

靑少年保護法에 관한 公法的 研究

연구자 : 김광목(파견연구원, 국회 서기관)

한국법제연구원

目次

제 1 장 서론	7
제 1 절 연구의 목적 및 범위	7
제 2 절 연구방법	9
1. 학제적 연구방법	9
2. 비교법적 접근	10
3. 입법론	11
4. 청소년과 아동이라는 용어의 문제	12
제 2 장 청소년의 지위	13
제 1 절 청소년의 권리	13
1. 문제의 소재	13
2. 역사적·국제적 전개과정	14
(1) 『근대적 의미의 청소년의 권리』의 형성	14
(2) 『현대적 의미의 청소년의 권리』의 형성	19
3. 청소년의 고유한 권리문제	26
(1) 인정 여부	26
(2) 구체적 내용	29
제 2 절 부모와 국가와의 관계	32
1. 부모의 양육·교육권	32
(1) 문제의 소재	32
(2) 헌법적 근거와 특징	33
2. 국가의 개입	38
제 3 장 현행 청소년보호법의 주요내용	43
제 1 절 청소년보호법의 입법취지	43

제 2 절 청소년보호법의 규제내용	44
1. 청소년유해매체물에 대한 규제	44
(1) 청소년유해매체물의 개념	44
(2) 청소년유해매체물의 심의·결정	45
(3) 구체적 규제내용	47
2. 청소년유해약물·물건에 대한 규제	49
3. 청소년유해업소에 대한 규제	50
4. 청소년통행금지·제한구역 지정	50
5. 청소년유해행위에 대한 규제	50
(1) 성적접대행위 금지	50
(2) 유흥접객행위 금지	51
(3) 음란행위 금지	52
(4) 장애인형등 관람행위 금지	52
(5) 구걸행위 금지	52
(6) 청소년학대행위 금지	52
(7) 호객행위 금지	53
(8) 풍기문란 장소제공 등 금지	53
제 3 절 청소년보호법의 특징	54
1. 처벌중심의 형사법	54
2. 특별법적 성격	55
3. 헌법상 기본권과 충돌 가능성	55
4. 부모의 책임문제	57
제 4 장 청소년보호법의 법적 문제점과 개선방안	59
제 1 절 청소년의 권리와 규제연령문제	59
1. 문제의 소재	59
2. 각종 법령상의 청소년보호관련 연령 현황	59
3. 문제점과 대책	61
(1) 『19세 미만』규정의 기본권 침해 가능성	61
(2) 연령기준 자체의 문제점과 개선방안	62

제 2 절 청소년의 s164	
생명권과 부모의 치료거부문제	65
1. 문제의 소재	65
2. 영·미 국가의 태도	66
3. 현행법령들의 문제점과 개선방안	69
제 3 절 부모의 양육에 대한 책임과 수감명령제도 도입문제 ..	73
1. 문제의 소재	73
2. 가정환경과 청소년비행	74
(1) 가족의 구조·기능과 청소년비행	74
(2) 가출과 청소년비행	77
3. 부모에 대한 수감명령제도 도입문제	80
(1) 서 론	80
(2) 수감명령제도 개황	81
(3) 부모에 대한 수감명령이 기대할 수 있는 장점	82
제 4 절 합의제 행정기관의 제도적 기능과	
청소년보호위원회의 역할문제	83
1. 문제의 소재	83
2. 청소년보호위원회의 조직과 권한	85
(1) 청소년보호위원회의 조직	85
(2) 청소년보호위원회의 권한	85
3. 합의제 행정기관의 제도적 기능	86
(1) 합의제 행정기관의 연혁	86
(2) 미국의 독립규제위원회제도	87
(3) 합의제 행정기관의 장단점	89
4. 청소년보호위원회의 기능상 문제점	90
제 5 절 청소년정책기구 단일화문제	92
1. 문제의 소재	92
2. 청소년정책의 연혁과 정책기구 단일화 논의	93

(1) 청소년정책의 연혁	93
(2) 정책기구 단일화 논의	96
3. 청소년육성기능과 청소년보호기능의 조화문제	98
제 5 장 요약 및 결론	105
참고문헌	111

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적 및 범위

우리 나라의 청소년문제에 대해서는 그 동안 社會學·社會心理學·行政學 등의 분야에서 연구가 진행되었으며, 법학 분야에서는 주로 刑法學에서 청소년비행과 소년범정책의 관점에서 관심을 가지고 연구가 이루어졌다¹⁾. 이 중에서 『청소년보호법』에 관한 연구는 주로 刑事政策的·刑事司法的 관점에서 이뤄졌다. 이것은 현행 청소년보호법의 주된 기능이 청소년유해환경에 대한 형사제재 부과에 있으므로 청소년보호법의 기본 성격을 刑事法으로 보았기 때문이었다.

기존의 사회학적·형사정책적 관점 등의 연구들은 종래의 우리 법학이 소홀했던 實證的인 연구방법을 사용하여 현재 우리사회가 직면하고 있는 청소년문제의 실태와 원인에 관한 현실적이고 구체적인 대안들을 제시하여 청소년문제 해결에 상당한 기여를 하였다고 평가한다.

그러나 청소년문제 및 청소년보호법에 관한 기존의 연구에 대해서도 몇 가지 보완해야 할 점이 있다고 본다.

첫째, 청소년문제 해결방안 및 청소년보호법의 구체적 적용에 있어, 그 헌법적 근거와 한계에 대한 연구가 필요하다고 본다. 기존의 연구들은 최근에 사회적 관심을 모으고 있는 규제연령 통일문제, 대학생·근로청소년에 대한 청소년보호법 적용문제, 중고생 두발규제문제 등에 대해서 政策的·事實的(Sein) 측면에서 접근하고 있으나, 동 문제들은 憲法上基本權의 解釋이라는 規範的(Sollen) 측면에서도 일련의 기준을 제공할 수 있다고 생각한다.

보다 근본적으로는, 청소년보호법 같은 형사법의 적용에 있어서, 형사제재의 정당성과 적정성 판단을 위해서는 우선 당해 법률 자체에 대한 헌법적 검토가 선행되어야 한다. 보호법익의 주체가 누구이며 그의 헌법

1) 이동원·김지선, 한국의 청소년비행 연구동향, 한국형사정책연구원, 1999, 41-77면 참조.

상 기본권은 무엇이고 국가는 어떠한 헌법적 근거에 따라서 형사제재를 가하고 있는가를 분석함으로써, 국가의 입법적 책임과 그 한계도 보다 분명해 질 것이다. 현행 청소년보호법상 보호법익의 주체는 일견 青少年으로 명백한 것으로 보이지만, 그 외에도 양육권 또는 친권을 가지고 있는 父母와 청소년을 보호할 헌법상 의무를 지고 있는 國家도 관련되어 있다. 그래서 이들 3자는 각각 어떠한 권리와 의무를 가지고 있으며, 이들의 관계는 어떠한가를 검토하고자 한다.

특히 최근에 문제되고 있는 규제연령 통일문제, 대학생·근로청소년에 대한 청소년보호법 적용문제, 그리고 중고생 두발규제문제 등은 그 논의 과정을 살펴 볼 때, 각종 법령이나 정책들이 헌법적 한계를 일탈하지 아니하도록 할 필요가 절실하다고 본다.

둘째, 청소년보호법은 순수한 刑事法的인 규정 이외에도 行政法的인 연구가 필요한 규정들을 많이 포함하고 있다. 그러므로 청소년보호법에 관한 체계적인 인식과 동 법률의 법적 정당성을 제고하기 위해서는 一般行政法(행정법총론)理論에 따른 분석이 필요하다고 본다²⁾. 예를 들면, 현행 청소년보호법에는 청소년보호위원회의 조직에 관한 규정이 포함되어 있는데, 이 규정은 합의제 행정기관에 관한 一般行政組織法理論의 측면에서 검토될 필요가 있다³⁾.

셋째, 최근에 문제된 바 있는 청소년정책기구 단일화문제에 대해서는, 『청소년보호업무』와 『소년육성업무』는 각각의 행정을 規律하는 法原理에 차이가 있음을 고려하여야 한다고 본다. 이러한 특성에 대한 신중한 고

2) 일반행정법이라 함은 통상 모든 개별 행정영역에 공통적으로 적용되는 행정법규범으로 이해되고 있다. 이러한 일반행정법은 다시 일반행정조직법·일반행정작용법·일반행정구제법으로 나누어 고찰할 수 있다. 박정훈, 행정법에 있어서의 이론과 실제, 행정소송·행정법 연구과정 교재, 서울대학교 법학연구소, 1999. 3. 8, 11면 참조.

3) 물론 이러한 분석을 함에 있어서 필요한 행정조직에 관한 선행연구들이 전반적으로 부족한 실정이다. 오토 바호프(Otto Bachof)도 행정조직에 대한 행정법학의 무관심은 오토 마이어(Otto Mayer)이래의 전통적인 현상이었음을 지적하면서 그에 대한 연구를 촉구하고 있다(Otto Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), S. 233-235). 다만 모든 행정영역의 행정조직에 공통적으로 적용되는 법규범은 헌법의 통치구조 부분 이외에도 정부조직법과 지방자치법 등에서 상당수 발견되므로 일반행정조직법은 일부 인정될 수 있다(박정훈, 전거서, 11면 인용)고 본다.

려없이 조직통합을 이룬다면, 두 기능 중에서 어느 한 기능이 위축될 가능성이 높다.

그렇지만, 이러한 사실들이 청소년보호기능과 청소년육성기능이 서로 조화를 이루어야 한다는 점을 부인하는 것은 아니다. 청소년보호기능과 청소년육성기능의 조화는 『청소년문제는 처벌과 규제만으로 해결될 수 없다』는 당연한 명제를 法規範적으로 더욱 철저히 관철하는 것이기도 하다. 청소년은 성숙과정에 있는 무한한 가능성의 존재라는 것을 승인한다면, 청소년보호기능과 청소년육성기능은 서로 다른 청소년들-비행청소년 對 모범생-을 대상으로 한 것이라고 보아서는 안될 것이다. 이는 청소년보호법과 청소년기본법 간에 有機的 協力關係가 정립될 필요가 있음을 의미한다. 그러한 관점에서 비행청소년의 재할과 치료는 청소년육성이라는 측면에서도 지원되어야 한다고 본다. 규제와 처벌중심의 현행 청소년보호법만으로는 청소년문제 해결을 위한 근원적인 대책을 세우기 어렵게 되어 있어 양 법률간의 조화로운 관계설정이 시급한 실정이다.

이하에서는 먼저 논의의 전제가 되는 청소년의 권리를 검토한 다음에, 청소년의 기본권존중의 관점에서 규제연령 통일문제·부모의 치료거부문제·부모에 대한 수강명령제도 도입문제·합의제 행정기관의 제도적 기능에 관한 문제·청소년정책기구 단일화문제 등에 대한 문제점과 그에 따른 몇 가지 입법론을 제시하겠다.

본 연구에서 일반행정법적인 관점을 관철하기 위해서는 현행 청소년보호법을 일반행정조직법·일반행정작용법·일반행정구제법의 시각에서 조망하는 것이 바람직하겠으나, 본 연구가 법제정비를 위한 기초연구라는 점을 감안하여 중요시되는 문제점과 개선방안을 중심으로 연구의 편제를 구성하였다.

제 2 절 연구방법

1. 학제적 연구방법

본 연구는 기존의 실증적 연구성과를 수용하여 그 토대 위에서 진행하고자 하였다. 청소년의 권리인정 문제 등은 단순히 법규정의 해석을 중

심으로 한 規範論理만으로 접근해서는 안되고, 우리 사회에서 청소년의 성숙도와 사회적 환경 등을 고려해야 할 문제라고 생각하기 때문이다. 그러므로 청소년보호를 위한 규제문제·부모의 책임문제 등에 대해서는 긍정적인 견해이든 부정적인 견해이든 청소년의 현재 실태에 대한 실증적 분석이 뒷받침될 필요가 있으며, 이러한 점에서 볼 때 특히 이 분야의 연구에 있어서는 學際的 研究方法(interdisciplinary approach)이 적절하다고 본다⁴⁾.

2. 비교법적 접근

가족문제에 대한 법적 규율은 그 나라 고유의 전통과 문화의 영향을 많이 받는 영역이므로 비교법적 연구방법은 어느 정도 한계가 있을 수밖에 없다. 그러나 헌법 제36조 제1항에서 婚姻과 家族生活은 개인의 尊嚴과 兩性の 平等을 기초로 成立되고 유지되어야 하며 國家는 이를 보장한다고 규정하고 있는 것처럼 보편적 인권의 구속에서 벗어날 수는 없다. 우리 나라의 가부장적인 가족문화 하에서는 오히려 더욱 비교법적 연구가 필요한 것인지도 모른다. 적어도 현재 우리 나라의 청소년들이 전통적인 가족문화의 규범 하에서 『평화상태』에 있지는 않다고 본다. 해마다 증가되고 있는 청소년비행을 청소년들에게만 책임을 물어서는 안된다고 생각한다-본인 스스로의 책임도 결코 부인되어서는 안되겠지만⁵⁾- . 분명한 것은 우리 나라의 전통적인 가족문화가 構成하고 있는 기존의 규범체계가 더 이상 위력을 발휘하지 못하고 있다는 점이다⁶⁾. 따라서 원인책임이든 결과책임이든 그 기존 규범체계의 실효성을 의심할 수밖에 없게 된

4) Michael S. Wald, Children's Rights: A Framework for Analysis, University of California Davis Law Review, Vol. 12, 1979, 281-282면 참조.

5) 비행청소년들에 대한 제재조치 도입에 반대하는 견해들이 많다. 그러나 청소년의 보호문제와 청소년의 비행에 대한 면책문제는 반드시 동일선상의 문제는 아니라고 본다. 경우에 따라서는 해당 청소년을 처벌해야만 되는 불가피한 경우도 있을 수 있다. 문제는 어떠한 처벌을 하느냐에 있다고 본다. 최근에 상습적으로 원조교제를 한 청소년을 처음으로 윤락행위방지법 위반으로 입건한 사례가 있는데, 이러한 조치의 정당성 여부는 제재의 내용과 효과에 달려있다.

6) 변화순 등, 최근 가족해체 실태 및 복지대책, 한국여성개발원, 2000. 5, 178-180면 참조.

다. 일단 본 연구에서는 우리 나라에게도 구속력이 있는 국제규범들과 청소년의 권리를 제일 먼저 인식하고 발전시켜온 미국의 연구동향을 많이 참조하였다.

3. 입법론

본 연구에 있어서 기본적인 연구목적 중의 하나는 향후의 입법을 위한 논의의 단서들을 제공하는 것이다. 즉, 입법론을 염두에 두고 연구를 진행하였다.

『입법론』과 관련하여서는, 어떤 쟁점에 대해 헌법재판소의 합헌결정이 있었다고 하여 그 문제가 완전히 해결된 것은 아니라는 점을 주의할 필요가 있다. 합헌결정이 내려졌다고 할지라도, 보다 합헌적이고 타당한 법률을 만들어야 한다는 입법자의 책임은 면책된 것이 아니다. 따라서 어떠한 법률에 대해서 헌법재판소에서 합헌이라고 결정하여도, 입법자는 그 법률을 위헌으로 판단하고 계속 연구할 필요가 있는 것이며, 이것은 또한 이 헌법이 요구하는 원리이기도 하다. 이 점에 대해서는 다음과 같은 글 중에 잘 나타나 있다.

「헌법은 입법, 사법, 행정 등 모든 국가기관이 헌법에 의하여 부여된 고유기능을 행사함으로써 비로소 구체화되고 실현되며, 헌법재판소가 다른 국가기관에 의한 헌법의 구체화를 일정 범위 내에서 존중하여야만 각 기능의 독자성이 유지될 수 있다. 그러므로 민주주의와 권력분립원칙은 헌법재판소에 의한 헌법실현에 한계를 요구한다. 권력분립원칙은 국가권력간의 견제와 균형이라는 자유보장적 측면과 아울러 국가의 기능을 상이한 기능주체에게 귀속시킴으로써 각 국가기관에게 독자적인 활동 및 결정영역을 분배한다는 기능적 측면을 가지고 있다. 헌법재판소와 입법자는 헌법이 부여한 기능에 있어서 서로 다르다. 입법자는 헌법의 한계 내에서 정치적 결정을 통하여 공동체를 형성하는데 중심적 역할을 하고, 이에 대하여 헌법재판소는 헌법에서 입법자의 형성권의 한계를 유출해냄으로써, 입법자의 정치적 형성의 헌법적 한계를 제시한다. 즉 입법자는 법활동을 통하여 헌법을 구체화하고 실현하는데 있어서 포괄적, 주도적, 형성적으로 기능하나, 헌법재판소는 그의 사법적 성격에 내재된 한계 때문에 매우 한정된 특정대상에 관련하여 헌법재판의 형태로 부분적, 사후적, 통제적 역할을 하게 된다. 헌법재판소와 입법자는 모두 헌법에 기속되나, 그 기속의 성질은 서로 다르다. **헌법은 입법자와 같이 적극적인**

로 형성적 활동을 하는 국가기관에게는 행위의 지침이자 한계인 행위규범을 의미하나, 헌법재판소에게는 다른 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하는 기준으로서의 재판규범 즉 통제규범을 의미한다.」⁷⁾

4. 청소년과 아동이라는 용어의 문제

본 연구에서는 일단 연구편의상 아동과 청소년이라는 용어를 구별하지 않고 혼용한다. 그 용어들이 주는 어감과 인간발달상의 차이에도 불구하고 아동과 청소년을 구분하지 않는 이유는 현재 각종 법령과 국제규범에서 양자의 차이에 따라 별도의 권리를 의미있게 부여하고 있지는 않기 때문이기도 하다. 예를 들면, 본 연구에서 중요한 규범적 기준으로 고려 있는 1989년 UN의 『아동의 권리에 관한 국제협약』의 경우도 아동은 18세미만의 모든 사람을 말한다(동 협약 제1조)고 하여 아동과 청소년을 구별하고 있지는 않다.

그러나 향후 각종 입법에 있어서 아동과 청소년을 구별하는 것을 부정하는 것은 아니다. 실제 양자간의 발달상의 차이를 구별하여 권리를 부여하는 것은 위 협약의 취지에도 부합하는 것이라고 생각하고 있으며, 본 연구가 암시하는 제언 중의 하나이기도 하다. 최근에는, 『10대 이전의 아동기에는 보호중심의 복지권이, 10대의 청소년기에는 복지권과 함께 성인에 버금가는 자유권이, 20대의 청년기에는 자유권이 강조되고 보장되어야 한다』는 견해⁸⁾처럼 발달상의 차이를 구별하여 권리를 부여하는 주장들이 본격적으로 제기되고 있다.

7) 교통사고처리특례법 제4조 등에 대한 헌법소원사건(헌법재판소 1997. 1. 16 선고 90헌마110·136(병합)결정)에서 김문희·정경식·고중석·신창언 재판관의 의견.

8) 최윤진, 청소년의 권리, 양서원, 1998, 15-17면 참조.

제 2 장 청소년의 지위

제 1 절 청소년의 권리

1. 문제의 소재

청소년보호법은 청소년보호라는 입법목적을 위해 청소년유해환경을 구성하는 성인의 활동을 규제한다. 그러나 그 결과로서 청소년의 일정한 활동과 자유도 제한받게 된다. 그런데 최근에 청소년보호법을 비롯한 각종 법령상의 청소년보호 목적의 규제에 대하여, 이러한 규제들은 청소년의 기본권을 침해하는 것이라는 비판이 제기되고 있다.⁹⁾ 그 내용들을 살펴보면, 청소년보호법 등의 규제는 청소년들의 근로활동을 보호하기보다는 오히려 저해하고 있으며, 청소년들을 미성숙한 존재로만 보는 인식적 기초에 문제가 있으며, 성인들뿐만 아니라 청소년들의 표현의 자유를 침해하고 있으며, 매체물 등의 규제가 지나치게 포괄적이고 자의적이며, 규제내용이 현실성이 없다는 지적들이 제시되고 있다.

이러한 논란의 타당성 여부는 우리 헌법상 청소년이 어떠한 법적 지위를 가지고 있는가를 밝힘으로써 보다 분명해 질 수 있을 것으로 생각한다. 특히 청소년보호법에 대해 비판적인 견해들은 동 법이 성인들뿐만 아니라 청소년의 권리를 침해하고 있다는 논거로서 청소년의 독자적인 고유한 권리를 상징하고 있으므로 그에 대해서도 검토할 필요가 있다. 이하에서는 먼저 청소년의 권리에 관한 역사적·국제적 전개과정과 청소년의 고유한 권리내용에 대해서 살펴본다.

9) 청소년 침해하는 청소년보호법, 한겨레 21, 제321호, 2000년 8월 17일, 24-31면 참조.

2. 역사적·국제적 전개과정

(1) 『근대적 의미의 청소년의 권리』의 형성

1) 미국의 경우

世界兒童人權史에 있어서 가장 중요한 역할을 한 것은 미국이었다. 미국은 근대이후 가장 먼저 선구적인 아동보호와 소년범 정책을 채택하였으며, 이러한 미국의 경향이 독일·영국 등 유럽국가들에 영향을 미쳤다. 아울러 미국은 아동인권선언, 아동인권협약 등 UN에서의 활동에서도 주도적인 역할을 하였다.

그래서 이하에서는 미국을 중심으로 한 아동의 인권 내지는 권리의 역사적 전개과정을 살펴보기로 한다.

近代西歐社會에서 가족의 손에 맡겨져 있던 아동의 보호와 교육문제에 대해서 국가가 결정적으로 관여하게 된 것은 19세기 후반 산업화와 대중 사회의 진전에 따른 것이었다. 즉, 19세기 중반이후 급격한 산업화와 도시화로 인해 전통적으로 아동의 보호와 교육기능을 담당하고 있던 가정이 붕괴됨에 따라, 많은 청소년들이 공장과 탄광에서 혹사당하거나 비행 청소년으로 전락하여 거리에 방치되었던 것이다.

이러한 현실 속에서 미국의 경우, 衡平法상의 國親思想(parens patriae: 국가는 아동의 최후의 부모이다)을 배경으로 하여 『부모를 대신하여』 국가가 아동문제에 본격적으로 개입하게 되었다¹⁰⁾. 이러한 국가의 개입은 아동에 대한 인도주의적 구호의 측면에서뿐만 아니라, 산업사회화에 따라 가족이 더 이상 사회변화에 따라 새롭게 요구되는 교육기능을 담당할 수 없게 된 현실적인 측면에서도 이해되는 것이었다. 그 결과 19세기 후반부터 20세기 초반에 이르면서 無償義務教育制度가 도입되고 시카고에 세계최초의 근대적인 少年法院이 설치되기에 이르렀다. 그리고 국가(법원)가 아동의 교육과 보호에 관련된 문제를 판단할 경우에는 부모의 이익 또는 意思 보다는 『兒童의 最上의 利益』(the best interest of the

10) 황성기, 아동의 인권에 관한 연구, 서울대 석사학위 논문, 1994, 45-47면 참조.

child)을 고려해야 한다는 원칙이 확립되었으며, 이 兒童의 最上의 利益을 『兒童의 權利』로서 관념하게 됨에 따라 국가가 부모와 청소년간의 문제에 개입할 수 있는 이론적 토대를 마련하게 되었다. 그 권리의 주요 내용은 보호와 교육을 받을 권리(right to protection)였다.

그러나 이 당시 청소년문제에 대한 국가의 개입은 본질적으로는 동요하는 가족의 역할을 보완하려는 것이었고, 가족과 가장의 역할을 근본적으로 변화시키려는 것은 아니었다. 그리하여 아동에게 권리가 있다고 하여도, 아동은 여전히 미성숙한 존재로 간주되었으며 아동의 이익을 둘러싸고 문제가 생길 경우에도 그 당사자는 아동 본인이 아니고 부모와 국가(또는 학교)였으며 아동의 의사는 고려되지 않았다. 결국 아동의 「권리」라고 하였지만, 거기에는 국가의 개입이 아동 본인의 이익을 위한 개입이고 아동을 위한 동질적인 보호와 교육을 제공하는 것이 국가 또는 사회의 책임이라는 의미가 내포되어 있을 뿐이었다.¹¹⁾

2) 국제규범화 과정

이러한 미국의 아동보호경향은 유럽각국으로 전파되었으며, 이러한 근대적 의미의 청소년의 권리관념은 국제적으로는 아동의 권리에 관한 제네바선언(Geneva Declaration of the Rights of the Child, 1924), 세계인권선언(1948), 아동의 권리선언(Declaration of the Rights of the Child, 1959), 국제인권규약(1966) 등에 반영되었다¹²⁾. 그 구체적인 내용들을 살펴본다.

(가) 아동의 권리에 관한 제네바선언(1924)

① 성립배경

1989년의 『아동의 권리에 관한 국제협약』은 직접적으로는 1979년의 『세계아동의 해』선포가 계기가 되었지만, 그 연원은 아동이 특별한 보살핌과 보호를 받아야 함을 최초로 선언한 국제적 문서인 1924년의 아동

11) 森田明, 未成年者保護法と現代社會, 有斐閣, 1999, 4-5면 참조.

12) 이하에서 소개되는 아동의 권리에 관한 국제협약을 비롯한 국제규범들에 대한 구체적인 내용은 황성기, 전계논문, 76-89면에서 주로 인용한 것임.

의 권리에 관한 제네바선언(Geneva Declaration of the Rights of the Child)으로 거슬러 올라간다. 동 선언은 제1차 세계대전 이후 아동의 필요에 부응하기 위하여 설립된 비정부단체인 아동구호기금세계연맹(The Save the Children Fund International Union)에서 초안하여 1924년 국제연맹에서 채택되었다. 『인류는 아동에게 최선의 것을 주어야 할 의무가 있다』(mankind owes to the child the best that it has to give)고 천명한 동 선언은 인류의 미래를 위해 전쟁의 가장 큰 희생자인 아동을 구제하고 특별히 보호해야 한다는 국제적 인식에서 이루어진 것으로서, 가장 넓은 의미에 있어서 아동의 권리보호를 향한 첫걸음이었다는 데에 그 의의를 찾을 수 있다.

② 내 용

동 선언의 구체적 내용인 5대 원칙은 다음과 같다. 첫째, 아동에게는 신체 및 정신의 정상적인 발달을 위하여 필요한 모든 수단이 부여되어야 한다. 둘째, 기아아동에게는 음식을, 병든 아동에게는 치료를, 발달이 지체된 아동에게는 원조를, 비행에는 교화를, 그리고 고아에게는 주거와 구호를 제공하여야 한다. 셋째, 아동은 재난시에 최우선적으로 구조되어야 한다. 넷째, 아동은 생계를 유지할 수 있어야 하며, 모든 형태의 착취로부터 보호되어야 한다. 다섯 째, 아동은 그 재능이 인류동포를 위해 바쳐져야 한다는 자각하에 양육되어야 한다.

(나) 세계인권선언(1948)

① 성립배경

아동의 권리에 관한 제네바선언이 채택될 당시만 하더라도 국제연맹은 인권의 국제적 보장에 적극적이지는 않았다. 왜냐하면 인권문제는 국내 문제로 보았고, 국내문제불간섭원칙을 유지하고 있었기 때문이다. 그러나 인권에 관한 이러한 소극적인 인식은 제2차 세계대전중의 파시즘의 비인도적 만행에 대한 반성을 통하여 근본적으로 바뀌게 되었다.

그래서 제2차대전 후 국제연합이 최우선적으로 채택한 것이 바로 세계인권선언(1948)이다. 동 선언은 그 전문에서 『인류사회의 모든 구성원의 고유의 존엄성과 평등하고 양도할 수 없는 권리를 승인함은 세계에

있어서의 자유, 정의와 세계평화의 기본이 되는 것이므로, 인권의 무시와 경멸은 인류의 양심을 유린하는 야만을 초래하였음』을 밝히고,『공포와 결핍으로부터의 자유를 향유하는 세계의 도래는 모든 사람의 최고의 열망이다』라고 선언하였다. 그 뒤 국제연합은 인권위원회를 설치하여 적극적으로 각국의 인권문제를 다루는 한편, 동 선언에 법적 구속력이 없다는 점을 감안하여 법적 구속력이 있는 인권협약을 준비하였다.

② 내 용

세계인권선언은 모든 인간을 대상으로 한 것이지만, 특히 아동과 관련된 구체적 내용으로서 제16조 3항에서는 『가족은 사회의 자연적·기본적인 단위단체로서 사회와 국가의 보호를 받아야 한다』고 규정하고 있고, 제25조 제2항에서는 『모성과 유약은 특별한 보호와 원조를 받을 권리를 가진다. 모든 아동은 적출여부를 막론하고 동일한 사회의 보호를 받아야 한다』고 규정하고 있다. 또한 제26조에서는 교육을 받을 권리에 관해서 규정하면서 동조 제3항에서는 『모든 그 자녀에게 과할 교육의 종류를 선택할 우선권을 가진다』고 규정하고 있다.

(다) 아동의 권리선언(1959)

① 성립배경

1947년 국제연합은 세계인권선언의 제정작업과 병행하여, 아동의 권리에 관한 제네바선언도 새로운 시각에서 재검토한다는 방침을 세웠고, 이에 따라 아동의 권리선언을 1959년 11월 20일 UN총회에서 채택하였다. 동 선언은 아동을 권리의 주체로서 인식하고 승인하였을 뿐만 아니라, 아동의 인권을 보장하기 위한 구체적인 내용을 국제적으로 실현시키고자 UN차원에서 노력하였다는 데 그 역사적인 의의가 크다. 또한 아동의 권리내용이 戰前의 제네바선언 등의 생존권 보장측면에서 성장·발달의 권리보장측면으로 확대되고 있다는 점에서도 가치가 있다.

② 내 용

아동의 권리선언은 아동에 대한 특별한 보호와 행복추구권(전문), 권리의 평등한 보장(제1조), 아동에 대한 특별한 보호(제2조), 성명과 국

적을 가질 권리(제3조), 사회보장의 권리(제4조), 장애아동에 대한 특별한 보호(제5조), 성장·발달의 권리(제6조), 교육을 받을 권리(제7조), 최우선적으로 보호받을 권리(제8조), 학대·착취 등으로부터 보호받을 권리(제9조), 차별적 관행으로부터의 보호(제10조) 등 10개 조항으로 구성되어 있다.

(라) 국제인권규약(1966)

① 성립배경

국제연합은 인권위원회를 설치하여 인권문제를 적극적으로 다루었지만 세계인권선언은 각국에 대해서 법적 구속력을 갖고 있는 것이 아니었다. 그래서 국제연합이 법적 구속력을 갖는 국제조약으로 채택한 것이 바로 1966년의 『국제인권규약』이다. 이 국제인권규약은 두개의 규약으로 나뉘어져 있다. 하나는 『경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(A규약)』이고, 다른 하나는 『시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약)』이다. 특히 B규약 제24조에서는 별도로 아동의 권리에 관한 조항을 두고 있다. 이러한 권리조항은 아동의 권리를 최초로 구속력 있는 국제조약에 의해 승인했다는 점에서 높이 평가되고 있다.

