

# 형사정책연구

**KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW**

제27권 제1호(통권 제105호)

2016 · 봄호

**한국형사정책연구원**  
KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY



# 형사정책연구

제27권 제1호(통권 제105호, 2016·봄호)

## [ 연구논문 ]

- 사회생물학적 인간본성에 기원한 도덕과 형법의 무게  
▶ 김혜경 ..... 5
- 형사절차상 수사보고서의 증거능력 규제  
▶ 신이철 ..... 41
- 검사의 수사 논증과 추론의 구조 고찰 : 가추와 역행추론을 중심으로  
▶ 김대근 ..... 67
- 『아동·청소년의 성보호에 관한 법률』에 관한 헌법재판소 결정에 대한 비판적 검토  
▶ 조성용 ..... 99
- 성충동 약물치료법의 위헌성 : '동의'에 의한 약물치료는 합헌인가  
▶ 정지훈 ..... 133
- 개발위험의 항변과 형법적 제조물책임 :  
가습기 살균제 등 대량생산되어 사용되는 일상생활용품의 사례를 중심으로  
▶ 김호기 ..... 167
- '도찰행위' 현상과 규제에 관한 비교법적 검토 :  
성폭력처벌법 제14조를 중심으로  
▶ 배상균 ..... 199

# KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

---

Vol. 27. NO. 1 (Spring, 2016)

## [ Article ]

- The heaviness in Morality and Criminal Law originated from Sociobiological Human Nature  
▶ Kim Hye-kyung ..... 38
- The Regulation of Evidence (Capacity of Evidence) for Investigative Reports in Criminal Proceedings  
▶ Shin Yi-chul ..... 64
- Considering A Prosecutor's Structure of Investigation Reasoning and Inference : Focusing on Abduction and Retroduction  
▶ Kim Dae-keun ..... 96
- Kritische Revision der Verfassungsentscheidung zum Gesetz des Schutzes der kinderlichen Darsteller vor dem sexuellen Missbrauch  
▶ Cho Sung-yong ..... 131
- Verfassungswidrigkeit der medikamentösen Behandlung gegen die geschlechtstreibenden Sexualdeliktes : Ist medikamentöse Kastration verfassungsmässig durch Einwilligung  
▶ Jeong Ji-hoon ..... 165
- Development Risk and Criminal Product Liability  
▶ Kim Ho-ki ..... 197
- A Study on Criminal Regulations against Criminal Voyeurism  
▶ Bae Sang-kyun ..... 226

## 사회생물학적 인간본성에 기원한 도덕과 형법의 무게

김혜경\*

### 국 | 문 | 요 | 약

형법은 가치, 당위의 집합체이다. 형법은 이미 옳고 그름의 판단이 종결된 사회의지의 총체이지만, 대체로 이미 완성된 '해야 한다'에 대한 검증이 귀납적으로 언제나 이루어지는 것은 아니다. 그런데 현상을 바탕으로 설계되지 않은 당위는 무한한 팽창력을 가지게 된다. 추구하는 선 또는 이상이 높을수록 형법으로 통제되는 행위의 폭은 넓어지고 반대로 행위선택의 자유는 무한히 축소된다. 형법이 제어할 수 없는 무서운 속도로 확대된다 하더라도 '그것이 옳기 때문'이라는 당위에 제동을 걸 장치가 없기 때문이다. 형법이 이상적인 인간상을 전제로 하여 끊임없이 '해야 한다'를 요구하게 된다 하더라도, 그것이 선이기 때문이라는 결론에 대하여 반박할 수 없다면 형법은 인간의 자유를 위한 도구가 아니라 오로지 사회통제의 수단으로 전락해 버리고 말 것이다.

사회생물학에 기원하여 인간본성을 다루고 이를 기초로 형법의 무게를 엿보고자 하는 이유가 바로 여기에 있다. 형법의 기능 또는 과제를 이해할 때, 도덕은 그 근저에 놓이게 된다. 물론 도덕·윤리는 이타성 또는 호혜성의 면에서 타인에 대한 선한 행위를 요구하지만, 형법은 이타적 행위를 강제하거나 이기적 행위를 통제하지 않는다. 그러나 형법은 법익을 존중하라는 사회의 요구를 무시하고 평화로운 공동생활에 필수적인 신뢰의 기반을 흔드는 인간의 태도 내지 행위 그 자체에도 관심을 가진다. 이처럼 윤리적으로 가치 있는 행위의 보호의 측면에서 형법은 윤리 또는 도덕의 최소한이 된다. 그리고 인간본성에 가까운 행위일수록 그 자체가 규범이 존재하지 않아도 준수될 가능성은 매우 높다. 반면 인간본성에 반하는 행위에 대한 형법적 개입은 집단의 유지라는 또 다른 인간본성에 적합하기 때문에 의미가 있을 뿐만 아니라, 이러한 강제에 드는 비용이 보다 적어진다. 다른 한편으로는 인간본성으로부터 넘어서는 행위들에 대하여 형법이라는 강제적 통제수단을 부여할 경우에는 규범준수의 가능성이 본성에서 멀어질수록 낮아진다는 점에서, 사회적 비용 역시 높아지게 된다.

인간본성에 기원하여 인간에 대한 사실현상을 탐구하고 현상을 근저에 둔 행위통제를 설계함은, 팽창에 가속을 더하는 형법적 통제에 제동을 걸 단서가 될 수 있다는 기초적인 발상이 본 연구의 출발점이다. 형법적 통제가 제공하는 사회적 이득을 극대화시킬 정도로 형법적 개입은 높아질 수는 있지만, 사회구성원들의 안정된 형태의 자발적 협조라는 규범준수의 본성이 진화되는 것을 막을 만큼 그 기준이 높아서는 안 되기 때문이다. 그것이 사회생물학적 인간본성에 기원한 형법적 당위의 한계이자 형법적 경역성의 실체일 것이다.

❖ 주제어: 사회생물학, 인간본성, 도덕, 당위, 사회통제, 호혜적 이타성, 진화윤리학, 진화심리학, 형법의 기능

\* 계명대학교 사회과학대학·부교수

## I. 왜 진화론인가?

집단 또는 공동체가 개인의 어떠한 행위가 일탈적인지를 결정하고 징계하여 왔다는 점은, 동서고금을 막론하고 인간사회의 불변적 요소일 뿐만 아니라 체제유지의 본질적 모습임은 자명하다. 그리고 이를 토대로 공동체는 통제수단을 결정하여 왔고, 현대 국가들은 가장 적극적이고 강력한 통제의 방법으로서 형법을 전방위적으로 내세워 국가형벌권을 행사하고 있다. 어떠한 국가형태를 취하는가와 관계없이 현대 국가에서 형법은 법률의 옷을 입고 그 정당성을 인정받아 왔다. 즉, 국가의 기원은 소수의 지배자가 권력을 잡고 다수인을 지배한다는 점에 있으므로, 그와 같은 강제장치의 발생을 합리적으로 설명할 수 있어야 한다는 점은 국가기원에 관한 다양한 학설들<sup>1)</sup>의 공통점이기도 하다. 공동체의 형성과 그로부터 기인하는 국가의 기원은 강제적인 통제수단의 장악을 통해서 이해되어 온 것이다. 우리는 이로부터 국가의 형성과 유지에 있어서 형법이 가지는 강한 의미를 포착할 수 있다.

그러나 형법을 국가의 형성과 존속의 기반으로 이해한다고 하더라도, 오로지 인위적인 강제수단으로 형법이 無에서 창조되었다고 단언할 수는 없으며, 형법의 기원을 다시 찾고자 한다면 우리는 인간으로서 당연히 ‘해야만 하는 어떤 것’ 또는 ‘금지되는 어떤 것’이 무엇이고 왜 그러한지를 설명하여야 할 것이다. 그리고 그 지점에서 지금까지 논해 왔던 것은 인간으로서 지켜야할 당위로서의 윤리 또는 도덕이다.

윤리 또는 도덕의 기원을 설명하기 위한 많은 시도들 중에서, 안타깝게도 통합적이거나 다른 영역의 지지를 얻는 가설은 아직까지는 특별히 눈에 띄지 않는 듯하다. 그러나 인류가 도덕 공동체 내에서 생존해 왔고, 그러한 도덕공동체 내에 공유된 가

---

1) 특히 Jared Diamond, *Guns, Germs, and Steel*, 1997(제레드 다이아몬드·김진준 역, 총, 균, 쇠—무기·병균·금속은 인류의 문명을 어떻게 바꿨는가, (주)문학사상, 2013)은 민족 및 국가형성에 관하여 인류의 초기 이동단계부터 정착을 통해 집단형성 및 확장하는 과정을 생물학적이고 역사적으로 추적함으로써, 국가의 기원에 대하여 이론을 배제하고 오로지 사실적 현상을 통해 설명하고 있다. 즉, 이론적으로는 루트비히 고프로비치, 존 로크, 장 자크 루소, 프리드리히 엥겔스, 임마누엘 칸트, 콩도르세, 토머스 홉스 등이 실력설·계약설·신의설·재산설·계급설·족부권설 등을 통하여 국가의 기원을 설명하고 있지만, 이들 역시 가설이거나 역사적 현상의 일부를 포착하여 형성된 이론이라는 점에서 전자와는 그 근거가 다르다고 할 수 있다.

치가 개인에게 선악 또는 당·부당을 규정하며 개인에게 명시적 또는 묵시적인 강제로 작용하여 왔다는 점은 어느 학설에 의하든 공통적인 지지기반이 된다. 그리고 그 근거에는 인간다움, 즉 인간본성에 관한 논의가 놓여 있다. 물론 도덕성의 실체 찾기는 학제마다 다양하게 제시될 수 있으며, 어느 하나의 이론이 옳다고 해서 그와 다른 이론이 언제나 옳지 않은 명제인 것은 아니다. 당위로서의 규범윤리학적 접근을 하든 정의로서 메타윤리학적 접근을 하든 간에, 그것이 진화론이든 아니든, 무엇으로부터 출발하는가를 제한하거나 통제할 수 있는 것이 아니라는 점은 인정하여야 할 것이다.

지난 반 세기 동안 도덕의 기원에 관한 치열한 논쟁의 도화선이 된 것은 사회생물학의 출현이라고 할 수 있다. 사회생물학은 진화론을 근거로 하여, 인간을 포함한 자연현상으로서의 생물의 모든 행태들이 진화를 통해서 생성되고 발달되어 왔다는 인식을 전제로 한 포괄적인 행동연구방법론의 분과라고 할 수 있다. 인간도 예외는 아니어서 ‘사회적 행동 양식의 진화와 적응치에 관계되는 문제들’을, 사회생물학은 인간의 집단형성과 발전에도 동일한 이론을 적용하여 설명하려고 한다.<sup>2)</sup> 진화론적 사고는 구조와 기능, 행동양식을 가지는 모든 생명체가 생물학적으로 가지는 역사를 기초로 하여 개체 또는 집단의 형성과 발전에 관하여 접근하기 때문에, 인간 역시 예외가 아니라고 보는 것이다. 따라서 도덕개념 역시 진화의 산물로 이해하고자 한다.<sup>3)</sup> 사회생물학은 개체들에서 나타나는 중요한 행동 양태의 원천을 유전자의 특성 또는 영향력의 행사 과정으로 보면서 이를 역으로 추적하는바, 이와 같은 관점에서 본다면 인간 행동의 목적은 유전자의 적응도를 최대화하는 것이라는 점을 전제한다. 즉, 사라지지 않고 계속 존속되는 행동은 특정 유전자의 재생산을 가능하게 하는 행동이라는 것이다.<sup>4)</sup> 그리고 그러한 행동들의 축적이 인간본성으로 표현된다고 본다.

그러나 그 어떤 사회생물학자들도 오로지 유전자로부터 인간본성이 축적되어, 그

2) Barash, D., Soziobiologie und Verhalten, Berlin-Hamburg, 1980, 108면.

3) Wuketits, M., Gene, Kultur und Moral: Soziologie-Pro und Contra, 1990(부케티츠·김영철 역, 사회생물학 논쟁, 사이언스북스, 1999), 140면.

4) Roger Trigg, The Shaping of Man, 1982(로저 트리그·김성한 역, 인간본성과 사회생물학—사회생물학의 철학적 측면을 논하다, 공리, 2007), 16면.

것이 문화현상의 일부인 윤리로 구축되었다고 단언하지는 않는다. 그럼에도 불구하고 여전히 진화론을 바탕으로 한 이러한 연구와 논쟁이 지속되는 이유는, 인간본성을 기초로 하지 않은 형이상학적인 윤리학은 사상누각에 불과하다는 비판과도 무관하지 않을 것이다.

즉, 사회생물학이 진화론에 기초하여 인간의 생존과 유지에 관한 사실들을 제공한다면, 최소한의 인간상을 기본으로 한 도덕규범의 출발과 그 발전을, 사실을 기초로 하여 이해할 수 있을 것이다. 다만, 현상에 대한 설명과 추구하여야 할 당위는 동일한 차원의 문제가 아니라는 점은 여전히 극복해야 할 과제임은 물론이다. 다만, 여기에서는 도덕의 기원으로부터 당위를 찾아내어 설정함을 목적으로 하지 않고자 한다. 그에 앞서서 사회통제 구조로서 도덕과 형법체계의 생물학적 근거를 재구성해보고자 한다. 즉, 사회구조의 정당화를 목적으로 하고자 함이 아니라, 생물학적 근거를 바탕으로 재구성되는 구조의 안정된 모습으로부터 도덕과 형법체계의 최소한의 지점, 즉 한계를 찾아내고 그 무게를 한정하는데 필요한 기초적인 설계를 하고자 한다.

이는 형법의 기본원리로서 죄형법정주의의 한계와도 관련된다. 죄형법정주의의 해석을 현대적 의미의 실질적 비례성의 원칙을 가미하여 이해한다고 하더라도, 죄형법정주의는 헌법에서 허용할 수 있는 한계지점 내에서의 비례만을 의미할 뿐이다. 즉 행위의 불법성과 형벌량 간의 비례를 한정하는 역할을 할 뿐이며, 정작 어떠한 행위가 ‘해야 할 것’ 또는 ‘하지 말아야 할 것’인지에 대한 증거는 형법이나 헌법내적으로는 찾아질 수 없다. 헌법은 다만 그것이 감내할 수 있는 형벌의 양인가의 기준에 대한 소극적인 장치로서의 역할만을 하고 있기 때문이다. 물론 보호법의 없는 범죄를 부정함으로써 그 한계를 간접적으로 제시할 수 있지만, 설령 보호법익이 있더라도 어느 만큼의 보호를 형법으로 포섭할 것인가는 여전히 미답인 상태이다. 따라서 사회생물학적 현상이 설명에 그친다고 하더라도, 사실로서 지탱되는 인간본성을 찾아내고 설명할 수 있다면, 그것이 도덕과 형법이 인간에게 감내할 것을 요구할 수 있는 당위의 한계 역시 아직은 미약하더라도 탐구되는 계기가 될 것이다.

이러한 문제의식을 전제로 하여, 본 논문에서는 우선 인간본성이란 무엇인가, 즉 생물학적으로 찾아질 수 있는 객관적이고 사실적인 본성이 무엇인지를 살펴보고

(II), 인간본성과 도덕과의 관계를 이해하고자 한다. 즉, 도덕의 기원을 생물학적 진화과정에서 찾을 수 있다면, 인간본성과 도덕과의 관계설정의 단서를 통해 존재와 당위의 간극을 넘어설 수 있지 않을까 한다(III). 그리고 마지막으로 도덕을 근거로 인위적으로 설계되는 형법의 무게를, 인간본성에 기초한 최소한의 인간상에 기초하여 설정할 수 있는지 모색해 보고자 한다(IV).

## II. 진화론적 인간본성 찾기

### 1. 생물학적 현상으로서 인간본성의 출발점

#### 가. 인간본성 찾기의 의미

원 의미의 인간본성이라 함은 문화적 요인을 제거하거나 또는 우리가 문화라고 일컫는 현상의 초기 단계에서 생물학적으로 인간 고유의 발생사상 인간의 행동양식의 종합적인 태양 또는 그 원인되는 진화적 소산이라고 할 수 있다. 이는 선악의 문제도 아니며 당위의 문제도 아니다. 가장 단순하게는 오로지 현생인류의 생존과 번식에 유리한 영향을 미치는 생물학적 동인이라고 보는 것이 타당할 듯하다.<sup>5)</sup>

물론 인간본성의 정의부터 실제로 그것이 존재하는가 역시 여전히 논란의 대상이다.<sup>6)</sup> 그러나 이제는 최소한 인간본성은 개개인의 인격을 지칭하는 것이 아니라, 인간의 행동을 조건화하는 다양한 영향력에 대응하면서 지속적으로 축적되어 온 생물학적 특성으로 이해하고자 함이 한 축인 듯하다. 즉, 일반적으로 동서고금을 막론하

5) 물론 인간본성이라는 개념의 정의에 대하여도 많은 논란이 있어 왔다. 이에 관한 자세한 논의는 Paul R. Ehrlich, HUMAN NATURES: Genes, Cultures, and the Human Prospect, 2001(폴 에얼리크·전방욱 역, 인간의 본성(들)-인간의 본성을 만드는 것은 유전자인가, 문화인가?, 이마고, 2008); Peter Singer, The Expanding Circle: Ethics, Evolution, and Moral Progress, 1981(피터 싱어·김성한 역, 사회생물학과 윤리, 연암서가, 2012); Roger Trigg, The Shaping of Man, 1982(로저 트리그·김성한 역, 인간본성과 사회생물학-사회생물학의 철학적 측면을 논하다, 궁리, 2007) 등 참조. 동 문헌들은 사회생물학과 윤리의 문제를 동조하거나 또는 비판하기 위하여 다양한 이론을 소개하고 있다.

6) 인간본성의 개념과 유무에 관한 논쟁의 자세한 내용은 로저 트리그·김성한 역, 앞의 책 61면 이하 참조.

고 인간의 행동이 균일하고 그 원리와 작용이 항구적인 것으로 인정되고, 동일한 동기는 항상 동일한 행동을 산출하며, 그 결과 인간 행동의 본질적이고 보편적인 원리들이라는 것이다. 흄은 이를 역사의 주요 역할로 이해하고 있는 바,<sup>7)</sup> 역사의 역할은 인간본성의 항구적이고 보편적인 원리를 밝혀주는데 있다고 보았다. 물론 그러한 이해에 관하여는 지금까지도 역사가들의 거센 비판을 받고 있다. 그러나 최소한 인간본성이 항구적이라는 점을 인정하였고 이를 인과관계의 문제로 접근하였다는 점에서는, 인간본성이 단지 생물학의 문제만은 아니라는 점을 정확히 지적하고 있다고 보아야 할 것이다. 이와 같은 흄의 사고는 실제로 다윈의 이론에 지대한 영향을 미치게 되었는데,<sup>8)</sup> 다윈은 이를 토대로 진화론적으로도 인간의 본성은 선하지도 악하지도 않으며 중립적이라는 인간의 도덕성에 관한 관점을 제시하였기 때문이다.<sup>9)</sup>

다윈은 인간의 도덕적 능력을 진화론적 근거에서 찾고자 하였다. 그에게서 도덕적 행동이란 선천적으로 인간의 이성 속에서 주어진 것이 아니라 진화의 결과라고 이해하였으며, 도덕의 기원을 선택이론으로 설명하고자 하였다. 즉, 인간의 도덕적 의미, 법과 불법에 대한 감정이나 양심은 동정심이라는 본능에 기인하는데, 도덕적 판단력은 동정심의 본능처럼 공동체의 복지를 지향하며 오로지 개인의 행복이라는 이기적인 추구에 그치지 않기 때문이라고 보았다. 그러면서도 모든 생명체에 공통하는 사회적 본능과 인간의 도덕능력을 구분하면서 인간의 도적본능은 지적 능력과 언어능력에 의하여 가능하게 된다는 점에서 다른 생명체와는 질적으로 차이가 있다고 보았다.<sup>10)</sup> 이러한 사고가 진화론에 근거한 도덕성의 기원 찾기의 시발점인 것이다.<sup>11)</sup>

7) David Hume, *An inquiry concerning human understanding*, 1758(데이비드 흄·이준호 역, 오성에 관하여, 서광사, 1994), 83면.

8) Michael Ruse, *Taking Darwinism Seriously*, Basil Blackwell, 1986, 266면 이하는 다윈주의와 흄의 유사성으로서 1. 도덕성이 전적으로 인간 본성의 기능이라고 판단. 2. 도덕적 감정을 단순한 느낌의 이상이라고 파악하며 도덕적 감정은 의무감을 수반하며 그러한 점이 동기부여가 된다는 점, 3. 밀착의 정도가 도덕적 의무감의 강도에 영향을 미친다는 점을 들고 있다.

9) Charles Darwin, *The Expression of Emotion in Man and Animals*, University of Chicago Press, 1872.(Charles Darwin, *The Expression of Emotion in Man and Animals*, Project Gutenberg, 2011 참조)

10) 김형민, “진화윤리학의 규범적 논증의 가능성”, 종교연구 제32권, 한국종교학회, 2003/9, 134면 이하 참조.

그럼에도 불구하고 지난 반세기 동안 사회생물학은 인간을 유전자의 생존기계로 지칭하면서 생존기계로서의 본질을 이기적 또는 이타적, 호혜적이라는 은유적 표현을 통하여 논박하여 왔다.<sup>12)</sup> 그러나 중립적 관점에서 객관적 사실을 통하여 인간본성을 탐구하고자 하였던 사회생물학의 기원이 바로 그러한 은유에 의해서 은폐되어 졌다는 점에 주목하여야 할 것이다. 따라서 인간본성 찾기를 다시 논함에 있어서는 중립성을 기초로 하여야 할 것이다. 이러한 중립성은 도덕성의 기원을 탐구함에 있어서도 고수되어야 한다. 즉 다른 생명체에게서도 발견되는 공통된 경향이나 능력을 배제하고 인간의 도덕성을 찾는다는 것은, 이미 인상지위된 결론에 귀납적으로 논거를 붙이는 작업에 불과하며 그러한 방법론은 생물학적 방법론을 포기한 것과 다름없다. 즉, 인간본성으로부터 기원하는 도덕성의 찾기관 인류의 진화과정에서 발견되는 경향이나 능력들을 기초로 하여야 한다.

#### 나. 공통된 특성으로서 본성의 조건

생물학적 관점에서, 어느 정도까지 생물학이 도덕체계들의 발달과 형성에 영향을 주는가의 문제, 즉 인간의 도덕성이 어느 정도로 자연선택의 산물인가를 확인하는 방법 중 하나는 인간과 유사하면서 비슷한 선택압력이나 진화의 조건들에 기인한 다른 유사한 생물학적 종의 행위를 조사하는 것이다.<sup>13)</sup> 이는 전형적인 생물학적 방법론으로서, 영장류들이 집단 내에서 이익갈등을 방지하거나 관리하고 해결하는데

11) 여기에서 다윈은 사회적 본능과 인간본성으로서의 도덕성에 차이를 두고 있음을 알 수 있다. 즉, 사회적 본능은 집단체계를 구성하는 모든 생물체에 공통하는 경향들을 의미하지만, 도덕성은 이보다 차원이 높은 무엇으로 보고 있다. 그러나 인간본성 역시 사회적 본능을 그 근저에 둔다는 점을 부인하지는 않는다.

12) 대표적으로는 Edward O. Wilson, *Sociobiology*, 1975(에드워드 윌슨·이병훈 역, 사회생물학, 민음사, 1992); Paul R. Ehrlich, *HUMAN NATURES: Genes, Cultures, and the Human Prospect*, 2001(폴 에일릭·전방욱 역, 인간의 본성(들)-인간의 본성을 만드는 것은 유전자인가, 문화인가?, 이마고, 2008); Richard Dawkins, *The Selfish Gene*, 1976(리처드 도킨스·홍영남 역, 이기적 유전자, 을유문화사, 1993) 등. 그리고 생물학에 있어서 이러한 은유적 표현에 대한 비판에 관하여는 김성한, “진화생물학에서의 이기성과 이타성이라는 용어 사용의 문제”, 철학논총 제44집 제2권, 새한철학회, 2006, 31면 이하; 전중환, “진화생물학의 은유-‘이기적 유전자’와 ‘스팬드럴’을 중심으로”, 대동철학 제54집, 대동철학회, 2011. 3, 117면 이하 참조.

13) Leonard D. Katz, *Evolutionary Origins of Morality*, 2000(레오나드 캐츠·김성동 역, 윤리의 진화론적 기원, 철학과현실사, 2007), 16면.

사용하는 위계질서, 호혜주의와 화해, 위로, 갈등개입, 조정 등을 탐구함으로써 갈등에 대한 공동의 해결책을 구하는 능력과 의욕을 통해 인간본성을 유추하는 것이다. 비록 그러한 생명체들이 인간으로서의 도덕적 존재자가 아닐지라도, 오히려 도덕적 존재자가 아니라는 점이 인간의 생물학적 본성을 탐구하는데 더욱 적절하기 때문이다.<sup>14)</sup>

두 번째는 하나의 생활방식이 단지 순간적으로 또는 한 세대에 창조됨에 그치는 것이 아니라 세대를 넘어서 무한히 지속될 수 있도록 하는 무엇이어야 한다.<sup>15)</sup> 과거에 그러하였던 것뿐만 아니라 현재에도 지속되고 있고 미래에 대한 행동양식에 대한 가능한 답이 되어야 의미가 있기 때문이다.

마지막으로 인간의 도덕적 행위의 규칙에 상응하는 사회적 규칙성의 발현이어야 한다. 도덕체계의 기초라는 측면에서 본성은 집단 또는 사회 내에서 개체들 간의 연대가 생성되고 이를 촉진하는 어떠한 행동양식일 필요가 있다. 즉, 호혜성이라든가 감정이입, 공동체적 관심 등 개인적 수준에 국한되는 특징이 아닌, 집단 내의 또는 집단 간의 존속 또는 유지를 위하여 요구되는 요소들이 점차적으로 사회적 규범으로 정착된다는 점에 주목하여야 한다. 여기에는 사회적 규범들의 내면화도 포함될 수 있으며, 독립적 개체들의 사적 이익이라 하더라도 궁극적으로 관계형성에 영향을 미치는 인지들을 포섭하는 것으로 이해하여야 할 것이다.

## 2. 생물학적 인간 본성 엿보기

### 가. 도덕주의적 공격체계

생물학적 의미에서 공통된 의미의 본성이란 생존과 번식 및 이에 유리한 행동양식이다. 유전자의 이기성을 언급하는 이유 역시 개체단위에서는 생존이 유일한 목적이기 때문이다. 따라서 만일 자신을 다소 희생하여 타자에게 이익이 되는 행동을

14) 이러한 연구방법론은 다양한 영장류들을 대상으로 하여 꾸준히 지속되고 있다. 이들 연구의 목적은 세부적으로는 매우 다양하지만, 영장류의 속성을 연구함으로써 영장류의 한 종을 이루는 인간의 초기 모습 또는 발전과정을 추론하고자 한다는 점에서는 공통된다.

15) Garrett Hardin, "Is violence natural?", Zygon, 1983, 412면.

한다고 하더라도 유전자의 입장에서 이러한 타자의 이익이 자신에게 그 무엇인가 이익이 되지 않는 한 이타적 행동은 선택되지 않는다. 따라서 이타성<sup>16)</sup>이란 순수하게 타인을 위하여 자신을 희생하는 윤리적이거나 철학적인 무엇이 아니다. 이타성은 종종 호혜성으로 표현되기도 하는데, 이 경우의 호혜성이란 생존을 위한 나눔의 정도로 이해함이 타당하다. 예컨대 집단 내에서 공격행위를 하는 자에 대하여 보이는 적대적 행동들은 응보의 한 형태로서 계산된 호혜성이 드러나는 것으로 이해된다. 사회적 규칙성에 대한 감각이 장래의 생존기회의 보장형태로 존재하며, 사회적 규약의 위반을 지각하고 이에 대하여 공격적으로 반응하는 개체는, 협동하지 않는 비용을 증대시키고 더 중요하게는 기만하거나 호의를 되갚지 않는 일의 비용을 증가시킴으로서 호혜성 체계가 강화되도록 일조하는 것이다.<sup>17)</sup>

즉, 개체가 다른 개체에 대하여 기만적 행위를 하게 되면, 당해 개체는 상대방이 이전에 협동함으로써 이익을 얻는 관계를 훼손시키게 되고, 그렇게 함으로서 기만자는 상대방의 비용으로 이득을 보는 대신 호혜성 체계를 불안정하게 만들게 된다. 이 때 하위 개체의 저항이나 상위 개체의 응징을 통하여 기만자는 이른바 ‘도덕주의적 공격’을 당하게 되고, 이를 통하여 기만을 방지함과 동시에 호혜성 체계는 재안정화되는 것이다. 반대로 이와 같은 도덕주의적 공격체계가 통일적으로 작동하지 않는다면, 기만자나 공격자 모두에게 이득이 되지 않는 보복의 순환이 이루어지게 되고 이는 궁극적으로 집단 전체의 생존에 이득이 되지 않기 때문에 그러한 체계는 존속되기 어렵다.

여기에서 원시적 형태의 정의의 모습을 보게 된다. 정의의 개념 또한 매우 다양하지만, 대체로 ‘정의’는 공리나 최대다수의 최대행복, 또는 자유주의적 평등주의, 공동선의 의미로 이해된다.<sup>18)</sup> 균형 또는 공평한 분배, 공동의 선 등 어떠한 의미이

16) 이타성에 관한 자세한 내용은 리처드 도킨스·홍영남 역, 앞의 책, 151면 이하; 에드워드 윌슨/최재천·장대의 역, 앞의 책, 291면 이하; 폴 에얼릭·전방욱 역, 앞의 책, 83면 이하; 피터 싱어/김성한 역, 앞의 책, 25면 이하 등 참조.

17) Robert Trivers, “The evolution of reciprocal altruism”, *Quarterly Review of Biology*, 1971, 35면 이하에서는 이를 도덕주의적 공격(moralistic aggression)이라고 명명한다.

18) Michael J. Sandel, *Justice; What’s the right thing to do?*, 2009(마이클 샌델·이창신 역, 정의란 무엇인가, 김영사, 2010), 340면. 가장 대중적으로 이해되는 정의의 다양한 형태를 설명하고 있는 저자는 궁극적으로 공동선을 정의로 보고 있다. 그런데 영장류의 생존전략으로서의 호혜성 역시

든지 집단 내 개인의 존중을 의미한다면, 원시적 형태의 호혜성체계는 공동 또는 최대다수의 생존을 위한 이득과 희생의 공평한 분배의 모습이라는 점에서 인간의 정의에 대한 선구적 형태일 수 있기 때문이다. 즉, 생존전략으로서 이득의 상호교환과 이러한 체계의 고착화가 사회적 규약의 형태를 띠고 이에 대한 위반이 보복의 형태로 나타난다는 점에서 ‘정의’인 셈이다.

### 나. 사회통제 구조의 발전방식

생존을 위한 개체들의 군집은 불가피하게 갈등을 수반한다. 갈등이란 사회적 기대에 대한 개체들 간의 불일치에 의해서 발생할 수도 있으며, 생존을 위한 필요불가결한 자원과 관련한 경쟁에 의하여 유발될 수도 있다. 어떠한 형태든 궁극적으로 생존과 번식을 목적으로 한다면 갈등의 해결은 필요불가결하며, 집단형태에 따라 다소 다를지라도 가장 궁극적인 방법은 제재와 타협이다. 이와 관련하여 집단구조의 발전에 관하여는 지배나 복종에 대한 유전적 소질 유무와 관련하여 두 가지 가설이 가능하다. 평등주의와 전제주의가 그것이다.

우선 가장 원시적이고 소규모의 집단은 구성원사이에 평등주의가 유지된다. 즉, 상위 지배집단과 하위 피지배집단으로 구분되지 않는 형태로서, 초기 인류의 형태는 지배나 복종에 대한 아주 강력한 유전적 소질이 없었다는 점을 전제로 한다. 초기 인류들은 수백만 년 동안 평등주의적이었기 때문에 구석기 이후의 조건들이 어떠한 형태의 문화적 토대를 구축하였으며, 이를 기초로 집단을 위계화시켰는지가 핵심사항이 된다. 이에 관하여는 객관적으로 검증된 사실 위에 수많은 가설들이 대립하여 왔다. 그 중 하나의 가설은 평등주의 집단 내에서 일탈적인 행위들<sup>19)</sup>에 대한 도덕적 제재란 갈등을 야기할 것 같은 경쟁적이고 약탈적인 행위를 실효적으로 억누름으로서 사전에 완화시킴을 의미하였다고 본다. 즉, 도덕적 공동체가 유지되기 위하여 부적당한 경쟁, 지배, 희생을 피하기 위한 집단적 노력은 의도적이고 사전적

궁극적으로는 최대다수의 생존을 위한 규칙준수와 위반자에 대한 공격이라는 점에서 부분적으로는 공동선의 의미도 담고 있다.

19) 평등주의 무리에서 합리적으로 잘 통제되는 전형적인 행위로는 불량배 행위, 협력의 맥락에서 기만하기와 회피, 사기나 절도, 성적 범죄 등이라고 한다. 레오나드 캐츠·김성동 역, 앞의 책, 110면 이하 참조.

인 갈등회피 방법을 채택한다는 것이다.<sup>20)</sup>

그러나 잉여생산을 통하여 집단의 규모가 커지고, 전제주의적 집단체제가 형성된 이후에는 강력한 통제가 도덕적 체계의 구축과 발전을 강화시켰다고 본다. 인간본성에 관하여 또 다른 가설은 동일한 객관적 사실위에서 지배와 복종은 인간본성에 강하게 정립되어 있다고 본다.<sup>21)</sup> 이 경우 도덕공동체의 진화는 무리가 내부의 공격적인 일탈자를 다루는 능력의 개선과 연계하여 진행된다고 본다. 그리고 구성원 단위에서는 그러한 공동체에 적응하는 능력이 높을수록 개인적인 생존가능성도 높아지기 때문에 도덕공동체에 대한 적응능력 역시 진화해 간다고 본다. 그런데 이러한 사회구조 하에서는 보다 강력한 사회적 제재가 재생산됨이 필연적이다. 강력한 제재는 보다 순응적인 구성원의 생존을 보장하게 되고, 반대로 일탈자에 대한 제재를 통하여 집단 전체의 번영을 확보하려고 하는 경향이 생기기 때문이다.

이를 종합하여 볼 때, 평등주의적 구조에서는 도덕공동체는 先 제재의 형태로서 유대관계를 보다 강화하는 경향이 있는 반면, 전제주의적 구조에서는 공격적 일탈자에 대한 後 제재의 강화를 통해 집단 및 사회통제구조가 발전되어 나감을 알 수 있다. 또한 두 가지 성향 모두 인간 본성의 일부를 구성하고 있으며, 어느 구조를 선택할 것인가는 구석기 이후 어떠한 문화적 현상을 겪게 되었는가의 차이, 즉 일종의 외부압에 의하여 결정되었다고 볼 수 있다. 예컨대 전제주의 구조라 하더라도 하위자들이 집단적인 반란을 통해 우두머리의 역할을 영구히 제거해 버리게 되면, 선도덕적 공동체가 문화적 실재로서 존재하게 된다. 이는 그러한 제도의 이득을 구성원들이 지각적으로 명백히 인식하기 때문이다. 결론적으로 어떠한 사회통제 구조가 발전하였는가는 인간본성에 기원하되 전적으로 그것에 의존적이지는 않다는 점을 의미하는 것으로 보인다.

20) Christopher Boehm, "The evolutionary development of morality as an effect of dominance behaviour and conflict interference", *Journal of Social and Biological Science*, 5, 413면 이하 내용의 요약이다.

21) Lionel Tiger, *Men in Groups*, Random House, 1969; Roger D. Masters, *The Nature of Politics*, Yale University Press 1989 등은 인간은 비교행동학적으로 전제주의적이라고 하면서, 그러나 지배당하기보다는 지배하기를 선호하는 본성이 있다고 본다. 앞선 평등주의를 주장한 Boehm 역시 전제주의도 인간본성일 수 있음을 자인한다. 그럼에도 불구하고 평등주의적 정치형태에서 구성원들은 내재적으로 지배를 회피하는데 동의하기 때문에 통제받지 않는 상태를 유지하기 위하여 다양한 형태의 일탈을 엄중히 그리고 연합된 형태로 선 단속한다고 주장한다.

### 3. 진화의 예측: 도덕에 관한 인간본성 찾기

#### 가. 행위선택의 다윈주의

도덕 또는 규범과 관한 인간본성이라는 표현 자체는 다소 논쟁적일 수 있다. 도덕은 당위의 문제이고 인간본성은 현상에 관한 설명이라고 주장하는 바에 의하면 양자는 병렬적으로 연관성을 가질 수 없다. 그러나 도덕의 진화론적 기원을 찾는다는 의미가, 본성적으로 정립된 개체들 또는 집단과의 관계에 있어서의 행위선택의 원인을 생물학적으로 모색한다는 취지라면 이해가 달라진다. 이와 관련하여 지금까지 많은 주목을 받았던 이론은 소위 티포택(Tit For Tat)전략이다.<sup>22)</sup> 그러나 동 이론은 10만 세대가 넘는 인류 전체의 진화의 측면에서는 협력이 가져오는 이득을 설명할 수는 있지만, 개개인의 행위선택의 기준 또는 동인을 설명하기에는 역부족이다. 즉, 반복된 실험 속에서 가장 이상적인 모형을 찾아서 거시적인 면에서 진화의 결과를 설명할 수는 있지만, 개개의 인간이 특정한 행위를 선택하는 원인, 즉 인간본성의 기원을 하나하나의 행위선택의 측면에서 찾아 적용하기는 어렵다.

이와 관련하여 최근에 행위선택의 동인을 개인의 진화심리학적 측면에서 다윈적으로 접근하고자 하는 이론이 주목을 받고 있다.<sup>23)</sup> 이를 간략히 소개하면 다음과 같다. 우선 진화란 환경에 적응하기 위한 다윈적인 해결책들 중에서의 선택의 문제라고 본다.<sup>24)</sup> 그리고 진화의 예측은 사용가능성(availability), 의존가능성(reliability) 및 효율성(efficiency)에 의해 좌우된다고 본다. 즉, 생존을 위해 사용가능한 메커니

22) Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, 2006(로버트 액셀로드·이경식 역, *협력의 진화, 시스템마*, 2009). 티포택이란 ‘눈에는 눈, 이에는 이’라고 풀이되는 ‘맞대응 전략’을 의미한다. 즉, 티포택은 우선 협력으로 시작하고, 그 다음부터는 상대의 대응방식에 따라 맞대응하는 단순한 전략을 의미한다. 액셀로드가 반복된 실험을 통해 통계적으로 입증한 이 이론에 따르면 인간의 진화에 있어서도 협력 대 협력의 경우가 가장 진화론적으로 이득이 많아지게 된다. 그 결과, 협력의 진화는 인류의 발전에 가장 적합한 모형이라고 본다.

23) Elliot Sober & David Sloan Wilson, *Unto Others-The Evolution and Psychology of Unselfish Behavior*, Harvard University Press, 1999, Chapter 10 이하 참조.

24) 생존과 번식을 위해서는 위협적인 환경 또는 변화하는 환경에 적응하기 위한 다양한 해결책들을 본성적으로 구하기 마련이다. 이 경우 해결책은 상식적으로도 유일무이한 것이 아니라 다양한 방법이 가능할 수 있는데, 그 중에서 어떤 것이 선택되어 진화할지에 관한 예측이 가능하다는 점을 전제로 한 이론이다.

즘은 다양하지만, 그 중에서 특히 생존에 필요하고 또 의존가능한 전략이어야 하면서 경제성의 원리에 따라 가장 효율적인 방법이어야 한다. 그리고 만일 그러한 메커니즘이 많으면 많을수록 진화에 이득이 된다는 면에서 다원주의를 설명하고자 한다. 즉, 인간이 행위를 선택하는 가장 단순한 세 가지 규칙을 쾌락주의(H, hedonism), 이타주의(A, altruism), 다원주의(P, pluralism)로 나누고 이중에서 어떠한 원리가 행위선택에 가장 고려되는가를 살펴보는 방법이다.<sup>25)</sup>

그러한 원리를 차용하여 통제규범의 준수가 어떻게 선택되는가를 보면, 쾌락주의(H)는 통제규범준수는 그렇게 하는 것이 개인의 쾌락을 극대화하고 고통을 최소화하는 경우에 이행된다. 이타주의(A)는 그렇게 하는 것이 타인의 복지(사회유지)를 증진시키는 경우에 이행되고, 다원주의(P)는 그렇게 하는 것이 쾌락을 극대화하고 고통을 최소화하거나 사회유지를 증진시키는 경우에 이행된다고 가정할 수 있다. 이 경우 생물학적 인간이 통제규범을 준수하는가를 설계하는 문제에 대하여 보면 다음과 같다. 규범이 와해되어 위기에 빠진 사회에 대한 개인의 반응으로 이타주의는 규범준수를 필요로 한다고 믿는 개인의 행위선택기준이 되며, 이기주의는 이로 인한 걱정과 공포를 느끼는 개인의 행위선택기준이 된다. 이는 신념매개적인가 고통매개적인가의 문제인 바, 쾌락주의는 도구적 욕구가, 이타주의는 직접적이고 궁극적인 욕구가 행위의 동인이 되는 것이다. 이 경우 신념매개적인 경우에는 쾌락주의가 가장 비적합한 방식이다. 왜냐하면 이는 직접적인 동인이 아니라, 개인이 걱정과 공포를 느끼는 유일한 이유가 사회의 교란이 발생한다는 믿음으로부터 간접적으로 비롯되기 때문이다. 그러나 직접적으로 범죄로 인한 고통을 당하는 개인에게는 신념이 아닌 고통매개적으로 행위가 발생하게 되며, 쾌락주의가 가장 직접적 해결책이 될 것이다. 이와 같이 이해할 때에는 쾌락주의나 이타주의는 단절되고 대립되는

25) Elliot Sober와 David Sloan Wilson은 유기체가 자식을 돌보도록 하는 본성에 관하여 예컨대 쾌락주의란 부모의 보살핌을 제공하는 것이 보통 쾌락을 극대화하고 고통을 최소화하도록 그렇게 유기체가 구성되어 있어야 하거 유기체가 그렇다고 믿어야 한다는 의미라고 한다. 이 경우 도움을 필요로 하는 상황에서 이타주의적인 부모는 자신의 아이가 도움을 필요로 한다는 믿음만으로도 행동에 나설 것이고, 쾌락주의적 부모는 그러한 상황에 의하여 야기되는 걱정과 두려움이 발생할 때 비로소 행동에 나선다고 본다. 이 경우 행동의 우선순위는 이타주의가 쾌락주의보다 더 의존가능하지만, 진화적 이득원리에 따르면 둘이 언제나 하나 보다 낫다는 측면(Two is Better Than One Principle)에서 경쟁력은 다원주의가 가장 앞선다고 본다. 반면 쾌락주의는 의존가능성의 면에서는 가장 후순위에 해당한다고 한다.

행위원칙이 아니라 상황에 따라 공존할 수 있으며, 이타주의 역시 그로인한 개인의 생존과 간접적으로도 연결되지 않는 행위를 선택하지 않는다는 점에서는 쾌락주의로부터 완전히 벗어나지 못한다.<sup>26)</sup>

## 나. 행위선택기준으로서 관용과 협력

비록 인간에 대하여, 유전적으로 프로그램된 이기적인 생존기계로서의 인간상을 주장한다고 하더라도 이론적 차원에서 관용과 협력은 반드시 모순이 되는 것은 아니다. 사회가 지속적으로 발전한 변화의 산물 – 인간과 기타 생물체의 유전적 진화, 사회 내부 및 사회 간의 문화적 진화, 자연적 요인과 문화의 산물에 의한 환경의 또 다른 변화들 – 이라는 긴 시각에서 본다면, 이타성을 배제하고 인간의 여전히 진행되고 있는 진화를 논하기는 어려울 듯하다. 물론 인간의 이기성이나 이타성을 검증하고자하는 이와 같은 과학적 접근 역시 가설이다.

인간본성이란 단어는 복수로 사용됨이 타당하다.<sup>27)</sup> 인간은 처한 환경에 따라 매우 다양한 관점을 발전시키고 세대를 거치면서 본성도 늘 변화하기 때문이다. 따라서 인간본성 역시 여전히 진행되고 있는 진화과정에 있으며, 본성에 대한 탐구에 관한 그 어떤 것도 완전히 검증되지는 않았다는 점 역시 사실이라는 점에서는 그 어떤 가설도 단정할 수 없지만, 중요한 점은 왜 인간본성에 대한 탐구를 지속하는가이다. 우리에게 대한 이해는 법률체계를 포함한 우리가 살아가는 사회제도에 투명하게 반영되어야 한다.

26) 물론 이러한 설명 자체도 매우 피상적이고 명쾌한 해답을 제시하지는 못한다. 다만, 진화심리학적 측면에서 개인의 행위선택이 본성적으로 쾌락주의에서 비롯되는 것뿐만 아니라 다원주의적 측면에서 이루어진다는 것을 논증하기 위한 가설로서 의미가 있는 것으로 보인다.

27) Paul R. Ehrlich/Robert Ornstein, *Humanity on a Tightrope*, 2010(폴 에일릭·로버트 온스타인·고기탁 역, 공감의 진화, 에이도스, 2012, 161면.

### Ⅲ. 문화적 진화와 도덕의 이해

#### 1. 인간본성에 관한 현대적 의의

인간본성이란 진화사적으로는 생존전략과 직결됨을 알 수 있다. 그러나 생존전략은 존재하는 환경 – 그것이 자연이든 문화사회이든 – 의 변화에 따라 적응도와 적응방식의 차이가 발생하게 된다. 따라서 생물학적 접근이라 할지라도 현대사회의 인간본성을, 인류초기의 사바나 지역에 적응하면서 형성된 생존전략을 통해 형성된 인간본성으로부터만 찾겠다는 것은 모순이다. 현대 사회의 생존을 위한 생물학적 선택은 외부적인 환경압 자체의 변화를 전제로 설명되어야 하기 때문이다. 이때의 외부압은 이미 자연환경뿐만 아니라 문화환경도 포함하게 되며, 생물학과 사회학, 사회생물학과 윤리학이 서로 단절되어 독자적인 영역을 형성해서는 이해될 수 없다는 결론에 도달하게 된다.

인간의 행위를 오로지 생물학적으로만 한정하여 설명하기에는, 인간의 발생사를 넘어 진화과정에서 형성된 문화의 개입을 배제할 수 없음은 자명하다. 그럼에도 불구하고 여전히 생물학적 현상을 논함은, 인간 행위의 고유성이 생물학적으로 설명 지워진다고 해서 설명을 통하여 문화를 제거함이 과학의 목적은 아니기 때문이다. 보다 중요한 점은 현상들의 특이성을 이해함으로써 문화의 변이 역시 사실적 논거를 가질 수 있다는 것이다. 즉, 문화를 발달시키는 능력이 과연 어느 정도까지 생물학적 요인들에 의해서 결정되어지는가 하는 점, 사회형성 및 통제구조를 규정하는데 생물학적 요인들이 차지하는 비중이 어느 정도이며, 또 앞으로 미칠 영향력은 여전히 남아 있는가 하는 점 등에 오히려 초점이 맞춰져야 할 것이다.

따라서 생물학적 인과문제에 간혀 있을 것이 아니라, 인간본성을 기초로 하되 여전히 진화 또는 변화의 흐름을 이해하는 것이 중요할 것이다. 진화는 선형적으로 주어진 목적을 향하지 않는다는 점은 닫혀진 결론을 선불리 받아들여서는 안 됨을 시사한다. 진화는 인간본성을 내재하되 인간의 결단의 자유 역시 진화의 산물이기 때문이다. 사회생물학이 가설적으로 지어내는 인간상이 전부는 아니다. 정해진 규칙에 따라 진화가 불가분적으로 지속된다고 할지라도, 설령 도덕적 행위를 포함한 우리

의 모든 행동들이 유전적 경향성에 기초하고 있고 유전적 성향 구조의 영향을 받는다 하더라도, 그로 인하여 인간이 의식의 힘으로 그러한 구조를 변형시키거나 그 구조에 역행하는 결단에 도달할 수 있다는 점도 또한 생물학적 인과성에 의하여 설명되어질 수 있다. 그리고 그러한 양 측면을 부정할 필요는 없다.

## 2. 사회생물학적 사실과 해석의 차이

사기나 기만의 경우, 모든 생물들의 중요한 생존전략이자 수단이다. 인간은 약탈자로부터 생존수단을 강탈당하지 않기 위하여 기만행위를 하기도 하지만, 생존여력이 다분히 잉여상태인 때에도 호혜적 이타성의 혜택만을 받고 배신하거나 또는 무임승차를 하기도 한다. 기타의 생물들 역시 생존을 위하여 생존전략이 상대적으로 우수한 다른 개체의 외형이나 소리를 흉내내어 상위포식자를 기만하거나 다른 개체의 무리에 자신의 유전자를 보유한 개체를 섞어서 유전자 번식에 유리하도록 하기도 한다. 그러나 인간의 행위에 대하여는 비난을 하지만, 기타의 개체들의 그러한 유전적 진화를 비난의 대상으로 삼지는 않는다. 즉, 동일한 생물학적 사실에 대한 해석은 차이가 존재한다.

그러한 해석의 간극에는 도덕이 중심하고 있다. 도덕은 오로지 인간의 행위에 대해서만 가치를 개입시킨다. 그러나 사실과 가치 간에는 여전히 간극이 존재하는바, 소위 자연주의적 오류<sup>28)</sup>가 그것이다. 가치는 행위를 하는 이유(reason for action)을 제공해 주어야 하지만, 사실 그 자체가 행위를 하는 이유를 제공하지는 않기 때문이다.<sup>29)</sup>

이에 대하여는 두 가지 해명이 가능할 것이다. 첫째, 사실에서 당위를 끌어내는

28) 무어 또는 흠으로부터 비롯된 자연주의적 오류는 과학이 경계를 넘어서 인문사회로 영역을 넓히고자 할 때 가장 먼저 거론되는 비판의 핵심이다. 마찬가지로 생물학에서 윤리적 전제를 도출하는 것이 가능한가의 문제 역시 자연주의적 오류의 전형적인 예라고 볼려진다.

29) 자연주의적 오류라는 측면에서 사회생물학을 비판하는 주된 논지에 대하여는 류지한, “도덕에 대한 진화론적 설명 전략의 의의와 한계—윌슨의 『통섭』을 중심으로—”, 철학논총 제56집 제2권, 새한철학회, 2009. 4, 129면 이하; 소병철, “사회생물학적 도덕 이론의 메타윤리학적 타당성 검토—도덕성의 합리적 정당화 문제와 관련하여—”, 철학연구 제34집, 고려대학교 철학연구소, 2007, 5면 이하 참조. 사회생물학이 규범윤리학의 대안이 아니라는 논지의 전개는 권수현, “사회생물학적 윤리의 한계와 가능성”, 철학연구 제101집, 대한철학회, 2007. 2, 23면 이하 참조.

것이 언제나 불가능한 것은 아니다. 예컨대, 평등사회에서 성인들은 타인의 영역을 침범하지 않으려는 경향이 있다는 사실로부터 사람들은 타인의 주거를 침범하여서는 아니된다는 당위가 도출되는 것이 언제나 불가능한 것은 아니다. 또는 사람은 독약을 마시면 죽는다는 사실로부터 독약은 일반인들이 취급하지 않아야 한다거나 일반인들의 접근으로부터 멀어지도록 하여야 한다는 당위가 나올 수 없다고 단정할 수 없다. 둘째, 사실은 증명을 통하여 당위로 정립될 수 있다. 도덕 또는 윤리 영역에서 진화론의 영향을 거부하는 입장에서는 사실이 아무리 많이 축적된다고 하더라도 그것을 통해 결정을 내리거나, 그것이 행위결정의 판단기준이 될 수 없다고 주장한다.<sup>30)</sup> 그러나 진화에 이득이 되는 행위들은 그것이 사회질서에 ‘좋은’ 영향을 미칠 수 있다는 점이 증명되면 당위로서 정립될 수 있다. 물론 진화에 이득이 되는 모든 행위들이 ‘옳은’ 행위는 아니다. 그러나 진화에 이득이 되는 행위의 생물학적 발견은 인간 행위 이해의 단서가 되고, 그러한 행위들을 기초로 당·부당을 결정하는 것은 생물학이 아니라 사실적 증명을 통해 이를 받아들이고자하는, 우리가 속해 있는 사회 전체의 의식 또는 의지인 것이다.

### 3. 문화현상으로서의 도덕과 사실상태로서의 도덕

자연상태에서 생물학적 인간의 생존과 번식의 긴 역사는 분명 생존에 유리한 행동양식들을 생명발생적 진화의 산물로서 남겼다. 이와 비견되어, 문화상태에서 문화적 인간의 사상과 가치의 창출과 전달은 전통발생적 진화의 산물로서 이어진다.

인간의 특징을 지칭하는 호모 루덴스<sup>31)</sup>라는 용어는 이러한 점을 가장 적절하게 지적한다. 유전학적 의미에서 번식과 식량의 획득에 유리한 입지를 점하는 집단이 생존만을 위한 생산에 투입되는 개체와 분리될 수 있을 만큼 경제적 여력이 집단 내에서 발생하고 계급이 출현된 이후에 호모 루덴스는 가능해진다. 이들에게 문화

30) 피터 싱어·김성한 역, 앞의 책, 133면.

31) J. Huizinga, *Homo Ludens*, 1938(임윤수 역, 호모 루덴스, 까치, 1993)은 놀이를 문화의 상위개념으로 이해하는 바, 문화를 포함한 놀이가 인간의 비생산활동의 총체임을 논증하고 있다. 이로부터 비생산, 즉 생존과 번식을 위한 생산으로부터 자유로워진 시점이 문화의 출발점임을 간접적으로 시사한다.

적 유산의 생산과 전달은 생물학적 번식을 대체하는 동인으로서 가능하게 되는 이유는 자연과의 투쟁, 즉 생존기계로서의 역할로부터 자유로울 수 있기 때문이다. 불리한 자연환경 속에서는 모든 개체들의 생존이 불가능하기 때문에 인간은 유전자의 생존 기계로서의 생물학적 본성의 일부인 유전적 명령에 충실하게 된다. 그러나 자연과의 생존투쟁으로부터 자유로워진 시점, 즉 잉여생산을 통한 잉여노동력이 호모루덴스의 탄생을 가능하게 한 것이다. 예술과 철학, 시와 법률제도, 전쟁 의례의 몇몇 측면에 이르기까지 모든 문화의 표현에 밀착되어 있거나 그것에 생기를 불어 넣어 주는 호모루덴스는 생존에 직결된 실생활 밖에 있고, 자유로우며 목적을 갖지 않는 비생산적 행위이지만, 점차 생활 전체에 있어서 보장이 되고 문화기능을 갖는 필수적인 것으로 발전했다. 즉, 정신적 창조 활동의 전반과 그 하위개념에 속하는 모든 인간의 문화 활동들은, 인간에게 생존의 여력이 생산물의 잉여를 통해 확보되었을 때부터 가능해 진 것이다.

그러나 자연과의 생존투쟁으로부터 자유로워진 시점을 전체 인류역사 위에 놓고 볼 때, 이는 매우 찰나의 시간에 불과하다. 그리고 그러한 시간은 생물학적 유전자의 생존기계로서 내적으로 보유하고 있는 본성으로부터 인간이 완전히 탈피하여 오로지 문화적 전달자로서의 역할에만 고착되기에는 지나치게 짧다. 여기에서 다시 사회생물학적 전제를 돌이켜 보아야 할 것이다. 약 200만전 전부터 10만 세대 이상을 거쳐 발전시켜온 인간의 행동양식 — 사회공동체의 형성방식이나 형성된 공동체 내에서의 개체와 공동체의 관계를 포함한 — 이 길게는 호모사피엔스가 출현한 4만 년 간의 매우 짧은 기간 동안 문화의 발달에도 불구하고, 생물학적 본성이 문화로 인하여 급격히 반전될 수 없었을 것이라는 점이다. 즉 문화형성에 의한 인위적인 개입에도 불구하고 인간본성이 문화를 통하여 급변하기에는 상대적으로 짧다는 점을 사회생물학은 여전히 포착하고 있는 것이다.<sup>32)</sup>

현대에도 생존투쟁과 직결될 때 본성이 직접적으로 드러나는 이유 역시 이를 간접적으로 증명해 준다. 예컨대 생존전략이 필요한 전쟁 상황 하에서는 공존공영시

32) Hans Mohr, *Nature und Moral, Ethik in der Biologie*, Darmstadt, 1987, 77면은 사회생물학의 명제 가운데 하나는, 석기 시대인들이 보여준 집단 생활의 원리들이 유전적으로 이미 확정되어 있어서 오늘날 호모 사피엔스를 대표하는 우리들에게도 지속적인 영향을 미치고 있다는 것임을 단언한다.(부케티츠·김영철 역, 앞의 책, 114면 재인용).

스탬이 호혜주의를 바탕으로 하여 일정하게 그리고 반복적으로 나타났음이 역사적 사실로서 확인되었다. 즉, 전쟁의 가담자들은 적절한 조건만 주어진다면 적대적 관계에서도 얼마든지 호혜주의에 바탕을 둔 협력을 하게 된다는 것이다. 그리고 이는 가담자들에게 협력행위와 그 결과를 이해시키지 않아도 나타나며, 의도적인 조절이나 강제수단이 투입되지 않고도 자발적이라는 점에서 인간본성의 발현이라고 본다.<sup>33)</sup>

이로부터 여전히 인간의 최소한은 생물학적 본성에 간혀 있으며 최대한은 문화적 전달가능성이라고 보아야 한다. 도덕과 형법체계 역시 이러한 기본적인 흐름으로부터 자유로울 수 없을 것이다.

#### 4. 도덕성의 기원과 무게

어떠한 인간의 행위의 분포도가 넓으면 넓을수록, 그것이 인간본성에 기초하고 있을 개연성은 더욱 커진다. 또한 상위자에 의한 강압적 통제가 없는 상태에서도 여전히 발현된다면 이 역시 인간본성에 기초할 가능성이 높다. 생물학적 인간은 사회적으로 공유하는 도덕적 규범의 존재와 무관하게 행위선택의 선호도를 가진다. 만일 모두에게 선호도가 떨어지는 행위를 강제하거나 또는 그 반대인 도덕규범이 존재한다면 그것을 실제로 준수할 것을 강제하거나 기대하기 어렵다. 또 다른 한편으로 사회구성원이 자신의 내적 욕구에 기하여 자발적으로 행하는 행위를 반드시 도덕이 규범의 이름으로 강제할 필요도 없다.

한편으로 생물학적 인간본성이 도덕의 기원이라고 할지라도, 도덕규범 역시 문화체계의 일부를 구성하고 있다는 점에서 문화의 영향 또는 지배로부터 벗어날 수 없다. 따라서 도덕만을 놓고 본다면 다시 생물학적 본성과 연계된 도덕기준과 생물학적 본성과는 전혀 관련 없이 문화적 현상으로서 싹터서 발전해온 도덕현상이, 도덕규범 내에서는 아무런 구분 없이 공존하게 된다. 예컨대 우리의 전통적인 유교사상으로부터 비롯된 孝는 생물학적 본성에 기원한 도덕이 아니라 중국의 문화권 내에 영향을 받았다는 역사적 사실 하에 유교문화의 전통으로 계승되는 것뿐이다. 이처

33) 로버트 액셀로드·이경식 역, 앞의 책,, 113면 이하; 리처드 도킨스·홍영남 역, 앞의 책, 356면 이하.

럼 전적으로 문화현상에 기원한 도덕은 어떠한 특별한 역사와 문화권 내에 속해있는가에 따라서 천차만별이다. 따라서 그러한 도덕성의 기원을 생물학적 인간본성으로부터 찾을 수는 없다.

반면 생물학적 인간본성과 문화의 영향을 교차적으로 받아 형성된 도덕규범이 존재할 수 있다. 예컨대 忠은 전제주의적 인간본성으로부터 출발하면서 도덕성의 기원이 되기도 한다. 그러나 그러한 인간본성은 지배자가 되고자 하는 욕구 또는 본성을 의미할 뿐 피지배자로서의 욕구를 의미하는 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 집단 내에서 집단 전체의 질서를 존중하고 집단 전체의 안위를 욕구하는 것은 인간본성이라는 점에서 소극적이거나 본성에 기원한다고 할 수 있다. 그리고 역시 유교문화권의 지배는 충을 문화현상으로서 도덕규범의 일종으로 구축하여 왔다.

종교적 의례 또는 관혼상제 역시 마찬가지이다. 종교의 기원을 인류의 생물학적 역사에서 찾는 경우에는 집단의 확장 및 지배자에 대한 강한 신념의 도구로서 종교 및 종교의식을 이해한다는 점에서는 생물학적 본성의 측면이 없지 않다. 그러나 종교의 역사는 그 기원으로부터 멀어질수록 너무나 강한 문화적 영역에 종속해 버리게 된다.

그런데 생물학적 본성에 기원하든 전적으로 문화적 영향 하에서 형성되었든지 간에 도덕규범이라는 점에서는 하등의 차이가 발견되지는 않는다. 그렇다면 생물학적 본성에 기원한 도덕과 전적으로 문화현상에 기원한 도덕의 무게는 같은가의 문제를 고민하지 않을 수 없다. 다만, 문화현상에 기인하여 구축된 도덕규범은 생물학적 본성에 기원한 도덕규범보다 변화 또는 사멸가능성이 상대적으로 높을 것이다. 반면 도덕적 강제 또는 무게에 있어서는 전자가 후자보다 강한 인상을 남기는 것은 아닌가 한다. 본성에 기인한 도덕은 인간에게 당위의 측면보다는 오히려 내적·본성적 측면의 인상을 가지지만, 문화에 기인한 도덕은 인간 외적인 압력으로 받아들여지기 쉽기 때문이다. 물론 이에 대한 가설이나 증명 또는 무게의 차이에 관한 논증은 앞으로 보완되어야 할 과제일 것이다.

## IV. 도덕과 형법의 무게

### 1. 사회생물학적 접근의 재음미

#### 가. 사회생물학적 접근의 의미와 한계점

사회생물학적 접근으로서 도덕과 형법의 이해는 현상에 대한 인과적 설명에 그치고자 함이 아니다. 인류의 발전사를 근거로 인간은 도덕적 능력과 외부압에 의하여 문화적으로 영향을 받은 사회 환경의 도덕적 가치들을 흡수할 강한 경향성을 내적으로 보유하고 있지만, 그렇다고 해서 적절한 도덕적 규약을 가지고 태어나는 것은 아니다. 다만 도덕적 능력의 실현은 사회적 환경에 의해서 이루어지는 바, 사회적 환경이란 물리적 환경의 영향, 즉 문화의 개입을 의미한다.<sup>34)</sup>

인간의 생존과 번식을 위한 전략의 패턴화에 있어서 인간이 처한 외부적 환경에 적응하고 이를 합리화하기 위한 의식적 포장, 즉 구도화를 가함으로서 생물학적 현상에 대하여 문화가 투입되는 과정 및 그 발전과정이 인류의 역사이기도 하다. 즉, 문화의 발전은 생물학적 현상에 대한 적응 또는 반항의 결과물인 것이다. 모든 미시적 문화현상들은 거대한 조류로서 거시적 문화패턴의 하부현상으로 발달하게 되며, 따라서 미시적 문화의 개별현상이 세세하게 생물학적인가를 논하는 것은 큰 의미가 없는 것으로 보인다. 인간은 발전 또는 진화하고 있으며, 이는 단절된 현상이 아니라 현재에도 지속적으로 이루어지고 있는 것이다.

예컨대 과거 생물학적 인간집단을 집단선택설로 이해한 것은 인류초기 형성과정에서 생존을 위한 투쟁의 대상이 모든 외부적 자연현상이었다는 점에서 집단선택이 생존에 보다 유리하였기 때문이다. 반면 현대에는 개체선택설, 특히 제도화된 개인화를 보다 강조하는 이유는, 이미 인간사회가 자연으로부터의 보편적 생존위기로부터 벗어났기 때문이다. 따라서 집단적 생존전략이 아닌 구조화된 사회 내에서의 개인의 생존전략이 우선되는 것이다.

사회생물학적 견지에서 보편적으로 통용되는 도덕규범을 정립함에는 한계가 있

34) Frans de Waal, *Good Natured: The Origins of Right and Wrong in Primates and Other Animals*, Harvard University Press, 1996의 논증의 출발점이다.

다. 어떠한 하나의 도덕률도 모든 개체군들에 다 적용될 수는 없다.<sup>35)</sup> 다양한 개체군들의 개체수보다도 더 많은 이해관계로 인하여 일률적인 당위를 확정할 수는 없기 때문이다. 그렇다고 해서 문화를 고려한다고 해도, 보편적이거나 정형화되지 않는 문화현상의 속성상 양자의 조화로운 타협점에서의 도덕규범을 찾아내기란 거의 불가능할 듯하다. 그렇다면 사회생물학에서 출발하여 개개인의 본성에 맞는 행위를 선택하고 사회문화현상에 적합한 행위를 강제한 후에 다시 이기적 본성에 충실한 행위를 선택하라고 한다면 이는 도덕‘규범’의 정립을 부정함에 다름 아니다.<sup>36)</sup> 그렇다고 해서 규범정립에 있어 양자를 모두 포기할 것인가? 우리가 원하는 바는 어느 극단적인 선택이 아니라, 적절한 규범정립의 한계라는 점을 고려한다면 규범이해의 유연성을 강조해야 할 것이다. 즉, 특정한 생물학적 조건들은 규범정립에 최소한의 한계를 설정하되, 그로 인한 법률적 결과까지도 생물학적 조건을 통해 확정할 수는 없으며, 당대의 사회문화적 조건들에 의하여 유연적으로 대처할 수밖에 없다. 생물학적 결정인자와 사회문화적 결정인자 간의 역할은 늘 긴장관계에 있지만, 결국 결단은 어느 하나로 인하여 행해지지는 않을 뿐만 아니라, 생물학적 결정인자로 시작한다고 하더라도 어떠한 규범을 제도화하는가는 사회전체 구성원의 의지의 총합이기 때문이다.

또한 확실한 것은 도덕 또는 법률이 생물학적 원리를 많이 반영하면 반영할수록 더욱 강한 효력을 발휘하게 된다는 점과 보다 확실한 규범준수의지와 이행을 확보할 수 있다는 점이다. 이처럼 도덕과 이를 저변으로 형성되어야 할 형법체계 역시 인간에게 내재하는 생물학적 본성에 기본적으로는 의존할 때, 규범의 수용과 존속은 수월해 질 수 있다.<sup>37)</sup> 인간 본성의 명백한 특징에 반하는 규범들은 규범으로서 오래 존속할 수 없을 것이다.

35) 에드워드 월슨·장대익 역, 앞의 책, 295면 이하 참조.

36) 부케티츠·김영철 역, 앞의 책, 167면 이하는 이와 같은 윤리적 상대주의는 개인에게 아무런 지침을 줄 수도 없으며 구속력도 인정될 수 없기 때문에 행위 결단의 기준이 될 수 없음을 언급한다.

37) Francisco J. Ayala, *The Biological Roots of Morality*, *Biol. & Philos.*, 2, 1987, 237면.

## 나. 정치적 왜곡에 대한 경계

지금까지 사회생물학이 지지되거나 반격을 받은 이유는 다분히 정치적 해석에 기인한다. 학문자체는 정치적이 될 수 없다. 다만, 해석자의 숨은 의도에 의한 정치적 악용의 결과일 뿐이다. ‘그리하다’라는 자연상태가 정치적이 될 수 없음에도 불구하고 사회생물학이 지금까지 표적이 된 이유에는 해석자의 ‘비도덕적 정치성’이 있었다는 점을 간과하고, 이를 사회생물학의 소산으로 오해하여서는 안 될 것이다.

사회생물학이 인간본성을 내세워 사회과학의 영역으로 해석의 폭을 넓히고자 할 때, 가장 많은 공격과 우려를 표명하였던 도덕주의자들의 논거에는 역사적 배경이 있었음은 잘 알려진 사실이다.<sup>38)</sup> 인간의 도덕적 품종을 거론하고 이를 생물학적 진화의 소산이라고 이해하던 일부의 견해들이 만들어낸 역사적 사실들은, 사회생물학적 이해와는 이미 단절된 의도된 정치적 ‘홍작’일 뿐이다. 인간만이 유일하게 자연을 좌지우지할 수 있는 독보적 생명체로 이해하면서 인간과 인간이 아닌 생물을 구분하는 견해에서부터 민족과 민족 간의 우열을 나누는 주장들, 민족 내에서도 빈부의 차이를 통해 개인 간의 우열을 가리는 품종의 서열매기기는 생물학적으로 이해되는 인과성의 문제가 아니다.

특히 형법을 비롯한 법률체계는 문화현상의 일부라는 점에서 정치적 악용의 소지가 매우 높다. 더욱이 그러한 정치적 악용의 논거로서 사실현상을 설명하는 사회생물학을 이용하게 된다면, 객관적 사실이 ‘그리하다’라는 번복할 수 없고 변화가능성이 없는 사실을 전제로 한다는 점에서 거의 논박이나 해명이 불가능해지는 결과를 초래하기 때문에 더욱 우려된다. 법률체계 중에서도 특히 국가형벌권 발동의 전제가 되는 형법은 더더욱 위험하다.

## 2. 형법과의 관계

도덕률에는 어떠한 행위가 수용할 수 없는지에 관한 구성원들 공통의 합의가 포함되며, 어떤 사회적이고 정치적인 삶이 만족스러운 것인가에 대한 집단 전체적인

38) 예컨대 세계 각국에 만연한 인종차별주의, 이민자 유입제한 정책이나 세계 제2차 대전에서의 대규모 홀로코스트가 대표적이다.

이해도 포함된다. 구성원들은 생존전략을 위한 상호교환을 통하여 타인에 대한 행위의 공통된 가치를 추구하게 되며, 동일한 이유로 생존에 방해가 되는 일탈자를 전략적으로 통제하는 능력도 진화하게 되었다. 앞서 언급한 바와 같이 진화적으로 이득이 되는 공통된 행위양식들이 축적되어 도덕성의 기원을 이루었다고 하더라도, 그것이 바로 당위가 되지 않는다. 그러나 최소한 공통의 목적을 위한 가치추구 체계를 형성하고, 이에 반하는 행위를 집단적으로 통제하는 구조를 형성하게 되었다면, 현대의 사회적 통제를 이해하는데 최소한의 이해의 틀을 생물학적으로도 찾을 수 있다는 점을 주목하여야 할 것이다.

형법의 기능 또는 과제를 이해할 때, 도덕은 그 근저에 놓이게 된다. 물론 도덕·윤리는 이타성 또는 호혜성의 면에서 타인에 대한 선한 행위를 요구하지만, 형법은 이타적 행위를 강제하거나 이기적 행위를 통제하지 않는다. 그러나 형법은 법익을 존중하라는 사회의 요구를 무시하고 평화로운 공동생활에 필수적인 신뢰의 기반을 흔드는 인간의 태도 내지 행위 그 자체에도 관심을 가진다.<sup>39)</sup> 이처럼 윤리적으로 가치 있는 행위의 보호의 측면에서 형법은 윤리 또는 도덕의 최소한이 된다.

