

학대자 처벌의 윤곽과 방향*

정 지 훈**

국 | 문 | 요 | 약

어떠한 범죄가 학대죄에도 해당하는지에 대한 문제는 단순한 이론적 논쟁의 차원에서 범죄성립에만 머무르는 게 아니라 학대문제 해결을 위한 형사사법체계를 설계하고 운영하기 위한 출발점에 해당한다. 아동·노인·장애인 보호법률에 의하면 이들에게 학대행위를 범한 자에게 「형법」의 학대죄보다 법정형이 무거운 금지행위위반죄가 적용되어 왔다. 그러나 이러한 가중처벌은 특별관계가 될 수 없고 보호법익 역시 다르다고 볼 수 없으므로 이를 근거 삼아 정당화될 수는 없다. 학대죄를 「형법」으로 통합하기 위해서는 우선 학대의 개념과 그에 따른 성립범위를 검토해야 한다. 그 동안 학대가 폭행·협박·상해의 방식으로 행해졌을 때 또는 성적 추행·음란행위를 저질렀을 때는 해당범죄가 성립하므로 학대죄는 문제되지 않는다는 설명이 널리 받아들여져 왔다. 이는 범죄구성요건에 해당하지 않는 행위지만 학대죄로 처벌하는 이유를 보호·감독자의 내적 성향에 의해 발현된 특별한 위험성에서 찾는 일반적 이해를 전제로 하고 있다. 하지만 이와 같은 혐의의 학대 개념에 따르면, 범죄의 외부적·객관적 측면의 일부만이 고려될 뿐 학대자와 피해자의 관계성이나 내적 경향이 표출된 이질적 행위태양 등 학대불법의 고유성에 대한 평가가 누락되어 버린다.

학대의 의미는 종래와 같이 혐의로만 파악할 것이 아니라 다른 범죄까지 포괄하는 광의로 파악해야 한다. 「형법」의 ‘가혹행위’처럼 일체의 육체적·정신적 고통을 주는 행위로 해석하되, 보호자의 학대성향에 의한 행위라는 성립요건의 차이와 그로 인한 불법의 내용과 성격이 다르다는 점에서 구분된다. 광의의 학대개념을 적용하면 다른 범죄가 성립한 경우에도 이러한 행위가 보호자의 학대성향에 의해 벌어진 것이라면 학대죄와의 상상적 경합으로 처리할 수 있게 된다. 이와 함께 해석상 혼란을 야기하는 복지법률의 신체적·성적·정서적 학대행위는 물론이고 상해·폭행·유기·방임까지 모두 금지행위에서 삭제하고 「형법」으로 통합하면서, 학대죄의 법정형 상한은 폭행·협박이나 유기 등을 포괄할 수 있는 수준인 ‘3년 이하’ 또는 아동학사죄의 ‘5년 이하’로

* 이 논문은 2021년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 인문사회분야 신진연구자지원사업의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2021S1A5A8070942).

또한 이 글은 학문적 공동체를 위한 일에 항상 발 벗고 나서면서도 연구와 강의에 귀감이 되어주셨던故 김슬기 교수의 선행연구에서 많은 도움을 받았음을 밝혀둡니다.

** 법학박사, 서원대학교 경찰학부 조교수.

정하고 벌금형도 그에 맞추어 형사처벌을 선택할 수 있는 폭을 넓힐 수 있도록 개정하면 광의의 학대개념과 「형법」에 의한 학대문제 규율이 선명해 질 수 있다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2022.9.30.3.31>.

❖ 주제어 : 학대범죄, 취업제한, 아동복지법, 노인복지법, 장애인복지법

I. 시작하는 글

학대자를 처벌하라는 사회적 요구는 선명하지만 그 대상이 무엇인지는 뚜렷하지 않다. 입법자는 2000년 이후 사회적인 이슈가 터질 때마다 아동과 노인, 장애인 순서로 이들의 복지를 목적으로 하는 법률에 신체적·성적·정서적 학대행위를 금지행위로 추가하고 학대죄보다 무겁게 처벌하는 조항을 신설하였다. 2010년 이후부터는 학대행위를 상습적으로 범한 자에게 가중처벌을 적용하도록 하는 조항을 빠짐없이 채워 넣었을 뿐만 아니라, 학대죄의 성립 여부와는 상관없이 취업제한의 부과까지 가능하도록 「형법」의 폭행이나 상해 등 개인에게 벌어질 수 있는 대부분의 범죄를 망라하여 ‘학대관련범죄’로 범주해 놓았다.¹⁾

학대범죄가 우리의 현실에서 드물지도 않았건만 언론에 의한 선택적 분노는 매번 입법정치를 부추기고 그 결과 탄생한 새롭고 강한 처벌수단에만 학계와 실무의 관심이 집중되어 왔다. 반면 「형법」이 제정될 때부터 자리를 잡고 있었던 학대죄는 교과서나 연구논문, 법정 어디에서도 제대로 다루어진 적이 없다. 언론을 통해 알려진 심각한 학대사례는 이미 상해죄나 살인죄, 강간죄 등으로 규율해 왔는데, 이 경우 학대죄의 성립을 별도로 인정해야 하는지, 그러기 위해서는 학대의 개념과 성립요건에 대한 기본적인 이해가 바탕이 되어야 하지만, 이러한 논의를 건너뛴 채로 해당사안에 적용될 수 있는 무거운 법정형을 가진 조문을 새로 만들어 선택해 왔을 뿐이다.

그러는 사이 법원은 「아동복지법」 등 복지법률에 규정된 학대행위 처벌조항을 해석·적용함에 있어 최소한의 규범성을 가진 기준조차 정립하지 못한 채로 판결문을 쏟아냈으며, 특히 이 과정에서 동원된 ‘정서적 학대행위’ 개념은 그 불명확성으로 인해 헌법재판소의 심판대상으로 몇 번이나 소환되었다.²⁾ 형사처벌에만 경도된 입법자가 조급하게 동

1) 보호자가 18세 미만 또는 65세 이상이거나 신체적·정신적 장애가 있는 사람에게 「형법」의 폭행·상해·살인·강간 등 다른 법률의 특정한 범죄를 저지른 경우에는 학대죄의 성립 여부와 상관없이 자동적으로 ‘아동학대범죄’ 혹은 ‘장애인·노인학대관련범죄’로 분류된다. 이는 범죄의 종류가 아니라 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조에서 성범죄와 관련된 다양한 처벌조항을 동법의 적용대상인 ‘성폭력범죄’로 범주화해 둬으로써, 그 개념을 통해 간명하게 처벌 및 절차에 대한 특례를 규정하는 것과 같은 입법기술에 해당한다. 「아동복지법」과 「노인복지법」, 「장애인복지법」 모두 이러한 ‘학대관련범죄’ 정의조항을 둔 이유는 각 법률의 보호대상에 대한 특정범죄를 아동·노인·장애인에 대한 학대로 간주해 놓는 동시에 이에 대해 취업제한을 부과하기 위해서이다.

원한 취업제한제도는 시행된 지 4년 만에 위헌결정을 받아 다시 개정되는 수순을 겪어왔다.³⁾ 이 글은 위와 같은 학대자 처벌의 현상을 조감해 보고(Ⅱ. 학대행위 처벌체계), 문제해결의 - 유일한 수단은 아니지만 - 중심이 되어야 할 학대개념의 마땅한 의미를 구축하고 학대죄의 위치를 재정립하여 올바른 시작점을 확보하고자 한다(Ⅲ. 학대자 처벌의 재구성적 해체).

Ⅱ. 학대행위 처벌체계

1. 「형법」상 학대죄에 의한 처벌

가. 학대개념과 보호법익

제273조의 범문에 따르면, 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람을 학대한 자에게는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처할 수 있다. 여기에서 ‘몹시 괴롭히거나 가혹하게 대우함’이라는 뜻의 학대(虐待)가 생명·신체에 위협을 줄 수 있는 정도의 육체적 고통을 가하는 행위만을 의미하는지, 그 외에 정신적으로 고통을 주는 경우까지 포함하는지에 대해서는 견해가 일치하지 않는다. 그런데 학대 개념의 범위는 학대죄의 보호법익을 어떻게 파악하는지에 따라 달라진다는 걸 전제로, 생명·신체의 안전이라고 보면 학대의 개념을 협의로 보아야 하지만,⁴⁾ 인격권까지 보호법익으로 포함시켜야 정신적인 고통을 가하는 행위도 학대개념 안에 들어올 수 있다는 설명방식이 공유되는 것으로

2) 헌법재판소 2015. 10. 21. 2014헌바266; 2016. 3. 31. 2015헌바264; 2020. 4. 23. 2019헌바537 등.

