

형사정책연구

제29권 제3호(통권 제115호, 2018·가을호)

연구논문

조건부가치 추정을 통한 징역형의 금전적 가치에 관한 연구

양심적 병역거부의 '정당한 사유' 해석론 비판: '길'로서의 법 vs. '문'으로서의 법

범죄유형에 따른 형사조정 특성에 관한 경험적 고찰:

폭행 및 상해, 사기 사건을 중심으로

다중사기범죄의 현상에 대한 비판적 고찰과 규범적 대안:

「다중사기범죄 등 규제 기본법」의 법제화를 위한 시론

사실적시 명예훼손행위의 규제 문제와 개선방안에 관한 검토

수용자 자살위험요인 연구: 일반인 자살과 수용자 자살 비교를 중심으로

법정에 선 정신장애: 형사책임능력에 대한 의료지식과 법적 결정

자치경찰의 정치적 중립성 확보 방안에 관한 연구:

주요국의 자치경찰청장 선발절차 및 자격요건을 중심으로

오정일

강태경

이동원·윤현석

김대근

배상균

서종한

유진

한민경·박원규

형사정책연구

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

제29권 제3호(통권 제115호)

2018 · 가을호

한국형사정책연구원
KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

형사정책연구

형사정책연구는 형사정책분야에 관한 논문, 서평, 번역 등을 수록하는 학술지입니다.

본지의 발간목적은 학계와 실무계에서 이 분야에 관심을 가지고 계시는 분들에게 자유로운 발표의 지면을 제공함으로써 연구의욕을 북돋우고 형사정책분야의 학문적 발전을 도모하는데 있습니다.

본지에 수록된 논문의 의견은 한국형사정책연구원의 공식견해가 아니고 필자 개인의 의견입니다. 본지의 내용은 출처 및 집필자를 명시하는 한 자유로이 인용할 수 있습니다.

형사정책연구

제29권 제3호(통권 제115호, 2018·가을호)

[연구논문]

조건부가치 추정을 통한 징역형의 금전적 가치에 관한 연구

▶ 오정일 1

양심적 병역거부의 ‘정당한 사유’ 해석론 비판 : ‘길’로서의 법 vs. ‘문’으로서의 법

▶ 강태경 25

범죄유형에 따른 형사조정 특성에 관한 경험적 고찰 : 폭행 및 상해, 사기 사건을 중심으로

▶ 이동원·윤현석 103

다중사기범죄의 현상에 대한 비판적 고찰과 규범적 대안 :

「다중사기범죄 등 규제 기본법」의 법제화를 위한 시론

▶ 김대근 127

사실적시 명예훼손행위의 규제 문제와 개선방안에 관한 검토

▶ 배상균 163

수용자 자살위험요인 연구 : 일반인 자살과 수용자 자살 비교를 중심으로

▶ 서종한 191

법정에 선 정신장애 : 형사책임능력에 대한 의료지식과 법적 결정

▶ 유 진 231

자치경찰의 정치적 중립성 확보 방안에 관한 연구 :

주요국의 자치경찰청장 선발절차 및 자격요건을 중심으로

▶ 한민경·박원규 271

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

Vol. 29. NO. 3 (September, 2018)

[Article]

- Estimating the Money Value of Imprisonment; an Application of the Contingent Valuation Method
▶ Oh, Jeung-il22
- Criticism on the Supreme Court's Interpretation of "Justifiable Grounds" for Conscientious Objection : "Law-as-Path" vs. "Law-as-Gate"
▶ Gahng, Tae-gyung100
- Empirical Study on Characteristics of Criminal Mediation Based on the Types of Criminal Offenses : Focusing on assaults, bodily injury and fraud
▶ Lee, Dong-weon·Yoon, Hyun-seok125
- A Critical Review on the Phenomenon of Multifraud Crime and Normative Alternatives : For an Enactment of the Framework Act in the Regulation of Multifraud Crime, etc
▶ Kim, Dae-keun160
- A Study on the defamation through true facts and the proposals for defamation law reform
▶ Bae, Sang-kyun190
- The Study of Risk Factors for Suicide : Focus on comparison between general suicide and inmates' suicide
▶ Sea, Jong-han230
- Mental Disorders on Trial : An Empirical Study on the Judgment of Criminal Responsibility
▶ Yu, Jin269
- Strengthening political neutrality of local autonomous police systems : Regarding selection process and qualification requirements for local police chief in some major countries
▶ Han, Min-kyung·Park, Won-kyu304