### 3. 최소한의 인간상과 형법의 무게

#### 가. 인간본성에 기인한 형법 해석의 기초

앞서 갈등의 해결방법으로 어느 집단에서나 확인되는 협력과 나눔의 방식을 언급하였지만, 만일 그러한 방식을 강압적 통제를 통하여 강제하게 된다면 이는 더 이상 이타적인 것이 아니라 이기적인 것이 된다. 예컨대 기증을 하는 개인에게 보상이 주어지고 기증을 하지 않는 개인에게 처벌이 주어지는 사회를 가정하게 된다면, 기증 행위는 더 이상 이타적 행위가 아니다.<sup>40)</sup> 처벌은 기증하지 않는 개인에게 어떠한 대가를 치르게 하지만, 무임승차자는 강제되는 기증이라는 규범에 따르지 않는다 하더라도 어떠한 대가를 치르지 않고도 이득을 획득할 수 있다. 그런데 기증의 요청을 강요하는 것은, 기증이 더 이상 이타적이지 않은 행위라 하더라도 본질적으로 이

39) 김성돈, 형법총론, 34면.

40) 레오나드 캐츠·김성동 역, 앞의 책, 188면 이하.

타적인 것이다. 그리고 이러한 이타적 행위가 진화하도록 하는데 있어서 그러한 규범은 상호작용자들 간의 상관 정도가 아주 낮다는 것을 보여 준다. 즉, 그러한 행위는 본성으로서는 이타적이지만, 사회적 규범으로서 강제한다고 해서 규범으로서의 역할을 충실히 하지 않는다는 점이다. 인위적 강제가 필요한 영역과 그렇지 않은 영역을 쉽게 구분할 수 있는 예이다.

이처럼 사회적 규범은 때로 아주 이타적인 특징들을 이기적인 특징으로 전환시킬 수 있다. 그리고 사회적 규범을 강요하는 것은 아무런 규범이 없을 때 요청되는 행위를 강제할 때보다는 적은 비용이 든다. 사회적 규범 역시 경제성의 원리에 충실하도록 작동되는 것이다. 그러나 사회적 규범이 이타적인 특징들을 이기적인 성질로 변환시킬 때, 그것은 바람직한 규범이 아니다.

형법 역시 마찬가지로의 원리로 이해할 수 있을 것이다. 인간본성에 가까운 행위일수록 그 자체가 규범이 존재하지 않아도 준수될 가능성은 매우 높다. 반면 인간본성에 반하는 행위에 대한 형법적 개입은 집단의 유지라는 또 다른 인간본성에 적합하기 때문에 의미가 있을 뿐만 아니라, 이러한 강제에 드는 비용이 보다 적어진다. 다른 한편으로는 인간본성으로부터 넘어서는 행위들에 대하여 형법이라는 강제적 통제수단을 부여할 경우에는 규범준수의 가능성이 본성에서 멀어질수록 낮아진다는 점에서, 사회적 비용 역시 높아지게 된다.

## 나. 구체적인 형법해석 원리들의 예

법적 체계의 창조와 법을 만들고 준수하고자 하는 자발성은 집단을 형성해온 인간의 본질적인 기질, 즉 본성의 일부이다.<sup>41)</sup> 그러나 그러한 규범의 강제 정도는 인간의 본성으로 결정되는 것이 아니라, 인위적인 사회구조에 의해서 선택되는 것이

41) Margaret Gruter & Monika Gruter Morhenn, "Building Blocks of legal behaviour", In Leonard Katz (ed.), *Journal of Consciousness Studies*. Imprint Academic 38, 2000. "An examination of some of the ways in which capacities for reciprocity, retributive behaviours, moralistic aggression, dispute resolution, sympathy, and empathy play roles in contemporary law and legal behaviour shows that these capacities are both ubiquitous and facilitative of legal systems. No attempt is made to reduce all legal systems or legal behaviour to these building block predispositions. However, the creation of legal systems and the willingness and ability to make and abide by laws emerged from certain human predispositions—the 'basic building blocks'".

다. 그럼에도 불구하고 여전히 법적 체계에 대한 본성은, 형법의 해석원리에 관하여 다음과 같은 서술들을 드러낸다.

### (1) 선호도가 높은 행위의 배제

자발적으로 하고 싶어 하는 욕구 또는 선호도가 매우 높은 행위를 형법이 강제할 필요는 없다. 위반되지 않는 형법은 법규로서 가치가 없기 때문이다. 인간본성에 따라 선호도가 높은 행위들은 그것이 개인에게 이익이 되는 행위이기 때문에 본성적으로 강한 행위동기가 부여되어 있다. 즉, 인간의 욕망에 기초하여 자발적으로 원하는 행위가 형법적 강제를 통하여 불필요한 국가형벌권의 확대를 초래할 필요는 없다는 점이다.

### (2) 인간본성은 보호법익인가?

인간본성에 반하는 행위가 사회적 해악으로 드러나는 경우, 인간본성 그 자체가 형법적 보호의 대상이 아니라 본성에 반하는 결과를 드러내는 구체적인 행위들이 형법적 제재의 대상이 된다. 예컨대, 최근 아동학대 특히 부모에 의한 아동유기가 사회적으로 강한 인상을 심어주고 있다. 부모의 양육은 유전자 단위에서 보면 매우 강한 생존과 번식을 위한 필요조건이다. 그렇다면 인간본성으로서 부모의 양육본능이 형법적 보호의 대상이 아니라 양육본능에 반하는 결과를 드러내는 구체적인 행위들로서 유기, 방임, 학대, 체벌 등이 형법적 제재의 대상이 되는 것이다.

반대로 유전자 단위에서 보면 생존과 번식을 위한 성적 상대방의 선택은 매우 강한 인간본성에 해당한다. 즉, 자신의 유전자를 다음 세대로 전달하고자 하는 욕구는 인간의 본능이라는 점에서 배우자 아닌 자의 선택이 형법적 제재의 대상이 되어서는 곤란하다. 물론 문화적 현상으로서 일부다처제나 일부일처제 등에 반하는 행위들이 도덕규범으로 강제될 수 있지만 일부일처제가 인간본성이 아닌 한, 형법외적 제재와 관계없이 형법적 제재의 대상으로 삼기는 어려울 것이다.

### (3) 인간본성에 기인하지 않는 도덕 또는 윤리의 문제

도덕 또는 윤리는 형법의 근저에 놓여 있게 되지만, 인간본성에 기인하지 않는 도덕 또는 윤리가 형법적 강제 대상이 되어야 하는가는 면밀한 검토가 요구되어야 한다. 도덕 또는 윤리는 인간의 문화현상에 강한 영향을 받는데, 오로지 문화현상으로만 이해되는 특수성이 형법적 개입으로 유지되거나 강화될 필요는 없는 것이다.

전형적인 예로서 우리 형법상 존속가중규정들을 찾을 수 있다.<sup>42)</sup> 존속에 대한 가중처벌규정들이 인간본성에 반하는 결과에 대한 적절한 제재인가는 유교적 전통이라는 강한 문화현상의 영향 아래 놓여있는 가치에 형법이 개입할 필요가 있는가의 문제와 동의어일 듯하다. 법은 도덕과 윤리의 최소한이지만 문화현상으로서의 도덕과 윤리가 법을 그 실현의 도구로 삼을 수는 없다.<sup>43)</sup> 앞서 언급한 바와 같이 도덕과 윤리는 인간본성에 기인하기도 하지만, 특히 문화적 진화에 강한 영향을 받아 현재에 이르렀다는 점에서 사회 구성원간의 도덕과 윤리의식은 큰 편차를 보일 수 있다. 문화란 수용자의 인격적 태도에 따라 그 수용여부가 동일한 문화권 하에서도 다를 수 있다.

또한 비록 법체계 역시 문화의 일부라 하더라도 법체계는 문화의 최소한이어야 한다. 반대로 생물학적 본성의 측면에서는 집단 내부자들 간의 평등주의가 가장 원시적 형태의 본성이었다는 점, 생존과 번식에 있어서 존속은 유전자의 전달자로서 자신의 유전자가 다음 세대로 전달되기 위해서는 전달자인 비속의 양육이 본성이 되지만, 비속의 입장에서 존속은 이미 유전자의 전달을 완성한 전 세대라는 의미로서 생물학적 이해는 충분하다.

42) 예컨대 정철호, “존속살해가중에 대한 비판적 검토”, 한·독사회과학논총 제17권 제2호, 한독사회과학회, 2007. 9, 317면은 “최대로 가능한 책임비난은 범죄행위를 통해 실현된 불법의 테두리 안에서 놓이게 된다. 결국 행위자의 패륜성을 근거로 심정반가치를 추론하여 책임비난의 증가를 근거짓는다면, 이는 행위책임부의 원칙에 반하게 될 것이고, 이런 식의 책임비난은 무제한적으로 증가될 수 있어 국가형벌권의 제한 및 형벌제한이라는 (양형)책임의 임무를 다하지 못하게 될 것이다”라는 서술을 통해 존속가중규정이 형법적 비난과 무관한 패륜성에 기인한다는 점에서 강하게 비판하고 있다.

43) 박용철, “형사법상 존속과 비속의 차별적 취급에 관한 연구”, 피해자학연구 제20권 제1호, 한국피해자학회, 2012. 4, 553면.

#### (4) 형법의 역할—인간본성의 내면적 강화

형법은 다른 한편으로는 수범자가 약한 형태로 보유하고 있는 인간본성에 기한 기질을 강화하는 측면으로 작용하여야 한다. 인간의 보편적인 본성으로 진화되어온 행동양식이라 하더라도 개개인마다 그 내면화 정도는 상이하다. 규범준수의식 역시 인간본성의 일부라 하더라도 개인 간에 발생하는 차이를 일정정도의 수준으로 함양 하는데 형법이 그 역할을 하여야 한다.

소위 적극적 일반예방의 의미를 여기에서 찾을 수 있다. 적극적 일반예방의 의미가 무엇인가, 또는 절대적 형벌론이나 소극적 일반예방론과의 차이점이 실제로 무엇인가에 대한 논박은 여전히 진행 중이다. 그럼에도 불구하고 적극적 일반예방은 시민에게 규범승인으로의 학습(Einübung in Normanerkennung)을 위한 규범에 대한 신뢰에로의 학습(Einübung in Normvertrauen) 및 장차 규범위반의 결과에 대한 수용에로의 학습(Einübung in die Akzeptanz der Konsequenzen eines Normbruchs)효과를 주된 축으로 한다는 점<sup>44)</sup>은 다소 공통된다. 즉, 규범에 대한 학습은 정당한 형벌을 전제로 하여 규범신뢰를 끌어내고 규범승인의 내면화를 통하여 규범 준수의식의 고양에 가능하다고 보는 것이다.<sup>45)</sup>

어느 사회든 구성원 간에는 일정한 행위기대를 가지게 되는데, 이러한 행위기대가 바로 인간 본성의 일부이다. 그리고 이러한 행위기대가 시간적·객관적·사회적으로 일반화되어 공동체 구성원 모두가 이를 준수해야 할 행위준칙으로서 정립되고, 이것이 제도화된 법규범으로 확립되게 된다. 따라서 행위기대의 안정화를 위해서는, 일정한 절차에 따른 사회적 학습을 통해 행위기대에 대한 신뢰가 전제되어야 한다. 따라서 형법은 개개인의 인간본성의 기질을 강화하는 작용을 수행하여야 한다.

44) 적극적 일반예방이론에 속하는 록신, 아콕스, 하쎄머의 주장에 대한 비판점은 윤영철, “적극적 일반예방이론의 계몽주의적 성과”, 경희법학 제48권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2013, 269면 이하 참조.

45) 이와 같은 의미에서 하태영, “다산 정약용의 형사철학과 형사정책—한국형 적극적 일반예방사상”, 동아법학 제21호, 동아대학교 법학연구소, 1996, 194면 이하에서는 적극적 일반예방과 통합예방은 책임주의와 특별예방(재사회화와 교육형)의 긍정적 요소가 접목되어 규범강화라는 새로운 형사정책의 방향이라는 것을 간과해서는 안 되며, 적극적 일반예방사상은 범행자, 피해자 및 일반인의 고려속에서 형벌의 총체적 결합이어야 함을 주장한다.

### (5) 이기적 행위와 호혜적 이타성

인간본성에 관한 개체선택설이든 집단선택설이든 또는 포괄적 적응이론이든 인간은 상호 이득이 되는 행위, 소위 호혜적 이타성을 전제로 집단을 형성해 왔다는 점이 인간에게 이기적 본성이 내재한다는 점을 부정하는 요소가 되지는 않는다. 따라서 형법은 최소한 인간의 이기적 행위에 대한 제재를 의미해서는 안 된다. 형법은 호혜적 이타성에 반하여 집단 또는 집단구성원에 위협 또는 침해를 가하는 행위가거나 가할 우려가 있는 행위에 대해서만 개입하여야 한다. 호혜적 이타성에 반하는 행위와 이기적 행위는 구별되어야 한다.

### (6) 규범준수 능력

마지막으로, 앞서 언급한 바와 같이 인간본성이 그러하다는 설명이 형법이 그것을 ‘강제하여야 한다’는 당위를 포함하지는 않는다. 그러나 반대로 당위는 능력을 포함한다. 수범자가 무엇을 해야만 한다면, 반대로 수범자에게 그것을 하는 것이 가능하여야 한다는 의미가 이미 내포되어야 하기 때문이다. 이는 형법이 수범자에게 본성적으로 이를 준수할 능력이 없거나 매우 낮은 행위를 기대해서는 안 된다는 의미이다.

## V. 나가며 - 형법해석의 다양한 접근의 시도

형법의 해석 및 형법의 내재적 한계는 다양한 관점에서 고찰되어야 한다. 지금까지 형법이 순수하게 사회과학적 견지에서 다루어졌다면, 사회생물학적 관점에서의 접근은 형법의 틀을 고찰하는데 있어서 또 다른 수단으로 이해되어야 할 것이다. 사회생물학적 접근이 기존의 해석 틀과 부합하거나 때로는 양립할 수 없다면, 이는 또 다른 해석방법론으로서 의미를 가져야 하는 것이다.

과학은 수많은 가설이라는 살얼음판을 걷는 것과도 같다. 과학적 가설들은 보다 많은 사실들 위에서 있을 때 수용가능성이 높아지지만, 때로는 동일한 사실을 근거

로 서로 다른 가설들이 팽팽히 대립하기도 한다. 그 결과 가설들은 맹렬한 공격과 방어를 통해서 보다 견고하게 되기도 하고 때로는 포기되기도 한다. 이러한 과학적 설명들의 발전 형상은 그 자체로서 법률체계의 해석론과 입법론에도 많은 시사점을 부여한다.

형법은 가치, 당위의 집합체이다. 형법은 이미 옳고 그름의 판단이 종결된 사회의 지의 총체이지만, 대체로 이미 완성된 ‘해야 한다’에 대한 검증이 귀납적으로 언제나 이루어지는 것은 아니다. 그런데 현상을 바탕으로 설계되지 않은 당위는 무한한 팽창력을 가지게 된다. 추구하는 선 또는 이상이 높을수록 형법으로 통제되는 행위의 폭은 넓어지고 반대로 행위선택의 자유는 무한히 축소된다. 형법이 제어할 수 없는 무서운 속도로 확대된다 하더라도 ‘그것이 옳기 때문’이라는 당위에 제동을 걸 장치가 없기 때문이다. 형법이 이상적인 인간상을 전제로 하여 끊임없이 ‘해야 한다’를 요구하게 된다 하더라도, 그것이 선이기 때문이라는 결론에 대하여 반박할 수 없다면 형법은 인간의 자유를 위한 도구가 아니라 오로지 사회통제의 수단으로 전락해 버리고 말 것이다.

사회생물학에 기원하여 인간본성을 다루고 이를 기초로 형법의 무게를 엿보고자 하는 이유가 바로 여기에 있다. 인간본성에 기원하여 인간에 대한 사실현상을 탐구하고 현상을 근거에 둔 행위통제를 설계함은, 팽창에 가속을 더하는 형법적 통제에 제동을 걸 단서가 될 수 있다는 기초적인 발상이 본 연구의 출발점이다. 형법적 통제가 제공하는 사회적 이득 – 그것이 보호되는 법익이든 사회안전이든 – 을 극대화시킬 정도로 형법적 개입은 높아질 수는 있지만, 사회구성원들의 안정된 형태의 자발적 협조라는 규범준수의 본성이 진화되는 것을 막을 만큼 그 기준이 높아서는 안 되기 때문이다. 그것이 사회생물학적 인간본성에 기원한 형법적 당위의 한계이자 형법적 검역성의 실체일 것이다. 지금은 인간본성에 대한 탐구도, 본성과 도덕과의 관계설정도 여전히 미완의 상태이지만, 인간본성에 근거한 형법의 설계를 시작하기에는 충분한 시점이다.

## 참고문헌

- 권수현, “사회생물학적 윤리의 한계와 가능성”, 철학연구 제101집, 대한철학회, 2007. 2
- 김성한, “진화생물학에서의 이기성과 이타성이라는 용어 사용의 문제”, 철학논총 제44집 제2권, 새한철학회, 2006
- 김형민, “진화윤리학의 규범적 논증의 가능성”, 종교연구 제32권, 한국종교학회, 2003. 9
- 류지한, “도덕에 대한 진화론적 설명 전략의 의의와 한계—윌슨의 『통섭』을 중심으로—”, 철학논총 제56집 제2권, 새한철학회, 2009. 4
- 박용철, “형사법상 존속과 비속의 차별적 취급에 관한 연구”, 피해자학연구 제20권 제1호, 한국피해자학회, 2012. 4
- 소병철, “사회생물학적 도덕 이론의 메타윤리학적 타당성 검토—도덕성의 합리적 정당화 문제와 관련하여—”, 철학연구 제34집, 고려대학교 철학연구소, 2007
- 윤영철, “적극적 일반예방이론의 계몽주의적 성과”, 경희법학 제48권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2013
- 전중환, “진화생물학의 은유—‘이기적 유전자’와 ‘스팬드럴’을 중심으로, 대동철학 제54집, 대동철학회, 2011. 3
- 정철호, “존속살해가중에 대한 비판적 검토”, 한·독사회과학논총 제17권 제2호, 한독사회과학회, 2007. 9
- 하태영, “다산 정약용의 형사철학과 형사정책—한국형 적극적 일반예방사상”, 동아법학 제21호, 동아대학교 법학연구소, 1996
- Barash, D., Soziobiologie und Verhalten, Berlin-Hamburg, 1980
- Charles Darwin, The Expression of Emotion in Man and Animals, University of Chicago Press, 1872.(Charles Darwin, The Expression of Emotion in Man and Animals, Project Gutenberg, 2011)

- Christopher Boehm, “The evolutionary development of morality as an effect of dominance behaviour and conflict interference”, *Journal of Social and Biological Science*, 5
- David Hume, *An inquiry concerning human understanding*, 1758(데이비드 흄·이준호 역, 오성에 관하여, 서광사, 1994)
- Edward O. Wilson, *Sociobiology*, 1975(에드워드 윌슨·이병훈 역, 사회생물학, 민음사, 1992)
- Elliot Sober & David Sloan Wilson, *Unto Others—The Evolution and Psychology of Unselfish Behavior*, Harvard University Press, 1999.
- Francisco J. Ayala, *The Biological Roots of Morality*, *Biol. & Philos.*, 2, 1987
- Frans de Waal, *Good Natured: The Origins of Right and Wrong in Primates and Other Animals*, Harvard University Press, 1996
- Garrett Hardin, “Is violence natural?”, *Zygon*, 1983
- Hans Mohr, *Nature und Moral, Ethik in der Biologie*, Darmstadt, 1987
- J. Huizinga, *Homo Ludens*, 1938(임윤수 역, 호모 루덴스, 까치, 1993)
- Jared Diamond, *Guns, Germs, and Steel*, 1997(제레드 다이아몬드·김진준 역, 총, 균, 쇠—무기·병원·금속은 인류의 문명을 어떻게 바꿨는가, (주)문학사상, 2013)
- Leonard D. Katz, *Evolutionary Origins of Morality*, 2000(레오나드 캐츠/김성동 역, 윤리의 진화론적 기원, 철학과현실사, 2007)
- Lionel Tiger, *Men in Groups*, Random House, 1969
- Margaret Gruter & Monika Gruter Morhenn, “Building Blocks of legal behaviour”, In Leonard Katz (ed.), *Journal of Consciousness Studies*. Imprint Academic 38, 2000
- Michael J. Sandel, *Justice; What's the right thing to do?*, 2009(마이클 샌델/이창신 역, 정의란 무엇인가, 김영사, 2010)
- Michael Ruse, *Taking Darwinism Seriously*, Basil Blackwell, 1986
- Paul R. Ehrlich, *HUMAN NATURES: Genes, Cultures, and the Human Prospect*, 2001(폴 에얼릭·전방욱 역, 인간의 본성(들)—인간의 본성을 만드는 것은 유

전자인가, 문화인가?, 이마고, 2008)

Paul R. Ehrlich & Robert Ornstein, *Humanity on a Tightrope*, 2010(폴 에얼릭·로버트 온스타인·고기탁 역, 공감의 진화, 에이도스, 2012)

Peter Singer, *The Expanding Circle: Ethics, Evolution, and Moral Progress*, 1981(피터 싱어·김성한 역, 사회생물학과 윤리, 연암서가, 2012)

Richard Dawkins, *The Selfish Gene*, 1976(리처드 도킨스·홍영남 역, 이기적 유전자, 을유문화사, 1993)

Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, 2006(로버트 액셀로드·이경식 역, 협력의 진화, 시스템아, 2009)

Robert Trivers, "The evolution of reciprocal altruism", *Quarterly Review of Biology*, 1971

Roger D. Masters, *The Nature of Politics*, Yale University Press 1989

Roger Trigg, *The Shaping of Man*, 1982(로저 트리그·김성한 역, 인간본성과 사회생물학—사회생물학의 철학적 측면을 논하다, 궁리, 2007)

Wuketits, M., *Gene, Kultur und Moral : Soziologie-Pro und Contra*, 1990(부케티츠·김영철 역, 사회생물학 논쟁, 사이언스북스, 1999)

## The heaviness in Morality and Criminal Law originated from Sociobiological Human Nature

Kim Hye-kyung\*

Today the question of human nature is closely related to sociobiology what is an field that animal and human social behavior biologically explain the evolution of the organization. Evolutionary theory in the field of biology says that Biological problem, the sponsor of the evolution of altruism as a major issue to society. According to those explanations, human morality is the result of evolutionary adaptations which were evolved in the process of natural selection because they were useful for our ancestor's survival and reproduction. Although the sociobiological explanations are correct, morality is the result of gene and culture coevolution of course.

And Justice is not an artificial thing, but is a virtue that has been formed on basis of natural tendency of human beings. Furthermore the fact that humans have a social instinct is verified scientifically. So the relationship between morality and criminal law can be found social instinct and other human's instincts. Frankly speaking, criminal law or morality is 'sollen' system, but human nature is fact and one of natural phenomenon. So, The gap between two notions should be overcome through sociobiological studies. Criminal law system must be reformed after found a theory on that ideas.

In this paper is presented in two parts-human nature as sociobiological explanations and criminal law system based on human nature. The more criminal system is close to human nature, the more law-abiding attitude is high. And the

---

\* Associate professor, College of Social Science, Keimyung University, Ph.D. in Law

more criminal law system is stringent, the more the benefit and protection of the law is reinforced, but criminal law system should not be tightened beyond human nature.

- ❖ Keyword: sociobiology, human nature, morality, sullen, reciprocal altruism, evolutionary psychology, function of criminal law



## 형사절차상 수사보고서의 증거능력 규제\*

신 이 철\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

수사개시의 단서나 그 단서의 입수상황, 수사의 경과나 결과 등 수사에 관련되는 사항을 상사에 게 보고하기 위하여 내부적으로 작성되고 있는 수사보고서는 조직적 수사를 가능하게 할 뿐만 아니라, 여러 수사서류 간에 자연스러운 연결도 해주며, 영장청구를 함에 있어서도 소명할 수 있는 중요한 자료로도 쓰이는 경우가 있는데 그 사용범위와 용도가 매우 광범위 할뿐만 아니라 다양하다. 따라서 현재 수사절차에서 작성되어 법정에 제출되는 수사보고서의 경우 일률적으로 판단하기 보다는 그 법적 성격과 그 종류에 따라 개별 구체적인 타당한 결론을 도출하는 것이 바람직하다. 예컨대 먼저 증거로서의 자격이 문제되는 증거능력 부분에서는 증거능력이 필요하지 않은 자유로운 증명으로 족한 부분에서의 수사보고서의 사용은 가능하다. 그러나 엄격한 증명에서는 그 용도와 종류에 따라 수사기관 자신의 의견진술형 수사보고서는 의사표시적 문서로서 증거능력이 없는 반면에, ㉠ 등 자료첨부형 수사보고서나 실황조사 또는 검증형 수사보고서, 참고인(전화통화) 또는 피의자 진술청취형 수사보고서의 경우는 진술증거의 성격을 가지고 있는 범위 내에서는 일정한 요건을 충족한다는 전제하에 증거능력이 부여될 수도 있을 것이다. 그리고 증명력 부분에서도 자유심증주의가 원칙적으로 적용되었지만, 수사기관이 내린 판단이나 사건에 대한 추론, 자료에 대한 요약 등은 공소사실에 대한 독자적인 증명력을 갖기에는 부족할 것으로 보인다. 결국 현행 형사소송법상 수사보고서가 형사소송법의 최고의 목표라고 할 수 있는 실체진실발견을 위한 하나의 수단으로 이해되고 있지만, 다른 한편으로는 피고인의 방어권 행사에 적지 않은 영향을 미칠 수도 있다는 점을 고려해 보면 이를 적절하게 규제하면서도 엄격한 요건을 충족하는 경우에 한하여 증거로 활용할 수 있을 것이다. 차후에 수사보고서에 대한 명시적인 법적 근거규정을 두어 규율해 볼 여지도 있겠지만, 더 근본적인 것은 가급적 수사서류의 증거능력을 가급적 배제하고 공판정에서 구두변론을 통해 사실확인 및 심증형성을 하는 공판중심주의를 대원칙으로 하면서, 이것이 가능하지 않은 경우에 한하여 전문서류에 대하여 예외적으로만 증거로 사용하는 방식을 취하는 이른바 인적증거 우선의 원칙이 관철되어야 한다는 생각에는 여전히 변함이 없다.

❖ 주제어: 수사보고서, 진술조서, 전문법칙, 제312조 제4항

\* 이 논문은 2013년도 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 연구되었음(NRF-2013S1A5A8023727).

\*\* 원광디지털대학교 경찰학과 조교수. 법학박사.

## I. 서설

증거가 현출되는 방법에는 여러 통로가 있는 가운데, 현재 이루어지고 있는 수사 실무상 대부분의 많은 사건에 있어서 특별히 정형화된 양식이 마련되어 있지 않거나, 다행히 그러한 양식이 마련되어 있다고 하더라도 정해진 양식을 활용하기에 다소간 적절하지 않거나 수사 내용으로서 표현하기에도 부적절한 경우 등 다양한 이유로 수사보고서가 작성되고 있는 것이 현 주소이다. 특히 수사보고서에는 당해 사건의 전반적인 흐름이 기재되기도 하지만, 구체적으로 증거자료 획득 등에 대한 것은 물론, 검증이나 실황조사가 이루어진 내용이 적히기도 하고, 심지어 어떤 때에는 참고인 또는 피의자의 진술 등이 담겨있는 경우도 적지 않다.<sup>1)</sup> 이와 같이 작성된 수사보고서가 수소법원에 증거로 제출된 경우 과연 증거능력을 가질 수 있는지 여부, 만약 가질 수 있다면 어떤 요건 하에 증거능력을 가지며 어떤 적법한 증거조사를 거쳐야 하는지에 대한 연구가 현재로서는 활발하게 이루어지지 못하고 있는 실정에 있다.

그럼에도 불구하고 수사실무상 사건마다 수사보고서가 작성되지 않는 경우를 거의 찾아보기 어려울 정도로 매일 작성되고 있는 것이 현실이다. 이렇게 수사관이 가장 많이 작성하고 있는 수사보고서는 증거의 일부인 증거목록에 현출되게 되고 피고인 측은 수사보고서에 대해 증거인부가 빠짐없이 이루어지고 있다.<sup>2)</sup> 그럼에도 불구하고 – 물론 수사보고서에 증거동의를 이루어지지 않는 경우에 있어서 비로소 증거능력이 문제될 수 있는데 –, 수사보고서에 대한 구체적이고 상세한 논의가 거의 생략되어 있다고 해도 과언이 아니다.<sup>3)</sup>

1) 수사보고서의 부작용을 지적한 글로는 한상규, “수사보고서의 증거능력,” 「강원법학」 제40권 강원대학교법학연구소, 2013, 412면.

2) 명점식, 수사보고서의 증거능력, 북부검찰실무연구, 2009, 172면.

3) 현재 독일에서도 수사보고서와 같은 서류는 신문을 그 내용을 하지 않는 한 낭독될 수 있다는 제256조 제1항 제5호에 비추어 보면 수사보고서 형식의 서증제출이 제한되지는 않는다. Strafprozeßordnung(StPO) § 256 Verlesung der Erklärungen von Behörden und Sachverständige (행정기관과 의사의 진술 낭독)

(1) Verlesen werden können 다음의 경우에 문서를 낭독할 수 있다.(1호~4호 생략)

5. Protokolle sowie in einer Urkunde enthaltene Erklärungen der Strafverfolgungsbehörden über Ermittlungshandlungen, soweit diese nicht eine Vernehmung zum Gegenstand haben.

이러한 문제가 형사증거법상의 증거능력 문제에 단순히 머무르는 것이 아니라, 피고인의 방어권의 보장과 행사에도 적지 않은 영향을 미치게 된다는 점을 고려하면 수사보고서의 실질적 내용을 검토하여 합리적으로 규율하는 것이 필요하게 된다. 먼저 실무상 작성되고 있는 수사보고서의 작성에 관련된 논의를 거치면서(II), 수사절차에서 작성되어 법정에 제출되는 수사보고서의 법적 성격에 따라 그 종류와 유형에 따라 분류한 다음, 구체적으로 형사절차에 있어서 실체진실 발견에 기여하면서도 또 다른 한편 피고인의 방어권 보장을 위축시키지 않는 범위 내에서 적절히 규제하면서도 엄격한 요건 하에 증거능력을 부여할 수 있는 방법을 모색하면서(III), 범죄사실을 인정하는 증거로 활용할 수 있도록 형사소송법에서 해결방안을 찾아 타당한 결론을 제시하고자 한다(IV).

## II. 현행법상 수사보고서의 작성

### 1. 수사보고서의 용도와 작성방법

수사기관이 아무리 범인을 검거하는 다양한 기법을 가지고 있더라도 그 과정에서 증거를 수집하고 수집된 증거와 범인의 진술을 관련지어 이를 서류화시킬 수 있는 능력이 없다면 수사기관이 노력한 결과의 의미를 찾기가 어렵게 될 수도 있다. 수사 서류는 구체적으로 당해 사건의 실마리와 단서, 사건의 진행과 경과 및 수사의 여러 절차 등을 기록한 중요한 서류로서 그 서류에 기재된 내용이 범죄를 증명함에 있어서 현실적으로 의미가 있을 뿐만 아니라, 수사의 절차나 수단이 적절하게 이루어지고 진행되었다는 것을 증명하기도 한다. 수사서류는 보통 시간적 순으로 내사단계, 수사단계, 송치단계에 따라 구분될 수도 있겠지만, 실무상 작성된 문서의 성격에 따라서 의사표시적 문서·증거서류·보고서 등으로 구분되고 있다. 여기서 의사표시적 문서에는 각종 수사지휘건의서, 범죄인지서, 각종 사실조회를 위한 공문서, 촉탁서,

---

수사 활동에 관련된 형사소추기관의 진술을 포함하고 있는 조서 가운데 신문의 대상이 되는 사항이 아닌 것.

의견서, 송치서 등이 이에 해당한다. 한편으로 증거서류는 진술서와 진술조서·피의자신문조서·진단서·전과조회서·가족관계증명서 등 증거에 공하게 될 서류가 있게 되는데, 증거서류의 증거능력을 잃지 않도록 각종 법률에 근거하여 작성해야 한다. 그리고 보고서는 실무상 수사보고서, 수사결과 보고서,<sup>4)</sup> 검거 보고서 등 다양하게 존재하고 있다. 여기서 수사보고서(investigation report)는 비록 실정법을 통해 용어가 명확하게 정의된 것은 아니므로 다소 논란이 있으나, 대부분은 수사실무상 수사기관이 수사의 개시원인이 되는 수사의 단서나 그 입수상황, 수사의 경위나 경과 및 결과 등 수사에 관계되는 사항을 기록하여 상사에게 보고하기 위하여 내부적으로 작성되는 서면으로 이해되고 있다.<sup>5)</sup>

이러한 수사보고서는 수사기관이 빈번하게 작성하게 되는데, 직접 수사에 종사한 자가 존재하는 사실과 부합할 수 있도록 진실하게 작성해야 함은 물론, 사람의 기억에는 어느 정도의 한계가 존재할 수밖에 없기 때문에 수사를 이루어질 때마다 보고서를 작성하여 사건의 생생한 기록을 유지 및 보고가 이루어지도록 해야 한다. 그리고 수사보고서의 보고내용에 누락되거나 혹은 모순·중복되는 부분은 없는지 등을 항상 주의깊게 검토하면서 이해하기 쉽고 간결하게 작성을 해야 한다.<sup>6)</sup>

이렇게 작성된 수사보고서는 수사에 직접 관여한 수사기관이 범죄와 관련된 모든 사항을 수사의 감독자에게 보고하는 것으로서<sup>7)</sup> 체계적이고 조직적 수사를 가능하

4) 원칙적으로 범죄사실별로 작성하는 것이 원칙이며, 현황(인정되는 사실과 다름이 있는 사실, 확보된 증거 등), 쟁점(다름이 있는 사실과 증거들의 인정여부와 법률적 해석이 필요한 사안에는 쟁점이 되는 법률적 요소들을 표시), 분석(확보한 진술과 증거들을 통해 쟁점을 풀어나감), 결과(분석의 과정을 통해 도출된 결과 값과 그 결과 값을 인정 또는 부정되는 증거들을 요약 정리하게 됨)의 순으로 작성한다. 이때 근거 없이 개인적인 의견을 기재하지 않아야 한다. 그리고 기소여부 등에 대한 의견도 밝히게 된다. 이관희·문성준·김지은 편저, 범죄수사입문(총론) 제4판, 경찰수사연수원, 2014, 614면 이하.

5) 때로는 상사의 명을 받아 특정한 사항에 대하여 수사한 결과를 보고하기 위하여 작성하는 경우도 있는데 이를 실무상 수사복명서라고 부르는데, 이러한 수사복명서도 일종의 수사보고서라고 할 수 있다.

6) 이러한 보고서는 단순히 결재권자에게 보고하는 성격에 그치지 않고, 수사관의 수사행위를 정리하고 각 수사행위마다 가교 역할도 하기 때문에 논리정연하게 작성하는 것이 중요하다.

7) 대개는 보고자의 직무수행 내용, 수사 또는 단서의 입수경위, 수사내용을 누가(who), 무엇을(what), 언제(when), 어디서(where), 왜(why), 어떻게(how)의 6하 원칙에 따른 상세한 기재, 조치와 그에 따른 결과, 보고자의 의견, 기타 참고사항 등이 다양하게 기록된다(천진호·이수현, 형사소송법 강의 I - 범죄수사편 -, 비앤엠북스, 2008, 332면).

게 하고, 시간적으로 진행되는 수사과정에서 수사서류 간에 부드럽게 연결을 해 주는 매우 중요한 역할을 함은 물론, 간헐적이고 산발적으로 수집되는 증거와 정보들을 이해하기 쉽도록 해 주는 역할을 하기도 한다. 이러한 수사보고서는 수사간부들이 수사의 전체 모습을 파악하는 데 도움을 주는 것은 물론, 범죄를 합리적으로 규명하고 영장을 검사에게 신청하고 검사가 법원에 영장을 청구함에 있어서도 유력한 소명자료로 쓰이는 경우 등 그 사용범위는 광범위할 뿐만 아니라, 그 용도 또한 매우 다양하다고 해야 한다.

수사보고서는 법령상 일정하게 정해진 양식이 없기 때문에 보통 실무적으로는 상단 중앙에는 작성자가 소속하고 있는 기관명, 우측상단에는 작성한 연월일을 기재한 후, 수신, 제목, 본문, 작성자의 소속·계급·성명을 기재한 후 날인을 하게 된다. 이때 제목에는 본문내용의 취지를 알 수 있도록 간단명료하게 작성을 해야 하며, 이때 어떠한 내용에 대한 수사보고인지 부기를 하여야 한다. 이때 답아야 할 내용이 많은 경우에는 각각의 항목을 나누어 주어야 하며 첨부해야 할 물건이 있다면 첨부 목록을 기재한 후 첨부한 서류와 함께 간인을 해 주어야 한다.<sup>8)</sup>

## 2. 수사보고서의 현행법적 근거

현행 형사소송법은 ‘수사기관이 수사목적 달성을 위하여 필요한 경우 조사를 할 수 있다’고 규정하고 있지만(제199조 제1항 본문) 그 방법을 특별히 제한하고 있지 않은 이상, 수사기관이 수사보고서라는 서류를 작성하고 만드는 것이 현행법상 규제나 통제를 받는 것은 아니다. 그러나 그렇다고 해서 수사보고서라는 규정을 법률에서 명시적으로는 찾아볼 수 있는 것은 아니다.

다만, 수사보고서의 규정은 검찰사건사무규칙 제12조의 2(피의자와 신뢰관계에 있는 자의 동석)에서 “피의자 또는 법정대리인이 제1항에 기재된 자에 대한 동석신청을 한 때 (중략) ... 동석신청서를 작성할 시간적 여유가 없는 경우 등에는 이를 작성하게 하지 아니하고, 수사보고서나 조서에 그 취지를 기재하는 것으로 갈음할 수 있으며 ...”라는 내용이 보인다. 그리고 현재 대통령령인 「검사의 사법경찰관리에

8) 이관희·문성준·김지은 편저, 범죄수사입문(총론) 제4판, 경찰수사연수원, 2014, 482면.

대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정」에서는 ‘사법경찰관이 출석요구서 이외의 방법으로 출석을 요구하였을 때’(동 규정 제19조 제3항), ‘피의자 신문시 동석신청서를 작성할 시간적 여유가 없을 때’(동 규정 제22조 제2항), ‘체포·구속 통지서를 받을 자가 없어서 그 통지를 하지 못할 때’(동 규정 제32조 제1항), ‘사건이 전자약식절차에 따르는 것이 적절하지 않다고 판단할 때’(동 규정 제105조)에 그와 같은 취지를 수사보고로 작성하여 수사기록에 편철하도록 하는 규정을 두고 있는 정도이다.<sup>9)</sup>

또한 재판예규인 증거조사부분의 목록화에 관한 예규(재형 2003-2) 제3조(증거목록의 작성방법)에서는 “증거서류 등 목록은 증거서류와 증거물인 서면을 기재하되 ‘작성’란에는 검사와 사법경찰관으로 구분하되 사경이 검사에게 사건을 송치한 시점을 기준으로 그 이후의 서류에는 ‘검사’ 또는 ‘검찰’로 분류하여 기재하고, ‘성명’란에는 증거서류가 각 진술 내용을 기재한 조서인 경우에는 진술자, 진술서인 경우에는 작성자, 수사보고서나 범죄경력조회서에 피고인의 범죄경력이나 전과내용에 관한 사항이 기재된 경우에는 대상자를 각 기재하는 등의 요령으로 작성한다”는 정도로 언급되고 있을 뿐이다.

### Ⅲ. 각 종류별 수사보고서의 증거능력

수사기관은 수사과정에서 수집된 자료를 기록에 편철하면서 그 자료의 의미나 성격, 혐의사실과의 관련성 등을 수사보고의 형식으로 요약하여 설명하기도 하지만, 때로는 자료 등을 수사보고에 첨부하기도 한다. 일반적으로는 수사보고서에 기재된 내용은 수사기관이 인식하거나 판단 또는 추론하게 된 결과이거나, 아니면 첨부자료의 단순히 요약하고 있는 경우도 있다.

9) 박형관, 수사단계 진술의 증거능력 및 증명력 확보방안, 2015년 법무연수원 정책연구과제, 형사소송법학회, 2015. 12, 62면. 그 외에도 「자유형 등에 관한 검찰집행사무규칙」 제18조 제2항(재판집행촉탁서에는 판결등본·소재수사보고서·지문 및 사진 등 형의 신고를 받은 자를 특정하는데 필요한 자료를 첨부하여야 한다), 「특별사법경찰관리 직무규칙」 제18조의3, 제63조와 제84조(수사보고서), 국방부령인 「군검찰 사건 사무규칙」 제14조, 제15조, 100조에서도 관련 규정들을 찾아볼 수 있다.

보통은 검사가 수사보고서를 증거서류로 제출하는 경우에 피고인 측에서 부동의  
를 하는 경우 수사보고서를 작성한 수사관이 법정에 출석하여 자신의 인식을 다시  
진술하지만 – 수사보고서의 내용은 검사의 증거설명이나 증거조사의 의견을 통해  
서 법정에 현출되므로 – 크게 의미가 있는 것은 아니기 때문에 피고인도 그에 따라  
증거능력을 다투지 않는 것이 일반적이다.

일단 수사보고서를 어떻게 분류할 것인지는 수사보고서의 성질을 어떻게 파악하  
느냐에 따라 다양한 분류방법이 나타날 수 있다.<sup>10)</sup> 그러나 – 아직까지 일반적으로  
정립된 방법이 없는 가운데 – 11) 본 논문에서는 수사보고서를 작성내용에 따라 각  
유형별로 구분하여 설명하는 것이 체계적이라고 생각되므로 이에 따라 분류한 다음  
각 증거능력이 부여되는 요건을 검토해 보기로 한다.

## 1. 수사기관 의견진술형 수사보고서

수사기관 자신의 의견 진술형 수사보고서의 경우는 이는 의사표시적 문서로서 증  
거능력이 없다고 해야 한다. 즉, 수사보고서의 내용이 수사보고서를 작성한 사람의  
단순한 의견을 제시한 것이거나 또는 작성자의 추측을 기재하여 수사기관 내부적으  
로 의사소통을 하기 위한 것이라면 그 수사보고서는 단순히 의사표시를 담은 문서  
에 불과하기 때문에 아무런 증거능력을 가질 수가 없다고 해야 한다. 또한 수사기관  
이 범죄신고 등을 기초로 하여 작성되는 범죄인지보고서의 내용은 수사기관의 단순

10) 수사보고서를 수사상 필요한 사실을 현출시키기 위해 작성되는 수사기관의 의견표시적 문서를  
‘협의의 수사보고서’, 범죄수사와 관련하여 수사기관이 작성한 수사서류 중 보고서의 성격을 가지  
는 문서를 총칭하여 광의의 수사보고서라고 설명하는 견해로는 이용, “수사보고서의 증거능력”  
강력검사연구논문집(V), 대검찰청, 1996, 523~524면.

11) 의견진술형 수사보고서(수사나 사건의 전반을 명확히 하기 위하여 작성되는 수사보고서), 자료첨부  
형 수사보고서(새로운 증거자료의 획득 및 그 의의에 관해 작성되는 수사보고서), 수사기관이 건문  
한 사항을 기재한 수사보고서(실황조사형 수사보고서), 참고인 또는 피고인의 진술, 특히 전화 통화  
후 진술의 주요내용을 기재한 수사보고서(진술 청취형 수사보고서)로 구분하는 견해로는 명점식,  
“수사보고서의 증거능력,” 「북부경찰실무연구」 서울북부지방검찰청, 2009, 171면. 다른 한편으로,  
전문법칙이 적용되는 경우와 전문법칙이 적용되지 않는 경우로 구분한 다음 설명하는 견해로는  
한상규, “수사보고서의 증거능력,” 「강원법학」 제40권 강원대학교법학연구소, 2013, 416면. 수사  
보고서를 작성 주체와 작성내용에 따라 구분하는 조광훈, 각 유형별 수사보고서의 증거능력에 관한  
검토, 「형사법의 신동향」 통권 제47호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2015. 6, 110면.

한 의사표시에 지나지 않고, 범죄사실 자체를 오관의 작용을 통하여 인식한 것은 아니기 때문에 증거능력이 부정될 수밖에 없다.<sup>12)</sup> 그러나 진술이 이루어질 당시에 진술자의 상태 등을 확인하기 위하여 수사보고서의 기재 중에서 진술내용을 증거로 사용하더라도 전문법칙이 적용되지 아니하고, 비전문증거로서 증거로 사용할 수 있게 된다.<sup>13)</sup>

한편, 증명력 부분에서는 원칙적으로 자유심증주의가 적용될 것이지만, 수사기관의 판단이나 추론, 자료의 단순한 요약 등은 공소사실에 대한 독립된 증명력을 가지기 어려울 것으로 판단된다. 한편 보강증거와 관련하여 판시하고 있는 판례 가운데에는 ‘필로폰 시가보고는 몰수 및 추정 구형시 참고자료로 삼기 위해 필로폰의 도·소매가격을 파악한 것에 불과하므로 피고인의 자백에 대한 보강증거로 삼을 수 없다’고 하는가 하면,<sup>14)</sup> ‘피고인이 甲과 합동하여 乙의 재물을 절취하려다가 미수에 그쳤다는 내용의 공소사실을 자백한 사안에서, 피고인을 현행범으로 체포한 乙의 수사기관에서의 진술과 범행에 사용된 도구와 손괴된 쇠창살의 모습이 촬영된 현장 사진이 첨부된 수사보고서는 단순히 피고인의 자백을 일부 재현한 것에 불과한 것

12) 수사기관이 작성한 문서 예컨대 사법경찰관 작성의 수사보고서, 범죄인지서, 현행범 체포보고서 등은 수사기관이 당해 사건에 관하여 작성한 서류이므로 제315조 제1호의 서류에서 제외됨은 지극히 당연하다. 그렇지 않으면 수사기관의 각종 조서에 엄격한 요건 하에서만 증거능력을 부여하는 형사소송법 제312조 제3항의 입법취지가 반감되거나 의미를 잃게 될 것이다(신이철, 당연히 증거능력이 인정되는 서류—특히 형사소송법 제315조를 중심으로—, 법학논총 제29집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2012. 455면).

13) 참고할 만한 판례로는 수사기관이 아닌 사인이 피고인 아닌 자와의 전화대화를 녹음한 녹음테이프에 대하여 법원이 실시한 검증의 내용이 녹음테이프에 녹음된 전화대화의 내용이 검증조서에 첨부된 녹취서에 기재된 내용과 같다는 것에 불과한 경우에는 증거자료가 되는 것은 여전히 녹음테이프에 녹음된 대화 내용이므로, 그 중 피고인 아닌 자와의 대화의 내용은 실질적으로 형사소송법 제311조, 제312조 규정 이외의 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류와 다를 바 없어서, 피고인이 그 녹음테이프를 증거로 할 수 있음에 동의하지 않은 이상 그 녹음테이프 검증조서의 기재 중 피고인 아닌 자의 진술내용을 증거로 사용하기 위해서는 형사소송법 제313조 제1항에 따라 공판준비나 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 그 녹음테이프에 녹음된 진술내용이 자신이 진술한 대로 녹음된 것이라는 점이 인정되어야 하는 것이지만(대법원 1996. 10. 15. 선고 96도1669 판결, 대법원 1997. 3. 28. 선고 96도2417 판결 등 참조), 이와는 달리 녹음테이프에 대한 검증의 내용이 그 진술 당시 진술자의 상태 등을 확인하기 위한 것인 경우에는, 녹음테이프에 대한 검증조서의 기재 중 진술내용을 증거로 사용하는 경우에 관한 위 법리는 적용되지 아니하고, 따라서 위 검증조서는 법원의 검증의 결과를 기재한 조서로서 형사소송법 제311조에 의하여 당연히 증거로 할 수 있다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2007도10755 판결).

14) 대법원 2008. 2. 14. 선고, 2007도10937, 판결.

이 아니라, 피고인 자백의 진실성을 담보하기에 충분한 보강증거가 된다'고<sup>15)</sup> 판시한 바 있다.

## 2. 진술청취형 수사보고서

### 가. 참고인 진술청취형 수사보고서

참고인 진술청취형 수사보고서는 일반적으로 수사기관이 참고인 등의 진술을 청취하였으나 진술조서를 작성하지 아니하고 그에 대신하여 그 내용을 수사보고서라는 이름으로 기재하는 경우를 말하겠지만, 이러한 참고인 진술청취 유형의 수사보고서가 작성되는 것은 수사기관이 진술자를 직접 대면하지 않고 전화로 진술을 청취함으로써 진술자의 서명·날인 등을 받을 수 없는 경우에 주로 문제된다고 생각된다. 실제로 실무상 수사기관이 피의자 아닌 제3자의 진술을 전화통화 등을 통해 청취한 후 그 진술요지를 기재하고 작성자가 기명날인한 후 수사보고서라는 제목으로 서류를 작성하여 증거로 제출하는 경우도 종종 있다.

여기서 이러한 수사보고서는 해당 진술자의 법정진술에 대신하여 그 진술을 기재한 서류이므로 전문법칙의 적용을 받는 증거서류로 보이기 때문에, 이와 같은 참고인 진술청취형 수사보고서를 어떻게 취급하여 판단하는 것이 바람직 한 것인가에 대하여 논의가 있다. 현재 학설은 이러한 수사보고서의 증거능력은 형사소송법 제221조 제1항의 참고인 진술조서의 근거조항에 부합하지 않으므로 제312조 제4항의 전문증거에 해당하지 않기 때문에 오히려 제313조 제1항의 적용함이 타당하다고 주장하는 견해와,<sup>16)</sup> 형사소송법상 참고인 진술조서의 형식을 달리 제한하고 있지 않다는 점과 제313조 제1항 보다는 요건이 엄격한 제312조 제4항을 적용하는 것이 피고인에게 더 유리하다는 점을 근거로 하여 형사소송법 제312조 제4항의 적용하는 것이 타당하다는 견해<sup>17)</sup> 정도가 제기되어 있는 정도이다.

15) 대법원 2011. 9. 29. 선고 2011도8015 판결.

16) 이현중, 수사기관 작성 조서의 증거능력, 형사재판의 쟁점과 과제, 사법발전재단, 2008. 8, 130면; 김일연, 정보저장매체에 입력·기억된 문자정보 또는 그 출력물에 대한 전문법칙의 적용여부와 그 범위, 대법원관례해설 제96호, 법원도서관, 2013, 696면.

17) 양동철, 개정 형사소송법상의 참고인 진술의 증거능력-참고인진술조서 및 진술서를 중심으로-,

이에 대하여 2007년 형사소송법 개정이 이루어지기 전에 대법원은 검찰주사보가 중국에 거주하고 있는 자에 대한 고소보충 기타 참고사항에 관하여 조사함에 있어서 그들에게 국제전화를 걸어 그 대화내용을 문답형식으로 기재한 후 그의 서명 또는 기명날인이 없이 검찰주사보만 기명날인을 해 작성한 수사보고서에 대하여, ‘이와 같은 검찰주사보 작성의 각 수사보고서는 전문증거로서 형사소송법 제310조의2에 의하면 제311조 내지 제316조에 규정된 것 이외에는 이를 증거로 삼을 수 없다. 그런데 이 수사보고서는 제311조, 제312조, 제315조, 제316조의 적용대상이 되지 아니함이 분명하고, 결국은 제313조의 진술을 기재한 서류에 해당하여야만 제314조의 적용 여부가 문제될 것이다. 그런데 제313조가 적용되기 위하여는 그 진술을 기재한 서류에 그 진술자의 서명 또는 날인이 있어야 할 것인데, 결국 제313조 제1항의 요건을 충족하지 못하여 증거능력을 가질 수 없다고 판시하고 있다.<sup>18)</sup> 그리고 2007년 형사소송법이 대폭적으로 개정된 이후에 선고된 대법원 판례에서도 ‘수사보고서는 검사가 참고인인 피해자와의 전화통화 내용을 기재한 서류로서 형사소송법 제313조 제1항 본문에 정한 ‘피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류’인 전문증거에 해당하나, 그 진술자의 서명 또는 날인이 없을 뿐만 아니라 공판준비기일이나 공판기일에서 진술자의 진술에 의해 성립의 진정함이 증명되지도 않았으므로 증거능력이 없다’고 판시<sup>19)</sup>함으로써 변함없이 여전히 형사소송법 제313조 제1항에 의하여 해결을 시도하고 있음을 엿볼 수 있다.

생각건대 현행 형사소송법 제200조에서는 피의자에 대해서는 출석을 요구하여

법조, 2009. 2, 79면.

- 18) 대법원 1999. 2. 26. 선고 98도2742 판결. 본 사건의 수사보고서는 형사소송법 제313조에 정한 진술을 기재한 서류가 아니면 형사소송법 제314조에 의한 증거능력의 유무를 따질 필요가 없고, 이는 검찰주사보가 법정에서 그 수사보고서의 내용이 전화통화 내용을 사실대로 기재하였다는 진술을 하더라도 마찬가지다. 이러한 판례의 취지는 대법원 2007. 9. 20. 선고 2007도4105 판결에서도 동일하게 유지되고 있다. 여기서 제313조 요건에 대한 상세한 논의로는 정진연·신이철, “형사소송법 제313조 제1항의 해석과 관련한 소고”, 성균관법학 제17권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2005, 357면 이하; 최병각, 진술과 기록의 증거능력, 형사판례연구 21권, 한국형사판례연구회, 2013, 467면 이하.
- 19) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도5610, 2010전도31 판결. 이에 대해 참고인 진술조서 대신에 수사보고서로 대체될 수 있는 여지를 주었다는 점에서 문제이지만, 실질적으로는 수사기관에게 진술조서의 작성과 같은 정도의 부담을 지운 것으로 보는 입장으로는 한상규, 수사보고서의 증거능력-대법원판결을 중심으로-, 강원법학 제40권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013. 10, 422면.

진술을 들을 수 있다고 하면서, 제244조 제1항에서는 피의자의 진술은 ‘조서’에 기재하여야 한다는 규정을 두고 있다. 그러나 형사소송법 제221조 제1항은 참고인에 대해서는 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다고 하면서도, 적어도 형사소송법에 명문으로 참고인의 진술을 반드시 조서에 기재하여야 한다는 규정은 별도로 두고 있지 않다는 점에서<sup>20)</sup> 피의자신문조서와는 다소간 차이가 발견된다. 따라서 이러한 현행 형사소송법이 규정하고 있는 태도와 함께, 수사보고서 자체가 수사를 전혀 하지 않는 사적인 상태에서 작성되는 것이 아니라는 점을 고려해 볼 때 참고인진술조서에 준하는 규율을 받을 수 있는 여지가 전혀 없다고 단정하기는 어려울 것이다.

먼저 참고인 진술조서의 증거능력을 인정하기 위해서는 — 적어도 전문법칙과의 관계에서 — 적법한 절차와 방식에 의하여 작성된 것이어야 한다. 물론 간인·서명·날인 등이 진술자의 것임에 틀림없다는 형식적 진정성립은 당연한 전제가 된다. 그리고 다른 한편으로 현재 형사소송법에서 참고인조사의 근거를 제221조 제1항에서 명문으로 규정하고 있는 것은 사실이다. 그렇지만 피의자신문조서와는 달리 — 수사과정의 기록에 관한 제244조의4 제3항을 제외하고는 — 참고인진술조서의 경우에는 구체적인 절차에 관해서는 명시적으로 언급하고 있지는 않고, 다만 수사기관 작성의 조서에 관한 일반적인 규정으로는 형사소송법 제57조와 제58조(공무원의 서류) 정도를 가지고 있을 뿐이다. 여기서 과연 적법한 절차와 방식에 따라 작성이라는 요건과 관련하여 참고인진술조서에도 법원의 조서나 피의자신문조서에 준하는 정도의 절차 및 방식을 요구되는지에 대해 얼마든지 논란이 제기될 수 있다. 이와 관련하여 먼저 수사기관 작성의 참고인진술조서에 있어서 작성자가 기명날인 또는 서명하는 외에, 진술자의 기명날인 또는 서명이 과연 수사기관의 작성 조서의 적법요건이라고 할 수 있는가에 대하여 논의가 이루어질 수 있다. 생각건대 비록 제48조가 법원

20) 다만 검찰사건사무규칙 제13조 제2항은 ‘검사가 피의자 이외의 자로부터 진술을 듣고 조서를 작성하는 경우에는 별지 제20호 서식에 의한 진술조서에 의한다’고 하면서, 동 규칙 제13조 제3항에서는 ‘검사는 피의자 아닌 자의 진술을 들음에 있어 진술인이 서면진술을 원하는 경우, 진술사항이 복잡하고 진술인이 서면진술에 동의하는 경우 등 서면진술을 하게 함이 상당하다고 인정되는 때에는 별지 제20호의2 서식의 진술서를 작성하도록 할 수 있다’는 규정을 두고 있다. 이는 수사기관이 참고인의 진술을 조서로 작성하는 경우에는 일정서식에 의한 진술조서로 한다는 것이지, 반드시 진술조서에만 진술내용을 담아서 작성되어야 한다는 것은 아니므로 조서를 작성하는 것만이 유일한 진술현출의 수단이 아님을 밝히고 있는 것으로 볼 수 있다.

사무관등이 작성하는 법원의 조서에 관한 규정임에는 분명하지만, 본 조항을 성질에 반하지 않는 한 배제할 이유가 전혀 없으므로 수사기관이 참고인에 대한 진술조서를 작성하는 경우에도 충분히 유추될 수 있다고 본다. — 여기서 법원의 조서에 준해 형사소송법 제48조를 적용하든, 피의자신문조서에 준해 형사소송법 제244조를 적용하든 커다란 차이가 생기는 것은 아니다 — 결국 제48조 제7항에서는 ‘조서에는 진술자로 하여금 간인한 후 서명날인하게 하여야 한다’고 규정하고 있는데, 이러한 규정을 유추하여 참고인진술조서의 적법요건으로 볼 수 있게 된다. 따라서 진술자의 서명·날인이 없는 진술조서는 증거능력이 인정되지 않는다고 해야 하므로,<sup>21)</sup> 앞서 언급된 대법원판례 사안인 외국에 거주하는 참고인과의 전화대화 내용을 문답형식으로 기재한 수사보고서는 현실적으로 그 진술자의 서명·날인이 없을 것이므로 피고인이 동의하지 않는 한 증거능력이 인정되는 경우란 생각하기 어렵고, 결국은 자연스럽게 증거능력이 부정할 수밖에 없을 것이다.<sup>22)</sup> 물론 그 외에도 진술자에게 읽어주거나 열람하게 하여 기재내용의 정확여부를 물어야 하고(형사소송법 제48조 제3항), 진술자가 증감변경의 청구를 한 때에는 그 진술을 조서에 기재하여야 하며(제48조 제4항), 조서기재의 정확성에 대하여 이의를 진술한 때에는 그 진술의 요지를 조서에 기재하여야 할 것이다(제48조 제5항). 결국 피고인이 법정에서 부동의하는 이상 단순히 작성자가 성립의 진정을 인정한 것만으로는 증거능력을 부여할 수 없게 됨은 물론, 이때 법정에서 경찰관이 수사보고서를 진정하게 작성하였다고 진술한다고 하더라도 결론을 달리하지 않게 된다.

또한 수사보고서의 내용이 청취한 것이라면 이는 재전문 증거에 해당한다고 해야 한다. 예컨대 수사기관 작성의 피고인 아닌 자에 대한 진술조서에 피고인 아닌 자로부터 전문한 내용이 포함되어 있는 경우와 같이 전문증거 중에 전문진술이 포함되어 있는 때가 그것이다. 먼저 재전문증거의 증거능력을 인정할 수 있는가에 관하여 논의가 있다. 학설상으로는 재전문은 이중의 예외이며 증거능력을 인정하는 명문의 규정이 없는 이상 증거능력을 부정해야 한다는 부정설<sup>23)</sup>과, 법정 외의 진술 하나하

21) 대법원 1993. 4. 23. 선고 92도737 판결.

22) 신이철, “수사보고서에 기재된 참고인과의 전화통화 내용의 증거능력,” 『형사법의 신동향』 통권 제45호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2014. 12, 152면.

23) 신동운, 형사소송법, 법문사, 2014, 1247면; 신양균, 형사소송법, 화산미디어, 2009, 816면.

나가 전문법칙의 예외의 요구를 충족하는 때에는 증거로 할 수 있다는 긍정설,<sup>24)</sup> 그리고 재전문진술에 대하여는 증거능력을 인정할 수 없지만 전문진술이 기재된 서류에 대하여는 전문법칙의 예외를 인정할 수 있다거나,<sup>25)</sup> 최초의 원진술자가 재전문증거의 내용이 자신의 원진술과 같다는 사실을 확인하는 경우에 한하여 재전문증거의 증거능력을 인정할 수 있다는<sup>26)</sup> 제한적 긍정설이 제기되어 있다. 그러나 판례는 재전문진술이나 재전문진술을 기재한 서류에 대하여는 현행법상 그 증거능력을 인정하는 규정을 두고 있지 않음을 이유로 피고인이 증거로 하는데 동의하지 않는 한 증거로 할 수 없다고 하면서 다만, 전문진술이 기재된 조서(즉, 전문진술조서)는 제312조 또는 제314조의 규정에 의하여 그 증거능력이 인정될 수 있는 경우에 해당하여야 함은 물론, 나아가 제316조 제2항(피고인 아닌 자로부터 전문한 경우)의 규정에 따른 요건도 갖추어야 예외적으로 증거능력을 인정하는 입장을 취하고 있다. 재전문증거는 타인의 원진술이 요증사실의 증거로 사용된다는 점에서 전문증거와 실질적인 차이를 찾아보기 어려우므로 개개의 예외요건을 충족한다면 이를 증거로 사용해도 무방하다고 여겨진다. 따라서 수사보고서가 재전문증거인 경우에도 전문서류와 전문진술의 증거능력 요건을 모두 갖춘다면 증거능력을 부여할 여지가 생기게 된다.

다만, 반의사불벌죄에서 피고인 또는 피의자의 처벌을 희망하지 않는다는 의사표시 또는 처벌희망 의사표시 철회의 유무나 그 효력 여부에 관한 사실은 엄격한 증명의 대상이 아니라 증거능력이 없는 증거나 법률이 규정한 증거조사방법을 거치지 아니한 증거에 의한 증명, 이른바 자유로운 증명의 대상이므로<sup>27)</sup> 수사보고서를 피해자들의 처벌희망 의사표시 철회의 효력 여부를 판단하는 증거로 사용한 것 자체는 정당하다는 것이 판례의 입장이다.<sup>28)</sup>

24) 권오걸, 형사소송법, 형설출판사, 2012, 720면; 이은모, 형사소송법 제5판, 박영사, 2015, 727면; 이재상·조균석, 형사소송법 제10판, 박영사, 2015, 633면; 이창현, 형사소송법, 입추출판사, 2014, 832면; 임동규, 형사소송법 제9판, 법문사, 2013, 538면; 정웅석·백승민, 형사소송법, 2014, 713면; 차용석·최용성, 21세기사, 2013, 571면.

25) 손동권·신이철, 형사소송법, 세창출판사, 2014, 658면.

26) 배종대·이상돈·정승환·이주원, 신형사소송법, 홍문사, 2012, 668면.

27) 대법원 1999. 2. 9. 선고 98도2074 판결; 대법원 1999. 5. 14. 선고 99도947 판결 등 참조.

28) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도5610, 2010전도31 판결. 다만, 피고인의 증인신청을 불허하고

## 나. 피의자 진술청취형 수사보고서

형사소송법 제312조 제3항은 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다고 규정하고 있다. 한편 피고인이 검사 이외의 수사기관에서 범죄 혐의로 조사받는 과정에서 작성하여 제출한 진술서는 그 형식 여하를 불문하고 당해 수사기관이 작성한 피의자신문조서와 달리 볼 수 없으며,<sup>29)</sup> 피고인이 수사 과정에서 범행을 자백하였다는 검사 아닌 수사기관의 진술이나 같은 내용의 수사보고서 역시 피고인이 공판 과정에서 앞서의 자백의 내용을 부인하는 이상 마찬가지로 보아야 한다.<sup>30)</sup> 여기서 말하는 ‘검사 이외의 수사기관’에는 달리 특별한 사정이 없는 한 외국의 권한 있는 수사기관도 포함된다. 따라서 미국 범죄수사대(CID), 연방수사국(FBI)의 수사관들이 작성한 수사보고서 및 피고인이 위 수사관들에 의한 조사를 받는 과정에서 작성하여 제출한 진술서는 피고인이 그 내용을 부인하는 이상 모두 증거로 쓸 수 없다.<sup>31)</sup> 또한 사법경찰관이 작성한 검증조서에 피의자이던 피고인이 검사 이외의 수사기관 앞에서 자백한 범행내용을 현장에 따라 진술·재연한 내용이 기재되고 그 재연 과정을 촬영한 사진이 첨부되어 있다면, 그러한 기재나 사진은 피고인이 공판정에서 실황조사서에 기재된 진술내용 및 범행재연의 상황을 모두 부인하는 이상 증거능력이 없게 된다.<sup>32)</sup>

이에 반하여 최근 판례는 ‘수사보고서 중 피고인의 진술을 기재한 부분은 전문증거에 해당하는데 수사보고서가 진술자인 피고인의 자필이거나, 서명 또는 날인이

검사 작성의 각 수사보고서의 기재를 주요 근거로 삼아 피해자들의 처벌희망 의사표시의 철회를 무효로 판단한 원심판결에 법리오해 또는 심리미진의 위법이 있다.

29) 대법원 1987. 2. 24. 선고 86도1152 판결 등 참조.

30) 대법원 1979. 5. 8. 선고 79도493 판결 등 참조.

31) 대법원 2006. 1. 13. 선고 2003도6548 판결. 참고로 외국공무원이 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서(일본국의 세관공무원이 작성한 문서)는 증거능력이 인정되지만(대법원 1984. 2. 28. 선고. 83도3145 판결), 외국수사기관이 수사결과 얻은 정보를 회답하여 온 문서 즉 외국 수사기관의 수사결과들은 고도의 신용성이 보장된 경우에 해당하는 형사소송법 제315조 제1호에 이른바 외국의 공무원이 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 1979. 9. 25. 선고. 79도1852 판결).

32) 대법원 1984. 5. 29. 선고 84도378 판결 등 참조.

없어 전문증거의 증거능력에 대한 예외를 규정하고 있는 형사소송법 제313조의 진술을 기재한 서류에 해당하지 않으므로 증거능력이 없다'고 판시하고 있다.<sup>33)</sup> 이는 피고인의 서명·날인이 없는 수사보고서는 형사소송법 제313조의 예외요건을 충족하지 못하여 증거능력이 없다는 점을 분명히 하고 있는 것으로 보인다. 그러나 검찰 수사관들이 작성한 수사보고서가 피고인의 진술을 내용으로 하는 한 그 실질을 들여다보면 수사기관이 작성한 피의자신문조서와 달리 취급할 특별한 이유를 찾아보기 어렵다는 점을 고려해 보면 이러한 형태의 수사보고서는 형사소송법 제312조 제3항에 의하여 증거능력을 판단하는 것이 바람직할 것으로 본다.

### 3. 자료첨부형 수사보고서

자료첨부형 수사보고서의 경우 수사기관이 수사과정에서 수집한 자료를 기록에 현출시키기 위해 그 자료의 의미나 성격, 혐의사실과의 관련성 등을 요약설명하고 그 자료를 첨부하는 형태의 수사보고서라고 보면 된다. 이러한 수사보고서에서 원칙적으로 증거로서의 의미를 가지는 것은 수사보고서에 첨부된 자료라고 해야 하고, 수사보고서에 기재된 내용 자체는 수사기관이 첨부 자료를 통하여 얻은 인식·판단·추론이거나 첨부자료의 단순한 요약에 불과하여 첨부자료와 독립하여 공소사실에 대하여 의미를 갖는다고 보기는 어려울 것으로 판단된다.

여기서 수사보고서에 첨부 자료가 진술증거인 경우라면 전문법칙의 적용을 받게 되며, 만약 전문법칙의 예외요건을 충족하지 못해 증거능력이 인정되지 않는다면 수사보고서 자체도 증거능력을 인정받기가 쉽지 않을 것이다. 물론 수사보고서에 그와 같은 내용을 담은 자료의 존재자체가 요증사실인 경우에는 당연히 수사보고서의 첨부자료에는 전문법칙이 적용되지 않는다고 해야 한다. 판례도 피고인들이 이 적표현물을 제작·반포하고 그 내용을 강의의 함으로써 반국가단체인 북한의 활동을

33) 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009도7419 판결. 1999년 3월 중국 청도에서 김모씨로부터 필로폰 256g 이 숨겨진 다기세트를 건네받아 중국 민항기 편으로 입국해 공항에서 잠복수사를 하던 검찰수사관과 정보원에게 넘겼지만, 검찰은 추가 수사의 필요성 때문에 임씨를 체포하지 않았다. 임씨는 중국으로 돌아갔다가 며칠 뒤 재입국했으나 추가 범행이 적발되지 않아 중국으로 다시 출국했고 2008년 12월 귀국, 10년 만에 체포돼 구속기소 된 사건이다.

선전하거나 동조하였다는 공소사실로 기소된 사건에서 ‘증거신청의 취지 등에 비추어 볼 때 첨부된 서류가 내용의 진실성을 요증사실로 하는 것이 아니라 이적표현물에 해당한다는 점 또는 수사기관이 피고인의 주거지에서 입수한 해당 첨부서류가 전국회의 부산지부사무실 등에서 발견된 기존 증거와 동일하다는 점을 증명하기 위한 것이라면 수사보고의 첨부서류는 증거서류가 아니라 증거물인 서면으로 전문법칙의 적용이 되는 증거라고 할 수 없다’고 판시한 바 있다.<sup>34)</sup> 이는 수사보고서에 첨부된 자료자체가 이적표현물에 해당한다거나, 혹은 그 첨부자료가 기존의 증거와 동일한 것임을 증명하기 위한 것일 때는 수사보고서의 첨부자료에 전문법칙이 적용되지 않는다는 점을 분명히 하고 있는 것인데, 이는 문건내용의 진실성이 아니라 문건의 존재자체가 직접증거가 되는 경우로서 진술증거라도 비전문증거이므로<sup>35)</sup> 적법한 검증만 거처도 증거능력이 인정된다는 것으로 매우 타당한 설시이다. 이때 첨부자료의 입수경위와 내용 등을 요약해서 설명한 부분이 수사보고서에 기재되어 있는 경우라면 형사소송법 제313조 제1항에 따라 작성자인 경찰관이 공판기일에 증인으로 출석하여 성립의 진정을 증명하면 증거능력을 인정받을 수 있는 것은 별개의 문제이다.

### 가. CD 등 자료첨부형 수사보고서

CD 등 자료첨부형 수사보고서는 실질적으로 첨부된 자료의 부속서류로서의 의미가 있기 때문에 범죄를 증명할 수 있는 CCTV에 의해 녹화된 영상을 재생할 수 있는 매체인 CD를 유죄의 증거로 사용하려면 단순히 수사보고서에 대한 증거조사를 형사소송법상 제292조에서 정한 증거서류에 대한 증거조사방식에 따라 내용을 고지하는 것만으로는 부족하고 형사소송법 제292조의 3에서 정한 컴퓨터용 디스크에 대한 증거조사 방식에 따라 증거조사를 해야 한다. 즉 제292조의3은 도면·사진·녹음테이프·비디오테이프·컴퓨터용디스크, 그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진

34) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2010도3504 판결.

35) 최근에도 대법원은 “어떤 진술이 기재된 서류가 그 내용의 진실성이 범죄사실에 대한 직접증거로 사용될 때에는 전문증거가 된다고 하더라도 그와 같은 진술을 하였다든 것 자체 또는 그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용될 때는 반드시 전문증거가 되는 것은 아니다”라고 판시하고 있다(대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결).

