

형사정책연구

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

제27권 제4호(통권 제108호)

2016 · 겨울호

한국형사정책연구원
KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

형사정책연구

제27권 제4호(통권 제108호, 2016·겨울호)

[연구논문]

정보통신망 모니터링에 의한 범죄통제의 적합성

- ▶ 오기두 5

테러범죄의 형사법적 쟁점들 : 미국 주요 판결을 중심으로

- ▶ 권순철 39

형법상 인공지능의 책임귀속

- ▶ 임석순 69

진실적시명예훼손죄 폐지론

- ▶ 김성돈 93

미국의 RCO 원칙(the responsible corporate officer doctrine)에 대한 연구

- ▶ 김호기 135

가정폭력의 지리학

: 서울시 중랑구 지역 가정폭력 위험요인의 공간분포와 예측모형을 중심으로

- ▶ 노성훈 169

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

Vol. 27. NO. 4 (December, 2016)

[Article]

Reviewing the Crime Control by Monitoring Information-Communication Network.	
▶ Oh, Gi-Du	36
Criminal Issues on Terrorism : With focus on the Cases of the US	
▶ Kwon, Soon-chul	66
Strafrechtliche Verantwortungszurechnung der künstlichen Intelligenz	
▶ Im, Seok-Soon	91
De-criminalization of Defamation through true facts	
▶ Kim, Seong-Don	132
Criminal Liability of Corporate Officers and the Responsible Corporate Officer Doctrine by the US Supreme Court	
▶ Kim, Ho-Ki	166
Geographies of Domestic Violence: Focusing on Spatial Distributions of Risk Factors and Predictive Modeling in Jungnang-Gu, Seoul	
▶ Roh, Sung-Hoon	200

정보통신망 모니터링에 의한 범죄통제의 적합성

오 기 두*

국 | 문 | 요 | 약

정보통신망 모니터링은 국가기관이 범죄예방 목적으로나 수사목적으로, 인터넷 등 유선 또는 스마트폰 통신망과 같은 무선의 정보통신망을 통하여, 패킷단위로 전송되는 인터넷 통신회선에 접속하거나 상대방이나 ISP의 컴퓨터 서버에 침입하여, 일시적으로나 지속적으로 그 상대방 모르게 실시간 통신 내역을 엿보거나 저장된 데이터를 수집하는 것을 말한다. 이러한 정보통신망에 대한 모니터링은 정보에 대한 기본권이나 프라이버시 침해로 과잉수사 및 과잉처벌의 위험가능성을 상존케 한다. 정보통신망 모니터링, 특히 온라인 수색이라는 수사 활동을 합법화하지는 입법론이 제기되고 있으나 그러한 논의를 하기 이전에 그와 같은 수사기법이 갖는 법리적(특히 헌법적)인 문제점을 충분히 검토하여야 한다. 범죄예방이나 수사, 유죄판결의 집행을 위해 무차별적으로 정보통신망 모니터링을 실시하는 것은 세계인권선언 등 국제인권규약 및 헌법상 보장되고 있는 정보기본권, 프라이버시, 통신비밀, 표현의 자유 등을 침해할 수 있으므로, 그 한계 안에서 정보통신망 모니터링을 실시해야 한다. 그리고 형사소송법 제106조 제1항 및 제215조가 요구하는 바와 같이 수사기관이 구체적으로 범죄혐의를 잡고 있는 범죄사실과 주관적, 객관적, 시간적으로 관련된 전자정보에 한하여 수색·검증, 압수할 수 있다고 해야 한다. 수사기관이 필요로 하는 데이터가 저장되어 있는 컴퓨터 서버의 소재지가 영장에 특정되어 있지 않는데도 입력장치에 대한 압수·수색을 하면서 그 서버에 보관된 정보를 압수·수색하는 이른바 원격지 컴퓨터의 압수·수색을 해서는 안 된다. 이것은 영장주의 원칙 중 영장기재 특정의 원칙을 위반하고 당사자의 참여권을 배제하는 수사활동이기 때문이다.

❖ 주제어 : 정보통신망 모니터링, 온라인 수색, 정보기본권, 관련성, 영장주의

* 서울동부지방법원 부장판사·법학박사

I. 서설

오늘날의 디지털정보 시대에서 현실로 등장하고 있는 다음과 같은 사례들을 생각해 보자.

사례 1 :

가. 국제학술지 사이언스는 최근 미국 피츠버그 경찰국이 2016년 10월부터 시행하고 있는 ‘크라임 스캔’(CrimeScan) 프로그램을 소개했다. 카네기멜런대 컴퓨터 과학자들은 과거 범죄기록을 토대로 앞으로 범죄가 발생할 가능성이 높은 지역과 시각을 컴퓨터 화면에 표시하는 기술을 개발했다. 경찰은 범죄 예상 지역 순찰을 강화한다. 범죄가 일어난 뒤에 경찰이 대응을 하는 것이 아니라 사전에 미리 경찰이 현장에 출동하는 이른바 ‘예측 치안’(predictive policing)이다.¹⁾ 예측 치안은 과거 범죄 기록과 범죄에 영향을 미치는 요인에 대한 방대한 데이터를 기반으로 하여 소프트웨어로 과거 범죄 데이터에서 패턴과 연관성을 조사하고, 과거 범죄에 연루된 사람의 사회관계를 분석한다. 컴퓨터 알고리즘으로 미래에 범죄가 언제 어디서 발생할지 예측하고 잠재적 범죄자나 피해자를 확인한다. 그리하여 범죄 발생 예상 지역에 경찰을 집중 배치하고 잠재적 피해자에게 위험에 처했음을 고지하거나 사회적 지원을 제공하는 것이다.²⁾

나. 서울중앙지방검찰청은 2014. 9. 25. ‘사이버 허위사실 유포 수사전담팀’을 구성하고 인터넷 모니터링을 강화하겠다고 발표하였다. 그 발표 이후 같은 해 10. 9. 인터넷 시장조사업체 랭키닷컴에 따르면 같은 해 9. 28. - 10. 4.까지 메신저 ‘카카오톡’의 국내 이용자는 하루 평균 2605만명으로 집계되어 1주일 전에 비해 41만명이 줄어든 것으로 나타났다. 카카오톡 이용자들 사이에 메

1) 조선일보 이영완 과학전문기자, “‘예측 치안’ 프로그램 시행 영화 ‘마이내리티 리포트’ 현실로”, 위 신문 2016. 10. 6.자 B11쪽.

2) 위 조선일보 신문기사의 그림 도표 참조.

신저로 주고 받는 개인적 대화까지 당국이 모두 들여다보는 거 아니냐는 불안감이 확산된 것이다.³⁾

사례 2 :

대한민국 검찰이 휴대폰에 들어 있는 디지털 정보를 분석하는 ‘모바일 포렌식’ 기술을 대폭 강화한다. 삼성 갤럭시 S7 같은 최신 휴대폰의 보안 기능을 무력화하는 것은 물론 휴대폰 속 주요 앱(응용프로그램) 100개를 추가로 ‘해킹’하는게 목표다. ... 2016년 7월 21일 검찰 등에 따르면 대검찰청은 휴대폰에 설치된 보안기능과 대부분 앱의 사용 내용을 한 눈에 들여다 볼 수 있는 ‘모바일 포렌식’ 기술 개발을 민간 전문 업체에 의뢰해 2016년 말까지 끝낼 예정이다.⁴⁾

오늘날 디지털정보 시대에 국가나 거대 기업, 그리고 개인에 의한 전자감시는 야누스처럼 긍정적인 얼굴과 부정적인 얼굴을 함께 갖고 있다. 국가는 전자정보 시스템을 이용하여 사회의 안전을 보장하고, 복지정책을 추진하며, 범죄억지를 도모한다. 정보통신 기술의 발전에 따라 정보통신 환경의 공유성으로 인해 개인들도 감시 체제에 의한 속박을 받는다고 생각하기보다 감시시스템에 순응하여 사회에 참가한다고 생각하는 경향이 크다.⁵⁾ 2016년 현재 글로벌 정보기술(IT) 기업의 최대 격전장으로 떠오른 클라우드 컴퓨팅 기술은⁶⁾ 이러한 의식을 가속화하고 있다. 또한 개인정보가 거래의 대상이 되고 있는 정보화시대에 개인정보자기결정권을 불가침의 절대적인 기본권인 것처럼 인식하는 것도 시대의 흐름과 동떨어진 것이라고 볼 여

3) 이인목·윤주현 기자, “하루 55억건 오가는 ‘카톡’ ... 실시간 감시는 불가능”, 조선일보 2014. 10. 10.자 A3쪽 및 박순찬 기자, “카톡 등 메신저 이용자들 ‘사이버 亡命’”, 조선일보 2014. 9. 29.자 A8쪽.

4) 고윤상 기자, “檢, 모든 국산 휴대폰 보안기능 뚫는 기술 연내 개발”, 한국경제, 2016. 7. 22.자 A29쪽.

5) David Lyon, 『Surveillance Society : Monitoring Everyday Life』, Buckingham : Open University Press(2001), pp. 3-35. ; 박정훈, “전자감시와 프라이버시 관계 정립에 관한 연구”, 법조협회, 『법조』 통권 제645호(2010. 6.), 139쪽 및 주26), 150쪽 이하.

6) 이호기 기자, “IT 공룡들 클라우드 격돌”, 한국경제 2016. 9. 28.자 D1쪽.

지도 있다.⁷⁾ 그러나 국가가 실시하는 유·무선의 정보통신망에 대한 모니터링은 정보에 대한 기본권이나 프라이버시 침해로 과잉수사 및 과잉처벌의 위험가능성을 상존케 한다. 수사기관이나 정보기관에서 스마트폰 통신 내역을 해킹하는 프로그램을 개발하거나 구매하여 대규모의 민간인 사찰을 하고 있는 것이 아닌가 하는 불안감이 급속히 사회 전체적으로 퍼져갈 수도 있다.⁸⁾ 이 글은 이러한 정보통신망 모니터링이 갖는 법리적인 문제점을 고찰해 보고자 작성되었다.

II. 정보통신망 모니터링 기법

1. 의의

정보통신망 모니터링은 국가기관이⁹⁾ 범죄예방 목적으로나 수사목적으로, 인터넷 등 유선 또는 스마트폰 통신망과 같은 무선의 정보통신망을 통하여 동의 없이 패킷 단위로 전송되는 인터넷 통신회선에 접속하거나 상대방이나 ISP의 컴퓨터 서버에 침입하여, 일시적으로나 지속적으로 그 상대방 모르게 실시간 통신 내역을 엿보거나 그에 저장된 자료를 수집하는 것을 말한다. 예컨대 수사기관이 잠재적 범죄자로 여기고 있는 개인의 컴퓨터에 해킹프로그램을 설치하여 그 컴퓨터를 통하여 교환되는 모든 통신내역이나 그 컴퓨터에 저장된 데이터를 감시하고 획득하는 것이¹⁰⁾ 이

7) 정찬모, “직장 내 전자우편 모니터링 규제의 신조류와 시사점”, 법조협회, 『법조』 통권 제645호 (2010.6.). 207, 8쪽 ; 강성주(미래창조과학부 정보화전략국장), “경계에 선 ‘개인정보 자기결정권’”, 대한변협신문, 2014. 9. 1.자, 10쪽.

8) 우리나라에서 2015년 7월 경 국가정보원이 이탈리아 회사에 국내용 카카오톡과 갤럭시폰의 해킹 기능 개발을 의뢰한 사실로 인해 정치권에서 국가정보원에 의한 민간인 상대의 도·감청 의혹이 일기도 하였다. 정우상 기자, “해킹 프로그램 구입 논란”, 조선일보 2015. 7. 15.자 A6쪽, ; 조의준·이정원 기자, “해킹 프로그램 핵심의문점과 국정원의 해명”, 조선일보, 2015. 7. 17.자 A4쪽 기사. 이 글의 주10), 주22)에 기재한 사건과 같은 사건이다.

9) 국가정보원·미래창조과학부·방송통신위원회·안전행정부 발간, 『국가정보보호백서』(2014) 참조.

10) 위키리크스는 2015. 7. 14.경 트위터를 통해 이탈리아 「해킹팀」이 2013. 9. 16.경 'SKA'(South Korea Army Intelligence)를 도와 한 변호사(lawyer)의 컴퓨터에 해킹프로그램을 설치했다는 업체 직원의 이메일을 공개한 바 있다. 정우상 기자, “위키리크스, ‘국정원, 변호사 1명 해킹’”, 조선일보 2015. 7. 16.자 A6쪽 기사.

에 해당한다. 피의자에 대한 정보를 보관하는 제3자가 자국에 서버를 두고 있지 않은 경우 패킷감청이 유력한 강제수사 방법이 된다.¹¹⁾ 핸드폰으로 이루어지는 실시간 통화내역을 감청하는 것도 이에 해당한다. 인터넷 등 유선통신망이나 스마트폰의 무선통신망을 이용한 통신에 관한 메타정보를 대량으로 수집하는 수사기관의 활동도¹²⁾ 전자적 정보통신망에 대한 모니터링의 한 방법이라고 할 수 있다. 물론 인터넷 홈페이지 게시판 등에 공개된 정보를 국가기관이 모니터링하는 방법으로 행해질 수도 있다.

이들 전자적 정보통신망에 대한 모니터링은 온라인상에서 행해질 때 온라인 모니터링이라고 하지만, 반드시 유선통신망에 대한 모니터링을 의미하지는 않는다. 스마트폰 통신 등 무선통신망에 대한 모니터링도 행해질 수 있다. 전자적인 온라인 모니터링이나 무선통신망에 대한 모니터링은 전자감시(electronic surveillance)의¹³⁾ 한 수단이지만, 모니터링은 그러한 전자감시를 포함하는 좀 더 넓은 범위의 감시수단을 의미하는 용어라고 할 수 있다. 정보통신망에 대한 모니터링은 실시간 전자통신 내역을 감시하는 감청의 방식으로 행해지거나, 이미 통신업체 소유의 컴퓨터 서버에 저장되어 있는¹⁴⁾ 통신 내역을 탐색하는 온라인 수색의 방식으로 행해질 수도 있기 때문이다. 온라인 수색은 일회에 한하여 타인의 컴퓨터시스템에 저장된 데이터를 복제하기 위해 비밀리에 접근하는 ‘온라인 열람’과 다소 장기간 작동 중인 컴퓨터시스템의 이용상황을 비밀리에 감시하는 ‘온라인 감시’로 구분할 수 있다.¹⁵⁾ 앞서

11) 이숙연, “전자정보에 대한 압수수색과 기본권, 그리고 영장주의에 관하여”, 한국헌법학회, 『헌법학연구』 제18권 제1호 (2012. 3.), 8쪽.

12) 미국 2nd Circuit Court의 ACLU et.al. v. NSA et. al.(2015. 5. 7.자) 판결.

13) 전자적 감시와 미국 연방수정헌법 제4조에 관련된 미국 판례와 입법례의 흐름을 잘 정리한 문헌으로, 윤지영, “미국의 통신감청 관련 법규 및 논의 동향”, KiC 『형사정책연구소식』(2016 봄), 34쪽 이하 ; 손지영·김주석, 『디지털 증거의 증거능력 판단에 관한 연구』, 대법원 사법정책연구원 (2015), 88-92쪽 참조.

14) 수신이 완료된 문자메시지 내용을 열람하는 행위는 통신비밀보호법상의 ‘감청’은 아니다. 대법원 2012. 10. 25. 선고 판결. 법률신문, 2012. 11. 5.자 5쪽 기사 참조.

15) 박희영, “예방 및 수사목적의 온라인 비밀 수색의 허용과 한계”, 『원광법학』 제28권 제3호(2012), 154쪽 및 그곳 주1)에서 인용한 Sieber의 논문 참조. 다만, 박희영은 국가가 타인의 컴퓨터시스템에 비밀리에 접근하는 행위를 온라인 접근(Online-Zugriff)이라고 한 후 그 하위개념으로 일시적으로 이루어지는 온라인 접근을 온라인 수색(Online-Durchsuchung), 다소 장기간에 걸쳐 이루어지는 온라인 접근을 온라인 감시(Online-Überwachung)이라고 지칭하여 이 글의 본문에서 사용한 용어

든 사례 2.의 경우와 같이 개인의 휴대폰에 저장되어 있는 통신내역을 탐색, 압수하는 방식도 넓게 보아서는 정보통신망에 대한 모니터링이라고 할 수 있다. SNS 서비스에 가입하여 이를 활용하는 이용자들의 대화 내용, 사진, 동영상 등이 저장된 서비스 업체들의 서버에 대한 수색이 이루어질 수도 있다. 네트워크를 통해 전송되는 전자증거를 공판정에 제출할 필요가 커지게 됨에 따라,¹⁶⁾ 정보통신망 모니터링은 주로 범죄수사 단계에서 행해진다. 그러나 그 모니터링은 형집행 과정에서 행해질 수도 있다. 나아가 이 글의 첫머리에서 든 사례1.의 경우들처럼 일반적인 범죄예방 목적에서 범죄혐의자나 범죄혐의가 특정되지 않은 상태에서 온라인 모니터링이 행해질 수도 있다. 이 글에서는 이들을 모두 아우르는 말로 정보통신망 모니터링이라는 용어를 사용하면서, 그 범주에 드는 국가기관의 범죄예방 경찰활동, 범죄수사 활동, 형집행 활동 등에 관련된 법리적 문제를 고찰한다.

2. 전자기술적 측면

IT 기술적으로는 대상이 특정되지 않은 인터넷 감시도 매우 저렴한 비용으로 신속하게 하는 것이 가능하다. 범죄통제를 목적으로 개인에 대한 감시를 의도하는 국가기관은 네트워크상의 특정 주요지점을 흘러가는 트래픽을 잡아내기 위해 유동네트워크(driftnet)를 설치하면 된다. 자동화된 트래픽 필터링과 처리는 국가기관이 미리 선정한 조건에 합치되는 데이터를 흘러보내거나 통상적이지 않은 데이터를 보내는 인물을 잡아낼 수 있도록 해 준다. 국가기관은 그러한 불특정 대상에 대한 감시 활동을 통해 알게 된 정보를 저장, 보관하여 둔 후 미래의 어떤 수사 등 범죄억지 활동을 위해 해당 정보를 이용할 수 있다.¹⁷⁾ 빅 데이터(big data)로부터¹⁸⁾ 가치 있

아닌 용어를 혼용하고 있다. 박희영, “독일에 있어 경찰에 의한 ‘예방적’ 온라인 수색의 위헌여부”, 경찰대학, 『경찰학연구』 20호(2009.8.), 185쪽.

16) 정교일, “디지털증거의 압수와 공판정에서의 제출방안”, 대검찰청, 『형사법의 신동향』 통권 25호(2010. 4.), 128쪽.

17) John Palfrey, “The Public and Private at the United States Border with Cyberspace”, 『Mississippi Law Journal』(Winter 2008), 78 Miss. L.J. 241, 280 ; 오기두, “주관적 관련성 있는 전자정보만의 수색·검증, 압수”, 사법발전재단, 『사법』 28호(2014. 6.), 204쪽, 주10).

18) 강성주(미래창조과학부 정보화전략국장), “‘빅 데이터’는 미래를 만들어 나가는 열쇠”, 대한변협신

는 정보를 찾아내기 위해 선택(select), 탐색(exploring), 분석 및 모델링(modeling) 하는 데이터 마이닝(Data Mining) 기법이나¹⁹⁾ 웨어러블 디바이스도²⁰⁾ 정보통신망 모니터링을 가능하게 하는 기술적 전제조건이 될 것이다. 국가가 정보통신망 모니터링을 이용하고자 하는 욕구를 갖는 것은 인터넷이나 다른 디지털 네트워크가 갖는 감시 친화적인 속성 때문이다. 유비쿼터스 사회 구현에 이바지하는 무선주파수 신원확인(Radio Frequency Identification, RFID), 폐쇄회로텔레비(CCTV), 스마트폰, 사물인터넷(IoT) 등은 모든 사람과 사물에 대한 위치·상태 등의 전자감시를 가능하게 한다. 그리고 오늘날의 인터넷 기술은 인터넷 교환점(Internet Exchange Point), 인터넷 서비스제공업체(Internet Service Provider, ISP), 블로킹 호스트 같은 수많은 포인트를 네트워크에 설정해 두는 것을 그 속성으로 하고 있다. 스크린세이버, 게임 프로그램, 채팅프로그램 등 컴퓨터에 저장되어 있거나 그 컴퓨터를 통과하여 흘러간 데이터로 다량의 수많은 개인정보가 수집될 수도 있다. 지금은 네트워크상으로 국가가 개인을 감시하기가 참으로 쉬워진 시대라고 하지 않을 수 없다.²¹⁾

수사단계에서 정보통신망 모니터링은²²⁾ 예컨대 패킷 감청으로 하게 된다. 원래

문, 2015. 2. 2.자, 11쪽.

- 19) Madhu. G et al., “Hypothetical Description for intelligent Data Mining”, 『International Journal on Computer Science and Engineering』 Vol.2. No.7(2010), p. 2349. ; 양종모, “수사기법으로서의 데이터 마이닝에 대한 법적 고찰”, 대검찰청, 『형사법의 신통향』 통권 40호(2013. 9.), 145쪽 이하 및 150쪽 주9).
- 20) 이영완 기자, “어제 진짜 야근했어? 웨어러블 기기는 다 알고 있다”, 조선일보 2015. 1. 6.자 A2쪽 기사 참조.
- 21) Jonathan Zittrain, “Internet Points of Control”, 『44 B.C.L.Rev. 653』(2003) ; Marjorie A. Shields, “Annotation, Fourth Amendment Protections, and Equivalent State Constitutional Protections, as Applied to the Use of GPS Technology, Transporter, or the Like, to Monitor Location and Movement of Motor Vehicle, Aircraft, or Watercraft”, 『5 A.L.R.6th 385』 (2005) ; 위 John Palfrey, “The Public and the Private at the United States Border with Cyberspace”, at 243. ; 오기두, 위 “주관적 관련성 있는 전자정보만의 수색·검증, 압수”, 205쪽, 주14).
- 22) 우리나라에서 2015년 7월경 국가정보원 직원이 이탈리아 「해킹팀」사로부터 구입한 해킹프로그램 (Remote Control System, RCS)으로 내외국인을 상대로 스마트폰 해킹을 하였다(이른바 민간인 사찰) 의혹이 일어 관련 직원이 자살하고 국회 정보위가 조사에 나섰으며, 관련 단체가 찬반 성명을 발표하는 등 정치·사회적 혼란이 일었다. 이 사건도 정보통신망 모니터링에 의한 범죄예방이나 범죄통제에 관련된 사례로 들 수 있겠다. 안준호 기자, “민낯 드러낸 사이버안보 시스템” 등 조선일보 2015. 7. 17.자 A4쪽 기사들 참조, 그 밖에 위 신문 2015. 7. 27.자 A1쪽, A35쪽 기사 및 광고도 참조.

인터넷은 분산형 네트워크, 패킷전송망 방식을 특징으로 한다. 즉 개별 컴퓨터 사이에 데이터를 동일한 경로로 전달하는 방식이 아닌, 데이터를 패킷이라는 최소 단위로 쪼개어 이를 통신망의 상황에 따라 각각 다른 경로를 통해 보낸 뒤 목적지에 다다라 다시 온전한 데이터로 재구성하는 전달 방식을 택하고 있는 것이다.²³⁾ 인터넷 전용선을 통하여 흐르는 전기신호 형태의 패킷도 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 송·수신되는 음향·문언·부호 또는 영상으로서 전기통신에 해당하는 것이므로 통신제한조치의 요건을 구비한 경우에는 인터넷 전용선(패킷)에 대한 통신제한조치도 통신비밀보호법상 가능하다.²⁴⁾

3. 정보통신망 모니터링의 그늘

디지털 정보에 의한 감시와 분석 기술이 더 강력해지고 효율적으로 될수록 국가에는 영장주의나 다른 절차적 기본권 보장 장치를 잠탈하고서라도 문제 발생 이전에 잠재적인 문제아들을 더 효과적으로 잡아내고자 하는 욕구를 강하게 갖게 된다.²⁵⁾ 특히 전체국가적 감시체제(National Surveillance State)는 사후적인 체포와 구속보다 사전적인(ex ante) 범죄예방에 집착하는 속성을 갖는다. 그것을 통해 전체주의 국가는 전통적인 헌법상의 권리장전규정(Bill of Rights)을 우회하는 수단을 찾으려고 끊임없이 시도할 것이다. 현대 디지털 정보화 사회에서 이러한 전체주의 국가가 등장할 위험가능성은 상존한다.²⁶⁾ 디지털 정보의 비휘발성으로 인해 작성한 글이나 전송한 메시지가 사라지지 않고 유·무선의 정보통신망에 언제까지나 떠다닐 수 있게 된²⁷⁾ 현대 사회에서 역설적으로 전체주의의 망령이 출몰하고 있는 것이다. 정보

23) 정관영, “패킷(packet) 감청 허용의 한계”, 대한변협신문 2014. 10. 13.자, 13쪽.

24) 서울중앙지방법원 2011. 12. 22. 선고 2009고합348 판결 ; 서울고등법원 2012. 6. 8. 선고 2012노 82 판결 ; 대법원 2012. 10. 11. 선고 2012도7455판결 참조.

25) Jack M. Balkin, “The Constitution in the National Surveillance State”, 『Minnesota Law Review』 (2008.11.), (93 Minn. L. Rev. 1), 16. ; 오기두, 위 “주관적 관련성 있는 전자정보만의 수색·검증, 압수”, 206쪽, 주18).

26) 위 Jack M. Balkin, “The Constitution in the National Surveillance State”, at 15. ; 오기두, 위 “주관적 관련성 있는 전자정보만의 수색·검증, 압수”, 251쪽, 주121).

27) 최창호, “기술의 발전과 프라이버시”, 대한변협신문, 2015. 1. 19.자, 13쪽.

통신망 모니터링을 통해 수집한 자료는 디지털 방식으로 쉽사리 저장, 복제, 분석, 전파할 수 있다. 그리고 그 디지털 데이터는 전자적 서버에 영구적으로 저장될 수 있다. 이제 현대 국가는 개인의 행위를 “절대로 잊지 않는 국가”(State that Never Forgets)가 된 것이다.²⁸⁾ 그래서 이 글의 첫머리에 제시한 사례 1.나.에서와 같이 정보통신망 모니터링으로 헛소문을 퍼트린 사람을 잡아내겠다는 국가의 시도는, 마녀 행각을 하는 것을 보았다는 헛소문 만에 근거해 자행된 마녀재판만큼이니²⁹⁾ 국민의 기본권을 심각하게 침해하는 결과를 초래할 수 있다.

정보통신망 모니터링은 수사기관이 독자적으로 행하기는 어렵고, 인터넷 서비스 제공업체의 협력을 얻거나 강제처분의 방식으로 이루어져야 한다. 이때 전기통신사업자 등 인터넷 서비스업체가 수행하는 이용자들의 인터넷 이용행태 관련데이터 수집도 권위적인 정부에 의해 감시수단으로 이용될 수 있다. 예컨대 2008. 2. 파키스탄 정부가 이슬람에 반대하는 내용의 동영상에 게시된 사이트(YouTube.com)에 자국민들이 접속하는 것을 금지하기 위해 파키스탄의 ISP에게 특정 URL에 그 ISP 이용자들이 접속하지 못하도록 조치하였다. 그러자 많은 파키스탄 사람들이 어떤 회사(AnchorFree)가 제공하는 무료 프로그램(Hotspot Shield)을 이용하여 위 사이트(YouTube.com)에 접속하려고 시도하였다. 그런데 위 회사(AnchorFree)는 이용자들의 웹 브라우징 습관을 추적하는 광고회사였다. 즉 위 프로그램(HotSpot Shield) 이용자들은 그 회사(AnchorFree)에 웹 브라우징을 하면서 교환된 모든 데이터를 제공한 셈이었다. 그래서 원래의 의도와는 달리 위 회사(AnchorFree)는 자국민들의 특정 사이트(YouTube.com) 접속을 금지하려한 파키스탄 정부의 조치로

28) New York Civil Liberties Union, “Who’s watching?: Video Camera Surveillance in New York City and the Need for Public Oversight”(2006), http://www.nyclu.org/pdfs/surveillance_cams_report_121306.pdf ; Patricia L. Bellia, “The Memory Gap in Surveillance Law”, 『75 U. Chi. L. Rev.』, 137, (2008), at 137-38, 148-49. ; 오기두, 위 “주관적 관련성 있는 전자정보만의 수색·검증, 압수”, 218쪽, 주52).

29) 1692년 미국 매사추세츠 주의 인구 500여명에 불과한 작은 마을인 세일럼(Salem)에서 마녀행각을 하는 것을 보았다는 헛소문에 근거해 유죄판결을 받고 수감된 마을사람이 150명이나 되었는데, 그 중 19명이 교수형에 처해졌고, 1인은 고문으로 사망했으며, 아기 등 5명이 감옥에서 사망하였다. 개 두 마리도 마녀재판을 받고 죽임을 당했다. ‘저 피고인이 마녀다!’라는 공판정의 증언이 한 증언(헛소문)만으로 가히 미친 짓이라고 불려도 좋을 사법살인이 행해진 것이다. Carol Dombleski, 『The Salem Witch Trials』, Scholastic Inc., (2003).

인해 파키스탄 사람들을 감시하는 역할을 수행하게 되었다.³⁰⁾ 이러한 인터넷 사용 제한 조치도 국가가 전산망 중립성을³¹⁾ 훼손한 경우에 해당한다. 전산망 중립성에 관해서는 거대 전기통신사업자에 의한 망중립성 침해 뿐 아니라,³²⁾ 국가에 의한 전체주의적 통제도 논의의 대상으로 삼아야 할 것이다. 인터넷 통신에 관해 통신비밀 보호법에 따른 적법한 감청 뿐만 아니라 법관의 영장 없는 위법한 정보통신망 모니터링이 범죄통제 욕구에 충만한 국가기관에 의해 행해질 가능성도 충분히 있기 때문이다. 설령 법관의 영장을 발부받아 정보통신망 모니터링을 하여 범죄통제를 꾀한다고 하더라도 그것이 반드시 형사정책적으로 적절하냐 하는 점도 검토해야 한다.

Ⅲ. 정보통신망 모니터링에 의한 범죄억지

1. 입법례 검토

아래에서 보는 입법례는 정보통신망 모니터링 중 범죄수사와 관련된 규정인데, 논자에 따라 뒤에서 보는 원격지의 컴퓨터 압수수색을 허용하는 입법례로 들고 있는 것들이다.³³⁾ 그러나 다음에서 구체적으로 살펴보는 바와 같이 이들 외국 입법례가 수사에 필요하다는 이유만으로 정보통신망 모니터링을 직접적으로 또는 일반적으로 허용하고 있는 것은 아님을 유의할 필요가 있다. 그러므로 이하의 제도를 들어 우리 형사소송법상의 압수수색 법제에서도 정보통신망 모니터링, 그 중에서도 원격지 컴퓨터 시스템에 대한 온라인 수색을 허용해야 한다고 주장하기는 어렵다고 보인다. 정보통신망 모니터링을 일정한 경우 허용하고 있는 단초를 마련하고 있는 입법례로서 참고하는 선에서 그쳐야 한다고 하겠다.

30) 위 John Palfrey, “The Public and the Private at the United States Border with Cyberspace”, at 259-60. ; 오기두, 위 “주관적 관련성 있는 전자정보만의 수색·검증, 압수”, 227쪽, 주73).

31) 망중립성에 관해서는 윤성주, “망중립성에 관한 규제 개관”, 서울대학교 기술과법센터, 『LAW & TECHNOLOGY』 제10권 제3호 (2014.5.), 69-80쪽 참조.

32) 강태욱, “‘망 중립성’ 논의”, 법률신문, 2016. 9. 26.자, 15쪽.

33) 국가인권위원회, 『사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사』(2012.12), 212-217쪽.

가. 우선 일본 형사소송법 제99조 제2항 및 제218조 제2항은 다음과 같이 규정하고 있다.

「압수할 물건이 컴퓨터인 경우, 그 컴퓨터에 전기통신회선으로 접속되어 있는 기록매체로서, 그 컴퓨터로 작성되거나 변경된 전자적 기록 또는 그 컴퓨터로 변경 또는 소거할 수 있는 것으로 여겨지는 전자적 기록을 보관하기 위하여 사용되고 있다고 인정하기에 족한 상황에 있는 것으로부터, 그 전자적 기록을 그 컴퓨터 또는 다른 기록매체에 복사한 후 당해 컴퓨터 또는 그 다른 기록매체를 압수할 수 있다.³⁴⁾

위 일본 형사소송법 규정은 전기통신으로 접속되어 있는 기록매체를 대상으로 하고 있는 점에 비추어, 피압수자가 서버에 접속하여 작업 중인 경우나 기타 휘발성 정보를 획득하는 경우가 아니라, 이미 과거에 원격지 컴퓨터에 저장되어 있는 데이터에까지 전산망으로 접속하여 수색할 수 있는 권한을 수사기관에 부여한 법률이라고 단정하기는 어렵다.³⁵⁾

나. 그리고 유럽평의회(Council of Europe) 사이버범죄 방지 조약(Convention on Cybercrime) 제19조는³⁶⁾ 「저장된 컴퓨터 데이터의 압수수색」(Search and seizure of stored computer data)이라는 제목 아래에 다음과 같은 내용을 규정하고 있다.

「1. 각 계약당사국은 영토 내에 있는 다음의 대상을 수색하거나 그와 비슷한 접근을 할 수 있도록 관할 기관에 필요한 권한을 부여하는 입법조치나 기타 대책을 강구하여야 한다.

a. 컴퓨터시스템 또는 그 일부와 그곳에 저장된 데이터, 그리고

34) 差し押さえるべき物が電子計算機であるときは、`當該電子計算機に電氣通信回線で接続している記録媒體であつて、`當該電子計算機で作成若しくは変更をした電磁的記録又は當該電子計算機で変更若しくは消去をすることができることとされている電磁的記録を保管するために使用されていると認めるに足る状況にあるものから、`その電磁的記録を當該電子計算機又は他の記録媒體に複製した上、`當該電子計算機又は當該他の記録媒體を差し押さえることができる。

35) 오길영, “사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사 결과 발표 토론회”, 국가인권위원회, 『사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사 결과 발표 및 토론회』(2012.12), 50쪽.

36) <http://edoc.coe.int/en/cybercrime/6559-convention-on-cybercrime-protocol-on-xenophobia-and-racism.html>(2016.10.17.방문).

- b. 컴퓨터데이터가 저장되어 있을 것으로 여겨지는 컴퓨터데이터 저장 장치
2. 각 체약당사국은 관할 기관이 위 1.a.와 같이 특정 컴퓨터시스템이나 그 일부를 수색하거나 수색에 유사한 접속을 할 수 있고, 그 영토 내에 있는 다른 컴퓨터시스템이나 그 일부에 찾고자 하는 데이터가 저장되어 있다고 믿을만한 근거가 있으며, 그 데이터에 원래의 시스템에서 합법적으로 접근할 수 있거나 데이터를 이용할 수 있을 때, 당해 기관이 신속하게 그 다른 시스템에까지 확장하여 수색하거나 수색에 유사한 접속을 할 수 있도록 필요한 입법적 조치나 기타 대책을 강구하여야 한다.³⁷⁾

위 제19조 제2항에 의하면, ① 정보통신망 모니터링의 대상이 된 컴퓨터서버가 체약국의 영토 내에 있지 않고 국외에 있거나, ② 수사기관 등 관할 기관이 원하는 데이터가 있을 개연성마저 없이 막연히 범죄자를 적발하기 위해 정보통신망 모니터링을 하거나, ③ 다른 컴퓨터시스템에 접속하거나 그 시스템에서 제공하는 데이터를 원래의 시스템에서 이용하는 것이 불법적이라면(또는 정당하지 않다면), 정보통신망 모니터링을 할 수 없다. 또한 위 조약이 바로 체약당사국의 국내법으로 직접 적용되는 것은 아니므로, 각 체약당사국은 원격지 컴퓨터시스템을 탐색할 수 있도록 국내 법집행기관 등 관할기관에 권한을 부여하는 입법조치를 하거나 그 밖의 수단을 강구할 의무를 지고 있을 뿐이다.³⁸⁾

37) 1. Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to empower its competent authorities to search or similarly access:

- a. a computer system or part of it and computer data stored therein; and
- b. a computer-data storage medium in which computer data may be stored in its territory.

2. Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to ensure that where its authorities search or similarly access a specific computer system or part of it, pursuant to paragraph 1.a, and have grounds to believe that the data sought is stored in another computer system or part of it in its territory, and such data is lawfully accessible from or available to the initial system, the authorities shall be able to expeditiously extend the search or similar accessing to the other system.

38) 오길영, 위 “사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사 결과 발표 토론문”, 49쪽.

다. 한편, 오스트레일리아 Crimes Act 1914 3LA는 ‘컴퓨터나 컴퓨터시스템에 접근할 수 있도록 조력할 수 있는 등의 지식을 가진 사람’(Person with knowledge of a computer or a computer system to assist access etc.)이라는 제목 아래 다음과 같은 규정을 두고 있다.

「경찰관은 특정인에 대해 컴퓨터나 데이터 저장장치에 저장되어 있는 데이터에 접근하거나 그것들로부터 접근할 수 있도록 합리적이고 필요한 정보와 조력을 제공하라는 명령을 해 줄 것을 부판사에게 신청할 수 있다. 그 컴퓨터나 데이터 저장장치는 (i) 영장에 기재된 장소에 위치하고 있거나, (ii) 3K(2)항에 의해 이동되어 조사와 처리를 하기 위한 장소에 위치하고 있거나, (iii) 이 장에 의해 압수되었어야 한다.」³⁹⁾

그러나 위 규정 내용 자체에 의하더라도 정보통신망을 통하여 원격지 컴퓨터에 대해 온라인 수사이나 모니터링을 허용하는 규정이라고 할 수는 없다. 위 조항 (a)(ii)에서 말하는 3k(2)항도 영장집행장소에서 발견된 컴퓨터를 검색하고 처리하기 위해 합리적으로 필요한 장소에 이동한 경우를 의미할 뿐, 경찰관이 일반적으로 원격지 컴퓨터 서버에 강제로 접근하여 수색할 수 있음을 의미하지는 않는다.

라. 이밖에 미국 연방형사소송규칙 제41조(b)는 “영장발부권한”(Authority to Issue a Warrant)라는 제목 아래 다음과 같이 규정하고 있다.

「연방 법집행 공무원이나 검사장의 요청이 있으면,

(2) 영장을 담당하는 연방지방법원 부판사는 영장 발부당시를 기준으로 관할 구역 내에 소재하던 사람이나 물건이 영장 집행 이전에 관할 구역 밖으로 이주하거나 이주될 가능성이 있는 경우에도 그 사람이나 물건에 대해 영장을 발

39) A constable may apply to a magistrate for an order requiring a specified person to provide any information or assistance that is reasonable and necessary to allow a constable to do one or more of the following:

(a) access data held in, or accessible from, a computer or data storage device that:

(i) is on warrant premises; or

(ii) has been moved under subsection 3K(2) and is at a place for examination or processing; or

(iii) has been seized under this Division;

부할 수 있다.

- (5) 범죄에 관련된 행위가 발생한 연방지구이면 어디든, 또는 컬럼비아 연방지구의, 관할 지역 영장 담당 부판사는 관할 구역 밖인 주나 연방지구에 소재하는 물건에 관한 영장을 발부할 수 있다. 그러나 그 물건은 다음 구역 안에 있어야 한다. (A) 미합중국 영토, 속령, 또는 준주(準州). (B) 외국에 소재하는 미합중국의 외교나 영사목적 공관(소유자가 누구인지를 불문함)으로서 부속건물, 건물의 일부, 해당 목적에 공여되는 부지 또는 (C) 미합중국이 소유하고 있거나 임대한 것으로서 외국에서 미합중국의 외교나 영사 임무를 수행하는 미합중국 직원이 사용하는 거주지와 부속 토지.⁴⁰⁾

그런데 이들 조항이 정보통신망 모니터링이나 원격지 컴퓨터 압수수색(온라인 수색)을 허용하는 영장을 발부할 수 있다고 직접적으로 규정하고 있는 것은 아니다. 단지 연방국가인 미국에서 특정 관할 구역 법원에서 발부된 영장이 다른 관할구역에서 집행될 수 있음을 규정하고 있는 것에 불과하다.⁴¹⁾ 따라서 이 조항에 의해 원격지 소재 컴퓨터 시스템에 관하여 그 시스템 관리자의 동의를 받지도 않은 채 강제로 그 원격지 컴퓨터 시스템에 접속하여 수사기관이 필요로 하는 디지털 증거를 탐색하고 수집할 수 있는 것은 아니다.

-
- 40) At the request of a federal law enforcement officer or an attorney for the government
(2) a magistrate judge with authority in the district has authority to issue a warrant for a person or property outside the district if the person or property is located within the district when the warrant is issued but might move or be moved outside the district before the warrant is executed;
(5) a magistrate judge having authority in any district where activities related to the crime may have occurred, or in the District of Columbia, may issue a warrant for property that is located outside the jurisdiction of any state or district, but within any of the following:
(A) a United States territory, possession, or commonwealth
(B) the premises-no matter who owns them-of a United States diplomatic or consular mission in a foreign state, including any appurtenant building, part of a building, or land used for the mission's purpose; or
(C) a residence and any appurtenant land owned or leased by the United States and used by United States personnel assigned to a United States diplomatic or consular mission in a foreign state.

41) 오길영, 위 “사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사 결과 발표 토론문”, 50쪽.

마. 정보통신망 모니터링과 관련하여 우리가 특히 주목해야 할 입법례는 독일의 경우이다. 독일 연방대법원은 2007. 1. 31. 독일 형사소송법상 온라인 수색은 허용될 수 없다고 판시하였다.⁴²⁾ 이어 독일 연방헌법재판소는 2008. 2. 27. 타인의 정보기술시스템에 대한 수사기관의 비밀접근을 허용하는 노르트라인 베스트팔렌 주 헌법보호법의 온라인 수색 관련 규정에 대한 헌법소원 사건에서, 정보기술시스템 자체에 대한 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권⁴³⁾ 또는 ‘정보기술시스템의 신뢰성과 완전성에 대한 기본권’ 개념을 창설하면서, 그 기본권을 침해한 위 헌법보호법은 무효라고 판시하였다.⁴⁴⁾ 이에 의하면 정보기술 시스템 이용자가 스스로 생성하여 저장한 데이터뿐만 아니라 그에 기초해 해당 정보기술 시스템 자체가 생성해 내는 데이터 등이 포함된 다양한 데이터를 저장하고 있는 위 시스템을 국가기관 등 제3자가 밀행적이고 강제적으로 침입하여 이용한다면, 그 자체만으로도 정보기술 시스템에 대한 데이터 주체의 인격권이 침해될 수 있다고 한다.⁴⁵⁾ 이러한 판결이 선고된 후 그 판시에 따라 연방 범죄수사청법, 바이에른주 헌법보호법, 바이에른주 경찰법, 라인란트-팔츠주 경찰법 등에서 온라인 수색을 엄격한 제한 아래에서만 허용하고 있다.⁴⁶⁾

2. 원격지 컴퓨터에 대한 탐색, 압수 관련 입법론들

범죄수사 현장에서 압수수색 장소에 있는 컴퓨터와 네트워크로 연결되어 있는 원격지 컴퓨터나 외부서버에 해당 사건 범죄와 관련된 증거가 있는 경우 이러한 원격

42) BGH, Beschluß vom 31. 1. 2007 - StB 18/06. ; 박희영, 「독일형사판례연구 I, 사이버범죄」, 한국학술정보(2011), 191-202쪽.

43) 박희영, “온라인 수색과 IT-기본권”, 『독일연방헌법재판소 판례연구 1, -정보기본권』, 11쪽 이하. ; 이숙연, 위 “전자정보에 대한 압수수색과 기본권, 그리고 영장주의에 관하여”, 14쪽 주27).

44) 박희영, “정보기술 시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권(상)(하) : 독일연방헌법재판소 결정 1BvR 370/07, 1BvR 595/07 ; 오기두, 『전자증거법』, 박영사 (2015), 231쪽.

45) 명재진, “IT(정보기술) 기본권의 체계화에 관한 연구”, 헌법재판소, 『헌법논총』 제20집, 296쪽, 310쪽. ; 오기두, 위 『전자증거법』, 509쪽.

46) 상세한 내역은 박희영, 위 “독일에 있어서 경찰의 온라인 수색에 관한 판례 및 법제 동향”, 90쪽 이하.

지 컴퓨터나 외부서버에 접속하여⁴⁷⁾ 범죄관련 정보를 탐색하고 수집하는 것도 정보통신망 모니터링이라고 할 수 있는데, 국내에서도 이를 허용하지는 입법론이 제시되고 있다. 한국형사법학회가 2010년에 마련한 형사소송법개정안 제115조의3은 정보통신망에 의하여 접속이 가능한 정보에 대해 수사기관이 정보처리장치를 통하여 접속한 후 수색할 수 있다는 규정을 두고 있었다.⁴⁸⁾ 다만, 그러한 법률안 규정을 마련한 이유에 관한 설명은 없었다. 한편 광병선·노명선·이종찬·권양섭도 2012년에 그와 유사한 법률안을 제시한 바 있다. 그에 의하면 현행 형사소송법 제106조에 다음과 같은 항목을 삽입하자고 한다.

「압수할 전자정보가 수색장소에 있는 컴퓨터 등 정보처리장치(이하 ‘컴퓨터 등’이라 한다)와 접속된 다른 컴퓨터 등에 기억되어 있다고 인정되고 수색장소의 컴퓨터 등을 통해 다른 컴퓨터 등에 접속할 정당한 권한이 있는 경우에 한하여 다른 컴퓨터 등에서 전자정보를 이전받거나 복제한 후 압수할 수 있다.」

나아가 위 법률안에서는 형사소송법 제109조에 다음과 같은 항목도 추가할 것을 제안하고 있다.

「수색장소에서 전자정보를 압수하기 위하여 컴퓨터 등 정보처리장치(이하 ‘컴퓨터 등’이라 한다)를 수색하는 경우에 압수할 전자정보가 다른 컴퓨터 등에 기억되고 있다고 인정되고 수색장소의 컴퓨터 등을 통해 다른 컴퓨터 등에 접속할 정당한 권한이 있는 경우에 한하여 다른 컴퓨터 등에 대한 수색을 할 수 있다.」⁴⁹⁾

한편, 노명선 교수는 형사소송법 제109조 제1항 단서 및 제215조 제3항에 다음과 같은 내용을 신설할 것을 제안한다.⁵⁰⁾

「(특히 제215조 : 검사 또는 사법경찰관은 제1항 또는 제2항에 따라⁵¹⁾) 전자정보를 압수하기 위하여 컴퓨터 등 정보처리장치(이하 ‘컴퓨터 등’이라 한다)를 수색하는 경우에 압수할 전자정보가 이와 접속된 다른 컴퓨터 등에 기억되어 있다고 인정

47) 광병선·노명선·이종찬·권양섭, “사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사”, 국가인권위원회, 『사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사 결과 발표 및 토론회』(2012.12), 14쪽.

48) 신양균, “한국형사소송법학회 형사소송법개정안”(2010. 12. 20. 대법원 형사실무연구회 발표문).

49) 광병선·노명선·이종찬·권양섭, 위 글, 36쪽.

50) 노명선, “국회 디지털증거 압수수색에 관한 개정법률안 공청회 발표문”, 사단법인 한국포렌식학회, 한국저작권위원회 개최, (2012.11.13.자).

51) 필자가 삽입함.

되고 그 컴퓨터 등을 통해 다른 컴퓨터 등에 접속할 정당한 권한이 있는 경우에 한하여 다른 컴퓨터 등에 대한 수색을 할 수 있다.]

또한 박종근 검사는 조문 제목을 ‘정보통신망에 의하여 접속 가능한 정보의 압수·수색’이라고 하여 형사소송법 제115조의3으로 다음과 같은 조항을 두자고 제안한다.⁵²⁾

- 「① 정보에 대한 압수·수색을 집행하는 자는 압수·수색 집행 대상인 정보처리장치와 정보통신망으로 연결돼 있고 압수·수색의 대상이 되는 정보를 보관하고 있다고 인정되는 다른 정보처리장치에 대하여 압수·수색 집행대상인 정보처리장치를 통하여 접속한 후 수색을 할 수 있다.
- ② 제1항의 경우에 다른 정보처리장치에 보관되어 있는 압수 대상 정보는 이를 압수·수색 집행 대상인 정보처리장치로 이전 또는 사본하여 그 정보처리장치를 압수하거나 다른 저장매체에 이전 또는 사본하여 그 다른 저장매체를 압수하거나 내용을 인쇄 출력하여 출력물을 압수할 수 있다.」

이러한 입법적 제안들은 앞서 입법례에서 살핀 다른 나라의 제도를 모방하여 정보통신망 모니터링, 특히 온라인 수색이라는 수사 활동을 합법화하자는 의견이다. 수사의 효율적 진행을 위해 그러한 제도가 필요하다는 것을 부정할 수는 없다. 그러나 이러한 논의를 하기 이전에 이같은 수사기법이 갖는 법리적인, 특히 헌법적인 문제점을 충분히 검토하였는지는 의심스럽다. 무엇보다도 헌법상 영장기재 특정의 원칙을 위반하고 영장제시 원칙이나 당사자의 참여, 통지 등 헌법상 적법절차 구현 수단이 지켜질 수 없기 때문이다(후술).

52) 박종근, “디지털 증거 압수·수색과 법제”, 대검찰청, 『형사법의 신동향』 제18호(2009), 93쪽.

IV. 정보통신망 모니터링의 헌법적 문제

1. 기본권 보장

가. 정보기본권과 프라이버시 보호

정보통신망 모니터링이 제도화되려면 당연히 개인의 정보에 대한 자기결정권 및 프라이버시 등 기본권 보호와의 균형점을 찾아야 하는 문제가 등장한다. 특히 국가기관에 의한 정보통신망 모니터링을 둘러싼 프라이버시 보호 문제와 관련하여서는 ‘프라이버시에 대한 합리적 기대’(reasonable expectation of privacy) 기준 충족 여부를 판단함에 있어 사적 기업 내 고용주와 근로자간의 정보통신망 모니터링 기준보다⁵³⁾ 엄격한 기준을 적용해야 한다. 즉 사기업체 내에서는 정보처리자인 사용자의 정당한 경영 목적달성을 위한 근로자에 대한 정보통신망 모니터링인지 여부가 기준이 된다면, 국가기관에 의한 범죄통제 목적을 위한 정보통신망 모니터링에 관해서는 그 목적의 정당함 및 수단의 적정성과 아울러 최소한의 불가결한 규제인지, 기본권 침해성이 덜한 대안이 있는지 여부 등이 기준이 된다.

나아가 정보기술 시스템의 신뢰성과 완전성에 관한 기본권도 보장되어야 한다. 정보통신망 모니터링은 해당 전자정보 시스템에 대한 완전성을 침해하는 방법으로 수행될 수도 있다. 그런데 ISP 등의 전자정보 시스템에 저장된 데이터가 제3자에 의해 이용되는 과정에서 그 정보시스템의 신뢰성이나 완전성이 침해된다면 그것만으로도 당해 데이터 주체의 인격권이 침해된다. 개인의 전자정보를 저장하고 있는 정보처리 시스템에 대한 추적 수사활동도 그 시스템 자체에 대한 신뢰성과 완전성을 침해하지 않도록 수행되어야 한다.⁵⁴⁾ 국가기관이 자체 프로그램을 개발하여 ISP

53) 미국의 사례로 *Smyth v. Pillsbury*, 914 F. Supp. 97, E. D. Pennsylvania District Court, (1/18/96) ; *Bourke v. Nissan Motor Corp.*, Federal California Court of Appeal, 2nd Appellate District, Division 5, (7/26/93). 유럽인권재판소의 사례로 *Copland v. The United Kingdom*, Case No. 62617/00, (2007) 45 EHRR 37. 정찬모, 위 “직장 내 전자우편 모니터링 규제의 신조류와 시사점”, 183쪽 및 주7), 주9), 191쪽 및 주23). 211쪽.

54) 1BvR 370/07, 1BvR 595/07 [178] ; 명재진, “IT(정보기술) 기본권의 체계화에 관한 연구”, 헌법재판소, 『헌법논총』 제20집(2009), 296쪽, 310쪽 ; 오기두, “전자정보에 대한 기본권 보장과 위치정보추적 수사권”, 헌법재판소, 『헌법논총』 제21집(2010), 534쪽 이하.

나 그 이용자의 컴퓨터 서버에 침입하여 온라인 수색을 하는 것은 원칙적으로 이러한 기본권을 침해하는 위헌적인 수사방법이라고 해야 한다.

나. 통신비밀의 보호

정보통신망 모니터링은 헌법 제18조 뿐 아니라 규범력을 발휘하고 있는 국제조약(시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약, International Covenant on Civil and Political Rights 제17조(1), 이하 ICCPR)⁵⁵⁾ 등에서 보장하는 통신비밀에 관한 기본권을 침해하는 국가작용이다. 피처분자인 개인의 범주와 범죄의 특성, 기간의 제한, 모니터링 결과의 이용제한, 삭제, 기소되지 않거나 무죄판결을 받는 경우 어떻게 되는지 등에 관하여 구체적으로 명시된 법률과 영장에 근거하여 그 요건을 준수하는 집행이 되어야 정보통신망 모니터링의 정당성이 확보될 수 있다.⁵⁶⁾

다. 표현의 자유

정보통신망 모니터링은 인터넷 등을 통해 국경 없이 사상과 의견 표현이 가능한 오늘날의 정보 기술사회에서 표현의 자유를 침해하는 국가작용이 될 수 있다. 세계인권선언 제19조는 “어떤 매체를 통해서든 그리고 국경에 관계없이 정보와 사상을 찾고, 주고받는 자유”를 보장할 것을 문명국가의 의무로 선언하고 있고, 위 ICCPR 제19조 2.는 “구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 찾고 주고받는 자유”를 보장할 것을 계약당사국에 요구하고 있다. 표현의 자유의 한계는 타인의 인격권을 침해하는 표현, 국가안보, 공공질서 또는 공중보건, 도덕을 침해하는 표현이다(ICCPR 제19조 3.).⁵⁷⁾ 따라서 범죄 예방이나 범죄수사, 유죄판결의 집행을 위해 무차별적으로 정보통신망 모니터링을 실시하면 이러한 국제인권규약을 위반하는 것이다. 그 한계 안에서 정보통신망 모니터링을 실시해야 한다.

55) 국제인권법연구회 편, 『국제인권법과 사법』(2016), 79-82쪽. 우리나라는 1990. 4. 10.에 가입하였다.

56) 유럽인권재판소의 Huvig v. France(1990) 사건 참조. 위 국제인권법연구회 편, 80쪽.

57) 위 국제인권법연구회 편, 191쪽.

2. 수권규범 문제

온라인 수색 등 정보통신망 모니터링에 관하여, 은밀성이 특히 요구되고 침해강도와 중요성이 압수·수색에 미치지 못하므로 법률적 수권 규범이 없더라도 허용되는 수사기법이라는 견해를 취할 수도 있다.⁵⁸⁾ 그러나 일반에 공개된 데이터를 대상으로 하지 않는 한 정보통신망 모니터링은 그 자체로 국민의 정보기본권을 침해할 수 있으므로,⁵⁹⁾ 정부기관이 그러한 행위를 함에는 법률에 의한 위임이 있어야 한다. 헌법 제12조 제1항에 의한 강제처분 법정주의에 비추어 법률에 근거가 없는 온라인 수색이나 온라인 모니터링은 위법하며, 위헌이라고 해야 한다.⁶⁰⁾ 온라인 수색 등 정보통신망 모니터링을 명시적으로 허용하지 않고 있는 경찰관직무집행법(특히 제2조)이 수권규범이 되는 것도 아니다.⁶¹⁾ 정보통신망 모니터링을 허용하는 입법을 한다고 하더라도 그 법률의 규정 내용은 프라이버시 등 관련 기본권의 핵심영역을 침해하면 안 된다. 예컨대 특정인이 혼자 있거나, 특별한 신뢰관계에 있는 사람과 단둘이 있는 경우의 정보통신망 모니터링이나 시간적·공간적인 포괄적 감시는 사생활의 핵심영역을 침범하므로 헌법적으로 허용되지 않는다고 해야 한다. 나아가 관련 기본권의 비핵심영역에 대한 제한도 기본권제한의 일반 원리인 비례의 원칙을 준수해야 한다. 이것은 독일연방헌법재판소가 정식화한 ‘이단계 구조의 통제법리’ 및 ‘je-desto’ 공식을 적용해야 한다는 의미이다.⁶²⁾

58) 독일의 컴퓨터 검색수사(Rasterfahndung)에 관해 이러한 주장을 하는 견해로 Ermish, “Die systematisiert Fahndung - Rasterfahndung -”, in Wissenschaftliche Kriminalistik, Kube/Storzer/Brugger(Hg.), Wisbaden (1984). 310쪽 이하. 이원상, “온라인 수색에 대한 고찰 - 독일의 새로운 논의를 중심으로”, 한국형사법학회, 『형사법 연구』 제20권 제4호(2008년 겨울), 339쪽 및 주8) 재인용.

59) 오기두, 『전자증거법』, 박영사(2015), 262-4쪽.

60) 오기두, 위 『전자증거법』, 245, 246쪽.

61) 박희영, 위 “예방 및 수사목적의 온라인 비밀 수색의 허용과 한계”, 165-6쪽.

62) BVerfGE 100, 313 ; BVerfGE 115, 320 (360 f.) ; BVerfG, 1 BvR 2368/06 vom 23. 2. 2007 ; VGH Mannheim Urteil vom 21. 7. 2003. ; 박정훈, 위 “전자감시와 프라이버시 관계 정립에 관한 연구”, 167-9쪽 및 주 81-4).

3. 영장주의

이것은 영장주의, 특히 영장기재의 특정 원칙과 관련된 문제이다. 정보통신망 모니터링을 통제하는 수단은 우선 구체적 범죄혐의 사실과 관련되는 전자정보만 그 모니터링의 대상으로 허용하는 것이다. 현행 형사소송법 제106조 제1항 및 제215조가 이를 요구하고 있다. 그 관련성의 의미는 주관적,⁶³⁾ 객관적, 시간적으로 수사기관이 구체적으로 범죄혐의를 잡고 있는 범죄사실에 한하여 수색·검증, 압수할 수 있다는 것으로 해석해야 한다.⁶⁴⁾ 서울중앙지방법원 등⁶⁵⁾ 전국 각급 법원 영장 담당 법관들의 실무도 그렇게 운용되고 있다.⁶⁶⁾ 그러므로 수많은 전자정보를 저장하고 있는 인터넷 서비스업체의 서버 자체를 수색·검증,⁶⁷⁾ 압수하는 것은 원칙적으로 금지된다. 서버 등 전자기록 매체 자체를 압수하거나 이미징하기 위해서는 피처분자의 동의를 얻어야 한다.⁶⁸⁾ 수사기관이 피의자 a의 공직선거법 위반 범행을 범죄사실로 하여 발부받은 압수·수색영장의 집행 과정에서 b, c 사이의 대화가 녹음된 b의 휴대전화를 압수하여 그 녹음파일을 증거로 제출하여 b, c의 별개 범죄사실을 입증하는 것은 주관적 관련성 원칙을 위반한 것이다.⁶⁹⁾ 적법한 체포를 하는 경우라고 할지라도 긴급상황(exigent circumstances)이 아닌 한,⁷⁰⁾ 피처분자의 수많은 개인정보가 담겨 있는 스마트폰 자체를 압수하여 그 스마트폰이나 클라우드(cloud)에 저장된 모든 정보를 모니터링해서도 안 된다.⁷¹⁾

63) 오기두, 위 『전자증거법』, 281-332쪽.

64) 대법원 2011. 5. 26.자 2009도1190 결정 ; 대법원 2015. 7. 16.자 2011도1839 전원합의체 결정.

65) 최연진·박상기 기자, “디지털情報 압수수색제한’에 …”, 조선일보 2015. 8.4.자 A12쪽 기사.

66) 위 대법원 2015. 7. 16. 선고 2011도1839 전원합의체결정 ; 손지영·김주석, 『디지털 증거의 증거능력 판단에 관한 연구』, 대법원 사법정책연구원(2015), 73-9쪽.

67) 압수·수색에 필요한 최소한의 범위내에서 ‘제3자에의 이동’과 같이 새로운 영장 집행방법이나 ‘수색과 검증’이라는 피압수자의 부담을 경감하는 새로운 영장제도를 만들어야 한다는 견해로 노명선, “전자정보의 압수·수색을 위한 새로운 영장제도의 제언”, 대한변협신문, 2015. 11. 30.자, 12쪽.

68) 이에 관해 상세한 내용은 오기두, “전자정보의 수색·검증, 압수에 관한 개정 형사소송법의 함의”, 한국형사소송법학회, 『형사소송 이론과 실무』 제4권 제1호 (2012), 127쪽 이하 참조.

69) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도7101 판결 ; 오기두, 위 『전자증거법』, 333-351쪽. ; 손지영·김주석, 위 『디지털 증거의 증거능력 판단에 관한 연구』, 107쪽, 158쪽.

70) 위 오기두, “전자정보의 수색·검증, 압수에 관한 개정 형사소송법의 함의”, 173쪽.

71) Supreme Court of the United States, Riley v. California (No 13-132) & US v. Wurie (No.

온라인 수색도 관련성 없는 전자정보에 대한 무차별적인 수색이 이루어진다는 점에서 허용될 수 없는 수사기법이다.⁷²⁾ 더욱이 클라우드(cloud computing)나⁷³⁾ 빅데이터(big-data)와 같이 다수의 대형 컴퓨터 시스템이 운영되는 곳에 대한 네트워크 수사가 가능하게 될 때 그러한 대규모의 데이터와 연결된, 범죄와 관련 없는 많은 사람들에게 대한 정보기본권이 침해될 우려를 상정해보면,⁷⁴⁾ 정보통신망 모니터링을 일반적으로 허용하기에는 주저하지 않을 수 없다.

설령 법관의 압수수색 영장을 발부받았다고 해서 온라인 수색이 당연히 허용된다고 할 수 있는지도 살펴야 한다. 왜냐하면 정보통신망 수색을 허용하는 것은 수색장소를 특정하지 않는 수색을 허용하는 것이 되기 때문이다. 특히 수사기관이 필요로 하는 데이터가 저장되어 있는 컴퓨터 서버의 소재지를 영장에 특정하지 않더라도 입력장치에 대한 압수·수색을 하면서 그 서버에 보관된 정보를 압수·수색할 수 있도록 허용하는 이른바 원격지 컴퓨터의 압수·수색을 해서는 안 된다. 이것은 영장주의 원칙 중 영장기재 특정의 원칙을 위반하는 수사활동이다. 원격지 컴퓨터나 서버 자체도 형사소송법상의 수색·검증, 압수에 있어 장소적인 공간에 위치하므로⁷⁵⁾ 수사관의 영장집행장소가 특정되어야 하는 것이다. 따라서 수색·검증, 압수 장소를 특정하지 않은 채 정보통신망 수색을 허용하는 영장을 청구해서도 안 되고 법관이 이를 발부해서도 안 된다. 더욱이 정보통신망을 통한 피의자의 컴퓨터시스템 수색(온라인 수색이나 온라인 모니터링)은 감시 장소나 감시 기회가 특정되어 있는 통신 감청과 달리 범죄발생 위험과 무관하거나 이미 발생한 범죄와 무관한데도 피의자와 정보통신망으로 연결된 제3자까지 감시할 수 있게 되는 점에서⁷⁶⁾ 영장기재의 특정성 원칙을 위반하는 것이다. 그러므로 설령 정보통신망 수색을 허용하는 영장을

13-212), (2014. 6. 25.), III. B. 2. 134 S.Ct. 2473.

72) 오기두, 위 “전자정보의 수색·검증, 압수에 관한 개정 형사소송법의 함의”, 159쪽, 주61).

73) 김경환, “클라우드발전법”, 법률신문, 2015. 3. 9.자 15쪽. 2015. 3. 3. 국회는 「클라우드컴퓨팅 발전 및 이용자 보호에 관한 법률」을 의결 통과시켰다.

