

아동학대에 관한 형사법적 고찰

이 찬 엽*

목 차

- | | |
|-------------------------------|------------------------------|
| I. 서 언 | 2. 아동학대사건에 대한 처벌실태 |
| II. 아동학대원인의 판단에 대한 문제점 | 3. 아동학대행위에 대한 외국의 처벌규정 |
| 1. 기존의 아동학대 원인에 대한 논의 | IV. 현행법상 아동학대의 양태 및 절차상 개선방향 |
| 2. ‘아동방임’의 아동학대 포섭여부 | 1. 아동학대의 일반적 의미 |
| 3. 아동학대와 ‘아동훈육’의 구별한계 | 2. 현행 규정에 따른 구체적 고찰 |
| 4. 아동학대의 원인에 대한 구체적 검토 | 3. 문제발생시 처리 절차와 이에 대한 개선 방향 |
| III. 아동학대의 실태와 각국의 입법례에 대한 검토 | V. 결 언 |
| 1. 사례별 아동학대 실태 | |

I. 서 언

아동학대 사건이 날로 증가추세를 보이자 유엔은 ‘아동의 권리에 관한 국제협약’을 채택하기에 이르렀고, 우리나라도 동 협약을 비준한 바 있다. 그런데 우리나라의 경우 아동학대를 가정교육 또는 훈육과 연계시켜 외부의 간섭을 배제하려 하기 때문에 사소한 ‘가정사’로 여기는 것이 다반사이다. 그렇지만 이와 같은 아동학대문제는 사회적 문제이기 이전에 아동 개인의 인생을 좌우하게 하는 치명적인 것으로 받아들여져야 하므로 소홀히 다룰 사안이 아니다. 왜냐하면 그러한 학대를 경험한 아동은 장애 정서장애, 신체장애 및 행동장애를 일으킬 가능성이 높기 때문이다. 이렇게 본다면 상기의 제 문제는 개인에 국한되지 않는 사회 문제이며, 따라서 이를 해결하기 위한 사회적 비용도 크게 증가할 것은

* 서남대학교 경찰행정법학과 조교수

당연한 귀결일 것이다. 이러한 과도한 사회적 비용 부담과 학대에 따른 복합적 파장을 차제하더라도 아동의 기본적 권리와 그 보장을 염두 한다면 그 어떠한 국가정책보다도 우선시되어야 할 근본과제로 평가받을 만하다. 최근 우리의 경우 사회계층 간의 경제적 부의 편중과 문화적 갈등이 만연한 세태를 상기해 볼 때, 가장 큰 희생을 감수해야 할 주체가 다름 아닌 아동·청소년이라고 본다면, 합리적인 문제해결의 원칙을 세우는 것과 효과 있는 정책을 추진하는 것은 매우 시급한 국가의 중대한 숙제임에 의심의 여지가 없다. 본고에서는 이러한 아동학대의 다양한 문제에 대하여 법적 근거에 대한 재조명 및 개선방향을 모색하고 실효성 있는 절차적 운용과 예방대책을 제시하고자 한다. 구체적으로 본다면 II장에서는 아동학대원인의 판단에 대한 문제점에 대하여 살펴보고 III장에서는 아동학대의 실태와 각국의 입법례를 통하여 우리의 현실적 문제점이 무엇인가를 규명하고자 한다. 마지막으로 IV장에서는 현행법 규정에 따른 아동학대처벌과 그 개별적 양태를 분석하고 정책적 개선 근거를 마련하고자 한다.

II. 아동학대원인의 판단에 대한 문제점

1. 기존의 아동학대 원인에 대한 논의

여기에는 첫째, 성별에 따른 학대를 들 수 있다. 남아와 여아를 비교했을 때 어느 경우에 있어서 학대가 많이 발생하는가는 명백히 결론짓기 어렵다. 우리나라의 경우에는 여아가 남아보다, 연령이 낮을수록 학대경향이 높게 나타나고 있다는 것이 협회의 보고이다.¹⁾ 그러나 다른 연구에

1) 이배근, “아동학대의 문제와 대책방안”, 보건복지포럼 제8호(한국보건사회연구원, 1997), 8쪽.

의하면 이와 같은 통계는 의미를 갖지 못하는 경우가 많다. 즉, 개별적인 경우와 지역적인 경우에 있어서는 정반대의 결과가 나오기도 한다. 이러한 학대성향은 순종적 성격과 부모와의 갈등 및 체격의 발달, 시대적 상황에 따라 가변적일 수밖에 없다. 일반적으로 저 연령기에 있는 남아는 여아보다 부모에 대한 순종이 떨어지기 때문에 이에 부정적으로 대처하다보면 학대로 이어질 가능성이 크다. 그러나 이와 같은 경향도 가족 구성원에 따라 유동적이다. 다음으로 부모와의 갈등을 들 수 있는데, 갈등이 많은 아동일수록 학대의 대상이 될 가능성이 높다. 이는 부모의 통제와 밀접한 관련을 갖기 때문이다. 아무런 통제를 하지 않고 자유롭게 방임하는 경우를 제외하고 의견의 충돌로 학대문제가 발생하지 않을 수 없다. 연령이 다소 높아지고 남아의 체격이 커지면서 다소 왜소한 여아에 대한 학대가 상대적으로 높게 나타날 수 있다. 이는 남아의 육체적 저항이 크기 때문으로 판단된다. 또한 남아선호사상 등 시대적 흐름을 배제할 수 없다. 그러나 상기에 전제된 경우들도 직접적 연관성 여부에 대해서는 회의적이라고 할 수 있다. 왜냐하면 학대 성향은 성별과 무관하게 나타날 수도 있기 때문이다. 둘째, 연령에 따른 학대문제를 들 수 있다. 실제로 연령과 학대는 직접적으로 관련되지 않고 오히려 부모의 연령이 학대에 영향을 끼친다고 보는 것이 타당할 것이다. 즉, 연령이 낮은 부모가 높은 부모보다 학대성향이 높다고 한다. 그러나 이와 같은 일반적 경향도 그대로 적용되기 어렵다. 왜냐하면 부모의 정신적 문제를 간과할 수 없기 때문이다. 즉 부모의 정신적 환경이 아동에 끼치는 영향은 무시할 수 없다. 셋째, 가족구조를 들 수 있는데 여기서 가장 문제되는 것이 경제적 문제의 대두이다. 특히 빈곤층과 저학력층에서 아동에 대한 학대가 자주 발생하며 아버지의 실직이 그 중 가장 영향을 주는 것으로 연구되고 있다.²⁾ 여기서 실직 가장의 폭력과 학대는

2) 허경미, “아동학대사범의 교정정책 방향 연구”, 교정연구 제18호(한국교정학회, 2003), 240쪽.

알코올중독이나 현실에 대한 불안증에서 그 원인을 찾을 수 있다. 그러나 이와 같은 연구와는 반대로 경제적 문제는 학대와 그다지 직접관련성을 찾을 수 없다는 주장도 있다. 즉 학대의 주원인인 내적 긴장은 빈곤과 무관하다고 보기 때문이다.³⁾

2. ‘아동방임’의 아동학대 포섭여부

아동학대의 범주에 아동방임이 속한다고 보는 것이 일반적이다. 그러나 양자는 원인과 유형에서 많은 차이를 보이고 있다. 이와 같은 차이점⁴⁾은 첫째, 피해자의 규모에서 차이를 보인다. 방임의 경우에는 상당한 수의 피해자가 존재하는 반면 학대는 특정의 소수가 피해자일 경우가 많다. 둘째, 가해자의 행위에 있어서 상당한 상이점이 발견된다. 방임의 경우에는 소극적인 행위가 많고 부작위에 의한 무반응의 행태를 띤다. 반면 학대는 적극적이며 목적을 가진 작위범적 성격을 갖는다. 셋째, 발생 면에서 본다면 방임의 경우에는 사건의 지속과 만성적인 행태를 가지므로 계속범적 성격을 갖는다. 반면 학대는 범죄가 즉흥적으로 발생하고 시간의 제한이 없는 즉시범적 성격을 갖는다. 넷째, 폭력 등의 정도 면에서 방임보다 학대행위가 크다는 점을 들 수 있다. 즉, 아동방임은 폭력을 수반하지 않는 경우가 많다. 예를 들어 위험성이 많은 지역과 청결하지 못한 장소에 장기간 방치한다든지 적극적인 질병예방을 하지 않아 병세를 악화시키거나 먹을 것과 의복을 제공하지 않는 경우를 들 수 있다. 반면 학대는 폭력을 수반하는 경우가 많다. 특히 이러한 경우 신체에 대한 상해로까지 이어져 정신적인 충격을 주는 경우가 많다. 다섯째, 아동방임은 주로 저연령층에서 발생하는 반면 아동학대⁵⁾는 이

3) 이배근, 앞의 논문, 10쪽.

