

교원의 아동학대 면책 조항에 대한 비판적 검토 - 아동의 권리 및 아동학대 관련 법제와의 관계를 중심으로 -

장혜영*

국 | 문 | 요 | 약

최근 교원의 정당한 학생생활지도 또는 교육활동에 대해서는 아동학대로 보지 않는다는 내용으로 개정된 초·중등교육법, 유아교육법 및 아동학대처벌법 조항은 헌법 및 유엔아동권리협약이 보장하는 아동의 권리를 침해하고, '정당한 학생생활지도 또는 교육활동'이라는 불명확한 개념을 추가함으로써 아동학대의 의의에 관한 혼란을 가중시킬 우려가 있다. 또한 형법상 일반적 위법성조각사유인 정당행위가 존재함에도 교원의 아동학대 사건의 위법성 여부를 판단하기 위하여 별도로 위와 같은 조항을 둘 현실적 필요성 또한 높지 않다고 할 것이다. 그리고 아동학대 문제와 관련하여 어려움을 겪는 교원을 보호하기 위해서는 아동학대 사건에서 교원의 절차적 권리를 보장하고, 다양한 지원 및 교육을 통해 교원의 역할과 중요성에 대한 사회적 인식을 변화시키는 것이 보다 근본적인 방법이라는 점에서, 위 조항들이 교원의 보호라는 입법 목적에 효과적인 수단이라고 보기도 어렵다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2024.3.31.1.1>.

❖ 주제어 : 교원, 아동학대, 정당한 학생생활지도, 정당한 교육활동, 위법성조각사유, 정당행위, 아동의 권리

* 서울대학교 법학전문대학원 객원교수·변호사

I. 서론

2023년 7월 초등학교 교원이 교내에서 스스로 목숨을 끊은 일명 ‘서이초 사건’은 우리 사회에 큰 파장을 일으켰다. 숨진 교원이 생전 학부모의 민원에 시달렸다는 주장이 제기된 후 전국 교원들의 추모 집회¹⁾가 이어졌고, 유사한 사유로 자살²⁾하거나 아동학대 혐의로 기소되어 재판 중인 교원³⁾의 사례들이 주목을 받기도 하면서, 교권 침해의 문제가 제기되었다. 이에 교육부는 2023. 8. 23. ‘불합리한 학생인권조례를 개선하고, 교원의 정당한 생활지도는 아동학대와 구분한다’ 등과 같은 내용을 포함하는 ‘교권 회복 및 보호 강화 종합방안’을 발표⁴⁾하였다.

입법적 대응도 신속히 이루어졌다. 2023. 9. 27. 각 개정 및 시행된 초·중등교육법 및 유아교육법은 교원의 정당한 학생생활지도 및 유아생활지도에 대해서는 신체적 학대행위, 정서적 학대행위 또는 방임행위로 보지 않는다는 내용의 조항을 신설하였고⁵⁾, 2023. 12. 26. 개정 및 시행된 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 아동학대처벌법)은 아동학대의 정의 조항에 교원의 정당한 교육활동과 학생생활지도는 아동학대로 보지 않는

- 1) 서울신문, “‘서이초 사건’에 분노한 교원들…광화문 메운 ‘검은 물결’”, 2023. 7. 29. (<https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20230729500045>, 2023. 12. 26. 확인)
- 2) 연합뉴스, “‘호원초 교원 사망’ 학부모들 조사 완료…“강요 없었다” 주장”, 2023. 12. 11. (<https://www.yna.co.kr/view/AKR20231211095200060>, 2023. 12. 26. 확인)
- 3) 동아일보, “주호민 아들 사건 담당 공무원 “교원에 의한 아동학대 판단””, 2023. 12. 18. (<https://www.donga.com/news/Society/article/all/20231218/122677831/2>, 2023. 12. 26. 확인)
- 4) 교육부 보도자료, “학생·교원·학부모가 상호 존중하는 ‘모두의 학교’ 만든다.‘, 2023. 8. 23. (<https://www.moe.go.kr/boardCnts/viewRenew.do?boardID=294&boardSeq=96107&lev=0&searchType=null&statusYN=W&page=16&s=moe&m=020402&opType=N>, 2023. 12. 26. 확인)
- 5) 초·중등교육법 제20조의2(학교의 장 및 교원의 학생생활지도) ① 학교의 장과 교원은 학생의 인권을 보호하고 교원의 교육활동을 위하여 필요한 경우에는 법령과 학칙으로 정하는 바에 따라 학생을 지도할 수 있다. <개정 2023. 9. 27.>
② 제1항에 따른 교원의 정당한 학생생활지도에 대해서는 「아동복지법」 제17조제3호, 제5호 및 제6호의 금지행위 위반으로 보지 아니한다. <신설 2023. 9. 27.>
유아교육법 제21조의3(원장 등 교원의 유아생활지도) ① 원장 등 교원은 유아의 인권을 보호하고 교원의 교육활동과 돌봄활동을 위하여 필요한 경우에는 법령과 유치원규칙으로 정하는 바에 따라 유아를 지도할 수 있다.
② 제1항에 따른 교원의 정당한 유아생활지도에 대해서는 「아동복지법」 제17조제3호, 제5호 및 제6호의 금지행위 위반으로 보지 아니한다.
[본조신설 2023. 9. 27.]

다는 내용을 추가하였다.⁶⁾ 아직까지 아동복지법은 개정되지 않았지만, 2023. 9. 7. 교원의 학생생활지도는 정서적 학대행위에서 제외하지는 내용의 아동복지법 일부개정법률안(강기운 의원 대표발의, 의안번호 2124300)⁷⁾, 2023. 9. 12. 교원의 정당한 학생생활지도는 신체적·정서적 학대행위 및 방임행위에서 제외하지는 내용의 아동복지법 일부개정법률안(고영인 의원 대표발의, 의안번호 2124401)⁸⁾이 각 발의되어 현재 국회에 계류 중이다.

위와 같은 정부와 국회의 신속한 대응은 아동학대 문제에 대한 여론의 변화를 반영한 것이라 할 수 있다. 한동안 아동학대 문제에 대한 여론은 입양한 아기를 학대하여 사망하게 한 일명 ‘정인이 사건’⁹⁾과 같은 중대한 아동학대범죄 가해자에 대한 형사처벌 문제에 집중되었다. 국회도 이러한 여론에 대응하여 아동학대범죄의 신고에 따른 현장 대응의 실효성을 강화하고¹⁰⁾, 아동학대살해죄를 신설하여 가중처벌하는 등¹¹⁾ 아동학대처벌법을 개정하였다. ‘정인이 사건’과 같은 중대한 아동학대범죄에 대한 엄벌 필요성은 이론의 여지가 없을 것이나, 아동학대라는 동일한 용어로 지칭되는 현상의 정도는 매우 다양하고, 그 행위자에 대한 형사처벌의 필요성에 대해서도 의견이 일치하지 않는다.¹²⁾ ‘서이초 사건’은 ‘정인이 사건’과 정반대되는 지점, 즉 형사처벌의 필요성에 관한 사회적

6) 아동학대처벌법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. <개정 2016. 1. 6., 2016. 5. 29., 2021. 3. 16., 2023. 12. 26.>

3. “아동학대”란 「아동복지법」 제3조제7호에 따른 아동학대를 말한다. 다만, 「유아교육법」과 「초·중등교육법」에 따른 교원의 정당한 교육활동과 학생생활지도는 아동학대로 보지 아니한다.

7) 국회의안정보시스템(https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_H2F3G0F8F1E8L2M0K2L9JK2I1E5F1, 2023. 12. 26. 확인)

8) 국회의안정보시스템(https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_S2S3R0R9Q1Q1O1X7X5V6W2U4V8U7B6, 2023. 12. 26. 확인)

9) 대법원 2022. 4. 28. 선고 2021도16719, 2021전도165, 2021보도54 판결 [아동학대범죄의 처벌등에 관한 특례법 위반(아동학대치사)]

10) 아동학대처벌법[법률 제17906호, 2021. 1. 26. 일부개정 및 시행]의 ‘개정이유’(<https://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=228815&lsId=&efYd=20210126&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR&ancYnChk=#>, 2023. 12. 26. 확인)

11) 아동학대처벌법[법률 제17932호, 2021. 3. 16. 일부개정 및 시행]의 ‘개정이유’(<https://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=230195&lsId=&efYd=20210316&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR&ancYnChk=#>, 2023. 12. 26. 확인)

12) 장혜영, ‘아동학대의 법적 규율 - 캐나다의 법제에 관한 비교법적 고찰-’, 서울대학교 법학박사 학위논문, 2022, 3-4쪽.