74) 오기두, “2012. 11. 13.자 사단법인 한국포렌식학회, 한국저작권위원회 개최, 국회 디지털증거 압수 수색에 관한 개정법률안 공청회, 토론문”, 국가인권위원회, 『사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태 조사 결과 발표 및 토론회』(2012.12), 91-2쪽.

75) 오기두, 위 “사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사 결과 발표 토론문”, 84쪽.

76) 박희영, 위 “독일에 있어 경찰에 의한 ‘예방적’ 온라인 수색의 위헌여부”, 195쪽.

발부받아 이를 집행한다고 하더라도 그 영장은 위헌적인 영장이 되어 그로 인해 수집한 전자증거의 증거능력이 위법수집증거로서 배제될 수 있다고 해야 한다.

나아가 설령 법관의 영장을 발부받아 행해진다고 하더라도 온라인 수색은 밀행적으로 이루어지는 수사활동으로서 형사소송법 제121조 및 제123조에 의해 보장되는 피의자, 변호인, ISP 등 전자정보 저장장치의 소유자, 보관자 또는 관리자의 참여권을 배제하는 위법한 수사가 된다.

V. 특별법상의 한계 설정

1. 통신비밀보호법 등에 의한 규제

정보통신망 모니터링은 그 자체로 통신의 비밀을 침해한다. 그러므로 통신비밀보호법을 위반하는 수사방식으로 정보통신망 수색이나 감청을 하는 것은 허용될 수 없다.⁷⁷⁾ 위 법률에 의하지 않고는 유선·무선·광선 및 기타 전자적 방식으로 이루어지는 모든 종류의 음향·문언·부호 또는 영상의 송수신에 관한 감청, 타인간 대화의 녹음 또는 청취 등을 할 수 없기 때문이다(위 법률 제3조). 그에 위반하여 취득한 대화내용은 증거능력이 부정되고(위 법률 제4조), 감청을 행한 자는 처벌된다(제16조 제1항).

그러므로 통신비밀보호법이 대상으로 하고 있는 범죄(국가보안법위반, 뇌물죄, 살인죄, 감금죄, 약취유인죄, 강도죄 등 위 법률 제5조 제1항)에 관한 정보통신망 모니터링만이 허용된다고 하겠다. 또한 예컨대 패킷 감청은 영장주의와 비례원칙에 의하여 제한적으로만 허용되어야 한다. 피고인이 공소외인과 지속적으로 통신하면

77) 최근인 2016년 8월 16일과 17일에 걸쳐 저녁 8시 뉴스에서 MBC가 청와대 민정수석에 대한 특별 감찰을 진행 중인 특별감찰관이 특정 언론사 기자에게 감찰 진행 상황을 누설해 온 정황을 담은 소셜네트워크서비스(SNS) 내용을 입수했다고 보도하면서, 누군가가 도청이나 해킹을 통해 문제가 된 SNS 내용을 빼낸 것으로 통신비밀보호법을 위반한 것일 수도 있다는 의혹이 언론 등에 의해 제기되었다. 전수용·양은경 기자, “‘감찰관·기자 대화내용’ 담은 SNS, 누가 몰래 들여다봤을까”, 조선일보 2016. 8. 18.자 A5쪽 기사 참조.

서 송·수신한 이메일을 즉시 삭제하여 인멸한다는 사정(필요성)과 패킷 감청의 대상으로 피고인의 사무실에 설치된 인터넷 전용선으로 한정하여 통신비밀의 침해 가능성이 크지 않은 점(비례성)이 인정되는 경우가 그에 해당한다.⁷⁸⁾ 그리고 통신비밀 보호법의 통신 감청은 전기통신이 이루어지고 있는 상황에서 실시간으로 그 통신내용을 지득·채록하는 행위와 통신의 송·수신을 직접적으로 방해하는 행위를 말하고, 카카오톡 등 민간업체에 위탁하여 하는 통신감청도 그러한 경우에 국한되며, 이미 수신이 완료되어 전자정보의 형태로 저장되어 있던 대상자들의 카카오톡 대화내용을 3~7일마다 정기적으로 서버에서 추출하여 수사기관에 제공하는 방식으로 통신제한조치 영장을 집행할 수는 없다.⁷⁹⁾ 나아가 민간업체나 통신당사자의 동의 없이 이루어지는 온라인 수색도 통신비밀보호법 등에 근거를 두지 않는 위법한 수사활동이라고 해야 한다. 온라인 수색은 범죄혐의자와 제3자 사이의 실시간 통신내역을 감시하는 것이 아니라 전기통신 수단으로 그들의 컴퓨터 하드 드라이브나 통신업체의 서버에 접속하여 그에 저장되어 있는 전자데이터를 비밀리에 획득하는 행위로서 통신비밀보호법이 예정하는 수사활동이라고 할 수 없기 때문이다.⁸⁰⁾

그리고 필요성과 비례성을 요건으로 하여 감청이 허용되어야 하는데도, 감청영장 발부현실을 보면 이러한 요건이 제대로 준수된 상태에서 영장이 발부되고 있는지 의심스럽게 한다. 최근 5년간 검찰의 감청허가 청구를 보면, 2012년 117건, 2013년 163건, 2014년 158건, 2015년 82건, 2016년 8월까지 31건 등이 청구되었다(국가정보원이 그 중 63.6%에 이르는 339건을 신청하였다⁸¹⁾). 이에 관해 법원은 각각 3건, 2건, 7건, 4건, 2건 등을 기각했을 뿐이다. 즉 발부율이 96.7%에 달한다는 것이다. 법원의 감청에 대한 통제기능이 제대로 작동되는지 의구심을 불러일으키는 통계수치라고 하지 않을 수 없다.⁸²⁾ 감청영장 발부에 신중을 기해야 한다. 특히 SNS 콘텐츠

78) 앞서 든 서울중앙지방법원 2011. 12. 22. 선고 2009고합348 판결 ; 서울고등법원 2012. 6. 8. 선고 2012노82 판결 ; 대법원 2012. 10. 11. 선고 2012도7455판결 ; 정관영, 위 “패킷(packet) 감청 허용의 한계”.

79) 대법원 2016. 10. 13. 선고 2016도8137 판결.

80) 박희영, 위 “예방 및 수사목적의 온라인 비밀 수색의 허용과 한계”, 168쪽 및 그곳 주54)에서 인용한 BGH, Beschl. v. 31.1.2007 - StB 18/06, MMR 2007, S. 239.

81) 서유미 기자, “4년간 허가받은 감청 64%는 국가정보원”, 서울신문, 2016. 9. 28.자, 11쪽.

82) 신동화 기자, “감청 허가율 97%에 달해” 기사 참조. 내일신문, 2016. 9. 7.자, 20쪽.

츠에 대한 실시간 감청을 허가할 경우 범죄혐의사실과 무관한 정보, 대상자의 SNS 계정과 연동된 제3자의 대화 내용까지 무차별적으로 모니터링의 대상이 될 우려가 크다.

수사기관의 요청 만에 의해 전기통신사업자가 통신자료(이용자의 성명, 주민등록 번호, 주소, 전화번호, 아이디, 가입일 또는 해지일)를 제공해도 구 전기통신사업법 제54조(현행법은 제83조) 제3항, 제4항에 위반되지 않으며, 불법행위책임을 지지 않는다는 것이 대법원의 입장이다.⁸³⁾ 그러나 통신비밀보호법상의 통신사실확인자료 뿐 아니라 위와 같은 통신자료를 전기통신사업자가 수사기관에 제출하는 것도 법원의 허가대상으로 해야⁸⁴⁾ 영장주의 원칙 준수나 이용자의 정보기본권, 익명표현의 자유 등 기본권 보장에 충실하게 된다.⁸⁵⁾

나아가 통신제한조치의 집행에 관한 통지(통신비밀보호법 제9조의2), 송·수신이 완료된 전기통신에 대한 압수·수색·검증의 집행에 관한 통지(위 법률 제9조의3), 통신사실확인자료 제공에 관한 통지(위 법률 제13조의3) 등⁸⁶⁾ 뿐만 아니라, 전기통신사업법에 의해 전기통신사업자가 수사기관에 이용자의 통신자료를 제공한 때에도 이용자 본인에게 통지하도록 해야 한다.⁸⁷⁾

2. 개인정보의 보호

2011년 9월부터 개인정보보호법이 제정 시행되고 있다. 개인정보는 헌법상으로 보호받아야 할 중대한 기본권일 뿐만 아니라 오늘날의 정보통신기술 사회에서 사회적 자본(Social Capital)인 공공재로서 경제질서의 근간을 이룬다.⁸⁸⁾ 경찰, 국가정보원, 검찰, 국군기무사령부, 국세청 등을 포함한 국가기관 구성원이 이 글에서 고찰

83) 대법원 2016. 3. 10. 선고 2012다105482 손해배상(기) 판결.

84) 광병선·노명선·이종찬·권양섭, 위 “사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사”, 29쪽, 37쪽.

85) 오기두, “전기통신사업자의 이용자 정보 보호책임”, 법원도서관, 『사법논집』 제59집(2014), 43-78쪽.

86) 임석순, “통신제한조치 등 집행통지와 정보기본권 보호”, KiC 『형사정책연구 소식』(2015. 가을), 23쪽.

87) 서울지방법원호사회도 2016. 9. 22. ‘2016 사법제도개혁과제 보고회’에서 같은 취지의 주장을 한 바 있다. 법률신문, 2016. 9. 26.자, 2쪽 기사.

88) 문금주, “개인정보 보호를 위한 기업의 역할”, 대한변협신문, 2014. 9. 22.자, 12쪽.

한 한계를 위반하여 정보통신망 모니터링을 실시함으로써 개인의 민감정보를 처리하면 개인정보보호법 제23조, 제71조에 의해 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금형에 처해질 수 있다.⁸⁹⁾ 제3자에 의한 자유로운 활용이 허용되는지 여부가 분명치 않은 이른바 ‘그레이 존’(gray zone)에 있는 개인정보도⁹⁰⁾ 최대한 보호하는 선에서 모니터링이 실시되어야 한다.

3. 전자적 위치정보를 이용한 범죄통제

구 「특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적전자장치부착에 관한 법률」에 의거하여 2008. 9. 1.부터 시행되고 있는 성폭력 범죄자에 대한 전자발찌(ankle monitor)도 RFID 기술을 이용한 것으로,⁹¹⁾ 형집행 단계의 전자모니터링 시스템의 하나라고 할 수 있다. 성범죄자에 대한 전자발찌 소급부착도 합헌이라는 것이 헌법재판소의 판단이다.⁹²⁾ 현행의 「특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치부착 등에 관한 법률」도 전자파를 발신하고 추적하는 원리를 이용하여 위치를 확인하거나 이동경로를 탐지하는 일련의 기계적 설비인 ‘위치추적 전자장치’에 대하여 규정하고 있다.⁹³⁾ 대법원은 위 법률이 그 목적달성을 위한 합리적 범위 내에서 전자감시제도를 탄력적으로 운영하도록 하면서 그에 따른 피부착자의 기본권 침해를 최소화하기 위한 방안을 마련하고 있다고 하면서 합헌이라고 판시하였다.⁹⁴⁾ 전자감시제도는 기본적으로 보안처분으로서 형벌과는 그 목적이나 심사대상을 달리한다는 관점도 피력하고 있다.⁹⁵⁾ 한편 법무부는 전자발찌 착용자가 재범 징후를 보이면 즉시 담당 보호관찰관

89) 이에 관해 참조할 글로, 이성기, “국내 민간인 불법사찰을 방지하기 위한 ‘준 법률적’ 통제방안 모색 -미국의 국내정보(Domestic Intelligence)에 관한 FBI의 통제 가이드라인 논의를 중심으로-”, 한국외국어대학교 법학연구소, 『외법논집』 제36권 제3호(2012. 8.), 102쪽.

90) 윤해성, “일본의 개인데이터 이용과 활용에 관한 제도동향”, KiC 『형사정책연구소식』(2014. 가을), 28쪽.

91) 위 박정훈, “전자감시와 프라이버시 관계 정립에 관한 연구”, 133쪽, 주12).

92) 헌재 2012. 12. 27. 2010헌가82 결정.

93) 김상순, “베르세르크와 전자발찌 -웨어러블 디바이스(Wearable Device)”, 대한변협신문, 2014. 10. 13.자, 8쪽.

94) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도6061, 2009전도13 판결.

95) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2009도1947, 2009전도5 판결.

에게 알려 현장에 출동하게 하는 지능형 전자감시 시스템을 2017년부터 운영한다고 한다.⁹⁶⁾ 전자발찌에 의한 모니터링은 위 대법원의 입장과 같이 특정 범죄자의 재범위험성을 요건으로 피부착자의 신체의 자유를 박탈하지 않고, 단지 기본권을 제한하기만 하는 자유제한적 보안처분이라고 해야 할 것이다.⁹⁷⁾ ‘작고 약한 여성’인 여자 어린이와 같은 극도의 사회적 약자를⁹⁸⁾ 성범죄자로부터 보호하기 위해 이러한 전자적 모니터링 제도를 이용할 필요가 있음을 부정할 수 없다. 또한 피부착자 아닌 타인의 눈에 띄지 않도록 발목에 차게 하였고 행동의 자유도 보장하고 있는 점에서 방법, 수단의 측면에서 적정하다고 할 수 있다.⁹⁹⁾

그러나 일반적인 범죄 예방목적으로 경찰 등 국가기관에게 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」에 의해 위치추적권을 부여하기 위해서는 헌법상의 영장주의 원칙과 관련하여¹⁰⁰⁾ 신중을 기할 필요가 있다고 하겠다.¹⁰¹⁾ 2012. 5. 14. 법률 제 11423호로 개정된 위 법률 제29조 제2항은 긴급구조를 위한 경우에 한정하여 개인 위치정보의 제공을 요청할 권한을 경찰에 부여하였다.

VI. 결어

정보통신망 모니터링은 국가기관이 범죄예방 목적으로나 수사목적으로, 인터넷 등 유선 또는 스마트폰 통신망과 같은 무선의 정보통신망을 통하여, 패킷단위로 전송되는 인터넷 통신회선에 접속하거나 상대방이나 ISP의 컴퓨터 서버에 침입하여, 일시적으로나 지속적으로 그 상대방 모르게 실시간 통신 내역을 엿보거나 그에 저장된 자료를 수집하는 것을 말한다. 국가가 실시하는 유·무선의 정보통신망에 대한

96) 고윤상 기자, “재범징후 사전탐지 ‘지능형 전자발찌’ 나온다.”, 한국경제 2016. 10. 26.자 A29쪽.

97) 같은 취지, 이춘화, “위치추적 전자장치 부착명령의 위헌성 유무”, 한국형사판례연구회편, 『형사판례연구[18]』 (2010), 620쪽.

98) 홍숙영, “TV다큐멘터리의 아동성폭력 재현 방식 - ‘KBS시사기획 씬’을 중심으로”, 『한국콘텐츠학회논문지』 Vol. 11, No. 1(2011), 105쪽.

99) 위 이춘화, 628쪽.

100) 오기두, 『전자증거법』, 박영사 (2015), 476쪽 이하.

101) 이경미 기자, “‘경찰에 위치추적권’ 법개정안 논란”, 한겨레(2012.4.24.자), 11쪽.

모니터링은 정보에 대한 기본권이나 프라이버시 침해로 과잉수사 및 과잉처벌의 위험가능성을 상존케 한다. 범죄 예방이나 범죄수사, 유죄판결의 집행을 위해 무차별적으로 정보통신망 모니터링을 실시하는 것은 세계인권선언 등 국제인권규약 및 헌법상 보장되고 있는 정보기본권, 프라이버시, 통신비밀, 표현의 자유 등을 침해할 수 있으므로, 그 한계 안에서 정보통신망 모니터링을 실시해야 한다. 그리고 형사소송법 제106조 제1항 및 제215조가 요구하는 바와 같이 수사기관이 구체적으로 범죄혐의를 잡고 있는 범죄사실과 주관적, 객관적, 시간적으로 관련된 전자정보에 한하여 수색·검증, 압수할 수 있다고 해야 한다.

정보통신망 모니터링, 특히 온라인 수색이라는 수사 활동을 합법화하자는 입법론이 제기되고 있으나 그러한 논의를 하기 이전에 그와 같은 수사기법이 갖는 헌법 등 법리적인 문제점을 충분히 검토하여야 한다. 무엇보다도 헌법상 영장기재 특정의 원칙을 위반하고 영장제시 원칙이나 당사자의 참여, 통지 등 헌법상 적법절차 구현수단이 지켜질 수 없기 때문에 이러한 수사기법을 법제화하는 데는 신중해야 한다.

참고문헌

- 국가인권위원회, 『사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사』 (2012.12)
- 국제인권법연구회 편, 『국제인권법과 사법』 (2016)
- 박희영, 『독일형사판례연구 I, 사이버범죄』, 한국학술정보 (2011)
- 손지영·김주석, 『디지털 증거의 증거능력 판단에 관한 연구』, 대법원 사법정책연구원 (2015)
- 오기두, 『전자증거법』, 박영사 (2015)
- 강성주, “경계에 선 ‘개인정보 자기결정권’”, 대한변협신문, 2014. 9. 1.자
- _____, “‘빅 데이터’는 미래를 만들어 나가는 열쇠”, 대한변협신문, 2015. 2. 2.자
- 강태욱, “‘망 중립성’ 논의”, 법률신문, 2016. 9. 26.자
- 곽병선·노명선·이종찬·권양섭, “사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사”, 국가인권위원회, 『사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사 결과 발표 및 토론회』 (2012.12)
- 김경환, “클라우드발전법”, 법률신문, 2015. 3. 9.자
- 김상순, “베르세르크와 전자발찌 - 웨어러블 디바이스(Wearable Device)”, 대한변협신문, 2014. 10. 13.자
- 노명선, “국회 디지털증거 압수수색에 관한 개정법률안 공청회 발표문”, 사단법인 한국포렌식학회, 한국저작권위원회 개최, (2012.11.13.자)
- _____, “전자정보의 압수·수색을 위한 새로운 영장제도의 제안”, 대한변협신문, 2015. 11. 30.자
- 명재진, “IT(정보기술) 기본권의 체계화에 관한 연구”, 헌법재판소, 『헌법논총』 제20집 (2009)
- 문금주, “개인정보 보호를 위한 기업의 역할”, 대한변협신문, 2014. 9. 22.자
- 박정훈, “전자감시와 프라이버시 관계 정립에 관한 연구”, 법조협회, 『법조』 통권 제645호 (2010. 6.)
- 박종근, “디지털 증거 압수·수색과 법제”, 대검찰청, 『형사법의 신동향』 제18호, (2009)

- 박희영, “독일에 있어 경찰에 의한 ‘예방적’ 온라인 수색의 위헌여부”, 경찰대학, 『경찰학연구』 20호 (2009.8.)
- _____, “독일에 있어서 경찰의 온라인 수색에 관한 관례 및 법제 동향”, 『최신외국법제정보』 2011년 2호
- _____, “예방 및 수사목적의 온라인 비밀 수색의 허용과 한계”, 『원광법학』 제28권 제3호 (2012)
- 신양균, “한국형사소송법학회 형사소송법개정안”(2010. 12. 20. 대법원 형사실무연구회 발표문)
- 양종모, “수사기법으로서의 데이터 마이닝에 대한 법적 고찰”, 대검찰청, 『형사법의신동향』 통권 40호 (2013. 9.)
- 오기두, “전자정보의 수색·검증, 압수에 관한 개정 형사소송법의 함의”, 한국형사소송법학회, 『형사소송 이론과 실무』 제4권 제1호 (2012).
- _____, “전기통신사업자의 이용자 정보 보호책임”, 법원도서관, 『사법논집』 제59집 (2014)
- 오길영, “사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사 결과 발표 토론회”, 국가인권위원회, 『사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사 결과 발표 및 토론회』 (2012.12)
- 윤성주, “망중립성에 관한 규제 개관”, 서울대학교 기술과법센터, 『LAW & TECHNOLOGY』 제10권 제3호 (2014.5.)
- 윤지영, “미국의 통신감청 관련 법규 및 논의 동향”, KiC 『형사정책연구소식』 (2016 봄)
- 윤해성, “일본의 개인데이터 이용과 활용에 관한 제도동향”, KiC 『형사정책연구소식』 (2014. 가을)
- 이성기, “국내 민간인 불법사찰을 방지하기 위한 ‘준 법률적’ 통제방안 모색 -미국의 국내정보(Domestic Intelligence)에 관한 FBI의 통제 가이드라인 논의를 중심으로-”, 한국외국어대학교 법학연구소, 『외법논집』 제36권 제3호 (2012.8)
- 이숙연, “전자정보에 대한 압수수색과 기본권, 그리고 영장주의에 관하여”, 한국헌법학회, 『헌법학연구』 제18권 제1호(2012. 3.)
- 이원상, “온라인 수색에 대한 고찰 - 독일의 새로운 논의를 중심으로”, 한국형사법학

- 회, 『형사법 연구』 제20권 제4호 (2008년 겨울)
- 이춘화, “위치추적 전자장치 부착명령의 위헌성 유무”, 한국형사판례연구회편, 『형사판례연구[18]』 (2010)
- 임석순, “통신제한조치 등 집행통지와 정보기본권 보호”, KiC 『형사정책연구 소식』 (2015. 가을),
- 정관영, “패킷(packet) 감청 허용의 한계”, 대한변협신문, 2014. 10. 13.자
- 정교일, “디지털증거의 압수와 공판정에서의 제출방안”, 대검찰청, 『형사법의 신동향』 통권 25호 (2010. 4.)
- 정찬모, “직장 내 전자우편 모니터링 규제의 신조류와 시사점”, 법조협회, 『법조』 통권 제645호 (2010.6.).
- 최창호, “기술의 발전과 프라이버시”, 대한변협신문, 2015. 1. 19.자
- 홍숙영, “TV다큐멘터리의 아동성폭력 재현 방식 - ‘KBS시사기획 씬’을 중심으로”, 『한국콘텐츠학회논문지』 Vol. 11, No. 1(2011)
- Domblewski, Carol, 『The Salem Witch Trials』, Scholastic Inc., (2003).
- A. Shields, Marjorie, “Annotation, Fourth Amendment Protections, and Equivalent State Constitutional Protections, as Applied to the Use of GPS Technology, Transporter, or the Like, to Monitor Location and Movement of Motor Vehicle, Aircraft, or Watercraft”, 『5 A.L.R.6th 385』, (2005)
- L. Bellia, Patricia, “The Memory Gap in Surveillance Law”, 『75 U. Chi. L. Rev, 137』, (2008)
- M. Balkin,, Jack, “The Constitution in the National Surveillance State”, 『Minnesota Law Review』 (2008.11.)
- Palfrey, John, “The Public and Private at the United States Border with Cyberspace”, 『Missipi Law Journal』(Winter 2008).
- Zittrain, Jonathan, “Internet Points of Control”, 『44 B.C.L.Rev』. 653(2003)
- New York Civil Liberties Union, “Who's watching?: Video Camera Surveillance in New York City and the Need for Public Oversight”(2006), http://www.nyclu.org/pdfs/surveillance_cams_report_121306.pdf

Reviewing the Crime Control by Monitoring Information-Communication Network

Oh, Gi-Du*

A monitoring of the Information-communication network would be made by a government agency for the purpose of preventing or investigating crimes. That network includes wire network such as the Internet or wireless network for smart-phones. Of course, that monitoring is committed by the agency without the consent of the parties of that communication. The agency accesses to the Internet that sends messages through digital packet unit, or intrudes into the computer servers of the parties of that communication or ISP. With that procedure, the agency can temporarily or constantly wiretap the communication or gather the data stored in that server. This kind of monitoring has the risk to overly restrict the fundamental rights of citizens to Information or privacy. Someone insists that monitoring Information-communication network, especially on-line search should be legalized. However, before that argument, we need to thoroughly review the constitutional and legal issues related with that monitoring. Those issues include the fundamental rights to Information, privacy, confidential communication and freedom of expression which are protected by the Universal Declaration of Human Rights and the Constitutional Law. To search and seize for the digital data via the monitoring, the government agency also has to follow the limit of subjective, objective and time-based relevancy regulated by the Section 106 ① and Section 215 of the Criminal Procedure Law. On-line search is unconstitutional when the location of a computer system is not specified on the search warrant, because that is a general and vague warrant.

* Presiding Judge in the Seoul Eastern District Court/Ph.D. in Law

- ❖ Key Words: monitoring of Information-communication network, on-line search, Fundamental rights to Information, relevancy, warrant.

투고일 : 11월 8일 / 심사일 : 12월 9일 / 게재확정일 : 12월 9일

테러범죄의 형사법적 쟁점들* : 미국 주요 판결을 중심으로

권 순 철**

국 | 문 | 요 | 약

전 세계적으로 테러범죄에 대한 사회적 불안도는 그 어느 때 보다 높다. 현재 주요 테러단체인 IS가 유사국가 형태의 조직을 갖고 세계 도처의 테러세력을 조종하면서 지속적이고 동시다발적인 테러를 일으키며 사회 시스템을 마비시키는 정도에 이르고 있다. 이에 대해 각국은 종전의 고전적인 사후 대처방식에서 더 나아가 사전예방정책 중심의 대테러정책을 강화시켜 나가고 있다. 이에 따라 우리도 2016년 3월 2일 이른바 테러방지법을 제정하여 시행하기에 이르렀다.

테러방지법 규정과 이론들을 종합해 볼 때 테러범죄는 ① 특정한 정치적·종교적·민족적 목적 달성을 위하여 ② 정부·지방자치단체의 행위를 강요할 목적으로 일반대중에게 공포심을 야기하는 ③ 불법한 유형력의 행사라고 정의할 수 있다. 이러한 테러범죄는 일반 강력범죄와 비교할 때, 목적성, 폭력성, 불법성, 수단성, 위험성이라는 특징을 동시적이고 복합적으로 갖고 있다.

미국은 2001년 9·11 테러 이후 대테러정책을 급진전시켜 테러범죄에 대한 사법적 통제와 관련된 많은 경험을 축적하고 있다. 보스턴 마라톤 테러사건, 오글라호마 연방정부 폭파사건 등 6건의 주요 테러범죄를 분석한 결과, 테러범죄에 대한 공판 및 수사과정에서 공소권 남용의 문제, 테러 예비·음모죄의 구성요건에 관한 문제, 함정수사의 적법성 문제, 재판의 불공정성을 이유로 한 관할이전의 문제 등이 제기되고 있다는 점이 발견된다. 이는 테러범죄의 특성과 현대 위험사회에 있어서의 사전 예방 중심의 형사정책기능 강화라는 특징이 반영된 것이라고 하겠다. 미국이 9.11 테러 이후 '테러와의 전쟁'을 선포하고 총력적으로 테러범죄를 대처하는 가운데 이와 같은 법적 쟁점들을 헌법, 법률 하에서 계속 포섭해 가면서 적법절차원칙, 죄형법정주의들과 관계 설정을 하려는 노력을 지속하고 있다. 이를 통해 발전시킨 이론들이 아직 실무와 경험이 부족한 우리에게 향후 대테러정책 발전에 중요한 참고자료가 될 것이다.

❖ 주제어 : 테러, 테러방지법, 공소권남용, 함정수사, 관할이전, 테러예비음모

* 필자가 소속된 대검 국제협력단에서는 테러방지법 시행을 계기로 테러사건의 수사 및 공판과정에서 제기된 쟁점들을 알아보기 위해 미국의 주요 테러사건 판결문들을 분석하여 핵심내용을 정리하였다. 자료를 분석하고 정리한 최성룡 법무관(사법연수원 42기, 현 삼성물산 변호사), 김영준 법무관(42기, 현 부천지청 검사), 김재승 법무관(43기)의 헌신에 감사드린다.

** 대검찰청 국제협력단장, 검사

I. 서론

1. 연구의 배경과 필요성

이슬람 수니파 극단주의 세력인 IS에 의한 2015년 11월 프랑스 파리 바타클랑 공연장을 비롯한 파리 시내의 동시테러, 2016년 벨기에 지하철 및 공항 테러, 니스 테러, 터키 연쇄 테러, 독일 난민 폭탄 테러 등으로 테러에 대한 불안감이 유럽 전역으로 확산되고 있다.¹⁾ 이는 유럽에 보수정치 세력의 부상, 영국의 유럽연합 탈퇴 결의(브렉시트) 등 사회, 정치 지형을 변화시키고 있다. 미국에서도 IS 추종세력의 샌버나디노 총격 테러사건, 올랜도 게이클럽 테러사건, 흑인교회 테러사건 등이 해묵은 인종문제, 총기규제문제와 결부되어 연이어 발생하면서 사회적 불안과 공포가 그 어느 때보다 높다. 물론 테러는 오늘날만의 문제가 아니다. 19세기 후반부터 현재까지 무정부주의, 반식민주의, 극좌파, 극단적인 종교세력 등 명분을 달리할 뿐 테러는 계속되어 왔다.²⁾ 그럼에도 불구하고 현재 주된 테러단체인 IS가 지리적인 근거를 두고 유사국가 형태의 조직을 갖고 세계 도처의 자생적 테러세력까지도 조종하는 숙주 역할을 하면서 단발성이 아닌 지속적이면서도 동시다발적인 테러로 지역사회의 시스템을 마비시키는 것을 넘어 국가 전체를 위협하는 정도까지 이르고 있기 때문에 이를 다양한 사회문제중 하나라고만 규정하고 종전의 고전적인 방식으로 대처하는 것으로는 한계가 있다.

이와 같은 맥락에서 우리나라에서도 2016년 3월 2일 ‘국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법’(이하, 테러방지법)이 우여곡절 끝에 국회를 통과하여 시행중에 있다.

-
- 1) “2 weeks, 8 attacks, 247 victims: Tallying the toll of terror” New York Times 2016. 7. 28.자(2016년 3월13일부터 27일까지 불과 2주만에 브뤼셀, 이스탄불, 앙카라 등에 8회의 테러가 집중되어 총 247명의 희생자가 발생한 사건들을 피해자들 사진과 함께 게재하여 테러의 잔학상을 보도); “Explosions at airport in Istanbul kill dozens” New York Times 2016. 6. 30.자 (시리아와 국경을 맞대고 있는 터키에서는 2015년 3월부터 2016년 6월까지 시리아 국경 도시를 비롯해, 앙카라, 이스탄불에서 14회의 테러사건이 발생해서 200명 이상이 사망)
- 2) David C. Rapport “Four Waves of Modern Terrorism”, In A. Kurth Cronin, “Attacking Terrorism: Elements of a Grand Strategy”, Georgetown University Press, 2004, 46-73면; “The first global terrorists” New York Times 2016. 5. 2.자

아직 경험이 축적되지 않은 상황이므로 테러사건 수사에 있어서 대비해야 할 법적, 이론적 쟁점들이 무엇인지, 이에 관한 현행 테러방지법의 문제점과 개선방안이 무엇인지 논하기에는 아직 이르다. 그러나 사후적인 경험을 통해 보완하기에는 테러범죄의 불법성과 위험성은 너무 크기 때문에 미리 이를 대비하는 것이 그 어떤 범죄보다 중요하다고 할 것이다. 따라서 9.11 테러사건 이후 대테러정책을 급진전시켜 온 미국의 경험들을 제한된 정보 하에서라도 분석해 보는 것이 현재로서 의미있는 일이라 생각된다. 본고는 이러한 방향으로 논의를 전개하고자 한다. 어떤 범죄든지 형사법적인 문제점들을 다루기 위해서는 범죄의 개념을 전제하므로 먼저 테러범죄의 개념적 정의와 그에 따른 특징을 살펴보고, 다음으로 미국에서 다루어졌던 주요한 테러사건을 유형별로 다양하게 선별하여 수사 및 공판과정에서 문제되었던 법적인 쟁점들을 고찰하도록 하겠다.

2. 테러범죄의 개념과 특징

가. 테러범죄의 개념

테러 또는 테러범죄가 무엇인지에 대해 합일적인 정의가 없으며 다양한 견해가 제시되고 있다. 개념 정의가 어려운 이유는 테러라는 개념 자체가 불법행위의 결과뿐만 아니라 그 수단도 포함하기 때문이며 정치적인 성격 또한 내재되어 있기 때문이다.³⁾ 이에 대한 장기간의 논의과정을 통해⁴⁾ 어느 정도 합의를 이뤄낸 테러의 핵심적인 요소는 목적성, 폭력성, 수단성 즉, ①사회, 정치적으로 다양한 청중들에게 영향을 주기 위해, ②유형적인 폭력행사를 통해 ③대중에게 공포심을 전달하기 위한 도구가 테러라는 것이다.⁵⁾

3) 문채규, “테러범죄에 관한 한국의 연구현황”, 비교형사법연구 제17권 제4호(2013), 434면; 자기결정권을 실현하기 위해 투쟁하는 소위 ‘자유투사들’(freedom fighters)의 폭력행위를 개념상 포함시킴으로써 정치적으로 악용된다는 점이 문제로 지적되고 있다.(Antonio Cassese, 강병근·이재완 역, 국제법, 삼우사, 2012, 586면)

4) 테러의 개념 및 구성요소에 대한 다양한 국내외 견해는 박웅신·윤해성, “테러개념에 대한 소고”, 한국테러학회보, 제6권 제2호(2013), 58면 이하 참조.

5) Edwin Bakker, *Terrorism and Counterterrorism Studies: Comparing Theory and Practice*, Leiden

현행 테러방지법은 제2조 제1호에서 테러를 “국가·지방자치단체 또는 외국 정부(외국 지방자치단체와 조약 또는 그 밖의 국제적인 협약에 따라 설립된 국제기구를 포함한다)의 권한행사를 방해하거나 의무 없는 일을 하게 할 목적 또는 공중을 협박할 목적으로 하는 다음 각 목의 행위를 말한다”라고 규정하고 있고, 하위 가.~마.목은 살인·생명 위협행위, 항공기·선박·폭발물·핵물질과 관련한 위협행위 등을 명시하고 있다. 현행 테러방지법은 테러에 대한 사후적 대응보다 테러위험인물에 대한 정보수집 등 사전예방적 테러대응에 주목적을 두고 있고,⁶⁾ 처벌조항 역시 테러단체 구성, 가입, 지원 등 테러 발생이전의 사전적인 대응에 주안점을 두고 있으며, 테러 행위 자체는 그 행위를 규율하는 해당법률에 의해 처벌하도록 규정하고 있다.(동법 제17조) 테러범죄에 대한 현행법의 규율형식을 도표로 구성하면 다음과 같다.⁷⁾

테러범죄 유형		적용법률	형량	
테러단체 ⁸⁾	구성, 지원	테러방지법	§17①	사형-징역3년
	테러자금 지원		§17②	징역 10년 이하 벌금 1억원 이하
	예비, 음모(구성·자금지원)		§17⑤	징역 3년 이하
	가입(권유, 선동)		§17③	징역 5년 이하
테러자금	제공 (UN 지정 테러단체 이외)	테러자금금지법 ⁹⁾ §6①	징역 10년 이하 벌금 1억원 이하	
테러(행위)	살인 및 생명위협행위, 항공기·선박·폭발물·핵물질 관련 위협행위	테러방지법 §17⑥	개별법에 정한 형량	

University Press, 2015, 44면.

- 6) 황문규, “테러방지법상 정보활동의 범위와 한계”, 경찰법연구 제14권 제1호(2016), 4면.
- 7) 도표에서 보는 바와 같이 테러방지법상 테러범죄에 대한 처벌은 UN에서 지정한 테러단체와의 연계 행위에 국한되고 테러행위 자체에 대한 처벌은 개별법에 따라 규율되므로 테러범죄가 무엇인지 정의할 법적인 실익이 무엇인지 의문이 제기될 수 있다. 그러나, 테러방지법상 테러위험인물에 대한 사전예방적 대응의 적법성을 담보하기 위해서 그리고 테러자금금지법상의 테러 목적의 자금 제공행위 등을 규율하기 위해서는 테러범죄의 정의를 명확히 할 실익이 존재한다고 해석할 수 있겠다. 앞에서 살핀 테러에 관한 이론적인 개념을 기초로 테러범죄를 ①특정한 정치적·종교적·민족적 목적 달성을 위하여 ②정부·지방자치단체의 행위를 강요할 목적으로 일반대중에게 공포심을 야기하는 ③불법한 유행력의 행사라고 할 때, 현행 테러방지법의 테러범죄 개념규정과 가장 큰 차이를 보이는 것은 ‘초과 주관적 구성요건요소’(㉠)를 명백히 하지 않고 있다는 점일 것이다. 그러나, 테러방지법은 UN에서 지정한 테러단체와의 연계행위를 범죄로 규율하는 방식으로 사용하고 있고 이러한 테러단체는 특정한 정치적·종교적·민족적인 목적을 갖고 있으므로 현행 테러방지법의 규정이 일반적인 테러범죄 정의와 상당 부분 부합된다고 할 수 있다.

나. 테러범죄의 특징

테러범죄는 목적성, 폭력성, 수단성 등을 특징으로 갖는다고 할 수 있는 바,¹⁰⁾ 이를 테러범죄의 준비, 실행 단계와 연결해 보면 다음과 같다. 첫째, 범행준비단계로서 테러범은 정치적, 종교적, 민족적인 특정 목적을 범행 동기로 하여 범죄를 준비하게 되는 ‘목적성’(초과 주관적 구성요건요소)을 갖게 된다.<목적성> 둘째, 범행실행단계로서 자신의 목적을 효과적으로 달성하기 위한 가장 폭력적인 수단을 강구하여 범행을 실행하게 되며 ‘폭력성’을 그 특징으로 하게 된다.<폭력성> 셋째, 1차적 결과발생의 단계로서 테러범이 동원한 범죄수단의 실행 결과가 범행 대상으로 삼은 무고한 특정 피해자에게 발생하게 되어 테러범의 높은 ‘불법성’이 현실화된다.<불법성>¹¹⁾ 넷째, 1차적인 결과발생을 통해 이를 지켜보는 일반대중에게 엄청난 공포와 두려움을 전달한다. 테러행위는 이를 위한 ‘수단’일 뿐이다.<수단성>¹²⁾ 다섯째, 테러범죄의 최종적인 목적은 사회에 공포를 전달함으로써 사회공동생활의 안전에 ‘위험’을 가하여 정부·지방자치단체의 정책결정에 영향을 미치는 것이다. 즉, 테러범죄는 그 자체로서는 침해범이기도 하지만, 중극적인 보호법익에 대해서는 위험범으로서의 성격도 갖는다고 할 수 있다.<위험성> 이러한 맥락에서 테러범죄에 있어서는 예비·음모행위에 대한 규제가 필요하고 정당하며 불법성이 이미 입증된 테러

8) 테러방지법 제2조 제2호는 “테러단체”를 국제연합(UN)이 지정한 테러단체로 정의하고 있는 바, 2016년 8월 현재, 알카에다 등 75개 단체가 테러단체로 지정되어 있다.

<https://www.un.org/sc/suborg/en/sanctions/1267/aq_sanctions_list>

9) 정식명칭은 “공중 등 협박목적 및 대량살상무기확산을 위한 자금조달행위의 금지에 관한 법률”(시행 2014. 5.28. 법률 제12710호, 일부 개정) (이하, 테러자금금지법).

10) 김용주, “테러방지법 제정의 기본방향에 관한 연구”, 경찰학연구 제13권 제3호(2013), 29면; 김범식, “테러의 효과적 예방과 적결을 위한 법제도 정비방안”, 비교형사법연구 제12권 제2호(2010), 363면; 제성호, “테러방지법의 필요성과 제정방향”, 2015년 한국국가정보학회 연례학술회의 자료집 (국제테러대응과 국가정보) 자료집(2015. 12.), 50면.

11) 테러범죄의 중극적인 보호법익인 사회공동생활의 평온과 안전을 해하기 위해 1차적으로 무고한 시민의 생명과 재산을 해하게 되므로 이 단계에서는 테러범죄의 부차적 보호법익인 ‘개인의 생명권과 재산권’이 침해된다.(테러범죄의 보호법익에 대해서는 김범식, 앞의 논문, 363면 참조).

12) 테러전문가인 Brian Jenkins 박사는 이에 대해 “테러범들은 많은 사람을 죽이기를 원하지 않는다. 정말 원하는 것은 많은 사람들이 이 광경을 보는 것이다”라고 말한바 있다. 9·11테러의 주된 대상은 3천명의 희생자가 아니라 세계무역센터와 국방부 건물이 불타고 무너지는 광경을 지켜보는 대중인 것이다. (Bakker, 앞의 책, 42면)

단체에 대한 연계행위에 대해서는 설사 아직 특정한 폭력행위가 실현되지 않았더라도 그 자체로서 범죄로 평가될 수 있는 근거가 있다고 할 것이다.¹³⁾

II. 테러사건의 주요 법적 쟁점들

이상과 같이 논의한 테러의 개념과 테러범죄의 특징을 전제로 미국에서 발생한 테러에 관한 수사 및 공판과정에서 제기된 법적 쟁점들을 살펴보기로 한다. 본고에서 분석한 판결과 해당 쟁점들은 다음과 같다.¹⁴⁾

순번	사 건 명 (관할 법원)	유형	법적 쟁점들
1	보스톤 마라톤 폭파 테러사건 ¹⁵⁾ (제1연방항소법원) ¹⁶⁾	폭파	• 관할이전신청 • 사형제도 위헌성
2	오클라호마 연방정부 폭파 테러사건 ¹⁷⁾ (제10연방항소법원) ¹⁸⁾	폭파	• 재판전 언론보도 문제 • 배심원 과오 문제 • 피해자 증언 문제
3	소말리아난민의 테러단체지원 음모 사건 ¹⁹⁾ (오하이오 연방지방법원) ²⁰⁾	음모	• 기소 지연 문제 • 음모행위의 특정 정도 • 음모죄의 외부적 행위 • 테러전문가 증인의 증언적격 • 증거개시
4	변호사의 테러 방조(지원) 사건 ²¹⁾ (제2연방항소법원) ²²⁾	방조	• 물적 지원 및 은닉의 판단 기준 • 공소권 남용 주장
5	파키스탄 테러단체지원 음모 사건 ²³⁾ (버지니아 연방지방법원) ²⁴⁾	음모	• 위법수집증거 • 고의를 인정하는 증거들
6	뉴버그 공항 폭파 음모 사건 ²⁵⁾ (제2연방항소법원) ²⁶⁾	음모	• 함정수사의 적법성

13) 안보형사법의 특성을 정치적 성격, 위험법적 성격, 상징적 성격으로 들고 있는바 (주승희, “21세기 대한민국 안보형사법의 의의, 특성 그리고 위험법과의 조우”, 형사정책연구 제27권 제3호 통권 제107호, 2016.7 가을, 223면 이하) 위와 같은 테러범죄의 특성이 안보형사법의 성격을 보다 명확하게 이해하게 한다.

14) 미국의 대표적인 테러사건은 ‘9·11 테러사건’이라고 할 수 있으나, 9·11 테러와 관련된 유일한 생존자인 무사위(Zacarias Moussaoui)에 대한 수사·공판에서 다뤄진 주요 쟁점들은 유죄인부에 관련된 것들로서 우리에게 큰 의미를 갖고 있지 않아 본고에서는 이를 제외하였다.

15) 2013. 4. 15. 키르키즈스탄계 미국인인 피고인 차르나예프(Tsarnaev 당시 20세)가 미리 제조한 사제폭탄(일명, 압력술 폭탄) 여러 개를 보스톤 마라톤 결승선에서 폭발시켜 3명을 사망에 이르게 하고 200명 이상에게 상해를 입힌 사건으로서 피고인은 대량살상무기 사용살인 등 30개의 공소사

이러한 법적 쟁점들 중 우리 실무상 문제가 될 수 있는 쟁점들을 중심으로 미국에서는 어떻게 논의되었는지, 그리고 이러한 쟁점들이 우리 법제도의 관점에서는 어떻게 해결될 수 있는지 살펴보기로 한다.²⁷⁾

실로 기소되어 2015. 6. 24. 사형을 선고받았다.

- 16) *United States v. Dzhokhar A. Tsarnaev*, No.1:13 CR 10200-001-GAO, (D.Massachusetts 2014.6.24.)
- 17) 1995. 4. 19. 피고인 티모시 맥베이(Timothy J. McVeigh, 당시 27세)가 오클라호마시에 있는 뮤러(Murrah) 연방정부청사에 주차된 6,000 파운드의 대량 폭발물 화물차량을 원격으로 폭발시켜 총 169명을 사망에 이르게 한 사건으로 이는 사이비 종교집단인 ‘다윗의 별’을 포위 진압하는 과정에서 76명이 사망한 것에 대한 보복으로 저질러진 것으로 9.11테러 이전까지 미국에서 일어난 테러 사건 중 희생자가 가장 많은 사건이다. 피고인은 1997. 8. 14. 사형을 선고받아 2001. 6. 11. 사형이 집행되었다.
- 18) *United States v. McVeigh*, 918 F. Supp. 1467, 1472, 1474 (W.D. Okla., 1996); *United States v. McVeigh*, 153 F.3d 1166 (10th Cir., 1998)
- 19) 소말리아 난민인 피고인 아브디(Nuradin Abdi, 기소 당시 35세)가 1997년 하반기부터 2003. 11.경 까지 불상자들과 함께 테러단체들의 살인, 납치 등에 이용될 것을 알면서 이들을 물질적으로 지원할 것을 음모한 혐의로 2004. 6. 10. 기소되어 2007. 11. 27. 연방지방법원에서 징역 10년을 선고 받은 사건이다.
- 20) *U.S. v. Nuradin Abdi* 498 F.Supp.2d 1048 (S.D.Ohio 2007)
- 21) 피고인 스투어트(Stewart)는 테러행위로 종신형을 선고받은 테러단체 ‘알가마’(Al Ga'ma)의 정신적 지도자 라흐만(Rahman)의 변호인으로서 라흐만의 중요 서신(당시 알가마와 이집트 정부간에 체결된 정전협정을 파기하기를 원한다는 내용)을 외부에 전달하는 등 테러행위 지원 혐의로 기소되어 2006. 10. 16. 징역 2년 4개월을 선고받았다.
- 22) *U.S v. Stewart* 590 F.3d 93 (2nd Cir., 2009).
- 23) 피고인 칸(Khan), 채프만(Chapman), 하마드 압둘라힘(Hammad Abdur-Raheem), 칼리프 압둘라힘(Caliph Basha Ibn Abdur-Raheem) 등 4명의 피고인들은 같은 무슬림들이 한국계 미국인 권용(Yong Kwon) 등 6명의 공모자들과 함께 버지니아 북부지역 등에서 파키스탄 이슬람무장단체인 Lashkar-e-Taiba(이하, LET)에 대한 물질적 지원을 합의하는 등의 테러단체 지원음모죄 등으로 기소되어 2004. 3. 4. 연방지방법원(버지니아주)에서 유죄판결을 선고받았다.
- 24) *U.S v. Khan, et al.* 309 F.Supp.2d 789 (E.D.Va. 2004).
- 25) 피고인 크로미티(James Cromitie) 등 4명의 피고인들이 2009. 6. 뉴욕주 뉴버그 공항 미사일 공격 음모 및 뉴욕 브롱스 유대교회당 폭파 음모 사건으로 기소되어 2011. 6. 29. 징역 25년을 선고받은 사건이다. 이 사건은 FBI의 치밀하고 끈질긴 잠입수사요원(undercover)에 의한 함정수사(entrapment)로 혐의가 밝혀졌다는 점에 큰 특징이 있다.
- 26) *United States v. Cromitie* No.11-2763(L) (2nd Cir., 2013)
- 27) 다만 우리 실무상 문제될 수 있는 쟁점만을 다루기 위해 배심제도나 유죄인정 절차와 관련된 쟁점은 제외하기로 한다.

1. 공소권남용 - 차별적(보복적) 기소, 지연 기소의 문제

테러사건은 앞서 살핀 바와 같이 실제 테러행위가 발생하기 이전 단계에서의 테러 예비·음모행위나 다양한 형태의 방조 행위가 주를 이루게 되고 이에 대한 수사는 그 성격상 장기간 은밀하게 행해질 수 밖에 없다. 이에 따라 실체적인 사유 뿐만 아니라 검찰의 소추재량의 한계와 같은 형식적 요건에 대한 다툼이 있을 여지가 높아지게 된다. ‘변호사 테러 지원사건’이나 ‘소말리아 난민의 테러단체 지원음모 사건’과 같이 테러음모, 방조사건에서 피고인들은 검찰의 소추행위에 대해 이른바 공소권남용을 주장하였다. 검찰의 기소가 자신들의 인종, 종교를 이유로 한 차별적인 행위이므로 헌법상 평등의 원칙을 위반한다거나, 검찰의 공소장변경을 이용한 추가 기소를 적법절차 위반이라고 주장하거나, 혹은 범죄행위(음모)로부터 7년이나 경과한 이후에 이루어진 기소는 피고인의 방어권을 부당하게 침해하므로 불공정하다고 주장하였다.

가. 지연 기소의 문제

‘소말리아 난민의 테러단체 지원 음모 사건’에서 피고인은 검찰이 범죄행위(음모)로부터 무려 7년이나 지난 시점에 기소한 것은 수정헌법 제5조에 규정된 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이라고 주장하였다. 특히 수사기관이 기소를 지체함으로써 피고인의 유리한 증인이나 자료에 대한 접근을 부당하게 제한하는 결과를 초래하였고 반대로 수사기관은 재판 전술상의 이익을 얻게 되었다고 주장하였다. 이에 대해 수사기관은 기소 1년 전인 2003년 봄에서야 비로소 피고인의 범죄행위를 처음으로 인지하였고 그때로부터 기소를 한 때까지의 시간 간격은 수사과정에서 당연히 소요된 기간으로 기소를 고의로 지연시킨 것은 아니라고 반박하였다.

재판부는 헌법상 적법절차 조항은 수사기관의 공격적인 기소를 제한하는 원리를 제공하지만²⁸⁾ 이에 따라 피고인이 자신을 방어하기 위해서는 기소의 지연이 피고인에게 실제적인 불이익을 입히고 수사기관에게는 이득을 가져오기 위한 고의적인 도

28) United States v. Lovasco, 431 U.S. 783, 789, 97 S.Ct. 2044, 52 L.Ed.2d 752 (1977).

구였다는 점을 피고인이 입증해야 한다는 점을²⁹⁾ 제시하였다. 이 사건에 있어서 재판부는 피고인이 단순히 증인을 발견하기 어렵다거나 기억이 잘 나지 않는다는 점만 강조할 뿐 피고인에게 사실상의 불이익이 있다는 점을 입증하지 못하고 있으며 오히려 1년 남짓 소요된 수사기간은 수사과정상 충분한 이유가 있다고 할 것이므로 검찰의 기소가 정당하다는 결론을 내리고 있다.³⁰⁾

나. 차별적(보복적) 기소의 문제

‘변호사의 테러방조(지원) 사건’에서 피고인 스투어트는 테러단체 지도자 ‘라흐만’의 다른 변호인들 역시 동일한 행위(특별행정조치 위반 등)를 했음에도³¹⁾ 자신만을 기소한 것은 성별(여성), 정치적 견해 때문에 차별적인 기소(selective prosecution)를 한 것이므로 수정헌법 제14조의 평등원칙을 위반한 것이라고 주장한다. 이에 대해 재판부는 차별적인 기소에 해당되려면 같은 상황임에도 다르게 취급받았다는 점과 그러한 차별이 인종, 종교, 헌법상 권리행사 등과 같이 받아들일 수 없는 근거에 기반을 두고 있다는 점을 입증해야 하는데,³²⁾ 다른 변호인들이 라흐만의 소식을 외부에 전한 것은 사실이나 피고인과는 달리 라흐만의 정전협상 철회 사실을 언론에 공표한 것은 아니고 피고인과 같이 폭력행위를 선동하는 내용에 이르는 정도는 아니기 때문에 서로 다른 사안이므로 결국 피고인에 대한 기소는 차별적인 기소가 아니라고 판단하였다.

다음으로 피고인은 검찰이 2002. 4. 제기된 1차 기소에 외국테러단체 지원음모(18 U.S.C §2339B)를 포함하였다가 피고인들의 위헌성 주장이 원심법원에 의해 받

29) *United States v. Gouveia*, 467 U.S. 180, 192, 104 S.Ct. 2292, 81 L.Ed.2d 146 (1984).

30) *United States v. Solomon*, 688 F.2d 1171, 1179 (7th Cir., 1982) (동 판결에서는 3년 6개월이 소요된 국세청의 조사기간은 합법적이라고 판시하고 있다.)

31) 수감 중인 라흐만은 법무부로부터 통신·접견이 제한되는 특별행정처분(SAMs, *Special Administrative Measures*)을 받았다. SAMs이란, 고위험 수감자에게 부과하는 특수한 통신·접견 제한조치인 바, 라흐만에게 부과된 조치는 ① 통신 및 접견을 처와 변호인으로 제한하고, ② 변호인을 통한 제3자와의 접촉을 금지하는 것이었다. 특히 변호인을 통한 외부 접촉 금지는 변호인을 통하여 테러단체에 정보 또는 지시를 전달하는 것을 방지하기 위함이었다.

32) *Harlen Assocs. v. Inc. Vill. of Mineola*, 273 F.3d 494, 499 (2d Cir., 2001) ; *United States v. Fares*, 978 F.2d 52, 59 (2d Cir., 1992); *United States v. Moon*, 718 F.2d 1210, 1229 (2d Cir., 1983), cert. denied, 466 U.S. 971, 104 S.Ct. 2344, 80 L.Ed.2d 818 (1984).

아들여지자 2003. 11. 29. 2차 기소(superseding indictment)에서 테러행위음모(18 U.S.C. §956)로 변경한 것은 피고인에 대한 보복적인 기소(vindictive indictment)라고 주장하였다.³³⁾ 이에 대해 재판부는 만약 보복적인 동기에서 헌법상 권리를 행사하는 자를 처벌하기 위한 목적의 기소라면 위헌이라고 할 것이나, 우선 검찰은 넓은 범위의 기소 재량권을 갖고 있어 일응 합법적인 것으로 추정되는 바, 이 건에서 검찰의 기소가 피고인의 위헌성 주장에 대한 직접적이고도 부당한 형벌을 부과한 것과 같다고 평가될 정도는 아니라는 이유로 피고인의 주장을 배척하였다.

우리의 경우에는 국가보안법위반이나 불법집회 사건에서 이른바 선별기소가 공소권남용에 해당한다는 주장이 종종 제기되기도 하였다.³⁴⁾ 일부 하급심에서는 항소심판결 선고 이후 누락된 사건에 대한 새로운 공소제기가 공소권남용에 해당한다는 판결을 선고한 바도 있다.³⁵⁾ 테러에 대한 사전적 예방으로서 테러 예비, 음모 사건을 적발하기 위해서는 장기간의 은밀한 내사(수사)가 필요하고 또 수사역량의 물적, 인적 제약으로 인해 수사나 기소의 범위에 있어서 한계가 있을 수밖에 없으므로 공판과정에서 기소재량의 자의적인 행사가 주장되고 다뤄질 여지가 많다. 이에 관한 충분한 논의가 이루어지지 못한 우리의 실무에서는 이와 같은 미국의 선례들이 참고가 될 것이다.

2. 테러 예비·음모·방조죄의 문제

테러사건이 무고한 일반인들을 대상으로 하며 피해의 규모가 막대하므로 불법이 매우 중하다는 점과 피해회복이 매우 곤란하다는 특징을 갖고 있으므로 대테러대책

33) 피고인은 그 이유로 첫째, 테러행위 음모는 무기징역까지 가능하여 더 중한 범죄라는 점, 둘째, 원래 처음부터 가능했던 기소인데 2차 기소에서 새롭게 추가한 점을 들고 있다.

34) 이창호, “최근 국가보안법 남용사례와 형사법적 대응”, 민주법학 제43권(2010), 501면 이하

35) 부산고법 1994. 9. 7. 선고 93노1497 판결. 그러나 대법원에서 파기환송되었다. (대법원 1996.2.13. 선고 94도2658 판결) 대법원은 “피고인이 관련사건과 병합하여 재판을 받지 못하게 되는 불이익을 받게 되었다고는 하나, 검사가 항소심 판결 선고 이후에 이 사건 공소를 제기한 것이 검사의 태만 내지 위법한 부작위에 의한 것으로 인정되지 아니하며 피고인으로서... 병합하여 재판을 받을 수 있도록 변론기일의 속행 내지 선고기일의 연기를 신청할 수 있었을 터인데 아무런 조치를 취하지 아니한 채 관련사건에 대하여 확정판결을 선고받았으므로 이 사건 공소에 대하여 별도로 재판을 받는데 대하여 피고인에게 아무런 책임이 없다고도 볼 수 없다”고 판시하고 있다.

은 사후수습 뿐만 아니라 사전에 이를 어떻게 탐지하고 예방할 수 있는가의 문제로 연결되는 것은 매우 당연한 일이다. 즉, 가벌성을 실제 테러행위 이전 단계로 앞당기게 됨으로써 상당수의 테러사건들이 테러 예비·음모행위에 해당하게 된다.³⁶⁾ 그런데 예비·음모행위는 실행의 착수 이전에 다양한 형태로 나타나므로 범행의 주체를 특정하는 문제나, 단순한 범행합의를 넘은 외부적 행위의 존재 여부 등과 관련된 많은 법적인 문제점을 야기하게 된다. 미국 테러사건에서도 이와 관련된 여러 가지 법적인 쟁점들이 제기되었음을 볼 수 있는 바, 다음과 같은 세 가지 문제로 요약해 볼 수 있다.

가. 음모행위의 특정 정도 및 외적 행위(overt act)의 문제

‘소말리아 난민의 테러단체 지원 음모 사건’에서 피고인은 자신에게 제기된 두가지 음모죄 공소사실이 충분히 특정되지 않았다고 주장하였다.³⁷⁾ 피고인이 모의한 물질적 원조가 무엇인지, 테러 대상이 무엇인지, 모의가 이루어진 날은 언제인지 등이 특정되지 않았으므로 공소제기가 위법하다고 주장하였다. 이에 대해 재판부는 음모죄에 있어서 음모의 ‘존재’ 자체가 중요한 것이지, 더 나아가 언제, 어떻게 음모가 이루어졌는지, 언제 당사자가 합의에 이르렀는지 재판 전에 구체화할 필요는 없으며³⁸⁾ 음모의 당사자가 누구인지 그 정체를 구체화할 필요도 없으므로³⁹⁾ 피고인의 주장은 근거가 없다고 배척하였다.

36) 이 문제는 단지 테러사건과 같은 개별사건에서 접근하지 않고 거시적으로 ‘위험사회’에 관점에서 논의되기도 한다. 이를 현대 위험사회에서의 가벌성의 전치화(Vorverlagerung der Strafbarkeit) 또는 전단계 범죄화(Vorfeldstrafe)라고 한다. 자세한 논의는 김재윤, “위험사회라는 사회변화에 대한 형사법의 대응”, 비교형사법연구, 제12권 제2호(2010.12), 264면; 이재일 “현대 위험사회와 위험형법에 대한 비판적 고찰 : 위험사회에서의 형법적 가벌성 확장의 경향과 관련하여”, 법과 사회 제47호(2014), 77면 이하 참조

37) 두가지 공소사실은 ①1997년 하반기부터 2003. 11. 27.까지 오하이오주 남부 및 불상지에서 불상자들과 함께 테러단체들의 살인, 납치 등에 이용될 것을 알면서 테러단체들을 물질적으로 원조할 것을 음모하고[18 U.S.C §2339A, 18 U.S.C §371, 18 U.S.C §956], ②1997.말, 1998.초부터 2003. 11.까지 외국테러단체(Foreign Terrorist Organization)로 지칭된 알카에다를 물질적으로 지원할 것을 음모하였다[18 U.S.C §2339B]는 것이다.

38) United States v. Strawberry, 892 F.Supp. 519, 526 (S.D.N.Y. 1995).

39) Rogers v. United States, 340 U.S. 367, 375, 71 S.Ct. 438, 95 L.Ed. 344 (1951).

그밖에 피고인은 자신에게 제기된 음모죄 혐의와 관련하여 검찰에서 제기한 외적 행위에 문제가 있음을 지적하였다. 피고인이 1997년 말이나 1998년 초부터 2003년 11월까지 외국테러단체로 지정된 알카에다를 물질적으로 지원할 것을 음모했다는 것에 관한 외적 행위로 제시된 것은 1999. 4. 27. 피고인의 허위 해외여행서류 신청 행위였다. 그런데, 알카에다가 외국테러단체로 지정된 것은 그 이후인 1999. 10. 8. 이므로 피고인의 물질 지원 합의는 당시로서는 적법한 것이 된다는 것이다. 이에 대해 검찰은 “근거조항인 연방법 제2339B조(테러단체 물질 지원음모)에 의하면 음모죄의 성립에 있어서 외부적 행위가 요구되지 않는다”고 주장한다. 법원은 이와 유사한 조항인 연방법 제371조와 비교할 때 제2339B조는 외적 행위를 필요로 하지 않는다고 해석된다면서 검찰의 주장을 지지하였다.⁴⁰⁾ 또한 공소사실 자체를 보아도 음모 행위는 알카에다가 테러단체로 지정된 이후인 2003. 11.까지 계속되고 있으므로 음모죄 성립에는 아무런 지장이 없다고 판단하였다.

해당 법조가 어떤 내용과 형식으로 구성되어 있는지가 음모죄의 요건 해석에 영향을 미치겠으나, 테러범죄에 대한 사전예방은 테러위험인물에 대한 정보수집과 더불어 예비·음모죄 수사로 집중할 수밖에 없다는 테러범죄의 속성과도 연결되는 문제이므로 우리의 테러방지법을 적용한다고 하더라도 이와 유사한 문제가 제기될 수 있다.⁴¹⁾ 우리 대법원은 음모죄의 성립요건으로 ① ‘객관적으로 확인되는 특정범죄를 향한 범행의지’와 ② ‘실질적 위협성’ 두 가지를 제시하고 있으나,⁴²⁾ 예비·음모의 개

40) 제371조는 “If two or more persons conspire either to commit any offense against the United States, or to defraud the United States, or any agency thereof in any manner or for any purpose, and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy, each shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both”임에 반해 제2339B조는 “[W]hoever knowingly provides material support or resources to a foreign terrorist organization, or attempts or conspires to do so, shall [be guilty of a crime].”라고만 규정한다. 그런데, 일반적으로 예비·음모죄는 단순히 범행의 의사나 또는 계획만으로는 부족하고 객관적으로 보아서 살인죄의 실현에 실질적으로 기여할 수 있는 외적행위가 필요하다는 점에 비추어 보면 문제가 있다. 이 공소사실은 유죄인정협상 과정에서 모두 취소되었다.