4) 홍미/김효진, “아동학대 및 방임실태와 정책과제”, 보건복지포럼 제128호(한국보건사회연구원, 2007), 50쪽.

와 관계없이 발생하는 것이 일반적이다. 그렇기 때문에 아동방임에 대한 관련기관의 적극적 개입의 필요성이 제기되는 이유가 여기에 있다.⁵⁾ 상기와 같은 차이점에도 불구하고 우리의 현행법규는 양자를 동일하게 처벌하고 있다. 여기서 문제로 제기될 수 있는 부분은 아동학대행위를 상기법규가 모두 포괄하여 처벌할 수 있는가이며 또한 형사정책적인 면도 함께 고려되고 있는가이다. 아동의 경우도 일반적인 소년과 같이 국친사상과 개별주의 및 과학주의를 적용해야 한다면- 소년이 범죄의 주체인 경우와 마찬가지로 아동·청소년이 범죄의 대상(피해자)인 때에도 동일 수준에서 합리적(체계적)인 형사법의 규정과 그 절차적 적용이 요구된다고 볼 수 있으므로- 상기 규정을 좀 더 세분화하고 구체적으로 개정해야 할 필요성이 있다할 것이다. 따라서 현행법규는 교육적인 측면과 형사정책적인 측면에서 다소 미흡하기 때문에 보완이 필수적일 것으로 판단된다.

3. 아동학대와 ‘아동훈육’의 구별한계

아동학대와 아동훈육의 구별기준은 명백하지 않다. 그 이유는 각국마다 아동에 대한 교육방법이 다르고 지역에 따른 훈육정도가 상이하기 때문이다. 즉, 이는 문화적 배경과 밀접한 관련을 갖고 있다. 우리의 경우에도 아동에 대한 훈육방법이 시대에 따라 계속적으로 변화를 가져왔다. 과거에는 올바른 훈육방법이었더라도 현재에는 그릇된 행위이며 나아가 범죄행위로까지 인정되는 사례가 많다. 예를 들자면 아동에 대하여 고함을 지르며 특정행위를 바로 잡으려 한다면 때에 따라서는 범죄행

5) 아동방임이 학대의 유형에 포함된다고 할 때 그 비중은 1내지 3세의 아동에 대한 비중이 가장 크며(50%) 7세 이후 연령이 높아질수록 그 비중은 줄어든다. 즉, 아동방임은 학령기 이전에 주로 발생한다(홍미/김효진, 위의 논문, 52쪽).

6) 홍미/김효진, 위의 논문, 52쪽.

위가 될 수 있다. 즉, 아동학대와 훈육을 명백히 분별한다는 것은 사실상 불가능하다. 언급한바 대로 아동학대에는 문화적 관습과도 상당한 관련을 가지고 있다. 아시아의 부모들은 자식을 자신의 분신으로 생각하며 자식들에게 순종적 행위를 기대하게 된다. 만일 부모의 의지에 역행하게 되면 체벌도 감수해야 한다. 그렇기 때문에 상황에 따라서 그러한 행위가 범죄가 될 수도 있고 단순한 훈육행위에 머물 수도 있다. 이는 다양한 원인을 근거로 하는데, 첫째로 종교적 관점에서 판단해 보면 유교적 전통을 이어받은 가부장적인 국가(사회)에서는 아동훈육의 수단으로 유효력을 사용할 수 있다고 생각한다. 즉, 학대의 영역보다 훈육의 범위가 훨씬 넓다. 그러나 불교를 받아들인 국가(사회)에서의 부모는 자식을 소유의 대상이 아니라 전생의 인연관계로 받아들이며 이들의 운명에 영향을 주어서는 안 된다고 생각한다. 따라서 일정한 훈육도 학대행위에 해당하게 된다. 따라서 훈육과 학대행위의 구분은 더욱 힘들어진다. 둘째, 인종에 따라 훈육방법이 상이한 점도 한 원인이 될 수 있다. 우리의 경우나 동남아시아국가에서는 훈육의 방법으로 체벌을 학대로 보지 않는 반면 미국 등 유럽 국가에서는 이를 학대로 보고 있다. 즉, 미국 등에서는 훈육을 위한 체벌을 분노에서 비롯한 폭행으로 보고 있다. 셋째, 입양 등에 의한 양육에 있어서 다소의 차이를 나타낼 수 있다. 그러나 여기서는 복합적 작용에 의한 학대가 이루어지기 때문에 혈족인가 아닌가는 학대와 밀접한 관련을 갖는다고 볼 수 없다. 결론적으로 아동학대와 아동훈육에 대한 명백한 구별은 어렵다. 다만 아무리 교육목적이 훌륭하다고 하더라도 아동에 대한 정신적·육체적 고통을 발생케 할 경우에는 학대행위로 간주하여 형사적 제재를 가하는 것이 타당할 것으로 판단된다.

4. 아동학대의 원인에 대한 구체적 검토

4.1 사회적 원인

아동학대는 날로 증가하고 있는 추세에 있다. 따라서 이제는 그 원인규명이 필수적인 상황에 이르고 있다. 여기서 거론되고 있는 원인으로 첫째, 부모의 경험을 들 수 있다. 그 중에서도 폭력에 대한 직·간접적 경험 이 가장 문제된다. 이와 같은 폭력의 행사는 학습적인 측면이 농후하다. 즉, 부모의 아동기에 폭력을 경험한 경우 아동학대발생률은 매우 높게 나타난다. 통계에 따르면 부의 경우 66.8%, 모의 경우 78.2%로 나타나고 있다.⁷⁾ 이는 직접적으로 폭행을 당한 경우이고 그밖에 ‘목격’ 경험이 있는 경우까지 합산하면 발생비율은 더욱 높게 나타난다. 이러한 점을 볼 때, 아동학대는 유전적인 측면보다는 경험에 의한 산물이며 환경적인 면을 간과할 수 없다는 점에서 부모에 대한 정신적인 치료를 우선적으로 수행해야 한다는 것을 알 수 있다. 둘째, 음주문제인데 이 경우, 부의 경우 68% 내외, 모의 경우 70% 내외의 발생률을 보이고 있다.⁸⁾ 여기서 아동과 가장 많은 시간을 갖고 있는 모의 음주에 의한 폭력이 문제되는데, 일반적으로 부의 음주에 의한 폭력보다 높게 나타나고 있다는 점이다. 이는 여성이 정서적인 측면과 육체적인 측면에서 남자보다 환경에 영향을 더 많이 받는다는 점에서 그 원인을 찾을 수 있고 자녀에 대한 책임의식과 가족에 대한 소외 등도 그 원인이 될 수 있다. 다음으로 셋째, 의사결정을 누가 하는가에 따라 학대발생률이 다르게 나타나고 있다. 조사에 의하면 부모 모두 아내가 혼자 결정하거나 주도적으로 결정하는 경우에 가장 학대가 높은 것으로 분석되고 있다.⁹⁾ 이는 다소 의외의 결과라고

7) 김유경, “아동학대 실태와 정책방안”, 보건복지포럼 제143호(한국보건사회연구원, 2008), 34쪽.

8) 김유경, 위의 논문, 34쪽.