물건으로서 문서가 아닌 증거의 조사에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다. 그리고 형사소송규칙 제134조의8은 ① 녹음·녹화테이프, 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 방법으로 음성이나 영상을 녹음 또는 녹화하여 재생할 수 있는 매체에 대한 증거조사를 신청하는 때에는 음성이나 영상이 녹음·녹화 등이 된 사람, 녹음·녹화 등을 한 사람 및 녹음·녹화 등을 한 일시·장소를 밝혀야 한다. ② 녹음·녹화매체 등에 대한 증거조사를 신청한 당사자는 법원이 명하거나 상대방이 요구한 때에는 녹음·녹음매체 등의 녹취서, 그 밖에 그 내용을 설명하는 서면을 제출하여야 한다. ③ 녹음·녹화매체 등에 대한 증거조사는 녹음·녹화매체 등을 재생하여 청취 또는 시청하는 방법으로 한다.

관례도 검사는 피고인들에 대한 체포장면이 녹화된 동영상 CD를 별도의 증거로 제출하지 아니하고 위 CD의 내용을 간략히 요약한 수사보고서에 위 CD를 첨부하여 수사보고서만을 서증으로 제출한 경우, 피고인들이 이 사건 해산명령 및 그에 따른 체포의 위법성을 다투자 위 CD를 재생하여 청취 또는 시청하는 방법으로 증거조사를 거치지 아니한 채 수사보고서를 유죄의 증거로 거시한 것은 잘못이라는 입장을 분명히 하고 있다.<sup>36)</sup> 결국 CD에 대한 증거조사절차가 법에 규정된 대로 거치지 않았기 때문에 유죄의 증거로 할 수 없다는 취지이다.

그리고 버스운전을 방해한 혐의(업무방해)로 기소된 피고인에 대한 상고심에서도, 1심은 사건 당시 버스에 설치된 CCTV에 의해 녹화된 영상을 재생할 수 있는 매체인 CD(컴퓨터용 디스크)가 첨부돼 있는 수사보고에 대한 증거조사를 형사소송법 제292조의3의 컴퓨터용 디스크 증거조사 방식에 따라 조사하지 않고 제292조 증거서류에 대한 증거조사 방식에 따라 한 것으로 되어 있는데, 2007년 신설된 형사소송법 제292조의3과 이를 근거로 형사소송규칙 제134조의8은 녹음·녹화 매체 등에 대한 증거조사는 재생해 청취 또는 시청하는 방법으로 한다고 규정하고 있다. 따라서 ‘원심은 CD에 대한 증거조사가 이뤄졌음을 전제로 1심이 채택해 조사한 증거로 ‘CCTV 영상’을 적시한 다음 범죄사실이 인정된다고 판단한 것은 적법한 증거조사를 거치지 않은 증거를 채택해 범죄사실을 인정한 잘못이 있다’고 판시<sup>37)</sup>한 바 있다. 결국 수사보고서와 그에 첨부된

36) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009도13846 판결.

자료는 별도의 증거로 보아 그 증거조사방법을 준수해야 한다는 점을 명확히 하고 있다.

#### 나. 유인물내용을 분석하고 기계적으로 복사하여 첨부한 수사보고서

피고인이 소지·탐독사실을 인정하고 있는 유인물의 내용을 분석하고 이를 기계적으로 복사하여 그 말미에 그대로 첨부한 사법경찰관 작성의 수사보고서, 이른바 사법경찰관 작성의 국가보안법상의 이적표현물에 대한 수사보고서는 신용성이 담보되어 있으므로 제315조 제3호에 포함된다고 일반적으로 설명되고 있다. 이에 대해 판례 또한 ‘사법경찰관 작성의 새 세대 16호에 대한 수사보고서는 피고인이 검찰에서 소지 탐독사실을 인정하고 있는 새 세대 16호라는 유인물의 내용을 분석하고, 이를 기계적으로 복사하여 그 말미에 그대로 첨부한 문서로서 그 신용성이 담보되어 있어 형사소송법 제315조 제3호 소정의 기타 특히 신용할 만한정황에 의하여 작성된 문서에 해당되는 문서로서 당연히 증거능력이 인정된다’고 판시<sup>37)</sup>한 것이 있다. 생각건대 여기서의 수사보고서는 그와 같은 내용을 담은 자료의 내용의 진실성이 아니라, 그 존재자체가 요증사실인 경우이므로 수사보고서의 첨부자료에는 전문법칙이 적용되는 것이 아니기 때문에 증거능력이 부여될 수 있는 것은 너무나 당연한 것이다. 그러나 첨부자료의 입수경위와 그 내용들을 요약설명한 부분이 있고, 자료 내용의 진실성을 요증사실로 하는 경우에는 전문법칙이 적용되어 제313조 제1항에 따라 수사보고서 작성자의 공판기일 진술에 의하여 그 성립의 진정이 증명되어야 증거로 할 수 있을 것이다. 물론 수사보고서의 내용 속에 수사기관의 주관적인 판단이나 추측 등이 있는 경우에는 의사표시적 문서로 보아 증거능력을 부여할 수 없는 것은 의문의 여지가 없다.

37) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도11115 판결.

38) 대법원 1992. 8. 14. 선고 92도1211 판결.

#### 4. 실황조사형 또는 검증형 수사보고서

수사기관의 수사보고서에 검증의 결과에 해당하는 기재가 있는 경우가 때때로 있는데, 이에 대한 취급을 둘러싸고 논의가 있을 수 있다. 이에 대하여 판례는 수사보고서 중 ‘피고인 1, 2 서로 왼쪽 눈부위에 타박상이 있고, 피고인 1은 무릎에도 찰과상이 있다.’라는 기재 부분에 대해 ‘수사보고서에 검증의 결과에 해당하는 기재부분은 단지 수사의 경위 및 결과를 내부적으로 보고하기 위하여 작성된 서류에 불과하므로 그 안에 검증의 결과에 해당하는 기재가 있다고 하여 이를 형사소송법 제312조 제6항(구 형사소송법 제312조 제1항)의 ‘검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서’라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 이를 같은 법 제313조 제1항의 ‘피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류’라고 할 수도 없고, 같은 법 제311조, 제315조, 제316조의 적용대상이 되지 아니함이 분명하므로 그 기재부분은 증거로 할 수 없다’고 판시하고 있다.<sup>39)</sup> 이에 학자들도 대부분 수사보고서 중에 피고인이 타박상이 있고 무릎에도 찰과상이 있다는 기재부분이 포함되어 있더라도 이는 사법경찰관이 수사상 필요하다고 인정하여 범죄현장 또는 기타 장소에 임하여 실황을 조사할 때 작성하는 실황조사서에 해당하지 않고 단지 수사의 경위 및 결과를 내부적으로 보고하기 위하여 작성한 서류에 불과하므로 그 안에 검증의 결과에 해당하는 기재가 있다고 하여 수사기관의 검증조서라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 다른 전문법칙의 예외규정에도 해당하지 않으므로 증거능력을 가질 수 없다고 보고 있다. 이때 법정에서 경찰관이 수사보고서를 진정하게 작성하였다고 진술해도 결론을 달리하지 않게 된다.

생각건대 수사보고서에 기재된 내용이 사실상 검증조서의 내용과 결과를 기재한 것과 다름이 없는 경우라면 제312조 제6항에 따라 증거능력을 판단할 여지가 아예 없는 것은 아니다.<sup>40)</sup> 그러나 현행 형사소송법상 수사기관의 검증조서의 경우 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에서의 작성자의 진술에 따라 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있도록 규정하고 있다(형

39) 대법원 2001. 5. 29. 선고 2000도2933 판결.

40) 조광훈, 각 유형별 수사보고서의 증거능력에 관한 검토, 「형사법의 신통향」 통권 제47호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2015. 6, 135면.

사소송법 제312조 제6항). 여기서 검증조서가 증거능력을 갖기 위해서 우선적으로 갖추어야 할 요건으로는 ‘조서작성의 절차와 방식이 적법’해야 한다. 구법 하에서의 간인·서명·날인 등이 진술자의 것임에 틀림없다는 형식적 진정성립은 현행법에서는 독자적인 의미를 가지는 것이 아니라, 보다 넓은 개념인 적법한 절차와 방식에 따라 작성한다는 문제에 흡수되어 있다. 다만 ‘적법한 절차와 방식’이 형사소송법에 규정된 절차와 방식을 어느 정도까지 충족하여야 하는가의 문제가 충분히 제기될 여지가 있지만, 법 규정의 취지 등을 고려하면서 구체적인 상황에 따라 개별·구체적으로 판단하는 것이 옳을 것으로 본다. 예컨대 조서작성의 주체와 관련하여 검증조서의 작성자는 ‘검증의 주체가 되는 검사 또는 사법경찰관’을 말하는 것이지, 검증에 참여한 자를 의미하는 것이 아니다.<sup>41)</sup> 따라서 단순한 검증에 참여한데 불과한 사법경찰관은 검증조서에 대해 성립의 진정을 인정할 수는 없다고 할 것이다. 그리고 조서내용의 형식성과 관련해서는 검증조서는 기재내용의 형식성을 구비하여야 하는데, 검증조서에는 검증의 연월일시와 장소를 기재하고, 그 검증을 행한 자와 참여한 사법경찰관이 기명날인 또는 서명하여야 한다. 따라서 조서작성 과정에서 검증의 주체인 수사관이외의 자가 서명·날인한 경우는 물론, 서명·날인이 없는 경우 즉 형식적 진정성립이 인정되지 않는 경우에도 적법한 절차와 방식에 따라 작성되지 않은 경우로서 검증조서를 증거로 할 수 없게 될 것이다. 그런데 사실상의 검증조서를 수사보고서 형태로 작성되는 경우라도 대부분 보통의 수사보고서는 작성자의 관직과 성명, 그리고 날인만이 있을 뿐이므로 이를 적법한 절차와 방식에 따라 작성한 것으로 보는 현실적으로 어렵기 때문에 결국은 증거능력을 부여 받지 못하게 될 것이다.

#### IV. 결론

수사실무상 대부분의 수사담당자는 수사보고서라는 형식의 수사서류를 빠짐없이 작성하고 있다. 이러한 서류는 법원에 증거의 일부인 증거목록에 대부분 현출되고 있으며 이에 피고인 측은 증거인부가 이루어지고 있는 실정이지만, 이에 대한 활발

41) 대법원 1976. 4. 13. 선고 76도500 판결; 대법원 1990. 2. 13. 선고 89도2567 판결.

한 논의가 있는 것은 아니다. 현행 형사소송법상 수사보고서가 실체진실 발견에 적지 않은 영향과 도움을 줄 수 있으며, 실체진실을 발견하기 위한 하나의 구체적이고 적극적 수단으로 평가되고 있는 만큼, 수사보고서는 가급적 충실하면서도 객관적으로, 그리고 수사시 마다 즉시 작성하여 그러한 사실이 왜곡되지 않도록 할 필요가 분명히 있다. 그러나 다른 한편으로는 수사보고서가 피고인의 방어권에도 많은 영향을 미치게 될 수 있으므로 현행법 하에서 이를 적절히 규제하면서도 엄격한 요건 하에 증거로 활용할 수 있을 것으로 본다. 물론 수사보고서의 증거능력은 일률적으로 판단할 수는 없고, 그 수사보고서의 내용을 구체적 개별적으로 따져 판단해 보아야 한다. 특히나 진술청취형 수사보고서의 경우에는 단순한 수사보고서라는 형식보다는 그 실질이 중요한 기준이 되어 구체적으로 판단될 수 있다고 본다. 그럼에도 불구하고 현재 판례가 비록 참고인과의 전화통화 내용을 기재한 수사보고서에 대하여 형사소송법 제313조 제1항 본문에 정한 ‘피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류’인 전문증거에 해당하지만, 그 진술자의 서명 또는 날인이 없을 뿐만 아니라 공판준비기일이나 공판기일에서 진술자의 진술에 의해 성립의 진정함이 증명되지도 않았으므로 증거능력이 없다는 입장을 취하고 있다. 그러나 수사보고서가 ‘조서’가 아닌 것이 분명하다고 하더라도 진술조서와 달리 취급할 이유도 특별히 찾아 볼 수 없기 때문에 대부분의 경우 그 증거능력은 제312조 제4항에 준하여 판단될 수 있다고 생각된다. 이와 같이 해석하는 것이 - 현재의 판례의 태도에 비하여 - 제312조 제4항이 규정하고 있는 적법한 절차와 방식에 따라 작성, 반대신문권의 보장, 특히 신빙할 수 있는 상태의 요구 등의 의미를 훼손시키지 않는 것이고, 더욱이 피고인의 방어권 보장차원에서 살펴보다라도 제312조 제4항을 적용하는 것이 피고인에게 더 유리하게 된다. 차후에 입법이 이루어질 수 있다면 수사보고서에 대한 명시적인 법적 근거규정을 형사소송법에 둠으로서 합리적이고 직접적으로 규율해볼 여지도 있겠지만, 그럼에도 불구하고 더 근본적인 것은 가급적 수사서류의 증거능력을 가급적 배제하고 공판정에서의 증인신문절차 등 구두변론을 통해 사실확인과 심증형성을 하는 공판중심주의를 원칙으로 하고, 이것이 가능하지 않은 경우에 한하여 전문서류의 예외적 증거사용의 방식을 취하는 이른바 인적증거 우선의 원칙이 관철되어야 한다는 생각에는 여전히 변함이 없다.

## 참고문헌

- 권오걸, 형사소송법, 형설출판사, 2012.
- 노명선·이완규, 형사소송법, 성균관대학교출판부, 2013.
- 배종대·이상돈·정승환·이주원, 신형사소송법, 홍문사, 2014.
- 백형구·박일환·김희옥, 주석 형사소송법 III, 한국사법행정학회, 2009.
- 법원행정처, 법원실무제요, 형사 II, 2008.
- 사법연수원, 형사증거법 및 사실인정론, 2012.
- 사법연수원, 형사변호실무, 2011.
- 손동권·신이철, 형사소송법, 세창출판사, 2014.
- 송광섭, 형사소송법, 형설출판사, 2010.
- 신동운, 신형사소송법 제5판, 법문사, 2014.
- 신양균, 형사소송법 신판, 화산미디어, 2009.
- 신현주, 형사소송법 신정2판, 박영사, 2002.
- 심희기·양동철, 형사소송법, 삼영사, 2009.
- 이관희·문성준·김지은, 범죄수사입문(총론), 경찰수사연수원, 2014.
- 이영란, 한국형사소송법 개정판, 나남, 2008.
- 이은모, 형사소송법 제5판, 박영사, 2015.
- 이완규, 형사소송법 연구 II, 법문사, 2011.
- 이재상·조균석, 형사소송법 제10판, 박영사, 2015.
- 이형국, 형사소송법 전정판, 법문사, 1996.
- 임동규, 형사소송법 제9판, 법문사, 2013.
- 정영석·이형국, 형사소송법 전정판, 법문사, 1996.
- 정웅석·백승민, 형사소송법, 대명출판사, 2014.
- 진계호, 형사소송법, 형설출판사, 2000.
- 차용성·최용성, 형사소송법 제5판, 21세기사, 2013.
- 천진호·이수현, 형사소송법 강의 I - 범죄수사편 -, 비앤엠북스, 2008.
- 히라라키 토키오·조균석 역, 일본형사소송법, 박영사, 2012.

- 三井誠·酒卷匡 著, 신동운 역, 「입문 일본형사수속법」, 법문사, 2003.
- 김일연, “정보저장매체에 입력·기억된 문자정보 또는 그 출력물에 대한 전문법칙의 적용여부와 그 범위”, 대법원판례해설 제96호, 법원도서관, 2013.
- 명점식, “수사보고서의 증거능력”, 「북부검찰실무연구」 서울북부지방검찰청, 2009.
- 박형관, “수사단계 진술의 증거능력 및 증명력 확보방안”, 2015년 법무연수원 정책연구과제, 형사소송법학회, 2015. 12.
- 신이철, “당연히 증거능력이 인정되는 서류—특히 형사소송법 제315조를 중심으로—”, 법학논총 제29집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2012.
- 신이철, “수사보고서에 기재된 참고인과의 전화통화 내용의 증거능력”, 「형사법의 신동향」 통권 제45호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2014. 12.
- 이 용, “수사보고서의 증거능력” 강력검사연구논문집(V), 대검찰청, 1996.
- 정진연·신이철, “형사소송법 제313조 제1항의 해석과 관련한 소고”, 성균관법학 제17권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2005.
- 조광훈, 각 유형별 수사보고서의 증거능력에 관한 검토, 「형사법의 신동향」 통권 제47호, 대검찰청 검찰미래기획단, 2015.
- 최병각, 진술과 기록의 증거능력, 형사판례연구 21권, 한국형사판례연구회, 2013.
- 한상규, “수사보고서의 증거능력”, 「강원법학」 제40권 강원대학교법학연구소, 2013.
- 田口守一, 刑事訴訟法, 弘文堂, 2007.
- Hans-Heiner Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl., C.F. Müller, 2007.
- Klaus Volk, Grundkurs StPO, 6. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2008.
- Werner Beulke, Strafprozessrecht, 8. Aufl., 2005.

## The Regulation of Evidence (Capacity of Evidence) for Investigative Reports in Criminal Proceedings

Shin Yi-chul\*

An investigative report will be internally prepared with an aim to report any clues to an investigation, the status of evidence secured, the progress and the results to seniors will not only enable more organized investigations but also clarify the connection between/among investigative documents. Thus, it is in many ways applied as an efficient material for explanation. Resultantly, the range and purpose of use is not only wide but also diverse. Therefore, as for investigative reports prepared in the process of investigation and submitted to a court, it will be desirable to derive specific and desirable conclusions by legal characteristic and type rather than by a uniform condition. For example, as for the capacity to provide sufficient evidence, it will be possible to use an investigative report where qualifications as evidence will not matter. However, as for strict evidence, by purpose and kind of use, self-statement-based investigative reports will provide no evidential capacity as they remain in the realm of self-sustained statements. On the other hand, investigative reports involving attachment of other materials such as CD, circumstantial reports or verification-applied reports as well as materials pertaining to referees (telephone reports) or statements by dependents will be able to ensure evidential capacity as they satisfy certain conditions within which they contain the characteristics of statements as evidence. Also, in terms of capacity of evidence, while free evaluation of evidence will be applied, there will be a limit to ascertain independent capacity for providing

---

\* Assistant Professor, department of police administration, Wonkwang Digital University.

evidence as to the fact of an indictment, as well as judgments, assumptions or simple summaries of materials provided by an investigator. In conclusion, while an investigative report arising from the current Criminal Proceedings Act may help to find any substantial truth and works as one of the specific and proactive means to find any substantial truth, on the other hand, it may also affect the capacity of a defendant to defend, meaning that it may be applicable as evidence under stricter conditions regulated appropriately. It will be also helpful to review a way of direct regulation based on the fundamental legal foundations pertaining to investigative reports in the future.

- ❖ Keyword: the Investigation Report, record of statemen, the Exclusive Rule of Hearsay, Section 4, Article 312.



## 검사의 수사 논증과 추론의 구조 고찰 : 가추와 역행추론을 중심으로

김 대 근\*

### 국 | 문 | 요 | 약

형사재판에서 실제적 진실발견은 유무죄를 판단하는 법관에게 중요한 과제이지만, 검사에게도 그에 못지않은 책무가 있다. 특히 공판중심주의 강화와 증거판단 엄격화의 추세로 실제적 진실 발견을 위한 검사의 역량은 더욱 강화되어야 필요가 있다. 본 논문은 검사가 공판정에서 철저한 논증과정을 거치고 이를 효과적으로 공판정에 현출할 수 있는 방법을 모색함으로써 검사의 고유한 논증과 추론의 방법으로서 가추 및 역행추론이라는 실제적 진실 발견을 위한 실천적 논증을 제시하고자 한다.

검사의 논증을 일반화 시켜보면 ① 단서의 발견(또는 입수), ② 단서를 설명할 수 있는 가설 설정, ③ 가설의 검증, ④ 결론의 도출이라는 단계로 도식화할 수 있을 것이다. 그리고 단서가 나타내는 실제적 진실을 발견하기 위해서는 단서의 원인이 되거나 관련이 있을 수 있는 이면의 여러 가지 전제사실들을 추정하고 그것이 진실인지를 검증하는 과정을 거쳐야만 한다. 바로 여기서 가추 및 역행추론은 검사의 고유한 논증 방법으로 정립할 수 있다. 가추와 역행추론에 기반한 논증 과정은 ① 현상의 관찰(또는 발견), ② 현상을 설명할 수 있는 가설 설정-가추, ③ 가설의 검증-역행추론, ④ 결론의 도출이라는 단계를 거친다는 점에서 검사가 수사과정에서 추론을 전개하는 것과 동일한 양상을 갖기 때문이다.

검사의 고유한 추론과 논증은 특히 직접 증거가 전혀 없는 상황에서 오로지 간접 증거에 의하여 사실을 입증해야 경우에 빛을 발한다. 검사는 먼저 다수의 간접 증거를 확보하고, 간접 증거들로부터 간접사실들을 확정하거나 간접 증거들 상호간의 종합적인 고찰을 통해 간접사실들을 확정 후, 확정된 간접사실들로부터 주요사실들을 추론한다. 그리고 경험칙을 매개로 하여 치밀한 관찰이나 분석을 통해 추론된 주요사실들이 합리적인지 판단하게 된다. 이처럼 검사가 수집하고 제출한 증거에 대해 법관이 합리적인 의심이 없는 정도의 심증을 갖기 위해서는 검사의 논증이 수사단계에서부터 합리적인 의심이 없는 정도로 논증되어야 한다.

물론 검사는 수사과정에서 스스로가 세운 가설을 뒷받침하는 증거를 수집하는데 그쳐서는 안 된다. 공판 과정에서 제기될 수 있는 피고 측의 의심에 대해서도 미리 예견을 하고, 반증에 대비할 수 있는 준비를 하는 것 역시 필요하다. 이를 위해서는 검사 역시 자신의 가설을 객관화하고 합리적으로 가설이 잘못되었을 수 있는 가능성을 염두에 둘 필요가 있다. 검사는 수사를 하는 과정에서 자기비판적으로 사실을 확인할 필요가 있으며, 수사에 있어서의 진실 발견을 위한 효과

\* 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

적인 조사기법으로 영국의 표준화된 조사 모델인 PEACE(계획/준비 Planning/preparation, 개시와 피의자에의 설명 Engaging of and explaining to the suspect, 피의자의 진술 Account from the suspect, 종료 Closure, 평가 Evaluation) 기법을 참조할 필요가 있을 것이다.

---

- ❖ 주제어: 검사, 수사 논증, 수사 추론, 실체적 진실, 가추, 역행추론, 연역, 귀납, 합리적 의심, PEACE 기법

## I. 검사의 고유한 논증과 추론의 필요성

최근 통계에 따르면 최근 변화된 형사사법시스템의 상황들, 특히 법원의 공판중심주의 강화와 증거판단 엄격화의 추세로 과거에 무죄율이 상당히 증가하였음을 확인할 수 있다.<sup>1)</sup> 물론 무고한 시민이 왜곡된 사실로 인해 처벌을 받게 되는 것을 방지한 것이라면 다행이라 할 것이나, 실제적 진실발견에 실패하여 처벌받아야 할 사람에게 면죄부를 주거나 범죄자에게 범죄에 상응하는 책임을 묻지 못할 우려 또한 작다고 할 수는 없을 것이다.

이와 같은 우려를 불식시키기 위해서 단순히 법관에게 그 과오를 탓하고 신중한 판단을 촉구할 것이 아니라, 실제적 진실 발견에 대한 1차적 책임을 가진 검사가 더욱 철저한 논증과정을 거치고 이를 효과적으로 공판정에 현출할 수 있는 방법을 강구하여야 할 것이다. 실제적 진실 발견을 위한 검사의 역량이 현행 공판중심주의에서 더욱 강화되어야 필요가 바로 여기에 있다고 할 수 있다.

1) 대검찰청 자료에 따르면 최근 10년간 1심 무죄 선고 건수와 무죄율은 지속적으로 높아지고 있다. 특히 공판중심주의가 자리잡은 2009년에는 무죄 건수가 4587건, 무죄율이 0.37%로 전년 무죄 건수가 3941건, 무죄율 0.29%에 비해 크게 증가하였고, 이러한 추세는 꾸준해져서 2011년과 2012년에는 무죄 건수가 각각 5772건, 5858건, 무죄율은 0.63%로 정점을 찍었다. 2014년 현재 무죄 건수는 5264건, 무죄율은 0.56%이다.

[그림 1] 최근 10년간 1심 무죄 선고 건수와 무죄율



검사가 제조한 증거기록은 수사과정에서의 치밀한 추론 과정의 결과물이다. 따라서 이를 법정에 제대로 현출시키기 위해서는 공판을 담당하는 검사 또한 그러한 논증과정을 충분히 이해하여야 한다. 이는 기본적으로 수사검사의 꼼꼼한 공판카드 작성, 공판검사의 충실한 기록검토를 통해 이루어지지만, 기본적으로 공판검사가 수사검사의 고유한 논증을 통한 결론의 도출이라는 검사의 추론 구조 자체를 충분히 숙지하고 있어야 할 것이다. 공판검사가 수사검사와 동일한 추론의 과정을 거쳐서 논증을 구성할 수 있어야만 사건에 대해서 정확하게 이해할 수 있을 뿐만 아니라 이러한 논증을 효과적으로 현출할 수 있기 때문이다.

때문에 검사들은 법정에서 사실관계를 주장하고 입증을 하기 위해서 법관의 판단 기준을 이해하고 있어야 하겠지만, 사실을 분석하고 실제적 진실을 규명하기 위해서는 고유한 접근 방식을 통해 논증할 수 있어야 한다. 물론 이러한 추론 내지 논증 과정에 대한 방법론적 인식 없이도 실무를 하는 검사들은 대개 수사과정에서 이런 추론 내지 논증과정을 구체적으로 실행할 수 있을 수 있다. 다만 그 실행을 이론적으로 추상화하고 구체적인 실천원리로서 기능하게끔 하고, 동시에 검사의 수사에서 작동하는 논증과정을 ‘설명’하는 모델로서 정립하는 것이 이 논문이 기획하는 바이다. 이와 같은 고민을 통해 수사기관은 무죄판결율의 상승이 형벌권실현의 위축으로 이어지지 않도록 대응할 수 있겠지만, 더 나아가 실제적 진실 발견을 통해 궁극적으로는 피의자의 인권보호에 기여할 수도 있을 것으로 희망한다.<sup>2)</sup>

이러한 기획의 의도와 목적 아래, 본 논의는 먼저 검사의 논증 과정에 대한 구조를 분석하고자 한다(II). 먼저 법관의 법 논증이론의 전개양상을 살펴보고(II. 1), 수사과정의 도식을 통해(II. 2) 검사의 논증에 필요한 법원칙과 법이론을 검토한다(II. 3). 이렇게 검사의 논증 구조를 확인한 후에는 검사의 논증을 위한 철학적 개념과 방법을 서술한다(III). 이 과정에서 검사 논증에 대한 일반화된 도식을 고민해보고(III. 1) 그 철학적 논증 방법으로서 가추와 역행추론의 의의(III. 2)와 구체적인 작동 방식에 대해 다루도록 한다(III. 3). 다음으로는 이렇게 논의된 가추와 역행 추론을 검사의 수사 논증으로서 활용하는 방안을 전개한다(IV). 가추 및 역행추론에 기

2) 본 논문에 대한 심사평의 일부를 인용하였다. 좋은 의견과 필자보다 더 깊은 문제의식을 보여주신 익명의 심사자에게 깊은 감사를 드린다.

반한 검사의 논증 과정을 검토한 후에(IV. 1) 그 추론의 적용을 통해 구체적인 사례를 검토해본다(IV. 2). 마지막으로 법관의 의사결정과 대비되는 검사의 수사 논증과 추론의 독자성을 검토한다(V). 여기서는 검사의 수사 논증의 목적을 다시 확인하면서(V. 1), 실제적 진실을 발견하기 위한 수사기법의 사례로 PEACE 기법을 소개한다(V. 2).

## II. 검사의 논증과정에 대한 구조 분석

### 1. 법적 논증의 의의와 역할

#### 가. 법적 논증의 의의

논증은 일정한 목적을 위해 대화의 상대방을 근거를 들어 설득하는 행위이며, 외부적인 논증행위의 형태로 나타나게 된다. 이러한 논증행위 이전에 논증행위에 부합하는 내적인 사고의 과정을 가정해볼 수 있다. 따라서 논증에서의 결론과 논증을 위한 근거와 논리들을 구분하였을 때 양자 간의 선후 관계에 대한 논의가 필요하다. 법적인 최종 판단이 법적인 근거와 논리들에 의해서 합리적으로 도출되었다면 그 결과는 법적인 정당성을 가질 수 있지만, 반대로 법적인 최종 판단이 어떤 인지적 경로에 의해서 먼저 내려지고, 논증은 이를 합리화하는 사후적인 과정으로서 발생한다면 논증이 법적 판단을 정당화하기는 어려울 것이다.

이와 관련하여 다양한 견해들이 있지만, 법적인 논증이 결론의 사후적 합리화라고 하는 견해에 대해 고려해볼 필요가 있다. 이러한 견해는 법관의 의사결정이 항상 논증 과정의 결과로서 이뤄져야 한다는 원칙적인 요구에 반하는 것이다. 하지만 경험적인 연구들, 또는 법학의 일부 논의에서도 법적 판단이 논리적 사고의 결과가 아니라 사후적인 논증을 이끌어낸다는 주장이 제기되고 있다. 심지어 법관은 규칙적인 사고에 의하지 않고 감각적이고 직관적인 판단을 내릴 수도 있다. 직관(Intuition)은 개인의 경험에 따라서 달라지기 때문에 법관 개인에 따라서 서로 다른 판단을 내리기도 하는 것이다. 하지만 이러한 논증이 사후적으로 결론을 합리화하

기 위해서 선택되었으며, 이러한 근거들이 이미 판결 이전에 존재하여 판결을 정당화하였는지를 증명할 수는 없더라도 판결의 정당성을 설득할 수 있는 근거가 된다. 이를 통해서 논증을 객관화하고 다수의 동의를 얻을 수 있게 되는 것이다. 이때 외부로 드러나는 논증의 내용은 의사결정의 정당성을 판단할 수 있는 반성의 도구로서 의미를 가진다.

그러나 우리가 판결의 결론을 이끄는 추론 과정과 내려진 결론을 합리화하는 직접증거를 엄격하게 분리하는 것은 불가능하다. 사실 많은 연구에서 지적인 것처럼 재판의 실제적인 ‘결정’(Decision)과 ‘논증’(Argumentation)이 구별될 수 있고, 논증이 이미 내린 결정의 사후적 정당화 기능을 하기도 한다. 다만 ‘판결의 정당성’과 ‘판결을 정당화하기 위해 제시되는 근거’들이 견련되어 있다는 전제하에, 논증의 역할은 정당성과 근거 사이의 가교 역할을 하는 것으로 이해하는 것이 더 필요할 것이다.<sup>3)</sup> 극단적인 관점에서 판결의 정당성이라는 것이 존재하지 않는다고 한다면, 판결의 정당성은 판결 과정의 절차적 정당성에서 찾을 필요가 있다. 이를 위해서 절차적인 논증과 합의의 과정이 필요한 것이다. 이 과정을 통해서 개인의 주관적인 사고는 타인으로부터 인정받는 객관화가 이루어지게 된다. 그리고 객관화를 위해서는 판단자 스스로 비판적인 사고를 거칠 필요가 있다. 비판적 사고는 좁은 의미의 논리(형식논리, 삼단논법, 논리적 오류 등)만으로는 가능하지 않으며, 충분한 비판적 사고를 위해서 요구되는 조건들은 다음과 같다<sup>4)</sup>.

### 〈표 1〉 비판적 사고를 위해 요구되는 조건

- 주장이 정당화되는 정도의 판단 방법
- 정당화되는 주장들로부터 새로운 주장을 이끌어내는 연역추리의 규칙들과 비연역추리의 규칙들에 대한 지식
- 다양한 텍스트(논증)를 적절하게 재구성하는 분석 능력
- 재구성된 텍스트(논증)를 놓고, 주장의 정당성을 판단하는 방법과 연역적, 비연역적 추리의 규칙들에 대한 지식을 적용하여 가능한 최선의 판단을 이끌어내는 종합 능력

3) 김성룡, 법적 논증론(1)—발전사와 유형, 준커뮤니케이션즈, 2009, p. 15.

4) 김광수, 논리와 비판적 사고, 철학과 현실사, 2007, p. 24.

## 나. 법적 논증의 대상

법적 논증은 전통적으로 판결에 있어서 “법이 무엇인가?”라는 주제와 관련되어 있었다. 이는 법적 논증이 법해석학과 관련되어 있음을 보여주는 것으로, 법학에서의 전통적인 관심사를 반영하는 것이다. 하지만 최근 들어 법적 논증의 대상 범위가 다음과 같은 영역으로까지 넓어지고 있다.<sup>5)</sup> 다시 말해 근거와 이유의 제시를 통해서 증명을 해야 하는 문제들이 확대되고 있는 것이다.

〈표 2〉 법적 논증의 대상

- 법적 논증은 기본적으로 법관의 논증을 의미하였지만, 최근에는 다수의 다른 관계자들(변호사, 검사, 당사자, 법률비평가, 이론가 등)의 활동도 논증의 영역에 포함되고 있다.
- 무엇이 법인가를 결정하는 것뿐만 아니라, 판결에서의 사실관계, 절차, 제재 등에 관한 결정들을 포함한다.
- 예외적이지만 수사 활동, 조정, 중재, 기소 여부의 결정에 대한 논증도 요구되고 있다.
- 법적 논증과 관련하여 논증과 설득, 논리학과 수사학, 서술과 논증, 심리학과 의사결정의 논리학 사이의 관계들에 대한 논의가 이뤄지고 있다.
- 이론가들이 이론적인 연구에 그치지 않고 구체적인 판결 사안을 대상으로 하는 경험적인 연구를 진행하고 있다. 구체적인 사안에서의 관련자(법관, 변호사, 증인 등)의 행동을 분석하는 연구가 진행되고 있고, 이를 위해 심리학은 물론, 수사학, 사회학, 스피치 이론 등이 동원되고 있다.
- 법률가들의 논증이 다양한 법적 논증 유형 중 어디에 포섭시킬지에 대해서 논의가 이뤄지고 있고, 견해차가 존재한다.
- 인공지능(Artificial Intelligence) 연구의 성과를 법적 논증에 적용 가능한지, 적용의 범위는 어디까지 인지에 대해서 논의가 진행되고 있다.

## 2. 수사 과정의 도식

일반적인 범죄수사에 있어서 수사기관은 “발생한 범죄를 대상으로 증거를 수집하고 이 증거를 바탕으로 과거의 역사적 사실을 추리, 재구성하여 범인을 검거하고 범죄 행위에 대해 법률을 적용하는 활동”을 하게 되고, 이는 ① 사건의 현장에서 수집된 증거물과 목격자 진술, 관련된 사람들의 증언 등의 자료를 토대로 가설을 세우고 (가설설정) → ② 가설 설정 후 이를 뒷받침하는 추가적인 자료를 수집함으로써 처음

5) 조원철, 앞의 논문, p. 502.

의 가설을 구체화 한다.(추가적인 자료의 수집과 수사) → ③ 추가적으로 수집한 수사자료를 구성하거나 해석, 분석하여 사건의 단서를 찾고(자료의 분석, 해석) → ④ 수집된 자료를 분석하여 도출한 정보를 조합하여 범죄를 재구성(사실의 재구성과 결론의 도출)하는 식으로 도식화된다.<sup>6)</sup>

### 3. 검사의 논증에 필요한 법원칙과 법이론

#### 가. 직접 증거와 간접 증거를 통한 심증 형성

언급한 것처럼 우리의 형사소송은 적법 절차에 따른 신속한 실체적 진실발견을 그 이념으로 한다. 이러한 이념은 명문으로 규정되어 예컨대 형사소송법 제307조 제1항에서는 공판절차에서의 기본원칙으로 증거재판주의를 선언하고 있고, 다른 여러 규정을 통해 증거능력을 제한하기도 한다. 결국 검사는 공소제기를 통해 수사의 결과를 법관에게 현출하는 과정에서 적법한 절차에 따라 수집된 증거를 제출해야 하는 것은 기본이고, ‘합리적인 의심이 없는 정도의 증명’에 이를 수 있는 증거를 제시하여 법관에게 범죄사실의 인정을 받아야 하는 것이다.(형사소송법 제307조 제2항<sup>7)</sup>)

문제는 법관이 범죄사실을 인정함에 있어서 그 자체만으로 직접 요증사실을 인정할 수 있는 직접 증거가 많지 않다는 점이다. 사실 직접 증거에 의한 사실확정은 다툼의 여지가 거의 없기 때문에 논증의 필요성이 없다고 할 수 있다. 문제는 직접 증거가 아닌 간접 증거에 의해 ‘합리적인 의심이 없는 정도의 증명’에 이를 수 있는가이다. 간접 증거는 요증사실을 간접적으로 추론할 수 있는 사실인 간접사실을 증명하고 일정한 추론을 거쳐 요증사실의 증명에 이용되는 증거이기 때문에 개별적으로는 범죄사실에 대한 완전한 증명력을 가지지 못한다. 다만, 우리 대법원은 원칙적으

6) 박노섭·이동화·이윤·장윤식, 앞의 책, p. 55.

7) 주지하다시피 우리 형사소송법은 자유심증주의를 명문으로 규정하면서도 사실판단을 위한 심증형성의 정도에 관하여는 침묵하고 있었다. 이에 관례와 학설에서는 유죄의 사실을 인정하려면 법관의 심증이 ‘합리적 의심의 여지가 없는 증명’의 정도에 이르러야 함을 일관되게 지적하여 왔다. 이에 2007년 형사소송법 개정에서 제307조 제2항이 신설되어 법관의 심증형성의 정도를 구체적으로 표현하게 되었다.

로 간접 증거의 증명력을 인정하되<sup>8)</sup>, 간접 증거의 부족한 증명력을 ① 다수의 간접 증거를 종합적으로 판단하여 보완해야 하고<sup>9)</sup>, ② 하나하나의 간접사실사이에 모순, 저촉이 없어야 하는 것은 물론 간접사실이 논리와 경험칙, 과학법칙에 의하여 뒷받침되어야 함<sup>10)</sup>을 강조하고 있다.

## 나. 검사 논증의 기본원칙

수사에 있어서 검사의 논증과정 또한 수집된 증거를 토대로 심증을 형성하는 과정이라 할 수 있다. 이 과정에 있어서 별도의 추론과정이 필요하지 않은 직접 증거의 경우 그 존재 자체만으로 증명력이 충분하다고 볼 수 있기 때문에 별문제가 발생하지 않는다.<sup>11)</sup> 그러나 직접 증거가 전혀 없는 상황에서 오로지 간접 증거에 의하여 사실을 입증해야 경우 검사의 논증 전략은 다음과 같을 것이다.<sup>12)</sup> ① 먼저 다수의 간접 증거를 확보하고, ②-1 간접 증거들로부터 간접사실들을 확정하거나 ②-2 간접 증거들 상호간의 종합적인 고찰을 통해 간접사실들을 확정된 후, ③ 확정된 간접사실들로부터 주요사실들을 추론한다. ④ 경험칙을 매개로 하여 치밀한 관찰이

- 8) “형사재판에 있어서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 할 수 있는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하고, 그와 같은 심증이 반드시 직접 증거에 의하여 형성되어야만 하는 것은 아니고 경험칙과 논리법칙에 위반되지 아니하는 한 간접 증거에 의하여 형성되어도 되는 것이다.” 대법원 1993. 3. 23. 선고 92도3327 판결.
- 9) “간접 증거가 개별적으로는 범죄사실에 대한 완전한 증명력을 가지지 못하더라도 전체 증거를 상호 관련 하여 종합적으로 고찰할 경우 그 단독으로는 가지지 못하는 종합적 증명력이 있는 것으로 판단되면 그에 의하여도 범죄사실을 인정할 수가 있다.” 대법원 1999. 10. 22. 선고 99도3273 판결.
- 10) “살인죄 등과 같이 법정형이 무거운 범죄의 경우에도 직접 증거 없이 간접 증거만으로 유죄가 입증될 수 있으나, 그러한 유죄입증에는 공소사실에 대한 관련성이 깊은 간접 증거들에 의한 신중한 판단이 요구되므로, 간접 증거에 의하여 주요사실의 전제가 되는 간접사실을 도출할 때에는 증명이 합리적인 의심을 허용하지 않을 정도에 이르러야 하고, 하나하나의 간접사실사이에 모순, 저촉이 없어야 하는 것은 물론 간접사실이 논리와 경험칙, 과학법칙에 의하여 뒷받침되어야 한다.” 대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1902 판결.
- 11) 다만, 김종률, 앞의 논문 제4쪽에서는 법관의 입장에서는 피고인의 자백이 허위일 가능성도 있다는 점, 사람의 인식작용이 불완전하다는 점, 절대적으로 증언을 신뢰할 수 없다는 점 및 상반되는 내용의 직접 증거가 병존하는 경우도 있다는 점 때문에, 간접증거를 통한 사실인정 과정뿐만 아니라, 직접 증거를 통한 사실인정 과정에서도 경험칙을 통한 추론이라는 과정을 수행하여야 한다고 한다.
- 12) 간접 증거를 통한 검사의 논증 전략은 강동우, 합리적 의심의 여지가 없는 증명에 관한 연구, 성균관대학교 대학원박사학위 논문, 2013을 변형하여 사안에 맞게 구성한 것이다.

나 분석을 통해 추론된 주요사실들이 합리적인지 판단하고 구두변론을 시작한다.

이처럼 검사가 수집하고 제출한 증거에 대해 법관이 합리적인 의심이 없는 정도의 심증을 갖기 위해서는 검사의 논증이 수사단계에서부터 합리적인 의심이 없는 정도로 논증될 필요가 있다.

### Ⅲ. 검사의 논증을 위한 철학적 개념과 방법

#### 1. 일반화된 검사의 논증 도식

형사소송절차에서 사실을 인정하기 위한 논증은 첫째, 유죄에 대한 검사의 판단을 일정한 형식을 통해 공판정에 제시하거나 법관 및 배심을 설득하기 위해 필요하고 둘째, 그러한 논리 형식을 통해 실제적 진실을 보다 잘 발견하고 검증하기 위한 것이며 셋째, 이를 통해 법관의 심증형성을 통제하여 적절한 형벌권을 실현하기 위해 필요하다. 이에 따라 검사의 수사 논증을 형식화하고 일반화하는 작업이 요구된다. 이를 상술하면 다음과 같다.

수사과정에 있어 검사의 논증은 ① 단서의 발견(또는 입수), ② 단서를 설명할 수 있는 가설 설정, ③ 가설의 검증, ④ 결론의 도출이라는 단계를 거친다. 어떠한 단서가 발견된다고 하더라도, 그것만으로는 그 단서의 원인이 되거나 그 단서와 관련이 있는 어떠한 사실관계도 알아낼 수 없는 경우가 대부분이다. 그 단서의 원인이 되거나 관련이 있을 수 있는 이면의 여러 가지 전제사실들을 추정하고 그것이 진실인지를 검증하는 과정을 거쳐야만 그 단서가 나타내는 실제적 진실을 발견할 수 있는 것이다.

이는 연역법, 귀납법과 함께 현대 학문의 핵심적 논증법으로 꼽히는 가추(Abduction<sup>13)</sup>) 및 역행추론(Retroduction<sup>14)</sup>)의 논증 과정과 정확히 일치한다.

13) abduction은 ‘가설상정’, ‘가추’, ‘귀추’, ‘귀류’, ‘상정논법’, ‘후진추리’, ‘질적귀납’ 등으로 다양하게 번역되고 있다. 다만 본 연구에서는 ‘가추(假推)’라고 쓰기로 한다.

14) retroduction 역시 ‘역행추론’, ‘역추’, ‘역추행론’ 등으로 다양하게 번역된다. 다만 본 연구에서는 ‘역행추론(逆行推論)’이라고 쓰기로 한다.

## 2. 가추와 역행추론의 의의

가추에 대해 처음으로 체계적으로 연구한 퍼스(Peirce)에 따르면 가추를 ‘논리적 규칙의 방해물 거의 받지 않는 논리적 추론’이라고 하면서 가추를 귀납·연역과 구별하고자 했다.<sup>15)</sup> 일반적으로 과학에서 진리 발견을 위해 사용되는 대표적인 논증 방법으로 ‘귀납법’과 ‘연역법’이 널리 알려져 있다. 먼저 ‘귀납법’은 개별사례들에 대한 관찰로부터 일반적인 결론을 이끌어내는 사유방법이다.<sup>16)</sup> 그러나 귀납법을 통해 도출된 원리는 축적된 개별사례들에서 공통적으로 나타난 현상을 일반화한 것이어서, 그러한 원리가 다른 경우에 있어서도 진리일 것이라고 전적으로 단정하기는 어렵다. 따라서 귀납법은 어떠한 경우에도 참인 진리를 발견하기 위한 논리적 기법으로는 결함이 있는 것으로 판명되었다. 퍼스의 연역 귀납 그리고 가설(Deduction, Induction, and Hypothesis)에서 사용된 콩 주머니의 사례를 인용하면 다음과 같다.<sup>17)</sup>

### 〈귀납〉

사례: 이 콩들은 이 주머니에서 나왔다.

결과: 이 콩들은 하얗다.

∴ 법칙: 이 주머니에서 나온 콩은 모두 하얗다.

한편, ‘연역법’은 지금까지 참인 것으로 확인된 원리들을 토대로 새로운 원리를

- 15) 퍼스의 가추 개념은 다소 혼란스럽고 불명확함이 없지는 않다고 한다. 그럼에도 불구하고 가추의 개념을 연역 및 귀납과 차별화되는 고유한 추론 양식으로 정립하는데 크게 공헌했다고 할 것이다. 1890년대를 기점으로 퍼스의 견해를 나누는 한 견해에 따르면 1890년대 이전에는 가추를 추리(inference)로 다루면서 연역, 귀납 및 가추를 서로 독립적인 추론의 세 유형으로 구분한 반면, 1890년대 이후에는 추론의 개념을 확대해서 방법론적인 과정까지 포함해 다루었다고 평가한다. 이기홍, 사회과학의 철학적 기초: 비판적 실재론의 접근, 한울아카데미, 2015, pp. 193~194 참조.
- 16) 이기홍, 사회연구에서 가추와 역행추론의 방법, 사회와 역사 제80집, 한국사회사학회, 2008, p. 287.
- 17) Peirce, Collected Papers 2 vols. Harvard University Press, 1958, p. 623; 이기홍, 사회과학의 철학적 기초: 비판적 실재론의 접근, 한울아카데미, 2015, pp. 194~195. 이하에 인용된 퍼스의 콩 주머니 사례는 같은 책을 재인용한 것이다.

발견해내는 논리적 기법이다. 그러나 이 또한 어떠한 경험적 사실들을 토대로 착안된 것이 아닌 기존에 밝혀진 원리들을 토대로 한 결론을 도출해낸다는 점에서 현실적으로 의미 있고 기존에 밝혀진 것과는 다른 새로운 진리를 발견해 내는 것에는 한계를 보일 수밖에 없다.

### 〈연역〉

---

법칙: 이 주머니에서 나온 콩은 모두 하얗다.

사례: 이 콩들은 이 주머니에서 나왔다.

∴ 결과: 이 콩들은 하얗다

---

귀납법과 연역법은 위와 같이 과학이 발견하고자 하는 진리를 발견하는데 한계를 보이고 있다. 귀납법과 연역법과 같은 기존의 논리체계는 경험의 영역(혹은 경험과 현실의 영역) 안에서만 작동한다. 그러다 보니 경험적 지식의 오류를 고스란히 내재화할 수밖에 없다. 본질적인 것은 연역법의 결론은 연역 논리가 출발하는 전제에 내포되어 있는 ‘사실’에 불과한 것이고, 귀납법의 전제는 단지 귀납 논리의 결과와 사례를 ‘분류’ 한 방식에 지나지 않은 것임을 주목할 필요가 있다. 이처럼 연역법과 귀납법 모두 경험적 지식이 아닌 것들 즉 새로운 사실 내지 새로운 사례에 대한 해석을 도출할 수 있는 논리체계로는 한계가 있는 것이다.

반면 가추 및 역행추론은 이러한 경험의 영역과 실재적 영역간의 관계를 연결함으로써 경험적 지식의 오류를 수정하면서 실재를 발견하거나 구성할 수 있다. ‘가추’는 경험적으로 판별된 현상(의 유형)으로부터 그 현상을 발생시킨 일련의 인과적 힘들이나 기제들을 (가설적으로) 상정하는 사유 양식이다.<sup>18)</sup> 즉, 어떠한 현상을 관찰하고 관찰된 현상을 설명할 수 있는 가설을 설정하는 것이다.<sup>19)</sup>

---

18) 이기홍, 사회연구에서 가추와 역행추론의 방법, 사회와 역사 제80집, 한국사회사학회, 2008, 304쪽

19) 피스(Peirce)는 가추(법)을 가정 혹은 가설(Hypotheses)이라고 부르거나 추정적 추론(Presumptive Inferences)이라 지칭하기도 한다. 귀납과 마찬가지로 가추 역시 그 자체로는 완벽한 논증이 될 수 없기 때문에 외부적으로 입증되어야 한다는 점에서 연역과 결정적으로 다르다고 한다. Eco Umberto, Sebeok Thomas A. 편(김주환·한은경 역), 설록 흄스, 기호학자를 만나다: 논리와 추리의 기호학(The Sign of Three: Dupin, Holmes, Peirce), 이마, 2016, p. 117.

〈가추〉

법칙: 이 주머니에서 나온 콩은 모두 하얗다.

사례: 이 콩들은 모두 하얗다.

∴ 사례: 이 콩들은 이 주머니에서 나왔다.

그 가설이 참이 아닐 가능성을 전제하기 때문에 그 가설의 검증 과정을 반드시 수반하여야 하는데 그러한 검증의 기법을 ‘역행추론’이라고 한다. ‘역행추론’은 어떠한 현상을 설명하기 위하여 추론된 가설에 대해 검증과 제거의 절차를 거쳐 가설의 참과 거짓을 판명하는 방법이다. 결국 가추를 통해 어떤 현상을 설명하기 위한 가설을 설정하고, 역행추론을 통해 이를 검증하여 진리를 발견해나가는 것이다.<sup>20)</sup>

3. 가추와 역행추론의 실천성

가추와 역행추론은 우리의 일상적인 추론 방식과 동떨어진 것은 아니다. 관찰을 통해 어떤 현상의 실체를 탐구하고자 할 때 우리가 늘상 수행하는 추론 방식인 것이다. 예를 들어,

“아침에 밖에 나가 도로가 물에 젖어 있는 것을 보면, 보통 사람들은 밤새 비가 내렸는지, 또는 새벽에 살수차가 돌아다녔는지 추정한다. 이렇게 어떤 현상을 보고 그 현상을 일으킨 원인을 추정하는 것이 가추이다. 수사관이 단서를 통해 범인을 추리할 때, 사냥꾼이 짐승이 남긴 흔적을 보면서 짐승을 추적할 때, 자동차 정비공이 엔진 소리를 들어가면서 고장 부위를 찾을 때, 의사가 환자와 문답하면서 병을 진단할 때, 고생물학자가 뿔조각이나 화석에서 공룡의 모습을 재현할 때, 고고학자가 출토된 유물을 근거로 과거의 생활상을 재구성할 때, 핵물리학자가 입자가속기와 감광판을 이용해 입자의 성질을 알아낼 때, 사용하는 것이 ‘가추’와 ‘역행추론’이라는 추론양식이다.”<sup>21)</sup>

20) 퍼스는 “우리가 세상만사에 대해 추측을 하게 되는 과정은 지각적인 판단(Perceptual Judgments)의 영향을 받기 마련인데, 지각적 판단에는 보편적인 명제들을 연역해 낼 수 있는 일반적인 요소들이 포함되어 있다”고 한다. Eco Umberto, Sebeok Thomas A. 편(김주환·한은경 역), 설록 홈스, 기호 학자를 만나다: 논리와 추리의 기호학(The Sign of Three: Dupin & Holmes & Peirce), 이마, 2016, p. 44.

사례로부터 바로 전제를 설정한다는 점에서 다시 말해 가설 형성과 가설 설정 기능을 수행할 수 있다는 점에서, 가추로부터 새로운 인과관계를 밝혀낼 계기를 마련할 수 있다. 더 나아가 형성되거나 설정된 가설에 역행추론을 적용하는 과정에서 가추가 갖는 직관의 모호함을 수정하고 해결해나감으로서 새로운 사실(진실)을 도출해낼 수 있다.

퍼스도 연역, 귀납, 가추 중에서 연역만이 완전하고 확실한 추리라고 보았다.<sup>22)</sup> 논리 체계의 정합성만 놓고 본다면 가추보다는 귀납법이, 귀납법보다는 연역법의 체계가 보다 각각 상대적으로 높은 정합성을 갖추었다고 한다.<sup>23)</sup> 이는 귀납법과 연역법이 경험적 지식의 틀 안에서 순환하는 체계로 작동하기 때문이다. 그렇기에, 언급한 것처럼 귀납법과 연역법은 실재적 지식 내지 진리를 파악하는 데는 한계가 있다. 다시 말해 “사실상 귀납과 연역은 대별되는 것이 아니라 오히려 종속에 가까운(연역이 귀납을 포괄하는), 그러한 특성을 띠는 것으로 비춰진다. 또한 이와 같은 논리체계에서는 새로운 사실을 도출해낼 수가 없고 전제 내에 내포되어 있는 사실만을 재확인할 수 있을 따름인 것이다.”<sup>24)</sup>

결국 귀납법과 연역법에 의해서는 새로운 사실의 발견을 위한 유의미한 가설 설정의 한계가 있기 때문에 가추와 역행추론을 통해 그 한계를 보완할 당위성이 존재한다. 다음의 [그림 2]에서 이러한 논리 체계들의 속성을 확인할 수 있다.<sup>25)</sup>

21) 이기홍, 사회과학의 철학적 기초: 비판적 실재론의 접근, 한울아카데미, 2015, p. 191,

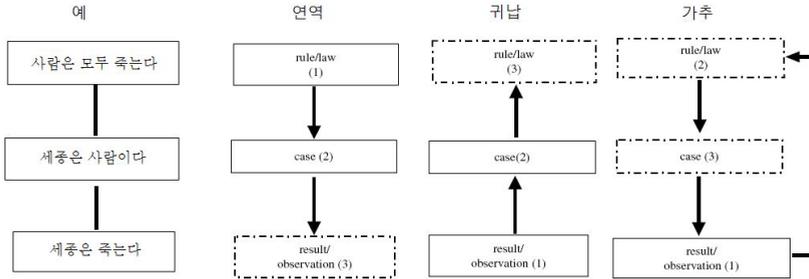
22) Peirce, Collected Papers 2 vols. Harvard University Press, 1958, p. 807 이하 참조.

23) 박준호, 퍼스의 귀추와 가설의 방법, 범한철학 제37집, 2005, p. 67.

24) 박준호, 앞의 논문 2005, p. 68.

25) Fischer, H. R. Abductive Reasoning as a Way of Worldmaking, Foundations of Science Vol. 6 No.4, 2001, p. 367

[그림 2] 3가지 추론 양식



※ 실선으로 그린 상자는 ‘주어진 것/참인 것’으로 상정되는 ‘전제들/가정들’을 나타내며 점선으로 그린 상자는 추론한 ‘가설들’을 나타낸다

바로 이러한 이유에서 수사 및 재판을 통한 실체적 진실을 발견하거나 심지어 구성하는데 ‘가추’와 ‘역행추론’을 주목할 필요가 있는 것이다. 이러한 가추법은 어떤 반복된 현상을 바로 일반화하는 것이 아니라 관찰을 통해 기존에 알려진 과학적 법칙을 통해 설명되지 않는 현상을 발견한 후 이를 설명할 수 있는 새로운 가설을 설정하고 그 가설이 참이 아닐 가능성을 전제한다는 점에서 귀납법과 다르다.<sup>26)</sup>

위와 같은 가추와 역행추론에 기반한 논증 과정은 ① 현상의 관찰(또는 발견), ② 현상을 설명할 수 있는 가설 설정-가추, ③ 가설의 검증-역행추론, ④ 결론의 도출이라는 단계를 거치는 것이다.

26) 귀납과 가추는 둘 다 하나의 가설을 수용하는 방식을 취한다. 관찰된 사실이 필연적으로 혹은 일반적으로 그 가설의 결과가 되기 때문이다. 그러나 귀납과 가추는 다음과 같이 다르다고 세분화기도 한다. “가추법은 처음에는 눈에 보이는 특정한 이론이 없더라도 일단 사실에서부터 시작하고 본다. 가추법은 그 놀라운 사실을 설명해 줄 수 있는 이론이 필요하다는 생각에 의해 촉발되는 것이다. 귀납법은 처음에 눈에 보이는 특정한 사실이 없더라도 자명해 보이는 가설이 있으면 시작된다. 그렇지만 귀납법은 그 이론을 지지해 줄 사실들이 필요하다고 느낀다. 가추법은 이론을 찾지만, 귀납법은 사실을 찾는다. 가추법에서는 사실에 대해 숙고함으로써 가설을 제시할 수 있다. 귀납법에서는 가설에 대해 연구함으로써 그 가설이 지목하고 있는 사실을 입증해 낼 수 있는 실험을 제안할 수 있다.” Eco Umberto, Sebeok Thomas A. 편(김주환·한은경 역), 설록 흄스, 기호학자를 만나다: 논리와 추리의 기호학(The Sign of Three: Dupin & Holmes & Peirce), 이마, 2016, p. 56.

## IV. 검사의 논증으로서 가추와 역행추론의 가능성 검토

### 1. 가추 및 역행추론에 기반한 검사의 논증과정

#### 가. 서설

형사소송에서 사실인정 내지 사실확정의 문제는 요증사실, 즉 검사가 공소로 제기한 피고인의 혐의에 대한 구체적인 사실을 확정하는 방식으로 이루어질 것이다. 위에서 언급한 것처럼 직접 증거가 있다면 그에 따라 요증사실을 판단하면 될 것이지만, 직접 증거가 없는 대개의 경우, 간접사실을 증명함으로써 요증사실을 뒷받침하도록 하고 있다. 형사소송 실무에서도 직접 증거가 없는 경우에는 “간접 증거가 개별적으로는 범죄사실에 대한 완전한 증명력을 가지지 못하더라도 전체 증거를 상호 관련 하에 종합적으로 고찰할 경우 그 단독으로는 가지지 못하는 종합적 증명력이 있는 것으로 판단”<sup>27)</sup>되거나 “간접 증거에 의하여 주요사실의 전제가 되는 간접사실을 도출할 때에는 증거가 합리적인 의심을 허용하지 않을 정도에 이르러야 하고, 하나하나의 간접사실사이에 모순, 저축이 없어야 하는 것은 물론 간접사실이 논리와 경험칙, 과학법칙에 의하여 뒷받침”<sup>28)</sup>될 때 간접 증거에 의하여 간접사실을 추론해 내고 이를 종합적으로 판단하여 주요사실로 인정하고 있다.

#### 나. 추론의 적용

여기서 관건은 간접 증거에 의하여 간접사실을 추론하는 논증의 과정일 것이다. 이를 위한 검사의 논증을 가추 및 역행추론에 기반한 논증과정에 적용해보자. “① 단서의 입수(또는 발견)”는 “① 현상의 관찰(또는 발견)”에, “② 단서를 설명할 수 있는 가설의 설정”은 “② 현상을 설명할 수 있는 가설 설정-가추”에, “③ 가설의 검증”은 “③ 가설의 검증-역행추론”에 대입할 수 있고, 그와 같은 절차를 통해 같은 종착점, 즉 “④ 결론의 도출”이라는 단계에 이르는 것이다. 이와 같은 가추 및 역

27) 대법원 1999. 10. 22. 선고 99도3273 판결 참조.

28) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1902 판결 참조.

행추론에 기반한 검사의 논증과정을 예로 들면 다음과 같다.

① [단서의 발견]

어느 날 한적한 야산에 주차된 차량 안에서 변사체가 발견되었는데, 차량의 문은 모두 잠겨 있었고, 안에서는 새하얗게 탄 번개탄이 발견되었다(단서의 발견).

② [가설의 설정-가추]

검사는 변사자가 경제적 어려움 등 신변을 비관하여 폐쇄된 차량 안에서 번개탄을 피워 자살한 것으로 잠정 판단하였다.

③ [가설의 검증-역행추론]

그러나 국과수 부검 결과 혈액이나 장기 등에서 이산화탄소 중독 증상이 발견되지 않았고 오히려 목이 손으로 강하게 졸린 흔적이 있다며 ‘역사(다른 사람에 의해 목이 졸려 죽는 것)’ 소견을 보였다.

②-1 [가설의 재설정-가추]

이에 검사는 변사자가 타살된 것으로 판단하고 변사자의 휴대전화기 통화내역을 확인하던 중 변사자가 그 날 누군가와 통화를 한 직후 집에서 나간 것을 알아냈고 그 통화 상대방이 변사자를 살해했을 가능성이 있다고 판단하였다.

③-1 [가설의 검증-역행추론].

검사는 통화 상대방의 통화내역을 분석하여 통화 상대방과 변사자가 위 마지막 통화 30분 후 같은 장소에 있었던 것을 확인하여 서로 만난 사실을 밝혀냈고, 만난 장소에서 차량이 발견된 장소에 이르는 경로 중간에 있는 건물 CCTV를 통해 변사자와 통화 상대방이 차량을 타고 함께 이동한 것을 확인한 후 변사자의 휴대전화에 대한 모바일분석을 통해 변사자와 통화 상대방이 서로 내연 관계에 있었고 그 무렵 변사자가 통화 상대방에게 이별 통보를 한 후 서로 심하게 다투었음을 확인하였다. 그리고 통화 상대방의 주거지 주변 상점에 대한 탐문수사를 통해 통화상대방이 그 전날 번개탄을 구입했음을 확인했고, 변사자 발견 당시 차량 안에 있었던 소지품을 다시 확인하여 차량 안에 차량 열쇠가 없었음을 확인했다. 이에 통화 상대방에 대한 체포영장 및 주

거지 압수수색영장을 발부받아 통화 상대방을 체포하고, 주거지를 압수수색한 결과 주거지에서 위 차량의 열쇠가 발견되었고 통화 상대방으로부터 변사자를 살해하였다는 자백을 받았다

④ [결론의 도출]

결국 검사는 변사자의 이별 통보에 격분한 통화 상대방이 변사자를 살해하기로 마음먹고 미리 번개탄을 구입한 후 변사자를 만나 차량으로 이동하여 변사자를 목졸라 죽이고 자살로 위장하기 위해 번개탄을 피운 후 밖에서 차량 문을 잠갔다는 사실을 밝혀내게 되었다.

이와 같이 수사에 있어 검사의 논증 과정을 가추 및 역행추론에 기반한 논증과정에 대입하면 정확히 일치함을 알 수 있다.

## 2. 검사 논증에 대한 합리적 의심이 없을 정도의 확신 사례

가추 및 역행추론에 기반한 검사의 논증과정은 이처럼 직접 증거가 거의 없거나 아예 없고 정황증거만 있는 경우에 특히 의미를 갖는다. 이른바 ‘시신 없는 살인 사건’으로 알려진 최근의 한 사례를 검토해 보자. 이 사건에서 피고인이 경찰에 체포되기 전, 피해자의 시신은 이미 화장된 상태여서 수사당국은 직접적 물적 증거를 전혀 발견할 수 없었다. 이러한 이유로 사실심의 견해는 엇갈렸는데, 먼저 1심에서는 살인죄를 인정하여 피고인에게 무기징역을 선고했음에 반해, 2심에서는 살해를 인정하지 않고 사체은닉죄만 인정하여 징역 5년을 선고한 바 있다.

그러나 재상고심에서 대법원은 “형사재판에 있어서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 할 수 있는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하고 이러한 정도의 심증을 형성하는 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다. 다만 그와 같은 심증이 반드시 직접 증거에 의하여 형성되어야만 하는 것은 아니고 경험칙과 논리법칙에 위반되지 아니하는 한 간접 증거에 의하여 형성되어도 되는 것이며, 간접 증거가 개별적으로는 범죄사실에 대한 완

전한 증명력을 가지지 못하더라도 전체 증거를 상호 관련하여 종합적으로 고찰할 경우 그 단독으로는 가지지 못하는 종합적 증명력이 있는 것으로 판단되면 그에 의하여도 범죄사실을 인정할 수가 있다. 여기서 합리적 의심이라 함은 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리적 의문을 의미하는 것으로서, 피고인에게 유리한 정황을 사실인정과 관련하여 파악한 이성적 추론에 그 근거를 두어야 하는 것이므로, 단순히 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심은 합리적 의심에 포함된다고 할 수 없다.”고 판시하였다.<sup>29)</sup>

이러한 대법원은 이와 같은 원칙론을 전제로 하면서, ① 피고인에게 피해자를 살해할 만한 동기가 충분히 있었던 것으로 보이는 점, ② 피고인이 이 사건 무렵 3개월여 전부터 경제적으로 매우 어려운 상황에서 거액의 월 보험료를 납입하면서까지 피고인을 피보험자로 하는 다수의 생명보험에 집중 가입하고, 여러 차례 독극물과 살인 방법, 사망신고절차, 사망보험금 등에 대해 알아보는 한편, 거짓말을 하면서까지 계획적으로 피해자에게 접근하였던 점, ③ 피고인은 피해자가 대구를 떠나 사망하기까지 사이에 피해자와 함께 있었던 유일한 사람인데, 피해자가 돌연사하였거나 자살하였을 가능성은 거의 없고, 제3자에 의하여 살해되었을 가능성도 없는 점, ④ 피해자의 사체에 어떠한 외력의 흔적이 없었던 점에 비추어 볼 때, 피해자가 타살되었다면 독극물에 의하여 사망할 가능성이 가장 큰데, 피고인이 이 사건 범행 무렵 여러 차례 독극물에 대해 인터넷 검색을 하였고(특히, ‘메소밀’을 반복적으로 검색하였다), 이 사건 발생일로부터 약 2주 후인 2010. 7. 초순경 메소밀을 소지하고 있었던 점, ⑤ 메소밀은 비교적 소량으로 짧은 시간 안에 사망에 이르게 할 수 있는 독극물로 물이나 맥주 등에 탈 경우 냄새나 색깔, 맛 등으로 쉽게 알아채기 어렵고, ⑥ 피고인은 피해자를 데리고 응급실에 오기 직전까지 피해자와 맥주를 마셨다고 진술하고 있으며, 실제 응급실 도착 당시 피해자에게서 술 냄새가 날 정도로 피해자가 술을 마신 상태였던 점, ⑦ 피해자가 응급실에 실려 왔을 때 가슴 쪽까지 많은 양의 타액이 흘러나온 흔적이 있었는데, 이는 메소밀 중독 시의 주요 증상인 과도한 타액분비와 일치하는 점, ⑧ 피해자 사망 직전·직후의 피고인의 행동 및 이후의 피

29) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2013도4172 판결.

고인으로 신분이 바뀌어진 피해자에 대한 사망신고, 보험금 청구 및 피해자 명의의 운전면허취득 과정 등에 비추어 볼 때, 피고인이 병원에서 피해자 사망사실을 확인한 후 갑자기 보험금을 청구하기 위하여 자신과 피해자의 신분을 바꾸었다기보다는 처음부터 치밀하게 계획을 세우고 이와 같은 일련의 행동 및 절차를 취하였다고 보여지는 점, ⑨ 이 사건 당일의 행적을 비롯하여 피해자의 사망 전후의 피고인의 행적에 대한 피고인의 변소를 믿기 어려운 점 등을 종합하면, 피해자의 사망이 살해의사를 가진 피고인의 행위로 인한 것임이 합리적인 의심의 여지없이 충분히 증명되었다고 판단하였다.

## V. 검사의 수사논증과 추론의 독자성 검토

### 1. 검사의 수사논증의 목적

검사의 수사과정에서 주의해야 하는 것은 단순히 검사가 세운 가설을 뒷받침하는 증거를 수집하는데 그쳐서는 안 된다는 것이다. 공판 과정에서 제기될 수 있는 피고측의 의심에 대해서도 미리 예견을 하고, 반증에 대비할 수 있는 준비를 하는 것 역시 필요하다. 이를 위해서는 검사 역시 자신의 가설을 객관화하고 합리적으로 가설이 잘못되었을 수 있는 가능성을 염두에 둘 필요가 있다.

소송절차 상 기소가 이뤄졌다는 것 자체로 이미 검사는 피의자의 유무죄는 물론 입증 가능성에 대한 확신을 가지고 있다는 것을 전제로 한다. 그럼에도 불구하고 최근 들어 검사가 재판에서 패소하는 비율이 과거에 비해서 많이 증가하고 있다.<sup>30)</sup> 이는 검사의 확신이 판사나 배심원들에게까지 효과적으로 전달되지 못했으며, 합리적 의심을 넘어서는 확신을 심어주지 못한 것이다. 그리고 이는 최종적으로는 논증에 있어서 실패했음을 의미한다. 검사가 논증의 실패를 방지하기 위해서는 수사단계에서부터 정확한 사실관계의 확인과 증거의 수집을 하는 것은 물론 제대로 된 계획과 전략을 가지고 수사에 임할 필요가 있다.

30) 이 글의 각주 6) 참조.

수사도 형사소송 과정 중 하나이고, 형사소송의 종국적인 목적은 ‘유죄인 범죄’에 대해서 적정 수준의 처벌을 하는 것이라고 했을 때, 수사과정에서 가장 우선적으로 고려해야 하는 것은 범죄가 실제로 유죄인지를 객관적으로 판단하는 것이다. 경찰에 의해서 기소의견으로 올라온 사건들은 증거와 같은 가시적인 근거들이 있기 때문에 검사들 역시 유죄를 기정사실화하기 쉽다. 일단 유죄를 전제로 수사를 진행하는 경우 나중에 가서 검사 스스로가 사건의 유무죄 여부를 객관적으로 가리기가 힘들어진다. 유죄를 전제로 해서 증거들을 선택적으로 수집하고 증거들을 꿰어 맞추어 사건에 대한 스토리를 구성하게 된다. 따라서 기본적으로 공소과정이 실제적인 진실의 발견에 목적이 있다는 이념적인 이유뿐만이 아니라, 유무죄에 대한 판단을 잘못 내린 사건에 대해서 범죄사실을 주장하고 입증을 하더라도 이런 주장은 상상누각과 같아서 쉽게 주장이 공격받고 의심을 받을 수 있기 때문이다.

수사의 초기에 사건에 대한 객관성을 유지하는 것은 물론, 유죄로 판단되는 사건에 대해서 증거를 수집하는 과정에서도 검사들은 구체적인 사실관계마다 가설을 세우고 증거를 찾는 가추와 역추행의 과정을 거치는 것은 물론, 끊임없이 스스로 반문을 제기하며 피고인 측이나 법관의 입장에서도 자신의 주장을 받아들일 수 있는지를 확인해 나가야 한다. 이러한 반문을 통해서도 흔들림 없는 자기 논증을 거친 후에 얻은 주장이야말로 공판정에서도 법관이나 배심원들에게 확신을 심어줄 수 있을 것이다.