41) 대법원은 이석기 내란음모 사건 판결에서 “어떤 범죄나 어떤 범죄를 실행하기로 막연하게 합의한 경우나 특정한 범죄와 관련하여 단순히 의견을 교환한 경우까지 모두 범죄실행의 합의를 있는 것으로 보아 음모죄가 성립한다고 한다면 음모죄의 성립범위가 과도하게 확대되어 국민의 기본권인 사상과 표현의 자유가 위축되거나 그 본질이 침해되는 등 죄형법정주의 원칙이 형해화될 우려가 있으므로, 음모죄의 성립범위도 이러한 확대해석의 위험성을 고려하여 엄격하게 제한하여야 한다”고 판시하고 있다.(대법원 2015.1.22. 선고 2014도10978 전원합의체판결)

념상 그 기준은 추상적이고 모호할 수 밖에 없으며 특정 사건에 따라 구체적으로 판단할 수 있을 뿐이다.⁴³⁾ 이와 관련하여 ①음모참여자들 각자의 고의와 범행목적 등 범행의지가 서로 결속되어 있어야 하며, ②음모자들 스스로도 통제가 불가능한 인과과정이 개시되어야 하고, ③이것이 모두 객관적으로 확인되어야 한다는 등 보다 구체성을 띤 기준이 제시되기도 하나,⁴⁴⁾ 테러사건에서는 테러단체 가입, 지원과 같은 외적으로 드러나기 어려운 고도의 은닉성이 내재되어 있으므로 다른 범죄와 같은 기준으로 실질적 위험성과 외적행위를 엄격히 판단하는 것은 문제가 있다고 볼 수 있다.⁴⁵⁾

나. 테러 방조행위 - ‘물질적 지원행위’(material support) 해석 문제

‘변호사 테러방조(지원) 사건’에서 피고인이 테러단체(AI Ga'ama)의 정신적 지도자의 정전협상에 대한 의견을 전해 듣고 이를 테러단체에 전달한 행위에 대해 피고인은 단순한 의사표시(pure speech)를 조력하였을 뿐 물질적 지원의 한 형태인 인력(personnel)을 제공한 것은 아니라고 주장하였다. 이에 대해 재판부는 테러단체의 정신적 지도자라는 라흐만의 지위를 고려하면 이집트 정부와 테러단체간의 정전협상에 대한 라흐만의 의견표명은 단순한 표현이 아니라 폭력행위의 지시나 다름없으므로 법률상 보호되는 표현이 아니며, 그러한 표현을 제공한 것은 인력을 제공한

42) 한정환, “예비·음모죄의 성립요건, 적용기준”, 법조 제633권(2009.6), 169면

43) 대법원은 살인 청부업자들을 고용하면서 그들에게 대가의 지급을 약속한 경우 살인죄의 실현에 실질적으로 기여할 수 있는 외적행위가 있었다고 볼 수 있다는 이유로 살인예비죄의 성립이 인정했으나(대법원 2009.10.29. 선고 2009도7150판결), 전역후 은행이나 현금수송차량을 탈자는 말을 나눈 군인들이 탄통을 은닉하였다가 발각된 사건에서 그 범행합의에 실질적인 위험성이 인정되기 어렵다는 이유로 강도음모죄의 성립을 부인했으며(대법원 1999.11.12. 선고 99도3801판결), 내란 음모사건에서는 “회합 참석자들이 전쟁 발발시 대한민국의 체제를 전복하기 위하여 구체적인 물질적 준비방안을 마련하라는 발언에 호응하여 선전전, 정보전, 국가기간시설 파괴 등을 논의하기는 하였으나, 1회적인 토론의 정도를 넘어서 더 나아가 내란의 실행행위로 나아가겠다는 확정적인 의사의 합치에 이르렀다고 보기는 어려운 만큼, 회합 참석자들이 형법상 내란음모죄의 성립에 필요한 ‘내란범죄 실행의 합의’를 하였다고 할 수는 없다”는 이유로 내란음모죄의 성립을 부정하였다. (위 2014도10978 전원합의체 판결)

44) 한정환, 앞의 논문, 170면

45) 이와 같은 이유로 미국의 법원들이 “음모가 이루어진 과정과 당사자에 대해 구체화할 필요가 없다”는 취지로 판시하고 있는 것으로 보인다.

것으로 보아야 한다고 판단하였다.

우리 테러방지법은 방조행위라고 할 수 있는 테러에 대한 물질적 지원 행위를 독립된 구성요건으로 규율하고 있는데 어떤 행위가 이러한 물질적 지원 행위에 해당될 것인가에 대해 논란의 여지가 있다. 미국의 경우 ‘테러에 대한 물질적 지원죄’의 근거법령인 18 U.S.C §2339A는 ‘물질적 지원’의 형태를 자금 뿐만 아니라 훈련, 숙소, 은신처, 전문적 조언, 무기, 신분증명서, 인력, 교통 등을 제공하는 것까지 다양하고도 구체적으로 명시하고 있으나⁴⁶⁾ 우리 테러방지법 제17조 제2항은 “테러자금임을 알면서도 자금을 조달·알선·보관하거나 그 취득 및 발생원인에 관한 사실을 가장하는 등 테러단체를 지원한 사람은 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있어 자금이나 재산 이외의 형태로 지원했을 경우 논란이 발생할 여지가 있다. 테러행위에 이른 경우에는 해당 행위의 방조범으로 의율할 수 있겠으나, 그 단계에 이르지 않은 상태에서 발각된 테러단체 지원행위에 있어서는 지원형태에 따라서 가벌성의 차이가 존재하게 되므로 보완이 필요하다.

다. 테러행위의 주체(테러범)를 특정하는 방법에 관한 문제

테러범죄는 은닉성과 은밀성이 내재되어 있으므로 사전에 테러범죄의 주체를 확인하는 것은 용이하지 않다. 통상 테러범을 구분해내고 특정할 수 있는 요소로서 행위적인 측면의 단서로는 유사 군사훈련, 의심스러운 문서, 밀수행위 등이고, 테러범의 특성과 관련한 측면으로는 연령, 교육, 심리적 특성, 인종, 종교, 경제적 배경, 신체적 특성, 여행 패턴, 인터넷 사용 흔적 등이 거론되고 있다.⁴⁷⁾ ‘파키스탄 테러단체 지원음모 사건’에서 피고인들의 범행주체성을 인정하는 주요 사실이 피고인들이 서바이벌 게임(페인트볼 게임)을 통해서 전쟁훈련을 했다는 점이었다. 이 사건에서

46) “the term ‘material support or resources’ means any property, tangible or intangible, or service, including currency or monetary instruments or financial securities, financial services, lodging, training, expert advice or assistance, safehouses, false documentation or identification, communications equipment, facilities, weapons, lethal substances, explosives, personnel (1 or more individuals who may be or include oneself), and transportation, except medicine or religious materials”

47) Edwin Bakker, 앞의 책, 142면

피고인들은 무슬림으로서 친하게 지낸 것은 사실이지만, 파키스탄 이슬람 무장단체인 LET에 대해서는 잘 알지 못하며 더욱이 미국의 우방국인 인도에 맞서 폭력적인 지하드(성전)을 펼치거나 아프가니스탄 탈리반과 함께 미국과 싸우려는 의사가 전혀 없었고 또한 함께 서바이벌 게임을 즐긴 것은 사실이지만 이는 전쟁훈련 목적이 아니며 단지 재미나 건강증진 목적에 불과했다고 주장한다.

재판부는 피고인들에 대한 직접 또는 정황적 증거들이 보편적인 관점에서 볼 때 유죄를 인정할 만한 합리적인 결론을 정당화할 수 있는 것인지, 증인들의 증언이 충분한 신빙성을 가지는 것인지를 판단해야 한다고 한다. 특히 내심의 의사는 객관적 사실에 의존하여 판단한다는 원칙을 재확인하면서 공범들의 상호자백, 피고인들이 주고받은 이메일 내용, 인터넷 접속기록, 출입국기록, 비자발급 기록, 물품 구매 내역 등을 토대로 피고인들의 범행 고의를 인정하였다.⁴⁸⁾ 특히, 피고인 압둘라힘에 대해서는 체첸 관리와의 이메일 내용(지하드를 수행하는 것이 무슬림의 의무라는 취지), 지하드에 관한 인터넷 게시판에 올린 글이 중요 증거로 채택되었다. 피고인 채프만은 해병대 복무 기록들을 반박 증거로 제시하였으나, 피고인이 서바이벌 게임이 지하드 훈련이라고 설명했다는 등의 공모자들의 여러 진술들이 중요 증거로 작용하였다. 또한, 피고인 칸은 자신이 서바이벌 게임의 구성원이 아니며 파키스탄(LET)방문이 망부의 유산에 관한 소송출석때문이라고 변명하였으나 공모자들의 진술에 의해 LET에 관여한 사실이 재판부에 의해 인정되었다. 이와 같이 일반 강력범죄와 마찬가지로 테러범죄에 있어서는 범죄유형과 특성을 분류하여 체계화한 소위 ‘프로파일링’이 수사기법상 중요하다고 하겠다.⁴⁹⁾

48) 특히, 피고인들과 함께 서바이벌 게임(포인트볼 게임)을 함께 한 공모자들은 “지하드를 수행하기 위해 훈련목적으로 서바이벌 게임을 하는 그룹을 피고인들과 함께 결성하였고, 활동을 비밀로 하기로 하면서, 함께 체첸에서의 폭력적 지하드활동에 대해 토론하고 전쟁영상을 비밀리에 공유했다”는 취지로 진술하였다. 피고인들은 서바이벌 게임 전문가를 증인으로 신청하여 피고인들의 게임 전략 중 군사적 전술은 게임의 일부일 뿐이라고 증언하도록 하자, 검찰측은 해병대 교관을 증인으로 신청하여 해병대 훈련도구로서 서바이벌 게임을 이용하고 있다는 증언을 받아내 이를 반박하기도 하였다.

49) Edwin Bakker, 앞의 책, 143면; 요즘 유럽에서는 IS세력이 약화되면서 IS에 가담했다가 귀국하는 자국민들에 대한 처리문제가 논란이 되고 있는 바, 그들 대부분 “잠시 시리아에 여행갔다가 머물게 된 것을 우회한다”는 취지로 변명을 하고 있어 수사기관은 그들의 휴대전화, SNS 사진, 게시물 등을 중심으로 가담 사실에 대한 증거를 수집하고 있다고 한다. (“Civil liberties vs. security as jihadists come home” New York Times 2016. 4. 27.자)

3. 함정수사의 적법성

앞서 살핀 바와 같이 테러범죄에 대한 대응방식은 위협적인 테러행위가 발생하기 이전에 이를 막기 위한 예방적이고 선제적인 방법을 택하는 것이 주효하며 이러한 방식은 적법절차의 엄격한 통제를 받는 사후적 범죄 수사방식과 다른 형식을 가질 수 밖에 없다. 특히 예비, 음모 단계에 대한 수사에 있어서 효과적인 법집행 기관의 무기는 잠입수사요원(undercover)이나 비밀정보원(informant)의 활용이다.⁵⁰⁾ 잠입 수사요원의 활용을 통해 범행을 적발하는 방식은 소위 ‘함정수사’(entrapment)의 방식을 갖게 되는데 미국은 ‘뉴버그 공항테러 음모사건’과 같이⁵¹⁾ 이러한 함정수사를 폭넓게 인정하고 있다. ‘뉴버그 공항테러 음모사건’에서 피고인들은 수사기관의 함정수사에 대해 과도한 국가기관의 행위(outrage government conduct)로서 적법절차 위배라고 주장하였다. 이에 대해 제2연방항소법원은 함정수사의 적법성을 심도있게 다루었다.

가. 함정수사의 적법성 요건

피고인의 함정수사의 항변(entrapment defense)이 인정되기 위해서는 두가지 요건이 필요하다. 첫째, 수사기관이 피고인을 범죄에 유인해야 한다.(government inducement of the crime) 둘째, 범죄행위에 관여할 경향이 피고인에게 존재하지 않았어야 한다.(a lack of predisposition on the part of the defendant to engage in criminal conduct)⁵²⁾ 여기에서 ‘경향’(predisposition)은 함정수사의 항변에서 중요

50) 윤민우·윤해성, “미국 수사기관과 정보기관의 법집행 및 정보활동에 대한 사례 연구”, 가천법학 제8권 제4호 (2015.12.31.), 85면

51) 잠입수사요원인 후세인은 2008년 6월 FBI의 지시로 뉴욕 북부 뉴버그(Newburgh)에 있는 모스크에 다니면서 피고인 크로미티를 비롯한 피고인들 4명과 친분을 쌓게 되었다. 그러던 중, 극빈층인 피고인 크로미티가 미국과 유대인들에게 적대적인 모습을 보이면서 순교자로 죽고 싶다는 말을 하자 후세인은 자신을 파키스탄의 테러단체인 Jaish-e-Mohammed(JeM)의 대표로 소개하면서 후세인과 피고인들은 뉴버그 공항 미사일 공격, 유대교 회당 폭파 모의를 진행하였다. 2009. 5. 20. FBI로부터 받은 가짜 스팅거 미사일을 적재한 차량을 운전하여 공항 인근에서 테러를 준비하다가 체포되었다. (<https://archives.fbi.gov/archives/newyork/press-releases/2009/nyfo052009.htm>)

52) Mathews v. United States, 485 U.S. 58, 63 (1988); Sherman v. United States, 356 U.S. 369, 376-78 (1958).

한 요소로서 피고인이 단지 부주의했을 뿐이나 아니면 자신을 범죄실행의 기회에 즉각 활용될 수 있도록 정도에 이르도록 했느냐는 것이다.⁵³⁾ 수사기관이 피고인에게 범죄행위에 이르도록 유인했다는 점에 대한 입증책임은 피고인이 부담하나,⁵⁴⁾ 피고인에게 범죄경향이 있었다는 점은 검찰측이 입증책임을 부담하게 된다.⁵⁵⁾

피고인의 범죄적 경향을 입증하기 위해서는 다음 3가지 중 하나가 인정되면 된다. 첫째, 유사한 범죄행위가 진행 중인 경우, 둘째, 피고인에게 이미 범죄의도가 형성되어 있는 경우(*already formed design*), 셋째, 범죄유인에 즉각적으로 협력(*ready compliance*)하는 경우 등이다.⁵⁶⁾ 첫째 경우와 셋째 경우는 비교적 외부적 행위에 의해 입증이 어렵지 않으나 둘째 경우 즉, ‘이미 형성된 범죄의도’가 무엇인지에 대해서는 불분명하다. 보통은 구체적이고 특정화된 범죄의도라기 보다는 훨씬 일반적인 형태의 넓은 범죄의도면 충분하다고 설명된다.⁵⁷⁾ 이를 테러사건에 적용한다면, 범죄자에게 어떤 특정한 범죄 형태를 마음속에 두고 있을 필요가 없으며 넓은 형태의 범죄 의도 즉, 한 국가의 이해관계를 해하려는 의사가 있다는 정도만 입증할 수 있으면 범죄자가 내세우는 ‘합정수사의 항변’을 무력화할 수 있다는 결론에 이르게 된다.⁵⁸⁾ 그렇다면 ‘이미 형성된 범죄의도’를 입증할 수 있는 증거자료는 무엇이 있을까? 수사기관과의 접촉 ‘전’에 있었던 범죄자의 언동은 당연히 이를 입증할 증거가 된다.⁵⁹⁾ 그런데 수사기관과의 접촉 ‘후’에 나타난 범죄자의 언동은 범죄자의 ‘이미 형성된 범죄의도’라고 보기 어렵기 때문에 이것이 수사기관의 유인과는 관계없이 독립적으로 나타난 범죄자의 언동이라는 전제하에서 입증자료가 될 수 있다.⁶⁰⁾

53) *Mathews v. United States*, 485 U.S. 58, 63 (1988)

54) *United States v. Bala*, 236 F.3d 87, 94 (2d Cir., 2000); *United States v. Williams*, 23 F.3d 629, 635 (2d Cir., 1994).

55) *United States v. Al-Moayad*, 545 F.3d 139, 153 (2d Cir., 2008); *Bala*, 236 F.3d at 94.

56) *United States v. Al Kassar*, 660 F.3d 108, 119 (2d Cir., 2011); *Al-Moayad*, 545 F.3d at 154; *United States v. Salerno*, 66 F.3d 544, 547 (2d Cir., 1995); *United States v. Harvey*, 991 F.2d 981, 992 (2d Cir., 1993).

57) *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958).

58) 이는 제2연방항소심 재판부의 다수의견으로서 피고인의 합정수사의 항변을 배척한 주요 논리가 되는데, 이에 대한 재판장 Jacobs판사의 반대견해가 있다.(주 64. 참조)

59) *Jacobson v. United States*, 503 U.S. 540, 549 (1992)

60) *Jacobson*, 503 U.S. at 550; *United States v. Squillacote*, 221 F.3d 542, 565-66 (4th Cir., 2000)

나. ‘뉴버그 공항테러 음모사건’에서의 함정수사 항변

피고인들은 원래 범죄의도가 없었는데 수사기관의 유인에 의해 범죄에 이른 것 뿐이라고 주장한다. 먼저 유인행위(inducement)의 존재에 관하여 재판부는 잠입수사요원인 후세인이 피고인 크로미티에게 테러계획을 구체적으로 제시하고 (가짜)폭탄과 미사일을 공급해 주었으며 또한 25만달러의 자금, 차량, 7만달러 상당의 이발소 등을 제공하고, 2주간의 여행 등 각종 비용을 부담한 것은 명백히 범죄유인 행위라고 판단하였다.⁶¹⁾

다음으로 피고인에게 범죄 경향(predisposition)이 있었는지 여부에 대해 3가지 요소 가운데, 본건에 있어서는 피고인이 유사한 범죄행위를 진행하고 있었다거나 범죄유인에 즉각적으로 따르는 행동을 보이지는 않았던 것은 명백하므로 피고인에게 범죄유인 이전에 ‘이미 형성된 범행의도’(already formed design)가 있었는지 문제된다. 증거자료에 의하면⁶²⁾ 후세인이 피고인 크로미티를 처음 만났을 때 피고인은 “순교자처럼 죽고 싶다. 미국에 무언가를 하고 싶다”라면서 하늘을 향해 오른손 집게 손가락을 하늘로 향했다고 한다.⁶³⁾ 1심 재판의 배심원들은 이를 피고인 크로미티가 자살폭탄 공격을 할 의사를 가지고 있었다는 것으로 해석했다. 재판부는 피고인의 이러한 언동을 잠입수사요원의 범죄유인 이전에 보여준 핵심적인 언동으로서 피고인에게 이미 범죄의도가 있었다는 점을 결정적으로 보여주는 증거로 판단하였다. 그리고, 그 후 후세인과의 만남이 본격화되면서 이루어진 피고인의 언동들(파키스탄 테러단체인 JeM 회의에 참여하자는 제안만 했는데도 JeM에 가입하고 싶다고 답하고, 총과 미사일을 구입하고 싶거나 공격목표를 정하자는 후세인의 제안에 스투어트 공항을 목표물로 제시하는 등)에 대해서도 재판부는 후세인의 범죄유인과는 독립적인 언동으로 보아야 하며 피고인의 범죄 경향을 인정하는 자료가

61) 후세인은 법정에서 “FBI가 어떻게 지시했나요?”라는 질문에 “FBI는 크로미티에게 좀더 가까이 다가가서 기회를 봐서 좀더 부담을 주고 그가 어떻게 나오는지 보라고 했습니다”라고 증언하였다.

62) FBI는 증거수집을 위해 후세인에게 비디오 촬영과 녹음장치가 되어 있는 주택을 제공했고 후세인 차량에도 녹음 장비를 두었고, 이를 통해 잠입수사요원과 피고인들의 대화내용은 대부분 녹음되어 증거로 제출되었다.

63) 성전(지하드)을 통해 무엇인가 무슬림으로서의 역할을 하고 싶다는 것을 알라 앞에서 맹세하는 의미로 해석된다.

된다고 보았다.⁶⁴⁾

다. 수사기관의 과도한 개입의 적법절차조항 위반 여부

피고인들은 합정수사의 항변과는 별도로 수사기관의 지나치고 과도한 수사방식은 헌법상 적법절차 조항을 위배하므로 위법하다는 주장을 하기도 하였다. 이러한 적법절차 위반 주장은 연방대법원의 Hampton 판결에 근거한 것으로 연방대법원은 피고인이 “범죄 경향을 갖고 있어서 범행에 이르렀다 하더라도 과도한 수사기관의 행위는 유죄의 성립을 방해할 수 있다”고 판시한 바 있다.⁶⁵⁾ 합정수사의 항변이 피고인의 범죄 경향에 초점을 두는 것임에 반해 적법절차 주장은 수사기관의 수사활동에 초점을 두는 것이다.⁶⁶⁾ 그런데, 이러한 적법절차 주장은 수사기관이 피고인을 강요하거나 인격을 침해하는 정도에 이를 때 인정되는 것으로⁶⁷⁾ 피고인들이 자주 제기하지만 받아들여지는 사례는 거의 없다고 알려져 있다.⁶⁸⁾

본 건에 있어서 피고인들이 수사기관의 합정수사가 헌법상 적법절차를 위반한다고 주장하는 근거는 첫째, 수사기관(FBI)이 범행계획을 수립하는데 있어서 중요한 역할을 했다는 점, 둘째, 피고인들의 신앙심을 이용했다는 점, 셋째, 피고인 크로미티와의 우호관계를 이용했다는 점, 넷째, 과도한 금품과 혜택을 제공하면서 범행으

64) 그런데 이 점에 대한 제이콥스(Jacobs) 재판장의 반대견해는 주목할 만하다. 제이콥스 판사는 합정수사의 적법성을 인정하는 요건중 하나인 ‘이미 형성된 범행의도’에 대해 반박한다. 다수의견이 특정적 범행의도에 이르지 않는 일반적인 형태의 넓은 범행의도로 충분하다고 하나 ‘넓은 범행의도’라는 말 자체가 아직 범행의도가 형성되어 있지 않다는 의미이므로 모순적인 해석이며 보통 범죄인에게 범행의도가 이미 있었다고 점을 인정하는 증거 자료들은 대부분 불평이나 불만 섞인 언동에 불과한 예가 많아서 입증에 어려운 경우가 많다는 것이다. 본 건에 있어서도 피고인 크로미티가 후세인을 처음 만나 “순교자처럼 죽고 싶다. 미국에 무언가 하겠다”는 말을 했다고 하지만 이는 단지 허풍(big talk)에 불과하여 범행의도가 이미 형성되어 있었다고 보기 어렵다면 피고인 크로미티의 ‘합정수사 항변’을 받아들이는 의견을 제시한다.

65) Hampton v. Unites States, 425 U.S.484 (1976).

66) United States v. Myers, 692 F.2d 823, 836 (2d Cir., 1982).

67) United States v. Al Kassar, 660 F.3d 108, 121 (2d Cir., 2011).

68) United States v. Schmidt, 105 F.3d 82, 91 (2d Cir. 1997); 이러한 적법절차의 항변은 합정수사의 항변을 보충하고 또 합정의 항변의 본래 기능까지 포괄하는 형태로 발전해 왔으며 아직 양자의 경계가 애매하다는 견해가 있다.[정한중, 합정수사에 대한 미국의 논의와 한국의 판례 및 학설 비판, 비교형사법 연구 제15권 1호(2013), 245면].

로 유인했다는 점 등이었다.

이에 대해 재판부는 첫째, 함정수사에 있어서 피고인에게 범행기회를 만들어주는 것은 적법절차의 한계를 넘는 것이라 볼 수 없고⁶⁹⁾, 둘째, 처음 만났을 때부터 순교자처럼 죽고 싶다는 범행을 암시하는 위험한 발언을 하는 피고인에 대해 수사관으로서 그의 신앙을 수사대상으로 하는 것은 당연하며, 셋째, 성적 유혹의 정도에 이르는 유인행위는 적법절차의 한계를 넘는 것이라고 할 것이지만,⁷⁰⁾ 잠입수사요원 으로서는 어느 정도 범죄자로부터 감정적인 공감을 불러일으키는 행동을 하는 것은 불가피하다고 할 것이며, 넷째, 적법절차의 한계를 넘는다고 평가받을 수 있는 금품의 액수는 범행자채 성격에 비추어 보아 결정될 수 있는 것이라고 할 것인데 만약 소량의 대마 소지 수사에 청부살인을 할 정도의 금품을 주는 것이라면 지나친 것이라고 할 것이지만 본건과 같이 공항, 유대교회당 폭파 등의 범죄와 관련된 것이라면 지나친 액수라고 할 수 없다는⁷¹⁾ 등의 논지로 피고인의 주장을 배척하였다.

라. 우리의 함정수사 판례

함정수사의 기본적인 형식은 이미 범행의 경향을 갖고 있는 자를 범죄로 유인하는 것이므로 함정수사는 피고인과 잠입수사요원의 협력에 의해 범행을 구체적으로 창출하는 과정을 보여주게 된다. 따라서 과연 국가기관의 범행 개입이 헌법상 적법절차에 부합하는 것인가라는 근본적인 문제의식으로부터 함정수사의 적법성 문제가 제기될 수밖에 없다. 하지만 종전의 철저한 적법절차에 의한 법집행 방식이 테러, 마약거래, 조직범죄에 대한 수사에서는 무력하다는 점 때문에 적절한 선에서 타협점을 찾는 것으로 해결방법이 모색되었다.⁷²⁾

69) Russell, 411 U.S. at 431-32; Rahman, 189 F.3d at 131.

70) United States v. Cuervelo, 949 F.2d 559, 567-69 (2d Cir., 1991).

71) 참고로, 연방의회의원의 수뢰와 관련된 사건의 함정수사에서 10만달러의 제공은 적법절차 위반이 아니라는 판결 [United States v. Jenrette, 744 F.2d 817, 823-24 (D.C. Cir., 1984)]; 다량의 코카인 공급자 수사를 위해 20만달러를 사용한 것은 적법절차 위반이 아니라는 판결 [United States v. Emmert, 829 F.2d 805, 812 (9th Cir., 1987)]이 있다.

72) 예비, 음모 단계에서의 수사에 있어서 혐의자가 해외에 있어 압수, 수색이 곤란하거나 특정 압수, 수색의 대상을 설정하기가 곤란하다. 또한 범죄의 직접가담사실을 특정하기 어렵고 기타 여러 이유로 현실적으로 영장을 통한 압수, 수색이나 체포, 그리고 전문증거 배제법칙의 적용이 불가능한

‘뉴버그 공항테러 음모사건’의 판결과 같이 미국은 이러한 문제를 실용적이고 현실적인 관점에서 해결하는 듯이 보인다. 미국 일간지 뉴욕타임즈의 보도에 의하면 기소된 테러사건 중 함정수사의 비율이 30%(2014년)에서 45%(2015년)까지 증가하였으며 2015년 2월 이후 IS와 관련되어 기소된 60건 중 40건(67%)이 함정수사에 의한 정도로 함정수사 의존비중이 높아지고 있으나 아직 피고인의 ‘함정의 항변’(entrapment defense)이 받아들인 사례는 없다고 한다.⁷³⁾

우리나라의 경우, 대법원은 “범의를 가지지 아니한 자에 대해 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발하게 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법하다는 원칙을 견지하면서 구체적인 사건에 있어서 위법한 함정수사에 해당하는지 여부는 해당 범죄의 종류와 성질, 유인자의 지위와 역할, 유인의 경위와 방법, 유인에 따른 피유인자의 반응, 피유인자의 처벌 전력 및 유인행위 자체의 위법성 등을 종합하여 판단해야 한다”고 판시하고 있다.⁷⁴⁾ 이에 따라 법원이 위법한 함정수사로 판단한 사건은 모두 수사기관이 범행을 적극 권유하는 등 직접 개입한 경우였다.⁷⁵⁾ 또한 수사기관의 개입의 정도와 형식의 문제에 대해서 “수사기관과 직접 관련이 있는 유인자가 피유인자와의 개인적인 친밀관계를 이용하여 피유인자의 동정심이나 감정에 호소하거나, 금전적·심리적 압박이나 위협 등을 가하거나, 거절하기 힘든 유혹을 하거나, 또는 범행방법을 구체적으로 제시하고 범행에 사용할 금전까지 제공하는 등으로 과도하게 개입함으로써 피유인자로 하여금 범의를 일으키게 하는 것은 위법한 함정수사에 해당하여 허용되지 아니한다”고 판시하고 있다.⁷⁶⁾ 만약 이 기준을 뉴버그 공항테러 음모사건에 적용한다면 유인자가 범죄자와 개인적인 친밀관계를 형성하여 범행을 자극하고 유도하며 현금 25만 달러를 범행자금으로 제공한 행

경우가 대부분이다. 더구나 테러조직이나 마피아의 조직원이 자신이 살해당할 위협을 무릅쓰고 범정에 증인으로 출석하거나 수사기관과 협조하기를 기대하기는 어렵다(윤민우·윤해성, 앞의 논문 82면)

73) “F.B.I. increasingly reliant upon stings in fight against ISIS” New York Times 2016. 6. 9.자

74) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2013도1473 판결 등.

75) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도1247 판결 등; 이와 같은 논리에 따라서 비록 범의를 유발하였음에도 위법한 함정수사로 인정되지 않는 사건은 수사기관과 관련없이 유인자가 마약 포상금 획득 등 사적 동기에 따라 독자적으로 범죄자들을 유인한 경우였다.(대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도2339 판결)

76) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도2339 판결; 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007도7680 판결 등

위에 대해 적법한 수사활동이라는 판단을 받기는 쉽지 않을 것이다.⁷⁷⁾ 향후 함정수사 부분은 미국과 같은 다양한 형태의 사례가 축적되면서 실무적으로나 이론적으로 다듬어져야 할 부분이라고 생각된다.

4. 재판의 불공정성 문제 (관할이전)

한 지역의 무고한 다수의 시민에게 피해를 입히는 테러사건의 성격상, 사건초기부터 지역사회에 큰 관심을 불러일으키게 되고 사건의 내용, 진상규명 과정이 언론 보도를 통해 생생히 전달되는 것은 당연한 일이다. 더구나 피해자가 해당 지역민 다수에 해당되는 경우 피고인에 대한 재판은 처음부터 진실과 부합되는지 여부를 떠나 피고인에 대해 선입견과 예단을 갖고 시작할 수 밖에 없는 한계를 갖고 있다. 미국의 경우에는 배심재판 제도를 시행함으로써 피고인에게 불공정한 재판이 될 수 있는 우려가 제기될 가능성은 더욱 높다 하겠다. 미국 전역을 떠들썩하게 했던 ‘엔론 회계부정사건’(일명 Skilling 사건)만 하더라도 피고인은 이러한 이유로 두 번이나 관할이전 신청을 하기도 하였고,⁷⁸⁾ ‘오클라호마 연방정부 테러사건’에서는 인접한 콜로라도주 덴버시로 관할이 이전되어 1심 재판이 이루어지기도 하였다.

‘보스톤 마라톤 테러사건’에서 피고인은 기소 이후 세 차례나 관할이전신청을 제기하였다. 수많은 방송, 행사, SNS 등을 통해 지역사회에 크게 보도되어 지나친 관심이 불러일으켜졌고 지역 사회의 구성원으로 이루어진 배심원들에게 피고인에 대한 불리한 편견이 형성되었으므로 결국 그러한 배심원들의 평결에 따라 선고될 법원의 판결은 피고인에게 불공정한 재판이 될 수밖에 없다는 취지였다.

재판부는 ‘엔론 회계부정사건’에서 제시된 기준에 따라 판단을 시도하였다. 동 판결에서 대법원은 관할의 적정성을 판단함에 있어서 4가지 요소를 고려해야 한다고 한다. 지역사회의 규모와 성향, 사건에 대한 여론의 관심 정도, 범행과 재판 사이의

77) 이 사건에서 피고인의 ‘함정수사의 항변’을 받아들인 제이콥스 재판장도 이와 같은 수사기관의 개입이 헌법상 적법절차에 위배되는 과도한 정도가 아니라는 다수의견에는 이의를 달지 않는다는 점은 함정수사의 적법성에 대한 미국의 관대한 입장을 드러낸다.

78) Skilling v. United States, 561 U.S. 358, 130 S.Ct. 2896, 177 L.Ed.2d 619 (2010) Enron 사건은 미국의 대규모 회계부정사건으로 최고경영자였던 피고인 제프리 스킴링(Jeffrey Skilling)은 재판 과정에서 두 번이나 관할이전신청을 하였으나 모두 기각되었다.

시간적 간격, 배심원의 결정이 지나치게 편향되었다는 점이 나타나는지 여부 등을 고려해야 한다는 것이다. 첫째, ‘지역사회의 규모와 성향’과 관련하여, 본건에 있어서 배심원이 선정된 지역은 보스턴과 근교의 500만 명이나 되는 다양한 사람들이 거주하는 지역이며 다수의 다양한 매체를 통해 소식을 접하고 있으므로 재판이 불공정할 위험성은 매우 낮다는 평가를 받았다. 관할변경신청이 기각된 *Skilling* 사건에서 배심원 선정지역은 450만명의 휴스톤이었으며, 또한 신청이 기각된 *Rideau* 사건이 발생한 지역은 불과 15만명의 인구의 소도시에 불과하였다.⁷⁹⁾ 둘째, ‘사건에 대한 여론의 관심 정도’와 관련하여, 이 사건은 전국적, 전 세계적으로 관심이 쏠린 사건이므로 다른 지역으로 이송되더라도 어차피 똑같이 언론의 높은 관심을 받았을 것이라는 점, 피고인이 언론의 보도로 인해 재판에 어떤 영향을 미쳤는지에 대한 입증이 부족하고 오히려 언론 보도가 피고인에게 유리하게 작용하기도 하였다는 점⁸⁰⁾에 비추어 피고인의 주장은 이유가 없다고 보았다. 셋째, ‘범행과 재판의 시간적 간격’과 관련하여 범행후 거의 2년이나 지난 시점에서 재판이 개시되어 여론의 영향이나 관심이 줄어든 상태에서 재판이 진행되었다. 넷째, ‘배심원의 편향성’과 관련하여 비록 배심원 모두가 일치하여 모든 혐의에 대해 유죄판결을 내렸다는 사실이 일견 배심원이 여론이 영향을 받았다고 보일 여지도 있겠으나 증거의 증명력, 사건의 중요성을 고려할 때 만장일치의 유죄판결은 자연스럽다고 할 수 있으므로 배심원이 편향성을 보여주었다고 볼 수 없다고 하였다. 연방지방법원과 제1연방항소법원은 위와 같은 취지로 피고인의 신청을 기각하였다.⁸¹⁾

우리 형사소송법 제15조 제2호는 “범죄의 성질, 지방의 민심, 소송의 상황 기타 사정으로 재판의 공평을 유지하기 어려운 염려가 있는 때” 관할이전을 하도록 규정하고 있다. 대법원은 관할이전이 행해지기 위해서는 재판의 공평을 유지하기 어려

79) *Rideau v. Louisiana*, 373 U.S. 723, 726, 83 S.Ct. 1417, 10 L.Ed.2d 663 (1963).

80) 재판과정에서 전국적으로 테러사건의 피해자 회복 기원운동인 ‘Boston Strong’ 운동이 전개됨에 따라 반사적 효과로서 피고인에 대한 적대적인 분위기가 누그러지기도 하였고, 피고인에 대한 사형을 반대하는 집회도 개최되었다.

81) 제1연방항소법원은 “사회적으로 이목을 끄는 사건일수록 미디어의 관심이 높을 수 밖에 없는데, 사건이 외부에 많이 알려졌다는 사실과 편견이 발생했다는 사실을 동일하게 볼 수 없다”는 점을 부기하고 있다. 다만, 이와 같은 다수 의견에 대해 *Torruella* 판사는 “본건만큼 이례적인 상황이 있을 수 있는지 모르겠다”면서 관할 변경이 적절하다는 반대의견을 제시하였다.

은 객관적 사정이 있어야 한다는 취지로 판시한 바 있고,⁸²⁾ 이론적으로는 그 지방의 주민 대부분이 피고인의 범죄행위에 분개하여 수소법원의 법관에게 유형·무형의 압력을 가하는 경우를 예시로 든다.⁸³⁾ 아직은 미국에서와 같은 구체적인 기준이 제시되지 않고 있는 바, 앞서 설명한 바와 같이 ‘엔론 회계부정사건’에서 제시된 4가지 기준요소(지역사회의 규모 및 성향, 여론의 관심도, 범행과 재판사이의 시간적 간격, 배심원의 편향성)는 우리에게도 참고할 만한 기준이라고 생각된다.

5. 증거법 관련 문제들

테러사건은 은밀하게 계획이 수립되고 실행되며, 특히 예비·음모죄는 범죄실행의 의사합의에 의해 성립되므로 어떤 증거에 의해 범행을 입증할 수 있는지에 대한 문제는 다른 범죄수사와 비교할 때 어려움을 더욱 가중시킨다고 할 수 있다. 또한 테러정보를 수집하는 정보활동은 범죄를 포함하여 특정 위협행위가 발생하기 이전에 예방이나 억제를 목적으로 이루어지는 예방적 또는 선제적 행위이기 때문에 나중에 이러한 정보활동을 통해 수집된 정보가 범집행단계에서 엄격한 법적 기준하에 모니터링되는 과정에서는 문제가 야기될 수 밖에 없다. 즉 범집행 활동과 정보활동의 본질적인 차이에서 증거법상 쟁점을 발생시키는 것이다.⁸⁴⁾

이러한 점으로 인해 주로 테러 예비·음모 사건에서 주로 증거법과 관련된 문제들이 제기되었고⁸⁵⁾ 테러행위 자체를 다루는 사건(보스턴 마라톤 테러사건, 오클라호마 연방정부 폭파사건)에서는 피해자들의 증언들에 대해 관련성이 없거나 편견만을

82) 대법원 1984.7.24.선고 84초45 결정 (검사의 공소장 변경을 허용하였다는 사정만으로 관할이전 사유로서 불공정한 재판을 할 객관적인 사정이 있는 때에 해당하지 않는다는 취지로 판시); 관할이전신청이 인용된 주목할 만한 사례로는 대법원이 2011. 11. 14. 부적절한 법정관리로 기소되어 1심에서 무죄를 선고받은 전 광주지법 판사에 대한 항소심 관할을 공정성을 이유로 광주고법에서 서울고법으로 변경해 달라는 검찰의 신청을 받아들인 사례이다. 그밖에 2006년에 대구지역 변호사의 대구지법 판사들에 대한 명예훼손 사건이 대전지법으로 관할이 이전된 사례가 있으나 당사자의 합의로 공소가 기각된 바 있었다.

83) 백형구, 주석 형사소송법(I) (제4판), 한국사법행정학회, 2009, 74면

84) 윤민우·윤해성, 앞의 논문, 77면 이하

85) 수사 및 공판과정에서 제기된 증거법상 문제들은 피해자 증언의 허용 여부, 위법수집증거의 문제, 테러 전문가 증언의 증인격적 문제, 증거의 관련성 문제 등이다.

야기한다는 이유로 증거능력을 배제해 달라는 정도의 문제 제기만 있었다. 우리나라의 경우라면 내란음모 사건에서 보는 바와 같이 주로 전문법칙과 관련된 쟁점들이 제기되었을 것이지만, 미국 연방증거규칙은 다양한 전문법칙의 예외를 인정하고 있어 이에 관한 문제들은 다투어지지 않았다는 점이 특기할 만하다.

Ⅲ. 결론

앞에서 살펴본 바와 같이 테러범죄는 목적성, 폭력성, 불법성, 수단성, 위험성 등 특징으로 한다. 다른 강력범죄와 유사한 듯 보이나 결정적인 차이점은 위와 같은 특징을 복합적으로 갖는다는 점이다. 따라서 개별적인 개인책임을 사후적으로만 추궁하는 고전적인 테러대응방식은 한계를 가질 수 밖에 없고 반사회적 집단에 대한 선제적이고 예방적인 대응이 필요해지는 것이다. 그리고 그 범죄근원에 접근해 나가기 위해서는 예비, 음모 단계의 초기 대응이 불가피해지고 이는 더욱 개인책임을 묻는 고전적인 형사책임 추궁 방식과는 충돌이 이루어지면서 다양한 쟁점들이 파생되는 것이다. 미국의 테러사건에서 피고인이 유죄인정의 절차적인 문제를 다양하게 제기하는 점, 불공정한 재판을 이유로 배심원 선정문제를 제기하거나 관할이전을 신청하는 점이 그 충돌지점에서 발생하는 쟁점들이다. 그리고 사전대응 위주로 테러범죄를 대처하다 보니 공소권 남용 주장, 함정수사의 적법성 시비, 예비·음모죄의 성립을 둘러싼 문제 등이 자연스럽게 산출된다.

사회의 거대 위협을 제거하는 형사법적 기능이 중시되고 있는 현재 위험사회의 흐름 속에서 ‘예방’이 중심이 되고 ‘예방’이라는 관점이 형사정책의 정당성 근거로 사용되고 있고 이러한 상황에서 형법은 ‘행위’가 아니라 ‘행위자’에게 초점을 맞추도록 하고 있는데,⁸⁶⁾ 이러한 점은 테러자금 규제, 위험인물의 출입국규제, 국제적 테러조직에 대한 무력 대응 등 현재의 대테러 정책에 그대로 드러나고 있다. 이러한 점들 때문에 우리도 테러방지법을 제정하여 정보수집활동 중심의 사전예방기능을 강화하는 특례절차를 두고는 있는 것으로 이해될 수 있다.

86) 이재일, 앞의 논문, 78면

다만, 언론의 자유, 개인의 프라이버시, 재산권, 신체의 자유 등 인권을 보장하기 위한 죄형법정주의를 필두로 하는 형사법의 대원칙의 훼손없이 이루어져야 함은 당연하다. 테러범죄가 사회, 경제, 역사적인 복합적인 원인하에 배태되는 것이고, 실제적으로 보더라도 대테러정책에 의해 테러조직을 무력으로 진압하는 것은 결국 새로운 테러조직으로 대체시키는 결과를 가져 왔다는 경험은 이러한 요구를 뒷받침한다. 비록 미국이 9.11테러 이후 ‘테러와의 전쟁’을 선포하고 사전·사후적으로 총력 대응하는 과정에서 많은 문제들을 드러냈다고 하더라도 테러사건 판결에서 드러나듯이 테러범죄의 법적 쟁점들을 헌법, 법률 하에서 계속 포섭해가면서 적법절차 원칙, 죄형법정주의, 평등 원칙 등 우리가 양보할 수 없는 법이론과 조화하려는 노력을 계속하고 있음은 주목할 만하다. 이제 테러방지법 초기 시행단계에 있으면서 테러사범에 대한 인권 보장적이고도 효율적인 수사체계를 갖추어야 하는 우리에게 주어진 도전과제도 그와 같다고 하겠다.

참고문헌

- 김범식, “테러의 효과적 예방과 척결을 위한 법제도 정비방안”, 비교형사법연구 제16권 제2호(2014).
- 김용주, “테러방지법 제정의 기본방향에 관한 연구”, 경찰학연구 제13권 제3호(2013).
- 김재윤, “위험사회라는 사회변화에 대한 형사법의 대응”, 비교형사법연구 제12권 제2호(2010).
- 문채규, “테러범죄에 관한 한국의 연구현황”, 비교형사법연구 제17권 제4호(2013).
- 박용신·윤해성, “테러개념에 대한 소고”, 한국테러학회보, 제6권 제2호(2013).
- 백형구 등, 주석 형사소송법(I) (제4판), 한국사법행정학회, 2009.
- 윤민우·윤해성, “미국 수사기관과 정보기관의 범집행 및 정보활동에 대한 사례 연구”, 가천법학 제8권 제4호 (2015.12.31).
- 이재일, “현대 위험사회와 위험형법에 대한 비판적 고찰”, 법과 사회 제47호(2014).
- 이창호, “최근 국가보안법 남용사례와 형사법적 대응”, 민주법학 제43권(2010).
- 정한중, “합정수사에 대한 미국의 논의와 한국의 판례 및 학설 비판”, 비교형사법연구 제15권 1호(2013).
- 제성호, “테러방지법의 필요성과 제정방향”, 2015년 한국국가정보학회 연례학술회의(국제테러대응과 국가정보) 자료집 (2015.12).
- 주승희, “21세기 대한민국 안보형사법의 의의, 특성 그리고 위험형법과의 조우”, 형사정책연구 제27권 제3호 통권 제107호 (2016.7)
- 한정환, “예비·음모죄의 성립요건, 적용기준”, 법조 제633권(2009.6).
- 황문규, “테러방지법상 정보활동의 범위와 한계”, 경찰법연구 제14권 제1호(2016).
- Antonio Cassese, 강병근·이재완(역), 국제법(제2판), 삼우사, 2012.
- A. Kurth Cronin, “Attacking Terrorism: Elements of a Grand Strategy”, Georgetown University Press, 2004.
- Edwin Bakker, Terrorism and Counterterrorism Studies, Leiden University Press, 2015.
- <http://www.investigativeproject.org>

Criminal Issues on Terrorism : With focus on the Cases of the US

Kwon, Soon-Chul*

People all over the world are more anxious about terrorism than ever. Terrorism is not simply a problem of today. It can be said that anarchism, anti-colonialism and terrorism by extreme leftists from the 19th century have been replaced by the terrorist attacks by extreme religious groups. However, the Islamic State (ISIS), the most active terrorist group that claims to statehood, controls the homegrown terrorists across the world, engages in continuous and simultaneous terrorist attacks, paralyzing the social system. Under the circumstances, as traditional measures to fight them after they took place reached their limit, counter-terrorism measures with focus on preventing one are being implemented. Accordingly, Korea enacted the Antiterrorism Act on March 2, 2016.

When the Antiterrorism Act and the existing theories about terrorism are examined together, terrorism can be defined as ① exerting illegal physical power ② to manipulate the central and local governments by making general public terrified and ③ ultimately attain specific political, religious and ethnic goals. Compared with general violent crimes, it has coincidental and complex features of purpose, violence, illegality, means and dangerousness.

Since the 9.11 attacks in 2001, the US has accumulated lots of experiences regarding judicial control over terrorism by drastically enhancing its counter-terrorism policy. The analysis on seven selected terrorist attacks including the Boston marathon bombing and the 9.11 attacks showed that doubts were raised over abuse of the prosecution right such as selective and vindictive indictment in the process of trials and investigations on terrorism, legal elements of conspiracy of terrorism, legality

* Supreme Prosecutor's Office / Senior Prosecutor

of entrapment, transfer of jurisdiction caused by unfair trial and so on. It is obvious that the legal system of the US is different from that of Korea. However, the theories on such various issues that were discussed and developed under the due process and due process of law may provide fruitful insight to us in early stage of counter-terrorism. I believe this is the first step toward developing the counter-terrorism policy in our nation under the new Antiterrorism Act.

❖ Key Words: terrorism, counter-terrorism measures, anti-terrorism act, entrapment, selective indictment, vindictive indictment, IS

형법상 인공지능의 책임귀속

임 석 순*

국 | 문 | 요 | 약

인공지능의 급속한 발전과 눈앞으로 다가온 상용화 가능성으로 인해 형법학을 포함한 규범학도 이제는 어느 정도 미래를 대비하지 않을 수 없게 되었다. 이러한 측면에서 다루어 불만한 형법적 쟁점으로는 인공지능의 형법적 주체성 인정여부, 인공지능 활용으로 인한 불법결과의 귀속, 위법성조각사유의 사전적 프로그래밍 등이 있다. 다만 적어도 아직까지는 인공지능의 형법적 주체성을 인정하기에는 무리가 있어 보인다. 형사책임의 귀속도 결국에는 불법결과 발생의 근본적 원인이 무엇인지에 대한 인과관계 입증의 문제가 될 것이다.

인공지능에 대해 어떠한 태도를 취하든 그로부터 야기될 수 있는 모든 위험을 완벽하게 통제할 수는 없을 것이다. 그리고 인공지능이 점차 똑똑해질수록 사람의 통제에서 벗어나기 쉬우며 따라서 종래의 이론이나 해석으로는 해결할 수 없는, 지금의 단계에서는 상상하지 못했던 문제상황이 발생할 가능성도 점차 높아질 것이다. 근본적으로는 인간 자체에 대한 (법)철학적 재론까지도 필요하게 될 것이다.

- ❖ 주제어 : 인공지능, 인공지능의 형법적 주체성, 인공지능의 행위, 인공지능의 형사책임, 정당화상황의 사전적 프로그래밍

* 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

I. 여는 글

2016년 3월 초 세계정상급 바둑기사 이세돌 9단과 인공지능 알파고(AlphaGo)의 대국은 큰 센세이션을 불러일으켰다. 알파고는 구글 딥마인드(Google DeepMind)¹⁾에서 개발한 인공지능 바둑 프로그램이다. 첫 대국이 있기 전까지만 해도 적어도 바둑에서는 아직 기계가 인간을 뛰어넘을 수 없다는 견해가 지배적이었지만, 대국이 진행될수록 이세돌 9단의 “1승”이 간절해진 상황으로 전개되었다. 그리고 어느덧 “인공지능에 대한 인간의 숭고한 도전과 승리”라고까지 여겨지기도 했다.²⁾ 이는 인공지능기술 수준이 적어도 특정 영역에서는 인간의 사고력과 판단력을 뛰어넘을 수도 있음을 단적으로 보여준 사례가 되었다.

알파고 뿐만 아니라 이미 우리의 일상생활은 인공지능과 매우 밀접하게 관련되어 있다. 로봇청소기는 이미 상당히 흔한 가전제품이며, 냉장·냉동기능 외에 다양한 커뮤니케이션 기능을 탑재한 스마트 냉장고가 등장했고,³⁾ 운전자가 필요 없는 무인자동차의 상용화도 기술적·제도적으로 박차를 가하고 있다.⁴⁾ 수십 년 전에 방영되었던 외화 전격Z작전에 등장한 인공지능 자동차 키트나 터미네이터에 등장한 T-800이나 스카이넷 등을 이제는 단순한 공상과학적 상상력의 산물로 치부할 수는 없을 것 같다.

이처럼 적어도 한 가지 방면에서는 사람을 뛰어넘는 인공지능의 판단과 사고를 사람의 그것과 동일한 것으로 법적 가치평가를 내릴 수 있을까? 특정 전문영역에서

1) 2010년 영국에서 “딥마인드 테크놀로지(DeepMind Technologies)”라는 이름으로 설립된 인공지능 프로그램 개발회사로서, 2014년 구글이 인수하여 현재의 이름으로 바뀌었다 (https://en.wikipedia.org/wiki/Google_DeepMind, 2016.8.23. 최종검색).

2) 총 다섯 번의 대국 가운데 이세돌 9단은 제4국만을 승리했으며, 단 1승만으로 기적을 일구어 냈다며 국내외에서 상당한 찬사가 쏟아져 나왔다. 연합뉴스, “이세돌의 인간승리...‘바둑 괴물’ 알파고도 ‘백기’”, 2016.3.13. (<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2016/03/13/0200000000AKR20160313053352007.HTML>, 2016.8.23. 최종검색); 허핑턴포스트 코리아, “이세돌의 승리에 대한 해외의 반응”, 2016.3.14. (http://www.huffingtonpost.kr/2016/03/14/story_n_9456580.html, 2016.8.23. 최종검색) 등 참조.

3) 머니투데이, “‘쇼핑에 음악까지’ 삼성 스마트 냉장고 출시...가격은?”, 2016.3.30. (<http://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2016033014233304583>, 2016.8.22. 최종검색)

4) 아시아경제, “‘두 손 두 발’ 다 든 운전자.. 무인차 시대가 왔다”, 2015.3.31. (<http://media.daum.net/news/view/print?newsId=20150331175016972>, 2016.8.22. 최종검색)

활용되는 인공지능은 사람의 사고와 판단을 뛰어 넘어 가장 합리적인 결론을 도출할 수 있을 것이다. 그리고 곧바로 우리의 일상생활에 직접적으로 영향을 미치게 될 것이다. 경우에 따라서는 우리가 낯선 길을 운전할 때 내비게이션의 지시에 “순종”하는 것처럼, 인공지능의 판단에 따라 사람이 행동해야 하는 사례가 발생할 수 있다. 궁극적으로는 특정 분야에서 사람의 사고와 판단을 완전히 대체하는 경우도 발생할 수 있다. 이러한 경우 인공지능의 사고와 판단은 사람의 그것에 버금가는 사회적 파급력을 갖게 될 것이다.

이처럼 인공지능의 본격적·보편적 활용이 목전에 있고, 그 사회적 파급력이 상당할 것으로 예측되에도 불구하고 인공지능 활용과 관련한 쟁점을 심도 있게 다루고 있는 (형)법이론은 아직 없는 것으로 보인다. 인공지능의 형사책임 및 형사사법적 활용방안에 관한 논의⁵⁾가 이제 막 시작되었으니, 형사법적 측면에서의 논의도 아직 결음마 단계라 할 수 있다. 따라서 본 논문에서는 인공지능과 관련해 발생할 수 있는 형법적 쟁점들을 도출하고, 앞으로 인공지능과 관련한 활발한 담론의 장이 열리기를 소망하면서 이러한 쟁점들을 — 비록 정치하고 깊은 수준에는 못 미치더라도 개략적으로나마 특히 책임귀속 문제와 관련해 — 논의해 보도록 하겠다.

II. 인공지능과 로봇, 그리고 인공지능의 수준

1. 인공지능인가 로봇인가?

인공지능의 실체는 무엇인가? 터미네이터와 같은 “똑똑한 로봇”을 말하는 것인가, 사람의 영혼과 같이 실체가 없는 그 무언가를 말하는 것인가? 인공지능은 말 그대로 사람이 인위적으로 만들어낸 지능이다. 홀로 계산하고 판단하고 결정할 수 있는 능력으로 터미네이터와 같은 로봇도 인공지능을 탑재하고 있고, 최근 화두가 되고 있는 무인자동차에도 인공지능이 탑재되어 있다. 요컨대 로봇이든 무인자동차이든 물리적 실체는 인공지능을 담는 “그릇”에 불과하며, 특히 여러 형법적 쟁점과

5) 윤지영 외, 법과학을 적용한 형사사법의 선진화 방안(VI), 2015.

관련해 중요한 것은 이러한 그릇보다는 그릇 안에 담겨있는 내용물, 즉 “인공지능”이다. 따라서 영화 터미네이터에서 “핵전쟁을 일으켜 인류멸망 프로젝트를 가동시킨 장본인”인 스카이넷(Skynet)도 그 자체로는 별다른 거동기능은 없으나 독자적인 계산, 판단, 결정능력이 있으므로 여기에서 논하는 인공지능의 범주에 포함된다. 요컨대 “로봇”, “지능로봇” 또는 “지능형 로봇”을 주제로 하는 문헌들⁶⁾도 결국 그 논의의 방점은 “인공지능”에 찍고 있다고 보아야 할 것이다.

인공지능은 ① 외부환경변화를 인식할 수 있는 능력, ② 독자적 상황판단능력, ③ 자율적 행위결정 능력을 기본요소로 하며, 경우에 따라서는 ④ 사람과 상호작용하는 능력까지도 포함하기도 한다.⁷⁾ 우선 외부의 환경변화를 인식한다는 것은 주변의 지형지물이나 온도, 기압 등 인공지능의 역할이나 기능에 따라 감지해야 할 사항들을 별도의 명령 없이도 감지하는 것을 의미한다. 그리고 이러한 인식을 토대로 주변 상황을 판단 및 평가하고, 궁극적으로는 스스로 그 상황에 필요한 행위로 나아갈 수 있어야 한다. 상호작용능력은 특히 심리치료용으로 개발된 인공지능에서 필요한 기능이다. 예컨대 자폐증을 앓고 있는 어린이가 모방학습을 할 수 있도록 돕는 인공지능 로봇은 칭찬과 격려를 통해 상호작용을 함으로써 어린이가 사회성과 자립성을 기를 수 있도록 해준다.⁸⁾

2. 인공지능의 수준 : 강한 인공지능과 약한 인공지능

먼 미래나 영화적 상상은 제쳐두고서라도 이미 일상생활에서 접할 수 있는 인공지능은 매우 다양하다. 작게는 로봇청소기에서부터 스마트 냉장고, 무인자동차에 이

6) 고인석, “로봇윤리의 기본 원칙: 로봇 존재론으로부터”, 범한철학 제75집, 2014; 박현섭, “지능형 로봇 산업발전을 위한 전부정책”, TTA 저널 제158호, 2015; 신현우, “진화론적 지능형 서비스 로봇에 대한 실천윤리학적 고찰”, 윤리연구 제79호, 2010; 윤지영 외, 앞의 보고서; 관계부처 합동, 제2차 지능형 로봇 기본계획(안), 2014; Meyer, Der Einsatz von Robotern zur Gefahrenabwehr, 2014; Hilgendorf, Können Roboter schuldhaft handeln?, 2012; Beck, Grundlegende Fragen zum rechtlichen Umgang mit der Robotik, JR 2009 외 다수.

7) 윤지영 외, 앞의 보고서, 21쪽.

8) 윤상석·박성기·최종석, “자폐 범주성 장애 아동의 사회적 기능향상을 용이하게 하는 상호작용로봇”, 한국HCI학회 학술대회 2014, 2014.2, 532-534쪽.

르기까지 이제는 인공지능을 빼놓고 현대인의 생활을 논할 수 없을 것이다.

이와 같이 다양한 스펙트럼을 가진 인공지능은 크게 강한 인공지능(strong AI)과 약한 인공지능(weak AI)으로 구분할 수 있다.⁹⁾ 영화 터미네이터의 스카이넷이나 영화 AI에 등장하는 주인공 로봇은 자아를 인식한 단계에 이른 인공지능을 강한 인공지능이라고 한다. 다만 강한 인공지능은 기술적 차원에서도 꽤나 먼 미래의 이야기인 것으로 보인다. 즉 아직까지는 강한 인공지능을 법적 논의의 대상으로 삼는 것은 시기적으로 다소 이르다고 할 수 있으며, 오늘날 당면한 또는 가까운 미래에 당면하게 될 문제는 약한 인공지능 또는 “중간단계의 인공지능”¹⁰⁾으로 인해 발생할 현상이나 결과들이라고 할 수 있다. 따라서 주체성을 담지하기 시작한 인공지능(로봇)의 형사책임 등의 문제는 몇 십 년 후의 쟁점으로 남겨두고, 지금으로서는 아직 그러한 수준에는 이르지 않은 인공지능의 활용으로 인해 촉발될 수 있는 여러 형법적 쟁점만을 다룰 필요가 있다.

한편 현재 상용화되어 있는 로봇청소기나 조향, 균형잡기, 장애물 회피, 자동회귀 등을 위한 기초적 기능만 탑재한 — 오늘날 오락이나 취미용으로도 흔히 접할 수 있는 — 드론은 “매우 약한 인공지능”으로 분류할 수 있다. 설계자가 애초에 이식한 기능 외에는 어떠한 학습능력도 없으며, 몇몇 알고리즘을 제외하고는 독자적 판단 능력이나 자율적 행위결정능력이 있다고 볼 수도 없기 때문이다. 이와 같은 매우 약한 인공지능이 보다 높은 수준의 인공지능에서와 같은 새로운 형법적 쟁점을 촉발시키는 일은 상당히 드물 것으로 보인다.

9) 정보통신기술진흥센터, “미국의 인공지능(AI) 기술 R&D 추진 동향”, 해외 ICT R&D 정책동향 2015년 3호, 2015, 2쪽; 윤지영 외, 앞의 보고서, 38쪽.

10) 매우 높은 수준의 인지능력과 판단능력, 실행능력과 학습능력을 갖추고 있으나 자아를 인식하지는 못한 단계의 인공지능이라 할 수 있다. 빠른 시간 안에 인간으로서는 시도할 수도 없는 무수한 경우의 수를 시뮬레이션함으로써 대국에서 승리하는 길을 찾아낸 알파고는 적어도 바둑에서만 큰 중간단계의 인공지능으로 분류할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 인공지능의 형법적 주체성 : 행위와 책임, 형벌능력

1. 인공지능의 행위

오늘날 형법도그마틱에 따르면 범죄가 되는 것은 사람의 “행위”이다. 그리고 무엇이 행위인가에 대해서는 역사적으로 인과적 행위론에서부터 목적적 행위론, 사회적 행위론, 인격적 행위론 등의 논의가 있어왔다. 인공지능의 형법적 주체성을 문제삼기 위해서는 인공지능의 작동이나 기능이 형법적으로 의미 있는 “행위”이어야 한다.¹¹⁾

인과적 행위론에 따르면 형법적으로 의미 있는 행위는 오로지 “의사에 의한 신체 활동(willkürliche Körperbewegung)”이라고 한다.¹²⁾ 이에 따르면 학습을 통해 다변하는 상황에 대처할 수 있는 인공지능의 행동은 적어도 나름대로의 “의지적” 판단에 따른 것이기 때문에 인공지능은 형법적으로 의미 있는 행위주체가 될 수도 있다.¹³⁾ 목적적 행위론에 따르면 목적지향성(Zweckgerichtetheit)이 인간행위의 중심 요소가 되고, 행위자의 목적지향적 의지표출이 형법적으로 의미 있는 행위로 인정된다.¹⁴⁾ 학습능력이 있는 인공지능은 각각의 상황에 따라 자신의 임무를 수행하기 위한 최선의 단계를 독자적으로 정한다고 볼 수 있기 때문에 목적적 행위론에 따를 때에도 인공지능의 행위주체성을 인정할 여지가 존재한다. 다만 그 자신의 판단을 프로그램에 의해 사전에 주어진 선택(choice)에 따라 한 것인지 독자적 평가에 따른 판단(judgement)에 따라 한 것인지를 우선적으로 평가해야 한다는 지적도 있다.¹⁵⁾ 독자적 판단에 의해 행위를 결정하였다 할지라도 인공지능이 스스로 목적을 의도적으로(willentlich) 설정하였다고 볼 수는 없다는 것이다. 사회적 행위론에 따르면 적어도 인공지능 스스로 자신이 무슨 행동을 하고 있는지 인지하고 자신의 행동이 “사회적으로 중요한” 것임을 알아야 한다.¹⁶⁾ 끝으로 인격적 행위론은 인간의 인격

11) 윤지영 외, 앞의 보고서, 160쪽.

12) 김일수, 한국형법 I [총론 상] 개정판, 1996, 253쪽; 배종대, 형법총론 제12판, 2016, 37/1; 이재상, 형법총론 제7판, 2011, 6/7 참조.

13) Gleß/Weigend, *Intelligent Agenten und das Strafrecht*, ZStW 126(2014), 571.

14) 김일수, 앞의 책, 254쪽; 배종대, 앞의 책, 37/15; 이재상, 앞의 책, 6/9 참조.

15) Gleß/Weigend, 앞의 글, 572.

이 외부로 나타난 것이 행위라고 한다.¹⁷⁾ 그런데 사회적 행위론과 인격적 행위론은 각각 사회적 중요성과 인격이라는 개방적 개념을 전제로 한다.¹⁸⁾ 따라서 이들 개념에 대한 확정이 이루어진 다음에야 비로소 인공지능의 형법적 행위능력 여부를 판단할 수 있다. 다만 약한/중간 수준의 인공지능이 자신의 기능이나 작동이 갖는 사회적 의미를 통찰한다고 보기는 어렵다. 또한 도덕적 자기반성능력이나 양심, 형벌 감수성 등을 담지하지 못한 인공지능에게 인격이 존재한다고 인정하기도 어려울 것으로 보인다.¹⁹⁾

2. 인공지능의 형사책임

행위책임은 기초로 하고 있는 오늘날 형법도그마틱은 행위능력을 전제하므로, 애초에 인공지능의 행위능력을 인정할 수 없다면 역시 인공지능의 형사책임은 논하는 것도 무의미하다 할 것이다. 그러나 행위론이 확고불변의 원리도 아니며, 오늘날 태아에게 부분적으로 권리능력을 인정하고 있는 것, 역사적으로 권리능력을 갖는 인격적 주체의 범위가 지속적으로 확장되어 왔던 것에 비추어 볼 때,²⁰⁾ 형사책임의 개념 및 범주 또한 충분히 변화할 여지가 있다고 보아야 한다.²¹⁾ 이러한 맥락에서 언어사용관습과 언어의 유동성을 고려하면 “행위”나 “책임” 등의 법률적 기본개념도 원칙적으로 인공지능에게 적용할 수 있다는 주장도 제기되고 있다.²²⁾

최근 인간의 뇌와 인공지능에 대한 연구가 활발해지면서 그에 관한 새로운 지식과 함께 책임개념의 변화가능성을 어느 정도 타진해 볼 수 있을 것 같다. 즉 인간의 필수적 속성과 능력에 대한 어떠한 형상이 형법상 유죄판단 가능성의 근거가 되는지를 명확하게 확정하는 것 자체가 애초부터 불가능하기 때문에 권리, 유책성

16) 김일수, 앞의 책, 256쪽; 배종대, 앞의 책, 37/21 이하; 이재상, 앞의 책, 6/17 이하 참조.

17) 김일수, 앞의 책, 264쪽.

18) 배종대, 앞의 책, 37/21 및 37/31.

19) Meyer, 앞의 글, S. 220, 226; Gleß/Weigend, 앞의 글, 569, 579.

20) Gruber, *Rechtssubjekte und Teilrechtssubjekte des elektronischen Geschäftsverkehr*, 2012, S. 138.

21) 김영환 “위험사회에서의 책임구조: 자연 재해에 대한 법적 담론”, *홍익법학 제14권 제1호*, 2013, 825쪽; 책임개념 및 책임모델의 유동성에 대해 보다 자세한 것은 826-833쪽 참조.

22) Hilgendorf, 앞의 글, S. 122, 125.

