

어린이집 보육교직원의 영유아보호의무 위반에 따른 행정적 제재 관련 법제에 대한 입법평가

정기상*, 오서현**

Contents

- I. 들어가며
 - II. 어린이집 보육교직원의 영유아보호의무
 - 1. 어린이집 보육교직원의 개념과 범위
 - 2. 어린이집 원장 및 보육교사의 영유아보호의무
 - III. 영유아보호의무의 위반에 따른 행정적 제재 관련 법제에 대한 비판적 검토
 - 1. 개요
 - 2. 시정·변경명령 및 어린이집 운영정지·폐쇄명령
 - 3. 어린이집 평가등급의 조정
 - 4. 어린이집 원장 및 보육교사의 자격정지·취소
 - 5. 위반사실의 공표
 - 6. 과태료의 부과
 - IV. 제도적 개선방안
 - V. 맺으며
-

* 서울중앙지방법원 판사.

** 고려대학교 석사과정 아동학 전공

I . 들어가며

최근 여러 어린이집에서 일어난 영유아학대사건과 어린이통학버스 내에 영유아를 방치한 사건, 어린이집의 급식위생이나 부실급식과 관련한 사건 등은 어린이집 보육교직원의 영유아보호의무에 대한 사회적 관심을 크게 불러일으켰다. 가족구조 및 문화의 변화, 여성의 사회·경제적 참여율의 증가, 보편적 무상보육¹⁾의 실현 등에 따라 영유아가 비교적 이른 연령부터 일상의 상당부분을 어린이집에서 보내게 되었는데, 위와 같은 일련의 사건들은 영유아의 부모 등 보호자에게 극심한 불안감을 안기기에 충분하였다.

영유아가 안전하고 쾌적한 환경에서 건강하게 성장할 수 있도록 하여야 한다는 보육의 기본이념(영유아보육법 제3조 제2항)이 어린이집 내에서 얼마나 충실하게 실현되는가 하는 것²⁾은 보육교직원의 의지와 노력에 크게 의존한다. 이에 제도적으로 어린이집 원장과 보육교사의 보수교육(補修教育) 내용에 영유아의 인권보호 교육을 포함한 인성함양 교육프로그램을 포함시켜(영유아보육법 제23조 제4항 제6호, 제23조의2 제3항 제6호) 그들의 영유아보호의무에 대한 의지와 인식을 고취시키는 한편, 국가와 지방자치단체에 보육교직원의 양성 및 근무여건 개선을 위하여 노력하여야 할 책임을 부과하여(영유아보육법 제4조 제4항) 보육교직원이 성실하게 근무할 수 있는 여건을 마련하고자 하였다.³⁾

이러한 사전적·예방적 조치와 더불어 어린이집 보육교직원의 영유아보호의무 위반에 대하여 적절한 제재조치를 취함으로써 영유아보호에 대한 경각심을 일으킬 필요도 있음을 간과할 수 없다. 적절한 제재방안을 실효성 있게 구성·

1) 영유아보육법 제34조에서는 국가와 지방자치단체는 영유아에 대한 보육을 무상으로 하고, 무상보육 실시에 드는 비용은 국가나 지방자치단체가 부담하거나 보조하되, 무상보육 및 비용부담·보조에 관한 구체적인 내용과 범위를 정하는 것은 같은 법 시행규칙에 위임하였다.

2) '보육'은 영유아를 건강하고 안전하게 양육한다는 보호(care)의 기능과 영유아의 발달 특성에 맞게 가르친다는 교육(education)의 기능을 포괄하는 것이다.

3) 보육교직원의 직무스트레스와 열악한 근무여건이 그들의 보육활동에 부정적인 영향을 미치게 되어 결국 보육의 질을 낮게 한다는 지적으로는, 구은미, 「보육 프로그램의 질에 영향을 미치는 교사 관련 변인 분석」, 숙명여자대학교 박사학위논문, 2004, 40-43면; 김성열·도순남, "유치원 교사의 직무태도 결정요인 분석", 「교육이론과 실천」 제9권, 경남대학교 교육문제연구소, 1999, 290-292면.

운용하는 것은 상당한 위하력(威嚇力)으로 작용하는 것이 일반적이기 때문이다. 이러한 제재방안은 크게 형사적 제재와 행정적 제재로 나눌 수 있다.⁴⁾ 다시 형사적 제재는 보육교직원이 보호하는 영유아를 대상으로 한 범죄를 가중처벌하는 경우와 일정한 의무위반행위에 대하여 형사처벌을 하는 경우로 나뉘는데,⁵⁾ 이 논문에서는 어린이집 보육교직원의 영유아보호의무 위반에 대한 행정적 제재로 논의의 범위를 한정하기로 한다.

이하에서는 어린이집 보육교직원의 개념과 범위를 바탕으로 특히 어린이집 원장과 보육교사가 부담하는 영유아보호의무를 정한 관련 법령의 규정을 개관하고, 그 의무위반에 대한 행정적 제재를 일별하여 해당 요건 등에 대한 해석론을 중심으로 바람직한 제도개선방안을 모색해 보기로 한다.

Ⅱ. 어린이집 보육교직원의 영유아보호의무

1. 어린이집 보육교직원의 개념과 범위

어린이집에는 보육교직원을 두어야 하는데(영유아보육법 제17조 제1항), 보육교직원이라 함은 어린이집 영유아의 보육, 건강관리 및 보호자와의 상담, 그 밖에 어린이집의 관리·운영 등의 업무를 담당하는 사람으로서 어린이집의 원장 및 보육교사와 그 밖의 직원을 말한다(영유아보육법 제2조 제5호). 그 밖의 직원에는 간호사, 영양사, 조리원, 어린이집의 규모와 특성에 따른 의사 또는

4) 형사적 제재와 행정적 제재 이외에 영유아보호의무를 위반한 보육교직원의 손해배상책임 등 민사적 책임도 문제될 수 있으나, 이에 관해서는 이 논문에서 다루지 않는다. 보육교사의 민사적 책임에 관한 자세한 설명으로는, 백경일·서영숙, “유치원·어린이집 교사의 아동보호·감독의무와 손해배상책임”, 「일감법학」 제33호, 건국대학교 법학연구소, 2016, 135-139면.

5) 전자(前者)의 경우는 부진정신분범에 해당되는데, 어린이집 원장과 보육교사가 보호하는 아동에 대하여 아동학대범죄를 범한 경우의 가중처벌을 정한 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제7조, 제10조 제2항 제12호와 어린이집의 원장과 보육교사가 자기의 보호·감독을 받는 아동·청소년을 대상으로 성범죄를 범한 경우의 가중처벌을 정한 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제18조, 제34조 제2항 제6호를 그 예로 들 수 있다. 후자(後者)의 경우는 진정신분범에 해당되는데, 어린이집 설치·운영자가 보육교사 등 보호자를 태우지 않은 채 어린이통학버스를 운행한 경우의 형사처벌을 정한 도로교통법 제156조 제8호가 대표적인 예이다.

축탁의사, 사회복지사, 사무원, 관리인, 위생원, 운전기사, 치료사 등이 있다(영유아보육법 제17조 제4항, 같은 법 시행규칙 제10조, 별표 2).

보육교직원 중 영유아에 대한 보육활동에 직접적으로 관여하면서 주된 책임을 지는 사람은 어린이집 원장과 보육교사이다. 그 밖의 직원은 각 직능별로 보육활동의 일부를 보조하는 역할을 수행할 뿐이다. 이러한 탓에 영유아보육법 제18조에서도 ‘보육교직원의 직무’라는 표제 아래 어린이집 원장과 보육교사의 직무만을 규정하고 있다. 어린이집 원장은 어린이집을 총괄하고 보육교사와 그 밖의 직원을 지도·감독하며 영유아를 보육한다. 보육교사는 영유아를 보육하고 어린이집의 원장이 불가피한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 그 직무를 대행한다.

이에 따라 영유아보호의무의 구체적인 내용을 정한 규정들도 대체로 어린이집 원장과 보육교사를 수범자(受範者)로 상정하고 있다. 이하에서는 어린이집 원장과 보육교사가 부담하는 영유아보호의무의 내용을 중심으로 논의를 전개하기로 한다.⁶⁾

2. 어린이집 원장 및 보육교사의 영유아보호의무

(1) 영유아보호의무의 포괄성·추상성

어린이집 원장과 보육교사는 영유아를 보육함에 있어 영유아에게 신체적 고통이나 고성·폭언 등의 정신적 고통을 가하여서는 안 되고,⁷⁾ 그 업무를 수행

6) 예컨대, 영유아보육법 시행규칙 별표 8에서 정한 어린이집 운영기준 중 급식관리 및 위생관리 부분은 영양사, 조리원 등을 수범자로 한 것이고, 위 운영기준 중 차량안전관리 부분 및 도로교통법 제53조 내지 제53조의3은 어린이통학버스의 운전자를 수범자로 한 것이다. 이 논문에서는 그 밖의 직원들이 준수하여야 할 사항을 정한 법령의 규정에 대해서는 다루지 않고, 후속 연구의 과제로 남겨둔다.

7) 위 규정부분에서는 널리 통용되는 ‘학대’라는 표현 대신에 ‘고통을 가하여서는 안 된다.’는 문구가 사용되었는데, ‘고통을 가하는 행위’는 고통의 의미를 어떻게 해석하는지에 따라 아동복지법 제3조 제7호에서 정한 ‘학대’보다 더 넓은 개념이 될 수 있다. 이처럼 포괄적인 규정을 둔 것은 체벌, 훈육 등 이유와 명목을 불문하고 영유아에게 신체적·정신적 고통을 가하는 일체의 행위를 허용하지 않는다는 취지로 이해할 수 있다. 구 영유아보육법(2015. 5. 18. 법률 제13321호로 개정된 것)에서 신설된 위 규정의 취지에 대하여 법제처 국가법령정보에서도 “최근 어린이집의

함에 있어 영유아의 생명·안전보호 및 위험방지를 위하여 주의의무를 다하여야 한다(영유아보육법 제18조의2). 이러한 영유아보호의무는 법률상 의무이므로 어린이집의 원장이 영유아의 보호자와 체결한 계약에서 보호의무의 상세한 내용을 정하지 않았더라도 보육교사는 위와 같이 일반적인 영유아보호의무를 부담한다.

