2021, 153, 149쪽은 코로나19로 인하여 학교와 유치원 등 가정에서 발생한 아동학대를 감시하는 대표적인 모니터링 체계가 제대로 작동하지 못했기 때문으로, 사회적 거리두기 단계에선 폭력 상황이 외부로 노출되기 어렵기 때문에 아동에 대한 폭력이 앞으로도 발견되지 못한 채 지속적으로 행해질 가능성도 있다고 분석하였다.
39) 보건복지부, '2020 아동학대 주요통계', 57~62, 28쪽.
40) 보건복지부, 중앙아동보호전문기관, 「2016 전국아동학대현황보고서」, 236~237쪽.
41) 보건복지부, 중앙아동보호전문기관, 「2017 전국아동학대현황보고서」, 68쪽.
42) 위 '2020 아동학대 주요통계', 16, 58쪽.
43) 이천현, '아동학대범죄 신고의무에 관한 소고', 「소년보호연구」 제31권 제1호, 2018, 176쪽

적인 태도, 신고의무자의 인식 부족, 신고 후 신변위협에 대한 두려움, 조사과정에서 본인이 감당하게 될 위험 부담 등 때문[44]으로 보인다.

한편 최근 5년간 아동학대로 판단된 사례 중 2020년에 신고접수 되어 아동학대사례로 판단된 재학대 사례는 총 3,671건으로 전체 아동학대사례의 11.9%로, 위 재학대 사례 비율은 2018년 10.3%, 2019년 11.4%에 이어 상승하고 있는 것으로 나타났다. 재학대 사례의 행위자의 95.1%는 부모로 나타났다.[45]

2. 아동학대사례에 대한 조치 현황

피해아동에 대한 보호조치를 보면, 위 아동학대사례 30,905건 중 25,916건(83.9%)은 원가정보호, 3,926건(12.7%)은 분리조치, 798건(2.6%)은 가정복귀되었다. 2020년 학대피해아동쉼터에 입소한 아동은 652명으로, 2020년 이전 입소아동 374명과 함께 총 1,026명이 입소 중이고, 퇴소한 아동 526명 중 타 시설로 입소한 아동이 275명(52.3%), 원가정복귀 204명(38.8%) 순으로 나타났다.[46] 재학대 사례 3,671건 중 원가정보호 2,506건(68.3%), 분리조치 859건(23.4%), 가정복귀 164건(4.5%), 기타 138건(3.8%), 사망 4건(0.1%)으로 나타났다.[47]

아동보호전문기관에서 피해아동, 학대행위자 및 학대행위자가 아닌 가족에게 제공한 서비스를 보면, 피해아동에게 제공한 서비스 횟수는 총 651,619회로, 그 중 상담서비스 423,447회(65.0%), 가족기능강화서비스 63,797회(9.8%), 심리치료지원서비스 60,569회(9.3%) 순으로 나타났다. 학대행위자에게 제공된 서비스는 총 335,818회로, 그 중 상담서비스 243,200회(72.4%), 심리치료지원서비스 26,148회(7.8%), 사건처리지원[48] 20,492회(6.1%) 순으로 나타났다. 피해아동의 비가해 부모 또는 가족 대상 서비스는 총 165,586회였으며, 상담서비스 123,239회(74.4%), 가족기능강화서비스 23,740회(14.3%), 심리치료지원서비스 11,568회(7.0%) 순으로 나타났다.[49]

---

44) 최영진, '아동학대에 관한 법적 대응방안', 「법학연구」 제23권 제4호, 2015, 366쪽.
45) 위 '2020 아동학대 주요통계', 50, 54쪽.
46) 위 '2020 아동학대 주요통계', 34~37쪽.
47) 위 '2020 아동학대 주요통계', 56쪽.
48) 위 '2020 아동학대 주요통계', 48쪽은 '사건처리에 대한 서비스'를 법률자문과 아동에 대한 응급조치 및 피해아동보호명령 절차 진행과 행위자에 대한 임시조치 또는 고소·고발 등이라고 설명하고 있다.
49) 위 '2020 아동학대 주요통계', 48~49쪽.

3. 사법처리 건수

위 아동학대사례 30,905건 중 학대행위자에 대하여 고소·고발 등 사건처리된 건수는 11,209건이고, 그 중 3,635건(11.8%)이 아동학대처벌법에 의하여 조치되었다. 조치의 내용을 보면 1,508건이 응급조치되었는데 그 중 피해아동 보호시설 인도 처분(3호)이 1,285건으로 가장 많았고, 임시조치가 인용된 사례는 총 2,451건으로 그 중 아동보호전문기관 등에의 상담 및 교육 위탁 처분(5호)이 1,786건으로 가장 많고, 피해아동보호명령이 인용된 건수는 총 644건으로 그 중 피해아동 보호위탁 처분(4호)이 307건으로 가장 많았다.[50]

위 아동학대사례 30,905건 중 경찰수사만 이루어진 사례는 4,329건(38.6%)이고, 검찰수사가 이루어진 사례 2,628건 중 수사 중 867건, 불기소 778건, 아동보호사건 송치 803건, 기소 50건이고, 법원에서 처분된 사례는 총 2,600건으로 그 중 보호처분이 1,635건, 형사처벌 사례가 276건으로 집계되었다.[51]

II. 아동학대의 의의

1. 아동복지법 및 아동학대처벌법에 규정된 아동학대 관련 개념들

양 법률은 아동학대와 관련하여 '아동학대', '학대행위', '아동학대범죄' 및 '아동학대관련범죄'라는 네 가지 개념을 사용하고 있다.

우선 아동복지법은 제3조 7호에서 '아동학대'를 '보호자를 포함한 성인이 아동의 건강 또는 복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 신체적·정신적·성적 폭력이나 가혹행위를 하는 것과 아동의 보호자가 아동을 유기하거나 방임하는 것'이라고 정의한다.

그리고 제17조에서 여러 금지되는 행위를 규정하고 있는데, 그 중 아동에게 음란한 행위를 시키거나 이를 매개하는 행위 또는 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 '성적 학대행위'(3호), 아동의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 '신체적 학대행위'(4호), 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 '정서적

50) 위 '2020 아동학대 주요통계', 38~42쪽.
51) 위 '2020 아동학대 주요통계', 43~46쪽.

학대행위'(5호)와 같이 세 가지 종류의 '학대행위'가 있다. 이 중 정서적 학대행위에 대해서는 2021. 12. 21. 아동복지법의 개정(법률 제18619호)으로 가정폭력범죄의 처벌등에관한특례법(이하 가정폭력처벌법) 제2조 1호에 따른 가정폭력, 즉 가정구성원 사이의 신체적, 정신적 또는 재산상 피해를 수반하는 행위에 아동을 노출시키는 행위로 인한 경우를 포함하게 되었다. 위 세 가지 학대행위를 포함하여 제17조 각호를 위반한 경우 제71조 제1항에 의하여 형사처벌된다.

또한 제3조의 '아동학대'는 그 의의에서 '방임'을 포함하고 있는데, 제17조 또한 '자신의 보호·감독을 받는 아동을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호·양육·치료 및 교육을 소홀히 하는 방임행위'(6호)를 '학대행위'와 별개의 금지행위로 규정하고, 이를 위반한 경우 역시 제71조 제1항에 의하여 형사처벌된다.

한편, 아동학대처벌법은 제2조에서 '아동학대'의 의의에 관하여 위 아동복지법 제3조를 준용하고 있고, '아동학대범죄'를 '보호자에 의한 아동학대로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄'라고 정의하면서, 각호로 여러 범죄의 구성요건들을 규정하고 있는데, 그 중 하나가 아동복지법 제71조 제1항, 제17조(10호, 11호 제외) 위반 범행이다.

다시 아동복지법은 제3조에서 '아동학대관련범죄'를 위 아동학대처벌법상 '아동학대범죄' 및 아동에 대한 형법상 살인죄로 규정하고 있다.

2. 판례

대법원은 위 네 가지 개념들 중 아동복지법 제17조 각호 중 세 종류의 '학대행위'에 대하여 주로 판시하고 있다.

먼저 2호의 '성적 학대행위'를 "아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 행위로서 아동의 건강·복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 성적 폭력 또는 가혹행위를 의미하고, 이는 '음란한 행위를 시키는 행위'와는 별개의 행위로서, 성폭행의 정도에 이르지 아니한 성적 행위도 그것이 성적 도의관념에 어긋나고 아동의 건전한 성적 가치관의 형성 등 완전하고 조화로운 인격발달을 현저하게 저해할 우려가 있는 행위"[52]라고 판시하였고, 3호의 '신체적 학대행위'에 대해서는 그 의의를 문언대로 인용한 후 판단 기준으로 "아동이 건강하게 출생하여 행복하고 안

52) 대법원 2017. 6. 15. 선고 2017도3448 판결

전하게 자라나도록 복지를 보장하기 위한 아동복지법의 목적(제1조)에 비추어 행위가 발생한 장소와 시기, 행위에 이른 동기와 경위, 행위의 정도와 태양, 아동의 반응 등 구체적인 행위 전후의 사정과 더불어 아동의 연령 및 건강 상태, 행위자의 평소 성향이나 유사 행위의 반복성 여부 및 기간까지도 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다."라고 판시하였다[53].

5호의 '정서적 학대행위'에 대해서는 "현실적으로 아동의 정신건강과 정상적인 발달을 저해한 경우뿐만 아니라 그러한 결과를 초래할 위험 또는 가능성이 발생한 경우도 포함되며, 반드시 아동에 대한 정서적 학대의 목적이나 의도가 있어야만 인정되는 것은 아니고 자기의 행위로 아동의 정신건강 및 발달을 저해하는 결과가 발생할 위험 또는 가능성이 있음을 미필적으로 인식하면 충분하다."라고 하면서, '신체적 학대행위'와의 관계에 있어서 "유형력 행사를 동반하지 아니한 경우나 유형력을 행사하였으나 신체의 손상에까지 이르지는 않는 경우"라고 판시[54]하였다.

3. 아동학대의 특수성 - 훈육과의 관계

아동복지법과 아동학대처벌법이 정의하는 네 가지 아동학대 관련 개념의 실질적 의미 및 상호관계가 어떤지와는 별도로, 아동학대는 다른 대상에 대한 학대와는 구별되는 특성이 있다. 즉 아동학대는 행위자의 82.1%가 부모이고, 조부모 등 친인척을 포함할 경우 그 비율이 87.5%에 이르고, 발생장소의 87.4%가 가정 내[55]인 등, 행위자의 절대 다수가 부모이고 대부분 집에서 발생하는 '관계적 특수성'[56]이 있다는 점에서, 주로 타인(72.6%)에 의해 행해지는 장애인학대[57]와 구별된다. 노인학대[58]의 경우 행위자의 다수가 친족이라는 점에서는 아동학대와 유사하나, 행위자가 부모가 아닌 아들(31.2%) 및 배우자(30.3%)라는 점에서 다르다. 이는 아동과 노인의 연령 차이를 고려하면 당연하다고 할 수 있지만, 아동학대 행위자에게 가장

53) 대법원 2020. 1. 16. 선고 2017도12742 판결
54) 대법원 2015. 12. 23. 선고 2015도13488 판결
55) 위 '2020 아동학대 주요통계', 28~30쪽.
56) 박혜진, 앞의 글, 255쪽.
57) 보건복지부·중앙장애인권익옹호기관, 「2019 장애인학대 현황보고서」, 98, 104쪽.
58) 보건복지부·중앙노인보호전문기관, 「2019 노인학대 현황보고서」, 72, 90쪽에 의하면, 노인학대의 행위자는 아들 31.2%, 배우자 30.3% 등 친족이 74.2%이고, 노인복지시설 등 기관종사자 비율이 18.5% 등으로 나타났고, 발생 장소는 가정 내가 84.9%, 노인의료복지시설 등 생활시설이 9.2% 등으로 나타났다. (www.noinboho.or.kr, 2021. 3. 22. 검색)

많이 나타나는 특성이 '양육태도 및 방법 부족'(22.2%)[59]인 점을 고려하면, 아동학대의 특수성은 아동의 양육 과정에서 '훈육'이라는 명목으로 이루어진다는 점에 있다고 할 수 있다.

문제는, 훈육의 개념을 정의하거나 그 방법 등을 규율하는 법률이 없어, 각자의 주관 내지 가치관에 따라서 행위하고, 타인의 행위를 판단하게 되는데, 많은 아동학대 행위자들이 자신의 행위를 훈육일 뿐 아동학대가 아니라고 주장하는 현실에 비추어, 훈육이 아동학대의 의미나 처벌 여부에 상당한 영향을 미친다는 점에 있다. 물론, 훈육을 '아동이 사회나 문화에서 받아들여지는 방식으로 행동하도록 가르치는 과정, 즉 사회화를 목표로 하는 부모의 행동'으로 이해[60]할 때, '친권자는 자를 보호하고 교양할 권리의무가 있다'고 규정한 민법 제913조를 훈육의 법적 근거로 볼 수도 있으나, 민법 제913조가 구체적인 보호 및 교양의 방법에 대해서는 전혀 규정하지 않고 있어, 실질적으로 의미있는 훈육의 의의나 범위를 파악하기는 어렵다.

결국 아동학대의 의미를 명확히 하고, 아동복지법 및 아동학대처벌법이 위와 같이 규정하고 있는 네 가지 아동학대 관련 개념이 적절한지 판단하기 위해서는, 실제로 아동학대 여부가 문제되는 사건에서 훈육이 어떤 의미로 이해되는지, 어떤 역할을 하고 있는지 살펴볼 필요가 있다.

가. 훈육과 체벌의 구별

일단 훈육과 체벌의 개념을 구별할 필요가 있다. 훈육과 체벌 모두 법률에서 그 의의를 명시하고 있지 않으나, 적어도 체벌은 우리 법체계에서 규율되고 있다고 할 수 있다. 즉, 초·중등교육법 제18조 제1항이 '학교의 장은 교육을 위하여 필요한 경우에는 법령과 학칙으로 정하는 바에 따라 학생을 징계하거나 그 밖의 방법으로 지도할 수 있다'라고 규정하고, 위 법 시행령 제31조 제8항이 '학교의 장은 법 제18조 제1항 본문에 따라 지도를 할 때에는 학칙으로 정하는 바에 따라 훈육·훈계 등의 방법으로 하되, 도구, 신체 등을 이용하여 학생의 신체에 고통을 가하는 방법을 사용해서는 아니 된다'라고 규정하고 있는바, 체벌을 행동 교정을 목적으로 아동의 신체에 힘을 가해 육체적인 고통을 수반하는 행위[61]로 이해할 경우 위 시행령

59) 보건복지부·중앙아동보호전문기관, 「2017 전국아동학대 현황보고서」, 125쪽.
60) 김응자, '아동기 올바른 훈육(訓育)을 위한 부모교육', 「청소년과 효문화」 제27권, 2016, 139쪽.
61) 장희선, 김기현, '아동의 체벌 경험과 인식에 관한 탐색적 연구', 「학교사회복지」 제48권, 2019, 137쪽.

상 ‘신체에 고통을 가하는 방법’은 체벌을 의미하는 것으로 볼 수 있기 때문이다.

또한 유엔아동권리위원회(UN Committee on the Rights of the Child)가 2006년 채택한 ‘체벌 및 기타 잔인하거나 모욕적인 형태의 벌로부터 보호받을 아동의 권리’라는 일반논평 8호{GENERAL COMMENT No. 8(2006) The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment}에서 체벌(corporal or physical punishment)을 ‘물리적 힘이 사용되고 아무리 가볍더라도 어느 정도의 고통 또는 불편함을 야기하도록 의도된 모든 벌'로 정의하면서, 긍정적인 훈육의 개념(positive concept of discipline)까지 거부하는 것은 아니라고 함으로써, 체벌과 훈육을 개념적으로 구별하였다.

한편 친권자의 징계권을 규정한 구 민법(법률 제17905호로 개정되기 이전의 것) 제915조는 체벌을 포함한 학대행위를 정당화하는 근거로 작용했다고 평가[62]되는데, 민법은 2021. 1. 26. 위 조항을 삭제하면서 그 이유로 ‘친권자의 징계권 규정은 아동학대 가해자인 친권자의 항변사유로 이용되는 등 아동학대를 정당화하는 데 악용될 소지가 있는바, 징계권 규정을 삭제함으로써 이를 방지하고 아동의 권리와 인권을 보호하려는 것’을 제시하였다. 비록 위 조항을 삭제하는 것만으로는 우리나라가 가정 등 모든 장소에서 아동 체벌에 대해 금지하는 것이라고 보기는 어렵다는 견해[63]도 있으나, 적어도 현재 우리나라의 법체계상 체벌은 훈육과는 구별되고 있고, 학교에서의 체벌은 명확히 금지되는 등 체벌에 대해서는 이를 금지하는 것으로 법적으로 규율되고 있다고 볼 수 있다.

나. 아동학대에 관한 최근 판결례 분석

형사사법정보시스템[64]에서 검색어 ‘아동학대’, 선고일 ‘2019. 9. 1.부터 2020. 9. 1.까지’, 심급 ‘1심’의 조건으로 1차 검색한 결과에 대하여, 다시 검색어 ‘아동복지법위반’으로 2차 검색하였고, 그 결과 중 범죄경력 등에서 ‘아동학대’, ‘아동복지법위반’이 검색되었을 뿐 당해 사건은 아동학대 사건이 아닌 경우, 구성요건 자체가

62) 박주영, ‘아동학대 방지를 위한 민법상 징계권규정의 개정과정 - 일본과의 비교를 중심으로 -’, 「민사법의 이론과 실무」 제24권 제1호, 2020, 57, 74쪽.
63) 이세원, ‘포용적 복지국가에서의 부모 권리에 대한 고찰: 민법 제915조 징계권 개정 논의를 중심으로’, 「보건사회연구」 제39권 제3호, 2019, 591쪽.
64) 형사사법정보시스템(http://spo.kics.go.kr/index.jsp)

아동의 양육 또는 교육에 관한 적극적인 행위를 상정하기 어려운 유기·방임에 관한 사건 등은 제외한 결과 남은 판결들 중 범죄사실, 피고인 또는 변호인의 주장, 양형의 이유 등 어떤 항목에서라도 아동의 양육 내지 훈육과 관련된 내용이 포함된 판결들을 최종 분석대상으로 하여, 아래와 같이 분석하였다.

먼저 무죄가 선고된 4건 중 3건이 훈육을 위한 행위라는 이유로 무죄가 선고되었는바, 어린이집 교사가 4~6세의 아동의 머리를 잡아당기거나 손으로 배 부위를 치는 등 행위에 대하여 '훈육 등의 목적으로 비교적 경미한 신체적 접촉', '그 정도 및 시간도 건전한 사회통념상 훈육을 위한 적정한 방법이나 수단의 한계를 넘었다고 보기 어려운 점' 등을 사유로 일부 무죄를 선고한 사건[65], 고아원에 가겠다는 11세 자녀의 뺨을 때리고, 주먹으로 머리를 때렸다는 사실 등으로 기소된 친부 및 계모에 대해서 '훈육의 의사로 이루어진 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위로서 형법 제20조에 따른 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당한다'는 이유로 무죄를 선고한 사건[66], 어린이집 교사들이 바지에 오줌을 싼 3세 아동의 옷을 갈아입히는 과정에서 손바닥으로 엉덩이를 1회 찰싹 때린 행위 등에 대하여 보육교사로서 부적절한 행위라고 하면서도 '훈육과정에서 이루어진 경미한 유형력의 행사', '정확한 훈육의 메시지를 전달하기 위한 목적에 의하여 한 행위' 등을 이유로 무죄를 선고한 사건[67]이 그것이다.

유죄가 선고된 경우에도, 훈육행위 또는 훈육의 의도 내지 목적을 유리한 양형 사유로 판결문에 명시한 경우가 39건이었는바, 구체적인 표현은 다소 차이가 있으나 - 훈육과정에서[68] 본건 범행에 이르게 된 점, 평소 피해자의 훈육을 위하여

65) 부산지방법원 2020. 8. 14. 2020고단389 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌) 등

66) 의정부지방법원 2019. 11. 28. 선고 2018고합53 아동복지법위반(아동학대)

67) 인천지방법원 부천지원 2020. 6. 26. 선고 2019고단3667 아동복지법위반(아동학대)

68) 의정부지방법원 2019고단4974(초등학교 체육교사가 아동이 수업 중 장난을 치자 줄넘기를 던지고, 발로 피해자의 허벅지를 찬 사건), 위 의정부지방법원 2019고단5330(어린이집 교사가 3세 아동이 말을 듣지 않는다는 이유로 거칠게 잡아 앉혀 울게 한 사건 등), 부산지방법원 동부지원 2019고단1021(어린이집 교사가 4세 아동이 음식을 삼키지 않는다는 이유로 뺨을 눌러 음식을 씹게 하고, 피해자의 턱을 잡아 목을 뒤로 젖히는 등 사건), 대구지방법원 2019고단5159(어린이집 교사가 6세 아동이 수업 시간에 장난을 친다는 이유 등으로 교실 밖으로 내보내 수업에서 배제한 사건 등), 광주지방법원 순천지원 2018고단723(컴퓨터 방과후강사가 8세 아동이 시킨대로 잘 하지 못한다는 이유로 손바닥, 머리, 뺨 등을 때린 사건 등), 서울남부지방법원 2019고단4235(태권도사범이 8세 아동이 수업에 집중하지 않는다는 이유로 플라스틱 막대로 엉덩이를 때려 멍이 들게 한 사건 등), 광주지방법원 2020. 8. 13. 선고 2019고단2685 아동복지법위반(아동학대), 대전지방법원 천안지원 2020고단104(중학교 교사가 학교폭력 가해학생들을 엎드려뻗쳐 시키고 빗자루 손잡이 부분으로 엉덩이 등을 때린 사건), 서울중앙지방법원 2019고정1594(14세 딸이 학교에서 돈을 훔친 사실로 혼내던 중 반성하는 기미가 보이지 않는다는 이유로 쇠봉으로 종아리 등을 때려 멍이 들게 한 사건), 대전지방법원 천안지원 2020고단158(청소년쉼터의 직원이 지적장애 3급의 입소생이 휴대전화로 야한 동영상을 봤다는 이유로 자로 엉덩이를 때리고, 다른 입소생으로 하여금 피해자의 얼굴을 때리게 한 사건 등), 서울동부지

수년간 노력한 점[69], 교육의 목적[70], 아이들의 잘못된 행동을 바로잡기 위해서는 다소 강한 훈육이 필요하다고 판단한 점[71], 피해자로 하여금 조금이라도 더 식사를 하게 하려는 마음[72], 훈육의 의도[73], 훈육의 목적[74], 훈계의 목적[75], 언어적, 육체적 발달이 미숙한 어린 아동을 보육하는 과정에서 어쩔 수 없이 발생하는 물리력의 행사[76], 계속 우는 피해자의 통제[77], 피해아동들의 생활습관 개선 등[78], 아동들의 지도[79], 자녀들이 바르게 자라기를 바라는 마음[80], 피해자의 행동에 벌을 주려는

방법원 2020고단1128(영어학원 강사가 2세 아동이 다른 아동의 볼을 꼬집었다는 말을 듣고 피해자의 볼을 꼬집고 피해자가 교실 밖으로 나가려고 하자 못 나가게 하고, 바닥에 앉힌 후 다리를 치고, 가슴을 밀치고, 손가락을 가슴을 찌른 사건 등), 수원지방법원 2019고단8298(11세 아들에게 '잘못한 거 있으면 이야기해라'고 하였으나 피해자가 다 말하지 않았다는 이유로 알루미늄 파이프로 피해자의 허벅지 등을 약 20대 때린 사건), 광주지방법원 2020. 8. 27. 선고 2019고단2686(보육시설 종사자가 4세 아동의 입 속에 밥이 남아있음에도 손으로 아동의 입을 잡고 밥을 더 밀어넣어 아동이 헛구역질을 하자 밥상머리에서 헛구역질을 한다는 이유로 엉덩이를 때린 사건 등)

69) 창원지방법원 2019고단1643(합기도 관장이 12세 아동이 전날 수업에 결석한 이유를 거짓말했다는 이유로 위험한 물건인 목재 장봉으로 피해자의 머리를 10회 때려 전치 6주의 상해를 가한 사건)

70) 대전지방법원 공주지원 2020고단179(6~12세 자녀 4명이 학습지를 풀지 않거나 답이 틀릴 경우 효자손이나 나무막대기로 틀린 개수 또는 그 수×10(최대 약 400대)만큼 엉덩이 또는 손바닥을 때린 사건 등)

71) 수원지방법원 안산지원 2019고단4758(5세 자녀의 고집을 꺾는다는 이유로 방문을 잠그고 30분간 훈계하거나 물건을 집어던진 사건 등)

72) 서울동부지방법원 2019고단541(어린이집 교사가 밥을 먹지 않으려하는 2세 아동의 입에 억지로 밥을 밀어넣어 구역질을 하게 하고, 식판으로 입을 쳐서 먹이는 등 억지로 밥을 먹인 사건), 수원지방법원 여주지원 2019고단373(14세 아동이 거짓말을 한다는 등 이유로 친모 및 계부가 야구방망이로 피해자의 엉덩이를 수회 때려 전치 3주의 상해를 가한 사건)

73) 수원지방법원 안양지원 2019고합54(친부가 13세 딸의 가슴을 만지는 등 추행하고, 이를 거부하는 피해자의 볼을 꼬집어 멍이 들게 한 사건), 부산지방법원 동부지원 2019고단2222(초등학교 정구부 코치가 아동들이 시키는대로 훈련을 하지 않는다는 이유로 정구라켓으로 머리, 허벅지 등을 때린 사건), 수원지방법원 안양지원 2020고단554(친부가 16세 아들에게 학교 성적이 좋지 않다는 이유로 '병신새끼, 돌대가리'라고 욕설을 하고, 막대 걸레로 팔, 다리를 때린 사건 등), 의정부지방법원 2019고단5626(보육시설 교사가 4세 원생이 말을 듣지 않는다는 이유로 손으로 머리를 밀거나 때린 사건 등)

74) 의정부지방법원 2020. 6. 12. 선고 2019고단5242(수학학원 강사가 12세 아동에게 문제풀이를 해주던 중 피해자가 친구와 이야기하며 자신의 말을 듣지 않았다는 이유로 '적당히 까불어라 뒤지기 싫으면 똑바로 해라'라고 말하며 피해자의 책상 다리를 걷어찬 사건), 서울남부지방법원 2019고단6306(어린이집 교사가 2세 아동이 친구의 팔을 물자 피해자의 뒷목을 잡아 넘어뜨리고, 머리와 팔을 때린 사건 등), 수원지방법원 안양지원 2020고단307(친모가 6세 딸이 숙제를 잘 이해하지 못한다는 이유로 포크로 피해자의 손등을 때리고, 허벅지를 찌른 사건)

75) 서울중앙지방법원 2019고단3583(어린이집 교사가 밥을 먹기 싫다고 우는 2세 아동에게 억지로 밥을 먹인 후 44분 동안 교실 밖 화장실 맞은편 의자에 혼자 앉혀둔 사건), 대전지방법원 홍성지원 2019고단426(친모가 7세 아들에게 '학교에서 괴롭힘을 당할 경우 주위에 도움을 청하라'고 훈계를 하던 중 피해자가 잘 알아듣지 못한다는 이유로 효자손 등으로 피해자의 팔 등을 때린 사건), 전주지방법원 군산지원 2019고단1122(친부가 12세 딸이 학원에 안 갔다는 이유로 당구채로 종아리를 6회 때리고, 피해자의 가슴을 만지는 등 추행한 사건)

76) 대구지방법원 2019고단4673(어린이집 교사가 의자에 앉아있는 19개월 아동의 다리를 손으로 잡아당겨 엉덩방아를 찧게 한 사건 등)

77) 수원지방법원 여주지원 2019고단836(어린이집 교사가 간식을 안 먹는다고 우는 3세 아동을 행정실로 데리고 가려고 하자 피해자가 안 가겠다고 버티자 팔로 피해자를 들어올려 강제로 데리고 간 사건)

78) 서울동부지방법원 2019고단1154(어린이집 교사가 3~4세 아동이 잠을 자지 않는다는 이유로 손을 1회 치고, 발로 베개를 민 사건 등)

79) 의정부지방법원 고양지원 2019고단3654(초등학교 축구부코치가 10세 아동들이 떠들었다는 이유로 엎드려뻗쳐를 시키고 물병을 집어던진 사건 등)

80) 서울중앙지방법원 2020고합60(친모가 5세 아동이 거짓말을 한다는 이유로 여행용 가방에 집어넣고 약 3시

목적[81], 피해자의 반복된 문제 행위와 피해자에 대한 훈계·훈육의 어려움[82], 훈육의 필요성[83] 등 - 훈육행위 또는 훈육의 의사 내지 목적을 유리한 정상으로 참작하였다. 그 외, 악의적인 학대행위가 아닌 점[84], 적극적인 학대의 고의 또는 의도는 없었던 점[85]도 유리한 양형 사유로 기능하였고, '자녀에 대한 교육 내지 훈육과 학대의 경계'[86]를 유리한 양형 사유로 명시하기도 하였다.

위와 같이 판결문에 양형 사유로 명시적으로 기재되지 않은 경우에도, 피고인이 자신의 행위가 훈육으로서 형법 제20조의 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위이므로 위법성이 조각된다고 주장하거나, 명시적으로 정당행위 주장을 하지 않더라도 아동을 훈계나 교육하기 위한 행위라고 주장한 경우가 50건[87] 있었는바, 그

간 동안 방치하여 피해자로 하여금 질식으로 사망하게 한 사건 등)

81) 수원지방법원 여주지원 2020고합9(모가 8세의 의붓아들이 소란스럽게 한다는 이유 등으로 약 2시간 동안 찬물 욕조에 들어가있게 하여 저체온증으로 사망에 이르게 한 사건 등)

82) 광주지방법원 2019고단2685(아동보육시설의 장이 16세의 원아가 쌍꺼풀 수술을 하고 왔다는 이유로 정신병원에 입원시키려 하고, 의사로부터 입원이 불가능하다는 답변을 들은 후에도 피해자에게 '의사가 입원시키라고 했는데 한 번만 봐주는 거야'라고 말하면서 반성문 등을 쓰게 하고, 이를 거부하는 피해자에게 '정신병원에 갈래'라고 위협하면서 불러주는대로 반성문을 쓰게 한 후 이를 다른 원아들 앞에서 읽게 한 사건 등)

83) 부산지방법원 동부지원 2019고단1913(보육시설 직원이 아동이 다른 아동의 사과를 먹었다는 이유로 '미쳤나'라고 말하면서 의자를 집어던진 사건 등)

84) 광주지방법원 2019고단3946(어린이집 교사가 4세 아동이 율동을 따라하지 않는다는 이유로 손바닥으로 엉덩이를 때리고, 발로 피해자의 발을 밟은 사건 등), 대구지방법원 포항지원 2019고단870(태권도 관장이 8세 아동이 종이컵의 뾰족한 부분으로 친구의 눈을 찌르려한 것을 훈계하며 플라스틱 막대로 피해자의 발바닥을 수회 때려 치료일수 미상의 족부 타박상을 가한 사건)

85) 광주지방법원 순천지원 2019고단2290(어린이집 아동이 0세 아동이 잠을 자지 않자 피해자의 뒷머리를 들어올려 앞으로 밀어 고꾸라지게 하는 등 사건), 대구지방법원 서부지원 2019고합250(친부가 5세, 3세 아들들이 싸우자 이를 훈육하던 중 3세 아들이 계속 싸우겠다고 말하자 손바닥으로 피해자의 뺨을 때려 피해자의 머리가 벽 등에 부딪치게 하고 사망에 이르게 한 사건)

86) 서울동부지방법원 2020고단812(나무막대기로 12세 딸의 손, 발 등을 수회 때려 손에 타박상을 가한 사건)

87) 수원지방법원 2019. 11. 28. 선고 2018고정1924 아동복지법위반(아동학대), 춘천지방법원 강릉지원 2019. 9. 20. 선고 2019고단220 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌) 등, 청주지방법원 2020. 6. 17. 선고 2020고단26 등 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌) 등, 수원지방법원 안산지원 2020. 6. 11. 선고 2019고단4887 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌) 등, 청주지방법원 충주지원 2020. 7. 10. 선고 2020고단126 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌), 서울서부지방법원 2020. 3. 25. 선고 2019고단4059 아동복지법위반(아동학대), 의정부지방법원 2020. 7. 9. 선고 2020고정106 아동복지법위반(아동학대) 등, 인천지방법원 부천지원 2020. 2. 4. 선고 2019고단2403 등 아동복지법위반(아동학대) 등, 대전지방법원 천안지원 2019고단2201 선고 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌), 대구지방법원 포항지원 2020. 4. 23. 선고 2019고단1776 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌), 서울중앙지방법원 2020. 5. 29. 선고 2019고단1536 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌), 의정부지방법원 2020. 7. 29. 선고 2020고단277 아동복지법위반(아동학대), 창원지방법원 2019. 11. 13. 선고 2019고단299 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌), 서울북부지방법원 2020. 4. 10. 선고 2019고합461 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌), 대전지방법원 천안지원 2019. 12. 13. 선고 2019고단663 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌), 대전지방법원 2019. 10. 11. 선고 2019고단1867 아동복지법위반(아동학대), 서울서부지방법원 2020. 6. 11. 선고 2019고단4001 아동복지법위반, 광주지방법원 2020. 1. 15. 선고 2019고단2585 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌), 서울북부지방법원 2019. 12. 19. 선고 2019고단197 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌), 수원지방법원 2020. 8. 27. 선고 2020고합391 아동복

주장이 받아들여져 위와 같이 판결문에 양형 사유로 기재된 경우까지 포함하면, 적어도 아동학대 사건에서 피고인이 훈육을 자신에게 유리한 사정으로 주장하는 경우가 많은 것으로 보인다.

다. 아동학대의 성립 및 처벌에 있어서 훈육의 기능

위와 같이 판결문들을 분석한 결과, 우선 '체벌'이라는 용어는 거의 사용되지 않았다. 실제로는 체벌에 해당하는 행위로 보이는 사례들이 많았음에도, 체벌이라는 용어 대신 훈육이라는 용어가 사용된 것은, 앞서 본 바와 같이 체벌은 법적으로 금지되어 있어, 체벌이라는 용어를 사용하는 이상 이를 허용할 수 없음이 명백하기 때문인 것으로 보인다.

구 민법 제915조가 삭제된 2021. 1. 26. 이후 선고된 판결들에서도 여전히 훈육이 정당행위 또는 유리한 양형 사유로 기능하는 것[88]은 마찬가지인바, 훈육은

지법위반(아동학대), 대구지방법원 안동지원 2019. 9. 24. 선고 2019고정4 아동복지법위반(아동학대), 서울서부지방법원 2020. 3. 12. 선고 2019고단4248 아동복지법위반(아동학대), 의정부지방법원 고양지원 2020. 1. 16. 선고 2019고정834 아동복지법위반(아동학대), 춘천지방법원 영월지원 2020. 3. 12. 2019고합34 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌), 부산지방법원 동부지원 2020. 8. 21. 선고 2019고정595 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌), 서울동부지방법원 2019. 10. 23. 선고 2019고단2137 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌), 창원지방법원 진주지원 2020. 3. 5. 선고 2019고단712 아동복지법위반 등, 창원지방법원 2019고단1643 아동복지법위반(아동학대) 등, 서울서부지방법원 2020. 3. 18. 선고 2019고단2670 아동복지법위반(아동학대) 등, 울산지방법원 2020. 7. 9. 선고 2019고단4954 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌), 대구지방법원 서부지원 2019. 9. 4. 선고 2018고단3679 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌), 인천지방법원 부천지원 2020. 8. 14. 선고 2020고단550 아동복지법 위반(아동학대), 춘천지방법원 2020. 7. 17. 선고 2019고합129 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌) 등, 서울남부지방법원 2020. 5. 14. 선고 2019고단2071 아동복지법위반, 광주지방법원 순천지원 2020. 1. 9. 선고 2019고합65 아동복지법위반(아동학대) 등, 수원지방법원 안양지원 2020. 7. 16. 선고 2020고단159 아동복지법위반(아동학대), 인천지방법원 2020. 6. 23. 선고 2020고단2691 아동복지법위반(아동학대), 인천지방법원 2020. 5. 15. 선고 2019고합770 등 아동복지법위반(상습아동학대) 등, 서울서부지방법원 2020. 6. 17. 선고 2019고단3697 아동복지법위반(아동학대), 대구지방법원 경주지원 2020. 6. 24. 선고 2019고단742 등 아동복지법위반(아동학대) 등, 서울북부지방법원 2019. 12. 11. 선고 2018고단4501 아동복지법위반(아동학대) 등, 광주지방법원 목포지원 2020. 7. 17. 선고 2019고단1311 아동복지법위반(아동학대) 등, 서울북부지방법원 2020. 7. 17. 선고 2020고정733 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌), 서울중앙지방법원 2020. 6. 12. 선고 2019고정2741 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동복지시설종사자등의아동학대가중처벌), 광주지방법원 순천지원 2019. 9. 5. 선고 2019고합70 아동복지법위반(아동학대) 등, 수원지방법원 성남지원 2020. 7. 2. 선고 2019고합189 상해, 춘천지방법원 원주지원 2020. 8. 13. 선고 2020고합10 등 아동복지법위반(아동학대) 등, 서울서부지방법원 2020. 3. 27. 선고 2019고단4006 아동복지법위반, 광주지방법원 목포지원 2020. 7. 21. 선고 2019고단1130 아동복지법위반(아동학대) 등, 창원지방법원 2019. 11. 29. 선고 2019고단2836 아동복지법위반(아동학대) 등

88) 광주지방법원 순천지원 2021. 12. 16. 선고 2020고단3091 아동복지법위반(아동학대) 사건은 3세 아동에 대한 신체적, 정서적 학대로 기소된 어린이집 교사가 훈육이라고 주장한 데 대하여 일부 공소사실이 정당행위에 해당한다는 이유로 일부 무죄를 선고하였고, 의정부지방법원 2021. 12. 14. 선고 2021고단3386 아동복지법위반(아동학대) 사건은 주먹으로 11세 아들의 얼굴을 수회 때린 사건에서 '훈육하는 과정에서 발생한

체벌의 금지 또는 구 민법 제915조의 삭제와 관계없이 여전히 아동학대의 의의와 관련하여 일정한 기능을 하고 있음을 알 수 있다.

위 판결문들의 검토 결과 나타난 주요한 특성은, 훈육행위 또는 훈육의 의도 내지 목적은 죄의 성립 및 양형 단계 모두에서 기능한다는 것이다. 즉, 무죄의 이유가 되기도 하고, 성적 학대행위 사건에서 '훈계하는 과정에서 발생한 일'이라고 주장하는 경우[89], 아동을 상습적으로 폭행하다 살인까지 한 사건에서 '훈육을 위한 것'이라고 주장하는 경우[90], 훈육이 필요한 이유나 훈육방법에 대해서 전혀 진술하지 않으면서 무조건 훈육행위라고 주장하는 경우[91] 등과 같이 그 주장 자체로 신빙성 없는 경우를 제외하고는, 사안의 경중 및 종류, 아동의 나이 등을 불문하고 유리한 양형 사유로 고려되었다. 친권자에 의한 아동학대 관련 판결 3건을 분석한 결과 친권자라는 사실이 처벌을 유예하거나 감경하는 주요한 사항으로 해석되고 있다고 평가한 견해[92]도 유사한 취지로 보인다.

이런 상황에서 아동학대 행위자 입장에서 '훈육'은 일단 주장해서 손해볼 것이 없는, 소위 '전가의 보도'라 해도 과언이 아니라 할 것이다. 잘 되면 아예 처벌이 안 될 수도 있고, 그렇지 않더라도 보다 가벼운 형을 선고받을 가능성이 높아지기 때문이다.

III. 아동학대에 대응하기 위한 제도 내지 절차

1. 신고의무 제도

아동학대처벌법은 누구든지 '아동학대범죄'를 알게 된 경우나 그 의심이 있는

것'을 유리한 정상으로 참작하였다. 특히, 위 의정부지방법원 2021고단3386 사건의 범행 일시는 2021. 3. 22.로 구 민법 제915조가 삭제된 이후임에도, 법원은 구 민법 제915조의 삭제에 관하여 언급하지 않았고, 훈육에 관한 판시 내용 또한 다른 사건들과 별다른 차이가 없었다.

89) 광주지방법원 순천지원 2019고합70(친딸의 음부에 손가락을 넣고, 나체 사진을 찍는 등 사건)

90) 인천지방법원 2019고합770 등(동거녀의 5세 아들의 전신을 목검으로 100회 이상 때리는 등 상습적으로 상해를 가하고, 이로 인해 이미 심각한 상해를 입은 피해자를 수회 집어던지고 팔과 다리를 묶어 방치함으로써 살인한 사건 등)

91) 서울남부지방법원 2019고단2071(11세, 13세 딸들이 차에 타지 않는다는 이유로 머리채를 잡아 넘어뜨리고, 발로 넘어진 피해자의 턱과 등을 밟은 사건), 서울북부지방법원 2018고단4501(3세~12세 사이의 자녀들 4명에게 '엄마가 바람났다, 몇 개월 지내다가 뒤지게 때릴 거다'라고 말하고, 12세 딸이 일어나지 않는다는 이유로 '씨발년, 나가 죽어라' 등 욕설을 하면서 선풍기를 집어던진 사건 등)

92) 박연주, '아동인권 관점에서 살펴 본 아동학대 관련 판례분석연구', 성균관대학교 사회복지학 박사학위논문, 2016, 129쪽.

경우에는 특별시・광역시・특별자치시・도・특별자치도, 시・군・구 또는 수사기관에 신고할 수 있고(제10조 제1항), 특정한 직업군에 있는 사람은 직무를 수행하면서 '아동학대범죄'를 알게 된 경우나 그 의심이 있는 경우에는 즉시 신고해야 한다(제10조 제2항)고 규정하고 있다.

신고의무의 대상은 '아동학대범죄'를 알게 된 경우나 그 의심이 있는 경우로, 여기서 '아동학대범죄'는 아동학대처벌법 제2조 4호에서 규정하고 있는 범죄들인바, 신고의무의 대상이 기본적으로 '범죄'라는 점에서, 아동학대에 대한 형사법적 대응의 하나라 할 수 있다. 아동학대처벌법이 신고의무에 관한 조항을 제3장 '아동학대범죄의처리절차에 관한 특례'에 두고 있는 것도 이러한 취지로 이해된다.

신고의무의 주체와 관련하여, 신고의무를 부담하는 직업군으로 아동복지전담공무원, 의료인, 교사 등을 총 25개 항에서 열거하고 있다. 신고의무자가 정당한 사유 없이 신고를 하지 않는 경우에는 1,000만원 이하의 과태료에 처해지고(제63조), 신고의무자가 보호하는 아동에 대하여 아동학대범죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중하여 처벌된다(제7조). 신고의무자 보호를 위하여 아동학대범죄신고자등에게 아동학대범죄신고등을 이유로 한 불이익조치를 금지하고(제10조의2), 신고자의 인적사항 기재 생략 및 공개 금지 등 특정범죄신고자등보호법상 신고자 보호를 위한 조치를 준용(제10조의3)하고 있다. 신고를 접수하는 기관 중 지방자치단체는 2020. 1. 1.부터 기존의 아동보호전문기관을 대체하였다.

한편 아동복지법은 아동학대 신고의무자가 소속된 기관・시설 등의 장은 소속 아동학대 신고의무자에게 신고의무 교육을 실시하고, 그 결과를 관계 중앙행정기관의 장에게 제출하도록 하고(제26조 제3항), 이를 위반하여 신고의무 교육을 실시하지 않은 경우 300만원 이하의 과태료를 부과(제75조 제3항 1의2.호)하고 있다.

2. 아동보호서비스

아동복지법은 제3장 '아동에 대한 보호서비스 및 아동학대의 예방 및 방지'의 제1절 '아동보호서비스' 및 제2절 '아동학대의 예방 및 방지'에서, 보호조치 및 일시보호조치(제15조), 피해아동 및 그 가족에 대한 지원(제29조), 아동학대행위자에 대한 상담·교육 등(제29조의2), 피해아동에 대한 법률상담 등(제29조의6)을 규정하고 있다. 아동복지법은 무엇이 '아동보호서비스'인지 그 의미를 직접 정의하고 있지는

않으나, 제3장의 규정 내용에 비추어 아동학대 혐의가 인정되거나 발생가능성이 높은 사례를 체계 내에 등록하여, 이미 발생한 아동학대피해를 최소화하고 아동학대가 재발하지 않도록 돕기 위하여 제공되는 공공서비스[93]로 이해할 수 있다.

먼저 보호조치는 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 보호대상아동을 발견하는 경우 등에 취해야 할 조치로서, 전담공무원, 민간전문인력 또는 아동위원에게 보호대상아동 또는 그 보호자에 대한 상담·지도를 수행하게 하는 것, 보호대상아동을 친족의 가정 또는 적합한 유형의 가정에 위탁하여 보호·양육할 수 있도록 조치하는 것, 보호대상아동을 아동복지시설에 입소시키거나 약물 및 알콜 중독, 정서·행동·발달 장애, 성폭력·아동학대 피해 등으로 특수한 치료나 요양 등의 보호를 필요로 하는 아동을 전문치료기관 또는 요양소에 입원 또는 입소시키는 것, 입양과 관련하여 필요한 조치를 하는 것(제15조 제1항)이 있다.

여기서 '보호대상아동'이란 보호자가 없거나 보호자로부터 이탈된 아동 또는 보호자가 아동을 학대하는 경우 등 그 보호자가 아동을 양육하기에 적당하지 아니하거나 양육할 능력이 없는 경우의 아동(아동복지법 제3조 4호)으로, 아동학대로 인하여 피해를 입은 아동인 '피해아동'(아동복지법 제3조 8호)과는 다른 개념이다.

일시보호조치는 시·도지사 등 지방자치단체장이 위 보호조치 중 보호대상아동을 적합한 가정에 위탁 조치, 아동복지시설에 입소, 전문치료기관 또는 요양소에 입원 또는 입소, 입양 관련 조치를 할 때까지 필요한 경우 아동을 아동일시보호시설 또는 학대피해아동쉼터에 입소시키거나 적합한 위탁가정 또는 적당하다고 인정하는 자에게 일시위탁하여 보호하는 조치로, 일시보호조치를 할 수 있는 경우로는, 1년 이내에 2회 이상 아동학대 신고가 접수된 아동에 대하여 현장조사 과정에서 학대피해가 강하게 의심되고 재학대가 발생할 우려가 있는 경우, 위 보호조치 결정이 있을 때까지 아동에 대하여 아동학대처벌법상 응급조치 또는 긴급임시조치가 종료되었으나 임시조치가 청구되지 아니한 경우, 현장조사 과정에서 아동의 보호자가 아동에게 답변을 거부·기피 또는 거짓 답변을 하게 하거나 그 답변을 방해한 경우, 그 밖에 위 보호조치를 할 때까지 아동을 일시적으로 보호할 필요가 있다고 시·도지사 등이 인정하는 경우이다(제15조 제6항).

일시보호조치는 아동과 보호자를 즉시 분리해야 할 경우 아동을 보호자로부터

93) 오준호, '아동학대행위자의 아동보호서비스 이용에 영향을 미치는 요인에 관한 연구 – S 아동보호전문기관 사례를 중심으로', 서울대학교 사회복지학 석사학위논문, 2016, 22쪽.

격리하여 보호하는 조치로서, '원가정 보호원칙을 개선하기 위하여 아동학대가 강하게 의심되고, 피해아동에 대한 조사를 위하여 필요한 경우 보호자로부터 피해아동을 즉시 분리할 수 있는 제도를 마련'하는 취지로 2021. 6. 30. 도입되었다.

또한, 아동권리보장원의 장 또는 아동보호전문기관의 장은 아동의 안전 확보와 재학대 방지, 건전한 가정기능의 유지 등을 위하여 피해아동 및 보호자를 포함한 피해아동의 가족에게 상담, 교육 및 의료적·심리적 치료 등의 필요한 지원을 제공하여야 할 의무(제29조 제1항) 및 시·도지사 등 지방자치단체장, 아동권리보장원의 장 또는 아동보호전문기관의 장은 아동학대행위자에 대하여 상담·교육 및 심리적 치료 등 필요한 지원을 제공할 의무(제29조의2 제1항)를 부담한다.

이와 관련하여, 아동보호 관련 민간단체가 수년간의 현장경험을 바탕으로 학대피해아동과 가족에 대한 서비스제공이 체계적이고 효율적으로 이뤄질 수 있도록 '아동보호 통합지원 전문서비스 모형'을 개발[94]하기도 하였는바, 아동보호 통합지원 전문서비스는 포괄적 아동보호서비스의 통합지원 체계[95]로, 원가정보호서비스, 가족재결합서비스, 심리상담 및 트라우마 치료 서비스로 구성[96]되었다. 아동보호 통합지원 전문서비스가 첫 번째 학대 발생 후 18개월 동안 재학대를 약 53.7% 감소시키고, 학대피해아동 1인당 사회경제적 비용 대비 최소 17배에서 최대 3,322배의 비용 편익이 발생한 것으로 추정된다는 연구 결과[97]에 의하면, 복합적 특성이 있는 아동학대에 효과적으로 대응할 수 있는 프로그램이라 할 것이다.

국가는 피해아동을 위한 법률상담과 소송대리 등의 지원을 할 수 있는바(제29조의6), 문언의 형식에 비추어 이를 국가의 의무로 규정한 것은 아니라 할 것이다.

3. 아동보호절차

아동학대처벌법은 제3장 '아동학대범죄의 처리절차에 관한 특례' 및 제4장 '아동보호사건'에서 피해아동 등에 대한 응급조치, 아동학대행위자에 대한 긴급임시

94) 문영희, '아동학대관련 민간단체의 현황과 역할 및 발전 방향', 「아동보호연구」 제4권 제2호, 2019, 78쪽.
95) 정해린, 이봉주, '학대피해아동과 가족을 위한 아동보호 통합지원 전문서비스 모형 개발과 재학대 예방 효과 분석에 관한 연구', 「아동과 권리」제25권 제1호, 2021, 70쪽.
96) 민소영, 김세원, 정해린, '학대피해아동보호 전문서비스의 지역사회 협력 경험 -아동보호 통합지원 전문서비스시범 사업을 중심으로-', 「한국아동복지학」66호, 2019, 10쪽.
97) 정해린, 이봉주, '학대피해 아동과 가족을 위한 아동보호 통합지원 전문서비스의 비용 편익 분석', 「한국아동복지학」제69권 제4호, 2020, 140쪽.

조치, 임시조치 및 보호처분에 관한 절차를 규정하고 있다. 아동보호사건의 관할은 가정법원(제18조)이고, 여기서 아동학대행위자란 아동학대처벌법이 정하는 아동학대범죄를 범한 사람 및 그 공범, 피해아동이란 아동학대범죄로 인하여 직접적으로 피해를 입은 아동을 의미한다.

아동보호절차 중 먼저, 응급조치는 사법경찰관리나 아동학대전담공무원이, 아동학대범죄 신고를 접수한 현장에 출동하거나 아동학대범죄 현장을 발견한 경우 또는 학대현장 이외의 장소에서 학대피해가 확인되고 재학대의 위험이 급박·현저한 경우에, 피해아동, 피해아동의 형제자매인 아동 및 피해아동과 동거하는 아동(이하 '피해아동등')의 보호를 위하여 해야 하는 조치로, 아동학대범죄 행위의 제지, 아동학대행위자를 피해아동등으로부터 격리, 피해아동등을 아동학대 관련 보호시설로 인도, 긴급치료가 필요한 피해아동을 의료기관으로 인도하는 조치가 이에 해당한다. 특히, 피해아동등을 아동학대 관련 보호시설로 인도하는 조치를 하는 때에는 피해아동등의 이익을 최우선으로 고려하여야 하며, 피해아동등을 보호하여야 할 필요가 있는 등 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 피해아동등의 의사를 존중하여야 한다(제12조 제1항).

위와 같은 응급조치에도 불구하고, 아동학대범죄가 재발될 우려가 있고, 긴급을 요하여 법원의 임시조치 결정을 받을 수 없을 때에는, 사법경찰관은 직권 또는 피해아동등, 지방자치단체장 등의 신청에 따라 긴급임시조치를 할 수 있는데, 이 때 할 수 있는 조치는 임시조치 중 일부 항목에 해당하는 조치로, 피해아동등 또는 가정구성원의 주거로부터 퇴거 등 격리, 피해아동등 또는 가정구성원의 주거, 학교 또는 보호시설 등에서 100미터 이내의 접근 금지, 피해아동등 또는 가정구성원에 대한 전기통신기본법 제2조 제1호의 전기통신을 이용한 접근 금지 조치가 이에 해당된다(제13조 제1항).

임시조치는 검사가 아동학대범죄가 재발될 우려가 있다고 인정하는 경우 직권 또는 사법경찰관 등의 신청에 의하여 청구한 후, 판사가 아동학대범죄의 원활한 조사·심리 또는 피해아동등의 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우, 아동학대행위자에 대하여 결정되는 조치로, 피해아동등 또는 가정구성원의 주거로부터 퇴거 등 격리, 피해아동등 또는 가정구성원의 주거, 학교 또는 보호시설 등에서 100미터 이내의 접근 금지, 피해아동등 또는 가정구성원에 대한 전기통신기본법 제2조 제1호의 전기통신을 이용한 접근 금지, 친권 또는 후견인 권한 행사의 제한 또는 정지,

아동보호전문기관 등에의 상담 및 교육 위탁, 의료기관이나 그 밖의 요양시설에의 위탁, 경찰관서의 유치장 또는 구치소에의 유치 조치가 그것이다(제14조 제1항, 제19조 제1항).

보호처분은 심리 결과 판사가 아동학대행위자에 대한 보호처분이 필요하다고 인정하는 경우 결정으로 하는 처분으로, 아동학대행위자가 피해아동 또는 가정구성원에게 접근하는 행위의 제한, 아동학대행위자가 피해아동 또는 가정구성원에게 전기통신을 이용하여 접근하는 행위의 제한, 피해아동에 대한 친권 또는 후견인 권한 행사의 제한 또는 정지, 보호관찰등에관한법률에 따른 사회봉사·수강명령 또는 보호관찰, 법무부장관 소속으로 설치한 감호위탁시설 또는 법무부장관이 정하는 보호시설에의 감호위탁, 의료기관에의 치료위탁, 아동보호전문기관, 상담소 등에의 상담위탁이 있다(제36조 제1항).

4. 피해아동보호명령절차

아동학대처벌법은 제5장 '피해아동보호명령'에서 피해아동보호명령사건의 절차에 관하여 규정하고 있다. 피해아동보호명령사건 또한 가정법원 관할(제46조)이다.

피해아동보호명령은 판사가 조사결과를 바탕으로 직권 또는 피해아동, 그 법정대리인, 변호사, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장의 청구에 따라 피해아동의 보호를 위하여 결정으로 하는 명령으로, 아동학대행위자의 일정한 자유를 제한하는 조치를 포함하고 있으나 그 성격이 민사제재[98]로 이해된다. 아동학대처벌법 제47조 제1항은 총 10개의 피해아동보호명령을 규정하고 있는바, 그 중 아동학대행위자에 대한 조치로, 피해아동의 주거지 또는 점유하는 방실로부터의 퇴거 등 격리, 아동학대행위자가 피해아동 또는 가정구성원에게 접근하는 행위의 제한, 아동학대행위자가 피해아동 또는 가정구성원에게 전기통신을 이용하여 접근하는 행위의 제한(1호 내지 3호)이 있고, 피해아동에 대한 조치로는, 피해아동을 아동복지시설 또는 장애인복지시설로의 보호위탁, 피해아동을 의료기관으로의 치료위탁, 피해아동을 아동보호전문기관, 상담소 등으로의 상담·치료위탁, 피해아동을 연고자 등에게 가정위탁(4호 내지 6호)이 있고, 아

98) 박수희, 문준섭, '아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 주요내용 및 개정방향', 「한국범죄심리연구」 제14권 제4호, 2018, 82쪽.

동학대행위자가 피해아동에 대하여 갖는 권한에 대한 조치로, 친권자인 아동학대행위자의 피해아동에 대한 친권 행사의 제한 또는 정지, 후견인인 아동학대행위자의 피해아동에 대한 후견인 권한의 제한 또는 정지, 친권자 또는 후견인의 의사표시를 갈음하는 결정(7호 내지 9호)이 있다.

판사는 피해아동보호명령의 청구 후 아직 피해아동보호명령을 결정하기 전에도, 피해아동 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 임시로 위 피해아동보호명령 중 하나를 임시보호명령으로 결정할 수 있다.(제52조 제1항)

5. 아동학대행위자에 대한 형사처벌

국가가 범죄로 규정한 행위를 행한 행위자에 대하여 형벌을 부과하는 절차인 형사절차의 목적은 궁극적으로 사법정의의 실현[99]에 있다. 아동학대가 개인의 일탈이 아니라 사회구조적 문제 속에서 발생하는 부정의(injustice)라고 할 때, 그 부정의를 실행한 아동학대행위자에 대한 국가의 형벌권 행사는 정의의 회복 내지 실현으로서 그 중요성을 결코 부정할 수 없다.

아동학대행위자에 대한 형사처벌과 관련하여, 그 행위가 처벌되는 범죄의 구성요건에 해당되어야 한다는 일반적인 요건 외, 그 절차에서 다른 범죄와는 다른 특성이 있다. 이하에서는 아동복지법과 아동학대처벌법을 중심으로 아동학대라는 범죄의 구성요건 및 형사절차에서의 특수성을 살펴본다.

가. 범죄의 구성요건으로서의 아동학대

앞서 살펴본 것처럼 아동복지법은 제3조에서 '아동학대'를 정의하고 있으나 이에 대한 벌칙 조항은 없고, 제17조에서 성적 학대행위, 신체적 학대행위, 정서적 학대행위 등 세 가지 '학대행위'를 따로 규정하면서, 그에 대한 벌칙 조항으로 제71조 제1항을 두고 있다. 한편, 아동학대처벌법은 제2조에서 '아동학대범죄'를 규정하고 있으나 아동복지법 제71조 제1항 위반 및 형법상 여러 범죄를 '보호자에 의한 아동학대'라는 기준으로 분류한 것이고, 독자적인 처벌 조항은 아동학대살해·치사죄(제4

99) 김희옥, 박일환, 「주석 형사소송법」, 한국사법행정학회, 2017, 4쪽.

조), 아동학대중상해(제5조), '아동학대범죄'의 상습범(제6조) 등 3개 조항뿐인데, 그나마 모두 가중범으로, 기본적 구성요건은 위 '아동학대범죄' 중 일부 범죄인 형법 내지 아동복지법의 구성요건에 의존하고 있다. 그리고 아동복지법 제3조의 '아동학대관련범죄'는 구성요건이나 처벌 조항이 전혀 없이, 위 '아동학대범죄' 및 아동에 대한 형법상 살인죄를 지칭하고 있다.

그래서 일견 우리 법체계가 '아동학대'와 '아동학대로 인한 범죄'를 구별하고 있는 것처럼 보이기는 하나, '아동학대범죄'를 '보호자에 의한 아동학대'라고 규정하면서 '아동학대'의 의의는 아동복지법 제3조의 정의를 원용하고 있는 점, '아동학대범죄'의 주체를 보호자로 제한하는 점, '범죄'라는 말은 형벌이 부과되는 구성요건적 행위라는 뜻에서 고유한 의미를 갖는다고 할 수 없는 점 등을 고려하면, 우리 법이 '아동학대'라는 특정한 범죄의 구성요건을 창설한 것처럼 볼 여지도 있다. 특히 법원이 아동복지법 제3조의 '아동학대'를 실질적으로 형벌을 부과하는 구성요건으로 이해하는 것처럼 보이는 판결(제주지방법원 2017. 2. 3. 선고 2016고단853 판결)을 선고하기도 하는 사실에 비추어 보면, 과연 우리 법상 '아동학대'라는 특정한 범죄의 구성요건이 따로 존재하는지, 만약 그렇다면 그 규정 방식이 타당한지에 관한 의문이 제기된다.

위 제주지방법원 판결은 어린이집 교사가 발달장애를 가진 5세 아동의 팔을 세게 잡아 전치 14일의 타박상 등을 가한 행위에 대하여 아동복지법 제17조 3호(신체적 학대행위) 위반으로 기소된 사건에서, 법원이 위 행위가 제3조의 '아동학대'에 해당하지 않는다는 이유로 무죄를 선고한 것으로, 제3조의 '아동학대'를 형벌이 부과되는 요건, 즉 범죄의 구성요건으로 이해한 것으로 보인다. 판결문에서 명시적인 이유를 밝히고 있지는 않으나, 위 행위로 인하여 아동의 신체에 '손상'이 발생한 사실이 명확하여, 제17조 3호에 따라 판단할 경우 무죄를 선고하기 어렵기 때문이 아닌가 생각된다. 즉, 피해자의 신체에 '손상'이 발생한 사실은 상해진단서, 피해부위 사진 등 증거에 의하여 명백히 인정되는데, 제17조 3호는 신체적 학대행위를 '아동의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는' 행위라고 규정하고 있어, '손상'이 발생한 이상 고의와 같은 주관적 구성요건요소가 문제되지 않는 한 신체적 학대행위가 인정되는 구조로 되어 있다. 법원은 이를 회피하기 위하여 '손상'이라는 요건이 없는 제3조의 '아동학대'의 의의에 따라 판단한 것으로 보인다.

또한 위 판결은 이유에서 '훈육은 부모 또는 선생님이 교육적으로 필요한 시

기에 불편하다고 피해서는 안 될 의무이지 권리가 아니고', '피해아동이 장애아동이기는 하나 일정 부분에 대하여 적극적 훈육이 없이는 문제행동의 개선이 되지 않거나 더뎌질 수도 있는 점', '피해아동의 사회성이나 장래를 위하여도 도움이 되지 않는 점', '계속적인 훈육의 일환', '단편적인 행동에 다소 부드러움이 부족한 면이 있다고 하여 바로 학대행위에 포섭하는 것은 매우 위험하며, 이는 아동의 보호자로 하여금 별다른 교육적 지도 없이 다치지 않게 관리만 하는 소극적인 행동을 유발할 수 있는 것으로서, 특히 상대적으로 훈육이 쉽지 않은 장애아동의 건전한 발달과 성장을 위해서라도 신중해야 할 일' 등 피고인의 행위가 훈육에 해당하고, 그 필요성이 있음을 상당히 자세히 설시하였다.

위 판결에 대하여 검사가 항소를 제기하면서 예비적 공소사실로 상해죄 및 폭행치상죄를 추가하였는데, 2심인 제주지방법원 2017. 7. 20. 선고 2017노118 판결은 주위적 공소사실인 아동복지법 제17조 3호 위반에 대해서는 제3조와의 관계에 대한 언급 없이 1심의 판단이 정당하다고 하고, 예비적 공소사실에 대해서는 '피해자를 훈육하는 과정에서 발생'한 것으로 '상해나 폭행의 고의를 인정하기 어렵다'고 판시하면서 항소를 기각하였다.

위 2심에 대한 상고심이 앞에서 살펴본 아동복지법 제17조 3호 '신체적 학대행위'의 의의를 판시한 대법원 2020. 1. 16. 선고 2017도12742 판결인바, 대법원은 상고를 기각하면서 피고인의 행위를 '계속적인 훈육의 일환'으로 판단한 1심과 2심을 정당하다고 하였으나 '훈육'이 무엇인지에 대해서는 판시하지 않고, 1심이 제17조 3호를 제3조의 문언에 따라 판단한 것에 대해서도 언급하지 않고, "제17조 제3호는 '아동의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위'라고 규정함으로써 '신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위'가 구성요건에 추가되었다."라고만 판시하였다.

위 제주지방법원 판결 및 2심, 대법원의 판결은 형사절차에서 아동학대의 의의, 즉 처벌되는 범죄의 구성요건으로서의 아동학대에 대한 두 가지 의문을 집약적으로 보여주고 있다. 첫 번째는, 아동복지법 제3조의 '아동학대'가 벌칙 조항이 없음에도 사실상 범죄의 구성요건으로서 기능하고 있는 것인지, 그렇다면 제17조 각 호의 '학대행위'와의 관계는 어떠한지에 관한 의문이다. 두 번째는, 훈육이 아동학대의 성립을 일정 부분 제한하는지, 만약 그렇다면 그 방법이 행위 자체의 특성에 의한 것인지, 아니면 훈육 의도 등 행위자의 의사에 의한 것인지, 이러한 현상이 사회

적으로, 법적으로 타당한지에 관한 의문이다.