3) 헌법재판소 2018. 6. 28. 2017헌마130·405·989(병합). 이러한 위헌결정에 따라 「아동복지법」은 관련조항을 수정하여 2018년 12. 11. 법률 제15889호로 개정되었다. 하지만 그 이후의 취업제한 또한 위헌결정에 나타난 보안처분의 정당화 조건을 충족하지 못하고 있을 뿐만 아니라 이원주의 형사제재 체계의 근본적인 구상에도 어긋나 있다. 이에 관한 자세한 내용은 정지훈, “형사제재로서 취업제한의 정당화 과제”, 「법조」 제68권 제4호, 법조협회, 2019, 318면 이하를 참고.

4) 「형법」상 학대죄의 보호법익이 생명·신체의 안전이기 때문에 생명·신체의 안전을 위태롭게 할 위협을 초래하지 않고 단지 정신적 고통을 주는 행위는 학대에 해당하지 않는다는 이상돈, 「형법강론」(제3판), 박영사, 2020, 474면.

보인다.⁵⁾

하지만 생명·신체의 안전은 차별대우 등의 정신적 고통에 의해서도 위협에 빠질 수 있다는 점에서 보호법익과 학대개념이 논리필연적으로 연결되어야 하는 것은 아니다.⁶⁾ 상해죄와 마찬가지로 정신적 측면을 담당하는 뇌기능 역시 신체에 해당한다는 점에서, 정서적인 고통을 가하는 행위를 학대에 포함시키기 위해서는 인격권을 반드시 보호법익으로 설정해야 한다고 볼 필요는 없기 때문이다.⁷⁾ 피보호·감독자의 인격권을 학대죄의 보호법익으로 설정하는 것이 타당한지에 대한 입법론적 논의와는 별개로, 해석적 측면에서는 생명·신체의 안전이 보호법익인 유기죄(3년 이하 징역 또는 500만원 이하의 벌금)보다·학대의 정도가 유기의 정도에 이를 것을 요구하는데 이견이 없는데도 - 학대죄의 법정형(2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금)이 오히려 낮게 설정된 지금까지의 「형법」 체계 안에서 보호법익을 파악해야 한다.

1940년 ‘일본개정형법가안’의 내용을 그대로 받아들여 제정 「형법」에서부터 유기의 죄와 함께 규정된 이후 오늘에 이르렀다는 연혁과 함께 인격권의 법적 성격을 고려한다면,⁸⁾ 그리고 무엇보다 인격권은 살인죄·상해죄·유기죄 또는 폭행죄 등의 다른 범죄에

- 5) 보호법익을 어떻게 이해하느냐에 따라 학대개념의 해석범위가 달라진다는 명시적인 서술로는 김성돈, 「형법각론」(제8판), SKKUP, 2022, 133면(특히 각주 246); 최호진, 「형법각론」, 박영사, 2022, 106면. 같은 맥락에서 학대행위를 광의로 이해하는 이상 보호법익을 인격권(만)으로 파악해야 논리적이라는 설명으로 임웅, 「형법각론」(제12정판), 법문사, 2021, 131면과 140면.
- 6) 이와 같은 지적으로 오영근, 「형법각론」, 대명출판사, 2002, §6/18. 예컨대 학대죄의 보호법익을 생명·신체의 안전으로 파악하면서도 정신적 고통을 가하는 방식의 학대행위도 인정하는 문헌으로 박상기, 「형법각론」(제5판), 박영사, 2004, 98면; 배종대, 「형법각론」(제13판), 홍문사, 2022, [29]/1; 정성근/박광민, 「형법각론」(제4판), 삼영사, 2011, 110면. 반대로 인격권도 보호법익에 포함시키면서도 육체적 고통을 가하는 학대행위만을 인정하는 견해로 이재상/장영민/강동범, 「형법각론」(제12판), 박영사, §6/25.
- 7) 독일에서는 제225조의 학대죄(Mißhandlung von Schutzbefohlenen)의 보호법익을 신체뿐만 아니라 정신적인 완전성까지로 파악하는 견해가 통설적으로 받아들여지고 있는데[Günther M. Sander, 「Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch/Strafgesetzbuch」(4. Auflage), Band 4, C.H.Beck, 2021, §225 Rn.1], 학대는 신체를 대상으로 한 행위만으로 한정하는 견해가 다수설로 소개되어 있다[예컨대 Adolf Schönke/Horst Schröder, 「Strafgesetzbuch Kommentar」(30. Auflage), C. H. Beck, 2019, §225 Rn.13(Sternberg-Lieben 집필 부분)].
- 8) “일반적 인격권이란 사적 생활형성을 위한 자율적 영역인 사생활영역의 보호를 비롯하여 ‘인간의 존엄성과 밀접한 연관관계를 보이는 자유로운 인격발현의 기본조건’을 포괄적으로 보호하고자 하는 기본권”이라는 설명으로 한수웅, 「헌법학」(제11판), 법문사, 2021, 563면. 헌법재판소는 인격권을 「헌법」 제10조 제1문에서 도출되는 개별적 기본권으로 인정하고 있다(헌법재판소 1990. 9. 10. 89 헌마82 등).

의해서도 침해될 수 있으므로 이를 유독 학대죄의 독자적인 보호법익으로 인정되어야 할 특별한 근거를 찾기 어렵다.⁹⁾ 판례 역시 학대를 “육체적으로 고통을 주거나 정신적으로 차별대우를 하는 행위”¹⁰⁾로 보면서, 그 정도가 “단순히 상대방의 인격에 대한 반인륜적 침해만으로는 부족하고 적어도 유기에 준할 정도에 이르러야 한다”¹¹⁾고 판시함으로써, 학대죄의 성립 여부에 대하여 인격권에 대한 침해가 아닌 생명·신체의 안전을 객관적으로 위태롭게 할 만한(가능성이 있는) 행위였는지를 검토한 바 있을 뿐이다.¹²⁾

나. 학대성향과 죄수

그렇다면 보호·감독자가 학대과정에서(혹은 학대의 수단으로) 폭행·유기·상해·감금·강간 등의 범죄를 저지른 경우에 학대죄는 별도로 성립하는가? 여기서 짚고 넘어가야 할 학대죄의 성립요건이 바로 초과주관적 구성요건요소로서 행위자의 일정한 주관적인 행위경향이다. 학대죄를 경향범(傾向犯, *Tendenzdelikt*)의 일종으로 분류하는데 있어 이를 부정하는 문헌은 보이지 않는다.¹³⁾ 경향범은 구성요건행위가 행위자의 강한 의사방향에 따라 지배될 뿐만 아니라 이 강화된 의사방향이 보호법익에 대한 특별한 위험성을 불러일으키는 특징을 가진 범죄형태라고 설명되어 왔다.¹⁴⁾

이러한 성립요건은 상해나 유기 등과 같이 「형법」의 다른 규정들에 의해서 처벌할 수 없는 생명·신체에 대한 위험행위라도 학대성향을 가진 보호·감독자에 의해 저질러진 경우에는 이를 학대죄로 처벌할 수 있는 근거에 해당한다. 이는 동시에 생명·신체의 안전이라는 법익을 보호하기 위한 더 중하게 처벌하는 다른 범죄가 성립하더라도, 그러한 행

9) 위와 같은 이유로 인격권은 상해죄·유기죄 등에서도 보호법익이 아니라 이들 구성요건에 의해서 보호되는 반사적 이익에 불과하다는 견해로 이정원, 「형법각론」, 신론사, 2012, 116면. 이 밖에 인격권은 학대죄의 독자적인 보호법익이 아니라 부차적인 것에 불과하다는 서술은 이상돈, 앞의 책, 467면.

10) 대법원 1986. 7. 8. 선고 84도2922 판결.

11) 대법원 2000. 4. 25. 선고 2000도223 판결.

12) 「형법」상 학대죄가 ‘생명, 신체를 보호법익’으로 하고 있다는 명시적인 판결로 울산지방법원 2017. 8. 4. 선고 2017노542 판결.

13) 독일 「형법」 제225조에서 두 번째 행위방식인 ‘가혹한 학대’에서는 특별한 주관적 요소로 피해자에 대한 행위자의 무정함(*Gefühllosigkeit*)이 요구된다는 설명이 일반적이다(*Günther M. Sander*, 앞의 책, Rn.27).

