

헌정제도연구사업

Issue Paper 2018-01-03

## I. 기본권의 쟁점과 전망

# 아동권

배 건 이



한국법제연구원  
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE





# 아동권

배 건 이 (한국법제연구원 부연구위원)

---

KOREA  
LEGISLATION  
RESEARCH  
INSTITUTE

ISSUE PAPER 2018-01-03

아동권

I. 들어가며	07
II. 아동권의 개념 및 의의	08
1. 아동의 개념적 정의	08
2. 아동권의 개념 및 의의	09
III. 아동권 신설에 관한 현황 및 쟁점	11
1. 아동권 관련 현황	11
2. 아동권 관련 쟁점	21
IV. 주요국별 아동권 관련 규정 비교 - 스위스헌법 제11조를 중심으로 -	30
1. 아동권 개념 및 의의	30
2. 아동권의 주요내용	32
V. 맺음말	37



# I. 들어가며

---

- 현행 헌법은 ‘아동의 권리’에 관한 구체적이고 직접적 규정을 두는 대신, 평등·교육·근로 등 개별 기본권 규정의 해석을 통해 간접적으로 권리를 도출하고 있음.
- 아동학대가 사회문제로 대두되면서 아동의 권리보호를 위한 헌법적 차원의 별도규정이 필요하다는 인식 또한 확대되면서 아동권에 관한 논의가 본격화 되었음.
- 본 연구에서는 지금까지 진행된 아동권 신설여부에 관한 국내 개헌논의를 토대로, 개헌과정에서 충분히 다뤄지지 못한 아동권 관련 법적 쟁점을 체계적으로 분석하고 국내외 논의 및 문헌자료와 비교검토 하여, 향후 헌법개정을 위한 기초자료를 제공하고자 함.

## II. 아동권의 개념 및 의의

### 1. 아동의 개념적 정의

- 아동에 대한 개념적 정의는 개별 학문적 분야에 따라 매우 다양하게 정의되고 있음.
  - 사전적 의미에서 아동은 나이가 적은 아이, 대개 유치원에서부터 사춘기 전까지의 아동을 일컫는 의미로 기술하고 있음.<sup>1)</sup>
  - 발달심리학적 관점에서 신체와 정신적 성숙도에 따라 아동을 연령별로 구분하면, 수정에서 출생까지의 아동은 ‘태아’, 출생에서 2세까지의 아동은 ‘영아’, 2세부터 6세까지의 아동은 ‘유아’, 6세부터 12세까지를 ‘학령기 아동’, 12세부터 18세까지는 ‘청소년기 아동’이라고 구분함.<sup>2)</sup>
- 법적 측면에서 아동에 대해 명확한 개념적 정의를 내리고 있는 규정은 존재하지 않으며, 각 개별법에 따라 아동의 범주를 각각 달리 규정하고 있는 실정임.
  - 현행 헌법에서는 아동에 대한 규정은 존재하지 않으며, 헌법 제31조제2항에 따르면 “모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다”라고 규정하여, 부모의 교육의무로부터 추론되는 자녀의 권리에 대해서만 언급하고 있음.<sup>3)</sup>
  - 「민법」 제3조에 따르면, “사람은 19세로 성년에 이르게 된다.”고 규정하고 있어, 만 19세 미만의 자는 미성년자로 규정하고 있음.

1) 국립국어원 표준국어대사전(접속일 2018. 06. 17), [http://stdweb2.korean.go.kr/search/List\\_dic.jsp](http://stdweb2.korean.go.kr/search/List_dic.jsp)

2) 윤지원 외 2인, 아동보호의 개념으로의 아동안전 정책방향 연구-재난관리 관점에서-, 한국위기관리학회, 한국위기관리논집 제10권 제11호, 2014, 3-4면.

3) 정혜영, 아동의 기본권에 관한 연구 -‘아동’ 관련조항의 신설과 그 헌법적 모델에 관한 검토, 한국공법학회, 공법학연구 제10집 제4호, 2009, 82면.

- 「아동복지법」 제3조제1호에서는 “아동이란 18세 미만인 사람을 말한다.”고 규정하여 아동의 연령기준을 폭넓게 정하고 있음.
- 「영유아보육법」 제2조제1호에서는 “영유아란 6세 미만의 취학적 아동을 말한다.”고 규정하고 있음.
- 「청소년보호법」 제2조제1호에서는 “청소년이란 만19세 미만인 사람을 말한다.”고 규정하고 있음.
- 「UN아동권리협약(Convention on the Right of the Child)」 제1조에서는 “아동의 범위는 특별히 따로 범으로 정하지 않는 한 18세 미만까지로 한다.”고 규정하고 있음.
- 이상을 종합해 볼 때, 아동이라는 권리주체에 대한 개념적 정의는 개별법의 목적에 따라 연령기준을 달리하고 있으며, 실정법상 성인과 다른 권리주체로서 영유아·청소년·미성년자 등을 포함하는 넓은 의미의 개념임.<sup>4)</sup>

## 2. 아동권의 개념 및 의의

- 아동에 대한 다양한 개념적 정의가 존재하듯이, 아동의 권리(아동권)에 대한 확립된 법적 개념이 존재하지는 않음.
- 대부분의 국가에서는 헌법상 아동권을 직접적인 기본권 형태로 규정하기 보다는, 국가의 미래세대 보호의무 규정을 두거나, 개별 헌법규정의 해석을 통해 아동권을 구체화 하고 있음.
- 특히, 입법적 차원에서는 범죄 및 장애여부 등처럼 각종 보호법익을 특정하여 개별 법률을 제정하는 방식을 통해 아동권의 실질적 내용을 보호하고 있음.
- 국내에서 아동권에 대한 논의가 시작된 것은 「아동권리선언(1959)」이나 「UN아동권리협약(Convention on the Right of the Child)」과 같은 국제기준의 영향에 의한 것이며, 1962년 「아동복지법」

4) “아동이라는 개념은 넓은 의미로 사용되면 좁은 의미의 아동 및 청소년을 포함하기도 한다. 이 경우에는 넓은 의미의 아동과 구분되는 좁은 의미의 아동을 뜻하기 위해 어린이라는 개념이 사용되고, 보통 어린이와 청소년을 병렬시켜 넓은 의미의 아동의 개념으로 사용하기도 한다....”: 이준일, 어린이와 청소년의 기본권, 한국공법학회, 공법연구제30집제5호, 2002, 213면-214면.

제정을 시작으로 2000년 「아동·청소년 성보호에 관한 법률」, 2012년 「아동의 빈곤예방 및 지원 등에 관한 법률」 및 「장애아동복지지원법」, 2014년 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 등을 차례로 제정하여 아동의 권익보장을 실질화 하고 있음.

- 2017년 헌법개정 논의가 본격화 되면서, 아동의 기본권 신설여부가 쟁점으로 부각되었으며, 이듬해 4월 문재인 대통령의 헌법개정안 제36조제1항에 아동권 신설안이 제안되었음.<sup>5)</sup>
- 따라서 본 연구에서는 향후 헌법개정에 대비할 수 있는 기초자료로써, 국제인권법적 기준에 기반한 아동권 개념이 아니라, 헌법상 기본권으로서 아동권을 중점적인 분석대상으로 다루고자 함.

---

5) “국회 여성가족위원회가 28일 전체회의에서 '성평등 실현 및 아동권익보장을 위한 헌법개정 관련 의견서'를 채택하고 이를 헌법 개정특별위원회에 전달했다. 헌법을 개정할 때 실질적인 성평등과 아동권익을 보장하는 내용을 반영해야 한다는 게 골자다. 의견서에는 >실질적 성평등 보장을 위한 국가의 의무규정을 신설하고 >성평등 관점에서 여성에 대한 특별보호규정을 개정하고 >여성과 남성의 동등한 정치참여 보장 규정을 신설하고 >아동권을 신설하고 >아동·청소년의 권리증진을 위한 국가 의무를 명시하고 >여성과 아동 등이 안전하게 살 권리 보장을 반영해야 한다는 내용을 담았다...”, 뉴스한국 기사(2017. 03. 31), [http://www.newshankuk.com/news/content.asp?fs=1&ss=1&news\\_idx=201703310952031560](http://www.newshankuk.com/news/content.asp?fs=1&ss=1&news_idx=201703310952031560)

### III. 아동권 신설에 관한 현황 및 쟁점

#### 1. 아동권 관련 현황

##### (1) 입법례 및 주요판례

- 넓은 의미의 아동 개념에 따라 현행법상 아동의 권익을 보호하는 것을 입법목표로 정하고 있는 법령은 다음과 같음.
- 입법례를 종합하여 보면, 입법상 연령기준에 따라 「청소년 보호법」상 19세 미만인 사람 까지 합하여 넓은 의미의 아동으로 포섭하는데는 큰 문제가 없는 듯 보임.
- 다만, 청소년의 개념의 경우 「청소년기본법」상 연령기준을 ‘9세 이상 24세 이하’로 규정하고 있기 때문에, 청소년 보호를 목적으로 하는 다른 법률과의 체계상 일치 않아 국가의 급부지원인 경우 그 정책에 혼선을 일으킬 수 있다는 주장이 제기될 수 있음.<sup>6)</sup>
  - 「아동복지법」상의 아동의 연령은 ‘18세 미만의 사람’을 말하고, 「청소년기본법」의 청소년의 연령은 ‘9세 이상 24세 이하’로 하고 있어서 9세부터 18세까지의 사람은 아동인 동시에 청소년이라고 할 수 있음.
  - 취학중인 경우 소득활동을 영위하기 어렵기 때문에 일정한 복지 및 지원의 대상으로 하는 입법 취지에는 공감하나, 19세 이상인 경우 사회통념상 성인으로 여겨짐에도 불구하고, 19세 이상 24세 이하까지 청소년으로 규정하여 지원범위를 확대한 것이 청소년 보호의 지원을 위한 정책의 일관 성과 타 법과의 정합성 관계에서 명확성을 깨면서까지 규정할 필요성이 있는지 타당성에 의문을 제기하는 견해가 제기됨.<sup>7)</sup>

6) 장민선, 입법상 연령 기준의 적용에 관한 연구, 한국법제연구원, 2015, 129면~130면.

7) 장민선, 앞의 글, 126면~127면.