조건부가치 추정을 통한 징역형의 금전적 가치에 관한 연구

오정일*

국 | 문 | 요 | 약

본 논문의 목적은 시민들이 징역에 따르는 고통의 가치를 금전적인 측면에서 어떻게 인식하고 있는지를 분석하는 것이다. 이를 위해 징역 1년을 가정하고 응답자에게 그러한 상황을 피하거나 수용하는 대가를 물어 보았다. 전자를 지불의사금액, 후자를 수용의사금액, 이러한 방식으로 응답자의 지불(수용)의사금액을 측정하는 것을 조건부가치 추정이라고 한다. 또한, 징역등가 벌금액도 측정하였다. 이는 지불(수용)의사금액을 보완하는 성격을 갖는다. 이 밖에, 본 논문에서는 사람들이 징역을 회피하거나 부담하는 것을 결정하는 데 있어서 어떤 요인이 작용하는지를 로지스틱 회귀분석을 통해 분석하였다.

연구 결과를 요약하면 다음과 같다. 첫째, 5,000만 원을 지불하고 교도소에 가지 않겠다는 응답자의 비율은 40.5%, 3억 원을 받고 1년 간 교도소에 간다는 비율은 55.7%이었다. 또한, 모든 응답자가 징역 1년 대신 1,000만 원의 벌금을 부과한다고 하였다. 둘째, 로지스틱 회귀분석을 수행한 결과, 지불의사금액의 경우 연령이 높을수록 지불 가능성이 높으며 교육 수준과 성별은 지불 확률과 무관하였다. 수용의사금액에 있어서는 교육 수준이 높을수록, 남성이 여성에 비해 수용 확률이 낮은 것으로 나타났다. 징역등가 벌금액의 경우에는 연령과 교육 수준이 높을수록 벌금을 부과할 확률이 낮았다. 셋째, 징역 1년에 대한 지불의사금액의 기댓값은 약 3,500만 원, 수용의사금액의 기댓값은 2.7억 원으로 측정되었다. 수용의사금액이 지불의사금액의 8배라는 사실을 확인하였다. 징역등가 벌금액의 기댓값은 약 5,100만 원으로서 지불의사금액과 크게 다르지 않았다. 넷째, 10대의 지불의사금액의 기댓값은 약 2,700만 원, 20~30대는 약 3,200만 원이며 40대 이상은 4,000만 원을 초과하였다. 수용의사금액의 기댓값은 30대 이하의 약 2억 원, 40대 이상은 3억 원을 상회하였다. 징역등가 벌금액의 기댓값은 10대와 20~30대는 약 6,000만 원, 40대 이상은 약 4,500만 원이었다.

본 논문에 의하면 징역 1월의 금전적 가치는 지불의사금액 및 징역등가 벌금액을 기준으로 약 300~430만 원이다. 이는 월 최저 소득 120만 원의 2.5~3.6배에 해당하는 금액이다. 그러나 우리 형법 상 징역 1월은 선택형으로서 벌금 22만 원에 불과하여 시민들이 체감하는 금액의 10%에 미치지 못한다. 형법 개정 시 불가상승율과 경제성장을, 시민들의 법적 인식을 반영하여 벌금액을 상향 조정할 필요성이 있다.

