

형사정책연구

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

제28권 제1호(통권 제109호)

2017 · 봄호

한국형사정책연구원
KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

형사정책연구

제28권 제1호(통권 제109호, 2017· 봄호)

[연구논문]

『성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률』에 관한 헌법재판소 결정에 대한 비판적 검토	
▶ 조성용	5
국제협력을 통한 디지털 증거의 수집과 증거능력	
▶ 정대용·김성훈·김기범·이상진	49
개인정보 보호법상 불확정 개념에 있어 형법의 보장적 기능을 확인해주는 해석과 사회상규의 역할	
▶ 박민우	79
검찰개혁과 독립수사기관(고위공직자비리수사처)의 설치에 관한 검토	
▶ 장영수	115
직접적 뇌 간섭과 마음에 대한 범죄	
▶ 김성룡	145
국가범죄와 과거사 청산 완결의 과제 : 진실·화해를 위한 과거사정리 기본법 개정 방향	
▶ 김한균	171
사형제도의 위하력 효과에 대한 연구의 최근 동향 : 미국에서 발표된 선행연구를 중심으로	
▶ 홍문기	205

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

Vol. 28. NO. 1 (April, 2017)

[Article]

- Kritische Revision der Verfassungsgerichtsentscheidung zum Gesetz zur
Bestrafung der Vermittlung der Prostitution und anderer sexueller
Handlungen(PVG)
▶ Cho, Sung-yong46
- A Study on Collection and Admissibility of Digital Evidence Obtained Overseas
Through International Law Enforcement Cooperation
▶ Jeong, Dae-yong·Kim, Sung-hoon·Kim, Gi-bum·Lee, Sang-jin76
- The concept of the Act on the Protection of Personal Information verify the
Magna Carta functions of the Criminal Act and the role of social rule
▶ Park, Min-woo113
- Untersuchung über die Reform der Staatsanwaltschaft und die Einführung der
unabhängigen Einrichtung für Strafverfolgung der hochrangigen
Amtspersonen
▶ Chang, Young-soo143
- Direct Brain Intervention and Crime against Mind
▶ Kim, Sung-ryong170
- State Crimes and Completing Transitional Justice in Korea : Proposals to amend
the Act on Transnational Justice for the Truth and Reconciliation
▶ Kim, Han-kyun202
- Recent Trends in the Empirical Studies of the Deterrent Effect of the Death
Penalty on Homicides : Focusing on the Empirical Studies of the United
States of America
▶ Hong, Moon-ki235

『성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률』에 관한 헌법재판소 결정에 대한 비판적 검토*

조성용**

국 | 문 | 요 | 약

헌법재판소의 다수의견은 개인의 기본권 보호보다는 건전한 성풍속 내지 성도덕의 확립이라는 공익적 가치에 더 무게를 두었으며, 특히 성매매로 인하여 유발되는 사회적 부작용(예컨대 성산업의 비대화, 불법체류자의 증가, 노동시장의 기형화, 퇴폐·향락문화의 확산 등)을 우려하였다. 또한 만약 위헌 결정이 내려질 경우 사회 전반에 미치게 되는 엄청난 파장을 현재 우리 사회가 스스로 감당하기 어렵다고 판단한 점도 이번 합헌 결정에 영향을 미쳤을 것으로 보인다. 요컨대 이번 헌법재판소 합헌 결정은 개인의 자유보다는 사회의 안정을 선택한 것으로 평가된다.

그러나 이러한 결정이 과연 형법적으로 정당화될 수 있는지는 상당히 의문이다. 우선 건전한 성풍속 내지 성도덕의 확립이라는 것이 결국은 다수의견 특유의 성도덕관에 지나지 않으며, 이를 강제할 경우 성별·종교·사회적 신분 등에 중립적인 우리의 헌법적 가치에 명백히 배치된다는 점에서 심판대상조항의 입법목적부터 정당하다고 보기 어렵다. 또한 성매매에 대한 형사처벌로 인하여 성매매가 전체적으로 감소하였다는 증거가 없으며, 성교육 후 성구매를 자제하게 되었다는 사실 또한 그 신빙성이 의문시된다는 점에서 심판대상조항이 성매매 근절에 실효성 있는 적절한 수단이라고 보기 어렵다. 나아가 성판매자는 사회적 약자로서 보호·선도의 대상이지 형벌의 대상이 아니며, 성매매특별법 및 성매매피해자보호법상의 보완장치가 성판매 여성에게 실질적인 도움으로 연결되지 않는다는 점에서 성판매 여성에 대한 처벌은 과도한 형벌권의 행사라고 할 수 있다. 마찬가지로 성매매에 관한 잘못된 의식을 바로 잡고 성매매 수요를 줄이기 위하여 성구매 남성을 처벌하는 것도 그 실효성이 의문스럽고, 형법 본연의 임무에 반할 수 있다는 점에서 과도한 형벌권의 행사이다. 마지막으로 형사처벌로 인하여 받게 되는 성매매 당사자의 불이익은 매우 실질적이며, 구체적이고, 그 정도가 건전한 성풍속 내지 성도덕의 확립이라는 공익보다 훨씬 크다는 점에서 심판대상조항은 법익 균형성의 원칙에 위배된다. 그리하여 심판대상조항은 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하며, 동시에 특정인을 상대로 하든 불특정인을 상대로 하든 본질적으로 동일한 성매매라는 점에서 평등권 또한 침해한다.

❖ 주제어 : 성풍속, 성도덕, 자발적 성매매, 성의 상품화

* 이 논문은 2016년 단국대학교 교내연구비 지원에 의하여 연구되었음.

** 단국대학교 법과대학 교수, 법학박사

[대상결정] 2013헌가2

[사안의 개요]

제정신청인은 2012년 서울 동대문구 전농동에서 23세의 남성으로부터 13만원을 받고 성교함으로써 성매매를 하였다는 범죄사실로 기소되었다. 그녀는 제1심 계속 중 성매매를 처벌하는 『성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률』(이하 ‘성매매처벌법’이라 함) 제21조 제1항(이하 ‘심판대상조항’이라 함)에 대하여 위헌법률심판제청 신청을 하였고, 제청법원은 위 신청을 받아들여 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

[사안의 쟁점]

1. 이른바 ‘자발적’ 성매매를 처벌하는 심판대상조항이 개인의 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하여 헌법에 위반되는지 여부
2. 불특정인을 상대로 한 성판매는 처벌하면서 특정인에 대한 성판매는 처벌하지 않는 심판대상조항이 불특정인을 상대로 한 성판매자의 평등권을 침해하는지 여부

[합헌결정의 요지]

1. 비록 개인의 성행위 그 자체는 개인의 성적 자기결정권의 보호대상에 속한다고 할지라도, 그것이 외부에 표출되어 사회의 건전한 성풍속을 해칠 때에는 마땅히 법률의 규제를 받아야 하는 것이다. 외관상 강요되지 않는 자발적인 성매매행위도 인간의 성을 상품화함으로써 성판매자의 인격적 자율성을 침해할 수 있으며, 성매매산업이 번창할수록 자금과 노동력의 정상적인 흐름을 왜곡하여 산업구조를 기형화시키는 점에서 사회적으로 유해한 것이다. 따라서 성매매를 처벌함으로써 건전한 성풍속 및 성도덕을 확립하고자 하는 심판대상조항의 입법목적은 정당하다.

또한 성매매를 처벌함으로써 성매매 집결지를 중심으로 한 성매매 업소와 성판매 여성이 감소하는 추세에 있고, 성구매사범 대부분이 성매매처벌법에 따라 성판매가 처벌된다는 사실을 안 후 성구매를 자제하게 되었다고 설문에 응답하

고 있는 점 등에 비추어 보면 심판대상조항은 수단의 적합성도 갖추고 있다. 나아가 성매매에 대한 수요는 성매매 시장을 유지 및 확대하는데 주요한 원인 이므로 성매매의 수요를 억제하기 위하여 성구매자를 처벌하는 것이 과도한 형벌권 행사로 볼 수 없다. 마찬가지로 성판매자도 함께 형사처벌할 필요가 있다. 성구매자만 처벌한다면 경제적 이익을 목적으로 한 성매매 공급이 더욱 확대될 수 있고, 성매매를 원하는 자들로 하여금 성판매자에게 보다 쉽게 접근할 수 있는 길을 열어줄 위험이 있으며, 성판매자가 성구매자들의 적발과 단속을 피할 수 있는 방안을 보장하는 등의 불법적인 조건으로 성매매를 유도할 가능성도 배제할 수 없다. 그 밖에 성판매자에 대하여 형사사건이 아닌 보호사건으로 처리할 수 있도록 하는 등, 일정한 경우에는 형사처벌 없이도 성매매에서 이탈하도록 유도하는 여러 가지 제도적 방안을 두고 있으므로, 성판매자에 대한 처벌이 과도하다고 할 수 없다.

마지막으로 성매매행위에 대하여 국가가 적극 개입함으로써 지켜내고자 하는 사회 전반의 건전한 성풍속과 성도덕이라는 공익적 가치는, 개인의 성적 자기 결정권 및 사생활의 비밀과 자유와 같은 기본권 제한의 정도에 비해 결코 작다고 볼 수 없으므로 심판대상조항은 법익균형성에도 위반되지 않는다.

2. 불특정인을 상대로 한 성매매와 특정인을 상대로 한 성매매는 건전한 성풍속 및 성도덕에 미치는 영향, 제3자의 착취 문제 등에 있어 다르다고 할 것이므로, 불특정인에 대한 성매매만을 금지대상으로 규정하고 있는 것이 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

I. 서론

최근 성을 사고 판 사람을 형사처벌하도록 규정하고 있는 성매매처벌법의 제21조 제1항(심판대상조항)이 헌법에 위배되지 않는다는 헌법재판소 결정이 나왔다. 9명의 헌법재판관 가운데 6명은 성매매를 한 성구매자 및 성판매자 모두 형사처벌하는 것을 합헌으로 판단했고, 2명은 성구매자를 형사처벌하는 것은 합헌이지만 성판매자를 형사처벌하는 것은 위헌이라는 의견을 냈다. 마지막 1명만이 성구매자와 성판매자를 형사처벌하는 것은 전부 위헌이라는 의견을 냈다.

이번 헌법재판소 결정은 서울북부지방법원이 위헌법률심판을 제청한 지 3년 3개월만의 일이다. 위헌법률심판 제청을 계기로 착취나 강요 없는 성인들 간의 자발적 성매매(이른바 단순 성매매)까지도 국가형벌권의 발동의 대상으로 삼아야 하는지 관심이 집중되었다. 그러나 이번 헌법재판소 결정으로 성매매특별법은 2004년 시행 이후 끊임없는 위헌시비 속에서도¹⁾ 13년째 명맥을 유지하게 되었다.

비록 이번에도 합헌결정이 나왔지만 재판관 3명이 위헌 의견을 낸 만큼 향후 사회적 논란이 일 전망이다.²⁾ 특히 이번 결정이 내려지기 얼마 전에 헌법재판소가 간통죄에 대해 위헌 결정을 내리면서 개인의 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 존중하는 경향을 보였다는 점에서,³⁾ 마찬가지로 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유가 문제된 이번 사건에서 헌법재판소가 다른 결론을 내려 논란이 더욱 거세질 것으로 보인다.

- 1) 성매매특별법과 관련하여 헌법재판소가 앞서 7차례 내린 결정에서는 모두 합헌(2건) 또는 각하(5건)로 끝났다. 특히 위헌 의견은 단 1건에 그쳤다. 권성 재판관이 2006년 6월 29일 성매매 장소 제공 역시 성매매 알선과 마찬가지로 형사처벌의 대상인지와 관련하여, “건물을 제공하는 것조차 형사처벌하는 것은 재산권을 제한함에 있어서 정당성을 결여한 것”이라며 유일하게 위헌 의견을 낸 게 전부다.
- 2) 이번 합헌결정에 대한 사회 각층의 반응은 다양하다. 크게 보면 두 가지 반응으로 나누어 볼 수 있다. 하나는 성매매는 금전을 매개로 인간의 성을 상품화하는 중범죄이며, 이를 합법화하면 청소년들이 성매매로 유입되고 산업구조가 기형화된다면 환영하는 반응이다. 다른 하나는 성매매 여성들을 사회적으로 낙인찍어 성매매처벌법의 취지인 피해자 인권보호의 의미를 축소시킨다면, 한마디로 약자에 대한 배려가 없는 결정이라고 비판하는 반응이다.
- 3) 현재 2015.2.26. 2009헌바17·205. 다수의견은 “헌법상 간통죄 처벌 규정은 개인의 내밀한 성생활의 영역을 형벌의 대상으로 삼음으로써 국민의 성적 자기결정권과 사생활의 자유라는 기본권을 지나치게 제한하는 것”이므로 비례성의 원칙에 위배된다고 결정하였다.

다수의견(합헌)과 소수의견(일부 및 전부 위헌)의 핵심적인 쟁점은 심판대상조항이 개인의 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는지 여부와 심판대상조항이 불특정인을 상대로 한 성판매자의 평등권을 침해하는지 여부로 요약될 수 있다. 특히 전자의 경우 성매매특별법의 입법목적의 정당성 여부, 수단의 적합성 인정 여부, 침해의 최소성 인정 여부, 법익의 균형성 인정 여부가 관건이다.

이 글에서는 이러한 쟁점에 대한 다수의견 및 소수의견의 논거를 형법적 관점에서 비교·분석해 보고, 이를 토대로 이번 헌법재판소 결정의 타당성 여부를 검토하고자 한다. 나아가 이번 헌법재판소 결정이 지니는 법정정책적 의의에 대해서도 나름대로 평가해 보기로 한다.

II. 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유 침해 여부

다수의견은 성매매는 개인의 성적 자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유와 같은 사적 영역을 넘어서, 건전한 성풍속 및 성도덕의 확립이라는 차원에서 논의되어야 할 문제라고 본다. 그리하여 성매매를 처벌함으로써 건전한 성풍속 및 성도덕을 확립하고자 하는 심판대상조항의 입법목적은 정당하며, 이러한 목적을 달성하기 위하여 성매매를 한 성구매자와 성판매자 모두 형사처벌하는 것은 적합한 수단이며, 침해의 최소성에 어긋나지 아니하며, 법익균형성에도 위반되지 않는다고 보고 있다.

다른 한편 소수설의 일부(이하 ‘일부 위헌의견’이라 함)는 심판대상조항의 입법목적은 정당하고, 성구매자에 대한 처벌도 헌법에 위반되지 않는 점은 다수의견과 같다. 그러나 성판매자에 대한 형사처벌은 수단의 적합성이 인정되지 않으며, 침해의 최소성에 반하며, 법익균형에도 위반되므로 위헌이라고 보고 있다.

이에 반해 소수의견의 다른 일부(이하 ‘전부 위헌의견’라 함)는 자발적인 성매매는 건전한 성풍속 및 성도덕의 확립이라는 차원이 아니라, 개인의 성적 자기결정권이나 사생활의 비밀과 자유라는 사적 영역에서 논의되어야 할 문제라고 본다. 그리하여 심판대상조항의 입법목적의 정당성을 인정할 수 없을 뿐만 아니라 수단의 적합성 및 침해의 최소성에도 반하며, 법익의 균형성 또한 상실하였으므로 성구매자

와 성판매자에 대한 형사처벌은 위헌이라고 보고 있다.

1. 입법목적의 정당성

성매매특별법 제1조는 “성매매, 성매매알선 등 행위 및 성매매 목적의 인신매매를 근절하고, 성매매피해자의 인권을 보호함으로 목적으로 한다”고 규정함으로써, 성매매 근절을 성매매특별법의 주된 입법목적으로 삼고 있다. 이와 같은 입법목적이正当한지 여부를 판단하기 위해서는 과연 성매매가 근절의 대상이 되어야 할 유해한 행위인지에 대한 논의가 먼저 이루어져야 한다. 그리하여 다수의견과 소수의견 모두 성매매의 본질과 성매매행위의 보호법익을 우선적으로 검토하고 있다.

가. 성매매의 본질

(1) 다수의견의 논거

성매매는 그 자체로 비인간적이며, 폭력적이고 착취적인 성격을 가진 것으로 경제적 대가를 매개로 하여 경제적 약자인 성판매자의 신체와 인격을 지배하는 형태를 띠므로, 대등한 당사자 간의 자유로운 거래로 볼 수 없다. 인간의 정서적 교감이 배제된 채 경제적 대가를 매개로 하여 이루어지는 성매매는 성을 상품화하고, 돈만 있으면 성도 쉽게 살 수 있다는 인식을 확대, 재생산한다. 그 결과 성판매자는 하나의 상품으로 간주되며, 성구매자의 성욕을 충족시키는 과정에서 정신적·신체적 폭력에 노출될 위험을 안게 된다.

설령 강압이 아닌 스스로의 자율적인 의사에 의하여 성매매를 선택한 경우라 하더라도, 자신의 신체를 경제적 대가 또는 성구매자의 성적 만족이나 쾌락의 수단 내지 도구로 전락시키는 행위를 허용하는 것은 단순히 사적 영역의 문제를 넘어 인간의 존엄성을 자본의 위력에 양보하는 것이 되므로 강압에 의한 성매매와 그 본질에 있어서 차이가 없다.

(2) 일부 위헌의견의 논거

성매매는 가부장적 사회구조에서 여성 억압과 성차별을 더욱 강화하고, 자본에

의한 성판매자의 사물화, 대상화를 필연적으로 내포하게 되므로, 본질적으로 남성의 성적 지배와 여성의 성적 종속을 정당화하는 수단이자 성판매자의 인격과 존엄을 침해하는 행위이다.

성구매 남성은 성판매 여성의 인격이나 감정을 전혀 고려하지 않고 자신의 일방적 만족을 위해 여성을 사용하고, 여성 성판매자는 성행위 자체를 동의한다 하더라도 성구매자의 일방적 요구에 따라 애정이나 친밀함은커녕 일면식도 없는 성구매자와 성행위를 하게 되는 것이므로 그러한 행위는 여성 판매자에게 신체적, 정신적인 고통을 유발한다.

(3) 전부 위헌의견의 논거

성매매의 본질은 인간의 본성에 대한 깊은 성찰을 통해 고찰되어야 한다. 인간은 다른 동물과 달리 종족번식을 위해서만이 아니라, 육체적인 쾌락에서 오는 즐거움이나 정서적 교감·감정적 이완·심리적 만족감·자기정체성의 확인 등 정신적인 즐거움을 추구하기 위해서도 성행위를 한다. 남녀가 어떠한 대가를 바라고서가 아니라 서로의 사랑을 느끼며 자연스러운 합의하에 성관계를 갖는 경우가 이상적일 것이나, 현실에 있어서는 성관계가 반드시 사랑을 전제하는 것도 아니고, 성매매라 하여 반드시 사랑이 매개되지 않는 것도 아니다. 오히려 아무런 대가가 결부되지 않는 사랑이나 성관계를 찾아보기 어렵다.

성매매는 성판매자와 성매수자 사이에서 자유로운 합의 아래 이루어지기 때문에 반사회적 불법성도 적다. 또한 성매매는 인간의 신체 또는 인격이 아닌 성적 서비스를 판매하는 것으로서 그러한 한도 내에서는 성매매 역시 다른 서비스업에서 제공되는 노동과 본질적으로 다르지 않다.

(4) 논거의 검토

1) 다수의견의 논거에 대한 검토

다수의견에 의하면 성매매는 그 자체로 비인간적인 행위인 동시에 폭력 내지는 착취행위로 간주된다. 다시 말해 성매매는 성판매자의 성을 상품화함으로써 성판매

자를 도구화 내지 사물화 한다는 점에서 인간의 존엄을 침해하는 행위인 동시에 경제적 약자인 성판매자의 신체와 인격에 대한 폭력 내지는 착취행위이다. 이러한 관점에 따르면 남성이 여성의 성을 사든지 여성이 남성의 성을 사든지 동일하게 금지되며, 여성이 강제에 의해 자신의 성을 파는 경우든 자율적 의사에 의해 성을 파는 경우든 동일하게 금지된다. 자세히 보면 다수의견의 이면에는 다음과 같은 전제가 깔려있다. 즉, 인간의 성은 아무리 물질만능이 팽배한 자본주의 사회라고 하더라도 상품처럼 거래할 수 없는 신성한 것이며, 인간의 성관계도 상호 사랑과 친밀감에 기초한 경우에만 허용되며, 만약 그렇지 않고 금전적 이익을 대가로 성관계를 맺는다면 인간의 몸과 성이 단지 성적 만족의 수단으로 전락되는 결과를 초래하므로, 이는 인간의 존엄을 침해한다는 전제 말이다.

그러나 위와 같은 전제에 입각한 성매매의 본질규정이 과연 성매매에 대한 형사처벌의 근거로서 타당할 수 있는지 의문이다. 우선 인간의 성은 결코 상품화되어서는 안 되는 신성한 것이라는 전제부터 검토해 보자. 인간의 성은 왜 결코 상품화되어서는 안 되는 것일까? 여기에 대해 다수의견은 “인간의 성을 고귀한 것으로 여기고, 물질로 취급하거나 도구화하지 않아야 한다는 것은 인간의 존엄과 가치를 위하여 우리 공동체가 포기할 수 없는 중요한 가치이자 기본적 토대”이기 때문이라고 한다. 인간의 성은 인간의 가장 내밀하고 인격적인 부분과 연결되어 있는데, 그와 같이 신성하고 고귀한 부분이 매매의 대상이 된다면 그 인간 자체가 매매의 대상으로 전락하게 되는 것과 다를 바 없다는 사고에 기초한 것으로 보인다.⁴⁾

그러나 비록 직접적으로 성을 파는 것은 아니더라도 금전을 대가로 자신의 신체를 타인에게 이용하게 하거나 성적 이미지나 상징을 파는 것은⁵⁾ 오늘날 전혀 비난의 대상이 아니라는 점을 고려하면, 이러한 사고는 설득력이 떨어진다. 성적 이미지나 상징을 성적 욕구를 자극하는 상품으로 만들어 파는 것이나 돈을 받고 성을 파는 것이나 인간의 내밀하고 인격적인 부분을 매매의 대상으로 한다는 점에서는 아무런 차이가 없다. 그럼에도 전자에 대해서는 관대할 뿐만 아니라 오히려 스타로 예찬하는 반면, 유독 후자에 대해서만은 범죄로 비난하는 이유는 여러 명의 남성들과 육체

4) 자세히는 하주영, 성매매는 범죄인가? 시대와 철학, 제13권 제2호, 2002, 335면.

5) 예컨대 유아에게 젖을 빨리는 유모나 자신의 몸을 예술 활동을 위해 제공하는 누드모델, 섹스모델로 인기 있는 배우, 섹시한 차림으로 상품을 광고하는 연예인 등을 생각해 볼 수 있다.

적인 성관계를 맺는 성매매에 대한 특정의 편견⁶⁾이라고밖에 설명이 되지 않는다.

그 다음 인간의 성관계는 상호 사랑과 친밀감에 기초한 경우에만 허용된다는 전제에 대해 검토해 보자. 다수의견은 성매매는 “인간의 정서적 교감이 배제된 채 경제적 대가를 매개로 하여 이루어”진다고 기술하고 있는데, 이때 ‘인간의 정서적 교감’이란 상호간의 사랑과 친밀감을 의미한다고 보아도 무방할 것이다. 여기에는 인간의 성에 대한 목적론적 가정이 깔려있다. 즉, 인간의 성은 상호간의 사랑과 친밀감의 실천을 목적으로 하기 때문에 거기에 기초한 성관계만이 옳다는 가정 말이다.

그러나 이러한 가정은 인간의 성과 성관계는 다양하고 복잡하다는 점에 비추어 볼 때, 너무나 현실과 동떨어져 있다. 거기에 의하면 성매매는 아니지만 오로지 성적 쾌락만을 추구하는 성관계나 우발적인 하룻밤 정사 등도 모두 비난의 대상이 되고 말 것이다. 이는 다양한 방식으로 성관계를 맺는 이들에 대한 지나친 간섭이 아닐 수 없다.⁷⁾ 또한 상호 사랑과 친밀감에 기초한 성관계를 맺고 싶어도 주어진 여건상 그렇게 하기 어려운 소외계층(예컨대 성적 매력, 외모, 건강, 표현력 및 소통기술 등이 열등한 자)도 다수 존재한다는 점을 감안하면⁸⁾ 그러한 가정은 보편적으로 타당한 명제라고 보기 어렵다.

마지막으로 성매매는 성판매자를 도구화 내지 사물화하기 때문에 인간의 존엄을 침해하는 것이라는 전제에 대해 검토해 보자. 다수의견은 자발적인 성매매라고 하더라도 “... 자신의 신체를 경제적 대가 또는 성구매자의 성적 만족이나 쾌락의 수단 내지 도구로 전락시키는 행위를 허용하는 것은 단순히 사적 영역의 문제를 넘어 인간의 존엄성을 자본의 위력에 양보하는 것이 되므로 강압에 의한 성매매와 그 본질에 있어서 차이가 없다”고 한다. 이러한 지적은 다분히 칸트식의 엄숙한 성도덕주의를 연상케 한다. 칸트는 성매매에 대하여 다음과 같이 기술하고 있다. “만일 어느 사람이 이익을 대가로 다른 사람이 자신을 성적 만족의 대상으로 삼는 것을 허용한다면, 그는 스스로를 사물로 취급한 것이다. ... 인간은 이익을 대가로 자신을 타인의

6) 이러한 편견의 저변에는 우리 사회에 아직도 만연되어 있는 ‘성의 이중성’이 깔려 있다고 본다. 즉, 일부일처제의 (이성간) 결혼제도 테두리 안의 성관계만 깨끗하고, 그 밖의 것은 추잡하고 더러운 것으로 낙인찍는 성적 엄숙주의 말이다.

7) 하주영, 앞의 논문, 332면 이하.

8) 김은경, 성매매에 관한 페미니즘 담론과 형사정책적 딜레마, 형사정책, 제14권 제2호, 2002, 55면.

성적 만족을 위한 도구로 사용하도록 허용해 줄 권리가 없다.”⁹⁾ 여기에 의하면 인간의 존엄은 개인의 자유로운 자기결정과는 무관하게 객관적으로 그리고 추상적으로 정의된다. 그리하여 모든 인간은 그의 존엄에 반해 자신을 처분할 수 없다는 사 고로 이어진다.

그러나 이러한 식의 인간존엄의 정의는 도덕적 영역에서는 타당할 수 있을지 몰 라도 법적인 영역에서도 그대로 타당하다고 보기는 어렵다. 우선 인격이 자유롭게 발현되기 위해서는 개인이 자기의 삶을 스스로 결정할 수 있어야 하며, 자신의 삶을 방해받지 않고 영위할 수 있어야 한다. 이와 같이 자유로운 자기결정에 기초한 일반 적 인격권이 인간존엄의 한 표현이라고 본다면,¹⁰⁾ 개개인 스스로가 무엇이 자신의 존엄인지 결정해야 한다. 설사 그가 도덕적으로 의문시되는 선택을 했다고 하더라도 그로 인해 자신의 존엄이 침해되었다고 볼 수는 없을 것이다.

또한 도구적인 인간관계와 어느 인간이 단지 특정의 목적을 위한 수단으로만 취급되는 것 자체는 구별되어야 한다.¹¹⁾ 오늘날 어느 사회를 막론하고(자본주의 사회 이던 사회주의 사회이던지 간에) 사람들이 맺고 있는 다양한 인간관계의 상당 부분은 도구화된 관계에서 벗어날 수 없다. 인간의 자유와 상호 인격의 존중이 중요하다고는 하지만 서로의 필요에 따라 위계질서를 만들어 서로를 구속하고, 임금지불을 통해서 서로의 인격을 사고팔면서 이용하고 있다.¹²⁾ 성판매자의 몸을 도구화한다는 비난을 받고 있는 성매매 역시 이러한 도구적 인간관계에서 크게 벗어나지 않는다. 성구매자는 성적 만족의 수단으로 성판매자를 이용하지만 반대로 성판매자도 경제적 목적의 수단으로 성구매자를 이용한다는 점에서, 쌍방 당사자 중 어느 일방만 도구화되지는 않는다.¹³⁾ 오로지 어느 인간을 본인의 의사와는 관계없이 그리고 합의한 어떤 응분의 보상이나 대가도 없이 단지 특정의 목적을 위한 수단으로 환원했

9) Kant, Eine Vorlesung über Ethik, Berlin, 1924, S. 270ff.

10) 일반적 인격권은 인간존엄으로부터 도출된다고 보는 입장으로는 현재 95헌마15; 현재 2000헌마 327. 반면에 행복추구권으로부터 도출된다고 보는 입장으로는 현재 2004헌마1010; 현재 2005헌마 346; 현재 2003헌가5.

11) Primoratz, Ist Prostitution verwerflich?, in: Pathologien des Sozialen: Die Aufgaben der Sozialphilosophie, Axel Honneth(Hrsg.), Fisher, 1994. S. 276ff.

12) 강진철, 매매춘, 법과 사회, 제16·17호, 1999, 150면.

13) 이덕인, 자발적 대가성 성관계의 비범죄화, 형사정책, 제20권 제1호, 2008, 158면.

을 때에만,¹⁴⁾ 인간의 존엄이 침해되었다고 볼 수 있을 것이다. 그러한 한에서 자발적인 성매매는 본질적으로 강압에 의한 성매매와 차이가 없다고 주장하는 다수의견에는 찬성할 수 없다.

2) 일부 위헌의견의 논거에 대한 검토

일부 위헌의견에 의하면 성매매는 가부장적 자본주의 사회구조에서 성구매 남성이 양성간의 불평등한 권력관계를 이용하여 성판매 여성을 성적으로 지배하고 억압하는 인격 침해적 행위로 간주된다. 기본적으로 일부 위헌의견은 성매매를 그 자체로 비인간적인 행위인 동시에 폭력 내지는 착취행위로 보고 있다는 점에서 다수의견과 다를 바 없으나,¹⁵⁾ 성매매를 성차별적 사회구조의 문제로 접근한다는 점에서 다수의견과 시각이 다르다. 이러한 관점에 따르면 성판매 여성은 다수의견과는 달리, 가부장적 자본주의 사회구조의 희생양으로 간주되어 형사처벌의 대상에서 항상 제외된다. 그에 반하여 여성이 남성의 성을 사는 경우는 “거의 드문 비대칭적 거래의 형태”로 간주되어 논의대상에서 배제된다.¹⁶⁾

역사적으로 여러 남자에게 성을 파는 여성에 대한 사회적 낙인은 가부장적 사회체제를 유지하기 위하여 설정된 ‘성의 이중기준’에서 비롯되었다는 사실을 염두에 둔다면,¹⁷⁾ 성매매는 태생적으로 여성의 남성종속적인 성정체성 내지 성역할을 강제하고 재생산하는 속성을 지니고 있다는 점을 부정할 수 없다. 특히 성산업이 견고하게 자리 잡은 자본주의 사회인 동시에 강한 가부장적 사회구조를 지닌 우리나라의

14) 하영주, 주4의 논문, 339면. 예컨대 폭행이나 협박을 통해 성매매를 강요하거나, 그 대가를 제3자가 갈취하는 착취의 형태가 거기에 해당될 것이다.

15) 그러한 한에서 다수의견의 전제에 대한 검토결과는 일부 위헌의견에 대해서도 그대로 타당하다.

16) 최근에는 남성 성판매자와 여성 성구매자 간의 성매매(예컨대 호스트 빠를 통한 성매매)가 적지 않게 발생하고 있을 뿐만 아니라, 동성 간의 성매매도 현실적으로 발생할 수 있다는 점을 고려해 볼 때, 일부 위헌의견이 이러한 경우를 예외적인 것으로 간주하고 논의대상에서 완전히 제외시킨 것은 그 이론적 한계를 스스로 인정한 것이나 다를 바 없다. 이에 대해서는 이경재, 성매매특별법 시행 4년에 대한 평가와 제언, 형사정책연구, 제20권 제1호, 통권 제77호, 2009/봄, 717면; 이덕인, 주13의 논문, 160면.

17) 성매매의 역사를 연구한 N. Roberts에 의하면 여신숭배의 종교의식이 점차 남신숭배체제로 전환함에 따라 사원내의 여성에 대하여 창녀/성녀의 이분법이 구축되고, 전자는 남성들의 욕구에 무차별적으로 응하는 여성으로, 그리고 후자는 사제의 아내로서 가정과 사랑이라는 사적 영역의 보호자로서 규정되었다고 한다. 한상희, 성매매방지법과 여성인권, 민주법학, 제30호, 2006, 53면(주6), 재인용.

경우는 더욱 그러하다.

그러나 그러한 점을 인정한다고 하더라도 성매매가 본질적으로 성매매 여성을 억압하고 착취하는 비인간적 행위라는 주장에는 동의할 수 없다. 예컨대 성매매를 강간이나 성노예와 일률적으로 동일시하는 것은 양자 사이에 근본적인 차이를 간과한 것이다.¹⁸⁾ 앞서 다수의견의 논거에 대한 검토에서 살펴보았듯이, 어느 인간을 본인의 의사와는 관계없이 그리고 합의한 어떤 응분의 보상이나 대가도 없이 단지 특정의 목적을 위한 수단으로 환원했을 때에만 비인간적인 성폭력 내지 성착취로 볼 수 있기 때문이다.

또한 성매매가 여성의 종속성을 강화하는 속성을 지닌다고 하더라도 그러한 점만으로는 성매매에 대한 법적 금지가 불가피하다고 보기 어렵다. 우리 사회에는 성매매와 마찬가지로 여성의 성종속적 역할을 재생산하고 남성 지배를 강화하는 제도가 헤아릴 수 없을 정도로 많다. 예컨대 양성간의 불평등적 권력관계는 성매매보다 오히려 결혼제도에서 훨씬 더 두드러지게 나타나는데, 정작 결혼에 대한 전면적인 부정으로는 나가지 않는다.¹⁹⁾ 결혼제도와 관련하여 형법이 개입할 수 있는 부분이 있다면 아마도 배우자에 대한 폭행, 학대 및 강간 정도일 것이다. 태생적으로 성매매와 일부일처의 결혼제도는 마치 동전의 양면과 같이 서로 밀접한 관계에 있다. 그리하여 성매매의 부당함을 주장하는 것은 나아가서 일부일처의 결혼제도의 부당함은 은연중에 암시한다.²⁰⁾ 그렇다면 성매매의 문제도 결혼제도와 같은 방식으로 풀어 나가야 하지 않을까?

나아가 일부 위헌의견이 지닌 가장 근본적인 문제점은 성차별의 문제에 집착한 나머지, 성매매의 다양하고 복잡한 측면을 너무나 단순화하고 있다는 점이다. 그리하여 성매매는 다양한 권력관계의 산물이 아니라 오로지 여성에 대한 남성의 억압 내지 착취관계로 축소되고 만다. ‘성매매는 여성에 대한 남성의 억압 내지 착취행위

18) 간혹 성매수 남성중에는 돈만 지불하면 정해진 시간 동안 성판매 여성의 몸을 마음대로 취할 수 있다는 그릇된 사고를 가지고 자신이 원하는 대로 성행위를 해 줄 것을 요구하는 자도 있을 수 있으나, 성판매 여성이 그러한 손님을 거부하거나 요구한 성행위를 거부할 수 있는 한, 이를 강간이나 성노예처럼 취급해서는 안 될 것이다.

19) 고정갑희, 성매매방지특별법과 여성주의자들의 방향감각, 여성이론, 통권 제12호, 2005/여름, 21면 이하; 하영주, 제4의 논문, 344면 이하; 김은경, 주8의 논문, 68면.

20) 권수현, 성매매특별법과 관련하여, 철학과 현실, 통권 제64호, 2005/봄, 155면.

이다’라는 주장과 ‘성매매에는 여성에 대한 남성의 억압 내지 착취행위가 있다’라는 주장은 엄연히 다른 것이다. 성매매가 놓여 있는 특수한 맥락을 고려하지 않고 이를 항상 성차별적 사회구조에서 여성에 대한 남성의 폭력 내지는 착취행위라고 규정한다면, 이는 인간의 성욕을 해소하기 위해서는 성매매가 불가피하다는 입장과 마찬가지로 성적 본질주의에 빠질 수밖에 없는 결과를 초래한다.

3) 전부 위헌의견의 논거에 대한 검토

전부 위헌의견에 의하면 성매매는 성판매자와 성매수자 사이에서 자유로운 합의 아래 이루어지기 때문에 다른 서비스업에서 제공되는 노동과 마찬가지로 성적 서비스를 판매하는 행위로 간주된다. 이러한 관점에 따르면 성매매는 강제적인 형태가 아닌 한, 범죄행위가 아니기 때문에 성판매 여성은 물론이고 성매수 남성도 형사처벌의 대상에서 제외된다.

이러한 결론은 다수의견이나 일부 위헌의견과는 완전히 상반된 것인데, 그렇게 된 주된 원인은 인간의 성(내지 성관계)에 대한 이해가 서로 다르기 때문이다. 전부 위헌의견은 성매매의 본질규정은 기본적으로 인간에 대한 근본적인 이해와 배려로부터 출발해야 한다고 본다. 그리하여 인간의 성을 신성시하거나 금기시하지 않으며, 성관계가 반드시 상호 사랑과 친밀감을 전제로 해야 한다고 보지도 않는다. 오히려 아무런 대가가 결부되지 않는 사랑이나 성관계를 찾아보기 어렵다고하기 때문에 성매매를 굳이 인간의 존엄과 결부시키지도 않는다.

위와 같은 인간의 성(내지 성관계)에 대한 이해가 다수의견이나 일부 위헌의견의 그것보다 더 설득력이 있다는 점에 대해서는 이미 앞에서 검토하였다. 다만 성매매는 성판매자와 성매수자 사이에서 자유로운 합의 아래 이루어진다고 규정한 부분에 대해서는 별도의 검토를 요한다. 이는 성매매는 성판매자와 성매수자가 자유로운 의사에 따라 합의한 경우에만 이루어질 수 있다는 의미로 해석되는데, 이러한 자유로운 합의라는 전제의 설정이 과연 현실적으로 타당성이 있는 것인지 문제된다. 이러한 전제는 아마도 성판매자와 성매수자가 대등한 관계에서 합의할 수 있을 정도로 사회적·경제적·문화적 여건이 조성된 사회에서만 충족될 수 있을 것이다. 반대로 여성의 사회적 지위가 낮고, 여성의 경제적 참여가 제한되어 있으며, 고용이 불

안전한 상황에서 여성이 쉽게 성매매로 내몰리게 되는 사회에서는 그 전제가 약화될 수밖에 없을 것이다.²¹⁾

나. 건전한 성풍속 및 성도덕 침해 여부

(1) 다수의견의 논거

개인의 성행위 그 자체는 사생활의 내밀영역에 속하고 개인의 성적 자기결정권의 보호대상에 속한다고 할지라도, 그것이 외부에 표출되어 사회의 건전한 성풍속을 해칠 때에는 마땅히 법률의 규제를 받아야 하는 것이다.

외관상 강요되지 않은 자발적인 성매매행위도 인간의 성을 상품화함으로써 성판매자의 인격적 자율성을 침해할 수 있으며, 성매매산업이 번창할수록 자금과 노동력의 정상적인 흐름을 왜곡하여 산업구조를 기형화시키는 점에서 사회적으로 매우 유해한 것이다. 특히 최근의 성매매산업이 음성적이고 기형적인 형태로 조직화, 전문화되어 있고, 정보통신의 발달로 인터넷이나 스마트폰 애플리케이션을 이용한 성매매알선업자의 영업수법이 지능화되고 있는 현실을 감안할 때, 성매매행위를 처벌하지 않으면 성산업으로의 거대한 자금의 유입, 불법채류자의 증가, 노동시장의 기형화 등을 초래하여 국민생활의 경제적·사회적 안정을 해치고 국민의 성도덕을 문란하게 하는 현상을 더욱 심화시킬 수 있다.

또한 성폭력이나 성매매 목적의 인신매매 등 강압적인 성범죄가 발생하기 쉬운 환경이 만들어짐에 따라 퇴폐·향락문화가 확산되고, 종국적으로는 사회 전반의 건전한 성풍속과 성도덕을 허물어뜨리게 된다.

(2) 일부 위헌의견의 논거

성매매는 성구매자와 성판매자 사이의 개별적인 차원의 문제가 아니라 가부장적 사회구조와 노동 시장의 구조적 문제, 빈곤 등이 결합된 복합적인 문제로서, 건전한

21) 이러한 의미에서 “한 개인이 어쩔 수 없이 그러한 계약을 맺게 되는 상황이나, 그러한 계약으로 이끄는 경제적 강제를 고려하지 않는다면 자유로운 동의에 기초한 계약관계란 환상에 불과”하다는 의견은 자유주의적 입장의 약점을 잘 지적하고 있다. 이에 대해서는 권수현, 앞의 논문, 159면.

성풍속과 성도덕에 해악을 미친다는 점에서 다수의견과 견해를 같이 한다.

(3) 전부 위헌의견의 논거

성인 간의 자발적 성매매는 그 자체로 타인에게 구체적으로 피해를 주거나, 건전한 성풍속 및 성도덕에 해악을 미친다고 볼 수 없다. 건전한 성풍속 및 성도덕은 매우 추상적·관념적이고 불명확할 뿐만 아니라 시대와 장소, 상황 및 가치관에 따라 얼마든지 변화할 수 있는 개념이며, 이를 누가 어떻게 규정할 수 있는지조차 의문이다. 특히 개인주의 및 성개방적 사고의 급속한 확산에 따라 성에 대한 인식이 바뀌어가고 있는 상황에서, 특정 성행위가 금전 등을 매개로 이루어졌다는 사정만으로 건전한 성풍속 및 성도덕을 해한다고 보는 것이 사회 구성원의 일반적인 인식이라고 단정하기도 어렵다.

성매매 자체가 사회적 유해성을 갖고 있지 아니하므로, 내밀한 성생활의 영역에 국가가 개입하여 형벌의 대상으로 삼는 것은 입법자가 특정한 도덕관을 강제하는 것이다. 성매매 여성들의 인권 보호를 위한다는 명분으로 만들어진 심판대상조항이 오히려 성매매 여성들의 생존을 위협하는 가장 큰 인권유린의 결과를 낳고 있으며, 국민에 대한 최소보호의무조차 다 하지 못한 국가가 생계형 자발적 성매매 여성을 형사처벌하는 것은 결국 또 다른 사회적 폭력이다.

(4) 논거의 검토

다수의견은 성인 간의 자발적 성매매라고 하더라도 금전이 개입되면 단순한 사적 영역을 떠나 공적 영역으로 들어오는 것이기 때문에, 건전한 성풍속 내지 성도덕을 확립하는 차원에서 이에 대해 형사처벌이 필요하다고 본다. 다수의견이 상정하고 있는 건전한 성풍속 내지 성도덕의 실체는 앞서 살펴본 성매매의 본질규정으로부터 추론이 가능하다. 즉, 인간의 성은 고귀하고 신성한 것이므로 금전을 대가로 물질로 취급하거나 도구화해서는 안 되며, 인간의 성관계도 상호 사랑과 친밀감에 기초한 경우에만 건전한 성풍속 내지 성도덕에 반하지 않는다. 그에 반하여 성을 상품화하는 성매매는 설사 그것이 자발적인 형태를 띠고 있더라도 건전한 성풍속 내지 성도

덕을 해치는 행위가 된다.

그러나 ‘성풍속’ 내지 ‘성도덕’이란 개념 자체가 시대와 장소, 사람들의 인식, 사회환경 등에 따라 가변적이며, ‘건전한’이라는 개념 역시 마찬가지로 가변적이고 상대적일 수밖에 없다는 점을 고려하면, 오늘날과 같은 다원주의 사회에서 건전한 성풍속 내지 성도덕을 반드시 다수의견이 상정하는 바와 같이 인식하지 않으면 안 되는 것인지 의문이 아닐 수 없다. 특히 개인주의 및 성개방적 사고의 확산에 따라 성에 대한 인식이 바뀌어가고 있는 상황에서, 특정 성행위가 금전 등을 매개로 이루어졌다는 사정만으로 건전한 성풍속 내지 성도덕을 해친다고 보는 것이 사회 일반인의 일반적인 인식이라고 단정하기 어렵다.²²⁾ 설사 성매매가 건전한 성풍속 내지 성도덕을 해친다고 인식하는 사람들이 다수라고 하더라도, 적어도 다원주의 사회에서는 다양한 가치관이 상존하므로 지배적인 다수의 가치관뿐만 아니라 소수의 가치관 또한 보호받아야 할 것이다.²³⁾ 만일 입법자가 특정한 성도덕관이 다수의 지위를 차지한다는 이유로 이를 강제하는 법률을 제정한다면, 이는 근대형법이 지향해 온 ‘법과 도덕의 분리’에 정면으로 반하는 결과를 초래할 것이다.

또한 다수의견은 성매매가 사회에 유해하다는 것을 더욱 강조하기 위하여 건전한 성풍속 내지 성도덕에 반한다는 점 이외에 성매매의 사회적 부작용을 추가적으로 지적하고 있다. 그리하여 성매매는 성산업의 비대화, 불법체류자의 증가, 노동시장의 기형화 등을 초래하여 사회적·경제적 안정을 해칠 뿐만 아니라, 각종 성범죄를 유발하는 환경을 조성해 퇴폐·향락문화를 확산시키며, 중국적으로는 사회 전반의 건전한 성풍속과 성도덕을 허물어뜨리게 된다고 한다. 이러한 관점에 따르면 성매매로 인해 유발되는 사회적 부작용이 통상적으로 감내할 수 없을 정도의 불쾌감과 사회적 해악을 가져다주기 때문에, 우리의 법체계는 이를 근거로 성매매를 형벌의

22) 성매매특별법 합헌 결정이 내려지기 하루 전(2016.3.30.) CBS가 전문기관 리얼미터에 의뢰하여 실시된 여론조사에 의하면, 성매매특별법을 폐지해야 한다는 의견이 43.2%로, 유지해야 한다는 의견 37.4%보다 오차범위 내인 5.8% 우세한 것으로 나타났다. 나아가 폐지를 주장하는 사람들이 오히려 상대적으로 진보적인 성향을 갖고 있는 것으로 나타났고, 유지를 주장하는 사람들은 대개 부동층이거나 보수적인 입장을 가진 것으로 나타났다. CBS-리얼미터 여론조사, 전국 19세 이상 성인 538명 대상, 데이터뉴스.

23) 성매매의 합법화 내지 비범죄화를 주장하는 사람은 건전한 성풍속 내지 성도덕을 다수의견이 상정하는 바와 같이 인식하지 않기 때문에 성매매의 피해자는 없으며, 피해이익도 확실하지 않다는 결론에 이르게 될 것이다.

대상으로 삼을 수 있다는 것이다.

그러나 다수의견이 지적하고 있는 성매매의 사회적 부작용은 성매매가 사회 전반에 미치는 간접적·부수적 부작용을 단순히 열거한 것에 지나지 않다는 점에서 납득할만한 범죄성 논증이라고 보기 어렵다. 무엇보다도 성산업의 비대화, 불법채류자의 증가, 노동시장의 기형화 등을 초래하여 사회적·경제적 안정을 해치거나, 각종 성범죄를 유발하는 환경을 조성하여 퇴폐·향락문화를 확산시키는 사회적 부작용은 성매매 그 자체에서 비롯된 것이 아니라는 점에 주목해야 한다. 그러한 부작용은 오히려 성매매를 알선·조장·방조하는 행위, 호객행위, 성매매 광고 등에서 비롯된 것이다. 이러한 행위들은 성매매를 공연하게 외부로 드러내기 때문에 다수의견이 제시한 사회적 유해성을 인정할 수 있다.²⁴⁾ 그에 반하여 성매매 그 자체는 ‘길거리 성매매’가 아닌 한, 사회적 유해성을 인정하기 어렵다. 특히 제3자의 알선 없이 개인적인 차원에서 이루어지는 성매매라면 더욱 그러할 것이다.

이상과 같이 살펴볼 때, 건전한 성풍속 내지 성도덕을 확립한다는 명분으로 성매매를 형벌의 대상으로 삼는 것은 결국 입법자가 특정한 도덕관을 확인하고 강제하는 것이라고 볼 수밖에 없다. 이는 전부 위헌의견이 적절하게 지적하듯이, 성별·종교·사회적 신분 등에 중립적인 우리의 헌법적 가치에 명백히 배치되고, 나아가 성매매 여성에 대한 낙인찍기라는 부정적 평가 및 여성의 정조라는 성차별적 사고에 기인한 것으로 남녀평등사상에 기초한 헌법정신과도 합치되지 아니한다.²⁵⁾ 그러한 한 심판대상조항의 입법목적부터 정당하다고 보기 어렵다.

24) 성매매행위와는 달리 성매매를 알선·조장·방조하는 행위에 대해서는 형법적 개입이 필요하다고 보는 것이 형사법학계의 통설이다. 게다가 형법은 영리를 목적으로 간음행위를 하도록 매개한 자만을 처벌하고(제243조) 간음행위의 직접적 당사자를 처벌하는 규정을 두고 있지 않은데, 이는 성매매행위 자체는 사회에 유해하지 않다는 점을 고려한 결과라고 볼 수 있다. 같은 생각으로는 이덕인, 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 제21조 제1항의 위헌논란과 쟁점, 형사법연구, 제27권 제3호, 통권 제64호, 2015/가을, 88면.

25) 헌재 2016.3.31. 2013헌가, 판례집 28-1, 전부 위헌의견, 290-291면.

2. 수단의 적합성 여부

가. 다수의견의 논거

성매매가 완전히 근절되지 않고 있는 것은 복합적인 요인에서 그 원인을 찾을 수 있고, 현실적인 집행상의 문제를 규범 자체의 실효성 문제와 직접 결부시킬 수 없다. 오히려 성매매를 형사처벌함에 따라 성매매 집결지를 중심으로 한 성매매 업소와 성판매 여성이 감소하는 추세에 있고, 성구매사범 대부분이 성매매처벌법에 따라 성매매가 처벌된다는 사실을 안 후 성구매를 자제하게 되었다고 설문에 응답하고 있는 점 등에 비추어 보면, 심판대상조항이 형벌로서의 처단기능을 갖고 있다고 볼 수 있다. 따라서 심판대상조항은 성매매 근절을 통한 건전한 성풍속 내지 성도덕의 확립이라는 입법목적 달성을 위한 적절한 수단에 해당한다.

나. 일부 위헌의견의 논거

성구매자를 형사처벌하는 것은 헌법에 위반되지 않는다는 점에서는 다수의 의견과 견해를 같이 한다. 그러나 성판매자도 형사처벌의 대상에 포함시키는 것은 국가의 지나치게 과도한 형벌권의 행사로서 헌법에 위반된다.

다. 전부 위헌의견의 논거

성매매처벌법이 시행된 지 10여년이 지났음에도 성매매가 전체적으로 감소하였다는 자료는 없고, 각종 성매매 실태조사보고에 의하면 오히려 음성적 형태의 성매매를 확산하는 부작용만 낳고 있다. 즉, 성매매 집결지를 중심으로 한 전통적인 유형의 성매매뿐만 아니라 겸업형 성매매, 인터넷이나 스마트폰을 이용한 성매매, 해외원정 성매매, 신중·변종 성매매 등 다양한 유형의 성매매 시장이 활성화되어 심각한 사회문제가 되고 있지만 그 규모조차 제대로 파악되지 않고 있는 실정이다. 그 결과 일반 국민이 일상생활 공간에서 원하든 원치 안든 성매매 관련 정보에 쉽게 노출되거나 성매매에 접근할 수 있는 기회가 더 많아지게 되었다. 그렇다면 심판대상조항은 성매매 근절에 실효성 있는 적절한 수단이라고 보기 어렵다.

라. 논거의 검토

다수의견은 성매매에 대한 형사처벌이 건전한 성풍속 내지 성도덕을 확립하기 위한 적합한 수단에 해당한다는 근거로 두 가지를 들고 있다. 하나는 성매매 집결지를 중심으로 한 성매매 업소와 성판매 여성이 감소하는 추세에 있다는 점이고, 다른 하나는 성구매사범 대부분이 성매매처벌법에 따라 성매매가 처벌된다는 사실을 안 후 성구매를 자제하게 되었다고 설문에 응답하고 있는 점이다. 일부 위헌의견도 성구매 남성에 대한 형사처벌과 관련해서는 다수의견과 견해를 같이 하기 때문에, 이하에서는 이러한 논거의 타당성 여부를 검토해 보기로 한다.

우선 첫 번째 논거를 검토해 보면, 성매매 집결지를 중심으로 한 철저한 단속이 시행되면서 성매매 업소와 성판매 여성이 감소한 것은 사실이다. 그러나 이와 같은 성매매 집결지를 중심으로 한 단속으로 인하여 오히려 음성적 형태의 성매매만 확산되는 부작용을 낳고 있다는 전부 위헌의견의 반론도 만만치 않다.²⁶⁾ 전부 위헌의견은 이른바 ‘풍선효과’를 주장하고 있는데, 이는 과연 타당한 것인가? 부정하는 입장에 의하면, 오늘날 신종·변종 성매매가 성행하는 것은 성매매특별법에 원인이 있는 것이 아니라 기술의 발달과 자본주의 시장경제체제에서 다각화되고 있는 산업에 의하여 야기된 전반적인 사회문화적 현상과 밀접한 관련이 있을 뿐만 아니라, 기존의 전통적 유형의 성매매를 경험한 사람들이 끊임없이 새롭게 출현하는 신종·변종 성매매에 보다 많은 관심을 갖고 찾기 때문이라고 한다.²⁷⁾

부정하는 입장의 논거는 상당히 일리가 있다고 본다. 그리하여 적어도 성매매특별법 때문에 풍선효과가 발생하였다는 등식은 성립하기 어려울 것으로 보인다. 지금은 사람들의 성적 욕망 자체가 상품이 되는 시대인지라 성매매특별법이 아니어도 다양한 형태의 성매매는 생겨났을 것이기 때문이다. 다만 집창촌이라는 눈에 보이는 공간이 단속의 집중 타깃이 되다보니 성구매 남성의 시선과 발길을 음성적인 곳으로 이끄는 것을 가속화한 면은 부정할 수 없을 것이다.²⁸⁾

26) “성매매처벌법 시행 이후 집창촌과 같은 성매매 집결지에 대한 단속이 집중되면서 그 풍선효과로서 위에서 본 바와 같은 음성적 형태의 성매매가 급격히 확산되고 있다.” 주25의 판례집, 전부 위헌의견, 294면.

27) 이나영, 성매매특별법 10년: 새롭게 등장한 논쟁구도와 여성인권 실현을 위한 제언, 여성과 인권, Vol. 11, 2014/상반기, 16면.

그러나 풍선효과를 긍정하든 부정하든 간에, 성매매에 대한 형사처벌로 인하여 성매매가 전체적으로 감소하였다는 공식자료는 찾기 어렵다. 그에 반하여 집결지 내지 겸업형 성매매가 줄어든 것과는 대조적으로 신종·변종 성매매(특히 사이버공간을 매개로 한 성매매)는 그 규모조차 제대로 파악되지 못할 정도로 증가추세에 있다는 자료는 찾기 어렵지 않다.²⁹⁾ 그렇다면 성매매에 대한 형사처벌에도 불구하고 성매매는 오히려 전체적으로 증가한 것이 아닌가 하는 의구심이 든다.

그 다음으로 다수의견의 두 번째 논거는 2005년 7월 이후부터 초범인 성구매자에 대하여 교육을 받는 조건으로 기소를 유예해 주는 이른바 ‘존 스쿨’(John School)의 설문조사 결과를 토대로 해서 나온 것으로 보인다. 법무부는 교육 후 설문조사를 실시한 결과 피교육 대상자들의 성매매에 대한 인식과 태도가 변화하였고, 성매매의 위험성과 해악에 대해서도 충분히 교육을 시켰다고 평가하고 있다.

그러나 2일 16시간(종전에는 1일 8시간)이라는 시간적 제약성으로 인해 효과적인 교육이 이루어지기 어려울 뿐만 아니라, 교육내용의 여성편향성 내지 독선적 배타성, 성구매 남성에 대한 인격 모욕적 태도 등 강사의 자질 미달과 교육의 전문성 부족이 존 스쿨의 문제점으로 지적되고 있는 현실을 감안하면,³⁰⁾ 법무부의 의견과 달리 성구매자가 건전한 성의식과 성매매의 범죄성을 제대로 인식했다고 보기는 어렵다. 특히 성구매자의 대다수를 차지하는 대졸 이상의 학력에, 미혼이며, 20~30대, 사무직에 종사하는 남성은 자기가 도덕적으로 비난을 받는 상황에서 어떠한 답변을 해야 하는지 너무나도 잘 알고 있기 때문에,³¹⁾ 설문조사 결과를 액면 그대로 믿기

28) 성매매, 범죄인가 노동인가(대답), 신동아, 제57권 제9호, 통권 660호, 2014/9, 200면.

29) 여성가족부, 2007년 전국 성매매 실태조사, 연구보고 2007-60, 2007. xxii면. 2002년의 상황과 2007년의 상황을 비교하여 조사한 결과는 다음과 같다. 우선 전업형의 경우 성매매 업소 수는 1,495개소가 감소하였고, 성매매 여성의 수는 5,448명이 감소되었다. 또한 겸업형의 경우 성매매 업소 수는 13,134개소가 감소되었고, 성매매 여성의 수는 93,719명 감소되었다. 그에 반하여 인터넷 및 기타 성매매의 경우에는 17,113건 증가하였고, 성매매 여성의 수는 39,659명으로 증가하였다. 위의 수치들로 볼 때 전업형과 겸업형의 성매매 경제규모는 줄어들었으나, 인터넷과 기타 성매매 유형은 증가한 것으로 나타났다.

30) 법무부, 2006년도 성구매자 재범방지교육(존스쿨) 이수자특성 및 교육 효과성 분석, 2007, 87면. 존 스쿨의 운영상 문제점에 대해서는 박혜진, 성매매재범방지정책으로서 ‘존 스쿨’에 대한 평가와 제언, 비교형사법연구, 제15권 제2호, 통권 제29호, 2013, 50면 이하.

31) 이덕인, 성매매처벌과 재범방지정책에 관한 비판적 고찰, 동아법학, 제43호, 동아대 법학연구소, 2009/2, 210면.

어렵다. 또한 설문을 주관하는 주체가 제3자의 기관이 아닌 해당 교육기관 자신이라는 점도 설문조사 결과에 대한 신뢰성을 의심하기에 충분하다.

이러한 신뢰성 문제는 여성가족부가 성매매특별법의 주된 성과로 꼽고 있는 ‘성매매는 불법’이라는 인식의 확산³²⁾에 대해서도 마찬가지로 제기될 수 있다. 그리하여 설문조사를 주관하는 주체가 해당 기관 자신이며, 남성만을 대상으로 하고 표본 집단도 극히 제한적이라는 점뿐만 아니라, 설문내용의 구성 및 평가방식도 한 쪽 방향으로 치우쳐 있어서 만약 거기에 일정한 변경이 가해진다면 결과가 충분히 달라질 수 있다는 점도 문제점으로 지적된다.³³⁾ 통계자료의 신뢰성이 이처럼 의문시된다면, 성매매는 범죄라는 국민의 인식은 아직은 명확하게 밝혀진 것이 아니라고 보아야 한다. 실제로 최근에 CBS가 전문기관 리얼미터에 의뢰하여 실시된 여론조사에서는 여성가족부가 실시한 여론조사와 상반되는 결과가 나왔다.³⁴⁾

요컨대, 성매매에 대한 형사처벌로 인하여 성매매가 전체적으로 감소하였다는 공식자료는 찾기 어렵고, 성구매사범이 교육 후 성구매를 자제하게 되었다는 사실 또한 그 신빙성이 의문시 되는 상황에서는 심판대상조항이 형벌로서의 처단기능을 갖고 있다고 볼 수 없다. 따라서 심판대상조항은 성매매 근절에 실효성 있는 적절한 수단이라고 보기 어렵다.

3. 침해의 최소성 여부

가. 다수의견의 논거

성매매에 대한 수요는 성매매 시장을 형성하고 이를 유지, 확대하는 주요한 원인이므로, 성구매자의 수요를 억제하는 것이 무엇보다 중요하다. 우리 사회는 잘못된

32) 성매매의 불법성에 대한 국민 인식이 2009년 69.8%에서 2013년 93.1%로 개선되었다고 한다. 여성가족부, 2014년 9월 29일, 보도자료 참조.

33) 이순래·정혜원·박철현, 범죄통계와 연구윤리: 성매매 실태조사의 사례, 공공정책연구, 제31집 제2호, 2014, 8면 이하. 성매매여성들이 처한 사회적 불평등의 현실을 제대로 인식시킨 다음 설문할 경우 과연 이들을 일방적인 범죄자로 낙인찍는 것에 사회의 다수가 동의할 것인지 여부도 회의적이라고 보는 견해로는 이덕인, 주24의 논문, 83면.

34) 거기에 의하면 성매매특별법을 폐지하지는 입장이 이를 유지하지는 입장보다 더 우세한 것으로 나타났다. 이에 대해서는 주22 참조.

접대문화 등으로 인하여 성매매에 대한 관대한 인식이 팽배해 있으며, 생매매 집결지를 중심으로 한 전통적인 유형의 성매매뿐만 아니라 겸업형 성매매, 신·변종 성매매, 인터넷·스마트폰을 통해 이루어지는 성매매 등 다양한 유형의 성매매 시장이 활성화되어 있으며, 성매매의 양상도 점차 복잡해지고 있다. 이러한 상황에서 성매매에 대한 지속적인 수요를 억제하지 않는다면 성인뿐만 아니라 청소년이나 저개발국의 여성들까지 성매매 시장에 유입되어 그 규모가 비약적으로 확대될 우려가 있다. 재범방지교육이나 성매매 예방교육 등이 형사처벌만큼의 효과를 갖는다고 단정할 수도 없으므로, 성매매 수요를 억제하기 위해 성구매자를 형사처벌할 필요가 있고, 이것을 과도한 형벌권 행사로 볼 수 없다.

또한 성매매를 근절하기 위해서는 성구매자뿐만 아니라 성판매자도 함께 처벌할 필요가 있다. 만약 성판매자를 처벌하지 않는다면 경제적 이익을 목적으로 한 성매매 공급이 더욱 확대될 수 있고, 성매매를 원하는 자들로 하여금 성판매자에게 보다 쉽게 접근할 수 있는 길을 열어줄 위험이 있으며, 성판매자가 성구매자들의 적발과 단속을 피할 수 있는 방안을 보장하는 등의 불법적인 조건으로 성매매를 유도할 가능성도 배제할 수 없다. 포주 조직이 불법적인 인신매매를 통하여 성매매 시장으로 유입된 성매매 여성에게 합법적인 성판매를 강요하는 등 성매매 형태가 조직범죄화될 가능성도 얼마든지 있을 수 있고, 성을 상품화하는 현상이 만연한 현실을 감안하면 성판매 여성의 탈(脫)성매매를 어렵게 만들어 성매매에 고착시킬 우려도 있다. 물론 차별적 노동시장이나 빈곤 등 사회구조적 요인에 의해 불가피하게 성매매에 종사하는 여성이 있을 수 있지만, 성판매자의 자율적 판단이 완전히 박탈될 정도가 아닌 이상 이들에게 비난가능성이나 책임이 부정된다고 볼 수 없고, 다양한 유형의 성판매자 중에서 생계형 성판매자를 구별해 내는 것 또한 매우 어렵다.

나아가 성매매처벌법에서는 ‘성매매피해자’의 개념을 폭넓게 인정하여 성매매피해자에 해당하면 형사처벌의 대상에서 제외하고 있고, 성판매자에 대하여 보호처분을 하는 것이 적절하다고 판단되면 형사사건이 아닌 보호사건으로 처리할 수 있게 하고 있으며, 『성매매방지 및 피해자보호 등에 관한 법률』(이하 ‘성매매피해자보호법’이라 함)에서는 성판매자가 성매매에서 벗어나 정상적인 사회에 복귀할 수 있도록 하는 여러 제도적 방안을 마련해 놓고 있다. 따라서 성판매자에 대한 형사처벌이

과도하다고 볼 수 없다.

그 밖에 성매매에 대하여 나라별로 시대정신, 국민인식의 변화, 사회·경제적 구조 등을 고려하여 다양한 정책을 시행하고 있으나, 단기간의 가시적이고 외부적인 통계나 성과만으로 그 정책의 효율성을 판단하는 것은 쉽지 않고, 입법자가 성매매 행위를 유해한 것으로 평가하여 이를 근절하기로 결정한 후 다양한 입법적인 시도를 하는 것 자체에 대하여 일률적으로 그 위헌성 여부를 논할 수는 없다고 할 것이므로, 법정형이 비교적 높지 않은 우리나라의 경우를 다른 국가와 평면적으로 비교하여 침해최소성에 어긋난다고 볼 수도 없다.

나. 일부 위헌의견의 논거

성판매 여성이 성매매를 할 수밖에 없는 이유는 절박한 생존 문제 때문이고, 이는 사회구조적인 것으로 개인이 쉽게 해결할 수 있는 것이 아니다. 그리하여 성판매 여성이 자율적 판단에 따라 성매매를 선택하였다고 하더라도 이러한 선택에는 비자발적 요소가 필요불가피하게 개입될 수밖에 없기 때문에 성판매 여성의 성매매를 자율적인 판단에 의한 선택으로만 보기도 어렵다. 그럼에도 이들에 대해 보호와 선도 대신 형사처벌을 가한다면 여성의 성이 억압되고 착취되는 상황을 악화시키고, 성매매 시장을 음성화하여 오히려 성매매 근절에 장애가 된다.

성매매로의 유입 억제와 성판매자들에 대한 성매매 이탈 유도는 형사처벌만으로 달성할 수 있는 것이 아니다. 형사처벌 대신 다른 경제활동을 할 수 있는 지원과 보호를 하는 것이 바람직하며, 성매매 예방교육, 성매매로 인하여 수익을 얻는 제3자에 대한 제재와 몰수, 추징 등의 방법으로 성산업 자체를 억제하는 방안이나 보호나 선도 조치 등과 같이 기본권을 보다 덜 제한하는 방법도 있을 것이다. 또한 성판매자에 대한 비범죄화를 택한 스웨덴에서 오히려 성매매 근절에 괄목한만한 성과가 있었다는 평가를 받고 있는 점을 주목할 필요가 있다. 따라서 성판매 여성을 형사처벌하는 것은 성매매 자체의 근절에 효과적이지도 못하고, 오히려 성판매 여성에 대한 사회구조적 억압과 차별, 착취를 악화시킬 수 있으므로, 침해의 최소성에 반한다.

그러나 성구매 남성의 처벌에 대해서는 달리 볼 필요가 있다. 여성의 성만을 법적 규제 대상으로 해 온 역사에서 태동된 성적 자기결정권을 남성에게도 동일하게 인

정할 수는 없다. 나아가 가부장적인 사회구조에서 고착되어 온 남성본위의 성 인식을 바로 잡고, 양성 평등의 의식을 높이며, 성매매에 대한 수요를 억제하기 위해서는 성구매 남성에 대한 형사처벌이 필요하므로, 그 부분은 성판매 여성에 대한 형사처벌과는 달리 침해의 최소성에 반하지 않는다.

다. 전부 위헌의견의 논거

성매매의 문제에 대한 최선의 해결책은 사회보장·사회복지정책의 확충을 통하여 성매매 여성이 성매매로부터 벗어날 수 있도록 지원하는 것이다. 입법례 중에는 성매매를 일정 부분 허용하거나 비범죄화하는 국가들이 있는 바, 이는 성매매자를 처벌하는 것보다 완화된 기본권 제한 수단이 있음을 실증하는 것이다. 또한 성판매자를 형사처벌하지 않고 일정구역 안에서만 성매매를 허용하는 등의 덜 제약적인 방법이 가능하다.

또한 심판대상조항의 대항법적 성격에 비추어 볼 때, 성매수자만 형사처벌하는 것은 처벌에서의 불균형성 문제가 생길 수 있을 뿐만 아니라 또 하나의 성적 이중 잣대를 강화할 뿐이다. 성판매자를 처벌하지 않고 성매수자만 처벌하는 국가에서 오히려 인터넷, SNS 등을 이용한 은밀한 형태의 성매매를 양산하고 성판매자가 성매매 장소와 고객을 관리해 주는 범죄조직에 의탁하는 결과를 낳고 있다는 연구보고를 주목할 필요가 있다.

나아가 국가가 특정 내용의 도덕관념을 잣대로 그에 위반되는 성행위를 형사처벌한다면, 특히 그러한 도덕관념에 따른 성관계가 어렵거나 불가능한 사람들은 - 예컨대 지체장애인, 홀로 된 노인, 독거남 등 성적 소외자 - 인간으로서 가장 기본적인 성적 욕구를 충족시킬 수 없는 상황으로 내몰릴 수도 있으므로, 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유에 대하여 불필요하고 과도한 제한을 당하게 된다. 이러한 점들을 종합해 보면 심판대상조항은 침해의 최소성에 반한다.

라. 논거의 검토

(1) 성판매자에 대한 형사처벌의 침해최소성 위반 여부

성판매자에 대한 형사처벌이 과도한 형벌권 행사인지와 관련하여 다수의견은 부정하나, 일부 위헌의견과 전부 위헌의견은 긍정한다. 다수의견의 논거는 네 가지로 정리될 수 있다. 첫째는 성판매 행위를 비범죄화하면, 성판매자나 포주 조직 등이 불법적인 방법으로 성매매를 유도할 수 있어서 성매매 공급이 더욱 확대될 뿐만 아니라, 성판매자의 탈(脫)성매매도 어렵게 된다는 점이다. 둘째는 사회구조적 요인에 의해 불가피하게 성매매에 종사하는 자가 있지만, 이들에게 비난가능성이나 책임이 부정된다고 볼 수 없고, 다양한 유형의 성판매자 중에서 생계형 성판매자를 구별해 내는 것 또한 매우 어렵다는 점이다. 셋째는 성매매처벌법은 ‘성매매피해자’의 개념을 폭넓게 규정하고 있을 뿐만 아니라 형사처벌이 아닌 보호처분으로 처리될 수 있는 길도 열어두고 있으며, 성매매피해자보호법은 성판매자가 정상적인 사회에 복귀할 수 있도록 하는 여러 제도적 방안을 마련해 놓고 있다는 점이다. 넷째는 입법자가 성매매 행위를 유해한 것으로 평가하여 이를 근절하기로 결정한 후 다양한 입법적인 시도를 하는 것 자체에 대하여 일률적으로 그 위헌성 여부를 논할 수는 없다는 점이다.

그에 반하여 일부 위헌의견과 전부 위헌의견은 성판매자들을 형사처벌하지 않더라도 그들의 기본권을 보다 덜 제한하는 방법³⁵⁾에 의한 성매매 근절이 충분히 가능하다는 반론을 제기하고 있다. 이하에서는 이러한 상황을 염두에 두고 다수의견의 논거의 타당성 여부를 검토해 보기로 한다.

우선 첫 번째 논거와 관련하여 제기될 수 있는 반론은 성판매자는 사회적 약자로서 보호·선도의 대상이지 형벌의 대상이 아니라는 점이다.³⁶⁾ 성판매자인 여성은 여

35) 일부 위헌의견과 전부 위헌의견은 형사처벌 대신 경제적 지원, 성매매 예방교육, 성매매로 인하여 수익을 얻는 제3자에 대한 제재와 몰수, 추징 등과 같이 성산업 자체를 억제하는 방안이나 보호 및 선도조치 등과 같이 기본권을 보다 덜 제한하는 방법을 제시하고 있다.

36) 이는 형사법학계의 다수설이다. 그에 반하여 성판매 여성에 대한 형사처벌을 전면적 또는 부분적으로 지지하는 입장으로는 윤수정, 성매매처벌법의 처벌조항에 관한 헌법적 검토, 공법학 연구, 제17권 제1호, 2016, 199면 이하; 장다혜, 성매매처벌법상 단순성매매 처벌 위헌심판제청결정에 대한 비판적 검토, 이화젠더법학, 제7권 제3호, 통권 제15호, 2015/12, 22면 이하.

성과 모성의 보호라는 헌법정신(제36조 제2항 및 제34조 제3항)을 구현하기 위해서라도 남성보다 더 두텁게 보호되어야 한다. 더구나 성매매특별법은 원래 성판매 여성의 인권을 보호하기 위하여 제정된 법이라는 점을 고려하면, 성판매 여성을 형사 처벌하는 심판대상조항은 오히려 성판매 여성들의 생존을 위협하고 그들의 인권을 유린하는 모순을 낳게 된다.³⁷⁾ 이에 따라 성판매 여성의 지위도 피해자인 동시에 공범으로 전락한다.³⁸⁾ 그러나 이는 전부 위헌의견이 적절하게 지적하듯이,³⁹⁾ 국가의 최소보호의무(헌법 제34조 제5항) 위반이다. 세계 각국의 입법례나 국제협약을 보더라도 성판매 여성을 처벌하는 예는 드물다.⁴⁰⁾

또한 다수의견의 두 번째 논거와 관련하여 일부 위헌의견은 다음과 같이 반론을 제기한다. 즉, 다른 생계형 범죄와 달리 성매매의 경우는 설사 성판매자가 자율적 의사에 따라 성행위를 선택했다고 하더라도 사회구조적으로 비자발적 요소가 필요 불가결하게 개입될 수밖에 없기 때문에, 이들은 넓은 의미에서 피해자로서 일체의 비난가능성이나 책임부터 자유로울 수 있다는 것이다.⁴¹⁾ 이는 일부 위헌의견을 낸 강일원과 김이수 재판관이 2012년 12월 성매매 장소제공 처벌조항(성매매특별법 제2조 제1항 및 제25조)을 합헌으로 결정하며 내보인 견해⁴²⁾와는 상당히 다른 것이어서 주목된다.

37) 성매매특별법 제정을 주도한 급진적 여성주의자들과 성판매 여성들 사이의 갈등관계에 대해서는 이동주, 한국 성매매 반대운동의 프레임 형성과 변화에 관한 연구, 사회연구, 통권 제15호, 2008, 28면 이하; 서정우, 성매매방지특별법 제정·시행 과정에서 성노동자의 인권, 인권과 평론, 제2호, 전남대 법률행정연구소 공익인권센터, 2008, 72면 이하; 고정갑희, 주19의 논문, 16면 이하.

38) 이를 “공범적 피해자”라고 표현하는 견해로는 한상희, 주17의 논문, 67면.

39) 주25의 판례집, 전부 위헌의견, 291면.

40) 성매매 대책은 각 국가가 처해 있는 사회적 상황이나 문화적, 윤리적 또는 종교적 가치에 따라 달라질 수 있으나, 사회주의 국가와 이슬람 국가를 제외하고는 성판매 여성을 형사처벌하는 국가는 소수에 지나지 않는다. 또한 세계적인 인권단체 국제엠네스티가 2015년 8월 11일 성매매 종사자들의 인권과 안전을 위해 성매매를 처벌 대상에서 전면 제외하지는 결의를 채택해 그 취지가 주목된다. 이 단체는 “오랜 논의와 연구 끝에 성매매 종사자들의 위험을 줄여주는 가장 좋은 방법은 바로 전면적인 비범죄화라는 결론을 내렸다”고 밝혔다. 이에 대해서는 2015.8.13.일자 조선일보 국제면 기사(A22).

41) 주25의 판례집, 일부 위헌의견, 283-284면.

42) 당시 헌법재판소는 재판관 전원일치 의견을 내며, “외관상 강요된 것인지를 불문하고 성매매 행위를 금지하는 것은 정당하다”고 판시했다. 일부 위헌의견을 낸 강일원과 김이수 재판관도 그때 심리에 참여했다. 자세한 헌재 2012.12.27. 선고 2011헌바235결정.