- 또한 입법례의 대부분은 아동보호의 목적에 따라 그 보호대상을 달리하고 있음을 확인할 수 있는데, 「실종아동등의 보호 및 지원에 관한 법률」의 경우 그 보호대상에 실종아동 외에, 아동보호의 목적과는 다른 지적장애인, 자폐성장애인 또는 정신장애인, 치매환자까지 적용대상으로 포섭함으로써 법률의 목표와 성격을 불명확하게 만들고 있음.
- 통상적으로 법률의 적용대상을 정할 때는 그 대상성이 유사한지를 판단하여 보호범주를 확정하는데, 동 법률의 경우 실종이라는 상황적 요건은 유사하지만, 보호하고자 하는 객체를 장애인 및 치매환자까지 포함함으로써 법률의 목표하는 바가 실종아동의 보호인지 특정 실종인만을 대상으로 하는 것인지 불명확하여 대상성의 오류를 범하고 있음.

〈표-1〉 현행 아동 관련 법령 및 법령상 보호대상

법령명	주요규정	보호대상
「보호시설에 있는 미성년자의 후견 직무에 관한 법률」	<p>제1조(목적) 이 법은 보호시설에 있는 <u>미성년자</u>의 후견인(後見人)에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.</p> <p>제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 2. “<u>부양의무자</u>”란 보호시설에 있는 미성년자에 대하여 「민법」 제 931조 및 제932조에 따라 후견인이 될 수 있는 사람을 말한다.</p> <p>제3조(후견인) ① 국가나 지방자치단체가 설치·운영하는 보호시설에 있는 미성년자인 고아에 대하여는 그 보호시설의 장이 후견인이 된다. ② 국가 또는 지방자치단체 외의 자가 설치·운영하는 보호시설에 있는 미성년자인 고아에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 보호시설의 소재지를 관할하는 특별자치시장·시장(「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」에 따른 행정시장을 포함한다. 이하 같다)·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)이 후견인을 지정한다. ③ 보호시설에 있는 고아가 아닌 미성년자에 대하여도 제1항과 제2항을 준용하되, 대통령령으로 정하는 바에 따라 법원의 허가를 받아야 한다.</p>	보호시설에 있는 미성년자
「실종아동등의 보호 및 지원에 관한 법률」	<p>제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다. 1. “<u>아동등</u>”이란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람을 말한다. 가. 실종 당시 18세 미만인 아동 나. 「장애인복지법」 제2조의 장애인 중 지적장애인, 자폐성장애인 또는 정신장애인 다. 「치매관리법」 제2조제2호의 <u>치매환자</u></p>	실종아동, 지적장애인, 자폐성장애인 또는 정신장애인, 치매환자

법령명	주요규정	보호대상
	2. “ <u>실종아동등</u> ”이란 약취(略取)·유인(誘引) 또는 유기(遺棄)되거나 사고를 당하거나 가출하거나 길을 잃는 등의 사유로 인하여 보호자로부터 이탈(離脫)된 아동등을 말한다.	
「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」	제1조(목적) 이 법은 아동학대범죄의 처벌 및 그 절차에 관한 특례와 피해아동에 대한 보호절차 및 아동학대행위자에 대한 보호처분을 규정함으로써 아동을 보호하여 <u>아동이 건강한 사회 구성원으로 성장</u> 하도록 함을 목적으로 한다. 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. “아동”이란 「아동복지법」 제3조제1호에 따른 아동을 말한다. 6. “ <u>피해아동</u> ”이란 아동학대범죄로 인하여 직접적으로 피해를 입은 아동을 말한다.	아동, 아동학대 범죄로 인한 피해 아동
「아동보호심판 규칙」	제1조(목적) 이 규칙은 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 “법”이라 한다)에 따라 대법원규칙에 위임된 사항 등 아동보호사건, 피해아동보호명령사건 및 배상명령의 처리에 관하여 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.	아동, 아동학대범죄로 인한 피해 아동
「아동복지법」	제1조(목적) 이 법은 아동이 건강하게 출생하여 행복하고 안전하게 자랄 수 있도록 <u>아동의 복지를 보장</u> 하는 것을 목적으로 한다. 제2조(기본 이념) ① 아동은 자신 또는 부모의 성별, 연령, 종교, 사회적 신분, 재산, 장애유무, 출생지역, 인종 등에 따른 어떠한 종류의 차별도 받지 아니하고 자라나야 한다. ② 아동은 완전하고 조화로운 인격발달을 위하여 안정된 가정환경에서 행복하게 자라나야 한다. ③ 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다. ④ 아동은 아동의 권리보장과 복지증진을 위하여 이 법에 따른 보호와 지원을 받을 권리를 가진다. 제3조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. “아동”이란 18세 미만인 사람을 말한다.	18세 미만의 아동
「아동수당법」	제1조(목적) 이 법은 아동에게 아동수당을 지급하여 아동 양육에 따른 경제적 부담을 경감하고 건강한 성장 환경을 조성함으로써 <u>아동의 기본적 권리와 복지를 증진</u> 함을 목적으로 한다. 제4조(아동수당의 지급 대상 등) ① 아동수당은 6세 미만의 아동에게 보호자와 그 가구의 소득이나 재산, 가구 특성 등을 반영한 경제적 수준을 고려하여 지급한다. 이 경우 보건복지부장관은 수급아동 가구의 경제적 수준이 2인 이상 전체 가구의 100분의 90 수준 이하가 되도록 지급 대상 선정 기준을 정한다.	6세 미만의 아동

법령명	주요규정	보호대상
	<p>② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 6세 미만의 아동은 이 법에 따른 지급 대상으로 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 「국민기초생활 보장법」 제7조제1항제1호부터 제4호까지의 급여 중 하나 이상의 급여를 받고 있는 가구의 아동</li> <li>2. 「아동복지법」 제52조제1항제1호의 아동양육시설이나 같은 항 제4호의 공동생활가정에서 보호조치되고 있는 아동</li> <li>3. 그 밖에 보건복지부장관이 정하는 아동</li> </ol> <p>③ 아동수당은 매월 10만원을 지급하되, 보호자와 그 가구원의 경제적 수준 등을 고려하여 일부 감액하여 지급할 수 있다.</p>	
「아동의 빈곤 예방 및 지원 등에 관한 법률」	<p>제1조(목적) 이 법은 빈곤아동이 복지·교육·문화 등의 분야에서 소외와 차별을 받지 아니하고 한 사회의 구성원으로 건강하게 자랄 수 있도록 제도적 기반을 마련하는 것을 목적으로 한다.</p> <p>제3조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. “아동”이란 「아동복지법」 제3조제1호에 따른 아동을 말한다.</li> <li>2. “아동빈곤”이란 아동이 일상적인 생활여건과 자원이 결핍하여 사회적·경제적·문화적 불이익을 받는 빈곤한 상태를 말한다.</li> <li>3. “빈곤아동”이란 생활여건과 자원의 결핍으로 인한 복지·교육·문화 등의 격차를 해소하기 위하여 지원이 필요한 아동을 말하며, 그 구체적인 기준은 보건복지부령으로 정한다.</li> </ol>	18세 미만의 아동 가운데 빈곤 아동
「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」	<p>제1조(목적) 이 법은 아동·청소년대상 성범죄의 처벌과 절차에 관한 특례를 규정하고 피해아동·청소년을 위한 구제 및 지원 절차를 마련하며 아동·청소년대상 성범죄자를 체계적으로 관리함으로써 아동·청소년을 성범죄로부터 보호하고 아동·청소년이 건강한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 함을 목적으로 한다.</p> <p>제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. “아동·청소년”이란 19세 미만의 자를 말한다. 다만, 19세에 도달하는 연도의 1월 1일을 맞이한 자는 제외한다.</li> </ol>	19세 미만의 아동·청소년
「어린이놀이시설 안전관리법」	<p>제1조(목적) 이 법은 어린이들이 안전하고 편안하게 놀이기구를 사용할 수 있도록 어린이놀이시설의 설치·유지 및 보수 등에 관한 기본적인 사항을 정하고 어린이놀이시설을 담당하는 행정기관의 역할과 책무를 정하여 어린이놀이시설의 효율적인 안전관리 체계를 구축함으로써 어린이놀이시설 이용에 따른 어린이의 안전사고를 미연에 방지함을 목적으로 한다.</p>	만13세 이하 어린이
「어린이제품 안전 특별법」	<p>제1조(목적) 이 법은 어린이가 사용하는 제품의 안전을 확보하여 어린이에게 안전한 환경을 조성하기 위한 기본적인 사항을 규정함으로써 제품으로 인한 어린이 사고를 예방하고, 어린이 건강의 유지·증진에 기여함을 목적으로 한다.</p>	만13세 이하 어린이

법령명	주요규정	보호대상
	<p>제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.</p> <p>1. “어린이제품”이란 만 13세 이하의 어린이가 사용하거나 만 13세 이하의 어린이를 위하여 사용되는 물품 또는 그 부분품이나 부속품을 말한다. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 물품 또는 그 부분품이나 부속품은 제외한다.</p> <p>가. 「약사법」 제2조에 따른 의약품 및 의약외품</p> <p>나. 「의료기기법」 제2조제1항에 따른 의료기기</p> <p>다. 「화장품법」 제2조제1호에 따른 화장품</p> <p>라. 「식품위생법」 제2조제4호에 따른 기구 및 같은 조 제5호에 따른 용기·포장</p> <p>마. 「관광진흥법」 제33조제1항에 따른 유기사설(遊技施設) 또는 유기기구(遊技機具)</p>	
「어린이식생활 안전관리특별법」	<p>제1조(목적) 이 법은 어린이들이 올바른 식생활 습관을 갖도록 하기 위하여 안전하고 영양을 고루 갖춘 식품을 제공하는 데 필요한 사항을 규정함으로써 어린이 건강증진에 기여함을 목적으로 한다.</p> <p>제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.</p> <p>1. “어린이”란 제3호에 따른 학교의 학생 또는 「아동복지법」에 따른 아동에 해당되는 자를 말한다.</p>	18세 미만의 아동
「영유아보육법」	<p>제1조(목적) 이 법은 영유아(영幼兒)의 심신을 보호하고 건전하게 교육하여 건강한 사회 구성원으로 육성함과 아울러 보호자의 경제적·사회적 활동이 원활하게 이루어지도록 함으로써 <u>영유아 및 가정의 복지 증진에 이바지함을</u> 목적으로 한다.</p> <p>제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.</p> <p>1. “영유아”란 6세 미만의 취학 전 아동을 말한다.</p> <p>4. “보호자”란 친권자·후견인, 그 밖의 자로서 영유아를 사실상 보호하고 있는 자를 말한다.</p>	6세미만의 취학 전 아동 및 보호자
「유아교육법」	<p>제1조(목적) 이 법은 「교육기본법」 제9조에 따라 <u>유아교육에 관한 사항을 정함</u>을 목적으로 한다.</p> <p>제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음 각 호와 같다.</p> <p>1. “유아”란 만 3세부터 초등학교 취학전까지의 어린이를 말한다.</p>	3세 미만의 취학전 어린이
「장애아동복지 지원법」	<p>제1조(목적) 이 법은 국가와 지방자치단체가 장애아동의 특별한 복지적 욕구에 적합한 지원을 통합적으로 제공함으로써 장애아동이 안정된 가정생활 속에서 건강하게 성장하고 사회에 활발하게 참여할 수 있도록 하며, 장애아동 가족의 부담을 줄이는데 이바지함을 목적으로 한다.</p>	18세 미만의 장애아동, 보건 복지부장관이 인정하는 6세 미만의 장애아동

