

어린이의 法的 權利保護에 관한 문제점

宋 相 現*

I. 문제의 제기

현재 어린이의 權利保護를 위하여 각종 국내의 법령에서 화려하게 배풀어져 있는 규정 들에는 근본적 문제점이 있지 않나 하는 생각이 있다. 또한 형식적으로 법에는 잘 규정되어 있으나 국가정책이나 실생활에서는 실현되는 것이 별로 없는 것이 현실이기도 하다. 예산과 기구타령을 하기도 하고, 국민의 의식과 연결지어 垂直的 儒敎思想 때문이라고 하거나, 산업의 발달로 인하여 가족구조와 생활문화가 변화되었기 때문이라고도 한다. 그러나 좀 더 근본적으로 어린이의 권리를 규정한 국내의 법규범들이 과연 어린이가 이 사회에서 가지고 있는 地位나 利害關係, 그리고 어린이와 어른과의 관계 및 어린이와 국가와의 관계 등을 고려하여 어린이의 자리매김을 정확하게 한 결과 제정된 것인지, 그리고 그 權利들의 道德的 基礎는 무엇인지 의문이 있다.⁽¹⁾ 그러한 의문은 끝이 없으나 이 논문에서는 문제의 제기로서 만족하고자 한다.

첫째, 어린이의 권리란 實定法的 權利를 뜻하는 것인가, 아니면 어른들의 道德的 義務의 反面을 말하는 것인가가 분명치 아니하다. 왜냐하면 권리가 있는 곳에는 반드시 救濟策이 따르는 법인데⁽²⁾ 권리로 인정하기 어려운 것도 무리하게 권리로 인정하고 있는 경우는 없는지 의문이기 때문이다. 경우에 따라서는 어린이에게 고유한 權利라기보다 중요한 利害關係 또는 어린이도 향유할 수 있는 自由라고 봄직한 것도 있다고 생각된다. 둘째, 권리라는 개념의 哲學的 내지 功利的 밑바탕에는 共同善을 위하여 일부 개인이나 집단을 희생하거나 또는 그 반대의 경우가 함유되어 있으므로 合理的이고 理性的인 自治·自律이 전제되어야 하는데, 어린이의 권리를 논함에 있어서도 어린이는 아직 합리적 자치능력도 없고 더 나아가서 인생에는 합리주의만 필요한 것도 아님에도 불구하고 칸트類의 理性論 내지 合理主義에 입각하여 논하는 것이 어린이의 생애의 道德的 價値를 불리하게 차별을 하는 것은 아닌지도 의문이다. 왜냐하면 예컨대 自律能力이 없는 어린이가 책을 읽을 권리

* 서울대학교 법과대학 교수

(1) Onora O'Neill, "Children's Rights and Children's Lives", 98 *Ethics* 445-463 (April, 1988) 참조.

(2) Ubi ius, ibi remedium.

를 주장하고 이를 행사한 결과 음란서적을 탐독하여 자신을 황폐화시킬 수 있기 때문이다. 셋째, 사회가 구조적으로 幼年期와 成年期를 구별하여 인위적으로 달리 취급해서 그렇지, 양자의 異同을 自然的 成熟度에 따라서 구별하는 것 외에 또 다른 무슨 기준을 가지고 어린이의 권리를 적절하게 구별하여 인정할 수 있는지도 의문이다. 넷째, 권리는 어떤 利益을 받는다는 관념이 있으므로 당연히 이를 拋棄, 讓渡, 喪失, 剝奪 또는 制限하는 문제가 있을 수 있는데 어린이의 권리의 경우에도 이런 문제가 여타 다른 권리의 경우처럼 동일하게 취급되어도 좋은지 의문이다. 다섯째, 권리를 논하여 어떤 욕구나 이해관계를 만족시키는 것은 좋지만 그러한 이해관계의 만족을 주장할 권리는 없는 경우가 많다. 이런 경우에는 어떤 기준을 만족시키는 자에게만 권리를 인정해야 할 경우가 있는데 어린이의 권리도 그런 경우가 있는지 의문이다. 여섯째, 비록 實定法에는 한 가지 권리 개념으로 모든 것을 규정하고 있으나 권리 개념은 여러 가지 모양과 내용을 가지므로 한 가지 기준이나 분석을 통하여 전부를 만족하게 설명할 수 없고 이 점은 어린이의 권리에도 타당한 것이 아닌가 싶다. 일곱째, 어린이의 권리를 인정한다고 하더라도 이것을 모두 父母나 國家를 상대로 한 권리라고 보아도 좋은지 의문이다. 이러한 여러 가지 의문점을 토대로 어린이의 權利의 理想的 土臺에 관하여 재검토할 문제점이 있어 보인다.