❖ 주제어 : 징역형, 벌금형, 지불의사금액, 수용의사금액, 로지스틱 회귀분석

* 경북대학교 행정학부 교수

I. 서론

형법은 9종류의 형벌을 규정하는데 형의 경·중은 동조에 규정된 순서에 의한다(제41조). 즉, 사형·징역·금고·자격상실·자격정지·벌금·구류·과료·몰수의 순서가 된다. 형의 경·중이 존재하기 때문에 원칙적으로 다른 종류의 형벌은 서로 대체할 수 없다. 그럼에도 불구하고 징역형과 벌금형을 선택형으로 규정하거나 양자를 병과하는 범죄가 존재한다. 벌금형은 형벌체계 상 징역형보다 가벼운 형벌로 규정되어 있으나 자본주의 사회에서는 범죄자에게 실질적인 제재 수단으로서 강력하게 작용한다. 또한, 벌금형은 환형 처분을 통하여 자유형으로 전환될 수 있다. 벌금형이 징역형과 선택형으로 규정된 사실, 벌금형이 인신의 자유를 제한하는 형태로 전환될 수 있다는 사실 등을 감안하면 양자는 이질적인 형벌이지만 호환성이 있다고 하겠다.

징역형의 선택형으로서 벌금형이 규정된 경우에도 징역형과 벌금형이 동일한 불법성을 표현한 것은 아니며 벌금형은 징역형을 부과할 필요가 없는 범죄에 대한 대체 수단의 의미가 크다는 주장이 있다.¹⁾ 그렇더라도 벌금형은 징역형과 비례적인 관계를 가져야 한다. 개별 범죄의 불법성은 징역형뿐만 아니라 벌금형을 통해서도 드러나야 한다. 우리 형법 상 징역형과 벌금형이 선택형으로 규정된 경우 징역 10년은 벌금 2천만 원, 징역 5년은 벌금 1천5백만 원, 징역 3년은 벌금 1천만 원으로서 양자가 비례 관계를 보이는 경우가 많다. 그러나 형법 제276조 존속감금죄와 제298조 강제추행죄의 법정형은 10년 이하의 징역 또는 1천5백만 원 이하의 벌금이지만 제319조 주거침입죄의 법정형은 3년 이하의 징역 또는 5백만 원 이하의 벌금이다.²⁾

법정형의 적정성을 판단하기 위해서는 동일한 범죄에 대하여 징역형과 벌금형을 선택적으로 입법한 이유와 기준을 검토하여야 한다. 그러나 제정 형법이 법정형을

1) 김혜경(2012)은 선택형으로서 벌금형은 자유형의 경·중에 상응해야 하는 것이 아니라 자유형을 대체하면서 자유형을 적용하기에 경미한 불법성에 적용되어야 하므로 자유형의 중한 정도보다 낮아야 한다고 주장하였다.

2) 이 외에도 형법 제323조 권리행사방해죄의 법정형은 5년 이하의 징역 또는 7백만 원 이하의 벌금이다. 제329조 절도죄의 법정형은 6년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금이며 제369조 특수손괴죄의 법정형은 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금이다.

양정한 이유, 징역형과 벌금형을 선택형으로 규정한 이유, 징역형과 벌금형의 관계 등이 법문 상 명확하지 않다.³⁾ 이러한 문제점은 현행 형법에서도 발견된다.⁴⁾ 그 동안 17차례의 개정을 통해 징역형과 벌금형 간 비례 관계가 분명해진 것은 아니다. 법정형의 적정성에 관한 주된 연구 과제는 두 가지이다. 절대적 수준에서 적정한 징역 기간과 벌금액을 파악하고, 징역형과 벌금형 간 이상적인 비례 관계를 측정하는 연구가 필요하다.

