

아동복지적 관점을 고려한 아동‘학대’ 개념*

김혁돈** · 손지아***

〈국문초록〉

아동에 대한 학대행위가 빈번히 발생하고 있어 이에 대한 대책으로 아동복지법이 제정되어 학대행위를 금지하고 있다. 그러나 그 개념이나 범위에 대하여 해석에 따라 구체적인 포섭에 있어 논란을 낳을 수 있는 것이 문제되고 있다.

‘아동학대’의 개념정의에 대하여는 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법이 아동복지법 제3조 제7호의 개념을 준용하고 있는데, 아동복지법에서의 개념정의도 구체적인 포섭과정에 명확성이 의심되는 한계를 낳을 수 있어 동법 제17조에서는 아동에 관하여 금지되는 일련의 행위들을 규정하고 있다. 그러나 동조항에서 예시하고 있는 금지행위 중에도 확정적 개념이라 볼 수 없는 것이 있어 실제 일어난 일련의 행위에 대하여 어떠한 학대행위에 해당하는지가 명확하지 않은 부분이 있다. 이에 규범해석의 보충적인 방법으로 문화상대적 관점이나 아동복지적 관념을 채용할 수 있다고 할 때에 어디까지 인정할 수 있는지가 문제되며, 정서적 학대행위로 규정하고 있는 아동의 건강 및 복지를 해치는 행위와 보호자의 훈육이나 교육행위와의 경계가 경우에 따라 모호할 수 있어 이러한 행위에 대하여 법적 규제를 가할 수 있는가가 문제되는 경우가 있을 수 있는 것도 사실이다. 이 경우 합법적인 훈육행위와 금지되는 학대행위 사이에 경계선을 어떻게 설정할 것인지는 국가가 개인 또는 가정에 어디까지 개입할 수 있는가의 문제와 결부되어 있다.

결국 아동학대에 대한 특별법은 아동에 대한 특별한 보호를 그 입법목적으로 하고 있으므로 행위자인 보호자 또는 성인이 아니라 피해자인 아동을 중심으로 아동학대의 개념을 확정하여야 할 것으로 보인다. 또한 아동학대 개념의 모호성을 해결하는 하나의 시도로서 아동학대판단척도를 개발하여 적용하는 절차적인 방법을 도입하는 것도 고려해 보아야 한다.

주제어 : 아동학대, 명확성, 아동복지, 아동보호법, 훈육

• 투고일 : 2018.10.8. / 심사일 : 2018.10.16./ 게재확정일 : 2018.10.19.

* 본논문은 2017년 가야대학교 교내학술연구비 지원을 받았음.

** 교신저자, 법학박사, 가야대학교 경찰행정학과 부교수

*** 주저자, 문학박사, 가야대학교 사회복지학과 부교수

I. 아동‘학대’의 개념정립에 관하여

오늘날 온라인게임에 중독된 부모에 의하여 어린이가 방치되어 사망하는 사건, 계모에 의한 아동 학대치사사건, 폭염 속의 유치원통학버스 내에 유기되어 목숨을 잃은 어린이사건, 어린이집 교사에 의하여 저질러진 학동학대행위 등 아동에 대한 유기행위, 학대행위가 사회적으로 큰 이슈가 되고 있다. 피해를 입은 어린이와 무관한 다른 성인에 의하여 어린이의 인권 - 특히 성적 문제에 있어-을 침해하는 범죄행위에 대한 대응은 그런대로 잘 정비되었다고 보여 지지만 보호의무자에 의한 인권침해행위에 있어 그 한계점을 정립하는 것이 쉽지 않은 것 또한 우리가 안고 있는 난제라고 할 것이다.

우리 법은 요부조자 특히 어린이에 대한 학대나 가혹행위를 재제하기 위한 규정들을 두고 있는데 대표적인 것이 「형법」상의 ‘유기죄’, ‘학대죄’, ‘아동혹사죄’,와 「아동복지법」, ‘제17조(아동학대) 위반행위’에 대한 벌칙규정, 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상의 ‘아동학대범죄’관련 규정들을 들 수 있다. 그러나 「형법」에서는 ‘학대’를 금지행위로 규정하고 있을 뿐 그 개념이나 범위에 대하여는 언급을 하지 않고 해석에 맡기고 있어 그 개념과 구체적인 포섭에 있어 논란을 낳을 수 있는 것이 문제라 할 수 있다.

‘아동학대’의 개념정의에 대하여는 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」이 「아동복지법」 제3조 제7호의 개념을 준용하고 있어 통일성을 기하고 있다. 「아동복지법」에서는 “‘아동학대’란 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 있다. 이러한 개념정의 또한 구체적인 포섭과정에 명확성이 의심되는 한계를 낳을 수 있어 동법 제17조에서는 아동에 관하여 금지되는 일련의 행위들을 규정하고 있는 것은 시사적이라고 할 수 있다. 그러나 동조항에서 예시하고 있는 금지행위 중에서 ‘아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위’라는 개념과 같이 확정적 개념이라 볼 수 없는 것이 있어 실제 일어난 일련의 행위에 대하여 어떠한 학대행위에 해당하는지가 명확하지 않은 부분이 있다. 이에 있어 규범해석의 보충적인 방법으로 문화상대적 관점이나 아동복지적 관점을 채용할 수 있다고 할 때에 어디까지 인정할 수 있는지가 문제될 수 있다.

또한 정서적 학대행위로 규정하고 있는 아동의 건강 및 복지를 해치는 행위

와 보호자의 훈육이나 교육행위와의 경계가 경우에 따라 모호할 수 있으므로 이러한 행위에 대하여 법적 규제를 가할 수 있는가가 문제되는 경우가 있을 수 있는 것도 사실이다. 이 경우 합법적인 훈육행위와 금지되는 학대행위 사이에 경계선을 어떻게 설정할 것인지는 국가가 개인 또는 가정에 어디까지 개입할 수 있는가의 문제와 결부되어 있다. 다시 말하여 국가의 후견주의 내지는 부권주의적 관념이 규범해석에 어디까지 개입할 수 있는가는 그 사회가 처해 있는 현실을 바탕으로 변화할 수 밖에 없으며 오늘날 우리는 어디까지 이를 받아들일 것인가의 문제는 입법적, 정책적 판단이라고 할 수도 있다. 그러므로 사법에 의한 또다른 입법행위를 방지하기 위해서도 아동학대를 판단함에 있어 일정한 기준을 정립할 필요성이 있다.

저자는 본 논문에서 우리 규범이 채택해 왔고 채택하고 있는 ‘학대’ 및 ‘아동학대’의 개념에 대하여 알아보고(Ⅱ), 규범이 고려하여야 할 아동복지적 관점에 대하여 알아본 뒤(Ⅲ), 이 외에 아동학대 개념을 파악함에 있어 고려하여야 할 요소가 있는지를 모색해(Ⅳ) 보고자 한다.

Ⅱ. 규범적 관점에서 본 아동‘학대’

1. 「아동복지법」 상의 ‘아동학대’

학대행위에 대한 법적인 규제는 「형법」 제28장 유기와 학대의 죄 중 제273조에 학대죄를 규정하고 있으나 ‘자기의 보호 또는 감독을 받는 사람을 학대한 자’라고 규정하고 있을 뿐 학대의 개념은 해석에 맡겨두고 있다. 제274조에서 아동학사죄를 규정하면서 학사의 개념을 ‘생명 또는 신체에 위험한 업무에 사용할 영입자 또는 그 종업자에게 인도하는’ 행위로 규정한 것과 비교될 수 있다.

아동학대와 관련하여 특별히 규정하고 있는 법제로는 「아동복지법」과 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 아동학대범죄특례법)을 들 수 있는데, 「아동학대범죄특례법」은 아동학대범죄의 처벌절차와 특별히 부과할 수 있는 법원의 조치를 규정하고 있는 점에서 「아동복지법」과 구별되지만 아동학대에 대한 정의와 처벌규정에 있어서는 아동학대치사와 아동학대중상해의 경우를 제외하고는 「형법」의 구성요건과 동일하며 특히 아동학대의 개념에 대하여는 「아동복지법」 상의 규정을 준용¹⁾하고 있어 동일한 개념을 사용하고 있다고

할 수 있다.²⁾

아동학대에 대한 구체적인 개념정의는 「아동복지법」에서 찾아볼 수 있는데, 제3조 정의규정에서 아동을 18세 미만의 자로 규정하고(1호), 아동학대를 ‘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’ 행위(7호)로 정의하고 있다. 더 나아가 제7조 제2호에서는 아동학대관련범죄를 정의하면서 ‘「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조 제4호에 따른 아동학대범죄³⁾와 아동에 대한 「형법」 제2편제24