## 2. 실제적 진실 발견을 위한 수사기법의 사례: PEACE 기법

수사를 하는 과정에서 자기비판적으로 사실을 확인할 필요가 있으며, 이러한 조사기법으로 영국의 PEACE를 한 예로 들어서 설명하고자 한다. 이 기법이 완벽하다거나 가장 효율적인 기법이라는 이유로 소개를 하는 것이 아니다. 다만, 이 기법을 사용하는 경우 피의자의 진술을 단순히 범죄사실을 확인하는 단서로 이용하는 것이 아니라 진실이 무엇인지를 확인하는 단서로 이용함으로써, 피의자가 범죄를 저지르지 않았다는 사실까지도 확인할 수 있다. 이 기법에 대해서는 여전히 제한점이 논의되고, 우리나라 실정에 맞는 현지화에 대한 문제도 있지만 수사에 있어서의

진실 발견을 위한 효과적인 기법 중 하나로 평가되고 있다. 이 기법의 발전 배경과 단계에 관해서 다음과 같이 간략하게 소개하고자 한다.

심문절차가 적용되는 사건들은 같은 사건이 하나도 없을 만큼 다양각색이다. 이런 여건에도 불구하고 PEACE는 모든 사건에 적용할 수 있는 즉, 심문기법의 표준화를 하기 위한 영국 경찰의 노력으로 얻어진 결과물이다. 마침 이 시기에 영국에서는 모든 수사과정을 녹음하는 제도가 도입되었는데, 볼드윈(Baldwin)이 녹음자료 600건을 분석해서 효과적인 심문기법의 특징을 발견했다.<sup>31)</sup> 이듬해에 윌리엄슨(Williamson)<sup>32)</sup>은 수사관들이 가지고 있는 피의자 조사의 목적 인식이 상이함을 발견하였는데, 대부분의 수사관이 자백의 획득(Gaining Confessions)을 피의자 조사의 목적으로 인식하고 있었고, 진실의 탐지(Searching For Truth)를 그 목적으로 인식하고 있는 수사관들은 많지 않았다. 그만큼 현실에 있어서는 정확한 목표의식을 가지고 진실 발견 과정으로서의 조사가 이뤄지지 않는다는 것을 보여준다.

영국에서 표준화된 조사 모델이 제안되었는데, 이것이 바로 PEACE로, 다음과 같은 단계적인 절차들을 의미한다.<sup>33)</sup>

P: Planning/preparation(계획/준비)

E: Engaging of and explaining to the suspect(개시와 피의자에의 설명)

A: Account from the suspect(피의자의 진술)

C: Closure(종료)

E: Evaluation(평가)

PEACE 기법은 실제적 진실의 발견에 목적이 있기 때문에 피해자나 목격자 조사와 큰 차이가 없다. 피의자, 목격자, 피해자에 대한 조사는 다소 간의 차이가 있지만, 이 모델에서는 공통적인 방법을 적용하고 있다. 조사가 순조롭게 잘 진행이 된

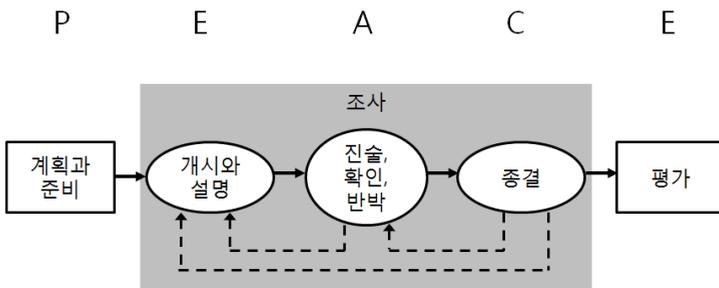
31) Baldwin, J. Video Taping Police Interviews with Suspects: An Evaluation. No. 1. Home Office Police Research Group, 1992.

32) Williamson T. 'From Interrogation to Investigative Interviewing: Strategic Trends in Police Questioning', *Journal of Community and Applied Social Psychology*, Vol. 3, 1993, 89~99.

33) 김종률, 검찰수사역량강화 방안: 검찰수사관의 수사교육·평가·자격제 도입을 중심으로, 법무연수원, 2008.

다면 계획과 준비 단계부터 평가의 단계까지 차례로 진행이 되겠지만, 조사 과정에서 진행상의 문제가 있다고 판단되는 경우에 조사 과정 내에서 이전 단계로 돌아갈 수 있다. 즉, 조사가 어느 정도 진행되어 종결 단계까지 갔다고 하더라도 문제가 발견되었을 때에는 개시와 설명 단계로 돌아가서 조사절차를 다시 진행할 수도 있다.

[그림 3] PEACE 모델의 도식화



### 가. 계획과 준비 단계

이 단계에서는 육하원칙에 입각하여 계획을 세우면 된다. 다만, 누가? 에 해당하는 것은 수사관 자신이므로, 나머지 언제, 어디서, 어떻게, 누구를, 왜에 해당하는 내용들만 계획을 세우면 된다. 이 단계에서는 특히 조사계획서를 작성하는 것이 권장되는데, 이를 작성할 경우 조사에 대한 자신감은 물론 융통성을 증가시킬 수 있다고 한다. 조사된 내용의 범위를 확인하여 이미 조사된 내용과 조사가 필요한 내용을 구별할 수 있다. 더군다나 피의자가 진술하는 내용 중에서 이미 확인된 내용이나 목격자 등의 진술과의 불일치 여부 등을 확인할 수 있다.

### 나. 개시와 설명

실제 조사 단계에서 첫 단계에 해당한다. 개시는 면담에 있어서의 ‘라포(Rapport)<sup>34)</sup>

34) 상담이나 교육을 위한 전제로 신뢰와 친근감으로 이루어진 인간관계이다. 상담, 치료, 교육 등은 특성상 상호협조가 중요한데 라포는 이를 충족시켜주는 동인(動因)이 된다. 라포를 형성하기 위해서는 타인의 감정, 사고, 경험을 이해할 수 있는 공감대 형성을 위하여 노력하여야 한다.(네이버

형성과 유사하다. 조사 과정에서 솔직한 응답을 얻어낼 수 있도록 조사자와 피조사자 간의 관계를 형성하고 이를 유지하기 위한 과정에 해당한다. 이를 위해 조사과정과 관련된 절차들을 고지하고, 특히 피의자의 경우에는 진술거부권 등의 권리에 대해서 구체적으로 알려준다.

#### 다. 진술, 확인, 반박

피의자, 목격자, 피해자 등의 피조사자에게 사건과 관련된 진술을 듣는 단계이다. 조사 과정에 있어서도 가장 중요한 단계이기 때문에 피조사자가 기억을 잘 떠올릴 수 있도록 적절한 조사기법을 사용하여야 한다. 인지면담(認知面談)<sup>35)</sup>과 같은 방법은 특히 이러한 목적을 위해서 효과적인 면담기법으로 알려져 있다. 진술 청취 시 유의해야 할 사항들은 다음과 같다.

#### 〈표 3〉 진술 청취시 유의 사항

- 피의자가 생각하고 집중할 시간을 충분히 준다.
- 피의자가 말하는 동안 끼어들지 말고 들으면서 추가로 확인할 부분을 메모한다.
- 개방형 질문을 사용하여 피의자가 충분히 말하도록 한다.
- 때로는 사건 현장의 그림을 그리게 하는 것도 도움이 된다.
- 피의자의 처음 진술을 액면 그대로 받아들이지 말고 추가 진술을 통해서 확인한다.
- 피의자의 진술 중 확인할 부분을 나누어서 질문을 하고 체계적으로 파고들어야 한다.

이 절차에서 중요한 것은 피의자의 진술을 그대로 받아들이는 것이 아니라 확인할 부분을 체크해줬다가 이에 대한 질문을 통해서 체계적으로 파고든다는 것이다. 이를 위해서 조사자는 피조사자의 진술을 명확히 정리해주는 것도 좋다. 또는 진술 간 또는 다른 증거와의 불일치가 있는 경우에 이에 대한 이의제기나 반박을 하는

지식백과 특수교육학 용어사전, 2009)

35) 면담대상자로부터 더 많은 정보를 이끌어내기 위한 조사기법으로, 면담 대상자가 경험한 일을 전체적으로 이야기하게 한 다음, 이를 다시 쟁점별로 바꿔서 물으면 더 많은 정보를 끌어낼 수 있다는 조사기법이다. 전문가의 인지면담 조사를 통해 작성한 조서와 진술분석 결과가 2009년 들어 아동 성범죄 재판에서 최초로 증거로 채택돼 가해자에게 징역 4년이 최종 확정되기도 했다(네이버 지식백과 시사상식사전).

것은 객관적인 진실을 발견하기 위한 기법으로 사용할 수 있다.

피조사자의 진술 내용들에 대해서 모순되거나 다른 증거들과 불일치하는 경우에 분명하게 지적을 하고 이에 대한 해명을 들을 필요가 있지만 주의해야 할 것은 타이밍을 잘 잡아야 한다는 것이다. 진술 과정에서 즉각적으로 반박을 해버리게 되면 진술이 가로막혀 진술을 충분히 끝내지 못하기 때문이다. 따라서 다소 모순되는 진술을 하는 경우에도 되도록 끝까지 듣고 나서 이에 대해서 이의를 제기하는 것이 좋다. 예를 들어서 다음과 같은 질문 방식들이 도움이 될 것이다<sup>36)</sup>.

“당신은 아까... 라고 말했죠?”

“우리가 수집한 증거에 의하면... 한 면에서 당신의 의견과 다릅니다.

“목격자 진술에 따르면... 한데, 당신이 말한 것과 다릅니다.”

“이러한 차이를 어떻게 설명 하시겠습니까?”

사건과 관련된 진술들의 진위여부를 확인하는 것은 물론, 의심스러운 부분에 대해서 추가적인 질문을 통해서 확인함으로써 조사자가 원하는 사실관계를 명확히 알 수 있게 된다.

## 라. 종료

조사의 마무리 단계로서 피조사자의 진술을 정리하는 것은 물론 수사의 다음 과정에 대해서 설명해줄 수도 있다. 조사자가 조사를 마무리 할 때는 원하는 질문을 다 했는지, 피조사자가 아는 만큼 모든 것은 다 진술하게 하였는지와 같은 질문들을 통해서 조사를 종료해도 될지를 평가하게 된다.

## 마. 평가

평가는 얻어진 수사의 내용을 통해서 의미를 평가하는 것을 말한다. 이 평가를 통해서 조사계획을 수정할 수도 있는데, 향후 수사를 어떻게 진행하게 될지에 대한 결정을 내리게 된다. 특히 평가의 단계를 통해서 이미 획득된 다른 증거들과 비교함

36) 김종률, 앞의 책, p. 23.

으로써 조사를 통해 얻은 진술의 의미를 확인할 수 있다.

## VI. 결론

결과적으로 검사의 논증은 공판검사가 법정 등에서 현출하는 일련의 과정을 의미한다. 하지만, 법정에서의 논증 이전에 수사과정에서부터 논증에 해당하는 인지적 과정을 거칠 필요가 있다. 특히 수사검사는 공판정에서의 논증에 상응하는 내적인 인지적 과정을 거치기 때문에, 이에 대한 개념을 별도로 정립할 필요가 있다. 수사검사의 수사과정은 외적인 현출과정인 논증이 아니라 수사과정에서 사실관계를 확인하고 증거를 수집하는 과정에서 필요로 하는 검사의 내적인 사고 과정을 의미하므로, “(내적인) 추론 과정”으로 표현하는 것이 더 적합할 수도 있을 것이다. 본 논의는 공판중심주의의 발전과 확립에 따른 검사의 고유한 논증 방식을 개발하고, 더 나아가 검사의 고유한 수사 추론의 한 방식으로 가추(및 역행추론)는 실체적 진실 발견을 위한 실천적 논증을 제세하고자 한다.

요컨대, 기존 논리체계인 연역과 귀납은 한정된 경험세계의 지식을 도출할 수 있기 때문에, 현상의 본질과 인과관계를 도출하는데 한계가 있다. 가추와 역행추론에 기반한 논증 과정은 ① 현상의 관찰(또는 발견), ② 현상을 설명할 수 있는 가설 설정-가추, ③ 가설의 검증-역행추론, ④ 결론의 도출이라는 단계를 통해 직접 증거가 거의 없거나 아예 없고 정황증거만 있는 경우에 타당한 추론을 가능하게 해준다. 최근 대법원의 판례와 몇몇 사건들을 분석하면서 수사에 있어 검사의 논증 과정이 가추 및 역행추론에 기반한 논증과정과 일치하다는 것을 확인할 수 있었다. 이는 또한 실체적 진실 발견을 위한 외국의 수사기법의 사례와도 유사성을 찾을 수 있다는 점에서 보다 정교하고 세련된 법추론 내지 수사 추론의 한 기법으로 발전시킬 필요가 있다고 할 것이다.

## 참고문헌

### [국내문헌]

- 강동우, 합리적 의심의 여지가 없는 증명에 관한 연구, 성균관대학교 대학원박사학위 논문, 2013.
- 김광수, 논리와 비판적 사고, 철학과 현실사, 2007.
- 김성룡, 법적 논증론(I)－발전사와 유형, 준커뮤니케이션즈, 2009.
- 김성룡, 좋은 법적 논증의 조건, 형사법연구 제23권, 2011.
- 김종률, 검찰수사역량강화 방안: 검찰수사관의 수사교육·평가·자격제 도입을 중심으로. 법무연수원, 2008.
- 박노섭·이동희·이운·장윤식, “범죄수사의 의의”, 범죄수사학, 경찰대학 출판부, 2014.
- 박준호, 퍼스의 귀추와 가설의 방법, 범한철학 제37집, 2005.
- 신동운, 간추린 신형사소송법, 법문사, 2015.
- 양천수, 형사소송에서 사실인정의 구조와 쟁점－법적 논증의 관점에서－, 형사정책연구 제26권 제2호, 2015.
- 이기홍, 사회과학의 철학적 기초: 비판적 실재론의 접근, 한울아카데미, 2015.
- 이기홍, 사회연구에서 가추와 역행추론의 방법, 사회와 역사 제80집, 한국사회사학회, 2008.
- 이상돈, 법이론, 세창출판사, 2005.
- 이용구, 판단의 논증－배임죄의 고의에 대한 몇 개의 논증 분석－, 형사소송 이론과 실무 제2권 제2호, 2010.
- 조원철, 심급별로 사실인정이 달라진 사건의 원인분석(형사), 법관의 의사결정 이론과 실무, 2010.

### [외국문헌]

- Baldwin, J. Video Taping Police Interviews with Suspects: An Evaluation. No. 1. Home Office Police Research Group, 1992.

- Eco Umberto, Sebeok Thomas A. 편(김주환·한은경 역), 설록 홈스, 기호학자를 만나다: 논리와 추리의 기호학(The Sign of Three: Dupin, Holmes, Peirce), 이마, 2016
- Fischer, H. R. Abductive Reasoning as a Way of Worldmaking, Foundations of Science Vol. 6 No. 4, 2001.
- Larry, Alexander, Demystifying Legal Reasoning, Cambridge University Press, 2008.
- Schauer Frederick F., Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning, Harvard University Press, 2009.
- Pierson, Collected Papers 2 vols. Harvard University Press, 1958.
- Rödiger, Theorie des Gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 1973.
- Ruggiero J. Aldisert, Logic For Lawyers : A Guide to Clear Legal Thinking 163, 1998.
- Schmidt, “Begründung”—Einige Probleme eines rechtstheroretischen Problems, in: Recht und Gesellschaft. FS f. H. Schelsky zum 65. Geburtstag, 1978.
- Williamson T. ‘From Interrogation to Investigative Interviewing: Strategic Trends in Police Questioning’, Journal of Community and Applied Social Psychology, Vol. 3, 1993.

[판례]

- 헌법재판소 1995. 6. 29. 93헌바45 결정.
- 대법원 1983. 9. 13. 선고 83도712 판결.
- 대법원 1993. 3. 23. 선고 92도3327 판결.
- 대법원 1994. 2. 8. 선고 93도120 판결.
- 대법원 1994. 9. 13. 선고 94도1335 판결.
- 대법원 1997. 10. 10. 선고 97도1720판결.
- 대법원 1999. 10. 22. 선고 99도3273 판결.
- 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000도4946 판결.

대법원 2002. 2. 22. 선고 2001다23447 판결.

대법원 2004. 2. 27. 선고 2003도7033 판결.

대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2221 판결.

대법원 2007. 5. 10. 선고 2007도1950 판결.

대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도8486 판결.

대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1902 판결.

대법원 2013. 6. 27. 선고 2013도4172 판결.

Considering A Prosecutor's Structure of Investigation  
Reasoning and Inference :  
Focusing on Abduction and Retroduction

Kim Dae-keun\*

It is the judge's important task to determine guilty or innocence by finding a substantial truth in the criminal court, however, the prosecutor also has an important responsibility. Considering the enforcement of trial-base principle and strict judgments on evidences in the trial is more enforced, a prosecutor's ability to find a substantial truth needs to be reinforced. This article tries to find a way how a prosecutor can effectively present his reasoning through thorough proofing in the trial and tries to suggest the abduction and retroduction, as a prosecutor's practical demonstration of a prosecutor's arguments, in order to find a substantial truth.

To generalize a prosecutor's arguments, it can be schematized like this: ① obtaining/ finding the evidences, ② setting a hypothesis, which can fully explain the evidences, ③ verifying the hypothesis, and ④ drawing a conclusion. Furthermore, in order to find a substantial truth suggested by evidences, a prosecutor has to assume the various premises, which might be the cause of the evidences or might be related in a specific way and go through various stages to see whether those premises are the truth or not. In these stages, abduction and retroduction can be used as a prosecutor's distinct way of proving. The reason why I suggest those two is that the proving, based on the abduction and retroduction, is the same as how a prosecutor presents his arguments in the investigation: ① observing/finding the phenomenon, ② abduction—setting the

---

\* Korean Institute of Criminology, Associate Research Fellow

hypothesis which can explain the phenomenon, ③ retroduction—verifying the hypothesis, and lastly, ④ drawing a conclusion.

A prosecutor's distinct inferences and arguments work the best in the situation when there is no direct evidences and he or she has to prove the truth by indirect evidences only. First of all, A prosecutor ensures a number of circumstantial evidences, and from those evidences, the prosecutor has to confirm circumstantial facts by using indirect evidences, through the comprehensive considerations. After that, a prosecutor judges whether those major inferred facts, from the thorough observation and analysis, are reasonable. In order for evidences, which a prosecutor has collected and submitted for a trial, to give a firm belief to the judge, a prosecutor's reasoning has to be solid enough so that nobody could doubt from the beginning of the investigation stage.

Of course, a prosecutor should not collect evidences only to support his own hypothesis. He or she also needs to be prepared for the defendent's doubts, which might be presented in a trial and presents contrary evidences. For this, a prosecutor has to objectify his or her hypothesis and keeps in mind that there might be a possibility that his or her hypothesis is wrong. A prosecutor needs to self-critically verify the fact in the investigation stage and also needs to refer England's standardized investigation model, PEACE (Planning/preparation, Engaging of and Explaining to the suspect, Account from the suspect, Closure, Evaluation), as an effective investigation technique, in order to discover the truth in the investigation.

❖ Keyword: Prosecutor, Investigation Arguments, Investigation Reasoning, Substantial Truth, Abduction, Retroduction, Deduction, Induction, Reasonable Doubt, PEACE Technique.



## 『아동·청소년의 성보호에 관한 법률』에 관한 헌법재판소 결정에 대한 비판적 검토\*

조성용\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

이번 헌법재판소 결정은 가상 아동·청소년이용음란물의 범위와 관련하여 헌법에 합치될 수 있는 판단기준을 제시하였다는 점에서 그 의미가 있다. 그리하여 이제부터는 실제 아동·청소년으로 오인되기에 충분한 정도의 음란물이 아니면 처벌대상에서 제외된다. 그러나 이러한 판단기준이 과연 법리적으로 합당하게 도출된 것인지에 대해서는 의문이 제기된다.

우선 심판대상조항의 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”은 문리해석상 실제 아동·청소년으로 오인되기에 충분한 정도의 표현물로만 이해하기 어렵다. 더욱이 법전문가 및 법집행기관조차도 그와 같이 좁은 의미로만 해석하지 않는다는 점을 고려하면 더욱 그러하다. 또한 “그 밖의 성적 행위”는 그 문언의 문리해석, 역사적 해석, 목적론적 해석 그리고 체계적 해석에 비추어 볼 때, 반드시 음란한 행위만을 의미한다고 볼 수 없다. 나아가 가상 아동·청소년이용음란물에의 접촉과 아동·청소년을 상대로 하는 성범죄 발생 사이에 인과관계가 명확히 입증된 바 없고, 단순히 잠재적으로 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄에 영향을 미칠 수 있다는 정도에 불과한 것이다. 그리하여 실제 아동·청소년과 사실상 구별이 불가능할 정도의 음란물의 경우를 제외하고는, 가상 아동·청소년이용음란물을 이를 이유로 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 중한 법정 형으로 규율하는 것은 형벌의 비례성 측면에서 적합하지 않다.

요컨대, 심판대상조항의 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 및 “그 밖의 성적 행위” 부분은 그 의미가 불명확하여 처벌범위가 지나치게 광범위해질 수 있으며, 그 결과 보호 받아야 할 표현행위까지 처벌하고 있어 과잉처벌을 초래할 여지가 있다. 입법론적으로는 심판대상조항의 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 부분은 ‘실제 아동·청소년과 사실상 구별하기 불가능할 정도의 표현물’로 대체하고 적극적 항변사유를 신설할 필요가 있으며, “그 밖의 성적 행위” 부분은 대체 없이 삭제하는 것이 바람직하다고 본다.

❖ 주제어: 아동·청소년, 가상 아동·청소년이용음란물, 성표현물, 성적 행위

\* 이 논문은 2015년 단국대학교 교내연구비 지원에 의하여 연구되었음.

\*\* 단국대학교 법과대학 교수, 법학박사

## [대상결정] 2013헌가17, 2013헌가24, 2013헌바85(병합)

### [사안의 개요]

#### 1. 2013헌가17

교복을 입은 여성이 성행위를 하는 음란물들을 전시·상영한 혐의로 기소된 자가 실제의 아동·청소년이 등장하는 영상물이 아닌 경우에도 그 배포 등을 처벌하는 구 『아동·청소년의 성보호에 관한 법률』(2011. 9. 15. 법률 제11047호로 개정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 아동청소년성보호법’이라 함) 제2조 제5호 및 제8조 제2항에 대한 위헌제청을 신청하고 법원이 이를 받아들여 위헌제청하였다.

#### 2. 2013헌가23

인터넷 파일공유 사이트에 교복을 입은 여학생이 남학생과 성행위를 하는 음란 애니메이션 동영상 파일을 업로드하여 유포한 혐의로 기소된 자가 동법 제2조 제5호 및 제8조 제4항에 대해 위헌제청을 신청하고 법원이 이를 받아들여 위헌제청하였다.

#### 3. 2013헌바85

인터넷 웹하드 사이트에 접속하여 “A uniform beautiful Girl Club”이라는 아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하는 음란물 동영상을 업로드하여 시청 내지 다운로드받을 수 있도록 공연히 전시한 혐의로 기소된 자가 동법 제2조 제5호 및 제8조 제4항에 대해 위헌제청을 신청하였다가 기각되자 헌법재판소 제68조 제2항에 의한 헌법소원을 제기하였다.

### [사안의 쟁점]

1. 심판대상조항(구 아동청소년성보호법 제2조 제5호와 제8조 제2항 및 제4항)은

가상 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 형사처벌의 대상으로 정하고 있는데, 이 중 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람 또는 표현물” 및 “그 밖의 성적 행위” 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부

2. 가상 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 금지하고 위반 시 중한 형으로 처벌 하도록 규정하고 있는 심판대상조항이 표현의 자유를 과도하게 제한하는지 여부 및 책임과 형벌 사이의 비례성을 준수하고 있는지 여부

3. 가상 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 실제 아동·청소년이 등장하는 아동·청소년이용음란물의 배포 등과 동일한 법정형으로 규율하고, 아동·청소년을 대상으로 하여 성적 행위를 표현한 것이면 그 수위를 구분하지 않고 동일한 법정형으로 규율하는 것이 평등원칙에 위반되는지 여부

### [합헌결정의 요지]

1. 심판대상조항 중 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”은 아동·청소년을 대상으로 한 비정상적 성적 충동을 일으키기에 충분한 행위를 담고 있어 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄를 유발할 우려가 있는 수준의 것에 한정되어 있으며, 법관의 양식이나 조리에 따른 보충적인 해석에 의해 판단기준이 구체화되어 해결될 수 있으므로 명확성원칙에 위반된다고 할 수 없다. 또한 “그 밖의 성적 행위” 부분도 일반인으로 하여금 성적 수치심이나 혐오감을 일으키기에 충분한 행위를 의미하며, 포괄적 규정형식을 택하게 된 데에는 불가피한 측면이 있으므로 불명확하다고 볼 수 없다.

2. 가상 아동·청소년이용음란물은 심판대상조항에 의한 처벌 대상이 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄로부터 아동·청소년보호를 위한 최소한의 불가피한 경우로 한정되며, 죄질과 비난가능성 면에서 일반적인 음란물과는 차이가 있으므로 다른 법률에서 정한 법정형보다 더 중한 법정형을 정하고 있다고 하더라도 이것이 책임과 형벌 사이에 비례성을 상실한다고 볼 수 없으며, 아동·청소년의 성보호라는 공

익의 중대함을 고려할 때 법익의 균형성 또한 충족한다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반되지 않는다.

3. 가상 아동·청소년이용음란물은 아동·청소년에 대한 비정상적 성적 충동을 일으켜 아동·청소년을 상대로 한 성범죄로 이어지게 할 수 있다는 점에서 실제 아동·청소년이 등장하는 아동·청소년이용음란물과 죄질 및 비난가능성의 정도에 거의 차이가 없고, 법정형의 상한만이 정해져 있어 법관이 법정형의 범위 내에서 구체적 타당성을 고려한 양형의 선택이 가능하다. 따라서 심판대상조항이 가상 아동·청소년이용음란물과 실제 아동·청소년이용음란물의 배포행위를 동일한 법정형으로 규율하고 있더라도 평등원칙에 반한다고 볼 수 없다.

## I. 서론

최근 실제 아동이나 청소년이 출연하지 않고 성인이 교복을 입고 등장하는 음란 동영상을 배포하거나, 교복을 입은 여학생이 남학생과 성행위를 하는 음란 애니메이션 동영상 파일을 업로드하여 유포한 행위를 처벌하는 구 아동청소년성보호법 규정이 헌법에 위배되지 않는다는 헌법재판소 결정이 나왔다. 헌법재판소는 2015년 6월 25일 구 아동청소년성보호법 제2조 제5호 및 제8조 제2항과 제4항에 대한 위헌법률심판제청사건에서 재판관 5(합헌) 대 4(위헌) 의견으로 합헌 결정을 내렸다.

이번 헌법재판소 결정은 위헌법률심판이 제청된 후 2년 1개월만의 일이다. 그동안 구 아동청소년성보호법은 실제 아동·청소년뿐만 아니라 아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장해 성적 행위를 하는 경우까지 처벌대상으로 삼아 논란이 되었다. 특히 성인 배우가 미성년자를 연기하며 성적 행위를 하는 영화(예컨대 ‘은교’나 ‘방자전’)나 가상 아동·청소년이 등장하는 음란 애니메이션이나 만화도 처벌대상이 되는지 의견이 분분하였다. 그러나 이번 헌법재판소의 합헌결정을 계기로 앞으로 구 아동청소년성보호법을 둘러싼 위헌시비는 누그러질 것으로 예상된다. 반면에 성인이라도 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 사람이 등장

하거나, 애니메이션 같은 가상의 표현물이라도 아동·청소년을 상대로 한 비정상적인 성적 충동을 일으키기에 충분한 음란한 행위를 담고 있어서 아동·청소년에 대한 성범죄를 유발할 우려가 있는 경우에는 구 아동청소년성보호법에 따라 처벌될 전망이다.

그러나 당해 위헌법률심판제청사건에서 재판관 5대 4의 의견으로 합헌 결정이 내려졌다는 점에서 알 수 있듯이, 이번 합헌 결정을 뒷받침하는 논거의 타당성과 관련해서는 앞으로도 논란의 여지가 있을 것으로 보인다. 다수의견과 소수의견의 핵심적인 쟁점은 구 아동청소년성보호법 제2조 제5호에서 규정하고 있는 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람 또는 표현물” 및 “그 밖의 성적 행위” 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부, 가상 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 금지하고 위반 시 중한 형으로 처벌하도록 규정하고 있는 구 아동청소년성보호법 제8조 제2항 및 제4항이 표현의 자유를 과도하게 제한하는지 여부 및 책임과 형벌 사이의 비례성을 준수하고 있는지 여부로 요약될 수 있다.

이 글에서는 이러한 쟁점들에 관한 다수의견 및 소수의견의 논거를 비교·분석하고, 이를 토대로 이번 헌법재판소 결정의 타당성 여부를 검토하고자 한다. 나아가 이번 헌법재판소 결정이 지니는 법정정책 의의에 대해서도 나름대로 평가해 보기로 한다.

## II. 죄형법정주의의 명확성원칙 침해 여부

### 1. 다수의견<sup>1)</sup>의 논거

구 아동청소년성보호법의 입법목적, 가상 아동·청소년이용음란물 규제 배경, 법정형의 수준 등을 고려할 때, “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람”은 일반인의 입장에서 외모, 신원, 제작 동기와 경위 등을 종합하여 볼 때, 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분할 정도의 사람이 등장하는 경우를 의미함을 알 수 있고, “아동·

1) 재판관 이정미, 안창호, 강일원, 서기석, 조용호.

청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 부분도 전체적으로 표현물을 등장시켜 각종 성적 행위를 표현한 매체물의 제작 동기와 경위, 표현된 성적 행위의 수준, 전체적인 배경이나 줄거리, 음란성 등을 종합하여 판단할 때 아동·청소년을 상대로 한 비정상적인 성적 충동을 일으키기에 충분한 행위를 담고 있어서 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄를 유발할 우려가 있는 수준의 것에 한정된다고 볼 수 있으며, 기타 법관의 양식이나 조리에 따른 보충적인 해석에 의하여 판단 기준이 구체화되어 해결될 수 있으므로 명확성원칙에 위반된다고 할 수 없다.

나아가 “그 밖의 성적 행위” 부분도 심판대상조항의 입법 취지 및 법정형의 수준 등을 고려할 때, 구 아동청소년성보호법 제2조 제4호에서 예시하고 있는 “성교행위, 유사 성교행위, 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위, 자위행위”와 같은 수준으로 음란한 행위를 의미함을 알 수 있고, 무엇이 아동·청소년을 대상으로 한 음란한 행위인지 법에서 일률적으로 정해 놓는 것은 곤란하므로 “그 밖의 성적 행위”라는 포괄적 규정형식을 택한 데에는 불가피한 측면이 있다.

## 2. 소수의견<sup>2)</sup>의 논거

2011. 9. 15. 아동청소년성보호법 개정 경위에 따르면 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”은 단순히 아동·청소년을 이미지한 그림이나 만화 등이 아니라, 컴퓨터 그래픽 또는 그 밖의 기술로 마치 실제 아동·청소년이 등장한 것과 마찬가지로 보이는 표현물 내지 실제 아동·청소년의 사진을 기술적으로 합성한 표현물을 예정했던 것이다. 그 후 관련 조항에 대한 개정 논의에서 실제 아동·청소년으로 인식될 가능성이 없는 그림, 만화 등도 “표현물”에 포함될 수 여지가 있다는 의견이 제기되자, 그림, 만화 등도 “표현물”에 포함시키되 과잉규제로 인한 문제는 법 집행기관이 구체적 타당성을 판단해 해결하도록 하였다. 이러한 상황에서 통상의 판단능력을 가진 일반인의 입장에서 볼 때, “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”이 실제 아동·청소년으로 등장하는 것으로 오인하기에 충분한 정도로 묘사된 표현물만

2) 재판관 박한철, 김이수, 이진성, 김창중.

을 의미한다고 쉽사리 해석되지 않는다. 그 판단을 법 집행기관이나 법관의 보충적 해석에 전적으로 맡긴다면 자의적 법 해석 내지 집행의 우려마저 있다.

나아가 2005. 12. 29. 아동청소년성보호법 개정으로 종전에 음란한 내용을 표현한 것이라는 부분을 삭제하면서 “그 밖의 성적 행위”라는 포괄적 규정을 마련한 것은 아동·청소년이용음란물은 그 내용이 음란하기 때문이 아니라 제작 과정에 아동·청소년이 성적 행위의 대상으로 이용된다는 점을 고려하였기 때문이다. 또한 심판대상조항에 성교행위, 유사 성교행위, 자위행위 외에 이미 “신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 정도에 이르는 행위”라는 개방적이고 포괄적 규정을 두고 있으므로 “그 밖의 성적 행위”가 이에 준하는 행위를 의미한다거나 포괄적 규정형식을 택한 데에 불가피한 측면이 있다고 볼 만한 근거도 부족하다.

### 3. 양 논거의 검토

다수의견과 소수의견 모두 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람” 부분은 명확성의 원칙에 위반되지 않는다고 보고 있으나, “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 부분과 “그 밖의 성적 행위” 부분에 대해서는 의견이 일치하지 않는다. 다수의견은 위 부분이 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 해석하는 반면에, 소수의견은 다의적으로 해석될 여지가 있고 이로 인해 자의적인 법집행이 이루어질 가능성이 있다는 이유에서 명확성의 원칙에 반한다고 해석한다.

이하에서는 전통적인 법해석 방법에 따라 다툼이 되고 있는 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”과 “그 밖의 성적 행위” 부분을 해석해 보고 이를 토대로 어느 의견의 논거가 더 타당한지 평가해 보고자 한다.

#### 가. “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 부분

##### (1) 문리적 해석

우선 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 부분 중 “인식”이라는 문언의 사전적 의미를 종합해 보면, ‘사물을 분별하고 판단하여 앎’이라고 정의된다. 그리하

여 예컨대 A라는 사물로 인식될 수 있다는 것은 통상적으로 ‘인식주체의 판단에 의할 때 A라는 사물로 생각되는 것 또는 A라는 사물처럼 보이는 것’ 모두를 포함하게 된다. 그 중에는 A라는 사물과 사실상 구별하기 불가능할 정도로 정교하게 만들어진 사물에서부터 A라는 사물로 오인하기 쉽도록 만들어진 사물, 그리고 누구나 A라는 사물의 모조품이라는 것을 한 눈에 알 수 있는 조잡하게 만들어진 사물에 이르기까지 다양한 사물이 존재할 수 있다. “~으로 인식될 수 있다”는 문언의 의미와 같이 다양한 양태의 사물을 모두 포함하는 것이라면, “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”의 의미도 좁게는 실제 아동·청소년과 사실상 구별하기 불가능할 정도의 표현물로 해석할 수 있는 반면, 넓게는 실제 아동·청소년처럼 보일 수 있는 모든 형태의 표현물로 해석할 수 있는 여지가 있다.<sup>3)</sup>

그 다음 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 부분 중 “표현물”이라는 문언에 대해서 구 아동청소년성보호법은 아무런 정의를 내리고 있지 않고, 다만 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터나 그 밖의 통신매체를 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것만을 규제대상으로 삼고 있다(동법 제8조 제4항 제5호). 그리하여 이때의 “표현물”은 시각적 표현물로 한정되며, 여기에는 비사실적인 만화, 인형, 모형, 조각, 캐리커처, 그림 등을 이용하여 영상을 제작하는 모든 경우가 포함된다. “표현물”이라는 문언 그 자체가 광범위하고 추상적인 개념임에는 틀림없지만, 그 종류가 다양하고 표현 방법 등이 컴퓨터 그래픽 등 과학 기술의 발전으로 계속 발전하고 있어 입법기술상 어느 정도 개방적이고 추상적인 개념을 사용할 수밖에 없을 것이다.

“아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”의 의미를 좁게 해석하면, 성인이 청소년

3) 가상 아동·청소년이용음란물의 개념에 대해서는 견해가 일치하지 않으나, 실제 아동·청소년의 실사 이미지를 직접적으로 이용한 것이 아니라 컴퓨터 이미지 제작기술을 이용하여 아동·청소년이 노골적으로 성행위를 하고 있는 것처럼 묘사한 가상의 디지털 표현물로 정의하는 것이 무난하다고 본다. 그리하여 실제 아동·청소년의 사진을 컴퓨터로 스캔하여 성행위를 하는 다른 사람의 몸에 합성시킨 이미지는 가상 아동·청소년이용음란물에서 제외된다. 또한 실제 아동·청소년과의 구별 가능성을 기준으로 하면, 실제 아동·청소년의 사진을 컴퓨터로 조작하여 변형된 이미지로 만든 경우 그 변형 정도에 따라 실제 아동·청소년인지 아닌지 구별이 가능하면 실제 아동·청소년이용음란물로 보아야 하고, 반면에 실제 아동·청소년인지 아닌지 구별이 불가능하면 가상 아동·청소년이용음란물로 보아야 할 것이다. 자세한 조연하, 인터넷상의 가상 청소년이용 성표현물의 침해법익에 관한 연구, 한국언론학보, 제49권 제1호, 2005, 85면; 이향신, 디지털시대의 가상아동포르노 규제, 비교법적 고찰과 우리 사회에 대한 함의, 한국방송학보, 제27권 제2호, 2013, 233면.

년으로 분장했다고 하더라도 실제 청소년과 사실상 구별하기 불가능할 정도로 연기한 동영상의 경우에만 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”에 해당될 수 있을 것이다.<sup>4)</sup> 또한 만화나 게임물에 등장하는 가상 캐릭터와 같이 누가 보더라도 실제 아동·청소년과 확연히 구별되는 아동의 이미지는 거기에서 제외될 수 있을 것이다. 그에 반하여 이를 넓게 해석하면, 성인이 아동·청소년으로 연기한 동영상의 경우와 만화나 게임물에 등장하는 가상 캐릭터의 경우 일반인의 입장에서 실제 아동·청소년처럼 보일 수만 있다면 모두 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”에 해당될 것이다.

그리하여 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”이라는 문언을 어떻게(좁게 또는 넓게) 해석하는가에 따라 그 범위가 달라질 수 있다. 다시 말해 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 부분을 문리해석하면, 성인이 아동·청소년으로 연기한 동영상의 경우나 만화나 게임물에서의 아동·청소년 캐릭터도 거기에 포함될 수 있는 여지가 생기는 것이다.

## (2) 역사적 해석

2000. 2. 3. 아동청소년성보호법이 제정됨으로써 아동·청소년이용음란물의 제작·배포행위가 규제되기 시작하였는데, 그 당시에는 실제 아동·청소년이 등장하는 경우에만<sup>5)</sup> 처벌대상이 되었다. 그리하여 동법 제1조에서 “... 아동·청소년을 성범죄로부터 보호하고 아동·청소년이 건강한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 함을 목적

4) 물론 이러한 경우에도 등장인물이 실제로 성인이었다는 점이 적극적으로 입증되면 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”에서 제외될 수 있을 것이다.

5) 헌법재판소는 가상의 청소년이 등장하는 경우를 배제한 이유에 대해 다음과 같이 판시하고 있다. “청소년에 대한 폭넓은 보호 측면에서는 그 표현물에 청소년이 등장하는지 여부에 관계없이 청소년의 입장에서 보아 그 노출된 신체의 전부 또는 일부가 수치심을 야기시키면 ‘청소년이용음란물’에 해당한다고 볼 수도 있을 것이나, 그렇게 해석하게 되면 청소년에게 수치심 또는 성적 충동을 불러일으킬 가능성이 있는 표현물, 예컨대 의학서적이나 예술품 등까지도 모두 이 사건 법률의 규제대상인 ‘청소년이용음란물’에 포함되어 같은 법률 제8조 제1항의 중벌에 처해지게 되는 결과를 낳게 될 뿐 아니라, 일반 형법상의 음란물 관련 처벌법규나 청소년보호법 등과 달리 별도의 새로운 특별법으로 이 사건 법률이 제정된 점에 비추어 보면, 실제 인물이 아닌 청소년이 등장하는 표현물은 형법 제243조의 음화반포 등 죄, 같은 법 제244조의 음화제조 등 죄 또는 청소년보호법 제6장 벌칙 부분에 청소년유해매체물 관련 죄 등의 규율대상이 된다고 할 것이다.” 헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27.

으로 한다”고 규정한 것도 실제 피해 아동·청소년의 보호를 염두에 두고 있는 입법자의 의지가 반영된 결과라고 풀이된다.

그러다가 2010년 이후 아동·청소년을 대상으로 한 일련의 흉악한 강력 성폭력 범죄가 발생하였는데, 이들 범죄자들이 범행 전에 아동·청소년을 성적 대상으로 하는 음란물을 다수 또는 장기간 시청하였거나 소지하고 있었던 것으로 밝혀지면서, 실제 아동·청소년이 등장하는지 여부와 무관하게 아동·청소년을 성적 대상으로 하는 표현물의 노출은 잠재적으로 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄를 유발하는 촉매가 될 수 있다는 점을 고려하여 실제 아동·청소년이 등장하는 경우 외에 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물”이 등장하는 경우도 처벌대상에 포함되었다.<sup>6)</sup> 이로써 동법의 목적이 ‘실제 피해 아동·청소년 보호’가 아닌 ‘아동·청소년 대상 성범죄 방지(예방)’까지 확대될 수 있는 여지가 마련되었다.

물론 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물”의 범위에 관련해서 논란이 없지 않았다. 원래는 성인이 아동·청소년처럼 등장하는 음란물이나 컴퓨터 그래픽 또는 그 밖의 기술로 마치 실제 아동·청소년이 등장한 것과 마찬가지로 보이는 동영상까지 처벌대상으로 삼을 수 있도록 발의한 것으로 보인다.<sup>7)</sup> 그러다가 동법 시행 이후 실제 아동·청소년으로 인식될 가능성이 없는 그림이나 만화 등으로 표현된 아동·청소년의 이미지도 규제대상인지, 만약 그렇다면 과도한 규제가 아닌지 논란이 되었다. 이때 한편으로는 그러한 그림이나 만화도 거기에 포함될 수 있다는 입장과 다른 한편으로는 실제 아동·청소년이 등장한 것으로 오인할 수 있는 표현물로 제한하여야 한다는 입장이 대립하였다. 결국 그림이나 만화 등이 더 자극적일 수 있기에 “표현물”이라는 문언을 그대로 두고, 다만 이로 인해 발생할 수 있는 과도한 규제의 문제는 “명백하게” 라는 문언을 추가하여 법집행 기관이 구체적 타당성을 고려하여 해결하도록 하는 선에서 절충한 것으로 보인다.<sup>8)</sup>

6) 현재 2013헌가17, 2013헌가24, 2013헌바85(병합), 현재 결정문(헌법재판소 사이트 출력본), 7면 이하.

7) 윤석용 의원이 대표발의한 아동청소년성보호법 일부개정법률안 검토보고서(2011. 4. 여성가족위원회 수석전문위원) 참조.

8) 아동청소년성보호법 개정안(법률 제11572호)에 대한 국회(정기회) 아동·여성대상 성폭력대책특별위원회 회의록(법안심사소위원회) 및 제311회 국회(정기회) 아동·여성대상 성폭력대책특별위원회 회의록 참조.

### (3) 목적론적 해석

“아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”을 추가하여 처벌대상으로 삼은 개정 취지가 아동·청소년 대상 성범죄 방지에 있다면, 그에 대한 해석도 개정목적 및 보호법익에 비추어 이것과 합치되도록 해석해야 할 것이다. 구 아동청소년성보호법은 어떠한 경우가 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”에 해당하는지에 대한 판단 기준을 별도로 규정하고 있지 않다. 예컨대 누구의 관점에서 그리고 어떠한 사정을 토대로 판단해야 할 것인가의 기준 말이다. 그러나 그러한 판단기준이 마련되어 있지 않다고 해서 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 부분이 곧바로 지극히 주관적이고 자의적인 규정이라고 단정할 수는 없다고 본다.<sup>9)</sup>

이때에는 개정취지 및 보호법익에 비추어 목적론적 해석을 해야 한다. 그리하여 일반인의 관점에서 행위 당시의 여러 가지 상황을 종합해 볼 때, 아동·청소년을 성적 대상으로 묘사하는 표현물이 아동·청소년을 상대로 한 성범죄를 유발하는 촉매가 될 수 있는지 여부를 판단해야 할 것이다. 법문언은 수학적 확실성이나 엄밀한 한정성을 갖추고 있어야 한다고 요구할 수 없기 때문이다. 대법원도 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 정도에 이르기 위해서는 등장하는 사람이 다소 어려 보인다는 사정만으로는 부족하고, 그 외모나 신체의 발육 상태, 신원, 영상물의 출처나 제작 경위 등에 대하여 주어진 여러 정보 등을 종합적으로 고려하여 사회 평균인의 시각에서 객관적으로 관찰할 때 외관상 의심의 여지없이 명백하게 아동·청소년으로 인식되는 경우라야 한다”고 판시하고 있다.<sup>10)</sup> 그리하여 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”도 전체적으로 이러한 표현물을 등장시켜 각종 성적 행위를 표현한 화상 또는 영상 등 매체물의 제작 동기, 표현된 성적 행위의 수준, 등장인물 사이의 관계, 전체적인 배경이나 줄거리, 음란성 등을 종합하여 판단하여야 할 것이다.<sup>11)</sup>

9) 그에 반해 일반인의 입장에서 판단한다고 하더라도 그 일반인을 어떤 사람들을 기준으로 결정할 것인가에 의하여 달라질 수 있고, 여러 상황을 종합하여 판단한다는 것도 주관적이어서 법집행기관으로 하여금 자의적으로 판단할 여지를 주는 것이기 때문에 명확성의 원칙에 반한다고 보는 견해로는 변민선 판사, 서울북부지방법원 2013초기 617 위헌심판제청, 2013 참조.

10) 대법원 2014. 9. 24. 선고 2013도4503 판결; 대법원 2014. 9. 26. 선고 2013도12607 판결.

11) 헌재 2013헌가17, 2013헌가24, 2013헌바85(병합), 헌재 결정문(헌법재판소 사이트 출력본), 12면.

#### (4) 체계적 해석

구 아동청소년성보호법 제11조는 실제 아동·청소년을 이용한 음란물을 제작·수입 또는 수출하는 행위는 무기징역 또는 5년 이상의 유기징역, 영리 목적의 배포행위 등은 10년 이하의 징역, 단순 배포행위 등은 7년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금으로 처벌하고 있다. “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”을 이용하여 음란물을 제작·수입 또는 수출하는 행위, 영리 목적의 배포행위 및 단순 배포행위 또한 실제 아동·청소년이 그 제작 과정에 성적 대상으로 이용되지 않음에도 불구하고 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 마찬가지로 동일한 법정형으로 처벌된다.

이와 같이 구 아동청소년성보호법이 제작 과정에 실제 아동·청소년이 등장하지 않은 가상 아동·청소년이용음란물을 실제 아동·청소년이용음란물과 동일하게 처벌하고 있는 점으로 미루어 볼 때, 가상 아동·청소년이용음란물은 적어도 실제 아동·청소년과 구별이 사실상 불가능할 정도의 이미지가 등장하는 경우로 한정되어야 한다는 논리적 추론이 가능하다. 즉, “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”을 이와 같이 좁은 의미로 해석해야만 양자를 동일한 법정형으로 처벌하는 취지에 부합할 것이다.

#### (5) 양 논거에 대한 평가

다수의견은 구 아동청소년성보호법의 입법목적, 가상 아동·청소년이용음란물 규제 배경 및 법정형의 수준 등을 고려할 때, “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”은 성적 행위의 주체나 대상인 표현물이 실제 아동이나 청소년으로 오인하기에 충분할 정도의 것이어야 한다고 보고 있다. 여기에서 ‘실제 아동이나 청소년으로 오인하기에 충분할 정도’라는 것은 ‘실제 아동청소년과 사실상 구별하기 불가능할 정도’에는 미치지 못하지만 그 정도에 근접한 수준으로 보인다. 다시 말해 다수의견은 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”을 가능한 좁게 해석하고 있다.

이와 같이 다수의견이 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”을 좁게 해석한다면, 이러한 문언이 막연하며 자의적인 법집행으로 이어질 것이라는 우려를 상당 부분 완화시킬 수 있을 것이다. 문제는 일반인이 “아동·청소년으로 인식될 수 있는

표현물”을 — 다수의견이 해석하고 있는 것과 같이 — 실제 아동·청소년이 등장하는 것으로 오인하기에 충분할 정도로 묘사된 표현물만을 의미하는 것으로 해석할 것이라고 기대할 수 있는가에 있다. 소수의견은 바로 이러한 점에 대해 의문을 제기하고 있다.

일반인의 입장에서는 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”이라는 문언만 보아서는 아마도 아동·청소년처럼 보이는 모든 형태의 표현물을 의미(넓은 의미)한다고 해석하기 쉬울 것이다. 이러한 문언이 아동·청소년처럼 보이는 표현물 가운데 오로지 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 표현물만을 의미(좁은 의미)한다고 해석할 수 있는 일반인은 과연 얼마나 될까.<sup>12)</sup> 더욱이 이러한 문언의 해석을 둘러싸고 법전문가들 사이에서도 아동·청소년으로 인식될 가능성이 전혀 없는 그림이나 만화 등도 거기에 해당되는지에 관해 의견이 극심하게 대립되었다는 점을 감안하면, 하물며 법문외한인 일반인의 입장에서는 이러한 문언을 좁은 의미로만 이해하기는 더욱 어려울 것이다. 오히려 아동·청소년처럼 보이는 표현물이면 단순히 그림이나 만화로 표현된 아동·청소년의 이미지도 이러한 문언에 해당된다고 볼 공산이 크다. 이러한 상황에서 일반인이 실제 아동·청소년이용음란물 및 가상 아동·청소년이용음란물의 배포행위 등이 동일한 법정형으로 처벌된다는 점을 고려하여 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”은 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도로 묘사된 표현물만을 의미한다고 해석할지 의문이다.

이러한 문제제기에 대해 다수의견은 아마도 다음과 같이 반론을 제기할 수도 있을 것이다. 즉, 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 명확성의 원칙에 배치되는 것이 아니라고 말이다.<sup>13)</sup>

12) 법관과 일반인의 정서 사이의 간극에 대해서는 임지봉, 대법원의 음란성 판단기준에 대한 비판적 검토, 민주법학, 제29호, 2005, 479면. “대법관들은 자신들이 일반 보통인이라 믿고 이러한 판단을 하거나, 아니면 적어도 일반 보통인이라면 어떤 느낌이 들었을가를 상상하면서 판단을 하겠지만, 대법관의 정서는 애초에 일반 보통인의 그것과는 거리가 멀 수밖에 없고 대법관의 일반 보통인 입장에 선 상상도 일반 보통인의 그것과 동떨어진 것이 될 수밖에 없다.”

13) 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480; 헌재 2010. 9. 30. 2009헌바201.

이러한 반론은 원론적으로는 옳지만 그동안 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”의 범위에 대하여 법집행기관이 명확한 판단기준을 제시하지 못한 채 법집행에 혼선을 빚고 있었으며,<sup>14)</sup> 심지어 법원조차도 이러한 문언에 대하여 의문을 품고 위헌제청을 하였던 현실을 고려해 볼 때, 과연 이러한 상황에서 법문외한인 일반인이 이러한 문언을 다수의견이 요구하는 바와 같이 좁게 해석할 것이라고 기대할 수 있는지 그리고 그 판단을 계속해서 법집행기관이나 법관의 보충적 해석에 전적으로 맡기는 것이 타당한 것인지 상당히 의문이 아닐 수 없다.

## 나. “그 밖의 성적 행위” 부분

### (1) 문리적 해석

“그 밖의 성적 행위”는 구 아동청소년성보호법 제2조 제4호에서 규정하고 있는 성교행위, 구강·항문 등 신체의 일부나 도구를 이용한 유사 성교행위, 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위, 자위행위 이외에 성을 표현하는 일체의 행위라고 볼 수 있다. “성적 행위”는 ‘음란’이라는 개념과 달리 법률용어가 아니며, 국어사전에도 나와 있지 않다. 또한 국제적으로 상용되는 ‘포르노그래피’라는 개념<sup>15)</sup>과도 직접적인 연관성은 없다. 다만 “성적 행위”는 일정한 목적을 가지고 성을 표현하는 행위라는 점에서 통상적으로 ‘성적 욕망을 만족시킬 목적으로 표현되는 일체의 행위’라고 정의할 수 있을 것이다. 그리하여 동법 제2조 제4호에 열거된 행위도 이러한 “성적 행위”에 포함된다

14) 실제로 검찰은 2012년 후반부터 단순히 아동·청소년의 이미지가 등장하는 애니메이션이나 동영상이라고 하더라도 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”에 해당한다고 보아 기소하였다. 또한 일부 법원은 일본에서 성인배우를 이용해 제작된 동영상을 업로드한 피고인들에 대하여 유죄를 선고하였다. 동영상에 등장하는 인물이 실제 성인으로 알려져 있다고 하더라도 동영상에 묘사된 구체적 상황, 표현 방식 등을 고려하여 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물”에 해당한다고 판단한 것이다(수원지방법원 2012. 고단3926, 4943(병합)).

15) 포르노그래피 개념은 음란 개념보다 넓은 의미를 담고 있는 ‘비법률적·문화적’ 개념이다. 포르노그래피도 역시 ‘에로틱하고 성적인 행동의 묘사’를 지칭하기는 하지만 예술적이고 문화적인 가치를 지니고 있는 성적인 행동의 묘사도 포괄하는 개념이다. 서구사회와 달리 우리나라에서는 음란 개념과 포르노그래피 개념의 구분이 명확하지 않다는 지적으로는 심회기, 아동 포르노그래피와 한국의 청소년 성보호법, 비교형사법연구, 제5권 제2호, 비교형사법학회, 2003, 888면.

고 볼 수 있다.

이와 같이 “그 밖의 성적 행위”를 동법 제2조 제4호에 열거된 행위들의 상위개념으로 파악한다면, 반드시 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하지 않는 행위라도 성적 자극이나 만족을 위하여 표현된 행위는 처벌대상이 될 수 있다. 그리하여 성과 관련되거나 또는 성행위를 연상시키는 모든 행위가 여기에 포함될 수 있다.<sup>16)</sup> 예컨대 상대방을 쳐다보면서 엉덩이를 위아래로 흔들어 대거나 입맛을 다시는 행위 등도 포함될 수 있어서 매우 포괄적인 개념이다.

## (2) 역사적 해석

구 아동청소년성보호법 제정 당시에는 실제 아동·청소년이 등장하는 경우만 규제 대상이었고, 그 범위도 아동·청소년과의 성교행위, 유사 성교행위 등 음란한 내용을 표현한 것으로 한정하고 있었다. 그러다가 2005. 12. 29. 동법의 개정으로 음란한 내용을 표현한 것이라는 문언이 삭제되면서 “그 밖의 성적 행위”라는 포괄적 규정으로 대체되었다.

이와 같이 개정된 취지는 아동·청소년을 이용한 성표현물은 제작 과정에 아동·청소년이 성적 행위의 대상으로 이용되기 때문에 이러한 성적 착취로부터 아동·청소년을 보다 강력하게 보호하기 위하여 그 내용이 반드시 음란하지 않다고 하더라도 규제되어야 한다는 지적에 따른 것이다. 아동·청소년을 이용한 성표현물을 규제해야 할 이익은 제작 과정에 이용되는 아동·청소년 보호이며 음란성은 주된 콘셉트가 아니라는 원칙이 이미 1982년에 미국 Ferber 판결에 의해 확립되었고,<sup>17)</sup> 이러한 원칙이 국내에서 지지를 받게 되면서 개정 논의를 거쳐 구 아동청소년성보호법에 반영된 것으로 보인다. 그리하여 아동·청소년이용 성표현물에 관한 한, 음란과 저속을 구분하는 실익<sup>18)</sup>은 사실상 없게 되는 셈이다.

16) 박선영, 청소년의 성보호에 관한 법률 개정안의 문제점 및 개선방향, 공법연구, 제33집 제3호, 한국공법학회, 2005, 170면.

17) Ferber, 458 U.S. at 756-64 참조. Ferber 사건의 경과에 대해 자세히는 김배원, 청소년성표현물과 수정헌법 제1조—가상청소년성표현물을 중심으로—, 미국헌법연구, 제16권 제1호, 미국헌법학회, 2005, 89면 이하.

18) 원래 청소년에게 저속한 성표현물은 청소년 유해물질로서 청소년에 대한 접근금지 대상일 뿐이

### (3) 목적론적 해석

2005. 12. 29. 구 아동청소년성보호법 개정을 통해 “그 밖의 성적 행위”라는 포괄적 규정을 두게 된 목적이 성적 착취로부터 아동·청소년을 보다 강력하게 보호하는데 있다면, 반드시 음란한 행위에 한정하지 않고 지속적인 성적 행위를 표현한 것이라도<sup>19)</sup> 제작 과정에 아동청소년이 등장한 경우라면 처벌대상이 된다고 해석해야 할 것이다.

그런데 2011. 9. 15. 구 아동청소년성보호법 2차 개정을 통해 아동·청소년이용음란물의 범위에 실제 아동·청소년이 등장하는 경우 외에 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물”이 등장하는 경우를 포함하게 되면서 종전과 같이 해석하기 곤란하게 되었다. 왜냐하면 가상 아동·청소년이용음란물의 경우는 실제 아동·청소년이 제작 과정에 등장하지 않더라도 아동·청소년으로 인식될 수 있다면 처벌이 가능하기 때문이다. 개정목적 내지 취지는 앞서 살펴본 바와 같이 아동·청소년 대상 성범죄의 방지이다.

그렇다면 이와 같이 지향해야 할 목적이 상이한 경우<sup>20)</sup> “그 밖의 성적 행위” 부분을 어떻게 해석해야 하는지 문제된다. 두 가지 방법이 가능할 것이다. 하나는 실

고, 법적으로 제작과 유통, 소지 자체가 금지대상이 되는 것은 아니다. 그러나 청소년 이용 성표현물의 경우 성인과 청소년 모두의 접근을 규제할 필요가 있다는 점에서, 음란과 저속을 구분하는 실익이 사실상 줄어든다. 조연하, 인터넷상의 청소년이용 성표현물의 법적 규제체계에 관한 전문가 인식 연구, 언론과 사회, 제13권 제3호, 2005/여름, 101면.

19) 헌법재판소는 “음란이란 인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않는 것으로서, 사회의 건전한 성도덕을 크게 해칠 뿐만 아니라 사상의 경쟁매커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어려워 언론출판의 자유에 의한 보장을 받지 않는 반면, 저속은 이러한 정도에 이르지 않는 성표현 등을 의미하는 것으로서 헌법적인 보호영역 안에 있고, 음란의 개념과는 달리 저속의 개념은 그 적용범위가 매우 광범위할 뿐만 아니라 법관의 보충적인 해석에 의한다하더라도 그 의미내용을 확정하기 어려운 정도로 매우 추상적이다”고 판시하였다. 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16.

20) 가상 아동·청소년이용음란물의 경우 논의의 초점은 개인적 차원의 직접적 피해(특정된 청소년 개인의 성보호)에서 사회적 차원의 간접적 피해(특정된 청소년에 그치지 않고 청소년 일반의 성보호)로 옮겨가야 한다는 견해로는 조연하, 주3의 논문, 95면 이하. 아동대상 성범죄 방지는 적어도 구 아동청소년성보호법이 추구하는 부차적 입법목적으로 해석해야 한다는 입장으로는 임정호, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 아동음란물 정의규정에 대한 미국법과의 비교연구, 법학논총, 제25권 제3호, 국민대 법학연구소, 2013, 26면.

제 아동·청소년이 제작 과정에 등장하는 동영상의 경우는 음란한 내용을 표현한 것에 국한하지 않고 처벌하는 반면, 아동·청소년으로 인식될 수 있는 이미지를 이용하여 제작한 동영상은 음란한 행위를 표현한 것에 한하여 처벌하는 방법이다. 다른 하나는 실제 아동·청소년이 제작 과정에 등장하는 동영상이든 그 이미지만을 이용하여 제작한 동영상이든 관계없이 음란한 행위를 표현한 것에 국한하지 않고 처벌하는 방법이다. 성적 착취로부터 아동·청소년 보호라는 목적에 더 큰 비중을 둔다면 전자의 방법이, 반면에 아동·청소년 대상 성범죄 방지라는 목적에 더 큰 비중을 둔다면 후자의 방법이 합리적일 것이다.

#### (4) 체계적 해석

“그 밖의 성적 행위”를 추가로 규정하게 된 취지가 성적 착취로부터 아동·청소년을 보다 강력하게 보호하기 위하여 음란한 행위에 한정하지 않고 처벌하는데 있다면, 같은 조항에 열거되어 있는 성교행위, 구강·항문 등 신체의 일부나 도구를 이용한 유사 성교행위, 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위, 자위행위와 “그 밖의 성적 행위” 사이의 체계적 관계도 이러한 취지에 비추어 해석해야 할 것이다.

전자의 행위들을 자세히 살펴보면 공통적으로 ‘일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위’의 범주에 속하는데, 그러한 행위는 우리 판례에 의하면<sup>21)</sup> 음란한 행위이다. 따라서 “그 밖의 성적 행위”는 전자와 같은 음란한 행위 이외에 음란하지는 않지만 저속한 행위까지도 포함해야 한다. 개정취지를 살리기 위해서는 말이다. 그리하여 “그 밖의 성적 행위”는 앞서 문리적 해석에서 살펴보았듯이, 구 아

21) 우리 대법원은 음란의 개념을 ‘사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것’으로 정의하였고(대법원 2008. 6. 12. 2007도3815; 2006. 4. 28. 2003도4128), “특정 표현물을 형사처벌의 대상이 될 음란표현물이라고 하기 위하여는 단순히 성적인 흥미에 관련되어 저속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도만으로는 부족하고, 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 호소할 뿐 하등의 문학적·예술적·사상적·과학적·의학적·교육적 가치를 지니지 아니한 것으로서, 과도하고도 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현·묘사함으로써 존중·보호되어야 할 인격체로서의 인간의 존엄과 가치를 훼손·왜곡한다고 볼 정도로 평가되는 것을 뜻한다”고 보았다(대법원 2008. 6. 12. 2007도3815; 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16).

동청소년성보호법 제2조 제4호에 열거된 행위들의 상위개념으로 이해되어야 한다.

### (5) 양 논거에 대한 평가

다수의견은 심판대상조항의 입법취지 및 법정형의 수준, 구 아동청소년성보호법 제2조 제4호에서 성적 행위의 예시로서 열거하고 있는 행위들과의 관련성을 종합적으로 고려할 때, “그 밖의 성적 행위”는 동법 제2조 제4호에서 열거하고 있는 행위와 유사하거나 이에 준하는 것으로서 음란한 내용을 포함한 것을 의미한다고 볼 수 있어 불명확하지 않다고 한다.

그러나 앞서 살펴보았듯이, “그 밖의 성적 행위”를 신설하게 된 취지는 성적 착취로부터 아동·청소년을 보다 강력하게 보호하기 위하여 음란한 행위에 한정하지 않고 처벌하는데 있기 때문에, 다수의견이 심판대상조항의 입법취지 및 법정형의 수준을 근거로 “그 밖의 성적 행위”는 음란한 행위를 의미한다고 해석하는 것은 타당하다고 볼 수 없다. 또한 동법 제2조 제4호에 열거된 행위들과 “그 밖의 성적 행위”의 체계적 관계도 “그 밖의 성적 행위”를 신설하게 된 취지에 비추어 해석하면 “그 밖의 성적 행위”는 동법 제2조 제4호에 열거된 행위들의 상위개념으로 파악되기 때문에, “그 밖의 성적 행위”가 음란한 행위만을 의미한다고 볼 수 없다.

또한 다수의견은 다음과 같은 이유에서 “그 밖의 성적 행위”는 동법 제2조 제4호에 열거된 행위 등과 유사하거나 이에 준하는 정도의 행위만을 의미한다고 보고 있다.<sup>22)</sup> 첫째, 2005. 12. 29. 구 아동청소년성보호법이 개정되어 음란한 내용을 표현한 것이라는 문언이 삭제되었음에도 불구하고 여전히 구 아동청소년성보호법에서는 아동청소년이용“음란물”이라는 표제를 사용하고 있다는 것이다. 둘째, 동법 제2조 제4호에서 열거하고 있는 행위들을 면면히 살펴보면 공통적으로 ‘일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위’에 해당되는데, 그러한 행위는 우리 판례가 음란한 행위에 대하여 정의한 것과 별다른 차이가 없다는 것이다.

우선 “아동청소년이용음란물”이라는 표제는 2005. 12. 29. 구 아동청소년성보호법 개정과 더불어 당연히 삭제되고 그 대신 “아동청소년이용 성표현물”이라는 표제

22) 헌재 2013헌가17, 2013헌가24, 2013헌바85(병합), 헌재 결정문(헌법재판소 사이트 출력본), 15면.

로 대체되었어야만 했다. 그렇게 해야만 성적 착취로부터 아동·청소년을 보다 강력하게 보호하려고 했던 동법의 개정취지를 살릴 수 있을 것이다. 그리하여 이러한 표제를 삭제하지 않고 그대로 남겨둔 것은 명백한 입법상의 오류라고 볼 수밖에 없다.<sup>23)</sup> 그럼에도 불구하고 단순히 구 아동청소년성보호법에서 예전의 표제를 그대로 사용하고 있다는 점을 근거로 음란한 행위에 한해서만 처벌해야 한다고 해석한다면, 이는 동법의 개정취지를 완전히 도외시하는 것과 다를 바 없다.

그 다음 다수의견이 동법 제2조 제4호에서 열거하고 있는 행위들은 공통적으로 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위로서 음란한 행위에 해당된다고 지적한 것은 옳다.<sup>24)</sup> 그러나 위와 같은 행위들이 음란한 행위라고 해서 “그 밖의 성적 행위”가 반드시 이와 유사하거나 이에 준하는 정도의 행위라고 보아야 할 논리적 필연성은 없다. 오히려 양자의 체계적 관계는 앞서 살펴보았듯이, “그 밖의 성적 행위”의 개정취지에 비추어 해석해야 한다. 즉, “그 밖의 성적 행위”는 동법 제2조 제4호에서 열거하고 있는 행위들의 상위개념으로 이해되어야 한다.

나아가 다수의견은 “그 밖의 성적 행위”에 해당되는 행위는 사회와 시대적 변화에 따라 상대적·유동적으로 변할 수 있어, 이를 법에서 일일이 열거하거나 일률적으로 정해 놓는 것은 곤란하므로 이와 같이 포괄적 규정형식을 택하게 된 데에는 불가피한 측면이 있어 불명확하지 않다고 한다.

그러나 소수의견이 적절하게 지적하고 있듯이,<sup>25)</sup> 동법 제2조 제4호에는 이미 “신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 정도에 이르는 행위”라는 개방적이고 포괄적 규정을 두고 있기 때문에, “그 밖의 행위”가 이에 준하는 행위를 의미한다거나 해당가능한 모든 성적 행위를

23) 구 아동청소년성보호법이 개정되어 음란한 내용을 표현한 것이라는 문언이 삭제되었음에도 불구하고 “아동·청소년이용음란물”이라는 표제가 그대로 사용된 이유를 법전문가들의 인식을 토대로 분석하고 있는 시도로는 조연하, 주18의 논문, 109면 이하.

24) 물론 동법 제2조 제4호에 열거된 행위 중 “신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위”의 경우, 그 개방성과 포괄성으로 인하여 경우에 따라서는 음란하다고 볼 수 없는 행위까지도 거기에 포함될 가능성을 배제할 수 없다. 예컨대 이성간의 포옹이나 키스는 물론이고 어깨나 허벅지를 드러내는 정도의 가벼운 신체의 노출이 있는 경우에도 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키기만 하면 거기에 따라 처벌될 수 있을 것이다. 그러한 우려에 대해서는 변민신, 서울북부지방법원 2013초기 617 위헌심판제청 참조.

25) 현재 2013헌가17, 2013헌가24, 2013헌바85(병합), 현재 결정문(헌법재판소 사이트 출력본), 24면.

일률적으로 미리 정해 놓는 것이 곤란하여 포괄적 규정형식을 택한 데에 불가피한 측면이 있다고 볼 만한 근거도 부족하다.

### Ⅲ. 표현의 자유 및 과잉금지원칙 침해 여부

#### 1. 다수의견의 논거

가상 아동·청소년이용음란물이라 하더라도 아동·청소년을 성적 대상으로 하는 표현물의 지속적 유포 및 접촉은 아동·청소년의 성에 대한 왜곡된 인식과 비정상적 태도를 형성하게 할 수 있고, 실제로 아동·청소년대상 성범죄자를 상대로 한 조사 결과 등을 종합하면, 아동·청소년을 잠재적 성범죄로부터 보호하고 이에 대해 사회적 경고를 하기 위해서는 가상의 아동·청소년이용음란물의 배포 등에 대해서 중한 형벌로 다스릴 필요가 있다.

또한 가상 아동·청소년이용음란물은 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 마찬가지로 아동·청소년을 상대로 한 비정상적 성적 충동을 일으키기에 충분한 정도의 것으로서, 심판대상조항에 의한 처벌 대상이 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄로부터 아동·청소년보호를 위한 최소한의 불가피한 경우로 한정되며, 죄질과 비난가능성 면에서 일반적인 음란물과는 차이가 있으므로 심판대상조항이 형법상 음화반포죄나 정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 ‘정보통신망법’이라 함) 위반에서 정한 법정형보다 더 중한 법정형을 정하고 있다고 하더라도 이것이 책임과 형벌 사이에 비례성을 상실하고 있다고 볼 수 없다. 나아가 아동·청소년의 성보호라는 공익의 중대함을 고려할 때 법익의 균형성 또한 충족한다.

#### 2. 소수의견의 논거

가상 아동·청소년이용음란물에서의 접촉과 아동·청소년을 상대로 하는 성범죄 발생 사이에 인과관계가 명확히 입증된 바 없고, 단순히 잠재적으로 아동·청소년을

대상으로 한 성범죄에 영향을 미칠 수 있다는 정도에 불과한데, 이를 이유로 가상 아동·청소년이용음란물의 경우를 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 중한 법정형으로 규율하는 것은 형벌의 비례성 측면에서 적합하지 않다. 따라서 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”은 적어도 실제 아동·청소년으로 신원 확인이 가능한 이미지가 등장하는 경우 또는 비록 실제 아동·청소년으로 신원 확인은 되지 않는다 하더라도 적어도 실제 아동·청소년과 구별이 불가능한 정도의 이미지가 등장하는 경우로 한정되어야 한다. 마찬가지로 가상 아동·청소년이용음란물은 이에 표현되는 성적 행위가 실제 사람이 실연하는 것과 같은 수준으로 생생하게 노골적인 성적 행위를 묘사한 것으로 음란성이 인정되는 경우로 국한되어야 한다.

그런데 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 및 “그 밖의 성적 행위”는 그 의미가 불명확하여 처벌범위가 지나치게 광범위해질 수 있고 그 광범성으로 인해 보호 받아야 할 표현행위까지 처벌하고 있어 과잉처벌을 초래할 여지가 있다. 또한 이러한 과잉처벌로 인한 표현의 자유의 제한 정도 및 형벌의 비례성 상실의 정도는 가상 아동·청소년이용음란물로 인한 장래의 범죄발생의 가능성 또는 범죄행위의 수단으로서의 악용 위험보다 중대하므로 심판대상조항은 법익의 균형성 요건도 충족하지 못한다.

