

아동학대범죄 관련법에 대한 연구 *

- 법리적 고찰을 중심으로 -

최 정 일**

I. 서

그동안 우리 사회의 아동 보호에 대한 관심 부족에 경고라도 하듯 아동을 대상으로 한 일련의 성폭력 사건에 뒤이어 극단적 형태의 아동학대 사건이 사회에 알려지면서 큰 충격을 주고 있다. 그리고 많은 특별법의 제·개정이 그러하였듯 일련의 사건에 대한 여론의 힘으로 그동안 지지부진 하던 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」이 2014년 9월에 시행되게 되었다. 이러한 특별법 제정에 대하여 전반적으로 그동안 아동 복지 분야의 오랜 과제가 해결된 것으로 평가하면서 아동 보호를 법적으로 강화하는 계기가 될 것이라 기대하는 분위기이다. 그러나 특별법 제정 그 자체에 비하여 법률의 구체적 내용에 대한 분석, 특히 형사법적인 검토는 그 중요성이 뒤로 밀려나 있는 것으로 보인다. 즉, 아동 보호를 제도적으로 강화하여야 하고 아동 학대 범죄를 중하게 처벌하여야 한다는 정책적 방향이 전면에 나와 있을 뿐 아직까지 형사특별법으로서의 이 법률에 대한 검토는 제대로 이루어지지 않고 있다는 생각이다.

따라서 이 논문은 제정 아동학대범죄특례법이 갖는 법적 의의와 특징을 살피고 이 중 형사법적인 쟁점 몇 가지를 검토하려 이 법률에 관한 본격적 논의를 위한 기본적인 단초를 제시하고자 한다. 이를 위하여 우선, 기본적으로 ‘아동학대’의 개념을 검토하고 이를 전제로 ‘아동학대범죄’ 규정이 범죄구성요건으로서의 타당성을 가지고 있는지 검토한다.

II. 아동학대의 개념

* 투고일자 : 2016. . . 심사일자 : 2016. . . 게재확정일자 : 2016. . .

** 영남대학교 강사, 법학박사

1. 형법상의 학대 개념

형법은 명시적으로 ‘학대’의 개념을 직접 밝히고 있지 않다. 다만 형법 제273조에서 학대죄 규정¹⁾을 두고 있을 뿐이다. 여기에서 학대란 육체적 고통을 가하는 행위는 물론, 정신적인 고통을 주는 행위까지 포함한다고 보는 것이 학설²⁾과 판례³⁾의 입장이다.

그런데 그 정도에 대해서 판례는 “이러한 학대행위는 형법의 규정체계상 학대와 유기⁴⁾의 죄가 같은 장에 위치하고 있다는 점 등에 비추어 단순히 상대방의 인격에 대한 반인륜적 침해만으로 부족하고 적어도 유기에 준할 정도에 이르러야 한다.”고 판시⁴⁾하여 성관계를 맺은 것만으로는 학대에 이르지 못한다고 보고 있다. 판례의 “유기에 준한다”는 의미는 ‘보호대상자를 보호 없는 상태에 둠으로써 생명·신체에 위험을 가져오는 정도’로 이해될 수 있는데, 이런 점에 비춰볼 때 성적 행위나 정신적 고통을 주는 행위가 생명·신체에 위험을 주는 정도에 이르지 않은 경우에는 형법상 학대죄가 성립하지 않는다고 볼 수 있다.

2. 청소년보호법상 학대 개념

만 19세 미만을 대상으로 하는 청소년보호법 또한, 형법과 마찬가지로 학대 개념을 직접적으로 정의하지 않다. 다만 제2조 제7호에서 “청소년폭력·학대란 폭력이나 학대를 통하여 청소년에게 신체적·정신적 피해를 발생하게 하는 행위를 말한다.”라고 규정하고 있을 뿐이다. 이는 마치 학대행위가 결과범의 성격을 갖는 것처럼 규정하고 있는데, 이러한 입법 태도는 청소년보호법이 제30조(청소년유해행위의 금지)에서 일반적으로 학대행위에 해당할 수 있는 각종 행위들을 제1호 ~ 제9호에 규정하면서, 그 중 하나에 학대행위를 포함시켜 병렬적으로 열거하였기 때문이라고 생각된다.

청소년보호법 제30조(청소년유해행위금지)는 아동복지법 제17조(금지행위)와 유사하게 청소년에 대한 유해행위를 9가지 유형으로 나누어 형사처벌 하고 있다. 다만 학대행위와 관련해서는 청소년보호법은 제30조 제6호에서 ‘청소년에 대한 학대’라는 학

1) 제273조(학대, 존속학대) ① 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람을 학대한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 자기 또는 배우자의 직계존속에 대하여 전항의 죄를 범한 때에는 5년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

2) 박상기, 형법각론(제8판), 박영사, 2011, 93면; 김일수·서보학, 형법각론(제2판), 박영사, 2007, 114면; 배종대, 형법각론(제8전정판), 홍문사, 2013, 187면; 임웅, 형법각론(제5판), 법문사, 2007, 147면.

3) 대법원 2000. 4. 25. 선고 2000도223 판결.

4) 상기 판례.