-
- 1) 제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
 3. "아동학대"란 「아동복지법」 제3조제7호에 따른 아동학대를 말한다.
 - 2) 류부근, 아동학대범죄의 개념과 처벌에 관한 형사법적 검토, 한국형사정책학회 2015년 춘계학술대회 발표집, 한국형사정책학회, 2015, 6면.
 - 3) 4. "아동학대범죄"란 보호자에 의한 아동학대로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄를 말한다.
 - 가. 「형법」 제2편제25장 상해와 폭행의 죄 중 제257조(상해)제1항·제3항, 제258조의2(특수상해)제1항(제257조제1항의 죄에만 해당한다)·제3항(제1항 중 제257조제1항의 죄에만 해당한다), 제260조(폭행)제1항, 제261조(특수폭행) 및 제262조(폭행치사상)(상해에 이르게 한 때에만 해당한다)의 죄
 - 나. 「형법」 제2편제28장 유기와 학대의 죄 중 제271조(유기)제1항, 제272조(영아유기), 제273조(학대)제1항, 제274조(아동혹사) 및 제275조(유기등 치사상)(상해에 이르게 한 때에만 해당한다)의 죄
 - 다. 「형법」 제2편제29장 체포와 감금의 죄 중 제276조(체포, 감금)제1항, 제277조(중체포, 중감금)제1항, 제278조(특수체포, 특수감금), 제280조(미수범) 및 제281조(체포·감금등의 치사상)(상해에 이르게 한 때에만 해당한다)의 죄
 - 라. 「형법」 제2편제30장 협박의 죄 중 제283조(협박)제1항, 제284조(특수협박) 및 제286조(미수범)의 죄
 - 마. 「형법」 제2편제31장 약취, 유인 및 인신매매의 죄 중 제287조(미성년자 약취, 유인), 제288조(추행 등 목적 약취, 유인 등), 제289조(인신매매) 및 제290조(약취, 유인, 매매, 이송 등 상해·치상)의 죄
 - 바. 「형법」 제2편제32장 강간과 추행의 죄 중 제297조(강간), 제297조의2(유사강간), 제298조(강제추행), 제299조(준강간, 준강제추행), 제300조(미수범), 제301조(강간등 상해·치상), 제301조의2(강간등 살인·치사), 제302조(미성년자등에 대한 간음), 제303조(업무상 위력 등에 의한 간음) 및 제305조(미성년자에 대한 간음, 추행)의 죄
 - 사. 「형법」 제2편제33장 명예에 관한 죄 중 제307조(명예훼손), 제309조(출판물등에 의한 명예훼손) 및 제311조(모욕)의 죄
 - 아. 「형법」 제2편제36장 주거침입의 죄 중 제321조(주거·신체 수색)의 죄
 - 자. 「형법」 제2편제37장 권리행사를 방해하는 죄 중 제324조(강요) 및 제324조의5(미수범)(제324조의 죄에만 해당한다)의 죄
 - 차. 「형법」 제2편제39장 사기와 공갈의 죄 중 제350조(공갈), 제350조의2(특수공갈) 및 제352조(미수범)(제350조, 제350조의2의 죄에만 해당한다)의 죄
 - 카. 「형법」 제2편제42장 손괴의 죄 중 제366조(재물손괴등)의 죄
 - 타. 「아동복지법」 제71조제1항 각 호의 죄(제3호의 죄는 제외한다)
 - 파. 가목부터 타목까지의 죄로서 다른 법률에 따라 가중처벌되는 죄

장 살인의 죄 중 제250조부터 제255조까지의 죄’를 들고 있다.

형법상의 학대죄와「아동복지법」상의 아동학대행위와의 관계에 대하여는 형법상 학대죄가 유기죄와 같은 장에 규정되어 있는 등의 규정체계나 일반적인 해석론에 비추어 볼 때, 형법상의 학대행위는 그 피해자가 아동이라고 하더라도 「아동복지법」상의 아동학대행위보다 좁은 의미라고 판단되며, 양자는 그 입법목적, 보호법익, 보호정도에 있어서 차이가 있다고 할 것이므로 「형법」상 학대죄와는 별도의 독자적 의미를 가지는 구성요건으로 이해하는 것이 타당하다.⁴⁾⁵⁾

특히 「아동복지법」 제17조에서 금지행위⁶⁾에서 학대행위의 유형을 세분하고 있는데, 명시적인 학대행위를 표현하고 있는 성적 학대행위, 신체적 학대행위, 정서적 학대행위는 아동학대행위의 유형으로 분류하고 있는 것으로 보이고, 이외에도 「형법」상의 학대행위에 대한 대법원 판례가 “‘학대’라 함은 육체적으로 고통을 주거나 정신적으로 차별대우를 하는 행위를 가리키고, 이러한 학대행위는 「형법」의 규정체제상 학대와 유기죄가 같은 장에 위치하고 있는 점 등에 비추어 단순히 상대방의 인격에 대한 반인륜적 침해만으로는 부족하고 적어도 유기에 준할 정도에 이르러야 한다.”⁷⁾고 하고 있는 점으로 보아 제6호에

하. 제4조(아동학대치사), 제5조(아동학대중상해) 및 제6조(상습범)의 죄

- 4) 황만성, 아동학대범죄에 대한 형사정책적 방안에 관한 고찰, 한양법학 제28권 제1집(통권 제57집), 2017, 244면.
- 5) 어떠한 행위가 「아동복지법」 상의 학대행위에도 해당하고 「형법」상의 학대행위에도 해당한다고 할 때에 죄수의 문제를 어떻게 해결하는가가 문제될 수도 있을 것이다. 일반적으로 하나의 행위가 두 개 이상의 구성요건을 충족하는 경우 상상적 경합에 의하여 처리되어야 할 것이나 이 경우는 특별고나에게 의한 범조경합에 의하여 아동복지법 위반죄만이 성립한다고 보아야 할 것이다.
- 6) 제17조(금지행위) 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다. <개정 2014. 1. 28.>
 1. 아동을 매매하는 행위
 2. 아동에게 음란한 행위를 시키거나 이를 매개하는 행위 또는 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 성적 학대행위
 3. 아동의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위
 4. 삭제 <2014. 1. 28.>
 5. 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위
 6. 자신의 보호·감독을 받는 아동을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호·양육·치료 및 교육을 소홀히 하는 방임행위
 7. 장애를 가진 아동을 공중에 관람시키는 행위
 8. 아동에게 구걸을 시키거나 아동을 이용하여 구걸하는 행위
 9. 공중의 오락 또는 흥행을 목적으로 아동의 건강 또는 안전에 유해한 곡예를 시키는 행위 또는 이를 위하여 아동을 제3자에게 인도하는 행위
 10. 정당한 권한을 가진 알선기관 외의 자가 아동의 양육을 알선하고 금품을 취득하거나 금품을 요구 또는 약속하는 행위
 11. 아동을 위하여 증여 또는 급여된 금품을 그 목적 외의 용도로 사용하는 행위

서 규정하고 있는 방임행위도 아동학대행위의 범주로 파악되어야 할 것이다. 금지행위 중 다른 행위유형과 달리 성적 학대행위, 신체적 학대행위, 정서적 학대행위, 방임행위는 행위형태가 구체적으로 기술된 다른 유형의 금지행위와 달리 포섭과정에 있어 조금 더 구체화할 필요성이 있다고 보여진다.

(1) 성적 학대행위

아동에 대한 성적 학대를 “아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱, 성폭행 등의 학대행위를 말한다”고 정의하면서 이에는 아동에 대해서 성적 흥분, 자극 또는 만족을 목적으로 하는 일체의 성희롱행위와 아동에 대한 성추행, 간음, 유사간음행위, 포르노그라피 등 일체의 간음행위인 성폭력을 포함하여야 한다는 견해⁸⁾도 있지만 성폭행의 경우 형법상의 강간 또는 강제추행도 포함하는 개념이기에, 형법상의 강간 또는 강제추행과 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」에서 금지하고 있는 행위들과 경합될 수 있는 문제가 있기 때문에 이러한 견해는 아동에 대한 성적 학대의 개념으로는 적절하지 못한 것으로 보인다. 아동복지법 제17조의 금지행위에서 성적 학대를 “아동에게 음란한 행위를 시키거나 이를 매개하는 행위 또는 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등”이라고 규정하고 있다.

여기의 ‘성희롱’을 고용상의 차별문제로서 다루어지는 「국가인권위원회법」 제2조 제3호 라목의 ‘성희롱’을 의미하는 것으로 해석하는 견해⁹⁾가 있는데, 「아동복지법」상의 성희롱은 아동의 인권침해행위를 의미하는 것이므로 아동에 대한 성폭력유형의 하나로서의 ‘성희롱’을 의미하는 것으로 이해하여야 한다. 따라서 상대방의 의사에 반하여 행하여지는 간음이나 추행에 이르지 않는 정도의 성적 침해행위를 의미하는 것으로 이해함이 타당하다.¹⁰⁾

구체적으로 살펴본다면 음란한 도화를 보여주거나 성적 자극을 주는 말을 하는 등의 행위가 이에 해당한다고 할 것이다.