II. 국내규범에 나타난 어린이의 취급

우리의 憲法을 보면 국민의 권리와 의무를 규정하면서 우선 모든 국민은 子女에게 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 지도록 하고(憲 31 II), 年少者의 勤勞는 특별한 보호를 받게 하고 있다(憲 32 V). 또한 국가는 자녀의 福祉와 權益向上에 노력하여야 하고(憲 34 III) 靑少年의 복지향상정책을 실시할 의무를 진다(憲 34 IV). 이는 산업혁명 이후 등장된 각국의 관심사 중 아동보호를 조문화한 것이다. 최근에는 헌법의 이념을 이어받은 것으로 보이는 靑少年基本法을 제정하여 청소년의 권리 및 책임과 가정, 사회, 국가 및 지방자치단체의 청소년에 대한 책임을 명백히 하고 靑少年育成政策에 관한 기본사항들을 규정하고 있다. 그러나 안타깝게도 이 법은 선언적인 몇 개의 조문 외에는 청소년 수련시설의 설치와 운영에 중점적 목적을 가진 입법에 불과하다.

먼저 한 生命이 태어나서 成人이 될 때까지 우리 나라의 법들이 이같은 헌법정신을 이어받아 구체적으로 어린이들을 어떻게 취급하고 있는지 살펴 보기로 하자. 시험관 아기나 體外受精 또는 代理母에 의하여 태어나는 아기 등 인공수정이나 遺傳子 操作에 의한 생명의 탄생에 관하여는 아직 국내 실정법이 없어서 법의 흠결상태에 있다. 그러나 정상적 受胎와 出生에 관하여서는 단계별로 각종 법이 있어 다양한 취급을 하고 있다.

우선 胎兒의 경우 형법은 낙태행위를 처벌하고 있고(刑 269, 270), 민법에서는 자연인

의 권리능력은 출생으로부터 개시한다고 하면서도(民 3) 태아도 不法行爲로 인한 損害賠償請求(民 762), 財産相續(民 1000 III), 代襲相續(民 1001), 遺贈(民 1064), 死因贈與(民 562) 등의 경우에는 이미 출생한 것으로 본다.

출생한 이후 20세에 달하여 성년이 되기까지(民 4) 각종 법률에서 여러 가지 연령기준을 제시하면서 어린이에 대한 취급을 달리하고 있다. 형법상 영아살해(刑 251), 영아유기(刑 272), 16세 미만의 아동혹사(刑 274), 미성년자에 대한 간음(刑 302), 13세 미만의 부녀에 대한 간음 또는 추행(刑 305) 등은 범죄이다. 이는 어린이를 상대로 하는 위법행위를 성인을 상대로 한 위법행위보다 더 엄격하게 처벌하는 방식으로서 어린이가 법의 규제대상은 아니다. 다른 한편 형법상 형사미성년자는 14세이고 이들의 행위는 가벌성이 없으며(刑 9), 소년법상 18세 미만자는 사형이나 무기형에 처할 수 없다(少 59). 민법상 약혼연령(民 801)과 혼인적령(民 807)은 남자 18세, 여자 16세이나 혼인하면 성년으로 간주된다(民 826의 2). 15세 미만자의 입양에는 법정대리인이 그에 갈음하여 입양의 승락을 한다(民 869). 그러나 미성년자는 일반적으로 행위무능력자로서 그들이 하는 각종 재산상의 행위에는 특별한 제한을 가하고 있고(民 5-8), 행위책임을 변식할 능력이 없는 미성년자는 책임무능력자로서(民 753) 이들의 가해행위에 대해서는 감독자가 책임을 진다(民 755). 그 외에 입양특례법은 보호시설에 있는 18세 미만자를 양자가 될 자격이 있는 것으로 규정하고 있고(入特 2), 보호시설에 있는 고아의 후견직무에 관한 법률에는 미성년자인 고아에 대한 후견직무를 그 시설의 장 또는 시장이나 도지사가 지정한 자가 수행할 수 있게 하고 있다(保 2). 이상은 어린이의 미성숙을 이유로 어린이를 각종 재산상 또는 신분상으로 어른의 보호감독하에 두려는 내용들이라고 할 수 있다.

그 외에 각종 행정법규나 노동법규에서 어린이를 어떻게 다루고 있는지를 보자. 우선 각 學校長은 교육상 필요한 때에는 학생을 징계 또는 처벌할 수 있다(教 76). 노동법상 근로최저연령은 13세이고(勤基 50 I) 18세 미만자에 대하여는 근로기준법상 특별한 취급을 한다(勤基 제5장). 그리고 생후 1년 미만의 유아를 가진 여자 근로자의 청구가 있는 경우에는 1일 2회 각각 30분 이상의 有給授乳時間을 주도록 하고 있다(勤基 61). 사회복지법규상 어린이의 정의도 다양하다. 모자보건사업과 가족계획사업을 효과적으로 수행하기 위하여 제정된 母子保健法상 신생아는 출생 후 28일 미만의 자이고 영유아는 출생 후 6년 미만의 자를 가리킨다(母子 2). 보육시설의 설치와 운영을 규정하고 있는 영유아보육법상 영유아는 6세 미만의 취학전 아동을 가리킨다(영 2). 모자가정의 복지를 위하여 제정된 母子福祉法상 아동이라 함은 모에 의해서 양육되는 18세 미만의 자이며(母福 4 III), 兒童福祉法상의 아동도 역시 18세 미만자로 되어 있다(兒福 2). 未成年者保護法은 단순히 미성년자의 술과 담배, 그리고 불량만화 등을 금하고 이를 어긴 친권자 또는 영업자의 처벌을 규정하고 있다. 靑少年基本法상의 청소년은 그 育成을 위한 修鍊의 목적상 9세부터

24세까지로 규정하고 있다(靑基 제3조). 이같은 규정들은 어린이의 성장환경을 보호한다는 취지하에 그들에게 해로운 각종의 행동을 규제하려는 내용이다. 그러나 이는 지난 날의 소극적인 금지입법에 불과한 것으로서 그 시대적, 이념적 의미는 거의 퇴색해 버린 감이 있다.