볼 수 있는데, 필자의 판단으로는 모의 경우 아동에 대한 집착과 자신의 소유라는 의식이 매우 높고 목표에 미달할 경우 전적으로 자신의 책임이 된다는 의식이 깊게 자리 잡고 있기 때문에 파악된다. 넷째, 가족유형 원인을 들 수 있다. 연구결과 편부가정 31.4%, 일반가정 25.5%, 편모가정 10.3% 등으로 나타났다.¹⁰⁾ 또한 미혼부모와 소년소녀가장의 경우는 각각 0.5%와 0.7%로 나타났다. 편부는 편모의 경우보다 세배 정도에 이를 정도로 심각하기 때문에 예방과 치료 면에서 많은 비용과 시간이 필요할 것으로 판단된다. 다섯째, 경제적 만족도도 한 원인으로 파악되고 있다. 과거와 달리 가족유지비용과 사회활동비용이 매우 빠른 증가세를 보이고 있는 현실에서 이를 충족하지 못함으로써 발생하게 되는 개인적 허탈감과 사회적 괴리감은 어느 때보다 높아질 수밖에 없다. 조사결과에 따르면 모의 경우가 70.4%로 나타나¹¹⁾ 그 심각성은 사회문제로 발전할 가능성이 있다. 즉, 악의의 유기 또는 방치가 그것인데 아동을 더 이상 책임 지지 않으려는 경향을 보이고 있다. 부의 경우에는 경제적 만족도와 거의 무관하다는 점과 비교할 때 주목되는 부분이다. 여기에 부모의 교육수준이 낮을 경우에는 더욱 심각해진다. 우리 사회가 평등사회로 접어들었다고 하더라도 여성이 남성과 동일한 대우를 받으며 사회활동을 하기로 쉽지 않은 것이 현실이다. 그렇기 때문에 여성 자신의 노력으로 경제적 궁핍을 타개 하는 것은 용이한 일이 아닐 것으로 판단된다. 따라서 이로 인한 스트레스는 남자보다 클 수밖에 없을 것이다. 그 원인은 아동학대로 이어지는 경우가 많고 이와 같은 행동이 지속·반복됨으로써 가정의 균열로까지 발전할 수 있다.

9) 김유경, 위의 논문, 35쪽.

10) 허경미, 앞의 논문, 240쪽.

11) 김유경, 앞의 논문, 36쪽.

4.2 의학적 원인

아동학대는 부모의 정신적 측면에서도 찾을 수 있다. 이는 성격구조와 심리적 결함에서 비롯된다. 이러한 결함은 정서적 불안전성이 그 원인이다. 구체적으로는 적대성, 타인에 대한 비난, 무시, 과잉기대 등에 의해 학대로 나아갈 수 있다.¹²⁾ 즉, 부모가 정신질환을 가졌거나 평범치 못한 정서적 불안을 가지고 있는 경우 학대로 이어질 가능성이 매우 높다. 다음으로 학대 대상이 정신적·신체적 미숙아인 경우에도 정상아보다 학대성향이 높게 나타나는데 이는 대리양육자로 하여금 양육에 대한 심리적 부담이 가중되었기 때문이다.¹³⁾ 언급한 부모의 과잉기대에 따른 부적응의 문제가 발생한 경우 그 피해는 더욱 커질 수밖에 없다. 즉, 부모의 기대수준이 클수록 장애를 갖은 아동에 대한 학대는 증가하게 된다. 의학적 문제로서 심리적 측면도 고려의 대상이 된다. 부모의 상대적 박탈감이라든지 소외의식, 아동을 소유물로 생각하는 것 등은 아동학대로 이어질 가능성이 크다. 이는 사회적 갈등에서 비롯한 정신적 병리현상이다. 즉, 통합적인 원인에 의하여 발생하는 복합적인 문제인 것이다. 따라서 이에 대한 예방과 치료 및 대책 수립은 필수적이다. 그리고 이 경우 구조적 접근이 필요하다. 왜냐하면 가해 부모는 아동에 대한 학대를 정당한 행위로 합리화하려 하기 때문이다. 그렇지만 여기서도 부모의 의학적 병력이 아동학대와 직접적인 연관성을 갖는다고 단언할 수 없다고 보아야 한다.

12) 이복희, “부모의 아동학대와 아동의 적응변인 연구”, 교육문화연구 제13권 제1호(인하대학교 교육연구소, 2007), 102쪽.

13) 이복희, 위의 논문, 103쪽.

4.3 아내 학대와 중복적 발생원인 문제

이는 아내학대와 아동학대가 중복적으로 나타나는 현상을 말한다. 즉, 아내에 대한 폭력이 아동에까지 미치는 경우를 의미한다. 즉, 배우자에 대한 심각한 폭력은 아동에 대한 폭력과 밀접한 성질을 갖는다. 우리의 경우 이에 대한 명확한 통계는 없다. 그러나 임상집단을 대상으로 조사한 결과에 따르면 중복 발생률은 50%를 상회하는 것으로 나타나고 있으며 쉼터거주여성의 경우에는 90%에까지 이르는 것으로 추정되고 있다.¹⁴⁾ 이와 같은 현상의 문제점은 아내구타와 아무런 상관없는 아동이 피해를 보고 있다는 점이다. 여기서 문제의 시발점은 과거 여성학대에 대한 사회적 용인이 광범위하게 퍼져 있다는 점이다. 최근 들어 이와 같은 행위는 특별법으로 규제하고 엄벌하는 방향으로 가닥을 잡고 있어 종전에 비하여는 점차 감소하는 경향을 보이고 있다. 그러나 이웃집 여성이 남편에게 폭행을 당할 때 발 벗고 나서 제지할 사람이 과연 몇이나 될까라는 의문이 제기 된다. 다음으로 이와 같은 현상은 여성의 사회적 능력이 향상됨에 따라 일부 가부장적인 사고에 젖어 있는 소극적 남성들에게는 받아들이기 힘들 수 있다는 점이다. 따라서 성역할의 정체성에의 유연성과 개방성이 낮고 가부장적 특권의식이 높을수록 가해가능성이 높아진다고 할 수 있다.¹⁵⁾ 그런데 여기서 가해 남성은 자신의 폭력행위를 부정하고 나아가 문제원인을 여성에 대한 어머니 역할이 잘못되고 있다는 점을 부각시켜 여성배우자에게 책임을 전가시키고 있다는 것이 문제된다.¹⁶⁾ 이러한 문제의 근본적 원인은 남성의 경우 학대에 따른 책임의식의 결여와 그 결과에 대한 사회적 부각이 용이하지

14) 정혜숙, “아내학대와 아동학대의 중복발생을 둘러싼 여성주의비판모델과 여성복지적 과제의 검토”, 한국여성학 제25권 제4호(한국여성학회, 2009. 12.), 111쪽.

15) 정혜숙, 위의 논문, 114쪽.

16) 정혜숙, 위의 논문, 115쪽.

않은 반면 여성에 대해서는 무의식적 비판이 작용한다는 점이다. 예를 들어 미혼모가 자식을 유기한 것과 생부가 같은 행위를 했을 때의 비난의 정도를 비교해 본다면 전자가 크다는 것이다. 그렇기 때문에 이를 해결하기 위해서는 사회구조적 측면에서의 문제의식 가시화와 가해자 및 피해자에 대한 공적지원체계에 대한 형사정책을 실천적으로 강구하지 않으면 안 될 것이다.

Ⅲ. 아동학대의 실태와 각국의 입법례에 대한 검토

1. 사례별 아동학대 실태

우리나라 가정의 자녀학대비율은 59.1%에 이르는 것으로 조사된바 있다.¹⁷⁾ 구체적으로 신체적 폭력의 발생률은 경한 폭력의 경우 28.2%, 중한 폭력의 경우 7.9%, 양자가 혼합하여 나타난 경우 29.2% 등으로 나타났으며 정서적 폭력의 경우도 52.1%, 방임은 17%의 발생률을 나타냈다. 이러한 조사결과를 분석해보면 육체적인 폭력의 행사는 말할 것도 없고 심리적 안정을 해치는 정서적 폭력 발생률이 상당히 높은 것으로 파악되고 있다. 따라서 장래 발생하게 될 간접적 악영향은 통념적으로 받아 들일 수 없을 정도에 이를 것으로 추정된다. 유형별 자녀학대 발생률을 살펴보면 첫째, 신체적 폭력 발생률¹⁸⁾은 허리띠(벨트) 또는 막대기 등으로 엉덩이를 때린 경우 16.2%, 손바닥으로 뺨이나 머리를 때린 경우 18.2%, 자녀를 잡고 던지거나 넘어뜨린 경우 4.3%, 주먹이나 발로 세게 때린 경우 5.2%, 사정없이 때린 경우 4.5%, 목을 조른 경우 0.6%, 칼·가위 등으로 위협한 경우 0.8% 등으로 나타났고 둘째, 정서적

17) 김재엽 외, 가정폭력 실태조사(연세대학교 사회복지대학원, 2010), 154쪽.

18) 김재엽 외, 위의 책, 155쪽.