대에 대한 일반 규정만을 두고 있을 뿐이다. 이는 아동복지법 제17조가 학대의 유형을 신체적 학대·정서적 학대·성적 학대·유기 및 방임으로 세분화한 것과는 차이가 있다. 청소년보호법 제30조 제6호의 청소년 학대행위 역시, 그 유형을 세분화하고 있지 않지만 아동복지법 제17조의 4가지 학대 유형을 모두 포함하고 있다고 판단된다.⁵⁾

한편 청소년 보호법 제30조는 제6호에서 청소년 학대를 개별적으로 규정하고 다른 행위들과 대등적·병렬적으로 나열함으로써 제6호가 아닌 다른 각 호 행위들은 학대행위가 아니라는 오해를 불러일으킬 소지를 주고 있다. 그러나 동법 제2조 제7호 및 아동복지법 제3조 제7호의 취지를 고려할 때, 동법 제30조 각 호 행위들은 청소년에 대한 학대개념에 포함된다고 보아야 한다. 결국 이와 같은 청소년보호법의 입법형식은 학대 개념에 혼란을 가져올 우려가 있다는 점에서 입법적 정비가 필요하다고 생각한다.

3. 아동복지법상 아동학대 개념 및 아동학대관련범죄

아동의 건강 및 복지를 보장함을 그 목적으로 하는 아동복지법은 제3조에서 아동, 아동복지, 보호자, 보호대상아동, 아동학대, 아동학대관련범죄 등을 정의하고 있으며 제17조에서는 아동에 대한 금지행위, 제29조의3에서는 아동관련기관의 취업제한, 제71조에서는 그 벌칙을 규정하고 있다. 그 중에서 아동학대행위와 관련하여 제3조 제7호(아동학대의 정의), 제7의2(아동학대관련범죄), 제17조(금지행위), 제71조(벌칙)를 살펴볼 필요가 있다.

우선 아동학대의 정의와 관련하여 살펴보면 아동복지법은 제3조 제7호에서“아동학대란 보호자를 포함한 성인이 아동의 건강 또는 복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 신체적·정신적·성적 폭력이나 가혹행위를 하는 것과 아동의 보호자가 아동을 유기하거나 방임하는 것을 말한다.” 라고 규정하고 있는데, 이에 따르면 아동학대란 ① 신체적 학대 ② 정서적 학대 ③ 성적 학대 ④ 유기와 방임이라는 4가지 유형을 통해 아동의 건강과 복지, 정상적 발달을 저해할 수 있는 행위를 의미한다.

특히 동법은 이러한 4가지의 학대행위를 제17조 금지행위 유형들에 포함시켜 구체적인 행위 태양에 따라 형사처벌(동법 제71조)의 정도를 달리 하고 있다는 점이 특징이다.⁶⁾ 뿐만 아니라 동법은 제3조 제7호의2에서‘아동학대관련범죄’에 대한 정의규정을 두고 있는데, 이에 해당하는 범죄 유형으로 ① 아동학대범죄특례법 제2조 제4호에 따

5) 같은 견해로서 김슬기, “제정 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 검토”, 법학연구 제24권 제2호, 연세대 법학연구원, 2014, 208면.

6) 강동욱, “아동학대행위의 처벌 및 이에 관한 법제의 검토 - 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법을 포함하여 -”, 법학논총 제21권 제1호, 조선대 법학연구원, 2014, 448면.

른 아동학대범죄 ② 아동에 대한 형법 제2편 제24장 살인의 죄 중 제250조부터 제255조까지의 죄(제7조의2)를 들고 있다.

1) 학대 개념에 대한 문제

동법 제17조는 제3조 제7호에서 정의한 아동학대의 4가지 유형을 금지행위들에 포함하고 있다. 즉 성적 학대(제2호), 신체적 학대(제3호), 정서적 학대(제5호), 유기 및 방임(제6호)을 개별적으로 규정하고 다른 각 호의 행위들과 병렬적으로 나열하는 입법 형식을 취하고 있다. 따라서 제1호(아동매매행위), 제7호(공중관람행위), 제8호(구걸행위), 제9호(곡예행위)들이 학대개념에서 제외된다는 오해를 불러일으킬 소지가 있다.⁷⁾

그러나 이들 행위들은 제3조 제7호의 취지인 아동의 건강 또는 복지를 해치거나 정상적인 발달을 저해할 수 있는 직접적 가혹행위로서 학대개념에 당연히 포함된다는 점에서 이러한 행위들을 굳이 개별적으로 규정할 필요성이 있는지 의문이다. 또한 제17조 제10호 및 제11호의 행위인 경우 아동의 건강 및 복지와는 직접적 관련성이 없다는 점에서 제3조 제7호의 학대 개념에 포함시키기에는 어려움이 있다.⁸⁾ 이와 같이 아동복지법(제3조 및 제17조)의 규정으로서 어떠한 행위가 학대에 해당하는지 여부를 판단해내기에는 상당히 혼란스러운 것이 사실이다. 게다가 제17조의 각 호의 금지행위 유형을 살펴보다도 금지행위의 표현이 상당히 추상적이고 포괄적이어서 구체적으로 어떠한 행위들이 이에 포함되는지를 명확하게 알 수 없다는 문제점이 있다.

결국 아동복지법이나 청소년보호법은 아동학대개념에 대해 상당히 혼란스러운 입법 형태를 가지고 있다는 점에서 합리적인 입법적 개선 및 정비를 통해 ‘학대’의 개념이 통일적으로 규정되어야 할 필요가 있다.