그러나 가부장적 자본주의 사회구조에서 성판매 여성은 모두 피해자라고 하는 일부 위헌의견의 주장은 성판매 여성의 자발적 의사를 근본적으로 부정한다는 점에 수긍하기 어렵다. 이와 같이 성판매 여성들의 자발성을 원천적으로 부정하게 되면 결국 행위자의 주체성 자체를 부정하고, 이들을 권리의 주체가 아닌 보호의 대상으로 전락시키고 만다.⁴³⁾ 다양한 사회적 처지와 맥락 속에 있는 성판매 여성들의 의사를 묻지도 않고 그들에게 가장 이익이 되는 결정을 내렸다고 주장하는 것은 너무 독단적인 것 같다. 성판매 여성의 자발성 여부는 오히려 성매매의 유형에 따라 다르게 나타날 수 있다. 예컨대 제3자(포주나 알선자)의 개입이 없는 프리랜서형 성매매의 경우는 자발성을 인정할 수 있는 반면에,⁴⁴⁾ 제3자를 끼고 있는 성매매의 경우는 자발성이 없거나 또는 미약하다고 추정할 수 있다.⁴⁵⁾ 결국 이러한 약점 때문에 일부 위헌의견의 반론은 다수의견의 두 번째 논거를 반박하기에는 설득력이 떨어진다.

물론 다수의견이 지적하고 있듯이, 다양한 유형의 성판매 여성들 가운데 누가 자발적 성판매자인지를 명확하게 구별해 내는 것은 매우 어려운 일이다. 그러나 필자의 생각으로는 이러한 문제를 다음과 같이 해결하는 것도 가능하다고 본다. 즉, 성판매 여성의 자발성이 명백히 부정될 수 있는 경우(예컨대 강압이나 착취에 의한 성매매)와 그 이외의 모든 다른 경우로 단순화하는 것이다. 전자의 경우에는 성판매 여성은 성범죄의 피해자이므로 당연히 형사책임에서 배제될 것이다. 후자의 경우에는 성판매 여성의 자발성이 많은 적든 간에 자발성이 인정된다고 추정하는 것이다. 그렇게 되면 성판매 여성은 전자와 마찬가지로 형사책임에서 배제될 것이다. 왜냐 하면 자발적인 성매매의 경우는 앞서 검토한 바와 같이, 성매매의 피해자가 없으며, 피해이익도 확실하지 않아서 사회적 유해성이 인정되지 않기 때문이다.

43) 이는 급진적 여성주의에 대한 비판의 요지에 해당된다.

44) 급진적 여성주의자들은 이때에도 전통적인 성매매에 비하여 상대적으로 자율성이 있는 것은 사실이나, 이는 정도의 차이에 불과하다고 본다. 대표적으로 이호중, 성매매방지법안에 대한 비판적 고찰, 형사정책, 제14권 제2호, 2002, 28면.

45) 예외적으로 성판매 여성의 진정한 의사, 계약의 성격이나 조건 등을 따져보았을 때 강압 및 착취가 능성이 없다고 판단되면 이 경우에도 자발성을 인정할 수 있을 것이다. 그러한 의미에서 제3자의 개입과 불법성을 동일시하는 것은 타당하지 않다고 본다. 제3자가 개입된 성매매라고 하더라도 반드시 강압이나 착취가 수반되는 것은 아니기 때문이다. 같은 생각으로는 박찬걸, 성풍속범죄에 대한 비판적 검토, 법무연구, 제3권, 2012/4, 400면.

나아가 세 번째 논거와 관련하여 쟁점이 되는 것은 성판매자에 대한 형사처벌의 부작용을 최소화하기 위하여 마련된 성매매특별법 및 성매매피해자보호법상의 보완 장치가 과연 실효성 있게 작동하고 있는지 여부이다. 성매매특별법은 성판매자를 “성매매피해자”⁴⁶⁾와 “성매매를 한 사람”⁴⁷⁾으로 구분하여 전자에 대해서는 처벌하지 않고(제6조 제1항), 후자에 대해서는 보호처분을 하는 것이 적절하다고 인정할 때에는 특별한 사정이 없으면 보호사건으로 처리될 수 있도록 규정하고 있다(제12조).

그러나 설사 성매매를 강요당한 사람일지라도 성매매피해자로 처벌을 면하기 위해서는 자신의 성매매행위를 인정해야 하는데, 이는 형사상 불리한 진술을 강요당하지 않는다는 헌법상 기본권(제12조 제2항)을 침해할 여지가 있다.⁴⁸⁾ 성매매알선 행위자에 대한 수사나 재판에 협력하는 경우에도 성판매 여성의 ‘자기부죄’(自己負罪)는 필수적이다. 성판매 여성의 입장에서는 자신에 대한 처벌의 우려 때문에 성매매를 자발적으로 하였다고 인정할 수도 없고, 성매매피해자라고 적극적으로 주장할 수도 없는 애매한 상황에 처하게 된다.⁴⁹⁾ 성판매 여성은 형사처벌을 피하기 위해서라도 자신들을 보호해 줄 포주나 범죄조직 등에 더욱 의존하게 되며, 자신이 처한 환경을 바꾸기 위한 노력도 포기할 수밖에 없게 된다. 그 결과 성판매자들에 대한 성착취 환경을 고착시켜 경제적 착취와 인권침해적인 상황을 더욱 심화하고, 성매매 시장을 지하화, 음성화하여 성매매 근절에 장애가 된다.⁵⁰⁾ 그리하여 성판매 여성

46) 거기에는 위계, 위력 그 밖에 이에 준하는 방법으로 성매매를 강요당한 사람(가), 업무관계, 고용관계, 그 밖의 관계로 인하여 보호 또는 감독하는 사람에 의하여 ‘마약류관리에 관한 법률’ 제2조에 따른 향정신성의약품 또는 대마에 중독되어 성매매를 한 사람(나), 청소년, 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없거나 미약한 사람 또는 대통령령으로 정하는 중대한 장애가 있는 사람으로서 성매매를 하도록 알선·유인된 사람(다), 성매매 목적의 인신매매를 당한 사람(라)이 포함된다(성매매특별법 제2조 제1항 제4호).

47) 성매매피해자에 해당하지 않는 ‘자발적인’ 성판매자를 의미한다.

48) 그에 반해 다수의견은 심판대상조항은 성판매자에게 형사상 불이익한 진술의무를 부과하는 조항이라고 볼 수 없으므로 진술거부권을 제한하지 않는다고 주장한다(주25의 판례집, 다수의견, 279면). 그러나 우리 사회에는 아직까지도 매춘부에 대한 편견이 만연되어 있기 때문에, 성판매자가 적극적으로 성매매의 강제성을 입증하지 않으면 자발적으로 성매매를 한 것으로 간주되는 실정이다. 실제로 여성인권중앙지원센터 소속 성매매상담소 실무자는 한 인터뷰에서 “경찰과 법원이 성매매여성에 대한 편견이 지배적이어서 여성단체의 도움을 받지 못하면 ‘강제’입증을 하지 못하여 처벌의 대상이 되는 경향을 보이고 있다”고 말했다. 서정우, 주37의 논문, 62면(주5).

49) 주25의 판례집, 일부 위헌의견, 285면.

50) 주25의 판례집, 일부 위헌의견, 285면.

에 대한 형사처벌은 다수의견의 의도와는 달리, 성판매자의 탈(脫)성매매는커녕 오히려 성착취 환경을 고착화할 가능성이 농후하다.

다른 한편 성매매피해자보호법에 의하면 국가와 지방자치단체는 성매매피해자의 사회복지를 돕기 위하여 취학지원을 할 수 있을 뿐만 아니라(제8조), 이들을 위한 지원시설이나 성매매피해 상담소, 자활지원센터 등을 통하여 숙식제공, 상담 및 치료, 의료지원, 수사기관의 조사와 법원의 증인신문에의 동행 등을 할 수 있다(제10제, 제11조, 제15조 내지 제18조). 그러나 이와 같은 법적 지원이 현장에 있는 성판매 여성에게 실질적인 도움으로 이어지지 않는다는 것이 문제이다. 현재 국가의 예산으로 성판매 여성에게 여러 가지 지원을 하고는 있지만,⁵¹⁾ 관련 예산이 너무 적다. 정부 지원금으로 법률구조, 의료지원, 심리치료, 직업훈련 등에 우선 충당하게 되면, 실제로 성판매 여성에게 생계비 명목으로 지원되는 돈은 한 달에 40만원에 불과하다.⁵²⁾ 게다가 지원단체들은 실제 자립을 돕기보다 단체 운영을 위한 실적 채우기(입소인원 확보)에만 급급해 자립 프로그램이 거의 도움이 되지 않는 실정이다.⁵³⁾

요컨대, 다수의견이 제시하고 있는 여러 제도적 보완장치가 성판매 여성에게 실질적인 도움으로 연결되지 않는 한, 그 정도의 보완장치를 마련한 것만 가지고 성판매자에 대한 형사처벌의 부작용을 최소화했다고 단정하기 어렵다.

마지막으로 네 번째 논거와 관련하여 제기될 수 있는 반론은 성적 자기결정권과 같이 개인의 핵심적 자유영역을 침해하는 경우에는 엄격한 비례심사기준을 적용하여 입법자가 구체적인 해당 법률의 합헌성을 입증해야 한다는 점이다.⁵⁴⁾ 다수의견은 “입법자가 성매매 행위를 유해한 것으로 평가하여 이를 근절하기로 결정한 후 다양한 입법적인 시도를 하는 것 자체”는 입법정책의 문제로서 입법권자의 입법형

51) 여성가족부에 따르면 성매매 피해자보호와 지원을 위한 정부 지원금은 2004년 29억 7400만원에서 2014년 136억 9200만원으로 400% 늘었다.

52) 몇 년 전 성매매여성지원시설에 입소했다가 다시 돌아온 어느 성매매 종사자는 “시설에서 받은 지원금이 한 달에 40만원도 안 된다”고 말했다. 성매매특별법 10년, 월간중앙, 제41권 제2호, 통권 제471호, 2015/2, 167면.

53) 그 밖에도 강현준 한터전국연합 대표는 “성매매 여성 지원 단체를 악용해 업주에게 선금을 가불한 뒤 떼먹고 도망가 지원 단체에 숨어드는 일이 종종 일어나곤 한다”고 말했다. 앞의 글, 167면.

54) 혼인빙자간음죄와 간통죄의 위헌성 여부와 관련하여 헌법재판소가 적용한 과잉금지원칙의 심사강도에 대해서는 이효원, 성적 자기결정권에 대한 헌법재판소의 결정 분석, 형사법 신동향, 제34호, 2012, 341면 이하.

성의 자유에 속한다는 것을 전제로,⁵⁵⁾ 과잉금지의 원칙을 적용하여 심판대상조항에 대하여 합헌결정을 내렸다.

그러나 법률이 성생활과 같이 개인의 핵심적 자유영역을 침해하는 경우 이러한 자유에 대한 보호는 더욱 강화되어야 하므로 원칙적으로 입법형성의 자유를 인정할 것이 아니라, 엄격한 비례심사기준을 적용해야 한다. 원칙적으로 입법형성의 자유를 인정할 경우에는 위헌을 주장하는 측이 그 위헌성을 입증하여야 하는 반면, 엄격한 비례심사기준을 적용할 경우에는 입법자가 합헌성을 입증해야 한다.⁵⁶⁾ 그렇다면 성매매특별법의 입법자는 입법의 동기가 된 구체적 위험이나 공익의 존재 및 법률에 의하여 입법목적이 달성될 수 있다는 구체적 인과관계를 헌법재판소가 납득하게끔 입증해야 할 책임이 있다.⁵⁷⁾ 그럼에도 다수의견은 심판대상조항에 의하여 규율되는 생활영역의 특성을 고려하지 아니하고 개인의 성행위에 대한 형사처벌의 문제를 단지 광범위한 입법형성의 자유로 단순화함으로써, 심판대상조항에 대한 입증책임 분배원칙을 형해화(形骸化)하고 있다.

(2) 성구매 남성에 대한 형사처벌의 침해최소성 위반 여부

성구매 남성에 대한 형사처벌이 과도한 형벌권 행사인지와 관련하여 다수의견과 일부 위헌의견은 긍정하나, 전부 위헌의견은 부정한다. 다수의견과 일부 위헌의견의 논거를 종합하면 세 가지로 정리할 수 있다. 첫째는 우리사회는 성매매에 대한 관대한 의식이 팽배해 있고 다양한 유형의 성매매 시장이 활성화되어 있기 때문에, 성매매 수요를 억제하기 위해서는 그 효과를 장담할 수 없는 재범방지교육이나 성매매 예방교육 등의 방법보다는 성구매자를 형사처벌하는 것이 더 효율적이라는 점이다. 둘째는 여성의 성만을 법적 규제 대상으로 해 온 역사에서 태동된 성적 자기결정권을 남성에게도 동일하게 인정할 수는 없다는 점이다.⁵⁸⁾ 셋째는 가부장적인 사회구

55) 다수의견에 대한 보충의견 또한 “어떠한 행위를 범죄로 볼 것인지, 그러한 범죄를 어떻게 처벌할 것인지의 문제는 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야”라고 보고 있다. 주25의 판례집, 보충의견, 299면.

56) 헌재 2002.10.31. 99헌바76; 헌재 2009.11.26. 2008헌바58, 2009헌바191.

57) 혼인빙자간음죄의 1차 합헌결정에서 반대의견을 제시한 주선희 재판관의 소수의견 참조. 2002.10.31.99헌바40, 2002헌바50.

조에서 고착되어 온 남성본위의 성 인식을 바로 잡고, 양성 평등의 의식을 높이기 위해서는 성구매 남성에 대한 형사처벌이 필요하다는 점이다.

그에 반하여 전부 위헌의견은 성구매 남성만을 형사처벌하는 것은 처벌에서의 불균형성 문제가 생길 수 있을 뿐만 아니라, 성적 소외자들의 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 과도하게 제한하게 된다는 반론을 제기하고 있다. 이하에서는 이러한 상황을 염두에 두고 다수의견과 일부 위헌의견의 논거의 타당성 여부를 검토해 보기로 한다.

우선 다수의견의 첫 번째 논거와 관련하여 제기될 수 있는 반론은 성매매에 관한 잘못된 의식을 바로 잡고 성매매 수요를 줄이기 위하여 성구매 남성을 형사처벌하는 것이 과연 재범방지교육이나 성매매 예방교육 등의 방법보다 얼마나 더 효과적 인지 의심스럽다는 점이다. 앞서 수단의 적합성 여부에 대한 검토에서 나타났듯이, 성매매에 대한 형사처벌로 인하여 성매매가 전체적으로 감소하였다는 공식자료는 찾기 어려울 뿐만 아니라, 성매매특별법이 시행된 이래로 성매매사범에 대한 기소유예처분의 비율이 전체 형사사건의 그것에 비해 월등하게 높다는 점⁵⁹⁾은 성구매 남성에 대한 형사처벌이 그다지 효과적이지 않다는 것을 반증하는 것이다. 처벌규정의 실효성이 감소하면 규범의 효력과 형사사범에 대한 신뢰는 무너지게 되고, 궁극적으로는 심판대상조항이 의도한 건전한 성의식의 고취도 약화되는 결과를 초래할 것이다.

그 다음 일부 위헌의견의 두 번째 논거와 관련하여 제기될 수 있는 반론은 ‘성매매의 범죄화’와 ‘성매매 여성의 비범죄화’라는 대립적인 구도는 애당초 형법의 영역에서는 성립할 수 없다는 점이다. 그 이유는 법규범의 일반화 요청 때문이다. 형법

58) 이에 반하여 다수의견에 대한 보충의견은 성구매 남성의 성적 자기결정권 뿐만 아니라 성판매 여성의 성적 자기결정권 또한 인정하지 않는다는 입장을 취하고 있다. “모든 인간은 성적 본능을 가지며, 성에 대한 본능이 표출되는 방식은 사람마다 다를 수 있지만, 성과 관련된 모든 형태의 인간의 행동이 헌법상 기본권으로 보호되는 것은 아니”라고 하면서, “성을 상품화하여 거래의 대상으로 삼는 성매매가 ‘성적 자기결정권’이라는 헌법적 테두리 안에서 보호되어야 하는지에 대하여는 강한 의문이 든다”고 지적하고 있다. 주25의 판례집, 보충의견, 299면.

59) 대검찰청의 범죄분석(최근 5년)에 의하면 전체 형사범 중 기소유예처분을 받은 자의 비율은 2011년 18.0%, 2012년 18.4%, 2013년 17.7%, 2014년 17.3%, 2015년 18.5%였다(평균 17.9%). 그에 반하여 성매매사범 중 기소유예처분을 받은 자의 비율은 2011년 56.8%, 2012년 49.9%, 2013년 44.1%, 2014년 41.0%, 2015년 37.9%였다(평균 45.9%). 이에 대해서는 범죄분석, 2012~2016년, 대검찰청.

은 특정행위에 대한 가치판단을 부여하는 구조로 되어 있기 때문에 예컨대 성매매에 대해 부정적인 가치판단을 하게 되면, 그 결과 성매매에 가담한 여성도 마찬가지로의 가치판단을 받을 수밖에 없다.⁶⁰⁾ 그리하여 성매매행위를 범죄로 규정하면 행위자인 성구매 남성과 성판매 여성 모두 범죄자가 될 수밖에 없다. 게다가 성매매가 이른바 ‘대향범’(對向犯)이라는 점을 감안하면 성판매자와 성매수자의 가벌성을 달리 볼 이유가 없다. 나아가 성적 자기결정권을 단지 연혁적인 이유만으로 여성에게만 인정하는 것도 또 하나의 성차별이다. 이점은 이미 4년 전 형법개정에서 강간죄의 행위객체가 ‘부녀’에서 ‘사람’으로 변경된 사실에서도 증명된다.⁶¹⁾

마지막으로 일부 위헌의견의 세 번째 논거와 관련하여 제기될 수 있는 반론은 남성본위의 성 인식을 바로 잡고 양성 평등의 의식을 높이기 위하여 성구매 남성을 주된 타깃으로 삼아 형사처벌하게 되면 형법 본연의 임무에 반할 수 있다는 점이다. 건전한 성의식 및 남녀평등의 의식 고취는 형법을 통해서라기보다는 오히려 지속적인 도덕성의 계몽과 자발적인 의식 개혁을 통해서 실현될 수 있는 문제일 것이다. 그럼에도 성매매특별법은 처벌규정을 통해 인간의 내심의 의사를 교정하려는 의도를 숨기지 않는다.⁶²⁾ 주된 타깃은 성구매 남성이다. 일부 위헌의견의 입장에서 보면 성판매 여성은 모두 피해자인 반면, 성구매 남성은 성적 착취를 구조화하는 사회질서를 개혁하고 양성 평등을 실현하기 위하여 반드시 타도되어야 할 ‘남성 지배권력의 대리인’이기 때문이다.

그러나 이러한 입장은 무엇보다 다양하면서도 특수한 맥락과 상황에 놓여 있는 성매매의 특성을 간과하고 있다. 성구매 남성의 정체성은 성판매 여성의 그것과 마찬가지로 ‘성적 착취자’와 ‘성적 소외자’라는 양 극단에서부터 그 중간을 아우르는 영역까지 다양한 양상을 띠고 있으며, 성구매 남성들 사이에서도 다양한 계층이 형성되어 각기 속한 환경에 따라 다른 모습을 보이기도 한다. 이러한 복잡한 양상 때문에 성구매 남성은 모두 범죄자라고 단정해서는 안 된다. 예컨대 지체장애인, 홀로

60) 김영환, 풍속을 해치는 죄에 관한 비판적 고찰, 형사법연구, 제22호, 2004, 860면.

61) 남자에 대한 강간도 강간죄로 처벌하려는 형법개정의 취지는 여자와의 육체적·생리적 차이에도 불구하고 남자의 성적 자기결정권을 여자의 성적 자기결정권과 동등하게 보호하고자 하는 것으로 이해된다. 이에 대해서는 임웅, 형법각론, 2016, 194면.

62) 이덕인, 주31의 논문, 197면.

된 노인, 독거남 등 성적 소외자에 대한 형사처벌은 전부 위헌의견이 적절하게 지적하였듯이, 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유에 대한 불필요하고 과도한 제한이다. 그럼에도 불구하고 성구매 남성 전체를 타깃으로 삼아 형사처벌하게 되면 심판대상조항은 국가의 인적·물적 자원의 부족, 선별적 법집행, 단속자와 피단속자 간의 유착과 비리 등과 맞물려 그 실효성을 상실하게 되고, 결국에는 법의 권위를 해치는 ‘상징입법’⁶³⁾으로 전락하고 말 것이다.

4. 법익의 균형성 여부

가. 다수의견의 논거

성매매의 형태로 이루어지는 개인의 성적 행위에 국가가 적극 개입하고 성매매를 근절함으로써 확립하려는 사회 전반의 건전한 풍속과 성도덕이라는 공익적 가치는 개인의 성적 자기결정권 등 기본권 제한의 정도에 비해 결코 작다고 볼 수 없다. 그러므로 심판대상조항은 법익균형성 원칙에도 위배되지 아니한다.

나. 일부 위헌의견의 논거

심판대상조항으로 인해 달성되는 공익은 건전한 성풍속 내지 성도덕의 확립이라는 추상적이고 막연한 것인 반면, 성판매자들이 받게 되는 불이익의 정도는 그러한 공익에 비할 수 없을 정도로 절박하다고 할 것이므로, 심판대상조항 중 성판매자를 처벌하는 부분은 법익균형성 원칙에도 위배된다.

다. 전부 위헌의견의 논거

설령 심판대상조항의 입법목적의 정당성을 수긍한다 하더라도 그러한 공익은 지극히 추상적이거나 모호하여 개인의 주관적 도덕감정에 따라 달라질 수 있으므로 헌법적 가치에 해당한다고 볼 수 없다. 반면 형사처벌이 가져오는 사적 불이익은

63) 상징입법의 의미와 한계에 대해서는 조성용, 형사입법의 상징적 기능에 대한 비판적 고찰, 형사정책연구, 제14권 제1호, 통권 제53호, 2003/봄, 189면 이하.

매우 실질적이고 구체적이며 그 불이익의 정도가 크므로, 심판대상조항은 법익균형성도 상실하였다.

라. 논거의 검토

다수의견이 상정하고 있는 건전한 성풍속 내지 성도덕의 확립이라는 공익은 매우 추상적이고 막연할 뿐만 아니라 시대와 장소, 사람들의 인식, 사회환경 등에 따라 가변적이기 때문에 헌법적으로 보호할만한 가치가 있다고 보기 어렵다.⁶⁴⁾ 그 반면 형사처벌로 인하여 받게 되는 성판매 여성과 성구매 남성의 불이익은 매우 실질적이며 구체적이고 그 정도가 추상적이고 막연한 건전한 성풍속 내지 성도덕의 확립이라는 공익보다 훨씬 크기 때문에, 심판대상조항은 법익 균형성의 원칙에 위배된다.

다른 한편 심판대상조항 중 성판매자를 처벌하는 부분만 법익균형성 원칙에 위배된다고 보는 일부 위헌의견에 대해서는 찬성할 수 없다. 일부 위헌의견은 성구매 남성의 형사처벌과 관련해서는 건전한 성풍속 내지 성도덕의 확립이라는 심판대상조항의 입법목적이 정당하다는 다수의견에 동조하지만, 성판매 여성의 형사처벌과 관련해서는 건전한 성풍속 내지 성도덕의 확립은 추상적이고 막연한 것으로 평가절하하고 있다. 이와 같은 일부 위헌의견의 이율배반적 태도는 앞서 검토한 바와 같이, ‘성매매의 범죄화’와 ‘성매매 여성의 비범죄화’라는 대립적인 구도에서 비롯된 것으로 보인다.

64) 이러한 점을 인정하고 이른바 성풍속범의 경우 성범죄와 마찬가지로 개인의 성적 자기결정권을 직접적·간접적으로 침해하는 범죄유형만을 대상으로 삼아야 한다는 입장으로는 이경재, 성윤리와 형법, 비교형사법연구, 제12권 제2호, 통권 제23호, 2010, 312면; 이덕인, 성풍속 처벌의 형사법적 한계, 형사정책연구, 제22권, 제3호, 통권 제87호, 2011/가을, 60면. 나아가 성적 자기결정권의 의미를 “개인의 인격과 결부된 성의 완전성의 침해”라고 재구성하여, 음란물죄도 성적 자기결정권을 침해하는 범죄로 파악하는 입장으로는 박혜진, 형법상 성적 자기결정권 개념에 대한 성찰, 형사법연구, 제21권 제3호, 통권 제40호, 2009/가을, 249면.

Ⅲ. 평등권 침해 여부

1. 다수의견의 논거

사회 전반의 건전한 성풍속과 성도덕에 미치는 영향, 제3자에 의한 착취 문제나 성산업의 재생산 등의 측면에서 볼 때, 불특정인에 대한 성매매는 특정인에 대한 성매매에 비해 사회적 유해성이 훨씬 크다고 평가할 수 있으므로, 그러한 차별에는 합리적 이유가 인정된다. 따라서 심판대상조항은 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

2. 전부 위헌의견의 논거

특정인을 상대로 하든 불특정인을 상대로 하든 본질적으로 동일한 성매매임에도 불구하고, 불특정인을 상대로 한 경우에만 처벌하는 것은 합리적인 이유가 없다. 그렇게 되면 가진 자들의 특정인을 상대로 한 값비싼 성매매는 - 예컨대 축첩행위나 현지처 계약 또는 스폰서 계약 등 - 문제삼지 않으면서, 불특정의 소시민들을 상대로 한 비교적 저렴하고 폐해가 적은 전통적인 성매매만을 처벌하는 결과를 초래하고 만다. 결국 심판대상조항은 헌법상 평등원칙에 위반된다.

3. 논거에 대한 평가

다수의견의 논거와 관련하여 제기될 수 있는 반론은 다수의견처럼 성매매의 본질을 ‘그 자체로’ 비인간적인 행위인 동시에 폭력 내지는 착취행위로 본다면, 성매매의 상대방이 특정인이던 불특정인이던 간에 그 본질은 결코 변함이 없다는 점이다. 물론 불특정인을 상대로 한 성매매는 특정인을 상대로 한 성매매보다 성행위가 외부로 드러날 개연성이 더 높을 뿐만 아니라 제3자(포주 또는 성매매알선업자)가 개입할 여지가 더 많기 때문에, 건전한 성풍속과 성도덕에 미치는 영향, 제3자에 의한 착취 문제나 성산업의 재생산 등의 측면에서 사회적 유해성이 더 크다고 볼 수는 있다. 그러나 이는 어디까지나 정도의 차이에 불과한 것이지, 성매매의 가벌성에 대

한 절대적 기준일 수는 없다.

오히려 다수의견의 논거의 저변에는 앞서 살펴본 바와 같이 다수의견 특유의 성도덕관이 깔려있다. 즉, 인간의 성은 고귀하고 신성한 것이므로 금전을 대가로 물질로 취급하거나 도구화해서는 안 되며, 인간의 성관계도 상호 사랑과 친밀감에 기초한 경우에만 허용될 수 있다는 성도덕관 말이다. 그리하여 성행위는 특정인(배우자 또는 그와 유사한 정신적 관계를 가지는 사람)과의 관계에서만 허용되고, 불특정인과의 관계는 처벌의 대상이 된다. 이러한 구분을 통해 순결/오염, 정신·사랑·신체·탐욕, 정조/문란 등의 구획이 이루어지고, 이를 바탕으로 선악의 판단이 내려지는 것이다.⁶⁵⁾ 이러한 성도덕관이 성매매의 가벌성에 대한 절대적 기준이 될 수 없는 한, 불특정인을 상대로 한 성매매의 경우에만 처벌하는 것은 합리적인 이유가 없다.

그럼에도 불구하고 불특정인을 상대로 한 성매매의 경우에만 처벌하게 되면 전부 위헌의견이 적절하게 지적하였듯이, 가진 자들의 특정인을 상대로 한 값비싼 성매매는 처벌되지 않는 반면에, 불특정의 소시민들을 상대로 한 비교적 저렴하고 폐해가 적은 전통적인 성매매만 처벌되는 불합리를 초래할 것이다. 왜냐하면 성관계를 맺고 돈을 받았더라도 이성 교제의사가 있었다면 성매매가 아니라고 판시한 대법원의 태도에 비추어 볼 때,⁶⁶⁾ 설사 축첩행위나 현지처 계약 또는 스폰서 계약 등에 대해서도 처벌이 가능하다고 하더라도 당사자들이 돈이 목적이 아니라 진지하게 교제할 생각으로 성관계를 맺었다고 주장한다면, 현실적으로 성매매로 처벌하기는 매우 어렵기 때문이다. 그러한 한 심판대상조항은 평등권을 침해한다고 볼 수 있다.

IV. 이번 헌법재판소 결정의 의의 및 평가 - 결론에 갈음하여 -

최근 혼인빙자간음죄와 간통죄에 대해 위헌 결정이 잇따라 내려지게 됨에 따라,

65) 한상희, 주17의 논문, 53면.

66) 대법원은 2016년 2월 18일, 사임가 채모씨와 일명 ‘스폰서 계약’을 맺고 성매매를 한 혐의로 기소된 배우 성현아씨에 대해 무죄를 선고하였다. 대법원은 “성씨가 진지하게 교제할 생각으로 채씨를 만났을 가능성이 있다”며 성씨를 처벌할 수 없다고 판단했다. 그러나 단기간에 수천만원을 받고 여러 차례 성관계를 맺은 것이 어떻게 단순한 이성 교제인지 의아스럽다.

헌법재판소가 이번 단순 성매매의 경우에도 개인의 성적 자기결정권을 핵심요지로 파악하고 이를 인정하는 방향으로 나갈 것이라고 예상했던 사람들이 적지 않았을 것이다. 그러나 결과는 합헌 결정이었다. 다수의견은 개인의 기본권 보호보다는 건전한 성풍속 내지 성도덕의 확립이라는 공익적 가치에 더 무게를 두었으며, 특히 성매매로 인하여 유발되는 사회적 부작용(예컨대 성산업의 비대화, 불법체류자의 증가, 노동시장의 기형화, 퇴폐·향락문화의 확산 등)을 우려하였다.

게다가 다수의견이 만약 위헌 결정이 내려질 경우 사회 전반에 미치게 되는 엄청난 파장을 현재 우리 사회가 스스로 감당하기 어렵다고 판단한 점도 이번 합헌 결정에 영향을 미쳤을 것으로 보인다. 단순 성매매는 개인적 영역이면서도 인권, 직업 인정 여부, 성산업의 비대화, 불법체류자의 증가, 퇴폐·향락문화의 확산 등 사회적 영역까지 포함하는 사안으로서, 혼인빙자간음죄나 간통죄와는 비교가 되지 않을 정도로 그 파장효과가 크기 때문이다. 이러한 의미에서 이번 헌법재판소 합헌 결정은 개인의 자유보다는 사회의 안정을 선택한 것으로 생각된다. 헌법재판소 결정이 사법적 판단인 동시에 정치적 판단이라는 점에서 이러한 선택은 일면 수궁이 간다.

그러나 이러한 합헌 결정이 과연 형법적으로 정당화될 수 있는지는 상당히 의문이다. 우선 심판대상조항이 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는지 여부와 관련하여 필자가 다수의견과 소수의견의 논거를 비교·분석한 결과는 다음과 같다.

첫째로 다수의견이 상정하고 있는 건전한 성풍속 내지 성도덕의 실체는 인간의 성은 고귀하고 신성한 것이므로 금전을 대가로 물질로 취급하거나 도구화해서는 안 되며 인간의 성관계도 상호 사랑과 친밀감에 기초한 경우에만 허용된다는 것인데, 이것이 사회 일반인의 일반적인 인식이라고 단정하기는 어렵다. 설사 그렇다고 인정하더라도 적어도 다원주의 사회에서는 다양한 가치관이 상존하기 때문에, 지배적인 다수의 가치관뿐만 아니라 소수의 가치관 또한 보호받아야 할 것이다. 만일 입법자가 특정한 성도덕관이 다수의 지위를 차지한다는 이유로 이를 강제하는 법률을 제정한다면, 성별·종교·사회적 신분 등에 중립적인 우리의 헌법적 가치에 명백히 배치되고, 나아가 성매매 여성에 대한 낙인찍기라는 부정적 평가 및 여성의 정조라는 성차별적 사고에 기인한 것으로 남녀평등사상에 기초한 헌법정신과도 합치되지

아니한다. 그러한 한 심판대상조항의 입법목적부터 정당하다고 보기 어렵다.

둘째로 성매매에 대한 형사처벌로 인하여 성매매가 전체적으로 감소하였다는 공식자료는 찾기 어렵고, 성구매사범이 교육 후 성구매를 자제하게 되었다는 사실 또한 그 신빙성이 의문시 되는 상황에서는 심판대상조항이 성매매 근절에 실효성 있는 적절한 수단이라고 보기 어렵다.

셋째로 성판매자는 사회적 약자로서 보호·선도의 대상이지 형벌의 대상이 아니며, 성매매특별법 및 성매매피해자보호법상의 보완장치가 성판매 여성에게 실질적인 도움으로 연결되지 않는 한, 그것만으로 성판매자에 대한 형사처벌의 부작용을 최소화했다고 단정하기 어렵다. 다른 한편 성매매에 관한 잘못된 의식을 바로 잡고 성매매 수요를 줄이기 위하여 성구매 남성을 형사처벌하는 것이 과연 재범방지교육이나 성매매 예방교육 등의 방법보다 얼마나 더 효과적인지 의심스러우며, 남성본위의 성 인식을 바로 잡고 양성 평등의 의식을 높이기 위하여 성구매 남성을 주된 타깃으로 삼아 형사처벌하게 되면 형법 본연의 임무에 반할 수 있다는 점에서, 성구매 남성에 대한 형사처벌은 과도한 형벌권의 행사라고 할 수 있다.

넷째로 다수의견이 상정하고 있는 건전한 성풍속 내지 성도덕이라는 공익은 매우 추상적이고 막연할 뿐만 아니라 가변적이기 때문에 헌법적으로 보호할만한 가치가 있다고 보기 어려운 반면, 형사처벌로 인하여 받게 되는 성판매 여성과 성구매 남성의 불이익은 매우 실질적이며 구체적이고 그 정도가 건전한 성풍속 내지 성도덕이라는 공익보다 훨씬 크기 때문에, 심판대상조항은 법익 균형성의 원칙에 위배된다.

그 다음으로 심판대상조항이 평등의 원칙에 위배되는지 여부와 관련해서 다수의견의 논거에 대하여 제기될 수 있는 반론은 다수의견처럼 성매매의 본질을 ‘그 자체로’ 비인간적인 행위인 동시에 폭력 내지 착취행위로 본다면, 성매매의 상대방이 특정인이던 불특정인이던 간에 그 본질은 결코 변함이 없다는 점이다. 그럼에도 불구하고 불특정인을 상대로 한 성매매의 경우에만 처벌하게 되면 가진 자들의 특정인을 상대로 한 값비싼 성매매는 처벌되지 않는 반면에, 불특정의 소시민들을 상대로 한 비교적 저렴하고 폐해가 적은 전통적인 성매매만 처벌되는 불합리를 초래할 것이다. 그리하여 심판대상조항은 평등권을 침해한다고 볼 수 있다.

그러나 이번 헌법재판소 합헌 결정에 대해 그리 실망할 필요는 없다. 예컨대 혼인

빙자간음죄의 경우 그동안 학계에서 비범죄화하자는 주장이 꾸준히 제기되어 왔지만 정작 이 범죄에 대해 위헌 결정이 내려진 것은 형법이 제정된 지 56년이 지난 2009년 11월 26일이었다. 마찬가지로 간통죄 역시 4차례의 합헌 결정을 거친 후 5번째 헌법재판소 심판에서야 비로소 위헌이 결정되었다. 형법이 제정된 지 62년 만인 2015년 2월 26일 드디어 4전5기 끝에 간통죄가 위헌이 된 것이다. 성매매 역시 마찬가지로 아닐까라는 생각이 든다. 이른바 성풍속범의 경우 성범죄처럼 개인의 성적 자기결정권을 직접적·간접적으로 침해하는 범죄유형만을 대상으로 삼는 것이 합리적일 뿐만 아니라 오늘날 형법의 추세이기도 하다. 지금 당장 위헌 결정을 내려 성매매를 비범죄화하기 곤란하다면, 일정구역 안에서만 성매매를 허용하는 방법이라도 시도해 보는 것이 과잉처벌이라는 비난에서 벗어날 수 있는 길일 것이다. 앞으로 이에 대한 진지한 논의를 기대해 본다.

참고문헌

- 강진철, 매매춘, 법과 사회, 제16·17호, 1999
- 고정갑희, 성매매방지특별법과 여성주의자들의 방향감각, 여성이론, 통권
- 권수현, 성매매특별법과 관련하여, 철학과 현실, 통권 제64호, 2005
- 김영환, 풍속을 해하는 죄에 관한 비판적 고찰, 형사법연구, 제22호, 2004
- 김은경, 성매매에 관한 페미니즘 담론과 형사정책적 딜레마, 형사정책, 제14권 제2호, 2002
- 박찬걸, 성풍속범죄에 대한 비판적 검토, 법무연구, 제3권, 2012
- 박혜진, 형법상 성적 자기결정권 개념에 대한 성찰, 형사법연구, 제21권 제3호, 2009
- 박혜진, 성매매재범방지정책으로서 ‘존 스쿨’에 대한 평가와 제언, 비교형사법연구, 제15권 제2호, 2013
- 서정우, 성매매방지특별법 제정·시행 과정에서 성노동자의 인권, 인권과 평론, 제2호, 전남대 법률행정연구소, 2008
- 윤수정, 성매매처벌법의 처벌조항에 관한 헌법적 검토 - 2013헌가2 사건을 중심으로 -, 공법학 연구, 제17권 제1호, 2016
- 이경재, 성매매특별법 시행 4년에 대한 평가와 제언, 형사정책연구, 제20권 제1호, 2009
- 이경재, 성윤리와 형법 - 성풍속범죄에 대한 형법적 규제 -, 비교형사법연구, 제12권 제2호, 통권 제23호, 2010
- 이나영, 성매매특별법 10년: 새롭게 등장한 논쟁구도와 여성인권 실현을 위한 제언, 여성과 인권, 제11권, 2014
- 이덕인, 자발적 대가성 성관계의 비범죄화, 형사정책, 제20권 제1호, 2008
- 이덕인, 성매매처벌과 재범방지정책에 관한 비판적 고찰, 동아법학, 제43호, 동아대 법학연구소, 2009
- 이덕인, 성윤리와 형법, 비교형사법연구, 제12권 제2호, 통권 제23호, 2010
- 이덕인, 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 제21조 제1항의 위헌논란과 쟁점,

- 형사법연구, 제27권 제3호, 통권 제64호, 2015
- 이동주, 한국 성매매 반대운동의 프레임 형성과 변화에 관한 연구, 사회연구, 통권 제15호, 사회연구사, 2008
- 이순래·정혜원·박철현, 범죄통계와 연구윤리: 성매매 실태조사의 사례, 공공정책연구, 제31집 제2호, 2014
- 이호중, 성매매방지법안에 대한 비판적 고찰, 형사정책, 제14권 제2호, 2002
- 이효원, 성적 자기결정권에 대한 헌법재판소의 결정 분석, 형사법 신동향, 제34호, 2012
- 임웅, 형법각론, 법문사, 2016
- 장다혜, 성매매처벌법상 단순성매매 처벌 위헌심판제청결정에 대한 비판적 검토, 이화젠더법학, 제7권 제3호, 통권 제15호, 2015
- 조성용, 형사입법의 상징적 기능에 대한 비판적 고찰, 형사정책연구, 제14권 제1호, 통권 제53호, 2003
- 하주영, 성매매는 범죄인가?, 시대와 철학, 제13권 제2호, 2002
- 한상희, 성매매방지법과 여성인권, 민주법학, 제30호, 2006
- Kant, Eine Vorlesung über Ethik, Berlin, 1924
- Primoratz, Ist Prostitution verwerflich?, in: Pathologien des Sozialen: Die Aufgaben der Sozialphilosophie, Axel Honneth(Hrsg.), Fisher, 1994

Kritische Revision der Verfassungsgerichtsentscheidung zum Gesetz zur Bestrafung der Vermittlung der Prostitution und anderer sexueller Handlungen(PVG)

Cho, Sung-yong*

Nach der herrschenden Ansicht des Verfassungsgerichtes soll der §21 I PVG nicht gegen Verfassungsrecht verstoßen. Die Bekämpfung der Prostitution wird mit der Sorge um den allgemeinen sittlichen Zustand der Gesellschaft begründet, zugleich aber mit der Durchsetzung bestimmter Wert- und Moralvorstellungen immer wieder neu angefacht. Dazu kommt, dass Prostituierte auch öffentlich stigmatisiert wurden. Noch bis in die Moderne hinein wurden Frauen und Männer, die in den Verdacht der Prostitution gerieten, in Akten als “kriminell” geführt.

Gegner der Prostitution bemängeln neben den Gefahren der finanziellen und sexuellen Ausbeutung der Prostituierten unter anderem die auch mit ihrer öffentlichen Akzeptanz verbundene Sexualisierung der Gesellschaft, vor allem aber die Herabwürdigung des Intimbereichs der Person zu einer verfügbaren Ware. Die Käuflichkeit der sexuellen Dienstleistung laufe zumindest Gefahr, den Menschen selbst zu einem käuflichen Objekt zu degradieren. Hierin liege ein Verstoß gegen Menschenwürde der Prostituierten und zugleich die Verletzung des persönlichen Achtungsanspruchs des Kunden, der eine Ware erhalte, wo er das Geschenk freier persönlicher Zuwendung erhalten sollte.

Der Verfasser ist hingegen bemüht zu behaupten, dass die staatlich Verpflichtung zum Schutz der Menschenwürde(Art. 10 GG) nicht dazu missbraucht werden darf, den einzelnen durch einen Eingriff auf die individuelle Selbstbestimmung gleichsam vor sich selbst zu schützen. Es ist auch allgemein anerkannt, dass die Erfahrungen

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

in diversen Ländern, die Prostitution verboten haben, zeigten, dass das Verbot nicht funktionierte und die Bedingungen für die Frauen noch schlechter geworden waren. Dies galt besonders, wenn nicht die Freier, sondern die Prostituierten bestraft würden.

❖ Keywords: Sexuallsitte, Sexualmoral, freiwillige Prostitution, die Käuflichkeit der sexuellen Dienstleistung

국제협력을 통한 디지털 증거의 수집과 증거능력*

정 대 용**·김 성 훈***·김 기 범****·이 상 진*****

국 | 문 | 요 | 약

범죄의 국제화 현상이 심화됨에 따라 이에 대응하기 위한 국제협력수사의 중요성이 강조되고 있다. 특히 국제화된 네트워크를 이용한 사이버범죄의 경우 디지털 증거의 신속한 수집과 공유가 필요하다. 그러나 기존의 정형화된 국제형사사법공조절차만으로는 이에 대응하기 어려워 세계 각국은 수사기관간의 직접공조 등 새로운 협력수사체제를 마련하여 대응하고 있다. 하지만 우리나라는 아직 이에 대한 법적근거가 미비하여 이러한 절차가 우리 법제하에서 허용되는지, 증거능력의 입증은 어떻게 이루어져야 하는지 등 다양한 문제가 제기되고 있다.

이에 관련된 사례와 법률의 규정 및 기존의 논의를 검토하고 국외 사례를 참조한 바, 이는 우리 법제하에서 허용가능하며, 입법을 통해 조속히 제도화할 필요가 있음을 확인하였다. 새로운 국제협력수사의 제도화를 위해서는 개별적인 법조항의 단편적 개정이 아니라 관련 법제를 종합적으로 검토하여 체계화할 필요가 있다. 또한, 우리와 다른 증거수집 절차로 인한 디지털 증거의 동일성·무결성의 문제는 외국수사기관의 절차를 존중하되 중대한 위법의 여부를 개별적으로 판단하고, 전문법칙의 적용에 있어 디지털 포렌식 등 과학적 분석을 적극적으로 활용할 필요가 있으며, 외국 ISP에 대한 자료제공요청 절차의 체계화와 상호주의적 관점에서 국내 민간 기업의 외국 수사기관에 대한 자료제공 절차의 법적 근거 마련도 필요하다. 이를 위해서는 헌법과 형사소송법의 기본 이념을 바탕으로 학계와 실무계의 심도 깊은 논의와 국제기구 및 외국 관계기관과의 긴밀한 협력이 선행되어야 할 것이다.

❖ 주제어 : 국제형사공조, 사이버범죄, 디지털증거, 압수수색, 형사증거법

* 본 논문은 경제인문사회연구회의의 「사이버범죄의 수사 효율성 강화를 위한 법제 개선 방안 연구(2015)」 중 저자가 참여한 ‘현행 디지털 증거 압수수색실무에 관한 분석’의 내용을 수정·보완한 것입니다

** 충북지방경찰청 경정

*** 경찰청 사이버안전국 경감

**** 경찰대학 경찰학과 교수

***** 고려대학교 정보보호대학원 교수, 교신저자

I. 서론

과학기술에 의한 교통과 통신의 비약적인 발달로 인하여 정치, 경제, 사회, 문화 등 다양한 분야에 있어 국제적인 교류가 폭발적으로 증가하게 되었다. 이를 통해 국제 사회에서 상호의존성이 증가하여 세계가 단일한 체계로 나아가는 세계화의 현상이 나타나고 있다. 세계화는 다양한 분야에서 긍정적인 효과를 나타내고 있지만, 형사사법분야에 있어서는 국제성범죄¹⁾라는 새로운 도전을 맞이하게 되었다.

초국가적 정보 네트워크인 인터넷은 범죄의 국제화 현상을 가속화시킨 대표적인 요인이다. 범죄자들은 인터넷에서 발달된 디지털 기기와 네트워크를 이용하여 간단한 컴퓨터 조작만으로 인터넷에 연결된 수많은 나라들을 넘나들며 범죄를 저지르고, 다른 공간에 있는 범죄자들과 손쉽게 상호 연계할 수 있게 되었다.²⁾ 컴퓨터와 네트워크를 통해 이루어지는 사이버범죄는 대표적인 국제성 범죄라고 할 수 있으며³⁾, 통화위조, 인신매매, 마약거래 등과 같은 전통적인 국제성범죄에서 범죄의 모의, 실행 등에서 컴퓨터와 인터넷을 이용하는 경우가 점차 증가하게 되었다.

초국가적 범죄에 대응하기 위해서는 한 국가만의 대응으로는 한계가 있을 수 밖에 없다. 국가 간 공동 대응의 필요성은 이미 UN 결의안 등을 통해 확인되고 있다.

- 1) 이진형, “한국의 국제성범죄 실태분석과 대응방안에 관한 연구”, 동국대학교 석사논문, 1998, 7면. 국제성 범죄는 범죄의 주체, 객체, 행위, 보호법익, 결과발생 등의 요소가 2개 이상의 주권국가와 관계되는 범죄로, 범죄의 예방 및 범인의 검거·소추·처벌을 위해 국가간 협력을 필요로 하는 범죄를 말한다.; 유엔 국제조직범죄협약(United Nations Convention against Transnational Organized Crime) 제3조 제2항은 국제성 범죄의 요소로 네 가지를 규정하고 있다. ①어떤 범죄가 한 나라 이상에서 자행된 경우, ②범죄는 한 나라에서 실행되었지만, 준비·계획·조종 또는 통제의 중요한 부분(substantial part)이 다른 나라에서 이루어졌을 경우, ③한 나라에서 실행되었지만 한 개 나라 이상에서 활동하는 범죄 집단이 관여되었을 경우, ④한 나라에서 실행된 범죄가 다른 나라에 중대한 영향을 미치는 경우가 그것이다.
- 2) 황문규, “초국가적 범죄의 개념과 우리나라 경찰의 대응 방향”, 경찰학연구 제28호, 2011, 106면.
- 3) 김한균, “제13차 유엔 범죄방지 및 형사사법총회의 형사정책적 의미와 성과”, 형사정책연구소식 제134호, 2015, 16면; 형사정책분야 최고의 국제회의인 제13차 유엔 범죄방지 및 형사사법총회에서 사이버범죄는 본질적으로 초국가적이며, 조직범죄와 연관되면서 더욱 복잡한 범죄현상으로서 법집행기관의 대응역량을 뛰어넘는 수준으로 발전하고 있다는 점이 강조되었다.
- 4) UNODC, 『Comprehensive Study on Cybercrime』, 2013, 183~184면; 설문조사에 따르면 사이버범죄는 평균적으로 30~70%, 많게는 80%가 국제적 요인을 가지고 있으며, 국제적 요인 중의 하나로 클라우드, 소셜 네트워크, 프록시 등 장소와 국경에 영향을 받지 않는 서비스의 증가를 들고 있다.

2001년 유엔총회 결의안 55/63에서는 모든 관련된 국가들은 정보통신기술의 악용을 막기 위한 수사 및 기소에 협력해야 한다고 하였고,⁵⁾ 2013년 유엔정보전문가그룹(UNGGE) 보고서 A/68/98에서도 국가 간 사이버범죄 협력의 중요성을 강조하였다.⁶⁾ 그리고 이러한 원칙들은 2013년 서울 세계 사이버스페이스 총회에서 참가국들에 의해 재확인되었다⁷⁾ 하지만, 국제형사사법공조법, 형사소송법, 통신비밀보호법 등 현재의 법제는 그 절차와 방법에서 초국가성에 대한 고려가 부족하고, 최근 수사기관에서 활용되고 있는 다양한 디지털 증거의 압수방식도 포섭하지 못하고 있다.⁸⁾

범죄의 수사에 있어 증거의 확보는 필수적인 요건이며, 디지털 기기의 보급에 따른 생활의 변화와 함께 범죄의 수사에도 디지털 증거의 중요성이 날로 커져가고 있다. 특히, 사이버범죄를 비롯한 국제성 범죄는 인터넷에 대한 의존이 크므로 네트워크상의 증거 확보가 범죄해결에 중요한 요소가 될 수 밖에 없다.

디지털 증거는 휘발성, 취약성 등의 특성을 가지고 있기 때문에 발생초기 신속한 확보가 필요하며, 무결성·동일성을 유지하기 위한 입증절차가 필요하다. 하지만, 국제공조를 통해 취득한 디지털 증거가 형사소송법에서 요구하는 동일성·무결성의 입증절차를 충족시키기 어렵다. 또한 외국에서 수집한 디지털 증거에 대하여 전문법칙을 적용할 것인지 등 다양한 문제가 제기될 수 있다.

이에 본 연구에서는 기존의 국제형사사법공조법에 기반한 국제협력수사의 한계를 확인하고, 이를 극복하기 위한 수사기관 간 직접 공조 등 새로운 국제협력수사제도 필요성과 법적 쟁점을 확인한다. 그리고 적법절차의 원칙과 디지털 증거의 증거

5) UN Resolution 55/63, 2001; "Law enforcement cooperation in the investigation and prosecution of international cases of criminal misuse of information technologies should be coordinated among all concerned States".

6) UN Group of Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security 68/98, 2013; "State should intensify cooperation against criminal or terrorist use of ICTs, harmonize legal approaches as appropriate, and strengthen practical collaboration between respective law enforcement and prosecutorial agencies."

7) 2013 Seoul Framework for and Commitment to Open and Secure Cyberspace 참조.

8) 외국 수집 증거의 증거능력에 대한 연구는 전국진, "외국에서 수집된 증거의 증거능력", 해외연수검사논문 제22권 제2호, 2006, 19면; 이윤제, "외국에서 수집된 증거자료에 대한 효율적 증거능력 부여 및 증거조사 방안에 대한 연구", 법무부 국제형사과, 2011, 28면; 조규철, "국제범죄수사에 있어 외국에서의 증거수집 및 수집한 증거의 증거능력에 대한 고찰", 한국공안행정학회보 제44호, 2011, 273-303면 참조.

능력에 관한 기존의 논의 등을 바탕으로 새로운 국제 협력 방식의 허용여부를 검토하고, 국제 사이버범죄 등 초국가적 범죄에 효율적으로 대응하기 위한 국제 협력수사를 통한 디지털 증거 수집의 법적·절차적 개선방안을 제안하고자 한다.

II. 국제협력수사의 의의

1. 기존의 국제협력수사 제도

가. 국제형사사법공조

국제협력수사의 대표적인 제도는 국제형사사법공조법에 의한 국제형사사법공조이다. 동법에서는 이를 ‘대한민국과 외국 간에 형사사건의 수사 또는 재판에 필요한 협조를 제공하거나 제공받는 것’(제2조)으로 정의하고 있다. 국제형사사법공조는 협의, 광의, 최광의 3가지로 구분되며, 협의의 형사사법공조는 증인 및 감정인의 신문, 압수수색검증, 소재추적, 문서송달, 정보제공 등을 의미하고, 광의의 것은 협의의 범위에 범죄인 인도가 추가된다. 그리고 최광의의 것은 광의의 범위에 형사소추의 기관과 외국 형사재판 판결의 집행까지를 포함한다.⁹⁾

형사사법공조조약과의 관계에 있어서는 동법 제3조에서 “공조에 관하여 공조조약에 이 법과 다른 규정이 있는 경우에는 그 규정에 따른다.”고 규정하여 조약이 우선함을 명시하였고, 제4조에서는 “공조조약이 체결되어 있지 아니한 경우에도 동일하거나 유사한 사항에 관하여 대한민국의 공조요청에 따른다는 요청국의 보증이 있는 경우에는 이 법을 적용한다.”라고 규정하여 상호주의를 표명하였다.

외국에 대한 공조요청의 경우(동법 제5장)에는 원칙적으로 외교부장관을 통해 요청하며 특별한 사정이 있는 경우 외교부 장관의 동의를 받아 법무부 장관이 요청할 수 있도록 규정하여, 외국과의 형사사법공조는 원칙적으로 외교경로를 통하여야 한다. 그러나 개별 국가와의 형사사법공조조약에서는 ‘중앙기관(Central Authority)¹⁰⁾

9) 김찬규, “국제형사사법제도의 운영현황과 개선방안”, 경희법학 제42권 제1호, 2008, 12면.

10) 국가간 형사사법공조에서 요청서를 발송하고 접수하는 역할을 담당하는 기관을 뜻하며, 통상 조약

이 직접 접촉하거나 외교경로를 통하여 접촉한다.’라고만 규정하여 중앙기관 간 직접 연락에 있어 ‘긴급성’을 그 요건으로 하지 않는 경우가 있으며,¹¹⁾ 형사사법공조에 관한 유럽협약에서는 외교경로를 아예 배제하고 중앙기관간의 송부를 원칙으로, 긴급한 경우 사법 당국간의 직접 송부를 규정하고 있다.¹²⁾ 현재 우리나라와 미국, 캐나다, 일본, 호주, 홍콩, 스위스 등 국가는 외교경로가 아닌 특급배송편을 통해 중앙기관 간 직접 공조요청을 하고 있다.¹³⁾

나. 인터폴 공조

인터폴 공조는 국제형사사법공조법 제38조와 국제형사경찰기구 대한민국국가중앙사무국운영규칙¹⁴⁾에서 규정하고 있다. 국제형사경찰기구(International Criminal Police Organization, ICPO)에 의한 국제공조는 범죄의 예방과 진압을 위해 회원국 간 가능한 다방면에 걸쳐 인터폴 현장과 각 회원국의 국내법이 허용하는 한도 내에서 국제성 범죄에 관한 정보를 교환하고, 범죄자 체포 및 인도에 대하여 상호 협력하는 것을 말한다.¹⁵⁾ 인터폴 공조는 국가중앙사무국(National Central Bureau, 국제형사사법공조에서의 중앙기관과 동일하며, 우리나라는 경찰청 외사국에 설치)이 국제형사사법공조 절차에서의 중앙기관과 유사한 역할을 하고, 경찰, 검찰, 특별사법경찰관 등 각 수사기관의 요청을 취합한 후 각국 국가중앙사무국 간에 연결된 전용망(인터폴 24/7 네트워크)¹⁶⁾을 통해 피요청국에 전문을 발송하는 방식으로 이루어진다. 즉, 국제형사사법공조는 중앙기관을 거점으로 하는 반면 인터폴 공조는 국가중앙사무국을 중앙 단위 거점으로 활용하고 있다. 인터폴 공조는 외교경로를 통한

서두에 당사국의 중앙기관이 어디인지를 명시한다. 우리나라를 포함하여 통상 법무부를 중앙기관으로 지정하고 있으나 일본과 같이 경찰청에서 중앙기관 역할을 하고 있는 곳도 있다.

11) 대한민국과 미합중국 간의 형사사법공조조약 제2조 제3항, 대한민국과 필리핀공화국 간의 형사사법공조조약 제3조 제4항. “중앙기관끼리 직접 연락하거나 또는 외교채널을 통한 수 있다(the Central Authorities shall communicate directly with one another, or through the diplomatic channel)”

12) 형사사법공조에 관한 유럽협약 제15조.

13) 법무부, 『형사사법공조실무』, 2013, 52면.

14) 경찰청 예규 제514호.

15) 경찰청, 『국제공조수사매뉴얼』, 2005, 111면.

16) <http://www.interpol.int/INTERPOL-expertise/Data-exchange/I-24-7> 2016. 12. 22.

필요가 없고, 전 세계 190개 회원국과 공조가 가능하다는 측면에서 국제형사사법공조절차에 비해 장점이 있다.¹⁷⁾

2. 국제협력수사의 개념 확대

가. 기존 제도의 한계

국제형사사법공조법은 국제공조에 있어서 외교경로를 통한 국제형사사법공조를 원칙으로 하고 인터폴 공조를 예외로 규정하고 있으며, 그간의 연구들도 이와 같은 법률상의 분류법을 채택하고 있다.¹⁸⁾ 국제형사사법공조는 국가의 공식적인 외교경로를 통하는 방식으로 공신력이 높고, 절차가 표준화되어 있다는 장점이 있지만, 절차가 복잡하고 상당한 시간이 소요되기 때문에 신속한 증거의 확보가 어렵다. 인터폴 공조는 전 세계 190개국에 가입하고 있다는 장점은 있지만, 국제공조의 범위가 국제범죄에 대한 정보교환 및 사실의 확인 등에 한정되고, 압수수색·증거물 인도 등을 할 수 없다는 제한이 있다. 특히 국제형사사법공조법은 네트워크와 통신을 통한 증거확보 방법에 대한 고려가 없어¹⁹⁾ 범죄의 혐의를 입증하기 위한 디지털 증거의 확보에 어려움이 따른다.

나. 새로운 국제협력수사 방식²⁰⁾

1) 수사기관 간 직접 공조

국제성 범죄가 테러와 사이버테러, 마약, 총기 등 국가의 안보와 직결되고, 사이버범죄의 피해가 확산됨에 따라 수사기관 간의 직접적인 공조를 통해 디지털 증거를 신속하게 확보하는 사례가 나타나고 있다.

17) 김재덕, “인터폴을 통한 국제공조수사의 개선방안”, 원광법학 제27권 제3호, 2011, 44면.

18) 김재덕, 앞의 논문, 45면.

19) 이윤제, 앞의 보고서, 2011, 28면.

20) 새로운 국제공조 수사의 방식은 수사기관 간의 직접 공조와 국제기구와의 공조 및 민간기업과의 공조 형태가 나타나고 있다. 각 수사협력 방식의 유형과 절차 등 자세한 내용은 전현욱 등, 앞의 보고서, 137면 이하 참고

수사기관 간 직접 공조(이하, 수사기관 공조)란 각국의 수사기관이 외교경로나 법무 등을 거치지 않고 경찰 대 경찰, 검찰 대 검찰 등 수사기관 간에 직접적으로 공조를 요청하는 경우로, 신속한 대응과 책임 있는 결과의 이행을 기대할 수 있다. 수사기관 간 공조는 각국의 수사기관들이 국제회의, 컨퍼런스, 공동수사(Joint Investigation), 교육훈련 등을 통해 교류협력이 증가함에 따라서 자연스럽게 활성화되고 있다. 경찰청에서는 2014년 기준 총 19개국²¹⁾ 경찰기관과 치안협력 MOU를 체결하여 통상적인 범죄정보의 교환, 수사공조 등을 강화하고 있다. 특히, 주요 국가와는 사이버범죄 분야에 특화된 협력약정을 별도로 체결하고 있는데, 2015년에 미국 FBI와 사이버범죄 공동 대응을 위한 협력약정을 체결한 것이 대표적인 사례이다. 현재 수사기관 공조에서는 자료와 정보의 교환만이 아니라 긴급 데이터 보존조치를 요청하거나, 해당국가의 승인이 있을 경우 디지털 증거의 제공도 이루어지고 있다.

2) 국제기구를 통한 협력수사

국제기구를 통한 협력수사는 기존의 회원국 간 연락채널 개설과 네트워크를 통한 정보의 공유 등에 머물렀던 기존의 인터폴 공조와 달리 인터폴, 유로폴 등 국제기구 내에 범죄수사 부서를 신설하거나 각국 수사기관들의 자발적 협의체를 구성하여 주도적으로 국제협력수사를 진행하는 것을 의미한다.

인터폴에서는 2013년도에 인터폴 글로벌 혁신단지(INTERPOL Global Complex for Innovation, IGCI) 산하에 디지털크라임센터(INTERPOL Digital Crime Center)와 같은 전담조직을 신설하고 다수 국가의 참여하에 수사상황의 전파, 디지털 증거의 공유, 압수수색 및 체포작전 지원 등 공동수사 작전을 조율(coordinating)하고 있다.²²⁾ 유로폴에서도 2013년에 유럽사이버범죄센터(European Cyber Crime Center, EC3)를 신설하여 인터폴과 달리 독자적 또는 EU 소속 국가들과 공동수사를 전개하고 있다. 특히, 인터폴과 유로폴은 회원국에 대한 국제공조 지원기능을 강화하는 것을 목표로 공조지원 Task Force 격인 Cyber Fusion Center와 J-CAT을 운용 중

21) 경찰청, 『경찰백서』, 2014, 319면.

22) 단, 수사의 조율에 한하며 직접적인 수사를 하지 않는다.

에 있다.²³⁾ 또한 인터폴, 유로폴을 포함하여 총 13개국의 법집행기관과 마이크로소프트, 페이스북 등 민간기업의 참여로 구성된 국제온라인아동음란물대응협의체(Virtual Global Taskforce, VGT)는 아동음란물에 대한 공동수사 작전을 주도하고 있다.²⁴⁾ 국제협력수사에 있어 국제기구가 중심적인 역할을 수행함으로써 기존의 개별 국가 간 협력을 통한 수사의 한계를 극복하고 국제성 범죄에 대응하기 위한 수사팀 구성과 수사 작전의 실행이 가능하게 되었다.

3) 민간기업과의 협력을 통한 증거수집

민간기업과 협력은 형사사법공조절차의 중앙기관(법무부)이나 법집행기관의 매개 없이 수사기관이 정보의 보관자인 민간기업으로부터 증거를 직접 제공받는다는 점에서 새로운 국제 협력방식으로 볼 수 있다. 수사기관은 용의자 추적정보나 범죄 증거를 보관하고 있는 민간기업인 구글, 페이스북, 트위터 등과 파트너십을 구축하여 교류협력을 강화해 나가고 있다. 이미 우리 수사기관에서도 통신허가서나 압수수색영장을 발부받아 해외의 민간기업이 운영하는 법집행기관 전용 포털사이트에 업로딩하는 방식으로 관련자료의 제공을 요청하고, 가입자 정보와 접속기록 등을 제공받아 수사에 활용하고 있다. 다만, 수사기관이 압수수색영장을 발부 받았더라도 민간기업은 가입자 정보와 접속기록만을 제공하고 있어 전자우편 등 콘텐츠 정보는 형사사법공조 절차에 따라 요청하고 있다.

다. 국제협력수사의 개념 확대 필요성

범죄는 갈수록 국제화·지능화·네트워크화되어 가고 있다. 특히 사이버범죄분야는 네트워크의 국제성으로 인하여 이러한 경향이 더욱 뚜렷하게 나타나고 있다. 이에 합리적·효율적인 국제협력을 통한 신속한 증거 확보의 필요성이 증대됨에 따라 새로운 국제협력방식이 실무적으로 나타나고 있다. 새로운 범죄에 대응하기 위해서는 기존의 외교경로를 형사사법공조와 인터폴 공조뿐만 아니라 수사의 신속성과 집

23) <https://www.europol.europa.eu/activities-services/services-support/joint-cybercrime-action-taskforce> 2016년 12월 22일 확인.

24) <http://virtualglobaltaskforce.com/> 2016년 12월 22일 확인.

행가능성을 높여 줄 수 있는 다양한 국제협력 방식을 수용하고 이를 제도적으로 정착시킬 필요가 있다. 이미 유럽 평의회에서는 사이버범죄방지협약을 통해 일정부분 제도화하고 있고, 인터폴과 유로폴 등 국제기구에서는 사이버범죄 전담조직을 신설하여 개별국가만으로는 해결할 수 없는 공조수사 및 증거획득의 문제를 해결해 나가고 있다. 범죄로부터 국민을 보호하고 사법정의를 실현하기 위해서는 우리도 이러한 움직임에 동참하여야 할 것이다.

그러나 새로운 국제협력수사가 기존의 형사사법공조를 완전히 대체하기는 어렵다. 형사사법공조는 국가 간 사법관할권을 존중하면서 상호 협력하는 방안을 규정한 약속으로 존재 그 자체로 의미가 크다. 그리고 여전히 많은 국가에서 공식화된 형사사법공조 절차를 요구하고 있다. 따라서 국제 협력수사의 원칙적인 틀은 유지하되 새로운 환경에서의 국제 협력은 각국의 형사사법공조제도의 한계를 보완하는 기술적, 제도적 장치들의 개발을 통해 발전시켜가야 할 것이다.²⁵⁾

Ⅲ. 국제협력수사를 통한 증거 수집 사례와 적법성

1. 증거 수집 사례

가. 중앙일보 해킹 사건

중앙일보 해킹사건은 2012년 6월 ‘IsOne’이라는 별칭을 사용하는 공격자가 중앙일보의 홈페이지를 변조하고, 신문제작시스템에 침입하여 데이터를 삭제한 사건으로, 중앙일보의 기사 집배신 시스템(기사 작성·송출·교정 등을 위한 편집기)에 장애를 초래하였다.²⁶⁾ 당시 경찰은 신문제작시스템, 보안시스템 접속기록, 악성코드를 분석하고, 국내 경유지 서버를 분석하여 10여 개 국가에 있는 17대의 서버가 공격에 활용된 사실을 확인하였다. 이에 경찰청은 당시 형사사법공조, 수사기관 공조, 인터폴 공조, 해외 주재관 활용 등 가용할 수 있는 모든 네트워크를 동원하여 증거

25) 정완, “사이버범죄의 방지를 위한 국제협력방안”, 형사정책연구, 2007. 6, 131면

26) 중앙일보 보도(2013.1.16.) <http://news.joins.com/article/10434634>

를 확보한 뒤 자료를 분석하여 공격의 근원지를 북한으로 특정하였다.²⁷⁾

북한발로 추정되는 사이버공격은 전 세계 70개국의 서버를 활용²⁸⁾할 만큼 국제성을 띄고 있다. 위 사건에서 공격자는 2009년 7·7 디도스, 2011년 3·4 디도스, 농협 전산망 해킹사건 등과 유사한 형태로 여러 국가의 다수 서버를 사용하여 추적을 피하고자 하였다. 이에 사건의 해결을 위해 서버가 위치한 여러 국가와 동시 다발적인 국제공조가 필요하였고, 공조방식은 해당국가의 형사사법체계, 연락 채널 보유 여부 및 유대관계 형성 정도, 해당 자료의 중요성 등을 고려하여 각각에 맞는 방식을 활용할 수밖에 없었다.

이 사건에서 디지털 증거의 확보는 현지 경찰과의 협력을 통해 현지 경찰이 소유자에게 자발적으로 제공받은 받은 것을 현지 경찰 주재관을 통해 특송 우편으로 송부받거나 수사관을 현지로 파견하여 인계받은 경우가 있었다. 또한 유럽A 국가에 대해서는 사전 구성된 경찰 핫라인을 통해 정보 교환을 거쳐, 데이터 보존조치 등 긴급 협력을 요청한 후, 먼저 검사 작성 형사사법공조서의 사본을 송부하고, 원본은 사후 외교경로를 통해 전달될 것임을 통보하는 방법으로 복제한 하드디스크를 대사관을 통해 신속히 전달받을 수 있었다.

나. 캄보디아 ‘에이스스타(AceStar)’ 도박사이트 사건²⁹⁾

피의자들은 2007년부터 5년간 약 80여명의 직원들로 도박사이트를 운영하였다. 캄보디아에 서버를 설치한 뒤, 7만 5,000여명의 회원을 모집하였고, 규모는 3조 7천억원, 수익은 4,700억원이었다. 그 기간 중 도메인 25,000여개, 판돈 입·출금을 위한 차명계좌 1,000여개 이상, 사이트 운영서버 400여대 이상을 동원하여 수사당국의 단속과 차단을 회피하였다. 이에 대한 수사는 캄보디아와 수 년 동안 유지된 경찰 간 협력과 공조수사의 경험이 있기에 가능하였다. 경찰청에서 인터폴 인터넷 도박 대응 워킹그룹 회의(INTERPOL Project Aces Working Group Meeting)를 유

27) 경찰청 보도자료(2013. 1. 16.), “2012. 6월 중앙일보 해킹 근원지는 북한-4월경 부터 공격 준비, 10여개 국가 서버 경유하여 공격”.

28) 이승운, “사이버테러 대응 모델에 관한 연구”, 고려대학교 석사논문, 2015, 35면

29) 경찰청 보도자료(2014. 11. 14.), “판돈 3조 7천억 원, 캄보디아 원정 인터넷 도박 운영조직 검거”.

치하고, 캄보디아 고위간부를 초청하여 회의를 개최하는 등 사전에 긴밀한 협조체제를 구축하였다.

수사과정에서 확보한 IP에 대해 인터폴 공조를 통해 가입자를 확인하는 방법으로 캄보디아 내 용의자 주거지를 특정하였고, 경찰청 인력을 캄보디아에 파견하여 현지 경찰과 함께 근거지를 압수수색하여 하드디스크, 휴대폰, USB 등에 저장된 다양한 디지털 증거를 확보하고 배후 운영자, 핵심세력 등을 확인할 수 있었다.

이 사건은 양국 경찰기관 간의 직접 공조로 이루어진 사례이다. 현지경찰과 수사과정에서 긴밀한 협력이 있었다. 다만, 외국에서 범죄수사, 특히 압수수색 등 강제수사는 불가능하여, 압수수색은 현지 경찰이 집행하고 이에 참여하는 형식을 갖추었고 확보된 증거물은 현지 경찰로부터 인계받았다. 디지털 증거 복제 등 과정에서 현지 경찰의 역량이 부족하여 기술적 지원을 통해 협력하였다. 확보한 하드디스크에서 선별된 고객명부, 사이버도금 환전액, 도박사이트 운영기록 등은 2심에서 모두 증거능력이 인정되었다. 이와 같이 수사기관 공조는 실무적으로는 단순히 자료나 정보의 제공만이 아니라 증거물 인도까지 이루어지고 있으며, 형사사법공조절차 없이 수사기관 공조만으로도 범죄의 혐의를 입증할 수 있는 증거 확보가 가능하였다.

다. 페이스북 협박 사건 수사 사례

2012년 3월 주한미군이 타인 명의 페이스북 계정을 이용하여 한국인 여성과 채팅을 하던 중 “성관계에 응하지 않으면 네 알몸 동영상과 사진을 가족에게 보내고 인터넷에 유포하겠다”며 협박한 사건이 발생하였다.³⁰⁾ 당시 피의자를 특정할 만한 단서는 페이스북 접속기록 밖에 없는 상황이었다. 당시 페이스북 법무 담당자는 우리나라 법원의 유효한 허가서가 있으면 자료 협조가 가능하다고 그 절차를 안내하였다. 이에 인천지방법원에서 발부한 통신허가서 원본과 영문번역본을 페이스북 담당자에게 이메일로 송부하여 해당 계정의 국내 접속기록(IP) 140건을 회신 받아 피의자를 검거할 수 있었다.

당시 우리나라 경찰청과 페이스북 법무 담당자가 이메일을 통해 자료를 주고 받

30) SBS 언론보도(2012.7.11.), “미군, 20대 페이스북 여친 알몸 동영상 유포 협박”, http://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1001268593&plink=OLDURL

았다. 현재는 수사기관이 페이스북에서 만들어 놓은 법집행기관 전용 웹페이지에 접속하여 법원의 허가서 또는 압수수색영장의 사본을 업로드하고, 페이스북에서 관련 자료를 해당 페이지에 등록하면 이를 다운받아서 확보하고 있다. 페이스북 등 외국 ISP는 법원에 의한 적법한 승인이나 허가가 있었는지를 자료제공의 기준으로 판단하고 있다. 우리나라의 경우 통신허가서와 압수수색영장 모두 집행의 근거가 될 수 있다. 이 사건은 경찰청에서 형사사법공조 절차나 미국 정부기관을 경유하지 않고 페이스북으로부터 직접 사용자 정보를 회신 받은 최초의 사례였다.

2. 새로운 국제협력 수사의 적법성

가. 쟁점

국제협력수사에서 형사사법공조뿐만 아니라 새로운 국제협력방식이 점차 중요해지고 있다. 그러나 우리 형사사법공조법에서는 형사사법공조와 인터폴 공조에 대해서만 규정하고 있을 뿐 인터폴 공조를 제외한 다양한 협력 방식에 대한 법률적 근거가 미비하다.

여기에서 국제형사사법공조법의 절차를 준수하지 않은 새로운 협력수사방식을 어떻게 볼 것인가가 쟁점이 된다. 특히, 우리나라는 국제형사사법공조법에서 외국으로부터 공조요청을 받는 절차와 외국에 요청하는 절차를 모두 규정하고 있어 위 절차를 준수하지 않는 방식에 대한 해석에 논란이 있다. 이는 결국 수사기관 공조 등 새로운 국제 협력 수사방식을 국제형사사법공조법상에 규정된 외교경로나 법무부를 통하지 않았기 때문에 허용될 수 없다고 볼 것인지, 아니면 국제협력의 상대방인 해당국가의 승인 하에 이루어지기 때문에 불허할 이유가 없다고 볼 것인지에 대한 문제로 귀결된다.

나. 관련 규정

국제형사사법공조법은 제3장에 ‘외국의 요청에 따른 수사에 관한 공조(제11조~제22조)’, 제5장에 ‘외국에 대한 수사에 관한 공조요청(제29조~제32조)’을 규정하여 외국으로부터 요청을 받는 경우와 외국에 요청하는 경우를 모두 규정하고 있다.

또한, 동법 제5조 형사사법공조의 범위에서는 사람·물건의 수사, 증거수집과 압수·수색·검증, 증거물 인도 등을 할 수 있다고 규정하고, 동법 제38조 국제형사경찰기구의 협력 범위에서는 범죄 정보 및 자료 교환 등을 규정하고 있다.

따라서, 인터폴 공조를 제외한 수사기관 공조의 법적 근거는 국제형사사법공조법에서는 찾아보기 어렵다. 외국에 공조 요청하는 경우 형사소송법(이하 법명이 없는 경우 형사소송법을 말한다)상 임의수사(제199조 제1항)를 근거로 주장할 수 있으나, 공조에 관한 것은 이 법에 따른다는 국제형사사법공조법 규정(제38조의 제2항)으로 인하여 한계가 있다. 다만, 최근에 경찰관직무집행법에 국제협력에 관한 조항(제8조의2)을 신설하여 수사기관 공조에 대한 일부 법적 근거는 마련되었다고 볼 수 있다.³¹⁾ 하지만, 그 활동의 범위가 ‘외국 정부기관, 국제기구 등과 자료 교환, 국제협력 활동’ 등에 국한되어 있어서 증거의 수집·제공 등의 근거로 할 수 없다. 따라서 수사기관이 형사사법공조법 상 외교적 절차나 법무부를 경유하지 않고 외국과 공조하여 증거를 확보할 수 있는 명확한 근거는 없다고 보인다.