② 내 용

경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(A규약) 제10조는 가정보호에 관한 내용을 담고 있는데, 특히 동조 제3항은 아동에 대한 평등한 특별보호와 원조조치 그리고 경제적·사회적 착취로부터의 보호를 규정하고 있다.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약) 제24조는 아동의 권리에 관한 조항으로서, 동 조 제1항에서는 모든 아동은 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 민족이나 사회적 출신, 재산 또는 출생 등에 관계없이 어떠한 차별도 받지 아니하고 가정이나 사회 및 국가로부터 미성년자로서의 지위에 필요한 보호조치를 받을 권리가 있음을 규정하고 있다. 그리고 동조 제2항에서는 모든 아동은 출생 후 즉시 등록되어 이름을 가진다고 규정하고, 동조 제3항에서는 모든 아동은 국적을 가질 권리를 가진다고 규정하고 있다.

(2) 『현대적 의미의 청소년의 권리』의 형성

1) 미국의 경우

기존의 아동의 권리관념에 대한 획기적인 변화는 戰後 이혼의 증가·성도덕의 변화 등에 기인한 가족의 붕괴 현상과 1960년대의 인권운동(civil rights movement)·반권위주의사상에서 시작되었다. 즉, 1960년대 이후 이혼의 증가와 아동학대문제 등이 새로운 가족문제로 등장하게 되자, 국가와 부모로부터의 수혜대상으로 아동을 보았던 종래의 권리관념에 대해서 근본적인 회의를 표시하고, 아동 자신의 의사와 자율을 중요시하는 새로운 아동 권리관념이 대두하게 되었다. 특히 아동에 대한 부모의 성적 학대와 이혼에 따른 아동의 방치는 부모와 자식의 관계를 더 이상 종래와 같이 보호주의적·온정주의적 관계로만 볼 수 없게 만들었다. 그리하여 국가주도의 강제적 교육과 전통적인 부모자식관계에 비판적인 아동의 권리(Children's Right)운동이 일어났으며, 여기에서는 아동의 권리의 핵심을 『아동의 자기결정의 권리』(right to self determination)으로 보았다. 그 주요 내용은 아동을 『보호의 객체에서 권리의 주체』로 보아야 한다는 것인데, 이는 아동에게 보호와 교육을 받을 법적 지위뿐만 아니라, 자율적 권리주체로서 행위할 수 있는 법적 지위를 인정해야 한다는 것이다. 그 구체적인 내용으로서는 UN의 『아동의 권리에 관한 국제협약』(Convention on the Rights of the Child)을 통해 널리 알려진 아동의 의견표명권과 시민적 권리(표현의 자유, 사상과 양심의 자유, 집회와 결사의 자유)들이 주로 논의되고 있다.

2) 아동의 권리에 관한 국제협약(1989)

아동에 대한 새로운 권리관념은 1989년 채택된 UN의 아동의 권리에 관한 국제협약에 반영되고 있다. 동 협약의 구체적인 내용을 살펴본다.

① 성립배경

아동의 권리선언(Declaration of the Rights of the Child, 1959)의 30주년이 되는 해이며 세계아동의 해(International Year of the

Child, 1979)의 10주년이 되는 해인 1989년에 제44회 UN총회는 「아동의 권리에 관한 국제협약」(Convention on the Rights of the Child)을 만장일치로 채택하였다.

아동의 권리에 관한 국제협약이 채택된 과정을 살펴보면, 1976년의 UN총회는 아동의 권리선언이 이루어진 지 20주년이 되는 1979년을 「세계아동의 해」로 결정하였는데, 이 당시 「아동의 권리선언」의 취지를 각국이 적극적으로 실현하도록 새로운 국제협약으로 발전시키고자 하는 주장들이 제기되었다. 그리하여 1978년 폴란드가 UN의 인권위원회에 「아동의 권리에 관한 협약안」 및 그 작업방법에 관한 결의안을 제안하였으며, 동 제안에 따라서 인권위원회 안에 특별작업반(Informal Open-ended Working Group)이 설치되어 협약안의 작성이 진행되었다. 그 결과 1989년 3월 인권위원회에서 최종적으로 마무리된 초안이 동년 11월 20일 총회에서 만장일치로 채택되었다.

협약의 성립과정에서 나타난 특징으로는, 각종 국제기구들과 비정부단체(NGO)가 협약의 기초에 공헌을 하였다는 점, 특별작업반이 인권위원회 구성국 이외의 국가 특히 개발도상국들의 의견을 반영하는 등 많은 국가들이 실질적인 합의를 지향했다는 점, 12년간에 걸친 심의 중에 그 내용도 기존 아동의 권리선언의 조약화를 넘어서 권리주체로서의 아동관으로 발전되었다는 점 등이 지적되고 있다. 즉, 아동의 권리에 관한 국제협약은 그 내용에 있어서, 종전의 여러 국제규범들이 아동을 주로 하나의 보호대상으로 취급하고 있었으나, 동 협약에서는 아동을 주체적인 능동적 권리행사자로 보고 있다는 점이 특징으로 지적되고 있다. 예를 들면, 동 협약 제5조의 「아동이 본 협약에서 인정되는 제권리를 행사함(exercise)에 있어서」라는 표현에서 아동이 단순히 보호대상이 아니라, 권리향유주체 더 나아가서 권리행사주체로 인정되고 있음을 발견할 수 있다. 그리고 1959년의 아동권리선언에서는 「교육을 받을 권리」(right to receive education)라고 하여 교육을 실시하는 주체의 관점에서 규정하였지만, 동 협약에서는 아동을 주체로 하는 「교육에 관한 권리」(right to education)라는 표현으로 바뀌고 있다.

② 구 성

아동의 권리에 관한 국제협약은 全文과 3장·54개조로 된 本文으로 구성되어 있다. 本文 제1장(제1조 - 제41조)에서는 아동의 구체적인 권리에 관한 실체규정을, 제2장(제42조 - 제45조)은 비준후의 가맹국과 국제연합과의 관계규정을, 제3장(제46조 - 제54조)에서는 비준의 절차 등에 관한 규정을 명시하고 있다. 그리고 제1장은 다시 총칙규정(제1조 - 제5조)과 개별적인 권리에 관한 규정(제6조 - 41조)으로 나눌 수 있다.

구체적으로 내용을 살펴보면, 본문 제1장은 총칙규정, 국제적 인격권, 정신적 자유, 인신의 자유, 부모에 의한 양육과 국가의 원조, 건강과 의료, 생존·발달, 사회보장에 대한 권리, 교육과 문화에 관한 권리, 그리고 아동으로서 보호될 권리 등으로 구분된다.

총칙규정은 제1조 아동의 정의, 제2조 차별의 금지, 제3조 아동의 최상의 이익, 제4조 가맹국의 실시의무, 제5조 부모의 지도의 존중, 제41조 기존의 권리보장규정 등이다.

그리고 국제적 인격권에 관한 것은 제6조 생명의 권리, 생존과 발달을 확보할 권리, 제7조 이름과 국적을 가질 권리, 부모를 알고 양육받을 권리, 제8조 주체성(identity)의 보전, 제9조 부모로부터의 분리금지과 분리된 경우의 아동의 권리, 제10조 가족과의 재회를 위한 출입국의 자유, 제11조 국외불법이송의 방지, 제12조 의견표명권규정이다.

정신적 자유에 관한 것은 제13조 표현·정보의 자유, 제14조 사상·양심·종교의 자유, 제15조 집회·결사의 자유, 제16조 프라이버시와 명예의 보호, 제17조 매스미디어에 대한 접근권규정이다.

인신의 자유에 관한 것은 제37조 사형·고문 등의 금지, 자유를 박탈당한 아동의 적절한 취급, 제40조 아동의 사법절차에 관한 권리규정이다.

부모에 의한 양육과 국가의 원조에 관한 것은 제18조 부모의 제1차적 양육책임과 이에 대한 국가의 원조, 제19조 부모에 의한 학대·방임·착취로부터의 보호, 제20조 가족이 없는 아동의 양호와 원조, 제21조 입양, 제22조 난민아동의 보호와 원조규정이다.

건강과 의료, 생존·발달, 사회보장에 대한 권리에 관한 것은 제23조 장애아동의 권리, 제24조 건강과 의료에 대한 권리, 제25조 정기적인 의료검진을 받을 권리, 제26조 사회보장에 대한 권리, 제27조 생존·발달에 필요한 생활조건을 확보할 권리규정이다.

교육과 문화에 관한 권리에 관한 것은 제28조 교육에 관한 권리, 제29조 교육의 목적, 제30조 소수자·원주민 아동의 언어등 문화에 관한 권리, 제31조 휴식 및 여가·놀이·문화적·예술적 생활에의 참가규정이다.

아동으로서 보호될 권리에 관한 것은 제32조 경제적 착취와 유해노동에 대한 보호, 제33조 마약·향정신성 약품으로부터의 보호, 제34조 성적 착취 및 성적학대로부터의 보호, 제35조 아동의 유괴·매매·거래의 방지, 제36조 기타의 모든 형태의 착취로부터의 보호, 제38조 무력분쟁에 있어서의 아동의 보호, 제39조 희생당한 아동의 심신의 회복과 사회복귀규정이다.

③ 특 징

동 협약은 아동권리의 구제와 보호, 그리고 그 실현에 필요한 권리를 거의 포함하고 있다고 평가된다. 그리고 아동의 생명에의 고유권리 및 생존과 발달의 확보(제6조)를 출발점으로 하여 실제적 권리를 포괄적으로 보장하고 있다. 동 협약의 특징을 정리하면 다음과 같다¹³⁾.

ㄱ) 아동의 권리의 국제적 보장

동 협약에는 인간의 존엄이라고 하는 인류의 역사적 이념이 전체를 관통하고 있다는 점이다. 즉, 아동을 독립된 인격으로서 그 존엄성을 존중하고, 이것을 바탕으로 권리를 통일적으로 더 나아가서는 국제적으로 실효성이 있는 것으로 보장하고 있는 것이다. 그래서 동 협약은 아동의 권리보장의 전제로서, 전문과 제2조에서 아동 또는 그들의 부모의 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 견해, 국민적·민족적 또는 사회적 출신, 재산정도, 기타의 지위에 의한 어떠한 종류의 차별도 금지하고 있다.

13) 청소년인권의 현황과 대책, 청소년보호위원회, 1998. 12, 31-33면 참조.

ㄴ) 인권주체로서의 아동

동 협약은 종래 보호대상으로 간주한 아동을 인권의 주체(권리행사의 주체)로서 인정하고 있는 점이다. 그리고 동 협약은 아동이 아동이기 때문에 인정되고 있는 『아동 고유의 권리』를 규정하고 있는 동시에, 아동도 인간이기 때문에 인정되는 『아동의 시민적 권리』도 규정하고 있다. 동 협약에 나타난 아동 고유의 권리로는 부모에 의해 양육될 권리(제7조 제1항), 의견표명권(제12조), 가정환경을 박탈당한 아동이 대체적인 친자관계의 설정을 요구할 권리(제20조) 등을 들 수 있다. 아동의 시민적 권리는 표현의 자유(제13조), 사상·양심·종교의 자유(제14조), 집회·결사의 자유(제15조), 프라이버시·통신·명예의 보호(제16조), 사법절차상의 제권리(제37조, 제40조) 등을 들 수 있다.

ㄷ) 아동의 특별보호

동 협약은 아동을 특별보호가 예상되는 객체로서 아동의 현실적인 요구에 부응하도록 많은 보호규정을 담고 있다. 우선 동 협약은 아동의 발달을 권리보장의 목적 및 기준으로 하고 있다. 예를 들면, 인격의 전면적이고도 조화로운 발달을 위해 가정환경을 중시하고(전문 6항), 아동발달을 위한 충분한 생활수준을 보장하며(제27조), 발달에 유해한 노동으로부터 보호하고 있다(제32조).

그리고 동 협약은 현재 이 세계에서 생존까지도 곤란한 상황에 있는 아동을 긴급히 우선적으로 구제·보호할 것을 주요목적의 하나로 삼고 있다. 일반적인 건강·의료·사회보장·생활수준에의 권리(제24조-제27조), 난민아동의 보호(제22조), 소수자·원주민 아동의 권리(제30조), 장애아동의 권리(제23조), 경제적 착취·유해노동·마약·성적 착취·학대·유괴·매매 등으로부터의 보호(제32조-제36조), 무력분쟁으로부터의 보호(제38조), 희생아동의 심신회복과 사회복귀(제39조) 등의 그 예이다.

ㄹ) 부모·가정환경의 중시

동 협약은 아동의 양육과 발달을 위해 부모 및 가족의 역할을 중시하고 있다. 아동은 부모를 알 권리, 부모에 의해 양육 받을 권리를 가지며

(제7조), 가족관계를 포함한 정체성을 보전할 권리가 있고(제8조), 원칙적으로 부모의 의사에 반하여 분리되지 않으며(제9조), 가족재회를 위해 출입국에 관한 권리를 가진다(제10조)고 규정하고 있다. 그리고 가정환경을 박탈당한 아동은 대체적 양호가 확보되며(제20조), 기타 입양 절차 규정(제21조)도 담고 있다.

ㄱ) 국가의 의무

동 협약은 아동의 권리보장에 관한 국가의 의무를 명확히 하여, 국가는 부모가 아동의 권리보장에 제1차적인 책임을 다할 수 있도록 부모의 생활과 인권을 보장하고 그것을 원조하는 입장에 설 것을 천명하고 있다. 아동과 관련된 모든 활동에서 『아동의 최상의 이익』이 제1차적으로 고려되어야 하며(제3조), 국가는 아동의 최선의 이익을 고려하면서 권리 실현을 위해 적당한 모든 입법·행정 기타 조치를 취해야 하고 아동이 권리를 행사함에 있어 아동능력의 발달과 일치하는 방법으로 부모가 지시·지도를 행할 권리와 의무를 존중해야 한다고 규정하고 있다(제4조). 또한 국가는 부모가 아동의 양육과 발달에 대한 제1차적 책임을 수행할 때 적절한 원조를 제공하여야 하며(제18조), 부모에 의한 학대·방임·착취가 행해지고 있는 경우(제19조) 또는 아동의 최선의 이익이라는 관점에서 부모로부터 분리하거나(제9조) 가정환경으로부터 분리하는 것이 좋은 경우(제20조)에 국가가 부모나 가족환경에 직접 개입하는 것을 인정하고 있다. 아울러 이 조약은 아동의 권리보장을 부모 쌍방의 공동책임으로 하고 있다(제18조)

ㄴ) 조약의 홍보의무

동 협약은 체결국으로 하여금 성인뿐만 아니라 아동에게도 이 조약의 원칙과 규정을 널리 알릴 것을 의무지우고 있다(제4조). 단지 아동에 대한 성인의 의식개혁에 그치는 것이 아니라, 권리주체인 아동 스스로가 이 조약의 취지 및 내용을 이해하고 실제로 활용할 수 있도록 하기 위한 배려이다.

스) 국가보고제도

동 협약은 그 이행의 국제적 보장을 위해 제44조(가맹국의 보고의무)에 의한 국가보고제도를 규정하고 있다. 그런데 동 협약상의 국가보고제도는 기존의 국가보고제도에 비해서 한층 더 강화된 것이다. 특히 국제협력, 국민의 참가, 보고국에 대한 권고 등 3가지 점에서 진전된 형태의 것이라는 평가를 받고 있다. 동 협약 제44조 제1항에서는, 가맹국에 대하여 본 협약에서 인정하는 권리의 실시를 위하여 취한 조치 및 이러한 권리의 향수에 대하여 이루어진 진척상황에 관한 보고를 협약이 효력을 발생하는 때로부터 2년 이내에¹⁴⁾ 그리고 그 이후에는 5년마다 아동의 인권위원회에 제출하도록 하고 있다. 동조 제2항에서는, 본 협약에 의한 의무의 이행정도에 영향을 미치는 요인 및 장애요인이 존재하는 경우에는 그러한 요인을 기재하고 위원회가 본 협약의 실시에 관해 이해하기 위해 필요한 충분한 정보를 제공하여야 함을 규정하고 있다. 위원회는 동조 제4항에 의해 본 협약의 실시에 관한 추가적인 정보를 요구할 수 있으며, 동조 제6항에서는 가맹국이 자국의 보고를 국내에서 공중이 널리 이용할 수 있도록 하여야 함을 규정하고 있다.

④ 평 가

동 협약에 대해서는 근대이후 아동의 인권보장을 위한 위대한 업적중의 하나라는 것이 주류적인 평가이다. 그러나 동 협약은 미·소 냉전시대에 아동인권의 불모지였던 공산세계를 공격하기 위해 서방측 선전공세의 일환으로서 추진되었을 뿐이고 실제에 있어서 동 조약은 부모와 자식관계의 본질을 왜곡하고 있다는 비판¹⁵⁾도 있다.

그러나 동 협약은 실효성이 없는 것도 아니며, 중요한 국제법적 의미를 가지고 있는 조약이다. 동 협약의 체결은 단순한 『해프닝』이 아니다. 동 협약은 우리 나라의 가족법제를 비롯한 각국의 국내법 개정에도 큰 영

14) 우리 나라는 1994년 11월 8일 제1차 국가보고서를 국제연합 사무총장에게 제출한 바 있다. 동 협약이후에 우리 나라의 제도개선사항문제에 대해서는 변용찬·서문희·배화옥, 아동권리 증진을 위한 법·제도적 조치-아동권리협약에 관한 2차 국가보고서 작성을 위한 기초연구-, 한국보건사회연구원, 1998. 12, 참조.

15) 森田明, 전계서, 97-153면 참조.

향을 미쳤다¹⁶⁾. 그리고 동 협약 체결이후에도 아동과 여성 등 사회적 약자의 지위 향상을 위한 국제적 노력은 계속되고 있는데, 이러한 과정에서 동 협약은 논의의 준거가 되고 있다. 예를 들면, 1994년 UN인권위원회의 결의에 따라 『아동매매·아동매춘·아동음란물에 관한 아동권리 협약 선택의정서』작성회의가 개최된 이래 그 성안을 위해 박차를 가하고 있는데, 그 심의과정에서 각국의 다양한 입장은 아동권리협약 규정의 해석을 중심으로 논의가 진행되고 있다¹⁷⁾.

3. 청소년의 고유한 권리문제

(1) 인정 여부

우리 헌법상 청소년의 고유한 독자적 권리를 명시적으로 밝힌 규정은 없다. 다만, 국가는 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 지고(헌법 제34조제4항), 연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다(헌법 제32조제5항)는 규정이 존재할 뿐이다.

따라서 성인과 구별되는 청소년의 고유한 독자적 권리의 존재여부와 헌법적 근거 등에 대해서 의문이 제기될 수 있다. 왜냐하면 헌법상 청소년을 포함한 모든 인간은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리(헌법 제10조)를 가지고 있으므로 청소년에게 요구되는 권리들은 『모든 인간』에게 적용되는 이러한 규정들의 적용으로 해결된다는 설명도 가능하기 때문이다. 그런데 외국의 경우 청소년의 『권리』-청소년의 고유한 독자적 권리-를 부정하는 견해들은 주로 이러한 규범적 논거보다는 정책적·사실적 논거에 입각하고 있다¹⁸⁾. 즉, 청소년에게 『권리』라는 것을 인정한다면, 이러한 권리의 주장은 친자관계와 교육관계를 지배하

16) 전현정, 독일의 개정민법에서 “이혼 후의 공동친권”에 관한 고찰, 인권과 정의, 2000년 8월호, 58면 참조.

17) 그 구체적인 내용은 조영준, 아동성착취규제에 관한 국제 동향, 법조, 통권512호, 1999. 5, 255-261면 참조.

18) 청소년의 독자적 권리의 존재여부와 헌법적 근거 등에 대해서 우리 학계에서는 아직까지 본격적으로 논의되고 있지 않다. 따라서 일단 외국의 이론을 중심으로 논의를 전개한다.

는 인간관계를 훼손시키고¹⁹⁾ 궁극적으로는 아동의 행복과 복리를 저해하게 된다²⁰⁾는 견해들이 유력하게 제기되고 있다.

청소년의 고유한 독자적 권리의 인정여부에 대해서 규범적 측면과 사실적 측면에서 검토해보고자 한다.

규범적 측면에서 살펴본다. 첫째, 우리 나라가 체결·비준한 UN의 아동의 권리에 관한 국제협약은 청소년의 독자적 권리를 인정할 수 있는 실정법적인 근거가 된다.

아동의 권리에 관한 국제협약은 1989년 11월 20일 채택되고, 1990년 1월 26일부터 서명을 위해 개방되었다. 그리고 『20번째 비준서 또는 가입서가 유엔사무총장에게 기탁된 날 이후 30일째 되는 날부터 효력을 발생한다』는 동 협약 제49조 제1항의 규정에 따라 1990년 9월 2일 국제협약으로서의 효력을 발생하였다.

우리 나라는 1990년 9월 동 협약에 서명하고 1991년 11월 20일 비준서를 기탁하였으므로 『본 협약은 20번째의 비준서 또는 가입서가 기탁된 후에 비준하거나 가입한 국가에 대해서는 그 비준서 또는 가입서가 기탁된 날로부터 30일째 되는 날에 효력을 발생한다』라는 동 협약 제 49조 제2항에 따라 1991년 12월 20일 이후 국내에서 효력을 발생하였다. 현행 헌법 제6조 1항은 『헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다』고 규정하고 있고, 동 협약이 헌법에 의하여 체결·비준되어 공포되었으므로 국내법적 효력을 가지는 것은 물론이다. 전술한 바와 같이 동 협약은 청소년이 청소년이기 때문에 인정되고 있는 『청소년의 고유한 권리』를 규정하고 있는 동시에, 청소년도 인간이기 때문에 인정되는 『청소년의 시민적 권리』를 규정하고 있다.

둘째, 우리 헌법은 비록 청소년의 독자적 권리에 대해서 명시적으로 규정하고 있지는 않으나, 헌법 제34조 제4항(國家는 老人과 靑少年의 福

19) 森田明, 전거서, 280-285면 참조.

20) Bruce C. Hafen, Children's Liberation and the New Egalitarianism: Some Reservations About Abandoning Youth to Their "Rights", Brigham Young University Law Review, 1976, 606-607면 참조.

祉向上을 위한 政策을 실시할 義務를 진다)과 제32조 제5항(年少者の 勤勞는 특별한 보호를 받는다)과 같은 규정들은 우리 헌법이 적어도 성인과는 달리 청소년만의 고유한 보호영역이 존재하고 있음을 승인하고 있는 것이다. 이러한 규정들은 헌법이 청소년의 독자적 권리를 간접적으로 인정한 것이라고 해석할 여지가 있다. 다만, 그 권리의 구체적인 내용이 무엇이나가 문제일 뿐이라고 본다. 특히 헌법 제34조 제4항의 청소년 복지정책 실시의무규정에 대한 眞正立法不作爲에 대해서는 헌법소원이 가능하다고 할 수 있다.

셋째, 規範秩序의 內在的 構造側面에서 볼 때 청소년의 독자적 권리를 인정할 필요가 있다. 청소년은 당연히 헌법상 인간으로서의 존엄과 가치를 가지고 있지만 성인과는 달리 자기와 관련된 모든 경우에 독자적으로 권리를 행사할 수는 없고, 이는 청소년의 권리보장이 規範秩序 내에서 구조적으로 취약한 상태에 있음을 의미한다. 이것은 미성숙한 존재라는 청소년 고유의 특성 때문이기는 하지만, 청소년 고유의 특성에 부합하는 별도의 기본권 보장수단-최고의 기본권보장수단은 바로 기본권이다-이 승인되지 않는다면 그들에게 부여된 인간으로서의 존엄과 가치도 결과적으로 약화될 수밖에 없다. 그러므로 청소년의 독자적 기본권-기본권보장을 위한 기본권으로서-은 청소년에게 성인보다 우월한 혜택을 부여하는 것이 아니라, 성인과 동등한 인간으로서의 권리보장을 위한 수단으로서 인정할 필요가 있다고 본다.

사실적 측면(헌법정책적 측면)에서 살펴본다.

우리 헌법현실에서 청소년의 독자적 권리는 헌법이 지향하고 있는 자율적 인간을 형성하는데 중요한 기능을 담당할 수 있다.²¹⁾ 유교적 전통·일제식민통치·군사독재체제가 남긴 권위주의적 문화와 획일적 교육 전통은 우리 헌법이 지향하고 있는 자율적 인간상을 양성하는데 근본적인 한계요인이다. 우리 나라의 교육시스템은 지식의 획득측면에서는 그동안 적지 않은 성과를 거두었지만, 협상과 타협, 그리고 관용을 특징으로 하는 민주시민의 양성에는 실패하고 있다고 생각한다. 19세까지 획일

21) 김선택, 아동·청소년보호의 헌법적 기초, 헌법논총 제8집, 헌법재판소, 1997, 84-85면 참조.

적으로 훈육하다가, 19세를 기준으로 어느 날 갑자기 성인으로 간주하여 그에게 이성과 자율성을 기초로 하는 책임있는 행위양식을 기대한다는 것 자체가 과욕이라고 본다. 오늘날 비이성적인 정치행태나 지역감정 등은 이성, 자율성, 그리고 그에 따른 책임을 양성시키지 못하는 우리의 교육환경 하에서는 앞으로도 변화되기 어려운 사회적 현상이라고 생각한다. 그러므로 이성적 행위를 하지 않는다고 개탄만 할 것이 아니라, 우리 사회에서-가정, 학교, 직장 등에서- 그 누구도 이성을 토대로 자율과 책임을 교육받거나 경험할 기회가 없었다는 사실부터 직시할 필요가 있다고 본다.

『청소년의 권리』는 우리의 교육현장에서 이성을 토대로 한 자율과 책임을 경험하고 정착시킬 수 있는 중요한 법적 도구가 될 수 있다. 최근 중고생의 두발규제문제에 관해서 많은 청소년들이 청소년의 권리를 근거로 학생들과의 협의에 의한 두발규칙 제정을 요구하고 있다²²⁾. 교육당국도 각급 학교들이 이 문제에 대해서 학생들과 협의하여 규칙을 제정할 것을 권고하고 있으며, 실제 그러한 학교가 늘어나고 있다. 이러한 과정을 일부에서처럼 교육에 필요한 權威의 상실²³⁾로 볼 수도 있겠지만²⁴⁾, 현명하게 운영한다면 협상과 타협, 그리고 자율과 책임을 배우고 정착시킬 수 있는 좋은 기회가 될 수 있다. 이제 우리 사회와 국가는 교육의 결과로서 어떠한 인간상을 요구하고 있는가에 대해 근본적인 성찰이 필요하다고 본다. 私교육이 흉내낼 수 없는 公교육의 필요성과 장점도 여기에서-이성적·자율적 시민의 양성기능- 찾아야 할 것으로 생각한다.

(2) 구체적 내용

청소년의 권리문제에 있어서 핵심적인 과제는 그 고유한 독자적 권리의 구체적인 내용을 어떻게 파악해야 하는가에 있다²⁵⁾. 즉, 그 권리의

22) 청소년들은 그 권리주장을 위한 인터넷홈페이지를 개설하고, 사회통념과는 달리 논리정연하게 그들의 권리를 주장하고 있다. 두발규제를 강제한 학교와 협의로 결정한 학교들의 통계까지 제공하며 권리주장을 조직화하고 있다.

23) 조선일보 2000년 8월 10일자 사설 참조.

24) 교육과 양육에 있어서는 필요한 권위가 있지만 문제는 그 권위를 획득하는 방식이다. 권위획득과정에 문제가 있으면 권위의 획득은 불가능하게 될 것이다.

25) Martha Minow, Rights for the Next Generations: A feminist Approach

범위와 효력의 문제이다.

종래 청소년의 권리의 내용에 대해서는 행복추구권(생존·성장·발달의 권리, 의견표명권, 자기결정권), 교육을 받을 권리, 소년재판절차에서의 절차적 권리, 음란물규제와 관련된 표현의 자유 등이 논의되고 있었다²⁶⁾. 이러한 권리의 구체적 범위에 관한 기존의 논의들은 우리 나라의 청소년문제의 해결과 관련해서 볼 때 비교적 적절한 내용을 함축하고 있다고 본다.

그러나 청소년의 권리의 내용을 정확히 파악하기 위해 동 권리를 좀더 세부적으로 類型化할 필요가 있다고 본다. 청소년의 권리를 유형화하는 이론을 살펴보면, ① 보호 및 복지권과 자유권 및 참여권으로 분류하는 견해²⁷⁾, ② 복지권과 자유권으로 분류하는 견해²⁸⁾, ③ 양육(nurturance)의 권리와 자기결정(self-determination)의 권리로 분류하는 견해²⁹⁾, ④ 보호(protection)의 권리와 참여(participation)의 권리로 분류하는 견해, ⑤ 보호와 교육을 받을 권리와 자율 및 자기결정의 권리로 분류하는 견해³⁰⁾들이 있다.

우선 청소년의 권리는 청소년이 청소년이기 때문에 인정되고 있는 『청소년의 고유한 권리』와 청소년도 인간이기 때문에 인정되는 『청소년의 시민적 권리』로 구분할 수 있다. 私見으로는, 청소년의 고유한 권리의 範圍設定과 類型化는 청소년의 권리가 발전되어 온 역사적 과정과 UN 등에 의한 國際規範化 과정을 고려해서 파악하는 것이 적절하다고 본다. 그렇게 본다면, 청소년의 고유한 권리는 크게 『保護와 教育을 받을 권리』(right to protection and education)와 『自己決定의 權利』(right to self determination)로 구분하는 것이 적절하다고 본다.

to Children's Right, Havard Women's Journal, Vol. 9, 1986, 1-3면 참조.

26) 황성기, 전계논문, 30-56면 참조.

27) 최윤진, 청소년 권리 제한 논리의 부당성에 대한 고찰, 한국청소년연구 제10권 제1호, 1999, 5-6면.

28) B. Franklin, The Handbook of Children's Rights, Routledge, 1995, p.9 (최윤진, 전계논문, 6면에서 재인용)

29) Roger와 Wrightsman의 견해.(최윤진, 전계논문, 6면에서 재인용)

30) 森田明, 전계논문, 3면 참조.

그리고 保護와 教育을 받을 권리와 自己決定의 權利의 구체적인 내용은 전술한 1959년 『아동의 권리선언』과 1989년 『아동의 권리에 관한 국제협약』에서 각각 찾아 볼 수 있다.

保護와 教育을 받을 권리의 구체적 내용을 『아동의 권리선언』를 중심으로 살펴보면, 아동은 신체적·정신적으로 미성숙한 존재이므로 법률상의 보호를 비롯한 특별한 보호를 받아야 하며(전문), 아동보호를 위한 입법 시 아동의 최상의 이익을 최대한 고려하여야 하며(제2조), 아동은 사회보장의 혜택을 받을 권리, 건강하게 발육하고 성장할 권리(shall be entitled to grow and develop in health), 그리고 적절한 영양·주거·레크레이션·의료를 받을 권리를 가지며(제4조), 장애아동은 특별한 보호를 받아야 하며(제5조), 생계가 곤란한 아동에 대해서는 특별한 보호를 하여야 하며(제6조), 아동에게는 의무적인 무상의 초등교육을 받을 권리가 있으며, 아동의 교육 및 지도는 아동의 최상의 이익원칙에 따르고 그 제1차적 책임은 양친에게 있다(제7조).