어린이집 원장 및 보육교사의 영유아보호의무는 영유아의 보육과정 전반을 아우르는데, 보육은 양호와 보호, 보건위생, 건강증진, 안전관리 등 영유아의 생존을 유지하고 신체적·정신적 발달을 육성하는 보호·양육 기능을 포괄하므로, 영유아보호의무의 구체적인 내용을 단적으로 표현하는 것은 쉽지 않다. 이처럼 영유아보호의무는 일반적·추상적인 개념으로서 다양한 국면에서 요구되는 만큼 개별 법률에서 산발적으로 규정되고 있다. 다만, 다수의 규정에서 어린이집 원장과 보육교사의 영유아보호의무를 정한 것은 그 의무의 내용을 구체화하는 의미를 가지는 것이고, 이들 규정에서 정한 바에 따라 영유아보호의무가 한정되는 것은 아니다.

(1) 영유아보육법상 영유아보호의무의 주요 내용

1) 개요

영유아보육법에는 영유아의 건전한 성장·발달을 도모하기 위한 다양한 제도적 장치를 마련해두고 있는데, 이들 규정은 직·간접적으로 어린이집 원장 및 보육교사의 영유아보호의무와 관련되므로, 그러한 영유아보호의무를 일별하는 것은 상당히 방대한 작업이다. 영유아보육법에서는 영유아 보육의 기본지침으로서 어린이집 운영기준을 마련하고, 어린이집 원장에게 위 운영기준을 준수하여 영유아를 보육하도록 하는 의무를 부과한다(영유아보육법 제24조 제1항, 같은 법 시행규칙 제23조, 별표 8). 어린이집의 운영기준에는 어린이집의 반 운

아동학대범죄가 잇따라 발생하여 어린이집을 이용하고 있는 영유아 보호자들의 불안이 가중되고, 건강하고 안전하게 보호받고 양육되어야 하는 영유아의 권리도 훼손되고 있어 이에 대한 대책 마련이 시급하게 요구됨.”이라고 적시하고 있다.

영, 운영일 및 운영시간, 입소 및 퇴소 등에 관한 일반운영기준과 안전관리, 급식관리, 위생관리, 차량안전관리 등에 관한 상세한 지침이 담겨 있다.

이 논문은 어린이집 원장 및 보육교사의 영유아보호의무 위반에 따른 행정적 제재의 실효성 확보를 위한 해석론과 제도적 개선방안을 제시하는 데에 목적이 있으므로, 여기서는 그 목적 달성에 필요한 범위 내에서 영유아보호의무가 작용하는 몇몇 분야를 중심으로 이와 관련된 영유아보육법의 주요 규정을 간략하게 살펴보기로 한다.

2) 안전관리

어린이집 원장은 일정기간별로 시설의 안전점검을 시행하여 화재·상해 등의 위험발생 요인을 사전에 제거하고, 각 놀이시설물에 대하여 적절한 점검 일정을 세워 점검하여야 한다.⁸⁾ 또한, 어린이집의 원장은 소방계획을 작성하여 매월 소방훈련을 하여야 하고, 매년 안전교육계획을 수립하여 보육 영유아 및 보육교직원에게 안전교육을 실시하여야 한다. 나아가 어린이집 원장은 보호자와의 비상연락망을 확보하고, 사고에 대비하여 보육 영유아에 대한 응급처치 동의서를 받아 갖추 두어야 하며, 영유아에 대한 사고가 발생한 경우에는 즉시 영유아의 보호자에게 알려야 한다.

어린이집의 원장은 영유아보육법 제31조의2에 따라 어린이집 안전공제회에 가입하고 영유아의 생명·신체에 대한 피해를 보상하기 위하여 공제회에서 정한 공제료를 납부하여야 한다. 어린이집 안전공제회는 어린이집 상호 간의 협동조직을 통하여 어린이집의 안전사고를 예방하고 어린이집 안전사고로 인하여 생명·신체 또는 재산상의 피해를 입은 영유아 및 보육교직원 등에 대한 보상을 하기 위하여 보건복지부장관의 허가를 받아 설립된 법인이다.

8) 이 경우 놀이시설물의 볼트·너트 등 이음장치, 울타리, 구조물의 부식 여부 등은 매일 점검하고, 움직이는 부분들이 서로 맞물리는 놀이시설물의 경우 영유아의 신체 일부가 놀이기구에 끼지 않도록 맞물림의 형태 등을 점검하여야 한다.

3) 보건위생

어린이집 운영기준의 보건위생에 관한 내용은 급식관리와 위생관리로 나뉜다.

어린이집 원장은 보육 영유아에게 균형 있고 위생적이며 안전한 급식을 하여야 한다(영유아보육법 제33조). 어린이집 원장 및 어린이집에서 급식을 조리·제공하는 보육교직원(원장 등)은 어린이집에서 식중독 환자가 발생하지 않도록 위생관리를 철저히 하여야 하고, 영유아가 필요한 영양을 섭취할 수 있도록 영양사가 작성한 식단에 따라 급식을 공급하여야 한다.

어린이집 원장과 보육교사는 조리실, 식품 등의 원료·제품 보관실, 화장실 및 침구 등을 정기적으로 소독하고, 항상 청결하게 관리하여야 한다. 어린이집 원장 및 보육교사는 영유아의 위생에 영향을 미치는 감기, 독감, 홍역 등 유행성질환 감염 여부, 영유아의 피부, 머리, 손톱·발톱, 치아상태, 어린이집의 청소상태, 침구 및 기저귀 등의 위생상태, 욕실 및 화장실의 청결상태, 세면도구 등의 위생상태 등에 대하여 수시로 점검하여야 하고, 어린이집 내부의 쾌적한 공기질을 유지하기 위하여 수시로 환기 및 청소 등을 하여야 한다.

4) 건강관리

어린이집의 원장은 보육 영유아에 대하여 매년 1회 이상 정기적으로 건강진단을 실시하고, 영유아의 건강진단 실시여부를 어린이집 생활기록부에 기록하여 관리하는 등 건강관리를 하여야 하며, 영유아에게 질병·사고 또는 재해 등으로 인하여 위급 상태가 발생한 경우 즉시 응급의료기관에 이송하여야 한다. 어린이집의 원장은 건강진단을 실시한 결과 치료가 필요한 영유아에 대해서는 그 보호자와 협의하여 필요한 조치를 하여야 하고, 전염성 질환에 감염된 것으로 밝혀지거나 의심되는 영유아를 어린이집으로부터 격리시켜야 한다(영유아보육법 제31조, 제32조, 같은 법 시행규칙 제33조).

또한, 어린이집 원장은 보육 영유아에 대하여 매년 정기적으로 예방접종통합관리시스템을 활용하여 영유아의 예방접종에 관한 사실을 확인하고, 그 확인

결과 예방접종을 받지 않은 영유아에게는 필요한 예방접종을 받도록 보호자를 지도하며, 어린이집 생활기록에 예방접종 여부 및 내역에 관한 사항을 기록하여 관리하여야 한다(영유아보육법 제31조의3).

5) 차량안전관리

어린이집의 원장은 영유아의 통학을 위하여 차량을 운영하는 경우 도로교통법 제52조에 따라 미리 어린이통학버스로 관할 경찰서장에게 신고하여야 한다(영유아보육법 제33조의2). 어린이집에서 운행 중인 모든 차량에는 차량 내에 안전수칙을 부착하고, 차량용 소화기 및 구급상자를 갖추어야 하며, 통합안전점검표에 의한 안전점검을 하여야 한다.

(3) 그 밖의 법률상 영유아보호의무의 주요 내용

어린이집 원장 및 보육교사는 업무상 영유아와 밀접한 관계를 이루고 생활하므로 일정한 유형의 범죄를 조기에 인지할 가능성이 높다는 점이 고려되어 일부 법률에서는 이들에게 그 범죄를 인지한 경우 등에 신고를 하여야 할 의무를 부과하고 있다. 어린이집 원장 및 보육교사는 직무를 수행하면서 아동학대범죄를 알게 된 경우나 그 의심이 있는 경우에는 아동보호전문기관 또는 수사기관에 즉시 신고하여야 한다(아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제10조 제2항).⁹⁾ 또한, 어린이집 원장 및 보육교사는 직무상 아동·청소년 대상 성범죄의 발생 사실을 알게 된 때에는 즉시 수사기관에 신고하여야 한다(아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제34조 제2항 제6호).

한편, 어린이집 원장은 어린이통학버스에 영유아를 태울 때에는 보육교사를 함께 태워 위 통학버스를 운행하도록 하여야 하며, 이에 따라 동승한 보육교사

9) 영유아보육법 시행규칙 별표 8 어린이집의 운영기준에서는 영유아에게서 아동학대의 징후 등을 발견한 보육교직원의 신고의무를 다시금 확인하고 있는데, 이는 위 특례법상 신고의무를 환기하는 것에서 더 나아가 어린이집의 운영기준에 위반한 경우의 행정적 제재조치가 위 신고의무 위반의 경우에도 행해질 수 있도록 하는 법률효과를 낳는다.

는 영유아가 안전하게 승하차 하는 것을 확인하고 운행 중에는 영유아가 좌석에 앉아 좌석안전띠를 매고 있도록 하는 등 영유아의 보호에 필요한 조치를 하여야 한다(도로교통법 제53조 제3항 제2호).¹⁰⁾

Ⅲ. 영유아보호의무의 위반에 따른 행정적 제재 관련 법제에 대한 비판적 검토

1. 개요

(1) 영유아보호의무의 위반에 따른 어린이집 안전사고의 발생

어린이집 원장 및 보육교사가 영유아보호의무를 소홀히 한 경우에는 보육영유아의 생명·신체에 피해가 발생할 수 있다. 때로는 이러한 안전사고가 보육영유아에게 회복될 수 없을 정도의 손해를 남길 수도 있어서 그 심각성을 더한다. 어린이집 안전사고의 유형별 발생현황을 살펴보면, 아래 표의 내역과 같은데, 비록 모든 안전사고가 어린이집 원장 및 보육교사의 영유아보호의무 위반을 원인으로 하여 발생한 것은 아니라고 하더라도 상당수의 안전사고에서 그러한 의무위반(과실)이 개재되어 있음은 부정할 수 없다.¹¹⁾ 어린이집 내 비품의 뒤흔어진 모서리에 보육영유아가 부딪쳐서 상해를 입는 경우, 놀이터의 시설에 보육영유아의 신체 일부가 끼인 경우, 조리실의 위생관리를 소홀히 하여 보육영유아들에게 집단 식중독이 발생한 경우, 어린이통학버스에 동승한 보육교사

10) 영유아보육법 시행규칙 별표 8 어린이집의 운영기준에서는 동승한 보육교사의 영유아 보호조치를 더욱 구체화하여 36개월 미만 영아를 탑승시키는 경우에는 보호 장구를 착용하도록 하고, 차량 운행이 시작되기 전에 영유아에게 안전벨트를 착용시키며, 등원·퇴원 차량 운행 시 영유아가 안전하게 보호자에게 인도될 수 있도록 조치하여야 한다고 정하고 있는데, 이 역시 어린이집의 운영기준 위반에 따른 행정적 제재와 맞물려 실효성을 가지게 된다.