다. 관련 학설 및 판례

1) 긍정설

국내에서는 아직 새로운 국제 협력 수사에 대한 논의가 부족한 상황으로 직접적으로 허용여부에 관한 주장을 찾기 어렵다. 다만, 국제형사사법공조의 법적 성격을 어떻게 볼 것인지에 따라 적법절차에 대한 일반적 논의를 참조할 수 있을 것이다.

하태인(2014)은 “형사절차조항은 인간의 존엄과 기본권을 보장하는 헌법에 기초한 형사절차규정으로서 적법절차관련 조항과 적법절차와 관련 없는 단순히 절차를 규정한 조항으로 나눌 수 있으며, 전자를 위반하거나, 기본권을 침해하는 행위는 위법이나, 후자를 위반하는 경우 절차의 하자로서 이를 보완함으로써 증거능력을 인정할 여지가 있다”고 한다.³²⁾ 또한, 적법한 절차를 따르지 않고 수집된 증거라 하더라도

31) 경찰관직무집행법 제8조의2(국제협력): 경찰청장(국민안전처 소속 경찰공무원의 직무에 관한 사항인 경우에는 국민안전처장관을 말한다)은 이 법에 따른 경찰관의 직무수행을 위하여 외국 정부기관, 국제기구 등과 자료 교환, 국제협력 활동 등을 할 수 있다.

32) 하태인, “형사소송법 제308조의2(위법수집증거배제법칙)의 해석”, 형사정책연구 25(4), 2014, 297면

라도 위법의 정도가 경미한 사소한 절차위반의 경우에는 증거로 허용할 수 있다는 것이 학계의 지배적인 견해이기도 하다.³³⁾

국제형사사법공조법은 “공조의 범위와 절차 등을 정함으로써 범죄를 진압하고 예방하는 데에 국제적인 협력을 증진함을 목적”(제1조)으로 하는 법률로서 헌법에 보장된 국민의 권리에 직접적인 영향을 주는 것이 아닌 행정조직간의 업무의 범위와 절차를 규정하는 것으로 볼 수 있다. 헌법재판소는 국제형사사법공조와 성격이 유사한 범죄인인도에 관하여 “범죄인인도심사는 국가형벌권의 확정을 목적으로 하는 형사절차와 같은 전형적인 사법절차의 대상에 해당되는 것은 아니며, 법률에 의하여 인정된 특별한 절차라 볼 것이다”라는 이유로 “범죄인인도심사를 서울고등법원의 단심제로 하고 있다고 해서 적법절차원칙에서 요구되는 합리성과 정당성을 결여한 것이라 볼 수 없다.”고 결정³⁴⁾하였다.³⁵⁾ 이와 같은 의견에 따르면, 국제형사사법공조법의 절차 위반은 행정절차의 위반으로 볼 수 있고, 이를 위반하여 수집된 증거 역시 위법수집증거에 해당된다고 보기는 어려울 것이다.

대법원도 검찰관이 피고인을 뇌물수수 혐의로 기소한 후, 형사사법공조절차를 거치지 아니한 채 과테말라공화국 현지에서 출장하여 뇌물 공여자를 상대로 참고인 진술조서를 작성한 사안에서, 수사기관(검찰 및 국정원)이 외국에서 행한 수사행위에 대하여 형사사법공조절차를 거치지 아니하였다는 이유만으로 위법수집증거배제법칙을 적용할 수 없다고 판시하여³⁶⁾ 이와 같은 입장을 보이고 있다.

2) 부정설

박원백(2006)은 유영일(1987)의 논문을 인용하여 “대륙법계 국가에서 공조라 함은 법적 공조(legal assistant)를 말하는 것으로, 각국의 형사소송법은 국내 사건만을

33) 위법수집증거 배제법칙과 관련한 학계의 견해에 대하여는 하태인, 앞의 논문, 284면 이하 참조

34) 헌법재판소 2003. 1. 30. 선고 2001헌바95 전원재판부 [범죄인인도법제3조위헌소원]

35) 특히 해당사건에 대한 법무부장관은 “범죄인인도의 성격은 그 본질이 형사소송법에 따른 수사나 형사소송이 아니고 외국에서 재판권을 가지고 있는 범죄인에 대하여 그 국가에서 소추, 재판, 형의 집행을 할 수 있도록 범죄인의 신병을 확보하여 넘겨주는 '법무행정절차'이다.”라는 의견을 제시하였다.

36) 대법원 2011.7.14. 선고 2011도3809 판결.

규율할 뿐이고 국외절차는 별도의 조약에 의해서 규율되며, 국내법인 형사소송법을 사법공조절차에 적응시키기 위해서는 별도의 법적 근거가 있어야 한다.”³⁷⁾고 하였다. 이에 따르면, 수사기관 공조는 법적 근거가 없는 증거수집으로서 위법한 증거수집이 될 수 있다.

또한 앞서 범죄인인도에 관한 헌법재판소 결정에 대하여 재판관 권성의 반대의견으로 “헌법의 국민보호원칙은 국제형사사법공조의 한 내용인 범죄인 인도절차에서도 준수되어야 하며, 범죄인인도절차는 그 내용 측면에서 외국국가가 가진 국가로서의 대내적인 형벌권을 확보시켜주는 것으로서 중국적으로 형사처벌절차의 범주에 포함된다. 법원의 인도심사 결정에서는 범죄인(범죄인인도법 제2조 제4호)에 해당하는지 여부, 인도대상범죄(동법 제2조 제3호, 제6조)에 해당하는지 여부 등에 대한 증거조사와 판단이 필요한데 이러한 판단은 본질적으로 형사소송절차적 성질을 갖는 것이다.”라고 주장하였다. 이에 따른다면, 국제협력을 통한 증거수집 절차 역시 형사소송절차의 일종으로 이를 위반한 경우 위법한 증거수집이 될 수 있을 것이다.

라. 국외 사례 검토

일본은 국제수사공조법에서 외국으로부터 공조요청을 받은 경우의 수리와 실시에 대해서만 규정하고, 반대로 외국에 공조를 요청하는 절차에 대해서는 별도의 근거를 두고 있지 않다.³⁸⁾ 대신 외국에 공조를 요청하는 절차에 대한 규정은 형사소송법 제197조 제1항에 규정된 임의수사 원칙에서 찾고 있다. 이를 통해 강제처분에 해당하지 않는 한 모든 방법을 강구할 수 있고, 외국의 증거에 대하여 임의제출을 요구하는 것도 당연히 허용된다고 해석하는 것이다. 이에 대한 근거로 첫째, 어떤 기관을 통해 요청절차가 진행되어야 하는가의 문제는 행정 조직 상호간에 있어서의 권한배분, 사무분담의 문제로서 국민의 권리와 의무에 영향을 주지 않는다는 점, 둘째, 외국에서의 증거수집 절차는 일본의 법률이 적용되지 않는다는 점, 셋째, 외국

37) 유영일, “국제사법공조에 관한 연구 - 대한민국의 경우를 중심으로”, 서울대학교 석사학위 논문, 1987, 14면; 박원백, “영국의 국제형사사법공조제도에 관한 연구”, 해외연수 검찰공무원 연구논문, 2006, 4면에서 재인용

38) 전국진, 앞의 논문, 19면.

으로부터 얻은 증거의 증거능력에 관해서는 전적으로 일본의 형사절차 문제로서 형사소송법의 원칙에 따라 개별적으로 판단하면 족하다는 점 등을 들고 있다.³⁹⁾

유럽평의회 사이버범죄방지협약은 법집행기관 간 공조요청 규정을 포함하고 있다. 제27조의 ‘적용 가능한 국제협약이 없는 경우의 사법공조 요청절차(Procedures pertaining to mutual assistance requests in the absence of applicable international agreements)’를 규정하고 있고, 동조 제9항은 “긴급한 경우에는 요청국의 사법기관(judicial authorities)이 피요청국의 사법기관에게 공조요청과 그에 관한 통신을 할 수 있다”고 규정하고 있다.⁴⁰⁾ 인터폴도 이 조항에서는 사법기관 간의 연락채널로 언급되고 있다. 또한, 동 협약 제27조 2항에서 형사사법공조를 담당할 기관에 중앙기관 또는 주무기관(authorities for responsible)이라고 적시하여 중앙기관이 아닌 다른 기관도 형사사법공조를 담당할 수 있도록 하였다.⁴¹⁾ 자발적인 정보제공을 규정한 제26조도 별도의 공조요청이 없더라도 법집행기관이 적극적으로 제공할 수 있는 근거로 작용하고 있다.⁴²⁾ 사이버범죄방지협약은 정보와 디지털 증거의 신속한 국제이동에 대응하여 수사상의 장애를 해소할 목적에서 가능한 한 넓은 범위에서 국제공조를 제공할 의무가 있다고 규정⁴³⁾하고 있다.

이러한 규정의 실제 적용에 있어 유럽평의회의 조사결과에 의하면, 호주 등 일부 당사국은 형사사법공조(MLA)를 통해 수집된 것만을 법정에서 증거로 사용할 수 있으며, 핀란드, 헝가리 슬로바키아 등 다른 국가는 법정에서 자유심증주의의 원칙을 참조하며, 독일, 세르비아 등은 개별 사례에 따라 다르다고 한다.⁴⁴⁾

39) 전국진, 앞의 논문, 19면.

40) 김한균, 김성은, 이승현, 『사이버범죄 방지를 위한 국제공조방안연구 - 유럽평의회 사이버범죄방지조약을 중심으로』, 대검찰청 연구보고서, 2009, 39면.

41) 실제로 일본의 경우 경찰청의 인터폴 국가중앙사무국(NCB)이 형사사법공조 요청 발송 및 접수 업무를 담당하고 있다.

42) 김한균, 김성은, 이승현, 앞의 보고서, 37면.

43) 이영준, 정란, 금봉수, “사이버범죄방지조약에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 2001, 37면.

44) Council of Europe, T-CY assessment report: The mutual legal assistance provisions of the Budapest Convention on Cybercrime, 2014, 7면

In some Parties, only material received via MLA can be used as evidence in court (for example, in Australia). Others refer to the principle of the free evaluation of evidence in court (Finland, Hungary, Slovakia) and in others it depends on the specific case (Germany, Serbia)

마. 소결 : 허용설

수사기관 공조에 대한 법적근거는 미비하다. 국제형사사법공조법은 외국에 대한 공조요청 절차까지 규정하고 있기 때문에 일본과 같이 형사소송법상 임의수사 조항으로 해석하기도 어렵다. 그러나 대법원은 자국민, 임의수사, 방법의 적정성, 국제법상 관할의 원인과 연관성 등 다양한 요소를 고려하여야 하기 때문에 단지 형사사법공조 절차를 따르지 않았다고 하여 위법하다고 볼 수 없다는 태도를 취하고 있다.

또한, 유럽평의회의 조사결과에 따르면 수사기관 공조가 형사사법공조보다 10배에서 많게는 50배까지 많이 활용되고 있다.⁴⁵⁾ 이를 위법하다고 보는 것은 변화된 범죄환경에 대한 대응과 수사의 합목적성을 고려하지 않는 해석으로 보인다. 수사기관 공조가 외국 수사기관의 승인을 전제로 한 자발적 협조라고 볼 때 이를 부정해야 할 이유도 없다. 국제화된 수사 환경에서 국제협력 체계를 효율적으로 활용하는 것은 어쩌면 당연하다고 할 수 있다. 특히, 일시적 협력이 아닌 장시간 소요되는 범죄정보 분석과 공동수사를 위해서도 반드시 필요하다.

적법절차의 원칙은 국가의 자의적인 권력행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하기 위한 것으로 적정한 절차를 통해서만 국민의 자유와 권리에 대한 제한이 가능하다는 것으로 형사사법의 근간을 이루는 중요한 원칙이다.⁴⁶⁾ 그렇다하여 변화하는 형사사법환경에서 관련된 행정조직간의 세부적인 업무절차의 위반까지 모두 적법절차의 위반으로 보기는 어렵다. 위반행위가 적법절차의 실질적 내용을 침해하였는지 여부, 증거를 배제하는 것이 형사사법 정의를 실현하기 위한 헌법의 이념과 형사소송법상의 절차에 부합되는지를 기준으로 개별적으로 판단하면 될 것이다. 우리와 유사한 사법체계를 갖는 일본의 해석을 참조할 필요가 있다.

45) Council of Europe, T-CY assessment report: The mutual legal assistance provisions of the Budapest Convention on Cybercrime, 2014, 7면.

46) 류기환, “위법수집증거배제법칙에 관한 연구”, 법학연구 제33집, 한국법학회, 2009, 348면

Ⅳ. 국제협력수사를 통한 증거수집 개선방안

1. 국제협력수사 제도의 개선

이메일 무역사기와 같은 국제사이버범죄 등 국제성 범죄는 장시간에 걸친 범죄정보 분석과 관련 여러 국가들의 지속적이고 신속한 협조가 없다면 사실상 수사가 불가능하다. 이에 대응하기 위해서는 국제 협력을 확대하는 것이 시급한 과제이다. 현장에서는 이미 수사기관 공조가 빈번하게 수행되고 있고, 다수의 국가들 상호간의 공조 경험이 누적되면서 하나의 관행으로 자리매김하고 있다.

이에 수사기관 공조에 대한 법적 근거를 마련하여 수사현장에서의 불확실성을 해소할 필요가 있다. 단순히 형사사법공조법 제38조에 있는 인터폴 공조의 개념을 확대하는 것이 아니라 새로운 국제 협력 수사와 관련된 법률의 적용범위, 협력대상 및 절차와 방법 등을 명확히 하여야 할 것이다. 우선적으로 해외에 공조 요청하는 경우에 국제공조 요청의 대상과 범위를 폭넓게 허용하여, 필요한 증거가 삭제되거나 소멸되기 전에 신속히 확보할 수 있도록 긴급보존조치를 요청하는 절차를 명확히 규정할 필요가 있다. 또한 형사사법공조 절차는 수사기관 공조에 대한 보충적 절차로 이해해야 할 것이다. 즉, 형사사법공조 절차는 수사기관 공조로 소기의 목적을 달성할 수 없는 경우, 외국 수사기관에서 형사사법공조요청서를 요구하는 경우⁴⁷⁾ 등에 활용될 수 있을 것이다.

아울러 형사사법공조제도의 접근성을 높이는 것도 중요하다. 형사사법공조요청서를 작성하는 주체인 검사와 이를 신청하는 경찰 등 수사기관의 이해도를 높이고, 정형화된 입력도구를 형사사법통합시스템(KICS)에 탑재하는 것도 필요하다.⁴⁸⁾

47) 실제로 일본, 영국, 미국 수사기관 등은 디지털 증거 소유자의 자발적인 협조를 얻을 수 있는 경우에도 불구하고 원칙적으로 거의 모든 공조요청사항에 대해 형사사법공조 요청서 발송을 요구하고 있다.

48) 이와 관련 경찰청 국제사이버범죄대응심포지엄(2015)에서 발표된 UNODC의 형사사법공조요청 입력 툴 개발 사업을 참고할 만하다. <https://www.unodc.org/mla/en/index.html>

2. 동일성·무결성의 입증

디지털 증거는 휘발성과 가변성 등 특성으로 인하여 동일성·무결성의 입증이 중요하다. 국제형사사법공조법이나 국가 간 조약은 사법공조의 범위와 절차를 규정하는데 목적이 있고 국가 간에 증거수집과 제공 그 자체에 중점을 두었기 때문에 증거능력 판단에 관한 조항은 없다.

우리 대법원은 소위 ‘일심회 사건’⁴⁹⁾에서 디지털 증거의 동일성·무결성 원칙을 선언하였고, 이후 소위 ‘왕재산 사건’⁵⁰⁾에 피압수수색 당사자가 저장매체 원본과 복제본의 해시값이 동일하다는 취지를 서명한 확인서면을 받아 법원에 제출하여 증명하는 것이 원칙이고, 그러한 방법이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우, 일련의 절차에 참여한 수사관·전문가 등의 증언에 의해 해시값이 동일하다거나 저장매체 원본이 압수 시부터 밀봉되어 증거 제출 시까지 전혀 변경되지 않았다는 사정을 증명하는 방법 등으로 입증할 수 있다고 하였다.

이처럼 대법원은 디지털 증거의 동일성·무결성 원칙과 이를 증명하는 절차를 엄격히 요구하고 있어, 외국 수사기관이 이러한 요건을 구비하지 않고 증거물을 인도하였을 경우 증거능력에 대한 논란이 발생한다. 그러나 형사사법절차는 각국마다 다르며 증거수집의 방법과 절차 역시 나라마다 다를 수 밖에 없으므로, 증거수집 절차가 우리와 다르다는 이유만으로 증거능력을 부인한다면 국제 협력 수사는 아무런 의미도 가질 수 없다.⁵¹⁾ 또한, 외국 수사기관이 우리 수사기관과 같은 법적지위에 있다고 볼 수 도 없으며⁵²⁾, 외국 수사기관의 위법절차가 그대로 우리 사법절차에 이어진다고 볼 수도 없다.

49) 대법원 2007.12.13, 선고 2007도7257 판결.

50) 대법원 2013.7.26, 선고 2013도2511 판결.

51) 조규철, 앞의 논문, 282면.

52) 대법원 2006.1.13. 선고 2003도6548; 외국의 권한 있는 수사기관도 형사소송법이 규정한 검사 외의 수사기관에 포함된다고 판단하고 있는데, 그러나 이 판례에서는 전문법칙의 적용과정에서 외국의 검사 아닌 수사기관이 작성한 수사보고서도 우리나라에서 검사 아닌 수사기관이 작성한 수사보고서와 동일하게 보아 피고인이 법정에서 부인하는 이상 효력이 없다고 보았을 뿐이지, 형사소송법에서 우리나라 수사기관에게 부여한 권한과 의무 조항이 모두 동일하게 적용된다는 취지는 아니라고 판단된다.

국제 공조에 있어 요청국과 피요청국 어느 한쪽에 맞는 기준을 적용하는 것은 현실적으로도 불가하고 형사사법공조의 취지에도 맞지 않다.⁵³⁾ 따라서 외국의 수사기관이 자국의 절차에 따라 합법적으로 확보한 증거라면 원칙적으로는 증거능력을 인정하고, 예외적으로 증거획득 과정의 전체적 과정을 평가하여 증거수집의 절차가 국내법과 현저하게 위배되어 중대한 위법성이 있다고 판단되는 경우에만 증거능력을 부정해야 할 것이다.⁵⁴⁾

3. 전문법칙의 적용

디지털 증거가 적법하게 수집된 것으로서 동일성·무결성이 입증되었다 하더라도, 그 내용이 사람의 경험사실이 기록된 진술증거로서 원진술자의 법정진술에 대신하여 사용되는 경우 전문법칙이 적용되므로 법 제311조 내지 제316조의 요건을 갖추지 않는 한 원칙적으로 증거능력이 없다.⁵⁵⁾ 대법원도 소위 ‘영남위원회 사건’ 및 ‘일심회 사건’에서 “디지털 저장매체에 들어 있는 문건의 내용을 증거로 하는 경우 그 기재 내용의 진실성에 관하여는 법 제313조 제1항에 따라 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다”고 판시하여⁵⁶⁾ 이와 같은 입장을 취하고 있다.

국제 협력을 통하여 수집된 진술 증거의 전문법칙 적용과 관련하여 우리 법은 별도의 규정을 두고 있지 않다. 다만, 진술을 요하는 자가 외국 거주로 인하여 진술을 할 수 없는 때에는 ‘특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때’에 한하여 증거로 할 수 있으며(제314조), 외국 공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서에 대해서도 증거로 할 수 있다(제315조 제1호)고 규정하고 있을 뿐이다. 따라서, 해당 증거가 제315조 각호의 ‘당연히 증거능력이 있는 서류’에 해당되지 않는다면, 제313조 제1항에 따라 증거능력을 판단하여야 한다. 그러나

53) 이는 국제법적으로도 확립되지 않은 쟁점이다. 이윤제, 앞의 보고서, 2011, 43면.

54) 이와 같은 주장으로는 조규철, 앞의 논문, 282면.

55) 김윤섭, 박상용, “형사증거법상 디지털 증거의 증거능력-증거능력의 선결요건 및 전문법칙의 예외요건을 중심으로-”, 형사정책연구 제26권 제2호, 2015, 178면

56) 대법원 1999. 9. 3. 선고 99도2317 판결; 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결.

외국에 거주하는 작성자를 우리 법정에 출석시켜 진술을 청취하기 어렵기 때문에 이는 주로 법 제314조의 ‘특신상태’의 증명문제로 이어지게 된다.

대법원은 일본 세관의 감정서가 당연히 증거능력 있는 서류에 포함된다거나⁵⁷⁾, 미국의 검사 등이 작성한 진술녹취서에 대하여 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 것이라고 보기에 충분하다⁵⁸⁾고 하여 증거능력을 인정하였고, 앞서 살펴본 과테말라 출장수사 사건에서 형사사법공조절차 없이 현지 출장의 방법으로 작성한 참고인 진술조서의 증거능력에 대하여 “위법수집증거에는 해당하지 않지만 형사사법공조절차나 과테말라공화국 주재 우리나라 영사를 통한 조사 등의 방법을 택하지 않은 ‘수사의 비정형적 형태’로서 특신상태에 관한 증명이 없다”⁵⁹⁾고 판단하는 등 외국에서 수집된 진술증거의 전문법칙 적용에 관하여 국제적 요소를 특별히 고려하지 않고 국내에서 수집된 증거와 마찬가지로 형사소송법의 규정과 일반적 이론을 그대로 적용하고 있다.⁶⁰⁾

형사소송법 제314조의 단서에 규정된 특신상태란 그 진술내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신용성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다.⁶¹⁾ 이는 매우 추상적인 요건으로서 그 의미와 판단기준을 명확히 유형화하는 매우 곤란하다.⁶²⁾ 따라서 특신상태의 유무는 구체적·개별적으로 판단하여야 할 것이다.⁶³⁾

다만, 디지털 증거는 디지털 포렌식을 통하여 문건의 작성자, 작성일시, 작성기기 및 작성과정 등 제반정황에 대한 과학적인 분석이 가능하다. 개정 형사소송법 제313조 제2항은 작성자가 부인하는 경우에도 디지털 포렌식 등 과학적인 분석 방법을 통해 진정성립을 증명하여 증거능력을 인정할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 제314조의 특신상태의 증명에 있어서도 디지털 포렌식 조사기법을 활용할 수 있으

57) 대법원 1984. 2. 28, 선고 83도3145 판결.

58) 대법원 1997. 7. 25, 선고 97도1351 판결.

59) 대법원 2011.7.14. 선고 2011도3809 판결.

60) 외국수집 증거의 증거능력에 관한 판례의 태도는 이윤제, 앞의 보고서, 7~27면 참조.

61) 대법원 1990. 4. 10. 선고 90도246 판결; 대법원 2004. 3. 11. 선고 2003도171 판결; 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011도3809 판결

62) 한제회, “특신상태의 의의와 판단기준”, 형사판례연구 제21권, 2013, 556면

63) 신동운, 『신형사소송법 제5판』, 법문사, 2014, 1233면

며, 이때 특신상태의 증명 요건은 작성자가 부인하는 경우의 진정성립의 증명 요건에 비해 보다 완화될 수 있을 것이다.

장기간의 외교적 노력에 의하여 수집된 증거를 국내 수집 증거와 동일하게 전문법칙을 적용하는 것은 국제 예양, 국제화의 진전, 범죄의 국제화, 사법정의 실현 등에 비추어 타당하지 않다는 주장도 제기되고 있다.⁶⁴⁾ 그러나 증거수집과정의 어려움 등 실무적인 필요성만으로 예외를 확대하는 것은 직접심리주의와 반대신문권의 보장이라는 전문법칙의 취지에 부합되지 않으며 피고인의 방어권을 침해할 수 있다. 따라서 전문법칙의 예외 확대를 통한 증거능력의 인정보다는 수사기관이 특신상태를 증명하여 증거능력을 인정받는 것이 합당하다.

이를 위해서는 외국 수사기관과의 긴밀한 협력을 통하여 필요한 디지털 증거 자체만이 아니라 관련된 시스템에 대한 정보와 증거의 작성 및 압수수색에 관한 제반정황 등 다양한 정보를 함께 수집하여야 하며, 수사기관의 국제 수사 역량과 디지털 포렌식 분석 역량을 강화하여 대응하여야 할 것이다.

4. 해외 ISP에 대한 자료제공요청

페이스북, 트위터 구글 등 국제적인 인터넷 서비스의 이용자가 증가함에 따라 이들 ISP와의 협력이 매우 중요한 요소로 등장하였다. 특히 대부분의 국제 인터넷 서비스의 본사가 미국에 소재함에 따라 우리 수사기관은 미국 소재 ISP와 협력을 통해 형사사법공조 절차를 거치지 않고 우리 법원이 발부한 압수수색영장의 사본을 제공하거나 긴급공개요청(Emergency Disclosure Request)을 통해 직접 통신자료와 통신사실 확인자료를 제공받을 수 있게 되었다.

이에 따라 실무적으로 압수수색의 집행 장소로서 미국 ISP 본사 위치 등 외국의 주소를 기재하여 영장을 발부받아 자료 제공을 요청⁶⁵⁾하고 있으나, 영장의 원본을

64) 이윤제, 앞의 보고서, 2011, 90면.

65) 국내에서 전기통신사업자에 대한 통신자료와 통신사실확인자료의 제공요청은 각각 전기통신사업법에 의한 통신자료제공요청 및 통신비밀보호법에 의한 통신자료제공요청에 의한다. 그러나 이는 전기통신사업법상의 전기통신사업자를 대상으로 하는 것으로 페이스북 등 외국의 ISP는 이에 해당되지 않는다. 또한 페이스북 등은 자국법에 의하여 법원에서 발부한 영장(warrant)을 요구하고 있다. 이에 따라 수사기관에서는 미국 ISP에 대한 자료 요청시 압수수색영장을 이용하고 있다.(2014

제시(제118조)할 수도 없고, 당사자 또는 책임자 참여 통지(제121조, 122조)와, 압수목록의 작성 및 교부(제129조)도 이루어지지 않는다. 이에 대해 압수수색의 집행장소를 외국으로 하는 영장 발부의 적법성과 위와 같은 압수수색 절차 위반을 통해 수집된 증거가 위법수집증거에 해당되는지의 문제가 발생될 수 있다.

우선 압수수색영장의 집행 장소 기재와 관련하여 형사소송법에는 이를 제한하는 규정이 없으므로 외국의 특정장소를 기재하는 것은 가능하다 보인다. 법원의 관할 위반에 해당될 수 있으나, 소송행위는 관할의 위반인 경우에도 그 효력에는 영향이 없다(법 제2조) 또한 외국의 ISP가 자국의 법률에 의하여 자료의 제공을 위하여 요구하는 것으로서 국가주권이나 영토관할권에 대한 문제가 발생되지도 않는다. 따라서 실무적으로 이러한 영장이 발부되고 있으며, 이를 불법으로 보기 어렵다.

또한 절차 위반에 관하여 자료제공요청은 비록 압수수색영장의 발부를 통하여 이루어지고 있으나 이를 강제수사라고 보기도 어렵다. 우리 법원이 발부한 영장을 통하여 외국 ISP에게 자료 제공을 강제할 수 없으며, 직접적인 강제집행도 불가능하다. 미국의 ISP는 우리 법 규정이 아닌 자국의 법률⁶⁶⁾과 자체 규정에 따라 외국(미국 입장에서) 법원의 승인 여부를 확인한 후 자료를 자발적으로 회신하고 있다. 이는 국외에서 외국의 법률에 따라 이루어지는 절차로서 우리 법원에서 발부한 영장의 집행력에 의한 것이라고 보기 어렵다. 따라서 이때의 압수수색영장은 외국 ISP에 대한 강제집행을 명령하거나 허용하는 것이 아니라 우리 법원이 위와 같은 절차에 의한 증거제공요청을 허용하였다는 사실을 증명하는 성격을 가진다. 그러므로

년 경찰청 사이버안전국에서 발간한 『글로벌 인터넷기업을 활용한 국제공조수사 매뉴얼』에서도 압수수색영장에 의하여 자료제공을 요청하도록 안내하고 있다.)

- 66) 전현욱 등, 사이버범죄의 수사 효율성 강화를 위한 법제 개선 방안 연구, 경제·인문사회연구회의 (2015), 171면 이하; 미국 연방저장통신법(Federal Stored Communication Act)은 전자통신 정보를 가입자정보(subscriber's information), 통신정보(transactional records), 내용정보(contents)로 분류하고, 각기 다른 절차를 요구하고 있다. 또한, 동법(18 U.S. Code § 2702 C항 4조)에서 신체의 직접적인 위해를 끼칠 수 있는 급박한 상황인 경우 또는 아동음란물의 경우에는 영장 등 법률적 절차 없이 권한 있는 정부기관에 사용자 정보(내용정보 제외)를 제공할 수 있다고 규정하고 있다. 단순히 정부기관(governmental entity)라고만 규정하고 있으므로 외국 수사기관이 포함되는지는 여부는 명확하지 않으나, 2015년 우리나라 경찰이 이메일을 이용한 폭파협박 사건을 수사하면서 영장제시나 형사사범공조 절차 이행 없이 미국 ISP에게 가입자정보와 접속기록을 요구하여 제공받은 사례가 있는데 당시 미국 ISP는 우리나라에게 관련자료를 제공해주는 법적 근거로 위 조항을 제시하였다.

압수수색 절차 위반만을 이유로 이를 위법한 증거수집이라고 볼 수는 없을 것이다.

그러나 이러한 해석만으로 현재의 절차를 그대로 방치할 수는 없다. 절차 규정의 미비로 인한 논란을 야기할 수 있으며 증거 과정에서 개인의 프라이버시와 인권을 침해할 우려가 크다. 따라서 먼저 통신비밀보호법 및 형사소송법 상 기본권 보호 규정에 준하는 절차를 신속히 마련하여 기본권 침해를 방지하고 학계와 실무계의 충분히 논의를 거쳐 구체적 입법안을 마련하여야 한다.

아울러 미국 ISP는 자국의 법률에 근거하여 우리나라 등 각국 수사기관에 자료를 제공하고 있으나, 아직 국내에는 이러한 규정이 없어 외국의 요청에 대응하지 못하고 있다. 글로벌 네트워크의 발달과 인터넷 서비스의 국제화로 인하여 향후 국내 ISP에 대한 외국의 요청도 증가하게 될 것이다. 일방적인 자료의 제공만을 받는 것은 상호주의적 관점에 어긋나게 된다. 통신비밀보호법 등 관련 규정을 정비하여 국내 ISP가 외국 수사기관의 요청에 대응할 수 있는 절차를 마련하는 것도 필요하다.

V. 결론

교통·통신의 발달로 인한 국제화와, 초국가적인 네트워크인 사이버공간의 확장으로 인하여 전 세계가 하나의 생활권으로 연결되고 있다. 이에 따라 사이버범죄를 비롯한 각종 범죄들의 국제화 현상도 점차 심화되고 있다. 갈수록 증가하는 초국가적 범죄에 대응하기 위해서는 기존의 정형화된 국제공조수사만으로는 대응하기 어렵다. 특히 국제화된 네트워크를 통해 이루어지는 국제성 범죄의 특성상 범죄의 혐의 입증을 위한 디지털 증거의 신속한 수집과 공유가 절실하다. 이에 세계 각국은 수사기관 공조 등 새로운 국제협력 수사방식을 통하여 신속한 증거의 확보와 공동 수사체제를 확립시켜나가고 있고, 특히 유럽 등 선진국에서는 사이버범죄방지조약 등을 통해 이를 제도화해 나가고 있다.

그러나 우리나라에서는 이에 대한 법적 근거가 미비하며, 허용여부에 대한 논의도 아직 부족하다. 이에 관련 법률의 규정과 기존의 논의 등을 살펴본 바, 새로운 국제 협력 수사 방식은 우리 사법절차에서 충분히 허용가능하다 보인다. 따라서 국

제성 범죄에 대응하기 위한 수단으로 국제협력수사의 개념을 확대하여 사법절차에 수용하고 법적·제도적 기반을 마련할 필요가 있다.

새로운 국제협력을 위한 법적 근거를 마련하기 위해서는 개별적인 법조항의 단편적 개정만이 아니라, 형사소송법, 통신비밀보호법, 국제형사사법공조법 등 관련된 형사사법절차에 관한 여러 법률을 검토하여 국제화된 환경에 적합한 협력수사제도와 증거능력에 관한 규정 등을 체계적으로 정비하고, 절차를 명확히 하여 실무적인 접근성을 높일 필요가 있다. 이를 위해서는 프라이버시 보호와 기본권 보장, 수사권한의 남용통제, 수사의 필요성과 합목적성, 형사소송법상 적정절차 등도 함께 고려되어야 한다.

아울러, 국제협력을 통해 수집된 디지털 증거의 경우 무결성과 동일성을 보장하고 전문증거로서의 증거능력을 확보하기 위한 국제기구 및 외국 수사기관과 민간기업 등 다양한 파트너와의 긴밀한 협력 체제의 유지·발전과 수사기관의 디지털 포렌식 등 과학적 수사역량의 강화가 필요할 것이다.

나날이 가속화하고 있는 기술 혁신의 시대에서 앞으로의 사법 환경 변화는 누구도 예측하기 어렵다. 그러나 변화되는 환경에서 전통적인 이론과 절차만을 고집하거나 국제적인 교류와 협력을 증진시키지 못한다면 새롭게 등장하는 각종 범죄에 대응하기 어렵게 될 것이라는 점은 분명하다. 이에 헌법과 형사소송법의 기본 이념에 입각하여 사법정의의 실현과 수사절차에서의 인권 보장을 위한 학계와 실무계, 그리고 다양한 이해당사자들 간의 보다 심도깊은 논의가 지속되어야 할 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 경찰청, 『경찰백서』, 2014.
- , 『국제공조수사매뉴얼』, 2005.
- , 『글로벌 인터넷기업을 활용한 국제공조수사 매뉴얼』, 2014.
- 김한균, 김성은, 이승현, 『사이버범죄 방지를 위한 국제공조방안연구 - 유럽평의회 사이버범죄방지조약을 중심으로』, 대검찰청 연구보고서, 2009.
- 법무부, 『형사사법공조실무』, 2013.
- 신동운, 『신형사소송법 제5판』, 법문사, 2014.
- 이윤제, 『외국에서 수집된 증거자료에 대한 효율적 증거능력 부여 및 증거조사 방안
에 대한 연구』, 법무부 국제형사과, 2011.
- 전현욱 등, 『사이버범죄의 수사 효율성 강화를 위한 법제 개선 방안 연구』, 경제·
인문사회연구회의, 2015.
- Council of Europe, *T-CY assessment report: The mutual legal assistance
provisions of the Budapest Convention on Cybercrime*, 2014.
- UNODC, *Comprehensive Study on Cybercrime*, 2013.

2. 논문

- 김윤섭, 박상용, “형사증거법상 디지털 증거의 증거능력-증거능력의 선결요건 및 전
문법칙의 예외요건을 중심으로-”, 형사정책연구 제26권 제2호, 2015.
- 김재덕, “인터넷을 통한 국제공조수사의 개선방안”, 원광법학 제27권 제3호, 2011.
- 김찬규, “국제형사사법제도의 운영현황과 개선방안”, 경희법학 제42권 제1호, 2008.
- 김한균, “제13차 유엔 범죄방지및형사사법총회의 형사정책적 의미와 성과”, 형사정
책연구소식, 제134호, 2015.

- 류기환, “위법수집증거배제법칙에 관한 연구”, 법학연구 제33집, 한국법학회, 2009.
- 박원백, “영국의 국제형사사법공조제도에 관한 연구”, 해외연수 검찰공무원 연구논문, 2006.
- 유영일, “국제사법공조에 관한 연구 - 대한민국의 경우를 중심으로”, 서울대학교 석사학위 논문, 1987.
- 이승운, “사이버테러 대응 모델에 관한 연구”, 고려대학교 석사학위논문, 2015.
- 이영준, 정완, 금봉수, “사이버범죄방지조약에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 2001.
- 이진형, “한국의 국제성범죄 실태분석과 대응방안에 관한 연구”, 동국대학교 석사학위논문, 1998.
- 전국진, “외국에서 수집된 증거의 증거능력”, 해외연수검사논문 제22권 제2호, 2006.
- 정 완, “사이버범죄의 방지를 위한 국제협력방안”, 형사정책연구 제18권 제2호, 2007.
- 조규철, “국제범죄수사에 있어 외국에서의 증거수집 및 수집한 증거의 증거능력에 대한 고찰”, 한국공안행정학회보 제44호, 2011.
- 하태인, “형사소송법 제308조의2(위법수집증거배제법칙)의 해석”, 형사정책연구 제25권 제4호, 2014.
- 한제희, “특신상태의 의의와 판단기준”, 형사판례연구 제21호, 2013.
- 황문규, “초국가적 범죄의 개념과 우리나라 경찰의 대응 방향”, 경찰학연구 제28호, 2011.

A Study on Collection and Admissibility of Digital Evidence Obtained Overseas Through International Law Enforcement Cooperation

Jeong, Dae-yong* · Kim, Sung-hoon**

Kim, Gi-bum*** · Lee, Sang-jin****

As globalization seriously aggravates transnationality of crime, there is a growing emphasis on cooperation among national authorities to tackling this issue. In particular, worldwide network-facilitated cybercrime needs more intensified and swift cross border collection of digital evidence as well as its transfer. However, existing formal process like mutual legal assistance treaty does not meet the demand from law enforcement agencies in this era, who have then developed new system including direct LE to LE cooperation.

Here come various problems in relation to the direction cooperation; due to lack of proper legal ground, no one can affirm whether this process is acceptable in the current criminal procedure of the Republic of Korea, how the court prove the admissibility of evidence obtained by the new system, etc.

This paper ascertains that direct LE to LE cooperation can be acceptable based on current legislation, theoretical analysis, and case studies on foreign situations. It also argues that, despite its legal adequacy and necessity, additional legislation is required to institutionalize the new system.

For this, individual revision of relevant article is not sufficient; a comprehensive study on the legal framework is required for systemic improvement.

* Superintendent, ChungBuk Provincial Police Agency

** Senior Inspector, Cyber Bureau, Korean Police Agency

*** Professor, Korean National Police University

**** Professor, Graduate School of Information Security, Korea University, Corresponding author

As for integrity of digital evidence obtained overseas, due process of foreign investigative agencies should be respected, and local authority shall review it case by case to see if there is serious illegality. When applying hearsay rule, scientific analysis, i.e. digital forensics, is required to be put in place more intensively. While we make appropriate process of requesting information to foreign ISPs, domestic ISPs, in consideration of reciprocity, is also allowed to provide information to foreign LE directly by establishing legal ground.

To this end, in-depth academic as well as practical discussion should be followed in the framework of basic rules embedded in Constitutional Law and Criminal Procedure Act. International wise, cooperation with international organization and foreign agencies is prior condition for further improvement.

❖ Keywords: Mutal Legal Assistance, Cybercrime, Digital Evidence, search and Seizure, Criminal Evidence Act

개인정보 보호법상 불확정 개념에 있어 형법의 보장적 기능을 확인해주는 해석과 사회상규의 역할

박민우*

국 | 문 | 요 | 약

2016년에는 「개인정보 보호법」에 대한 몇 가지 중요한 해석이 있었다. 관계부처 합동 「개인정보 비식별 조치 가이드라인」, 대법원 2015도8766 판결, 대법원 2014다235080 판결이다. 이를 토대로 쟁점을 살펴봤다.

개인정보 여부를 결정짓는 ‘식별 가능성’ 판단에서는 다음이 중요하다. 정보 사용자(처리자)의 입장에서만 생각할 필요가 없고, 불법적인 수단을 배제해야 한다. 이 두 가지를 전제로 ‘쉽게 결합하여야’라는 문언을 해석해야 한다. 한편, 법의 주된 의무주체인 개인정보처리자가 엄격한 성립요건을 갖고 있다지만, 대부분의 수범자는 법 제59조상 ‘개인정보를 처리하거나 처리하였던 자’다. 개인정보처리자 개념으로는 일상생활에서의 과도한 형벌확장을 견제할 수 없는 이유다. 따라서 법 해석을 통해 최소한의 불가벌적 행위를 정형화해야 한다. 사회상규의 적극적인 고려를 명문화한 ‘청탁금지법’에 주목할 필요가 있다.

일상에서 빈번하게 주고받는 전화번호·이메일·주소를 대상으로 살펴보자면, 사회상규에 따른 제3자 제공 요건은 다음과 같다. 1차 수집단계에서 대상정보가 업무뿐만 아니라 사교의 목적도 함께 가지고 있었어야 한다. 정보주체의 권리를 침해하거나 불리한 결과를 초래해선 안 된다. 사회적 비난가능성이 없어야 한다.

❖ 주제어 : 개인정보 보호법, 개인정보, 식별 가능성, 개인정보처리자, 사회상규

* 경찰청 정보1과 경감, 법학박사

I. 들어가며

2011. 3. 29. 「개인정보 보호법」이 제정되었다. 이로써 대중의 개인정보 보호에 대한 인식, 즉 자신의 정보가 보호받아야 하고 침해된다면 법적인 제재가 가해져야 한다는 생각이 상식처럼 자리 잡게 됐다. 자연히 ‘누구든 함부로 내 정보를 유통하지 않을 것’이라는 믿음 역시 뒤따라왔다. 정보사회에서 피할 수 없는 개인정보 유통에 대한 불안감을 완화시켜 주는 데는 「개인정보 보호법」의 역할이 상당했다. 하지만 대다수 국민은 「개인정보 보호법」의 존재는 알지만 실제 그 조문을 읽어본 적이 없다. 전형적인 수범자랄 수 있는 공무원조차 이를 명쾌하게 이해하지 못해 「개인정보 보호법」 위반이 아니냐는 항의에야 비로소 법조문을 들춰보곤 한다. 법에 대한 부족한 이해와 개인정보라면 모두 보호해줄 것만 같은 법률 명칭이 맞물려 대중으로 하여금 몇 가지 맹신을 갖게 했다.

우선, 정보주체의 허락이나 법적 근거 없이 개인정보를 타인에게 전달하면 모두 「개인정보 보호법」 위반에 해당한다는 생각을 들 수 있다. 만약 정보주체가 자신의 집 주소와 연락처를 원치 않는 사람에게 알려준 지인에게 항의하고 싶다면, 「개인정보 보호법」 위반인 걸 아느냐고 다그칠 것이다. 개인정보처리자가 아니라면 처벌에서 자유롭다는 생각도 있다. 「개인정보 보호법」이 개인정보파일을 운용하는 ‘개인정보처리자’를 주된 수범대상으로 삼은 탓이다.

안타깝게도 모두 법에 대한 부족한 이해가 불러온 잘못이다.¹⁾ 이러한 오해는 처벌 범위를 광범위하게 확장하거나, 협소하게 축소시키는 정 반대의 결과를 가져온다. 형사처벌의 대상성 문제가 많은 논란거리를 지녔음을 보여주는 단면이다. 논란은 일상 생활에서도 쉽게 접할 수 있다. 담임교사나 대학교수가 지도학생의 전화번호를 타인에게 임의로 전달한 게 형사처벌 대상인지는 쉽지 않은 문제다. 만약 법률이 일상 생활에까지 국가형벌권이 개입할 수 있게 해주는 매개체로서 기능한다면 과잉입법일 수밖에 없다. 「개인정보 보호법」이 과잉입법이 되지 않도록 하는 해석이 필요하다.

1) 「개인정보 보호법」은 업무와 관련하여 수집된 정보를 보호한다. 또한 제59조가 ‘금지행위’라는 표제어 하에 ‘개인정보를 처리하거나 처리하였던 자’를 규율한다. 개인정보처리자가 아닌 자에 대한 처벌 가능성도 열어 둔 것이다.

II. 개인정보 보호법제의 등장 배경과 동향

1. 개인정보자기결정권

개인정보 보호법제의 이념적 뿌리는 개인정보자기결정권이다. 개인정보자기결정권의 내용은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있다는 것이다.

개인정보자기결정권은 비교적 최근에야 개념이 세워지고 승인된 기본권이다. 미국에서 개인정보 보호의 근거, 즉 프라이버시권이 등장한 배경은 Warren과 Brandeis가 1890년 「Harvard law review 4(5)」를 통해 프라이버시권을 주창하면서 부터였다.²⁾ 독일에서 정보의 자기결정권(Informationelle Selbstbestimmung)이란 용어가 처음 등장한 것은 1971년도 문헌으로 보인다.³⁾ 근래에 와서 비로소 등장했음에도 세계사적으로 핵심적인 기본권이 된 까닭은 현대사회가 지닌 특성에 있다. 정보처리 기술의 발달은 별다른 의미를 갖기 힘들었던 개인정보의 파편이 다른 정보와 쉽게 결합하게 해줬고, 결국에는 개인의 전체적 또는 부분적 인격상을 형성하는데 상당한 영향을 미치게 했다.⁴⁾ 과거에는 미처 생각하지 못했던 문제가 인격의 형성까지도 위협하게 된 것이다. 이 뿐만이 아니다. 스스로에 대해 무엇이 얼마만큼 알려졌는지를 알지 못하는 개인은 실체 없는 두려움을 갖게 되고, 주체적인 결정과 행동에 제약을 받을 수밖에 없었다.⁵⁾ 우리 헌법재판소 역시 개인정보자기결정권을 헌법에 명시되지 않은 독자적 기본권라고 확인해주었다.⁶⁾

2) 석인선, “헌법상 프라이버시권리 논의의 현대적 전개”, 미국헌법연구, 제24권 제1호(미국헌법학회, 2013.4), 250면.

3) W. Steinmüller/B. Lutterbeck/C. Mallmann/U. Harbort/G. Kolb/J. Schneider, Grundfragen des Datenschutzes, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, Juli, 1971, abgedruckt als Anlage 1 zur BT-Drs. VI/3826 v. 7. 9. 1972; 이에 대해선 권영준, “개인정보 자기결정권과 동의 제도에 대한 고찰”, 법학논총, 제36권 제1호(전남대학교 법학연구소, 2016.3), 677면 재인용.

4) 한수웅, 헌법학 제6판(법문사, 2016), 563-564면.

5) 한수웅, 앞의 책, 563면.

6) “헌법재판소 2005. 5. 26.자 99헌마513, 2004헌마190(병합) 결정. 해당 결정은 개인정보자기결정권의 헌법상 근거로 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 헌법의 자유민주적 기본질서 규정, 국민주권원리와 민주주의 원리를 제시했다. 하지

2. 미국과 유럽에서의 개인정보 보호 법제

미국에서의 개인정보 보호법제를 이해하기 위해서는 「개인정보 권리에 대한 정책방향(FIPPs : Fair Information Practice Principles)」을 알아야 한다. FIPPs는 미국 온라인상 개인정보 보호의 권리장전으로 불린다. 1973년 미국 보건교육부가 개최한 자유와 개인정보 보호에 관한 세미나에서 처음 언급됐고, 1974년 「Privacy Act」⁷⁾에서 법적 정신으로 발전했다. 이후 각 주의 법령에서 개인정보 보호를 위해 차용하는 가장 중요한 원칙이 되었다.⁸⁾

유럽의 경우를 살펴보자. 참고로 유럽연합(EU)과 유럽평의회(CoE)는 별개의 조직이다.⁹⁾ 유럽의 개인정보 보호 법제를 시기적으로 정리하면 1953년부터 1995년까지는 「유럽인권조약(1953년)」¹⁰⁾ 제8조, 「개인정보의 자동처리와 관련된 개인의 보호를 위한 조약 제108호(이하 조약 제108호, 1981년)」¹¹⁾가 근거였다.¹²⁾ 1995년에는 이들을 기초로 한 「개인정보보호지침」¹³⁾이 채택되어 개인정보 보호가 강화되었다. 2000년 「EU 기본권헌장」¹⁴⁾ 채택 이후에는 개인정보 보호가 기본권적 지위를

만 개인정보자기결정권은 이들 중 어느 한 기본권에 완전히 포섭시킬 수는 없고 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권이라고 판단했다.

- 7) 개인정보를 처리하는 각 공공기관이 준수해야하는 의무와 정보주체의 권리 등에 관해 규정했다.
- 8) FIPPs의 주요 내용은 다음과 같다. ① 투명/공개성(Transparency ; Openness) 원칙, ②개인참여(Individual Participation) 원칙, ③ 목적제한성(Purpose Limitation) 원칙, ④ 수정성(Correct ; Amend) 원칙(정보주체의 개인정보 수정권한), ⑤ 신뢰/정확성(Data Quality and Integrity) 원칙 등이다.
- 9) CoE는 1949년 설립되었으며 EU 가입국 전부를 포함하여 터키 등 다른 유럽의 나라들을 회원국으로 두고 있다. 이하에서 언급하는 유럽인권조약과 조약 제108호는 CoE 규범이다. 유럽기본권헌장과 개인정보보호지침은 EU 규범이다. 유럽사법재판소는 EU 산하이고 유럽인권재판소는 CoE 산하다. 다만 EU 가입국 전부가 CoE에 가입했다는데서 알 수 있듯 양자는 밀접한 관계를 가진다.
- 10) Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; 동 협약의 서명일은 1950.11.4., 발효일은 1953.9.3.
- 11) Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Council of Europe, CETS No. 108, 1981.
- 12) 조약 제108호는 유럽 역사상 처음으로 법적 구속력을 가진 규범을 통해 개인정보 보호를 개인의 권리로 인정했다.; 문재완, “유럽연합 개인정보보호법의 특징과 최근 발전”, 외법논집, 제40권 제1호(한국외국어대학교 법학연구소, 2016.2), 3면.
- 13) DIRECTIVE 95/46/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

가졌다. EU 기본권헌장은 처음에는 구속력 없이 선언되었으나 2009. 12. 1. 리스본 조약에서 정식으로 채택되어 EU의 다른 조약들과 법적으로 동등한 구속력을 인정 받았다.¹⁵⁾ 판례법은 초기에는 유럽인권재판소(ECtHR)에 의해 형성되었고, 1990년대 중반 이후에는 유럽사법재판소(CJEU)가 주도하고 있다.¹⁶⁾

최근 EU는 기존 「개인정보보호지침」을 법적 구속력이 있는 규정(Regulation)으로 강화하는 「개인정보보호 일반규정(General Data Protection Regulation, GDPR)」을 마련했다. 이는 2016. 4. 14. 유럽의회를 통과하여 2년의 유예기간을 거쳐 2018. 5. 25.부터 시행된다. GDPR은 구속력 측면뿐만 아니라 내용 측면에서도 기존 지침(Directive)에 비해 크게 강화됐다.¹⁷⁾

3. 「개인정보 보호법」의 제정

「개인정보 보호법」 제정 이전 개인정보 보호 법제는 행정, 교육, 금융 등 각 분야별 개별법을 두는 방식이었다. 그러다 일반법에 대한 사회적 요구가 커져감에 따라 2011. 3. 11. 「개인정보 보호법」이 본회의를 통과했다.

「개인정보 보호법」은 제3조에서 개인정보 보호의 원칙을 천명했다. 이는 1980년 OECD 가이드라인¹⁸⁾ 제2장에서 언급된 8개의 개인정보보호 원칙¹⁹⁾을 반영한 것이다. 이 밖에 「EU 개인정보보호지침」, 「APEC 프라이버시 원칙」²⁰⁾ 등도 참고했

14) Charter of Fundamental Rights of the European Union.

15) 박상준·최지유, “유럽연합 기본권 헌장의 의의와 한계 -소수민족 로마족(ROMA)을 중심으로-”, 통합유럽연구, 제7권 1집(서강대학교 국제지역문화원, 2016.3), 40-42면.

16) 문제완, 앞의 논문, 4면.

17) 위반 시 2,000만 유로 혹은 연 매출액의 4%까지의 벌금 등 처벌의 강화, 정보유출에 대한 즉각적인 통지, 잊혀질 권리의 명시, 시스템 설계단계부터 정보보호를 고려해야 하는 Privacy by Design의 법제화 등이 그것이다.; <http://www.eugdpr.org>(2016. 10. 21. 마지막 방문)

18) OECD, Recommendation of the Council concerning Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, Paris, 23 September 1980.

19) ① 수집제한의 원칙(Collection Limitation Principle), ② 정보내용 정확성의 원칙(Data Quality Principle), ③ 목적특정의 원칙(Purpose Specification Principle), ④ 이용제한의 원칙(Use Limitation Principle), ⑤ 안전확보의 원칙(Security Safeguards Principle), ⑥ 공개의 원칙(Openness Principle), ⑦ 개인참가의 원칙(Individual Participation Principle), ⑧ 책임의 원칙(Accountability Principle).

다.²¹⁾ 개인정보 보호라는 세계사적인 시대정신을 반영하려는 노력의 결과가 동법의 제정이었음을 보여준다. 일각에서는 「개인정보 보호법」이 공법과 사법 양자택일이 아닌 일종의 중간법적 성격을 지닌다고 평가하기도 한다. 법의 적용범위가 공공과 민간을 포괄하고, 자율규제 및 시장 메커니즘을 통한 사법적 접근, 형벌과 행정제재를 통한 형사법·행정법적 수단을 모두 담고 있다는 것이다.²²⁾

한편, 일반법이자 기본법인 「개인정보 보호법」과 교육·금융·정보통신 등 영역별로 산재되어 있는 기존 법률들과의 관계 문제는, 개인정보 보호법제의 체계 정합성 비판을 불러왔다.²³⁾ 비난은 고스란히 「개인정보 보호법」이 가진 문제로 이어졌다.

Ⅲ. 형법의 보장적 기능 요구

「개인정보 보호법」은 기존에는 적용 대상이 아니었던 민간영역도 대상으로 삼았다. 게다가 컴퓨터 파일 형태만을 규율하던 데서 나아가 종이로 존재하는 개인정보로까지 적용 범위를 넓혔다. 인적·물적 적용대상을 비약적으로 확장한 것이다. 동법 이전에는 주로 우월한 지위에 있는 국가권력과 개인 간의 관계에서 개인정보침해의 금지 및 처벌 논의가 이뤄졌다. 하지만 이제는 기본권 향유 주체인 개인 간의 문제까지 염두에 두어야 한다.²⁴⁾ 동법이 민간영역, 즉 시민간의 관계에서도 적용되기 때

- 20) 「APEC Privacy Framework」는 OECD 가이드라인 8대 원칙에 근거하여 2004년 발표되었다.
- 21) 행정안전부, 개인정보 보호법령 및 지침·고시 해설(2011. 12), 34면.
- 22) 김현경, “개인정보 법체계 정합성 확보를 위한 소고”, 성균관법학, 제28권 제1호(성균관대학교 법학연구소, 2016.3), 40면.
- 23) 김현경, 앞의 논문, 42-45면.; 심우민, “개인정보 보호법제의 체계간 정합성 제고방안”, 영산법률논총, 제12권 제1호(영산대학교 법률연구소, 2015.6), 61-62면.; 이성대, “개인정보보호를 위한 현행 형벌체계의 문제점 검토”, 형사정책연구, 제26권 제1호(한국형사정책연구원, 2015.3), 33-35면.; 이경렬, “형사사법 분야에서 개인정보의 관리·이용 및 보호의 문제”, 피해자학연구, 제23권 제1호(한국피해자학회, 2015.4), 218-220면.
- 24) 개인정보자기결정권의 보장은 타인에게 인정되는 의사소통의 자유 내지 정보의 자유, 영업의 자유, 재산권 등의 기본권을 고려하지 않으면 안 된다.; W. Schmitt Glaeser, “Schutz der Privatsphäre,” in: J. Isensee und P. Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, Heidelberg: C. F. Muller, 2001, §129, Rdnr. 89.; 권건보, “개인정보보호의 헌법적 기초와 과제”, 저스티스, 제144호(한국법학원, 2014.10), 20면 재인용.

문이다. 특히나 표현의 자유가 중요하다. 모든 사람은 원칙적으로 타인에 대한 자신의 생각을 표현할 권리를 가진다. 우리 헌법상 표현의 자유가 보호하는 것은 의견표명²⁵⁾이지 단순한 사실의 전달이 아니라는 반론이 있을 수도 있다. 하지만 의견이란 평가적 사고를 바탕으로 개개인이 사물과 인간에 대하여 내리는 가치판단 또는 ‘입장표명’²⁶⁾이다. 개인정보침해는 의견표명 과정에서 얼마든지 일어날 수 있다. A와의 불화를 해결하고 싶어 하는 을이甲에게 A의 전화번호와 집 주소, 생년월일을 물어봤다고 가정해보자. A가 乙의 연락을 원치 않을 거라 부담스럽다고 생각하면서 甲이 Z이 궁금해 하는 사실을 모두 알려줬다면²⁷⁾, 이 때 甲은 단순한 사실 전달이 아닌 ‘Z과 원활한 관계를 유지하고 싶은 내심’ 혹은 ‘乙에게 도움을 주고 싶은 마음’이라는 가치판단 내지 입장표명을 한 것이다.

「개인정보 보호법」이 적용 범위를 확장했다는 점과, 개인정보 취급이 일상생활에서 향유하는 기본권 영역과 밀접하게 관련되었다는 사실의 결합은 수범자로 하여금 큰 문제에 맞닥뜨리게 한다. 무엇이 금지되고 무엇이 허용되는지에 대한 혼란이다. 일상생활에서 으레 있어 왔던 행동이어서 관습을 것 같긴 한데, 당사자의 허락이나 법적 근거가 없어 잘못일 수도 있겠다는 모순되는 관념이 충돌한다. 시쳇말로 문제 삼지 않으면 아무 문제가 없는데 문제 삼으니까 문제가 되는 상황이다. 이러한 혼란을 막기 위해 「개인정보 보호법」은 개인정보, 개인정보처리자 같은 개념을 사용했다. 하지만 불확정개념인 ‘쉬운 결합’을 내용으로 하는 개인정보의 개념정의²⁸⁾는 문외한으로서의 소박한 인식만으로는 판단이 녹록치 않다. 「개인정보 보호법」상 대부분의 의무주체인 개인정보처리자 개념은 실제 개인정보를 다루고 있는 자연인(개인정보취급자)을 포섭하지 못했다. 혼란을 겪는 것은 A기관(개인정보처리자)이 아닌 A기관 소속 임직원(개인정보취급자)이다. 때때로 법원은 「개인정보 보호법」을 둘러싼 대중의 혼란을 가중시킨다. 예컨대 「개인정보 보호법」이 개인정보처리자의 개인

25) 현재 2001헌가27 등 현재논문 참고

26) 한수웅, 앞의 책, 738면.

27) 해당 정보들은 개개의 성질은 차치하고 종합될 경우 특정인을 식별할 수 있는 개인정보에 해당한다는 데는 이론이 없을 것이다.

28) 개인정보 보호법 제2조(정의) 1. "개인정보"란 살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)를 말한다.

정보 처리만을 규율할 뿐이므로 개인정보처리자가 아닌 개인이나 단체의 개인정보 처리는 여타 법률들과 학설·판례에 맡겨져 있다는 설명²⁹⁾은 서두에서 언급한 오해(수범자 범위)를 한 층 더 강화시킨다.

IV. 물적·인적 적용범위를 결정하는 개념의 해석과 한계

1. 개인정보

가. 개념 해석을 둘러싼 문제

「개인정보 보호법」은 개인정보, 민감정보, 고유식별정보를 보호한다. 개인정보란 i) 개인이 누구인지 식별(특정) 가능하거나, ii) 다른 정보와 쉽게 결합하여 식별(특정) 가능하게 하는 정보다. 민감정보는 법문에서 사상·신념·정당가입·건강 등을 예시로 들고 있다. 일견 개인의 식별 가능성을 고려하지 않는 듯하다.³⁰⁾ 하지만 ‘누구에 관한 것’인지가 전제되어야만 민감정보가 의미를 가질 수 있다. ‘암 선고를 받은 사람이 있다’는 어느 누구와도 관계없는 정보다. 반면 ‘A가 암 선고를 받았다’는 A의 내밀한 사생활 영역이다. 마지막 고유식별정보는 주민등록·여권·운전면허·외국인등록번호다. 말 그대로 국가에서 개인의 식별을 목적으로 생성한 정보다. 결국 개인식별 가능성은 「개인정보 보호법」의 보호대상을 관통하는 핵심개념의 지위를 가지게 된다. 그리고 ‘개인식별 가능성’은 일상생활에서의 사교나 표현의 자유의 발로가 타인에 대한 것이라는 이유로 무분별하게 형사처벌 되는 상황을 막아준다. 개인에 관한 것이지만 개인을 식별할 가능성이 없는 정보도 있기 때문이다.

29) 서울중앙지방법원 2014. 11. 4. 선고 2013나49885 판결; 각주1에서 설명한 것처럼 「개인정보 보호법」 제59조는 개인정보처리자가 아닌 자도 그 수범대상으로 삼고 있다. 물론 대상판결에서 수범자에 대해 언급한 내용은 사안과 직접적인 관련이 없는 방론적인 성격으로, 법원이 오해를 했다가보다는 대략적인 설명을 했다고 볼 수 있다. 하지만 그와 같은 표현을 읽은 대중은 누구나 개인정보처리자가 아니면 「개인정보 보호법」의 수범자가 아니라고 오해할 수밖에 없다.

30) 제23조(민감정보의 처리 제한) 개인정보처리자는 사상·신념, 노동조합·정당의 가입·탈퇴, 정치적 견해, 건강, 성생활 등에 관한 정보, 그 밖에 정보주체의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 개인정보로서 대통령령으로 정하는 정보(이하 "민감정보"라 한다)를 처리하여서는 아니 된다.

특정 정보에서 직접적으로 개인을 식별할 수 있는 경우 수범자는 별다른 혼란을 겪지 않는다. 문제는 ‘쉽게 결합’하는 때다. 수범자의 판단이 요구되는 영역인데, 용이성에 대한 생각은 지극히 주관적이어서 개인에 따른 편차가 클 수밖에 없다. 특히 ‘정보기술에 접근할 수 있는 능력 차이’는 식별 가능성 판단에 중요한 질문을 던진다. 개인정보 해당성이 정보사용자(처리자)와 관계없이 판단되느냐는 물음이다. 20대 청년은 휴대전화 번호만으로 개인을 특정하는 경우가 있다.³¹⁾ 80대 노인은 전화 번호만 가지고 어떻게 누군지를 아느냐고 손사래를 친다. 20대에게 개인정보라면, 80대에게도 개인정보인지 의문이 떠오른다.

쉬운 결합이 합법적인 수단만을 전제하는지도 문제다. 합법적인 방법으로는 개인 식별이 불가능했던 정보가 경찰관의 불법조회와 결합하여 식별 정보로 탈바꿈할 수 있다. 해킹도 마찬가지다. 행정안전부(현 행정자치부)는 2011년 해설서를 통해 ‘쉽게’라는 표현은 ‘합리적으로’라는 의미라고 설명했다.³²⁾ 하지만 합리성이라는 개념은 과도한 시간과 노력, 비용을 투입하는 경우를 배제하기 위한 개념이었을 뿐 합법성에 대한 고려는 없었다. 다양하게 해석될 수 있는 ‘합리성’의 의미 중 목적 달성을 위한 수단이 얼마나 효율적이었는지에만 관심을 가졌다. 그로 인해 시간·노력·비용의 투자가 적은 불법행위는 적어도 합리적, 즉 쉬운 결합이라고 볼 여지마저 뒀다. 이와 같은 논란을 고려했는지 최근 관계부처 합동 「개인정보 비식별 조치 가이드라인(2016.6.30)」³³⁾은 ‘쉽게 결합하여’의 의미를 ‘입수 가능성’과 ‘결합 가능성’을 모두 충족시키는 경우로 보고, 합법적으로 접근·입수할 수 있어야만 입수 가능성이 있다고 설명한다.³⁴⁾ 하지만 불법적인 접근이 배제되어야 하는지는 여전히 의문이다. ‘쉬운 결합’은 사실 판단의 문제이고 ‘합법성’은 규범 문제인 탓이다. 서로

31) 전화번호 사용자가 페이스북을 가입했고 전화번호를 검색 가능하게 설정했다면 전화번호 입력만으로 그 계정 프로필을 확인할 수 있다. 전화번호 사용자가 카카오톡, 라인 등 프로필에 자신의 이름과 사진을 올려놓았다면 친구등록을 통해 이를 확인할 수 있다.

32) 행정안전부, 앞의 책, 14면.

33) 국무조정실·행정자치부·방송통신위원회·금융위원회·미래창조과학부·보건복지부, 개인정보 비식별 조치 가이드라인(2016. 6. 30). 이 가이드라인은 부록으로 “개인정보 보호 관련 법령 통합 해설서”를 52-60면에 실었다.

34) 결합 가능성은 이전 행정안전부의 합리성에 대한 해석과 같이 지나친 정도의 시간과 비용·인력이 필요하지 않는 것이라고 설명한다.; 국무조정실 등, 앞의 가이드라인, 55면.

가 어느 한쪽을 구속하거나 영향을 준다고 볼 수 없다. 음주운전과 무단횡단이 불법이기 때문에 쉽지 않은 행동이라고 말할 사람은 찾기 힘들다. 합법적이라고 해서 쉬운 행위도 아닐 것이다. 합법성과 용이성은 논리필연적인 관계가 아니다. 그럼에도 불구하고 관계부처는 별다른 설명 없이 불법적인 접근을 배제했다. 물론 ‘쉽게 결합’의 해석은 형벌의 확장성을 막는데 방점을 두어야 한다. 그렇지만 법 창조에 가까운 해석은 곤란하다. 관계부처의 유권해석에도 불구하고 합법성 문제는 논증이 필요하다.

보다 구체적인 개념으로 개인정보를 정의했다면 위와 같은 논란은 없거나 적어도 정도가 심하지 않았다는 아쉬움이 있다. 하지만 「개인정보 보호법」은 기존 법제가 가진 개인정보 보호의 한계를 극복하기 위한 법이었다. 개인정보 보호의 사각지대를 최소화하는 것이 수범자의 예측가능성보다 중요했다. 나날이 발전해나가는 정보기술의 발전으로 어디서 어떤 개인정보 문제가 발생할지 알 수 없었기 때문에, 현행 법과 같은 정의를 사용할 수밖에 없었다. 개인정보 보호를 오랫동안 논의해온 유럽 연합 역시 직·간접적으로 개인을 식별할 수 있는 정보를 개인정보라고 정의한다. 입법 취지를 후퇴시켜 법 적용의 사각지대를 용인하지 않는 이상, 모호한 개념 문제를 조문만으로 해결하긴 힘들다.

이하에서는 쉽게 결합하여 개인을 식별할 수 있는지(이하 ‘식별 가능성’)가 ① 정보사용자와 관계없이 판단되는 영역인지, ② 합법적인 결합만을 전제하는지를 살펴본다. 적용대상을 보다 명확히 함으로써 형벌의 보장적 기능을 확인하기 위함이다.

나. 정보사용자의 고려

정보사용자의 고려는 식별 가능성이 개개인의 사정에 따라 달라져야 하는지의 문제다. 각자가 접근 가능한 정보에 따라 단편적인 정보가 개인정보로 탈바꿈하기도 하고, 여전히 의미 없는 정보의 파편으로 방치되기도 한다. 「개인정보 비식별 조치 가이드라인(2016.6.30)」은 식별 가능성에 대해 “해당 정보를 ‘처리하는 자’의 입장에서 합리적으로 활용될 가능성이 있는 수단을 고려하여 개인을 ‘알아볼 수’ 있는” 경우라고 설명했다.³⁵⁾ 쉬운 결합의 판단도 정보사용자(처리자) 입장에서 해야 한다는 해석이 가능해 보인다. 하지만 관계부처의 유권해석이 법원의 판단을 구속할 순

없다. 이와 관련하여 형법학계에서 오랜 기간 이루어진 논의를 살펴볼 필요가 있다. 과실범의 주의의무 해석이다. 주의의무와 식별 가능성은 양자 모두 구성요건요소를 해석하는 도구이고, 개인의 인식과 능력을 고려해야 하는지가 문제여서 유사하다.

주의의무위반 여부는 객관적으로 결정해야 한다는 게 현재 통설(객관설)이다.³⁶⁾ 객관설은 주관적인 예견가능성 문제는 구성요건과는 관계없고 책임에서만 의미를 가진다고 본다. 불법과 책임영역 구별을 유력한 논거로 제시한다. 형법은 불법 수준에서는 행위자의 특수성을 고려하지 않고 보편적 요구를 할 수 있으며, 책임 수준에서는 행위자의 특수성을 고려하여 가능성의 범위 내에서만 규범적 요구를 발한다는 설명이다.³⁷⁾ 타당한 해석이다. 형법이 규범으로서의 효력을 갖기 위해서는 주관요소에 좌우되지 않는 보편적 불법개념이 필요하기 때문이다. 다만 주의의무가 객관적으로 결정된다고 해서 곧바로 식별 가능성이 객관적으로 결정된다는 결론으로 이어질 순 없다. 객관설조차 모두에게 동일한 주의의무 개념을 상정하는 게 아니라, 행위자가 속한 사회집단의 평균인을 기준으로 삼기 때문이다.³⁸⁾ 결국, 주의의무 해석을 유추적용 한다 해도 기껏해야 식별 가능성 판단에 개개인의 특수한 사정까지 고려할 필요가 없다는 결론까지만 가능하다. 개개인이 아닌 정보사용자가 속한 집단의 인식과 능력을 고려해야 하는지의 문제는 여전히 남아 있다.

생각건대 식별 가능성 해석에 개개인의 사정은 물론 ‘정보사용자가 속한 집단’도 고려할 필요가 없다. 상식을 가진 모든 사람에게 통용되는 식별 가능성 개념이 바람직하다. 첫째, ‘가능성’은 결과론에서 자유로운 개념이다. 해당 정보가 끝까지 개인 정보가 되지 못했다고 해서 식별 가능성이 존재했다는 해석이 부정될 수 없다. 정보사용자가 개인을 식별했는지는 개인정보의 성립요소가 아님을 보여준다. 둘째, 식별

35) 국무조정실 등, 앞의 가이드라인, 55면.

36) 김일수·서보학, 형법총론 제11판(박영사, 2006), 451면; 박상기, 형법총론 제7판(박영사, 2007), 277면; 배종대, 형법총론 제9개정판(홍문사, 2008), 674면; 정성근·박광민, 형법총론 제4판(삼지원, 2008), 425면.

37) Maihofer Vom Sinn der menschlichen Ordnung 1956, S. 17~24; Maihofer Eb. Schmidt-FS S.177. supra §6 24; 이재상·장영민·강동범, 형법총론 제8판(박영사, 2015), §14 14 재인용.

38) “과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의정도를 표준으로 하여야 하며...”; 대법원 1996. 11. 8. 선고 95도2710, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2005도8980 판결.

가능성을 통해 밝혀지는 개인정보는 행위객체로서 객관적 구성요건요소다. 행위자의 관념세계를 대상으로 하는 주관적 구성요건요소인 과실에서조차 개개인의 사정을 고려하지 않는데 개인정보에서 이를 고려할 이유가 없다. 개인정보와 체계상 지위가 다른 과실 개념이 행위자가 속한 사회집단을 고려한다고 하여, 개인정보에서도 그래야 한다는 논리적 연결고리 역시 없다. 셋째, 정보사용자의 인식과 능력만으로는 식별 가능성이 없던 정보라도 제3자의 도움을 받아 식별 가능성을 갖출 수 있다. 합법성 문제는 차치하고, 정보사용자는 제3자인 개인정보취급자의 조력을 받아 스스로의 능력만으로는 개인정보가 될 수 없었던 정보를 개인정보로 변화시킬 수 있다. 정보사용자만을 기준으로 판단하면 현실을 간과하는 결과를 초래하게 된다. 마지막으로 식별 가능성 판단에 특정 사회집단만을 염두에 두는 것은 정보유통 현실을 외면한 접근이다. 현대사회에서 정보는 한 번 유출되면 최초 유출자와 취득자의 통제를 벗어나기 쉽다. 어느 누가 해당정보를 취득할지도 알 수 없다. 오히려 평범한 집단보다 고도의 정보결합 능력을 갖춘 사회집단에 흘러갈 가능성이 더 높다. 「개인정보 보호법」은 대규모 정보유출이 사회문제로 떠오르면서 논의되고 시행된 법이다. 입법 취지를 고려할 때, 식별 가능성 판단에는 정보의 2차·3차 전달까지를 고려해야 한다. 그러기 위해서는 특정된 정보사용자에 국한하는 식별 가능성 해석을 포기해야 한다.

하급심 판례 역시 이 같은 결론을 지지해준다. 대전지법 논산지원 2013고단17 판결은 휴대전화 번호 뒷자리 4개가 개인정보라고 판단했다. 정보사용자가 실제 뒷자리 번호로 개인을 특정했음에도 굳이 뒷번호 4개가 개인정보인 이유를 자세히 설명한 데 주목해야 한다.³⁹⁾ 개인정보가 정보사용자에 관계없이 누구에게나 통용되는 객관적 개념이라는 전제가 있었기 때문일 것이다. 아래 서울중앙 2010고단5343 판

39) “오늘날 휴대전화의 사용이 보편화되면서 휴대전화번호 뒷자리 4자에 일정한 의미나 패턴을 담는 경우가 많아지고 있다. … 휴대전화번호 뒷자리 4자에 그 전화번호 사용자의 정체성이 담기는 현상이 점점 심화되고 있다. 사정이 이러하므로, 휴대전화번호 뒷자리 4자만으로도 그 전화번호 사용자가 누구인지를 식별할 수 있는 경우가 있고, 특히 그 전화번호 사용자와 일정한 인적 관계를 맺어온 사람이라면 더욱더 그러한 가능성이 높으며, 설령 휴대전화번호 뒷자리 4자만으로는 그 전화번호 사용자를 식별하지 못한다 하더라도 그 뒷자리 번호 4자와 관련성이 있는 다른 정보(앞서 언급한 생일, 기념일, 집 전화번호, 가족 전화번호, 기존 통화내역 등)와 쉽게 결합하여 그 전화번호 사용자가 누구인지를 알아볼 수도 있다.”; 대전지방법원 논산지원 2013. 8. 9. 선고 2013고단17 판결.

결 역시 정보사용자가 속한 집단, 개개인의 능력이나 인식을 전혀 고려하지 않았다.

“당해 정보와 결합 가능한 다른 정보가 모두 동일인에게 보유하고 있는 것을 전제로 하지는 아니하고 있다. 한편 여기서 ‘쉽게 결합하여 알아 볼 수 있다’는 것은 쉽게 다른 정보를 구한다는 의미이기 보다는 구하기 쉬운지 어려운지와는 상관없이 해당 정보와 다른 정보가 특별한 어려움 없이 쉽게 결합하여 특정 개인을 알아볼 수 있게 되는 것을 말한다 할 것이다.⁴⁰⁾”

다만 ‘쉬운 결합’을 자연인이 아닌 무체정보를 기준으로 판단하는 태도는 동의하기 어렵다. 위 판결 취지에 따르면 다음과 같은 결론에 이른다. 만약 전문가조차 대상 정보와 결합하여 식별 가능성을 갖게 해주는 제3의 정보가 ‘존재한다는 사실’을 몰랐다면, 대상 정보는 개인정보가 될 수 없다. 누구도 결합시킬 수 없기 때문이다. 반면 전문가 사이 식별 가능케 하는 ‘결합정보의 존재(방법)’가 공유되고 있다면 언제나 개인정보다. 방법을 아는데 결합에 어려움이 있을 리 없다. 통상 필요한 정보에 접근하는 게 어려운 것이지, 일단 취득하게 되면 사용하는 데는 장애가 없다. 결국 자연인이 아닌 무체정보를 기준으로 용이성을 판단하면, 식별 가능케 하는 결합정보의 존재가 알려진 모든 정보가 개인정보라는 결론에 이른다. ‘쉽게 결합’이라는 문언을 별다른 이유 없이 ‘결합’으로 확장시키는 부당한 해석이다. ‘정보사용자를 고려할 필요가 없다’는 것은 정보사용자에 따라 개인정보 여부가 달라지지 않는다는 의미일 뿐이다. ‘쉽게 결합하여’가 자연인과 관련 없는 개념이어서는 곤란하다. 자연인으로 존재하는 누군가는 대상정보에 수월하게 접근할 수 있어야 쉬운 결합이다. 정보는 취득 과정에 어렵고 쉬움이 있는 법이다.