14) 김일수/서보학, 「형법총론」(제13판), 박영사, 2018, 160면.

위가 보호·감독자의 학대성향에 의해 행해진 경우에 그러한 고유한 불법을 온전하게 평가하기 위해서는 학대죄도 성립하는 것으로 처리하기 위한 연결고리로 볼 수 있다(다만 학대의 개념을 어떻게 파악하느냐에 따라 경합범 여부가 달라지는데 이에 대해서는 후술한다).

예를 들어 피보호·감독자에게 상해를 가한 경우에 행위자의 그러한 행위가 학대성향의 실현수단으로 행해진 것으로 인정된다면 학대죄도 성립한다고 보고 상해죄와 상상적 경합관계로 처리해야 하는지가 문제된다.¹⁵⁾ 독일연방대법원은 1995년 판결을 통해 학대죄와 상해치사죄의 죄수관계를 범조경합으로 판단해왔던 종래의 입장¹⁶⁾을 변경하여 상상적 경합으로 정리한 바 있다.¹⁷⁾ 가해자와 피해자의 의존적 관계와 그로 인한 행위반가치 같은 학대죄의 독자적인 불법내용을 상해죄나 상해치사죄의 구성요건만으로 파악하기에는 충분하지 않다는 이유를 밝혀 놓았다. 이러한 논리를 반대로 적용하면 보호·감독자가 그 대상에게 상해 등의 범죄를 범하였더라도 해당 사례가 행위자의 학대경향과 무관한 것이라고 판단된 경우에는 학대죄의 성립을 부정해야 할 것이다.

반면 한국의 사법부는 학대행위가 동시에 다른 범죄구성요건에도 해당하는 사례를 판단함에 있어 학대성향을 비롯한 학대죄의 고유성을 어떻게 평가할 것인지나 죄수판단의 기준에 대하여 명시적으로 실시한 적이 없다. 대법원은 일찍이 4세의 아들이 대소변을 가리지 못한다고 ‘닭장에 가두고 전신을 구타한’ 사례를 「형법」상 ‘학대’치사죄로 판단하면서도 기본범죄를 폭행이나 상해가 아닌 학대죄로 설정한 이유를 전혀 제시하지 않았다.¹⁸⁾ 이후 「아동복지법」에서 처벌하는 정서적 학대행위의 인정 여부에 대해서 대법원과 헌법재판소는 판단기준의 하나로 ‘행위자의 평소 성향이나 유사행위의 반복성’ 정도

15) 신체적 학대와 상해는 특별관계로 봐야 하지만, 정신적 학대에 의한 학대죄는 제223조의 상해죄뿐만 아니라 제224조의 특수상해, 제226조의 중상해, 제227조의 상해치사죄와 상상적 경합이 가능하다는 설명으로 Urs Kindhäuser/Ulfried Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen(Hrsg.), 「Strafgesetzbuch」 (5. Auflage), Nomos, 2017. Rn.23(Hans-Ullrich Paeffgen/Martin Böse 집필부분).

16) BGH, 27.3.1953 - 1 StR 689/52.

17) BGH, 30.3.1995 - 4 StR 768/94. 피고인인 모친이 딸에게 약 8개월 동안 폭행을 가하여 학대를 했는데, 어느 날 피고인이 손바닥으로 딸의 뺨을 때려서 넘어진 딸이 가구에 머리를 부딪쳐 수일 후에 사망한 사안이다. 본건에서는 현행 규정의 개정 전인 1994년 독일 「형법」 제223조b가 적용되었다. 원심은 피고인의 행위가 제1항의 “괴롭힘”에 해당한다고 인정하면서도 선례를 원용하여 본죄와 상해치사죄는 범조경합의 관계에 있다고 판단하여 피고인에게 상해치사죄(제226조)를 선고하였다.

18) 대법원 1969. 2. 4. 선고 68도1793 판결.

를 들고 있을 뿐이고,¹⁹⁾ “아동에 대한 정서적 학대의 목적이나 의도가 있어야만 인정되는 것은 아니”라고 보았다.²⁰⁾ 「형법」의 학대죄에 대해서는 침묵하면서 다른 법률에 의한 학대행위 처벌에 있어서는 초과주관적 구성요건을 요구하지 않는다는 입장인 것이다.

그런데 최근에는 기본범죄의 행위유형이 「형법」상 상해행위로 특정된 아동학대치사 사건에서 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 ‘아동학대처벌법’) 제4조의 아동학대치사죄를- 상해치사죄의 가중적 신분범이 아니라- 진정신분범으로 해석함으로써, 상해에 의한 아동학대와 상해를 별개의 구성요건으로 파악하는 입장을 드러낸 바 있지만,²¹⁾ 판결문 어디에도 이러한 결론의 구체적인 근거는 찾아볼 수 없다.²²⁾ 하급심 판결

19) 어린이집 장애전담교사가 장애아동의 팔을 세게 잡는 등의 행위가 「아동복지법」의 신체적 학대행위에 해당한다고 판단한 대법원 2020. 1. 16. 선고 2017도12742 판결. 동법의 정서적 학대행위를 판단함에 있어 “가해자의 평소 성향이나 행위 당시의 태도, 행위의 반복성이나 기간 등”을 고려해야 한다는 헌법재판소 2015. 10. 21. 2014헌바266.

20) 대법원 2015. 12. 23. 선고 2015도13488 판결. 어린이집 원장인 피고인은 피해아동의 머리를 때린 것은 인정하면서도 이는 ‘학대할 의도’로 한 행위가 아니라고 다투어왔으나 항소심(의정부지방법원 2015. 8. 21 선고 2015노492 판결)과 대법원 모두 이를 인정하지 않았다. 물론 ‘학대할 의도’가 학대성향인지는 분명하지 않다. 일반적으로 학대죄와 함께 경향범이라고 소개되어 있는 강제추행죄에 대해서 대법원은 “그 성립에 필요한 주관적 구성요건요소는 고의만으로 충분하고, 그 외에 성욕을 자극·흥분·만족시키려는 주관적 동기나 목적까지 있어야 하는 것은 아니다”고 판시함으로써, 「형법」 제305조 미성년자의제강제추행죄가 성립하려면 경향범의 요건을 갖추었는지를 검토해야 한다는 피고인의 주장을 배척하면서 초과주관적 구성요건요소가 요구되지 않는다고 명시적으로 판단한 바 있다(대법원 2006. 1. 13. 선고 2005도6791 판결).

21) 대법원 2021. 9. 16. 선고 2021도5000 판결[피해아동 甲의 친모인 피고인 乙이 자신과 연인관계인 피고인 丙과 공모하여 甲을 지속적으로 학대함으로써 사망에 이르게 하였다는 공소사실에 대하여 (구)아동학대처벌법 제4조, 제2조 제4호 (가)목, 「형법」 제257조 제1항, 제30조를 적용법조로 공소가 제기된 사안에서, (구)아동학대처벌법 제4조, 제2조 제4호 (가)목 내지 (다)목은 보호자가 같은 법 제2조 제4호 (가)목 내지 (다)목에서 정한 아동학대범죄를 범하여 그 아동을 사망에 이르게 한 경우를 처벌하는 규정으로 「형법」 제33조 본문의 ‘신분관계로 인하여 성립될 범죄’에 해당하므로, 피고인 丙에 대해 형법 제33조 본문에 따라 (구)아동학대처벌법(아동학대치사)죄의 공동정범이 성립하고 같은 법 제4조에서 정한 형에 따라 과형이 이루어져야 한다는 이유로, 이와 달리 피고인 丙에 대하여 「형법」 제33조 단서를 적용하여 「형법」 제259조 제1항의 상해치사죄에서 정한 형으로 처단한 원심판단에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례].

22) 본 판결의 1심인 대전지방법원 2020. 10. 6. 선고 2020고합140, 255(병합) 판결과 피고인 丙에 대한 2심 판결인 대전고등법원 2021. 4. 20. 선고 2020노371-1에서는 모두 피고인 丙이 「아동복지법」 제3조 제3호에서 정한 ‘보호자’에 해당하지 않으나, 신분관계 있는 피고인 乙과 공모하여 범행을 저질렀으므로 아동학대처벌법 위반(아동학대치사)죄가 성립하되, 「형법」 제33조 단서에 의하여 「형법」 제259조 제1항 상해치사죄에서 정한 형으로 처단하였는데, 위 대법원 판결은 이를 파기환송하면서도 결론만 내놓은 것이다.