우리 헌법에 나타난 교육에 관한 규정들은 어린이에 국한된 규정은 아니나 유럽 근대국가에서 전개된 근대적 公教育思想에서 출발하여 자유권적 기본권으로 확립되었다가 오늘날 사회적 기본권으로서의 教育받을 권리로 고양된 내용을 그대로 반영하고 있다. 또한 여자와 연소자의 근로를 특별보호하는 규정도 역시 개인의 근로의 자유를 인간의 천부적 권리로 보는 사상에서 출발하여 20세기에 사회적 기본권으로 승화되면서 구체화된 권리 내용을 담고 있고 과거의 불행했던 흑사와 착취의 역사를 반복하지 아니하기 위하여 勤勞條件 法定主義와 사회정책적 배려를 한 것이다.

위에서 살펴 본 바와 같이 각종 어린이 보호입법은 어린이의 취약성에서 출발하여 자율능력이 모자란 어린이에게 자율성을 제고하여 자기보다는 이를 억제하는 입장이 그 주류를 이루어 왔다고 볼 수 있다. 또한 설사 법의 목적이 각각 다르다고 하더라도 연령기준이 너무 다르고 태어나서 어른이 될 때까지의 단계별 용어나 개념도 확실치 아니함을 알 수 있다. 결국 누가 어린이인가는 국가가 그때그때의 필요에 따라 법을 통하여 선언하는 것이 아닌가.

III. 국제규범에 나타난 어린이보호규정

국제규범을 고찰해 보면 그 흐름은 한마디로 어린이 人權思想의 擴大라고 볼 수 있다. 즉 어린이를 부모나 사회의 종속물이 아니라 독립된 인격으로 보는 경향이다. 1924년의 어린이의 권리에 관한 제네바선언, 1948년의 世界人權宣言, 그리고 1959년 유엔총회에서 채택된 어린이의 權利宣言 등에서 어린이들이 특별한 사회적 보호와 원조를 받을 권리가 있음을 선언하고 있고(예컨대 세계인권선언 25 II) 부모가 그 자녀에게 과할 교육의 종류를 선택할 우선권을 갖도록 하고 있다(동선언 26 III). 1966년 유엔에서 채택한 經濟的, 社會的 및 文化的 權利에 관한 國際規約(A규약)과 市民的 및 政治的 權利에 관한 國際規約(B규약)에는 좀 더 구체적으로 家庭이 부양 어린이의 養育과 教育에 대한 책임을 맡고 있는 동안에는 당사국은 가능한 한 광범위한 보호와 지원이 부여되도록 하여야 하고(A규약 10 I) 차별 없는 특별보호와 원조, 경제적·사회적 착취금지, 어린이와 연소자에 해로운 각종 노동이나 고용금지 등을 강조하고 있다(A규약 10 III). 이 규약 제13조는 교육에 관하여도 유엔인권선언과 앞의 A규약의 규정을 좀 더 구체화하여 당사국 정부가 교육받을 권리에 대하여 실천해야 할 사항을 열거하고 있다. B규약에는 모든 어린이가 일체의

차별을 받지 아니하고 자신의 가족, 사회 및 국가에 대하여 미성년자로서의 지위로 인하여 요구되는 보호조치를 받을 권리를 가질 뿐만 아니라 출생 후 즉시 등록되고 성명을 가지며, 국적을 취득할 권리를 가진다고 하고 있고(B규약 24) 혼인해소시의 자녀에 대한 보호조치를 규정하고 있다(B규약 23 IV).

그 후로도 꾸준히 아동보호와 복지에 관한 사회적, 법적 원칙에 관한 선언, 유엔에서 청소년의 사법행정에 관한 최소기준을 정하는 베이징선언, 비상시와 무력충돌시의 부녀자와 어린이보호에 관한 선언 등이 공표되었고, 최근에는 10년간의 논의끝에 1989년에 유엔 어린이權利協約이 체결되어 1990년 발효된 데 이어⁽³⁾ 1991년에는 유니세프의 어린이권리에 관한 정상회담도 열린 바 있다.