이상의 개인정보와 정보사용자 간 관계 검토는 몇 가지로 요약될 수 있다. ① 식별 가능성은 구체적인 사건에서 등장하는 정보사용자의 인식·능력과는 관련 없다. 정보사용자가 속한 집단도 고려대상이 아니다. 2차·3차 유출 또는 정보사용자의 도움 요청을 통해 동시대 누구나 해당 정보를 사용할 가능성이 있기 때문이다. 건전한

40) 이 사건 피고인은 휴대전화 imei나 usim 일련번호를 다른 정보와 결합하여 개인식별 정보로 만들 수 없었다. 하지만 법원은 피고인이 개인정보인 휴대전화 imei나 usim 일련번호를 동의 없이 수집했다고 판단했다.

상식을 가진 일반인의 기준에서 판단하면 된다. ② 결합정보를 비합리적인 노력 없이 획득할 수 있는 자연인이 존재해야 식별 가능성이 있다. 결합정보를 손쉽게 취득할 수 있는 자연인이 존재하지 않는다면 쉬운 결합이 아니다. ③ 비합리적인 노력이란 과도한 시간, 노력, 비용 등 상식을 벗어나는 행위다. ②·③은 ①로 인해 개인정보가 과도하게 확장되는 것을 막아준다. 다만 ②·③의 적용과 관련하여 합법성과 용이성 간 관계를 밝혀야 한다. 합법적인 접근만을 쉬운 결합으로 보면 식별 가능성의 인정범위는 상당히 축소된다. 반대의 경우 식별 가능성의 인정범위가 광범위하게 확장된다.

다. 결합의 적법성 요구

앞서 살펴본 서울중앙지법 2010고단5343 판결은 휴대전화 imei나 usim 일련번호를 식별 가능성 있는 개인정보라고 보았다. 그런데 결합 대상인 이동통신사 보유 정보는 권한 있는 자만이 열람할 수 있고, 권한 없는 자의 열람은 불법일뿐더러 매우 어려웠다. 물론 imei와 usim 일련번호를 수집한 피고인은 권한 있는 자가 아니었다. 즉, 해당 판결은 불법적인 결합도 식별 가능성 인정 범주에 포함시킨 것이다. 반면 정부의 최근 가이드라인은 합법적인 접근만을 인정했다.⁴¹⁾ 아쉽게도 판례와 가이드라인은 합법성 문제를 논증하지 않았다.

불법적인 접근 주체는 크게 두 범주로 볼 수 있다. 처음부터 해당정보에 접근이 허락되지 않은 자(이하 ‘권한 없는 자’)와 정당한 사유가 있을 때만 해당정보를 열람·사용할 수 있는 자(이하 ‘권한 있는 자’)다. 예컨대 일반 시민과 파출소 경찰관, 일반 고객과 고객정보를 관리하는 통신사 직원이 그 예다. 권한 없는 자가 결합정보를 취득할 수 있는 방법은 권한 있는 자에게 부탁하거나(유형 1), 스스로 혹은 제3자를 통해 해킹 같은 불법 열람을 하는 것이다(유형 2). 권한 있는 자가 불법으로 결합정보를 취득하는 경우는, 정당한 사유 없이 시스템에 접속하여 열람하는 것이다(유형 3). 합법성 논의의 출발점을 ‘쉽게 결합’이라는 문언에 두고 유형별로 검토하기로 한다.

41) 국무조정실 등, 앞의 가이드라인, 55면.

유형 1은 타인에게 개인정보 누설이라는 불법을 저지르게 하는 것이다. 타인에게 민·형사 책임을 감수토록 요구하는 것은 결코 쉽지 않다. 대항범인 탓에 공범규정이 적용되지 않겠지만 범죄 교사와 다를 없다. 더군다나 범죄 교사가 성공해야 한다. 쉽게 결합할 수 있는 경우가 아니다. 유형 2는 정보관리 시스템의 보안 프로그램을 분석하고 허점을 찾아내는 게 필수다. 전문가가 설계한 보안프로그램을 무력화시키는 게 쉬운 작업일 수 없다. 유형 3은 일견 쉬운 결합처럼 보인다. 형사처벌을 감수하는 결정은 사람에 따라 손쉬운 결정일 수도 있다. 하지만 형사처벌과 별개로 부가되는 ‘신분상 불이익’ 문제까지 고려하면 이야기가 다르다.⁴²⁾ 공공기관인지 사기업 인지를 불문하고 개인정보를 함부로 열람한 사람은 본인이 속한 조직에서 신분상 불이익을 받게 된다. 경우에 따라 해임까지 가능한 탓에 개인의 사회적 생존과도 직결되는 문제다. 자리를 보전하더라도 향후 승진이나 부서이동에서 당연히 불이익을 받는다. 개인의 자아실현이 좌절될 수밖에 없다. 사회적 생존과 자아실현은 결코 가벼운 문제가 아니다. 쉽게 포기할 수도, 위험을 감수할 수도 없는 대상이다. 단순히 벌금 정도의 위험이 아니다. 따라서 신분상의 불이익을 무릅써야 하는 유형 3도 쉽게 결합하는 경우라고 볼 수 없다.

결론적으로 불법적인 접근은 쉬운 결합이 아니다. 이 같은 해석은 보호대상 정보를 지나치게 축소한다는 우려가 있을 수 있다. 하지만 합법적인 접근만을 인정한 탓에 개인정보 보호 범주에 포함시킬 필요성이 높은 정보가 배제되는 경우는 생각하기 힘들다. 예컨대 휴대전화번호·이메일 주소의 경우, 통신사나 포털 회사의 보유 자료를 통해서만 개인을 특정할 수 있는 게 아니다. 특정 전화번호와 이메일 주소 사용자가 누구인지를 아는 사람은 수도 없이 많다. 사용자가 속한 집단이나 거주 동네 같은 부가적인 정보가 추가되면 얼마든지 식별 가능성을 갖는다. 합법적인 접근만을 통해서도 식별 가능성이 인정되는 경우가 부지기수다. 불법적인 접근을 배제한다고 해서 개인정보 보호라는 법의 취지가 퇴색하지는 않는다.

42) 일반인에게 음주운전 처벌은 기껏해야 벌금 정도의 문제겠지만 경찰공무원에게는 해임과 강등 같은 중대한 신분상 불이익 문제다. 벌금 정도의 형벌과는 비교할 수도 없다. 이처럼 때때로 형벌보다 징계벌 등 신분상 불이익이 더 큰 영향력을 가진다.

2. 개인정보처리자

「개인정보 보호법」은 개인정보 개념의 모호성과 광범위성을 극복하고 법과 현실의 간극을 없애기 위해 ‘개인정보파일’과 ‘개인정보처리자’ 개념을 따로 설정하고 있다.⁴³⁾ 개인정보처리자는 동법의 기본적인 수범자다. 업무를 목적으로 ‘개인정보파일’을 운용하기 위하여 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하는 공공기관, 법인, 단체 및 개인 등을 말한다(법 제2조 제5호). ‘개인정보파일’은 개인정보처리자를 설명하는 개념이다. 개인정보를 쉽게 검색할 수 있도록 일정한 규칙에 따라 체계적으로 배열하거나 구성한 개인정보의 집합물을 의미한다(법 제2조 제4호). 결국 개인정보처리자는 ① ‘업무’와 ② ‘개인정보파일 운용’, 이 두 가지 목적을 가지고 있어야만 한다. 사적인 친분관계에 따라 개인정보를 취급하는 자는 ‘업무’ 요건을 결여하여 개인정보처리자가 아니다. ‘개인정보파일’은 반드시 전자적 형태일 필요는 없지만 일회성 메모나 문서를 제외하여 사소한 행위까지 규제하는 것을 방지했다. 다만, “개인정보파일을 운영하기 위하여...”라는 목적적 개념을 사용해 현재 개인정보파일을 운영하지 않더라도 장래 개인정보파일을 운영할 ‘가능성’만 존재하면 충분하다고 본 점이 한계로 지적된다. 식별 가능성과 마찬가지로 해석의 확장을 가져오고, 문언만으로는 판단 기준이 무엇인지를 알 수 없는 결과를 초래한다. 수범자를 한정·구체화하려는 당초 입법목적과 달리 모호한 개념이 되 버렸다는 것이다.⁴⁴⁾ 하지만 개인정보처리자를 둘러싼 논의는 수범자의 혼란과 관련하여 실익이 없어 보인다. 일상생활에서 혼란을 겪는 주체는 개인정보처리자가 아닌 개인정보취급자(법 제28조 제1항)⁴⁵⁾ 또는 개인정보를 처리하거나 처리하였던 자(법 제59조)다.

43) 김민호, “개인정보처리자에 관한 연구”, 성균관법학, 제26권 제4호(성균관대학교 법학연구소, 2014.12), 242면.

44) 김민호, 앞의 논문 242면.

45) 임직원, 파견근로자, 시간제근로자 등 개인정보처리자의 지휘·감독을 받아 개인정보를 처리하는 자(개인정보 보호법 제28조 제1항). 다만, 개인정보취급자가 의무주체가 되는 조항은 없다.

3. 59조2호로 인한 한계

「개인정보 보호법」은 금지행위를 규정한 대부분 조문에서 ‘누구든지’ 또는 ‘~한 자’가 아닌 개인정보처리자를 주어로 사용했다. 수범자를 제한한 데는 분명 국가형벌권의 과도한 확대를 경계하려는 목적이 있었을 것이다. 그런데 동법 제59조는 ‘개인정보를 처리하거나 처리하였던 자’를 주어로 금지행위를 규정했다.⁴⁶⁾ 정의규정(제2조)에서 언급한 적 없는 수범자다. 자연히 개인정보처리자와의 관계 문제가 떠올랐다. 문언만 놓고 보면 제59조 의무주체는 개인정보처리자를 풀어 쓴 것과 다를 없었다. 양자를 동일하게 볼 수 있는 대목이다. 하지만 동일한 개념인데 굳이 다르게 표현한 까닭이 석연치 않다. 양자가 다르다고 볼 수도 있는 대목이다. 법원 역시 혼란을 겪기는 마찬가지였다. 서울북부지방법원 2015노166 판결은 제59조 제2호의 구성요건에 해당하기 위해서는 행위자가 개인정보처리자의 지위에 있어야 한다고 보아 개인정보처리자가 아닌 피고인은 무죄라고 판결했다.⁴⁷⁾ 하지만 대법원 2016.

3. 10. 선고 2015도 8766판결은 달랐다.

“① ‘개인정보처리자’의 개인정보 무단 제공행위 및 그로부터 개인정보를 무단으로 제공받는 행위에 관하여는 위 제71조 제1호, 제17조 제1항에 의하여 별도로 규제되고 처벌할 수 있는 점, ② 위와 같이 제59조 제2호의 의무주체는 ‘개인정보를 처리하거나 처리하였던 자’로서 제15조(개인정보의 수집·이용), 제17조(개인정보의 제공), 제18조(개인정보의 목적 외 이용·제공 제한)등의 의무주체인 ‘개인정보처리자’와는 법문에 있어 명백히 구별되는 점, ③ 개인정보보호법이 금지 및 행위규범을 정함에 있어 일반적으로 개인정보처리자를 규범준수자로 하여 규율하고 있음에 따라, 제8장

46) 제59조 (금지행위) 개인정보를 처리하거나 처리하였던 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다. 1. 거짓이나 그 밖의 부정한 수단이나 방법으로 개인정보를 취득하거나 처리에 관한 동의를 받는 행위 2. 업무상 알게 된 개인정보를 누설하거나 권한 없이 다른 사람이 이용하도록 제공하는 행위 3. 정당한 권한 없이 또는 허용된 권한을 초과하여 다른 사람의 개인정보를 훼손, 멸실, 변경, 위조 또는 유출하는 행위

47) 아파트 관리소장인 피고인은 해임요청의 적법성을 검토하기 위해 입주민들의 개인정보(동·호수, 이름, 전화번호, 서명 등)가 기재된 동대표 해임동의서를 받아, 해임동의 대상자에게 이를 전달했다.; 서울북부지방법원 2015. 5. 21. 선고 2015노166 판결(대상판결의 1심인 서울북부지방법원 2015. 1. 13. 선고 2014고단2134 판결도 같은 판단).

보칙의 장에 따로 제59조를 두어 ‘개인정보처리자’ 외에도 ‘개인정보를 처리하거나 처리하였던 자’를 의무주체로 하는 금지행위에 관하여 규정함으로써 개인정보처리자 이외의 자에 의하여 이루어지는 개인정보 침해행위로 인한 피해를 방지하여 사생활의 비밀 보호 등 개인정보 보호법의 입법 목적을 달성하려 한 것으로 볼 수 있는 점 등을 고려하여 보면, … ‘개인정보를 처리하거나 처리하였던 자’는 … 업무상 알게 된 제2조 제1호 소정의 ‘개인정보’를 제2조 제2호 소정의 방법으로 ‘처리’하거나 ‘처리’하였던 자를 포함한다고 보아야 할 것이다.”

대법원 판단의 근거에는 제59조상 의무주체를 개인정보처리자와 동일하게 보면 「개인정보 보호법」의 사각지대가 넓어진다는 우려가 있었다. 앞서 언급한 것처럼 적어도 문언상으로는 ‘개인정보를 처리하는 자’와 개인정보처리자가 서로 다른 의미가 아니다. 조사 정도가 있고 없고의 차이이다. 제59조는 기껏해야 과거 개인정보처리자였던 경우까지를 의무주체로 보는 정도다. 다만 문리적 해석이 전부일 순 없다. 다양한 해석방법 사이 우열은 없지만 분명한 것은, 법조문의 의미를 바르게 파악하기 위해 문리·역사·논리·합목적적 해석이 조화를 이루어야 한다는 사실이다.⁴⁸⁾ 다각적인 접근으로 제59조상 의무주체를 검토해볼 필요가 있다.

대법원이 지적한 것처럼 제59조는 보칙의 장에 위치한다. 보칙(補則)은 법률의 기본 규정을 보충하고자 만든 규칙이고, 보충의 사전적 의미는 ‘부족한 것을 보태어 채운다’다. 따라서 제59조는 제1장 내지 제7장에서의 흠결, 사각지대를 해소해주는 역할을 해야 한다. ‘개인정보를 처리하거나 처리하였던 자’를 ‘개인정보처리자’와 다른 개념으로 보는 게 논리적 해석에 부합한다. 다음으로 합목적적 해석은 제59조가 개인정보 보호범위를 확대하는, 즉 제59조 수범자와 개인정보처리자가 다르다는 결론에 도달케 한다. 인적·물적 적용범위를 확장함으로써 높은 수준으로 개인정보를 보호하고자 했던 게 「개인정보 보호법」의 입법 취지였기 때문이다. 역사적 해석 역시 제59조 수범자를 개인정보처리자와 구분한다. 동법 제정에 앞장섰던 당시 행정안전부는 법 시행 직후 발간한 해설서에서 제59조 의무주체를 “개인정보처리자에게 소속되어 개인정보를 처리하고 있거나 처리한 적이 있는 잔·현직 임직원, 파견직, 수탁자 등이 해당된다.”고 설명했다.⁴⁹⁾ 마지막으로 순수한 문언적 의미에서는

48) 신동운, 형법총론 제9판(법문사, 2015), 16면.

양자가 동일할 수 있겠지만, 동일한 의미를 드러내기 위해 같은 법에서 서로 다른 표현방식을 사용하는 것은 통상적인 법률용어 사용에 비추어 볼 때 어색하다. 양자가 동일하지 않다는 문리적 해석 역시 가능한 대목이다. 요컨대 문리적 해석에서는 일도양단식의 접근이 곤란하되, 논리적·합목적적·역사적 해석에서는 양자의 구분이 타당하다. 따라서 양자를 별개의 개념으로 보는 게 조화로운 해석이다.

결국 제59조는 업무상 개인정보를 취득한 모든 자연인에게 적용된다. 물론 취득과 처리는 다른 개념이다. 취득을 곧바로 처리로 평가하여 ‘개인정보를 처리하거나 처리하였던 자’로 볼 수 있는지는 논증이 필요하다. 앞서 살펴본 대로 제59조상 수범자는 개인정보처리자가 아니어서 개인정보파일을 운용할 필요가 없다. 단지 개인정보를 제2조 제2호의 방법으로 처리하면 충분한데⁵⁰⁾, 제2조 제2호는 개인정보의 수집과 기록, 저장 등 다양한 행위를 처리라고 규정하고 있다.⁵¹⁾ 취득한 개인정보를 어딘가에 기록하거나 저장하기만 하면 처리자가 되는 것이다. 경우에 따라 업무상 알게 된 것(취득) 자체가 수집행위에 해당할 수 있다. 아주 예외적으로 업무상 알게 된 개인정보를 처리하지 않은 경우가 있을 수 있겠지만, 업무상 취득함으로써 처리자가 되는 구조를 일반화하는 데는 무리가 없어 보인다. 주변에서 흔히 목격할 수 있는 개인정보파일과 관련 없는 일회성 메모도 업무상 이루어진 것이라면, 메모 속 개인정보는 제59조의 보호객체다. 제59조로 인해 「개인정보 보호법」의 모호성과 광범위한 확장을 제한하고자 했던 개인정보처리자 개념은 의미가 퇴색한다.

V. 사회상규를 통한 처벌범위 축소

1. 사회상규의 역할 필요

식별 가능성 판단에서 정보사용자의 입장을 고려하지 않되 합법적인 접근만을 허

49) 행정안전부, 앞의 책, 353면.

50) 대법원 2016. 3. 10. 선고 2015도 8766판결.

51) “처리”란 개인정보의 수집, 생성, 연계, 연동, 기록, 저장, 보유, 가공, 편집, 검색, 출력, 정정(訂正), 복구, 이용, 제공, 공개, 파기(破棄), 그 밖에 이와 유사한 행위를 말한다.

용하고, 지나친 시간·비용 및 노력을 배제하면 물적 적용범위인 개인정보를 상당부분 축소시킬 수 있다. 하지만 그것만으로는 국가형벌권이 일상생활 영역에 과도하게 작용한다는 우려를 불식시킬 수 없다. 수범자의 혼란은 여전히 심각한 문제다.

「개인정보 보호법」 제59조와 그 위반의 벌칙규정(제71조, 제72조)은 오로지 형사처벌만을 염두에 뒀다. 업무상 개인정보를 처리한 사람이 동의나 권한 없이 이를 누설·제공하면 형사처벌 이외 다른 제재를 고려할 수 없게 규정하여 다양한 제재수단을 두고 있는 「개인정보 보호법」의 입법 취지를 살리지 못했다. 2017년 1월 기준 우리나라 자영업자는 547만 6,000명, 임금근로자는 1,926만 명이다. 총 인구 5,165만 1,211명 중 절반 가까이가 ‘업무’를 수행하고 있다.⁵²⁾ 업무상 개인정보를 처리하는 데는 대단한 권한이나 법적 근거가 필요 없다. 배달음식점이 주문을 받으면서 기록하는 전화번호와 주소가 개인정보다.⁵³⁾ 업무상 연락을 주고받는 용도로 사용되는 이메일 주소 역시 개인정보다.⁵⁴⁾ 전화번호, 이메일 같이 업무가 아닌 사교나 친분에 따라서도 빈번하게 주고받는 개인정보가 도처에 널려 있다. 당연히 업무를 하다 보면 부지불식간에 개인정보를 알게 된다. 2,500만 명의 일상이 국가형벌권의 감시 아래 놓일 수밖에 없는 까닭이다.⁵⁵⁾ 짐작컨대 사소하다는 이유로 형사문제로까지 시비되지 않는 경우가 상당할 것이다. 절대 바람직하지 않다. 이대로라면 일종의 암수범죄가 횡횡한다는 이야기 밖에 안 된다. 법에 대한 수용성과 신뢰 추락을 피할 수 없다. 적어도 일상 속 전형적인 행위 일부에 대해서는 처벌대상이 아니라고 확인해주는 해석이 필요하다. **일응** 「개인정보 보호법」 위반 구성요건에 해당하지만 처벌대상에서 제외되는 범주를 정형화해 주자는 것이다. 형사처벌 대상에서 제외할 일상생활 속 행위를 논의하자는 화두는, 과연 그러한 행위가 실제 형사처벌 대상이 되거나 될 우려를 겪는지 의문을 가져온다. 논의의 실익이 있느냐는 문제인데 살펴볼 필요가 있다.

52) 통계는 http://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=101&tblId=DT_1DA7010&vw_cd=&list_id (2017.2.27. 마지막 방문)

53) 개인정보보호위원회 2012. 1. 30. 「배달음식점 개인정보 보유관련 법령 해석」 의결.

54) 행정안전부·한국인터넷진흥원, 개인정보보호법 상담사례집(2012.2), 14면.

55) 업무를 지나치게 일반화하면 안 되고 개인정보 처리와 관련된 업무로 국한해야 한다는 반론이 있을 수 있다. 의미 있는 지적이다. 다만, 여기서는 대법원 2105도 8766 판결이 제59조 제2호 수범자를 정의함에 있어 업무의 내용에 제약을 두지 않았다는 점을 참고하였음을 밝힌다.

범죄가 성립하기 위해서는 구성요건해당성과 위법성, 책임을 모두 갖춰야 한다. 하지만 일반인 입장에서 위법성과 책임은 소극적으로 범죄를 조각시켜주는 역할에 머물 뿐이어서 구성요건에 해당하면 죄가 된다는 생각이 지배적이다. 구성요건에 해당하는지는 사안의 경중을 묻지 않는다. 10원을 훔쳐도 절도죄 구성요건에 해당하고, 음박으로 막대사탕을 빼앗아 먹어도 공갈죄의 구성요건에 해당한다. 구성요건 해당성에 대해서는 문언에 충실한 해석을 해야 한다는 주장이 얼마든지 가능한 대목이다. 구성요건에 해당한다는 사실이 가져오는 파급력은 상당하다. 고소, 고발이 얼마든지 가능하기 때문이다. 불기소처분이나 무죄판결을 받더라도 피의자·피고인이 되었다는 사실이 가져오는 중압감을 견뎌 내는 시간은 공통일 수밖에 없다. 구성요건 해당성이 의문인 「개인정보 보호법」 위반 고소·고발조차 종종 일어나는 점⁵⁶⁾을 떠올리면, 사소하거나 일상적인 행위라도 「개인정보 보호법」 위반 구성요건에 해당하면 언제든지 국가형벌권의 과잉이 문제될 수 있는 생각이 설득력을 갖는다. 구성요건 해당성 이후 단계를 살펴보고 미리 불가벌 행위를 정형화해둘 필요가 있는 이유다.

형법 조문은 단순하다. 아무리 복잡한 법리를 담고 있어도 결국은 ‘~(금지행위)을 한 자는 ~(형벌)에 처한다’는 구조다. 이유는 간단하다. 수범자가 조문을 통해 무엇이 허용되고 금지되는지를 이해할 수 있어야 하기 때문이다. 조문이 아닌 법 해석으로 수범자에게 불가벌적인 행위를 확인해주자는 주장이 불편하게 들리는 이유다. 하지만 현실에 존재하는 법은 때때로 이상과 거리가 멀다. 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률(이하 ‘청탁금지법’)」이 대표적이다. 청탁금지법은 제5조(부정청탁의 금지) 제2항 제7호, 제8조(금품등의 수수 금지) 제3항 제8호에서 ‘사회상규’라는 용어를 사용했다. 금지대상 행위라도 사회상규에 위배되지 않으면 부정청탁·금품수수가 아니라고 했다. 하지만 청탁금지법이 조문에서 언급하지 않았더라도 모든 형벌법규는 사회상규에 해당하는 행위를 처벌할 수 없다. 형법 제20조가 사회상규 해당을 불가벌 사유로 삼았기 때문이다. 그래서 청탁금지법상 사회상규의 법

56) (舊)새누리당은 대통령 탄핵에 찬성, 반대하는 의원 명단을 작성하여 유포한 000 의원을 「개인정보 보호법」 위반으로 고소(2016.12.2.)하면서, 해당 명단에 국회의원 전화번호를 추가한 성명불상자까지 같은 혐의로 수사해달라는 내용을 포함시켰다. 그런데 언론보도에 따르면 그 성명불상자는 평범한 공대생으로 인터넷을 통해 국회의원의 전화번호를 알아낸 것이다(안상현, “새누리당 핸드폰 유출 문건은 공대생 작품…탄핵 찬성표 끌어내려 만들어”, 조선일보, 2016.12.1). 보도가 사실이라면 성명불상자의 경우 「개인정보 보호법」 위반 구성요건에 해당하지 않음이 분명하다.

적 성질 혹은 기능이 무엇인지를 대답하기가 쉽지 않다. 위법성조각사유라고 보기가 어색하다. 형법 제20조를 되풀이한 이유가 석연찮기 때문이다. 구성요건을 설명하는 조문에 위치한 탓에 구성요건해당성배제원리, 소위 사회적 상당성이라고 생각해볼 수도 있다. 하지만 우리 형법체계에서는 생경한 해석이다. 사회적 상당성은 사회상규 규정이 존재하지 않는 독일 형법에서 등장한 개념이다.⁵⁷⁾

생각건대 청탁금지법의 사회상규는 법 적용에 있어 형법 제20조 사회상규를 적극 고려해야 한다는 선언적 의미로 이해하는 것이 가장 자연스럽다. 이유는 다음과 같다. 첫째, 전형적인 불확정 개념인 사회상규가 구성요건요소일 수 없다. 구성요건은 다른 범죄와 구별되는 정형적인 행위내용을 명백히 해줘야 한다. 사회상규가 보충적인 개념으로 쓰였다고 하더라도 구성요건을 설명하는 요소라고 보는 순간, 구성요건의 징표기능⁵⁸⁾이 현저히 손상된다. 사회상규가 구성요건의 해석기준으로 사용되면 구성요건이 개방적 개념으로 변질될 것이다.⁵⁹⁾ 둘째, 구성요건은 형법상 개념이고 사회상규는 법질서 전체를 배경으로 한다. 법질서 전체의 고려는 위법성 단계에서 이루어진다. 형법상 개념인 구성요건에서 법질서 전체를 고려하자는 것은 모순이다. 부분이 전체를 포함할 수는 없다.⁶⁰⁾ 셋째, 헌법재판소는 청탁금지법상 사회상규를 형법 제20조와 동일한 의미라고 했다.⁶¹⁾ 동일한 의미가 구성요건과 위법성 각각의 단계에서 중복하여 효과를 가져 올 수 없다. 법체계에도 맞지 않다. 위법성조각사유 중에서도 보충적 지위를 가지는 사회상규가 위법성에 앞선 단계인 구성요건에 등장하기 때문이다. 더군다나 사회상규 개념은 세계사적으로 유사한 입법례를 찾기 힘들다.⁶²⁾ 구성요건으로

57) 김성돈, 형법총론 제4판(성균관대학교 출판부, 2015), 354면.

58) 이는 위법행위의 정형을 의미하는 협의의 구성요건이 가지는 기능이다. 협의의 구성요건이 위법성 판단의 추론근거를 제시하는 기능을 구성요건의 징표기능이라 한다.; 신동운, 앞의 책, 101면.

59) 김성돈, “한국 형법의 사회상규조항의 기능과 형법학의 과제”, 성균관법학, 제24권 제4호(성균관대학교 법학연구소, 2012.12), 272면.

60) “법질서의 일부(즉 형법)에서 내려진 가치판단의 결과를 담고 있는 구성요건이 법질서의 전체의 관점에서 내려진 부정적 가치판단을 의미하는 위법성을 그 자체 안에 포함한다는 말은 논리적으로 모순이다(부분은 전체를 포함할 수 없기 때문이다).”; 김성돈, 앞의 책, 191면.

61) “‘사회상규’라는 개념도 형법 제20조에서 사용되고 있으며, 대법원이 그 의미에 관해 일관되게 판시해 오고 있으므로, 부정청탁금지조항의 사회상규도 이와 달리 해석할 아무런 이유가 없다.”; 헌법재판소 2016. 7. 28. 자 2015헌마236, 412·662·673(병합) 결정.

62) 김성돈, 앞의 논문, 247면.

까지 끌어와 죄형법정주의를 위태롭게 해선 안 된다.⁶³⁾

「개인정보 보호법」과 청탁금지법은 일종의 상징입법이다. 법이 가져오는 수범자의 혼란, 법규범의 논란과 관계없이 법이 제정되었다는 사실만으로 대중들로 하여금 법질서와 국가기관에 신뢰를 갖게 한다.⁶⁴⁾ 두 법이 가지는 공통점은 「개인정보 보호법」에서도 청탁금지법에서처럼 사회상규를 적극적으로 고려해야 한다는 결론을 가능하게 해준다. 두 법은 성격은 물론 가벌성의 불명확성이라는 혼란, 국가형벌권이 일상생활에 과도하게 작용한다는 우려가 유사하다. 문제와 원인이 비슷하면 해결책도 유사할 수밖에 없다. 물론 사회상규를 적극적으로 고려하는 청탁금지법의 접근이 충분한 해결책은 아니다. 하지만 사회상규를 고려하지 않는 것보다는 법의 부작용을 줄일 수 있는 만큼, 「개인정보 보호법」에서도 형법 제20조 사회상규를 적극적으로 고려하여 일정한 불가벌 영역을 수범자에게 확인해줘야 한다.

2. 사회상규 의미

사회상규 용어는 이미 1915년부터 가인 김병로 선생이 사용했다.⁶⁵⁾ 형법제정 과정에서 그 의미와 취지가 다뤄졌다.⁶⁶⁾ 대법원은 1956년 처음 사회상규 개념을 다룬 이래⁶⁷⁾ 몇 차례 새로운 설명을 했다. 최근 유형은 크게 세 가지다. ① 사회통념,

63) 같은 맥락에서 대법원이 배임중재죄(형법 제357조 제1항)의 구성요건인 부정청탁을 해석하는데 사회상규를 활용(대법원 2005.6.9. 선고 2005도1732 판결 등)하는 것은 죄형법정주의의 엄격성을 훼손한다.

64) 상징입법의 특징에 관해서는 조성용, “형사입법의 상징적 기능에 대한 비판적 고찰”, 형사정책연구, 제53호(형사정책연구원, 2003.3), 190면 참고.

65) 가인 김병로 선생은 법률잡지 「법학계」 제3호(1915.12) “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함” 글을 통해 사회적 반(反)상규성이 있을 때 위법의 특별성(실질적 위법성)이 인정된다고 했다. 그에 따르면 사회상규란 공(公)의 질서와 선량한 풍속, 즉 공서양속이다; 신동운, “형법 제20조 사회상규 규정의 성립경위”, 서울대학교 법학, 제47권 제2호(서울대학교 법학연구소, 2006.6), 195면.

66) 효당 엄상섭 의원은 제16회 국회임시회의(1953.7.2)에서 분묘발굴죄 논의에서 다음과 같이 사회상규를 설명했다. “사회상규라고 하는 것은 무엇이나 하면 그 시대와 그 지역의 여러 가지 관습과 모든 것을 합해가지고 사회상규를 결정할 것입니다.…형법보다 현실적 자연법이론이라고 하는 것이 그보다 위에 가는 한 원리가 있어서 이것이 형법총칙에 설명이 되어 있는 것입니다.”; 신동운 편저, 형법 제·개정 자료집(한국형사정책연구원, 2009.12), 264면.

67) 대법원 1956. 4. 6. 선고, 4289형상42 판결.

판례 같은 ‘포괄적인 기준으로 환원’하여 설명하거나, ② 목적과 정당성, 수단의 사회적 상당성, 균형성, 보충성, 긴급성 이렇게 다섯 가지 세부기준을 사용한다. ③ 별다른 설명 없이 사회상규에 반하지 않는다고 판단하는 경우도 있다. ②는 주로 사회상규를 부정하기 위해 사용된다.⁶⁸⁾ ③은 동어반복이라 기준이라고 할 수 없다. 따라서 사회상규에 위배되지 않는 경우를 정형화하기 위해서는 ①과 같이 포괄적인 기준을 설명한 판례를 참고해야 한다. 사회상규 적용 판결이 많은 공직선거법 위반사건에서의 법원 판단을 참고할 필요가 있다. 공직선거법 판례에서는 다음과 같이 두 가지 유형의 사회상규 설명을 주로 사용했다.⁶⁹⁾

“법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위⁷⁰⁾” / “지극히 정상적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회질서의 범위 안에 있는 것이라고 볼 수 있는 경우에는 일종의 의례적이거나 직무상의 행위⁷¹⁾”

사회상규가 전형적인 불확정개념일지라도 일부 최소한의 불가벌적 행위를 정형화하기 위해 사용하는 데는 문제가 없어 보인다. 반세기 이상 논의되고 축적돼온 개념이다. 헌법재판소 역시 사회상규는 법관의 보충적 해석으로 충분히 그 의미내용을 확인할 수 있다고 판단했다.⁷²⁾ 다만, 이견을 최대한 좁히고 자의적인 해석이라는 비판을 받지 않게, 불가벌 행위의 범위를 협소하게 확인해줘야 한다.

68) 판례상 사회상규 유형에 관해서는 김성돈, 앞의 논문, 257-258면 참고.

69) 박철·최유나, “공직선거법상 ‘사회상규에 위배되지 않는 행위’의 개념과 적용”, 선거연구, 제2호(중앙선거관리위원회, 2011.12), 356면, 369면.

70) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도2680 판결. 같은 개념 정의를 처음 내린 판결은 대법원 2000. 4. 25. 선고 98도2389 판결.

71) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도2245 판결.

72) “‘사회상규’라는 용어는 부정청탁금지조항의 입법배경 및 입법취지와 관련 조항 등을 고려한 법관의 보충적 해석으로 충분히 그 의미내용을 확인할 수 있으므로, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 보기 어렵다.”; 헌법재판소 2016. 7. 28. 자 2015헌마236, 412·662·673(병합) 결정.

3. 적용 대상 검토

가. 전제요건

최근 대법원 2016. 8. 17. 선고 2014다235080 판결을 주목해야 한다. 판례의 사실관계는 피고(영리회사)가 법학 교수의 프로필 정보를 수집하여 영리목적으로 제3자에 제공했다는 것이다. 프로필 정보는 대학 홈페이지에 공개된 정보였다. 피고의 행위가 위법하지 않다고 판단하면서 대법원은 다음과 같은 논거를 제시했다.⁷³⁾ 참고로 대상행위가 「개인정보 보호법」 시행(2011. 9. 30) 전후에 이루어진 탓에 대법원 역시 시행 전후에 따라 법리를 달리 적용했다.⁷⁴⁾

① (「개인정보 보호법」 시행 이전 법리) 정보주체 의사에 따라 공개된 개인정보를 별도 동의 없이 영리목적으로 수집·제공하였다면, 단지 정보처리자에게 영리 목적이 있었다는 사정만으로 곧바로 정보처리 행위를 위법하다고 할 수는 없다. 개인정보 처리로 침해될 수 있는 이익의 성질과 내용, 정보처리 행위로 얻을 수 있는 이익 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 비교형량 해야 한다. ② (「개인정보 보호법」 시행 이후 법리) 개인정보 보호법은 개인정보의 수집·이용·제3자 제공에 원칙적으로 정보주체의 동의를 요구하고 공개정보와 비공개정보를 달리 규율하지 않는다. 객관적으로 보아 공개된 개인정보를 정보주체가 동의한 범위 내에서 처리하는 것으로 평가할 수 있는 경우에도 (사용·제공)동의 범위가 외부에 표시되지 않았다는 이유로 정보주체의 별도 동의를 요구하는 것은 정보주체의 공개의사에도 부합하지 않고, 무의미한 동의절차를 밟기 위한 비용만을 부담시킨다. 공개정보에 대한 개인정보자기결정권은 사후통제⁷⁵⁾로도 보호받는다.

73) 이하는 판례이유를 요약, 정리한 내용.

74) 대상판결의 원심(서울중앙지방법원 2014. 11. 4. 선고 2013나49885 판결) 역시 「개인정보 보호법」 이전에는 민간부문 개인정보 보호에 관한 법리는 전적으로 학설과 판례에 맡겨져 있었다고 설명했다. 같은 맥락에서 “개인정보 보호법 시행 전 정보주체의 동의 없이 개인정보를 공개하는 행위의 적법성 판단 기준에 관한 대법원 판례”라는 소제목으로 해당 법리를 소개하기도 했다.

75) 공개된 개인정보 등을 수집·처리하는 경우 개인정보 보호법 제20조는 정보주체의 요구가 있으면 즉시 개인정보의 수집 출처, 개인정보의 처리 목적, 제37조에 따른 개인정보 처리의 정지를 요구할 권리가 있다는 사실을 정보주체에게 알리도록 규정하고 있다.

③ (「개인정보 보호법」 시행 이전법리에 따른 대상사건 판단) 교수는 공적 존재이고 그 직무 수행은 국민들의 광범위한 감시와 비판의 대상이 된다. 프로필 정보는 민감 정보나 고유식별정보가 아니다. 공개된 개인정보에 대해서는 이를 수집할 수 있는 ‘알 권리’가 인정되고, ‘알 권리’를 기반으로 하는 표현의 자유도 보호되어야 한다. 사인이 영리추구를 위하여 개인정보를 활용하는 것도 영업의 자유에 의하여 당연히 보장되는 영리활동에 해당한다. 정보주체의 공적인 존재로서의 지위, 대상정보가 가지는 공공성과 공익성 등을 종합하면 개인정보의 제3자 제공으로 인한 법적 이익이 정보주체의 인격적 법익에 비하여 우월하다. ④ (「개인정보보호법」 시행 이후 법리에 따른 대상사건 판단) 피고가 제3자에게 제공한 개인정보의 내용이 정보주체(교수)가 원래 공개한 내용과 다르지 않고, 제3자 제공 목적 역시 원래의 제공 목적과 상당한 관련성이 있다. 이를 종합하면 피고의 행위는 정보주체의 동의가 있었다고 객관적으로 인정되는 범위에 해당하여 개인정보보호법 제15조나 제17조를 위반했다고 볼 수 없다.

대법원이 위법성이 없다고 판단하면서 가장 중요한 출발점으로 삼은 것은 공개정보라는 사실이다. 「개인정보 보호법」 시행 전후 법리를 달리하긴 했지만 공개정보가 아니었다면 어느 기준도 만족시킬 수 없었음이 분명하다. 사회상규 고려에서 개인정보의 공개여부가 중요한 판단요소임을 시사해준다. 물론 대상판결은 「개인정보 보호법」 위반이 아니기 위한 요건으로 공개성만을 요구하지는 않았다. 객관적으로 볼 때 정보주체의 동의 범위에 있는 사용일 것을 요구했다. 그렇다면 “공개정보 사용이 「개인정보 보호법」 위반으로 처벌받지 않으려면 반드시 동의가 있었다고 인정(추정)되어야 한다.”는 명제로 이어지는지를 살펴봐야 한다. 적어도 형사법적 관점에서는 이에 동의할 수 없다. ‘동의가 존재한다고 객관적으로 인정할 수 있는지’의 문제는 형법상 추정적 승낙과 구조가 유사하다.⁷⁶⁾ 양자는 명문으로 존재하는 적법 요건에 착안한 논의다. 「개인정보 보호법」이 정보주체의 동의가 있으면 얼마든지 개인정보를 처리할 수 있게 허용했듯, 형법 제24조 역시 피해자의 승낙이 있으면

76) 개인정보는 개인적 처분권의 객체이다. 범죄행위가 피해자의 의사에 반할 것을 본질적인 내용으로 하는 경우에는, 피해자의 동의를 구성요건해당성을 배제하는 양해로 볼 수도 있는 이유다. 하지만 양해는 현실적으로 존재해야 한다. 양해가 현실적으로 존재하지 않는다면 ‘추정적 양해’를 인정해 구성요건해당성을 배제하기 보다는, 추정적 승낙으로 위법성을 조각한다고 평가해야 한다.; 김성돈, 앞의 책, 325면, 328-329면.

처벌대상이 아니라고 확인해준다.⁷⁷⁾ 추정적 승낙은 피해자의 승낙을 대체하여 형법 제24조를 준용할 수 있게 해준다.⁷⁸⁾ 추정적 승낙이 없다고 해서 형법 제20조상 사회상규가 적용될 수 없는 것은 아니다. 마찬가지로 정보주체의 동의가 인정(추정)되지 않는다고 해서 사회상규에 따른 위법성조각이 불가능한 것은 아니다. 따라서 대상판결이 가지는 형사법적 의의는 제3자가 공개된 개인정보를 자유로이 사용하는데 대해서는 형사처벌에 신중을 기해야 한다는 고민을 가져온 정도로 보아야 한다.

그런데 공개정보에 대해서는 다소 완화된 기준이나 시각이 가능한 이유는 무엇일까. 현대 사회는 정보를 유통시킴으로써 정보가 가지는 사회적 효용을 높여나가기를 요구하고 있기 때문이다.⁷⁹⁾ 공적 성격을 가진 정보에 대해서는 특정인의 독점이 아닌 자유로운 유통을 보장해야 한다는 이른바 정보의 자유 역시 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 개인정보자기결정권이 가지는 통제적인 성격에만 주목할 경우 자칫 개인정보를 공유하려고 하는 자의 자유를 제한할 수 있다.⁸⁰⁾ 게다가 정보주체가 스스로에 관한 정보라는 이유로 그 모든 유통을 통제하고 지배할 수 있다고 보면 신체적·재산적 법익이 아닌 여타 인격적 법익을 보호하는 초상권이나 명예훼손 등이 가지는 의미를 형해화 시킬 수도 있다.⁸¹⁾ 개인정보자기결정권이 인격과 관련된 다수의 권리를 포섭한다는 결론이 가능해지기 때문이다. 공개정보에 대해서는 통제가 아닌 올바른 유통과 이용에 방점을 두어야 한다는 시각은 해외 사례에서도 확인할 수 있다. 호주, 캐나다, 싱가포르, 인도, 벨기에처럼 일반적으로 공개된 정보에 대해서는 개인정보 보호를 위한 법률 적용을 배제하도록 명시하고 있는 나라가 있다.⁸²⁾

77) 형법 제24조(피해자의 승낙) 처벌할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 법익을 훼손한 행위는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다.; 여기서 대상이 되는 법익은 개인적 법익에 국한된다.;

78) 우리 학계에서는 추정적 승낙의 법적 근거나 성질이 무엇인지에 대해 여러 견해가 있다. 이는 독일에서 추정적 승낙을 두고 논의되는 여러 견해들이 영향을 미친 것으로 보인다. 그러나 독일은 우리와 같이 피해자의 승낙에 대한 조문을 두지 않았고 사회상규 조문을 두지도 않았다. 따라서 우리의 경우 추정적 승낙은 형법 제20조와 제24조 중 어느 조항의 문제로 보아야 할지로 쟁점이 정리되어야 한다. 특별법 우선의 원칙으로 인해 형법 제24조의 준용 문제로 보는 게 타당하다.; 신동운, 앞의 책, 339-340면.

79) 권영준, 앞의 논문, 690면.

80) 권영준, 앞의 논문, 692면.

81) 박경신, “독일개인정보보호법: 일반적으로 공개된 정보에도 잊혀질 권리가 적용되는가?”, 강원법학, 제49권(강원대학교 비교법학연구소, 2016.10), 105면.

82) 박경신, 앞의 논문, 113면.

일본의 경우 2015년 「개인정보 보호에 관한 법률(個人情報の保護に関する法律)」 개정을 통해 제1조에 “개인정보의 유용성을 배려하면서“ 라는 문구를 삽입하였는데, 이는 개인정보가 보호의 대상이자 이용의 대상임을 보여주고 있다.⁸³⁾

다만, 개인정보는 공개와 비공개라는 양자택일의 상태가 아니라는 점에 유의해야 한다. 공개정보부터 비공개정보까지 연속적으로 존재한다. 대법원 2014다235080 판결 대상과 같이 명백한 공개정보라면 사회상규 고려에 별다른 어려움이 없을 것이다. 문제는 공개와 비공개의 연속선상에 존재하는 경우다. 이하에서는 일상생활에서 제한적이거나 공개정보의 성격을 가지는데⁸⁴⁾, 쉽게 주고받는 경우가 생기는 ① 전화번호, ② 이메일 주소, ③ 집·사무실 주소를 검토해본다.

나. 사회상규에 따른 전화번호, 이메일, 주소의 사용

전화번호·이메일·주소는 다른 정보와 쉽게 결합하여 개인을 식별해준다. 사용자가 속한 직장이나 학교를 알면 전화번호·이메일로 개인을 특정할 수 있다. 해당 집단에 속한 아무에게나 물어보면 된다. 주소를 알면 해당 주소지의 우편함을 살펴보면 된다. 우편함에는 거주자 앞으로 된 수많은 고지서와 안내문이 있다. 등기부를 열람하면 제한적이거나 일정한 등기명의자 정보도 알 수 있다. 이들 정보는 「개인정보 보호법」이 적용되는 영역에 존재함이 분명하다. 한편, 전화번호·이메일·주소는 공개정보와 비공개정보의 연속선상에서 ‘공개정보에 가까운 성격’을 지니고 있다. 이를 논증하는데 있어서는 전화번호·이메일·주소가 개인과 공동체를 연결시켜 주는 정보라는 점에 주목해야 한다. 개인의 전화번호와 이메일은 정보주체 스스로가 타인과 소통하기 위해 생성한 정보로, 주된 목적이 공동체와의 교류다. 전화번호와 이메일을 변경한 사람은 대부분 바뀐 정보를 주변에 알려준다. 전화번호와 이메일이 공개를 전제로 정보주체인 특정 개인을 일정한 공동체 속에 연결시켜주고, 그 안에서 사회적 존재로 자리매김하게 해주고 있음을 방증한다. 주소의 경우에는 타인과의 교류만을 주된 목적으로 하는 정보는 아니다. 오히려 국가행정의 효율이 그

83) 권영준, 앞의 논문, 691면.

84) 공개와 유통을 목적으로 만든 명함에는 보통 이름과 전화번호, 이메일, 사무실 주소가 기재된다. 이에 대해서는 아래서 자세히 살펴보기로 한다.

앞에 있을 수도 있다. 정보주체로서는 필요한 경우 이외에는 공개를 바라지 않는 정보라고 볼 수도 있는 대목이다. 하지만 공동체 생활을 영위하는 이상 누구나 수도 없이 타인으로부터 주소의 공개를 요구받고, 이를 당연히 여기며 기꺼이 공개한다. 직장, 학교 같이 정보주체가 공식적으로 속해있는 공동체에서만 요구하는 것이 아니다. 처음 만나는 사이에서도 몇 마디 나누다 보면 으레 집은 어디인지(정확한 주소까지 묻지는 않겠지만), 가족관계는 어떻게 되는지 문답이 오고간다. 웬만해서는 어디 사느냐는 질문이 실례가 되지 않는다. 주소가 어느 정도 공개를 전제로 하는 정보라는데 사회적 공감대가 형성되었기 때문이다. 이상을 종합하면 전화번호·이메일·주소는 개인을 식별케 하는 정보이자 일반적으로 비공개 보다는 공개정보에 가까운 성격을 지니고 있는 정보임을 알 수 있다.

타인의 전화번호·이메일·주소를 자유롭게 유통시키고 이용할 수 있느냐는 질문에 답하기 위해서는 두 가지 측면의 확인이 필요하다. 공개정보에 가깝다고 해서 정보주체 의사와 관계없이 유통시킬 수 있는지, 만약 유통이 가능하다면 그 요건은 무엇인지다. 전자를 설명하지 않은 채 후자를 들여다볼 수는 없다. 먼저 전자를 살펴보기로 한다. 문명사회에 진입하기 이전부터 인류는 군집생활을 해왔다. 문명사를 획기적으로 뒤바꾼 말과 글자, 인쇄술의 시작은 공동체 생활에서 정보의 유통이 가지는 효용을 깨달은 인류가 이룩한 성취다. 타인에 대해 알고 싶고, 이를 바탕으로 연대와 소통을 하려는 욕구는 인간의 본성이자 인류를 발전시켜 온 원동력이었다. 인류가 공동체 생활을 영위하는 이상 전화번호·이메일·주소같이 공동체 구성원 간 소통과 교류에 도움을 주는 정보는 통제보다는 이용과 유통이 가지는 사회적 효용에 더 방점을 두어야 한다. 경우에 따라 정보주체 의사와 관계없이 자유로운 유통을 허용하는 것이 필요하고, 또 바람직하다.

다음으로 자유로운 유통이 가능한 경우가 언제인지를 살펴본다. 생각건대 다음의 몇 가지 요건을 갖추면 업무상 알게 된 전화번호·이메일·주소(이하 ‘대상정보’)를 타인에게 알려주더라도 사회상규에 따른 행위라고 평가해야 한다. 첫째, 1차 수집 과정에서 대상정보가 전적으로 업무상의 목적만을 가지고 있어서는 안 된다. 사교의 목적도 함께 가지고 있었어야 한다. 범죄 신고자가 경찰관과 업무 외적인 목적으로 연락하고 싶을 리 없다. 보험설계사와 사적인 연락을 하고 싶은 고객도 없다. 배

달음식점에서 주문 말고 다른 이야기를 꺼낸다면 불쾌하다. 반면 학생과 교사, 교수 간의 관계는 다르다. 거래처 직원 사이 관계, 직장 동료와의 관계도 마찬가지다. 분명 업무 때문에 타인의 개인정보를 알게 됐을 것이다. 하지만 업무와 관계없이 대상 정보를 사용한다고 해서, 즉 사교의 목적으로 연락하거나 방문한다 해서 정보주체가 당황하지 않는다. 사교의 목적을 요구하는 이유는 앞서 살펴본 것처럼 대상정보가 본래 공개정보에 가까운 성격을 지니지만, 그렇다고 해서 그것이 고정불변의 성질은 아니기 때문이다. 정보주체의 명시적 의사에 따라 완전한 공개정보가 될 수도 있고 반대로 비공개정보가 될 수도 있다. 만약 대상정보를 주고받는데 사교의 목적이 함께 있었다면, 대상정보가 가지는 공개정보로서의 성격을 강화시켜주거나 적어도 약화시키지는 않겠다는 정보주체의 내심이 있었다고 볼 수 있다. 완전한 공개정보는 아니라도 대상정보가 가지는 공개정보에 가까운 성격이 훼손되지 않았다면, 대상정보는 사회상규 논의 대상에 포함될 수 있다. 공개정보에 가깝다는 성격을 확인해 주는 게 바로 사교의 목적이다.

둘째, 재산상 손해, 법적 불이익, 해악이나 공포 등 정보주체에 불리한 결과가 초래돼선 안 된다. 「개인정보 보호법」의 취지는 통제받지 않는 개인정보 유통이 정보주체의 권리를 침해하지 않게 하는 것이다. 사생활의 평온을 비롯한 정보주체의 권리가 침해됐다면 사회상규에 해당할 수 없다. 다만 불쾌감과 같이 지극히 주관적인 요소는 배제하고, 대신 사후통제로 보호하는 게 바람직하다. 정보주체의 내심이 형벌을 좌우해선 안 되기 때문이다. 지나치게 추상적인 권리도 마찬가지다.

셋째, 사회적 비난가능성이 없어야 한다. 헌법재판소 2015. 2. 26. 자 2009헌마17 결정(간통죄 위헌소원)에서 일부 재판관의 반대의견은 다음과 같았다. “사회적으로 비난가능성이 없는 간통행위는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로 볼 여지가 있다.” 이는 사회적 비난가능성이 사회상규의 판단요소 중 하나임을 지지해준다. 만약 고등학교 담임교사가 특정 대학에 담당 학생들의 수능성적과 연락처를 알려주고, 이를 바탕으로 대학이 학생들에게 대입 홍보를 한다면 부정적인 사회적 평가가 뒤따를 것이다. 교사가 학생이 아닌 대학을 위해 입시지도 하는 게 아니냐는 비난이다. 이렇게 사회적 비난가능성이 있는 행위는 사회통념에 비추어 용인될 수도, 사회질서의 범위 안에 있을 수도 없어 사회상규에서 배제되어야 한다. 여기서 확인해야

하는 점은 관행이라고 일컫는 일상생활에서 빈번히 일어나는 행위가 가지는 사회적 비난가능성이다. 관행과 사회적 비난가능성의 상관관계 문제다. 분명 관행이라면 사회적 비난가능성이 없거나 낮은 게 일반적일 것이다. 실제로도 관행을 이유로 사회상규를 주장하는 경우가 빈번하다.⁸⁵⁾ 하지만 관행과 사회적 비난가능성은 논리필연적인 관계가 없다. 예컨대 관행이었다는 이유로 사회적 비난가능성을 더 크게 본 판결도 있다.⁸⁶⁾ 사회적 비난가능성을 사회상규와 동일하게 생각하는 잘못을 범해서도 안 된다. 사회적 비난가능성이 없다고 해서 곧바로 사회상규에 해당하는 것은 아니다. 사회적 비난가능성은 일반인이 가지는 일종의 법 감정이다. 법 감정이 법적 평가와 일치하는 것은 아니다. 예컨대 대중의 법 감정상 가해자가 아닌 피해자에게 사회적 비난이 향하는 경우에도 법원은 사회상규를 인정하지 않을 수 있다.⁸⁷⁾ 사회적 비난가능성이 없거나 적다는 사실은 사회상규에 해당하기 위한 필요조건이지 충분조건이 아니다.

업무상 알게 된 타인의 전화번호·이메일·주소라도 이상의 세 가지 요건을 갖추었다면, 정보주체의 동의 없이 이루어지는 일상생활에서의 악의 없는 전달이 허락되어야 한다. 「개인정보 보호법」이 타인과 소통하고자 하는 인간의 욕구를 억압하고 국민의 일상생활을 감시하는 법이어선 안 된다.

85) 대법원 1983. 11. 22. 선고 83도2224 판결은 세관에서 수년간 관행적으로 취급해온 대로 원래 세율보다 낮은 세율로 물품수입 신고를 하였다면 사회상규에 반하지 않는 행위라고 판시했다. 반면 대법원 1992. 4. 24. 선고 91도1609 판결은 공시지가를 기준으로 매매가격을 신고하는 관행에 따랐다 할지라도 이는 법에 어긋나는 관행이라 할 것이므로 사회상규에 위배된다고 판단했다.

86) 대전지방법원 홍성지원 2010. 2. 24. 선고 2009고단850, 852, 857(병합) 판결은 군청 공무원들이 특정 업체와 공모하여 국고금을 편취한 사안에서 군청 전체의 거의 모든 부서에서 관행적으로 이루어진 행위여서 그 비난성이 더욱 크다고 판단했다.

87) 대구고등법원은 2016. 12. 19. 여동생을 집단 성폭행한 10대 남자 둘을 폭행한 친오빠에게 “자력구제는 똑같은 폭력이며, 아무리 화가 나도 폭력으로 응징하면 자신에게도 처벌이 돌아온다는 것을 명심해야 한다.”면서 선고유예 판결을 내렸다. ; 김영준, “法, 여동생 집단 성폭행한 10대 소년들 보복 폭행한 20대 오빠에 선처”, 서울경제(2016.12.19).

VI. 결 론

개인정보 보호는 당위의 문제다. 세계적인 흐름이다. 다만, 개인정보를 두텁게 보호하기 위해서는 형벌만이 능사가 아니다. 개인정보침해는 본래 평범한 시민이 아닌 정부나 시장권력에 의해 자행됐다. 권력을 통제하는 데는 징계나 행정처분, 손해 배상책임도 충분히 효과적일 수 있다. 국가형벌권이 시민의 일상생활로 확장되는 것을 경계한다고 해서 개인정보 보호에 부족함이 생기진 않는다. 사람들이 두려워하는 것은 정치권력과 자본으로부터의 감시, 범죄에서의 개인정보 사용이다. 모든 사람이 가지고 있는 타인과의 소통 욕구와 권리를 지나치게 억압해선 안 된다.

「개인정보 보호법」은 나름대로 형벌의 보장적 기능을 확보하기 위한 장치를 뒀다. 개인정보, 개인정보처리자, 개인정보파일 개념이 그것이다. 특히 개인정보 판단 기준인 ‘식별 가능성’이 의미 있다. 합법적인 결합만을 인정하면 조문의 명확성이 높아진다. 하지만 법 제59조는 업무를 수행하는 모든 사람을 잠재적 범죄자로 내몰았다. 업무는 타인과의 교류를 전제할 수밖에 없는데, 교류 과정에서 전화번호 같은 개인정보를 주고받는 일이 비일비재하기 때문이다.

청탁금지법이 올바른 입법이었는지는 별론으로 하고, 범죄구성요건에 사회상규를 명문으로 기재한 청탁금지법에 착안하여 과잉형벌을 막아야 한다. 적어도 일상 생활에서 빈번한 행위, 즉 전화번호·이메일·주소의 주고받음이 사회상규에 해당하는지를 분명히 해줄 필요가 있다. 다음의 세 가지 요건을 충족하면 사회상규에 해당한다고 봐야한다. 1차 수집단계에서 대상정보가 업무뿐만 아니라 사교의 목적도 함께 가지고 있었어야 한다. 정보주체의 권리를 침해하거나 불리한 결과를 초래해선 안 된다. 사회적 비난가능성이 없어야 한다. 모쪼록 「개인정보 보호법」이 국민의 일상을 감시하고 관여하는 법이 되어서는 안 된다.

참고문헌

- 국무조정실 등, 『개인정보 비식별 조치 가이드라인』, 2016.
- 권건보, “개인정보보호의 헌법적 기초와 과제”, 저스티스, 제144호, 한국법학원, 2014.
- 권영준, “개인정보 자기결정권과 동의 제도에 대한 고찰”, 법학논총, 제36권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2016.
- 김민호, “개인정보처리자에 관한 연구”, 성균관법학, 제26권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2014.
- 김성돈, 『형법총론 제4판』, 성균관대학교 출판부, 2015.
- _____, “한국 형법의 사회상규조향의 기능과 형법학의 과제”, 성균관법학, 제24권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2012.
- 김현경, “개인정보 법체계 정합성 확보를 위한 소고”, 성균관법학, 제28권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2016.
- 문재완, “유럽연합 개인정보보호법의 특징과 최근 발전”, 외법논집, 제40권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2016.
- 박경신, “독일개인정보보호법: 일반적으로 공개된 정보에도 잊혀질 권리가 적용되는가?”, 강원법학, 제49권, 강원대학교 비교법학연구소, 2016.
- 박상준·최지유, “유럽연합 기본권 헌장의 의의와 한계 -소수민족 로마족(ROMA)을 중심으로-”, 통합유럽연구, 제7권 1집, 서강대학교 국제지역문화원, 2016.
- 박철·최유나, “공직선거법상 ‘사회상규에 위배되지 않는 행위’의 개념과 적용”, 선거연구, 제2호, 중앙선거관리위원회, 2011.
- 석인선, “헌법상 프라이버시권리 논의의 현대적 전개”, 미국헌법연구, 제24권 제1호, 미국헌법학회, 2013.
- 신동운 편저, 『형법 제·개정 자료집』, 한국형사정책연구원, 2009.
- 신동운, 『형법총론 제9판』, 법문사, 2015.
- _____, “형법 제20조 사회상규 규정의 성립경위”, 서울대학교 법학, 제47권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2006.

- 심우민, “개인정보 보호법제의 체계간 정합성 제고방안”, 영산법률논총, 제12권 제1호, 영산대학교 법률연구소, 2015.
- 이경렬, “형사사법 분야에서 개인정보의 관리·이용 및 보호의 문제”, 피해자학연구, 제23권 제1호, 한국피해자학회, 2015.
- 이성대, “개인정보보호를 위한 현행 형벌체계의 문제점 검토”, 형사정책연구, 제26권 제1호, 한국형사정책연구원, 2015.
- 이재상·장영민·강동범, 『형법총론 제8판』, 박영사, 2015.
- 조성용, “형사입법의 상징적 기능에 대한 비판적 고찰”, 형사정책연구, 제53호, 형사정책연구원, 2003.
- 한수웅, 『헌법학 제6판』, 법문사, 2016.
- 행정안전부, 『개인정보 보호법령 및 지침·고시 해설』, 2011.
- 행정안전부·한국인터넷진흥원, 『개인정보보호법 상담사례집』, 2012.
- 개인정보보호위원회, 배달음식점 개인정보 보유관련 법령 해석 의결, 2012. 1. 30.
- 김성휘, “청탁금지법 ‘직접적 직무관련’ 폐기 가닥…카네이션 허용”, 머니투데이, 2016. 12. 19.
- 김영준, “法, 여동생 집단 성폭행한 10대 소년들 보복 폭행한 20대 오빠에 선처”, 서울경제, 2016. 12. 19.
- 안상현, “새누리당 핸드폰 유출 문건은 공대생 작품…탄핵 찬성표 끌어내려 만들어”, 조선일보, 2016. 12. 1.

The concept of the Act on the Protection of Personal Information verify the Magna Carta functions of the Criminal Act and the role of social rule

Park, Min-woo*

In judging 'Identifiability' that determines whether an information is a personal information or not, two points are important. It is not necessary to think only in the standpoint of information user(handler), and illegal measures should be ruled out. Based on these two premises, the phrase 'easy integration' should be interpreted. Meanwhile although it is deemed that handler of personal information the major obligatory subject of the law is to be determined through strict requirements, the majority of subjects are those who processes or processed personal information according to Article 59 of the Act. That is why excessive expansion of punishment in everyday life cannot be checked with the concept of personal information handler.

Therefore it is necessary to formularize minimum unpunishable behavior through interpretation of the act. Specifically notes should be taken of "The Improper Solicitation and Graft Act" that declared active consideration of social normal practices. This Act supports utilization of social normal practices. When the Act is examined on telephone number, email address and postal address which are communicated often in daily life, the requirements for provision to third party by social normal practices are as follows: The first stage of collecting personal information should be intended also for social fellowship as well as for work. Provision of information should neither infringe upon the right of information subject nor cause disadvantageous results. The provisoin should rule out any potential of social criticism.

* Intelligence Bureau in the National Police Agency, Doctor of Law

❖ Keywords: Act on the Protection of Personal Information, personal information, identifiability, personal information handler, social normal practice

검찰개혁과 독립수사기관 (고위공직자비리수사처)의 설치에 관한 검토

장영수*

국 | 문 | 요 | 약

검찰개혁 문제는 이미 오래 전부터 사법개혁의 일환으로서, 또는 검경 수사권조정 문제 등과 관련하여 여러 차례 제기되었다. 그럼에도 불구하고 만족할 만한 성과는 없었고, 진경준 검사장이나 홍만표 변호사, 우병우 민정수석 등의 경우처럼 전현직 검찰간부의 비리 문제는 국민들에게 더 심각하게 느껴지고 있다. 이런 상황에서 검찰개혁과 관련한 특단의 조치가 요구되고 있는 것은 결코 뜻밖의 일은 아니다.

물론 그동안 변화가 없었던 것은 아니다. 검찰개혁의 일환으로 검찰총장의 임기제를 도입한 것이나 검찰총장의 임명과 관련하여 국회의 인사청문회를 거치도록 한 것, 특검제도의 도입 등은 검찰개혁의 노력이 적지 않았음을 보여주는 것이다. 그럼에도 불구하고 국민들은 요구한다. 개혁을 위해 투입한 노력을 말하지 말고, 개혁의 결과 무엇이 달라졌는지를 보이라고.

국민의 검찰개혁 요구는 언제라도 다시 크게 타오를 수 있는 상태이다. 더욱이 국회에서는 다시금 고위공직자비리수사처(이하 '고비처'로 약칭) 설치 법안이 상정되어 있다. 어찌 보면 해묵은 문제의 반복이라 볼 수 있지만, 달리 생각하면 해가 묵어 더욱 심각해지고 있는 문제이기도 하다. 또한 최근의 개헌논의와 맞물려 고비처를 헌법상의 독립기관으로 설치하는 방안까지도 논의되고 있는 상황이다.

고비처의 설치에 70년 대한민국 형사사법의 역사에 큰 획을 긋는 변화가 될 것이다. 이미 20년 동안 고비처의 설치를 둘러싼 논란이 계속되었거니와, 이제는 해묵은 논의가 마무리되어야 할 시점이 되었다. 국민의 검찰개혁에 대한 요구는 더욱 강력해지고 있는데, 다른 대안이 없다면 고비처의 설치를 더 이상 미루기 어렵게 된 것이다.

그러나 고비처를 설치하더라도 법률상의 독립기관으로 설치하는 것과 헌법상의 독립기관으로 설치하는 것에는 매우 큰 차이가 있다는 점을 간과해서는 안 된다. 이런 맥락에서 국회에서 고비처 법안을 서둘러 통과시키는 것보다는 현재 진행되고 있는 개헌논의의 틀 안에서 고비처 문제를 해결하는 것이 더 바람직하다.

법률에 의한 고비처 설치가 위험이어서 불가능하다는 것은 아니다. 다만, 헌법적 틀 안에서 제대로 자리매김 되지 않은 고비처의 설치에 실패할 우려가 적지 않다는 점을 지적하는 것이며, 고비처를 설치하는 것 자체가 목적이 아니라 고비처를 통해 검찰의 독립성과 중립성을 제고하는 것에도 기여할 수 있다는 점에 주목하는 것이다.

그런 의미에서 이제는 법률에 의한 고비처의 설치보다는 헌법개정을 통해 고비처를 헌법상의 독립기관으로 설치하는 것을 신중하게 고려해야 할 시점이라고 생각한다.

❖ 주제어 : 고위공직자비리수사처, 검찰개혁, 헌법개정, 법률상 독립기관, 헌법상 독립기관

* 고려대학교 법학전문대학원 교수

I. 문제상황

최근 검찰개혁이 다시금 화두가 되고 있다. 비록 대통령에 대한 탄핵심판과 조기 대선 가능성, 그리고 국회에서 30년 만에 개헌특위가 구성되어 활동을 시작함에 따라 개헌까지 국민의 관심을 모으고 있는 상황에서 잠시 검찰개혁에 대한 관심이 가려지는 측면은 있다. 하지만 검찰개혁에 대한 관심 자체가 사라진 것은 결코 아니라고 보아야 할 것이며, 조만간 검찰개혁 문제가 수면 위로 부상하게 될 것은 분명해 보인다.

검찰개혁 문제는 이미 오래 전부터 사법개혁의 일환으로서,¹⁾ 또는 검정 수사권조정 문제 등과 관련하여²⁾ 여러 차례 제기되었다. 그럼에도 불구하고 만족할 만한 성과는 없었고, 진경준 검사장이나 홍만표 변호사, 우병우 민정수석 등의 경우처럼 전 현직 검찰간부의 비리 문제는 국민들에게 더 심각하게 느껴지고 있다.³⁾ 이런 상황에서 검찰개혁과 관련한 특단의 조치가 요구되고 있는 것은 결코 뜻밖의 일은 아니다.

물론 그동안 개혁을 통한 변화가 없었던 것은 아니다. 검찰개혁의 일환으로 검찰총장의 임기제를 도입한 것⁴⁾이나 검찰총장의 임명과 관련하여 국회의 인사청문회를 거치도록 한 것,⁵⁾ 특검제도의 도입⁶⁾ 등은 검찰개혁의 노력이 적지 않았음을 보

1) 경실련·참여연대·한국공법학회·한국헌법학회 공동주최, 『국민을 위한 사법개혁 대토론회』(1999.2.23.); 사법개혁국민연대, 『참여정부의 출범과 사법개혁의 과제』, 2003; 대검찰청, 『국민을 위한 바람직한 형사사법제도의 모색 -사age추위안에 관한 검찰 의견』, 2005.5.; 사법제도개혁특별위원회, 『국민을 위한 사법제도개혁 - 검찰관계법 공청회』(2010.4.13.); 사법개혁 실현을 위한 인권시민사회단체 공동대책위원회·박영선의원·김학재의원·신건의원 공동주최, 『권력형 비리로 본 검찰개혁의 필요성과 대안 토론회』(2011.6.9.); 민주사법연석회의·노회찬의원·이용주의원 공동주최, 『제2차 민주적 사법개혁 연속토론회: 검찰개혁 이렇게 하자』(2016.11.11.) 등 참조.

2) 수사권조정자문위원회, 『검·경 수사권조정에 관한 공청회』(2005.4.11.); 경찰청, 『합리적인 수사권 조정방향 -경찰의 수사 주체성 인정 및 검·경간 상호협력관계 설정-』, 2005; 대검찰청, 『검·경 수사권조정자문위원회 활동경과에 대한 보고 및 의견서』, 2005; 더불어민주당 정책위원회 민주주의회복 TF, 『검정개혁과 수사권 조정, 공수처 설치 방안 토론회』(2016.8.10.) 등 참조.

3) 특히 여론조사 결과 최순실사태 이후 검찰개혁(30.3%)이 관료개혁(24.0%)이나 언론개혁(15.9%), 재벌개혁(11.7%)보다 더 시급한 것으로 꼽히고 있다는 점은 시사하는 바가 크다. 이에 관하여는 한겨레신문 2017.1.2. 보도(<http://www.hani.co.kr/arti/politics/assembly/777060.html>) 최중방문 2017.1.30.) 참조.

4) 검찰총장 임기제는 1988년 검찰청법 개정을 통해 도입되었으며, 그 취지는 2년의 임기를 보장하고 중임을 금지함으로써 검찰 수사가 정치권력으로부터 독립되도록 한다는 것에 있다.

여주는 것이다. 그럼에도 불구하고 국민들은 요구한다. 개혁을 위해 투입한 노력을 말하지 말고, 개혁의 결과 무엇이 달라졌는지를 보이라고.

더욱이 최순실 게이트와 관련하여 검찰의 행보는 국민의 불신과 불만을 크게 증폭시켰다. 언론에서는 검찰의 수사에 대해 ‘봐주기 수사’, ‘늦장 수사’라고 직격탄을 날렸고,⁷⁾ 최순실의 태블릿 PC가 검찰이 아닌 기자에 의해 발견⁸⁾되어 국민들에게 최순실 국정농단의 일단을 전하게 되면서 검찰에 대한 불신은 극에 달했다.

이후 검찰이 수사의 속도를 올리고, 적극적 수사를 통해 안중범 전 수석의 업무일지와 정호성 전 비서관의 통화내역 등을 확보하고, 최순실의 공소장에 박근혜 대통령을 공범으로 지목하면서⁹⁾ 검찰에 대한 국민들의 극단적 거부감이 일부 완화되었지만, 국민들의 검찰 불신이 하루아침에 해소될 정도는 아니었다.

최순실 사태와 관련한 검찰수사는 특검수사의 성과¹⁰⁾와 비교되는 가운데 아직도 불신을 벗어나지 못하고 있으며, 국민의 검찰개혁 요구는 언제라도 다시 크게 타올 수 있는 상태이다. 더욱이 국회에서는 다시금 고위공직자비리수사처(이하 ‘고비처’로 약칭) 설치 법안이 상정되어 있다.¹¹⁾ 어찌 보면 해묵은 문제의 반복이라 볼

5) 2003년 국회법 개정을 통해 국회에서 국가정보원장, 경찰청장, 국세청장과 더불어 검찰총장 후보자에 대해서도 인사청문회를 통한 검증 제도를 도입하였다(국회법 제65조의2). 이후 국회법 개정에 의해 인사청문회의 대상은 더욱 확대되었다.

6) 특검제도는 개별특검과 상설특검으로 구분된다. 전자는 사건의 해결을 위해 국회에서 별도의 입법을 통해 특검을 구성하고 수사하도록 하는 것으로서 1999년 옷로비사건과 조폐공사파업유도사건 특검을 시작으로 현재 진행 중인 최순실 특검에 이르기까지 12차례가 있었고, 후자는 「특별검사의 임명 등에 관한 법률」(2014.6.19. 제정)에 따라 특별검사를 임명하여 수사하도록 하는 것이다. 그러나 후자가 진정한 의미의 상설특검인지에 대해서는 논란이 있다.

7) <http://www.nocutnews.co.kr/news/4699812>; http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/769245.html(최종방문 2017.1.28.).

8) <http://news.donga.com/3/all/20161025/80989294/2>(최종방문 2017.1.28.).

9) http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201611201152001&code=940202(최종방문 2017.1.28.).

10) <http://www.hankookilbo.com/v/2b2f9d9a76e940f098e840c832a1b1ac>(최종방문 2017.2.5.); http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201701261909035&code=990308(최종방문 2017.2.5.) 참조.

11) 제20대 국회에서 제출된 고비처 법안은 2016년 7월 21일 노회찬 의원이 대표발의한 「고위공직자비리수사처 설치에 관한 법률안」과 2016년 8월 8일 박범계 의원이 대표발의한 「고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안」, 그리고 2016년 12월 14일 양승조위원의 대표발의한 「고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안」이 있다.

수 있지만, 달리 생각하면 해가 묵어 더욱 심각해지고 있는 문제이기도 하다. 또한 최근의 개헌논의와 맞물려 고비처를 헌법상의 독립기관으로 설치하는 방안까지도 논의되고 있는 상황이다.¹²⁾

이 글에서는 검찰개혁과 관련한 독립수사기관(고위공직자비리수사처) 설치의 문제를 법률적 차원과 헌법적 차원으로 나누어 검토하고자 한다. 이를 위한 전제는 검찰개혁의 방향에 대한 이해(Ⅱ)이며, 이와 관련하여 검찰권력에 대한 외부적 통제를 통한 개혁의 시도와 검찰권력 자체의 분리 내지 분산을 통한 개혁방안을 나누어 검토하는 가운데 검찰개혁방안의 다양성과 상호보완성에 대해 확인하고자 한다.

이러한 기초 위에서 독립수사기관의 설치를 통한 검찰권의 이원화(Ⅲ)의 의미를 살펴볼 수 있을 것이다. 지금까지 독립수사기관은 고비처의 설치를 중심으로 논의 되었으므로, 고비처 설치의 의미와 찬반 논거의 검토를 통해 견해 대립을 전체적으로 조망하고자 한다. 나아가 법률에 의한 고위공직자비리수사처 설치의 가능성과 한계(Ⅳ) 및 헌법개정에 의한 고위공직자비리수사처 설치의 의미와 구체화 방안(Ⅴ)에 대한 검토를 통하여 이러한 독립수사기관이 법률상 기관으로 설치될 경우와 헌법상 기관으로 설치될 경우를 비교하면서 각각의 가능성 및 문제점, 장단점 등을 전체적으로 정리함으로써 이 글을 마무리하고자 한다.

Ⅱ. 검찰개혁의 의미와 방향: 외부적 통제인가 권력의 분산인가

1. 검찰개혁의 의미와 필요성

민주화 이후 검찰개혁은 다양한 시각에서 여러 차례 시도되었다. 한편으로는 민주화 이전의 중앙정보부나 국가안전기획부 등에 부여되었던 비정상적인 국가권력¹³⁾이 정상화됨으로써 검찰의 권한이 강화되는 과정에서 검찰개혁이 문제되기도

12) 2016년 12월 21일 ‘나라살리는 헌법개정 국민주권회의’에서 제안한 헌법개정안의 제129조~제131조 참조.