나. 아동학대 관련 형사절차의 특수성

아동학대처벌법은 제3장 '아동학대범죄의 처리절차에 관한 특례'라는 제목으로 '아동학대범죄'에 대한 신고의무, 사법경찰관리나 아동학대전담공무원의 현장출동 의무 등을 규정하고 있는바, 신고의무에 대해서는 위 1.항에서 검토한 바와 같다. 신고를 접수한 사법경찰관리나 아동학대전담공무원은 지체 없이 아동학대범죄의 현장에 출동하여야 하고(제11조 제1항), 이 때 현장 또는 피해아동을 보호하기 위하여 필요한 장소에 출입하여 아동 또는 아동학대행위자 등 관계인에 대한 조사 내지 질문을 할 권한이 있는데, 이 경우 아동학대전담공무원은 피해아동의 보호 및 사례관리를 위한 범위에서만 할 수 있어 권한의 범위가 사법경찰관리에 비하여 제한된다. 한편, 지방자치단체장은 아동학대전담공무원의 현장출동 시 아동보호 및 사례관리를 위하여 필요한 경우 아동보호전문기관의 장에게 그 직원의 동행을 요청할 수 있고, 이 경우 아동보호전문기관의 직원은 피해아동의 보호 및 사례관리를 위한 범위에서 아동학대전담공무원의 조사에 참여할 수 있다. 이와 별도로, 아동학대전담공무원은 피해아동의 보호 및 사례관리를 위한 조사를 위하여 아동학대행위자 및 관계인에 대하여 출석·진술 및 자료제출을 요구할 권한이 있다.(제11조의2)

한편 아동학대범죄의 공소시효는 피해아동이 성년에 달한 날부터 진행하고, 해당 아동보호사건이 법원에 송치된 때부터 시효 진행이 정지되고, 공범 중 1명에 대한 시효정지는 다른 공범에게도 효력을 미친다.(제34조) 또한, 아동학대범죄 중 성적 학대로 분류될 수 있는 범죄 중 일부에 대해서는 성폭력범죄의처벌등에관한특례법(이하 성폭력처벌법)에 의하여 공소시효의 특례가 적용될 수 있다. 즉, 성폭력처벌법 제21조는 미성년자에 대한 성폭력범죄의 공소시효는 피해자가 성년에 달한 날부터 진행하고, 강제추행, 강간 등 일부 형법범 및 친족관계에 의한 강간 등을 포함하여 성폭력처벌법 제3조 내지 제9조 위반범은 DNA 등 과학적 증거가 있는 경우 공소시효가 10년 연장되고, 13세 미만의 아동에 대한 형법상 강간, 강간살인 등에 대해서는 아예 공소시효가 배제됨을 규정하고 있는바, 위 조항에서 규정된 범죄들은 아동학대 중 성적 학대에 해당될 가능성이 높다고 할 것이다. 그러나, 아동복지법 제17조 제2호의 성적 학대행위는 성폭력처벌법에 성폭력범죄로 규정되어 있

지 않아, 아동에 대한 성적 학대가 아동복지법위반으로만 입건될 경우에는 위 성폭력처벌법에 의한 공소시효 특례 조항이 적용되지 않으나, 아동학대처벌법상 아동학대범죄에 해당하여 아동학대처벌법에 의한 공소시효의 진행 및 정지 조항은 적용될 것이다.

또한 아동학대범죄는 검사의 처분과 관련하여, 혐의의 입증 여부에 따른 기소 내지 불기소 처분과는 다른 종류의 처분이 가능하다는 특수성이 있다. 즉 아동학대처벌법은 검사가 사건의 성질·동기 및 결과, 아동학대행위자와 피해아동과의 관계, 아동학대행위자의 성행 및 개선 가능성, 원가정보호의 필요성, 피해아동 또는 그 법정대리인의 의사를 고려하여 아동학대행위자에 대하여 상담, 치료 또는 교육 받는 것을 조건으로 기소유예를 할 수 있음을 규정(제26조)하고 있는바, 이는 공소제기 시 발생할 수 있는 낙인효과를 줄일 수 있는[100] 효과가 있다. 물론 기소유예는 모든 범죄에서 할 수 있는 처분이나, 아동학대범죄에 대해서는 특별히 이를 법률에 명시하고 있다는 점에서, 아동학대범죄와 관련하여 독자적인 의의를 갖는다고 할 수 있다. 또한, 검사는 위와 같이 기소유예를 할 수 있는 사유를 고려하여 보호처분을 하는 것이 적절하다고 인정하는 경우에는 아동보호사건으로 처리할 수 있다.(제27조)

IV. 검토

1. 아동학대의 의의에 관한 혼란

현행 아동복지법 체계상 제3조가 아동복지법 전체에 적용되는 정의 조항이고, 통상 범죄란 국가에 의하여 형벌이 부과되는 행위를 의미한다고 할 때, 제17조 각 호의 규정, 그 중에서도 그 어구가 '학대행위'로 끝나는 제2호, 제3호, 제5호는 '범죄인 아동학대'로, 제3조의 아동학대는 범죄인 아동학대를 포함하는 보다 '넓은 의미의 아동학대'로 이해할 수 있다. 즉 법의 체계상 '아동학대'에는 범죄로 처벌되는 행위와 그렇지 않은 행위를 모두 포함하는 것으로 이해되나, 앞서 살펴본 바와 같이 아동학대처벌법상 '아동학대범죄', 아동복지법상 '아동학대관련범죄' 등 유사한

100) 황만성, '아동학대범죄에 대한 형사정책적 방안에 관한 고찰', 「한양법학」 제28권 제1집, 2017, 252쪽.

용어의 혼용, 실제 판결에서 아동복지법 제3조의 '아동학대'를 구성요건처럼 해석하면서 제17조의 '학대행위'와 구별하지 않는 듯한 태도 등에 비추어, 사실상 '아동학대'의 의미가 구별없이, 형사적 의미로, 사용되는 것으로 보인다.

그러나 아동복지법은 아동학대 행위자에 대한 형사처벌뿐만 아니라 아동의 보호 내지 복지에 관한 기본법으로서, 전체적인 아동복지정책의 수립을 비롯하여 아동보호서비스, 아동 및 가족에 대한 지원 서비스, 친권 상실 등 다양한 비형사적 조치와 절차를 규율하므로, 각 조치와 절차의 내용과 특성에 따라 아동학대의 의미가 달리 이해될 필요가 있다. 일반적으로 범죄의 구성요건은 엄격한 증거법칙에 의하여 판단된다는 점에서, 아동학대 행위자에 대한 형사처벌을 위한 아동학대, 즉 '범죄인 아동학대'는 아동학대와 개념적으로 구별되어야 할 것이다.

아동복지법은 형사법적 내용을 일부 포함하고는 있으나 그 성격상 아동복지에 관한 국가정책의 기본방향이나 복지 관련 행정적 조치를 주로 규율하는 법률이므로 이 법률상의 개념을 전체적으로 범죄구성요건에 그대로 차용하는 것이 타당한지 의문이라는 견해[101], 아동복지법과 아동학대처벌법은 태생적으로 다른 관점에서 출발[102]하였음에도 아동복지법에 의한 '아동학대'의 의의를 동일하게 사용함에 따라 아동학대 담당기관의 개입의 범위, 정도에서 차이가 나지 않을 수 없다는 견해[103], 형사특별법으로서의 아동학대처벌법상의 아동학대개념에 국가의 아동복지정책의 방향이나 이에 대한 행정조치를 규율대상으로 하고 있는 아동복지법상의 아동학대 개념을 그대로 차용할 경우 처벌의 근거가 되는 아동학대 개념이 지나치게 넓어지게 된다는 견해[104], 형법에서 학대죄를 규정하고 있음에도 아동복지법에서 아동학대의 개념을 정의한 후 아동학대처벌법에서 이를 수용하면서 아동학대범죄를 처벌하는 동시에 피해아동을 위한 모든 보호조치를 밀어넣은 형태가 아동의 보호를 위해서 적절한지 의문이라는 견해[105] 등도 같은 취지로 이해된다.

아동학대의 의의에 관한 혼란을 초래하는 또 다른 이유로 훈육을 들 수 있다. 앞서 아동학대 사건에 관한 판결례에서 확인한 바와 같이, 훈육이 아동학대로 인한

101) 김슬기, '제정 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 검토', 「연세대학교 법학연구」제24권 제2호, 2014, 205쪽.
102) 이세원, '한국 아동학대범죄에 대한 사법적 판단과 지향에 대한 연구', 서울대학교 사회복지학 박사학위논문, 2017, 36쪽.
103) 강은영, 김희균, 「아동학대의 실태와 학대피해아동 보호법제에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 2015, 385쪽.
104) 박수희, 문준섭, 앞의 글, 77쪽.
105) 최준혁, '아동학대에 대한 대응수단으로서의 형법 - 2020년의 아동복지법과 아동학대범죄 처벌 등에 관한 특례법의 개정을 중심으로 -', 「비교형사법연구」제22권 제4호, 2021, 44쪽.

범죄의 성립 여부 및 양형 모두에 영향을 미치고 있는 이상, 훈육의 의미 내지 범위를 명확히 하여 아동학대와 훈육과의 관계를 정립함으로써 아동학대의 의의를 명확히 정립할 필요가 있다. 자녀를 훈육 및 체벌하여 신고된 부모가 오히려 '문제없다'고 소리치거나 아동학대전담공무원의 신변을 위협하는 등 아동학대전담공무원의 어려움을 보도한 기사[106]의 취지에 비추어, 이러한 필요성이 비단 아동학대행위자에 대한 형사절차에만 국한된 것도 아니라 할 것이다.

또한 아동복지법상 '아동학대관련범죄'라는 개념의 실효성도 의문인바, 이 개념이 사용되는 곳은 '아동학대관련범죄'로 형 또는 치료감호를 선고받은 사람이 아동보호전문기관, 아동관련기관의 취업을 제한하는 규정(제29조의3) 정도인데, 일정한 범죄자의 경우 아동과 관련된 기관에 취업을 제한해야 할 타당성은 별론으로, 위와 같이 특정한 목적에만 사용되는 개념을 '아동학대관련범죄'라 칭하면서 아동복지법 전체를 관장하는 정의 조항에서 함께 규정하고 있는 것은, '아동학대' 및 '범죄인 아동학대'와의 혼동을 더욱 가중시킬 우려가 있다고 할 것이다.

2. 아동학대에 대한 대응의 적절성에 관한 의문

앞서 통계에서 확인한 바와 같이 아동 재학대 사례의 증가 및 재학대행위자의 절대 다수가 부모라는 사실, 그럼에도 재학대 사례 중 68.3%가 원가정보호 조치된 사실은 우리 법상 아동보호 및 아동학대행위자의 갱생프로그램이 그 역할을 다하지 못하는[107] 것은 아닌지 의문이 들게 한다. 즉, 앞서 본 아동학대의 의의에 관한 혼란에도 불구하고 일단 아동학대로 인정된 후에도, 아동학대에 대응하기 위한 여러 법적 제도나 절차가 제대로 대응하고 있는지에 관하여 검토할 필요가 있다.

가. 아동학대에 대한 대응이 형사절차에 편중되어 있는가

앞서 본 2020년 아동학대 관련 통계에 의하면 아동학대사례 대부분이 형사절차에 의하여 처리되는 것은 아님을 알 수 있다. 그러나, 아동보호절차가 수사기관의

106) 2021. 1. 10. 매일신문, "가해자 항의·신변 위협도…아동학대전담공무원 '격무' 호소" (https://news.imaeil.com/page/view/2021011016323222435, 2021. 12. 2. 접속)

107) 최형보, 강동욱, '아동 재학대에 대한 법제도적 대응방안 - 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법을 중심으로 -', 「법학논총」제45권 제2호, 2021, 113쪽.

‘아동학대범죄’ 수사에서 시작되고, 사법경찰관이 아동학대범죄를 수사한 후 해당 사건을 아동보호사건으로 처리하는 것이 적절한지에 관한 의견을 제시하고, 검사가 아동학대범죄에 대하여 아동보호사건 송치, 공소제기 또는 기소유예 등 어떠한 처분을 할지 결정하는 등 사실상 수사기관의 판단에 따라 아동보호사건으로의 처리 여부가 결정되는 점, 임시조치 등 아동보호절차의 주된 처분이 아동학대행위자를 대상으로 하는 점, 아동학대행위자 및 피해아동 등 주요 개념이 ‘아동학대범죄’를 전제로 하는 점 등에 비추어 아동보호절차가 형사절차와 완전히 분리된 절차라 할 수 없다. 피해아동보호명령의 경우 수사기관의 개입 없이 개시되고, 결정의 대상이 아동학대행위자 및 피해아동 모두를 포함하는 등 아동보호절차와 구별되는 특성이 있으나, 주요 개념이 ‘아동학대범죄’를 전제로 하는 건 마찬가지다.

또한 아동학대전담공무원 제도가 도입된지 얼마 되지 않았고, 관계인에 대한 조사, 출석이나 자료제출 요청 등은 수사와 유사한 성격을 가진 점에 비추어, 현장 출동 후 조사 등 아동학대 사건 발생시 초동 대처의 주요 부분이 사법경찰관리에 의하여 행하여질 것으로 보이는바, 사법경찰관리의 개입은 관련자들뿐만 아니라 일반인에 대하여도 형사절차라는 인식을 갖게 한다. 이에 더하여, 앞서 본 판결례에서 확인한 바와 같이, 법원이 아동복지법 제17조 각호의 ‘학대행위’라는 구성요건을 제3조 ‘아동학대’의 의의에 따라 판단하기도 하는 점을 함께 고려하면, 우리 사회에서 아동학대의 의미와 범위부터 행위자, 아동 등 아동학대 관련자들에 대한 여러 처분과 조치가 형사절차를 중심으로 이루어지고 있다고 보아도 크게 잘못된 평가는 아니라 할 것이다.

즉 단순히 아동학대 사건이 형사사건으로 처리되는 비율이 문제가 아니라, 아동학대 사건의 발생 후 처리 과정에 관여하는 기관의 성격 및 그 기관의 역할에 대한 사회적 인식, 아동학대와 관련한 여러 문제 중에서도 행위자의 형사처벌에 대한 관심의 집중 등이 아동학대에 관한 형사절차 중심의 ‘마인드’를 형성하고 있다고 할 것이다.

아동학대처벌법에 모든 강제조치와 보호처분, 피해아동보호명령 등 예방조치를 집중하여 아동학대 신고접수 후 아동학대처벌법 사안인지가 가장 중요한 쟁점이 되어버려, 수사기관은 이 법률을 적용해 입건, 송치, 기소하기를 머뭇거리게 되고, 부모에 대해 교육이나 상담, 치료를 강제하기 위해서는 아동학대처벌법의 적용대상이 되어야 한다는 이유 등으로 아동학대처벌법이 제대로 작동하지 못하고 있다는

견해[108], 그동안 우리 사회가 아동학대범죄에 대해서도 가해자에 대한 처벌을 주요 목적으로 해왔다고 평가하는 견해[109], 여전히 아동학대범죄에 있어서 학대행위자에 대한 처벌위주의 태도에서 벗어나지 못하고 있는 것은 문제점이라는 견해[110], 매번 아동학대 사망사건이 발생하면 정부와 언론들은 기다렸다는 듯이 아동학대범죄에 대한 법을 강화시키고, 피해아동의 이름을 딴 법을 만들고, 가해자 신상 공개 등 사전예방보다는 사후 대책 위주로 진행되고 있어 피해아동을 줄이는 데 한계가 있다는 견해[111]도 아동학대에 관한 우리의 법체계와 현실이 형사절차에 편중된 경향을 비판하는 취지로 이해된다.

물론 아동학대에 대한 형사적 대응, 그 중에서도 아동학대행위자의 처벌은 특정한 피해자에게 가해진 불법에 대한 직접적인 책임을 물음으로써 사법정의를 실현하고, 아동학대가 국가가 개입하여야 할 부정의라는 사회적 인식을 정착시키는 데 가장 효과적인 수단이라는 점에서, 그 중요성을 결코 부정할 수 없음은 이미 언급한 바와 같다.

그러나 형사법의 주요 원리인 무죄추정의 원칙, 합리적 의심의 범위를 넘는 엄격한 증거법칙 등이 항상 아동의 안전 내지 복지와 잘 맞는 것은 아니다.[112] 특히 부모에 의한 아동학대의 경우, 아동은 부모의 수감 내지 벌금 납부 등으로 인한 경제적 어려움을 겪을 수 있고, 부모의 처벌을 아동의 탓으로 돌리는 다른 가족으로부터 적대감에 직면할 수도 있다. 즉 가해자에 대한 형사처벌이 언제나 아동의 최선의 이익과 부합하는 것은 아니고[113], 아동학대에 대한 대응은 '선제적'이어야 한다는 점[114]에서 사후적 개입이 본질적 속성인 형사절차는 아동학대의 예방이나 더 심각한 결과로 진행하는 것을 막는 데 한계가 있다.

아동학대에 관한 법적 대응을 예방, 발견, 개입 및 보호의 각 단계[115]로 구분할 때, 피해아동의 보호가능성을 높이기 위해서는 형사사건화하기 이전에 각 단계

108) 최준혁, 앞의 글, 36~38쪽.
109) 이세원, '한국 아동학대범죄에 대한 사법적 판단과 지향에 대한 연구', 6쪽.
110) 강동욱, '2020년 개정 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에 대한 비판적 검토', 「인하대학교 법학연구」, 2020, 119쪽.
111) 이창수, 이용주, 홍상욱, '아동학대 대응 방안 실효성 분석', 「교정상담학연구」 제6권, 2021, 93쪽.
112) Department of Justice Canada, 'Enhancing Safety: When Domestic Violence Cases are in Multiple Legal Systems(Criminal, family, child protection)', 2013, 4쪽.
113) Julien D. Payne 외 1인, 앞의 책, 117~118쪽.
114) 현소혜, '「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」의 문제점과 개선방안', 「법학논총」 제24권 제2호, 2017, 404쪽.
115) 김성규, '아동학대에 관한 형법적 대응의 의미와 과제', 「형사정책」 제27권 제1호, 2015, 118쪽.

에서의 적극적 개입이 필요[116]하나, 아동학대 문제의 형사절차 편중 경향은 이를 어렵게 할 수 있다는 점에서 문제라 할 것이다. 즉, 아동학대에 해당한다고 하더라도 모두가 범죄로 다루어야 할 필요는 없으며 오히려 보호자에 대한 처벌이 아동에게 부정적 영향을 줄 수 있기 때문에 형사사법기관이 개입해야 할 영역, 형사사법기관과 사회복지기관이 동시에 개입해야 할 영역, 사회복지기관이 개입해야 할 영역으로 구분[117]하여, 각 영역 별로 다양한 제도를 개발할 필요가 있다는 점에서도, 형사절차에의 편중은 아동의 보호를 위하여 바람직하지 않은 현상이라 할 것이다.

나. 아동 보호를 위한 비형사절차는 아동의 보호를 위하여 충분한가

아동학대처벌법상 아동보호절차는 아동학대행위자를 대상으로 한 처분으로, 물론 아동학대행위자로 하여금 피해아동등에게 접근하지 못하게 하는 등 아동의 보호를 위한 것이긴 하나, 직접적으로 아동 본인에 대한 조치가 아니라는 점에서 아동의 보호를 위하여 충분한 것인지 의문이 있다. 피해아동보호명령절차에 대해서도, 비교적 다양한 처분과 처분변경이 가능한 제도이지만, 실무적으로는 현실적인 제약도 있고 처분의 공백도 있고, 법원이 학대피해아동의 보호에 직접 개입하고 후견적으로 집행감독까지 하는 것은 아직도 낯선 실정이라는 비판[118]이 있고, 특히 수사기관이 전혀 개입하지 않는, 즉 아동학대 범죄를 형사사건화하지 않으면서도 국가가 학대행위자에게 어떠한 종류의 명령을 내릴 수 있는 유일한 제도[119]임에도, 정작 행위자에 대하여 자녀 양육 방법, 환경 등을 개선하여 추가적인 아동학대를 예방하는 등 아동을 보호할 수 있는 가장 기본적인 방법인 교육 또는 상담을 실시할 수 없는 것은 모순이라 할 것이다.

아동복지법상 지방자치단체장의 보호조치는 보호대상아동에 대한 직접적인 조치이기는 하나, 아동 관점에서의 보호배치를 판단할 책무와 그 기준 등에 대한 규정이 모호하고, 그 결과 시행령 등 하위법령과 업무지침에도 법의 기본이념과 국가책무가 전혀 반영되지 않고 있다는 비판[120]이 있고, 특히 친족에 의한 가정보호, 가

116) 최준혁, 앞의 글, 54쪽.
117) 김잔디, '보호자에 의한 아동학대 대책에 관하여 - 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법을 중심으로', 「치안정책연구」 제35권 제1호, 2021, 226쪽.
118) 표현지, '피해아동보호명령 실무 - 개요와 현황을 중심으로 -', 「가족법연구」제33권 2호, 2019, 352~353, 327쪽.
119) 현소혜, 앞의 글, 406쪽.

정위탁의 경우 재가보호에 대한 관리감독의 필요성[121]이 있다고 할 것이다.

그 외 아동복지법상 아동보호서비스에 대하여도, 아동복지기관이 제공하는 서비스의 내용이 상담서비스에 상당히 집중되어 있어 피해아동, 행위자 및 가족의 특성에 따라 그들이 필요로 하는 서비스를 충분히 제공하고 있다고 보기 어려운 점[122], 그 중 학대행위자에 대한 서비스 중 대부분은 상담서비스인데, 대부분 전화상담으로 진행되어, 실제 아동학대를 일으키는 위험요인을 변화시키기에는 어려움이 따르는 점[123] 등에 비추어, 아동보호전문기관에서 제공하는 서비스 또한 아동의 보호나 아동학대 예방에 얼마나 효과가 있을지 의문이 들기도 한다.

또한 국가가 피해아동을 위한 법률상담과 소송대리 등의 지원을 할 수 있다는 부분은, 문언의 형식에 비추어 피해아동이 직접 국가를 상대로 법률상담과 소송대리 등을 요청할 권리를 인정한 것은 아니다. 그러나 아동보호절차 등에서 아동은 주변인이 아니라 가장 중요한 이해관계를 가진 당사자이므로, 아동의 이익과 진정한 의사를 효과적이고 독립적으로 전달할 변호인 등 대리인의 존재가 꼭 필요하다고 할 것이다. 아동복지법이 국가가 피해아동을 위한 법률상담 등 지원을 할 수 있다고 규정한 것은 위와 같은 인식에 기초한 것으로 이해되나, 이를 아동의 권리로 보장하지 않고 그 지원 여부를 임의적으로 규정한 것은 아동의 보호를 위하여 충분하지 않다고 할 것이다.

실제 사례를 통해 아동 보호를 위한 비형사절차의 실효성을 좀 더 구체적으로 살펴보자. 전격성간염에 걸린 11세의 자녀에 대하여 의사들이 당시의 의료기술상 최선의 치료방법이라고 권유하는 수혈을 자신이 믿는 종교인 여호와의 증인의 교리에 어긋난다는 이유로 거부한 사례[124]에서, 아동은 결국 사망하였고, 수혈을 거부한 아동의 어머니는 유기치사죄로 처벌되었다. 위 판결이 선고된 1980년 당시 아동복지법의 전신인 아동복리법에도 구청장, 시장 또는 군수가 그 관할구역 내에서 요보호아동을 발견하였을 때에는 이를 일시보호하고, 필요할 때에는 그 관할구역내의 아동복리시설에 그 보호를 위탁할 수 있고, 위 구청장 등으로부터 요보호아동에 대하여

120) 장영인, '보호대상아동 보호의 국가책임에 대한 비판적 고찰 : 법령과 지침의 분석을 중심으로', 「비판사회정책」 제68호, 2020, 166~167쪽.
121) 장영인, '아동학대에 대한 공적 개입 개선방안에 관한 일고 : 행정 권한의 강화를 중심으로', 「한국아동복지학」 제24호, 2007, 55쪽.
122) 김세원, 이봉주, 김현수, YOO JOAN PAEK, 이상균, 장화정, '아동보호서비스 특성이 아동학대 재발생에 미치는 영향', 「아동과 권리」 제24권, 2020, 482쪽.
123) 오준호, 앞의 논문, 29~30쪽.
124) 대법원 1980. 9. 24. 선고 79도1387 유기치사 등 판결

보고를 받은 서울특별시장 또는 도지사는 보고된 날로부터 10일 이내에 아동 및 그 보호자에 대하여 세유처분[125]을 하거나 서약서를 제출시키거나, 아동복리지도원 또는 아동위원에게 아동 또는 보호자에 대한 지도를 행하게 하거나, 아동의 보호를 희망하는 자에게 그 보호를 위탁하거나, 보육시설 등에 아동을 입소시키는 등 조치를 취해야 하고, 위 조치를 취할 때까지 필요하다고 인정할 때에는 아동을 적당하다고 인정되는 자에게 일시위탁하여 보호하게 할 수 있는 등 아동학대 피해자 등 요보호아동을 위한 지방자치단체장의 여러 조치(제8조, 제9조)가 규정되어 있었지만, 결과적으로 위 아동에게 수혈을 하여 생명을 살릴 수 있는 조치는 행해지지 못했다.

위와 같은 사례에 대하여 현행법에 의해서는 어떤 조치가 가능할까. 우선, 아동복지법상 관할 지방자치단체장은 아동에게 직접 수혈을 하게 하는 내용의 보호조치를 할 수는 없지만, 일단 아동을 부모로부터 격리한 후 친족 또는 가정위탁하거나 아동복지시설에 입소시킨 후 해당 가정 내지 시설에서 아동에게 수혈을 받게 할 수 있을 것이다. 아동학대처벌법상 임시조치나 보호처분은 학대행위자를 대상으로 한 것이므로 직접적인 소용은 없으나, 피해아동보호명령으로 아동을 의료기관으로 치료위탁하거나 친권자 또는 후견인의 의사표시를 갈음하는 결정을 함으로써 소기의 목적을 달성할 수 있을 것이다. 이에 피해아동보호명령이 가장 효율적으로 기능할 수 있는 경우는 위 수혈 거부 사례와 같이 부모가 아동의 치료를 거부하는 경우라고 평가하는 견해[126]도 있다.

아동복지법이나 아동학대처벌법 외 다른 법률에 의한 조치도 가능하다. 우선, 의사는 최선의 주의를 다하여 환자를 진료할 의무를 부담하므로, 부모의 수혈 거부는 의사의 진료에 대한 방해행위가 될 수 있어, 의사가 법원에 진료행위방해금지가처분을 신청[127]할 수 있고, 실제로 서울동부지방법원 2010카합2341 사건에서 '채무자들(아동의 부모)은 채권자 병원에서 아동에 대하여 구명(救命)을 위하여 행하는 수

125) 1961. 12. 22. 본회의 의결된 아동복리법안의 '제안이유 및 주요내용'에 세유처분이 한자(說諭處分)로 기재되어 있는바, 위 법안 및 아동복리법 자체에 그 의미를 설명하고 있지 않으나, 세유(說諭)는 '말로 잘 타이름'이라는 뜻인 점, 아동복리법을 폐지하고 제정된 구 아동복지법(법률 제3438호) 제11조 제1항 1호 '아동 및 그 보호자에 대하여 훈계하거나 서약서를 제출시키는 것'이 아동복리법 제9조 1호 '아동 및 그 보호자에 대하여 세유처분을 하거나 서약서를 제출시키는 것'에 대응하는 조항인 점에 비추어 볼 때, '세유처분'은 아동 및 보호자를 훈계하는 처분으로 이해된다.
(국회의안정보시스템(https://likms.assembly.go.kr/bill/BillSearchResult.do, 2022. 2. 4. 접속)

126) 백승흠, '아동학대처벌법과 피해아동의 보호', 「한국경찰학회보」 제17권 제1호, 2015, 100쪽.

127) 김민중, '미성년자에 대한 의료행위와 부모의 권한 - 종교상의 신념에 기한 수혈거부를 중심으로 -', 「의료법학」제13권 제2호, 2012, 245~246쪽.

혈행위를 방해하여서는 아니 된다'라는 가처분이 발령[128]되기도 하였다. 그러나, 위 가처분 이후 아동은 부모의 의사에 따라 무수혈수술이 가능하다는 서울대병원으로 이송되었으나 결국 사망[129]하였고, 아동의 부모는 유기치사 혐의에 대하여 경찰에서 내사종결[130]되었는바, 아동이 사망한 것은 물론 아동의 부모가 형사처벌은커녕 입건조차 되지 않았다는 점에서, 결과의 측면에서는 과연 위 1980년 판결 선고 당시에 비하여 나아진 것이 있는지 의문이 들기도 한다.

위 가처분 결정 이후인 2014. 10. 15. 신설된 민법 제922조의2에 따라 가정법원은 친권자의 동의가 필요한 행위에 대하여 친권자가 정당한 이유 없이 동의하지 아니함으로써 자녀의 생명, 신체 또는 재산에 중대한 손해가 발생할 위험이 있는 경우에는 자녀, 자녀의 친족, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 친권자의 동의를 갈음하는 재판을 할 수 있으므로, 이로써 아동에 대한 수혈을 할 수도 있다.

다. 신고의무 제도는 효율적으로 기능하고 있는가

앞서 본 통계에 의할 때 2016년 이후 아동학대 신고접수 건수가 계속 증가하는 이유에 대해서 아동학대범죄 신고의무를 규정한 아동학대처벌법 시행 이후 학대의 발견이 용이해졌고, 신고의무자와 국민들의 관심이 높아진 것으로 분석된다는 연구결과[131], 우리나라의 피해아동 발견율은 아동 1,000명당 약 4명인 것에 비하여, 미국은 약 9명으로 매우 높게 나타나기 때문에, 현재 발견된 아동학대는 빙산의 일각으로 향후 더 발견될 것으로 예측[132]되는 점 및 신고의무자 집단 및 비신고의무자 집단을 상대로 한 설문조사 결과 신고에 대한 두려움이나 신고에 대한 신념, 아동학대 신고경험 면에서 두 집단 간 차이가 없었다는 연구결과[133] 등에 의하

128) 이봉민, '자녀에 대한 의료행위에 관한 친권남용 통제 - 서울동부지방법원 2010. 10. 21.자 2010카합2341 결정 -', 「법조 」 61권 5호, 2012, 238쪽.
129) 이봉민, 앞의 글, 238~239쪽.
130) 2011. 1. 5. 동아일보, '[뉴스 파일]'종교적 신념 수혈거부' 부모 무혐의 처분' 동아디지털아카이브(https://www.donga.com/archive/newslibrary/view?ymd=20110105, 2021. 12. 26. 접속)
131) 오삼광, '아동학대 현황과 대응방안', 「젠더리뷰」제58권, 2020, 55쪽.
132) 심의선, '아동학대 현황과 대응 정책', 「육아정책포럼」제67권, 2021, 8쪽.
133) 정선영, '아동학대 과소신고(underreporting)에 영향을 미치는 아동학대 사례와 신고관련 특성', 「아동과 권리」제23권, 2019, 176쪽.

면, 적어도 신고의무 제도 자체가 아동학대의 발견에 일정한 역할을 하는 것은 분명해 보인다.

그러나 2020년 전체 아동학대 신고 38,929건 중 신고의무자에 의한 신고는 10,973건으로 28.2%[134]에 그쳐 신고의무자에 의한 신고가 여전히 적은바, 아동학대 신고의무제가 아동학대 신고의사를 증진시키는 효과가 있다는 연구결과[135]를 고려할 때, 더 많은 아동학대 사례의 발견을 위하여 신고의무 제도를 현행보다 확대하는 것이 필요하지 않을까 하는 생각이 자연스럽게 떠오른다.

신고의무 제도의 확대는 두 가지 측면, 즉 신고해야 할 대상의 범위를 확대하는 측면 및 신고의무를 부담하는 사람의 범위를 확대하는 측면에서 논의할 수 있다. 첫째 신고대상의 확대와 관련하여, 현재는 '아동학대범죄' 및 그 의심이 있는 경우로 제한되어 현재 범죄와의 관련성은 없으나 보호할 필요가 있는 아동을 포함하지 못하는 '보호의 공백' 문제가 있는 한편, 보호자의 잘못이 없는 경우까지 신고의 대상에 포함할 경우 국가가 가정의 자율적 영역에 지나치게 간섭하는 것이 아닌가 하는 우려도 있다. 둘째 신고의무자의 확대와 관련해서는, 선량한 시민의 의무로서 누구나 아동학대 신고의무를 부담하게 하는 것이 현재의 비신고의무자에게 큰 부담을 야기한다고 보기 어려운 한편, '모두의 책임은 누구의 책임도 아니다'라는 말이 나타내듯 보편적 신고의무의 존재가 별다른 실효성이 없거나, 그 실효성 확보를 위하여 과태료 내지 형사처벌과 같은 불이익을 가하는 것은 기본적으로 자발성에 의존하는 신고 제도의 특성상 과도한 것이 아닌가 하는 우려도 있다.

라. 아동학대전담공무원은 그 역할을 다하고 있는가

앞서 보았듯이 최근 개정된 아동복지법은 아동학대전담공무원의 배치 및 조사권한 부여 등으로 아동보호체계의 공공화를 선언한 데 의의가 있다. 2020. 4. 7. 도입된 아동학대전담공무원은 사회복지사의 자격을 가지고, 신고접수, 현장조사 및 응급보호, 피해아동, 피해아동의 가족 및 아동학대행위자에 대한 상담·조사, 신체적·정서적 학대 등 아동학대 사례의 판단, 아동학대전담공무원에 대한 직무교육 및 역량강화에 관한 업무, 국가아동학대정보시스템을 통한 피해아동, 그 가족 및 아

134) 위「2020 아동학대 주요통계」, 17쪽.
135) 고혜인, 김성봉, '아동학대 신고의무, 교육, 그리고 실행의도의 상호작용이 아동학대 신고의도에 미치는 효과', 「사회과학연구」제30권 제3호, 2019, 341쪽.

동학대행위자에 대한 정보와 아동학대예방사업에 관한 정보의 처리, 아동보호전문기관의 피해아동 사례관리에 대한 지도·감독 등 업무를 담당한다.

따라서 개정 아동복지법의 성공 여부는 아동학대전담공무원에게 부여된 역할이 적절한지, 그 역할이 얼마나 충실히 이행되는지에 달려 있다고 할 것이다. 사법절차인 아동학대범죄사건의 처리절차에 지방자치단체의 장과 아동학대전담공무원의 개입을 확대하고 주도적인 참여를 허용하는 것이 법체계상 합리적이고 정당한지 의문을 제기하는 견해[136]도 있으나, 아동의 보호를 위하여 시간적 급박성, 전통적인 법체계 사이의 명확한 분리보다는 서로 다른 법적 기관 및 절차의 통합으로 신속하고 탄력적으로 대응할 필요성이 있다는 점에서 의의가 있다고 할 것이다.

아동보호체계 공공화는 아동학대전담공무원의 배치와 같은 형식뿐 아니라 전문성 함양과 유지, 민간의 증거기반 맞춤형 분리보호와 사례관리가 함께 향상되어야 하는 등 '보호의 질'[137]이 관건이라 할 것인바, 아동학대전담공무원 제도가 실시된 지 얼마 되지 않은 시간적 한계, 공무원의 인사이동으로 인한 잦은 보직변경 우려, 현장출동이나 조사 업무의 생소함, 특히 조사를 위한 출석, 진술 및 자료제출 요구 등은 사실상 수사와 유사한 성격을 가지고 있는 점 등을 고려할 때, 사실상 아동학대전담공무원이 아동복지법이 기대하는 역할을 제대로 이행할 수 있을지 우려되기도 한다. 아동학대전담공무원이 아동학대 업무를 하도록 장기적인 근무연수를 계획하고 공무원의 보직이동이 잦은 상황이 개선되어야 한다는 견해[138]도 같은 취지로 이해된다.

아동학대전담공무원의 역할 수행에 대한 현실적 우려와는 별도로, 현재 규정된 아동학대전담공무원의 역할이 아동의 보호를 위하여 충분한 것인지에 관한 의문도 있다. 현행법상 아동학대전담공무원의 권한은 주로 현장 등 장소에의 출입, 아동 등 관계인에 대한 조사 업무가 주를 이루는데, 아동학대행위자 등의 방해 등으로 업무 수행이 어려울 경우 현장에서 이를 제압하거나 통제할 수단이 없다면, 아동학대전담공무원의 권한은 유명무실할 수 있기 때문이다. 이러한 취지로 아동학대전담공무원에게 필요한 최소한도의 실력행사를 허용하는 명시적인 규정을 둘 필요가 있다는 견해[139]도 있다.

---

136) 강동욱, 앞의 글, 119쪽.
137) 고윤순, 앞의 글, 22쪽.
138) 고윤순, 앞의 글, 15쪽.
139) 강동욱, 앞의 글, 104쪽.

제3장 캐나다의 아동학대 현황 및 법적 규율

I. 아동학대 현황

캐나다 공중보건기구가 발행하는 '캐나다 아동학대 및 방임 발생 연구'(Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect, 이하 CIS)는 캐나다에서 유일한 아동학대에 관한 전국적인 통계[140]로서, 1998년에 처음 시행된 후 2003년, 2008년까지 5년 단위로 총 3회 이루어졌는바[141], 가장 최근인 2008년에 이루어진 CIS(이하 CIS-2008)를 중심으로 캐나다의 아동학대 현황을 살펴본다.

1. 신고 및 조사 현황

2008년 가을 캐나다 전역에서 아동학대 관련 조사가 이루어진 사례는 총 235,842건으로, 이를 신고자의 유형별로 분류하면, 전문가에 의한 신고가 70%, 비전문가에 의한 신고가 27%로 나타났다. 구체적으로는, 학교 관계자가 24%(56,255건)로 가장 많고, 그 뒤로 경찰이 22%(52,792건), 지역 보건 또는 서비스 기관이 12%(27,683건)로 나타났고, 비전문가 중에는 부모에 의한 신고가 11%(26,612건)로 가장 많았고, 아동 자신이 신고한 경우는 2%(3,608건)였다. 익명으로 신고한 경우도 5%(11,414건)로 나타났다.[142]

위 235,842건 중 74%(174,411건)는 이미 발생한 학대 또는 방임에 관한 것이고, 26%(61,431건)는 장래의 학대 위험에 관한 것이었다. 이미 발생한 174,411건에 대한 조사 결과 36%(85,440건)는 증거의 교량(balance of evidence)[143] 결과 학대 또는 방임이 발생한 것으로 인정(substantiated)되었고, 8%(17,918건)는 증

---

140) Michael A. Saini, Tara Black, Barbara Fallon, Alena Marshal, 'Child Custody Disputes within the Context of Child Protection Investigations: Secondary Analysis of the Canadian Incident Study of Reported Child Abuse and Neglect', 「Child Welfare」 vol.92, No.1, 2013, 120쪽.

141) Canadian Child Welfare Research Portal(https://cwpr.ca/canadian-incidence-study, 2021. 4. 5. 접속)

142) Public Health Agency of Canada, 「2008 Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect - MAJOR FINDINGS」, 2008, 25~26쪽.

143) 대법원 2017. 6. 19. 선고 2016다270407 판결에서 'balance of probabilities'를 '개연성 교량'으로 번역한 것에 따라, 'balance of evidence'는 '증거의 교량'으로 번역하였다.

거는 부족하나 학대 가능성을 배제할 수 없다(suspected)고 하였고, 30%(71,053건)는 학대 또는 방임이 인정되지 않는(unfounded) 것으로 판명되었다. 장래의 위험에 관한 61,431건 중 39,289건(위 235,842건 중 17%)은 위험이 없는 것으로, 12,018건(위 235,842건 중 5%)은 위험이 있는 것으로, 10,124건(위 235,842건 중 4%)은 알 수 없는 것으로 판명되었다.[144]

한편 전국적 규모의 CIS가 시행되기 전 캐나다 최초로 온타리오주에서 실시된 OIS에 의하면, 1993년부터 2018년까지 아동학대 관련 조사 건수 및 아동 1,000명당 비율은 증가하고 있다. 즉 2018년에 총 148,536건의 조사가 실시되었고 이는 아동 1,000명당 62.89 건의 비율로, 이전의 총 조사 건수/아동 1,000명당 비율을 보면 1993년 46,806건/21.32‰, 1998년 64,658건/27.43‰, 2003년 128,108건/53.59‰, 2008년 128,748건/54.05‰, 2013년 125,281건/53.32‰로 나타났다[145]. 2018년에 실시된 148,536건의 조사 중 64%인 94,476건은 실제로 발생한 학대 또는 방임에 관한 것이고, 나머지 36%인 54,060건은 장래의 학대 위험에 관한 것이었다. 현재의 학대 또는 방임에 초점을 맞춘 위 94,476건 중 조사 결과 혐의가 있다고 인정된 경우는 37,922건, 증거는 부족하나 학대 가능성을 배제할 수 없는 경우가 6,365건, 혐의가 인정되지 않는 경우는 50,189건으로 나타났다.[146]

2. 조사 결과 및 조치 현황

CIS-2008의 조사 결과 아동학대가 있었다고 인정된 위 85,440건을 아동학대의 유형 별로 분류하면, 가정폭력에의 노출(exposure to intimate partner violence)[147]이 34%(29,259건), 방임(neglect)이 34%(28,939건)로 가장 많은 비중을 차지하였다. 그 뒤로 신체적 학대(physical abuse)가 20%(17,212건), 정서적 학

144) 위 「2008 Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect - MAJOR FINDINGS」, 23~24쪽.

145) Barbara Fallon(principal investigator), Joanne Filippelli, Rachael Lefebvre, Nicolette Joh-Carnella, Nico Trocmée, Tara Black, Bruce MacLaurin, Sonia Héelie, Yves Morin, John Fluke, Bryn King, Tonino Esposito, Delphine Collin-Véezina, Kate Allan, Emmaline Houston, Maria Harlick, Nicole Bonnie, Krista Budau, Deborah Goodman, Mark Kartusch, Tina Malti, Brenda Moody, Jolanta Rasteniene, Henry Parada, Kenn Richard, Kate Schumaker, Theresa Stevens, and Jill Stoddart, 「ONTARIO INCIDENCE STUDY OF REPORTED CHILD ABUSE AND NEGLECT - 2018 MAJOR FINDINGS」, 2020, 25쪽.

146) 위「ONTARIO INCIDENCE STUDY OF REPORTED CHILD ABUSE AND NEGLECT - 2018 MAJOR FINDINGS」, 27쪽.

147) 'intimate partner violence'를 '가정폭력'으로 번역한 이유에 대해서는 아래 본문 II.의 2.항에서 설명한다.

대(emotional maltreatment)가 9%(7,423건), 성적 학대(sexual abuse)가 3%(2,607건)로 나타났다.[148] CIS는 아동학대를 위와 같이 다섯가지 유형으로 분류하는데, 각 유형의 의의에 대해서는 아래 II.항에서 상세히 검토한다.

위 85,440건에서 아동과 주된 양육자와의 관계를 보면, 아동의 친모가 86%(73,303건)로 가장 많고, 그 뒤로 친부가 8%(7,256건), 조부모가 2%(2,032건), 친부/모의 동거인이 1%(1,191건) 순으로 나타났다. 위 85,440건 중 78%(66,282건)에서 주된 양육자에게 위험 요소가 있는 것으로 나타났는데, 구체적인 위험 요소는 가정폭력의 피해자인 점이 46%(39,624)로 가장 많고, 사회적 지원이 거의 없는 점이 39%(33,235건), 정신건강 문제가 27%(22,991건), 알콜중독이 21%(18,346건), 약물남용이 17%(14,355건) 순으로 나타났다.[149]

위 85,440건 중 아동에게 신체적 손상(physical harm)이 발생한 경우는 8%(7,057건)이고, 그 중 5%(4,643건)는 치료가 필요하지 않으나, 나머지 3%(2,414건)는 의료적 치료가 필요한 경우로 나타났다. 위 85,440건의 29%(24,425건)에서 정서적 손상이 발견되었고, 17%(14,720건)에서는 증상이 심각하여 치료가 필요하였다. 한편, 위 85,440건 중 46%(39,460건)에서 아동의 기능(functioning)[150]에 대한 우려가 있는 것으로 나타났고, 구체적으로는 학습장애(academic difficulties)가 23%(19,820건)으로 가장 많고, 그 뒤로 우울/불안/위축(depression/anxiety/withdrawal)이 19%(16,310건), 공격성(aggression)이 15%(13,237건), 애착 문제(attachment issues)가 14%(11,797건)로 나타났다.[151]

이후 조사가 이루어진 총 235,842건에 대한 조치 결과를 보면, 92%(215,878건)는 원가정보호(child remained at home)되었고, 4%(8,713건)는 친족이 비공식적 협의를 통해 아동을 보호하게 되고(informal kinship care), 4%(9,454건)는 위탁가정(foster care)으로 보호되었는데 위탁 부모는 친족 여부를 불문한다. 그룹홈 또는 시설에 보호된 경우는 1% 미만(1,432건)으로 나타났다. 총 조사 건수 중 5%(12,700건)에 대해서만 법원에 아동보호명령을 위한 신청이 이루어졌다.[152]

---

148) 위 2008 Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect - MAJOR FINDINGS」, 30~31쪽.

149) 위 2008 Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect - MAJOR FINDINGS」, 39~41쪽.

150) 권희경, 김원경, '아동 성별에 따른 실행기능 관련 변인 연구', 「유아교육연구」 제41권 제4호, 2021, 324쪽에서 'executive functions'를 '실행기능'이라고 번역한 것에 따라, 'functioning'을 '기능'으로 번역하였다.

151) 위 2008 Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect - MAJOR FINDINGS」, 31~34, 38~39쪽.

152) 위 2008 Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect - MAJOR FINDINGS」,

II. 아동학대의 의의 및 유형

아동학대로 보이는 현상 내지 사실관계는 오랫동안 존재해왔지만, 이를 사회적 개입이 필요한 문제로 인식한 것은 상대적으로 최근의 현상[153]이라 할 수 있다. 19세기 빅토리아 시대의 영국에서 공장, 거리, 가정의 '위험에 처한'(endangered) 아동을 그린 소설이 많았고, 이런 아동에 대한 서사가 1880년대에 아동학대에 관한 법학 및 사회과학 담론으로 이어져 '아동에 대한 잔인함'(cruelty to children)이라는 새로운 범죄 내지 사회문제를 창조(invention/creation)하게 되었고,[154] 그 결과 1889년에 '아동에 대한 잔인함 방지 및 보호법'(Prevention of Cruelty to, and Protection of, Children Act 1889)이 제정되어 14세 미만 남아 및 16세 미만 여아를 보호하는 16세 이상의 사람이 고의로 혹사, 방임, 유기하거나 아동에게 불필요한 고통을 가하는 상태를 초래하거나 이러한 상태에 노출시키거나 건강을 해친 경우 정식 기소될 경우 최대 벌금 100파운드 또는 징역 2년까지 선고할 수 있게 되었다.(제1조) 아동학대에 대한 관심이 비교적 최근의 현상이라는 것은, 아동학대에 관한 법률이 제정된 시기가 절대적으로 늦다는 점뿐만 아니라, 동물 보호에 관한 법률이 1822년에 제정[155]된 사실에 비추어, 심지어 아동이 동물보다 더 늦게 보호된 점에서도 그렇다. 디킨스의 통찰은 천재의 직관이 아니라 위와 같은 사회적 환경에서 자연스럽게 비롯한 것인지도 모르겠다.

아동학대에 대한 사회적, 법적 논의가 시작된 곳은 영국이라 할 수 있지만, 아동학대는 서구 사회만의 문제가 아니라 전세계적 현상[156]이며, 특정 계급이나 빈곤

27~29쪽.

153) Liena Gurevich, 'Parental Child Murder and Child Abuse in Anglo-American Legal System', 「TRAUMA, VIOLENCE, & ABUSE」 II(I), 2010, 20~21쪽.

154) Monica Flegel, 'Creating Cruelty to Children : Representations of the Endangered and Abused Child in Nineteenth-Century Literature and Child-Protection Narratives', A thesis for the degree of Doctor of Philosophy, University of Alberta, 2006, 3쪽.

155) 1822년 7월 22일에 '가축에 대한 잔인하고 부적절한 처우 방지법(Act to Prevent the Cruel and Improper Treatment of Cattle)'이 제정되었는데, 발의자의 이름을 따 Martin's Act로 불리기도 한다. 이 법은 말, 소, 양 등 가축을 고의로 잔인하게 때리거나 학대하거나 혹사하는(wantonly and cruelly beat, abuse, or ill-treat) 경우 10실링 이상 5파운드 이하의 벌금에 처하고, 벌금을 내지 않는 경우 3개월 이하의 기간 동안 구금할 수 있게 하였다.(https://en.wikisource.org/wiki/Martin%27s_Act_1822, 2021. 6. 18. 접속)

156) Linda M. Williams and Edward G. Weeks, 'Defining and Measuring Child Maltreatment', 「Child Abuse and Neglect Worldwide」, PRAEGER, 2014, 33쪽.

의 문제만도 아니다[157]. 현재 가장 보편적으로 받아들여지는 아동학대의 의의는 세계보건기구(World Health Organization, 이하 WHO)의 정의라 할 수 있다. WHO는 아동학대(Child maltreatment)를 '18세 미만의 아동에 대하여, 책임, 신뢰 또는 권력 관계에서, 아동의 건강, 생존, 발달 또는 존엄에 대한 실제적, 잠재적 해악을 초래하는 모든 형태의 신체적 학대, 정서적 학대, 성적 학대, 방임, 부주의 및 경제적 또는 다른 착취'(child maltreatment is the abuse and neglect that occurs to children under 18 years of age. It includes all types of physical and/or emotional ill-treatment, sexual abuse, neglect, negligence and commercial or other exploitation, which results in actual or potential harm to the child's health, survival, development or dignity in the context of a relationship of responsibility, trust or power)로 정의하였다.[158] WHO의 정의뿐만 아니라 대다수의 아동학대의 정의는 신체적 학대, 성적 학대, 방임 및 정서적 학대를 포함[159] 한다. 한편, 무엇이 아동학대인지에 관하여 문화에 따라 차이가 있는 것[160] 또한 사실이다.

위와 같이 아동학대가 무엇인지 정확히 이해하려고 하는 것은, 아동학대의 개념에 관한 명확한 정의가 없다면, 아동학대가 얼마나 존재하는지 알 수 없고, 아동학대의 원인과 결과를 이해하고 예방 또는 개입을 위한 정책과 관행의 영향력을 평가할 의미있는 연구를 할 수 없기 때문[161]이다. 또한, 아동학대의 다양한 형태와 차이를 이해하고, 이를 유형화하는 것은 구체적인 아동학대 사례에서 그 위험성을 평가하고, 어떤 법적, 사회적 대응이 적절한지 결정하는 데 도움이 될 수 있을 것이다.

1. 아동학대의 의의

캐나다에서 아동학대는 가정폭력(family violence)의 한 범주로 이해[162]되는

157) Monica Flegel, '"Facts and Their meaning": Child Protection, Intervention, and the National Society for the Prevention of Cruelty to Children in Late NIneteenth-Century England', 「VICTORIAN REVIEW」 Vol.33 No.1, 2007, 92쪽.
158) https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/child-maltreatment, 2021. 4. 20. 접속
159) Linda M. Williams and Edward G. Weeks, 앞의 글, 13쪽.
160) Linda M. Williams and Edward G. Weeks, 앞의 글, 15쪽.
161) Linda M. Williams and Edward G. Weeks, 앞의 글,21쪽.
162) 예컨대, Julien D. Payne, Mrilyn A. Payne, 「Canadian Family Law」 EIGHTH EDITION, Irwin Law,

데, 캐나다 전역에 적용되는 아동학대(child abuse, child maltreatment)[163]의 개념을 정의하는 연방법이 없고[164], 온타리오주의 아동등서비스법이 학대(abuse)를 '신체적 손상, 성적 학대 또는 착취 상태'(a state or condition of being physically harmed, sexually abused or sexually exploited)라고 정의(제2조)하는 등 10개의 주 및 3개의 준주가 아동학대에 관한 규정을 포함한 아동 보호에 관한 법률을 개별적으로 두고 있을[165] 뿐이다. 이는 아동을 학대 및 방임으로부터 보호할 책임이 원칙적으로 주/준주 차원에 있다[166]는 점과도 관련된다. 물론 이러한 특성은 캐나다가 정치 제도로서 연방제를 채택하고 있는 사실에서 기인하는 것이기도 하나, 연방제에서 연방과 주 사이에 어떻게 권한을 분배할지에 관한 미리 정해진 답이 있지

2020은 제5장 가정폭력(Chapter 5: Family Violence)에서, 아동학대를 노인학대(abuse of the elderly), 배우자학대(spousal abuse) 다음에 설명하고 있다. 또한 캐나다 법무부 사이트는 Criminal Justice → Family Violence → Child Abuse : Information and Resources라는 카테고리를 구성하고 있고, Family Violence의 하위 항목 중 하나인 Family Violence Laws에서 아동에 관한 법률을 함께 소개하고 있다.(www.justice.gc.ca/eng/, 2021. 4. 5. 접속)

163) 캐나다의 아동학대 관련 문헌에서는 '학대'를 의미하는 용어로 abuse와 maltreatment를 함께 사용하고 있다. 예컨대, 캐나다 공중보건기구(Public Health Agency of Canada)가 발간한 '캐나다에서의 아동학대(Child Maltreatment in Canada)'에서는 아동학대를 Child Maltreatment라고 하면서, 그 유형을 physical abuse, sexual abuse, neglect, emotional harm, exposure to family violence로 분류하고 있는 반면(https://www.canada.ca./en/public-health/services/health-promotion/stop-family-violence/prevention-resource-centre/children/child-maltreatment-canada.html#tbl1, 2021. 4. 2. 접속), Joan E. Durrant, Barbara Fallon, Rachel Lefebvre, Kate Allan, 'Defining reasonable force : Does it advance child protection?',「Child Abuse & Neglect」71, 2017은 아동학대를 Child Abuse 또는 Child Maltreatment를 함께 사용하고, 그 유형으로 physical abuse, sexual abuse, neglect, emotional maltreatment, exposure to intimate partner violence로 분류하고 있다. 한편, 최초의 아동학대에 관한 법률이라 할 수 있는 위 '아동에 대한 잔인함 방지 및 보호법'(Prevention of Cruelty to, and Protection of, Children Act 1889)에서는 abuse나 maltreat라는 단어를 사용하지 않았는바, 아동학대의 의의를 정립할 때 어떤 행위의 속성이 아동학대로 볼 수 있느냐에 중점을 둘 뿐, 그 행위를 지칭하는 특정한 용어의 사용에 큰 의미를 두지는 않은 것으로 이해된다.

164) Kathleen Coulborn Faller, Aron Shlonsky, Brenda Moody and Pamela Gough, 'Child Maltreatment in North America : The United States and Canada', 「Child Abuse and Neglect Worldwide」, PRAEGER, 2014, 5쪽.

165) 온타리오주 외 다른 주/준주의 법률은, 알버타주(Alberta)의 '아동, 청소년 및 가족 증진법'(Child, Youth and Family Enhancement Act), 브리티시콜럼비아주(British Columbia)의 '아동, 가족 및 공동체 서비스법'(Child, Family and Community Service Act), 마니토바주(Manitoba)의 '아동 및 가족 서비스법'(Child and Family Service Act), 뉴브룬즈윅주(New Brunswick)의 '가족 서비스법'(Family Service Act), 뉴펀들랜드앤라브라도주(Newfoundland and Labrador)의 '아동 및 청소년 돌봄 및 보호법'(Children and Youth Care and Protection Act), 노바스코시아주(Nova Scotia)의 '아동 및 가족 서비스법'(Children and Family Service Act), 프린스에드워드섬주(Prince Edward Island)의 '아동보호법'(Child Protection Act), 퀘벡주의 '청소년보호법'(Youth Protection Act), 사스카차완주(Saskatchewan)의 '아동 및 가족 서비스법'(Child and Family Service Act), 유콘준주(Yokon Territory)의 '아동 및 가족 서비스법'(Child and Family Service Act), 노스웨스트준주(Northwest Territories)의 '아동 및 가족 서비스법'(Child and Family Service Act), 누나부트준주(Nunavut Territory)의 '아동 및 가족 서비스법'(Child and Family Service Act). Department of Justice Canada, 'CHILD ABUSE is wrong: What can I do?', 32쪽; 캐나다 법무부 사이트의 Criminal Justice → Family Violence → Family Violence Law 중 'Provincial/Territorial child protection legislation' 항목 (https://www.justice.gc.ca/eng/cj-jp/fv-vf/laws-lois.html, 2021. 4. 9. 접속),

166) Kathleen Coulborn Faller, Aron Shlonsky, Brenda Moody and Pamela Gough, 앞의 글, 16쪽.

않은 상황에서, 캐나다가 아동학대 문제를 연방 차원에서 규율하지 않기로 선택한 것 자체도 하나의 특징이라 할 것이다.

이러한 특성은, 우리 아동복지법이 '아동학대'의 의의를 명시적으로 정의하고 있는 것이나, 미국이 연방법인 '아동학대 예방 및 치료법'(Child Abuse Prevention and Treatment Act)에 '아동학대 및 방임'을 '최소한의 요건으로, 부모 또는 보호자에 의한 아동의 죽음, 중상해 또는 정서적 손상, 성적 학대 또는 착취를 초래하는 최근의 작위 또는 부작위, 또는 중대한 손상의 급박한 위험을 나타내는 작위 또는 부작위'(the term 'child abuse and neglect' means, at a minimum, any recent act or failure to act on the part of a parent or caretaker, which results in death, serious physical or emotional harm, sexual abuse or exploitation, or an act or failure to act which presents an imminent risk of serious harm)로 정의하는 조항(제5101조)을 두고 있는 것과 구별된다.

한편 1998년에 최초로 시행된 CIS(이하 CIS-1998)는 아동학대의 정의가 법령, 전문적 관행 또는 사회, 문화적 가치의 차이로 인해 다양하게 나타나고, 아동학대를 정의하는 기준의 부족이 아동학대 연구의 주요 장애물이라고 진단하였는데, 2003년에 시행된 CIS(이하 CIS-2003)도 똑같은 어려움을 언급하였다.[167] 이러한 어려움이 단지 연방 차원에서 아동학대를 정의하는 법률이 없기 때문이라고만 하기는 어려워 보이고, 아동학대의 개념이 이를 정의하는 목적, 즉 사회적 서비스, 치료, 법적 조치, 연구 등에 따라 달라진다[168]는 점이 보다 근본적인 이유라 할 수 있다.

결국 아동학대는 행위자에 대한 형사처벌, 피해자인 아동의 보호, 아동학대가 발생한 가정의 다른 아동에 대한 지원, 아동학대의 예방 정책 등 서로 다른 목적과 이에 따라 다양한 법적 절차가 적용되는 여러 문제들을 포함하고 있는데, 이러한 문제들 모두 '아동학대'라는 동일한 용어를 사용하고 있는바, 아동학대의 의의가 구체적인 문제마다 그 목적과 절차에 부합하도록 조금씩 다를 수밖에 없고, 다르게 이해될 필요가 있다고 할 것이다.

2. 아동학대의 유형

167) Public Health Agency of Canada, 「Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect - Final Report」, 1998, 3쪽; 「Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect - 2003 MAJOR FINDINGS」, 2003, 15쪽.

168) Linda M. Williams and Edward G. Weeks, 앞의 글, 10쪽.

앞서 본 바와 같이 캐나다는 아동학대를 5가지 유형 - 신체적 학대, 성적 학대, 방임, 정서적 학대, 가정폭력에의 노출 - 으로 분류[169]하고 있다.

CIS-1998은 아동학대의 유형을 4가지 - 신체적 학대, 성적 학대, 방임, 정서적 학대로만 분류[170]하였다가, 5년 후에 이루어진 CIS-2003부터 이전에 정서적 학대의 한 형태로 보았던 가정폭력에의 노출을 독자적인 유형으로 추가하면서 아동학대의 유형을 5가지로 분류하기 시작[171]하였다.

이때 아동이 노출되는 폭력을 지칭하는 용어로, CIS-2003은 'domestic violence'를 사용하다가 CIS-2008은 'intimate partner violence'를 사용하였는데, 위와 같이 용어를 변경한 이유를 직접적으로 설명하지는 않았다. 다만, CIS-2008에서 주와 준주의 아동복지 법령에서 다양한 용어를 사용하고 있기 때문에 CIS-2008은 광범위한 용어를 사용하고 있다고 언급[172]한 점에 비추어, 단순히 가족 간 또는 집안에서 발생한 폭력에 한정짓지 않고, 가까운 사람에 대한 폭력도 포함하기 위하여 보다 광범위한 용어를 사용한 것으로 보이는바, 우리나라의 가정폭력처벌법이 '가정폭력'을 '가정구성원 사이의 신체적, 정신적 또는 재산상 피해를 수반하는 행위'로 정의하고, 이 때 '가정구성원'을 배우자(사실혼 관계 포함) 또는 배우자였던 사람, 자기 또는 배우자와 직계존비속관계(사실상의 양친자관계 포함)에 있거나 있었던 사람, 계부모와 자녀의 관계 또는 적모와 서자의 관계에 있거나 있었던 사람, 동거하는 친족으로 정의하고 있는 점을 고려하여, 위 'intimate partner violence' 또한 '가정폭력에의 노출'로 번역한다.

가. 신체적 학대

신체적 학대는 '부모 또는 보호자의 행위로, 아동에게 해를 끼칠 수 있거나, 해가 없거나 경미한 상처라 하더라도 해를 끼칠 수도 있다는 의사로 하는 행위'(acts of commission toward the child by a parent or caregiver, such acts can result in harm to the child or they might intend to harm, although there

169) 위「2008 Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect - MAJOR FINDINGS」, 15쪽.
170) 위「Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect - Final Report」, 25쪽.
171) 위「Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect - 2003 MAJOR FINDINGS」, 16쪽.
172) 위 「2008 Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect - MAJOR FINDINGS」, 65쪽.

may be no harm or only a minor injury)[173]로, 그 핵심은 의도적인 힘의 사용, 즉 우발적인 행위가 아니라는 점[174]에 있다. CIS-2008은 신체적 학대의 구체적인 형태로, 흔들기, 밀기, 잡거나 던지기, 손으로 때리기, 펀치 또는 깨물기, 물건으로 때리기, 목을 조르거나 중독시키거나 찌르기 및 기타 신체적 학대[175]를 제시하였다.

한편 신체적 학대는 캐나다에서 아동학대 중 법적으로 용납될 가능성이 있는 유일한 형태[176]의 학대로 평가되기도 하는데, 이러한 평가는 캐나다 형사법이 부모 또는 교사의 아동에 대한 신체적 유형력 행사에 대하여 일정한 경우 이를 처벌하지 않는다는 명시적 규정을 두고 있기 때문으로 이해된다. 즉 캐나다 형사법 제43조는 부모와 교사가 아동에 대하여 행사한 유형력 중 일부에 대해서는 형사처벌을 면제하고 있고, 캐나다 대법원은 2004년 위 조항이 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였는바, 위 조항 및 관련 캐나다 대법원의 판결에 대해서는 아래 IV.항에서 자세히 살펴보기로 한다.

나. 성적 학대

성적 학대는 '적절한 동의를 할 수 없고, 자신에게 발생하고 있는 상황의 의미를 이해하지 못할 수도 있는 아동과의 성적 활동에 대한 성인 또는 더 나이 많은 아동의 관여'(the involvement of adults, older children in sexual activities with children who cannot give appropriate consent and who may not understand the significance of what is happening to them)[177]로 이해된다. CIS-2008은 성적 학대의 구체적인 형태로, 성기 삽입, 삽입 시도, 오럴 섹스, 애무, 성적인 대화 또는 이미지를 보내는 것, 관음증, 노출증, 착취 및 기타 성적 학대[178]를 제시하였다.

캐나다 형사법은 제151조 성적 간섭(Sexual Inteference)에서 '누구든지 성적 목적으로 16세 이하인 사람의 신체의 어떠한 부분을 자신의 신체 일부분 또는 물

173) David Chadwick, 「Chadwick's child maltreatment Volume 1 : Physical Abuse and Neglect」, STM Learning, Incorporated, 2014, 2쪽.
174) Linda M. Williams and Edward G. Weeks, 앞의 글, 14쪽.
175) 위「2008 Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect - MAJOR FINDINGS」, 30쪽.
176) Alisa M. Watkinson, 'Physical Punishment in Childhood: A Human Rights and Child Protection Issue', S. McKay, D. Fuchs & I. Brown의「Passion for action in child and family services: Voices from the prairies」중 Chapter 10, 2009, 210쪽.
177) David Chadwick, 앞의 책, 2쪽.
178) 위「2008 Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect - MAJOR FINDINGS」, 30쪽.

건으로 간접 또는 직접적으로 접촉하는 사람은 정식재판 절차를 통해 1년 이상 10년 이하의 징역에 처하거나 간이공판절차를 통하여 90일 이상 18개월 이하의 징역에 처한다.'고 규정하면서 아동이라는 용어를 사용하지 않고 피해자를 '16세 미만의 사람'으로 규정하고 있고, 제153조 성적 착취(Sexual Exploitation)에서는 '누구든지 영리를 목적으로 자신을 믿고 의지하여 신뢰관계를 형성하고 있는 청소년(young person)에 대하여 성적 목적으로 청소년의 신체의 어떤 부분을 자신의 신체의 일부분 또는 물건을 이용하여 직접 또는 간접적으로 접촉하는 행위 등을 하는 경우 위 제151조와 같은 형에 처한다고 규정하면서 피해자인 청소년을 16세 이상 18세 미만으로 규정하고 있는 등, 아동을 대상으로 한 성범죄 구성요건을 따로 두고 있는바, 이러한 범죄는 물론 캐나다 형사법에 규정된 일반적인 성범죄를 아동에 대하여 저지른 경우는 모두 성적 학대로 볼 수 있을 것이다.