### 3. 양 논거의 검토

다수의견과 소수의견은 가상 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 금지하고 위반 시 중한 형으로 처벌하도록 규정한 심판대상조항이 표현의 자유를 과도하게 제한하는지 여부 및 책임과 형벌 사이의 비례성을 준수하고 있는지 여부와 관련하여 심판대상조항의 입법목적은 정당하다고 판단하고 있으나, 수단의 적절성 내지 침해의 최소성 그리고 법익의 균형성 측면에서는 입장이 서로 다르다.

특히 쟁점이 되는 것은 가상 아동·청소년이용음란물의 접촉이 아동·청소년을 대상으로 하는 성범죄를 유발하는지 여부 내지 양자 사이에 인과관계가 입증되는지 여부, 가상 아동·청소년이용음란물의 경우를 실제 아동·청소년이용음란물의 경우와 동일하게 중한 형으로 처벌하는 것이 형벌의 비례성 측면에서 적합한 것인지 여부,

가상 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 일반 음란물의 그것보다 더 중하게 처벌 하더라도 책임과 형벌 사이에 비례성이 인정되는지 여부이다.

이러한 쟁점사항을 검토하기에 앞서, 우선 가상 아동·청소년이용음란물의 범위에 대한 다수의견 및 소수의견의 입장을 다시 한 번 정리해 보기로 한다. 왜냐하면 다수의견 및 소수의견은 가상 아동·청소년이용음란물의 범위에 대한 입장을 전제로 표현의 자유 및 과잉금지원칙 침해 여부를 논증하고 있기 때문이다.

### 가. 가상 아동·청소년이용음란물의 범위에 대한 다수의견 및 소수의견의 입장 정리

다수의견은 앞서 명확성의 원칙 침해 여부에서 살펴보았듯이, 심판대상조항의 가상 아동·청소년이용음란물을 좁게 해석한다. 그리하여 다수의견에 의하면 가상 아동·청소년이용음란물은 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 음란물로 한정된다.

거기에 반하여 소수의견은 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 및 “그 밖의 성적 행위”는 그 의미가 불명확하여 처벌범위가 지나치게 광범위해질 수 있다고 보기 때문에, 가상 아동·청소년이용음란물을 넓게 해석한다. 그리하여 가상 아동·청소년이용음란물은 좁게는 실제 아동·청소년과 사실상 구별이 불가능할 정도의 음란물 또는 음란하지 않은 성표현물로부터 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 음란물 또는 음란하지 않은 성표현물을 거쳐, 넓게는 (실제 아동·청소년으로 인식될 가능성이 없는) 그림이나 만화 등으로 표현된 아동·청소년의 이미지를 이용한 음란물 또는 음란하지 않은 성표현물까지 포함한다.

앞서 명확성의 원칙 침해 여부와 관련하여 검토해 보았듯이, “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”은 위 문언의 문리해석상 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 표현물만만 이해하기 어려울 뿐만 아니라 법전문가 및 법집행기관조차도 그와 같이 좁은 의미로만 해석하지 않은 상황에서 범문의한인 일반인이 그렇게 해석할 것을 기대하기 어렵기 때문에, 소수의견과 마찬가지로 넓은 의미로 해석되어야 한다. 또한 “그 밖의 성적 행위”는 그 문언의 문리해석, 역사적 해석, 목적론적 해석 그리고 체계적 해석에 비추어 볼 때, 구 아동청소년성보호법 제2조 제4호

에 열거된 행위 등과 유사하거나 이에 준하는 정도의 음란한 행위만을 의미한다고 볼 수 없다.

### 나. 가상 아동·청소년이용음란물의 접촉이 아동·청소년을 대상으로 하는 성범죄를 유발하는지 여부

다수의견은 가상 아동·청소년이용음란물의 지속적 유포 및 접촉은 아동·청소년을 성적 대상으로 보는 왜곡된 인식과 비정상적 가치관을 조장하여 결국 아동·청소년을 대상으로 하는 성범죄를 유발시킬 수 있다고 본다. 그 근거로서 실제로 아동·청소년대상 성범죄자 6명 중 1명 수준으로 범행 직전 아동·청소년이용음란물을 접한 바 있고, 이들이 일반 성범죄자에 비하여 범행 전 아동·청소년이용음란물을 시청한 비율이 높은 것으로 밝혀졌다는 조사결과를 들고 있다.

다수의견이 근거로 들고 있는 조사결과는 2012. 12. 발표된 한국형사정책연구원의 연구결과로 보인다. 거기에 의하면 일반 성범죄자 201명의 7%인 14명, 아동 성범죄자 87명의 13명이 성범죄 직전에 아동음란물을 시청하였다고 한다. 그리하여 아동 성범죄자 중 16%(6명 중 1명)가 범행 직전 아동음란물을 시청하였고, 이러한 비율은 일반 성범죄자 가운데 범행 직전 아동음란물을 시청한 비율(7%)보다 높다는 결론이 나온다.<sup>26)</sup> 그러나 이러한 통계자료에 대하여 방법론적으로 의문을 제기하는 견해도 있다. 표본집단의 인원이 대표성을 인정할 수 있을 만큼 다수가 아닐 뿐만 아니라 집행유예로의 처리가 어려운 강력 성범죄자의 의견을 다양한 성범죄자의 의견과 동일시하고 있으며, 통계자료를 뒤집어보면 절대 다수의 성범죄자(일반 성범죄자 93%, 아동 성범죄자 84%)는 아동음란물의 시청과 관계없이 성범죄를 저지른다는 분석이 가능하다는 것이다.<sup>27)</sup> 더욱이 이러한 경험적 연구에서 설문조사한 아동음란물은 실제 아동이 등장하는 음란물일 개연성이 높기 때문에, 여기에서 나온 결과를 가상 아동·청소년이용음란물의 접촉과 아동 성범죄 발생 사이의 인과관계에 그대로 적용하기 곤란하다고 볼 수 있다.

26) 윤정숙, 아동음란물과 성범죄의 상관관계연구, 한국형사정책연구원, 2012, 90면 이하.

27) 박찬걸, 아동·청소년이용음란물소지죄의 해석론 및 입법론에 대한 검토, 형사정책, 제25권 제2호, 2013, 288면 이하.

현재까지 — 논란은 있지만 — 가상 아동·청소년이용음란물의 접촉과 아동·청소년을 대상으로 하는 성범죄 발생 사이에 인과관계는 명확하게 밝혀지지 않은 상황이다. 한국형사정책연구원의 연구결과와 같이 아동음란물의 시청과 아동 성범죄 발생 사이의 인과관계를 긍정하는 입장이 있는가 하면, 반대로 그러한 인과관계를 부정하는 연구결과도 있다.<sup>28)</sup> 심지어는 포르노가 성범죄를 유발시키는 것이 아니라 오히려 그 사회를 더욱 건강하게 만든다는 연구결과도 있다고 한다.<sup>29)</sup> 외국의 경우에도 양자의 인과관계가 과학적 근거로 확립된 바는 없다. 다만 아동 성범죄자는 주로 13세 미만의 아동에 대하여 특별한 관심을 갖고 있으며, 사춘기 이후의 미성년자에 대해서는 그다지 관심이 없다는 연구결과<sup>30)</sup>는 적지 않다고 한다. 이는 가상 아동·청소년이용음란물은 주로 사춘기 청소년을 대상으로 하고 있다는 점에서, 가상 아동·청소년이용음란물의 접촉과 아동·청소년 대상 성범죄 발생 사이의 인과관계를 의문시하는 증거가 될 수도 있을 것이다.<sup>31)</sup>

이와 같은 상황을 종합해 보면, 가상 아동·청소년이용음란물의 접촉과 아동·청소년을 상대로 한 성범죄 발생 사이에 인과관계는 명확히 입증된 바 없고, 단순히 잠재적으로 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄에 영향을 미칠 수 있다는 정도에 불과하다는 것을 알 수 있다.

그리하여 이와 같이 가상 아동·청소년이용음란물의 접촉과 아동·청소년 대상 성범죄 발생 사이의 인과관계가 우연적이고 간접적인 것에 지나지 않는 상황에서 가상 아동·청소년이용음란물의 유포 및 접촉이 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄를 유발한다고 주장한다면, 이는 특정한 성적 표현이 성범죄를 유발할 가능성이 있다는 이유만으로 그러한 표현 자체를 원천적으로 금지시키는 것으로서 표현의 자유를

28) 스위스에서는 2009년에 실존아동이 등장하는 아동포르노 소비와 아동성범죄 실행과의 인과관계를 261명의 남성에 대해 조사한 결과 똑같은 조건에서 아동포르노 소비가 아동성범죄의 가능성을 더 높은 위험은 없다고 한다. 박경신, 가상 아동포르노그래피 규제의 위헌성, 아청법 2조 5호, 범죄자 양산인가? 아동·청소년 보호인가?, 발제문(2013. 8. 12.), 국회의원회관 제1세미나실, 29면 이하.

29) 임지봉, 주12의 논문, 483면. 포르노그래피에 대한 접근에는 세 가지 부류(보수적 도덕주의자 이론, 자유주의적 이론, 여권주의자 이론)가 있는데, 그 중 “자유주의적 이론에 의하면 많은 심리학자나 사회학자들의 실험결과는 공격적인 포르노그래피가 강간 등의 성범죄를 유발시키는 것이 아니라 그 사회를 더욱 건강하게 만들어 사회적으로 유용성을 가진다고 반박한다.”

30) 송문호, 가상 음란물과 아청법, 법학논총, 제18권 제1호, 이화여자대학교, 2013, 224면.

31) 이러한 입장으로는 변민선, 서울북부지방법원 2013초기 617 위헌심판제청, 2013 참조.

과도하게 침해하는 결과를 초래한다. 특정한 성적 표현이 즉각적으로 성범죄의 유발을 목적으로 하고 실제로도 성범죄를 유발할 개연성이 있을 때에만 그러한 표현을 금지할 수 있을 것이다.<sup>32)</sup> 그렇지 않다면 살인 장면이 묘사된 영화를 제작한 사람은 살인범이 모방하는 등 살인범죄를 부추길 수 있다는 우려만으로 처벌되는 결과를 초래하고 말 것이다.<sup>33)</sup>

#### 다. 가상 아동·청소년이용음란물의 경우를 실제 아동·청소년이용음란물의 경우와 동일하게 중한 형으로 처벌하는 것이 형벌의 비례성 측면에서 적합한 것인지 여부

이와 같이 잠재적으로 아동·청소년 대상 성범죄를 유발하는 촉매가 될 수 있다는 이유만으로 가상 아동·청소년이용음란물의 경우를 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 처벌한다면, 형벌의 비례성 측면에서 적합하다고 볼 수 없을 것이다. 이에 대해 다수의견은 가상 아동·청소년이용음란물은 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 음란물로 한정되므로 아동·청소년을 상대로 한 비정상적 성적 충동을 일으키기에 충분한 정도의 것으로서, 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄로부터 아동·청소년을 보호하기 위한 최소한의 불가피한 경우로 제한된다고 반론을 제기한다. 다시 말해 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 음란물의 경우는 아동·청소년을 상대로 한 비정상적 성적 충동을 일으키기에 충분할 뿐만 아니라 실제로도 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄를 유발할 가능성이 충분하기 때문에, 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 중한 형으로 처벌한다고 해도 형벌의 비례성에 반하지 않는다는 것이다.

앞서 살펴보았듯이, 가상 아동·청소년이용음란물의 범위에 대한 다수의견과 소수의견의 입장은 서로 다르다. 다수의견이 상정하고 있는 가상 아동·청소년이용음란

32) 미국 정부는 가상 아동포르노가 아동에 대한 성적 학대를 유발한다고 주장했는데, 이에 대해 연방 대법원은 “정부는 특정 표현이 특정 불법행위를 불확정적인 장래에 유발될 가능성을 높인다는 이유로 그 표현을 규제할 수 없다. 정부는 ‘폭력이나 위법의 주창도 그러한 주창이 즉각적인 불법행위의 유발을 목적으로 하고 실제로 그러한 행위를 유발할 개연성이 있을 때만’ 규제할 수 있다”고 판시하였다. 박경신, 주28의 발제문, 31면 참조.

33) 박경신, 위의 발제문, 31면.

물은 오로지 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 음란물이다. 이에 반하여 소수의견이 상정하고 있는 가상 아동·청소년이용음란물은 좁게는 실제 아동·청소년과 사실상 구별이 불가능할 정도의 음란물 또는 음란하지 않은 성표현물로부터 넓게는 (실제 아동·청소년으로 인식될 가능성이 없는) 그림이나 만화 등으로 표현된 아동·청소년의 이미지를 이용한 음란물 또는 음란하지 않은 성표현물까지 다양하다.

소수의견은 기본적으로 가상 아동·청소년이용음란물의 유포 및 접촉은 잠재적으로 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄에 영향을 미치는 정도에 불과하다고 보기 때문에, 가상 아동·청소년이용음란물의 경우를 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 처벌하는 것은 형벌의 비례성 측면에서 적합하지 않다고 보고 있다. 그러나 가상 아동·청소년이용음란물 가운데 실제 아동·청소년과 사실상 구별이 불가능할 정도의 음란물의 경우는 그 제작과정에 실제 아동·청소년이 등장하지 않는 경우에도 불구하고 ‘예외적으로’ 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 처벌할 수 있다고 본다.<sup>34)</sup> 소수의견은 그 이유를 구체적으로 명시하지 않았지만, 두 가지 측면에서 추측이 가능하다.

하나는 컴퓨터 그래픽 등 과학기술이 계속적으로 발달하게 됨에 따라 실재하지 않는 아동·청소년을 마치 실재하는 아동·청소년인 것처럼 매우 정교하게 묘사할 수 있게 되었고, 이러한 상황에서는 실제 아동·청소년이용음란물에 대한 규제의 실효성을 담보하기 위하여 실제 아동·청소년과 사실상 구별이 불가능할 정도의 음란물의 경우도 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 마찬가지로 동일하게 처벌해야 할 필요성이 있다는 것이다.<sup>35)</sup>

다른 하나는 과학기술이 발달함에 따라 가상 아동·청소년이용음란물과 실제 아

34) “성적 착취를 당하는 일차적 피해법익이 존재하는 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 중한 법정형으로 처벌되는 점을 고려할 때, 심판대상조항 중 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”은 적어도 실제 아동·청소년으로 신원 확인이 가능한 이미지가 등장하는 경우 또는 비록 실제 아동·청소년으로 신원 확인은 되지 않는다 하더라도 적어도 실제 아동·청소년과 구별이 불가능한 정도의 이미지가 등장하는 경우로 한정되어야 한다.” 현재 2013헌가17, 2013헌가24, 2013헌바85(병합), 현재 결정문(헌법재판소 사이트 출력본), 27면.

35) Thomas 연방대법관은 기술적 진보가 “불법적 표현”에 대한 기소를 방해하게 된다면, 실제 아동·청소년이 등장하는 경우에 대한 규제를 효과적으로 집행하기 위하여 제한적 범위 내에서 “적법한 표현”을 규제하는데 대한 정부의 긴요한 이익을 인정해야 한다고 보았다. 김배원, 주17의 논문, 103면.

동·청소년이용음란물의 구별이 사실상 어렵게 되어 가는 상황에서 실제 아동·청소년과 사실상 구별하기 불가능할 정도의 음란물의 경우조차도 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 처벌하지 않는다면 가상 아동·청소년이용음란물의 제작자가 기소를 회피하기 위하여 이러한 점을 악용할 우려가 있으며, 그러한 경우 기존의 법률을 적용하는 것만으로는 그로 인해 발생하는 피해를 해소하기 어렵다는 것이다.<sup>36)</sup> 이로 인하여 제기될 수 있는 헌법적 문제점은 제작자에게 ‘적극적 항변사유’를 부여함으로써<sup>37)</sup> 해소할 수 있을 것이다.

다수의견이 상정하고 있는 가상 아동·청소년이용음란물은 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 음란물인데, 이는 실제 아동·청소년과 사실상 구별하기 불가능할 정도의 음란물과 비교할 때 정도에 있어서 차이가 날 수밖에 없다. 설사 그러한 정도의 차이를 실질적으로 구별해 내기 어렵다고 하더라도, 앞서 살펴본 바와 같이 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 및 “그 밖의 성적 행위”의 의미가 불명확하여 처벌범위가 지나치게 광범위해질 수 있기 때문에, 가상 아동·청소년이용음란물이 오로지 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 음란물만을 의미한다고 볼 수 없다.

이와 같은 상황을 종합해 볼 때, 가상 아동·청소년이용음란물은 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 음란물로 한정되므로 아동·청소년을 상대로 한 비정상적 성적 충동을 일으키기에 충분한 정도의 것으로서, 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄로부터 아동·청소년을 보호하기 위한 최소한의 불가피한 경우로 제한된다고 주장하는 다수의견에는 동의할 수 없다.

36) 미국 연방의회가 가상 청소년이용 성표현물을 규제하기 위하여 내세우는 가장 큰 이유는 가상 청소년이용 성표현물이 실제 청소년이용 성표현물과 사실상 구별되기 불가능하기 때문에 기소하기 어렵다는 점이다. 이를 해결하기 위해서는 최소한 실제 청소년과 사실상 구별하기 불가능할 정도의 성표현물에 대해서는 실제 청소년이용 성표현물과 마찬가지로 처벌해야 한다는 것이다. 김배원, 앞의 논문, 115면, 121면.

37) 미국은 아동·청소년이용 성표현물과 관련된 범죄행위에 대해 적극적 항변사유를 두고 있는데, 피고인이 해당 성표현물은 제작 당시에 성인을 기용한 것이고, 실제 아동·청소년이 등장한 경우처럼 광고, 판촉, 전시, 묘사, 배포를 하지 않았다는 것을 입증하면 기소를 면할 수 있다(18 USC 2252A). 자세한 유익선·조연하, 가상 청소년이용 성표현물의 위법성 구성 및 조각에 대한 연구: 한국과 미국 사례를 중심으로, 한국언론학보, 제47권 제5호, 한국언론학회, 2003, 80면 이하.

## 라. 가상 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 일반 음란물의 그것보다 더 중하게 처벌하더라도 책임과 형벌 사이에 비례성이 인정되는지 여부

앞서 살펴본 바와 같이 다수의견이 상정하고 있는 가상 아동·청소년이용음란물이 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄로부터 아동·청소년을 보호하기 위한 최소한의 불가피한 경우가 아니라면, 이를 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 중한 형으로 처벌하는 것 대신에 좀 더 완화된 다른 수단을 선택해야 할 것이다. 실제로 이러한 경우 형법이나 정보통신망법 등을 통해 처벌이 가능하다.

그러나 다수의견은 가상 아동·청소년이용음란물은 죄질과 비난가능성 면에서 일반적인 음란물과는 차이가 있으므로 가상 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 형법상 음화반포죄나 정보통신망법 위반에서 정한 법정형보다 더 중한 법정형을 정하고 있다고 하더라도 이것이 책임과 형벌 사이에 비례성을 상실하고 있다고 볼 수 없다고 한다. 여기에서도 가상 아동·청소년이용음란물은 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 마찬가지로 아동·청소년을 상대로 한 비정상적 성적 충동을 일으키기에 충분한 음란한 성적 행위를 담고 있는 것으로서 잠재적으로 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄를 유발할 우려가 있다는 점을 논거로 들고 있다.

가상 아동·청소년이용음란물이 다수의견이 상정하고 있는 대로 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 음란물로 국한된다고 가정하면, 이것은 일반적인 음란물과는 죄질 및 비난가능성 면에서 차이가 있다고 보아야 한다. 왜냐하면 전자는 일반 음란물의 요건(건전한 성풍속을 해치는 범죄)을 갖추고 있는 동시에 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 아동·청소년의 이미지를 이용하여 음란한 행위를 표현한 것이기 때문이다. 이러한 이미지는 아동·청소년을 상대로 한 비정상적인 성적 충동을 일으켜 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄를 유발할 수 있는 계기를 제공한다는 점에서 일반 음란물과 동일시할 수 없다. 그러한 한에서 전자는 실제 아동·청소년이용음란물에 가깝다. 그렇다고 전자를 실제 아동·청소년이용음란물과 동일시할 수는 없다. 전자는 실제 아동·청소년이용음란물과는 달리 실제 아동·청소년이 제작과정에 등장하지 않기 때문이다. 또한 전자를 실제 아동·청소년이용음란물로 간주되는 실제 아동·청소년과 사실상 구별이 불가능할 정도의 음란물과 동일시할 수도 없다. 왜냐하면 앞서 살펴보았듯이, 양자 사이에는 실제 아동·청소년과

의 구별 정도가 서로 다르기 때문이다. 결국 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 음란물은 죄질 및 비난가능성의 면에서 실제 아동·청소년과 사실상 구별이 불가능할 정도의 음란물과 일반적 음란물 사이에 놓여있는 것으로 보인다.

그러나 앞서 살펴본 바와 같이, 가상 아동·청소년이용음란물이 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 음란물만을 의미한다고 볼 수 없기 때문에 위와 같은 결론에 대하여 동의하기 어렵다. 그리하여 실제 아동·청소년과 사실상 구별이 불가능할 정도에 미치지 못하는 음란물의 경우는 형법상 음화반포죄나 정보통신망법 위반에서 정한 법정형으로 처벌하는 것이 타당하다고 본다.

#### IV. 이번 헌법재판소 결정의 의의 및 평가 - 결론에 갈음하여 -

이번 헌법재판소 결정은 심판대상인 가상 아동·청소년이용음란물의 범위와 관련하여 헌법에 합치될 수 있는 판단기준을 제시하였다는 점에서 그 의의가 있다고 본다. 그동안 법집행기관은 물론이고 심지어 법원조차도 가상 아동·청소년이용음란물의 범위에 대하여 명확한 판단기준을 제시하지 못하였기 때문에 일반인은 커다란 혼란에 휩싸였다. 특히 성인 배우가 미성년자를 연기하며 성적 행위를 하는 영화(예컨대 ‘은교’나 ‘방자전’)나 가상 아동·청소년이 등장하는 음란 애니메이션이나 만화도 처벌대상이 되는지 의견이 분분하였다. 이제 이번 헌법재판소 결정을 계기로 실제 아동·청소년으로 오인되기에 충분한 정도의 음란물이 아니면 처벌대상에서 제외된다. 그리하여 성인이라도 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 사람이 등장하거나, 애니메이션 같은 가상의 표현물이라도 아동·청소년을 상대로 한 비정상적인 성적 충동을 일으키기에 충분한 음란한 행위를 담고 있어서 아동·청소년에 대한 성범죄를 유발할 우려가 있는 경우에 한해서 처벌될 전망이다.

그러나 이번 헌법재판소 결정에서 제시하고 있는 가상 아동·청소년이용음란물의 범위에 관한 판단기준이 과연 법리적으로 합당하게 도출된 것인지 의문이다. 무엇보다도 일반인의 관점에서 심판대상조항의 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”과 “그 밖의 성적 행위” 부분이 실제 아동·청소년이 등장하는 것으로 오인하기

에 충분할 정도로 묘사된 음란물만을 의미하는 것으로 해석될 수 있는지 문제된다.

“아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”은 문리해석상 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 표현물로만 이해하기 어렵다. 더욱이 법전문가 및 법집행기관조차도 그와 같이 좁은 의미로만 해석하지 않는다는 점을 고려하면 더욱 그러하다. 또한 “그 밖의 성적 행위”는 그 문언의 문리해석, 역사적 해석, 목적론적 해석 그리고 체계적 해석에 비추어 볼 때, 반드시 음란한 행위만을 의미한다고 볼 수 없다. 그렇다면 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 및 “그 밖의 성적 행위”는 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 음란물만을 의미하는 것이 아니라, 오히려 더 넓은 의미로 이해된다고 보는 것이 타당하다.

그 밖에 가상 아동·청소년이용음란물과의 접촉과 아동·청소년을 상대로 하는 성범죄 발생 사이에 인과관계가 명확히 입증된 바 없고, 단순히 잠재적으로 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄에 영향을 미칠 수 있다는 정도에 불과한 것이다. 그리하여 실제 아동·청소년과 사실상 구별이 불가능할 정도의 음란물의 경우를 제외하고는, 가상 아동·청소년이용음란물을 이를 이유로 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 중한 법정형으로 규율하는 것은 형벌의 비례성 측면에서 적합하지 않다고 본다.

요컨대, 심판대상조항의 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 및 “그 밖의 성적 행위” 부분은 그 의미가 불명확하여 처벌범위가 지나치게 광범위해질 수 있으며, 그 결과 보호 받아야 할 표현행위까지 처벌하고 있어 과잉처벌을 초래할 여지가 있다. 아마도 이번 헌법재판소 합헌결정에는 성적 착취로부터 아동·청소년 보호라는 구 아동청소년성보호법 원래의 입법취지보다는 아동·청소년 대상 성범죄 예방이라는 개정취지가 더 중요하게 작용한 것으로 보인다. 재판부가 논란이 되고 있는 표현의 자유와 관련하여 가상 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 처벌하는 것은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반되지 않고 표현의 자유를 과도하게 제한하지 않는다고 판시하면서, “아동·청소년을 잠재적 성범죄로부터 보호하고 이에 대해 사회적 경고를 하기 위해서는 가상의 아동·청소년이용음란물의 배포 등에 대해서 중한 형벌로 다스릴 필요가 있다”는 점을 강조한 것도 이와 무관하지 않다.

그러나 구 아동청소년성보호법의 전체 입법취지는 성적 착취로부터 실제 아동·

청소년의 보호에 있다는 점을 고려하면, 유독 가상 아동·청소년이용음란물에 대해서만 아동·청소년 대상 성범죄 예방이라는 목적을 강조하여 그 범위를 광범위하게 확대하는 것은 구 아동청소년성보호법의 전체 입법취지를 무의미하게 만드는 것이다. 그리하여 구 아동청소년성보호법의 전체 입법취지의 테두리를 벗어나지 않는 범위 내에서 엄격히 제한된 부분에 한해서만 아동·청소년 대상 성범죄 예방이라는 목적을 추구하는 것이 올바른 입법 방향이라고 생각한다. 그러한 의미에서 심판대상조항의 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 부분은 ‘실제 아동·청소년과 사실상 구별하기 불가능할 정도의 표현물’로 대체하고 적극적 항변사유를 신설할 필요가 있으며, “그 밖의 성적 행위” 부분은 대체 없이 삭제하는 것이 바람직하다고 본다.

## 참고문헌

- 김배원, 청소년성표현물과 수정헌법 제1조-가상청소년성표현물을 중심으로-, 미  
국헌법연구, 제16권 제1호, 미국헌법학회, 2005
- 박경신, 가상 아동포르노그래피 규제의 위헌성, 아동법 2조 5호, 범죄자 양산인가?  
아동·청소년 보호인가?, 발제문(2013. 8. 12), 국회의원회관 제1세미나실
- 박선영, 청소년의 성보호에 관한 법률 개정안의 문제점 및 개선방향, 공법연구, 제  
33집 제3호, 한국공법학회, 2005
- 박찬걸, 아동·청소년이용음란물소지죄의 해석론 및 입법론에 대한 검토, 형사정책,  
제25권 제2호, 2013
- 변민선, 서울북부지방법원 2013초기 617 위헌심사제청, 2013
- 송문호, 가상 음란물과 아동법, 법학논총, 제18권 제1호, 이화여자대학교, 2013
- 심희기, 아동 포르노그래피와 한국의 청소년 성보호법, 비교형사법연구, 제5권 제2  
호, 비교형사법학회, 2003
- 유의선·조연하, 가상 청소년이용 성표현물의 위법성 구성 및 조각에 대한 연구: 한  
국과 미국 사례를 중심으로, 한국언론학보, 제47권 제5호, 한국언론학회,  
2003
- 윤정숙, 아동음란물과 성범죄의 상관관계연구, 한국형사정책연구원, 2012
- 이향선, 디지털시대의 가상아동포르노 규제, 비교법적 고찰과 우리 사회에 대한 함  
의, 한국방송학보, 제27권 제2호, 2013
- 임정호, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 아동음란물 정의규정에 대한 미국법  
과 의 비교연구, 법학논총, 제25권 제3호, 국민대 법학연구소, 2013
- 임지봉, 대법원의 음란성 판단기준에 대한 비판적 검토-김인규 교사사건 판결에 대  
한 분석을 중심으로-, 민주법학, 제29호, 2005
- 조연하, 인터넷상의 청소년이용 성표현물의 법적 규제체계에 관한 전문가인식 연구,  
언론과 사회, 제13권 제3호, 2005/여름
- 조연하, 인터넷상의 가상 청소년이용 성표현물의 침해법익에 관한 연구, 한국언론학  
보, 제49권 제1호, 한국언론학회, 2005

## Kritische Revision der Verfassungsentscheidung zum Gesetz des Schutzes der kinderlichen Darsteller vor dem sexuellen Missbrauch

Cho Sung-yong\*

Mit der Herstellung von Schriften, die ein tatsächliches Geschehen des sexuellen Kindesmissbrauchs zum Gegenstand haben, sind nicht nur abstrakte Gefährdungen für die missbrauchten Kinder verbunden. Vielmehr kann man davon ausgehen, dass ihnen bei der Produktion regelmäßig körperliche oder psychische Schäden zugefügt oder sie mindest konkret gefährdet werden. Ob außer potentiellen kindlichen Darstellern auch andere Kinder gefährdet sind, weil Konsumenten in ihrem eigenen Umfeld zu nachahmenden Taten angeregt werden, ist schwierig nachzuweisen.

Bedenken bestehen vor diesem Hintergrund gegen die Gleichsetzung der Strafrahmen in dem Verbreiten kinderpornographischen Schriften, die ein tatsächliches Geschehen wiedergeben und dem Verbreiten kinderpornographischen Schriften, die ein fiktives Geschehen wiedergeben. Soweit es nur um fiktive Darstellungen geht, bleibt nur das Gefährdungsargument, d.h. der Verweis darauf, dass dies die Nachfrage für Kinderpornographie im Allgemeinen und damit auch für solche mit einem realen Missbrauch beleben könnte.

Die Ergänzung um ein wirklichkeitsnahe Geschehen durch eine neue Gesetzgebung kann Beweisprobleme beseitigen, wenn ein Beschuldigter behauptet, es handle sich um filmtechnisch geschickte Inszenierungen oder um Darsteller, deren kindliches Aussehen nicht ihrem wirklichen Alter entspreche. Wirklichkeitsnahe

---

\* Professor, College of Law, Dankook University, Ph. D. in Law

Aufnahmen können wie solche eines realen Missbrauchs das Interesse an kinderpornographischen Produkten anregen, bei einer auf ästhetische Kriterien achtenden Nachbearbeitung vielleicht sogar noch stärker.

Es kommt darauf an, ob die Schrift aus der Perspektive eines durchschnittlichen, nicht sachverständigen Beobachters wie die Dokumentation eines realen Missbrauchs aussieht. Ausgeschlossen sind damit dabei Darstellungen, bei denen der fiktive Charakter schon wegen der Darstellungsform offensichtlich ist. Bei wirklichkeitsnahen Darstellungen, die wie Film- und Fotoaufnahmen aussehen, kommt es nicht darauf an, wie sie produziert wurden: Neben der Nachbearbeitung fotografisch hergestellten Materials können sie auch auf einer Computeranimation ganz ohne reale Darsteller beruhen.

❖ Keyword: Kinder und Jugend, fiktive kinder- und jugendpornographische Schriften, pornographische Darbietungen, sexuelle Handlungen

## 성충동 약물치료법의 위헌성 : '동의'에 의한 약물치료는 합헌인가\*

정지훈\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

그 동안 성충동 약물치료법에 대한 논쟁은 주로 대상자의 동의에 집중되어 왔다. 동의를 둘러싼 문제제기는 두 가지 측면으로 나누어 볼 수 있다. 검사의 청구와 법원의 판결에 의한 성충동 약물치료명령의 경우에는 동의를 요건으로 삼고 있지 않기 때문에 약물치료라는 신체침습적 수단이 자기결정권이나 신체불훼손권 등의 기본권을 침해한다는 주장과, 수형자를 대상으로 하는 사후적 약물치료결정 절차에서 수형자의 동의를 받도록 규정하고 있지만 이러한 약물치료가 가석방과 연계된 만큼 자발적인 동의로 보기 어렵다는 지적이 여기에 해당한다. 이러한 비판들은 대상자의 동의에 의하지 않는 약물치료의 위헌성을 지적하고 있다는 점에서 이른바 '비동의 위헌론'으로 범주화할 수 있으며, 이러한 주장은 성충동 약물치료 제도를 존·폐론의 차원에서 다루는 형태가 아니라 헌법적으로 정당화되기 위해서는 대상자의 동의라는 요건이 필요하다는 개선론으로 개진되어 왔다.

하지만 이 글은 대상자의 동의 여부에 집중되었던 약물치료의 정당성에 관한 논의상황을 보다 본질적인 정당화 요건의 결여에 관한 문제제기로 전환하고자 한다. 첫 번째는 성충동 약물치료가 형사제재인 보안처분에 해당하는 만큼 대상자의 동의가 곧바로 과잉금지원칙 위반으로 직결된다고 볼 것이 아니라, 피고사건에 대한 형벌선고와 동시에 재범의 위험성을 판단하는 구조가 '재범의 위험성이 없으면 보안처분은 없다'는 죄형법정주의의 보안처분적 요청에 합치될 수 없다는 점이다. 형벌이나 치료감호와 함께 보안처분을 선고한 시점과 해당 처분이 실제로 집행시작되는 시기 사이의 시간적 간극과 집행효과를 고려해야만 한다. 이로 인해 부과거였던 재범의 위험성이 변화될 수밖에 없음에도 불구하고 일률적으로 과거인 선고시점에서의 판단으로만 보안처분을 부과하도록 규정하고 있다. 이러한 가변적·개별적 위험성 판단의 필요성은 대법원에서도 인정하고 있으며 헌법재판소 역시 최근 2015년 12월에 위와 같은 이유로 헌법불합치 결정을 도출한 바 있다.

두 번째는 사후적 약물치료결정의 경우 대상자의 자발적 동의가 있더라도 현행법의 청구요건이 논리적으로 모순되게 규정되어 있어 이러한 절차에 따라 수형자에게 성충동 약물치료를 청구 및 선고할 경우 헌법에 합치될 수 없다는 점이다. 또한 가석방심사위원회 역시 약물치료결정이

\* 이 연구논문은 글쓴이의 박사학위논문에서 필요한 부분을 발췌하여 다듬고 새로운 내용을 보태어 고쳐 쓴 것임을 밝힙니다.

\*\* 성균관대학교 법학연구소 선임연구원, 법학박사.

내려졌다는 사실을 이유로 가석방을 허용해서도 안된다. 사후적 약물치료결정은 그 청구대상자를 재범의 위험성이 없다고 판단되어 가석방 요건을 충족하는 자로 규정해 놓고 있기 때문에 이러한 자가 아무리 진정성 있는 동의를 하였다 하더라도 보안처분을 청구 및 부과하는 것은 허용될 수 없기 때문이다. 따라서 이제부터라도 대상자의 비동의와 위험성을 직결시키는 관성적인 시각에서 벗어나 성충동 약물치료가 현행 보안처분체계 내에서 존립할 만한 규범적·합목적적 정당성을 인정받을 수 있는 제도인지에 대한 근본적인 문제의식이 제기되어야 할 것이다.

---

❖ 주제어: 보안처분, 성충동 약물치료, 재범의 위험성, 과잉금지원칙

## I. 시작하는 글

‘성도착자’와 ‘화학적 거세’라는 상징적 의미를 가지고 있는 「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률」(이하 ‘성충동 약물치료법’)이 시행된 지 5년이 되었다. 2008년 ‘상습적 아동 성폭력범의 예방 및 치료에 관한 법률안’(의안번호 제 1800877호)이라는 이름으로 발의된 지 2년 가까이 법제사법위원회에 간혀있던 화학적 거세법<sup>1)</sup>은 2010년 2월과 6월에 연달아 언론에 보도된 아동·청소년에 대한 성폭력 사건과 이에 반응하는 여론의 추동력을 받아 — 법률제정이 합의된 상태<sup>2)</sup>에서 법률안의 내용을 심사하는 방식으로 — 6월 29일 하루 만에 전격적으로 소관 상임위원회를 통과함은 물론 본회의에서 수정가결까지 될 수 있었다.

성도착증 환자에게 직접 약물을 투여하고 심리치료를 부과하여 도착적인 성기능을 일정기간 동안 약화 또는 정상화한다는 강렬한 수단을 이렇게 급하게 도입하였지만 성충동 약물치료에 관한 언론 기사를 제외하면 2011년 시행 이후 지금까지 집행현황에 대한 공간(公刊)된 통계 하나 마련되어 있지 않다.<sup>3)</sup> 학계의 논의 상황 역시 법률의 도입 및 시행 이전과 직후에만 비슷한 취지의 위헌성 논란이 산개하였을 뿐 별다른 진전이 보이지 않는다. 특히 성충동 약물치료법<sup>4)</sup>에 관한 논의의 중심에

- 1) 동법률안에서는 제2조 이하에서 그 대상자에게 적용되는 수단을 ‘화학적 거세치료요법’이라고 명시해 놓고 있다. ‘화학적 거세’라는 용어를 선택한 이유가 위하적 일반예방 효과를 겨냥하는데 있음을 법률안의 대표발의자였던 박민식 의원도 인정한 바 있다(“제가 발의자이기 때문에 변명 겸 해서, 우선 용어의 문제는 많은 분들이 이 화학적 거세, 사실 정식 명칭은 아닙니다마는 이 거세에 지나치게 방점을 두고 있다, 그 용어가 가지고 있는 아주 거친 또 임팩트(impact)가 있는 이런 것 때문에 우선 거부반응을 느끼는 것 같습니다. … (중략) … 다만 법률가 입장에서 보면 범죄를 예방하는 방법 중에 일반 예방효과라고 합니까? 그런 것 중에 위하력이라는 게 있지 않습니까? 그런 측면에서 보면 이 용어가 가지고 있는 상징성이 있다, 그래서 한번 그 부분은 좀 더 여러 가지를 비교형량할 필요가 있다고 저는 봅니다.”. 이상의 내용은 제18대 국회, “제284회 제11차 법제사법위원회 공청회 회의록”, 국회사무처, 2009. 11. 19, 14면).
- 2) “이 법을 사실은 오늘 통과시키기로 여야 간에 합의가 됐기 때문에”라는 발언은 제18대 국회 법제사법위원회, “제6차 전체회의 회의록”, 국회사무처, 2010. 6. 29, 9면(위원장 우윤근 의원의 발언).
- 3) 법무연수원에서 발간하는 「범죄백서」를 보면 다른 보안처분과 달리 제도의 내용에 대한 간략한 소개만이 있을 뿐 어떠한 집행현황도 담겨 있지 않다.
- 4) 한편 법률명에서 내세우고 있는 ‘성충동 약물치료’(및 법제처에서 약칭으로 사용하는 ‘성충동 약물치료법’)라는 명칭은 동법의 수단을 나타내는 정확한 용어가 아님에도 불구하고 그 상징적 의미에 집착한 결과로 보인다. 입법자는 약물치료가 일시적인 효과만을 갖는 보조수단에 불과하여 자발적

는 대상자의 동의가 놓여 있다. 피치료자의 동의에 의하지 않거나(제4조 이하) 사실상 강요된 동의에 의한(제22조 이하) 약물치료는 신체불휘손권이나 자기결정권과 같은 기본권에 대한 중대한 침해에 해당한다는 것이다. 이를 반대로 읽어내면 대상자의 진정성 있는 동의가 있으면 성충동 약물치료는 헌법적으로 정당화될 수 있다는, 즉 동의를 약물치료의 정당화 요건으로 삼고 있음을 알 수 있다. 반면 집행주체인 법무부를 비롯하여 대법원과 헌법재판소는 성충동 약물치료가 형사제재인 이상 대상자의 동의가 반드시 요건화 되어야 할 필요가 없다는 입장이다.

학계와 법실무가 평행선을 달리는 불일치를 보여오는 동안 성충동 약물치료법의 헌법적 정당성 문제는 교착상태에 빠져들었고 그 결과 동법은 규범적·합목적적 근거에 대한 심도 있는 검토가 더 이상 진행되지 않은 채 오히려 적용범위를 넓혀 오늘날까지 이어지고 있다.<sup>5)</sup> 하지만 이 글은 대상자의 동의 여부가 성충동 약물치료의 위헌 여부를 판단하는 본질적인 기준이라고 보지 않는다. 오히려 동의와 위헌성 판단에만 우리의 시선을 고정시킴으로써 동 제도에 내재되어 있는 근본적인 결함이 전면에서 드러나지 못하고 있는 상황이다. 따라서 아래에서는 대상자의 동의가 문제되는 두 가지 유형, 즉 판결에 의한 성충동 약물치료명령과 결정에 의해 수행자에게 청구하는 성충동 약물치료의 절차와 내용을 살펴 보면서 대상자의 동의가 갖는 의미와 한계, 그리고 그 너머에 어떠한 위헌성이 존재하고 있는지를 논증해 보고자 한다.

---

의사에 기한 성충동 조절이 가능하기 위해서는 반드시 왜곡된 성충동 등을 바로잡는 심리치료를 하면서 필요한 경우 약물치료를 병행하는 경우에만 가능하다는 점을 분명히 인식하고 제2조 제3호는 물론이고 제14조에도 약물 투여와 함께 심리치료를 명문화해 놓았다. 즉 ‘성충동 치료 = 심리치료 + 약물치료’라고 스스로 규정짓고 있음에도 불구하고 제2조 제3호에서 이를 ‘약물치료’라는 부분요소로 전체를 표기함으로써 개념적인 오류를 범하고 있을 뿐만 아니라 법률명목까지 앞세우고 있는 것이다. 다만 이 글에서는 현행 법률과 판례를 비롯하여 선행연구 대부분에서 ‘성충동 약물치료’라는 용어를 사용하고 있다는 점을 감안하여 이러한 용례를 따르도록 하겠다.

- 5) 성충동 약물치료법은 시행된 지 1년도 안된 2012년 12월 18일에 또 다시 개정되어 동법의 대상자를 종래의 ‘16세 미만의 사람’에게 성폭력범죄를 저지른 성도착증 환자에서 ‘모든’ 연령의 사람에게 성폭력범죄를 범한 성도착증 환자로 확대하였고(법률 제11557호), 2016년 1월 19일의 개정을 통해 동법 제2조 제2호의 ‘성폭력범죄’의 범위를 유사강간죄까지 넓혔다(법률 제13766호).

## II. 판결에 의한 성충동 약물치료명령과 위험성 판단시기

### 1. 이른바 ‘비동의 위헌론’의 주장과 한계

#### 가. 성충동 약물치료의 부과 절차

성충동 약물치료명령을 부과하기 위한 검사의 청구와 법원의 판결 절차는 다른 비구금형 보안처분과 다르지 않다. 검사는 동법 제2조 제2호의 성폭력범죄를 저지른 자로서 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 19세 이상의 사람에 대하여 약물치료명령을 법원에 청구할 수 있다(제4조 제1항). 이 때 검사는 치료명령 청구대상자에 대하여 정신건강의학과 전문의의 진단이나 감정을 받은 후에 치료명령을 청구해야만 하고(동조 제2항), 필요하다고 인정한 때에는 치료명령 피청구자의 주거지 등을 관할하는 보호관찰소의 장에게 재범의 위험성 등에 대한 조사를 요청할 수 있다(제5조). 성도착증 확인이나 치료의 효용성 여부, 치료기간(규칙 제2조)에 대해서는 반드시 확인하도록 규정하고 있지만, 재범의 위험성에 대한 조사는 임의적인 절차로 두고 있는 것이다.

법원은 검사가 제출한 진단 또는 감정의견만으로 성도착증 여부를 판단하기 어려울 때에는 다른 정신건강의학과 전문의에게 다시 진단 또는 감정을 명할 수 있다(법 제9조). 또한 위와 같은 검사의 청구가 없더라도 법원은 피고사건의 심리결과 치료명령을 할 필요가 있다고 인정하는 때에는 검사에게 치료명령의 청구를 요구할 수 있다(제4조 제4항). 성충동 약물치료명령은 법원이 검사의 치료명령 청구가 이유 있다고 인정되고 피고사건에 대하여 ‘금고 이상의’ 실형 또는 치료감호를 선고하면서 15년의 범위에서 치료기간을 정하여 판결로 선고한다(제8조 제1항).

#### 나. ‘비동의 위헌론’의 내용과 개정론

위에서 간략히 살펴본 바와 같이 법원의 판결에 의해 성충동 약물치료가 부과되는 과정에서 피치료자의 동의는 전혀 필요하지 않다. 이는 성충동 약물치료법의 모태인 2008년 ‘상습적 아동 성폭력범의 예방 및 치료에 관한 법률안’(의안번호 제180877호)에서 화학적 거세를 청구하기 위해서는 반드시 대상자에게 치료의 내용

이나 부작용 등을 설명하고 동의를 얻는 경우에만 가능하도록 했었는데,<sup>6)</sup> 심의과정을 거쳐 법원의 판결로 약물치료를 부과하도록 입법되면서 달라진 것이다.<sup>7)</sup> 또한 피고인과 달리 성충동 약물치료법 제22조에서는 검사가 성폭력범죄를 저지른 수형자에게 약물치료를 청구하기 위해서는 2번에 걸쳐 치료내용과 절차 등을 설명하고 동의를 얻는 절차를 거치도록 하고 있는 것과도 차이가 있다.

이로 인해 성충동 약물치료법 시행 이후 이를 대상으로 삼거나 언급하고 있는 거의 대부분의 선행연구에서 신체에 직접적인 침습을 가하고 있는 약물투여를 수단으로 하고 있음에도 불구하고 피치료자의 어떠한 동의도 없이 검사의 청구와 법원의 판단만으로 약물치료를 부과하도록 규정하고 있는 제8조를 위헌성 논란의 중심에 올려놓고 있는 상황이다.<sup>8)</sup> 피치료자의 동의 없이 판결로 부과되는 약물치료가 위헌

- 
- 6) 제9조(화학적 거세 치료의 동의) ① 화학적 거세 치료 대상자로부터 화학적 거세 치료요법에 관한 동의를 받고자 하는 경우에는 사전에 화학적 거세 치료요법의 근거, 중요성, 부작용 등에 관하여 충분히 설명하여야 한다.  
② 검사는 화학적 거세 치료 대상자가 화학적 거세 치료의 근거, 중요성 및 부작용 등에 관한 이해 및 판단 능력이 부족하거나 없는 경우 화학적 거세 치료 청구를 할 수 없다.
- 7) 법제사법위원회, “상습적 아동 성폭력범의 예방 및 치료에 관한 법률안 심사보고서”, 2010. 6. 29, 5, 6면에서는 ‘자기결정권’ 및 ‘신체를 훼손당하지 아니할 권리’의 침해 여부를 검토하면서 대상자의 자발적 동의를 요건으로 하고 있으므로 헌법적으로 문제되지 않는다고 하면서도, 수정내용과 이유를 설명하고 있는 18면에서 “약물치료를 대상자의 동의를 받도록 하는 것은 이 법의 실효성에 문제가 있을 수 있으므로 삭제함”이라고만 쓰여져 있다.
- 8) 예컨대 강은영·황만성, 「상습적 성폭력범죄자 거세법에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 2010, 92면에서 95면; 김희균, “상습적 아동 성폭력범에 대한 화학적 거세 도입 가능성에 대한 연구”, 「형사법연구」 제21권 제4호, 한국형사법학회, 2009, 281면; 박봉진, “성폭력범죄자의 성충동약물치료에 관한 법률의 헌법적·형사정책적 검토”, 「법학연구」 제47집, 한국법학회, 2012, 187면; 박찬걸·송주영, “성충동 약물치료제도 도입의 문제점과 개선방안”, 「형사정책」 제23권 제1호, 한국형사정책학회, 2011, 237면과 238면; 선중수, “성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률에 대한 비판적 검토”, 「법학논총」 제23권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2011, 80면과 81면; 신동일, “성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률의 평가”, 「형사정책」 제23권 제1호, 한국형사정책학회, 2011, 265면; 오삼광, “성충동 약물치료제도의 발전방안에 관한 연구”, 「일감법학」 제21호, 건국대학교 법학연구소, 2012, 535면; 이보영·홍기원, “성폭력범죄자의 성충동약물 치료에 관한 법률의 정당성 및 실효성 검토”, 「외법논집」 제35권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011, 222면; 이상경, “성폭력범죄자에 대한 성충동 약물치료처분의 헌법적 조망”, 「헌법판례연구」 제11호, 한국헌법판례연구회, 2010, 113면에서 115면; 이현정·박병주, “재범방지대책에 대한 비판적 검토 — 성폭력범죄를 중심으로 —”, 「한국경찰학회보」 제34권, 한국경찰학회, 2012, 174면; 허순철, “성충동 약물치료의 헌법적 쟁점”, 「토지공법연구」 제57집, 한국토지공법학회, 2012, 420면; 황성기, “상습적 성범죄 예방수단으로서의 거세에 관한 헌법적 고찰”, 「공법학연구」 제9권 제3호, 한국비교공법학회, 2008, 134면과 135면 등.

이라는 주장들(이하 ‘비동의 위헌론’<sup>9)</sup>)의 내용은 두 가지 기본권의 침해문제로 정리할 수 있다. 첫 번째는 치료명령의 집행은 약물을 주입하여 그의 생식능력을 저하시키고 그 외에 여러 가지 부작용을 초래할 수 있다는 점에서 이는 ‘인신을 훼손당하지 않을 권리’(혹은 신체불훼손권<sup>10)</sup>)를 제한하며, 두 번째는 피치로자가 치료를 받을 것인지 여부를 선택할 수 없으므로 ‘자기결정권’을 제약하는데, 위 두 가지 기본권을 제한함에 있어 수단의 적절성이나 침해의 최소화, 법익의 균형성을 충족하지 못하여 과잉금지원칙에 반하므로 위헌이라는 것이다. 지난 2013년 대전지방법원이 직권으로 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청한 이유도 대상자의 동의가 없는데도 불구하고 성충동 약물치료를 강제적으로 부과할 수 있도록 한 것은 과잉금지원칙에 위반하여 헌법상 신체를 훼손당하지 않을 자유와 자기결정권, 인격권을 침해한다고 판단하였다는 점에 있었다.<sup>11)</sup>

이러한 문제의식은 단순히 위헌론에만 머물지 않고 개정론으로 나타나고 있다.

- 9) 한편 심사의견1에서 지적하고 있는 바와 같이 위의 선행연구들에서 성충동 약물치료법의 위헌성을 비판하는 부분이 비동의에만 국한되어 있는 것은 아니다. 하지만 위의 주장들 모두에서 공통적으로 대상자의 동의 없음을 위헌성 논거 중의 하나로 들고 있다는 점에서 이들을 ‘비동의 위헌론’으로만 협소하게 명명하는 것은 바람직하지 않지만, 논의의 선명성을 위해 범주화 혹은 진영화하는 것은 가능하다고 생각한다. 이 자리를 빌어 본 논문의 고민을 뛰어넘는 깊은 성찰과 섬세함을 보여준 심사자1에게 존경과 감사하다는 말씀을 드리고 싶다.
- 10) 한편 헌법재판소는 “헌법 제12조가 규정한 신체의 자유는 적법절차에 의하지 않고는 국가의 공권력으로부터 ‘신체적 완전성’과 ‘신체활동의 임의성’을 제한당하지 않을 권리를 의미하는 것”이라고 보고(2004. 8. 26. 2003헌마457), 2015년 헌법불합치 결정에서도 성충동 약물치료로 제한받는 기본권을 “신체의 완전성이 훼손당하지 아니할 자유를 포함하는 헌법 제12조의 신체의 자유”로 파악하고 있다(2015. 12. 23. 2013헌가9). 하지만 이는 개념상 정확하다고 보기 어렵다. ‘인신을 훼손당하지 않을 권리’란 인간으로서 존엄과 가치를 가지고 행복을 추구하기 위해서는 신체에 손상을 입거나 훼손당하지 않는 것은 물론이고 정신의 온전함도 보장되어야 하는 상태, 즉 생체학적 건강 및 정신적 의미의 건강을 포괄하는 기본권이므로 이를 신체의 외부적인 활동의 자유를 의미하는 제12조 제1항에 포함되는 것으로 볼 수 없기 때문이다(이러한 설명은 정종섭, 「헌법학원론」(제4판), 박영사, 2009, 489면과 이준일, “보안처분의 확대를 통한 형벌의 강화와 범죄에 대한 국가책임의 회피”, 「헌법학연구」 제21권 제3호, 한국헌법학회, 2015, 276면. 이 밖에 신체불훼손권을 신체의 자유와 구분하여 ‘신체를 훼손당하지 않을 권리’로 설명하고 있는 권영성, 「헌법학원론」(신판), 법문사, 1997, 373면과 ‘신체불가침권’으로 구분하고 있는 한수웅, 「헌법학」(제5판), 법문사, 2015, 612면을 들 수 있다). 따라서 신체불훼손권은 헌법상 명문의 근거는 없지만, 인간의 존엄성을 규정하고 있는 제10조와 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리도 경시되지 않는다는 제37조 제1항을 직접적인 근거규정으로 보아야 한다(권영성, 위의 책, 373면; 이준일, 위의 논문, 276면; 정종섭, 위의 책, 490면).

11) 대전지법 2013. 2. 8. 자 2012고합512, 2012감고17, 2012치고1 결정.

국가인권위원회는 이미 동법이 시행되기 전인 2011년 2월에 약물치료명령을 할 때 당사자의 동의를 요건으로 명시하도록 개정을 권고한 바 있다.<sup>12)</sup> 또한 2013년 4월에 발의되어 현재 법제사법위원회에 심사가 계류 중인 ‘성충동 약물치료법 일부개정법률안’(의안번호 제1903317호)에서도 검사가 약물치료명령을 청구할 때 반드시 약물치료의 내용이나 방법, 부작용 등을 충분히 설명한 후 피청구자 또는 그 법정대리인으로부터 동의를 받도록 할 것 등을 내용으로 하고 있다.<sup>13)</sup>

## 다. 형사제재와 대상자의 동의

### 1) 성충동 약물치료의 법적 성격

비동의의 위헌론과 그에 따른 개정법률안의 타당성을 검증하기 위해서는 우선 성충동 약물치료의 법적 성격을 확인해야 할 필요가 있다. 성충동 약물치료법은 제1조에서 “성폭력범죄를 저지른 성도착증 환자로서 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 사람에 대하여 성충동 약물치료를 실시하여 성폭력범죄의 재범을 방지하고 사회복귀를 촉진하는 것을 목적으로”하고 있음을 밝히고 있다. 또한 동법 제4조 제1항에서도 치료명령 피청구자의 요건으로서 “성폭력범죄를 저지른 성도착증 환자”로 인정되어야 하는 외에 그 자에게 ‘성폭력범죄를 다시 범할 위험성’(동증 재범의 위험성)이 있어야 함을 명시하고 있다.<sup>14)</sup> 이와 같이 성충동 약물치료는 재범의 위험성을 근거로 부과되며 이에 따라 치료기간 등이 결정되고 약물치료를 통해

12) 국가인권위원회, “「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률」 개정 권고”, 2011. 2. 18, 4면 (“강제적 약물치료제도는 신체기능 일부를 불능화함으로써 그 대상자의 자기결정권이나 신체를 훼손당하지 아니할 권리를 상당히 제한하는 바, 위와 같이 그 부작용, 재범방지 효과나 제도실시 준비의 미흡 상황 등을 고려할 때 성폭력범죄 재범방지라는 공익적 필요성을 달성하기 위한 필요한 최소한의 조치라고 보기 어렵다. 그렇다면 이와 같은 문제를 해소할 수 있는 장치로서 대상자의 ‘동의’ 요건을 검토할 수 있다. 자유의 제한은 동의에 의해 상쇄될 수 있기 때문이다.”)

13) 문정림 의원이 대표발의한 법률안에 따르면 “검사는 치료명령 피청구자 또는 그 법정대리인으로부터 약물치료에 대한 동의를 받은 후 치료명령을 청구하여야 한다. 이 경우 미리 약물치료의 내용, 방법, 절차, 효과, 부작용 등에 관하여 충분히 설명하여야 한다.”고 하면서(제4조 제3항), 제7조 청구서의 기재사항에도 약물치료에 관한 동의사실을 추가하도록 하는 내용을 담고 있다.

14) 다만 성충동 약물치료법 제4조 제1항에는 “검사는 사람에 대하여 성폭력범죄를 저지른 성도착증 환자로서 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 19세 이상의 사람에 대하여 약물치료명령을 법원에 청구할 수 있다.”고만 규정하고 있어, 단서범죄와 재범의 위험성이 성도착증으로 인한 것인지가 명시적으로 드러나 있지는 않다.

대상자의 재범방지를 이워 사회방위를 달성하고자 하는 형사제재이므로 그 법적 성격이 보안처분에 해당한다.<sup>15)</sup> 이는 비동의의 위헌론측에서도 인정하고 있는 바이다.<sup>16)</sup>

## 2) 대상자의 비동의와 과잉금지원칙 위반 여부

성충동 약물치료를 형사제재인 보안처분으로 파악하는 이상, 대상자의 동의 여부는 약물치료의 효과와 연계된 문제일 뿐 동의를 요건으로 하고 있지 않다는 것 자체만으로 과잉금지원칙을 위반했다고 보기는 어렵다. 왜냐하면 성충동 약물치료가 ‘형사제재’인 이상 그 청구와 판결의 선고에 있어서 대상자의 동의를 요건으로 삼지 않았다고 해서 곧바로 위헌이라고 볼 수 없기 때문이다.<sup>17)</sup> 다시 말해 성충동 약물치료가 피치료자의 동의 없이 집행된다는 부분은 기본권제한 수단으로서의 실효성이나 최소침해성, 법익균형성을 충족하는지에 대한 판단에 의미 있는 기준이 될 수는 있으나, 그렇다고 직선적으로 ‘비동의 = 위헌’으로 연결 짓는 것은 타당하다고 볼 수 없다.

- 
- 15) 헌법재판소 2015. 12. 23. 2013헌가9. 국가인권위원회, 앞의 결정, 5면과 대법원 2012. 2. 27. 선고 2013도1230, 2013전도252, 2013치도2 판결. 제18대 국회 법제사법위원회, “상습적 아동 성폭력범의 예방 및 치료에 관한 법률안 심사보고서”, 2010. 6. 29, 5면.
- 16) 다만 비동의의 위헌론을 주장하는 견해 중 박찬걸·송주영, 앞의 논문, 238면과 이현정·박병주, 앞의 논문, 174면에서는 성충동 약물치료의 법적 성격을 보안처분으로 보면서도, 대상자의 동의에 의하지 않는 성충동 약물치료에 의해 신체의 완전성이 침해되므로 ‘신체형’에 해당한다는 설명이 있으나 이러한 서술은 정확하다고 보기 어렵다. 동의 없는 약물치료가 수단의 적절성이나 침해의 최소성 등 과잉금지원칙에 위반된다고 판단하는 것과 법적 성격은 다른 영역의 문제이기 때문이다. 다시 말해 성충동 약물치료는 재범의 위험성에 대응하는 보안처분이라는 점에서 위헌성 여부를 검토하기 위해서는 체계적 지위에 입각하여 헌법적 한계를 벗어나는지를 살펴보아야 하고, 그 결과 과잉금지원칙이나 평등권 등에 위반하여 기본권을 침해한다면 ‘위헌적’ 보안처분으로 보아야 할 뿐이며 실사 그 제한이 침해에 이른다고 하여 그 법적 성격을 신체형에 해당한다고 볼 수 없다. 보안처분에 의한 자유의 박탈이나 제한은 치료나 위험성의 제거를 위한 기반일 뿐 제재 자체가 아니기 때문에, 단순히 외양적으로 드러난 모습을 기준으로 보안처분의 정당성을 논의할 것이라는 지적으로는 Wolfgang Frisch, “Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im Strafrechtlichen Rechtsfolgensystem”, 「Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft」, Vol. 102. Issue. 2, Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH., 1990., S. 357f.
- 17) 범무연수원, 「범죄백서」, 2012, 511면. 성충동 약물치료의 판결에 있어서 대상자의 동의가 필요 없다는 견해로 이희경, “화학적 거세’에 관한 쟁점과 논의”, 「보호관찰」 제12권 제1호, 한국보호관찰학회, 2012, 173면과 허경미, “성범죄자에 대한 약물치료명령에 관한 연구”, 「교정연구」 제49호, 한국교정학회, 2010, 184면; 황일호, “성충동 약물치료의 재범억지 효과성에 관한 연구”, 「교정연구」 제56호, 한국교정학회, 2012, 62면을 들 수 있다.

이는 신체에 직접적인 침해를 가하는 방식으로 집행되는 다른 보안처분을 보아도 알 수 있다. 성충동 약물치료법의 대상자에게도 적용될 수 있는 현행 「치료감호법」에서는 피치료자를 치료감호소에 구금하여 약물치료<sup>18)</sup>를 실시해왔음은 물론이고 2016년 12월 2일부터 시행될 「치료감호 등에 관한 법률」에서는 치료감호 외에 시설 외 형사제재인 ‘치료명령’을 신설하면서 그 방법으로 강제적 ‘약물투여’를 명시적으로 규정하고 있다(제44조의6 제2항).<sup>19)</sup> 하지만 이러한 치료적 수단에 대해 대상자의 동의 없이 보안처분을 부과한다는 이유로 위헌성 논란이 벌어지지는 않고 있다. 뿐만 아니라 성충동 약물치료법 제25조에서는 치료감호심의위원회가 치료감호의 집행 중 가중료 또는 치료위탁되는 피치료감호자나 보호감호의 집행 중 가중소되는 피보호감호자에 대하여 보호관찰 기간의 범위에서 약물치료명령을 부과할 수 있다. 그렇지만 이와 같이 법원도 아닌 행정기관이 강제적으로 약물치료명령을 결정 및 부과할 수 있는 경우에 대해서는 비동의 위헌론 측에서 동의가 결여되어 있다는 이유로 위헌에 해당한다는 비판을 찾아 볼 수 없는 상황이다.<sup>20)</sup>

헌법재판소 역시 성충동 약물치료가 신체 기능의 일부를 치료 기간 동안 불능화 하는 조치라고 하더라도 그것이 재범의 위험성을 근거로 사회방위를 위해 부과되는 형사제재인 이상 피치료자의 동의 여부는 ‘치료효과’와 관련된 문제이지 동의를 요건으로 하지 않았다고 해서 곧바로 헌법 위배적인 과도한 제한이라고 판단할 것은

18) 범죄예방정책국 홈페이지(<http://www.cppb.go.k>)를 보면, 치료감호의 치료활동에 “정신과적 치료 방법으로 담당의사의 치료계획에 따른 정신요법, 약물요법, 환경요법”을 명시하고 있다. 특히 법무부는 2008년 「치료감호법」의 개정으로 정신성적 장애인이 대상자로 추가되면서 2009년 1월 공주 치료감호소 일부 시설을 개조해 성폭력범죄자 100명을 수용할 수 있는 인성치료재활센터를 개청했는데, 2009년 5월 4일에 「치료감호법」에 의해 정신성적 장애로 판명된 성폭력범죄자가 처음으로 위의 센터에 입소했으며, 그는 이곳에서 인지행동·약물치료와 함께 직업능력 재활훈련을 받게 된다고 나와 있다(경향신문, “성범죄자 치료감호소 첫 수용”, 2009. 5. 8).

19) 이한성 의원이 대표발의한 ‘치료감호법 일부개정법률안’(의안번호 제1911745호) 제44조의2에는 검사가 피의자의 ‘동의’를 받고 치료받는 것을 조건으로 공소를 제기하지 않을 수 있도록 한 ‘기소유예부 치료명령’을 두었으나, 법안심의과정에서 사법적 통제를 받지 않을 경우 오남용의 문제와 위헌성이 지적되어 삭제된 바 있다(제19대 국회 법제사법소위원회, “제337회 제1차 법안심사 제1소위원회 회의록”, 국회사무처, 2015. 10. 20, 2면에서 9면 참조).

20) 예컨대 박찬걸·송수영, 앞의 논문, 244면과 245면에서는 동법 제25조에 의한 약물치료를 설명하면서 보안처분의 중복부과로 인한 과잉처벌의 문제와 치료감호심의위원회라는 행정기관에 의해 부과된다는 점을 지적하고 있을 뿐이다.

아니라고 밝힌 바 있다.<sup>21)</sup> 더 나아가 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」상 디엔에이감식시료의 채취는 대상자의 구강점막이나 모발, 그 밖의 신체 부분에서 강제로 몸의 일부를 분리함으로써 신체의 완전성을 훼손하는 보안처분이 고(동법 제9조와 시행령 제8조),<sup>22)</sup> 이러한 채취가 치료목적이 아니라 순수하게 범죄예방을 목적으로 하는 신체훼손임에도 불구하고 이를 둘러싼 위헌성 논란에서 대상자의 동의 여부가 문제되거나 그에 따른 개정론이 제기되지 않고 있다.<sup>23)</sup> 결국 성충동 약물치료가 형사제재라는 점을 고려한다면, 신체기능의 일시적 불능화라는 상징적 제재수단과 침해강도에 몰두한 나머지 이를 피치료자의 동의에 의해 정당화하려는 시도는 측정이 잘못된 조준점이라고 할 수 있다.

## 라. 동의의 역기능

비동의 위헌론은 성충동 약물치료법을 개정하여 동의를 요건으로 명문화하자는 주장 또는 개정법률안으로 이어진다. 이러한 개정론은 동의가 요건화 된다면 성충동 약물치료의 강제성으로 인한 위헌문제가 해결될 것이라는 기대와 예상을 내포하고 있다. 또한 형사제재의 선고와 집행에 동의가 필요하지 않지만 ‘기왕이면’ 대상자의 동의에 의한 성충동 약물치료가 더 좋지 않겠냐고(혹은 나쁠 것 없지 않겠냐고) 생각해 볼 수도 있을 것이다. 하지만 성충동 약물치료법에 대한 위헌성 논쟁과

21) 헌법재판소 2015. 12. 23. 2013헌가9(“심판대상조항들은 피치료자의 동의를 성충동 약물치료의 요건으로 하고 있지 아니하다. 그러나 심판대상조항들에 의한 치료명령은 대상자에 대해서는 ‘치료’를 통한 원만한 사회복귀의 목적이 있지만, 사회적인 차원에서는 제법 방지를 통한 사회방위의 목적도 있다. 그런데 치료가 반드시 필요한 경우에도, 자신의 병리적 상태를 인정하지 못하거나 미약한 법준수 의식에 기초하여 제법의 가능성을 개의치 않음에 따라 스스로 치료의 필요성을 인정하지 않는 경우, 막연한 두려움에 기하여 동의를 거부하는 경우가 많을 것을 쉽게 예측할 수 있는바, 치료를 원하는 대상자에 한한 치료만으로는 사회방위의 목적을 충분히 달성할 수 없을 것이다. 따라서 피치료자의 동의에 기초한 성충동 약물치료는 입법목적 달성이라는 측면에서 대안이 된다고 보기 어렵다. 한편 현행 법체계 하에서 이루어지고 있는 다른 보안처분들도 당사자의 동의를 요건으로 하지 않는 점에 비추어 보더라도 ‘동의’를 요하지 않는다는 점이 곧바로 과도한 제한임을 표상하는 것은 아니라고 할 것이다.”).

22) 헌법재판소 2014. 8. 28. 2011헌마28·106·141·156·326, 2013헌마215·360(병합).

23) 위의 결정에서 위헌 여부가 다투어졌던 부분은 신체의 자유, 평등권, 영장주의와 적법절차원칙, 개인정보자기결정권, 소급입법금지원칙이었고, 디엔에이감식시료의 채취가 동의에 의하지 않다는 점은 문제되지 않았다.

그에 따른 개정방안이 피치료자의 동의 여부에만 함몰될 경우, — 의도한 바는 아니겠지만 — 성충동 약물치료법의 이면에 있는 보다 본질적인 문제점들을 간과하게 만다는 측면이 있을 뿐만 아니라 거꾸로 대상자의 동의를 빌미삼아 제도 자체의 존속론으로 오용 혹은 흡수될 수 있는 위험이 발생하게 된다.

### 1) 동意的 진정성 문제

당사자의 동의가 법정요건화된다고 해도 진정성 여부는 해결될 수 없다는 점에서 이는 문제의 해결이 아니라 또 다른 시작에 불과하다.<sup>24)</sup> 예를 들어 현실에서는 형량 감축이나 병과될 수 있는 다른 보안처분의 면제를 목적으로 수사나 기소 전 단계에서 동의하는 등 순수하게 완전한 자발적 동의로 받아들이기 어려운 경우가 비일비재 할텐데, 그렇다고 해서 법원이 대상자의 의사를 심사하거나 이를 방지할 수 있는 실질적인 수단을 마련하기도 어렵다. 반대로 피처분자가 진정한 동의를 부정하거나 검사와 서로 주장이 다르다고 해서 무조건 무효로 돌리기도 어렵다는 점에서 동意的 요건화되더라도 이를 둘러싼 위험적 상태가 고착될 뿐이다.

동意的 자발성 문제 외에도 제2조 제1호에서 “성적 이상 습벽으로 인하여 자신의 행위를 스스로 통제할 수 없다고 판명된 사람”, 즉 약물치료의 대상자로 심신상실자를 포함하고 있는데 이러한 자에게 어떻게 유효한 동의를 받아낼 수 있는지도 의문이다. 법적인 제도 안에서 청구대상자 또는 피처분자의 ‘진심’ 문제는 그 진정성을 판단하는 기준이 마련되기 어렵고 동意的 변경될 경우 치료를 계속할 것인지의 문제 등 아무리 피치료자 중심으로 절차를 구성한다고 해도 완전히 해결될 수 있는 부분이 아니다. 이론적인 측면에서 보면 동意的에 기반한 형사제재는 이상적인 구상이라고 할 수 있지만, 오히려 현실 속에서 대상자의 동意的는 성충동 약물치료의 위험성 논쟁을 차단하는 방호벽으로 역기능할 가능성이 훨씬 높다할 것이다.

이와 같이 피치료자의 동意的가 있다고 해서 이를 과연 자발적인 것으로 볼 수 있는 것인가에 대한 문제의식은 비동의 위험론 진영에서도 제기되어 있다. 다만 비판

24) 검사의 청구와 법원의 판결 절차에 대상자의 동의를 필요적 요건으로 명문화한다고 해도 이를 진의에 의한 것인지 강압이나 사술에 의한 것은 아닌지 의문이 있을 수 있으므로 대상자의 동의를 요건으로 하는 개정이 필요하지 않다는 견해로 이회경, 앞의 논문, 173면.

적 시각이 후술하듯이 법원의 판결에 의한 약물치료명령이 아니라 수행자의 동의에 의한 성충동 약물치료(동법 제22조)에만 머물러 있을 뿐이다.<sup>25)</sup> 즉 비동의 위헌론은 법원의 판결에 의한 약물치료에서는 동의의 필요성을 역설하면서도 법정요건화 된 후 발생하게 되는 - 제22조와 마찬가지로 - 진정성 혹은 자발성 문제에 대해서는 침묵하고 있는 것이다.