自己決定의 權利의 구체적 내용을 『아동의 권리에 관한 국제협약』을 중심으로 살펴보면, 동 협약 제12조에서는 『당사국은 자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 자신의 견해를 자유스럽게 표시할 권리를 보장하며, 아동의 견해에 대하여는 아동의 연령과 성숙도에 따라 정당한 비중이 부여되어야 한다. 이러한 목적을 위하여, 아동에게는 특히 아동에게 영향을 미치는 어떠한 사법적·행정적 절차에 있어서도 직접 또는 대표자나 적절한 기관을 통하여 진술할 기회가 국내법적 절차에 합치되는 방법으로 주어져야 한다』고 규정하고 있다. 이러한 협약상의 自己決定의 權利의 구체적인 내용은 첫째, 국가는 청소년정책을 입안함에 있어 청소년의 연령과 성숙도를 반영해야 하고, 둘째, 국가는 청소년정책을 입안함에 있어 청소년에게 의견표명기회를 부여해야 한다는 점에 있다고 본다.

양자를 비교하며 살펴보면, 첫째, 保護와 教育을 받을 권리는 19세기 후반 산업화에 따른 가족의 동요와 부모의 보호능력의 약화를 배경으로 한 반면에, 自己決定의 權利는 20세기 후반 탈산업사회에 따른 가족의

붕괴, 특히 아동학대와 이혼의 증가로 인한 부모와 친자간의 기본적인 신뢰관계 파괴를 배경으로 한 것이었다고 볼 수 있다. 그래서 전자를 「근대적 의미의 청소년의 권리」로, 후자를 「현대적 의미의 청소년의 권리」로 부를 수 있다고 본다. 둘째, 保護와 教育을 받을 권리는 1959년 「아동의 권리선언」으로 표출된 반면, 自己決定의 權利는 1989년 「아동의 권리에 관한 국제협약」에 반영되어 있다. 셋째, 保護와 教育을 받을 권리는 사회적 기본권의 성격을 가지는 반면, 自己決定의 權利는 행복추구권의 측면에서 인정된 것으로 볼 수 있다.

제 2 절 부모와 국가와의 관계

1. 부모의 양육·교육권

(1) 문제의 소재

청소년, 부모, 국가 사이에서는 ①「保護와 教育을 받을 권리」(right to protection and education) 및 「自己決定의 權利」(right to self determination)와 같은 청소년 고유의 권리와 生命權과 같은 청소년이 인간으로서 갖는 권리로 구분되는 청소년 자신의 이익(children's personal interests), ②자연법적 권리(natural right)인 부모의 양육·교육권, ③우수한 국민(유권자) 양성·국민건강·교육제도·질서와 도덕의 유지 등을 통하여 가지는 국가 자신의 이익(the state's collective interests) 내지는 公益이라는 세 가지 이익들이 서로 경합하고 있다³¹⁾.

청소년과 부모의 관계는 출생이라는 자연적인 현상에 의해 형성되는 것이다. 따라서 청소년과 부모의 관계가 부모의 양육·교육권과 청소년의 복종이라는 요소로 구성되는 것도 어느 정도 자연적인 것이다. 그러나 그 관계의 구체적인 내용은 변화해 왔다.

31) Stuart J. Baskin, State Intrusion into Family Affairs: Justifications and Limitations, Stanford Law Review, Vol. 26, No.6, June 1974, 1383-1384면 참조.

근대이전에는 가장이 가족을 완전히 지배하여 모와 그 자녀는 단지 家産에 불과하였고, 이 당시에는 법적으로 부모와 청소년의 이익이 충돌하거나 경합할 여지도 없었다고 볼 수 있다. 그러나 근대이후에는 헌법차원에서 가족구성원의 존엄과 평등을 인정하여 가부장적인 가족관계는 원칙적으로 부정되고 있다³²⁾. 그렇지만, 오늘날의 평등한 가족관계 내에서도 청소년의 이익과 부모의 이익간에 대립하는 갈등상황이 전적으로 부정되는 것은 아니다. 대표적인 것이 아동의 생명권과 부모의 양육·교육권이 충돌하는 경우인데, 아동에 대한 수술을 부모가 종교적 이유 또는 양육·교육권을 근거로 거부하는 경우가 전형적이다.

결국 이러한 문제들은 결국 부모의 양육·교육권의 헌법적 근거와 한계등을 검토하여 해결할 수밖에 없다. 우리의 경우에 민법상 친권의 한계 문제에 귀속하게 되므로 더욱 전통과 문화에 영향을 받게 된다. 그러나 그러한 영향도 헌법 제36조 제1항과 우리 나라에 규범적 효력이 있는 국제협약의 한계 내에서 인정될 뿐이다.

(2) 헌법적 근거와 특징

부모의 양육·교육권의 헌법적 근거규정을 분명히 필요가 있다. 왜냐하면, 부모의 양육·교육권은 청소년이라는 별개의 인격체가 헌법상 보유하는 기본권에 대한 제약의 근거로서 작용하기 때문이다.

우선 각국의 양육·교육권의 헌법적 근거를 살펴보면, 미국의 경우 부모의 양육·교육권에 관해서 헌법상의 근거를 인정한 것이 Meyer v. Nebraska판결(262 U.S. 390, 1923)과 Pierce v. Society of the Sisters판결(268 U.S. 510, 1925)이 대표적이다. 동 판결들에서 미국 대법원은 수정헌법 제14조를 부모의 양육·교육권의 근거로 제시하면서 부모의 양육·교육권을 헌법상의 권리로 인정하였다. 독일의 경우 기본법 제6조 제2항이 「아동의 부양과 교육은 양친의 자연적 권리이며 또한 양친에게 부과된 제1차적 의무이다. 그 실행을 국가공동체는 감시한다」고 규정하여 부모의 교육권을 자연법상의 권리로 인정하고 있다.

32) 각국의 친권제한과정과 우리 가족법의 문제점에 대해서는 김엘림, 개정가족법과 가족법개정운동에 관한 연구, 한국여성개발원, 1991, 107-118면 참조.

우리 나라의 경우 헌법 제31조 2항에서 『모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다』고 규정하여 아동의 교육을 받을 권리를 보장하기 위한 부모의 의무만을 명문으로 규정하고 있다. 그렇지만 동 규정을 자연법상의 권리인 부모의 양육·교육권을 우리 헌법상 인정하고 있는 간접적인 근거규정으로 볼 수 있다³³⁾. 또한 가족의 자율성을 제도적으로 보장한 규정헌법 제36조 제1항도 부모의 양육·교육권을 전제로 하고 있으므로 간접적 근거규정이라고 할 수 있다. 그리고 부모의 양육·교육권은 부모의 주관적 권리를 구성하는 것이므로 헌법적인 직접적 근거규정으로 열거되지 아니한 권리규정인 헌법 제37조 제1항을 드는 견해³⁴⁾도 설득력이 있다. 즉, 부모의 행복추구에 중요한 자유영역의 하나로서 독자적인 기본권유형을 구성할 수 있으므로 헌법에 열거되지 아니한 권리의 하나가 된다고 보는 것이다. 이런 의미에서 부모의 양육·교육권은 헌법에 열거된 다른 기본권과 동등한 정도의 법적 효력을 발휘하게 된다고 한다.

이러한 부모의 양육·교육권의 특징을 살펴보면, 첫째, 자연법적인 권리라는 점이다. 부모는 자녀의 임신과 출산에 관련된 결정의 주체로서 출산 이후의 책임이 수반 될 수밖에 없고, 부모와 자녀의 연대는 본능의 세계에 속하는 것이다. 부모의 자녀양육권은 國家以前の 超實定法的인 권리로서, 법질서는 이러한 자연권으로서의 부모의 양육권을 전제로 출발할 수밖에 없다. 헌법에 부모의 양육권을 명시한다 하더라도 이는 단순한 확인적·선언적 규정에 불과한 것이다³⁵⁾. 부모와 자녀와의 이 특별한 연대는 양자 사이에 제3자가 끼여드는 것을 원칙적으로 배척하도록 요구한다. 그리하여 미성년인 청소년의 건전한 성장에 대하여 국가와 사회가 가지는 이익은 2차적으로 고려된다. 또한 부모의 친권은 자연권이므로 포기할 수도 양도할 수도 없고, 법률에서 친권의 상실이라고 규정하고 있어도 이는 엄밀한 의미에서 볼 때 친권행사의 정지일 뿐이라고

33) 이강혁, 헌법문제로서의 양친의 교육권, 고시연구, 1983. 3, 16-17면; 김선택, 전개 논문, 93면 참조.

34) 김선택, 93면 참조.

35) 김선택, 92-93면에서 인용.

한다³⁶⁾. 둘 째, 자연법상의 권리인 부모의 양육·교육권은 자유권적·방어권적 기본권으로서의 성격을 가지고 있다³⁷⁾. 양친의 양육·교육권은 기본적으로 국가에 대하여 아동의 교육을 청구할 수 있는 권리가 아니라, 국가에 의한 부당한 간섭이나 침해의 배제를 청구할 수 있는 권리이다. 셋 째, 부모의 양육·교육권은 아동의 보호·교육을 받을 권리와 완전히 별개의 권리가 아니고, 아동의 보호·교육을 받을 권리에 대응하는 의무를 전제로 한 권리로서 파악하여야 한다. 부모의 양육권은 다른 기본권과는 달리, 권리보유자 자신의 이익만을 위하여 주어져 있는 것이 아니라는 데에 그 특수성이 있다. 본질적으로 보면, 부모 자신의 이익을 위하여 주어져 있는 권리가 아니라, 미성년 자녀의 이익, 즉 타인의 이익에 봉사하도록 정해져 있는 권리로 보아야 할 것이다. 따라서 그 한도 내에서 행사되어야 하는 제약 하에 놓인다. 이러한 특수성 때문에 부모의 양육권은 「기본권인 동시에 기본의무」(Grundrecht wie Grundpflicht)³⁸⁾, 「봉사하는 기본권」(ein dienendes Grundrecht)³⁹⁾, 「신탁적 권리」⁴⁰⁾, 또는 「의무적 권리」(PflichtRecht)라고 불린다. 그러므로 부모의 양육권 행사의 기준이 되는 것은 부모 자신의 이익이 아니라, 원칙적으로 아동의 복리이다. 그리고 이 아동의 복리는 아동이 처한 과거·현재의 사정을 종합적으로 검토하여 미래지향적으로 아동의 건전한 성장발달에 최상의 이익이 무엇인지를 객관적으로 판단하여 정해야 하는 것이다. 따라서 아동 자신이 스스로 판단하는 주관적 이익과는 구별되어야 한다. 그래서 부모의 수술거부에 동의하는 아동에 대해서도 제한적이지만 국가가 개입할 수 있게 되는 것이다. 아직 미성년인 아동은 본능적으로 부모에 대한 정서적 편향성을 나타내며 자신의 장애에 대하여 긴 안목으로 판단

36) 양수산, 친족상속법: 가족법, 일신사, 1996, 423면 참조.

37) 이강혁, 전계논문, 18면 참조.

38) 이강혁, 전계논문, 18면에서 재인용.

39) Fritz Ossenbühl, Schule im Rechtsstaat, DÖV 1977, S.801 (김선택, 전계논문, 94면 재인용).

40) 아동은 기본권주체로서 「독자적인 존엄성과 자기인격을 자유로이 발현할 권리를 가진 존재」(BVerfGE 24, 119[144])일 뿐만 아니라, 「인간의 존엄을 그 중심에 두는 헌법으로서 ... 원칙적으로 어느 누구에게도 다른 사람의 인격에 관한 권리를 인정할 수 없다」(BVerfGE 72, 155[172]).(김선택, 전계논문, 94면 재인용).

할 능력도 갖추지 못하고 있기 때문이다.

그러므로 부모의 양육권은 아동의 복리에 지향되어 있는 그 구조적 특수성으로 인하여 두 가지 제약 하에서 행사 될 수 있다⁴¹⁾고 할 수 있다. 첫째, 시기적 제약으로서 부모의 양육권은 미성년자녀가 해당 사안에 대하여 자율적으로 결정할 능력을 가질 때까지만 미칠 수 있다. 둘째, 내용적 제약으로서 부모가 양육권을 행사함에 있어서 어떤 형태의 양육방식을 선택할 것인가의 문제인데, 아동의 인격의 건전한 성장발달을 촉진하는 수단 중에서만 선택이 가능하다고 보아야 한다⁴²⁾.

최근에 우리 나라의 헌법재판소는 헌재 2000. 4. 27. 선고 98헌가16·98헌마429(병합)결정(학원의설립·운영에관한법률 제3조 등 위헌확인사건)에서 부모의 양육·교육권에 관한 여러 논점들을 다음과 같이 정리하고 있다.

「헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”고 하여 혼인 및 그에 기초하여 성립된 부모와 자녀의 생활공동체인 가족생활이 국가의 특별한 보호를 받는다는 것을 규정하고 있다. 이 헌법규정은 소극적으로는 국가권력의 부당한 침해에 대한 개인의 **주관적 방어권**으로서 국가권력이 혼인과 가정이란 사적인 영역을 침해하는 것을 금지하면서, 적극적으로는 혼인과 가정을 제3자 등으로부터 보호해야 할 뿐이 아니라 개인의 존엄과 양성의 평등을 바탕으로 성립되고 유지되는 혼인·가족제도를 실현해야 할 국가의 과제를 부과하고 있다.

혼인과 가족의 보호는 헌법이 지향하는 자유민주적 문화국가의 필수적인 전제조건이다. 개별성·고유성·다양성으로 표현되는 문화는 사회의 자율영역을 바탕으로 하고, 사회의 자율영역은 무엇보다도 바로 가정으로부터 출발하기 때문이다. 헌법은 가족제도를 특별히 보장함으로써, 양심의 자유, 종교의 자유, 언론의 자유, 학문과 예술의 자유와 같이 문화국가의 성립을 위하여 불가결한 기본권의 보장과 함

41) 김선택, 전계논문, 95면 인용.

42) 『부모의 권리는 의무적인 권리로서 아동의 복지에 봉사한다. 부모의 권리는 본질로 보나 목적으로 보나 아동이 생활관계에 대하여 독자적으로 판단하고 스스로의 책임 하에 법률적 거래에 들어갈 만한 나이에 도달하면 뒤로 물러나지 않으면 안 된다. 아동을 위하여 그의 인격적 성장을 위하여 존재하는 권리로서, 그것은(부모의 권리는) 구조상 아이가 성숙하면 할수록 그만큼 불필요하고 무의미해지도록 되어있는 것이다.』 BVerfGE 59, 360(387)(김선택, 전계논문, 94면 재인용).

계, 견해와 사상의 다양성을 그 본질로 하는 문화국가를 실현하기 위한 필수적인 조건을 규정한 것이다. 따라서 헌법은 제36조 제1항에서 혼인과 가정생활을 보장함으로써 가족의 자율영역이 국가의 간섭에 의하여 획일화·평균화되고 이념화되는 것으로부터 보호하고자 하는 것이다.

그런데 가족생활을 구성하는 핵심적 내용중의 하나가 바로 자녀의 양육과 교육이다. 자녀의 양육과 교육은 일차적으로 부모의 천부적인 권리인 동시에 부모에게 부과된 의무이기도 하다. 부모가 자녀의 교육에 관하여 스스로 자유롭고 독자적으로 결정할 수 있는 경우에만, 가족은 자유민주적 문화국가에서의 자녀의 양육 및 교육이란 과제를 이행할 수 있고, 문화국가가 요구하는 교육의 다양성을 보장할 수 있다.

‘부모의 자녀에 대한 교육권’은 비록 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만, 이는 모든 인간이 국적과 관계없이 누리는 양도할 수 없는 불가침의 인권으로서 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조 및 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”고 규정하는 헌법 제37조 제1항에서 나오는 중요한 기본권이다. 헌법재판소는 부모의 중등학교선택권을 제한한 것과 관련하여 “부모는 아직 성숙하지 못하고 인격을 닦고 있는 초·중·고등학생인 자녀를 교육시킬 교육권을 가지고 있으며, 그 교육권의 내용 중 하나로서 자녀를 교육시킬 학교선택권이 인정된다”고 판시한 바 있고(헌재 1995. 2. 23. 91헌마204), 국정교과서제도와 관련된 사건에서도 학교교육에서 교사의 가르치는 권리는 “자연법적으로는 학부모에게 속하는 자녀에 대한 교육권을 신탁받은 것이고, 실정법상으로는 공교육의 책임이 있는 국가의 위임에 의한 것이다”고 밝힘으로써(헌재 1992. 11. 12. 89헌마88) 이미 몇 개의 결정을 통하여 부모의 자녀교육권을 인정하였다.

부모의 자녀교육권은 다른 기본권과는 달리, 기본권의 주체인 부모의 자기결정권이라는 의미에서 보장되는 자유가 아니라, 자녀의 보호와 인격발현을 위하여 부여되는 기본권이다. 다시 말하면, 부모의 자녀교육권은 자녀의 행복이란 관점에서 보장되는 것이며, 자녀의 행복이 부모의 교육에 있어서 그 방향을 결정하는 지침이 된다.

부모는 자녀의 교육에 관하여 전반적인 계획을 세우고 자신의 인생관·사회관·교육관에 따라 자녀의 교육을 자유롭게 형성할 권리를 가지며, 부모의 교육권은 다른 교육의 주체와의 관계에서 원칙적인 우위를 가진다. 한편, 자녀의 교육에 관한 부모의 ‘권리와 의무’는 서로 불가분의 관계에 있고 자녀교육권의 본질을 결정하는 구성요소이기 때문에, 부모의 자녀교육권은 ‘자녀교육에 대한 부모의 책임’으로도 표현될 수 있다. 따라서 자녀교육권은 부모가 자녀교육에 대한 책임을 어떠한 방법으로 이행할 것인가에 관하여 자유롭게 결정할 수 있는 권리로서 교육의 목표와 수단에 관한 결정권을 뜻한다. 즉, 부모는 어떠한 방향으로 자녀의 인격이 형성되

어야 하는가에 관한 목표를 정하고, 자녀의 개인적 성향·능력·정신적, 신체적 발달상황 등을 고려하여 교육목적을 달성하기에 적합한 교육수단을 선택할 권리를 가진다. 부모의 이러한 일차적인 결정권은, 누구보다도 부모가 자녀의 이익을 가장 잘 보호할 수 있다는 사고에 기인하는 것이다。」

2. 국가의 개입

아동과 부모가 대립하는 경우 권리의 상호조정문제를 야기할 뿐만 아니라, 아동을 보호하기 위해 국가가 가족 내에 개입하는 경우 그 국가개입의 근거와 한계의 문제를 발생시킨다. 전통적으로 가족문제에 대해 국가개입은 소극적이었고 조심스러웠다. 국가의 개입은 부모의 자연법적인 권리이며 본능적인 영역이기도 한 자녀에 대한 양육·교육권과 충돌을 야기하기 때문이었다. 그러나 근대이후 국가가 積極國家化 됨에 따라 가족문제에 대한 국가개입은 확대되었고, 이에 따라 국가와 부모간에 대립하는 경우도 증가하였다. 그 대표적인 경우가, 국가의 의무교육제도 시행에 따라 국가와 부모간에 발생한 부모의 학교선택권·특정과목의 수업거부권·교과과정의 참가권 등을 둘러싼 갈등이다. 우리 나라에서는 최근에 학원의설립·운영에관한법률 제3조가 규정하고 있는 과외교습의 금지를 둘러싸고 이러한 갈등상황이 벌어졌다.

그래서 이하에서는 어떤 경우에 국가가 개입할 수 있는가에 대해 검토하고자 한다. 이것은 국가개입의 한계문제인 동시에, 청소년에 대한 국가의 책임문제이기도 하다.

국가가 가족문제에 개입하는 것은 두 가지 경우로 나누어 살펴볼 필요가 있다. 첫째, 국가가 「保護와 教育을 받을 권리」(right to protection and education) 및 「自己決定의 權利」(right to self determination)와 같은 청소년 고유의 권리와 生命權과 같은 청소년이 인간으로서 갖는 권리로 대별되는 청소년 자신의 이익(children's personal interests)을 위해 개입하는 경우이다. 둘째, 우수한 국민(유권자) 양성·국민건강·교육제도·질서와 도덕의 유지 등에 관한 국가 자신의 이익(the state's collective interests) 또는 公益을 위해 개입하는 경우이다.

첫째 경우는, 원칙적으로 부모의 양육·교육권이 존중되어야 하며, 실제 법제도도 그러하다. 아동과 부모와의 관계는 자연법적인 관계라는 점, 아동의 성장과 발달에 있어서 부모의 영향이 가장 크다는 점, 그리고 아동에 대한 양육·교육의 결과에 대해서는 원칙적으로 부모가 책임을 진다는 점 등을 근거로 하여, 아동의 보호와 권익에 대한 판단은 일차적으로 부모가 담당한다는 것은 세계 각국의 법제도에서 보편적으로 인정되고 있는 사실이다. 이것은 가족 그 자체의 자율성 존중이라는 측면에서도 타당하다고 할 것이다. 그리고 이러한 점은 『아동의 권리에 관한 국제협약』 제18조에서도 인정되고 있다.

그래서 이 경우의 국가개입은 제한적이며 예외적인 것이다. 예외적인 국가개입은 부모와 자식의 이익상황이 충돌하는 상황에서 주로 발생한다. 부모의 양육·교육권도 의무를 수반하는 것이고 가족 내에서의 아동의 존엄과 평등을 존중한다는 관점에서 볼 때, 양육·교육권행사의 남용으로 인하여 아동에게 해악이 발생하는 경우에는 국가의 예외적 개입이 정당화된다고 할 수밖에 없다. 문제는 어떻게 개입을 위한 구체적인 판단기준을 정립하는가 이다. 우리 나라에서 아동의 이익이 부모에 의해 침해되는 경우에는 민법 제924조의 친권상실제도를 통해서 국가가 개입하게 될 것이다. 미국에서는 국가개입을 긍정하는 전통적인 원칙으로 소위 『兒童의 最上의 利益』(the best interest of the child)과 『國親思想』(parens patriae)이 존재했다. 하지만 우리 나라와 미국 제도들은 모두 아동보호를 위해 국가가 개입하는 경우에 대한 구체적인 기준을 제시하지 못하고 법관의 자의적 기준이 된다는 우려가 있다. 그래서 미국에서는 국가가 아동보호를 위해 가족 내에 개입하는 경우에는 다음의 두 가지 판단기준을 고려해야 한다는 주장⁴³⁾도 있었다. 첫째, 아동 자신의 의견표명(expressed preferences of the child)이 있어야 한다는 것이고, 둘째 부모의 행위가 아동의 복지에게 심각하고 돌이킬 수 없는 손상(severe and irreversible damage)을 입힐 수 있다는 전문가의 입증(expert evidence)이 있어야 한다는 것이다.

43) Stuart J. Baskin, 전계논문, 1394-1399면 참조.

그러나 여전히 문제는 남는다. 즉, 친권상실사유에까지 가지 않는 상대적으로 경미한 경우와 부모와 자식간의 이익상황이 불분명한 경우(영국의 삼쌍동이사건)에는 해결이 곤란하다. 특히 우리 법제도하에서는 해결하기 곤란한 영역이 더욱 넓다. 영국의 삼쌍동이사건이 우리 나라에서 발생했다면 청소년의 권익을 위해 국가가 개입하고 싶어도 개입할 법적 수단을 찾기 어렵다. 친권을 상실시킬 정도의 사안이 아니거나 친권상실사유 자체가 되지 않기 때문이다. 실제로 부모가 종교적인 이유나 장애 아동의 장래를 비관하여 아동에 대한 수술동의를 거부하는 경우가 종종 발생하고 있으나, 우리 나라에서는 부모의 동의가 없는 한 치료를 강제할 길이 없어 부모만 붙들고 설득하는 실정이다. 그리고 비용부담문제는 근원적인 제약요인으로 작용하고 있다. 국가가 이러한 상황을 해결하기 위한 입법적 책임이 있다고 생각한다.

둘째 경우는, 국가 자신의 이익 또는 공익을 위해 가족문제에 국가가 개입하는 경우로서, 기본권제한에 관한 헌법상의 원칙을 준수하여야 한다. 우리 헌법재판소는 전술한 과외교습금지사건에서 국가가 이러한 원칙을 위배했다는 점을 이유로 관련법률을 위헌으로 결정하였다.

문제는 『국가 자신의 이익』 또는 『공익』의 범위에 대한 인식이 다양하고 주관적이어서 공감대를 형성하기 어려운 경우가 많다는 점이다. 공익의 이름으로 국가가 할 수 있는 것은 무엇인가 라는 질문은 해결하기 어려운 법철학적 문제이기도 하다. 이와 관련하여, 미국에서는 1944년의 Prince v. Massachusetts판결(321 U.S. 158, 1944)이 자주 인용되고 있다. 동 사건은 거리에서 종교서적을 판매하는 아동의 부모인 여호와의 증인들에게 아동노동금지법을 적용하려고 한 州당국과의 조치를 다툰 것이었다. 동 사건에서 루트리지 대법관(Justice Rutledge)은 다음과 같이 설시하였다. 『아동의 보호와 양육은 일차적으로 부모에게 맡겨져 있다. 이러한 부모의 권리에 대해서는 원칙적으로 국가가 개입할 수 없는 것이다. 이 점은 이미 여러 번 대법원 판결⁴⁴⁾에서 확인된 것이었다.

44) 그는 Mayer v. Nebraska, 262 U.S. 390판결, Pierce v. Society Sisters, 268 U.S. 510판결, 그리고 West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624판결을 언급하고 있다.

그러나 가족이란 결코 公益的 規制로부터 제외되는 것이 아니다(family was not beyond regulation in the public interest). 국가는 오래 전부터 그러했던 것처럼, 의무교육·아동노동금지·예방접종 등을 강제할 수 있다. 부모 스스로 순교자가 될 수는 있겠지만, 그의 자식들이 스스로 충분한 법적 판단을 할 수 있는 나이가 되기 전까지는 그들을 순교자로 만들어서는 안된다.』 이러한 판결내용에 대해서는 부모의 권리를 옹호하고 가족의 프라이버시를 주장하는 학자들도 반대하지 않고 있다⁴⁵⁾. 국가개입의 범위에 대한 최소한의 공감대라고 할 수 있다.

45) M. D. A. Freeman, Freedom and the Welfare State: Child-Rearing, Parental Autonomy and State Intervention, Journal of Social Welfare Law, 1983, 71면과 79면 참조.

제 2 장 청소년의 지위

제 3 장 현행 청소년보호법의 주요내용

제 1 절 청소년보호법의 입법취지

70년대 이후 우리나라의 산업화·도시화 과정에서 전통적으로 청소년의 사회화와 인성교육 기능을 수행하던 가정과 학교의 역할이 위축되어 가는 반면, 주변의 일반사회환경이 청소년들의 인성형성과 성장에 크게 영향을 미치게 되었다. 특히, 산업화에 따른 핵가족화 경향은 가족간의 유대관계의 완화를 초래하게 되었는데, 이로 인해 가정의 교육기능이 거의 상실되다시피 되었고, 학력중심주의 사회경향과 제반 사회적 여건은 감수성이 민감한 청소년들로 하여금 주변의 불건전한 환경에 빠져들게 하는 직접적 요인이 되고 있다. 또한, 산업화과정에서 필연적으로 야기되는 물질만능주의, 배금주의 사고의 팽배는 퇴폐·향락 문화를 조장하게 됨으로써 청소년의 건전한 가치관 형성을 저해하고, 건전한 인성의 파괴를 초래함에 따라 이로 인한 청소년들의 방향성 상실은 일탈청소년의 급증을 가져오게 되고 사회문제화에 이르게 되었다. 이로 인하여, 우리나라의 장래를 이끌어 나갈 주인공인 청소년들이 올바르게 성장하여 건전한 인격체로 자라날 수 있도록 하기 위해서는 우리 사회에 만연한 청소년유해환경을 척결하여야 한다는 사회적 공감대가 형성되게 되어 1997년 3월 7일 청소년보호법(법률 제5,297호; 이하 법이라 한다)이 제정·공포되었다⁴⁶⁾.

동 법은 청소년에게 유해한 매체물과 약물 등이 청소년에게 유통되는 것과 청소년이 유해한 업소에 출입하는 것 등을 규제하고, 청소년을 청소년폭력·학대 등 청소년유해행위를 포함한 각종 유해한 환경으로부터 보호·구제함으로써 청소년이 건전한 인격체로 성장할 수 있도록 함을 그 입법목적으로 하고 있다(법 제1조).

특히 90년대 이후 자율화·개방화 추세에 따라 우리나라 사회에는 음란·폭력성을 띤 청소년유해매체물, 각종 청소년유해약물·물건 등의 광

46) 청소년보호 직무교육 실무교재, 청소년보호위원회, 2000. 6, 5-10면 참조.

범위한 유통이 이루어지고 있고, 유흥주점 등 각종 청소년유해업소에의 청소년고용·출입이 빈번함에 따라 청소년문제가 사회문제화 되어 가는 실정이었다. 이에 따라 국가적 차원에서 이들 유해 사회환경을 규제하고자 함에 청소년보호법의 입법취지가 있었다고 할 수 있다.

제 2 절 청소년보호법의 규제내용

청소년보호법상의 규제내용은 크게 청소년유해매체물에 대한 규제, 청소년유해약물·물건에 대한 규제, 청소년유해업소에 대한 규제, 그리고 청소년통행금지·제한구역 운영, 그리고 청소년유해행위에 대한 규제로 나눌 수 있다.

1. 청소년유해매체물에 대한 규제

(1) 청소년유해매체물의 개념

1) 매체물의 범위(법 제7조)

매체물의 범위는 다음과 같이 광범위하게 규정되어 있다.

- (가) 음반·비디오물및게임물에관한법률의 규정에 의한 음반·비디오물(제1호)
- (나) 음반·비디오물및게임물에관한법률의 규정에 의한 게임물(제2호)
- (다) 공연법 및 영화진흥법의 규정에 의한 영화·연극·음악·무용, 기타 오락적 관람물(제3호)
- (라) 전기통신사업법, 전기통신기본법의 규정에 의한 전기통신을 통한 음성정보·영상 정보 및 문자정보(제4호)
- (마) 방송법 규정에 의한 방송프로그램 (단, 보도프로그램은 제외)(제5호)
- (바) 정기간행물의등록등에관한법률의 규정에 의한 특수일간신문(경제·산업·과학·종교분야를 제외), 일반주간신문(정치·경제분야를 제외), 특수주간신문 경제·산업·과학·시사·종교분야를 제외), 잡

지(정치·경제·산업·과학·시사·종교분야를 제외) 및 대통령령으로 정하는 기타 간행물과 동법의 규정에 의한 정기간행물 외의 간행물중 만화·사진첩·화보류·소설 등의 도서류, 전자 출판물, 기타 대통령령이 정하는 것(제6호)

(사) 옥외광고물등관리법의 규정에 의한 간판·입간판·벽보·전단 기타 이와 유사한 상업적 광고선전물과 제1호 내지 제6호의 규정에 의한 각종 매체에 수록· 게재· 전시, 기타 방법으로 포함된 상업적 광고선전물(제7호)

(아) 기타 청소년의 정신적·신체적 건강을 해칠 우려가 있다고 인정되는 것으로서 대통령령이 정하는 매체물(제8호)

2) 청소년유해매체물의 개념

청소년유해매체물은 심의기관의 심의결정에 의한 청소년유해매체물(법 제2조제3호)과 청소년유해매체물로 간주되는 매체물(법 제12조제6항)로 나뉘어 진다. 전자는 법 제8조 및 제12조의 규정에 의하여 청소년보호위원회가 청소년에게 유해한 것으로 결정하거나 확인하여 고시한 매체물과 법 제8조제1항 단서의 규정에 의한 각 심의기관이 청소년에게 유해한 것으로 의결 또는 결정하거나 제12조의 규정에 의하여 청소년에게 유해하다고 확인하여 청소년보호위원회가 고시한 매체물을 말한다. 그리고 후자는 매체물의 제작·발행자, 유통행위자 또는 매체물과 관련된 단체가 자율적으로 청소년유해표시 또는 포장을 한 매체물은 청소년보호위원회 또는 각 심의기관의 최종결정이 있을 때까지 청소년유해매체물로 간주하는 것을 말한다.