(2) 신체적 학대행위

7) 대법원 2000. 4. 25. 선고 2000도223 판결

8) 이미영, 아동인권과 아동학대에 관한 소고, 사회복지법제연구 제8권 제1호(통권 제9호), 사회복지법제학회, 2017, 104면; 권세경/이은정, 현행 법규범 체계에서의 아동학대 개념의 인식과 수용의 범주, 미래유아교육학회지 23권 3호, 미래유아교육학회, 2016, 353면; 광병선, “아동학대의 형사정책적 대응”, 법학연구 제31집, 한국법학회, 2008.8, 432면; 김종세, 아동인권과 아동학대:아동인권제고방안, 법학연구 제31집, 2008, 54면.

9) 광병선, 앞의 논문, 432면.

10) 강동욱, 아동학대에 관한 법률안의 검토-아동학대행위자의 처벌과 관련하여-, 아동학대와 아동인권, 한국아동학대예방협회 제48회 정기학술세미나 자료집, 2013, 83면.

「아동복지법」상의 신체적 학대행위는 아동의 신체에 손상을 주는 학대행위를 말하는 것으로 아동학대의 유형 중 가장 광범위하고 많이 행하여지는 유형으로 그 발견 또한 쉬운 것이 특징이라고 한다.¹¹⁾ 「형법」상의 신체상해행위보다 넓은 개념이라고 할 수 있고, 이에선 아동의 신체에 상해를 가하는 행위 뿐만 아니라 신체의 완전성을 침해하는 폭행행위까지 포함하는 개념이라고 한다.¹²⁾ 그러나 신체적 학대행위를 상해행위와 동일하게 파악¹³⁾하게 되면 「형법」상의 상해죄와 「아동복지법」 제17조 금지행위 위반죄와의 차이가 무엇인지 의문이지 아닐 수 없으며, 결국 일반법인 「형법」에 대응하는 특별법의 관계에 있다고 파악될 수 밖에 없지 않나 하는 의문이 들 수 있다. 이러한 해석방법은 「아동복지법」 고유의 입법취지가 희석될 수 있다는 우려가 든다.

이러한 견해에 대하여 「아동복지법」상의 벌칙규정에서 신체적 학대, 정신적 학대, 방임행위 등에 대한 처벌수준을 동일하게 규정하는 점과 보호받고 배려받아야 하는 아동에 대한 ‘비보호적 법익침해행위’에 대한 불법성을 규정하고 있는 것이 「아동복지법」의 근본 취지라고 한다면 형법상의 상해행위나 폭행행위를 파악하는 것과 「아동복지법」상의 금지행위의 성격과 내용은 다르게 파악하여야 한다는 견해¹⁴⁾가 있다. 이러한 견해에 의하면 아동에 대한 신체적 학대행위와 형법상의 상해나 폭행은 별개의 개념으로 파악하여야 하고 학대행위를 넘어 상해나 폭행이 성립하는 경우에는 상상적 경합으로 처리하여야 한다고 한다. 신체적 학대행위에는 신체손상행위 뿐만 아니라 경미한 수준의 상해와 폭행으로 포섭될 수 있는 모발절단행위도 포함될 수 있는데 이 경우 정서적 학대행위에도 포섭될 수 있다는 점에서 정서적 학대행위의 개념정립이 필요하다고 할 수 있다.¹⁵⁾

따라서, 신체적 학대행위가 「형법」상의 상해의 구성요건을 충족한다면 이에 따라 책임을 묻고 「아동학대범죄특례법」에 따라 처리하면 될 것으로 생각된다. 「아동복지법」에 학대행위에 대하여 벌칙규정까지 두어 금지하고 있는 것

11) 권세경/이은정, 앞의 논문, 353면.

12) 김종세, 앞의 논문, 52면; 이천현, 아동학대 처벌규정에 관한 검토, 소년보호연구 제27호, 2014, 183면.

13) 신체적 학대행위를 아동의 신체에 학대를 가해서 아동의 건강을 손상시킬 정도의 학대행위와 생리적 기능을 훼손하는 일체의 행위를 포함한다(이미영, 앞의 논문, 104면)는 견해는 신체적 학대행위를 신체상해행위로 파악하고 있는 것으로 보인다.

14) 류부곤, 앞의 논문, 12면.

15) 다만, 아동복지법상 금지행위와 벌칙규정에서 신체학대행위와 정서적 학대행위의 처벌수준을 달리 하고 있지 않는 점에서 구별실익이 없다고 할 수 있다. 류부곤, 앞의 논문, 각주 32.

은 위의 구성요건을 충족시키지 못하는 경우에도 그 불법성이 아동의 건강과 복지 및 정상적인 발달을 저해하는 결과를 가져올 위험이 있는 행위를 처벌하고자 함이라고 생각된다. 그러므로 신체적 학대에 있어 상해의 구성요건을 충족하는 경우는 학대행위로 포섭하는 것보다는 「형법」 상의 상해죄로 포섭하는 것이 타당하다고 보여지며 오히려 폭행의 경우는 그 법정형의 경중을 비교하여 아동보호의 중대성을 고려하여 신체적 학대 혹은 정서적 학대로 포섭될 가능성이 있다고 보여진다.

(3) 정서적 학대행위

정서적 학대는 학대로 인한 침해의 결과가 명백하게 드러나는 것이 아니고 당장 심각할 정도로 나타나지 않기 때문에 무시되고 간과될 수 있는 문제점이 있으며, 당장에 나타나는 심각한 손상은 없을지 모르나 아동정서 및 정신적 요소에 지속적으로 불안한 상황을 야기함으로써 성장한 이후에 대인관계나 사회적응에 장애를 불러일으킬 수 있으므로 문제가 더 심각하다고 할 수도 있다.¹⁶⁾

정서적 학대를 “보호자나 양육자가 아동에게 언어적, 정서적, 위협, 감금이나 억제, 기타 가학적인 행위를 하는 것으로 언어적, 정신적, 심리적 학대라고도 한다.”는 견해가 있다.¹⁷⁾ 그러나 「아동복지법」이 행위주체를 보호자나 양육자로 한정하고 있지 않는 점에서 우선 적절한 정의라고 하기는 어려워 보인다.

「아동복지법」 제17조 제5호에서 규정하는 정서적 학대의 개념은 “아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 행위”라고 한다. 그러나 범죄구성요건으로서 정서적 가혹행위 즉 아동의 정신건강과 발달에 해를 끼치는 행위를 어떻게 구성할 것인지는 매우 어려운 일이 아닐 수 없다. 중앙아동보호기관 홈페이지에서는 정서적 학대를 “보호자를 포함한 성인이 아동의 건강 또는 복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 정신적 폭력이나 가혹행위를 하는 것”으로 정의하고, 그 내용으로는 “보호자를 포함한 성인이 아동에게 행하는 언어적 모욕, 정서적 위협, 감금이나 억제, 기타 가학적인 행위를 말하며 언어적, 정신적, 심리적 학대라고도 한다.”고 들고 있다. 아동에 대한 정서적 학대의 예시를 들고 있는 것을 보면; “원망적/거부적/적대적 또는 경멸적인 언어폭력 등, 잠을 채우지 않는 것, 벌거벗겨 내쫓는 행위, 형제나 친구 등과 비교, 차별, 편애하는 행위, 가족 내에서 왕따 시키는 행위, 아동이 가정폭력을 목격하도록 하는 행위, 아동을 시설 등에 버리겠다고 위협하거나 짐을 싸서 쫓아내는 행위, 미

16) 박병선, 아동학대현상과 법적 고찰, 법학연구 제20집, 한국법학회, 2005, 5면.

17) 권세경/이은정, 앞의 논문, 354면.

성년자 출입금지 업소에 아동을 데리고 다니는 행위, 아동의 정서 발달 및 연령상 감당하기 어려운 것을 강요하는 행위(감금, 약취 및 유인, 아동 노동 착취), 다른 아동을 학대하도록 강요하는 행위”를 들고 있다.¹⁸⁾

이렇게 정서적 학대를 정의하는 견해에 대하여 정서적 학대행위가 아동학대행위의 중요한 부분이기에는 하지만 형사처벌의 대상으로 하기에는 너무 모호하고 범위가 넓어 명확성의 원칙에 반할 수 있다는 견해¹⁹⁾도 있고 그러므로 현실적으로 정서적 아동학대에 대하여 형사법적 개입이 가능한 경우는 상해의 결과가 발생한 경우²⁰⁾라고 보는 견해도 있다.

그러나 「아동복지법」상의 금지행위로 정서적 학대행위를 규정하고 이를 특별히 처벌의 대상으로 삼는 것은 상해의 결과를 발생한 경우는 당연히 상해죄에 의하여 규율하면 될 것이고, 아동의 정신건강 및 정서적 발달을 보호하기 위한 입법목적을 가지고 있기 때문에 별개의 구성요건으로 파악하는 것이 입법취지를 살리는 해석이라고 생각한다.²¹⁾

앞에서 소개한 중앙아동보호전문기관의 예시가 정서적 학대의 중요한 판단기준이 될 수 있을 것으로도 판단되지만 이 경우에 보호자 등이 아동에게 행하는 훈육과의 경계가 모호해 질 수 있는 위험이 있다. 경우에 따라 엄한 훈육이라고 행한 것이 정서적 학대행위에 해당한다고 판단될 수도 있기 때문이다. 이에 대한 경계설정에 있어 「아동복지법」의 입법목적이 아동의 건강, 복지 또는 정상적인 발달에 있다면 이러한 입법목적을 고려한 포섭이 필요할 것으로 판단되고 이에 대하여는 다음 장에서 살펴보고자 한다.