2) 아동학대관련범죄의 문제

아동복지법 제3조 제7호의2에서는 ‘아동학대관련범죄’를 ① 아동학대범죄특례법 제2조 제4호에 따른 아동학대범죄 ② 아동에 대한 형법 제2편 제24장 살인의 죄 중 제250조부터 제255조까지의 죄(제7조의2)로 정의하고 있는데, 실질적으로 아동학대관련범죄와 아동학대범죄의 차이점이 살인의 죄의 포함여부에 있다는 점을 고려한다면 ‘아동학대관련범죄’라는 개념에 대해 다음과 같은 비판이 제기된다.

첫째, ‘아동학대관련범죄’의 범주에 살인의 죄를 포함하는 것 자체가 문제가 있다.

7) 고명수, “「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제정에 대한 형법적 고찰”, 서울법학 제22권 제2호, 서울시립대 법학연구소, 2014, 48면.

8) 다만 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 상 ‘아동학대범죄’에서는 제외된다.

아동학대범죄는 기본적으로 학대범죄로서 학대의 주관적·내심적인 성향이 외부로 발현되었을 때에 구성요건이 충족되는 경향범의 성격을 가진다.⁹⁾ 그러나 아동을 대상으로 한 살인범죄는 객관적 불법성이 증대할 뿐 학대의 주관적 성향을 가진 범죄라고 할 수 없다. 둘째, 실령 살인의 죄를 포함하고 있는 ‘아동학대관련범죄’라는 개념을 인정할 수 있다고 하더라도, 아동복지법 및 아동학대특례법에서 ‘아동학대관련범죄’라는 개념이 사용되는 경우는 ‘아동학대관련범죄자의 아동관련기관 취업제한규정(제29조의3, 제29조의4)’에 불과하다.

물론 아동복지의 보장이라는 정책적 측면에서 아동살인범이나 아동학대행위자의 아동 관련기관 취업을 제한하는 것은 충분히 공감할 수 있지만, 굳이 아동학대범죄와 차별성이 보이지 않는 ‘아동학대관련범죄’라는 개념과 용어를 사용하여 혼란을 가중시킬 필요는 없다고 생각한다.

Ⅲ. 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」의 제문제

아동학대범죄특례법은 제2조에서 아동, 보호자, 아동학대에 대한 정의를 아동복지법에 따르고 있으며 제2조 제4호에서 아동학대범죄, 제4조에서 아동학대치사, 제5조에서 아동학대중상해, 제6조에서 상습범에 대한 가중처벌, 제7조에서 아동복지시설의 종사자 등에 대한 가중처벌 규정¹⁰⁾을 두고 있다. 특히 아동학대범죄특례법은 ‘아동학대범죄’라는 개념을 정의하고, 이에 해당하는 범죄 유형으로 제2조 제4호 가목~카목(아동을 대상으로 하는 형법상 일정한 범죄)·타목(아동복지법상 제17조 금지행위 위반, 단 아동복지법 제17조 제10호 및 제11호 위반은 제외)·파목(가목~타목의 죄로서 다른 법률로 가중 처벌되는 죄) 및 제4조(아동학대치사죄)·제5조(아동학대중상해죄)·제6조(상습범) 규정을 두고 있다.

한편 특례법은 결과적 가중범으로 아동학대치상죄를 제외하고 아동학대치사죄와 아동학대중상해죄만을 규정하고 있는데, 이는 일반적인 결과적 가중범의 중한 결과가 사망 및 상해라는 점, 아동학대범죄의 가중처벌 필요성이라는 전체적 취지를 고려한다면 상해를 제외한 중상해만을 중한 결과로 규정한 뚜렷한 이유를 찾기 어렵다.¹¹⁾ 또한 특례법상 아동학대치사는 형법상 존속학대치사와 동일한 형으로 처벌하도록 하는 것과 비교한다면 특례법상 아동학대중상해를 형법상 존속학대치상과 동일하게 처벌하

9) 김슬기, 앞의 논문, 211면.

10) 아동학대범죄특례법상의 가중처벌 규정에 대해 적정성을 잃은 지나친 가중이라고 보는 견해로는 고명수, 앞의 논문, 44면.

11) 김용화, “「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 시행 1주년에 즈음하여 - 아동학대 처벌 관련법 통합 논의를 중심으로”, 법학논총 제22권 제3호, 조선대 법학연구원, 2015, 591면.

고, 아동학대치상은 종전 그대로 형법에 따라 더 경하게 처벌하는 것을 보아도 그러하다.

1. 아동학대범죄의 개념

아동학대범죄특례법이 아동학대에 관한 통합적 관리를 목표로 하는 법률이라는 점을 고려할 때 ‘아동학대’의 개념과는 별도로 ‘아동학대범죄’의 개념이 정립될 필요가 있어 보인다. 즉, 아동학대에 대한 민사상, 행정상 국가적 개입의 근거로서 이 법률을 필요하기 때문에 일반적인 아동학대에 대한 개념정립은 필요하지만 형법의 보충성에 따라 이 중 국가의 형벌권 행사를 필요로 하지 않는 행위도 존재할 수 있기 때문이다.¹²⁾

판례에 의하면 형법상 학대죄가 성립하기 위해서는 신체적·정신적 가혹행위를 통하여 유기에 준할 정도의 생명·신체에 대한 위험이 야기되어야 한다. 그러나 아동복지법 및 아동학대범죄특례법은 그 규율 대상이 ‘아동’이라는 점에서 형법상의 학대죄와 다른 접근 방식이 요구된다. 즉 피해자로서의 아동은 성장이 다 이루어지지 않은 발달 단계에 있는 미성숙한 존재이기 때문에 성인에 비해 신체적·정신적·성적 가해행위로 인한 법익침해의 위험성과 그 정도가 훨씬 크다.