(2) 청소년유해매체물의 심의·결정

1) 심의기관(법 제8조)

심의기관은 청소년보호위원회와 기타 기관으로 나뉘어 진다. 전자는 당해 매체물에 대한 심의기관이 없거나(제1항), 각 심의기관의 심의요청이 있는 매체물 및 각 심의기관의 심의를 받지 아니하고 유통되는 매체물

(제3항)에 대하여 심의·결정하고, 후자는 청소년보호법 또는 다른 법령에 의하여 당해 매체물의 윤리성·건전성의 심의를 할 수 있는 기관(제1항 단서)으로 규정된 기관을 의미한다.

청소년보호위원회는 각 심의기관이 당해 매체물에 대하여 청소년유해여부의 심의를 하지 아니할 경우 청소년보호를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 그 심의를 하도록 요청할 수 있음(제2항)

2) 심의기준(법 제10조)

청소년보호위원회와 각 심의기관은 당해 매체물이 청소년에게 성적인 욕구를 자극하는 선정적인 것이거나 음란한 것인 경우(제1호), 청소년에게 포악성이나 범죄의 충동을 일으킬 수 있는 것인 경우(제2호), 성폭력을 포함한 각종 형태의 폭력행사와 약물의 남용을 자극하거나 미화하는 것인 경우(제3호), 청소년의 건전한 인격과 시민의식의 형성을 저해하는 반사회적·비윤리적인 것인 경우(제4호), 기타 청소년의 정신적·신체적 건강에 명백히 해를 끼칠 우려가 있는 경우(제5호)에는 청소년유해매체물로 결정한다(법 제10조제1항).

청소년보호위원회와 각 심의기관은 심의기준을 구체적으로 적용함에 있어서는 현재 국내사회에서의 일반적 통념에 따르며, 그 매체물의 문학적·예술적·교육적·의학적·과학적 측면과 매체물 특성을 동시에 고려하여야 한다(법 제10조제2항).

한편, 청소년보호법시행령은 제7조에서 청소년유해매체물의 구체적 심의기준을 두고 있는데, 일반심의기준과 개별심의기준으로 구분하고 있다.

일반심의기준으로 매체물에 관한 심의는 당해 매체물의 전체 또는 부분에 관하여 평가하되 부분에 대하여 평가하는 경우에는 전반적 맥락을 함께 고려할 것, 매체물중 연속물에 대한 심의는 개별 회분을 대상으로 할 것, 심의위원중 최소한 2인 이상이 당해 매체물의 전체 내용을 파악한 후 심의할 것, 법 제8조제5항의 규정에 의하여 실제로 제작·발행 또는 수입이 되지 아니한 매체물에 대하여 심의하고자 하는 경우에는 구체적·개별적 매체물을 대상으로 하지 아니하고 사회통념상 매체물의 종류, 제목, 내용 등을 특정할 수 있는 포괄적인 명칭 등을 사용하여 심의

할 것을 규정하고 있다.

개별심의기준에서는 음란한 자태를 지나치게 묘사한 것, 성행위와 관련하여 그 방법·감정·음성 등을 지나치게 묘사한 것, 수간을 묘사하거나 혼음, 근친상간, 동성애, 가학·피학성음란증등 변태성행위, 매춘행위 기타 사회통념상 허용되지 아니한 성관계를 조장하는 것, 청소년을 대상으로 하는 성행위를 조장하거나 여성을 성적 대상으로만 기술하는 등 성윤리를 왜곡시키는 것, 존속에 대한 상해·폭행·살인 등 전통적인 가족윤리를 훼손할 우려가 있는 것, 잔인한 살인·폭행·고문 등의 장면을 자극적으로 묘사하거나 조장하는 것, 성폭력·자살·자학행위 기타 육체적·정신적 학대를 미화하거나 조장하는 것, 범죄를 미화하거나 범죄방법을 상세히 묘사하여 범죄를 조장하는 것, 역사적 사실을 왜곡하거나 국가와 사회 존립의 기본체제를 훼손할 우려가 있는 것, 저속한 언어나 대사를 지나치게 남용하는 것, 도박과 사행심조장 등 건전한 생활태도를 저해할 현저한 우려가 있는 것, 청소년유해약물 등의 효능 및 제조방법 등을 구체적으로 기술하여 그 복용·제조 및 사용을 조장하거나 이를 매개하는 것, 청소년유해업소에의 청소년고용과 청소년출입을 조장하거나 이를 매개하는 것, 청소년에게 불건전한 교제를 조장할 우려가 있거나 이를 매개하는 것 등을 청소년에게 유해한 것으로 규정하고 있다.

(3) 구체적 규제내용

1) 청소년유해매체물의 표시의무

청소년유해매체물로 결정·고시된 모든 매체물에 대해서는 청소년에게 유해한 매체물임을 나타내는 표시를 하여야 하며(법 제14조), 위반한 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다(법 제51조제1호).

2) 청소년유해매체물의 포장의무

청소년유해매체물로 결정·고시된 매체물에 대해서는 이를 포장하여야 하며(법 제15조), 위반한 자는 2년이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다(법 제51조제2호).

3) 청소년유해매체물의 표시·포장훼손금지

누구든지 청소년유해매체물의 청소년 유해표시·포장을 훼손하여서는 아니되며(법 제16조), 위반한 자는 500만원 이하의 벌금에 처한다(법 제52조).

4) 청소년유해매체물의 판매금지 등

청소년유해매체물은 이를 청소년을 대상으로 판매·대여·배포 하거나 시청·관람·이용에 제공하여서는 아니되며(법 제17조제1항), 청소년유해표시 또는 포장을 하여야 할 매체물은 청소년 유해표시 또는 포장이 되지 아니한 상태에서는 판매 또는 대여를 위한 전시·진열하여서는 아니된다(법 제17조제2항 및 제3항).

5) 청소년유해매체물의 구분·격리등

청소년유해매체물은 청소년에게 유통이 허용된 매체물과 허용되지 않는 매체물을 구분·격리하지 아니하고 판매 또는 대여를 위하여 전시·진열하여서는 아니되며(법 제18조제1항), 청소년유해매체물을 자동기계장치 또는 무인판매 장치에 의하여 유통할 목적으로 전시 또는 진열하여서는 아니된다(법 제18조제2항).

6) 방송시간 제한

청소년유해매체물로 결정·고시된 방송법 또는 종합유선방송법의 규정에 의한 방송프로그램과 법 제7조제7호에 해당하는 광고선전물중 방송을 이용하는 것은 대통령령이 정하는 방송시간에는 이를 방송하여서는 아니된다(법 제19조).

7) 광고선전 제한

청소년유해매체물로서 결정·고시된 법 제7조제7호의 규정에 의한 간판·입간판·벽보·전단, 기타 대통령령이 정하는 광고선전물은 청소년출입·고용금지업소 외의 업소, 공중이 통행하는 장소, 청소년의 접근을

제한하는 기능이 없는 컴퓨터 통신에 공공연히 설치·부착·배포하여서는 아니된다(법 제20조제1항).

8) 수거·파기

청소년유해매체물로 결정·고시된 매체물에 대하여 수거명령을 받은 자를 알 수 없거나 수거명령을 받은 자가 이에 따르지 아니할 경우에는 수거·파기할 수 있다(법 제36조제1항 및 제2항). 이는 청소년유해표시 및 포장을 하지 않거나 불법·음성적으로 유통할 경우 형사처벌, 행정벌, 과징금 이외에도 당해 매체물 자체를 수거·파기함으로써 청소년대상 유통차단의 실효성 보장하기 위한 것이다.

2. 청소년유해약물·물건에 대한 규제

청소년유해약물은 술, 담배, 향정신성의약품(각성제, 환각제, 안정제 등), 마약(천연마약, 한외마약, 합성마약, 반합성마약 등), 대마, 유해화학물질관리법상 환각물질 (본드·부탄가스·신나 등), 기타 청소년의 사용을 제한하지 않으면 청소년의 심신을 훼손할 우려가 있는 약물로서 대통령령이 정하는 기준에 따라 청소년보호위원회가 결정하여 고시한 것이며(법 제2조제4호, 영 제2조), 청소년유해물건이란 청소년에게 음란한 행위를 조장하는 성기구 등과 청소년에게 음란성·포악성·잔인성·사행성 등을 조장하는 완구류 등 청소년의 사용을 제한하지 아니하면 청소년의 심신을 심각하게 훼손할 우려가 있는 물건으로서 대통령령이 정하는 기준에 따라 청소년보호위원회가 결정하여 고시한 것을 말한다(법 제2조제4호, 영 제2조).

누구든지 청소년을 대상으로 청소년유해약물 등을 청소년에게 판매(자동기계장치, 무인판매장치, 통신장치에 의한 판매 포함)·대여·배포하여서는 아니되며(법 제26조, 영 제20조), 유해표시의무자는 청소년에게 유해한 약물 등임을 나타내는 유해표시를 누구나 쉽게 알아볼 수 있는 방법으로 하여야 한다(법 제26조, 영 제22조).

3. 청소년유해업소에 대한 규제

청소년유해업소는 청소년 출입·고용이 금지되는 업소(법 제2조, 영 제3조)와 청소년 고용이 금지되는 업소(법 제2조, 영 제3조)로 구분된다(법 제2조). 전자는 단란주점, 유흥주점, 무도학원, 무도장, 사행행위장(복표발행업, 현상업, 회전판돌리기 등), 노래연습장(청소년 출입허용시설을 갖춘 업소에의 출입은 허용), 비디오물감상실, 전화방 등이며, 후자는 숙박업소, 이용업소(다른 법령에서 취업이 금지되지 아니하는 남자청소년은 제외), 목욕장업중 안마실을 설치·영업하거나 개실로 구획하여 하는 영업소, 담배소매점, 유독물제조·판매·취급업소, 종합게임장, 만화대여점, 음반판매업소, 비디오물판매·대여업소 등이다. 청소년유해업소의 업주 및 종사자는 당해 업소의 출입구중 가장 잘 보이는 곳에 청소년의 출입·이용과 고용을 제한하는 표지를 부착하여야 한다.

4. 청소년통행금지·제한구역 지정

지방자치단체는 청소년보호를 위하여 필요하다고 인정할 경우 청소년에게 정신적·신체적 건강을 해칠 우려가 있는 구역을 청소년통행금지구역 또는 청소년통행제한구역으로 지정하여야 한다. 지방자치단체 및 관할 경찰서장은 청소년이 청소년통행금지·제한구역을 통행하고자 하는 때에는 그 통행을 저지할 수 있으며, 통행하고 있는 청소년에 대하여는 해당 구역 밖으로 퇴거시킬 수 있다(법 제25조, 영 제19조의3).

5. 청소년유해행위에 대한 규제

다음과 같은 청소년유해행위는 금지된다(법 제26조의 2).

(1) 성적접대행위 금지

누구든지 영리를 목적으로 청소년으로 하여금 신체적인 접촉 또는 은밀한 부분의 노출등 성적 접대행위를 하게 하거나 이러한 행위를 알선·

매개하는 행위를 하는 경우 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

유흥주점, 단란주점 등 유흥업소에서 19세 미만 청소년을 고용한 경우, 종전에는 단순히 3년 이하의 징역, 2,000만원 이하의 벌금에 처해 왔으나, 단순 고용에서 나아가 안마 등 신체적 접촉 및 각종 성적 유희나 성행위 또는 유사 성행위 등을 하게 한 경우에는 이 규정에 의거하여 중형으로 처벌된다. 안마시술소, 퇴폐이발소, 유흥업소 등 각종 퇴폐향락업소에서 19세 미만 청소년에게 퇴폐적 안마, 목욕보조, 유사 성행위 등을 시키는 행위도 모두 처벌 대상이 된다.

풍속업소의 경우, 풍속영업의규제에관한법률에 의거 유흥행위 또는 퇴폐 행위를 하게 한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정되어 있으나(제10조 제1항, 제3조 제1호), 그 대상이 19세 미만 청소년인 경우에는 이 규정에 의거하여 1년 이상 10년 이하의 징역으로 가중 처벌되는 것이다.

유흥업소의 경우, 유흥행위등방지법에 의거 폭력·협박이나 위계를 사용하여 미성년자로 하여금 유흥행위를 하게 한 자는 10년 이하의 징역에 처하도록 되어 있으나(제24조 제3항, 제1항), 그 대상이 19세 미만 청소년인 때에는 이 경우에도 폭력·협박이나 위계의 사용여부와 관계없이 이 규정에 의거 1년 이상 10년 이하의 징역으로 처벌된다. 성적접대행위의 알선, 매개행위도 동일하게 처벌되는데, 유흥업소의 경우 유흥행위를 알선한 업주는 5년 이하의 징역이나 1,500만원 이하의 벌금에 처하도록 규정되어 있으나(제25조 제1항), 유흥행위자가 19세 미만 청소년인 경우에는 이 규정에 의거 더욱 무겁게 처벌되는 것이다.

(2) 유흥접객행위 금지

누구든지 영리를 목적으로 청소년으로 하여금 손님과 함께 술을 마시거나 노래 또는 춤 등으로 손님의 유흥을 돋구는 접객행위를 하게 하거나 이러한 행위를 알선·매개하는 경우 10년 이하의 징역에 처한다. 19세 미만 청소년으로 하여금 각종 술집에서 옆자리 술시중을 들게 하거나 노래, 춤 등을 하게 하는 일체의 행위를 처벌하는 것으로, 유흥주점에서의 유흥접객행위는 물론 여성 접대부를 둘 수 없는 단란주점이나 일반음

식점에서의 불법변태영업, ‘호스트바’에서 19세 미만 남자 종업원에게 술 시중 등을 시키는 행위, 보도방·무허가 직업소개소 등의 19세 미만 청소년 접대부 소개행위 등도 모두 처벌 대상이 된다.

(3) 음란행위 금지

누구든지 영리 또는 흥행의 목적으로 청소년에게 음란한 행위를 하게 하는 경우에는 10년 이하의 징역에 처한다. 극장식 유흥주점 등에서 19세 미만 청소년에게 성행위 묘사춤 등을 시키는 경우에는 동 규정에 의해 처벌된다. 형법상 공연히 음란한 행위를 한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하도록 되어 있고(제245조) 이를 시킨 자는 교사·방조범으로 같은 형에 처하도록 되어 있으나, 그 대상이 19세 미만의 청소년인 경우에는 이 규정에 의거하여 가중 처벌되는 것이다.

(4) 장애기형등 관람행위 금지

누구든지 영리 또는 흥행의 목적으로 청소년의 장애기형 등 형상을 공중에게 관람시키는 경우에는 5년 이하의 징역에 처한다. 19세 미만 장애아 공연과 기형아 이용 구걸행위 등을 처벌하는 것이다.

(5) 구걸행위 금지

누구든지 청소년에게 구걸을 시키거나, 청소년을 이용해서 구걸하는 행위를 하는 경우 5년 이하의 징역에 처한다. ‘앵벌이’ 등 19세 미만 청소년을 이용하여 동정심을 자극하는 구걸행위 등을 중형으로 처벌하는 것이다.

(6) 청소년학대행위 금지

누구든지 청소년을 학대하는 행위를 하는 경우 5년 이하의 징역에 처한다. 형법은 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람을 학대하는 행위를 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에(제273조 제1항) 처하도록 규정하고 있으나, 이 규정은 그 대상이 19세 미만 청소년인 경우 누구라

도 더욱 엄하게 처벌하도록 규정하고 있는 것이다. 따라서 보호·감독의 관계에 있는 자는 물론, 그 외 누구라도 학대행위를 한 자는 모두 처벌된다. 학대행위에는 옷을 안 입히거나 굶기거나 잠을 안재우는 등 의식을 공급을 하지 않는 행위, 정도를 넘어선 징계행위, 가혹한 노동을 강요하는 행위 등 생명·신체의 완전성과 인격권을 위태롭게 할 정도로 육체적·정신적 고통을 가하는 일체의 가혹한 작위 또는 부작위를 포함한다.

(7) 호객행위 금지

영리를 목적으로 청소년으로 하여금 손님을 거리에서 유인하는 행위를 하게 하는 경우 3년 이하의 징역 또는 이천만원 이하의 벌금에 처한다. 주로 유흥주점, 단란주점, 호프집 등 식품접객업소에서 19세 미만 청소년에게 호객행위를 시킨 경우 처벌되는 것이다. 노래방·비디오방 등 기존에는 호객행위가 형사처벌의 대상이 되지 아니하던 업소에서 호객행위를 시킨 경우에도 처벌의 대상이다. 식품위생법은 식품접객업자가 손님을 피어서 들이는 행위를 한 경우에는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있으나(제77조 제5항, 제31조), 19세 미만자로 하여금 호객행위를 하도록 한 경우에는 이 규정에 의거 그 업종을 불문하고 엄하게 처벌하도록 규정한 것이다.

호객행위자는 별도의 처벌 규정으로 처벌되는데, 호객행위자는 경범죄처벌법 상의 여러사람이 모이거나 다니는 곳에서 영업을 목적으로 떠들썩하게 손님을 부른 사람에게 해당되어 10만원 이하의 벌금, 구류, 과료에 처한다(제1조 제10호). 특히, 업주의 불법 퇴폐·변태영업에 가담한 경우에는 그 행위의 공범으로 처벌된다.

(8) 풍기문란 장소제공 등 금지

청소년에 대하여 이성혼숙을 하게 하는 등 풍기를 문란하게 하는 영업행위를 하거나 그를 목적으로 장소를 제공하는 경우 3년 이하의 징역 또는 이천만원 이하의 벌금에 처한다. 여관, 모텔, 호텔 등 숙박업소, 비디오방, 만화방 등에서 19세 미만 청소년들의 이성혼숙을 허용하는 경우가

처벌대상이다. 동 규정은 공중위생법의 관련조항이 폐지됨에 따라 신설된 것이다.

제 3 절 청소년보호법의 특징

1. 처벌중심의 형사법

청소년보호법은 청소년보호라는 입법목적은 형사적 제재에 의해서 달성하려는데 중점을 두고 있다. 물론 대부분 나라에서 청소년유해환경에 대해 형사적 제재를 가하는 법률을 가지고 있으며⁴⁷⁾, 이는 오늘날의 사회적 상황에서 국가가 청소년보호라는 공익목적에 지향한다면 당연한 현상일 것이다. 그러나 우리의 법제가 가지고 있는 문제점은 처벌을 보완해주는 다른 법제도가 미흡하다는 점에 있다. 예를 들면, 국가는 청소년에게 청소년유해약물을 판매하는 업자들을 청소년보호법에 의해 처벌하지만, 그 피해자인 약물중독상태에 있는 청소년-본인 스스로 치료할 경제적 능력도 없고 그대로 방치하면 다시 약물중독에 빠져들 것이 분명히 예측됨에도-을 치료해주지는 않는다. 그리고 아직 청소년비행에 빠지지 않은 가출청소년을 임시적으로 보호하는 시설에 대해서도 관심이 부족하다. 물론 청소년치료시설 등에 대해서 청소년보호법에 일부 근거규정은 있으나, 실제 그에 따른 지원이 전무한 실정이다.

이렇게 우리 나라에서는 청소년보호위원회만이 주로 관심을 갖고 있고 청소년보호법외의 다른 법률들에서는 이러한 문제들에 대해서 구체적으로 규정하고 있지 아니하므로, 현재로서는 청소년의 치료와 재활에 대한 지원은 청소년보호법이 맡을 수밖에 없는 실정이다. 따라서 청소년보호법을 순수한 형사법의 영역에만 한정하려는 시각에 대해서는 異論을 제기할 수밖에 없다.

47) 외국법제에 관해서는 청소년관계제도 연구자료집, 한국청소년연구원, 1991 참조.

2. 특별법적 성격

청소년보호법은 그 기본 성격이 刑事法일 뿐만 아니라, 동 법 제6조에 서 『이 법은 청소년유해환경의 규제에 관한 형사처벌에 있어서 다른 법률에 우선하여 적용한다』고 규정된 바와 같이 刑事特別法이라고 할 수 있다.

청소년보호법은 식품위생법, 아동복지법, 근로기준법 등 다른 많은 법률들과 관련성을 맺고 있다. 관련 행정기관도 10여개가 넘는다. 그래서 법률적용에 대한 혼란이 생길 여지도 많다. 그러한 법률적용의 혼란을 막기 위해 청소년보호법은 위와 같은 우선적용 규정을 두고 있는 것이다. 이것은 또한 입법자의 정책우선순위에 대한 결단이라는 점에 주의할 필요가 있다. 즉, 다른 어떤 입법목적 보다도 청소년보호를 우선하겠다는 입법정책적 의미가 동 규정에는 담겨있는 것이다.

3. 헌법상 기본권과 충돌 가능성

청소년보호법은 광범위하게 청소년유해매체물, 청소년유해업소, 그리고 청소년유해행위에 대한 규제를 하고 있기 때문에 헌법상의 각종 기본권에 대한 침해가능성이 항상 잠재되어 있는 법률이라고 할 수 있다. 실제 몇 가지 중요한 쟁점들에 대해서는 헌법재판소의 결정도 있었다⁴⁸⁾. 그러나

48) **헌재 2000. 4. 27. 선고 98헌가16·98헌마429(병합)결정**(학원의설립·운영에관한법률 제3조와 같은 형태의 사교육에 대한 규율은, 사적인 교육의 영역에서 부모와 자녀의 기본권에 대한 중대한 침해라는 개인적인 차원을 넘어서 국가를 문화적으로 빈곤하게 만들며, 국가간의 경쟁에서 살아남기 힘든 오늘날의 무한경쟁시대에서 문화의 빈곤은 궁극적으로는 사회적·경제적인 후진성으로 이어질 수밖에 없다. 따라서 법 제3조가 실현하려는 입법목적의 실현효과에 대하여 의문의 여지가 있고, 반면에 법 제3조에 의하여 발생하는 기본권제한의 효과 및 문화국가실현에 대한 불리한 효과가 현저하므로, 법 제3조는 제한을 통하여 얻는 공익적 성과와 제한이 초래하는 효과가 합리적인 비례관계를 현저하게 일탈하여 법익의 균형을 갖추지 못하고 있다): **헌재 1996. 2. 29. 선고 94헌마13결정**(노래연습장에 대하여 18세 미만자의 출입을 금지하고 있는 것은 노래연습장의 환경적 특성이나 청소년의 정신적·신체적 성숙 정도 등을 고려한 것으로서, 이러한 제한이 노래연습장업자를 합리적(合理的) 이유(理由) 없이 자의적으로 차별(差別)하는 것이라고는 할 수 없다): **헌재 1997. 3. 27. 선고 94헌마196,225·97헌마83(병합)결정**(초등학교, 중학교, 고등학교 기

전술한 바와 같이 어떤 쟁점에 대해 헌법재판소의 합헌결정이 있었다고 하여 그 문제가 완전히 종료된 것은 아니다. 합헌이라 하여도 보다 합헌적인 법률을 제정하기 위한 입법자의 책임은 면책된 것이 아니며, 보다

타 이와 유사한 교육기관의 학생들은 아직 변별력 및 의지력이 미약하여 당구의 오락성에 빠져 학습을 소홀히 하고 당구장의 유해환경으로부터 나쁜 영향을 받을 위험성이 크므로 이들을 이러한 위험으로부터 보호할 필요가 있는바, 이를 위하여 위 각 학교 경계선으로부터 200미터 이내에 설정되는 학교환경위생정화구역 내에서의 당구장 시설을 제한하면서 예외적으로 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 않는다고 인정하는 경우에 한하여 당구장시설을 허용하도록 하는 것은 기본권제한의 입법목적, 기본권제한의 정도, 입법목적 달성의 효과 등에 비추어 필요한 정도를 넘어 과도하게 직업(행사)의 자유를 침해하는 것이라 할 수 없다): **헌재 2000. 6. 29. 선고 99헌가16결정**(청소년에게 유해한 매체물을 적시하여 청소년에 대한 판매·대여 등을 제한하고자 하는 경우에는 각 매체물의 내용을 실제로 확인하여 유해성 여부를 판단할 수밖에 없는데, 그때마다 법 또는 하위법령을 개정하여 직접 개별 매체물을 규정하는 것은 현실적으로 거의 불가능하고 법령의 개정에 소요되는 시일로 인하여 규제의 실효성도 기할 수 없게 될 것이므로 청소년유해매체물이 결과적으로 범죄의 구성요건의 일부를 이루게 되더라도 이 사건 법률조항에서 직접 청소년유해매체물의 범위를 확정하지 아니하고 행정기관(청소년보호위원회 등)에 위임하여 그 행정기관으로 하여금 청소년유해매체물을 확정하도록 하는 것은 부득이하다고 할 것이다. 또 법 제10조 제1항은 청소년유해매체물의 결정기준으로서 청소년에게 성적인 욕구를 자극하는 선정적이거나 음란한 것, 포악성이나 범죄의 충동을 일으킬 수 있는 것 등을 규정하여 어떤 매체물이 청소년보호위원회 등에 의하여 청소년유해매체물로 결정·확인될지 그 대강을 예측할 수 있도록 하고 있으며, 법 제21조 등과 법시행규칙은 청소년유해매체물의 결정을 관보에 고시하고 주기적으로 청소년유해매체물목록표를 작성하도록 하고 있으므로 처벌의 대상행위가 무엇인지는 이러한 절차를 통하여 보다 명확해지게 된다. 따라서 이 사건 법률조항이 형벌법규의 위임의 한계를 벗어나거나 불명확하여 죄형법정주의에 위반된다고 할 수 없다....청소년보호위원회 등에 의한 청소년유해매체물의 결정은 그것이 이 사건 법률조항에 따라 그 위임의 범위 내에서 행하여지는 이상 법률상 구성요건의 내용을 보충하는 것에 불과하므로 이를 토대로 재판이 행하여진다 하더라도 그로 인하여 사실확정과 법률의 해석·적용에 관한 법관의 고유권한이 박탈된 것이라 할 수 없으며, 더욱이 법관은 청소년보호위원회 등의 결정이 적법하게 이루어진 것인지에 관하여 독자적으로 판단하여 이를 기초로 재판할 수도 있으므로 청소년유해매체물의 결정권한을 청소년보호위원회 등에 부여하고 있다고 하여 법원에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이라고는 볼 수 없다): **헌재 1999. 9. 16. 선고 99헌가1결정**(한국공연예술진흥협의회는 그 구성, 심의결과의 보고 등에 있어서 약간의 차이는 있으나, 공연법에 의하여 행정권이 심의기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있고 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 있는 점에 있어서 큰 차이가 없으므로, 한국공연예술진흥협의회도 검열기관으로 보는 것이 타당하고, 따라서 한국공연예술진흥협의회가 비디오물의 제작·판매에 앞서 그 내용을 심사하여 심의기준에 적합하지 아니한 비디오물에 대하여는 제작·판매를 금지하고, 심의를 받지 아니한 비디오물을 제작·판매할 경우에는 형사처벌까지 할 수 있도록 규정한 이 사건 법률조항은 사전검열제도를 채택한 것으로서 헌법에 위배된다)

근본적으로는 기본권의 해석은 그 시대의 문화적 가치관의 변화에서 자유로울 수 없기 때문이다. 특히 매체물 규제와 관련하여서는 언론출판의 자유와 예술의 자유에 대한 침해여부를 둘러싸고 논란이 계속되고 있으며⁴⁹⁾, 유해업소 규제와 관련해서는 영업의 자유에 대한 과도한 제한이 아니냐는 논란이 있었다. 최근에는 청소년보호법상의 규제내용이 결과적으로 청소년 자신들의 기본권을 침해하고 있다는 주장도 제기되고 있다. 따라서 동 법의 적용과 개정작업 등에 대해서는 이러한 헌법적 관점을 신중하게 고려해야 할 것이고, 후술하는 바와 청소년보호위원회를 합의 제 행정기관으로 설치한 입법목적의 하나도 여기에 있는 것이라고 본다.

4. 부모의 책임문제

청소년보호법은 청소년보호를 위해 각종 규제와 그에 따른 처벌을 하지만, 청소년비행의 원인의 일부가 부모에게 귀책될 수 있는 경우에도 그 부모에게는 실질적인 책임을 지우지 않고 있다. 즉, 청소년보호법 제 3조는 청소년에 대하여 친권을 행사하는 자 또는 친권자를 대신하여 청소년을 보호하는 자는 청소년이 청소년유해매체물과 청소년유해약물 및 청소년유해업소에 대한 접촉이나 출입을 못하도록 필요한 노력을 하여야 하며, 청소년이 유해한 매체물과 유해한 약물 등을 이용하고 있거나 유해한 업소에 출입하고자 하는 때에는 이를 즉시 제지하여야 한다고 규정하고 있으나, 이에 대한 제재규정은 없다. 후술하는 바와 같이 이러한 입법태도가 과연 청소년보호라는 관점에서 볼 때 적절한 것인지는 좀 더 신중히 검토할 필요가 있다고 본다.

49) 2000년 9월 15일 문화개혁시민연대에서는 「표현의 자유와 청소년보호」라는 주제 하에 청소년보호법의 폐지를 주장하는 공청회를 개최한 바 있다.

제 1 절 청소년보호법의 입법취지

제 4 장 청소년보호법의 법적 문제점과 개선방안

제 1 절 청소년의 권리와 규제연령문제

1. 문제의 소재

청소년의 자기결정권 등 기본권 존중의 관점에서 볼 때, 현행 청소년보호법 제2조제1호의 『청소년이라 함은 19세 미만의 자를 말한다』는 규정은 몇 가지 문제점을 내포하고 있다.

첫째, 대학생의 기본권을 합리적인 한도 없이 제한하고 있다. 즉, 청소년보호법은 19세 미만의 청소년을 모두 보호대상에 포함시키고 광범위하게 매체물과 업소의 이용에 대한 규제를 하고 있기 때문에, 18세에 해당하는 일부 대학1학년생들도 각종 업소의 고용과 출입이 금지되는 결과가 야기되고 있다. 그리고 이 문제는 근로청소년들에게 발생한다. 둘째, 청소년의 성장발달에 관한 권리의 관점에서 볼 때, 국가는 청소년들의 성장과 발달상태를 고려하여 각종 입법을 할 의무가 있다. 그런데도, 현행 청소년보호법등 각종 법률은 단일 연령기준을 주로 사용하고 있다. 이는 규제입법의 제정시 규제대상자의 기본권 침해에 대한 고려보다는 지나치게 집행의 편리함을 추구한 행정편의적인 규정인 것이다. 따라서 각종 법률들의 입법목적과 청소년 성숙도의 다양성을 고려할 때 정부의 연령통일을 위한 법률개정사업도 보다 신중히 추진할 필요가 있다고 본다. 셋째, 연령기준이라는 입법기술이 갖고 있는 본질적인 문제점⁵⁰⁾에 대한 인식이 부족하다는 점이다.

이하에서는 각종 법령상의 청소년보호관련 연령 현황, 문제점, 그리고 그 대책에 대해서 살펴보고자 한다.