(4) 방임행위

「아동복지법」상의 방임행위는 “자신의 보호·감독을 받는 아동을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호·양육·치료 및 교육을 소홀히 하는” 행위로 규정되어 있다. 「형법」상의 유기죄와 비교하여 살펴보면 「아동복지법」상의 금지되는 방임행위는 「형법」상의 유기에는 이르지 않은 것을 말한다고 보아야

18) 중앙아동보호전문기관홈페이지: <http://www.korea1391.go.kr/new/page/sign.php> (2018.9.28. 검색)

19) 이호중, 학대피해아동의 보호를 위한 법체계의 개선방향, 저스티스 통권 제134호, 2013, 8면.

20) 김슬기, 제정 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 검토, 법학연구 제24권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 2014, 216면.

21) 류부곤, 앞의 논문, 8~9면에 의하면, 아동복지법에서 “형사불법의 근거가 되는 보호법익으로 아동의 건강, 복지 또는 정상적인 발달을 규정하는 것이 타당한지는 별론으로 하고 아동학대범죄의 보호법익이 아동의 건강, 복지 또는 정상적인 발달이라면 행위에 대한 불법의 판단도 이러한 기준에 맞추어 행하여져야 한다”고 한다.

하며, 「아동복지법」상의 방임행위를 넘어서 「형법」상 개념인 유기에 이르렀다면 유기죄로 처벌하여야 할 것이다. 형법상의 유기가 법률상 계약상 보호의무 있는 자로 주체를 제한하고 있음에 반하여 방임행위에는 자신의 보호·감독을 받는 아동으로 객체를 규정하고 있는 점에 비추어 방임행위의 주체는 법률상 계약상 보호의무 있는 자 뿐만 아니라 사무관리, 관습 또는 조리에 의하여 아동을 보호·감독하는 자로 넓게 파악하여야 한다.²²⁾

방임이란 고의적 반복적으로 양육과 보호를 소홀히 함으로써 정상적인 발달을 저해하는 모든행위라고 정의하면서 부모가 아동에 대하여 적절한 양육을 제공하는 것을 거부하는 상태를 말하므로 아동이 해를 입지는 않았지만 부모의 방임으로 인하여 ‘위험한 상태’로 간주되는 상황을 포함한다는 견해²³⁾가 있다. 아동의 정상적인 성장과 발달을 위하여 방임행위를 규제하여야 할 필요성과 당위성은 인정되지만 형사처벌의 대상으로 포섭함에 있어서는 명확성의 문제와 유기죄 외에 방임행위를 두어야 할 필요성이 있는가가 문제될 수 있다.²⁴⁾

특히 필요성과 관련하여 방임행위가 외부적 환경 다시 말해서, 보호자의 경제사정에 따라 영향을 받을 수 있기 때문에 온전히 보호자의 책임라고 하기 힘든 부분이 있으며 훈육의 일환으로 이루어지는 경미한 방임행위에 대하여 국가형벌권이 개입하는 것은 적절하지 못하기 때문에 「형법」상의 유기죄 외에 특별규정을 둘 필요성이 희박하다는 지적이 있다.²⁵⁾

이러한 견해에서는 현행 방임행위가 진정부작위범의 형태로 규정되어 있음으로 인하여 방임행위에게 부과되는 작위의무의 근거가 분명하여야 하고 그 불법성이 현저하여야 입법의 정당성과 필요성이 인정될 수 있다는 점을 지적하고, 방임행위가 개념적으로 포섭하는 상황적 다양성과 광범위성으로 인하여 명확성과 불법의 현저성을 인정하기 어렵기 때문에 삭제하고 신체적 학대나 정서적 학대 또는 유기행위로 포섭하는 것이 타당하다고 한다.²⁶⁾

22) 박병선, 앞의 논문, 6면.

23) 권세경/이은정, 앞의 논문, 354면.

24) 류부곤, 앞의 논문, 12면.

25) 류부곤, 앞의 논문, 12~13면.

26) 류부곤, 앞의 논문, 13면.

2. 판례의 태도

(1) 성적 학대

성적 학대행위에 대한 아동복지법상의 개념변화에 대한 법원의 판단은 다음과 같다. ‘아동에게 음란한 행위를 시키는 행위’는 아동복지법 제정 당시부터 금지행위의 유형에 포함되어 있었으나, ‘성적 학대행위’는 2000. 1. 12. 법률 제 6151호로 아동복지법이 전부 개정되면서 처음으로 금지행위의 유형에 포함되었고, 그 문언도 처음에는 “아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱, 성폭행 등의 학대행위”였다가 2011. 8. 4. 법률 제11002호로 전부 개정 시 “아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱·성폭력 등의 학대행위”로, 2014. 1. 28. 법률 제12361호로 개정 시 “아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 성적 학대행위”로 각 변경됨으로써 현재는 성적 학대행위의 예로 ‘성폭행’이나 ‘성폭력’은 삭제되고 ‘성희롱’만을 규정하고 있다. 그리고 ‘성적 학대행위’가 위와 같이 금지행위의 유형에 포함된 이후부터 아동복지법이 2014. 1. 28. 법률 제12361호로 개정되기 전까지 아동복지법은 ‘아동에게 음행을 시키는 행위’와 ‘성적 학대행위’를 각각 다른 호에서 금지행위로 규정하면서 전자는 10년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금으로, 후자는 5년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금으로 처벌하는 등 법정형을 달리하였으나, 아동복지법이 2014. 1. 28. 개정되면서 같은 호에서 같은 법정형(10년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금)으로 처벌하게 되었다(제17조 제2호, 제71조 제1항 제1호의2 참조).

이러한 아동복지법의 입법목적과 기본이념, ‘아동에게 음란한 행위를 시키는 행위’와 ‘성적 학대행위’를 금지하는 규정의 개정 경과 등을 종합하면, 아동복지법상 금지되는 ‘성적 학대행위’는 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 행위로서 아동의 건강·복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 성적 폭력 또는 가혹행위를 의미하고, 이는 ‘음란한 행위를 시키는 행위’와는 별개의 행위로서, 성폭행의 정도에 이르지 아니한 성적 행위도 그것이 성적 도의관념에 어긋나고 아동의 건전한 성적 가치관의 형성 등 완전하고 조화로운 인격발달을 현저하게 저해할 우려가 있는 행위이면 이에 포함된다.²⁷⁾

또한 이러한 성적 학대에 해당하는지 여부는 행위자 및 피해 아동의 의사·성별·연령, 피해 아동이 성적 자기결정권을 제대로 행사할 수 있을 정도의 성적 가치관과 판단능력을 갖추었는지 여부, 행위자와 피해 아동의 관계, 행위에

27) 대법원 2017. 6. 15. 선고 2017도3448 판결.

이르게 된 경위, 구체적인 행위 태양, 그 행위가 피해 아동의 인격 발달과 정신 건강에 미칠 수 있는 영향 등의 구체적인 사정을 종합적으로 고려하여 그 시대의 건전한 사회통념에 따라 객관적으로 판단하여야 할 것이다. 한편 피해 아동이 성적 가치관과 판단능력이 충분히 형성되지 아니하여 성적 자기결정권을 행사하거나 자신을 보호할 능력이 상당히 부족한 경우라면 자신의 성적 행위에 관한 자기결정권을 자발적이고 진지하게 행사할 것이라 기대하기는 어려우므로, 설령 행위자의 요구에 피해 아동이 명시적인 반대 의사를 표시하지 아니하였거나 행위자의 행위로 인해 피해 아동이 현실적으로 육체적 또는 정신적 고통을 느끼지 아니하는 등의 사정이 있다 하더라도, 이러한 사정만으로 행위자의 피해 아동에 대한 성희롱 등의 행위가 구 아동복지법 제29조 제2호의 ‘성적 학대행위’에 해당하지 아니한다고 쉽사리 단정할 것은 아니라고²⁸⁾ 한다.

위 판례에서 초등학교 4학년인 피해자와 영상통화를 하면서 팬티를 내리고 음부를 보여주게 하였다면 피해아동의 명시적인 거부의를 없앴다고 할지라도 성적 학대에 해당한다고 한다.