다. 방임

방임은 '해야 할 일을 하지 않는 행위(an acts of omission)'로 간단히 정의[179]하거나, '사회의 문화에 따라 아동의 발달에 관한 요구를 충족하기 위하여 필요하고 보호자가 제공할 책임이 있는 것으로 간주되는 방식으로 행위하지 않는 보호자의 행동'(neglect is behavior by a caregiver that constitutes a failure to act in ways that are presumed by the culture of a society to be necessary to meet the developmental needs of a child and which are the responsibility of a caregiver to provide)으로 이해[180]하기도 한다.

CIS-2008은 방임의 구체적인 형태로, 신체적 학대의 감독 실패, 성적 학대의 감독 실패, 범죄적 행동의 허용, 신체적 방임, 치과 치료를 포함한 의료적 방임, 정신적 또는 심리적 치료 미제공, 유기 및 교육적 방임[181]을 제시하고 있다.

라. 정서적 학대

정서적 학대(emotional maltreatment, psychological maltreatment[182])의 의

179) David Chadwick, 앞의 책, 1쪽.
180) Linda M. Williams and Edward G. Weeks, 앞의 글, 18쪽.
181) 위「2008 Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect - MAJOR FINDINGS」, 30쪽.

의에 대해서는, '부모와 아동 사이의 상호작용을 손상시키는 반복된 패턴으로, 그들 관계의 전형적 특성이 되는 것'{a repeated pattern of damaging interactions between parent(s) and child that become typical of the relationship}으로 정의하는 견해[183], '공동체 기준과 전문적 지식의 결합에 근거하여 심리적으로 손상을 줄 수 있다고 판단된 작위 및 부작위'(acts of omission and commission which are judged on the basis of a combination of community standards and professional expertise to be psychologically damaging)라고 정의하는 견해[184], '아동의 정서적 발달 또는 자존감을 손상시키는 행동 패턴'(a pattern of behavior that impairs a child's emotional development or sense of self-worth)으로 정의하는 견해[185] 등이 있다.

정서적 학대는 다른 형태의 아동학대가 인정되는 경우 함께 존재하는 경우가 많다[186]는 특성이 있다. CIS-2008은 정서적 학대의 구체적 형태로, '공포심 조장 또는 폭력의 위협, 언어적 학대 또는 무시, 고립 또는 감금, 부적절한 양육 또는 애정 결핍, 착취하거나 부정직한 행동 및 가족 이외의 사람에 대한 신체적 폭력에의 노출'[187]을 제시하였다. CIS가 그 이전의 CIS보다 정서적 학대의 개념을 보다 구체적으로 정의해오고 있는 점은 정서적 학대와 아동에게 정서적 학대의 위험을 초래할 수 있는 가족 문제를 구별할 수 있는 가능성을 보여준다[188]고 할 수 있다.

마. 가정폭력에의 노출

아동학대에 대한 캐나다의 관점과 발전을 잘 보여주는 것 중의 하나가 가정폭력에의 노출을 아동학대의 중요한 유형으로 인식한 점[189]이라 할 수 있다. 이는 앞

182) Claire Malo, Sonia Hélie, Chantal Lavergne, Jacques Moreau, 'Psychological Maltreatment : The Response of Quebec Child Protection Services', 「Child Welfare」Vol. 97, No. 1, 2019는 정서적 학대를 의미하는 용어로 psychological maltreatment를 주로 사용하고 있다.
183) David Chadwick, 앞의 책, 2쪽.
184) Claire Malo 외 3인, 앞의 글, 46쪽.
185) Linda M. Williams and Edward G. Weeks, 앞의 글, 19쪽.
186) Linda M. Williams and Edward G. Weeks, 앞의 글, 20쪽.
187) 위「2008 Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect - MAJOR FINDINGS」, 30쪽.
188) Nico Trocmé, Barbara Fallon, Bruce Maclaurin, Claire Chamberland, Martin Chatbot, Tonino Esposito, 'Shifting definitions of emotional maltreatment : An analysis child welfare investigation laws and practices in Canada', 「Child Abuse & Neglect」35, 2011, 839쪽.
189) Joan M. Rankin, Amy E. Ornstein, 'A Commentary on Mandatory Reporting Legislation in the United States, Canada, and Australia - A Cross-Jurisdictional Review of Key Features, Differences, and Issues', 「Child maltreatment」 Vol.14(1), 2009, 122쪽.

서 언급한 것처럼, CIS-1998이 아동학대의 유형을 4가지 - 신체적 학대, 성적 학대, 방임, 정서적 학대 - 로 분류하였다가, 5년 후인 CIS-2003이 정서적 학대의 한 형태로 분류하였던 가정폭력에의 노출을 독자적인 유형으로 추가함으로써 아동학대를 5가지 유형으로 분류하기 시작한 점에서 잘 알 수 있다. CIS-2008은 가정폭력에의 노출의 구체적 형태로, 신체적 폭력의 직접적인 목격, 신체적 폭력에 대한 간접적 노출 및 감정적 폭력에 대한 노출[190]을 제시하고 있다.

캐나다에서는 아동학대 중 가정폭력에의 노출이 꾸준히 증가하고 있는바, CIS-1998에서는 정서적 학대의 하위 유형으로 분류되어 18%였으나, CIS-2003에서는 28%로 증가한 후, CIS-2008에서는 34%로 캐나다에서 발생한 아동학대 중 가장 많은 비율을 차지[191]한 사실에 비추어 보면, 이를 아동학대의 독자적인 유형으로 분류할 실제적 효용 또한 있다고 할 것이다.

3. 긴급한 보호 필요성에 의한 분류

이제까지 행해진 모든 CIS, 즉 1998년, 2003년 및 2008년의 각 CIS를 분석하여 아동학대를 긴급한 보호(Urgent Protection)가 필요한 아동학대 및 그 외 아동학대로 분류하는 견해[192]가 있다. 이 견해에 의하면, 4세 미만 아동에 대한 방임 또는 신체적 학대, 성적 학대, 치료가 필요한 신체적 상해를 입은 경우 등 3가지 경우는 긴급한 보호가 필요한 아동학대로 분류할 수 있다. 4세 미만 아동에 대한 방임 또는 신체적 학대는 심각한 상해를 입을 개연성의 증가, 아동의 제한된 언어능력 및 어린이집이나 학교에서 해악에 대한 조사가 행해지지 않을 가능성 때문에, 성적 학대는 포렌식 증거의 중요성 및 가해자가 아동을 위협하거나 진술을 번복하도록 압력을 넣을 가능성 때문에, 치료가 필요한 신체적 상해를 입은 경우는 포렌식 증거의 중요성 및 학대의 패턴이 악화될 수 있다는 점 때문에 각 긴급한 보호가 필요하다[193]고 보았다.

---

190) 위「2008 Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect - MAJOR FINDINGS」, 30쪽.
191) 위 Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect - 2003 MAJOR FINDINGS」, 96쪽; 위「2008 Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect - MAJOR FINDINGS」, 4쪽
192) Nico Trocmé, Alicia Kyte, Vandna Sinba and Barbara Fallon, 'Urgent Protection versus Chronic Need : Clarifying the Dual Mandate of Child Welfare Services across Canada', 「social sciences」, 2014, 487쪽.
193) Nico Trocmé 외 3인, 앞의 글, 488쪽.

CIS-1998, 2003, 2008을 비교한 결과 긴급한 보호가 필요한 학대에 관한 조사는 아동 1,000명당 약 6명의 비율로 거의 변함없었으나, 그 외 아동학대에 관한 조사 건수가 많이 증가하여 전체 아동학대 조사 건수 대비 긴급한 보호가 필요한 아동학대 조사 건수는 1998년 28%에서 2008년 15%로 낮아졌다.[194]

III. 아동보호절차

유엔아동권리협약(Convention on the Rights of the Child, 이하 CRC)이 서문(Preamble)에서 선언하고 있는 것처럼, 아동은 인격의 완전하고 조화로운 발달을 위하여 행복, 사랑과 이해의 분위기의 가족 환경에서 성장해야 한다. 그러나 현실적으로 그렇지 못한 경우가 있으므로, 이에 대한 국가와 사회의 대책이 필요하다. 즉 아동의 양육자가 최소한의 양육을 제공하지 못하거나 하지 않을 경우 국가가 가족의 사적 영역에 개입[195]하여, 아동을 보호하고, 가족의 온전성을 보존하고, 아동에게 지속적인 가정을 제공[196]할 수 있는 제도가 마련되어야 한다.

이런 필요성에 따라 나라마다 소년법원이나 가정법원에서 아동학대 등 아동의 보호에 관한 문제를 다루는 법적 절차가 존재한다.[197] 이런 절차에서는 공통적으로, 법원의 감독 및 서비스제공 명령을 통해 아동뿐만 아니라 그 가족에 대하여 큰 영향을 미칠 수 있는 다양한 조치 및 서비스가 정부로부터 직접 또는 민간 기관을 통해 제공된다.[198] 이런 절차의 목표는 보호가 필요한 아동을 발견한 경우, 건강하고 생산적인 미래를 위한 아동의 배치(placement), 치료 및 조건을 찾는 것이다.[199]

캐나다에서는 이러한 제도를 아동보호 제도, 이를 위한 절차를 아동보호절차(child protection proceedings)라고 하는데, 일반적으로 법적 절차를 형사절차와 민사절차로 구분할 때, 아동보호절차는 형사절차가 아니기 때문에 민사절차로 분류

194) Nico Trocmé 외 3인, 앞의 글, 491쪽.
195) Jodi Rebecca Fleishman, 'MANDATORY LEGAL REPRESENTATION FOR CHILDREN IN CUSTODY, ACCESS AND CHILD PROTECTION PROCEEDINGS', a thesis for the degree of Masters of Laws(LL.M.), McGill University, 2005, 91쪽.
196) Joanne Wildgoose, 'THE EXTENT OF DISCRETION IN ONTARIO'S CHILD PROTECTION SYSTEM', A thesis for the degree of Master of Laws, York University, 1985, 11쪽.
197) Henry J. Plum, 앞의 글, 191쪽.
198) Henry J. Plum, 앞의 글, 195쪽.
199) Nicholas Bala & Kate Kehoe, 'Concurrent Legal Proceedings in Cases of Family Violence: The Child Protection Perspective', Department of Justice Canada, 2017, 31쪽.

된다.[200] 아동보호절차가 기본적으로 민사절차라는 것은, 증거법칙에 있어서, 아동보호사건의 입증은 형사사건과 같이 합리적 의심을 넘는(beyond reasonable doubt) 정도의 엄격한 증명이 아니라, 개연성 교량(balance of probabilities) 법칙이 적용[201]됨을 의미한다. 형사법의 엄격한 증명책임에 의하여 학대나 방임을 증명하기 어려운 현실을 고려할 때, 아동보호절차는 아동학대 문제를 다루는 가장 중요한 법적 수단이라 평가[202]되기도 한다.

그러나 아동보호절차는 형사사건처럼 국가가 직접 당사자는 아니나, 후술하는 바와 같이 아동보호기관을 통해 국가 내지 정부가 개입한다는 점에서, 순전히 개인인 당사자들 사이의 문제를 다루는 민사절차와는 구별된다. 즉, 정부가 지정하는 아동보호기관의 신청에 의하여 절차가 개시되고, 그 아동보호기관에게 신청 사실에 대한 입증책임이 있고, 정부가 그 소송 비용을 지불하는 등 통상의 민사소송과 다른 특성[203]이 있다. 또한, 형사절차를 비롯한 대부분의 법적 절차가 과거에 어떤 일이 있었는지를 확정하는 과거지향적인 것이라면, 아동보호절차는 어떤 결정이 향후 아동의 최선의 이익에 부합하는 것인지를 판단하는 미래지향적이고, 따라서 불확실하고 예측에 기반하고 있다는 점에서[204]도, 차이가 있다.

아동보호절차의 법적 성격을 통상의 법적 절차나 우리나라 법제에 따라 민사절차 또는 행정절차 등으로 규정하는 것은 위와 같이 다양한 성격이 혼합된 아동보호절차를 제대로 이해하지 못하는 결과를 초래할 수 있다. 따라서 이 글에서는 아동보호절차의 성격을 민사절차 또는 행정절차 중 어느 하나로 규정하지 않고, 캐나다의 아동보호 관련 법령에서 사용하는 아동보호절차(child protection proceedings)라는 명칭을 그대로 사용하면서, 아동의 보호를 위한 법적 절차 중 순수한 형사절차를 제외한 절차로 이해하고자 한다.

이하에서는 캐나다 아동보호 제도의 일반적 특성 및 아동 보호 관련 법률의 제정 내지 개정 과정을 살펴본 후, 온타리오주의 아동등서비스법이 규정하는 구체적인 아동보호절차의 내용을 살펴보기로 한다.

---

200) Children's Aid Society of Algoma v. P.(D.), 2006 ONCJ 170 판결 중 para [22].
201) Children's Aid Society of the Districts of Sudbury and Manitoulin v. C.H., 2018 ONCJ 453 판결. (https://lukesplace.ca/case-summary-mother-seeking-access-to-child-in-cas-care/, 2021. 8. 29. 접속)
202) R. Brian Howe, 'Implementing children's rights in a federal state: The case of Canada's child protection system', 「The International Journal of Children's Rights」 Vol.9(4), 2001, 361쪽.
203) Nicholas Bala & Kate Kehoe, 앞의 글, 16쪽.
204) Powers v. Powers, [2004] O.J. No. 4696(O.C.J.), 50쪽. Jodi Rebecca Fleishman, 앞의 논문, 51쪽에서 재인용.

1. 캐나다 아동보호 제도의 특성 및 연혁

가. 아동보호 제도에 관한 역사 및 연방제로 인한 특성

캐나다의 아동보호에 관한 법률 및 관행은 시대에 따라 변화해왔다. 18세기에는 빈곤하거나 방임된 아동에 대한 보호는 민간 자선단체에 의한 자발적인 활동이나, 교도소나 소년원 등 형사절차를 통해 유기된 아동이나 고아를 수용하는 방식으로 이루어졌다.

1888년에 제정된 '방임된 아동의 보호 및 개선에 관한 법률'(An Act for the Protection and Reformation of Neglected Children)은 판사에게 아동을 자선단체의 보호 하에 맡길 권한을 부여하였고, 1891년에는 아동원조협회[205](Children's Aid Society, 이하 CAS)가 최초로 설립되었다. CAS의 설립자인 J. J. Kelso가 주도하여 온타리오주에서 1893년에 제정된 '아동에 대한 잔인함 방지 및 더 나은 보호를 위한 온타리오 법(Ontario's Act for the Prevention of Cruelty to and Better Protection of Children)'는 CAS에 아동을 가정으로부터 격리하여 시설에 보호하고, 지방정부에 대하여 아동의 양육 비용을 청구하는 등 권한을 부여함으로써 위 단체를 준공공기관으로 만들었다. 현재 온타리오주에는 51개의 권한을 부여받은(mandated) CAS가 있고, 이들을 대표하는 협회로 온타리오주 CAS 협회(Ontario Association of Children's Aid Societies, 이하 OACAS)가 있다. OACAS는 주의 재정지원 및 감독을 받으면서, 주 정부의 아동복지 프로그램 및 그룹홈, 위탁가정의 허가 등 업무와 관련하여 긴밀히 협조하고, 주의 가족 및 아동에 적절한 서비스를 제공한다.[206]

이후 여러 입법을 거쳐 1984년에 온타리오주에서 '아동 및 가족 서비스법'(Child and Family Services Act)이 제정되었는데, 이를 통해 정부가 아동보호에 대한 책임을 부담한다는 점을 확인하면서, 기존의 자선단체의 자발성에 근거한

---

205) 김수정, 이재연, '아동 보호를 위한 외국의 아동 학대 신고제도 연구', 「아동과 권리」 제15권 제1호, 2011, 26쪽에서 Children's Aid Societies를 '아동원조협회'라고 번역한 것을 따랐으나, 아래에서 검토하게 될 온타리오주의 법률 및 캐나다의 문헌에서 CAS라는 약칭을 사용하고 있어, 이 글에서도 CAS로 표기하기로 한다.

206) 캐나다 온타리오주 CAS 협회(http://www.oacas.org/what-we-do/government-and-stakeholder-relations/, 2021. 4. 24. 접속)

아동복지를 정부가 재정을 지원하고 서비스를 직접 제공하는 기관에 대한 감독과 가이드라인을 제공하는 전문적인 서비스 제도로 변화시켰다.[207] 다른 주에서도 비슷한 내용의 아동보호입법이 뒤따랐으나, 법률의 몇몇 중요한 부분에서 주마다 차이가 있었다. 예컨대, '보호가 필요한 아동'의 정의와 관련하여, 온타리오주와 알버타주는 다른 주에 비하여 자세히 규정하고 있어 주의 개입이 상대적으로 제한되었다. 신고의무와 관련해서도, 대부분의 주에서는 일반 시민도 모두 신고의무를 부담하였고, 온타리오주에서는 의사나 교사 등 전문직 또는 공무원만 신고의무 불이행으로 기소되는 반면, 다른 주에서는 일반 시민도 기소될 수 있었다.[208]

위와 같이 각 주마다 고유한 아동보호에 관한 법률을 갖고 있는[209] 이유는, 캐나다가 연방제 국가이기 때문이다. 즉, 캐나다 헌법(CONSTITUTION ACT, 1867) 제91조(Legislative Authority of Parliament of Canada), 제92조(Subjects of exclusive Provincial Legislation)는 연방과 주의 입법 권한을 구분하고 있는바, 아동의 복지는 캐나다 헌법의 재산과 민사적 권리(Property and Civil Rights in the Province)에 근거하여 주에 독점적 입법권이 인정[210]되기 때문이다. 다만, 재정과 관련하여, 1966년에 수립된 Canada Assistance Plan에 따라 아동복지 비용을 연방정부와 주정부가 50:50으로 공동부담[211]하였으나, 1996년에 위 Plan을 대체한 Health and Social Transfer 이후 보건 및 복지 영역에 대한 연방정부의 재정 지원이 40%까지 감소하였고, 이는 아동복지 서비스에도 직접적으로 영향을 미쳤다.[212] 그러나 1900년대 모든 주에서 전체 아동복지비용 및 1인당 비용이 모두 증가한 사실에 비추어볼 때, 연방정부의 재정 지원의 감소에도 불구하고, 각 주의 아동보호를 위한 지원이 단지 상징적인 것은 아니었음[213]을 알 수 있다.

한편 2019년에 제정된 '퍼스트네이션, 이누이트 및 메티스 아동, 청소년 및 가족에 관한 법률'(An Act respecting First Nations, Inuit and Metis children,

---

207) Melisa Louise Redmond, 'Working Hard or Heart-y Working? Theorizing Child Protection's Occupational Construction', a thesis for the degree of Doctor of Philosophy, University of Toronto, 2014, 14~15쪽.
208) R. Brian Howe, 앞의 글, 367~368쪽.
209) Samantha Jo Shewchuk, 'CHILDREN IN NEED OF PROTECTION: REPORTING POLICIES IN ONTARIO SCHOOL DISTRICTS', a thesis for the degree of Master of Education, Queen's University, 2014, 9쪽.
210) Tariq Ahmad, 'Child Protection Law and Policy: Canada', Library of Congress, 2019, 58쪽. (https://www.loc.gov/law/help/child-protection-law/canada.php, 2021. 6. 2. 접속)
211) R. Brian Howe, 앞의 글, 373쪽.
212) Karen Swift and Marilyn Callahan, 앞의 글, 123~124쪽.
213) R. Brian Howe, 앞의 글, 374~375쪽.

youth and families)은 아동의 복지에 관한 연방법이긴 하나, 그 적용 범위가 캐나다 헌법 제35조에 따라 자치권을 인정받은 원주민인 퍼스트네이션, 이누이트 및 메티스 부족의 아동에 한정되는 점, 아동에 관한 처분을 하기 전 반드시 아동의 보호자 뿐만 아니라 아동이 속한 부족의 자치단체(Indigenous governing body)에 고지를 해야하는 등 다른 주 또는 준주의 아동복지 법률에는 존재하지 않는 조항을 두고 있는 점 등에 비추어, 위 법률을 캐나다 전체의 아동복지를 규율하는 일반법으로 보기는 어렵다. 게다가 캐나다의 모든 주 또는 준주의 아동복지 관련 법률은 원주민 아동에 관한 특별 조항을 두고 있는데, 위 연방법의 존재가 각 주 또는 준주의 법률의 적용을 배제하지 않는[214] 점에서도, 위 연방법이 각 주 또는 준주의 법률보다 우선적인 효력이 있다고 보기도 어렵다.

결국 캐나다는 아동학대를 포함한 아동의 보호 내지 복지 정책에 관한 권한과 책임이 각 주 또는 준주에 있다고 할 것이다. 즉, 아동학대를 예방하고 조치하기 위하여 전반적인 국가적 기준을 제공하는 연방 차원의 입법이 없다. 캐나다의 모든 주와 준주의 아동복지 시스템은 아동학대에 대한 조사 및 법원의 명령이 신고의무에 기반하고 있고, 아동학대가 아동보호 서비스를 받을 수 있는 주된 창구이고[215], 가정 외 시설에서의 아동보호 등 다양한 형태의 서비스가 제공되는 점 등 공통점이 있는 반면, 차이점도 있다. 예컨대, 보호의 대상인 아동의 정의 관련하여, 온타리오주를 비롯한 여러 주에서 18세 미만으로 정의하나, 브리티시콜롬비아주나 누나부트준주는 19세 미만으로, 뉴펀들랜드앤라브라도르주는 16세 미만으로 정의하는 등 각 주나 준주에 따라 달리 규정[216]하고 있다.

나. 아동등서비스법 제정 이전의 아동보호 법률

앞서 언급한 바와 같이 온타리오주는 아동보호 제도와 관련하여 캐나다를 대표할 수 있는데, 그 핵심은 온타리오주의 아동 보호 및 복지에 관한 법률인 아동등

---

214) Hayley Hahn, Johanna Caldwell, Vandna Sinha, 'Applying Lessons from the U.S. Indian Child Welfare Act to Recently Passed Federal Child Protection Legislation in Canada', 「The Internationl Indigenous Policy Journal」 Vol.11 Issue 3, 2020, 19쪽.

215) Barbara Fallon, Nico Trocmé, John Fluke, Melissa Van Wert, Bruce MacLaurin, Vandna Sinha, Sonia Hélie and Daniel Turcotte, 'Responding to child maltreatment in Canada : Context for international comparisons',「ADVANCES IN MENTAL HEALTH」Volume 11, Issue 1, 2012, 76~77쪽.

216) Public Health Agency of Canada, 'PROVINCIAL AND TERRITORIAL CHILD PROTECTION LEGISLATION AND POLICY 2018', 2019, 12~17쪽.

서비스법이라 할 수 있다. 아동등서비스법은 2018. 4. 30. '아동 및 가족 서비스법'(Child and Family Services Act, 이하 CFSA)을 폐지[217]하면서 제정되었다. CFSA는 1984. 5. 31. '아동복지법'(Child Welfare Act)의 폐지[218] 후 제정되어 아동등서비스법의 제정으로 폐지되기 전까지, 약 34년 동안 온타리오주의 아동보호 제도를 규율한 법률로서, 그 오랜 기간 뿐만 아니라, 아동등서비스법이 그 기본 구조와 주된 내용을 승계하고 있다는 점에서, 온타리오주의 아동보호 제도의 기틀을 마련한 중요한 법률이다. CFSA는 폐지되기 전까지 수회 개정되었는바, 이를 통해 온타리오주의 아동보호 제도의 변화를 알 수 있다는 점에서도, CFSA의 내용 및 연혁에 관하여 간단하게나마 살펴볼 필요가 있다.

1984년에 제정된 CFSA(이하 CFSA 1984 제정법률)은 총 12장(PART) 230조(section)로 이루어진 법률로, 제1조에서 이 법률의 세 가지 목적으로, 아동의 최선의 이익, 보호 및 복지, 가족의 자율성과 완전성, 최소 침익적 조치의 사용을 규정하고 있었다. 물론 '주된 목적(paramount objective)'으로 아동의 최선의 이익, 보호 및 복지를 규정하고 있다는 점에서, 나머지 두 목적은 부차적인 것으로 보일 수도 있지만, 실제 아동보호 업무에서는 위 세 가지 원리를 조화시키기 위하여, 아동에 대한 위험 가능성이 있음에도 가족을 유지시키는 데 많은 노력을 했고, 판사와 변호사들이 무엇이 이 법의 주된 목표가 되어야 하는지에 관해 혼란스러워했던 사실[219]에 비추어볼 때, CFSA 1984 제정법률은 아동의 복지나 보호만을 목적으로 한 것은 아니고 최소한 같은 수준으로 가족의 보호 내지 유지 또한 목적으로 했음을 알 수 있다. 이 법의 제3장 아동보호(CHILD PROTECTION)에서 아동보호절차에 관하여 규정하고 있는바, 제37조 제(2)항은 이 법의 적용 전제가 되는 '보호가 필요한 아동'의 개념을 정의하고, 제53조는 법원이 위와 같이 보호가 필요하다고 인정된 아동에 대하여 발령하는 4가지 아동보호명령, 즉 감독명령(Supervision order), CAS후견(Society wardship), 정부후견(Crown wardship), 연속 CAS후견 및 감독명령(Consecutive orders of society wardship and supervision)에 관하여 규정하였다. 제68조는 신고의무(DUTY TO REPORT)에 관하여 규정하였는바, 합리적 근

217) 캐나다 온타리오주 사이트(https://www.ontario.ca/laws/statute/90c11, 2021. 4. 28. 접속)
218) 캐나다 법률정보연구소 (https://www.canlii.org/en/ab/laws/stat/rsa-1980-c-c-8/latest/rsa-1980-c-c-8.html, 2021. 4. 28. 접속)
219) Henry Ubaldo Parada, 'THE RESTRUCTURING OF THE CHILD WELFARE SYSTEM IN ONTARIO - A Study in the Social Organization of Knowledge', a thesis for the degree of Doctor of Philosophy, University of Toronto, 2002, 23쪽.

거로 아동이 보호가 필요한 상태(in need of protection)에 있다고 믿은 사람은 누구나 아동보호기관에 신고해야 하고, 전문가 또는 공무원은 업무수행 중 합리적 근거로 아동이 학대(abuse)를 당하거나 당했다고 의심하는 경우 아동보호기관에 신고해야 하는데, 이 때 전문가 또는 공무원은 의사, 간호사 등 의료인, 교사, 사회복지사, 성직자, 경찰관, 검시관, 변호사, 서비스제공자 등 아동과 관련된 전문적 또는 공적 업무를 수행하는 모든 사람을 의미한다. 신고의무 불이행에 대해서는 전문가 또는 공무원만 형사처벌(제81조)되었다. 신고의무의 주체를 일반인과 전문가 또는 공무원으로 구별하고, 각 주체 별로 신고해야 할 사유가 '보호가 필요한 상태' 및 '학대'로 다르고, 신고의무 불이행에 대해서는 전문가 또는 공무원만 처벌하는 점이 눈에 띄는바, 전문가 또는 공무원의 업무상 특성을 고려하여 아동학대 신고에 관하여 강화된 의무를 부과한 것으로 이해된다.

CFSA 1984 제정법률은 최초로 아동학대에 관한 신고의무 제도를 도입하고, 아동과 관련한 가족의 사적인 영역에 국가가 개입할 수 있는 근거인 '보호가 필요한 상태'를 정의하고, 명칭은 일부 변경되었지만 현행 아동등서비스법상 아동보호명령과 기본적인 구조가 같은 아동보호명령을 규정하였다는 점 등에서, 온타리오주의 아동보호 제도의 기틀을 마련한 중요한 입법으로 평가할 수 있다.

이후 CFSA는 수회 개정되었는바, 그 중 1999년에 개정되어 2000년 3월 31일부터 적용된 CFSA(이하 CFSA 1999 개정법률)는 방임 및 정서적 학대를 아동학대로 분류하고, 정서적 학대와 관련하여 가정폭력에의 노출을 명시하고, 신고의무를 확대하고, 아동보호기관이 조사할 수 있는 근거로 실제로 발생한 아동학대 뿐만 아니라 아동학대의 위험이 있는 경우도 포함하는 등 아동보호에 관한 온타리오주의 아동복지 정책에 상당한 변화를 가져온 개정으로 평가[220]된다.

그 중 법률의 목적과 관련하여, 제1조에서 '주된 목적'과 '기타 목적'으로 항을 달리하여, 아동의 최선의 이익, 보호 및 복지가 주된 목적임을 밝히고, 가족의 자율성과 완전성, 최소 침익적 조치 등 '기타 목적'은 '아동의 최선의 이익, 보호 및 복지와 조화를 이루는 한'이라는 단서를 붙임으로써, 이 법의 주된 목적은 '아동의 최선의 이익, 보호 및 복지'이고, 가족의 자율성 등 다른 목적은 부차적인 것임을 분명히 하였다. 이는 아동을 가족으로부터 분리하고, 독립된 존재로 인식함으로써, 아

220) Mandi Danielle Veenstra, 'Re-imagining Canada's Child Welfare Paradigm: A Collective Ethnographic Case Study of Canadian and Finish Child Welfare System', a thesis for the Doctor of Philosophy degree, Queen's University, 2020, 17쪽.

동보호기관이 가족에 보다 침익적으로 개입하게 하는 등 아동과 가족 관련 정책의 태도와 접근법에 변화를 가져와, 아동을 어떠한 손상 내지 위험으로부터 보호하는 데 주된 노력을 기울이고, 가족을 유지하는 것은 더 이상 우선순위가 아니게 되었다.[221] 제1조의 구조 및 내용은 현행 아동등서비스법에서도 그대로 유지되고 있다. 신고의무에 대해서는, 아동학대가 의심되는 상황에 대한 신고의무를 전문가 또는 공무원과 일반인을 구별하지 않고 모든 사람에게 일원적으로 부과하고, 신고의 대상에 학대가 실제로 발생한 경우뿐만 아니라 학대의 위험이 있는 경우도 포함(제72조)하는 등 신고의 주체 및 대상을 확대하는 방향으로 개정하였다.

CFSA 1999 개정법률은 1995년 보수당 정부가 들어선 이후 추진된 아동복지개혁(Child Welfare Reform)의 일환으로 개정되었는데, 아동복지개혁은 아동보호기관의 보호 및 감독 하에 있었던 여러 아동의 죽음, 이에 대한 언론과 지역사회의 비판, 복지국가로부터 신자유주의로의 변화된 정치경제 이념 등 다양한 원인으로 시작되었다. 특히 신자유주의의 행정 전략인 신-관리주의(new managerialism)는 재정 긴축에 대한 압박을 이유로 공공서비스 부문에 대하여 비용을 절감하고 재정 책임을 증가시키는 관리 관행을 요구하였고, 그 이데올로기적 근거로 개인의 책임을 강조하였는데, 이는 정부의 크기와 규모를 줄임과 동시에 국가의 복지 서비스를 축소하는 것을 의미하였다.[222] 이러한 경향이 아동보호기관 직원의 재정, 조사 등 업무와 관련하여 상세한 가이드라인(Funding Formula, Ontario Risk Assessment Model, New Standards of Practice 등)을 만들고, 이를 준수하지 않은 경우에 대한 책임을 강조함으로써, 기존의 자율성과 전문성을 침해하고, 아동 및 가족과의 관계보다 절차와 서류 작업을 더 중시하게 만들었다고 비판하는 견해[223]도 있다. 반면, 아동보호기관이 아동을 보호하고 빨리 개입하기 위하여 필요한 정보의 수집을 보다 용이하게 하는 등 기존의 가족 보존 이념에서 아동 중심의, 보다 적극적으로 개입하는 아동보호 이념으로의 전환을 보여주었다고 평가하는 견해[224]도 있다.

2017. 1. 1.에 개정된 CFSA는 '어머니(mother)'라는 용어 대신 '부모(parent)' 또는 '보호자'(person having charge)라는 용어를 사용한 점에서, 젠더중립적(gender-neutral) 언어를 사용한 것으로 평가[225]된다. 한편, CFSA가 폐지되기 직전

221) Henry Ubaldo Parada, 앞의 논문, 4, 24~25쪽.
222) Henry Ubaldo Parada, 앞의 논문, 6, 14~15, 17쪽.
223) Henry Ubaldo Parada, 앞의 논문, 2~4쪽.
224) R. Brian Howe, 앞의 글, 372쪽.
225) Mandi Danielle Veenstra, 'Re-imagining Canada's Child Welfare Paradigm: A Collective

인 2018. 1. 1.에는 CFSA 자체를 개정하지는 않았으나, 아동청소년부(Ministry of Children and Youth Services)가 CFSA 제20.1조에 근거한 정책지침(Policy Directive)을 통하여 16~17세 청소년에게도 모든 범위의 아동보호서비스를 제공하도록[226] 하여, 사실상 CFSA가 적용되는 아동의 범위를 확대하는 것과 같은 효과를 내기도 하였다.

다. 아동등서비스법의 제정 경과

위와 같이 오랫동안 온타리오주의 아동보호 제도를 규율해온 CFSA가 폐지되고 아동등서비스법이 제정된 배경에는, 2008. 8. 3. 온타리오주에서 케이트린 앤젤 샘슨(Katelynn Angel Sampson, 여, 당시 7세, 이하 케이트린)이라는 아동이 사망한 사건이 있다. 위 사건은 케이트린의 양육자가 케이트린을 때려 사망에 이르게 한 사건으로, 부검 결과 간 등 장기가 파열되고, 갈비뼈가 골절되고, 얼굴의 멍과 찢어진 상처, 등의 혈종 등에 비추어 케이트린에게 심각한 폭행이 장기간 가해졌음이 밝혀졌다. 마약중독자인 케이트린의 엄마는 자신의 마약 문제 때문에 CAS에서 딸을 데려갈 것을 우려하여, 지인인 위 양육자에게 딸을 맡겼다.[227] 우리나라의 '정인이 사건'과도 유사한 이 사건은 온타리오주의 아동 관련 정책에 많은 변화를 가져왔다.[228] 예컨대, CAS에서 케이트린의 모와 양육자를 알고 있었고, 케이트린이 2008년 봄에 학교를 나가지 않았음에도, 아무도 케이트린에게 위 양육자가 어떤지 물어보지 않았다는 사실은, 여러 CAS 간의 의사소통에 문제가 있음을 드러냈고, 그 결과 CAS 사이의 전달 체계 등 업무 프로토콜에 변화가 있었다.[229]

Ethnographic Case Study of Canadian and Finish Child Welfare System', A thesis for the Doctor of Philosophy degree, Queen's University, 2020, 45쪽.

226) Ministry of Children and Youth Services, 'POLICY DIRECTIVE: CW 003-17 Protection Services for 16-17 Year Olds' 중 "This directive requires all children's aid societies to provide the full range of child protection services to youth until their 18th birthday, including the society agreements with 16-and 17-year-olds under s.37.1 of the CFSA(referred to as Voluntary Youth Services Agreement(VYSA) in the directive). Societies are directed to offer the full range of protection services, including a VYSA where appropriate, to all eligible youth."(https://secure.oarty.net/files/GR/Policy%20Directive%20CW%20003-17%20Protection%20Services%20for%2016-17%20Year%20Olds.PDF, 2021. 8. 31. 접속)

227) The Canadian Press, "Katelynn Sampson struck so hard her liver ruptured, pathologist tells inquest", posted 2015. 11. 10.(https://www.cbc.ca/news/canada/toronto/katelynn-sampson-struck-so-hard-her-liver-ruptured-pathologist-tells-inquest-1.3312353, 2021. 8. 25. 접속)

228) Jane Long 외 1인, 앞의 글, 187쪽.

229) Jane Long 외 1인, 앞의 글, 188쪽.

또한 온타리오주 법무부 산하 수석검시관실(Office of the Chief Coroner)은 케이트린의 사망에 관하여 사인조사(Inquest)를 실시하였다. '산 자를 보호하기 위하여 죽은 자를 대변한다'라는 모토를 가진 검시관의 역할은 의심스러운 죽음과 관련된 상황을 살펴보는 것으로, 대부분의 경우 그 방법은 조사(investigation)에 의하나, 일부 죽음에 있어서는 사인조사(inquest)를 한다.[230]

사인조사는 객관적 사실관계 조사를 통해 사망의 상황에 관한 공적 관심에 초점을 맞추는 공적 청문(public hearing)으로, 검시관이 5명의 배심원 앞에서 진행하고, 사인조사 후 배심원은 평결(verdict)로 향후 유사한 사망을 방지하기 위한 제안(recommendation)을 하게 된다.[231] 사인조사는 공개된 장소에서 증인이 선서하고 증언한다는 점에서 형사나 민사 소송과 유사하나, 소송과는 달리 대립되는 당사자 구조가 아니고, 판결도 아니므로, 보다 유연한 증거법칙이 적용된다.[232] 또한 배심원은 가해자 등 관련자의 법적 책임이나 법적 결론에 관해서 평결할 수 없다. 배심원은 공동체 구성원 중에서 선정되는데, 배심원 의무는 공적 의무이다. 아동의 보호자의 범죄적 행위의 결과로 아동이 사망한 경우는 사인조사가 의무적으로 열려야 할 경우 중 하나이다. 사인조사의 시기에는 제한이 없다. 수석검시관실은 2014. 1. 경 이후로 모든 사인조사의 평결과 제안을 공개하고 있다.[233]

2016. 4. 29. 케이트린의 사망에 관한 사인조사 후 배심원은 평결(Verdict of Coroner's Jury)로 '케이트린 원칙'(Katelynn's Principle)이 아동에 영향을 미치는 모든 서비스, 정책, 입법 및 의사결정에 적용되어야 한다는 등 제안(Jury Recommendations)을 하였는바, '케이트린 원칙'은 '아동은 그들이 주체이거나 서비스를 받는 아동복지, 사법 및 교육 제도의 중심이어야 한다', '아동은 보이고(be seen), 그 목소리가 들리고(be heard), 경청되고 존중될(be listened and respected) 권리를 가진 인간이다', '아동이 자신에게 영향을 미치는 문제에 관하여 자유롭게 안전하게 자신의 견해를 표현할 수 있도록 장려하는 조치가 취해져야 한다', '아동은 그 나이와 성숙도에 따라 그들에게 영향을 미치는 결정이 이루어지기

---

230) Joseph Martino, 'Assessing the Effectiveness of Coroner's Inquests in Relation to Child Maltreatment Fatalities: A Human Rights Perspective', 「INTERNATIONAL JOURNAL OF CHILDREN'S RIGHTS」 26, 2018, 510, 513쪽.

231) 온타리오주 법무차관실(Ministry of the Solicitor General) 사이트 (https://www.mcscs.jus.gov.on.ca/english/DeathInvestigations/DI_intro.html, 2021. 8. 26. 접속)

232) Joseph Martino, 앞의 글, 514쪽.

233) 온타리오주 법무차관실 사이트 (https://www.mcscs.jus.gov.on.ca/english/DeathInvestigations/DI_intro.html, 2021. 8. 26. 접속)

전에 직접 또는 대리인을 통해 참여할 기회가 주어져야 한다' 등 아동의 권리 보장에 중점을 둔 내용으로 구성되어 있다.[234] '케이트린 원칙'은 '국가는 자신의 견해를 형성할 수 있는 아동은 자신에게 영향을 미치는 모든 문제에서 자신의 견해를 자유롭게 표현할 권리를 보장해야 하고, 이를 위하여 특히, 아동은 사법 및 행정 절차에서 직접 또는 대리인이나 적절한 행위자를 통해, 해당 국가의 절차법에 맞게, 그 목소리를 낼(be heard) 기회를 제공받아야 한다'고 선언하는 CRC 제12조와 그 내용이 거의 같다. 위 평결은 직접적으로 CRC 제12조의 내용이 CFSA에 포함되어야 한다고 제안하기도 하였는데, 실제로 아동등서비스법이 제정되면서 CFSA에는 없었던 서문(Preamble)을 신설하면서, 아동등서비스법이 CRC에 나타난 원리들에 기초하고 있음을 명시하였다.

위와 같이 케이트린의 죽음 이후 약 10년 동안 아동보호와 관련된 여러 기관이 다양한 방면에서 조사와 연구를 한 결과, 2018. 4. 30. CFSA를 폐지하고 서문(Preamble)과 총 12장, 349개의 조문으로 이루어진 아동등서비스법을 제정하기에 이르렀다. 아동등서비스법의 제정은 CFSA가 제정된 1984년 이래 아동보호 관련 입법에서 가장 폭넓은 변화로, 아동보호제도를 기존의 필요 기반(needs-based)에서 권리 기반(rights-based)으로 이동시킨 것으로 평가[235]되는바, 위 법률의 의미에 대해서는 아래 라.항에서 구체적으로 살펴본다.

라. 아동등서비스법의 의의

첫째, 아동등서비스법은 CFSA에 비하여 법률의 목적을 확대하였다. 제1조에서 '주된 목적'을 '아동의 최선의 이익, 보호 및 복지를 증진하는 것'이라고 선언하고, 제1조 제2항에서 '기타 목적'으로 CFSA에는 없었던 '예방, 조기 개입 및 지역사회 지원 서비스의 제공을 포함한 최소 침익적 조치의 사용' 및 '아동 및 가족에 대한 성공적인 결과를 도출하기 위한 서비스를 계획하고 제공하는 데 개인정보를

234) 'INQUEST TOUCHING THE DEATH OF Katelynn Sampson JURY VERDICT AND RECOMMENDATIONS', 2016. 4. 29. (https://jfcy.org/wp-content/uploads/2016/04/KatelynnSampsonInquest_JuryRecommendations.pdf, 2022. 2. 5. 접속)

235) 2019. 8. 13. Pamela Cross, 'How will the changes to child protection legislation affect the women I support?' (https://lukesplace.ca/how-will-the-changes-to-child-protection-legislation-affect-the-women-i-support/, 2021. 9. 3. 접속)

포함한 적절한 정보 교환의 필요성'을 새롭게 규정하였다.

'주된 목적'의 문언은 CFSA와 동일하나, '보호'는 최근 발생한 학대로부터의 즉각적인 안전을, '복지'는 학대에 장기적으로 노출되었을 경우의 영향을 의미하는데[236], 위와 같이 개념 및 그에 대한 대책이 서로 다를 것으로 예상되는 두 가지 목적이 같은 조에서 병렬적으로 규정되어 있는 점, '기타 목적'으로 아동보호절차가 아닌 예방, 지역사회 지원 서비스의 제공을 추가하고, 이를 위하여 개인정보를 포함한 정보 공유의 필요성을 명시한 점 등에 비추어, 아동등서비스법의 목적이 아동보호 사건의 규율에 한정되는 것이 아니라, 보다 넓게 아동과 관련된 모든 정책을 규율하는 것임을 알 수 있다.

둘째, 아동의 권리를 강화하였다. 아동등서비스법은 제2장 '아동과 청소년의 권리'(Children's and Young Persons' rights)에서 아동의 권리에 관하여 자세히 규정하고 있다. 여기서 청소년은 12세 이상 18세 미만의 사람을 의미(제2조)한다. 제2장의 첫 번째 절인 '서비스를 받는 아동과 청소년의 권리'(Rights of Children and Young Persons Receiving Services)에서, 서비스를 받는 모든 아동 및 청소년은 그들에게 영향을 미치는 문제에 관하여 자유롭고 안전하게 그들의 의사를 표현할 권리, 그들에게 영향을 미치는 결정이 왜, 어떻게 이루어지는지에 관하여 솔직하고 존중하는 대화를 통해 참여할 권리, 아동의 의사가 그 나이와 성숙도에 따라 적절하게 고려될 권리, 아동이 제공받는 서비스의 내용에 관하여 상담을 받고, 서비스의 결정에 참여하고, 조언을 구할 권리, 강압, 차별, 보복의 개입 또는 공포 없이 아동이 제공받는 서비스와 관련하여 우려를 제기하거나 변화를 제안하고, 그 우려 또는 제안에 대한 답변을 받을 권리 및 제2장에 의한 아동의 권리에 관하여 아동이 이해할 수 있는 언어로 정보를 제공받을 권리를 가진다는 점(제3조), 서비스 제공자(service provider)나 위탁부모(foster parent)의 체벌(corporal punishment)은 금지된다는 점(제4조) 등을 규정하고 있다. 그 중 체벌이 금지되는 주체에 친부모가 포함되어 있지 않은 점이 주목되는바, 아래 IV.항에서 검토할, 부모 또는 교사가 아동의 신체에 유형력을 행사한 경우 중 일정한 기준을 충족하는 경우 형사처벌을 면제하는 캐나다 형사법 제43조 및 이에 대한 캐나다 대법원 판결과 관련하여 볼 때, 부모의 자녀에 대한 훈육 방법에 관하여 연방법과 연방대법원의 기준에 따르고 있는 것으로 볼 수 있다.

236) Nico Trocmé, Alicia Kyte, Vandna Sinba and Barbara Fallon, 앞의 글, 485쪽.

제2장의 두 번째 절인 '시설보호 아동의 권리'(Rights of Children in Care)에서는 시설에서 보호되는 아동 또는 청소년, 위탁가정의 아동, 소년법 등에 의하여 구금시설에 수용된 청소년 등(이하 시설보호아동)의 권리에 관하여 보다 상세히 규정하고 있다. 즉 시설보호아동은, 배치(placement) 등 그들에게 영향을 미치는 결정에서 위 제3조의 권리를 보장하고, 보호시설에 입소의 경우에는 이 장에 의한 권리 및 이의제기 절차 등에 관하여 적합한 언어로 고지받을 권리, 가족과 사적으로 연락하고, 만날 권리 등 합리적인 범위에서 사생활과 사적 소유권, 보호시설 입소 후 30일 내 아동의 고유한 필요를 충족하는 보호 계획에 대한 권리, 개별적인 보호 계획의 진행에 참여하고, 영양적으로 균형 잡힌 양질의 음식에 대한 권리 등(제8조 내지 제10조, 제12조, 제13조)을 갖는다.

이어서 제2장의 세 번째 절 '아동 및 청소년의 권리에 관한 서비스 제공자의 의무'(Service Providers' Duties in respect of Children's and Young Persons' Rights)에서는 서비스 제공자는 이 법에서 규정한 아동 및 청소년의 권리를 존중해야 함을 별도로 규정(제15조)하고 있다.

구법인 CFSA도 제5장 '아동의 권리'(RIGHTS OF CHILDREN)를 두고 있었으나, 시설보호아동에 관한 권리에 대해서만 규정(제103조)했을 뿐, '모든 아동'의 권리나 서비스 제공자의 의무에 대해서는 따로 규정하지 않았다. 이러한 내용의 변화에 더하여, 조문의 위치도 법률의 앞부분인 제2장에 배치한 점 등을 고려할 때, 아동등서비스법은 구법인 CFSA보다 아동의 권리를 훨씬 강화하였다고 평가할 수 있다.

이와 관련하여, 아동이 의사결정 과정에 참여할 권리는 상대적으로 최근에 발전된 논의로, 아동의 최선의 이익을 결정하는 데 아동의 의사를 이해할 필요가 있고, 아동이 이를 표현할 권리가 법적 권리로 이해[237]되고 있다. 아동등서비스법은 앞서 본 바와 같이 신설한 서문에서 CRC의 원칙에 기반하고 있음을 명시적으로 언급하고 있다. 아동등서비스법 외 캐나다의 아동보호 관련 법률에서 CRC를 명시하는 주는 누나부트준주, 노스웨스트준주, 유콘주 정도에 불과[238]한 점 또한 아동등서비스법이 아동의 권리 강화에 있어서 선도적인 지위에 있음을 보여준다고 할 것이다.

---

237) Michelle Hayes and Rachel Birnbaum, 'Voice of the Child Reports in Ontario: A Content Analysis of Interviews with Children', 「JOURNAL OF DIVORCE AND REMARRIAGE」, 2020, 301~302쪽.
238) 위 'PROVINCIAL AND TERRITORIAL CHILD PROTECTION LEGISLATION AND POLICY 2018', 44쪽.

셋째, 아동보호절차를 규율하는 가장 중요한 법원리라 할 수 있는 '아동의 최선의 이익'(Best interests of child)[239]의 판단 기준에 큰 변화가 있었다. '아동의 최선의 이익'은 아동의 신체적, 정서적, 지적, 도덕적, 사회적 복지를 망라하는 유동적이고 포괄적인 개념[240]으로, 아동등서비스법은 그 의미를 직접 정의하고 있지는 않다. 대신에, 제74조 (3)항에서 아동의 최선의 이익으로 아동에 관한 명령 또는 결정을 할 사람이 고려해야 할 요소들을 구체적으로 제시하고 있는데, 그 중 첫 번째 요소로 '확인할 수 없는 경우를 제외하고, 아동의 나이와 성숙도를 적절히 고려한 아동의 의사[241]'(the child's views and wishes, given due weight in accordance with the child's age and maturity, unless they cannot be ascertained)를 규정하고 있다.

이는 CFSA가 아동의 최선의 이익을 위하여 고려해야 할 요소로, 아홉 번째로 '합리적으로 확인될 수 있는 경우, 아동의 의사'(The child's views and wishes, if they can be reasonably ascertained)를 규정(제37조)했던 것과, 큰 차이가 있다. 이 차이는 특히 아동이 자신의 의사를 인식하고 표현할 수 있는 나이인 경우에 의미가 있을 것이다. 아동등서비스법은 아동보호명령을 하기 위하여 필수적인 청문(hearing)이 연기될 경우 법원이 임시적 보호 및 양육 명령을 할 때도 '확인할 수 없는 경우를 제외하고, 아동의 나이와 성숙도를 적절히 고려한 아동의 의사'를 고려해야 한다고 규정(제94조)하고 있다. 아동의 의사는 아동 문제의 결정권자가 고려해야 할 여러 요소들 중 하나이나, 이를 명문으로 규정한 것은 아동에게 영향을 미치는 의사 결정을 할 때 그 당사자인 아동의 생각을 고려하는 것이 공정하고 적절하다는 상식에 근거[242]한다고 할 것이다.

그러나 이는 아동의 의사가 아동의 안전 보장을 능가하는 요소임을 의미하지는 않는다.[243] 아동을 포함한 가정폭력의 피해자가 언제나 자신과 아동에 대한 위험의 정도를 제대로 이해하는 것은 아니기[244] 때문이다.

한편 '아동의 최선의 이익'은 아동보호절차 뿐만 아니라 아동이 관련된 이혼

239) Jodi Rebecca Fleishman, 앞의 논문, 45쪽.
240) Julien D. Payne 외 1인, 앞의 책, 586쪽.
241) child's views and wishes를 직역하면 '아동의 견해와 바램'이 되나, 우리나라의 아동복지법 제15조 제5항이 사용하는 '아동의 의사'와 실질적으로 같은 의미로 이해되어, 이 논문에서는 우리 법률의 용어인 '아동의 의사'로 번역한다.
242) Jane Long 외 1인, 앞의 글, 218쪽.
243) Jane Long 외 1인, 앞의 글, 199쪽.
244) 위 'Enhancing Safety: When Domestic Violence Cases are in Multiple Legal Systems(Criminal, family, child protection)', 25쪽.

절차에서도 주된 원리이다. 이혼 등 가사절차(family proceeding)에 관한 연방법인 '이혼과 아동의 양육 등에 관한 법률'(An Act respecting divorce and corollary relief, short title Divorce Act, 이하 이혼법)은 이혼소송에서 법원이 양육 명령(parenting order), 면접교섭 명령(contact order)을 할 때 오직 아동의 최선의 이익을 고려해야 한다고 규정(제16조)하면서, 이를 위하여 고려해야 할 여러 요소들을 제시하고 있는데, 그 중 '확인할 수 없는 경우를 제외하고, 아동의 나이와 성숙도를 적절히 고려한 아동의 의사'는 위 아동등서비스법에서 규정한 것과 단어 하나(wishes/preferences)만 다를 뿐, 사실상 동일한 문언이다. 가사절차에 관한 온타리오주법인 '아동법 개혁 법률'(Children's Law Reform Act) 또한 위 연방법의 조항과 거의 동일한 구조와 문언으로 '아동의 최선의 이익' 및 이를 판단할 때 고려해야 할 사항을 규정(제24조)하고 있다.

결국 '아동의 최선의 이익'은 아동보호절차 뿐만 아니라 가사절차 등 아동이 관련된 모든 법과 절차에서 가장 주된 원리인바, 아동등서비스법이 다소 추상적인 위 원리를 구체화하기 위하여 고려해야 할 요소를 상세히 제시하면서, 특히 구법인 CFSA가 '합리적으로 확인될 수 있는 경우, 아동의 의사'를 아홉 번째로 고려한 것과 달리, '확인할 수 없는 경우를 제외하고, 아동의 나이와 성숙도를 적절히 고려한 아동의 의사'를 첫 번째로 고려하도록 규정한 것은 앞서 아동의 권리를 강화한 것일 뿐만 아니라, '아동의 최선의 이익'의 내용 또는 판단에도 변화를 가져온 것이라 할 것이다.

넷째, 아동보호절차에서 사용되는 용어를 아동 보호 이념을 보다 잘 나타낼 수 있도록 변경하였다. 가장 큰 변화는 아동보호명령의 명칭을 변경한 것이라 할 수 있다. 법원이 보호가 필요한 아동에 대하여 발령하는 명령에는 CFSA가 최초 제정된 1984년부터 폐지될 때까지 감독명령(Supervision order), CAS후견(Society wardship), 정부후견(Crown wardship), 연속 CAS후견 및 감독 명령(Consecutive orders of society wardship and supervision)이 있었으나, 아동등서비스법은 CAS후견을 임시 CAS보호(Interim society care)로, 정부후견을 확대 CAS보호(Extended society care)로, 연속 CAS후견 및 감독 명령을 연속 임시 CAS보호와 감독 명령(Consecutive orders of interim society care and supervision)으로 각 변경(제101조)함으로써, 감독명령을 제외한 나머지 아동보호명령의 명칭을 변경하였다. 후견(wardship)이라는 용어를 보호(care)로 바꿈으로써 서비스 제공기관이 아니

라 서비스를 제공받는 아동이 중심이 됨을 명확히 하려는 것으로 이해된다.

또한 아동보호기관이 아동을 가정에서 격리하여 다른 장소에서 보호하는 행위를 의미하는 용어로 CFSA는 통상 '체포'나 '신병 확보' 등으로 이해되는 'apprehend'나 'apprehension'을 사용(제40조)하였으나, 아동등서비스법에서는 위 단어 대신 '아동을 안전한 장소로 데려가기'(bring a child to a place of safety)를 사용(제81조)하였다. 이는 아동을 억압하거나 권리를 제한하는 것이 아니라 아동을 보호하기 위한 행위임을 분명히 나타내기 위한 것으로 보인다. 다만, 아동등서비스법에서도 보호관찰 등 소년범에 대한 처우를 규정하는 제6장 '소년범에 대한 형사절차'(YOUTH JUSTICE) 등 다른 장에서는 'apprehend'나 'apprehension'이라는 용어를 여전히 사용하고 있다. 이는 아동보호절차와 형사절차의 차이 때문으로, 아동보호절차에서의 아동은 보호의 대상임을 명확히 한 것으로 이해된다.

그리고 CFSA에서는 캐나다 원주민을 '인디언'이나 '네이티브'로 지칭(제3조)하였으나, 아동등서비스법에서는 'First Nations, Inuit or Métis community'라고 각 부족의 명칭을 정확히 기재(제2조)함으로써 캐나다 헌법이 명시한 소수민족에 대한 차별로 받아들여질 수 있는 언어를 교정하였다.

2. '보호가 필요한 아동'

아동등서비스법은 제5장 '아동보호'(CHILD PROTECTION)에서 아동보호절차를 규정하고 있는데, 아동보호절차는 아동이 '보호가 필요한 상태'(in need of protection)에 있다고 판단되는 경우에 개시된다. 즉 '보호가 필요한 아동'의 개념은 정부가 아동과 그 가족의 삶에 개입할 수 있는 근거(Grounds of Intervention)가 되는 점에서, 아동보호 입법에서 가장 중요한 부분이라 할 수 있다. 즉 신고의무의 부담, 아동보호기관의 조사, 법원에 아동보호절차의 개시 신청 등 아래 3.항 이하에서 검토할 아동보호절차의 모든 단계는 아동이 '보호가 필요한 상태'에 있다고 인정되어야 시작될 수 있다.[245] 이 개념을 어떻게 정의하느냐에 따라 아동보호절차의 성격이 결정된다고 할 수 있는바, '보호가 필요한 아동'의 개념을 넓게 정의할 경우 정부가 아동의 보호를 위하여 적극적으로 개입할 수 있게 되고, 반대로 엄격하게

245) D. A. Rollie Thompson, 'The Retreat from "Least Intrusive Intervention" in Canadian Child Protection Law', 「Canadian Family Law Quarterly」 Vol.37(2), 2018, 106쪽.

정의할 경우 정부의 개입은 제한적이게 될 것이다.

가. 아동의 범위

아동등서비스법이 적용되는 아동은 18세 미만의 사람(제2조)이다.

그러나 16~17세 아동에 대하여 별도로 규율하는 경우가 있는데, 예컨대 16-17세 아동은 신고의무의 대상이 아니고(제125조), 16세 이상의 아동에 대한 접근명령(access order)은 그 아동의 동의 없이는 할 수 없고(제104조), 아동보호직원은 감독명령(supervision order)을 받고 있는 16-17세 아동이 동의하는 경우에만 그 아동을 안전장소(place of safety)로 데려갈 수 있다(제82조). 이러한 조항들은 16세 이상 아동에 대해서는 그 의사를 더욱 존중하려는 취지로 해석되는데, 같은 아동이라고 해도 연령에 따라 지적 수준이나 행위 능력에 차이가 있으므로 법률 자체에서 좀 더 나이가 많은 아동에 대해서는 그 자율성을 더욱 존중하려는 의지를 표현한 것으로 이해된다.

나. '보호가 필요한 상태'의 의미

아동등서비스법은 제74조 제2항에서 어떤 경우가 아동이 '보호가 필요한 상태'에 해당되는지 15개 호로 상세히 규정하고 있는바, 각 호의 내용은 다음과 같다.

(a) 아동이 보호자의 행위로 직접 신체적 손상(physical harm)을 입었거나, 보호자의 아동에 대한 적절한 양육, 필수품 제공, 감독 또는 보호의 실패나 이를 방임함으로 인한 결과로 신체적 손상을 입은 경우

(b) 아동이 보호자의 행위로 직접 신체적 손상을 입을 위험(risk)이 있거나, 보호자의 아동에 대한 적절한 양육, 필수품 제공, 감독 또는 보호의 실패나 이를 방임함으로 인한 결과로 신체적 손상을 입을 위험이 있는 경우

(c) 아동이 보호자에 의해 성적 학대 또는 착취를 당하거나 다른 사람이 아동을 성적 학대 또는 착취하는 것을 알거나 알아야 함에도 아동을 보호하지 못한 경우

(d) 아동이 위 c.항과 같이 성적 학대 또는 착취를 당할 위험이 있는 경우

(e) 아동이 신체적 손상 또는 고통을 치료(cure), 예방 또는 경감하기 위한 처

치(treatment)를 필요로 하는데, 아동의 부모 또는 보호자가 그 처치를 하지 않거나, 이러한 처치에 접근할 수 있도록 하지 않거나, 아동이 보건의료동의법(Health Care Consent Act, 1996)에 의한 동의를 할 수 없고 부모가 아동을 대리하는 의사결정권자인데 치료에 대한 동의를 거부하거나 할 수 없는(unavailable or unable) 경우

(f) 아동이 심각한(serious) 불안, 우울, 위축(withdrawal), 자기 파괴적 또는 공격적 행동 또는 발달 지체를 보이는 정서적 손상(emotional harm)을 입고, 그 정서적 손상이 부모 또는 보호자의 작위, 부작위 또는 방임의 결과라고 믿을 상당한 이유가 있는 경우

(g) 아동이 위와 같은 심각한 불안 등을 보이는 정서적 학대를 입었는데 부모 또는 보호자가 그에 대한 조치(services or treatment)를 하지 않거나, 이러한 조치에 접근할 수 있도록 하지 않거나, 아동이 보건의료동의법에 의한 동의를 할 수 없는 경우에 그 손상을 교정(remedy)하거나 경감하기 위한 치료에 대한 동의를 거부하거나 할 수 없는 경우

(h) 아동이 부모 또는 보호자의 작위, 부작위 또는 방임의 결과 불안, 우울, 위축, 자기 파괴적 또는 공격적 행동 또는 발달 지체와 같은 정서적 손상을 입을 위험이 있는 경우

(i) 아동이 불안, 우울, 위축, 자기 파괴적 또는 공격적 행동 또는 발달 지체와 같은 정서적 손상을 입을 위험이 있는데, 부모 또는 보호자가 그에 대한 조치를 하지 않거나, 이러한 조치에 접근할 수 있도록 하지 않거나, 아동이 보건의료동의법에 의한 동의를 할 수 없는 경우에 그 손상을 방지하기 위한 치료에 대한 동의를 거부하거나 할 수 없는 경우

(j) 아동이 교정되지 않으면 아동의 발달을 심각하게 저해할 수 있는 정신적, 정서적 또는 발달에 관한 상태(developmental condition)에 있는데, 아동의 부모 또는 보호자가 그 처치를 하지 않거나, 이러한 처치에 접근할 수 있도록 하지 않거나, 아동이 보건의료동의법에 의한 동의를 할 수 없는 경우에 그 상태를 교정하거나 경감하기 위한 처치에 대한 동의를 거부하거나 할 수 없는 경우

(k) 아동의 부모가 죽었거나 아동에 대한 양육권을 행사할 수 없어 적절한 아동의 보호와 양육을 제공하지 못하거나, 아동이 가정 외에서 보호(residential placement)되고 있고 부모가 아동에 대한 보호와 양육을 계속하기를 거부하거나

할 수 없거나 할 의지가 없는 경우

(l) 12세 미만의 아동이 사람을 죽였거나 심각한 상해(seriously injured)를 입혔거나 타인의 재산에 심각한 피해(damage)를 야기하고, 재범을 방지하기 위한 조치가 필요한데, 부모 또는 보호자가 조치를 하지 않거나, 이러한 조치에 접근할 수 있도록 하지 않거나, 아동이 보건의료동의법에 의한 동의를 할 수 없는 경우에 처치에 대한 동의를 거부하거나 할 수 없는 경우

(m) 12세 미만의 아동이 보호자의 부추김(encouragement) 또는 아동에 대한 적절한 감독의 실패로 인하여 한 번 이상 타인에게 상해를 가하거나 타인의 재산에 손실(loss) 혹은 피해를 입힌 경우

(n) 아동의 부모가 아동을 양육할 수 없고 부모의 동의 하에, 아동이 12세 이상인 경우에는 아동의 동의 하에, 이 법에 따라 법원에 출석하게 된(brought before the court) 경우

(o) 아동이 16세 또는 17세이고 앞서 언급한 상황 또는 조건이 존재하는 경우

위 각 호 중 일부는 아동학대에 해당하거나 아동학대와의 관련성이 큰 경우를 규정하고 있는데, (a)는 신체적 학대, (c)는 성적 학대, (f)는 정서적 학대에 해당되고, (a), (e), (g)는 각 방임에 해당되고, (b) 등 아동학대의 '위험'이 있는 경우를 규정한 호는 아동학대와의 관련성이 큰 경우라 할 수 있다.

그 중 '위험'과 관련하여, CFSA 1999 개정법률 이전에는 '상당한 위험'(substantial risk)을 요구했으나 CFSA 1999 개정법률부터 현행 아동등서비스법과 같이 '위험'으로 개정되었는데, 이를 정부의 개입 근거를 확장하면서 아동보호사건에서의 '최소침익적 개입'(least intrusive intervention) 원칙으로부터 후퇴한 것이라고 평가하는 견해[246]도 있으나, 그만큼 아동의 보호 범위를 넓힌 것으로 이해된다.

결국 '보호가 필요한 상태'는 아동학대에 해당하거나 아동학대와의 관련성이 큰 경우뿐만 아니라, 부모가 죽거나 양육권을 행사할 수 없는 등 부모의 잘못 없이 아동에게 적절한 보호와 양육을 제공하지 못하는 경우, 12세 미만의 아동이 살인 등 중범죄를 저질러 재범을 막기 위한 조치가 필요한 경우 등 아동학대와의 관련성이 없는 경우까지 폭넓게 규정하고 있고, 이는 아동보호절차가 아동의 보호를 위한 절차임을 분명히 하는 것이라 볼 수 있다.

---

246) D. A. Rollie Thompson, 앞의 글, 113쪽.

이러한 태도는 아동등서비스법 제127조가 '학대를 당한 경우'(to suffer abuse)의 의미를 따로 정의하고 있는 데서도 확인할 수 있다. 제127조는 아동과 관련하여 '학대를 당한 경우'란 제74조 제2항 중 (a), (c), (e), (f), (g), (j)의 경우를 의미한다고 하였다.