이상의 문제의식과 벌금형이 징역형을 어느 정도 대체하는 현실을 바탕으로 본 논문에서는 형법의 적용 대상이 되는 시민들이 징역에 따르는 고통의 가치를 금전적인 측면에서 어떻게 인식하고 있는지를 분석하였다. 이를 위해 특정한 상황(징역 1년)을 가정하고 응답자에게 그러한 상황을 피하거나 수용하는 대가를 물어 보았다. 전자를 지불의사금액(willingness to pay), 후자를 수용의사금액(willingness to accept)이라고 한다. 이러한 방식으로 응답자의 지불(수용)의사금액을 측정하는 것을 조건부가치 추정(contingent valuation method)이라고 부른다. 지불의사금액과 수용의사금액은 응답자가 주어진 상황을 자신의 것으로 인식한 상태에서 최대 지불 금액과 최소 수용금액을 밝힌 것이다.

하나의 상황에 대해 지불의사금액과 수용의사금액을 동시에 측정하는 이유는 무엇인가? A가 사고로 인해 손가락 하나를 잃은 경우를 생각해보자. “손가락 하나를 잃을 위험을 제거하기 위해 당신은 돈을 얼마나 지불할 것인가?”라고 A에게 묻는다면 이는 손가락 하나에 대한 지불의사금액을 측정하는 것이다. 반면, “손가락 하나를 잃는 대가로 당신은 돈을 얼마나 받을 것인가?”라고 A에게 질문한다면 이는 수용의사금액을 측정하기 위한 것이다. 응답자가 합리적이면 지불의사금액과 수용의사금액은 동일하다. 손가락 하나를 잃지 않기 위해 1억 원을 지불할 의사가 있다면 그것을 잃는 대가로 1억 원을 요구할 것이기 때문이다. 그러나 일반적으로 수용의사금액은 지불의사금액보다 높다고 알려져 있다(김동진, 2012). 이를 손실을 기피하는 성향이라고 한다. 다수의 연구에 의하면 사람들은 손실을 이득에 비해 4~15배

3) 최준혁(2014)은 1953년 제정된 우리 형법은 적어도 형벌제도에 관한 한 일본 형법의 내용을 그대로 받아들였다고 하였다.

4) 자유형과 벌금형이 선택형으로 규정된 경우 자유형과 벌금형 간 균형을 찾을 수 없을 만큼 다양하게 벌금이 규정되어 있고 유사한 특성이 있는 범죄 간 벌금액의 통일성은 없다(이천현, 2007).

더 크게 인식한다(김성준 외, 2012).⁵⁾⁶⁾

조건부가치 추정은 실제로 지불한 금액이 아니라 지불하겠다는 금액을 측정한다는 점에서 언급된 선호(stated preference)를 파악하는 방법이다. 지불(수용)의사금액을 측정하기 위한 설문조사에서 핵심은 어떤 방식으로 지불(수용)의사금액을 묻느냐이다. 일반적으로 두 가지 설문 방식이 사용된다. 첫째, 개방형 설문조사는 응답자에게 지불(수용)할 의사가 있는 최대(최소) 금액을 직접적으로 묻는 것이다. 둘째, 양분선택형 설문조사는 응답자에게 특정 금액을 제시하고 이를 지불 또는 수용할 의사가 있는지를 “예” 또는 “아니오”로 대답하게 한다. 만약, 하나의 금액이 아니라 복수의 금액을 연속적으로(오름차순 또는 내림차순) 제시하면서 응답자의 수용 또는 거부 의사를 파악한다면 이는 연속양분선택형 설문조사에 해당한다.⁷⁾

본 논문에서는 개방형 설문(예비적 설문조사)과 연속양분선택형 설문(본 설문조사)을 통해 징역 1년에 대한 지불 및 수용의사금액, 징역등가 벌금액의 크기를 측정하였다. 지불(수용)의사금액과 관련된 설문조사에서 응답자는 주어진 상황을 자신의 것으로, 징역등가 벌금액을 측정할 경우에는 제3자적 시각에서 주어진 상황을 판단한다. 징역등가 벌금액은 지불(수용)의사금액을 보완하는 성격을 갖는다.