2. 각종 법령상의 청소년보호관련 연령 현황

현재 각종 법령상 청소년보호 관련연령은 대부분 19세미만으로 통일되어 있다. 개정청소년보호법이 1999년 7월 1일 시행되면서 종래의 풍속

50) 최윤진, 전계논문, 7-11면 참조.

영업의규제에관한법률, 국민건강증진법, 사행해위등규제및처벌특례법, 공중위생관리법 등도 19세 미만으로 개정하였고, 종전의 미성년자보호법은 폐지하였기 때문이다. 그리하여 각종 관련법상 매체물(만화, 사진첩, 화보류, 소설, 전자출판물, 광고물, 정보통신, 방송 등), 약물·물건(술, 담배, 본드 등), 업소(유흥주점, 단란주점, 무도장, 노래방, 비디오방, 유독물제조판매업 등), 유해행위 등에 대한 청소년보호연령이 19세 미만으로 통일되었다. 이렇게 19세 미만으로 보호연령이 조정된 것은 18세 연령의 45%정도가 고교3학년생이었기 때문이었다. 즉, 우리 사회에서는 고교졸업 이전의 청소년은 보호의 대상이라는 인식이 공감대를 이루고 있었고, 종래 고교3학년생의 일부가 보호대상에서 제외됨으로써 현장 지도교사 등으로부터 비판여론이 지속적으로 제기되고 있었다.

그러나 매체물 중 음반·비디오·게임물·공연물·영화 만은 18세 미만의 자로 등급분류를 하여 18세의 자를 규제대상에서 제외하고 있어 계속 논란이 되고 있다.

음반·비디오물및게임물에관한법률 제19조 제1항에서는 영상물등급위원회는 음반의 내용이 사행심, 성적충동, 폭력 등을 조장할 우려가 있어 연소자(18세 미만의 자를 말한다: 제8조 제3호 참조)의 건전한 인격형성을 저해한다고 인정되는 경우에는 연소자가 이용할 수 없는 음반으로 결정할 수 있다고 규정하고 있다. 한편, 동 법 제18조 제1항은 비디오물 또는 게임물을 유통·시청제공 또는 오락제공을 목적으로 제작하거나 수입 또는 반입 추천을 받고자 하는 자는 미리 당해 비디오물 또는 게임물의 내용에 관하여 영상물등급위원회의 등급분류를 받아야 한다고 규정하면서 그 등급을 전체이용가·12세이용가·15세 이용가·18세이용가(18세미만의 자가 이용할 수 없는 비디오물 및 게임물)로 구분하고 있다.

공연법 제5조 제1항은 누구나 청소년보호법 제10조의 기준에 의한 연소자유해공연물을 연소자에게 관람시킬 수 없다고 규정하면서, 제2조제6호에서 연소자라 함은 18세미만의 자로 규정하고 있다.

영화진흥법 제21조는 영화는 그 상영 전에 영상물등급위원회로부터 상영등급을 분류받지 아니한 영화는 이를 상영하여서는 아니된다(제21조 제1·2조)고 규정하면서, 영화의 상영등급을 전체관람가·12세관람가·

15세관람가·18세관람가(18세미만의 관람객은 관람할 수 없는 영화)로 구분하고 있다.

3. 문제점과 대책

(1) 『19세 미만』규정의 기본권 침해 가능성

음반·비디오·게임물·공연물·영화에 대한 상대적으로 완화된 연령 규제에 대해서는 이러한 매체물들은 특히 청소년들의 탈선을 조장할 수 있는 가장 유혹적인 것이라는 이유로 일반매체물과 마찬가지로 규제를 하여야 한다는 주장이 청소년보호위원회 등을 중심으로 제기되고 있다. 이에 대해 예술의 자유·영화업자들의 영업의 자유·18세인 대학1학년 생들의 행복추구권 등 기본권 침해를 이유로 문화계 특히 영화산업 관련자들을 중심으로 강력한 반론이 제기되었다. 실제 1999년 12월 영화진흥법 개정시 이 문제가 논란이 되어 국회본회의에서 찬반토론과 표결을 거쳐 현행 영화진흥법이 시행되었다.

청소년보호법 제2조제1호의 『청소년이라 함은 19세 미만의 자를 말한다』는 규정의 타당성과 적정성 여부에 대해서는, 우선 동 규정으로 인해 영향을 받는 당사자들과 그 법익들을 살펴볼 필요가 있다. 동 규정이 달성하려고 하는 것은 청소년보호라고 하는 公益인 반면에, 그로 인해 법익의 침해 또는 제한을 받는 사람들은 영업의 자유를 보장받는 사업자·헌법상 예술의 자유를 보장받고 있는 예술인 등·18세이지만 이미 사회관습상 성인으로 간주되고 있는 대학생과 근로청소년·19세 미만이라 할지라도 그 성숙으로 인해 국제협약 등에 의해 성인에 준하는 일부 권리를 보장받고 있는 청소년들이라고 할 수 있다.

생각건대, 청소년보호라고 하는 공익목적이 결코 부인되어서도 아니 되지만, 또한 확일적으로 규제하는 과잉규제도 피하여야 할 것이다. 규제 입법 제정 시에는 우리 헌법이 요구하고 있는 기본권 제한원칙으로서 비례의 원칙, 즉 입법목적의 정당성과 수단의 적합성·수단의 최소침해성·법익의 균형성을 최대한 고려해야 한다. 설사 헌법재판소에서 동 법이 이러한 헌법상의 제 원칙을 준수하고 있다고 할지라도 결정할 지라도, 입법자는 계

속 동 법으로 인해 기본권의 침해 또는 제한을 받는 사람들의 법익을 존중하는 방법을 강구해야 할 것이다. 이러한 측면에서 볼 때, 교육단계 등을 고려하지 않고 단일한 연령기준만을 사용하여 발생하게 된 대학생과 근로청소년에 대한 제한은 우리 나라의 관습과 전통에 어긋날 뿐만 아니라 대학생과 근로청소년의 직업선택의 자유, 행복추구권 내지는 자기결정권에 대한 중대한 침해가 될 수 있다고 본다. 따라서 현행 청소년보호법상의 각종 규제대상에서 18세지만 이미 사회관습상 성인으로 간주되고 있는 대학생과 근로청소년을 제외하여야 할 것으로 생각한다.

(2) 연령기준 자체의 문제점과 개선방안

1) 연령기준 자체의 문제점

(가) 능력측정상의 문제점

현행 법령상의 각종 연령규정들을 살펴보면, 연령기준을 통해서 측정하고 분류하려는 능력들은 매우 다양하다. 입법자는 연령이라는 입법기술을 통해서 i)행위능력·의사능력·책임능력, ii)교육법상의 수학능력, iii)부모로부터의 신체적 독립 내지 자기보호능력, iv)경제적 자활능력, v)사회활동능력 내지 업무수행능력, vi)공적 의무능력 등을 구별하고 있다. 그 밖에 특별한 정책적 보호의 기준으로서 연령기준이 사용되기도 한다.

이렇게 다양한 목적을 위해 연령기준을 사용하기 때문에 때때로 연령들이 서로 혼동 내지 혼재되는 경우가 발생하고, 구별하고자 하는 능력을 정확하게 포착하려 노력하지 않고 타 법령을 관례에 따라 준용하는 경우에는 부적절한 연령이 당해 법령에 포함되기도 한다. 더구나 연령기준을 통해서 분류하고자 하는 능력들 중 어느 것을 우선적으로 고려해야 하는가에 대한 원칙이나 각 능력 상호간의 연관성도 불명확한 경우가 많다⁵¹⁾.

51) 이준우, 연령에 따른 법령적용 유형에 관한 연구, 법제연구, 통권 제18호, 2000, 161-162면 인용.

(나) 사회여건의 변화에 따른 문제점

연령기준이 가지고 있는 또 하나의 문제점은 연령기준이 법현실의 변화에 대응하지 못하고 있다는 점이다. 의사능력과 행위능력문제는 의무교육기간과 사회교육제도의 발전정도, 미성년자에 대한 사회인으로서의 교육제도, 소득수준 내지 경제수준과 근로기준, 가족제도와 친권자 등의 부양의무 등과 밀접한 연관성을 가진다. 일정한 연소자층과 고령자층에 대한 국가적 보호문제는 사회보장제도의 발달정도와 밀접하다. 조기교육의 경향과 학제의 탄력성 확대, 사회에 조기 진출하는 경제인구의 증가, 청소년의 급격한 신체적 발달 등도 고려되어야 할 변화들이다.

그런데 이러한 기본적인 사회여건이 변화하고 있음에도 법령상의 연령기준들은 별로 개정된 적이 없다. 게다가 일본법제를 근간으로 형성된 우리 법제에 최근에는 시장개방과 국제화에 따른 영미법계의 법령 및 국제적 모델법령·기준 등이 대폭 도입됨에 따라 각종 능력을 구분할 수 있는 기준연령들에 혼란이 가중되고 있다. 특히 대학에 진학하지 않고 사회에 진출하는 인구가 늘어나고 있으나, 이들은 『사회인』으로서의 기준연령이 확립되어 있지 않기 때문에 행위능력 기준인 20세에 따른 제약을 받고 있다. 현실과 제도가 괴리되는 것이다. 그러므로 사회인으로서의 기준연령을 설정하고 이에 행위능력제도를 접근시켜야 할 필요가 있다고 본다. 그리고 사회인으로서 생활하는데 필요한 각종 자격취득이나 시설이용 등에 대한 기준도 단순히 청소년보호의 기준에만 의존시켜서는 안 될 것이다. 전자는 生存에 관한 제도지만, 후자의 청소년보호는 성년으로의 成長을 위한 제도이기 때문에 전자가 우선되어야 할 것이다.⁵²⁾

2) 개선방안

연령기준은 입법기술상 불가피한 점이 있으나 인간의 여러 가지 능력들을 분별하는 기준으로서는 근본적인 한계가 있는 입법수단이라고 할 것이다. 특히 청소년의 성숙정도를 파악하는 데는 미흡한 것이다. 그래서 교육과정에 있는지 아니면 취업하여 사회인으로서 생활하고 있는지의 여

52) 이준우, 전계논문, 163-164면 인용.

부, 교육과정에 있더라도 고등학생인지 아니면 대학생인지의 여부, 부모의 보호·교육권의 행사 여부 등을 연령기준과 함께 사용할 필요가 있다. 그리고 연령을 단계별로 구분하여 연령별로 규제정도를 달리할 필요가 있다.

(가) 교육제도 등의 반영

현실적으로 인간의 육체적 능력과 정신적 능력을 객관적·외부적으로 판단할 기준은 교육제도와 연계시켜 설정하는 것이 기준의 객관화와 일반인의 인식 편의성에 비추어 보아도 바람직하다. 교육제도가 국민의 지·덕·체의 발달을 목적으로 하는 가장 일반적인 제도이고, 교육 단계와 과정이 육체적 능력과 정신적 능력의 수준을 객관적으로 판단할 수 있고, 관행적으로 뿐만 아니라 많은 법령에서 이를 기준으로 삼고 있기 때문이다⁵³⁾. 교육과정에 있더라도 그 의미가 근본적인 차이가 있는 고등학생인지 아니면 대학생인지의 여부를 고려하지 않고 단일한 연령기준만을 사용함으로써 발생하게 된 대학생에 대한 각종 규제는 전술한 바와 같이 우리 나라의 관습과 전통에 어긋날 뿐만 아니라 대학생의 자기결정권에 대한 중대한 침해이다.

(나) 부모의 보호·교육권 행사 여부의 고려

부모의 보호·교육권의 행사 여부도 고려해야할 중요한 요소이다. 미국에서는 미성년자의 영화관람을 제한하는 경우에도 부모가 미성년자를 동반한 경우에는 그 제한을 완화하고 있다. 즉, 영화등급에 『PG(Parental Guidance)-13』등급을 두고있다. 이러한 제도는 연령규제기준에 부모의 보호·교육권의 행사 여부를 고려한 것이다. 이러한 측면에서 볼 때, 우리 나라의 개정 영화진흥법 제21조 제6항에서 부모 등 보호자가 동반하는 경우에는 규제에 대한 예외를 허용하고 있는 것은 적절한 입법이라고 생각한다. 이와 같은 방법의 규제를 노래방 등의 이용제한에도 확대적용할 필요가 있다.

53) 이준우, 전계논문, 162면 참조.

(다) 연령기준의 단계화 등

연령을 단계별로 구분하여 연령별로 규제정도를 달리할 필요가 있다. 청소년보호법 등의 등급구분제도 역시 이러한 취지에서 시행되고 있는 것인데, 각종 규제제도일반에 대해서 폭넓게 확대할 필요가 있다. 연령별로 규제정도를 달리하는 입법형식으로는 독일의 아동의종교교육에관한법률에서 아동은 10세가 되면 종교를 바꾸거나 종교교육을 받지 않게 할 때 우선적으로 고지받으며 12세가 되면 본인의 의사에 반하는 종교의 종교교육을 강요받지 아니하며 14세가 되면 어떤 종교를 선택할 지를 아동 단독으로 정할 수 있도록 한 것⁵⁴⁾이 모범적인 사례라고 본다⁵⁵⁾.

그리고 민사법과 형사법의 연령기준의 의미차이를 적극적으로 고려하여, 독자적인 형사법상의 미성년자 연령을 도입하는 것도 검토할 필요가 있다.⁵⁶⁾

제 2 절 청소년의 생명권과 부모의 치료거부문제

1. 문제의 소재

1989년 『아동의 권리에 관한 국제협약』 제6조는 당사국은 모든 아동이 고유의 생명권을 가지고 있음을 인정한다고 규정하고 있는데, 동 협약에 규정되어 있는 아동의 생명권과 관련하여 주로 문제되는 사례가 부모가 종교상의 이유 또는 양육에 관한 부모의 권리 등을 들어 아동에 대한 치료를 거부하는 경우이다. 이러한 경우 아동의 생명권보호를 위한 국가의 개입은 부모의 종교의 권리 내지는 양육권과 충돌하게 되어 해결하기 어려운 문제를 야기한다. 이러한 사건들은 아동이 아직 의사를 결정할 능

54) 독일에서 아동의 연령별 권리내용에 대해서는 청소년인권의 현황과 대책, 청소년보호위원회, 1998. 12, 42-43면 참조.

55) 우리 나라와 달리 종교와 국가 간에 특수한 관계에 있는 독일의 상황을 고려한다면 할지라도, 인간의 발달능력을 분석해낸 객관적 연구능력과 그러한 것들에 대해 사회적 공감대를 도출해낸 정치적·사회적 능력은 우리 나라도 본받을 만한 점이 있다고 본다.

56) 조영준, 전계논문, 272-273면 참조.

력이 없는 경우-幼兒이거나 지체아동인 경우-에 주로 발생하게 되는 데⁵⁷⁾, 이 경우 사회일반의 피상적인 선입견과는 달리 부모에게 도덕적·윤리적 비난을 할 수 없는 경우도 상당하다. 즉, 친권상실을 할 수 없는 상황이 많다. 예를 들면, 평생 누군가 돌봐줄 사람이 필요한 정신장애를 가지고 있는 아동에게 그 생명을 연장하는데 필요한 내과수술이 요구되는 상황에서 부모들이 자신들 사후에 그 자식을 돌봐줄 사람이 없음을 걱정하여 수술에 대한 동의를 거부하는 경우이다. 가족문제에 대해서는 누구보다도 그 가족들이 불행한 결과와 고통을 겪어질 당사자들이라는 항변은 분명히 어느 정도 설득력이 있다. 국가와 부모 중 어느 일방에게 비난할 여지가 없다는 점에서 더욱 신중한 판단이 요구된다.

실제 이러한 경우에 영미에서는 법원이 구체적인 상황을 판단하여 국가가 개입하는 것을 허용하고 있다. 최근 영국에서 있었던 삼쌍둥이 사건(Case of the Siamese Twins)에서도, 논란은 있었으나 부모의 의사를 배척하고 국가가 개입하여 아동의 생명을 구하고 있다.

그러나 이러한 경우뿐만 아니라 국가의 개입이 명백히 요구되는 상황 일지라도, 우리 나라 법제 하에서는 국가가 개입할 수 있는 길은 거의 없는 실정이다. 우리 나라가 영미에서와 같이 아동을 위한 국가의 개입을 허용하기 위해서는, 청소년보호법 뿐만 아니라 의료관련법등에 대한 검토도 함께 요구된다. 이 문제는 청소년보호법만의 문제점이 아니라 우리 나라의 법률체계가 갖고 있는 종합적인 문제점이라 할 수 있다.

이하에서는 아동의 치료와 부모의 양육권에 대한 영미의 학설과 판례의 태도를 살펴보고, 우리 법제의 문제점을 검토한다.

2. 영·미 국가의 태도

영미법학계에서 가족문제나 부모의 양육권에 대한 국가의 개입에 대한 견해의 차이는 크게 주류에 속하는 非介入主義와 이를 비판하는 介入主義로 나누어진다⁵⁸⁾. 비개입주의는 신보수주의적 입장으로서 하이에크(Hayek)와

57) 물론 비교적 성숙한 아동 자신이 부모의 의사에 동의하고 있는 경우에도 문제는 발생하지만, 이 경우의 국가개입문제는 더욱 논란의 소지를 안게 된다.

노직(Nozick)의 철학과 고전적 자유주의 철학에 영향을 받고 있다. 부모의 권리를 옹호하는 『Before the Best Interest of the Child』의 共著者인 골드슈타인·프로이드·솔니트(Goldstein·Freud·Solnit)가 대표적인 견해라고 할 수 있는데, 이들은 가족생활의 프라이버시에 대한 보호가 아동의 성장을 위해서 반드시 요구된다는 심리학적 이유와 개인적 자유와 인간의 존엄성을 존중한다는 철학적 논거를 제시하고 있다. 다만, 이들도 의무교육·아동노동금지·예방접종을 강제하는 국가의 현상유지적인 개입에는 반대하지 않고 있다.

이러한 입장에 반대하는 개입주의는 복지국가이념과 社會正義(social justice)를 지향하는 국가관에 기반을 두고, 아동의 최상의 이익을 적극적으로 보장하자는 프리먼(M. D. A. Freeman) 등의 견해들이다. 페미니즘법학자들도 주로 이러한 입장에 서고 있다⁵⁹⁾. 프리먼은 구조적으로 불평등 사회에서 개인적 권리의 존중이라는 사고는 결국 사회적인 強者들-아내에 대해서 남편이, 자식에 대해서 부모가-의 자유만을 옹호하는 결과를 낳는다고 하면서, 부모의 권리도 천부적인 것이 아니며, 개입정책이 단점이 있다고 해도 현실적으로 때로는 개입이 불가피한 경우가 있음을 지적하고 있다⁶⁰⁾.

아동의 치료와 부모의 양육권에 대한 영미 판례가 어떻게 나타나고 있는지 사회와 학계에 논란을 불러 일으켰던 판결들을 중심으로 살펴본다.

영국의 Re D.판결(1976, Fam. 185)은 소토스(Sotos)증후군에 걸려있는 11살 난 딸에 대해 불임시술을 하려고 하는 모친을 막기 위하여 지방행정당국의 의사가 제소한 사건이었다. 아동에 대한 시술은 중지되었다. 동 사건에서 아동의 부모는 부모의 의무를 소홀히 하거나 아동에게 상해를 입힌 것이 아니었다. 다만, 모친은 그 딸의 장래를 염려하였을 뿐이었다. 부모에게 악의가 없었음에도 불구하고 국가가 개입한 것이다.

58) M. D. A. Freeman, Freedom and the Welfare State: Child-Rearing, Parental Autonomy and State Intervention, Journal of Social Welfare Law, 1983, 70-71면 참조.

59) Martha Minow, 전계논문, 3면과 24면 참조.

60) M. D. A. Freeman, 전계서, 72-73면 참조.

미국의 Parham v. J.R.판결(442 U.S. 584, 1979)은 부모가 비자발적인 입원에 반드시 요구되는 절차적 보호(procedural protection) 없이 아동을 정신병원에 입원시킨 사건이었다. 법원은 부모가 아동학대나 착취를 하는 것이 아니라면, 부모는 그 아동을 병원에 입원시킬 실질적인 권한을 가지고 있다고 인정했다. 즉, 부모는 아동의 최상의 이익을 위해서 행동한다는 전통적인 전제를 승인한 것이다. 그럼에도 불구하고, 부모의 오류 가능성은 있으므로 중립적인 판단자에 의한 사실조사가 요구된다고 하였다. 그리고 동 사건에서 입원당시의 정신과의사는 그러한 중립적이고 독립적인 판단자였다고 인정했다.

미국의 Re Phillip B판결(Phillip Becker사건)(156 Cal. Rptr. 48(1979). cert. denied (1980) 100 S.Ct. 1597)은 특히 논란을 일으켰다. Phillip Becker는 1979년 11살 소년이었으나 몽골증후군으로 그의 I.Q.는 60이하였다. 그는 사회적 커뮤니케이션 기술을 사용할 수 있었고 학교의 보이스카웃의 일원이었으며, 그가 성년이 된다면 제한된 영역에서는 생활할 수 있을 것이라고 예상되고 있었다. 한편, 그는 선천적인 심장병을 앓고 있었는데, 이는 보통의 수술에 의해 치유될 수 있는 것이었다. 그러나 그의 부모는 아동의 장래를 염려하여 심장수술에 대한 동의를 거부하였다. 산타클라라 소년법원은 그의 부모가 거절한 심장수술을 할 수 있도록 하는 요청하는 의사의 소를 각하하였다. 그리고 이에 대한 항소도 기각되었다. 부모의 수술거부는 세 가지 이유에 근거하고 있었다. 소년의 삶이 살만한 가치가 없는 것이어서 수술로 연장을 할 필요가 없고, 수술로 그가 부모보다 오래 살게 되면 부모도 더 이상 그를 보호할 수 없게 되고, 그 수술이 위험하여 그가 사망할 지도 모른다는 것이었다.

영국의 Re B판결(Alexandra사건)(1981, 1 W.L.R. 1421)에서, 대상 아동은 다운증후군을 앓고 있었다. 그외에도 다른 선천성 질환을 앓고 있었는데, 이 질환에 대한 수술하지 않으면 죽게될 운명이었다. 부모는 죽음을 맞게 하는 것이 그 아동을 위하여 더 낫다고 판단하여 수술에 대한 동의를 거부하였다. 그러나 법원은 다음과 같이 반문하며 수술을 승인하였다. 「아동의 최상의 이익은 죽게 두는 것인가 아니면 수술을

받게 하는 것인가? 그대로 죽게 내버려 둘만큼 그의 생명이 그토록 보잘 것 없는 것인가?」 법원은 부모의 의견보다 아동의 최상의 이익을 고려하였다.

영국의 삼쌍둥이 사건(Case of the Siamese Twins)(Case No: B1/2000/2969)은 의사들이 하반신이 서로 붙은 채로 태어난 소위 삼쌍둥이에 대한 분리수술이 합법임을 확인해 달라는 사건이었다. 동 사건에서 분리수술을 하지 않을 경우 쌍둥이 모두 사망할 위험이 있지만 수술을 할 경우에는 그 중 한 명의 생명만은 구할 가능성이 있었다. 동 사건에서 부모는 종교상의 이유 등을 들어 수술을 거부하였으나, 법원(Court of Appeal)은 가족법적·형법적·의료법적 관점의 검토를 거친 130페이지에 걸친 판례문을 통해 수술의 시행을 허락하는 확인판결을 내렸다.

이러한 영미 법원의 입장은 원칙적으로는 부모의 일차적 권리를 존중하면서도 구체적이고 경우에는 아동의 최상의 이익을 존중한다는 논거로서 가족문제에 개입하고 있는 것으로 보인다. 그런데 이러한 예외적인 경우라 할지라도, 우리 나라와는 비교하기 어려울 정도로 강한 개입을 하고 있다고 보아야 한다. 우리 나라는 개입할 수 있는 제도적 여건부터 막혀 있다고 할 수 있기 때문이다.

3. 현행법령들의 문제점과 개선방안

우리 법제에서 부모가 아동의 치료를 거부할 경우 우선 형법상 유기죄와 민법상의 친권상실의 여부가 문제된다. 즉, **형법** 제371조제1항은 老幼·疾病 기타의 사정으로 인하여 부조를 요하는 자를 보호할 법률상 또는 계약상 의무있는 자가 유기한 때에는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있으며, 실제로 여호와의 증인이 교리에 어긋난다는 이유로 최선의 치료방법인 수술을 거부함으로써 딸을 사망케 한 자에 대하여 유기치사죄를 적용한 사건⁶¹⁾도 있었다. 한편, **민법** 제924조는 부 또는 모가 친권을 남용하거나 현저한 비행 기타 친권을

61) 대법원 1980. 9. 24. 선고 79도1387 판결; 이재상, 형법각론, 제4판, 2000, 102면 참조.

행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있는 때에는 법원은 일정 범위의 친족 또는 검사의 청구에 의하여 그 친권의 상실을 선고할 수 있다고 규정하고 있다.

그러나 부모에게 유기의 고의를 인정할 수 없거나, 친권을 상실시킬만한 귀책사유가 없는 경우에는 난점이 있다. 위의 삼쌍동이사건같이 친권을 상실시킬 상황이 아닌 경우가 오히려 많다.

이와 관련하여, **아동복지법** 제12조는 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 아동의 친권자가 그 친권을 남용하거나 현저한 비행 기타 친권을 행사할 수 없는 중대한 사유가 있는 것을 발견한 경우 아동의 복지를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 법원에 친권행사의 제한 또는 친권상실의 선고를 청구하여야 한다고 규정하여 친권행사의 제한제도를 도입하고 있고, 동 법 제10조 제1항 제5호는 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 그 관할구역 안에서 보호를 필요로 하는 아동을 발견하거나 보호자의 의뢰를 받은 때에는 아동의 최상의 이익을 위하여 특수한 치료나 요양 등의 보호를 필요로 하는 아동에 대하여 전문치료기관 또는 요양소에 입원 또는 입소시키는 등 필요한 보호조치를 하여야 한다고 규정하고 있다.

그러나 동 법 제10조 제1항 제5호는 「약물 및 알콜중독·정서장애·발달장애 등으로 특수한 치료나 요양 등의 보호를 필요로 하는 아동」에 대하여 입원 또는 입소시키는 조치를 하도록 되어 있어 행사요건이 제한되어 있을 뿐만 아니라, 무엇보다도 동 법 제10조 제1항 제3호는 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제1항 제3호 내지 제5호의 조치를 함에 있어 당해 보호를 필요로 하는 아동의 의사를 존중하여야 하며 보호자가 있을 경우에는 그 의견을 들어야 한다고 규정하고 있어 부모의 의사를 배척하고 아동을 보호해야 하는 상황에서는 적용하기 어려운 규정이다.

응급의료에 관한 법률 제9조 제1항은 응급의료종사자는 응급환자에게 응급의료에 관하여 설명하고 그 동의를 얻어야 하되, 응급환자가 의사결정능력이 없는 경우(제9조 제1항 제1호)와 설명 및 동의절차로 인하여 응급의료이 지체되어 환자의 생명에 위험 또는 심신상의 중대한 장애를

초래하는 경우(제9조 제1항 제2호)는 제외하고 있다. 동 법 제9조제2항은 응급환자가 의사결정능력이 없는 경우 법정대리인이 동행한 때에는 그 법정대리인에게 응급의료에 관하여 설명하고 그 동의를 얻어야 하며 법정대리인이 동행하지 아니한 경우에는 동행한 자에게 설명한 후 응급처치를 하고, 의사의 의학적 판단에 따라 응급진료를 행할 수 있다고 규정하고 있다.

동조의 심사과정에서 의사결정능력이 없는 응급환자의 법정대리인이 동의하지 아니하는 경우에는 어떻게 하느냐에 대하여 논란이 되었으나, 그 경우에는 설명동의를 받지 아니하여도 되는 응급환자의 상태가 제9조 제1항 제2호의 기준에 해당되는 경우에 실질적으로 문제가 되므로 그러한 상태에서는 별도의 설명동의절차를 거치지 아니하여도 응급환자에 대한 응급의료가 제공될 수 있으므로 별도의 기준을 정하지 아니하였다⁶²⁾고 한다.

동 법은 법해석상 의문의 여지는 없지 않으나, 부모의 동의없이도 아동의 치료가 가능해졌다는 점에서 의미있는 규정이다. 그러나 동 법은 즉시 필요한 응급조치를 받지 아니하면 생명을 보존할 수 없거나 심신상의 중대한 위해가 초래될 수 있는 응급상황에 제한적으로 적용되는 법률이라는 점에서 한계를 가지고 있다.

결국 우리 법제 하에서는 부모가 형법상의 유기죄나 민법상의 친권상실사유에 이르지 않는 한 국가가 아동의 생명권 보호를 위해 부모의 친권을 배척하고 개입하기는 어려울 것으로 보인다. 그러나 한 인간의 생명 선택권을 부모가 좌우할 수 있는가에 대해서는 의문이 따르지 않을 수 없다. 남용의 위험성도 무시할 수는 없다. 만약 부모가 자식의 생명을 포기하는 것이 법적으로 아무런 제한없이 가능하고, 그것이 사회의 일반적 경향이 된다면⁶³⁾ 우리 사회에서 상당수의 장애아동은 생명을 잃게 될 가능성이 높다⁶⁴⁾. 따라서 부모의 수술거부가 형법상의 유기죄나 민법상

62) 박영태, 응급의료에관한법률개정법률, 법제 2000. 11., 70면 참조.

63) 우리 나라의 낙태율이 세계 최고라는 통계도 있음을 생각해보면 결코 있을 수 없는 사태가 아니다. 우리 나라 『사회』의 도덕의식이 다른 나라보다 특별히 높다고 전제할 근거는 없다.

의 친권상실사유에 이르지 않는 경우에도 청소년보호법이나 아동복지법에 관계 행정청이 필요한 경우에 아동의 생명권 보호를 위해서 부모에게 수술을 명할 수 있는 근거를 마련해야 한다고 본다. 그리하여 그러한 행정청의 처분의 타당성은 최종적으로 법원에서 심사하게 될 것이다.

그런데 우리 법제가 갖고 있는 근본적인 문제점은 의료비용부담의 문제이다. 영국의 경우에는 국가가 부모의 부동의를 배척하고 치료를 하는 경우에는 국가가 그 의료비용을 부담하고 있다⁶⁵⁾. 우리 나라의 경우에는 이러한 비용부담에 관한 규정이 없어 의료기관에서는 더욱 부모의 동의에만 의존하게 된다. 형법 제22조 제1항이 규정하고 있는 긴급피난의 법리가 활용되지 않고 있는 것도 이러한 비용부담문제가 큰 원인이 되고 있는 것으로 보인다. 따라서 국가가 부모에게 수술을 명할 경우에는 그 의료비용을 국가가 부담하는 시스템을 마련해야 동 제도가 실효성을 발휘하게 될 것이다⁶⁶⁾. 경제적 능력이 결여된 부모에게 명령만 한다고 문제가 해결되는 것은 아니기 때문이다. 실제에 있어서, 종교적 이유보다는 경제적 이유로 치료를 거부하고 있는 경우도 있을 수 있으며 양자를 구별하기 어려운 상황도 매우 많을 것으로 보인다. 따라서 국가가 비용을 부담하는 법적 근거와 절차를 법률에 규정할 필요가 있는데, 사견으로는 국가개입의 목적이 청소년의 생명권 존중에 기한 청소년 보호가 기본목적이므로 청소년보호법에 이에 관한 사항을 규정하는 것이 적절하다고 본다. 아울러 일부 의료관계법을 개정하여 해결하는 방안도 검토할 필요가 있다. 응급의료에 관한 법률 제16조는 국가 및 지방자치단체는 예산의

64) 연구자는 지금 우리의 현실이 그러한 상태가 아닌가 하는 의문을 가지고 있다.