합의가 완전히 이루어지지 않은 현상이 아동학대로 인정되거나 최소한 명명되는 것에 대한 불만이, 교원이라는 특정한 주체와 관련된 영역에서 터져나온 것이라고 볼 수 있다.

이러한 문제의식에 따라 최근 교원의 일부 행위에 대하여 아동학대로 보지 않는다는 내용으로 개정된 초·중등교육법 제20조의2 제2항(이하 초·중등교육법 조항), 유아교육법 제21조의3 제2항(이하 유아교육법 조항) 및 아동학대처벌법 제2조 제3호(이하 아동학대 처벌법 조항)가 아동학대 사건에서 어떠한 기능을 할 것인지, 아동의 권리 및 아동학대의 의의를 규정한 아동학대 관련 법제에 어떠한 영향을 미칠지 등에 관하여 검토하고자 한다. 이 글에서 위 세 조항을 통칭할 때는 ‘교원의 아동학대 면책 조항’이라 한다.

먼저 논의의 배경으로 교원과 관련된 아동학대 사건의 현황 및 특수성, 교원의 아동학대 면책 조항의 입법과정을 살펴본다. 이어서 교원의 아동학대 면책 조항의 내용 및 기능을 검토한 후, 교원의 아동학대 면책 조항이 아동의 권리 및 아동학대 관련 법제와 조화를 이루는지, 형법상 위법성조각사유인 정당행위가 있음에도 실질적인 필요성이 있는지, 교원의 권리를 보호할 다른 방법은 없는지 등에 관하여 논의한다.

II. 논의의 배경

1. 교원과 관련된 아동학대 사건의 현황 및 특수성

최근 5년 간 아동학대사례 건수는 2018년 24,604건, 2019년 30,045건, 2020년 30,905건, 2021년 37,605건, 2022년 27,971건으로 나타났다.¹³⁾ 아동학대사례 건수가 2018년 이후 계속 증가하다가 2022년에 감소한 사실과 관련하여, 코로나19로 아동학대 사례 건수가 줄었다는 전제 하에 코로나19에서 벗어나 일상이 회복되자 아동학대 사례가 증가하고 있다는 견해¹⁴⁾가 있는 반면, 코로나19로 인한 사회적 거리두기 정책이 아동학대 신고에 영향을 미치지 않은 것으로 나타났다는 연구결과¹⁵⁾도 있어, 2022년에 아

13) 보건복지부, ‘2022 아동학대 주요통계’, 60쪽(<https://www.ncrc.or.kr/ncrc/na/ntt/selectNttInfo.do?mi=1469&bbid=1127&nttSn=5856&cataGori=da07&tabName=all>, 2023. 12. 11. 확인).

14) 김경옥, ‘아동학대 실태와 대처에 관한 한·일 비교 - 유형별 분석과 대응 과정 비교를 중심으로-’, 『일본사상』 제43호, 2022, 29쪽.

동학대사례 건수가 감소한 원인에 대해서는 향후 2023년 아동학대 통계가 나온 후¹⁶⁾ 더 많은 연구가 필요할 것으로 생각된다.

가장 최근 통계인 2022년 통계에 의하면, 아동학대사례 유형은 정서학대 10,632건(38.0%), 증복학대 9,775건(34.9%), 신체학대 4,911건(17.6%), 방임 2,044건(7.3%), 성학대 609건(2.2%) 순으로 나타났다.¹⁷⁾ 아동학대의심사례로 신고접수된 44,531건에 대한 신고자 유형은, 신고의무자에 의한 신고가 16,149건(36.3%)으로 나타났으며, 신고 의무자들 중에서는 초·중·고교 직원이 6,370건(14.3%)으로 가장 높았다.¹⁸⁾ 학대행위자와 피해아동과의 관계는 부모에 의한 발생 건수가 23,119건(82.7%)으로 가장 높았고, 초·중·고교 직원인 경우는 1,602건(5.7%)이었다.¹⁹⁾ 초·중·고교 직원은 2018년 2,060건(8.4%), 2019년 2,154건(7.2%) 2020년 882건(2.9%), 2021년 1,089건(2.9%), 2022년 1,602건(5.7%)으로²⁰⁾, 2018년부터 2021년까지 감소하는 추세였다가 2022년에 다소 증가하였다.

위 통계에 의하면, 교원은 아동학대처벌법상 아동학대범죄의 신고의무자들(제10조 제2항) 중에서 그 의무를 가장 적극적으로 이행하는 직업군임을 알 수 있다. 한편, 2022년 전체 아동학대사례 건수는 전년도에 비해 감소한 반면, 초·중·고교 직원에 의한 아동학대사례의 비율은 증가하였는바, 교원은 신고의무를 적극적으로 이행하면서 스스로 학대 행위를 하는 경우도 증가하는 특수한 상황에 있다고 볼 수 있다. 교원이 아동학대자인 경우가 증가하는 원인이 일부 교원들의 권위적인 학생지도방식²¹⁾이라면 위와 같은 특수한 상황은 모순이 아니라 할 것이나, 아래 2.항의 입법 과정에서 보듯이 교원의 아동학대 면책 조항은 교원에 의한 아동학대사례의 증가 원인이 적어도 교원에게만 있는 것은 아

15) 윤창준, ‘코로나19로 인한 사회적 거리두기가 내집단과 외집단 범죄에 미친 영향과 정책적 함의 - 일상활동이론과 112신고를 중심으로 -’, 서울대학교 행정학석사 학위논문, 2023, 58쪽.

16) 위 ‘2022 아동학대 주요통계’가 아동권리보장원 사이트에 게시된 시기가 2023. 8. 31.인 사실에 비추어 ‘2023 아동학대 주요통계’ 또한 2024년 중 위와 비슷한 시기에 공개될 것으로 예상된다.(<https://ncrc.or.kr/ncrc/na/ntt/selectNttList.do>, 2024. 1. 14. 확인)

17) 보건복지부, 앞의 통계, 30쪽.

18) 보건복지부, 앞의 통계, 16쪽.

19) 보건복지부, 앞의 통계, 27쪽.

20) 보건복지부, 앞의 통계, 63쪽.

21) 임혁, 김현성, ‘교육 및 돌봄시설에서의 아동학대 예방을 위한 제도개선에 관한 연구’, 「사회복지정책과 실천」 제6권 제2호, 2020, 201쪽

나라는 인식을 전제하고 있다.

2. 교원의 아동학대 면책 조항의 입법 과정

먼저, 초·중등교육법 조항의 입법 과정을 보면, 2023. 9. 15. 국회 교육위원회는 이태규 의원 등이 각 대표발의한 초·중등교육법 일부개정법률안 8건과 무분별한(무고성) 아동학대 신고로부터 학습권과 교권 보호를 위한 초·중등교육법 개정안 조속 통과 요청 청원 1건의 내용을 통합·조정하여, 초·중등교육법 제20조의2에 제2항을 ‘제1항에 따른 교원의 정당한 학생생활지도에 대해서는 아동복지법 제17조 제3호부터 제6호까지의 금지행위 위반으로 보지 아니한다.’는 내용으로 신설하는 초·중등교육법 일부개정법률안(대안)(의안번호 2124615)을 제안하였다. 교육위원회는 제안 이유로 ‘최근 심각한 수업방해와 교육활동 침해, 학교폭력 가해 학생 등에 대한 교원의 생활지도를 무력화하기 위해 학생들과 보호자 등이 악의적 민원과 고소를 남발하는 사례가 반복되고 있어, 교원의 교육활동 및 생활지도 중 정당한 활동에 대해서도 아동학대 관련 규정을 일률적으로 적용할 경우, 해당 교원의 교육활동 및 생활지도를 위축시키고 결국 전체 학생의 피해로 이어질 수 있고, 교권에 대한 심대한 침해를 넘어 교육활동을 위협하는 수준에 이르러 교권과 교육활동을 보호할 필요’를 제시하였다.