법령명	주요규정	보호대상
	제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. “ <u>장애아동</u> ”이란 18세 미만의 사람 중 「장애인복지법」 제32조에 따라 등록된 장애인을 말한다. 다만, 6세 미만의 아동으로서 장애가 있다고 보건복지부장관이 별도로 인정하는 사람을 포함한다.	
「소년법」	제1조(목적) 이 법은 반사회성(反社會性)이 있는 소년의 환경 조정과 품행 교정(矯正)을 위한 보호처분 등의 필요한 조치를 하고, 형사처분에 관한 특별조치를 함으로써 소년이 건전하게 성장하도록 돕는 것을 목적으로 한다. 제2조(소년 및 보호자) 이 법에서 “소년”이란 19세 미만인 자를 말하며, “보호자”란 법률상 감호교육(監護敎育)을 할 의무가 있는 자 또는 현재 감호하는 자를 말한다.	19세 미만의 소년
「청소년 기본법」	제1조(목적) 이 법은 청소년의 권리 및 책임과 가정·사회·국가·지방자치단체의 청소년에 대한 책임을 정하고 청소년정책에 관한 기본적인 사항을 규정함을 목적으로 한다. 제3조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. “ <u>청소년</u> ”이란 9세 이상 24세 이하인 사람을 말한다. 다만, 다른 법률에서 청소년에 대한 적용을 다르게 할 필요가 있는 경우에는 따로 정할 수 있다.	9세이상 24세 이하의 청소년
「청소년보호법」	제1조(목적) 이 법은 청소년에게 유해한 매체물과 악물 등이 청소년에게 유통되는 것과 청소년이 유해한 업소에 출입하는 것 등을 규제하고 청소년을 유해한 환경으로부터 보호·구제함으로써 청소년이 건전한 인격체로 성장할 수 있도록 함을 목적으로 한다. 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. “ <u>청소년</u> ”이란 만 19세 미만인 사람을 말한다. 다만, 만 19세가 되는 해의 1월 1일을 맞이한 사람은 제외한다.	19세 미만의 청소년
「청소년복지지원법」	제1조(목적) 이 법은 「청소년기본법」 제49조제4항에 따라 <u>청소년복지향상</u> 에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다. 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. “ <u>청소년</u> ”이란 「청소년기본법」 제3조제1호 본문에 해당하는 사람을 말한다. 4. “ <u>위기청소년</u> ”이란 가정 문제가 있거나 학업 수행 또는 사회 적응에 어려움을 겪는 등 조화롭고 건강한 성장과 생활에 필요한 여건을 갖추지 못한 청소년을 말한다.	9세이상 24세 이하의 청소년

법령명	주요규정	보호대상
「청소년활동진흥법」	제1조(목적) 이 법은 「청소년기본법」 제47조제2항에 따라 다양한 청소년활동을 적극적으로 진흥하기 위하여 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다. 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. “ <u>청소년활동</u> ”이란 「청소년기본법」 제3조제3호에 따른 청소년 활동을 말한다.	9세이상 24세 이하의 청소년
「학교 밖 청소년 지원에 관한 법률」	제1조(목적) 이 법은 「청소년 기본법」 제49조제4항에 따라 학교 밖 청소년 지원에 관한 사항을 규정함으로써 학교 밖 청소년이 건강한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 함을 목적으로 한다. 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. “ <u>청소년</u> ”이란 「청소년 기본법」 제3조제1호 본문에 해당하는 사람을 말한다. 2. “ <u>학교 밖 청소년</u> ”이란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 청소년을 말한다. 가. 「초·중등교육법」 제2조의 초등학교·중학교 또는 이와 동일한 과정을 교육하는 학교에 입학한 후 3개월 이상 결석하거나 같은 법 제14조제1항에 따라 취학의무를 유예한 청소년 나. 「초·중등교육법」 제2조의 고등학교 또는 이와 동일한 과정을 교육하는 학교에서 같은 법 제18조에 따른 제적·퇴학처분을 받거나 자퇴한 청소년 다. 「초·중등교육법」 제2조의 고등학교 또는 이와 동일한 과정을 교육하는 학교에 진학하지 아니한 청소년	9세이상 24세 이하의 학교 밖 청소년
「한국과학우주 청소년단 육성에 관한 법률」	제1조(목적) 이 법은 과학기술 중심사회의 주역인 대한민국 청소년들에게 미래를 향한 꿈과 희망을 심어주고 과학 한국을 이끌어 나갈 창의적 인재로 육성하기 위하여 설립된 한국과학우주청소년단을 지원·육성함으로써 과학기술 개발의지를 높이고, 국가 발전에 이바지함을 목적으로 한다.	한국과학우주 청소년단 소속 청소년
「헤이그 국제 아동탈취협약 이행에 관한 법률」	제1조(목적) 이 법은 대한민국 정부가 「국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약」을 이행하는 데 필요한 사항을 규정함으로써 탈취된 아동의 신속한 반환 등을 통하여 아동의 권익 보호에 이바지함을 목적으로 한다. 제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. “아동”이란 「국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약」(이하 “협약”이라 한다) 제4조에 따라 협약의 적용을 받는 16세 미만 인 사람을 말한다. 2. “중앙당국”이란 협약 제6조에 따라 지정되어 협약에 따른 아동반환 지원 등의 역할을 수행하는 각 체약국의 국가기관을 말한다	협약의 적용을 받는 16세 미만의 아동

- 헌법상 아동은 기본권의 주체라기 보다는 기본권 보호의 객체로서 국가적 배려(Fürsorge)의 객체로서 인정되거나 부모들의 기본권에 대한 부속물로서 인식되는 경우가 많았음.<sup>8)</sup>
- 아동이 기본권을 갖는 주체라고 보는 경우, 부모는 원칙적으로 자녀가 자기 스스로 결정할 수 없는 상태에 있지 않는 한, 부모의 보호와 교육을 필요로 하지 않는 한에서만 자녀의 지위를 대신해서 자녀의 권익을 결정하는 것이 허용될 수 있을 것임.<sup>9)</sup>
- 그러나 우리 헌법재판소는 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 진다고 판시하고 있음.
- 또한 부모의 자녀교육권이 학교영역에서는 자녀의 교육진로에 관한 결정권 내지는 자녀가 다닐 학교를 선택하는 권리로 구체화될 수 있다고 판시하여, 아동의 기본권에 대해 구체적으로 해석하기 보다는 부모의 권리에 비추어 아동의 권리를 해석함으로써, 결과적으로는 부모의 권리가 아동의 기본권을 대체할 가능성을 높이고 있음.<sup>10)</sup>

#### 〈표-2〉 아동 관련 주요판례

「학원의설립·운영에관한법률」 제22조 제1항 제1호 등 위헌제청,  
「학원의설립·운영에관한법률」 제3조 등 위헌 확인에 관한 헌법재판소 판례

1. 자녀의 양육과 교육은 일차적으로 부모의 천부적인 권리인 동시에 부모에게 부과된 의무이기도 하다. ‘부모의 자녀에 대한 교육권’은 비록 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만, 이는 모든 인간이 누리는 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. 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.

8) 박진완, 유럽연합의 기본권 헌장에서의 어린이의 권리의 보장, 세계헌법연구 제14권제1호, 국제헌법학회 한국지부, 2008, 134면.

9) 정혜영, 앞의 글, 93면.

10) 헌재결 2009.4.30. 2005헌마514

2. 헌법 제31조 제1항은 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다”고 규정하여 국민의 교육을 받을 권리를 보장하고 있다. ‘교육을 받을 권리’란, 모든 국민에게 저마다의 능력에 따른 교육이 가능하도록 그에 필요한 설비와 제도를 마련해야 할 국가의 과제와 아울러 이를 넘어 사회적·경제적 약자도 능력에 따른 실질적 평등교육을 받을 수 있도록 적극적인 정책을 실현해야 할 국가의 의무를 뜻한다. 특히 같은 조 제6항은 “학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다”고 함으로써 학교교육에 관한 국가의 권한과 책임을 규정하고 있다. 위 조항은 국가에게 학교제도를 통한 교육을 시행하도록 위임하였고, 이로써 국가는 학교제도에 관한 포괄적인 규율권한과 자녀에 대한 학교교육의 책임을 부여받았다.
3. 자녀의 양육과 교육에 있어서 부모의 교육권은 교육의 모든 영역에서 존중되어야 하며, 다만, 학교교육에 관한 한, 국가는 헌법 제31조에 의하여 부모의 교육권으로부터 원칙적으로 독립된 독자적인 교육권을 부여받음으로써 부모의 교육권과 함께 자녀의 교육을 담당하지만, 학교 밖의 교육영역에서는 원칙적으로 부모의 교육권이 우위를 차지한다.