폭력발생률은 욕설을 퍼붓거나 악담을 한 경우 24.2%, 때리겠다고 위협한 경우 48.7%로 나타났다. 셋째, 방임발생률¹⁹⁾은 자녀의 식사를 제때에 잘 챙겨주지 않은 경우 12.8%, 치료가 필요할 때 병원에 데리고 가지 않은 경우 2.2%, 술이나 약물에 취해서 자녀를 돌보지 않은 경우 2.6%, 밤늦게 혼자 있게 한 경우 8.0% 등으로 나타났다. 그리고 한국과 외국의 아동·청소년 학대 발생률을 비교²⁰⁾해 보았을 때 한국(2010)의 신체적 폭력과 정서적 폭력 및 방임은 39.1%, 59.9%, 14%로 나타났고 미국²¹⁾(2008)은 각각 0.17%, 0.08%, 0.74%로 나타났으며 홍콩²²⁾(2005)은 23.3%, 57.6%, 27.4%, 일본²³⁾(2005)은 42.7%, 15.6%, 37.5% 등으로 나타났다. 이와 같은 통계를 살펴볼 때 아시아 지역의 상황이 매우 열악하다는 것을 알 수 있다. 이는 전술한바 대로 가부장적인 가족구조와 뒤늦은 민주주의 의식의 수용에 따른 것으로 해석된다.

2. 아동학대사건에 대한 처벌실태

아동학대 사건이 근래 들어 폭증하고 있는 것에 비하여 처벌을 받게 되는 경우는 절반 정도에 그치고 있는 실정이다. 최근 아동학대 관련 형사공판사건 중에서 46.5%에 해당하는 범죄자가 집행유예를 선고받았으며 17%가 벌금형, 19.5%가 유기징역을 선고받았다.²⁴⁾ 또한 재판결과에 불복하여 항소한 경우 기각률이 높다(27%)는 점이 특징이다. 이와 같은 결과를 볼 때 아동학대 행위에 대한 사법적 대처는 매우 소극적이

19) 김재엽 외, 위의 책, 156쪽.

20) 김재엽 외, 위의 책, 364쪽.

21) U.S. Department of Health an Human Service, *Child Maltreatment*, 2008.

22) Hong Kong Social Welfare Department, *Study on Child Abuse and Spouse Battering*, 2005.

23) 일본후생성, 후생성보고(아동복지관계), 2005.

24) 김혜경, “아동복지법상 금지규정의 형사법적 검토”, 형사정책연구 제21권 제1호(한국형사정책연구원, 2010. 3.), 44쪽.

있다고 평가된다. 특히 집행유예선고의 비중이 높다는 점에 주목할 필요가 있다. 형법상 집행유예는 제반사정을 고려한 범죄 행위자에 대한 사법적 배려규정으로 아동학대사건에 대하여 동일한 수준으로 적용하게 되면 정당성을 상실하게 될 가능성이 높다. 즉, 피해자가 아동일 경우 일반인에 비하여 참작 등으로 인한 제한적 배려가 고려되지 않는다면 특별법 상 아동학대 관련 규정의 의미가 퇴색될 것은 자명하며 증거불충분 등으로 무죄판결에 이를 개연성이 커지게 된다. 이렇게 되면 결과적으로 오판에 의한 재심 등도 다시 청구될 수 있으므로 소송상 불경제를 초래하게 되며, 형식적으로는 유죄판결이지만 실질적으로 무죄판결의 효과를 누리는 파렴치범의 증가로 인해 사회정의의 추락이 예상된다.

3. 아동학대행위에 대한 외국의 처벌규정

미국 연방정부는 아동학대에 대한 예방과 신고를 위하여 국립 아동학대 연구센터를 운영하고 있다. 이 센터는 1974년에 제정된 연방정부의 아동학대 예방 및 치료법(Child Abuse Prevention and Treatment Act, CAPTA)에 의하여 설립되었고 전국 아동의 실태조사를 통하여 정책개발 및 데이터 시스템을 구축하고 있다.²⁵⁾ 특히 주목되는 것은 아동학대에 대한 과학적 접근을 시도하고 있다는 점이다. 즉, 아동학대에 대한 데이터시스템을 구축하여 실질적 분석을 통한 합리적 예방책을 마련하고 있다는 점이다. 이러한 시스템은 요약 데이터와 케이스 데이터로 나누고 전자는 아동학대의 신고와 관련된 데이터, 아동학대 신고의 처리와 관련된 데이터, 아동학대 피해아동과 피해가족과 관련된 데이터, 아동학대 가해자와 관련된 데이터로 다시 구분하여 통계를 구축하고 있다.²⁶⁾ 후자는 이를 좀 더 상세하게 나누고 개별적 사례를 분석함으로써

25) 김형모, “미국의 국립 아동학대 연구센터의 활동”, 보건복지포럼 제49호(한국보건사회연구원, 2000. 11.), 81쪽.

아동에 대한 국가적 책무를 효율적으로 시행할 수 있도록 하고 있다. 또한 일본의 경우에는 최근 아동학대방지대책 강화에 대한 노력의 일환으로 아동학대방지법을 개정한 바 있는데, 그 주된 내용은 아동의 권익을 옹호하기 위하여 국가 및 지방공공단체의 책무를 강화하고-아동심신에 대한 피해사례분석의무- 안전 확인 의무화, 보호자에 대한 출두요구와 현장방문조사권한 강화, 보호자에 대한 지도권한 강화, 보호 아동에 대한 면회와 통신제한 접근금지명령 등을 규정한 바 있다.²⁷⁾ 여기서 주목되는 것은 지사의 출두요구와 재판소의 허가를 얻어 주거지에 대한 현장방문검사를 할 수 있다는 점이다. 이는 아동상담소와 법원 및 경찰의 상호 협력 하에 이루어지므로 불법적 요소를 배제하는 것은 물론 아동학대에 대한 개선지시 및 권고에 그치지 않고 사태의 심각성이 드러날 경우 사법적 고려-접근금지명령 등-도 가능하다는 것을 시사한다. 또한 호주의 경우에는 아동과 청소년법, 청소년 및 가족법에 의하여 아동에 대한 권리를 보호하고 있다. 그 주된 내용은 연령에 따라 개별적인 처우를 마련하고 있다는 점이다. 즉, 보호주의에 따라 10세 미만자에 대한 형사적 제재불가 및 강제적 보호금지, 성적 남용에 대한 엄벌, 지적 발달저해 행위 처벌을 규정하고 있다. 특히 아동방임을 유기죄에 준할 정도로 격상시켜 이에 해당할 경우 형벌을 가하도록 하고 있다. 호주의 경우에는 아동학대예방을 위한 정책을 국가가 타국에 비하여 적극적으로 모색하고 있다는 점에서 매우 특징적이다. 특히 아동, 청소년 및 가족법 제261조 제1항에서는 “아동에게 신체적 상해나 성적 남용을 통한 명백한 위해를 가하거나 아동의 정신적 또는 지적 발달을 해하는 정서적 또는 정신적 위해를 가하거나 아동의 신체적 발육이나 건강에 명백한 해를 가하는 행위를 한 자에 대하여는 1년 이하의 징역이나 벌금에 처한

26) 김형모, 위의 논문, 83쪽.

27) 최진희, “일본 아동학대방지대책 강화에 관한 내용 및 논의”, 국제사회보장동향 2007년 가을호(한국보건사회연구원, 2007), 78쪽.