따라서 형법상 학대죄에 이르지 않는 정도의 가해행위라고 하더라도 아동의 정상적인 발달 및 복지를 저해할 위험성을 야기할 수 있다면 아동학대범죄특례법 상 아동학대범죄로 규정할 필요가 있다.¹³⁾

아동학대범죄특례법은 아동에 대한 형법상 일정한 범죄유형(제2조 제4호 가목~카목)을 아동학대범죄로 규정하고 있는데, 이에 해당하는 형법상 범죄에는 학대죄에서 요구되는 유기에 준하는 생명·신체에 대한 위험 야기로 볼 수 없는 협박, 명예훼손, 모욕, 재물손괴 등과 같은 범죄유형까지도 포함되어 있다.

다만 재물손괴와 같이 일부 범죄유형에 있어서 이를 아동학대범죄에 포함할 수 있을지 여부에 관해 이견이 없지 않으나, 기본적으로 형법상의 범죄유형을 아동학대범죄에 포함시켰기 때문에 그 자체로 범죄의 실질을 갖추었다고 판단된다.¹⁴⁾ 결국 아동학대범죄에서 문제가 되는 것은 아동학대 행위 중 아동복지법상의 금지행위(제17조, 제71조 제1항)이라고 할 수 있다.

12) 정웅석, “「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」의 의의 및 향후과제”, 피해자학연구 제22권 제1호, 한국피해자학회, 2014, 202면.

13) 강동욱, 앞의 논문, 447면.

14) 정웅석, 앞의 논문, 203면.

2. 아동복지법상 금지행위

아동학대범죄특별법은 아동학대범죄로서 아동복지법상 금지행위(제17조, 제71조 제1항)를 포함하고 있다(단, 제10호 및 제11호는 제외). 다만 아동학대범죄특별법이 범죄 주체를 아동의 보호자로 제한하는 반면에 아동복지법상 금지행위의 주체는 모든 사람이 해당된다. 따라서 아동복지법 제17조의 금지행위를 위반한 주체가 친권자라면 아동복지법 제71조 제1항에 의해 금지행위의 태양에 따라 형사처벌을 받게 될 뿐만 아니라, 아동학대범죄특별법상 아동학대범죄로 분류되어 아동학대범죄특별법에 따른 후속 조치 및 절차를 밟게 될 것이다.

한편 아동을 대상으로 한 성범죄의 경우에는 아동학대범죄특별법이 아닌, 성폭력범죄특별법과 아동복지법의 규정을 따르도록 명시하고 있다(제3조). 이하에서는 아동복지법상 금지행위의 개별 구성요건을 구체적으로 살펴보도록 한다.

1) 성적 학대행위(제17조 제2호)

아동에 대한 성적 학대행위에 대해서는 10년 이하의 징역 또는 5000만 원 이하의 벌금으로 처벌하고 있다. 다만 아동을 대상으로 한 성범죄에 해당하는 경우에는 아동학대범죄특별법 제3조에 의해 아동학대범죄특별법이 아닌, 성폭력범죄특별법과 아동복지법의 규정이 적용될 것이다.

특히 성적 학대행위를 규정한 아동복지법 제17조 제2호의 경우 그 행위 태양으로 아동에게 성적 수치심을 주는 ‘성희롱’이 포함되어 있다는 점이 특징적이라 할 수 있다. 물론 성추행에 이르지 않는 성희롱이 아동의 건강과 복리를 저해할 수 있는 학대행위라는 점은 부정할 수 없으나 현행법상 성희롱은 형사 처벌의 대상이 되는 범죄행위가 아니라는 점에서 논란의 여지가 있다.¹⁵⁾

즉 현행법상 ‘성희롱’과 관련되는 법률로는 「여성발전기본법」과 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」이 있는데, 이러한 법률들에 의하면 성희롱은 업무, 고용 그 밖의 관계에서 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 성적 수치심을 가지게 하는 행위로 개념 정의되거나 성희롱에 대한 예방조치 등만 규정되어 있을 뿐, 형사 처벌의 대상인 범죄행위로 규정되어 있지 않다.

따라서 이러한 상황에서 ‘아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱’이라는 내용을 성적 학대행위인 아동복지법 제17조 제2호의 범죄구성요건으로 삼는 것에는 그 한계가 있다. 다만 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱은 아동복지법 제17조 제5호 ‘아동의

15) 김슬기, 앞의 논문, 215면.

정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위'에 포함될 여지는 있어 보이나 후술하게 될 정서적 학대행위에 대한 법리적 문제점을 고려한다면 이를 범죄화 하기에는 많은 문제점을 내포하고 있다.

2) 신체적 학대행위

아동복지법은 '신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 행위'인 신체적 학대행위를 5년 이하의 징역 또는 3000만 원 이하의 벌금으로 처벌하고 있다. 그러나 형법상 상해죄의 경우 7년 이하의 징역 또는 1000만 원의 벌금으로서 아동복지법상 신체적 학대행위 보다 더 무겁게 처벌하는 관계로 '신체의 손상'이라는 범위에 관해 견해의 대립이 있다.