#### 초·중등교육법시행령 제84조 위헌확인에 관한 헌법재판소 판례

1. 부모의 자녀에 대한 교육권은 비록 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만, 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조 및 헌법 제37조 제1항에서 나오는 중요한 기본권이며, 이러한 부모의 자녀교육권이 학교영역에서는 자녀의 교육진로에 관한 결정권 내지는 자녀가 다닐 학교를 선택하는 권리로 구체화된다.
2. 국가는 헌법 제31조에 의하여 학교의 제도, 조직, 학교유형, 교육목표, 수업의 내용 및 방법 등 학교교육에 관한 광범위한 형성권을 가지고 있다. 이 사건 조항은 고등학교 과열입시경쟁을 해소함으로써 중학교 교육을 정상화하고, 학교 간 격차 및 지역 간 격차 해소를 통하여 고등학교 교육 기회의 균등 제공을 위한 것으로서 입법목적이 정당하며, 각 학교에 의한 입학생 경쟁 선발 방법이 아닌 교육감에 의한 입학전형 및 학교군별 추천에 의한 배정방식을 취하는 것은 수단의 적정성이 인정된다. 교육감 추천에 의한 입학전형에서는 학교분포와 통학거리 등을 고려하여 학생들을 인근 학교에 갈 수 있도록 하는 것이 가장 합리적이고 보편적인 방법이며, 초·중등교육법시행령에서는 학생과 학부모의 학교선택권에 대한 제한을 완화하기 위하여 선복수지원·후추첨방식과 같은 여러 보완책을 두고 있으므로, 이 사건 조항이 거주지에 의하여 학부모의 학교선택권을 과도하게 제한한다고 보기는 어렵다. 한편 ‘사립’학교선택권의 보장은 여러 교육여건이 갖추어진 뒤에 정책적으로 결정하여야 할 사항으로서, 우리나라도 특수목적고등학교, 자립형 사립고등학교, 자율형 학교의 증가로 사립학교 선택권이 점차 보장되는 방향으로 가고 있으며, 대부분의 시·도에서 선복수지원·후추첨방식을 채택하고 있어 제한적으로 종교학교를 선택하거나 선택하지 않을 권리를 보장하고 있고, 종교과목이 정규과목인 경우 대체과목의 설치를 의무화하고 있는 점들을 고려할 때, 이 사건 조항으로 인하여 학부모의 ‘사립학교선택권’이나 종교교육을 위한 학교선택권이 과도하게 제한된다고 보기도 어렵다.

## (2) 헌법개정안

- 2009년 헌법연구자문위원회는 현행 헌법 제34조제4항을 개정하여 아동의 권리보호를 국가목표조항으로 명시할 것을 제안하였고, 그와 관련해 외국의 입법례로 스위스와 일본헌법을 참조하였음.<sup>11)</sup>

(안) 국가는 노인·청소년과 아동의 복지향상을 위한 정책을 실시한 의무를 진다.

- 2014년 헌법개정자문위원회는 어린이와 청소년의 권리보호 규정을 신설할 것을 제안하였고, 유럽연합기본권 등을 참조하여 어린이와 청소년의 권리보호는 평등세부영역으로 재분류하고, 현행 헌법 중 관련 규정과 해외사례에서 권리보호 내용 중 핵심적 가치를 선택하여 별도의 조문으로 규정하는 방식으로 어린이와 청소년의 자율성과 이익이 그들과 관련되는 정책 및 각종 조치의 근거와 한계가 됨을 명시하는 방향으로 개헌안을 제시하였음.<sup>12)</sup>

(안) 제17조 ① 어린이와 청소년은 자신의 행복을 위하여 보호와 배려를 받을 권리가 있으며, 이들에 대한 모든 공적·사적 조치는 어린이와 청소년의 이익을 우선적으로 고려해야 한다.

② 어린이와 청소년은 독립된 인격 주체로서 자율성을 존중받고, 자유롭게 의사를 표현하고 존중받을 권리를 가진다.

- 2018년 대통령 헌법개정안에서는 헌법제31조에 아동을 보호주체로 삽입함으로써, 부모의 양육권 및 교육권의 대상을 보다 명확히 하고자 하였고, 제36조를 신설하여 제1항에 아동 개념을 어린이와 청소년으로 구분하고, 이들의 자율적 인격과 독립성에 대한 보호를 기본권 형태로 규정하였음.

11) 김정현, 헌법상 아동권 수용을 위한 헌법개정방안, 교육법학연구 제29권제4호, 한국교육법학회, 2017, 88면; 2009년 헌법연구자문위원회, 헌법연구자문위원회 결과보고서, 2009, 114면.

12) 2014 국회 헌법개정자문위원회, 헌법개정 자문위 활동결과보고서, 2014, 79면.

현행 헌법	헌법개정안
제31조 ② 모든 국민은 <u>그</u> 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다.	제31조 ② 모든 국민은 보호하는 자녀 또는 아동에게 적어도 초등교육과 법률로 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다.
〈신 설〉	제31조 ① <u>어린이와 청소년은 독립된 인격주체로서 존중과 보호를 받을 권리를 가진다.</u>

## 2. 아동권 관련 쟁점<sup>13)</sup>

### (1) 특별보호 필요성

- 헌법상 아동의 특별보호에 대한 필요성은, 먼저 현행 헌법상 아동의 권익을 구체적으로 명시하는 조문이 없다는 점이 아동의 권리보장체계를 약화시키고 있다는 인식에서 출발함.
  - 물론, 아동에 대한 헌법상 명문의 규정이 없다하더라도 헌법 제10조 인간의 존엄 조항 또는 제37 조제1항에 따라 기본권 주체의 성격이 부인되거나 국가의 보호의무가 존재하지 않는다고는 할 수 없음.<sup>14)</sup>
  - 이 같은 논지에서는 현행 헌법의 규정을 통해 아동의 권익보호를 위한 이론적 전제를 충분히 유추할 수 있기 때문에 헌법개정이 불필요하다고 주장하기도 하며, 예외적으로 개정을 한다고 하더라도 아동의 기본권으로 규정하기 보다는 아동에 대한 국가의 보호의무를 규정하는 것이 타당하다고 주장하기도 함.<sup>15)</sup>

13) 본 장에서는 아동권이라는 표현보다는 아동보호 또는 아동의 권익이라는 용어를 기술하여, 헌법개정에 관한 국내법적 논의와 쟁점을 정리하는데 중점을 두었음.

14) 대한민국 헌법 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

제37조 ① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.

15) 김정현, 앞의 글, 79면.

- 그리고 과거와는 다른 현대사회의 많은 변화요인은 아동의 인격적 성장과 발현을 위해 주관적 권리와 성과 국가의 적극적 보호가 가능한 방향으로 헌법개정의 필요성을 높게 만들고 있음.
- 특히, 헌법 제31조제2항에 따라 부모의 양육권 대상으로서 아동을 바라보는 법인식은 고유한 권리주체성을 갖는 아동을 독립적 인격체가 아닌 보호대상이라는 객체적 지위 한정시키는 효과를 가져올 수 있음.<sup>16)</sup>
  - 헌법상 기본권 보호의 객체로서 아동은 국가적 배려(Fürsorge)의 객체로서 인정되거나 혹은 어린이의 권리는 그 부모들의 기본권에 대한 부속물로 받아들여져 왔음.<sup>17)</sup>
  - 이 같은 방식으로 아동권을 도출하는 방식의 경우, 아동은 적극적 권리주체가 아니라 단순히 부모의 양육 또는 교육의 대상에 불과하기 때문에, 아동을 성인과 동등한 독립적 인격체로서 자기결정과 참여를 중시하는 바탕 위에서 그 보호를 높이는 방안은 성립되기 어려움.<sup>18)</sup>
  - 최근 아동이 성장하는 사회적 환경은 과거와는 달리 새로운 위험요인들이 지속적으로 증가하고 있기 때문에, 기존의 권리보호 체계를 통해서는 적극적으로 대처하기 어려움.
- 나아가 소수자 및 사회적 약자의 배려차원에서, 아동을 포함해 다른 사회적 약자층인 청소년·노인 등과 함께 헌법개정의 필요성을 제기하는 주장도 있음.<sup>19)</sup>
  - 실무상에서는 헌법 제34조제4항이 노인과 청소년에 대한 복지예산편성의 근거가 되는 것과 달리 아동에 관한 헌법규정이 없기 때문에 아동예산의 실질적 확대가 없고, 보건복지부나 여성가족부 등으로 아동관련 업무가 분산되어 있다고 문제점을 제기함.<sup>20)</sup>

16) 대한민국 헌법 제31조 ② 모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다.

17) 박진완, 앞의 글, 134면.

18) 정혜영, 앞의 글, 84면; 오동석, 학술권에 대한 이해, 우리교육, 2011. 6, 62면.

19) 김정현, 앞의 글, 79면.

20) 김정현, 앞의 글, 83면.

- 저출산은 우리 시대가 해결해야 할 난제이기 때문에 “아동의 권리”에 관한 독립규정을 신설해 아동의 권리보장을 할 필요가 있고, 아동의 권리에 대한 상세한 규정을 두는 것은 기성세대의 미래세대에 대한 특별한 관심이 헌법상 징표되는 것이므로, 헌법개정이 필요하다고 주장하기도 함.<sup>21)</sup>
- 아동은 단순한 보호대상을 넘어 기본권의 주체로서 존중받아야 하기 때문에, 아동의 권리를 보호하고 이들의 복지방향을 기하기 위해 국가적 보호와 배려의 대상에 추가할 필요가 있음.<sup>22)</sup>
- 지금까지 헌법상 아동의 특별보호를 위해 헌법개정의 필요성을 주장하는 논지를 압축하면 크게 아동 보호에 관한 구체적 규정미비로 인한 권리보장의 한계, 위험과 위험요인의 증가 및 저출산 등과 같은 사회적 요인에 따른 시대변화를 꼽고 있음.
- 그러나 이와 같은 개정필요성은 규정미비로 인한 상황에 대한 분석일 뿐, 실질적으로 헌법적 체계와 이론적 논증을 통해 규정미비가 아동의 법적 지위를 약화시키고 있는 것을 구체적으로 증명한다거나, 국가의 후세대보호의무와 같은 보다 근본적인 헌법적 도그마에 따른 아동보호의 당위성을 입증하는 방식으로 기술된 것은 아님.