## 2) 동의의 이면적 기능

또한 일반예방적 수단으로서의 ‘거세’라는 상징성<sup>26)</sup>을 제외하고는 현행 제도의 흠결이나 공백을 메꿀만한 독자적인 기능이나 영역이 없는 성충동 약물치료제도가 대상자의 동의를 앞세움으로써 폐지론을 희석시키고 자신의 존립과 연명을 피할 수 있게 된다. 성충동 약물치료에 의한 남성호르몬의 생성 및 작용의 억제효과는 단지 치료기간 동안에만 발생하므로 약물치료 종료 후에도 재범억제효과를 기대하기 어려워 근본적인 방법으로 볼 수 없으며, 강제추행 등 다른 성폭력범죄로 나아갈 가능성을 차단하기 어렵다. 「치료감호법」과 성충동 약물치료법의 대상자가 중복된다는 사실을 고려한다면, 치료감호에 의할 때 약물치료를 포함한 종래 의학적으로 검증된 치료가 가능할 뿐만 아니라 신체의 완전성 등 기본권을 덜 제한하면서도 보다 전문적이고 체계적인 처우가 가능하다.<sup>27)</sup> 반면 치료감호를 부과할 수는 없지만 성

25) 예컨대 박상열, 앞의 논문, 165면; 박찬걸·송주영, 앞의 논문, 242면; 허순철, 앞의 논문, 413면.

26) 일례로 성충동 약물치료법의 법안심의를 담당했던 법제사법위원회 소위원장 주성영 의원은 “현실적으로 일어난 최근의 사건을 보면 장기간 복역을 하고 나와서도 그 병을 못 버리는 게 있어요. 있으니까 선고를 해놓고 심사를 하는 겁니다. 그렇게 하면 우선 일반예방적인 효과가 있고, 우리 국민들이 안심하게 됩니다.”라고 하여, 재범의 위험성 없이 보안처분을 ‘일단’ 부과해놓고 심사를 하자고 하면서 동법의 입법목적은 개선목적이 아니라 일반예방에서 구하고 있다(제18대 국회, “제291회 제3차 법안심사 제1소위원회 회의록”, 국회사무처, 2010. 6. 29, 15면). 전술한 바와 같이 동법의 입법자가 화학적 ‘거세’라는 위하적 일반예방적 목적에만 경도되어 있다는 점은 ‘약물치료’라는 부분적 수단을 범틀이름으로 내세우고 있다는 사실에서도 단적으로 드러나 있다.

27) 헌법재판소 2015. 12. 23. 2013헌가9 결정에서 김이수·이진성·안창호의 전부위헌의견. 3인의 재판관은 성충동 약물치료의 목적은 현재의 치료감호 제도의 활용을 통하여도 가능하다는 점에서 침해의 최소성에 위반된다고 보았다(“치료감호법은 소아성기호중, 성격기하중 등 성격 성벽이 있는 정신정적 장애자로서 금고 이상의 형에 해당하는 성폭력범죄를 지은 자 가운데 치료를 받을 필요성이 있고, 재범의 위험성이 있는 자에 대하여(제2조 제1항 제3호) 검사가 정신건강의학과 등의 전문의의 진단이나 감정을 받아 치료감호를 청구할 수 있도록 하고 있으며(제4조 제1항), 법원이 판결

충동 약물치료를 적용할 수 있는 대상자로는 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 공중밀집장소에서의 추행죄(제11조), 성적 목적을 위한 공공장소 침입행위(제12조), 통신매체를 이용한 음란행위(제13조)밖에 없는데, 이러한 차이를 두고 성충동 약물치료를 별도로 둘 실익이 있다고는 볼 수 없다.<sup>28)</sup> 위의 3가지 대상범죄는 이미 2007년 정부가 국회에 제출한 ‘치료감호법 일부개정법률안’에 포함되어 있었으나 다른 대상범죄와 비교하여 치료감호의 대상으로 삼을 만큼 중하지 않다는 판단 하에 삭제된 것으로서,<sup>29)</sup> 국가위원회 역시 같은 이유로 삭제의견을 표명한 바 있기 때문이다.<sup>30)</sup> 이와 같은 개정과정을 비롯하여 수단의 적합성이나 피해의 최소성 등 과잉금지원칙을 고려한다면, 위의 3가지 범죄는 성충동 약물치료법의 준치근거가 아니라 위헌사유가 되어야 마땅하다.<sup>31)</sup>

이렇듯 치료감호와 별개로 성충동 약물치료를 운영할 필요성이나 합목적성이 현재로서는 확인되거나 입증된 바 없다.<sup>32)</sup> 그럼에도 불구하고 치료감호 또는 성충동 약물치료의 요건에 해당하는 자에 대하여 검사가 대상자의 동의가 있음을 필미로

로서 치료감호를 신고할 수 있도록 하고 있다(제12조 제1항). 치료감호의 경우에도 피고사건의 판결과 동시에 신고하지만(제12조 제2항) 형이 병과된 경우 치료감호를 먼저 집행하므로(제18조), 집행시점에서 치료의 필요성에 관한 사정변경이 발생할 우려가 없다. 또한 실무적으로 정신의학적인 진단과 검사를 거쳐 증상에 따라 분리수용하고, 정신과적 치료와 함께 치료경과에 따라 단계적인 사회적응훈련과, 정신재활기법을 시행하며, 강박증이나 충동조절장애, 우울증 등에 대하여 세로토닌 재흡수차단제나 항우울증제 등을 투여함으로써 종래 의학적으로 검증된 치료를 시행하고 있는 바, 이와 같은 치료는 성충동 약물치료에 비하여 신체의 완전성 등 기본권 제약의 정도가 경하면서 도 성도착증의 치료를 통한 재범 억제 측면에서 유사한 효과가 있는 것으로 성충동 약물치료의 대안이 될 수 있다고 본다.”).

28) 위 헌법재판소 결정에서 5인의 재판관은 「치료감호법」 제2조와 제2조의2 대상자의 범위가 성충동 약물치료법의 대상자 전부를 포괄할 수 없음을 이유로 침해의 최소성을 충족한다고 보면서, 3가지 범죄를 예시해 놓고 있다.

29) 제17대 국회 법제사법위원회, “치료감호법 일부개정법률안 심사보고서”, 2008. 5. 16면.

30) 국가인권위원회, “「치료감호법 일부개정법률안」에 대한 의견표명”, 2008. 4. 14, 6면.

31) 사회의 법적 안정성을 중대하게 해칠 만큼의 불법성을 내포하고 있는 특정범죄를 단서범죄로 삼는 경우에만 보안처분을 부과할 수 있다는 설명으로 Wolfgang Frisch, 앞의 논문, S. 377.

32) 두 제도를 중복적으로 운영할 필요성에 의문이 있다는 견해로는 설민수, “아동 대상 성폭력범죄자에 대한 성충동약물치료의 실효성과 합헌성, 그리고 그 한계”, 「법조」 제59권 제1호, 범조협회, 2010, 45면과 치료감호의 집행으로 성공적인 치료효과를 보이는 대상자에게 성충동 약물치료를 또 다시 부과할 필요가 없으므로 불필요하다는 견해로 이호중, “아동성폭력 재범방지정책의 인권법적 쟁점”, 「아동성폭력 재범방지정책과 인권토론회 자료집」, 국가인권위원회 인권정책과, 2010. 7, 85면.

후자만을 청구하는 경우에는 법원은 검사가 선취한 청구처분에 종속된 제한된 판단을 내릴 수밖에 없게 된다. 결국 동의요건의 신설로 인하여 위헌성 문제가 형식적으로는 해결된 듯하지만 바로 그 ‘동의’때문에 대상자의 기본권 침해문제는 흐려지는 반면 성충동 약물치료의 정당성만 공고하게 만드는 역효과를 낳는 것이다. 따라서 이제부터라도 비동의 위헌론의 관점에서 벗어나 약물치료제도의 보다 근본적인 위헌성 지점으로 나아갈 필요가 있다.

## 2. 재범의 위험성과 판단시기

### 가. 보안처분의 부과근거이자 한계로서 재범의 위험성

형벌은 본질적으로 행위자가 저지른 과거의 불법에 대한 책임을 전제로 부과되는 제재를 뜻함에 반하여, 보안처분은 행위자의 장래 위험성에 근거하여 범죄자의 개선을 통해 범죄를 예방하고 장래의 범죄발생 위험을 방지하여 사회를 보호하기 위해서 형벌을 대신하거나 추가적으로 부과되는 자유의 박탈과 제한 등과 같은 특별 예방적 처분이다. 이와 같이 보안처분이 재범의 위험성을 제거하기 위한 수단으로 부과된다는 점에서 이를 대상자에게 투입하기 위해서는 그 시점에 반드시 ‘재범을 저지를 상당한 개연성’<sup>33)</sup>이 확인되어야만 한다. 헌법재판소 역시 “행위자에 재범의 위험성은 보안처분의 핵심이며, 헌법 제12조 제1항이 규정한 “누구든지 ... 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”라는 조항에서 구현된 죄형법정주의의 보안처분적 요청은 “재범의 위험성이 없으면 보안처분은 없다”는 뜻을 내포한다고 하겠다.”<sup>34)</sup>고 밝힘으로써, 재범의 위험성에 근거하지 않은 보안처분의 위헌성을 명백히 선언한 바 있다.

33) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2004감도28 판결.

34) 헌법재판소 1989. 7. 14. 88헌가5,8,89헌가44(병합).

## 나. 재범의 위험성 판단시기

### 1) 성충동 약물치료의 청구 및 판결 시점

보안처분은 재범의 위험성을 근거로 부과되고 이에 의해 당사자에게 중대한 침해 효과를 가져옴에도 불구하고, 장래에 다시 범죄를 범할 개연성에 대한 판단은 어쩔 수 없이 불확실성을 수반할 수밖에 없다. 이에 따라 국가는 재범의 위험성 판단에 있어서 불필요하게 보안처분을 부과하는 것보다 가능한 한 확실하게 판단할 수 있는 절차를 형성해야 할 의무를 진다. 그런데도 성충동 약물치료법 제8조에서 피고 사건에 대한 형벌을 선고하면서 동시에 재범의 위험성까지 판단하여 약물치료명령을 부과하도록 규정해 놓고 있다. 이는 법관으로 하여금 형벌의 집행이 대상자에게 어떠한 영향을 미칠 것인지를 미리 예측하거나 혹은 행형의 실패를 전제하고서 형벌의 집행 종료 후에도 보안처분의 집행이 필요한 것인지를 형벌의 선고시에 미리 판단해야 함을 의미한다.<sup>35)</sup> 게다가 성충동 약물치료명령은 ‘초범’에게도 부과될 수 있기 때문에 단 한 번의 성폭력범죄만으로 재범의 위험성을 예견하도록 하는 극단적 형태를 띠고 있다.

이렇게 형벌과 보안처분을 한꺼번에 판단하여 선고하도록 되어 있는 현행 절차 속에서는 대상자의 위험성에 대한 판단이 양형과정과 분리될 수 없을 뿐만 아니라,<sup>36)</sup> 판결선고와 집행개시 사이에 발생하는 시간적 간극으로 인해 보안처분의 개시를 기준으로 ‘과거’인 형 선고 당시에 내렸던 위험성 판단만을 근거로 보안처분이 무조건적으로 개시됨을 의미한다.<sup>37)</sup> 이러한 문제는 성충동 약물치료를 청구하는 검

35) “교도소에서 수년 또는 수십년간 교화시키고 행형을 했음에도 불구하고 그 사람에 대해서 교정을 잘못해서 치료명령에 의존할 수밖에 없다고 한다면 현재의 교도소 운영에 심각한 문제가 있다는 것을 자인하는 것”으로서 “제8조에 의한 약물치료명령은 교도소 내에서의 여러 가지 치유프로그램에 대한 신뢰를 무시하는 것이 전제된 것”이라는 지적은 박찬걸·송주영, 앞의 논문, 239면.

36) 판결문에 예시되어 있는 재범의 위험성 판단요소인 피보안처분자의 직업과 환경, 연령, 가족관계, 당해 범행 이전의 행적, 범행의 동기, 횡수, 범행 후의 정황, 개전의 정 등은 「형법」 제51조에 열거되어 있는 양형의 조건인 ‘범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기나 수단과 결과, 범행 후의 정황’과 차별화되기 어렵다는 비판으로 강우예·박학모, 「형사법개정연구 (IV): 보안처분제도의 정비방안」, 한국형사정책연구원, 2009, 68면. 한편 「범원조직법」 제81조의6에서는 대법원 산하 양형위원회가 양형기준을 설정·변경할 때 ‘피고인의 재범 방지 및 사회복귀를 고려할 것’을 규정해 놓고 있어(제2항 제2호), 형벌에서도 특별예방목적을 달성하기 위해 재범의 위험성을 고려하고 있음을 알 수 있다.

사도 피할 수 없다. 비록 검사로 하여금 피청구자의 성도착증 확인을 위해 정신건강 의학과 전문의의 진단 혹은 감정을 반드시 거친 후에야 약물치료를 청구하도록 정해 놓았다 하더라도(법 제4조 제2항), 이는 모두 피고사건의 ‘판결시’까지 확인될 수 있는 과거 또는 재판시의 사실 이상의 의미를 넘을 수 없기 때문이다.

이는 청구하는 검사나 판단하는 법관에게 피고인에게 형벌을 부과하면서도 이의 집행 ‘실패’를 전제하고서 보안처분이 개시되도록 하는 절차라는 점에서 행형의 특별예방효과를 스스로 부정하는 판단을 요구하는 동시에 가석방의 가능성을 고려할 때 법원과 검찰, 대상자 그 누구도 언제가 될지 예상하기 어려운 형 집행 종료시를 가정하여 위험성에 관한 사실상의 예언에 다름없는 예측을 요구하고 있는 것에 다를 바 없다. 따라서 법문상 ‘재범의 위험성’을 규정해 놓았다 하더라도 제4조 제1항과 제8조는 집행개시시점에서 실질적으로 확인될 수 없는 위험성을 근거로 성충동 약물치료를 청구하거나 부과하도록 함으로써, 죄형법정주의의 보안처분적 요청에 합치될 수 없으므로 적법절차원칙은 물론이고 과잉금지원칙에 위반하여 신체불훼손 권을 침해하므로 위헌을 면할 수 없다.<sup>38)</sup>

37) 같은 취지의 문제제기로는 설민수, 앞의 논문, 44면. 피고인의 장래에 대한 가정적 판단은 피고인이 행한 과거사실의 확정보다 훨씬 더 어려운 작업임에도 불구하고 재범의 위험성을 판단하는 기준시점이 피고사건의 판결시이므로 결국 보안처분의 부과를 위한 판단의 기초가 되는 것은 주로 피고인의 전과를 비롯한 양형조건 정도밖에 남지 않게 된다. 따라서 이와 같이 열악한 정보만으로 장래의 일을 판단하여 형사제재인 보안처분을 부과하는 것 자체가 정당화 될 수 있는 것인지 의심스럽다는 비판은 오영근, “2011년 형법개정법률안의 보호수용처분의 문제점”, 「교정연구」 제59호, 한국교정학회, 2013, 29면.

38) 약물치료가 실질적으로 확인된 재범의 위험성에 의해 집행되지 않는다는 문제는 개시절차에만 국한된 것이 아니다. 가해제의 취소를 규정하고 있는 조문에서도 이를 발견할 수 있다. 먼저 가해제를 결정하기 위해서는 “치료명령이 계속 집행될 필요가 없을 정도로 개선되어 죄를 다시 범할 위험성이 없다고 인정”될 것만 요구하고 있어, 청구시 조사(제5조)와 달리 성도착증의 치료와 위험성의 제거를 사실상 동일시하고 있다(제18조 제4항). 그런데 가해제의 취소는 “재범의 위험성이 현저하다고 인정”되기만 하면 성도착증의 재발 여부와 상관없이 그 취소가 가능하도록 규정해 놓고 있다(제19조 제1항). 더욱이 가해제의 취소사유가 성폭력범죄를 다시 저지른 경우뿐만 아니라 “주거 이전 상황 등의 보고에 불응하는 등”의 행위로 재범의 위험성이 있다고 판단되는 때라고만 규정되어 있어(법 제19조 제1항), 성도착증에 의한 것이 아닌 성폭력범죄는 물론이고 사실상 성도착증과 상관없는 보고의무 위반을 이유로 가해제를 취소한 후 계속해서 약물을 투입하는 것이 가능하게 되어 있기 때문이다. 절차적인 면을 비교해 보아도, 보호관찰 심사위원회가 치료명령의 가해제를 심사할 때에는 치료를 실시한 정신건강의학과 전문의와 보호관찰관의 의견을 반드시 들어야 하며, 필요하면 그 밖의 전문가 의견도 들을 수 있도록 하고 있는데 비해(시행령 제17조 제1항), 취소절차에 대해서는 보호관찰소장이 심사위원회에 신청하고 심사위원회가 이를 심사·결정한다고만 되어 있어 감정이나 진단과 같은 절차가 전혀 마련되어 있지 않다(시행령 제18조 제1항, 제2항).

## 2) 대법원과 헌법재판소의 입장

### 가) 대법원의 가변적·개별적 위험성론

이러한 이유로 법원 측은 성충동 약물치료법률안의 심의 과정에서부터 제8조에 의한 약물치료는 판결 당시에 장기간의 자유형이나 치료감호의 효과를 예상할 수 없다는 점을 들면서 도입에 난색을 표시해 왔다.<sup>39)</sup> 이와 같은 문제의식의 단초는 성충동 약물치료법 제4조 제1항과 제8조 제1항에 대해 직권으로 위헌법률심판을 제청한 대전지방법원의 청구이유<sup>40)</sup>를 비롯하여 2012년의 대법원 판결문에서 발견할 수 있다. 대법원은 치료감호와 위치추적 전자장치 부착명령을 함께 선고하기 위해서는 “치료감호의 요건으로서 재범의 위험성과는 별도로, 치료감호를 통한 치료 경과에도 불구하고 부착명령의 요건으로서 재범의 위험성이 인정되는지를 따져보아야 하고, 치료감호 원인이 된 심신장애 등의 종류와 정도 및 치료 가능성, 피부착명령청구자의 치료의지 및 주위 환경 등 치료감호 종료 후에 재범의 위험성을 달리 볼 특별한 사정이 있는 경우에는 치료감호를 위한 재범의 위험성이 인정된다 하여 부착명령을 위한 재범의 위험성도 인정된다고 선불리 단정하여서는 안

39) 이에 대한 내용은 제18대 국회, “제291회 국회(임시회) 제6차 법안심사 제1소위원회 회의록”, 2010. 6. 29, 6면에서 9면을 참조할 것.

40) “판결에 의한 성충동 약물치료제도의 주요한 문제점은, 피치료자에게 성도착증 및 재범의 위험성이 있는지에 관하여 피고사건의 판결 시점에 판단하여야 하는데, 피치료자가 저지르는 범행의 죄질을 감안하면 중형이 선고될 가능성이 높으므로 위 판단 시점과 치료명령의 실제 집행 시점(형 집행 종료, 면제·가석방, 치료감호 집행 종료·가종료, 치료위탁으로 인한 석방 2개월 전) 사이에 상당한 시간적 간격이 있다는 것이다. 형 집행 후에 피치료자에게 치료의 필요성 및 재범의 위험성이 있는지를 판단하는 것 자체에 상당한 불확실성이 내재하여 있으므로 실제로는 치료의 필요성 및 재범의 위험성이 없는 피치료자에 대하여 오판을 할 가능성이 높을 뿐만 아니라, 사정의 변경, 예컨대 연령이 높아짐에 따라 성욕이 자연스럽게 감퇴할 가능성, 형 또는 치료감호의 집행 과정에서의 적절한 치료 등으로 인하여 피치료자에게 더 이상 성도착증이나 재범의 위험성이 없는 경우도 있을 수 있는데, 이러한 경우에도 피치료자는 가해제를 청구할 수 있기 전까지 최소 6개월 동안은 약물치료를 받아야 할 의무가 있기 때문이다(통상적으로 약물치료는 1개월 정도 지속되는 효과가 있으므로 6개월 동안 피치료자는 6번 정도 약물을 주입받게 되는데, 이는 결코 적지 않은 횟수이다). 위와 같은 불필요한 기본권 침해의 가능성은 치료명령의 실제 집행 시점에서 성도착증 및 재범의 위험성의 존부에 관하여 최초 또는 2차적으로 판단하는 절차를 보완하는 것만으로도 충분히 방지할 수 있다고 할 것인데, 성충동 약물치료법에는 그러한 조치가 마련되어 있지 않다.”(대전지법 2013. 2. 8. 자 2012고합512 결정).

된다.”<sup>41)</sup>고 판시함으로써, 판결시와 보안처분의 집행시점이 다를 경우 재범의 위험성도 달라질 수 있으므로 나중에 개시되는 보안처분의 부과근거와 필요성이 추가적으로 입증되어야 함을 요구하였다.

성충동 약물치료를 부과하기 위해서는 먼저 개시된 형벌이나 치료감호의 집행기간이나 효과를 감안하여 약물치료의 집행시점에서 재범의 위험성이 개별적으로 입증되어야 한다는 대법원의 입장은 2014년 2월과 12월의 두 개 판결에서 연달아 실시되었다. 성도착증으로 인하여 성폭력범죄를 저지르고 이에 대해 무기징역과 약물치료명령이 함께 청구된 사안에서, “장기간의 형 집행이 예정된 사람의 경우에는 치료명령의 선고시점과 실제 치료명령의 집행시점 사이에 상당한 시간적 간격이 있어 성충동 호르몬 감소나 노령화 등으로 성도착증이 자연스럽게 완화되거나 치유될 가능성을 배제하기 어렵고, 앞서 본 바와 같이 피청구자의 동의 없이 강제적으로 이루어지는 치료명령 자체가 피청구자의 신체의 자유와 자기결정권에 대한 중대한 제한이 되는 사정을 감안하여 보면, 비록 피청구자가 성도착증 환자로 진단받았다고 하더라도 그러한 사정만으로 바로 피청구자에게 성폭력범죄에 대한 재범의 위험성이 있다고 단정할 것이 아니라, 치료명령의 집행시점에도 여전히 약물치료가 필요할 만큼 피청구자에게 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있고 피청구자의 동의를 대체할 수 있을 정도의 상당한 필요성이 인정되는 경우에 한하여 비로소 치료명령의 요건을 갖춘 것으로 보아야 한다.”<sup>42)</sup>고 판시하여, 성충동 약물치료명령을 선고하

41) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2012도2289 판결(“제1심에서 치료감호가 청구되지 않은 채 부착명령이 내려졌다가 원심에서 치료감호청구가 추가된 이 사건에서, 원심으로서의 치료감호 요건으로서의 재범의 위험성과는 별도로, 치료감호를 통한 치료 경과에도 불구하고 부착명령 요건으로서의 살인 범죄를 다시 범할 위험성이 인정되는지에 대하여 심리하여야 하고, 이에 필요한 객관적인 자료를 추가로 확보하고 여러 사정을 종합적으로 평가한 후에 신중하게 부착명령청구를 받아들일 것인지 여부를 판단하여야 함에도, 이에 이르지 아니한 채 위와 같은 사유만을 근거로 하여 부착명령청구를 받아들인 제1심판결을 그대로 유지하였으니, 이 부분 원심판결에는 앞서 본 부착명령청구 요건으로서의 ‘살인범죄를 다시 범할 위험성’에 관한 법리를 오해하였거나 그 판단에 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이고, 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.”).

42) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2013도12301 판결. 위 판결은 2012년 나주에서 발생한 초등학생 강간 및 살인미수 등을 저지른 고종석에게 대법원이 무기징역과 함께 신상정보 공개 및 고지 10년, 위치감시 보호관찰 30년과 함께 성충동 약물치료 5년까지 선고한 경우이다. 대법원은 판결문을 통해 무기징역형을 선고하였지만 가석방으로 출소할 경우를 가정하여 “이 사건 형기 복역 도중에 피고인의 성도착증세 등이 치료·완치되리라고 기대하기는 어려워 보이는” 등의 이유로 “성폭력범

기 위해서는 집행시점에서 재범의 위험성이 존재함을 입증해야 한다고 분명히 밝히고 있다.

재범의 위험성이 가변적일 수 있으므로 개별적으로 입증되어야 한다는 대법원의 입장은 같은 해 12월 정신성적 장애로 인하여 성폭력범죄를 저지르고 이에 대해 치료감호와 약물치료명령이 함께 청구되었으나 약물치료명령을 받아들이지 않은 판결<sup>43)</sup>에서 좀 더 구체적으로 그 이유가 드러나 있다. “치료감호와 치료명령이 함께 청구된 경우에는, 치료감호를 통한 치료에도 불구하고 치료명령의 집행시점에도 여전히 약물치료가 필요할 만큼 피청구자에게 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있고 피청구자의 동의를 대체할 수 있을 정도의 상당한 필요성이 인정되는 경우에 한하여 치료감호와 함께 치료명령을 선고할 수 있다고 보아야”함에도 불구하고, “원심이 피고인에 대한 치료명령의 근거로 삼고 있는 위와 같은 정신감정서와 청구전조사서의 기재는 그 내용에 비추어 볼 때 감정 또는 조사시점에서의 피고인의 재범 위험성 등을 평가한 것으로 보일 뿐 치료명령의 집행시점, 즉 치료감호가 종료되는 시점에서의 재범 위험성 등을 평가한 것으로 보기는 어렵다.”<sup>44)</sup>고 하여 각각의 시

죄를 다시 범할 개연성이 매우 높아 치료명령에 대한 피고인의 동의를 대체할 수 있을 정도의 고도의 필요성이 있다고 인정”된다고 보았다.

다만 이 판결은 위험성 판단시거나 입증책임에 관한 타당한 일반론을 제시하면서도 해당 사건의 적용에 있어서 이와 상충되는 결론을 내리고 있다는 점은 아쉬움이 남는다. 이 사건에서 법원이 피고인에게 무기징역을 선고했다는 것은 재사회화나 사회복귀를 원칙적으로 고려하지 않고 사회로부터 완전히 추방 또는 배제하겠다는 결단의 표현이다. 이는 ‘형 선고시점’에서 바라보았을 때 매우 장기간 동안 행해지는 교정시설에서의 처우에도 불구하고 재범의 위험성이 개선되지 않을 것이라는 확신이 담겨 있는 것이다. 하지만 본 판결에서 가정한 바와 같이 무기자유형을 선고받았더라도 최소한 20년이 경과하면 ‘행상이 양호하고 개전의 정이 현저’한 경우 가석방이 가능할 수 있는데(「형법」 제72조 제1항), 무기징역을 선고하는 시점에서 인정된 재범의 위험성을 교정시설에서 상당한 시간이 지난 뒤인 가석방 이후까지 ‘고정’시켜놓는 태도는 대법원 스스로 일반론으로 내세우고 있는 ‘가변적’ 위험성 판단과 상충되는 판시내용이라고 생각된다. 이는 법관의 머릿속에 단서범죄의 죄질과 재범의 위험성이 아직 완전히 절연되어 있지 못함을 드러내고 있는 것이다. 자신이 내세운 일반론에 부합하게 단서범죄 판결에서는 무기징역만을 선고하고 혹시 있을지 모르는 가석방 이후의 위험성에 대해서는 그 시점에서의 판단에 맡기는 것이 바람직할 것이다.

43) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2014도6930 판결.

44) 위 판결(“그럼에도 원심이 이에 이르지 아니한 채 위 정신감정서 및 청구전조사서의 기재와 피고인의 범행전력 등 그 판시와 같은 사유만을 근거로 하여 치료명령청구를 받아들이고 말았다. 이 부분 원심판결에는 앞서 본 치료명령청구 요건으로서의 ‘성폭력범죄를 다시 범할 위험성’에 관한 법리를 오해하거나 그 판단에 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.”).

점에서의 위험성이 별도로 입증되어야 할 필요가 있다고 지적하였다. 그리고 “정신성적 장애의 종류와 정도에 따라서는 치료감호소에서의 적절한 치료를 통해 그 장애가 치유되거나 개선될 가능성을 배제할 수 없으므로, 치료감호와 치료명령이 함께 청구된 경우에는 치료감호를 통해 실시할 구체적인 치료의 내용과 이를 통해 기대할 수 있는 치료 효과, 치료감호 후에도 치료명령이 필요한 이유와 치료감호 후 예상되는 치료명령의 기간 등이 중요한 고려요소가 된다”고 하여 약물치료를 부과하기 위해서는 치료감호의 효과와 그 이후에 존재할 것으로 예상되는 위험성이 추가적으로 입증되어야 하며, 이를 위해서는 “치료감호의 요건으로서의 재범의 위험성과는 별도로, 치료감호를 통한 치료의 경과에도 불구하고 치료명령의 집행시점에도 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 인정되는지에 관하여 필요한 객관적인 자료를 추가로 확보”해야 함을 분명히 요구하고 있다.

#### 나) 헌법재판소의 헌법불합치결정과 개선입법촉구

헌법재판소 역시 2015년 결정<sup>45)</sup>을 통해 성충동 약물치료명령의 선고 시점과 집행 시점의 시간적 간극으로 인하여 불필요한 치료가 이루어질 가능성을 막을 수 있는 절차가 마련되어 있지 않음에도 일률적으로 그 선고 시점에서 치료명령의 요건이 충족된다는 판단만으로 치료명령을 선고하도록 한 부분이 최소침해성 및 법익균형성이 인정되지 않는다는 이유로 위헌이라고 결정하였다.<sup>46)</sup> 다만 위헌으로 판단된 부분은 치료명령의 선고에 의하여 곧바로 현실화되는 것이 아니고 집행 시점에서 비로소 구체적으로 문제가 되며 그 집행 시점까지 개선입법을 함으로써 제거될 수 있다고 보았기 때문에 단순위헌이 아니라 헌법불합치결정을 선고하되 입법자의 개

45) 헌법재판소 2015. 12. 23. 2013헌가9.

46) 헌법재판소 위 결정(“그런데 이 사건 명령조항의 위헌성은 치료명령 청구가 이유 있다고 인정하는 때 15년의 범위에서 치료기간을 정하여 판결로 치료명령을 선고하도록 규정한 것 자체에 있는 것이 아니라, 피치료자가 치료명령의 집행 시점에서 치료감호에 의한 치료 등으로 치료의 필요성이 달라졌다고 주장하며 그 치료에 이의를 제기하는 경우 치료의 필요성에 관하여 다시 법원의 판단을 거치게 하는 등 불필요한 치료가 이루어지는 것을 막을 수 있는 절차가 마련되어 있지 않음에도, 일률적으로 그 선고 시점에서 치료명령의 요건이 충족된다고 판단하는 때에는 치료명령을 선고하도록 한 데에 있다.”)

선입법이 이루어질 때까지 계속 적용을 명하였다.<sup>47)</sup>

한편 이와 같은 헌법재판소의 개선입법촉구결정<sup>48)</sup>이 내려짐에 따라 앞으로의 개정방향과 내용을 마련하기 위해 2013년 4월 발의되어 현재 법제사법위원회에 심사가 계류 중인 ‘성충동 약물치료법 일부개정법률안’(의안번호 제1903317호)의 내용을 추가적으로 검토할 필요가 있다. 동 법률안은 “장기 수형자의 경우 장기간의 집행 과정에서의 약물치료명령의 선고 시에 보였던 성도착 증상의 유무 및 정도, 재범의 위험성에 대한 판단을 집행 종료시점에서 다시 한 번 필수적으로 거치도록 할 필요가 있<sup>49)</sup>”으므로, 이러한 문제를 해결하기 위해 “5년 이상 복역하고 형의 집행이 종료되거나 면제 또는 가석방으로 석방되는 경우 검사는 석방되기 6개월 이내(면제 또는 가석방의 경우에는 그 결정이 있는 즉시)에 재범의 위험성을 조사하여 죄를 다시 범할 위험성이 없다고 인정하는 때에는 심사위원회에 치료명령의 가해제를 신청할 수 있다. 이때 검사는 소속 검찰청 소재지 또는 신청 대상자의 주소를 관할하는 교도소의 장 또는 보호관찰소의 장에게 재범의 위험성 조사에 필요한 사항을 요청할 수 있다.”는 가해제 신청요건을 제17조 제3항에 신설해 놓고 있다. 학설의 일부에서도 위와 같은 방식으로 성충동 약물치료법에서 재범의 위험성 판단시점의 문제가 해결될 수 있다는 주장이 보인다.<sup>50)</sup>

하지만 ‘죄형법정주의의 보안처분적 요청’과 대법원과 헌법재판소의 판단취지를 종합해 보면, 위와 같은 개정안으로는 문제가 근본적으로 해결될 수 없다는 것을 알

47) 헌법재판소 위 결정(“이 사건 명령조항의 위헌적인 부분은 치료명령의 선고에 의하여 곧바로 현실화되는 것이 아니고, 집행 시점에서 비로소 구체적으로 문제가 되며, 그 집행 시점까지 개선입법을 함으로써 제거될 수 있음에도, 이 사건 명령조항에 대하여 적용 중지를 명한다면 법원이 치료명령의 선고를 할 수 없게 됨은 물론, 동시에 선고하고 있는 피고사건의 선고마저 할 수 있는지 여부에 관하여 논란을 불러일으키는 등 법적 혼란이 생길 우려가 있으므로, 이러한 법적 혼란이 생기는 것을 불식시키기 위해서는 계속 적용을 명함이 상당하다.”).

48) 헌법재판소 위 결정(“입법자는 가능한 한 빠른 시일 내에 개선입법을 해야 할 의무가 있으므로, 늦어도 2017. 12. 31.까지는 개선입법을 이행하여야 하고, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 이 사건 명령조항은 2018. 1. 1.부터 효력을 상실한다.”).

49) 제19대 국회 법제사법위원회, “성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률 일부개정법률안 검토 보고서”, 2013. 4. 2면.

50) 박찬길, “성충동 약물치료제도의 시행과 향후 과제”, 『형사정책연구』 제24권 제1호, 한국형사정책연구원, 2013/봄, 283면. 다만 5년 이상 장기 복역한 성폭력범죄자에 대해 이러한 중간심사를 ‘필수적’으로 거처야 한다고 주장하고 있다는 점 정도가 다를 뿐이다.

수 있다. 우선 동법률안이 내세우고 있는 개정필요성에 비추어 볼 때, 일괄적으로 ‘5년 이상 복역’이라는 획일적인 기준으로 제한할 이유가 없으며 그마저도 검사의 ‘임의적’ 신청으로 규정해 놓고 있다는 점에서 자신이 내세우고 있는 취지와 부합하지 않는다. 또한 사실상 재범의 위험성을 집행개시시점에 맞춰 다시 한 번 심사하도록 정해 놓았다는 점에서 두 번째 판단이 성충동 약물치료의 부과 여부를 판단하는 실질적인 절차일 수밖에 없는데도, 굳이 양형과 구별되기 어려운 첫 번째 심사를 거치도록 규정하고 있을 뿐만 아니라 가해제라는 명목으로 이를 법원이 아닌 치료감호심의위원회라는 행정기관에서 결정토록 하고 있어 사법통제원칙에서 벗어나고 있다(그 밖에 가석방자에 대한 가해제 청구의 문제점은 사후적 약물치료결정에서 후술한다). 따라서 입법자가 헌법불합치결정과 그에 따른 개선입법의무에 합치될 수 있는 개선방안을 마련하기 위해서는 위의 법률안에 만족할 것이 아니라, 형벌이나 치료감호 집행 종료시에 성충동 약물치료를 청구 및 판단하도록 하는 절차를 마련하려는 근본적인 관점의 전환이 요구된다고 하겠다.

### Ⅲ. 결정에 의한 성충동 약물치료명령과 대상자

성충동 약물치료법에서 대상자의 동의가 문제되는 또 다른 부분은 수형자에게 성충동 약물치료를 청구 및 결정할 수 있는 제22조이다. 이에 따르면 검사는 ① 성폭력범죄를 저질러 징역형 이상의 형이 확정되었으나 제8조 제1항에 따른 치료명령이 선고되지 아니한 수형자 중, ② 스스로 약물치료를 받는 것을 동의하는 사람에 대하여 전문의의 진단이나 감정 결과 성도착증 환자로 확인된 자로서, ③ 가석방 요건을 갖추었으면서도, ④ 성폭력범죄를 다시 범할 위험성도 인정되는 자에게 그의 주거지 또는 현재지를 관할하는 지방법원에 치료명령을 청구할 수 있다. 그리고 법원은 이러한 청구가 이유 있다고 인정하는 때에는 결정으로 치료명령을 고지한다(이하에서는 이러한 성충동 약물치료결정은 피고사건의 형벌과 함께 청구 및 선고받지 않고 그 이후인 수형생활 중 결정된다는 점에 착안하여 이를 ‘사후적 약물치료결정’이라 부르기로 한다).

여기에 집중적으로 제기되어 온 문제는 위와 같은 수형자의 동의가 과연 순수하게 ‘자발적’이거나 ‘진정성’이 있는지가 의문시된다는 것이다.<sup>51)</sup> 수용시설의 장은 사후적 약물치료결정이 확정된 성폭력 수형자에 대해서 가석방 적격심사를 의무적으로 신청하도록 하고 가석방심사위원회는 이를 반드시 고려하도록 규정되어 있는 탓에(법 제23조), 가석방과 연계된 사실상의 ‘강요된 동의’에 의해 운영될 수밖에 없다는 점을 지적하고 있기 때문이다. 비자발적 동의는 동의로 볼 수 없으므로 이에 따라 성충동 약물치료를 부과하는 것은 합헌이 될 수 없다는 주장은 비동의 위헌론의 연속선상에 놓여있다고 볼 수 있다. 하지만 이 글은 이와 같은 동의의 자발성 여부에 관한 문제제기에도 동의하지 않으며, 설사 아무리 진정한 동의가 있다 하더라도 현행법의 구조에 따르면 사후적 약물치료결정은 헌법에 합치될 수 없다고 생각한다. 그 이유는 다음과 같은 ‘대상자 요건’을 살펴보면 알 수 있다.

## 1. 치료명령이 선고되지 아니한 수형자

성충동 약물치료법 제22조 제1항에서 ‘치료명령이 선고되지 아니한 수형자’란 피고사건의 판결 때 치료명령이 청구되지 않은 경우는 물론이고 검사가 청구했으나 법원이 이러한 치료명령청구를 기각했던 경우도 포함된다.<sup>52)</sup> 그러나 제22조는 입법상의 오류로 인해 전자의 동의는 아무런 의미가 없게 되어 버렸다. 제22조 제2항 각호에서는 사후적 약물치료결정의 청구를 위한 절차를 시간적 순서대로 규정해 놓고 있는데, 그 내용을 보면 수형자의 2번에 걸친 동의가 모두 성도착증 확인 ‘이전’에 이루어지기 때문이다. 이를 살펴보면 교소도·구치소의 장은 가석방 요건을 갖춘 성폭력 수형자에게 약물치료의 내용, 방법, 절차, 효과, 부작용, 비용부담 등에 관하여 충분히 설명하고 동의 여부를 확인하도록 되어 있다(제22조 제2항 제1호). 그런 다음 수용시설의 장은 이러한 사실과 그 밖의 필요한 사항을 검사에게 통보하여야 하고(동법 제2호), 검사는 보호관찰소의 장에게 ‘재범의 위험성’에 관한 청구 전 조

51) 예컨대 강은영·황만정, 앞의 연구보고서, 101면; 박상열, 앞의 논문, 165면; 박봉진, 앞의 논문, 187면; 박찬걸·송주영, 앞의 논문, 242면; 이보영·홍기원, 231면; 허순철, 앞의 논문, 413면; 황성기, 141면 등.

52) 제18대 국회 법제사법위원회, “제6차 전체회의 회의록”, 8면.

사를 요청할 수 있다(동법 제3호). 그런데 이 단계까지는 성도착증을 확인하는 과정이 전혀 마련되어 있지 않으며, 검사는 대상자에게 거듭 동의를 다시 확인한 후에야 비로소 정신건강의학과 전문의의 진단이나 감정을 받아 법원에 치료명령을 청구할 수 있도록 되어 있다(동법 제5호).

결국 제22조 제2항 각호의 동의가 있다 하더라도 피고사건 판결에서 성충동 약물치료명령이 청구되지 않았던 사람에 의한 동의는 자발성 여부를 논하기 이전에 법적 요건 자체로서 이미 적합하지 않다. 위 절차에서 수용시설의 장은 성도착증인지 아직 알 수 없는 수형자에게 약물치료를 관한 동의를 받고 이를 검사에게 알리는 셈이 되며 검사 역시 동의부터 받고 나서야 수형자에게 성도착증에 관한 진단이나 감정을 받게 한다는 점에서, 성도착증이라는 청구요건이 확인되지도 않은 자에게 반복하여 동의를 받은 것에 불과하기 때문이다.<sup>53)</sup> 물론 이러한 문제점을 해결하기 위해 제22조를 수용시설의 장의 요청으로 검사가 전문의의 진단이나 감정부터 실시한 후 그 결과에 따라 성도착증이 확인된 다음에 비로소 약물치료를 대한 동의를 얻도록 개정하는 방안을 생각해 볼 수도 있을 것이다. 하지만 현행 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」(이하 ‘형집행법’) 제37조 제2항에서 “소장은 수용자의 정신질환 치료를 위하여 필요하다고 인정하면 법무부장관의 승인을 받아 치료감호시설로 이송할 수 있다.”고 규정하고 있음을 고려한다면, 피고사건에서 치료명령이 청구되지 않았으나 수형생활 중 전문의의 진단이나 감정을 통해 후발적으로 발견된 성도착증 환자에게 형의 집행 중에도 성도착증의 치료가 가능함에도 불구하고 굳이 이를 방치하거나 건너뛰면서까지 성충동 약물치료를 청구 및 부과하면서 가석방시켜야 할 실익을 인정하기 어렵다.

다음으로 피고사건 판결에서 성충동 약물치료가 청구되었으나 법원에 의해 기각된 자에 대한 사후적 약물치료결정 역시 작동할 수 없는 제도에 불과하다. 이러한 사후적 약물치료결정은 피고사건에서 이미 이유 없다고 기각되어 기판력이 발생하였음에도 불구하고 징역형 집행 중에 ‘또 다시’ 약물치료를 청구하여 부과할 수 있도록 하고 있는 것이다. 이는 법원에 의해 한 번 약물치료청구가 이유 없다고 판단

53) 시행규칙 [별지 제28호 서식] ‘약물치료 동의 확인서’나 [별지 제29호 서식] ‘성폭력 수형자의 약물치료 동의 사실 등 통보’에는 약물치료의 내용, 방법, 절차, 효과, 부작용, 비용부담에 대한 설명은 있지만, 어디에도 피치료결정 청구자가 성도착증임을 나타내는 항목 자체가 없다.



따라 제1호의 ‘가석방 요건을 갖춘’ 자는 가석방의 형식적 요건을 충족하는 수형자로서 교정성적이 우수하고 누우치는 빛이 뚜렷하여 재범의 위험성이 없다고 인정되는 ‘가석방 적격심사신청 대상자’를 의미하는 것이다(형집행법 시행규칙 제245조 제1항). 이러한 이해는 문언해석에 충실할 뿐만 아니라 성충동 약물치료법 시행령 제19조에도 부합한다. 동조에 따르면 수용시설의 장은 성폭력 수형자 가운데 가석방 적격심사신청 대상자로 선정 ‘된 사람’에게 약물치료에 관한 사항을 서면으로 제시하여 설명하고, 약물치료에 동의한 경우에는 이를 서면으로 확인하도록 하고 있기 때문이다.<sup>57)</sup> 다시 말해 재범의 위험성이 없다고 인정된 가석방 적격심사신청 대상자에게 약물치료에 관련된 내용을 설명하고 동의를 받도록 규정하고 있는 것이다.

반면 검사는 위와 같은 사람에게 거듭 동의를 받고난 후에야 전문의의 진단이나 감정을 받아 성도착증 환자로서 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정된다고 판단되면 법원에 치료명령을 청구할 수 있다. 그런데 여기서 재범의 위험성이란 “재범할 가능성만으로 부족하고 장래에 다시 성폭력범죄를 범하여 법적 평온을 깨뜨릴 만한 상당한 개연성”<sup>58)</sup>임은 이미 설명한 바와 같다. 결국 사후적 약물치료결정을 청구하기 위한 절차란 재범의 위험성이 없다고 판단된 자에게만 약물치료에 관한 동의를 받도록 하면서도 그러한 동의 후에 성도착증을 확인하면서 동일한 자에게 ‘갑자기’ 위험성을 인정한다는 것을 의미한다. 이와 같이 제22조는 수형자의 ‘동의’를 내세워 기본권 침해 문제를 피해가는 듯 보이지만, 하나의 절차에서 동일한 사람을 놓고 재범의 위험성에 대한 ‘모순된’ 평가를 동시에 요구하고 있는 입법적 오류에 불과한 것이다.<sup>59)</sup>

면. 한편 현행법은 문리해석상 ‘죄를 누우치는 마음’일 수밖에 없지만 입법론상으로는 재범의 위험성이 없을 것으로 개정되어야 한다는 견해로 오영근, 「형법총론」(제2판), 박영사, 2009, §44/32.

57) 제19조(수용시설의 장의 설명 및 동의 여부 확인) 수용시설의 장은 법 제22조 제1항에 따른 성폭력 수형자가운데 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 제121조 제1항에 따라 가석방 적격심사신청 대상자로 선정된 사람에게 법 제22조 제2항 제1호에 따라 약물치료에 관한 사항을 서면으로 제시하여 설명하고, 약물치료에 동의한 경우에는 이를 서면으로 확인하여야 한다.

58) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2013도12301, 2013전도252, 2013치도2 판결.

59) 같은 지적으로는 박상기, “소위 화학적 거세와 「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률」의 문제점”, 「형사정책연구」 제21권 제3호, 한국형사정책연구원, 2010/가을, 217면. 한편 박찬걸, 앞의 논문, 285면에서는 이러한 요건이 논리적으로 모순된다는 점을 인정하면서도 그 해결방법으로 “그 심사를 엄격하게 해야만 한다.”고 제안하고 있는데, 이러한 주장에 따라 ‘개전의 정이 현저하면

그런데 제22조로 인해 야기되는 제도적 맹점은 여기에서 그치지 않는다. 위와 같은 논리적 모순으로 점철된 검사의 청구에도 불구하고, 현행법상 법원은 자신의 법정에 올라온 수형자가 동의를 했다는 사실과 성도착증이 있다는 진단결과를 확인하고 재범의 위험성이 인정된다는 점만을 판단하므로 이에 따라 약물치료를 결정할 수 있기 때문이다(제22조 제6항). 약물치료의 청구요건상 이미 위험성이 없음이 밝혀진 자임에도 법원의 판단범위에 이와 같은 부분이 명시되어 있지 않다.<sup>60)</sup> 더 나아가 수용시설의 장은 위와 같은 약물치료결정이 ‘확정’된 자에 대해서 의무적으로 가석방 적격심사를 신청하도록 되어 있으며(법 제23조 제1항), 이 경우 가석방심사위원회는 반드시 치료명령이 결정된 사실을 고려하도록 규정하고 있다(동조 제2항). 형집행법 제121조 제2항의 심사기준<sup>61)</sup>에 정면으로 위배되는 결정이 가능하도록 성충동 약물치료법이 간접적으로 강제하고 있는 셈이다. 결국 사후적 약물치료결정과 이로 인한 가석방 절차는 재범의 위험성이 없다고 판단하여 가석방 적격심사신청 대상자로 선정된 이에게 느닷없이 재범의 위험성이 인정된다고 판단하여 성충동 약물치료를 청구 및 부과하면서 동일한 자에게 다시 위험성이 없다는 이유로 가석방을 가능하게 하고 있는 형용모순적 제도 외의 무엇일 수 없다.

서도 재범의 위험성이 있어야 한다’는 형용모순의 요건이 과연 심사의 엄격성으로 해결될 수 있는 문제인지 의문이다.

- 60) 치료명령 청구서에는 1. 치료명령 피청구자의 성명과 그 밖에 치료명령 피청구자를 특정할 수 있는 사항(주민등록번호, 주거지, 직업, 등록기준지). 2. 청구의 원인이 되는 사실. 3. 적용 법조(법 제7조 제1항), 그 밖에 1. 치료명령피청구자의 죄명. 2. 연락처. 3. 구속 여부. 4. 변호인의 성명만을 기재하도록 되어 있을 뿐이다(시행령 제4조 제2항).
- 61) 제121조(가석방 적격심사) ② 위원회는 수형자의 나이, 범죄동기, 죄명, 형기, 교정성적, 건강상태, 가석방 후의 생계능력, 생활환경, 재범의 위험성, 그 밖에 필요한 사정을 고려하여 가석방의 적격 여부를 결정한다. 한편 동법이 2007년 12월 21일 전부개정되기 전의 법률인 (구)「행형법」(2007년 12월 21일 법률 제8728호로 개정되기 전의 법률) 제51조에는 “행법 제72조 제1항의 기간을 경과한 수형자가 행형성적이 우수하고 재범의 위험성이 없다고 인정되는 때”에 가석방을 신청할 수 있도록 규정해 놓고 있었다.

## IV. 맺는 글

성충동 약물치료는 대상자의 동의가 결여되어 있기 때문이 아니라 보안처분으로서 반드시 갖춰야할 재범의 위험성 없이 부과되고 있다는 점에서 헌법적으로 정당화될 수 없다. 이러한 위헌성은 사후적 약물치료결정 역시 모순적 요건에 의해 청구 및 부과된다는 사실로 인해 동일하다. 재범의 위험성에 근거하지 않은 보안처분의 부과가 갖는 위헌성은 피치료자의 동의로 해결될 수 있는 문제가 아니기 때문에 아무리 동의를 법정요건화 한다 하더라도 극복할 수 없다. 또한 대상자의 동의는 성충동 약물치료가 형사제재인 이상 그 부과를 위한 필수적 요건이 아닐 뿐만 아니라 제도적으로 진정성이나 자발성을 담보할 수 없다는 점에서 또 다른 문제를 초래하게 된다. 그럼에도 불구하고 제도의 도입을 위한 비교법적 연구를 비롯하여 성충동 약물치료법의 제정 직전과 이후의 학계의 논의가 약물치료의 부작용 여부와 대상자의 동의에 쏠려 있었던 탓에, 그리고 특히 비동의 위헌론이 성충동 약물치료제도의 존폐론이 아닌 개정방안으로 다루어졌던 까닭에 동법의 근본적인 결함이 현출되지 못했던 것이다.

이 글이 성충동 약물치료제도가 가지고 있는 그밖의 다양한 오류와 위헌적 요소들을 제쳐두고 비동의 위헌론의 한계에 주목한 이유는 동 제도를 둘러싼 논의의 방향을 ‘보안처분으로서 성충동 약물치료가 과연 필요한가’라는 본질적인 부분으로 전환하고자 하기 때문이다. 대법원의 2014년 가변적·개별적 위험성론과 헌법재판소의 2015년 헌법불합치 결정을 통해 재범의 위험성에 대한 판단시기와 입증문제가 지적됨에 따라 이에 대한 개정법률안이 나오겠지만, 만약 이를 대상자의 동의로 해결하게 될 경우 성충동 약물치료제도의 존속을 전제로 한 체제내적인 개정안으로서의 한계를 벗어날 수 없다. 재범의 위험성 심사시기의 문제를 해결하기 위해 앞으로 성충동 약물치료는 상당 부분 치료감호로 대체되거나 형벌이나 치료감호 집행 종료 후에 그 부과여부를 심사할 수밖에 없게 된 만큼, 차제에 부분적인 수정에 그칠 것이 아니라 동 제도가 독자적인 보안처분으로 운영될 필요가 인정될 만큼의 규범적인 존립기반이나 합목적성을 갖고 있는지에 대한 근본적이고 건설적인 논쟁이 활발해지기를 바란다.

## 참고문헌

- 강우예·박학모, 「형사법개정연구(IV): 보안처분제도의 정비방안」, 한국형사정책연구원, 2009.
- 강은영·황만성, 「상습적 성폭력범죄자 거세법에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 2010.
- 권영성, 「헌법학원론」(신판), 법문사, 1997.
- 김성돈, 「형법총론」(제4판), 성균관대학교 출판부, 2015.
- 김일수·서보학, 「형법총론」(제11판), 박영사, 2008.
- 배종대, 「형법총론」(제9개정판), 홍문사, 2008.
- 손동권, 「형법총론」(제2개정판), 율곡출판사, 2005.
- 오영근, 「형법총론」(제2판), 박영사, 2009.
- 이재상, 「형법총론」(제6판), 박영사, 2008.
- 임 용, 「형법총론」(제5정판), 법문사, 2013.
- 정성근·박광민, 「형법총론」(제5판), 삼영사, 2011.
- 정중섭, 「헌법학원론」(제4판), 박영사, 2009.
- 한수용, 「헌법학」(제5판), 법문사, 2015.
- 
- 김희균, “상습적 아동 성폭력범에 대한 화학적 거세 도입 가능성에 대한 연구”, 「형사법연구」 제21권 제4호, 한국형사법학회, 2009.
- 박봉진, “성폭력범죄자의 성충동약물치료에 관한 법률의 헌법적·형사정책적 검토”, 「법학연구」 제47집, 한국법학회, 2012.
- 박상기, “소위 화학적 거세와 「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률」의 문제점”, 「형사정책연구」 제21권 제3호, 한국형사정책연구원, 2010/가을.
- 박찬걸·송주영, “성충동 약물치료제도 도입의 문제점과 개선방안”, 「형사정책」 제23권 제1호, 한국형사정책학회, 2011.
- 박찬걸, “성충동 약물치료제도의 시행과 향후 과제”, 「형사정책연구」 제24권 제1호, 한국형사정책연구원, 2013/봄.

- 선종수, “성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률에 대한 비판적 검토”, 『법학논총』 제23권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2011.
- 설민수, “아동 대상 성폭력범죄자에 대한 성충동약물치료의 실효성과 합헌성, 그리고 그 한계”, 『법조』 제59권 제1호, 법조협회, 2010.
- 신동일, “성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률의 평가”, 『형사정책』 제23권 제1호, 한국형사정책학회, 2011.
- 오삼광, “성충동 약물치료제도의 발전방안에 관한 연구”, 『일감법학』 제21호, 건국대학교 법학연구소, 2012.
- 오영근, “2011년 형법개정법률안의 보호수용처분의 문제점”, 『교정연구』 제59호, 한국교정학회, 2013.
- 이보영·홍기원, “성폭력범죄자의 성충동약물 치료에 관한 법률의 정당성 및 실효성 검토”, 『외법논집』 제35권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011.
- 이상경, “성폭력범죄자에 대한 성충동 약물치료처분의 헌법적 조명”, 『헌법판례연구』 제11호, 한국헌법판례연구회, 2010.
- 이준일, “보안처분의 확대를 통한 형벌의 강화와 범죄에 대한 국가책임의 회피”, 『헌법학연구』 제21권 제3호, 한국헌법학회, 2015.
- 이현정·박병주, “재범방지대책에 대한 비판적 검토—성폭력범죄를 중심으로—”, 『한국경찰학회보』 제34권, 한국경찰학회, 2012.
- 이호중, “아동성폭력 재범방지정책의 인권법적 쟁점”, 『아동성폭력 재범방지정책과 인권토론회 자료집』, 국가인권위원회 인권정책과, 2010. 7.
- 이희경, “‘화학적 거세’에 관한 쟁점과 논의”, 『보호관찰』 제12권 제1호, 한국보호관찰학회, 2012.
- 허경미, “성범죄자에 대한 약물치료명령에 관한 연구”, 『교정연구』 제49호, 한국교정학회, 2010.
- 허순철, “성충동 약물치료의 헌법적 쟁점”, 『토지공법연구』 제57집, 한국토지공법학회, 2012.
- 황성기, “상습적 성범죄 예방수단으로서의 거세에 관한 헌법적 고찰”, 『공법학연구』 제9권 제3호, 한국비교공법학회, 2008.

황일호, “성충동 약물치료의 재범억지 효과성에 관한 연구”, 「교정연구」 제56호, 한국교정학회, 2012.

Frisch, Wolfgang, “Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im Strafrechtlichen Rechtsfolgensystem”, 「Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft」 Vol. 102. Issue. 2, Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH., 1990.

국가인권위원회, “「치료감호법 일부개정법률안」에 대한 의견표명”, 2008. 4. 14.

국가인권위원회, “「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률」 개정 권고”, 2011. 2. 18.

법무연수원, 「범죄백서」, 2012.

제17대 국회 법제사법위원회, “치료감호법 일부개정법률안 심사보고서”, 2008. 5.

제18대 국회 법제사법위원회, “상습적 아동 성폭력범의 예방 및 치료에 관한 법률안 심사보고서”, 2010. 6. 29.

제18대 국회 법제사법위원회, “제291회 제3차 법안심사 제1소위원회 회의록”, 국회 사무처, 2010. 6. 29.

제18대 국회 법제사법위원회, “제291회 제6차 전체회의 회의록”, 국회사무처, 2010. 6. 29.

제19대 국회 법제사법위원회, “성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률 일부 개정법률안 검토보고서”, 2013. 4,

Verfassungswidrigkeit der medikamentösen Behandlung  
gegen die geschlechtstreibenden Sexualdeliktes :  
Ist medikamentöse Kastration verfassungsmässig  
durch Einwilligung

Jeong Ji-hoon\*

Das Gesetz der medikamentösen Behandlung gegen die geschlechtstreibenden Sexualdeliktes ist eine der Maßregeln der Besserung und Sicherung, die auf Grund der Wiederholungsgefahr des Täters zu treffen ist. Im Vordergrund steht bisher das Vorhandensein der Einwilligung oder Eigenwilligkeit des Betroffenen. Trotz der neu einzuführenden “Einwilligung auf deren Behandlung” besteht das Problem auf der verfassungsrechtlichen Ebene weiterhin.

Nicht auf das Vorhandensein der Einwilligung des Betroffenen, sondern vielmehr auf den Zeitpunkt der Beurteilung der Wiederholungsgefahr kommt es an, woraus sich das wesentliche Verfassungswidrigkeit ergibt.

Die gängigen Maßregeln der Besserung und Sicherung sind nicht auf Grund der materialen Wiederholungsgefahr zu beurteilen und zugleich mit der Verurteilung der Strafe vor dem irgendwann mal zu beginnenden Zeitpunkt der Beurteilung der Wiederholungsgefahr im voraus zu verurteilen. Dies verstößt gegen das Übermaßverbot.

Auch medikamentöse Behandlung gegen die geschlechtstreibenden Sexualdeliktes trotz der Einwilligung des Betroffenen ist hinsichtlich der widersprüchlichen Forderungsmerkmale verfassungsrechtlich nicht erlaubt.

---

\* Seniorforscher, juristisches Institut der Universität SungKyunKwan, Dr. jur.

❖ Keyword: Maßregeln der Besserung und Sicherung, Medikamentöse Kastration, Wiederholungsgefahr, Übermaßverbot

투고일 : 2월 29일 / 심사일 : 3월 18일 / 게재확정일 : 3월 18일

## 개발위험의 항변과 형법적 제조물책임 : 가습기 살균제 등 대량생산되어 사용되는 일상생활용품의 사례를 중심으로\*

김 호 기\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

대량생산되어 소비되는 일상생활용품에 결함이 있으나 제품 제조 당시에는 과학기술수준의 한계로 인하여 결함 여부를 인식할 수 없었던 경우, 설령 그것이 법익침해의 결과로 이어진다고 하여도 제조자를 작위범으로 형사처벌할 수는 없다. 이때에는 제조자에게 어떠한 주의의무 위반을 인정할 수는 없기 때문이다. 그러나 이와 같은 사례에서 제조자에게 그러한 결함이 현실화되어 법익침해의 결과가 발생하지 않도록 적극적으로 작위로 나아가야 할 형법적 의무를 부과할 것인지의 여부는 전혀 다른 문제로서 별도로 검토하여야 한다.

지금까지는 제조자에 대하여 형법적 제조물책임을 인정하는 근거로서 선행행위 이론과 거래안 전의무 이론이 주로 제시되어 왔다. 그런데 이 글에서 논의하는 사례, 즉 제조자에게 개발위험의 항변이 인정되는 사례에서는 우리나라의 제조물책임법이 형법적 작위위무의 발생근거가 된다고 보는 것이 타당할 것이다. 제조물책임법 제4조 제3항은 제조자에게 제품을 제조, 판매한 이후에도 제품의 결함 여부를 지속적으로 감시하고 결함이 있음을 알게 된 경우 그것으로 인하여 손해가 발생하지 않도록 적절한 조치를 취할 의무, 즉 제조물계속감시위무를 부과하고 있다. 그런데 제조물계속감시위무가 제조물책임법에 규정되어 있기는 하지만, 그것이 소비자의 법익보호를 위하여 매우 중요한 의미를 지니고 있음을 고려한다면 이를 형법적 작위위무로 보는 것이 타당할 것이다. 다만 민사법적인 관점에서 논의되는 제조물계속감시위무의 내용이 곧 형법적 제조물계속 감시위무의 내용으로 인정받을 수는 없다는 점에 유의할 필요가 있을 것이다. 민사법적 제조물계속 감시위무의 내용으로 논의되는 것 중에서 어느 것을 형법적 의무로 인정할 것인가의 문제는 자유주의적 법익보호 원칙이나 형법의 최후수단성 원칙 등을 고려하여 개별적으로 검토해야 하는 것이다.

❖ 주제어: 개발위험, 형법적 제조물책임, 가축분무기 판결, 제조물계속감시위무

\* 논문심사를 통하여 다양한 개선점을 지적하여 주신 심사자 분들께 감사드립니다.

\*\* 부교수, 서울시립대학교 법학전문대학원

## I. 서론

대량생산과 대량소비가 일상화된 오늘날의 산업사회에서는 제품에 결함이 존재하고 이로 인하여 불특정 다수의 소비자들에게 법익침해의 결과가 발생할 가능성이 증가하고 있다. 그런데 국가기관이나 생산, 유통, 소비에 관여하는 자가 노력한다고 하여도 이러한 유형의 법익침해 내지 그 가능성을 완전히 예방하는 것은 불가능하다. 예컨대 일상생활용품은 대부분 표준화되고 규격화되어 기계화된 생산 시스템에 의하여 제조되고 있기에 일정한 수준 이상의 품질을 유지하고 있는 것이 일반적이지만, 생산공정이 언제나 100% 완벽하게 작동할 것을 기대할 수는 없으며 극소수 일지라도 결함 있는 제품이 제조될 가능성은 언제나 존재한다. 나아가 제조 당시의 과학기술 수준의 한계로 인하여 제품의 결함 내지 위해성을 사전에 인식할 수 없었던 경우도 존재할 수 있다. 제조자는 시장에서 경쟁우위를 확보하기 위하여 끊임없이 혁신을 추구하게 되며, 이 과정에서 새로운 기술, 새로운 원료를 사용하여 제조한 제품을 시장에 지속적으로 공급하게 된다. 그런데 제조 당시 제품의 위해성 여부를 판단하기에 충분한 정도로 과학지식이 축적되어 있지 않다면 – 제조자가 자신에게 부과된 모든 주의의무를 충실히 이행한다고 하여도 – 사전에 제품의 위해성을 알아내는 것은 사실상 불가능한 것이다.

민사법 영역에서는 특히 후자의 사유로 인하여 결함이 있는 제품이 제조, 유통될 위험을 개발위험으로 지칭하고 있다. 그리고 개발위험이 현실화되어 손해가 발생하는 경우 제조자가 그것에 대하여 배상책임을 부담하여야 하는가에 대하여서는 견해가 나뉘고 있으나, 다수의 국가에서는 이른바 개발위험의 항변을 인정하여 제조자의 책임을 면제해 주고 있다.<sup>1)</sup> 우리나라 제조물책임법도 제4조 제1항 제2호에서 “제조업자가 해당 제조물을 공급한 당시의 과학·기술 수준으로는 결함의 존재를 발견할 수 없었다는 사실”을 입증하는 경우 손해배상책임을 부담하지 않도록 규정함으로써 제조자에 대하여 개발위험의 항변을 인정하고 있다.

민사상 손해배상책임의 인정 여부와는 별개의 문제로서 개발위험이 현실화되어

1) 개발위험의 항변에 대한 세계 각국의 입법례에 대하여서는 최동식, “製造物責任法上 缺陷 概念과 開發危險의 抗辯”, *한양법학* 14, 2003. 12, 143 이하 참조

법익침해의 결과가 발생한 경우 제조자에게 어떠한 형사책임을 부담시킬 수 있는지의 여부가 문제될 수 있다. 일단 이와 같은 유형의 사례에서 제조자에게 작위범으로서의 형사책임을 부담시킬 수는 없다는 점은 명백하다. 제조자가 고의, 과실과 같은 귀책사유에 기초하여 제품의 결함을 야기한 것으로 볼 수는 없기 때문이다. 따라서 이러한 유형의 사례에서는 제조자에 대하여 당해 제품의 결함으로 인하여 법익침해의 결과가 발생하지 않도록 조치를 취하여야 하는 적극적 작위의무가 인정되는지의 여부가 주된 논의대상이 된다.

종래 이 문제는 우리나라에서는 물론 독일에서도 형법적 제조물책임이라는 제목 하에 논의가 진행되고 있어왔다. 아래에서는 먼저 우리나라와 독일에서 진행된 기존의 논의를 간략히 검토하고, 민사법의 제조물책임 영역에서 인정되고 있는 개발위험의 항변과 관련된 논의가 제조자에 대한 형법적 작위의무 인정 여부와 관련하여 어떠한 의미를 갖고 있는지를 살펴본 후, 제품의 위해성이 사후적으로 밝혀진 경우 제조자에 대하여 형법적 결과발생 방지의무를 인정할 수 있는가의 여부, 제조자에게 부과되는 형법적 작위의무의 내용, 이러한 의무를 이행할 책임을 부담하는 주체 등과 관련된 문제들을 차례로 검토해보려고 한다.

## II. 제조자의 형법적 결과발생 방지의무 인정 여부에 대한 기존의 논의

### 1. 제품의 결함으로 야기된 법익침해에 대한 제조자의 책임과 개발위험의 항변

제조자가 주의의무를 충실히 이행하지 아니하여 결함 있는 제품이 생산, 유통되고 이로 인하여 소비자 기타 사회구성원의 법익이 침해된 때에는 제조자는 당연히 그에 대한 형사책임을 부담하여야 한다. 그런데 제조자가 고의로 결함 있는 제품을 생산하여 유통시키는 경우는 거의 존재하지 아니할 것이어서 형법적 제조물책임은 대부분의 경우 과실범의 성부와 관련하여 논의가 진행될 것이며, 주의의무 위반 여

부에 대한 심사가 제조자의 형사책임 여부를 검토하는 출발점이 될 것이다.

제조자가 그에게 부과된 주의의무를 올바르게 이행하였는지를 판단함에 있어서는 제조 당시의 과학기술지식이 판단의 준거가 될 것이다. 그런데 제조 시점의 과학기술 수준의 한계로 인하여 제조자가 제품의 위해성 여부를 알아낼 수 없었던 경우도 존재할 수 있을 것이다. 일반적인 관점에서 살펴본다면 이러한 유형의 제품의 결함으로 인하여 야기된 법익침해의 결과에 대하여 제조자가 당연히 책임을 부담하여야 하는 것은 결코 아니다. 이때에는 과실책임주의와 무과실책임주의 중에서 어느 것을 따르는가에 따라 제조자의 책임 인정 여부가 다르게 된다. 과실책임원칙에 기초하여 제조자의 책임 인정 여부를 검토하게 된다면 제조 당시 과학기술지식의 한계로 인하여 제품의 결함을 인식하거나 예견하는 것이 사실상 불가능하였던 사안에서는 제조자에게 책임을 부담시킬 수 없게 될 것이다. 그러나 이와는 달리 무과실책임주의에 의하는 때에는 제품의 사용과 손해의 발생 사이에 사실적 인과관계가 존재하는 이상 제조자에게 책임을 인정할 수 있게 된다. 다만 이때에도 정책적으로 제조자에게 개발위험의 항변을 인정함으로써 손해배상책임을 면제하여 주는 것도 가능하다.<sup>2)</sup> 장기적으로 사회 전체의 편익을 증대시키기 위하여서는 지속적으로 기술혁신이 이루어져야 하는데, 이를 보장하기 위한 정책적 수단으로서 제조자에게 개발위험의 항변을 인정하여야 한다는 주장이 제기될 수도 있으며, 소비자 보호의 필요성을 강조하여 개발위험이 현실화된 경우에도 제조자에게 그에 대한 책임을 부담시키는 것이 타당하다는 주장이 제기될 수도 있는데, 어느 주장을 택하는가에 따라 개발위험의 항변 인정 여부가 갈리게 될 것이다.<sup>3)</sup>

전통적인 책임주의 원칙이 널리 받아들여지고 있는 형법학에서는 개발위험의 항변이 인정되는 사례에서는 제조자에 대하여 작위범으로서의 형사책임을 인정할 수는 없다고 보게 될 것이다. 전통적인 책임주의 원칙에 의한다면 – 우리 헌법재판소의 판시<sup>4)</sup>에서도 나타난 바와 같이 – 형벌을 부과하기 위하여서는 행위자에 대한

2) 권오승 등, 제조물책임법, 법문사, 2003, 206

3) David G Owen, John E Montgomery, Mary J Davis, Products Liability and Safety: Cases and Materials, Foundation Press, 6th edition, 2010, 444 이하 참조. 개발위험의 항변은 영미권 국가에서는 기술수준의 항변(the state of the art defense)로 지칭되고 있다.

4) 헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌가14 전원재판부 결정

비난가능성이 인정되어야만 하는데, 고의, 과실 등의 귀책사유 없이 행위한 경우에는 설령 사후적으로 보아 당해 행위로 인하여 위험이 창출된 것으로 판단된다고 하여도 행위자에 대한 비난가능성이 인정되지 않기 때문이다. 그러나 이때에도 제조자에 대하여 작위범이 아니라 (부진정)부작위범이 성립가능한지의 여부, 즉 제조자에게 사후적으로 밝혀진 제품의 결함으로 인하여 법익침해가 발생하지 않도록 할 형법적 결과발생 방지의무를 긍정할 것인지의 여부는 별도로 논의하여야 할 것이다. 이 문제는 특히 독일의 가족분무기 사건(Lederspray Fall)을 중심으로 하여 많은 논의가 이루어진 바 있다.

## 2. 제조자에 대한 형법적 작위의무의 인정근거에 관한 이론

### 가. 선행행위 이론

독일에서는 오래 전부터 일정한 요건을 갖춘 선행행위로부터 형법적 작위의무가 발생하게 된다고 보아왔는데, 이러한 연장선상에서 제품의 제조자에 대하여서는 결함 있는 제품을 제조, 유통하는 행위에 근거하여 형법적 결과발생 방지의무를 인정할 수 있다고 보는 견해도 주장되고 있다. 예컨대 가족분무기 사건에서 독일 연방대법원은 사용자의 생명, 신체 등을 침해할 수 있는 위험한 제품을 제조하여 시장에 공급하는 행위는 객관적 주의의무에 위반하는 행위에 해당하는데, 이러한 객관적 주의의무 위반행위에 근거하여 제조자에게 형법적 작위의무가 발생하게 된다고 판시하였다.<sup>5)</sup>

이 판결에서 독일 연방대법원은 제품의 위해성이 사후적으로 밝혀진 경우에도 당해 제품의 제조행위가 객관적 주의의무에 위반하는 행위에 해당한다고 판시함으로써 객관적 주의의무 위반 여부를 판단함에 있어서 행위시점이 아니라 판단시점이 기준이 되어야 한다고 보았다. 그런데 이러한 독일 연방대법원의 판시는 종래 객관적 주의의무 위반 여부를 이른바 객관적 사후예측의 방법에 따라 행위 당시를 기준으로 판단하여야 한다고 보아 왔던 것과는 전혀 다른 것이어서 다수의 학자로부터

5) BGH NJW 1990, 2560, 2563; 우리나라에서 독일 연방대법원 판시에 찬성하는 견해는 하태훈, “缺陷製造物로 인한 법익침해와 그 형사책임”, 형사법연구 제17호, 2002, 204

비판을 받게 되었다.<sup>6)</sup>

종래 객관적 사후예측의 방법에 의하여 주의의무 위반 여부를 판단함에 있어서 행위 시점이 기준이 되어야 한다고 보아왔던 것은 형법의 동기부여적 기능을 고려한 것이다.<sup>7)</sup> 행위자가 행위 당시 자신의 행위로 인하여 법적으로 허용되지 아니한 위험이 창출된다는 점을 인식하거나 예견할 수 있었음에도 불구하고 충분한 주의를 기울이지 아니하고 행위로 나아간 경우에만 비로소 형법의 동기부여적 기능이 실패하였다고 볼 수 있기 때문이다. 이와 같이 본다면 객관적 주의의무 위반 여부를 사후적으로 판단한 독일 연방대법원의 판시는 형법의 행위규범성을 무시하고 단순히 제조행위와 법익침해의 결과 사이의 사실적 인과관계 존부 여부에 따라 당해 행위가 형법적으로도 유의미한 행위인지의 여부를 판단하려는 것으로서 타당하다고 할 수 없는 것이다.<sup>8)</sup>

독일 연방대법원의 판시와는 달리 주의의무 위반 여부를 심사할 필요도 없이 결함 있는 제품의 제조 및 유통행위를 형법적인 작위의무를 발생시키는 선행행위로 볼 수 있다는 견해도 주장되고 있다. 제품의 제조행위는 일상생활에서 발생하는 것보다 더 높은 위험을 수반하는 행위에 해당하며, 이러한 행위는 설령 그것이 허용된 위험을 창출하는 데에 그치는 경우에도 형법적 작위의무의 발생근거가 될 수 있다는 주장인데<sup>9)</sup>, 이러한 주장의 이론적 근거로서는 상이한 논거가 제시되고 있다.