다.”고 규정하고 있으며 동법 제262조에서는 “아동방임 또는 유기행위에 대한 처벌규정으로써 보호 또는 감독하고 있던 자가 정당한 이유 없이 적절한 조치를 하지 아니하고 아동을 방임하거나 유기한 경우 3개월 이하의 징역 또는 벌금에 처한다.”고 규정하여 아동에 대한 학대문제를 포괄적으로 다루고자 하는 의지를 보이고 있다.²⁸⁾ 다만 이와 같은 규정에서도 문제점을 지적할 수 있는데 첫째, 아동에 대한 명백한 위해를 가할 경우에 한하여 상기 법의 적용을 받게 된다는 점에서 판단기준상 문제가 있으며 둘째, 정당한 이유가 존재하면 아동방임의 위법성이 조각된다는 것은 아동보호의 관점이 아닌 일반인에 대한 법적용의 논리를 여과 없이 수용한 결과로 판단되기 때문에 문제의 소지가 큰 규정이라고 할 수 있다. 따라서 ‘위해의 가능성 존재’ 만으로도 상기 법의 적용이 가능토록 해야 하며 ‘아동유기에 대한 정당한 이유’의 부분을 삭제하는 것이 바람직할 것으로 판단된다. 그런데 상기와 같은 각국의 법제정 및 개정은 국제헌장 등을 근거로 하고 있다. 그 시발은 세계아동헌장(1922)이었고 UN의 아동권리선언(1959)에 의하여 보편적으로 받아들여졌다. 아동보호에 대한 국제협약은 첫째, 국내법적 효력이 인정된다는 점이 특징이다. 둘째, 이와 같은 협정에 따라 각국이 의무를 이행하지 않으면 안 된다. 셋째, 아동에 대한 폭력과 착취에 대하여 사회계획의 수립을 촉구하고 있으며 넷째, 경제적 폭력을 방지하기 위하여 외설적 공연을 방지하도록 규정하고 있다. 다섯째, 우리의 형법상 미성년자의제강간(강제추행)죄에 해당하는 범죄를 특히 강조하여 규정하고 있다. 이러한 측면에서 볼 때, 예방적 목적과 범죄발생에 따른 엄벌주의를 채택한 것으로 판단된다.

28) 김혜경, 앞의 논문, 40쪽.

Ⅳ. 현행법상 아동학대의 양태 및 절차상 개선방향

1. 아동학대의 일반적 의미

일반적으로 형법상 학대죄는 신분을 가진 자만이 저지를 수 있는 신분범이다. 또한 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에게 육체적으로 고통을 주거나 정신적으로 차별대우를 하는 행위가 있음과 동시에 범죄가 성립하는 상태범에 해당한다. 이러한 보호·감독관계는 부모 및 친족 관계를 비롯하여 계약, 사무관리, 관습, 조리 등 다양한 원인에 의하여 발생한다. 여기서 육체적 고통이 수반되는 유형적 학대 이외에 무형적 학대의 예를 들면 언어적 학대, 구박, 어두운 곳에 감금 등도 이에 포함하게 되는데, 이와 같은 경우는 생명 또는 신체에 위험을 줄 수 있는 정도에 이르러야 한다.²⁹⁾ 그런데 상기 행위가 18세 미만자들 대한 경우에는 아동복지법의 적용을 받게 되어 보다 더 구성요건이 세분화 된다. 즉, 아동복지법 제29조에 따르면 행위태양을 신체손상, 성희롱, 성폭력, 정서적 학대, 유기, 매매, 음행매개, 관람, 구걸강요, 곡예강요, 금품취득 등으로 세분화 하여 이를 금지하고 있다. 이와 같이 구체적으로 유형별로 이를 규정한 것은 일반인에 비하여 학대에 대한 충격과 정신적·신체적 영향이 지대하기 때문이다.³⁰⁾

29) 임웅, 형법각론(법문사, 2011), 120쪽.

30) 2010 아동학대현황보고서(보건복지부)에 따르면 반사회적 행동(공격성, 반항, 충동, 도벽, 거짓말)의 발생확률은 37.3%, 정서적 장애(과잉행동, 오락중독, 주의산만)의 경우는 36.2%로 나타났다(학습문제 6.2%, 학교 부적응 5.3%, 공격성 등 5.1%, 거짓말 4.2%, 불안 8.4%, 주의산만 5.4%, 낮은 자아존중감 3.9%, 위생문제 4.2%, 언어문제 2.7%, 신체발달 지연 1.4% 등).

2. 현행 규정에 따른 구체적 고찰

2.1 아동에게 신체 손상을 주는 행위

아동에 대한 신체적 폭력과 그로 인한 손상은 장래 정서적 불안과 우울증 등으로 이어질 가능성이 높기 때문에 육체적인 문제에 그치지 않는다. 형법의 규정과 달리 신체적 손상은 광범위한 개념으로 받아들여진다. 즉, 생리적 완전성을 침해하는 정도에 이르지 않더라도 이에 해당한다. 여기서 신체적 손상이 계획적으로 이루어진 경우에는 문제가 되지 않지만 우발적으로 이루어진 경우 또는 (중·업무상)과실에 의하여 이루어진 경우 모두를 상기 범주에서 제외할 것인가 문제된다. 필자의 판단으로는 고의는 아니지만 결과발생 예견가능성이 용이할 경우에는 손상에 의한 학대를 인정하는 것이 옳다고 본다. 왜냐하면 업무로 인한 경우 일반인보다 세심한 주의가 요구되어야만 입법취지를 뒷받침할 수 있기 때문이다. 또한 이와 관련하여 폭행에 따른 상해의 정도에 따라 학대여부를 판단하고자 하는 견해가 있다. 즉 구체적으로 첫째, 신체에 대한 폭행의 고의로 나아갔지만 신체적 상해에까지는 이르지 않은 경우 상기 행위에 포함되지 않아야 한다고 보는 견해가 있다.³¹⁾ 둘째, 신체적 학대로 인정되기 위해서는 상해와 외상이 발생해야 하고 생명에까지 위험을 주어야 한다는 견해가 있다.³²⁾ 이와 같은 논의는 형량의 불균형과 손상의 개념 및 범위설정문제에서 비롯된다. 그런데 손상은 원래 법의학에서 사용하는 용어이며 따라서 법률용어는 아니다. 즉 ‘상처를 남긴 다침’을 뜻한다. 협의의 의미에 있어서 손상은 외상에 한정하게 된다. 또한 손상이 발생한다고 하여 반드시 사망에 이르지 않음을 전제

31) 광병선, “아동학대 현상과 법적 고찰”, 법학연구 제20집(한국법학회, 2005. 11.), 431쪽.

32) 김혜경, 앞의 논문, 47쪽.

한다. 다만 손상을 원인으로 사망하려면 출혈과다, 주요 장기궤멸, 손상 후 감염 발생 등이 수반되어야 한다. 그리고 손상과 형법상 상해죄성립은 필연적이지 않다. 다만 절차상 손상의 유무는 상해 사건을 입증하는데 중요한 증거로 쓰이게 된다. 따라서 형법상 상해개념과 아동복지법상 손상의 개념은 다르며 언급한 대로 후자의 범위가 폭넓다. 그 결과 이를 그대로 적용하게 되면 판례³³⁾가 자연치유력에 의한 회복이라든지 일상 생활에 지장을 주지 않을 정도에 이르지 못한 경우에 이를 상해로 보지 않은 것과 복합적으로 상치될 수 있다(이 경우 대상이 아동이라면 아동복지법의 적용은 당연히 받게 된다). 이렇게 되면 아동복지법상 손상은 상해에 이르지 않은 경우, 상해에 이른 경우, 상해가 발생하여 생명에 영향을 준 경우 등으로 구체화하여 판단해 볼 수 있다. 이렇게 나누어 본다면 상기의 예가 기본적으로는 모두 포괄적으로 학대에 해당하게 된다. 다만 양 규정의 구성요건을 상기해 본다면 상해가 발생하면 형법의 적용을 받는 것이 합리적이고 이에 이르지 못한 경우에는 아동복지법을 적용받아야 마땅하다. 형량도 형법상 상해죄는 7년 이하의 징역으로 규정하고 있는 반면 아동복지법상 손상학대는 5년 이하의 징역으로 규정하고 있는 것도 이와 같은 문제를 해결하는데 근본적인 자료를 제공할 수 있다고 판단된다.

2.2 성적 수치심을 주는 성희롱 및 성폭행 등의 학대행위

어원적으로 볼 때 성희롱이란 ‘업무, 고용 기타 관계에서 공공기관의 종사자, 사용자 또는 근로자가 그 지위를 이용하거나 업무 등과 관련하여 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 기타 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 것’을 뜻한다. 반면 성폭력은 강간뿐만 아니라 희롱이나 음란전화, 성기노출,

33) 대법원 2003. 7. 11. 선고, 2003도2313 판결.