본 논문은 다음과 같이 구성되었다. 2장에서는 형사제도에 대한 비용편익분석, 시민들의 법적 인식 조사, 조건부가치 추정과 관련된 기존 연구를 검토하였다. 본 논문에 사용된 연구방법, 설문조사 방식 등에 대해서는 3장에 기술하였다. 4장은 본 논문의 핵심적인 내용으로서 징역 1년에 대한 지불(수용)의사금액과 징역등가 벌금액을 측정한 결과이다. 끝으로 5장에 연구 결과의 요약과 정책적 함의를 제시하였다.

5) 따라서 지불의사금액은 특정 상황으로부터 발생하는 효용(또는 비효용)의 최솟값을, 수용의사금액은 효용(또는 비효용)의 최댓값을 나타낸다.

6) 이 밖에 징역 1년에 대한 징역등가 벌금액도 측정하였다. 이 용어는 저자가 만든 것이다. 이 경우, 응답자는 판사의 입장에서 주어진 상황에 대하여 징역 대신 벌금을 부과한다.

7) 이 외에도 단일양분선택형과 이중양분선택형 설문조사가 있다.

II. 기존 연구 검토⁸⁾

본 논문과 직·간접적으로 관련성이 있는 기존 연구는 세 종류로 범주화된다.

첫째, 특정한 형사제도의 시행에 따른 편익과 비용을 측정한 연구가 있다. 이러한 연구의 핵심적인 내용은 특정 제도로 인해 발생하는 편익의 크기를 측정하는 것이다. 대체로 지불의사금액을 통해 편익의 크기를 계산하였다. 이 범주에 속하는 기존 연구로 박경래(2013), 형사정책연구원(2011, 2009)이 대표적이다. 이들은 사법협조자 형벌 감면(플리 바게닝) 제도, 주폭 척결 프로그램, 청소년 대상 성범죄 예방 정책 등에 대한 시민 또는 경찰의 지불의사금액을 개방형 또는 양분선택형 설문조사를 통해 측정하였다. 특히, 형사정책연구원(2009)은 다른 연구에 비해 방법론 측면에서 개선된 것이다. 구체적으로 형사정책연구원(2009)은 단일양분선택과 이중양분선택 모형을 적용하여 신상 공개와 전자발찌 제도에 대한 지불의사금액을 측정하였다.

둘째, 시민들의 법적 인식을 조사한 연구가 있다. 이 범주에 속하는 연구가 징역의 금전적 가치를 측정하지는 않았으나 간접적으로 그것을 측정한 측면이 있다. 홍사단 투명사회운동본부는 2010년부터 “한국청소년의 투명도 연구”라는 이름으로 청소년과 학부모의 정직 인식을 조사하고 있다. 2015년의 조사는 청소년 4,820명, 학부모 1,915명을 대상으로 이루어졌다. 설문 항목 중에는 “10억 원이 생긴다면 잘못을 하고 1년 정도 감옥에 들어가도 괜찮다”라는 질문이 있다. 징역 1년에 대해 10억 원을 제시한 것이 타당한지에 대해 논란이 있을 수 있으나 징역에 대한 수용 의사금액을 측정하였다는 점이 본 논문과 유사하다. 이에 따르면 청소년은 약 36%, 학부모의 약 12%가 긍정적인 대답을 하였다. 형사정책연구원(2014)은 범죄 사례를 제시하고 응답자가 징역을 부과하는 설문조사를 시행하였다. 이는 가상적 상황을 제시하였다는 점에서 조건부가치 추정에 해당한다. 또한, 응답자가 제3자의 시각에서 형량을 정한다는 점에서는 징역등가 벌금액과 유사하다⁹⁾.

8) 필자가 찾아본 바로는 외국의 경우 본 논문과 유사한 주제를 연구한 기존연구가 없다. 이에 따라 여기에서는 우리나라의 기존연구를 검토하였다.