3. 신고의무

아동등서비스법 제125조는 '보호가 필요한 아동에 대한 신고의무'(Duty to report child in need of protection)에 관하여 규정하고 있다. 앞서 본 바와 같이 온타리오주는 1984년에 제정한 CFSA를 통해 신고의무를 도입하였는데, 신고의무는 온타리오주 뿐만 아니라 캐나다의 대부분 지역의 아동복지 입법에서 가장 주목할 만한 변화 중 하나로, 아동을 해악으로부터 보호하는 방법으로 강조[247]되었는바, 캐나다의 대부분의 주는 보편적 신고의무 제도를 두고 있다.[248]

가. 신고의무자의 범위 및 신고자 보호

먼저 신고의무자의 범위와 관련하여, 누구나 제125조 (1)항이 규정하는 사실이 있다고 의심할 합리적 근거(reasonable grounds)가 있는 경우에는 즉시 아동청소년부 장관(Minister of Children and Youth Services, 이하 주무장관)이 지정하는(제34조) CAS에 이를 신고해야 한다. 신고의무는 일회성 의무가 아니라, 같은 아동에 대하여 이미 신고했더라도 또 다른 상황을 의심할 추가적인 합리적 근거가 있다면 또 신고해야 하는 계속적 의무이다. 또한, 신고의무자는 직접 신고해야 하며, 다른 사람이 대신 신고할 것을 기대해서는 안된다고도 규정하고 있다.(제125조 제2항, 제3항)

신고자를 보호하기 위하여, 신고의무자가 악의적이거나 의심할 합리적 근거 없이 신고한 것이 아니라면, 신고한 사실에 대하여 어떠한 조치가 행해지지 않는데(제125조 제10항), 이는 신고자가 피소 내지 기소될 수 있다는 두려움으로 인한 망설임을 줄이기 위한 것으로, 선의(good faith)에 의한 신고자에 대한 법적 보호를

247) Karen Swift and Marilyn Callahan, 앞의 글, 120, 126쪽.
248) 김나루, '캐나다 아동학대 방지 법제 현황 및 주요 내용', 「최신외국법제정보」, 한국법제연구원, 2021, 77쪽.

제공한다는 점에서, 선한 사마리안법(Good Samaritan law)으로 이해[249]되기도 한다.

또한 허위 신고에 대한 형사처벌 규정은 없다. 이는 노바스코시아주에서 악의적인 허위 신고에 대해서 벌금 2,000달러 이하 또는 6개월 이하의 징역에 처하는 것과 구별되나, 온타리오주뿐만 아니라 노바스코시아주를 제외한 대부분의 주에서는 허위 신고에 대한 형사처벌 규정을 두고 있지 않다[250].

한편, 일정한 경우 신고의무 불이행은 형사처벌될 수 있다. 신고의무자 중 특정 직업군, 예컨대 의사, 심리학자 등을 포함한 의료전문가, 교사 등 교육 관련자, 종교인, 조정인 및 중재인, 경찰관 및 검시관, 장애아동 또는 가족을 위한 서비스, 아동 또는 가족의 정신건강 서비스 등 아동등서비스법 제2조가 정하는 서비스의 제공자 등 전문가 및 공무원(professionals and officials)이 직업상 또는 업무상 의무와 관련하여 취득한 정보를 신고하지 않은 때에는, 최대 벌금 5,000달러에 처해질 수 있다. 특히 해당 정보가 기밀이거나 특권과 관련된 것이라도 마찬가지다.

나. 신고의무의 대상

신고해야 할 대상은 원칙적으로 제74조 제2항 각호의 '보호가 필요한 상태'이나, (n)호 및 (o)호는 제외된다.

특이한 점은 신고의무가 16세 미만의 아동과 관련해서만 적용된다는 것이다. 즉 16~17세 아동에 대하여는 신고할 수 있으나, 의무적인 것은 아니고, 이 경우 신고할 사실도 제125조 제1항 1호부터 11호까지{제74조 제2항 (a)호부터 (k)호까지}로 일부 제한된다. 이는 우리나라가 아동인 이상 그 나이에 따라 신고의무 여부를 구별하고 있지 않은 점과 구별된다. 온타리오주가 신고의무의 대상인 아동의 연령을 제한하는 이유는 더 어린 아동의 보호 의지를 나타낸 것으로 생각되나, 아동등서비스법 자체에서 그 이유를 설명하고 있지 않아 18세 미만 아동과 16세 미만 아동 사이에 보호의 필요성에서 어떤 본질적인 차이가 있는지 정확히 이해하기는 어렵다.

한편 아동등서비스법 제128조는 '보호가 필요한 상태'가 아니더라도 아동의

249) Samantha Jo Shewchuk, 앞의 논문, 19쪽.
250) 위 'PROVINCIAL AND TERRITORIAL CHILD PROTECTION LEGISLATION AND POLICY 2018', 31~32쪽.

죽음을 알게 된 사람 또는 CAS가 검시관에게 아동의 죽음을 신고해야 할 경우를 규정하고 있는데, 법원이 아동의 부모에게 아동에 대한 접근을 금지하거나 감독 하에 접근하라는 명령을 한 경우 및 CAS의 신청에 따라 법원이 접근을 허용하거나 더 이상 감독에 따르지 않아도 된다고 명령을 변경한 경우에, 아동이 부모 또는 가정구성원의 범죄 행위(criminal act)의 결과로 사망한 때가 그것이다. 아동의 죽음을 신고할 의무를 부담하는 경우는, 법원이 이전에 부모의 아동에 대한 접근권을 금지한 적이 있는 등 아동의 죽음이 아동학대로 인한 결과로 의심될 수 있는 경우로 이해된다.

다. 접수된 신고에 대한 조사

위와 같은 신고를 접수한 CAS는 즉시 아동이 보호가 필요한 상태에 있는지 평가(assess)하고, 신고된 정보를 검증(verify)하거나 다른 CAS에 의하여 평가 및 검증되었는지 여부를 확인할 의무(제126조 제1항)가 있다. 이 과정에서 CAS는 아동등서비스법 뿐만 아니라, 정책지침(Policy Directive)[251], 2016년에 시행된 온타리오 정부의 아동보호기준(Ontario Child Protection Standards)[252], OACAS의 적격범위(Eligibility Spectrum)[253] 등 지침이나 매뉴얼에 따라 아동학대의 종류 및 정도, 아동 또는 그 가족이 아동등서비스법에 의한 서비스를 받을 요건을 갖췄는지 여부 등을 판단하게 된다.

CAS는 비록 공적 업무를 수행하고, 재정도 정부로부터 지원되지만(제40조 제1항), 이사회(Board of directors)에 의하여 운영[254]되는 민간단체이다. 이는 캐나다의 다른 대부분의 주와 구별되는 점으로, 온타리오주 및 민간단체와 이를 감독하는 관청으로 이원화된 제도를 운영하는 마니토바주를 제외한 다른 주에서는 주정부의 직원인 공무원이 아동보호 업무를 담당한다.[255] CAS의 직원에 대한 보호 규

---

251) 예컨대, 2015년에 온타리오주 정부는 CAS에 대하여 아동보호서비스를 제공하는 과정에서 아동의 모발에 대한 마약 및 알콜 검사를 해서는 안된다는 내용의 Policy Directive : CW001-15 Use of and Reliance on Hair-Strand Drug and Alcohol Testing을 발령하였다.

252) Ministry of Children and Youth Services, 「Ontario Child Protection Standards(2016)」

253) Ontario Association of Children's Aid Societies, 「Ontario Child Welfare Eligibility Spectrum Revised 2019」, 2019

254) Barbara Fallon, Nico Trocmé, Melissa Van Wert, Krista Budau, Mary Ballantyne, and Kristen Lwin, 'Increasing Research Capacity in Ontario Child Welfare Organization : A Unique University-Child Welfare Agency Partnership', 「Journal of Social Work Education」51(Supple.2), 2015, 273쪽.

255) D. A. Rollie Thompson, 앞의 글, 100쪽.

정도 존재하는데, CAS가 위와 같이 접수한 신고에 대한 평가 및 확인 의무를 이행하거나 이행하려고 하는 과정에서 발생한 손해 또는 위 의무의 태만 또는 불이행 의혹에 대하여, CAS의 직원이 선의로 행동한 경우에는 불이익한 조치를 취할 수 없다.(제126조 제2항)

한편 CAS는 신고의 접수 및 조사 뿐만 아니라, 아동등서비스법에 의한 아동보호 서비스를 제공하는 업무도 담당하는데, 필요한 경우 아동을 보호하고, 아동을 보호하거나 보호가 필요한 상황을 방지하기 위하여 아동의 가정에 지도, 조언 등 서비스를 제공하고, 법원의 명령에 의한 보호 및 감독을 제공하고, 입양을 위하여 아동을 배치하고, 그 외 아동등서비스법 또는 다른 법률이 정한 역할(제35조)을 담당한다.

4. 임시보호계약

가. 임시보호계약의 내용 및 성격

아동등서비스법 제5장의 두 번째 절 '자발적 계약(VOLUNTARY AGGREMENTS)'에서 규정하고 있는 임시보호계약(temporary care agreement)은 아동의 양육자가 일시적으로 아동을 적절히 보호할 수 없는 경우, 그 양육자가 거주하는 지역을 관할하는 CAS와 서면 계약을 체결하여 CAS가 아동을 보호 및 양육할 수 있도록 하는(제75조) 제도이다. 이 때 아동의 나이가 12세 이상인 경우, 아동 또한 계약의 당사자로 참여시켜야 한다.

임시보호계약에는, 아동의 보호와 양육이 CAS에 이전된다는 모든 당사자들의 진술, 아동의 배치(placement)는 자발적인 것이라는 모든 당사자들의 진술, 일시적으로 아동을 보호할 수 없고 CAS와 아동의 거주지 배치에 관한 대안을 논의했다는 양육자의 진술, 아동과 연락을 유지하고 아동의 보호에 참여하겠다는 양육자의 약속, 양육자가 위와 같은 연락 및 참여가 불가능할 경우 다른 사람의 지정, CAS와 양육자 사이의 주된 연락자의 이름 등이 포함되어야 한다. 계약의 당사자인 CAS는 원가정보호(care in the child's own home)처럼 아동에게 덜 지장을 주는 방법으로는 아동을 적절하게 보호할 수 없다는 확신이 있을 때 아동에게 이익이 될 수 있는 적절한 거주 장소를 마련해야 한다.

임시보호계약의 기간은 원칙적으로 6개월이나, 감독관(Director)의 서면 승인이 있을 경우 최대 12개월 내에서 연장할 수 있고, 아동이 18세에 이르면 실효되고, 각 당사자가 언제라도 상대방에게 계약을 종료하겠다는 서면 통지를 보냄으로써 종료(제76조)할 수 있다.

임시보호계약은 부모와 CAS가 아동의 양육에 관한 조건을 스스로 설정할 수 있다는 점에서 각 가정의 상황에 따라 다양한 내용의 조치들이 이행될 수 있다. 예컨대, '반항적이고, 부모 허락 없이 밤에 외출하고, 학교에 잘 가지 않는' 15세 딸의 부모가 CAS와 임시보호계약을 체결할 때 12세 이상인 그 딸도 당사자로 참여하여 자발적으로 CAS의 보호 하에 있게 된 사례[256]가 있다.

임시보호계약이 계약의 기간, 내용 등에 법률이 정한 제한 조건이 있고, 계약의 일방당사자가 주무장관이 지정한 단체인 등 정부의 개입이 있는 점에서 통상의 사인간 계약과는 다른 특성이 있으나, 기본적으로 아동의 양육자와 CAS의 - 아동이 12세 이상인 경우에는 아동을 포함하여 - 자유로운 의사의 합치에 의하여 체결되는 사적 계약[257]이다. 이에 더하여, 아동등서비스법이 제5장의 여섯 번째 절인 '아동보호절차의 개시(Commencing Child Protection Proceedings)' 이전에 두 번째 절로 임시보호계약에 관하여 규정하고 있는 체계에 비추어 볼 때, 임시보호계약은 엄격한 의미에서의 아동보호절차는 아니라고 할 수 있다. 이런 측면에서 임시보호계약을 아동학대에 대한 민사법적 대응의 하나로 이해할 수도 있을 것이다.

나. 임시보호계약의 종료

임시보호계약은 당사자 누구라도 상대방에게 계약을 종료하겠다는 의사를 서면으로 통지함으로써 종료할 수 있다. 이 때 통지를 받은 CAS가 아동이 위 계약의 상대방에게 돌아갈 경우 보호가 필요한 상태가 될 것이라고 판단하는 경우, 아동을 법정에 세움으로써 아동보호절차를 개시할 수 있다.(제76조)

5. 아동보호절차의 진행

256) R. v. B.S., 2008 CanLII 10389 (ON SC) 판결의 para [5]
257) Joanne Wildgoose, 앞의 논문, 79쪽.

가. 개시

본격적인 아동보호절차는 CAS가 법원에 아동이 보호가 필요한 상태에 있는지 판단해줄 것을 신청함으로써 개시된다.(제81조 제1항) 이 때 아동의 이름을 기재하거나 거주지를 특정할 필요는 없고, 이는 아래에서 검토하는 다른 사유로 개시되는 경우에도 마찬가지다.(제81조 제5항)

2018년에 실시된 OIS(이하 OIS-2018)에 의하면, CAS가 조사한 총 사건 148,536건 중 법원에 아동보호절차의 개시를 신청한 사건은 2%인 2,507건으로 나타났으나, OIS는 조사 기간에 이루어진 신청에 대해서만 추적하므로 조사 기간 이후에 이루어진 신청 건수는 포함되지 않아[258] 실제 신청 건수는 위 수치보다 더 많을 것으로 보인다. 법원은 위 신청에 대하여 아동이 보호가 필요한 상태인지 여부를 판단하고 아동보호명령을 발령하기 위하여 청문(hearing)을 실시하여야 한다. 청문 등 증거 조사 절차에 대해서는 아래에서 따로 검토한다.

아동보호절차는 아동보호직원(child protection worker)이 16세 미만 아동의 신병을 확보함으로써도 시작될 수 있다. 아동보호직원은 장관이 임명할 수 있는 감독관(Director), CAS가 지명하는 지역감독관(local director) 또는 아동등서비스법 규칙(ONTARIO REGULATION 157/18)에 규정된 요건을 충족하고 감독관 또는 지역감독관으로부터 권한을 부여받은 사람이다.(제74조) CAS가 지명하는 지역감독관은 물론, 지역감독관에 의하여 권한을 부여받은 사람 또한 아동보호직원이 될 수 있어, 사실상 장관이 임명할 수 있는 감독관 외에는 CAS가 아동보호직원을 지명 내지 고용할 수 있는 권한을 가진 것으로 보인다.

아동보호직원은 법원의 영장에 의하거나, 영장 없이도 아동의 신병을 확보할 수 있다. 즉, 아동이 보호가 필요한 상태에 있고 덜 제한적인 조치가 없거나 아동을 적절하게 보호할 수 없는 경우에는, 아동보호직원은 치안판사가 발부한 영장으로 아동을 안전장소(place of safety)로 데려갈 수 있고(제81조 제2항), 영장이 없는 경우에도 아동보호직원이 합리적인 근거로 16세 미만의 아동이 보호가 필요한 상태에 있고, 영장을 발부받거나 법원의 청문 기일이 열릴 때까지의 시간 동안 아동

258) 위「ONTARIO INCIDENCE STUDY OF REPORTED CHILD ABUSE AND NEGLECT - 2018 MAJOR FINDINGS」, 33쪽.

의 건강 또는 안전에 대한 상당한 위험이 있다고 판단한 경우에는 아동을 안전장소로 데려갈 수 있다.(제81조 제7항) 아동을 안전장소로 데려간 경우에는 5일 이내에 청문 기일이 열려야 하고, 그렇지 않은 경우 아동을 최근 보호자에게 돌려보내야 하는 등 처분에 시간적 제약이 있는데, 이는 아래에서 보는 법원의 명령에 의하여 개시되는 경우에도 마찬가지다.(제88조)

한편, 영장이 발부된 경우 아동보호직원은 아동을 찾고 데려오기 위하여 영장에 특정된 장소에 출입하거나, 필요한 경우 유형력을 사용하여 아동을 수색하고 데리고 올 권한이 있고(제81조 제6항, 제10항), 영장 없이 아동보호직원이 아동을 안전장소로 데려갈 수 있는 경우에는 아동이 있는 장소에 출입하거나, 필요한 경우 유형력을 사용하여 아동을 수색하고 데리고 올 수 있다.(제81조 제10항) 아동보호직원은 아동등서비스법에 의한 업무시 경찰관의 지원을 요청할 수 있고, 부모의 동의가 필요한 아동의 의료적 검사를 허락할 권한도 있다.(제81조 제8항, 제9항) 아동등서비스법에 의한 아동보호직원 또는 경찰관의 업무집행 중 선의로 한 행위나 그 과정에서의 과실에 대해서는 면책된다.(제81조 제13항)

또한, 아동보호절차는 법원의 명령에 의하여도 개시될 수 있다. 즉, 아동이 보호가 필요한 상태에 있고, CAS에 신고되었으나 CAS가 신청을 하지 않고, 아동보호직원이 아동의 신병을 확보하지 않았는데, 달리 아동이 적절히 보호될 수 없는 경우에, 법원은 아동의 보호자에게 지정된 일시 및 장소에 아동이 보호가 필요한 상태에 있는지 판단하기 위한 청문에 출석하게 하는 명령을 하거나, 위 명령이 아동을 적절히 보호하지 못한다고 판단할 경우 CAS에 고용된 아동보호직원으로 하여금 아동을 안전장소로 데려가게 하는 명령을 할 수 있다.(제81조 제4항)

이 경우 아동보호직원은 영장을 발부받은 경우와 마찬가지로 법원의 명령에 특정된 장소에 출입하거나, 필요한 경우 유형력을 사용하여 아동을 수색하고 데리고 올 권한이 있고(제81조 제6항, 제10항), CAS에 고용된 아동보호직원으로 하여금 아동을 안전 장소로 데려가게 하는 명령의 경우 부모의 동의가 필요한 아동의 의료적 검사를 허락할 권한도 있다.(제81조 제9항)

나. 입증

형사절차에서 검사가 기소된 사실의 입증책임을 부담하는 것처럼, 아동보호절

차에서는 아동에 대한 국가의 개입이 정당한지 증명할 책임은 CAS에 있다.[259]

온타리오주는 아동보호사건의 입증(verification)을 '아동의 보호에 관한 우려가 발생했거나 현재 존재하고 있는지에 관하여 보다 개연성 있는 판단'이라고 정의한 후, CAS가 조사 과정에서 획득한 모든 정보를 고려하여 어떤 정보가 제기된 혐의를 입증할 수 있는 증거로 사용될 것인지 결정해야 하고, 그 과정에서 아동학대가 발생했음을 인정할 수 있는 증거와 그 반대 증거를 똑같이 고려해야 한다는 등 구체적인 방법을 제시하고 있다.[260] 온타리오주와 같이 CAS의 아동보호절차에서의 입증 판단에 관한 상세한 기준을 제시하는 주는 뉴브룬즈윅주, 뉴펀들랜드앤라브라도주, 사스카차완주가 있다.[261]

아동보호절차는 기본적으로 민사절차이므로, 형사사건과 같이 합리적 의심을 넘는 정도의 엄격한 입증을 요하는 것은 아니고, 입증의 정도는 개연성 교량(balance of probabilities)으로 족하다.[262] 이와 관련하여, 아동보호명령 중 확대 CAS보호 명령(CFSA의 정부후견 명령)에 대하여 '누군가의 자녀를 영원히 빼앗는 것은 인생을 바꾸는 영향을 미치는 것으로, 법원이 할 수 있는 가장 심각한 민사법상 명령(civil order)'[263]이라는 점에서, 적어도 이 명령에 있어서는 입증책임의 정도가 일반적인 민사소송의 입증책임보다는 높아야 한다는 문제의식이 있고, 여러 판결이 '합리적 의심을 넘는 것과 거의 같은 정도의 책임'[264], '본질적으로는 민사적이지만, 매우 부담이 큰(demanding)'[265], '높은 정도의 개연성(a high degree of probabilities)'[266] 등과 같은 표현을 사용하면서, 일반적인 민사소송의 입증책임보다는 강화된 입증책임의 필요성을 주장하기도 하였다.

증거법칙과 관련해서도, 엄격한 증거법칙이 적용되는 형사절차와 차이가 있다. 즉 증거법(Evidence Act)과 상관없이 행위자의 아동에 대한 과거 행동 및 이전의 민사 또는 형사소송에서의 구두 내지 서면 진술 등을 증거로 사용할 수 있고, 아동

259) Julien D. Payne 외 1인, 앞의 책, 119쪽.
260) 위 'Ontario Child Protection Standards(2016)', 63, 65~66쪽.
261) 위 'PROVINCIAL AND TERRITORIAL CHILD PROTECTION LEGISLATION AND POLICY 2018', 33~38쪽.
262) Nicholas Bala & Kate Kehoe, 앞의 글, 32쪽.
263) Children's Aid Society of the Niagara Region v. P.-L.R., 2005 CanLII 11791 (ON SC), para [19]. 다만, 이 판결은 CFSA가 시행되던 때에 선고된 것으로, 이 판결의 정부후견 명령(Crown wardship)은 아동등서비스법의 확대된 CAS보호 명령과 유사하다.
264) Family and Children's Services of Waterloo Region v. B.Y., 1988 CanLII 4332 (ON CJ) 판결, para [45].
265) Re R.S. and J.S. (Infants), 1981 CanLII 1610 (ON CJ) 판결, para [5]
266) Children's Aid Society of the Niagara Region v. D. P., 2003 CanLII 1932 (ON SC) 판결, para [35]

이 보호가 필요한 상태인지를 결정함에 있어 그 문제의 처리에만 관계된 증거만 고려해서도 안된다.(제93조) 법원은 재판 중 당사자들이 선택한 사람을 지명하여 '아동, 아동의 부모, 그 외 위탁부모를 제외한 아동의 보호 및 양육 또는 접근에 참여할 사람'에 대한 평가(assessment)를 명령하고, 평가자로부터 서면으로 평가 보고를 받을 수 있는데, 이 평가 보고서 또한 증거가 된다(제98조). 어떤 판사들은 특히 아동의 전문진술의 허용에 관하여 일부러 '완화된' 태도를 취하기도 한다.[267]

이와 관련하여, 캐나다 대법원은 형사재판의 피고인이 관련 민사소송에서 한 진술이 형사절차에서의 진술과 다를 경우 위 민사소송에서의 진술이 바로 피고인의 혐의를 입증하는 증거가 될 수는 없지만, 형사절차에서의 진술의 신빙성을 탄핵할 수는 있고, 이것이 '어느 한 절차에서 증언한 증인은, 위증죄나 모순된 증거를 제시한 사실로 기소되는 경우를 제외하고는, 다른 절차에서 그 증언이 유죄의 증거로 사용되지 않을 권리를 갖는다'고 규정한 캐나다 헌법 제13조를 위반하지 않는다고 판시[268]하였는바, 이에 의하면 아동보호절차에서의 부모의 진술이 바로 형사절차에서의 혐의를 입증하는 증거로 사용될 수는 없으나, 형사절차에서의 진술의 신빙성을 탄핵할 수는 있다고 할 것이다.

위와 같은 증거법상 차이들로 인하여, 형사절차와 아동보호절차의 결론이 서로 다를 수 있다. 형사사건의 유죄 판결은 아동보호절차의 증거가 되기 때문에, CAS는 더 이상 신청 사실을 입증할 필요가 없고, 따라서 아동 등 증인들이 아동보호절차에서 한 번 더 증언해야 할 부담에서 벗어날 수 있다. 그러나 형사사건의 무죄 판결은 원칙적으로 아동보호절차에 영향을 미치지 않기 때문에, CAS는 아동보호절차에서는 아동학대가 있었음을 증명할 수 있다. 반면, 아동보호절차에서 아동이 보호가 필요한 상태로 인정되었더라도, 형사절차에는 아무런 영향을 미치지 않는다.[269]

한편, 아동보호절차가 개시되면, 법원은 아동이 보호가 필요한 상태인지 여부를 판단하고 아동보호명령을 발령하기 위하여 청문(hearing)을 실시하여야 한다.(제90조) 법원은 모든 당사자가 참석하고 아동의 보호자가 동의하는 경우 등을 제외하고는 원칙적으로 30일 이상 청문 기일을 연기해서는 안된다.(제94조) 청문은 형사절차와 별개로 열려야 하고, 법원이 아동의 최선의 이익 등을 고려한 후 청문을 공개한다는 명령을 하지 않는 한 비공개가 원칙으로, 누구도 청문의 증인 또는 참여

267) Nicholas Bala & Kate Kehoe, 앞의 글, 34쪽.
268) R. v. Nedelcu, 2012 SCC 59, 312쪽.
269) Nicholas Bala & Kate Kehoe, 앞의 글, 37~38, 44쪽

자, 아동보호절차의 대상인 아동이나 그 부모 등 가족을 특정할 수 있는 정보를 공개해서는 안된다.(제87조) 법원은 당사자에게 출석, 증언 및 문서 등 제출을 하도록 소환할 수 있고, '가족법'(Family Law Act)에 따른 절차에서처럼 이러한 소환에 응할 것을 강제할 수도 있다.(제92조)

법원이 CAS의 신청 등으로 아동보호절차가 시작된 후 3개월 내 아동이 보호가 필요한 상태인지 여부에 관한 결정을 하지 못할 경우에는, 명령으로 청문의 날짜를 특정하여야 한다.(제96조) 그러나 법원은 재판 중 언제라도 아동의 최선의 이익을 위하여 당사자들의 동의가 있는 경우 휴정하고 당사자들이 아동보호절차와 관련된 분쟁에 관하여 대안적 분쟁 해결(alternative dispute resolution) 방법을 시도하는 것을 허용할 수 있다.(제95조)

또한 앞에서 언급한 바와 같이, 법원은 아동보호절차 중에 아동등서비스법에 따라 임명된 사람에게 특정한 기간 내 아동, 아동의 부모 또는 '위탁부모를 제외하고 아동의 양육 등에 참여하려는 사람'에 대한 평가를 명령할 수 있는데(제98조), 이 명령은 법원이 결정을 함에 있어 아동 등 위에서 언급한 사람에 대한 평가가 필요한데 다른 방법으로는 이를 얻지 못할 경우에 발령된다. 따라서, 이 명령에 의한 평가보고서는 증거가 된다.

평가는 대부분 양육 능력, 즉 부모 등 양육자가 적절한 지원을 포함하여 아동의 욕구를 충족시킬 능력이 있는지에 관하여, 아동과 부모 사이의 애착의 정도, 아동의 인지적, 감정적 적응력, 부모의 신체적, 인지적, 감정적 적응력 등 다양하고 광범위한 정보에 기반하여 이루어진다.[270] 평가는 법원에 아동과 부모에 관하여 전문가로부터의 독립적인 증거를 제공하여 아동의 욕구를 보다 완전히 충족하는 결정을 할 수 있도록 하기 위한 것으로, 평가자의 전문성과 독립성이 핵심이다.[271] 따라서, 평가자는 의학적, 감정적, 발달적, 심리적, 교육적 또는 사회적 평가를 수행할 자격을 갖추어야 하고, 평가를 수행하는 데 동의하여야 하는데, 법원은 당사자들이 선택한 사람이 위 요건을 충족하지 못할 때는 직권으로 다른 사람을 선택하여 임명해야 한다. 평가자는 원칙적으로 30일 내 법원에 서면으로 보고해야 하나, 법원이 필요하다고 인정한 경우 평가 기간이 길어질 수 있다.

---

270) Nicholas Bala and Alan Leschied, 'COURT-ORDERED ASSESSMENTS IN ONTARIO CHILD WELFARE CASES: REVIEW AND RECOMMENDATIONS FOR REFORM', 「Canadian Journal of Family Law」, 2008, 18쪽.

271) Nicholas Bala and Alan Leschied, 앞의 글, 16쪽.

다만 위 보고서에 어떤 내용이 포함되어야 하는지에 관한 규정은 없어, 평가자가 법원이 해야 할 구체적인 결정에 관한 제안을 포함할 수 있는지에 관하여, 구체적인 결정은 법원의 역할이고, 평가는 평가대상자의 행동 관찰, 그에 대한 설명, 양육능력 등 법원의 결정에 영향을 미치는 요소에 한정되어야 한다는 이유로 반대하는 견해가 있는 반면, 평가자가 충분한 연구 결과 법원의 구체적인 결정에 관하여 제안할 수 있어야 한다는 견해도 있다.[272] 그러나 위와 같은 견해의 대립은 별다른 실익이 없는 것으로 보인다. 평가 보고서가 증거라는 의미는, 보고서에 포함된 '사실'(대상자의 상태, 양육자의 양육 능력 등)이 증거가 된다는 것이지, '의견'이 증거라고 보기는 어렵기 때문이다. 즉 보고서에 평가자가 구체적인 결정에 관한 자신의 의견을 게시하더라도, 법원이 이를 따라야 할 의무는 없다고 할 것이다.

평가 명령이 발령되는 시기에 관하여, 아동등서비스법은 따로 규정하고 있지 않으나, 구법인 CFSA의 규칙(ONTARIO REGULATION 25/07 COURT ORDERED ASSESSMENTS) 제3조에 의하면 평가 명령의 발령 기준이 충족되고, 모든 당사자들이 동의하면, 아동보호절차 중 어느 때라도 이루어질 수 있어, 사실상 시기의 제한은 없는 것으로 보인다. 다만, 위 규칙은 CFSA가 폐지됨에 따라 함께 폐지되었고, 현행 아동등서비스법 하에서의 규칙은 평가 명령에 관하여 따로 규정하고 있지는 않으나, 규칙(ONTARIO REGULATION 157/18 TRANSITIONAL MATTERS)으로 구법 하에서의 명령은 즉시 효력을 가진다는 경과 조항을 두고 있어, CFSA의 규칙에서 규정한 위 내용이 현행법 하에서도 여전히 유효할 것으로 보인다.

평가에 대해서는, 학대가 있었는지 여부에 관한 조사 과정이 되어서는 안되고, 평가대상자에 대한 프라이버시를 침해할 수 있다는 점에서 침익적이고, 비용이 비싸며, 시간이 오래 걸려 아동보호절차를 지연시킬 수 있고, 무엇보다 평가에 관한 명확한 기준이 존재하지 않는다는 점에 관한 우려[273]도 존재한다. 그러나 아동보호절차의 판사, 아동변호인, CAS나 부모의 변호인 등을 대상으로 한 설문조사에서 75% 이상의 판사와 아동변호인은 보고서에 구체적인 결정을 제안해줄 것을 찬성하였다는 연구결과[274]에 의하면, 실제 아동보호절차에서 평가는 긍정적으로 기능하고 있는 것으로 보인다.

272) Nicholas Bala and Alan Leschied, 앞의 글, 39, 45쪽.
273) Nicholas Bala and Alan Leschied, 앞의 글, 22, 37쪽.
274) Nicholas Bala and Alan Leschied, 앞의 글, 39, 45~46쪽.

다. 아동보호명령 및 접근명령

위와 같이 아동보호절차가 개시되어 청문 등 증거조사를 거쳐 법원이 아동이 보호가 필요하고, 법원의 명령을 통한 개입이 장래 아동의 보호를 위하여 필요하다고 판단한 경우, 법원은 아동보호명령(Child Protection Orders)을 발령해야 한다.(제101조 제1항) 이 경우, 실제로 아동에 대한 보호 업무를 수행하는 CAS가 법원의 관할 내에 있어야 한다.(제91조 제4항)

아동보호명령은 아동의 최선의 이익을 고려하여 발령해야 하는데, 아동의 최선의 이익을 위하여 고려해야 할 사항은 앞에서 검토한 내용과 같다. 법원은 아동보호명령 중 어떤 것을 발령할지 결정함에 있어 당사자들에게 CAS나 다른 사람, 단체 등이 아동을 지원(assist)하기 위하여 어떤 노력을 했는지를 물어야 하고, 아동을 보호자로부터 즉시 격리하는 명령은, 그보다 덜 침익적인 대안이 아동을 보호하는 데 부적절하다는 확신이 없는 한, 발령해서는 안된다.(제101조 제2항, 제3항) 그러나 아동등서비스법에 법원이 어떤 명령을 발령한 이유를 서면으로 표시하도록 요구하는 조항은 없다. 반면 법원이 아동의 보호 필요성은 있으나 법원의 명령이 장래 아동의 보호를 위하여 필요하다고 확신하지 않는 경우에는, 즉시 아동을 이 법에 의한 개입 이전의 양육자에게 돌려보내거나 계속 양육자와 함께 지내도록 명령해야 한다.(제101조 제8항)

아동보호명령에는 감독명령(Supervision order), 임시 CAS보호 명령(Interim society care) 및 확대 CAS보호 명령(Extended society care), 연속 임시 CAS보호와 감독 명령(Consecutive orders of interim society care and supervision), 양육권 명령(Custody order)이 있다.(제101조 제1항, 제102조 제1항)

첫째, 감독명령은 CAS의 감독 하에, 3개월 이상 12개월 미만의 기간 동안, 아동을 부모 또는 다른 사람의 보호 및 양육을 받게 하는 명령이다. 아동은 부모 등과 집에서 거주하고, CAS가 감독책임을 갖고 정기적으로 아동의 집을 방문하게 된다.[275] 법원은 감독명령을 할 경우, 아동의 보호 및 감독에 관한 합리적인 조건(reasonable terms and conditions)을 부과할 수 있고, 아동의 부모, 이 명령에 따라 아동을 보호 및 양육할 사람, 아동 및 위탁부모 이외에 아동의 보호 및 양육 또

275) Julien D. Payne 외 1인, 앞의 책, 122쪽.

는 접근에 관한 계획을 제시하거나 참여하는 사람에 대해서도 합리적인 조건을 부과할 수 있고, 아동의 배치(placement)를 감독할 CAS에 대해서도 합리적인 조건을 부과할 수 있으나 CAS에 대하여 재정적 지원 제공 또는 물품·용역의 구입을 요구할 수는 없다.(제101조 제7항)

둘째, 임시 CAS보호 명령은 아동을 임시적으로 CAS에서 보호 및 양육하도록 하는 명령이다. 이 명령은 기간의 제한이 있는데, 원칙적으로 법원의 명령이 개시된 날 6세 미만 아동의 경우는 12개월, 6세 이상 아동의 경우는 24개월을 각 초과하지 않아야 하나, 아동의 최선의 이익에 부합한다면 법원의 명령으로 6개월을 초과하지 않는 기간 동안 연장할 수 있다.(제122조 제1항, 제5항) 이 때 부모의 아동학대 문제가 있는 경우, 법원은 부모에게 일정한 조건 – 예컨대, 마약테스트를 받을 것, 부모 교육에 참여할 것, 술이나 마약을 복용하지 말 것 등 – 을 준수하는 조건으로 아동을 만나는 것을 허가할 수 있다.[276] 반면, 확대 CAS보호 명령은 아동에 대한 영구적인 보호 명령으로, 법원이 이를 종결하는 명령을 하거나 아동이 18세가 되거나 결혼을 할 때까지 가능하다.(제116조 제1항, 제123조) 이 명령은 통상 아동의 입양을 전제로 발령된다.[277]

임시 CAS보호 명령은 아동의 보호, 양육 및 통제의 측면에서 CAS가 부모의 권리 및 책임을 갖는 반면, 확대 CAS보호 명령은 위와 같은 부모의 권리 및 책임을 정부(the Crown[278])가 갖되, 그 집행은 아동을 보호하는 CAS에 의하여 이루어진다는 점에서 구별된다.(제110조 제1항, 제111조 제1항) 또한, 임시 CAS보호 명령의 경우 부모가 아동의 결혼에 대한 동의 권한을 보유하고, 일정한 경우 치료에 대한 동의 권한도 보유할 수 있는 등 아동과의 관계가 계속 유지되는 반면(제110조 제2항 내지 제5항), 확대 CAS보호 명령은 아동의 치료에 대한 동의 권한도 CAS가 보유하고, 원칙적으로 아동은 입양되고, 입양될 경우 감독관의 서면 동의를 요할 뿐 부모의 동의를 요하지 않는 등 부모와 아동의 관계가 법적으로 종결된다(제111조 제2항, 제112조, 제180조 제2항)는 점에서 차이가 있다.

앞서 살펴본 바와 같이 임시 CAS보호 명령 및 확대 CAS보호 명령은 구법인 CFSA의 CAS후견 명령(Society wardship) 및 정부후견 명령(Crown wardship)에

276) Henry Ubaldo Parada, 앞의 논문, 132쪽.
277) Henry Ubaldo Parada, 앞의 논문, 132쪽.
278) Crown의 의미에 대해서는, 온타리오 주의 '정부의 책임 및 절차법'(Crown Liability and Proceedings Act, 2019) 제1조에 규정되어 있는바, 이 글에서는 '정부'로 번역한다.

대응하는 것으로, CAS후견 명령은 통상 아동을 위탁가정이나 그룹홈에 배치하고 부모의 아동에 대한 합리적인 접근이 허용되는 반면, 정부후견 명령은 부모의 동의 없이 아동을 입양시킬 수 있는 등 아동에 대한 부모의 권리가 종결[279]된다는 점에서, 명칭만 변경되었을 뿐 실질은 동일한 것으로 이해된다.

CAS보호(CFSA의 CAS후견) 명령이 시의적절하게 발령되어 아동의 생명을 살리는 역할을 한 예로, 여호와의 증인인 부모가 생후 1개월된 자녀의 수혈을 거부한 사례[280]를 들 수 있다. 위 사례에서 아동은 4주 일찍 태어나서 여러 가지 질병에 대한 치료를 받아오고 있던 중 헤모글로빈 수치가 떨어져서 의사가 수혈을 하지 않으면 울혈성 심부전으로 생명이 위험할 가능성이 있다고 판단하였으나, 부모가 종교적 이유로 수혈을 거부하였다. 이에 CAS는 아동의 보호자가 아동의 건강에 필요한 의학적 치료 등을 제공하지 않는 등 이유로 CFSA의 전신인 '아동복지법'(Child Welfare Act) 제19조가 정하는 '보호가 필요한 아동'이라고 판단하였고, 법원도 이를 인정하여 CAS에 아동의 후견명령(Wardship order, 제30조) - 처음에는 72시간의 후견명령, 이후 21일 동안으로 연장하는 명령 - 을 발령하였다. 후견명령으로 아동의 법적 후견인으로서의 권리와 책임을 갖게 된(제41조) CAS는 아동이 수혈을 받을 수 있게 하였고, 이후 법원은 위 후견명령을 종료하는 명령을 하여 아동을 부모에게 돌려보냈다.[281]

임시 CAS보호 명령 및 확대 CAS보호 명령에서, 아동을 보호하는 CAS는 아동에게 가장 덜 제한적이고, 가능하면 아동의 인종, 출신, 성정체성, 문화적, 언어적 유산을 존중하고, 아동의 나이와 성숙도에 따른 아동의 의사 및 아동에 대한 면접교섭권을 가진 부모의 의사를 고려하여 가정 외 보호 장소(residential placement)를 선택해야 한다.(제109조 제1항, 제2항)

셋째, 연속 임시 CAS보호와 감독 명령은 아동이 특정한 기간 동안 임시적으로 CAS의 보호 및 양육을 받은 후, CAS의 감독을 받는 부모 또는 다른 사람에게 돌아가도록 하는 명령으로, 총 기간이 12개월을 초과해서는 안된다.(제101조 제1항)

넷째, 양육권 명령은 아동의 양육권을 위탁부모(foster parent)가 아닌 다른 사람에게 부여하는 것이 아동의 이익에 부합한다고 판단할 경우, 그 다른 사람(들)

279) Julien D. Payne 외 1인, 앞의 책, 122쪽.
280) B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 R.C.S. 315 판결.
281) B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 R.C.S. 315, 316쪽.

의 동의를 얻어 그 다른 사람(들)에게 아동의 양육권을 부여하는 명령이다.(제102조 1항)

아동보호절차의 핵심인 아동보호명령은 해당 상황에 구체적으로 필요한 내용으로 발령된다. 예컨대, 앞서 살펴본 임시보호계약에 의하여 15세 딸을 CAS의 보호하에 맡긴 사례에서도 CAS의 신청으로 아동보호절차가 개시되었는데, 판사는 위 딸의 남자친구 및 그 어머니에 대하여, 위 딸과 연락하지 말라는 명령을 하였는데, 그 이유로 위 딸의 남자친구가 마약을 하는 것으로 의심되고, 위 딸이 집을 나갔을 때 그 남자친구와 어머니가 위 딸을 데리고 있으면서 알리지 않은 사실을 제시하였다.[282]

아동등서비스법은 위와 같이 아동보호명령이 발령된 후 아동의 상황을 점검할 수 있는 제도를 두고 있다. 우선, 아동보호명령 중 감독명령과 임시 CAS보호 명령에 대해서, 아동을 양육 또는 감독하고 있는 CAS는 법원에 언제라도 아동의 상황점검(Status Review)을 신청할 수 있다. CAS가 보호하고 있는 아동에 대한 아동보호명령이 아동이 18세에 이르거나 결혼 이외의 사유로 종료되는 경우, CAS는 그 전에 의무적으로 법원에 아동의 상황점검을 신청해야 하고, 감독명령 하에 아동을 보호하고 있던 사람으로부터 CAS가 아동을 격리한 경우에는 그 후 5일 이내에 아동의 상황점검을 신청해야 한다.(제113조 제2항)

CAS 외 12세 이상인 아동, 아동의 부모, 감독명령에 따라 아동을 보호한 자 또한 CAS에 통지하고 아동의 상황점검을 신청할 수 있으나, 최초의 감독명령 또는 임시 CAS보호 명령이 발령된 날, 위 사람들에 의한 최근의 신청이 처리된 날 또는 위 최초의 감독명령 또는 임시 CAS보호 명령 또는 위 최근의 신청이 최종적으로 처리 또는 포기된 날로부터 각 6개월 이내에는 신청할 수 없는 제한이 있다.(제113조 제4항, 제6항)

CAS는 누가 신청하였든 아동의 상황점검이 신청된 경우에는 아동, 아동의 부모, 감독명령에 따라 아동을 보호한 자에게 신청 사실을 통지하여야 한다.(제113조 제5항) 상황점검이 신청된 경우 그 신청이 처리될 때까지 법원이 아동의 최선의 이익을 위하여 아동의 보호와 양육을 변경할 필요가 있다고 판단하지 않는 한, 아동은 기존의 보호자 또는 CAS의 보호 및 양육 하에 있게 된다.(제113조 제8항)

확대 CAS보호 명령에서도 아동의 상황점검이 적용되는데, 아동이 현재 확대 CAS보호 명령 하에 있는 경우뿐만 아니라 이전에 확대 CAS보호 명령 하에 있었으

282) 위 R. v. B.S., 2008 CanLII 10389 (ON SC) 판결의 para [5]

나 상황점검이 신청되어 법원이 그 명령을 변경한 경우에도 적용되는 점, 신청자에 아동의 양육권을 부여받은 사람 및 위 신청 전에 2년 이상 아동과 함께 산 위탁부모가 추가되는 점, 아동이 위 신청 전에 2년 이상 동일한 위탁부모 또는 양육권자의 지속적 보호를 받은 경우에는 아동의 부모는 법원의 허가를 얻어야만 신청할 수 있는 점, 아동이 입양을 목적으로 배치된 경우에는 CAS를 포함하여 아무도 신청할 수 없는 점 등에서 앞서 본 감독명령과 임시 CAS보호 명령의 경우와 차이가 있다.(제115조 제1항, 제2항, 제4항, 제5항, 제9항) 확대 CAS보호 명령과 관련하여, 감독관 또는 감독관으로부터 위임을 받은 자는 적어도 1년에 한 번, 현재 확대 CAS보호 명령 하에 있는 아동, 직전 24개월 동안 확대 CAS보호 명령 하에 있었던 아동으로 그 기간 동안 점검되지 않았던 아동의 상황을 점검할 의무가 있다. 감독관은 위 점검 후 CAS에 제115조에 따른 상황점검을 신청하도록 지시하거나 그 외 아동의 최선의 이익을 위한 다른 지시를 할 수 있다.(제117조)

또한, 주무장관은 온타리오 법원의 판사를 CAS가 보호하는 아동 또는 아동보호명령의 적절한 집행에 관한 문제를 조사하도록 임명할 수 있는데, 임명된 판사는 위 문제에 관하여 조사를 하고 장관에게 서면으로 보고해야 한다. 이 때 판사의 조사는, 온타리오 주의 '공공조사법'(Public Inquiries Act, 2009) 제33조를 준용하여, 결정, 검사(examination), 청문, 신문(inquiry), 조사, 점검(review) 기타 활동을 포함한다.(제118조)

아동보호명령은 아동이 18세에 이르거나 결혼한 시기 중 먼저 도래하는 때 종료(123조)되는바, 아동보호명령은 '아동'을 보호하기 위한 것이므로, 보호의 대상이 나이 또는 결혼으로 인해 더 이상 아동이 아니게 된 때에는 종료함을 규정한 것으로 이해된다.

한편, 접근명령(access order)은 아동이 누군가에게 접근하거나 누군가 아동에게 접근하는 것에 관한 명령으로, 법원이 아동보호명령을 할 때 직권 또는 신청에 의하여, 아동의 최선의 이익으로, 발령, 변경 또는 종결할 수 있는데, 이 때 법원이 적절하다고 생각하는 조건(terms and conditions)을 부과할 수 있다.(제104조 제1항)

접근명령의 신청자는, 아동이 CAS의 보호, 양육 또는 감독 하에 있는 경우, 아동, 아동의 형제를 포함한 타인 및 CAS인데, CAS 외 신청자에 대하여는 아동보호명령의 발령, 동일한 신청자에 의한 기존 신청의 처리, 아동에 대한 상황점검

(status review) 신청의 처리, 앞의 세 가지 명령 또는 신청에 대한 항소의 최종 처리 또는 포기로부터 각 6개월 이내에는 신청할 수 없는 제한이 있다.(제104조 제1항 내지 제4항, 제6항)

아동보호명령 중 감독명령, 임시 CAS보호 명령 및 양육권 명령이 발령되면서 기존의 양육자로부터 아동을 즉시 격리하도록 할 때, 법원은 그 사람과의 지속적인 접촉이 아동의 최선의 이익에 부합하지 않는다고 판단하지 않는 한 그 사람이 아동에 접근할 수 있는 접근명령을 발령해야 한다.(제105조 제1항 내지 제3항)

한편 아동이 확대 CAS보호 명령에 따라 입양을 목적으로 다른 사람의 가정에 배치되어 계속 거주하는 경우에는 CAS를 포함하여 누구도 접근명령을 신청할 수 없고, 16세 이상의 아동에 대한 접근명령은 해당 아동의 동의 없이 발령될 수 없다.(제104조 제5항, 제7항) 아동보호명령 중 확대 CAS보호 명령이 발령될 경우, 원칙적으로 모든 접근명령은 종결된다.(제105조 제4항) 그러나, 법원은 아동의 최선의 이익에 부합한다고 판단하는 경우에는 접근명령을 하거나 기존의 명령을 변경할 수 있는데(제105조 제5항), 그 명령 또는 변경이 아동의 최선의 이익에 부합하는지 여부를 판단하는 과정에서 아동과 상대방의 관계가 아동에게 유익하고 의미있는지(beneficial and meaningful) 여부를 고려해야 하고, 만약 법원이 관련이 있다고 인정한 경우에는 접근명령이 아동이 장래 입양될 기회를 손상시킬지 여부도 고려해야 한다.(제105조 제6항)

앞서 본 바와 같이 아동등서비스법 제74조 제3항은 아동의 최선의 이익을 판단하기 위한 첫 번째 요소로 '아동의 의사'를 규정하고 있으므로, 법원이 아동에 대한 확대 CAS보호 명령을 했음에도 접근명령을 종결하지 않기 위해서는, 제105조 제6항의 두 가지 요소는 물론, '아동의 의사'를 고려해야 하는 것이, CFSA와 달라진 점이다. 즉 CFSA에서는 정부후견 명령(Crown wardship, 현행 확대 CAS보호 명령) 시 접근명령을 발령하거나 변경할 때, 법원은 아동과 상대방의 관계가 아동에게 유익하고 의미있는 것인지 및 접근명령이 아동이 장래 입양될 기회를 손상시킬지 여부만 고려하면 될 뿐, 아동의 의사를 고려할 필요가 없었다.(CFSA 제59조 제2항, 제2.1항)

CFSA 하에서 '유익하고 의미있는'은 '상당히 유익한'(significantly advantageous) 것을 의미하는 것으로 해석되어, 아동의 가족 등이 면접권의 필요성에 대해서 법원을 설득하는 것이 매우 어려웠는데[283], 아동등서비스법이 시행된 후

인 2019. 4. 18. 선고된 항소심 판결에서 법 개정의 의미를 명확히 판시하였다. 세 자녀가 CAS의 정부후견 명령 하에 있던 어머니가 접근명령을 신청했다가 1심 법원이 기각하여 이에 항소한 사건에서, 항소심 법원은 위 어머니의 항소를 인용하면서, CFSA 하에서는 접근권을 신청하는 사람에게 아동과의 관계가 유익하고 의미있는 것이라는 점에 대한 입증책임이 있었고, 입양의 기회가 다른 고려사항들에 비하여 우선적으로 고려되었는데, '아동의 최선의 이익'을 규정한 아동등서비스법의 제정으로 더 이상 접근권의 신청자가 아동과의 관계가 유익하고 의미있는 것이라는 점 및 아동의 입양 기회를 방해하지 않을 것이라는 점에 대한 입증책임을 부담하지 않고, 법원이 위 두 가지 요소에 대한 고려를 포함하여 아동의 '최선의 이익'에 부합하는지 분석할 책임을 지게 된다고 판시[284]하였다.

아동등서비스법 제105조 제5항, 제6항의 문언에 의하더라도 제6항의 두 요건은 '아동의 최선의 이익'을 판단하는 데 고려되어야 할 요소일 뿐, 위 요건이 충족되지 않았더라도 법원이 '아동의 최선의 이익'에 부합한다고 판단하여 접근명령을 종결하지 않을 수 있다는 점에서, 아동등서비스법이 법원에 좀 더 유연성과 재량을 부여하고 있는 것으로 평가[285]되는 한편, 아동의 최선의 이익을 판단하는 데 고려할 일반적 요소로 아동의 의사를 첫 번째로 규정하고 있다는 점에서 접근명령에 관하여도 아동의 권리를 보다 강화한 것으로 이해된다.

라. 아동의 참여권

아동등서비스법은 아동을 아동보호절차의 당사자(parties)로 규정하지 않아, CAS나 아동의 부모 등 당사자에게 참여권(right to participate)을 명시적으로 인정(제79조 제1항, 제3항)하는 것과 달리, 아동에게는 아동보호절차의 대상(subject)으로서 일정한 권리를 보장하고 있는데, 그 권리의 내용에 비추어 아동의 참여권을 보장하는 것으로 보인다.

즉 12세 이상인 아동은, 법원이 청문에 출석하는 것이 아동에게 정서적 손상을 야기한다고 판단하여 아동에게 통지를 하지 말 것과 청문에 출석을 불허하는 명령을 한 경우 외에는, 원칙적으로 절차에 관한 통지를 받을 권리 및 청문에 출석할

283) Jane Long 외 1인, 앞의 글, 200쪽.
284) Kawartha-Haliburton Children's Aid Society v. M.W., 2019 ONCA 316. 판결 중 para [45], [47], [49]
285) Jane Long 외 1인, 앞의 글, 203쪽.

권리가 있다. 반면, 12세 미만인 아동은 원칙적으로 위와 같은 권리가 인정되지 않는데, 법원이 아동이 청문을 이해할 수 있고, 청문에 출석함으로써 정서적 손상을 겪지 않을 것이라고 판단하여 아동에게 통지를 하고 청문에 출석을 허락하는 명령을 한 경우에는, 통지를 받고 청문에 출석할 수 있다.(제79조 제4항, 제5항)

한편, 아동이 앞서 살펴본 상황점검(status review)을 신청하여 통지를 받은 경우 또는 아래에서 살펴볼 법적 대리(legal representation)가 있는 경우에는, 당사자로 의제되어, 당사자로서의 참여권 및 아동보호절차에서 발령되는 법원의 명령에 항소할 권리가 있다.(제79조 제6항, 제3항, 제121조 제1항) 특히 제79조 제6항의 제목이 '아동의 참여권'(Child's participation)으로 되어 있어, 아동의 참여권을 보장함을 명확히 하였다. 이 경우 아동에게 인정되는 참여권은 다른 당사자에게 인정되는 권리와 같이 절차에 관한 통지를 받고, 청문에 출석하고, 변호인을 선임할 수 있고, 법정에서 진술할 수 있는 권리 등이다.

앞서 본 바와 같이 아동등서비스법은 서문에서 법의 목적이 CRC에 표현된 원리들에 기반하고 그 원리들에 부합하는 것임을 선언하면서 아동의 참여권을 보장하고 있다. 그러나 현실적으로 아동의 나이, 사회경제적 지위 등을 고려할 때 아동이 아동보호절차에 직접 참여하는 것을 기대하기는 어렵다. CRC 제12조의 '참여'의 의미 또한 아동이 의사결정 과정에 현재(present)하는 것이 아니라, 아동의 의사를 고려한다는 것이다.[286] 따라서 아동이 당사자이거나 중요한 이해관계의 대상자인 법적 절차에서 변호인의 조력을 받을 필요가 있는바, 아동등서비스법은 제78조에서 아동의 법적 대리 제도를 규정하고 있다.

법원은 아동보호절차가 시작된 후 가능한 빨리 아동의 이익을 보호하기 위하여 법적 대리가 필요한지 여부를 결정해야 하고, 이러한 결정은 아동보호절차의 어느 단계에서도 할 수 있다. 법원은 아동의 이익을 보호하기 위하여 법적 대리가 필요하다고 판단하면, 아동에 대하여 법적 대리를 제공할 것을 명령해야 한다.(제78조 제1항 내지 제3항)

아동의 법적 대리가 필요하다고 간주되는 경우는, 첫째 아동과 부모 또는 CAS의 의견이 다르고, CAS가 아동을 보호자로부터 격리하거나 아동보호명령 중

286) Monique Costa El-Hage, 'PARTICIPATION RIGHTS IN THE CHILD PROTECTION SYSTEM: THE KNOWLEDGE, ATTITUDES AND EXPERIENCES OF YOUTH PARTICIPATION FOR YOUTH IN CARE AND CHILD PROTECTION WORKERS', a thesis for the degree of Doctor of Philosophy, University of Toronto, 2007, 41쪽.

임시 CAS보호 명령이나 확대 CAS보호 명령이 필요하다고 주장하는 경우, 둘째 아동이 CAS의 보호 하에 있고, 부모가 법정에 출석하지 않거나 아동이 아동등서비스법 제74조 제2항 각호 중 (a), (c), (f), (g), (j)에 해당한다고 주장되는 경우, 셋째 아동의 청문 기일 출석이 허용되지 않는 경우이다.(제78조 제4항)

법적 대리는 아동에게만 제공된다. 부모와 CAS 사이에 존재하는 힘의 불균형, 사회적 약자 계층에 해당하는 부모에 대한 편견 등을 이유로 부모가 아동보호절차에 충분히 참여하지 못하는 것을 방지하기 위하여 부모에 대한 법적 대리의 필요성을 주장하는 견해[287]도 있으나, 아동등서비스법은 부모가 18세 미만인 경우로서 부모 자신이 아동인 경우(제78조 제5항) 외에는 부모에 대한 법적 대리를 규정하고 있지 않다.

법적 대리의 제공자는 온타리오주의 법무부 내 조직인 아동변호인실(Office of Children's Lawyer, 이하 OCL)이다.[288] OCL은 1881년에 아동의 재산권을 보호하기 위하여 설립된 후, 업무 범위가 1975년에 부모의 이혼 및 별거로 인한 양육 및 접근권 소송에서의 아동의 권리를 포함하였고, 1979년에는 아동보호절차까지 확대되었다.[289] 아동변호인의 임명과 자격요건에 관해서는, 온타리오주의 '법원법'(Courts of Justice Act) 제89조가 규정하고 있다. 아동변호인은 법무부장관의 추천을 받아 온타리오주의 부총독에 의하여 임명되는데, 10년 이상 주 또는 준주의 변호사협회에 가입되어 있거나 변호사협회에 가입한 후 판사로 근무한 기간을 합산하여 10년 이상인 사람 중에서 임명되어야 한다.

아동변호인의 업무와 관련하여, 아동보호절차에서의 법적 대리뿐만 아니라, 관련 법이나 법원 규칙에 의해 요구되는 경우에는 소송 당사자인 미성년자(minor)의 소송 후견인(litigation guardian)으로서, 법원이 요청할 경우 소송 당사자가 아닌 미성년자의 법적 대표자(legal representative)로서 활동할 수도 있다. 또한 아동학대로 인한 회복을 위한 소송(Legal claim for recovery because of abuse) 등 절차를 시작 및 수행할 수 있는 권한도 있다.(제138조) 즉 아동변호인은 아동이 '학대를 겪음'으로 인해 소송 기타 청구 원인이 있고, 이를 청구하는 것이 아동의 최선의 이익에 부합한다고 판단하면, 아동을 위하여 손해의 회복 또는 다른 보상을 위한 절

287) Joanne Wildgoose, 앞의 논문, 132, 197쪽.
288) Joseph Di Luca, Erin Dann, Breese Davies, 'Best Practices where there is Family Violence(Criminal Law Perspective)', Department of Justice Canada, 2014, 29쪽.
289) Joseph Di Luca, Erin Dann, Breese Davies, 앞의 글, 66쪽.

차를 시작 및 수행할 수 있는데, 여기서 '학대를 겪은' 경우는 '보호가 필요한 상태'를 규정한 제74조 제2항 각호 중 (a), (c), (e), (f), (g), (j)를 의미한다. 다만 아동이 CAS의 보호 및 양육 하에 있을 경우, CAS도 위와 같은 손해의 회복 또는 다른 보상을 위한 절차를 시작 및 수행할 수 있다. 또한, 양육권, 면접권 등에 관한 가정법원 절차, 부동산과 민사소송 등 아동이 당사자이거나 아동을 대상으로 한 다양한 절차에서도 18세 미만의 아동을 대리하는 역할을 수행[290]한다. 예컨대 18세 미만의 아동은 자기 이름으로 소송의 원고 내지 피고가 될 수 없는데, 아동을 대리할 다른 어른이 없는 경우, 법원은 아동변호인실의 변호인에게 아동의 소송대리인이 될 것을 요청할 수 있다. 아동변호인은 판사가 요청할 경우 민사소송에서 제안된 합의안(settlement)을 검토할 수도 있다.[291]

아동변호인의 역할과 관련하여, 아동이 자신의 의사를 표현할 수 있는 경우 아동의 의사를 옹호하는 역할이 바람직하다는 견해[292]가 있고, 온타리오주 항소법원은 '아동변호인은 아동의 최선의 이익에 관한 모든 증거가 법정에 현출되도록 해야 하는 것이지, 아동의 최선의 이익에 관한 자신의 의견을 제시할 수 없다'라는 취지로 판시[293]하기도 하였다. 그러나 OCL은 아동변호인에게 아동의 의사와 일치하지 않는 경우에도 아동의 이익에 관한 의견을 개진할 수 있다는 입장이어서, 아동변호인의 역할에 관해서 혼란이 있다[294]고 할 수 있다.

아동변호인의 역할이 문제되는 경우는, 아동이 자신의 의사를 충분히 표현할 수 있으나 아동변호인은 아동의 의사가 아동의 이해관계에 부합하지 않는다고 생각할 때이다. 이런 경우 아동변호인은 적어도 법원이 아동의 의사를 알 수는 있도록[295] 해야 할 것이다. 반대로 아동이 너무 어려 자신의 의사를 말로 표현할 수 없는 경우에는 아동변호인은 전문가의 의견을 들어 아동의 의사를 대변해야 할 것이다. 결국 무엇이 아동의 최선의 이익인지는 법원이 제출된 모든 증거와 관련자들의 진술을 종합하여 결

290) Joseph Di Luca, Erin Dann, Breese Davies, 앞의 글, 65쪽.
291) 온타리오주 법무부 사이트 (https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/family/ocl/faq/civil_litigation_estates_and_trusts.php, 2021. 4. 15. 접속)
292) Joanne Wildgoose, 앞의 논문, 159쪽.
293) Official Guardian v. Strobridge, 1994 CanLII 875 (ON CA) (https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/1994/1994canlii875/1994canlii875.html, 2022. 2. 5. 접속)
294) Michelle Fernando, 'FAMILY LAW PROCEEDINGS AND THE CHILD'S RIGHT TO BE HEARD IN AUSTRALIA, THE UNITED KINGDOM, NEW ZEALAND, AND CANADA', 「Family Court Review」 Vol.52(1), 2014, 52쪽.
295) Jane Long 외 1인, 앞의 글, 187쪽.

정[296]할 수밖에 없다는 점에서, 아동변호인의 역할에 대한 견해의 차이가 실질적인 차이를 초래하는 경우는 많지 않을 것으로 생각된다.

6. 아동학대 등록

아동학대 등록부(child abuse register)는 아동의 학대에 관련된 정보를 기재한 등록부로, 감독관에게 작성의무가 부과된다. 앞서 살펴본 신고 중 아동이 학대를 겪었거나, 겪고 있거나, 겪고 있을 가능성이 있다는 신고를 받은 CAS는 가능한 빨리 신고된 정보를 조사하여 입증하거나, 다른 CAS에 의하여 입증되었음을 확인해야 하고, 이렇게 하여 신고된 정보가 입증된 경우 가능한 빨리 감독관에게 이를 보고해야 한다. 감독관은 위와 같이 보고받은 정보를 기록하기 위하여 등록부를 작성하고 유지할 의무가 있다. 등록부에는 신고의 대상이 아닌 신고자의 인적사항을 확인할 수 있는 정보를 포함해서는 안된다.(제133조 제3항, 제5항)

감독관 또는 감독관의 위임을 받은 직원은 아동등서비스법 규칙(Regulations)이 요구하는 경우 피등록인의 이름을 삭제하거나 등록부의 내용을 수정할 의무가 있고, 오류를 시정하기 위하여 등록부의 내용을 수정할 수 있다.(제133조 제13항)

한편 등록부는 원칙적으로 증거로 사용될 수 없는데, 예외적으로 아동학대 등록부에 관한 조항을 준수했는지 여부를 입증하는 절차, 피등록인에 관한 청문 또는 항소 절차, '검시관법'(Coroners Act)에 따른 절차, 제134조가 규정하는 학대로 인한 손해 회복을 위한 법적 청구(Legal claim for recovery because of abuse) 절차에서는 증거로 사용될 수 있다.(제133조 제14항)

가. 피등록인의 권리

피등록인(registered person)은 등록부에서 확인되는(identified) 사람을 의미하는데, 신고의 대상이 아닌 신고자 및 신고의 대상인 아동은 포함되지 않는다.(제133조 제1항)

등록부가 만들어지면, 감독관은 피등록인에게 그 사람이 등록되었다는 사실,

296) Joseph Di Luca, Erin Dann, Breese Davies, 앞의 글, 67~68쪽.

피등록인 또는 변호사 내지 대리인은 등록부에 기재된 피등록인과 관련된 정보를 검사(inspect)할 권리가 있다는 사실, 피등록인은 감독관에게 등록부에서 자신의 이름을 삭제하거나 등록부의 내용을 수정해달라고 요구할 권리가 있다는 사실을 서면으로 통지해야 한다.(제134조 제2항)

위와 같은 통지를 받은 피등록인이 감독관에게 자신의 이름을 삭제하거나 등록부의 내용을 수정해달라고 요청하는 경우, 감독관은 이를 승인하거나, 승인 여부를 결정할 청문을 열 수 있는데, 이 때 당사자에게 10일 전 서면으로 통지해야 한다. 청문의 당사자는 피등록인, 피등록인에 관한 정보를 입증한 CAS 및 감독관이 특정한 사람이다. 청문 결과 등록부의 피등록인에 관한 정보가 잘못되었거나 피등록인이 등록되어서는 안된다고 판단할 경우, 감독관은 등록부에서 피등록인의 이름을 삭제하거나 등록부의 내용을 수정해야 하고, CAS에 대하여 감독관의 결정을 반영하여 CAS의 기록을 수정할 것을 명령할 수 있다. 이러한 감독관의 결정에 대해서 당사자는 법원에 이의제기(appeal)할 수 있다.(제134조 제4항, 제7항 내지 제9항) 한편, CAS의 기록을 수정하라는 감독관의 명령을 위반한 사람은 5,000달러 이하의 벌금 또는 1년 이하의 징역에 처해지거나, 벌금형 및 징역형이 병과될 수 있다.(제142조 제1항)

피등록인에게 위와 같이 서면통지, 청문, 이의제기 등 권리를 보장하는 것은, 아동학대 등록부에 기재되는 것이 피등록인에게는 침익적 처분에 해당하므로, 청문 등 절차상 권리를 충분히 보장하는 것으로 보인다.