## (2) 헌법적 수용방식

- 아동보호에 관한 헌법적 수용방식은 크게 국가의 아동보호에 관한 의무조항의 신설, 아동에 대한 차별금지 규정(헌법 제11조 제1항 차별금지조항 확대),<sup>23)</sup> 아동보호에 관한 국가목표조항의 신설 방식, 아동의 기본권 규정 신설 등으로 구분할 수 있음.
- 현행 헌법 규정을 통해 아동권을 도출하는 경우, 시대변화에 따라 새로운 기본권을 모두 규정하는 것은 한계가 있기 때문에 현행 규정을 유지하는 것으로 충분하다고 보며, 권리를 적극적으로 신설하는 것보다는 이들에 대한 차별의 금지와 사람마다의 필요에 따라 적절한 급부를 제공하는 것이

21) 임지봉, “개헌의 바람직한 방향 - 정부의 개헌시안에 대한 비판적 분석과 기본권 규정 개정을 중심으로-”, 한국헌법학회, 헌법학연구 제13권 제4호, 2007, 353면; 김정현, 앞의 글, 79면.

22) 박선영, 자유민주주의의 실현을 위한 헌법개정의 방향, 한국헌법학회, 헌법학연구 제10권제1호, 2004, 86면; 김정현, 앞의 글, 79면.

23) 대한민국 헌법 제11조 ① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

보다 높은 방향이며, 아동의 권리를 헌법에 규정하더라도 국가의 노력의무 정도로 규정하는 것이 타당하다고 주장함.

- 아동의 권리를 국가의 노력의무 정도로 규정하는 것은 선언적 의미에 그칠 수 있기 때문에, 구체적 권리이자 재판규범으로서 입법자를 직접적으로 구속하기 어려우므로 실질적 권리보장의 효과가 크지 않다는 비판을 제기하기도 함.
- 헌법 제11조제1항의 차별금지의 목록을 확대하여 연령차별금지에 따라 아동권리를 보충하는 방법이 고려될 수 있음.<sup>24)</sup>
  - 입법자가 정한 연령기준에 따라 권리행사 또는 의무이행 등의 법률효과가 발생하는 기준이 되고 있으며, 이 같은 연령 기준의 설정 시 입법자는 입법목적의 달성에 효과적인 능력을 고려해야 하며, 헌법 및 법률상 체계적합성 원칙에 부합해야만 할 것임.<sup>25)</sup>
  - 아동의 권익을 아동과 성인 간 평등의 문제로 파악하고, 연령으로 인한 차별금지를 적용하는 경우, 아동보호에 대한 특별한 필요성과 아동의 인격발달에 대한 고려(차별의 합리성 판단기준)와 무관한 차별조치일 경우에만 해당 규정의 위헌을 주장할 수 있음.
  - 대부분 부모의 교육과 양육에 대한 특별규정들이 차별조치로 분류될 가능성이 높으며, 성인과 아동의 평등명령은 부모의 결정에 대한 아동의 결정권이 강화되기 보다는 강력한 국가의 지원 및 공동책임에 기반한 아동복지 형태로 구현될 가능성이 높아 오히려 아동의 지위를 약화시키는 결과를 가져올 수 있다는 비판이 존재하기도 함.<sup>26)</sup>
- 아동보호에 관한 구체적 국가목표조항을 설정하여 입법적 구체화를 높이는 방안을 고려할 수 있음.<sup>27)</sup>
  - 국가목표(Staatsziel)규정은 독일 헌법학에서 말하는 사전적 의미에 따르면, “주관적 권리를 시민에게 부여하지 않고, 국가권력을 특정의 목표를 수행하도록 법적 구속력을 가지며, 의무를 부과하는

24) 정혜영, 앞의 글, 99면.

25) 장민선, 앞의 글, 21면 - 28면.

26) 정혜영, 앞의 글 100면.

27) 정혜영, 앞의 글, 98면.

헌법규범”으로서, 입법적 지침으로서 입법자에게는 입법형성의무를 부과하며, 입법부작위에 대해서는 헌법소송이 가능함.<sup>28)</sup>

- 그러나 우리나라 헌법은 독일헌법과 유사하지만 그 해석 및 헌법소송에 있어 다른 점에 존재할 뿐만 아니라, 국가목표규정 역시 입법을 통한 구체화가 없이는 권리보장을 실현하기가 어려운 한계를 갖고 있기 때문에, 아동의 권리보호를 위한 실효성 측면에서 효과적이라 할 수 없음.
- 아동의 권익을 위한 규정을 개별기본권 형식으로 규정하여, 헌법상의 직접적인 근거로써 입법·행정·행정부문을 기속하는 방향으로 헌법개정안이 제기되기도 함.<sup>29)</sup>
  - 아동권을 기본권으로 규정하는 경우, 첫째, 부모의사에 반대할 수 있는 아동의 권리, 둘째, 자녀의 양육을 위해 국가적 지원을 요구할 수 있는 부모의 권리, 셋째, 아동복지를 위해 위험으로부터 보호받을 아동의 권리와 국가감독권의 행사, 넷째, 미디어와 같은 부모의 감독영역을 넘어선 사회적 위험에 대한 보호를 요구할 아동의 권리가, 그 권리의 내용이 될 수 있다고 보기도 함.<sup>30)</sup>
- 첫째, 선언적 의미를 갖는 헌법규정을 신설하는 것은 아동보호를 위한 실질적 효과를 가져오지 못한다는 것이며, 둘째, 아동권은 아동의 성장에 대한 지원과 보호의 관점에서 아동의 자기결정과 참여가 가능할 수 있도록 구현되어야 한다는 점에 대해서는 아동권에 관한 헌법적 수용방식과 관련해 공통적인 의견임.<sup>31)</sup>

### (3) 기본권 주체성

- 앞서 언급한 아동권의 헌법적 수용방식과 연계해 볼 때, 개별 기본권 형식으로 규정하기 위해서는 아동의 기본권 주체성 여부에 대한 검토가 선행될 필요성이 있음.

28) 입법자는 목표자체 및 목표실현의 방법을 구체화하고 헌법에 의한 정해진 한계를 명확히 하여 충돌하는 목표 상호간을 조정해야만 하는데, 국가목표조항에 따라 입법조치가 필요함에도 불구하고 입법부작위가 계속되는 한 위헌법률심판을 제기할 수 있음: 명재진, 독자적 헌법조문으로서의 국가목표규정, 유럽헌법학회연구논집 제2호, 2007, 174면 및 180면.

29) 정혜영, 앞의 글, 100면.

30) 정혜영, 앞의 글 100면.

31) 오동석, 앞의 글, 62면; 정혜영, 앞의 글, 100면.

- 기본권 주체성은 기본권보유능력(Grundrechtsfähigkeit)과 기본권행사능력(Grundrechtsausübungsfähigkeit)으로 구분되며, 기본권 보유능력은 기본권을 보유할 기본권 귀속능력을 말하며, 기본권행사능력은 기본권의 주체가 자신의 기본권을 현실적으로 행사할 수 있는 자격 또는 능력을 말함.<sup>32)</sup>
- 아동은 성인과 똑같이 기본권 주체가 될 수 있지만, 그 미성숙성으로 인해 스스로 판단에 따라 기본권을 유효하게 행사할 수 없기 때문에, 성년의 후견 또는 부모의 양육이 필요하다는 점에서 기본권행사 능력은 제한된다고 보고 있음.<sup>33)</sup>
- 따라서 기본권행사능력을 제한하는 단계에서 아동의 기본권은 주로 부모에 의해 행사되는데, 그 기초가 되는 부모의 양육권은 구조적 특수성을 갖는 권리이므로, 아동의 인격성장에 조력하는 범위를 넘어서 행사될 수 없음.<sup>34)</sup>
- 부모의 양육권은 다른 기본권과 달리 권리보유자 자신의 이익만을 위해 주어져 있는 것이 아니라, 본질적으로 부모자신의 이익을 위한 권리가 아니라, 미성년 자녀, 즉 타인의 이익에 봉사하도록 정해져 있는 권리이므로 그 한도 내에서 행사되어야만 하는 제약을 갖고 있음.<sup>35)</sup>
- 이러한 특수성 때문에 부모의 양육권은 아동의 복리라는 자녀의 이익을 위해 '봉사하는 기본권' 내지 '신탁적 권리' 또는 '의무적 권리'의 성격을 갖는 것으로 볼 수 있음.<sup>36)</sup>
- 부모의 양육권은 아동의 복리에 지향되어 있는 구조적 특수성으로 인해 다음의 2가지 요건 속에서 행사될 수 있음.
  - 첫째, 시기적 제약으로써 자녀가 해당 사안에 대해 자율적으로 결정할 능력을 가질 때까지만 미칠 수 있음.

32) 권영성, 헌법학원론, 2010, 315면.

33) 박진완, 앞의 글, 134면.

34) 김선택, 아동·청소년보호의 헌법적 기초 - 미성년 아동·청소년의 헌법적 지위와 부모의 양육권, 헌법논총, 1997, 96면.

35) 김선택, 앞의 글, 93면.

36) 김선택, 앞의 글, 93면.

- 둘째, 내용적 제약으로써 부모가 양육권을 행사함에 있어서 어떤 형태의 양육방식을 선택할 것인가의 문제인데 아동의 인격의 건전한 성장발달을 촉진하는 수단 중에서만 선택가능하다고 보아야 함.<sup>37)</sup>
- 아동은 성숙하는데 있어서 여러 단계를 거치는 연속적인 과정 속에 있으므로 특별한 사정이 없는 한 일정한 획일적 기준을 설정하는 것이 오히려 아동의 인격성장을 방해할 수 있고, 이는 결국 인간으로서의 존엄성과 인격성장의 권리를 침해할 수 있음.<sup>38)</sup>
- 그러므로 아동의 기본권 행사능력은 해당 기본권이 보호하는 행위의 종류와 성격 그리고 해당 아동의 개별적 사정에 따라 구체적으로 결정되는 타당할 것임.<sup>39)</sup>

#### (4) 보호범위

- 아동권을 개별 기본권으로 보는 경우, 아동권의 보호범위이자 그 주된 내용과 관련해 독립된 인격체로서 성장할 권리(Recht auf Person-Werden)<sup>40)</sup>로 보는 견해, 또는 아동이 헌법국가의 자율적 인간상으로 형성될 수 있는 인격의 발달과 발현할 권리라고 보는 견해도 존재함.<sup>41)</sup>
  - 인격성장의 권리라 보는 견해에 따르면, 이 같은 권리는 아동의 주관적 권리로서, 객관적 가치 질서성이 인정되는 기본권이며, 그 근거는 헌법 제10조(인간의 존엄과 가치 및 행복추구권)에 보장된 기본권 내용의 일부라고 볼 수 있음.<sup>42)</sup>
  - 인격성장의 권리는 주관적 내용으로서 국가적 침해에 대한 방어권적 성격을 갖고 있으며, 입법·행정·사법을 불문하고 국가공권력의 적법성 및 정당성을 다룰 수 있으며, 객관적 내용으로서 아동의 인격성장에 조력할 국가의무를 담고 있으므로 국가는 아동의 인격성장을 위해 입법을 통해 적정한 수준의 보호 및 지원을 할 의무를 진다고 보고 있음.<sup>43)</sup>

37) 김선택, 앞의 글, 94면.