유아교육법 조항의 입법 과정도 거의 같은 시기에 유사한 내용으로 진행되었다. 2023. 9. 21. 국회 교육위원회는 서동용 의원 등이 각 대표발의한 유아교육법 일부개정법률안 6건의 내용을 통합·조정하여, ‘원장 등 교원이 법령과 유치원규칙이 정하는 바에 따라 유아를 지도할 수 있도록 유아생활지도권의 근거를 마련하고, 이에 따른 교원의 정당한 유아생활지도는 아동복지법 제17조 제3호부터 제6호까지의 금지행위 위반으로 보지 않도록’ 하는 내용의 제21조의3을 신설하는 등 유아교육법 일부개정법률안(대안)(의안번호 2124616)을 제안하였다. 교육위원회는 제안 이유로 ‘초·중등교육법과 마찬가지로 교원이 유아의 인권을 보호하고 교원의 교육활동과 돌봄활동을 위해 법령과 유치원규칙에 따라 유아들에게 생활지도를 할 수 있도록 규정하고, 유치원 교원들의 정당한 생활지도에 대하여는 아동복지법에 따른 금지행위 위반으로 보지 않도록 함으로써, 무분별한 신고로 고통받는 교원의 보호’를 제시하였다.

이후 2023. 9. 21. 제410회 국회(정기회) 제8차 본회의에서 초·중등교육법 일부개정법률안(대안) 및 유아교육법 일부개정법률안(대안) 모두 ‘제17조제3호부터 제6호까지의 금지행위’를 ‘제17조제3호, 제5호 및 제6호의 금지행위’로 하는 자구 수정 외 그대로 가결된 후, 같은 달 22. 정부이송되고, 27. 공포되었다.²²⁾

아동학대처벌법 조항은 초·중등교육법 조항 및 유아교육법 조항의 입법이 완료된 후 약 3개월 만에 개정되었다. 2023. 12. 7. 국회 법제사법위원회는 이태규 의원 등이 각 대표발의한 아동학대처벌법 일부개정법률안 6건의 내용을 통합·조정하여, 아동학대처벌법 제2조 제3호에 ‘다만, 유아교육법과 초·중등교육법에 따른 교원의 정당한 교육활동과 학생생활지도는 아동학대로 보지 아니한다.’라는 단서를 신설하는 등 내용의 아동학대처벌법 일부개정법률안(대안)(의안번호 2125805)을 제안하였다. 법제사법위원회는 제안 이유로 ‘최근 교원의 정당한 교육활동과 학생생활지도임에도 이를 아동학대로 신고하거나 고발하여 교원의 활동에 심각한 지장이 초래되고 있고, 많은 교원들이 우울감과 무력감에 시달리고 있는 것이 작금의 현실임’을 제시하였다. 이후 2023. 12. 8. 제410회 국회(정기회) 제14차 본회의에서 위 대안대로 가결된 후, 같은 달 15. 정부이송되고, 26. 공포되었다.²³⁾

Ⅲ. 교원의 아동학대 면책 조항의 내용

1. 목적과 방법

초·중등교육법 조항 및 유아교육법 조항은 각 교육위원회의 대안 이유에서 제시한 것처럼 ‘교권과 교육활동의 보호’, ‘무분별한 신고로 고통받는 교원의 보호’를, 아동학대처벌법 조항은 국회 본회의에서 법제사법위원장대리 정점식 의원이 발언한 것처럼 ‘무차별

22) 국회의안정보시스템(https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_C2J3B0S9G1N5V1Q0D3C1Y0G5D7B8D6, https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_X2A3J0J9L1G5M1G0T2N5M3Y6G0E0I8, 각 2023. 12. 28. 확인)

23) 국회의안정보시스템(https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_Y2U3M1D1U2D1Q1U9U0F1O2E9C1N7K1&ageFrom=21&ageTo=21, 2023. 12. 28. 확인)

적인 아동학대 신고로부터 교원들의 보호²⁴⁾를 목적으로 하고 있다.

결국 교원의 아동학대 면책 조항은 교원과 교원의 권리를 보호한다는 점에서 목적이 공통되고, 이를 위해 교원의 일부 행위에 대하여 아동학대의 적용을 제한한다는 점에서 그 방법 또한 공통적이라 할 것이다.

2. 면책되는 아동학대의 유형

초·중등교육법 조항 및 유아교육법 조항은 교원에 대하여 적용되지 않는 아동학대로, 아동복지법 제17조 제3호, 제5호 및 제6호를 특정하고 있다. 즉 아동복지법 제17조 각호의 금지행위 중 ‘아동의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위’(제3호), ‘아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위’(제5호) 및 ‘자신의 보호·감독을 받는 아동을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호·양육·치료 및 교육을 소홀히 하는 방임행위’(제6호)만 적용되지 않는다.

위 세 가지 아동학대의 유형에 대해서는 대법원이 그 의미나 판단기준에 관하여 상세히 판시하고 있는바, 우선 신체적 학대행위에 대해서는 ‘아동이 건강하게 출생하여 행복하고 안전하게 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.’²⁵⁾라고 판시하였다.

대법원은 정서적 학대행위에 대해서는 ‘정신적 폭력이나 가혹행위로서 아동의 정신건강 또는 복지를 해치거나 정신건강의 정상적 발달을 저해할 정도 혹은 그러한 결과를 초래할 위험을 발생시킬 정도에 이르는 것을 말하고, 어떠한 행위가 이에 해당하는지 여부는 행위자와 피해아동의 관계, 행위 당시 행위자가 피해아동에게 보인 태도, 피해아동의 연령, 성별, 성향, 정신적 발달상태 및 건강상태, 행위에 대한 피해아동의 반응 및 행위를 전후로 한 피해아동의 상태 변화, 행위가 발생한 장소와 시기, 행위의 정도와 태

24) 제410회국회(정기회) 국회본회의회의록, 국회사무처, 18쪽.

25) 대법원 2020. 1. 16. 선고 2017도12742 판결 [아동복지법위반]

양, 행위에 이르게 된 경우, 행위의 반복성이나 기간, 행위가 피해아동 정신건강의 정상적 발달에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.²⁶⁾”라고 하였다.

그리고 방임행위에 대해서는 ‘아동복지법의 입법 목적과 더불어 아동의 보호자가 그 입법 목적을 달성하기 위하여 일정한 책무를 부담한다는 점을 전제로 하여 보호자와 피해아동의 관계, 피해아동의 나이, 방임행위의 경위와 태양 등의 사정을 종합적으로 고려하여야 할 필요가 있다. 특히 보호자가 친권자 또는 이에 준하는 주양육자인 경우에는 피해아동을 보호하고 양육할 1차적 책임을 부담한다는 점을 중요하게 고려해야 한다.’²⁷⁾라고 판시하였다.

반면, 아동학대처벌법 조항은 교원에 대하여 적용되지 않는 아동학대의 종류에 대해서 아무런 제한을 두지 않는데, 여기서의 ‘아동학대’는 아동복지법 제3조 제7호의 아동학대로, ‘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’을 의미한다.

3. 면책되는 교원의 업무

초중등교육법 조항 및 유아교육법 조항은 교원의 업무 중 ‘정당한 학생생활지도’ 및 ‘정당한 유아생활지도’에 대해서만 신체적 학대행위, 정서적 학대행위 및 방임행위의 적용을 제한하고 있는 반면, 아동학대처벌법 조항은 그 외 ‘정당한 교육활동’에 대해서도 아동학대의 적용을 제한하고 있다.

먼저, ‘학생생활지도’는 교원의학생생활지도에관한고시 제2조 제4호에서 ‘학교의 장과 교원이 교육활동 과정에서 학생의 일상적인 생활 전반에 관여하는 지도 행위’라고 정의하고 있고, 그 방법 및 범위에 대해서는 초중등교육법 시행령 제40조의3 및 위 고시에서 상세히 규정하고 있다. ‘유아생활지도’에 대해서는 유아교육법 제21조의3 제1항이 법령과 유치원규칙으로 정할 수 있다고 규정하고 있으나, 동법 시행령 제10조의 유치원

26) 대법원 2020. 3. 12. 선고 2017도5769 판결 [아동복지법위반(아동학대)]

27) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2020도7625 판결 [아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동학대치사)·아동복지법위반(아동유기·방임)]

규칙에 포함되어야 할 사항에 유아생활지도에 관한 내용은 없다. 이는 유아교육법 제21조의3이 신설된 후 동법 시행령이 아직 개정되지 않은 탓으로 보인다. 유아교육법 조항의 신설 취지 및 초중등교육법 조항과의 구조적 유사성에 비추어, ‘유아생활지도’의 의의는 위 ‘학생생활지도’에서 그 대상을 유아로 바꿔서 유사하게 이해할 수도 있을 것이나, 유아와 초중등학생의 신체적, 정신적 발달 정도의 차이를 고려할 때 ‘유아생활지도’의 의의나 방법, 범위에 대해서는 유아교육법 시행령 등 관련 법령에 별도로 규정하는 것이 바람직할 것이다.