(2) 신체적 학대

신체적 학대의 구체적인 예로 ‘약 1분 동안 약 23회에 걸쳐 피해자가 타고 있는 유모차를 앞뒤로 강하게 흔드는 행위를 한 경우’, ‘피고인이 피해자의 거드랑이를 양손으로 잡고, 앉았다 일어서기를 반복하면서 그에 맞추어 피해자를 피고인의 무릎 사이에서 머리 뒷부분에 이르기까지 위아래로 크게 흔든 행위’를 신체적 학대행위로 파악하고 있다.²⁹⁾ 당해 판결에서 법원은 피고인이 자신의 팔을 앞으로 강하게 내뻗으며 유모차를 흔드는 모습과 그로 인하여 유모차에 타고 있던 피해자의 몸과 머리가 심하게 들썩거리는 모습이 확인되고 피고인의 이와 같은 행위는, 피해자의 연령(생후 약 8개월), 피고인의 유형력 행사 방식, 피해자가 받았을 충격의 정도 등에 비추어, 피해자의 신체에 반복적으로 손상을 줄 수 있음이 명백하다고 판단하고 있다. 또한 피해자를 머리 위로 들어 흔든 행위에 대하여도 “피고인은 비행기 놀이를 한 것이라는 취지로 주장하나, 이른바 비행기 놀이는 아이를 양손으로 잡고 머리 앞쪽에서 위아래로 가볍게 흔드는 것을 의미하는 것으로 봄이 일반인의 상식이라 할 것인데, 피고인의 행위는 피해자를 흔들어 머리 뒷부분까지 들어올리는 과정에서 피해자가 거꾸로 서는 형태가 되거나 단순히 거드랑이만을 붙잡고 있던 피고인이 피해

28) 대법원 2015. 7. 9. 선고 2013도7787 판결.

29) 수원지방법원 2017. 5. 11. 선고 2016고합664 판결.

자를 놓칠 위험이 있는 등 행위의 태양 등에 비추어 매우 비상식적이어서, 통상적인 비행기 놀이와는 분명히 구별되는 것이다. 비행기 ‘놀이’라고 하려면 이로 인해 피해자가 즐거움을 느껴야 하는 것인데, 피고인의 진술에 의하더라도 몇 번씩 머리 뒤로 피해자를 넘겼는데도 피해자가 계속하여 심하게 울었다는 것이고, 피해자가 말로 의사표현이 불가능한 생후 8개월에 불과한 유아인 점 및 위와 같은 피해자의 반응 등을 고려할 때, 피고인은 자신의 행위로 오히려 피해자가 고통을 느낄 수 있음을 알았거나 알 수 있었을 것으로 보인다.”라고 하여 신체적 학대를 인정하고 있다.

(3) 정서적 학대

우리 대법원은 정서적 학대에 대하여 “아동복지법 제17조는 아동에 대한 금지행위로 제3호에서 ‘아동의 신체에 손상을 주는 학대행위’를 규정하고 이와 별도로 제5호에서 ‘아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위’를 규정하고 있는바, 아동의 신체에 손상을 주는 행위 가운데 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치지 않는 행위를 상정할 수 없는 점 및 위 각 규정의 문언 등에 비추어 보면 제5호의 행위는 유형력 행사를 동반하지 아니한 정서적 학대행위나 유형력을 행사하였으나 신체의 손상에까지 이르지 않는 정서적 학대에 해당하는 행위를 가리킨다고 보아야 한다.”고 파악하고 있다.³⁰⁾

구체적인 적용을 보면; “피고인이 피해아동에게 “미쳤네.” 등으로 큰 소리로 욕설을 하는 등으로 정서적 학대행위를 하였다는 점에 대하여 수사기관 및 이 법정에서 자백하고 있으나, ... (한편 피해아동이 이 사건 당시 생후 10개월 남짓 된 유아였으므로, 피고인이 위와 같은 폭언 등을 하였다고 하더라도 그러한 말이 어떤 의미를 가지고 있는지 이해할 수 없다는 이유로, 피해아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위가 없었다고 볼 수 있는 여지가 있다. 그러나 이 사건에서 피해아동이 비록 말로써 의사표현을 할 수는 없더라도 음성이나 울음으로 자신의 의사를 표현할 수 있고, 피고인 음성의 높이나 강도 및 어조, 피고인이 말하는 태도나 표정 등을 보고 피고인이 표출하는 말이나 감정의 의미를 받아들일 수 있다고 보이는데, 이 사건에서 피고인이 “미쳤네, 또라이가.” 등으로 큰 소리로 폭언을 하였던 것으로 보이므로, 피해아동에게 정신적인 위해를 가하였다고 볼 여지가 충분하고, 따라서 피해아동에 대한 정서적 학대행위가 없었다고 보기는 어렵다.)”라고 하여 큰 소리로 욕설을 하는

30) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011도6015 판결.

행위가 정서적 학대에 해당하며 피해자가 그러한 욕설을 인식할 수 있는 능력이 부족하다고 하더라도 언어의 내용이 아니라 표현되는 형식에 의하여 그 의미를 알 수 있다면 정서적 학대에 해당한다고 판시하고 있다.³¹⁾

Ⅲ. 아동복지적 관점을 고려한 아동‘학대’의 개념

1. 예방적 차원을 강화하기 위한 광의의 아동학대 개념

아동학대의 개념은 1961년 미국에서 신체적 학대에 국한되어 사용된 이후, 시대와 사회에 따라 다양하게 정의되어 왔다. 아동학대를 협의의 개념으로 본다면, 부모나 아동을 돌보는 보호자가 의도적으로 아동에게 해로운 행위를 가하거나 태만의 결과로 신체적 상해를 입히는 것, 즉 학대를 작위행위로 보는 것을 의미하며 보통 신체적 학대가 여기에 속한다. 광의의 개념으로는 아동학대를 아동발달상의 욕구를 충족시키는 데 실패한 모든 환경이라고 보아 아동방치와 냉대까지도 포함시키고 있다.³²⁾ 즉, 아동발달의 전 영역에 관련된다고 보는 광의의 아동학대는 주 양육자 및 주위의 모든 환경이 아동의 적절한 발달이나 복지의 보장을 저해할 가능성이 있거나, 현재 저해하고 있는 발달영역상의 손상을 말하고 있어 가해진 실제적인 해뿐만 아니라 잠재적인 해까지 포함하고 있다.³³⁾

세계보건기구는 아동학대를 “아동의 양육에 책임지고 있거나 신뢰관계에 있거나 권위를 가진 사람에 의한 모든 형태의 신체적·정서적 가혹한 처사, 성학대, 방임 또는 보호의 태만 및 상업적이거나 다른 형태의 착취로서 그 결과 아동의 건강, 생존, 발달 및 존엄성에 해를 끼치거나 그러한 가능성을 초래하는 것”으로 정의하고 있다.³⁴⁾

이처럼 아동학대의 개념을 어떻게 정의하는가에 따라 학대의 범위, 유형은 물론이고 접근방식 또한 달라지게 된다. 최근 들어 아동학대에 대한 접근은 사후처리가 아닌 예방적인 차원을 강조하고 위기에 있는 모든 아동을 보호하기에 적절한 방법을 모색하기 위해 협의의 개념보다 광의의 개념을 반영하는 추

31) 대구지방법원 2018. 5. 11. 선고 2017고단6135 판결

32) 서보준 외, 아동복지론, 공동체, 2015, 214면.

33) 도미향 외, 아동복지론, 공동체, 2015, 253면.

34) WHO, Report of the Consultation on Child Abuse Prevention, Geneva, 1999.

세로 우리나라의 현행 「아동복지법」도 적극적 가해행위뿐만 아니라 소극적 의미의 방임행위까지 아동학대의 정의에 명확히 포함하고 있다.³⁵⁾

아동학대의 개념을 광범위하게 설정하면 아동학대의 일차적인 신호로서 위험한 환경에 있거나 위험한 환경에 잠재적으로 노출될 가능성이 있는 고위험 아동에 대한 개입이나 서비스 제공이 가능하게 되어 학대가 아동의 삶에 미치는 부정적 영향을 완화, 예방할 수 있다.

2. 자기결정권에 따른 아동의 견해 반영

아동권리에 있어서 참여권은 아동이 자신의 삶에 중요한 영향을 미치는 결정에 대하여 알고 능동적으로 참여할 수 있는 권리이다. 유엔의 아동권리협약(제12조 제1항)은 자신의 의견을 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 연령과 성숙도에 따라 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 견해를 표시할 권리를 보장하며, 이를 위하여 사법적, 행정적 절차에 있어 아동이 직접 또는 대리인이나 적절한 기관을 통하여 진술할 기회가 국내법의 절차에 따라 주어져야 함을 명시하고 있다.³⁶⁾ 또한 참여에 대한 아동의 권리는 아동에게 부여되는 것이지만 국가가 그 권리의 행사를 적극적으로 보장할 의무를 요청할 권리가기도 하다.³⁷⁾

즉, 아동들이 자신들의 입장에 대해 말할 수 있으며, 자신들에게 일어날 일들에 대한 결정에 참여할 수 있도록 하는 것이다. 이는 사회복지실천에서 강조하는 ‘클라이언트의 자기결정’원칙³⁸⁾에 부합할 뿐만 아니라 아동의 미래에 대한 어떠한 결정에 있어서 아동의 이익이 최우선시 됨을 주장하는 대부분의 아동복지실천³⁹⁾과도 일치한다.