11) 위 표의 통계내역은 국회 보건복지위원회 소속 윤종필 의원이 2018. 7.경 보건복지부로부터 제출받은 자료에 기반한 것인데, 위 각 수치는 어린이집 안전공제회에서 안전사고로 급여를 지급하고 보육통합정보시스템에 입력한 수치보다 매우 적다. 어린이집이 중증 부상에 대해서만 지방자치단체에 신고하면서 어린이집에서 발생한 대부분의 사고에 대하여 보험금을 청구했기 때문에 이러한 수치의 차이가 발생한 것으로 추정된다.

가 버스 내에 보육영유아가 있는지 제대로 살피지 않은 채 하차하고서 버스 문을 잠금으로써 버스 내에 있던 영유아에게 피해가 발생한 경우 등에는 어린이집 원장 및 보육교사의 영유아보호의무 위반을 인정할 수 있을 것이다.

〈어린이집 안전사고 유형별 발생현황〉

구분	2013년		2014년		2015년		2016년		2017년		
	부상	사망	부상	사망	부상	사망	부상	사망	부상	사망	
사고 유형	부딪힘·넘어짐 ·끼임·떨어짐	3,408	0	4,423	1	5,252	0	6,799	0	6,458	0
	이물질삽입	85	0	106	0	117	0	152	0	156	1
	화상	83	0	111	0	141	0	160	0	141	0
	식중독	4	0	7	0	10	0	14	0	9	0
	통학버스	52	1	100	1	104	3	70	2	48	0
	원인미상·기타	564	12	1,067	11	1,162	8	1,337	5	1,653	1
	합계	4,196	13	5,814	13	6,786	11	8,532	7	8,465	2

(2) 어린이집 설치·운영자의 영유아보호의무 위반

영유아보육법 및 그 밖의 법률에서는 각 영유아보호의무의 위반행위에 대응한 행정적 제재조치를 규정해두고 있다. 그런데 이들 행정적 제재조치 중 상당수는 ‘어린이집 설치·운영자’가 어린이집의 설치 및 운영과정에서 영유아보호를 위한 각종 법령상 의무를 이행하지 않은 경우에 행하여지도록 규정되어 있다. 어린이집 설치·운영자는 영유아보육법 제10조에 따라 어린이집을 설치하고 운영할 책임을 지는 주체를 말할 뿐,¹²⁾ 영유아의 보호·교육, 건강관리 및

12) 영유아보육법 제10조에서는 어린이집 설치·운영의 주체에 따라 어린이집의 유형을 분류하고 있는데, 국공립어린이집의 경우에는 국가나 지방자치단체가, 사회복지법인어린이집의 경우에는 사회복지사업법에 따른 사회복지법인, 법인·단체 등 어린이집의 경우에는 사회복지법인을 제외한 각종 비영리법인이나 단체 등이, 직장어린이집의 경우에는 사업주가, 가정어린이집의 경우에는 개인이, 협동어린이집의 경우에는 보호자 또는 보호자와 보육교직원인 결성한

보호자와의 상담 등 영유아 보육업무를 총괄하면서 보육교사와 그 밖의 직원을 지도·감독하는 어린이집 원장과는 다르다. 어린이집 설치·운영자는 보육교직원의 범주에 포함될 수 없을 뿐만 아니라 설령 가정어린이집이나 민간어린이집 등에서 그 설치·운영자가 어린이집 원장의 지위를 겸한다고 하더라도 해당 규정이 어린이집 설치·운영자의 지위에서 문제되는 것이라면 이를 어린이집 ‘보육교직원’의 영유아보호의무 위반에 따른 행정적 제재의 범주에서 논할 수는 없다.

2. 시정·변경명령 및 어린이집 운영정지·폐쇄명령

(1) 시정·변경명령

보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 어린이집의 운영기준을 위반하거나 영유아보육법 제32조 제1항에 따른 질병의 치료와 예방조치를 하지 않거나 영유아보육법 제33조에 따른 균형 있고 위생적이며 안전한 급식을 하지 않은 어린이집의 원장에게 기간을 정하여 그 시정 또는 변경을 명할 수 있다(영유아보육법 제44조 제4호, 제4의7호, 제4의8호). 이는 어린이집의 운영과정에서 준수하여야 할 의무를 위반한 것에 대하여 원장에게 그 시정을 촉구함으로써 자정(自淨)의 기회를 제공하는 행정처분이다. 시정·변경명령은 과거의 범위반행위로 인하여 현실로 존재하는 위법한 결과를 바로잡도록 함으로써 정상적인 법질서를 회복하는 것을 목적으로 하는 행정처분이므로,¹³⁾ 그 대상과 내용이 구체적이고 명확하게 특정되어야 한다.¹⁴⁾ 따라서 단순히 위생적이고 안전한 급식을 하라는 식의 시정·변경명령은 적법하다고 볼 수 없고, 이미 급식에 제공되었던 음식물을 모두 폐기하라는 등으로 위법상태를 제거할 수 있는 구체적인 내용을 담은 명령을 하여야 한다.

비영리조합이 어린이집 설치·운영자가 된다.

13) 대법원 2002. 11. 26. 선고 2001두3099 판결; 따라서 사유를 불분하고 위반행위의 결과가 더 이상 존재하지 않는다면 시정·변경명령을 할 수 없다.

14) 그 대상과 내용을 구체적이고 명확하게 특정하지 않은 시정·변경명령은 위법하다는 취지의 판결로는, 대법원 2007. 1. 12. 선고 2004두7146 판결, 대법원 2013. 6. 28. 선고 2011두18151 판결 등 참조.

보건복지부장관, 시·도지사 및 시장·군수·구청장은 보육사업의 원활한 수행을 위하여 어린이집 보육교직원에 대하여 필요한 지도와 명령을 할 수 있는데(영유아보육법 제41조), 시정·변경명령은 어린이집의 운영정지·폐쇄명령(영유아보육법 제45조 제1항 제3호)과 결합하여 강력한 제재로써 그 의무이행을 담보할 수 있게 된다.¹⁵⁾ 어린이집 운영기준에는 어린이집의 안전관리 및 급식·위생관리에 관한 상세한 내용이 담겨 있어 시정·변경명령은 어린이집 원장의 영유아보호의무 위반을 포괄적으로 규율할 수 있게 된다.

여기서 위 제4의8호에서 정한 ‘균형 있고 위생적이며 안전한 급식을 하지 않은 경우’의 의미와 범위가 명확하지 않다는 점을 지적하고자 한다. 위 규정의 모태인 영유아보육법 제33조는 어린이집 급식관리의 목표 또는 기본원칙을 정한 것에 불과하여 상세한 급식관리기준을 통해서 구체화될 수 있고, 이때 비로소 행위규범으로 기능할 수 있게 된다. 이에 따라 어린이집 운영기준에서는 급식관리에 관한 상세한 지침을 두고 있고 그 위반은 위 제4호 사유에 해당하게 된다. 그런데 다시금 제4의8호를 두어 급식관리를 소홀히 한 경우를 독립된 시정·변경명령의 사유로 정하는 것은 입법의 경제성과 효율성에 반한다고 본다. 어린이집 급식관리의 중요성을 절감하는 취지에서 어린이집 운영기준과는 별도로 영유아보육법 제33조를 두었다면 이는 선언적·확인적 의미를 가진다고 보아야 하고, 행위규범으로서의 특성은 어린이집 운영기준 중 급식관리 부분에 의하여 발현된다고 보아야 한다.

15) 시정명령에 따르지 않는 것은 단순히 공법상의 의무불이행에 그치지 않고 범집행체계를 부인하고 행정법질서를 파괴하는 행위여서 통상의 법령상 의무위반에 비하여 그 불법성이 가중되므로 어린이집 운영정지·폐쇄명령과 같은 강력한 제재조치가 취해지는 것이다. 행정상 의무위반과 시정명령에 대한 상세한 설명으로는, 이원우, “법령상 부작위의무(금지행위)의 반복적 위반과 시정명령 위반의 판단기준”, 『경제규제와 법』 제1권 제1호, 서울대학교 아시아태평양법연구소, 2008, 123-129면.

(2) 어린이집 운영정지·폐쇄명령

1) 관련 규정의 내용

보건복지부장관, 시·도지사 및 시장·군수·구청장은 어린이집 설치·운영자가 시정·변경명령을 위반한 경우뿐만 아니라 아동학대행위를 한 경우 및 어린이통학버스(영유아보육법 제33조의2 및 도로교통법 제52조에 따른 신고를 하지 않은 경우를 포함¹⁶⁾)에 보육교직원을 함께 태우지 않은 채 어린이통학버스를 운행하던 중 발생한 교통사고로 영유아를 사망하게 하거나 영유아의 신체를 상해하여 생명에 대한 위험을 발생하게 하거나, 신체의 상해로 인하여 불구(不具) 또는 불치(不治)나 난치(難治)의 질병에 이르게 한 경우에 1년 이내의 범위 내에서 해당 어린이집의 운영정지를 명하거나 그 폐쇄를 명할 수 있다(영유아보육법 제45조 제1항 전문 제3호 내지 제5호, 같은 법 시행규칙 제38조 제3항).

어린이집 보육교직원 등 설치·운영자의 관리·감독 하에 있는 자가 아동학대행위를 한 경우에는 그 설치·운영자가 한 행위로 보되, 설치·운영자가 그 행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 않은 경우에는 그러하지 않다(영유아보육법 제45조 제1항 후문).

2) 시정·변경명령을 위반한 경우(제3호)

시정·변경명령을 할 수 있는 사유가 매우 광범위하고, 특히나 어린이집 운영기준을 위반한 경우가 포괄적으로 시정·변경명령의 사유로 되어 있어 자칫 어린이집 운영정지·폐쇄명령이 자의적으로 행해질 우려가 있다. 이에 영유아보육법 시행규칙 별표 9에서 어린이집에 대한 행정처분의 세부기준을 마련해두고 있다. 위 별표 9에서는 시정·변경명령의 위반유형별로 어린이집의 운영정지 기간 및 폐쇄 가능여부를 구체적으로 정하고 있다.

16) 어린이집의 원장은 영유아의 통학을 위하여 차량을 운영하는 경우 도로교통법 제52조에 따라 미리 어린이통학버스로 관할 경찰서장에게 신고하여야 한다(영유아보육법 제33조의2).