또한 아래에서 보듯이 등록부는 원칙적으로 비공개이나, 아동, 피등록인, 아동 또는 피등록인의 변호인 또는 대리인은 등록부에 포함된 아동 또는 피등록인에 관한 정보에 대해서는 검사할 수 있는바(제133조 제11항), 이는 등록과 관련된 사람의 알 권리 내지 방어권을 보장하기 위한 것으로 이해된다.

나. 등록부의 원칙적 비공개

누구든지 등록부의 정보를 검사, 삭제 또는 변경하거나, 검사, 삭제 또는 변경을 허가해서는 안되고, 등록부로부터 취득한 정보를 공개하거나 공개를 허가해서도 안된다.(제133조 제6항)

예외적으로 등록부에 대한 접근이 허용되는 경우가 있는데, 앞서 본 아동 및

피등록인의 변호인 또는 대리인이 등록부 중 아동 또는 피등록인에 관한 정보에 대하여 검사할 권리도 그 중 하나이다. 또한, 검시관, 검시관에 의하여 서면으로 위임받은 의료인(legally qualified medical practitioner) 또는 경찰관이 '검시관법'에 따른 조사 내지 사인조사(inquest)를 하는 경우 및 아동변호인 또는 그 위임을 받은 대리인이 그 권한에 따라 등록부의 정보를 검사, 삭제 또는 공개할 수 있는 경우도 등록부에 대한 접근이 허용되는 경우다.(제133조 제7항) 그리고 아동청소년부, CAS 또는 온타리오주 밖에 있는 아동복지기관의 직원 및 피등록인에게 조언 또는 치료를 제공하거나 제안하려는 사람은, 주무장관 또는 감독관의 허가를 받아 등록부의 정보를 검사 및 삭제하거나 위 검시관 등이나 감독관이 부과하는 조건에 따라 다른 사람에게 공개할 수 있고(제133조 제8항), 연구자는 감독관의 서면 승인을 받아 등록부의 정보를 검사 및 사용할 수 있으나, 연구, 학문적 추구 또는 통계자료의 편집 외 다른 목적으로 정보를 사용 또는 전달하거나 등록부에 기재된 사람의 인적사항을 확인할 수 있는 정보를 전달하는 것은 금지된다.(제133조 제10항) 의료인은 감독관의 서면 승인을 받아 감독관이 특정한 등록부의 정보를 검사할 수 있다.(제133조 제12항)

아동학대 등록부의 비밀성을 침해한 사람이나 감독관의 서면 승인을 받은 연구자라도 연구 등 목적 외로 등록부의 정보를 사용한 경우에는 5,000달러 이하의 벌금 또는 1년 이하의 징역에 처해지거나, 벌금형 및 징역형이 병과될 수 있다.(제142조 제1항)

IV. 형사법적 제도

아동학대는 여러 차원에서 논의되지만, 주된 영역 중 하나가 아동학대 가해자에 대한 형사처벌이다. 아동학대에 대한 형사법적 대응은 개별 사건에 대한 사법정의의 실현일 뿐만 아니라, 아동학대가 사회적 약자를 대상으로 구조적, 반복적으로 발생하는 문제라는 측면에서 형벌을 통한 국가의 개입은 사회의 부정의에 대응하는 국가의 역할과 책임을 상징한다는 점에서도 그 중요성이 매우 크다.

1. 캐나다의 아동학대 관련 형사법 체계의 특성

앞서 본 바와 같이 아동보호절차 등 아동의 보호나 복지 문제는 원칙적으로 각 주 또는 준주의 책임인 것과 달리, 형사절차에 있어서는 연방법인 캐나다 형사법이 캐나다 전역에 적용되는 통일적인 체계를 갖추고 있다. 이는 캐나다 헌법 제91조 27호가 '형사 관할법원의 구성을 제외한, 절차를 포함한 형사법'의 입법 권한을 독점적으로 연방 의회에 부여하고 있어, 이에 따라 제정된 캐나다 형사법이 연방법이기 때문이다. 다만, 위 조항에서 '형사 관할법원의 구성'을 제외하고 있다는 점과 관련하여, 각 주가 이를 근거로 연방법인 캐나다 형사법의 탄력적 적용을 도모하고 있어 각 주의 사법 운용에 있어서 연방법의 규정이 다소 다르게 운용되는 법적 간극이 발생하기도 하나[297], 위 조항이 절차를 포함한 형사법 자체는 연방 의회의 독점적 권한임을 명시하고 있는 이상, 캐나다에서 형사법은 캐나다 전역에 적용되는 통일적인 규율이 원칙이라 할 것이다. 그렇다고 하여, 주 차원의 형사처벌 규정이 존재하지 않는 것은 아니다.

그런데 연방법인 캐나다 형사법에는 '아동학대'라는 범죄가 별도로 규정되어 있지 않다. 즉 캐나다 형사법의 구성요건에 피해자가 아동으로 특정된 범죄나 폭행이나 살인 등 피해자에 대한 제한이 없는 범죄가 아동에 대하여 저질러졌을 때 이를 아동학대라는 범주로 유형화하고 있을 뿐, '아동학대'라는 독자적인 구성요건을 가진 범죄는 없고, '가정폭력'이라는 별도의 구성요건 또한 존재하지 않는다. 앞서 살펴본 CIS가 아동학대의 개념을 명확히 정의하기보다 아동학대로 분류될 수 있는 구체적인 행위 유형을 개발하는 데 중점을 두는 것 또한 이러한 측면에서 이해할 수 있다.

한편 아동학대로 분류될 수 있는 범죄에 대한 형사처벌 문제를 주로 연방법인 캐나다 형사법으로 규율한다는 측면에서는, 이를 캐나다의 아동학대에 대한 연방 차원의 대응이라는 관점에서도 이해할 수 있을 것이다.

이하에서는 아동학대를 형사처벌할 수 있는 구성요건을 검토하되, 캐나다 형사법 중 구성요건이나 실제적 측면에서 아동학대와 관련성이 큰 조항 및 주 차원의 형사적 대응으로서 온타리오주의 아동등서비스법상 아동학대 관련 형사처벌 규정을 검토한다. 이후 아동학대 중 신체적 학대와의 관계에서 부모나 교사가 아동에 대하여 유형력을 행사한 경우 일정한 조건을 충족할 경우 그에 대한 처벌을 면제하는

297) 이희찬, '캐나다 형사사법 절차상 피해자의 지위', 「국외훈련검사 연구논문집」 제33집, 2018, 549쪽.

캐나다 형사법 제43조 및 그 합헌성을 인정한 대법원 판결을 분석하기로 한다.

2. 아동학대 관련 범죄의 구성요건

가. 캐나다 형사법 중 구성요건에 아동이 포함된 범죄

캐나다 형사법에 규정된 범죄 중 일부는 구성요건에 아동을 포함하고 있는데, 앞서 살펴본 아동학대의 유형에 따라 분류하여 살펴본다.

캐나다 형사법은 일반적으로 적용되는 아동의 정의 규정을 두고 있지는 않고, 아래에서 보듯이 개별 구성요건별로 아동의 범위를 규정하면서, 8세, 10세, 14세, 16세 등 다양한 연령 기준을 사용하고 있다. 특히 성범죄(sexual offences)의 경우, 범죄의 특성상 보호대상인 아동의 나이를 보다 세밀한 기준에 따라 구별하여 대응할 필요가 있다는 점에서 그 효용성을 인정할 수 있다.

(1) 신체적 학대로 분류할 수 있는 범죄

출산으로부터 충분히 회복하지 않은 상태에서 고의적 작위 또는 부작위로 신생아의 죽음을 초래한 여성은 징역 5년 이하에 처해지는 '영아살해'(Infanticide, 제233조)가 있다. 누구든지 적법한 권한 없이 16세 미만 아동을 부모, 보호자, 기타 적법한 권한이 있는 사람의 의사에 반하여 약취한 자는 징역 5년 이하에 처하고, 14세 미만 아동의 부모, 보호자 기타 적법한 권한이 있는 사람으로부터 아동을 박탈할 의도로 아동을 약취·유인·은닉·구금·억류한 자는 징역 10년 이하에 처하는 '16세 및 14세 미만 아동 유괴'(Abduction of person under age of 16 or 14, 제280조, 제281조)도 신체적 학대 범죄로 분류할 수 있겠다.

(2) 성적 학대로 분류할 수 있는 범죄

캐나다 형사법에 규정된 구성요건 중 성적 학대로 분류할 수 있는 범죄는 다음과 같다. 먼저, 성적 목적으로 16세 미만 아동의 신체 일부를 자신의 신체 일부 또는 물건을 이용하여 직, 간접적으로 접촉한 자는 정식 공판절차에서는 징역 1년 이

상 14년 이하, 간이 공판절차에서는 징역 90일 이상 2년 미만에 처해지는 '성추행'(Sexual interference, 제151조)이 있다.

성적 목적으로 16세 미만 아동으로 하여금 자신의 신체의 일부 또는 물건을 이용하여, 행위자 및 16세 미만 아동을 포함한 타인의 신체를 접촉하도록 유혹, 설득 또는 유인한 자는 정식 공판절차에서는 징역 1년 이상 14년 이하, 간이 공판절차에서는 징역 90일 이상 2년 미만에 처해지는 '성추행 유인 등'(Invitation to sexual touching, 제152조)도 있다. 성적 목적으로, 행위자가 보호 또는 감독하거나, 행위자에게 의존하거나, 이용하는 관계에 있는 16세 이상 18세 미만의 아동에 대하여, 행위자의 신체의 일부 또는 물건을 이용하여, 아동의 신체를 직, 간접적으로 접촉하거나, 신체의 일부 또는 물건을 이용하여 행위자 및 16세 이상 18세 미만 아동을 포함한 타인의 신체를 직, 간접적으로 접촉하도록 유혹, 설득 또는 유인한 자는 정식 공판절차에서는 징역 1년 이상 14년 이하, 간이 공판절차에서는 징역 90일 이상 2년 미만에 처해지는 '성적 착취'(Sexual exploitation, 제153조)도 성적 학대로 분류할 수 있는 범죄이다.

자신의 부모, 자식, 형제, 자매, 조부모 또는 손자 등 혈연관계가 있다는 것을 알면서 그 사람과 성적인 관계를 맺는 사람은 최대 14년 이하의 징역에 처하되, 그 사람이 16세 미만인 경우 형의 하한은 5년 이상의 징역으로 하는 '근친상간'(Incest, 제155조)도 이에 해당될 수 있다. 18세 미만의 아동 또는 18세 미만으로 묘사된 사람이 노골적인 성행위를 하는 것을 보여주는 사진, 영화, 비디오 기타 시각적 표현 등 이 조항이 정의하는 아동음란물을, 배포할 목적으로 제작·복제·출판·소지한 자나, 전달·이용·진열·배포·판매·광고·수입·수출하거나 또는 그러한 목적으로 소지한 자는 각 징역 1년 이상 14년 이하의 징역에 처하고, 소지한 자는 정식 공판절차에서는 징역 1년 이상 10년 이하, 간이 공판절차에서는 징역 6월 이상 2년 미만에 처해지는 '아동음란물'(Child pornography, 제163.1조) 또한 성적 학대로 분류할 수 있겠다.

18세 미만 아동의 부모 또는 보호자가 아동으로 하여금 성적행위를 하게 할 목적으로 알선하는 경우 징역 1년 이상 14년 이하에 처해지는 '부모·보호자의 성적 행위 알선'(Parent or guardian procuring sexual activity, 제170조)도 이에 해당될 수 있다. 18세 미만 아동 또는 18세 미만으로 생각된 사람에 대하여 제153조 제1항 등 위반 범죄를 용이하게 할 목적으로, 16세 미만 아동 또는 16세 미만으로 생

각된 사람에 대하여 제151조 등 위반행위를 용이하게 할 목적으로, 14세 미만 아동 또는 14세 미만으로 생각된 사람에 대하여 제281조 위반행위를 용이하게 할 목적으로, 각 성적으로 노골적인 물건을 전달·노출·배포·판매한 자는, 정식 공판절차에서는 징역 6월 이상 14년 이하, 간이 공판절차에서는 징역 90일 이상 2년 미만에 처해지는 '아동에 성적으로 노골적인 물건 노출'(Making sexually explicit material available to child, 제171.1조) 또한 성적 학대로 분류할 수 있는 범죄에 해당된다. 18세 미만 아동 또는 18세 미만으로 보이는 사람이 있는 집에서 간통, 성적 부도덕, 습관적 음주 기타 다른 악행에 빠져 아동의 도덕성을 위험에 빠뜨리거나 집을 아동이 존재하기에 부적절한 곳으로 만든 자는 징역 2년 이하에 처해지는 '아동 타락시키기'(Corrupting children, 제172조)도 이에 해당될 수 있다.

(3) 방임으로 분류할 수 있는 범죄

부모, 양부모, 보호자 또는 가장이 16세 미만 아동에게 생활의 필수품을 제공할 의무를 이행하지 않아 아동을 극히 궁핍한 상태에 두거나 아동의 건강을 영구적으로 손상시키거나 손상시킬 위험을 초래한 경우 징역 5년 이하에 처해지는 '필수품 제공 의무' 위반죄(duty of persons to provide necessaries, 제215조)가 있다. 누구든지 10세 미만의 아동을 위법하게 유기하거나 방치하여 생명을 위태롭게 하거나 건강을 영구적으로 손상시키거나 그럴 가능성을 초래한 경우 징역 5년 이하에 처해지는 '아동유기'(Abandoning child, 제218조)도 방임으로 분류될 수 있는 범죄이다.

나. 캐나다 형사법 중 구성요건에 아동이 포함되어 있지 않으나 아동학대와의 관련성이 큰 범죄

(1) 신체적 학대와의 관련성

누구든지 상대방의 동의 없이, 상대방에게 직, 간접적으로 가하는 의도적인 유형력을 행사하는 경우 징역 5년 이하에 처해지는 '폭행'(Assault, 제265조) 및 '무기사용폭행'((Assault with a weapon, 제267조) 등 가중범 조항이 대표적인 아동

학대 관련 구성요건이라 할 것이다. 또한, 누구든지 타인에게 신체적 해악을 가한 경우 징역 10년 이하에 처해지는 '상해'(Unlawfully causing bodily harm, 제269조) 및 사람을 죽일 의도로, 또는 죽을 수도 있다는 것을 알면서 상해를 가하거나, 죽을 수도 있는지에 대해서 신중하게 생각하지 않고, 타인을 죽음에 이르게 한 경우 등에는 1급 또는 2급 살인죄로 무기징역에 처해지는 '살인'(Murder, 제229조, 제231조, 제235조) 또한 신체적 학대와의 관련성이 큰 범죄라고 할 수 있다.

이 중 상해 및 살인에 대해서는, 아동의 신체에 해악이 발생한 이상, 아동학대 중 신체적 학대로 인정하는 데 어려움이 없을 것이다. 특히, 아동살해는 아동학대의 극단적인 형태라 할 것인바, 우리나라는 2021. 3. 16. 아동학대범죄를 범한 사람이 아동을 살해한 경우에는 그 행위의 비난가능성 등을 고려하여 일반 살인죄보다 중하게 처벌할 필요성이 있다는 이유로 아동학대처벌법에 아동학대살해죄(제4조)를 신설하였는바, 특별법에 새로운 구성요건을 창설하는 방식으로 아동살해에 대응하는 점에서 캐나다의 형사법 체계와 다른 특성이라고 할 것이다.

한편, 폭행죄의 구성요건인 '상대방의 동의 없이, 직, 간접적으로 가하는 의도적인 유형력의 행사'는 '상대방'을 '아동'으로 바꿀 경우 자연스럽게 체벌 내지 훈육이 연상되는바, 아래에서 검토할 온타리오 고등법원(Ontario superior court of justice)의 R. v. Persaud 사건도 초등학교 1~2학년인 아동에 대하여 유형력을 행사한 초등학교 교사가 폭행 및 무기사용폭행 혐의로 기소된 사건이었다. 이와 관련하여, 캐나다 형사법 제43조는 부모나 교사가 아동의 교정을 위한 방법으로 상황에 따라 합리적인 유형력을 행사하는 것은 정당화된다고 함으로써 폭행죄로 인한 처벌을 면제하고 있어, 체벌 내지 훈육의 허용 여부, 나아가 아동 및 부모의 권리 등 아동학대에 대한 형사법적 대응과 관련한 다양한 논점을 제기하고 있는바, 제43조 및 관련 대법원 판결 등에 관해서는 아래 4.항에서 검토한다.

또한 아동이 보거나 들을 수 있는 장소에서 아동의 아버지가 어머니 등 아동과 가까운 사람을 폭행하거나 상해를 가한 경우, 이는 아동학대 중 가정폭력에의 노출이나 정서적 학대에 해당할 수 있다.

(2) 성적 학대와의 관련성

성폭행을 저지른 자는 정식 공판절차에서는 징역 10년 이하, 간이 공판절차에

서는 징역 18월 이하에 처해지나, 피해자가 16세 미만인 경우에는 정식 공판절차에서는 징역 1년 이상 14년 이하, 간이 공판절차에서는 징역 6월 이상 2년 미만에 처해지는바(Sexual Assault, 제271조), 구성요건상 피해자의 나이에는 제한이 없으나, 16세 미만의 아동인 피해자를 상대로 한 성폭행에 대해서는 보다 무겁게 처벌하는 양형의 차이를 두고 있다는 점에서, 앞서 본 제151조의 성추행 등 구성요건 자체가 아동을 대상으로 한 범죄들과 구별된다.

한편 캐나다 형사법은 성폭행에, 폭행에 관한 조문이 적용됨을 명시(제265조 제2항)하고 있는데, 유형력의 행사나 협박 등 별도의 행위 태양이 없더라도, 상대방의 동의 없이 성관계를 한 경우에도 성폭행으로 처벌된다는 데 큰 의의가 있다. 또한 행위자가 상대방 또는 제3자에게 유형력을 행사하거나 협박, 기망 또는 권한이나 영향력이 있는 지위에 있는 경우 등, 피해자가 저항하지 않아도 동의가 없는 경우(제265조 제3항)를 규정하고 있고, 피고인이 동의가 있는 것으로 믿었다고 주장하는 경우에는 판사나 배심원이 그와 같은 믿음에 합리적 근거가 존재하는지 여부를 판단하기 위하여 관련된 모든 증거를 검토해야 한다(제265조 제4항)고 규정하고 있다.

우리나라도 일명 '비동의강간죄'를 신설하는 내용으로 형법을 개정하자는 논의[298]도 있으나, 현행법은 강간 등 성폭력 범죄에 대하여 원칙적으로 폭행 또는 협박이라는 행위 태양을 요구하고, 13세 미만 아동에 대하여만 예외적으로 폭행 또는 협박을 요구하지 않는(형법 제305조) 것이 기본적인 구조이다. 이 글은 성폭력 범죄에 대한 우리나라 현행법의 구조가 타당한지 여부를 검토하기 위한 것은 아니나, 캐나다 형사법이 성폭행의 기본 구성요건을 '동의 없는 성관계'로 규정한 것은, 적어도 아동의 보호라는 측면에서는 시사점을 준다고 할 것이다.

(3) 정서적 학대와의 관련성

타인에게 죽음 또는 상해를 가하겠다는 등과 같은 협박을 어떤 방법으로든 말하거나 전달하거나 도달하게 한 경우 징역 5년 이하에 처해지는 '협박'(Uttering threats, 제264.1조)은 정서적 학대와 관련성이 크다. 예컨대, 아동에게 직접적으로

298) 2020. 8. 12. 발의, 형법 일부개정법률안(류호정의원 대표발의), 의안번호 2898
국회의안정보시스템(https://likms.assembly.go.kr/bill, 2021. 4. 9. 접속)

‘죽여버리겠다’는 등 협박성 언어를 사용하는 경우는 물론, 아동이 보거나 들을 수 있는 곳에서 아동의 다른 가족 등 가까운 사람을 협박하는 경우, 협박의 내용에 따라 아동에 대한 정서적 학대 또는 가정폭력에의 노출에 해당될 수 있을 것이다.

다. 아동등서비스법의 ‘아동학대’ 범죄 구성요건

연방법인 캐나다 형사법 외에도 온타리오주의 아동등서비스법은 ‘아동학대’를 범한 사람은 최대 벌금 5,000달러 또는 징역 2년을 선고하거나, 벌금형과 징역형을 병과할 수 있도록 규정(Offence of child abuse, 제136조 제2항 (2)항)하였는바, 이는 ‘아동학대’라는 별도의 구성요건을 가진 범죄로 이해된다.

아동등서비스법상 ‘아동학대’ 범죄는 첫째 아동의 양육자가 아동에 대하여 ‘학대’(abuse)를 가하는 경우, 둘째 아동에 대한 적절한 돌봄 및 제공 또는 감독 및 보호를 하지 않음으로써, 아동으로 하여금 학대를 겪게 하거나, 치료되지 않으면 아동의 발달을 심각하게 손상시킬 수 있는 정신적, 정서적 또는 발달적 상태(mental, emotional or developmental condition)를 겪게 하는 경우에 성립하는바, 여기서 ‘학대’는 ‘신체적으로 해악을 입거나, 성적으로 학대 또는 착취되는 상태’(a state or condition of being physically harmed, sexually abused or sexually exploited.)라고 정의(제136조 제1항)된다.

앞에서 살펴본 캐나다에서의 아동학대의 의의와 위 법률이 규정한 ‘학대’ 또는 ‘아동학대’를 비교하면, 온타리오주에서 형사처벌되는 ‘아동학대’에 정서적 학대는 포함되지 않는 것인가 하는 의문이 든다. 일단 ‘학대’를 신체적 학대 및 성적 학대만으로 정의하고 있고, 비록 ‘아동학대’로 처벌되는 경우에 치료되지 않으면 발달을 심각하게 손상시킬 수 있는 정신적, 정서적 또는 발달적 상태를 겪게 하는 경우를 포함하고 있기는 하나, 양육자가 돌봄 등을 제공하지 않는 등 사실상 방임에 해당하는 행위가 있어야 하고, 심각한 손상이라는 결과의 발생을 요구하는 점에서 통상 이해되는 정서적 학대로 보기는 어렵기 때문이다.

게다가 아동등서비스법상 ‘아동학대’ 범죄에 대한 법정형이, 캐나다 형사법이 규정한 개별 범죄의 법정형과 비교하여 상당히 낮은 사실에 비추어, 아동등서비스법이 규정하는 ‘아동학대’는 형사처벌되는 모든 아동학대를 망라할 수 있는 개념이 아니라, 아동등서비스법에 의하여 창설된 특정한 구성요건으로 이해하는 것이 타당

하다. 연방법인 캐나다 형사법이 '아동학대'라는 별개의 구성요건을 두지 않고, 개별 범죄의 구성요건으로 아동학대 유형의 범죄에 대응하고 있는 점에 비추어 볼 때, 아동등서비스법상 '아동학대'의 법정형이 낮은 것 또한 중한 처벌이 필요한 아동학대 관련 범죄에 대해서는 연방법인 캐나다 형사법으로 대응할 수 있다는 점을 고려한 것으로 이해된다.

3. 아동학대 관련 형사정책

가. 의무적 입건 및 기소(mandatory charging and prosecution)

온타리오주는 가정폭력 사건에 관하여 경찰과 검찰은 특별한 사정이 없으면 피해자의 의사와 상관없이 입건 및 기소해야 한다는 정책을 시행[299]하고 있는데, 검찰과 관련한 정책은 온타리오주의 검찰총장(Attorney General)의 지침(Directive)을 통해 발령되고, 이러한 지침들이 전체적으로 온타리오주의 검찰 매뉴얼(Crown Prosecution Manual)을 형성한다. 검사의 기소 여부에 관한 재량은 형사사법 제도의 핵심 요소이고, 검사는 지침에 제시된 지시(direction) 등에 따라 그 재량을 행사할 것이 기대되지만, 지침이 개별 사건에서의 검사의 판단을 대체하는 것은 아니다.[300] 2017. 11. 14. 발령된 '아동에 대한 범죄'(Offences Against Children)에 대한 지침은 아동에 대한 범죄로 유기, 유괴, 방임, 신체적 학대, 성적 학대 및 인터넷 아동착취를 예시하고, 기소 여부 판단을 위하여 고려할 요소 중 하나로 '두 번 증언하는 것이 피해자에게 미치는 영향을 포함한 피해자의 상황'을 제시하고 있다. 특히 성적 학대를 포함한 사건에 대하여는, Regional High Risk Offender Crown의 승인 없이는, 공소를 철회하거나 더 가벼운 혐의 또는 성범죄가 아닌 혐의로의 유죄인정(plea)을 받아들여서는 안된다는 제한이 있다. 그리고 검사에 대하여 어떤 사건에서라도 아동이 보호가 필요한 상태라는 합리적 의심이 들 경우 CAS와 같은 아동보호기관에 신고할 의무를 부과고 있다.[301] 또한 2017. 11. 14. 발령된 '가정폭력범죄'에 대한 지침에서는 통상 가정폭력범죄에 대한 기소 절차

299) Julien D. Payne 외 1인, 앞의 책, 2020, 95쪽.
300) Crown Prosecution Manual(https://www.ontario.ca/document/crown-prosecution-manual, 2022. 2. 4. 접속)
301) 위 Crown Prosecution Manual 중 'D. 27: Offences Against Children'

를 진행하는 것이 공익(public interest)에 부합한다고 하고, 검사가 피해자의 요청만으로 공소를 철회해서는 안된다고 하였다.[302]

온타리오주뿐만 아니라, 캐나다 대부분의 지역에서 경찰은 가정폭력을 사적인 문제가 아니라 범죄로 인식하는 지침과 정책에 따라 원칙적으로 입건해야 하고, 검찰도 이와 유사하게 피해자의 의사에 상관없이 원칙적으로 기소해야 한다는 정책에 따르고 있다.[303] 캐나다에서 아동학대는 가정폭력의 한 범주로 이해되고, 아동이 다른 가족 구성원에 대한 폭행을 보거나 듣는 것은 앞서 본 바와 같이 가정폭력에의 노출이나 정서적 학대로서 직접적인 아동학대에 해당하므로, 위와 같은 의무 입건 및 기소 정책은 아동학대 사건에도 적용되는 것으로 이해된다. 특히 아동학대 범죄가 다른 목격자 등이 없는 은밀한 상황에서 발생하고, 아동이 법정에서 증언하기를 꺼리는 점 때문에 기소하기 어려운[304] 특성을 고려할 때, 원칙적으로 피해자의 의사와 상관없이 입건 및 기소하는 정책은 아동학대 범죄가 사장되지 않고 형사적으로 적절히 처분되는 데 유용할 것으로 생각된다.

그러나 온타리오주의 검찰 매뉴얼은 기소 여부 판단을 위하여 고려할 공익적 요소 중 하나로 '안전을 포함한 피해자의 상황 및 의견'(circumstances and views of the victim including any safety concerns)을 포함[305]하고 있고, 위 '가정폭력 범죄'에 대한 지침에도 궁극적으로 기소 여부는 개별 사건마다 결정되어야 하고, 피의자가 혐의를 인정하고 폭력 전과가 없는 등 일정한 조건을 충족하고 교육 및 상담이 필요하다고 볼 수 있는 등 일정한 경우에는 기소하지 않을 수도 있다고 하여[306] 가정폭력 사건에 대한 의무적 입건 및 기소 정책이 얼마나 효과가 있을지 확신하기는 어렵다.

실제로, 배우자 폭력 사건에 대한 의무적 입건 및 기소 정책에 대한 경험적 연구에서 피해자들이 의무입건 정책에 대해서는 긍정적이나, 의무기소 정책에 대해서는 부정적이고, 검사들 또한 위 정책이 피해자들의 요구를 반영하지 못하고, 엄격한 기소가 오히려 위험에 처한 여성을 제도로부터 멀어지게 한다는 점 등을 우려한다는 연구 결과[307]도 존재한다. 위 연구는 위 정책에 따라 기소하였으나 실제로 피

302) 위 Crown Prosecution Manual 중 'D. 23: Intimate Partner Violence'
303) Joseph Di Luca, Erin Dann, Breese Davies, 앞의 글, 5쪽.
304) Joseph Di Luca, Erin Dann, Breese Davies, 앞의 글, 7쪽.
305) 위 Crown Prosecution Manual 중 'D. 3: Charge Screening'
306) 위 Crown Prosecution Manual 중 'D. 23: Intimate Partner Violence'
307) Trevor Brown, 'CHARGING AND PROSECUTION POLICIES IN CASES OF SPOUSAL ASSAULT: A SYNTHESIS OF RESEARCH, ACADEMIC, AND JUDICIAL RESPONSES rr2001-5e', Department of

해자가 법정에서 증언을 거부한 실제 사건에 대한 판결문 중 위 정책이 '배우자 폭력을 예방하거나 문제를 해결할 수 없을 것'이라고 판시한 부분[308]을 소개하기도 하였다. 더욱이 피해자가 법정에서 증언을 거부하거나 피고인의 회유 등으로 허위 증언을 하는 경우 피해자가 캐나다 형사법상 '사법방해죄'(Obstructing justice, 제139조)로 처벌될 위험[309]이 있다는 아이러니까지 고려하면, 과연 위와 같은 정책이 누구를 보호하기 위한 것이냐는 의문도 제기된다.

나. 공소시효 배제

캐나다 형사법은 캐나다 연방 또는 주 정부를 전복시킬 목적으로 유형력 또는 폭력을 사용하는 등 내란죄(Treason)에 대하여 3년의 공소시효 기간을 정한 것(제48조 제1항, 제46조 제2항, 제47조 제2항) 외에는 정식재판(indictable offence)으로 기소될 수 있는 범죄에 대하여는 공소시효가 없다.[310] 간이공판절차(Summary Conviction)로 진행할 수 있는 사건에 대해서는 12개월의 공소시효가 있으나 검사와 피고인이 합의하는 경우 이를 적용하지 않을 수 있도록 규정하고 있고(제786조 제2항), 앞서 살펴본 아동학대 관련 구성요건 중 간이공판절차로만 기소할 수 있는 범죄는 없어, 캐나다에서 아동학대로 분류되는 범죄가 기소되는 데 시간적 장애물은 없다고 할 수 있다. 한편, 위 조항을 포함하여 캐나다 형사법상 범죄에 공소시효 자체가 불필요하다는 비판[311]도 있다.

그러나 캐나다는 1980년대까지 아동에 대한 성적 학대 사건에서 아동이 선서하지 않고 다른 증거가 없을 경우 판사로 하여금 아동의 진술에만 근거한 선고의 위험성을 경고하도록 하여 선서하지 않은 아동의 진술만 있는 경우 기소되어 유죄 선고를 받는 것이 사실상 불가능하였다.[312] 비록 2006년에 아동이 증언의 지원을

Justice Canada, 2002, 7, 9쪽.

308) R. v. Moore, (1986) 30 C.C.C. (3d) 328 (NTTC). Trevor Brown, 앞의 글 16~18쪽에서 재인용.

309) Julien D. Payne 외 1인, 앞의 책, 98쪽.

310) Deborah A. Connolly and J. Don Read, 'Delayed Prosecution of Historic Child Sexual Abuse: Analyses of 2064 Canadian Criminal Complaints', 「Law and Human Behavior」 Vol.30 No.6, 2006, 412쪽.

311) P.G. Barton, 'Why Limitation Periods in the Criminal Code?', 「Criminal law quarterly」 Vol.40bri(2), 1997, 198~199쪽.

312) Deborah A. Connolly, Kristin Chong, Patricia I. Coburn and Danyael Lutgens, 'Factors Associated with Delays of Days to Decades to Criminal Prosecutions of Child Sexual Abuse', 「Behavioral Sciences and the Law」 33, 2015, 547, 556쪽.

요청할 경우 이를 허용하는 것이 불공정한 재판을 초래하지 않는 한 허용하도록 관련 법이 개정[313]되었지만, 시간의 경과로 인한 증거의 멸실 또는 증언의 신빙성 등 문제로 실체적 진실을 밝히고 가해자에 대한 형벌을 부과하는 일은 여전히 어려울 수 있다. 이와 관련하여, 1986년부터 2002년까지 캐나다 법원에 기소된, 발생일로부터 2년 이상 경과되어 기소된 아동에 대한 성적 학대 범죄 2,064건을 분석한 연구결과[314]에 의하면, 피해자는 대부분 여성으로, 평균 9세 때 학대가 시작되어 12세 때 종료되고, 26세가 되었을 때 재판이 시작되고, 가해자는 대부분 남자 친족으로, 피해자보다 평균 23세 많은 것으로 나타났는바, 위 연구결과는 피해자의 '17년 전 기억'의 신빙성을 판단하는 일은, 그 시간이 경과할수록, 더욱 복잡해질 수 있음을 우려하기도 하였다.

다. 아동보호기관과의 협력

캐나다의 대부분 지역에서는 가정폭력 사건에서, 아동이 피해자가 아니더라도, 아동보호기관이 경찰이나 검찰과 협력한다. 경찰과 아동보호기관은 관련 정보를 얻고, 조사 절차의 완전성을 보호하고, 아동의 부담을 경감하기 위하여 협력하게 되는데, 많은 지역에서 경찰과 아동보호기관의 합동 조사를 위한 프로토콜이 마련되어 있다.[315] 또한, 검사는 아동이 보호가 필요한 상태에 있다는 합리적 의심을 하는 경우 CAS와 같은 아동보호기관에 알려야 할 의무가 있다.[316]

녹화된 아동의 진술은 형사절차 뿐만 아니라 아동보호 절차에서도 사용될 수 있다. 아동학대 사건과 관련한 아동의 초기 진술을 보존하는 것은 기소 여부뿐만 아니라 아동의 복지에도 큰 영향을 미칠 수 있다. 아동이 여러 번 진술을 하는 것은 아동에게 나쁜 기억을 반복적으로 떠올리게 하고, 증거로서 아동 진술의 신빙성에도 좋지 않기[317] 때문이다.

---

313) Deborah A. Connolly, Kristin Chong, Patricia I. Coburn and Danyael Lutgens, 앞의 글, 556쪽,
314) Deborah A. Connolly and J. Don Read, 앞의 글, 413, 424, 429쪽.
315) Joseph Di Luca, Erin Dann, Breese Davies, 앞의 글, 28, 44쪽.
316) 위 'Ontario Crown Prosecution Manual', 70쪽.
317) Joseph Di Luca, Erin Dann, Breese Davies, 앞의 글, 7쪽.

라. 배상명령(restitution order) 제도

법원은 재물손괴, 사기 등 재산상 손해, 신체적 또는 정신적 피해 등 일정한 범죄의 경우 판결 선고시 직권 또는 검사의 신청에 의하여 피고인에게 형의 선고에 부가하여 피해자 등에 대한 피해배상을 명령할 수 있는데, 특히 아동을 포함한 피고인의 가족 구성원에 대한 신체적 피해 또는 위협을 가한 사건의 경우에는 해당 사건 자체의 피해배상과는 별도로, 해당 사건으로 인한 이주, 임시주거, 식비, 자녀 양육 및 교통 비용도 지불하도록 명령할 수 있다.(Restitution to victims of offences, 캐나다 형사법 제738조) 배상명령은 강제집행 등에서 민사소송에서 이루어진 결정과 같은 효력을 가지나(Enforcing restitution order, 제741조), 배상명령의 존재가 민사적 구제에 영향을 미치지는 않는다.(Civil remedy not affected, 제741.2조)

이에 따라 검찰은 아동학대 사건의 혐의가 입증되어 유죄선고가 가능하다고 판단할 경우에는, 가능한 빨리 피해자인 아동 또는 부모 등 보호자에게 손해배상을 청구할 의사가 있는지 표시할 기회를 제공하기 위한 합리적인 조치를 취해야 한다.[318]

캐나다 형사법상 배상명령은 기본적으로 불법행위에 대한 손해배상의 성격을 가지나 형사절차에서 함께 이루어지는 점, 그 대상이 일정한 범죄로 제한되는 점, 배상명령이 민사판결과 동일한 효력이 있는 점 등에서, 우리나라의 소송촉진등에관한특례법(이하 소송촉진법) 제25조가 규정하는 배상명령과 유사한 제도로 이해된다. 우리나라도 아동학대처벌법이 가정폭력처벌법상 배상명령에 관한 규정(가정폭력처벌법 제56조 내지 제62조)을 준용(아동학대처벌법 제44조)하고, 가정폭력처벌법이 소송촉진법의 배상명령에 관한 조항을 준용하는 구조로 되어 있어, 아동보호사건에서 배상명령이 가능하다. 즉, 아동보호사건에서 법원은 직권 또는 피해아동의 신청으로 피해아동 또는 가정구성원의 부양에 필요한 금전의 지급, 아동보호사건으로 인하여 발생한 직접적인 물적 피해 및 치료비 손해의 배상을 명할 수 있고, 이는 보호처분의 결정과 동시에 해야 한다. 확정된 배상명령은 집행력 있는 민사판결 정본과 동일한 효력이 있으나, 배상명령이 확정된 경우 그 인용금액의 범위에서 피

318) 위 'Ontario Crown Prosecution Manual', 107~108쪽.

해아동은 다른 절차에 따른 손해배상을 청구할 수 없다.

그러나 캐나다의 배상명령 제도는 우리나라와 달리 피해자가 아닌 검사가 신청하여 범죄 피해자의 사적 보복을 금지하고 형벌권을 독점하는 국가가 범죄라는 특별한 희생을 입은 범죄 피해자에게 현실성 있는 손해배상절차를 충분히 보장[319] 한다는 이념에 보다 부합하는 것으로 보이고, 배상의 범위가 구체적이면서 넓게 규정된 점, 배상명령의 존재가 별도의 민사소송의 제기 등에 영향을 미치지 않는 점 등에서 우리나라의 배상명령보다 피해아동 및 다른 가족 구성원들에 대한 보호를 강화한 것으로 보인다. 특히 아동의 경우 그 나이와 부모 등에 대한 경제적 의존도를 고려할 때, 아동보호사건에서 배상명령을 통해 피해아동의 피해를 최대한 보전하고, 이를 통해 더욱 아동을 보호할 수 있는 제도로 생각된다.

4. 캐나다 형사법 및 관련 캐나다 대법원의 판결

가. 캐나다 형사법 제43조

캐나다 형사법 제43조(Correction of child by force)는 '모든 교사, 부모 또는 부모와 같은 지위에 있는 사람은 그의 돌봄 하에 있는 학생 또는 자녀 등 아동에 대하여, 상황에 따라 합리적인 범위를 초과하지 않는 한, 교정을 위하여 유형력을 사용하는 것이 정당화된다.'(Every schoolteacher, parent or person standing in the place of a parent is justified in using force by way of correction toward a pupil or child, as the case may be, who is under his care, if the force does not exceed what is reasonable under the circumstances.)라고 규정함으로써, 교사, 부모 또는 부모와 같은 지위에 있는 사람(이하 부모 등)이 아동에 대하여 유형력을 행사하더라도 그 유형력이 아동의 교정(correction)을 위한 것이고, 상황에 따라 합리적인 경우에는 부모 등의 형사책임을 면제하고 있다.

제43조는 1892년 영국 보통법(English common law)을 성문화한 캐나다 형사법의 제정 시부터 존재해온 조항이다. 1892년 캐나다 형사법(*The Criminal Code*, 1892)은 제55조에서 '미성년자의 훈육(Discipline of minors)'라는 제목으로

319) 차성안, '배상명령 활성화 입법에 대한 평가와 그 시사점', 「저스티스」 통권 182-1호, 2021, 341쪽.

‘모든 부모, 부모의 지위에 있는 자, 교사 또는 마스터가 그 보호 하에 있는 아동, 학생 또는 견습생에 대하여, 그 유형력이 상황에 따라 합리적이라면, 교정을 위하여 유형력을 사용하는 것은 적법하다.’(It is lawful for every parent, or person in the place minors. of a parent, schoolmaster or master, to use force by way of correction towards any child, pupil or apprentice under his care, provided that such force is reasonable under the circumstances.)라고 규정하고 있었다. 로마법에 기원을 두고 있는 영국 보통법은 아동뿐만 아니라 남편의 처에 대한, 고용주의 피고용인에 대한, 주인의 견습생에 대한 체벌 또한 허용하고 있었다. 캐나다 형사법에서 주인의 견습생에 대한 유형력의 행사가 삭제된 때는 1955년이고, 1972년 이후로는 범죄자에 대한 채찍질도 금지[320]되었으나, 아동에 대한 부모 등의 유형력의 행사를 인정하는 이 조항은 여전히 유효하다. 온타리오주의 아동등서비스법이 아동복지 서비스 제공자나 위탁부모의 아동에 대한 체벌을 금지하면서 부모는 그 대상에 포함하지 않는(아동등서비스법 제4조) 사실에서 보듯이, 제43조는 아동에 대한 부모의 체벌을 허용하는 캐나다의 법체계에서 중요한 의미를 가진다고 할 것이다.

한편 캐나다 대법원은 형법 제43조의 기능 내지 효과에 대하여 ‘어떤 사람이 다른 사람에게 가한, 범죄가 될 수 있는 힘의 사용을 면책시키고, 이는 어떤 사람을 보호하는 동시에, 다른 사람에 대해서는 형법에 의한 보호를 박탈’하는 것이라고 비판하는 취지로 판시[321]하기도 하였으나, 캐나다 아동, 청소년 및 법률 재단(Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, 이하 캐나다아동재단)이 제43조가 캐나다 권리장전에 위반하여 위헌이라고 주장하면서 제기한 소송에서, 2004. 1. 30. 캐나다아동재단의 청구를 기각한 1심 및 2심의 결론을 유지하면서 대법관 9명 중 주심 대법관인 McLachlin 및 Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, LeBel 등 6인의 찬성으로 제43조가 합헌이라 판시[322]하였다. 이 판결의 주요 내용은 아래 나.항과 같다.

---

320) Marvin M. Bernstein, 'The decision of the supreme court of Canada upholding the constitutionality of section 43 of the Criminal Code of Canada : what this decision means to the child welfare sector', 「Family Court Review」 Vol.44(1), 2006, 105쪽.

321) Ogg-Moss v. R., 1984 CanLII 77(SCC), 183쪽.

322) Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General), [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4 [CFCYL v. Canada].(이하 캐나다 대법원 판결)

나. 캐나다 대법원 판결

캐나다 헌법 제7조는 '누구나 생명, 자유 및 신체의 안전에 대한 권리가 있고, 이러한 권리는 근본적 정의 원칙에 의하지 않고서는 박탈되지 않는다'라고, 제15조 제1항은 '누구나 법 앞에 평등하고, 인종, 국적, 민족, 종교, 성별, 나이, 정신적 또는 신체적 장애 등에 의한 차별 없이 동등한 법의 보호와 혜택에 대한 권리가 있다'라고 규정하고 있다. 캐나다 대법원 판결의 다수의견은 캐나다 형사법 제43조가 캐나다 헌법 제7조의 근본적 정의 원칙이나 제15조 제1항의 평등의 원칙 등을 침해하지 않기 때문에, 합헌이라고 판시하였다.

첫째, 제43조가 적절히 해석되면 모호하거나 광범위하지 않다(properly construed, is not unduly vague or overbroad)는 점에 대해서는, 제43조의 목적이 '광범위한 일반 폭행죄(common assault)의 영역에서 범죄가 아닌 행위의 범위를 기술하는 것으로, 이는 사람들로 하여금 언제 형사 제재의 위험 지역(a risk zone for criminal sanction)에 진입하는지 알게 하면서 법집행기관에 의한 자의적 결정을 피하는 방식으로 이루어져야 한다.'라고 판시한 후, 제43조를 다음과 같이 제한적으로 해석하면 모호하거나 광범위하지 않다고 보았다.

먼저 유형력은 '교정을 위하여(by way of correction)' 행해져야 한다. 유형력을 행사하는 자는 교육적 또는 교정적 목적을 위하여 해야 한다. 따라서, 분노 또는 좌절감에 의한 폭력의 분출은 정당화되지 않는다. 오직 아동의 실제 행동을 다루면서 그 행동을 억제, 통제하거나 그 행동에 대한 상징적 부정(disapproval)을 표현하기 위한 냉철하고, 이성적인 유형력의 행사만이 허용된다. 유형력의 목적은 언제나 아동의 교육 또는 훈육(education or discipline)이어야 한다. 이와 관련하여, 아동은 교정으로부터 이익을 볼 능력이 있어야 한다. 이는 학습 능력과 성공적인 교정의 가능성을 요구한다. 2세 이하 아동에 대한 유형력은 교정적일 수 없는데, 그들은 왜 맞는지 이해할 수 없기 때문이다. 장애 또는 다른 상황적 요소에 의해 유형력의 행사로부터 배울 수 없는 아동이 있을 수 있다. 이런 경우에 유형력은 '교정적'일 수 없고 제43조가 제공하는 면책의 범위에 해당하지 않는다.

그리고 유형력은 '상황에 따라 합리적'(reasonable under the circumstances)이어야 한다. 제43조가 적용될 수 있는 행위는 단순한 유형력의 행사로, 손상(harm)을 가하거나 가할 것으로 예상되는 행동은 면책되지 않는다. 캐나다가 가입한 국제조

약인 CRC 및 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제 규약(International Covenant on Civil and Political Rights, 이하 ICCPR)도 명시적으로 국가에 대하여 아동에 대한 모든 체벌을 금지할 것을 요구하지는 않는다. ICCPR의 준수 여부를 모니터링하는 유엔인권위원회는 학교에서의 체벌은 ICCPR 제7조의 모욕적인 취급 또는 처벌(degrading treatment or punishment)에 해당할 수 있다는 의견을 제시하였으나, 부모의 가벼운(mild) 체벌에 대해서는 비슷한 의견을 내지 않았다.

또한 제43조의 핵심은 아동의 교정에 있고, 이를 촉발시킨 사건의 무거움에 있는 것이 아니다. 교정을 필요로 하는 어떠한 행동이 없는 경우 행해진 유형력은 당연히 교정적일 수 없다.

이러한 기준들을 함께 고려하면, 훈육이 형사 제재가 될 수 있는 구역을 설정하는 데 충분한, '상황에 맞게 합리적인' 것의 중심적 의미가 떠오른다. 일반적으로, 제43조는 단지 일시적이고 경미한 교정적 유형력(minor corrective force of a transitory and trifling nature)만 면책한다. 제43조는 2세 이하 아동 또는 청소년에 대한 체벌에는 적용되지 않는다. 2세 이하 아동에 대한 체벌은 유해하고, 그들의 인지능력의 제한 때문에 아무런 교정적 가치가 없다. 청소년에 대한 체벌도 공격적이거나 반사회적 행동을 야기할 수 있기 때문에 해롭다. 모욕적, 비인간적 또는 해로운 행동은 보호되지 않는다. 자와 벨트와 같은 도구를 사용하거나 머리를 때리는 훈육은 비합리적이다. 교사들은 아동을 교실에서 나가게 하거나 지시에 따르게 하기 위하여 합리적으로 유형력을 사용할 수 있으나, 체벌은 할 수 없다. 보호자의 짜증, 화 또는 학대적 성격(frustration, loss of temper or abusive personality)에서 비롯한 행동은 교정적이지 않기 때문에 제외된다. 법 집행기관 또는 판사가 그들의 주관적인 견해를 적용해서는 안된다. 문제되는 맥락 및 사건의 모든 상황이 고려되어야 하고, 촉발시킨 사건의 중대성은 관련없다.

결국 신중한 부모 또는 교사는 경계에 접근하는 행동을 자제할 것이고, 법집행기관 및 판사는 이를 염두에 두고 진행할 것이므로, 제43조는 '법은 모호하거나 자의적이어서는 안된다'는 근본적 정의 원칙을 위반하지 않으며, 2세 이하 아동 및 청소년에게는 적용되지 않는 것으로 해석되기 때문에, 지나치게 광범위하지도 않다.

반면 대법관 아버(Arbour)는 제43조의 '상황에 따라 합리적인'(reasonable under the circumstances) 요건은 헌법에서 허용되지 않을 정도로 모호하기 때문에, 근본적 정의원칙에 위반된다는 반대의견을 제시하였다. 그녀는 아동의 훈육에서

합리성의 개념은 광범위하고, 종종 정치적, 민족적, 문화적, 종교적 믿음과 연관되고, 명확성의 부족이 특히 문제인 이유는 아동의 권리와 관련되어 있기 때문이라고 하였다. 그녀는 제43조를 폐지하는 것이 가장 적절한 구제책이며, 제43조를 폐지하더라도 부모의 모든 사소한 행위에 대하여 기계적으로 형법상 폭행죄가 적용되지는 않을 것이라고 하면서, 보통법의 긴급피난과 '법은 사소한 문제에는 관여하지 않는다(the law does not care for small or trifling matters)'는 de minimis 원칙에 의하여 부모와 교사의 용납되거나 사소한 행위는 보호해줄 것[323]이기 때문이라고 하였다.

둘째 제43조가 아동을 자의적으로 차별하는지 여부에 관하여, 다수의견은, 아동은 학대로부터의 보호될 필요가 있을 뿐만 아니라, 사회 안에서 건강하게 성장하기 위하여 부모와 교사의 지도와 훈육에 의존하게 되는데, 제43조는 아동의 이러한 욕구 모두를 맞추기 위한 것으로, 자의적으로 아동을 비하하거나 차별하지 않는다고 판시하였다. 즉, 제43조가 없으면 캐나다의 폭넓은 폭행죄는 우리가 체벌이라고 생각하지 않는 유형력(예컨대, 5분 동안 의자에 앉아있기)도 범죄화할 것이다. 이런 행위를 범죄화하지 않기로 한 결정은 아동에 대한 평가절하에 근거한 것이 아니라, 이를 범죄화하는 것이 삶을 망치고 가족을 깨뜨리는 것으로, 대부분 아동이 감당해야하고 형사 절차를 적용함으로써 얻을 수 있는 이익을 넘어서는 부담이 된다.

반면 대법관 비니(Binnie)는 제43조가 아동의 평등권을 침해한다는 반대의견을 제시하였다. 대법관 비니는 부모와 교사에 의해 아동에게 가해진 물리적 유형력에 대한 보호를 부정하는 것은 아동의 존엄성을 무시하는 것일 뿐만 아니라 아동을 2등 시민으로 전락시키는 것[324]이라 하였다. 대법관 드쉠스(Deschamps) 또한 제43조는 아동과 다른 사람들을 나이에 의해 차별하는 것으로, 아동에 대한 일부 폭행을 비범죄화하는 것은 아동의 존엄성을 침해하는 것으로, 제43조는 아동을 인간이 아니라 대상(소유물)으로 보는 인식을 영속화하고, 그들의 완전성과 신체적 안전은 부모의 의지에 희생될 수 있다는 메시지를 준다[325]고 하였다.

다. 캐나다 형사법 제43조 및 캐나다 대법원 판결에 대한 평가

323) 캐나다 대법원 판결의 81~82쪽.
324) 캐나다 대법원 판결의 78~79쪽.
325) 캐나다 대법원 판결의 82~83쪽.

(1) 통계에 근거한 검증

캐나다 대법원 판결이 제시한 캐나다 형사법 제43조의 해석 기준을 실제 발생한 아동학대 사건에 적용하여 위 기준의 유효성을 검증하려는 시도가 있었다.

CIS-2003 결과를 캐나다 대법원 판결이 제시한 기준에 따라 분석한 결과, 행위자의 90.6%가 부모이고, 피해자의 68.9%가 2세~12세 아동이고, 피해자의 12.7%만이 발달지연, 학습 장애 등을 갖고 있으며, 상처가 발생하는 등 경미하지 않은 유형력이 사용된 경우가 46.3%에 이르고, 도구가 사용된 경우는 18.8%이고, 76.8%에서 교정의 의도가 인정된 사실이 확인되자, 이를 근거로 합리적인 유형력의 행사를 정의하려는 캐나다 대법원의 시도는 자의적이고 아동학대의 현실에 근거하지 않은 것이라고 비판한 견해[326]가 있다. 이 견해는 행위자의 대부분이 부모라는 사실은 아동에 대한 유형력의 행사가 부모에 의해 행하여질 경우 부모가 아닌 경우보다 덜 위험할 것이라는 캐나다 대법원 판결의 가정이 허구임을 보여준다고 하면서, 실제 발생한 아동에 대한 신체적 학대 사건의 상당수가 캐나다 대법원 판결의 기준에 의해서는 설명되지 않는다고 주장하였다.

2013년에도 유사한 분석이 이루어졌는바, 2013년 가을 온타리오주에서 0~15세 아동을 포함하는 5,265건의 아동학대 관련 조사 사례를 분석한 결과, 아동학대로 확인된 대부분의 사건이 캐나다 대법원 판결의 기준을 충족하였고, 이를 근거로 위 기준이 자의적이고 학대의 본질이나 아동의 삶의 현실에 근거하지 않은 것으로, 결국 유해한(harmful) 체벌과 유해하지 않은(harmless) 체벌로 구별하려는 캐나다 대법원의 시도는 잘못된 가정에 근거한 것이라고 비판하였다.[327]

(2) 캐나다 대법원 판결 선고 이후 하급심 법원의 판결례 검토

캐나다 대법원 판결이 선고된 후 캐나다 전역에서 캐나다 형사법 제43조의 적용에 관한 통일성이 증가했다는 점에서, 위 조항 중 '상황에 따라 합리적인(reasonable under the circumstances)' 요건에 대한 '보다 통일적인 접근(a more

326) Joan E. Durrant, Nico Trocomé, Barbara Fallon, Cheryl Milne and Tara Black, 'Protection of Children from Physical Maltreatment in Canada : An Evaluation of the Supreme Court's Definition of Reasonable Force', 「Journal of Aggression, Maltreatment & Trauma」, 2009, 71, 77~78, 85~86쪽.

327) Joan E. Durrant 외 3인, 앞의 글, 34, 40, 43쪽.

uniform approach)'이 가능해질 것[328]이라는 위 대법원 판결의 기대는 대체로 충족되었다고 평가[329]되나, 하급심 법원들이 위 대법원 판결이 제시한 기준을 충실히 적용하였는지에 대해서는 의문이 있다.

먼저 캐나다 형사법 제43조가 적용되는 주체와 관련하여, 알버타주 법원(Alberta Provincial Court)은 2009. 4. 21. 6세의 장애아를 통제(restrain)하기 위하여 손목과 머리에 의료용 테이프를 붙이고, 입에 양말을 넣은 혐의로 기소된 스쿨버스 기사에 대하여, 캐나다 형사법 제43조에 따라 무죄를 선고하였는바[330], 이에 대하여 아동의 부모가 버스기사에게 부모의 권리 또는 책임을 위임했다는 명백한 증거가 없으므로 캐나다 형사법 제43조의 행위 주체인 '부모의 지위에 있는 사람(person standing in the place of a parent)'에 해당되지 않는다는 비판[331]이 있다. 그 외에도 입에 양말을 넣는 행위는 캐나다 대법원 판결이 제시한 기준 중 '도구를 사용하거나 모욕적인 방법을 사용하지 말 것'을 명백히 위반하였다고 할 것이다.

둘째 캐나다 대법원 판결은 청소년(teenager)에 대해서는 캐나다 형사법 제43조가 적용되지 않는다고 판시하였는바, 온타리오주 고등법원은 2008. 3. 13. 평소 마약을 하는 남자친구와 어울리는 등 문제가 있는 15세 딸이 밤에 부모의 허락 없이 남자친구가 있는 파티에 가려고 집을 나가자 그 아버지가 위 딸을 찾아 딸의 '셔츠를 잡아 억지로 차에 태운' 사실로 기소된 사건에서, 캐나다 대법원 판결의 기준에 따라 딸이 청소년이므로 캐나다 형사법 제43조가 적용되지 않아 유죄를 선고한 1심을 파기하고, 무죄를 선고하였는바, 그 이유로, 캐나다 형사법 제43조의 '교정'(correction)이 '체벌'(corporal punishment)에 한정되는 것이 아니라 '교정적 억제'(corrective restraint)를 포함할 수 있다고 하면서, 캐나다 대법원 판결이 청소년에 대한 체벌은 금지하였으나, '말 안듣는 청소년의 억제 또는 통제 상황'(circumstances of restraint of control of an unruly teen)'에서는 캐나다 형사법 제43조의 적용을 금지하지 않았음을 제시하였다.[332]

---

328) 위 캐나다 대법원 판결, para 39

329) Megan Rosborough and Cameron Jefferies, 'Part I : (Mis)Application of Section 43 of the *Criminal Code* post-Canadian Foundation : Lingering Concerns and a Proposed Solution', 「Criminal law quarterly」 Vol.59 (2/3), 2012, 367~369쪽.

330) R. v. Morrow (J.C.), (2009) 471 A.R. 177 (PC)

331) Megan Rosborough and Cameron Jefferies, 'Part I : (Mis)Application of Section 43 of the Criminal Code post-Canadian Foundation : Lingering Concerns and a Proposed Solution', 374쪽.

332) R. v. B.S., 2008 CanLII 10389 (ON SC) 판결 중 para [15], [28]

개별적 결론의 당부는 별론으로, 위 항소심이 캐나다 대법원 판결이 명시적으로 정의하지 않은[333] '교정적 억제'라는 개념으로 캐나다 대법원 판결이 제시한, 청소년에 대한 체벌의 경우 캐나다 형사법 제43조는 적용되지 않는다는 기준의 적용을 회피한 것은, 캐나다 대법원 판결이 제시한 기준이 논리적으로 흠결이 있음을 보여준다고 볼 수 있다.

셋째 자나 벨트 같은 도구를 사용한 경우 캐나다 형사법 제43조가 적용되지 않는다는 캐나다 대법원 판결의 기준과 관련하여, 온타리오주 법원(Ontario Court of Justice)은 자녀를 벨트로 때린 혐의로 기소된 어머니에 대하여, 자녀가 상처를 입지 않았고 교정적 목적으로 이루어졌다는 이유로 무죄를 선고하였는데, 특히 벨트가 사용된 사실에는 의문이 없다고 하면서도 '벨트의 굵기, 재질, 형태'등이 입증되지 않았다고 판시[334]하였는바, 캐나다 대법원 판결이 명시적으로 금지한 벨트가 사용되었음에도 그 유형력의 정도가 지나친지 여부를 별도로 판단하고, 벨트의 사용은 채찍질과 유사한 것으로 그 재질이나 굵기, 형태와 상관없이 그 자체로 모욕적인 방법에 해당한다는 점에서 캐나다 대법원 판결의 기준을 정면으로 위반하고, 그 결론 또한 부당하다고 할 것이다. 이 판결에 대하여 '혼란스럽고, 잠재적으로 위험하다'고 평가한 견해[335]도 같은 취지로 이해된다.

넷째 머리를 때리는 경우 캐나다 형사법 제43조에 의하여 면책되는 훈육이 아니라고 본 캐나다 대법원 판결의 기준과 관련하여, 온타리오주 법원은 12세 딸의 머리를 때린(slap) 혐의로 기소된 어머니에 대하여, 그 행위가 '일시적이고, 사소한 속성의 경미한 교정적 유형력'이라는 이유로 무죄를 선고[336]하였는데, 이는 캐나다 대법원 판결이 명시적으로 위 조항의 적용을 배제한 '머리를 때린 행위'에 대하여, 그 행위의 정도를 추가로 고려하여 위 조항의 적용 여부를 판단한 점에서 문제적[337]이라 할 것이다. 하지만, 애초에 머리를 때리면 범죄적이고, 엉덩이를 때리면

---

333) Megan Rosborough and Cameron Jefferies, 'Part I : (Mis)Application of Section 43 of the Criminal Code post-Canadian Foundation : Lingering Concerns and a Proposed Solution', 378쪽.

334) R. v. Plummer, 2006 CarswellOnt 4483 (Ont CJ) 판결. Megan Elizabeth Rosborough, 'The "Spanking Defence": An Analysis of Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada and the Future of Reasonable Correction of Children by Force in Canada', A thesis for the degree of Master of Laws, University of Alberta, 2011, 98~99쪽에서 재인용.

335) Megan Elizabeth Rosborough, 앞의 논문, 100쪽.

336) R. v. Kaur (2004) 27 C.R. (6th) 224 판결. Don Stuart, 'The McLachlin Court's First Decade: Criminal Justice –Many More Kudos than Brickbats', 2009. 5. 18. 캐나다변호사협회(Canadian Bar Association) 사이트 게재, 14쪽에서 재인용.
(http://www.cba.org/cba/cle/PDF/Constit09_Stuart_paper.pdf, 2022. 1. 2. 접속)

337) Megan Rosborough and Cameron Jefferies, 'Part I : (Mis)Application of Section 43 of the Criminal

그렇지 않다는 캐나다 대법원 판결의 기준부터 자의적[338]이라는 비판을 면하기 어려워 보인다.

다섯째 양육자의 짜증, 화 또는 학대적 성격의 결과로 행해진 유형력의 행사는 캐나다 형사법 제43조에 의하여 면책되지 않는다는 캐나다 대법원 판결의 기준과 관련하여, 온타리오주 법원은 2009. 5. 28. 12세 아들로부터 욕설(Dad, you fucking asshole)을 듣고 화가 나 주먹으로 아들의 얼굴을 치고, 이에 넘어진 아들의 머리를 무릎으로 친 행위로 기소된 아버지에 대하여 무죄를 선고하였는데, 당시 위 아버지의 화(anger and rage)는 '주로(primarily)' 평소 사이가 좋지 않았던 그의 장모를 향한 것이지, 아들을 향한 것이 아니라는 이유를 제시하였다.[339]

이 판결은 아동에게 유형력을 행사할 때 아동에게 화를 내서는 안되나, 다른 사람에게 화가 나 있는 상태에서 위 행위를 하는 것은 용납된다[340]는 취지인바, 설령 장모에게 더 화가 난 것이 사실이라 하더라도 그 화풀이를 나이, 관계 등 모든 측면에서 장모보다 더 취약한 아들에게 한 것으로, 이는 그 행위를 정당화할 사정이 아니라 오히려 아동학대의 본질 그 자체를 보여준다는 점에서, 이 판결의 결론 및 논증 모두 부당하다고 할 것이다.

여섯째 2세 미만의 아동에 대한 체벌에는 캐나다 형사법 제43조가 적용되지 않는다는 캐나다 대법원 판결의 기준과 관련하여, 마니토바주 법원(Court of Queen's Bench of Manitoba)은 2011. 4. 20. 21개월 아들이 저녁 식사 자리에서 칭얼대자(temper tantrum) 한 팔로 아들을 든 상태로 몇 걸음 옮긴 후 침대에 혼자 둔(time out) 행위(폭행죄)로 기소된 아버지에 대하여 무죄를 선고하였는데, 캐나다 대법원 판결은 2세 이하의 아동에 대하여 단지 체벌을 배제할 뿐 일체의 교정적 유형력의 사용을 배제한 것이 아니라고 해석하면서, 위 아버지의 행위는 체벌이 아니라 '아동을 훈육하기 위한 일시적이고 사소한 속성의 경미한 교정적 유형력(minor corrective force of a transitory and trifling nature" to discipline the child)'에 해당하여 캐나다 형사법 제43조가 적용된다고 판시[341]하였다.

비록 위 판결이 캐나다 대법원 판결의 기준을 정면으로 위반한 것은 아니라고

Code post-Canadian Foundation : Lingering Concerns and a Proposed Solution', 384쪽.

338) Don Stuart, 앞의 글, 13쪽.

339) R. v. Demelo, 2009 ONCJ 267 (CanLII) 판결 중 para [13], [15], [57]~[60]

340) Megan Rosborough and Cameron Jefferies, 'Part I : (Mis)Application of Section 43 of the Criminal Code post-Canadian Foundation : Lingering Concerns and a Proposed Solution', 385쪽

341) R. v. Catellier (E.R.), 2011 MBQB 77 판결

하더라도, 캐나다 대법원 판결이 2세 미만 아동에 대한 체벌을 금지하는 이유가 2세 미만 아동은 그 인지능력의 제한으로 인해 교정적 가치(corrective value)를 가질 수 없다는 것[342]이었음에 비추어, 실질적으로 캐나다 대법원 판결의 취지에 반하는 것이라 할 수 있다. 위 판결의 결론 - 위 아버지를 형사처벌할 수 없다 - 의 당부는 별론으로, 2세 미만 아동에 대한 유형력의 행사에 대하여 구체적 사안에서 그 정도에 따라 범죄성을 판단하는 결과가 되어, 법률과 대법원의 해석이 있음에도, 범죄의 성립 여부가 여전히 모호하게 된다는 점이 더 큰 문제라 할 것이다.

이제까지 살펴본 하급심 판결들은 그 세부적인 쟁점의 차이에도 불구하고, 행위의 정도를 고려하여 '경미하고, 일시적이고, 사소한' 행위에 대해서는 캐나다 형사법 제43조를 적용한다는 점에서 공통적인바, 과연 위 하급심 판결들이 실질적으로 캐나다 대법원 판결의 기준을 위반한 것인지도 확신할 수 없다. 왜냐하면 캐나다 대법원 판결이 제시한 캐나다 형사법 제43조에 의한 면책의 핵심 요건이 '일시적이고, 사소한 속성의 경미한 교정적 유형력'으로, 세부적인 기준은 이를 판단하기 위한 구체적인 요소로 기능한다고 볼 수 있기 때문이다. 어쩌면 위 하급심 판결들이 캐나다 대법원 판결의 기준을 위반한 것이 아니라, 오히려 캐나다 대법원 판결이 부정확한 언어를 사용함으로써 캐나다 형사법 제43조의 범위에 관한 새로운, 모호한 영역이 창조[343]된 것으로 보이기도 한다.