에서도 별다른 논거 없이 보호·감독자에 의한 신체적 학대행위가 상해에 이른 경우에 상해죄뿐만 아니라 「아동복지법」의 신체적 학대행위 금지위반죄도 인정한 후 양죄를 상상적 경합으로 처리한 사례를 빈번하게 발견할 수 있다.²³⁾

2. 복지법률에 의한 학대행위 처벌

가. 미성년자를 학대한 경우

1961년 「아동복지법」을 제정하면서부터 ‘자기의 보호 또는 감독을 받는 아동을 학대하는 행위’를 금지행위의 하나로 규정해 놓고 이를 위반하면 ‘30만원 이하의 벌금 또는 구류’에 처하기 시작하였다. 1981년 「아동복지법」으로 전부 개정되면서 법정형을 ‘2년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금’으로 올림으로써 1995년 개정되기 전 「형법」의 학대죄보다 무겁게 처벌할 수 있었다(법률 제3438호). 2000년 법률 제6151호 이후부터는 금지행위의 주체를 ‘누구든지’로 확대하고, 아동학대 정의조항²⁴⁾을 신설하면서 그에 맞춰 금지행위로서의 학대행위를 신체적·성적·정서적 영역으로 세분화하고 법정형을 ‘5년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금’으로 대폭 상향하였다.

학대행위를 포함한 금지행위를 상습적으로 범한 자를 가중처벌하는 조항의 신설은 2004년 법률 제7143호를 통해서였고, 학대행위에 대한 처벌강도는 2006년과 2008년에 각각 벌금만 3천만원(법률 제7591호)과 5천만원으로 올린 이후 오늘에 이르고 있다(법률 제14925호). 더 나아가 동법은 2014년 개정 이후부터 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 성적 학대행위를 다른 금지행위보다 2배 무거운 ‘10년 이하의 징역 또는 5천만 이하의 벌금’으로 처벌해왔고(법률 제12361호), 2018년 4월 25일부터 이에 대한 벌금을 1억원까지 가능하도록 고쳤다(법률 제14925호).

23) ① 어린이집 선생인 행위자가 2살짜리 아동의 팔을 깨물어 교상을 가한 사건에서 상해와 아동복지법상 신체적 학대의 상상적 경합을 인정한 수원지방법원 2015. 10. 14 선고 2015노1889 판결.

② 11세인 여자아동이 고집을 부리며 말을 듣지 않는다는 이유로 회초리로 수회 때려 약 2주간의 상해를 입힌 경우에 상해죄와 「아동복지법」상 신체적 학대행위의 상상적 경합을 인정한 대구지방법원 2021. 3. 9 선고 2020고단6591 판결 등.

24) “아동학대”라 함은 보호자를 포함한 성인에 의하여 아동의 건강·복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 신체적·정신적·성적 폭력 또는 가혹행위 및 아동의 보호자에 의하여 이루어지는 유기와 방임을 말한다(제2조 제4호).

그런데 위 「아동복지법」은 피학대자가 18세 미만인 아동의 경우에 적용되도록 설정되었는데, 입법자는 이미 1999년부터 만 19세 미만인 청소년에 대한 학대행위를 더 무겁게 처벌하는 규정을 갖추고 있었다. 「청소년보호법」이 1999년 2월 5일 법률 제18550호로 개정되면서 ‘누구든지 청소년을 학대’하면(제30조) 벌금 없이 ‘5년 이하의 징역’에 처하도록 규정한 이후 오늘에 이르고 있기 때문이다(제57조). 이에 따라 18세인 청소년은 물론이고 18세 미만자에게 일정한 성적 학대행위와 상습학대로 평가된 경우를 제외한 학대행위를 저지른 자에게는 「청소년보호법」이 우선적용될 수 있는 상황이다.²⁵⁾

나. 노인과 장애인을 학대한 경우

1981년 제정된 「노인복지법」은 2004년에 비로소 노인학대의 개념²⁶⁾과 함께 누구든지 처벌되는 금지행위로서 - 성적 학대행위라고 명시하지는 않았지만 - ‘성적 수치심을 주는 성폭행·성희롱 등의 행위’를 신설하고 「형법」의 학대죄보다 무겁게 처벌할 수 있게 되었다(법률 제7152호). 그 외에 노인에 대한 (직계비속과 그의 배우자가 아닌 자의) 폭행·상해·유기를 금지행위로서 「형법」보다 가중처벌할 뿐 학대행위를 따로 규율하지 않았다.²⁷⁾ 2016년 개정을 통해 ‘폭언, 협박, 위협 등으로 노인의 정신건강에 해를 끼치는 정서적 학대행위’를 추가하면서, 금지행위의 법정형을 ‘5년 이하의 징역 또는 5천만 이하의 벌금’으로 벌금만 2천만원 올렸다. 이와 동시에 금지행위를 상습적으로 위반한 자에 대한 가중처벌을 도입한 이후 현재까지 유지되고 있다(법률 제14320호).

1981년 「심신장애인복지법」으로 출발한 「장애인복지법」은 2012년부터 장애인학대 개념을 명시해 두었지만(법률 제11521호),²⁸⁾ ‘장애인에게 성적 수치심을 주는 성희롱·

25) 아동학대처벌법이 아동학대에 대하여 가장 우선적용도록 규정되어 있는 이상, 위와 같은 법정형의 차이와 상관없이 아동학대범죄의 전제가 되는 「아동복지법」의 규정을 「청소년보호법」의 특별규정으로 보는 것이 타당하다는 주장으로 김슬기, “제정 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 검토”, 「법학연구」 제24권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 2014, 208면.

26) “노인학대”라 함은 노인에 대하여 신체적·정신적·성적 폭력 및 경제적 착취 또는 가혹행위를 하거나 유기 또는 방임을 하는 것을 말한다(제2조 제3호).

27) 자기 또는 배우자의 직계존속을 상해하거나 유기한 경우에는 「형법」상 해당조항의 법정형이 ‘10년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금’이기 때문에(제257조 제2항, 제271조 제2항) 「노인복지법」이 적용되지 않지만, 행위자와 피해자가 동일한 관계이더라도 「형법」의 존속폭행죄(제260조 제2항)와 존속학대죄(제273조 제2항)는 금지행위 위반의 법정형인 ‘5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금’보다 가볍기 때문에 특별법으로 처벌받게 된다.

성폭력 등의 행위’ 및 ‘장애인의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위’를 금지행위로 처벌하기 시작한 것은 2017년 법률 제13366호가 시행된 이후부터 가능해졌다.²⁹⁾ 같은 해에 다시 이에 대한 처벌수위를 벌금만 각각 3천만원과 2천만씩 증액하여 ‘10년 이하 1억 원 이하의 벌금’과 ‘5년 이하의 징역 또는 5천만 이하의 벌금’으로 올려 놓았으며(법률 제14562호), ‘장애인학대관련범죄’ 개념을 신설하고 이에 대한 상습범을 모두 가중처벌하는 조항은 2021년 6월 30일부터 시행되었다(법률 제17791호).

Ⅲ. 학대자 처벌의 재구성적 해체

1. 학대행위 처벌구조의 난맥상

가. 특별관계에 의한 가중처벌은 정당한가?

형법각론 교과서를 보면 그 이유를 명시적으로 밝혀놓지는 않았지만 18세 미만의 사람에 대한 학대행위는 「형법」의 학대죄가 아니라 「아동복지법」이 적용된다는 설명을 흔히 볼 수 있다.³⁰⁾ 여기에서 「청소년보호법」이나 「노인복지법」, 「장애인복지법」의 우선 적용은 왜 누락되었는지에 대한 문제는 일단 차치하고 본다면, 이러한 서술에는 금지행위 위반죄의 법정형이 더 무거우므로 가중처벌규정에 해당한다거나³¹⁾ 법조경합 중 특별관계에 있다는 이해가 깔려 있는 것으로 보인다.³²⁾

28) “장애인학대”란 장애인에 대하여 신체적·정신적·정서적·언어적 폭력이나 가혹행위, 경제적 착취, 유기 또는 방임을 하는 것을 말한다(제2조 제3호).

29) 2012년 법률 제11977호로 금지행위가 신설되었지만 처벌조항을 두지 않았다. 이에 따라 2015년 12월 23일 개정법률이 시행되기 전까지는 아동이나 노인이 아닌 장애인에 대한 성적·신체적·정신적 학대행위는 「형법」의 학대죄로 규율될 수밖에 없었다.