(Verantwortlichkeit), 책임(Schuld) 등과 같은 개념을 근본에서부터 되묻는 것도 가능할 것이다.²³⁾ 예컨대 어쩌면 인공지능에게 합리적 판단능력이 있다는 이유로 책임능력을 인정하는 논리를 구성할 수도 있을 것이다.²⁴⁾ 권리주체는 더 이상 자신 스스로 정한 행위와 의사표명으로 특정할 수 있는 사람인 개인에 국한될 수 없으며, 특히 정보화 시대에 사람은 ID와 같은 인위적 속성으로도 정체성을 규명할 수 있을 것이라는 견해도 조심스럽게 제기되고 있다.²⁵⁾ 즉 정보기술 시스템이 한편으로는 인격발현의 새로운 영역을, 다른 한편으로는 새로운 사회적 행위를 형성하고 있기 때문에 일정한 조건 하에서 비신체적이고 살아있지 않으며 정보기술적인 인공물에 인격을 부여하는 것을 생각해 볼 수 있다는 것이다.²⁶⁾ 인공지능에 삽입된 복잡한 연산공식이 기능적으로 인간의 도덕적 자기평가 및 자기조종과 일치한다면 인공지능에 형법적 책임비난을 가하는 것도 가능할 것이라는 견해도 있다.²⁷⁾

그러나 아직까지는 인공지능의 형법적 책임을 지는 것은 그것이 “도덕적 인공지능”이 되지 않는 한 적어도 오늘날의 형법관 내지 법철학에 의하면 요원하다고 볼 수밖에 없다.²⁸⁾ 형벌규범에서도 — 법인처벌에 대한 예외적 양벌규정을 제외하고 — “...한 자”를 구성요건실현의 주체로 규정하고 있는 것은 형벌규범의 수범자이자 국가형벌권의 대상을 오로지 종으로서 인간으로 한정했기 때문에 인공지능을 형벌규범의 수범자로 받아들일 수 없다.²⁹⁾ “책임비난의 내적 근거는 인간이 자유롭고, 자신의 책임에 따른 것이며, 도덕적인 자기결정을 의도하였으며, 따라서 스스로 법에 따르고 불법에 저항하도록 결정하고, 법적 당위규범에 따라 자신의 행동을 조정하고 법적으로 금지된 것을 회피할 능력이 있다는 점에 있다”³⁰⁾고 한 독일연방법원의 판례는 “인간”, “행위”, “도덕” 등에 대한 도덕적·철학적 패러다임이 바뀌지 않

23) Beck, 앞의 글, S. 229.

24) Beck, 앞의 글, S. 230.

25) Gruber, 앞의 글, S. 148.

26) Gruber, 앞의 글, S. 157.

27) Gleß/Weigend, 앞의 글, 576.

28) Gleß/Weigend, 앞의 글, 589.

29) Ziemann, *Zur Diskussion über ein Strafrecht für Maschinen*, 2013, S. 184-185; Joerden, *Strafrechtliche Perspektiven der Robotik*, 2013, S. 203.

30) BGHSt 2, 194, 200 = BGH NJW 1952, 593, 594.

는 한 여전히 유효하다 할 것이다.³¹⁾

3. 인공지능의 형벌능력

인공지능에게 형법상 고유한 행위능력을 인정할 수 없다 하더라도, 법인에 대한 양벌규정과 같이 부분적으로나마 형벌능력을 인정하는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다. 독일형법학계에서 이른바 로봇담론을 주도하고 있는 에릭 힐겐도르프(Eric Hilgendorf) 교수³²⁾는 필요에 의해 “법인” 개념이 만들어진 것과 마찬가지로 독립적 책임주체로서 이른바 “e-인격(e-Person)” 개념을 도입할 수 있을 것이라고 보고 있다.³³⁾ 이러한 착안은 법인에 대한 형사처벌이 존재하지 않는 독일에서는 아직 시기가조라 할 수 있으나, 우리 형법체계에서는 보다 적극적으로 고려해 볼 수도 있을 것이다. 특히 법인의 행위능력을 인정하는 민사법체계에서는 보다 더 유용하게 차용할 수 있을 것으로 보인다.

그러나 법인과 인공지능은 행위의 발현양태가 다르기 때문에 법인과 같은 구조로 인공지능에게 인격을 부여한다거나 최소한 인공지능의 형벌능력을 인정할 수도 있다는 논리는 성립할 수 없다. 법인의 행위는 그 구성원인 인간의 의사결정을 토대로 한다. 그러나 인공지능은 애초에 이식되었던 프로그램에 더해 스스로 학습을 통해 사고하고 행동한다. 즉 인공지능의 의사결정 및 행동은 — 기본적인 알고리즘을 제외하고는 — 생산되어 작동하기 시작한 이후부터는 개발자 내지 생산자의 의사로부터 단절된다고 볼 수 있다. 뿐만 아니라 현행법상 법인에 대한 처벌은 대부분 법인

31) 인공지능에 형사책임을 귀속시키고자 하는 시도는 현재의 책임개념과는 전혀 다른 책임개념을 개발하지 않는 한 어떠한 설득력도 얻지 못할 것이다(Joerden, 앞의 글, S. 205). 다만 장차 자아를 인식한 강한 인공지능이 출현하게 된다면, 이른바 “인공지능윤리” 내지 “로봇윤리”의 문제가 대두 될 것이며, 무엇보다도 인공지능에게 인간도덕에 따른 규칙체계를 이식할 수 있는지 또는 해야 하는지, 이식한다면 어느 수준으로 할 수 있는지 또는 해야 하는지가 중요한 테제가 될 것이다 (Gleß/Weigend, 앞의 글, 577.).

32) 2010년 독일 뷔르츠부르크 대학교에 로봇법 연구소(Forschungsstelle RobotRecht)를 설립하여 인공지능 로봇의 사용으로 인해 발생할 수 있는 법적 문제들을 선도적으로 연구하고 있다(윤지영 외, 앞의 보고서, 154-155쪽 참조).

33) Hilgendorf, *Recht, Maschinen und die Idee des Posthumanen*, Telepolis, 25.05.2014.; Fitzl, *Roboter als “legale Personen” mit begrenzter Haftung*, 2013, S. 391-394.

이 소유한 재산에 대한 제재인데, 현행 재산법상 인공지능은 법인과 달리 재산을 소유할 수 없다.³⁴⁾ 사형이나 구금과 같은 형사처벌은 인공지능의 해체나 파괴, 프로그램 재설치 등을 고려할 수 있는데, 이를 굳이 “형사처벌”로 둘 필요가 있는지는 법인에 대한 형사처벌에 대한 것과 마찬가지로 회의적이다.³⁵⁾

애초부터 형벌이 인간에게만 가해진 것은 아니라는 점에서 인공지능의 형벌능력을 고려하는 견해도 있다. 실제로 1474년 스위스 바젤에서는 이른바 동물소송이 진행되어, 닭에게 사형이 선고된 바 있다.³⁶⁾ 이러한 사례에 비추어 중세의 이른바 “동물형법”을 오늘날 “인공지능형법의 모범”으로 – 물론 당시의 법규 형태와 내용을 그대로 계수하지는 못하겠지만 – 삼으려는 것이다.³⁷⁾ 그러나 계몽주의 철학과 예방적 형벌론의 등장으로 동물에 대한 형법이 종말을 맞은 지는 이미 오래이며, 앞서 언급한 바와 같이 도덕적·철학적 패러다임이 변화하지 않는 한 단순한 기계이든 인공지능이든 동물과 마찬가지로 인간과 동등하거나 유사한 지위를 갖지는 못할 것이다.³⁸⁾

IV. 인공지능이 야기한 결과에 대한 책임귀속

1. 과실책임과 예측불가능한 위험의 사회적 용인가능성

인공지능에게 형법적 주체성을 인정할 수 없다 하더라도, 인공지능 활용으로 인한 불법결과는 발생할 수 있다. 이러한 경우 그 불법적 결과를 예견하고 회피해야 할 주체는 누구인가, 그리고 인공지능 활용의 반대급부로서 어느 정도의 불법적 결과는 용인할 수 있는 것인가?

34) 인공지능에게 인격을 부여한다 하더라도 다시 그에게 재산권을 인정할 것인지는 또 다른 법률적 문제를 야기한다.

35) Ziemann, 앞의 글, S. 189; Gleß/Weigend, 앞의 글, 578.

36) Gleß/Weigend, 앞의 글, 566.

37) Matthias, *Automaten als Träger von Rechten*, 2008, S. 167.

38) Gleß/Weigend, 앞의 글, 567.

가. 예측가능성과 회피가능성

자신의 의심스러운 행동이 타인의 보호이익을 침해할 수 있다는 점을 알 수 있는 자가 그럼에도 그러한 행위를 행한 경우, 즉 구성요건결과의 발생을 예측하고 그에 따라 결과발생을 회피할 수 있었는데 그렇게 하지 않은 경우에는 주의의무를 위반한 것으로 볼 수 있다.³⁹⁾ 독일연방최고법원 판례⁴⁰⁾는 특히 위험이 잠재된 제품의 생산 및 판매와 관련하여 민사법에서 형사법으로 원용된 매우 강력한 주의의무원칙을 발전시켰다. 그에 따르면 주의깊은 생산자는 제조물의 안전수준이 관련 학문과 기술의 기준에 부합하고 판매 전에 충분한 테스트를 거친 이후에야 비로소 시장에 내놓아야 한다. 그리고 제품을 생산하여 판매하기 시작한 이후에도 생산자는 소비자의 반응(불만신고)을 지속적으로 관찰하고 배상이나 수리 등 필요한 피드백을 주어야 한다. 설계 및 생산단계에서는 미처 예측하지 못했던 피해나 위험이 발견된 경우 생산자는 소비자에게 그에 대한 경고를 해야 하고 필요한 경우 제품을 리콜할 의무가 있다.⁴¹⁾

그런데 인공지능은 주변환경으로부터 습득한 정보를 독자적으로 평가하고 그 평가에 따라 사람의 개입 없이 반응하여 자신에게 부여된 임무를 최적의 방법으로 수행하려고 할 것이다. 사용자가 복잡한 인공지능의 반응을 지속적으로 관찰한다 할지라도, 인공지능이 어떠한 방식으로 데이터를 인지하고, 어떻게 해석하며, 어떻게 반응할지를 하나하나 예측할 수는 없다. 사용자뿐만 아니라 생산자나 관리자도 인공지능이 활용되는 상황 안에서 발생할 수 있는 모든 상황을 예측할 수 없으며 모든 예측할 수 없는 위험을 회피하도록 사전에 세밀하게 프로그래밍하는 것도 불가능하다. 또한 인공지능 시스템은 독자적으로 학습을 행하기 때문에 충분히 학습을 행한 인공지능의 판단과 행동을 예측하기는 더욱 어려워진다.⁴²⁾

“불법결과의 발생”과 관련해서는 예컨대 인공지능의 사용자에게 대해 두 가지의 상반된 논의가 가능할 것이다. 첫째는 인공지능이 행한 불법적이거나 유해한 행동은

39) 배종대, 앞의 책, 153/1; Duttge, MK-StGB, 2. Auflage, 2011, § 15 Rn. 107 ff.

40) BGHSt 37, 106 = BGH NJW 1990, 2560 (이른바 가죽스프레이 판결).

41) Kuhlen, *Strafrechtliche Produkthaftung*, 2012, Rn. 29 ff. 특히 Rn. 39-40.

42) 인공지능이 오류·모순 투성이인 인간의 행동을 학습한다면, 처음에는 (어쩌면) 무결점이었을 인공 지능도 ‘오류’와 ‘모순’을 학습하게 될 수도 있을 것이다.

자신의 독자적인 정보처리를 근거로 한 것으로 사용자가 예측하거나 회피할 수 없는 것이기 때문에, 자율적으로 행동하는 인공지능의 사용자에게는 결코 그 책임을 귀속시킬 수 없다는 주장이다. 둘째로는 인공지능의 사용자는 인공지능의 소유자이기 때문에 인공지능의 활동으로 인해 발생한 “모든 것”에 책임을 져야 한다, 즉 예측가능성 및 회피가능성과 무관하게 인공지능의 행동으로 인해 발생한 모든 피해에 (무과실)책임을 져야 한다는 주장도 있을 수 있다. 이 두 가지 주장은 생산자나 관리자, 또는 설계자에게도 그대로 적용될 수 있을 것이다. 한편 사용자가 완벽하게 지배할 수 없는 인공지능을 세상에 내놓은 자는 인공지능의 행동에 대한 예측불가능성을 근거로 하여 자신이 미처 예측하지 못했던, 타인에 대한 피해를 유발할 수 있는 오작용(Fehlreaktion)을 부인해서는 안 된다는 주장도 제기되고 있다.⁴³⁾

나. 예측할 수 없는 위험의 사회적 용인

오늘날 사회가 아직까지는 생활세계의 기계화·자동화에 무비판적이지는 않으나, 다른 한편으로 인공지능 연구에 박차를 가하고 있는 것은 이미 사회가 그와 같은 최첨단 기술의 투입에 상당한 관심을 두고 있음을 방증하는 것이라 할 수 있다.⁴⁴⁾ 또한 일체의 예외를 인정하지 않고 모든 보호이익 침해를 형사처벌하는 것은 인공지능 개발의 동기억식을 저하시켜 인간의 삶에 획기적인 도움을 줄 무한한 잠재적 가능성을 놓치게 만들 수도 있다.⁴⁵⁾ 따라서 위험감수의 수준과 주의의무 경감 정도를 판단·결정하기 위해서는 이와 같은 사회적 우려와 기대 양자를 모두 고려할 필요가 있을 것이다.

이러한 측면에서 우리 사회가 위험을 동반한 새로운 기술을 받아들일 준비가 되어 있다면, 그리고 인공지능의 사용으로 인해 예측할 수 없는 피해가 발생할 수 있음을 일반적으로 받아들일 수 있다면, 결과적으로 침해가 발생하였다 할지라도 인공지능의 생산자나 운영자, 설계자를 형사처벌해서는 안 된다는 의견이 제시되고 있다.⁴⁶⁾ 사회 또는 공동체가 어떠한 혁신적 기술을 이용함으로써 인해 일정한 이익을

43) Gleß/Weigend, 앞의 글, 581.

44) Gleß/Weigend, 앞의 글, 583.

45) 윤지영 외, 앞의 보고서, 162쪽.

보고 있음에도 그로부터 불가피하게 발생할 수 있는 위험을 온전히 생산자나 운영자에게 전가하는 것은 공평하지 않다는 것이다.⁴⁷⁾ 이러한 경우에는 형사처벌보다는 보험이나 민사상 위험책임(Gefährdungshaftung)을 고려하는 것이 보다 타당하다고 한다.⁴⁸⁾

이러한 논의에서 인공지능 서비스를 이용하는 것이 사회적으로 매우 유용하다거나 반드시 필요하다는 공감대가 형성된다면, 주의의무를 경감함으로써 인공지능의 적극적 개발 및 활용 가능성을 열어둘 수 있을 것이다. 다만 사회 전체적인 관점에서 인공지능 활용의 유용성과 필요성이 인정된다 할지라도 그 활용가능성을 극대화하기 위한 주의의무 경감 수준을 어떻게 정할 것인지, 또는 활용가능성 극대화와 주의의무 수준 사이의 적절한 접점을 어디로 정할 것인지는 여전히 해결해야 할 중요한 문제로 남는다.⁴⁹⁾

적절한 접점으로는 우선 판매자로 하여금 사용자에게 포괄적 경고의무 및 안내의무를 이행하도록 하면서, 생산자는 자신이 생산한 인공지능의 사후 경과를 지속적으로 관찰하고 피해가 발생한 경우 피해보고를 접수하여 신속하고 적절한 피드백을 이행할 의무를 부과하는 것을 고려해 볼 수 있다.⁵⁰⁾ 즉 설계·제작·판매 단계에서는 주의의무를 감경하고, 사후 관리단계에서의 주의의무를 강화하는 것이다. 예컨대 판매되어 사용 중인 무인자동차가 유해한 “행위” 방식을 보인 사례가 드물지 않거나 사용자의 사소한 오·남용에 의해 심각한 해악이 발생한 경우, 무인자동차의 판매를 금지하거나 경우에 따라서는 모든 판매제품에 대한 리콜을 명하도록 해야 한다.⁵¹⁾ 그리고 이때 생산자나 운영자, 설계자가 법적으로 의무화된 조치를 전혀 취하지 않으면, 의무불이행에 대한 형사처벌할 수 있도록 하는 것이다. 요컨대 온전히 지배할 수 없는 인공지능을 설계·제작·판매함으로써 생산자나 운영자, 설계자는 일반대중에 예측할 수 없는 위험을 야기하거나 증대시켰음에도, 제조물을 지속적으로 관리·

46) Kuhlen, 앞의 글, Rn. 27 ff.

47) 김호기, “개발위험의 항변과 형법적 제조물책임”, 형사정책연구 제27권 제1호, 2016, 192쪽; Gleß/Weigend, 앞의 글, 583.

48) Gleß/Weigend, 앞의 글, 584.

49) Gleß/Weigend, 앞의 글, 583; 윤지영 외, 앞의 보고서, 162쪽.

50) Kuhlen, 앞의 글, Rn. 34 ff. 참조.

51) Gleß/Weigend, 앞의 글, 585.

감독하고 사후적으로 인지된 위험으로부터 야기될 수 있는 결과를 예방하고, 기왕에 발생한 결과를 제거할 의무를 이행하지 않았음을 이유로 형사처벌하는 것이다.⁵²⁾

다. 형법적 제조물책임

인공지능과 같은 첨단과학기술이 적용된 제조물은 작동방법, 기능뿐만 아니라 그 생산공정도 매우 복잡하고 전문적이어서 생산과정에 오류가 발생할 가능성이 전혀 없다고 장담할 수 없다. 오히려 제조물의 성능과 생산공정의 복잡해지고 전문화될 수록 오류가능성도 그에 비례해 증가한다. 뿐만 아니라 제조업자들은 미래의 손해 배상을 대비해 보험을 들어두게 마련이고, 무엇보다도 제조자가 잠재적 손해배상금액을 제품가격에 미리 반영해 놓는 편법을 막을 방도도 없다. 결국 첨단 제조물의 위험성을 소비자 내지 사용자가 떠안게 되는 꼴이다. 이처럼 민사상 손해배상법제만으로 새롭고 복잡한 제조물의 위험성을 담보하고 소비자의 안전욕구를 충분히 충족시켜준다고 보기는 어렵다. 이와 같은 왜곡된 배상책임 구조와 인공지능이 사람에게 미칠 영향, 잠재적 위험성, 기능적 복잡성, 취급의 전문성, 소비자의 안전욕구 증대 등을 고려하면 형법적 제조물책임의 도입은 필요해 보인다.⁵³⁾

그런데 현행 「제조물 책임법」은 여전히 민사상 손해배상책임만을 규정하고 있다. 본 법률 제4조 제2항을 형법적 제조물책임 인정근거로 보아야 한다는 견해⁵⁴⁾가 있으나, 죄형법정주의원칙상 본 법률에는 제조물관리의무 위반에 대한 처벌규정이 없기 때문에 아직은 형법적 제조물책임의 법적 근거가 마련되었다고 볼 수는 없다. 형법적 제조물책임을 인정하기 위해서는 제조업자 등에게 사실상 무과실의 형사책임을 인정해야 할지, 민법상 제조물책임과 같이 주의의무위반에 대한 입증책임을 전환해야할지 등에 대한 논의가 선행되어야 할 것이다.⁵⁵⁾

52) Gleß/Weigend, 앞의 글, 585, 587.

53) 전지연, “형법론적 관점에서 본 형법적 제조물책임의 필요성”, 형사정책 제13권 제1호, 2001, 105쪽 참조. 인공지능 활용으로 인한 형법적 제조물책임 발생에 대한 몇 가지 예로는 윤지영 외, 앞의 보고서, 162-163쪽.

54) 김호기, 앞의 글, 180-181쪽 : 제조물 책임법 제4조 제2항은 “제조자에 대하여 일정한 작위의무를 부과하는 행위규범으로서의 의미도 갖고 있”기 때문에 제조자에게 작위의무로서 형법적 제조물계속감시의무의 발생근거가 된다고 한다.

55) 형법적 제조물책임의 필요성에 대한 보다 자세한 논의는 전지연, 앞의 글; 하태훈, “缺陷製造物로

2. 사람과 인공지능 사이의 책임귀속

가. 사람 배후의 인공지능

산업사회의 대량생산체계에서 노동자 개인은 그 시스템이 어떠한 알고리즘에 의해 운영되고, 자신에게 어떠한 이유와 경로로 해당 임무가 배정되는지 알기가 쉽지 않다. 또한 자신의 행동이 장차 어떠한 결과를 가져올지 예측하는 것도 사실상 불가능한 경우가 많다. 지금까지는 산업의 자동화가 노동력 대체의 의미만을 갖고 있었다면, 인공지능이 투입되는 미래시대에는 경영의 대체까지도 가능할 것이라고 예측할 수 있다. 인간보다 연산능력이 훨씬 뛰어난 인공지능이 시장의 각종 요소를 면밀히 분석하여 최적의 경영판단을 내리고, 사람이 개별영업을 수행하게 되는 것이다. 이처럼 자동화된 시스템에 따라 인공지능이 분석하고 판단하여 결정한 작업명령에 따라 – 별다른 의심 없이 “기계적으로” – 행동한 사람이 결과적으로 범죄적 행동을 하였거나, 범죄적 결과를 발생시켰을 때에는 누구에게 형사책임을 귀속시킬 것이며, 누구를 어떠한 근거로 처벌할 것인가 하는 문제가 발생하게 될 것이다.⁵⁶⁾ 이러한 경우 인공지능의 명령에 따라 행동한 사람은 적어도 인공지능이 합리적이고 적법하게 판단하여 명령하였을 것이라는 신뢰를 갖거나 경우에 따라서는 일체의 가치판단이 배제된 상태에서 행동하는 사례도 있을 것이다. 즉 인공지능의 명령에 따라 행동한 단순 노동자에게 범죄적 결과에 대한 확고한 예측가능성이나 주의의무가 있었다고 보기는 어려울 것이다.

인공지능에게 행위능력과 책임능력, 형벌능력을 인정한다면 범죄적 결과에 대한 근본적으로 예측했어야 하고, 범죄적 결과를 회피하기 위한 방안을 마련했어야 할 인공지능에게 불법결과에 대한 책임을 귀속시키는 것은 논리적으로 별다른 문제가 없어 보인다. 다만 인공지능에게 형법적 주체성을 인정한다 하더라도 형법의 구체적 구현방법, 즉 형벌의 종류에 대한 문제가 남는다. 이와 달리 인공지능에게 형법적 주체성을 부정한다면, 결국 다시 그 인공지능 뒤에 있는 “사람”에게 책임을 귀속시키는 논리를 개발해야 할 것이다.

인한 법익침해와 그 형사책임”, 형사법연구 제17호, 2002; 김호기, 앞의 글 등 참조.

56) Joerden, 앞의 글, S. 206.

나. 인공지능 배후의 사람

인공지능의 작동에 의해 범죄적 결과가 발생했다 할지라도 인공지능의 형사책임을 부정할 수밖에 없다면 결국 그 배후에 있는 사람, 즉 인공지능의 사용자나 관리자, 생산자, 또는 설계자에게 책임을 물을 수밖에 없을 것이다.⁵⁷⁾ 이러한 경우 누구에게 책임을 귀속시킬 것이며, 어떠한 조건 하에서 인공지능의 범죄적 행동에 대한 책임을 귀속시킬 수 있을 것인지, 귀속시켜야 하는지를 면밀히 따져봐야 할 것이다.

우선 생산자나 관리자가 생산과정에서 또는 관리(A/S)과정에서 인공지능에 의도적으로 악성 프로그램을 설치하여 형법적으로 중대한 결과를 초래한 경우, 또는 사용자가 의도적으로 특정한 명령을 내려 인공지능으로 하여금 범죄적 결과를 낳게 한 경우, — 그 알고리즘 입증의 어려움은 일단 제쳐두고 — 생산자나 관리자, 또는 사용자에게 형사책임을 귀속시킬 수 있음에는 별다른 논란의 여지가 없다. 이처럼 인공지능 배후의 사람이 고의를 갖고 있는 경우에는 오늘날의 간접정범론과 유사한 논리를 구성하거나,⁵⁸⁾ 또는 보다 단순하게 인공지능을 행위수단에 불과한 것으로 보아도 될 것이다. 그에 반해 인공지능 배후의 사람에게 불법결과에 대한 고의가 없는 경우, 예컨대 알고리즘상 예측하지 못했던 오류나 하자로 인해 불법적인 결과가 발생한 경우에는 과실에 의한 형사책임 귀속문제가 발생하게 된다.⁵⁹⁾ 자율적으로 판단하고 행동하는 인공지능의 특성상 인공지능의 “독자적 의지에 따른 고유한 판단”이 생산자나 운영자, 또는 사용자의 행위와 형법적으로 중대한 결과발생 사이의 인과관계를 차단한다고 보는 경우라면 책임귀속이 부정될 가능성도 있다. 다만 아직까지는 인공지능이 독자적 의지형성능력을 가진다고 볼 수는 없기 때문에, 관련자 각각의 예측가능성과 주의의무에 따라 어떠한 “사람”에게 책임이 귀속될 것인가가 판가름 날 것이다. 그리고 이는 사용자나 관리자, 생산자, 또는 설계자가 각각 불법결과를 예측하고 예방했어야 하는 지위와 권한, 능력을 갖고 있었는지를 입증하는 문제로 귀결될 것이다.

57) 같은 취지로 민사법적 책임귀속에 관해서는 Schuhr, *Neudefinition tradierter Begriffe*, 2012, S. 22. 이 견해는 이른바 인공지능의 “행위”를 인공지능 뒤에 있는 사람의 “부작위”로 보고 있으며(S. 23), 인공지능에 대한 “책임비난”은 사람에 대한 “과실책임비난”으로 귀결된다고 한다(S. 25).

58) Gleß/Weigend, 앞의 글, 579-580.

59) 윤지영 외, 앞의 보고서, 162쪽.

V. 정당화상황의 사전적 프로그래밍

인공지능에게 형법상 행위능력이나 책임능력, 형벌능력을 인정하지 않고, 따라서 설계자나 제조자, 공급자 등에게 행위결과와 책임을 귀속시킨다 하더라도 인공지능의 활용은 정당화 영역에서, 즉 위법성조각사유와 관련하여 새로운 문제를 발생시킬 것으로 보인다.⁶⁰⁾ 지금의 형법도그마틱에서 위법성조각사유는 어떠한 행위가 구성요건에 해당하지만 상황의 특수성으로 인해 예외적·사후적으로 위법하지 않은 것으로 평가하여 허용해주는 작용을 한다.⁶¹⁾ 그에 비해 인공지능 활용으로 인해 마주하게 될 상황은 일반적·사전적 예측과 그러한 예측을 토대로 한 프로그래밍을 요구하게 될 것이다.

경비기능을 수행하던 인공지능이 침입자를 발견한 경우를 대비한 알고리즘을 구축한다고 가정해보자. 단순침입자인 경우와 무장침입자인 경우를 구분하여 대응하도록 설계하는 방법을 생각해 볼 수 있겠으나, 단순침입자와 무장침입자를 어떠한 기준으로 구분할 것인지 문제될 것이며, 실제로 발생할 수 있는 상황은 이보다 훨씬 다양할 것이다. 무인자동차가 자율주행 중 지나가던 어른 5명을 치거나 어린아이 1명을 치게 될 수밖에 없는 양자택일 상황에 놓인 경우도 정교한 알고리즘 구축이 문제되는 사례라 할 수 있다. 앞의 사례는 불법행위에 대한 대응이기 때문에, 오상방위상황이 아니고 그 대응도 과도하지 않은 이상 가치판단의 문제는 그리 크지 않을 수 있다. 그러나 후자는 정당한 이해의 충돌이 예견된 상황이기 때문에 보다 첨예한 가치판단의 문제가 발생한다. 인공지능의 성능에 따라 이와 같은 정당화상황을 어느 정도 예측하여 학습알고리즘과 가치판단 기준, 각 상황에 맞는 세세한 기준 등을 사전에 프로그래밍해야 할 상황이 발생하게 될 것이다.

인공지능의 수준이 높아질수록 그 독자적 판단영역의 범위는 넓어질 것이며, 위법성조각이 문제되는 상황에 직면하게 될 수 있음은 어렵지 않게 상상해 볼 수 있

60) 어쨌거나 위법성조각이 성립하는 상황이라면 굳이 결과나 책임의 귀속을 따질 필요는 없겠으나, 위법성이 완전히 제거되지 않는 오상방위나 과잉방위 등의 사례에서는 인공지능의 판단과 행동에 대한 최종책임은 누가 져야하는가 하는 문제가 발생하는데 이는 앞에서 서술한 바와 마찬가지로 각 관련자의 지위와 주의의무정도를 고려해 판단해야 할 것이다.

61) 배종대, 앞의 책, 57/5.

다. 그리고 인공지능은 그 수준여하를 떠나 근본적으로 사람이 만든 인위적 창조물 이기 때문에, 이와 같은 상황에서 취해야 할 행동은 정도의 차이는 있겠으나 사전적 프로그램을 필요로 한다. 요컨대 인공지능이 활용되는 시대에는 오늘날 형법도그마틱의 사후적 정당화 평가뿐만 아니라 사전적 정당화 프로그래밍도 필요하게 될 것이다. 그러나 아무리 프로그램을 정밀하게 구성한다 하더라도 구체적 상황에서 인공지능이 어떻게 작동할지 정확하게 예측하기란 매우 어려운 것이다.⁶²⁾

VI. 맺는 글

인공지능의 출현 내지 활용 자체에 대해서도 여전히 찬반 견해가 대립하고 있으며, 인공지능에 대한 법적 논의는 아직 걸음마 단계에 불과하다. 그리고 본 논문도 몇 차례 걸음마 가운데 한 걸음 정도의 의미 정도밖에는 없을지도 모르겠다.

물론 인공지능 활용과 관련한 이와 같은 쟁점들은 오늘날의 법이론과 법해석으로도 충분히 해결할 수 있을 것이라는 견해도 있다. 새로운 법이론과 법정책이 필요하다는 입장도 아직까지는 구체화된 내용을 제시하지는 못하고 있다. 현실 내지 존재의 변화가 곧바로 규범의 변화로 이어질 수 없는 규범학의 내재적 한계가 있기 때문 일 것이다.⁶³⁾ 그럼에도 인공지능의 급속한 발전과 눈앞으로 다가온 상용화 가능성으로 인해 규범학도 이제는 어느 정도는 미래를 대비하지 않을 수 없게 되었음은 부인할 수 없을 것이다.

이러한 차원에서 다소 거칠게나마 형법적 쟁점을 찾아보면, 우선 인공지능 자체의 행위능력, 형사책임, 형벌능력 등으로 요컨대 인공지능에게 형법적 주체성을 인정할 수 있는가 하는 점 등이 발견된다. 그런데 오늘날의 확고한 인본주의적 형법관, 형법규정, 기술수준 등으로 인해 인공지능의 형법적 주체성을 인정하기에는 다소 무리수가 있어 보인다. 인공지능의 형법적 주체성을 인정하지 못한다 하더라도

62) Neumann, “기술의 발전에 따른 법학적·법철학적 전망”, 법과학을 적용한 형사사범의 선진화방안 연구(VI) - 지능형 로봇기술과 형사법적 논의의 지평 모색 - 워크숍 자료집, 2015.10.6., 29쪽.

63) 변종필, “위험사회, 위험 그리고 형법의 대응”, 비교형사법연구 제14권 제2호, 2012, 535쪽.

인공지능으로 인해 발생할 수 있는 불법결과는 누구의 책임인가 하는 문제는 여전히 남는다. 이는 결국 인공지능의 생산에서부터 사용단계 사이에 관련된자들 가운데 누구에게 결과발생에 대한 예측가능성 및 회피의무가 있는지를 찾아내는 문제로 귀결될 것이며, 형사상 제조물책임에 관한 논의와도 접점을 형성한다. 그 밖에 사람과 인공지능 사이에서도 책임귀속 문제가 발생하게 될 것이다. 인공지능의 합리적 판단과 명령에 따라 사람은 단순히 기계적으로 행동하는 경우를 배제할 수 없기 때문이다. 이러한 상황은 다시 인공지능에게 형법적 주체성을 인정할 수 없기 때문에, 그 인공지능의 배후에 있는 어떤 사람에게 형사책임을 물어야 하는지의 문제로 귀결된다. 그리고 누구에게 형사책임을 귀속시켜야 하는가 하는 실체법상의 문제는 다시 결과발생의 근본적·결정적 원인이 무엇인가라는 절차법상 인과관계 입증의 문제로 옮겨질 것이다.⁶⁴⁾ 끝으로 인공지능이 이른바 정당화상황 내지 이익충돌 상황에 직면했을 때 어떻게 판단하고 행동해야 할지를 사전에 프로그래밍해야 하는 상황이 발생할 수도 있다.

인공지능에 호의적인 입장이든 부정적인 입장이든, 인공지능 자체 및 인공지능으로부터 야기될 수 있는 모든 위험을 완벽하게 통제할 수는 없을 것이라는 점에는 이견이 없어 보인다.⁶⁵⁾ 그리고 인공지능이 점차 다양한 기능을 탑재하고 똑똑해질수록 인공지능은 사람의 통제에서 벗어나기 쉬우며 따라서 종래의 이론이나 해석으로는 해결할 수 없는 문제상황이 발생할 가능성은 점차 높아질 것이다.⁶⁶⁾ 궁극적으로는 “인간이란 무엇인가?”라는 물음과 함께 인간과 인간 아닌 것 사이의 이분법을 계속해서 고수해야 하는지에 대한 (법)철학적 재론까지도 필요하게 될 것이다.

64) 윤지영 외, 앞의 보고서, 166쪽.

65) 윤지영 외, 앞의 보고서, 165쪽.

66) Gleß/Weigend, 앞의 글, 590.

참고문헌

- 김일수, 한국형법 I [총론 상] 개정판, 박영사, 1996.
- 배종대, 형법총론 제12판, 홍문사, 2016.
- 윤지영·윤정숙·임석순·김대식·김영환·오영근, 법과학을 적용한 형사사법의 선진화 방안(VI), 연구총서 15-B-16, 한국형사정책연구원, 2015.
- 이재상, 형법총론 제7판, 박영사, 2011.
- 고인석, “로봇윤리의 기본 원칙: 로봇 존재론으로부터”, 범한철학 제75집, 범한철학회, 2014.
- 관계부처 합동, 제2차 지능형 로봇 기본계획(안), 2014.
- 김영환 “위험사회에서의 책임구조: 자연 재해에 대한 법적 담론”, 홍익법학 제14권 제1호, 홍익대 법학연구소, 2013.
- 김호기, “개발위험의 항변과 형법적 제조물책임 - 가습기 살균제 등 대량생산되어 사용되는 일상생활용품의 사례를 중심으로”, 형사정책연구 제27권 제1호, 한국형사정책연구원, 2016.
- 박현섭, “지능형 로봇 산업발전을 위한 정부정책”, TTA 저널 제158호, 한국정보통신기술협회, 2015.
- 변종필, “위험사회, 위험 그리고 형법의 대응”, 비교형사법연구 제14권 제2호, 한국 비교형사법학회, 2012.
- 신현우, “진화론적 지능형 서비스 로봇에 대한 실천윤리학적 고찰”, 윤리연구 제79호, 한국윤리학회, 2010.
- 윤상석·박성기·최종석, “자폐 범주성 장애 아동의 사회적 기능향상을 용이하게 하는 상호작용로봇”, 한국HCI학회 학술대회 2014, 한국HCI학회, 2014.
- 전지연, “형벌론적 관점에서 본 형법적 제조물책임의 필요성”, 형사정책 제13권 제1호, 한국형사정책학회, 2001.
- 정보통신기술진흥센터, “미국의 인공지능(AI) 기술 R&D 추진 동향”, 해외 ICT R&D 정책동향 2015년 3호, 2015.

- 하태훈, “缺陷製造物로 인한 법익침해와 그 형사책임”, 형사법연구 제17호, 한국형사법학회, 2002.
- Neumann, Ulfried, “기술의 발전에 따른 법학적·법철학적 전망”, 법과학을 적용한 형사사법의 선진화방안 연구(VI) - 지능형 로봇기술과 형사법적 논의의 지평 모색 - 워크숍 자료집, 2015.10.6.
- Beck, Susanne, Grundlegende Fragen zum rechtlichen Umgang mit der Robotik, JR 6/2009.
- Fitzi, Gregor, Roboter als “legale Personen” mit begrenzter Haftung. Eine soziologische Sicht, in: Eric Hilgendorf/Jan-Philipp Günther(Hrsg.), Robotik und Gesetzgebung. Beiträge der Tagung vom 7. bis 9. Mai 2012 in Bielefeld, 2013.
- Gleß, Sabine/Weigend, Thomas, Intelligente Agenten und das Strafrecht, ZStW 2014.
- Gruber, Malte-Christian, Rechtssubjekte und Teilrechtssubjekte des elektronischen Geschäftsverkehrs, in: Susanne Beck(Hrsg.), Jenseits von Mensch und Maschine. Ethische und rechtliche Fragen zum Umgang mit Robotern, Künstlicher Intelligenz und Cyborgs, 2012.
- Hilgendorf, Eric, Können Roboter schuldhaft handeln?, in: Susanne Beck(Hrsg.), Jenseits von Mensch und Maschine. Ethische und rechtliche Fragen zum Umgang mit Robotern, Künstlicher Intelligenz und Cyborgs, 2012.
- _____, Recht, Maschinen und die Idee des Posthumanen, Telepolis 2014(<http://www.heise.de/tp/druck/mb/artikel/41/41777/1.html>, 2015.04.02. 검색).
- Joerden, Jan C., Strafrechtliche Perspektiven der Robotik, in: Eric Hilgendorf/Jan-Philipp Günther(Hrsg.), Robotik und Gesetzgebung. Beiträge der Tagung vom 7. bis 9. Mai 2012 in Bielefeld, 2013.
- Kuhlen, Lothar, Strafrechtliche Produkthaftung, in: Hans Achenbach / Andreas Ransiek(Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Auflage, München, 2012.

- Matthias, Andreas, Automaten als Träger von Rechten, Logos Verlag, Berlin, 2008.
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Wolfgang Joecks/Klaus Miebach(Hrsg.), Band 1 §§ 1-37 StGB, 2. Auflage, München, 2011. (인용방법 : 저작자, MK-StGB)
- Meyer, Stephan, Der Einsatz von Robotern zur Gefahrenabwehr, in: Eric Hilgendorf(Hrsg.), Robotik im Kontext von Recht und Moral, 2014.
- Schuhr, Jan C., Neudefinition tradierter Begriffe (Pseudo-Zurechnung an Roboter), in: Eric Hilgendorf(Hrsg.), Robotik im Kontext von Recht und Moral, 2014.
- Ziemann, Sascha, Wesen, Wesen, seid's gewesen? Zur Diskussion über ein Strafrecht für Maschinen, in: Eric Hilgendorf / Jan-Philipp Günther(Hrsg.), Robotik und Gesetzgebung. Beiträge der Tagung vom 7. bis 9. Mai 2012 in Bielefeld, 2013.

Strafrechtliche Verantwortungszurechnung der künstlichen Intelligenz

Im, Seok-Soon*

Aufgrund der dringenden Entwicklung der Künstlichen Intelligenz(KI) und deren Generalisierungsmöglichkeit muss nun die Normwissenschaft einschließlich Rechtswissenschaft die Zukunft vorbereiten. In diesem Aspekt handelt es sich strafrechtswissenschaftlich um die Subjektivität der KI, die Zurechnung des Unrechtserfolgs durch die Verwendung der KI und die Vorprogrammierung der Rechtfertigungsgründe usw. Mindestens jetzt könnte die Subjektivität der KI noch nicht bejaht werden. Die Zurechnung des strafrechtlichen Verantwortung soll endlich die Beweisungsfrage der Kausalität werden.

Unabhängig von den Standpunkten über die KI könnte man auf jeden Fall die alle Risiko von/aus der KI nicht vollkommen kontrollieren. Je klüger die KI wird, desto höher wird die Entstehbarkeit der nicht vorgestellten Situation, die mit den bisherigen Theorien und Hermeneutik nicht gelöst wird. Grundlegend notwendig wird die (rechts)philosophische Rediskussion über den Menschen per se.

❖ Keyword: Künstliche Intelligenz, Strafrechtliche Subjektivität der künstlichen Intelligenz, Handlung der künstlichen Intelligenz, Strafrechtliche Verantwortung der künstlichen Intelligenz, Vorprogrammierung der Rechtfertigungsgründe

투고일 : 11월 25일 / 심사일 : 12월 9일 / 게재확정일 : 12월 9일

* Research Fellow in Korean Institute of Criminology, Dr. jur.

진실적시명에훼손죄 폐지론*

김성돈**

국 | 문 | 요 | 약

진실한 사실을 적시하는 것을 명예훼손죄로 처벌하는 형법의 태도에 대한 비판적 태도는 두 가지 주장에 기초하고 있다. 하나는 표현의 자유에 대한 위축효과를 가져온다는 점이고, 다른 하나는 명예보호에 관한 국제사회의 규범수준과도 조화를 이루지 못한다는 점이다. 이 글은 종래의 비판론과 같이 이 두 가지 주장을 논거로 삼지 않고, 형법이론적인 관점과 헌법적인 관점에 초점을 맞추어 진실사실적시명에훼손죄에 대한 폐지주장을 전개한다.

이를 위해 이 글은 현행 명예훼손법제가 표현의 자유와 명예보호 사이에 어떤 관계를 설정하고 있는지를 출발점으로 삼아, 진실적시명에훼손죄가 보호하는 것이 허명이나 위선에 불과하여 형법적으로 보호할 가치를 인정받기 어렵다는 점을 강조하였다. 뿐만 아니라 이 글은 법률전문가들 사이에서 진실적시명에훼손죄가 존치되더라도 표현의 자유가 과도하게 제한될 우려가 없는 것이라는 평가를 만들어내고 있는 위법성조각사유(형법 제310조)가 ‘공익성’이라는 요건 때문에 헌법상 정당화되기 어려운 태생적 결함을 가지고 있음을 밝히는데 주안점을 두었다.

이 글은 형법해석론적으로나 형법이론적으로 지적될 수 있는 근본적인 문제점의 유발인자가 진실사실적시명에훼손죄에 있음을 확인 한 후, 진실사실적시명에훼손죄(및 정보통신망법의 비방목적진실사실적시명에훼손죄)를 폐지를 주장한다. 여기에 덧붙여 명예와 표현의 자유를 조화롭게 보호하기 위해 현재의 대법원도 취하고 있는 태도를 입법화하여 ‘허위사실을 적시한 경우라도 진실한 사실로 오인하는데 상당한 이유가 있는 경우’에는 허위사실적시명에훼손죄의 위법성을 조각시키는 것을 내용으로 하는 규정의 신설을 제안한다.

- ❖ 주제어 : 진실사실 적시 명예훼손죄, 표현의 자유, 명예보호, 공공의 이익, 위법성조각사유

* 이 글은 2016년 5월 20일 서울지방변호사회가 개최한 ‘사실적시명에훼손죄에 관한 심포지움’에서 발표된 것임

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수

I. 들어가는 말

진실한 사실을 적시하는 경우를 처벌하는 구성요건을 없애라는 목소리가 계속 높아지고 있다. 이 목소리는 2011년과 2015년 유엔에서 잇달아 날아온 폐지권고,¹⁾ 형식적이든 실질적이든 비범죄화여로의 강한 경향성을 보여주고 있는 외국의 입법례,²⁾ 그리고 이 죄가 국가와 사회에 대한 건전한 비판까지 위축시키는 수단이 되고 있다는 학계와 언론계의 지적에 힘입어 더욱 확산되고 있다. 2012년 이후 이러한 분위기를 반영하여 국회에서도 이미 이 죄의 폐지를 담고 있는 개정안이 몇 차례 발의되었다.³⁾ 진실적시명예훼손죄 폐지 목소리는 2016년 헌법재판소가 정보통신망을 이용한 진실사실명예훼손죄의 위헌사비에 대해 합헌결정⁴⁾을 내린 후에도 여전히 줄어들고 있지 않다.⁵⁾

그럼에도 불구하고 이 죄의 존치론 진영은 이러한 분위기에 도 아랑곳하지 않고 여전히 위세를 발휘하고 있다. 대중매체나 인터넷을 통한 명예훼손 사례가 도를 지나치고 있는 현실을 개탄하며 명예보호의 필요성은 과거보다 더했으면 더 했지 덜하지는 않다는 주장이 설득력을 잃지 않고 있다. 법률 전문가들 사이에는 현실론보다는 진실적시명예훼손죄가 존치되더라도 명예훼손법제가 스스로 자정기능을 하고 있어서 폐지론자들의 우려는 기우에 불과하다는 주장이 강력하다. 이에 따르면 진실사실을 적시한 경우라도 일정한 요건만 충족시키면 형사처벌에서 벗어나게 하는 특별한 규정(형법 제310조)의 존재가 진실적시명예훼손죄의 폐지론을 무력화시

1) 2011.3.21. 유엔인권위원회(UN Human Rights Committee) 제17차 회기 의제 제3호로 제출된 대한민국의 실태조사 보고서 및 2015.11.6. 유엔 산하의 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약위원회(ICCCPR)의 폐지권고안이 그것이다.

2) 외국의 입법례에 관해서는 박경신, “진실적시에 의한 명예훼손 처벌제도의 위헌성”, 「세계헌법연구」 제16권 제4호(2010/12), 각주 43 참조.

3) 2012년 9월 참여연대의 입법청원, 2012년 6월 박영선 의원발의, 2013년 유승희 의원발의, 2015년 신경민 의원 발의 형법개정안이 모두 형법 제307조 제1항 진실적시명예훼손죄 폐지를 공통적으로 담고 있다.

4) 헌법재판소 2016.2.25. 2013헌바105, 2015헌바234(병합).

5) 2016.3.17.에서 2016.4.30.까지 서울지방변호사회에서 소속 변호사들에게 진실적시명예훼손죄를 폐지하고 민사상 손해배상을 대응하는 것을 묻는 것을 내용으로 하는 설문조사를 행한 결과 응답자(1,944명) 가운데 민사상 손해배상찬성 견해가 970명(49.90%), 형사처벌유지 견해가 646명(33.23%), 벌금형 단일화 견해가 320명(16.46%), 무응답 8명(0.41%)로 폐지론이 가장 높았다.

키기에 충분한 역할을 한다고 한다. 특히 이러한 논변은 ‘진실한 사실’을 적시한 경우라도 그것이 ‘공공의 이익’에 관한 것일 때에는 이 죄의 위법성을 조각시키므로 명예보호와 표현의 자유가 합리적으로 조화될 수 있다고 한다. 하지만 이와 같은 존치론이 전개하고 있는 현실적인 필요성과 규범논리에 대해 폐지론은 다시금 이른바 ‘위축효과’로 맞서고 있다. 위법성조각사유가 작동한다고 해도 국가공권력의 뜨거운 맛과 불편을 경험한 개인은 이미 위축될대로 위축되어 진실을 향한 입을 닫게 될 가능성은 여전히 배제할 수 없다는 것이다.⁶⁾

이 글은 진실적시명예훼손죄를 폐지하자는 논지를 전개하면서 국제사회의 압력이나 국회의 입법환경의 변화와 같은 외부세력에 의존하지 않는다. 뿐만 아니라 진실적시명예훼손죄의 남용론에 기반을 둔 위축효과에 근거한 폐지론의 힘을 빌리지도 않는다. 그 대신에 이 글은 진실적시명예훼손죄를 퇴출시키는 정공법의 하나로써 우리나라 명예훼손법제 내부 구조속으로 들어가 진실적시명예훼손죄를 헌법적 조명아래에서 ‘다시보기’를 시도한다.⁷⁾ 그러써 진실적시명예훼손죄와 이 죄의 붕괴를 막고 있는 가장 강력한 버팀목인 위법성조각사유(형법 제310조)가 헌법상 정당화되기 어려운 근본적인 구조적 결함을 가지고 있음을 밝히는데 주된 목적을 둔다. 이를 위해 현행 명예훼손법제가 표현의 자유와 명예보호 사이에 어떤 관계를 설정하고 있는지를 출발점으로 삼아, 존치론의 가장 강력한 논거인 형법 제310조의 구조적·내용적 문제점을 드러내는 일에 주력한다. 뿐만 아니라 형법 제310조가 존재함에도 불구하고 진실적시명예훼손죄의 존재 그 자체가 표현의 자유와 명예보호의 조화를 도모하기 어려울 정도로 헌법의 비례성원칙에 위배되는 것임을 확인한다. 결론적으로 이 글은 규범논리적 측면은 물론이고 헌법적인 관점에서 볼 때 모든 문제점의 유발인자가 진실적시명예훼손죄에 있음을 확인함으로써 이 죄를 폐지할 것을 주장한다. 더 나아가 이에 보조를 맞추어 형법 제310조의 내용을 조정하는 등 명예훼손죄의 법제를 재정비함으로써 명예보호를 최대화하면서도 표현의 자유에

6) 위축효과와 표현의 자유에 관한 날카롭고 폭넓은 통찰에 관해서는 박경신, 진실유포죄, 다산초당, 2012, 223면 이하.

7) 이 글은 진실사실적시를 행위태양으로 하는 명예훼손죄의 폐지론에 초점을 맞추고 있으므로 사실적시가 아니라 ‘추상적인 경멸이나 가치판단’의 방법으로 명예를 훼손하는 모욕죄와 ‘허위사실’을 적시하여 명예를 훼손하는 사자명예훼손죄 폐지론은 다루지 않는다.

대한 제한을 최소화하라는 헌법적 요구에 부합하는 방안을 제안해 본다.

II. 현행 명예보호법제 및 표현의 자유와 명예보호의 관계

1. 현행 명예보호를 위한 법제 개관과 기본권충돌

명예는 일반적 인격권의 내용으로서 다양한 방법으로 보호되고 있다. 먼저 헌법은 제21조 제4항에서는 “언론·출판은 타인의 명예 … 를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.”고 함으로써 명예를 헌법상의 보호법익임을 확인해 주고 있다. 민법은 제750조에서 손해배상을 위한 불법행위의 일반적인 요건을 규정하고 제751조 제1항에서는 특히 “타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다”고 규정함으로써 명예 보호를 위해 위자료 형식의 손해배상의 근거를 제시하고 있다. 더 나아가 헌법 제37조 제2항에서는 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다”고 규정함으로써 명예 보호를 위해 헌법상의 자유권적 기본권을 제한할 수 있음을 인정한다. 형법 제307조 이하의 명예훼손죄와 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 ‘정보통신망법’이라 함)는 이 헌법규정에 근거한 것이다.

주지하다시피 형벌을 수단으로 하고 있는 명예훼손법제에서 명예보호를 위해 제한하는 헌법상의 자유권적 기본권은 표현의 자유이다. 명예보호를 위해 명예라는 명예훼손적 행위를 처벌하는 형법법률을 만들어 헌법의 자유권적 기본권을 제한할 수 있도록 하고 있는데, 이 경우 제한되는 자유권적 기본권도 표현의 자유(언론출판의 자유를 포함한다)이다. 명예훼손적 행위의 경우에도 그것이 ‘의견형성’에 기여할 경우에는 표현의 자유에 의한 보호를 받아야 하는데, 일정한 표현행위를 통해 타인의 명예를 훼손했다는 이유로 형사처벌 할 경우 제한되는 기본권이 바로 표현의 자유인 것이다. 명예도 헌법상의 보호해야 할 개인의 기본권의 하나이고 표현의 자유

도 헌법상 보호해야 할 개인의 기본권의 하나인데, 양자가 충돌할 경우 어느 것에 우위를 인정할 것인지에 따라 명예보호를 위한 입법태도는 달라질 수 있다. 만약에 표현의 자유에 우위를 인정한다면 명예훼손적 행위가 있어도 피해자는 그것을 수인해야 할 것이며, 명예보호에 우위를 인정한다면 행위자는 표현의 자유가 제한되는 것을 수인해야 할 것이다.

2. 명예의 보호와 표현의 자유의 관계에 관한 형법의 태도

형식적으로 보면 우리나라 형법은 후자의 입장을 취하고 있는 것으로 보인다(‘명예보호의 원칙적 우위’). 형법은 - 추상적 경멸적 표현이나 가치판단을 통한 - 모욕죄의 경우와는 달리 - 사실적시를 통한 명예훼손을 형사처벌하면서, 사실을 ‘진실한 사실과 ‘허위’의 사실로 양분하여 허위사실 적시를 통한 명예훼손을 진실사실 적시를 통한 명예훼손에 비해 중하게 처벌하고 있다. 하지만 내용적으로 자세히 보면 사실적시를 통한 명예훼손의 경우 명예보호를 항상 우위에 두고 있지는 않다. 경우에 따라 양자를 비교(‘이익형량’)하여 표현의 자유에 우위를 인정할 경우가 있을 가능성을 열어놓고 있는 것으로 보인다. 그러한 가능성을 열고 있는 것이 바로 형법 제310조이다. 형법 제310조는 “진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 벌하지 아니한다”고 규정하고 있는데, 이에 의하면 ‘사실진실성’과 ‘공익성’이라는 조건이 충족되면 명예보호를 후퇴시켜 표현의 자유의 예외적 우위성을 인정하는 프레임이 만들어져 있는 것으로 설명할 수 있다(‘표현의 자유의 예외적 우위1’). 명예보호 쪽으로 기울어지도록 만들어 놓은 저울대에서 ‘사실의 진실성+공익성’이라는 두 가지 보조추를 표현의 자유 쪽에 추가함으로써 저울대의 무게중심을 표현의 자유 쪽으로 이동시키고 있는 것이 형법 제310조인 것이다. 뿐만 아니라 형법 제310조를 해석·적용하는 실무는 ‘진실’한 사실의 적시를 통한 명예훼손의 경우에만 이와 같은 이익형량의 방법을 동원하고 있는 것이 아니다. 허위의 사실을 적시한 경우에도 진실한 사실로 오인하고 그 오인에 상당한 이유가 인정되고 공공의 이익을 위한 것이라면 허위사실적시를 통한 명예훼손도 처벌하지 않기 때문이다.⁸⁾ 이에 따르

8) “형법 제310조의 규정은 인격권으로서의 개인의 명예의 보호와 헌법 제21조에 의한 정당한 표현의

면 허위사실이 적시된 경우 이익형량의 저울대위에 올려놓는 보조추와 저울질의 결과는 다음과 같다. 즉 ‘진실성에 대한 오인+오인의 상당한 이유+공익성’이라는 세 개의 보조추가 표현의 자유 쪽에 추가된다. 그 결과 애초에 명예보호 쪽으로 기울어지도록 만들어 놓은 저울대는 이 세 개의 보조추에 의해 힘이 보태져 표현의 자유 쪽으로 무게중심이 이동한다(‘표현의 자유의 예외적 우위2’).

형법이 만들어놓은 이와 같은 두 개의 저울대가 제대로 작동할 수 있는지의 문제와 이러한 저울대가 잘 만들어진 저울대인지 여부는 별개의 문제이다. 결론부터 말하면 첫 번째 저울대는 잘못 만들어진 것이다. 허위의 사실과는 달리 진실한 사실은 의견형성의 기초가 되고 자유로운 토론에 기여하므로 표현의 자유에 일반적인 우위를 인정하는 것이 헌법의 정신에 부합하기 때문이다. 이에 따르면 진실한 사실을 적시한 경우는 처음부터 이익형량의 저울대를 사용할 사안이 아니라고 해야 한다(‘표현의 자유의 원칙적 우위’). 진실한 사실이 적시되는 경우에도 이익형량을 통해 양자의 우위관계를 결정하고 있는 형법 제310조에 대한 분석으로 나아가기 전에 우선 진실사실적시를 통해 훼손될 가능성이 있는 ‘명예’의 실체에 가까이 가보자.

Ⅲ. 진실적시명예훼손죄의 구성요건상의 문제점

형법은 명예를 보호하기 위해 명예를 손상시킬 위험이 있는 사실적시 자체를 금지한다. 하지만 이를 통해 보호되는 명예는 모든 사람이 제각기 가지고 있는 주관적 명예감정도 아니고 인간의 존엄을 근거지우는 객관적 인격 그 자체도 아니다. 형법이 보호하는 명예는 사람의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 말한다. 하지만 이와 같은 사회적 평가로서의 명예는 그 사람의 그 사람이 관계 맺고 있는 외부적 접촉점인 사회적 지위와 역할에 따라 달라진다. 이와 같이 차원의 명예는 일정한 객관적 실체개념이 있는 것이 아니라 상호작용적 관계개념이다. 뿐만 아니라 명예는 외부

자유 보장이라는 상충되는 두 법익의 조화를 꾀한 것이라고 보아야 할 것이므로, 두 법익간의 조화와 균형을 고려한다면 적시된 사실이 진실한 것이라는 증명이 없더라도 행위자가 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다.”(대법원 1993.06.22. 선고 92도3160 판결).

에서 확인가능한 정태적 고정적 실체가 아니라 그 상대방이 외부세계와 맺고 있는 상호관계에 따라 형성되고 재생산되는 동태적 가변적 평가개념이다. 명예개념이 가지고 있는 이러한 특성은 진실적시명예훼손죄의 해석과 적용에 많은 어려움을 야기한다.

1. 형법의 개입시기를 법익침해의 전단계로 앞당김

위와 같은 명예 개념의 특성상 개별사례에서 어떤 대상의 인격적 가치에 대한 사회적 평가가 어떤 내용의 사실적시를 통해 현실적으로 손상되는지를 확인하는 일은 결코 쉬운 일이 아니다. 이 때문에 형법은 명예가 실제로 손상된 지점(결과)에서 개입하지 않고 명예를 손상시킬 가능성이 있는 사실적시 행위 자체가 있기만 해도 부과될 수 있도록 설계되었다. 즉 명예를 손상시킬 가능성이 있는 행위만 있어도 명예라는 법익이 침해될 위험성을 인정한 입법동기는 명예훼손죄를 추상적 위험범이자 거동범의 형식으로 만들어진 것이다. 이로 인해 명예를 보호하는 보호정도가 가장 강도높게 되었지만 필연적으로 형벌의 부과요건이 손해배상이라는 민사적 제재부과 요건에 비해 오히려 완화되었고, 형벌의 개입시기가 오히려 민법의 개입시기에 비해 전단계로 앞당겨지는 결과가 되었다. 형벌부과는 진실한 사실을 적시하는 행위만으로도 가능하지만, 민사적 손해배상은 정신적 손해 자체가 결과로서 나타나고 - 더 나아가 입증된 정신적 손해가 명예훼손적 발언 때문에 일어났다는 의미의 인과관계까지 입증되어야만 - 가능하기 때문이다.

2. 명예를 손상할 가능성이 있는 ‘진실사실’의 범위의 불명확성

진실적시명예훼손죄의 적시대상이 명예를 손상할 가능성이 있는 진실사실인데, 실제로 어떤 진실사실이 사람의 명예를 손상시킬 ‘가능성’이 있는 사실인지에 대해서 판단하는 것도 쉽지 않다. 개인을 둘러싼 수많은 정보⁹⁾ 중에서 명예를 훼손할

9) 개인 식별정보는 개인정보보호법을 통해 의료적 정보는 의료관계법을 통해 특별하게 보호된다. 이와 같은 특별한 영역에서의 정보는 일반적 인격권의 내용인 명예를 보호하는 명예보호법제에 비해 특별관계에 있으므로 명예훼손죄의 규정이 적용되지 않는다.

가능성이 있는 사실정보를 확정적으로 골라내는 일은 더욱 어렵다. 이 점은 무엇보다도 명예가 관계적 개념이기 때문에 모든 개인이 외부적으로 사회적으로 같은 정도의 평가를 받는 것이 아니기 때문이기도 하다. 다시 말해 명예는 상대방의 사회적 지위와 역할에 따라 그 가능성의 정도가 다르고 객관적으로 측정가능하지도 않기 때문에 누구에게나 동등한 수준으로 보호될 수도 없다. 그 피해자의 누구인지에 따라, 즉 명예의 주체의 사회적 역할과 지위(피해자의 특성)에 따라 적시되는 진실사실의 명예훼손의 가능성여부가 달라지기 마련인 것이다. 진실한 사실이 적시될 경우 피해자의 특성에 맞추어 명예훼손적 행위가 될 수 있는지를 판단하게 되면 평등한 법 적용의 요청과 요원하게 된다. 예컨대 협박죄의 경우 협박상대방이 어느 정도의 감수성과 어느 만큼의 강심장을 가지고 있는지가 문제되지 말아야 하듯이, 그리고 중상해로 인정되는 신체의 중요부분이 피해자의 직업과 전문성을 고려하지 않고 모든 피해자에게 평등하게 인정되어야 하듯이, 명예를 손상시킬 가능성(추상적 위험)이 있는 사실도 모두에게 동등하게 인정되는 사실로 제한되어야 한다. 하지만 진실사실 가운데 어떤 사실이 거기에 해당하는지는 일률적으로 말하기가 어렵다. 명예가 사람의 인격적 가치에 대한 외부적 사회적 평가개념이기 때문에 처음부터 상대방의 사회적 지위와 역할을 고려하지 않을 수 없는 문제가 형법이 보호대상으로 삼고 있는 외부적 명예라는 개념 구조 속에 들어 있는 것이다.

이와 같이 진실적시명예훼손죄는 명예를 손상할 가능성이 있는 진실사실과 그렇지 않은 진실사실의 경계를 구체적으로 구획지을 수 있는 명확한 잣대가 없을 뿐 아니라, 상대방의 신분적 지위에 따라 보호의 정도가 달라지며, 그 적시된 내용에 따라 명예훼손적 사실이 되는지의 여부가 달리 판단되는 문제점을 가지고 있다. 심지어 진실한 사실로서 명예를 훼손할 가능성이 있는 사실 범주는 상대방에 대해 부정적인 영향을 미치는 모든 진실사실이 여기에 포함된다고 할 수 있다.¹⁰⁾ 이 때문에 진실사실명예훼손죄는 결국 ‘남의 말을 좋게 합시다’라는 관계적 차원의 단순한 예

10) 예컨대 어떤 음식점에서 주문한 음식이 맛이 없다고 느꼈을 경우 맛이 없다고 인터넷에 게시하거나, 임금을 체불한 고용주의 영업소 앞에서 임금체불사실을 적은 피켓을 들고 있는 경우에도 명예훼손적 사실행위가 될 수 있다. 2016년 헌법재판소에 헌법소원 대상이 된 사건도 회의 중이던 주민들에게 폭언과 폭행을 하여 유죄판결을 받은 아파트 노인회 간부에 대해 피해 주민의 한사람이 인터넷에 당시 상황을 올린 글에 대해서도 진실적시명예훼손죄로 유죄가 선고된 사건이었다.

절을 전도시켜 ‘남을 나쁘게 말하지 말라’ ‘남에 대해 부정적인 말을 하지 말라’는 맥락으로 구성요건화한 것에 불과한 것이라고 해도 과언이 아니다. 진실적시명예훼손죄의 구성요건요소가 가지고 있는 문제는 여기에 그치지 않는다.