즉 신체의 손상에 대해 생리적 기능훼손을 의미하는 상해뿐만 아니라 폭행에 따른 외형상의 변경까지를 포함한다는 견해¹⁶⁾는 신체손상은 의학적 개념으로서 신체조직의 정상적 구조가 형태학적으로 파괴된 것을 의미한다고 보고, 이를 문언적으로 보면 상해와 폭행에 의한 '외형상 변경'을 모두 포함하는 것으로 해석하는 타당하다고 본다. 반면에 폭행의 고의는 있었으나 상해의 결과는 인정되지 않는 정도로 보는 입장¹⁷⁾은 신체의 손상을 형법상의 상해의 의미보다 넓게 해석하는 것이 아동복지법의 입법 목적에 부합하다고 본다.

생각건대, '신체의 손상'이라고 하는 용어는 국어사전적으로 해석하더라도 '병이 들거나 다치는 것'을 의미하고, 여기서 '다친다'는 것은 통상 상해를 의미하며, '상해에 이르지 않는 신체의 손상'의 정도도 불분명하다. 또한 '신체의 건강 및 발달을 해치는 행위'라는 개념은 형법상 생리적 기능장애, 즉 건강침해행위로 정의되는 상해의 의미를 명확하게 기술하고 있는 것에 불과하므로 형법상 폭행은 이에 해당하지 않는 것으로 해석하여야 한다. 따라서 형법상 상해죄(제257조)의 법정형이 아동복지법 위반의 법정형 보다 더 무겁기 때문에 양자를 상상적 경합으로 보아 형법에 의해 처벌하면 족할 것이다.¹⁸⁾

결국 신체적 학대가 '상해의 정도에 이르지 않는 경우'에는 아동복지법은 적용되지 않고, 형법의 상해미수죄(형법 제257조 제3항) 또는 폭행죄(형법 제260조)가 성립할

16) 김혜경, "아동복지법상 금지규정의 형사법적 검토", 형사정책연구 제21권 제1호, 2010, 46면; 이찬엽, "아동학대에 관한 형사법적 고찰", 일감법학 제20권, 건국대 법학연구소, 2011, 360면; 최영진, "아동복지법상 아동학대에 관한 법적 과제", 원광법학 제24권 제3호, 원광대 법학연구소, 2008, 309면.

17) 광병신, "아동학대 현상과 법적 고찰", 법학연구 제20집, 한국법학회, 2005, 431면. 이 견해는 형법상 상해죄나 폭행죄상죄의 법정형이 더 중함을 그 근거로 한다.

18) 강동욱, 앞의 논문, 452면.

것이다. 이와 같이 아동복지법상 신체적 학대 개념을 이렇게 좁게 정의한 것은 형사 처벌 대상으로서의 신체적 학대의 범위를 명확히 하고, 한편에서는 보호자에 의한 양육의 방법으로서 최소한의 체벌이 허용되어야 한다는 일련의 시각을 전제로 한 것으로 판단된다. 하지만 신체적 학대의 경우에는 아무리 가벼운 것이라고 하더라도 지속적으로 이루어지는 경우에는 아동에 대해 미치는 육체적·정신적 고통이 매우 크다는 점에서 지속적으로 이루어지는 폭행에 대해서는 형사 처벌 할 수 있는 근거를 아동복지법에서 규정할 필요가 있다.

3) 정서적 학대행위

아동에 대한 정서적 학대행위에 대해서 아동복지법은 5년 이하의 징역 또는 3000만 원 이하의 벌금으로 처벌하고 있다. 아동에 대한 정서적 학대행위가 형법상 유기에 준할 정도의 생명·신체에 대한 위협을 야기하였다면 형법상 학대죄(제273조)가 성립할 여지가 있다. 왜냐하면 일반적으로 형법상 학대의 개념에는 육체적 고통을 가하는 행위뿐만 아니라 정신적으로 고통을 가하는 행위도 포함되는 것으로 해석되기 때문이다.¹⁹⁾ 다만 아동에 대한 정서적 학대행위인 경우 형법상의 학대죄²⁰⁾보다 가중 처벌 되기 때문에 아동복지법이 적용될 것이다.

다만 정서적 학대행위가 아동학대의 개념에 포함되어야 한다는 정책적 필요성에 대해서는 충분히 공감하지만 아동복지법상 ‘아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위’는 그 범죄사실을 특정하기가 쉽지 않을 뿐 아니라 불명확성으로 인해 범죄구성요건을 삼기에도 문제가 있다.

물론 이에 대하여 실제 사례를 참고로 그 유형을 가능한 상세하게 명시하고 신체적 학대의 경우와는 별도의 다른 판단기준을 마련할 필요가 있다는 견해가 있으나, 범죄구성요건이라는 측면에서 과연 정서적 학대를 유형에 따라 상세하게 명시하는 것이 입법적으로 어느 정도 가능할지 의문스럽다. 따라서 이러한 현실적인 측면을 고려하여 정서적 학대행위에 대한 형사 처벌 여부를 결정할 필요가 있다. 즉 정서적 학대행위에 대한 형사 처벌은 상해개념에 포섭될 수 있는 결과가 발생한 경우(예를 들어, 지속적인 정서적 학대로 인하여 우울증, 불안증 등의 증상을 보이는 때)에 한정될 수 밖에 없다.²¹⁾

19) 대법원 2000. 4. 25. 선고 2000도223 판결.