형평의 관점을 강조하는 견해도 주장된다. 가중된 위험을 발생시키는 행위를 통

6) Walter Stree, in: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage, 2006, 13/34 이하; Thomas Weigend, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Auflage, 2006, 13/46 등. 다만 가족분부기 사건에서 선행행위에 의한 작위의무 발생을 부정하는 학자들은 대부분 후술하는 거래안전의무로부터 작위의무를 도출하려고 하고 있다.

7) 객관적 사후예측에 대한 상세한 설명은 Frank Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, 52 이하 참조

8) Bernd Schönemann, "Unternehmenskriminalität", in: Canaris u. a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof-Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, München, 2000, 638 참조; 독일 연방대법원도 여타의 판결에서는 사회에서 통상 행하여지고 있고 일반 사회구성원에 의하여 승인된 행위유형으로부터는 형법적 결과발생 방지의무가 발생하지 아니한다고 판시하고 있어왔다. 예를 들어 BGHSt 19, 152 이하 참조.

9) Lothar Kuhlen, "Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte-Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6. 7. 1990~2 StR 549/89", NStZ (Neue Zeitschrift für Strafrecht), 1990, 569 이하

하여 이익을 얻는 자는 그에 상응하는 반대급부도 이행할 준비가 되어있어야 하는 바 제품의 제조 내지 유통 당시 제품의 위험성을 인식하는 것이 가능하였는데에 관계없이 언제나 제조자에 대하여 결과발생의 방지의무를 부담시키는 것이 타당하다는 주장<sup>10)</sup>, 자신의 활동영역을 확장하는 자는 그것으로부터 야기되는 위험에 대하여서도 책임을 부담하도록 하는 것이 타당하다는 주장<sup>11)</sup> 등이 그 예에 해당한다. 가중된 위험을 창출하는 선행행위로부터 형법적 작위의무가 발생할 수 있음을 인정하면서도, 그 근거를 설명함에 있어서는 제조자와 소비자 사이의 위험의 적정한 분배라는 관점이나 후술하는 거래안전의무 이론의 관점을 동시에 제시하는 견해도 주장되고 있다. 위해한 제조물로 인하여 발생하는 위험에 대하여서는 사회구성원 개개인이 스스로 적절히 대응할 수 있지 아니하므로 위험창출자인 제조자에게 그로 인하여 결과가 발생하는 것을 방지할 의무를 부담시켜야 한다는 것이다.<sup>12)</sup> “특정의 생활영역에서는 합법적 선행행위라도 형법적으로 중요한 행위의무의 근거가 될 수 있다는 점을 승인”해야만 한다는 주장도 근본적으로 위에서 제시한 견해들과 동일한 입장에 해당하는 것으로 볼 수 있을 것이다.<sup>13)</sup>

#### 나. 거래안전의무 이론

가죽분무기 사건에 대한 원심판결에서는 선행행위 이론이 아니라 독일 민법의 불법행위법 해석론으로 발전하여 온 거래의무(Verkehrspflicht), 그 중에서도 특히 거래안전의무(Verkehrssicherungspflicht)에 기초하여 제조자에게 형법적 작위의무가 인정되는 것으로 보아야 한다고 판시하였는데, 오늘날에는 이러한 입장을 지지하는 학자들이 다수의 지위를 차지하고 있는 것으로 보인다.<sup>14)</sup>

10) Georg Freund, in: Münchner-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, 13/113 이하

11) Otfried Ranft, “Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten, Teil 1”, Juristen Zeitung, 42. Jahrg., Nr. 18 (18. September 1987), 864

12) Bernd-Dieter Meier, “Verbraucherschutz durch Strafrecht?—Überlegungen zur strafrechtlichen Produkthaftung nach der Lederspray Entscheidung des BGH”, NJW (Neue Juristische Wochenschrift), 1992, 3196

13) 조병선, “企業刑事責任에 대한 比較法的 연구—특히 監督責任에 관한 독일과 일본의 관례에 대한 비교연구—”, 법학논집(청주대학교 법학연구소) 제21권, 2004, 145

14) 원심판결의 판시에 대하여서는 BGH NJW 1990, 2560, 2562 이하 참조. 민법적 거래안전의무로부

거래의무는 독일 민법 제823조 불법행위 규정을 해석, 적용하는 과정에서 오랜 기간 독일의 판례와 학설을 통하여 발전하여 온 것으로서 모든 사회구성원이 작위 또는 부작위로 나아감에 있어서 준수하여야 하는 주의의무를 의미한다.<sup>15)</sup> 그리고 거래의무의 구체적인 내용으로서의 거래안전의무는 위험원 내지 자신의 관리하는 영역을 적절히 관리하여야 할 주의의무로서 자신이 위험창출 주체인지의 여부 내지 위험창출 과정에서의 귀책사유 유무와 무관하게 타인에 대하여 어떠한 형태의 위험도 창출하지 않아야 할 의무를 의미한다.<sup>16)</sup> 독일 민법학에서는 기계설비나 건조물, 시설물 등을 적절히 관리할 책임이 있는 자는 물론 제품을 생산하여 유통시킨 자는 기계설비, 건조물, 제품 등의 결함이 자신의 귀책사유에 기하여 야기된 것인지를 묻지 아니하고 그로 인하여 타인에게 손해가 발생하지 않도록 할 의무, 즉 거래안전의무를 부담한다고 설명하고 있다.<sup>17)</sup> 독일 형법학에서도 이와 같은 독일 민법학의 거래안전의무 이론을 받아들여 제조기업을 동물, 건조물, 시설물 등과 동일하게 위험원으로 파악하고, 그것을 지배하는 지위에 있는 자에 대하여 제3자에게 법익침해가 발생하지 않도록 할 의무, 즉 위험원 감시의무가 부과된다고 설명하고 있다.<sup>18)</sup> 가축분부기 판결의 하급심 판결이나 거래안전의무를 제조자에 대한 형법적 작위의무의 발생근거로 보는 학자들의 주장은 이러한 독일 민법학이나 형법학의 이론에 근거한 것으로 볼 수 있을 것이다.

거래안전의무에 주목하면서도 제품의 결함으로 인하여 법익침해가 발생하는 과

---

터 제조자에게 형법적 작위의무가 발생한다고 주장하는 문헌은 예를 들어 Harro Otto, “Die strafrechtliche Verantwortung für die Verletzung von Sicherungspflichten in Unternehmen”, in: Andreas Hoyer u. a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Heidelberg, 2006, 341 및 그곳에 인용된 다수의 문헌 참조.

15) Gerhard Wagner, in: Münchener-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht, Besonderer Teil III, 6. Auflage, 2013, 823/48 내지 823/297 이하

16) Gerhard Wagner, 각주 15의 주석서, 823/320 이하

17) Gerhard Wagner, 각주 15의 주석서, 823/321 이하

18) 위험원 감시의무를 설명함에 있어서 독일 민법 해석론으로 발전하여 온 거래안전의무가 그 기초가 된다는 점을 명시하는 문헌으로는 예를 들어 Wolfgang Wohlers, in: Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Auflage, 2010, 13/46 참조. 독일 형법학의 보증인지위의 발생근거에 관한 이론체계는 오래 전부터 독일 민법의 거래안전의무 이론으로부터 중대한 영향을 받고 있어왔다. 이에 대한 보다 상세한 설명은 Bernd Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre, Göttingen 1971, 281 이하 참조.

정에 대한 지배구조의 특수성을 강조하는 견해도 주장된다. 제조자는 어떠한 원료를 사용하여 어떠한 방법으로 상품을 제조할 것인가의 여부를 자유롭게 결정할 수 있으며, 소비자가 이에 대하여 어떠한 영향력을 행사할 가능성은 사실상 존재하지 않는다. 이러한 측면에서 본다면 시설이나 건조물 등을 독점적으로 관리하면서 사실상 지배하는 자와 제품의 제조자의 지위가 서로 다르지 않다. 따라서 시설이나 건조물 등의 관리자에게 결과발생 방지의무를 부담시키는 것과 마찬가지로 제품의 제조자에 대하여서도 형법적 작위의무를 인정하여야 하고, 제품에 법익침해의 위험성이 있음이 밝혀지게 되면 즉시 소비자에게 이러한 사실을 알리고 당해 상품을 회수할 의무가 있다고 보아야 한다는 것이다.<sup>19)</sup> 소비자의 제조자에 대한 신뢰의 측면을 강조하는 견해도 주장된다. 생산자와 제품사용자 사이에 존재하는 사회적 관련성은 중대한 정도로 비대칭적이고, 생산자와 사용자의 관계에서 보면 생산자는 제품의 안전성을 보증하여야 하고 사용자는 그것을 신뢰할 수밖에 없음을 고려한다면, 제품의 결함이 알려지고 난 이후부터 신뢰의 원칙에 기초한 제품사용자에 대한 배려라는 생산자의 거래안전의무에 의하여 보증인지위가 존재하는 것으로 보아야 한다는 것이다.<sup>20)</sup>

### 3. 제조자에 대한 형법적 작위의무의 인정근거에 관한 이론의 검토

가죽분무기 사건에서 독일 연방대법원이 사후적으로 위해성이 밝혀진 경우 제품의 제조행위를 객관적 주의의무 위반행위로 보아 그로부터 형법적 작위의무가 발생한다고 판시한 것은 이미 살펴본 바와 같이 행위규범으로서의 형법규범의 성질을 충분히 고려하지 않은 것이어서 타당하다고 할 수 없을 것이다. 나아가 가중된 위험을 발생시키는 행위를 독자적 카테고리 설정하고 그것으로부터 형법적 결과발생 방지의무를 도출하려는 입장도 적절하지 아니한 것으로 생각된다. 법적으로 허용된 위험을 정상적인 위험과 가중된 위험으로 나누어야 하는 이론적 근거는 물론 양자 사이의 적절한 구별기준도 전혀 제시되지 않고 있기 때문이다.<sup>21)</sup> 형평의 관점에 기

19) Tomas Weigend, 각주 6의 주석서, 13/53

20) 전지연, 제조물의 하자에 의한 형사법상 책임에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1997, 121 이하 및 138 이하 참조.

초하여 결합 있는 제품의 제조행위를 형법적 작위의무의 발생근거가 되는 선행행위로 보아야 한다는 주장 역시 자유주의적 형법관에 비추어 타당성을 인정받기 힘들 것이다. 형법은 사회적으로 유해한 행위를 금지함으로써 법익을 보호하고 개인의 자유와 권리를 최대한 보장하기 위한 소극적 목적으로만 사용될 수 있을 뿐이며, 형평이나 공평의 이념을 실현하기 위한 도구로 사용할 수는 없다고 보아야 하기 때문이다. 소비자 보호의 필요성이라는 논거는 다른 논거와 결합하지 아니하는 이상 그 자체만으로는 단지 부분적으로만 그 타당성을 인정받을 수 있을 것이다. 피해자 보호의 필요성만을 강조하게 된다면 법익을 효과적으로 보호할 수 있는 지위에 있는 자 모두에 대하여 형법적 작위의무를 긍정하여야 할 것인데, 이것은 독일 형법 제 323조의c에 규정된 것과 같은 일반적 구조의무의 근거가 될 수는 있을 것이지만 지금 문제되고 있는 사례에서와 같이 특히 제조자에게 결과발생 방지의무를 부담시켜야 하는 이유를 설명하기에는 부족하기 때문이다.

선행행위 이론의 보다 근원적인 문제점은 그것이 개발위험의 항변을 인정하고 있는 우리나라의 제조물책임법의 취지에 반하는 결과를 가져오게 된다는 데에 있다. 제조물책임법은 무과실원칙에 입각하여 제조자에게 제조물의 결함으로 인하여 야기된 손해에 대한 배상책임을 부담하도록 하고 있다. 그런데 제조 당시의 과학기술로는 발견해내는 것이 불가능하였던 제품의 결함에 대하여서까지 언제나 제조자가 손해배상책임을 부담하게 된다면 이것은 곧 연구개발과 기술혁신을 저해하는 요소로 작용하여 사회전체적인 관점에서 바람직하지 않은 결과를 야기하게 될 것이다.<sup>22)</sup> 이러한 사정을 고려하여 제조물책임법 제4조 제1항은 제조자는 “해당 제조물을 공급한 당시의 과학·기술 수준으로는 결함의 존재를 발견할 수 없었다는 사실”을 입증함으로써 법률이 정하는 손해배상책임을 면할 수 있다고 규정하여 제조자에게 개발위험의 항변을 인정하고 있다. 법질서의 통일적인 해석의 필요성에 비추어 볼 때 제조자에게 개발위험의 항변이 인정되는 때에는 당해 행위를 기초로 하여서는 민사상 손해배상책임은 물론 형사책임도 부담시킬 수 없다고 보아야 할 것이다. 이와 같이 보지 않는다면 개발위험의 항변 사유가 존재하는 경우 제조자는 제조행위에 근

21) Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, C. H. Beck, München 2003, 32/202 이하

22) 권오승 등, 각주 2의 책, 207 이하

거하여 민사상 손해배상책임은 부담하지 않지만 손해배상책임보다 훨씬 더 엄격한 요건 하에서 인정되는 형사책임을 부담하게 되는 불균형이 발생할 것임은 물론, 개발위험의 항변을 인정하는 제조물책임법의 취지에도 반하는 결과가 발생할 것이기 때문이다. 형법적 제조물책임의 근거를 제조행위라는 선행행위에서 찾으려고 하는 견해들은 제조 당시 과학지식에 비추어 제품의 위해성을 인식할 수 있었는지의 여부를 묻지 아니하고 제조행위라는 선행행위가 형법적 작위의무의 발생근거가 된다고 보고 있는바, 이러한 견해는 우리나라의 제조물책임법의 취지에 반하여 받아들이기 곤란한 것이다.

일상생활에서 무수히 많이 소비되는 대량생산제품의 경우 제품의 설계, 제조과정에 소비자 기타 일반 사회구성원이 영향을 미칠 가능성은 거의 존재하지 않는다. 그리고 전문지식이 없는 소비자가 모든 일상생활용품에 대하여 그것의 위험성 여부를 하나하나 심사하고 제품의 결함을 밝혀내어 적절히 대응할 것을 요구할 수도 없다. 이와 같은 사정을 고려한다면 제품으로 인하여 야기될 수 있는 위험의 창출 내지 실현과정은 제조자의 배타적인 지배 하에 있는 것으로 보는 것이 타당하며, 이에 상응하여 제조자가 제품의 결함으로 인하여 법익침해의 결과가 발생하는 것을 방지할 적극적 작위의무를 부담한다고 보는 것이 적절할 것이다. 그리고 이와 같은 관점에서 본다면 위험원에 대한 배타적인 지배를 근거로 하여 제조자에 대하여 형법적 작위의무를 인정하려고 하는 거래안전의무 이론의 주장내용이 원칙적으로 타당한 것으로 생각된다.

나아가 지금까지 제조물책임과 관련된 문제는 대부분 민사법적 손해배상의 문제로 다루어지고 있어왔고, 이에 상응하여 민사법 영역에서 제조물책임에 대한 매우 정밀한 법적 이론체계가 이미 형성되어 있다는 사정을 고려할 때에도 민사법적 제조물책임론과 분리된 독자적인 형법적 제조물책임론을 구성하는 것은 법률의 통일적 적용의 필요성이라는 측면에서도 바람직하지 않을 것으로 보인다. 형법적 제조물책임은 특별한 사정이 없는 한 민법적 제조물책임이 인정되는 사례 중에서도 특히 비난가능성이 높게 인정될 수 있는 사례에 한정된다고 보는 것이 타당한 것이다.

그러나 독일 형법학에서 주장되고 있는 거래안전의무 이론 그 자체를 우리나라 형법 해석의 기준으로 도입하는 것은 체계정합성의 측면을 고려할 때 적절하지 않

을 것으로 생각된다. 이미 지적한 바와 같이 거래의무 이론은 독일 민법 제823조를 해석하는 과정에서 독일 판례에 의하여 형성되고 오랜 기간 학설과 판례를 통하여 발전해 온 것으로서, 거래관계에서 준수하여야 하는 주의의무라는 형태의 매우 포괄적이고 추상적인 의미내용을 담고 있다.<sup>23)</sup> 그런데 형법적 결과발생 방지의무는 형벌권의 행사요건으로 엄격한 정의를 필요로 한다는 점을 고려한다면 위와 같은 추상적인 거래안전의무 이론을 형법적 결과발생 방지의무의 발생근거로 받아들이는 것은 부적절하다고 볼 여지가 크다. 그럼에도 불구하고 독일 형법학에서 독일 민법상 인정되어 온 거래안전의무를 형법적 작위의무의 발생근거로 받아들일 수 있었던 것은 민법 분야에서 그 의미내용을 구체화하기 위한 작업이 오랜 기간 충분히 이루어졌으며, 축적된 판례와 정교한 이론들을 통하여 그 범위와 한계를 비교적 명료하게 확정할 수 있다고 보았기 때문일 것이다.<sup>24)</sup> 그러나 독일에서와는 달리 우리나라 민법의 불법행위 해석에 있어서는 거래안전의무 이론은 이론적으로 일부 논의가 되고 있을 뿐이며<sup>25)</sup>, 거래의무 내지 거래안전의무라는 용어를 사용한 대법원 판례를 찾아볼 수도 없다. 이와 같은 우리나라의 현실에 비추어 본다면, 이를 형법적 작위의무의 발생근거로 받아들이는 경우 — 도대체 거래안전의무라는 용어를 우리 형법 해석론으로 받아들이는 법적 근거가 무엇인가에 대한 의문은 일단 논외로 한다고 하여도 — 그 인정범위가 매우 불분명하게 되는 문제가 발생하게 되는 것이다.

우리나라에서 제조물책임의 인정근거로서는 무엇보다도 먼저 실정법으로 명문화되어 있는 제조물책임법을 제시할 수 있을 것이며, 제조물책임법의 여러 규정이 형법적 제조물책임을 인정하기 위한 출발점이 된다고 보는 것이 타당할 것이다. 그리고 제품의 결함이 사후적으로 밝혀진 경우 제조자에 대하여 형법적 결과발생 방지

23) 독일의 거래의무 이론은 1902년 독일 제국법원의 판결을 출발점으로 하여 무수히 많은 판결 및 학계의 논의를 형성되었다고 설명되고 있다. Gehard Wagner, 각주 15의 주석서, 812/48 내지 823/297 참조.

24) Wolfgang Wohlers, 각주 18의 주석서, 13/46에서는 형법적 작위의무로서의 위험원 감시의무의 인정범위가 민사법적 거래안전의무의 그것과 동일하다고 명시하고 있다.

25) 거래의무 내지 거래안전의무 이론은 일부 민법 교과서에서 소개되고 있기는 하지만 대다수의 교과서에서는 불법행위의 성립요건인 과실 내지 주의의무 위반을 설명하면서 이를 별도로 언급하고 있지는 아니한 것으로 보인다. 거래안전의무를 상세히 소개하는 민법 교과서로는 예컨대 김상용, 채권각론 제2판, 화산미디어, 2014, 615 이하 참조.

의무를 부담하도록 하는 보다 직접적인 근거도 곧 상세히 살펴보는 바와 같이 제조물책임법의 명문의 규정에서 찾을 수 있을 것이다.

### Ⅲ. 제조물책임법에 근거하여 인정되는 제조자의 형법적 작위의무의 내용

#### 1. 제조물책임법에 근거한 형법적 의무로서의 제조물계속감시의무

제조물책임법 제4조 제3항은 제조자가 “제조물을 공급한 후에 그 제조물에 결함이 존재한다는 사실을 알거나 알 수 있었음에도 그 결함으로 인한 손해의 발생을 방지하기 위한 적절한 조치를 하지 아니한 경우”에는 개발위험의 항변 사유 존재 등을 이유로 면책을 주장할 수 없다고 규정한다. 제조물책임법 제4조 제3항은 “그 기간을 제한하지 않고, 특히 결함의 존재를 알게 된 경우뿐만 아니라 알 수 있었을 때, 즉 과실로 알지 못한 경우에도 면책사유를 주장할 수 없다고 정하는 점에서 매우 특색”이 있는 규정에 해당하고, “독일의 제조물 책임법리에서 일반 불법행위법에 의하여 인정되나 그 범위에 대하여서는 극히 다양한 견해가 제시되고 있는 소위 제조물계속감시의무(Produktbeobachtungspflicht)가 법정된 것”이라고 평가되고 있다.<sup>26)</sup>

이 규정은 발생한 법익침해의 결과에 대한 책임을 제조자에게 귀속시키기 위하여 서가 아니라 제조자에게 일정한 작위의무를 부과하고자 마련된 것이라는 점에서 그

26) 양창수, “한국의 제조물책임법”, 서울대학교 법학 제42권 제2호, 2001. 7, 104 참조. 독일에서만이 아니라 미국에서도 제조자에 대하여 유사한 내용의 의무를 인정하는 것이 일반적이다. 예를 들어 미국법률협회(American Law Institute)가 채택한 제조물책임 제3차 리스테인먼트에서도 1950년대 이후 몇몇 주의 법원에서 제조자에게 제품 판매 후에도 소비자에 대하여 사후적으로 밝혀진 제품의 위험성 등에 대하여 경고할 의무를 부담시킨 이후 제3차 리스테인먼트에서는 사후적으로 제품의 결함이 밝혀진 경우 제조자에게 경고의무를 부과하는 조항을 채택하였다. 미국에서 제조자에게 부과되는 사후경고의무에 대한 일반적인 설명은 Kenneth Ross, David Prince, “Post-Sale Duties—The Most Expansive Theory in Products Liability”, Brooklyn Law Review, 74, 2008, 963 이하 참조

규범적 특징을 찾을 수 있다. 즉 당해 규정은 제품의 결함이 존재한다는 사실을 알 수 있었던 경우에도 제조자가 면책을 주장할 수 없다고 규정함으로써 제조자에게 제품의 결함 여부를 알아내기 위하여 노력할 의무를 부과하는 동시에, 제품의 결함으로 인하여 손해발생을 방지하기 위하여 적절한 조치를 취하지 아니한 경우 면책을 주장할 수 없다고 규정하여 제품의 결함이 발견된 경우 적극적인 조치를 취할 의무를 부과하고 있는 것이다. 이와 같이 당해 규정이 단순히 발생한 결과에 대한 평가규범으로서가 아니라 제조자에 대하여 일정한 작위의무를 부과하는 행위규범으로서의 의미도 갖고 있다는 점을 고려한다면 당해 규정은 제조자에 대하여 형법적 작위의무를 부과하는 근거규정으로서 기능할 수 있다고 보아야 할 것이다.

제조물계속감시의무를 인정하는 취지를 고려할 때에도 당해 규정을 형법적 작위의무의 발생근거로 파악하는 데에 아무런 무리가 없을 것으로 보인다. 독일에서는 제조자에 대하여 제조물계속감시의무를 부과하는 이유로서 제조자가 제품의 위해성 여부에 대한 정보를 수집, 평가하고 그 결과에 따라 필요한 조치를 취하기에 가장 적합한 지위에 있다는 점을 강조하고 있는데<sup>27)</sup>, 이러한 설명에 나타난 제조자의 지위는 형법학에서 작위의무 내지 부작위의무를 부담하는 주체에 해당하는 행위자 형상에도 부합한다. 형법학에서 행위자는 위험창출 및 위험실현 과정을 지배하는 자를 의미하는데<sup>28)</sup>, 제조자는 제품의 위해성 여부에 대하여 가장 많은 정보를 보유하고 있고 또 수집할 수 있음은 물론 일반적으로 수집한 정보를 평가하기 위하여 필요한 경험이나 전문지식을 가장 많이 보유한 자에도 해당하고, 평가를 통하여 제품의 위해성이 밝혀진 경우 그것이 현실화되지 아니하도록 적절한 조치를 취하기에 가장 적합한 지위에 있는 자로서 제품의 결함으로 인한 법익침해의 발생 여부를 지배하는 자에 해당하기 때문이다.

필요성의 측면에서 볼 때에도 제조물책임법에 규정된 제조물계속감시의무를 형법적 작위의무로 파악하는 것이 타당할 것으로 생각된다. 대량생산되어 사용되는 일상생활용품에 예견하지 못한 결함이 있는 경우에는 법익침해가 지극히 광범위하게 발생하게 된다는 점을 고려한다면 제품의 위해성 여부에 대하여서는 지속적으로

27) Gehard Wagner, 각주 15의 주석서, 823/672

28) 행위자의 정의에 대하여서는 Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, De Gruyter Recht, Berlin, 8. Aufl., 2006, 527 이하 참조

감시가 이루어져야만 하고 위해성이 밝혀진 경우 가능한 한 이른 시기에 법익침해의 결과가 발생하는 것을 방지하기 위하여 필요한 조치가 취해질 필요가 있다. 그런데 제조물책임법 제4조 제2항의 제조물계속감시의무가 이러한 요청에 대응하기 위한 핵심적 장치에 해당한다는 점을 고려한다면 이러한 의무는 형법적으로도 관철시킬 필요가 있다고 보는 것이 타당할 것이다.<sup>29)</sup> 독일 민법에서 제조물계속감시의무는 제조자에 대하여 부과되는 거래안전의무의 한 내용으로서 논의되고 있으며, 가축분무기 사건에서 원심 법원은 바로 이와 같은 제조물계속감시의무에 기초하여 제조자에게 형법적 작위의무가 인정된다고 판시하기도 하였다.<sup>30)</sup> 그러나 우리나라에서는 제조물책임법이 제조물계속감시의무를 명문으로 규정하고 있는 이상, 독일 민법 해석론으로 발전한 거래안전의무 이론이 아니라 제조물책임법의 명문의 규정인 형법적 제조물계속감시의무의 발생근거가 된다고 보는 것이 타당할 것이다.

## 2. 형법적 의무로서의 제조물계속감시의무의 내용

### 가. 감시의무와 대응의무의 이분화

제조자에 대하여 형법적 제조물계속감시의무를 부과하는 근거를 제조물책임법의 명문의 규정에서 찾는다고 하여도, 그 구체적인 내용에 있어서는 독일 민법의 거래의무의 내용으로서 발전한 제조물계속감시의무의 내용과 크게 차이가 나지 않을 것이다. 독일 민법학에서 제조물계속감시의무의 구체적인 내용은 감시의무와 대응의무로 나누어 설명되고 있다. 감시의무는 제조자가 제품을 제조, 공급한 이후에도 지속적으로 제품에 대한 정보를 수집하고 수집한 정보에 비추어 제품의 위해성 여부를 판단할 의무를 의미한다면, 대응의무는 제품에 결함이 있음이 밝혀진 경우 소비자에게 그에 대한 정보를 제공하고 제품 판매를 중단하고 이미 판매된 제품을 회수하는 등의 조치를 취할 의무를 의미하는 것으로 설명된다.<sup>31)</sup>

29) 제조물의 결함에 대하여 제조자에게 민사법적 손해배상책임을 부담시키는 이외에 형사책임을 부담시켜야 한다는 데에 대한 상세한 설명은 전지연, “형벌론의 관점에서 본 형법적 제조물책임의 필요성”, 형사정책 제13권 제1호, 2001, 83 이하 참조.

30) BGH NJW 1990, 2560, 2562 이하

31) Gerhard Wagner, 각주 15의 주석서, 823/671

다만 이러한 논의들은 모두 민사법적 제조물계속감시의무의 내용을 설명하는 것으로서, 그것이 형법적 작위의무로 받아들여질 수 있을 것인가에 대하여서는 별도의 검토를 요한다. 민사법적 제조물책임의 구체적인 내용을 설명함에 있어서는 제품의 안전성에 대한 소비자의 기대라던가 이익형량 등과 같이 형벌권 발생근거로 받아들이기 힘든 논거들이 제시되고 있으며<sup>32)</sup>, 제조물계속감시의무의 내용 역시 제조자 등에게 손해배상책임을 인정하기 위한 근거로서 설명되고 있는 것이어서 그것을 곧바로 형법적 제조물책임의 내용으로 인정할 수는 없다고 보아야 하기 때문이다. 민사법적 제조물계속감시의무의 내용 중에서 어느 것을 형법적 작위의무로 인정할 것인가의 문제는 법익보호 원칙, 형법의 최후수단성 원칙 등과 같은 형법학의 원칙에 비추어 개별적으로 판단하는 것이 타당할 것이다.

## 나. 감시의무

감시의무로부터 도출되는 구체적이고 개별적인 의무는 매우 다양한데, 제품의 실제 사용과정에서 발생하는 소비자의 불평이나 불만사항 등을 수집하는 것이 감시의무의 가장 중요한 내용에 해당한다. 이러한 정보를 수집함에 있어서는 별다른 비용이 소모되지도 않지만 제품의 위해성 여부를 판단함에 있어서는 매우 중요한 자료에 해당하기 때문이다.<sup>33)</sup> 감시의무가 제조물계속감시의무의 가장 기본적인 내용에 해당한다는 점을 고려한다면 이를 형법적 작위의무로서 긍정하는 것이 타당할 것이다.

감시의무는 적극적인 작위의무에 해당하되, 그 올바른 이행을 위하여서는 제조자는 소극적으로 자신에게 제공되는 외부의 정보를 분석하는 데에 그치는 것이 아니라 제품의 위해성 여부에 대하여 정보를 수집하기 위하여 적극적인 활동을 하여야 한다고 보아야 할 것이다. 독일 연방대법원은 민법적 제조물계속감시의무의 내용으로서의 감시의무에는 당해 제품만이 아니라 유사한 성분으로 제조된 다른 제품의 위해성 여부에 대한 정보를 수집하고 분석할 의무도 포함되는 것으로 판시하고 있는데<sup>34)</sup>, 제품의 성질이나 잠재적 유해성 등을 고려하여 이러한 의무를 형법적 작

32) Gehard Wagner, 각주 15의 주석서, 823/656 참조

33) Gehard Wagner, 각주 15의 주석서, 823/673

34) Gehard Wagner, 각주 15의 주석서, 823/674

위의무로 긍정하여야하는 경우도 존재할 수 있을 것이다.

수집된 정보를 기초로 하여 제품의 위해성 여부를 올바로 판단하기 위하여서는 제조자는 충분한 과학적 지식을 습득하고 있어야 할 것이다. 즉 제조자는 제품의 결함 여부에 대한 정보만이 아니라 수집된 정보를 기초로 하여 제품의 위해성 여부를 판단하기 위하여 필요한 과학지식을 습득할 의무도 부담하는 것이다. 제조자가 어느 정도의 수준의 과학지식을 습득하여야 하는가와 관련하여서는 동종 업계에서 현재 통상적으로 사용하고 있는 수준의 과학지식을 습득하는 것으로 족하다는 견해가 제시될 수도 있으며, 현재 알려진 최고 수준의 과학지식을 습득할 것을 요구하는 견해가 제시될 수도 있을 것이다. 독일 연방대법원은 민법적 제조물계속감시의무의 올바른 이행을 위하여서는 제조자는 전문 학술문헌을 참조할 의무가 있으며, 생산하는 제품의 성질이나 기업의 규모 등에 따라서는 국내의 문헌만이 아니라 외국의 주요 학술문헌을 살펴볼 의무도 인정된다고 판시하고 있다.<sup>35)</sup> 독일 연방대법원이 전문 학술문헌이나 외국의 학술문헌까지도 참조할 것을 요구하고 있는 것은 제조자의 손해배상책임 인정가능성을 넓힘으로써 소비자 보호에 충실하려는 취지에 의한 것으로 생각된다. 감시의무의 이행정도와 관련하여 제시된 이와 같은 민법적 판단 기준을 형사책임 판단에 있어서도 그대로 사용가능한지에 대하여서는 더 나아간 논의가 필요할 것이지만, 대량생산되어 널리 사용되고 있는 일상생활용품으로서 인체에 유해하게 작용할 수 있는 전형적인 성분을 포함하고 있는 제품의 경우에는 긍정적으로 검토할 여지가 클 것으로 생각된다.

제조물계속감시의무의 내용은 당해 제품의 성질이나 소비자의 자기보호 가능성 등에 따라 다르게 판단되어야 할 것이다. 그런데 특히 제품에 사용된 성분이나 사용된 기술이 이전까지 사용된 바 없는 것이거나 잠재적으로라도 인체에 유해하게 작용할 수 있는 성질의 것이라면 제조자에게는 더 높은 수준의 감시의무를 이행할 책임이 부과된다고 보는 것이 타당할 것이다. 제조자는 소비자의 주목을 받고 시장에서 경쟁을 이겨내기 위하여 끊임없이 신제품을 개발하게 되는데, 이 과정에서 위해성 여부가 충분히 검증되지 아니한 성분이나 기술을 사용하여 제품을 제조, 유통시키는 사례가 발생할 수 있다. 이러한 경우 소비자는 아무런 대응수단을 갖추고 있

35) BGH NJW 1981, 1606, 1607

지 못한 상태에서 신제품으로 인하여 야기될 수 있는 법익침해의 위험성에 무방비하게 노출되어 있게 되는데, 위험창출자인 제조자에게 보다 높은 수준의 감시의무 이행을 요구하는 것이 타당한 것이다. 경우에 따라서는 관련 제품의 생산과정에서 준수하여야 하는 안전기준이 마련되어 있을 수도 있으나, 이러한 기준은 안전확보를 위한 필요최소한의 요청에 해당하는 것으로 보는 것이 타당할 것이다. 따라서 국가기관 등에서 제시한 안전기준을 준수하였다는 사정이 제조자에 대하여 감시의무 이행의 필요성을 면제시켜주는 것은 아니라고 보아야 할 것이다.<sup>36)</sup>

#### 다. 대응의무

제조물계속감시의무의 이행과정에서 제품의 위해성이 밝혀지게 되면 제조자는 그로 인하여 현실에서 법익침해가 발생하지 않도록 적극적인 대응조치를 취하여야 한다. 감시의무의 위반이 대부분 과실범을 성립시키게 될 것임에 반하여 대응의무의 위반이 있는 때에는 독일의 가축분무기 판결에서와 같이 사안에 따라 고의범이 성립하는 경우도 있을 것이다.<sup>37)</sup> 대응의무의 구체적인 내용과 관련하여 우리나라의 제조물책임법은 “결함으로 인한 손해의 발생을 방지하기 위한 적절한 조치”를 취할 것을 요구하고 있을 뿐 별다른 상세한 내용을 정해놓고 있지는 아니하다. 독일에서는 민법적 제조물계속감시의무의 구체적 내용으로서의 대응의무에는 설계 내지 제조과정을 변경하여 결함 있는 제품이 추가적으로 생산되지 않도록 할 의무, 제품의 결함에 대한 정보를 소비자 등에게 제공할 의무, 유통 중인 제품을 회수할 의무 등이 포함된다고 설명하고 있는데, 형법적 작위의무로서의 제조물계속감시의무의 내용을 판단함에 있어서도 참조가능할 것이다.<sup>38)</sup>

다만 이미 지적한 바와 같이 민법적 제조물계속감시의무의 구체적 내용에 해당하는 개별적 의무를 형법적 작위의무로서 인정할 것인가를 판단함에 있어서는 신중한 접근이 필요하다는 점도 다시금 강조할 필요가 있을 것이다. 설계변경이나 제조과

36) Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen—Der Aufbau der Verbrechenslehre, C. H. Beck, München, 4. Aufl., 2006, 24/18 이하

37) BGH, NJW 1990, 2560, 2561 참조

38) Gerhard Wagner, 각주 15의 주석서, 823/648

정의 변경을 통하여 결합 있는 제품이 추가적으로 제조, 유통되지 않도록 하는 것은 비교적 간단한 작업에 해당하지만, 기존에 유통 중인 제품을 사용하는 개별 소비자에 대하여 제품의 결합에 대한 정보를 제공하거나 유통 중인 제품을 회수하는 것은 막대한 비용이 소모되며 사실상 실현이 곤란할 수도 있다. 따라서 제조자에 대하여 이와 같은 의무를 부담시키는 것이 적절한가 내지 의무이행을 위하여 구체적으로 어느 정도 노력을 하여야 하는가를 판단함에 있어서는 보다 신중한 검토가 필요할 것이다.<sup>39)</sup>

소비자에 대한 정보제공의무는 제조자가 부담하는 가장 대표적인 대응의무의 내용에 해당하는데, 이러한 의무는 형법적 작위의무로 인정하는 것이 적절할 것이다. 정보제공의무의 올바른 이행을 위하여서는 제조자에게 어느 정도의 노력이 요구되는지의 여부가 문제될 수 있는데, 이 문제는 판매된 제품의 수량이나 소비자의 추적 가능성, 밝혀진 결합으로 인하여 야기될 수 있는 위험의 정도, 효과적인 정보제공에 소모되는 비용 등을 등에 따라 다르게 판단하는 것이 타당할 것이다.<sup>40)</sup> 최근 우리나라에서 형법적 제조물책임 인정 여부가 문제되고 있는 가슴기 살균제와 같이 대량생산되어 불특정 다수인에 의하여 사용되는 일상생활용품의 경우에는 예컨대 제품의 위해성에 대하여 단순히 제조자의 인터넷 홈페이지에 관련 정보를 게시하는 정도로는 부족하며, 보다 적극적인 조치를 취할 필요가 있다고 보아야 할 것이다. 그러나 제조자가 현재 제품을 사용하고 있는 소비자를 개별적으로 추적하여 제품의 위험성에 대하여 경고를 하는 것과 같은 높은 수준의 의무 이행을 요구하는 것은 사실상 곤란할 것으로 생각된다.

또 다른 전형적인 대응의무의 내용으로서는 제품회수의무를 들 수 있다. 제품회수를 위하여서는 특히 많은 비용이 소모되며, 실제로 시장에서 유통 중인 모든 제품을 회수하는 것도 불가능하여 이를 제조자에게 법적 의무로서 강제할 것인가가 논란이 될 수 있다. 우리나라에서는 예를 들어 자동차관리법, 식품위생법, 품질경영 및

39) 독일 민법학에서도 예컨대 제품회수의무를 대응의무의 내용으로 포함시킬 것인가에 대하여서는 찬반론이 다수 주장되고 있다. 이에 대하여서는 Gehard Wagner, 각주 15의 주석서, 823/677 이하

40) 미국에서 제조자에 대하여 사후경고의무를 부과할 것인가를 판단함에 있어서는 판매시장이 한정적이거나 소비자를 특정할 수 있는지의 여부, 판매된 제품의 수량, 판매자가 소비자와 지속적으로 접촉하고 있는지의 여부 등이 주된 고려대상이 되고 있다고 한다. Jill Wieber Lens, "Warning: A Post-Sale Duty to Warn Targets Small Manufacturers", Utah Law Review, 2014, 1023 이하 참조.

공산품안전관리법, 전기용품안전관리법, 약사법 등과 같이 특정한 영역에 대하여서만 적용되는 다수의 개별법률에서는 물론 소비자기본법이나 제품안전기본법과 같이 소비자 기타 일반사회구성원의 법익을 보호하기 위하여 포괄적으로 적용가능한 법률에서도 제조자에 대하여 제품회수의무를 부과할 수 있도록 하는 법적 근거가 마련되어 있는바, 제품의 결함이 사후적으로 밝혀진 경우 제조자에 대하여 법적인 제품회수의무가 인정될 수 있다는 데에 대하여서는 의문이 없을 것으로 보인다.<sup>41)</sup> 다만 이를 형법적 작위의무로 인정하여야 하는지의 여부에 대하여서는 별도로 검토해 보아야 할 것이다.

독일에서는 가축분무기 사건, 즉 유해한 분무기의 사용으로 인하여 다수의 소비자에게 상해의 결과가 발생하였고 제조 당시에는 그와 같은 유해성을 인식할 수 없었던 사례에서 제조자에 대하여 형법적 작위의무로서 제품회수의무를 부담시킬 것 인지의 여부가 논란이 된 바 있다. 문헌에서는 이를 부정하는 견해가 주장되기도 하였으나<sup>42)</sup>, 독일 연방대법원은 유해한 분무기를 회수할 형법적 작위의무를 긍정하였다. 분무기는 일상생활에서 흔히 사용되는 제품으로서 대량으로 생산·유통되는바, 유해한 분무기를 그대로 방치하게 되면 그로부터 불특정 다수의 소비자가 피해를 입을 위험성이 있음을 고려할 때 제조자에게 제품회수의무를 인정하는 것이 타당하다는 것이다.<sup>43)</sup> 제품의 사용법에 대한 기재사항을 변경하는 것과 같은 조치를 취하

41) 우리나라의 제품회수제도에 대한 개관은 심재한, “리콜 제도와 소비자보호”, 상사판례연구 제20권 제4호, 2007, 125 이하 참조.

42) 부정설에서는 부진정부작위범의 성립요건인 동가치성(Gleichstellung)의 의미가 동등한 당벌성이라는 규범적 관점에 의하여서가 아니라 형벌 부과 전제가 되는 사물논리적이고 선행법적인 구조에 기초하여 정의되어야 한다는 점을 강조한다(Bernd Schünemann, 각주 18의 책, 232). 그리고 결과발생의 원인에 대한 사실상의 지배 내지 그 가능성이 바로 이와 같은 형벌부과의 전제가 되는 사물논리적 구조에 해당한다고 주장한다(Bernd Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Carl Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1979, 95 이하). 작위범의 경우에는 행위자가 자신의 신체기동을 통하여 결과를 발생시킬 것인가의 여부를 사실상 지배하고 있다는 점이 형벌부과를 정당화시켜주는 사물논리적 근거가 되며, 부진정부작위범의 경우에도 이와 동일하게 행위자가 적극적인 작위로 나아감으로써 결과발생을 방지할 수 있다는 점이 그에게 형벌을 부과하는 근거가 된다는 것이다(같은 책, 96 이하). 형법상 제조물책임과 관련하여 본다면 이러한 논리는 곧 제조자의 제품회수의무를 부정하는 결론으로 이어지게 된다. 제조물이 제조자가 지배가능한 영역을 벗어나서 유통 단계에 들어서게 된다면 제조자의 제품에 대한 사실상의 지배가능성은 소멸하게 되고, 그와 더불어 그에게 형벌을 부과할 수 있는 사물논리적 근거도 사라지게 되기 때문이다(같은 책, 100 이하).

는 것만으로는 이미 유통 중인 제품에 대하여서는 아무런 영향을 미칠 수 없는바, 유해한 분무기를 회수하는 것이 그로부터 발생하는 위험을 제거하기에 가장 적합한 조치에 해당한다는 점도 강조하였다.<sup>44)</sup> 나아가 독일 연방대법원은 회수에 막대한 비용이 소모되고 기업의 이미지에 손상을 줄 수 있으며 매출에 타격을 줄 것이라는 사정은 회수의무 발생에 영향을 줄 수 없다고 판시하였다. 이익교량을 해본다면 소비자의 건강 보호가 더 우선하여야만 하며, 만일 회수를 하지 아니하였을 때 소비자들이 입게 되는 피해가 경미하다면 다르게 판단될 수도 있으나 이 사례에서는 분무기로 인하여 생명에 대한 위험까지 발생하였음을 고려할 때 이익교량이 허용될 수 없다고 보았다.<sup>45)</sup> 제품회수의무 인정 여부를 둘러싸고 진행된 이와 같은 독일의 논의는 우리나라에서 제품의 위험성이 사후적으로 확인된 경우 제조자에게 부과되는 형법적 작위의무의 내용을 검토함에 있어서도 참고할 수 있을 것이다.

정부 기타 관계기관의 회수명령이 없으며 관련 법령에 의하여 판단할 때 아직까지 법적 의무로서의 제품회수의무가 발생한 것으로 볼 수 없는 경우에도 제품의 위해성이 의심되는 경우 제조자가 적극적으로 제품회수조치를 취하여야 하는지의 여부도 문제될 수 있다. 정부 기타 관계기관의 회수명령은 사회구성원 일반의 생명, 신체 등을 보호하기 위한 최종적 수단에 해당하는 것으로 보아야 하는바, 이를 긍정하는 것이 타당할 것이다. 독일 연방대법원도 정부기관이 회수 이외의 다른 조치만으로도 충분하다고 판단하였다고 하여 그것만으로 제조자의 제품회수의무가 아직 발생하지 아니하였다고 볼 수는 없다고 판시한 바 있다.<sup>46)</sup> 제품의 위험으로 인하여 소비자의 건강이 침해되는 것을 방지할 의무는 관계당국이 어떠한 판단을 내리는가에 관계없이 인정된다는 것이다.

43) BGH NJW 1990, 2560, 2564

44) BGH NJW 1990, 2560, 2564

45) BGH NJW 1990, 2560, 2564

46) BGH NJW 1990, 2560, 2564

## 라. 감시의무로부터 대응의무로 이행하는 시점 등

제조물계속감시의무의 이행과정에서 제품의 위해성에 대한 정보를 얻게 되면 그로 인하여 현실에서 법익침해가 발생하지 않도록 적극적인 대응조치를 취하여야 한다. 이때 어느 시점에 감시의무가 대응의무로 바뀌게 되는지가 문제될 수 있다.

과학기술 수준의 진보를 통하여 제품의 위해성이 자연과학적으로 명확히 입증되었고 제조자가 이러한 사실을 알게 된 경우에는 당연히 제조자에게 적극적인 대응조치를 취할 의무가 인정되는 것으로 보아야 할 것이다. 그러나 제품의 위해성을 자연과학적으로 엄밀하게 입증하기 위하여서는 오랜 시간이 요구되는 것이 일반적이어서 제품의 위해성이 자연과학적으로 명확히 입증되는 경우에 비로소 대응의무가 발생하게 된다고 본다면 상당 기간 소비자 기타 일반 사회구성원의 법익이 침해될 위험을 그대로 방치하는 결과를 가져오게 될 수 있다. 특히 당해 제품이 불특정 다수의 사회구성원에 의하여 일상적으로 사용되는 경우에는 더욱 그러하다.

그렇다면 자연과학적으로 명확히 입증되지 아니하였다고 하더라도 제품의 위해성을 추정하도록 하는 증거가 상당한 정도로 존재하는 경우에는 제조자는 단순히 감시의무를 부담하는 데에 그치는 것이 아니라 그에 대하여 적극적으로 대응할 의무를 부담하게 된다고 보는 것이 타당할 것이다. 목제보호제 사건(Holzschutzmittel Fall)에서 독일 법원 역시 제품의 위해성이 자연과학적으로 입증된 경우에 비로소 대응조치로 나아가야 한다고 본다면 소비자의 생명, 신체에 대한 법익을 보호하기에 충분하지 않다고 판시한 바 있다.<sup>47)</sup>

47) 목제보호제 사건에 대한 독일 연방대법원 판결은 BGH NStZ 1995, 590 이하 참조. 이 글에서 인용한 부분은 원심 판결의 판결문 내용이다. 이에 대하여서는 LG Frankfurt/Main, 25. 05. 1993-5/26 KLS 65 Js 8793/84 참조.(이 판결은 원문의 일부가 Zeitschrift für Umweltrecht (ZUS), 1994, 제33권에 실려 있다고 하는데 입수하지 못하여 이 글에서는 <http://toxcenter.org>에서 다운받은 전문을 기초로 하였다. 다만 이 사이트에서 다운받은 본문에는 페이지가 표시되어 있지 아니하여 부득이하게 페이지를 표시하지 못하였다.(<http://toxcenter.org/klin-tox/recht/ffm-holzschutz-prozess.pdf> 2015년 12월 15일 최종확인) 이 판결에 대한 상세한 소개는 조병선, 각주 13의 글, 152 이하 참조

### 3. 제조자 이외에 제조물계속감시의무를 부담하는 주체의 확장 가능성

형법적 작위의무로서 제조물계속감시의무를 부담하는 주체로는 제일 먼저 직접 제품을 설계하고 성분의 배합비 등을 결정하여 제조한 자, 즉 협의의 제조자를 들 수 있을 것이다. 이러한 의미에서의 제조자는 제품의 위해성 발생 여부를 사실상 지배하는 자에 해당하기 때문이다. 그런데 현실에서는 협의의 제조자와 제품에 제조자로 표시된 자가 상이한 사례가 매우 많이 발견된다. 가습기 살균제 사건에서도 총 6종의 가습기 살균제에 대하여 제품회수명령이 내려졌는데, 그 중 5개의 제품이 협의의 제조자와 제조자로 표시된 자가 서로 달랐었다.<sup>48)</sup> 문제가 되는 것은 이때 협의의 제조자와 명목상의 제조자 사이에 누가 형법적 제조물계속감시의무를 부담하는 것으로 보아야 하는가이다.

제조물책임법 제2조 제3호는 표시제조업자, 즉 제조물에 성명·상호·상표 등을 통하여 자신을 제조자로 표시한 자 또는 제조자로 오인하게 할 수 있는 표시를 한 자도 제조업자와 동일하게 책임을 부담하도록 규정하고 있는바, 협의의 제조자와 명목상의 제조자 모두에 대하여 손해배상책임을 부담하도록 하고 있다. 그런데 민법의 목적과 형법의 목적이 서로 다르다는 점을 고려한다면, 이러한 제조물책임법 규정을 형법적 작위의무로서의 제조물계속감시의무를 부담하는 주체를 판단함에 있어서도 그대로 적용하기는 곤란할 것으로 생각된다.

민사법적 손해배상책임과 관련하여서는 손해의 공평한 분담 내지 손해에 대한 효과적인 전보를 실현하기 위하여 불법행위 성부를 판단함에 있어서 원칙적으로 고의와 과실을 동일시하고 있으며<sup>49)</sup>, 교사범과 방조범도 공동불법행위자로 보아 연대하여 손해배상책임을 부담하도록 하고 있고<sup>50)</sup>, 나아가 과실에 의한 방조도 가능하다고 보고 있다.<sup>51)</sup> 제조물책임법이 협의의 제조업자 이외에 다양한 주체에 대하여서도 손해배상책임을 부담하도록 규정해 놓은 것도 이러한 연장선상에서 효과적인 손해배상을 위하여 배상책임의 범위를 한 층 더 넓히고 있는 것으로 이해할 수 있을

48) 2011년 11월 11일자 보건복지부 보도자료 “6종 가습기살균제, 수거 명령 발동” 참조

49) 민법 제750조 제1항 참조

50) 민법 제760조 제3항 참조

51) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005다32999 판결 참조

것이다. 제조물책임법이 표시제조업자에 대하여 협의의 제조자에 준하는 주의의무를 부과하는 취지에 대하여서는 OEM, ODM, PB 등의 방식으로 제품이 제조, 유통된 경우 제조업자로서의 신뢰를 형성하게 한 제품의 공급업자에 대하여 표현책임의 원칙에 따라서 제조물책임을 부담시킨 것이라고는 설명이 제시되고 있다.<sup>52)</sup> 독일 제조물책임법에도 유사한 규정이 존재하는데, 그 입법취지를 설명함에 있어서는 소비자 보호의 필요성이라는 관점도 제시되고 있다.<sup>53)</sup>

그러나 형사책임 여부의 판단함에 있어서는 이러한 민사법적 접근방법을 사용하기 곤란할 것이다. 형사책임을 검토함에 있어서는 행위책임의 원칙에 근거하여 정범과 공범, 즉 범죄수행에서 핵심적인 역할을 수행하는 자와 그렇지 아니한 자를 엄격히 구분하도록 하고 있음은 물론, 책임주의 원칙에 근거하여 결과발생에 대하여 귀책사유가 인정되는 경우에 한하여서만 형사책임을 부담시킬 수 있다고 보고 있기 때문이다. 형법적 작위의무로서의 제조물계속감시의무를 부담하는 주체를 확정함에 있어서는 이러한 형법적 관점을 고려하여 개별적으로 판단하여야 하는 것이다.

일단 표시제조업자도 형법적 작위의무로서의 제조물계속감시의무를 부담한다고 보는 것 그 자체는 타당한 것으로 생각되지만, 표시제조업자에게 협의의 제조자와 동일한 내용의 형법적 작위의무를 부과할 수는 없다고 보아야 할 것이다.<sup>54)</sup> 사인간의 거래안전을 확보하기 위하여 발전한 표현책임의 법리가 국가 형벌권 행사를 정당화하는 이론적 근거가 될 수는 없으며, 이미 살펴본 바와 같이 소비자 보호의 필요성만으로는 제조자에게 형법적 작위의무가 인정되는 근거를 충분히 설명해낼 수 없기 때문이다. 이 문제는 위험창출 및 실현과정에 대한 사실상의 지배라는 형법적 관점에 비추어 판단하는 것이 적절할 것이다.

표시제조업자가 제품의 제조과정에 전혀 관여하지 아니하고 단순히 제품의 유통만을 담당하는 경우, 표시제조업자는 위험창출과정을 사실상 지배하는 자에도 해당하지 않으며 스스로 제품의 위해성 여부를 판단할 수 있는 전문지식을 보유하지 아

52) 권오승 등, 각주 2의 책, 181

53) Gehard Wagner, 각주 15의 주석서, 4ProdHaftG/22

54) 우리나라에서는 표시제조업자가 협의의 제조자에 준하는 의무를 부담한다고 설명하는 견해는 전지연, “형법적 제조물책임에서 주의의무위반과 신뢰의 원칙”, 법학연구(연세대학교 법학연구소), 제17권 제4호, 2007, 12 참조.

니한 경우가 대부분일 것이다. 따라서 이때에는 표시제조업자는 원칙적으로 제품 사용자들의 반응을 모니터링 하는 등의 방법으로 제품의 결함 여부에 대한 정보를 수집하고 이를 협의의 제조자에게 전달할 의무와 제품에 결함이 있음이 밝혀진 경우 소비자에게 그러한 정보를 전달하고 제품 판매를 중단하고 사안에 따라서는 제품을 회수하는 등의 조치를 취할 의무를 부담하게 되지만, 직접 최신의 과학지식을 조사하여 제품의 유해성 여부를 판단할 의무를 부담하지는 않는다고 보아야 할 것이다. 다만 일반 사회구성원에게 널리 알려진 유통업자가 제조를 의뢰하여 자체 상표로 판매하는 PB 상품(private brand)의 경우에는 제품의 판매 및 회수 등에 대하여 미칠 수 있는 광범위한 영향력 등에 상응하여 유통업자에 대하여 일반적인 표시제조업자에 대하여 요구되는 것보다 더 높은 수준의 형법적 제조물계속감시의무를 이행할 책임을 부담한다고 보는 것이 타당할 것이다.<sup>55)</sup>

법률 제3조 제2항은 유통을 담당한 공급업자에 대하여 보충적인 배상책임을 부담하도록 규정하고 있다. 그런데 형법적 제조물계속감시의무의 부과가능성과 관련하여서는, 제품의 제조를 담당하는 자와 유통을 담당하는 자가 명확히 분리되어 있는 경우에는 특별한 사정이 존재하지 아니하는 한 유통에만 관여하는 자에 대하여서는 형법적 제조물계속감시의무가 부과되지 않거나 매우 낮은 수준의 제조물계속감시의무만이 부과될 수 있을 뿐이라고 보아야 할 것이다. 단순히 유통에 관여하는 자는 위험을 창출한 자에 해당하는 것으로 볼 수 없음은 물론, 제품의 제조과정에 사실상의 영향력을 행사하지 아니하는 이상 신뢰의 원칙에 비추어 볼 때 제조자가 야기한 위험에 대하여 어떠한 형사책임을 부담시키는 것은 적절하지 않기 때문이다.<sup>56)</sup> 제조물계속감시의무를 부과하는 경우에도 유통에만 관여한 자에 대하여서는 원칙적으로 제품의 유해성을 알게 된 경우 제품의 판매를 중단하는 것과 같은 소극적인 의무만을 부과하여야 하며, 특별한 사정이 없는 한 제품의 유해성 여부에 대한 정보를 수집하여 제조자에 대하여 전달하거나 유해성 여부를 스스로 판단하는 것과

55) 유명상표 하에 판매되는 제품의 경우 소비자와 제조자 사이에 일종의 의존관계가 형성된다는 점을 강조하여 유명상표 제품 제조자에 대하여 제조물계속감시의무를 인정하는 근거를 찾아내는 견해는 Bernd Schünemann, 각주 8의 글, 640 참조.

56) 이러한 원칙은 수입업자에 대하여서는 그대로 적용되기 힘들 것이다. 외국의 제조업자가 우리나라에서도 제조물계속감시의무를 이행할 것을 기대할 수는 없으나, 수입업자가 일정한 범위 내에서 제조물계속감시의무를 부담한다고 보는 것이 타당할 것이다.

같은 적극적 의무를 부과할 수는 없다고 보아야 할 것이다.<sup>57)</sup> 다만 PB 상품의 유통업자의 경우에는 이와는 다르게 취급할 필요가 있음은 이미 기술한 바와 같다.

## IV. 결론

오늘날의 시장경제체제는 제조자에게 끊임없는 혁신을 요구하고 있으며, 이로 인하여 신기술이 점점 더 빠르게, 점점 더 많이 등장하고 있고 신기술의 발견이 제품의 생산으로 이어지기까지의 시간적 간격도 점점 더 좁혀지고 있다. 그리고 이러한 사정을 고려한다면 제품의 결함이 사후적으로 밝혀지는 사례도 시간이 흐르면서 더 증가하게 될 것으로 예측된다. 그런데 신기술의 개발 및 적용이 사회 전체에 가져오게 될 편익을 고려한다면 개발위험을 제조자에게 모두 부담시키는 것이 적절하지 않을 것이다. 하지만 다른 한 편으로 본다면 충분한 검증과정을 거치지 아니한 새로운 원료, 새로운 기술을 사용하게 됨으로써 법익침해의 위험이 증가하고 그와 더불어 형법적 대응의 필요성도 함께 증가하게 된다는 점도 부인할 수 없다. 이러한 사회현상에 적절히 대응하기 위하여서는 개발위험을 적절하게 분산시키면서도 소비자 등 일반 사회구성원을 효과적으로 보호하기 위한 이론적 틀이 마련될 필요가 있을 것이다.

이와 같은 관점에서 본다면 제조물계속감시의무가 갖는 중요성은 민사법적 손해배상과 관련하여서만이 아니라 형사법적 시각에서도 강조될 필요가 있을 것이다. 신제품의 개발에 수반하는 위험에 대하여 언제나 제조자에게 모든 책임을 부담하도록 하는 것은 부당하지만, 일반 사회구성원이 신기술, 신물질 등으로 인하여 발생하는 피해에 무방비한 상태로 방치되지 않도록 하기 위하여서는 제품의 위해성 여부를 지속적으로 감시하고 위해성이 밝혀진 경우 적절한 조치를 취할 필요가 있다. 그리고 이러한 의무는 이전까지는 존재하지 아니하였던 위험을 창출한 주체에 해당하는 제조자가 부담하는 것이 적절할 것이다. 제조물책임법에서 논의되는 제조물계속

57) 이와는 달리 유통업자가 제품의 결함 여부에 대한 보고의무 등 광범위한 주의의무를 부담한다는 견해는 전지연, 각주 54의 글, 11 참조.

감시의무는 이와 같은 제조자의 위험에 대한 지속적 관리의무를 적절히 설명하고 있는 이론적 도구로서 민사법적 영역에서는 물론 형사법적 영역에서도 그 유용성을 인정받을 수 있는 것이다.

## 참고문헌

- 권오승 등, 제조물책임법, 법문사, 2003, 206
- 전지연, 제조물의 하자에 의한 형사법상 책임에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1997
- 양창수, “한국의 제조물책임법”, 서울대학교 법학 제42권 제2호, 2001
- 심재한, “리콜 제도와 소비자보호”, 상사판례연구 제20권 제4호, 2007
- 이상정, “제조물책임법과 개발위험의 항변”, 성균관법학 제19권 제2호, 2007
- 전지연, “형벌론의 관점에서 본 형법적 제조물책임의 필요성”, 형사정책 제13권 제1호, 2001
- 전지연, “형법적 제조물책임에서 주의의무위반과 신뢰의 원칙”, 법학연구(연세대학교 법학연구소), 제17권 제4호, 2007
- 전지연, “형법상 제조물책임에서 주의의무위반에 대한 비교법적 고찰”, 법학연구(연세대학교 법학연구소), 제18권 제4호, 2008
- 조병선, “企業刑事責任에 대한 比較法的 연구—특히 監督責任에 관한 독일과 일본의 판례에 대한 비교연구—”, 법학논집(청주대학교 법학연구소) 제21권, 2004
- 최동식, “製造物責任法上 缺陷 概念과 開發危險의 抗辯”, 한양법학 제14집, 2003. 12
- 하태훈, “缺陷製造物로 인한 법익침해와 그 형사책임”, 형사법연구 제17호, 2002
- Schünemann, Bernd, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre, Göttingen 1971
- Schünemann, Bernd, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Carl Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1979
- Roxin, Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen-Der Aufbau der Verbrechenslehre, C. H. Beck München, 4. Aufl., 2006

- Roxin, Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, C. H. Beck, München, 2003
- Roxin, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, De Gruyter Recht, Berlin, 8. Aufl., 2006
- Owen, David G, Montgomery, John E., Davis, Mary J., Products Liability and Safety: Cases and Materials. Foundation Press, 6th edition, 2010
- Zieschang, Frank, Die Gefährdungsdelikte, Duncker/Humblot, Berlin, 1998
- MünchKommBürgerl, MünchKommSchuldR, MünchKommBesonderer Teil III, 6. Auflage, 2013
- MünchKommStrafges, MünchKommStrafges, 2003
- Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Auflage, 2010
- Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage, 2006
- Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12. Auflage, 2006
- Schünemann, Bernd, “Unternehmenskriminalität”, in: Canaris u. a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof-Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, München, 2000
- Meier, Bernd-Dieter, “Verbraucherschutz durch Strafrecht?—Überlegungen zur strafrechtlichen Produkthaftung nach der Lederspray Entscheidung des BGH”, NJW (Neue Juristische Wochenschrift), 1992
- Lens, Jill Wieber, “Warning: A Post-Sale Duty to Warn Targets Small Manufacturers”, Utah Law Review, 2014
- Otto, Harro, “Die strafrechtliche Verantwortung für die Verletzung von Sicherungspflichten in Unternehmen”, in: Andreas Hoyer u. a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70 Geburtstag, Heidelberg, 2006
- Ross, Kenneth, Prince, David, “Post-Sale Duties-The Most Expansive Theory in Products Liability”, Brooklin Law Review, 74, 2008

- Kuhlen, Lothar, “Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte-Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6. 7. 1990~2 StR 549/89”, NStZ (Neue Zeitschrift für Strafrecht), 1990
- Ranft, Otfried, “Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten, Teil 1”, Juristen Zeitung, 42. Jahrg., Nr. 18 (18. September 1987)

## Development Risk and Criminal Product Liability

Kim Ho-ki\*

A manufacturer can be held criminally responsible for injuries resulting from defects that were scientifically undiscoverable at the time the product was manufactured, because he in no way could know whether the product would be dangerous and therefore he did not mean to commit a crime. But post sales duties can still be imposed on manufacturers such as duties to observe whether the product has dangerous defects and, if found, to take proper measures to protect consumers.

To date, two different perspectives, namely *Ingerenz* and *Verkehrspflicht*, have been adopted to ground the criminal product liability. *Ingerenz* and *Verkehrspflicht* are theoretical tools that are developed and being used in the interpretation of the German civil and criminal law. But it would be better to derive the duty of a manufacturer to protect consumers and avoid a harmful result from the current Product Liability Act. According to the Product Liability Act, a manufacturer could not raise the state of the art defense if the manufacturer has discovered the defect in the product after supply but has failed to take appropriate measures that could have prevented injuries caused by the defect. Also, the Act imposes duties upon manufacturers to observe and take appropriate actions regardless of whether the defect was known to him at the time the product was manufactured. These duties of manufacturers should be acknowledged as special legal duties, the breach of which lead to the imposition of criminal sanction. But it does not necessarily mean that any breach of the duties triggers criminal liability. The

---

\* Associate Professor, Law School, University of Seoul

scope and limit of the “criminal” post-sale duties should be determined on the basis of the fundamental principles of criminal justice system such as the protection of the legal interests (Rechtsgüterschutz) and the ultima ratio principle.

❖ Keyword: development risk, criminal product liability, Lederspray Fall, Produktbeobachtungspflicht

## ‘도촬행위’ 현상과 규제에 관한 비교법적 검토 : 성폭력처벌법 제14조를 중심으로

배 상 균\*

### 국 | 문 | 요 | 약

도촬행위는 꾸준히 늘고 있으며, 더욱이 정보통신기술의 발전과 함께 프라이버시 침해의 정도 및 범위에서 큰 변화를 나타내고 있다. 이러한 문제는 타인의 의사에 반하여 신체를 촬영함으로써 성적 욕망을 충족시키거나 피사체가 된 자의 수치심을 유발하는 것으로 귀결될 수 있으며, 이와 같은 관음적 행위를 규제하기 위해 성폭력처벌법에 카메라 등 이용촬영죄를 규정하여 처벌하고 있다. 따라서 도촬행위가 피촬영 대상의 프라이버시를 침해하는 점에서 사회적으로 강하게 비난 받아야 할 행위임에는 이론이 없다. 그러나 도촬행위가 사회적으로 주목 받게 된 배경에는 급격한 기술의 진보와 인터넷 이용의 확대가 있었음을 간과해서는 안 되며, 이와 더불어 카메라 등 이용촬영죄가 규정하는 범주는 성범죄 및 성적 프라이버시를 보호법적으로 하고 있음을 주지할 필요가 있다. 또한 성폭력처벌법 이외의 다른 형사법규에 있어서도 “성적 욕망 또는 수치심”의 개념을 규정하고 있지 않은 점에 비추어 볼 때, 최근 일련의 하급심 판결에서처럼 도촬사건의 경우 촬영 형태와 정황이 매우 다양하므로, 제반 상황과 조건을 고려한 종합적 판단 속에서 규명되어야 한다.

다만 도촬행위 규제에 있어서 도촬행위 및 보관행위와 복제·유포 또는 공공연하게 전시·상영하는 행위는 범죄와 형벌의 비례성 원칙의 측면에서 그 유형이 다름에도 불구하고 같은 법정형의 처벌로 규정하는 것은 문제가 있다. 즉 도촬행위 및 이를 보관하는 행위의 불법의 정도와 이를 인터넷상에 복제 및 유포 또는 공공연하게 전시·상영하는 행위의 불법의 정도는 당연히 후자의 경우가 크다고 말할 수 있고 따라서 처벌의 정도도 명확히 구분되어야 할 필요가 있다.

이처럼 도촬행위에 관련한 사회상황은 기술발전예 따라 급격하게 변화할 것이며, 이는 한국뿐만 아니라 다른 국가도 직면하고 있는 문제이므로 이러한 사회변화를 지속적으로 주시하면서 적절한 규제대응이 이루어져야 할 것이다.

❖ 주제어: 도촬행위, 성범죄, 프라이버시 보호, 형사규제, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법

\* 법학박사, 한국의국어대학교 법학전문대학원 외래교수.

## I. 서론

‘도촬행위’<sup>1)</sup>가 이슈화되어 이를 규제하기 시작한 1998년 이후 도촬행위는 꾸준히 늘고 있으며 이는 정보통신기술(ICT)의 발전과 함께 프라이버시 침해의 정도 및 범위에서 큰 변화를 나타내고 있다. 예를 들어 디지털 카메라나 스마트폰의 카메라, 디지털 캠코더 등 첨단전자장비의 등장으로 인해 허락 없이도 간편하게 타인의 사진을 촬영할 수 있게 되었고, 또한 촬영된 사진을 손쉽게 인터넷상의 블로그(Blog) 및 웹사이트에 업로드 하여 전시 또는 유포할 수 있게 되었다. 이는 최근 논란이 되고 있는 본인의 동의를 얻지 않고 치마속이나 화장실을 몰래 촬영한 사진 및 동영상의 복제·유포 문제에서도 잘 들어나고 있다.<sup>2)</sup> 이러한 문제는 타인의 의사에 반하여 신체를 촬영함으로써 성적 욕망을 충족시키거나 피사체가 된 자의 수치심을 유발하는 것으로 귀결될 수 있으며, 이와 같은 관음(Voyeurism)적 행위를 규제하기 위해 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(법률 제10258호, 이하 성폭력처벌법)’에 카메라 등 이용촬영죄(동법 제14조)를 규정하여 처벌하고 있다.

이처럼 도촬행위가 촬영 대상자의 프라이버시를 침해하고, 사회적으로 강한 비난을 받을만하다는 인식은 널리 공유되어 있다. 따라서 도촬행위의 증가와 그 법익침해의 심각성에 관한 인식이 확산됨에 따라 무조건적 법적규제, 예를 들어 도촬행위에 대하여 어떠한 형태로든 형사처분을 과해야 한다는 등의 견해 등도 나타나고 있다. 그러나 이에 대하여 최근 하급심의 판결<sup>3)</sup>에서처럼 도촬사건의 경우 촬영 형태

- 1) 현재 촬영 대상자의 허락을 받지 않고 카메라 등의 기기를 이용하여 몰래 촬영하는 행위를 지칭하는 단어로써 몰래카메라와 도촬(盜撮)이 혼용되어 쓰이고 있으나, 본 논문에서는 이미 엿듣기라는 의미로서 도청(盜聽)이라는 단어가 정착되어 있어 이에 몰래 찍기의 의미를 갖는 도촬을 사용하기로 한다.
- 2) 미국에서는 여성의 치마 속을 몰래 촬영하는 행위에 대해 법규가 없어 처벌할 수 없다는 2014년 미국 매사추세츠 주 대법원 판결을 계기로 도촬을 금지하는 주(州)법 개정이 신속히 이루어지고 있다고 한다(SBS 뉴스, 「美 ‘치마속 도촬’ 무죄 판결에 ‘뒷북 입법’ 잇달아」(2014. 3. 18.), ([http://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news\\_id=N1002298684&plink=COPYPASTE&cooper=SBSNEWS&WSEND](http://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1002298684&plink=COPYPASTE&cooper=SBSNEWS&WSEND) 최종방문: 2015. 12. 29.)). 일본의 경우에도 주요 일간지인 아사히신문이나 마이니치신문 및 요미우리신문 등에서 ‘도촬행위’ 문제와 해결논의에 관한 보도가 적지 않다(朝日新聞 「盜撮目的で小学校の更衣室に侵入の疑い、54歳教諭逮捕」(2015. 11. 10.)、毎日新聞 「盜撮被告に30万円略式命令、宮崎簡裁」(2011.9.14.)、読売新聞 「女性の着替え盗撮容疑で逮捕」(2011. 9. 6.) 等々).
- 3) 법률신문, 「[판결] 레깅스·스키니진 여성만 ‘도촬’ 20대 “무죄”」(2015. 5. 19.), (<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?Serial=93181> 최종방문: 2015. 12. 28.).