3. 진실적시 행위 자체의 행위반가치성

진실한 사실 가운데 어떤 사실이 명예를 손상할 가능성이 있는지 확인하기 어렵다는 점은 진실적시명예훼손죄의 결과반가치를 모호하게 만드는 측면이 있다. 이 죄가 보호하는 명예가 손상되었거나 손상될 위험성(가능성)이라도 있다고 하기 위해서는 그 전제로서 피해자가 어느 정도의 사회적 평가를 받고 있는지가 확정되어야 하는데, 이는 어떤 기준으로도 확정할 수 없고 앞에서 언급했듯이 사회적 역할과 지위에 따라 달라지는 것이기 때문에 본질상 불확정적일 수 밖에 없기 때문이다.¹¹⁾ 설혹 그 가능성(즉 명예라는 법익의 침해될 추상적 위험성)이 확인될 수 있어서 결과반가치성이 인정된다고 가정하더라도 이것만으로 명예훼손적 행위의 불법성을 근거지우기는 어렵다. 어떤 행위에 대해 형벌부과를 정당화 할 수 있는 불법성이 인정되려면 결과반가치 외에도 행위반가치가 있어야 하는데, 진실한 사실을 주장하거나 전달하는 행위 자체의 반가치성은 근거지우기가 쉽지 않다. 어떤 행위의 행위반가치성은 독립된 상수라기보다는 결과반가치성과 연계하여 판단되어야 할 종속변수일 수 밖에 없다. 운전자의 혈중알코올 농도가 높아지면 높아질수록 도로교통의 안전이라는 법익이나 교통관여자의 생명 신체라는 법익에 대한 위험성이 그만큼 높아지고, 낮아지면 낮아질수록 그 위험성의 정도는 그만큼 낮아진다. 예컨대 입법자가 혈중알코올 농도 0.05% 미만을 알코올의 영향을 받지 않은 운전으로 보아 그러한 정도의 음주상태하에서의 운전행위를 음주운전죄의 구성요건적 행위로 만들지 않은 것도 이러한 이유 때문이다. 입법자의 입법동기가 법익침해의 위험성에 있는 경우 그것이 가지는 행위반가치는 법익침해의 위험성의 정도에 비례하는 것이다. 하지만 진실한 사

11) 이 때문에 외적 명예를 보호법익으로 설정하게 되면 명예훼손죄의 불법판단이 불명확하게 되므로 죄형법정주의에 반할 수 있고, 따라서 진실적시명예훼손죄의 명예개념을 사실적으로 이해할 것이 아니라 순수 규범적인 개념으로만 이해해야 한다는 입장을 취하는 태도(이정원, “명예에 관한 죄에서의 명예개념과 구성요건의 체계,” 영남법학 제13집, 98면)도 있다.

실을 적시함으로써 명예를 손상할 가능성은 거의 없다. 진실한 사실을 적시함으로써 진실이 은폐된 상태에서 가정적으로 존재하였을 명예가 비로소 새롭게 형성되어 드러나는 것이지 명예가 손상되는 것은 아니라고 할 수 있기 때문이다. 이러한 이유 때문에 진실한 사실을 전달하거나 주장하는 것은 오히려 그 자체만으로 보면 사회생활의 정상적 표현형식(die normale Ausdrucksformen des Soziallebens)으로서 사람의 본능에 기인한 자연스러운 삶의 방식으로 여겨져왔다.¹²⁾

물론 행위자가 상대방의 사회적 평가를 저하시키려는 의도를 가지고 진실인 사실을 말한 경우 그 의도 내지 고의를 가지고 행위반가치성을 근거지울 수도 있다. 하지만 형법상의 행위반가치는 원래 외부적 행위 그 자체만으로 반가치성이 드러나는 경우가 원칙이다. 사람의 생명에 대한 침해로 향한 살인행위는 그 자체만으로도 행위반가치성을 드러낸다. 반면에 진실적시행위를 행위자의 주관적 의도에 근거하여 그 행위반가치성여부를 긍정하려고 하면 형법을 심정형법화할 위험이 있다. 이와 같은 위험성은 비방목적이라는 내심의 주관적 태도를 추가한다고 해서 줄어들지 않는다. 진실적시행위가 사회생활상의 정상적인 표현형식인 이상 그 자체는 반가치적 요소를 포함하고 있지 않은 - 마치 칼을 구입하는 경우와 같이 - 중립적인 행위이다. 형법이 그 자체 중립적인 행위를 금지의 영역으로 가져올 경우에는 그로써 보호하려는 법익이 중대한 법익이어야 하고, 그러한 행위 - 예컨대 살인예비행위 - 자체를 금지하지 않으면 해당 법익을 보호하기 어려울 정도의 특단의 요건(예, 보충성, 균형성)이 충족되어야 한다. 요컨대 ‘진실사실적시’는 결과반가치적 요소도 약할 뿐 아니라 결정적으로 행위반가치적 요소가 제로에 가깝기 때문에 형법상 불법적 내용을 가지고 있지도 않다. 이 때문에 형법은 공연성요건을 추가하여 다시 처벌범위를 제한하고 있으나 공연성 여부를 판단하는 법원의 잣대 역시 바람 앞의 갈대처럼 흔들리고 있다. 대법원이 전파가능성이 있는 경우 공연성이 인정된다고 하지만 구체적으로 언제 그러한 전파가능성이 있는지에 대해 대법원의 기준이 분명하지 않아서 적용상의 예측가능성을 어렵게 하고 있다. 이 때문에 뒤에서 살펴볼 공익성 요건까

12) 따라서 이러한 이를 단순히 구성요건적 행위의 하나로 금지되어야 한다고 선언하는 것은 생각조차 할 수 없는 일이고 사회적으로 참을 수 없는 일이라고 한다(Hans-Joachim Hirsch, "Grundfragen von Ehre und Beleidigung," FS fuer Wolff, S. 154; Ernst Amadeus Wolff, "Ehre und Beleidigung," ZStW 81(1969), S. 906).

지 동원되면 어떤 구체적 진실한 사실을 적시한 행위가 명예훼손죄에 해당하는지는 - 모욕죄 관련 사안과 함께 - 법률가들 사이에조차도 가장 판단하기 어려운 사안의 하나로 악명이 높다.

4. 진실사실의 적시를 통해 손상될 가능성이 있는 명예의 실체

진실사실이 적시된 경우 사회적 평가가 저하시킬 ‘가능성’이 있다고 하더라도 그로써 저하되는 사회적 평가가 과연 헌법이 그 보호가치를 인정하고 형법을 통해 보호할 가치있는 ‘명예’인지도 의문스럽다. 앞에서 언급했듯이 외부적 명예는 외부와의 상호작용적 관계맺음을 통해 형성되는 되는데, 이를 일상용어적으로 표현하면 ‘평판’ 또는 ‘세평’이라고 할 수 있다. 평판 내지 세평은 진실한 사실이 밝혀질 경우 나빠지는 것이 아니라 새롭게 형성된다. 앞에서 언급했듯이 배일이 가려진 조건하에서의 명예가 진실한 사실이 밝혀짐으로써 비로소 새로운 사회적 평가 내지 명예가 드러나는 것이다. 가려졌던 명예가 드러나서 하지만 진실한 사실이 드러나서 손상될 그 무엇이 있다면, 그것은 그러한 사실에 대한 부지를 통해 쌓여진 허명(잘못 형성된 평판)에 불과한 것이다.¹³⁾ 진실이 배일에 가려진 채 형성된 어떤 사람에 대한 세평은 그 사람의 인격적 가치에 대한 올바른 외부적 평가라고도 말할 수 없기 때문이다. 결국 진실사실적시를 금지함으로써 보호하려는 명예는 진실한 사실에 노출되기 전의 과장된 명예일 수가 있는 것이다. 이와 같은 잘못된 평판과 과장된 명예는 진실한 사실의 등장으로 손상을 입는 것이 아니라 바뀌어야 할 허명에 불과하다.¹⁴⁾ 진실한 사실의 적시로서 손상을 입는 것은 위신과 체면 뿐이다. 따라서 위신

13) 이 때문에 현재의 통설처럼 외적 명예만을 명예훼손죄의 보호법익으로 파악하면 내용없는 외관상의 평판이나 근거없는 세평만을 보호해야 하는 불합리한 경우도 생길 수 있음을 근거로 삼아 형법상 명예에 관한 죄의 보호법익을 내적 명예와 외적 명예를 합한 것으로 파악해야 한다는 견해(김일수/서보학, 형법각론, 박영사 2006, 187면; 주승희, “인터넷상 명예훼손죄의 비범죄화 주장 검토,” 형사법연구 제25호(2006년 여름), 290면 이하)도 있다.

14) 박경신, “진실적시에 의한 명예훼손 처벌제도의 위헌성”, 「세계헌법연구」 제16권 제4호(2010/12), 1면; 박동진, “명예훼손과 표현의 자유, 동향과 전망,” 51면; 신평, 헌법적 관점에서 본 명예훼손법, 2004, 313면; “진실한 사실은 사람의 사회적 평가를 형성하는 데 기초가 되는 사실이므로, 만약 진실한 사실의 공개로 사람의 명예가 훼손되었다면, 이는 진실에 기반을 두지 않은 기존의 사회적 평가가 허위로 형성되었거나 과대 또는 과장된 결과에 따른 것이므로, 진실한 사실의 적시로 인한

과 체면의 손상 또는 손상될 ‘가능성’만으로 형법적 개입을 인정하는 것은 위신과 체면이 깎이지 않으려는 사람을 보호하기 위해 진실의 입을 막는 태도이다. 다시 말하면 위신과 체면을 보호하는 것, 그것도 매우 그러한 것들이 실제로 손상을 입기 전단계에서 보호하는 것은 표현의 자유에 대한 과도한 제한인 것은 말할 것도 없고 형법이 보호할 가치있는 법익을 보호하는 것이 아니다. 이 때문에 진실사실적시를 통해 명예라는 이름으로 포장된 위신과 체면을 보호하는 일은 입법목적의 정당성조차 인정받기 어렵다.

결국 진실사실의 적시를 통해 위신과 체면을 보호하는 것은 명예를 보호한다는 명목으로 위신과 체면을 중시한 전통사회의 문화를 보호하는 태도라고 말해도 과언이 아니다. 헌법재판소도 “명예와 체면을 중시하는 전통적 가치”¹⁵⁾를 보호할 필요성을 강조하고 있지만, 이러한 의미의 전통적 가치는 형법이라는 수단을 통해 보호해야 할 수준의 가치가 아니라 극복되어야 할 전근대적인 현상일 뿐이다. 체면과 위신을 형법적으로까지 탄탄하게 지켜 줌으로써 우리 사회는 허위의식과 위선이 난무하게 만들고 사적인 공간과 공적인 공간에 이중적인 잣대가 사용되는 현상을 청산할 수 없게 만든다. 이러한 점은 결국 알려져야 할 사실이 알려지는 것을 막음으로써 지켜야 할 이익이 있는 주체만 유리하게 만들 수 있다.¹⁶⁾ 이는 표현의 자유의 범위를 축소시켜 진정하게 알려져야 할 사실을 은폐시키고 진정하게 보호되어야 할

명예의 훼손이나 저해가 부당한 결과라고 보기 어렵고, 허위의 명예나 과장된 명예가 표현의 자유에 대한 위축효과를 야기하면서까지 보호해야 할 가치가 있는 것이라고 보기도 어렵다.”(헌법재판소 2016.2.25. 2013헌바105, 2015헌바234(병합) 재판관 강일원, 김이수 반대의견).

- 15) “명예와 체면을 중시하는 우리 사회의 전통적 가치관의 영향으로, 인터넷 등 정보통신망에서의 명예훼손, 비방 글들로 인하여 피해를 입고 개인이 자살과 같은 극단적 선택을 하는 등 사회적 피해가 이미 심각한 상황에 이르고 있다. 따라서 표현의 자유를 보장하는 경우에도 우리 사회의 특수성을 고려하여, 이러한 명예훼손적인 표현을 규제함으로써 인격권을 보호해야 할 필요성은 매우 크다.”(헌법재판소 2016.2.25. 2013헌바105, 2015헌바234(병합)).
- 16) 과도하게 명예에 집착하는 현상은 어떤 의미에서든 노예제도를 인정한 사회에서 만연한 현상이었음을 지적하면서 우리나라 조선시대 노비제도하의 양반사회의 문화와 연결시키고 있는 글로는 김현경, 사담, 장소, 환대, 문학과 지성사, 2015, 61면 참조. 물론 조선시대에는 사실적시방법의 명예훼손을 현대 형법에서와 같은 형식으로 규율하고 있는 형법규규는 존재하지 않았다. 하지만 대명물(적해)이나 경국대전을 보면 노비가 주인을 모욕하는 경우를 엄벌하는 규정과 같이 일정한 신분적 지위에 있는 자의 명예를 보호하는 규정이 준비하게 있었음은 우리나라의 경우에도 외부적 명예는 높은 신분적 지위에 있는 자들의 전유물로 취급되고 있었음을 알 수 있다.

가치있는 명예를 보호해야 할 형법의 순기능까지도 저해할 수 있다.¹⁷⁾ 보호가치없는 명예(위신과 체면)을 보호하는 역기능만 극대화시킬 가능성이 더 높기 때문이다.¹⁸⁾ 물론 사생활의 내밀한 영역, 프라이버시 등은 여전히 보호되어야 한다. 하지만 이러한 이익과 가치는 명예와 다른 차원의 법익이므로 법체계상 이를 보호하는 다른 법률을 통해 보호되어야 한다.¹⁹⁾

IV. 형법 제310조의 문제점과 진실적시명예훼손죄의 위헌성

이와 같이 우리나라 형법은 명예보호를 ‘원칙적’ 우위에 두는 전제에서 출발하면서 확정하기에 모호할 뿐 아니라 보호할 가치도 없는 허명까지도 보호할 여지를 만들어내고 있는 진실사실적시라는 금지구성요건까지 만들어두고 있다. 하지만 형법은 이러한 구성요건에 내재해 있는 문제점을 자인이라도 하듯이 명예보호와 표현의 자유의 충돌을 완충하여 표현의 자유에 대한 ‘예외적인’ 우위성을 인정하는 자정장치인 형법 제310조를 마련해 두고 있다. 그럼에도 불구하고 형법 제310조가 이러한

17) 이러한 역기능은 사실을 이야기하고자 하는 사회적 유인을 위축시킬 뿐 아니라 범경제학적인 동태적 경제효율성이라는 관점에서 보면 판사들의 거래비용을 높이는 비효율성을 초래할 수 있다. 진실을 적시한 경우도 명예훼손죄가 될 수 있음을 알게 되면 다수가 이를 근거로 법정에서 판단을 요구하게 되고(2013년 기준 검찰에 접수된 명예훼손사건은 2004년에 비해 4배가 늘었고 접수된 사건 중 기소가 된 사건은 4.5배가 증가함) 이에 법원에서는 결과적으로 무죄가 될 허수의 사건들도 판단해야 할 필요성이 생기게 되기 때문이다. 이는 사회후생학적으로 볼 때 사회주체들의 표현의 자유에 대한 권리와 법률서비스 수혜의 효율성을 저해하는 결과로 이어질 수 있다.

18) 각종 고발성 시사프록을 보면, 고발대상 당사자들은 사실을 모두 인정하면서도 회사, 학교 등 이름만은 공개하지 말아 달라고 하는 부탁발언을 항상 덧붙이는데서 알 수 있다. 예컨대 불량식품 회사의 이름을 공개하지 않음으로써 유발되는 명예보호의 역기능은 시청자들의 공포와 불안을 확대시켜 건전한 식품회사 까지도 의혹의 대상으로 만드는 불이익을 가져다준다는 점에 있다. 이러한 점을 법익비례원칙의 심사틀속에서 국민의 알권리 및 자기보호권행사의 제약으로 강조하고 있는 견해로는 박경신, 앞의 논문, 4-5면).

19) 특히 혐오발언이나 증오표현 등도 외부적 사실적 명예개념이 아닌 규범적 명예개념 또는 인간존엄성에 근거한 명예개념을 기초로 한 새로운 보호방안을 필요로 한다. 뿐만 아니라 사회복귀를 막는 전과사실의 폭로 등도 명예보호 차원이 아닌 다른 차원에서 보호방안을 강구할 필요가 있다. 이러한 맥락에서 인간의 존엄성에 근거한 인격에 대한 사회적 평가를 명예개념으로 제안하면서 비밀이나 프라이버시도 명예훼손죄의 법제 안에서 보호해야 한다는 견해로는 이희경, 명예훼손죄에 관한 연구 - 명예보호의 한계 - 이화여자대학교 박사학위청구논문, 2009, 22면.

자정기능을 수행할 수 있는지는 의문이다. 표현의 자유를 보호하는 헌법적 관점에서 보면 형법 제310조는 구조적으로나 내용적으로 표현의 자유라는 자유권적 기본권의 본질내용과 상충되도록 만들어져 있기 때문이다. 종래 형법 제310조의 자정기능의 불충분성에 대한 문제제기는 있었지만, 제310조의 구조적·내용적 결함에 대한 비판에까지는 이르지 않고 있다.

1. 제310조의 구조적인 문제점

표현의 자유와 명예보호의 조화를 도모하고 있는 형법 제310조는 그 표제가 말해 주고 있듯이 진실사실적시 명예훼손죄의 위법성이 조각될 수 있는 두 가지 조건을 규정하고 있다. 앞에서 설명했듯이 표현의 자유의 예외적 우위성을 인정하기 위한 보조저울추, ‘사실진실성’과 ‘공익성’이 그것이다. 하지만 이 두 가지 조건은 구조적으로 다음과 같은 문제점을 가지고 있다.

첫째, 사실진실성의 체계적 지위부터가 문제가 있다. 형법 제307조 제1항에 따르면 진실사실의 적시는 진실적시명예훼손죄의 구성요건요소이다. 명예훼손죄의 불법을 근거지우는 요소 가운데 하나가 사실의 진실성인 것이다. 하지만 형법 제310조는 적시된 사실이 진실할 것이라는 점을 다시금 위법성조각의 조건으로 규정하고 있다.²⁰⁾ 이와 같이 현행 명예훼손법제는 진실사실적시를 구성요건요소인 동시에 위법성조각사유로서의 이중적 지위를 부여하고 있다. 진실한 사실을 위법성조각사유에서 다시 한번 활용하고 있는 입법자는 진실사실이 사실적시행위의 (행위)반가치성을 상쇄시키는 요소임을 부지불식간에 드러낸 것이라고 하지 않을 수 없다.

둘째, 진실적시행위의 위법성을 조각시킬 수 있는 두 번째 조건인 ‘공익성’이 표현의 자유와 명예보호의 이익형량의 구조 속에 들어와 있는 것은 더욱 문제거리가 된다.²¹⁾ 제310조에 따르면 사실의 진실성과 공익성이 충족되면 ‘잠정적’으로 존재

20) 물론 사실진실성을 단지 제307조 제1항과 제310조를 연결하는 지시어에 불과하다고 볼 수도 있을 것이다. 하지만 제310조가 제307조 제1항에 대해서만 적용된다는 점을 보여주기 위해서는 제310조에서 “제307조 제1항의 행위기”라는 지시어만으로도 충분하다. 여기에 더하여 ‘진실한 사실’을 다시 추가적 요건으로 제시하고 있음은 그만큼 ‘사실진실성’이 가벌성배제와 결정적으로 연관되어 있음을 은연중에 인정하고 있는 것이라고 볼 수 있다.

21) 법문상 ‘오로지 공공의 이익에 관한 것’이라고 되어 있지만, 실무는 ‘주로 공공의 이익에 관한

하는 것으로 가정된 명예훼손적 행위의 ‘불법’이 ‘궁극적’으로 탈락된다는 것인데, 이 경우 객관적 전체 법질서의 관점에서 위법성을 조각시키는 실정법적 근거는 헌법의 표현의 자유이다. 형법이론적으로 설명하면 진실적시행위가 명예훼손죄의 구성요건해당성이 인정되지만 진실성과 공익성을 갖춘 표현의 자유가 명예보호에 비해 우위에 오게 됨으로써 법질서전체의 관점에서 볼 때 진실적시행위가 ‘정당화’(또는 허용)되는 것이다. 하지만 이러한 정당화의 구조(앞에서 설명한 ‘표현의 자유의 예외적 우위’¹⁾ 참조)가 헌법의 기본권이론의 관점에서 납득이 될 수 있는지가 문제이다. 명예보호에 비해 표현의 자유를 예외적으로 우위에 있게 만드는 공익성이라는 요소가 양자의 균형추를 표현의 자유쪽으로 기울게 만드는 속성을 가지고 있는지에 대한 근본적인 의문이 생길 수 있기 때문이다. 여기서 비교되는 두 개의 단위, 즉 명예보호와 표현의 자유라는 두 개는 모두 헌법에서 보장되고 있으므로 국민의 자유와 권리이다. 따라서 이 두 가지는 원칙적으로 그 자체만 가지고는 우열을 가릴 수 없다. 그리고 명예라는 이익과 표현의 자유라는 이익은 모두 국가로부터의 불개입이라는 관점에서 보면 개인이 누려야 할 ‘사익’에 해당한다. 여기서 표현의 자유를 구가하기 위한 개인이 상대방 개인과 관련된 진실된 사실을 적시함으로써 명예가 손상될 수 있는 행위를 하면 사익과 사익의 충돌이 있게 된다.

하지만 형법적 차원에서 명예라는 법익보호를 위한 구성요건이 만들어졌다는 것은 이미 명예가 개별 피해자의 사익의 차원에서 벗어나 ‘모든’ 잠재적 피해자를 위한 보편적 추상적 법익질서라는 국가의 공적질서 속으로 편입되었음을 의미한다. 즉 형법은 명예보호라는 공적질서의 보호를 위해 사익에 해당하는 표현의 자유를 제한하는 구성요건을 만듦으로써 명예보호에 우위성을 부여한 것이다. 여기서 형법 제310조가 다시 표현의 자유에 손을 들어주기 위한 조건으로 ‘공공의 이익에 관한 것’, 즉 ‘공익성’을 제시하고 있다. 하지만 이러한 태도에는 다음과 같은 의문이 제기된다. 헌법적인 관점에서 볼 때 이와 같이 형법이 공익성을 조건으로 하여 이미 공적인 질서에 편입되어 있는 명예의 보호수준을 다시 제한하고 표현의 자유를 확대할 수 있는가? 표현의 자유라는 기본권이 사익을 위한 장에서는 명예보호에 의해

¹⁾이런 족하다고 넓게 해석하고 있는데, 이러한 해석은 표현의 자유를 넓히려는 취지에서 그 자체 문제가 되지 않는다.

뒷전에 밀리고, 공익을 위한 장에서는 명예보호에 비해 우위에 서게 된다고 말할 수 있는가? 헌법은 어디에서도 개인의 자유권적 기본권인 표현의 자유와 관련하여 공익과 사익을 구별하여 전자의 영역에서만 공익관련적 표현의 자유를 보다 강화하고 신장한다고 하지 않고 있다. 헌법이 표현의 자유를 보장하는 것은 민주사회에서 그것을 보장함으로써 의견형성에 기여할 수 있고 국민의 알권리에 도움이 되며, 건전한 토론을 가능하게 하여 민주주의의 발전에 초석이 되는 것임을 인정하기 때문이다. 이러한 표현의 자유는 언론의 자유로도 나타나고 출판의 자유로도 나타나며 집회와 결사의 자유로도 나타난다. 이와 같은 전제하에서 보면 진실사실적시는 - 허위사실적시의 경우와는 달리 - 민주사회에서 의견형성의 기초가 되고 의견형성에 기여하는 것이라는 이유로 헌법적 보호를 받는 것이지 그것이 공익에 관한 것이기 때문에 보호되거나 보호의 위상이 달라지는 것은 아니다. 이 때문에 독일 형법도 적시된 사실이 진실인 것으로 증명되면 - 공익에 관한 것이건 사익에 관한 것이건 묻지 않고 무조건 - 형법의 개입대상에서 제외하고 있는 것이다. 이러한 점에서 보면 진실사실적시의 경우 형법 제310조의 태도가 비록 표현의 자유에 대한 예외적 우위성을 인정하기 위해 공익성을 원근으로 동원한 것이라고 선의로 해석하더라도 헌법적인 관점에서 볼 때 이는 잘못 동원된 원근이라고 하지 않을 수 없다.²²⁾

위법성조각사유로서 공익성요건을 가져온 형법 제310조의 태도는 공익성을 기본권의 보장적 차원이 아니라 기본권 제한적 차원에서 요구하고 있는 헌법 제37조 제2항의 문언과도 조화되지 못한다. 주지하다시피 헌법 제37조 제2항은 국가안전보

22) 형법 제310조가 공익성요건을 진실적시행위의 위법성을 조각시키기 위한 조건의 하나로 규정한 형사입법자의 조치는 헌법체계에 반할 수 있다. 왜냐하면 우리나라 헌법 제37조 제2항에서 공익목적은 본래 기본권제한을 위한 입법목적으로 되어 있을 뿐임에도 형법에서 이를 다시 기본권제한의 한계나 자유권적 기본권보장을 위한 논거로 사용하고 있기 때문이다. 이러한 형법의 태도가 심지어 위헌적일 수도 있음을 이론적으로 뒷받침해 주고 있는 글로는 한수웅, “표현의 자유와 명예의 보호,” 저스티스(통권 84호), 2005.4, 47면(“표현의 자유는 일차적으로 개인적 자유권으로서, 바로 개인이 사적인 영역의 자율적 형성을 위하여 사적으로 이용할 수 있기 때문에 보장되는 것이다. 사적인 것은 모든 자유권의 본질적 요소이며, 마찬가지로 표현의 자유의 본질적 요소이다(Vgl. Schmitt Gaeser, “Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des BVerG,” AoeR 113(1988), S. 55). 자유권이란 임의의 자유권이이지, 무엇을 위한 자유, 예컨대 공익실현을 위한 자유가 아니다 (Vgl. Boeckenfoerder, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation,” NJW 1974, S. 1535). 기본권적 자유가 국가목적이나 공익실현의 목적에 종속되어, 그 결과 개인이 자신의 자유를 국가공동체에 바람직한 방향으로 행사해야 한다면, 그것은 이미 자유가 아니다”).

장, 질서유지 또는 공공복리라는 공익목적상 법률을 통해 기본권(표현의 자유)을 제한할 수 있음을 선언하고 있다. 여기에는 국가가 인정한 공적인 법익질서를 유지하기 위해 법률로서 기본권(자유)을 제한할 수 있다는 기본권제한의 법률유보원칙이 천명되어 있고, 형법도 이에 근거하여 법익보호를 위해 기본권을 제한하는 것이다. 이러한 관점에서 보면 형법의 모든 법익은 공익적인 차원의 이익과 가치이고, 따라서 공익은 (표현의 자유를 포함한) 모든 자유권적 기본권을 제한하기 위한 근거가 된다. 명예라는 법익 역시 헌법이 그 보호가치를 인정하여 형법에 의해 보호되는 보호법익의 하나로서 공적인 질서속에 편입되었다. 이와 같이 공적인 차원에서 보호되고 있는 명예가 다시 공익성 때문에 후퇴될 수 있는가? 법익보호를 위해 기본권(자유)을 제한하는 근거가 되어 있는 ‘공익성’을 다시 자유권적 기본권을 우위에 놓기 위한 근거로 다시 활용하는 것은 공익성이라는 요건에 대한 잘못된 활용법이다. 무엇보다도 헌법은 기본적으로 사익에 해당하는 자유권적 기본권을 사익을 위해 사용할 때에는 제한받고 공익을 위해 사용할 때는 그 제한을 다시 없애고 있지 않다. 표현의 자유가 공익만을 위해 구가될 때 더욱 빛나는 자유권적 기본권도 아니고 공익을 위해 투입되어야 헌법적인 보호를 더 두텁게 받게 되는 자유권적 기본권도 아니다. 표현의 자유가 공익과 결부될 때에만 완전하게 보장된다는 제한은 국가가 원칙적으로 사익을 추구하는 개인에 대해 공익을 추구할 것을 강요하는 처사로 밖에 읽히지 않는다. 헌법이 국가에게 허용하고 있는 것은 다만 공익을 위해 사익을 ‘제한’할 수 있다는 점 뿐이다. 따라서 국가는 사익이 공익을 위해 실현될 때 그 사익을 ‘확대’시켜 줄 수가 없다. 요컨대 형법 제310조는 - 진실성조건 뿐 아니라 - 공익성 조건에 대해서도 이중적 모순적 지위를 부여함으로써 명예보호와 표현의 자유와의 관계설정을 반헌법적으로 만들고 있다. 제310조가 자유권적 기본권제한의 근거가 되어야 할 공익성을 그러한 기본권 제한을 회복하기 위한 근거로 가져온 것은 자유권적 기본권의 의의와 그 제한을 위한 헌법적 범리를 잘못 사용한 것이라고 할 수 있다.²³⁾ 물론 이러한 평가는 공익성요건을 추가해서라도 표현의 자유에 우위

23) 헌법적 차원에서 이러한 결론을 지지해 주고 있는 글로는 한수웅, 앞의 논문, 47-48면(“우리 헌법은 기본권적 자유의 보호를 공익에 기여하는 자유행사에 제한하는 것이 아니라, 제3자의 법익이나 공익 등 필수적인 법익의 보호를 기본권의 제한을 통하여 실현하는 구조를 취하고 있다(헌법 제37조 제2항). 공익 등 헌법적인 보호법익은 단지 기본권적 자유의 한계이지 자유행사의 지침이 아닌

를 인정하려는 경우의 수를 늘리려는 입법자의 노력에 대한 지나치게 야박한 평가 일련지는 모른다. 하지만 입법자로 하여금 공익성을 위법성조각사유의 요건속으로 편입시켜 법익보호와 자유권적 기본권 제한의 관계에 혼란을 야기할 수 있는 명예훼손법제를 만들지 않을 수 없도록 막다른 골목으로 몰아넣은 것은 애시당초 금지하지 말았어야 할 진실사실적시명예훼손행위를 굳이 금지목록속에 넣은 입법자의 무리수 때문이라고 말하는 것은 결코 지나친 평가라고 할 수 없다.

2. 형법 제310조의 내용적(해석론상의) 문제점

표현의 자유와 명예보호 간의 조화를 도모하기 위해 공익성요건을 표현의 자유의 예외적 우위성을 인정하기 위한 옵션으로 가져온 입법의 오류는 공익성 요건에 대한 해석과정에서도 다음과 같은 문제점을 노출하고 있다.

첫째, 명예훼손죄의 성립여부를 검토하는 과정에서 공인 또는 공적인 인물에 대한 명예를 사인에 대한 명예에 비해 상대적으로 소홀하게 취급하는 태도로 귀결되고 있다. 이러한 해석태도를 먼저 취한 것은 헌법재판소였다. 헌법재판소는 1999년 경부터 헌법재판소는 명예훼손 관련 실정법을 해석·적용할 때에는 공적 인물과 사인, 공적인 관심 사안과 사적인 영역에 속하는 사안 간에는 심사기준에 차이를 두어야 하고, 공적 인물의 공적 활동에 대한 명예훼손적 표현은 그 제한이 더 완화되어야 한다는 기준을 제시하고 있다.²⁴⁾ 이러한 논리는 헌법재판소도 자인하다시피 “명예훼손죄가 권력을 가진 자의 편에서 약자를 억누르기 위한 방편으로 사용되어 온 전력”²⁵⁾에 대한 반성적 반작용이라고 할 수 있다. 공인에 대한 표현일 경우 명예보호 보다 표현의 자유를 상대적으로 강화하는 논리는 대법원도 따르고 있다.²⁶⁾ 대법

것이다(Vgl. Starck, Die Verfassungsauslegung, in: HdbStR Bd.VII, 1992, §164. Rz.46).”

24) 헌법재판소 1999.6.24. 97헌마265; 헌법재판소 2013.12.26. 2009헌마747 참조.

25) “역사적으로 보면, 사람의 가치에 대한 사회적 평가(명예)를 보호할 목적으로 만든 명예훼손 관련 법은, 권력을 가진 자에 대한 국민의 비판을 제한·억압하는 수단으로 쓰여졌다. 국민의 알권리와 다양한 사상·의견의 교환을 보장하는 언론의 자유는 민주제의 근간이 되는 핵심적인 기본권이고, 명예 보호는 인간의 존엄과 가치, 행복을 추구하는 기초가 되는 권리이므로, 이 두 권리를 비교형량하여 어느쪽이 우위에 서는지를 가리는 것은 헌법적인 평가 문제에 속하는 것이다”(헌법재판소 1999.6.24., 97헌마265).

원은 - 정부 또는 국가기관은 명예훼손죄의 명예의 주체가 아니라고 하면서 - “정부 또는 국가기관의 정책결정 또는 업무수행과 관련된 사항을 주된 내용으로 하는 언론보도 등으로 인하여 그 정책결정이나 업무수행에 관여한 공직자에 대한 사회적 평가가 다소 저하될 수 있다고 하더라도, 그 보도의 내용이 공직자 개인에 대한 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되지 않는 한, 그 보도로 인하여 곧바로 공직자 개인에 대한 명예훼손이 성립되지는 않는다”²⁷⁾ 하고 있기 때문이다. 이러한 논리를 가능하게 하는 실정법적 근거 내지 배경은 형법 제310조이고 그 가운데 결정적인 요건은 공익성이라는 요건이다.

하지만 형법 제310조의 공익성요건을 미국의 판례법에서 처럼 공인 피해자와 사인 피해자로 구별하는 태도와 결부²⁸⁾시키는 것은 형사책임영역에서 공익성요건에 대한 올바른 해석태도라고 보기 어렵다. 오히려 피해자가 공인이 아니어도 사실적시가 공익에 관한 것일 수도 있고, 피해자가 공인이어도 사실적시가 공익에 관한 것이 아닐 수도 있기 때문이다. 제품의 하자과 관련하여 사기업체의 사장을 향한 소비자의 사실적시나 개인 영업주에 대한 소비자의 불만을 토로하는 사실적시가 공적인 인물을 겨냥하고 있는 것은 아니지만 그러한 사실적시행위의 필요성과 정당성은 의심받을 여지 없이 공공의 관심사항이다. 이러한 점을 고려하면 오히려 ‘공인/사인’의 구별에 따른 명예보호의 차등취급이 아니라 ‘공적 관심사/사적 관심사’의 구별에 따른 명예보호의 차등취급이어야 ‘공공의 이익’이라는 문언의 문자적 의미에 부합한다고 할 것이다.²⁹⁾ 공인을 향한 발언의 경우에만 표현의 자유를 더 넓게

26) 이와 같은 헌법재판소의 결정취지를 적극 수용한 최초의 대법원 판례는 민사판결인 대법원 2002.1.22. 선고 2000다37524 판결이고 이후 이러한 취지는 형사판결에서도 관철되고 있다.

27) 대법원 2011.9.2. 선고 2010도17237 판결 참조.

28) 미국에서 명예훼손에 대해 엄격책임의 법리에 따라 진실성과 허위성이 모호하거나 진실성의 입증 이 어려운 경우 피고에게 손해배상책임을 인정했던 종래의 판례의 태도를 수정하여 ‘공직자’에 대한 명예훼손사건에는 피고의 현실적 악의를 원고가 입증할 것을 요구함으로써 공적 이익의 보호를 위해 표현의 자유를 넓힌 것은 1964년 연방대법원의 뉴욕 타임즈 판결(New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S.254)에서부터였고, 1974년 연방대법원의 Gertz 판결(Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323)에서는 ‘공적 인물’에 대해서, 그리고 1985년 연방대법원의 Dun&Bradstreet 판결(Dun&Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc., 472 U.S. 749)에서는 ‘공적 관심사’로 그 외연을 확대하였다(자세한 내용은 권태상, “공적 인물에 대한 명예훼손,” 비교사법 22권 제2호, 한국비교사법학회, 2015, 629면 이하 참조).

29) 대법원도 이와 같은 해석의 가능성을 인정하고 있다.

인정하고, 공인이 아닌 자를 겨냥한 발언은 - 공적인 관심사임에도 불구하고 표현의 자유를 명예보호의 뒷전으로 위치시키는 태도는 공익성의 요건에 대한 목적론적 축소해석일 뿐 아니라 헌법의 표현의 자유라는 자유권적 기본권의 본질에도 부합하지 않는다. 뿐만 아니라 종래 명예훼손법제가 권력자에게 유리하게 작동된 것임에 대한 반성이기는 하나, 그러한 반성적 차원에서 공적인 인물에 대한 명예보호를 소홀하게 취급하는 것도 여전히 평등한 법 적용이라는 헌법상의 요구에 반하기는 마찬가지이다. 진실한 사실이 적시되는 경우 ‘공인’에 국한시키지 않고 모든 ‘공적인 관심사’에 대해 명예보호의 수준을 낮추고 표현의 자유를 높이는 방향으로 전향적인 해석을 하더라도 문제는 여전히 해소되지 않는다. 낮은 수준의 명예보호 때문에 공적인 정책이나 업무를 둘러싸고 전개될 의견형성 내지 토론의 장에 나서서 여론의 못매를 맞아도 명예를 보호받을 수 없게 되면 오히려 아무도 공적인 토론의 장에 나서는 일을 꺼리게 되는 반대적 위축현상이 일어날 수도 있기 때문이다.³⁰⁾ 피해자의 사회적 지위에 따른 차별이든 역차별이든 보다 근본적인 문제는 이러한 모든 해결방안이 임시적 해결방안으로서 헌법상 자유권적 기본권인 표현의 자유의 인정범위에 대한 자의적 축소에 근거하고 있다는 점에 있다. 앞에서 언급했듯이 사실적시가 공적인 관심사인지 사적인 관심사인지에 따라 형사처벌의 영역에서 표현의 자유의 우열성이 바뀌는 것은 적어도 헌법적인 관점에서 보면 - 적어도 입법론상 - 정당화되기 어렵기 때문이다.³¹⁾ 표현의 자유는 사적인 관심사이든 공적인 관심사이든 차

30) 한수웅, 앞의 논문, 49면.

31) 공인과 사인 및 공적인 관심사와 사적인 관심사인지에 따라 명예보호와 표현의 자유와의 관계를 역전시키는 태도가 형사처벌의 영역에서 수용될 수 없음을 앞에서 설명한 자유권적 기본권으로서의 표현의 자유의 본질론에 기초하여 볼 때 반박되기 어려운 결론이다. 공익성이 자유권적 기본권을 제한하는 근거가 될 수는 있어도 자유권적 기본권(표현의 자유)의 헌법적 보호를 두텁게 하고 공적 질서에 해당하는 명예에 대한 형법적 보호를 포기하는 논거로 사용될 수 없기 때문임도 앞서 언급하였다. 하지만 민사적 손해배상의 영역에서는 공익성을 사익보호를 제한하는 근거로 사용하더라도 문제가 없다. 민사적 손해배상의 경우에는 명예보호와 표현의 자유가 순수 사익간의 충돌 차원으로 이해되고, 이 경우 공익성은 양자의 충돌을 조절하는 척도로 기능하여 공익적 표현에 대해 명예주체인 피해자의 명예라는 사익을 제한하더라도 헌법적인 관점에서 문제가 없기 때문이다. 민사적 손해배상 영역은 형사처벌의 영역에서와는 달리 표현의 자유와 명예보호는 항상 구체적인 사례에서 절대적 우열관계로 나타나지 않고 손해의 공평한 조절이라는 논리에서 접근하므로 표현의 자유와 명예의 보호의 상대적 우위성을 인정하는 것이 가능하다. 불법행위의 요건 가운데 손해를 확인하는 과정에서 명예훼손의 피해자가 입은 손해발생의 여부나 그 크기를 계산함에 있어 손해를 분담할 수 있다는 사고가 가능하기 때문이다. 공적인 차원에서 표현의 자유를 더 보호해야

등적으로 누릴 수 있는 자유권적 기본권이 아니다. 표현의 자유는 공공의 이익에 관한 것이든 사익에 관한 것이든 의견형성에 기여하는 진실이 적시되는 경우에는 동등하게 보장되어야 한다.³²⁾ 요컨대 진실한 사실의 적시는 공익성과 상관없이 그 자체로서 - 제3자의 내밀한 영역이나 프라이버시의 침해 또는 혐오나 증오와 연결되는 인간존엄을 침해하는 경우 등 예외적인 경우를 제외하면 - 표현의 자유의 원칙적인 범위속으로 들어와야 한다. 반면, 허위사실은 의견형성에 기여할 수 있는 것이 아니기 때문에 표현의 자유보다 명예보호가 우위에 있어야 한다.

둘째, 공익성이라는 요건은 표현의 자유에 우위를 두기 위해 명예훼손죄의 위법성 조각사유로 동원되더라도 죄형법정주의의 명확성원칙에 반할 여지가 크다. 공익성 개념은 그 범위가 지나치게 넓고 모호해서 처벌과 불처벌의 한계와 관련하여 예측가능성 내지 법적안정성을 저해하기 때문이다. 법관이 공익성개념을 해석·적용함에 있어 공익성이 인정되는 경우와 부정되는 기준을 명확하게 제시하지 못하면 위법성 조각사유가 결국 예측가능성을 담보하지 못하게 된다. 헌법재판소도 명확성원칙은 위법성조각사유에 대해서도 적용되어야 하는 것임을 인정하고 있다.³³⁾ 최근 일명 미네르바 사건과 관련하여 헌법소원의 대상이 된 전기통신기본법 제47조 제1항의 “공익”개념에 대한 헌법재판소의 위헌결정은 형법 제310조의 공익성개념도 명확성원칙에 위배되는 것임을 사실상 인정한 것이라고 할 수 있다. 구성요건요소로서의 “공익을 해할 목적”의 “공익”개념이 “표현의 자유에서 요구하는 명확성의 요청 및 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배”되는 것으로 선언되었는데,³⁴⁾ 동일한 개념인 “공공의 이익”이 위법성조각사유로 인정되어 있다고 해서 그 불명확성이 제거되는 것이라고 할 수는 없기 때문이다. 공익을 해할 목적인 경우에는 공익개념이 불명확

할 필요성이 있으면 명예보호의 필요성을 상대적으로 축소시켜 손해배상의 필요성이 없거나 그 정도를 줄여나갈 수 있는 것이다. 영미권에서 공인/사인구별론이나 공적 관심사/사적 관심사의 구별이론이 모두 형사책임이 아닌 ‘손해배상’의 차원에서 문제되고 있는 것도 바로 이러한 배경임을 간과해서는 안된다.

32) 한수웅, 앞의 논문, 48면.

33) “범죄의 성립과 처벌은 법률에 의하여야 한다는 죄형법정주의 본래의 취지에 비추어 볼 때 정당방위와 같은 위법성조각사유 규정에도 죄형법정주의의 명확성 원칙은 적용된다 할 것이다.”(헌법재판소 2001.6.28. 99헌바31).

34) 헌법재판소 2010.12.28., 2008헌바157.

하지만 공익을 위할 목적인 경우에는 공익개념이 명확하다고 말하는 것은 다같은 “공익”개념에 대해 한입으로 두말을 하는 태도에 불과하다. 최근 헌법재판소가 정보통신망법의 비방목적 진실적시명예훼손죄의 경우는 합헌이라고 한 태도가 이와 같이 한입으로 두말하는 태도를 보여준 것이라고 평가할 수 있다. 헌법재판소가 “허위사실”을 유포할 경우 “공익”개념이 표현의 자유에서 요구하는 명확성의 요청에 반하므로 전기통신기본법상의 금지구성요건이 위헌이라고 하면서도 “진실사실”을 적시한 경우에는 “비방목적”만 있다면 그 구성요건이 합헌으로 선언하고 있는데,³⁵⁾ 이러한 태도는 비방목적 그 자체가 비판목적과 구별되기 어려운 불명확성을 가지고 있다는 점을 차치하고서라도 - “비방목적”은 “공익성”과 양립할 수 없으므로 공익성만 인정되면 비방목적은 언제나 사라질 수 있다는 해석태도³⁶⁾와 결합되면 결국 스스로 불명확한 개념이라고 인정한 공익성여부체 따라 가별성여부가 최종 결론내려지게 되는 바, 이것으로 이미 헌법재판소는 자충수를 둔 것과 다를 바 없다. 뿐만 아니라 불명확한 ‘공익성’개념을 사실상 불명확하다고 의심받고 있는 ‘비방목적’과 결부시킴으로써 진실적시행위의 최종적인 불법은 이중의 모호성을 가진 잣대에 의해 판단되는 결과가 된다. 더 나아가 불명확한 개념인 ‘공익성’이 자칭 명확한 ‘비방목적’을 좌지우지 한다면 명확성이 불명확성에 의해 그 힘을 잃게 되는 이상한 결론을 수용하는 셈이 되고 만다. 불명확한 개념을 명확한 개념으로 보완할 수는 있지만 명확한 개념을 불명확한 개념을 통해 밀어낼 수는 없을 것이라는 점에서 볼 때, 정보통신망법의 비방목적 진실적시명예훼손죄의 합헌성을 선언한 최근 헌법재판소의 태도는 자체 논리적 일관성을 결여하고 있다고 평가하지 않을 수 없다.

셋째, 표현의 자유를 예외적으로 우위에 두기 위한 공익성이라는 요건을 동원하고 있는 형법 제310조는 기대와는 달리 실효성있게 표현의 자유를 보장하지도 못한다. 공익성요건의 기능에 한계가 있기 때문이다. 이러한 한계는 앞서 언급했듯이 대법원이 비방목적이 인정되더라도 공익성이 인정되면 그 비방목적이 부정된다고 하

35) 헌법재판소 2016.2.25. 2013헌바105, 2015헌바2349(병합).

36) “형법 제309조 소정의 ‘사람을 비방할 목적’이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있다고 할 것이므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 때에는 특별한 사정이 없는 한 비방의 목적은 부인된다.”(대법원 2003.11.13. 선고 2003도3606 판결). 헌법재판소도 대법원의 이러한 해석을 그대로 수용하고 있다(헌법재판소 2016.2.25.자2013헌바105, 2015헌바234(병합)결정).

는 비양립론적 태도를 견지하고 있음에 기인한다. 이에 따르면 공익성에 지향한 비판목적이나 개인의 사익을 추구하기 위한 이기적 동기와 비방목적이 인간의 내심의 구조속에서 서로 양립될 수 없는 성질의 것이라고 한다. 이러한 비양립론적 시각은 출판물등에 의한 진실적시명예훼손죄나 전기통신망(인터넷)에 의한 진실적시명예훼손죄의 구성요건요소인 ‘비방목적’을 부정함으로써 형법 제310조의 적용범위, 즉 진실적시행위의 위법성이 조각될 수 있는 문호를 넓히는 의미를 가지기는 한다. 형법 제310조는 오직 형법 제307조 제1항의 구성요건을 충족시키는 행위에 대해서만 적용되도록 만들어져 있기 때문에 공익성 긍정은 제307조 제1항 이외의 다른 명예훼손죄의 구성요건이 적용되어야 할 사건을 제307조 제1항의 구성요건이 적용되어야 할 사건으로 바꾸는 변속장치로서의 역할을 할 수 있기 때문이다. 하지만 그 반대의 경우를 생각하면 비양립론적 시각은 금방 고장난 변속장치가 되고 만다. 공익성과 비방목적이 양립할 수 없다면 비방 목적을 긍정함으로써 공익성을 부정하는 논리로도 활용될 수 있기 때문이다. 이렇게 되면 제307조 제1항의 진실사실적시의 경우에도 공익성이 부정되어 결국 제310조가 적용될 수 없고 그 결과 표현의 자유의 예외적 우위성을 인정하는 입법태도가 언제든지 무시될 수 있기 때문이다. 이와 같이 표현의 자유의 우위성을 인정하는 예외적인 경우의 수를 현저하게 축소시킬 수 있는 사고구조가 바로 공익성과 관련한 비양립론적 시각인 것이다. 비방목적이 공익성이 인정될 때 부정되는 것과 마찬가지로 공익성도 비방목적이 긍정되는 순간 일순간에 소실되고 말 요건으로 보는 것이 대법원의 태도라면,³⁷⁾ 표현의 자유의 원근으로서 가벌적 행위의 위법성을 조각시키는 경우의 수가 극도로 축소되어 위법성 조각사유가 사실상 무용하게 될 수도 있다.³⁸⁾ 뿐만 아니라 이러한 비양립론적 시각

37) “피고인이 작성하여 게재한 글의 내용이 진실한 사실로서 공소와 주식회사의 시정되어야 할 부분이 일부 포함되어 있기는 하나, 공소와 주식회사를 비방하는 취지가 그 내용의 주조를 이루고 있는 점, 위 사건과 관련되어 있는 자들뿐만 아니라 불특정 다수인들이 볼 수 있는 정치인이나 언론사 또는 위 공소의 주식회사와 경쟁관계에 있는 다른 제약회사의 홈페이지에 게재한 점 등에 비추어 볼 때, 피고인이 위와 같은 내용의 글을 게재한 것이 형법 제310조 소정의 오로지 공공의 이익에 관한 때에 해당한다고 할 수는 없다”(대법원 2004.5.28. 선고 2004도1497 판결).

38) 박경신, 앞의 논문, 8면에서 위축효과를 제310조의 공익성항변이 충분히 해소시켜주지 못한다고 주장하면서, 그 근거중의 하나로 비방 목적을 인정함으로써 공익성을 부인하는 경우를 제시하고 있다. 최근 헌법재판소의 반대의견도 대법원의 이른바 비양립론에 반대하여 “결국 진실한 사실을 적시한 것에 사람을 ‘비방할 목적’이 있는지 여부에 대한 판단을 전적으로 법관의 주관적인 판단에

은 인간의 내심의 구조를 제대로 묘사하고 있지도 못하다. 인간의 내심의 구조는 워낙 다양한 내심의 목적들과 동기들이 고도로 응축되어 있어서 하나의 생각이 존재하면 다른 생각이 배척되게끔 작동하지 않는다. 비방목적이 있다고 해서 공익성과 공익을 위한다는 목적이 마음속에서 사라진다는 것은 인간의 내심의 구조를 서로 밀어내도록 되어 있는 음극과 양극의 전기구조로 설명하는 극도로 소박한 생각에 불과하다. 물론 대법원이 인간의 생각세계를 이렇게 단순하게 생각하고 있을리는 만무하다.³⁹⁾ 대법원으로 하여금 인간심리에 대한 이와 같은 소박한 수준에 이르게 한 것은 명예훼손법제의 단추가 처음부터 잘못 끼워진 탓이 크다. 진실사실적시를 금지구성요건에 넣은 것이 그 첫 번째 잘못 끼워진 단추이고, 그것을 만회하기 위해 공익성을 위법성조각사유로 넣은 것은 두 번째 잘못 끼워진 단추이다.

넷째, 대법원이 인정하는 공익성과 비방목적의 비양립론은 출판물에 의한 진실적시명예훼손죄와 정보통신망에 의한 진실적시명예훼손죄의 존재의의도 크게 반감시킨다. 비양립론하에서는 공익성만 인정되면 비방목적은 부정될 수 밖에 없고 비방목적이 인정되면 공익성이 부정되는 결과가 된다. 이와 같이 공익성과 비방목적의 상호배척성은 비판목적과 구분되기 어려운 비방목적의 존부를 비판목적(공익목적)과 맞닿아 있는 공익성에 의해 판단하게 되면 그 존부 판단이 사실상 자의적으로 이루어지게 된다. 앞에서 언급했듯이 두가지 판단 모두 불명확한 개념이 척도가 되는 한 명예훼손죄의 인정에 이중적인 예측불가능성이 초래되기 때문이다. 뿐만 아니라 이 두 개의 구성요건은 표현의 자유라는 관점에서 평등한 법적용의 원칙까지 위협한다. 두 개의 구성요건이 상정하고 있는 행위주체의 차별성이 가별성에 현격한 차이를 가져오기 때문이다. 출판물등에 의한 명예훼손의 경우는 통상 신문기자 등 언론인이 행위자가 되고, 인터넷에 의한 명예훼손의 경우는 일반시민이 행위자가 된다. 전자의 경우는 대부분 공적인 영역에서 문제제기를 하므로 공익성이 인정

일임함으로써 일반 국민으로서는 어떤 행위가 금지되는지 예측하기 어려워 스스로 표현행위를 자제하는 위축효과를 발생시킬 가능성이 커지게 된다”는 견해를 표명하고 있다(헌법재판소 2016.2.25. 2013헌바105, 2015헌바234(병합)) 재판관 강일원, 김이수 반대의견)

39) 앞의 헌법재판소의 반대의견에서는 인간의 심리구조를 이렇게 단순화하지 않고 “진실한 사실을 적시한 경우에는 공공의 이익을 위하여 비판하려는 목적과 비방할 목적이 서로 공존하는 경우가 있을 수 있다”고 한다(헌법재판소 2016.2.25. 2013헌바105, 2015헌바234(병합) 재판관 강일원, 김이수 반대의견).

됨으로써 비방목적이 부정되고 그 결과 형법 제310조의 적용대상으로 변속되어 가벌성이 배제될 가능성이 커진다.⁴⁰⁾ 뿐만 아니라 여기서 실제로 제310조의 적용영역은 더욱 넓혀져 허위사실인 경우라도 오인에 상당한 이유가 인정되는 한 명예훼손죄의 가벌성 탈락의 가능성이 더욱 커진다. 이와는 달리 일반 네티즌과 같이 사인이 주체가 되는 정보통신망에 의한 진실사실적시명예훼손의 경우는 사적인 영역에서의 문제제기이므로 공익성이 쉽게 긍정되지 않는다. 소비자 고발과 같은 공적인 관심사라고 하더라도 언론 출판의 자유로 연계되어 표현의 자유의 두터운 보호대상으로 쉽게 들어올 수 없다. 기자 등 언론인에 의한 진실사실적시의 경우와는 달리 비방목적이 좀처럼 부정되지 않는 것이다. 더 나아가 허위사실의 적시인 경우에는 오인에 상당한 이유가 있는지에 관한 판단과정을 거치기도 전에 허위사실적시=비방목적공정으로 귀결되고 말 가능성이 크다. 그 결과 기자 등 사인과는 달리 수많은 네티즌들은 정당한 문제제기를 하고 있음에도 불구하고 형법 제310조를 통한 이익형량의 가능성조차 봉쇄되고 만다. 이와 같이 현행 명예훼손법제는 피해자의 신분적 지위에 따라 처벌여부가 달라지고 있을 뿐 아니라 행위자의 신분적 지위에 따라서도 처벌여부가 달라질 수 있는 규범환경을 만들어 놓고 있다. 이러한 적용상의 폐단을 없애려고 해도 결국 진실사실적시를 방법으로 삼는 명예훼손죄는 모두 삭제되는 수 밖에 없다.

3. 진실적시명예훼손죄의 비례성원칙 위배성

진실사실적시의 경우 이익형량의 저울대는 공익성이라는 추가적 저울추 없이도 표현의 자유쪽으로 기울어져야 한다. 앞서 살펴보았듯이 진실한 사실이 적시될 경우 이익형량의 비교단위가 되는 것은 명예보호와 표현의 자유이다. 형법 제310조는 진실한 사실이 적시된 경우 공익성이 인정되는 조건에서만 예외적으로 명예보호에 비해 표현의 자유가 우위에 있음이 선언되어 있다. 하지만 표현의 자유와 비교되는

40) 하지만 형법 제310조에 의해 무죄가 되더라도 이미 피고인이 검찰에 의해 공소가 제기되는 등 위협에 빠지게 되는 것을 목도한 일반시민들이 스스로 표현의 자유를 제한적으로만 행사하게 되는 이른바 ‘위축효과’는 무시될 수 없는 명예훼손죄의 남용사례이다. 하지만 서론에서 밝혔듯이 위축효과와 관련된 문제점은 이 글에서 논외로 한다.

명예가 - 적어도 진실한 사실이 적시된 경우에는 - 형법적으로 보호할 가치가 있는 진정한 의미의 명예가 아닌 경우라면 비교되는 각 단위의 무게 내지 속성 그 자체만 고려하더라도 당연히 표현의 자유에 원칙적 우위성이 인정될 수 있다. 진실한 사실이 감추어진 상태에서 만들어진 과장된 명예, 허명, 위신 또는 체면에 불과하기 때문에 보호가치면에서 표현의 자유에 일반적 우위성이 인정될 수 있기 때문이다. 이러한 결론은 허명을 보호한다는 입법목적의 정당성이 인정되지 않는다는 논거를 통해서도 도출될 수 있다. 다음으로 명예보호와 표현의 자유를 비교형량할 경우 두 개의 가치를 저울질하는 외부적 척도를 사용해 보더라도 표현의 자유가 예외적이 아니라 원칙적으로 우위에 서게 된다는 것을 알 수 있다. 이 경우 양자를 비교하여 상대적 우위성을 재는 헌법적 척도는 표현의 자유에 대한 ‘필요한 한도’내의 제한인지의 여부, 즉 헌법 제37조 제2항의 비례성원칙이다. 이에 따르면 진실한 사실이 적시될 경우 형벌법규를 통해 명예를 보호하는 일이 헌법적으로 정당화된다면 다음과 같은 심사를 통과해야 한다. 첫째, 형벌이라는 수단이 명예를 보호하는 것이 적합한 수단인가(수단의 적합성), 둘째, 명예보호를 위해 형벌 아닌 다른 경미한 침해할 수 반하는 수단은 없는가(최소침해성), 셋째, 보호되는 명예가 그를 위해 제한되는 표현의 자유를 과도하게 제한하고 있는 것은 아닌가(균형성).⁴¹⁾

명예의 손상을 야기할 정도의 진실한 사실을 적시할 경우 그러한 사실적시를 구성요건적 행위로 만들어 형벌부과의 대상으로 정하는 것이 국가가 법익보호라는 이름으로 개인의 자유를 지나치게 제한한 것인지를 실질적으로 심사하면 다음과 같은 결론을 얻을 수 있다. 첫째, 형벌이 명예보호를 위한 적합한 수단인지는 그 보호되는 명예의 속성을 고려하면 부정적인 답을 내리지 않을 수 없다. 앞에서 살펴보았듯이 진실한 사실을 적시함으로써 손상될 가능성이 있는 명예는 과장된 명예이고 허

41) 형법 제310조를 이 가운데 세 번째 심사적도인 균형성원칙(이를 협의의 비례성원칙이라고도 한다)을 고려한 것이라고 볼 수도 있다. 하지만 형법 제310조는 진실사실적시라도 명예훼손적 구성요건이 충족되는 것이라고 함으로써 원칙적으로 명예보호가 표현의 자유에 비해 우위에 있음을 전제로 하여 법관이 구체적인 사건과 관련하여 그 행위의 위법성여부를 판단함에 있어 공익성이 인정되는 경우에는 예외적으로 표현의 자유에 우위성을 인정하도록 미리 규범적 결단을 내려 둔 것이다. 이와는 달리 헌법 제37조 제2항의 비례성심사는 명예보호를 위해 형벌법규를 만드는 입법자가 진실적시행위의 구성요건을 만드는 사전적 입법단계로 돌아가서 또는 이미 입법화된 명예훼손법제(형법 제310조까지 평가대상으로 삼아)를 사후적인 관점에서 명예보호와 표현의 자유와의 균형을 심사하는 것을 내용으로 한다.

명에 불과하다. 이에 따르면 이러한 과장된 명예 내지 허명을 형법을 통해 보호하는 것이 입법목적의 정당성부터 부정되는 것은 별론으로 하더라도 형벌이 그러한 명예를 보호하기 위한 적합한 수단이라고 말하기도 어렵다. 통상 헌법재판소는 수단의 적합성을 심사할 경우 언제나 그 수단을 통해 지향하는 목적으로 일반예방 효과를 내세운다.⁴²⁾ 하지만 명예라는 법익을 형벌수단으로 보호하는 것이 일반예방효과가 있는지에 대해서는 경험적 자료가 없으므로 입증불가능한 일이다. 오늘날 세계적으로 명예훼손죄를 비범죄화하거나 최소한 비구금형으로 하고 있음은 명예보호를 위해 형벌이외에 다른 수단, 즉 손해배상이라는 민사적 제재가 보다 효과적임을 인정하는 것의 방증이라고 할 수 있다. 우리나라 민법은 명예훼손에 대한 손해배상을 확보하기 위해 민법 제750조 일반적 불법행위의 요건을 갖추는 경우를 예정해 두고 있을 뿐 아니라 제751조에는 명예훼손의 경우 재산이외의 손해인 위자료에 대해서도 배상할 책임이 있음을 특별히 규정함으로써 명예보호를 위해 만전을 기하고 있다. 헌법 역시 제21조 제4항에서 가장 파급력있게 전개될 수 있는 언론과 출판을 통한 명예훼손에 대해서조차 손해배상청구권이라는 구제수단을 특히 명문화하고 있어서 명예보호를 위한 수단으로서 민사적인 수단이 적합함을 암시하고 있는 듯하다.⁴³⁾ 둘째, 진실한 사실을 적시하는 행위에 대해 형벌로 대응하는 것이 최소한의 침해라고 말하기도 어렵다. 허명을 드러내기 위해 진실한 사실을 적시하는 행위에 대해 부과되는 형벌이 최소한의 침해라고 말하기도 어렵다. 그 허명을 다시 회복하기 위해 민사적 손해배상이나 언론관계법의 반론 및 정정보도 청구 등 보다 경미한 수단을 사용할 수 있기 때문이다. 물론 헌법재판소가 최소침해성 여부를 심사할 경우에도 형벌 이외의 다른 경미한 수단이 있어도 그 수단이 형벌과 동일한 수준의 예방적 효과를 가져 오는지를 묻는다. 그 결과 형벌보다 경미한 수단이라도 형벌과 동일한 효과를 가져 오지 않는 한 형벌수단이 최소침해원칙에 반하지 않는다고 한다. 이와 같이 최소침해원칙을 적용할 경우 형벌과 동등한 효과를 전제하는 한 최소

42) 사형제도의 합헌성에 관한 헌법재판소의 결정문(헌법재판소 2010.2.25. 선고2008헌가23)이 대표적이다.

43) 물론 허명의 실상을 벗기는 진실사실적시가 사생활의 내밀한 영역이나 프라이버시의 침해가능성이 있거나 혐오표현이 있는 경우나 인간의 존엄과 가치를 침해와 연결될 수 있는 경우에는 명예보호법제가 아닌 별도의 법익보호법제를 통해 보호되어야 할 것이다.

침해성 여부는 비례성심사에서 무용한 심사일 수 밖에 없다. 그 강도와 효과에서 형벌을 필적할만한 제재수단이 없다면 동등효과를 전제로 한 심사에서 다른 경미한 수단은 언제나 고려의 대상에서 배제될 수 있기 때문이다. 뿐만 아니라 형벌의 일반 예방효과 자체가 경험적으로 실증될 수 없는 효과라는 측면에서도 그러하다. 따라서 최소침해성심사가 하나하나한 심사가 되지 않도록 하기 위해서는 형벌의 일반 예방적 효과를 사상(捨象)시킨 후 수단 자체가 수범자에 미칠 해악의 정도만 고려해야 할 것이다. 이러한 점에서 보면 적어도 진실사실적시 방법을 통한 명예훼손에 대해서는 형벌이 아닌 민사손해배상의 방법이 보다 경미한 침해를 야기하는 수단이라고 할 수 있다. 마지막으로 진실한 사실을 적시한 경우 명예보호를 위해 표현의 자유를 제한하는 것은 균형성의 관점에서도 유지될 수 없다. 백결음 양보하여 진실한 사실의 적시를 통해 손상될 수 있는 것이 상대방의 인격적 가치에 대한 사회적 평가라는 의미의 명예를 형법적으로 보호가지있는 명예라고 하더라도 이러한 의미의 명예를 보호하는 것이 ‘진실한 사실이 적시되는 경우’에도 표현의 자유에 우선할 수 없다. 그러한 의미의 명예는 어떤 경우에도 현실적으로 손상이 되었음을 입증할 수도 없으므로 언제나 잠재태 내지 가능성으로서의 명예에 불과하다. 뿐만 아니라 그러한 명예는 외부적 평판 내지 세평인 것이므로 상대방의 지위나 역할에 따라 달라지게 마련이 가변적인 명예이다. 이와는 달리 명예보호를 위해 형벌이 부과되는 경우 제한되는 표현의 자유는 언제나 현실적이고 직접적인 자유이다. 뿐만 아니라 표현의 자유를 누리는 주체는 모든 사람으로 헌법상 제한이 있을 수 없으므로 표현 주체의 지위나 역할에 따라 차이가 있을 수 없다. 이러한 점에서 보면 진실한 사실이 적시된 경우 명예보호와 표현의 자유는 예외적으로만 표현의 자유가 우위에 있는 것이 아니라 원칙적으로 우위에 있다 하지 않을 수 없다. 앞서 설명하였듯이 적시된 진실한 사실이 공공의 이익에 관한 것이라고 해서 표현의 자유가 명예보호에 비해 우위성이 인정되는 것도 아니다. 이러한 관점에서 보면 진실한 사실이 적시된 경우에는 명예보호의 원칙적 우위를 인정하여 이를 범죄구성요건화한 형법 제307조 제1항 등은 헌법적으로 정당화되기 어렵다고 해야 한다.