20) 형법상의 학대죄는 ‘2년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금’, 아동복지법에 의하면 ‘5년 이하의 징역 또는 3000만 원 이하의 벌금’으로 처벌된다(아동복지법 제71조 제1항 제2호).

21) 김슬기, 앞의 논문, 216면.

4) 유기 · 방임행위

아동복지법상 금지행위로서의 유기는 형법상의 유기죄와 마찬가지로 그 행위주체는 보호·감독자이며 피보호아동을 보호 없는 상태에 둠으로써 그의 생명·신체에 위협을 초래하는 유기행위를 그 수단으로 한다. 따라서 아동복지법상의 유기는 기본적으로 형법상 유기죄의 개념과 동일하다고 할 수 있다.²²⁾

다만 그 법정형에 있어서 형법상 유기죄는 ‘3년 이하의 징역이나 500만 원 이하의 벌금’에 지나지 않으므로 피보호아동에 대한 유기는 아동복지법에 의하여 5년 이하의 징역 또는 3000만 원 이하의 벌금으로 처벌될 것이다. 또한 유기로 인하여 피보호아동의 생명에 대한 구체적 위협을 발생하게 하거나 불구 또는 불치의 질병에 이르게 한 때에는 형법상 중유기죄(10년 이하의 징역 또는 1500만 원 이하의 벌금)가 아닌 아동학대범죄특례법상 아동학대중상해죄(제5조)로 처벌된다.

한편 형법에서는 직계존속이 치욕을 은폐하기 위하여 양육할 수 없음을 예상하거나 특히 참작할 만한 동기로 인하여 영아를 유기한 때에는 그 형을 감경하고 있다(형법 제272조). 따라서 이러한 요건을 충족한 경우에는 형법의 입법취지를 고려하여 특별규정으로서 형법의 영아유기죄를 적용하여야 한다는 주장도 가능하다. 하지만 아동복지법에서는 아동의 유·방임에 대한 예외규정을 두고 있지 않으므로 이 경우에도 아동보호의 요청에 따라 형이 중한 아동복지법으로 처벌될 것이다.

아동복지법상 금지행위로서의 방임의 경우는 유기와 한 형태로 이해될 수 있으나 아동복지법은 “의식주를 포함한 기본적 보호·양육·치료 및 교육을 소홀히 하는 방임행위”로 별도로 규정하고 있는 것이 특징적이다. 이는 방임이 유기와 한 형태로 피보호아동의 생명·신체에 대한 (추상적)위험을 야기시킬 수 있는 행위라는 점을 고려하면 아동복지법상의 방임과 일반적인 유기와 한 형태로 방임은 그 성격을 조금 달리한다고 판단된다. 왜냐하면 아동복지법상 방임행위 중에는 ‘교육’과 같이 피보호아동의 생명·신체에 대한 (추상적)위험을 야기한다고 보기 어려운 내용도 존재하기 때문이다.²³⁾

나아가 아동복지법상의 방임행위의 내용, 특히 ‘소홀히 하는’ 것을 범죄구성요건으로 삼기에 적합한지 여부에 대해 정서적 학대행위와 유사한 문제가 제기된다. 일반적으로 방임행위란 부작위를 통해 피보호아동을 보호 없는 상태에 두는 것을 의미하는데, 아동복지법상 방임은 ‘소홀히 하는’ 경우도 방임행위에 포함시키고 있다. ‘소홀히’의 국어사전적 의미는 ‘대수롭지 아니하고 예사롭게’를 말하는 것으로서 아동복지법은 보호를 전혀 하지 않는 경우 뿐 아니라 대강의 보호만을 하는 경우도 금지행위로서의

22) 강동욱, 앞의 논문, 453면.

23) 김슬기, 앞의 논문, 217면.

방임행위에 포함하고 있어 범죄구성요건의 모호성은 더욱 가중된다.

5) 기타 금지행위(아동복지법 제17조 제1호, 제7호, 제8호, 제9호)

아동복지법은 아동에 대한 성적 학대·체적 학대·정서적 학대·고기 및 방임행위 외에도 기타의 금지행위들을 규정하고 있다. 4가지 유형의 학대행위와 마찬가지로 기타의 금지행위들도 형법과의 관계가 문제되는 데 이를 살펴보면 다음과 같다.

(1) 아동복지법 제17조 제1호(아동매매행위)

아동복지법은 아동매매를 금지행위 유형에 포함하고 10년 이하의 징역으로 처벌하고 있는데, 아동매매는 형법 제289조 인신매매에 해당될 수 있으나 그 법정형이 7년 이하의 징역으로서 동조 제1호가 형법상 인신매매 보다 더 무겁다. 따라서 목적이 없는 일반적인 아동매매인 경우 형법이 아니라, 동조 제1호에 의해 처벌될 것이다.²⁴⁾

다만 노동력 착취 및 장기적출을 목적으로 한 인신매매(제289조 제3항)의 경우에는 그 법정형이 징역 2년 이상 15년 이하의 징역이기 때문에 동조 제1호가 아니라 형법이 적용될 것이다. 이는 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제12조에 해당하는 아동·청소년 매매(무기징역 또는 5년 이상의 징역)의 경우에 명시적으로 아동복지법의 적용을 배제하고 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제12조를 따르도록 한 것과 대비된다.