추행 등의 다양한 형태를 포괄한다. 또한 일상생활에서 막연히 느끼는 불안이나 공포, 행동의 제약도 넓은 의미에서 성폭력에 해당된다. 또한 성추행은 강간을 하거나 성적 희롱을 하는 것을 의미한다. 성폭행은 강간을 완곡하게 하는 말이다. 따라서 아동에 대하여 성희롱을 하기 위해서는 전제적으로 업무계약이라든지 고용관계가 이루어져 있어야 한다. 그런데 경우에 따라서는 아동에 대한 고용계약이 불가능한 때도 있다. 이 경우에는 형법상 아동혹사죄의 성립이 가능하다. 아동복지법 제29조 제2호에 따르면 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱, 성폭행은 학대행위의 처벌대상이 된다고 규정하고 있다. 이렇게 본다면 성희롱은 성폭행의 보충적 의미를 가지고 있고 성폭력은 강간과 성폭행을 포함하는 의미임을 확인할 수 있다. 따라서 아동복지법의 행위 태양에서 강간은 제외된다고 해야 한다. 또한 성폭행이 성폭력에 이른 경우에는 성폭력 특별법이 적용된다. 그런데 여기서 성폭행을 강간이나 추행에 이르지 아니한 정도를 의미³⁴⁾하지만 추행에 이르지 아니한 경우에 이를 성희롱의 범주에 포함시키는 것이 타당하다는 견해가 있다.³⁵⁾ 그러나 성희롱은 첫째, 남녀 간의 차별적 언행에서 비롯되고 둘째, 지위를 이용하는 것에 국한되며 셋째, 직접적인 행동보다는 간접적인 언동으로 인해 상대방에게 굴욕감이나 불이익을 주는 것이므로 폭행 또는 협박의 정도 및 성기의 삽입여부를 기준으로 범죄성립을 구분하는 강간이나 추행과는 명백히 구별되어야 하기 때문에 성희롱으로 포섭할 수 없다고 해야 한다. 따라서 간음, 성추행, 유사간음행위, 포르노그래피 등과 혼동되어 사용되어서는 안된다.³⁶⁾

34) 광병선, 앞의 논문, 5쪽.

35) 김혜경, 앞의 논문, 48쪽.

36) 반대 견해로는 광병선, 앞의 논문, 5쪽.

2.3 정신건강 및 발달에 해를 주는 정서적 학대행위

일반적으로 정서란 극도로 복잡한 여러 현상의 총합을 말하는데, 이는 주관적 경험과 표출된 행동 및 신경 화학적 활동이 더하여져 이루어진다. 따라서 이에 대한 명확한 정의를 내리지는 못한다. 그러나 정서에는 필수적 요소로써 첫째, 개인의 환경·상황에 대한 인식 둘째, 신체적 반응 셋째, 접근·회피 행동 등이 수반된다. 즉, 정서는 신체 내부의 제 현상에 대한 지각을 의미하고, 신체적 반응의 지각은 공포의 정서형성에 조력하기도 한다. 아동에 대한 정서적 학대는 상기 행위의 원인이 되며 성인보다 피해정도가 심각하다. 아동에 대한 정서적 학대행위는 소극적인 방법과 적극적인 방법에 의하여 이루어진다. 전자에는 칭찬과 애정을 쏟지 않는 경우와 요구사항에 대한 거부 및 무시행위를 포함한다. 후자에는, 가장 많이 발생하고 평소 크게 문제 삼지 않는 경우로 고함을 지르거나 사소한 일에 트집을 잡는 경우를 들 수 있다. 물론 이 경우 계도목적이 복합적으로 작용하기도 하기 때문에 학대로 인정될 것인가에 대한 문제도 발생한다. 그 결과 행위자에 대한 형사적 제재시 입증에 곤란한 경우가 많다. 그리고 이와 더불어 정서적 학대행위에 대한 형벌권행사의 적정성 여부가 문제된다. 이에 대하여 정서적 학대가 객관적으로 형사처벌의 대상이 되기 어려우며 형벌을 가하는 것보다 우선적으로 치료를 우선해야 한다는 견해가 있다.³⁷⁾ 그러나 첫째, 형벌권을 행사하지 않게 되면 상기 법의 일반예방 효과가 떨어질 우려가 있고 둘째, 가해자에 대한 치료는 단기적으로 종료될 가능성이 적으며 따라서 이에 대한 사회적 비용이 상승하여 목적이 전도될 가능성을 배제할 수 없고-가해자에 대한 사회적 비용이 아동에 대한 것보다 클 수 있고- 셋째, 일반법인 형법상 학대행위에 대해서는 형벌을 과함에 대하여 특별법인 상기 법상 행위에 대하여 그렇지 않다면 법 규정의 의미가

37) 김혜경, 앞의 논문, 49쪽.

상실될 염려가 있으며 넷째, 객관적인 불법성이 존재하는가는 일반법을 기준으로 해서는 안 되기 때문에 명백한 불법을 이루지 않더라도 그 ‘개연성’이 인정되면 형벌부과에 제약이 없어야 한다. 따라서 아동에 대한 정서적 학대는 일반인의 불법행위에 비하여 과소평가되어서는 안 되며 오히려 사회적 파장과 불법이 더 크다고 판단되므로 행위자에 대한 우선적 치료처분은 불가하다고 보아야 한다. 그렇게 해야만 아동복지법 상 학대행위처벌의 입법취지를 상기시킬 수 있고 견지가 가능할 것이다.

2.4 유기 및 방임행위

아동보호법상 유기라 함은 자신의 보호 또는 감독을 받는 아동을 보호 없는 상태에 둠으로써 생명 또는 신체에 위험을 야기 시키는 일체의 행위를 의미한다. 또한 여기서의 유기는 형법상 범위보다 넓다고 할 수 있다. 즉, 상기 죄의 근거가 되는 경우도 법률상 계약뿐만 아니라 사무관리, 관습, 조리를 포함하기 때문이다. 다만 유기를 혐의로 파악할 것인가 아니면 광의로 판단할 것인가에 대한 논의가 있다. 본죄의 유기를 명문규정에 따라 해석하여 적극적으로 보호 없는 상태로 이전시키는 혐의의 유기만을 의미한다고 보는 견해가 있다.³⁸⁾ 그러나 본죄의 유기는 광의로 파악해야 한다. 왜냐하면 형법상 유기와 달리 해석할 이유가 없고, 장소이전은 소극적인 경우뿐만 아니라 경제적인 이유로 발생할 여지가 충분하기 때문이다. 또한 부진정부작위범의 의무와 동일한 범위로 확대하자는 견해도 있다.³⁹⁾ 그러나 여기서도 유기행위는 부작위에 의한 경우도 존재하지만 작위에 의한 경우를 배제할 수 없으므로 타당한 주장이 될 수 없다. 다음으로 방임행위에 의한 학대를 들 수 있다. 방임의 의미에 대하여 장소적 이전 없이 종전의 상태에 두고 떠나거나 생존에

38) 광병선, 앞의 논문, 6쪽.

39) 김혜경, 앞의 논문, 50쪽.

필요한 보호-의식주에 대한 보호와 의무교육의 방임-를 하지 않는 행위로 정의되고 있다.⁴⁰⁾ 방임은 구체적으로 외부적(물리적)인 경우, 내부적(정서적)인 경우, 성적인 방임, 학업에 대한 방임, 건강에 대한 방임 등으로 나눌 수 있다.⁴¹⁾ 외부적 방임은 의식주를 해결해 주지 않거나 이를 태만히 하는 경우를 말한다. 따라서 이러한 방임은 다른 방임의 형태와 복합적으로 나타나기도 한다. 특히 영양결핍에 따른 아동성장의 지연현상과 안전사고에 노출될 가능성이 높기 때문에 치명적인 문제가 발생할 수 있다. 내부적 방임은 언급했던 정서적 학대와 구별이 모호한데, 전자는 양육자와 아동의 의사소통이 전혀(거의) 이루어지지 않은 경우를 말하지만 후자는 접촉은 있지만 정서발달에 악영향을 미치는 경우를 말한다. 그러나 여기서도 양자가 양립하여 발생할 수 있음을 간과할 수 없다. 또한 정서적 방임에서 문제되는 것이 성적 노출인데, 이와 같은 현상의 결과는 아동의 이색적 행동으로 이어진다. 다음으로 교육에 대한 무관심을 들 수 있다. 이는 일면으로 보면 불법성이 부정될 수도 있다. 즉, 학교에 보내지 않거나 학교생활에 무관심한 것이 어떻게 위법하며 불법한 행위인가이다. 필자의 판단으로는 의무교육을 받을 학령기에 있는 경우에는 불법이지만 그렇지 않은 경우에는 구성요건해당성이 부정된다고 보아야 한다. 다만 절도 및 상해 등에 대한 무관심은 보호자의 의무를 해태한 경우이므로 불법이 인정되어야 한다. 그밖에 의료적 방임도 문제되는데 특히, 예방접종시기를 준수하지 않아 신체상

40) 박병선, 앞의 논문, 6쪽.