시정·변경명령은 어린이집의 설치·운영자뿐만 아니라 어린이집 원장에 대하여도 할 수 있는데, 그 '설치·운영자'가 시정·변경명령을 위반한 경우에 비로소 어린이집 운영정지·폐쇄명령을 할 수 있다고 규정한 것은 법체계의 정합성에 부합하지 않는다. 어린이집의 설치·운영주체가 그 설치·운영자라는 점을 고려한 입법으로 짐작할 수 있으나, 현실적으로는 어린이집 원장이 해당 어린이집의 실질적인 운영을 도맡고 있는 점, 어린이집 원장에 대한 시정·변경명령은 어떤 방식으로든 내부적으로 그 설치·운영자에게 전달될 것으로 보이는 점, 관찰관청으로서 어린이집 운영정지에 갈음하여 과징금 부과처분을 할 수도 있는 점 등을 고려하면 어린이집 원장이 시정·변경명령을 위반한 경우에도 어린이집 운영정지·폐쇄명령을 할 수 있도록 규정을 개정하는 것이 옳다고 본다.

3) 아동학대행위를 한 경우(제4호)

어린이집 원장 및 보육교사는 그 설치·운영자의 관리·감독 아래에 있는 사람으로서 그 설치·운영자가 이들 보육교직원에 대한 선임·감독상의 의무를 다하지 않았다는 점이 인정되는 경우 보육교직원에 의한 아동학대행위의 책임을 그 설치·운영자에게 귀속시킬 수 있다. 구체적인 사안에서 어린이집 설치·운영자가 상당한 주의와 감독을 게을리하였는지 여부는 해당 아동학대행위와 관련된 모든 사정, 즉 관련 규정의 취지, 위 제재에 따라 예상되는 법익 침해의 정도, 아동학대행위의 구체적인 모습과 그로 인하여 실제 야기된 피해 또는 결과의 정도, 어린이집의 규모 및 보육교사에 대한 감독가능성이나 구체적인 지휘·감독 관계, 그 설치·운영자가 아동학대행위의 방지를 위하여 실제 행한 조치 등을 전체적으로 종합하여 판단하여야 한다.¹⁷⁾

나아가 아동학대행위를 원인으로 한 어린이집 운영정지·폐쇄명령을 하기 위해서는 어린이집 설치·운영자의 관리·감독을 받는 보육교직원이 아동학대행위를 한 것으로 족하고 그 아동학대행위로 인하여 형사처벌을 받았을 것까지

17) 오서현·정기상, 「아동보호법론」, 유로출판, 2019, 174면.

는 요하지 않는다. 따라서 법문상으로는 관할관청이 아동학대행위를 인정하는 경우에는 해당 보육교직원에 대한 유죄의 확정판결이 없더라도 어린이집 운영 정지·폐쇄명령을 할 수 있는 셈이다. 아동을 보호·교육하여야 할 책임이 있는 어린이집 보육교직원이 보육영유아를 학대하는 행위에 대하여 엄중한 책임을 묻는다는 취지에는 공감할 수 있으나, 어린이집 폐쇄에 따른 회복불능의 불이익, 어린이집 원장 및 보육교사의 자격취소에는 아동학대관련범죄에 따른 형사처벌을 요하는 것과의 균형을 고려하면 아동학대사실에 대한 엄격한 증명을 필요로 한다고 보아야 하는 것은 아닌지 생각해 볼 일이다.¹⁸⁾

4) 어린이집통학버스에 동승자를 태우지 않고 운행한 경우(제5호)

어린이집의 설치·운영자가 보육교직원을 함께 태우지 않은 채 어린이통학 버스를 운행하다가 발생한 교통사고로 인하여 영유아가 사망하거나 중상해를 입은 경우에는 어린이집의 운영정지나 폐쇄를 명할 수 있도록 하여 의무위반에 따른 중한 결과에 대한 책임을 엄중하게 묻고자 하였다. 여기서 주목할 점은 보육교직원을 어린이통학버스에 함께 태우지 않은 부작위와 교통사고의 발생 간에 인과관계를 요구하지 않았다는 것이다. 즉 위와 같은 부작위 때문에 교통사고가 발생하였거나 그 피해가 확대되었어야만 해당 어린이집의 운영정지나 폐쇄를 명할 수 있는 것은 아니다. 결과책임적 측면이 강하기는 하나, 행정처분은 형벌과 동등한 수준으로 책임과의 엄격한 비례관계를 요하지는 않고, 어린이통학버스의 운행과정에서 발생하는 여러 유형의 사고에 대한 사회적 우려가 큰 현실에서 정책적으로 어린이통학버스에 보육교직원을 함께 태우는 조치에 대한 경각심을 불러일으켜 이를 완전히 정착시킴으로써 사고의 요인을 제거할 수 있는 여건을 조성할 필요가 있다는 점에서 위 규정내용이 부당하다고 보기는 어렵다.¹⁹⁾

18) 영유아보육법 제45조 제1항 제4호의 적용에 있어 어린이집 보육교직원에 의한 아동학대행위가 객관적인 증거에 의하여 뒷받침되는 경우에 비로소 어린이집 운영정지·폐쇄명령을 할 수 있도록 실무상 관행을 정립하여야 할 것이다.

19) 오서현·정기상, 앞의 책, 530면.

한편, 위 제5호에서는 어린이집 설치·운영자를 어린이통학버스를 운행하는 자로 상정해두고 있는데, 영유아보육법 제33조의2에서는 어린이집 원장을 어린이통학버스의 운영주체로 하여 그에게 관련 신고의무를 지우고 있다. 현실적으로도 어린이통학버스를 관리하고 운행하는 업무는 어린이집 원장이 총괄하고 있다. 따라서 어린이집 원장이 어린이통학버스에 보육교사를 함께 태우고 운행하여야 할 의무를 위반한 경우에도 위 제5호의 사유가 성립하도록 규정을 정비하는 것이 타당하다고 생각한다.

(3) 과징금 부과처분

특별자치도지사·시장·군수·구청장은 어린이집이 운영정지 또는 폐쇄되는 경우 어린이집에 보육 중인 영유아를 다른 어린이집으로 옮기도록 하는 등 영유아의 권익을 보호하기 위하여 필요한 조치를 하여야 하는데(영유아보육법 제45조 제5항), 이 경우 어린이집의 운영정지가 영유아 및 보호자에게 심한 불편을 주거나 그 밖에 공익을 해칠 우려가 있으면 어린이집 운영정지 처분에 갈음하여 3천만 원 이하의 과징금을 부과할 수 있다(영유아보육법 제45조의2 제1항). 영유아보육법 제45조 제1항 각 호의 사유가 인정되는 경우에 어린이집 운영정지처분을 할 것인지 또는 이에 갈음하여 과징금을 부과할 것인지에 대해서는 행정청에게 운영정지처분이 영유아 및 보호자에게 초래할 불편의 정도 또는 그 밖에 공익을 해칠 우려가 있는지 등을 고려하여 합당한 조치를 선택할 수 있는 재량이 인정된다.²⁰⁾

3. 어린이집 평가등급의 조정

(1) 어린이집 평가제도 개관

어린이집 평가제도는 영유아 보육서비스의 질적 수준 향상을 도모한다는 목

20) 대법원 2015. 6. 24. 선고 2015두39378 판결.

어린이집 보육교직원의 영유아보호의무 위반에 따른 행정적 제재 관련 법제에 대한 입법평가

적으로 2004. 1. 29. 법률 제7153호로 개정된 구 영유아보육법에서 평가인증의 형식으로 도입되었다(제30조, 임의적 평가인증제). 어린이집 설치·운영자의 자발적 신청에 따라 보건복지부장관이 어린이집에 대한 평가인증을 실시하고 그 결과에 따라 보육사업 실시에 필요한 지원을 할 수 있도록 하였다.²¹⁾ 다만, 평가인증제도는 어린이집 평가로부터 자유로운 질적 수준 관리의 사각지대를 만들고 이는 보편적 보육이념에 부합하지 않는다는 지적이 꾸준히 제기되었다.

이에 2018. 12. 11. 법률 제15892호로 개정된 구 영유아보육법에서는 아동 권리의 보호, 안전관리의 강화에 대한 사회적 요구를 반영한다는 취지에서 평가대상을 전체 어린이집으로 확대하여 보건복지부장관이 전체 어린이집에 대한 평가를 실시한 다음 각 어린이집에 등급을 부여하고, 그 평가결과를 공개하도록 하여(제30조) 어린이집 평가의 실효성을 제고하였다(의무적 평가제).

보건복지부장관은 영유아의 안전과 보육서비스의 질 향상을 위하여 어린이집의 보육환경, 보육과정 운영, 보육인력의 전문성 및 이용자 만족도 등에 대하여 원칙적으로 3년마다 평가를 실시하고, 어린이집 평가등급 등 평가 결과를 공표하여야 한다(영유아보육법 제30조 제1항, 제3항, 제6항, 같은 법 시행규칙 제31조). 보건복지부장관은 위 평가 결과에 따라 어린이집 보육서비스의 관리, 보육사업에 대한 재정적·행정적 지원 등 필요한 조치를 할 수 있다(영유아보육법 제30조 제2항).

(2) 영유아보호의무의 위반에 따른 어린이집 평가등급의 조정

임의적 평가인증제 하에서 평가인증을 받은 어린이집의 설치·운영자에게 그 평가인증을 유지하기 어렵다고 인정되는 사유가 발생한 경우 보건복지부장관은 구 영유아보육법(2018. 12. 11. 법률 제15892호로 개정되기 전의 것) 제30

21) 평가인증제도가 도입된 이후 많은 연구들에서 보육 서비스의 질적 수준 향상, 원장 및 보육교사의 전문성과 효능감 제고, 어린이집 환경 개선과 같은 긍정적인 변화가 있었다고 보고하고 있다(김동례·이현경, "보육시설 평가인증제 참여교사와 비참여교사의 직무만족도 비교연구", 『열린유아교육연구』 제13권 제2호, 열린유아교육학회, 2008, 25-48면; 국지윤·양시내·김영옥, "어린이집 평가인증 연구의 동향 분석", 『유아교육학논집』 제18권 제5호, 한국영유아교원교육학회, 2014, 199-224면).

조 제5항에 따라 그 평가인증을 취소할 수 있었다. 어린이집 평가인증을 전제로 하여 각종 지원이 이루어지므로, 평가인증 이후에 새로이 발생한 사유로 인한 평가인증의 취소는 수익적 행정행위의 철회라고 이해되었다.²²⁾ 그런데 현행의 무적 평가제 하에서는 모든 어린이집에 부여되는 평가등급을 취소한다는 관념이 성립할 수 없으므로, 일정한 사유가 발생한 어린이집의 평가등급을 최하위 등급²³⁾으로 조정하는 방법으로 평가인증의 취소에 갈음하도록 하였다. 최하위의 평가등급을 받은 어린이집에 대해서는 행정적·재정적 지원이 제한된다.