이와 같이 목적이 없는 일반적인 아동매매의 경우는 아동복지법의 법정형이 형법보다 더 높지만 노동력 착취 등 목적을 위한 아동매매는 형법의 법정형이 아동복지법보다 더 높아 양자 간에 혼란이 발생한다. 따라서 이런 경우에 아동·청소년의 성보호에 관한 법률과 마찬가지로 아동복지법의 적용을 배제하는 단서 조항을 두는 것이 합리적이라고 하겠다.²⁵⁾

(2) 아동복지법 제17조 제9호

아동복지법은 공중의 오락이나 흥행 목적으로 아동의 건강 또는 안전에 유해한 곡예를 시키거나 이를 위해 아동을 제3자에게 인도하는 행위를 금지행위의 한 유형으로서 개별적으로 규정하고 있다. 그러나 오늘날 서커스 등의 곡예공연이 사라지고 있

24) 원혜옥, “아동학대의 개념 및 실효적인 대책에 관한 검토 - 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법을 중심으로 -”, 법학연구 제18집 제4호, 인하대 법학연구소, 2015, 42-43면.

25) 고명수, 앞의 논문, 50면.

어 그 실효성에 대해 의문이 제기되며, 또한 이러한 곡예행위는 아동학대 유형 중 정서적 학대행위에 포함될 가능성도 있다. 따라서 동조 제9호는 삭제되는 것이 바람직하다고 생각한다.²⁶⁾

한편 공중의 오락이나 흥행 목적으로 곡예를 시키기 위해 자신의 피보호아동을 제3자에게 인도한 경우에는 동조 제9호 외에 형법 274조 아동혹사죄가 성립될 수 있다. 그러나 동조 제9호가 만 18세 미만의 아동을 대상으로 하는 반면에 아동혹사죄는 그 행위 객체가 만 16세 미만의 아동이라는 점과 아동혹사죄의 법정형(5년 이하의 징역)이 동조 제9호의 법정형(1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금)보다 무겁다는 점에서 차이가 난다.

(3) 아동복지법 제17조 제10호 및 제11호

아동복지법은 동조 제10호 및 제11호의 행위를 금지행위에 포함하고 3년 이하의 징역 또는 2000만 원 이하의 벌금으로 처벌하고 있다. 동조 제10호 및 제11호는 다른 금지행위 유형과 달리 아동학대범죄특별법상 아동학대범죄에서 제외된다.

이는 “정당한 권한을 가진 알선기관 외의 자가 아동의 양육을 알선하고 금품을 취득하거나 금품을 요구 또는 약속하는 행위(제10호)”와 “아동을 위하여 증여 또는 급여된 금품을 그 목적 외의 용도로 사용하는 행위(제11호)”를 아동에 대한 학대행위로 보기 어렵다는 점을 입법자가 고려한 것이라고 판단된다.²⁷⁾ 실제로 동조 제10호와 제11호의 행위의 경우 간접적으로 아동의 복지 및 건강에 영향을 미칠 여지는 있지만 직접적으로 아동의 복지 및 건강을 침해하는 행위 유형으로 볼 수 없기 때문에 아동에 대한 학대행위라고 할 수 없다.

또한 동조 제10호를 동조 제1호 아동매매의 법정형과 비교해 볼 때, 동조 제10호의 금지행위의 법정형이 3년 이하의 징역 또는 2000만 원 이하의 벌금에 불과한 것에 대해 이는 형의 현저한 불균형으로서 양자 간의 불법 경중을 세밀히 고려하지 못했다는 비판이 제기될 수 있다. 즉 동법 제17조의 금지행위 유형 중에서 가장 무거운 법정형으로 처벌되는 아동매매를 양육을 조건으로 알선하여 그 대가로 금품을 받은 행위가 5년 이하의 징역 또는 3000만 원이하의 벌금형으로 처벌되는 동조 제7호(장애아동의 공중관람)나 동조 제8호(구걸행위)의 행위 보다 불법성이 덜하다고 할 수 있을지 의문이다. 따라서 불법의 측면을 고려하여 동조 제10호의 법정형은 적어도 동조 제7호(장애아동의 공중관람)나 동조 제8호(구걸행위)와 같거나 무거워야 할 것이다.²⁸⁾

26) 김슬기, 앞의 논문, 217면.

27) 김용화, 앞의 논문, 603면.

그리고 형법상 범죄 성립 여부에 있어서 동조 제10호의 행위는 형법상 범죄에 해당되지 않는다. 다만 알선하는 자가 사회복지 담당 공무원이나 이에 준하는 자인 경우에는 형법의 수뢰죄(형법 제129조 제1항)가 성립할 수 있다. 이런 경우 형법상 수뢰죄의 법정형(5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지)이 동조 제10호(3년 이하의 징역 또는 2000만 원 이하의 벌금)보다 무겁기 때문에 형법에 의해 처벌 될 것이다.