한편 온타리오주 고등법원은 2007. 5. 3. 초등학교 교사가 행동 및 학습 문제가 있는 10명의 초등학교 1학년 및 2학년에 대하여 '머리를 책상 쪽으로 밀기'(pushing a child's head to the desk), '차기'(kicking a child), '자, 책, 펜으로 때리기'(hitting a child with a ruler, a book or a pen), '옷장 또는 바닥으로 밀기'(pushing a child into a closet or onto the floor) 등 18개의 공소사실(count)로 기소된 사건에서 모두 무죄를 선고[344]하였는바, 그 논증 방식은 두 가지로, 첫째 자를 이용한 폭행, 머리 밀치기 등 캐나다 대법원 판결에 따라 캐나다 형사법 제43조가 적용되지 않는 행위에 대해서는 입증의 문제로 보아, 피고인이 부인하고, 피해자의 진술에 모순이 있는 등 증거관계에 비추어 합리적 의심이 없는 정도로 증명되지 않았다는 이유로 무죄를 선고하고, 둘째 아동의 머리 만지기(touch) 등 피고

342) 캐나다 대법원 판결 중 para [37]
343) Megan Rosborough and Cameron Jefferies, 'Part I : (Mis)Application of Section 43 of the Criminal Code post-Canadian Foundation : Lingering Concerns and a Proposed Solution', 387쪽.
344) R. v. Persaud, 2007 CanLII 15240(ON SC) 판결

인이 인정하는 행위에 대해서는 캐나다 형사법 제43조가 적용된다는 이유로 무죄를 선고하였다.

위 판결은 피고인이 부모가 아닌 교사인 점, 공소사실 중 일부가 자 등 도구를 사용하고, 아동의 얼굴이나 머리에 유형력을 행사한 행위임에도 캐나다 형사법 제43조를 적용했다는 점에서, 캐나다 대법원 판결을 무시했다고 평가[345]되기도 하나, 앞서 살펴본 다른 하급심 판결들과 마찬가지로, 실질적으로 캐나다 대법원 판결의 기준을 위반하였다고 보기는 어려워 보인다. 즉, 위 판결은 캐나다 대법원 판결의 기준에 맞지 않는 행위, 예컨대 자로 때린 행위, 얼굴을 민 행위 등에 대해서는 진술의 신빙성 등 증거 내지 입증의 문제로 보아 - 비록 피해자 및 목격자로서 진술한 아동들의 진술의 신빙성을 대체로 인정하지 않으면서도, 같은 교실에 있었던 다른 아동들을 더 증인으로 신청하지 않았음을 지적하는 등 일응 모순된 태도를 보이고 있으나 - 캐나다 대법원 판결의 기준 위반 문제를 회피하고, 머리에 손을 댄 행위에 대해서는 이를 '때린'(hit) 것이 아닌 '만진'(touch) 것이라 명명함으로써 캐나다 대법원 판결의 기준 내로 끌어들였다고 할 수 있다.

결국 이제까지 살펴본 모든 하급심 판결들이 사실상 캐나다 대법원 판결의 기준을 무시했건 아니건, 적어도 캐나다 대법원 판결의 기준이 캐나다 형사법 제43조의 적용 여부가 문제되는 사건에서 별다른 역할을 하지 못하는 것이 아닌가 하는 의문이 들기도 한다.

그러나 나이지리아인 부모가 자녀들에 대한 양육권 및 면접교섭권(custody and access)을 다투는 사건[346]에서 캐나다에 관할이 있는지 여부가 주된 논점으로 다루어졌는데, 1심 법원은 피고인 아버지의 주장을 인정하여 자녀들이 온타리오주에 거주하고 있지 않아 온타리오주 법원에 관할이 없다고 하였으나, 온타리오주 고등법원은 원고인 어머니의 항소를 인용하여 캐나다에 관할이 있다고 판시하면서, 그 근거로 위 캐나다 대법원 판결을 제시하였다. 즉 위 사건의 항소심은 온타리오주의 '아동법개혁법률'(Children's Law Reform Act) 제23조(Serious harm to child)에 따라 자녀들이 온타리오주에 현재하고, 온타리오주에서 추방될 경우 중대한 손상(serious harm)을 입을 가능성이 있다고 인정되는 경우에 해당하여 온타리오주가 관할을 갖는다고 하면서, 위 '중대한 손상'을 입을 가능성과 관련하여, 자녀

345) Joan E. Durrant 외 3인, 앞의 글, 42쪽.
346) Ojeikere v. Ojeikere, 2018 ONCA 372 판결.
(https://www.ontariocourts.ca/decisions/2018/2018ONCA0372.pdf, 2021. 9. 1. 접속)

들이 나이지리아로 가게 될 경우 피고인 아버지가 도구를 사용하여 자녀들을 체벌할 위험성이 높다는 점을 인정하였고, 이 때 캐나다 대법원 판결의 기준을 중 '도구를 사용한 체벌의 금지'를 제시하였다.[347] 위 판결에 비추어 보면, 캐나다 대법원 판결이 단순히 캐나다 형사법 제43조의 적용 여부가 문제되는 형사사건 뿐만 아니라, 아동과 관련된 법적 문제나 절차에서 아동의 보호를 위한 역할을 수행하는 것으로도 볼 수 있다.

(3) 캐나다 형사법 제43조의 폐지 또는 개정 논의

캐나다 대법원 판결에 대해서는, 캐나다 형사법 제43조의 조항의 문언을 완전히 변경함으로써 준입법부의 역할을 했다는 견해[348], 체벌의 해로운 효과에 관한 현대의 사회과학 연구 결과에 부합하지 않는다는 견해[349] 등 비판적인 견해가 많고, 이러한 견해들은 대부분 그 해결책으로 캐나다 형사법 제43조를 완전히 폐지[350]하거나 개정하자고 주장한다.

검사의 기소 여부에 관한 재량이 폭행과 면책되는 '교정적 유형력'을 구별할 수 있으므로 캐나다 형사법 제43조를 폐지하자는 견해[351]가 있으나, 이는 캐나다 대법원 판결의 다수의견이 언급한 바와 같이 '법의 지배가 아니라 개별적 재량의 지배'(rules of individual discretion)[352]가 될 우려가 있어 동의하기 어렵다.

그리고 캐나다 형사법 제8조 제3항은 '보통법원리 적용'(Common law principles continued)이라는 제목 하에, 캐나다 형사법에 따라 기소된 행위에 대한 항변으로 모든 보통법(common law) 원리가 적용됨을 규정하고 있는바, '법은 사소한 문제에 관여하지 않는다'(*De Minimis Non Curat Lex*, the law does not care for small or trifling matters)는 보통법 원리에 따라 '경미한' 행위를 면책할 수

347) Ojeikere v. Ojeikere, 2018 ONCA 372 판결 중 para [72].
348) Megan Rosborough and Cameron Jefferies, 'Part I : (Mis)Application of Section 43 of the *Criminal Code* post-Canadian Foundation : Lingering Concerns and a Proposed Solution', 365쪽.
349) Marvin M. Bernstein, 앞의 글, 108쪽.
350) Marvin M. Bernstein, 앞의 글, 115쪽; 2021. 12. 14. REGINA LEADER-POST(Ailsa M. Watkinson), 'Opinion: Time to remove Section 43 from the Criminal Code' (https://leaderpost.com/opinion/opinion-time-to-remove-section-43-from-the-criminal-code, 2022. 1. 1. 접속)
351) Mark Carter, 'Corporal punishment and prosecutorial discretion in Canada', 「The International Journal of Children's Rights」, 2004, 61~62쪽.
352) 위 캐나다 대법원 판결 중 para [63]

있다[353]는 이유로 캐나다 형사법 제43조의 폐지를 주장하는 견해도 있다. 캐나다 대법원 판결에서 아버 대법관 또한 위 보통법 원리의 적절한 사용이 폭행죄 조항을 단지 '기술적으로 위반'(technical violations)하는 행위가 형사 제재를 받지 않을 수 있게 할 수 있다[354]고 하였으나, 다수의견이 아니라서 캐나다 대법원이 위 보통법 원리의 적용을 공식적으로 확인하였다고 보기는 어렵다. 그러나 앞서 본 바와 같이 하급심 법원들 중 일부는 캐나다 대법원 판결이 제시한 기준에 부합하지 않는 경우 위 보통법 원리를 적용하여 캐나다 형사법 제43조에 따라 무죄를 선고하기도 하였다.

그러나 위 보통법 원리의 적용이 직관적으로 이해하기 쉽고, 구체적 사안의 결과에 대해서도 상당 부분 동의할 수 있다고 하더라도, '사소한'이라는 용어가 갖는 본질적 모호함과 주관성은 법의 요건, 그 중에서도 엄격한 증명책임이 적용되는 형사법의 요건으로 사용되기에는 적절하지 않다고 할 것이다. 위 견해에 대해서 캐나다 전역에 걸친 통일적인 법적용이 어려워질 것이라는 비판[355] 또한 비슷한 취지로 이해된다.

한편, 브리티시 콜롬비아주 대법원(Supreme Court of British Columbia)은 2007. 9. 21. 19개월된 아들의 얼굴과 머리를 때린 혐의로 폭행죄로 기소된 아버지에 대한 사건에서, 결과적으로 피고인의 항변은 배척하였으나, 아동을 양육하는 목적으로 행사된 유형력에 대하여 보통법 원리인 '간주된 동의(deemed consent)' 원리가 인정될 수 있다[356]고 판시하였는바, 아동은 실제로 부모가 유형력을 행사하게 된 일련의 과정에서 실제로 동의한 적이 없고, 특히 나이가 어린 아동은 의미있게 동의하거나 거부할 수도 없으므로[357], '간주된 동의'라는 법원리를 아동학대에 관한 문제에서 사용하는 것은 부적절하다고 할 것이다.

캐나다 대법원 판결의 해석 기준을 비판하면서도, 캐나다 형사법 제43조의 완전한 폐지는 일견 진보적인 인상을 주지만, 궁극적으로 아동에 대한 폭행과 관련된 법의 명확성을 제공할 수 없기 때문에 이를 개정하는 것이 아동의 권리, 가족

353) Sanjeev Anand, 'REASONABLE CHASTISEMENT : A CRITIQUE OF THE SUPREME COURT'S DECISION IN THE "SPANKING" CASE', 「ALBERTA LAW REVIEW」, 2004, 878쪽.
354) 캐나다 대법원 판결 중 para [207]
355) Megan Rosborough and Cameron Jefferies, 'Part II : (Mis)Application of Section 43 of the *Criminal Code* post-Canadian Foundation : Lingering Concerns and a Proposed Solution', 「Criminal law quarterly」 Vol.59 (2/3), 2012, 399쪽.
356) R. v. Tom, 2007 BCSC 1407 판결 중 para [102]
357) Harnish Stewart, 'Parents, Children, and the Law of Assault', 「Dalhousie Law Journal」 Vol.32(1), 2009, 27쪽.

의 자율성 및 아동을 보호할 국가의 책임 사이에 균형을 이루는 가장 적절한 대안이라고 주장하는 견해[358]가 있는바, 이 견해는 구체적인 개정안으로 캐나다 대법원 판결이 제시한 기준에 위 판결의 선고 후 제기된 문제점에 대응하기 위한 몇 가지 내용을 추가하는 방안을 제시하였다. 이 견해가 제시하는 개정안[359]은 '체벌'(corporal punishment)과 '교정적 유형력'(corrective force)의 개념을 구별하고, '체벌'이 허용되지 않는 경우 및 '교정적 유형력'이 합리적이지 않은 경우를 구체적으로 규정하고, 캐나다 형사법 제43조가 적용되는 주체에서 '부모의 지위에 있는 사람'(person standing in the place of a parent)을 삭제하는 대신, 부모, 부모로부터 아동에 대하여 합리적인 교정적 유형을 사용할 수 있다는 명확히 동의를 받은 사람 및 교사로 제한하고, 아동의 명백한 동의 외 보통법 원리에 의한 행위자의 면책 가능성을 없애는 등 내용을 포함하고 있다.

위 개정안이 현행 캐나다 형사법 제43조의 적용 범위를 더욱 제한하고, 캐나다 대법원 판결의 해석 기준을 성문화하면서도 이를 보완하여, 아동에 대한 신체적 유형력을 행사한 사안에서 행위자의 형사책임 여부를 명확히 판단하면서 캐나다 형사법 제43조에 의한 면책을 신중하게 적용하려고 한 점에서는 의미가 있으나, 교정적 유형력 중에서도 '합리적인' 것과 '일시적이고 사소한' 것을 구별하고, 체벌은 '합리적인' 교정적 유형력으로 간주되어서는 안된다고 함으로써, 오히려 교정적 유형력의 개념 및 체벌과의 관계를 모호하게 할 우려가 있어, 이 개정안이 의도하는대로 캐나다 대법원 판결의 선고에도 불구하고 계속 존재하는 캐나다 형사법 제43조의 적용에 관한 혼란을 해소할 수 있을지 확신하기 어렵다.

(4) 캐나다의 여론

앞에서 살펴본 캐나다 형사법 제43조의 폐지 또는 개정을 주장하는 견해는 모두 현행 캐나다 형사법 제43조의 기능 내지 역할을 인정하고 있다는 점에서 공통적이다. 즉 개정을 주장하는 견해는 물론, 폐지를 주장하는 견해들도 검사의 재량, 보통법 원리 등을 통해 부모 등의 아동의 신체에 대한 유형력 행사 중 형사처

358) Megan Rosborough and Cameron Jefferies, 'Part II : (Mis)Application of Section 43 of the *Criminal Code* post-Canadian Foundation : Lingering Concerns and a Proposed Solution', 388~389, 415쪽.
359) Megan Rosborough and Cameron Jefferies, 'Part II : (Mis)Application of Section 43 of the *Criminal Code* post-Canadian Foundation : Lingering Concerns and a Proposed Solution', 409~410쪽.

벌할 수 없거나 할 필요가 없는 행위를 걸러낼 수 있기 때문에 캐나다 형사법 제43조가 필요없다고 한다. 그런데 '부모 등의 아동의 신체에 대한 유형력 행사 중 형사처벌할 수 없거나 할 필요가 없는 행위'가 있음을 인정하는 것이 바로 캐나다 형사법 제43조의 기본적인 의의이고, 어떤 경우가 그런 행위에 해당하는지에 관한 구체적인 기준을 제시한 것이 캐나다 대법원 판결이라는 점에서, 오히려 위와 같이 많은 비판이 있음에도 아직까지 캐나다가 위 조항을 폐지 내지 개정하지 않고, 캐나다 대법원 판결 또한 그 입장을 변경하지 않는 이유를 다시 생각하게 한다고 할 것이다.

이와 관련하여 CIS-2008 자료를 분석한 결과 아동을 때리는 것(hitting)이 아동학대 조사의 유일한 원인인 경우는, 방임 등 다른 원인에 의한 경우와 비교하여, 그 중 11%만 아동복지 서비스가 제공되는 등 아동보호기관의 개입이 가장 덜하고, 부모 및 가정환경에서의 우려가 훨씬 적게 나타났는바, 위 분석을 실시한 연구자들은 이를 토대로 아동을 때리는 것이 유일한 문제일 경우에는 조사에 기반한 일반적인 아동보호절차로 대응할 것이 아니라, 체벌과 관련된 양육 태도의 개선을 위한 캠페인이나 교육 프로그램으로 대응해야 한다고 주장하였다.[360] 위 연구자들 또한 캐나다 형사법 제43조가 아동의 양육 태도에 관하여 부모들에게 혼란만 가중하고 있다고 비판하면서도, 체벌과 아동보호기관에 신고해야 하는 신체적 학대를 구별하는 것은 쉽지 않다[361]고 하여, 아동을 때리는 행위 중 일부에 대해서는 일반적인 아동보호절차에 의한 대응 외 다른 조치가 필요하다고 하였다. CIS-2003 자료를 토대로 아동학대 문제로 조사받은 10~15세 아동의 불안 내지 우울이 아동학대의 다섯가지 유형과 어떠한 관계가 있는지 분석한 또 다른 연구결과에 의하면, 연구자도 '놀랍다'(surprisingly)고 표현할 만큼 일반적인 상식에 반하는 결과로 보이나, 신체적 학대는 아동의 불안이나 우울과 큰 관련이 없는 것으로 나타나기도[362] 하였다.

한편 캐나다 대법원 판결이 선고되기 전인 2003. 8.경 아동의 체벌에 관하여

360) Nico Trocmé, Barbara Fallon, Vandna Sinha, Melissa Van Wert, Anna Kozlowski and Bruce MacLaurin, 'Differentiating between child protection and family support in the Canadian child welfare system's response to intimate partner violence, corporal punishment, and child neglect', 「International Journal of Psychology」 Vol.48, No.2, 2013, 136, 137쪽

361) Nico Trocmé, Barbara Fallon, Vandna Sinha, Melissa Van Wert, Anna Kozlowski and Bruce MacLaurin, 앞의 글, 130, 137쪽.

362) Lil Tonmyr, Gabriela Williams, Wendy E. Hovdestad, and Jasminka Draca, 'Anxiety and/or Depression in 10-15-Years-Olds Investigated by Child Welfare in Canada', 「Journal of Adolescent Health」 48, 2011, 496~497쪽,

실시된 여론조사의 결과 - 응답자의 51%는 부모의, 69%는 교사의 체벌을 각 반대한다 - 를 근거로 캐나다 대법원 판결이 제43조의 삭제를 바라는 다수 국민의 태도에 부합하지 않는다고 비판한 견해[363]가 있으나, 위 여론조사에서 응답자의 72%는 '경미한 때리기'(mild slaps or spanking)에 대한 기소를 방지할 수 있는 가이드라인이 마련된다면 제43조의 폐지를 지지하겠다는 입장이었고, 비슷한 시기에 캐나다 국민의 70~80%는 위 조항의 폐지에 반대하는 것으로 조사되었다는 기사[364]도 있었다.

결국 캐나다 대법원 판결이 캐나다 형사법 제43조의 문언을 벗어난 해석을 하면서까지 위 조항의 합헌성을 선언한 것이나, 이후 하급심 법원들이 캐나다 대법원 판결이 제시한 기준도 무시 내지 회피하면서 캐나다 형사법 제43조에 의한 면책을 인정하는 것이나, 캐나다 대법원 판결을 비판하면서 캐나다 형사법 제43조의 폐지 또는 개정을 주장하는 견해들이나, 캐나다 형사법 제43조의 폐지 여부에 대한 캐나다 국민의 태도 모두 하나의 점에서는 공통적이라 할 것인데, 부모 등이 아동의 신체에 유형력을 행사하는 행위 중 일부에 대해서는 '형사처벌'해서는 안된다는 인식이 그것이다.

1979년 체벌을 폐지하는 법률을 통과시켜 입법 개혁이 대중의 태도를 바꾼 예로 자주 언급되는 스웨덴에 대하여 경험적 연구를 통해 스웨덴의 법률이 스웨덴 국민의 체벌에 관한 태도를 바꾼 것이 아니라 그 반대임을 밝힌 후 캐나다에서도 체벌반대론자는 대중의 태도를 변화시키는 데 집중해야 한다고 주장하는 견해[365]에 의하면, 캐나다 대법원 판결이 캐나다 형사법 제43조가 헌법에 위반되지 않는다고 해석하고, 아직까지 위 캐나다 대법원 판례가 변경되지 않고 위 조항이 폐지 내지 개정되지 않고 있는 것은 캐나다 국민의 태도가 위 조항 및 판결의 기본적인 의의 내지 필요성에 공감하고 있기 때문이라고 이해할 수 있겠다.

363) Marvin M. Bernstein, 앞의 글, 111쪽.
364) 2004. 6. 7. 법률신문(최영헌), '캐나다 대법원 자녀 및 학생에 대한 체벌기준을 제시' (https://m.lawtimes.co.kr/Content/Opinion?serial=13546)
365) JULIAN V. ROBERTS, 'CHANGING PUBLIC ATTITUDES TOWARDS CORPORAL PUNISHMENT: THE EFFECTS OF STATUTORY REFORM IN SWEDEN', 「Child Abuse & Neglect」Vol.24 No.8, 2000, 1027, 1034쪽

제4장 캐나다 법제로부터의 비교법적 시사점

이제까지 우리나라와 캐나다에서의 아동학대 현황 및 아동학대의 의의, 아동학대에 대응하기 위한 법적 절차 내지 제도 등 법적 규율에 관하여 검토한 결과, 양 국가에 유사한 점도 있었고, 다른 점도 발견되었다. 예컨대, 양 국가 모두 아동학대에 대응하기 위한 제도의 하나로 신고의무 제도를 운용하고 있으나, 그 대상 및 신고의무자의 범위 등은 서로 달랐다. 한편, 위와 같이 발견된 구체적인 유사점 및 차이점은 일정한 주제를 기준으로 분류할 수 있는바, 같은 주제를 기준으로 양 국가를 살펴볼 경우 그 유사점 및 차이점이 더욱 명확히 드러날 수 있고, 이를 통해 현재 우리나라의 아동학대에 관한 법제에서 부족하거나 개선할 점이 있는지, 개선할 점이 있다면 캐나다의 법제에서 어떠한 시사점을 얻을 수 있는지를 검토하는데 도움이 될 수 있을 것으로 생각된다.

이에 따라 이하에서는 아동학대의 의의와 관련한 주제로 아동학대를 정의하는 방식 및 내용, 아동학대에 대응하는 절차와 관련한 주제로 아동 및 부모 등 당사자의 권리, 공동체의 책임, 증거의 공유 또는 절차의 통합을 각 기준으로 하여, 우리나라와 캐나다의 법제를 비교·분석한 후, 그 과정에서 도출된 시사점을 바탕으로 우리나라의 법제를 개선할 수 있는 방안을 제안하고자 한다.

I. 아동학대를 어떻게 이해할 것인가

어떤 문제를 해결하기 위해서는 먼저 그 문제를 정확히 이해해야 하는 것처럼, 아동학대에 대하여 효과적으로 대처하기 위해서는 아동학대를 제대로 이해하는 것이 선행되어야 한다. 아동학대를 이해하는 문제는, 단지 법률에 아동학대의 의미를 정의하고, 어떠한 행위가 아동학대에 해당하는지 판단할 수 있는 기준을 만들고, 사회의 구성원들이 어떤 유형의 행위가 아동학대에 해당하는지 쉽게 알 수 있도록 경험적 정보를 제공하는 것만은 아니다. 아동학대를 어떻게 이해하느냐에 따라 그에 대한 대책이 필요한지, 필요하다면 어떤 종류의 법과 제도를 적용할지에 관한 문제로 순차 연결된다는 점에서, 아동학대의 이해는 아동학대와 관련된 모든 논의

의 출발점이자, 이후 아동학대 관련 절차가 어떤 방향으로 진행할지를 안내하는 표지판이라 할 수 있다.

캐나다와 우리나라는 아동학대를 이해하는 방식에 있어서 차이가 있는데, 구체적으로 어떤 부분에서 차이가 있고, 그 차이에서 어떤 시사점을 얻을 수 있는지, 이러한 시사점을 현재 우리나라의 아동학대 법제에 어떻게 반영할 수 있을지 검토하고자 한다.

1. 아동학대를 정의하는 방식

캐나다는 캐나다 전역 또는 모든 법적 절차에서 통일적으로 적용되는 아동학대의 의의를 규정하지 않고 있다. 즉 연방법인 캐나다 형사법에는 '아동학대'라는 별도의 구성요건이 없고, 온타리오주의 아동등서비스법은 아동학대와는 다른 개념인 '보호가 필요한 상태'를 주된 개념으로 두고 있다. 아동등서비스법에도 '학대'의 의의를 기술하는 조항이 있기는 하나, 그 의미가 앞서 검토한 캐나다에서의 아동학대의 의의 및 유형과 완전히 일치하지도 않는다. 한편, 실질적인 아동학대의 의의 및 유형은 통계자료인 CIS에서 얻을 수 있는데, 과거 정서적 학대의 하부 유형으로 인식되었던 가정폭력에의 노출이 현재 독자적인 아동학대의 유형으로 분류된 것처럼, 시대에 따라 변화된 아동학대의 의의와 유형을 반영할 수 있다는 점에서 실용적 의미가 있다.

반면 우리나라에서 '아동학대'는 기본적으로 아동복지법 제3조의 정의 조항에 따라 이해된다. 그리고 아동학대처벌법은 아동복지법상 '아동학대'의 의의를 원용하면서, 형사절차와 아동보호절차 등 비형사절차 모두 동일한 '아동학대'라는 개념을 사용하고 있다. 한편, 아동학대처벌법상의 '아동학대범죄'나 '아동학대관련범죄', 아동복지법 제17조의 세 가지 '학대행위' 등 유사한 개념들이 양 법률에 규정되어 있어, 각 개념의 관계는 물론 '아동학대' 자체의 의의에도 혼란을 초래하고 있다.

물론 아동학대 중 형사처벌되는 아동학대, 즉 범죄의 구성요건으로서의 아동학대를 정의하는 방식에 있어서는 캐나다와 우리나라의 법제가 유사하다고 볼 여지도 있다. 캐나다 형사법에서 아동학대로 분류할 수 있는 범죄의 구성요건을 규정하고 있는 것처럼, 우리나라 아동학대처벌법 제2조 4호가 '아동학대범죄'로 분류하는 범죄 중 상당수가 형법범이기 때문이다.

그러나 우리나라에서 아동학대 사건의 대부분은 아동복지법이나 아동학대처벌법으로 의율되고, 형법은 위 특별법과 함께 보충적으로 적용될 뿐 독자적으로 적용되는 경우는 거의 없다는 점에서, 아동학대는 일반 형사범(형법이 적용된다는 의미)이 아니라, 아동복지법 등 특별법에 규정된 '아동학대'라는 특정한 범죄로 인식되고 있다고 할 수 있는바, 이는 연방 차원에서 '아동학대'라는 별도의 구성요건을 두고 있지 않은 캐나다와는 다른 특성이라 할 것이다.

위와 같이 아동학대를 정의하는 서로 다른 방식 중 어느 방식이 더 적절하거나 타당하다고 말할 수는 없다. 다만, 법률에 아동학대의 의의를 정의하는 조항이 있음에도 여전히 그 의의가 명확하지 않다고 느끼는 우리 법현실에서는, 아동학대의 의의를 법률에 명시하지 않고 개방적이고 가변적인 방식으로 이해하는 캐나다의 방식이, 아동학대의 의의가 확정적인 것이 아니라, 규율하는 법률의 목적이나 구체적인 법적 제도 내지 절차에 따라 유동적이고, 또한 그럴 필요가 있음을 보여준다는 점만으로도 상당한 시사점이 있다고 할 것이다.

2. 아동학대의 유형 분류 방식

캐나다는 가정폭력에의 노출을 아동학대의 독자적인 유형으로 분류하는 것이, 우리나라의 아동학대 분류 방식과 가장 큰 차이라 할 것이다. 물론 2021. 12. 21. 아동복지법이 가정폭력에의 노출이 정서적 학대행위에 포함됨을 명시적으로 규정하는 내용으로 개정된 이후에는, 우리나라와 캐나다에 큰 차이가 없게 되었다고도 볼 수 있다. 그러나 가정폭력에의 노출을 아동복지법 제17조의 독자적 항목으로 명시한 것이 아니라 정서적 학대행위에 부언하는 방식으로 규정한 형식[366]에 비추어, 가정폭력에의 노출이 정서적 학대에 해당한다는 기존의 인식[367]을 명확히 한 것일 뿐, 이를 정서적 학대와 구별되는 독자적 유형으로 분류하는 것은 아니라고도 볼 수 있다.

가정폭력에의 노출을 아동학대로 인식하는 이상, 이를 아동학대의 독자적 유

366) 아동복지법 제17조(금지행위) 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다. <개정 2014. 1. 28., 2021. 12. 21.>
5. 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위(「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조 제1호에 따른 가정폭력에 아동을 노출시키는 행위로 인한 경우를 포함한다)

367) 예컨대, 수원지방법원 2021. 4. 9. 선고 2021고단416 아동복지법(아동학대) 사건은 아버지가 자녀 앞에서 다른 자녀들을 폭행하는 모습을 보여준 행위를 정서적 학대행위로 인정하였다.

형으로 분류하느냐 또는 정서적 학대의 한 유형으로 보느냐는 지엽적인 문제라 생각되기도 한다. 그러나, 아동학대의 독자적 유형으로 분류할 경우 가정폭력에의 노출이 정서적 학대에 해당되는지를 판단하는 과정을 생략할 수 있어 그 자체로 아동을 더욱 보호할 수 있고, 아동에 대한 직접적인 폭력이 아니더라도 이를 지켜보거나 듣는 아동에 대하여 장기적으로 부정적인 영향을 미친다[368]는 사실에 대한 일반적 인식을 고취시키는 데 도움이 될 것인바, 바로 이런 점이 아동학대를 유형화하는 기본적인 이유이기 때문이다. 또한, 2020년 아동학대사례 30,905건 중 단일 유형으로는 정서적 학대가 28.3%로 가장 많고, 두 가지 이상의 학대 유형이 결합한 중복 학대 중에서도 신체적 학대와 정서적 학대가 결합한 경우가 39.2%로 가장 많으나, 통계상으로는 정서적 학대의 구체적 내용은 확인되지 않는 사실[369]을 고려하면, 이미 정서적 학대 중 상당 부분이 가정폭력에의 노출일 가능성이 높고, 이를 통해 가정폭력에의 노출이 아닌 경우의 정서적 학대의 의의나 유형 또한 보다 명확해질 수 있을 것이다.

한편 아직 캐나다에서 공식적으로 아동학대를 분류하는 기준은 아니나, 아동학대를 '긴급히 보호할 필요성'이라는 기준에 따라 분류하자는 견해는, 병원 응급실이 급성 질환과 만성 질환을 구별하여 시의적절한 서비스를 제공하는 것처럼[370], 아동학대 중 긴급성이 있는 경우에는 행정조치 등 신속한 대응이 가능한 제도를 강화 또는 개발하고, 긴급한 보호 필요성이 높지 않은 아동학대에 대해서는 사법제도의 정비나 부모의 양육 방식 개선 등 장기적 관심과 대책을 강구함으로써, 다양한 아동학대에 신속하면서도 효율적으로 대처하는 데 도움이 될 수 있을 것인바, 향후 우리나라의 아동보호체계를 개선하는 데 시사점을 준다고 할 것이다.

이러한 아동학대의 유형에 대한 새로운 분류 기준은 앞서 살펴본 아동학대의 의의를 개방적으로 이해하는 것과도 관련이 있는데, 아동학대가 아동의 권리와 부모의 양육에 관한 사회적 인식 또는 가치관과 관련된 문제로서 시대와 상황에 따라 변화할 수 있는 개념이므로, 새로운 기준에 따라 이를 유형화하는 것 또한 그 시대의 아동학대의 의의를 정확히 이해하는 데 도움이 될 수 있을 것이다.

3. 아동학대와 '범죄인 아동학대'의 구별

368) Nicholas Bala & Kate Kehoe, 앞의 글, 8쪽.
369) 보건복지부, '2020 아동학대 주요통계', 31~32쪽.
370) Nico Trocmé 외 3인, 앞의 글, 493쪽.

캐나다는 아동학대와 형사처벌되는 아동학대, 즉 '범죄로서의 아동학대'를 명확히 구별하고 있다. 그 구별의 방법 중 하나는 아동등서비스법과 같이 주의 아동보호절차에 관한 법률에서 학대와 구별되는 '보호가 필요한 상태'라는 개념을 주된 개념으로 사용하는 것이고, 다른 하나는 연방법인 캐나다 형사법 제43조와 그 구체적인 해석 기준을 제시한 대법원 판결을 통해 아동학대 중 일정한 행위는 형사처벌되지 않음을 분명히 하고 있는 것이라 할 수 있다.

가. 아동학대와 '보호가 필요한 상태'의 구별

우리 아동복지법도 '피해아동'과 구별되는 '보호대상아동'이라는 개념을 두고 있는바, 그 문언에 비추어 위 아동등서비스법상 '보호가 필요한 상태'와 유사한 개념으로 보인다.

그러나 아동복지법이 '보호대상아동'을 '보호자가 없거나 보호자로부터 이탈된 아동 또는 보호자가 아동을 학대하는 경우 등 그 보호자가 아동을 양육하기에 적당하지 아니하거나 양육할 능력이 없는 경우의 아동'으로만 정의하고 이에 해당하는 경우를 구체적으로 예시하지 않고 있는데 반해, 캐나다의 아동등서비스법은 '보호가 필요한 상태'에 해당하는 경우를 15개 호로 매우 상세히 규정하고, 특히 '신체적 손상을 당할 위험이 있는 경우' 등과 같이 실제로 손상이 발생한 경우뿐만 아니라 '위험(risk)'이 있는 경우도 포함함으로써, 아동보호절차에 의하여 보호할 수 있는 아동의 범위를 대폭 넓혔다는 점에서 우리나라와 큰 차이가 있다.

실제로 CIS-2008 뿐만 아니라 온타리오주에서 가장 최근에 행해진 OIS-2018의 아동학대 조사는 두 가지로 구성되었는데, 하나는 아동학대가 실제로 발생한 경우이고, 나머지 하나가 '위험만 있는 경우의 조사'(Risk only investigation)'로 과거 학대에 관한 구체적인 우려는 없지만 향후 학대의 위험을 평가하는 경우인바[371], 실제로 발생한 학대에 대한 조사와 아직 발생하지 않았으나 그 위험성에 대한 평가에 동일한 비중을 두고 있다는 점에서, 아동학대의 예방뿐만 아니라 은폐된 아동학대의 발굴에도 의미가 있다 할 것이다.

한편 우리 아동학대처벌법상 주요 제도인 신고의무, 아동보호사건 및 피해아

371) Joanne Filippelli, Barbara Fallon, Kristen Lwin, Andrea Gantous, 앞의 글, 183쪽.

동보호명령사건 또한 모두 '아동학대범죄'를 전제로 하고 있어, 신고의무를 포함한 아동보호절차에서 '보호가 필요한 상태'를 기본 개념으로 하는 아동등서비스법과 구별된다. 우리 법이 순수한 비형사절차인 피해아동보호명령사건을 비롯하여, 아동의 복지와 보호를 목적으로 하는 신고의무 및 아동보호사건에서 '아동학대범죄'를 전제로 하는 것은 '범죄인 아동학대'의 피해자만을 보호하게 되어, 아동의 보호 범위가 축소될 수밖에 없다고 할 것이다.

아동복지법상 '보호대상아동'의 개념이나 요건을 확대하는 것은 아동의 보호 범위를 넓힌다는 당위적 측면에서뿐만 아니라, 그럼으로써 '보호대상아동'과 '피학대아동'의 개념을 명확히 구별할 수 있다는 실제적 측면에서도 의의가 있다. 즉, 우리 아동복지법은 금지행위를 규정한 제17조 및 그 벌칙 조항이 형사처벌되는 아동학대범죄의 주된 죄명으로 의율되는 현실 탓에, 아동을 보호하는 절차의 기본법이라는 인식보다 '아동학대' 행위자를 처벌하는 기본법이라는 인식이 존재하는데, '보호대상아동' 개념을 확대하거나 구체화하는 것은 그 자체로 '아동학대'와 구별되면서, 아동이 중심이 되는 절차의 필요성을 부각할 수 있기 때문이다.

나. '범죄인 아동학대'의 제한

캐나다가 아동학대와 '범죄인 아동학대'를 구분하는 두 번째 방법은 형사처벌되는 아동학대의 범위를 제한함으로써 동일한 '아동학대'라는 문언을 사용하는 개념이 절차의 성격 또는 종류에 따라 서로 다른 의미 내지 범위로 이해됨을 보여주는 것인데, 캐나다 형사법 제43조 및 그 합헌성을 선언한 대법원 판결이 중심적 역할을 하고 있다.

캐나다 형사법 제43조는 아동에 대한 신체적 학대로 의율될 수 있는 행위에 대하여 일정한 조건 하에 그 행위자를 면책시키고 있고, 캐나다 대법원은 제43조의 해석 기준을 제시함으로써 그 적용 범위를 최대한 제한하였다.

캐나다 대법원 판결의 해석은 제43조의 문언적 한계를 뛰어넘는다는 점에서, 그 내용 자체에 대해서는 동의하기 어렵다. 제43조는 단순히 '상황에 따라 합리적인, 교정을 위한 유형력'의 사용이 정당화된다고 규정하고 있을 뿐, 아동의 나이나 장애 여부, 피해의 발생 여부, 도구의 사용 여부, 유형력이 행사되는 신체의 부위 등을 기준으로 제43조의 적용 여부를 달리할 아무런 근거를 제시하지 않고 있다.

또한 제43조는 교사와 부모를 병렬적으로 규정하고 있을 뿐이므로, 체벌 가능 여부를 두고 교사와 부모를 구별할 근거도 없다. 위와 같은 다수의견의 해석은, 대법관 드쉠스(Deschamps)가 지적한 것처럼, 더 이상 법률의 해석이 아니라 새로운 법률의 제정으로 보아야 할 것이다. 그리고 캐나다 대법원 판결이 체벌의 사용 자체가 아니라 사용된 체벌의 형태에 집중함으로써 아동에 대한 체벌이 규범적인 행위(normative act)라는 인식을 강화[372]할 수 있다는 점에서도 부적절하다. 유엔 아동권리위원회(Committee on the Rights of the Child)가 캐나다가 제43조로 체벌을 허용하는 데 깊은 유감을 표시하고, 제43조를 폐지하고, '아무리 가볍더라도, 모든 연령의 아동에 대한 모든 형태의 폭력'을 명백히 금지할 것을 촉구[373]한 것도 위와 같은 측면에서 이해할 수 있다. 또한, 캐나다 형사법 제43조의 해석에 관한 구체적인 기준을 제시한다는 캐나다 대법원 판결의 의도와는 달리, 오히려 캐나다 대법원 판결로 인해 위 조항의 해석에 관한 모호한 영역이 창조되어, 앞서 살펴본 캐나다의 하급심 법원들이 그 모호함을 이용하거나, 그 모호함을 회피하기 위하여 독자적으로 판단할 수밖에 없었던 것이 아닐까 하는 의문도 든다.

그러나 캐나다 형사법 제43조와 캐나다 대법원이 아동의 보호에 역행하고 아동의 권리를 침해하는 잘못된 법과 판결이라고 단정하기는 어렵다. 캐나다 형사법 제43조는 폭력으로부터 취약한 아동의 보호 및 양육자에 대한 불필요한 형사법 개입 사이에 절묘한 균형을 제공해야 한다는 견해[374]에 비추어 볼 때, 위 조항과 캐나다 대법원 판결이 갖는 가장 기본적인 의의는, 아동의 신체에 대하여 행사하는 유형력 중 일정한 조건을 갖춘 행위는 '형사처벌되는 범죄'가 아님을 명확히 한 점이라 할 것이다. 즉, 아동학대에 포함되는 모든 행위유형이 형사처벌의 대상이 될 필요는 없다[375]. 캐나다 대법원이 제시하는 기준의 개별적 타당성은 별론으로, 아동학대 문제에 대한 과도한 범죄화를 지양함과 동시에, 형사처벌되지 않더라도 아동학대가 되거나, 아동학대는 아니더라도 법적 보호가 필요한 경우가 있음을 명확히 인식하고, 이로써 아동학대에 대한 대응 노력이 행위자에 대한 형사처벌 문제에만 집중되지 않을 수 있는 법리적 기반으로서의 역할을 하고 있다고 할 것이다.

---

372) Alisa M. Watkinson, 앞의 글, 223쪽.
373) Concluding observations on the combined third and fourth periodic report of Canada, adopted by the Committee at its sixty-first session (17 September - 5 October 2012), 9쪽.
374) Megan Rosborough and Cameron Jefferies, 'Part I : (Mis)Application of Section 43 of the Criminal Code post-Canadian Foundation : Lingering Concerns and a Proposed Solution', 387쪽.
375) 최준혁, 앞의 글, 49쪽.

4. 훈육과 아동학대의 구별

무엇이 아동학대인지를 이해하는 데 중요한 개념 중 하나가 '훈육'이다. 앞서 살펴본 것처럼 우리나라의 아동학대에 관한 형사재판에서 많은 피고인들이 자신의 행위가 훈육행위라고 주장하거나 적어도 훈육의 의도로 한 행위라고 주장하고, 이러한 주장이 받아들여져 정당행위로서 위법성이 조각되어 무죄가 선고되거나 유리한 양형 사유로 고려되는 일이 드물지 않다. 이러한 현상은 훈육이 아동학대가 아니라는 것인지, 단지 '범죄인 아동학대'가 아니라는 것인지 등 아동학대의 의의에 관하여 혼란을 초래한다.

앞서 본 캐나다 형사법 제43조 및 캐나다 대법원 판결은 훈육의 가치 및 기능을 인정하고, 그 요건을 제시한 것으로 이해할 수도 있다. 물론 캐나다 대법원 판결이 훈육 또는 '교정적 유형력(corrective force)'이라는 개념을 명시적으로 정의하거나 양자를 구별하지는 않았으나[376], '기술적으로' 캐나다 형사법상 폭행죄 등 구성요건해당성을 충족하는 행위, 즉 신체적 학대로 분류될 수 있는 행위 중 일부는 형사처벌할 필요가 없음을, 입법부와 사법부가 명확히 했다고 할 것이다.

그러나 우리나라는 캐나다 형사법 제43조와 같은 조항이 없고, 훈육의 의미를 정의하는 대법원 판결 또는 헌법재판소의 결정도 없어, 아동학대가 문제되는 사안에서 훈육을 주장하는 아동학대행위자의 주장에 대하여 개별적으로 판단이 이루어지고 있는바, 그 결론의 당부는 별론으로, 법률과 판례 등 현행 법체계에서 전혀 규율하지 않는 '훈육'이라는 개념이 재판에서 사실상 범죄의 성립 여부나 처벌의 수위를 결정하는 현상 자체가 바람직하다고 보기는 어렵다. 물론 아동학대범죄에 대해서는 검사의 조건부 기소유예나 아동보호사건으로 처리될 수 있어, 형사처벌의 필요성이 없는 경우에 대하여 대응할 법적 장치가 전혀 없는 것은 아니나, 앞서 검토한 아동학대 관련 판결례에서 확인한 바와 같이 기소된 경우에도 아동학대와 훈육의 관계로 인한 혼란은 여전하다고 할 것이다. 따라서, 바람직한 양육 방법에 관한

376) 예컨대, 캐나다 대법원 판결의 para [40] 중 'When these considerations are taken together, a solid core of meaning emerges for "reasonable under the circumstances", sufficient to establish a zone in which discipline risks criminal sanction. Generally, s. 43 exempts from criminal sanction only minor corrective force of a transitory and trifling nature.'에서, 첫 번째 문장에서는 훈육(discipline)을, 두 번째 문장에서는 교정적 유형력(corrective force)을, 사실상 같은 의미로 사용하고 있다.

사회적 합의를 이끌어내고, 아동학대와 구별하여, 아동학대임에도 훈육으로 가장하는 행태를 방지하기 위하여, 훈육의 의의나 요건을 법적으로 규율하는 문제를 논의할 필요가 있고, 이러한 점에서 캐나다 형사법 제43조와 대법원 판결이 시사점을 줄 수 있다고 할 것이다.

5. 소결

현재 우리나라에서 아동학대의 의의 및 '아동학대범죄' 등 유사한 개념들과의 관계에서 혼란을 일으키는 주된 이유는, 아동학대의 기본적인 의의를 규정하고 있는 아동복지법에 형사처벌이 부과되는 구성요건조항을 함께 두고 있고, 양 조항에서 규정하는 '아동학대' 및 '학대행위'의 관계가 모호하다는 점이라 할 것이다. 아동복지법은 그 역사 및 내용에 비추어 아동의 보호 내지 복지를 총체적으로 규율하는 기본법인데, 아동학대행위자에 대한 형사처벌시 주로 적용되는 법률로서 오히려 죄명 및 적용법조만 보면 아동학대에 대한 형사처벌의 기본법처럼 보이기도 하고, 실제 형사재판에서도 제17조의 '학대행위'를 제3조의 '아동학대'에 따라 판단함으로써 사실상 양자를 동일시하기도 한다. 이는 아동학대와 '범죄인 아동학대'를 구별하지 않는 것으로, '모든 아동학대를 형사처벌한다'는 인식이 아니라, 반대로 '형사처벌되지 않으면 아동학대가 아니다'라는 인식으로 귀결될 위험이 있어, 아동의 보호를 위한 아동복지법의 목적에도 부합하지 않는다고 할 것이다.

따라서 아동복지법에는 벌칙 조항을 두지 않고, 현행 제17조 및 벌칙 조항을 아동학대처벌법으로 옮김으로써, 아동복지법은 아동학대 문제를 포함한 아동의 보호 내지 복지를 총괄하는 법률로, 아동학대처벌법은 '범죄인 아동학대' 행위자의 처벌에 관한 법률로 각 기능을 명확히 구별하는 방법을 논의할 수 있다. 이에 대하여 단순히 조문의 위치만 이동하는 것으로 실질적으로 변화가 없는 것 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있으나, 일단 형벌이 부과되는 구성요건 조항인 아동복지법 제17조 중 '학대행위'를 벌칙조항이 없는 제3조의 '아동학대'의 의의에 따라 해석하는 등 제3조를 사실상 범죄의 구성요건으로 사용하는 것과 같은 혼란을 방지할 수 있다는 점에서 실질적 차이가 있을 것이다. 이로써 아동복지법상 '아동학대'와 '학대행위'의 관계가 명확해질 수 있고, 나아가 '아동학대범죄', '아동학대관련범죄' 등 유사 개념들의 의의 및 상호 관계도 보다 명확히할 수 있을 것으로 기대된다.[377)]

또한 아동복지법상 '보호대상아동'의 개념 내지 요건을 '위험'을 포함하는 것으로 확대 내지 구체화하는 내용으로 개정할 필요가 있다. '보호대상아동'은 아동학대와는 구별되는 개념이나, 현실적으로 아동학대를 당할 위험이 높고, '위험' 자체가 보호가 필요함을 나타낸다는 점에서, 아동의 보호를 위하여 그 범위를 확대할 필요가 있다. 예컨대, 온타리오주의 아동등서비스법이 '보호가 필요한 상태'에 해당하는 경우를 상세히 규정하는 것을 참고하여, 아동이 현재 여러 종류의 학대를 당한 경우 뿐만 아니라, 그러한 학대를 당할 위험이 있는 경우, 부모가 사망한 경우 등 부모의 고의 또는 과실 여부와 무관하게 아동에 대한 적절한 양육 내지 보호가 어려운 사정이 있는 경우, 아동이 중대한 범죄를 저지르는 등 부모 등 보호자의 노력만으로는 아동에 대한 적절한 양육, 보호 또는 교화가 어려운 경우를 포함하는 것도 한 방법이라 할 것이다. 아동학대처벌법상 신고의무, 아동보호절차 및 피해아동보호명령절차의 대상 또한 '아동학대범죄'의 피해아동이 아니라, 위와 같이 확대한 '보호대상아동'으로 하는 것이, 아동의 보호를 위한 위 법률의 취지에 보다 부합할 것이다. 이로써, '아동학대' 및 '형사처벌되는 아동학대'와의 구별도 좀 더 명확해질 수 있을 것이다.

이와 함께 훈육에 관한 법적 규율 문제도 논의할 필요가 있다. 구체적으로 어떤 방법으로 할지 - 아동복지법에 훈육의 의의 및 방법에 관한 조항을 신설할지, 친권자는 자를 보호하고 교양할 권리의무가 있음을 규정하는 민법 제913조에 훈육에 관한 내용을 추가하는 등 입법에 의할지, 아니면 캐나다 대법원 판결이 캐나다 형사법 제43조에 관한 구체적인 해석 기준을 제시한 것처럼 대법원 판례가 아동학대 관련 사건에서 훈육의 의의 및 판단 기준을 제시하는 방법에 의할지 - 에 대해서는 이후 더 많은 논의를 해야 할 것이나, 적어도 우리 법현실에 분명히 존재하는 훈육에 관한 기본적인 법적 규율은 필요하다고 할 것이다.

여기서 훈육은 체벌과는 구별되는 개념이고, 학교에서의 체벌을 금지한 초·중등교육법 및 시행령, 친권자의 징계권 조항을 삭제한 최근의 민법 개정 등 체벌 금지에 대한 법적 규율만으로는 아동학대와 훈육의 관계를 명확히 할 수 없음은, 제2

377) 한편, 박수희, 문준섭, 앞의 글, 84~85쪽은 아동복지법상 아동학대의 개념을 아동학대처벌법에서 준용하는 것에 대한 문제의식은 같으나, 그 해결책으로 아동복지법 및 아동학대처벌법 중 형사처벌과 관련된 내용들은 궁극적으로 형법 개정작업을 통해 형법전 안에 편입하고, 아동복지법 및 아동학대처벌법은 아동의 복지나 보호를 위한 제도를 규율하자고 주장하는바, 이 견해는 아동학대의 형사처벌 문제를 기본법인 형법에 의한 대응으로 통일하자는 취지인 점에서 캐나다의 아동학대에 대한 형사적 대응 태도와 유사한 것으로 이해된다. 이 견해는 현재의 입법형식을 유지할 수밖에 없다면 최소한 아동학대처벌법 자체에 아동학대범죄의 개념을 명확히 명시해야 한다고 주장하였다.

장에서 살펴본 바와 같다. 따라서 훈육의 의의 및 기준을 법적으로 규율할 필요가 있다는 것이 체벌의 허용 논의와는 다른 것임을, 체벌을 허용하자는 의도로 해석될 수 없음을, 분명히 하고자 한다. 요는, 아동학대 사건에서 훈육이 무죄 또는 유리한 양형 사유로 기능하고 있는 현실에서, 훈육은 아동학대의 의의를 명확히 이해하는 데 빼놓을 수 없는 요소 중 하나이고, 그렇다면 그 의의나 기준을 각자의 가치관에 맡겨둘 것이 아니라, 공동체가 공감할 수 있도록 최소한의 법적 규율을 할 필요가 있다는 것이다. 신체적 체벌이나 아동에게 고통을 가하는 방식이 아닌 합리적인 훈육의 방법에 대한 논의가 더 다양하게 연구되어야 한다는 견해[378]도 같은 취지로 이해된다.

이와 관련하여, 캐나다 형사법 제43조와 유사하게, 일정한 경우 학대행위의 위법성을 조각할 수 있는 규정을 신설하자는 견해[379]가 있는바, 훈육이라는 이름으로 행해지는 객관적인 침해가 발생하는 과도한 행위를 규제할 필요는 있으나 보호자가 아동에게 행하는 신체적·정신적인 영향력의 행사 자체를 원론적으로 규제하고자 하는 것은 아니[380]라는 기본적인 입장에는 동의하나, 여전히 아동학대와 구별되는 훈육의 의의 및 판단 기준 문제는 해결되지 않는다는 점에서 한계가 있다고 할 것이다. 또한, 아동학대를 '사회적으로 용인될 수 있는 행위', '아동학대범죄로 취급되지는 않지만 적절하다고 볼 수 없는 행위', '아동학대처벌법의 아동학대범죄'로 분류하고, 그 중 '사회적으로 용인될 수 있는 행위'를 '훈육(reasonable punishment)'으로, '아동학대범죄로 취급되지는 않지만 적절하다고 볼 수 없는 행위'를 '부적절처우(mal-treatment)'로 각 명명하자는 견해[381]가 있는바, 아동학대로 불리는 행위 중 형사처벌할 수 없는 일명 '사각지대'의 존재를 인정하고 그에 대한 조치의 필요성[382]은 동의하나, 훈육을 영어로 번역할 때 '처벌(punishment)'이라는 용어를 사용하는 것에서 훈육과 체벌의 개념에 혼란을 초래할 수 있고, '부적절처우'를 영어로 번역할 때 'mal-treatment'라는 단어를 사용하는 것도, 앞서 본 바와 같이 통상 'maltreatment'는 학대를 뜻하는 'abuse'와 교환적으로 사용되고 있다는 점에서 여

378) 차선자, 전경근, 정다영, 「훈육과 아동학대에 관한 연구」, 법무부, 2019, 206쪽.
379) 류부곤, '아동학대범죄의 개념과 처벌에 관한 법리적 검토', 「형사정책」 제27권 제1호, 2015, 152쪽. 이 견해는 아동복지법 제71조 제2항에 '제17조 제3호 내지 제6호의 행위가 오로지 훈육의 목적으로 행해지고 형법상의 상해에 이를 만한 피해를 야기하지 않은 경우에는 처벌하지 아니한다'라는 규정을 둘 것을 제안하였다.
380) 류부곤, 앞의 글, 152쪽.
381) 권솔지, '아동학대의 행위 분류와 아동복지법 개정 방안', 서울시립대학교 법학박사 학위논문, 2021, 12, 18, 20쪽.
382) 권솔지, 앞의 논문, 209쪽.

전히 아동학대와의 관계가 불명확한 것으로 보여지는 점에서 동의하기 어렵다.

결국 아동학대의 개념을 명확히 하는 것은, 범죄인 아동학대를 저지른 행위자의 처벌을 위해서만이 아니라, 범죄에 이르지 않은 아동복지에 대한 위험의 발생을 구별하여 아동학대를 사전에 예방할 수 있도록 다양한 프로그램을 연구·개발하여 시행[383]하는 데도 필수적이라 할 것이다.

II. 당사자의 권리 관점에서 본 아동보호절차

지금까지 아동학대 등 아동의 양육과 관련된 법적 문제를 '아동의 최선의 이익'과 부모의 자녀를 양육할 권리를 포함하는 사생활의 자유 사이의 충돌 내지 균형의 관점에서 논의[384]해온 것이 일반적이라 할 것인바, 부모의 모든 권리가 적법절차 원칙이 적용되는 자유권은 아니고, 부모의 자녀 양육권에 제한이 있다는 주장[385] 등 구체적인 논의의 전개는 별론으로, 일견 대립되는 당사자 중 어느 한 쪽은 '권리 내지 자유'의 문제로, 다른 한 쪽은 '이익'의 문제로 논의하는 것 자체가 적절한지에 관한 의문이 든다. 이런 관점에서, 아동학대와 관련된 두 당사자 - 아동과 부모 등 - 의 '권리'라는 공통적인 기준으로 아동보호절차를 검토하고자 한다.

아동학대에 대한 형사절차에서는 행위자에게 피의자 또는 피고인으로서의 권리가 인정되고, 아동은 피해자로서의 권리를 갖는다는 사실에 별다른 의문이 없으나, 아동보호절차 등 비형사절차에서는 아동에게 미치는 영향이 크고, 행위자인 부모 등에 대하여 형사처분에 준하는 침익적 조치를 할 경우가 많음에도, 아동 및 부모 등이 어떠한 권리를 갖는지에 대해서는 분명하지 않다. 우리 아동복지법은 아동이 이 법에 따른 보호와 지원을 받을 권리(제2조 제4항)를 가진다고 선언하고 있으나, 그 문언 및 아동복지법의 내용에 비추어 아동에게 구체적인 권리를 창설하는 것은 아닌 것으로 보이고, 부모 등에 대해서는 아동을 건강하고 안전하게 양육하여야 한다는 등 일반적인 보호자의 책무를 규정(제5조)하고 있을 뿐이다.

---

383) 원혜욱, '아동학대의 개념 및 실효적인 대책에 관한 검토 - 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법을 중심으로 -', 「법학연구」 제18집 제4호, 55~56쪽.

384) Milfred D. Dale, Hon. Dolores Bomrad, and Alexander Jones, 'PARENTING COORDINATION LAW IN THE U.S. AND CANADA: A REVIEW OF THE SOURCES AND SCOPE OF THE PC'S AUTHORITY', 「FAMILY LAW REVIEW」 Vol.58 No.3, 2020, 674쪽.

385) Milfred D. Dale, Hon. Dolores Bomrad, and Alexander Jones, 앞의 글, 675쪽.

1. 아동의 권리 측면

가. 아동의 권리 주체성

우리 헌법은 '모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다'고 선언(제10조)하고, 헌법재판소는 '인간의 존엄과 가치는 모든 인간을 그 자체로서 목적으로 존중할 것을 요구하고, 인간을 다른 목적을 위한 단순한 수단으로 취급하는 것을 허용하지 아니하는 것'이라고 판시[386]하였다. 철학자 칸트는 인간 개개인은 다른 개인들로 결코 대체될 수 없는 고유한 가치를 가지며, 그 자체가 목적인 존재라고 보았는데, 그 자체가 목적인 인간의 가치를 절대적 가치라고 명명하고 인간 존엄의 기초로 삼았다. 칸트는 인간의 가치는 상대방에게 또는 사회적으로 유용한 존재인지에 대한 평가에 따라 결정되지 않는다고 강조하고, 이렇게 자기 자신과 타인의 주관적 평가에 의해 비교되면서 결정되는 가격을 뛰어넘는 본래의 가치를 존엄이라고 명명했는데[387], 앞서 본 '인간의 존엄과 가치'에 관한 헌법재판소의 결정은 칸트의 '목적 정식'을 원용한 것으로 볼 수 있다.[388] 즉, 아동이 인간인 이상, 인간으로서의 존엄과 가치를 갖고, 행복을 추구할 권리를 비롯한 권리의 주체라는 사실에 어떠한 의문도 없다.

그러나 아동에 관한 절차이고, 실질적으로 아동에게 미치는 영향이 매우 중대한 아동보호절차 및 피해아동보호명령절차 등에서 아동에게 어떠한 권리가 있는지, 그 전에 아동을 권리의 주체로 보고 있는지에 관하여는 의문이 있다. 앞서 보았듯이 아동복지법은 아동이 '이 법에 따른 보호와 지원을 받을 권리'를 가진다고 하였으나, 구체적으로 어떤 권리를 갖는지에 대해서는 규정하지 않고 있고, 제4장 아동에 대한 '지원서비스'라는 명칭 등에 비추어, 아동을 구체적인 권리의 주체라기보다 주로 보호와 복지의 대상으로 인식하는 것으로 보이기도 한다.

한편 미국의 철학자 스티븐 다월은 인간의 도덕적 책임의 근거를 이인칭 관점(second-person standpoint)으로 설명하는 과정에서, 존중(respect)과 돌봄(care)

386) 헌법재판소 2016. 12. 29. 선고 2013헌마142 결정
387) 임마누엘 칸트, 백종현 옮김, 「윤리형이상학」, 아카넷, 2012, 534~535쪽
388) 김도균, 앞의 책, 180쪽.

의 차이를 다음과 같이 설명하며, 아동의 도덕적 책임이 제한되는 이유를 아동이 돌봄의 대상이라는 점에서 찾았다.[389] 즉, 존중은 상대방을 존엄(dignity)을 가진 존재로 이해하고, 동등한 독립적 주체인 상대방의 관점에서 그가 중시하는 것에 관심을 가지면서, 상대방을 자유롭고 동등하다고 인정하는 반면, 돌봄은 상대방을 복지(welfare)를 가진 존재로 이해하고, 동정심(sympathetic concern)의 관점에서 무엇이 상대방에게 이익이 될 것인지에 관심을 갖는다. 존엄의 존중은 누구나 요구할 수 있는 것인 반면, 자신의 복지에 대한 동정심은 누구나 요구할 수 있는 것이 아니다. 따라서 존중은 다른 사람과 관계를 맺을 때 우리가 어떻게 행위하여야 하는지와 관련된 것인 반면, 돌봄은 다른 사람과의 관계를 불문하고 상황이 그 사람에게 어떻게 돌아가는지에 민감한 것으로, 누군가를 돌볼 때 그에 대한 우리의 행위에 대한 관심은 도구적(instrumental)이라고 하였다.

한편 롤즈에서도 다월과 유사한 태도를 찾아볼 수 있다. 롤즈는 원초적 입장(original position)이라 부르는, 순전히 가정적 상황(purely hypothetical situation)에서 자유롭고 이성적인 사람들(free and rational persons)이 최초의 평등한 지위에서 그들이 속한 사회의 근본적인 조건을 정하는 원칙에 합의하고, 이후의 사회제도는 위와 같이 합의한 원칙에 따라 규율된다는 것을 논의의 출발점으로 삼고 있는데, 이 때 원초적 입장의 참여자는 성인임을 전제로, 아동, 장애인 등 사회적 약자들을 그들의 이성과 의지의 약함 및 병약(weakness and infirmities of their reason and will)으로부터 보호하기 위한 후견주의 원칙(principles of paternalism)을 채택할 것이라고 하였는바[390], 롤즈 또한 아동을 자유롭고 이성적인 인격의 주체가 아니라 보호의 대상으로 인식하고 있었음을 알 수 있다. 미국의 정치철학자 마이클 샌델 또한 부모는 자녀의 복지(welfare)에 관하여 특별한 책임이 있다[391]고 하였다.

우리 아동복지법이 '아동의 최선의 이익'을 주요 이념으로 삼으면서 아동의 구체적인 권리에 관해서 규정하지 않는 것은, 앞서 본 여러 철학자들과 같이 아동을 보호의 대상으로 인식한 결과로 이해된다. 즉 국가는 아동의 관점이 아니라, 부모를 대신한 관점에서 무엇이 아동에게 이익이 되는지에 따라 행위하므로, 아동의 보호

389) Stephen Darwall, 「The Second-Person Standpoint - Morality, Respect, and Accountability」, Harvard University Press, 2006, 126~129쪽.

390) John Rawls, 앞의 책, 11~12, 146쪽.

391) Michael J. Sandel, 「Justice - what's the right thing to do?」, Farrar, Straus and Giroux, 2009, 225~226쪽.

내지 복지에 대한 책임을 강조하는 과정에서 아동이 자유로운 인격과 권리의 주체라는 사실에 대한 인식이 부족했던 것으로 보인다.

그러나 비록 사회의 구성원들이 아동 등 사회적 약자를 보호하기 위하여 후견주의 원칙을 채택한 과정을 설명하기 위한 의도로 이해는 되지만, 롤즈가 아동을 이성이 없는 존재인 것처럼 기술하는 것은 동의하기 어렵다. 또한, 존중과 돌봄이 개념적으로 구별되는 것이라고 하여, 그 관계가 배타적일 필요는 없다고 할 것이다. 부모가 아동의 복지에 특별한 책임이 있다고 하여, 아동을 권리의 주체로 인정할 필요가 없음을 의미하는 것도 아니라 할 것이다. 즉, '아동의 최선의 이익'이 아동의 보호와 복지를 규율하는 주된 원리라고 하여, 아동을 '보호와 복지'라는 목적을 위한 수단으로 취급하는 것은 주객이 전도된 것이다. 아동학대를 근절하는 방법은 인간관계를 통째로 변화시키는 것이고, 평등과 존중이 기본이 되고 아이들이 또래나 어른들과의 관계에서 자신을 표현하는 것을 두려워하지 않는 사회를 창조해야 한다는 견해[392]도 비슷한 취지로 이해된다. 결국, 아동은 권리의 주체이고, 이에 대한 명확한 인식이 아동의 보호를 포함한 아동과 관련된 법적 규율의 기본적인 출발점이 되어야 할 것이다.

나. 아동의 권리로서의 참여권

아동보호절차가 아동을 대상으로, 아동을 위한 절차임에도, 정작 아동은 그 절차에서 자신들의 목소리를 낼 기회가 거의 없고, 의사소통하려는 아동의 욕구는 무시 내지 경시되고 '관심을 갈구하는' 정도로만 여겨지기 때문에, 의미있게 참여하지 못한다고 느낀다는 분석결과[393], 아동보호절차를 규율하는 가장 중요한 법원리가 아동의 최선의 이익이나, 실제 절차의 진행 과정에서 아동은 서류에 등장하는 이름일 뿐 진짜 당사자라는 사실이 종종 잊혀진다는 견해[394]는 아동보호절차에서 정작 아동이 소외되는 현실을 지적하고 있다.

아동보호절차를 비롯하여 아동과 관련된 법적 절차에서 아동이 가장 중요한

392) 실라 맥그리거/번역 이진화, '아동 학대의 근원', 「마르크스21」 제16호, 2016, 92~93쪽.
393) The Expert Panel on the Deaths of Children and Youth in Residential Placements, 'Safe with intervention: The Report of the Expert Panel on the Deaths of Children and Youth in Residential Placement', 2018, 5쪽 (https://www.ontario.ca/document/safe-intervention-report-expert-panel-deaths-children-and-youth-residential-placements, 2022. 2. 5. 접속)
394) Jodi Rebecca Fleishman, 앞의 논문, 44쪽.