한편, 위 ‘학생생활지도’ 개념의 전제이기도 한 ‘교육활동’의 의의는 아동학대처벌법, 동법 시행령 및 시행규칙은 물론 초중등교육법 및 유아교육법 어디에서도 정의하고 있지 않고, 학계에서도 ‘원격 교육²⁸⁾’, ‘체험 교육²⁹⁾’, ‘수학 교육³⁰⁾’ 등 특정한 분야 별로 그 의의를 규명하려는 시도는 있으나 교육의 개념 자체를 정의하는 시도는 찾기 어려운 사실에 비추어, ‘교육’이나 ‘교육활동’의 의의를 개별 법률에서 정의하기는 쉽지 않다고 할 것이다.

아동학대의 적용이 배제하려면 교원의 학생생활지도 또는 교육활동은 모두 ‘정당한’ 것이어야 한다. 실제로는 이 ‘정당한’이 교원의 아동학대 면책 조항의 적용 여부를 판단하는 핵심적 요건으로 보이나, 교원의 아동학대 면책 조항은 물론 관련된 어느 법령에서도 ‘정당한’의 의미나 판단 기준에 관하여 규정하고 있지 않다. 결국 교원의 행위의 정당성에 대한 판단은 아래 IV.항에서 살펴볼 위법성조각사유의 존재 여부에 관한 해석으로 귀결될 것으로 예상된다.

28) 정연희, ‘원격교육논의의 “교육” 개념에 대한 비판적 검토’, 서울대학교 교육학박사 학위논문, 2013, 154쪽.

29) 장수미, ‘중학교 자유학기제 체험교육의 의미 재탐색: 듀이의 ‘교육적 경험’ 개념을 중심으로’, 서울대학교 교육학석사 학위논문, 2020, 17쪽.

30) 조수남, ‘수학교육의 의의 및 교육 방식에 관한 역사적 고찰: 케임브리지대학교 UCL의 사례를 중심으로’, 『수학교육』 51권 2호, 2012, 115쪽.

IV. 교원의 아동학대 면책 조항의 기능

1. 특정한 범죄에 대한 특별한 위법성조각사유

교원의 아동학대 면책 조항이 적용되는 교원의 행위는 ‘정당한’ 학생생활지도 또는 교육활동이다. 즉 교원의 학생생활지도나 교육활동이 일응 아동학대의 구성요건에 해당하더라도 그 행위가 정당한 것으로 판단되면 더 이상 위법하지 않은 행위가 된다. 이러한 점에서 교원의 아동학대 면책 조항은 교원이라는 특정한 주체의 아동학대라는 특정한 구성요건을 위한 위법성조각사유로서 기능한다고 할 것이다.

물론 아동학대처벌법 조항의 경우 아동학대처벌법 조항이 원용하는 아동복지법 제3조 제7호의 ‘아동학대’는 벌칙 조항이 없어, 벌칙 조항이 있는 아동복지법 제17조의 ‘금지 행위’ 중 일부의 적용을 배제하는 초중등교육법 조항 및 유아교육법 조항과 달리, 엄밀한 의미에서는 위법성조각사유로서 기능할 수 없다고 볼 수 있으나, 아동복지법 제3조의 아동학대에 해당되지 않는다고 판단한 행위를 처벌하는 것은 현실적으로 예상하기 어려울 뿐만 아니라 아동학대 관련 법제의 통일성에 대한 신뢰를 저해하여 바람직하지도 않은 점을 고려할 때, 아동학대처벌법 조항 역시 교원의 아동학대 범죄에 대한 위법성조각사유로 이해해도 무방할 것으로 생각된다.

2. 일반적 위법성조각사유와의 관계

교원의 아동학대 면책 조항이 도입되기 전부터 아동학대 사건에서 행위자가 자신의 행위를 아동의 교육 또는 훈육을 위한 행위라고 주장하는 경우, 일반적 위법성조각사유인 형법 제20조의 정당행위에 따라 그 행위의 위법성을 판단해왔다.

형법 제20조는 ‘정당행위’라는 제목 하에 ‘법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다.’고 규정하고 있는데, 아동학대 사건에서는 주로 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’로 위법성 여부를 판단하고 있다. 예컨대, 11세 자녀의 뺨을 때리고, 주먹으로 머리를 때렸다는 사실로 기소된 친부 및 계모에 대하여 ‘이 사건 당시 고아원에 가졌다면 정차한 차에서 뛰어내리고 차 안에

서 발버둥치는 피해자를 어떻게든 다시 집으로 데리고 가야하는 상황이었던 점을 고려하면 (중략) 설령 신체적 학대행위에 해당한다고 하더라도 이는 훈육의 의사로 이루어진 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위로서 형법 제20조에 따른 “사회상규에 위배되지 아니하는 행위”에 해당한다고 봄이 타당하다.’는 이유로 무죄를 선고³¹⁾하였다. 반면, 3세 아동이 손을 씻지 않았다는 이유로 아동의 양팔을 강하게 잡아 끌어당긴 행위 등으로 기소된 어린이집 교원에 대하여는 ‘사회상규에 위배되지 않는 정당한 훈육권의 행사를 넘어 각 피해아동들에 대한 신체학대 또는 정서학대 행위라고 판단’된다는 이유로 유죄를 선고³²⁾하였다.

대법원은 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’의 의의에 관하여 ‘법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하므로, 어떤 행위가 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 보호이익과 침해이익의 법익 균형성, 긴급성, 그 행위 이외의 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖춘 경우에는 정당행위에 해당한다 할 것이다. 한편 어떠한 행위가 범죄구성요건에 해당하지만 정당행위라는 이유로 위법성이 조각된다는 것은 그 행위가 적극적으로 용인, 권장된다는 의미가 아니라 단지 특정한 상황 하에서 그 행위가 범죄행위로서 처벌대상이 될 정도의 위법성을 갖추지 못하였다는 것을 의미한다.’고 판시하였다.³³⁾

한편, 대법원은 교원의 체벌에 대하여 ‘법령에 의한 행위’로서 위법성이 조각될 수 있다고 판시³⁴⁾한 바 있으나, 2011. 3. 18. 일부개정 및 시행된 초·중등교육법 시행령 제31조 제8항이 ‘도구, 신체 등을 이용하여 학생의 신체에 고통을 가하는 방법’인 체벌을 전면 금지한 이상 위 판결의 현재적 의미는 없다고 할 것이다.

31) 의정부지방법원 2019. 11. 28. 선고 2018고합53 판결 [아동복지법위반(아동학대)]

32) 수원지방법원 안산지원 2015. 5. 6. 선고 2014고단2797 판결 [아동복지법위반]

33) 대법원 2021. 12. 30. 선고 2021도9680 판결 [재물손괴]

34) 대법원 2004. 6. 10. 선고 2001도5380 판결 [폭행·모욕]

V. 교원의 아동학대 면책 조항에 대한 비판적 검토

1. 아동의 권리 침해 및 아동보호에 관한 국가의 의무 위반에 대한 우려

아동은 인간이자 국민으로서 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권(헌법 제10조)을 비롯한 여러 기본권의 주체이고, 권리보장과 복지증진을 위하여 법률에 의한 보호와 지원을 받을 권리를 가진다.(아동복지법 제2조 제4항) 아동은 부모와 가정, 국가와 사회로부터 보호받고 존중되어야 하며, 그 보호와 존중은 가정이라는 사적 공간을 넘어 공적 영역에서 보다 적극적으로 행해져야 하는바³⁵⁾, 이는 법적으로 국가의 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무(헌법 제34조 제4항), 아동의 권익과 보장을 위한 국가 및 지방자치단체, 보호자 등의 책무(아동복지법 제4조, 제5조) 등으로 규범화되었다.