41) 아동방임의 하위유형을 첫째, 아동기 신체건강보호해태(격렬한 통증, 신체적 장애 등 문제에 있어 대처하지 않는 경우) 둘째, 아동의 정신건강의 보호감독 불충분 셋째, 아동에 대한 지도감독 소홀 넷째, 아동유기 또는 홀로 살아가도록 내버려 두는 것(부적절한 양육자에게 맡기는 경우 포함) 다섯째, 가정의 물리적 환경이나 주택의 위험과 관련된 보호불이행(난방기구 등에 노출) 여섯째, 주거위생방치 일곱째, 아동의 개인위생의 태만 등으로 구분하기도 한다(김현옥, “방임의 심각성에 영향을 미치는 아동과 양육자의 심리·정서적 문제에 관한 사회적 지지의 중재효과 연구”, 한국영유아보육학 제49호(한국영유아보육학회, 2007), 3-4쪽).

해가 발생한 경우 아무리 부모일지라도 법적인 책임에서 자유롭게 해서는 안된다.

2.5 아동을 이용한 위법 및 불법 행위

앞에서 언급된 것들은 아동에 대한 일차적 학대행위로 볼 수 있다. 그러나 이보다 더 심각한 것은 아동을 수단으로 불법한 이익을 취하는 경우이다. 여기에는 첫째, 아동을 매매의 대상으로 삼아 경제적 이익을 획득하는 경우를 들 수 있다. 아동 매매는 일종의 노예매매와 흡사하다. 그렇기 때문에 매매에 의해 아동의 신체적 자유는 상실되게 된다. 그 목적은 다양할 수 있다. 즉, 그 행위태양은 매우 포괄적이다. 그 중 가장 문제되는 것은 성매매의 대상이 되거나 음란물제작에 투입되는 경우이다. 이 경우 아동청소년보호법 제9조에서는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있다. 이와 같은 매매는 대가를 지불해야 이루어진다고 해야 한다.⁴²⁾ 따라서 아동을 교환하는 경우는 여기서 배제하고 기타 학대유형-만일 교환이 정서적 학대일 경우에는 제3호를 적용-에 포함시키는 것이 타당하다. 왜냐하면 형법상 부녀매매죄의 경우와 달리 아동복지법 제29조 제5호에는 ‘아동을 타인에게 매매하는 행위’라고 제한적으로 규정하고 있기 때문이다. 즉, 아동을 매매하는 행위는 아동의 ‘의사결정권’을 침해하는 불법유형으로 해석해야 한다. 둘째, 아동에게 음행을 시키거나 음행을 매개하는 행위이다(제6호). 여기서 음행을 시키는 것과 매개하는 것이 동일한 의미를 가지는 것인가 문제되는데, 전자는 본인의 의사에 반하여 강제적으로 음행행위를 하는 경우를 말하고 후자는 가출 등에 따른 경제적 궁핍으로 강제성이 존재하지 않는 경우-간음에 이르도록 알선-를 의미하기 때문에 이를 구분하여 판단하는

42) 반대 견해로는 석동현, “부녀매매죄의 성립요건에 관하여”, 판례월보 제265호(판례월보사, 1992. 10), 118쪽.

것이 옳다고 보아야 한다. 즉, 전자의 불법이 중대하다고 할 수 있다. 여기서 간음행위결과는 범죄성립과 무관하다. 셋째, 장애를 가진 아동을 공중에 관람시키는 행위를 들 수 있다(제7호). 필자는 장애아동뿐만 아니라 정상적인 아동의 경우도 이에 포함시키는 것이 타당하다고 판단된다. 또한 아동을 일정한 장소에 감금하는 등의 수단을 이용하여 관람의 대상이 되게 하였을 경우에는 아동의 신체에 손상을 주는 학대행위에 포함시킬 수 있다. 그런데 여기서 상기행위가 정서적 학대에도 해당하게 되어 형벌을 배제하고 보호처분의 대상으로 삼아야 한다는 견해가 있는데, 여기서도 기타 학대행위보다 불법의 크기가 작다고 볼 수 없으므로 형벌을 가함으로써 일반예방효과를 기대해야 할 것이다. 넷째, 아동에게 구걸행위를 시키는 경우를 들 수 있다(제8호). 여기서 문제는 아동을 이용하여 물건을 판매하는 것까지 이에 해당하는가이다. 그리고 나아가 정당한 대가로 판매하는 것을 넘어 통상가격 이상으로 판매행위를 하는 경우 구걸의 범주에 포함시킬 것인가 문제된다. 정상가격 이상으로 물건을 판 경우에는 이익만큼의 행위에 대하여는 구걸로 보아도 무방하지만 그렇지 않은 경우에는 ‘정서적 학대행위’로 보아야 할 것으로 판단된다. 다섯째, 공중의 오락 또는 흥행을 목적으로 아동의 건강 또는 안전에 유해한 곡예를 시키는 행위를 들 수 있다. 그런데 이 조항은 곡예단이 성황을 이루던 1960년 또는 1970년대에나 적용이 가능한 규정에 해당한다. 따라서 현실에 맞는 개정이 요구된다. 즉, 상기행위의 대상을 ‘곡예’에서 ‘연예 또는 기획 활동’으로 규정하는 것이 바람직할 것이다.

3. 문제발생시 처리 절차와 이에 대한 개선 방향

아동복지법은 형법에 대한 특별법적 성격을 갖는다. 그런데 여타의 특별법은 일반법에 비하여 그 적용 빈도가 높은 편이다. 그러나 상기법은 적용면에 있어서 외면당하고 있는 것인 현실이다. 그 이유는 다양

한 특별법과 중첩적으로 겹치는 경우가 많고 타 법률에 비하여 형량이 낮게 규율되기 때문이다. 따라서 특별법의 위상에 부합하는 형량규정이 필수적이다. 이와 같은 형량의 조율과 더불어 다양한 처벌도 요구된다할 것이다. 아동학대행위에 대한 형벌은 징역과 벌금뿐이다. 실제로 아동범죄는 가해자의 정신적 하자로 인한 상습성과 재범가능성이 매우 높은 분야이다. 그렇기 때문에 형벌뿐만 아니라 보안처분의 규정을 반드시 고려해야만 한다. 다음으로 문제되는 것은 ‘신고’에 대한 사항인데, 법규정에 따르면 아동학대를 알게 된 자는 누구든지 아동보호기관이나 수사기관에 신고할 수 있다(동법 제26조 제1항). 그런데 여기서도 첫째, 임의적 신고규정을 필수적 신고규정으로 개정하는 것이 타당하다고 판단된다. 왜냐하면 학대사실을 알면서도 그대로 방치한 것은 형법상 ‘방조범’에 해당할 수 있기 때문이다. 즉, 고의성이 인정되므로 의무를 해태한 경우에는 법적 책임을 묻는 것이 옳을 것이다. 둘째, 또한 신고자에 대한 신변보장을 규정해야 한다. 상기 범죄행위자는 정신적 하자가 많은 경우가 대부분이므로 신고자에 대한 보복행위도 예견될 수 있기 때문이다. 이와 같은 신변보호를 위하여 친권자 및 후견인의 자격을 박탈시키고 일정기간 격리를 하는 것이 바람직할 것이다. 또한 아동학대에 대한 입증책임완화 및 공판절차에 있어서 진술이나 증언상 다양한 보조적 장치가 필요하다. 아동은 자신의 학대행위에 대하여 정확하게 진술할 능력을 갖지 못한 경우가 많다.⁴³⁾ 따라서 증거능력을 인정받기 어려위 가해자가 무죄로 풀려날 가능성이 높다. 그렇기 때문에 학식과 경험이

43) 아동이 피해자인 경우 이에 대한 수사기관의 진술확보와 법정 증언 상 많은 문제가 발생할 수 있다. 즉, 아동의 권리침해가 우려되며 성숙된 의사표현이 부족하기 때문에 유죄입증에 있어서 보조자의 역할이 필수적이다. 현행 형사소송법에서는 신뢰관계자의 동석규정이 있다. 그러나 이와 같은 규정은 임의규정이기 때문에 실효성이 떨어진다. 따라서 아동에 대하여는 필수규정으로 전환하고 아동의 증언능력의 제한을 완화하는 것이 바람직하다. 또한 수사전 단계에서의 자연스러운 상태에서 비디오 촬영 등을 통하여 전문가 등이 아동의 심리상태 확인하는 절차를 보장해야 한다.