유엔 어린이권리협약은 18세 미만의 어린이를 권리보호의 대상으로서가 아니라 人權의 主體로서 보아 그 권리를 구체적으로 체계화한 종합적 人權文書이다. 기존의 규범들과 중복되는 권리내용도 있으나 우선 어린이가 인간으로서 갖게 되는 기본적 권리로서 生命權, 出生登錄權, 姓名權, 國籍取得權, 自己正體保存權 등을 열거하고 있고, 기본적 자유로서 思想·良心·信仰·宗教의 자유, 集會·結社의 자유, 私生活秘密保護와 자유로운 情報接近, 家族 및 家庭·通信·名譽의 자유, 身體의 自由 및 拷問·死刑·無期刑禁止 등이 규정되어 있다. 둘째, 부모와 어린이의 관계 및 그 가족환경을 보호하기 위하여 부모의 지도·감독, 부모로부터의 분리제한, 부모의 양육책임, 불법해외이송금지, 어린이 학대금지, 어린이를 위한 입양, 건강보호, 탁아시설, 양육비 확보 등의 조항을 설치하였다. 셋째, 어린이의 생존과 발전보장, 결혼환경의 어린이와 장애어린이의 보호, 건강과 사회보장의 권리, 적절한 생활수준향유권 등 어린이의 건강과 성장에 관하여 세밀한 관심을 베풀고 있다. 넷째, 어린이의 교육, 휴식, 여가선용 및 문화적 활동에 관한 권리를 규정하고 있다. 다섯째, 특수상황에 처한 어린이의 보호를 위하여 난민보호, 무력분쟁시의 보호, 특별희생자의 사회복귀지원, 체포구금되거나 형사피의자인 어린이의 보호, 어린이노동의 보호, 마약류로부터의 보호, 성적 학대로부터의 보호, 어린이의 약취유인이나 각종 착취로부터의 보호, 그리고 소수자 및 원주민 어린이의 보호 등을 규정하고 있다.

오늘날의 국제규범은 유엔 어린이권리협약과 같이 어린이의 脆弱性을 전제로 특별규제를 통한 어린이 보호의 방향에서 탈피하여 어린이 人權의 尊重을 목적으로 점차 어린이의 권리에 관하여 포괄적인 규정을 두어 人權을 확대·강화하는 방향으로 나아가고 있고, 최근에는 적어도 西歐 선진국에서는 국내입법이나 사법부의 판결을 통하여 좀 더 나은 어

(3) 한국은 1990년 9월 25일 서명하였고 1991년 11월 20일 비준서를 기탁함으로써 1991년 12월 20일자로 정식 조약 당사국으로 되었다. 가입시 제9조 제3항의 자녀의 面接交涉權조항, 제21(a)조 入養節次조항, 그리고 제40조 제2항 b(v) 異議權보장조항에 대하여는 국내법과의 충돌을 이유로 적용을 유보한 바 있다.

린이들의 個別性과 自治를 인정하는 경향이 있어 보인다.⁽⁴⁾ 또한 어린이를 위한 음부즈만 등 특별기구를 설치한 나라도 있다.⁽⁵⁾

이 점은 우리 나라의 입법이 아직도 어린이에 대한 규제와 보호중심으로 되어 있는 것과 대조적이다.

IV. 국내외규정에 대한 재검토

1. 立論의 출발점 : 意思說과 利害關係說

위에 검토한 국내의 규범들을 보면 權利개념을 중심으로 하여 어린이의 보호에 관한 거의 모든 규정이 다 포함되어 있어서 사회가 아무리 변한다고 하더라도 어린이가 새롭게 갖게 되는 권리가 과연 또 있을까 싶다. 그러나 좀 더 근본적인 명제로서 어린이는 무슨 특별한 권리를 갖고 있는가 하는 문제는 사실 오랫동안 권리개념에 관한 철학적 논쟁과 직결되어 있다.⁽⁶⁾ 意思說的 입장에서⁽⁷⁾ 인간의 自治와 自律을 강조하다 보면 그렇지 못한 어린이에게 무슨 권리를 귀속시킨다고 하는 것은 정당하지도 않을 뿐만 아니라 효과적이지도 못하다고 생각할 수도 있다. 반면에 어린이도 어른과 동일한 인간적, 도덕적 가치를 가지는 인간이라고 할진대 이러한 가치는 어린이들도 그들이 가지는 기본적인 이해관계의 관점에서 정당화되는 실정법적 권리를 갖는다고 해야만 가장 잘 보호된다는 이른바 利害關係說도 있다.⁽⁸⁾ 兩說의 근본적 차이는 어린이를 위한 도덕적 인격적 권리를 인정하는 것이 철학적으로 유용하고 적절한가, 그리고 이러한 권리개념을 기초로 어린이의 복지에 관

(4) 예컨대 영국의 판결로는 *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, 「1986」 AC 112. 입법으로는 영국의 Children Act of 1989와 특히 동법 제1조 3(a)항, 제4조 3(b)항, 제6조 7(b)항, 제10조 8항, 제20조 11항, 제22조 4(a)항 및 5항, 제26조 3항, 제34조 2항, 제38조 6항, 제43조 8항, 제44조 7항, 제64조 2(a)항 등 참조. P. Newell, *The UN Convention and Children's Rights in the UK* (1991, London, National Children's Bureau) 와 C. Cohen & H. Davidson, *Children's Rights in American* (1990, Washington, American Bar Assn.)은 유엔 어린이보호협약의 문제점을 논하면서 각각 영국과 미국의 국내법의 부족한 점을 예리하게 지적하고 있다.