영유아보육법 제30조 제4항에서는 어린이집 평가등급을 최하위등급으로 조정할 수 있는 사유를 열거하고 있는데, 그 사유는 매우 포괄적이다. 그 중 어린이집 원장 및 보육교사의 영유아보호의무 위반과 관련되는 것은, ① 6개월 이상의 운영정지 또는 이에 갈음하여 과징금 부과처분을 받은 경우, ② 어린이집의 원장 또는 보육교사가 자격정지 6개월 이상의 처분을 받은 경우, ③ 어린이집 원장 또는 보육교사가 아동복지법 제17조(금지행위)를 위반하거나 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조 제2호에서 정한 아동·청소년 대상 성범죄를 저지른 경우이다.

위 ①의 사유에 대해서는 앞서 어린이집 운영정지·폐쇄명령 부분에서 살펴 보았고, 위 ②의 사유에 대해서는 아래 어린이집 원장 및 보육교사의 자격정지·취소 부분에서 검토할 것이다. 위 ③의 사유에서는 아동학대 등 금지행위 규정을 위반하거나 아동·청소년 대상 성범죄를 저지른 경우를 규정하고 있는데, 이러한 위법행위로 인하여 어린이집 원장 또는 보육교사가 형사처벌을 받았을 것을 필요로 하지는 않지만, 객관적인 증거나 사정에 의하여 성범죄사실이 명확하게 인정되는 경우이어야 한다고 본다.

22) 대법원 2018. 6. 28. 선고 2015두58195 판결.

23) 어린이집 평가등급은 A, B, C, D의 4등급으로 구성되는데, 이 중 최하위등급인 D등급은 평가기준 4개 영역(㉠ 보육과정 및 상호작용, ㉡ 보육환경 및 운영관리, ㉢ 건강·안전, ㉣ 교직원)에서 2개 이상 '개선필요' 등급을 받은 경우에 해당된다(한국보육진흥원, 「2019 어린이집 평가매뉴얼(어린이집용)」, 2019, 59면).

4. 어린이집 원장 및 보육교사의 자격정지·취소

(1) 개요

어린이집 원장 및 보육교사에 대한 자격정지 또는 자격취소는 종래 부여받았던 자격을 일정한 기간 정지시키거나 이를 박탈하는 침익적 행정행위에 해당한다. 이들 처분에 따라 어린이집 원장 및 보육교사는 그 자격을 일시적으로 제한당하거나 박탈당하는 불이익에서 더 나아가 사회적 명예와 권위를 잃게 되는 사실상의 불이익을 받게 된다. 또한, 이들의 보육을 받던 영유아들은 전원(轉院)하여야 하는 상황에 놓이게 될 수도 있다. 따라서 자격정지 및 자격취소의 구성요건 해당 여부를 판단함에 있어서는 엄격한 해석과 법규정의 적용이 선행되어야 한다.²⁴⁾ 다만, 각 해당 처분사유의 구성요건에는 ‘고의’, ‘중대한 과실’, ‘중대한 손해’ 등과 같은 불확정개념이 내재되어 있으므로, 그 개념을 규명하여 규율범위를 획정하는 것이 필요하다.²⁵⁾ 이러한 취지에서 아래에서는 어린이집 원장 및 보육교사의 자격정지·취소사유 중 영유아보호의무 위반을 원인으로 한 것에 대한 해석론을 전개해 보기로 한다.

24) 대법원도 이와 같은 취지에서 “행정행위의 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추하여서는 안 되고, 입법취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석이 전적으로 배제되는 것은 아니라고 하더라도 해석이 문언의 통상적인 의미를 벗어나서는 아니 된다.”고 판시하였다(대법원 2015. 7. 9. 선고 2014두47853 판결). 헌법재판소도 침익적 행정행위의 부과요건 등에 대해서는 법률로써 엄격하게 정해져야 한다는 입장을 견지하고 있다(헌법재판소 2000. 3. 30. 선고 98헌가8 전원재판부 결정).

25) 사실인정, 법규정의 해석과 적용, 법률효과의 판단이라는 전형적인 3단 논증의 구조 속에서 행정청의 판단여지 또는 재량이 인정되는 불확정개념의 해석과 적용에 있어 일정한 기준을 설정하는 것은, 특히나 제재적 행정처분의 경우에 중요한 의미를 갖는다. 불확정개념의 해석과 적용에 있어 재량과 판단여지의 구별문제에 대한 자세한 설명으로는, 김철우, “제재적 행정처분에 대한 사법심사”, 「행정판례연구」 제23권 제2호, 한국행정판례연구회, 2018, 137-143면.

(2) 자격정지

1) 어린이집 원장의 자격정지사유

보건복지부장관은 ① 어린이집의 원장이 업무 수행 중 고의나 중대한 과실²⁶⁾로 영유아에게 손해를 입힌 경우로서 ㉠ 영유아의 생명을 해치거나 신체 또는 정신에 중대한 손해를 입힌 경우, ㉡ 어린이집의 운영기준을 위반하여 손해를 입힌 경우, ㉢ 영유아보육법 제33조, 같은 법 시행규칙 제34조, 별표 8에 따른 급식기준을 위반하여 손해를 입힌 경우, ㉣ 그 밖의 원인으로 손해를 입힌 경우, ② 해당 업무 수행에 필요한 자격이 없는 자를 채용하여 보육교사·간호사 또는 영양사 등의 업무를 수행하게 한 경우 중 어느 하나에 해당하면 1년(다만, 아동학대행위로 영유아의 생명을 해치거나 신체 또는 정신에 중대한 손해를 입힌 경우에는 2년) 이내의 범위에서 그 자격을 정지시킬 수 있다(영유아보육법 제46조 제1호, 제2호).

여기서 ‘신체 또는 정신에 중대한 손해를 입힌 경우’는 영유아의 생명에 대한 위협을 발생하게 하거나 신체의 상해로 인하여 불구(신체 일부의 손상, 변형 또는 기능 상실), 불치(不治) 또는 난치(難治)의 질병에 이르게 하는 경우, 영유아의 정신에 비가역적 또는 난치의 손상과 장애를 주는 경우 등을 포괄한다.

어린이집 운영기준이 방대하여 그 위반행위에 대응한 자격정지의 기간을 법정할 필요가 있다는 고려에 따라 영유아보육법 시행규칙 별표 10에서는 어린이집 원장 및 보육교사에 대한 행정처분의 세부기준을 정하고 있다. 어린이집 운영기준에 안전관리, 급식·위생관리 등에 대한 상세한 지침이 포함되어 있어 위 ㉢의 사유는 ㉠의 사유에 포섭되는데도 이를 별도로 규정한 것은 입법의 경제성과 효율성을 저해할 수 있음은 앞서 설명한 바와 같다.

또한, 해당 업무 수행에 필요한 자격이 없는 자를 채용하여 보육교사·간호사 또는 영양사 등의 업무를 수행하게 하는 것은 그 자체로 영유아의 생명·신

26) ‘중대한 과실’이란 약간의 주의만 기울인다면 손쉽게 위법·유해한 결과를 예견할 수 있는 경우임에도 이를 간과한 것과 같이 거의 고의에 가까운 정도로 현저히 주의를 결여한 상태를 의미한다.

체에 위해가 될 수 있는 것이므로 보육영유아에게 실제 발생한 결과를 묻지 않고 어린이집 원장의 자격을 정지할 수 있도록 하였다.

2) 보육교사의 자격정지사유

보건복지부장관은 보육교사가 업무 수행 중 그 자격과 관련하여 고의나 중대한 과실로 손해를 입힌 경우 1년(다만, 아동학대행위로 영유아에게 손해를 입힌 경우에는 2년) 이내의 범위에서 그 자격을 정지시킬 수 있다(영유아보육법 제 47조 제1호).

그런데 위 규정에서는 행위태양이나 손해를 입힌 상대방이 특정되어 있지 않아서 위 규정의 의미를 둘러싸고 논란이 발생할 여지가 있다. 보육교사가 업무 수행 중 그 자격과 관련하여 고의나 중대한 과실로 손해를 입힌 행위가 어떠한 위법행위를 의미하는지 모호하기 때문이다. 이에 관해서는 ‘그 자격과 관련하여’ 부분이 해석의 열쇠를 쥐고 있다고 본다. 손해를 입힌 행위는 보육교사의 자격과 관련한 위법행위일 것을 요구한다고 본다. 즉, 보육교사의 자격에 따른 업무를 수행하는 과정에서 고의나 중대한 과실로 손해를 입힌 위법행위가 규율 대상이 되는 것이다. 어린이집 원장의 경우와는 달리 보육교사의 자격정지에 있어서는 ‘손해를 입힌 상대방’을 영유아로 한정하지 않은 채 따로 위 규정에서 이를 정하지 않은 것도 다양한 위법행위의 유형을 포괄하는 취지로 보인다.²⁷⁾ 보육교사에 대한 자격정지처분의 세부기준을 정한 영유아보육법 시행규칙 별표 10에서도 보육교사가 업무 수행 중 그 자격과 관련하여 고의나 중대한 과실로 손해를 입힌 경우로서 ① 영유아에게 중대한 생명·신체 또는 정신적 손해를 입힌 경우, ② 비위생적인 급식을 제공하거나 영유아 안전 보호를 태만히 하여 영유아에게 생명·신체 또는 정신적 손해를 입힌 경우 이외에 ③ 그 밖의 경우라는 포괄적인 사유를 별도로 규정하고 있어 손해를 입은 상대방이 영유아

27) 사회복지사업법 제11조의3 제1항 제4호에서는 사회복지사가 그 업무 수행 중 그 자격과 관련하여 고의나 중대한 과실로 다른 사람에게 손해를 입힌 경우에 보건복지부장관이 그 자격을 취소하거나 1년 이내의 범위에서 정지시킬 수 있다고 규정하는데, 이는 영유아보육법 제47조 제1호와 규정의 구조를 같이 한다.

에 국한되지 않음을 전제로 하고 있다.

다만, 어린이집 원장과 보육교사의 자격정지 사유를 질적으로 다르게 규정할 특별한 이유를 찾기 어려운 점, 보육영유아가 아닌 제3자에 대한 위법행위가 ‘보육업무의 수행과 관련하여’ 보육교사의 자격을 정지시킬 만한 사유에 해당된다고 볼 수 있는 경우를 상정하기 어려운 점²⁸⁾ 등을 고려하면, 보육교사의 자격을 정지시키는 사유를 그토록 포괄적으로 규정할 실익이 무엇인지 의문일뿐더러 손해를 입은 상대방을 보육영유아 이외의 제3자에까지 확장할 근거나 이유도 분명하지 않다.