아동학대의 규정이나 판단에 있어서도 우리나라의 보호조치는 아동을 보호의 대상으로 간주하는 경향이 있는 반면, 아동을 권리행사의 주체로 바라보는 관점이나 이를 지지하는 법적·제도적 장치가 부족하며, 아동의 최상의 이익을 실현하려는 관점이 결여됨으로써 보호조치가 아동을 자기 삶의 주체로 성장시킬 수 있는 계기로 작용하지 못하고 있다는 지적이 있어왔다.⁴⁰⁾

35) 도미향 외, 앞의책, 254면.

36) 유엔아동권리협약 한국NPO연대, 유엔아동권리협약과 선택의정서, 2006, 11면.

37) 장영인, 영국의 아동보호조치 과정에서 아동청문권 보장에 관한 연구, 사회복지법제연구 제11호, 사회복지법제학회, 2018, 148면.

38) Biestek, F.P. The casework relationship, Chicago: Loyola University Press, 1957.

39) 짐 아이프 지음/김형식, 여지영 옮김, 인권과 사회복지실천, 인간과 복지, 2001, 94면.

이러한 문제를 개선하기 위해 가능한 한 모든 의사소통방법을 통하여 아동의 참여를 촉진하도록 노력해야 하는데 그 구체적인 방법으로는 다른 언어를 사용하는 사람에게 통역자를 제공하는 것, 구두로 말하게 하거나 문자로 의사를 표현하게 하는 것, 그림·드라마·컴퓨터를 이용하거나 다른 적절한 매체를 활용하여 의사소통이 가능하도록 하는 것⁴¹⁾등을 들 수 있다.

3. 아동보호의 방향

아동학대가 일어난 상태에서 아동을 일차적으로 분리할 것인가 아니면 원가정을 보호할 것인가의 문제는 사회복지현장에서 자주 언급되는 문제이다. 아동의 상황, 원가족의 환경 그리고 사회적 지지체계 등에 따라 선택할 수 있지만, 중앙아동보호전문기관이 발표한 ‘2017 전국 아동학대 현황 속보치’ 자료에 의하면, 아동학대피해아동의 초기 조치결과에서 학대아동에 대한 분리보호는 19.1%에 그치며 원가정보호가 80.7%에 달하였다.

오늘날 아동보호의 방향은 크게 두 가지로 구분하여 볼 수 있다. 하나는, 부적절한 부모의 보호로부터 아동을 보호하는 것이 복지이며 국가의 강제적, 광범위적 개입을 통해 문제적 부모로부터 아동을 분리하여 보다 나은 보호자에게 아동을 맡김으로써 아동의 복지를 향상시키고 위험의 가능성을 줄일 수 있다는 것이다.⁴²⁾ 부모의 권리와 자유보다는 아동의 권리와 보호를 강조하는 이 입장에서는 아동학대문제의 해결과 예방을 위하여 더욱 더 강력한 법적 재제가 도입되어야 한다고 주장한다.

다른 하나는, 아동이 다시 자신의 가정으로 돌아갈 수 있도록 가족을 돕고 유지시켜야 하며, 결국 아동을 가정으로 돌려보내져야 한다는 입장이다. 아동의 최선의 이익은 친부모와 함께 있는 것으로 보고 있다.⁴³⁾ 따라서 국가는 아동이 속한 가족을 돕는데 적극적이어야 하며 문제가족에 대하여 강제적이고 차별적이기보다는 지지적인 관점을 취한다. 또 아동과 가정의 범위를 넘어 지역사회차원에서 위험과 보호의 요인을 발굴하고 관리하는 데까지 관심을 보인다. 이러한 입장은 학대행위자에 대한 지속적인 교육과 학대의 발생원인에 대한 체계적인 접근을 통해 학대가 재발하지 않는 환경을 만들어 주는데 집중하

40) 장영인, 앞의논문, 168면.

41) 김 아이프 지음/김형식, 여지영 옮김, 앞의 책, 96면.

42) 한성심/송주미, 아동복지론, 창지사, 30면.

43) 한성심/송주미, 앞의 책, 32면.

기 때문에 많은 노력과 시간이 든다.

그러나 다른 나라의 아동학대 관련법들을 살펴보면, 현실적으로는 앞에서 언급된 두 가지 방향성이 혼재하여 어떠한 방향성이 더 아동보호에 효과적인지에 대하여 명확한 결론을 도출하고 있지는 못한 것으로 보인다. 그러나 그 중심에는 아동의 보호와 권리를 중심으로 편성되고 있는 점은 우리에게 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

영국의 아동법은 법원이 아동보호를 위한 명령과 아동조사검토명령을 내리도록 되어 있어 아동학대가 발생하는 시기에 강력하게 개입할 수 있으며, 현재 가정법이 아동에게 심각한 해를 주는 경우 거주지 이전에 관한 명령을 내리며 부모의 권한을 박탈함으로써 아동을 보호하도록 명시하고 있다.⁴⁴⁾ 또한 일본의 아동학대방지 등에 관한 법률에도 아동 학대행위자에 대해 지도할 의무가 있음을 명시해 놓고 있으며, 행위자가 이를 따르지 않았을 경우 아동에 대한 일시 보호 및 시설입소 조치, 친권행사 제한 등의 조치를 취하도록 되어 있다.⁴⁵⁾

따라서, 우리나라도 학대보호아동에 대한 보호서비스에 가정법원이나 소년법원이 자동적으로 관여하도록 법적 기능을 강화해야 할 필요성이 대두된다. 특히 격리보호결정을 위한 양육권 일시정지조치나 아동의 원가정 복귀결정 또는 부모에 대한 친권정지나 박탈 등과 함께 아동의 후견인 지정 등에 대해 법원이 보다 적극적으로 개입하여 아동의 권리를 보호해야 할 필요가 있다. 물론 이 경우에도 아동학대의 개념을 조금 넓게 설정하는 것이 아동보호에 도움이 된다고 할 수 있다.

4. 아동학대 척도의 활용

학대를 받은 아동의 분류와 사정은 학대 이후의 아동에 대한 보호와 학대행위자에 대한 처벌여부에서 매우 중요하다. 지금까지 아동학대의 판별은 주로 신체학대와 성적학대를 중심으로 드러난 신체적 손상이나 의사의 의료적 진단에 의존하여 왔다. 그러나 드러난 학대뿐만 아니라 아동에게 가해지는 심리적, 정서적 학대 역시 아동에게 심각한 문제를 초래한다. 특히 드러나지 않는 학대나 잠재적 학대를 발견하는 것은 아동학대의 예방적 차원에서 아주 중요하다.⁴⁶⁾

44) 서보준 외, 앞의 책, 251면.

45) 도미향 외, 앞의 책, 276면.

46) 문선화/정영숙, 아동학대 척도개발, 社會福祉研究 제12집, 부산대학교사회복지연구소, 2003, 43면.

한편으로 아동학대 유형인 신체학대, 정서학대, 성학대, 방임은 중복적으로 발생할 가능성이 매우 높으며 실제로 중앙아동보호전문기관에서 발표한 ‘2017 전국아동학대현황’을 살펴보면, 신체학대 14.6%, 정서학대 21.2%, 성학대 3.1%, 방임 12.5%로 나타났으며 중복학대는 48.6%로 보고되었다.⁴⁷⁾ 이런 상황속에서 아동학대의심사례에 대해 여러 증거를 기반으로 법적 분류에 따른 특정유형의 학대로 구분, 판정하기 위해 노력하지만 많은 어려움이 따른다.

아동학대의 개념에 있어서 또 하나의 어려움은 동일한 학대유형내에서도 매우 다양한 스펙트럼이 존재한다는 사실이다. 신체적 학대라 하더라도 머리잡아 당기기부터 담뱃불로 지지기까지 그 위험의 정도도 매우 큰 차이가 난다. 그러므로, 현장에서 어떤 아동학대행위의 위험성을 대강이라도 판단해서, 그에 걸맞은 초동조치를 취하는 데 도움이 되는 아동학대에 대한 판단척도를 고려해 볼 수 있다. 법적 기준과 그에 따른 법원의 결정에 있어서 위험척도가 높으면 즉시 행위자를 체포 또는 구속하여 사법절차에 회부해야 할 것이고, 위험척도가 낮으면 사법기관의 개입을 최소화하고 아동보호전문기관이나 기타 교육기관의 도움을 청하도록 하는 게 나을 것이다.⁴⁸⁾

따라서, 아동학대를 정의하는데 있어서 관련 법률에 명시된 규범적 기준 이외에 징후나 상황을 여유있게 발견할 수 있는 사정척도, 학대의 위험정도를 파악할 수 있는 판단척도의 활용이나 아동이 쉽게 접근할 수 있는 자기기입식 체크리스트의 활용 등을 고려할 필요가 있다.