V. 헌법상 표현의 자유의 보호층위와 명예훼손법제의 재정비

표현의 자유는 헌법상 자유권적 기본권의 하나이고 명예도 일반적 인격권의 한 내용으로서 헌법상의 기본권이자 헌법적인 지위를 가지고 있는 보호법익이다. 두 개의 기본권이 충돌할 경우 어느 것에도 일방적인 우위성을 인정할 수 없지만 헌법은 명예보호를 위해 표현의 자유가 제한될 수 있음을 인정한다. 형법은 사실적시의 방법으로 명예훼손이 이루어질 경우 명예보호를 위해 표현의 자유를 항상 제한할 수 있다고 함으로써 명예보호를 표현의 자유에 원칙적인 우위성을 인정하고, 예외적으로 공익성이 인정될 경우에만 표현의 자유에 우위성을 인정한다. 하지만 표현의 자유와 명예보호 사이의 이러한 관계(명예보호의 원칙적 우위관계)는 적시되는 사실이 진실한 사실일 경우에는 헌법적으로 정당화될 수 없음을 확인하였다. 무엇보다 표현의 자유는 표현이 이루어지는 방법과 내용등 표현의 자유가 구가되는 스펙트럼에 따라 그 제한여부 및 제한의 정도가 달라질 수 있다. 양자의 관계는 다음과 같이 정리해 볼 수 있다.

1. 표현의 자유와 명예보호의 관계 정립

첫째, 표현이 생각이나 사상 등을 의견이나 가치판단의 방법으로 이루어질 경우 표현의 자유는 원칙적으로 무제한의 보호를 받는다. 여기에 명예보호가 드러설 여지는 없다. ‘사상의 자유시장이론’의 적용도 바로 이와 같은 스펙트럼의 단면에 대해서만 타당하다. 하지만 예외적으로 인간의 존엄과 가치에 반하는 내용의 표현이 이루어질 경우에는 일정한 요건하에서 형벌로 대응할 수도 있지만 이것도 명예보호의 법제안에서 만들어질 것은 아니다. 예컨대 혐오표현이나 증오표현의 범죄화가 논의될 필요가 있는 것은 이러한 맥락에서의 표현의 자유의 제한이다.

둘째, 사실적시의 방법으로 표현될 경우 사실적시는 의견이나 가치판단 형식의 표현이 아니기 때문에 원칙적으로 표현의 자유영역에 포섭될 성질의 것이 아니다. 따라서 사실의 주장이나 전달이 타인의 인격적 가치에 대한 사회적 평가의 저하를 초래할 수도 있는 경우에는 명예보호가 전면에 등장한다. 하지만 사실적시의 경우

라고 하더라도 명예보호가 표현의 자유와 충돌하는 국면이 만들어질 수 있다. 사실 적시가 의견형성의 기초가 되거나 민주적 의견형성이나 토론에 기여하는 경우는 표현의 자유영역으로 포섭될 수 있기 때문이다. 물론 이 경우에도 의견형성의 기초가 되거나 의견형성이나 토론에 기여하는 것은 진실한 사실이지 허위의 사실이 아니다. 따라서 진실한 사실이 적시되는 방법의 표현일 경우는 이는 헌법상 표현의 자유가 구가되는 스펙트럼의 단면 속으로 들어오고, 이러한 한 표현의 자유의 보호가 명예 보호에 비해 일반적 우위를 차지한다.

셋째, 반면에 허위사실이 적시되는 경우에는 원칙적으로 명예보호가 우위에 있게 된다. 허위사실의 적시행위에 대해 표현의 자유라는 헌법적 보호를 부여할 수 없는 이유는 허위사실이 의견형성의 기초나 민주적 토론에 기여할 수 없기 때문이다. 따라서 허위사실이 적시된 경우에는 표현의 자유에 대해 명예보호의 원칙적 우위를 인정해야 한다.

2. 헌법적 요청에 따른 형법의 태도변화

그럼에도 불구하고 현행 형법은 명예보호와 표현의 자유간의 우열관계를 위와 같이 규범화하고 있지 않다. 주지하다시피 현행 형법은 허위사실이 적시된 경우 뿐 아니라 진실한 사실이 적시된 경우에도 명예보호에 원칙적 우위를 인정하고 있으며, 적시된 사실이 진실일 경우에 한하여 예외적으로 표현의 자유에 대해 우위를 인정하고 있다.

현행 형법 제310조가 표현의 자유에 대해 예외적 우위성을 인정하는 조건은 주지하다시피 적시사실의 진실성과 공익성이라는 요건이다. 뿐만 아니라 대법원은 형법 제310조의 명문의 규정에도 불구하고 해석상 적시된 사실이 허위인 경우라도 그 허위성을 오인함에 있어 ‘상당한 이유’ 및 ‘공익성’ 요건을 갖출 것을 조건으로 삼아 예외적으로 표현의 자유에 우위성을 인정하고 있기까지 하다.⁴⁴⁾ 형법 제310조가 표현의 자유에 우위를 인정하는 조건의 하나로서 적시사실의 ‘진실성’을 요구하고 있

44) “노동조합 조합장이 전임 조합장의 업무처리 내용 중 근거자료가 불명확한 부분에 대하여 대자보를 작성 부적절한 행위가 공공의 이익을 위한 것이고 적시된 내용을 진실이라고 믿고 그렇게 믿은 데에 상당한 이유가 있다 하여 위법성이 조각된다고 본 사례”(대법원 1993.6.22. 선고 92도3160 판결).

음에도 불구하고 법적용자는 적시사실에 ‘허위성’이 인정되는 경우에는 이익형량의 척도를 하나 더 추가적으로 동원하여 ‘오인에 상당한 이유’가 있는지를 살펴 표현의 자유가 우위적 지점을 탈환할 수 있을 가능성을 인정하고 있는 것이다. 이러한 해석 태도는 제310조 규정의 문언에 정면으로 반하지만, 앞에서 설명한 표현방법의 스펙트럼에 따라 표현의 자유를 보호하는 층위구분에 부합한 태도라고는 할 수 있다. 표현의 자유와 명예보호간의 우열관계에 관한 헌법정신을 반영하면 현행 형법의 태도 및 해석론은 다음과 같이 바뀌어져야 한다.

첫째, 적시사실의 진실성을 요구하는 것은 진실적시행위까지 금지함으로써 원칙적으로 명예보호를 우위에 두고 있는 형법 제307조 제1항의 규정 때문이다. 하지만 앞에서 살펴본 바와 같이 적시사실이 진실인 경우에는 명예보호에 비해 표현의 자유의 원칙적 우위성을 인정하는 것이 헌법의 요청이다. 이에 따르면 형법 제307조 제1항의 구성요건은 삭제되어야 한다.⁴⁵⁾

둘째, 표현의 자유의 예외적 우위성을 위해 공익성을 요구하는 것도 잘못 채워진 첫 단추, 즉 원칙적으로 금지되지 말아야 할 진실적시행위까지 구성요건에 담은 잘못을 위법성심사에서 바로 잡기 위함에서라고 할 수 있다. 하지만 공익성이라는 요건을 표현의 자유의 예외적 우위성을 위한 조건으로 내세운 것은 - 앞서 살펴보았듯이 - 헌법상 표현의 자유라는 자유권적 기본권 보장이 공익을 위해서이건 사익을 위해서이건 동등하게 보호되어야 하는 것이라는 관점에서 볼 때 반헌법적이다. 이러한 관점에서 보면 공익성이라는 요건은 명예보호와 표현의 자유간의 충돌을 조절하기 위한 이익형량의 과정에서 원칙적으로 개재되어서는 안될 헌법상의 이물질(aluid)이다. 따라서 적시된 사실이 진실인 경우에는 공익성여부와 무관하게 형법의 개입을 인정하지 않는 것이 헌법적 요청이라고 할 수 있다.

셋째, 위와 같은 헌법적 요청에 부합하기 위해서는 적시된 사실이 허위일 경우에만 명예보호에 ‘원칙적’ 우위성을 인정하여야 한다. 이에 따르면 허위사실적시행위

45) 이의 다른 논거로는 진실사실적시를 통해 보호되는 명예라는 보호법익의 모호성, 진실적시행위 자체의 정상성, 위법성조각사유에 내재한 구조적 내용적 문제점 등을 들 수 있다, 가장 결정적인 논거는 표현의 자유의 헌법적 위상 등을 종합해 볼 때 진실적시명예훼손죄의 위헌성이다. 형법 제310조의 해석상 초래될 수 있는 문제점의 근본원인도 진실사실적시에 대한 원칙적 금지를 선언한 형법 제307조 제1항 때문이라고 할 수 있다.

만을 금지구성요건으로 남겨두는 형법만이 헌법적으로 정당화될 수 있다. 이러한 전제에서 보면 표현의 자유와 명예보호가 충돌을 일으켜 이익형량이 필요한 경우로서 표현의 자유에 대해 예외적 우위성을 인정할 수 있을 경우란 오직 적시사실이 허위사실인 경우에 한한다. 앞에서 언급했듯이 대법원도 이러한 필요성을 인정하여 제310조의 명시적 표현이 위법성조각의 요건으로 적시된 사실이 진실일 경우로 제한하고 있음에도 불구하고 ‘허위사실인 경우’에도 일정한 조건하에 위법성이 조각될 수 있는 것으로 보고 있다. 그렇다면 허위사실이 적시된 경우 표현의 자유가 인정될 수 있는 범위를 넓히기 위해 이익형량이 필요한 경우는 언제이고, 어떤 조건하에서 명예보호에 비해 표현의 자유의 예외적 우위성을 인정할 수 있는가? 그러한 조건을 어떻게 규범화할 수 있는가?

3. 표현의 자유의 예외적 우위성을 인정하기 위한 조건과 규범화방안

사실주장자나 전달자의 경우 그 주장내용이나 전달내용이 허위사실인지 진실사실인지 명확하게 알 수 없는 경우가 있다. 뿐만 아니라 허위사실과 진실사실이 뒤섞여 있는 경우도 있고, 허위사실을 진실한 사실로 오인한 경우도 허다하다. 이러한 적시된 사실이 사후에 객관적으로 허위사실로 판명되지만 해도 항상 명예보호를 위해 형사처벌하게 되면 자유로운 의견교환과 토론이 위축되어 민주주의 발전에 장애를 가져오게 되는 측면이 있다. 허위사실이 적시된 경우에도 표현의 자유의 보호를 넓히기 위해 이익형량을 통해 명예보호와 표현의 자유간의 우열관계를 재조정해야 할 필요성이 있는 경우는 바로 이러한 경우이다. 여기서 표현의 자유에 우위를 인정하기 위한 조건을 어떻게 설정할 것인가가 문제된다.

진실적시명예훼손죄를 삭제하는 전제하에서는 허위의 사실에 대한 인식이 없는 경우는 원칙적으로 허위사실에 대한 고의가 조각되어(형법 제13조) 과실에 의한 명예훼손을 처벌하는 규정이 없으므로 불가벌로 귀결될 것이다.⁴⁶⁾ 하지만 명예를 손상할 만한 사실을 적시함에 있어 사실에 대해 맹목적이거나 성급하고 경솔하게 생

46) 반면에 진실적시명예훼손죄가 존재하는 전제하에서는 형법 제15조 제1항이 적용되어 제307조 제1항의 구성요건이 충족되지만 제310조의 해석을 통해 진실적시행위의 위법성이 조각될 것인지가 심사되는 과정을 밝게 된다.

각하여 허위의 사실을 진실한 사실이라고 오인한 경우까지 모두 고의가 조각되어 불가별로 처리하는 것은 표현의 자유를 과도하게 보호하고 명예보호에는 지나치게 소홀하는 처사가 될 수 있다. 반면에 매우 신중하고 양심적으로 생각하면서 자신이 주장하거나 전달하는 사실이 허위일 가능성을 항상 염두에 두는 자에 대해서는 언제나 허위사실에 대한 고의가 인정되어 가벌성이 긍정되는 결론에 이르게 된다면 표현의 자유에 대한 과도한 제한이 될 수 있다. 뿐만 아니라 진실한 사실로 믿고 있는 경우까지 처벌한다면 주관적 요건없이 처벌하는 것이 되어 잘못이 없는 자에 대한 형사책임을 인정하는 것이 되므로 행위책임주의에 반할 우려도 생긴다. 이러한 점을 고려하면 사실적시자가 적시하는 사실의 허위성에 대해 명백하게 알고 있는 경우가 아닌 한 명예의 보호와 표현의 자유가 충돌을 일으키는 상황으로서 양자에 대한 이익형량을 해야 하는 것이다.

하지만 이와 같은 경우 양자간의 이익형량을 법관의 재량에만 맡길 수는 없으므로 법적안정성을 위해서는 이러한 이익형량을 표준화함으로써 표현의 자유의 예외적 우위성을 인정할 필요가 있다. 즉 적시된 사실이 허위사실임을 알지 못한 경우에는 허위사실적시에 대한 고의를 무조건 조각시켜 불가별로 갈 것이 아니라 오인에 상당한 이유가 있을 경우나 사실확인 절차에서 요구되는 주의위반이 없었을 것이라는 조건을 명문화 할 필요가 있다. 다시 말해 허위사실에 대한 인식이 없는 경우라고 해서 항상 고의를 조각시켜 불가별로 할 것이 아니라 사실접근에 대한 주의를 다하는 등 일정한 조건이 충족된 경우에만 고의를 조각시켜 불가별로 할 것이 요구되는 것이다. 이와 같은 취지가 규정속에 담기게 하려면 담으려면 형법 제310조에 갈음하는 규정을 다음과 같이 규정할 수 있을 것이다. ‘제00조의 행위(허위사실적시 행위)가 있는 경우라도 그 허위성을 인식하지 못한 데에 **상당한 이유가 있는 경우에 한하여** 벌하지 아니한다’ 또는 ‘제 00조의 행위(허위사실적시행위)라도 그 허위성을 인식하지 못한데에 **요구되는 주의를 다한 경우에 한하여** 벌하지 아니한다’는 식으로 규정하는 방법이다.

현행 명예훼손죄의 법제에서는 표현의 자유의 예외적 우위성을 규정한 형법 제 310조가 형법 제307조 제1항의 진실적시명예훼손죄에 대해서만 적용될 수 있도록 규정되어 있지만, 이 글에서 제안하는 바, 표현의 자유의 예외적 우위성을 인정하는

규정⁴⁷⁾은 - 진실적시명예훼손죄를 삭제하는 전제하에서 - 허위사실을 진실한 사실이라고 믿은 것이라고 인정할만한 ‘조건’을 추가하여 모든 허위사실적시명예훼손죄(비방목적에 추가된 허위사실적시명예훼손죄도 포함)에 대해서도 직접 적용될 수 있는 규정이 되도록 만들어져야 한다. 물론 이 규정속에 종래 제310조에서와 같이 공익성은 표현의 자유의 우위성을 인정하는 조건으로 추가적으로 인정해서는 안된다. 앞에서 밝혔듯이 표현의 자유는 사적인 영역에서 이진 공적인 영역에서 이진 동등하게 보호되어야 할 자유권이기 때문에 사적 이익인지 공적 이익인지에 따라 표현의 자유에 대한 보호여부를 달리해야 할 헌법적 근거가 없기 때문이다.

4. 비방목적의 진실적시명예훼손죄의 삭제여부

형법 제307조 제1항의 진실적시명예훼손죄를 삭제하는 이상, 비방목적에 추가된 출판물등에 의한 진실적시명예훼손죄(제309조 제1항)나 정보통신망을 통한 진실적시명예훼손죄(정보통신망법 제70조 제1항)까지 삭제되어야 한다.⁴⁸⁾ 오늘날 인터넷

47) 이와 같이 허위사실적시행위의 경우 표현의 자유에 대한 예외적 우위성을 인정하기 위해 허위성에 대한 고의가 명백하게 인정되지 않을 것을 전제로 삼아 ‘허위가 아니라고 오인한데에 대해 상당한 이유가 있을 것’을 조건으로 하거나, 허위가 아니라고 오인한 데에 주의위반이 없을 것’을 조건으로 하여 가벌성을 탈락시키는 내용을 - 제310조의 적용에 관한 대법원판례의 태도와 유사하게 - 별도의 조항으로 만들어도 좋고, 허위사실적시명예훼손죄의 단서조항으로 만들어도 상관없다. 다만 진실사실적시명예훼손죄가 삭제되지 않는 상태에서는 그 위법성이 조각된다는 평가가 내려지겠지만, 진실적시명예훼손죄가 삭제되는 전제조건하에서는 허위사실명예훼손죄의 고의가 조각되어 불가별로 된다는 점에서만 차이가 있다.

48) 공직선거법 제251조의 후보자비방죄도 허위사실 뿐 아니라 진실한 사실을 적시하는 행위까지 처벌하고 있다. 따라서 진실사실적시후보자비방죄도 삭제해야 할 것인지가 문제된다. 이 규정은 특히 형법 제310조와 같이 진실성과 공익성을 요건으로 하여 불가벌이 된다는 내용을 포함하고 있어서 형법의 진실적시명예훼손죄의 존재론과 동일한 차원에서 접근하는 것이 가능하다. 다른 한편 후보자비방죄는 대상이 후보자 등으로 특정되어 있고, 후보자들의 명예보호 뿐 아니라 선거의 공정성까지 보호법익으로 삼고 있으며, 초과주관적 구성요건요소로서 비방목적에 아니라 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적”을 요구하고 있어서 형법상의 진실적시명예훼손죄 등과 다른 차원에서 취급해야 할 필요성도 있다. 생각건대 후보자비방죄의 특수성을 고려하더라도 진실사실적시의 경우까지 처벌하는 것은 표현의 자유에 대한 지나친 제한이므로 삭제되는 것이 타당하고, 허위사실을 적시한 경우라도 그 가벌성을 탈락시키기 위해 ‘공익성’요건을 요구하는 내용을 삭제하는 것이 바람직하다. 이에 반해 진실적시명예훼손죄를 존치하고 형법 제310조의 경우도 공익성요건도 그대로 두면서, 진실한 사실에 대한 오인이 있을 경우 정당한 이유를 조건으로 하여 처벌하지 말 것을 추가하되, 후보자비방죄의 경우에만 ‘진실한 사실임이 증명된 때에는 처벌하지 않는다’고 개정할

환경은 비대칭적, 강력한 전파력 등 사실주장이나 전달에 있어 다른 매체가 가지고 있지 못한 특수성을 가지고 있다. 하지만 인터넷이 매체로 작용하는 온라인의 세계는 오프라인의 세계 보다도 더욱 일상적이다. 현실적인 접촉을 통해 관계를 형성하지 않은 사람들이라도 인터넷 환경에서는 빈번한 접촉을 하고 독자적인 관계망을 형성하고 있다. 적어도 의사소통이라는 측면에서는 일상화된 온라인의 생활세계를 오프라인의 생활세계와 차별취급해야 할 이유는 없다. 따라서 인터넷 환경에서 진실사실적시까지 처벌하는 것은 오프라인의 세계에서와 같은 이유로 표현의 자유에 대한 지나친 제한이다. 여기에 비방목적이라는 주관적 요건이 추가되었다고 해서 명예보호가 표현의 자유에 비해 우위에 있어야 한다고 판단할 근거는 약하다. 허위 사실이 적시되는 경우와는 달리 진실한 사실이 적시되는 경우에는 그를 통해 뭔가를 의미있는 주장을 하는 자에게 비방목적과 비판목적은 구별하기 어렵다. 인간본능속에는 시기와 질투가 내장되어 있고, 그 내심은 표출되기 전의 것으로서 의미있는 주장을 할 경우 그것이 비판인지 비방인지 정확하게 구별해내기도 어렵기 때문이다. 설혹 비방목적이 주된 목적이라고 하더라도 진실적시행위와 같이 행위 자체가 독자적 반가치성을 가지지 못한 경우에는 초과주관적 구성요건요소로서의 비방목적이 강화할 불법 자체가 없다고 할 수 있다. 비방목적은 반면에 그 자체 행위반가치성을 가지고 있는 허위사실적시명예훼손죄에서만 불법을 강화할 수 있다.

뿐만 아니라 ‘출판물 등에 의한 진실적시명예훼손죄’와 ‘정보통신망을 통한 진실사실명예훼손죄’는 두 개의 구성요건 공히 비방 목적을 가지고 있지만 비방목적은 명예보호의 원칙적 우위성을 인정하는 기초요소가 되기 어렵다. 대법원이 인정하는 공익성(공익목적)과 비방목적의 비양립론 때문이다. 뿐만 아니라 이 두 개의 구성요건은 표현의 자유라는 관점에서 평등한 법적용의 원칙을 위협한다는 점에 관해서도 앞서 언급하였다. 이 때문에 표현의 자유에 관한 헌법정신에 맞게 명예를 보호하는 법제를 정비하기 위해서는 진실적시명예훼손행위를 처벌하고 있는 세 개의 조문(형법 제307조 제1항, 형법 제309조 제1항, 정보통신망법 제70조 제1항)은 삭제되어야 한다. 반면에 허위사실적시명예훼손행위는 현행 체계를 유지(단순허위사실적시/출판물 등에 의한 허위사실적시+정보통신망에 의한 허위사실적시)하는데 문제가 없다.

것을 제안할 하는 견해(이회경, 앞의 논문, 193면)도 있다.

Ⅶ. 나오는 말

진실사실적시명예훼손죄가 폐지되어야 할 이유는 한두 가지가 아니다. 우선 이 구성요건을 통해 보호되는 명예가 형법적으로 보호가치 있는 법익인지부터 의문이다. 진실사실적시를 통해 손상될 가능성이 있는 것은 진실한 사실의 은폐에 가려진 과장된 명예이기 때문이다. 진실사실적시는 사회일반인의 정상적인 생활형태의 하나이므로 그 자체 행위반가치성도 없다. 그 행위를 사회적 평가를 저하시킬 가능성이 있는 진실사실의 적시로 제한하더라도 규범적으로 어떤 사실이 그러한 가능성이 있는 행위인지를 판단하기 어렵기 때문에 가벌성의 한계를 예측하기 곤란하다. 결국 진실적시명예훼손죄는 ‘남의 말을 좋게 합시다’라는 단순한 예의수준의 사회구호를 도치시켜 구성요건화한 것에 다름 아니다.

이와 같이 애초에 금지대상이 되지 말아야 할 진실적시행위를 처벌대상으로 삼은 입법자의 결단은 그 문제점을 완화하기 위한 응급처방으로 이 구성요건에만 적용될 수 있는 위법성조각사유를 만들게 하였다. 진실사실을 심지어 허위사실과 동일한 법정형으로 처벌하고 있는 일본을 제외하고는 유사한 입법례를 찾기 어려운 이 규정이 진실적시명예훼손죄의 폐지주장을 무력화시켜 형법의 영역에서 퇴출되지 않도록 간신히 버티도록 한 역할을 해왔다. 하지만 이 규정은 구조적으로나 내용적으로 더 나아가 헌법적인 관점에서 볼 때 더 이상 유지되기 어려운 내용을 담고 있다. 구성요건요소인 사실의 진실성이 동시에 위법성조각사유의 하나로 둔갑하여 있다는 점은 오히려 사소한 문제에 불과하다. 위법성을 조각시키는 또 다른 요건인 공익성이라는 요건은 실무상 비방목적이 있으면 쉽게 부정되도록 적용되고 있음도 심각한 문제는 아니다. 결정적인 문제는 공익성이라는 요건을 위법성조각사유로 만들어 놓았다는 점이다. 형법이 공익성을 ‘명예보호 후퇴’ 및 ‘표현의 자유에 대한 예외적 우위성’ 인정을 위한 근거로 사용되고 있음은 헌법의 요구에 반할 수 있기 때문이다. 헌법상 표현의 자유는 관련되는 사안이 사적인 관심사인지 공적인 관심사인지, 그 목적이 사적인 목적인지 공적인 목적인지, 더 나아가 상대방이 사인인지 공인인지에 따라 보호의 정도가 달라질 성질의 것이 아니다. 공익성이 인정되는 표현의 자유만 명예보호에 비해 우위에 서도록 만들어진 것은 사적인 차원의 자유권적 기

본권을 오직 공적인 목적을 위해서만 행사하지 말라는 명령에 다름 아니다. 뿐만 아니라 헌법은 제37조 제2항에서도 공익성을 개인의 자유권적 기본권(표현의 자유도 포함)을 제한하기 위한 근거로 사용하도록 하고 있을 뿐 자유권적 기본권의 보호수위를 높이기 위해 활용하도록 하고 있지 않다. 이와 같이 헌법의 가치결단과 조화를 이루어야 할 형법이 헌법의 요구를 수용하고 있지 못한 점은 진실사실적시명예훼손죄를 폐지하지 않고는 수습되기 어렵다.

마지막으로 진실적시명예훼손죄는 헌법상 비례성원칙에 반한다. 진실사실적시를 통해 침해될 가능성이 있는 명예의 실체가 체면, 위신, 허명 등 과장된 명예인 한 형법적으로 보호할 가치도 없으므로 입법목적의 정당성부터 부정된다. 이러한 명예를 형벌로 보호하기에 적합하지도 않고 다른 경미한 보호수단이 마련되어 있고 그러한 수단들이 충분히 효과적이므로 최소침해원칙도 충족하지 못한다. 형법의 개입을 허용하는 명예가 잠재적 가능성만 가지고 있을 뿐임에 반해 진실사실적시 때문에 제한되는 표현의 자유에 대한 제한은 현실적이고 직접적이므로 균형성도 상실된다. 이와 같이 진실사실적시를 통해 보호되는 대상의 실체, 불법내용, 위법성조각사유의 구조적 모순이나 표현의 자유의 헌법적 위상, 이익형량의 내용적 측면 등을 종합적으로 고려하면 형법의 해석적용상 그리고 헌법적 조명하에 초래될 수 있는 모든 문제점의 근본원인은 진실사실적시에 대한 원칙적 금지를 선언한 형법 제307조 제1항에 있다. 따라서 애초에 만들지 말았어야 할 이 조항은 삭제되어 마땅하다.

진실사실적시를 구성요건적 행위로 하고 있는 이상 비방목적이 추가되더라도 위와 같은 문제점에 노출되어 있음에는 변함이 없다. 따라서 출판물등에 의한 진실적시명예훼손죄도 정보통신망에 의한 진실적시명예훼손죄도 삭제되는 것이 바람직하다. 헌법도 (허위사실적시까지 포함한) 명예훼손의 경우에는 특별히 손해배상방법이 적합한 것으로 권유하고 있고, 민법도 (허위사실적시까지 포함한) 명예훼손으로 인한 정신적 손해배상의 가능성에 대해 별도로 규정하고 있음을 보더라도 진실적시행위에 대한 형법적 개입은 형법의 보충성원칙에도 반한다. 민법은 명예훼손으로 손해(위자료)를 배상받으려면 정신적 손해의 경우조차도 손해라는 결과가 입증되어야 할 것을 요구한다. 반면에 현행 형법은 명예가 현실적으로 손상되었다는 결과를 요하지 않고 사실적시행위만으로도 형사처벌을 할 수 있다. 형벌이 가장 날카로운

제재임에도 민사적 제재인 손해배상요건에 비해 완화되어 있는 것이다. 이러한 점에서 보더라도 최소한 진실적시행위에 대한 형벌의 위험성은 거두어들여야 한다. 더 나아가 형법은 그 발동을 최대한 제한하기 위해 허위사실이 적시된 경우라도 표현의 자유와 명예보호의 충돌을 이익형량하여 표현의 자유를 예외적 우위에 둘 수 있는 조건을 규범화해 두고 있어야 한다. 즉 ‘허위가 아니라고 오인한데에 대해 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 벌하지 않는다’는 취지의 규정을 마련해 둘 필요가 있다. 이것이 헌법상 표현의 자유에 대한 제한을 최소화하고(기본권제한의 최소화!) 명예보호를 최대화하라(기본권보호의 최대화!)는 헌법의 요구에 부합하는 일이다.

참고문헌

- 김현경, 사람, 장소, 환대, 문학과 지성사, 2015
- 박경신, 진실유포죄, 다산초당, 2012
- 권태상, “공적 인물에 대한 명예훼손,” 비교사법 22권 제2호, 한국비교사법학회, 2015,
- 이정원, “명예에 관한 죄에서의 명예개념과 구성요건의 체계,” 영남법학 제13집
- 주승희, “인터넷상 명예훼손죄의 비범죄화 주장 검토,” 형사법연구 제25호(2006년 여름)
- 박경신, “진실적시에 의한 명예훼손 처벌제도의 위헌성,” 『세계헌법연구』 제16권 제4호(2010/12)
- 박동천, “명예훼손과 표현의 자유,” 동향과 전망, 한국사회과학연구회, 2014(통권 90호)
- 이희경, 명예훼손죄에 관한 연구 - 명예보호의 한계 - 이화여자대학교 박사학위 청구논문, 2009
- 한수웅, “표현의 자유와 명예의 보호- 한국, 독일과 미국에서의 명예훼손법리에 관한 헌법적 고찰과 비판을 겸하여,” 저스티스(통권 84호), 2005. 4
- Hans-Joachim Hirsch, “Grundfragen von Ehre und Beleidigung,” FS fuer Wolff zum 70.Geburtstag, Springer, 1998.
- Ernst Amadeus Wolff, “Ehre und Beleidigung,” ZStW 81(1969), S. 906).

De-criminalization of Defamation through true facts

Kim, Seong-Don*

Critical approach toward the attitude of criminal law that punishes stigmatizing true facts for defamation, are based on two arguments. One is that it has a chilling effect on the freedom of expression, and the other is that it is not in harmony with the international norms of protection of honor. Instead of grounding these two arguments, this paper argues for the abolition of defamation through true facts with focus on the theoretical and constitutional aspects.

To do so, this article emphasizes that it is difficult to recognize the value which the crime of defamation protects because what it protects is a mere hypocrisy—by making how the current defamation law establishes the relationship between freedom of expression and honor protection as the starting point. Moreover, its focus points toward clarifying the fact that justification clause(Criminal Code, Article 310)—which creates an assessment among legal experts that there is no fear that the freedom of expression will be unduly limited even if the crime of defamation is maintained—is with the inherent difficulty to be constitutionally justified due to the requirement of ‘public interests.’

This paper argues for the de-criminalization of defamation through true facts — after confirming that the underlying cause that can be pointed out in the theoretical-constitution and in the theoretical interpretation of the criminal law lies in defamation through true facts. In addition, in order to harmonize the protection of honor and the freedom of expression, it proposes to establish a regulation featuring the consideration of justification of defamation through false facts in the case that ‘there is a substantial reason to misconceive a false fact as true’ by legalizing the attitude currently taken by the Korean Supreme Court.

* Professor, School of Law, Sungkyunkwan University

- ❖ Key Words: Defamation through true facts, the freedom of expression, protection of honor, public interests, justification clause

미국의 RCO 원칙(the responsible corporate officer doctrine)에 대한 연구

김 호 기*

국 | 문 | 요 | 약

미국에서는 연방대법원이 Park 판결, Dotterweich 판결 등을 통하여 이른바 RCO 원칙을 정립하여 기업활동 과정에서 법률위반이 야기되는 경우 경영자에게 위법상태를 개선할 형법적 의무를 부과하고 있다. RCO 원칙에 근거한 경영자의 형사책임은 일종의 대위책임이고 엄격책임범죄에 대하여서도 적용이 가능하여 이 원칙을 적용하게 된다면 - 적어도 이론적으로는 - 경영자가 자신이 수행하지 아니한 위법행위에 대하여 그러한 위법행위가 수행된다는 사실을 알지도 못한 상태에서도 형사책임을 부담하게 되는 매우 가혹한 결과가 발생할 수도 있다. 이 글에서는 미국에서 기업 경영자에 대하여 이와 같이 매우 엄격한 형사책임을 부담시키는 RCO 원칙이 등장하여 발전하는 과정, 적용요건, 이론적 배경, 찬반론 등을 살펴보고, 감독의무 위반에 근거하여 경영자를 처벌하는 모델(독일의 질서위반법)과 비교한 후, 그것이 우리나라 형사법을 개선·보완함에 있어서 갖는 시사점을 검토하여 보았다.

❖ 주제어 : 대표자의 형사책임, 경영자의 형사책임, 질서위반법, RCO 원칙

* 서울시립대학교 법학전문대학원 교수

I. 서론

오늘날 경제활동에서 기업이 차지하는 역할이 증가함에 따라 기업활동에 수반하여 발생하는 전형적인 위험에 대한 형법적 대응방향에 대한 논의도 더욱 활발히 이루어지고 있다. 우리나라에서는 다수의 개별 법률에서 기업활동 과정에서 발생하는 위험을 적절히 관리하기 위하여 사업주 등 법인에 대하여 다양한 의무를 부과하고 있으며, 벌칙규정을 마련하여 의무를 이행하지 아니한 자를 형사처벌 하도록 하고 있다. 이때 법률은 형식적으로는 사업주 등 법인에 대하여 의무를 부과하고 있으나 우리 형사법은 법인의 범죄능력을 부인하고 있어서 의무불이행이 있어도 곧바로 당해 법인에 대하여 형벌을 부과할 수는 없다. 법인에 대하여 부과된 의무의 불이행이 있을 때 누구를 형사처벌할 것인가의 문제는 일반적으로 양벌규정에 의하여 규율되고 있다.

양벌규정은 법인에 부과된 의무를 현실적으로 이행할 책임을 부담하는 개인을 행위자로서 형사처벌하는 동시에, 상당한 주의와 감독을 게을리 한 경우 당해 법인을 형사처벌 하도록 규정하고 있다. 그런데 대법원은 양벌규정에 처벌대상으로 규정된 행위자는 일선에서 업무를 수행하면서 법률이 부과하는 의무를 이행하기 위하여 필요한 실질적인 조치를 취할 의무를 부담하는 개인을 의미하는 것으로 보아 관리·감독 책임을 부담하는 대표자는 행위자에 해당하지 않는다고 판시하고 있다.¹⁾ 기업의 대표자는 지휘·감독을 올바로 하지 아니한 것일 뿐 스스로 위법행위를 수행하지는 아니하므로 양벌규정이 정하는 행위자 개념에 포섭될 수 없다는 것이다.²⁾ 형법학에서 행위자 형상을 스스로의 의사에 기초하여 결과 발생 여부 내지 결과가 발생하기까지의 과정을 사실상 지배하고 있는 자와 결부시켜 이해하고 있다는 점을 고려한다면 이러한 대법원의 판시는 해석론으로는 불가피한 것으로 보인다. 그러나 형사정책적 관점에서 본다면 대표자를 형사처벌의 대상에서 배제하는 것은 타당하다고 볼 수 없을 것이다.

1) 예를 들어 대법원 2010. 11. 11. 선고 2010도2887 판결 참조.

2) 예를 들어 대법원 1991. 11. 12. 선고 91도801 판결 참조. 이와 동일한 설명으로는 예를 들어 이주원, “산업안전보건법상 양벌규정에 의한 사업주와 행위자의 처벌”, 고려대학교 법학연구 제51권, 2008, 315

대표자는 일반적으로 기업의 업무수행을 위하여 필요한 일체의 행위를 수행할 권한과 책임을 부여받은 자로서, 특별한 사정이 없는 한 법률이 법인에 대하여 부과한 의무를 스스로 이행하거나 의무이행 책임을 타인에게 위임하고 그로 하여금 의무를 이행하도록 할 수도 있다.³⁾ 전자의 경우 대표자가 오히려 의무를 이행하지 아니한 때에는 당연히 위반행위의 주체인 행위자로서 형사처벌을 받게 될 것이다. 그런데 의무를 이행할 책임을 타인에게 위임하고 행위자의 지위에서 벗어나 관리감독자의 지위에 서게 되었다고 하여 형사책임을 부담하지 않게 된다고 본다면 이것은 곧 사 인간의 합의를 통하여 형벌권의 행사범위에서 벗어나도록 허용하는 것이어서 타당하지 않다고 보아야 할 것이다. 개인의 자유로운 의사결정의 결과물인 합의에 의하여 국가 형벌권 행사가 무력화되는 것을 방지하려면 법률이 부과하는 의무를 이행할 책임을 타인에게 위임한 이후에도 - 위임 이전과 비교하여 그 구체적인 내용은 다를지라도 - 대표자는 여전히 당해 의무가 오히려 이행되도록 할 형법적 책임을 부담한다고 보아야 할 것이다.

나아가 법률이 사업주 등에 대하여 부과하는 의무의 올바른 이행을 위하여서는 경영자의 적극적 노력이 요구된다는 점을 고려할 때에도 대표자 등 경영자를 형사처벌의 대상에서 배제하는 것은 타당하지 않다고 보아야 할 것이다. 예를 들어 법률이 업무집행자가 어느 특정한 유형의 위험에 노출되는 것을 방지하기 위하여 사업주에 대하여 일정한 안전조치를 취할 것을 요구하고 있는 경우, 당해 의무를 오히려 이행하기 위하여서는 먼저 업무가 수행되는 작업장에서 법률이 정하고 있는 위험이 발생할 우려가 있는지의 여부를 평가하고, 위험 방지를 위하여 요구되는 구체적인 조치를 취하여야 하며, 구체적인 조치를 취하기 위하여 필요한 인적·기술적·조직적 수단이 마련되어야 하고, 위험성 평가 및 필요한 조치의 이행 여부에 대한 정기적이고 지속적인 점검이 이루어져야만 한다. 이 모든 행위가 결합하여 충실하게 이행될 때 비로소 법률이 사업주에 대하여 부과하고 있는 의무에 대한 올바른 이행이 있게 된다는 점을 고려한다면, 행위자로 포섭될 수 있는 자, 즉 일선에서 업무를 수행하

3) 의무이행 책임을 다른 구성원 등에게 위임하여야만 하는 경우도 있을 것이다. 예를 들어 산업안전보건법은 안전관리자 등 위험관리업무를 담당하는 자를 두도록 규정하고 있다. 법률에 특별한 규정이 없는 경우에도 위험관리에 전문적인 지식이 필요한 때에는 의무의 충실한 이행을 위하여서는 관련 분야의 전문가를 선임하여 그로 하여금 위험관리업무를 수행하도록 하여야 할 것이다.

는 자에 대하여서만 의무불이행에 대한 형사책임을 부담시키는 것은 타당하지 않다고 보아야 할 것이다. 업무수행자, 관리감독자 등을 선임하고, 안전관리의무의 올바른 이행을 위하여 필요한 인적·기술적·조직적 수단이 제공되도록 하고, 위험관리가 적절히 이행되고 있는지의 여부를 지속적으로 관리·감독하여야 하는 지위에 있는 경영자에 대하여서도 형사책임을 부담시킬 필요가 있는 것이다.⁴⁾ 그리고 이와 같은 사정을 고려한다면 대표자가 임의로 업무를 수행할 책임을 제3자에게 위임한 경우에는 물론 법률이나 이사회 결의 등에 의하여 업무집행자를 반드시 별도로 지정하여야만 하는 사정이 있어서 대표자가 직접 업무수행행위를 수행하지 않는 경우에도 대표자에게 일정한 책임을 부담시키는 것이 타당하다고 보아야 할 것이다.

물론 경영자에 대하여 부담시키는 형사책임의 구체적인 내용은 입법례에 따라 상이할 수 있을 것이다. 이 글에서 특히 검토하고자 하는 것은 미국에서 판례를 통하여 형성된 RCO 원칙(the responsible corporate officer doctrine)이다. 미국 연방대법원은 *Dotterweich* 판결⁵⁾과 *Park* 판결 등을 통하여 RCO 원칙을 선언한 이후, 대위책임 이론의 연장선상에 있으면서도 기존의 대위책임과는 구별되는 독특한 이론 체계를 형성하여 구성원의 위법행위에 대하여 기업 대표자 등 경영자에 대하여 매우 무거운 형사책임을 부담시키고 있다. RCO 원칙이 적용되면 기업의 대표자 등 경영자는 의무이행 책임을 부담하는 자와 그에 대한 관리감독자를 별도로 지정해 놓은 경우에도 위법행위가 반복적으로 발생하게 되면 형사책임을 부담하여야 한다. 나아가 구성요건요소로서 고의, 과실 등의 주관적 요소를 규정해 놓고 있지 아니한 이른바 엄격책임 범죄에 대하여서도 RCO 원칙이 적용될 수 있는 것으로 보고 있어

4) 예를 들어 주식회사를 기준으로 하여 살펴본다면 우리나라에서는 이사회가 “주주총회의 권한으로 되어 있는 것(기초적 사항)을 제외한 일체의 업무집행사항에 대하여 결정권”을 보유하고 대표이사는 “주주총회나 이사회가 결정한 사항을 대내적으로 집행하고 대외적으로 대표”하도록 되어 있어서 본문에서 열거한 사항 중의 일부에 대하여서는 원칙적으로 이사회에서 결정권을 보유하고 있다고 볼 수도 있을 것이다. 그러나 현실적으로는 “이사회는 그 권한사항 중 중요한 부분에 대해서만 결정하고 나머지 사항에 대하여는 대표이사”에게, 그리고 “대표이사는 다시 이를 업무집행이사나 상업사용인에게” 위임하는 것이 불가피하다. 따라서 본문에서 열거한 사항에 대하여 실질적으로는 대표이사가 이를 결정할 권한을 행사하게 될 것이다. 이 각주에서 인용부호로 인용한 내용은 권기범, “이사회와 대표이사의 권한 분장”, 인권과 정의 제408호, 2010. 8., 408 이하 참조

5) “*Dotterweich*”의 발음에 관하여서는 도터위치, 도터바이히, 도터바이크 등의 다양한 발음례가 소개되고 있어서 이곳에서는 부득이 영어 이름을 그대로 표시하였으며, 일관된 체계를 유지하고자 다른 인명의 경우에도 원어 그대로 표시하였다.

서, 이론적으로 본다면 스스로 위법행위를 행하지도 아니하였고 사전에 위법행위 여부를 인식하거나 예견하지 못한 때에도 기업 대표자는 RCO 원칙에 의하여 형사 처벌을 받을 수 있게 된다. 이러한 의미에서의 RCO 원칙에 의한 경영자의 형사책임은 대위형사책임을 널리 인정하고 있는 여타의 커먼로 국가에서도 찾아볼 수 없는 독특한 입법례에 해당한다. 그런데 특히 흥미로운 점은 미국에서 RCO 원칙의 사용이 점차 감소하거나 쇠퇴하기는커녕 오히려 오늘날 점점 더 활발히 이용되고 있으며, 추가적인 행정제재와 결합하여 유죄판결을 받은 경영자가 동종업계에 취업하는 것을 사실상 금지하는 결과를 가져오고 있어서 오늘날 기업의 경영자를 처벌하는 매우 강력한 수단으로 폭넓게 사용되고 있다는 점이다.

이 글에서는 RCO 원칙의 등장 및 발전과정, RCO 원칙에 의한 형사책임의 인정요건, 정당성에 대한 논의 등을 살펴보고, 그것을 감독의무 위반을 근거로 하여 경영자를 형사처벌하는 독일의 질서위반법 모델과 비교한 후, 우리나라의 형사법 체계를 개선함에 있어서 RCO 원칙이 갖는 입법론적 의미를 간략히 살펴보려고 한다.

II. 미국의 RCO 원칙에 의한 기업 대표자의 형사책임

1. RCO 원칙의 등장과 발전

가. Dottweweich 판결

RCO 원칙은 입법을 통하여서가 아니라 다수의 법원 판결을 통하여 형성되었다. 1943년 판시된 *Dotterweich* 판결은 RCO 원칙을 최초로 선언한 선구적인 판결로 인용된다. 이 사건에서는 제약회사와 그 회사의 대표자인 *Dotterweich*가 적합한 품질을 갖추고 있지 않거나 올바른 정보가 함께 제공되지 아니한 의약품을 주간(州間) 거래한 혐의로 미국 연방식품의약품화장품법(the Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, 이하 FDCA) 위반으로 기소되었는데, 재판 결과 *Dotterweich*에 대하여서만 유죄판결이 내려지게 되었다.⁶⁾ *Dotterweich*에 대하여 유죄판결이 내려지는 과정에서 가장 문제가 되었던 것은 최고경영자로서 경영을 담당하였을 뿐이며

스스로 위법행위를 수행하지도 아니하였고 다른 구성원의 위법행위에 적극적으로 가담하지도 아니한 Dotterweich 개인을 FDCA 위반으로 형사처벌하는 것은 적절한가 내지 정당한가의 여부였다. FDCA 위반 범죄는 엄격책임범죄에 해당하는 것으로 이해되고 있어서 경영자를 FDCA 위반으로 형사처벌하는 경우 이것은 곧 경영자에게 자신이 행하지도 아니한 위법행위에 대하여, 그러한 행위가 행하여진다는 사실을 알지도 못하였음에도 불구하고 형사책임을 부담하도록 하는 매우 가혹한 결과가 발생할 수 있기 때문이다.⁷⁾

이에 대하여 미국 연방대법원은 FDCA에 규정된 범죄가 이른바 공공복리범죄(the public welfare offense)에 해당한다는 점을 강조하였다. 공공의 이익을 충실히 보호하기 위하여서는 스스로를 보호할 능력이 없는 사회 일반구성원이 아니라 소비자 보호를 위하여 마련된 법규 위반 여부에 대하여 정보를 입수하고 적절한 대응조치를 취할 수 있는 위치에 있는 제조자에게 보다 무거운 의무를 부과하는 것이 타당하며⁸⁾, 위법행위가 이루어진다는 사실을 알지 못하여 아무런 불법의식이 없는 Dotterweich에게 형사책임을 부담하도록 것은 분명 가혹한 측면이 있지만 그가 위법행위가 발생한 데에 대하여 책임을 부담하는 지위(responsible share, responsible relation)에 있음을 고려할 때 그를 형사처벌하는 것이 부당하지는 않다고 판시하였다.⁹⁾

나. Park 판결

RCO 원칙의 인정근거와 적용요건 등은 Dotterweich 판결이 나오고 나서 30여 년이 흐른 이후 판시된 Park 판결에서 보다 더 구체화되었다. 이 사건에서 Park은 3만 6천여 명의 근로자를 고용하고 있고 900여 개의 판매점을 운영하는 대기업의 최고경영자였는데, 적절한 품질을 갖추고 있지 아니한 식품을 주간(州間) 수송되도록 한 혐의로 FDCA 위반으로 기소되었다.¹⁰⁾

판결문에서 미국 연방대법원은 RCO 원칙이 공공복리범죄 이론에 근거하고 있다

6) United States v. Buffalo Pharmacal Co., Inc. 131 F.2d 500 (2d Cir. 1942), 501

7) United States v. Dotterweich, 320 U.S. 277 (1943), 286

8) 320 U.S. 277 (1943), 285

9) 320 U.S. 277 (1943), 284~285

10) 421 U.S. 658 (1975), 660

는 점을 재확인하였다.¹¹⁾ 그리고 FDCA는 기업 내에서 책임 있는 지위에 서 있는 자에 대하여 사후적으로 법률위반 여부를 발견하고 찾아내서 그것을 개선하여야 하는 의무를 부과하는 동시에 사전적으로 법률위반이 이루어지지 아니하도록 예방조치를 취할 의무도 함께 부과하고 있다고 판시하였다.¹²⁾ 기업의 경영자에게 이러한 의미에서의 사전예방의무를 부과하는 것은 분명 그에게 큰 부담을 지우는 것이 되지만, 공공의 건강과 안녕에 중대한 영향을 미치는 서비스를 제공하거나 재화를 공급하는 기업에서 자발적으로 매우 높은 수준의 권한과 책임을 부여받는 지위를 담당한 자에 대하여 그러한 무거운 주의의무를 이행할 것을 기대하는 것은 부당한 것은 아니라고 판시하였다.¹³⁾

이 판결에서도 미국 연방대법원은 Park에게 형사책임을 부담시킬 수 있는 근거로서 그가 기업활동 과정에서 위법행위가 발생한 데에 대하여 책임을 부담하는 지위에 있다는 점을 강조하였다. RCO 원칙을 적용하여 개인을 유죄판결하기 위하여서는 기업 내에서의 지위에 비추어 볼 때 대상자가 법률에 위반하는 결과가 발생하는 것을 사전에 예방하거나 사후에 교정할 수 있는 권한과 책임을 보유하고 있으며, 그럼에도 불구하고 사전예방 내지 사후교정에 성공하지 못하였다는 점이 입증되어야 하는데, Park에 대하여서는 이러한 요건이 충족된 것으로 보아야 한다는 것이다.¹⁴⁾

이 사건에서는 법률위반상태를 시정할 책임을 부담하는 구성원이 별도로 지정되어 있다는 사실이 RCO 원칙에 의한 경영자의 형사책임 판단 과정에서 어떠한 영향을 미치는가의 문제도 함께 다루어졌다. Park은 자신이 위생관리를 담당하는 구성원을 지정해 놓았으며, 미국식품의약국(the U.S. Food and Drug Administration, 이하 FDA)으로부터 법률위반이 있음에 대한 통지를 받은 후 신뢰할만한 다른 구성원에게 문제를 해결할 책임을 위임하였고, 그들이 위임받은 의무를 올바르게 이행하지 않을 것이라고 의심할만한 아무런 사정이 존재하지 않았기에, 자신을 형사처벌하는 것은 부당하다고 주장하였다.¹⁵⁾ 당해 기업의 모든 직원이 자신의 일반적인 지휘를

11) United States v. John R. Park, 421 U.S. 658 (1975), 671

12) 421 U.S. 658 (1975), 672

13) 421 U.S. 658 (1975), 672

14) 421 U.S. 658 (1975), 669 이하 내지 673 이하

15) 421 U.S. 658 (1975), 664 및 676

받는 관계에 있는 것은 사실이지만, 기업의 업무집행은 기능적으로 분화되어 수행되어 있고 각각의 기능이 수행되는 단계에 따라 그에 대하여 책임을 부담하는 자가 별도로 지정되어 있으므로, 하위구성원의 법률위반행위에 대하여 경영자에게 직접 형사책임을 부담시키는 것은 적절하지 않다고 주장한 것이다.¹⁶⁾

이러한 주장에 대하여 일단 미국 연방대법원은 법률이 경영자에 대하여 객관적으로 불가능한 것을 이행하도록 요구할 수는 없다고 판시하여 RCO 원칙에 의하여 기소된 경영자에 대하여 이른바 객관적 불가능의 항변을 인정하였다. 경영자는 자신이 법률위반상태가 발생하는 것을 예방하거나 이를 개선하는 것이 객관적으로 불가능하였다는 사실을 입증함으로써 형사책임을 면할 수 있다고 판시한 것이다.¹⁷⁾ 그러나 이 사건에서는 객관적 불가능의 항변을 받아들이지 아니하는데, 그것은 기존의 위험관리 시스템이 올바르게 작동하고 있지 아니함에도 불구하고 Park이 동일한 시스템에 의존하여 법률위반상태를 개선하려고 시도하는 데에 그치고 추가적으로 어떠한 조치를 취하지는 아니하였음을 고려하였기 때문인 것으로 생각된다.¹⁸⁾

다. 객관적 불가능 항변의 발전

객관적 불가능의 항변이 인정되기 위하여 경영자가 어느 정도로 노력하여야 하는가에 대하여서는 보다 구체적인 기준이 제시될 필요가 있을 것이다. 일부 견해는 행위 당시 당해 경영자의 위치에 있는 합리적인 일반인의 관점에서 객관적 불가능 여부를 판단하여야 한다고 주장한다.¹⁹⁾ 커먼로 국가의 형사법에서는 오래 전부터 어느 행위가 범죄에 해당하는가를 판단함에 있어서 합리적인 인간 기준이 매우 널리 사용되고 있어왔다. 행위 당시 행위자의 위치에 있는 합리적인 인간도 당해 행위자와 동일한 방식으로 행위하였을 것으로 판단되는 경우라면 당해 행위는 범죄에 해당하지 않는다고 보는 것이다.²⁰⁾ 객관적 불가능 항변의 성립 여부를 합리적 인간

16) 421 U.S. 658 (1975), 663

17) 421 U.S. 658 (1975), 673 이하 및 676 이하

18) 421 U.S. 658 (1975), 664 이하

19) Laurie L. Levenson, "Good Faith Defenses: Reshaping Strict Liability Crimes", *Cornell Law Review*, March, 1993, 461

20) 합리성 개념이 커먼로 국가의 형사법에서 갖는 의미에 대하여서는 George P. Fletcher, "The Right

을 기준으로 판단하려는 견해는 위와 같은 커먼로 형사법의 일반원칙을 RCO 원칙의 적용과정에서도 그대로 사용하려는 견해에 해당하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 그런데 미국 연방대법원이 Park 판결에서 FDCA의 적용을 받는 기업에 대하여 통상적으로 요구되는 것보다 훨씬 더 높은 수준의 주의의무(the highest standard of foresight and vigilance)가 부과된다는 점을 강조하고 있음을 고려한다면²¹⁾, 합리적인 인간 기준이라는 일반원칙에 근거하여 객관적 불가능 항변의 인정 여부를 판단하지는 아닐 것으로 추측할 수 있을 것이다. 실제로도 미국 법원은 객관적 불가능 항변을 지극히 예외적으로만 받아들이고 있는 것으로 보인다.

객관적 불가능 항변에 대하여 판시한 대표적인 판결로 인용되는 U.S. vs Y. Hata & Company 판결에서는 조류가 식품창고로 침입하는 것을 방지하는 것이 객관적으로 불가능하였는지의 여부가 심사되었다. 기업의 대표자인 Hata는 FDA로부터 법률위반상태의 개선 요구가 있는 이후 다양한 수단을 사용하여 조류의 접근을 막아보려고 하였으나 계속 실패하게 되자 식품창고 전체를 거대한 철망으로 뒤덮기로 하고 이를 주문하였는데, 주문한 물건이 아직 도착하지 아니하여 부득이하게 조류의 침입이 계속 이루어지는 상태에서 또 다시 FDA의 조사가 이루어지게 되었으므로 위법상태의 통지 후 재조사가 이루어지기까지의 기간 동안 조류의 침입을 막는 것이 객관적으로 불가능하였다고 주장하였다.²²⁾ 그러나 법원은 철망이 새로운 발명품인 것도 아니고, 조금만 주의를 기울였다면 FDA에 의한 재조사가 이루어지기 훨씬 이전 시점에 철망의 필요성을 인식할 수 있었을 것이며, 어느 곳으로부터도 철망을 입수하는 것이 불가능하여 재조사 이전 시점에 철망을 설치하지 못하였다는 사정을 입증할 수 있는 아무런 증거도 제출되지 아니하였으므로 객관적 불가능 항변의 인정 여부에 대하여서는 심사를 할 필요가 없다고 판시하였다.²³⁾

U.S. vs Starr 사건에서는 식품 저장창고로 들쥐가 들어왔고, 이로 인하여 저장창고 관리의무를 부담하고 있는 기업의 경영자(secretary-treasurer)인 Starr가 FDCA 위반으로 기소되었다. 이 사건에서 Starr는 먼저 저장창고에 들쥐가 들어와 오염이

and The Reasonable”, Harvard Law Review 98, 1985, 949 이하 참조.

21) 421 U.S. 658 (1975), 673

22) United States v. Y. Hata & Company, 535 F.2d 508 (9th Cir.1976), 511

23) 535 F.2d 508 (9th Cir.1976), 511

발생하게 된 것은 자연현상에 의한 것이어서 이를 방지하는 것은 그에게 객관적으로 불가능하였다고 주장하였다.²⁴⁾ 인근에서 경작지를 갈아엎는 작업이 이루어져서 들쥐가 저장창고로 피해를 수밖에 없었다는 것이다. 이에 대하여 법원은 최소한의 주의의무만을 이행하였더라도 인근 경작지에서 진행되는 작업으로 인하여 들쥐가 저장창고로 침입해 들어올 것을 예상할 수 있었으므로 객관적 불가능 항변이 인정될 수 없다고 판시하였다.²⁵⁾ 다음으로 Starr는 기업의 위생을 담당하는 구성원에 대하여 문제를 해결할 것을 지시하였으나 그가 지시를 충실히 이행하지 아니하여 법률위반상태가 발생한 것이라고 주장하면서 자신은 아무런 책임이 없다고 주장하였다.²⁶⁾ 그러나 이에 대하여 법원은 단순히 다른 구성원에게 문제해결을 위임하는 것만으로는 경영자가 그에게 부과된 의무를 충분히 이행한 것으로 평가할 수 없다고 판시하였다. 위임을 받은 자가 위임사무를 올바르게 처리하지 못하는 경우를 예상하여 이를 보완하기 위한 조치를 취할 의무도 함께 이행하여야만 한다고 본 것이다.²⁷⁾

2. RCO 원칙에 의한 기업 대표자의 형사책임 인정요건

가. 책임을 부담하는 주체

Dotterweich 판결이나 Park 판결에서는 최고경영자 내지 대표자가 RCO 원칙의 적용대상이 되었으나, RCO 원칙이 적용되는 대상이 최고경영자 등에 한정되는 것은 아니다. 미국 연방대법원은 Dotterweich 판결에서 위법행위가 행하여진 데에 대하여 책임을 부담하는 지위(responsible share, responsible relation)에 있는 자가 RCO 원칙에 의한 형사처벌의 대상이 된다는 점을 명확히 밝히고 있기 때문이다.²⁸⁾ 미국 연방대법원은 구체적으로 누가 기업활동 과정에서 발생하는 법률위반에 대하여 책임을 부담하는 자에 해당하는가에 대하여서는 어떠한 일률적인 판단기준을 제시하지 아니하고, 이 문제는 검사, 판사, 배심원 등 재판에 관여하는 자의 판단에게

24) United States v. Starr, 535 F.2d 512 (9th Cir. 1976), 515

25) 535 F.2d 512 (9th Cir. 1976), 515

26) 535 F.2d 512 (9th Cir. 1976), 515

27) 535 F.2d 512 (9th Cir. 1976), 516

28) 320 U.S. 277 (1943), 284

맡기는 것이 타당하다고 보았다.²⁹⁾ Park 판결에서는 책임 있는 지위에 있는 자에 해당하기 위하여서는 기업 내에서의 지위에 비추어 볼 때 대상자가 법률에 위반하는 결과가 발생하는 것을 사전에 예방하거나 사후에 개선할 수 있는 권한과 책임을 보유하고 있어야 한다는 점을 강조하였다.³⁰⁾

이와 같은 판시에 비추어 본다면 일선에서 업무를 수행하는 자가 미국 연방대법원이 제시한 책임 있는 지위에 있는 자에 해당하지 않는다는 점은 분명해 보이지만, 위 판시만으로는 어느 정도의 권한을 부여받고 어느 정도의 책임을 부담하는 자에 대하여 RCO 원칙이 적용되는가의 문제를 해결하기에 충분한 기준이 제시되었다고 보기는 곤란할 것이다. 예컨대 기업에 다층적 관리감독관계가 존재하는 경우 어느 단계에 있는 자를 책임 있는 지위에 있는 자로 파악할 것인가 등과 같은 문제에 대하여 보다 심층적인 논의가 진행되어야 할 것이다. 그러나 아직까지는 판례에서는 물론 문헌에서도 이와 관련하여 본격적인 논의가 진행되고 있지는 아니한 것으로 보인다.³¹⁾

나. 대위책임 vs 부작위책임

RCO 원칙이 경영자에게 타인의 범죄행위에 대하여 대위책임의 형태로 형사책임을 부담시키는 것인지, 아니면 법률위반상태를 개선하여야 하는 본인의 의무를 이

29) 320 U.S. 277 (1943), 285; 이에 대하여서는 비판론도 제시되고 있는데, 예를 들어 Dotterweich 판결에서 소수의견은 명문의 규정도 없이 그를 형사처벌하는 것은 부당하다고 주장하였다. Dotterweich가 위법행위가 행하여진다는 사실을 사전에 알았다거나 그러한 위법행위에 관여하였다는 아무런 증거도 제출되지 아니하였다는 사정을 고려한다면 이때 형벌은 오로지 Dotterweich가 기업의 경영자라는 지위에 있다는 사실에 근거하여 부과되는 것이어서 부당하다는 지적이다(320 U.S. 277 (1943), 286) 소수의견은 어느 행위가 범죄행위에 해당하고 누가 범죄행위의 주체가 될 수 있는지를 정할 수 있는 권한은 오로지 국회만이 보유하고 있으며, 법원이 아니라는 점을 강조하면서, FDCA가 경영자에 대한 형사책임을 명시하고 있지 아니한 것은 그들을 형사책임으로부터 면제하기 위한 것으로 볼 수 있다고 주장하였다(320 U.S. 277 (1943), 286 이하) 다수의견이 RCO 원칙에 의할 때 기업의 어떤 구성원이 형사책임을 부담하여야 하는지를 판단할 수 있는 명확한 기준을 제시하지 못하는 것은 명문의 규정이 없음에도 불구하고 해석론으로 기업의 구성원을 형사처벌하려고 시도하여 발생한 부적절한 결과라고 비판하였다(320 U.S. 277 (1943), 292 이하).

30) 421 U.S. 658 (1975), 671 내지 673

31) Katrice Bridges Copelanda, "The Crime of Being in Charge: Executive Culpability and Collateral Consequences", American Criminal Law Review, 51, 2014, 815

행하지 아니한 부작위에 대하여 책임을 부담시키는 것인지에 대하여서는 상반된 견해가 제시되고 있다. RCO 원칙에 의한 경영자의 형사책임을 대위책임의 한 유형으로 설명하는 문헌도 다수 존재하지만³²⁾, 이를 전형적인 대위책임의 한 유형으로 이해하기는 곤란할 것으로 보인다. RCO 원칙에 의한 경영자의 형사책임이 대위책임에 해당한다면 경영자에게 형사책임을 부담시키기 위하여서는 먼저 기업의 구성원 중에서 누가 위법행위를 하였는지의 여부를 확인하여야만 한다. 구성원의 위법행위가 존재하지 않는다면 경영자가 대신 부담하여야 하는 형사책임이라는 것은 상정할 수조차 없기 때문이다. 그러나 Dotterweich 판결이나 Park 판결에서는 재판과정에서 누가 위법행위를 하였는가의 여부에 대하여 전혀 심사가 이루어지지도 아니하여서, RCO 원칙에 의한 경영자의 형사책임을 대위책임의 한 유형으로 분류하는 것은 적절하지 않은 것으로 보인다.³³⁾

미국 연방대법원이 여러 판시를 통하여 RCO 원칙이 경영자가 자신에게 부과된 의무, 즉 법률위반이 발생하는 것을 사전에 예방하거나 사후에 개선하여야 하는 의무를 올바르게 이행하지 아니하였다는 사실에 기초하여 그에게 형사책임을 인정하는 것이라는 점을 명시적으로 밝히고 있음을 고려한다면, 동 원칙은 대위책임을 인정한 것이라기보다는 경영자가 본인에게 부과된 형법적 작위의무를 이행하지 아니한 데에 대하여 형사책임을 부담시키는 것이라고 보는 것이 타당할 것이다. 즉, RCO 원칙에 의한 형사책임을 인정하기 위하여서는 경영자가 형법적 작위의무를 이행하지 아니하였다는 사실(부작위)이 입증되어야 하는 것이다. 그런데 여기에서 한 걸음 더 나아가서, RCO 원칙에 의한 경영자의 형사책임을 전형적인 부작위범의 한 유형으로 보는 것이 타당하다는 주장도 제기된다. 기업과 체결한 계약에 기초하여 경영자는 구성원의 위법행위를 방지하여야 하는 형법적 작위의무를 부담하게 되는데, 이러한 작위의무의 불이행에 대한 책임이 곧 RCO 원칙에 의한 경영자의 형사책임에 해당한다는 것이다.³⁴⁾ 이와 같이 RCO 원칙을 전형적인 부작위범의 한 유형으로

32) 예를 들어 대표적으로 Wayne R. LaFare, *Criminal Law*, 5th Updated edition, 2010, §13.4(c) 참조

33) Kathleen F. Brickey, "Criminal Liability of Corporate Officers for Strict Liability Offenses - Another View", *Vanderbilt Law Review*, 35, 1982, 1349

34) Todd S. Aagaard, "A Fresh Look at the Responsible Relation Doctrine", *The Journal of Criminal*

파악한다면 RCO 원칙을 인정하는 이론적 근거, 그 적용대상 등을 보다 명료하게 확정할 수 있게 된다고 주장한다.³⁵⁾ 그러나 이러한 시도는 아래에서 다시 살펴보는 바와 같이 RCO 원칙에 대한 미국 연방대법원의 판시방향과는 일치하지 않는 것으로 보인다. RCO 원칙을 부작위범 이론에 기초하여 이해하게 된다면 그 적용요건이나 적용대상인 범죄 등에 있어서 미국 연방대법원이 판시한 것과는 전혀 다른 결론에 도달하게 되기 때문이다.³⁶⁾ 미국 연방대법원은 경영자에게 RCO 원칙에 근거하여 형사책임을 부담시키는 근거를 부작위범 이론이 아니라 공공복리범죄 이론으로부터 가져오고 있음을 반복하여 밝히고 있다는 점을 고려할 때에도 RCO 원칙을 부작위범으로 이론구성하는 것은 판시의 취지에 부합하지 않는 것으로 생각된다.