30) 예컨대 김성돈, 앞의 책, 140면; 김일수/서보학, 「형법각론」(제9판), 박영사, 2018, 93면; 배종대, 앞의 책, [29]/1; 손동권/김재윤, 「형법각론」(제2판), 율곡출판사, 2022, 105면; 이상돈, 앞의 책, 473면; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, §6/23; 최호진, 앞의 책, 107면.

31) 이호중, “학대피해아동의 보호를 위한 법체계의 개선방안”, 「저스티스」 제134호, 한국법학원, 2013, 7면.

32) 「아동복지법」 위반죄가 「형법」의 학대죄에 대해 법조경합 중 특별관계에 있다고 명시적으로 서술하고 있는 신동운, 「형법각론」(제2판), 법문사, 2018, 640면.

이와 달리 「아동복지법」에서 처벌하는 신체적·정서적 학대행위와 「형법」의 학대죄는 불법의 성격과 내용이 다르므로 원칙적으로 경합범의 관계로 처리되어야 한다는 주장도 개진되어 있다. 학대죄가 생명·신체라는 법익을 보호하기 위한 보충적 범죄규정인 데 비해, 아동의 건강·복지 또는 정상적인 발달을 저해할 수 있는 행위를 금지하는 처벌규정은 서로 불법의 취지와 내용이 다르기 때문이라는 것이다.³³⁾ 이러한 논지에 따르면 학대죄와 복지법률에 의한 학대행위 처벌 간의 죄수관계는 행위객체가 장애인이거나 노인인 경우에도 동일하게 처리하게 된다.

그런데 양쪽 주장은 모두 아동 등에 대한 학대행위를 「형법」보다 훨씬 무겁게 벌하는 현행 체계가 정당하다는 것을 전제로 삼고 있다. 우선 특별관계에 의한 가중처벌로 이해하는 견해를 살펴보자면, 「형법」보다 성립범위가 넓은 처벌조항을 학대죄의 특별관계로 해석할 수 없다는 한계부터 직면하게 된다. 아동·노인·장애인에 대해 금지되는 학대행위의 주체가 ‘누구든지’로 명시되어 있기 때문이다.³⁴⁾ 그렇다면 위 교과서 등에서 의 서술이 학대죄에 관한 것이므로 아동 등에 대한 보호·감독자의 학대행위를 전제한 것이라고 선해할 경우에는 문제가 해결될지를 검토해야 한다. 이를 위해서는 행위의 객체뿐만 아니라 그들에 대한 학대행위도 「형법」보다 더 좁게 해석되어야 한다.³⁵⁾

하지만 아동·노인·장애인이라는 학대의 행위객체는 ‘보호 또는 감독을 받는 사람’의 대표적인 예에 해당할 뿐 질적으로 다르다고 보기 어렵다는 점에서, 가해자와 피해자 사이의 특별한 관계는 이미 「형법」에도 반영되어 있는데도 무조건적(획일적)으로 2.5배에서 5배에 이를 정도로 현저하게 처벌의 무게를 무겁게 책정해야 할 만큼(법정형의 차이가 정당화될 만큼) 추가적인 구성요건 표지를 갖췄는지는 의문이다.³⁶⁾ 또한 현행법의 개

33) 류부곤, “아동학대범죄의 개념과 처벌에 관한 법리적 검토”, 「형사정책」 제27권 제1호, 한국형사정책학회, 2015, 145면.

34) 이 뿐만 아니라 법원은 「아동복지법」의 학대행위 처벌조항에 대해서 학대성향을 성립요건으로 요구하지 않는다(각주 20).

35) 「아동복지법」의 학대개념을 좁게 해석하고 이에 미치지 못할 때에는 「형법」상 학대개념에 해당되는지 검토해야 특별법과 일반법의 관계를 합리적으로 파악하는 것이라는 설명으로 오영근, “2016년도 형법판례 회고”, 「형사판례연구」(25), 박영사, 2017, 651면.

36) 더 나아가 보호자인 가해자도 장애인인 경우뿐만 아니라 피학대자의 장애 정도가 심하지 않아서 취약성과 관계없는 사례 등과 같이 피학대자의 특성이 비난가능성을 높이지 않는다고 볼 만한 유형인 경우에도 일괄적으로 가중처벌되어야 하는지 의문이라는 차성안, “장애인학대범죄의 형사법적 쟁점과 개선방안”, 「법학연구」 제32권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2021, 220면과 224면. 이러한 비판은 노인이나 미성년자인 경우에도 제기될 수 있다.

정방향이 학대의 정의에 맞춰 처벌범위를 가시적으로 확대하기 위해서 이들에 대한 학대의 유형을 신체적·성적·정서적 영역으로 나열하면서 보호자 여부와 상관없이 동일하게 처벌되도록 ‘금지행위’위반죄를 입안했다는 사실을 고려한다면, 이를 두고 특별관계로서 피학대자의 특성을 반영한 학대죄의 가중처벌 입법으로서 정당화된다고 단언할 수는 없다. 그뿐만 아니라 복지법률의 금지행위로서의 학대가 「형법」보다 협소하고 무거운 개념이지만 다른 일반범죄와 중복되지 않거나 미치지 못하는 한계선을 확정하기도 현실적으로 어렵다. 따라서 이러한 규정체계는 의미가 동일한 구성요건을 규정하면서 법정형만 상향 조정한 형사특별법에 대하여 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃은 것으로서 평등원칙에 위반된다고 결정한 헌법재판소의 선례들에 저촉될 가능성이 높다.³⁷⁾

나. 학대행위의 처벌을 통해 보호되는 법익이 다를 수 있는가?

한편 전술한 바와 같이 「형법」의 학대죄와 「아동복지법」상 학대행위 금지규정을 특별관계가 아닌 경합범으로 처리해야 한다는 견해는, 두 규정의 보호법익이 서로 다르다는 이유를 내세운다. 다시 말해 ‘생명·신체의 안전’과 ‘아동의 건강, 복지 또는 정상적인 발달’은 불법의 성격과 내용에서 구별되기 때문에 학대라는 동일한 표현에도 불구하고 불법성이 일치하지 않으므로, 예컨대 10살짜리에게 폭언이나 차별적 행위 등의 무형적 학대행위를 하면 「형법」의 학대죄와 별개로 「아동복지법」의 정서적 학대까지 두 개의 범죄가 성립한다고 본다. 마찬가지로 이유에서 「형법」의 상해죄가 성립하더라도 「아동복지법」에서 금지하는 신체적 학대행위와는 상상적 경합범 관계를 인정해야 타당하다고 주장한다.³⁸⁾ 이러한 관점을 노인과 장애인에게 성적·정서적 학대행위가 범해진 사례에도 투영해 보면, 이들에 대한 금지규정 위반죄 역시 복지 등을 보호법익으로 삼는 것으로 이해될 수 있으므로 「형법」의 학대죄를 비롯한 해당범죄와 경합범으로 처리되어야

37) 대표적으로 (구)「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」(2006. 3. 24. 법률 제7891호로 개정되고, 2014. 12. 30. 법률 제12896호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 중 “흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제260조 제1항(폭행), 제283조 제1항(협박), 제366조(재물손괴등)의 죄를 범한 자”부분이, ‘위험한 물건을 휴대하여’라는 구성요건이 포함된 「형법」상 특수폭행(제260조 제1항), 제284조(특수협박), 제369조(특수손괴) 보다 가중처벌되도록 한 규정은 가중적 구성요건의 표지가 전혀 없이 의미가 동일하므로 위헌이라는 헌법재판소 2015. 9. 24. 2014헌바154 등.

38) 류부근, 앞의 논문, 148면.

할 것이다.

이러한 견해에서 말하는 위 3가지 법률들의 공통적인 보호법익을 편의상 복지(권) 정도로 표현해도 무리가 없을 것 같다. 위와 같은 논리를 동원하면 아동·노인·장애인에 대한 학대행위 처벌규정은 「형법」의 학대죄와는 별개의 범죄로서, 복지(권)라는 질적으로 다른 보호법익을 침해하는 행위에 대한 불법성을 규정하고 있으므로 그 보다 법정형이 높더라도 입법의 재량 내지 형성의 자유 영역으로 볼 수 있게 된다.³⁹⁾ 하지만 아동 등에 대한 복지(권)를 「아동복지법」 등이 전유할 수 있는 직접적인 보호법익으로 위치시킬 수 있는지는 비판적으로 검토될 수밖에 없다. 「형법」상 학대죄의 보호법익으로 인격권을 인정할 수 있는지에 대한 논의와 마찬가지로, - 기본권으로서의 성격도 정립하지 못한 - 복지(권)이 그 자체로 형법적 보호법익이 될 수 있는지도 의문일 뿐만 아니라, 아동이나 노인 등에게 폭행이나 상해, 유기와 성폭력 등 다른 「형법」의 규정을 비롯한 여타의 범죄를 저지른 경우에도 그들의 복지(권)는 침해될 수 있기 때문이다.