(3) 자격취소

1) 자격취소의 사유

어린이집의 원장 또는 보육교사가 ① 업무 수행 중 그 자격과 관련하여 고의나 중대한 과실로 손해를 입히고 금고 이상의 형을 선고받은 경우, ② 아동복지법 제3조 제7호의2에 따른 아동학대관련범죄로 처벌을 받은 경우 등에 보건복지부장관은 그 자격을 취소할 수 있다(영유아보육법 제48조 제1항 제2호, 제3호).²⁹⁾

위 ①의 사유는 ‘업무 수행 중 그 자격과 관련하여 고의나 중대한 과실로 손해를 입힐 것’에 더하여 ‘금고 이상의 형을 선고받을 것’을 추가하여 그 행위의 불법성이 무겁다는 점에 근거해서 자격취소의 요건을 정한 것이다. 기본권 제한의 정도가 강력한 제재적 처분의 근거 규정을 해석할 때는 엄격해석 원칙을 적용하여야 하는 점, 형사피고인은 유죄판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정되는 것이 헌법의 대원칙인 점(헌법 제27조 제4항) 등에 비추어 ‘금고 이상의 형을

28) 보육영유아의 부모가 손해를 입게 될 수도 있을 것이나, 이는 일반적으로 보육영유아가 입는 손해에서 파생하는 것이고, 어린이집 원장의 경우 보육영유아에게 손해를 입힌 행위로 위법행위를 한정하고 있는 것도 이러한 생각에 기반한 것이다.

29) 영유아보육법 제48조 제1항 각 호에서는 어린이집 원장 및 보육교사의 자격취소 사유를 8가지로 나누어 열거하고 있으나, 그 중 영유아보호의무와 직접 관련되는 것은 제2호와 제3호이다.

선고받을 것'은 금고 이상의 선고형을 정한 판결이 확정된 경우로 해석하여야 한다.³⁰⁾

위 ②에서의 '처벌'은 과벌에 해당하는 형의 선고가 있는 유죄의 확정판결을 의미한다고 보아야 하므로, 단순히 검사의 약식명령 청구가 있었다거나 공소제기가 있었다는 사정만으로 '처벌'이 있었다고 볼 수 없음은 물론이고, 선고유예의 확정판결도 '처벌'에 해당한다고 볼 수 없다. 영유아보육법 제48조 제2항 제2호는 보육교사가 자격취소처분을 받은 경우에는 그 취소된 날부터 10년간 보육교사 자격을 다시 교부받지 못하도록 함으로써 매우 엄격한 제재 효과를 규정하고 있는데, 이처럼 기본권 제한의 정도가 강력한 제재적 처분의 근거 규정을 해석할 때는 엄격해석 원칙을 적용하여야 할 뿐만 아니라, 형사피고인은 유죄판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정되는 것이 헌법의 대원칙(헌법 제27조 제4항)이기 때문이다.³¹⁾ 한편, '아동학대관련범죄'는 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제2조 제4호에 따른 아동학대범죄와 아동에 대한 형법 제2편 제24장 살인의 죄 중 제250조부터 제255조까지의 죄를 의미한다.

2) 자격의 재교부

보건복지부장관은 아동학대관련범죄로 처벌을 받아 자격이 취소된 사람에게는 그 취소된 날부터 10년 동안 자격을 재교부하지 못한다. 다만, 아동학대관련범죄로 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 종료되거나 집행이 면제된 날부터 20년이 지나지 않은 사람 또는 아동학대관련범죄로 금고 이상의 형의 집행유예가 확정된 날부터 20년이 지나지 않은 사람에게는 자격을 재교부할 수 없다(영유아보육법 제48조 제2항 제2호). 보건복지부장관은 위와 같은 사유 이외의 사유로 자격이 취소된 사람에게는 그 취소된 날부터 2년 동안 자격을 재교부하지 못한다(같은 항 제1호). 어린이집 보육교직원의 아동학대에 대한 경각심을 높이고자 자격취소의 사유가 아동학대관련범죄로 인한 처벌인 경우의 자격재교부 제한기간을 그 밖의 경우의 자격재교부 제한기간보다 대폭 가중하였다.

30) 오서현·정기상, 앞의 책, 533-534면.

31) 대법원 2018. 4. 26. 선고 2016두64371 판결.

5. 위반사실의 공표

(1) 위반사실 공표의 의의와 취지

보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 어린이집 운영기준 및 그 세부사항 중 급식기준을 위반하여 영유아의 생명을 해치거나 신체 또는 정신에 중대한 피해가 발생한 경우에 해당하여 그 운영정지·폐쇄명령이나 과징금 부과처분을 받은 어린이집에 대하여 그 위반행위, 처분내용, 해당 어린이집의 명칭·종류·주소, 대표자의 성명, 어린이집 원장의 성명(대표자와 동일인 이 아닌 경우만 해당)을 공표하여야 한다(영유아보육법 제49조의3 제1항 제2호, 제4항, 같은 법 시행령 제25조의8 제1항, 같은 법 시행규칙 제23조, 제34조, 별표 8). 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 영유아보육법 제46조부터 제48조까지의 행정처분(어린이집 원장 및 보육교사에 대한 자격정지·취소처분)을 받은 사람으로서 아동학대행위를 하여 영유아의 생명을 해치거나 신체 또는 정신에 중대한 피해를 입힌 어린이집의 원장 및 보육교사에 대하여 법 위반 이력과 명단, 공표대상자가 위반행위 당시 소속되었던 어린이집의 명칭 및 주소, 위반행위의 내용, 행정처분의 내용을 공표하여야 한다(영유아보육법 제49조의3 제2항, 같은 법 시행령 제25조의8 제2항).

위반사실 공표제도는 어린이집의 운영기준 위반, 아동학대 등의 비위사실을 일정한 기간 동안 정보통신망을 이용하여 공개함으로써 필요한 절차를 거친 사람은 누구든지 인터넷을 통해 그 정보를 열람할 수 있도록 하는 제도로 위법사실에 대한 정보를 제공함으로써 잠재적 위반행위자에게는 사회적 압박을 주어 유사한 위법행위를 방지하고 영유아의 보호자를 비롯한 일반 국민들에게는 어린이집의 선택·이용에 관한 알권리를 충족시키는 데에 그 목적이 있다.³²⁾ 위반사실 공표제도가 형벌에 해당된다고 볼 수는 없지만, 의무위반자의 정신적·

32) 오서현·정기상, 앞의 책, 535면; 이에 대하여 위반사실 공표제도가 의무위반행위를 실효성 있게 억제한다는 실증적 근거가 부족하다는 비판으로는, 류기환·신미애, “행정상 인적사항 공개제도에 대한 법률적 검토”, 정보·보안논문지 제16권 제6호, 한국융합보안학회, 2016, 94-95면.

비재산적 이익을 제한함으로써 행정목적 달성이란 점에서 행정질서벌에 해당된다고 볼 수 있다.³³⁾ 다만, 위반사실의 공표는 의무위반자의 인격권, 개인정보자기결정권, 프라이버시권 등을 중대하게 제한하게 되므로 이를 용인할 수 있을 정도의 공적 이익이 존재하는 경우에 비로소 허용될 수 있다고 보아야 한다.³⁴⁾

(2) 위반사실 공표의 방법 및 절차

보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 위와 같이 위반사실을 공표하는 경우에는 공표하기로 한 어린이집의 대표자 또는 원장·보육교사(공표대상자)에게 공표대상자라는 사실을 서면으로 통지하고, 의견제출의 기회를 주어야 한다. 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 공표대상자로부터 의견제출을 받은 다음 해당 공표대상자가 위반사실의 공표 대상에 해당하는지를 확인한 후 공표 여부를 결정한다(영유아보육법 제49조의3 제3항, 제4항, 같은 법 시행령 제25조의8 제2항, 제3항).

보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 위반사실을 공표하는 경우 아래 각 구분에 따른 기간 동안 해당 기관 인터넷 홈페이지를 통하여 공표하되, 정보공개시스템이나 육아종합지원센터 등 보육 관련 기관 홈페이지에도 공표할 수 있고, 공표 대상 위반행위가 중대하거나 공표 대상 위반행위를 반복한 경우 등 추가 공표가 필요하다고 인정하는 경우에는 「신문 등의 진흥에 관한 법률」에 따른 신문 또는 방송법에 따른 방송에 추가로 공표할 수 있다. 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 위반사실을 공표한 경우 그 사실을 지체 없이 시·도지사는 보건복지부장관에게, 시장·군수·구청장은 시·도지사를 통하여 보건복지부장관에게 통보하여야 한다(영유아보육법 제49조의3 제4항, 같은 법 시행령 제25조의8 제4항 내지 제6항).

33) 전재경, “명단공개와 존엄가치”, 「법제연구」 통권 제8호, 한국법제연구원, 1995, 164-188면.

34) 김치환, “행정상 공표에 있어서 실효성 확보와 권익보호의 조화”, 「토지공법연구」 제26집, 한국토지공법학회, 2005, 253-286면.

- (가) 어린이집의 폐쇄나 원장 또는 보육교사의 자격취소에 해당하는 위반사실: 3년
- (나) 어린이집의 운영정지(과징금으로 갈음하는 경우를 포함)나 원장 또는 보육교사의 자격정지에 해당하는 위반사실: 해당 운영정지 기간(과징금으로 갈음한 경우에는 과징금으로 갈음한 운영정지 기간) 또는 자격정지 기간의 2배에 해당하는 기간(2배에 해당하는 기간이 6개월 미만인 경우에는 6개월로 한다)

(3) 위반사실 공표의 위헌 여부

위반사실 공표제도가 영유아 보호를 위한 경고적·예방적 형태의 조치를 넘어서 범위반사실의 존부에 관한 법원의 판결이 확정되기도 이전에 단순히 행정처분에 의하여 범위반사실을 단정하고서 이를 널리 공표하는 방향으로 운용된다면, 이는 과잉금지의 원칙 중 침해의 최소성과 법익의 균형성을 충족하지 않은 것으로서 어린이집 원장 및 보육교사의 일반적 행동의 자유 및 명예권을 침해한다고 볼 여지가 있다. 만약 범위반사실의 공표 후에 진행된 재판에서 범위반사실이 없다는 취지의 판결이 선고되어 확정되는 경우에는 위반사실의 공표 자체가 위법하게 되고 어린이집 원장 및 보육교사는 회복하기 어려운 손해를 입게 된다.