다. 엄격책임 vs 과실책임

RCO 원칙이 경영자에게 엄격책임을 부담시키는 것인지 아니면 적어도 객관적 주의의무 위반으로서의 과실(negligence)의 존재를 요하는 것인지에 대하여서도 견해가 나뉘고 있다. 미국 연방대법원이 RCO 원칙의 이론적 근거를 설명하면서 공공복리범죄나 엄격책임범죄에 대하여 판시한 다른 판결을 다수인용하고 있음을 고려한다면, 미국 연방대법원은 RCO 원칙에 의한 형사책임을 엄격책임의 일종으로 이해하고 있다고 볼 수도 있을 것이다. 이러한 맥락에서 RCO 원칙이 실질적으로 경영자에 대하여 엄격책임을 인정하는 것이라고 보는 견해가 오래 전부터 주장되고

Law and Criminology, 2006, 1282 이하

35) Todd S. Aagaard, 위 각주의 글, 1281 이하

36) 후술하는 바와 같이 미국의 연방대법원은 RCO 원칙을 이른바 공공복리범죄(the public welfare offense) 이론의 연장선상에서 이해하면서 그 적용대상인 범죄를 비교적 가벼운 형벌이 부과되는 범죄에 한정하고 있으나, RCO 원칙을 부작위범 이론에 근거하여 이해하게 된다면 그 적용대상인 범죄를 그와 같이 제한할 이유는 존재하지 않게 된다. 기업이나 조직 등으로부터 구성원의 위법행위를 방지할 권한과 책임을 부여받았음에도 불구하고 이러한 권한과 책임을 완수하지 못한 자에 대하여 범죄의 종류에 관계없이 형사책임을 부담시킬 수 있게 될 것이기 때문이다(Todd S. Aagaard, 위 각주의 글, 1286) 나아가 일반적으로 RCO 원칙을 적용하여 경영자에게 엄격책임의 형태로 형사책임을 부담시킬 수도 있다고 보고 있으나, RCO 원칙을 부작위범 이론의 연장선상에서 이해한다면 동 원칙을 적용하기 위하여서는 고의, 과실 등 경영자의 귀책사유가 인정되어야 한다고 보게 될 것이다. 기존의 부작위범 이론에 의한다면 부작위에 의한 형사책임을 인정하기 위하여서는 자신에게 작위의무가 부과되었음을 인식하고 있으면서도 이를 이행하지 아니하였다는 사실이 입증되어야 하기 때문이다(Todd S. Aagaard, 위 각주의 글, 1287 이하).

있어왔다.³⁷⁾

그러나 이와는 달리 RCO 원칙이 경영자 등에 대하여 엄격책임을 부과하고 있는 것은 아니라는 주장도 제기된다. 그 출발점이 되는 것은 미국 연방대법원이 Dotterweich 판결이나 Park 판결에서 경영자에게 범죄행위에 대한 현실적 인식이 결여되었다고 하여도 형사책임을 부담시킬 수 있다는 점을 강조하고 있을 뿐, 고의 이외에 객관적 주의의무 위반으로서의 과실이나 기타 주관적 요소의 존재가 요구되는가에 대하여서는 명확히 언급하고 있지 않다는 점이다. Park 판결에서는 최고경영자인 Park에게 유죄판결을 하는 근거로서 그가 위법상태가 지속되고 있음을 인식하고 있었음에도 불구하고 충분한 개선조치를 취하지 아니하였다는 사실을 강조하고 있는데, 이와 같은 판시내용도 RCO 원칙이 엄격책임을 인정하는 것은 아니라는 주장의 논거로 사용되고 있다.³⁸⁾ 만일 RCO 원칙이 경영자에 대하여 엄격책임의 형태로 형사책임을 부담시키는 것이라면 Park이 위법상태의 발생 내지 존속을 인식하고 있었는지의 여부는 전혀 고려될 필요조차 없을 것이기 때문이다.³⁹⁾ 나아가 Park 판결에서 다수의견은 경영자에게 매우 높은 수준의 주의의무(the highest standard of foresight and vigilance)가 부과된다고 강조하였는데, 이것 역시 RCO 원칙에 의한 책임이 엄격책임이 아니라 과실책임(negligence)에 해당한다고 보는 근거로서 제시되고 있다.⁴⁰⁾ Park 판결에서 소수의견도 위와 같이 경영자에게 높은 수준의 주의의무가 부과된다는 다수의견의 판시는 과실책임을 설명하는 데에 있어서 사용되는 전형적인 표현에 해당하는 것이라고 주장하기도 하였다.⁴¹⁾

미국 연방대법원이 RCO 원칙을 적용함에 있어서 객관적 불가능 항변을 인정하고 있는 것 역시 RCO 원칙에 의한 경영자의 형사책임을 과실책임으로 보는 것이 타당하다는 주장의 논거가 된다. 경영자가 최선을 다하였음에도 불구하고 법률위반이 야기되는 것을 예방하거나 사후적으로 시정하는 것이 불가능하였던 경우에는 형

37) Norman Abrams, "Criminal Liability of Corporate Officers for Strict Liability Offenses - A Comment on Dotterweich and Park", UCLA Law Review, 28, 1980, 464 내지 477 이하

38) 421 U.S. 658 (1975), 677

39) Andrew C. Baird, "The New Park Doctrine: Missing The Mark", North Carolina Law Review, 91, 2013, 973

40) 421 U.S. 658 (1975), 673

41) 421 U.S. 658 (1975), 679

사책임이 인정되지 않는 것이라면, 즉 동 원칙이 경영자가 최선의 노력을 다하지 아니한 사례에 대하여서만 적용되는 것이라면 이러한 형사책임은 과실책임의 일종으로 보는 것이 타당하다는 주장이다.⁴²⁾ RCO 원칙을 과실책임의 한 유형으로 이해한다면 객관적 불가능 여부는 당연히 행위 당시를 기준으로 판단하여야 할 것이다. 그러나 이미 살펴본 바와 같이 미국 연방대법원은 객관적 불가능 항변을 지극히 예외적으로만 인정하고 있으며, 행위 당시를 기준으로 하여서가 아니라 판단 시점을 기준으로 하여 사건 전체를 사후적으로 개관하면서 법률위반상태가 발생하는 것을 예방하거나 이미 발생한 법률위반상태를 개선할 수 있는 수단이 객관적으로 존재하였는가의 여부를 심사하는 형태로 판시하고 있다. 이러한 미국 법원의 판시에 비추어 본다면, 객관적 불가능 항변에 근거하여 RCO 원칙을 과실책임의 한 유형으로 이해하는 것은 그다지 큰 의미를 갖지 않게 될 것이다. 후술하는 바와 같이 RCO 원칙에 의한 형사책임을 과실책임의 일종으로 보려는 주된 이유는 동 원칙의 인정 근거, 적용요건 등을 과실범과 동일하게 보려는 데에 있다. 즉 경영자가 위법상태의 발생 내지 사후적인 개선 과정에서 그에게 부과된 주의의무를 충실히 이행하지 아니하였기 때문에 형벌을 부과하는 것이라고 설명하려는 것이다. 그런데 미국 법원이 판시하는 바와 같이 객관적 불가능 판단을 행위 당시를 기준으로 한 개연성/비개연성 판단이 아니라 판결 시점을 기준으로 한 논리적 가능성/논리적 불가능성 판단으로 이해하게 된다면 미국 법원이 객관적 불가능 항변을 인정하고 있다는 데에 근거하여 RCO 원칙에 의한 경영자의 형사책임을 과실책임으로 이해하는 것은 별다른 의미를 갖지 못하게 될 것이다. 객관적 불가능 항변은 명목상 경영자가 자신에게 부과된 의무를 충실히 이행하지 아니하였다는 사실에 기초하여 형벌을 부과하는 것이라고 보는 근거로서 경영자에 대한 형벌 부과를 사후적으로 정당화시켜주는 역할을 수행할 수는 있으나, 실질적으로는 거의 모든 사례에서 객관적 불가능 항변이 받아들여지지 않게 되어서 경영자가 자신에게 부과된 의무를 충실히 이행하지 아니한 데에 대하여 형사책임을 부담시키는 것이라고 보는 근거로서 기능하기는 힘들 것이기 때문이다.⁴³⁾ 현실적으로 RCO 원칙에 근거한 형사책임을 엄격책임으로 보

42) Amy J. Sepinwall, "Responsible Shares and Shared Responsibility: in Defense of Responsible Corporate Officer Liability", *Columbia Business Law Review*, 2014, 388

43) Andrew C. Baird, 각주 39의 글, 978 참조

는 것과 이를 과실책임으로 보면서도 객관적 불가능 항변을 지극히 예외적으로 인정하는 것 사이에는 큰 차이가 존재하지 아니할 것으로 생각된다. 엄격책임범죄는 형식적으로는 아무런 귀책사유 없는 자에 대하여 형벌을 부과하는 범죄에 해당하지만, 실질적으로는 처벌대상이 되는 자에 대하여 위법행위가 행하여지지 않도록 할 매우 높은 수준의 작위의무를 부과하는 범죄에 해당하는 것으로 볼 수도 있기 때문이다.⁴⁴⁾

RCO 원칙이 경영자에게 엄격책임으로서의 형사책임을 부담시키는 것인가의 여부는 RCO 원칙을 어떠한 원리에 근거하여 정당화할 것인가의 문제와 직결되어 있다. RCO 원칙을 적용하기 위하여서는 경영자의 고의, 과실 등 귀책사유가 입증되어야 한다고 본다면 전통적인 형사법의 원칙에 의하여 RCO 원칙에 근거한 경영자의 형사책임을 정당화할 수 있을 것이다. 경영자가 법률위반을 인식하였거나 인식할 수 있었음에도 불구하고 이를 예방하거나 시정하기 위한 적절한 조치를 취하지 아니한 데에 대하여 비난가능성이 인정되고, RCO 원칙은 이러한 비난가능성에 근거하여 경영자에게 형사책임을 부담시키는 것이라고 설명할 수 있기 때문이다. 이와는 달리 RCO 원칙이 엄격책임을 인정한 것이라면 행위자에 대한 비난가능성이 아니라 다른 측면으로부터 정당화 원리를 찾아내야만 한다. 이미 기술한 바와 같이 미국 연방대법원은 RCO 원칙의 인정 근거를 설명하면서 엄격책임범죄 내지 공공복리범죄를 다른 대표적인 판결을 반복하여 인용하고 있는데, 이러한 판시 내용에 비추어 본다면 미국 연방대법원은 RCO 원칙에 의한 형사책임을 원칙적으로 엄격책임의 한 유형으로 보려고 하는 것으로 생각된다.⁴⁵⁾

44) 예컨대 미성년자에 대하여 특정한 마약류의 약품을 판매하는 행위를 처벌하는 범죄가 엄격책임범죄라면 판매자는 형사처벌을 피하기 위하여서는 가능한 모든 수단을 동원하여 구입하려는 자가 미성년자인지의 여부를 조사하여야만 할 것이다. 이와는 달리 당해 범죄가 엄격책임 범죄는 아니지만 구입자가 미성년자인다는 사실을 확인하는 것이 객관적으로 불가능하였던 때에만 범죄가 성립하지 않게 된다고 보는 때에도 판매자는 형사처벌 대상이 되지 않으려면 지극히 높은 수준의 의무를 이행하여야 한다고 보게 될 것이다. 즉 판매자가 지극히 높은 수준의 의무를 이행하여야 한다는 점에 있어서 양자 사이에는 별다른 차이가 없는 것이다.

45) Kathleen F. Brickey, 각주 33의 글, 1378

3. RCO 원칙의 정당화 근거 – 공공복리범죄 이론과 엄격책임 이론

RCO 원칙은 경영자에 대하여 법률위반 발생을 방지하고 이미 발생한 법률위반을 개선할 매우 무거운 의무를 부과하고 있다. 그런데 스스로 위법행위를 수행하지도 아니한 경영자에 대하여 이러한 중한 의무를 부과하는 법적 근거가 무엇인가에 대하여 논의할 필요가 있을 것이다. RCO 원칙을 대위책임의 한 유형으로 보는 때에도 이러한 논의가 필요한데, 그것은 기존의 대위책임 이론에 의하여서는 RCO 원칙의 정당화 근거를 충분히 설명할 수 없기 때문이다. 커먼로 국가에서 오래 전부터 피고용자의 위법행위에 대한 사용자의 대위형사책임을 인정하여 왔으며⁴⁶⁾, 이러한 법리는 기업과 피고용자 사이에서도 그대로 적용된다.⁴⁷⁾ 그러나 기존의 대위형사책임 이론이 기업 구성원의 위법행위에 대하여 경영자에게 형사책임을 부담시키는 근거를 설명하기 위한 직접적인 이론적 토대가 될 수는 없다. 경영자 역시 사용자인 법인의 한 구성원일 뿐이고 본인이 사용자의 지위에 서는 것은 아니기 때문이다. 따라서 구성원의 위법행위에 대하여 스스로 위법행위를 수행하지 아니한 경영자에게 매우 무거운 형사책임을 부담시키는 이론적 근거에 대한 논의가 추가적으로 이루어질 필요가 있는 것이다.⁴⁸⁾

경영자를 처벌할 필요성이 있는가에 대하여서는 Dotterweich 판결에서 개인이 FDCA에 규정된 범죄의 주체가 될 수 있는가와 관련하여 상세히 검토되었다. 이 판결에서 미국 연방대법원은 FDCA는 원칙적으로 기업을 처벌대상으로 하고 있으나 경영자 기타 기업의 구성원을 당해 법률에 의하여 형사처벌하는 것이 가능하다고 판시하였다.⁴⁹⁾ 논거로서는 기업은 개인을 통하여 행위할 수밖에 없다는 법인본

46) 커먼로 국가에서의 대위형사책임 이론의 발전과정에 대하여서는 Francis Bowes Sayre, “Criminal Responsibility for the Acts of Another”, *Harvard Law Review*, 5/43, 1930, 689 이하 참조

47) 미국에서의 기업의 대위형사책임 이론의 발전과정에 대하여서는 Sara Sun Beale, “Die Entwicklung des US-amerikanischen Rechts der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2014, 126/1, 27 이하 참조

48) 다만 기존의 대위형사책임 이론과 RCO 원칙은 모두 공공복리범죄 이론이나 엄격책임 범죄 이론에 근거하고 있어서, 먼저 등장한 대위형사책임 이론이 RCO 원칙의 형성 및 발전과정에 중대한 영향을 주었다는 점을 부인할 수는 없을 것으로 보인다.

49) 320 U.S. 277 (1943), 280 이하

질론적 관점, 관련 법률이 개인 이외에 기업 그 자체를 형벌부과의 대상으로 하는 방향으로 발전하여 왔으나 이러한 흐름이 개인을 형사처벌의 대상에서 배제시키기 위한 것은 아니라는 연혁적 관점, 개인을 형사처벌의 대상에서 배제한다면 기업에 대하여 부과되는 벌금은 단지 영업활동에 수반하여 발생하는 수수료의 의미를 가질 수밖에 없어서 범죄억지효과를 발생시키지 못할 것이라는 예방적 관점 등을 제시하였다.⁵⁰⁾

RCO 원칙이 기업의 경영자에 대하여 이례적으로 무거운 형사책임을 부담시키는 근거를 설명함에 있어서는 미국 연방대법원은 RCO 원칙이 공공복리범죄 이론 및 그것과 불가분적으로 결합되어 있는 엄격책임 이론의 연장선상에서 있는 것이라는 점을 강조하고 있다.⁵¹⁾ 따라서 RCO 원칙을 올바르게 이해하기 위하여서는 이러한 이론의 등장배경이나 의미 등에 대하여 간략하게 검토할 필요가 있을 것이다.

공공복리범죄 이론 및 엄격책임 이론에 대하여 판시한 판결로는 *Morissette* 판결이 널리 인용되는데, 이 판결은 *Park* 판결에서도 여러 차례 인용되었다. *Morissette* 판결에서 미국 연방대법원은 범죄성립을 위하여 주관적 요소를 필요로 한다는 형사법의 원칙은 인간이 자유의지를 보유하고 있으며 그에 상응하여 정상적인 일반인이 라면 선함과 악함 중 어느 것을 선택할 것인지를 스스로 판단할 수 있는 능력이 있고 또한 선함을 선택할 의무를 부담한다는 보편타당한 전제에 근거하고 있음을 강조하였다.⁵²⁾ 그리고 범죄는 주관적인 범죄의사와 객관적인 범죄행위의 결합으로서 이해되며, 입법자가 법률에 범죄구성요건으로서 주관적 요소를 명시적으로 규정하고 있지 아니하더라도 원칙적으로 당연히 주관적 요소를 필요로 하는 것으로 이해하여야 한다고 판시하였다.⁵³⁾

그런데 이와 같은 원칙은 현대에 새로 등장한 범죄유형에 대하여서는 적용되지 않는다고 판시하였다. 예를 들어 식품이나 의약품 등을 제조, 공급하는 행위는 공공의 이익에 대하여 중대한 영향을 미칠 수 있으므로 국가는 관련 안전규정을 상세하게 마련해 놓고 제조자 등에 대하여 이를 준수할 것을 요구하고 있는데, 이러한 안

50) 320 U.S. 277 (1943), 281 이하

51) 320 U.S. 277 (1943), 281; 421 U.S. 658 (1975), 670

52) *Morissette V. United States*, 342 U.S. 246 (1952), 250

53) 342 U.S. 246 (1952), 251 이하

전규정이 준수되도록 강제하기 위하여 형법적 수단을 사용함으로써 공공복리범죄라는 새로운 유형의 범죄가 등장하게 되었다고 설명한다.⁵⁴⁾ 미국 연방대법원은 공공복리범죄는 본질적으로 사회의 편익의 증진을 위하여 형벌을 부과하는 것이어서 국가, 개인의 생명·신체·재산, 사회윤리 등에 대한 공격행위를 처벌하고자 하는 전통적인 범죄와는 전혀 다른 성질의 범죄에 해당한다고 판시하였다.⁵⁵⁾ 따라서 공공복리범죄는 전통적인 범죄와는 다른 원칙을 따르게 되며, 주관적 요소를 요하지 아니하는 엄격책임범죄는 바로 공공복리범죄 이론이 적용되어 탄생한 결과에 해당한다는 것이다. 다만 주관적 요소가 입증되지 아니함에도 불구하고 형벌을 부과하게 된다면 처벌되는 자에게는 지나치게 가혹한 결과를 가져오게 될 것이라는 점을 고려하여 미국 연방대법원은 엄격책임범죄를 인정하기 위한 요건을 몇 가지 제시한다. 먼저 처벌대상이 되는 자는 합리적으로 기대되는 수준의 주의의무를 이행함으로써 법률위반이 발생하는 것을 방지할 수 있는 지위에 있는 자이어야 하며, 나아가 상대적으로 보아 가벼운 형벌을 부과하는 경우로서 유죄판결이 내려져도 대상자의 사회적 평판을 중대하게 훼손하지 않는 경우이어야 한다는 것이다.⁵⁶⁾

이상에서 살펴본 바와 같은 공공복리범죄 이론은 *Dotterweich* 판결이나 *Park* 판결에서도 그대로 발견된다. 예컨대 *Dotterweich* 판결에서는 공공복리범죄 이론을 설명한 또 다른 대표적인 판결로 들어지고 있는 *Balint* 판결을 인용하면서 *Dotterweich*를 기소하는 것은 익히 알려져 있는, 안전규정이 효과적으로 준수되도록 하기 위하여 형사처벌을 하는 공공복리범죄 이론에 기초한 것이라고 판시하였다.⁵⁷⁾ 그리고 *Park* 판결에서는 위법행위가 수행되는 데 있어서 책임 있는 지위에 있는 자를 형사처벌하는 것은 기존에 있어왔던 이론을 적용한 결과임을 강조하면서 *Morissette* 판결을 인용하고

54) 342 U.S. 246 (1952), 254 이하; 이러한 판시는 무엇을 범죄의 구성요건요소를 규정할 것인가의 문제는 전적으로 입법부가 입법정책적으로 결정하는 문제에 해당하는바, 고의, 과실이 반드시 범죄 구성요건요소로 포함될 필요는 없다고 보는 것을 전제한다(*Liparota v. United States*, 471 U.S. 419 (1985), 424 참조). 우리나라 헌법재판소가 책임주의 원칙에 근거하여 형벌의 부과를 위하여서는 언제나 행위자에게 고의, 과실 등 귀책사유가 인정되어야 한다고 보는 것과는 전혀 다른 입장에서 있는 것이다.

55) 342 U.S. 246 (1952), 256; *United States v. Balint*, 258 U.S. 250 (1922), 252

56) 342 U.S. 246 (1952), 256

57) 320 U.S. 277 (1943), 280 이하

있다.⁵⁸⁾ 나아가 Dotterweich나 Park은 유죄판결을 받았으나 상대적으로 가벼운 형을 선고받았음을 고려한다면, 공공복리범죄에 해당하기 위하여서는 낮은 수준의 형벌이 부과되어야 한다는 요건도 충족된 것으로 볼 수 있을 것이다. Dotterweich는 500 달러의 벌금과 6일의 보호관찰(probation)을 선고받았으며, Park은 250 달러의 벌금을 선고받는 데에 그쳤기 때문이다.⁵⁹⁾

4. RCO 원칙에 대한 비판

RCO 원칙에 대한 주된 비판은 크게 보아서 다음의 두 가지로 나뉘볼 수 있다. 하나는 기업활동이 분업적으로 수행되는 현실에 비추어 볼 때 경영자에게 법률위반이 발생하는 것을 방지하거나 위법상태를 개선하기 위하여 직접 개별적이고 구체적인 조치를 취하여야 하는, 타인에게 위임할 수도 없는 의무를 부담시키는 것은 적절하지 않다는 것이며, 다른 하나는 RCO 원칙에 의하여 엄격책임의 형태로 형사책임을 부담시키는 경우 경영자는 자신이 행하지도 아니한 위법행위에 대하여 위법행위가 이루어진다는 사실을 알지도 못하면서 형사처벌을 받는 부당한 결과가 발생하게 된다는 것이다.

후자의 비판은 이론적으로는 충분히 타당한 비판에 해당하지만, 실제로는 그러한 우려가 현실화되고는 있지 아니한 것으로 보인다. 현실적으로는 경영자가 사전에 법률위반을 알고 있었거나 알 수 있었던 경우에만 RCO 원칙에 의한 기소가 이루어지고 있다고 하고 있기 때문이다.⁶⁰⁾ 미국 연방대법원이 RCO 원칙에 의하여 경영자에게 엄격책임의 형태로 형사책임을 부담시킬 수 있는 가능성을 열어둔 것은 기업활동 과정에서 발생하는 법률위반에 대하여 경영자에게 형벌을 부과하는 취지를 관철시키기 위한 것으로 이해할 수 있을 것이다. 법률위반을 현실적으로 인식하였거

58) 421 U.S. 658 (1975), 670

59) Andrew C. Baird, 각주 39의 글, 981

60) Andrew C. Baird, 각주 39의 글, 974; 보다 일반적인 시각에서 본다면 개인이 아니라 기업 등 산업체가 적용대상이 되는 때에는 여타의 엄격책임범죄의 경우에도 통상 사전에 관계자가 법령위반 사실을 인식할 수 있는 계기가 존재하였던 경우에만 적용되고 있다는 연구결과도 있다. 이에 대하여서는 Richard G. Singer, "The Resurgence of Mens Rea III - The Rise and Fall of Strict Criminal Liability", Boston College Law Review, 30, 1989, 391 이하

나 인식가능하였던 경우에만 경영자에게 형사책임을 부담시킬 수 있다고 한다면, 경영자로서는 다층적인 관리감독관계를 형성하고 의도적으로 법률위반 여부에 대한 정보가 보고되지 못하도록 함으로써 형벌권 행사대상에서 빠져나올 수 있게 될 것이기 때문이다.

전자의 비판도 일단 타당한 것으로 생각된다. 규모가 큰 기업에서는 통상적으로 직접 일선에서 특정한 조치를 취할 의무는 물론 관리감독의무도 경영자가 직접 이행하지 아니하고 다른 구성원에게 위임하여 이를 이행하도록 하는 경우가 대부분일 것이다. 그렇다면 경영자에 대하여 관리감독의무만이 아니라 일선에서 발생하는 개별적인 업무집행행위의 적법성 여부를 심사할 것을 요구하거나 법률위반을 방지하거나 개선하기 위하여 필요한 개별적이고 구체적인 조치를 취할 것을 요구하는 것은 적절하지 않다고 볼 여지가 크기 때문이다.⁶¹⁾ 다만 후술하는 것처럼, 중대하거나 광범위한 법익침해의 위험이 존재하는 사례에서는 예외적으로 경영자에게 적극적으로 개입하여 개별적인 조치를 취할 의무를 부과하는 것이 타당하다고 볼 여지도 있다고 생각된다.

오늘날에는 RCO 원칙이 탄생하던 당시와 비교하여 볼 때 법 적용 환경이 근본적인 변화하여서 과거의 법적, 사회적 상황을 토대로 하여 발전한 RCO 원칙을 별다른 제한 없이 적용하는 것은 타당하지 않다는 비판도 제기되고 있다. Dotterweich 판결과 Park 판결이 나온 이후 FDCA 위반범죄에 대하여 부과되는 벌금이 수백 달러 수준에서 수천만 달러 수준으로 높아졌으며, 자유형이 부과될 수 있도록 법률이 개정되었고, 위 법률위반으로 유죄판결을 받은 자는 연방의 보건 관련 프로그램에 참여할 수 없게 되어 결과적으로 동종 업계에 취업하는 것이 현실적으로 불가능하게 되었는데, 이러한 사정을 고려한다면 오늘날에는 RCO 원칙은 지극히 제한된 범위에서만 사용하는 것이 타당하는 것이다.⁶²⁾

20세기 후반 공공복리범죄가 지나치게 증가하고 있으며, 이러한 경향은 민사법과 형사법의 경계를 허물어뜨리고 형벌권의 남용을 가져오게 될 것이라는 보다 근원적인 비판도 제기되고 있다.⁶³⁾ 이러한 지적에 따르면 RCO 원칙을 확대하여 적용하

61) Andrew C. Baird, 각주 39의 글, 994

62) Jennifer Bragg/John Bentivoglio/Andrew Collins, "Onus of Responsibility: The Changing Responsible Corporate Officer Doctrine", Food & Drug Law Journal, 2010, 533 이하

는 것 역시 형벌권의 행사범위를 종래 민사법으로 규율하던 영역으로까지 확장하는 것이어서 타당하지 않다고 보게 될 것이다.

Ⅲ. RCO 원칙과 감독의무 위반 모델(독일 질서위반법)의 비교

1. 감독의무 위반에 근거하여 경영자를 처벌하는 모델(독일 질서위반법)

대표자 등 경영자는 지침·방침·행동준칙 등을 정하는 것과 같은 보다 직접적인 방법에 의하여서는 물론, 기업 목표의 설정, 상대적인 자원투입 비율 조정, 상벌체계의 운영 등과 같은 일체의 경영행위를 통하여 기업에 특정한 형태의 내부문화가 형성되도록 하고 구성원이 이러한 문화에 순응하여 업무를 집행하도록 하는 것과 같은 간접적인 방법에 의하여 기업활동 전반에 대하여 중대한 영향력을 행사한다. 그러나 이러한 영향력의 행사를 직접적으로 법률에 위반하는 행위로 볼 수는 없어서 글의 서두 부분에서 살펴본 바와 같이 경영자를 위법행위의 주체, 즉 행위자로 파악할 수는 없다. 나아가 특히 다층적인 관리감독관계가 존재하는 경우 경영자가 일선에서 이루어지는 개별적인 위법행위의 발생을 사전에 인식하는 것은 사실상 불가능하며 그것에 대한 인식가능성도 부인되는 경우가 대부분일 것이어서 경영자를 위법행위에 대한 공범으로 포섭하는 것도 현실적으로 가능하지 않은 경우가 많을 것이다. 경영자에게 기업활동 과정에서 발생한 위법행위에 대한 형사책임을 부담시키기 위하여서는 또 다른 이론적 도구가 마련되어야만 하는 것이다.

독일의 질서위반법은 우리나라 형법학에서도 별다른 이의 없이 받아들여지고 있는 보증인지위에 관한 이론이나 신뢰의 원칙에 근거하여 감독의무 불이행을 요건으로 하여 경영자를 처벌하도록 하고 있다. 이 법률 제130조는 사업주의 감독의무 불이행을 질서위반행위로 규정하고 있는데, 사업주가 법인인 경우 같은 법률 제9조에

63) John C. Coffee, Jr., "Does 'Unlawful' Mean 'Criminal'? Reflections on The Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law", Boston University Law Review, March, 1991, 193 이하

의하여 당해 법인의 대표자 등을 처벌하도록 하고 있다. 즉 제130조에 규정된 감독 의무는 형식적으로는 사업주인 법인에 대하여 부과된 것이지만, 그것을 이행할 실질적인 책임은 법인의 대표자가 부담하게 되는 것이다. 사업주의 감독의무 위반을 질서위반행위로 보아 처벌하는 근거를 설명함에 있어서는, 타인에게 업무수행을 위임함으로써 자신의 활동영역을 확대하고 이를 통하여 이익을 향유하게 되는 자는 당초 자신이 이행하여야 하였던 의무가 피위임인에 의하여 올바르게 이행되도록 보장하여야 하는 일종의 보증인지위에 서게 된다는 점이 강조된다.⁶⁴⁾ 그리고 법률이 사업주에 대하여 부과한 의무를 그 대표자에게 이행하도록 하는 제9조의 이론적 근거로서도, 대표자는 법적인 측면에서는 물론 사실적인 측면에서도 기업활동 전반에 대하여 지배권능을 행사하는 지위에 있는 자로서 법인활동 과정에서 법률위반이 발생하지 않도록 할 보증인지위에 서게 된다는 설명이 제시되고 있다.⁶⁵⁾

독일 질서위반법 제130조는 사업주에 대하여 법률이 부과하는 의무를 직접 이행할 책임이 아니라 이러한 의무이행 책임을 위임받은 자를 적절히 감독할 책임을 부과하고 있다. 다르게 표현한다면, 적절한 감독이 이루어졌다면 위법행위에 대하여서는 행위자가 스스로 책임을 부담하여야 하며 사업주가 그것에 대한 책임을 부담하지는 아니한다고 규정하고 있는 것이다. 이것은 사업주와 의무이행을 위임받은 자 사이에 신뢰의 원칙이 적용된 결과에 해당한다.⁶⁶⁾ 기업활동이 기능적으로 세분화되어 다수의 구성원에 의하여 분업적으로 수행되는 경우 사업주가 개별적이고 구체적인 업무수행방법을 세세히 지시하거나 감독하는 것은 사실상 불가능하여 업무집행자가 법률을 준수하면서 업무를 수행할 것이라고 신뢰할 수밖에 없기 때문이다. 기업의 규모가 크거나 관리감독을 위하여 전문지식이 필요한 경우 등과 같이 사업주가 스스로 감독의무를 이행할 수 없을 때에는 적절한 자를 선임하여 감독의무를 수행하도록 하여야 할 것이다. 이러한 사정을 고려하여 질서위반법 제130조는 사업주에게 감독자를 선정할 의무, 감독의무를 이행하기에 적합한 자를 감독자로 선정할

64) Entwurf eines Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten mit Begründung, BTDrucks, V/1269, 68 이하의 입법이유 설명 참조.

65) Bernd Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Carl Heymanns Verlag KG, 1979, 95 이하

66) Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 4. Auflage 2014, 130/51

의무, 감독자에 대한 감독의무 등을 부담시키고 있다.

우리나라 형법학에서도 독일과 매우 유사한 형태의 보증인지위 이론이나 신뢰의 원칙 등이 널리 받아들여지고 있어서 이론적인 측면에서만 살펴본다면 감독의무 위반에 근거하여 대표자를 처벌하는 독일의 입법례는 크게 수정하지 않고도 우리나라 형사법에 통합될 수 있을 것으로 보인다. 이에 반하여 공공복리범죄 이론이나 엄격 책임 범죄 이론 등은 우리나라에서는 전혀 받아들여지고 있지 않아서, 이러한 이론적 근거에 기초하여 발전한 RCO 원칙을 받아들이는 것은 체계적으로도 가능하지 않으며 이를 비교법적으로 검토하는 것 역시 별다른 의미를 갖지 않을 것이라고 볼 수도 있을 것이다. 그러나 보다 세부적으로 검토하게 된다면 독일의 입법례와 RCO 원칙 사이에 존재하는 차이는 애초 생각하였던 것만큼 크지 않음을 알 수 있다.

2. RCO 원칙과 감독의무 위반 모델(독일 질서위반법)의 비교

일단 RCO 원칙과 독일의 질서위반법은 모두 경영자의 형사책임을 위법행위를 수행한 자의 형사책임에 종속시키지 아니하고 경영자 고유의 형사책임을 인정하고 있다는 점에서는 공통점이 있다. RCO 원칙에서 경영자에게 형사책임을 부담시키는 근거는 경영자가 스스로 법률위반상태를 개선할 의무를 이행하지 아니하였다는 데에 있으며, 독일 질서위반법에서도 경영자는 본인에게 부과된 감독의무를 충실히 이행하지 아니하였다는 데에 근거하여 처벌이 이루어지게 되고 현실적으로 위법행위가 이루어졌다는 사실은 객관적 처벌조건으로서 기능하게 될 뿐이기 때문이다.⁶⁷⁾ 하지만 시각을 달리하여 RCO 원칙이 대표자에 대하여 업무집행자를 적절히 선임·감독할 의무가 아니라 법률위반상태를 개선하기 위하여 필요한 구체적인 조치를 취할 의무를 부과하고 있다는 점에 주목한다면 RCO 원칙과 감독의무 모델은 서로 전혀 다른 입법례에 해당하는 것처럼 보이기도 한다.

그러나 이러한 차이는 RCO 원칙이 독일의 질서위반법과는 달리 위법행위가 이미 발생하였고 반복적으로 발생하고 있다는 비정상적인 상황을 전제로 하여 적용된다는 점에 기인한 것으로서, RCO 원칙과 독일의 질서위반법을 서로 전혀 다른 법

67) 독일 질서위반법 제130조 참조.

제도로 파악하여야 하는 근거가 될 수는 없을 것이다. 독일의 질서위반법에 의할 때에도 위법행위가 행하여지고 있는 것과 같은 비정상적인 상황에서는 사업주에게 보다 가중된 감독의무가 부과되는 것으로 보고 있는데⁶⁸⁾, 이러한 가중된 감독의무에는 동일한 유형의 위법행위가 반복적으로 발생하는 것을 방지하거나 그러한 행위로 인하여 형성된 법률위반상태를 개선하기 위한 조치를 취할 의무가 당연히 포함되는 것으로 보게 될 것이다. 그렇다면 RCO 원칙이 위법상태의 발생 및 존속을 전제로 하여 경영자에게 법률위반을 개선하기 위한 구체적인 조치를 취할 의무를 부과하고 있는 것과 질서위반법이 비정상적인 상황에서 사업주에게 평상시보다 더 가중된 관리감독의무를 부과하는 것 사이에는 별다른 차이가 존재하지 않는다고 보는 것이 더 적절할 것이다.

독일 질서위반법 제130조에 규정된 감독의무에는 한편으로는 예컨대 적합한 능력을 갖춘 자를 업무집행자로 선임하고, 다수의 업무집행자가 선임된 경우 위험관리의 권한과 책임을 적절하게 그리고 남김없이 분배하고, 업무집행과정에서 준수하여야 하는 법령의 내용 등을 알려주고 지속적으로 재교육하며, 표본조사와 같은 방법으로 업무집행의 적정성 여부를 계속하여 감시하는 것과 같이 특정한 업무집행자 내지 특정한 업무집행행위를 적절히 감독할 의무가 포함된다.⁶⁹⁾ 그러나 다른 한편으로 감독의무는, 특히 규모가 큰 기업의 경우에는, 기업 내부에 적절한 위험관리체계를 형성할 의무를 포함되게 된다. 예를 들어 위법행위가 발생하는 것을 예방하거나 가능한 이른 시기에 이를 발견하여 적절한 대응조치를 취하는 등의 감독의무를 전담하는 부서를 두는 것이 가장 전형적인 예에 해당한다.⁷⁰⁾ 문헌이나 판례에는 명확히 나타나 있지 않지만, 주로 소규모의 기업에서는 전자의 특정한 업무집행자 내지 특정한 업무집행행위에 대한 감독의무가 강조되고, 대규모의 기업에서는 후자의 적절한 위험관리체계를 형성하고 유지할 의무가 강조될 것이다. 그런데 독일의 질서위반법과는 달리 RCO 원칙은 대규모 기업에 있어서 경영자가 위험관리 시스템을 적절히 형성하고 유지할 의무를 부담한다는 점을 특별히 강조하고 있지 아니하

68) 각주 66의 책, 130/68

69) 각주 66의 책, 130/53 이하

70) 각주 66의 책, 130/56

여서, 이러한 측면에서 볼 때 RCO 원칙과 독일의 질서위반법은 서로 다른 입장에서 있다고 볼 수도 있다.

그러나 실제로는 RCO 원칙에 근거하여 경영자를 형사처벌함에 있어서도 위험관리체계의 결함 여부가 심사대상이 되고 있다. 예컨대 Park 판결에서 미국 연방대법원은 대표자에 대하여 형사책임을 부담시키는 근거로서, 위법상태가 반복적으로 발생하고 있어서 기존의 위험관리 시스템으로 위법상태가 개선될 것으로 신뢰할 수 없음에도 불구하고 여전히 기존의 시스템에 의존하여 문제를 해결하려고 하였다는 점을 강조하고 있다.⁷¹⁾ 나아가- 이론적으로는 일회적으로 위법상태가 발생한 경우에도 RCO 원칙을 적용하는 것이 가능하지만- 현실적으로는 위법상태가 반복적으로 발생하고 있는 때에만 RCO 원칙을 적용하여 경영자에게 형사책임을 부담시키고 있는데⁷²⁾, 일반적으로 위험관리체계의 결함이 있는 경우에 위법상태가 반복적으로 발생하게 될 것이라는 점을 고려한다면 RCO 원칙을 적용하여 경영자를 형사처벌함에 있어서도 실질적으로는 위험관리체계의 결함 여부가 중요한 심사대상이 되고 있다고 볼 수 있을 것이다.

RCO 원칙이 독일의 입법례와 비교하여 갖는 중대한 차이점 중의 하나는 그것이 엄격책임의 형태로도 적용될 수 있다는 데에서 찾을 수 있을 것이다. 전통적인 의미에서의 책임주의 원칙을 형사법의 대원칙으로 받아들이고 있는 독일에서는 고의, 과실 등의 귀책사유를 구성요건요소로 요구하고 있지 않는 범죄는 상정할 수 없을 것이기 때문이다. 다만 이것은 엄격책임이라는 형태의 형사책임을 인정할 것인가라는 형사법 체계의 차이에 기인하는 것이어서 RCO 원칙과 질서위반법이 규정하는 사업주의 책임 사이의 차이라고 말하기는 곤란한 측면이 있다.

또 다른 차이점은 독일 질서위반법 제130조가 사업체의 업무수행이 기능적으로 분화되어 수행되고 있음을 전제로 하여 사업주에 대하여 적절한 선임·감독의무의 이행을 요구하고 있는 것과는 달리 RCO 원칙은 경영자에 대하여 객관적으로 불가능한 것이 아닌 이상 상정가능한 모든 개별적이고 구체적인 조치를 취할 의무를 부과하면서 이러한 의무를 타인에게 위임할 수도 없다고 보고 있는 부분일 것이다.

71) 421 U.S. 658 (1975), 664

72) Andrew C. Baird, 각주 39의 글, 974

이미 살펴본 바와 같이 RCO 원칙이 경영자에 대하여 이와 같은 의미에서의 가중된 의무를 부과하는 것은 기업의 현실을 고려하지 않는 것이라는 비판을 피할 수 없을 것이다. 하지만 만일 의무불이행으로 인하여 중대하고 광범위한 법익침해의 발생이 예상되는 등의 특히 예외적인 사정이 존재하는 경우만을 한정하여 판단한다면, 경영자에게 상정가능한 모든 수단을 시도해볼 것을 요구하거나, 타인에게 의무이행을 위임하는 데에 그치지 말고 스스로 위법상태를 개선하기 위하여 적극적인 조치를 취할 것을 요구하는 것이 반드시 부당하다고 볼 수만은 없을 것이다. 기업의 규모를 고려하지 않고 언제나 경영자에 대하여 무거운 의무를 부담시키는 것은 공공의 이익 보호를 강조하는 미국의 법문화에 근거한 것으로 보이지만, 요건을 적절히 설정한다면 이러한 의무를 가중된 감독의무의 내용으로 포섭하는 것이 반드시 부적절하다고만 볼 수는 없는 것이다.

IV. 결론 - RCO 원칙이 우리 형사법 운용에 대하여 가지는 의미에 대한 입법론적 검토

공공복리범죄 이론이나 엄격책임 이론은 우리나라 형사법에서는 논의조차 되고 있지 않기에 이러한 이론적 토대 위에서 발전한 RCO 원칙은 우리에게서 낯설게 느껴질 수밖에 없으며, 단순히 비교법적 참고자료에 그칠 뿐이고 우리나라 형사법의 입법과정에서 참조하기는 힘든 입법례에 해당하는 것으로 보일 수도 있다. 그러나 오늘날 산업화된 사회에서는 - 그 사회에 존재하는 형사법 체계가 어떠한 전통을 따르는가에 상관없이 - 기업활동 과정에서 발생하는 법익침해에 대응하기 위하여 기업이나 그 경영자에게 적극적인 역할 수행이 요구되고 있다는 점을 고려한다면 RCO 원칙에 의한 경영자의 형사책임론을 우리와는 무관한 제도로 바라보는 것은 적절하지 않을 것이다. 오히려 구체적인 모습은 다를지라도 독일의 입법례에서는 물론 미국의 입법례에서도 기업활동으로 인하여 위법행위가 발생하는 것을 방지하기 위하여 경영자에 대한 처벌가능성을 마련해두고 있다는 점에 주목할 필요가 있을 것이다.

우리나라에서 기업활동으로 발생하는 위험에 대응하기 위한 수단으로 사용되는 양벌규정에서는 경영자를 형사처벌 대상에서 배제하고 있으나, 업무집행환경의 형성, 업무집행자 및 관리감독자의 선임, 법인 내부문화의 형성 과정에 있어서 “법인을 대표하는 자연인인 대표기관의 의사결정에 따른 행위”⁷³⁾가 직접적, 간접적으로 중대한 영향을 미치게 된다는 점을 고려한다면 경영자를 형사처벌의 대상에서 배제하고 있는 것은 입법론적으로는 타당하지 않은 것으로 보인다. 그 구체적인 내용을 어떻게 설정할 것인지에 대하여서는 논의가 필요하겠지만, 특히 법익침해의 위험이 중대하거나 광범위한 법익침해가 야기될 위험이 있는 등의 사례에서는, 경영자에 대하여 보다 적극적인 형법적 작위위무를 부과할 필요가 있을 것이다.

미국의 RCO 원칙과 독일의 질서위반법은 약간씩 상이하기는 하지만 기본적으로 위법행위나 위험을 발생시키는 행위, 그러한 행위에 대한 개별적이고 구체적인 감독조치의 이행 여부, 적절한 위험관리체계의 존재 여부 등을 주된 검토대상으로 한다는 점에서는 별다른 차이가 없다. 그런데 이와 같은 입법방식은 기업활동 과정에서 발생하는 모든 유형의 위험에 대하여 적절한 대응수단이 되지 않는다는 점도 지적하여야 할 것이다. 예를 들어 지속적으로 과중한 업무가 부과되고 있으며 내부적으로 정해진 기간 내에 주어진 업무를 완수하여야만 하는 업무환경이 존재하여 부득이하게 업무수행과정에서 법령, 규칙, 지침 등을 준수하지 못하게 되었다면, 그러한 위반행위를 시정할 것을 지시하거나 관리감독 시스템을 마련하는 것만으로는 동일한 위법행위가 반복적으로 발생하는 것을 방지할 수 없을 것이기 때문이다. 물론 관리감독을 엄격하게 시행한다면 일시적으로는 위법행위의 발생을 억제할 수 있을 것이지만, 업무량을 줄이거나 인적 보강이 이루어지는 등의 보다 근원적인 조치가 취해지지 않는 이상 장기적으로는 동일한 위법행위가 반복적으로 발생하는 결과를 피할 수 없을 것이다.

일선 업무집행자는 주어진 업무집행환경을 그대로 받아들여야 하고 스스로 업무집행환경을 개선할 수 있는 권한과 책임을 부여받지 못하는 경우가 대부분이어서 일선 업무집행자의 개인적인 노력만으로 불합리한 업무수행환경으로 인하여 야기되는 위험을 방지하는 데에는 한계가 있을 수밖에 없다. 부적합한 업무수행환경으

73) 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2009헌가25,29,36,2010헌가6,25(병합) 전원재판부 결정

로 인하여 법률위반이 발생하는 것이라면 시정조치를 하도록 지시하거나 표본조사를 더 자주 시행하는 것과 같은 방법이 아니라 업무수행환경 자체를 개선하는 조치가 취하여야만 하며, 이를 위하여서는 경영자의 적극적인 역할이 필수적으로 요구된다. 경영자의 노력 없이는 업무수행환경의 개선에 더 많은 자원을 투입하고 보다 안전친화적이고 법을 준수하는 기업문화를 만들어가는 것은 사실상 불가능하기 때문이다.

이와 같은 사정을 고려한다면 기업이나 기업의 대표자 등 경영자의 형사책임을 검토함에 있어서도 보다 근원적으로 안전친화적이고 법규범을 준수하는 업무수행환경을 조성하기 위하여 충분히 노력하였는가의 여부에 주목할 필요가 있다는 주장이 제기될 수도 있을 것이다. 물론 이에 대하여서는 안전지향적이고 법규범을 준수하도록 하는 업무수행환경이라는 개념은 매우 포괄적이고 추상적인 의미를 담고 있어서 그것을 형사처벌의 요건으로 포섭하는 것은 타당하지 않다는 비판론이 제기될 수 있을 것이다. 이러한 반론은 물론 타당하지만, 경영자가 이러한 의무를 올바르게 이행하였는지를 직접 판단하지 아니하고 그러한 의무가 올바르게 이행되지 아니한 때 외부로 드러나는 현상에 주목하게 된다면 비판을 상당 부분 피해갈 수 있을 것으로 생각된다. 이와 같은 방향에서 보다 구체적인 입법이 이루어지기 위하여서는 추가적인 연구가 필요할 것이다.

참고문헌

[우리나라 논문]

- 권기범, “이사회와 대표이사의 권한 분장”, 인권과 정의 제408호, 2010. 8.
이주원, “산업안전보건법상 양벌규정에 의한 사업주와 행위자의 처벌”, 고려대학교
법학연구 제51권, 2008

[외국 단행본]

- Bernd Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag
KG, 1979
Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 4. Auflage 2014
Wayne R. LaFave, *Criminal Law*, 5th Updated edition, 2010

[외국 논문]

- Laurie L. Levenson, “Good Faith Defenses: Reshaping Strict Liability Crimes”,
Cornell Law Review, March, 1993, 401~
George P. Fletcher, “The Right and The Reasonable”, *Harvard Law Review* 98,
1985, 949~
Katrice Bridges Copelanda, “The Crime of Being in Charge: Executive Culpability
and Collateral Consequences”, *American Criminal Law Review*, 51, 2014,
799~
Kathleen F. Brickey, “Criminal Liability of Corporate Officers for Strict Liability
Offenses—Another View”, *Vanderbilt Law Review*, 35, 1982, 1337~
Todd S. Aagaard, “A Fresh Look at the Responsible Relation Doctrine”, *The
Journal of Criminal Law and Criminology*, 2006, 1245~

- Norman Abrams, “Criminal Liability of Corporate Officers for Strict Liability Offenses—A Comment on Dotterweich and Park”, *UCLA Law Review*, 28, 1980, 463~
- Amy J. Sepinwall, “Responsible Shares and Shared Responsibility: in Defense of Responsible Corporate Officer Liability”, *Columbia Business Law Review*, 2014, 371~
- Francis Bowes Sayre, “Criminal Responsibility for the Acts of Another”, *Harvard Law Review*, 5/43, 1930, 689~
- Sara Sun Beale, “Die Entwicklung des US-amerikanischen Rechts der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1/126, 2014, 27~
- Richard G. Singer, “The Resurgence of Mens Rea III—The Rise and Fall of Strict Criminal Liability”, *Boston College Law Review*, 30, 1989, 337~
- Jennifer Bragg/John Bentivoglio/Andrew Collins, “Onus of Responsibility: The Changing Responsible Corporate Officer Doctrine”, *Food & Drug Law Journal*, 65, 2010, 525~
- John C. Coffee, Jr., “Does “Unlawful” Mean “Criminal”? Reflections on The Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law”, *Boston University Law Review*, 71, 1991, 193~

Criminal Liability of Corporate Officers and the Responsible Corporate Officer Doctrine by the US Supreme Court

Kim, Ho-Ki*

Under the RCO doctrine, which originated in the U.S. Supreme Court decisions such as U.S. v. Dotterweich and U.S. v. Park, corporate executives can be held criminally liable for certain crimes of their corporation. This doctrine imposes on corporate officers not only a positive duty to seek out and remedy violations when they occur but also a duty to implement measures that will insure that violations will not occur. The U.S. Supreme Court adopted strict liability for the breach of these duties, so the government may prosecute and punish corporate officers for the crimes without proof that they acted with intent or negligence. Moreover, corporate officers could be exempted from criminal responsibility only when it is objective impossible to prevent or correct the violation. The U.S. Supreme Court decided that corporate executives have duties to “anticipate and counteract the shortcomings of delegees”, so it is not enough to delegate duties and responsibilities to take necessary corrective measures to another employee. It cannot be denied that corporate executives should take full responsibility for the work of all other managers and employees, but it could not be expected that every action of the corporation could be fully overseen by the corporate executives. Moreover, it does not correspond to the reality that duties imposed by the government or other authorities should be fulfilled personally by the corporate officers. This article explores the reason why the U.S. Supreme Court has developed such a harsh criminal liability of the corporate officers, and compares the theoretical fundamentals of the RCO doctrine with that of the corporate executives’ liability based on the breach of supervisory duties.

* Professor, School of Law, University of Seoul

- ❖ Keyword: criminal liability of corporate officer, the Responsible Corporate Officer Doctrine, the RCO doctrine, Aufsichtspflicht im Unternehmen

가정폭력의 지리학

: 서울시 중랑구 지역 가정폭력 위험요인의 공간분포와 예측모형을 중심으로

노 성 훈**

국 | 문 | 요 | 약

그동안 상당한 수의 가정폭력 연구가 수행되었음에도 불구하고 지역사회 맥락 속에서 가정폭력의 원인을 조사한 국내연구는 찾아보기 어렵다. 대부분의 가정폭력 연구들은 개인 또는 가구 수준의 위험요인에만 초점을 맞출 뿐 지역사회 수준의 위험요인은 간과해왔다. 이번 연구에서는 두 가지 목적을 추구했는데 첫째, 가정폭력 위험성에 영향을 미치는 지역사회 위험요인들을 파악하고, 둘째, 이러한 위험요인들을 활용하여 가정폭력 예측모형을 검증하는 것이다. 가정폭력 발생에 대한 선행연구들의 결과를 근거로 '위험영역모형'(risk terrain model)과 '반복피해모형'(repeat victimization model)을 적용하여 예측모형을 구축하였다. 2014년과 2015년에 서울시 중랑구에서 발생한 가정폭력 신고사건을 분석한 결과 저가빌라, 무질서(소음, 청소년비행), 주택보급율, 여성가구주율, 인구밀도가 가정폭력 발생 위험성에 유의한 영향을 미치는 위험요인으로 나타났다. 지역의 가정폭력 위험요인 수가 증가할수록 가정폭력 발생 위험도 증가하였다. 위험요인이 4개 이상인 지역과 전년도에 가정폭력이 3건 이상 발생한 지역은 타 지역에 비해 2015년에 가정폭력의 발생위험이 각각 2.1배, 2.7배 높았다. 가정폭력 위험요인들의 상대적 영향력 크기를 고려한 가중예측모형은 가정폭력 예측력을 다소 향상시키는 것으로 나타났다. 마지막으로 지역사회 중심의 가정폭력 예방정책의 가능성에 대해 논의하였다.

❖ 주제어 : 가정폭력, 지역사회 통제, 범죄예측, 위험영역모형, 반복피해, 재피해

* 이 논문은 2015년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임
(NRF-2015S1A5A2A01011053)

** 경찰대학 행정학과 부교수

I. 서론

한국사회에서 가정폭력은 심각한 사회문제 중 하나이다. ‘2013년 가정폭력 실태 조사’에 따르면 절반에 가까운 응답자가 자녀에게 폭력을 행사하거나(46.1%) 부부폭력의 가해 또는 피해경험(45.5%)이 있다고 응답하였다. 이중 정서적 폭력이 가장 빈번히 발생하는 유형이지만 적지 않은 응답자가 가족 구성원 사이에 신체적 폭력(자녀폭력 18.3%, 부부폭력 7.3%)이 발생하였다고 응답하였다(여성가족부, 2013). 부부폭력 피해자는 종종 신체적 상해(6.2%)나 정신적 고통(17%)을 경험하는 것으로 조사되었다. 특히 가정폭력은 피해자로 하여금 가해자에 대해서는 분노와 적대감을, 자기 자신에 대해서는 실망감이나 무력감을 느끼도록 만든다. 가족 간의 불화와 갈등이 심화되면 경우에 따라서 부부살인과 같은 중대한 범죄로 이어질 수 있다. 또한 가정폭력과 단기적 화해 사이의 악순환 속에서 우울증과 절망감에 빠진 피해자는 자살이라는 극단적 선택을 할 수도 있다. 부부폭력은 부모와 자녀 간의 애착관계 형성, 부모의 양육역량에도 부정적 영향을 미친다(Mullender et al., 2002; Stephen, 1999). 특히 가정폭력 피해여성은 자녀들에 대하여 엄마로서의 권위와 통제력을 상실하게 되며 경우에 따라 청소년기의 자녀로부터 폭행 피해를 경험하기도 한다(Jackson, 2003). 가정폭력이 빈번한 가정에서 자란 아동들은 공감능력, 자아존중감을 형성하는데 어려움을 겪게 되고 학교에서는 분노조절장애 등 행동장애를 표출하기도 한다(Cunningham & Baker, 2004). 청소년기에 이르면 우울과 불안, 폭력성과 공격성이 증가하고 무단결석, 흡연, 음주, 학교폭력과 같은 문제행동을 일으킬 가능성이 높아진다(엄명용, 2001; 이호택, 2012; Emery, 2011).

대부분의 가정폭력은 사적인 공간에서 친밀한 가족 구성원 사이에 발생하기 때문에 개인적 수준의 특성(연령, 혼인기간, 음주정도, 소득수준 등)과 관련된 위험요인들이 주목을 받아왔다. 일반적으로 가정폭력은 가정 밖에 존재하는 어떤 요인보다는 가정 내의 대인 관계 또는 상황적인 촉발요인에 의해 결정된다고 여겨져 왔다. 하지만 최근 들어 서구에서는 지역사회의 환경적 특성과 가정폭력 발생과의 관련성에 대한 학문적 관심이 증가하고 있다. 가정폭력 가해자 또는 피해자의 개인적 특성과는 별개로 지역사회라는 맥락 속에서 가정폭력을 설명하고자 하는 학문적 노력이 계속되고 있다.

이러한 논의의 중심에는 가정폭력의 ‘공간적 군집화’(spatial clustering) 경향이 자리 잡고 있다. 다른 유형의 범죄들과 마찬가지로 가정폭력은 특정 지역사회 또는 특정 공간에 집중하여 발생하는 패턴을 보이는 것으로 알려져 있다(Sherman, 1995).

지역사회 차원에서 가정폭력 발생의 위험성을 높이는 요인으로 가장 대표적인 것은 미국 시카고학파의 ‘사회해체이론’(Shaw & McKay, 1942)을 반영한 지역사회 통제역량 지표들이 있으며 여기에는 집중적 불이익(concentrated disadvantage), 주거불안정성 등이 포함된다. 또한 실업률과 중위소득수준 등 빈곤 관련 지표 외에 평균교육수준, 한부모가정 비율, 소수인종 비율 등도 가정폭력의 위험성을 높이는 요인으로 연구되어 왔다(Benson et al., 2003; Van Wyk et al., 2003). 몇몇 연구들은 지역사회 유대감, 집합적 효능감(collective efficacy), 사회적·물리적 무질서 등과 같이 지역의 비공식적 통제역량의 보다 직접적인 지표를 강조하고 있다(Dekeseredy, et al., 2003; Frye, et al., 2008). 그 밖에 지역사회의 범죄발생 수준과 범죄에 대한 두려움 등도 가정폭력 발생 가능성과 관련이 있는 것으로 알려져 있다(Naved & Persson, 2008; Reed et al., 2009).

최근 한국 사회에서는 가정폭력의 심각성에 대한 인식이 확산됨에 따라 다수의 가정폭력 관련 연구들이 수행되었다.¹⁾ 그런데 이러한 연구들은 가정폭력이 아동, 청소년, 피해여성 등에 미치는 영향, 가해자 치료 및 피해자 지원 프로그램, 경찰의 가정폭력 사건 처리, 가정폭력 가해자와 피해자의 특성(다문화가정 중심), 법제도적 예방정책에 관한 논의가 대부분이다. 반면에 가정폭력 발생을 지역사회나 공간적 특성의 차원에서 접근한 연구는 거의 찾아볼 수 없다. 전형적인 ‘거리범죄’(street crime)와 비교해서 가정폭력이 외부 환경적 조건으로부터 영향을 덜 받는 특성이 있다는 점을 고려하더라도 이는 국내 가정폭력 문헌에 있어서 간과하기 어려운 연구 공백이라고 하겠다.

본 연구는 기존에 한국에서 실시된 가정폭력 연구들과 달리 가정폭력 문제를 지역사회의 범죄 취약성 차원에서 설명하고자 하였다. 다양한 지역사회 변인들을 연구모형에 투입하여 가정폭력에 대한 새로운 분석틀을 제시하고자 하였다. 또한 공

1) RISS 학술연구정보서비스에서 ‘가정폭력’이란 검색어를 활용하여 최근 3년간(2012년~2014년) 국내학술지논문과 학위논문을 검색한 결과 국내학술지논문 197건, 학위논문 105건 등 총 284편의 논문이 발표된 것으로 조사되었다.

간분석기법과 ‘위험영역모델링’(risk terrain modeling: 이하 RTM)을 활용하여 가정폭력 예측모형을 검증하고자 하였다. 현재까지 국내에서 가정폭력 예측모형을 검증한 연구는 극소수에 불과하고 그나마도 가해자와 피해자의 개인적 수준 위험요인(risk factors)만을 고려한 연구뿐이다.²⁾ 본 연구에서는 공간분석을 통해 확인된 지역사회 수준의 가정폭력 위험요인과 과거에 발생한 가정폭력 신고사건정보를 바탕으로 가정폭력 예측모형을 구축하고 예측력을 검증하고자 하였다.

II. 이론적 배경과 선행연구

1. 가정폭력과 지역사회 위험요인

지역사회 맥락 속에서 범죄현상을 설명하고자 하는 연구들은 대부분 1930년대 미국 시카고학파의 사회생태학과 사회해체이론의 학문적 유산을 계승하고 있다. 쇼와 맥케이(Shaw & McKay, 1942) 청소년비행 연구를 통해 빈곤, 인종적·민족적 이질성, 그리고 주거불안정성과 같은 지역사회 내의 구조적 요인들과 범죄발생 간의 상관관계를 본격적으로 소개하였다. 후속 연구들을 통해 이러한 상관관계는 지역사회 통제역량이라는 요인에 의해 매개된다는 점이 밝혀졌다. 지역사회의 구조적 취약성은 지역사회 주민들 간의 유대 또는 친밀감과 같은 비공식적 통제기제를 약화시키고 그 결과로 범죄나 비행이 증가하게 된다는 것이다(Kornhauser, 1978; Bursik & Grasmick, 1993). 또한 샘슨과 그 동료들(Sampson et al., 1997; Sampson & Radudenbush, 1999; Sampson, 2003)이 수행한 일련의 연구들을 통해 ‘집합적 효능감’(collective efficacy)이 지역사회 비공식적 통제기제의 중요한 요소로 확인되었다. 집합적 효능감은 지역 내에 존재하는 문제를 해결하고자 하는 지역주민들의 적극적인 의지와 참여를 의미한다.

2) 가장 최근의 연구로는 가해자의 자아통제, 문화적응 스트레스, 사회적 지원, 폭력경험 등의 위험요인을 고려하여 다문화 가정의 가정폭력 예측모형을 검증한 강원대학교 박사학위 논문이 있다(최은영, 2015).

지역사회 특성이 가정폭력 발생에 미치는 영향에 관한 선행연구들 역시 구조적 취약성과 지역사회 통제기제의 약화라는 차원에서 접근하고 있다. 빈곤을 포함한 집중적 불이익(*concentrated disadvantage*)은 가정폭력 발생의 위험성을 높이는 것으로 여겨지는 대표적인 사회경제적 취약요인이다. 집중적 불이익은 빈곤층 비율, 정부보조금 수급비율, 홀부모가정 비율, 여성가구주 비율, 실업률, 아프리카계 미국인 비율 등을 복합적으로 고려하여 측정되는 사회경제적 취약성의 합성지표이다. 지역사회의 사회경제적 특성이 가정폭력 발생에 영향을 미치는 이유에 대해서는 크게 두 가지 이론적 설명이 있다. 첫째, 사회해체이론적 설명으로서 사회경제적 취약성은 지역사회 구성원들 간의 사회적 유대감을 약화시키고 이로 인해 비공식 사회 통제기제가 제대로 작동하지 않게 된다. 사람들은 지역사회 또는 이웃의 문제에 대해 개입하는 것을 꺼리고 주변의 가정폭력 피해자에 대해 지역사회 구성원으로서의 책임감을 느끼지 못하게 된다. 결과적으로 가정폭력에 대한 지역사회 차원의 통제가 부재한 상태에서 가정폭력은 반복적으로 발생하게 된다는 것이다(Benson & Fox, 2003:210). 둘째, 문화적 차원의 설명으로서 지역사회 내에는 적합한 행동규범에 대한 기대가 존재한다. 이러한 행동규범은 지역사회의 구조적 특징에 의해 형성되며 이를 ‘생태학적으로 구조화된 규범’(ecologically structured norms)이라고 일컫는다. 그런데 집중적 불이익 수준이 높은 지역사회일수록 부부나 연인, 부모자식과 같은 친밀한 관계 속에서 발생하는 폭력을 규범적으로 용인하는 문화가 형성될 가능성이 높다는 것이다(Sampson & Wilson, 1995:50). 여러 연구들을 통해 집중적 불이익과 가정폭력 사이의 상관관계는 경험적으로 검증되었다(Benson & Fox, 2003; Miles-Doan, 1998). 최근의 한 연구에서도 지역사회의 낮은 소득수준이 높은 가정폭력 발생율과 관련성이 있는 것으로 확인되었다. 다만 가정폭력의 재피해 위험성은 지역사회 소득수준과 관련성이 없는 것으로 나타났다(Bonomi et al., 2014). 하지만 소수의 일부 연구들은 다른 결과를 제시하고 있는데, 집중적 불이익이 가정폭력 발생에 유의한 영향을 미치지 않거나(Li et al., 2010), 심지어 친밀관계에 있는 여성파트너에 대한 살인 위험성을 낮추는 것으로 분석되기도 하였다(Breyer et al., 2015).