38) 김선택, 앞의 글, 95면.

39) 김선택, 앞의 글, 96면.

40) 김선택, 앞의 글, 88면.

41) 정혜영, 앞의 글, 88면.

42) 헌법 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

43) 김선택, 앞의 글, 90면.

- 인격이 발달과 발현권을 주된 내용으로 보는 견해에 따르면, 이는 국가권력에 대한 방어권 및 사법 질서에 대한 제3자효의 의미에서 객관적 가치질서로서 작용된다고 보면서, 인격발달권과 인격 발현권을 구분하고 있음.<sup>44)</sup>
- 예컨대, 직업의 자유와 교육권과의 관계처럼 교육이 질적 수준 높은 직업에 대한 기반이 되는 것처럼, 아동의 자기책임적 인격발현(Entfaltung)은 인격발달(Entwicklung)을 전제로 하는 것으로서, 아동을 위한 기본권적 인격발달보장으로부터 유치원과 같은 공적제도를 위한 청구권이 도출될 수 있으며, 이는 국가적 급부에 대한 청구권으로서 사회권적 성격으로 이해가능하다고 기술하고 있음.<sup>45)</sup>

## (5) 효력

- 아동권이 개별기본권으로서 주관적 공권성과 객관적 가치질서성이라는 이중적 성격을 갖는다고 할 경우, 그 실질적 행사와 관련해 일부 문헌에서는 다음과 같은 문제가 발생할 수 있다고 기술하고 있음.
- 첫째, 아동이 부모의사에 반하여 직접적으로 주관적 권리를 행사할 수 있는가에 관한 여부가 쟁점화 되는 경우, 부모의 양육권과 갈등으로 인해 기본권 충돌문제가 발생할 수 있음.
- 이 때, 부모의 양육권은 아동의 인격성장을 조력하는 권리로서, 아동의 복리를 침해하지 않는 선에서 정당화 될 수 있는데, 입법자가 입법형성 자유의 테두리 내에서 아동의 구체적 제한기준을 명확히 한 경우에는 제한기준의 구속여부만 따지면 되지만, 구체적 입법이 없는 경우에는 결국 아동의 성숙도 및 책임능력에 따라 기본권행사 여부를 개별적으로 판단할 수 밖에 없다고 보고 있음.<sup>46)</sup>
- 둘째, 아동의 실제법적 기본권행사능력과 관련된 문제 외에, 아동이 기본권침해를 방지하기 위해 재판청구권과 같은 절차법적 기본권의 행사가 가능한지가 쟁점화 될 수 있음.

44) 정혜영, 앞의 글, 88면.

45) 정혜영, 앞의 글, 89면.

46) 김선택, 앞의 글, 97면.

- 독일의 경우, 미성년자의 헌법소원적격 인정여부와 관련해 i) 개별기본권 영역별로 기본권행사를 위한 미성년자의 정신적 성숙도 및 분별력을 판단하여 분별력이 있다면 원고적격성을 인정해야 한다는 견해, ii) 원칙적으로 미성년자의 원고적격을 부정하고, 미성년자에 대한 실효성 있는 기본권보호가 어려운 경우에만 예외적으로 인정해야 한다는 견해, iii) 미성년자의 경우 법정대리인의 대리소송만 가능하도록 하고 미성년자가 헌법소원을 청구한 경우 법정대리인의 의견진술 기회를 부여하고 대리거부가 미성년의 이익에 반한다고 보는 경우 특별대리인을 선임하도록 해야한다는 견해가 있음.<sup>47)</sup>
- 우리나라는 독일과 달리 재판에 있어서 변호사 강제주의를 택하고 있으므로, 부모를 통하여 변호사를 대리인으로 선임하는 방식으로 소송을 수행하는 것은 가능하다고 보는 견해는 공통적임.<sup>48)</sup>
- 다만, 헌법소원은 국가공권력에 의한 기본권침해를 다투는 최후의 보충적 구제절차가 할 수 있으므로 공권력 행사 또는 불행사로 인한 권리침해의 구제만을 청구하는 것이기에 민사소송과는 본질적으로 다르다고 보고, 헌법소원의 청구적격을 모두 갖추고 단지 부모 동의요건만을 갖추지 못했다는 이유만으로 미성년자의 연령이나 분별력, 미성년자의 이익이나 구체적 위해 여부 등을 일체 고려하지 않은 채 민사소송법상 민법의 법정대리인 규정을 그대로 준용하도록 해석한다는 것은 헌법소원, 아동권리보장 및 「UN아동권리협약」 제3선택의정서상의 아동의 재판청구권보장 원칙 등을 고려할 때 타당하게 보기 어렵다는 비판을 제기하기도 함.<sup>49)</sup>
- 아동권 신설여부와 관련해 아동의 재판청구권에 관한 사항은 헌법개정논의 과정에서 비중 있게 다뤄지지 않았으며, 그 필요성을 제시하는 문헌은 있지만, 구체적으로 입법대안을 제시하고 있는 문헌은 찾기 어려움.

47) 이노홍, UN 아동권리협약 제3선택의정서상 개인청원제도와 아동의 재판청구권, 세계헌법연구제21권제2호, 세계헌법학회, 2015, 138면.

48) 김선택, 앞의 글, 97면; 이노홍, 앞의 글, 136면.

49) 이노홍, 138면.

## IV. 주요국별 아동권 관련 규정 비교

### - 스위스헌법 제11조를 중심으로 -

---

- 최근 국내 헌법개정안에 따르면 아동의 권익보호에 관한 사항을 국가의 의무형태로 규정하지 않고 아동권이라는 개별조항 형태로 규정하고 있는바, 해외 국가에서 이와 동일한 형태로 규정하고 있는 국가의 헌법규정과의 비교를 통해 시사점을 도출하고자 함.
- 국회 헌법개정특별위원회 및 검토자료에서는 아동권 관련 비교헌법모델로서, 핀란드와 스위스 헌법을 언급하고 있는데, 본 연구에서는 구체적 비교를 위해 법계가 유사한 스위스 헌법을 중심으로 비교 대상을 한정하고자 함.

#### 1. 아동권 개념 및 의의

- 스위스 연방헌법 제11조에서는 아동과 청소년의 보호에 대해서 기본권 형태로 성장발달에 관한 권리와 특별보장을 받을 권리를 규정하고 있음.
- 구헌법에서는 아동의 법적 지위와 관련해서는 구체적으로 명문화 하지 않았으며, 1998년 헌법개정을 통해 국제법적 의무를 국내법화 하고, 불문의 헌법규범들을 명문화 하는 과정에서 새롭게 아동권에 관한 규정을 신설하였음.<sup>50)</sup>
- 본 규정은 국적과 체류상태(Aufenthaltsstatus)와 관계없이 스위스에 거주하는 모든 아동과 청소년에 적용되며, 아동과 청소년은 형성역사(Entstehungsgeschichte)에 따라 스위스 민법전(ZGB) 제14조에서 정의한 미성년자, 즉 민법전에서 정의한 아동권리(Kinderrechte)를 행사하는 18세에 달하지 않은 아동을 의미함.

---

50) Ehrenzeller/Mastronardi/Vallender(Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassungs Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf, 2008, S. 275

- 따라서 스위스의 아동권리 적용 범위는 「UN아동권리협약(Convention on the Right of the Child)」에서 정한 범위(18세)와 일치하게 됨.<sup>51)</sup>

- 다만, 여기서 태아는 아동과 청소년의 개념에 속하지 않지만, 연방헌법 제119조 제2항에서 규정된 보호를 받게 되는 구조임.<sup>52)</sup>

### 스위스 연방헌법 제11조(어린이와 청소년의 보호)

- ① 아동과 청소년은 특히 자기가 상처받지 아니할 특별한 보장과 그 성장발달을 지원받을 권리를 가진다.
- ② 어린이와 청소년은 그들의 인식능력의 범위에서 그들의 권리를 행사한다.

- 헌법은 미성년자가 어느 시점에 아동 범주에서 청소년 범주로 분류되는지 확정하지 않은 상태에서 아동과 청소년이라는 이중 표현을 사용하고 있으며, 두 범주를 분류하는 것은 실체적(materiell)으로 어떤 중요한 의미도 없다고 봄. 두 범주를 모두 언급한 것은 입법자가 연령에 적합하게 이들을 보호하고 지원해야 한다는 뜻임.<sup>53)</sup>
- 이와 관련해 아동과 청소년의 연령상 구분이 적용되는 법률은 청소년형법임. 2007년 1월 1일 발효한 신청소년 형법(neue Jugendstrafgesetz)에 따르면, 10세부터 18세까지 미성년에 동법이 적용되므로(청소년 형법(JStG) 제3조 1항), 제4조에 따라 10세가 되지 않은 아동이 저지른 범죄행위엔 청소년 형법이 적용되지 않는 구조임.<sup>54)</sup>

51) 본 장에서는 통일적 기술을 위해 스위스 연방헌법 제11조상 아동과 청소년을 넓은 의미의 아동개념으로 보아, 아동으로 표현하고자 함.

52) 스위스 연방헌법 제119조(인간을 대상으로 하는 인공수정 및 유전공학) ② 연방은 인간의 생식세포와 유전물질의 사용을 법률로 정한다. 이를 통해 연방은 인간의 존엄성, 인격 및 가족의 보호를 보장하고 특히 다음의 원칙을 존중한다.