65) 각국의 의료보장제도는 OECD분류에 따르면 사회보험방식(National Health Insurance: 독일·프랑스·일본·우리 나라)·국민보건서비스방식(National Health Services: 영국·스웨덴·이태리)·민간보험방식(Consumer Sovereignty Model: 미국)으로 나뉘어 진다. 영국의 경우 비버리지 보고서에 근거하여 1948년 제정된 국민보건서비스법에 의해 대부분의 병원들을 국유화하였고 이를 통해 의료의 사회화를 이룩하고 있다: M. D. A. Freeman, 전계서, 87-88면 참조.

66) 그러나 동 문제가 당연히 국가예산문제에 귀속되는 것은 아니다. 국가가 의료비용을 부담하지 않는다 할지라도, 친권자 등에게 아동의 치료를 의무지우는 규정은 의무 부과효과 그 자체로서 의미가 있다. 국가개입의 필요성과 예산계약에 관한 또 다른 사례는 김엘림 등, 성폭력·가정폭력 관련법의 시행실태와 과제, 한국여성개발원, 2000, 143-144면 참조.

범위 안에서 응급의료기관 등에게 필요한 재정지원을 할 수 있다고 규정하고, 동 법 제19조 제1항은 보건복지부장관은 응급의료를 효율적으로 수행하기 위하여 응급의료기금을 설치한다고 규정하고, 동 법 제21조는 기금사용의 용도 중의 하나로서 응급환자의 진료비 미수금에 대한 대불을 규정하고 있다.

제 3 절 부모의 양육에 대한 책임과 수강명령제도 도입문제

1. 문제의 소재

청소년의 비행에 관한 부모의 책임에 대해서 우리 청소년보호법은 법 제3조에서 가정의 역할에 대해 선언적으로 규정하고 있을 뿐 어떠한 제재도 부과하고 있지 않다. 이는 청소년보호법 뿐만 아니라, 우리의 법문화가 자식의 잘못에 대해 부모에게 책임을 묻는 것에 소극적이기 때문인 것으로 보인다. 부모에 대한 제재는 우리의 법감정에 부합하지 아니하므로 법이 개입하지 않고 도덕의 영역에 맡겨두고 있다고 볼 수도 있겠으나, 부모에 대한 강력한 책임을 추궁하는 英美는 말할 것도 없고, 가까운 日本의 입법에 비추어 보아도 사실은 이례적인 것이다. 사회가 변화함에 따라 「문제청소년」이 급증하는 것처럼, 예전과는 달리 「문제부모」도 생겨나고 있다는 사실을 인식해야 한다. 일본만 하더라도 소년법 제37조 등을 통하여 미성년자의 음주·흡연을 알면서도 제지하지 않은 부모에 대해서 제재를 가하고 있다⁶⁷⁾.

부모의 보호·교육권의 의무적 성격, 다른 나라에 비해 상대적으로 자녀에 대해 강한 영향력을 가지고 있는 우리 나라 가정현실(가정환경과 청소년비행의 상관관계), 부모에게 책임을 지워야 할 경우에도 필요이상으로 소극적이었던 점⁶⁸⁾ 등을 고려할 때, 이제는 우리 법제에서도 필요

67) 澤登俊雄, 少年法入門, 有斐閣, 2000. 2, 209-210면 참조.

68) 아버지가 보험금을 노리고 자식의 손가락을 자른 사건의 경우에서도 자식의 장래생활을 책임지고 있는 그 아버지에 대해서 선처를 베풀어야 한다는 주장이 있었다. 이는 부모에게서 분리된 아동에 대한 사회적 보호수단(입양제도, 아동구조제도 등)이 미비한 우리 사회의 구조와 현실을 고려한 것이겠지만, 그 아동의 복지를 판단함에

한 경우 부모에 대해서도 제한적으로나마 어느 정도 책임을 지우는 것을 고려할 필요가 있다고 본다. 후술하는 바와 같이 결손가정과 빈곤가정의 청소년들이 비행에 많이 할 것이라는 사회적 통념과는 달리, 오히려 고소득가정과 부모의 애정과 적절한 통제가 결핍된 가정의 청소년들이 비행을 많이 한다는 연구결과도 있다. 따라서 이제는 우리 사회에서도 청소년문제에 있어서 부모의 책임을 제고시키는 조치를 검토해야 할 때가 되었다고 보며, 적어도 부모에 대한 수강명령제도 정도는 도입할 수 있다고 본다.

이하에서는 가정환경이 청소년비행에 미치는 영향에 대해서 실증적인 연구결과를 살펴봄으로써, 부모에 대한 책임성을 제고시키는 제도의 도입 필요성을 간접적으로나마 제시하고자 한다.

2. 가정환경과 청소년비행

가정환경이 청소년비행에 미치는 영향에 대해서는, 가족의 구조와 기능이 청소년비행에 미치는 영향과 청소년의 가출원인에 대한 분석을 통해서 살펴보고자 한다.

(1) 가족의 구조·기능과 청소년비행

가족의 구조와 기능이 청소년비행에 미치는 영향에 관한 최근의 한 연구⁶⁹⁾를 인용하여 살펴본다.

동 연구에서 가족의 구조적 측면은 가족의 사회경제적 지위(가족의 수입·부모의 직업·부모의 교육정도)·결손가정여부(부모의 생존여부·부모와의 동거여부)와 청소년비행간의 상관관계를 밝히고자 하는 것이다. 가족의 기능적 측면은 부모와 자식간의 의사소통 정도·부모의 통제권 행사여부·부모의 결정권 행사여부·부모의 자식에 대한 정서적 친밀도·부모의 방임적 태도여부·부모가 과잉보호를 하는 정도·부모의 자

있어서는 우선 대상아동의 현재까지 삶에 있어서 그 안전을 가장 위협했던 요인이 무엇이었는지에 대해서부터 시작해야 할 것이다.

69) 가족의 구조와 기능이 청소년비행에 미치는 영향에 대해서는 김준호·김순형, 가정환경과 청소년비행, 한국형사정책연구원, 1995, 113-117면에서 주로 인용.

식에 대한 폭력 사용여부와 청소년비행간의 상관관계를 밝히고자 하는 것이다. 동 연구에서 남자중학생, 남자고등학생, 여자중학생, 여자고등학생의 네 집단으로 나누어 분석한 결과는 다음과 같이 요약된다.

우선 가족의 구조적 측면 중에서 가족의 사회경제적 지위와 청소년비행의 상관관계를 관계를 살펴본다. 첫째, 남자고등학생의 경우 수입이 높은 가정의 청소년들의 비행이 많이 하는 것으로 나타나고 있는 반면, 빈곤정도가 비행에 미치는 영향은 별로 크지 않은 것으로 나타났다. 즉, 가족의 수입을 ‘90만원 미만’, ‘90만원이상 210만원 미만’, ‘210만원 이상’의 3개 범주로 나누고 가족의 수입과 청소년비행간의 관계를 살펴보면 재산비행을 제외한 모든 비행에서 유의미한 관계를 나타내고 있었다. 그리고 모든 항목(지위비행, 폭력비행, 재산비행, 기물파손행위, 가출, 무단결석)에서 수입이 높을수록 비행점수가 높은 것으로 나타나고 있다. 둘째, 부모의 직업 중 아버지의 직업과 비행간의 관계는 남자중학생의 경우에만 유의미한 관계를 보이고 있는데 직업수준이 낮을수록 재산비행을 많이 하는 것으로 나타났다. 부모의 학력수준은 아버지나 어머니 모두 자녀의 비행과 관계가 없는 것으로 나타났다. 그리고 또 다른 가족의 구조적 측면인 결손가정여부가 청소년이 비행에 미치는 영향을 살펴보면, 부모의 생존여부는 네 집단 모두의 비행과 관계가 없는 것으로 나타났으며, 부모와의 동거여부는 부모와 따로 사는 청소년이 지위비행을 많이 하는 것으로 나타났다.

결국 가족의 구조와 청소년의 비행과의 관계에서는 가족구조의 변인들이 청소년비행에 별로 중요한 영향을 미치지 않는 것으로 나타났다. 여자고등학생의 경우에는 통계적으로 유의미한 관계를 보이는 가족구조의 변인이 없으며, 남자중·고등학생과 여자중학생의 경우에도 관계가 있는 변인이 많지 않고, 관계가 있는 변인도 약한 관계를 보이는 것이 많다. 편부 또는 편모인 결손가정이나 빈곤한 가정의 청소년들이 비행을 많이 할 것이라는 사회적 통념과는 달리, 오히려 월수입이 높거나 부모의 애정과 통제가 결핍된 가정의 청소년들이 비행을 많이 하는 것으로 나타났다. 이것은 절도와 같은 재산비행을 한 청소년들의 비행원인이 유희비조달이었다는 사실이 기사화 된 적이 있었던 바와 같이 우리사회의 현실

에서 직접 나타나고 있기도 하다. 물론 본 연구결과에서 재산비행의 경우는 빈곤가정의 청소년들이 다소 높은 비행률을 보이고 있기는 하지만, 전반적으로 고소득층가정의 청소년들이 높은 비행률을 보이고 있는 사실을 감안한다면 청소년비행이 저소득층의 전유물이 아님을 확인할 수 있다⁷⁰⁾.

가족의 기능적 측면과 청소년비행의 관계는 다음과 같이 나타나고 있다. 첫째, 부모와의 의사소통은 남자중·고등학생의 지위비행과 여자중·고등학생의 폭력비행에 각각 유의미한 영향을 미치고 있다. 남자중·고등학생은 부모와 대화를 잘 하지 않은 경우에 부모의 눈을 피해 지위비행을 많이 하게 되는 것으로 나타났다. 둘째, 부모의 통제는 가정의 일반적 기능 중 가장 중요한 영향을 미치는 것으로 나타났다. 모든 집단에서 부모가 적절한 통제를 소홀히 할수록 청소년이 비행을 많이 하는 것으로 나타났다. 셋째로 부모의 결정권은 청소년의 비행과 별 관계가 없는 것으로 나타났다. 넷째로 부모의 정서적 친밀도는 청소년의 비행과 대체로 관계가 있는 것으로 나타났다. 부모가 자녀에게 정서적으로 친밀하게 대해 주지 못할수록 청소년은 지위비행을 많이 하는 것이다. 이는 청소년의 지위비행을 예방하기 위해 부모는 자녀에게 관심을 가지고 또 자녀에 대한 애정을 표현하는 것도 중요한 방법이 될 수 있음을 시사해 준다. 다섯째로 부모의 방임적 태도는 남자고등학생과 여자중학생이 지위비행, 폭력비행, 재산비행, 기물과손행위, 가출 및 무단결석과 관계가 있는 것으로 나타났고, 네 집단 모두 공통적으로 유의미한 차이를 보이는 것은 가출 및 무단결석이다. 부모가 자녀에게 방임적 태도를 보일수록 청소년들은 비행을 많이 하고 극단적으로는 가출까지 한다는 사실은 부모가 자녀에 대해 지속적인 관심을 보여주어야 한다는 것을 알려주고 있다. 여섯째로 부모가 과잉보호를 하는 정도에 따라 남자고등학생과 여자중학생의 몇 가지 비행이 유의미한 차이를 보이고 있으며, 두 집단이 공통적으로 관계를 가지고 있는 비행은 폭력비행이다. 즉 부모가 과잉보호를 할수록 청소년은 비행을 많이 하며 특히 부모의 태도와는 반대로 폭력비

70) 김준호·김순형, 전계논문, 116면 인용.

행을 많이 하는 것으로 나타났다. 일곱 째로 부모의 자녀에 대한 폭력사용이 자녀의 폭력비행을 유발하는 원인이 됨을 알 수 있다.

가족의 기능이 청소년비행에 미치는 영향은 가족의 구조보다 중요한 것으로 나타났다. 가족의 사회경제적 지위나 결혼의 여부보다는 부모의 자녀에 대한 관심과 애정 그리고 가족성원간의 화목한 분위기가 청소년비행의 예방에 필수적인 것으로 보인다⁷¹⁾.

(2) 가출과 청소년비행

가출과 청소년비행에 대한 최근의 한 연구⁷²⁾를 인용하여 살펴본다. 동연구를 살펴보는 것은 청소년비행과 가정의 책임에 대한 관계를 추론하기 위해서이다.

1) 가출문제의 중요성

가출은 청소년비행의 시작이 된다는 점에서 특히 중요하다. 아이들의 가출과 비행과의 관계는 유의미하다는 할 수 있다. 가출이 필연적으로 비행을 불러오는 비행의 필연적 선행요인은 아닐지라도 전반적으로 가출시 비행이 재가시 비행보다 많으며, 가출이 비행을 일으키는 상승효과를 가져오고 있다고 할 수 있다.

소년원생들에 대하여 자신이 소년원에 들어오게 된 원인이 되었던 비행을 상기시키고 그 비행을 在家時에 하였는지 아니면 家出時에 하였는지에 대한 연구를 살펴보면 다음과 같다. 조사결과 전체 유효 응답자 2298명 가운데 그 비행이 가출시에 저질러진 것이라고 응답한 사람은 모두 140명으로써 전체의 61.4%를 차지하였고, 가출하지 않았을 때라는 응답이 전부 88명으로 전체의 38.6%를 차지하였다. 결과적으로 소년원생의 입원동기가 된 비행도 재가시 보다는 가출시에 저질러진 것이라는 점을 확인시켜주고 있다⁷³⁾.

71) 김준호·김순형, 전계논문, 102면 인용.

72) 김준호·박정선, 청소년의 가출과 비행의 관계에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993, 136-173면에서 주로 인용.

73) 김준호·박정선, 전계논문, 167면 인용.

가출경험자와 가출비경험자간에 재가시 비행의 정도에 대한 연구를 살펴보면 다음과 같다. 두 집단의 비행정도를 디스코장 출입·미성년자관람불가영화 관람과 같은 비교적 가벼운 지위비행으로부터 강도·강간과 같은 중비행에 걸쳐 15개 항목으로 구분하여 비교한 결과, 모든 비행에 있어 가출을 경험한 청소년들이 그렇지 않은 아이들에 비해 더 높은 비행점수를 얻었다. 즉, 가출경험자가 가출비경험자들보다 더 많은 비행을 저지르는 것으로 차별화되었으며 모든 비행 형태에 있어 그 차이가 통계적으로 유의미한 것으로 나타났다⁷⁴⁾.

가출경험자자들만을 대상으로 한 재가시 비행과 가출시 비행간의 비행 정도에 대한 연구를 살펴보면 다음과 같다. 대체로 가출시의 비행점수가 재가시의 비행점수보다 높게 나타남으로써 청소년들이 가출을 했을 때가 집에 있을 때보다 비행행위를 더 많이 하는 것으로 나타났다⁷⁵⁾.

결과적으로 청소년들은 집에 있을 때보다는 가출을 해서 비행을 더 많이 저지른다고 할 수 있고, 또한 가출시에 저지르는 비행은 집에 있을 때 하는 비행보다 죄질면에서도 더 중한 비행이라고 할 수 있다. 이러한 결과가 초래된 이유에 대해서는 다양한 해석이 가능하나, 가장 중요한 이유로는 가정의 통제가 결여된 체 유해환경에 노출된다는 사실에 기인한다고 할 수 있다. 즉 청소년들이 가정을 벗어나 절대적인 자유를 누리며 주위의 유해환경에 아무런 방어기제도 없이 노출된다고 할 때, 요즈음과 같이 청소년들의 정서를 위협하는 수많은 유해환경이 난무하는 상황에서 이들을 주위의 나쁜 환경들로부터 또는 범죄유인사건들로부터 차단 혹은 격리시켜주지 못하여 이들이 비행환경에 접하게 될 가능성은 당연히 높아지게 된다고 할 수 있다. 따라서 가출이 비행에 미치는 영향을 생각하여 볼 때, 가출이 비행을 촉진시키는 촉매의 역할을 하고 있다는 결론에 도달하게 된다⁷⁶⁾.

74) 김준호·박정선, 전계논문, 164면 인용.

75) 김준호·박정선, 전계논문, 165면 인용.

76) 김준호·박정선, 전계논문, 166-167면 인용.

2) 가출의 원인

가출의 원인은 다양하나 일단 가정내의 양육태도와 아동에 대한 학대가 중요한 관계가 있는 것으로 조사되고 있다.

(가) 양육태도

양육태도는 가정교육시 부모가 자식에 대한 애정이 있는가와 자식들에게 얼마만큼의 자율성을 부여하는가에 따라 권위, 방임, 과보호, 민주라는 네 가지 범주로 나눈다. 양육태도의 네 가지 범주간에는 유의미한 통계적 차이를 나타냈다. 네 가지 유형의 범주 가운데 가장 많은 가출경험을 보인 것은 부모가 아이에게 권위적인 태도를 보일 때인 것으로 약 49.3%로 나타났으며, 민주적인 양육태도 하에서는 가장 적은 25.9%의 가출비율을 보였다. 즉, 민주형, 권위형, 방임형, 과보호형 4가지 유형으로 나뉜 부모의 양육태도와 가출 경험과의 관계에 있어서, 민주형의 집안에서 가출이 가장 적었고, 그 다음이 방임형과 과보호형이었으며, 권위적인 양육태도 하에서 가출경험이 가장 큰 것으로 나타났다. 이렇게 볼 때, 부모가 아이에게 관심을 주지 않는 것보다 오히려 엄격한 규제나 통제가 아이들을 더 탈선하도록 부추기는 결과를 가져오는 것으로 보인다⁷⁷⁾.

(나) 아동학대

아이들에 대한 학대의 정도 및 그 빈도는 가출을 유발하는 중요한 요인이다. 이와 같은 결과는 가출과 아동학대와의 관계에 대한 국내의 연구들의 일치하는 현상이다. 가출의 원인 중에서 부모의 학대와 구타가 24.5%로 가장 높다고 한 연구⁷⁸⁾도 있었고, 가출의 가정적 요인 중에서 부모의 학대와 방임이 26.1%로 가장 높다고 한 연구⁷⁹⁾도 있었다. 한편, 아동학대로 인해 발생하는 아이들의 성격 혹은 행동상의 변화도 문

77) 김준호·박정선, 전계논문, 171면 인용.

78) 장인협, 아동복지론, 서울대출판부, 1984, 106면(김준호·박정선, 전계논문, 140면 재인용).

79) 김영모 외, 한국아동복지연구, 한국아동복지정책연구소, 1983, 106면(김준호·박정선, 전계논문, 140면 재인용).

제지만, 아동학대를 하는 사람들의 특성도 중요한 연구대상이 된다. 그들이 지니고 있는 일반적 특성은 그들의 충동적이고 의존적이고 우울하고 비판에 상처받기 쉽고, 대처능력·자존심·자기통제력이 부족한 사람들이라고 한다. 따라서 아동학대의 문제를 해결하기 위해서는 이러한 이상 성격의 징후를 보이는 학대자에 대해서도 별도의 연구가 진행되어야 할 필요가 있다⁸⁰⁾.

(다) 가족의 구조·기능

가족을 구성하고 있는 구성원들이 하나의 결원도 없이 모두 다 정상적인 상태에서 동거를 하고 있는 집단이 그렇지 못한 집단보다 가출을 유발할 가능성이 훨씬 적다고 한다. 한편, 가족의 기능적인 측면에서 고려된 사항들은 부부의 갈등정도, 가정의 화목도, 형제들에 대한 차별대우, 형제간의 싸움, 훈육의 일관성 및 양육태도 등 5개 요인인데, 대부분의 가족관련변인들은 아이들의 가출에 유의미한 영향을 미치는 것으로 나타났으며 정상적인 가정으로서의 기능을 다 하지 못하는 가정의 청소년들이 상대적으로 정상적인 가정의 청소년들보다 가출을 할 가능성이 절대적으로 높다고 한다⁸¹⁾.

3. 부모에 대한 수강명령제도 도입문제

(1) 서 론

전술한 연구들에서 보는 바와 같이, 청소년문제에 대해서는 가정과 친권자의 책임 내지는 영향이 적지 않다. 특히 친권자의 양육태도와 가치관은 청소년비행의 제지 또는 촉진요인으로서 결정적이라는 것을 각종 연구결과들은 보여주고 있다. 그러므로 청소년문제의 근원적 해결을 위해서는 법원이 필요한 경우 청소년 뿐만 아니라 그 친권자나 보호자에게도 수강명령을 내릴 수 있는 제도의 도입이 필요하다고 본다.

80) 김준호·박정선, 전계논문, 140-141면 인용.

81) 김준호·박정선, 전계논문, 170-175면 인용.

(2) 수강명령제도 개황

이하에서는 수강명령제도의 일반적 내용을 소개함으로써 그에 대한 인식을 돕고자 한다⁸²⁾. 수강명령(Attendance Center Order)이란 법원이 유죄가 인정된 범죄인이나 비행소년을 교화하고 개선하기 위하여 일정한 강의나 교육을 받도록 명하는 것을 말한다. 수강명령의 주된 목적은 경미한 범죄자에 대하여 심성을 개발하고 올바른 축진하는 데에 있다. 또한 수강명령제도는 시설 내 처우의 폐단을 줄이고 비용을 절감할 수 있으며, 지역사회와의 관심과 협력을 이루어 낼 수 있는 제도이다.

이러한 수강명령제도는 우리 나라에서는 최근에 도입되었지만, 선진국에서는 이미 오래 전부터 시행되었던 것이다. 수강명령제도의 모범이 되고 있는 영국의 제도와 독일의 유사제도를 소개하면, 영국의 경우에는 독립처분으로서의 수강명령과 보호관찰조건으로서의 수강명령으로 나뉜다. 전자에 속하는 센터출석명령(Attendance Centre Order)은 비교적 비행성이 약한 범죄자들에 대하여 일정기간 동안 일정한 교육장소에 참석하여 강의·훈련 또는 상담을 받도록 하는 독립처분으로서 1948년 刑事司法法에 의하여 도입된 것이다. 후자에 속하는 보호관찰주간센터출석명령(Probation Day Centre Order)은 보호관찰에 조건부로 부과되는 처분으로서 사회봉사명령과 함께 1982년 刑事司法法에 의하여 도입된 것이다. 주간센터(Day Center)는 통상 일과시간 중에 보호관찰대상자에 대하여 사회적응능력을 향상시키고 재범을 방지할 수 있도록 필요한 교육과 훈련을 시키는 비수용적 수강시설이다. 독일에서 수강명령제도와 유사한 것은 형법 제56c조가 규정한 형집행유예의 경우에 법원이 내릴 수 있는 지시조치(Weisung)이다.

우리 나라의 수강명령제도의 현황을 살펴보면, 수강명령제도의 실시 첫해인 1989년에는 수상명령 대상자가 297명에 불과하였으나, 1990년에는 그 대상자가 1,347명으로 급격히 증가하였으며, 이후 계속 증가하는 추세를 보이고 있다.

82) 이하에서 소개한 수강명령제도의 개황은 박상기·손동권·이순래, 형사정책, 형사정책연구원, 개정판, 1999, 544-553면에서 주로 인용한 것임.

수상명령의 대상자에 대해서는 소년(보호사건)의 경우에는 소년법이, 일반형사사건의 경우에는 형법이 그 법적 근거를 제시하고 있다. 소년법 제32조에 의하면, 소년부 판사가 단기보호관찰 또는 장기보호관찰의 보호처분을 내리는 경우에 16세 이상의 소년에 대해서는 사회봉사명령 또는 수강명령을 동시에 명할 수 있다. 이에 의하면 보호관찰이라는 보호처분과 수강명령은 병과적으로만 가능하다. 그리고 형법도 최근에 그 개정을 통하여 사회내 처우로서의 보호관찰, 사회봉사명령과 더불어 수강명령제도를 성인범에게도 확대실시하는 근거조항을 신설하였다. 즉, 형법 제62조의 2에 의하면, 형의 집행을 유예하는 경우에 법원은 보호관찰을 명하거나 사회봉사 또는 수강을 명할 수 있다. 판례는 보호관찰과 수강명령을 병과하여 선고할 수 있는 것으로 보고 있다. 수강명령 대상자의 90% 이상이 50시간 이하의 수강명령을 받고 있다.

수강프로그램의 운영현황을 살펴보면, 법원예규가 제시하는 수강명령에 따른 강의내용의 일반적 유형은 (i)약물·마약·알콜치료 강의, (ii)준법운전 강의, (iii)정신·심리치료 강의, (iv)성폭력치료 강의로 나누어진다. 그리고 현재 우리 나라의 수강명령 프로그램으로는 위탁프로그램으로는 푸른교실과 희망교실 등이 있고, 보호관찰소 자체 프로그램으로는 청소년토요교실 등이 있다.

(3) 부모에 대한 수강명령이 기대할 수 있는 장점

자식의 잘못된 행위에 대하여 부모에게 책임을 묻는 것은 우리의 법문화에서는 상당히 논란의 소지가 있을 것이다. 그러나 동 제도가 시행된다면 우리 나라 청소년들의 부모에 대한 강한 정서적·감정적 유대감과 책임감을 고려할 때 청소년 비행 억제에 상당한 효과가 있을 것이며, 부모 스스로도 자식의 비행 억제에 적극적인 역할을 할 것으로 기대된다. 게다가 부모가 자식의 비행에 직접적인 책임이 있는 경우는 당연히 그에 상응한 제재라고 보아야 하며, 비록 부모가 직접적인 책임이 없는 경우라 할 지라도 청소년들의 비행에 부모는 간접적인 책임은 있는 것으로 보아야 하며, 이 경우 수강명령정도의 상대적으로 약한 제재는 여타의 형사적 제재와는 달리 부모의 권익에 대한 심각한 침해라고 보기는 어려울

것이다. 다만, 동 제도가 실효성 있는 제도로 정착되기 위해서는, 그 위하적 효과에 만족해서는 안되며 무엇보다도 수강프로그램이 각 가정의 문제 해결에 기여하는 내용을 담을 수 있도록 연구·개발의 필요성이 있다.

제 4 절 합의제 행정기관의 제도적 기능과 청소년 보호위원회의 역할문제

1. 문제의 소재

행정조직법은 전통적으로 행정법학이 소홀히 하고 있던 영역이다. 이러한 현상은 오토 마이어(Otto Mayer)까지 거슬러 올라가는데, 그는 국가와 국민간의 관계만을 法的 관계로 보고 행정조직의 문제는 법인격 내부의 문제로 보아 행정법도그마틱 안에서 배제하였다. 이러한 현상은 법원이 행정재판권의 범위를 그러한 좁은 의미의 법적 관계에 한정하고 학설도 법원에 의해 다루어지는 대상만을 연구범위로 삼게되면서 고착되었다⁸³⁾. 그러나 행정조직은 공무원과 더불어 행정권의 가장 기본적인 수단이며 국민에게 미치는 영향을 고려할 때, 법에 의한 행정의 통제를 지향하는 행정법학으로서는 간과해서는 안되는 연구영역이라 생각한다. 이 점과 관련해서 행정조직법은 특히 엄격한 해석이 요구되는 법영역이라고 본다⁸⁴⁾. 역사적

83) Otto Bachof, 전제논문, 233면 인용.

84) 이러한 관점에서 볼 때, 현재 1994. 4. 28. 선고, 89헌마221 결정(정부조직법 제 14조 제1항 등의 위헌 여부에 관한 헌법소원사건)에서 행정각부의 의미에 대한 다수 의견의 이해는 행정기관의 남설위험성을 고려하지 않은 문제점이 있다고 본다. 오히려 변정수 재판관의 다음과 같은 반대의견이 타당하다고 본다.

『헌법 제86조 제2항은 “국무총리는 대통령을 보좌하며, 행정에 관하여 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할한다” 라고 규정하고 제94조는 “행정각부의 장은 국무위원 중에서 국무총리의 제청으로 대통령이 임명한다” 라고 규정하고 있다. 위 두 조문에서 말하는 “행정각부” 가 무엇을 뜻하느냐가 문제인데 “행정각부” 란 국무회의의 심의를 거쳐 또는 단독으로 대통령이 결정한 정책과 그 밖의 집행부의 권한에 속하는 사항을 집행하는 중앙행정기관을 말하는 것으로 해석된다. 이러한 중앙행정기관은 행정각부의 하나로 하여 반드시 국무총리의 통할하에 두어야 하고, 그러한 중앙행정기관의 장은 반드시 국무위원 중에서 국무총리의 제청으로 임명되어야 한다는 것이 헌법의 취지이다. 이 점에 관하여 다수의견은...헌법은 성질상 정부의 구성단위인 중앙행정기관이라 할지라도 그것을 다 “행정각부” 로 하는 것이 아니라 그 중에서도 법률상 그 기관의 장이 국무위원이 아니라든가 또는 국무위원이라 하더라도 그 소관사무에 관하여 부령을 발할 권한이 없는 경우에는 그 기관은 헌법이 규정하는 실질법적 의미의 행정각부로 볼 수 없다고...주장한다. 그러나 헌법 제94조의 규정은 행정각부의 장은 반드시 국무위원이어야 한다는 것과 국무총리의 제청에 의하여서만 대통령이 임명할 수 있다는 것을

경험으로 볼 때도 『帝國의 붕괴는 조직의 난립에서 시작되었다』.

정부조직법은 중앙행정기관은 이 법과 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 부·처 및 청으로 하며(제2조 제2조), 행정기관에는 그 소관사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있는 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 행정위원회 등 합의제행정기관을 둘 수 있다(제5조)고 규정하고 있다. 따라서 우리 나라의 정부조직체계는 獨任制 行政機關이 원칙적인 것이고, 合議制 行政機關은 예외적인 것이며 그 설치를 위해서는 정부조직법외의 별도의 법적 근거가 있어야 함을 알 수 있다. 그리하여 청소년보호법은 동 법 제27조에서 청소년보호위원회의 설치에 관한 근거규정을 두고 있다⁸⁵⁾.

그런데 이렇게 입법자가 예외적으로 합의제행정기관을 설치한 목적이 무엇인지를 진지하게 검토할 필요가 있다. 즉, 입법자가 설정한 독립제 행정기관과 합의제행정기관의 제도적 기능을 정확히 인식해야 된다는 것

규정하는 조문이고 헌법 제95조는 행정각부의 장의 부령발포권을 규정하는 조문일 따름이다...행정각부의 장을 국무위원 중에서 임명하도록 한 것은...국회에 출석하여 국정처리상황을 보고하거나 의견을 진술하고 질문에 응답할 수 있게 하고 또한 국회의 요구에 따라 출석·답변할 수 있게 하고 국회의 해임건의에 따라 해임될 수 있게 하는 등 소관업무에 관하여 국민에 대하여 책임을 지도록 하게 하기 위한 것이다. 그러므로 앞에서 정의한 기준에 따라 성질상 행정각부에 해당되는 중앙행정기관이라면 이를 반드시 행정각부로 하여 그 기관의 장은 국무위원 중에서 임명되도록 함으로써 행정의 효율과 책임정치를 구현하려는 것이 헌법 제94조의 취지이지 그 반대로 성질상 행정각부에 해당되는 중앙행정기관일지라도 법률에서 그 기관의 장을 국무위원으로 임명하게 되어 있지 아니하는 것은 행정각부로 보지 않겠다는 취지가 내포된 규정은 아니다. 다수의견은 헌법 제94조의 정신을 왜곡하고 있다』

헌법 제96조는 행정각부의 설치·조직과 직무범위는 법률로 정한다고 규정하고 있는데, 동 규정은 우리 나라 건국당시 변치 않고 유지되고 있는 것이다. 동 규정을 해석하는데는 우리 나라의 건국당시의 헌법제정권자의 의도를 탐구할 필요가 있다고 본다. 헌법제정권자는 의회가 보기에 중요한 행정기관들-중앙행정기관이 대표적이다-을 의회의 통제 하에 두기 위해 이러한 규정을 만든 것인데, 그 당시에는 중요한 행정기관이라고는 행정각부밖에 없었기 때문에 행정각부라는 용어를 사용한 것뿐이다. 만약 지금처럼 행정각부 이외에 중요한 기관이 설치되어 있었다면 다른 용어를 사용하였을 것이다. 그러므로 지금과 같은 상황에서는 행정각부의 의미를 변정수 재판관의 의견처럼 실질적으로 해석하는 것이 타당하다고 본다.