IV. 학대개념의 파악에 고려할 요소

1. 문화적 상대주의와 아동학대

단일민족의 우수성(?) 혹은 자부심을 강조하던 우리 나라도 결혼적령기가 지나고 혼인의사가 있음에도 불구하고 미혼인 농촌총각이 사회문제화되고 중국이나 동남아로부터 결혼이주여성이 대거 유입되고 난 다음 다문화가정과 관련된 여러 문제를 안고 있다. 이 외에도 산업인력의 부족을 해소하기 위하여

47) 중앙아동보호전문기관, 2017전국아동학대현황 속보치, 2018.(http://www.korea1391.go.kr/news/bbs/board_id=38;2018.10.05.확인)

48) 권솔지/이경주/김희균, 아동학대 판단척도 활용에 관한 연구, 형사법의 신통향 통권 제59호, 2018, 276~336면

인근 개발도상국으로부터 파견받은 산업연수생들이 대도시 주변의 각 공단지역에 거주하면서 그들만의 문화권을 형성하고 있는 것도 작금의 사실이다.

이들 외국인 내지는 한국으로 귀화하여 국적을 취득한 외국인들로 인하여 더 이상 우리 나라는 단일민족임과 우리만의 문화방식을 고수할 수 없는 상황에 이르렀다.

또한 서구사회의 물질문화와 함께 그들의 생활방식이 우리 사회 곳곳에 파급됨으로 인하여 우리의 문화 또한 시대의 변화에 따라 흐르고 있다.⁴⁹⁾ 개인의 행동방식의 근거를 제공하는 문화적 배경은 매우 다양하며 아동에 대한 보호나 양육의 방식도 그들이 취하고 있는 생활문화에 따라 다양하다고 할 것이다. 아동에 대한 어떠한 행위가 어느 문화권에서는 정당하다고 여겨지는 양육방식이라고 인식되는 반면에 어느 문화권에서는 학대가 될 수도 있는 것이다.

각 사회는 서로 다른 도덕적 기준을 가지고 있으며 사회의 구성원은 서로 다른 가치관을 가지고 문화를 형성하며 형성한 문화를 문화적응을 거쳐 내면화하므로 이러한 문화적 배경이 전제가 되어 개인들이 취하는 양육방식은 그에 따라 서로 차이가 있을 것이다. 그런데 행위자의 문화적 기준에 의하여 허용되는 범위에 있는 양육방법이나 그 범위가 타 문화의 기준에서 아동학대로 평가되어 이에 대하여 법적 제재가 이루어진다면 이러한 결과를 수용하는 것은 쉽지 않을 것이다.⁵⁰⁾ 그렇다면 다문화사회에 접어들고 있는 우리의 법규범은 아동학대에 대하여 어떤 기준을 가져야 하는 것인가가 문제되지 않을 수 없다.

이러한 문화적 상대주의를 아동학대 개념을 해석하고 개별 사건에 포섭함에 고려하여야 한다는 견해는 아동학대행위의 가벌성을 판단함에 있어 부모행동의 동기 또는 그 영향을 고려하여야 한다는 견해로 보인다. 여기에서 아동학대의 개념을 판단함에 있어 그 행위로 인하여 받게 될 아동의 해악에 중점을 둘 것인지 부모의 행위를 기준으로 판단하여야 하는지에 따라 판단하여야 하는지의 논의가 있다.⁵¹⁾ 여기에서 콜로라도의 방임행위의 기준을 예로 들면서 ‘신중한 부모 기준’을 제시하면서 아동방임은 신중한 부모들이 제공하는 음식, 복장, 주거, 의료적 보살핌 및 지도에 미치지 못하는 어떤 것으로 규정하고 있다고

49) 대중교통수단 내에서 연장자에게 자리를 양보하는 것이 아주 당연하고 의무화되던 과거와 달리 현재에는 이러한 요구를 하는 것을 이상하게 여기는 것이 보편화되고 무리하게 요구하는 장면을 각종 SNS에 황당한 사건으로 유포하기도 한다.

50) 차선자, 허용되는 양육방식과 금지되는 아동학대의 기준-폭력인식의 문화적 관점을 중심으로-, 법학논총 제30집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2013, 156면.

51) 차선자, 앞의 논문, 161면.

한다. 그러면서 ‘신중한 부모’라는 정의조차 문화적 편견에 의한 개념이라고 볼 수 있고, 방임행위가 애정결여보다는 경제적 문제에서 오는 부족현상일 수 있다는 점을 들어 비판하고 있다. 부모의 행위가 아동학대를 판단함에 있어 중요한 요소일 수는 있지만, 부모행위를 기준으로 특정아동에 대하여 부모가 한 행위의 효과를 예측하려는 시도의 위험성을 지적하고 있다. 따라서 부모행위는 그 가정의 경제적 문화적 상황에 따라 다르게 판단될 수 있으므로 아동학대의 기준에 대한 법적 기준은 아동에 중점을 두어야 한다고 한다.⁵²⁾

특히 보호자의 특수한 문화적 배경이나 관습으로 인하여 아동에게 폭력적 혹은 가혹행위와 같은 훈육행위가 이루어진 경우, 이러한 행위를 형사처벌의 대상으로 파악할 것인지의 여부에 대하여 문화적 배경을 고려하여서는 안된다고 할 것이다.⁵³⁾

2. 국가후견주의의 한계

청소년보호에 있어 가족의 자율성은 부모의 교육권으로부터 도출되고 자연법상 청소년의 교육에 있어 제1차적인 권리와 의무는 부모에게 귀속되므로 부모의 교육권은 자연권이라고 보는 견해가 있다.⁵⁴⁾ 이러한 견해에 의하면 자연권으로서 자녀에 대한 교육권의 존재로부터 자율적인 사적 영역으로서의 가족을 전제로 하는 ‘가족의 자율성(family autonomy)’이라는 이념 내지는 가치가 도출되고 이것은 헌법 차원의 가치로 인정된다고 한다. 그러므로 청소년보호를 위한 입법에 대한 위헌성심사에 있어 부모의 교육권침해여부가 중요한 기준이 되고, 청소년보호를 위한 국가의 개입도 가족의 자율성과 부모의 교육권을 침해하는 방식으로 이루어져서는 안된다고 한다.⁵⁵⁾

헌법재판소의 판례에서도 부모의 교육권을 존중하는 견해를 보이고 있는데, “가족생활을 구성하는 핵심적 내용중의 하나가 바로 자녀의 양육과 교육이다. 자녀의 양육과 교육은 일차적으로 부모의 천부적인 권리인 동시에 부모에게 부과된 의무이기도 하다. 부모가 자녀의 교육에 관하여 스스로 자유롭게 독자적으로 결정할 수 있는 경우에만, 가족은 자유민주적 문화국가에서의 자녀의 양

52) 차선자, 앞의 논문, 161~162면.

53) 류부곤, 앞의 논문, 14면; 차선자, 앞의 논문, 176면.

54) 황성기, 청소년보호와 국가후견주의의 한계-헌재2014.4.24. 2011헌마659등(병합), 청소년보호법 제23조의3 등 위헌확인의 평석을 중심으로-, 법학논총 제31집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2014, 31면.

55) 황성기, 앞의 논문, 31면.

육 및 교육이란 과제를 이행할 수 있고, 문화국가가 요구하는 교육의 다양성을 보장할 수 있다.”고 하여 가족의 자율영역이 국가의 간섭에 의하여 획일화, 평준화되는 것을 경계하고 있다. 그러나 이러한 견해는 가족의 자율성을 강조하는 것이지 가정교육에 국가가 개입할 수 없다는 취지는 아닌 것으로 판단된다.

부모가 자신의 교육권을 적절하게 행사하지 못하거나 가족의 자율성이 제대로 작동하지 않는 상황이라면 다시 말하여 이러한 상황에서의 훈육은 가족의 자율성이나 부모의 교육권이 인정되지 않는 훈육이라고 할 수 있고 아동학대로 판단될 수 있다고 할 것이다.

3. 아동중심적 학대개념의 도입

아동을 보호의 대상으로 파악하느냐 아니면 인권의 주체로서 파악하느냐도 아동학대의 개념을 파악함에 있어 차이점을 가져올 수 있을 것이다. 인권의 주체로 파악하는 경우 아동의 주체성이 강조되어 아동의 권리가 침해된 경우에 학대로 파악될 수 있는 반면에 보호의 대상으로 파악하게 되면 피훈육자로서의 지위와 같이 평가될 수 있고 훈육자 또는 보호자의 행위가 학대의 판단기준으로 작용할 것이기 때문이다. 앞에서 살펴본 바와 같이 아동은 단순히 훈육 또는 보호의 대상만이 아니라 인권을 가진 주체적인 존재로 파악하여야 한다고 할 것이다. 이러한 견해에 의할 때에도 아동학대의 법적 기준은 아동의 인권이 침해되었는지 여부에 달려 있다고 할 것이다.