이해관계 당사자임을 고려할 때, 아동에게 영향을 미치는 결정에 아동이 일정한 역할을 하는[395] 것은 당연하게 느껴짐에도, 정작 아동이 소외되는 이율배반적 상황은 아동의 참여권을 보장해야 할 필요성을 보여준다. 아동의 보호 내지 복지에 대한 권리에서 참여에 대한 권리로 나아가야 한다는 견해[396] 또한 같은 취지로 이해된다.

CRC 또한 '아동이 사회에서 개인적 삶을 살도록 충분히 준비'하기 위하여, '아동이 자신과 관련된 모든 문제에 있어서 의사를 표현할 권리가 있고, 이를 위하여 사법 및 행정 절차에서 직접적이거나 대리인을 통해 참여할 기회가 제공되어야 한다'고 규정(제12조)함으로써, 아동의 참여권을 보장하고 있다. 특히, 의사소통이 가능한 나이의 아동의 경우, 스스로 무엇이 자신에게 '최선의 이익'이라고 생각하는지 그 의사를 확인하고, 그 의사를 자유롭게 표현할 수 있는 권리로서의 참여권을 확대할 필요[397]가 있다고 할 것이다.

캐나다는 아동등서비스법에서 아동의 최선의 이익을 판단할 때 고려할 첫 번째 요소로, 아동의 나이와 성숙도를 적절히 고려한 아동의 의사를 명시하고 있는바, 이는 그 자체로 아동에게 특정한 권리를 부여하고 있지는 않으나, 아동의 의사를 고려하기 위해서는 먼저 아동의 의사가 아동보호절차에서 표현되고, 전달되어야 한다는 사실에 비추어, 아동의 참여권을 보장하는 전제라고 할 것이다.

그리고 그 참여권을 보장하기 위한 구체적인 방법으로, 아동의 법적 대리를 규정하고 있다. 아동등서비스법이 아동의 법적 대리를 명시하고, 이를 법무부 내 조직인 OCL에서 제공하도록 함으로써 아동의 대리가 국가에 의하여 실질적이고 일관되게 제공될 수 있도록 한 것은, 아동의 참여권을 보장하기 위한 가장 주요한 제도로 이해된다.

물론 위 제도에도 아쉬움이 없는 것은 아니다. 우선, 아동의 법적 대리 여부가 원칙적으로 법원의 재량에 의해 결정된다는 점에서, 아동의 권리 보장이라는 측면에서 다소 부족하다고 할 수 있다. 이에 대하여, 법원의 결정에 의해 가장 큰 영향을 받는 아동의 법적 대리를 부인하는 것은 부정의이고, 이를 시정하는 가장 효과적인 방법은 입법을 통해서 아동의 법적 대리를 의무화하고, 아동 측이 그 비용을 감당할

395) Monique Costa El-Hage, 앞의 논문, 3, 8, 10쪽.
396) Clara Chapdelaine Feliciati Aroni, 'Child Justice in Canada and the Four Ps: Protection, Prosecution, Prevention, and Participation', 「Critical Criminology」, 2007, 281쪽.
397) 이봉주, 신원영, ''아동권리지수' 적용을 통한 아동권리 비교 연구', 「한국아동복지학」 제58호, 2017, 197쪽.

수 없는 경우에는 공적 기금으로 선임되는 변호인에 의한 법적 대리를 보장하는 것이라는 이유로, 아동보호절차에서 모든 아동에 대하여 독립적인 변호인에 의한 법적 대리를 의무화해야 한다는 견해[398]가 있다. 또한, OCL이 그 재정이 어려운 때에는 서비스에 대한 접근을 스스로 제한하는 등 아동변호인의 서비스 제공 여부와 어떻게 제공할지를 사실상 OCL에서 결정[399]하게 되는바, 이는 법원의 권한을 침해할 가능성이 있을 뿐만 아니라, '아동의 최선의 이익'에도 부합하지 않는다[400]고 할 것이다.

참고로 연방법인 '소년법'(Youth Criminal Justice Act) 제25조 제1항은 '변호인에 대한 권리(Right to counsel)'라는 제목으로 12세 이상 18세 미만의 소년에 대한 형사절차에서 소년이 변호인을 보유하고 지시할 권리(right to retain and instruct counsel)를 지체없이 갖는다고 규정하고 있는바, 이 권리는 캐나다 헌법 제10조 (b)항에서 규정하는 체포 또는 구금(Arrest or detention) 시 지체없이 변호인의 조력을 받을 권리에 근거하는 것으로 보인다. 물론 형사절차는 유죄판결 선고 시 피고인의 자유와 안전을 직접 박탈할 위험이 있다는 점에서 아동보호절차와 차이가 있으나[401], 아동보호절차에서 발령되는 아동보호명령이 아동의 거주환경, 동거인 등을 결정함으로써 아동의 삶의 질이나 방향에 큰 영향을 미칠 수 있음을 고려하면, 법원이 아동의 최선의 이익을 제대로 판단할 수 있도록 아동의 의사를 포함한 정확한 정보가 법원에 전달되어야 할 필요가 있다는 점에서, 아동의 법적 대리로 인한 효과는 단순히 아동의 의사를 법원에 효과적으로 전달하기 위한 방법론을 뛰어넘는다고 할 것이다.

또한 캐나다 대법원은 아동에 대한 주정부의 양육권명령(custody order)에 관한 New Brunswick(Minister of Health) v. G.(J.) 사건에서, 변호인을 선임할 경제적 능력이 없는 부모는 생명, 자유 및 신체의 안전에 관한 기본권인 캐나다 헌법 제7조에 의하여 국선(state-funded) 변호인의 조력을 받을 권리가 있고, 위 기본권은 형사절차를 넘어 아동보호절차에도 적용된다고 판시[402]하였다. 비록 위 판결이 아동의 권리에 대해서는 언급하지 않았으나, 아동보호절차에서 실질적으로 가장 큰 이해관계를 가지는 사람이 아동이라는 점을 고려할 때, 아동이 독립적으로 변호인의 조력을 받을 권리를 법제화하는 것은 아동의 권리를 보장하기 위한 좋은 방법이 될

398) Jodi Rebecca Fleishman, 앞의 논문, 69, 86쪽.
399) Jodi Rebecca Fleishman, 앞의 논문, 60쪽.
400) Michelle Fernando, 앞의 글, 54쪽.
401) Jodi Rebecca Fleishman, 앞의 논문, 72~73쪽.
402) New Brunswick(Minister of Health) v. G.(J.) [1999] 3 S.C.R. 46, 49쪽.

수 있다.

한편 아동학대등록부와 관련하여, 아동학대등록부가 원칙적으로 비공개이나, 아동 또는 아동의 변호인 또는 대리인에게 등록부 중 아동 또는 피등록인에 관한 정보에 대하여 검사할 권리를 인정하고 있는바, 이는 아동학대등록부의 내용에 큰 이해관계를 갖는 아동의 알 권리를 보장하고, 그 내용의 진실성을 담보하기 위한 취지로 이해된다.

반면, 우리나라는 아동복지법에서 아동의 최선의 이익을 고려해야 한다고 선언하면서도, 구체적으로 어떤 요소를 고려해야 하는지 전혀 언급하지 않고 있어, 아동의 의사가 표현되고 전달될 기초적인 전제가 부족하다고 할 수 있다.

아동학대처벌법은 피해아동보호명령절차에서 피해아동이 보조인을 선임할 수 있고(제48조), 피해아동에게 신체적·정신적 장애가 의심되는 경우, 빈곤이나 그 밖의 사유로 보조인을 선임할 수 없는 경우, 그 밖에 판사가 보조인이 필요하다고 인정하는 경우에는 법원이 직권에 의하거나 피해아동 또는 피해아동의 법정대리인·직계친족·형제자매, 아동학대전담공무원, 아동보호전문기관의 상담원과 그 기관장의 신청에 따라 변호사를 피해아동의 보조인으로 선정해야 함(제49조)을 규정하고 있다. 또한, 아동학대범죄사건의 형사 및 아동보호 절차에서 피해아동, 참고인 또는 증인이 13세 미만의 아동이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 의사소통이나 의사표현에 어려움이 있는 경우 성폭력처벌법상 진술조력인 제도를 준용(제17조)하고 있는바, 이는 모두 해당 절차에서 아동의 의사를 정확히 반영함으로써 아동의 참여권을 보장하기 위한 것으로 이해된다.

한편 2021. 12. 23. 헌법재판소는 성폭력처벌법 제30조 제6항 '제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다' 부분 가운데 19세 미만 성폭력범죄 피해자에 관한 부분이 헌법에 위반된다는 결정을 선고[403]하였는바, 영상물의 원진술자인 미성년 피해자에 대한 피고인의 반대신문권을 실질적으로 배제하여 피고인의 방어권을 과도하게 제한함으로써 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다는 것이 재판관 6인의 다수의견이다. 그런데 위 조항은 아동학대처벌법 제17조에 의하여 아동학대범죄 사건에도 준용되고 있었는바, 위 조항이 위헌으로 선고됨에 따라, 아동학대

403) 헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌바524 결정

범죄 재판에서 피해자인 아동의 진술이 녹화된 영상물에 대하여 피고인이 부동의할 경우 아동이 직접 증언을 해야 할 부담이 생기게 되었다. 물론 아동의 증언 시 피고인을 퇴정하게 하거나, 비디오 등 중계장치를 이용하여 법정 외 증언실에서 증언하게 함으로써 피고인을 대면하지 않도록 하는 방법 등이 사용될 수 있겠으나, 아동의 진술 반복 그 자체로 인한 아동의 불편 내지 정신적 고통, 피고인의 변호인의 반대신문 과정에서 소위 '2차 가해'의 위험성은 여전히 존재하고, 향후 법원에의 출석을 우려하여 아동이 피해의 신고 내지 진술 자체를 꺼리게 될 수 있다는 우려가 있다.

피해아동보호명령절차의 보조인에 대해서는 변호사가 아닌 경우 법원의 허가를 받아야 하는 외 그 자격 요건에 제한이 없음에도, 국선보조인을 변호사로 한정한 것에 대하여는, 아동의 참여권을 보장하기 위하여 그 대리인이 반드시 변호사일 필요는 없으므로, 보조인의 역할에 대한 이해부족에서 비롯된 것[404]이라는 비판적인 견해가 있다. 또한, 2007. 12. 21. 국선보조인 제도를 도입한 소년법은 법원이 직권에 의하거나 소년 또는 보호자의 신청에 따라 보조인을 선정할 수 있는 경우로, 소년에게 신체적·정신적 장애가 의심되는 경우, 빈곤이나 그 밖의 사유로 보조인을 선임할 수 없는 경우, 그 밖에 소년부 판사가 보조인이 필요하다고 인정하는 경우를 규정(제17조의2)하고 있는데, 임의적 선정이라는 점 외에는 피해아동보호명령절차의 국선보조인 선정 사유와 완전히 동일함에도, 국선보조인의 자격을 변호사 뿐만 아니라 정신과의사·심리학자·사회사업가·교육자 등 법원이 적정하다고 인정하는 사람(소년심판규칙 제19조의2)으로 넓게 인정하고 있다. 이는 소년보호절차가 갖는 행정적·복지적 성격과 사법적 성격의 양면성으로 인하여, 보조인이 변호사로서의 역할뿐 아니라 상담자 혹은 복지사로서의 역할도 수행해야 하고, 소년보호절차가 형사소송절차와 달리 소년의 건전한 육성을 통한 재사회화의 달성이라는 소년법의 이념을 실현하고자 하는 점이 반영된 것[405]으로 볼 수 있는바, 아예 수사기관의 수사를 거치지 않는 민사적 구제로서의 성격을 갖는[406] 피해아동보호명령절차의 국선보조인이 변호사에 한정될 필연적인 이유를 찾기 어렵다고 볼 수도 있다.

그러나 비록 보조인의 역할이 상담자 내지 복지사의 역할을 포괄할 필요가 있다고 하더라도, 피해아동보호명령절차가 법적 절차라는 점에서, 입법자가 이러한 업무를

404) 강동욱, 앞의 글, 115쪽.
405) 원혜욱, '소년사건에서의 보호이념과 국선보조인제도', 「형사정책」 제28권 제3호, 2016, 18~19쪽.
406) 현소혜, 앞의 글, 399쪽.

법률전문가인 변호사가 수행하는 것이 보다 적합하다고 판단한 것을 부당하다고 보기는 어렵다. 즉, 아동의 참여권 등을 보장하기 위하여 변호사나 법적 훈련을 받은 전문가가 아동의 권익을 보장하기 위한 활동 등 법률적 권리옹호의 제도화가 우선 필요하다[407]고 판단한 것으로 볼 수 있기 때문이다.

한편, 아동보호절차에는 보조인에 관한 규정이 아예 적용되지 않는다. 아동보호절차상 임시조치나 보호처분이 학대행위자를 대상으로 한 것이라는 차이 때문으로 일응 이해는 되나, 아동보호절차에서도 아동의 최선의 이익을 위하여 아동의 진정한 의사를 확인하고 반영할 필요는 마찬가지이므로, 아동보호절차에서도 아동이 독립적으로 부모 외 다른 사람의 조력 내지 보조를 받을 수 있는 제도를 마련할 필요가 있다고 할 것이다.

그 외 피해아동보호명령 및 임시보호명령에 법령 위반, 중대한 사실오인 또는 그 결정이 현저히 부당한 때에는 피해아동 및 법정대리인, 변호사 등은 항고 및 재항고(아동학대처벌법 제57조)를 할 수 있다.

2. 부모 등의 권리 측면

아동과 관련된 법적 절차에서 아동의 부모 등 보호자는 또 다른 당사자이다. 사실 '또 다른 당사자'라고 하기엔, 아동학대처벌법상 임시조치나 보호처분이 모두 학대행위자를 대상으로 하는 등 현재 우리나라의 법체계는 오히려 아동보다는 부모 등을 중심으로 설계되어 있다고도 볼 수 있다. 아동보호절차가 형사절차가 아니라 하더라도, 부모 등은 주거로부터 퇴거 등 격리, 접근 금지 등 상당히 침익적인 조치 내지 처분을 받게 되므로, 최소한의 자기 방어를 위한 절차적 권리를 보장할 필요가 있다고 할 것이다.

캐나다의 임시보호계약은 아동보호절차가 개시되기 전에 CAS와 아동의 부모 등 사이에 체결되는 사적 계약으로, 국가가 개입하기 전에 부모 등에게 아동의 양육과 관련된 문제를 스스로 해결할 기회를 부여하고 있다고 볼 수 있다.

임시보호계약에 대해서는 CAS가 아동보호절차의 신청 등을 빌미로 부모로 하여금 계약의 체결에 동의하도록 압박할 수 있다는 우려[408]도 있으나, 양육자가 아

407) 이혜원, 윤혜미, '아동권리옹호의 이해와 제도화방안의 모색: 학대피해아동의 권리옹호를 중심으로', 「학교사회복지」 제18권, 2010, 123쪽.
408) Joanne Wildgoose, 앞의 논문, 79쪽.

동을 보호할 수 없는 환경 내지 상황이 통상 아동학대의 발생 가능성이 높은 현실을 고려할 때, 임시보호계약은 법적 절차의 비용 및 침익성은 물론 아동이 '보호가 필요한 상태'라는 낙인을 피할 수 있고, 아동보호절차가 개시되기 전에도 CAS의 개입이 가능하다는 점에서, 부모 등을 위해서뿐만 아니라 아동의 보호를 위하여 긍정적[409]이라 할 것이다.

캐나다에서 아동보호절차가 시작된 후에는, 당사자인 부모는 아동보호절차에 관한 통지를 받을 권리가 있다. 위탁부모를 포함하여 청문이 개시되기 전 6개월 동안 계속 아동을 보호한 사람도 당사자와 같이 통지를 받을 권리가 있고, 위 청문에 출석하거나 변호인에 의하여 대표되거나 법원에 문서를 제출하거나 의견을 진술할 수 있으나 청문에 그 이상으로 참여하기 위해서는 법원의 허가가 필요하다.(제79조 제1항, 제3항)

한편 부모 등의 권리와 밀접한 관계가 있는 제도로, 아동학대등록부를 들 수 있다. 아동학대등록부가 작성되면, 감독관은 부모 등 피등록인에게 그가 등록되었다는 사실, 등록부에 기재된 정보를 검사할 수 있고, 감독관에게 자신의 이름을 삭제하거나 등록부의 내용을 수정해달라고 요구할 수 있음을 서면으로 통지해야 하는바, 위와 같은 통지를 받은 피등록인은 감독관에게 자신의 이름을 삭제하거나 등록부의 내용을 수정해달라고 요청할 수 있다. 이러한 요청을 받은 감독관은 이를 승인하거나, 승인 여부를 결정할 청문을 실시할 수 있는데, 이 때 당사자에게 10일 전 서면으로 고지해야 한다. 청문 결과 등록부의 피등록인에 관한 정보가 잘못되었거나 등록부에 있어서는 안된다고 판단할 경우, 감독관은 피등록인의 이름을 삭제하거나 등록부의 내용을 수정해야 하고, CAS에 대하여 감독관의 결정을 반영하여 CAS의 기록을 수정할 것을 명령할 수 있다. 이러한 감독관의 결정에 대해서 당사자는 법원에 이의를 제기할 수 있다.

아동학대등록부에 등록된 부모 등 피등록인에게 위와 같이 등록부의 작성 여부나 내용 수정을 요청할 수 있는 권리를 인정하고, 이를 위한 서면통지, 청문 등 절차상 권리를 보장하는 것은, 아동학대등록부에 기재되는 것이 당사자에게 상당히 침익적인 처분이므로, 그 과정에서 당사자의 권리를 충분히 보장하고, 이를 통해 아동학대등록부 내용의 진실성 또한 담보하기 위한 취지로 이해된다.

이와 관련하여, 아동등서비스법의 제정에 많은 영향을 끼친 '케이트린 사건'에

409) Nicholas Bala & Kate Kehoe, 앞의 글, 35쪽.

대한 사인조사(Inquest)의 배심원은 아동학대등록부의 내용을 확대하고, 조사 결과 입증된 아동학대를 보고하지 않은 CAS를 제재하거나 벌금을 부과하자는 내용의 제안[410]을 했으나, 위 제안이 아동등서비스법에 반영되지는 않았다.

우리나라의 경우, 아동학대처벌법상 아동학대행위자는 피해아동보호명령절차에서 보조인을 선임할 수 있고(제48조), 구속 등 형사절차의 피고인에게 국선변호인을 선정해야 하는 경우와 같은 경우에는 법원이 국선보조인을 선정해줄 수 있는바(제49조), 이는 부모 등 아동학대행위자의 절차적 권리를 보장하는 것이라 할 수 있다. 또한 아동학대행위자는 자신에 대한 임시조치, 보호처분, 피해아동보호명령 및 임시보호명령에 법령 위반, 중대한 사실오인 또는 그 결정이 현저히 부당한 때에는 항고 및 재항고할 수 있는바(제45조, 제57조), 처분 내지 결정의 당부를 다툴 수 있는 권리를 인정하는 것으로, 부모 등의 권리의 관점에서 중요한 의미를 갖는다고 할 것이다.

한편 우리 아동복지법은 피해아동, 그 가족 및 아동학대행위자에 관한 정보와 아동학대예방사업에 관한 정보 등을 입력·관리하는 국가아동학대정보시스템(제28조의2)에 관하여 규정하고 있는바, 아동학대행위자의 정보가 포함된 점, 시·도지사 등 지방자치단체장, 판사 등 사법 관계자, 의료인 등 업무관련자들이 정보를 요청할 수 있는 점, 원칙적으로 위 시스템 상 정보의 공개 또는 누설이 금지된 점 등에서 캐나다의 아동학대등록부와 유사한 제도로 이해되고, 아동학대의 발생 원인에 관한 연구에 위 시스템 상 정보가 실제로 활용[411]되는 점에 비추어, 위 시스템에 아동학대행위자나 아동, 그들이 속한 가정의 상황 등 구체적인 정보가 포함되어 있는 것으로 보인다.

그러나 아동복지법에는 국가아동학대정보시스템상 정보에 대한 아동 및 아동학대행위자 등 당사자가 위 시스템에 입력된 정보를 열람하거나 그 내용의 수정을 요청할 권리, 그 과정에서 통지나 청문 등 절차적 권리를 보장하는 규정들이 전혀 없어, 해당 정보와 관련된 당사자들의 권리 보장 측면에서는 부족하다고 할 것이다.

---

410) 위 'INQUEST TOUCHING THE DEATH OF Katelynn Sampson JURY VERDICT AND RECOMMENDATIONS' 중 제54항 및 제55항 (https://jfcy.org/wp-content/uploads/2016/04/KatelynnSampsonInquest_JuryRecommendations.pdf, 2022. 2. 5. 접속)

411) 예컨대, 정선아, 장화정, 김경희, 김미경, 박보영, '어린이집 아동학대 발생 원인에 대한 생태학적 접근 연구 : 2015년 국가아동학대정보시스템 아동학대사례를 중심으로', 「아동과권리」 제22권 제3호, 2018은 국가아동학대정보시스템에 입력된 2015년 어린이집 아동학대 사례 전수를 분석하여 생태학적 관점에서 아동학대 발생 원인을 파악하였다.

한편 당사자는 개인정보보호법상 정보주체에, 보건복지부장관은 위 법상 개인정보처리자에 각 해당되므로(제2조), 자신의 개인정보에 대한 열람 및 정정 또는 삭제, 처리정지 등을 요구할 권리 등 개인정보보호법상 정보주체의 권리(제4조, 제35조 내지 제37조)를 행사할 수는 있으나, 여기서 '개인정보'는 '개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보'[412]를 의미하는바, 국가아동학대정보시스템에 등록된 당사자의 동일성을 식별할 수 있게 하는 정보 외 학대 사실의 구체적 내용 등에 대해서는 위 법을 적용할 수 있을지 확신하기 어렵다.

또한 행정절차법은 행정청의 처분 절차에서 의견제출 및 청문, 증거조사, 문서의 열람 등 절차적 권리에 관한 규정을 두고 있으나(제27조 내지 제37조), 그 대상인 처분을 '행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법 집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용'으로 정의(제2조)하고 있어, 보건복지부장관이 '아동학대 관련 정보를 공유하고 아동학대를 예방'하는 것을 목적으로 하는 국가아동학대정보시스템에 피해아동, 그 가족 및 아동학대행위자에 관한 정보와 아동학대예방사업에 관한 정보를 입력(아동복지법 제28조의2)하는 것이 행정절차법상 처분에 해당되는지 명확하지 않다는 점에서, 부모 등이 행정절차법상 절차적 권리를 행사할 수 있을지 여부 또한 확신하기 어렵다.

3. 소결

아동보호절차 등 아동과 관련된 법적 절차에서 아동의 참여권을 보장하기 위하여, 우선 아동에게 자신과 관련된 절차가 시작되었고 진행 중임을 알려서, 아동이 위 절차에 참여할지 여부를 판단하고, 그 절차에서 자신의 의사를 자유롭고 독립적으로 표현할 수 있는 제도를 마련할 필요가 있다. 캐나다의 아동등서비스법이 아동에게 아동보호절차에 관한 통지를 받을 권리와 청문에 출석할 수 있는 권리를 규정하고 있는 것은 우선 아동에게 자신과 관련된 절차가 있음을 알리고 그 절차에 참여할지 여부를 판단할 수 있도록 보장한다는 점에서 의의가 있다고 할 수 있으므로, 우리나라도 위와 같은 권리를 법에 명시할 필요가 있다고 할 것이다.

아동이 자신의 의사를 표현할 수 있는 제도로는, 캐나다의 법적 대리 제도가

412) 헌법재판소 2005. 7. 21. 선고 2003헌마282 결정

좋은 참고가 될 수 있는데, 이 제도의 관건은, 대리인이 얼마나 아동의 의사를 정확히 파악하고, 이를 해당 절차에서 잘 전달하느냐에 달려 있다고 할 것이므로, 대리인이 아동의 상태와 환경, 발달 정도를 정확히 이해할 수 있는 의사와 능력, 경험을 보유하고 있어야 할 것이다. 이를 위하여 일정한 자격 요건을 법정할 필요가 있는바, 기본적으로 법적 절차에서 아동을 대리하는 것이므로, 현행 피해아동보호명령절차의 국선보조인을 변호사로 한정한 취지 및 캐나다에서 법적 대리를 경력 10년 이상의 변호사가 담당하게 하는 점 등에 비추어, 법률전문가인 변호사로 하여금 법적 대리를 하게 할 필요성이 있어보인다.

반면, 앞서 본 바와 같이 소년법상 국선보조인은 일반 형사절차에서 국선변호인의 역할과 유사하여 오히려 변호사의 자격이 필요할 것으로 보임에도 소년법이 국선보조인 자격을 변호사로 한정하지 않는 것은, 그 대상이 '소년'이라는 특수성을 고려한 것으로 보이고, 국선보조인의 업무에 대한 인식과 관련하여 비변호사 전문가인 국선보조인이 변호사인 국선보조인보다 업무에 대한 관심정도 및 자신의 판단에 대한 확신정도가 더 높고, 보조인의 의견이 판사의 최종결정에 더 적극적으로 반영되고 있고, 사후에도 소년들과 교류를 더 많이 하는 것으로 나타난 분석결과[413]에 비추어 비변호사인 전문가의 역량과 의지가 국선보조인의 업무를 수행하는 데 부족하지 않은 것으로 보인다. 이러한 사정을 참고하여, 발달, 심리 등 측면에서 아동의 특성을 잘 이해하고 이를 토대로 아동과 효율적으로 의사소통할 수 있는 전문가가 아동의 법적 대리를 맡게 된다면, 아동이 자신과 관련된 법적 절차에 실질적으로 참여하는 것을 목적으로 하는 법적 대리의 이념을 충실히 구현할 수 있을 것으로도 생각된다.

위와 같이 법적 대리 제도는 아동의 참여권을 보장하기 위한 유용한 제도로 도입할 필요성이 있으나, 그 핵심인 대리인의 자격 요건 문제에 관해서는 앞서 언급한 바와 같이 여러 가지 측면에서 검토할 필요가 있으므로, 이 논문에서는 캐나다의 법적 대리 제도로부터 시사점을 얻어 이에 관한 연구의 필요성을 제시하고, 보다 구체적이고 깊이있는 논의는 향후의 연구로 미루기로 한다.

또한 국가아동학대정보시스템이 아동에 관한 개인적인 정보를 포함하고 있으므로, 당사자인 아동 및 그 대리인에 대하여 이를 열람하고, 잘못된 정보의 수정을 요청할 수 있는 권리를 인정할 필요가 있다. 이를 통해 자연스럽게 아동이 자신과 관

413) 황지태, 김지영, 원혜욱, 김지연, 「소년 국선보조인제도의 운영현황과 개선방안에 대한 연구」, 한국형사정책연구원, 2016, 131, 139쪽.

련된 절차에 참여하게 됨으로써 그 자체로 참여권을 보장하는 의미도 있고, 이를 통해 국가아동학대정보시스템에 등록된 정보의 진실성 또한 담보될 수 있을 것이다.

자신과 관련된 법적 절차에 실질적으로 참여할 수 있도록 절차적 권리를 보장해야 할 필요성은 부모 등의 경우도 마찬가지다.

이와 관련하여, 아동의 양육 과정에 문제가 있는 부모 등에게 국가가 본격적으로 개입하기 전에 자발적으로 이를 해결하거나 개선할 기회를 제도적으로 마련하는 방안을 검토할 필요가 있다. 이런 관점에서 캐나다의 임시보호계약이 좋은 참고가 될 수 있다. 부모 등이 자발적 의사로 아동보호전문기관 등과 아동의 양육 방법, 양육 환경 개선 등에 관한 계약을 체결한다면, 스스로 약속한 조건을 준수할 가능성이 높아져, 아동과 부모 모두에 부담을 덜 주면서도 아동을 보호하는 효과를 거둘 수 있을 것으로 기대되기 때문이다.

그리고 국가아동학대정보시스템에 등록된 부모 등 입장에서는 위 시스템에 등록된다는 사실이 보호처분 등 구체적인 처분 못지않은 침익적 처분으로 인식될 수 있으므로, 당사자의 이의신청 등 절차적 권리를 충분히 보장할 필요가 있고, 앞서 살펴본 바와 같이 현행 개인정보보호법이나 행정절차법의 해석으로는 그 보장 여부가 명확하지 않으므로, 아동등서비스법이 규정한 피등록인의 권리를 참고하여, 아동복지법에 다음과 같은 내용을 추가하는 방안을 제안해본다.

먼저 피등록인은 자신이 국가아동학대정보시스템에 등록된 사실을 알 권리가 있다는 측면에서, 위 시스템의 운영 책임자인 보건복지부장관은 등록 즉시 피등록인 및 그 변호인 또는 대리인에게 피등록인이 국가아동학대정보시스템에 등록된 사실 및 그 사유를 통지할 의무가 있음을 명시할 필요가 있다. 이 때 통지의 방법은 서면, 이메일, 문자메시지 등 여러 통신 방법을 고려하여 탄력적으로 할 수 있도록 하고, 통지서에는 피등록인 및 변호인 등이 국가아동학대정보시스템에 등록된 피등록인 관련 정보를 열람할 권리, 열람 결과 그 정보가 잘못된 경우 그 정보의 변경 또는 삭제를 요청할 권리가 있음을 명시해야 할 것이다. 이 때 열람 대상인 정보는 원칙적으로 피등록인 본인에 관한 정보로 하고, 다른 사람에 관한 정보일 경우 그 사람의 동의를 얻어 열람할 수 있도록 하는 방안도 가능할 것이다.

이후 피등록인이 정보를 열람한 후 그 정보의 변경 또는 삭제를 요청할 경우, 만약 피등록인의 주장 및 제출 자료에 의하여 그 요청이 타당함이 명백한 경우, 예컨대 피등록인의 주소, 직업 등 객관적 정보가 잘못 기재된 경우와 같이 추가적인

조사 내지 확인이 필요하지 않은 경우에는 보건복지부장관이 바로 그 정보를 변경 또는 삭제할 수 있음을 규정할 수 있을 것이다. 그러나, 피등록인의 요청이 타당한지 명백하지 않은 경우에는, 그 요청에 대한 허가 여부를 판단하기 위한 조사 절차를 진행할 필요가 있다. 이 경우 최초의 통지와 같은 방식으로, 피등록인 및 변호인 등에게 추가 자료 제출 또는 피등록인이 직접 진술할 수 있는 청문 기일에의 출석을 요구할 수 있다. 청문 기일에 출석하여 진술할 경우에는 그 준비 기간을 고려한 최소한의 기일 전에는 통지되도록 규정할 필요가 있다.

위와 같은 조사 후 보건복지부장관이 피등록인의 요청을 불허하는 결정을 한 경우, 피등록인 및 변호인 등은 위 결정에 대하여 이의를 제기할 수 있음을 규정할 필요가 있다. 이의제기의 방식은 보건복지부장관의 처분에 대한 행정심판 내지 행정소송을 고려할 수 있는데, 국가아동학대정보시스템에 등록된 내용이 피등록인의 명예 등 실체적 권리와 관련됨은 물론, 그 시정을 구하는 과정에서 절차적 권리와도 관련되므로, 행정청의 결정에 대하여 사법적 판단을 받을 필요가 있기 때문이다.

국가아동학대정보시스템에 등록된 부모 등에 대하여 위와 같은 권리를 인정하는 것은, 단순히 부모 등의 프라이버시 등 권리를 보장하기 위한 것만이 아니라, 위 시스템에 정확한 정보가 등록되게 함으로써 위 시스템의 신뢰도와 활용성을 높여, 궁극적으로 아동의 보호를 위한 것이라 할 것이다.

III. 공동체의 책임 관점에서 본 아동보호절차

한 사회가 아동학대를 대하는 인식과 태도는, 특정한 개별적 행위를 아동학대로 인정하느냐와는 또 다른 관점에서 아동학대 문제를 논의하는 방법이다. 사회가 아동학대를 인식하는 태도 - 문제적 개인의 일탈로 보는지, 아니면 사회구조적 원인으로 발생하는 공동체의 문제로 보는지 - 는 아동학대 문제에 대한 대응 방법의 차이로 연결될 수밖에 없기 때문이다. 즉, 아동학대를 개인의 문제로 보는 경우는 그 개인에 대한 억제 내지 처벌에 중점을 두게 되고, 사회적 문제로 보는 경우에는 개인에 대한 대책 외에도 아동학대를 발생케 하는 사회적 원인에 대한 해결책이나 공동체 전체의 책임과 의무에 관심을 갖게 될 것이다.

아동학대 관련 제도 중 아동학대를 국가나 사회 등 공동체가 책임을 지는 문

제로 인식하는 대표적인 태도를 보여주는 것이 신고의무 제도라 할 것이다. 형사법 체계에서 범죄에 대하여 신고의무를 두는 것은 매우 예외적인 현상인바, 아동학대 문제에 대해서는 그 문제와 직접 관계가 없는 사람이라도 공동체의 구성원으로서 이를 공동체에 알릴 의무를 부담한다는 것이다. 우리나라 법체계에서도 특정한 범죄에 대하여 그 범죄와 관계없는 사람에게 신고의무를 부과하는 범죄는 아동학대가 유일하다고 할 수 있다.

한편 최근 아동복지법이 아동학대전담공무원 제도를 도입하면서 그 취지 중 하나로 '아동학대 조사체계를 공공 중심으로 개편'한다는 점을 제시한 것은, 우리나라가 아동학대 문제에 대하여, 공동체의 정점이라 할 수 있는 국가가 직접 책임을 진다는 사실을 명확히 한 것으로 이해할 수 있다. 캐나다에서는 아동의 복지와 보호 문제가 원칙적으로 주 또는 준주의 책임이고, CAS가 아동학대에 관한 최초의 신고 접수부터, 조사, 아동보호명령의 신청, 발령된 아동보호명령의 집행까지 아동보호절차의 전 과정에서 실질적인 역할을 담당하고 있는바, 우리나라의 아동학대전담공무원과 유사한 업무를 수행하는 것으로 보인다.

이하에서는 신고의무 제도 및 CAS와 아동학대전담공무원에 관하여, 각 우리나라와 캐나다를 비교하여 그 차이점을 살펴본 후, 우리나라에서 신고의무 및 아동학대전담공무원 제도를 개선할 수 있는 방안을 제안하고자 한다.

1. 신고의무 제도

신고의무 제도에 있어서 캐나다와 우리나라의 가장 큰 차이는 신고대상인 아동의 범위라 할 수 있다. 온타리오주는 '보호가 필요한 상태'에 있는 아동을 신고하도록 규정하고 있는바, 앞서 살펴본 바와 같이 아동학대에 해당하는 경우 뿐만 아니라 그 위험이 있는 경우, 부모가 죽거나 양육권을 행사할 수 없는 등 부모의 과실 여부를 불문하고 아동에게 적절한 보호와 양육을 제공하지 못하는 경우, 12세 미만의 아동이 살인 등 중범죄를 저질러 재범을 막기 위한 조치가 필요하나 부모 등 보호자가 이를 제공하지 못하는 경우 등 신고대상인 아동의 범위를 매우 폭넓게 규정하고 있다.

반면 우리나라는 '아동학대범죄' 또는 그 의심이 있는 경우에만 신고의무의 대상으로 규정하고 있어, 그 범위가 좁다. 따라서 부모 등 보호자가 사망한 경우 등

보호자의 과실 없이 아동에게 적절한 보호와 양육을 제공하지 못하는 경우나, 아동 본인이 범죄를 저지르고 그 재범을 위한 조치가 필요한 경우 등과 같이 아동의 보호가 필요한 경우를 모두 포섭하지 못하고 있다.

신고의무자의 범위와 관련하여, 온타리오주에서는 누구나 보호가 필요한 상태에 있는 아동을 신고할 의무를 부담하고, 이러한 보편적 신고의무는 캐나다의 대부분의 주에서 채택된 반면, 우리나라는 특정한 직업군에 대해서만 아동학대범죄 또는 그 의심이 있는 경우에 대한 신고의무를 부과하고 있다. 온타리오주에서는 신고의무자가 직접 신고해야 함을 명시적으로 규정하고 있으나, 우리 법은 위와 같은 내용의 조항을 두고 있지 않은 차이도 있다. 또한, 온타리오주에서는 특정 직업군의 신고의무 불이행에 대해서는 형사처벌로 제재하는 반면, 우리나라는 신고의무자의 신고의무 불이행에 대하여 과태료를 부과하고 있다.

온타리오주가 모든 사람에게 계속적, 직접적 신고의무를 부과하고, 일정한 직업군에 대해서는 신고의무 불이행을 형사처벌하고, 특히 의사 등 전문가의 직업적 관계에서 통상 기밀에 해당하는 정보에 대해서도 신고의무가 있음을 명시하고 있는 것은 아동의 보호를 위하여 강도 높은 신고의무를 규정하고 있는 것으로 이해된다.

2. 아동학대 업무 담당자의 지위와 권한

캐나다의 CAS는 민간단체인 점에서, 공무원인 우리나라의 아동학대전담공무원과는 기본적인 성격이 다르다. 물론 우리나라에서 아동학대전담공무원 제도의 도입 이전에는 아동보호전문기관의 직원이 그 역할을 하고 있었으나, 아동보호전문기관 또한 아동복지법에 의하여 원칙적으로 각 지방자치단체 별로 설치해야 할 의무를 부담한다(제45조)는 점에서, 그 법적 성격을 CAS와 똑같은 민간단체로 보기는 어렵다고 할 것이다.

또한 우리나라는 조사 등 업무를 행하는 아동학대전담공무원 등에 대한 직접적인 면책 조항을 두지 않고, 아동학대전담공무원 등의 조사에 따르지 않거나 그 업무를 방해한 사람에 대한 과태료 또는 형사처벌을 규정함으로써 간접적으로 아동학대전담공무원 등의 업무를 보장 및 보호하는 방식(아동학대처벌법 제61조, 제63조)을 취하는 점에서도 차이가 있다.

실제 업무를 수행하는 사람의 권한과 관련해서 보면, 온타리오주의 아동보호

직원은 우리나라의 아동학대전담공무원보다 훨씬 더 강한 권한을 갖고 있는 것으로 보인다. CAS와 같은 아동복지기관은 캐나다 아동복지시스템의 핵심이라 평가하는 견해[414]도 이러한 관점에서 이해할 수 있다.

즉 아동보호직원은 아동보호절차의 개시 사유 중 하나로, 영장 없이도 16세 미만의 아동을 수색해서 데리고 올 권한이 있고, 필요한 경우 유형력을 사용할 수도 있다. 비록 '합리적인 근거로 16세 미만의 아동이 보호가 필요한 상태에 있고, 영장을 발부받거나 법원의 청문 기일이 열릴 때까지의 시간 동안 아동의 건강 또는 안전에 대한 상당한 위험이 있다고 판단'하는 등 다른 요건이 부가되어 있기는 하지만, 사법기관이 전혀 관여하지 않은 상태에서 타인의 주거지에 출입하여 아동의 신병을 확보하고, 그 과정에서 유형력까지 행사할 수 있는 것은 상당히 침익적인 권한을 행사하는 것으로, 캐나다 헌법 제9조가 보장하는 임의적으로 구금되지 않을 권리와 충돌하는 것은 아닌지 의문이 들기도 한다. 그리고 영장 없이 아동의 신병을 확보한 후 법원의 청문 기일이 열리기까지 5일 동안 아동의 부모를 설득하여 CAS와 임시보호계약을 체결하게 할 수 있는 점을 고려하면, 아동의 부모 입장에서는 아동보호절차의 개시로 인한 불편과 낙인을 피할 수 있다는 장점도 있으나, 부모와 아동보호직원의 힘의 불균형에 비추어 볼 때 위와 같은 방법으로 법원의 개입을 회피하는 것이 과연 바람직한 것인지에 대한 의문도 있다. 법원의 아동보호절차가 개시되지 않는 한, 아동보호직원의 재량이 적절히 행사되었는지 검토하고 판단할 방법이 없기 때문[415]이다.

그러나 앞서 본 것처럼 아동보호직원이 아동을 안전장소로 데려간 경우에는 5일 이내에 청문 기일이 열려야 하고, 그렇지 않은 경우 아동을 보호자에게 돌려보내야 하는 등 처분에 시간적 제약이 있는 등 아동보호직원의 권한이 법률과 법원의 통제 하에 행사되고[416], 최초 신고접수, 조사 등으로 보호가 필요한 아동에 관한 정보를 가장 빨리 접하는 CAS에 위와 같은 권한을 부여하는 것은 신속한 아동의 보호를 위하여 불가피하다고 볼 수 있다. 아동보호직원의 위와 같은 권한에 대하여 캐나다 국민의 지지가 있다고 평가하는 견해[417]도 같은 취지로 이해된다.

414) 김나루, 앞의 글, 75쪽.
415) Joanne Wildgoose, 앞의 논문, 80쪽.
416) Nicholas Bala & Kate Kehoe, 앞의 글, 24쪽.
417) Karen Swift and Marilyn Callahan, 앞의 글, 126쪽.

3. 소결

신고의무 제도 자체의 효용성에 대해서는 여전히 논란이 있다. 아동학대를 발견할 가장 '이상적인' 위치에 있는 소아과 의사들조차 아동의 부모에 대한 신뢰관계 위반, 법적 절차에 관여하게 되는 부담감, 아동보호기관과의 소통 문제 등을 이유로 부정적이라는 경험적 연구결과[418]도 있고, 신고의무 불이행으로 인한 형사처벌을 피하기 위하여 아동학대로 입증되지 않는 신고가 증가할 수밖에 없고, 아동복지를 아동 및 가족에 대하여 서비스를 제공하는 것보다 아동학대 여부에 관한 조사 활동을 우선하여 여기에 자원을 소모하는 것으로 변형시켰다는 비판[419]도 존재한다.

그러나 여성 등 특정 집단이 자주 폭력의 대상이 된다는 사실은 개인적인 차원에서가 아니라, 사회적 부정의의 문제와 직접적으로 관련되어 있다는 것을 보여주는[420] 것으로, 아동학대 또한 아동이라는 특정 집단을 대상으로 한 구조적 범행으로 사회적 부정의에 해당하므로, 아동학대가 의심될 경우 이를 신고하여 그 해결에 노력해야 할 의무 또한 일부 업무관련자 내지 전문가뿐만 아니라 사회의 모든 구성원들의 의무, 즉 공동체 전체의 책임으로 이해하는 것이 논리적이라 할 것이다.

이런 관점에서, 아동학대가 타인의 문제가 아니라 공동체의 구성원으로서의 신고의무를 부담하는 나의 문제이기도 하다는 인식을 높이고, 현실적으로는 비록 조사결과 아동학대로 판단되지 않는다고 하더라도 보호자의 부적절한 양육 태도 내지 환경에 관하여 경고함으로써 아동학대를 예방할 수 있다는 점에서, 신고의무 제도의 긍정적 기능이 더욱 크다고 할 것이다. 신고의무가 단점을 능가하는 경제적, 사회적 이익이 있고, 신고의무를 폐지하는 것은 안전에 대한 아동의 권리를 무시함으로써 아동의 취약성을 더욱 증가시킬 것이라는 견해[421], 신고의무를 지역사회의 안전 확보를 위한 일종의 정보공유체계로 이해하는 견해[422]도 같은 취지로 이해된다.

---

418) Anne P. Vulliamy, Richard Sullivan, 'REPORTING CHILD ABUSE: PEDIATRICIANS' EXPERIENCES WITH THE CHILD PROTECTION SYSTEM', 「Child Abuse & Neglect」Vol. 24, No. 11, 2000, 1468쪽.

419) Frank Ainsworth, 'Mandatory reporting of child abuse and neglect : Does it really make a difference?', 「Child and Family Social Work」, 2002, 61~62쪽.

420) 김은주, '정의와 차이의 정치 - 아이리스 마리온 영의 정의론의 의미에 대하여', 「시대와 철학」제29권 제4호, 2018, 13쪽.

421) Ben Mathews, Donald C Bross, 'Mandated reporting is still a policy with reason: Empritical evidence and philosophical grounds', 「Child abuse & neglect」Vol.32(5), 2008, 513~514쪽.

422) 권창국, '범죄신고 의무자 보호제도에 관한 고찰 - 아동학대 및 성폭력범죄의 신고의무자 문제를 중심으로 - ', 「사회과학논총」 제28권 제2호, 2013, 12~13쪽.

신고의무의 확대는 두 가지 측면에서 논의할 수 있는데, 첫 번째는 신고의무의 대상이 되는 아동의 범위를 넓히는 문제이고, 두 번째는 신고의무를 부담하는 사람의 범위를 넓히는 문제이다.

첫째 신고의무 대상의 범위와 관련하여, 우리나라는 신고의무의 대상이 '아동학대범죄' 또는 그 의심이 있는 경우로 제한되어, 아동의 보호가 필요한 경우를 다 포섭하지 못하고 있으므로, 부모 등 보호자가 사망한 경우, 아동 본인이 범죄를 저지르고 그 재범을 방지하기 위한 조치가 필요한 경우 등 보호자의 과실 여부와 상관없이 아동의 보호가 필요한 경우를 포함하도록 신고의무의 대상을 확대할 필요가 있다고 할 것이다. 가정폭력노출, 부모의 약물남용에 대해서도 신고대상에 포함하자는 견해[423]도 있다. 또한, 아동의 사망은 그 연령에 비추어 이례적이므로, 아동의 사망을 인지한 경우도 신고의 대상으로 추가하는 방안도 검토할 필요가 있다고 할 것이다.

둘째 신고의무자의 범위와 관련하여, 현행 신고의무자로 규정된 직업군에 사설상담기관의 아동전문상담사[424], 약사, 한약사, 우편집배원, 가정방문 등 학습교사[425], 법조인, 경찰[426] 등을 추가하자는 견해도 있으나, 의료인 등 이미 신고의무자인 직업군의 신고율도 낮은[427] 상황에서 새로운 직업군 몇 개를 추가한다고 하여 현실적으로 신고율이 높아질 것을 기대하기 어렵고, 무엇보다 앞서 언급한 바와 같이 아동학대에 대한 공동체 구성원으로서의 책임이라는 관점에서, 모든 사람이 신고의무를 부담하고, 신고의무자가 직접 신고해야 한다는 취지를 명시하는 내용으로 관련 법률을 개정하는 방안을 논의할 필요가 있다. 신고의무자의 범위는 아동과 접촉가능한 모든 직군으로 확대할 필요가 있으며 궁극적으로는 모든 국민이 신고의무자가 되는 것이 바람직하다[428]는 견해도 유사한 취지로 이해된다. 신고의무자가 직접 신고해야 한다는 내용은, 신고의무가 누구에게나 있다는 사정이, 자칫 '모두의 책임은 누구의 책임도 아닌' 상황을 초래하는 것에 대한 경각심 차원에서 규정할

423) 김수정, 이재연, 앞의 글, 38쪽.
424) 이성애, 조현빈, '아동학대 신고의무제도의 활성화 방안 연구', 「한국범죄심리연구」제14권 제2호, 2018, 132쪽.
425) 이천현, 앞의 글, 178쪽.
426) 박은희, '아동학대 피해자 보호에 관한 법적 연구', 동아대학교 법학 박사학위논문, 2020, 170쪽. 다만, 이 논문은 '결론'(목차에는 V.항으로, 본문에는 VI.항으로 표시)에서는 '신고의무자를 모든 국민으로 확대하여야 하며'라고 기재(202쪽)하여, 어느 부분이 이 논문의 진정한 주장인지 알 수 없다.
427) 이승원, 차원철, 신태건, 심민섭, 조익준, 송근정, 정연권, 이태림, '아동학대에 대한 응급실 내 의료종사자의 인식조사', 「한국의료윤리학회지」제17권 제1호(통권 제39호), 2014, 88쪽.
428) 강은영, 김희균, 앞의 책, 410쪽.

필요가 있다.

한편, 보편적인 신고의무의 부과는 위와 같이 아동학대 문제에 대한 공동체의 관심의 증가 및 이를 통한 아동의 보호를 위한 것이지, 신고의무 불이행자를 처벌하기 위한 것이 아니므로, 신고의무 불이행에 대한 제재는 업무상 주의의무가 더 높다고 할 수 있는 업무관련자 내지 전문가로 제한하는 것이 타당하다고 할 것이다. 다만, 그 제재의 방법으로, 온타리오주와 같이 형벌을 부과하는 것은 의사 등 전문가의 환자 등 고객과의 관계를 고려할 때 가혹할 수 있는 반면, 우리 현행법과 같이 과태료를 유지할 경우 신고의무의 중대성에 대한 인식이 강화되기 어려울 수도 있어, 신고의무 불이행에 대한 제재를 어떻게 할지에 대해서는 향후 더 많은 논의가 필요하다고 할 것이다. 온타리오주에서도, 특히 교사와 관련하여, 신고의무 불이행으로 인한 형사처벌이 거의 없다는 사실을 밝히고, 그 원인으로 기소 단계에서 신고자가 아동이 보호가 필요한 상태에 있었다고 합리적으로 의심했는지 여부를 결정하는 것의 어려움, 정부가 전문가들에 대하여 지나치게 가혹하게 보이고 싶어하지 않는 점, 누가 신고하지 않았는지 자체를 밝히기 어려운 점 등을 제시한 연구결결과[429]가 있었는바, 형사처벌 조항이 사실상 사문화될 경우 오히려 신고의무에 대한 규범력까지 저하될 우려도 있다고 할 것이다.

아동학대전담공무원 제도와 관련해서는, 국가가 아동의 보호에 직접적인 책임을 부담한다는 사실을 명확히하고, 캐나다의 CAS가 기본적으로 민간단체라는 점에서 비롯되는, 업무 수행에 대한 감독이 부실할 수 있다는 우려[430]를 피할 수 있다는 점에서 장점이 있다.

그러나 아동학대전담공무원의 권한은 캐나다의 아동보호직원보다 제한되어 있는데, 아동학대 신고가 있을 경우 피해아동을 보호하기 위한 행정적인 조사는 긴급을 요할 뿐만 아니라 절대적으로 필요[431]하다는 점에서, 아동학대전담공무원도 현장출동 및 조사 과정에서 이를 방해하는 행위가 있을 경우 일정한 조건 하에 유형력을 행사할 수 있다는 명시적인 조항을 두는 방안 및 아동학대전담공무원의 업무

429) Samantha Jo Shewchuk, 앞의 논문, 20쪽.

430) 2015. 12. 4. Toronto Star, "Child protection system needs urgent fix:AG; Aid societies failed to check Ontario Child Abuse Register, leaving some kids 'at risk'"는 CAS가 온타리오 주의 아동학대 등록부를 확인하지 않는 등 그 업무를 제대로 하지 않고, 아동청소년부(Ministry of Children and Youth Services)는 CAS를 제대로 감독하지 않아 일부 아동을 위험에 빠뜨리고 있다는 취지로 비판하였다. (https://www.pressreader.com/canada/toronto-star/20151204/281608124362423, 2022. 2. 6. 접속)

431) 류기환, '아동학대 현황과 그 대응방안 - 행정조사와 경찰수사를 중심으로 -', 「법이론실무연구」 제9권 제1호, 2021, 26쪽.

수행 중 발생한 결과에 대하여 고의 또는 중대한 과실이 없는 한 아동학대전담공무원을 면책한다는 조항을 신설하는 방안을 논의할 필요가 있다. 이는 단지 아동학대전담공무원의 원활한 업무 수행을 위한 것이 아니라, 학대행위자 등의 예상치 못한 행위로 인하여 아동이나 다른 가족을 위험에 빠뜨릴 수 있는 등 문제적 상황에서 신속하게 대처하여 아동이나 다른 가족을 보호하기 위한 것이다.

반면 아동학대전담공무원에게 캐나다의 아동보호직원처럼 영장 없이 수색 및 아동의 신병을 확보할 수 있는 권한을 부여하는 것은 보다 신중하게 검토할 필요가 있다. 일단 아동학대전담공무원 또는 사법경찰관리는 아동학대처벌법상 응급조치 권한에 의하여 아동학대범죄 현장을 발견한 경우 등 급박한 상황에서 아동을 학대행위자로부터 격리하거나 보호시설로 인도하는 등 조치를 할 수 있고, 응급조치 기간도 기본적으로 72시간이나, 48시간 더 연장할 수 있고, 검사가 학대행위자에 대하여 임시조치를 청구할 경우 그 기간이 법원의 임시조치 결정전까지 연장되어, 아동의 신속한 보호를 위한 조치를 취할 권한은 이미 상당히 부여되어 있다고 볼 수 있기 때문이다.

다만 아동학대전담공무원은 사법경찰관리와 달리 응급조치를 위하여 타인의 토지 등에 출입할 권한이 인정되지 않아 온타리오주의 아동보호직원보다 권한의 범위가 좁다고 할 수 있으나, 사법경찰관리가 아동학대범죄 행위의 제지 및 아동학대행위자를 피해아동등으로부터 격리하는 경우에는 타인의 토지 등에 출입할 수 있어(아동학대처벌법 제12조) 아동의 보호를 위한 공백이 크다고 보기도 어렵다.

한편 아동학대전담공무원 제도의 성공은 사실상 아동학대전담공무원의 역량에 의존할 수밖에 없는바, 캐나다에서도 오랫동안 운영되어 온 CAS의 아동보호직원에 대해서도, 높은 강도의 서류 작업으로 인한 행정 업무의 부담, 그로 인한 아동 등 관련자들과 대면하는 시간이 줄어드는 것, 아동과 가족을 도울 수 있는 자원의 부족 등 불만이 있고, 그 결과 아동보호직원의 구인난이 국가적 문제[432]라는 우려가 있고, 우리나라도 아동학대전담공무원의 인원이 부족한 실정으로 인원확충이 필요하다는 주장[433]이 있다. 또한, 일선 아동보호전문기관은 업무지원의 형태로 아동학대전담공무원이 행하여야 하는 업무의 대부분을 법적 근거 없이 이전과 같이 자신들이 수행하게 될 것을 우려하고 있는 한편, 아동학대전담공무원은 24시간 신고전

432) Karen Swift and Marilyn Callahan, 앞의 글, 118, 132, 145쪽.
433) 최형보, 강동욱, 앞의 글, 122쪽.

화 및 당직체계 등 이제까지 아동보호전문기관에서 행하여 오던 업무형태가 일선 공무원의 업무체계와 맞지 않다고 여기는[434] 실정이다.

이에 아동학대전담공무원이 기대되는 역할을 할 수 있도록, 전문성 강화 교육[435], 전담조직의 강화, 실효적인 예산지원, 유연근무제나 인센티브 고려 등[436] 아동학대전담공무원 제도의 운용을 개선할 방법 또한 논의할 필요가 있다. 그 방법의 하나로, 아동학대전담공무원 제도가 도입되기 전 아동학대 조사 등 업무를 담당해 온 아동보호전문기관 직원의 노하우와 경험을 활용할 방법 또한 검토할 필요도 있을 것이다.

IV. 증거의 공유 또는 절차의 통합 관점에서 본 아동보호절차

형사법, 민사법 등 전통적인 법의 영역은 각 고유한 절차에 따라 구분되어 운용된다. 예컨대, 동일한 아동학대 사건에 대하여, 아동학대행위자에 대한 형사처벌은 형사절차에 의하여, 아동의 보호를 위한 비형사적 조치는 아동보호절차에 의하여, 아동학대로 인한 손해배상은 민사절차에 의하여, 수사기관 또는 서로 다른 법원에서, 각 절차에 고유한 증거법칙을 적용하여 독립적으로 진행된다.

그러나 사실관계 및 주된 관련자가 동일한 사건에 대하여, 서로 다른 절차를 따로 진행하는 것은, 각 절차마다 진행 속도가 달라 같은 사안에 대하여 서로 모순되는 결론이 나올 수 있고, 이를 피하기 위하여 다른 절차의 결론 내지 진행 상황을 염두에 두면서 절차의 진행이 지연될 수도 있다. 특히, 아동이 동일한 피해사실에 대하여 각 절차마다 계속 진술을 해야 한다면, 그 자체로 아동에게 큰 부담이 되어 소위 '법에 의한' 아동학대가 될 위험이 있고, 아동의 연령, 상황에 따라 진술이 달라질 경우 그 진술의 신빙성이 낮아지는 문제도 있다.

만약 한 번 확보된 아동의 진술을 아동보호절차나 형사절차에서 공유할 수 있고, 이를 토대로 아동과 부모 등에게 필요한 처분을 함께 할 수 있다면, 아동의 보호는 물론, 여러 절차가 신속하게 진행될 수 있어 사건의 효율적인 처리에도 기여할 수 있을 것이다. 이러한 관점에서, 캐나다와 우리나라의 법제 중 서로 다른 절차

434) 신수경, '아동학대 관련 법제도의 문제점과 개선방안－관련 법령과 업무개편 내용을 중심으로－', 「공익과 인권」 제21권, 2021, 315쪽.
435) 선종수, '아동학대범죄 조사 및 수사절차에 관한 검토', 「비교형사법연구」 제23권 제3호, 2021, 202쪽.
436) 김혁돈, '비대면시대의 아동학대의 문제점과 대응방안', 「보호관찰」 제21권 제1호, 2021, 144쪽.

에서 증거를 공유하거나 절차 자체를 통합하여 아동의 보호와 신속한 절차의 진행을 도모할 수 있는 제도가 있는지 살펴본 후, 이와 관련하여 우리나라의 법제를 개선할 수 있는 방안을 제안하고자 한다.

1. 증거의 공유 또는 절차의 통합

온타리오주의 아동등서비스법은 아동보호절차에서 민사, 형사 등 다른 법적 절차에서의 증거를 상당히 폭넓게 사용할 수 있음을 명시적으로 규정하고 있다. 이와 관련하여, 아동보호기관이 보호 또는 감독하는 아동이 형사절차에서 증언해야 할 경우, 아동보호기관은 수사기관 또는 법원에, 증언이 아동에 해로운 영향을 미치는지 여부에 대한 전문가의 의견을 포함한 관련 정보를 전달하거나, 스크린 설치, 신뢰관계인의 동석 등 증언 상황에 대한 구체적인 제안을 할 수 있고, 아동이 장애를 갖고 있을 경우 그에 필요한 조치 내지 대책을 요구[437]할 수 있어, 수사기관이나 법원의 신속하고 적절한 증거 확보 내지 채택에 도움이 될 수 있다. 또한, 아동보호절차에서 법원은 아동을 임시적으로 CAS에서 보호 및 양육하도록 하는 임시 CAS보호 명령을 발령하면서 부모에게 일정한 조건 - 예컨대, 마약테스트를 받을 것, 부모 교육에 참여할 것, 술이나 마약을 복용하지 말 것 등 - 을 준수하는 조건으로 아동을 만나는 것을 허가하는 등 같은 절차에서 아동 및 부모에 대한 처분을 함께 할 수도 있어, 원칙적으로 별개의 절차에서 이루어져야 할 아동 및 부모에 대한 처분을 같은 절차에서 한 번에 할 수 있다.

반면 우리나라는 아동학대처벌법이 사건의 관련성이 인정되어 병합하여 심리할 필요가 있는 경우 피해아동보호명령사건과 아동보호사건을 병합하여 심리할 수 있다는 조항(제54조) 외에는, 아동보호절차, 형사절차 등 서로 다른 법적 절차에서 증거를 공유할 수 있다는 규정을 두고 있지 않다. 또한, 아동보호전문기관의 직원 등이 피해아동보호명령사건에서 아동의 보조인이 될 수 있다는 조항(제48조) 외, 아동보호전문기관이 수사기관이나 법원에서 구체적으로 어떤 역할을 할 수 있는지도 규정하고 있지 않다. 그리고 아동학대처벌법상 임시조치 및 보호처분은 학대행위자를, 피해아동보호명령은 피해아동을 각 대상으로 특정하고 있어, 원칙적으로 같은 절차에서 아동과 부모 등에 대한 처분을 함께 하는 것을 예정하고 있지도 않다.

437) Nicholas Bala & Kate Kehoe, 앞의 글, 55~56쪽.

한편 민사소송법상 문서송부촉탁(제352조) 등 서증조사 제도를 활용하면 어느 정도 서로 다른 법적 절차의 증거를 공유하는 효과를 얻을 수 있을 것으로 보이는 바, 문서송부촉탁 신청은 법원, 검찰청 그 밖의 공공기관이 보관하고 있는 기록의 불특정한 일부에 대해서도 할 수 있고, 법원이 그 신청을 채택한 때에는 해당 기관에 이를 보내줄 것을 촉탁하여야 하고(민사소송규칙 제113조), 검사는 법원으로부터 서증조사의 협조의뢰가 있거나 기록검증의 통지 또는 문서송부의 촉탁이 있는 때에는 기록을 공개함이 적합하지 아니하다고 인정되는 명백한 사유가 없는 한 이에 응하여야 하기 때문이다(검찰보존사무규칙 제24조). 또한, 대검찰청은 이미 2014. 3. 5.경 범죄피해자가 피해회복·권리 구제를 위하여 제기한 소송과 관련한 법원의 사실조회에 적극적으로 협조하라는 내용의 내부 공문을 시행하기도 하여, 실무상 위와 같은 제도를 적극적으로 활용할 의지도 있다고 할 것이다.

그러나 형사소송법 제59조의2에서 정하는 재판확정기록의 열람 또는 등사를 제한할 수 있는 사유나 검찰보존사무규칙 제22조에서 정하는 수사서류 또는 불기소사건기록 등의 열람·등사를 제한할 수 있는 사유가 있을 때에는 문서송부촉탁에 응하지 않을 수 있고, 그 사유가 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀 등을 현저히 해할 우려가 있는 경우, 소송관계인이 동의하지 않는 경우 등 상당히 폭넓게 규정되어 있어(사건기록 열람·등사에 관한 업무처리 지침 제6조, 대검예규), 현실적으로 다른 법적 절차에서 필요로 하는 모든 자료를 확보하기는 어려워 보인다.

증거의 공유와 관련해서는, 캐나다에서도 형사절차와 아동보호절차가 같은 속도로 진행되지 않는 이유로, 경찰 입장에서 수사정보를 아동보호기관에 공개하는 것에 관한 우려[438]도 있으나, 서로 다른 기관이 확보한 증거를 서로 다른 법적 절차에서 사용할 수 있고, 아동의 상태와 환경에 대해서 잘 아는 아동보호기관이 처음부터 수사나 재판 과정에서 협력하고, 같은 절차에서 아동과 부모 등 행위자에 대한 처분을 함께 할 수 있다면, 아동의 보호와 절차의 신속한 진행에 있어서 상당한 의미가 있을 것이다.

2. 서로 다른 절차에서의 입증에 미치는 영향

위와 같이 서로 다른 절차에서 증거를 공유하고, 같은 절차에서 아동과 부모

438) Joseph Di Luca, Erin Dann, Breese Davies, 앞의 글, 45쪽.

등에 대한 처분을 같이 할 수 있게 되면, 신속한 절차의 진행 및 아동의 보호를 위하여 긍정적일 수 있지만, 한편으로는 아동보호절차와 형사절차에서 요구하는 입증의 정도가 달라, 각 절차에서의 입증이 불충분해지지 않을까 하는 우려가 들기도 한다. 특히 형사절차는 아동보호절차보다 엄격한 증명의 원리가 적용되는데, 동일한 아동의 진술이라 하더라도 아동보호절차에서는 증거로 사용되었으나 형사절차에서는 채택되지 못할 가능성도 있으므로, 이러한 경우 아동학대 여부 등 주된 쟁점에 관하여 양 절차의 결론이 다르거나, 증거법칙 때문에 결국 아동이 다시 한 번 진술을 해야 하는 경우가 발생하는 등 오히려 아동의 보호 관점에서 바람직하지 않을 수도 있기 때문이다.

이와 관련하여, 캐나다에서는 아동보호절차의 결과가 관련자에게 중대한 영향을 미치는 점에서 준형사적(quasi-criminal) 성격이 있고, 아동과 부모가 캐나다 헌법 제7조에 의하여 갖는 자유와 안전에 관한 권리를 위협할 수 있다는 이유로 아동보호기관에 보다 높은 입증책임을 부과해야 한다는 견해[439]도 있다. 이 견해에 의하면 기본적으로 민사절차인 아동보호절차의 입증의 정도를 형사절차에 준하는 정도로 높임으로써 아동보호절차와 형사절차의 입증의 정도가 비슷해져 양 절차에서 사용하는 증거가 불일치하게 될 위험이 줄 수 있다는 점에서 효율적으로 보인다.

그러나 아동보호절차는 아동학대보다 더 넓은 개념인 보호가 필요한 아동의 보호를 위한 절차이고, 형사절차는 아동학대 중에서도 범죄인 아동학대를 저지른 행위자에 대한 형사처벌을 위한 절차로서 그 목적과 이념이 근본적으로 다른바, 각 절차에서 입증의 정도가 다른 이유는 바로 이러한 근본적인 차이에 근거한 것으로, 이러한 차이를 간과할 수는 없다고 할 것이다. 또한 같은 민사법상 증명책임이 적용되는 절차 안에서 사안의 경중에 따라 입증의 정도가 달라진다는 것은, 사안의 경중 자체를 판단하거나 구체적인 사안에 따라 이를 구별하는 것이 사실상 불가능할 뿐만 아니라, 사건의 입증이 증거가 아닌 판사의 주관적인 가치관에 좌우될 위험이 있다. 예컨대, 손해배상청구소송에서 성범죄로 인한 손해배상이 사기로 인한 손해배상보다 중요한 사안이라고, 일률적으로 말할 수는 없다.