헌법재판소는 이러한 위헌 소지를 제거하기 위한 방안으로 '위반사실의 공표'가 아니라 '범위반의 혐의로 일정한 행정처분을 받은 사실의 공표'라는 방식을 채택할 것을 제안하고 있다.³⁵⁾ 얼핏 양자가 유사해 보이고 실질적인 효과에 있어서도 큰 차이는 없다고 볼 수 있으나, 후자의 공표는 법원의 확정판결에 의하지 않고서 범위반사실을 단정하지 않는다는 점에서 전자의 공표와는 본질적으로 다르다고 보아야 한다.

그런데 영유아보육법 제49조의3에서 '위반사실의 공표'라는 표제 아래 어린이집, 어린이집 원장 및 보육교사의 위법행위 내용을 공표하는 조치를 규정한

35) 비록 영유아보육법상 위반사실 공표제도에 관한 판시는 아니지만, 헌법재판소는 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(1999. 2. 5. 법률 제5813호로 개정된 것) 제27조에서 정한 공정거래위원회 사업자단체에 대한 위반사실 공표명령에 관하여 위와 같은 논리를 전개하고 있다(헌법재판소 2002. 1. 31. 선고 2001헌바43 전원재판부 결정).

것은 자칫 위헌 논란을 낳을 수 있다. ‘위반사실’은 법원의 확정판결에 따라 비로소 인정될 수 있는 것이기 때문이다. 이러한 점을 어느 정도는 의식한 탓인지 입법자도 위 규정의 본문에서는 ‘위반사실’이라는 표현 대신에 ‘위반행위’라는 표현을 사용하였고, 이러한 위반행위의 내용도 해당 어린이집, 어린이집 원장 및 보육교사에 대하여 행하여진 행정처분을 공표함에 있어 그 처분사유를 알리는 정도로 명시될 것을 의도하였다고 보이기 때문이다. 그러나 ‘위반사실’이라는 규정의 표제와 맞물려 행정청이 포착한 위반행위가 그대로 위반사실로 받아들여질 경우에는 위헌 논란에서 완전히 자유롭기는 어렵다는 점을 지적해 둔다.

6. 과태료의 부과

(1) 개요

과태료는 행정상의 각종 의무위반행위에 대한 제재로서 가해지는 금전벌이다. 이는 행정질서벌로서 간접적으로 행정상 의무이행을 강제하는 한편, 직접적으로 본연의 행정제재로 기능한다.³⁶⁾ 과태료는 행정질서벌로서 행정형벌과는 구별된다. 행정형벌은 행정적 목적을 달성하기 위하여 일정한 의무위반행위를 범죄화하여 이에 대하여 형사처벌을 하는 것으로서 행정처분에 해당되는 과태료(행정질서벌)와는 다르다.³⁷⁾ 어떠한 행정법규 위반행위에 대하여 입법자가 행정질서벌인 과태료를 부과할 것인지, 행정형벌을 부과할 것인지를 결정하는 것과 과태료를 부과하기로 한 경우 그 과태료의 액수를 정하는 것은 입법재량에 속한다.³⁸⁾

영유아보육과 관련하여 과태료 부과 대상으로 삼은 의무위반행위에는 각

36) 한국법제연구원, 「과태료 부과기준 개선방안 연구」, 공정거래위원회 연구용역 최종보고서, 2015, 15-18면.

37) 개념상 행정형벌과 행정질서벌은 엄격하게 구분되지만, 실제 입법에 있어 양자를 나누는 원칙적 기준을 찾기는 어렵다. 행정의무 위반법에 대한 비범죄화와 행정형벌의 행정질서벌화 경향에서도 볼 수 있듯이 적어도 입법의 영역에서는 양자를 가르는 절대적인 기준을 상정하기 어렵다고 본다.

38) 헌법재판소 2017. 5. 25. 선고 2017헌바57 전원재판부 결정.

중 신고의무의 해태와 영유아 건강진단 및 응급조치 등의 불이행이 있다. 다른 몇몇 유형의 영유아보호의무 위반에 대해서는 형사처벌이 이루어지고 있는데, 어린이통학버스를 운영하는 어린이집 원장이 보육교사 등 보호자를 태우지 않은 채 어린이통학버스를 운행한 경우 20만 원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료에 처할 수 있도록 한 것이 대표적이다(도로교통법 제156조 제8호). 결국 입법자는 각종 신고의무의 해태와 영유아 건강진단 및 응급조치 등의 불이행이라는 의무위반행위가 행정목적에 직접 침해하지 않는 정도의 경미한 위법성을 갖는다고 본 것으로 짐작할 수 있다.

(2) 각종 신고의무의 해태

어린이집 원장 및 보육교사가 정당한 사유 없이 아동학대신고를 하지 않은 경우에는 500만 원 이하의 과태료가 부과될 수 있다(아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제63조 제1항 제2호). 또한, 어린이집 원장 및 보육교사가 직무상 아동·청소년 대상 성범죄 발생 사실을 알고 수사기관에 신고하지 않거나 거짓으로 신고한 경우에는 300만 원 이하의 과태료가 부과될 수 있다(아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제67조 제4항).

어린이집 원장 및 보육교사가 위와 같은 신고의무를 이행하지 않는 것에서 더 나아가 아동학대 사실이나 성범죄 발생 사실을 은폐³⁹⁾하거나 다른 신고의무자의 신고를 방해하는 경우에는 그 위법성평가를 달리 하여야 한다. 이러한 은폐나 신고방해행위는 일정한 의무의 부작위를 넘어 신고의무를 법정한 관련 규정의 입법목적에 직접 침해하는 정도에 이르러 형벌 부과 필요성이 인정된다고 본다.⁴⁰⁾ 현행법상 이러한 사실은폐와 신고방해행위를 제재할 마땅한 방안이 없어 처벌의 공백을 낳을 우려가 있다. 특히 사실은폐가 신고의무의 불이행에

39) '은폐'는 어떠한 사실을 일부러 감추거나 숨기는 적극적 행위를 의미하므로, 신고의무의 단순한 해태와는 명확히 구별된다.

40) 이와 같은 논지에서 아동학대 사실의 은폐나 신고방해는 단순한 신고의무의 불이행과 비교해서 불법성에 차이가 있으므로 이러한 행위에 대한 별도의 제재규정이 마련될 필요가 있다는 주장으로는, 이천현, "아동학대범죄 신고의무에 관한 소고", 「소년보호연구」 제31권 제1호, 한국소년정책학회, 2018, 181면.

포섭된다고 본다면, 사실은폐행위가 인정되는 경우에도 위 규정에 따른 과태료 부과만이 이루어질 수 있을 뿐인데, 이는 그 행위의 불법성에 비하여 지나치게 경미한 제재라고 본다.

(3) 영유아 건강진단 및 응급조치 등의 불이행

어린이집 원장 및 보육교사가 영유아 건강진단 또는 응급조치 등을 이행하지 않은 경우에는 300만 원 이하의 과태료가 부과될 수 있다(영유아보육법 제56조 제2항 제3호). 영유아보육법 제56조에서는 어린이집 원장 등의 여러 위법행위를 과태료 부과사유로 규정하고 있는데, 그 중 영유아보호의무와 직접 관련되는 것은 위 영유아 건강진단 및 응급조치 등의 불이행이다.

IV. 제도적 개선방안

앞에서는 어린이집 원장 및 보육교사의 영유아보호의무 위반에 따른 행정적 제재방안의 내용을 검토하면서 각각의 문제점에 관하여 살펴보았다. 이러한 문제점을 해소할 수 있는 제도적 개선방안을 아래와 같이 제시하고자 한다.

첫째, 실질적인 중복규정의 재정비를 통하여 입법의 경제성과 법적용·집행의 효율성을 도모하여야 한다. 어린이집 보육영유아에게 균형 있고 위생적이며 안전한 급식을 하여야 한다는 내용의 영유아보육법 제33조는 어린이집 급식관리의 기본원칙을 선언한 것으로 두고, 어린이집 운영기준 중 급식관리기준을 행위규범으로 삼아 급식관리기준을 위반한 것(영유아보육법 제44조 제4의8호)을 포함하여 어린이집 운영기준을 위반한 것(같은 조 제4호)을 하나의 시정·변경명령 사유로 통합하는 것이 바람직하다. 어린이집 원장의 자격정지 처분사유에 있어서도 마찬가지이다.

둘째, 어린이집 설치·운영자만을 수범자로 상정한 일부 규정에서는 어린이집 원장의 실질적인 업무와 역할을 간과한 측면이 엿보이므로 규율의 실효성을 확보하는 차원에서라도 어린이집 원장을 수범자로 추가하는 것이 타당하다고

본다. 시정·변경명령은 어린이집의 설치·운영자뿐만 아니라 어린이집 원장에 대하여도 할 수 있으므로 어린이집 원장이 시정·변경명령을 위반한 경우에도 어린이집 운영정지·폐쇄명령을 할 수 있도록 규정을 개정하는 것이 옳다. 또한, 어린이집 설치·운영자뿐만 아니라 어린이집 원장이 어린이통학버스에 보육교사 등 보호자를 함께 태우고 운행하지 않은 경우에도 어린이집 운영정지·폐쇄명령을 할 수 있도록 규정을 정비하여야 한다고 생각한다.

셋째, 행정적 제재의 성격과 그로 인하여 어린이집 설치·운영자와 보육교직원에게 되는 불이익의 내용 및 정도 등에 따라서는 위법행위를 '저지른' 경우가 아니라 위법행위로 인하여 '형사처벌을 받은' 경우를 그 제재사유로 정하여야 할 수 있음에 유의하여야 한다. 아동학대행위를 원인으로 한 어린이집 운영정지·폐쇄명령의 경우 어린이집 폐쇄에 따른 회복불능의 불이익, 어린이집 원장 및 보육교사의 자격취소에는 아동학대관련범죄에 따른 형사처벌을 요하는 것과의 균형을 고려하면 아동학대행위로 인하여 법원의 유죄판결을 받아 확정된 경우를 그 제재사유로 삼는 것을 검토할 필요가 있다. 반면에, 어린이집 평가등급의 조정은 재정적·행정적 '지원'과 관련되는 것으로 수익적 행정행위를 '장래를 향하여' 철회하는 효과가 있을 뿐인데다 별도의 절차나 방법으로 이를 닦더라도 그 과정에서 어린이집의 존립에 본질적인 위협을 받는다고 보기는 어려워서 어린이집 원장 또는 보육교사가 아동복지법 제17조(금지행위)를 위반하거나 아동·청소년 대상 성범죄를 '저지른' 경우를 그 제재사유로 정하더라도 논란이 될 여지는 크지 않다고 본다.