13) 정보기관이 권력의 중심에 서게 될 경우의 문제점에 관하여는 김영진, 국가정보기관권력의 현황과 정치적 중립화를 위한 과제, 법과사회 제44권(2013), 67-95쪽; 한성훈, 권력의 중심에 선 정보기관

했고,¹⁴⁾ 다른 한편으로는 검찰권의 오남용이 문제되는 가운데 검찰개혁이 문제된 적도 많았다.¹⁵⁾

특히 지난 20년 동안 검찰개혁은 사법개혁과 연계하여 문제된 적이 많았다. 수사와 공소를 담당하는 검찰권이 사법작용으로 직결되는 준사법적 권한으로 여겨진 탓도 있고, 그 객관성과 공정성에 대한 요청이 사법작용에 준하는 것이기 때문이기도 하였다. 이와 더불어 주목할 점은 검찰개혁을 포함한 사법개혁이 정치개혁, 교육개혁과 더불어 대한민국에서 국민들이 가장 관심을 갖는 개혁과제의 하나로 꼽히고 있다는 점이다.¹⁶⁾

이처럼 국민들이 검찰개혁에 특별한 관심을 갖는 것은 그만큼 검찰권이 국민들에게 미치는 직·간접의 실질적 영향력이 크기 때문이다. 경찰권과 더불어 검찰권은 국민들이 가장 피부로 느끼는 국가권력일 뿐만 아니라, 정치인들이나 경제인들에 대한 검찰수사를 통해 국민들은 국가권력의 객관성과 공정성을 가늠하게 되는 것이다.¹⁷⁾

모든 국가권력에 대해 민주성과 법치국가성이 요구되는 것은 헌법국가의 속성이라 할 수 있지만, 그 중에서 대표적인 권력기관의 하나인 검찰에 대해 민주성과 법치국가성이 의심될 경우에는 개혁의 요청이 끊임없이 계속될 수밖에 없다. 물론 이는 우리나라뿐만 아니라 세계 어떤 민주국가라고 해도 다르지 않을 것이다. 그러나 대한민국의 검찰이 선진외국에 비해 비교적 강력한 권한을 가지고 있다는 점, 그리고 정치적 중립성이 문제되는 경우가 많다는 점으로 인하여 이러한 검찰개혁 요청이 특별한 반향을 얻고 있는 것이다.

-국군기무사령부와 국가정보원-, 내일을 여는 역사 제53호(2013.12), 109-127쪽 참조.

14) 임정수, 법치주의 구현을 위한 검찰의 과제, 저스티스 제26권 제1호(1993.7), 24-37쪽 참조.

15) 임종인의원실, 『(준)사법기관 개혁을 위한 연속 대토론회 - 세 번째: 검찰 권력에 대한 국민의 민주적 통제, 어떻게 할 것인가』(2007.3.22.); 자유선진당 정책위원회·이상민의원, 『바람직한 검찰개혁방안은?』(2009.6.16.); 남경필·정진석·원희룡·김성식·정태근·김용태·권택기 의원 공동주최, 『검찰개혁 어떻게 할 것인가? -상설특검제/고위공직자비리수사처 설치/검찰인사개혁-』(2010.5.19.) 참조.

16) 물론 경제와 관련한 규제개혁도 많은 관심의 대상이지만, 경제 자체가 개혁의 대상이라기보다는 경제주체들의 합리적인 생산활동과 분배에 대한 다양한 논의가 복잡하게 얽혀 있고, 성장우선론과 분배우선론이 대립되고 있는 상황에서 특정 방향으로의 개혁에 대한 공감대가 형성되어 있다고 보기는 어렵다. 반면에 민의를 올바르게 수렴하는 정치개혁, 법조비리를 근절시키는 사법개혁, 교육의 실질적 기회균등과 교육을 통한 국가발전을 견인할 수 있는 교육개혁에 대한 국민의 높은 관심은 이미 수십 년 전부터 지속되고 있는 것이다.

17) 즉 ‘유전무죄, 무전유죄’의 바로미터가 되는 것이 바로 검찰수사의 객관성과 공정성인 것이다.

과연 대한민국 검찰의 권한이 특별히 강력한 것인지에 대해서는 논란이 있다. 영미의 검찰에 비하여 권한이 큰 것은 분명하지만,¹⁸⁾ 독일이나 프랑스에 비하여 특별히 강력한 것은 아니라는 지적도 있다.¹⁹⁾ 그러나 분명한 것은 선진외국의 경우에 비해 정치적 중립성에 대한 신뢰를 얻지 못하고 있다는 점이며,²⁰⁾ 이를 극복하지 못할 경우에는 지속적인 검찰개혁 요구를 벗어나기 어려울 수밖에 없다.

2. 외부적 통제: 검찰권력의 올바른 행사를 위한 개혁

대한민국의 검찰제도가 오늘날과 같은 형태로 구성된 것은 해방 직후 경찰에 대한 불신이 크게 작용했다는 점에 대해서는 이견을 찾아보기 어렵다. 일제 강점기 순사에 대한 부정적 인식, 제1공화국 당시 독재정권의 시녀 노릇을 했던 경찰에 대한 불신 등이 오늘날과 같이 강력한 검찰권 구성을 정당화하는 근거가 되었던 것이다.²¹⁾

그러나 강력한 권한에는 그만큼의 책임이 뒤따르며, 특히 권한행사의 객관성과 공정성에 대한 불신이 뒤따를 경우에는 이를 해소하기 위한 통제의 필요성이 인정될 수밖에 없다. 지난 20여 년 동안의 검찰개혁은 주로 이런 방향에서의 개혁에 초점을 맞췄다. 즉, 검찰의 구조 자체를 개혁하기보다는 외부적 통제를 통해 검찰권행사의 객관성과 공정성을 확보하기 위한, 그리고 이를 통해 정치적 중립을 최대한

18) 영미의 경우 검찰의 권한이 공소와 제한된 경우의 수사로 한정되어 있으며, 경찰이 수사의 중심적 역할을 하고 있다는 점에서 우리나라를 비롯한 대륙법 국가들과는 다르다. 영미의 검·경제도에 관하여는 박창호 외, 『비교수사제도론』, 2004, 392쪽 이하, 494쪽 이하; 신현기 외, 『비교경찰제도론』, 2012, 353쪽 이하; 표성수, 『미국의 검찰과 한국의 검찰』, 2000, 58쪽 참조.

19) 대륙법계에 속하는 독일과 프랑스의 경우에는 검찰의 경찰에 대한 수사지휘권이 인정되고 있으며, 검찰의 권한이 영미에 비해 강력한 편이다. 이에 관하여는 김영기, 『프랑스 검찰의 사법경찰 통제와 그 시사점』, 형사소송 이론과 실무 제3권 제2호(2011), 7-50쪽; 박노섭, 『독일검찰제도의 탄생과 그 시사점』, 한림법학 FORUM 제19권(2008.12), 117-135쪽; 정병대, 『수사구조에 관한 연구』, 2007; Wolf-Rüdiger Schenke(서정범 역): 『독일경찰법론』, 1998 참조.

20) 선진외국 검찰의 정치적 중립에 관하여는 한상훈, 『외국의 검찰제도와 한국 검찰 개혁에 대한 시사점』, 법과 사회 제37권(2009), 121-149쪽 참조.

21) 이에 관하여는 김용주, 『사법경찰과 검찰의 관계에 대한 역사적 고찰』, 고려대 박사학위논문, 2012, 144쪽 이하; 이상열, 『일제 식민지 시대 하에서의 한국경찰사에 관한 역사적 고찰』, 한국행정사학회 제20권(2007), 77-96쪽; 김영택, 『친일세력 미 청산의 배경과 원인』, 국민대 한국학논총 제31집(2009), 481-539쪽 참조.

강화하기 위한 개혁들이 시도되었던 것이다.

이러한 개혁을 통해 이루어진 대표적 성과로는 검찰총장 임기제와 검찰총장 임명에 대한 인사청문회 제도의 도입을 들 수 있다. 그러나 지금까지 이를 통해 검찰의 정치적 중립성이 크게 제고되었다고 평가하기는 어렵다. 검찰총장의 임기제는 제도 도입 이후 현재까지 임기를 제대로 채우지 못한 검찰총장이 오히려 더 많으며,²²⁾ 검찰총장의 임명과 관련한 국회의 인사청문회는 대통령의 임명권을 제약하는 구속력이 없기 때문에 그 실효성이 크지 않다²³⁾는 점에서 그 제도의 실효성이 의문시되는 것이다.

그로 인하여 이를 보완하기 위한 다양한 대안들이 제시되고 있다. 예컨대 미국과 유사한 방식의 기소배심제도를 도입하는 방안²⁴⁾이나, 검찰총장을 비롯한 지청장, 또는 검사장까지를 국민 내지 지역주민들의 선거를 통해 선출하는 방안²⁵⁾이 제시되고 있는 것이다. 그러나 이러한 대안들에 대한 반대도 만만치 않다. 과연 비전문가로 구성되는 기소배심의 판단이 항상 정당할 것인지, 미국의 경우처럼 기소배심이 검사에 의해 주도될 경우의 문제점 및 절차의 비효율성 등에 대한 우려가 적지 않으며,²⁶⁾ 고위 검찰간부들에 대한 선거제도의 도입은 오히려 검찰의 정치화를 촉진할

22) 1988년 검찰총장 임기제가 도입된 이후로 임명된 -김수남 현 검찰총장 이전의- 19명의 검찰총장 중에서 2년 임기를 채운 총장은 7명에 불과할 정도이며, 김기춘(1988.12.6.~1990.12.5.), 정구영(1990.12.6.~1992.12.5.), 김도연(1993.9.16.~1995.9.15.), 박순용(1999.5.26.~2001.5.25.), 송광수(2003.4.3.~2005.4.2.), 정상명(2005.11.24.~2007.11.23.), 김진태(2013.12.2.~215.12.1.) 총장이 이에 해당된다.

23) 국회의 인사청문회를 통한 대통령의 인사권에 대한 통제는 -국회의 동의를 헌법상 요구되는 경우를 제외하면- 매우 제한적이다. 국회의 인사청문회결과에 불구하고 대통령의 임명이 가능할 뿐만 아니라, 국회 내에서도 여당은 대통령의 인사에 대해 무조건적인 옹호를, 야당은 예외 없는 반대를 앞세우는 경향이 강하기 때문이다. 인사청문회제도의 문제점 및 개선방안에 관하여는 김용훈, 인사청문회의 헌법적 의의와 제도적 개선 쟁점, 미국헌법연구 제26권 제2호(2015.8), 1-45쪽; 임지봉, 우리나라 국회의 임명동의권과 인사검증시스템, 헌법학연구 제20권 제4호(2014), 1-26쪽 참조.

24) 김동혁, 기소배심주의에 대한 고찰, 경찰법연구 제11권 제1호(2013.6), 249-273쪽; 김재봉, 기소절차에 대한 시민참여제도로서 기소심사회 도입방안 : 일본 검찰심사회와의 비교·검토를 중심으로, 한양대 법학논총 제29집 제4호(2012.12), 149-174쪽; 김태명, 검찰시민위원회 및 기소심사회 제도에 대한 비판적 고찰 : 미국의 대배심제도와 일본의 검찰심사회제도를 참고하여, 형사정책연구 제21권 제4호(2010.12), 149-191쪽; 오경식, 미국의 기소대배심운영과 한국의 도입방안, 형사법의 신통향 제28호(2010.10), 1-30쪽 참조.

25) 참여연대, 『검사장 직선제 토론회』(2012.3.8.); 참여연대·박주민의원·이용주의원·노회찬의원 주최 『‘국민의 검찰’ 만들기 방안 토론회 - 검사장 주민직선제를 제안하며』(2016.8.17.) 참조.

것이라는 점도 문제로 지적되고 있다.²⁷⁾

3. 권력의 분산: 비대한 검찰권력의 완화를 위한 개혁

검찰의 조직과 권한을 그대로 두는 가운데 검찰권을 개혁하는 방안이 실효성을 보이지 못하는 가운데 이제는 권력의 분산을 통해 검찰권을 완화시켜야 한다는 주장이 점차 힘을 얻고 있다. 가장 대표적인 것이 검·경수사권 조정 논의와 독립수사기관의 설치 주장이라고 할 수 있다. 마치 치료를 위한 약물요법이 효과가 없으니 수술을 통해 환부를 절단해야 한다고 하는 것처럼 검찰권 일부를 떼어내자고 하는 것이다.

검·경수사권 조정은 검찰의 수사지휘권을 폐지함으로써 경찰의 수사권을 독립시키자는 것이다. 그러나 적어도 현 단계에서는 경찰이 수사를 전담하고, 검찰은 공소만을 담당하는 것으로 역할을 완전히 나누자는 주장까지는 찾기 어려우며,²⁸⁾ 일정한 영역에서 경찰의 독자적인 수사권을 인정하자는 주장²⁹⁾이 지배적이다. 장기적인 발전방향으로서 검·경수사권 조정의 필요성에 대해서는 찬성하는 견해들이 많지만, 이를 위한 전제조건들이 지금 갖춰져 있는지와 관련하여 아직은 시기상조라는 의견도 적지 않은 것으로 보인다.³⁰⁾

독립수사기관의 설치 문제는 1996년 참여연대의 ‘부패방지법’ 입법청원에 포함되어 있던 ‘고위공직자비리조사처’의 신설³¹⁾이 국민회의의 부패방지법(안)³²⁾의

26) 이에 관하여는 이성기, 검사의 부당한 공소제기를 방지하기 위한 미국 기소대배심제(Grand Jury)의 수정적 도입에 관한 연구, 강원법학 제38권(2013. 2) 463-494쪽 참조.

27) <http://news.joins.com/article/21173001>(최종방문 2017.1.30.) 참조. 검찰의 정치적 중립성 확보를 위해 가정 정치성이 강한 방법인 ‘산기’를 이용한다는 것 자체가 딜레마일 수밖에 없으며, 이렇게 선출된 고위검찰간부들이 과연 정치적 영향력을 벗어날 수 있을지에 대해서는 의문이 제기될 수밖에 없다.

28) 수사와 기소의 분리를 주장하는 견해로는 탁종연, 검경수사권 조정 찬성 : 수사와 기소분리 필요하다, 국회보 통권 제554호(2013.1), 82-83쪽 참조.

29) 이에 관하여는 승재현, 경찰과 검찰의 합리적 수사권 조정에 관한 쟁점과 논의, 한국경찰학회보 제11권 제2호(2009.5), 165-199(176이하)쪽 참조.

30) 최근 국회 내에서의 이 문제와 관련한 논란에 관하여는 <http://www.sisapress.com/journal/article/155589>(최종방문 2017.1.30.) 참조.

31) <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=100&oid=001&aid=0004125744>

내용으로 국회에 상정된 것에서 시작되어 20년 동안 수많은 법안들이 제출되었고, 이를 둘러싼 논란도 계속되었다. 2001년 고위공직자비리조사처를 제외한 부패방지법이 제정됨에 따라 별도의 법률로 고위공직자비리전담기구를 설치하는 방안을 모색하였으며, 명칭도 ‘고위공직자비리조사처’와 ‘고위공직자비리수사처’로 각기 달리 제안되는가 하면, 독립수사(조사)기구의 소속 및 권한, 감찰대상 등도 법안에 따라 차이가 있었고, 찬반의 논란 또한 뜨거웠다.

이 논문에서는 독립수사기관의 설치 문제에 초점을 맞추고 있다. 하지만 이 문제는 고립적으로 볼 수 있는 것이 아니라 검찰개혁의 다양한 시도들 내지 대안들과의 연계 속에서 그 의미와 기능이 검토되어야 한다. 즉, 다른 대안들이 실효성을 갖지 못하거나, 적극적으로 추진하기 어려운 경우에는 독립수사기관의 설치 요청이 더욱 탄력을 받게 된다는 점을 고려하는 가운데 이 문제를 검토하여야 하는 것이다.

Ⅲ. 검찰권의 이원화: 독립수사기관 설치의 의미와 장단점

1. 검찰개혁의 논의와 독립수사기관으로서의 고위공직자비리수사처 신설 주장의 의미

검찰개혁 논의는 앞서 검토한 바와 같이 검찰의 제도 운영 개선을 위한 외부적 통제와 검찰의 권한 자체를 축소하는 두 가지 방향에서 진행되었으며, 그동안의 개혁논의는 대체로 전자에 치중하는 가운데 후자의 개혁을 미루어둔 상태라고 볼 수 있다.

그러나 문제는 그동안의 검찰개혁을 통해 검찰수사 및 기소의 객관성과 공정성에 대한 국민의 신뢰가 높아진 것이 아니라 오히려 일련의 대형 비리로 인해 더 낮아지고 있다는 점에 있다. 아무리 제도가 아닌 운영의 문제가 핵심이고, 사람을 바꾸고 운영을 개선함으로써 검찰이 달라질 것이라고 주장해도, 이제도 그런 말이 더 이상

(최종방문 2017.1.25.).

32) 이 법안은 1996년 12월 5일 발의되었으나 1998년 12월 19일 철회되었다.

설득력을 갖기 어렵게 된 것이다.³³⁾

그로 인하여 더욱 강력한 대책, 획기적인 개혁방안이 요구되고 있으며, 그런 가운데 검찰로부터 조직상 독립된 별도의 수사기관으로서 고비처의 설치 주장이 과거와는 달리 국민들로부터 더 큰 호응을 얻고 있다. 과거 고비처 설치에 대한 반대 논거들이 더 이상 타당하지 않다는 것이 아니라, 그럼에도 불구하고 개혁이 필요하다는 생각이 강해지고 있는 것이다.

즉, 고비처의 설치 요구는 그동안의 검찰개혁이 실패로 끝난 것에 대한 반작용으로 더욱 강력해지고 있다. 이는 고비처의 설치가 검찰개혁을 위한 최선의 대안이기 때문은 아니다. 오히려 이제는 개혁 없는 검찰을 최악의 상태로 느끼면서 상당한 대가를 치르더라도 검찰개혁을 해야만 한다는 요청이 커지고 있음을 의미하는 것이다.³⁴⁾

그러므로 고비처 설치에 대한 찬반의 문제를 과거와 같은 방식, 같은 비중으로 평가해서는 곤란하다. 과거에는 굳이 고비처 설치의 부작용을 감수하지 않고도 검찰을 개혁하는 다른 효과적인 대안들이 존재한다고 생각했지만, 오늘날에는 다른 대안들에 대한 기대가 대부분 사라졌고,³⁵⁾ 그로 인해 일정 정도의 부작용을 감수하더라도 고비처 설치가 필요하다는 견해가 지배적인 것이다.³⁶⁾

33) 그동안 검찰개혁의 시도가 적지 않았을 뿐만 아니라, 이를 위한 법개정 및 제도의 변화 또한 적지 않았음에도 불구하고 국민이 체감하는 공정성 및 정치적 중립성의 제고는 없었다는 점에서 그러하다. 이로 인하여 ‘검찰 ‘셀프개혁’은 양치기 소년의 말’이라는 노골적인 비난(<http://view.asiae.co.kr/news/view.htm?idxno=2016080108382340607> 최종방문 2017.1.30.)까지 나오고 있는 상황이다.

34) 최근 검찰개혁을 포함한 국정개혁의 가장 중요한 논거로서 최순실 사태와 유사한 상황의 재발 방지를 요구하고 있으며, 최순실 사태로 인하여 국가 전체에 미친 부정적 효과를 고려할 때, 유사사태의 재발 방지를 위해 어느 정도의 대가를 치르는 것은 감수할 수 있다는 공감대가 형성되고 있는 것이다.

35) 이와 관련하여 고비처 설치는 미봉책이며, 검·경수사권 조정으로 문제를 해결할 수 있다는 주장도 제기되고 있다. 이에 관하여는 이관희, 부패방지위원회의 발전방향, 헌법학연구 제10권 제4호(2004.12), 187-224(212이하)쪽; http://www.news1.com/ar_detail/view.html?ar_id=NISX_20161227_0014606390&cID=10201&pID=10200(최종방문 2017.1.30.) 참조.

36) 2016년 7월의 여론조사결과에 따르면 고비처 설치에 대해서 찬성이 69.1%, 반대가 16.4%, 그밖에 잘 모른다는 응답이 14.5%라고 한다(<http://www.nocutnews.co.kr/news/4629498> 최종방문 2017.1.28.). 그리고 2017년 1월의 검찰개혁에 대한 여론조사결과에 요구는 더욱 뚜렷하다. 필요성을 인정하는 국민이 89.8%, 필요 없다는 응답이 6.4%, 잘 모른다는 답변이 3.8%인 것이다(http://www.news1.com/view/?id=NISX20170106_0014624046&cID=10201&pID=10200 최종방문 2017.1.28.).

이하의 고비처 설치에 대한 찬반 논거의 검토는 이처럼 변화된 상황을 고려하는 가운데 기존의 찬반논거를 재평가하는 것이 될 것이다.

2. 고위공직자비리수사처 설치에 대한 찬성 논거

고비처 설치 주장의 출발점은 공직비리의 객관적이고 공정한 처리를 위해서 기존 검찰조직과는 달리 독립된 비리전담기관이 필요하다는 것이었다. 이러한 주장의 논거는 크게 다음의 몇 가지로 정리될 수 있다.

첫째, 검찰 자신의 비리에 대한 수사를 비롯하여 검찰에 직접적인 영향력을 미칠 수 있는 고위공직자에 대한 수사는 검찰 스스로 담당하는 것에 구조적인 한계가 있다는 것이다.³⁷⁾ 이른바 셀프 사정에 대한 불신이라 할 수 있으며,³⁸⁾ 수사의 객관성과 공정성을 담보할 수 있는 독립된 수사기관이 필요하다는 것이다.³⁹⁾

둘째, 정치인이나 고위공직자 등에 대한 수사를 전담기관인 고비처가 담당하게 함으로서 검찰의 정치적 부담을 덜어줄 수 있다는 점이 강조되기도 한다.⁴⁰⁾ 마치 정치적 사건에 대한 법원의 부담을 상당 부분 헌법재판소가 맡아서 해결하듯이 고비처가 검찰의 부담을 맡아서 해결할 수 있을 것으로 기대하는 것이다.⁴¹⁾

37) 윤영철, 검찰개혁과 독립된 특별수사기관의 신설에 관한 소고, 홍익법학 제13권 제1호(2012), 49-73(64)쪽 참조.

38) 검찰 자체 개혁에 대한 불신에 관하여는 김희수, 검찰 개혁 방안, 『검정개혁과 수사권조정, 공수처 설치 방안 토론회』(더불어민주당 정책위원회 민주주의회복 TF), 2016.8.10., 17-30(17이하)쪽 참조. 또한 사람은 자신의 사건에 대한 심판자가 되어서는 안 된다는 로마법언과 ‘이해관계의 충돌이 있는 경우에 자기 사건을 자신이 조사할 수 없다’는 common law의 원리를 주장하는 것도 같은 맥락으로 이해될 수 있다. 이에 관하여는 윤동호, 고위공직자비리수사처 신설의 정당성과 필요성, 형사정책연구 제22권 제1호(2011.3), 65-84(72이하)쪽 참조.

39) 특별검사제나 상설특검제가 국회의 의결이라는 정치 과정을 통해 고위공직자나 대통령 친인척, 제벌 등에 대한 수사가 이루어진다는 점에서 정치적 기산도에 따라 그 수사 여부 및 내용이 좌우될 수 있다는 점에서 그리 바람직한 제도는 아니며, 오히려 독자적이고 상시적인 수사능력을 갖춘 고비처가 이러한 권력감시 및 통제 기능을 수행하는 것이 타당하다는 주장도 이러한 관점을 공유하는 것으로 볼 수 있다. 이에 관하여는 한상희, 검찰개혁의 현실과 방향, 황해문화 제78호(2013.3), 299-318(311)쪽 참조.

40) 이정덕·임유석·한경희, 고위공직자비리 수사기구 설치에 관한 다면적 연구, 한국범죄학 제6권 제2호(2012.12), 185-212(192)쪽; 전태희, 『주요국 공직자비리수사기구의 현황과 시사점』(국회 입법조사처 현안보고서 제98호), 2010.11.16, 4쪽.

셋째, 검찰권의 오남용, 특히 수사권의 독점과 더불어 기소독점주의, 기소편의주의를 오남용하는 사례들에 대한 불신과 불만이 커지고 있는데, 이러한 문제를 해결하는 데에도 고비처의 설치가 큰 역할을 할 수 있다는 견해들이 있다.⁴²⁾

넷째, 외국에서도 고위공직자에 대한 별도의 사정기구를 설치하여 성공적으로 운영한 사례들이 적지 않다. 예컨대 영국과 뉴질랜드의 중대비리조사청(SFO: Serious Fraud Office), 홍콩의 엄정공서(廉政公署, ICAC), 대만 엄정서(廉政署, AAC), 싱가포르 부패행위조사국(CPIB) 등과 유사한 기능을 하는 제도로서 고비처 설치가 필요하다는 것이다.⁴³⁾

이러한 고비처 설치에 대한 찬성 논거들에 대해서는 다양한 반대 논거들이 대립하고 있지만, 적어도 현 시점에서는 다른 방식의 검찰개혁들이 가시적 성과를 보이지 못함에 따라 그 설득력과 무게감이 더욱 커지고 있다고 평가될 수 있다.

3. 고위공직자비리수사처 설치에 대한 반대 논거

고비처 설치에 대한 반대 논거들은 주로 찬성 논거들의 문제점을 지적하거나 고비처 설치의 부작용을 강조하는 것들이다. 이러한 반대 논거들은 다음과 같이 정리될 수 있다.

첫째, 검찰수사의 객관성과 공정성 내지 정치적 중립성을 확보하기 위하여 고비처를 설치하는 것은 적절한 방안이 아니며, 오히려 검찰제도의 운영을 개선하는 방안으로 문제를 해결해야 하며,⁴⁴⁾ 검찰심사회제도 등을 도입하여 공소제기의 객관성을 담보하는 것이 더 합리적인 대안이라고 주장한다.⁴⁵⁾

41) 이는 권력 내지 권한의 분산이라는 측면으로도 이해될 수 있다. 이에 관하여는 윤동호, 앞의 글(주 38), 71쪽 이하 참조.

42) 윤영철, 앞의 글(주 37), 64쪽 이하 참조.

43) 외국의 공직자비리조사기구에 관하여는 이정덕·임유석·한경희, 앞의 글(주 40), 201쪽 이하; 전태희, 앞의 글(주 40), 8쪽 이하 참조.

44) 이처럼 기존제도를 보완하자는 입장에 관하여 정리한 것은 윤동호, 앞의 글(주 38), 74쪽 이하 참조.

45) 검찰심사회제도에 관하여는 김재봉, 기소절차에 대한 시민참여제도로써 기소심사회 도입방안 -일본 검찰심사회와의 비교·검토를 중심으로-, 한양대 법학논총 제29집 제4호(2012.12), 149-174쪽; 오정용, 일본의 검찰심사회제도를 통해 본 또 하나의 시민의 사법참여, 형사법연구 제23권 제3호

이러한 주장은 일응 타당성이 있으나, 지난 20년 동안의 검찰개혁이 성과를 보이지 못하고, 검찰의 정치적 중립성 문제가 답보상태를 보임에 따라 그 설득력을 잃게 되었다. 고비처 설치 주장이 시간이 경과할수록 약화되지 않고 오히려 더욱 강력해지고 있는 이유이다.

둘째, 고비처의 소속과 관련하여 이를 독립기관으로 할 경우에는 헌법적 근거가 없으며,⁴⁶⁾ 이를 대통령 직속의 사정기관으로 할 경우에는 오히려 입법부와 사법부에 대한 통제에 더 주력하게 될 우려가 있다⁴⁷⁾는 지적이 있다.

그러나 이러한 주장에 대해서는 고비처를 독립기관으로 하는 것은 국가인권위원회 등의 선례가 있을 뿐만 아니라, 대통령 직속으로 할 경우에도 적절한 통제장치를 둠으로써 해결할 수 있다는 반론이 있다.⁴⁸⁾

셋째, 검찰과 고비처의 기능이 중복되어 경쟁적인 중복수사의 우려,⁴⁹⁾ 또는 고비처의 사찰기관화에 대한 우려⁵⁰⁾가 제기된다. 이러한 우려는 고비처의 설치가 예산과 인력의 낭비가 될 것이라는 주장⁵¹⁾과도 연결된다.

그러나 이러한 우려 내지 주장에 대해서는 빈번한 개별적 특검으로 인해 “반복해서 계산된 고정비용을 절약”할 수 있으며,⁵²⁾ 검찰에 대한 불신과 형사사법의 왜곡으로 인한 사회적 비용도 적지 않다는 점에서 적절한 비판은 아니라는 반론⁵³⁾이 있다.

(2011.9), 337-368쪽 참조.

46) 노명선, “고위공직자비리조사처 설치 법안에 대한 진술요지”, 『고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안에 대한 공청회 자료집』(사법제도개혁특별위원회), 2010.6.24, 47쪽 이하. 같은 취지에서 위헌의 소지를 주장하는 견해로 김진환, 사법개혁의 방향, 저스티스 통권 제118호(2010.8), 57-88(74)쪽 참조.

47) 전태희, 앞의 글(주 40), 5쪽.

48) 박병선, 특별수사청 설치의 필요성과 구체적 방안, 법학연구 제48집(2012.11), 1-25(10)쪽; 윤동호, 앞의 글(주 38), 76쪽; 김선수, 독립적 고위공직자비리 수사·공소기구(약칭 ‘공수처’)법안 검토, 『고위공직자 비리수사처 입법토론회』(민변, 박법계·이용주·노회찬의원 공동주최), 2016.8.30, 4-39(22)쪽 참조.

49) 김진환, 앞의 글(주 46), 75쪽.

50) 김진환, 앞의 글(주 46), 74쪽; 김주덕, 고위공직자비리수사처, 필요한가(한겨레신문 2012.10. 25. <http://www.hani.co.kr/arti/opinion/argument/557541.html> 최종방문 2017.2.1.).

51) 이러한 지적은 곧 고비처가 옥상옥(屋上屋)이라는 비판과 맞물려 있다. 그러나 과연 고비처가 옥상옥인지, 아니면 옥외옥(屋外屋)인지에 대해서도 논란이 계속되고 있다.

52) 윤동호, 앞의 글(주 38), 76쪽 참조.

53) 오병두, 독립적 특별수사기구의 도입방안에 관한 연구 -‘고위공직자비리수사처’ 법안들을 중심으로-,

넷째, 고비처가 자신의 관할범위에 대하여 “막중한 수사를 담당할 만한 전문적·체계적 수사능력을 구비할 수 있을지 의문”이라는 지적이 있다.⁵⁴⁾ 이는 특검의 수사역량을 염두에 둔 것으로 보이며, 검찰조직에 비해 인력과 조직이 한정되어 있는 고비처가 검찰에 비견될 수 있는 수사역량을 갖추기 힘들다는 지적으로 보인다.

이에 대해서 이는 제도 도입 초기의 과도기적 혼선을 고비처 제도 자체의 본질적인 문제로 오인한 것이며, 시간이 경과하여 관할 범죄에 대한 수사 경험이 축적되면 일반검찰과는 다른 권력관련 분야에서 전문성과 고유성을 획득할 수 있을 것이므로 큰 문제가 되지 않을 것이라는 반론이 있다.⁵⁵⁾

그밖에 고위공직자와 그 가족에 대한 부당한 차별로 평등원칙에 위배된다는 주장⁵⁶⁾도 있으나, 이는 고비처 수사의 객관성과 공정성이 확보된다면 특별히 문제되지 않을 것이다.⁵⁷⁾

이러한 반대논거들에서 주목할 점은 -각 논거들에 대한 반론에서 확인되듯이- 상대적으로 정당성만을 가지고 있다는 점이다. 즉, 고비처의 본질적인 문제점, 고비처가 설치될 경우에는 피할 수 없는 근원적인 문제점을 지적하기보다는 고비처의 설치 및 운용에서 발생될 수도 있는 잠재적 문제점을 지적하고 있으며, 이는 오히려 설치 및 운용의 방식 여하에 따라서는 발생되지 않을 수도 있다는 반론에 직면하게 되는 것이다.

IV. 법률에 의한 고위공직자비리수사처 설치의 가능성과 한계

1. 역대 국회의 고위공직자비리수사처 법안 발의와 그 의미

고비처의 설치를 내용으로 하는 법률안이 처음 나온 것은 앞서 언급한 바와 같이

형사정책 제24권 제2호(2012.8), 31-56(36)쪽.

54) 김진환, 앞의 글(주 46), 74쪽.

55) 오병두, 앞의 글(주 53), 36쪽.

56) 김진환, 앞의 글(주 46), 74쪽.

57) 김선수, 앞의 글(주 48), 22쪽 참조.

1996년 12월 5일 류재건 의원이 대표발의한 부패방지법(안)이었다. 당시 법안의 제 7장 고위공직자비리조사처(제111조~제124조)에서 14개 조문을 두었고, 고비처의 처장과 차장 등을 대통령이 임명하되, 대법원장의 추천과 국회의 동의를 얻도록 함으로써 그 독립성을 보장하고자 하였으며,⁵⁸⁾ 고비처에 독립성이 보장되는 특별검사와 특별수사관을 둬으로써 업무수행의 객관성과 공정성을 담보하고자 하였다.⁵⁹⁾

그러나 이 법안은 1998년 12월 10일 류재건 의원 등에 의해 철회되었으며, 이후 2001년 제정된 부패방지법에는 고비처 설치가 빠져 있었다. 이후 2002년 10월 25일 신기남 의원이 대표발의한 고위공직자비리조사처설치법(안)이 국회에 상정되었으며, 그 내용은 1996년의 부패방지법(안)의 제7장 내용과 유사한 것이었다. 하지만 이 법안은 2004년 5월 29일 임기만료 폐기되었다. 이후 노무현 정부에서 고비처 설치를 추진하였으며,⁶⁰⁾ 2004년 11월 9일 정부 발의로 「공직부패수사처의 설치에 관한 법률안」이 국회에 상정되었으나⁶¹⁾ 이 역시 2008년 5월 29일 임기만료 폐기되었다.

이후 2010년에 양승조의원, 이정희의원, 김동철의원에 의해 각각 대표발의된 3개의 고비처 법안⁶²⁾이, 2011년에 주성영의원과 박영선의원이 각각 대표발의한 「특별

58) 부패방지법(안), 제114조(處長과 次長) ① 處長과 次長의 任期는 각 5年으로 한다.

② 處長은 변호사의 자격이 있는 자로서 15年이상의 경력이 있는 者가운데 大法院長의 推薦과 國會의 同意를 얻어 大統領이 任命한다.

③ 次長은 변호사의 자격이 있는 자로서 10年이상의 경력이 있는 者가운데 大法院長의 推薦으로 大統領이 任命한다.

④ 處長은 高位公職者非理調查處의 업무를 統割하고, 所屬職員을 指揮監督한다.

⑤ 次長은 處長의 업무를 補佐하며, 處長이 사고가 있을 때에는 그 職務를 대행한다.

59) 부패방지법(안), 제115조(特別檢事와 特別搜查官) ① 特別檢事は 다음 各號의 1에 해당하지 아니하는 자 중에서 5年이상 經歷의 변호사자격이 있는 자를 大韓辯護士協會의 추천에 의하여 大統領이 임명한다.

1. 國家公務員法 第2條와 地方公務員法 第2條에 규정된 公務員. 다만, 國公立大學의 敎員은 제외한다

2. 政黨의 黨籍을 가진 자

3. 國家公務員法 第33條第1項 各號의 1에 해당하는 자

② 特別檢事は 檢察로부터 독립하여 오직 處長의 지휘를 받아 업무를 수행한다.

③ 特別檢事は 그 직무수행상 필요한 경우에는 特別搜查官을 임명하여 司法警察官의 직무를 행하게 할 수 있다.

60) 이에 반대하여 김성조의원 등 30명의 국회의원이 2004년 8월 13일 「고위공직자비리조사처 신설 추진계획 백지화 촉구 결의안」을 국회에 상정했으나, 2008년 5월 29일 임기만료 폐기되었다.

61) 이에 관하여는 오정용·송광섭, 의회에 의한 검찰건제 유형과 바람직한 검찰권 실현을 위한 통제방안, 법학연구 제52호(2013.12), 229-255(231)쪽 참조

수사청의 설치 및 운영에 관한 법률안」이 국회에 상정되었으나 2012년 5월 29일 모두 임기만으로 폐기되었다.⁶³⁾ 그리고 2012년에 김동철의원, 양승조의원, 이상규의원, 이재오의원에 의해 각기 대표발의된 4개의 고비처 법안이 국회에 상정되었으나 2016년 5월 29일 임기만으로 모두 폐기되었다.⁶⁴⁾

그리고 제20대 국회에 들어와서는 2016년 7월 21일 노회찬 의원이 대표발의한 「고위공직자비리수사처 설치에 관한 법률안」과 2016년 8월 8일 박범계 의원이 대표발의한 「고위공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안」,⁶⁵⁾ 그리고 2016년 12월 14일 양승조 의원이 대표발의한 「고위공직자비리조사처 설치 및 운영에 관한 법률안」이 각기 국회에 상정되어 있는 상태이다.

2. 법체계적 정당성의 문제

고비처의 설치와 관련하여 가장 핵심적인 쟁점은 과연 고비처가 법체계상 정당할 것인지 여부와 고비처를 설치함으로써 의도했던 바와 같은 효과를 낼 수 있을 것 인지의 문제로 집약된다. 즉, 고비처 설치의 규범적 정당성의 문제와 현실적 실효성의 문제로 구분될 수 있는 것이다.

고비처 설치의 법체계적 정당성 문제는 단순히 고비처 설치가 헌법적 근거를 가지고 있는지의 여부에 따라 판단될 것은 아니다. 이 문제는 현행헌법상의 권력분립 체계 내에서 고비처가 어떤 위치에서 어떤 기능을 할 수 있고, 해야 하는지, 그리고 그것이 법체계상의 모순을 안고 있는 것은 아닌지의 문제로 접근해야 한다.

고비처 신설 논의의 출발점이 검찰의 객관성과 공정성 내지 정치적 중립성에 대한 불신이고, 고비처를 통해 이 문제를 해결하기 위해서는 한편으로 고비처의 구성과 활동이 객관성과 공정성을 담보할 수 있어야 할 것이며, 다른 한편으로 고비처

62) 2002년의 신기남의원안과 2004년의 참여정부안, 2010년 양승조의원안 및 이정희의원안의 내용 비교에 관하여는 전태희, 앞의 글(주 40), 68쪽 이하 참조.

63) 이정희·주성영·박영선의원안의 비교에 관하여는 박병선, 특별수사청 설치의 필요성과 구체적 방안, 법학연구 제48집(2012.11), 1-25(8이하)쪽 참조.

64) 김동철·양승조·이상규의원안의 비교에 관하여는 김선수, 앞의 글(주 48), 14쪽 이하 참조.

65) 박범계·노회찬의원안의 비교에 관하여는 김선수, 앞의 글(주 48), 17쪽 이하 참조.

설립을 통해 검찰의 객관성과 공정성 내지 정치적 중립성을 제고할 수 있어야 할 것이다.⁶⁶⁾

이런 조건을 충족시키기 위해서는 고비처의 조직과 활동이 정치적 중립성과 독립성을 갖춰야 한다. 일각에서 이야기되는 것처럼 대통령 직속의 조직으로 만들 경우에는 -현재 감사원의 경우 그 중립성과 독립성이 문제되어 개헌과 관련하여 감사원의 소속 변경이 심각하게 논의되고 있는 것처럼- 그 중립성과 공정성을 담보하기 어렵게 될 것이다. 그렇다고 국회 소속으로 하기도 어려우므로 결국 국가인권위원회 등과 유사한 독립기관의 형태를 갖출 수밖에 없다.

문제는 법률상의 독립기관으로 할 경우에 고비처의 독립성과 중립성이 얼마나 확실하게 보장될 수 있느냐, 그리고 고비처의 권한과 활동이 현행헌법상의 권력분립 체계와 부합하느냐에 있다. 민주주의의 요청에 따라 모든 국가기관은 그 설립과 활동에 민주적 정당성을 요구하며, 이는 국민의 선거에 의해 직접 민주적 정당성을 확보하는 대통령과 국회를 제외하면, 대통령의 임명이나 국회의 임명동의 등을 통한 간접적인 정당성에 의존할 수밖에 없다.⁶⁷⁾ 그런데 고비처가 이렇게 정치기관에 의해 임명될 경우 고비처의 정치적 중립성과 독립성이 제대로 확보될 수 있을까?

기존의 고비처 법안들은 대체로 이 문제를 고비처의 처장과 차장을 대법원장의 추천과 국회의 동의를 전제로 대통령이 임명하는 방식으로 해결하고자 한다. 그런데 대법원장은 대통령이 임명하는데, 또 국회의 동의과정에서도 대통령의 영향력이 적지 않은데,⁶⁸⁾ 과연 이것만으로 대통령의 영향을 벗어난 중립적이고 독립적인 고비처의 조직과 활동이 가능할까?

검찰로부터 독립된 조직이라 하더라도, 그 조직과 활동이 대통령의 영향력을 벗어나지 못할 경우에는 고비처는 말 그대로 옥상옥이 될 수밖에 없다. 오히려 자칫하면 대통령에게 보이지 않는 손 하나를 보태주는 것에 불과하게 될 수도 있기 때문이다. 그러므로 이 문제는 단순히 그 외형을 법률상의 독립기관으로 한다고 해서 해결될 수 있는 문제가 아닌 것이다.

66) 이러한 조건이 갖추어지지 못하는 고비처 설립은 제도 도입의 취지에 맞지 않기 때문에 그 자체로서 정당성을 주장하기 어려울 것이다.

67) 이 점에 있어서는 대법원이나 헌법재판소의 경우도 예외가 아니다.

68) 특히 국회 내에서 여대야소의 의석분포가 형성될 경우에는 더욱 그러할 것이다.

더욱이 고비처의 설치가 현행헌법상의 권력분립체계 내에서 정당성을 확보하기 위해서는 고비처에 대한 다른 국가기관들에 의한 통제를 배제하고 고비처만 고위공직자들에 대한 통제기능만을 수행하는 것은 곤란하다. 하지만 고비처 자체의 활동에 대한 외부적 통제 및 이를 통한 객관성의 확보를 위한 개입을 인정할 경우에는 그것이 고비처의 독립성 및 중립성 확보와 충돌할 우려가 높다는 딜레마를 피하기 어려운 것이다.⁶⁹⁾

3. 제도의 실효성 문제

현행헌법상의 권력분립체계 내에서 고비처가 피하기 어려운 법체계적 정당성 문제와 더불어 또 하나의 중요한 문제는 제도의 실효성 확보가 쉽지 않다는 문제이다. 고비처에 대한 국민들의 기대가 크면 클수록 고비처가 이러한 기대를 제대로 충족시키는 것은 오히려 더 어려워질 수 있는 것이다.

가장 기본적인 문제는 고비처가 기존 검찰의 조직과 인력, 전문성을 뛰어넘을 수 없다는 점이다. 이는 과거 특검의 경우에도 확인되었던 것이며, 고비처의 조직과 인력을 대규모로 확장하기 이전에는 해결하기 어려운 문제이기도 하다.⁷⁰⁾ 다만, 기존 검찰수사에서 문제되었던 것은 그 수사능력보다는 정치적 중립성 및 공정성이었다는 점에서 고비처의 수사능력 부족이 본질적인 문제는 아니라고 볼 수 있을 것이다.⁷¹⁾

두 번째 문제는 고비처의 존재 이유라고 할 수 있는 정치적 중립성의 확보가 쉽지 않을 수 있다는 점, 그리고 고비처의 수사가 정치적으로 이용될 수 있다는 점이

69) 더욱이 헌법상 기관이 아닌 법률에 의해 설치된 국가기관은 권한쟁의심판의 당사자능력이 인정될 수 없다는 점(헌재 2010. 10. 28. 2009헌라6, 판례집 22-2하, 1 참조)으로 인하여 고비처의 권한이 다른 국가기관에 의해 침해될 경우에 사법적 구제가 어렵다는 점도 심각한 문제가 된다.

70) 홍콩의 엄정공서의 경우 직원이 1,200명에 이르는 조직을 갖추고 있지만, 이 경우에도 검찰의 조직과 인력을 넘어설 수는 없을 뿐만 아니라, 조직의 규모가 커질수록 업무의 중첩, 예산의 부담 등이 더 심각해지는 문제도 간과할 수 없을 것이다.

71) 그런 의미에서 고비처의 규모를 키우고 활동의 양을 늘리는 것보다는 작은 규모를 유지하되, 중요 사건들에 대해서는 확실하게 통제하도록 함으로써 그 존재 자체가 고위공직자들의 비리를 억제하는 효과를 갖도록 하는 것이 바람직하다고 볼 수 있다.

다. 앞서 지적한 바와 같이 고비처의 구성방식이 정치적 중립성을 담보하기에 충분치 못한 점이 있으며, 더욱이 국회의 수사요청에 의해 수사를 개시하도록 명문화⁷²⁾함에 따라 자칫 고비처의 수사가 정치적으로 민감한 쟁점사항들을 -특히 중요한 선거를 앞둔 시점에서- 형사사건화 하는 것으로 이용될 것이라는 우려가 적지 않은 것이다.⁷³⁾

세 번째 문제는 고비처가 본래의 설립취지에 부합하는 역할을 제대로 하지 못할 우려가 적지 않다는 점이다. 이 문제는 무엇보다 고위공직자의 비리가 대체로 기업과의 관계에서 많이 발생되는데, 고비처가 기업범죄에 관한 수사권이 없다는 점으로 인하여 전면적이고 포괄적인 수사를 통해 관련 범죄를 효율적으로 인지하고 또 입증하는데 어려움을 겪을 수 있다는 점에서 비롯된다.⁷⁴⁾

그리고 네 번째 문제는 이러한 여러 가지 문제를 안고 있는 고비처를 설치할 경우 투입한 비용 대비 효용이 떨어질 우려가 높다는 점이다. 즉, 역대 특검 대부분이 그랬듯이 투입된 시간과 노력, 비용에 비해 성과는 높지 않을 가능성이 크고,⁷⁵⁾ 그로 인하여 장기적으로는 국민들에게서도 외면당할 가능성이 높다는 것이다.

그럼에도 불구하고 현재의 상황은 국민들의 고비처 설치에 대한 요구가 매우 강력하며, 국회가 이를 적극적으로 추진할 동력을 충분히 확보한 상태이다. 따라서 국회에서 고비처 법안이 탄력을 받게 될 경우에는 언제라도 국회를 통과하게 될 수 있으며, 이는 앞서 언급한 바와 같이 검찰개혁의 필요성에 대한 국민들의 폭넓은 공감대와 기존의 검찰개혁에 대한 국민들의 불신, 그리고 이제는 보다 강력한 대책

72) 노회찬의원안 제19조 제3호(제21조에 따라 국회·감사원·대검찰청 또는 국방부로부터 수사의 의뢰가 있는 때)와 제21조 제2항(국회는 수사처에서 수사하는 것이 상당하다고 인정되는 사건에 대하여는 재적위원 4분의 1 이상의 연서 또는 「국정감사 및 조사에 관한 법률」상 조사위원회의 의결로 수사처에 수사를 의뢰할 수 있다.), 박범계의원안 제18조 제3호(국회 재적의원 10분의 1 이상의 연서로 수사요청이 있는 때).

73) 2002년의 병풍사건, 2007년의 BBK사건, 2012년의 국정원댓글 사건처럼 향후 대선에서도 중요한 정치쟁점을 형사사건화 하는 정략적 수단으로 국회의 고비처에 대한 수사의뢰가 이용될 소지가 크다는 점은 부인하기 어렵다.

74) 그렇다고 고비처의 수사대상을 계속 확장하는 것에도 문제가 있기 때문에, 이러한 문제를 어떻게 해결할 것인지는 매우 중요한 문제가 될 수밖에 없다.

75) 역대 특검의 성과에 대한 부정적 인식에 관하여는 <http://www.newspim.com/news/view/20161115000163> (최종방문 2017.2.2.) 참조. 그러나 최순실특검의 성과에 따라 국민의 인식도 바뀔 가능성이 적지 않다.

이 필요하다는 국민들의 강력한 요청이 맞물린 결과이다.

V. 헌법개정에 의한 고위공직자비리수사처 설치의 의미와 구체화 방안

1. 헌법상의 독립기관이 갖는 의미와 기능

앞서 정리된 고비처 설치의 법체계적 정당성 문제나 제도의 실효성 문제는 고비처를 법률상의 독립기관으로 구성하는 것을 전제한 것이다. 그러나 고비처를 헌법상의 독립기관으로 구성할 경우에는 여러 가지 변화가 있게 된다. 그것은 무엇보다 헌법상의 독립기관이 갖는 특별한 의미 및 헌법상 지위로 인한 것이다.

헌법상의 독립기관은 기본적으로 삼권을 대표하는 기관들이다. 즉, 삼권분립의 체계를 전제로 하여 입법부로서의 국회, 집행부로서의 대통령과 정부, 사법부로서의 (대)법원과 헌법재판소가 헌법상의 독립기관으로 구성되어 있는 것이다. 민주적 헌법국가에서 입법부, 집행부, 사법부가 각기 헌법상의 독립기관으로 구성되어야 한다는 것은 당연시되고 있으며, 이는 민주주의와 법치주의에 기초한 권력분립(삼권분립)의 가장 기본적인 요청이기도 하다.⁷⁶⁾

그러나 헌법상의 독립기관 중에는 이처럼 삼권을 대표하지 않는 기관도 있다. 예컨대 현행헌법에서 중앙선거관리위원회를 헌법상의 독립기관으로 구성하고 있는 것이 이에 해당한다.⁷⁷⁾ 제1공화국 말기 3·15부정선거의 경험으로 인하여 그 이전에는 내무부에서 관할하던 선거관리를 제2공화국헌법부터 헌법상의 독립기관이 담당하도록 했고, 이후 근 60년 동안 중앙선거관리위원회가 헌법상의 독립기관으로서 기능해온 것이다.

중앙선거관리위원회가 헌법상의 독립기관으로 구성되었다는 것은 세 가지 측면

76) 권력분립의 기본구조 및 현대적 변화에 관하여는 장영수, 권력분립의 역사적 전개에 관한 연구 -현대적 권력분립의 새로운 변화 추이를 중심으로-, 고려법학 제58호(2010.09), 229-257쪽 참조.

77) 대만헌법(中華民國憲法)에서 고시원과 감찰원을 헌법상의 독립기관으로 구성하고 있는 것도 같은 맥락에서 이해될 수 있다.

에서 특별한 의미를 갖는다. 첫째, 그 헌법상의 지위가 국회와 정부, 법원 등과 대등하며, 어느 쪽에도 종속되지 않는다. 둘째, 그 독립성이 -법률상의 독립기관과 비교할 때- 더욱 확실하며, 그 권한 또한 다른 기관에 의한 침해의 위험이 적다.⁷⁸⁾ 셋째, 헌법상의 권한에 대한 침해가 있을 경우 권한쟁의심판으로 다룰 수 있다.⁷⁹⁾

만일 고비처가 헌법상의 독립기관으로 구성될 경우에는 위헌성의 소지 내지 권력 분립상의 문제 등이 비교적 쉽게 해소될 수 있으며, 고비처의 독립성과 정치적 중립성의 확보 또한 -법률상의 독립기관으로 구성될 경우에 비해- 강력해질 수 있다. 그러나 고비처를 헌법상의 독립기관으로 구성한다고 해서 모든 문제가 해결되는 것은 아니며, 그 장단점에 대한 신중한 검토가 필요하다.

2. 고위공직자비리수사처가 헌법상 독립기관으로 구성될 경우의 장단점

고비처가 법률상의 독립기관이 아닌 헌법상의 독립기관으로 구성될 경우에는 법체계적 정당성과 관련하여 확실한 장점을 보인다.

법률상 독립기관으로서의 고비처가 그 취지에도 불구하고 독립성의 확보가 어려울 것이며, 대통령의 보이지 않는 손으로 변질될 경우에는 심각한 부작용이 발생할 수 있다는 우려는 고비처를 헌법상의 독립기관으로 구성함으로써 -완전히 제거되는 것은 아니라 하더라도- 상당부분 완화될 수 있다. 마치 대통령 소속하의 독립기관인 감사원이 직무상 독립에 관한 법률규정⁸⁰⁾에도 불구하고 대통령의 영향력을 사실상 벗어나지 못함으로 인하여 개헌을 통한 감사원의 국회 이관 내지 독립기관화가 논의되고 있는 것⁸¹⁾처럼, 고비처를 헌법상의 독립기관으로 구성함으로써 그 독립성을

78) 물론 이는 정상적인 민주적 법치국가의 헌법질서가 유지되고 있음을 전제한 것이다.

79) 이 점에서 앞서 설명하였던 법률상의 독립기관인 경우와 명백한 차이를 보인다.

80) 감사원법 제2조(지위):

① 감사원은 대통령에 소속하되, 직무에 관하여는 독립의 지위를 가진다.
② 감사원 소속 공무원의 임면(任免), 조직 및 예산의 편성에 있어서는 감사원의 독립성이 최대한 존중되어야 한다.

81) 이에 관하여는 김선화, 감사원 국회이관에 관한 쟁점과 구체적 방안, 공법연구 제37집 제4호(2009.6), 145-166쪽; 장용근, 감사원의 소속에 관한 헌법적 고찰 -감사원의 독립성 확보 방안을 중심으로-, 세계헌법연구 제12권 제1호(2006.6), 245-270쪽; 차진아, 감사원의 독립기관화에 대한 헌법적 검토, 고려법학 제54호(2009.9), 87-132쪽; 한국공법학회·감사연구원, 『감사원의 독립성과

현저하게 강화시킬 수 있는 점은 분명한 것이다.

더욱이 헌법상의 독립기관으로 구성할 경우에는 고비처의 헌법체계상의 지위가 명확해지고, 그 위상이 강화될 뿐만 아니라, 중앙선거관리위원회의 예에 따라 다른 국가기관들과의 관계를 설정하는 것이 더욱 간명해진다. 물론 헌법규정을 어떻게 둘 것인지, 또 이에 기초한 관련 법률을 어떻게 제정할 것인지에 따라서 변화의 폭은 작지 않을 것이다. 그럼에도 불구하고 국회의 입법에 의해 언제든지 폐지될 수 있고,⁸²⁾ 대통령 등 힘있는 기관에 의한 권한의 침해가 문제되는 경우에도 권한쟁의 심판조차 청구할 수 없는 법률상 독립기관과는 지위가 달라지는 것이다.

하지만 고비처를 헌법상의 독립기관으로 구성할 경우에도 제도의 실효성 문제는 매우 신중하게 접근해야 할 부분이다.

일단 법률상의 기관으로 구성될 경우에 비하여 헌법상의 독립기관으로 구성될 경우에 그 기관의 위상이 높아질 뿐만 아니라 소속 공직자들의 사회적 지위나 이들에 대한 국민적 관심도 함께 높아진다. 이는 고비처가 보다 유능한 인재들을 영입하기에 유리할 수 있으며, 정치적 중립성의 확보에도 유리할 것이라는 점은 분명하다.

또 다른 장점을 들자면, 고비처가 모든 검사가 아니라 검찰 수뇌부만을 수사대상으로 삼고 통제하더라도 이를 통해 검찰조직 전체의 객관성과 공정성 및 정치적 중립성을 확보할 수 있다는 점이다. 즉, 검찰 수뇌부에 대한 (독립된 헌법기관으로서의) 고비처의 통제가 오히려 검찰에 대한 정치권의 압력을 막아주는 방패막이가 될 수 있다는 점이다.⁸³⁾

그러나 이러한 장점들은 개연성을 높이는 정도이며, 구체적인 조직 구성과 활동 방식을 어떻게 정하느냐에 따라서 다양한 변수들이 작용하게 될 것이다. 경우에 따라서는 고비처가 옥상옥 내지 애물단지로 전락할 가능성도 배제하기 어렵다. 이럴 경우에는 오히려 헌법상의 기관이기 때문에 쉽게 폐지하지도 못한다는 점이 단점으

주요국의 감사제도』, 2016.12. 20.(토론회 자료집) 참조.

82) 물론 국민 여론 등으로 인하여 사실상 폐지가 불가능한 경우도 있을 것이지만, 언제라도 입법에 의해 폐지될 수 있는 것과 헌법개정을 통해서만 폐지될 수 있는 것은 매우 큰 차이로 할 수 있다.

83) 물론 법률상의 독립기관으로서 구성된 고비처도 이러한 기능을 할 가능성이 없는 것은 아니다. 그러나 고비처 자체가 정치적 중립성을 확보하기 어려운 상황에서는 검찰에 대한 정치적 외압의 방패막이가 되는 것이 아니라 오히려 외압의 통로가 될 우려가 더 클 수 있는 것이다.

로 부각될 수도 있다.

결국 고비처를 헌법상의 독립기관으로 설치할 경우의 실효성 문제는 제도의 본질에 속하는 문제라기보다는 제도를 운영하기에 달린 문제라고 볼 수 있다. 누가 고비처를 담당하며, 어떻게 운영하느냐에 따라서 제도 설립의 취지에 맞는 객관적이고 공정한, 정치적 중립성을 충분히 확보한 공직비리수사의 성공사례가 될 수도 있고, 그렇지 못할 수도 있는 것이다.⁸⁴⁾

그러므로 이러한 위험부담을 안고서라도 제도를 도입할 것인지의 최종적 판단은 주권자인 국민의 몫이다. 다만, 법률상의 독립기관으로 구성하는 것보다는 헌법상의 독립기관으로 구성하는 편이 위험부담이 현저하게 작다는 점은 분명하다.

3. 헌법개정에 의한 고위공직자비리수사처 설치의 구체적 방안

헌법개정에 의하여 고비처를 설치할 경우에도 구체적인 헌법규정의 내용이나 이를 전제로 법률에서 정해야 할 사항에 대한 관심은 지속되어야 한다. 헌법 및 법률의 내용에 따라 고비처의 효율성 및 성공가능성이 크게 달라질 것이기 때문이다.

이와 관련하여 최근 고비처를 헌법상 독립기관으로 제안하였던 ‘나라살리는 헌법개정 국민주권회의’ 헌법개정안의 고비처 관련 조항은 다음과 같다:

84) 어떤 제도 하에서도 이러한 문제는 발생된다고 쉽게 말해서는 안 된다. 제도 여하에 따라서 운영상의 문제가 거의 발생되지 않을 수도 있고, 운영상의 문제에 대해 매우 취약한 제도도 있을 수 있다. 우리가 가장 합리적인 제도로 평가할 수 있는 것은 충분한 통제장치를 통해 운영상의 문제를 최소화시킬 수 있는 제도이지만, 이런 제도 하에서도 운영상의 문제가 전혀 발생하지 않는 것은 아니다. 다만, 그러한 문제를 조기에 발견하고, 효율적으로 통제할 수 있도록 하는 것이 더 중요한 것이다. 최근의 최순실 게이트와 관련하여 근본적인 제도 개선이 요구되고 있는 가장 큰 이유는 이러한 통제장치들이 제대로 작동하지 못했다는 점에 있는 것이다.

제6장 고위공직자비리수사처 (신설)

제129조 ① 고위공직자의 비리를 수사하고 기소하기 위하여 고위공직자비리수사처를 둔다.

② 고위공직자비리수사처는 그 직무를 독립하여 수행하며 정치적 중립성은 보장된다.

제130조 ① 고위공직자비리수사처는 처장을 포함하여 9명의 위원으로 구성한다.

② 고위공직자비리수사처장 및 위원은 법률이 정하는 독립적인 추천위원회의 추천을 거쳐 대통령이 상원의 동의를 받아 임명한다.

③ 고위공직자비리수사처장 및 위원의 임기는 6년으로 하며, 중임할 수 없다.

④ 고위공직자비리수사처장 및 위원은 탄핵되거나 징역 이상의 형을 선고받지 아니하고는 파면되지 아니한다.

제131조 고위공직자비리수사처의 조직·직무범위, 처장 및 위원의 자격, 그 밖에 필요한 사항은 법률로 정한다.

이 헌법개정안에서 가장 주목할 점은 고비처의 독립성과 중립성에 초점을 맞추고 있다는 점이다. 제129조 제2항에서 독립과 정치적 중립성을 선언하고 있을 뿐만 아니라, 제130조의 내용들도 이를 실질적으로 뒷받침하기 위한 내용들로 구성되어 있다. 특히 처장의 임명방식과 관련하여 -대법원장의 추천 또는 국회에 추천위원회를 두는 것으로 하였던 기존의 고비처법안들⁸⁵⁾과는 달리- 처장뿐만 아니라 위원들에 대해서까지 법률이 정하는 독립적인 추천위원회를 예정하고 있다는 점에 특징이다.

이는 고비처의 운영이 처장의 독선에 의해 좌우되지 않도록 위원회 방식으로 구성함으로써 내부적 견제가 가능하도록 한 것이다.⁸⁶⁾ 또한 추천방식이 독립성과 중립성의 확보를 위해 가장 중요하다는 점에서 다양한 논의들이 있는데,⁸⁷⁾ 이를 충분히 고려하여 법률로써 추천위원회를 구성하도록 하되, 문제가 있을 경우에는 법률의 개정으로 인해 추천위원회 구성을 바꿀 수도 있도록 한 것이다.

이러한 헌법조항을 통해 고비처의 독립성과 정치적 중립성의 기초가 확보된 이후

85) 제20대 국회에서 발의된 3개의 고비처 법안들 중에서 노회찬의원안은 대법원장의 추천을 받은 후보자 중에서 국회의 동의를 받아 대통령이 임명하도록 하고 있으며(제5조 제1항), 박범계의원안은 고위공직자비리수사처장추천위원회의 추천을 받아 국회의 인사청문을 거쳐 대통령이 임명하도록 하고 있다(제5조 제1항). 이 안에서 고위공직자비리수사처장추천위원회는 국회에 설치되며, 법무부장관, 법원행정처 처장, 대한변호사협회 회장 등으로 구성하도록 정하고 있다(제7조). 반면에 양승조의원안은 국회의 인사청문을 거쳐 대통령이 임명하도록 정하고 있다(제4조 제2항).

86) 이런 점에서 헌법재판소와 유사한 방식의 구성으로 볼 수 있을 것이다.

87) 이에 관하여는 김희수, 앞의 글(주 38), 22쪽 이하 참조.

에 법률로써 고비처의 조직과 권한을 정하고, 이를 통해 고비처의 역할범위 내지 검찰 등 다른 국가기관들과의 관계를 조율하는 것은 보다 탄력성을 가지고 구체화 될 수 있을 것이다.

Ⅵ. 결론

고비처의 설치 70년 대한민국 형사사법의 역사에 큰 획을 긋는 변화가 될 것이다. 이미 20년 동안 고비처의 설치를 둘러싼 논란이 계속되었거니와, 이제는 해묵은 논의가 마무리되어야 할 시점이 되었다. 국민의 검찰개혁에 대한 요구는 더욱 강력해지고 있는데, 다른 대안이 없다면 고비처의 설치를 더 이상 미루기 어렵게 된 것이다.

그러나 고비처를 설치하더라도 법률상의 독립기관으로 설치하는 것과 헌법상의 독립기관으로 설치하는 것에는 매우 큰 차이가 있다는 점을 간과해서는 안 된다. 이런 맥락에서 국회에서 고비처 법안을 서둘러 통과시키는 것보다는 현재 진행되고 있는 개헌논의의 틀 안에서 고비처 문제를 해결하는 것이 더 바람직하다는 점을 강조하고자 하는 것이 이 글의 취지라 할 수 있다.

법률에 의한 고비처 설치가 위헌이어서 불가능하다는 것은 아니다. 다만, 헌법적 틀 안에서 제대로 자리매김 되지 않은 고비처의 설치 실패할 우려가 적지 않다는 점을 지적하는 것이며, 고비처를 설치하는 것 자체가 목적이 아니라 고비처를 통해 검찰의 독립성과 중립성을 제고하는 것에도 기여할 수 있도록 하는 것이 바람직하다는 점에 주목하는 것이다.

그런 의미에서 이제는 법률에 의한 고비처의 설치보다는 헌법개정을 통해 고비처를 헌법상의 독립기관으로 설치하는 것을 신중하게 고려해야 할 시점이라고 생각한다.

참고문헌

- 곽병선, 특별수사청 설치의 필요성과 구체적 방안, 법학연구 제48집(2012.11), 1-25쪽.
- 김동혁, 기소배심주의에 대한 고찰, 경찰법연구 제11권 제1호(2013.6), 249-273쪽.
- 김선수, 독립적 고위공직자비리수사·공소기구(약칭 ‘공수처’)법안 검토, 『고위공직자 비리수사처 입법토론회』(민변, 박범계·이용주·노회찬의원 공동주최), 2016.8.30, 4-39쪽.
- 김선화, 감사원 국회이관에 관한 쟁점과 구체적 방안, 공법연구 제37집 제4호(2009.6), 145-166쪽.
- 김영기, 프랑스 검찰의 사법경찰 통제와 그 시사점, 형사소송 이론과 실무 제3권 제2호(2011), 7-50쪽.
- 김영진, 국가정보기관권력의 현황과 정치적 중립화를 위한 과제, 법과사회 제44권(2013), 67-95쪽.
- 김영택, 친일세력 미 청산의 배경과 원인, 국민대 한국학논총 제31집(2009), 481-539쪽.
- 김용주, 『사법경찰과 검찰의 관계에 대한 역사적 고찰』, 고려대 박사학위논문, 2012
- 김용훈, 인사청문회의 헌법적 의의와 제도적 개선 쟁점, 미국헌법연구 제26권 제2호(2015.8), 1-45쪽.
- 김재봉, 기소절차에 대한 시민참여제도로써 기소심사회 도입방안 : 일본 검찰심사회와의 비교·검토를 중심으로, 한양대 법학논총 제29집 제4호(2012.12), 149-174쪽.
- 김진환, 사법개혁의 방향, 저스티스 통권 제118호(2010.8), 57-88쪽.
- 김태명, 검찰시민위원회 및 기소심사회 제도에 대한 비판적 고찰: 미국의 대배심제도와 일본의 검찰심사회제도를 참고하여, 형사정책연구 제21권 제4호(2010.12), 149-191쪽.
- 김희수, 검찰 개혁 방안, 『검정개혁과 수사권조정, 공수처 설치 방안 토론회』(더불어민주당 정책위원회 민주주의회복 TF), 2016.8.10., 17-30쪽.
- 대검찰청, 『검·경 수사권조정자문위원회 활동경과에 대한 보고 및 의견서』, 2005.

- 박노섭, 독일검찰제도의 탄생과 그 시사점, 한림법학 FORUM 제19권(2008.12), 117-135쪽.
- 박창호 외, 『비교수사제도론』, 2004.
- 승재현, 경찰과 검찰의 합리적 수사권 조정에 관한 쟁점과 논의, 한국경찰학회보 제11권 제2호(2009.5), 165-199쪽.
- 신현기 외, 『비교경찰제도론』, 2012.
- 오경식, 미국의 기소대배심운영과 한국의 도입방안, 형사법의 신동향 제28호(2010.10), 1-30쪽.
- 오병두, 독립적 특별수사기구의 도입방안에 관한 연구 -‘고위공직자비리수사처’법안들을 중심으로-, 형사정책 제24권 제2호(2012.8), 31-56쪽.
- 오정용, 일본의 검찰심사회제도를 통해 본 또 하나의 시민의 사법참여, 형사법연구 제23권 제3호(2011.9), 337-368쪽.
- 오정용·송광섭, 의회에 의한 검찰견제 유형과 바람직한 검찰권 실현을 위한 통제방안, 법학연구 제52호(2013.12), 229-255쪽.
- 윤동호, 고위공직자비리수사처 신설의 정당성과 필요성, 형사정책연구 제22권 제1호(2011.3), 65-84쪽.
- 윤영철, 검찰개혁과 독립된 특별수사기관의 신설에 관한 소고, 홍익법학 제13권 제1호(2012), 49-73쪽.
- 이관희, 부패방지위원회의 발전방향, 헌법학연구 제10권 제4호(2004.12), 187-224쪽.
- 이상열, 일제 식민지 시대 하에서의 한국경찰사에 관한 역사적 고찰, 한국행정사학지 제20권(2007), 77-96쪽.
- 이정덕·임유식·한경희, 고위공직자비리 수사기구 설치에 관한 다면적 연구, 한국범죄학 제6권 제2호(2012.12), 185-212(201이하)쪽.
- 임정수, 법치주의 구현을 위한 검찰의 과제, 저스티스 제26권 제1호(1993.7), 24-37쪽.
- 임지봉, 우리나라 국회의 임명동의권과 인사검증시스템, 헌법학연구 제20권 제4호(2014), 1-26쪽.
- 장영수, 권력분립의 역사적 전개에 관한 연구 -현대적 권력분립의 새로운 변화 추이를 중심으로-, 고려법학 제58호(2010.09), 229-257쪽.

장용근, 감사원의 소속에 관한 헌법적 고찰 -감사원의 독립성 확보 방안을 중심으로-,
세계헌법연구 제12권 제1호(2006.6), 245-270쪽.

전태희, 『주요국 공직자비리수사기구의 현황과 시사점』(국회 입법조사처 현안보고
서 제98호), 2010.11.16.

정병대, 『수사구조에 관한 연구』, 2007.

탁종연, 검경수사권 조정 찬성 : 수사와 기소분리 필요하다, 국회보 통권 제554호
(2013.1).

표성수, 『미국의 검찰과 한국의 검찰』, 2000.

한상훈, 외국의 검찰제도와 한국 검찰 개혁에 대한 시사점, 법과 사회 제37권
(2009), 121-149쪽.

한성훈, 권력의 중심에 선 정보기관 - 국군기무사령부와 국가정보원-, 내일을 여는
역사 제53호(2013.12), 109-127쪽.

Wolf-Rüdiger Schenke(서정범 역): 『독일경찰법론』, 1998.

Untersuchung über die Reform der Staatsanwaltschaft und die Einführung der unabhängigen Einrichtung für Strafverfolgung der hochrangigen Amtspersonen

Chang, Young-soo*

Die Reform der Staatsanwaltschaft ist seit langem als ein Teil der Justizreform oder in Zusammenhang mit Regelung der Verfolgungsgewalt zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei versucht. Bislang gab es doch kein befriedigendes Ergebnis. Und die Korruption des Oberstaatsanwaltes Kyungjun Jin, des ehemaligen Oberstaatsanwaltes Manpyo Hong, des obersten Präsidentsekretärs für allgemeine Verhältnisse des Volkes Byungwoo Woo veranlasst bedenkliches Misstrauen des Volkes. Es ist also nicht unvorhergesehen, dass das koreanische Volk eine spezielle Maßnahme für die Reform der Staatsanwaltschaft auffordert.

Inzwischen gab es mehrere Reformversuche der Staatsanwaltschaft sowie gesetzliche Festsetzung der Amtszeit des Generalstaatsanwaltes, die Einführung der öffentlichen Disputation im Parlament für die Ernennung des Generalstaatsanwaltes, und die Einführung des unabhängigen Sonderstaatsanwaltes, die bisherige Bemühungen für die Reform vorführen. Aber das koreanische Volk verlangt nicht die Bemühungen sondern Ergebnisse.

Das Verlangen des Volkes nach der Reform der Staatsanwaltschaft kann jederzeit flammen. Mehrere Gesetzesentwürfe für die Einführung der 'unabhängigen Einrichtung für Strafverfolgung der hochrangigen Amtspersonen' (=Gobicheo) eingebracht. Diese Gesetzesentwürfe sind seit 20 Jahren mehrmals eingebracht und ohne Erfolg aufgehoben. Aber mit wiederholten Versuchen sind die Lage viel ernsthafter geworden. Im Zusammenhang mit der Verfassungsänderungsversuche könnte die 'Gobicheo' als eine

* Prof. of Korea University Law School

verfassungsrechtliche unabhängige Organisation eingeführt werden.

Die langjährige Diskussionen über die Einführung der ‘Gobicheo’ sind nun auszuarbeiten. Die Einführung der ‘Gobicheo’ sollte ein Wendepunkt für 70jährige Strafjustiz in Korea darstellen. Das Verlangen des Volkes wird noch stärker, so ist die Einführung der ‘Gobicheo’ nicht mehr zu verschieben.

Es ist jedoch nicht zu übersehen, dass die Einführung der ‘Gobicheo’ als gesetzliche Organisation und die als verfassungsrechtliche unabhängige Organisation grosse Unterschied darstellt. So sollte die Gesetzesentwürfe für ‘Gobicheo’ nicht zu Eile antreiben, sondern wiederum im Verfassungsänderungsprozess überprüft werden.

Nicht zu sagen, dass die gesetzlich Einführung der ‘Gobicheo’ verfassungswidrig. Es ist doch zu sagen, dass die Einführung der ‘Gobicheo’ ohne feste verfassungsrechtliche Grundlage weniger Chance für Erfolg hat, dass die Einführung der ‘Gobicheo’ mit verfassungsrechtliche Grundlage auch für die Unabhängigkeit und Neutralität der Staatsanwaltschaft beizutragen ist.

In diesem Sinne sollten wir die Einführung der ‘Gobicheo’ mit verfassungsrechtliche Grundlage ernsthaft in Erwägung ziehen.

❖ Stichwörter: unabhängige Einrichtung für Strafverfolgung der hochrangigen Amtspersonen, Reform der Staatsanwaltschaft, Verfassungsänderung, gesetzliche unabhängige Organisation, verfassungsrechtliche unabhängige Organisation

직접적 뇌 간섭과 마음에 대한 범죄*

김 성 룡**

국 | 문 | 요 | 약

뇌·신경과학과 법학, 특히 형사법과 관련한 지금까지의 연구들은 주로 범죄인의 책임능력·자유의지의 존부와 그 입증문제, 형법·형벌의 정당성, 형벌·보안처분의 유형 및 집행방법 결정을 위한 신경과학의 활용 가능성, 피의자·피고인 등의 정신 자극·조작을 통한 증거 획득이나 뇌장애·손상의 유형에 따른 처우 개별화 문제 등을 주요 관심사로 해왔다. 그런데 이러한 접근과는 다소 방향을 달리하여, 뇌 영상 활용을 통해 인간의 정신적 자유에 대한 침해에 적절히 대응하는 주장이 있다. 뇌 과학, 특히 뇌 영상 기술의 발달로 어떤 물리적 혹은 심리적 자극이 뇌에 어떠한 반응을 일으키며, 정신과 마음에 어떠한 부정적인 영향을 미치는지가 하나 둘씩 밝혀지고 있는 오늘날, 지금까지는 공허한 구호에 그쳤다고 해도 과언이 아닌 인간의 ‘정신적 자기결정권’을 침해하는 ‘마음(정신)에 대한 범죄’를 형법에 범죄구성요건으로 도입하여, ‘인간의 지고한 자유’, ‘정신적 자유’, ‘마음의 평화’와 ‘내 생각의 온전성’을 보호해야한다는 것이다.

이 글에서는 이러한 ‘마음(정신)에 대한 범죄’ 구성요건 도입을 주장하는 사람들의 출발점은 무엇인지, 그들이 제안한 구성요건·범죄성립의 개별요소들은 어떤 내용인지, 그러한 범죄의 도입이 필요한 이유는 무엇인지 등을 소개하고, 국내 법제에 도입필요성과 가능성을 진단하기 위해 여러 가지 가능한 쟁점 중 몇 가지를 골라 비판적으로 검토해보면서 국내의 관련 논의의 단초를 제공해보고자 했다.