(5) 노르웨이, 뉴질랜드, 코스타리카, 이스라엘 등이 그러한 나라이다. M. Flekkoy, *A Voice for Children* (1991, London) 참조.

(6) G. Paton, *A Textbook of Jurisprudence* (1972, Oxford)는 의사설적 입장을, 그리고 N. MacCormick, *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy* (1982, Oxford)는 이해관계설적 입장을 주장하고 있다. 그리고 C. A. J. Coady, "Theory, Rights and Children: A Comment on O'Neill and Campbell", 6 *International Journal of Law and the Family*, No. 1, 43-51(1992) 등은 그러한 철학적 논의를 잘 대비시켜 정리한 논문이다.

(7) N. Simmonds, "Rights, Socialism and Liberalism", 5 *Oxford Journal of Legal Studies* 1-9 (1985). M. D. A. Freeman, "Taking Children's Rights More Seriously", 6 *International Journal of Law and the Family*, Vol. 1, 52-71 (1992).

(8) Tom D. Campbell, "The Rights of the Minor: As Person, As Child, As Juvenile, As Future Adult", 6 *International Journal of Law and the Family*, No. 1, 1-23(1992).

한 캠페인을 하는 것이 정치적으로 의미있는 것인가, 또한 인권운동에 어린이를 위한 적극적 행동을 추가할 것인가 등에서 구체적으로 나타난다. 다만 이같은 견해대립을 너무 부각시키는 것은 오해를 불러 일으킬 소지가 있고, 의사설에 대한 반대가 곧바로 어린이의 실정법적 권리를 부인하는 것이 아니라 어린이에 대한 기본적 의무와 함께 어린이의 기본적 실정법적 권리를 더 적절하게 이해하는 데 도움이 된다는 입장도 있다.⁽⁹⁾

2. 어린이의 이해관계의 다양성

만일 利害關係說에 따른다고 하더라도 어린이들의 어떤 이해관계가 권리로서 提高되어 보호되어야 하는지, 그런 경우에 부모의 이해관계는 어떻게 되는지를 생각해 보아야 하며, 또 남녀노소를 불문하고 누구나 인간(person)으로서 가지는 이해관계, 아직 미숙하고 부양을 받는 유아(children)가 갖는 이해관계, 그들이 점차 성숙해지면서 비로소 등장하는 청소년(juveniles)의 이해관계, 그리고 장차 어른이 되었을 때 미래의 어른(future adults)으로서 갖게 되는 이해관계 등의 차이를 잘 따져 보아야만 법을 제정·해석·집행함에 있어서 부모나 국가나 기타 관계자들이 어린이를 어떻게 보호하고 다루어야 하는지에 관하여 좀 더 명백한 입장을 정리할 수 있을 것이다. 그런데 수많은 국제규범이나 국내법이 어린이들의 각종 권리를 인정하고 있으면서도 과연 어린이들이 적절하게 권리를 갖는다고 말할 수 있는지, 그렇다면 이 권리가 어린이들에게 고유한 권리인지를 개념적으로 명확하게 밝히지 못하고 있다. 어떤 것은 權利보다 自由의 개념으로 더 잘 설명되는 경우도 있고(예컨대 표현이나 사상의 자유 등), 국가에 부과된 義務라고 보는 것이 타당한 경우도 있는데(예컨대 性的 虐待防止), 국내외 규범들이 모두 保護 개념에 의존하여 어른이 생각하기에 어린이들이 필요한 것을 어린이들에게 인정해 준다는 형식으로 권리를 규정하고 있다. 이러한 문제에 대한 분명한 개념적 교통정리가 있어야만 예컨대 어린이보호운동이나 가정법원의 기능도 좀 더 명확하게 정립될 수 있을 것이다.

어린이의 권리에 관한 논의가 제기되면 그들은 우리의 희망이요, 미래의 세대로서 장차 우리 국가사회에 큰 일을 할 사람들이기에 우리 모두가 관심을 갖는다고 천편일률적인 반응을 보인다. 그러나 이처럼 어린이의 장래와 결부시키는 입장은 결국 어린 시절의 현실적인 고통, 상실, 박탈 등과 관련되는 범위에 주로 국한하여 초점을 맞출 가능성이 높다. 그리하여 어른들은 어린이들이 장래에 적용하도록 교화해 줄 의무를 지고 있으므로 어린이들은 그에 상응한 권리를 갖는다고 하면서도 예컨대 어린이를 징계하는 것도 기성인들이 더 나은 장래사회를 만들기 위하여 어린이를 사용하는 꼴이 되고 이는 어린 시절의 그들의 행복과 자유를 뺏는 것이어서 결국 어린이의 권리를 침해하는 것으로 비난받을 가능

(9) Onora O'Neill, "Children's Rights and Children's Lives", 6 *International Journal of Law and the Family*, No. 1, 41 (1992).

성이 있다. 그리하여 어린이의 권리가 어른의 권리에 예속되는 결과가 되는 것으로 해석될 여지가 있다. 따라서 이같은 이해관계의 상충과 혼란과 예속가능성을 제거하여 우선순위를 정립할 필요가 있다.