그런데 교원의 아동학대 면책 조항은 아동의 헌법상 권리인 행복추구권과 학습권을 침해할 우려가 있다. 행복추구권은 일반적인 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권을 포함하는데, 일반적 행동자유권은 적극적으로 자유롭게 행동을 하는 것은 물론 소극적으로 행동을 하지 않을 자유 즉, 부작위의 자유도 포함되며, 포괄적인 의미의 자유권으로서 일반조항적인 성격을 가진다.³⁶⁾ 학습권과 관련하여, 헌법재판소와 대법원 모두 학생의 학습권이 교원의 수업권보다 우선함을 명확히 하였다. 즉 헌법재판소는 ‘국민의 수험권(헌법 제31조 제1항의 교육을 받을 권리)과 교원의 수업의 자유는 다같이 보호되어야 하겠지만 그 중에서도 국민의 수험권이 더 우선적으로 보호되어야 한다.’³⁷⁾라고, 대법원은 ‘학교교육에 있어서 교원의 가르치는 권리를 수업권이라고 한다면, 이것은 교원의 지위에서 생기는 학생에 대한 일차적인 교육상의 직무권한이지만 어디까지나 학생의 학습권 실현을 위하여 인정되는 것이므로, 학생의 학습권은 교원의 수업권에 대하여 우월한 지위에 있다.’³⁸⁾라고, 각 판시하였다.

35) 강현구, ‘아동권리관점에서 본 영유아보육법과 유아교육법의 형성과정 및 법령 분석’, 서울대학교 아동가족학박사 학위논문, 2014, 15쪽.

36) 헌법재판소 2007. 3. 29. 선고 2005헌마1144 결정 [초·중등교육법제조제항위헌확인] 헌법재판소 2007. 3. 29.자 2005헌마1144 결정 [초·중등교육법제조제항위헌확인]

37) 헌법재판소 1992. 11. 12. 선고 89헌마88 전원합의체 결정 [教育法第條에관한憲法訴願]

38) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2005다25298 판결 [손해배상(기)]

그럼에도 교원의 아동학대 면책 조항은 일정한 경우 교원에게 아동학대의 구성요건에 해당하는 행위를 허용함으로써 아동에게 특정한 행동을 못하게 하거나 반대로 아동의 의사에 반하는 행동을 하게 함으로써 아동의 일반적인 행동자유권을 침해할 수 있고, 그 과정에서 아동의 학습권이 침해될 수도 있다. 교원의 아동학대 면책 조항은 입법 자료에서 확인한 바와 같이 교원 내지 교권의 보호를 그 목적으로 명시하고 있는바, 이는 아동의 학습권보다 수업권을 포함한 교사의 권리를 우선한 것으로, 위 헌법재판소와 대법원의 확립된 태도에도 배치된다고 할 것이다.

둘째, 교원의 아동학대 면책 조항은 아동의 평등권을 침해할 우려가 있다. 교원의 아동학대 면책 조항은 우리 법이 성인에게는 허용하지 않는 폭력을 교육활동 내지 학생생활지도라는 명목으로 아동에 대해서는 허용하는 것으로, 이는 연령을 이유로 한 차별에 해당한다. 헌법재판소는 헌법 제11조의 평등원칙의 의미에 관하여 ‘일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적인 평등을 의미하는 것이 아니라, 법의 적용이나 입법에 있어 불합리한 조건에 의한 차별을 하여서는 안 된다는 상대적·실질적인 평등을 뜻하는 것’이라고 판시³⁹⁾하였고, 일반적으로 연령에 따라 특정인의 경험이나 지식 또는 능력이 달리 평가될 수 있기 때문에 연령은 차별을 금지하는 사유라기보다 차별을 정당화하는 근거로 인식되어 왔으나⁴⁰⁾, 폭력의 허용 여부는 사람의 경험이나 지식 또는 능력이 문제되는 영역이 아니므로, 아동에 대해서만 일정한 경우 폭력을 정당화하는 것은 연령이라는 불합리한 조건에 의하여 아동을 차별하는 것이다.

더욱이 교원의 아동학대 면책 조항은 아동이 학교나 유치원에 다니는지 여부에 따라 아동학대로부터의 보호 범위가 달라지게 되므로, 학교나 유치원에 다니는지 여부에 따라 차별이 발생하게 되어, 이런 측면에서도 아동의 평등권을 침해할 우려가 있다.

셋째, 교원의 아동학대 면책 조항은 아동의 권리에 관한 국제조약에도 반할 우려가 있다. 우리나라가 1991년에 가입하여 국내법과 동일한 효력이 있는(헌법 제6조) 유엔아동권리협약(Convention on the Rights of the Child) 제19조⁴¹⁾는 당사국에 대하여 ‘모

39) 헌법재판소 2015. 12. 23.자 2014헌마303 전원합의체 결정 [도시및주거환경정비법부칙제조단서위헌확인]

40) 이준일, ‘연령차별금지의 법제와 법적 문제 - 미국·네덜란드·호주의 연령차별금지법을 중심으로 -’, 「미국헌법연구」, 2008, 106쪽.

41) Article 19

든 형태의 폭력’으로부터 아동을 보호하기 위해 적절한 입법적, 행정적, 사회적 및 교육적 조치를 취할 의무를 부과하고 있다. 우리나라는 위 협약 제44조⁴²⁾에 따라 처음 가입한 때로부터 2년 이내, 그 후로는 매 5년마다 유엔아동권리위원회에 위 협약의 이행 상황을 보고하고, 유엔아동권리위원회는 미진한 사항에 대하여 권고해왔는데, 최근엔 2017년에 우리나라가 5,6차 국가보고서를 제출하고, 이에 대하여 2019년에 위 위원회가 최종견해를 표명하였다.⁴³⁾

유엔아동권리위원회의 2019년 권고사항 중에는 ‘체벌을 포함한 모든 종류의 폭력 및 학대’에 대한 예방과 대응을 위하여 학대사태에 대한 국가데이터베이스를 구축하고 포괄적인 전략 및 행동계획 수립이 필요하다는 내용이 포함되어 있다.⁴⁴⁾ 체벌에 대한 우려는 우리나라가 제출한 1, 2차 및 3, 4차 보고서에 대한 유엔아동권리위원회의 2003년 및 2011년 권고사항에도 포함⁴⁵⁾되어 있었으나, 2011. 3. 18. 개정된 초·중등교육법 시행령이 학교에서의 체벌을 전면 금지한 이후인 2019년에도 여전히 체벌을 포함한 모든 종류의 폭력 및 학대에 대한 대응을 촉구하는 것은 학교나 가정과 같은 공간의 차이가 중요한 것이 아니라, 아동에 대한 신체적 유형력의 행사 자체를 금지할 것을 촉구하는 것으로 이해할 수 있다. 이런 상황에서 교원의 아동학대 면책 조항의 신설은 오히려 학교에서 아동에 대한 신체적 유형력의 행사를 일부 허용하는 것으로 유엔아동권리협약 제19조 및 유엔아동권리위원회의 권고에 역행하는 것이라 할 수 있다.

한편, 헌법재판소는 아동학대와 관련한 국가의 의무에 대하여 ‘국가는 응당 지적·정

1. States Parties shall take all appropriate legislative, administrative, social and educational measures to protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse, while in the care of parent(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of the child.

42) Article 44

1. States Parties undertake to submit to the Committee, through the Secretary-General of the United Nations, reports on the measures they have adopted which give effect to the rights recognized herein and on the progress made on the enjoyment of those rights

(a) Within two years of the entry into force of the Convention for the State Party concerned;

(b) Thereafter every five years.

43) 나달숙, ‘아동의 인권에 관한 법적 조명-아동권리협약을 중심으로’, 『법학연구』, 2020, 14쪽.

44) 류정희, ‘UN아동권리협약 정부이행 추진경과와 과제: 제5-6차 최종견해를 중심으로’, 『아동복지전문연구지 동광』, 2021, 61쪽.

45) 나달숙, 앞의 글, 15~16쪽.

신적·신체적·인격적 발전단계가 아직 성인의 안정성에 이르지 못한 아동·청소년이 건전한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 신체적·정신적·정서적 폭력이나 가혹행위 등으로부터 보호하여야 할 의무가 있다. 즉 성인에 의한 학대로부터 아동을 특별히 보호하여 이들의 건강한 성장을 도모하는 것은 이 사회가 양보할 수 없는 중요한 법익의 하나이다. (중략) 아동의 성장, 발달에 영구적 손상을 초래하는 심각한 피해가 발생하기 전에 국가나 사회가 아동학대를 조기에 진단하고 개입하는 것이 반드시 필요하다.⁴⁶⁾라고 판시한 바 있다.