- ❖ 주제어 : 정신적 자기결정권, 마음에 대한 범죄, 직접적 뇌 간섭, 간접적 뇌 간섭, 기능자기공명영상

* 이 논문은 2014년 정부(교육부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2014S1A5A2A01015298)

** 경북대학교 법학전문대학원 법학과 교수, 법학박사

I. 머리말

국내의 뇌·신경과학(Neuroscience)과 법학, 특히 형사법과 관련한 연구들은 주로 범죄인의 책임능력의 존부나¹⁾ 그 절차적 입증문제 혹은 형의 유형 및 집행방법 등에서의 활용 가능성²⁾ 여부를 다루고 있다. 형사실체법에서 책임능력 혹은 자유의지의 존부 및 그에 기초한 형법의 존재정당성, 수사단계에서의 피의자·피고인 등의 고의·책임 등의 증명문제, 피의자·피고인 등의 정신을 자극·조작하여 증거를 획득하거나 교정적 효과를 목적으로 뇌장애·손상의 유형에 따라 처우를 개별화하는 문제³⁾ 등이 주요 관심의 대상이 되어 왔다. 물론 이러한 경향은 미국이나 독일 등의 연구에서도 특별히 다를 바 없어 보인다.⁴⁾

그런데 최근 외국의 관련 연구 중에는 신경과학, 특히 뇌영상(Brain scan, brain imaging, neuroimaging) 기술의 발달을 계기로 지금까지 관심의 저편에 방치되었던 인간의 ‘마음·정신에 대한 범죄’(Crime against mind)를 현행 법제에 도입해야 한다는 주장이 독일 함부르크 대학의 부블리츠(Christoph Bublitz) 박사와 메르켈(Reinhard Merkel) 교수에 의해 주장되고 있는 흥미로운 사실이 발견된다.⁵⁾ 사실

- 1) 김희정, “뇌과학의 발전에 따른 정신장애자 형사책임에 관한 연구”, 경희대학교 법학전문대학원 박사학위논문, 2014; 박은정, “자유의지와 뇌과학: 상호 인정 투쟁”, 『법철학연구』 제18권 제2호(2015), 99쪽 이하; 이인영, “약물중독자에 대한 형사책임과 처우에 관한 고찰-뇌과학에 의한 약물중독의 인식변화와 관련하여-”, 『형사정책』 제26권 제1호(2014), 59쪽 이하; 박은정, “법적 제재와 과학의 새로운 연합? -인지신경과학으로부터의 도전-”, 서울대학교 『법학』 제54권 제3호(2013), 507쪽 이하; 박주용·고민조, “자유의지에 대한 Libet의 연구와 후속 연구들 -신경과학적 발견이 형법에 주는 시사점을 중심으로-”, 서울대학교 『법학』 제52권 제3호(2011), 477쪽 이하.
- 2) 안경옥·김희정, “청소년 범죄의 대응방안으로서의 뇌과학의 활용”, 전남대학교 『법학논총』 제33집 제1호(2013), 199쪽 이하; 유소영·전진권, “법정 증거로서 뇌영상증거의 한계: 역추론(reverse inference)의 문제”, 이화여자대학교 『법학논집』 제19권 제3호(2015), 153쪽 이하; 이인영, “뇌영상 증거의 과학적 증거로서의 기능과 한계”, 『형사법연구』 제22권 제4호(2010), 255쪽 이하; 손지영·한상훈, ““Neurolaw”의 기억연구와 법적 증거 허용성”, 『형사정책연구』 제92호(2012), 91쪽 이하.
- 3) 탁희성·정재승·박은정·Thomas Hillenkamp, 『뇌과학의 발전과 형법적 패러다임 전환에 관한 연구(I) -뇌과학과 형법의 접점에 관한 예비적 고찰-』, 형사정책연구원 연구총서 12-B-09(2012), 특히 457쪽 이하; 탁희성·이인영·권준수·강도형·강준환, 『뇌과학의 발전과 형법적 패러다임 전환에 관한 연구(II)』, 형사정책연구원 연구총서 13-B-08(2013), 특히 153쪽 이하, 259쪽 이하, 419쪽 이하.
- 4) 신경법(Neurolaw)으로 불리는 최근 연구분야의 주제 개관과 각 세부영역의 구성에 대한 간략한 개관으로는 Meynen, “Neurolaw: Neuroscience, Ethics, and Law. Review Essay”, 『Ethical Theory and Moral Practice』(2014) 17: 819-820 참조.

지금까지 직접 혹은 간접적인 뇌 간섭이 정신 혹은 마음에 대한 범죄가 될 수 있을 것인가의 문제는 국내·국외를 막론하고 학문적 논의의 대상이 되지 못했다고 할 수 있다.⁶⁾ 그런 점에서 아래에서는 마음과 정신에 대한 공격(위태화·침해)이라는 것도 기존의 신체(몸) 중심의 형법규범 체계 내에서 가벌적 행위로 이미 적절히 포섭될 수 있는 것일 뿐 새로운 것이라고 할 수 없는 것인지, 아니면 지금까지 우리의 관심에서 밀려나 있었으나 이제 적절한 보호를 위해 새로운 규범 도입이 필요하며 또한 가능한 것인지, 혹은 범죄화라는 형사법적 접근과는 다른 방법으로 적절히 대응하는 정도의 해법을 찾아야 하는지 등을 개괄적으로 접근해 보고자 한다.

뇌와 마음에 관련된 여러 분야의 다양한 층위의 담론이 아래 논의의 기초로 상론 되는 것이 바람직할 것이지만 활용 가능한 지면의 범위 내로 서술을 최소화할 수밖에 없기 때문에, 우선 앞서 소개한 독일 학자들에 의해 주장된 마음에 대한 범죄의 내용, 세부적인 범죄성립표지 등에 대한 내용을 개괄적으로 소개하고(II), 그 적정성과 국내 법체계의 도입가능성과 필요성을 진단해 보기 위해 가능한 쟁점 중 중요한 몇 가지를 골라 비판적 시각으로 검토해 보면서(III) 향후 논의 방향을 찾아보기로 한다.

5) Bublitz·Merkel, “Crime Against Minds: On Mental Manipulations, Harms and a Human Right to Mental Self-Determination”, 『Criminal Law and Philosophy』 (2014) 8: 51-77; Bublitz·Merkel, “Guilty Minds in Washed Brains? Manipulation Cases and the Limits of Neuroscientific Excuses in Liberal Legal Orders”, in Nicole A. Vincent(ed.), 『Neuroscience and Legal Responsibility』, Oxford University Press, 2013, pp. 333-372.

6) 물론 법규의 불명확성 등을 이유로 1981년 이태리 헌법재판소에 의해 위헌무효 선언된 plagio, 즉 ‘정신적 노예’로 만드는 죄라는 유형이 있었고, 2001년 프랑스 형법에 도입된 제223-15-2조의 ‘무지 또는 나약(쇠약)상태의 기망적 남용죄’(De l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse)에서는 미성년, 무지, 질병, 임신 등으로 나약한 피해자의 판단을 변화시키는 중하고도 반복되는 압력 혹은 기술들을 사용한 결과, 그 피해자가 스스로에게 심각한 해가 될 수 있는 행위나 부작위를 하도록 한 경우 3년 이하의 징역과 벌금 375,000€에 처한다고 규정되어 있다 (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&idArticle=LEGIARTI000006417799&dateTexte=&categorieLien=cid;2017.2.28>. 최종검색). 하지만 이 경우는 피해자의 신체적·정신적 종속상태나 약점을 이용한 것으로 일반인에 대한 공격보다는 좁은 범위를 대상으로 한다고 하겠다.

II. 마음에 대한 범죄의 성립요건

1. 마음에 관한 범죄 도입 주장의 배경

사고의 자유, 양심의 자유, 사상의 자유 등은 누구도 침해할 수 없는 절대적인 보호의 대상이라고 선언하고 있지만 이를 침해하는 경우는 없는지, 침해하는 경우 형사법적 대응은 필요하지 않은 지 등의 문제는 지금까지 형사법 영역에서는 상대적으로 소홀히 다루어져 왔음을 부인할 수 없다. 하지만 일상을 돌아보면 우리는 스스로 무수히 많은 약물을 통해 뇌의 작용을 조절하기도 하고, 혹은 자신은 알지도 못한 채 그러한 약물을 사용한 타인에 의해서 조종당하기도 하지만 이를 범죄라는 시각으로 바라보지는 않았다.

“다른 사람의 머리카락을 잘라버리는 것처럼 불쾌하지만 사소한 행위, 타인에게 몇 초간의 사소한 신체적인 침해를 가하는 행위, 심지어 성적인 의도 없이 타인을 강하게 붙잡는 행위는 형사법적 범죄로 처벌될 수 있음에도 불구하고, 아주 의도적으로 다른 사람에게 정신적 고통을 유발하는 행위가 형사법적 제재의 외부에 놓여 있다는 것은 이상하지 않은가?, 신체의 완전성을 위협하는 근로조건은 금지되고, 그들의 고용주는 형사법적 제재의 대상이 될 수 있는 반면에, 수 백 만 명의 사무실 근로자들은 업무와 관련된 스트레스와 우울증 등을 겪으면서도 어떤 법적인 문제도 제기하지 않는다는 것은 놀랄만한 일이 아닌가?”라는⁷⁾ 부블리츠(Bublitz)와 메르켈(Merkel)의 지적이 그것이다.

전 세계적으로 수 천 억 원 또는 수 조 원에 달하는 금전이 사람의 의사결정을 바꾸고 조종하는 수단의 발견이라는 목적을 가진 연구에 자랑스럽게 투자되고, 그 결과물이 성공적으로 사람들에게 적용되어 그들의 욕구를 변화시키고, 그들의 행동을 변경시키고, 결국 그들로 하여금 매도인이 원하는 계약을 체결하게 하는 것에 대해서는 아무런 제약을 가하지 않으면서, 동일한 목적으로 타인을 언어적으로 기망하거나 속이는 경우는 교도소로 보내는 것은 대체 그들 사이의 어떤 차이 때문인

7) Bublitz/Merkel, “Crimes Against Minds: On Mental Manipulations, Harms and a Human Right to Mental Self-Determination”, 『Criminal Law and Philosophy』(2014) 8, p. 51.

가 하는 물음에 답할 수 있어야 한다는 것이 그들의 주장이다.

지금까지 우리는 몸과 마음(정신)의 이원주의적 사고, 마음과 뇌의 이원주의(mind-brain dualism)적 세계관 아래에서 현행 형법의 가벌적 행위들을 규정해 왔다고 할 수 있지만, 새롭게 부각되고 있는 신경과학의 성과물들, 특히 뇌 스캔은 우리의 신체뿐만 아니라 마음과 정신도 기계론적인 작동에 불과하다고 말하려는 것인지도 모른다. 이에 대한 세부적 논의를 미루어 두고⁸⁾ 여하튼 여기서 분명히 할 수 있는 것은, 앞서 언급된 몇 가지의 ‘마음에 대한 공격’이 기존 형법체계에 자리 잡고 있는 가벌적 행위들에 비하여 결코 사소한 침해가 아니라는 것이고, 그들의 주장처럼 이를 명확히 하는 것은 현대사회에서 발생할 수 있는 다양한 유형의 마음에 대한 침해를 규제하는 첫걸음인 것은 분명해 보인다는 것이다.

물론 이러한 인간의 마음, 즉 주관적이고 사적·내적인 특성을 가지는 정신적 상태를 제3자적 관점에서 어떻게 접근할 수 있는가의 물음으로 관심을 돌리면, 철학적인 문제는 물론 법적용에 있어서도 실천적인 문제가 수반된다는 것도 자명하다. 또한 마음에 대한 범죄가 현행법으로 도입될 경우 붓물처럼 이어질 고소와 소송범람도 어렵지 않게 예상된다. 달리 말해 어떤 형식과 내용으로 마음에 대한 범죄를 도입할 것인지에 대한 깊은 고민이 전제되어야 하는 것은 분명하다. 하지만 입증의 곤란이라는 소송법적 쟁점과 실체법적 문제를 구분해야하고, 소송의 폭주가 해당 범죄행위를 비범죄화 해야 할 이유가 되는 것은 아닐 것이다.⁹⁾ 여기서 특히 뇌 스캔은 입증 곤란이라는 사실상의 문제를 해결할 수 있는 강력한 수단으로 등장하고 있고, 가까운 미래에 우리는 뇌 과학의 또 다른 발전을 경험할 수밖에 없을 것이라는 점에서 그들의 주장을 깊이 있게 검토해 보는 것은 우리의 피할 수 없는 과제라고 해야 할 것이다.

8) 결정론과 비결정론, 양립주의와 비양립주의, 양자물리학, 카오스이론, 신경과학의 성과물이 자유의사와 관련한 논의에 던지는 의미 등에 대한 개괄적인 설명은 Kane, “Introduction: the contours of contemporary free-will debates(part 2)”, 『The Oxford Handbook of Free Will』, 2. Ed. (2011), pp. 3 참조.

9) 2011년 유럽연합 전체에 대한 광범위한 사실조사에서 5억의 인구 중 1년간 약 1억 6천 5백만 명이 진단 가능한 ‘뇌장애’(brain disorder)를 겪고, 그에 소요되는 비용도 6,000억이 넘는 것으로 밝혀졌다(Gustavsson, A., et. al., “Cost of disorders of the brain in Europe 2010”, 『Journal of European Neuropsychopharmacology』, 2011; Bublitz/Merkel, ibid., p. 52).

2. 마음·정신에 관한 범죄의 성립요건

1) 부블리츠·메르켈의 입법안

현재 ‘마음에 대한 범죄’에 대한 입법안으로 제시된 법률규정의 예는 독일의 부블리츠·메르켈(Bublitz·Merkel)이 제안한 다음과 같은 규정에서 찾을 수 있다. 마음에 대한 범죄 제1항은 이른바 ‘직접적 뇌 간섭’, 제2항은 ‘간접적인 뇌 간섭’ 중 일부 가벌적인 행태를 규율하고 있다.

§ 000 [Crime against Mind]

제000조 [마음에 대한 죄]

(1) Intervening directly into other minds through stimuli that operate directly on the brain through the use of pharmacological, surgical, neuro-stimulating, genetically engineering or other electro-magnetic, biological or chemical means, and thus purposefully bypassing mental control capacities of the addressee, causing serious negative mental consequences shall be punishable...

① 약물적, 외과 수술적, 신경 자극술적, 유전공학적 혹은 다른 전자-자기적, 생리학적 혹은 화학적 수단을 이용하여 직접적으로 뇌에 작용하는 자극을 통해 타인의 마음에 직접적으로 개입하고, 이렇게 하여 의도적으로 그 수신인의 정신적 통제능력을 우회하여, 심각한 부정적 정신적 결과들을 야기하는 행위는 (형벌에) 처한다.

(2) Intervening indirectly into other minds through stimuli purposefully designed to bypass mental control capacities causing severe negative mental consequences shall be punishable unless such stimuli are exercises of permissible conduct such as free speech in respect of the other person's mental self-determination.¹⁰⁾

② 정신적 통제능력을 피하기 위해 의도적으로 고안된 자극을 통해서 간접적으로 타인의 마음에 간섭하고, 심각한 부정적 정신적 결과를 야기하는 행위는, 그러한 자극이 타인의 정신적 자기결정권을 존중한 상태에서 서의 자유로운 언어표현(언론의 자유)과 같은 허용되는 행위의 실행이 아니라면, (형벌에) 처한다.

2) 주요 내용 및 도입 주장의 논거

제안된 입법안은 크게 직접적 뇌 간섭(direct brain/mind Intervention)과 간접적 뇌 간섭(indirect brain/mind Intervention)으로 양자를 나누고, 전자는 뇌에 직접적으로 작용하는 의도적 자극을, 후자는 뇌에 간접적으로 작용하는 의도적 자극이지만 행위자의 표현의 자유 등 정당한 권리행사로 허용되는 경우를 제외한 것들을 적용대상으로 하고 있다. 즉 제1항에서는 피해자의 마음을 약물, 수술, 신경자극술, 유

10) Bublitz·Merkel, *ibid.*, p. 73.

전공학, 전기·자기, 생리학, 그리고 화학적 수단을 사용하여 간섭함으로써 그의 정신적 통제능력을 무력화시키고, 이를 통해 결국은 피해자에게 심각한 정신적 부작용을 초래하는 경우를 대상으로 하고 있고, 제2항은 이외의 수단을 사용하는 것으로 사실상 행위자의 표현의 자유 등을 제한할 수 있기 때문에 이러한 정당한 권리행사에 해당하지 않는 경우만을 처벌의 대상으로 하자는 것이다. 입법제안의 주요 내용을 요약적으로 살펴보기로 한다.

(1) 가별적인 간섭과 그 판단 기준

여기서 간섭(intervention)이란 수신자(피해자)의 동의를 받지 않은 간섭을 말하며, 한 사람이 다른 사람에게 정신적 영향(효력)을 미치는 자극(stimuli)을 보내는 것을 말한다. 물론 이러한 자극, 혹은 간섭은 우선 수신자가 동의하지 않은 것을 전제하지만, 그렇다고 하여 모든 동의하지 않는 자극이 금지되는 것은 아니라고 본다. 만약 그러한 제한을 설정하지 않는다면 우리가 다른 사람과 대화하는 일조차 금지될 수밖에 없다는 이유 때문이다.¹¹⁾ 우리는 자극이 없는, 자극·간섭으로부터 자유로운 세상을 희구하고 있는 것인지도 모르지만 그런 세상은 상상하기 어려울 것이다. 그렇다고 해서 타인이 희망하지 않는 정신적 침해를 무제한적으로 허용하는 것도 문제가 있다. 결국은 허용되는 간섭과 허용되지 않는 간섭을 구별하는 과제가 남는데, 그 기준은 결국 ‘정신적 자기결정권’(mental self-determination)에서 찾을 수밖에 없다는 것이다. 모든 외부의 자극으로 부터 해방이 아니라, 정신적 무결성·온전함(mental integrity)에 해로운 영향을 미치는 자극으로부터 해방되는 것이 목적이 되어야 하고, 타인의 정신적 통제·제어력을 약화시키거나 선재하는 정신적 취약점을 이용하는 방식으로 타인의 정신적 온전성을 심각하게 간섭·개입하는 것은 하지 말아야 한다는 것이다.

(2) 자유와 권리의 형량

한 사람의 권리를 보호하는 것은 그 상대방의 권리를 제한하는 결과가 될 수 있

11) Bublitz·Merkel, *ibid.*, p. 67.

다는 점에서 송신자의 자유와 권리 및 그 자극을 받는 수신자의 자유와 권리가 균형을 이루어야만 한다는 것은 재언의 여지가 없을 것이다. 부블리츠·메르켈은 이를 위해 두 가지 기준을 제시한다. 즉, 마음에 개입하는 방법·수단이 무엇인가와 그 각각이 가지는 규범적 가치·위상이 어떠한가라는 기준이 그것이다. 다른 사람의 저마다의 정신적 왕국·영역(mental realm)을 서로 존중해야하고 형법은 최후의 수단으로 가장 심각·중요한 침해만을 처벌해야한다는 원칙을 말하는 것이기도 하다.¹²⁾

(3) 간섭의 효과

타인의 마음에 대한 간섭은 정신적 자기결정을 상당히 약화시키는 부정적인 효과를 야기해야만 한다. 문제가 되는 간섭은 인지적 능력(예를 들어 기억력, 집중력 혹은 의지력 등)을 감소 혹은 약화시키는 것, 선호나 신념 그리고 행위의 성향(인공적으로 유도된 식욕)을 변경시키는 것, 부적절한 감정을 끌어내거나, 임상적으로 알아볼 수 있는 정신적 손상을 불러일으키는 것들을 말한다. 날마다 보고 듣고 느끼는 자극들의 대부분은 어쩌면 우리들의 정신적 자기결정에 전혀 영향을 미치지 않는 것이 일반적이고 법적으로 중요한 침해가 되는 것도 아니라고 볼 때, 분명히 중요한 위험이나 침해라고 할 수 있는 행태만을 대상으로 하자는 말이다.

(4) 간섭의 수단·방법

타인의 마음에 간섭하는 다양한 방법들은 두 개의 하위 유형, 즉 직접적 간섭(direct intervention)과 간접적 간섭(indirect intervention)으로 분류되곤 한다. 일견 분명히 구분되는 것처럼 보이지만 사실 세부적으로 접근해보면 그 한계를 정하는 것이 상당히 어려운 경우(borderline case)가 있기 때문에 양자의 구별 없이 동일하게 처리하자는 주장도 있으나, 가능한 유형구별과 그에 따른 법적 효과의 차이를 마련하는 것이 형사법의 최후수단성에 부합한다는 점에서 양자를 구별하는 것이 적절하다고 보는 것이다.¹³⁾

12) Bublitx·Merkel, *ibid.*, p. 68.

13) 보다 상세는 예를 들어 Shaw, “Direct Brain Interventions and Responsibility Enhancement”, 『Criminal Law and Philosophy』 (2014) 8; pp. 1; Vincent, “Restoring Responsibility: Promoting

이원적 접근법에 따를 때, 직접적 간섭은 직접적으로 뇌에 작용하는 것, 예를 들어 뇌심부자극술(Deep Brain Stimulation)이나 정신활성물질(Psychoactive substance)을 사용하는 것과 같은 것이라면, 간접적 간섭은 조금 더 원격적인 것, 즉 수신자 영역의 내적 과정에 의해서 중재되는(mediated) 경우를 말한다.

간접적 혹은 외부적인 간섭은 오감, 즉 감각을 통해 인식되는 자극들이고, 일련의 (수신자의) 심리적 기제에 의해 처리됨으로써 사람의 마음에 스며드는 것이고, 의식하는 의사소통은 모두 이러한 유형이라고 할 수 있다. 이에 비해 직접적 혹은 내적 간섭들은 감각적 인지와는 다른 경로에 의해 뇌에 도달하는 자극들을 말한다.

직접적 뇌 간섭은 기본적으로 자연의 법칙에 따르는 전기-화학적(electro-chemical) 또는 물리적 반작용(physical reaction)으로 이해될 수 있는, 즉 물리적인 법칙이 작용하는 유형이라면, 간접적 간섭은 심리적 법칙(혹은 역학관계)을 함유하고 있고, 무엇이 인지되었는가에 관련되어있다는 것, 달리 말해 이미지 혹은 메시지의 의미론적 내용에 관계되어있고, 인식자의 심리학적 구조와 맞물리게 한다는 것이 양자의 가장 큰 차이점이다.

하지만 분명한 것은, 외부 세계의 어떠한 변화도 내부적인 (신경단위의) 변형을 야기한다는 사실에 주목하면 이러한 구별도 쉽게 무너져 버릴 수 있다. 직접적인 간섭과 간접적인 간섭 모두 뇌의 활동에 영향을 미치고 (혹은 뇌의 활동에 의해 현실화되고) 양자의 효과는 어느 단계에서는 모두 개인의 심리적인 특성에 의존한다는 주장이 가능하다는 것이다. 그것이 바로, 한 사람의 기분, 태도, 인격적 특성이 정신활성물질에 대한 개인적 반응에 영향을 미치는 이유이기도 한 것이다. 하지만 Bublitz와 Merkel은 이러한 추상적인 유사성에도 불구하고 양자는 충분히 유의미하게 구별된다는 입장을 취한다. 특히 정신적 자기결정권이라는 관점에서 볼 때, 직접적 간섭과 간접적 간섭을 거칠게라도 구별하는 것은 충분히 방어가능한 주장이며, 유의미하다는 것이다.¹⁴⁾

우선 사람들은 그들이 감지·인지한 감각적인 기질(sensual substrate)의 간섭을 대부분 통제할 수 있고, 더구나 의식(conscious awareness)의 수준에 도달한 경우에

Justice, Therapy and Reform Through Direct Brain Interventions”, 『Criminal Law and Philosophy』 (2014) 8; pp. 21, 27 참조.

14) Bublitz·Merkel, ibid., p. 69.

는 특히 더 그렇다고 한다. 하지만 만약 자극이 잠재의식적으로(subconsciously) 처리되는 경우(subliminal stimuli; 부지불식간에 영향을 미치는 자극, (의)식하자극}에는 이러한 통제력이 감소된다는 것이 관련 분과학의 인식이라고 한다. 그럼에도 여전히 직접적 뇌 간섭보다는 언급한 간접적 간섭에 대해 우리 인간들은 보다 더 많은 통제력을 가진다는 것이다. 달리 말해 우리 내부의 처리과정을 거친다는 것이다. 예를 들어 통합·포괄적 작업공간이론(Global workspace theory)에¹⁵⁾ 따르면 우리가 인식 혹은 의식하는 자극에 대한 통제력이 무의식·잠재의식에서 작용하는 자극에 대한 처리·통제력보다는 더 강하다는 것이다. 그런데 직접적 간섭이라는 것은 이들과는 질적으로 다른데, 언급한 수신자의 (꼭 합리적인 것은 아니라도) 심리적인 처리 자체를 전적으로 우회해버린다는 것이다. 간접적 간섭은 우리의 마음의 인지적 기저에 자극을 주는 것이라면, 직접적 간섭은 인지적 기저 자체를 변화시키는 것에서 구별된다는 말이다.¹⁶⁾

(5) 간섭의 규범적 중요성(normative status)

언급한 직접적·간접적 간섭의 유형 구별은 단지 첫 번째의 구별기준일 뿐이고 법적 평가에서는 역시 규범적 의미·중요성이 기준이 될 수밖에 없다. 모든 간섭들이 법적으로 동일하게 보호받을 수 있는 것이 아니고, 표현의 자유 등과 관련하여 아주 다양한 유형들이 서로 상이한 규범적 평가와 보호를 받게 된다는 점에서 해당 간섭의 ‘규범적 의미’를 두 번째의 유형 구별기준으로 등장시킨다.

예를 들어 언어 혹은 연설을 통해 상대의 마음을 변화시키는 행위에는 강한 법적 보호가 제공되지만 동일한 목적으로 상대방 몰래 옥시토신(Oxytocin)을 뿌리는 것은 그 자극의 강도와 무관하게 법적 보호를 받지 못한다는 것이다. 물론 양자는 윤리적인 면에서나 그 효과 측면에서도 구별할 필요 없이 동일하게 다루어도 된다는

15) 대표적으로 Bernard J. Baars, 『A cognitive theory of consciousness』, Cambridge, 1988 및 Bridgeman, B., “What we really know about consciousness, Review of A Cognitive Theory of Consciousness by Bernard Baars”(http://www.theassc.org/files/assc/2341.pdf. 2017.2.18. 최종 검색).

16) 물론 양자의 중간지대로 후각자극(Olfactory stimuli)이 있는데 이것은 구두언어 보다 수신자의 통제가 어렵다고 한다. 이에 대해서는 Bublitz·Merkel, ibid., p. 70.

입장들이 있지만,¹⁷⁾ 자기결정권을 존중하는지 혹은 이를 무시하고 피해 가는지와 같은 구별은 중요한 의미를 가진다고 본다. 간접적 간섭은 일반적으로 허용되는 것이지만 (동의 없는) 직접적 간섭은 원칙적으로 금지되는 것으로 보는 이른바 ‘규범적인 이원주의’(normative dualism)가 적절하다는 것이다. 후자는 기본적으로 가벌적인 것으로 하더라도, 전자의 경우에는 정당한 권리행사와 수신인의 자기결정권 보호간의 이익형량을 거쳐 가벌적인 행태를 선별해내자는 것이다.¹⁸⁾

요약하자면 직접적인 간섭과 간접적인 간섭에 대한 규범적인 기준들은 확실히 다르다는 것이고, 후자를 제한하면 바로 표현의 자유라는 항변이 제기될 수 있으므로 양자의 비교형량이 관건이 될 수밖에 없으나, 전자를 제한한다고 해서 그런 문제가 발생하는 것은 아니라는 것이다.¹⁹⁾

(6) 인간의 존엄성(Dignity)에 대한 태도

나아가 인간의 존엄성에 대한 행위자의 태도를 또 하나의 기준으로 언급한다. 직접적 간섭으로 분류된 행위들은 존엄성의 요구를 침해하는 것이고, 간접적 간섭은 -그것이 언어의 형태이건, 소리 혹은 이미지의 모습이건 간에- 직접 체험하는 그 사람의 관점(first-person perspective), 즉 문제되는 수신자의 관점에서 처리가 이루어진다는 점, 즉 그 수신자와 씨름한다는 점에서 차이가 있다는 것이다. 신경과학적인 기법의 가장 해로운 측면은 이러한 일인칭관점을 우회하는 것이고 타인을 물리적 객체로 취급한다는 것이다. 인간 스스로 자신의 마음을 통제하지 못하게 하고 자연 법칙에 따라 사람들을 다룬다는 것이다. 이러한 타인의 내적 왕국에 타율적으로 접근하는 것은 뇌 세탁(brainwashing)은 물론 인간을 물건으로 취급(objectification)하는 결과에 이를 수 있고, 인류를 위해 금지되어야 할 행위임이 분명하다는 말이다.

17) 예를 들어 Levy, N., 『Neuroethics』, Cambridge 2007, p. 62, 144; Greely, H., “Neuroscience and criminal justice: Not responsibility but treatment”, 『University of Kansas Law Review』 56 (2008), 1134.

18) 물론 구별이 어려운 경우도 적지 않다. 특히 현대 사회에서 무수히 접하는 광고{신경마케팅(Neuromarketing)}와 같은 경우 대화의 당사자들이 동등한 조건으로 대화하고 있는지, 국가의 감독적인 개입이 필요한 것은 아닌지 등이 문제된다.

19) Bublitz·Merkel, ibid., p. 72.

(7) ‘부정적 정신적 결과’의 의미, 주관적 구성요건 및 피해자의 동의와 정당화

사실 또 다른 범죄성립의 표지인 ‘구성요건적 결과’라고 할 수 있는 ‘부정적 정신적 결과’라는 개념도 설명이 필요하며, 구체성이 약한 개념임을 쉽게 알 수 있다.

제1항의 직접적 간섭에서 부정적 정신적 결과(negative mental consequences)라는 것은 정신적 상처(mental injuries), 정신적 능력의 약화(lowering of mental capacities), 선호의 변경(changes of preferences) 등으로 구체화될 수 있다고 본다. 물론 이러한 간섭은 피해자의 충분한 정보가 제공된 상황에서의 동의(informed consent)에 의해 정당화될 수는 있다고 본다. 간접적 간섭을 규정한 위 입법안 제2항은 부지불식간에 영향을 미치는 자극과 같이 인지적인 간섭을 대상으로 하는 것이며, 정신적 자기결정권과 표현의 자유보장(free speech protection) 사이의 비교형량이 필요하다는 것은 이미 언급되었다. 따라서 여기서의 부정적인 정신적 결과라고하기 위해서는 그것이 ‘심각·중대한’(severe) 것이어야 하고, 주관적인 측면에서는 행위자에게 가증된 상태(a qualified state), 즉 목적(purpose), 의도 혹은 지성고의(knowledge) 정도로 강화된 주관적 요소(고의)가 필요하다는 것이다. 이러한 제한이 없다면 헌법적으로 보장된 통상의 사회적인 상호작용행위들이 모두 금지의 대상이 될 수 있기 때문이다. 또한 결과가 입증되지 않더라도 미수 처벌이 가능하도록 하자고 한다.²⁰⁾

(8) 속임과 심각한 부정적 결과(정신적 해악; mental harm)

구성요건적 행위를 표현하는 추상적인 ‘간접적 간섭’이라는 표지는 좀 더 구체화될 필요가 있다는 점에서 그들은 정신적 손해에 이르게 하는 간섭은 기망(deception)을 포함하고 있다는 점에 주목한다. 달리 말해 가별적인 간접적 침해의 전형으로 생각되는 개별 사례들에서 추출한 하나의 공통된 표지가 기망이라는 것이다. 마치 사기는 기망과 경제적 손실(재산상 손해발생)의 결합인 것처럼 간접적 간섭(혹은 마음을 보호하는 규범)은 기망을 통한 정신적 손해(기망과 심각한 부정적 결과)로 좀 더 구체화 될 수 있다는 것이다.²¹⁾ 예를 들어 과도한 자극을 불러일으키

20) Bublitx·Merkel, *ibid.*, p. 73-74.

21) 물론 이 표지와 관련해서는, 모든 간접적 간섭의 금지는 바로 금지의 대상이 되는 그 타인의 자유 의제를 포함하고 있기 때문에 특별한 의무 침해(special duty offence)를 말할 수 있는 경우에만

는 광고로 인해 피해자가 이겨낼 수 없는 유혹에 빠져 경제적 손실이라고 할 수 밖에 없는 물건을 구매하였다고 하면 기망과 재산상 손해발생의 요소를 찾을 수 있다는 의미이다.²²⁾

(9) ‘외상 후 스트레스장애’에 대한 불법행위 소송 법리의 준용가능성

정신·마음에 대한 조작적인 침해가 손해배상 소송에서는 어떤 유형의 정신적 손해로 주장될 것인가 하는 관점에서 본다면, 아마도 스트레스 반응, 즉 외상 후 스트레스 장애(posttraumatic stress disorder)를 생각해 볼 수 있다고 한다. 물론 세부적인 점에서는 차이가 있는 것이 사실이지만, 이러한 증상은 스트레스를 주는 사건에 대한 반작용들이고 따라서 수신자에 의해 인지되어야만 하는 것이다. 따라서 손해배상 주장이 가능하기 위해서는 이러한 증상들 자체가 예견 가능한 것이어야 하고, 스트레스를 주는 사건들은 그 자체 불법하게 발생하는 것이어야 한다는 것이다. 스트레스를 주는 사건을 야기한 것에 대한 가해자의 책임(liability)은 그에 뒤따르는 타인(피해자)의 심리에 대한 해악에까지 확장되지만, 이러한 논리가 여기서 문제 삼는 형법적 범죄에까지 허용되는 것으로 보이지는 않는다고 결론짓는다.²³⁾ 달리 말해 정신적 능력의 약화를 가져오는 모든 행위가 그 자체 불법하다고 할 수 없는 것이고, 그것을 과도하게 이용하는 경우에만 불법일 수 있다는 프랑스의 법률 규정도²⁴⁾ 주목할 가치가 있다고 본다. 달리 말해 민사법적 접근보다는 좁은 범위로 결과

적용할 수 있는 것은 아닌지 유보적인 태도를 보이고 있다. 최소요건은 고의로(knowingly) 타인을 심각한 정신적 위협에 노출시킨 자는 ‘일정한 합리적 제한 아래’ 보호의무(duty of care)가 있는 것으로 생각할 수 있다는 것이다. 예를 들어 증인의 기억과 관련해서는 심리학자, 정신과 의사, 경찰이, 피고용인의 정신적 건강에 대해서는 고용주가 그러한 의무를 지는 경우라는 것이다. 결혼한 배우자가 부정한 사례에서는 각 배우자가 상대 배우자에 대하여 정신적 온전성이라는 관점에서 특별한 보호의무가 있다고 할 수도 있겠지만, 이러한 의무는 개인의 자유와 비교형량이 되어야하고 결국 언급한 상황들에서 개인의 (성적!) 자유가 보호의무를 보다 우월하다고 보는 것이다(이에 대해서는 Bublitz·Merkel, *ibid.*, S. 74).

22) 예를 들어 ‘표시·광고의 공정화에 관한 법률’ 제3조와 제17조에서는 부당한 표시·광고 행위를 금지하고 있고, 형벌(2년 이하 징역 등)로 위하하고 있는데, 그곳에 예시된 행위가 여기서의 간접적 뇌 간섭을 활용한 마음에 대한 범죄와 어떤 관계인지에 대해서도 세부적인 검토가 필요하다.

23) Bublitz·Merkel, *ibid.*, p. 74.

24) 프랑스 형법 제223-15-2조에서는 신체·정신적으로 미성숙 혹은 나약한 상태의 자를 행위객체로 제한할 뿐만 아니라, 행위도 ‘심각한 혹은 반복되는 압력 혹은 특수한 기술적인 침해들’(de

개념을 줄여야할 필요가 있다는 생각인 것이다.

(10) 인과관계 등

사안에 따라서는 동의·피해자의 승낙의 문제, 의학적으로 필요한 강제적인 정신 병학적 개입과 그 정당화 문제, 인과성의 증명, 피해자의 비정상적인 특성·기질(eggshell psyche)이 범죄성립에 미치는 영향 등 실무적인 다양한 문제들도 있다. 그들은 이러한 여러 문제들에 대해 지금은 모두 만족스런 해답을 제공할 수 없음을 인정한다. 나아가 복잡한 사회적 조건들에 뿌리 내리고 있는 접근하기 어려운 해악의 문제들(예를 들어 job market)에 대해서는 아직 문제의 부근에도 근접하지 못하고 있으며, 상황적인 강제에 대해 인간이 가지는 감수성(susceptibility to situational forces)에 관한 사회심리학적인 발견들에 대해서도 보다 깊이 있는 법적 관심이 있어야 될 것임을 강조하고 있다.

(11) 마음에 대한 범죄구성요건 도입 제안의 의도

그들은 이 제안을 통해서 어떤 새로운 범죄를 만들고, 최후수단성을 본질로 하는 형법의 역할을 확장하기를 원한 것이 아니고, 단지 모든 인간들의 진정한 자유의 출발점이라고 할 수 있는 정신적 자유(mental freedom)를 보장하기 위해 입법자와 학자들은 어떤 적절한 대책을 마련해야할 것인가에 대한 관심을 환기시키고 관련 논의를 활성화해 보자는 의도였다고 한다. 이제 중요한 쟁점으로 떠오를 수 있는 내용들을 중심으로 마음에 대한 범죄라는 그들의 입법제안을 검토해보면서 우리에게 던져진 논의과제들을 정리해보기로 한다.

l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres)이라고 해서 객관적 요건을 제한하고 있다는 말이다(앞의 각주 6) 참조).

Ⅲ. 검토

1. 정신적 온건성의 존중요구(정신적 자기결정권의 인정여부)

무엇보다 본질적인 문제로 대한민국 헌법은 유럽연합의 ‘기본적 권리에 관한 헌장’(Charter of Fundamental Rights of The European Union) 제3조와 같이²⁵⁾ 신체의 완전성과 같은 ‘정신의 완전(온전·무결)성’(mental integrity)에 관한 조항을 두고 있지 않기 때문에 헌법 개정 없이도 마음에 관한 범죄의 신설이 가능한 것인지에 대한 검토가 필요하다. 하지만 여기서는 잠정적으로 ‘인간 존재의 근본적 전제’라고 할 수 있는 ‘정신과 마음의 자유와 독립’이라는 것은 헌법적 근본정신에서 충분히 도출될 수 있고, 행복추구권이나 사생활의 자유(privacy)에 관한 헌법규정은 정신적 온전성, 정신적 자기결정권에 대한 근거조항으로 충분히 기능할 수 있다는 일상의 이해를 전제하기로 한다. 이러한 이해가 특별할 것도 없는 이유는 비교적 최근인

25) CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION (2012/C 326/02)

Article 3 Right to the integrity of the person

1. Everyone has the right to respect for his or her physical and mental integrity.
2. In the fields of medicine and biology, the following must be respected in particular:
 - the free and informed consent of the person concerned, according to the procedures laid down by law,
 - the prohibition of eugenic practices, in particular those aiming at the selection of persons,
 - the prohibition on making the human body and its parts as such a source of financial gain,
 - the prohibition of the reproductive cloning of human beings.

European Convention on Human Rights(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) 제8조는 유럽인권법원이 정신적 통합(완전성)의 근거조항으로 포함시키고 있는 규정이다. 제8조는 프라이버시와 가족생활 보호에 관한 조항이다. ARTICLE 8 Right to respect for private and family life

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

2012년 도입된 ‘기본적 권리에 관한 헌장’ 제3조가 없던 시절에도 유럽인권재판소는 ‘유럽연합인권보호협약’(European Convention on Human Rights) 제8조의 프라이버시권과 가족 삶의 보호라는 규정을 정신적 온전성의 근거조항으로 이해하고 있었기 때문이다.²⁶⁾ 이렇게 보면, 마음에 대한 범죄를 도입한다면 어떠한 형법적 법익이 문제될 것인가가 조금 분명해지는데, 정신적 온전성·완전성 혹은 불가침성, 즉 정신적 자기결정권(Mental self-determination)을 떠올린 부블리츠·메르켈의 생각을 이해할 수 있을 것 같다. 지금까지 성적 자기결정권, 정보적 자기결정권, 삶과 죽음에 대한 자기결정권 등의 표현이 우리에게 익숙해지는 데에도 시간이 필요했듯이, 이러한 정신적 자기결정권도 지금 우리에게서 아마도 생소한 개념으로 다가올 수도 있겠으나, 지금까지 관심 대상이 되지 못했다는 것이 보호 필요성이 없다는 것으로 이해되어서는 안 될 것이다. 생각건대 정신적 자기결정권의 침해는 가장 본질적인 인간의 권리에 대한 침해라고 볼 수 있고, 그 침해의 정도에 따라 충분히 형법적 투입이 정당화될 수 있는 영역이라고 할 수 있다.

2. 정신적 건강과 정신에 대한 조작

정신적 자기결정권의 침해에 대한 보호는 정신적인 건강(mental health) 침해에 대한 보호 외에도 정신적 조작으로부터의 자유도 그 대상으로 할 수 있을 것인가 하는 쟁점도 포함한다. 부블리츠·메르켈이 언급한 직접적 간섭과 간접적 간섭 중 전자가 후자보다 더 중한 침해나 손해를 야기한다고 단정할 수 없듯이, 그것이 직접적 간섭이라고 하건 간접적 간섭이라고 하건, 형법이 투입되어야 할 영역이 어디인지를 판단해 보기 위해서는 어느 정도의 간섭이나 조작이 허용될 수 없는 것인지, 즉 허용한계를 검토해보는 것도 필요할 것이다. 예를 들어 공복호르몬이라고도 하는 그렐린(Ghrelin)은 인간 뇌의 시상하부에도 존재하는 물질이고, 미량을 첨가하여 고객의 식욕을 증대시키더라도 신체적 혹은 정신적 해악을 초래하는 것이 아니라고 하면 이러한 물질을 고객 몰래 첨가하는 것은 제한 없이 허용될 수 있는 것인가, 감정을 유도하고 이끌어내는 것(Eliciting Emotion)은 인간의 정신에 대한 침해가

26) Bublitz·Merkel, *ibid.*, p. 52.

될 수 없는 것인가, 해롭지 않은 것으로 알려져 있는 경두개 자기자극술(TMS)을 사용하여 대상자의 뇌의 일정 부분, 즉 거짓말을 하는데 필수적인 뇌의 특정 부분을 자극하여 거짓말을 하는 것을 어렵게 하고, 보다 쉽게 거짓말이 밝혀지도록 하는 것(Manipulating preferences and decision making)은 허용될 수 있는가, 일처리에 혼란을 다루는 금융딜러가 자신의 피고용인이 일에 집중할 수 있도록 몰래 음료수에 각성제를 혼합하여 마시게 하는 것(Non-Consented Neuroenhancement)은 불법이 아닌가, 심한 우울증에 빠져 더 이상 약물치료가 작동하지 않는 환자에게 공개적으로 혹은 비밀로 뇌심부자극기(a deep brain stimulator)를 뇌에 심고 외부에서 작동하는 것 중에 어느 하나는 허용될 수 있는가, 경찰관이 피의자나 증인에게 암시 혹은 유도질문으로 그들의 기억을 일그러뜨리는 것은 허용되는 것인가, 이런 식으로 경찰관에 의해 의도적으로 조작된 기억을 믿도록 하는 것(Memory Manipulation)은 범죄라고 해야 하지 않는가, 강간범이 강간 후 피해자를 돌려보내기 전에 세포수준에 작용하는 약물을 먹게 하여 기억력이 희미해지도록 함으로써 결국 수사기관이나 법정에서 피해자의 진술이 신빙성이 없다는 평가를 받도록 하는 것은 어떠한 범죄에도 해당하지 않는 것인가, 이미 백화점 등 다양한 매장에서 채용되고 있듯이 계산대에 도달할 때까지 무수히 많은 유혹으로 고객의 의지를 꺾어 버리는 것(Weakness of Will)은 범죄가 아닌가, 사기죄와의 한계는 어디인가, 게임에서 상대방이 보다 쉽고 긍정적인 판단을 하도록 옥시토신을 뿌려 그의 신중함을 감소시키는 것(Cognitive-Emotional Phenomena)은 불가별적 행위인가 등,²⁷⁾ 무수히 많은 유사 사례에 대한 물음에 대해 어떻게 답해야 할 것인지를 현행법의 해석으로서는 물론 향후의 입법과 관련해서도 깊이 있는 검토가 필요해 보인다. 물리적인 직접적 간섭이 아니라 간접적 간섭은 사실상 그 입증을 더 어렵게 하겠지만, 뇌 과학의 발달이 원인과 결과에 대한 일반적인 인과성을 밝혀낸다면 그러한 입증의 문제도 중요한 장애가 될 수는 없을 것이다.

성적 자기 결정권, 정보적 자기 결정권, 삶과 죽음에 대한 자기 결정권 등 현대사회의 법학은 ‘자기결정권’의 호황으로 요약할 수 있는데, 그렇다면 이른바 ‘정신적

27) Bublitz·Merkel, *ibid.*, p. 58-60.

자기결정권(right to mental self-determination)의 침해는, 만약 그것이 객관적으로 입증가능하고 밝혀 질 수 있다면, 어느 정도까지 어떻게 보호되어야 할 것인가, 소비를 조장하고, 도박 욕구를 불러일으키고, 광고의 꼬드김에 저항하지 못하고 가산을 탕진하는 것을 본인의 책임이라고 할 것인지, 고도의 계산된 마음에 대한 침해이자 범죄라고 할 것인지가 문제인데, 고도로 발달한 자본주의의 시장경제를 생각한다면 이를 범죄로 정의한다는 것은 어쩌면 누구도 돌아보지 않을 공명으로 사라져 버릴 무용한 일 일수도 있을 것이다. 하지만 그렇다고 아무런 대책 없이 마음에 대한 공격을 당한 개인 그 혼자 책임으로 치부함으로써 죽할 것인가도 고민해 보아야 한다. 생각건대 적어도 일정 한계를 넘어서는 마음에 대한 중대한 침해를 유형화하여 구체적인 범죄화의 가능성을 검토해야할 필요성은 충분한 것으로 보인다.

3. 뇌 과학의 역량, 정신적 손해의 입증가능성

뇌 과학, 뇌 영상의 기재나 발전 상황을 여기서 세부적으로 살펴보기는 어려우나, 지금까지의 신경과학분야의 발전은²⁸⁾ 뇌의 상태, 마음의 상태를 객관적인 자료로

28) 신경과학의 발전은 소위 개입(간섭)술(intervention techniques), 특히 직접적 뇌 개입술(직접적으로 뇌의 작동에 개입하는 기술; Direct Brain Intervention)을 관심의 대상으로 부각시키고 있다. 뇌심부 자극술(deep brain stimulation), 방사선동위원소치료법(radioisotope therapy), 경두부자기 자극술(transcranial magnetic stimulation), 전기충격요법(electroconvulsive therapy), 향정신성약물(psychopharmaceuticals)과 같이 두개골을 열지 않고, 드릴이나 톱, 메스도 사용하지 않고도, 뇌 깊숙한 특정 부분을 방사선으로 쬔어 병질을 치료하는 감마(선) 나이프(gamma ray knives) 시술은 이미 일반인에게 널리 알려져 있다. 이러한 기술이 알츠하이머병이나 파킨슨병과 같은 두뇌의 병리학적인 조건들을 대상으로 보다 나은 치료방법을 발전시키는 수단일 수 있으나, 소위 신경법(학)으로 불리는 일단의 연구자들은 이러한 의료적인 공간에서의 기술발전이 아니라, 예를 들면 증인으로 하여금 거짓말을 하거나 속일 수 있는 능력을 아예 없애버리는 방법, 범행이나 비행적 행동과 결합된 정신적인 비정상이라는 뇌에 기인한 원인을 처리하는 방법, 증인의 기억력을 향상시키는 방법, 그리고 무수한 정치적 문제와 법적 논쟁을 불러일으키고 있는 인지력을 향상(enhancement)시키는 약물의 제공 등에 보다 많은 관심을 가지고 매진해가고 있다는 것도 주지의 사실이다(예를 들어 Vincent, "Neurolaw and Direct Brain Intervention", 『Criminal Law and Philosophy』, 2014, vol. 8, pp. 44-45). "뇌스캔(Brain scans)은 부동층의 유권자들이 Mitt Romney 대통령후보를 믿지 못하고 있다는 것을 보여주고 있다!" 이 구호는 최근의 선거의 헤드라인을 차지한 말이다. 연구자들이 다양한 유권자들에게 후보자들을 보게 하고 그 동안에 그들 뇌의 변화를 스캔하였고, 그들 중의 대부분의 뇌에서 편도체의 유의미한 활동이 보였다는 것을 알게 되었다. 편도체는 종종 두려움과 연관되어 있기 때문에 이 사람들은 Romney에 대해 불신을 느끼고

보여주기 시작하였고, 그 가능성의 한계는 어디까지인지 아무도 알지 못한다. 타인의 정신과 마음에 대해 어떤 불법한 조작이 있었는지, 그 효과는 어떠하였는지를 제3자도 알 수 있도록 보여주는 기술이 가까운 미래에 상용화될 수 있다는 가정이 그들이 제안한 범죄구성요건 도입의 전제였다는 점에서 이러한 전제가 무너지면 도입이 필요하다고 해도 가능성이 없는 일이 될 것이다. 무엇보다 현재 가장 발전된 형태의 뇌 스캔기능의 패러다임적 모델인 기능자기공명영상(fMRI; funktional magnetic resonance imaging)이 향후 형사절차에 미칠 영향은 예측하기 어렵다는 것은 이미 많은 사람들에게 의해 지적되어왔다.²⁹⁾ 물론 이러한 뇌 과학이 제시하는 자료를 읽고 그것을 법적 의미로 해석하고 그 평가를 법정에 도입하기 위해서는 심리학적 전문가감정 등 전문적 기술이 뒷받침되어야 하는 것도 당연한 전제라고 할 것이다.

하루가 다르게 변하는 과학기술을 생각하면 2014년에 출간된 글에서 기능자기공명영상을 통한 뇌 영상의 한계점이 지금도 그러한지는 정확하게 말할 수 없다. 하지만 글랜논(Glannon)의 당시 진단에 따르면³⁰⁾ 적어도 뇌 영상은 5가지의 문제점을 가지고 있다. 법정에서 쉽게 사용할 정도가 아니라 가격이 많이 비싸고, 법관의 증명력 평가에 규범적 잣대가 작용하면 그 영상은 다양한 다른 인자들의 영향을 받게 되며, 아무리 뇌 영상 전문가가 법관이나 배심에게 뇌 영상의 의미를 전달하더라도 법관과 배심의 개별적 해석과 이해를 통제할 수는 없으며, 현재의 기술을 거시적인 관점에서 어느 정도 신뢰성을 인정할 수 있다고 하더라도 아직 극소 기전을 제대로

있다는 추론이 나온다는 것이다. 물론 이러한 편도체의 활동은 두려움만이 아니라, 예를 들면 여성에 대한 성적 끌림과 같은 다양한 다른 감정들과도 연관되어있기 때문에 문제가 있지만 여하튼 이러한 뇌 스캔은 선거전에서만 사용되는 것이 아니라, 이미 외국의 법원들에서 유죄 유무를 시험하는데 사용되거나, 특정한 배심평결의 결론도출에 친화적인 배심원을 선정한다든지, 시장에서 어떤 물건을 어떻게 파는 것이 가장 좋을 지를 결정하는데 사용되기도 한다(Weissenbacher, Alan, “Sally Satel and Scott Lilienfeld, Brainwashed: The Seductive Appeal of Mindless Neuroscience”, 『Theology and Science』 Vol. 12, Issue 1, January 2014, p. 119). 이러한 익히 알려진 functional magnetic resonance imaging(fMRI)를 이용한 뇌 스캔의 다양한 실천적 함의는 기존의 자유의사 존재 문제, 피의자 등의 뇌를 분석대상으로 하는 행태들의 정당성문제 등을 넘어서 타인의 뇌를 조작하는 문제로 나아가고 있고, 그 또한 대상자들이 알지 못한 상태에서 행해지고 있다는 심각한 우려를 낳기도 한다.

29) Merkel, Neuroimaging and Criminal Law, MschrKrim 97 (2014).

30) Glannon, “The Limitations and Potential of Neuroimaging in the Criminal Law”, 『Journal of Ethics』(2014) 18: 167-168.

알지 못하는 등의 문제가 있다는 것이다. 하지만 이러한 기술이 인과성을 인정하는데 필수적인 의미로 이해될 필요는 없다. 이른바 ‘일반적 인과성’(general causation)에 관한 우리의 논의 경험을 떠올려 볼 수 있을 것이다. 그들이 문제 삼는 사례들 중에서는 현재의 뇌 영상 기술이 제공하는 매크로 영역의 경향성만으로도 인과성의 문제가 충분히 해결되는 경우도 적지 않을 것이기 때문이다.

4. 기존 형법규범에 의한 보호 가능성

이미 현행 형법규정들만으로도 정신적 자기결정권의 보호가 가능한 것은 아닌지도 검토할 필요가 있다. 예를 들어 영국(the UK the House of Lords)의 방식과 같이³¹⁾ 정신의학적인 상처·피해를 신체적 피해·손상에 포함시키는 것으로 족한 것은 아닌지도 살펴볼 필요는 있을 것이다.³²⁾ 그런데 이에 따르면 신체적 피해·손상에는 단순한 감정들, 예를 들면 두려움, 심한 스트레스, 우울감, 공황과 같은 감정이나 그 자체 임상적으로 진단이 어려운 마음의 상태 등은 포함되지 않는다고 한다. 이처럼 신체적 손해나 손해라는 개념에 정신병학적인 손상이나 심리적인 손상을 포함시키는 것이라고 보면, 마음에 대한 범죄를 인정하기 위해서는 새로운 구성요건도입이 필요하다는 주장이 설득력이 있어 보인다. 달리 말해 스토킵 규정이나 상해죄 규정으로 대응하기에는 적절치 않다는 것이 새로운 법안제안의 이유였다고 해야 할 것이다. 예를 들어 상해죄의 건강개념의 합리적인 조정·해석으로도 앞서 언급된 몇몇 행태들은 현행법상 가별적인 유형으로 포섭될 수도 있을 것이고, 학대죄, 강요죄, 권리행사방해죄 등에서의 가별적 행위처럼 정신적 고통을 주거나 의사에 반하는 행위나 인내를 요구하는 행위로 평가하여 처벌할 수도 있을 것이다. 하지만 대부분의 유형에서 등장하는 행태들은 신체 중심의 기존 패러다임으로는 접근하기 어려운 유형임을 부정하기 어렵다.

31) 이에 대해서는 Bublitz·Merkel, *ibid.*, p. 55.

32) 상해개념의 확대를 통해 피해자 보호를 확충하자는 국내 연구로는 김희균, “범죄피해자의 정신적 상처에 대한 형사법적 대응방안”, 『피해자학연구』 제24권 제3호(2016), 67쪽 이하, 특히 71쪽 이하를 볼 것.

IV. 맺음말

뇌 과학, 특히 뇌 영상 기술의 발달로 어떤 물리적 혹은 심리적 자극이 뇌에 어떠한 반응을 일으키며, 결국 정신과 마음에 어떠한 부정적 영향을 미치는지가 하나 둘씩 밝혀지고 있는 오늘날, 지금까지는 공허한 구호에 그쳤다고 해도 과언이 아닌 인간의 ‘정신적 자기결정권’을 침해하는 ‘마음에 대한 범죄’를 형법의 범죄구성요건으로 도입하여, ‘인간의 지고한 자유’, ‘정신적 자유’, ‘마음의 평화’와 ‘내 생각의 온전성’을 보호하자고 하는데 원론적으로 반대하거나 외면하기는 어려울 것이다.

하지만 앞서 서술한 중요한 몇 가지 가능한 쟁점 분석에서 알 수 있듯, 구성요건적 명확성, 구체적 위함이나 침해결과의 구체적 유형화, 인과성의 의미와 형태, 타 범죄와의 죄수 등 많은 부분에서 구체적이고 세부적인 논의가 필요하다는 것도 부인할 수 없다. 특히 현행 법제의 관련 구성요건과의 중복여부나 해석으로 해결될 문제와 입법을 고민해야 할 영역을 구분해야 하며, 유사한 규정이 있었던 이태리, 2001년 유사한 규정을 도입한 프랑스, 부블리츠·메르켈의 인식 기반인 독일 형법의 개별구성요건들과 동일하지 않는 대한민국의 형법에서 언급된 사례들은 어느 정도 포섭 가능할 지도 따져보아야 할 것이다.

기존의 범죄구성요건들에 포섭될 수 있는 결과나 위험이라면 새로운 범죄구성요건 도입을 논할 필요가 없을 것이나, 지금까지 다루어온 문제들은 현재 형법구성요건들이 포섭하지 못한 영역의 위험과 침해, 그 대상의 보호필요성을 말하고 있는 것이다. 예를 들어 고객의 음식에 그렐린을 몰래 첨가하여 음식물을 과다 섭취케 한 자의 행위로 피해 고객에게 비만과 당뇨가 유발되었음이 확인될 수 있다면 이미 기존의 상해죄로 처벌할 수 있는 충분한 결과가 발생한 것으로 볼 수 있을 것이나, 그 정도에 이르지 않는 경우는 불가별로 남겨두어도 무관한 것인지가 문제인 것이다. 일회성의 첨가 행위나 단골 고객에게 일어난 지속적인 첨가행위라도 전통적 법익 위태화 혹은 법익 침해 형태의 하나인 폭행이나 상해의 정도에 이르지 않았다면 그저 형법외적으로 방치하는 것이 옳은가에 대한 논의부터 이루어져야 할 것이다. 아마 누구라도, 타인에 의해서 우리의 마음·정신에 일어나는 일들을 모두 알게 된

다면 신체의 폭행과 상해보다는 마음에 대한 폭행과 상해가 더 심각한 침해라고 답할 것이기에 마음에 대한 범죄는 결코 방치될 영역의 문제는 아닌 것으로 보인다.

논의의 깊이와 넓이를 가늠할 수 없는 다양한 층위의 지난한 문제를 담고 있는 이른바 ‘마음에 대한 범죄’를 주마간산으로 살펴볼 수밖에 없었던 미완의 글이지만 이를 계기로 보다 구체적이고 세분화된 논의의 단초가 마련될 수 있기를 희망한다.

참고문헌

- 김희균, 범죄피해자의 정신적 상처에 대한 형사법적 대응방안, 피해자학연구 제24권 제3호, 2016.
- 김희정, 뇌과학의 발전에 따른 정신장애자 형사책임에 관한 연구, 경희대학교 법학전문 대학원 박사학위논문, 2014.
- 박은정, 법적 제재와 과학의 새로운 연합? -인지신경과학으로부터의 도전-, 서울대학교 법학 제54권 제3호, 2013.
- 박은정, 자유의지와 뇌과학: 상호 인정 투쟁, 법철학연구 제18권 제2호, 2015.
- 박주용·고민조, 자유의지에 대한 Libet의 연구와 후속 연구들 -신경과학적 발견이 형법에 주는 시사점을 중심으로-, 서울대학교 법학 제52권 제3호, 2011.
- 손지영·한상훈, “Neurolaw”의 기억연구와 법적 증거 허용성, 형사정책연구 제92호, 2012.
- 안경옥·김희정, 청소년 범죄의 대응방안으로서의 뇌과학의 활용, 전남대학교 법학 논총 제33집 제1호, 2013.
- 유소영·전진권, 법정 증거로서 뇌영상증거의 한계: 역추론(reverse inference)의 문제, 이화여자대학교 법학논집 제19권 제3호, 2015.
- 이인영, 뇌영상 증거의 과학적 증거로서의 기능과 한계, 형사법연구 제22권 제4호, 2010.
- 이인영, 약물중독자에 대한 형사책임과 처우에 관한 고찰 -뇌과학에 의한 약물중독의 인식변화와 관련하여-, 형사정책 제26권 제1호, 2014.
- 탁희성·이인영·권준수·강도형·장준환, 탁희성, 뇌과학의 발전과 형법적 패러다임 전환에 관한 연구 (II), 형사정책연구원 연구총서 13-B-08, 2013.
- 탁희성·정재승·박은정·Thomas Hillenkamp, 뇌과학의 발전과 형법적 패러다임 전환에 관한 연구 (I) -뇌과학과 형법의 접점에 관한 예비적 고찰-, 형사정책연구원 연구총서 12-B-09, 2012.

Bernard J., Baars, 『A cognitive theory of consciousness』, Cambridge, 1988.

- Bridgeman, B., “What we really know about consciousness, Review of A Cognitive Theory of Consciousness by Bernard Baars”
(<http://www.theassc.org/files/assc/2341.pdf>. 2017.2.18. 최종검색).
- Bublitz, Jan Christoph/Merkel, Richard, “Crime Against Minds: On Mental Manipulations, Harms and a Human Right to Mental Self-Determination”, 『Criminal Law and Philosophy』 (2014) 8: 51-77.
- Bublitz, Jan Christoph/Merkel, Richard, “Guilty Minds in Washed Brains? Manipulation Cases and the Limits of Neuroscientific Excuses in Liberal Legal Orders”, in Nicole A. Vincent(ed.), 『Neuroscience and Legal Responsibility』, Oxford University Press, 2013, pp. 333-372.
- Glannon, Walter, “The Limitations and Potential of Neuroimaging in the Criminal Law”, 『Journal of Ethics』 (2014) 18: 153-170.
- Greely, H., “Neuroscience and criminal justice: Not responsibility but treatment”, 『University of Kansas Law Review』 56 (2008), 1134.
- Gustavsson, A., et. al., “Cost of disorders of the brain in Europe 2010”, 『Journal of European Neuropsychopharmacology』, 2011.
- Kane, Robert, 『The Oxford Handbook of Free Will』, 2. ed., Oxford University Press, 2011.
- Levy, N., 『Neuroethics』, Cambridge 2007.
- Merkel, Reinhard, “Neuroimaging and Criminal Law”, 『MschrKrim』 97 (2014), S. 365ff.
- Meynen, Gerben, “Neurolaw: Neuroscience, Ethics, and Law, Review Essay”, 『Ethical Theory and Moral Practice』 (2014) 17: 819-829.
- Shaw, Elizabeth, “Direct Brain Interventions and Responsibility Enhancement”, 『Criminal Law and Philosophy』 (2014) 8; pp. 1.
- Vincent, Nicole A., “Neurolaw and Direct Brain Intervention”, 『Criminal Law and Philosophy』, 2014, vol. 8, pp. 44-45.
- Vincent, Nicole A., “Restoring Responsibility: Promoting Justice, Therapy and

Reform Through Direct Brain Interventions, 『Criminal Law and Philosophy』
(2014) 8; pp. 21.

Weissenbacher, Alan, “Sally Satel and Scott Lilienfeld, Brainwashed: The
Seductive Appeal of Mindless Neuroscience”, 『Theory and Science』, Vol.
12, Issue 1, January 2014, p. 119.

Direct Brain Intervention and Crime against Mind*

Kim, Sung-ryong**

Neuroscience is booming across the globe. Most studies focus on traditional criminal concerns such as accountability(criminal liability or Schuldprinzip), freedom of thought(free will), the justification of criminal law and so on. However, among recent foreign studies, it is argued that the development of neuroscience, especially brain imaging technology, urges us to introduce the crime against mind in the current criminal statute. We can find this interesting suggestion asserted by Dr. Bublitz and professor Merkel(University of Hamburg, Germany). In this paper, I introduced and analyzed their arguments.

I think that their claim should be supplemented in many ways. But it is their important contribution to remind us of our interest in the integration of human mind and the protection of mental self-determination.

It is hoped that the experts of criminal law in Korea will deeply discuss the necessity and possibility of introducing crime into the mind.

❖ Keywords: DBI(Direct Brain Intervention), Crime against mind, Freedom of thought, Mental Integrity, Mental Injury

투고일 : 2월 28일 / 심사일 : 3월 24일 / 게재확정일: 3월 24일

* This work was supported by the National Research Foundation of Korea Grant funded by the Korean Government(NRF-2014S1A5A2A01015298)

** Professor. Dr. iur., Kyungpook National University Law School

국가범죄와 과거사 청산 완결의 과제 : 진실·화해를 위한 과거사정리 기본법 개정 방향

김 한 균*

국 | 문 | 요 | 약

한국사회 민주주의와 법치주의가 발전하려면 국가범죄를 지나간 과거가 아니라, 해결해야 할 당대의 과제로 보아야 한다. 즉 한국현대사에서 미완으로 남겨진 과거·불법 청산과제를 완결 짓기 위한 과거청산사법 재정비가 필요하다. 과거청산사법이 다루어야 할 과제는 중층적이고 복합적이며, 따라서 과거청산 실패의 역사라는 평가를 또다시 받지 않도록 과거·불법청산부터 완결해야 민주화의 재진전도 가능하다. 2005년 진실·화해를 위한 과거사정리 기본법 개정을 통해 위원회의 진실규명 활동이 재개되어야 하며, 진실화해위원회가 권고하였던 사안에 대한 후속 조치가 필요한 시점이다. 종래 과거사위원회의 활동시한은 법개정으로 연장되었던 사례가 있다. 제2기 진실화해위원회를 위한 법개정에서도 진실규명의 일차적 목적은 피해자의 피해회복이다. 합법적 절차에 따른 가해자에 대한 조치 역시 의무다. 법적 화해조치가 먼저 완결된 연후에 국민화해와 통합을 위한 정치적 조치가 필요할 것이다. 과거·불법청산을 재개하면 '1945년 8월 15일부터 권위주의 통치시까지 헌정질서 파괴행위 등 위법 또는 현저히 부당한 공권력의 행사로 인하여 발생한 사망·상해·실종사건, 그 밖에 중대한 인권침해사건과 조작의혹 사건'에 집중해야 하되, 조사의 폭은 넓혀야 한다. 즉 체계적 자료조사를 바탕으로 사건을 발굴하고 직권조사를 통해 그동안 규명하지 못했던 사건의 배경과 가해의 법적 책임, 전체 피해 현황을 종합적으로 조사해야 한다. 또한 진실규명의 객관성은 조사기구의 정치적 독립성이 관건이므로, 위원회 직무수행에 있어서의 독립성 보장은 대단히 중요한 요건이다. 조사의 객관성 확보를 위해서는 조사기구가 실효성 있는 조사를 통해 객관적 결과로 인정받을 수 있는 결과를 내 놓아야 하므로 관련자료 수집과 관련자를 불러 증언을 들을 수 있는 실질적 권한이 중요하다.

❖ 주제어 : 국가범죄, 과거청산사법, 과거사정리기본법, 과거사정리위원회

* 한국형사정책연구원 연구위원, 법학박사

유신정권 시기 중앙정보부 대공수사국 부장(1974년)을 지낸 검사는 1987년 헌법의 새 공화국에서 검찰총장(1988년)을 거쳐 법무부장관(1991년)을 지냈고, 문민정부가 들어서자 국회의원(1996년)이 되었으며, 참여정부 시절에는 법제사법위원장(2004년)으로 탄핵소추위원장을 맡아 탄핵심판에 앞장섰고, 박근혜 정부에서 대통령비서실장(2013년)으로 복귀하더니 현재 탄핵심판 국면에 이르러서는 직권남용죄로 구속 기소되기에 이르렀다. 한 인물로 상징되는 한국 현대사의 2017년은 ‘청산되지 않은 과거를 한층 더 쌓아온’¹⁾ 과거에 갇혀 앞으로 나아가지 못하고 있었던 건 아닌지 의문을 갖게 한다. 그리고 청산되지 못한 채 쌓이고 쌓인 과거사의 두께가 얼마나 두껍고 견고한지, 그리고 아직도 한국사회의 민주주의와 법치주의 발전을 가로막고 있는지 뼈아프게 깨닫게 해 준다. 한국사회에서 ‘과거’와 ‘청산’은 여전히, 그리고 다시 한 번 민주주의와 헌정(憲政)의 ‘현재’와 ‘미래’가 걸린 문제로 되돌아 왔다.

이 글은 한국현대사에서 국가범죄 과거사를 청산하기 위한 개별적, 포괄적 법적·기구의 성과와 한계를 분석하고, 과거·불법청산 완결을 위한 과거사정리 기본법 개정 방향을 제시하고자 한다.

I. 서론 : 과거청산의 법적 의미와 과제

과거의 체계적이고 폭력적인 국가권력에 의한 중대한 인권침해, 즉 ‘국가범죄’를 법적, 정치적으로 청산하고 정의를 회복하는 과제를 ‘이행기정의(transitional justice)’라 한다. 반민주적 구체제를 민주주의와 인권 관점에서 혁신하려는 헌정적 관점에서는 ‘과거청산사법(transitional justice)’이라 한다.²⁾ 2017년 탄핵 이후 새 정부 등장까지 과정에서 한국사회 민주주의와 법치주의가 다시 앞으로 나가려면 국가범죄를 지나간 과거가 아니라, 해결해야 할 당대의 과제로 보아야 한다. 즉 미완의 과거·불법청산과제를 완결 짓기 위한 과거청산사법 재정비가 필요하다.

1) 한홍구, “청산되지 않은 과거를 한층 더 쌓을 것인가”, 제노사이드연구 6, 2009

2) 이재승, 국가범죄, 엘피, 2010, 29면.

과거청산사법은 제도적 청산과 인적 청산이 내용이며, 그 절차와 내용을 법적 기반으로 뒷받침해야 한다. 청산의 목표는 국가범죄 가해자처벌, 진상규명, 피해인정과 배상, 재발방지 제도화, 과거사로 인한 사회적 갈등해소다. 그 실현은 과거불법에 책임 있는 개인이나 집단이 어떤 권력을 유지하고 있는지, 그리고 청산 과정에서 정치적 결정권을 얼마나 확보하고 있는지, 피해자와 시민사회가 과거청산을 얼마나 체계적으로 관철할 수 있는지, 국제사회가 얼마나 관심을 가지고 관여하는지, 정치사회의 고유한 문화가 어떠한지에 영향을 받는다. 과거청산이 국민통합의 동력이 되기도 하는 반면, 과거세력의 저항과 사회적 갈등을 더 키울 수도 있다.³⁾

한국사회는 ‘청산되지 못한 과거의 만물상’⁴⁾인 현대사를 겪어 왔기 때문에, 과거청산사법이 다루어야 할 과제는 중층적이고 복잡적이며, 따라서 그 목표 실현도 어려운데다가 추진을 가로막는 과거의 영향력은 강고하다. 즉 과거·불법청산은 식민제국주의, 내전, 분단, 독재로 인한 4중의 과거·불법이 수직적으로 겹겹이 쌓이고 수평적으로 서로 강화·고착된 상황을 입체적으로 돌파해야 하는 과업이다. 2017년 한국사회는 현대사의 적폐(積弊)를 다시금 고통스럽게 마주하고 있다. ‘오랫동안 쌓여 뿌리박힌 폐단’의 근원이 무엇인가? 청산되지 못한 과거다. 이제까지의 한국현대사가 ‘과거청산 실패의 역사’⁵⁾이었다는 평가를 또다시 받지 않도록 과거·불법청산부터 완결해야 민주화의 재진전도 가능하다.

‘과거’와 ‘청산’의 현재적 의미제기에 대해서는 “지금 세계와 무역으로 먹고사는 21세기 대한민국에서 40년 만에 다시 등장해 판을 벌이게 됐다”⁶⁾는 식의 비판이 나오기 마련이다. 그러나 미래를 거론하며 과거청산을 부인하는 논리는 과거에 대한 입장 차이가 아니라 현재와 미래에 대한 이해관계의 차이에서 나온다.⁷⁾ 한국 사회 민주화의 질적 진전을 가로막는 과거청산 완결이야말로 미래를 논하기 위한 선결과제다.

3) P.B.Hayner, 주혜경 역, 국가폭력과 세계의 진실위원회, 역사비평사, 2008, 43, 58-59면.; 이영재, “과거청산과 민주주의-5·18사법적 처리의 의의를 중심으로”, 민주주의와 인권 4(2), 전남대학교 5·18연구소, 2004, 242면.

4) 한홍구, “청산되지 않은 과거를 한층 더 쌓을 것인가”, 19면.

5) 김동춘, “해방 60년, 지연된 정의와 한국의 과거청산” 시민과 세계 8, 2006, 205면.

6) 양상훈, “70년대 통치가 가니 70년대 운동권이 오나”, 조선일보 2017년 1월26일자

7) 김동춘, 해방 60년, 지연된 정의와 한국의 과거청산, 206면.

사실 과거·불법청산은 그 자체 난제이기 때문에 나라마다 다양한 형태의 청산작업을 실행해 왔지만 일회적으로 완결된 경우는 없다. 과거불법책임자에 대한 사법처리가 성공적으로 진행된 경우도 거의 없다.⁸⁾

한국에서 과거·불법청산은 장기간에 걸쳐 집요한 저항과 정치적 갈등 속에 진행되어 왔다. 반동과 갈등은 과거·불법청산 법제와 그 추진과정에 적나라하게 반영되었다. 과거청산사법의 법적 기반이 마련된 것은 1987년 민주화 이후야 비로소 가능했다. 1990년 ‘광주민주화운동관련자보상등에 관한 법률’이 그것이다. 다만 피해자가 아닌 ‘관련자’, 불법책임에 따른 배상이 아닌 ‘보상’에 불과한 법제였다.⁹⁾ 1996년 ‘거창사건등 관련자의 명예회복에 관한 특별조치법’ 역시 진상조사 없는 명예회복, 그리고 피해자가 아닌 ‘관련자 명예회복’을 규정하였다. ‘진상규명’과 ‘희생자’를 처음으로 명시한 법률은 2000년 ‘제주4·3사건진상규명 및 희생자명예회복에 관한 특별법’이다.¹⁰⁾

2000년 제정 민주화운동관련자명예회복및보상등에관한법률(민주화보상법)의 ‘민주화운동’에 대한 규정은 의문사진상규명에관한특별법(법률 제6170호) 등 이후 제정된 과거청산법제들이 공유하는 개념이 된다. 즉 ‘민주화운동’은 ‘1969년 8월 7일 이후 자유민주적 기본질서를 문란하게 하고 헌법에 보장된 국민의 기본권을 침해한 권위주의적 통치에 항거하여 민주헌정질서의 확립에 기여하고 국민의 자유와 권리를 회복·신장시킨 활동’¹¹⁾을 뜻한다.¹²⁾ 따라서 민주화운동과 관련된 의문의 죽음이 ‘의문사’로 규정되고, 명예회복과 보상대상자는 ‘민주화운동관련자’로 규정된다. ‘민주화운동’ 개념은 또한 청산되어야 할 과거·불법의 개념을 간접적으로 제시한다. ‘자유민주적 기본질서를 문란하게 하고 헌법에 보장된 국민의 기본권을 침해한 권위주의적 통치’의 행위와 그 결과가 청산되어야 할 과거·불법이다. 과거불법에 대

8) 안병직, ‘과거청산 어떻게 이해할 것인가’, 안병직 외, 세계의 과거사청산, 푸른역사, 2005, 14, 20면.; P.B.Hayner, 국가폭력과 세계의 진실위원회, 44면.

9) 1995년 5·18민주화운동등에 관한 특별법상 배상의제규정에 따라 비로소 ‘배상’을 규정하였다.

10) 장완익, “기존 과거청산입법의 문제점: 포괄적 과거청산 입법을 위하여” 과거청산 포럼자료집, 2004, 31면.

11) 민주화운동관련자명예회복및보상등에관한법률 제2조제1호

12) 2000년 법제정 당시에는 3선개헌안이 발의되고 반대시위가 본격화된 시점인 1969년 8월7일로 하였으나, 2007년 법개정을 통해 1964년 3월 24일 (한일회담 반대시위일)로 확대하였다.

한 적극적 법적 정의의 예는 1960년 반민주행위자공민권제한법상 ‘반민주행위’ 규정이다. 즉 헌법 기타법률이 보장한 국민의 기본권을 유린 또는 침해함으로써 민주주의의 제 원칙을 파괴한 행위를 말한다. (동법 제2조)

하지만 이후 한국 현대사의 과거·불법에 대한 법적 규정은 역대 개별적 과거청산 법제와 기구에 따라 분산될 뿐만 아니라, 제도적·인적 청산문제의 대상을 명시하지 못한 채 피해보상과 명예회복의 대상을 정함에 있어 간접적으로 규정될 뿐이다.

이하에서는 1990년대 이후 한국의 과거청산 법과 기구를 개별적 과거청산과 포괄적 과거청산 법제로 구분하여 그 성과와 한계를 분석하고, 과거·불법청산 완결을 뒷받침할 법제의 기본원칙과 내용을 제시하고자 한다. 각 법제에 따른 과거청산기구의 성과와 한계를 평가하는 기준은 과정(process) -성과(product) -영향(impact)이며, 구체적으로 제시하면 다음과 같다.¹³⁾

	과정	성과	영향
1단계	공개적 절차	진실규명 수준	성과의 사회적 공유
2단계	관련자 참여	책임자 사과와 처벌	제도개혁 추진
3단계	진상규명 권한	배상/보상 범위와 수준	민주주의와 인권 진전

즉 과거청산기구에 대한 평가는 각각 과정, 성과, 영향 영역별로 세 단계로 나뉘는데, 과거청산기구의 근거법제는 이러한 구체적 기준에 상응하는 내용이 규정되어야 한다.