어린이도 사람이고 人權 개념은 보편적인 것이므로 이는 남녀노소에게 모두 적용되어야 한다. 따라서 유엔아동권리협약을 제정하는 과정에서도 어린이도 세계인권선언의 적용을 받는 만큼 별도의 아동권리협약은 불필요하다는 견해가 있었다.⁽¹⁰⁾ 그러나 세계인권선언이 아주 어린 아이들에게도 적용된다고 하면 이상한 경우가 있다. 과연 선언의 규정대로 그 아이들이 결혼해서 가정을 가질 권리, 또는 근로의 권리나 참정권이 있는가? 권리에 따라서는 인간의 생존기간중 어느 단계에서는 가질 수 있으나 살아 있는 동안 내내 가질 수 없는 것도 있다. 이처럼 인생의 단계를 따질 때 항상 제외되는 것이 유년기이다. 그러나 어떤 인권은 보편적이어서 어린이에게도 적용되는 것이 있으니 생명권, 건강보호를 받을 권리, 고문을 받지 아니할 권리 등이 그것이다. 그런데 이같은 권리는 어린이이기에 갖는 권리라기보다 인간이기에 갖는 권리고 유엔아동권리협약이 이를 어린이의 권리로 규정하고 있는 경우에도 어린이도 인간이기 때문에 갖는 권리라고 규정하고 있다(예컨대 동협약 제2조의 차별받지 아니할 권리, 제7조의 성명권과 국적권, 제24조의 건강보호에 관한 권리 등).

이와 같은 규정태도는 의사설에 의하여 반론에 직면한다. 의사설에 의하면 어린이도 인간임에는 틀림없으나 인간이면 원칙적으로 합리적 선택을 할 능력이 있거나 그들을 성인이라고 해도 좋을 만큼 능력을 발전시킨 경우에만 이같은 권리를 가질 수 있다는 것이다. 이에 부응하여 요즘에는 조금 나이먹은 어린이의 경우에는 그들이 성숙했으므로 권리를 귀속시켜야 한다는 취지의 논의도 있다. 그 결과 예컨대 투표권, 결혼권, 근로권 등의 경우 16세 또는 18세 등 자의적 연령제한을 再考해야 된다고도 한다. 의사설의 관점에서 보면 아동의 권리에 관한 운동은 어린이에게 어른들의 권리를 좀 더 부여하는 방향의 운동이라고 볼 수도 있고 어른과 어린이의 경계선을 다시 긋는 문제라고 해석될 수도 있다. 그렇다면 이는 어린이의 권리를 다루는 것이 아니라 어린이라고 잘못 취급되고 있는 어른의 권리를 다루는 것이 된다. 이는 유엔협약의 여러 조문에서도 발견되는데 예컨대 표현의 자유를 규정한 제13조, 사상, 양심, 종교의 자유를 규정한 제14조, 국가가 보유한 정보자료에의 접근권을 규정한 제17조 등이 그것이다. 이같은 일련의 조문은 성장의 중간단계, 즉 젊은 어른이 사실상 동일한 능력과 이해관계를 가지고 있음에도 나이 많은 어른보다 능력이 모자란 것으로 잘못 취급하는 중간기간을 폐지하려는 시도이다. 사실 이같은 제한은 청소년의 능력과는 관계없고 어른들이 임의로 연령단계를 끊어서 도로안전, 산업

(10) J. Eekelaar, "The Emergence of Children's Rights", 6 *Oxford Journal of Legal Studies* 161(1986).

훈련, 범죄, 산아제한 등의 문제 등을 다루려는 의도에서 나온 것이기 때문이다. 그러나 이해관계설에 의하면 이러한 능력은 완전히 성숙한 인간의 경우에만 문제가 되는 것으로서 물론 어떤 권리를 어떤 자에게 귀속시키는 기초가 되지만 모든 인간에게 귀속시키는 기초는 아니다. 그런데 일정한 연령 이하의 어린이들은 그들이 인간임에도 불구하고 단순히 어리다고 해서 일정한 연령 이상이거나 능력을 구비한 경우에 귀속시킬 권리를 부인한다면 이것은 차별이라고 한다. 생각건대 전형적인 유아로부터 완전한 성인으로 전환하는 기간동안 인간의 성장단계의 중요성을 전연 부인하는 것은 잘못이 아닌가 싶다. 또한 어른의 행위에도 각각 다른 능력을 요구하는 경우가 있는 것을 보면 사회생활의 모든 면에서 성년을 가늠하는 기준이 한 가지만 있는 것은 아니므로 미성년자의 권리라는 개념범위에 들어오는 청소년단계를 인정해야 할 근거도 있다. 이 단계의 특징으로는 대부분 성년다운 신체적 발달, 자율적 선택을 위한 능력, 그리고 청소년 자신의 사회에 대한 인식과 가치 및 신념에 대한 스스로의 계획에 의하여 이루어지는 행동 등이 있다. 청소년으로서 어린이는 자치에 대한 상당한 이해관계를 가지고 있으므로 어린이의 많은 권리는 이러한 사실을 인정한 결과이다. 자치능력은 선택의 폭과 결과에 대한 정보에 비추어 하고 싶은 것이 무엇이고 갖고 싶은 것이 무엇인지 선택할 능력과 관계된다. 유엔협약 제27조를 보면 신체적, 정신적, 영혼적, 도덕적, 사회적 발달에 걸맞는 생활수준에 대한 권리를 규정하고 있는데 이는 장래의 성인생활에 대한 준비를 의미하는 것이 아니라 어린이 자치의 각 단계에 대한 언급을 나타내는 것이다.