동조 제11호의 경우 ‘아동을 위하여 증여된 금품’이란 정부지원보육료, 장애아동부양수당, 지역아동센터지원금, 기초생활수급지원, 결식아동지원 등 국가기관에서 정기적으로 지급되는 금품 뿐 만 아니라 후원금 등의 형태로 사적으로 지원되는 금품 역시 포함된다. 또한 ‘그 목적 외의 용도에 사용하는 행위’란 아동부양을 위하여 지급되는 금품을 아동을 위해서 사용하지 않는 행위, 아동을 이용하여 기초생활수급비를 지원받아 이를 다른 용도로 사용하는 행위 등 대상아동을 위해서 사용하지 않는 일체의 행위를 말한다.²⁹⁾

형법상 범죄 성립 여부에 있어 동조 제11호의 경우 사용자가 타인의 사무(아동의 사무)를 처리하는 자에 해당된다고 볼 수 있고, 사용자의 목적 외의 사용으로 사용자가 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 아동에게 손해를 발생하게 한 경우라면 형법상의 배임죄(형법 제355조 제2항)가 성립할 수 있다. 더욱이 이러한 행위가 아동복지시설종사자 등 업무종사자에 의하여 행하여진 경우라면 형법상 업무상 배임죄(형법 제356조)가 성립할 수 있다. 동조 제11호의 법정형 보다 배임죄(5년 이하의 징역 또는 1500만 원 이하의 벌금) 및 업무상 배임죄(10년 이하의 징역 또는 3000만 원 이하의 벌금)의 법정형이 높기 때문에 이들 범죄가 성립하게 될 것이다.

IV. 결

아동학대범죄특별법은 아동학대개념을 아동복지법에서 그대로 받아들이고 아동복지법에 의한 아동학대행위에 대한 형사 처벌과는 별도로 아동복지법상 금지행위 중에서 제17조 제10호 및 제11호를 제외한 나머지 유형들을 ‘아동학대범죄’로서 규정하고 있다. 그 결과 앞에서 언급한 아동복지법상 금지행위에 대하여 제기되어 온 문제들(특히 형법의 보충성 원칙과 명확성 원칙)이 해결되지 못한 채 그대로 유지되고 있다.

이를 해결하기 위하여 우선, 아동학대의 개념과 아동학대범죄의 개념을 구별하고,

28) 강동욱, 앞의 논문, 455면.

29) 김용화, 앞의 논문, 603면.

전자의 경우에는 현행 아동복지법의 정의를 유지하되, 후자의 경우에는 아동학대행위 중 범죄의 실질을 가진 행위를 선별하여 규정하여야 할 것이다. 대표적인 예로 아동 매매(성적 착취, 노동력 착취, 장기매매 목적 제외), 형법상 상해에 이르지 않은 아동 신체손상, 아동에 대한 교육 및 보호의무불이행 등을 들 수 있다

아동복지법은 아동학대개념을 육체적 학대·성적 학대·정서적 학대 등 가혹행위나 유기 및 방임을 통해 아동의 건강과 복지를 저해할 수 있는 행위로 정의하고 있다. 이런 점에서 아동학대행위는 아동의 건강과 복지를 저해할 수 있는 일체의 행위를 의미하기 때문에 아동학대는 육체적 학대·성적 학대·정서적 학대·유기 및 방임이라는 4가지 학대유형으로만 국한된다고 할 수 없다.

동법 제17조의 금지행위를 살펴보면 아동학대행위로 보기 어려운 유형들이 존재한다는 점에서 동조가 학대행위만을 금지행위의 대상으로 규정한 것으로는 보기 어렵다. 또한 동법 제17조가 4가지 학대유형을 금지행위에 포함하여 형사 처벌하고 있는 관계로 4가지 학대유형만을 학대행위로 오인할 여지를 남겨두고 있고, 더욱이 동법 제17조 금지행위의 내용 속에는 4가지 학대 유형에 포함될 수 있는 학대 유형들이 개별적으로 규정되어 있다는 점에서 제17조의 금지행위가 중복적으로 규정되어 있다는 비판을 면하기 어려워 보인다.

참 고 문 헌

▣ 단행본

김일수·서보학, 형법각론(제2판), 박영사, 2007.

박상기, 형법각론(제8판), 박영사, 2011.

배종대, 형법각론(제8전정판), 홍문사, 2013.

임웅, 형법각론(제5판), 법문사, 2007.

▣ 논 문

강동욱, “아동학대행위의 처벌 및 이에 관한 법제의 검토 - 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법을 포함하여 -”, 법학논총 제21권 제1호, 조선대 법학연구원, 2014.

고명수, “「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제정에 대한 형법적 고찰”, 서울법학 제22권 제2호, 서울시립대 법학연구소, 2014.

곽병선, “아동학대 현상과 법적 고찰”, 법학연구 제20집, 한국법학회, 2005.

김슬기, “제정 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 검토”, 법학연구 제24권 제2호, 연세대 법학연구원, 2014.

김용화, “「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 시행 1주년에 즈음하여 - 아동학대 처벌 관련법 통합 논의를 중심으로”, 법학논총 제22권 제3호, 조선대 법학연구원, 2015.

김혜경, “아동복지법상 금지규정의 형사법적 검토”, 형사정책연구 제21권 제1호, 2010.

원혜욱, “아동학대의 개념 및 실효적인 대책에 관한 검토 - 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법을 중심으로 -”, 법학연구 제18집 제4호, 인하대 법학연구소, 2015.

이찬엽, “아동학대에 관한 형사법적 고찰”, 일감법학 제20권, 건국대 법학연구소, 2011.

정웅석, “「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」의 의의 및 향후과제”, 피해자학연구 제22권 제1호, 한국피해자학회, 2014.

최영진, “아동복지법상 아동학대에 관한 법적 과제”, 원광법학 제24권 제3호, 원광대 법학연구소, 2008.