특히 학대죄와 동일한 행위주체가 똑같은 행위를 아동·노인·장애인에게 가했다고 해서 보호법익이 달라진다는(달라져야 한다는) 논거가 설득력 있게 제시되지 않는 이상, 금지행위로서 학대행위의 고유한 불법성은 인정되기 어려울 것이다. 단지 상이한 입법목적 가진 법률에 규정되어 있다는 형식적 측면에 연유한다거나 중한 법정형을 확보하기 위해 보호법익을 다르게 파악한 것이라면,⁴⁰⁾ 이는 보호법익이 같지 않다는 걸 전제한 뒤 「형법」과 복지법률 처벌조항 간 관계의 정당성을 끼워 맞추는 전도된 해석은 아닌가라는 의심에서 자유롭기 어렵다. 결국 복지법률의 목적에 해당한다고 해서 처벌규정의 독자적인 법익이 되어야 한다고 볼 수는 없으며, 복지(권)는 피보호자에 대한 학대 등 범죄를 금지함으로써 간접적으로 보호되거나 부수적 이익에 불과할 뿐이라고 보아야 한다.

39) 헌법재판소 1995. 4. 20. 91헌바11.

40) 류부곤, 앞의 논문, 145면에 의하면 “학대죄의 학대행위는 살인행위, 살해행위, 유기행위 이외의 생명·신체에 대한 위협행위”라는 소극적인 개념으로 보기 때문에 「형법」의 학대죄는 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 ‘보충적 규정’으로 파악하고 있다. 그런데 「아동복지법」상 학대를 동일한 개념으로 설정하면 폭행죄, 협박죄 유기죄 등이 성립한 경우에는 더 무거운 동법의 금지행위로는 처벌하지 못하게 된다. 이러한 결과를 피하려면 「아동복지법」의 학대행위를 폭행이나 상해 등 기존의 구성요건과는 다른 개념으로 구성해야 하는데, 구체적으로 밝혀놓진 않았지만 이를 위해 보호법익을 복지(권)로 설정한 것으로 보인다.

2. 학대 개념의 재정립을 통한 학대죄의 성립범위 확보

위와 같은 검토 끝에 「형법」의 제273조와 아동·노인·장애인에 대한 학대행위를 더 무겁게 처벌하는 조항이 양립하고 있는 현행 체계는 더 이상 유지되기 어렵다는 중간결론이 도출된다. 그렇다면 학대죄를 새롭게 정립할 필요가 있는데, 이를 위해서는 우선 지금까지의 학대 개념부터 다시 살펴보아야 한다. (구)「형법」에선 규정하지 않았던 학대죄는 제정 「형법」에서 지금과 같은 형태로 입안되었는데, 이는 일본에서 1940년 발표된 ‘개정형법가안’의 각칙을 그대로 들여온 것이지만 정작 일본에서는 범죄목록에서 제외되었다. 이러한 입법적 배경과 가치충전이 필요한 개념의 특성이 어우러졌기 때문인지,⁴¹⁾ 그동안 「형법」의 학대행위는 다른 범죄와의 관계에서 소극적으로 해석·적용되어 왔다.

지금까지 학대의 개념에 정서적 고통을 포함시킬 것인지에 대해서만 논의가 고착되었을 뿐, 학대가 폭행이나 협박, 유기와 상해 등 다른 범죄를 통해 범해졌을 경우에 대해서는 적극적으로 다루어지지 않았다. 학대가 폭행·협박·상해의 방식으로 행해졌을 때 또는 성적 추행·음란행위를 저질렀을 경우에는 해당범죄가 성립하므로 학대죄는 문제되지 않는다는 설명을 광범위하게 볼 수 있는데,⁴²⁾ 이에 반대하거나 경합범으로 주장하는 견해가 보이지 않는다는 점에서 이러한 시각이 널리 받아들여지고 있는 것으로 보인다. 이는 범죄구성요건에 해당하지 않는 행위지만 학대죄로 처벌하는 이유를 보호·감독자의 내적 성향에 의해 발현된 특별한 위험성에서 찾는 일반적 이해를 전제로 하고 있다. 학대행위가 구성요건으로서 정형화되기 어려움에도 불구하고, 적극적 일반예방효과에 의한 규범의식의 창출을 도모하고 이를 통해 국가의 특별예방처우가 개입할 수 있도록 학대를 범죄화하는 전략에 기반한 것이다.⁴³⁾

41) ‘가치충전을 필요로 하는 개념’에 관해서는 이상돈, 「법이론」, 법문사, 1996, 45면.

42) ① 학대행위가 정도를 넘어 폭행·협박·상해에 이르렀을 경우에는 그 자체가 폭행죄·협박죄·상해죄의 죄를 구성할 뿐이고 학대행위는 ‘흡수’된다는 명시적인 서술로는 김일수/서보학, 각주 18의 책, 94면. ② 이러한 행위도 학대의 개념에는 해당하나 다른 범죄가 성립하므로 학대죄는 문제되지 않는다는 설명으로 손동권/김제윤, 앞의 책, 105면; 오영근, 앞의 책, §6/21. ③ 폭행·협박·음란행위 등은 학대의 개념에서 제외된다고 보는 배종대, 앞의 책, [29]2; 정성근/박광민, 앞의 책, 112면. ④ 폭행만 학대에 포함된다는 김성돈, 앞의 책, 141면. 다만 보호·감독자가 학대의 고의와 성향을 가지고 학대행위를 하였는데 상해에 이른 경우에는 상해죄가 아니라 제275조 제1항의 학대치상죄가 성립한다고 보아야 하므로, 위의 학대행위와 상해죄에 대한 서술은 이러한 사례를 제외한 것이라고 받아들여야 할 것이다.

하지만 학대가 다른 범죄에 의해 발생한 경우에 학대죄의 성립을 부정하는 지금까지의 이해에 의하면(이를 편의상 ‘협의의 학대’라 표기한다), 범죄의 외부적·객관적 측면의 일부만이 고려될 뿐 학대자와 피해자의 관계성이나 내적 경향이 표출된 이질적 행위 태양 등 학대불법의 고유성에 대한 평가가 누락되어 버린다. 학대문제의 해결을 위해서는 가해자를 처벌하는 범위를 확보하는 작업 못지않게 특별한 절차를 통한 치료와 지원 등 적절한 처우가 필요하다. 일회적이고 획일적인 형벌과 형사절차에 의해서는 학대범죄의 재발을 막고 피해자를 효과적으로 보호하기 어렵다는 반성적 경험은 더 이상 특별하지 않다. 이처럼 어떠한 범죄가 학대죄에도 해당하는지에 대한 문제는 단순한 이론적 논쟁의 차원에서 범죄성립에만 머무르는 게 아니라 학대문제 해결을 위한 형사사법체계를 설계하고 운영하기 위한 출발점인 것이다.

입법자는 세 가지 복지법률의 학대행위를 협의의 학대개념으로 이해하기 때문에 ‘학대관련범죄’를 통해 특별예방적 접근을 도모하고자 한다. 전술한 바와 같이 금지행위 유형으로 상해나 폭행과 별도로 신체적 학대행위 등을 추가하는 방식으로 개정을 진행하였을 뿐만 아니라, 학대자에 대한 특칙을 적용하기 위해서 아동·노인·장애인에 대하여 「형법」의 폭행·상해·강간 등 열거된 특정범죄를 범하기만 하면 학대죄의 성립 여부와는 상관없이 학대·관련 범죄로 간주하고 있기 때문이다.⁴⁴⁾ 문제는 합목적적 취치에도 불구하고 이러한 규정체계가 혼란을 야기한다는 점이다. 예를 들어 학대죄나 학대행위로 인한 금지행위위반죄를 학대범죄가 아닌 학대·관련 범죄로 포섭하고 있으며,⁴⁵⁾ 협의의 학대개념을 고수하게 되면 보호자가 폭행·협박이나 성범죄 등과 같이 금지행위 보다

43) 四條北斗, “子どもの養育環境と刑事法”, 『大阪経大論集』 第69巻 第4号, 2018.11, 64頁.