3. 어린이의 후속권리

어린이에게 특유한 이해관계와 어른들의 합리적 능력에 관계되는 후속권리들, 다시 말하면, 미래의 어른으로서의 어린이에게 귀속시켜 주는 권리가 있다. 예컨대 사회보장이익을 받을 권리를 규정한 동협약 제26조, 교육에 대한 권리를 규정한 제28조, 자신의 재능 등을 발전시키고 책임있는 생활을 준비할 권리 등을 규정한 제29조 등이 그것이다. 이러한 권리들은 한 인간으로서의 어린이의 이해관계를 토대로 인정하고 있는 것으로 볼 수 있으나 반면 별도로 분류해서 규정해야 할 만큼 특유한 것이다. 이 경우의 이해관계는 어린이의 발달을 위한 것이므로 이를 發達權이라고 부를 수도 있겠다. 그런데 이것이 어린이의 권리라고 적절하게 관념되려면 두 가지 전제가 있어야 한다. 첫째는 어린이와 성인은 동일한 인간이라는 점이고, 둘째는 문제의 발달훈련의 기초는 사회일반의 이해관계라기보다는 미래어른의 이해관계라는 점이다. 어린이의 장래 이해관계를 위한 교육과 국가의 필요를 위한 교육간의 구별은 사실 아주 미묘하다. 어린이의 특유한 권리라고 식별되는 경향이 있는 것은 장래어른으로서의 어린이의 이러한 권리들이다. 그러나 어린이들의 제1차적 중요성이란 그들이 어느날 어른 또는 진짜 사람이 될 것이라는 사실에 있는 것이

아니다. 이러한 접근방법은 현재상황에서의 어린이의 경험의 중요성, 그들의 현재의 행복과 그들의 현재의 관심사를 무시하는 것이다. 그러나 실제에 있어서는 어린이의 현재의 이해관계를 直觀하기보다는 종종 장애인간으로 만들기 위한 훈련필요성을 더 중요시하는 경향이 있지만 만일 우리가 합리적 개인의 우월성을 가정하는 자유주의 이데올로기로부터 다소 거리를 두고 볼 수 있다면 어린이의 현재의 필요와 관심에 관하여 좀 더 잘 파악할 수 있을 것이다. 유엔협약에서 예를 들자면 어린이로서의 미성년자의 권리라는 아이디어를 나타내는 조문들이 있다. 예컨대 부모가 누구인지를 알고 부모의 보살핌을 받을 권리를 규정한 제7조, 불법으로 해외에 송출되지 아니할 권리를 규정한 제11조, 특히 어린이를 학대, 방치, 과실, 신체적이나 정신적 폭력으로부터 보호해야 할 국가의 의무를 규정한 제19조 등이 그것이다.

어린이의 이해관계에 관한 어른의 견해의 우월성을 확인하는 데 사용되는 방법은 代用判斷의 개념이다. 즉 우리가 어른의 관점에서 어린 시절을 되돌아 보았을 때 어린이가 우리로 하여금 선택하게 했었을 것과 같이 선택을 하여야 한다는 주장이다. 이러한 회고적 판단은 과거를 되돌아보는 어른이 특별한 종류의 교육을 받고 성장한 사람인 경우에는 방법론적으로 의문이다. 또한 이는 어린 시절이 지나고 어른이 된 현 시점에서 취하는 관계로 몹시 어른 중심적인 접근방법이다.

사람들은 과거보다 그들의 장래에 대하여 더 관심이 있을 뿐만 아니라 어른이 되면 어린 시절의 비참함을 쉽게 잊고 이를 대수롭지 않게 생각하므로 회고적인 대응판단의 방법은 공정하지 아니하다.

V. 결론 : 어린이권리의 재분류와 재정립의 필요성

우선 진짜 어린 시절(幼年期는 너무 제한적인 용어다)에 관계되는 어린이의 권리는 부분적으로는 그들을 돌보아주고 安全 및 危害로부터 보호해 주어야 할 이해관계로부터 생겨난다. 그런데 이러한 어린이의 이해관계는 이를 돌보아 주고 보호하는 어른들의 이해관계로부터 구별하는 것이 쉽지 아니하다. 그러므로 예컨대 어른의 빈곤을 타파하는 논점을 제외한 채 어린이의 빈곤을 타파하기 위한 정치적 약속을 하는 것은 피상적이다. 그러나 진짜 어린시절은 어린이가 피부양자인 동안이므로 이는 어른과의 관계에서 살펴 보고 취급되어야 한다. 다만 이런 경우에도 이것이 우리가 이 단계에서 어린이의 권리에 대한 논의를 포기하고 어른들의 의무에만 집중해야 된다는 것을 의미해서는 안된다. 이해관계란 경험적으로나 물리적으로 명확한 실체를 가져야 중요해지는 것은 아니므로 비록 어린이들의 이해관계가 다른 사람들의 인생과 얽혀 있더라도 우리가 피부양자로서의 현재의 이해관계에 직접 주목한다면 형식적으로 권리를 인정하는 것보다 어린이들을 더 잘 보호할 수

있다. 이 점이 국내의 규범의 해석에 참고가 되어야 한다.