85) 그런데 정부조직법이 아닌 당해 행정작용법에 행정조직에 관한 규정을 두는 입법형식은 한가지 중대한 입법학적 문제점이 있다. 이러한 입법형식은 정부조직법을 소관으로 하고 있는 행정자치위원회의 엄격한 심의를 우회하여 회피하고, 소관상임위원회의 해당 행정기관에 대한 온정적 태도를 이용하여 조직확대를 도모하는 수단으로 악용될 수 있다는 점이다.

이다. 특히 우리 나라 행정에서는 執行重視의 集權的 行政文化⁸⁶⁾의 영향으로 합의제 행정기관이 독임제 행정기관처럼 운영되는 현상이 만연되고 있기 때문에 더욱 그러하다. 현재 청소년보호위원회도 여타 합의제행정기관과 마찬가지로 합의제행정기관의 고유한 기능인 준사법적 기능보다는 독임제 행정기관처럼 집행적 기능에 중점을 두고 운영되고 있다고 생각한다.

2. 청소년보호위원회의 조직과 권한

(1) 청소년보호위원회의 조직

청소년보호법 제27조는 청소년보호업무를 수행하기 위하여 국무총리소속 하에 청소년보호위원회를 둔다고 규정하고 있다. 청소년보호위원회는 위원장 1인을 포함한 13인 이내의 위원으로 구성하며, 위원장은 국무총리의 제청으로 대통령이 임명하고 기타 위원은 위원장의 추천을 받아 국무총리의 제청으로 대통령이 임명 또는 위촉한다(제29조). 한편, 청소년보호위원회의 회의는 위원전원으로 구성하는 회의(전원회의)와 대통령령이 정하는 바에 따라 일부 위원으로 구성하는 회의(분과회의)로 구분하여, 전원회의는 청소년보호에 관한 기본계획의 수립 및 그 추진상황의 평가에 관한 사항 등의 사항을 심의·의결한다. 그리고 청소년보호위원회의 사무를 처리하기 위하여 사무국을 둔다(법 제33조).

(2) 청소년보호위원회의 권한

청소년보호위원회는 유해환경으로부터 청소년보호를 위한 기본계획의 수립 및 추진상황의 평가에 관한 사항, 청소년에게 유해한 매체물의 청소년에 대한 유통규제와 청소년에게 유익한 매체물의 지원에 관한 사항, 청소년에게 유해한 업소로부터의 청소년보호에 관한 사항, 청소년에게 유해한 약물 등으로부터의 청소년보호에 관한 사항, 청소년폭력·학대 등으로부터 청소년을 보호하기 위한 교육·홍보·치료·재활 등 청소년

86) 박동서, 한국행정론, 제4전정판, 법문사, 1998, 49-56면 참조.

보호에 필요한 사항, 청소년유해환경에 대한 신고접수와 처리 및 청소년유해환경으로부터의 청소년보호를 위하여 필요한 조사·연구 및 교육에 관한 사항, 청소년유해환경으로부터 청소년보호기능을 수행하는 민간단체의 지원 및 청소년유해환경 정화를 위한 시민운동의 지원에 관한 사항, 청소년보호를 위한 행정기관 상호간의 협조·지원에 관한 사항, 청소년보호와 관련하여 관계중앙행정기관의 장이 요청하는 사항 등에 관한 사무를 소관으로 한다(법 제28조 제1항).

그리고 청소년보호위원회는 청소년유해환경으로부터 청소년을 보호하기 위하여 필요한 교육과 홍보에 관한 계획의 수립·시행·평가, 청소년유해환경으로부터 피해를 입은 청소년의 치료와 재활을 위하여 필요한 시설의 설치·운영, 청소년유해환경의 정화·교육·홍보·치료·재활에 관한 사업을 하는 단체 및 개인에게 행정적·재정적인 지원 등에 관한 시책을 시행하여야 한다(법 제28조 제2항).

3. 합의제 행정기관의 제도적 기능

(1) 합의제 행정기관의 연혁

합의제 행정기관은 행정학과 조직이론에서 말하는 소위 위원회조직(committee)의 일종이다. 합의제 행정기관은 다양한 위원회조직들 중에서도 관청의 성격을 지닌 합의제 기관으로서, 그 결정은 국민에 대해서 법적 구속력을 가지며 결정기능·집행기능 등과 같은 적극적인 행정기능을 수행한다는 점에서 단순한 자문위원회와는 구별된다.

위원회조직의 기원은 멀리는 고대 그리스와 로마시대에 까지 거슬러 올라갈 수 있겠으나, 일반적으로는 유럽 절대주위시대에 군주의 보좌기관이었던 쿠리아(Curia)에서 행정적 기능을 담당하였던 기관이 발전된 것이라고 한다⁸⁷⁾. 그러나 절대주의의 몰락과 공공행정영역의 확대에 따라 전통적인 합의제 행정기관은 점차 독임제 행정기관으로 바뀌어 갔다.

이러한 유럽에서의 경향과는 달리, 미국에서는 독립 초기에 해밀턴(Hamilton)의 주장에 따라 독임제 행정기관이 주축을 이루다가 화폐경

87) 유영욱, 행정조직론, 학문사, 1997, 170면 참조.

제의 발달과 獨立規制委員會(Independent Regulatory Commission)의 증가에 따라 합의제 행정기관이 크게 발전하게 되었다. 즉, 20세기 초엽 이래 자본주의의 모순으로 인한 사회·경제적 문제를 해결하고자 개별 행정분야에서 전문적·기술적 사항을 다루는 수많은 독립규제위원회(합의제 행정기관)이 설치되었다. 그리고 집행적 권한 뿐만 아니라 준사법적·준입법적 권한까지도 보유하고 있는 동 위원회의 활동을 법적으로 규율하여 공익과 사익을 조정할 필요성이 생겨, 위원회의 권한·권한행사의 절차·사법적 통제에 관한 법규를 중심으로 美國의 行政法이 형성되어갔던 것이다⁸⁸⁾.

미국의 경우 합의제 행정기관은 1900년 갈베스턴(Galveston)市이래로 지방자치의 차원에서 널리 보급되어 교육·사회·보건·복지영역 등에 주로 활용되어 왔었다. 그러나 이러한 지방자치차원의 위원회조직보다는 연방차원의 독립규제위원회에서 합의제 행정기관의 특성을 더욱 잘 살펴볼 수 있다.

(2) 미국의 독립규제위원회제도

독립규제위원회는 근대 자유방임주의 사상과 독점자본주의 체제하에서 발생된 여러 가지 경제·사회적인 문제를 해결하고 사회복지를 증진시키기 위해서 발달된 것으로서, 준입법권과 준사법권을 가지고 개인의 권리와 의무를 규제하는 합의제 행정기관이다⁸⁹⁾.

최초의 독립규제위원회인 주간상업위원회(Interstate Commerce Commission), 연방통상위원회(Federal Trade Commission), 연방동력위원회(Federal Power Commission), 연방통신위원회(Federal Communication Commission), 노동위원회(National Labor Relation Board), 연방해상위원회(Federal Maritime Board) 등이 독립규제위원회의 대표적인 예이다.

미국에서 이러한 독립규제위원회가 발달하게 된 것은 여러 개의 州나 영역에 관련되고 다양한 이해관계인이 개입되는 문제들을 보다 전문화되

88) 박정훈, 전계서, 29면 인용.

89) 박연호, 행정학신론, 박영사, 1979, 157-158면 참조.

고 집단적인 심의를 통해 해결하고자 했기 때문이며, 그 당시 보통법체계하의 미국 법원이 행정부가 관련된 사건을 재판할 경우 법률문제가 아닌 사실문제에 대해서는 심리를 회피하고 있었던 것도 독립규제위원회의 준사법적 기능이 발달되게 만든 원인이었던 것으로 보인다.⁹⁰⁾ 그러나 그 기능상의 장점에도 불구하고 다음과 같은 점들이 문제점으로 지적되었다. 즉, ①독립규제위원회의 독립성과 합의성이라는 조직상의 특성으로 인해 대통령의 일관성있는 정책수행을 저해하고, ②일반행정기관에 비해 복잡한 사회·경제적인 여건의 변동에 대응하지 못하는 경향이 있고, ③지나치게 법적 절차를 강조하다가 사무처리가 지연되는 경우가 많고, ④독립규제위원회에 대한 정치권력의 강력한 뒷받침이 없을 때에는 위원회의 정책을 수행해 나가기 어렵다는 것이다.

이와 같은 독립규제위원회의 문제점들로 인해 독립규제위원회제도의 개선방안들이 여러 번 제안되었는데, 그 중에서 특히 유명한 것으로서는 1937년의 행정관리에 관한 대통령위원회(브라운로우 위원회)와 1949년의 제1차 후버(Hoover)위원회의 건의였다. 먼저 1936년 행정관리에 관한 대통령위원회는 독립규제위원회를 「머리없는 정부의 제4부」(Headless Fourth Branch Government)라고 지칭하면서 독립규제위원회의 집행적 기능과 준입법적 기능을 部省의 局으로 이관하고 준사법적 기능도 部省 내의 독립적인 성격을 띤 회의체에 이관할 것을 건의하였다. 그후 1949년 제1차 후버위원회도 필요할 경우에는 독립규제위원회의 집행기능을 행정기관에 이관하고 행정적 책임을 위원장에게 부과할 것 등을 건의하였는데, 이러한 건의는 당시 어느 정도 반영되었다. 한편 1955년 제2차 후버위원회도 준입법권과 준사법권의 기능을 입법부와 사법부에 이양하고 조사기능과 재결기능을 분리시킬 것을 건의한 바 있었다.

(3) 합의제 행정기관의 장단점

근대적인 합의제 행정기관제도는 현대 행정국가(administrative state)의 대두와 함께 발생한 사회·경제의 급격한 변동과 국제적인 복잡성 속

90) Bernard Schwartz, French Administrative Law and Common Law World, 1954, 320-323면과 338면 참조.

에서 사회·경제문제의 해결을 보다 합리적이고 집단적인 판단을 통하여 해결하고자 하는 제도라고 하겠다. 그리고 합의제 행정기관은 국정에 대한 국민의 참여의식을 높이고 이를 통하여 의사를 국정에 널리 반영시킬 수 있을 뿐만 아니라, 여러 사람의 토론을 거쳐 보다 신중한 의사결정을 할 수 있다는 민주적인 성격을 지니고 있다. 그리고 대부분 정치적 중립성을 보장받고 있기 때문에 정당정치의 영향을 덜 받게 되어 행정의 중립성과 계속성을 확보하기가 용이하다고 볼 수 있다⁹¹⁾.

그러나 전술한 미국의 독립규제위원회제도에서 지적된 것처럼, 합의제 행정기관은 여러 가지 문제점을 지니고 있는 제도이기도 하다. 사회적 배경과 가치관이 서로 다른 여러 이질적인 위원들로 구성되므로 위원들 간의 의견을 조정·통합하여 결론에 도달하기까지 많은 시간과 경비가 소요되며, 그 결과 타협적 결정을 양산하기 쉽다. 그리고 구성원이 여러 명이므로 책임의 소재를 명확히 하기 힘들고, 사무국이 위원회를 지배하게 되어 사실상 위원회를 무력화시킬 가능성도 높다. 그렇지만 무엇보다도 우리 나라의 경우는 합의제 행정기관의 독립성과 자율성이 부족하다는 점에 주의할 필요가 있다. 미국의 경우에는 독립규제위원회들이 지나치게 강한 독립성을 발휘한 점에 문제의 초점이 있기 때문에 우리 나라와는 상황이 다르다⁹²⁾. 우리 나라의 합의제 행정기관들은 임명권자인 행정부의 수반에게 종속되어 있을 뿐만 아니라, 내부적으로도 위원들이 위원장에 대해서 종속되어 있다는 문제점이 있다.

4. 청소년보호위원회의 기능상 문제점

청소년보호위원회·금융감독위원회·공정거래위원회 등을 포함한 우리나라의 합의제 행정기관들의 공통적인 문제점은 합의제행정기관이 준사법적 기능보다는 지나치게 행정적·집행적 기능중심으로 운영되고 있다는 점이다. 이것은 입법자가 당해 행정기관을 독립제 행정기관이 아닌

91) 청소년보호위원회 위원들도 청소년보호법 제32조에 의해 직무상 독립성과 신분을 보장받고 있다.

92) 박동서, 전계서, 359면 참조.

합의제 행정기관으로 구성하였던 의도를 훼손하는 것이다⁹³⁾.

합의제 행정기관의 제도적 기능-입법자의 의도-은 단순히 조직의 민주적 운영을 제고하기 위한 것이 아니라, 準司法的 機能·準立法的 機能의 수행에 있다. 즉, 독임제 행정기관이 아닌 합의제 행정기관을 설치한 입법자의 의도는 「민주적 조직운영의 제고」라는 組織內的인 효과때문이 아니라, 준사법적 기능·준입법적 기능이 국민에게 미치는 組織外的인 효과를 증시하였기 때문이다. 민주적 조직운영이라는 원리는 모든 국가기관에게 지켜야 할 기본적인 의무이지, 청소년보호위원회·금융감독위원회·공정거래위원회 등에 대해서만 특별히 고려될 이유는 없는 것이다.

물론 법률에 역시 규정되어 있는 합의제 행정기관의 집행적 기능⁹⁴⁾의 가치를 무시할 수는 없다. 문제는 법률에 규정되어 있는 준사법적 기능과 집행적 기능 중에서 어느 기능에 중점을 두어야 하는가 이다. 이것은 합의제행정기관이나 위원회조직에 관한 행정학이론이나 연구자의 주관적인 價値觀·組織觀에 따라 판단할 문제가 아니다. 이것은 당해 기관의 조직법률은 물론이고 정부조직법 및 여타 기관의 조직법률을 모두 종합적으로 검토하여 입법자의 의도를 찾아내는 과정인 것이다. 행정조직에 관한 관련법률들을 모두 종합적으로 검토한 결과⁹⁵⁾ 입법자가 당해 합의제행정기관에게 다른 행정기관이 대체할 수 없는 고유한 집행적 기능을 부여하고 있는 경우에는, 그 집행적 기능은 준사법적 기능에 못지 않은 가치를 가지고 있다고 보아야 한다. 그 대표적인 예가 공정거래위원회의 집행적 기능이다. 그러나 금융감독위원회는 금융감독원이라는 별도의 집행기관을 가지고 있고, 청소년보호위원회의 유해환경규제업무는 지방자치단체나 경찰의 기본적인 경찰업무에 속하는 것이다⁹⁶⁾. 따라서 금융감

93) Otto Bachof, 전계논문, 233-235면 참조.

94) 청소년보호법 제36조 제4항은 청소년보호위원회 및 경찰서장은 청소년이 소유하거나 소지하는 담배·술·성기구와 같은 청소년유해약물과 청소년유해매체물 등을 수거하여 폐기 또는 기타 필요한 처분을 할 수 있다고 규정하고 있다.

95) 당해 기관의 조직법률만을 대상으로 할 경우에는 입법자의 의도를 정확히 파악하기 어렵다. 대부분의 조직법률들이 선행 법률들을 무비판적으로 그대로 따라 만들었기 때문에, 위 3개 위원회의 조직규정만 하더라도 그 자체로서는 대동소이한 실정이다.

96) 게다가 청소년보호위원회는 그 직제를 보면 위원장까지 포함하여 40여명으로 구성된 소규모 행정기관이다. 이 정도의 인원에게 우리 나라의 수많은 청소년유해환경 규

독위원회와 청소년보호위원회가 집행적 기능에 경도된다면 공정거래위원회와는 차원이 다른 문제의 소지가 있는 것이다.

이와 관련하여, 금융감독위원회와 공정거래위원회의 조직과 업무에 관한 선행 연구들을 살펴본다. 금융감독위원회에 관한 한 연구⁹⁷⁾는, 동 위원회의 준사법적 기능의 제고를 강조하면서, 심사기구의 독립성의 제고·제3자적 성격의 강화를 위한 심사관 기피의 원칙 등의 도입·민사소송과 비슷한 강도의 변론 및 증거조사절차 채택을 주장하였다. 한편, 공정거래위원회에 관한 한 연구⁹⁸⁾는, 회의체인 공정거래위원회와 그 보좌기구인 사무처로 종적으로 이원화되어 있는 현재의 조직을 하나의 조직으로 통합한 뒤에 이를 그 기능에 따라 심결파트(준사법적 기능)와 정책파트(집행적 기능)로 재편성할 것을 주장하였다.

동 연구들은 동일한 합의제 행정기관의 성격을 가지고 있는 두 기관에 대해, 전자의 연구는 준사법적 기능을 강화할 것을 주장하고 있고 후자의 연구는 준사법적 기능과 집행적 기능을 종래의 종적 관계에서 수평적 관계로 개편할 것을 주장하고 있어, 표면적으로는 대치되는 입장에 선 것으로 볼 수도 있다. 그러나 전술한 바와 같이 두 합의제 행정기관이 가지고 있는 집행적 기능의 차이를 고려한다면, 동 연구들은 모두 이해할 만한 주장이라고 본다.

이러한 관점에서 볼 때 금융감독위원회에 대한 전술한 전자의 연구내용은 청소년보호위원회에도 타당한 것이라고 본다. 특히 청소년유해매체에 대한 규제는 헌법과 형법상의 음란물규제보다도 광범위한 규제이므로, 그 판단기준도 기존에 판례를 통해 형성된 음란물판단기준과는 다를 수밖에 없다⁹⁹⁾. 이러한 판단기준의 정립은 궁극적으로는 법원의 역할이다. 그러나 그러한 법원의 심사에 앞서 바로 청소년보호위원회가 신중하

제에 관한 고유한 집행적 기능이 맡겨져 있다고 생각할 수는 없다. 준사법적 기능에 전담하기에도 부족한 인원이다.

97) 유진식, 금융감독법제정비방안 연구, 한국법제연구원, 1999. 12, 33-39면 참조.

98) 권오승, 시장경제의 발전과 사회조화의 실현, 21세기 시장경제의 발전과 법의 지배 (한국법제연구원 개원10주년기념 국제학술회의 자료), 한국법제연구원, 2000. 9. 27, 28면 참조.

99) 임지봉, 음란물과 연극·영화·비디오물의 음란성 판단기준에 관한 연구, 법조, 2000. 6, 138면과 145면 참조.

고 전문적인 연구를 하고 사회 각 분야와 學際的(interdisciplinary) 접촉¹⁰⁰⁾을 통해 판단기준을 정립해 나가야 할 책임이 있다고 본다. 바로 이러한 것이 입법자가 청소년보호위원회를 합의제 행정기관으로 설정한 이유 중의 하나이며, 판단기준의 정립이이야 말로 原理(principle)에 의한 問題解決이고¹⁰¹⁾¹⁰²⁾ 진정한 의미의 준사법적·준입법적 기능인 것이다. 청소년보호위원회와 같은 합의제 행정기관의 준사법적 기능이 법원의 심사를 대체할 수는 없는 것이다¹⁰³⁾. 그럼에도 불구하고 독일 등에서는 법원이 합의제 행정기관의 결정을 존중하여 그 결정에 대해서는 절차적 하자여부만 심사하는 경향에 있다. 우리 나라에서도 청소년보호위원회가 법원의 신뢰를 얻어 법원이 청소년보호위원회의 판단기준에 공감하고 존중하는 정도가 될 때 동 위원회는 합의제 행정기관으로서의 진정한 사명을 다한 것이라고 본다.

제 5 절 청소년정책기구 단일화문제

1. 문제의 소재

최근 정부조직개편과 관련하여 현재 문화관광부와 청소년보호위원회로 이원화되어있는 청소년정책기구의 단일화 문제가 논란이 된 바 있다. 이 문제에 대해서는 관련 정부기관들 뿐만 아니라 각종 청소년단체와 청소년문제에 관한 전문가들 사이에서도 열띤 논쟁이 벌어졌었다. 결국은 현재의 상태를 유지하는 것으로 잠정적인 결론이 난 듯하지만, 이 문제는 우리 사회가 앞으로도 계속 고민해야될 몇 가지 쟁점을 담고 있다.

청소년정책기구의 단일화 문제는 기본적으로 우리 나라에서 청소년육성기능과 청소년보호기능의 관계를 어떻게 설정해야 하는가에서 시작해야 한다. 이 두 기능들은 서로 대립적인 것인가 아니면 상보적인 작용을 하는 것인가를 검토할 필요가 있다.

100) M. D. A. Freeman, 전계논문, 91면 참조.

101) 박정훈, 전계논문, 34-43면 참조.

102) M. D. A. Freeman, 89-91면 참조.

103) Otto Bachof, 전계논문, 235면 참조.

2. 청소년정책의 연혁과 정책기구 단일화 논의

(1) 청소년정책의 연혁

우리 나라의 청소년정책 및 관련 법제는 다음과 같이 크게 3기에 걸쳐 변화되어 왔다¹⁰⁴⁾.

1) 제1기 (1977년 8월 이전)

이 시기는 대한민국의 정부수립으로부터 1977년 8월까지로 볼 수 있다. 청소년정책의 제도화를 위한 방향이 모색되고 청소년정책의 필요성이 인식되기 시작한 때로 볼 수 있다. 건국이후 1964년까지 16년간 청소년정책은 여러 부처에 분산되어 실시되어 왔고, 그때 그때의 필요성에 따라 산발적이고 즉흥적으로 이루어짐으로써 청소년지도정책으로 도출되는 것은 없었다. 이 시기에 법제화 된 것으로는 1961년의 미성년자보호법 및 1962년의 아동복지법과 1964년에 설치된 청소년보호대책위원회를 들 수 있다. 청소년보호대책위원회는 청소년 선도 및 보호에 관한 대책을 강구하기 위한 국무총리산하 자문기관으로서, 청소년 전반에 사항을 심의·건의하고 이의 시행을 위하여 관계기관 및 단체와의 연락·협조·조정업무를 담당하였다.

이 시기에는 주로 청소년에 대한 대책차원에서의 규제위주의 보호정책이 핵심이었으며, 관련부처 간의 정책조정기능이 위원회를 통해 제한적이거나 이루어지기 시작했다는 점과 청소년을 대상으로 하는 법률이 제정됨으로써 청소년정책이 처음으로 법제화되었다는 점에 의의가 있다고 볼 수 있다.

2) 제2기 (1977년 8월부터 1985년 1월 이전까지)

제2기는 1977년 8월부터 1985년 1월 이전까지의 시기로 볼 수 있다. 내무부 장관이 위원장으로 되어있던 종전의 청소년보호대책위원회가 국

104) 대한민국 법제 오십년사, 법제처, 1999, 1012-1018면 참조.

무총리를 위원장으로 하는 청소년대책위원회로 발전되면서 국무총리실의 정책조정·통제기능이 강화된 때로 볼 수 있다. 이 시기에는 기존의 아동복지법이 1981년 4월 23일 아동복지법으로 전면 개정되면서 적용대상이 모든 아동으로 확대되었으며, 전담부서는 아니지만 위원회업무가 크게 강화되었다. 청소년 보호 및 선도에 관한 종합적인 중앙대책기구의 성격을 갖는 청소년대책위원회에는 청소년대책실무위원회가 설치되었으며 시·도 단위는 물론 읍·면·동 단위까지 청소년대책실무위원회가 설치되었다. 그러나 이 시기에 청소년 지도업무란 독자적인 영역이 있는 것이 아니었고, 각 부처에서 고유업무를 수행하는 과정에서 청소년 관련 사업을 경쟁적으로 확장하는 경향을 보였다.

3) 제3기 (1985년 1월 이후)

이 시기는 1985년 1월부터 현재까지의 기간이라고 볼 수 있다. 1991년 12월 30일에는 청소년기본법이, 1997년 3월 7일에는 청소년보호법이 각각 제정되어 청소년정책의 전환기를 맞게되었다. 청소년기본법 이전에는 1987년 11월 28일 청소년육성법이 청소년육성에 관한 최초의 법으로 제정되면서 청소년대책위원회가 청소년육성위원회로 되었고, 제6차 경제사회발전 5개년 계획에 청소년부문이 최초로 포함되는 제도적 발전이 있었다. 특히 1988년 6월에는 체육부에 청소년정책 전담부서로서 청소년국이 신설되었다. 그 후 체육부는 체육청소년부로, 청소년국은 청소년정책조정실로 확대개편되고 시·군·구에 청소년계가 신설되어 청소년행정 전달체계가 확립되었다. 그러나 1998년 2월 28일 정부조직법 개정으로 문화관광부체제로 바뀌면서 청소년정책실이 청소년국으로 다시 변경되었다. 그리고 청소년기본법은 청소년정책을 효과적으로 추진할 수 있는 법적 뒷받침을 마련하기 위하여 기존의 청소년육성법에 미진하였던 부분을 개선·보완하였으며, 청소년에게 유해한 매체물과 약물 등이 청소년에게 유통되는 것과 청소년이 유해한 업소에 출입하는 것 등을 규제하기 위하여 청소년 보호법이 제정·공포되었다.

(가) 청소년육성법(1987.11.28)

청소년육성법은 청소년들이 안전하고 쾌적한 환경 속에서 자기발전을 추구하면서 가족·사회 및 국가의 구성원으로서의 책임을 다하도록 한다는 입법목적 하에 1987년 11월 28일 제정되었으며, 그후 1991년 12월 31일 청소년기본법에 의하여 폐지되었다. 그 주요내용은 다음과 같다. ① 청소년의 육성 등을 위한 정부주요시책을 조정하기 위하여 국무총리소속 하에 청소년육성위원회를 설치하고, ② 국가 또는 지방자치단체는 청소년의 심신수련과 정서개발을 목적으로 하는 청소년 시설을 설치·운영할 수 있고, ③ 청소년시설을 개인·법인 또는 단체가 설치·운영하는 경우에는 그 경비의 일부를 보조할 수 있도록하며, ④ 국가 또는 지방자치단체는 청소년 단체의 조직 및 활동에 관하여 협조·지원할 수있게 하고 청소년의 보호·육성·선도 등에 관한 조사·연구 및 연수를 담당하기 위하여 한국청소년연구원을 설립하도록 하였다.

(나) 청소년기본법

(1991년 12월 31일 제정, 1995년 12월 29일·1999년 2월 8일 개정)

청소년 기본법은 청소년육성법의 규정을 개선·보완한 대체입법으로서 1991년 12월 31일 제정되었다. 그 주요내용은 다음과 같다. ① 국가는 10년마다 청소년육성에 관한 기본계획을, 매 연도마다 기본계획에 의한 시행계획을, 지방자치단체는 매 연도마다 기본계획에 의한 시행계획을 수립·시행하도록 하고, ② 체육청소년부 장관은 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 청소년수련지구를 지정할 수 있도록 하며, ③ 청소년육성사업의 지원에 필요한 재원을 확보하기 위하여 청소년육성기금을 설치하도록 하되, 그 재원은 정부의 출연금, 정부 외의 자가 출연하는 현금·물품 기타 재산, 기금의 운용으로 생기는 수익금 등으로 하였다.

(다) 청소년보호법 (1997년 3월 7일 제정, 1999년 2월 5일 개정)

청소년보호법은 1997년 3월 7일 제정되었다. 그 주요 내용은 ①이 법의 보호 대상이 되는 청소년을 만 18세 미만의 자로 규정하고, ②이 법의 규정에 의한 청소년 보호에 관한 업무와 유해 환경으로부터 청소년을

보호하기 위한 각종 시책을 독립적으로 추진하기 위하여 문화체육부장관 소속 하에 합의제 행정기관으로 청소년보호위원회를 설치하도록 하였다.

그리고 원조교제·청소년을 이용한 유흥업소의 호객행위 등 새로운 형태의 청소년 유해행위가 생기고 청소년에 대한 학대도 심각한 사회문제로 대두됨에 따라 1999년 2월 5일 동 법이 개정되었다. 개정법에서는 ①적용대상이 되는 청소년의 연령을 만 18세 미만에서 만 19세 미만으로 상향조정하였고, ②청소년을 이용한 일체의 성적행위·청소년과의 대가성 성적교제(원조교제)·청소년에게 풍기문란 장소 제공·청소년을 이용한 일체의 호객행위·청소년에 대한 가혹한 행위 등을 청소년유해행위로 규정하였고, ③미성년자보호법은 제정(1961년 12월 13일 제정 법률 제834호)후 수차례 걸쳐 개정되었으나 그 내용의 대부분이 청소년보호법과 중복되고 미성년자 연령(만 20세 미만)과 청소년 연령의 차이로 인한 혼란을 해소하기 위하여 폐지하였다.

(2) 정책기구 단일화 논의

1) 국무총리소속 하에 단일한 정책기구를 설치하자는 입장

단일화를 주장하는 견해들을 요약하면, 청소년정책의 수립·총괄·조정을 위해 청소년보호법에 국무총리실 소속의 『청소년위원회』설치근거를 마련하고 중앙행정기관 지위를 부여해 청소년보호정책기능과 육성정책기능을 수행하도록 하자는 것이다. 즉, 기존의 문화관광부 청소년국에서 담당하고 있는 청소년육성기능을 청소년보호위원회에 통합하자는 것으로서, 청소년보호위원회의 권한을 확대하자는 입장이다¹⁰⁵⁾. 그 논거들은 다음과 같다. 첫째, 정부조직개편 과정 등에서 여성이나 청소년, 장애인이나 노인 등 사회적 약자를 위한 정책들이 우선 순위에서 지나치게 무시되고 있다. 둘째, 현재 청소년관련 업무가 정부 각 중앙부처에 산재해 있어 청소년정책의 종합적이고 일관성 있는 수립과 추진에 어려움이 있어 왔으며, 청소년업무의 특성상 청소년정책은 보호업무와 육성업무가

105) 권장희, 청소년정책을 총괄·조정하는 전담기구 더 이상 늦출 수 없다, 민족예술, 2000년 8월호 참조

동시에 상호보완적으로 추진돼야 하나 청소년보호위원회의 보호업무와 문화부의 육성업무로 이원화돼 있어 정부의 종합적이고 실효성 있는 청소년정책 수립과 집행에 어려움이 있다. 셋째, 현실적으로 청소년의 육성과 복지를 방해하고 왜곡하는 주요한 장벽은 상업주의에 물든 문화산업인데, 문화관광부는 청소년에게 가장 영향력이 있는 문화산업(텔레비전, 영화, 비디오, 게임, 음반, 공연, PC방, 노래방, 비디오방, 오락실 등)과 관광산업(카지노, 관광호텔, 증기탕, 특수관광업 등)을 육성하고 지원하는 핵심적인 역할을 담당하고 있어서 문화관광부로 청소년정책기구가 단일화될 경우 청소년보호기능이 위축될 우려가 있다.