풍부하고 아동에 대한 법적 조예가 높은 자로 하여금 이를 전담할 수 있도록 하는 제도적 장치가 필요하다. 즉, 청소년 ‘범죄’에 대한 소송절차가 일반소송절차와 달리 보호주의, 직권주의의 측면을 강조하고 있듯이 ‘피해자’가 아동일 경우에도 ‘특별절차규정’을 둬으로써 아동보호에 만전을 기할 수 있을 것으로 판단된다.

V. 결 언

아동학대는 더 이상 한 가정의 문제가 아니라 사회적·국가적 문제이다. 그렇기 때문에 문제 해결에 대한 ‘공동’의 노력이 요구된다. 그러나 매우 다양한 형태의 학대행위 때문에 그 처벌과 예방대책을 완벽히 세우는 것은 곤란하다. 특히 현행 아동복지법 등의 특별법을 통한 규율은 현실성과 실효성이 떨어지며 아동청소년관련 법규에 의한 경우도 마찬가지이기 때문에 더욱 그러하다. 이와 같은 아동학대에 문제에 대한 해결은 발생 원인을 철저히 규명하는 데에서부터 출발해야 한다. 여기서의 원인 규명은 각 지역요인과 성별 발생률, 환경 등에 대한 분석을 전제함으로써 그 가능성을 높일 수 있다. 본문에서도 언급했듯이 아동학대에 대하여 각국이 심혈을 기울여 합리적 해결방안을 내놓은 것도 복합적 아동학대 현상에 기인하고 장기적 정책수립의 필요성 때문이다. 그런데 외국의 경우와 달리 우리는 재원의 부족과 법규정의 미흡으로 해당범죄에 대한 적극적 대처와 직접적 처벌이 어렵다. 구체적으로 아동복지법상 유형별 학대행위와 이에 대한 처벌 등 많은 문제가 발생하고 있으며 이는 나아가 소송절차를 진행하는 과정에서도 아동보호라는 선결문제를 등한시 하고 있기 때문에 효과를 거두기 어렵다. 따라서 아동학대에 대한 원인을 의학적·사회적 방법을 통한 과학적 방법에 의하여 규명하는 것이 전제되어야 하고, 실체법-아동복지법 등-상 적용에 있어서도

그 근거규정을 현실에 맞게 개정·폐지하는 것이 바람직 할 것이다. 아울러 피해아동의 권리가 절차상에서 충분히 보장되고 있지 않고 있는 만큼, 증언 등 소송행위에 있어서 일반인보다 한층 더 두텁게 배려해야 만이 아동학대에 대한 제 문제를 합리적으로 풀 수 있는 계기를 조성하는 첩경이 될 것으로 믿는다.

(투고일 2011년 6월 20일, 심사일 2011년 8월 4일, 게재확정일 2011년 8월 23일)

주제어 : 아동학대, 폭력, 가정교육, 형사소송, 보장

참고문헌

1. 단행본

손동권, 형법각론, 을곡, 2006.

임 웅, 형법각론, 법문사, 2011.

Kramer, Bernhard, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 4. Aufl.1999.

Kühne, Hans-Heiner, Strafprozeßlehre, 5. Aufl. 1999.

Peter, Karl, Strafprozeß. Heildelberg, 4. Aufl. 1985.

Ranft, Otfried, Strafprozeßrecht. München usw., 2. Aufl. 1995.

Roxin, Claus, Strafprozeßrecht, München, 12. Aufl. 1988.

2. 논문

곽병선, “아동학대 현상과 법적 고찰”, 법학연구 제20집, 한국법학회, 2005. 11.

김경호, “비행청소년의 신체적 아동학대 경험과 폭력행동에 관한 사례연구”, 청소년상담연구 제14권 제1호, 한국청소년상담원, 2006. 1.

김요섭/최영종, “아동학대에 대한 부모의 태도조사”, 특수교육저널: 이론과 실천 제8권 제3호, 한국특수교육문제연구소, 2007. 9.

김유경, “아동학대 실태와 정책방안”, 보건복지포럼 143호, 한국보건사회연구원, 2008. 9.

김형모, “미국의 국립 아동학대 연구센터의 활동”, 보건복지포럼 제49호, 한국보건사회연구원, 2000. 11.

김혜경, “아동복지법상 금지규정의 형사법적 검토”, 형사정책연구 제21권 제1호, 한국형사정책연구원, 2010. 3.

- 김현옥, “방임의 심각성에 영향을 미치는 아동과 양육자의 심리·정서적 문제에 관한 사회적 지지의 중재효과 연구”, 한국영유아보육학 제49호, 한국영유아보육학회, 2007.
- 노혜련, “아동훈육과 아동학대의 구분”, 한국사회복지학 제19권, 한국사회복지학회, 1992. 5.
- 박민정/최보가, “아동학대 및 학교에서의 폭력경험과 아동의 적응”, 한국가정관리학회지 제19권 제3호, 한국가정관리학회, 2001. 6.
- 석동현, “부녀매매죄의 성립요건에 관하여”, 판례월보 제265호, 판례월보사, 1992. 10.
- 여진주, “아동학대 발생요인에 대한 생태학적 분석”, 보건사회연구 제28권 제1호, 한국보건사회연구원, 2008. 3.
- 이배근, “아동학대의 문제와 대책방안”, 보건복지포럼 제8호, 한국보건사회연구원, 1997. 5.
- 이복희, “부모의 아동학대와 아동의 적응변인 연구”, 교육문화연구 제13권 제1호, 인하대학교 교육연구소, 2007. 6.
- 전귀연, “청소년이 지각한 가족 응집성”, 경북대학교 박사학위논문, 1994.
- 정윤수/이정희, “아동학대예방 및 보호 네트워크 분석”, 한국행정학회 하계공동학술대회, 2003. 6.
- 정은/신민정, “아동학대가 신체상 발달에 미치는 영향”, 특수교육저널: 이론과 실천 제10권 제4호, 한국특수교육문제연구소, 2009. 12.
- 정혜숙, “아내학대와 아동학대의 중복발생을 둘러싼 여성주의비판모델과 여성복지적 과제의 검토”, 한국여성학 제25권 제4호, 한국여성학회, 2009. 12.
- 최진희, “일본 아동학대방지대책 강화에 관한 내용 및 논의”, 국제사회보장동향 2007년 가을호, 한국보건사회연구원, 2007.

허경미, “아동학대사범의 교정정책 방향연구”, 교정연구 제18호, 한국 교정학회, 2003. 3.

홍미/김효진, “아동학대 및 방임실태와 정책과제”, 보건복지포럼 제 128호, 한국보건사회연구원, 2007. 6.

[Abstract]

A Study on Criminal Law in Child Abuse

Chan-Yeub Lee*

Child abuse is important problem. It is relation to social support networks. Also Child abuse caused by poverty, marital discord etc. The abused child will abuse again. Violence begets violence. Home and social education is no less important than school education. It is widely recognized that smacking undermines children's confidence, weakens their emotional relationships and encourages the use of violence to resolve disputes with siblings and classmates. Child abuse between home education is different. But its difference is not clear. These are similar to each other. There were a few differences that are worth noting however. These differences are both physical and mental. The aim of the study is to set up standard. Approximately 90% of reported domestic violence cases are male batterers and female victims. But domestic violence of female is not neglect presently. Neglecting a child is a kind of child abuse. Begging for coins in the streets is child abuse. Also children are promised an adoptive family but are instead forced into the sex trade. Child abuse of sex trade make worse by sex offenders. It is essential to protect those little children from child molesters. Criminal procedure and substantive law are guarantee in infringement violation of one's rights. But they are absence to thorough. To meet one's target needs to complete revision. Because since the present criminal procedure and

* Assistant professor of Department of Law & Police Administration, Seonam University.

substantive is failing to keep up with the changes, it is time to at least realize the need and make preparations. They fail to correspondence. The concept of the child abused and the type of the child abused ask actualities. Also testimony in criminal procedure secure a proof in guarantee. It is ease off admissibility of evidence of proof. Evidence sound or video recordings of a defendant's confession is compulsory evidence of proof in child abuse.

Key Words : Child Abuse, Violence, Home Education, Criminal Procedure, Guarantee