모든 아동에 동일한 학대척도를 적용하는 것도 바람직할 것인지는 의문이다. 단순한 엉덩이 때리기 행위가 객체의 연령이나 횟수, 강도, 표정 등의 상황에 따라 학대행위가 될 수도 단순한 응원 내지는 훈육으로 파악될 수도 있기 때문이다. 이 경우 각개의 개별표지에 따라 분류하고 이들이 어떻게 조합되는지에 따라 학대행위가 될 수도 있고 혹은 학대행위에 해당하지 않을 수도 있을 것이다. 이러한 체크리스트형식의 판단척도를 활용하는 것이 모호한 경우에 아동학대의 성립여부를 판단하는데 도움이 될 것이다.⁵⁶⁾

기존의 아동학대에 대하여 실체적으로 접근했다면 절차적으로 접근하자는 주장이 될 것이다. 아동복지법과 아동학대처벌특별법에서 아동학대의 범위를 아주 넓게 파악하고 있는 것으로 판단되는데, 실체적인 판단으로 접근하는 것

56) 아동학대 판단척도에 대하여 자세한 것은 권솔지/이경주/김희균, 아동학대 판단척도 활용에 관한 연구, 형사법의 신동향 통권 제59호, 2018, 276~336면 참조.

보다 아동보호라는 중대한 입법목적을 실현하기 위하여 절차적인 보장에 조금 더 초점을 맞춘 자세가 아닌가 생각된다.

앞에서 언급한 바와 같이 아동학대가 의심스러운 상황이 발생한 경우 사법기관이 자동적으로 개입할 수 있는 절차적 장치를 만들고 학대행위자로부터 분리할 수 있는 프로그램을 고안해야 할 것이다. 이 경우 학대행위의 성립여부가 모호한 경우도 있을 수 있으므로 아동학대판단척도 등을 이용한다면 실질적인 통제장치로 작용할 수 있을 것으로 생각된다.

V. 아동학대개념에 대한 새로운 접근

아동학대에 대한 개념이 중요한 것은 어떠한 행위가 ‘학대’에 포섭되는지가 관건이었고, 학대라고 판단되는 행위에 대하여 형사벌을 부과하여 이러한 행위를 방지하는 것이 주된 목적이었다고 할 것이다. 범죄의 성립여부에 대한 도그마적 접근방법이라고 할 수 있는 이러한 견해에 의하면 아동‘학대’의 개념은 명확하지 않고 그 경계가 모호하여 죄형법정주의와 충돌될 수 있는 위험을 내포하고 있는 것이라고 판단될 수 있다. 또한 학대행위와 형법의 구성요건에 해당하는 행위가 중첩될 경우 이들간의 관계를 어떻게 정서할 지가 문제된다고 할 수 있었다. 이러한 견해에서 출발한 아동학대에 관한 논의는 이를 시정하고자 하는 시도였다고 볼 수 있다.

아동복지법에서 아동학대의 유형을 분류하고 이를 금지하고 있는 것은 개별 학대행위에 중점을 두고 있다고 보기는 어렵다. 아동복지법상의 금지행위와 형법 등의 구성요건해당행위가 서로 배척 내지는 택일관계에 있다기 보다는 아동을 보호하기 위하여 중첩적으로 대상으로 하고 있다고 파악하여야 한다. 또한 아동복지법상의 금지행위 간에 서로 택일관계 내지는 배척관계에 있다고 할 수도 없다고 본다.

그러므로 아동학대행위의 유형을 구분하여 어떠한 행위가 어떤 학대행위에 해당한다고 보는 것이 아니라 신체적 학대로 볼 수 있는 행위도 그 영향이 정서적 발달을 해할 수 있다면 정서적 학대에 해당할 수도 있는 것이다. 아동의 어떠한 요구를 거부하는 행위도 경우에 따라 방임이나 정서적 학대에 해당하는 경우도 있을 것이다.

특히 학대 개념을 판단함에 있어 행위자 위주의 판단방식보다는 아동의 인

권이 중심이 되어야 할 것이다. 현재의 아동학대에 대한 아동복지적인 관점에서 접근은 아동의 인권을 최우선으로 고려하고 아동의 정상적인 성장과 발달을 도모하는 것을 목적으로 하고 있다. 그러나 실제에 있어서의 아동학대의 발생현황이나 처리를 보면 아동보다는 아동의 가족에 중점이 놓여져 있는 것으로 띄일 여지도 있는 것도 사실이다. 문화의 현상황이나 가족의 자율권 또한 아동학대를 판단함에 있어 존중되어야 할 판단요소이기는 하지만 아동보호와 정상적인 발달을 위해서는 실질적인 신체적, 성적, 정서적 침해가 발생하기 직전단계부터 아동학대로 판단할 수 있도록 하는 것이 아동보호에 조금 더 실효적이라고 생각된다. 더 나아가 학대행위의 판단의 곤란을 해소하기 위하여 절차적 방식을 채택하는 것도 고려해보아야 할 시도라고 생각한다.

[참고문헌]

- 강동욱, 아동학대에 관한 법률안의 검토-아동학대행위자의 처벌과 관련하여-, 아동학대와 아동인권, 한국아동학대예방협회 제48회 정기학술세미나 자료집, 2013.
- 곽병선, 아동학대현상과 법적 고찰, 법학연구 제20집, 한국법학회, 2005.
- _____, 아동학대의 형사정책적 대응, 법학연구 제31집, 한국법학회, 2008.
- 권세경/이은정, 현행 법규범 체계에서의 아동학대 개념의 인식과 수용의 범주, 미래유아교육학회지 23권 3호, 미래유아교육학회, 2016.
- 권솔지/이경주/김희균, 아동학대 판단척도 활용에 관한 연구, 형사법의 신통향 통권 제59호, 2018.
- 김슬기, 제정 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 검토, 법학연구 제24권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 2014.
- 김종세, 아동인권과 아동학대:아동인권제고방안, 법학연구 제31집, 2008.
- 도미향 외, 아동복지론, 공동체, 2015.
- 류부근, 아동학대범죄의 개념과 처벌에 관한 형사법적 검토, 한국형사정책학회 2015년 춘계학술대회 발표집, 한국형사정책학회, 2015.
- 문선화/정영숙, 아동학대 척도개발, 社會福祉研究 제12집, 부산대학교사회복지연구소, 2003.
- 서보준 외, 아동복지론, 공동체, 2015.
- 유엔아동권리협약 한국NPO연대, 유엔아동권리협약과 선택의정서, 2006.
- 이미영, 아동인권과 아동학대에 관한 소고, 사회복지법제연구 제8권 제1호(통권 제9호), 사회복지법제학회, 2017.
- 이천현, 아동학대 처벌규정에 관한 검토, 소년보호연구 제27호, 2014.
- 이호중, 학대피해아동의 보호를 위한 법체계의 개선방향, 저스티스 통권 제134호, 2013.
- 장영인, 영국의 아동보호조치 과정에서 아동청문권 보장에 관한 연구, 사회복지법제연구, 제11호, 사회복지법제학회, 2018.
- 짐 아이프 지음/김형식, 여지영 옮김, 인권과 사회복지실천, 인간과 복지, 2001.
- 차선자, 허용되는 양육방식과 금지되는 아동학대의 기준-폭력인식의 문화적 관점을 중심으로-, 법학논총 제30집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2013.
- 한성심/송주미, 아동복지론, 창지사.
- 황만성, 아동학대범죄에 대한 형사정책적 방안에 관한 고찰, 한양법학 제28권 제1

집(통권 제57집), 2017.

황성기, 청소년보호와 국가후견주의의 한계-헌재2014.4.24. 2011헌마659등(병합), 청소년보호법 제23조의3 등 위헌확인의 평석을 중심으로-, 법학논총 제31집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2014.

Biestek, F.P. The casework relationship, Chicago: Loyola University Press, 1957.

WHO, Report of the Consultation on Child Abuse Prevention, Geneva, 1999.

[Abstract]

The Concept of Child Abuse in Consideration of Child Welfare

Kim Hyeok-Don* · Son Ji-a**

The Child-Welfare Act was enacted to prevent abuse of children because of frequent abuse. The interpretation of the concept and scope of child abuse can create controversy in specific ways.

Regarding the definition of child abuse, the Special Act on Punishment of Child Abuse Crime is applied with the concept of Article 3 of the Child Welfare Act. The definition of abuse of children in the Child Welfare Act may also be questioned for clarity in the process of specific inclusion. It may not be clear that the specific actions is applicable what kind of abuse. A culture-relative view or a child-Welfare concept can be employed as a supplement to the norm analysis.

The boundaries between emotional abuse and parental discipline or education can be blurred. So It may sometimes be questioned whether legal regulations can be imposed on such actions. How to set a boundary between legitimate discipline and prohibited abuse is tied to the question of how far the state can intervene in an individual or family.

The Special Act on Child Abuse is aimed at providing special protection for children. Thus, the concept of child abuse should be identified not with regard to the caregiver or adult but with the child. As an attempt to address the ambiguity of the concept of child abuse, it should also be considered to introduce a procedural method of developing and applying a child abuse judgment.

Keywords : child abuse, Clearness, child-Welfare, the Child Welfare Act, discipline

* Professor, Dept. of Police Administration, Kaya University, Ph. D. in Law.

** Professor, Dept. of Social Welfare, Kaya University, Ph. D. in Literature.