과거청산기구가 설립되고 활동하는 과정에서는 첫째, 설립과 활동내용은 피해자와 가족 명예를 해치거나 사회통합에 도움이 되지 않는 정보 외에는 국민 일반에게 투명하게 공개되어야 한다. 설립과 활동 과정 자체가 과거청산에 대한 사회적 인식을 높여주기 때문이며, 또한 정치적 저항으로부터 과거청산기구의 활동을 지켜주는 버팀목이 될 수 있기 때문이다. 둘째, 관련자의 참여가 보장되어야 한다. 진실규명을 위해서 과거불법 책임자 중 자발적 협조자, 내부고발자, 피해자, 관련 전문가 참여가 현실적으로 가능하도록 법제도가 뒷받침 되어야 한다. 청산기구와 피해자와 지원 시민사회에 상호 협력할 수 있는 통로도 확보되어야 한다. 셋째, 과거청산의

13) P.B.Hayner, 국가폭력과 세계의 진실위원회, 421-422면의 내용을 참고하여 한국현실에 맞게 구성하였다.

기본토대인 진상규명을 위한 실질적인 조사, 증언청취, 자료 확보권한이 부여되어야 한다.

과거청산기구 활동에 따른 성과는 첫째, 진실 규명의 실질적 범위와 수준, 둘째, 책임자를 특정한 처벌과 책임자의 진정한 사과, 셋째, 피해자에 대한 명예회복과 배상 내지 보상의 실질적 실행이 기준이다. 개별적 과거청산을 담당한 기구들은 성과 측면에서 진실규명, 책임자 처벌, 배상 내지 보상 등 개별적으로 추진한 경우다.

과거청산기구의 활동이 종료된 이후에도 첫째, 보고서를 포함한 성과기록이 사회 전반에 교육되고 공유되어야 한다. 둘째, 과거청산기구가 활동성과로서 제시한 제도 개혁 권고안 내용이 법과 제도로 추진되어야 한다. 셋째, 과거청산 성과가 한국사회 민주주의와 인권 발전으로 연결되어야 한다. 국가범죄와 불법역사를 다시 되풀이하지 않도록 한다는 의미에서 ‘청산’의 가장 중요한 의미다.

II. 개별적 과거청산사법의 성과와 한계

1990년대 이후 한국에서 개별 사안마다 개별적 과거청산 법제와 기구를 중심으로 진행된 과거청산사법은 진실규명, 명예회복 및 보상, 처벌 세 가지 청산작업을 수행했는데, 이를 각각 과정, 성과, 영향 기준에 따라 성과와 한계를 평가해 본다.

[표] 1990년대 이후 한국의 개별적 과거청산법제와 기구¹⁴⁾

위원회 명칭	활동기간	근거법률	소속	주요기능
광주민주화운동관련자보상지원위원회	1990년 8월-	• 1990년 광주민주화운동관련자 보상 등에 관한 법률 • 2006년 5·18 민주화운동관련자 보상 등에 관한 법률	국무총리	• 피해보상 • 피해자 생활지원금, 의료지원금 지급 • 5·18 묘역 국립묘지 지정 • 5·18기념재단 설립운영
거창사건등 관련자 명예회복위원회	1998년 2월-	• 1996년 거창사건 등 관련자의 명예회복에 관한 특별조치법		• 사망자 및 유족 지정심의 • 추모공원 조성과 운영지원

14) 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 진실화해위원회 종합보고서 I - 위원회의 연혁과 활동 종합권고, 2010, 13-15면.; 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 167-169면의 내용을 재구성함.

위원회 명칭	활동기간	근거법률	소속	주요기능
제주 4·3사건진상 규명및명예회복위원회	2000년 8월-	• 2000년 제주 4·3사건 진상 규명 및 희생자 명예회복에 관한 특별법		• 사건진상조사보고서 발간 • 의료지원금 지급 • 희생자 및 유족 지정심의 • 위령공원 조성
삼청교육피해자명예회복및보상심의위원회	2004년 8월-2008년 12월	• 2004년 삼청교육피해자의 명예회복 및 보상에 관한 법률		• 삼청교육 피해자 지정심의 • 피해자 보상금 지급 • 의료지원금 지급 • 명예회복
노근리사건 희생자 심사및명예회복위원회	2004년 8월-	• 2004년 노근리사건 희생자 심사 및 명예회복에 관한 법률		• 희생자 및 유족 심사 • 의료지원금 지급 • 역사공원 조성
특수임무수행자보상심의위원회	2005년 1월-	• 2004년 특수임무수행자 보상에 관한 법률		• 특수임무수행자 심사 • 보상금 지급 • 특별공로금, 위로금 지급
특수작전공로자인정심의위원회	2005년 2월-2006년 11월	• 2004년 6·25전쟁중 적후 방지역 작전수행공로자에 대한 군복무인정 및 보상 등에 관한 법률	국방부	• 진상조사 • 특수작전 공로자 심사 • 보상금 지급
군의원사진상규명위원회	2006년 1월 - 2008년	• 2005년 군의원사 진상규명 등에 관한 특별법	대통령	• 군의원사 진상조사 • 범죄혐의자 고발 • 자백 가해자 사면권고

1. 진실규명

1.1. 과정

2000년 ‘의문사진상규명에 관한 특별법’에 따라 활동한 2000-2002년 제1기 의문사 진상규명위원회(2000-02년), 2003-2004년 제2기 의문사진상규명위원회(2003-04년)의 업무는 의문사 대상자의 선정, 의문사한 자에 대한 조사다.(동법 제4조) 의문사 진상조사와 관련하여 각계의 의견을 수렴·반영하기 위해 공청회를 개최하였다. 그러나 강제조사권이 없었고, 국정원, 국방부, 기무사령부 등 관련기관은 자료제출, 방문조사에 모두 비협조적이었다. 제2기 위원회 보고서는 기관별 비협조 현황을 기록에 남겼다.¹⁵⁾

주목할 만한 변화는 2004년 대통령의 명확한 과거청산 의지에 따라 과거불법의

15) 의문사진상규명위원회, 의문사진상규명위원회 보고서 1차(2000.10-2002.10) I, 2003, 261-263면.; 의문사진상규명위원회 보고서 2차(2003.7-2004.6.), 2004, 146-156면.

책임 있는 국가기관이 진실규명에 대한 사회적 요구를 수용해 자체적으로 진실을 규명하게 되었다는 점이다.¹⁶⁾ 가해자에 의한 진실규명은 국정원, 국방부, 경찰청이 각각 민간인이 참여한 과거사진상규명위원회를 통해 진행되었다. 2004년 경찰청 과거사진상규명위원회는 민간위원과 경찰청 위원으로 위원회를 구성하고 조사팀을 설치하여, 남조선민족해방전선사건(1979년), 서울대 깃발사건(1985년), 강기훈 유서대필 사건(1991년) 등 경찰관련 과거의혹이 제기된 사건에 대한 진상규명을 진행하였다. 유서대필 사건 수사과정에서 검찰의 무리한 수사를 지적하였으며, 민주위 사건에서 고문과 가혹행위가 있었음을 밝혔다.¹⁷⁾ 2005년 국방부 과거사진상규명위원회는 민간위원과 국방부 위원으로 위원회를 구성하여, 5·18 민주화운동을 비롯한 신군부의 집권과정, 강제징집, 녹화사건, 삼청교육대 사건에 대한 자체 진상규명을 진행하였다.¹⁸⁾ 1980년대 대학생 강제징집이 당시 대통령의 지시라는 사실을 밝혔다.¹⁹⁾ 2004년 국정원 과거사진실규명을 통한 발전위원회는 민간위원과 국정원 위원으로 위원회를 구성하고, 사건별 소위원회와 조사팀을 설치하여 박정희 정권 중앙정보부와 전두환 정권 국가안전기획부 당시 부일장학회 헌납 및 경향신문 매각 사건, 인민혁명당 및 민청학련사건, 동백림 사건, 김대중 납치사건, 김형욱 실종사건, KAL 858기 폭파사건, 남한조선노동당 사건 등 7대 의혹사건 진실규명과 정치, 사법, 언론, 노동, 학원, 간첩 6개 분야 과거불법 조사를 수행하였다. 특히 1974년 인혁당 사건이 당시 대통령의 개입아래 정부에 의해 조작되었다는 조사결과를 발표하였다.²⁰⁾ 이러한 조사결과는 법원이 인혁당 사건의 재심을 결정하는 계기가 되었다.²¹⁾

이에 대해서는 일종의 민관 공동 과거청산 작업으로서 가해의 책임뿐만 아니라 진실은폐의 책임까지 져야할 국가권력기관이 신뢰를 회복하고 정당한 권위를 회복하는 계기가 될 수 있을 뿐만 아니라, 과거청산에 대한 시민사회 참여와 사회적 공감대를 넓힐 수 있다는 기대가 있었다. 반면 과거청산 관련 시민단체들은 책임자

16) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 62-64면.

17) 경찰청, 경찰청 과거사진상규명위원회 백서, 2007, 128-381면.

18) 국방부 과거사진상규명위원회, 12·12, 5·17, 5·18사건 조사결과보고서, 2007, 16면 이하.

19) “전두환, 민주화운동 대학생 ‘강제징집’ 지시했다” (한겨레신문 2005년 12월 19일자)

20) 국가정보원, 과거와 대화 미래의 성찰, 국정원 진실위 보고서 총론(I), 2007, 296-309면

21) 2005년 12월 27일 서울중앙지방법원은 인혁당사건 재심을 결정하였으며, 2007년 1월23일 인혁당 재건위 피고인 전원에게 무죄를 선고하였다.

스스로의 진실규명이 성과가 있기를 기대하기 어렵고 오히려 면죄부를 부여하는 절차가 될 수 있다는 비판적 입장이었다. 더구나 과거불법청산의 책임이 그 어느 기관보다 무거운 검찰과 법원은 정작 사법기관으로서의 지위를 이유로 자체 과거청산기구를 운영하지 않았다.²²⁾

2005년 ‘군의문사진상규명 등에 관한 특별법’에 따라 설립된 2006년 군의문사진상규명위원회는 군의문사와 관련된 진정 접수, 군의문사 조사대상 선정, 군의문사에 대한 진상조사, 군의문사에 대한 고발·수사의뢰, 관련자의 피해구제 및 명예회복 요청의 업무를 수행한다.(동법 제4조) 군인, 경비교도대원, 전·의경, 의무소방대원으로서 복무하는 중 사망한 사람의 사망원인이 명확하지 아니하다고 의심할 만한 상당한 사유가 있는 사고 또는 사건 중 그 진상규명이 필요하다고 결정하여 조사대상으로 선정한 사안을 조사하였다.²³⁾

이상의 진실규명 기구활동 과정에서 주요쟁점은 다음과 같이 정리할 수 있다. 진실규명 작업의 과정과 성과, 그리고 영향을 좌우하는 쟁점은 조사대상 범위 내지 규모, 범죄책임 규명수준, 시효와 재심 등 형사절차법적 문제다.

1.2. 성과

제1기 의문사진상규명위원회의 진실규명은 제2기 위원회까지 이어지는 상당한 성과를 거두었다. 즉 83건의 의문사 사건을 조사하여, 조사대상 중 19건을 민주화운동 관련 위법한 공권력에 의한 의문사로 인정하였으며,²⁴⁾ 2002년 10월 의문사 사건 재발방지를 위한 51개 권고안을 제출하였다.²⁵⁾ 제2기 위원회는 제1기 위원회에서 진상규명 불능으로 결정한 사건 30건과 재조사 결정사건 11건을 조사하여, 11개 사건을 의문사로 인정하였다.²⁶⁾ 특히 인혁당 사건이 중앙정보부에 의해 조작되었음을 밝히고, 군 부재자투표 관련 사망사건 은폐조작 진상, 민주화운동참여 학생에 대

22) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 64, 78-79면.

23) 군의문사진상규명위원회, 2007년도 조사보고서-위원회사업과 조사활동, 2008, 75-81면.

24) 의문사진상규명위원회, 의문사진상규명위원회 보고서 1차 I, 261면.

25) 의문사진상규명위원회, 의문사진상규명위원회 보고서 1차 I, 271-343면.

26) 의문사진상규명위원회 보고서 2차(2003.7-2004.6.) 2004, 107-108면.

한 군의 특별관리 관련 군의문사 사건 진상을 밝히고, 국가정보원, 경찰 등 정보기관의 불법사찰과 감시, 고문 등 학생운동 탄압에 대한 진상도 규명하였다. 또한 1970년대 이른바 전향공작 실패와 불법적 수사와 연행·구금에 의한 인권 탄압 진상도 규명하였다.²⁷⁾ 의문사진상규명위원회의 주요성과는 국가기구로는 처음으로 국가보안법의 개정(폐지), 반인륜적 범죄 또는 국가의 인권 침해 범죄에 대한 공소시효 배제를 권고하였다는 점이다.²⁸⁾ 진상규명 불능 의문사 사건들은 진실·화해를 위한 과거사정리위원회로 이관하여 진상규명작업을 계속하도록 하였다. 한편 군의문사진상규명위원회는 2006년부터 2007년까지 600명의 진정을 접수하여, 총 52건의 사건을 종결하고 이 중 11건의 진상규명을 결정하였다.²⁹⁾

1.3. 영향

의문사진상규명위원회는 민주화 운동관련, 위법한 공권력 개입관련 사건에 한정하여 개별사건에 국한시켜 판단하는 방식으로 진행되었다. 따라서 국가권력에 의한 인권침해 양상을 체계적이고 구조적으로 규명하기에는 한계가 있었다.³⁰⁾ 그 결과 위원회의 정부에 대한 제도개선 권고는 대부분 개선 성과로 이어지지 못하였다.³¹⁾

그리고, 군의문사진상규명위원회는 유가족과의 신뢰를 바탕으로 유가족이 납득할 수 있는 조사결과를 우선적으로 하지만, 군에서 단순 자살자로 처리한 사건에 대해서도 합당한 예우와 보상이 이루어질 수 있도록 법적, 제도적 방안이 강구될 필요성을 확인하였다. 이에 따라 군의 신뢰회복과 군의문사 재발방지를 위한 군내 자살사고 예방 및 처우개선의 전향적 검토 필요성도 제기하였다.³²⁾

과거·불법청산의 진실규명 성과는 사회적으로 공유되고 제도개혁으로 이어질 때

27) 의문사진상규명위원회, 의문사진상규명위원회 보고서 1차 II, 2003, 15면이하.; 의문사진상규명위원회 보고서 2차(2003.7-2004.6.) 132-140면.

28) 의문사진상규명위원회, 의문사진상규명위원회 보고서 1차 I, 333-335면.

29) 군의문사진상규명위원회, 2007년도 조사보고서-위원회사업과 조사활동, 2008, 38-40면.

30) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 87-88면.

31) 의문사진상규명위원회 보고서 2차(2003.7-2004.6.) 159-166면.

32) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 117면.

비로소 의미가 있다. 종래 개별적 진실규명 법제와 기구의 진실규명 한계는 국가범죄를 방지하고 민주주의와 인권을 진전시키기 위한 제도 개선의 한계로 이어지기 마련이다.

2. 명예회복 및 보상

2.1. 과정

2004년 ‘삼청교육피해자의 명예회복 및 보상에 관한 법률’에 따라 같은해 설립된 삼청교육피해자명예회복및보상심의위원회는 피해자 또는 유족에 해당되는지의 여부, 피해자 또는 유족에 대한 보상금 지급, 상이를 입은 피해자에 대한 요양기간 및 장애등급의 판정, 피해자 또는 유족의 명예회복, 피해자 또는 관련단체의 지원에 관한 사항을 심의·의결한다.(동법 제3조)

강제동원 진상규명은 2005년 국방부 과거사진상규명위원회가 맡았다. 보상심의위원회는 피해보상 신청자의 관련성 여부확인을 위해 신청서류를 검토하고, 해당 주소지 관할 경찰서에 사실조사를 의뢰하였다. 회신 조사결과와 관련기록물 증빙자료, 장애분과위원회의 의학적 의견을 바탕으로 심사자료를 작성하여 사실분과위원회에서 심의한 후, 심의한 안전에 대해 최종적으로 보상금 및 명예회복 여부를 심의의결한 후 신청인에게 통지하였다.

2004년 ‘노근리사건희생자심사 및 명예회복에 관한 법률’에 따라 설립된 노근리사건희생자심사및명예회복위원회는 희생자 심사·결정, 위령탑건립 등 위령사업, 노근리사건 희생자심사보고서 작성 사항을 심의·의결한다.(동법 제3조)

2004년 ‘한국전쟁중 적후방지역 작전수행공로자의 군복무인정 등에 관한 법률’에 따라 설립된 특수임무수행자보상심의위원회는 특수임무수행자 해당여부, 특수임무수행자 보상금 지급, 특수임무수행자 관련단체 지원 사항을 심의·의결한다.(동법 제4조) 2011년 ‘재일교포 북송저지 특수임무수행자 보상에 관한 법률’에 따른 특수임무수행자보상심의위원회는 특수임무수행자 또는 유족 해당 여부, 특수임무수행자 또는 유족에 대한 보상금 및 위로금 지급, 특수임무수행자 관련 단체 지원 사항을 심의·의결한다. (동법 제3조)

2000년 ‘제주4·3사건 진상규명 및 희생자 명예회복에 관한 특별법’에 따라 설립된 제주 4.3사건 진상규명 및 희생자 명예회복위원회는 4·3 사건의 진상을 규명하고, 이 사건과 관련된 희생자와 그 유족들의 명예를 회복시켜 주기 위한 기구다. 동 위원회는 제주4·3사건 진상조사를 위한 국내외 관련 자료 수집 및 분석, 희생자 및 유족 심사·결정, 희생자 및 유족 명예회복, 진상조사보고서 작성 및 사료관 조성, 위령묘역 조성 및 위령탑 건립, 제주4·3사건에 관한 정부의 입장표명 등에 관한 건의사항을 심의·의결한다. (동법 제3조) 위원회 산하에 제주특별자치도지사 소속의 제주4·3사건진상규명및희생자명예회복실무위원회와 4·3 희생자 의료 및 생활지원 분과 자문위원회를 두었다.

1951년 경남 거창 민간인 학살사건에 관하여는 이미 1960년 4·19 직후 국회 진상조사가 있었다. 1996년 1월 ‘거창사건 관련자의 명예회복에 관한 특별조치법’ 제정에 따라 거창사건 등 관련자 명예회복 심의위원회가 설립되었다. 위원회는 사망자 및 유족결정에 관한 사항, 사망자 및 유족 명예회복에 관한 사항, 묘지단장, 위령제례 및 위령탑 건립에 관한 사항을 심의·의결한다. (동법 제3조)

1995년 ‘5·18 민주화운동에 관한 특별법’이 제정되고, 1996년 12·12사건과 5·18 사건의 책임자들에게 군사반란과 내란죄 등으로 중형을 선고함으로써 남한 과거청산의 중대한 전환점이 되었지만, 진상규명 작업은 이어지지 못했다. 다만 희생자들에게 경제적으로 배상 내지 보상할 법적 근거는 마련하였다. 즉 1990년 8월 ‘광주민주화운동관련자 보상 등에 관한 법률’이 제정 공포됨으로써 ‘광주민주화운동’이라는 공식명칭이 부여되었으며 보상 근거를 마련하게 되었다. 2006년 ‘5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률’로 개칭되었다. 동법에 따라 설립된 광주민주화운동관련자 보상지원위원회는 관련자 및 유족 보상에 관한 지원, 관련자 명예회복 조치, 관련자 또는 유족 지원을 위한 성금 모금 및 관리, 관련자 또는 유족 보상에 관한 재정대책, 5·18민주화운동과 관련된 사업 지원 업무를 수행하였다.(동법 제3조)

2.2. 성과

삼청교육피해자 보상심의위원회³³⁾, 특수임무수행자보상심의위원회³⁴⁾의 경우 명예회복과 보상의 상당한 성과가 인정된다. 특히 노근리사건 희생자심사 및 명예회복위원회,³⁵⁾ 거창사건등관련자명예회복심의위원회,³⁶⁾ 제주 4·3사건 진상규명 및 희생자 명예회복위원회³⁷⁾의 경우 정부수립과 한국전쟁 시기를 대상으로 하는 특별한 과거사정리 기구다. 제주 4·3사건 위원회의 활동성과는 정부의 사과 노력을 이끌어냈다는데 있다. 2013년 대통령이 제주 4·3사건 희생에 대한 사과표명 등 정부 입장을 발표하였다. 2004년 제56주년 4·3위령제에 행정자치부장관이 참석하고, 2005년 정부는 4·3의 아픔을 화해와 상생으로 극복한 제주도를 ‘세계평화의 섬’으로 지정·선포하였다. 2005년에는 희생자 및 유족 심의 결정 11,830명을 의결하였고, 같은 해 제57주년 4·3위령제에는 국무총리가 참석하였다. 2006년에는 희생자 및 유족 심의 결정 8,382명을 의결하였고, 같은 해 4월 제58주년 4·3위령제에 대통령이 참석하여 제주4.3관련 사과를 재천명하였다.³⁸⁾

광주민중화운동관련자보상지원위원회는 2014년 12월까지 8,721건의 신청을 접수하여 사망 155건을 비롯, 상이후사망, 행방불명, 상이, 연행구금 등 5,517건에 대한 보상금 2,452억원을 지급하였다.³⁹⁾

33) 삼청교육피해자 보상심의위원회는 2004년 9월부터 2007년 9월까지 보상신청 4,644건, 명예회복 575건, 재심의요청 642건을 심의의결하고, 총 3,624명에게 보상금을 지급하고, 575건의 명예회복 신청 중 인정 11건을 권고하였다. (대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 133-134면.)

34) 특수임무수행자보상심의위원회는 2006년까지 163명의 신청자 중 128명을 공로자로 인정하고 이들에 대해 군번 및 계급을 부여하고 공로금과 보상금을 지급하여 명예를 회복시켜 주었다. (대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 145-146면.)

35) 노근리사건 희생자심사 및 명예회복위원회는 본격적인 진상규명활동은 하지 못했으나, 신고인 2,649명을 심사하여 희생자 218명, 유족 2,170명을 확정했다. 생존 피해자 30명에게 의료지원금을 지급하였다. (대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 105-106면.)

36) 거창사건 관련자명예회복심의위원회는 사망자 548명과 유족 785명을 결정하여 명예회복시켰으며 호적 소실자는 호적을 복구했다. 또 2004년 추모공원 조성사업이 완료됐다. (대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 107-108면.)

37) 2003년 희생자 및 유족 3,722명에 대한 심의를 결정하고, 4·3사건진상조사보고서를 최종확정하였다.

38) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 100-104면.

39) 국회 안전행정위원회 수석전문위원, 5·18민주화운동 관련자 보상에 관한 법률 개정안 검토의견서 (2015년 4월) 8면.

2.3. 영향

노근리사건 희생자 명예회복 및 보상심의위원회는 한미 양국정부의 노근리사건 공동조사결과에 따라 희생자심사를 담당하였다. 그런데 한미양국 공동조사보고서가 작성될 당시 한국 측 조사단이 진상규명보다는 미국과의 동맹관계 강화에 주의를 기울였음을 보여주는 자료가 다수 발견되어 해당 보고서 자체가 신뢰를 얻지 못하였다. 노근리사건 위원회 사례는 한국전쟁기간 동안 유사사례의 해결마저 어렵게 만든 경우다.⁴⁰⁾

4·3사건 진상규명 및 희생자 명예회복위원회의 활동 결과 2008년 3월 제주 4·3 평화기념관이 개관되었으며, 11월에는 제주 4.3평화재단이 출범하였고, 12월 제주 4·3위원회 백서 ‘화해와 상생’이 발간되었다. 2009년 북촌 너븐숭이 4·3기념관이 개관되었다.

2004년 후속입법인 ‘거창사건 등 관련자 명예회복 및 보상 특별조치법’ 보상규정에 대해 대통령은 거부권을 행사했다. 한국전쟁 중 군정에 의해 희생된 사람들에 대한 입법이 잇따를 경우 국가재정이 감당하기 어렵다는 이유에서였다. 한국전쟁 중 희생된 민간인 보상을 다시 실시할 경우 25조원의 엄청난 예산이 필요하다는 것이다.⁴¹⁾

삼청교육관련단체의 지속적인 피해보상 요구와 정부의 실현의지에 따라 피해자 및 유족에 대한 명예회복과 실질적 보상이 상당부분 실현되어 국민화합에 기여한 성과가 인정된다. 하지만 삼청교육 피해자 범위를 상이자 또는 교육중이나 후유증으로 인한 사망자로 한정함에 따라, 입소자 중 12%에게만 보상이 이루어졌고, 타 보상위원회보다 적은 보상금이 지급되어 피해자 불만이 제기되었다.⁴²⁾

현실적 한계에도 불구하고 명예회복과 보상을 통한 과거청산은 비교적 성과를 거두었다고 평가할 수 있다. 다만 가해의 진실규명과 책임자 처벌이나 사과가 전제되지 않고, 피해 사실을 조사하여 보상금을 지급하는 수준으로는 진정한 명예회복과 제도개선을 기대하기 어렵다.

40) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 106-107면.

41) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 108면.

42) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 134면.

3. 책임자 처벌

한국 현대사에서 국가범죄 책임자 처벌을 위한 과거청산법제의 유일한 예는 1995년 헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법 (법률 제10181호)이다. 동법은 형법상 내란, 외환죄와 균형법상 반란, 이적죄를 ‘헌정질서 파괴범죄(제2조)’로 규정하고, 1948년 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약 (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)상 집단살해 범죄에 대해 공소시효를 배제하였다.(동법 제3조) 다만 국가범죄 책임자 사과의 처벌을 위한 과거청산 기구의 예는 아직 없다.⁴³⁾

4. 개별적 과거청산의 한계

한국의 과거청산은 주로 개별 사건, 개별 희생자 중심으로 전개되었다. 정부가 주도하기 보다는 주로 피해자 등 관련시민단체와 국회가 주도했기 때문이다. 제주 4·3사건이나 의문사 사건의 경우 진실규명을 중심으로, 권위주의 정권하의 민주화운동의 경우 명예회복과 보상 중심으로 추진되었다. 민주화 단계가 진전됨에 따른 당

43) 일제강점기를 대상으로 하지만, 1948년 반민족행위처벌법 (법률 제3호)과 반민족행위처벌법기초특별위원회는 책임자처벌을 위한 과거청산법제 및 기구 사례로 참고할 수 있다. 동법은 독립운동자나 그 가족을 악의로 살상박해한 자 또는 이를 지휘한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하고 그 재산의 전부 혹은 일부를 몰수한다(제3조)는 강력한 처벌규정 뿐만 아니라, 군·경찰의 관리로서 악질적인 행위로 민족에게 해를 가한 자, 관리되었던 자로서 그 직위를 악용하여 민족에게 해를 가한 악질적 죄적이 현저한 자에 대한 처벌규정(제4조)을 두었다. 동법은 반민족행위 예비조사를 위한 특별조사위원회(동법 제9조), 반민족행위 처단을 위한 대법원특별재판부(동법 제19조), 특별재판부에 병치하여 특별검찰부(동법 제20조)를 두었다. 1960년 반민주행위자공민권제한법은 1960년 3월 15일 선거 당시 대통령과 국무위원, 경찰, 자유당과 중앙선거위원회 위원장에 이르기까지 일정 지위에 있었던 자는 그 지위를 이용하여 현저한 반민주행위를 한 자로 간주한다 (동법 제3조)는 규정을 두었다. 동법은 반민주행위 조사를 위해 서울특별시와 각도에 조사위원회를 두었다.(동법 제6조) 반민족행위 처벌기구의 활동은 친일세력의 저항에 부딪혀 1년만에 종료되었으며, 후속 과거청산작업은 2005년 ‘친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법’에 이르러서야 계속될 수 있었다. 동법에 따라 2006년 설립된 친일반민족행위자재산조사위원회는 2010년까지 일본 제국주의의 식민 통치에 협력하고 한민족을 탄압한 반민족행위자가 그 당시 친일반민족행위로 모은 재산을 조사, 선정하여 국가에 귀속할지 여부를 결정하였다. 조사위원회는 친일반민족행위자의 조사 및 선정과 친일반민족행위자의 재산조사 및 친일재산 여부의 결정, 일본인 명의로 남아 있는 토지에 대한 조사 및 정리, 이의신청 처리를 비롯해 조사자료 보존 등의 업무를 수행하였다.

시로서는 상당한 성과였다. 특히 해방 이후 역사적 부담이었던 과거사 문제를 직시하고 해결하려는 시도를 함으로써 사회적 논의를 확산시키고, 과거청산이 해결가능한 문제임을 인식시켜 주었다. 다만 한계 역시 뚜렷했다. 즉 과거청산을 통해 국가 폭력과 범죄가 발생하게 된 본질적 원인이나 구조적 문제점을 규명하는데 이르지 못하였다. 개별 사안별로 대처하다 보니 과거청산의 기본취지를 벗어나는 경우도 있었다. 개별 과거청산에 대한 전 국민적인 관심과 동력 또한 얻지 못하였다.⁴⁴⁾ 피해사실의 확인까지는 노력하였지만, 가해사실의 확인은 미진하였다.⁴⁵⁾ 그러다보니 명예회복과 보상의 수준에서 머물게 되는데 피해확인과 보상은 있으나 가해자처벌과 사과는 없는 경우에 이르게 된다. 청산되어야 할 ‘과거사’의 내용이 제대로 채워지지 않은 채 남게 된 셈이다.

또한 5·18 과거청산의 경우는 피해회복과 가해자처벌이 비교적 적극적으로 진행되었고 사법적 판결이 뒷받침 하고 있지만, ‘종결’되었다고 보기는 어렵다는 평가를 받는다. 지역주의 벽을 여전히 넘지 못한 채 모든 국민에게 민주적 가치로 공유되지 못하기 때문이다.⁴⁶⁾

한편 국가기관 자체적인 과거청산 작업의 경우 해당기관 스스로 진상규명에 나선다는 점에서 스스로 과거청산과 반성에 동참한다는 의미가 있을 수 있다. 자기반성을 통해 공권력의 남용을 방지하고 제도와 관행의 개선을 추진할 수 있게 된다. 의욕과 불신을 받아오던 국가기관이 신뢰를 회복하고 권위를 되찾는 중요한 계기도 된다. 과거 권위주의적 국가기관의 과거사정리작업을 민관 공동으로 진행함으로써 시민사회의 참여와 사회적 공감대를 넓힐 수도 있다. 반면 관련시민단체들은 자체 진상규명활동이 성과를 기대하기 어려울뿐더러 오히려 면죄부를 줄 수 있다는 비판적 입장이었다. 특히 검찰의 경우 경찰, 국정원에 못지 않게 과거청산이 필요하였지만, 사법기관으로서 법적 안정성을 고려해야 한다는 이유로 자체 과거청산 기구를 만들지 못하였다.⁴⁷⁾

따라서 국가정책, 제도와 관행, 사고방식, 문화적 한계를 포괄적으로 해결하는 과

44) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 38, 43-44, 46, 53면.

45) 김한균 외, 통일시대의 과거·불법청산 및 사회통합 방안의 연구, 한국형사정책연구원, 2016, 266면.

46) 이영재, 과거청산과 민주주의-5·18사법적 처리의 의의를 중심으로, 260.

47) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 64, 78-79면.

거청산의 필요성이 제기되었다. 포괄적이고 체계적인 과거청산 작업은 참여정부에서 본격화되었다. 이는 개별적 과거청산의 범위와 대상이 계속 확대되면서, 진상규명과 피해구제는 계속 지체되고, 개별 사안별로 과거청산이 진행되는데서 오는 문제점들이 뚜렷해 졌기 때문이었다. 참여정부는 포괄적이고 구조적인 접근방식을 택했다. 이는 과거청산으로서의 진실규명이 가해자의 적발이 아니라 국가의 폭력과 범죄피해 원인과 문제점들을 규명하여 재발하지 않도록 방지대책을 세우는데 목적이 있기 때문이다.⁴⁸⁾

Ⅲ. 포괄적 과거청산사법의 성과와 한계

2000년대 이후 한국의 과거청산사법은 포괄적 청산의 단계로 진전된다. 2000년 민주화운동관련자명예회복및보상심의위원회가 ‘민주화운동’을 대상으로 포괄적인 명예회복과 보상 작업을 진행했으며, 2005년 진실·화해를 위한 과거사정리위원회는 진실규명, 명예회복, 사면, 과거사 연구와 사회적 통합에 이르는 과거·불법청산의 모든 의제를 다루었다.

[표] 1990년대 이후 한국의 포괄적 과거청산법제와 기구⁴⁹⁾

위원회 명칭	활동기간	근거법률	소속	주요기능
진실·화해를 위한 과거사정리위원회	2006년 4월 - 2010년	• 2005년 진실·화해를 위한 과 거사정리 기본법	독립기구	• 포괄적인 진실규명 • 특별사면, 복권 건의 • 과거사연구재단 설립
민주화운동관련자 명예회복및보상심 의위원회	2000년 8월-	• 2000년 민주화운동관련자명 예회복 및 보상에 관한 법률		• 민주화운동 관련자 지정심의 • 사망, 부상자 보상금 지급 • 생활지원금 지급 • 명예회복 조치 권고

48) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 38, 51-54면.

49) 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 진실화해위원회 종합보고서 I, 13-15면; 6대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 167-169면의 내용을 재구성함.

1. 포괄적 명예회복과 보상

1.1. 과정

2000년 ‘민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률’이 제정됨에 따라 제1기 민주화운동관련자명예회복및보상심의위원회가 설립되어 2002년 제2기, 2004년 제3기 위원회로 이어졌다. 정부 차원에서 민주화 운동 전반에 대해 사회적 명예회복과 보상을 추진하기 위한 기관이다.⁵⁰⁾ ‘민주화운동 관련자’라 함은 민주화운동과 관련하여 사망하거나 행방불명된 자, 민주화운동과 관련하여 상이를 입거나 질병, 그 후유증으로 인한 사망으로 인정되는 자, 민주화운동을 이유로 유죄판결·해직 또는 학사징계를 받은 자를 가리킨다.

동 위원회는 관련자 해당여부 심의 결정, 보상금 심의 결정 및 지급, 관련자 명예회복, 보상금 재원대책, 관련자 추모단체 지원, 생활지원금 지급, 성금 모금방법 및 활용, 민주화운동 관련 기념사업 유형 결정 임무를 수행하였다.(동법 제3조)

1.2. 성과

동 위원회는 보상신청 1,295건, 명예회복 신청 9,512건을 접수하여, 총 52회 회의를 거쳐 5,718건을 심의·의결하였다. 명예회복 관련자에 대한 후속조치로서 유죄판결의 피해를 입은 관련자 3,784명(4,810건)에 대해 전과기록 삭제를 권고하였고, 학사징계 피해를 입은 관련자 1,796명 중 희망자에 한해 징계기록 말소를 권고하여 164명이 징계기록 말소, 13명이 복학, 84명이 명예졸업장을받았다. 해직 피해를 입은 관련자 2,821명 중 미복직자 955명 중 희망자 281명에대한 복직을 권고하여 23명이 수용되었다.⁵¹⁾

1.3. 영향

민주화보상심의위원회는 과거청산기구 중 가장 장기간 활동하였다. 명예회복과 보

50) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 110면.

51) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 111-113면.

상의 경우 그 특성상 소급조치를 규정할 수 밖에 없는데 기존법과의 법적안정성 문제가 뒤따른다. 민주화보상법은 소급조치와 관련하여 권고기능밖에 없기 때문에 신청인들의 기대와는 거리가 있을 수 밖에 없다. 위원회의 전문성 확보를 위한 제도적 보장의 필요성도 제기된다.⁵²⁾

2. 포괄적 진실규명과 명예회복

2005년 ‘진실·화해를위한과거사정리기본법’은 항일독립운동, 반민주적 또는 반인권적 행위에 의한 인권유린과 폭력·학살·의문사 사건 등을 조사하여 왜곡되거나 은폐된 진실을 밝히고, 민족의 정통성을 확립하고 과거와의 화해를 통해 미래로 나아가기 위한 국민통합에 기여한다는 목적규정을 두었다. (동법 제1조) 동 규정은 과거의 시기를 항일독립운동까지 잡고, 과거사의 내용을 폭력, 학살, 의문사 사건으로 특정하면서, 포괄적으로 반민주, 반인권적 행위에 의한 인권유린을 규정하였다. 또한 화해, 미래, 통합이라는 과거사 청산이 지향할 가치를 규정하였다.

동법에 따라 설립된 진실·화해를 위한 과거사정리위원회는 진상규명, 명예회복, 특별사면, 과거사 연구, 화해업무에 이르기까지 과거사 관련업무를 포괄적으로 관장하며 국가인권위원회처럼 독립된 최초의 과거청산기구다.⁵³⁾ 특히 참여정부 시기 개별적 과거청산기구와 진실화해 위원회는 과거사의 진실을 상당 수준 규명했을 뿐만 아니라, 피해자의 목소리에 일방적 주장이 아닌 국가적 진실이라는 새로운 지위를 부여하였다.⁵⁴⁾

2.1. 절차

진실화해 위원회는 피해자의 신청뿐만 아니라 위원회 직권으로도 조사에 착수할 있도록 하였다. 조사 대상자와 참고인에게 진술서 및 관련자료 제출, 위원회 출석

52) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 109,113면.

53) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 136면.

54) 김동춘, “지연된 진실규명, 더욱 지연된 후속작업”, 역사비평, 2012, 201면; 한홍구, 청산되지 않은 과거를 한층 더 쌓을 것인가, 35면.

등을 요구할 수 있으며 3회 이상 불응한 사람에게는 동행명령 부과할 수 있다. 한편 참고인에 대하여 폭행 또는 협박행위를 금지하고, 진실규명 관련 정보를 제공하였거나 제공하려 한다는 이유로 해고 등 불이익 처분을 금지하며, 조사대상자의 언론 공개를 금지하는 보호대책을 마련하였다. 대통령 및 국회 보고 전에 조사대상자 및 가해행위와 관련한 위원회 조사내용 공개를 금지하고, 진실규명 조사 참여자 또는 진실규명에 필요한 자료 등을 발견 또는 제출한 자가 다른 자로부터 생명·신체에 위협을 받거나 받을 우려가 있을 때 관계기관에 신변보호를 요청할 수 있도록 하였다. 또한 참고인 및 감정인 보호, 관련된 자료 확보 또는 인멸방지 대책을 갖추고, 진실을 밝히거나 진실규명에 필요한 중요자료 등을 발견 또는 제출한 자에 대한 보상 또는 지원, 사면건의 조치를 취하였다. 조사대상자 또는 이해관계인에게 의견진술 기회를 부여하고, 의견진술자에게는 증거자료 열람청구와 변호인을 선임할 수 있도록 하였다. 특히 진실규명 중에 완전한 진실을 고백한 가해자에 대하여는 수사 및 재판절차중인 경우는 처벌하지 않거나 감형 건의, 유죄로 판결된 경우는 법령에 따라 특별사면과 복권을 건의하는 조치도 마련하였다.⁵⁵⁾

[표] 진실화해위원회 조사활동과정에서 제기된 주요쟁점⁵⁶⁾

적대세력사건	민간집단희생	인권침해사건
조사대상범위	진실규명의 대상 희생자 수 및 규모	권위주의 통치시기
	가해책임 규명수준 불법성	위법 부당한 공권력행사 중대한 인권침해
		시효배제와 재심문제

2.2. 성과

진실화해위원회는 처리대상 총 11,175건 중 11,175건 (100.0%)처리 완료하였다. 접수 10,860건, 분리사건 277건, 직권조사 38건, 결정사건 총 8,978건 (80.3%), 각

55) 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 진실화해위원회 종합보고서 I, 62-63면.

56) 진실화해를 위한 과거사정리위원회, 종합보고서 I, 83-91면의 내용을 정리하였다(김한균 외, 통일 시대의 과거·불법청산 및 사회통합 방안의 연구, 294면.).

하·취하 등 총 2,197건 (19.7%)에 달한다.⁵⁷⁾ 정기 조사보고서(2006-2010) 36권, 사건별 조사보고서 475권을 출간하고, 피해자 및 유가족의 피해 및 명예의 회복을 위한 적절한 조치(가해자에 대한 적절한 법적 정치적 화해 조치, 가해자와 피해자 유족간의 화해를 적극 권유), 진실은폐나 왜곡으로 인해 유죄판결을 받았거나 자격의 상실 또는 정지된 자에 대한 특별사면과 복권을 건의하였다. 또한 활동보고서에서 국가에 대해 한국전쟁 전후 민간인 집단희생사건 관련 보상 특별법 제정, 유해 발굴과 안장, 과거사연구재단 설립 등의 정책을 권고를 하였다. 조사로 드러난 인권침해기관을 상대로 국가적 차원에서 인권교육을 실시하는 등 재발 방지책을 마련할 것도 권고하였다.⁵⁸⁾ 이러한 권고안은 과거청산의 본래 의미가 다름 아닌 미래에 있을 것을 보여준다. 권고의 내용은 모두 규명된 진실 앞에 국가가 실천해야 할 조치들이기 때문이다.

2.3. 영향

2003년 9월 경남 창원시에서는 6·25전쟁 민간인 희생자 위령 사업 지원에 관한 조례가 제정되었다. 과거사정리위원회의 진상조사와 사법적 판단을 통해 확인된 무고한 희생자를 추모하기 위한 것으로 추모 및 위령 사업 관련 사항과 바른 역사교육 등이 내용이다. 이어서 2015년 6월 충청남도 한국전쟁 민간인희생자 위령사업 지원 등에 관한 조례⁵⁹⁾, 2015년 11월 경상남도 6·25 전쟁 민간인 희생자 위령사업 지원에 관한 조례, 2016년 7월 대구시 10월 항쟁 등 한국전쟁 전후 민간인 희생자 위령사업 지원 등에 관한 조례가 제정되었다.⁶⁰⁾

법원은 조사보고서 내용에 모순이 있거나 사실관계가 불명확한 경우 보고서 내용만 믿고 국가배상을 결정할 수 없으며, 과거사 관련 국가배상 소송의 소멸시효를

57) 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 진실화해위원회 종합보고서 I, 76-81면.

58) 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 진실화해위원회 종합보고서 I, 215-228면.

59) 진실·화해를 위한과거사정리위원회 등 국가기관의 진상조사 및 사법적 판단을 통해 확인된 한국전쟁 전후 무고한 민간인 희생자를 추모하고, 충청남도에서 발생했던 민족의 아픔을 치유함으로써 평화와 인권회복에 기여하고자 조례를 제정함(충청남도의회, 충청남도 한국전쟁 민간인희생자 위령사업 지원 등에 관한 조례 제정이유, 2015년6월9일).

60) 연합뉴스 2015년11월2일자, 2016년 8월21일자.

3년으로 제한하여 기간을 넘었거나, 과거사정리위원회에 진실규명신청을 하지 않은 당사자는 국가를 상대로 손해배상청구를 할 수 없다고 판단하였다.⁶¹⁾ 정권교체 이후인 2009년에는 위원회 위원장과 상임위원에 여당관련인사 및 뉴라이트계열 학자가 임명되었다.

한편 포괄적 과거청산기구 설립이후 국가기관 자체 진상규명 기구를 포함하여 개별 과거청산 기구들과 진실화해 위원회의 진상조사 활동은 그 대상과 범위가 중복되는 점이 지적되기도 하였다. 다만 진실화해위원회 조사과정에서 각 해당기관의 협조를 위해서는 내부적으로 조사와 자료확보가 필요한 만큼 상호보완적 기능의 측면도 있다.⁶²⁾

3. 포괄적 과거청산의 한계

1999년 의문사진상규명위원회와 2005년 진실화해위원회의 성과를 살펴보면, 그 포괄적 진상규명 노력과 성과에도 불구하고 기구운영과 조사진행 과정은 사회적 참여가 충분할 만큼 공개되지 못했다. 또한 성과와 영향은 장기적 평가가 필요할 것인데, 가해자 또는 가해 집단의 책임인정과 처벌, 권고안 상의 피해배상과 법제 개선 성과는 양 진실위원회 활동기간 10년의 짧은 시간에도 불구하고 큰 진전이 있었다고 보기 어렵기 때문이다. 오히려 진실화해위원회 이후 과거사정리위원회들이 규명하고 단죄한 과거불법의 역사가 미래에 적어도 다시는 되풀이 되지 못할 것이라는 믿음조차 흔들리는 지경에 이르렀다.⁶³⁾

특히 진실화해위원회는 포괄적 과거청산작업을 통해 국가와 사회에 대한 종합권고안을 제시하였지만, 공청회 및 전문가 자문 등의 절차를 거치지 못하였다.⁶⁴⁾ 한국전쟁 전후 민간인 집단희생사건에 대한 배상 및 보상 특별법 제정, 한국전쟁 전후

61) 2013년 5월 16일 2012다202819 전원합의체 판결; 대법원은 과거사 사건 관련 국가배상청구소송에서 국가의 소멸시효 항변의 허용 여부를 판단하던 신의성실의 원칙의 적용 기준을 변경했고, 이에 따라 과거사 사건 피해자들의 권리구제가 제약되는 결과가 나타났다(홍관표, “과거사 사건의 소멸시효와 신의성실의 원칙 문제- 대법원 판결의 입장 변화를 중심으로”, 법조 713, 2016).

62) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 64면.

63) 김한균 외, 통일시대의 과거·불법청산 및 사회통합 방안의 연구, 271면.

64) 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 진실화해위원회 종합보고서 1, 206면.

민간인 집단희생 유해 발굴과 안장, 과거사 연구재단 설립을 정책건의⁶⁵⁾하였지만 이행되지 못하였다. 또한 피해자의 명예회복과 구제를 위한 조치, 재발 방지를 위한 국가의 조치, 법령·제도·정책·관행의 시정 및 개폐, 진실규명사건의 가해자에 대한 법적·정치적 화해조치, 국민화해와 민주발전을 위한 조치, 역사의식의 함양을 위한 교육·홍보에 관하여 국가가 하여야 할 조치, 그 밖에 국가가 하여야 할 필요한 조치 등의 권고안은 여전히 과제로 남겨져 있다. 17건의 권고안 중에서도 6·25전쟁 전후 민간인 희생사건 조사 과정에서 드러난 집단학살의 재발방지를 위해 가해자 처벌 등 제도적 장치 보완(권고 5), 오·남용의 우려가 있는 국가보안법 적용의 신중(권고 6), 비상사태에 처한 경우라 할지라도 예비검속, 주거제한, 재산동결 등의 기본권 제한이 최소화될 수 있도록 하는 제도적 방안(권고 7), 국가 안보 등에 관한 비밀문서에 대해 국가 안보에 영향을 미치지 않는 범위 내에서 일정 기간이 경과되면 공개하는 등의 조치가 필요하고, 이를 위해 공공의 이익과 국민의 알 권리가 조화될 수 있는 범위내에서 정보공개법 보완(권고 8), 가해자의 참회와 피해자·유족의 용서를 통한 화해가 이루어질 수 있도록 제도적 장치를 마련하는 등 적극 지원(권고11)과 관련한 법제개선 역시 과거불법청산에 있어서 미완의 과제로 남겨져 있다.

Ⅳ. 결론 : ‘청산되지 않은 과거를 한층 더 쌓을 것인가?’⁶⁶⁾

“... 과거사 문제는 대체로 어느 시기의 한시적 과제로 제기된다. 과거사가 물밑듯이 제기될 때 온 사회가 힘을 합해 정성스럽게 처리하면 통과의례처럼 해결되지만 그렇지 못하면 오랜 기간 숙제로 남는다.”⁶⁷⁾

‘과거사가 물밑 듯이 제기’되던 때가 불과 10여 년 전이다. 온 사회가 정성을 다하지 못했는지는 따져봐야 하겠으나, 오랜 기간 숙제로 남으리라는 우려는 현실이 되었다. 2017년 탄핵국면 이후 자리 잡을 새로운 체제를 이룬바 ‘1987년 체제’에 뒤이은 ‘2017년 체제’라 하자. 그렇다면 2017년 체제에서 과거사 문제가 과거 한

65) 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 진실화해위원회 종합보고서 I, 211-214면.

66) 한홍구, “청산되지 않은 과거를 한층 더 쌓을 것인가”, 2009.

67) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 5면.

때의 과제가 아닌, 당대의 과제로 다시 떠오를 것인가? 어떤 고통의 기억을 한국 현대사 역사로 남길 것인지 못 다한 숙제가 다시 주어질 것인가?

2017년은 2005-2010년 과거사 정리위원회를 재건하여 제2기 과거사정리를 시작할 수 있는 시점이다. 2000년대 과거·불법청산 법제와 기구의 활동은 모두 시민사회가 치열하게 요구하고 지속적으로 노력한 성과다. 2004년 탄핵기각 결정후 복귀한 노무현 대통령은 그해 광복절 경축사에서 포괄적 과거청산에 대한 강력한 의지를 표명했다. 2017년 새 정부의 대통령 역시 이를 이어받아서 2017년 광복절을 맞아 과거·불법청산의 완결의지를 천명하도록 시민사회가 다시 강력히 요구해야 한다.

1. 과거·불법청산 완결을 위한 과거사정리의 재개

한국 현대사 과거·불법청산의 성과와 한계를 교훈삼아 제도적·인적 청산작업을 갱신하기 위해서는 진실규명, 책임자 처벌, 피해회복이라는 과거청산의 세 가지 일반원칙으로 돌아가, 무엇이 우선될 원칙인가, 진실과 책임과 피해의 내용이 무엇인가, 규명과 처벌과 회복은 각각 어떤 방식으로 배열될 것인가를 성찰 해보아야 한다. 특히 1990년대 청산 경과를 통해 살펴본바, 개별적 차원의 과거사 정리는 유사한 법과 위원회가 되풀이 되고 업무가 중복되거나 법제도마다 기본개념이 다르고 행정조치의 혼선이 빚어질 수 있다. 과거·불법을 성찰하고 청산하기 위해서는 국가권력이 자행한 인권침해의 실상을 국가적 차원에서 총체적이고 종합적으로 규명하는 방향이 타당할 것이다.⁶⁸⁾

첫째, 과거청산법률상 조사내용과 범위, 유관기관의 협조, 자율적 운영권한 보장의 한계다. 과거청산기구의 근거법률은 조사내용과 범위를 매우 경직적으로 규정하고 조사기구의 자율성을 제약하였다. 조사권한이 약한데 비해 조사범위는 법적으로 세세하게 특정하였다. 과거사 진상규명의 특성상 조사과정에서의 조사내용과 범위의 탄력적 적용여지를 주지 않는 것이다.⁶⁹⁾ 또한 과거청산기구는 일반 국가기관과는 달리 한시적 활동기간동안 특정주제에 집중하여 활동하며, 타 국가기관을 상대

68) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 147면.

69) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 152면.

로 조사를 수행해야 하는 기관으로서 특성이 인정되어야 한다. 진상규명의 기본목적에 부합된 탄력적이고 자율적인 업무활동을 위해서는 예산집행의 융통성도 보장되어야 한다.⁷⁰⁾

대부분의 과거청산 차원의 진상규명 사안은 국가기관의 직간접적인 연관성이 있기 때문에 국가기관의 협조와 지원이 보장되지 않으면 기초자료 접근이 어렵다. 과거 공공기록물과 내부 관련자의 증언이 없으면 진실규명은 어렵다. 한편 유관기관들간의 효율적 업무조정이 이루어지지 않으면, 피해자와의 갈등을 빚거나 과도한 기대감에 따른 실망감을 줄 수 있다.⁷¹⁾

둘째, 정치적 이해관계와 타협 때문에 과거청산기구 구성과 활동내용이 제약을 받을 수 있다. 종래 과거청산기구들은 모두 위원회 형식을 취하고, 대통령, 국회, 대법원장이 각각 추천하는 위원들로 구성되었다. 형식적으로는 삼권분립에 따른 공정성 확보의 명분에 걸맞지만, 실제로는 과거청산 기구가 정치기구화 하는 문제점이 있다.⁷²⁾ 과거청산 관련 근거법률의 모순된 조항 대부분 제정 과정에서 정치적 이해관계에 따른 상반된 주장들을 절충적으로 수용한 결과다.⁷³⁾

그 배경에는 개별적 또는 포괄적 과거청산 사안은 반대입장의 정당과 언론의 저항에 늘 부딪혔다는 현실이 있다. 경제위기의 극복이 시급한데 과거에 집착해서는 안된다는 논리나, 민생을 외면하고 이념대립을 조장한다는 논리, 정치적 의도에 좌우될 수 있으니 학계에 맡길 사안이라는 논리, ‘민주세력을 가장한 친북 용공행위’도 과거청산의 대상에 포함시켜야 한다는 희석 논리들이 대표적이다.

셋째, 국가의 과거청산작업은 일종의 자기부정이 되는 현실적 제약을 넘어서기 어렵다. 국가가 과거청산 작업을 기존 법과 제도, 인력을 바탕으로 진행하기는 어렵다. 과거 정권과 계속성을 지니고 있는 정부와 국가기관이 과거사를 청산하는 일 자체가 스스로의 과거를 부정해야 하는 부담이 될 수 있기 때문이다. 2005년 진실·화해 위원회는 과거·불법을 청산하면서 기존 법제도와 국가기관의 계속성을 보장해 주기 위해 비사법적 기구로 구성된 것이다.⁷⁴⁾

70) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 153면.

71) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 153-154, 156면.

72) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 152면.

73) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 158면.

2. 2017년 진실화해를 위한 과거사정리기본법 개정과 제2기 진실화해 위원회 구성 방향

2010년 진실화해 위원회가 해체되면서, 후속조치를 맡을 과거사연구재단은 설립되지 못했고,⁷⁵⁾ 설립을 위한 법률안(2011년 진실·화해를 위한 과거사 연구재단 설립·운영에 관한 법률안)은 폐기되었다. 하지만 2005년 진실·화해를 위한 과거사정리기본법은 여전히 현행법이다.⁷⁶⁾ 진실·화해위원회의 성과를 평가하고 한계를 아쉬워하면서 위원회의 진실규명 활동이 재개되어야 하며, 진실화해위원회가 권고하였던 사안에 대한 후속 조치가 필요한 시점이라는 문제제기가 이미 있었다.⁷⁷⁾ 2005년법 개정을 통해 제2기 진실화해위원회가 제1기의 성과에 터잡고 종래의 한계를 넘어서 과거·불법청산을 완결지어야 한다.

살펴보면 과거사위원회의 활동시한은 법개정으로 연장되었던 사례가 있다. 즉 의문사진상규명위원회의 경우 2002년 개정 의문사진상규명특별법(법률 제6750호)에 따라 2002년 9월 종료된 의문사진상규명위원회의 조사활동 결과 기각결정된 사건 중 위원회 재적위원 전원의 일치된 의견으로 조사를 재개하기로 한 사건 및 조사미진으로 인하여 진상규명불능결정된 사건에 대하여 조사를 재개함으로써 실제적 진실을 파악할 수 있게 함과 아울러, 실효성 있는 조사를 위하여 위원회의 자료제출요구권을 일부 보완하고, 통신사실 자료제공 요청권을 신설하였다.⁷⁸⁾ 군의문사진상규명위원회 또한 2008년 군의문사진상규명예관한특별법 개정(법률 제9292호)으로

74) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 3면.

75) 이명박 정부 이후 과거사위원회 권고안 처리와 과거사재단 등 후속작업은 추진되지 않았다(김동춘, 지연된 진실규명, 더욱 지연된 후속작업, 203-204면.).

76) 과거사정리기본법은 2014년 단 한차례 박근혜 정부에서 개정되었을 뿐이다. 동법 제40조 과거사연구재단을 설립하기 위하여 기금을 출연할 수 있다는 규정이 현존하는 특정 기금의 자금을 사업수행을 위하여 출연할 수 있다는 의미로 해석되면서 혼란이 발생할 여지가 있기 때문에, ‘자금’과 같이 일반적인 표현으로 정비함으로써 법 해석상 혼란을 방지하고 명확성을 제고한다는 이유다. 제정·개정문 (<http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=165528&lsId=&efYd=20141230&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR#0000>, 2016년 2월10일 검색)

77) 대한변호사협회, 2013 인권보고서 28, 2013, 449, 453면.

78) 법률개정이유(<http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=57853&lsId=&efYd=20021205&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR#0000>, 2017년 2월 1일 검색)

활동시한이 1년 연장된 바 있다.

우선 2005년법은 진실·화해를 위한 과거사정리에 있어서 국가의 의무를 세 가지로 규정하였다. 첫째, 진실규명사건 피해자의 피해 및 명예의 회복을 위하여 노력해야 한다. 둘째, 가해자에 대하여 적절한 법적·정치적 화해조치를 취하여야 한다. 셋째, 국민 화해와 통합을 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.(제34조) 제2기위원회를 위한 법개정에서도 진실규명의 일차적 목적은 피해자의 피해회복이다. 합법적 절차에 따른 가해자에 대한 조치 역시 의무다. 정치적 화해조치뿐만 아니라 법적 처벌조치 또한 피해회복의 필수적 조건이다. 법적 책임규명 및 화해조치가 먼저 완결된 후엔 국민화해와 통합을 위한 ‘정치적’ 조치가 필요할 것이다.

법개정의 구체적 방향과 내용을 살펴보면, 첫째, 진실규명의 범위(동법 제2조)가 일제강점 직전 항일독립운동, 해외동포사부터 한국전쟁 전후시기 민간인 희생사건, 대한민국 적대세력의 테러·인권유린과 폭력·학살·의문사까지 매우 넓다. 동법은 진실규명의 범위를 규정함에 있어서, 시간적 범위에 관하여 일정시점(1945년 8월 15일)을 특정하는 방식, 일제강점기 또는 그 직전, 한국전쟁 전후와 같이 진실규명의 합리성을 보장하는데 상당한 규정 방식을 취하였다. ‘권위주의 통치시’와 같은 용어는 입법과정에서의 다양한 이해관계를 고려하여 의도적으로 모호하게 둔 규정으로 보이지만, 위원회 활동 여지를 충분히 열어 둔 규정방식으로 볼 수 있다.

다만 제2기위원회가 과거·불법청산을 재개한다면 ‘1945년 8월 15일부터 권위주의 통치시까지 현정질서 파괴행위 등 위법 또는 현저히 부당한 공권력의 행사로 인하여 발생한 사망·상해·실종사건, 그 밖에 중대한 인권침해사건과 조작의혹사건’에 집중할 필요가 있다. 반면 조사의 폭은 넓혀야 한다. 즉 체계적 자료조사를 바탕으로 사건을 발굴하고 직권조사를 통해 그동안 규명하지 못했던 사건의 배경과 가해의 법적 책임, 전체 피해현황을 종합적으로 조사해야 한다.⁷⁹⁾ 또한 동법 제2조 제1항 6호는 실정법상 재심사유에 해당하는 경우 외에는 법원의 확정판결을 받은 사건은 진실규명 대상사건에서 제외하고 있다. 재심사유의 제한을 고려해 볼 때 진실규명 대상이 매우 제약받는다.는 점⁸⁰⁾에 대한 해법은 사법부 과거청산작업과 관련해서

79) 김동춘, 지연된 진실규명, 더욱 지연된 후속작업, 207면.

80) 과거청산국민위원회, “과거청산법에 대한 과거청산국민위 입장”, 2004년 12월 21일 (김민철, 과거청산 관련법의 현황과 과제, 12면.)

설계되어야 할 것이다.

둘째, 위원회는 조사대상 선정 및 그에 따른 조사개시결정, 조사의 진행, 조사결과 진상규명결정 및 진상규명불능결정, 화해를 위한 방안 연구활동을 수행한다. 이러한 권한에 속하는 업무수행에 있어서 독립성이 보장된다. (동법 제3조 제3항) 과거청산은 과거 국가기관과 현 국가기관의 연속선상에서 진행되며, 가해자와 피해자가 현존하는 사회적 집단이기 때문에 이해관계의 충돌이나 강압, 여론몰이 등의 영향을 받지 않을 수 없다.⁸¹⁾ 진실규명의 객관성은 조사기구의 정치적 독립성이 관건이다.⁸²⁾ 따라서 제2기 위원회 직무수행에 있어서도 독립성의 실질적 보장은 대단히 중요한 요건이다.

셋째, 위원회는 조사를 수행함에 있어서 조사대상자 및 참고인에 대한 진술서 제출 요구, 조사대상자 및 참고인에 대한 출석요구 및 진술청취, 조사대상자 및 참고인, 그 밖의 관계 기관·시설·단체 등에 대한 관련 자료 또는 물건의 제출요구 및 제출된 자료의 영치, 관계 기관·시설 또는 단체 등에 대하여 조사사항과 관련이 있다고 인정되는 사실 또는 정보에 대한 조회, 감정인의 지정 및 감정의뢰를 할 수 있다. 또한 관련 자료나 기관·시설 및 단체에 대하여 실지조사를 할 수 있으며, 제출 명령을 받은 기관은 정당한 사유 없이 자료 제출을 거부해서는 아니된다. (동법 제23조) 그리고 위원회는 조사대상자 또는 참고인으로서 출석요구를 받은 자 중 반민주적·반인권적 공권력의 행사 등으로 왜곡되거나 은폐된 진실에 관한 결정적 증거자료를 보유하거나 정보를 가진 자가 정당한 사유 없이 출석요구에 응하지 아니하는 때에는 동행명령장을 발부할 수 있다.(동법 제24조) 조사의 객관성 확보를 위해서는 조사기구가 실효성있는 조사를 통해 객관적 결과로 인정받을 수 있는 결과를 내놓아야 한다.⁸³⁾ 이를 위해서는 제2기 위원회가 관련자료 수집과 관련자를 불러 증언을 들을 수 있는 실질적 권한을 제도적으로 보장받아야 한다.

넷째, 진실규명의 과정에서 가해자가 가해사실을 스스로 인정함으로써 진실규명에 적극 협조하고, 그 인정한 내용이 진실에 부합하는 경우에는 위원회는 가해자에

81) “과거에 아직 몸담고 있는 사람들이 과거사 정리를 반대하고 현실적으로 하나의 세력으로 우리 사회에 존재하고 있다.”(대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 7면.)

82) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 74면.

83) 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사 정리, 74면.

대하여 수사 및 재판절차에서 처벌하지 않거나 감형할 것을 관계 기관에게 건의할 수 있고, 형사소송절차에 의하여 유죄로 인정된 경우 대통령에게 법령이 정한 바에 따라 특별사면과 복권을 건의할 수 있다. (동법 제38조) 진실규명의 적극적 협력을 조건으로 한 화해조치는 동 법의 목적에 부합된다. 다만 동법 제39조에 따르면, 위원회와 정부는 가해자의 참회와 피해자·유족의 용서가 이루어질 수 있도록 가해자와 피해자·유족간의 화해를 적극 권유하여야 한다고 규정하였는데, ‘화해’를 위해서는 무엇보다도 참회가 먼저다. 국가범죄에 대한 용서는 국가가 적극 권유할 사안도 아니다. 따라서 제2기 위원회에서는 ‘진실규명의 적극적 협력’ 취지를 살리는 방향으로 화해가 실현되어야 할 것이다.

참고문헌

- 국가정보원, 과거와 대화 미래의 성찰, 국정원 진실위 보고서 총론(I), 2007
- 국방부 과거사진상규명위원회, 12·12, 5·17, 5·18사건 조사결과보고서, 2007
- 군의문사진상규명위원회, 2007년도 조사보고서 - 위원회사업과 조사활동, 2008
- 김동춘, “해방 60년, 지연된 정의와 한국의 과거청산” 시민과 세계 8, 2006
- 김동춘, “지연된 진실규명, 더욱 지연된 후속작업 - 진실화해위원회 활동의 완수를 위한 과제들” 역사비평 2012.8. 2012
- 김민철, “과거청산 관련법의 현황과 과제” 과거청산포럼 자료집, 2004
- 김한균 외, 통일시대의 형사정책과 형사사법통합연구(Ⅱ)-통일시대의 과거·불법청산 및 사회통합 방안의 연구, 한국형사정책연구원, 2016
- 경찰청, 경찰청 과거사진상규명위원회 백서, 2007
- 대한변호사협회, 2013 인권보고서 28, 2013
- 대통령자문정책기획위원회, 포괄적 과거사정리, 참여정부 정책보고서1-05, 2008,
- 안병직 외, 세계의 과거사청산, 푸른역사, 2005
- 이영재, “과거청산과 민주주의-5·18사법적 처리의 의의를 중심으로”, 민주주의와 인권 4(2), 전남대학교 5·18연구소, 2004
- 이재승, 국가범죄, 엘피, 2010
- 의문사진상규명위원회, 의문사진상규명위원회 보고서 1차 (2000.10-2002.10) I, 2003
- 의문사진상규명위원회, 의문사진상규명위원회 보고서 1차 (2000.10-2002.10) II, 2003
- 의문사진상규명위원회, 의문사진상규명위원회 보고서 2차 (2003.7-2004.6.), 2004
- 장완익, “기존 과거청산입법의 문제점: 포괄적 과거청산 입법을 위하여” 과거청산포럼자료집, 2004
- 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 진실화해위원회 종합보고서 I - 위원회의 연혁과 활동 종합권고, 2010,
- 한홍구, “청산되지 않은 과거를 한층 더 쌓을 것인가- 노무현 대통령 서거 이후 시

민사회는 과거청산을 위해”, 제노사이드연구 6, 2009.

홍관표, “과거사 사건의 소멸시효와 신의성실의 원칙 문제- 대법원 판결의 입장 변화
를 중심으로”, 법조 713, 2016

P.B.Hayner, 주혜경 역, 국가폭력과 세계의 진실위원회, 역사비평사, 2008

State Crimes and Completing Transitional Justice in Korea : Proposals to amend the Act on Transnational Justice for the Truth and Reconciliation

Kim, Han-kyun*

This essay proposes the re-establishment of the Truth and Reconciliation Commission for the realization of democracy and rule of law in Korean society, as state crime should not be the matter of the past, but the on-going task of the present. The task of transitional justice in Korea demands multi-dimensional perspectives and approaches, as the modern history of Korea has witnessed colonization, civil war, and military dictatorship. Korean society does make efforts on the tasks of transitional justice for the truth, reconciliation and the punishment by individual and general laws and institutions. If evaluating such efforts on the points of truth finding, compensation, and punishment, then the judgment would be ‘not enough.’

The Truth and Reconciliation Commission, launched in December 2005, has strived to reveal the truth behind massacres during the Korean War, human rights abuses during the authoritarian rule, the anti-Japanese independence movement, and the history of overseas Koreans. It is not an easy task to seek the truth in past cases where the facts have been hidden and distorted for decades. The truth-finding activities of the Commission aims to acknowledge the neglected voices of the victims so that the government officially recognizes the uneasy truth, and society accepts it. The victims as well as the offenders may know the truth already. Although known by many, the truth is not being accepted by society. If public power has the duty to protect its people, but instead inflicts undue pain on innocent

* Korean Institute of Criminology, Research Fellow, Ph.D. in Law

civilians, then the government must rightfully reconsider its wrongdoing and apply measures to redeem the victims by restoring their honor and by building trust between the people and the state.

The Act on Transnational Justice for the Truth and Reconciliation of 2005 should be amended so that the 2nd term Commission complete its tasks of truth finding and reconciliation of Korean people with their past history. The first aims of the 2nd term Commission should be truth finding, as the truth must be the basis of compensating victims and reforming law and institutions for more democracy and human rights in Korean society. The amendment must also put its first priority on the legal and practical powers of the Commission, which guarantee measures of investigation and recommendation.

❖ Keyword: State crime, Transitional Justice, Basic Law on Transitional Justice, Truth and Reconciliation Commission

사형제도의 위하력 효과에 대한 연구의 최근 동향 : 미국에서 발표된 선행연구를 중심으로*

홍 문 기**

국 | 문 | 요 | 약

현재까지 국내에서는 사형의 살인범죄억제효과에 대한 계량적 연구가 거의 전무한 실정이다. 본 연구의 목적은 미국 내에서 발표된 사형의 살인범죄억제효과에 대한 선행연구를 종합적으로 조사보고하고, 한국에의 시사점을 제안하고자 하는데 있다. 이를 위하여, 본 연구에서는 미국 학술지에 게재된 연구논문을 사용하여 선행연구논문에서 사용된 조사방법을 중심으로 분석하였다. 과거 연구논문에서 사용되었던 조사방법에 대하여 다음과 같은 순서로 정리하였다: (1) 연구 설계디자인 (research design), (2) 연구 데이터 (research data), (3) 중요 독립변수 (the main independent variable of interest), (4) 종속변수 (dependent variable), 그리고 (5) 통제변수 (control variable). 추가로, 사형 제도를 주제로 발표된 국내연구의 동향도 분석하였다. 이러한 연구 결과를 바탕으로 향후 국내 사형제도에 관련된 연구에 대한 제언을 논의하였다.

❖ 주제어 : 사형제도, 살인 사건 위하력 효과

* 이 글은 필자의 박사학위 논문인 “The Short-term Deterrent Effect of Executions on Homicides in the United States, 1979-1998”의 내용 일부를 발췌하여 수정·보완한 것임을 밝힙니다.

** 한국형사정책연구원 인턴연구원, 범죄학 박사.

I. 서론

사형집행이 살인범죄를 억제하는 효과가 있는가? 이 질문에 대한 대답은 사형제도의 존속과 폐지를 주장하는 양측 모두가 자신들의 주장을 정당화하는데 사용하고 있다. 그렇기 때문에, 실질적 사형 폐지국가로 분류¹⁾되었지만 사형 제도에 대한 존폐의 입장이 첨예하게 대립²⁾되어 있는 대한민국의 경우에는 사형의 억제력 효과에 대한 자료가 올바른 판단과 선택을 내리는데 매우 필요하다고 볼 수 있다.

사형의 위하력 효과에 대한 주장들이 올바른 과학적 연구 결과나 객관적인 사실을 바탕으로 했는지에 대한 여부는 사형제도 존폐론의 논의과정에서 반드시 고려해야만 하는 점이다. 그 이유는 사형제도가 대한민국 형법상 가장 강력한 처벌 수단이기 때문이다. 따라서, 국민 한 명의 생명에 돌이킬 수 없는 치명적인 결과를 불러올 수 있기 때문이다. 사형의 살인범죄위하력에 대한 정확한 정보가 없는 상태에서 사형을 집행하게 된다면 사형수 개인의 생명권과 같은 기본권에 치명적인 결과를 불러올 뿐만 아니라 사형을 불필요하게 집행하게 되면서 사회적 자원을 낭비할 수 있을 수 있기 때문이다.

특히, 대한민국의 형벌 체제에서 사형제도의 폐지론을 옹호하는 측에서 사형의 살인범죄위하력 효과가 실제로 없다고 주장하지만, 그러한 주장의 대부분이 과학적이면서 객관적인 검증과정을 거치지 않았다는 사실을 놓치지 않아야만 할 것이다. 그렇기 때문에, 사형집행을 통해서 얻게 된다고 예측되는 살인범죄위하력 효과를 정확하게 측정할 수 있는 과학적인 계량적 분석방법에 대한 사용이 절대적으로 필요하다 할 수 있다. 이러한 접근방법을 통해서 얻어진 양질의 연구 결과는 대한민국의 사형제도 정책에 긍정적인 영향을 끼칠 수 있을 것이다.

사형제도의 존폐론에 대한 연구논문이 활발하게 발표되고 있지만, 대한민국 학

- 1) 가장 최근에 집행된 사형은 1997년 12월 30일에 있었으며, 이 날 23명의 사형수에 대한 사형이 집행되었다. 이 날 집행된 사형수의 수는 1976년 사형수 27명을 교수형에 처한 이후 최대 규모이다. 국제사면위원회에서는 10년이 넘도록 사형 집행이 없는 우리나라를 세계 134번째 ‘실질적 사형 폐지국가’로 분류하였다.
- 2) 헌법재판소는 2010년 2월 25일에 합헌 5대 위헌 4의 근소한 차이로 사형제에 대한 합헌을 결정했다. 이 판결은 1996년 헌법소원 때 7대 2로 합헌판결에 이어 2번째이다. 이 판결에서 헌법재판소재판관들은 사형제도에 대한 국회 중심의 정책적 입법 또는 결단의 필요성을 조언하였다.

계에서 사형의 위하력에 관련된 연구가 거의 존재하지 않는 실정이다. 지금까지 발표된 연구의 대부분은 사형제도에 대한 세계적인 추세나 사형수들의 생활 또는 태도에 대한 부분, 그리고 미국 연구 결과에 대한 요약 등에 한정되어 있다.³⁾ 물론, 이런 연구논문의 결과들이 사형집행을 통해서 얻게 되는 긍정적 그리고 부정적 효과를 이해하는데 도움이 될 것이다. 그러나, 현존하는 연구 자료만을 바탕으로 대한민국 내에서 사형의 위하력 효과를 논의하기에 여전히 부족할 뿐만 아니라, 더 나아가서 대한민국 사형제도의 존폐론을 결정한다는 것은 바람직하지 못하다고 할 수 있을 것이다.

이러한 문제를 극복하기 위하여, 대한민국의 자료를 직접 분석한 연구결과를 사용해야만 하는 것은 당연한 것이다. 그러나 계량적 분석 연구에 필요한 국내 자료가 부족하기 때문에 당장은 직접적인 계량적 연구를 진행하기는 어렵다. 이러한 연구 환경의 한계로 인하여, 해당 연구에서는 외국에서 이루어진 양적 연구논문에서 사용된 계량적 분석 방법에 대한 분석과 정리를 할 것이다. 사형 집행과 그에 따른 살인 범죄 억제 효과에 대한 연구가 오랜 기간 동안 이루어져서 다양한 연구기법과 자료가 축적된 미국의 선행 연구를 분석과 정리의 대상으로 할 것이다.

이러한 접근 방법은 여러 가지로 학문적 기여를 할 것으로 기대가 된다. 오랜 기간 동안 사형의 위하력 연구 분야에서 사용되어온 계량적 분석 방법에 대한 정리를 할 수 있을 것이다. 그리고 이렇게 획득한 지식은 기존의 연구 방법과 결과의 질적 수준을 판단할 수 있을 뿐만 아니라, 존폐론 논의 과정에서 인용되는 잘못된 근거 자료를 구분해 낼 수 있는 기준을 제시하게 될 것이다. 뿐만 아니라, 미래에 한국 자료를 이용해서 사형 집행과 그에 따른 살인 범죄 감소에 대한 계량적 연구를 할 계획이 있는 연구자에게 올바른 연구 방향을 제시할 수 있을 것이다.

3) 다음과 같은 논문들을 그 예로 들 수 있다. 허일태 (2009)는 남아프리카 공화국과 헝가리에서 이루어진 사형제도 위헌관결을 중심으로 세계적인 추세를 소개하였다. 또한, 김두식 (2016)은 1950년대와 1960년대에 김홍섭 판사와 사형수들 간에 주고받은 편지의 내용을 분석하였다.

II. 미국에서 발표된 선행 연구결과에 대한 요약

1930년대부터 본격적으로 시작된 미국의 사형 집행과 범죄 위하력 효과에 대한 연구의 대부분은 사형을 집행하더라도 살인 사건의 발생이 줄어들지 않는다는 연구 결과를 발표하였다.⁴⁾ 이와 같은 연구결과가 연속으로 발표되면서, 사형 집행이 살인 사건 발생을 억제하는 효과가 전혀 없다는 주장이 정설로 단기간에 자리 잡게 되었다. 그러나, 당시에는 연구 자료의 접근과 사용이 이후의 상황과 비교해서 상대적으로 쉽지 않기 때문에, 이 시기에 발표된 연구의 결과를 충분히 검토할 수 있는 기회와 연구 자료가 부족하였다.⁵⁾

그러나, 1975년 Isaac Ehrlich은 선행연구의 방법론적 한계를 극복할 수 있는 계량적 분석방법을 적용하여,⁶⁾ 기존의 학계의 정설을 뒤집는 연구 결과를 제시하였다. Ehrlich (1975: 398)의 연구 결과에 의하면, 1933년부터 1967년까지의 자료를 바탕으로 볼 때, 사형을 한번 집행할 때마다 약 7건에서 8건 정도의 살인 사건이 감소했다는 것이었다. 이러한 연구 결과를 바탕으로 해서, Ehrlich은 사형 집행이 살인범

4) Hugo Adam Bedau (1997: 138-140)는 1930년대에 진행된 사형의 범죄억제 효과에 대한 연구를 비교 정리해 놓았다.