그러나 교원의 아동학대 면책 조항은 아동학대의 구성요건에 해당하는 행위가 정당한 학생생활지도 또는 교육활동에 해당하는지에 대한 판단 과정을 거칠 것을 요구하므로, 헌법재판소가 국가나 사회가 아동학대를 ‘조기에 진단하고 개입하는 것이 반드시 필요하다’라고 천명한 것과 달리 오히려 국가의 아동학대에 대한 개입의 시기를 늦추는 결과를 초래할 수 있다는 점에서, 국가가 아동보호 의무를 제 때 이행하지 못하게 될 우려가 있다.

2. 아동학대의 의의에 관한 혼란을 가중시킬 우려

앞서 본 교육부고시에서 ‘학생생활지도’의 의의를 규정하고, 대법원이 ‘정당행위’의 의의와 판단 기준에 관하여 상세히 판시하고 있으나, 교원의 아동학대 면책 조항의 핵심 개념인 ‘정당한 학생생활지도’나 ‘정당한 교육활동’은 여전히 모호하고 추상적이다.⁴⁷⁾ 문제는 위와 같이 추가된 개념 외에 교원의 아동학대 면책 조항이 그 적용을 제한하는 아동학대의 의의나 상호관계 또한 명확하지 않다는 점이다.

먼저, 초·중등교육법 조항 및 유아교육법 조항이 그 적용을 제한하는 아동복지법 제17조의 신체적 학대행위(제3호), 정서적 학대행위(제5호) 및 방임행위(제6호)를 포함한 ‘금지행위’는 벌칙(제71조 제1항)이 부과되는 구성요건 조항인 반면, 아동학대처벌법 조항이 원용하는 아동복지법 제3조 제7호의 ‘아동학대’는 아동복지법 전체에 적용되는 정의

46) 헌법재판소 2021. 3. 25. 선고 2018헌바388 전원합의체 결정 [아동학대범죄의처벌등에관한특례법제조위헌소원]

47) 민주사회를 위한 변호사모임 아동청소년인권위원회, ‘초·중등교육법 일부개정법률안(이태규 의원 대표발의)에 대한 검토의견서’, 2023. 5. 25., 2쪽.

조항이라는 차이가 있다. 아동복지법 제3조 제7호의 ‘아동학대’와 제17조의 ‘금지행위’ 또는 각호 중 ‘학대행위’는 그 문언이 정확히 일치하지 않고, 양 조항 사이의 관계에 관한 규정 또한 없어, 이론적으로는 제3조 제7호의 아동학대에 해당하더라도 제17조 금지행위의 구성요건을 충족하지 않아 처벌하지 못하거나, 반대로 제17조 금지행위의 구성요건을 충족하더라도 제3조 7호의 아동학대에 해당하지 않는다고 판단할 수도 있다.

실제로 어린이집 교사가 발달장애를 가진 5세 아동의 팔을 세계 잡아 전치 14일의 타박상 등을 가한 행위에 대하여 아동복지법 제17조 제3호(신체적 학대행위)로 기소된 사건에서, 법원은 진단서, 멍이 든 아동의 사진 등 증거를 토대로 아동에게 상해, 즉 아동복지법 제17조 제3호의 구성요건인 ‘손상’이 발생한 사실을 인정하면서도, 아동복지법 제3조 제7호의 ‘아동의 건강 또는 복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 신체적 폭력 또는 가혹행위’에 해당하지 않는다는 이유로 무죄를 선고하였다.⁴⁸⁾ 즉 위 사건에서 법원은 제17조 제3호 ‘신체적 학대행위’의 구성요건을 충족하는 행위에 대하여 제3조 7호의 ‘아동학대’에 해당하는지를 별도로 판단함으로써 제3조 제7호를 구성요건처럼 해석하거나 제17조 제3호와 제3조 제7호를 사실상 구별하지 않는 듯한 태도를 보인 것으로, 그 자체로 아동복지법 제3조 제7호의 ‘아동학대’와 제17조의 ‘금지행위’ 또는 ‘학대행위’와의 관계의 혼란을 보여준다고 할 것이다.

또한 아동학대처벌법 제2조 제4호는 ‘아동학대범죄’를 ‘보호자에 의한 아동학대’라고 정의하면서 그 중 하나로 아동복지법 제17조에 대한 벌칙 조항인 제71조 제1항(제3호 제외) 위반죄를 명시하고 있다. 그리고 아동복지법 제3조 제7의2호는 ‘아동학대관련범죄’를 규정하면서 그 중 하나로 아동학대처벌법상 ‘아동학대범죄’를 명시하고 있다.

이렇듯 아동복지법과 아동학대처벌법이 ‘아동학대’, ‘금지행위’, ‘학대행위’, ‘아동학대범죄’, ‘아동학대관련범죄’와 같이 유사한 문언을 가진 여러 개념들을 두고 있는데, 아동복지의 관점에서 다양한 규제를 규정하고 있는 아동복지법상의 개념과 형벌 부과 대상의 관점에서 입법된 아동학대처벌법상의 개념이 혼재하면서 그 해석상 논란이 야기되고 있어⁴⁹⁾, 아동학대에 대한 명확한 정의를 발견하기 어려운⁵⁰⁾ 정도라 할 것이다.

48) 제주지방법원 2017. 2. 3. 선고 2016고단853 판결 [아동복지법위반]

49) 김슬기, ‘아동학대범죄의 구성요건 정비 방안’, 『비교형사법연구』 제22권 제4호, 2021, 22쪽.

50) 박혜진, ‘바람직한 아동학대방지정책 마련을 위한 제언’, 『형사정책연구』 제27권 제3호, 2016, 259쪽.

한편, 초·중등교육법 조항 및 유아교육법 조항이 그 적용을 배제하는 아동학대의 한 유형인 아동복지법 제17조 제5호의 ‘정서적 학대행위’에 대해서는 범죄구성요건으로서 충분히 명확하지 않다거나⁵¹⁾ 법률의 규정을 상세히 규정할 필요가 있다는⁵²⁾ 등 비판이 있어왔고, 법원 또한 위 조항 위반으로 기소된 고등학교 교사에 대하여 무죄를 선고하면서 판결 이유에 ‘정서적 학대행위라는 개념의 모호성’이라고 기재⁵³⁾하기도 하는 등 명확성의 원칙과 관련한 논란이 완전히 해소되지 않고 있는 실정이다.

위와 같이 아동학대 관련 법제에서 정서적 학대행위를 포함하여 아동학대의 의의나 관련 개념들과의 관계에 관한 혼란이 이미 존재하고 있는 상황에서, 교원의 아동학대 면책 조항이 ‘정당한 학생생활지도 내지 교육활동’이라는 모호한 개념을 추가함으로써 아동학대의 의의에 관한 혼란을 더욱 심화시키지 않을까 우려된다.

3. 특별한 위법성조각사유의 필요성에 대한 의문

형법상 일반적 위법성조각사유, 특히 형법 제20조의 정당행위가 있음에도 교원의 일부 아동학대 범죄에 대한 특별한 위법성조각사유를 창설할 현실적 필요성이 있는지도 의문이다. 앞서 본 바와 같이 우리 법은 아동학대 사건에서 - 행위자가 교원이든 아니든 - 정당행위로 위법성 여부를 판단해왔고, 특히 ‘사회상규에 위배되지 않는 행위’는 그 문언상 가장 기본적인 일반적 위법성조각사유⁵⁴⁾이므로, 교원의 아동학대 사건에 사회상규만으로 포섭하기 힘든 특수성이 있어 교원의 아동학대 면책 조항과 같은 특별한 위법성조각사유가 꼭 필요하다고 보기는 어렵다.

더구나 앞서 본 2022년 아동학대 통계에 의하면, 아동학대 행위자 중 부모가 82.7%로 절대 다수를 차지하고 있고, 교원의 비율은 5.7%에 불과한바, 아동학대 사건에서 교원의 ‘정당한 학생생활지도 내지 교육활동’보다 부모의 ‘정당한 훈육’을 문제삼는 경우

51) 강동욱, ‘아동학대범죄의 처벌에 관한 비판적 검토 - 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」을 중심으로 -’, 「법학논총」 제38권 제2호, 2014, 170쪽.

52) 류부곤, ‘아동학대범죄의 개념과 처벌에 관한 법리적 검토’, 「형사정책」 제27권 제1호, 2015, 146쪽.