넷째, 영유아보육법 제47조 제1호에서 정한 어린이집 보육교사의 자격정지 사유를 명확하게 정하되, 보육교사의 자격정지사유는 그 업무와 직접 관련되는 것이어야 함을 고려하면 그 자격정지사유를 '보육영유아'에 대한 고의·중과실에 의한 위법행위로 한정하는 것이 타당하다. 따라서 위 제47조 제1호의 규정을 어린이집 원장의 경우에 준하여 '보육교사가 업무 수행 중 고의나 중대한 과실로 영유아에게 손해를 입힌 경우'로 개정할 것을 제안하고 싶다.

다섯째, 위반사실의 공표와 관련한 위헌의 소지를 제거하여야 한다. 영유아보육법 제49조의3 규정의 표제를 '위반사실의 공표'에서 '제재처분사실의 공표'

정도로, 같은 조 제1항과 같은 법 시행령 제25조의8 제2항의 각 ‘위반행위’를 ‘처분사유’로 그 문구를 개정하여 위 규정의 내용이 법원의 확정판결에 의하지 않고서 범위반사실을 단정한 경우에 해당되지 않음을 분명히 할 필요가 있다고 본다.

여섯째, 어린이집 원장과 보육교사의 아동학대 사실 및 성범죄 발생 사실에 대한 은폐와 신고방해행위에 대한 형벌 부과를 검토할 것을 제안한다. 이들 행위가 신고의무의 단순한 불이행보다는 높은 정도의 불법성을 갖는다는 점을 법 제상 명확하게 할 필요가 있다고 본다.

V. 맺으며

영유아를 건강하고 안전하게 보호·양육하고 영유아의 발달 특성에 맞는 교육을 제공하는 보육(영유아보육법 제2조 제2호)의 기능을 담당하는 2개의 축은 어린이집과 영유아의 가정이다. 매년 140여만 명의 영유아가 어린이집을 이용하고 있는 현실에서⁴¹⁾ 어린이집의 보육 역할이 갖는 중요성은 두말할 나위가 없다. 그런데 어린이집 원장과 보육교사의 영유아보호의무 위반을 원인으로 한 어린이집 내 안전사고가 빈번하게 발생한다는 사실은 우려할 만하다. 이러한 안전사고는 영유아의 생명·신체·정신에 돌이킬 수 없는 손해를 남길 수 있으므로, 사전적·예방적 조치를 마련하는 것과 함께 위법행위에 대한 적절한 제재를 통한 일반·특별예방적 효과를 도모할 필요가 있다.

우리 법제에서는 어린이집 원장과 보육교사의 영유아보호의무 위반에 따른 행정적 제재조치를 마련해두고 있다. 시정·변경명령 및 어린이집 운영정지·폐쇄명령, 그에 갈음한 과징금 부과처분, 어린이집 평가등급의 조정, 어린이집 원장 및 보육교사의 자격정지·취소명령, 위반사실의 공표, 과태료 부과처분 등이 그것인데, 이들 제재조치가 상당히 실효적으로 작동하고 있다는 평가 속에서도 각 제도의 흠결을 적지 않게 찾아볼 수 있다. 영유아보육법 중 위 각 제도

41) 보건복지부, 「2017년 보육통계」, 2017, 2-3면.

와 관련된 규정 중에는 실질적으로 규율내용이 중복되는 것들이 존재하는데, 이는 법해석의 어려움과 법집행의 혼선을 초래하므로 규정체계를 통일적으로 정비하여야 한다. 또한, 일부 규정에서는 어린이집 설치·운영자만을 수범자로 정할 뿐 어린이집 원장을 수범자로 포섭시키지 않아서 규정의 실효성이 반감되고 있음을 지적해둔다. 나아가 규정의 의미가 모호하거나 그 규율범위가 필요이상으로 넓은 경우를 다듬어 규정의 실질적 의미를 분명히 할 필요도 있다.

아동보호에 대한 사회적 관심이 지대한 반면, 이에 관한 법령의 해석이나 법제의 개선방안을 다룬 법학논문이 많지 않은 것은 아쉬운 일이다. 부디 이 논문이 영유아보육법제에 대한 법조계와 법학계의 관심을 환기시킬 수 있는 계기가 될 수 있기를 기대한다.

참고문헌

- 구은미, 「보육 프로그램의 질에 영향을 미치는 교사 관련 변인 분석」, 숙명여자 대학교 박사학위논문, 2004.
- 국지윤·양시내·김영옥, “어린이집 평가인증 연구의 동향 분석”, 「유아교육학논집」 제18권 제5호, 한국영유아교원교육학회, 2014.
- 김동례·이현경, “보육시설 평가인증제 참여교사와 비참여교사의 직무만족도 비교연구”, 「열린유아교육연구」 제13권 제2호, 열린유아교육학회, 2008
- 김성열·도순남, “유치원 교사의 직무태도 결정요인 분석”, 「교육이론과 실천」 제9권, 경남대학교 교육문제연구소, 1999.
- 김철우, “제재적 행정처분에 대한 사법심사”, 「행정관례연구」 제23권 제2호, 한국 행정관례연구회, 2018.
- 김치환, “행정상 공표에 있어서 실효성 확보와 권익보호의 조화”, 「토지공법연구」 제26집, 한국토지공법학회, 2005.
- 류기환·신미애, “행정상 인적사항 공개제도에 대한 법률적 검토”, 정보·보안 논문지 제16권 제6호, 한국융합보안학회, 2016.
- 백경일·서영숙, “유치원·어린이집 교사의 아동보호·감독의무와 손해배상 책임”, 「일감법학」 제33호, 건국대학교 법학연구소, 2016.
- 보건복지부, 「2017년 보육통계」, 2017.
- 오서현·정기상, 「아동보호법론」, 유로출판, 2019.
- 이원우, “법령상 부작위의무(금지행위)의 반복적 위반과 시정명령 위반의 판단기준”, 「경제규제와 법」 제1권 제1호, 서울대학교 아시아태평양법연구소, 2008.
- 이천현, “아동학대범죄 신고의무에 관한 소고”, 「소년보호연구」 제31권 제1호, 한국소년정책학회, 2018.
- 전재경, “명단공개와 존엄가치”, 「법제연구」 통권 제8호, 한국법제연구원, 1995.
- 한국법제연구원, 「과태료 부과기준 개선방안 연구」, 공정거래위원회 연구용역 최종보고서, 2015.
- 한국보육진흥원, 「2019 어린이집 평가매뉴얼(어린이집용)」, 2019.

국문초록

최근 여러 어린이집에서 일어난 영유아학대사건과 어린이통학버스 내 영유아 방치사건, 어린이집의 급식위생이나 부실급식과 관련한 사건 등은 어린이집 보육교직원의 영유아보호의무에 대한 사회적 관심을 크게 불러일으켰다.

영유아가 안전하고 쾌적한 환경에서 건강하게 성장할 수 있도록 하여야 한다는 보육의 기본이념이 어린이집 내에서 얼마나 충실하게 실현되는가 하는 것은 보육교직원의 의지와 노력에 크게 의존한다. 이를 독려하는 사전적·예방적 조치와 더불어 어린이집 보육교직원의 영유아보호의무 위반에 대하여 적절한 제재조치를 취함으로써 영유아보호에 대한 경각심을 일으킬 필요도 있음을 간과할 수 없다.

어린이집 원장 및 보육교사가 부담하는 영유아보호의무는 보육의 개념만큼이나 포괄적이고 추상적이어서 보육과정 전반을 아우르는 만큼 우리 법제에서는 그 영유아보호의무 위반에 대하여 다양한 유형의 행정적 제재조치를 마련해두고 있다. 시정·변경명령 및 어린이집 운영정지·폐쇄명령, 그에 갈음한 과징금 부과 처분, 어린이집 평가등급의 조정, 어린이집 원장 및 보육교사의 자격정지·취소 명령, 위반사실의 공표, 과태료 부과처분 등이 그것인데, 이들 제재조치가 상당히 실질적으로 작동하고 있다는 평가 속에서도 각 제도의 완결성을 저해하는 흠결을 적지 않게 찾아볼 수 있다. 영유아보육법 중 위 각 제도와 관련된 규정 중에는 실질적으로 규율내용이 중복되는 것들이 존재하는데, 이는 법해석의 어려움과 법집행의 혼선을 초래하므로 규정체계를 통일적으로 정비하여야 한다. 또한, 일부 규정에서는 어린이집 설치·운영자만을 수범자로 정할 뿐 어린이집 원장을 수범자로 포섭시키지 않아서 규정의 실효성이 반감되고 있음을 지적해둔다. 나아가 규정의 의미가 모호하거나 그 규율범위가 필요 이상으로 넓은 경우를 다듬어 규정의 실질적 의미를 분명히 할 필요도 있다.

주제어

어린이집, 영유아보호의무, 보육교직원, 시정명령, 자격정지, 과태료

Abstract

A Study on the Administrative Sanctions for Infringement of Children Care Responsibility by the Children Day-Care Staffs

Jung, Ki-sang*

Oh, Seo-hyun**

The recent incidents of children abuse at some day-care centers, incidents involving the operation of school buses for children and incidents related to the food hygiene of school meals or poor meals at day-care centers have greatly aroused public-interest in the children care responsibility of children care staffs.

How faithfully the basic principle that children should grow in a safe and pleasant environment is realized in day-care centers depends largely on the will and efforts of children care staffs. In addition to proactive and preventive measures to encourage them, it is also necessary to raise their awareness about children care by imposing appropriate sanctions on children care staffs for infringement of children care responsibility.

The children care responsibility of day-care staffs is as comprehensive and abstract as the concept of 'children care'. The Korean legislation provides various types of administrative sanctions for infringement of children care responsibility as a whole. The administrative sanctions include correction order, suspension or closure order of the children day-care center, changing the evaluation rating into the bottom, disqualification order of the head or teachers of a children day-care center, publication of infringement and administrative fine. Among the provisions

* Primary Author : Judge, Seoul Central District Court

** Corresponding Author : Graduate Student, Korea University

related to each of the above measures in the Child Care Act, there is a real overlap of the rules, which leads to difficulties in interpreting the law and confusion in law enforcement. Thus some provisions should be uniformly revised. It is also pointed out that in another provisions, the effectiveness of the regulations is halved because the provisions regulate the founders of day-care centers only, but not the heads of day-care centers. Furthermore, it is necessary to clarify the practical meanings of the provisions which are ambiguous or have a wider regulation scope than necessary.

Key Words

children day-care center, children care responsibility, children care staffs, correction order, disqualification, administrative fine