와 정황이 매우 다양하므로 모든 제반 상황과 조건을 고려한 종합적 판단을 하고 있다.<sup>4)</sup> 한편으로 판례는 카메라 등 이용촬영죄의 기수시기에 대해서는 에스컬레이터에서 여성의 치마 속을 동영상으로 촬영하던 중 현장에서 체포되어 당시 촬영영상은 저장되지 않았더라도 행위증거가 확실한 경우에는 카메라 등 이용촬영죄를 적용하여 처벌하기도 하였다.<sup>5)</sup>

이처럼 형사규제의 필요성이 인정되어도 그 적용에 있어서는 검토해야할 논점이 적지 않다. 따라서 도촬행위에 대해서는 도촬행위가 어떠한 법익을 침해한 것인가, 처벌대상이 되는 도촬행위는 어떻게 정의할 것인가 등에 대하여 좀 더 명확히 설명될 필요가 있다. 이하에서는 이러한 도촬행위의 개념 및 판례의 동향, 그리고 도촬행위 규제에 관한 외국의 입법례를 살펴 본 뒤, 이를 바탕으로 성폭력처벌법 제14조의 해석·적용을 검토한다.

## II. ‘도촬행위’ 현상과 법규제의 문제점

### 1. ‘도촬행위’이란 무엇인가

우선 “촬영을 당하는 사람이 촬영을 당한다는 사실을 모르는 상태로 촬영하는 카메라”를 흔히 몰래카메라(hidden camera)라고 하며,<sup>6)</sup> 주로 방송사의 예능방송이나 은폐적인 취재활동, 또는 보험사고에서 법원에 제출할 증거자료 확보용으로도 이용되어 왔다. 그러나 최근에는 호텔·여관 등의 숙박업소, 공중접객업소의 탈의실, 화장실, 목욕탕, 주점 등에서 개인의 사적인 활동을 비밀리에 촬영하는데도 이용되고

- 
- 4) 여자 화장실에 침입해 속칭 ‘몰카’를 찍은 20대에 대해 범행 횟수 등 정도에 따라 각각 징역형과 벌금형 처벌을 받은 사례(SBS 뉴스, 「여자화장실 침입 ‘몰카’ 20대 잇단 ‘처벌」(2015. 11. 5.), ([http://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news\\_id=N1003251486&plink=ORI&cooper=NAVER&plink=COPYPASTE&cooper=SBSNEWSEND&plink=COPYPASTE&cooper=SBSNEWSEND](http://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1003251486&plink=ORI&cooper=NAVER&plink=COPYPASTE&cooper=SBSNEWSEND&plink=COPYPASTE&cooper=SBSNEWSEND) 최종방문: 2015. 12. 28.)) 등에서 잘 나타난다.
- 5) 대법원 2011. 6. 9. 선고 2010도10677 판결. 이 판결에 대한 평석으로는 문성도, “카메라 등 이용 촬영죄의 기수시기”, 법학논총 제27집, 2012 가 있다.
- 6) 국립국어원 표준국어대사전 참조(<http://stdweb2.korean.go.kr/main.jsp> 최종방문: 2015. 12. 18.).

있다. 그리고 이와 유사한 의미를 갖는 ‘도촬(盜撮)’이란 “어떤 사람의 행동이나 모습을 몰래 촬영하는 일”을 말한다.<sup>7)</sup> 도촬에 관련하여 일본의 국어사전을 살펴보면 “촬영대상자 혹은 대상물의 관리자에게 양해를 얻지 않고 숨어서 촬영하는 것, 몰래 촬영, 훔쳐 찍기”를 의미한다.<sup>8)</sup> 단어의 사전적 의미로서 이를 형사법적 관점에서 정리하자면, 보호법익은 별도로 하더라도, 행위로서는 ① 촬영대상자 또는 촬영대상물 관리자의 양해를 얻지 않은 것과, ② 촬영행위가 핵심요소가 된다.

우선 ①에서 촬영대상자의 양해를 얻어 촬영된 경우에는 당연히 도촬행위에 해당되지 않는다. 다음으로 ②의 경우는 단순히 ‘엿보기, 훔쳐보기’가 아니라 카메라 등의 촬영기기를 이용한 대상자 또는 대상물의 기록을 의미하기 때문에 이를 명확히 구분해 둘 필요가 있다. 왜냐하면 도촬행위는 해당 행위뿐만 아니라 해당 영상기록물이 인터넷 등을 통해 유포됨에 따라 촬영대상자에게 재차 심각한 피해를 줄 수 있기 때문이다. 이러한 점에서 도촬행위는 카메라가 사용되지 않는 ‘엿보기, 훔쳐보기’에 비교해 보다 심각한 피해를 야기할 수 있는 행위로서 구분되며, ‘엿보기, 훔쳐보기’에 관해서는 성폭력처벌법 제12조(성적 목적을 위한 공공장소 침입행위)를 통해 ‘성적 욕망을 만족시킬 목적’이 인정된다면 별도로 처벌하고 있다.

이러한 ‘도촬행위’에 관해서는 그 구체적인 행위태양으로서 ① 카드복제기 등과 함께 ATM의 비밀번호 등, 개인의 비밀정보를 입수하는 목적으로 행하여지는 경우,<sup>9)</sup> ② 영화나 애니메이션 등 경제적으로 가치가 있는 영상물을 불법복제하기 위한 경우,<sup>10)</sup> ③ 성적인 목적으로 여성신체의 일부분을 특정하여 촬영하거나, 탈의나

7) 네이버 국어사전(<http://krdic.naver.com/> 최종방문: 2015. 12. 18.).

8) 新村出(編) 『広辞苑(第六版)』(岩波書店、2008年) 1973頁.

9) YTN, 「[특급추적] 몰카 달린 ATM 카드복제기 ... 두 달여 만에 또 발견」(2015. 5. 1.), ([http://www.ytn.co.kr/\\_ln/0103\\_201505011715390102](http://www.ytn.co.kr/_ln/0103_201505011715390102) 최종방문: 2015. 12. 30.); 시민일보, 「금융기관 ATM기에 몰래카메라·카드복제기 설치 ... 외국인 2명 검거」(2015. 7. 13.), (<http://www.siminilbo.co.kr/news/articleView.html?idxno=406134> 최종방문: 2015. 12. 30.). 또한 일본판례로는 ① 골프장의 귀중품 보관함에 몰래카메라를 설치하여 비밀번호를 도촬한 사례(東京高判平成16年12月22日金融法務事情1736号67頁), ② 은행 ATM에 몰래카메라를 설치하여 비밀번호 등을 도촬한 사례(最判平成19年7月2日刑集61卷5号379頁)가 있다.

10) 우리 저작권법은 2011년에 제104조의 6(영상저작물 녹화 등의 금지)에서 “누구든지 저작권으로 보호되는 영상저작물을 상영 중인 영화상영관 등에서 저작권재산권자의 허락 없이 녹화기기를 이용하여 녹화하거나 공중송신하여서는 아니 된다.”고 처벌규정을 신설하였다. 일본의 경우에는 일본의 영화도촬방지에 관한 법률(映画の盜撮の防止に関する法律(平成19年法律第65号))이 이에 해당한다.

입욕 등의 모습을 촬영하는 경우 등을 예로 들 수 있다. ①, ②의 도촬행위는 기존의 사회문제로서 금융안전에 대한 침해와 저작권 침해에 관련하여 오랫동안 문제시되어 왔었던 것이지만, 최근 심각한 사회문제로서 인식되고 있는 것은 바로 ③에 해당하는 도촬행위이며, 성적인 목적으로 여성신체의 일부분을 특정하여 도촬된 영상이 인터넷이나 잡지를 통해 유통되는 등 2차 피해가 심각하다.<sup>11)</sup> 또한 이러한 촬영 및 유통 등의 확산과정을 지켜보면 피해여성을 자신들의 성적욕구(관음증) 및 성적호기심의 대상으로 삼으면서도, 피해여성을 성적으로 문란한 여성의 개인의 문제로서 평가 또는 비난의 과정을 거치게 되는 점에서도 문제가 된다. 즉 이러한 도촬행위는 ‘인격존중을 침해하는 상품화’<sup>12)</sup>로서 여성의 프라이버시 및 성적자기결정권을 침해하는 행위라고도 할 수 있다.

## 2. 카메라의 소형화·고성능화·저가화

최근의 디지털카메라 기술의 발전은 도촬행위를 급속하게 변모시키고 있다. 이러한 변화의 원인 중 하나가 카메라의 소형화·고성능화와 저가화로서 이로 인해 누구나 쉽게 도촬행위가 가능하게 된 점이 꼽힌다. 이는 도촬행위가 크게 문제가 되었던 1998년 구 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률(제14조의 2)의 법령개정이 유에서도 잘 나타나고 있다.<sup>13)</sup> 또한 일본에서도 1998년 이후 언론보도를 통해 전철

11) 경찰청 보도자료, 「음란카페, 회원제 음란사이트 등 4건 운영자 검거」(2015. 12. 30.), (<http://www.police.go.kr/portal/bbs/view.do?bbsId=B0000011&nttId=18004&menuNo=200067> 최종방문: 2016. 1. 6.).

12) 木村光江 「盗撮と名誉毀損罪」 現代刑事法第6卷第7号(2004年) 91頁; 이미선, “‘몰카’에 대처하는 우리의 자세”, 함께 가는 여성(한국여성민우회) 제199호, 2010년 9월, 3면; 일본정부에서도 도촬행위는 여성에 대한 폭력에 관한 문제로서 국가단위의 대책을 강구하고 있다(男女共同参画会議女性に対する暴力に関する専門調査会 『女性に対する暴力についての取り組むべき課題とその対策』(内閣府男女共同参画局、2004) 7頁).

13) 2010년에 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(법률 제10258호, 2010. 4. 15. 제정)으로 개정되면서 폐지된 「성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률」(법률 제4702호, 1994. 1. 5. 제정)의 1998년 일부개정 이유를 보면 “성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 건조물·선박·항공기 등에 카메라·비디오 등을 설치하여 촬영한 자를 처벌하도록 함으로써 최근 물의가 되고 있는 몰래 카메라의 폐해를 방지하고, 사회의 신뢰를 회복하며, 건전한 성문화를 정착시키려는 것임.”이라고 명시하고 있다.(<http://law.go.kr/LSW/lsInfoP.do?lsiSeq=98597#0000> 최종방문: 2015. 12. 30.).

안에서 도촬사건이 급증하게 된 이유로서 디지털카메라 등의 소형화·고성능화 등이 지적되기 시작하였다. 최근에는 방범카메라(CCTV)로서 겨우 2, 3센티미터의 상자 모양의 소형카메라가 10만 원대부터 인터넷 쇼핑몰 대형전자상가에서 판매되고 있으며, 또한 2008년도 이후에는 중국 등에서 값싼 상품이 대량으로 공급되어, 키홀더나 볼펜 등 생필품 형태의 소형카메라 대부분이 10만 원에서 50만 원 정도에 판매되고 있다고 한다.<sup>14)</sup>

이처럼 디지털카메라의 소형화·고성능화는 도촬행위 혹은 그 피해의 발견을 곤란하게 하고, 저가화는 도촬행위를 실행하는 자 또는 실행하려는 자의 증가에 큰 요인이 되고 있다. 또한 이러한 변화의 또 다른 원인으로서 인터넷의 보급 역시 빼놓을 수 없는 주요원인이라 할 수 있다. 또한 인터넷 쇼핑몰을 통해 디지털카메라 등 촬영기자재 판매점이 적은 지방에서도 쉽게 구입할 수 있게 된 것도 저변(底邊)확산에 일익을 담당하였다고 생각한다. 따라서 인터넷상에서 손쉽게 도촬행위 수법이나 정보를 교환할 수 있고, 또한 도촬행위로 촬영한 사진과 영상도 손쉽게 공개 및 유포되고 있다.<sup>15)</sup> 이처럼 변화된 상황으로 인하여 도촬행위가 확산되었고, 그로 인해 도촬행위에 대한 심리적 저항감을 완화시켜 도촬행위를 손쉽게 실행하게 되었다. 또한 도촬행위를 통하여 얻어진 영상물들은 인터넷이 그 유통을 촉진함으로써 피해자의 법익을 침해하는 정도가 보다 심각해졌다.<sup>16)</sup>

14) 間柴泰治 「盜撮行為を規制する刑事法をめぐる論点」 レファレンスNo.730(2011年11月) 134頁.

15) 도촬과 관련하여, 금전적 이윤 획득 여부와 관계없이 사진을 게시하고 감상할 수 있는 ‘시장’이 몰카를 확산시킨다는 점이 가장 큰 문제이고, 대표적인 도촬물의 온상지인 ‘S넷’의 경우 하루 평균 40여건의 몰카 게시물이 올라오고 있지만, 사이트 서버가 해외 여러 곳에 있어 차단 외엔 방도가 없다는 점이 지적되고 있다(해럴드경제, 「일상화된 몰카…도촬 도구도 진화중」(2015. 8. 26) ([http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20150826000751&md=20150826135700\\_BL](http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20150826000751&md=20150826135700_BL) 최종방문: 2015. 12. 30.)). 일본에서는 혼자서 촬영한 도촬영상을 블로그에 다수 게재하였는데, 게재 후 2008년 11월부터 2011년 1월까지 그 블로그에 약 220만 건의 접속이 있었다(読売新聞 「おいせつ画像掲載容疑」(2011. 6. 10.)).

16) 2015년 국회정무위원회 국정감사 배포자료(감상민의원)에 따르면, 현재 도촬범죄는 2007년 대비 최근 8년 사이에 약 12배가량 증가했으며, 스마트폰의 디지털카메라가 점차 고화소·고성능 카메라로 발전하게 된 2012~13년도에는 몰래카메라 범죄율이 전년도 대비 101% 증가한 것으로 나타났다.(경향신문, 「‘몰카 범죄’ 8년간 12배 증가, 정부 대책은 사실상 1건?」(2015. 9. 10.) 참조, ([http://news.khan.co.kr/kh\\_news/khan\\_art\\_view.html?artid=201509101919031&code=940100](http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201509101919031&code=940100) 최종방문: 2015. 12. 30.)).

### 3. 도촬행위의 실태

경찰청 통계연보에 따르면 카메라 등을 이용한 촬영죄의 적발 건수는 2007년 558건에서 2014년 6379건으로 증가하였고,<sup>17)</sup> 이는 도촬범죄가 최근 8년 사이 12배가량 증가하였다고 한다. 또한 구체적인 유형사례를 살펴보면, 철도열차 안에서 발생하는 성범죄가 크게 늘고 있는 것을 꼽을 수 있다. 특히 카메라를 이용한 성범죄가 최근 3년간 총 235건으로 2배(183%) 가까이 대폭 증가하였으며, 수법도 다양해졌다. 최근 3년간 2012년(41건) → 2013년(57건) → 2014년(118건)이라는 증가는 스마트폰 보급의 활성화와 다양한 도촬용 카메라 어플리케이션 개발로 일반인이 손쉽게 촬영할 수 있는 것이 그 원인이라고 한다.<sup>18)</sup> 또한 서울 지하철 성범죄의 유형별로 실태를 분석한 연구에 따르면, 2009년부터 2011년간 발생한 서울 지하철 범죄 중 절도는 조사된 3년간 큰 차이가 없었고, 폭행은 급격한 감소추세에 있었으나, 성범죄의 경우에 성추행은 2009년(494건) → 2010년(834건) → 2011년(843건), 카메라 등을 이용한 촬영죄에 관한 사건은 2009년(180건) → 2010년(358건) → 2011년(448건)으로 빠르게 증가하고 있음을 알 수 있다.<sup>19)</sup>

또한 인터넷 주요 포털사이트를 통해 첨단 소형카메라를 쉽게 구입할 수 있어 정부 차원의 적극적인 규제 및 단속이 필요하다는 지적이 제기되고 있으며, 이에 따라, 중국에서 밀반입되고 있는 불법 소형카메라의 집중단속을 실시하고 있다.<sup>20)</sup> 다만 최근 도촬행위가 가파른 증가세를 보이고 있는 것은 최신 스마트폰 보급과 무관하지 않기 때문에, 위의 단속활동과 더불어 본인의 의사에 반하여 촬영된 영상물을 인터넷상에 유포 및 판매하고 있는 웹사이트에 대한 꾸준한 단속활동이 필요하다.

17) 2014년 경찰통계연보 참조(<http://www.police.go.kr/portal/main/contents.do?menuNo=200141> 최종방문: 2015. 12. 30.).

18) 국토교통부 공식 블로그, 「철도 성범죄 3년 만에 8% 증가, 수법도 다양화」 참조(<http://korealand.tistory.com/4987> 최종방문: 2015. 12. 30.).

19) 이주락, “지하철 성범죄의 유형별 실태분석과 대응전략”, 한국범죄심리연구 제9권 제1호, 2013, 179면.

20) 경찰청 보도자료, 「성범죄 근절 강화 대책 관련 불법 몰래카메라 24종·1,397개 적발-밀수입된 미인증 불법 몰카제품, 누리망 상점(쇼핑몰)으로 유통-」(2015.9.10.) 참조(<http://www.police.go.kr/portal/bbs/view.do?bbsId=B0000011&ntfId=17682&menuNo=200067> 최종방문: 2015.12.30.).

또한 피해자들은 도촬을 당하고 있는지 모르고 있는 경우가 많아 피해를 특정하기가 곤란하고, 게다가 성범죄 피해자의 사례처럼, 비록 피해자가 도촬행위에 의한 피해를 알았다고 하더라도 전부 경찰에 신고·상담하지 않을 수 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 따라서 도촬행위는 암수범죄가 많으며, 또한 도촬행위의 현행범 이외의 체포가 어려운 점이 있다. 이러한 제한요인이 있기 때문에 증거확보에 어려움 있고 검거 건수에 비해 기소 건수가 낮은 비율을 나타내고 있다.<sup>21)</sup>

〈표 1〉 성폭력범죄(카메라등이용촬영죄) 접수 및 처리 인원 현황

2009			2010			2011			2012			2013		
접수	기소	불기소	접수	기소	불기소	접수	기소	불기소	접수	기소	불기소	접수	기소	불기소
832	571	204	416	246	138	73	39	28	65	30	25	62	24	29

출처: 검찰연감 통계시스템, 전체사건의 죄명별 접수·처리인원(2009~2013) 참조

### Ⅲ. ‘도촬행위’에 대한 형사판례 동향

대법원이 현행 성폭력처벌법 제14조 제1항에 규정된 “성적 욕망 또는 수치심 유발 관련 신체”의 기준을 정한 건 2008년이다. 대법원은 마을버스를 탄 만 남성피고인이 옆 좌석에 앉아 있는 미성년자인 여성피해자의 치마 밑으로 드러난 무릎 위 허벅다리 부분을 본인의 동의 없이 휴대폰 카메라를 이용하여 불과 30cm 정도의 거리에서 정면으로 촬영한 촬영물에 대하여, 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제14조의2 제1항이 규정하는 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체’에 해당한다고 판단하였다. 판례는 “카메라 기타 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하는 행위를 처벌하는 동법 제14조의2 제1항은 인격체인 피해자의 성적 자유 및 합부로 촬영당하지 않을 자유를 보호하기 위한 것이다.”

21) 검찰연감 통계시스템 참조(<http://prosec.crimestats.or.kr/main/index.k2?cmd=main#> 최종방문: 2015. 12. 30.).

라고 본 조항을 정의하면서, “촬영한 부위가 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체’에 해당하는지 여부는 객관적으로 피해자와 같은 성별, 연령대의 일반적이고도 평균적인 사람들의 입장에서 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체에 해당되는지 여부를 고려함과 아울러, 당해 피해자의 옷차림, 노출의 정도 등은 물론, 촬영자의 의도와 촬영에 이르게 된 경위, 촬영 장소와 촬영 각도 및 촬영 거리, 촬영된 원판의 이미지, 특정 신체 부위의 부각 여부 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적·상대적으로 결정하여야 한다.”고 그 판단기준을 처음으로 제시하였다.<sup>22)</sup>

이처럼 도촬행위에 관련한 법원의 판단은 사진의 수위만이 아닌 종합적 정황을 고려하여 판단하고 있음을 알 수 있다.<sup>23)</sup> 예를 들어, 대법원은 “피고인이 화장실에서 재래식 변기를 이용하는 여성의 모습을 촬영하였던 점, 피해자들의 용변 보는 모습이 촬영되지는 않았으나, 용변을 보기 직전의 무릎 아래 맨 다리 부분과 용변을 본 직후의 무릎 아래 맨 다리 부분이 각 촬영된 점, 피해자들은 수사기관에서 피고인의 행동으로 상당한 성적 수치심을 느꼈다고 각 진술한 점, 그 밖에 이 사건 촬영 장소와 촬영 각도 및 촬영 거리, 촬영된 원판의 이미지 등을 종합적으로 고려하여, 피고인이 촬영한 피해자들의 다리 부분은 ‘수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체’에 해당한다고 봄이 타당하다.”고 판시하고 있다.<sup>24)</sup>

그러나 이러한 종합적 판단은 결국 재판관의 재량에 전적으로 의존할 수밖에 없는 것이고, 카메라 등 이용촬영죄의 기수시기에 관한 판례처럼<sup>25)</sup> 기본적으로 여성의 신체를 도촬하는 행위에 대해 엄격한 판단을 내리고 있으나, 최근 하급심판례에서 보이듯이 그 결정에 있어서 피해자 및 국민의 법 감정에 합치되지 않는 점도 있어 이러한 법원의 종합적 판단의 내용에 대하여 논란이 발생하고 있다.<sup>26)</sup> 예를 들

22) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도7007 판결.

23) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2013도8619 판결.

24) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2014도6309 판결.

25) 성폭력처벌법 제14조의 기수시기에 관하여 대법원은 “카메라 기타 이와 유사한 기능을 갖춘 기계 장치 속에 들어 있는 필름이나 저장장치에 피사체에 대한 영상정보가 입력됨으로써 기수에 이른다고 보아야 한다.”고 하면서 “(디지털카메라나 동영상 기능이 탑재된 휴대전화 등의 기계장치에) 촬영된 영상정보가 전자과일 등의 형태로 영구저장되지 않은 채 사용자에 의해 강제종료 되었다고 하여 미수에 그쳤다고 볼 수는 없다.”고 하였다(대법원 2011. 6. 9. 선고 2010도10677 판결).

어 하급심에서 “단지 여성의 신체를 허락 없이 촬영하였다는 이유만으로 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체의 객관적 범위를 확대해 형사범죄화의 폭을 넓히는 방향으로 지향할 것이 아니다.”라고 하면서 제한적 해석을 강조함과 함께 “이 같은 경우에는 초상권의 문제와 같은 민사나 처벌 입법 공백의 문제로 접근해야 한다.”고 판시하고 있는 점에서 잘 들어난다.<sup>27)</sup> 따라서 종합적 판단의 내용을 검토하기 위해서는 우선 ‘도촬행위’ 및 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발’에 대한 명확한 개념화가 요구되며, 앞서 언급한 대법원이 제시한 판단기준을 검토함에 있어 다른 국가의 도촬행위 규제법제 및 판례를 살펴봄으로서 이에 참고하고자 한다.

## IV. ‘도촬행위’ 규제에 관한 입법례

### 1. 미국

미국연방법은 2004년 비디오 도촬행위 방지법<sup>28)</sup>을 통해 도촬행위를 규제하고 있다. 이 법률에 의해 규정된 미연방법률 제18편 제88장 제1801조는, 본인의 동의 없이, 프라이버시가 보호될 것이라는 합리적인 기대를 갖고 있는 상황에 있는 사람에게, 개인의 사적 영역의 화상(an image of a private area)을 얻으려는 의도를 갖고, 개인의 사적 영역의 화상을 고의로 획득하는 행위를 한 사람에게 1년 이하의 자유형 혹은 벌금에 처하거나 또는 이를 병과한다. 다만 합법적인 법집행기관, 교정기관 또는 정보기관의 경우에는 본법의 적용대상이 되지 않는다. 이 규정에서의 “획득(capture)”은 화상에 관하여 비디오녹화·사진촬영·영화촬영 및 기타의 수단에 의한

26) 이승준, “카메라등 이용촬영죄에서의 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체성’ 판단에 대한 비판적 검토”, 형사정책 제20권 제1호, 2008, 208면.

27) 서울북부지법 2015. 10. 22. 선고 2015고단2086 판결. 다만 이에 대해서는 전신사진이라도 촬영자의 의도가 성적 수치심을 유발하는 데 있는 게 명백하다면 처벌하는 게 합리적이라는 견해도 제시되고 있다(중앙일보, 「핫팬츠 여성 몰카, 다리 찍으면 유죄 전신은 무죄」(2015. 11. 17.), (<http://news.joins.com/article/19080250> 최종방문: 2015.12.28.)).

28) Video Voyeurism Prevention Act of 2004(P.L.108-495), (<https://www.congress.gov/bill/108th-congress/senate-bill/1301/text> 최종방문: 2015. 12. 28.)

기록 또는 “방송(broadcast)”을 말한다. 또한, “방송”이란 타인에게 보여줄 것을 의도하여 시각적 영상을 전자적으로 전달하는 것을 의미하며, “개인의 사적 영역”이란 나체 또는 속옷으로 가려진 음부, 엉덩이 또는 여성의 가슴을 가리킨다.

이러한 미연방의 비디오 도촬행위 방지법은 기본적으로 “프라이버시 보호에 대한 합리적인 기대”를 보호개념을 전제로 하고 있다. 그러면서도 본법은 촬영대상으로서 개인의 신체 중 성적 관심을 끌기 쉬우며, 피해자도 성적 수치심을 갖는 부분에 한정함으로써, 실행행위를 도촬에 의한 프라이버시 침해행위 중에서 성적 도촬행위에 해당되는 경우로 한정하고 있다. 따라서 최근에는 여성 본인의 동의를 얻지 않은 상태에서 다리부위를 촬영하는 “Upskirting”이나 가슴부위를 촬영하는 “Downblousing” 형태의 도촬행위의 프라이버시 침해에 대한 형사규제가 주장되고 있으며,<sup>29)</sup> 이를 처벌하는 규정을 본법의 형식에 따라 신설하고 있는 추세이다.<sup>30)</sup>

## 2. 캐나다

캐나다에서는 2005년에 형법 등 일부를 개정하는 법<sup>31)</sup>에 따라 캐나다 형법 제5장(성범죄, 공중도덕과 치안문란행위) 제162조(관음, Voyeurism)에서 도촬행위를 규제하고 있다.

제1항에서는 프라이버시 보호에 관하여 합리적 기대를 야기하는(give rise to) 상황에 있는 자를 몰래 관찰하거나(기계적 수단·전자적 수단에 의한 경우를 포함한다), 또는 타인을 몰래 사진·동영상으로 기록한(makes a visual recording) 자를 처벌하고 있다. 예를 들어 ① 타인이 나체가 되거나, 타인의 성기나 항문 또는 타인의 가슴을 노출하거나, 노골적인 성적 행위(explicit sexual activity)를 하는 것이 합리적으로 예상되는 장소에 있는 경우, ② 타인이 나체가 되거나, 타인의 성기나 항문

29) Cynthia J. Najdowski, The questionable legality of ‘upskirting’, Monitor on Psychology Vol. 46 No. 4, (April 2015), p. 34.

30) An Act Relative To Unlawful Sexual Surveillance(No. H3934), Constitution of the Commonwealth of Massachusetts, March 7, 2014.

31) An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act(S.C. 2005, c. 32), ([http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/annualstatutes/2005\\_32/FullText.html](http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/annualstatutes/2005_32/FullText.html) 최종방문: 2015. 12. 28.).

또는 타인의 가슴을 노출하거나, 노골적인 성적 행위를 하는 경우에 있어서 타인이 그러한 상태인 것 또는 그러한 행위를 하고 있는 것을 관찰 또는 사진·동영상으로 기록할 목적으로 해당 관찰 또는 기록이 이루어진 경우, ③ 그러한 관찰 또는 기록이 성적목적에 위해 수행된 경우이다. 또한 제4항에서는 제1항에 의해 범죄가 되는 행위로 인해 얻은 기록임을 알면서 이를 인쇄, 복제, 간행, 배포, 유통, 판매, 광고 또는 이용 가능한 상태로 두거나, 이러한 목적으로 기록을 소지하는 것을 처벌한다. 이와 같은 죄를 범한 때에는 5년 이하의 자유형이 부과된다(제5항).<sup>32)</sup>

### 3. 영국

영국에서는 2003년 성범죄법<sup>33)</sup> 제67조 및 제68조를 통해 도촬행위를 규제하고 있다. 제67조 제1항은 성적 만족을 얻기 위한 목적으로 타인의 사적 행위(a private act)을 해당 타인의 동의가 없는 것을 알고 있으면서도 훔쳐보는 것을 규정하고 있다. 동조 제2항은 타인이 성적 만족을 얻기 위한 목적으로 제3자의 사적 행위를 볼 수 있도록 장비를 조작하는 자에 대해 해당 제3자의 동의가 없는 것을 알고 있으면서 조작하는 것을 처벌하는 규정이다. 또한 동조 제3항은 타인의 사적 행위를 본인 또는 제3자가 성적 만족을 얻기 위한 목적으로 관찰하기 위해, 해당 타인의 동의가 없는 것을 알고 있으면서 녹화하는 것을 처벌 대상으로 규정하고 있다. 동조 제4항은 본인 또는 제3자가 제1항에서 규정한 범죄의 실행을 가능케 하려는 의도로서 장비의 설치 또는 “구조물(structure)”의 설치 또는 개조한 자를 처벌하는 규정이다. 이러한 죄를 범한 경우, 동조 제5항의 규정에 의해 약식기소인 경우에는 6개월 이하의 자유형 또는 벌금형에 처해지고, 정식기소인 경우에는 2년 이하의 자유형에 처해진다.

또한 제68조에서는 제67조의 규정 중에서 “사적 행위”와 “구조물”의 의미에 대해 상세히 정의하고 있다. “사적 행위”란 그 상황에서 합리적으로 프라이버시가 보

32) Justice Canada, *Voyeurism as a Criminal Offence: A Consultation Paper* 2002, 2002.

33) The Sexual Offences Act 2003(2003 c. 42), (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents> 최종방문: 2015. 12. 28.). 그리고 북아일랜드에서도 2009년에 같은 취지의 The Sexual Offences (Northern Ireland) Order 2008(2008 No. 1769 (N.I. 2))을 제정하였다.

호될 것이라고 기대되는 장소에서, ① 사람의 성기, 엉덩이 또는 흉부를 노출하거나 또는 속옷만 입고 있는 것, ② 사람이 화장실을 사용하고 있는 것, ③ 통상적으로 공공연히 이루어지지 않는 종류의 성행위를 사람이 행하고 있는 것을 말한다. 또한 “구조물”에는 텐트, 자동차, 선박, 기타 가설구조물 또는 이동구조물 등을 포함한다. 이 법률은 대상을 성적인 요소가 포함된 경우에 한정하고 있는 점에서는 앞서 언급된 미국연방법과 유사하지만 성적 만족을 얻거나 또는 얻으려는 목적을 요구하고 있다는 점과 반드시 기록을 요구하고 있지 않는 점에서 다르다고 할 수 있다.

#### 4. 독일

독일에서는 2004년 독일형법 개정을 통해 형법 제201조a에 촬영에 의한 초인격적 프라이버시 영역에 대한 침해라는 범죄를 규정하여 도촬행위를 규제하고 있다.<sup>34)</sup> 예를 들어 ① 권한 없이, 주거 또는 내부가 보이지 않도록(엿봄으로부터) 보호된 공간에 있는 타인의 사진·동영상을 촬영하거나 복제하여, 이를 통해 초인격적 프라이버시 영역을 침해하는 것(제1항)과 그 사진·동영상을 이용하거나, 또는 제3자가 접근 가능한 상태를 제공하는 것(제2항), ② 주거 또는 내부가 보이지 않도록(엿봄으로부터) 보호된 공간에 있는 타인의 사진·동영상이 정당한 권한에 의해 촬영된 경우에 있어서, 그 사정을 알면서도 권한 없이, 그것을 제3자가 접근 가능한 상태에 두어, 이로 인해 초인격적 프라이버시 영역을 침해하는 것(제3항)을 처벌한다. ①, ②의 경우 모두 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처해진다.<sup>35)</sup> 또한 본조 제4항에서는 사진·동영상을 보존한 저장매체, 카메라 등 촬영기기, 기타 정범 및 공범이 촬영에 이용한 기술적 도구는 몰수할 수 있다(몰수 할 때에는 동법 제74조a가 적용된다). 이 규정에서 객체는 타인의 사진·동영상이면 충분하기 때문에 성적요소를 포함할 필요는 없다. 그러나 피해자가 주거 등의 전형적인 폐쇄적인 공간에 있는 경우에 한정하고 있어 장소적 제한이 엄격하다고 볼 수 있다. 또한 “초인격적 프라

34) StGB § 201a Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen(법무부, 『독일형법』, 2008, 158면 참조).

35) 독일 형법 제201조a에 관한 논의로는 박희영, “무권한 사진촬영으로 인한 사생활 침해의 형법적 보호: 독일 형법 제201조a의 입법”, 월간 법제 2005년 6월호(법제처), 2005, 99면 이하를 참조할 것.

이버시 영역”에 대해서는 기존의 형법전에는 규정된 바가 없었고 제201조a를 통해 처음으로 규정된 것이다. 따라서 이를 어떻게 이해할 것인가가 관건인데, 독일은 이 개념을 형사소송법 제68조a 제1항과 범원조직법 제171조b 제1항에 규정된 “사생활 영역”의 개념과 유사한 것으로 해석하고 있다.<sup>36)</sup>

## 5. 프랑스

프랑스에서는 1994년에 제정된 신형법 제6장 “인격에 대한 침해”의 제1절 “프라이버시 침해” 중 제226-1조 및 제226-2조에서 도촬행위를 규제하고 있다.<sup>37)</sup> 예를 들어 제226-1조(프라이버시 침해)는 ① 사적이거나 비밀로 말했던 것을 당사자의 승낙을 받지 않고 기록 또는 녹음하거나 전파하는 행위와, ② 사적인 장소에 있는 당사자의 사진을 당사자의 승낙을 받지 않고 찍거나 녹음하거나 전파하는 행위에 대해 방법여하를 불문하고 타인의 프라이버시의 은밀성을 고의로 침해하는 자를 처벌하고 있다. 다만, 동조에서 규정하는 행위가 당사자의 인식할 수 있는 상태에서 이루어지고 당사자가 그 행위를 방지할 수 있음에도 불구하고 이를 방지하지 않은 경우에는 당사자의 승낙이 있었던 것으로 추정된다. 그리고 제226-2조는 제226-1조에서 규정하는 행위 중 어느 하나에 의해서 얻어진 모든 기록 또는 문서를 보관하거나, 공중(公衆) 또는 제3자에게 인식 또는 인식할 수 있게 하거나, 기타 어떠한 방법에 의한 이들을 이용하는 행위는 처벌한다. 이러한 죄는 모두 1년 이하의 자유형 혹은 45,000유로 이하의 벌금에 처해지거나 또는 병과된다. 또한 미수범 처벌규정(제226-5조)과 범인처벌규정(제226-7조)이 적용된다. 이 규정은 독일법과 유사하게 장소적 한정을 중심으로 하고 있으나 “사적인 장소”의 의미에 관하여 독일법과 다르고, 그 장소에 있는 자가 동의하지 않는 한, 타인에게 개방되어 있지 않은 장소로서 해석되기 때문에, 반드시 폐쇄되거나 타인의 시선으로부터 보호된 장소일 것이 요구되지 않는다.

36) BT-Drs. 15/2466, S. 5.; 박희영, “소위 ‘몰래카메라’ 촬영 및 유포에 대한 형법적 규제에 관한 입법론적 고찰—비교법적 검토를 고려하여—”, 법제연구 제31호, 2006, 270면에서 재인용.

37) 법무부, 『프랑스형법』, 2008, 161~162면 참조.

## 6. 일본

일본의 경우에는 우리나라 및 위에서 언급된 국가들과는 달리 근본적인 대책으로서 도촬행위 일반을 직접 규제하는 입법은 아직 없다. 물론 이를 주장하는 견해<sup>38)</sup>도 있지만 현재로서는 실현되지 못하고 있다. 그러나 실무상, 현행법제 내에서도 도촬행위를 단속하는 목적으로 활용되고 있는 법령이 있기 때문에 이들 법령을 간략히 살펴본다.

### 가. 경범죄법

일본 경범죄법(1949년 법률 제39호) 제1조 제23호(절시(竊視)의 죄)는 “정당한 이유 없이 사람의 주거, 목욕탕, 탈의실, 화장실, 기타 사람이 보통 옷을 입고 있지 않는 장소를 몰래 엿본 자”를 구류(1일 이상 30일미만의 형사시설에 구금, 형법 제16조)또는 과료(약 1만 원 이상 10만 원미만의 납부, 형법 제17조)에 처한다.

이러한 행위의 규제목적으로는 “사람의 개인적인 비밀을 침해하는 추상적 위험성이 있는 행위를 금지하고, 더 나아가 국민의 성적 풍기(風紀)를 유지하려는 것이다.”라고 한다.<sup>39)</sup> 즉 이 규정에서 ‘엿보다’는 물건으로 가려진 곳이나 벽 틈새 등에서 몰래 보는 것을 말하며, 망원경으로 보는 것과 카메라로 몰래 사진을 찍는 것이 해당된다.<sup>40)</sup> 따라서 지나가다 우연하게 보게 된 경우에는 해당하지 않는다. 또한 “사람의 주거, … 타인이 보통 옷을 입고 있지 않는 같은 장소”는 옷을 입고 있지 않을 가능성이 있는 장소의 내부를 가리키고 구체적으로는 음식점, 술집, 영화관 등의 화장실 중에서 칸막이 등으로 개별적으로 구분된 장소나, 병원 진료실, 야외수영장의 탈의실 등을 예로 들 수 있다.<sup>41)</sup> 또한 비디오카메라로 촬영하였다면, 실제로 녹화 내용을 보거나 확인하지 않았던 경우라도 ‘엿보다’에 해당된다.<sup>42)</sup> 다만, 이처럼

38) 島田聡一郎 「盗撮画像公表行為と名誉毀損罪の保護法益」山口厚編著『クローズアップ刑法』(成文堂、2007年) 162頁.

39) 伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法(第八卷)』(立花書房、1990年) 113頁.

40) 伊藤榮樹ほか編・前掲注39) 114頁.

41) 伊藤榮樹ほか編・前掲注39) 114頁.

42) 気仙沼簡裁判平成3年11月5日判タ773号271頁.

절시(竊視)의 죄로서 도촬행위를 경범죄로서 규제하는 것에 대하여 일본에서는 다음과 같은 지적이 있다. 예를 들어 ① 도촬행위에 의한 법익 침해의 심각성에 비하여 법정 형량이 가벼운 점, ② 도촬행위로 인한 사진 또는 동영상이 영리 목적으로 유포될 가능성이 큰 점을 감안한다면 경범죄로서 규율하는 것은 입법 취지에 맞지 않다는 것이 그러하다.<sup>43)</sup> 또한, 공공장소나 계단 등의 높이 차가 있는 장소에서 의복을 착용하고 있는 여성 스커트의 내부를 엿보는 행위는 이에 해당하지 않는 문제점이 있다.

#### 나. 일본 지방자치단체(都道府県)의 민폐(迷惑)방지 조례

현재 일본의 모든 지방자치단체(都道府県)가 음란성이 있는 행위를 처벌할 목적으로,<sup>44)</sup> 이른바 ‘민폐(迷惑)방지 조례’를 제정하여 “추잡한 언동(卑わいな言動)”을 금지함으로써 치한이나 도촬 등을 일괄적으로 규제하고 있다.<sup>45)</sup> 각 지방자치단체 조례의 관련 조문에는 기술(記述)에 다소 차이가 있지만 “누구도 공공장소 또는 공공교통기관에서 타인을 현저히 수치스럽게 하거나 타인에게 불안감 또는 혐오감을 일으키는 방법으로 다음과 같은 추잡한 언동을 해서는 안 된다.”라는 구절은 거의 공통적으로 적용되고 있으며,<sup>46)</sup> 이러한 “추잡한 언동”에 도촬행위가 해당한다고 해석되고 있다.<sup>47)</sup> 이에 대해서는 “추잡한 언동”이라는 막연하고 불명확한 처벌규정으로 도촬행위를 규제하고 있다는 비판이 있다. 따라서 이러한 “추잡한 언동”에 대해서는 교토시나, 사이타마현처럼 “의복으로 가려진 속옷 등”을 무단 촬영하는 행위를 그 예로서 명시할 필요가 있다는 견해가 참고가 된다.<sup>48)</sup>

43) 木村·前掲注12) 91頁.

44) 木村·前掲注12) 92頁.

45) 일본의 각 지방자치단체(都道府県)의 민폐방지조례를 검토한 대표적인 일본문헌으로는 畠田悦三 「いわゆる迷惑防止条例について」 小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会編 『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻』(判例タイムズ社、2006年) 510頁、難波正樹 「都道府県の迷惑防止条例について」 警察学論集第63巻第2号(2010年) 46頁가 있다.

46) 京都府 「迷惑行為防止条例」([http://www.pref.kyoto.jp/reiki/reiki\\_honbun/aa30013881.html](http://www.pref.kyoto.jp/reiki/reiki_honbun/aa30013881.html) 최종방문: 2015. 12. 28.)、東京都 「公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例」([http://www.reiki.metro.tokyo.jp/reiki\\_honbun/ag10122121.html](http://www.reiki.metro.tokyo.jp/reiki_honbun/ag10122121.html) 최종방문: 2015. 12. 28.) 등.

47) 捜査手続研究会 「強い執行力&盗撮についての考察」 警察公論第60巻第10号(2005年) 92頁.

예를 들어 교토(京都)시 민폐방지조례 제3조 제2항의 각호 및 제3항을 살펴보면, 우선 제2항에서는 “① 함부로 의복을 착용하고 있는 타인의 속옷(내의) 등을 촬영하는 것, ② 함부로 전호에 해당하는 행위를 하기 위해 타인의 의복 안을 들여다보거나 의복 안이 보이는 위치에 카메라 및 기타 촬영기기를 꺼내두거나 설치하는 것, ③ 함부로 카메라 등을 사용하여 투시(透視)하는 방법으로 의복을 착용 있는 타인의 속옷 등의 영상을 촬영하는 것”을 규정하고 있고, 제3항에서는 “누구도 함부로 공중 화장실, 목욕탕, 공중 탈의실 기타 공중이 보통 옷의 전부 또는 일부를 입고 있지 않는 장소에서 해당 상태에 있는 타인의 자태(姿態)를 촬영해서는 안 된다.”고 하면서 이를 “추잡한 언동”으로서 규정하고 있다.<sup>49)</sup> 이러한 조례가 적용되는 경우 벌칙은 각 지방자치단체마다 다르지만 대체로 1년 이하의 징역 또는 100만 엔 이하의 벌금으로 처벌하며, 교토시의 경우에는 상습범을 가중처벌하고 있다.<sup>50)</sup> 다만, 이러한 조례의 적용은 “공공장소” 또는 “공공교통”에서 실행된 도촬행위에 관해서 뿐이며, 택시나 개인차량에서의 도촬행위나 사기업의 직원이 사내 엘리베이터에서의 도촬행위나 방문 판매업자 또는 방문 AS기사가 가족의 허가를 받아 집 안에서의 도촬행위에는 적용이 제한될 우려가 있다.

## V. 성폭력처벌법 제14조의 해석에 있어서의 시사점

### 1. 보호법익

우선 도촬행위의 형사규제에 있어서 보호법익을 촬영 대상자의 성적수치심·성적존엄으로 할 것인지, 개인의 프라이버시 보호로 할지가 논점이 된다.<sup>51)</sup> 프라이버시

48) 門田成人 「最新判例演習室 刑法 漠然とした刑罰法規の明確化手法—東京地判平成16・2・3」法学セミナー 第598号(2004年10月) 117頁.

49) 京都府·前掲注46) 参照.

50) 다만 이러한 조례의 법정형 수준에 대하여 도촬한 내용물에 관하여 복제·유포의 경우에 단순 도촬 및 보관행위에 비하여 불법의 정도에 차이가 있음에도 동일한 법정형으로 처벌하고 있어 법정형 인상의 필요성을 긍정하는 견해가 있다(木村·前掲注12) 92頁).

51) 박희영, 앞의 논문 36), 290면.

를 보호법익으로 할 경우에, 보호돼야 할 법익의 범위는 매우 넓어지지만, 반면에, 프라이버시 개념의 외연이 불명확하다는 점을 감안하면 구성요건의 명확성의 관점에서 문제가 될 수 있다.<sup>52)</sup> 그러나 성적수치심·성적존엄만을 보호법익으로 정하는 것 또한 도촬행위로 인한 초상권, 프라이버시 침해에 대한 보호가 충분하지 못할 수 있다. 예를 들어 성적 욕망이나 수치심과 무관하게 단순히 괴롭힐 목적으로 피해자의 의사에 반하여 도촬행위를 행한 경우와 같이 형사 처벌의 필요성이 검토되어야 할만한 상황도 존재하기 때문이다. 이로 인한 초상권, 프라이버시 침해는 특히 사진 및 동영상 등으로 대량 복사 및 유포가 가능하기 때문에 일단 침해가 발생하면 이를 회복하기가 어렵고, 민사손해배상에 있어서도 그 확산 및 유포범위의 한정이 불가능하기 때문에 손해배상액 산정에도 문제가 많다.<sup>53)</sup>

따라서 민사적 해결만으로는 도촬행위의 억지(抑止)라는 측면에서 적절한 대응이 될 수 없다. 다만 형사규제를 통해 도촬행위를 규제할 경우에는 형벌법규의 기본원칙인 죄형균형의 원칙이 지켜져야만 한다. 그러므로 공공의 공간이든 사적인 공간이든 단순 무단촬영으로부터 보호되어야 하는 이익에 관한 침해를 넘는 특별한 불법성의 인정 여부에 따라 판단되어야 한다. 그리고 이러한 형사규제의 상당성을 근거지우는 사실로서, 일반인에게 있어서도 매우 수치심을 느끼게 할 정도의 성적인 내용으로 한정하는 것은 대부분의 도촬이 성적인 내용에 관련된 것임에 비추어 봐도 충분히 합리적이다.

이러한 입법례로는 미국의 비디오도촬방지법과 영국의 성범죄법, 캐나다 형법과 우리나라의 성폭력처벌법 등이 해당된다고 볼 수 있다. 이와 달리 독일과 프랑스의 경우에는 이러한 행위를 형법상의 프라이버시 침해 내지는 인격권의 침해로 파악하고 있다. 독일형법 제201조 및 프랑스형법 제226-1조 제1항이 사인간의 대화도청을

52) 이점에 관하여 “몰래카메라의 특수성을 고려한다면 프라이버시의 보호가 예상되는 영역을 두는 것이 바람직하다. 즉 비록 공개된 장소라 하더라도 보호될 필요가 있는 경우가 있기 때문이다. 이 경우 명확성의 원칙을 벗어나서 죄형법정주의와의 충돌을 예상할 수 있지만, 그 구체적인 범위는 확설이나 판례에 위임하면 될 것이라 생각된다.”는 견해도 참고가 된다(박희영, 앞의 논문 38), 291면).

53) 더욱이 이를 판매 또는 유포한 촬영자는 이를 통해 손쉽게 큰 이익을 얻을 수 있고 침해 적발도 어려운 인터넷 구조상(예를 들어 유료회원제 인터넷 사이트 등), 사인에 의한 민사상의 책임추궁은 기대하기 어려운 것이 현실이다(鳥田·前掲注38) 158頁).

처벌하고 있기 때문에, 도촬행위에 대해서도 도청행위와의 균형을 고려하여 형법상의 프라이버시 침해 내지는 인격권의 침해로 인정할 여지가 있기 때문이다. 다만 독일의 경우 인격권의 침해로 파악하는 경우에 핵심적인 내용에 있어서 긴밀한 사적 영역에는 질병관계나 생사에 관한 사항, 성관련 사항이나, 종교에 관한 사항 등이 포함되어 있어 그 적용에 있어서 성적인 내용을 배제하고 있다고 볼 수는 없다.

한편 영국 및 한국과 같이 보호법익을 프라이버시 보호를 기본으로 하면서도 그 대상을 성적수치심·성적존엄에 한정하는 방식일지라도 ‘성적 욕망 또는 성적 수치심’이라는 개념은 시간과 공간에 따라 그 사회의 성적관념 및 성문화에 따라 변화하는 것이기 때문에 그 해석적용에 있어서 주의를 기울이지 않으면 안 된다.<sup>54)</sup> 이와 관련하여 성폭력처벌법은 성폭력범죄의 처벌 및 그 절차에 관한 특례를 규정함으로써 성폭력범죄 피해자의 생명과 신체의 안전을 보장하고 건강한 사회질서의 확립을 그 목적으로 하는 점에 비추어 볼 때 “성적 욕망 또는 수치심의 유발”이라는 개념은 적어도 아동 및 청소년 등 특정계층의 성보호를 위하여 강화 및 확장된 개념이라고 볼 수 없고, 우리사회 일반 성인의 성적존엄의 보호에 그 중점이 있는 것<sup>55)</sup>이라고 구분할 수 있다.

이에 관하여 앞서 언급한 바와 같이 2008년 대법원 판결은 촬영된 신체부위가 “성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체”에 해당하는지 여부는 객관적으로 피해자와 같은 성별, 연령대의 일반적이고도 평균적인 사람들의 입장에서 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체에 해당되는지 여부를 고려해야 하고, 당해 피해자의 옷차림, 노출의 정도 등은 물론, 촬영자의 의도와 촬영에 이르게 된 경위, 촬영 장소와 촬영 각도 및 촬영 거리, 촬영된 원판의 이미지, 특정 신체 부위의 부각 여부<sup>56)</sup> 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적·상대적으로 결정해야함을 강조하면서 규범적 판단의 객관화 기준을 제시하였다. 또한 최근 하급심판례는

54) 이승준, 앞의 논문 26), 212면.

55) 이승준, 앞의 논문 26), 212면.

56) 일본 최고재판소는 스마트폰 카메라로 바지를 입은 여성의 둔부부분을 약 5분간 11회에 걸쳐 촬영한 것에 대해 홋카이도 민폐방지조례의 제2조의 2 제1항 2호의 “의복 등으로 가려진 신체 또는 속옷을 엿보거나 촬영하는 것”을 구성요건으로 하는 도촬행위에 해당되지는 않으나, 동 조례 제10조 제1항, 제2조의 2 제1항 4호의 ‘추잡한 언동’에는 해당한다고 하였다(最決平成20年11月10日法律時報第81卷第11号136頁).

“단순히 의심스러운 촬영 의도나 피해자의 ‘수치심을 느꼈다’는 주관적 감정만으로 피고인의 행위를 유죄로 단정할 수 없다.”고 판시하였다.<sup>57)</sup>

이처럼 도촬사건의 경우 촬영형태와 정황이 매우 다양하므로, ‘성적 욕망 또는 수치심의 유발’의 해석적용은 단순히 피해자의 주관적 감정만으로 단정할 수 없고, 행위자의 고의 및 과실 여부 등 모든 제반 상황과 조건을 고려한 판단의 객관화가 요구된다.<sup>58)</sup> 따라서 도촬행위는 기본적으로 프라이버시 침해로 전제로 하고 있는 행위이므로 ‘성적 욕망 또는 수치심의 유발’ 여부는 피해자의 의사를 기본으로 하지만, 행위자의 고의 및 과실의 인정여부와 더불어 촬영물의 내용이 일반인의 성적관념을 훼손할 정도에 이르지 않았다면 비례성의 원칙상 형사책임은 면하게 된다.<sup>59)</sup> 이는 간통죄 위헌판결과 같이 형벌규정의 “구체적 법익에 대한 명백한 침해”의 존재여부를 즉 ‘성적 욕망 또는 수치심의 유발’의 판단을 피해자의 의사에 전적으로 의존할 수는 없기 때문이다.<sup>60)</sup> 그러므로 공소사실에 대한 수사기관의 엄격한 증명 책임부담은 피고인의 인권보호 및 무죄추정의 원칙과 관련되고, 또한 단순 프라이버시 침해와 성폭력처벌법 제14조의 침해를 구별하기 위한 객관적 증명으로서도 의미를 갖게 된다. 다만 이러한 판단과정에 의할 경우 형사절차상의 입증문제로 인해 가령 여성의 특정 신체부위로 국한되어 형식적으로 판단될 여지도 없지는 않다.

57) 또한 판례는 “피고인이 여성의 동의 없이 다리나 가슴 등을 촬영한 사실은 인정되지만, 촬영 장소가 모두 지하철이나 길거리 등 일반인의 출입이나 통행이 자유로운 개방된 장소이고 피고인이 찍은 사진들에서 여성들의 옷차림과 노출 정도 등을 볼 때 피고인이 촬영한 부위가 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체에 해당한다고 보기 어렵다.”고 하였다(서울북부지법 2015. 5. 14. 선고 2014고단3271 판결).

58) 이점은 간통죄 폐지에 관한, 헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2009헌바17 결정(판례집 27권 1집 20-50면)에서도 “사회 구조 및 결혼과 성에 관한 국민의 의식이 변화되고, 성적 자기결정권을 보다 중요시하는 인식이 확산됨에 따라 간통행위를 국가가 형벌로 다스리는 것이 적정한지에 대해서는 이제 더 이상 국민의 인식이 일치한다고 보기 어렵고, 비록 비도덕적인 행위라 할지라도 본질적으로 개인의 사생활에 속하고 사회에 끼치는 해악이 그다지 크지 않거나 구체적 법익에 대한 명백한 침해가 없는 경우에는 국가권력이 개입해서는 안 된다는 것이 현대 형법의 추세여서 전 세계적으로 간통죄는 폐지되고 있다.”고 판시하고 있다.

59) 물론 민사상의 프라이버시 침해 및 초상권 침해 등의 문제로서 민사적으로 손해배상책임이 인정될 여지는 남아있다.

60) 이러한 점에 있어서 판례는 음란성의 판단기준에 대해, “형법 제243조의 문서 도화 기타 물건이 지니는 음란성은 그 제작자, 판매자의 주관적 의사에 좌우되는 것이 아니라 객관적으로 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적흥분을 유발하고 정상적인 성적수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것이(다).”라고 하고 있다(대법원 1995. 2. 10. 선고 94도2266 판결).

## 2. 도촬행위의 정의

다음으로 ‘도촬행위’의 정의방식이 문제가 된다. 형사규제에 있어서 그 정의가 명확성을 결여한다면 수사권 남용으로 인한 인권 침해의 우려가 존재하고 재판에 있어서도 판결의 일관성이 담보되지 못할 우려가 존재하기 때문이다.<sup>61)</sup>

이러한 점을 감안하여 도촬행위를 정의할 경우 ① 우선 촬영 대상자가 존재하는 영역(領域)으로 한정하는 방식이 있다. 즉 촬영 대상자가 일정한 영역에 있는 것을 요건으로 하는 독일과 프랑스의 방식을 예로 들 수 있다. 그러나 이러한 한정은 앞서 언급한대로 교실이나 공원 등의 공공장소나, 대중교통기관 등에서의 도촬행위를 대상 외로 하게 될 가능성이 있다. ② 다음으로 촬영대상으로 한정하는 방식이 있다. 예를 들어 성행위와 성기, 엉덩이 등 성적 관심을 유발하는 부분에 한정된 미국과 캐나다의 예가 있다. 그러나 이러한 한정은 적외선 카메라 등을 이용한 수영복 또는 짧은 여름의상 차림의 여성에 대한 투시촬영이 대상 외로 될 가능성이 있다. ③ 마지막으로 성적목적을 요구하는 방식이 있다. “성적 만족을 얻기 위한 목적”을 요구하는 영국의 예가 있으며, 우리나라 성폭력처벌법도 “성적욕망 또는 수치심의 유발”을 요건으로 하고 있다. 다만 이러한 한정은 그 정의가 모호하기 때문에 수사권의 남용 등을 초래할 우려가 있으며, 또한 규범적 평가의 대상이 될 수 있을지 여부에 의문이 제기될 수도 있다. 더욱이 성폭력처벌법에서는 “성적 욕망 또는 수치심의 유발”에 대한 개념을 명시하지 않고 있다.<sup>62)</sup> 또한 다른 형사법규에서도 “성적 욕망 또는 수치심”의 개념을 규정하고 있지 않다는 점에 비추어 볼 때, 대법원 및 최근 일련의 하급심 판결에서처럼 도촬사건의 경우에 촬영 형태와 정황이 매우 다양하기 때문에, 모든 제반 상황과 조건을 고려한 종합적 판단이 요구될 수밖에 없다 할 것이다.

이와 관련하여 도촬행위는 대부분 “Upskirting”이나 “Downblousing” 등의 속옷 등의 의복을 착용한 상태의 촬영물들이라는 점에서 적어도 형법 제243조 음화반포죄의 객체요건으로서의 음란성을 결여하고 있다는 점과 아동 및 청소년의 성 보호

61) 이승준, “성폭범상 카메라등 이용촬영죄에서의 구성요건 해석 문제”, 『형사판례연구 제17권』, 박영사, 2012, 563면

62) 이승준, 앞의 논문 26), 208면.

에 관한 법률 또한 촬영대상이 아동 및 청소년이 아닌 경우에는 적용되지 않는 점에서는 구분될 수 있다.<sup>63)</sup>

그리고 ‘도촬행위’를 살펴보면 ① 카메라 등의 촬영기기의 입수, ② 촬영기기의 설치, ③ 촬영행위<sup>64)</sup> 및 저장하는 행위, ④ 촬영한 사진·동영상의 복제·유포의 과정이 포함될 수 있는데, 이러한 행위들 중 어느 과정의 행위를 규제 대상으로 할 것인가도 문제가 된다. 현재 ①, ②의 행위는 현재 ‘도촬행위’로서는 규제하지 않고 있으나 ‘도촬행위’에 이르지 못한 ②의 경우에 법익침해 위험성이 큼에도 불구하고, 주거침입죄 이외에 적절한 처벌법규가 없다는 점에 문제가 된다. 최근문제가 된 사례로는 일반 음식점이나 술집의 화장실은 성폭력처벌법 제12조에서 규정한 공중화장실에 해당되지 않아, 여자화장실을 훑쳐보는 행위가 불처벌 되는 문제가 있었다.

### 3. 법정형의 수준

성폭력처벌법 제14조 제1항은 “카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있다. 이러한 규정은 위의 ‘도촬행위’의 행위과정 중 ③과 ④의 행위를 같은 조문에서 규제하고 있는 것이라고 볼 수 있다. 이러한 규정은 도촬행위 및 보관행위와 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영하는 행위는 그 유형이 다름에도 불구하고 같은 법정형의 처벌로 규정하는 것은 죄형균형의 원칙의 측면에서 문제의 소지가 있을 수 있다. 즉 도촬행위 및 이를 보관하는 행위의 불법의 정도와 이를 인터넷상에 복제 및 유포 또는 공공연하게 전시·상영하는 행위의 불법의 정도는 당연

63) 永井善之 「インターネットと名誉・おいせつ犯罪」 刑事法ジャーナル第15号(2009年) 14頁.

64) 대법원은 성폭력처벌법 제14조는 ‘타인의 신체’에 대한 도촬행위를 규제하는 것이므로, 촬영당시에 피해자가 스스로 찍은 사진이라면, 타인의 나체사진을 본인의 의사에 반하여 인터넷에 복제·유포하였다라도, 성폭력처벌법으로는 처벌할 수 없고, 정보통신망법(제44조, 제44조의 7)의 위반여부는 별도의 문제라고 한다(서울신문, 「대법 “남의 ‘나체 셀카사진’ 공개, 성범죄로 처벌 못해” 재판부 “성범죄가 아닌 정보통신망법 적용해야”」(2016. 1. 11) 참조, (<http://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20160111500327> 최종방문: 2016. 1. 25.)).

히 후자의 경우가 크기 때문이다. 이는 본조 제3항과의 관계(영리목적 인터넷상 유포, 7년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금)에 비추어 보면 명확해진다. 이처럼 영리목적 유포를 별도로 구분함으로써 각 행위유형에 따른 불법성에 상응한 형량이 추론될 수 있는 것처럼 촬영행위와 유포 및 제공 또는 공공연하게 전시·상영행위는 처벌의 정도를 명확히 구분할 필요가 있다.<sup>65)</sup>

이점에 있어서 형법 제244조(음화제조 등)와 제243조(음화반포 등)의 법정형이 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금으로 같은 부분과 비교될 수 있다. 음화 등 제조죄는 반포·판매·임대 또는 공연히 전시 또는 상영할 목적으로 음란한 물건을 제조, 소지, 등을 함으로써 성립하는 범죄이고 음화반포 등 죄의 예비단계로서, 음화 등 제조죄를 범한 후 음화반포 등의 죄를 범할 경우에는 음화반포죄만 성립하는 것이기 때문에,<sup>66)</sup> 촬영행위와 유포행위를 별도의 구성요건으로 처벌해도 이중처벌의 위험은 없다. 다만 형법상의 음화반포 등의 죄의 형량에는 인터넷에 의한 유포 등의 피해의 심각성이 고려되지 않았지만, 성폭력처벌법 제14조 제1항의 경우에는 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영하는 행위로 인한 2차적 프라이버시 침해에 대한 평가가 포함되어 있다는 점에서도 촬영 및 보관행위와 구별이 필요하다. 이 점에 있어서는 판례가 사문서등 위조·변조의 죄와 동행사죄의 관계와 같이 실제적 경합범<sup>67)</sup>으로 처리하는 부분 또한 참고가 된다고 생각한다.

따라서 단순 도촬 및 보관행위에 관해서는 일본의 민폐방지조례처럼 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금으로 정하는 것도 하나의 예가 될 수 있다. 앞의 표-1에서처럼 대부분의 도촬범죄는 수사기관 단계에서 피해자와의 합의로 처리되고 있다고 볼 수 있고, 공판단계에서도 벌금형이 대부분이기 때문이다. 이는 일본의

65) 형법상 협박죄는 3년 이하, 폭행죄는 2년 이하의 징역이라는 점에 비추어 볼 때 성폭력처벌법상 카메라이용촬영죄의 법정형이 상대적으로 높게 설정되어있기 때문에 행위태양을 세분화 할 필요가 있다. 최근 헌법재판소는 불법이나 죄질과 무관하게 수개의 범죄에 대하여 동일한 법정형이나 보안처분을 부과하는 각종 특별형법규정에 대해 위헌결정을 내린 바 있다(헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2014헌마340 결정 등 참조). 죄형균형의 원칙에 따른 ‘법정형 세분화’와 더불어 ‘처벌의 적정성 확보’의 측면에서 독일형법 제201조a 제4항과 같은 정범이나 공범이 사용한 사진·동영상을 보존한 저장매체, 카메라 등 촬영기기, 기타 정범 및 공범이 촬영에 이용한 기술적 도구를 몰수하는 규정에 관해서도 주목할 필요가 있다.

66) 김성돈, 『형법각론 제2판』, 성균관대학교 출판부, 2010, 644면.

67) 대법원 1991. 9. 10. 선고 91도1722 판결.

경우에도 마찬가지이며 대부분의 치한 및 단순 도촬행위(유포 등 제외)의 경우에는 약식명령으로 20~50만 엔 사이의 벌금형이 구형되는 점에 비추어 봐도 합리적이다.<sup>68)</sup> 그리고 반포 및 판매 등의 죄는 촬영물을 그 의사에 반하여 반포 등을 행한다는 점에서, 본조 제2항에서 촬영자체는 의사에 반하지 않았으나 사후에 그 의사에 반하여 촬영물을 반포 등을 행한 것과 같이 보아 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금으로 처하는 것이 하나의 판단기준이 될 수 있다. 또한 영리목적으로 유포 및 판매한 경우에는 현재와 같은 처벌이 그 당벌성에 비추어 타당하다.

## VI. 결론

도촬행위가 촬영대상자의 프라이버시를 침해하는 점에서 사회적으로 강하게 비난 받아야 할 행위임에는 이론(異論)이 없다. 그러나 도촬행위가 사회적으로 주목 받게 된 배경에는 급격한 기술의 진보와 인터넷 이용의 확대가 있었음을 간과해서는 안 될 것이다. 이와 더불어 성폭력처벌법 제14조가 규정하는 범죄는 성범죄 및 성적 프라이버시를 보호법적으로 하고 있음을 주지할 필요가 있다. 또한 성폭력처벌법 이외의 다른 형사법규에 있어서도 “성적 욕망 또는 수치심”의 개념을 규정하고 있지 않는 점에 비추어 볼 때, 최근 일련의 하급심 판결에서처럼 도촬사건의 경우 촬영 형태와 정황이 매우 다양하므로, 피해자의 의사뿐만 아니라 행위자의 고의 및 과실 여부 등 모든 제반 상황과 조건을 고려한 객관적 판단이 요구된다.

다만 도촬행위 규제에 있어서 도촬행위 및 보관행위와 복제·유포 또는 공공연하게 전시·상영하는 행위는 죄형균형의 원칙상 그 유형이 다름에도 불구하고 같은 법정형의 처벌로 규정하는 것은 문제가 있다. 즉 도촬행위 및 이를 보관하는 행위의 불법의 정도와 이를 인터넷상에 복제 및 유포 또는 공공연하게 전시·상영하는 행위의 불법의 정도는 당연히 후자의 경우가 크다고 말할 수 있고 따라서 처벌의 정도

68) 札幌高判平成19・9・25刑集62卷10号2900頁、判例タイムズ1271号346頁、神戸地判所平成19・1・19(裁判所ウェブサイト)など。일본 도촬행위에 대한 상담사례에 관해서는 弁護士ドットコム([https://www.bengo4.com/c\\_1009/c\\_1197/c\\_1441/](https://www.bengo4.com/c_1009/c_1197/c_1441/) 최종방문: 2016. 1. 25.) 참조.

도 명확히 구분되어야 할 필요가 있다. 그리고 일반적인 ‘도촬행위’의 사례를 살펴보면 촬영기기의 설치는 ‘도촬행위’로서 규제하지 않고 있다는 점에서 법익침해 위험성이 크에도 불구하고, 주거침입죄 이외에 적절한 처벌법규가 없다는 문제가 있다.

이처럼 도촬행위에 관련한 사회상황은 기술발전예 따라 급격하게 변화할 것이며, 이는 한국뿐만 아니라 다른 국가도 직면하고 있는 문제이므로, 사회변화에 따른 적절한 규제대응에 관한 검토는 계속되어야 한다. 또한 본 논문에서 검토되지 못한 해당 국가들의 판례동향에 대해서는 향후 검토과제로서 고찰하고자 한다.

## 참고문헌

- 김성돈, 『형법각론 제2판』, 성균관대학교 출판부, 2010
- 법무부, 『독일형법』, 2008
- 법무부, 『프랑스형법』, 2008
- 문성도, “카메라 등 이용 촬영죄의 기수시기”, 법학논총 제27집, 2012
- 박희영, “무권한 사진촬영으로 인한 사생활 침해의 형법적 보호: 독일 형법 제201조 a의 입법”, 월간 법제 2005년 6월호(법제처), 2005
- 박희영, “소위 ‘몰래카메라’ 촬영 및 유포에 대한 형법적 규제에 관한 입법론적 고찰—비교법적 검토를 고려하여—”, 법제연구 제31호, 2006
- 이미선, “‘몰카’에 대처하는 우리의 자세”, 함께가는 여성(한국여성민우회) 제199호, 2010년 9월
- 이승준, “카메라등 이용촬영죄에서의 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체성’ 판단에 대한 비판적 검토”, 형사정책 제20권 제1호, 2008
- 이승준, “성폭법상 카메라등 이용촬영죄에서의 구성요건 해석 문제”, 『형사판례연구 제17권』, 박영사, 2012
- 이주락, “지하철 성범죄의 유형별 실태분석과 대응전략”, 한국범죄심리연구 제9권 제1호, 2013
- 新村出(編) 『広辞苑(第六版)』(岩波書店、2008年)
- 合田悦三 「いわゆる迷惑防止条例について」 小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会編『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻』(判例タイムズ社、2006年)
- 永井善之 「インターネットと名誉・わいせつ犯罪」 刑事法ジャーナル第15号(2009年)
- 伊藤榮樹ほか編 『注釈特別刑法(第八巻)』(立花書房、1990年)
- 木村光江 「盗撮と名誉毀損罪」 現代刑事法第6巻第7号(2004年)
- 島田聡一郎 「盗撮画像公表行為と名誉毀損罪の保護法益」 山口厚編著 『クローズアップ刑法』(成文堂、2007年)

捜査手続研究会 「強い執行力&盗撮についての考察」 KEISATSU KORON(警察公論)第60巻第10号(2005年)

難波正樹 「都道府県の迷惑防止条例について」 警察学論集第63巻第2号(2010年)

門田成人 「最新判例演習室 刑法 漠然とした刑罰法規の明確化手法-東京地判平成16・2・3」 法学セミナー-第598号(2004年10月)

間柴泰治 「盗撮行為を規制する刑事法をめぐる論点」 レファレンス No. 730 (2011年 11月)

Cynthia J. Najdowski, The questionable legality of ‘upskirting’, Monitor on Psychology Vol. 46 No. 4, (April 2015)

Justice Canada, Voyeurism as a Criminal Offence: A Consultation Paper 2002, 2002

## A Study on Criminal Regulations against Criminal Voyeurism

Bae Sang-kyun\*

While the rapid development of technology in recent years has brought many benefits to South Korean society, it also has implications for such basic matters as the privacy and the role of law. Smartphones, for example, which can transmit live images over the Internet, have raised concerns about the potential abuses like camera or video voyeurism.

In South Korea, “Act on Special Cases Concerning the Punishment, etc. of Sexual Crimes” punishes those who, by camera or similar devices, take pictures which induce a sexual stimulus of others or a sense of sexual shame of victims in order to prevent voyeurism. However, existing criminal regulations against this kind of threat seem unclear and insufficient in South Korea. In order to solve the problem, a set of clear regulations and accurate interpretations of it are required. The purpose of this paper is to compare South Korean regulations with those of other countries, and consider whether new offenses should be created to deal with voyeurism in light of stakeholders’ views and public interest and, if so, what elements these offences should be composed of. The paper is mainly divided in two parts: first, it introduces current issues about criminal voyeurism generally; and second, it discusses specific proposals including the argument that this must be resolved legislatively.

Social situations related to criminal voyeurism are expected to radically

---

\* A part-time instructor, Law School, Hankuk University of Foreign Studies, Ph.D. in Law

change with the development of technology in South Korea as well as other countries. Therefore, it is important to constantly observe the changes of the situations and seek the appropriate regulations.

- ❖ Keyword: Criminal Voyeurism, Sexual Crime, Privacy Protection, Criminal Regulations, Act on Special Cases Concerning the Punishment, etc. of Sexual Crimes



[ 형사정책연구지는 한국연구재단 등재지임 ]

## 형사정책연구

제27권 제1호(통권 제105호, 2016 · 봄호)

발행인 : 김 진 환

발행처 : 한국형사정책연구원

서울시 서초구 태봉로 114

전화 (02)3460-5115

등 록 : 1990년 4월 3일 바-1360

발행일 : 2016년 3월 31일

인 쇄 : 고려씨엔피

전화 (02)2277-1508/9

본 학술지 내용의 무단전재를 금함

[정가 : 10,000원]