53) 청주지방법원 충주지원 2019. 1. 25. 선고 2018고단49 판결 [아동복지법위반]

54) 최호진, ‘정당행위에 대한 대법원 판단기준과 법이론적 분석 - 대법원 2011. 3. 17. 선고 2006도 8839 전원합의체 판결을 중심으로 -’, 「형사판례연구」 제30권, 2022, 93쪽.

가 훨씬 많을 수밖에 없다. 실제로 많은 아동학대 사건에서 부모인 행위자들이 훈육행위 또는 훈육의 의도로 한 행위였다고 주장하고, 이러한 사유로 무죄가 선고되거나 유리한 양형 사유로 판결문에 명시되고 있는 것이⁵⁵⁾ 현실이다.

이러한 현실을 고려할 때 교원의 아동학대 사건에 특수한 위법성조각사유를 두어야 할 필요성이 있는지 확신하기 어렵다. 설령 아동학대 사건과 관련하여 특수한 위법성조각사유를 창설할 필요가 있다고 하더라도, 아동학대 행위자 중 극히 적은 비율을 차지하는 교원에 대하여만 적용되는 특수한 위법성조각사유를 별도로 둘 필요는 더욱 적다고 할 것이다.

4. 교원의 보호라는 입법 목적에 적합한 수단인지 의문

앞서 본 것처럼 교원의 아동학대 면책 조항은 ‘무분별한 아동학대 신고로부터 교원의 보호’를 목적으로 하고 있으나, 실질적으로 교원의 보호에 얼마나 기여할 수 있을지는 확실하지 않다.

교원의 아동학대 면책 조항은 교원의 교육활동 내지 학생생활지도의 정당성에 관한 다툼을 예정하고 있으므로, 수사기관이나 법원에 가기 전부터 교원의 활동의 정당성에 관하여 교원과 학교, 아동 또는 학부모 사이의 갈등이 심화될 개연성이 높다고 할 것인 바, 이러한 상황이 교원의 보호에 도움이 될 것이라고 생각하기는 어렵기 때문이다. ‘서이초 사건’ 이후 교원에 대한 아동학대 신고 건수가 60% 이상 감소⁵⁶⁾하였다고 하나, ‘서이초 사건’의 발생 및 교원의 아동학대 면책 조항의 입법 시기로부터 많은 시간이 경과하지 않은 현재로서는, 이러한 현상이 ‘서이초 사건’과 같은 충격적인 사건 이후 여론의 집중으로 인한 일시적인 것인지, 교원의 아동학대 면책 조항에 따라 교원의 학생생활지도 또는 교육활동의 정당성 판단이 이루어진 결과인지 판단하기는 아직 이르다고 할 것이다.

55) 2019. 9. 1.부터 2020. 9. 1.까지 전국 1심 법원에서 아동복지법위반죄로 선고된 판결들 중 훈육과 관련된 내용이 포함된 판결들을 대상으로 아동학대의 성립 및 처벌에 있어서 훈육의 기능에 관하여 분석한 결과에 대해서는, 장혜영, 앞의 논문, 22~30쪽 참조.

56) 뉴스1, “‘서이초 사건’ 이후 교원 아동학대 신고 60% 넘게 줄었다”, 2024. 1. 4. (<https://www.news1.kr/articles/5279883>, 2024. 1. 8. 확인)

무엇보다 교원의 아동학대 면책 조항은 교원 내지 교권의 보호라는 입법 목적을 위한 적절한 수단이라고 보기 어렵다. 현직 교원이 적절히 지적한 바와 같이, 교원이 겪는 문제 해결의 어려움과 교원의 아동 인권 침해 여지는 분리하여 생각할 필요가 있는바⁵⁷⁾, 무분별한 아동학대 신고로 인한 교원의 어려움을 해결하기 위해서는 아동학대 신고에 대한 처리 절차를 개선하고, 그 과정에서 교원에 대한 사실적, 법적 지원을 강화하는 방안을 마련하는 것이 보다 직접적이고 효과적인 방법이라 할 것이다.

아동학대처벌법이 2023. 12. 26.부터 시·도지사 등 지방자치단체장, 사법경찰관 및 검사에게 교원의 교육활동 중 행위가 아동학대범죄로 신고되어 조사 또는 수사 중인 사건과 관련하여 관할 교육감이 의견을 제출하는 경우 이를 아동학대 사례의 판단 또는 아동학대범죄사건의 수사 내지 결정에 참고할 의무를 부과⁵⁸⁾하는 것도 그러한 방법의 하나라 할 수 있다. 다만, 그 전제가 되는 교육감의 의견제출 의무를 규정한 교원의지위 향상및교육활동보호를위한특별법(이하 교원지위법) 조항⁵⁹⁾은 초·중등교육법 조항 및 유아교육법 조항과 같이 2023. 9. 27. 개정되었으나 2024. 3. 28. 시행 예정이고, 교육감

57) 하영, “아동학대’라는 언어가 교육에 대한 성찰이 되려면: 아동학대 신고 시스템의 한계와 가능성’, 『오늘의 교육』 72호, 2023. 3. 15. (<https://communebut.com/Article/?idx=14481830&bmode=view>, 2024. 1. 7. 확인)

58) 제11조의2(조사) ② 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 「유아교육법」 및 「초·중등교육법」에 따른 교원의 교육활동 중 행위가 아동학대범죄로 신고되어 조사 중인 사건과 관련하여 관할 교육감이 의견을 제출하는 경우 이를 「아동복지법」 제22조제3항제3호에 따른 아동학대 사례의 판단에 참고하여야 한다. <신설 2023. 12. 26.>

제17조의3(교원에 대한 아동학대범죄사건 처리에서의 특례) ① 사법경찰관은 「유아교육법」 및 「초·중등교육법」에 따른 교원의 교육활동 중 행위가 아동학대범죄로 신고되어 수사 중인 사건과 관련하여 관할 교육감이 의견을 제출하는 경우 이를 사건기록에 편철하고 아동학대범죄사건 수사 및 제24조 후단에 따른 의견을 제시할 때 참고하여야 한다.

② 검사는 제1항과 같은 아동학대범죄사건을 수사하거나 결정할 때 사건기록에 편철된 관할 교육감의 의견을 참고하여야 한다.

[본조신설 2023. 12. 26.]

59) 제17조(아동학대 사안에 대한 교육감의 의견 제출) ① 교육감은 「유아교육법」 제21조의3제1항에 따른 교원의 정당한 유아생활지도 및 「초·중등교육법」 제20조의2제1항에 따른 교원의 정당한 학생생활지도 행위가 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조제4호에 따른 아동학대범죄로 신고되어 소속 교원에 대한 조사 또는 수사가 진행되는 경우에는 해당 시·도, 시·군·구(자치구를 말한다) 또는 수사기관에 해당 사안에 대한 의견을 신속히 제출하여야 한다.

② 제1항에 따른 의견 제출의 기한, 방법, 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

[본조신설 2023. 9. 27.]

의 의견 제출 대상에 관하여 아동학대처벌법이 교원의 ‘교육활동’이라고 규정하고 있는 반면, 교원지위법은 ‘학생생활지도 또는 유아생활지도’라고 규정하여 그 문언이 일치하지 않는다.

위와 같이 이미 도입된 제도 외에 학부모 등이 교원에 대하여 아동학대로 민원을 제기하거나 형사 고소고발하는 경우 사전에 교육청에서 아동학대에 해당하는지 심사하고 그 결과를 민원인에게 통보하는 제도를 도입하는 방안⁶⁰⁾, 교원의 교직 수행에 필요한 교육법규에 대한 예비교사 교육 및 현직교사 연수를 의무화하는 방안⁶¹⁾, 학부모, 학생을 대상으로 교권과 관련한 인식 전환을 위한 교육을 확대하는 방안⁶²⁾ 등이 아동학대 문제와 관련하여 교원을 지원하는 보다 효과적인 방법이 될 수 있다.

VI. 결론

교육에서 교원의 역할의 중요성이나 전문직 직업인이라 한 인간으로서 교원의 권리를 보호해야 한다는 당위성에 대해서는 누구도 의문을 제기하지 않을 것이다. 한편, 아동의 권리를 보장하고 아동학대에 대한 대응에 공백이 없어야 한다는 점에 대해서도 이론의 여지는 없다. 따라서 교원 내지 교권의 보호는 아동의 권리 보장 및 아동학대에 대한 철저한 대응과 조화를 이루는 방법으로 이루어져야 한다.