1. 모든 유형의 복제 및 인간의 생식세포와 배아에 대한 개입은 금지된다.
2. 인간 이외의 유전형질 및 생식세포는 인간의 생식세포에 전이되거나 이식될 수 없다.
3. 인공수정방식의 이용은 불임 또는 중대한 질병의 전염 위험을 다른 방법으로 피할 수 없는 경우에만 허용되며, 아동의 특정 자질 발달을 위해서나 연구를 목적으로 허용되지 않는다. 체외에서의 인간의 난자수정은 법률로 정하는 조건에서만 허용되며, 인공수정에 필요한 인간의 난자수만큼은 체외에서 배아단계까지 발달시킬 수 있다.
4. 배아의 증여와 모든 형태의 대리출산은 금지된다.
5. 인간의 생식세포 및 배아로부터 얻어지는 어떠한 생산물도 매매의 대상이 될 수 없다.
6. 사람의 유전형질은 당사자의 합의가 있는 경우나 법률에 의거해서만 분석, 기록 및 공개될 수 있다.
7. 모든 사람은 자신의 혈통에 관한 정보에 접근한다.

53) Ehrenzeller/Mastronardi/Vallender(Hrsg.), a. a. O., S. 278

54) Ehrenzeller/Mastronardi/Vallender(Hrsg.), a. a. O., S. 279

## 2. 아동권의 주요내용

### (1) 신체와 정신의 불가침성에 대한 특별보호

- 스위스 연방헌법개정 연혁에 따르면, 제11조제1항 아동과 청소년의 신체와 정신의 불가침성에 대한 특별 보호는 제10조 2항이 보장하는 신체와 정신의 불가침성에 대한 보호권(Schutzanspruch)의 대상이 될 수 있으나, 보다 구체적 보호와 권리보장을 위해 제11조가 신설되었음.<sup>55)</sup>
  - 당시 헌법제정자들은 약하고 의존적인 존재이며 양육과 돌봄을 필요로 하는 아동 및 청소년(미성년자)의 특징을 고려했을 때, 이들에게 단지 성인과 동일한 수준의 보호를 제공하는 것은 신체와 정신의 불가침성에 대해 아동 및 청소년이 누려야 하는 기본권적 요청(Grundrechtsanspruch)을 보호하기 위해선 충분하지 않다고 판단하여, 제11조제1항에서 미성년자의 상황을 반영한 특별한 국가 보호를 요청할 수 있는 권리를 독립적인 기본권(selbständiges Grundrecht)으로 격상시켰음.<sup>56)</sup>
  - 기본권 충돌이 발생하는 경우, 아동과 청소년에 대한 특별보호에 관한 제11조제1항을 제10조 2항에 따라 보장된 전인적 품성(persönliche Integrität)을 강화해 보호를 확대하는 것으로 해석하게 됨. 따라서 제11조제1항은 재판상 아동과 청소년의 보호청구권과 충돌하는 기본권을 효과적으로 무효화 할 수 있는 전제가 됨.
- 또한 스위스 연방헌법 제11조제1항의 특별보호와 관련해 국가가 보호위임(Schutzauftrag)을 이행하는 때에는, 폭넓은 재량(Gestaltungsspielraum)을 행사할 수 있다는 의미이기도 하지만, 동시에 청소년의 신체와 정신의 불가침성이라는 보호목표에 따라 구체적 조치를 취할 것을 의미하기도 함.<sup>57)</sup>
  - 입법자는 특히 부모의 보호의무를 의미하는 친권(elterliche Sorge) 규정(민법전 제301조 이하), 부모가 아동 돌봄에 위배되는 행동을 하거나 아동을 돌보는데 있어 무능력을 보일 때 조치를 취할 수 있는 국가의 권리(staatliches Maßnahmerecht)를 의미하는 민법의 아동보호(민법전 제 307조

55) 스위스연방헌법 제10조(생명과 인격적 자유의 권리) ② 모든 사람은 개인의 자유, 특히 신체적 정신적으로 상처받지 아니할 권리와 활동의 자유에 대한 권리를 가진다.

56) BGE, 126 II 377 E. 5d

57) Ehrenzeller/Mastronardi/Vallender(Hrsg.), a. a. O., S. 279

이하), 입양법, 위탁아동제도(Pflegekinderwesen)와 보호시설분야(Heimbereich), 학교와 기타 교육 분야에서 아동과 청소년의 신체와 정신의 불가침성 보호를 구체화해야 한다는 것을 의미함.<sup>58)</sup>

- 그 밖에 사회부조법과 형법 및 피해자지원법(Sozialhilfe-, Straf-, und Opferhilferecht)도 이와 같은 보호를 구체화해야 하며, 법 적용을 관할하는 부처도 법 규범 해석 시 특별 보호를 요구할 수 있는 아동과 청소년의 기본권(grundrechtliche Ansprüche)을 고려해야 한다는 것을 의미함.<sup>59)</sup>

## (2) 발달에 관한 지원

- 제11조제1항이 발달 지원에 대한 주관적 권리(subjektives Recht)를 기본법 목록에 명시한 반면, 제41조는 사회목표라는 틀에서 연방과 주(州)가 발달 지원책으로 어떤 목표를 실현해야 하는지 설명하고 있음.<sup>60)</sup>

- 스위스 연방헌법 제41조과의 해석을 통해 유추해 보면, 이 같은 발달 지원의 내용은 다음과 같음. 첫째, 아동과 청소년은 가급적 가족과 함께 성장해야 하며, 둘째, 적합한 공간을 소유하고, 능력에 따라 교육을 받고, 교육을 이어나가며 직업 교육을 받을 수 있어야 하며, 독립적이고 사회적으로 책임의식이 있는 사람으로 성장하도록 지원을 받고, 사회, 문화, 정치 통합에서 지원을 받아야 함.
- 따라서 제41조는 제11조에 따른 발달 지원에 관한 권리(Anspruch auf Förderung)가 무엇을 목표로 하는지 구체적이고 명확하게 설명했다고 할 수 있으며, 이 두 조항 모두 국가에게 폭넓은 재량권을 허용하고 있음.

58) a. a. O., S. 279

59) a. a. O., S. 279

60) 스위스연방헌법 제41조 ① 연방과 주는 자기책임과 자주성에 대한 보완으로서, 다음 사항을 보장하기 위하여 노력한다.

- a. 모든 사람은 사회보장의 혜택을 받는다.
- b. 모든 사람이 건강을 위하여 필요한 의료혜택을 받는다.
- c. 가정은 성인과 아동의 공동체로서 보호받고 장려되어야만 한다.
- d. 근로능력이 있는 모든 사람은 공평한 조건 하에서 일하고, 자신의 생계를 유지할 수 있어야만 한다.
- e. 자기자신 및 가정을 위하여 주택을 필요로 하는 모든 사람은 부담가능한 조건에 따라 적절한 주택을 마련할 수 있어야만 한다.
- f. 아동·청소년 및 근로가능 연령대의 국민이 기초교육을 시작하고 그들의 능력에 상응하는 지속적인 교육혜택을 받을 것
- g. 아동과 청소년이 독립적이고 사회적 책임을 질 수 있는 성인으로 성장할 수 있도록 육성하고, 그들의 사회적·문화적 및 정치적 통합에 대한 지원을 받을 것

② 연방과 주는 모든 사람이 노령, 장애, 질병, 사고, 실업, 출산, 고아 및 배우자와의 사별로 인한 경제적 여파로부터 보호받도록 노력해야만 한다.

③ 연방과 주는 헌법상의 권한과 모든 능력의 범위 내에서 사회적 목적을 달성하기 위하여 노력해야만 한다.

④ 사회적 목적을 이유로 국가의 급부를 직접 청구하는 권리는 허용되지 않는다.

- 제11조에 따라 아동의 안녕(Kindeswohl)은 헌법적 지위를 누리며 스위스 아동법의 포괄적인 최상 원칙으로 간주됨.
- 나아가 스위스 연방헌법은 제19조를 통해 아동의 무상 초등학교수업에 대한 권리를 보장하여, 발달 및 성장에 대한 권리를 보다 구체적으로 보장하고 있는데, 이는 제11조를 통해 초등학교수업에 대한 청구권이 교육에 대한 아동의 개별 청구권(individueller Anspruch von Unmündigen auf Bildung)으로 확대됐다고 이해할 수 있음.<sup>61)</sup>
  - 스위스 연방헌법 제11조는 그 밖에 발달 지원에 대한 청구권을 기본권 목록에 포함하면서, 국가가 관련 조치를 취할 때 아동 개개인의 상황을 고려해야 한다는 점을 분명히 한 조항이라 할 수 있음.
  - 스위스 연방헌법 제11조에 따라 장애아동은 특수교육을 받을 권리가 있으며, 영재아동 역시 특별한 지원을 받을 권리가 있으므로, 집단적인 학교체계의 이해관계에 이들 아동의 이해관계를 경시해서는 안될것임.
- 연방, 주(州), 게마인데는 관할권 틀 내에서 입법 조치(rechtsetzende Maßnahmen)를 취해 아동 및 청소년에게 필요한 보호와 적합한 지원을 제공해야 할 의무가 있음.
- 그러나 실제 아동 및 청소년 관련 업무를 관할하는 관청이라면 행정관청이든 법원이든 상관없이 모두 헌법규범을 지침으로 업무를 이행하고, 필요한 보호 및 지원조치를 적시에 마련하며 특히 아동과 청소년의 특별한 보호 요청을 반영해 법을 적용할 의무가 있음.
- 「유엔의 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 II(UNO-Pakt II)」 제24조 1호 및 연방헌법 제35조제3항에 따라 아동의 법적 지위(Rechtsstellung)를 누리는 자는 간접적인 제3자적 효력(mittelbare Drittwirkung) 또한 발휘할 수 있고 양육과 보육권한이 있는 개인(erziehungs- und betreuungsberechtigte Personen)에게 의무를 부과할 수 있음.<sup>62)</sup>

61) 스위스 연방헌법 제19조(초등교육의 권리) 무상으로 충분한 초등교육을 받을 권리는 보장된다.

62) 스위스연방헌법 제35조(기본권의 실현) ③ 관련 기관은 기본권이 그 성격상 유추 적용될 수 있는 경우에는 사적 부문 간에도 존중될 수 있도록 노력해야 한다.