44) “‘노인학대관련범죄’란 보호자에 의한 65세 이상 노인에 대한 노인학대로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄”(「노인복지법」 제1조의2 제5호), “‘장애인학대관련범죄’란 장애인학대로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄”(「장애인복지법」 제2조 제4항)라고 규정함으로써, 노인이나 장애인에게 열거된 범죄를 범한 경우를 ‘학대’라고 보고 있다. 이와 달리 아동학대처벌법에서 “‘아동학대범죄’란 보호자에 의한 아동학대로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄”로 정의한 후 동법의 특례절차 대상으로 규정하고(제2조 제4호), 「아동복지법」에서 이러한 아동학대범죄와 아동에 대한 살인죄 등을 더하여 ‘아동학대관련범죄’라고 칭하는 방식을 취하고 있다(제3조 제7의 2).

45) ‘특정범죄’(A)와 ‘그 관련범죄’라고 분류할 때는 A범죄에 포함되지 않는 범죄를 관련범죄라는 범주로 포함시키는 게 일반적 이해라는 점에서, 아동학대처벌법의 아동학대범죄가 동시에 「아동복지법」 아동학대관련범죄에도 해당하는 입법은 불필요한 혼란을 야기한다는 지적으로 김솔기, “아동학대범죄의 구성요건 정비 방안”, 『비교형사법연구』 제22권 제4호, 한국비교형사법학회, 5면.

더 가벼운 범죄로 학대를 저지른 경우에도 경하게 처벌할 수밖에 없는 불합리한 결과에 직면할 수 있고,⁴⁶⁾ 그렇다고 법정형을 기준으로 삼아 학대범죄의 성립 여부를 달리 판단하게 되면 학대개념의 윤곽선은 허물어진다.⁴⁷⁾

법원은 학대가 무엇인지 대하여 같지자 행보를 보이고 있다. 전술한 바와 같이 상해의 방법으로 범하여진 아동학대사례에서 신체적 학대행위와의 상충적 경합을 인정하거나 아동학대치사죄에 있어서 기본범죄를 「형법」의 상해죄로 특정했으면서도 상해에 의한 아동학대를 아동학대치사죄의 기본범죄로 판단한 바 있다(각주 21에서 23 참고). 그런데 이러한 입장은 (구)「아동복지법」상 신체적 학대행위로서 ‘신체에 손상을 준다’의 의미를 “상해의 정도에까지 이르지 않더라도 그에 준하는 정도로 신체에 부정적인 변화를 가져 오는 것”⁴⁸⁾이라는 자신의 판결과 충돌을 피할 수 없다. 후자는 상해와 동시에 성립할 수 없는 개념으로 본 것인데 반해, 앞의 판결은 상해를 포괄하는 의미로 해석한 것이라고 읽힐 수 있기 때문이다.⁴⁹⁾ 또한 학대를 협의로 파악한 경우에도 형사처벌을 위해 조과주관적 구성요건이 필요한지도 분명한 입장을 내보인 적이 없다.

결론적으로 학대의 의미는 종래와 같이 협의의 개념으로만 파악할 것이 아니라 다른 범죄까지 포괄하는 광의로 파악해야 한다. 이에 따라 학대죄는 기존의 범죄구성요건에 해당하는 행위뿐만 아니라 그에 포섭되지 않는 경우에도 행위자의 강화된 내적 성향에 의해 범해져서 생명·신체의 안전에 위협이 발생한 경우에는 성립을 인정해야 할 것이다.

46) 예컨대 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」과 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」의 다양한 처벌조항 중에 「아동복지법」의 성적 학대행위의 법정형인 ‘10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금’보다 법정형이 가벼운 범죄로는, 업무상 위력 등에 의한 추행(제10조), 공중밀집장소에서의 추행(제11조), 성적 목적을 위한 다중이용장소침입행위(제12조), 통신매체를 이용한 음란행위(제13조), 카메라 등을 이용한 촬영·반포 등(제14조)이 해당한다.

47) 지금까지의 관행처럼 보호자가 아동·노인·장애인에게 협박죄를 범한 경우에 이를 더 무겁게 처벌하기 위해서 각각의 복지법률상 정서적 학대행위를 적용하면서, 강간죄 등 더 무거운 범죄가 학대행위로 저질러진 때에는 금지행위위반죄의 성립을 인정하지 않는 입장을 취하면 결국 학대개념은 법정형에 따라 달라지게 된다.

48) 대법원 2016. 5. 12. 선고 2015도6781 판결.

49) 한편 “형법상 학대죄는 생명, 신체를 보호법적으로 하여 보호 또는 감독을 받는 자를 보호대상으로 하는 데 반하여, 아동복지법은 아동의 건강과 복지를 보호법적으로 하고(아동복지법 제1조), 18세 미만인 사람만을 보호대상으로 하며(아동복지법 제3조 제1호), 아동의 경우 완전하고 조화로운 인격발달을 위하여 사회적으로 보호받을 필요성에서 성인에 비하여 보호가치가 크므로, 아동복지법상 학대의 개념은 형법상 학대의 개념보다 넓게 해석하는 것이 타당하다”는 하급심 판결도 생산되고 있다(울산지방법원 2017. 8. 4. 선고 2017노542 판결).

「형법」의 ‘가혹행위’처럼 일체의 육체적·정신적 고통을 주는 행위로 해석하되, 보호자의 학대성향에 의한 행위라는 성립요건의 차이와 그로 인한 불법의 내용과 성격이 다르다는 점에서 구분된다. 이와 같은 광의의 학대개념을 적용하면 다른 범죄가 성립한 경우에도 - 복지(권)와 같은 보호법익을 별도로 설정할 필요 없이 - 이러한 행위가 보호자의 학대성향에 의해 벌어진 것이라면 학대죄와의 상상적 경합으로 처리할 수 있게 된다.

아울러 해석상 혼란을 야기하는 복지법률의 신체적·성적·정서적 학대행위는 물론이고 상해·폭행·유기·방임까지 모두 금지행위목록에서 삭제하고, 학대죄의 법정형 상한은 폭행·협박이나 유기 등을 포괄할 수 있는 수준인 ‘3년 이하’ 또는 아동학사죄의 ‘5년 이하’로 정하고 벌금형도 거기에 맞추면 광의의 학대개념과 「형법」에 의한 학대문제 규율이 선명해 질 수 있다. 동일한 취지로 「청소년보호법」의 청소년유해행위 목록에서 ‘청소년을 학대하는 행위’(제6호) 역시 삭제하고, 나머지 유해행위와 「아동복지법」의 금지행위, 그리고 「형법」의 아동학사죄까지 하나의 법률로 통합하는 개정작업도 병행되어야 할 것이다. 이를 통해 특칙의 적용을 위해서 ‘학대관련범죄’를 지금처럼 여러 법률조항을 일일이 열거할 필요 없이 아동·노인·장애인에 대한 학대죄가 성립한 경우를 ‘학대범죄’로 규정짓는 간명한 입법과 법적용이 가능해진다.

IV. 맺는 글

학대개념을 재정립하여 학대범죄의 처벌을 체계적으로 정비하는 입법은 정당하고 효과적인 국가적 개입을 위해 반드시 선행되어야 할 작업이다. 하지만 학대자에 대한 형사 처벌은 최후의 수단으로서 이를 통해 학대문제의 해소를 기대하기에는 극복하기 어려운 한계가 있음을 누구도 부인할 수 없을 것이다. 학대행위의 범죄화를 통해 사회일반의 규범의식이 높아진다고 하더라도 학대의 배후에 있는 다양한 요인이 변하지 않는 한 그 환경에 놓여 있는 보호자와 피학대자의 관계 또는 그 밖의 학대 요인의 개선은 요원할 수밖에 없으므로 근본적인 해결로는 이어지지 않을 것이다. 따라서 우리 사회가 집중해야 하는 지점은 막연히 학대자에 대한 처벌의 범위를 넓히면서 그 수위를 높이는 데만 있는 게 아니라 형사절차의 대안적인 프로세스를 얼마나 촘촘하고 실효적으로 구성할

것인지에 두어야 한다.

그동안 한국의 입법은 학대와 복지는 동전의 양면과 같은 관계가 아니기에 복지에 반한다고 해서 이를 학대라고 단언할 수 없다는 자명한 이치를 간과해왔다. 복지를 위한 지원대상이 아닌 학대의 관점에서 다시 바라보면 피해자는 본질적으로 다르지 않다. 그럼에도 불구하고 현행체계는 피학대자를 아동과 노인, 장애인으로 나누어 이들 각각에 대한 복지법률에 학대문제를 일임하고 있다. 이러한 분열적 관점으로 인해 현실에서 보호처분 등 학대범죄자에 대한 절차상 특칙은 아동학대처벌법에 의해서만 가능할 뿐이고(제3조), 노인이나 장애인의 경우에는 ‘가정폭력범죄’에 한하여 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」이 작동한다(제3조). 가족구성원이 아닌 요양원이나 장애인복지시설 등 관련기관의 종사자가 노인과 장애인에게 학대를 가하는 사례가 늘어나고 있는데도, 가해자의 재사회화는 물론이고 피해자의 보호 역시 제도적 공백상태로 방치되어 있는 것이다.