그러나 교원의 아동학대 면책 조항은 ‘정당한 학생생활지도 또는 교육활동’이라는 불명확한 개념을 추가함으로써 아동학대의 의의 및 관련 개념들 사이의 관계에 관한 혼란을 가중시킬 수 있다는 점에서, 특정한 사건이나 여론에 따라 아동학대 법제와의 조화를 고려하지 않고 성급하게 개정된 것이 아닌지 우려된다. 또한 형법상 일반적 위법성조각 사유인 정당행위가 존재함에도 교원의 아동학대 사건의 위법성 여부를 판단하기 위하여 별도로 교원의 아동학대 면책 조항을 둘 현실적 필요성 또한 높지 않다고 할 것이다.

60) 김성기, ‘학생생활지도 법제의 문제점과 개선방안’, 『교육법학연구』 제35권 2호, 2023, 75쪽.

61) 이덕남, “‘교권 보호 4법’ 개정의 의미와 교육활동 보호의 법적 과제 분석”, 『교육법학연구』 제35권 3호, 2023, 46쪽.

62) 이선희, 신윤정, Wu, Yifan, 정제영, ‘코로나19 팬데믹과 교권 보호 정책의 변동 분석: Kingdon 모형을 중심으로’, 『한국교원교육연구』 제40권 제1호, 2023, 185쪽.

무엇보다 아동학대 문제와 관련한 신고나 처리 과정에서 어려움을 겪는 교원을 보호하기 위해서는 아동학대 사건에서 교원의 절차적 권리를 보장하고, 다양한 지원 및 교육을 통해 교원의 역할과 중요성에 대한 사회적 인식을 변화시키는 것이 보다 근본적인 방법이라 할 것이다.

시간적으로 교원의 아동학대 면책 조항이 도입된지 얼마 되지 않았기 때문에 실제로 어떻게 운용될지, 아동학대 관련 법제의 해석과 적용에 어떠한 영향을 미칠지 아직은 정확히 알기는 어려우나, 교원의 아동학대 면책 조항에 대한 비판적 검토를 통해 교육현장에서 아동과 교원의 권리가 조화를 이루는 데 기여할 수 있기를 기대해본다.

참고문헌

1. 논문

- 강동욱, ‘아동학대범죄의 처벌에 관한 비판적 검토 - 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」을 중심으로 -’, 『법학논총』 제38권 제2호, 2014
- 강현구, ‘아동권리관점에서 본 영유아보육법과 유아교육법의 형성과정 및 법령 분석’, 서울대학교 아동가족학박사 학위논문, 2014
- 김경옥, ‘아동학대 실태와 대처에 관한 한·일 비교 - 유형별 분석과 대응 과정 비교를 중심으로 -’, 『일본사상』 제43호, 2022
- 김성기, ‘학생생활지도 법제의 문제점과 개선방안’, 『교육법학연구』 제35권 2호, 2023
- 김슬기, ‘아동학대범죄의 구성요건 정비 방안’, 『비교형사법연구』 제22권 제4호, 2021
- 나달숙, ‘아동의 인권에 관한 법적 조명 - 아동권리협약을 중심으로’, 『법학연구』, 한국법학회, 2020
- 류부곤, ‘아동학대범죄의 개념과 처벌에 관한 법리적 검토’, 『형사정책』 제27권 제1호, 2015
- 류정희, ‘UN아동권리협약 정부이행 추진경과와 과제: 제5-6차 최종견해를 중심으로’, 『아동복지전문연구지 동광』, 초록우산어린이재단, 2021
- 박혜진, ‘바람직한 아동학대방지정책 마련을 위한 제언’, 『형사정책연구』 제27권 제3호, 2016
- 윤창준, ‘코로나19로 인한 사회적 거리두기가 내집단과 외집단 범죄에 미친 영향과 정책적 함의 - 일상활동이론과 112신고를 중심으로 -’, 서울대학교 행정학석사 학위논문, 2023
- 이덕난, “‘교권 보호 4법’ 개정의 의미와 교육활동 보호의 법적 과제 분석”, 『교육법학연구』 제35권 3호, 2023
- 이선희, 신윤정, Wu, Yifan, 정제영, ‘코로나19 팬데믹과 교권 보호 정책의 변동 분석 : Kingdon 모형을 중심으로’, 『한국교원교육연구』 제40권 제1호, 2023
- 이준일, ‘연령차별금지의 법제와 법적 문제 - 미국·네덜란드·호주의 연령차별금지법을 중심으로 -’, 『미국헌법연구』, 2008

- 임혁, 김현성, ‘교육 및 돌봄시설에서의 아동학대 예방을 위한 제도개선에 관한 연구’, 『사회복지정책과 실천』 제6권 제2호, 2020
- 장수미, ‘중학교 자유학기제 체험교육의 의미 재탐색: 듀이의 ‘교육적 경험’ 개념을 중심으로’, 서울대학교 교육학석사 학위논문, 2020
- 장혜영, ‘아동학대의 법적 규율 - 캐나다의 법제에 관한 비교법적 고찰-’, 서울대학교 법학박사 학위논문, 2022
- 정연희, ‘원격교육논의의 “교육” 개념에 대한 비판적 검토’, 서울대학교 교육학박사 학위논문, 2013
- 조수남, ‘수학교육의 의의 및 교육 방식에 관한 역사적 고찰: 케임브리지대학교와 UCL의 사례를 중심으로’, 『수학교육』 51권 2호, 2012
- 최호진, ‘정당행위에 대한 대법원 판단기준과 법이론적 분석-대법원 2011.3.17. 선고 2006도8839 전원합의체 판결을 중심으로-’, 『형사판례연구』 제30권, 2022
- 하영, ‘“아동학대”라는 언어가 교육에 대한 성찰이 되려면 : 아동학대 신고 시스템의 한계와 가능성’, 『오늘의 교육』 72호, 2023

2. 통계, 의견서 및 신문기사

- 보건복지부, ‘2022 아동학대 주요통계’, 2023
- 민주사회를 위한 변호사모임 아동청소년인권위원회, ‘초·중등교육법 일부개정법률안(이태규 의원 대표발의)에 대한 검토의견서’, 2023
- 교육부 보도자료, ‘학생·교원·학부모가 상호 존중하는 ‘모두의 학교’ 만든다.’, 2023. 8. 23.
- 서울신문, ‘서이초 사건’에 분노한 교원들…광화문 메운 ‘검은 물결’, 2023. 7. 29.
- 연합뉴스, ‘호원초 교원 사망’ 학부모들 조사 완료…“강요 없었다” 주장, 2023. 12. 11.
- 동아일보, ‘주호민 아들 사건 담당 공무원 “교원에 의한 아동학대 판단”’, 2023. 12. 18.
- 뉴스1, ‘서이초 사건’ 이후 교원 아동학대 신고 60% 넘게 줄었다’, 2024. 1. 4.

3. 인터넷사이트

국회 의안정보시스템(<https://likms.assembly.go.kr/>)

헌법재판소(<https://www.ccourt.go.kr/>)

대법원 종합법률정보(<https://glaw.scourt.go.kr/>)

법제처 국가법령정보센터(<https://www.law.go.kr/>)

아동권리보장원(<https://ncrc.or.kr/>)

엘박스(<https://lbox.kr/>)

유엔 아동권리위원회(<https://www.ohchr.org/>)

A critical review of teachers' child abuse exemption provisions - focusing on the relationship with children's rights and child abuse laws -

Jang, Hye Young*

The provisions of Elementary and Secondary Education Act, Early Childhood Education Act, and Child Abuse Punishment Act, which were recently revised to state that teachers' reasonable student guidance or educational activities are not considered child abuse, violate children's rights guaranteed by the Constitution and UN Convention on the Rights of the Child, and may add to confusion about the meaning of child abuse by adding an unclear concept of 'reasonable student guidance or educational activities'. In addition, there is no practical need to create a separate provision to determine the illegality of teacher's child abuse case despite the existence of justifiable act as a general ground of illegality under Criminal Act. In order to protect teachers who are experiencing difficulties related to child abuse issues, a more fundamental way is to guarantee the procedural rights of teachers in child abuse cases and change social awareness of the role and importance of teachers through various support and education. In this regard, it is difficult to view the above provisions as effective means for the purpose of protecting teachers.

❖ Key words: teacher, child abuse, reasonable student guidance, reasonable educational activity, justification, justifiable act, children's right

투고일 : 1월 17일 / 심사일 : 3월 27일 / 게재확정일 : 3월 31일

* Visiting professor of Seoul National University School of Law·Attorney at law