### (3) 아동의 판단능력에 따른 권리

- 스위스 연방헌법 제11조제2항의 아동의 권리는 순수하게 권리를 의미하는 것이 아니라, 개인 인격과 가까운 기본권(persönlichkeitsnahe Grundrechte)의 차원에서 인격권(Persönlichkeitsrecht) (개인의 자유, 표현·종교·정보·언론의 자유, 결사·집회의 자유)을 의미함.
  - 스위스 학계에서는 판단능력(Urteilsfähigkeit)이 있는 미성년자는 개인 인격과 가까운 기본권을 당연히 관철할 수 있지만, 개인 인격과 그다지 관련되지 않은 기본권, 특히 경제와 관련된 기본권(ökonomische Grundrechte) (소유의 자유와 경제의 자유(Eigentums- und Wirtschaftsfreiheit))는 법적 대리인의 동의가 필요하다고 보았음.<sup>63)</sup>
  - 문헌에서는 개인 인격과 가까운 기본권과 기타 기본권을 구분했지만, 제11조 2항은 이를 구분하지 않는 대신 단순히 권리라고만 명시하였기 때문에, 실제 이 구분과 관련해 법해석적 불명확성이 제기되었음.
  - 원문과 법체계적 지위를 바탕으로 봤을 때, 제11조제1항은 판단능력만을 전제로 하는 일반적으로 기본권행사가 가능한 연령(allgemeine Grundrechtsmündigkeit)이라 할 수 있음.
  - 그러나 제36조 2항에 따라 공익과 제3자의 기본권의 보호의 필요성, 그리고 제11조 1항과 부모의 기본권 지위(grundrechtliche Position)의 측면에서 보호위임(Schutzauftrag)을 수호하기 위해서 필요하다면, 입법자는 일반적으로 기본권행사가 가능한 연령을 민법에서 정의한 18세(민법전 제14조)를 기준으로 삼을 수 있음.<sup>64)</sup>
  - 민법전 제16조는 판단능력에 대한 규정은 공법(öffentliches Recht)에도 적용되므로, 제11조 제2항에 따른 아동의 일반적 행동자유에 관해서는 제11조제2항에 따라 특정연령을 기준으로 판단능력을 제한할 수 있음.

63) Ehrenzeller/Mastronardi/Vallender(Hrsg.), a. a. O., S. 286

64) 스위스 연방헌법 제36조(기본권의 제한) ② 기본권의 제한은 공익 또는 제3자의 기본권의 보호를 위하여 정당화 되는 경우에 한한다.

- 예컨대, 민법전 제303조 3항은 아동이 16세가 되면 종교 활동을 할 수 있는 적령(Religions-mündigkeit)에 도달했다고 보고 있음.<sup>65)</sup>

---

65) Ehrenzeller/Mastronardi/Vallender(Hrsg.), a. a. O., S. 283

## V. 맺음말

- 국회차원에서는 2016년 12월부터 헌법개정특별위원회가 기본권 개정과 관련해 아동권 신설여부를 검토하기 시작하였고, 2년 후인 2018년 4월 대통령 헌법개정안에서는 아동을 독립적 인격체로 인정하여 그 권리성을 인정하는 규정을 도입하는 안이 제시되었으나, 실제 헌법개정은 이뤄지지 못하였음.
- 아동에 대한 개념적 정의가 통일되거나 명확하지 않더라도, 그 권리주체성을 확인하고 보호하기 위한 국내외 법적 기준이 지속적으로 마련되고 있는 것은 「아동권리선언(Declaration on the Rights of Children 1959)」에서 확인하였듯이, 아동은 국가의 미래를 형성하는 주체로서, 조화로운 인격의 발현과 성장을 위해 출생 이전부터 아동기를 마칠 때까지 적절한 법적 보호를 비롯해 특별한 보호와 배려가 필요하기 때문임.
- 아동권의 구체적 내용에 관한 양자의 견해 모두, 아동의 인격형성에 관한 근거를 헌법 제10조에 따른 일반적 인격권 및 일반적 행동의 자유에서 찾고 있으며, 그 법적 성격 역시 다른 기본권과 동일하게 주관적 권리이자 객관적 가치질서성이 인정된다고 보고 있음.
- 스위스 연방헌법 제11조 아동권은 헌법구조상 기본권장에 위치하므로, 기본권적 성격을 갖는 것은 분명하지만, 그 조문구조가 일반적인 자유권이나 사회권과 달리 신체와 정신의 불가침성에 대한 특별한 보호를 요청할 구 있는 권리(특별보장)와 성장발달을 지원받을 권리로 구성되어 있어, 그 성격을 명확히 구분되지 않아, 기본권(자유권)과 사회권 그리고 국가 목표 및 국가에 위임한 입법 및 행위 위임(Gesetzgebungs- bzw. Handlungsauftrag)이 혼재한 형태의 규정로 볼 수 있음.<sup>66)</sup>
- 따라서 제11조 아동권은 주관적 권리이자 객관적 가치질서로서 대국가적 효력을 갖고 국가를 구속하는 입법적 기준이자 재판규범인 것은 분명하지만, 동조 제2항에 따라 아동의 성숙도에 따른 기본권 행사능력의 한계로 인해 직접적인 권리행사는 개별 사실관계를 규율하는 법률에 따라 그 제한이 다를 수 밖에 없음.

66) Ehrenzeller/Mastronardi/Vallender(Hrsg.), a. a. O., S. 288

- 또한 일반적인 기본권 효력에 따라 제3자효 또한 인정되는 것은 당연하지만, 기본권행사능력의 한계 및 개별 법률에 의한 합리적 제한으로 인해 예외적인 경우에만 인정된다 할 것임.
- 이상을 종합해 볼 때, 현행 아동권에 관한 헌법개정 논의 시 보다 필요한 것은, 실질적으로 헌법체계를 검토하여 아동에 관한 규정미비로 인한 법적 문제점을 보다 명확히 제시하여 개정필요성의 타당성을 높여야 할 뿐만 아니라, 국가의 미래세대보호의무와 같은 보다 근본적인 헌법적 테제에 관한 논증을 통해 아동에 대한 특별보호의 당위성을 이끌어내는 논리가 보완될 필요성이 있음.
- 스위스 연방헌법과의 비교검토 결과, 아동권의 보호를 위해 사회적 목적조항과 같은 국가목표조항이 유기적으로 연계되어 있어 국가행위기준으로 작용하고 있다는 점에서 보면, 현행 헌법상 아동기본권 조항을 신설하는 것만으로는 권리보장의 실효성 측면에서 보면 충분치 않은 것으로 판단됨.
- 또한 아동기본권 침해시 재판청구권 행사 등과 관련해, 「UN아동권리협약(Convention on the Right of the Child)」 제3선택의정서상의 아동권 관련 절차적 청구권의 국내법적 수용이 지속적으로 논의되고 있는 현황을 볼 때, 향후 아동권 관련 헌법개정 논의 시 아동의 권리보호를 위한 절차적 청구권의 보장방식 또한 함께 논의되는 것이 향후 미래세대를 위한 장기적 관점의 헌법개정이 될 수 있을 것임.

## 참고문헌

- 김정현, 헌법상 아동권 수용을 위한 헌법개정방안, 교육법학연구 제29권제4호, 한국교육법학회, 2017.
- 명재진, 독자적 헌법조문으로서의 국가목표규정, 유럽헌법학회연구논집 제2호, 2007.
- 박선영, 자유민주주의의 실현을 위한 헌법개정의 방향, 한국헌법학회, 헌법학연구 제10권제1호, 2004.
- 박진완, 유럽연합의 기본권 헌장에서의 어린이의 권리의 보장, 세계헌법연구 제14권제1호, 국제헌법학회 한국지부, 2008.
- 임지봉, “개헌의 바람직한 방향 – 정부의 개헌시안에 대한 비판적 분석과 기본권 규정 개정을 중심으로-”, 한국헌법학회, 헌법학연구 제13권 제4호, 2007.
- 장민선, 입법상 연령 기준의 적용에 관한 연구, 한국법제연구원, 2015.
- 정혜영, 아동의 기본권에 관한 연구 - ‘아동’ 관련조항의 신설과 그 헌법적 모델에 관한 검토, 한국공법학회, 공법학연구 제10집제4호, 2009.
- 오동석, 학술권에 대한 이해, 우리교육, 2011. 6.
- 윤지원 외 2인, 아동보호의 개념으로의 아동안전 정책방향 연구-재난관리 관점에서, 한국위기관리학회, 한국위기관리논집 제10권 제11호, 2014.
- 이노홍, UN 아동권리협약 제3선택의정서상 개인청원제도와 아동의 재판청구권, 세계헌법연구제 21권제2호, 세계헌법학회, 2015.
- 이준일, 어린이와 청소년의 기본권, 한국공법학회, 공법연구제30집제5호, 2002.
- 임지봉, “개헌의 바람직한 방향 – 정부의 개헌시안에 대한 비판적 분석과 기본권 규정 개정을 중심으로-”, 한국헌법학회, 헌법학연구 제13권 제4호, 2007.

2009년 헌법연구자문위원회, 헌법연구자문위원회 결과보고서, 2009.

2014 국회 헌법개정자문위원회, 헌법개정 자문위 활동결과보고서, 2014.

Deutscher Bundestag, Kinderrechte in die Verfassung – Ergänzung zur Ausarbeitung  
WF III G-264/04–, 2006.

Ehrenzeller/Mastronardi/Vallender(Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassungs  
Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf, 2008.



## 아동권

---

발 행 일 2018년 6월 29일

발 행 인 이익현

발 행 처 한국법제연구원

세종특별자치시 국책연구원로 15(반곡동, 한국법제연구원)

T. 044)861-0300

등록번호 1981. 8. 11. 제2014-000009호

<http://www.klri.re.kr>

---

1. 본원의 승인없이 轉載 또는 譯載를 禁함.
2. 이 책자의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.



# I. 기본권의 쟁점과 전망



공공누리 공공저작물 자유이용허락



**한국법제연구원**  
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

(30147) 세종특별자치시 국책연구원로 15(반곡동, 한국법제연구원)  
Tel. 044-861-0300 [www.klri.re.kr](http://www.klri.re.kr)