둘째, 진짜 어린이시절에는 扶養보다 더 많은 보호와 지원이 필요하다. 예컨대 놀 권리는 그 자체를 위해서나 그것이 가져다 주는 기쁨으로 보나 어린이들의 이해관계로부터 생겨난다고 생각할 수도 있다. 그러므로 여기서 이해관계의 개념을 좀 더 분석해 보면 이는 그들이 청소년이나 어른으로서 무엇에 관심을 갖고 경험을 하는가보다는 궁극적으로 인간이 무엇에 관심이 있는지와 연결되어야 한다고 생각한다. 이같은 접근방법은 어린이를 작은 어른으로 보는 어른들의 경향을 최소화하는 방향에서 철저한 경험적 연구를 하여 어린이의 권리주체성을 인정할 필요가 있다.

셋째, 앞에서 필자는 인간의 성장단계에 따른 이해관계의 다양성을 논하면서 이를 분류하는 시도를 해보았다. 분류는 논자에 따라서는 차이가 있을 수 있으나 미성년자의 지위를 인간으로서, 어린이로서, 청소년으로서 그리고 장애의 어른으로서 나누는 데 따라 미성년자의 권리를 분류하는 것은 협약 제3조에 있듯이 “어린이를 위한 最善의 利益”이라는 아동법상 중요원칙을 해석함에 도움이 된다. 또한 이러한 분류와 접근방법은 제8조의 사람의 정체성을 유지할 권리라든가, 자신의 고유한 언어와 문화를 향유할 권리를 규정한 제30조, 경제적으로 착취당하지 아니할 권리를 규정한 제32조 등에 나타난 권리들이 얼마나 그 내용과 성질이 애매모호한지를 깨닫게 해 준다. 왜냐하면 이들 권리는 그것들이 보호해 주는 것으로 생각되는 이해관계의 성질에 따라 그 해석과 적용을 달리할 수도 있기 때문이다. 또한 이 분류는 법이 고려해야 할 이해관계(상충될 수도 있는)가 무엇이며 얼마나 광범위한 것인지를 다시 한번 깨닫게 만든다. 마찬가지로 이해관계를 이처럼 분류하는 경우에는 代理人이 어린이를 위하여 어떤 의사결정을 할 때 그 대리인으로 하여금 장애어른으로서의 어린이에 관해서 뿐만 아니라 현재 어린이가 적절히 관심을 갖고 있는 것과 인간으로서 변함없는 이해관계나 장애어른과 구별되는 청소년의 특별한 이해관계에 관하여 재고하게 만들 것이다. 그뿐만 아니라 미성년자의 이해관계를 이처럼 분류하면 미성년자의 권리 일반의 가치기초가 무엇인지를 명확하게 파악하는 데 도움이 될 것이고 적어도 미성년과 성인자의 동일가치를 실제로 인정하는 데 있어서의 장애를 제거할 수 있을 것이다.

〈Résumé〉

A Query on Legal Rights of Children

Sang Hyun Song*

This paper attempts to review all the statutory norms on children in Korea and compare them with the international conventions including the UN Convention to see whether the domestic legislations on children are theoretically and ideologically in conflict with the conceptual and implementational framework of the major international norms. The domestic legislations show the definition, scope and construction of children's rights and obligations are often unclear, and children's relationship to the State and to the parents are also ill-defined and far from child-centered. Most of those legal and institutional rights of children seem to be provided rather for the political purposes. Institutionally the family court in Seoul has been the only entity specialized in the domestic disputes including children's problems. In the criminal sphere of children's justice the notion of the child's best interests does not seem to fully occupy the trial process and may be thought to sit oddly within a larger plan to strengthen children's rights.

If the question of why children matter is raised, a familiar rationale would be that they are the future generation of our society, and discussion is focussed on the suffering and deprivation during the years of childhood. However, the legal treatment of them should be different as human being, as child, as juvenile and as future adult.

As the basis on which to define the role and limits of legal involvement in the contest between the children, their parents and the State, there have been two schools of thought: a will/power theory and an interests theory. This paper argues that in connection with children's rights are the legally protected interests of the right bearer rather than rights as opposed to duty or obligation in the strict legal sense of the word. It is emphasized that children's law necessarily balances the interests or social claims of three stakeholders: the independent interests of the child in a safe, supportive environment which respects appropriate choice rights; the family through deference towards its auton-

* Professor of Law, College of Law, SNU

omy in childrearing; and the state with its historic *parents patriae* role of being the parent of last resort and protector of dependent of vulnerable people. Yet there is a morality issue and legal enforcement children's law should not undermine morality.