그뿐만 아니라 취업제한도 피학대자별로 각 법률에 흩어져 있는 탓에 적용법조에 따라 취업 등이 제한되는 시설 또는 기관이 달라질 수밖에 없다. 그 덕분에 우리는 아동을 학대한 자는 노인이나 장애인에게는 그러지 않을 것이라는 맹신 속에서, 노인에게 성적 학대행위를 가한 사람이라도 아동 또는 장애인 관련 시설·기관에 취업 등을 할 수 있는 현실에 살게 되었다. 학대죄를 일신하면서 차제에 가칭 ‘학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법’과 같은 법률을 신설하여 절차와 처우를 통합하는 작업까지 나아가야 할 이유가 여기에 있다.

마지막으로 각각의 복지법률에는, 예컨대 아동복지에 대한 위험행위 혹은 현행처럼 - 하지만 내용은 다르게 - 금지행위 유형을 두고 이를 형사처벌이 아닌 복지와 교육적 처우의 개입근거로 운영할 필요가 있다.⁵⁰⁾ 현행 체계와 같이 학대‘범죄’라는 관점에만 갇히게 되면 범죄의 성립 여부를 두고 지나친 과열과 간극이 발생하게 된다.⁵¹⁾ 보호자의

50) 아동학대를 5가지 유형으로 분류하여 아동학대범죄로서 형사처벌의 대상이 되는 4, 5유형과, 형사처벌의 영역에 포섭되기 어려운 보호자의 행위를 아동학대범죄가 아니라 ‘아동학대’(3유형)와 ‘부당대우’(2유형)로 구분한 후, 3유형은 보호처분 등 형벌 이외의 형사제재의 대상으로 하고, 2유형의 경우에는 아동학대 예방교육 또는 상담서비스를 제공하고 이를 위반하면 과태료를 부과하고 재차 어기면 아동보호사건으로 처리하도록 「아동복지법」을 개정하자는 주장에 대해서는 김희균, “아동학대 관련 법률의 개정의 개정방향 - 보호자의 아동학대에 대한 대응방안을 중심으로 -”, 「서울법학」 제27권 제4호, 서울시립대학교 법학연구소, 2020, 227면 이하를 참고.

언어적 표현이나 방임 등 일반적으로 보이지 않는다고 해서 이를 모두 형사처벌의 기준으로만 나누다보면 학대되는 경직되고 학대문제에 대한 국가의 개입은 소극적일 수밖에 없게 된다. 따라서 학대에는 이르지 않지만 복지에는 반하는 행위유형을 광범위하게 선별하여 임시조치나 응급조치와 같은 피해자 보호를 위한 조치는 물론이고, 가해자에 대한 조사나 상담을 통해 필요한 교육 및 심리적 치료나 경제적 지원을 가능케 한다면, 학대죄 운영에 따른 부담과 사각지대를 최소화할 수 있을 것이다.

51) 한국의 2020년 현실만 예로 들더라도 아동보호전문기관이 아동학대라고 판단한 30,905건 중에서 경찰의 수사 등 법적 조치가 이루어진 경우가 10,455건인데, 그 가운데 검찰단계에서의 보호사건 송치가 889건이고 여기에 법원의 보호처분 1,635건을 더하면 대략 1/4이 특칙의 비형사제재 영역에서 처리된다. 이와 비교해 같은 해 형사처벌을 받은 건수는 276건으로 단 2.5%에 그칠 뿐만 아니라 징역형의 실행선고는 41건으로 0.4%에 불과하다(이상의 통계는 보건복지부 홈페이지에 탑재된 「2020 아동학대 주요통계」, 43~46면). 그렇다면 한 해 약 2만여건의 학대사태는 아무런 조치 없이 방치되고 있는 것이다.

참고문헌

1. 국내 단행본

- 김성돈, 『형법각론』(제8판), SKKUP, 2022.
- 김일수/서보화, 『형법총론』(제13판), 박영사, 2018.
- _____, 『형법각론』(제9판), 박영사, 2018.
- 박상기, 『형법각론』(제6판), 박영사, 2004.
- 배종대, 『형법각론』(제15판), 홍문사, 2021.
- 손동권/김재윤, 『형법각론』(제2판), 율곡출판사, 2022.
- 신동운, 『형법각론』(제2판), 법문사, 2018.
- 오영근, 『형법각론』, 대명출판사, 2002.
- 이상돈, 『형법각론』(제3판), 박영사, 2020.
- 이재상/장영민/강동범, 『형법각론』(제12판), 박영사, 2021.
- 이정원, 『형법각론』, 신론사, 2012.
- 임 우, 『형법각론』(제12정판), 법문사, 2021.
- 정성근/박광민, 『형법각론』(제4판), 삼영사, 2011.
- 최호진, 『형법각론』, 박영사, 2022.
- 한수웅, 『헌법학』(제11판), 법문사, 2021.

2. 국내 논문

- 김슬기, “제정 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 검토”, 『법학연구』 제24권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 2014,
- _____, “아동학대범죄의 구성요건 정비 방안”, 『비교형사법연구』 제22권 제4호, 한국 비교형사법학회, 2021.
- 김희균, “아동학대 관련 법률의 개정의 개정방향 - 보호자의 아동학대에 대한 대응방안을 중심으로 -”, 『서울법학』 제27권 제4호, 서울시립대학교 법학연구소, 2020.

- 류부곤, “아동학대범죄의 개념과 처벌에 관한 법리적 검토”, 『형사정책』 제27권 제1호, 한국형사정책학회, 2015.
- 오영근, “2016년도 형법판례 회고”, 『형사판례연구』(25), 박영사, 2017.
- 이호중, “학대피해아동의 보호를 위한 법체계의 개선방안”, 『저스티스』 제134호, 한국법학원, 2013.
- 정지훈, “형사제재로서 취업제한의 정당화 과제”, 『법조』 제68권 제4호, 법조협회, 2019.
- 차성안, “장애인학대범죄의 형사법적 쟁점과 개선방안”, 『법학연구』 제32권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2021.

3. 외국문헌

- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfried/Paeffgen, Hans-Ullrich(Hrsg.), 『*Strafgesetzbuch*』 (5. Auflage), Nomos, 2017.
- Sander, Günther M., 『*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*』(4. Auflage), Band 4, C.H.Beck, 2021.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst, 『*Strafgesetzbuch Kommentar*』(30. Auflage), C.H.Beck, 2019.
- 四條北斗, “子どもの養育環境と刑事法”, 『大阪経大論集』第69巻 第4号, 大阪経大學會, 2018. 11.

The Outline and Direction of Punishment on Abusers

Jeong, Ji-Hoon*

Except that the discussion whether emotional pain should be included in the concept of abuse was fixed, there has been no active action on dealing with the cases of abuse committed through other crimes such as assault, threat, abandonment, and injury. It has been widely explained that abuse does not matter in the case that this act is committed in the manner of assault, threat, and injury or when sexual harassment or lewd act is accompanied since those crimes are established.

However, according to the concept of “the abuse in a narrow sense” that denies the establishment of abuse crime in the case that abuse is caused by other crimes, evaluation on the characteristics of illegality of abuse such as relationship between the abuser and the victim or heterogeneous types expressing inner tendencies is left out, with only some parts of external and objective aspects of the crime considered.

The meaning of abuse should be broaden to cover not only its traditional concept based on the narrow sense but also other crimes. It is interpreted as an act that causes physical and mental pain, such as “cruel treatment” in 「Criminal Law」, but distinguished from it in accordance with the requirements for establishment, which is that the abuse derives from the guardian’s inclination to abuse, and the difference in the consequential illegal content. By applying the concept of abuse in a broad sense, the establishment of criminal abuse can be admitted in the event of its occurrence due to the guardian’s inclination to abuse even if other crimes are established.

❖ Key words: criminal abuse, restriction on employment, the Children’s Welfare

* Assistant Professor of School of Police at Seowon University.

Act, the Aged Welfare Act, the Welfare of Disabled Persons Act