그렇다고 위 견해의 의미가 전혀 없는 것은 아니라 할 것이, 아동보호사건에 대한 보다 강화된 입증책임의 요구를 CAS의 권한 남용에 대한 우려 측면에서 이해할 수 있기 때문이다. 즉 익명의 신고에 근거한 CAS의 조사가 부모에 대한 허위

439) Joanne Wildgoose, 앞의 논문, 7, 29~30쪽.

사건의 신청에 이르거나, 신빙성이 낮은 전문진술 또는 전문가 증언에 근거하여 판단할 우려가 있고, 부모는 CAS의 요청을 거절할 경우 아동보호절차가 개시될 수 있다는 두려움에 법적인 조언이나 근거 없이 CAS와 임시보호계약과 같은 자발적인 합의에 이를 수도 있는바[440], 결국 '아동보호사건에서 더 높은 정도의 입증책임을 요구하는 취지는, 입증책임의 정도의 변화를 요구하는 것이라기보다, 입증책임의 주체인 CAS가 확대된 CAS보호 명령 등 아동과 부모 등 관련자들에게 중대한 영향을 미칠 수 있는 사건에서 확실한 증거(convincing evidence)로 입증하기를 요구하는 것으로 이해되어야 한다'고 판시한 판결[441]도 같은 취지로 이해된다.

3. 소결

우리나라도 아동복지법 등 관련 법에 아동과 관련된 여러 법적 절차에서 아동, 부모 등 당사자들의 민사, 형사, 이혼 등 다른 사건에서의 진술, 의료기록을 포함한 제출 자료 등을 공유할 수 있는 근거를 둘 필요가 있다. 물론 동일한 아동학대에 관한 형사사건, 아동보호사건, 피해아동보호명령 사건 등은 각 처분의 목적 및 대상이 다르므로, 각 절차마다 다른 증거가, 다른 중요도로 고려되어야 할 필요는 있을 것이나, 기본적인 사실관계와 주요 관계인은 공통되므로, 특히 아동이 동일한 진술을 반복해야 하는 부담을 덜고, 절차의 신속한 진행을 위하여, 아동등서비스법과 같이 서로 다른 절차에서 증거를 공유할 수 있다는 조항을 둘 필요가 있다고 할 것이다.

이 경우 부모 등 관련자가 자신의 진술이 그 절차 외에서는 공개되기를 원하지 않거나 의료기록 등 개인정보가 포함된 자료일 경우 해당 관련자의 사생활의 권리와의 관계가 문제될 수 있고, 현실적으로 서로 다른 법원 내지 기관 사이의 업무협조가 어느 정도 수준으로 이루어질 수 있을지에 관하여도 낙관하기는 어렵다 할 것이다.

그러나 각 절차의 독립성은 지키면서도 아동의 보호를 위하여 일정한 범위의 증거에 대해서는 서로 자료를 공유할 수 있는 방법을 논의하는 것은 충분히 가능하다고 할 것이다. 예컨대, 해당 절차의 수사기관이나 법원이 다른 수사기관이나 법원

---

440) Nicholas Bala & Kate Kehoe, 앞의 글, 39쪽.
441) Children's Aid Society of the Niagara Region v. P.-L.R., 2005 CanLII 11791 (ON SC) 판결.

에 대하여 필요한 자료를 특정하여 요청하면 요청을 받은 수사기관이나 법원은 원칙적으로 이에 응하되, 정당한 사유가 있으면 거부할 수 있는 방법을 검토할 수 있고, 이는 현행법 체계에서도 문서송부촉탁(민사소송법 제352조), 증거보전(민사소송법 제375조, 형사소송법 제184조) 제도 등을 통해 어느 정도 가능할 것으로 생각된다. 그러나, 앞서 본 검찰보존사무규칙이나 기록의 열람 내지 등사에 관한 대검예규에 의하면 진술증거에 대하여 그 진술자의 동의를 요하거나 사생활의 비밀 등을 이유로 신청을 거부할 수 있도록 규정되어 있어, 실무상 신청자 본인의 진술이나 교통사고 등 사고 관련 범죄에서 진단서, 교통사고실황조사서 등 객관적 자료 외에는 이를 허가하기 어렵게 되어 있다. 위 규칙이나 대검예규는 형사소송법 등 상위 법률에 근거하고 있어, 법률을 개정하지 않으면 이를 개선하기는 어렵다. 따라서, 아동보호절차 및 피해아동보호명령절차를 규정하고 있는 아동학대처벌법에 각 절차에서 법원이나 수사기관에 아동의 보호 및 아동학대의 예방을 위하여 필요한 자료를 신청하고, 그 이유를 소명할 경우, 피신청기관은 원칙적으로 이에 응해야 한다는 내용의 조항을 신설하는 방안을 검토할 필요가 있다. 아동보호전문기관 직원 등 실무자들은 개인정보보호의 가치를 강조하다가 아동학대예방의 기회를 놓칠 수 있음을 우려하면서 아동보호를 위하여 필요한 정보를 유관기관들끼리 적절하게 공유할 수 있도록 개인정보보호 규정 수정이 필요하다고 주장하는 견해[442], 학대피해아동을 보호하기 위한 정책의 효율성을 높이기 위해서는 경찰, 검찰, 법원, 아동보호전문기관 등의 정보교류가 필수적이므로 여러 기관들이 정보를 교환하고 공유하여 피해아동을 관리할 수 있는 체계적인 구축망이 필요하다는 견해[443]도 같은 취지로 이해된다.

또한 아동학대 문제에 대해서는 같은 법원이 가해자에 대한 형사사건, 아동보호사건 또는 피해아동보호명령 사건을 함께 심리할 수 있는 특별법원을 설치하거나, 가정법원 등 현재의 법원 체계에서 이를 담당할 법원을 지정하는 방안도 논의할 수 있다.

이와 관련하여, 인도는 2012. 6. 19. 성폭행 등으로부터 아동을 보호하고 성폭행 등에 대한 재판 및 관련 문제를 위한 '성폭행으로부터의 아동 보호법'(THE PROTECTION OF CHILDREN FROM SEXUAL OFFENCES ACT, 2012)을 제정하였는데, 이 법은 신속한 재판을 위하여(For the purposes of providing a speedy

442) 민소영, 김세원, 정해린, 앞의 글, 28, 32쪽.
443) 김봉수, '학대 피해아동보호명령제도의 실태와 개선방안에 관한 연구', 「교정연구」 제27권 제4호, 2017, 45쪽.

trial) 주정부는 고등법원의 수석재판관(Chief Justice of the High Court)과 협의하여 각 관할 별로 민사법원(Court of Session)을 이 법에 의한 범죄를 재판할 특별법원(Special Court)으로 지정하되, 그 방법은 관보에 게재하는 방식으로 하고(제28조), 각 특별법원에 대응하는 특별검사(Special Public Prosecutor)를 임명하되, 그 방법은 마찬가지로 관보에 게재하는 방식으로 한다(제32조)고 규정하고 있다. 이 법은 아동에 대한 성폭행 등 특정한 종류의 사건에 대하여 행정부가 이를 재판할 특별법원을 지정하는 점, 그 목적으로 신속한 재판을 명시하는 점, 지정되는 특별법원이 민사법원인 점, 각 특별법원에 대응하는 특별검사 또한 행정부가 임명하는 점 등에서 일반적인 형사절차와는 다른 특성이 있다. 게다가 이 법은 아동에 대한 성폭행을 저지른 혐의로 기소된 피고인에 대하여, 법원은 반대 사실이 증명되지 않는 한, 유죄로 추정해야 한다고 규정(제29조)함으로써, 형사법의 기본 원리인 무죄추정의 원칙마저 수정하고 있다.

인도의 위 법률이 특정 범죄에 대하여 무죄추정의 원칙과 같은 일반적 법원리를 수정하거나 행정부가 재판을 담당할 법원을 지명하는 것이 권력분립의 원칙에 비추어 과연 타당한지 여부는 별론으로, 아동학대 문제에 신속하게 대응하기 위하여 행정, 사법 등 전통적인 법 영역 내지 절차를 통합하거나 기존의 법원리를 과감히 수정할 수도 있다는 관점에서는 시사점을 준다고 할 것이다.

제5장 결론

이제까지 아동학대에 관한 우리나라와 캐나다의 현황 및 법적 규율에 관하여 살펴보고, 양 국가의 유사점과 차이점을 비교·분석하여 우리나라의 아동학대 관련 법제의 개선에 참고할 만한 시사점을 찾고, 개선방안을 제안하였다.

먼저 아동학대의 의의와 관련하여, 우리나라는 아동의 보호에 관한 기본법이라 할 수 있는 아동복지법 제3조에서 '아동학대'의 의의를 명시하고, 이를 아동학대처벌법에서 준용하는 것을 기본 구조로, 양 법률에서 '아동학대범죄', '아동학대관련범죄', '학대행위' 등 아동학대 관련 개념들을 정의하고 있다. 또한, 아동복지법 제3조에서 아동학대 피해를 입은 아동을 의미하는 '피해아동'과 구별하여, 보호자가 없거나 보호자로부터 이탈된 아동 또는 보호자가 아동을 학대하는 경우 등 그 보호자가 아동을 양육하기에 적당하지 아니하거나 양육할 능력이 없는 경우의 아동을 의미하는 '보호대상아동'을 정의하고 있다. 이와 함께 신체적 학대행위, 정서적 학대행위 및 성적 학대행위 등 아동복지법 제17조가 규정하는 '학대행위'의 의의에 관한 대법원 판례들도 존재하여, 아동학대의 의의와 관련된 법체계는 비교적 정비된 것처럼 보인다.

그러나 아동복지법 제3조의 '아동학대'와 제17조의 '학대행위'는 문언이 일치하지 않고, 제3조는 아동의 복지에 관한 기본법인 아동복지법 전체를 총괄하는 정의 조항이고, 제17조는 벌칙 조항이 있는 구성요건 조항으로 각 조항의 위상과 체계가 다름에도, 아동학대에 관한 최근 사실심 판결들에 의하면 제17조의 '학대행위'의 성립 여부를 제3조의 '아동학대'에 따라 판단하기도 하고, 아동학대 사건에서 현행 법체계에서 전혀 규율되지 않는 '훈육'이라는 개념이 범죄의 성립 여부 및 양형에 실질적으로 영향을 미치는 등 실무상 '범죄인 아동학대'의 의의에 관한 혼란이 존재하는 것으로 보인다.

또한 아동학대행위자의 형사처벌을 위한 절차뿐만 아니라, 아동보호절차 및 피해아동보호명령절차 등 아동의 보호를 목적으로 하는 비형사절차에서도 형사법적 개념인 '아동학대범죄'를 전제로 함으로써, 서로 다른 법적 성격과 목적을 가진 절차에서 아동학대와 '범죄인 아동학대'를 구별없이 사용하고, 그 결과 아동보호절차 및 피해아동보호명령절차에서 아동의 보호 범위가 제한되어 해당 절차의 이념이 충

분히 실현되지 못하고 있다.

반면 캐나다는 캐나다 전역 또는 아동학대 관련 모든 절차에서 통일적으로 적용되는 아동학대의 의의를 법률에 명시적으로 규정하고 있지는 않으나, 법체계상 아동학대와 '범죄인 아동학대', '보호가 필요한 상태'라는 서로 다른 개념이 비교적 명확히 구별되어 있다고 할 수 있다. 이는 기본적으로 아동학대 관련 형사절차는 연방법인 캐나다 형사법으로 규율하고, 아동보호절차는 '보호가 필요한 상태'를 주된 개념으로 사용하는 각 주 또는 준주의 법률로 규율하는 이원적인 법체계로 인하여, 아동보호절차와 형사절차가 명확히 구별되는 데서 기인하는 것으로 보인다. 즉, 아동보호절차의 개시 요건인 '보호가 필요한 상태'는 아동학대를 포괄하는 넓은 개념인 반면, 아동학대행위자에 대한 형사절차에 적용되는 캐나다 형사법 제43조 및 그에 대한 해석 기준을 제시한 캐나다 대법원 판결에 의하여 아동학대 중에서 형사처벌되는 '범죄인 아동학대'를 구별하고 있다.

캐나다 형사법 제43조 및 캐나다 대법원 판결의 기본적 의의는 캐나다 법체계가 부모 등의 아동에 대한 유형력의 행사 중 일부는 '형사처벌'할 필요가 없다는 인식을 명확히 하고, 이에 대한 캐나다 사회의 공감이 있음을 확인한 것일 뿐, 그에 대한 다른 법적 제도 내지 절차에 의한 대응의 필요성을 부정하거나 부모 등의 아동에 대한 유형력 행사 자체의 정당성을 인정한 것이 아니다. 즉, 아동학대를 포함하여 '보호가 필요한 아동'에 대한 아동보호절차가 아동학대행위자에 대한 형사절차와 독립적으로 - 시간적 측면에서는 형사절차보다 먼저, 보호의 대상 및 개입의 내용 측면에서는 형사절차보다 넓고 다양하게 - 존재하는 캐나다에서는 부모 등의 아동에 대한 유형력의 행사 중 일부를 '형사처벌'하지 않는 것이, 아동에 대한 보호 또는 그 부모 등에 대한 조치의 공백을 초래하지 않는다는 점이, 캐나다 형사법 제43조 및 캐나다 대법원 판결의 존재 이유를 가장 잘 설명할 수 있다고 할 것이다.

그러나 아동학대와 '범죄인 아동학대'의 개념이 사실상 구별되지 않고, 아동학대에 대한 대응이 형사절차에 편중되어 있는 우리나라에서는 아동학대행위자를 '형사처벌'하지 않는 것은 아동학대 자체가 존재하지 않는다는 의미로 받아들여질 수 있기 때문에, 아동학대를 포함하여 보호가 필요한 아동을 보호하기 위한 조치나 그 부모 등에 대한 조치를 할 가능성이 거의 없게 된다.

또한 캐나다 형사법 제43조 및 캐나다 대법원 판결이 제시한 해석 기준은 신체적 학대와 관련한 아동학대 사건에서 법률 및 판례가 전혀 규율하지 않는 개념인

‘훈육’을 이유로 무죄 또는 가벼운 형이 선고되는 우리나라의 현실에서, 아동학대 중 ‘형사처벌’되지 않는 행위 영역을 ‘훈육’이라는 개념으로 인정할지, ‘훈육’의 의의 및 요건은 어떤 방법으로 규율할지 등에 관하여도 구체적인 시사점을 준다고 할 것이다.

여기서 캐나다 형사법 제43조 및 캐나다 대법원 판결에서 얻은 시사점이 아동에 대한 ‘체벌’을 허용하자는 취지가 아님을, 다시 한 번 분명히 한다. 앞서 언급한 바와 같이 우리 법체계상 ‘체벌’은 금지되어 있고, 사실상 ‘체벌’에 해당함에도 ‘훈육’이라는 개념을 이용하여 체벌 금지를 잠탈하려는 시도를 막기 위해서라도, 현재 개인의 가치관 영역에 머물러 있는 ‘훈육’을 공동체 또는 법의 영역 안으로 끌어들여 아동학대와의 관계를 명확히 할 필요가 있다.

이러한 문제의식을 바탕으로 우리 법체계상 아동학대의 의의 및 관련 개념과의 관계를 명확히 하기 위하여, 아래와 같이 제안하였다.

아동복지법 제3조의 ‘아동학대’를 아동학대를 포함한 아동의 복지 내지 보호를 규율하는 기본적인 개념으로 두고, 아동학대행위자를 형사처벌할 수 있는 구성요건은 아동학대처벌법에서 통일적으로 규율하는 방식으로 법체계를 정비하여, 아동학대와 ‘범죄인 아동학대’가 구별됨을, 다시 말하면 ‘범죄인 아동학대’가 아니더라도 아동복지법 등에 의한 비형사적 제도에 의한 대응이 가능함을 명확히 할 필요가 있다.

‘범죄인 아동학대’와 관련해서는, 사회통념상 그 행위자를 형사처벌하는 것이 부적절한 행위 영역이 있음을 인정하되, 그 한계를 명확히 하고 이미 법적으로 금지되어 있는 ‘체벌’과의 혼돈을 방지하기 위하여, ‘훈육’에 관하여 법적으로 규율할 필요가 있다. 그 구체적인 방법으로 아동복지법이나 민법 또는 그 하위 법령에 훈육의 방법 및 요건을 규정하는 방안이나 대법원이 관련 사건에서 훈육의 의의 내지 판단 기준을 제시하는 방안 등을 생각할 수 있으나, 이에 관한 충분한 검토는 향후의 연구로 미루기로 한다.

그리고 아동보호절차 및 피해아동보호명령절차 등 아동의 보호를 위한 비형사적 제도에서는 아동복지법 제3조의‘보호대상아동’을 기본적인 개념으로 하되, ‘보호대상아동’의 범위를 아동학대의 경우를 포함하여 현행 규정보다 확대함으로써, 실질적으로 보호가 필요한 아동에 대하여 국가와 사회가 다양한 방법으로, 구체적으로 개입할 수 있는 근거를 마련할 필요가 있다고 할 것이다.

아동학대에 대응하기 위한 여러 제도 내지 절차와 관련해서는, 우리나라와 캐

나다의 다양한 법제를 당사자의 권리, 공동체의 책임과 의무, 증거의 공유 내지 절차의 통합 등 일정한 관점에서 살펴보았다.

아동 및 부모 등 '당사자의 권리'라는 관점에서 볼 때, 우리나라는 아동의 참여권이나 사실상 침익적 처분을 받은 부모 등의 절차적 권리를 보장하는 데 다소 부족한 것으로 나타났다.

아동의 참여권을 보장하기 위하여, 캐나다의 법적 대리와 같이, 아동이 자신과 관련된 절차에서 자신의 의사를 실질적으로 표현하고 전달할 수 있는 제도를 도입할 것을 제안하였다. 이 때 법적 대리인의 자격 요건과 관련하여, 아동보호사건 등 비형사절차도 법적 절차라는 점에서 법률전문가인 변호사로 한정할 필요성도 있는 한편, 아동과의 원활한 의사소통을 위하여 아동의 심리적, 발달적 특성을 잘 이해할 수 있는 전문가로 그 범위를 넓히는 것도 가능할 것으로 생각되는바, 이에 대해서는 향후 연구에서 보다 본격적인 논의를 기대한다.

또한 부모 등도 아동학대행위자로서 처분을 받는 경우 그 당사자로서 통지, 청문, 이의제기 등 절차적 권리를 보장받을 필요가 있는바, 이는 단순히 부모 등의 권익을 위한 것이 아니라, 부모 등의 절차적 권리를 충실히 보장함으로써 적절한 조치가 이루어지는 것이 궁극적으로 아동의 보호에 도움이 될 수 있기 때문이다. 특히 아동학대행위자가 국가아동학대정보시스템에 등록되는 것은, 비록 위 시스템이 아동학대 관련 정보를 공유하고 아동학대를 예방하는 것을 목적으로 하더라도, 피등록인에게는 상당히 침익적 처분일 수 있으므로, 그 내용을 확인한 후 잘못된 정보의 삭제 내지 수정을 요구할 권리에 관한 조항을 아동복지법에 둘 필요가 있다고 할 것이다. 이를 통해 국가아동학대정보시스템에 정확한 정보가 등록되게 하여 위 시스템의 신뢰도 및 활용도를 높일 수 있을 것인바, 구체적인 권리의 내용은 캐나다의 아동등서비스법상 아동학대등록부 관련 규정을 참고할 수 있을 것이다.

한편 아동학대를 위와 같이 개별 당사자의 권리 등 개인적인 측면이 아니라, 국가나 사회 등 '공동체의 책임과 의무'라는 관점에서, 아동학대에 특유한 신고의무 제도 및 우리 법이 최근 도입한 아동학대전담공무원 제도를 검토하였다.

신고의무와 관련하여, 캐나다는 신고의무자 및 신고 대상의 범위, 신고의무 불이행에 대한 제재 등 여러 측면에서 우리나라보다 강화된 제도를 운용하고 있다고 할 것이다. 우리나라의 신고의무 제도 개선을 위하여, 모든 사람이 신고의무를 부담하는 보편적 신고의무를 도입하는 방안을 제안하였는데, 이를 통해 개인적 일탈이

아닌 사회의 구조적 문제로서 부정의인 아동학대 문제에 대하여 공동체의 구성원 모두가 책임을 부담한다는 점을 명확히 할 수 있다고 할 것이다.

비교적 최근에 도입된 아동학대전담공무원 제도는 아동학대에 대한 공동체의 책임을 보여주는 또 다른 제도라 할 것이다. 우리 아동학대전담공무원의 권한이 기본적으로 민간단체의 직원인 캐나다의 아동보호직원의 권한보다 더 강하다고 보기 어려운 사실 - 예컨대 캐나다의 아동보호직원은 일정한 경우 영장 없이도 아동을 다른 장소로 데려갈 수 있는 반면, 우리 아동학대전담공무원은 그럴 수 없다 - 에 비추어, 아동의 보호를 위하여 아동학대전담공무원의 권한을 현행보다 강화하는 방안을 검토할 수도 있으나, 아동학대전담공무원 제도가 도입된지 얼마 되지 않은 현재 상황에서는 위 제도의 성공적인 안착을 위한 실천적인 방법, 예컨대 아동학대전담공무원의 역량 강화, 이를 위한 소속 기관의 인사기준 및 보상체계 개선 등에 보다 집중할 필요가 있다고 할 것이다.

'증거의 공유 또는 절차의 통합'이라는 관점에서는, 아동학대로 인한 범죄의 피해자 또는 보호의 대상인 아동이 그와 관련된 법적 절차에서 반복된 진술로 인한 불편과 그로 인한 소위 '2차 가해'를 방지할 필요가 있다고 할 것이다. 이를 위하여 캐나다의 아동등서비스법이 명문의 규정을 두고 있는 것과 같이, 우리 아동복지법이나 관련 법령에 아동과 관련된 사건에서는 다른 기관 또는 다른 절차에서의 증거를 공유할 수 있는 근거 조항을 두는 방안을 제안하였다.

위와 같이 아동학대에 대응하기 위한 캐나다의 여러 제도와 절차를 살펴보고 우리의 법제를 개선할 수 있는데 참고할 만한 구체적인 시사점을 얻은 것도 의미가 있으나, 캐나다가 이러한 제도와 절차를 마련하는 과정 자체도 아동학대 문제를 대하는 사회와 국가의 '태도'라는 측면에서, 상당한 시사점을 준다. 예컨대, 아동등서비스법의 제정 과정을 보면, 케이트린 사건과 같이 잔혹한 아동학대 범죄에 대한 여론의 반응으로 법률의 개정 내지 제정이 촉발되는 점은 우리나라와 비슷하나, 단기간에 가해자에게 보다 중한 형을 선고할 수 있는 법률 개정에 초점을 맞추는 우리나라와 달리, 많은 시간을 들여, 아동학대와 관련한 다양한 문제점을 파악하고, 그 결과를 바탕으로 가해자에 대한 형사처벌 뿐만 아니라 아동보호제도를 개선하고 정책을 변경하는 등 여러 분야에서 다양한 대책을 마련하려 노력하는 점이 인상적이라 할 것이다.

아동등서비스법 제정 이전의 CFSA 1999 개정법률 또한 '아동복지개혁'(Child

Welfare Reform)이라 불리는 사회의 전방위적 연구의 결과물로 평가된다. 즉 1996년에 시작된 온타리오CAS협회와 수석검시관실이 합동으로 아동의 죽음과 관련된 문제점을 확인하기 위한 '온타리오 아동의 죽음에 관한 태스크포스'(The Ontario Child Mortality Task Force), 1997년에 시작된 판사를 의장으로 하여 아동복지, 법, 의학, 심리학, 포렌식 조사 등 다양한 분야의 전문가들 8명으로 구성되어 당시 법률인 CFSA 1984 제정법률을 개정해야 하는지를 연구하는 '취약한 아동 보호에 관한 패널'(The Panel on Protecting Vulnerable Children), 1997년에 시작된 수석검시관실이 1993년 내지 1996년 사이에 발생한, 'CAS의 보호 하에 있던 아동 여섯 명의 죽음에 대한 사인조사'(Inquests into the Death of Children in the Care of CASs) 등 사회 여러 분야의 활동이 있었다.[444)]

특히 사인조사(inquest)는 우리나라에는 없는 제도로, 우리나라에서 아동의 사체에 대한 검시나 부검이 아동학대 가해자에 대한 형사절차에서 가해자의 행위와 아동의 사망과의 인과관계를 확인하기 위한 제한적인 용도로 이루어지는 것과 달리, 아동의 사망이라는 중한 결과가 발생한 아동학대 사건에서 사망 원인, 양육자의 태도 내지 환경의 문제점, 아동보호체계가 이를 일찍이 발견하지 못하거나 사망의 결과를 방지하지 못한 이유, 이를 개선할 수 있는 사회적, 법적 방법 등에 관하여 검시관 등 전문가들과 일반 시민들이 함께 논의하는 장(場)이라 할 수 있는데, 이러한 사회 여러 분야의 협업이 캐나다에서 아동학대에 대한 다양한 조치를 가능하게 한 기본적인 원동력이 아닐까 생각하게 한다.

이상과 같이 우리나라와 캐나다의 아동학대에 관한 법적 규율에 관하여 검토하였으나, 사실 이 논문의 큰 주제인 아동학대의 의의 및 이에 대응하는 제도 내지 절차는 물론, 그 주제와 관련된 세부적인 논점들, 예컨대, 훈육의 개념 및 아동학대와의 관계, '범죄인 아동학대'의 구성요건의 규정 방식 및 체계, 신고의무 중 신고의무자의 범위나 신고의무 불이행에 대한 제재 방법, 현행 피해아동보호명령 사건의 국선보조인 또는 이 논문에서 도입을 제안한 아동의 법적 대리인의 자격 요건, 아동보호절차와 형사절차 등 서로 다른 법적 절차에서 증거의 공유 방법, 배상명령 등 모두가 깊고 폭넓은 연구를 요하는 주제임에도 그에 상응하는 충분한 연구가 이루어지지 못했다는 한계가 있다. 각 논점에 걸맞는 연구를 하나의 논문 안에 모두 담는 것은 현실적으로 불가능에 가깝다는 변명과 함께, 이러한 한계가 나를 포함한 연구

444) Henry Ubaldo Parada, 앞의 논문, 8~14쪽.

자들이 연구를 계속할 하나의 계기가 될 수 있기를 기대해본다.

그러나 이 논문이 아동학대의 의의와 관련하여 아동복지법 등 관련 법률과 대법원 판결이 존재함에도, 아동복지법의 규정 형식, 훈육을 법적으로 규율하지 않고 '방치'하는 문제 등으로 인해 아동학대 관련 실무가를 포함한 국민들이 혼란을 겪고 있는 현실 및 아동학대에 대한 대응이 형사절차에 편중된 결과 다양한 형태와 정도로 존재하는 아동학대에 적합한 '맞춤형' 조치가 이루어지지 못하고 있는 현실을 각 직시하고, 이러한 현실을 개선할 수 있는 여러 방법을 제안한 것은 적지 않은 의미가 있다고 생각한다. 또한, 우리나라에서는 그동안 많이 연구되지 않았던 캐나다의 법제를 검토한 것 또한 연구의 다양성 측면에서 의미가 있다고 할 것이다.

정의가 무엇이냐는 질문에 구체적인 답을 하지는 못하거나 각자 다른 대답을 하더라도, 적어도 정의가 형사법 영역이 독점하는 개념은 아니라고는 말할 수 있다. 흔히 형사사법 제도의 목적은 사회의 보호에 있다고 하는데, 그 보호의 대상 중 일부는 아동이다. 아동보호 제도가 아동을 보호하고 범죄에 영향을 주는 요소를 완화하는 기능은 사회의 보호와 직접적으로 관련된 것이고, 이는 바로 형사사법 제도의 기능과 같다. 즉, 형사사법 제도와 아동보호 제도는 같은 목표를 향해, 서로 다른 길을 가고 있는 것으로, 양자 모두 사회의 보호라는 궁극적인 목표를 달성하는 데 필수적이라 할 것이다.[445]

약 100년 전 찰스 디킨스가 부정의를 보았던 아동학대 문제에서의 정의는 가해자에 대한 형사절차에서만 실현되는 것이 아니라, 아동보호절차 등 아동에 관한 모든 법과 제도, 절차에서 실현될 수 있고, 또 여러 절차에서 함께 실현되어야 할 필요가 있다. 이를 위해서는 먼저 아동학대가 무엇인지, 아동학대를 포함하여 보호가 필요한 아동의 존재 및 상황을 정확히 이해하는 것이 선행되어야 하고, 이러한 일이 일부 아동학대 업무 관련자만의 일이 아니라 공동체의 구성원으로서 우리 모두의 일임을 다시 한 번 자각할 필요가 있다고 할 것이다.

마지막으로 이 논문이 '각자 고유한 이유로 불행한' 아동의 수가 줄어들고, 향후 관련 연구가 계속되는 데, 조금이라도 기여할 수 있기를 기대해본다.

---

445) Children's Aid Society of Algoma v. P.(D.), 2006 ONCJ 170 판결 중 para [46]~[48], [50], [51].

참고 문헌

I. 국내 문헌

1. 단행본

강은영, 김희균, 「아동학대의 실태와 학대피해아동 보호법제에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 2015

김도균, 「한국사회에서 정의란 무엇인가 - 우리 헌법에 담긴 정의와 공정의 문법」, 아카넷, 2020

김희옥, 박일환, 「주석 형사소송법」, 한국사법행정학회, 2017

전광석, 박지순, 김복기,「사회보장법」, 신조사, 2018

차선자, 전경근, 정다영, 「훈육과 아동학대에 관한 연구」, 법무부, 2019

황지태, 김지영, 원혜욱, 김지연, 「소년 국선보조인제도의 운영현황과 개선방안에 대한 연구」, 한국형사정책연구원, 2016

임마누엘 칸트, 백종현 옮김, 「윤리형이상학」, 아카넷, 2012

2. 논문

강동욱, '2020년 개정 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에 대한 비판적 검토', 「인하대학교 법학연구」제23권 제4호, 2020

고명아, '아동학대행위 각 개념에 대한 법리검토 - 송도, 부개동 어린이집 사건을 중심으로 -', 「인하대학교 법학연구」제18집 제4호, 2015

고윤순, '한국 아동학대 예방정책의 개선방안: 아동보호체계 공공화를 중심으로', 「교정복지연구」제73호, 2021

고혜인, 김성봉, '아동학대 신고의무, 교육, 그리고 실행의도의 상호작용이 아동학대 신고의도에 미치는 효과', 「사회과학연구」제30권 제3호, 2019

권솔지, '아동학대의 행위 분류와 아동복지법 개정 방안', 서울시립대학교 법학

박사 학위논문, 2021

권창국, ‘범죄신고 의무자 보호제도에 관한 고찰 - 아동학대 및 성폭력범죄의 신고의무자 문제를 중심으로 - ’, 「사회과학논총」제28권 제2호, 2013

권희경, 김원경, ‘아동 성별에 따른 실행기능 관련 변인 연구’, 「유아교육연구」제41권 제4호, 2021

김기현, 김미숙, 양심영, 하태정, ‘지역사회 아동보호체계의 서비스 연계성 연구’, 「한국아동복지학」제47호, 2014

김나루, ‘캐나다 아동학대 방지 법제 현황 및 주요 내용’, 「최신외국법제정보」, 한국법제연구원, 2021

김민중, ‘미성년자에 대한 의료행위와 부모의 권한 - 종교상의 신념에 기한 수혈거부를 중심으로 -’, 「의료법학」제13권 제2호, 2012

김성규, ‘아동학대에 관한 형법적 대응의 의미와 과제’, 「형사정책」제27권 제1호, 2015

김세원, 이봉주, 김현수, YOO JOAN PAEK, 이상균, 장화정, ‘아동보호서비스 특성이 아동학대 재발생에 미치는 영향’, 「아동과 권리」제24권, 2020

김수정, 이재연, ‘아동 보호를 위한 외국의 아동 학대 신고제도 연구’, 「아동과 권리」제15권 제1호, 2011

김슬기, ‘제정 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 검토’, 「연세대학교 법학연구」제24권 제2호, 2014

김은주, ‘정의와 차이의 정치 - 아이리스 마리온 영의 정의론의 의미에 대하여’, 「시대와 철학」제29권 제4호, 2018

김은희, ‘롤즈의 자유주의는 여성주의적 비판에 대답할 수 있는가? : 오킨의 비판을 중심으로’, 「윤리학」제7권 제2호, 2018

김응자, ‘아동기 올바른 훈육(訓育)을 위한 부모교육’, 「청소년과 효문화」제27권, 2016

김잔디, ‘보호자에 의한 아동학대 대책에 관하여 - 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법을 중심으로’, 「치안정책연구」제35권 제1호, 2021

김봉수, ‘학대 피해아동보호명령제도의 실태와 개선방안에 관한 연구’, 「교정연구」제27권 제4호, 2017

김혁돈, ‘비대면시대의 아동학대의 문제점과 대응방안’, 「보호관찰」제21권 제

1호, 2021

류기환, ‘아동학대 현황과 그 대응방안 - 행정조사와 경찰수사를 중심으로 -’, 「법이론실무연구」 제9권 제1호, 2021

류부곤, ‘아동학대범죄의 개념과 처벌에 관한 법리적 검토’,「형사정책」 제27권 제1호, 2015

문영희, ‘아동학대관련 민간단체의 현황과 역할 및 발전 방향’, 「아동보호연구」 제4권 제2호, 2019

민소영, 김세원, 정해린, ‘학대피해아동보호 전문서비스의 지역사회 협력 경험 -아동보호 통합지원 전문서비스시범 사업을 중심으로-’, 「한국아동복지학」 제66호, 2019

박수희, 문준섭, ‘아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 주요내용 및 개정방향’, 「한국범죄심리연구」 제14권 제4호, 2018

박연주, ‘아동인권 관점에서 살펴 본 아동학대 관련 판례분석연구’, 성균관대학교 사회복지학 박사학위논문, 2016

박연주, 한창근, ‘훈육행위로 인한 아동학대사건 판례에 대한 고찰’,「한국아동복지학」 제69권 제1호, 2020

박은희, ‘아동학대 피해자 보호에 관한 법적 연구’, 동아대학교 법학 박사학위논문, 2020

박주영, ‘아동학대 방지를 위한 민법상 징계권규정의 개정과정 - 일본과의 비교를 중심으로 -’, 「민사법의 이론과 실무」 제24권 제1호, 2020

박혜진, ‘바람직한 아동학대방지정책 마련을 위한 제언’, 「형사정책연구」 제27권 제3호, 2016

백승흠, ‘아동학대처벌법과 피해아동의 보호’, 「한국경찰학회보」 제17권 제1호, 2015

선종수, ‘아동학대범죄 조사 및 수사절차에 관한 검토’, 「비교형사법연구」 제23권 제3호, 2021

신수경, ‘아동학대 관련 법제도의 문제점과 개선방안－관련 법령과 업무개편 내용을 중심으로－’, 「공익과 인권」 제21권, 2021

심의선, ‘아동학대 현황과 대응 정책’, 「육아정책포럼」 제67권, 2021

오삼광, ‘아동학대 현항과 대응방안’, 「젠더리뷰」 제58권, 2020

오준호, ‘아동학대행위자의 아동보호서비스 이용에 영향을 미치는 요인에 관한 연구 - S 아동보호전문기관 사례를 중심으로’, 서울대학교 사회복지학 석사학위논문, 2016

윤혜미, ‘코로나19와 아동학대’, 「아동권리 이슈 Brief」창간호, 2020

원혜욱, ‘아동학대의 개념 및 실효적인 대책에 관한 검토 - 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법을 중심으로 -’, 「법학연구」제18집 제4호, 2015

원혜욱, ‘소년사건에서의 보호이념과 국선보조인제도’, 「형사정책」제28권 제3호, 2016

이봉민, ‘자녀에 대한 의료행위에 관한 친권남용 통제 - 서울동부지방법원 2010. 10. 21.자 2010카합2341 결정 -’, 「법조 」제61권 제5호, 2012

이봉주, 신원영, ‘‘아동권리지수’ 적용을 통한 아동권리 비교 연구’, 「한국아동복지학」제58호, 2017

이봉주, 장희선, ‘코로나19 발생 이후 아동폭력 잠재유형화와 잠재유형별 결정요인에 관한 연구’, 「한국아동복지학」제70권 제1호, 2021

이세원, ‘한국 아동학대범죄에 대한 사법적 판단과 지향에 대한 연구’, 서울대학교 사회복지학 박사학위논문, 2017

이세원, ‘포용적 복지국가에서의 부모 권리에 대한 고찰: 민법 제915조 징계권 개정 논의를 중심으로’, 「보건사회연구」제39권 제3호, 2019

이성애, 조현빈, ‘아동학대 신고의무제도의 활성화 방안 연구’, 「한국범죄심리연구」제14권 제2호, 2018

이승원, 차원철, 신태건, 심민섭, 조익준, 송근정, 정연권, 이태림, ‘아동학대에 대한 응급실 내 의료종사자의 인식조사’, 「한국의료윤리학회지」제17권 제1호(통권 제39호), 2014

이창수, 이용주, 홍상욱, ‘아동학대 대응 방안 실효성 분석’, 「교정상담학연구」제6권, 2021

이천현, ‘아동학대범죄 신고의무에 관한 소고’, 「소년보호연구」제31권 제1호, 2018

이혜원, 윤혜미, ‘아동권리옹호의 이해와 제도화방안의 모색: 학대피해아동의 권리옹호를 중심으로’, 「학교사회복지」제18권, 2010

이흥재, ‘실업급여의 수급자격과 구성체계 - 카나다와 한국의 고용보험법을 기

초로 한 비교연구 -', 「서울대학교 법학」제45권 제3호, 2004

이희찬, '캐나다 형사사법 절차상 피해자의 지위', 「국외훈련검사 연구논문집」제33집, 2018

장영인, '보호대상아동 보호의 국가책임에 대한 비판적 고찰 : 법령과 지침의 분석을 중심으로', 「비판사회정책」제68호, 2020

장영인, '아동학대에 대한 공적 개입 개선방안에 관한 일고 : 행정 권한의 강화를 중심으로', 「한국아동복지학」제24호, 2007

장희선, 김기현, '아동의 체벌 경험과 인식에 관한 탐색적 연구', 「학교사회복지」제48권, 2019

정선영, '아동학대 과소신고(underreporting)에 영향을 미치는 아동학대 사례와 신고관련 특성', 「아동과 권리」제23권, 2019

정선아, 장화정, 김경희, 김미경, 박보영, '어린이집 아동학대 발생 원인에 대한 생태학적 접근 연구 : 2015년 국가아동학대정보시스템 아동학대사례를 중심으로', 「아동과권리」제22권 제3호, 2018

정해린, 이봉주, '학대피해아동과 가족을 위한 아동보호 통합지원 전문서비스 모형 개발과 재학대 예방 효과 분석에 관한 연구', 「아동과 권리」제25권 제1호, 2021

정해린, 이봉주, '학대피해 아동과 가족을 위한 아동보호 통합지원 전문서비스의 비용 편익 분석', 「한국아동복지학」제69권 제4호, 2020

차성안, '배상명령 활성화 입법에 대한 평가와 그 시사점', 「저스티스」통권 182-1호, 2021

최영진, '아동학대에 관한 법적 대응방안', 「법학연구」제23권 제4호, 2015

최준혁, '아동학대에 대한 대응수단으로서의 형법 - 2020년의 아동복지법과 아동학대범죄 처벌 등에 관한 특례법의 개정을 중심으로 -', 「비교형사법연구」제22권 제4호, 2021

최형보, 강동욱, '아동 재학대에 대한 법제도적 대응방안 - 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법을 중심으로 -', 「법학논총」제45권 제2호, 2021

표현지, '피해아동보호명령 실무 - 개요와 현황을 중심으로 -', 「가족법연구」제33권 2호, 2019

현소혜, '「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」의 문제점과 개선방안', 「법

학논총」제24권 제2호, 2017

황만성, ‘아동학대범죄에 대한 형사정책적 방안에 관한 고찰’, 「한양법학」제28권 제1집, 2017

실라 맥그리거/번역 이진화, ‘아동 학대의 근원’, 「마르크스21」제16호, 2016

3. 기타

보건복지부, 「2020 아동학대 주요통계」, 2021

보건복지부·중앙아동보호전문기관, 「2017 전국아동학대현황보고서」

보건복지부·중앙아동보호전문기관, 「2016 전국아동학대현황보고서」

보건복지부·중앙장애인권익옹호기관, 「2019 장애인학대 현황보고서」

보건복지부·중앙노인보호전문기관, 「2019 노인학대 현황보고서」

국가기록원, ‘주요 외국의 기록관리 현황’, 2005

2021. 6. 26. 매일경제신문, ‘캐나다 총리 "교황, 직접 와서 원주민들에게 사과해야"’

2021. 2. 16. 크리스천투데이, ‘4살 아동을 부모와 강제분리, 아동학대 과잉대처 논란’

2021. 1. 10. 매일신문, “가해자 항의·신변 위협도…아동학대전담공무원 ‘격무’ 호소”

2017. 11. 20. OBS뉴스, ‘[뉴스 오늘] “훈육인데 학대?” 죄인 된 부모들’

2011. 1. 5. 동아일보, ‘[뉴스 파일]‘종교적 신념 수혈거부’ 부모 무혐의 처분’

2004. 6. 7. 법률신문(최영헌), ‘캐나다 대법원 자녀 및 학생에 대한 체벌기준을 제시’

II. 외국 문헌

1. 단행본

Charles Dickens, 「Great Expectations」, Oxford University Press, 2008

David Chadwick, 「Chadwick's child maltreatment Volume 1 : Physical Abuse and Neglect」, STM Learning, Incorporated, 2014

John Rawls, 「A THEORY OF JUSTICE」, Harvard University Press, 1971

Jon R. Conte, 「Child Abuse and Neglect Worldwide」, PRAEGER, 2014

Julien D. Payne, Marilyn A. Payne, 「Canadian Family Law」EIGHTH EDITION, Irwin Law, 2020

Leo Tolstoy, 「Anna Karenina」, Penguin Books, 2008

Michael J. Sandel, 「Justice - what's the right thing to do?」, Farrar, Straus and Giroux, 2009

Nancy Freymond, Gary Cameron, 「Towards Positive Systems of Child and Family Welfare : International Comparisons of Child Protection, Family Service, and Community Caring Systems」, University of Toronto Press, 2006

Robert Frost, 'The Road Not Taken', 「The Road Not Taken and other poems」, Penguin Books, 2015

S. McKay, D. Fuchs & I. Brown, 「Passion for action in child and family services: Voices from the prairies」, Utp Distribution, 2009

Stephen Darwall, 「The Second-Person Standpoint - Morality, Respect, and Accountability」, Harvard University Press, 2006

2. 논문

Alisa M. Watkinson, 'Physical Punishment in Childhood: A Human Rights and Child Protection Issue', Utp Distribution, 2009

Anne P. Vulliamy, Richard Sullivan, 'REPORTING CHILD ABUSE: PEDIATRICIANS' EXPERIENCES WITH THE CHILD PROTECTION SYSTEM', 「Child Abuse & Neglect」Vol. 24 No. 11, 2000

Barbara Fallon, Nico Trocmé, Melissa Van Wert, Krista Budau, Mary Ballantyne, and Kristen Lwin, 'Increasing Research Capacity in Ontario Child Welfare Organization : A Unique University-Child Welfare Agency Partnership', 「Journal of Social Work Education」51(Supple.2), 2015

Barbara Fallon, Rachael Lefebvre, Joanne Filippelli, Nicolette Joh-Carnella, Nico Trocmé, Jessica Carradine, John Fluke, 'Major findings

from the Ontario Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect 2018', 「Child Abuse & Neglect」111, 2021

Barbara Fallon, Nico Trocmé, John Fluke, Melissa Van Wert, Bruce MacLaurin, Vandna Sinha, Sonia Hélie and Daniel Turcotte, 'Responding to child maltreatment in Canada : Context for international comparisons', 「ADVANCES IN MENTAL HEALTH」Volume 11 Issue 1, 2012

Ben Mathews, Donald C Bross, 'Mandated reporting is still a policy with reason: Empritical evidence and philosophical grounds', 「Child abuse & neglect」Vol.32(5), 2008

Candace Johnson, 'Entitlement Beyond the Family : Global Rights Commitments and Children's Health Policy in Canada', 「Children's Rights : Multidisciplinary Approaches to Participation and Protection」, University of Toronto Press, 2008

Claire Malo, Sonia Hélie, Chantal Lavergne, Jacques Moreau, 'Psychological Maltreatment : The Response of Quebec Child Protection Services', 「Child Welfare」Vol. 97 No. 1, 2019

Clara Chapdelaine Feliciati Aroni, 'Child Justice in Canada and the Four Ps: Protection, Prosecution, Prevention, and Participation', 「Critical Criminology」, 2007

D. A. Rollie Thompson, 'The Retreat from "Least Intrusive Intervention" in Canadian Child Protection Law', 「Canadian Family Law Quarterly」 Vol.37(2), 2018

Deborah A. Connolly and J. Don Read, 'Delayed Prosecution of Historic Child Sexual Abuse: Analyses of 2064 Canadian Criminal Complaints', 「Law and Human Behavior」Vol.30 No.6, 2006

Deborah A. Connolly, Kristin Chong, Patricia I. Coburn and Danyael Lutgens, 'Factors Associated with Delays of Days to Decades to Criminal Prosecutions of Child Sexual Abuse', 「Behavioral Sciences and the Law」 33, 2015

Don Stuart, 'The McLachlin Court's First Decade: Criminal Justice –

Many More Kudos than Brickbats', 2009

Frank Ainsworth, ‘Mandatory reporting of child abuse and neglect : Does it really make a difference?’, 「Child and Family Social Work」, 2002

Harnish Stewart, 'Parents, Children, and the Law of Assault', 「Dalhousie Law Journal」Vol.32(1), 2009

Hayley Hahn, Johanna Caldwell, Vandna Sinha, 'Applying Lessons from the U.S. Indian Child Welfare Act to Recently Passed Federal Child Protection Legislation in Canada', 「The Internationl Indigenous Policy Journal」Vol.11 Issue 3, 2020

Henry Ubaldo Parada, ‘THE RESTRUCTURING OF THE CHILD WELFARE SYSTEM IN ONTARIO - A Study in the Social Organization of Knowledge’, a thesis for the degree of Doctor of Philosophy, University of Toronto, 2002

Henry J. Plum, 'Legal Responses to Child Maltreatment', 「Child Abuse and Neglect Worldwide」, PRAEGER, 2014

Jane Long, Patric Senson, '2018: A (Mostly) Positive Year For Advancing Children's Rights in Ontario', 「Canadian Family Law Quarterly」 vol.38(2), 2019

Joan E. Durrant, Nico Trocomé, Barbara Fallon, Cheryl Milne and Tara Black, 'Protection of Children from Physical Maltreatment in Canada : An Evaluation of the Supreme Court's Definition of Reasonable Force', 「Journal of Aggression, Maltreatment & Trauma」, 2009

Joan E. Durrant, Barbara Fallon, Rachel Lefebvre, Kate Allan, 'Defining reasonable force : Does it advance child protection?',「Child Abuse & Neglect」 71, 2017

Joan M. Rankin, Amy E. Ornstein, ‘A Commentary on Mandatory Reporting Legislation in the United States, Canada, and Australia – A Cross-Jurisdictional Review of Key Features, Differences, and Issues’, 「Child Maltreatment」Vol.14(1), 2009

Joanne Filippelli, Barbara Fallon, Kristen Lwin, Andrea Gantous, 'Infants

and Toddlers: Factors for Ongoing Child Welfare Services in Ontario, Canada', 「Child and Adolescent Social Work Journal」, 2021

Joanne Wildgoose, 'THE EXTENT OF DISCRETION IN ONTARIO'S CHILD PROTECTION SYSTEM', a thesis for the degree of Master of Laws, York University, 1985

Jodi Rebecca Fleishman, 'MANDATORY LEGAL REPRESENTATION FOR CHILDREN IN CUSTODY, ACCESS AND CHILD PROTECTION PROCEEDINGS', a thesis for the degree of Master of Laws(LL.M.), McGill University, 2005

Joseph Di Luca, Erin Dann, Breese Davies, 'Best Practices where there is Family Violence(Criminal Law Perspective)', Department of Justice Canada, 2014

Joseph Martino, 'Assessing the Effectiveness of Coroner's Inquests in Relation to Child Maltreatment Fatalities: A Human Rights Perspective', 「INTERNATIONAL JOURNAL OF CHILDREN'S RIGHTS」26, 2018

JULIAN V. ROBERTS, 'CHANGING PUBLIC ATTITUDES TOWARDS CORPORAL PUNISHMENT: THE EFFECTS OF STATUTORY REFORM IN SWEDEN', 「Child Abuse & Neglect」 Vol.24 No.8, 2000

Karen Swift and Marilyn Callahan, 'Problems and Potential of Canadian Child Welfare', University of Toronto Press, 2006

Kathleen Coulborn Faller, Aron Shlonsky, Brenda Moody and Pamela Gough, 'Child Maltreatment in North America : The United States and Canada', PRAEGER, 2014

Liena Gurevich, 'Parental Child Murder and Child Abuse in Anglo-American Legal System', 「TRAUMA, VIOLENCE, & ABUSE」II(I), 2010

Lil Tonmyr, Gabriela Williams, Wendy E. Hovdestad, and Jasminka Draca, 'Anxiety and/or Depression in 10-15-Years-Olds Investigated by Child Welfare in Canada', 「Journal of Adolescent Health」48, 2011

Linda M. Williams and Edward G. Weeks, 'Defining and Measuring Child

Maltreatment', PRAEGER, 2014

Mandi Danielle Veenstra, 'Re-imagining Canada's Child Welfare Paradigm: A Collective Ethnographic Case Study of Canadian and Finish Child Welfare System', a thesis for the Doctor of Philosophy degree, Queen's University, 2020

Margaret Hall, 'THE LIABILITY OF PUBLIC AUTHORITIES FOR THE ABUSE OF CHILDREN IN INSTITUTIONAL CARE : COMMON LAW DEVELOPMENTS IN CANADA AND THE UNITED KINGDOM', 「International Journal of Law, Policy and the Family」 14, 2000

Margaret Hall, 'Child Abuse and the Failure to protect : Liability of Public Authorities in Canada', 「Child Abuse Tort Claims Against Public Bodies : A comparative Law Review」, Taylor & Francis Group, 2004

Mark Carter, 'Corporal punishment and prosecutorial discretion in Canada', 「The International Journal of Children's Rights」, 2004

Marvin M. Bernstein, 'The decision of the supreme court of Canada upholding the constitutionality of section 43 of the Criminal Code of Canada : what this decision means to the child welfare sector', 「Family Court Review」 Vol.44(1), 2006

Megan Elizabeth Rosborough, 'The "Spanking Defence": An Analysis of Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada and the Future of Reasonable Correction of Children by Force in Canada', A thesis for the degree of Master of Laws, University of Alberta, 2011

Megan Rosborough and Cameron Jefferies, 'Part I : (Mis)Application of Section 43 of the Criminal Code post-Canadian Foundation : Lingering Concerns and a Proposed Solution', 「Criminal law quarterly」 Vol.59 (2/3), 2012

Megan Rosborough and Cameron Jefferies, 'Part II : (Mis)Application of Section 43 of the Criminal Code post-Canadian Foundation : Lingering Concerns and a Proposed Solution', 「Criminal law quarterly」 Vol.59 (2/3), 2012

Melisa Louise Redmond, ‘Working Hard or Heart-y Working? Theorizing Child Protection’s Occupational Construction’, a thesis for the degree of Doctor of Philosophy, University of Toronto, 2014

Michael A. Saini, Tara Black, Barbara Fallon, Alena Marshal, ‘Child Custody Disputes within the Context of Child Protection Investigations: Secondary Analysis of the Canadian Incident Study of Reported Child Abuse and Neglect’, 「Child Welfare」Vol.92 No.1, 2013

Michelle Fernando, 'FAMILY LAW PROCEEDINGS AND THE CHILD'S RIGHT TO BE HEARD IN AUSTRALIA, THE UNITED KINGDOM, NEW ZEALAND, AND CANADA’, 「Family Court Review」 Vol.52(1), 2014

Michelle Hayes and Rachel Birnbaum, ‘Voice of the Child Reports in Ontario: A Content Analysis of Interviews with Children’, 「JOURNAL OF DIVORCE AND REMARRIAGE」, 2020

Milfred D. Dale, Hon. Dolores Bomrad, and Alexander Jones, 'PARENTING COORDINATION LAW IN THE U.S. AND CANADA: A REVIEW OF THE SOURCES AND SCOPE OF THE PC'S AUTHORITY', 「FAMILY LAW REVIEW」Vol.58 No.3, 2020

Monica Flegel, ‘Creating Cruelty to Children : Representations of the Endangered and Abused Child in Nineteenth-Century Literature and Child-Protection Narratives', A thesis for the degree of Doctor of Philosophy, University of Alberta, 2006

Monica Flegel, '"Facts and Their meaning": Child Protection, Intervention, and the National Society for the Prevention of Cruelty to Children in Late NIneteenth-Century England', 「VICTORIAN REVIEW」 Vol.33 No.1, 2007

Monique Costa El-Hage, ‘PARTICIPATION RIGHTS IN THE CHILD PROTECTION SYSTEM: THE KNOWLEDGE, ATTITUDES AND EXPERIENCES OF YOUTH PARTICIPATION FOR YOUTH IN CARE AND CHILD PROTECTION WORKERS’, a thesis for the degree of Doctor of Philosophy, University of Toronto, 2007

Nicholas Bala and Alan Leschied, 'COURT-ORDERED ASSESSMENTS IN ONTARIO CHILD WELFARE CASES: REVIEW AND RECOMMENDATIONS FOR REFORM', 「Canadian Journal of Family Law」, 2008

Nicholas Bala & Kate Kehoe, 'Concurrent Legal Proceedings in Cases of Family Violence: The Child Protection Perspective', Department of Justice Canada, 2017

Nico Trocmé, Alicia Kyte, Vandna Sinba and Barbara Fallon, 'Urgent Protection versus Chronic Need : Clarifying the Dual Mandate of Child Welfare Services across Canada', 「social sciences」, 2014

Nico Trocmé, Barbara Fallon, Vandna Sinha, Melissa Van Wert, Anna Kozlowski and Bruce MacLaurin, 'Differentiating between child protection and family support in the Canadian child welfare system's response to intimate partner violence, corporal punishment, and child neglect', 「International Journal of Psychology」 Vol.48 No.2, 2013

Nico Trocmé, Barbara Fallon, Bruce Maclaurin, Claire Chamberland, Martin Chatbot, Tonino Esposito, 'Shifting definitions of emotional maltreatment : An analysis child welfare investigation laws and practices in Canada', 「Child Abuse & Neglect」35, 2011

P.G. Barton, 'Why Limitation Periods in the Criminal Code?', 「Criminal law quarterly」 Vol.40(2), 1997

R. Brian Howe, 'Implementing children's rights in a federal state: The case of Canada's child protection system', 「The International Journal of Children's Rights」Vol.9(4), 2001

Samantha Jo Shewchuk, 'CHILDREN IN NEED OF PROTECTION: REPORTING POLICIES IN ONTARIO SCHOOL DISTRICTS', a thesis for the degree of Master of Education, Queen's University, 2014

Sanjeev Anand, 'REASONABLE CHASTISEMENT : A CRITIQUE OF THE SUPREME COURT'S DECISION IN THE "SPANKING" CASE', 「ALBERTA LAW REVIEW」, 2004

Sharon Vincent, Kim Holt, Nancy Kelly, Emma Smale, 'The Aims and Outcomes

of Public Inquiries into the Care and Protection of Children: Should They Be Undertaken Differently?', 「Child Abuse Review」Vol.29, 2020

Sonica Singhal, Sarah Orr, Harkirat Singh, Menaka Shanmuganantha and Heather Manson, 'Domestic violence and abuse related emergency room visits in Ontario, Canada', 「BMC Public Health Vol.21(1), 2021

Tariq Ahmad, 'Child Protection Law and Policy: Canada', Library of Congress, 2019

Trevor Brown, 'CHARGING AND PROSECUTION POLICIES IN CASES OF SPOUSAL ASSAULT: A SYNTHESIS OF RESEARCH, ACADEMIC, AND JUDICIAL RESPONSES rr2001-5e', Department of Justice Canada, 2002

3. 기타

Barbara Fallon(principal investigator), Joanne Filippelli, Rachael Lefebvre, Nicolette Joh-Carnella, Nico Trocmé, Tara Black, Bruce MacLaurin, Sonia Hélie, Yves Morin, John Fluke, Bryn King, Tonino Esposito, Delphine Collin-Vézina, Kate Allan, Emmaline Houston, Maria Harlick, Nicole Bonnie, Krista Budau, Deborah Goodman, Mark Kartusch, Tina Malti, Brenda Moody, Jolanta Rasteniene, Henry Parada, Kenn Richard, Kate Schumaker, Theresa Stevens, and Jill Stoddart, 「ONTARIO INCIDENCE STUDY OF REPORTED CHILD ABUSE AND NEGLECT - 2018 MAJOR FINDINGS」, 2020

Attorney General, 'Crown Prosecution Manual', 2017

Department of Justice Canada, 'Enhancing Safety: When Domestic Violence Cases are in Multiple Legal Systems(Criminal, family, child protection)', 2013

Ministry of Children and Youth Services, 「Ontario Child Protection Standards(2016)」, 2016

Ministry of Children and Youth Services, 'POLICY DIRECTIVE: CW 003-17 Protection Services for 16-17 Year Olds', 2018

Ontario Association of Children's Aid Societies, 「Ontario Child Welfare

Eligibility Spectrum Revised 2019」, 2019

Public Health Agency of Canada, 「Child Maltreatment in Canada」, 2012

Public Health Agency of Canada, 「Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect - Final Report」, 1998

Public Health Agency of Canada, 「Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect - 2003 MAJOR FINDINGS」, 2003

Public Health Agency of Canada, 「2008 Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect - MAJOR FINDINGS」, 2008

Public Health Agency of Canada, 'PROVINCIAL AND TERRITORIAL CHILD PROTECTION LEGISLATION AND POLICY 2018', 2019

Report of the Federal-Provincial-Territorial (FPT) Ad Hoc Working Group on Family Violence, 'Making the Links in Family Violence Cases: Collaboration among the Family, Child Protection and Criminal Justice Systems', Department of Justice Canada, 2013

The Expert Panel on the Deaths of Children and Youth in Residential Placements, 'Safe with intervention: The Report of the Expert Panel on the Deaths of Children and Youth in Residential Placement', 2018

2021. 12. 14. REGINA LEADER-POST, ‘Opinion: Time to remove Section 43 from the Criminal Code’

2019. 8. 13. Pamela Cross, 'How will the changes to child protection legislation affect the women I support?'

2015. 12. 4. Toronto Star, “Child protection system needs urgent fix:AG; Aid societies failed to check Ontario Child Abuse Register, leaving some kids 'at risk'”

2015. 11. 10. The Canadian Press, "Katelynn Sampson struck so hard her liver ruptured, pathologist tells inquest"

III. 인터넷사이트

법제처 국가법령정보센터(http://www.law.go.kr/)

대법원 종합법률정보(https://glaw.scourt.go.kr/)

국회의안정보시스템(likms.assembly.go.kr/)

법무부 형사사법포털(https://www.kics.go.kr/)

중앙노인보호전문기관(www.noinboho.or.kr)

행정안전부 국가기록원(https://www.archives.go.kr)

동아디지털아카이브(https://www.donga.com/archive/)

네이버카페(https://cafe.naver.com/mom79/)

네이버TV(https://tv.naver.com/)

크리스천투데이(https://www.christiantoday.co.kr/)

세계보건기구(https://www.who.int/)

유엔인권사무소(https://www.ohchr.org/EN/pages/home.aspx)

캐나다 법무부(https://www.justice.gc.ca/eng/)

캐나다 대법원(https://www.scc-csc.ca/home-accueil/index-eng.aspx)

캐나다 정부(https://www.canada.ca./)

캐나다 통계청(https://www150.statcan.gc.ca/)

캐나다 아동복지연구포털(https://cwpr.ca/)

캐나다 브리티시 콜롬비아주 대법원(https://www.bccourts.ca/)

캐나다 온타리오주(https://www.ontario.ca/)

캐나다 온타리오주 법무부(https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/)

캐나다 온타리오주 아동, 공동체 및 사회서비스부(http://www.children.gov.on.ca)

캐나다 온타리오주 법원(https://www.ontariocourts.ca)

캐나다 온타리오주 CAS 협회(http://www.oacas.org/)

캐나다 온타리오주 법무차관실(https://www.mcscs.jus.gov.on.ca/)

캐나다 변호사협회(http://www.cba.org)

캐나다 법률정보연구소(https://www.canlii.org/)

영국 입법부(https://www.legislation.gov.uk)

브이렉스(vLex) 법률정보회사(https://vlex.com/)

위키피디아(https://en.wikisource.org/)

Abstract

Law on Child Abuse

- Comparative Review of Canadian Legal System

JANG, Hye Young

Department of Law

The Graduate School

Seoul National University

Focusing on the current situation and laws in Korea and Canada regarding child abuse, after comparing and analyzing the similarities and differences between two countries, I suggested some measures to improve Korean law and systems on child abuse.

Firstly, regarding the meaning of child abuse in Korea, section 3. of Child Welfare Act defines the meaning of ‘child abuse’ and other child abuse-related concepts with Child Abuse Punishment Act. But the concept of 'discipline', which is not regulated by the current legal system at all, has substantial effects on whether the criminal case about child abuse is verified or (if verified) how much the defendant be sentenced. In addition, non-criminal procedures aimed at protection of children also presuppose the concept of ‘child abuse crimes' in criminal law. As a result, responses to child abuse matter tend to be biased to criminal procedures, non-punishment can be taken to mean that child abuse itself does not exist. So, there is little chance of action being taken to protect a child in need of protection including child abuse, nor to deal with his(her) caregiver properly.

On the other hand, Canada has no definition of child abuse which is

applied uniformly throughout Canada or in all procedures regarding child abuse matter. Canada has a dual legal system, that is, criminal procedures against caregivers are primarily regulated by the Canadian Criminal Code which is federal law, whereas child protection proceedings for the protection of children are governed by the law of each province or territory.

Section 43. of the Canadian Criminal Code justifies some force by way of correction toward a child, if the force does not exceed what is reasonable under the circumstances, and the Supreme Court of Canada provides the guide to interpret the Section 43. within the context of Canadian Constitution. The basic concept of Section 43. and the ruling of Supreme Court of Canada is that the Canadian legal system does not punish all actions toward a child by a parent which may 'technically' meet the crime requirement like Assault, and there seems to be kind of sympathy with this concept in the Canadian society. It does not mean that there is no need for other measures, once the act is justified in a criminal sense.

To improve Korean law about the meaning of child abuse, I suggested, section 3. of Child Welfare Act should function as a basic concept which regulates the welfare or protection of children wholly including child abuse, while criminal requirements to punish the child abuser should be stipulated uniformly around Child Abuse Punishment Act. And there should be legal regulation of the concept of 'discipline' to clarify the limits and scopes in relationship with child abuse, and to avoid the confusion with 'corporal punishment' which is already prohibited in Korean law.

Also there is a need to expand the scope of the 'child in need of protection' which is defined by the section 3. of Child Welfare Act, so that the government can easily intervene and use various methods to protect children in need of protection including being already abused or at risk of abuse in the future.

Secondly, various systems in Korea and Canada about child abuse matter were reviewed through certain perspectives – like rights of the

related parties, responsibility of the state or community, sharing of evidence between different procedures, and some recommendations were made to improve Korean law and systems.

From the perspective of rights of children or caregivers who are involved in the child abuse-related procedures, Korean law appears to be insufficient to guarantee the participation of children or the procedural rights of caregivers. So I suggested to introduce the system that can help children to fully express their views and wishes during the procedures, like Legal Representation in Canada. And it would be necessary that the caregiver registered at the National Child Abuse Information System as child abuser can inspect the registered information about him(her)self, and ask to delete or change the wrong one, like the rights of registered person of Child Abuse Register in Canada.

From the perspective of 'community's responsibility for child abuse', after reviewing the mandatory reporting system, I suggested every member of the community has a duty to report, because child abuse is not an individual deviation, but an injustice based on the structural problem of the society. Also from the same perspective, it is necessary to strengthen the capacity of Public Officer dedicated to child abuse matter recently introduced in Korean law system.

From the perspective of 'sharing of evidence', to prevent inconvenience and so-called 'additional harm' to children because of their repeated statements in the same or different proceedings, Korean law needs to have some provisions on the grounds for sharing evidences between different courts or procedures in cases involving children.

keywords : child abuse, discipline, criminal punishment, child protection proceedings, s.43 of Canadian Criminal Code, Supreme Court of Canada, Child, Youth and Family Services Act, 2017

Student Number : 2018-37622