2) 문화관광부소속 하에 단일한 정책기구를 설치하자는 입장

동 견해들은 『문화는 청소년활동의 중심영역』이라는 전제하에서 청소년육성기능의 중요성을 강조하고 있다. 그래서 전술한 견해에 대해서, 다음과 같이 비판하고 있다¹⁰⁶⁾. 첫째, 국무총리실 소속 『청소년위원회』는, 그 성격상 스태프기능을 기본으로 하고 있어 집행능력이 부족하여 방대하고 다양한 청소년업무를 능동적으로 추진하기에는 부적합하다. 그리고 정부조직체계상 합의제 기구인 위원회는 위반행위 처벌·과징금 부과 등과 같은 준사법적 기능을 주로 수행하는 조직이지 다양하고 방대한 업무를 각급 기관과 연계해 체계적으로 집행하는 업무에는 적합하지 않다. 둘째, 청소년조직을 기존의 청소년보호위원회를 확대하는 방향으로 개편할 경우에는, 그 기능상 규제·단속중심의 운영이 예상되며 이러한 규제 위주의 정책으로는 미래의 주역인 청소년의 창의력·모험심·전문능력을 계발하는데 한계가 있고 21세기 무한경쟁의 지식기반사회를 이끌어 나갈 적극적이고도 능동적인 청소년을 육성할 수 없다. 셋째, 차관급 청소년위원회는 국무회의 참석이나 독자적인 법령발의 등에 제약이 있고, 유관부처와의 협의나 강력한 정책추진에도 한계가 있다. 넷째, 보다 본질적인 문제로, 청소년보호법이나 청소년보호위원회는 청소년들을 유해환경이나 약물로부터 격리 보호하기 위해 주로 성인을 대상으로 규제하는 법이며

106) 김현모, 청소년정책기구 단일화에 대한 문화관광부의 입장, 민족예술, 2000년 8월호 참조.

엄밀한 의미에서 청소년을 대상으로 하는 업무가 아니기 때문에 검찰·경찰권을 통한 단속·처벌이 주를 이루고 있다. 이 점에서 보면 오히려 교육·노동·복지부문과의 유기적 연계가 더 필요할 것이다.

3. 청소년육성기능과 청소년보호기능의 조화문제

이상의 견해들을 살펴보면, 그 기저에는 청소년보호기능과 청소년육성기능의 의미와 그 기능들의 우선순위에 대한 인식차이가 상당함을 알 수 있다. 이러한 인식의 차이는 문화관광부나 청소년보호위원회라는 조직의 유지나 확대라는 관료적 이익도 결부되어 있음은 부인할 수 없는 것이나, 그보다는 청소년보호기능과 청소년육성기능의 본래적인 의미에 논의를 집중할 필요가 있다고 본다¹⁰⁷⁾.

우선 현행 법률을 중심으로 살펴본다. 현재 법제상으로는 우리 나라의 청소년행정은 크게 청소년기본법을 중심으로 한 청소년육성업무와 청소년보호법을 중심으로 한 청소년보호업무로 나누어지고 있다. 즉, 청소년기본법 제1조는 동 법은 청소년육성정책에 관한 기본적인 사항을 규정함을 그 목적으로 한다고 규정하면서, 제3조 제2호에서 『청소년육성』이라 함은 『청소년의 복지를 증진하고, 청소년의 수련활동을 지원하며, 청소년 교류를 진흥하고, 사회여건과 환경을 청소년에게 유익하도록 개선하여 청소년에 대한 교육과 상호보완함으로써 청소년의 균형있는 성장을 돕는 것』이라고 규정하고 있다. 한편 청소년보호법 제1조는 동 법의 입법목적 을 『청소년에게 유해한 매체물과 약물등이 청소년에게 유통되는 것과 청소년이 유해한 업소에 출입하는 것등을 규제하고, 청소년을 청소년폭력·학대 등 청소년유해행위를 포함한 각종 유해한 환경으로부터 보호·구제함으로써 청소년이 건전한 인격체로 성장할 수 있도록 함』이라고 규정하고 있다.

이상의 규정들에 따르면 청소년기본법과 청소년보호법은 기본적인 입법목적들이 분명히 다르다. 동 법률들의 헌법적 근거를 찾아보더라도, 전

107) 그러한 관료적 이해관계나 조직에 대한 논의가 과연 우리 나라 청소년문제들을 해결하는데 얼마나 실질적인 효과가 있는지에 회의적이다.

자는 헌법 제34조제4항의 국가는 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다는 규정이 될 것이며, 후자는 헌법 제37조제2항의 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 제한할 수 있다는 규정이 될 것이다¹⁰⁸⁾. 그러므로 전자는 給付行政法(社會行政法)의 유형에 속하는 것이고, 후자는 秩序行政法(警察行政法)의 유형에 속하는 것이다¹⁰⁹⁾. 양자는 그 내용(효과)의 면에서도 구별된다. 급부행정은 공공시설의 설치, 보조금의 지급 등에 의하여 그 생활·활동에 필요한 재화·역무를 제공함으로써 개인의 이익추구활동에 대하여 조장적으로 작용하는 것이다. 이에 대하여 질서행정은 사회의 질서유지를 위하여 필요한 규제적 조치를 취함으로써 사적활동을 제한한다. 물론 질서행정도 공공질서를 유지함으로써 간접적으로는 개인의 이익추구활동에 봉사하는 것이기는 하나, 직접적으로는 개인의 자유로운 활동을 제한하는 속성을 가지는 것이다. 따라서 각각의 행정을 규율하는 법원리도 차이가 있는 것이 당연하다. 전자의 경우에는 사회국가의 원리·보충성의 원칙·합법성의 원칙·평등의 원칙·과잉금부금지의 원칙·부당결부금지의 원칙·신뢰보호의 원칙 등이며, 후자의 경우에는 경찰목적소극의 원칙·경찰공공의 원칙·경찰책임의 원칙·경찰비례의 원칙·경찰평등의 원칙 등이다¹¹⁰⁾.

이렇게 청소년보호기능과 청소년육성기능은 본질적으로 서로 다른 성격을 가진 것들이다. 두 가지 기능이 추구하는 궁극적인 목적이 우리 사회의 청소년들을 위한 것이라 하여 이러한 성격상의 차이가 무시되어서는 안된다. 따라서 청소년보호기능과 청소년육성기능을 단일한 행정기관에서 수행한다고 하더라도 서로 조화를 이루기 위해서는 많은 노력이 필요하다. 기존의 견해들은 이러한 점들에 대해서 구체적인 논의를 하고

108) 헌법학계에서는 청소년보호법과 유사한 입법목적은 가지고 있었던 구미성년자보호법을 헌법제37조제2항의 질서유지를 위한 기본권제한법률의 전형적인 예로 보고 있다. 김철수, 헌법학개론, 제9전정판, 1997, 301면 참조.

109) 프랑스에서 음란영화에 대한 행정규제를 공공질서의 일종으로 보아 경찰행정영역으로 본 사례에 대해서는 Jean Rivero·Jean Waline, Droit administratif, 제17판, 1998, 420-421면 참조.

110) 김동희, 행정법Ⅱ, 제5판, 1999, 166-197면 참조.

있지 않다. 지나치게 조직의 문제에만 논의가 집중되어 왜 통합되어야 하는가에 대한 당위론적인 논의에 그치고, 어떠한 청소년문제에 어떻게 효과를 미칠 것이라는 구체적인 설명이 부족하다. 국무총리소속 하에 단일한 정책기구를 설치하자는 입장들은 그 주장대로 채택될 경우 청소년 육성기능은 어떻게 발전시킬 것인지 그리고 문화관광부소속 하에 단일한 정책기구를 설치하자는 입장들도 그 주장대로 채택될 경우 청소년보호기능은 어떻게 발전시킬 것인지에 대해서 좀 더 분석적인 논거들을 제시하여야 할 것이다. 두 가지 기능은 모두 우리 청소년들에게 중요한 것이다. 그러므로 관련 행정기관을 단일화할 경우 시너지효과를 창출하지 않고 오히려 현재 상태보다 어느 한 가지 기능이 위축될 위험이 있다면 조직통합문제에 보다 신중을 기하지 아니 할 수 없다.

그런데 당장 조직이 통합되지는 않는다 할지라도, 우선 양 기능이 서로 조화를 이루어 상호보완을 해주어야 할 영역들이 생겨나고 있다¹¹¹⁾. 대표적인 영역이 청소년보호센터·청소년재활센터·가출청소년을 위한 쉼터의 운영 활성화문제이다.

청소년문제에 대한 刑事法的인 접근방법은 본질적으로 事後處罰에 중점을 두고 있어, 청소년의 장래와 가능성을 고려할 때 반드시 요구되는 事前豫防을 위한 조치에는 상대적으로 소홀하다. 뿐만 아니라 事後救濟에 있어서도, 實效性있는 구제수단의 모색에는 한계를 보인다. 그 대표적인 문제점이 우리 나라에서는 청소년의 치료 및 재활기능과 가출청소년에 대한 보호기능 등이 대단히 미흡하다는 것이다.

그 대표적인 예로서, 가출문제에 대해서 살펴본다. 경찰관직무집행법 등 우리 나라 법령들은 기본적으로 가출청소년들을 보호의 대상으로 보기보다는 『정당한 이유없이 이탈하는 자』 또는 『장래 형벌법령에 저촉될 행위를 할 우려가 있는 자』등으로 처벌과 규제를 염두에 둔 부정적인 관점에서 보고 있다. 그러한 관점에서 보기 때문에 가출청소년에 대한 복지적 보호조치는 미흡하고, 이미 양육능력을 상실한 가정으로 되돌려 보내는 것이 제1차적인 조치로 규정되고 있다. 청소년보호법에도 유해매체

111) 이러한 영역들이 많아질수록 조직통합의 필요성은 커질 것이다.

물·약물·업소 등 유해환경으로부터 청소년을 보호하는 규정들만 있을 뿐, 가출·가정폭력 등으로부터 청소년들을 실질적으로 보호·지원할 수 있는 규정들은 없다. 청소년기본법 제46조에서도 경제적·정신적·신체적으로 특별한 보호와 지원을 필요로 하는 청소년에 대하여 우선적으로 수련활동·교육·직업훈련·의료보호 등을 배려하여야 한다고 규정하고 있으나, 가출청소년·불우청소년 등이 가장 필요로 하는 주거시설에 관하여는 아무런 규정도 없이 선언적인 규정에 만족하고 있다. 아동복지법에서도 보호조치에 관한 규정이 있으나, 이 역시 가출청소년을 귀가시키는 것이 우선이고 귀가조치시킬 가정이 없는 경우에 한해서 아동복지시설에 입소시킬 뿐이다(동법 제11조·제12조). 그래서 동법 시행령 제2조에 규정한 아동복지시설의 유형에도 보호자가 없는 고아·기아·미아 등을 양육하는 『육아시설』과 가출아·부랑아 등을 일시적으로만 수용하는 『아동일시보호시설』에 관한 규정만 있는 실정이다¹¹²⁾.

그런데 이러한 기능들은 청소년보호업무와 청소년육성업무 중에서 어느 업무에 속하는 것인지 법제적으로나 이론적으로 불분명한 점이 있다.

우선 관련 법률을 살펴본다. 청소년보호법은 명시적으로 이러한 기능을 청소년보호기능의 일부로서 규정하고 있다. 동 법 제33조의2(청소년보호센터 등)에는 ①청소년폭력·학대 등 유해환경으로부터 청소년을 임시로 보호하기 위하여 청소년보호위원회에 청소년보호센터를 둘 수 있고, ②청소년보호센터에는 피해를 당한 청소년에게 법률상담, 소송업무대행 등의 법률적 지원을 할 수 있도록 전문변호사를 둘 수 있고, ③청소년폭력·학대 등의 피해·가해청소년 및 약물로부터 고통을 받는 청소년의 재활을 위하여 청소년보호위원회에 청소년재활센터를 둘 수 있고, ④ 청소년보호센터 및 청소년재활센터에 관한 세부적인 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있다.

한편, 청소년기본법도 이러한 기능을 청소년육성기능으로 해석할 수 있는 관련 규정을 두고 있다. 동 법 제46조(청소년 복지증진 등)에는 ① 국가는 청소년들이 처해있는 객관적인 상황과 그들의 의식·생활태도 등

112) 이민희·이명숙·정희옥·이춘화, 가출청소년쉼터 운영모델, 한국청소년개발원, 1998, 25-29면 참조.

을 정기적으로 조사하여 청소년의 복지증진정책의 수립·시행에 기초자료로 활용하여야 하고, ②국가 및 지방자치단체는 수련활동·교육·직업훈련·의료보호 등의 시책을 추진함에 있어서 경제적·정신적·신체적으로 특별한 보호·지원을 필요로 하는 청소년에 대하여는 우선적으로 배려하여야 한다고 규정하고 있고, 제48조(청소년유해요인 정비 등)제3조는 국가 및 지방자치단체는 필요한 경우 청소년전용 활동지역을 지정할 수 있으며, 이 경우 청소년활동에 필요한 시설을 우선하여 설치할 수 있도록 지원하여야 하고 있다. 한편 동 법 제49조(청소년의 비행예방 등)에는 국가 및 지방자치단체는 청소년의 비행예방 및 비행청소년에 대한 선도와 비행청소년이 수련활동에 적극 참여할 수 있도록 필요한 시책을 강구하여야 한다고 규정하고 있고, 제66조(기금의 용도)는 기금은 수련활동의 지원·수련시설의 설치 및 운영지원·청소년지도자의 양성지원·청소년단체의 활동지원·어려운 청소년에 대한 지원·청소년교류의 지원·기타 청소년육성 등을 위하여 대통령령으로 정하는 사업에 사용한다고 규정하고 있다.

학대받는 청소년을 위한 청소년보호센터, 약물로 고통받고 있는 청소년들의 치료와 재활을 위한 청소년재활센터, 그리고 가출청소년을 위한 쉼터의 운영은 국가가 개입해서 지원해야 할 사회적·현실적 필요가 있다. 그러나 청소년보호법은 청소년보호센터와 청소년재활센터의 설치를 위한 근거규정은 있으나 그를 위한 예산지원이 없고¹¹³⁾, 청소년기본법은 관련규정이 있으나 실제 그에 관한 활동을 수행하고 있지 않아 청소년을 위한 치료와 재활기능은 사실상 방치되고 있다.

그러므로 이 문제들의 해결을 위하여 우선 청소년육성차원에서 문화관광부가 적극적으로 관심을 가져야 한다고 본다. 이용하는 청소년들의 거부감도 줄일 수 있을 것이다. 그리고 청소년보호위원회는 이러한 시설들이 청소년보호의 마지막 종착지라는 측면에서 관련이 될 뿐만 아니라,

113) 청소년보호법 제49조제4항에 따르면 과징금으로 징수한 금액은 청소년 유해환경정화를 위한 프로그램의 개발·보급등 청소년 선도보호를 위한 사업에 사용하도록 규정되어 있다. 이러한 청소년보호법의 입법취지를 살리기 위해서는 특별회계나 기금을 설치해야 하는데, 이를 위한 구체적인 규정이 없어 청소년보호법 제49조제4항은 死文化되고 있다.

이러한 시설을 이용하여야 할 관련 청소년을 먼저 발견하게 될 것이므로 양 기관간에 적극적인 협조관계는 필수적이다. 양 기관간에 조직개편을 둘러싼 갈등 속에서 관련 청소년들에 대한 보호의 사각지대가 발생하지 않도록 주의가 필요하다.

제 4 장 청소년보호법의 법적 문제점과 개선방안

제5장 요약 및 결론

본 연구에서는 청소년의 기본권존중과 공법의 관점에서 규제연령 통일 문제·부모의 치료거부문제·수강명령제도 도입문제·합의제 행정기관의 제도적 기능에 관한 문제·청소년정책기구 단일화문제 등을 검토하고 그에 따른 몇 가지 입법론을 제시하였다.

우선 논의의 전제로서 청소년의 고유한 독자적 권리의 인정여부에 대해서 규범적 측면과 사실적 측면에서 검토하여, 保護와 教育을 받을 권리와 自己決定의 權利를 청소년의 고유한 권리로 보았다.

保護와 教育을 받을 권리의 구체적 내용은 「아동의 권리선언」를 중심으로 제시하였다. 즉, 아동은 신체적·정신적으로 미성숙한 존재이므로 법률상의 보호를 비롯한 특별한 보호를 받아야 하며, 아동보호를 위한 입법시 아동의 최선의 이익을 최대한 고려하여야 한다. 그리고 아동은 사회보장의 혜택을 받을 권리, 건강하게 발육하고 성장할 권리, 적절한 영양·주거·레크레이션·의료를 받을 권리, 의무적인 무상의 초등교육을 받을 권리 등을 가진다. 그리고 장애아동은 특별한 보호를 받아야 하며, 생계가 곤란한 아동에 대해서는 특별한 보호를 하여야 하며, 아동의 교육 및 지도는 아동의 최상의 이익원칙에 따르고 그 제1차적 책임은 양친에게 있다고 보았다.

自己決定의 權利의 구체적 내용은 「아동의 권리에 관한 국제협약」을 중심으로 제시하였다. 동 협약 제12조에서는 「당사국은 자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 자신의 견해를 자유스럽게 표시할 권리를 보장하며, 아동의 견해에 대하여는 아동의 연령과 성숙도에 따라 정당한 비중이 부여되어야 한다. 이러한 목적을 위하여, 아동에게는 특히 아동에게 영향을 미치는 어떠한 사법적·행정적 절차에 있어서도 직접 또는 대표자나 적절한 기관을 통하여 진술할 기회가 국내법적 절차에 합치되는 방법으로 주어져야 한다」고 규정하고 있는데, 이러한 내용에서 아동의 자기결정의 권리의 핵심적 내용이 도출된다고 보았다. 즉, 국가는 청소년정책을 입안함에 있

어 청소년의 연령과 성숙도를 반영해야 하고 청소년에게 의견표명기회를 부여해야 한다고 보았다.

그리고 청소년의 고유한 권리 및 인간으로서의 권리(청소년의 시민적 권리)에 비추어 볼 때, 현행 청소년보호법은 다음과 같은 문제점이 있다고 보았다.

첫째, 청소년보호법 제2조제1호의 『청소년이라 함은 19세 미만의 자를 말한다』는 규정은 몇 가지 문제점을 가지고 있다. 대학생과 근로청소년의 기본권을 합리적인 한도에서 제한하고 있고, 국가는 청소년들의 성장과 발달상태를 고려하여 각종 입법을 할 의무가 있음에도 청소년보호법 등 각종 법률은 지나치게 단일 연령기준을 사용하고 있으며, 연령기준이라는 입법기술이 갖고 있는 본질적인 문제점에 대한 인식도 부족하다. 따라서 청소년이 교육과정에 있는지 아니면 취업하여 사회인으로서 생활하고 있는지의 여부, 교육과정에 있더라도 고등학생인지 아니면 대학생인지의 여부, 부모의 보호·교육권의 행사 여부 등을 연령기준과 함께 사용하고, 연령을 단계별로 구분하여 연령별로 규제정도를 달리할 필요가 있다는 점을 지적하였다.

둘째, 부모가 종교상의 이유 또는 양육에 관한 부모의 권리 등을 들어 아동에 대한 치료를 거부하는 경우에 국가의 개입이 명백히 요구되는 상황일지라도, 우리 나라 법제 하에서는 국가가 개입할 수 있는 길은 거의 없는 실정이다. 그러나 한 인간의 생명 선택권을 부모가 좌우할 수 있는가에 대해서는 의문이 따르지 않을 수 없다. 남용의 위험성도 무시할 수는 없다. 따라서 부모의 수술거부가 형법상의 유기죄나 민법상의 친권상실사유에 이르지 않는 경우에도 청소년보호법이나 아동복지법에 관계 행정청이 필요한 경우에 아동의 생명권 보호를 위해서 부모에게 수술을 명할 수 있는 근거를 마련해야 한다고 본다. 그런데 우리 법제가 갖고 있는 근본적인 문제점은 의료비용부담의 문제이다. 우리 나라의 경우에는 이러한 비용부담에 관한 규정이 없어 의료기관에서는 더욱 부모의 동의에만 의존하게 된다. 따라서 국가가 부모에게 수술을 명할 경우에는 그 의료비용을 국가가 부담하는 시스템을 마련해야 동 제도가 실효성을 발휘하게 될 것이다. 따라서 국가가 비용을 부담하는 법적 근거와 절차를

법률에 규정할 필요가 있는데, 국가개입의 목적이 청소년의 생명권 존중에 기한 청소년 보호가 기본목적이므로 청소년보호법에 이에 관한 사항을 규정하거나 일부 의료관계법을 개정하여 해결하는 방안을 검토할 필요가 있다.

셋째, 부모의 책임에 대한 우리 청소년보호법의 태도를 살펴보면, 법 제3조에서 가정의 역할에 대해 선언적으로 규정하고 있을 뿐 어떠한 제재도 부과하지 않는다. 이는 우리의 법문화가 자식의 잘못에 대해 부모에게 책임을 묻는 것에 소극적이기 때문인 것으로 보인다. 그러나 일본만 하더라도 소년법 제37조 등을 통하여 미성년자의 음주·흡연에 대해서 그 부모에게 제재를 가하고 있다. 그러나 이제는 우리 법제에서도 필요한 경우 부모에 대해서도 어느 정도 책임을 지우는 것을 고려할 필요가 있다고 본다. 결손가정과 빈곤가정의 청소년들이 비행을 많이 할 것이라는 사회적 통념과는 달리, 오히려 고소득가정과 부모의 애정과 적절한 통제가 결핍된 가정의 청소년들이 비행을 많이 한다는 연구결과도 있다. 이제는 우리 사회에서 청소년문제에 있어서 부모의 책임을 제고시키는 조치를 검토해야 할 때가 되었다고 보며, 적어도 부모에 대한 수강명령제도 정도는 도입할 필요가 있다고 본다.

넷째, 우리 나라의 집권적이고 집행중시의 행정문화는 합의제 행정기관이 독립제 행정기관처럼 왜곡운영되는 현상을 초래하고 있다. 청소년보호위원회·금융감독위원회·공정거래위원회 등을 포함한 우리 나라의 합의제 행정기관들의 공통적인 문제점은 합의제행정기관이 준사법적 기능보다는 지나치게 행정적·집행적 기능중심으로 운영되고 있다는 점이다. 이것은 입법자가 당해 행정기관을 독립제 행정기관이 아닌 합의제 행정기관으로 구성하였던 의도를 훼손하는 것이다. 합의제 행정기관의 제도적 기능-입법자의 의도-은 단순히 조직의 민주적 운영을 제고하기 위한 것이 아니라, 準司法的 機能·準立法的 機能의 수행에 있다. 문제는 법률에 규정되어 있는 준사법적 기능과 집행적 기능 중에서 어느 기능에 어느 정도의 비중을 두어야 하는가 이다. 이것은 당해 기관의 조직법률은 물론이고 정부조직법 및 여타 기관의 조직법률을 모두 종합적으로 검

토하여 입법자의 의도를 찾아내는 과정인 것이다. 행정조직에 관한 관련 법률들을 모두 종합적으로 검토한 결과, 입법자가 당해 합의제행정기관에게 다른 행정기관이 대체할 수 없는 고유한 집행적 기능을 부여하고 있는 경우에는, 그 집행적 기능은 준사법적 기능에 못지 않은 가치를 가지고 있다고 보아야 한다. 청소년보호위원회의 경우 집행적 기능보다는 준사법적 기능을 강화하여야 한다고 본다. 특히 청소년유해매체물에 대한 규제는 헌법과 형법상의 음란물규제보다도 광범위한 규제이므로, 그 판단기준도 기존에 판례를 통해 형성된 음란물판단기준과는 다를 수밖에 없다. 이러한 판단기준의 정립은 궁극적으로는 법원의 역할이지만, 법원의 심사에 앞서 청소년보호위원회가 신중하고 전문적인 연구를 하고 사회 각 분야와 學際的(interdisciplinary) 접촉을 통해 판단기준을 정립해 나가야 할 책임이 있다고 본다. 바로 이러한 것이 입법자가 청소년보호위원회를 합의제 행정기관으로 설정한 이유 중의 하나이며, 진정한 의미의 준사법적·준입법적 기능인 것이다. 청소년보호위원회가 법원의 신뢰를 얻어 법원이 청소년보호위원회의 판단기준에 공감하고 존중하게 될 때 동 위원회는 합의제 행정기관의 진정한 사명을 다한 것이라고 본다.

다섯째, 최근 정부조직개편과 관련하여 현재 문화관광부와 청소년보호위원회로 이원화되어있는 청소년정책기구의 단일화 문제가 논란이 된 바 있다. 이 문제에 대해서는 기본적으로 우리 나라에서 청소년육성기능과 청소년보호기능의 관계를 어떻게 설정해야 하는가에서 시작해야 한다. 이 두 기능들은 서로 대립적인 것인가 아니면 상보적인 작용을 하는 것인가를 검토할 필요가 있다.

현행 법률을 중심으로 살펴보면 청소년기본법과 청소년보호법은 기본적인 입법목적들이 분명히 다르다. 전자는 급부행정법(사회행정법)의 유형에 속하는 것이고, 후자는 질서행정법(경찰행정법)의 유형에 속하는 것이다. 그에 따라 『청소년보호기능』와 『청소년육성기능』은 각각의 행정을 지도하는 法原理에 차이가 있음을 인식하여야 한다고 본다. 이러한 특성에 대한 신중한 고려없이 조직통합을 이룬다면, 두 기능 중에서 어느 한 기능이 위축될 가능성이 높다고 본다. 따라서 청소년보호기능과 청소년육성기능을 단일한 기관에서 수행한다고 하더라도 서로 조화를 이

루기 위해서는 많은 노력이 필요하다. 그런데 당장 조직이 통합되지 않는다고 할지라도, 우선 양 기능이 서로 조화를 이루어 상호보완을 해주어야 할 영역들이 생겨나고 있다, 대표적인 영역이 청소년보호센터·청소년재활센터·가출청소년을 위한 쉼터의 운영 활성화문제이다.

이 문제는 청소년보호법과 청소년기본법의 유기적 협력관계가 정립될 필요가 있음을 의미한다. 이것은 『청소년문제는 처벌과 규제만으로 해결될 수 없다』는 당연한 명제를 法規範적으로 더욱 철저히 관철하는 것이기도 하다. 이는 그래서 비행청소년의 재활과 치료는 청소년육성이라는 측면에서도 지원되어야 한다고 본다.

제 5 장 요약 및 결론

참 고 문 헌

- 김철수, 헌법학개론, 제9전정판, 1997.
- 김동희, 행정법Ⅱ, 제5판, 1999.
- 박동서, 한국행정론, 제4전정판, 법문사, 1998, 4.
- 양수산, 친족상속법: 가족법, 일신사, 1996.
- 박상기·손동권·이순래, 형사정책, 형사정책연구원, 개정판, 1999.
- 이동원·김지선, 한국의 청소년비행 연구동향, 한국형사정책연구원, 1999.
- 김준호·김순형, 가정환경과 청소년비행, 한국형사정책연구원, 1995.
- 김준호·박정선, 청소년의 가출과 비행의 관계에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993.
- 이민희·이명숙·정희옥·이춘화, 가출청소년쉼터 운영모델, 한국청소년개발원, 1998
- 김엘림, 개정가족법과 가족법개정운동에 관한 연구, 한국여성개발원, 1991.
- 김엘림 등, 성폭력·가정폭력 관련법의 시행실태와 과제, 한국여성개발원, 2000.
- 변화순 등, 최근 가족해체 실태 및 복지대책, 한국여성개발원, 2000. 5
- 변용찬·서문희·배화옥, 아동권리 증진을 위한 법·제도적 조치-아동권리협약에 관한 2차 국가보고서 작성을 위한 기초연구-, 한국보건사회연구원, 1998. 12.
- 유영옥, 행정조직론, 학문사, 1997.
- 대한민국 법제 오십년사, 법제처, 1999.
- 청소년인권의 현황과 대책, 청소년보호위원회, 1998. 12.
- 청소년관계제도 연구자료집, 한국청소년연구원, 1991.
- 황성기, 아동의 인권에 관한 연구, 서울대 석사학위 논문, 1994.
- 이강혁, 헌법문제로서의 양친의 교육권, 고시연구, 1983. 3.

참 고 문 헌

- 김선택, 아동·청소년보호의 헌법적 기초-미성년 아동·청소년의 헌법적 지위와 부모의 양육권-, 헌법논총 제8집, 헌법재판소, 1997.
- 권오승, 시장경제의 발전과 사회조화의 실현, 21세기 시장경제의 발전과 법의 지배(한국법제연구원 개원10주년기념 국제학술회의 자료), 한국법제연구원, 2000. 9. 27.
- 박정훈, 행정법에 있어서의 이론과 실제, 행정소송·행정법 연구과정 교재, 서울대학교 법학연구소, 1999. 3. 8.
- 이준우, 연령에 따른 법령적용 유형에 관한 연구, 법제연구, 통권 제 18호, 2000.
- 유진식, 금융감독법제정비방안 연구, 한국법제연구원, 1999. 12.
- 최윤진, 청소년 권리제한 논리의 정당성에 대한 고찰, 한국청소년연구 제10권 제1호, 1999.
- 박영태, 응급의료에 관한 법률 개정 법률, 법제 2000. 11.
- 조영준, 아동성착취규제에 관한 국제 동향, 법조, 통권512호, 1999. 5.
- 전현정, 독일의 개정민법에서 “이혼 후의 공동친권”에 관한 고찰, 인권과 정의, 통권 288호, 2000년 8월호.
- 임지봉, 음란물과 연극·영화·비디오물의 음란성 판단기준에 관한 연구, 법조, 통권 525호, 2000. 6.
- 권장희, 청소년정책을 총괄·조정하는 전담기구 더 이상 늦출 수 없다, 민족예술, 2000년 8월호.
- 김현모, 청소년정책기구 단일화에 대한 문화관광부의 입장, 민족예술, 2000년 8월호.
- 森田明, 未成年者保護法と現代社會, 有斐閣, 1999.
- 澤登俊雄, 少年法入門, 有斐閣, 2000. 2.
- Otto Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30, 1972.

- Jean Rivero · Jean Waline, Droit administratif, 제17판, 1998.
- Bernard Schwartz, French Administrative Law and Common Law World, 1954.
- Harry D. Krause, Child Law-Parent, Child, and State-, New York University Press, 1992.
- Michael S. Wald, Children's Rights: A Framework for Analysis, University of California Davis Law Review, Vol. 12, 1979.
- Bruce C. Hafen, Children's Liberation and the New Egalitarianism: Some Reservations About Abandoning Youth to Their "Rights", Brigham Young University Law Review, 1976.
- Stuart J. Baskin, State Intrusion into Family Affairs: Justifications and Limitations, Stanford Law Review, Vol. 26, No.6, June 1974.
- M. D. A. Freeman, Freedom and the Welfare State: Child-Rearing, Parental Autonomy and State Intervention, Journal of Social Welfare Law, 1983.
- Martha Minow, Rights for the Next Generations: A Feminist Approach to Children's Right, Havard Women's Journal, Vol. 9, 1986.