5) 따라서, 1930년 전후에 발표된 연구의 대부분은 연구 자료를 대도시 (metropolitan city) 한곳이나 일부 주 (state)의 법원판결 자료를 주로 이용하였다. 또한, 살인 사건 발생에 영향을 끼치는 다른 설명 변수에 관한 통계 자료가 미비한 문제점이 있었다. 대표적으로, 이 시기에 진행된 Robert Dann의 1935년 연구는 펜실베이니아 (Pennsylvania)주의 필라델피아 카운티 (Philadelphia County)의 자료를 바탕으로 이루어졌다. 연구 자료의 부족하다는 이유로 인하여, 이 시기에 발표된 연구결과를 일반화시키기 어렵다는 한계점을 가지고 있다.

이 시기 이후에 발표된 선행연구의 상당수는 ‘미국 연방 경찰청 (Federal Bureau of Investigation: FBI)’에서 매년 발표하는 ‘통합범죄보고서 (the Uniform Crime Reports: UCR)’를 주로 사용해 오고 있다. 통합범죄보고서는 1935년도에 처음 발표되었는데, 이런 자료의 등장은 범죄통계자료의 전국화를 의미하는 것이다.

6) Ehrlich (1975: 415-416)은 자신의 연구 마지막에서 간략하게 언급하였다. 살인율과 사형제도의 단순 관계만 파악하려 했던 과거 연구와는 다르게, 자신의 연구에서는 살인을 변화뿐만 아니라 사형 집행 가능성과 밀접한 관계가 있는 살인 범죄 검거와 유죄 판결 가능성의 영향력을 동시에 검토하였다. 따라서, 살인 범죄 검거와 유죄 판결 가능성의 변화에 따른 사형 집행을 측정하는 주요 독립 변수 (the main independent variable of interest)를 만들었으며, 그 변수와 살인율의 관계를 분석하였다. 동시에, 살인율 (homicide rate) 변화에 영향을 줄 수 있는 다양한 사회경제적 영향력을 측정하는 변수 (control variables)의 영향력도 동시에 고려하였다. 이러한 Ehrlich의 연구방법은 후속 연구논문에서 지속적으로 인용되어서 사용되었다.

죄 억제 효과를 가지고 있다는 결론을 내리게 되었다. 그러나, Ehrlich의 연구와 같은 결과는 후속 연구 몇 편을 제외하고,⁷⁾ 다수의 후임연구에서는 발견되지 않았다. 따라서, 사형을 집행하더라도 살인범죄에 대한 위하력은 존재하지 않는다는 주장이 다시 한 번 더 미국 학계에서는 정설이 되었다.

계량적 연구방법이 획기적으로 발전되고 관련 통계 자료의 축적이 가능해 지면서, 2000년 전후시기에 이러한 추세가 반영된 연구 결과가 나오기 시작하였다. 예를 들면 경제학자들은 패널데이터 (panel data)를 이용해서, 횡단연구 데이터 (cross-sectional data) 뿐만 아니라 시계열 연구 데이터 (time-series data)를 사용했던 과거 연구 때 보다 더 통제된 상황에서 세밀한 분석을 할 수 있게 되었다. 이 시기에 패널데이터를 사용한 연구의 대부분은 사형을 집행할수록 살인사건 발생이 상당수가 감소하게 된다는 결과를 제시하였다.⁸⁾ 그러나, 과거에 그랬던 것처럼, 이러한 연구 결과에 대한 강건성 검사 (robustness check)를 하게 되면, 전혀 반대의 연구결과가 나왔다. Donohue와 Wolfers (2006: 804-820)는 2000년도 이후에 발표된 패널데이터를 사용한 연구논문을 모아서 그 결과에 대한 강건성 검사를 실시해 보았다. 이 학자들은 통계적으로 유의미하다고 나타났던 사형의 살인범죄억제력 효과가 통계적으로 무의미하다는 것으로 변화하는 것을 발견하였다. 사형의 위하력 효과가 없다는 주장이 다시 한 번 더 힘을 얻게 되었다.

그럼에도 불구하고, 사형집행과 살인범죄위하력에 대한 연구는 다양한 방법으로 멈추지 않고 현재까지 계속 되어 오고 있다. 최근에는 이미 출판된 과거 선행연구들을 종합적으로 분석한 메타 분석 (meta-analysis)방법을 사용한 연구가 발표되었다. Yang과 Lester (2008)의 공동 연구 결과에 의하면, 사용된 통계적 분석방법에 따라 연구 결과가 다르다는 것이다. 예를 들면, 패널 데이터 (panel data)이나 시계열 데이터 (time-series data)를 사용했던 선행연구에서는 사형 집행을 통해서 살인 범죄억제 효과가 통계적으로 유의미한 결과가 발견된다고 보고되었다. 다른 한편으로는, 과거 보다 더 시간적으로 세밀한 계량적 분석방법을 통해서 해당연구가 계속 되어 오고 있다. 예를 들면, Hjalmarsson (2010)은 사형 집행되기 전과 집행되고 난 후의 Texas

7) James Yunker (1976)와 Stephen Layson (1985)의 연구가 대표적인 예이다.

8) 이러한 연구의 대표적인 예는 Mocan과 Gittings의 2003년도 연구, Shepherd의 2005년과 2004년 연구, 그리고 Zimmerman의 2006년과 2004년 연구 등이 있다.

의 주요 도시인 Houston, Dallas, 그리고 San Antonio의 주간 단위 살인사건 발생의 변화를 분석했는데, 살인범죄 억제 효과가 나타났지만, 효과의 정도가 매우 빈약하다고 나왔다. 비슷한 시기에 이루어진, Land, Teske Jr., 그리고 Zheng (2008)에 의하면, 사형 집행을 통해서 나타나는 월별 살인 범죄 억제 효과가 통계적으로 유의미하게 나타난다는 연구 결과를 제시했다. 동일 연구자들의 후속 연구 (2012)에서도, 동일한 사형집행의 범죄위하력 이론을 지지하는 연구 결과가 나타났다.

Ⅲ. 선행연구에서 사용된 계량분석 방법론에 대한 검토

이제부터는 미국에서 발표된 선행연구에서 사용해 왔던 계량분석 방법에 대해 알아보도록 하겠다. 국내에 발표된 연구논문에서는 미국에서 발표된 연구결과를 인용하는 경우는 자주 발견할 수 있었다. 그러나, 미국에서 발표된 연구논문에서 사용된 방법론에 대해 소개했던 연구논문을 거의 찾아보기 어려운 것은 사실이다. 이러한 작업은 과거에 발표된 질적으로 훌륭한 연구 결과를 찾아내거나 가까운 미래에 진행될 연구에서 어떠한 방법론을 사용할지 판단할 수 있는 기준을 제시할 수 있을 것이다. 따라서, 미국에서 발표된 선행연구에서 지금까지 사용했던 계량분석 방법을 다음과 같은 순서대로 알아보도록 하겠다. 이 단락에서는 1. 연구설계모형의 종류; 2. 선행연구에서 주로 사용되었던 연구 데이터; 3. 주요 독립변수 (the main independent variable of interest); 4. 종속변수 (dependent variable); 그리고, 5. 다양한 범위의 통제변수 (control variables) 의 순서대로 다루도록 하겠다.

1. 연구 설계 (Research Design) 종류

미국에서 발표된 선행연구는 다양한 연구 설계 (research design) 방법을 이용해 왔다. 횡단연구모형 (cross-sectional design), 시계열연구모형 (time-series design), 패널 연구모형 (panel design), 그리고 사전사후연구모형 (before-and-after design) 등이 대표적으로 사용되어 온 연구 설계 방법들이다. 이렇게 할 수 있었던 가장 큰 이유는

선행연구에서 사용된 연구데이터의 질적인 발전과 가용성 때문이다. 뿐만 아니라, 미국의 사형 제도의 역사적인 사건으로 인하여, 사전사후연구모형 (before-and-after design) 이 사용되기도 하였다.⁹⁾

가. 횡단연구분석 모형 (Cross-Sectional Design)

1975년에 Ehrlich의 연구가 발표되기 전의 연구자들은 주로 횡단연구모형 (cross-sectional)방법을 주로 사용하였다.¹⁰⁾ 해당 시기에는 50개 주 (state) 전부를 포함하는 전국 단위의 시계열분석용 연구 자료를 얻기 쉽지 않기 때문에, 비교적 획득이 쉬운 연구 자료를 주로 사용하게 되었다. 상대적으로 연구 대상이 되는 주 (state)에서는 횡단연구방법에 필요한 다양한 종류의 연구 데이터를 비교적 용이하게 얻을 수 있었다. 그런 이유로 인하여, 선행 연구의 초기에는 횡단연구모형 (cross-sectional) 방법이 주로 사용되었다.

그러나, 다음과 같은 한계점으로 인하여 횡단연구분석 모형은 오래 사용되지 못했다. 첫째, 어떠한 선행연구도 미국 주 (state) 전체를 다 포함시키지 못했다. 따라서, 이 연구모형 방법을 사용해서 얻어진 연구결과를 일반화시키기 어렵다고 볼 수 있다. 둘째, 가장 중요한 문제점은 횡단연구설계 (cross-sectional) 방법만으로는 인과관계 (causal relationship)를 정확하게 판단할 수 없다는 것이다. 횡단연구모형은 어느 한 시점의 특정현상의 단면을 분석하는 목적을 가지고 있기 때문에, 시간경과

9) 미국에서는 1967년부터 1977년까지 약 10년 동안 사형이 집행되지 않았다. 어떠한 법적조치가 취해지지 않았는데도 불구하고 1967년부터 1971년까지는 사형이 집행되지 않았다. 그러나, 1972년 *Furman vs. Georgia*의 재판에서 연방 대법원은 사형 제도는 너무 잔인한 형벌 (cruel and unusual punishment)이라는 이유를 들어서, 사형집행에 대한 moratorium (유보)를 선언하였다.

1976년 *Gregg vs. Georgia*의 재판에서 연방 대법원은 흉악한 범죄 (예를 들면, 강력 살인 사건)에 한해서만 사형집행을 허가하였다. 그 후 사형집행이 재개 되어서, 1977년 1월 17일 Utah 주에서 Gary Gilmore가 총살형을 당했다. 이렇기 때문에, 유예기간이 끝나자마자, 처음으로 집행된 교수형은 대중과 언론의 지대한 관심을 가질 수밖에 없었다.

10) 횡단연구모형 (cross-sectional analysis)은 경제학자 Isaac Ehrlich이 1975년에 기념비적인 논문을 발표하기 전에 주로 사용되었다. 연구데이터의 분석 및 처리기술이 발전하게 되면서, 횡단연구모형은 거의 사용되고 있지 않는다. 가장 최근에 횡단연구모형을 사용한 연구는 James Yunker의 2001년 연구이다. 이 연구에 Yunker는 사형을 집행하면, 살인사건 발생이 감소한다고 발견하였다. 그러나, 이 결과는 통계적으로 유의미하였지만, 그 정도가 강력하지 않았다.

에 따른 사형 집행과 살인사건발생의 영향력에 대한 인과관계를 정확하게 파악하기 어려운 내재적인 한계점을 가지고 있다.

나. 시계열연구분석 모형 (Time-Series Design)

횡단연구분석 (cross-sectional)모형이 가지고 있는 문제점을 해결하기 위하여, 시계열연구분석 (time-series)모형이 사용되기 시작하였다. 시계열연구분석 모형은 데이터를 시간의 흐름에 따라 측정할 수 있기 때문에, 사형집행과 살인사건 발생의 인과관계 (causal relationship)가 시간경과에 따라서 분석할 수 있게 되었다. 그러나, 시계열연구분석 (time-series)방법에도 단점을 가지고 있다. 이 방법을 사용하게 되면, 미국의 주 (state)하나 하나가 가지고 있는 특징들이 사라진다는 단점을 가지고 있다. 예를 들면, 미국의 모든 주가 다 사형제도를 유지하고 있는 것은 아닐뿐만 아니라, 전체 50개 주 (state) 중에서 5개에서 8개정도의 주 (state)만이 사형을 적극적으로 집행하고 있는 실정이다.¹¹⁾ 이런 상황에서, 전체 50개 주의 특징을 하나의 숫자만으로는 정확하게 표현할 수 없게 된다. 따라서, 시간이 흐르더라도, 사형집행을 둘러싼 미묘한 영향과 변화를 이 분석방법으로는 정확하게 나타낼 수 없게 된다. 그리고, 살인사건은 사형집행 이외의 원인에 의해서 증가되거나 감소되기도 한다. 말할 필요도 없이, 살인사건 발생에 영향을 미치는 요인들이 각각의 주 (state)가 처해 있는 상황에 따라 다를 수밖에 없다.

다. 패널연구분석 모형 (Panel Design)

오래전부터 지적 받아 왔던 횡단연구분석 (cross-sectional)모형과 시계열연구분석 (time-series)모형이 가지고 있던 문제점들을 동시에 해결하기 위하여, 패널연구분석 (panel design)모형을 사용해야 한다는 주장이 있어 왔다.¹²⁾ 예를 들면, 사형을

11) Death Penalty Information Center에서 제공한 자료에 따르면, 2015년 7월 1일 시점에서, 전체 50개 주 (state)와 District of Columbia에서 31개 주가 사형 제도를 인정하고 있다. 그 중에 사형을 자주 집행하는 주는 Texas, Missouri, Georgia, Florida, Virginia, 그리고 Oklahoma 뿐이다.

12) 패널 연구분석의 필요성을 주장 했던 학자들은 Avio (1998), Cameron (1994), Chamlin, Grasmick, Bursik, 과 Cochran (1992), Zimring과 Hawkins (1973) 등이 있다.

집행하게 되면 살인범죄위하력(deterrence)을 발생할 수 있는지의 여부를 시간이 흐름에 따라 측정할 수 있을 뿐만 아니라, 각 주 (state)가 가지고 있는 살인범죄에 영향을 끼칠 수 있는 특성들을 반영할 수 있다. 또한, 이전 두 연구분석 모형보다도 더 많은 표본 수를 확보할 수 있다.¹³⁾

라. 사전사후연구분석 모형 (Before-and-After Design)

미국 사형 제도를 둘러싼 역사적 사건으로 인하여, 사전사후연구분석 모형이 사형 위하력 효과를 측정하기 위하여 사용되었다. 미국은 연방대법원의 판결에 따라 1972년 이후 약 6년 동안 사형 집행을 공식적으로 금지시킨 기간이 있었다. 사형제도의 유예가 철폐되자마자, 사형집행을 했던 주(state)는 사형을 집행할 수 있는 권한을 다시 보유하게 되자 과거처럼 교수형을 집행할 수 있게 되었다. 유예기간이 끝나자마자 처음으로 사형을 집행하게 되는 것이기 때문에, 사형에 대한 대중과 언론의 관심이 매우 높을 수밖에 없었다.¹⁴⁾ 특히, 다른 사형집행보다는 더 강력한 언론의 관심을 받을 수밖에 없기 때문에, 이러한 사형집행보다 더 강력한 범죄억제효과 (deterrent effect)를 가질 수밖에 없다는 것이다. 따라서 소수의 범죄학자와 경제학자들은 이에 대한 연구를 진행하였다.¹⁵⁾

이러한 연구의 문제점은 다음과 같다. 이 연구에 사용된 데이터는 몇 개의 주 (state)에 한정되어 있어서, 이 연구 결과를 일반화하기는 매우 어렵다.¹⁶⁾ 그리고, 사

13) Zimmerman (2004)의 주장에 의하면, 패널연구분석 (panel analysis)모형은 횡단연구분석 (cross-sectional)모형이나 시계열연구분석 (time-series)모형보다 더 많은 데이터 수를 가질 수 있다는 것이다. 예를 들면, 미국이 50개 주로 구성되어 있기 때문에, 횡단연구분석 (cross-sectional) 모형이 최대한 많이 가질 수 있는 데이터 수는 50 (50주 전체*1년)개이다. 시계열연구분석 (time-series)모형의 경우에는 시간변화의 횟수에 따라 데이터의 수가 달라질 수 있다. 예를 들어서, 50년간의 데이터가 있다면, 최대한 많이 가질 수 있는 데이터 수는 50 (50년*미국 전체)개이다. 동일한 조건 (50년간 미국 전체를 대상)으로 하는 경우에 패널연구분석(panel analysis)을 사용하게 되면, 2,500 (50년*50개주 전체)개의 데이터를 가질 수 있다.

14) Jacoby, Bronson, Wilczak, Mack, Suter, Xu, Rosenmerkel (2008: 183)에 의하면, 기본적으로 사형 집행의 대부분은 언론의 주목을 받지 못하지만, 사형이 미국 전체나 특정한 주 한곳에서 처음으로 집행되는 경우에는 전국 또는 해당 지역(state과 adjacent states) 언론의 상당한 주목을 받게 된다고 주장하였다.

15) 사전사후연구분석 모형을 사용했던 학자들은 Cochran, Chamlin, and Seth (1994), Cochran and Chamlin (2000), Thompson (1999, 1997) 등이 있다.

전사후연구분석 모형은 사형집행 전과 후의 살인범죄발생의 수의 변화를 단순하게 비교할 수밖에 없는데, 대부분의 경우에는 살인 범죄 발생에 영향을 미치는 요인들에 대해서 통계적으로 완벽하게 통제할 수 없다는 문제점이 있다.¹⁷⁾

2. 연구데이터 (Research Data)의 종류

가. 경찰 데이터 (UCR 또는 SHR)

사형집행의 살인범죄위하력을 연구하는 것이 중요 목적이기 때문에, 설문지 (survey)를 이용한 연구 방식을 사용하기 보다는 정부나 공공 기관에서 제공하는 공적인 데이터 (public data)를 이용하는 방식이 사형의 억제력 효과에 대한 연구에서 주로 사용되어 왔다. 따라서, 선행연구의 대부분은 미국 연방 경찰청 (Federal Bureau of Investigation)에서 매년 발표하는 범죄통계자료 (Uniform Crime Reports)를 오래전부터 사용해 왔다. 이렇게 많은 연구가 범죄통계자료를 사용한 이유는 중범죄살인 (felony murder)에 대해서, 범죄통계자료 (UCR)보다 더 체계적이면서 신뢰할 수 있는 자료를 제공할 수 있는 데이터가 없기 때문이다.

그럼에도, 범죄통계자료에도 한계점이 있다. 미국에 있는 모든 경찰부서에서는 범죄 자료를 제출해야하는 법적 의무가 없기 때문에, 모든 경찰부서 모두가 의무적으로 UCR 정보 수집 과정에 참여하지는 않는다. 거의 18,000 개 정도의 경찰서에서 통계 자료를 작성하기 위해 참여한다고 하지만, 이 수치는 전체 경찰서의 90% 정도만 UCR 정보 수집 과정에 참여하는 것이다. 따라서, 경찰에 신고된 살인 사건이 연간범죄통계자료에 반영되지 않을 경우가 있다.

또한, UCR 데이터는 8개의 지표범죄 (Index Crime)에 대한 자료를 연도별 지역

16) 바로 앞에서 언급한 학자들은 Oklahoma, Arizona, California의 데이터를 이용해서, 사형 집행에 따른 살인범죄위하력에 대해 연구를 하였다. 이 연구들이 가지고 있는 가장 심각한 공통적인 문제점 중에 하나는 살인 범죄 발생에 영향을 미치는 통제 변수를 통계적 통제를 전혀 하지 않았다.

17) Sam McFarland는 1983년 연구를 통해서, 사형 집행 유예기간이 끝나자마자, 여러 주에서 집행된 4개의 교수형 중에서 오직 한 교수형만 통계적으로 유의미한 수준에서 살인범죄 억제력을 발생한다고 연구 결과를 제시하였다. McFarland (1983: 1021)는 살인범죄 발생의 감소 원인을 사형 집행에서 아니라 집행기간을 전후로 극심한 한파와 폭설이 미국 전체를 뒤덮었던 점이 그 이유일 수 있다고 주장하였다.

별 (state, county, 그리고 city)로 분류하여 특정 지역의 연도별 범죄율만 요약해서 보고하는 목적이 있기 때문에, 살인사건을 종류별로 세밀하게 분석한 자료를 제공하지 않는다는 단점이 있다. 이전의 UCR 자료를 이용한 선행연구가 자주 지적받는 문제점 중에 하나는 이런 UCR 데이터는 중범죄살인 (felony murder)과 비중범죄살인 (non-felony murder)을 뚜렷하게 구분하지 않고, 모살과 유의적 고살 (murder and non-negligent manslaughter)이라는 하나의 범주 내에 포함시키는 것이다.

사형의 살인범죄위하력에 대한 범죄 이론 (General Deterrence Theory of Capital Punishment)에 따르면, 잠재적인 살인 범죄자들은 다른 사형수의 사형 집행에 대한 사실을 뉴스 등의 창구를 통해서 듣거나 보게 되면서, 사형과 같은 무거운 형벌에 대해 막연한 두려움을 가지게 된다. 그 결과, 앞으로 있을지 모를 자신들의 살인 가담 가능성을 의식적으로 피하려고 노력하게 된다는 것이다. 그렇기 때문에, 비중범죄살인 (non-felony murder)과 중범죄살인 (felony murder)을 분리해서 사형 위하력 연구에서 중범죄살인만을 측정대상으로 삼아야 한다는 것이다. 이러한 주장의 관점에서 보면, 연간범죄통계자료 (UCR)은 태생적으로 한계가 있다는 것이다.

이러한 약점을 극복하기 위하여, 미국 연방경찰청 (FBI)에서는 살인 사건에 대해 보다 더 세밀한 자료를 제공하는 새로운 경찰 범죄통계자료인 (Supplementary Homicide Reports: SHR) 을 1982년부터 매년 발표해 왔다. 이 통계 자료에는 살인이 발생한 장소와 시간 (연도와 달),¹⁸⁾ 피해자와 가해자에 대한 간략한 신상정보 (나이, 인종, 피해자와 가해자간의 관계), 그리고 사용된 흉기에 대한 정보 등이 나와 있다. 이와 같이 하나의 살인사건에 관련된 자료들을 이용해서, 전체 연간 살인 사건 발생 건수에서 중범죄살인 (felony murder)에 대한 정보를 따로 산출해 낼 수 있게 되었다.

이러한 연구 방법론적인 발전으로 인하여, 선행 연구 중 일부는 사형의 살인범죄 위하력이 중범죄살인뿐만 아니라 비중범죄살인에도 동일한 효과를 발휘하는 지에 대하여 분류해서 연구할 수 있게 되었다.¹⁹⁾ 이러한 연구 접근 방법을 통해서 사형을

18) 연도별 살인 사건 정도만 제공하는 연간범죄통계자료 (UCR)와는 다르게, Supplementary Homicide Reports (SHR)을 사용하게 되면서, 많은 학자들이 사형 집행의 위하력 효과를 월별 단위로 측정할 수 있게 되었다.

19) 대표적으로 Thompson (1997)의 1992년 Arizona에서 집행된 Donald Eugene Harding의 사형 집행

집행하게 되면, ‘위하력 효과 (general deterrent effect)’ 뿐만 아니라 ‘반위하력 효과 (brutalization effect)’가 동시에 발생하게 된다는 가설을 통계적으로 검증할 수 있게 되었다. 비중범죄살인 (non-felony murder)과 중범죄살인 (felony murder)를 구분하는 과정이 매우 어렵게 때문에, 많은 연구들이 주 (state) 한 개만을 연구 대상으로 하는 경향이 있다.

소수의 선행연구는 FBI에서 매년 발행하는 경찰 데이터를 사용하지 않고, 연구대상 지역에 있는 경찰서에 접촉해서 직접 관련 데이터를 얻기도 한다.²⁰⁾ 이런 경우에는 연구대상지역이 대도시 (metropolitan cities) 또는 주 (state) 하나에 한정되는 경향이 있다. 이러한 경우에는 이러한 연구를 통해서 얻은 결과를 일반화시키기 어렵다는 약점을 가지고 있다.

나. 비경찰 데이터 (Mortality Detail Files)

경찰에서 제공하는 데이터를 사용하는 선행연구의 수에 비해서는 매우 적지만, 선행연구 중에 일부가 경찰분야가 아닌 곳에서 제공하는 데이터를 사용하기도 한다.²¹⁾ 이런 선행연구들은 미국 질병통제예방센터 (the Centers for Disease Control and Prevention: CDC)에서 매년 제공하는 Mortality Detail Files 데이터를 이용해 왔다.²²⁾ 이 데이터의 가장 큰 장점 중에 하나는 위에서 언급한 경찰 데이터 (police data)와는 다르게 살인 사건이 상대적으로 적게 보고될 가능성 (under-reporting)이 매우 희박하다는 것이다. 모든 살인사건 피해자의 사체는 의무적으로 검시관의 검시를 또는 부검의의 부검소견서를 받아야 하는 것이 법으로 명백하게 명시되어 있

에 대한 연구, Thompson (1999)의 1992년 California에서 집행된 Robert Alton Harris의 사형 집행에 대한 연구, Cochran과 Chamlin (2000)의 1992년 California에서 집행된 Robert Alton Harris의 사형 집행에 대한 연구, Cochran, Chamlin과 Seth (1994)의 1990년 Oklahoma에서 집행된 Charles Troy Coleman의 사형집행에 대한 연구가 있다.

20) 대표적인 예로는 Hjalmarsson (2009) Stolzenberg와 D'Alessio (2004), 그리고 Brumm과 Cloninger (1996)의 연구가 있다.

21) Jeffrey Grogger (1990)와 Phillips and Hensley (1984)의 연구가 이러한 종류의 데이터를 이용한 대표적인 학자들이다.

22) Mortality Detail Files는 살인 사건과 같은 강력사건 피해자의 사체, 현장상황을 분석하여 1차적인 사인을 알아내는 역할을 하는 검시관의 보고서 내용을 바탕으로 작성된 통계자료이다.

다. 따라서, Mortality Detail Files에서 신고된 살인사건이 누락된 경우는 상대적으로 매우 희박하다고 할 수 있다. 이미 언급 했지만, 경찰 데이터인 UCR이나 SHR은 자발적인 참여를 바탕으로 만들었기 때문에, 실제로 발생했던 살인사건이 누락되어서 통계자료에 반영되지 않는 상황이 발생할 수 있다.²³⁾

Mortality Detail Files가 가지고 있는 또 다른 장점은 경찰 데이터에는 없는 자료가 제공되는 것이라고 할 수 있다. 예를 들면, Mortality Detail Files에서는 살인사건이 발생한 날짜 (the exact date of the occurrence of a murder)에 대한 자료를 정확하게 제공된다는 것이다. 이 자료는 오랜 기간 동안 다수의 범죄학자 또는 경제학자들이 미처 해결하지 못했던 문제점을 해결할 수 있기 때문에, 해당 연구 분야에 중요한 연구 방향성을 제시해 준다. 오래전부터 다수의 범죄학자 또는 경제학자들은 사형집행을 통해서 나타나는 살인사건위하력이 비교적 짧은 기간 동안에 발생한다고 주장해 왔다.²⁴⁾ 다시 말하면, 일 (day) 또는 주 (week) 단위 데이터처럼 시간적으로 가장 세밀한 데이터를 사용해야만, 이러한 이론에서 요구하는 가장 이상적인 연구 조건 내에서 사형집행을 통한 살인범죄위하력을 올바르게 측정해 볼 수 있다고 할 수 있을 것이다.

선행연구의 대부분은 사형집행을 통해서 범죄억제 효과를 얻을 수 없다는 연구 결과를 제시했다. 그러나, 앞에서 언급한 이론이나 주장들을 토대로 한다면, 그러한 주장을 한 선행연구의 대부분은 년 (yearly) 또는 월 (monthly) 단위의 데이터를 이용했기 때문이라고 할 수 있다.²⁵⁾ 이러한 데이터들은 사형집행을 전후로 해서 시간

23) UCR에서 1군 범죄 (Part 1 Offense) 또는 지표범죄 (Index crime)라고 부르는 8개 범죄인데, 살인, 강간, 강도, 가중 폭행(상해) 등 4개 범죄와 재산범죄인 주거침입, 절도, 자동차절도, 방화 4개의 범죄가 포함되어 있다. 1군 범죄 중에서 살인 사건이 가장 심각한 범죄이기 때문에, 경찰에 미신고될 가능성을 매우 희박하다. 그러나, 이러한 자료를 가지고 있는 특정 관할 구역의 경찰서에서 자료를 UCR 범죄통계에 제공하지 않는 경우에는 해당 연도 살인 사건통계가 집계되지 않는다.

24) 오래전부터 Johannes Andenaes (1952: 193)와 Phillips와 Hensley (1984) 등과 같은 학자들이 범죄 위하력 효과 (deterrent effect) 가 금방 사라진다고 주장하였다. 특히, Phillips와 Hensley (1984)는 이러한 효과를 정확하게 측정하기 위해서는 시간적으로 가장 세밀한 자료를 사용해야 한다고 주장했다.

25) 실제로 다수의 경제학자들은 이런 주장을 하였다. 예를 들면, Katz, Levitt, 그리고 Shustorovich의 2003년 연구, Donohue 그리고 Wolfers의 2005년 연구, 그리고 Hjalmarsson의 2009년 연구에서 이러한 주장을 하였다.

적으로 미세하게 증가 또는 감소하는 살인범죄위하력을 측정하기에는 너무 적합하지 않다는 것이다. 따라서, 가장 이상적인 사형집행에 따른 살인범죄위하력에 대한 연구가 되기 위해서는, 시간적으로 가장 세밀한 데이터를 사용해야 한다는 주장이 끊임없이 계속 되어오고 있다.²⁶⁾

3. 주요 독립변수 (The Main Independent Variable of Interest) 종류

가. 사형집행의 실행 여부

선행연구에서 주로 사용해 왔던 주요 독립변수 (the main independent variable of interest)는 크게 세 가지로 나누어진다. 가장 보편적으로 사용된 주요 독립변수는 Ehrlich이 1975년 자신의 선구자적인 논문에서 사용했던 방식이다. 해당년도에 집행된 교수형 수와 동일한 년도에 판결된 중범죄살인사건의 유죄 판결 수와 중범죄살인사건의 체포 수의 비율을 주요 독립변수로 사용하였다.²⁷⁾ 이런 형태의 주요 독립변수는 기존의 연구가 가지고 있던 한계를 다음과 같이 극복할 수 있었다.²⁸⁾

사형은 형법체계 상 가장 무거운 형벌이다. 그런 까닭에, 상당히 보수적인 태도에서 사형을 선고하거나 교수형이 집행되는 경향이 있다.²⁹⁾ 그 결과로 인하여, 연간

26) 대표적인 학자는 Grogger (1990), Phillips와 Hensley (1994) 등이 있다.

27) Isaac Ehrlich는 다음과 같은 수학 공식을 사용해서 새로운 주요 독립변수를 구하였다: (특정 연도 t의 집행된 교수형의 수) ÷ (특정 연도 전 해 t-1의 판결된 중범죄살인사건의 유죄 판결의 수 ÷ 특정연도 전 해 t-1의 체포된 중범죄살인사건의 체포 수). Ehrlich (1975)에 의하면, 그 당시에는 중범죄살인사건을 저지른 범죄자가 유죄판결을 받은 날로부터 평균적으로 1년 정도의 시간이 지난 다음에 사형 집행을 받게 되기 때문에, 수학 공식 상으로 유죄판결과 사형집행의 시간적인 차이를 1년 정도로 잡는 것이 적합하다고 주장하였다.

그러나, 중범죄살인사건의 유죄 판결의 수가 급증하면서, 판결을 최종 확정된 이후 사형 집행까지 걸리는 시간도 자연스럽게 늘어나게 되었다. 그런 원인으로 인하여, 후속 연구에서도 이러한 변화를 반영하였다. 예를 들면, 수학 공식 상으로 유죄판결과 사형집행의 시간적인 차이를 5년 또는 10년으로 늘렸다. 이러한 점을 반영한 후속 연구는 Dezhbakhsh, Rubin, 그리고 Shepherd (2003)가 대표적이다.

28) Isaac Ehrlich의 1975년 연구 이전에 선행연구 대부분은 연간 사형집행 건수 또는 주별 사형 제도 존재 유무를 주요 독립변수로 사용해 왔다.

29) Donohue와 Wolfers (2005: 794)의 의하면, 1976년 Gregg에 대한 연방 대법원 판결이후로 미국에서 집행되는 사형의 수는 형법체계에 있는 형벌 중에서 가장 적게 집행된다고 주장하였다. 미국 National Judicial Reporting Program (2006)에서 제공한 통계 자료에 의하면, 중범죄살인사건에

집행되는 사형의 수는 연간 집행되는 다른 형벌의 수와 비교했을 때 비교적 낮게 나타날 수밖에 없으며, 매 해마다 집행된 연간사형의 수는 일정할 수밖에 없다. 연간 집행된 사형의 건수를 주요 독립 변수로 이용하게 되면, Ehrlich 이전의 대부분의 선행연구가 제시한 것처럼, 사형집행에는 범죄억제효과가 존재하지 않는 연구결과를 제시할 수밖에 없게 된다.

그리고, Ehrlich 이전의 연구들은 살인 유죄 판결을 받고 실제로 사형을 집행하게 될 때까지 걸리는 시간을 반영할 수 없었다. 그러나, Ehrlich의 방법론은 이런 사실을 반영할 수 있다는 사실이다. 비록 Ehrlich의 연구 방법과 결과는 후속 연구에서 비판을 받았지만, 그의 연구를 통해서 소개된 이 주요 독립변수의 방법은 그 이후에도 사형집행의 범죄억제효과를 연구하는 경제학자들에 의해서 활발하게 이용되어 왔다.

나. 형법 체계상 사형제도의 존재 유무

두 번째로 많이 사용된 주요 독립변수는 해당 주 (state)가 형법체계상으로 사형 제도가 존재하는지에 대한 여부이다. 이러한 단순이분법적인 구분의 독립변수는 형법상 사형제도가 주 형법 체계상으로 존재하는 주 (death penalty states)와 제도가 존재하지 않는 주 (non-death penalty states)의 두 개를 구분하는 역할만 할 수 밖에 없다. 그러나, 현실에서는 미국의 주 (state)는 사형 제도에 대해서 다음과 같은 3가지 상황 중에 하나에 속하게 될 수밖에 없다. 세 가지 유형은 (1) 사형 제도가 형법 체계상 존재하면서, 사형을 활발하게 꾸준히 집행하는 주 (death penalty states), (2) 사형 제도가 주 형법 체계상에는 존재하지만 실제로는 사형을 집행하지 않는 주 (inactive death penalty states), 그리고 (3) 사형 제도가 주 (state) 형법 제도상에도 존재하지 않는 주 (non-death penalty states) 이다.

그렇기 때문에, 단순이분법적인 구분은 다음과 같은 문제점을 노출하게 될 수밖에 없다. 우선적으로, 사형 제도는 있지만 실제로는 집행하지 않는 주와 사형 제도가 형법 제도상으로 존재하지 않는 주를 통계적으로 정확하게 구분해 낼 수 없게

대한 형벌은 교도소 금고형의 수가 사형 집행의 수보다 압도적으로 많다고 보고되었다.

된다.³⁰⁾ 또한, 앞에서도 언급한 것처럼 사형을 집행하는 주(death penalty state) 모두가 매 년마다 동일한 숫자의 사형을 집행하지 않기 때문에, 이러한 사형 집행 관습을 통계적으로 정확하게 반영할 수 없게 된다. 예를 들면, 연간 사형집행 수가 언제나 전미 최고 주(state)인 Texas와 연간 사형집행 수가 하나 내지는 두 개 정도인 주가 동일한 살인범죄위하력을 가진다고 보는 것은 무리가 있다. Texas와 같은 주에서 잠재적인 살인범이 느낄 수 있는 살인을 저질렀을 때 사형집행을 받게 될 것이라는 위압감은 연간 사형집행 수가 극도로 낮거나 없는 주에서의 잠재적인 살인범이 느낄 수 있는 위압감과는 결코 똑같지는 않을 것이다. 따라서, 이 주요 독립변수는 통계적 연구에서는 필요하기는 하지만, 이것 하나만으로는 결코 충분하지 않다. 이 주요 독립변수가 가지고 있는 문제점을 극복하기 위해서는 해당 주(state)의 연간 사형집행 개수를 주요 독립변수로 만들어서 통계적 분석을 할 때 추가해서 분석해야만 한다. 아니면, Ehrlich이 1975년에 만들었던 주요 독립변수 측정 방법을 이용해야만 할 것이다.

다. 역사적인 사형집행 (Historical Execution Events)

선행연구에서 세 번째로 자주 사용되어 왔던 주요 독립변수 측정 방법은 오랜 기간 동안 사형을 집행하지 않았던 주(state)에서 집행된 사형의 예를 이용한 것이다. 앞에서 언급한 것처럼, 1970년대 초반 미국 연방 대법원에서 내렸던 사형집행 유예기간에는 사형을 집행할 수 없었다. 정식으로 유예기간 종료가 선언된 후에 몇 개의 주(death penalty states)들이 그동안 미루어 왔던 사형을 처음으로 집행했다. 몇 개의 선행연구가 이러한 주요 독립변수 측정 방법을 이용해 왔다. 유예 기간 이후 처음으로 집행된 사형 일자의 전과 후로 나누어서 발생된 살인범죄의 수의 증가 또는 감소했는지 측정하는 것이다.

이런 선행연구는 다음과 같은 연구가설을 바탕으로 한다. 오랜 기간 동안 사형을 집행하지 않았기 때문에, 집행을 앞둔 사형에 대해 대중과 언론이 크나 큰 관심을 가지게 될 수밖에 없다는 것이다.³¹⁾ 살인사건을 둘러싼 여러 가지 것들에 관심을

30) 그렇게 되면, 실제로 사형제도는 존재하지만 집행을 하지 않는 주(inactive death penalty states)는 사형제도가 없는 주(non-death penalty states)와 혼동을 하게 된다.

가지게 될 뿐만 아니라, 사형 또는 금고형과 같은 형벌에 대한 관심 역시 높아질 수밖에 없을 것이다. 대중과 언론의 관심이 낮은 사형과 비교해 보더라도, 살인범죄 위하력은 강력해 진다는 연구 가설을 바탕으로 한다.

그러나, 이와 같은 주요 독립변수는 그 연구 결과를 일반화하기 어렵다는 약점을 가지고 있다. 이러한 사형은 비정상적으로 많은 대중과 언론의 관심을 받고 있지만, 다른 사형들은 대부분 대중과 언론의 관심 밖에 있는 경우가 대부분이다.³²⁾ 따라서, 연구 결과가 살인범죄위하력이 있다고 제시하더라도, 그 하나의 결과를 가지고 일반화시키기에는 무리가 따른다고 할 수 있다. 또한, 이 연구는 단순한 전후비교연구 (before-and-after analysis) 방법을 바탕으로 하기 때문에, 살인사건 발생에 영향을 주는 요인들을 통계적으로 통제할 수 없다. 그런 까닭에, 이러한 연구 방법을 통해서 얻어진 결과에 대해서는 보다 더 세심한 주의를 기울일 필요가 있다.

4. 종속변수 (Dependent Variable)의 종류

소수의 학자들이 강도 범죄와 같은 비살인범죄를 종속 변수로 사용하기도 했지만, 미국에서 발표된 연구의 대부분은 양형의 비례성 원칙 (principle of proportionality)³³⁾에 의거하여, 살인범죄를 종속 변수로 이용해왔다. 따라서, 살인범죄를 종속 변수로 사용하는 것은 미국 학자들 사이에서는 암묵적인 지지를 받고 있다고 해석해도 무방할 것이다. 하지만, 중범죄살인 (felony murder)과 비중범죄살인 (non-felony murder)을 구분해서 종속 변수로 사용해야 한다는 주장³⁴⁾과 중범죄살인 (felony murder)과 비중범죄살인 (non-felony murder)을 구분하지 않고 종속 변수로 사용해야

31) McFarland (1983)와 Jacoby, Bronson, Wilczak, Mack, Suter, Xu, Rosenmerkel (2008)와 이러한 주장을 했었다.

32) Jacoby, Bronson, Wilczak, Mack, Suter, Xu, Rosenmerkel (2008)의 연구에 의하면, 살인 사건의 피해자가 어린이나 여성인 경우 또는 피해자가 복수인 경우에는 언론과 대중의 관심이 높아지는 경향이 있다. 그 이외의 경우에는, 사형이 지속적으로 집행되더라도, 언론과 대중의 사형 집행에 대한 관심이 적기 때문에, 사형에 대한 기사를 덜 다루게 된다고 한다.

33) 미국에서는 사형 확정 판결이 중범죄살인 (felony murder)만 대상으로 적용되기 때문이다.

34) 대표적으로, Bailey (1983), Fagan, Zimring과 Geller (2006), Peterson과 Bailey (1991) 등이 발표한 연구에서 이러한 주장이 반영되어 있다.

한다는 주장³⁵⁾이 갈리고 있는 실정이다.

이런 논의의 배경은 범죄억제 이론 (General Deterrence Theory for Capital Punishment)으로부터 시작 된다. 이 이론에 따르면, 사형집행과 사형수의 죽음을 직간접적으로 목격하게 되면서 잠재적인 살인 범죄자 그룹은 동일한 범죄를 저질렀을 경우에 받게 될 형벌 (예를 들면, 사형)의 결과에 대한 공포와 두려움으로 인하여, 모의하고 있던 또는 모의하게 될 살인 계획을 취소하게 된다는 것이다. 그렇기 때문에, 사형집행이 살인사건을 억제하거나 줄이는 효과를 가지는 것에 대한 연구는 중범죄살인 (felony murder)만을 사용해서 이루어져야 한다는 것이다.

그러나, 이런 사실을 연구에 실제로 적용하기에는 현실적으로 어려움이 따른다. 앞에서 언급한 것처럼, 대다수의 선행연구가 사용하는 FBI의 연간 범죄통계자료 (UCR) 데이터에서는 중범죄살인 (felony murder)과 비중범죄살인 (non-felony murder)을 명확하게 분리해서 기록하지 않는다. 살인범죄사건만을 전문적으로 다루는 Supplementary Homicide Reports (SHR)는 살인범죄 하나에 관련된 여러 정보를 보고되지만, 경찰이 그 정보의 대부분을 제대로 기록하지 않는 경향이 있어서, 위에서 언급한 두 종류의 살인 사건을 정확하게 분리하기 어려운 실정이다. 이러한 분리 작업을 간혹 가다가 시도하기는 하지만, 매년마다 전국 단위로 발생하는 살인 사건을 불완전한 자료를 바탕으로 해서 살인사건을 두 종류로 구분하는 것은 시간적 금전적 낭비를 불러올 뿐만 아니라, 두 종류의 살인사건의 구분이 올바르게 이루어 지지 않을 수 있는 문제점을 내재되어 있다.³⁶⁾

뿐만 아니라, 몇몇의 저명한 범죄학자들은 중범죄살인 (felony murder)과 비중범죄살인 (non-felony murder)을 명확하게 구분하는 것에 큰 의미를 둘 필요는 없다고 주장하였다.³⁷⁾ 따라서, 지금까지 발표된 연구의 대부분은 중범죄살인과 비중범죄

35) 미국의 범죄학자 Gary Kleck (1979)이 이러한 주장을 자신의 연구에 처음으로 반영했으며, Kovandzic, Vieraitis와 Boots (2009), Shepherd (2004), Stolzenberg와 D'Alessio (1994) 등이 발표한 연구들이 이러한 관점을 반영하였다.

36) Dezhbakhsh, Rubin, 그리고 Shepherd은 자신들의 2003년도 연구에서 이러한 주장을 펼쳤다.

37) Gary Kleck (1979: 890)에 의하면, 사형집행의 억제력 효과를 중범죄살인에만 한정하는 것은 합리적이지 못하다는 것이다. 왜냐하면, 잠재적인 살인자가 살인을 저지르게 되었을 때 받게 될 형벌에 대해 심사숙고 하는 경우에만 위하력의 효과가 필연적으로 발생하지 않기 때문이다. 반대로, 형벌에 대한 심사숙고 없이도 위하력의 효과는 여전히 발생되기 때문이다.

죄살인의 구분을 하지 않고 있다. 그럼에도 불구하고, 사형 집행의 반위하력 효과 (brutalization effect)의 존재 여부를 연구하기 위하여, 중범죄살인 (felony murder) 와 비중범죄살인 (non-felony murder)를 분류해서 비교하는 연구가 여전히 발표되어 오고 있다.³⁸⁾

5. 통제변수 (Control Variable)의 종류

미국에서 발표된 사형집행의 살인억제력 효과에 대한 선행연구의 특징은 다양하고 많은 종류의 통제변수 (control variable) 또는 해당 통제변수의 프록시 (proxies)가 사용되어 왔다는 점이다. 이렇게 된 이유 중에 하나는 경제학자들 사이에서 통용되는 계량경제모델 (econometric model) 방법을 적용해 왔기 때문이다.³⁹⁾ 주요 독립변수와 종속변수간의 인과관계를 과학적으로 계량분석하기 위해서는 그 인과관계를 설명하는 강력한 이론적 배경을 바탕으로 하는 경우에만 의미가 있다고 할 수 있다. 그런 까닭에, 이론으로 설명된 이상적인 모형과 가장 근접한 계량경제모델이 그렇지 못한 경제모델보다는 사형집행과 살인사건 발생의 인과관계를 더 잘 설명할 수 있다. 따라서, 이론상으로 인과 관계를 설명하는데 필요한 통제변수가 되도록이면 많이 포함된 계량경제모델이 그렇지 못한 모델보다 사형집행의 억제력 효과를 더 잘 설명할 수 있다고 볼 수 있다. 이러한 연구 방법은 사형집행의 살인 범죄 억제 효과와 다른 통제변수의 분석되지 않는 효과를 통계적으로 구분해 낼 수 있는 장점을 가지고 있다.

또 다른 이유는 연구자의 대다수인 경제학자들의 변수 측정 방법에 대한 태도가 범죄학자나 심리학자의 그 것과는 다르기 때문이다.⁴⁰⁾ 일반적으로 비경제학자들은 변수 (variable)를 측정할 때, 타당성 (validity), 신뢰도 (reliability), 그리고 조작화 (operationalization)의 관점에서 변수 측정을 엄격하게 검토하는 경향이 있다. 그러나, 경제학자들은 이런 점에 대해서 상대적으로 관대한 경향이 있다. 변수 측정이

38) 가장 최근에는 Land, Teske Jr., 그리고 Zheng의 2012년도 연구논문이 있다. 이 연구에서 non-felony homicide의 경우에는 일시적으로 위하력 효과가 발견되었다.

39) 이러한 주장은 Fox와 Radelet (1989: 31-34)에 의하여 잘 요약되어 있다.

40) 이러한 주장은 Fox와 Radelet (1989: 35)에 의하여 잘 요약되어 있다.

가능하지 않은 경우에는 해당 변수와 비슷한 프록시 (proxies)의 사용하는 것을 선호하는 경향이 있다.

많은 학자들은 다양한 종류의 통제변수와 프록시를 사용해서 억제력 효과 이론에 근접한 계량분석모델을 만드는 것뿐만 아니라, 기존 연구 결과에 대한 ‘강건성 검사 (robustness check)’도 해 오고 있다.⁴¹⁾ 선행연구를 검토해 보면, 사형집행을 통해서 살인범죄 억제효과가 나타난다는 연구결과를 제시하더라도, 사형의 억제력 효과의 이론에 연관된 통제변수를 추가로 포함시켜서 통계적인 분석을 하게 되면, 기존에 발견된 사형의 억제력 효과가 사라지게 되는 경우가 자주 발견 되었다. 따라서, 사형의 살인억제력 효과라고 받아들여졌던 것이 실제로는 분석되지 않았던 통제변수의 감추어진 효과였던 것이다.

선행연구에서는 사용되지 않았지만, 이론상으로 살인 사건 발생에 영향을 주는 중요 요인을 사용해서 해당 선행연구의 결과를 다시 분석해 보면, 사형의 위하력 효과가 사라지는 결과가 나왔다. 이런 연구의 대표적인 예는 미국의 범죄학자 Gary Kleck이 1979년에 발표했던 연구이다. 이 연구에서 Kleck은 ‘총기의 입수 용이성 (gun availability)’이라는 요인의 중요성을 강조했다. 그의 연구에서 총기의 입수 용이성이라는 통제변수가 있는 경우와 없는 경우를 비교분석 하였다. 해당 통제변수의 효과를 고려하지 않는 경우에는 사형의 살인범죄억제력이 통계적으로 유의미한 것으로 나타났지만, 없는 경우에는 위하력 효과가 통계적으로 완전하게 없어진다는 연구결과가 발견되었다. 후속 연구에서는 Kleck 교수의 ‘총기의 입수 용이성 (gun availability)’라는 통제변수를 해당 연구에 포함시키는 것은 매우 중요하다고 인정 받았으며, 자신들의 연구에 꾸준히 포함시켜왔다.

학자들 사이에서 중요한 인정되는 통제변수 (control variable) 중에 하나는 중범죄 살인사건을 저지르고 받게 되는 장기 유기 징역형 (long-term imprisonment) 또는 무기 징역형 (life imprisonment without parole) 의 기간이다.⁴²⁾ 사형을 활발하

41) 예를 들면, Ehrlich (1975) 연구에서 설정했던 연구 자료 기간 (1933-67)에 기간을 늘리거나, 기간을 줄이게 되면, 사형을 집행하더라도 살인 사건이 통계학적으로 유의미하게 줄지 않는 것으로 나타났다. 이런 연구의 대표적인 예는 Bowers와 Pierce가 1975년에 발표했던 연구이다. 그 이후에도, Donohue와 Wolfers (2006: 811-813)도 유사한 방법을 사용해서, 2000년대 이후에 실행된 연구 결과 (대표적으로, Katz, Levitt, 그리고 Shustorovich의 (2003)의 연구가 있다)에 대한 강건성 검사 (robustness check)를 실시했다.

게 집행하는 주 (state)에서 자주 발견되는 특징은 중범죄 살인사건을 저지른 범죄자에게 장기간의 유기 징역형 내지 종신형을 사형 제도가 폐지되었거나 거의 집행하지 않는 주 (state)보다 더 자주 집행하는 경향을 나타낸다.⁴³⁾ 따라서, 이런 장기 유기 징역형 또는 종신형이 살인 범죄율에 끼치는 영향을 자신들의 연구에서 통제변수로 고려하지 않은 연구결과를 신뢰하기 어렵다고 주장되어 왔다.⁴⁴⁾

그럼에도 불구하고, 오래전부터 미국에서 발표된 선행연구를 보더라도, 이 통제변수를 실제로 계량분석모델에 포함시킨 선행연구의 수가 그리 많지 않다는 것은 놀라운 일이다. 과거에 출판된 연구의 방법론을 분석한 범죄학자 Daniel Nagin은 자신의 2013년 연구논문에서 미래 연구에서는 이런 통제변수를 계량 분석 모델에 반드시 포함시켜야 한다고 주장하였다. 그렇게 되면, 사형의 살인범죄위하력 효과 (deterrent effect)를 가장 엄격하게 조건에서 통계적으로 분석할 수 있기 때문이다.

미래연구에서 고려해볼만한 통제변수로는 사형집행을 전과 후의 경찰인력 배치의 차이이다. Nagin과 Pepper은 자신들의 2012년 연구논문에서 사형을 집행하기 전과 후에는 만약에 발생하게 될 사회 질서 혼란을 막기 위하여, 경찰 인력을 증가해서 배치하게 된다고 지적하였다. 정복 순찰 경찰의 존재 (presence of law enforcement)는 어느 정도 통계적으로 유의미한 ‘범죄 억제 효과 (deterrent effect)’를 가지고 있다고 범죄학자들에게 인정받아 오고 있다. 사형 집행을 통해서 발생하는 억제력 효과 (deterrent effect of capital punishment)를 구분하기 위해서, 미래 연구에서는 이러한

42) 이러한 통제변수를 통계적 계량분석모델에 포함시키는 것은 범죄 이론적인 관점에서 매우 의미가 있다고 볼 수 있다. 예를 들면, 사형집행은 살인범죄억제효과 (deterrent effect)의 관점에서 평가받고 있는 반면, 장기 유기 징역형 또는 종신형은 카파시테이티브 효과 (capacitative effect)의 관점에서 평가받고 있다. 이론에서 의도한 대로 사형집행의 살인범죄억제효과가 나타나기 위해서는 형벌의 결과에 두려움을 가진 잠재적인 살인자가 심리적인 압박감을 가지게 되어서 자신의 태도 또는 사고방식을 우선적으로 변화해야 한다. 반대로 카파시티 효과 (capacitative effect)가 효과를 얻기 위해서는 잠재적인 살인자의 태도 또는 사고방식이 변화할 필요 없이, 단순히 살인범죄를 저지를 기회를 교도소 징역형을 이용해서 사전에 박탈해야 한다. 그러므로, 두 종류의 형벌을 동시에 놓고 통계적 분석을 한다면, 서로 다른 두 개의 범죄 이론을 동시에 검토할 수 있기 때문에, 상당히 높은 수준의 방법이라고 할 수 있겠다.

43) Daniel Nagin (2013: 91-92)에 의하면, 중범죄살인으로 기소되었던 형사사건 중에서 매우 극소수만 사형으로, 대다수는 유기 징역형과 종신형을 징역으로 받는다고 하였다. 대표적으로, Texas와 Virginia 주에서 이러한 현상이 나타난다고 예로 들었다.

44) Jeffrey Fagan은 자신의 2006년 연구논문에서 이러한 관점에서 주장을 펼쳤다.

통제변수 (the deterrent effect of deployment of law enforcement)를 계량분석모형에 포함시켜야한다고 주장하였다.

이밖에도, 선행연구에서는 다양한 지역통제 변수 (regional dummy variable)와 시간통제 변수 (temporal dummy variable)를 사용해 왔다. 많은 학자들이 이론에서 설명되는 요인들을 자신들의 계량분석모델에 포함시키려고 노력해 왔지만, 이러한 노력이 완전하게 성공하는 것이 아니다. Fagan (2006)과 같은 학자들은 살인사건발생에 영향을 끼치는 통제요인을 통계적으로 완벽하게 통제하게 되는 것은 불가능하다고 인정하였다. 계량분석모델에 포함되어 있는 통제 변수들이 설명할 수 없는 부분을 이러한 공간적 시간적 통제 변수들이 설명할 수 있기 때문에, 공간적 시간적 통제 변수들을 효과적으로 사용할 필요가 있는 것이다.

IV. 한국에서 발표된 연구의 최근 추세

이제부터는 한국에서 발표된 사형제도에 관련된 선행연구에 대하여 분석할 것이다. 이러한 과정을 통해서, 사형제도에 관련된 국내의 전반적인 연구동향을 파악하고, 선행연구에서 나타난 한계점을 살펴보도록 할 것이다. 그리고, 미래연구방향 제시하고, 미래연구를 위한 몇 가지 제안을 하도록 할 것이다.

이 연구논문의 앞부분에서 이루어진 분석을 통해서, 미국에서는 사형의 살인억제력 효과에 대한 연구를 1930년대 초반부터 현재까지 많은 연구실적을 축적한 것을 알게 되었다. 미국의 경우와는 다르게, 사형의 살인위하력 효과는 한국 학계에서는 주요 관심연구주제 대상이 아니었다. 한국에서 발표된 연구논문의 상당수가 대한민국 사형제도의 존재와 폐지에 대한 연구에 치중해 있다는 점이다. 이러한 연구 추세 속에서 사형의 살인범죄억제력 효과의 존재여부는 사형제도 폐지에 대한 주장을 지탱하는 여러 가지 근거 중의 하나로 이용되기만 해 왔을 뿐이다.⁴⁵⁾

한국의 선행연구에서는 사형의 위하력 효과에 대한 존재 유무를 비합리적인 방식

45) 위하력 효과이외에도, 종교적, 도덕적, 오관 가능성, 국가 이미지적 관점에서 사형 제도의 폐지를 주장하기도 한다.

으로 사형제도의 존폐론 연구에서 인용하고 있다. 발표된 연구의 거의 대부분이 대한민국의 형법체계상에서 사형 제도를 제외시켜야 한다고 일관되게 주장하고 있다. 그러나, 이러한 주장에 내재된 문제점은 계량적 분석 방법을 통해서 얻어진 객관적 증거를 바탕으로 한 것이 아니라는 점이다. 흔하게 발견되는 추론 방식은 다음과 같다. 미국에서 발표된 연구 결과 중에 몇 개만을 선택적으로 인용한 것을 바탕으로 해서, 한국에서 사형을 집행하더라도 살인범죄위하력 효과는 없을 것이라는 비합리적인 결론을 내리는 것이다. 연관이 없는 자료에 대한 그릇된 판단에 근거하여 결론을 도출해 내는 성급한 일반화의 오류를 저지르고 있는 것이다. 미국 자료를 이용한 연구결과를 바탕으로 대한민국의 형사법 체계에서 사형 제도를 폐지해야 한다고 주장하기 보다는 한국 자료를 이용한 연구결과를 바탕으로 한국의 사형제도 존폐론을 주장하는 것이 더 합리적일 것이다.

비합리적인 결론 도출 과정은 주로 종교적⁴⁶⁾ 또는 인권적인⁴⁷⁾의 관점에서 사형제도 폐지를 주장하는 연구논문에서 자주 발견된다. 이런 연구들은 특정 종교의 사형제도에 대한 관점 또는 인권적인 관점만을 반영하기 때문에, 사형의 살인사건위하력 효과에 대한 직접적인 과학적 검증 절차를 거칠 필요성이 전혀 강조되지 않는다. 이러한 분야의 논문에서 나타나는 것처럼, 사형의 위하력 효과에 대한 과학적 검증 절차 없이 사형 제도의 유지와 존폐를 단순히 결정하는 것은 커다란 문제를 내재되어 있다고 볼 수 있다. 살인위하력 효과가 전혀 검증되지 않은 사형 제도를 계속 집행하는 것은 문제가 되겠지만, 위하력 효과가 과학적으로 충분히 입증되는데도 불구하고 사형을 제대로 집행하지 않는다면, 미래의 잠재적인 살인피해자들의 생명을 사전에 보호하지 못하는 더 큰 문제가 발생하게 되는 것이다.

국내 연구의 두 번째 특징은 특정 시기에 대한민국에서 집행된 사형의 형태를 분

46) 박상기 교수 (2006: 55-56)는 자신의 연구논문에서 국내뿐만 아니라 국외의 종교단체가 진행한 대표적인 사형폐지 운동에 대하여 간략하게 요약하였다. 비록, 사형제도 폐지론자는 아니지만, 박상기 교수는 생명존중 사상에 입각한 종교단체의 사형폐지 주장은 종교적인 관점에서 이해된다고 기술하였지만, 사형 제도에 대한 종교적 관점과 세속법의 관점에서 차이가 현저하게 나는 경우에는 형사 정책적 관점이 대안이 되어야 한다고 암시하였다.

47) 앞에서도 언급했지만, 대표적인 예가 2016년에 발표된 김두식 변호사의 연구논문이다. 이 논문에서, 저자는 과거의 사형수 다수와 김홍섭 판사가 주고받았던 편지 내용을 분석했다. 저자는 사형수들의 심리적 변화와 자신들이 저지른 죄에 대한 참회를 지적하면서, 사형제도의 필요성에 대해 의문을 나타냈다.

석하는 것이다. 예를 들면, 과거 대한민국 정권에서 집행된 사형에 대한 분석을 이룬 연구들이 그 대표적이다.⁴⁸⁾ 이런 연구는 비교적 통계자료를 바탕으로 작성되어서 객관적인 자료를 바탕으로 작성되었고, 과거 정권에서 사형 제도를 어떻게 운영해 왔는지에 대해 알 수 있다는 장점이 있다. 그러나, 사형집행을 통해서 살인범죄 위하력 효과를 얻을 수 있는지 여부에 대한 논의에 대해서는 이러한 부류의 연구들이 충분한 해결책을 제시하지 못한다는 것 자명하다고 할 수 있다.

세 번째 특징은 사형 제도를 보유한 외국국가들이 어떻게 자신들의 사형 제도를 운영해 왔는지에 대하여 분석하는 것이다.⁴⁹⁾ 이러한 부류의 연구들을 통해서, 사형 제도 운영에 대한 세계적인 추세를 파악할 수 있는 장점이 있다. 다른 나라가 가지고 있는 보다 합리적인 사형제도 운영 방법을 습득할 수 있으며, 그렇게 얻어진 지식을 한국의 사형제도에 실제로 적용시킬 수 있는지의 여부를 검토해 볼 수 있다. 그러나, 국가 사이에 문화, 경제, 그리고 형법체계상으로 상이한 경우가 대부분이기 때문에, 국가 간 사형제도의 단순 비교를 통해서 얻어진 지식을 바탕으로 한국의 사형제도의 범죄 위하력이나 존폐를 논의하는 것은 그리 간단하지 않은 작업이다. 뿐만 아니라, 이런 과정을 통해서 나타난 결론을 바탕으로 한국의 사형 제도의 유지 또는 존폐를 결정하는 것은 결코 합리적인 방법이 아닐 것이다.

요약하면, 한국에서 발표된 연구논문의 거의 대부분은 사형의 살인억제력 효과에 대하여 직접 검증하지 않고서, 위하력 효과의 존재를 부정해 왔다고 할 수 있겠다. 지금까지 국내학계가 축적해 온 연구논문의 결과는 학자 또는 연구자 개개인의 순수한 탐과 노력으로 이루어진 결정체이기 때문에 당연히 존경받아야만 할 것이다. 그러나, 이와 같이 한계점이 뚜렷하게 보이는 연구 결과에만 의존해서, 국내에서 사

48) 이덕인 교수가 이 분야에서 독특한 연구 성과를 올렸다. 이덕인 교수는 1950년대 대한민국의 사형 제도를 연구한 논문을 2015년에 제 3공화국과 유신체제에 집행된 사형에 대해 연구한 논문을 2014년에 발표하였다. 이 연구논문에서 이덕인 교수는 국내 사형제도 폐지를 주장하지는 않았다.

49) 대표적인 예로 박상기 교수와 허일태 교수의 연구가 있다. 예를 들면, 박상기 교수는 2006년에 발표된 연구논문에서 미국과 일본 그리고 유엔과 같은 국제기구에 대한 세계적 추세에 대하여 연구하였다. 허일태 교수가 2009년에 발표한 남아프리카 공화국과 헝가리 헌법재판소의 사형제도에 대한 위헌결정에 관한 연구를 하였다.

박상기 교수는 세계적인 추세에 따라 양형기준의 변화와 같은 대한민국의 사형 제도를 개선해야 할 것이라고 주장한 반면에, 허일태 교수는 남아프리카와 헝가리의 헌법재판소의 최종 결과문을 인용하면서 대한민국에서도 사형 제도를 폐지하는 방향으로 나아가야 한다고 주장하였다.

형을 집행하더라도 살인범죄억제력 효과가 전혀 나타나지 않을 것이라고 막연하게 주장을 하거나, 더 나아가서 국내 형법 체계에서 사형제도를 폐지하자고 주장하는 것은 미래에 커다란 문제를 불러일으킬 수 있을 것이다. 따라서, 앞으로 사형제도와 관련된 미래연구는 사형의 살인범죄억제력 효과의 존재 유무에 대한 객관적이면서 과학적인 증거를 얻는 방향으로 나아가야 하는 것이 당연하다고 할 것이다.

V. 결론

사형의 위하력 효과에 대한 과학적으로 검증된 연구 결과가 거의 존재하지 않는 우리나라의 상황에 도움이 되고자, 본 연구는 미국에서 발표된 선행 연구의 연구 방법론을 위주로 검토하였다. 이러한 선택의 주요 이유는 우리나라보다는 활발한 연구 활동이 이루어져 있고, 연구 결과가 축적되었기 때문이다. 본 연구 작업을 통해서 미국뿐만 아니라 국내에서 진행되어온 사형의 위하력 효과에 대한 연구의 동향을 점검하고, 국내의 사형의 위하력에 대한 연구가 나아가야 할 방향을 가늠해 볼 수 있었던 것은 주목해 볼만한 성과라고 할 수 있겠다.

그럼에도 불구하고, 본 연구 작업으로만 해결할 수 없는 한계점은 여전히 존재한다는 사실을 받아들여야만 할 것이다. 과거뿐만 아니라 지금까지도 국내 사형의 위하력에 대한 계량적 연구가 부족했던 이유는 연구에 절대적으로 필요한 데이터가 존재하지 않았거나, 또는 그에 대한 접근이 쉽지 않았기 때문이다. 따라서, 이 연구 작업으로 인하여, 사형의 위하력에 대한 계량적 연구가 국내에서 당장 활발하게 이루어질 것이라고 기대하기는 힘들 것이다.

그러한 이유로 인하여, 공식적인 연구 자료 구축을 위하여 범정부적인 노력이 절실하게 요구되며, 이러한 연구 환경 조성을 위하여 국내 학계에서도 노력을 기울여야 할 것이다. 본 연구 작업에서 한 것처럼, 앞으로 국내와 국외에서 발표되는 사형의 살인범죄 위하력에 대한 연구 동향을 꾸준히 따라가야 할 것이다. 그렇게 된다면, 국내에서도 수준 높은 계량적 양적 분석 방법을 이용한 연구 결과가 조만간에 나올 수 있을 것이다.

참고문헌

[국내문헌]

- 신석호, 「23명 무더기 死刑 집행」, 『동아일보』, 1997.12.31., 39면.
- 김두식 (2016). “1950-60년대 사형수들의 현실과 내면세계: 김홍섭 판사에게 보낸 사형수들의 편지를 중심으로.” 『인권과 정의』. 458: 50-68.
- 박상기 (2006). “사형제도의 개선방안에 관한 연구. 『법무부 연구보고서』.
- 이덕인 (2015). “1950년대의 사형제도에 대한 실증적 분석과 비판.” 『형사정책연구』. 26: 5-57.
- 이덕인 (2014). “박정희정권기의 사형제도에 대한 실증적 분석과 비판 - 제3공화국 및 유신체제의 일반 형사사건을 중심으로.” 『형사정책연구』. 25: 69-122.
- 허일태 (2009). “사형제도의 위헌성과 세계적 추세 - 남아프리카 공화국과 헝가리 헌법재판소의 사형제도에 대한 위헌결정을 포함하여.” 『동아법학』. 45: 263-298.

[국외문헌]

- Andenaes, Johannes. (1952). General prevention: illusion or reality? *Journal of Criminal Law, Criminology and Police*, Vol. 43: 176-198.
- Avio, K.L. (1998). Capital Punishment in Peter Newman, ed., *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. London: Macmillan Reference Limited.
- Death Penalty Information Center. (2016). Database of all executions carried out in the U.S., including states and exact dates. Available at <http://www.deathpenaltyinfo.org/executions-united-states>.
- Bowers, William J. and Pierce, Glenn L. (1975). The Illustration of Deterrence in Isaac Ehrlich's Research on Capital Punishment. *The Yale Law Journal*,

- Vol. 85 (2): 187-208.
- Brumm, Harold J., and Dale O. Cloninger. (1996). Perceived risk of punishment and the commission of homicides: A covariance structure analysis. *Journal of Economic Behavior and Organization*, Vol. 31: 1-11.
- Cameron, Samuel. (1994). A review of the econometric evidence on the effects of capital punishment. *Journal of Socio-Economics*, Vol. 23 (4): 197-214.
- Chamlin, Mitchell B., Harold G. Grasmick, Robert J. Bursik, Jr., and John K. Cochran. (1992). Time Aggregation and Time Lag in Macro-Level Deterrence Research. *Criminology*, Vol. 30: 377 - 395.
- Cochran, John. K., and Michelle B. Chamlin. (2000). Deterrence and brutalization: The dual effects of executions. *Justice Quarterly*, Vol. 17: 685-706.
- Cochran, John K., Michelle B. Chamlin, and Mark Seth. (1994). Deterrence or brutalization? An impact assessment of Oklahoma's return to capital punishment. *Criminology*, Vol. 32 (1): 107-134.
- Dann, Robert. (1935). The Deterrent Effect of Capital Punishment. *Friend's Social Service Series*, Vol. 29: 1-20.
- Dezhbakhsh, Hashem, Paul H. Rubin, and Joanna M. Shepherd. (2003). Does capital punishment have a deterrent effect? New evidence from post-moratorium panel data. *American Law and Economics Review*, Vol. 5: 344-376.
- Donohue, John J. and Wolfers, Justine. (2006). Uses and Abuses of Empirical Evidence in the Death Penalty Debate. *Stanford Law Review*, Vol. 58: 791-845.
- Ehrlich, Isaac. (1975). The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death. *The American Economic Review*, Vol. 65 (3): 397-417.
- Fagan, Jeffrey (2006). Death and Deterrence Redux : Science, Law and Causal Reasoning on Capital Punishment. *The Ohio State Journal of Criminal*

Law, Vol. 4: 255-320.

- Fagan, Jeffrey, Franklin E. Zimring, and Amanda Geller. (2006) Capital Punishment and Capital Murder: Market Share and the Deterrent Effects of the Death Penalty. *Texas Law Review*, Vol. 84: 1803-1867.
- Fox, J.A. and Radelet, M.L. (1989). Persistent Flaws in Econometric Studies of the Deterrent Effect of the Death Penalty. *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 23, 29-44.
- Grogger, J. (1990) The Deterrent Effect of Capital Punishment: An Analysis of Daily Homicide Counts. *Journal of the American Statistical Association*, Vol. 85: 295-303.
- Hjalmarsson, Randi (2009). Does Capital Punishment Have a "Local" Deterrent Effect on Homicides? *American Law and Economic Review*, Vol. 11: 310-334.
- Hugo Adam Bedau (1997). *The Death Penalty in America* The Oxford University Press.
- Jacoby, Joseph E., Bronson, Eric F., Wilczak, Andrew R., Mack, Julia M., Suter, Deitra, Xu, Quing, and Rosenmerkel, Sean P. (2008). The Newsworthiness of Executions. *Journal of Criminal Justice and Popular Culture*, Vol. 5 (2): 168-188.
- Katz, Larence, Levitt, Steven D., and Shutorovich, Elle. (2003). Prison Conditions, Capital Punishment, and Deterrence. *Law and Economic Review*, Vol. 5 (2): 318-343.
- Kleck, Gary D. (1979). Capital Punishment, Gun Ownership, and Homicide. *American Journal of Sociology*, Vol. 84: 882-910.
- Kovandzic, T., Vieraitis, L.M. and Boots, D.P. (2009) Does the Death Penalty Save Lives? New Evidence from State Panel Data, 1977 to 2006. *Criminology and Public Policy*, Vol. 8: 803-843.
- Land, Kenneth C., Teske Jr., Raymond H. C., and Zheng, Hui. (2012). The

- Differential Short-term Impacts of Executions on Felony and Non-Felony Homicides. *Criminology and Public Policy*, Vol. 11: 541-563.
- Land, Kenneth C., Teske Jr., Raymond H. C., and Zheng, Hui. (2009). The Short-term Effects of Executions on Homicides, Deterrence, Displacement, or Both? *Criminology*, Vol. 47 (4): 1009-1043.
- Layson, Stephen. (1985). Homicide and Deterrence: A Reexamination of the United States Time-Series Evidence. *Southern Economic Journal*. 52: 68-89.
- McFarland, Sam G. (1983). Is Capital Punishment a Short-term Deterrent to Homicides? A Study of the Effects of Four Recent American Executions. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 74: 1014-1032.
- Mocan, H. Naci and R. Kaj Gittings. (2003). Getting off death row: Commuted sentences and the deterrent effect of capital punishment. *Journal of Law and Economics*, Vol. 46: 453-478.
- Nagin, Daniel S.. (2013). “Deterrence: A Review of the Evidence by a Criminologist for Economists.” *Annual Review of Economics*, Vol. 5:83:106.
- Peterson, Ruth D. and William C. Bailey. (1991). Felony murder and capital punishment: An examination of the deterrence question. *Criminology*, Vol. 29 (3): 367-395.
- Phillips, David P. and John E. Hensley. (1984). When violence is rewarded or punished: The impact of mass media stories on homicide. *Journal of Communication*, Vol. 34 (3): 101-116.
- Shepherd, Joanna M. (2005) Deterrence versus Brutalization: Capital Punishment’s Differing Impacts among States. *Michigan Law Review*, Vol. 104: 203-256.
- Shepherd, Joanna M. (2004). Murders of passion, execution delays, and the deterrence of capital punishment. *Journal of Legal Studies*. Vol. 33: 283-321.

- Stolzenberg, Lisa and Stewart J. D'Alessio. (2004). Capital punishment, execution, publicity and murder in Houston, Texas. *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 94 (2): 351-380.
- Thomson, Ernie. (1999). Effects of an execution on homicides in California. *Homicides Studies*, Vol. 3: 129-150.
- Thomson, Ernie. (1997). Deterrence versus brutalization: The case of Arizona. *Homicides Studies*, Vol. 1: 110-128.
- United States Department of Justice. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics. National Judicial Reporting Program, 2006. ICPSR27701-v2. Ann Arbor, MI: Inter-university Consortium for Political and Social Research [distributor], 2011-03-08. <http://doi.org/10.3886/ICPSR27701.v2>.
- Yang, Bijou and Lester, David. (2008). The Deterrent Effect of Executions: A Meta-Analysis Thirty Years after Ehrlich. *Journal of Criminal Justice*, Vol. 36 (5): 453-460.
- Yunker, James A. (2001). A New Statistical Analysis of Capital Punishment Incorporating U.S. Postmoratorium Data. *Social Science Quarterly*, Vol. 82 (2): 297-311.
- Yunker, James A. (1976). Is the Death Penalty a Deterrent to Homicides? Some Time Series Evidence. *Journal of Behavioral Economics*, Vol. 5 (1): 45-81.
- Zimmermann, Paul R. (2006). Estimates of the Deterrent Effect of Alternative Execution Methods in the United States: 1978-2000. *American Journal of Economics and Sociology*, Vol. 65: 909-941.
- Zimmerman, Paul R. (2004). State executions, deterrence, and the incidence of murder. *Journal of Applied Economics*, Vol. 7: 163-193.
- Zimring, Franklin E., and Gordon J. Hawkins. (1973). Punishment in Crime Deterrence; Crime Prevention. Chicago, IL: University of Chicago Press.

Recent Trends in the Empirical Studies of the Deterrent Effect
of the Death Penalty on Homicides :
Focusing on the Empirical Studies of the United States of America

Hong, Moon-ki*

There has been little empirical research on the deterrent effect of capital punishment on homicide in South Korea. The main purpose of this study is to provide a comprehensive survey of prior research on the deterrent effect of capital punishment on homicide in the United States and its implications for South Korea. To this end, this study reviews the full range of research methods of the previously published econometrics studies in the United States. Research methods used in the previous studies are summarized in order: (1) research design, (2) research data, (3) the independent variable of main interest, (4) dependent variable, and (5) a list of control variables. In addition, this study presents a review of the recently published studies on capital punishment in South Korea. Based on the findings of this study, the suggestions for the future research in South Korea are discussed.

❖ Keyword: Death Penalty, Executions, Deterrence, Punishment, Murder

투고일 : 2월 28일 / 심사일 : 3월 24일 / 게재확정일: 3월 24일

* Research Intern in the Korean Institute of Criminology/ Ph.D. in Criminology and Criminal Justice

[형사정책연구지는 한국연구재단 등재지임]

형사정책연구

제28권 제1호(통권 제109호, 2017· 봄호)

발행인 : 김 진 환

발행처 : 한국형사정책연구원

서울시 서초구 태봉로 114

전화 (02)3460-5115

등 록 : 1990년 4월 3일 바-1360

발행일 : 2017년 3월 31일

인 쇄 : 경성문화사

전화 (02)786-2999

본 학술지 내용의 무단전재를 금함

[정가 : 10,000원]