사회해체이론에서는 주거불안정성을 지역사회의 비공식적 통제기제를 약화시키

는 구조적 취약요인의 하나로 제시하고 있다. 지역사회 구성원들의 유입과 유출이 빈번한 곳일수록 지역주민들 간의 유대감과 결속력이 약하고 의사소통도 부족하게 된다. 낮은 이웃들 간에는 남의 일에 무관심하고 서로 개입하지 않는 태도가 보편화 되고 이웃의 가정폭력 문제에 대해서도 마찬가지로의 태도를 보이게 된다. 베이어와 동료들의 최근 연구(Beyer et al., 2015)에 의하면 지역사회의 주거불안정성이 높을 수록 친밀관계에 있는 여성파트너에 대한 살인발생 위험성이 증가하였다. 하지만 다수의 연구들이 이론적 예상과 달리 가정폭력 발생율이 주거불안정성이 높은 지역이 아닌 낮은 지역에서 오히려 더 높은 것으로 보고하고 있다(Benson & Fox, 2003; Li et al., 2010; Wilson, 1987). 이러한 의외의 결과에 대해 연구자들은 지역사회의 집중적 불이익, 경제적·인종적 차별과 연관 지어 설명하고 있다. 미국의 경우 가난한 소수인종이 거주하는 지역일수록 주거불안정성이 높다. 그런데 이러한 현상은 사회경제적으로 취약한 이웃 주민들에게 낙후된 환경을 벗어날 여력이 없는 결과이며 또한 소수인종이라는 이유로 거주지역이 제약된 결과라는 것이다(Wilson, 1987). 보다 나은 주거지역으로 이주할 수 없는 상황은 당사자들에게 무력감과 좌절감을 유발시키고 가족구성원들 간에 스트레스와 갈등이 증가시켜 가정폭력의 위험성이 높아지게 된다(Li et al., 2010:536).

지역사회의 사회통제 수준은 지역주민들 사이에 형성되어 있는 유대감, 친밀감, 그리고 적극적 행동의지를 강조하는 집합적 효능감으로 측정된다. 브라우닝(Browning, 2002)의 연구에서 주민들 상호 간의 신뢰정도, 협조수준 이웃에 대한 책임감을 기준으로 측정된 집합적 효능감은 가정폭력 위험성과 부적관계를 갖는 것으로 나타났다. 다른 연구에서도 주민들 간의 유대, 신뢰, 비공식적 통제기제의 수준을 낮게 인식하는 여성일수록 가정폭력의 피해가능성을 높게 인식하였다(DeKeseredy et al., 2003). 또한 지역사회 통제수준은 다른 위험요인이 가정폭력에 미치는 영향에 있어서 조절요인 또는 매개요인으로 작용하기도 한다. 예를 들어, 아동기의 감정적 학대경험은 성인기의 가정폭력 피해를 증가시키는 위험요인인데 이러한 상관관계가 지역사회의 유대정도가 낮을수록 더욱 강하게 나타났다(Obasaju et al., 2009). 매개효과의 예로서는 지역사회 집중적불이익 수준의 증가는 집합적 효능감의 감소로 이어지고 이로 인해 친밀관계 파트너 살인의 발생 위험을 증가하는 것으로 분석되었다(Browning, 2002). 하지만

다른 연구들에서는 일관되지 않은 연구결과들이 보고되고 있는데 지역사회 소득수준을 고려했을 때 지역사회 유대감은 가정폭력에 미치는 영향을 미치지 않거나(Frye et al., 2008), 지역사회 유대감이 지역사회의 경제적 수준의 가정폭력에 대한 영향을 매개하지 않는 것으로 나타났다(Caetano, Ramisetty-Mikler & Harris, 2010).

지역사회 무질서는 주민들이 느끼는 전반적인 삶의 질을 저하시키고 범죄피해에 대한 두려움을 증가시키며 이웃들 간의 불신과 교류 단절을 초래하여 결과적으로 지역사회 통제기제를 약화시킨다(Wilson & Kelling, 1984). 쿤라디(Cunradi, 2007)의 연구에 의하면 지역사회의 무질서 수준이 높을수록 가정폭력 위험성이 증가한다. 또한 지역사회 무질서는 여성의 음주가 가정폭력에 미치는 영향의 조절요인으로 작용한다. 연구결과 음주를 많이 하는 여성일수록 가정폭력 피해의 위험성이 높는데 이러한 상관관계는 피해여성이 거주하는 지역의 무질서 수준이 높은 경우에만 유의한 것으로 나타났다. 이와 비슷하게 아동기 감정적 학대가 성인기의 가정폭력 피해에 미치는 영향 역시 지역사회의 무질서 수준에 의해 조절되는 것으로 분석되었다(Obasaju et al., 2009). 하지만 다른 연구에서는 지역사회의 소득수준을 통제하면 지역사회 무질서가 친밀관계 파트너 살인의 발생가능성에 미치는 영향이 통계적으로 유의하지 않은 것으로 나타났다(Frye et al., 2008).

지역사회의 범죄율은 가정폭력 발생에 영향을 미치는 지역사회 위험요인 중의 하나로 연구되어 왔다. 지역사회 통제의 관점에서 보면 범죄율과 가정폭력 발생률 간의 상관관계는 낮은 집합적 효능감이나 약한 유대관계로 인해 지역사회 내에서 발생하는 모든 유형의 위법행위에 대한 효과적 통제기제의 결여에 의한 결과로 설명할 수 있다. 또한 지역사회에 폭력에 대해 관대한 사회규범이 만연해 있기 때문에 대상에 상관없이 폭력사용을 정당화하는 인식이 형성되어 그 결과 일반폭력과 가정폭력의 발생위험이 공통적으로 높게 나타나는 현상으로 해석할 수도 있다(Sampson & Wilson, 1995:50). 공식범죄통계를 활용한 한 연구에서는 지역사회의 폭력범죄 발생률이 가정폭력 발생에 유의한 영향을 미치지 않는 것으로 나타났다(Li et al., 2010). 하지만 범죄피해조사 자료를 분석한 연구에서는 집중적 불이익, 무질서의 수준이 높은 지역사회에 거주하는 여성들이 가정폭력뿐만 아니라 일반폭력범죄와 재산범죄에 있어서도 더 높은 피해위험성에 노출되어 있는 것으로 나타났다

(DeKeseredy et al., 2003; Raghavan et al., 2006). 또한 지역사회의 폭력범죄 수준을 심각하게 인식하는 여성일수록 가정폭력 피해 가능성도 높은 것으로 분석되었다(Raghavan et al., 2009).

그 밖에 인구밀도와 가정폭력 간의 상관관계를 조사한 연구들도 있다. 지나치게 높은 인구밀도는 사회해체 또는 열악한 주거환경을 나타내는 지표로서 범죄율을 증가시키는 요인으로 다루어져왔다(Byrne & Sampson, 1986). 연구에 따라 인구밀도는 가정폭력과 정적관계를 나타내기도 하고(Whitaker, 2014), 유의한 관계가 발견되지 않기도 했다(Hetling & Zhang, 2010). 외국인·이민자 밀집은 시카고학과 학자들에 의해 해체적 지역의 주요 특징으로 지목되었다. 하지만 가정폭력 연구에서는 외국인이나 이민자가 집중적으로 거주하는 지역의 가정폭력 위험성이 다른 지역에 비해 유의한 수준에서 높게 나타나지는 않았다. 지역사회의 소득수준을 통제하면 외국인거주비율은 가정폭력 발생에 유의한 영향을 미치지 않거나(Browning, 2002; Frye et al., 2008), 오히려 이민자 집중 거주지역이 다른 지역에 비해 가정폭력 위험성이 낮은 것으로 분석되었다(Wright & Benson, 2010).

2. 가정폭력의 반복피해

범죄가 동일한 피해자 또는 피해대상에게 반복적으로 발생하는 현상을 ‘재피해’(revictimization) 또는 ‘반복피해’(repeat victimization)라고 부른다. 보다 정확히는 “한 번의 범죄피해 이후 즉시 다음 범죄피해가 재차 발생하는 비율이 우연적 요소에 의해 설명될 수 있는 것보다 훨씬 높은 경우”를 의미한다(Skogan, 1999:44). 반복피해의 원인과 관련해서는 두 가지 논리적 설명이 존재한다. 첫째, ‘사건 의존적 이론’(event-dependent theories)에 의하면 미래의 범죄사건은 이미 발생한 과거의 범죄사건에 의해 결정된다. 선행 범죄피해가 다음에 이어질 범죄피해의 직접적인 원인이 된다는 설명이다. 예를 들어, 주거침입절도의 경우 최초의 범죄피해로 인해 해당 가구의 범죄취약성이 범죄자에게 노출되었고 이 때문에 다음 범죄피해의 위험성이 증가하게 된다(Johnson & Bowers, 2004; Tseloni & Pease, 2003). 둘째, ‘위험 이질성 이론’(risk heterogeneity theories)에 의하면 반복피해의 원인은 피해

대상에 속해 있는 범죄 취약적 특성이다. 이러한 특성을 가진 사람은 모든 잠재적 범죄자에게 매력적인 범행대상이 되기 때문에 다양한 범죄자에 의한 이질적인 유형의 범죄가 반복적으로 발생할 위험성이 높다는 것이다(Johnson & Bowers, 2004; Tseloni & Pease, 2003).

반복피해 현상은 주거침입절도(Johnson & Bowers, 2004), 학교폭력(Pitts & Smith, 1995), 인종차별적 폭력(Sampson & Phillips, 1992), 상업범죄(Bower et al., 1998; Tilley, 1993), 일반폭력(Kilpatrick & Saunders, 1997), 성폭력(Arata, 2002) 등 다양한 유형의 범죄에서 확인되고 있다. 가정폭력에 있어서도 반복피해 경향이 수많은 연구들을 통해 보고되고 있다. 베리오즈와 그라디(Berrios & Grady, 1991)의 연구에 의하면 병원 응급실을 찾은 가정폭력 피해여성의 86%가 과거 한번 이상 가정폭력을 당한 경험이 있으며, 이중 40%는 병원치료가 필요할 정도의 심각한 신체적 피해를 입었다. 영국범죄조사(British Crime Survey)를 분석한 결과 가정폭력 피해자의 약 3분의 2 이상이 1년 안에 재차 가정폭력 피해를 당하는 것으로 나타났다(Walby & Allen, 2004). 가정폭력 가해자를 대상으로 한 연구에서도 비슷한 결과를 얻었는데 경범죄 수준의 가정폭력으로 인해 보호관찰처분을 받은 사람들 중 38.4%가 2년 안에 또 다시 가정폭력을 저지르는 것으로 나타났다(Klein, 2009). 경찰신고 자료를 분석한 연구에서도 2년 동안 접수된 가정폭력 신고사건의 43%가 관할지역에 속한 전체 가구의 7%에서 발생한 것으로 조사되었다(Lloyd, Farrell, & Pease, 1994).

가정폭력의 반복피해 현상에 대해 가장 널리 알려져 있는 이론적 설명은 ‘폭력의 순환’(circle of violence) 논리이다(Walker, 1984). 가정폭력은 긴장의 형성, 폭력의 발생, 그리고 가해자의 사과 및 화해로 전개되는 순환적 패턴을 따라서 반복적으로 발생하는 경향이 있다는 것이다. 그리고 이러한 폭력의 순환 저변에는 남편의 아내에 대한 지배·통제욕구가 자리 잡고 있다. 앞에서 설명한 사건 의존적 이론을 가정폭력의 순환에 대입한다면 최초의 가정폭력 사건을 통해 배우자에 대한 지배욕구, 통제욕구가 충족되고 아울러 그 과정에 피해자가 지닌 범죄취약성이 확인된다면 가해자의 이러한 경험은 다음 가정폭력 발생의 위험성을 높이는 직접적인 원인이 될 수 있다. 또 다른 설명으로는 최초의 가정폭력 사건으로 인한 결과로 피해자가 가해자에게 회피적 행동을 보이거나 가해자에게 공격적으로 대응하는 경우 가해자와 피

해자 간의 갈등이 증폭되고 추가적인 폭력사건으로 이어질 가능성이 높아질 수 있다(Kuijpers, van der Knaap, & Winkel, 2012). 어떤 경우에 해당하던지 최초의 가정폭력 사건에 대한 가해자의 인식과 피해자의 반응이 가정폭력 재피해 위험성을 결정하는 중요한 요인이 된다. 이에 반해 위험이질성 이론을 적용하면 가정폭력 재피해의 원인은 개인적, 관계적 수준의 위험요인들에 기인한 가정폭력 취약성이다. 가정폭력 위험성을 높이는 피해자의 인구통계학적 특성으로는 저학력·저소득의 젊은 흑인(미국의 경우) 여성이 대표적이다. 어린 시절의 학대경험, 부모의 가정폭력을 목격한 경험 등은 가정폭력피해 위험성을 높이는 발달과정적 특징이다. 심리적·행동적 특징에는 아동기 행동장애 및 반사회적성격장애, 우울증, 자살시도 경력, 음주 및 마약복용 등이 포함된다. 관계적 특징으로는 결혼관계가 아닌 동거관계, 미혼·이혼·별거상태, 상호 친밀감 결여 등이 반복피해의 위험성을 높이는 것으로 알려져 있다(Capaldi et al., 2012).

Ⅲ. 연구방법

1. 분석자료

본 연구의 분석대상은 서울시 중랑구에서 발생한 가정폭력사건이다. 중랑구의 전체인구는 2016년 1월 1일 기준으로 176,390세대, 413,909명이다. 면적은 18.5km²로서 서울시 전체면적의 3.1%에 해당하며 총 16개의 행정동으로 구성되어 있다.³⁾ 2014년 가정폭력 신고사건을 기준으로 할 때 중랑구는 서울시 자치구 중에서 가정폭력 발생률이 가장 높다. 서울시 전체 112신고사건을 활용하여 사전분석을 실시한 결과 1만 가구당 가정폭력신고건수의 서울시 전체 평균이 108.28건이며 이중 중랑구는 143.34건으로 가장 높았다.

본 연구에서 사용한 첫 번째 자료는 경찰이 수집하고 있는 112신고 자료이다. 서울시 중랑구에서 발생한 112신고사건 중 2014년 1월 1일부터 12월 31일까지, 그리

3) 서울시 중랑구청 홈페이지(<http://www.jungnang.go.kr>)

고 2015년 4월 1일부터 6월 30일까지의 기간에 접수된 사건자료만을 활용하였다. 2014년도 1년간의 가정폭력신고 자료는 첫째, 가정폭력 위험요인을 선별하고, 둘째, 반복피해 예측모형에서 전년도 발생 가정폭력사건으로서 사용되었다. 2015년도 3개월간의 자료는 예측모형에서 예측 대상이 되는 가정폭력사건으로 사용되었다. 공간분석을 위해 먼저 112신고 원자료의 신고사건 중 발생지 주소가 명확하지 않은 사건들을 제거하고 오류주소를 보정하는 등 정제과정을 거친 후 신고사건의 발생지 주소를 지도상의 위도와 경도 좌표로 변환하는 지오코딩을 진행하였다. 최종적으로 2014년 가정폭력 신고사건 2,284건과 2015년 3개월간 가정폭력 신고사건 480건을 확보하였다. 다음으로 가정폭력 지역사회 위험요인의 측정을 위해 필요한 자료를 112신고 자료로부터 추출하였다. 2014년 7월 1일부터 9월 30일 사이에 중랑구에서 발생한 신고사건 중 폭력, 절도, 소음, 청소년비행 관련 신고들만을 선별한 뒤 지오코딩을 실시하였다. 그 결과 폭력신고 1,743건, 절도신고 490건, 소음신고 1,519건, 청소년비행신고 644건이 분석대상에 포함되었다.⁴⁾

두 번째 자료는 서울시에서 열린 데이터 광장(data.seoul.go.kr)을 통해 제공하고 있는 행정동 단위의 공개 자료로서 가정폭력의 지역사회 위험요인을 측정하기 위해 활용하였다. 지역사회의 인구통계학적, 사회경제적 특성과 관련 있는 주택수, 외국인수, 이동인구수, 여성가구수, 가구수, 이혼건수, 인구밀도, 총인구수, 총가구수 등의 정보를 분석에 포함시켰다. 마지막으로, 국가공간정보유통시스템(nsic.go.kr)의 무료공개자료 중 공간정보 분석 전문업체인 BIZ-GIS에서 제공한 자료인 중랑구의 공동주택(빌라)에 관한 정보를 활용하였다. 국토부의 전국 공동주택 정보를 100미터 격자 단위의 공간정보 형태로 제공하고 있는데 본 연구에서는 빌라 가구 수와 가격 정보를 활용하였다.

분석단위는 중랑구 관할지역을 가로세로 100미터의 격자로 구분한 공간단위이다. 중랑구의 수치지도 위에 격자 레이어를 오버레이 한 뒤 중랑구의 건물 레이어나 겹치는 부분만 추출하여 사용하였다. 이러한 과정을 통해 야산, 공원 등 주거인구가 없는 공간을 분석대상에서 제외하였고 최종적으로 1,292개의 격자가 분석대상에 포

4) 지오코딩 성공률은 2014년 가정폭력신고 98.0%, 2015년 가정폭력신고 87.7%, 폭력신고 86.8%, 절도신고 92.8%, 소음신고 90.27%, 청소년비행신고 92.41%였다.

합되었다. 이렇게 추출된 격자 위에 점사상 자료의 형태로 되어 있는 가정폭력신고와 위험요인들을 중첩시킨 후 ArcMap의 spatial join 기법을 활용하여 격자에 가정폭력발생정보와 위험요인정보 값을 부여하였다(노성훈, 2015:247). 행정동 단위의 면사상 자료의 형태로 되어 있는 서울시 열린 데이터광장 자료는 중랑구 행정동 지도와 격자 레이어를 중첩시켜서 값을 부여했다. 만약 하나의 격자가 두 개 이상의 행정동에 걸쳐 있는 경우엔 중첩 면적이 가장 큰 행정동의 값을 격자에 부여했다.

2. 변수의 측정

‘2014 가정폭력’은 2014년 1월 1일부터 12월 31일까지 1년간 중랑구에서 발생한 가정폭력 신고사건수로서 격자 평균 발생건수는 1.77건이고 최대 39건, 최소 0건이 발생했다. ‘2015 가정폭력’은 2015년 4월 1일부터 6월 30일까지 3개월간 중랑구에서 발생한 가정폭력 신고사건수로서 격자 평균 0.37건이 발생했고 최대값은 8건이었다. 위험요인 유의성 검증을 위해 2014 가정폭력은 3건 이상 발생을 ‘다수’(=1), 나머지를 ‘소수’(=0)의 이변량변수로 변환하였다. 총 11개의 가정폭력 위험요인이 분석에 포함되었다. 먼저 저가빌라는 경제적 취약성을 나타내는 변수로서 호당 가격 5천만 원 이하의 빌라로 측정하였고 격자 평균 저가빌라 수는 1.29개였다. 저가빌라 존재유무에 따라 ‘있음’(=1)과 ‘없음’(=0)으로 코딩하였다. 폭력범죄, 절도범죄, 소음, 청소년비행은 2014년 7월 1일부터 9월 30일 사이에 중랑구에서 발생한 유형별 신고사건수를 의미한다. 폭력범죄와 절도범죄는 지역의 범죄발생수준을, 소음과 청소년비행은 지역의 무질서수준을 나타내는 변수들이다. 격자 평균 발생건수는 폭력범죄 1.35건, 절도범죄, 0.38건, 소음 1.18건, 청소년비행 0.5건이었다. 폭력범죄는 4건 이상, 절도범죄는 2건 이상, 소음은 3건 이상, 그리고 청소년비행은 2건 이상 발생한 지역을 ‘다수’(=1), 나머지는 ‘소수’(=0)로 각각 코딩하였다. 다음으로 행정동별 특성을 나타내는 6개 변수의 측정과 코딩은 다음과 같다. 먼저 주택보급율은 지역사회의 경제적 수준을 나타내는 변수로서 일반 가구수 대비 주택수의 비율(%)로 측정하였다. 외국인율은 지역별 전체인구 중 등록외국인이 차지하는 비율(%)로 측정하였다. 인구이동율은 주거불안정성의 수준을 나타내는 요인으로서 지

역별 전체인구 중 전입자와 전출자를 포함한 총 이동인구의 비율(%)로 측정하였다. 여성가구주율과 이혼율은 지역사회 통제력의 약화와 관련 있는 가정폭력 위험요인들이다. 여성가구주율은 지역별 전체가구 중 여성이 가구주인 가구의 비율(%)로, 이혼율은 지역별 인구 1천 명당 이혼건수로 측정하였다. 마지막으로 인구밀도는 제곱킬로미터 당 인구수를 의미한다. 이상 6개 요인들은 평균값을 기준으로 이변량변수로 변환하였는데 주택보급율은 ‘낮음’(=1)과 높음(=0)으로, 나머지 요인들은 ‘높음’(=1)과 ‘낮음’(=0)으로 코딩하였다.

〈표 1〉 기술통계

	최소값	최대값	평균	표준편차
2014 가정폭력	0,00	39,00	1,77	2,81
2015 가정폭력	0,00	8,00	,37	,86
저가빌라	0,00	45,00	1,29	3,81
폭력범죄	0,00	41,00	1,35	3,23
절도범죄	0,00	8,00	,38	,82
소음	0,00	26,00	1,18	2,15
청소년비행	0,00	19,00	,50	1,38
주택보급율	51,00	119,20	78,21	16,89
외국인율	,35	2,09	1,09	,49
인구이동율	28,65	46,15	34,06	5,57
여성가구주율	17,80	33,00	26,68	4,33
이혼율	1,27	5,77	2,65	1,21
인구밀도	11772,00	38268,00	23988,18	8135,86

3. 분석방법

가정폭력 관련 배경이론과 선행연구들의 결과에서 도출된 두 가지 가정폭력 발생 예측모형을 활용하였다. 첫째, 캐플란과 동료들(Caplan et al., 2013)이 개발한 범죄 예측모형인 RTM을 적용하였다. 먼저 가정폭력 발생의 가능성을 증가시키는 지역 위험요인들을 확인한 후 이를 활용하여 가정폭력 위험지수를 계산하였다. 이를 위해 각각의 가정폭력 위험요인들을 레이어 형태로 지도 위에 중첩시켜 위험지수를

계산하고 그 값을 해당 지역에 부여하는 방식으로 가정폭력 위험지도를 생성하였다. 그런 다음 예측하고자 하는 기간에 발생한 가정폭력사건이 실제로 가정폭력 위험도가 높은 지역에 집중되었는지 확인하는 방식을 택했다. 둘째, 반복피해모형으로서 가정폭력이 일부 가구나 개인에게서 반복적으로 발생하는 특성을 예측모형에 적용하였다. 예측대상인 가정폭력사건이 이전년도에 가정폭력이 빈번하게 발생한 지역에 집중되었는지를 확인하였다. 구체적으로 다음과 같은 순서로 분석을 진행하였다.

- ① 가정폭력의 발생에 통계적으로 유의한 영향을 미치는 지역 위험요인들을 확인하였다. 저가빌라, 폭력범죄, 절도범죄, 소음, 청소년비행, 주택 보급율, 외국인 유출, 인구이동율, 여성가구주율, 이혼율, 인구밀도 등 총 11개 잠재적 위험요인 중 2014 가정폭력과 통계적으로 유의한 상관관계가 있는 요인을 선별하고자 카이제곱분석을 실시하였다(<표 2>).
- ② 위험요인 레이어들을 중량구 격자지도 위에 중첩시킨 후 각 위험요인이 존재하는 격자에 1의 값을 부여하는 방식으로 격자별 위험지수를 산출하였다([그림 1]).
- ③ 산출된 위험지수의 가정폭력 예측력을 검증하고자 위험지수를 예측변수로 하고 2015 가정폭력을 결과변수로 투입한 로지스틱 회귀분석을 실시하였다(<표 3>, <표 4>).
- ④ RTM과 반복피해모형의 동시에 고려하고자 로지스틱 회귀모형에 위험지수와 2014 가정폭력을 예측변수로 순차적으로 투입하여 2015 가정폭력에 대한 예측력을 비교하였다(<표 5>).
- ⑤ 가정폭력 위험요인들의 상대적 영향력을 고려하기 위해 표준화계수를 이용하여 가중치가 적용된 위험지수를 산출한 뒤 2014 가정폭력과 함께 로지스틱 회귀분석에 투입하여 2015년 가정폭력에 대한 예측력을 비교하였다(<표 6>, <표 7>, [그림 2]).

IV. 분석결과

가정폭력 발생의 위험요인을 확인하고자 카이제곱검정을 실시한 결과 저가빌라, 소음, 청소년비행, 주택보급율, 여성가구주율, 인구밀도만이 2014 가정폭력과 통계적으로 유의한 상관관계를 나타냈다(<표 2>). 5천만 원 이하의 저가빌라가 있는 격자에서의 가정폭력 발생 위험이 높았다. 소음과 청소년비행 문제가 심각한 곳일수록 가정폭력 발생 가능성이 큰 것으로 나타났다. 행정동 단위에서는 주택보급율이 낮을수록, 여성가구주율과 인구밀도가 높을수록 가정폭력이 빈번히 발생했다. 이러한 결과는 사회해체이론 및 지역사회통제이론의 주장과 일치하는 것이다. 저가빌라, 낮은 주택보급율, 높은 여성가구주율과 인구밀집은 집중적 불이익을 나타내는 지표들로서 지역사회의 사회통제기제를 약화시키는 요인들이다. 마찬가지로 소음, 청소년비행과 같은 무질서가 빈번히 발생한다는 것은 지역사회 문제에 대한 통제의 부재, 해결역량의 결핍을 간접적으로 나타낸다. 이에 반해 지역별 폭력범죄, 절도범죄, 외국인유, 인구이동율, 이혼율은 가정폭력 발생에 유의한 영향을 미치지 않는 것으로 나타났다.

<표 2> 위험요인에 따른 가정폭력 발생 차이 카이제곱검정

위험요인	구분	가정폭력		
		다수	소수	계 χ^2
저가빌라				21,922**
	있음	107(36.0)	190(64.0)	297(100.0)
	없음	224(22.5)	771(77.5)	995(100.0)
폭력범죄				1,234
	다수	38(29.7)	90(70.3)	128(100.0)
	소수	293(25.2)	871(74.8)	1164(100.0)
절도범죄				1,924
	다수	32(31.4)	70(68.6)	102(100.0)
	소수	299(25.1)	891(74.9)	1190(100.0)
소음				27,241**
	다수	78(40.8)	113(59.2)	191(100.0)
	소수	253(23.0)	848(77.0)	1101(100.0)

위험요인	구분	가정폭력		
		다수	소수	계 χ^2
청소년비행				15.086**
	다수	51(39.8)	77(60.2)	128(100.0)
	소수	280(24.1)	884(75.9)	1164(100.0)
주택보급율				8.354**
	높음	122(21.6)	442(78.4)	564(100.0)
	낮음	209(28.7)	519(71.3)	728(100.0)
외국인율				.195
	높음	205(26.0)	582(74.0)	787(100.0)
	낮음	126(25.0)	379(75.0)	505(100.0)
인구이동율				1.711
	높음	118(27.9)	305(72.1)	423(100.0)
	낮음	213(24.5)	656(75.5)	869(100.0)
여성가구주율				11.212**
	높음	228(28.9)	562(71.1)	790(100.0)
	낮음	103(20.5)	399(79.5)	502(100.0)
이혼율				1.187
	높음	97(27.8)	252(72.2)	349(100.0)
	낮음	234(24.8)	709(75.2)	943(100.0)
인구밀도				5.866*
	높음	197(28.3)	498(71.7)	695(100.0)
	낮음	134(22.4)	463(77.6)	597(100.0)

* $p < .05$, ** $p < .01$ (양측검정)

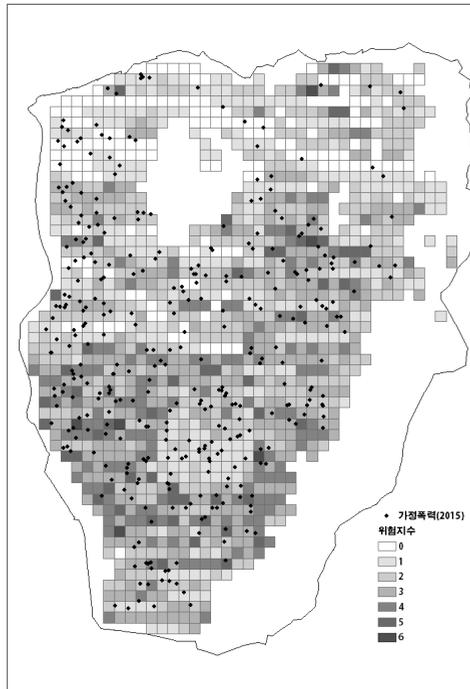
가정폭력과 통계적으로 유의한 상관관계를 보인 위험요인들에게 각각 1점씩 부여한 뒤 이를 합산하여 0점부터 6점까지의 가정폭력 위험지수를 산출하였다. 이를 중랑구 격자지도에 적용한 뒤 그 위에 2015년 4월부터 6월까지 3개월 동안 발생한 가정폭력을 [그림 1]과 같이 오버레이 하였다. 그 결과 위험지수가 높은 지역일수록 가정폭력 발생 가능성이 높은 것을 확인할 수 있었다. 위험지수가 3이상인 격자가 전체 조사지역의 40.47%를 차지하는데 이곳에 전체 가정폭력 사건의 58.13%가 발생했다. 전체 조사지역의 16.49%를 차지하는 위험지수 4이상의 격자에 가정폭력 사건 30.63%가 집중되었다.

다음으로 위험지수 증가에 따른 가정폭력 발생 위험성의 변화를 확인하기 위해

로지스틱 회귀분석을 실시하였다(<표 3>). 가정폭력 위험지수와 2015 가정폭력 간에는 통계적으로 유의한 상관관계가 있었다. 격자의 가정폭력 위험지수가 1점씩 증가할 때마다 2015년 4월부터 6월까지 3개월 사이에 가정폭력이 발생할 가능성이 47% 증가하는 것으로 나타났다.

<표 4>는 가정폭력 위험지수를 연속형이 아닌 범주형 변수로 취급하여 로지스틱 회귀분석을 실시한 결과이다. 위험지수가 0인 격자들을 비교집단(reference group)으로 하여 각 위험지수 집단이 가정폭력 발생에 미치는 영향을 조사하였다. 모든 범주에 있어서 가정폭력 위험요인은 2015년 가정폭력 발생의 유의미한 예측변수로 나타났다. 위험지수가 증가할수록 가정폭력 예측력도 함께 증가하였다. 가정폭력 위험요인이 없는 곳과 비교하여 1개의 위험요인이 있을 때 가정폭력 발생 확률이 약 2배 정도 증가한 반면 6개의 위험요인이 모두 존재하는 경우 가정폭력 발생 위험성이 약 20배 더 높았다.

[그림 1] 지역별 위험지수와 2015년 가정폭력



〈표 3〉 로지스틱 회귀분석: 위험지수(연속형)가 2015년 가정폭력 발생에 미치는 영향

	b	SE	Wald	df	Exp(b)
위험지수 (0-6)	.387	.052	55,721	1	1,473**
(상수)	-2,131	.148	207,257	1	.119**

-2로그우드=1331.917; Cox & Snell R²= .044; Nagelkerke R² = .067

* p<.05, **p<.01 (양측검정)

〈표 4〉 로지스틱 회귀분석: 위험지수(범주형)가 2015년 가정폭력 발생에 미치는 영향

	b	SE	Wald	df	Exp(b)
위험지수=1	.686	.333	4,250	1	1,987*
위험지수=2	.869	.321	7,345	1	2,384**
위험지수=3	1,330	.318	17,538	1	3,780**
위험지수=4	1,671	.337	24,652	1	5,317**
위험지수=5	2,098	.401	27,354	1	8,149**
위험지수=6	2,980	.914	10,640	1	19,692**
(상수)	-2,287	.291	61,730	1	.102**

-2로그우드=1330.242; Cox & Snell R² = .046; Nagelkerke R² = .069

*p<.05, **p<.01(양측검정)

〈표 5〉는 위험지수와 2014년 발생 가정폭력을 로지스틱 회귀분석에 투입한 결과를 보여준다. 위험지수는 위험요인이 4개 이상인 집단과 나머지 집단으로 구분하였고, 2014 가정폭력은 2014년 한 해 동안 가정폭력 3건 이상 발생한 집단과 2건 이하인 집단으로 구분하였다. 각각의 변수들을 분석모형에 투입했을 때 위험지수(≥ 4)와 2014 가정폭력(≥ 3건)은 2015 가정폭력 발생 가능성을 각각 153%, 197.6% 증가시키는 것으로 나타났다. 두 변수를 함께 투입했을 때 위험지수 4점 이상인 경우 2015가정폭력 발생 확률이 108.4% 증가하였고, 2014년 가정폭력이 3건 이상인 경우엔 2015년 발생 가능성이 167.1% 증가하였다. 또한 두 변수를 모두 투입한 예측모형의 모형적합도가 가장 좋은 것으로 나타났다. 이러한 결과를 통해 가정폭력의 발생에 영향을 미치는 지역적·환경적 위험요인과 가정폭력의 반복피해발생의 두 가지 특성을 함께 고려했을 때 예측력이 가장 높다는 것을 확인할 수 있다.

〈표 5〉 로지스틱 회귀분석 위험지수와 2014년 가정폭력이 2015년 가정폭력 발생에 미치는 영향

	모형1		모형2		모형3	
	b (SE)	Exp(b)	b (SE)	Exp(b)	b (SE)	Exp(b)
위험지수(≥4)	.928 (.160)	2,530**			.734 (.166)	2,084**
2014가정폭력(≥3건)			1,091 (.141)	2,976**	.983 (.144)	2,671**
(상수)	-1,397 (.076)	.247**	-1,552 (.085)	.212**	-1,662 (.090)	.190**

모형1: -2로그우드=1338.766; Cox & Snell R² = .024; Nagelkerke R² = .037

모형2: -2로그우드=1332.40; Cox & Snell R² = .044; Nagelkerke R² = .067

모형3: -2로그우드=1313.753; Cox & Snell R² = .058; Nagelkerke R² = .088

*p<.05, **p<.01(양측검정)

다음으로 가정폭력 위험요인들이 가정폭력 발생에 미치는 영향력의 상대적 크기를 고려한 예측모형을 검증하고자 하였다. 이를 위해 가정폭력 위험요인들을 로지스틱 회귀식에 모두 투입하여 2014 가정폭력에 미치는 영향이 유의성을 확인하였다. 그 결과 저가빌라, 소음, 청소년비행, 외국인울, 여성가구주율만이 통계적으로 유의한 요인으로 나타났다(<표 6>). 카이제곱 분석결과와 마찬가지로 저가빌라, 소음, 청소년비행, 여성가구주율은 가정폭력 발생 위험을 증가시키는 요인으로 나타났다. 이 밖에 외국인울과 가정폭력 간에는 부적관계가 있는 것으로 나타났다. 반면 카이제곱분석 결과와 달리 다변량 회귀분석에서는 주택보급율과 인구밀도는 유의한 영향을 미치지 않는 것으로 나타났다. 다음으로 통계적으로 유의한 위험요인들만을 로지스틱 회귀식에 투입하고 표준화 계수(β 값)를 산출하여 가정폭력 발생에 미치는 영향력을 비교하였다.⁵⁾ 여성가구주율의 영향력이 가장 컸고 그 다음으로 저가빌라, 소음, 외국인울, 청소년비행의 순서였다. 각 위험요인별로 표준화 계수를 활용하여 가중치를 부여했고 이를 합산하여 ‘가중(weighted) 위험지수’를 산출했다. [그림 2]는 중랑구의 가중위험지수 지도 위에 2015년 4월부터 6월까지의 가정폭력 발생 위치를 오버레이 한 결과이다. 가중위험지수의 표준점수가 높은 지역에 상대적으로 많은 가정폭력사건이 분포한 것을 볼 수 있다.

5) SPSS 통계 패키지에서는 로지스틱 회귀분석 분석에서 표준화계수를 산출하지 않고 있기 때문에, Jason, E. King(2007), “Standardized Coefficient in Logistic Regression”의 표준화계수 산출 공식을 활용하였다.

〈표 6〉 로지스틱 회귀분석: 위험요인이 2014년 가정폭력 발생에 미치는 영향

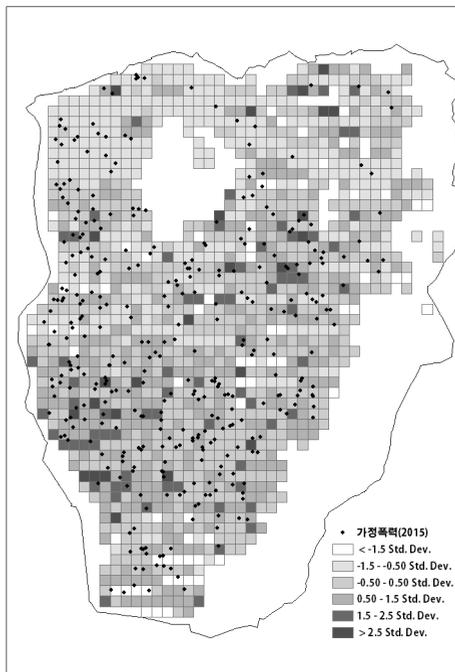
	모형1			모형2			
	b	SE	Exp(b)	b	β	SE	Exp(b)
저가빌라	.617	.150	1.853**	.657	.0527	.146	1.930**
폭력범죄	-.154	.230	.857				
절도범죄	.152	.242	1.164				
소음	.664	.179	1.942**	.699	.0467	.173	2.011**
청소년비행	.462	.209	1.587*	.467	.0266	.205	1.595*
주택보급율	-.168	.210	.845				
외국인율	-.458	.218	.633*	-.480	-.0446	.177	.619**
인구이동율	.088	.183	1.092				
여성가구주율	.492	.238	1.635*	.619	.0575	.181	1.858**
이혼율	.258	.148	1.294				
(상수)	-1.547	.271	.213**	-1.507		.123	.222**

모형1: -2로그우드=1402.092; Cox & Snell R² = .051; Nagelkerke R² = .076

모형2: -2로그우드=1406.822; Cox & Snell R² = .048; Nagelkerke R² = .071

*p<.05, **p<.01(양측검정)

[그림 2] 지역별 가중위험지수와 2015년 가정폭력



가중위험지수의 표준점수(z값)를 구하여 1점 이상과 1점미만으로 구분하였다. 그런 다음 가중위험지수($z \geq 1$)와 2014 가정폭력(≥ 3 건)의 두 변수를 2015 가정폭력 예측모형에 투입하였다(표 7). 가중위험지수만을 고려했을 때 표준점수 1이상인 경우 가정폭력 위험성이 154.4% 증가하였다. 두 변수가 모두 투입된 모형에서는 가중위험지수 표준점수 1이상과 2014년 가정폭력 3건 이상 발생은 가정폭력 위험성을 각각 116.7%, 179.3% 증가시키는 것으로 나타났다. <표 5>의 비가중모형과 비교할 때 가중모형의 가정폭력 예측력이 다소 향상된 것을 확인할 수 있다.

<표 7> 로지스틱 회귀분석: 가중위험지수와 2014년 가정폭력이 2015년 가정폭력 발생에 미치는 영향

	모형1		모형2		모형3	
	b (SE)	Exp(b)	b (SE)	Exp(b)	b (SE)	Exp(b)
가중위험지수($Z \geq 1$)	.934 (.189)	2,544**			.773 (.195)	2,167**
2014가정폭력(≥ 3 건)			1,091 (.141)	2,976**	1,027 (.144)	2,793**
(상수)	-1,333 (.072)	.264**	-1,552 (.085)	.212**	-1,630 (.089)	.196**

모형1: -2로그우드=1367.686; Cox & Snell $R^2 = .018$; Nagelkerke $R^2 = .027$

모형2: -2로그우드=1332.40; Cox & Snell $R^2 = .044$; Nagelkerke $R^2 = .067$

모형3: -2로그우드=1317.508; Cox & Snell $R^2 = .055$; Nagelkerke $R^2 = .084$

* $p < .05$, ** $p < .01$ (양측검정)

V. 논의 및 결론

본 연구에서는 가정폭력의 위험성을 높이는 지역사회 요인들과 가정폭력의 반복 피해 특성을 기초하여 가정폭력 예측모형을 구축하고 예측력을 검증하였다. 이변량 분석 결과 서울시 중랑구에서 가정폭력의 유의한 예측요인들은 경제적 불이익, 무질서, 지역사회 통제력 약화와 관련된 것들이었다. 저가 빌라가 있고, 소음과 청소년비행이 빈번히 발생하고 주택보급율이 낮고 여성가구주 거주비율과 인구밀도가 높은 지역들에서 가정폭력 발생 위험성이 높았다. 이러한 위험요인들로 구성된 가

정폭력 예측모형을 분석한 결과 위험요인의 수가 증가할수록 다음해의 가정폭력 발생에 대한 예측력이 증가하였다. RTM과 반복피해 모형을 동시에 고려한 결과 위험요인 4개 이상인 지역은 타 지역에 비해 2배 이상, 전년도에 가정폭력이 3건 이상 발생한 지역은 타 지역에 비해 2.6배 이상 가정폭력 발생 가능성이 높았다. 위험요인들의 상대적 영향력의 크기를 고려한 가중모형을 적용한 결과 다른 지역과 비교할 때 가정폭력 위험성이 가중위험지수의 표준점수가 1이상인 지역은 약 2.2배, 전년도 가정폭력 3건 이상 발생 지역은 2.8배 높았다.

가중폭행과 성폭행에 대해 유사한 예측모형을 적용한 이전의 국내 연구와 비교할 때 가정폭력은 상대적으로 예측력이 낮게 나왔다. 노성훈(2015)의 범죄예측모형 검증 연구에서 위험요인 1개 증가는 가중폭행 발생의 승산 3.123배, 성폭행 발생 승산 2.911배 증가시킨 반면, 본 연구에서 가정폭력 위험요인 1개 증가는 가정폭력 발생 승산 1.473배 증가에 그쳤다. 비록 조사지역과 투입한 위험요인이 다르지만 이러한 결과의 차이는 가정폭력이 가중폭행이나 성폭행과 같은 범죄에 비해 지역사회 요인의 영향을 덜 받는 특징을 반영하고 있다고 볼 수 있다. 가정폭력은 친밀한 관계 속에서 발생하기 때문에 타 유형의 폭력범죄에 비해 개인적, 관계적 요인에 기인한 위험요인들이 가정폭력 발생에 보다 중요한 영향을 미친다고 하겠다. 그럼에도 불구하고 본 연구 결과가 보여주듯이 가정폭력은 피해자와 가해자를 둘러싸고 있는 지역사회 특성과 무관하지 않다는 점이 확인되었다.

이번 연구의 결과를 해석할 때 주의할 점과 연구방법상의 한계는 다음과 같다. 첫째, 경찰신고 자료의 특성이 연구결과에 영향을 미쳤을 가능성을 배제할 수 없다. 가정폭력 발생건수는 피해 당사자 또는 제3자에 의한 신고행위에 의해 결정된다. 그런데 가정폭력 신고율은 지역사회의 특성에 따라 차이가 있다는 연구결과들이 있다. 예를 들어, 주거지역의 무질서가 심각하다고 인식하는 사람일수록 이웃에서 발생한 가정폭력을 신고할 의사가 낮은 것으로 나타났다(Gracia & Herrero, 2007). 최근 서울시에서 실시한 연구에서도 지역사회의 집합적 효능감에 대한 인식이 낮을수록 본인 그리고 이웃에게 발생한 가정폭력에 대한 신고의사가 감소하는 것으로 나타났다(이훈·노성훈·조준택, 2016). 따라서 지역사회의 특성이 가정폭력발생에 미치는 영향은 어쩌면 신고율의 차이에 의해 매개된 결과일 수 있다. 경찰신고 자료

와 관련한 또 다른 문제점은 112신고 자료에는 고의적인 허위신고나 착오에 의한 오류신고가 상당수 포함되어 있다는 점이다. 또한 가정폭력의 심각성 수준에 있어서도 단순한 말다툼부터 신체상해를 동반한 폭행까지 다양한 유형의 사건이 존재한다. 그런데 이러한 신고사건의 진정성과 심각성은 출동한 경찰관의 현장 확인을 통해서 확보가 되고 그 내용은 112신고 데이터의 ‘중결내용’ 항목에 서술형의 형태로 저장된다. 이번 연구에서는 방대한 자료를 분석하는데 따르는 어려움 때문에 이러한 신고사건별 특성들을 고려하지 못한 채 신고접수단계에서 가정폭력으로 분류된 모든 신고를 동일한 가정폭력 사건으로 취급하였다. 둘째, 지역사회 요인들이 가정폭력 발생 위험성에 영향을 미치는 것으로 나타난 결과가 실제로는 그 지역에 거주하는 주민들의 개인 수준 또는 가구 수준의 특성에서 비롯된 것일 수 있다는 지적이 있다(Benson & Fox, 2003:211). ‘구성 효과’(compositional effect)의 문제로서 예를 들어, 빈곤한 가정에서 가정폭력이 보다 빈번하게 발생하는데 이러한 빈곤한 가정이 특정 지역에 밀집해 있기 때문에 그 지역사회의 가정폭력발생률이 높다는 것이다. 다시 말해, 열악한 경제적 여건을 가진 지역사회에서 가정폭력의 발생률이 높은 것은 지역사회통제이론의 주장처럼 지역사회 유대가 약화되고 통제역량이 저하된 결과가 아니라 단순히 그러한 지역사회가 가정폭력 위험성이 높은 가정들로 구성되어 있기 때문이라는 것이다. 셋째, 분석자료 확보의 한계로 인해 몇 가지 연구방법상의 취약점이 존재한다. 지역사회통제이론의 주요 요소인 지역사회 유대감, 집합적 효능감을 직접적으로 측정할 변수가 분석모형에 포함되지 않았다. 로지스틱 회귀모형의 가정폭력 발생에 대한 설명력이 전반적으로 낮게 나온 것도 이와 같은 주요 지역사회 변수들이 누락된 데에서 기인한 것으로 볼 수 있다. 또한 모든 지역사회 위험요인들이 2014년도를 기준으로 측정되었으나 저가빌라만은 2010년도 자료에 의존할 수밖에 없었다. 마지막으로, 행정동 단위로 측정된 변수를 격자 단위 분석에 사용함으로써 생태학적 오류의 문제로부터 자유로울 수 없게 되었다.

이러한 한계에도 불구하고 본 연구가 지닌 장점은 다음과 같다. 첫째, 기존의 가정폭력 연구가 개인 또는 가구 단위의 예측요인에만 초점을 맞춘데 반해 이번 연구를 통해 지역사회라는 맥락 속에서 가정폭력 발생에 영향을 미치는 요인들을 확인할 수 있었다. 둘째, 그동안 우리나라의 가정폭력 연구는 거의 설문조사에 의존하고

있다. 사법기관의 공식통계를 활용한 연구들이 일부 있으나 아직까지 112신고통계를 활용한 가정폭력연구는 없다. 112신고통계는 가정폭력이 피해자 또는 제3자의 신고를 통해 최초로 경찰에 인지되는 단계에 수집되는 자료이다. 그렇기 때문에 경찰의 사건처리과정에 발생할 수 있는 누락이나 왜곡의 문제로부터 비교적 자유롭다. 또한 설문조사과정에 피해자가 피해사실을 고의적으로 은폐할 우려도 존재하지 않는다. 이번 연구는 가정폭력 신고통계자료를 활용함으로써 공식범죄통계와 설문조사에만 의존해왔던 기존의 가정폭력 연구들의 한계를 극복할 수 있었다. 셋째, 공간분석기법과 RTM 범죄예측모형을 활용함으로써 국내 가정폭력 연구에 있어서 새로운 분석방법을 제시하였다. 본 연구에서 시도한 것과 같이 미시적 공간단위를 적용하여 가정폭력의 공간분포와 예측모형을 검증한 국내연구는 아직까지 없다.

이번 연구의 결과는 가정폭력정책에 있어서 사전적이고 지역사회 중심적인 접근 방법의 중요성을 시사하고 있다. 기존의 가정폭력 관련 정책들은 처벌의 강화와 경찰의 적극적 개입으로 대표되는 억제정책, 피해자에 대한 상담·보호 등 사후적 지원정책, 그리고 가해자 치료 등 재발방지정책 등으로 대표된다. 이에 반해 가정폭력 위험요인들을 기반으로 한 예방중심의 정책은 상대적으로 주목받지 못했다. 주로 가정이라는 사적공간에서 가족관계 또는 친밀관계 속에서 발생하는 가정폭력의 특성으로 인해 외부기관에 의한 범죄예방목적의 사전적 개입이 현실적으로 어렵기 때문인 것으로 풀이된다. 이번 연구의 결과에서 나타났듯이 가정폭력의 발생은 지역사회의 특성과 무관하지 않다. 따라서 지역사회라는 맥락 속에서 가정폭력의 문제에 접근하면 보다 효과적인 가정폭력 예방정책의 가능성이 열린다. 영국의 ‘가정폭력위험대응 기관협의회’(Multi Agency Risk Assessment Conference)는 지역사회 기반의 가정폭력 예방정책 중의 하나이다(김한균, 2011). 지역사회는 과학적 방법을 통해 가정폭력의 위험성을 평가하고 그 지역에 존재하는 가용자원을 활용하여 각 지역사회별로 특화된 예방정책을 수립하여 국가기관과 지역사회가 협력적으로 추진하는 방식이다. 우리나라에서도 비슷한 노력들이 시도되고 있는데 예를 들어 ‘가정폭력 솔루션팀’은 지역사회 내의 가정폭력 관련 전문가들 간의 협력네트워크이다. 여기에는 상담, 의료, 법률, 사회복지 등 다양한 분야의 전문가들이 참가하여 여성 안전망을 구축하고 있다(장미혜 외, 2015:172-173). 이러한 노력들은 가정폭력 피해

자들을 보호하고 지원하는 직접적인 효과뿐만 아니라 지역사회 내의 문제를 주민들의 힘으로 해결하려는 공동체 차원의 의지인 집합적 효능감을 높이는 효과도 있다. 아울러 지역사회 통제기제를 약화시키는 취약한 주거환경과 무질서 등의 문제들을 개선함으로써 가정폭력 위험성을 낮출 수 있을 것이다. 여기에 가정폭력 예측모형을 적용하여 가정폭력 취약지역을 사전에 확인함으로써 한정된 자원을 보다 효율적으로 활용할 수 있을 것이다.

참고문헌

- 김한균(2011). “가정폭력 위험에 대한 지역사회와 관련기관의 협력대응: 영국 MARAC의 경우,” 형사정책연구 소식, 봄호: 18-25.
- 노성훈(2015). “시공간 분석과 위험영역모델링을 활용한 범죄예측모형의 예측력 검증,” 형사정책연구, 제26권 제3호: 239-266.
- 엄명용(2001). “아동학대와 청소년 비행간의 관계: 가족 내 부모지지 및 감독의 완충효과 검증,” 한국가족복지학 제8권: 149-178.
- 이호택(2012). “가정폭력 노출경험이 청소년의 문제행동에 미치는 영향: 자기통제력의 매개효과 검증,” 여성연구 제83권 제2호: 101-147.
- 이훈·노성훈·조준택(2016). “가정폭력사건 경찰신고의향 영향요인: 서울특별시 가정폭력 빈발지역의 지역사회 특성을 중심으로,” 한국범죄학 제10권 제1호: 3-38.
- 장미혜·박복순·노성훈·이훈·정지연(2015). “지역별 여성안전 현황과 위험대응역량 강화방안: 서울특별시를 중심으로,” 한국여성정책연구원.
- 최은영(2015). “다문화가정 가정폭력 예측모형: 가해자를 중심으로,” 강원대학교 박사학위논문.
- 황정임 외(2013). “2013 가정폭력 실태조사,” 여성가족부.
- Arata, C. (2002) Child Sexual Abuse and Sexual Revictimization. *Clinical Psychology*, 9: 135-164.
- Benson, M. L., & Fox, G. L. (2003). Concentrated Disadvantage, Economic Distress, and Violence Against Women in Intimate Relationships. *Journal of Quantitative Criminology*, 19(3): 207-235.
- Benson, M. L., Fox, G. L., DeMaris, A., & van Wyk, J. (2003). Neighborhood Disadvantage, Individual Economic Distress and Violence against Women in Intimate Relationships. *Journal of Quantitative Criminology*, 19, 207-235.

- Berrios, D. C., & Grady, D. (1991). Domestic Violence. Risk Factors and Outcomes. *The Western Journal of Medicine*, 155(29): 133-135.
- Beyer, K. M. M., Layde, P. M., Hamberger, L. K., & Laud, P. W. (2015). Does Neighborhood Environment Differentiate Intimate Partner Femicides From Other Femicides? *Violence Against Women*, 21(1): 49-64.
- Beyer, K., Wallis, A. B., & Hamberger, L. K. (2015). Neighborhood Environment and Intimate Partner Violence: A Systematic Review. *Trauma, Violence & Abuse*, 16(1): 16-47.
- Bonomi, A. E., Trabert, B., Anderson, M. L., Kernic, M. A., & Holt, V. L. (2014). Intimate Partner Violence and Neighborhood Income: A Longitudinal Analysis. *Violence against Women*, 20(1): 42-58.
- Bowers, K. J., Hirschfield, A. & Johnson, S. D. (1998). Victimization Revisited: A Case Study of Non-residential Repeat Burglary on Merseyside. *British Journal of Criminology*, 38: 429-52.
- Browning, C. R. (2002). The Span of Collective Efficacy: Extending Social Disorganization Theory to Partner Violence. *Journal of Marriage and Family*, 64: 833-850.
- Byrne, J. M., and Sampson, R. J. (1986). *The Social Ecology of Crime*. New York: Springer-Verlag.
- Caetano R, Ramisetty-Mikler S, Harris T. R. (2010). Neighborhood Characteristics as Predictors of Male to Female and Female to Male Partner Violence. *Journal of Interpersonal Violence*, 25(11): 1986-2009.
- Capaldi, D. M., Knoble, N. B., Shortt, J. W., & Kim, H. K. (2012). A Systematic Review of Risk Factors for Intimate Partner Violence. *Partner Abuse*, 3(2): 231-280.
- Cunningham, A., & Baker, L. (2004). *What about Me! Seeking to Understand a Child's View of Violence in the Family*. London, ON: Centre for Children & Families in the Justice System.

- Cunradi, C. B. (2007). Drinking Level, Neighborhood Social Disorder, and Mutual Intimate Partner Violence. *Alcoholism: Clinical & Experimental Research*, 31: 1012-1019.
- DeKeseredy, W. S., Schwartz, M. D., Alvi, S., & Tomanszewski, E. A. (2003). Perceived Collective Efficacy and Women's Victimization in Public Housing. *Criminal Justice*, 3(1): 5-27.
- Emery, C. R. (2011). Controlling for Selection Effects in the Relationship between Child Behavior Problems and Exposure to Intimate Partner Violence. *Journal of Interpersonal Violence*, 26: 1541-1558.
- Frye, V., Galea, S., Tracy, M., Bucciarelli, A., Putnam, S., & Wilt, S. (2008). The Role of Neighborhood Environment and Risk of Intimate Partner Femicide in a Large Urban Area. *American Journal of Public Health*, 98(8): 1473-1479.
- Gracia, E., & Herrero, J. (2007). Perceived Neighborhood Social Disorder and Attitudes toward Reporting Domestic Violence against Women. *Journal of Interpersonal Violence*, 22(6): 737-752.
- Hetling, A., & Zhang, H. (2010). Domestic Violence, Poverty, and Social Services: Does Location Matter? *Social Science Quarterly*, 91(5): 1144-1163.
- Jackson, D. (2003). Broadening Constructions of Family Violence: Mother's Perspectives of Aggression from their Children. *Child and Family Social Work*, 8: 321-329.
- Johnson, S. D., & Bowers, K. J. (2004). The Burglary as Clue to the Future: The Beginnings of Prospective Hot-Spotting. *European Journal of Criminology*, 1(2): 237-255.
- Kilpatrick, D. & Saunders, B. E. (1997). Prevalence and Consequences of Child Victimization: Results from the National Survey of Adolescents. Final Report submitted November 1997 to the U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, *National Institute of Justice*.

- King, J. E. (2007). Standardized Coefficients in Logistic Regression. Paper presented at the annual meeting of the Southwest Educational Research Association, San Antonio, TX.
- Klein, A. (2009). Practical Implications of Current Domestic Violence Research: For Law Enforcement, Prosecutors, and Judges. U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, *National Institute of Justice*.
- Kornhauser, R. (1978). Social Sources of Delinquency. Chicago, IL: *University of Chicago Press*.
- Kuijpers, K. F., van der Knaap, L. M., & Winkel, F. W. (2012). Risk of Revictimization of Intimate Partner Violence: The Role of Attachment, Anger and Violent Behavior of the Victim. *Journal of Family Violence*, 27(1): 33-44.
- Li, Q., Kirby, R. S., Sigler, R. T., Hwang, S. S., LaGory, M. E., & Goldenberg, R. L. (2010). A Multilevel Analysis of Individual, Household, and Neighborhood Correlates of Intimate Partner Violence among Low-income Pregnant Women in Jefferson County, Alabama. *American Journal of Public Health*, 100(3): 531-539.
- Lloyd, S., Farrell, G., & Pease, K. (1994). Preventing Repeated Domestic Violence: A Demonstration Project on Merseyside. Police Research Group, Crime Prevention Unit Paper no. 49, London: Home Office.
- Miles-Doan, R. (1998). Violence between Spouses and Intimates: Does Neighborhood Context Matter? *Social Forces*, 77(2): 623-646.
- Mullender, A., Hague, G., Iman, U., Kelly, L., Malos, E., & Regan, L. (2002). Children's Perspectives on Domestic Violence. London: Sage.
- Naved, R. T., & Persson, L. A. (2008). Factors Associated with Physical Spousal Abuse of Women During Pregnancy in Bangladesh. *International Family Planning Perspectives*, 34: 71-78.
- Obasaju, M. A., Palin, F. L., Jacobs, C., Anderson, P., & Kaslow, N. J. (2009). Won't You be My Neighbor? Using an Ecological Approach to Examine

- the Impact of Community on Revictimization. *Journal of Interpersonal Violence*, 24(1): 38-53.
- Pitts, J., & Smith, P. (1995). Preventing School Bullying. Crime Prevention and Detection Series, no. 63, Police Research Group. London: Home Office.
- Raghavan, C., Mennerich, A., Sexton, E., & James, S. E. (2006). Community Violence and Its Direct, Indirect, and Mediating Effects on Intimate Partner Violence. *Violence Against Women*, 12(12): 1132-1149.
- Reed, E., Silverman, J. G., Welles, S. L., Santana, M. C., Missmer, S. A., & Raj, A. (2009). Associations between Perceptions and Involvement in Neighborhood Violence and Intimate Partner Violence Perpetration among Urban, African American Men. *Journal of Community Health*, 34: 328-335.
- Roh, S., Kim, E., & Yun, M. (2010). Criminal Victimization in South Korea: A Multilevel Approach. *Journal of Criminal Justice*, 38(3): 301-310.
- Sampson, A. & Phillips, C. (1992). Multiple Victimization: Racial Attacks on an East London Estate. Home Office Crime Prevention Unit Paper 36. London: Home Office.
- Sampson, R. J., & Raudenbush, S. W. (1999). Systematic Social Observation of Public Spaces: A New Look at Disorder in Urban Neighborhoods. *American Journal of Sociology*, 105: 603-651.
- Sampson, R. J., & Wilson, W. J. (1995). Toward a Theory of Race, Crime, and Urban Inequality. In J. Hagan & R.D. Peterson, (Eds.), *Crime and Inequality* (pp. 37-54). Stanford, CA: Stanford University Press.
- Sampson, R. J. (2003). The Neighborhood Context of Well-being. *Perspectives in Biology & Medicine*, 46: S53-S64.
- Sampson, R. J., Raudenbush, S.W., & Earls, F. (1997). Neighborhoods and Violent Crime: A Multilevel Study of Collective Efficacy. *Science*, 277: 918-924.
- Shaw, C., & McKay, H. (1942). *Juvenile Delinquency and Urban Areas*. Chicago,

- IL: University of Chicago Press.
- Sherman, L. W. (1995). Hot Spots of Crime and Criminal Careers of Places. In J.E. Eck & D. Weisburd, (Eds.) *Crime and Place. Crime Prevention Studies* 4. Monsey, NY: Willow Tree Press.
- Skogan W. G. (1999). Victim Surveys at Century's End. In J.J. M. Van Dijk, R.G.H. Van Kaam, & J. Wemmers, (Eds.) *Caring for Crime Victims* (pp.41-55). Monsey, NY: Criminal Justice Press.
- Stephens, D. L. (1999). Battered Women's Views of Their Children. *Journal of Interpersonal Violence*, 14: 731-746.
- Tilley, N. (1993). Crime Prevention Unit Series Paper no. 45. London: Home Office
- Tseloni, A. & Pease, K. (2003). Repeat Personal Victimization: 'Boosts' or 'Flags'. *British Journal of Criminology*. 43(1): 196-212.
- Van Wyk, J. A., Benson, M. L., Fox, G. L., & DeMaris, A. (2003). Detangling Individual-, Partner-, and Community-level Correlates of Partner Violence. *Crime and Delinquency*, 49: 412-438.
- Walby, S., & Allen, J. (2004). Home Office Research Study 276. London: Home Office.
- Walker L. E. A. (1984). *The Battered Woman Syndrome*. New York: Springer.
- Weiss, L., Ompad, D., Galea, S., & Vlahov, D. (2007). Defining Neighborhood Boundaries for Urban Health Research. *American Journal of Preventive Medicine*, 32(6Suppl.): S154-S159.
- Whitaker, M. P. (2014). Linking Community Protective Factors to Intimate Partner Violence Perpetration. *Violence Against Women*, 20(11): 1338-1359.
- Wilson, J. Q., & Kelling, G. L. (1982). The Police and Neighborhood Safety: Broken Windows. *Atlantic Monthly*, March: 29-38.
- Wilson, W. J. (1987). *The Truly Disadvantaged*. Chicago: *University of Chicago Press*.

Geographies of Domestic Violence : Focusing on Spatial Distributions of Risk Factors and Predictive Modeling in Jungnang-Gu, Seoul

Roh, Sung-Hoon

Despite the abundant domestic violence studies, few Korean studies have attempted to examine the causes of domestic violence under the community context. Exclusively focusing on individual- or household-level risk factors, most Korean studies of domestic violence have disregarded community-level risk factors. The current study pursued two research goals: identifying significant neighborhood-level factors and testing a forecasting model for domestic violence. This study applied the ‘Risk Terrain Modeling’ method and the ‘Repeat Victimization Model’ to predict domestic violence. Using calls-for-service data, this study analyzed domestic violence incidents that occurred in Jungnang-Gu, Seoul between 2014 and 2015. The results showed that the risk of domestic violence was significantly related with low-priced apartments, community disorder(noise, juvenile delinquency), housing supply rates, female-headed household rates, population density. As the number of community risk factors increased, the probability of domestic violence occurrence increased. The likelihood of domestic violence in 2015 was 2.1 times greater in the areas with 4 or more risk factors, and that was 2.7 times greater in the areas where 3 or more domestic violence incidents had occurred in 2014. The weighted forecasting model, which took into account the relative effect size of risk factors, slightly improved the predictability. Finally, community-oriented strategies for preventing domestic violence were discussed.

* Associate Professor, Department of Public Administration, Korean National Police University.

❖ Keywords: domestic violence, community control, crime forecasting, risk terrain model, repeat victimization, revictimization

[형사정책연구지는 한국연구재단 등재지임]

형사정책연구

제27권 제4호(통권 제108호, 2016 · 겨울호)

발행인 : 김 진 환

발행처 : 한국형사정책연구원

서울시 서초구 태봉로 114

전화 (02)3460-5115

등 록 : 1990년 4월 3일 바-1360

발행일 : 2016년 12월 31일

인 쇄 : 경성문화사

전화 (02)786-2999

본 학술지 내용의 무단전재를 금함

[정가 : 10,000원]