9) 예를 들면, 일반사기죄에 대한 설문의 경우 응답자에게 다음과 같은 상황이 제시되었다. “A(남, 50세)는 사업이 어려워져 파산하게 되었다. A는 일부러 이 사실을 숨긴 채 지인 B(남, 53세)에게

세 번째 범주에 속하는 연구는 양분선택형 설문조사를 통해 지불의사금액을 측정
한 것이다. 이들은 공통적으로 로지스틱 회귀분석(Logistic Regression Analysis)을
수행하여 지불의사금액의 평균값을 측정하였다. 연구 대상은 지방회계정보(임동완
외, 2017), 좋은 마을 만들기 사업(주덕, 2016), 교통사고의 심리적 비용(유정복 외,
2014), 축제 입장료(정찬영 외, 2014) 등으로 다양하다. 이러한 연구를 검토하면 양
분선택형 설문조사, 로지스틱 회귀분석, 지불의사금액의 평균 및 중간 값의 관계를
구체적으로 파악하는 것이 가능하다. 즉, 응답자에게 제시하는 최소 및 최대 금액,
제시 금액의 수, 단일양분선택과 이중양분선택 모형의 차이, 지불의사금액의 평균
및 중간 값의 계산 방법 등을 알 수 있다.

본 논문은 징역의 금전적 가치를 지불(수용)의사금액과 징역등가 벌금액을 통해
측정하였다는 점에서 앞의 두 범주에 속하는 연구를 결합하였다고 할 수 있다. 첫
번째 범주에 속하는 연구는 그 목적이 특정한 형사제도의 편익을 측정하는 것이다.
편익을 측정하는 방법은 다양한데 사법협조자 형벌 감면, 신상 공개 및 전자발찌
제도의 편익을 지불의사금액으로 측정하는 것이 타당한지 의문이다.¹⁰⁾ 반면, 징역
의 금전적 가치를 지불의사금액을 통해 측정하는 것은 타당한 측면이 있다. 형법
상 징역형과 벌금형이 선택형으로 규정되어 있고, 범죄자가 수감되면 경제적인 손
실을 입기 때문이다. 끝으로 기존 연구는 지불의사금액으로 편익의 크기를 측정하
였으나 본 논문에서는 수용의사금액과 징역등가 벌금액도 측정하였다. 지불의사금
액과 수용의사금액을 동시에 측정할 경우 전자는 금전적 가치의 최소치를, 후자는
최대치를 나타낸다고 할 수 있다.

사업이 잘 되니 투자하면 큰 수익을 올려주겠다며 3,000만 원을 빌려 잡적했다.”

- 10) 신상 공개 제도의 편익은 동 제도의 도입으로 인해 감소한 범죄 수와 청소년 대상 성범죄의 사회적
비용을 곱한 것으로 정의된다. 성범죄의 사회적 비용을 시민의 지불의사금액으로 측정하는 것이
최선인지에 대해 논란이 있을 수 있다.

〈표 1〉 기존 연구 요약

	저 자	연 도	주 요 내 용
형사제도	박경래	2013	• 사법협조자 형벌감면제도에 대한 비용편익분석 • 응답자 500명/개방형 설문조사
	형사정책연구원	2011	• 충북경찰청 주폭 척결 프로그램에 대한 비용편익분석 • 응답자 408명(경찰 208명, 주민 200명)/개방형 설문조사
	형사정책연구원	2009	• 청소년대상 성범죄 예방정책(신상공개 및 전자발찌)의 사회적 편익 • 응답자 500명/양분선택형 설문조사
법인식 조사	홍사단	2015	• 청소년 및 학부모 정직지수 조사 • 응답자 6,735명(청소년 4,820명, 학부모 1,915명) • 설문: 10억이 생긴다면 잘못을 하고 1년 간 교도소에 들어가도 괜찮은가?
	형사정책연구원	2014	• 형벌의 적정성에 관한 일반인 인식조사 • 응답자 900명(일반인 598명, 전문가 302명)/개방형 설문조사 • 범죄 사례를 제시하고 적절한 형량을 질문함
조건부 가치추정	임동완 외	2017	• 지방회계정보의 경제적 가치 • 응답자 330명/양분선택형 설문조사
	주덕	2016	• 좋은 마을 만들기 사업에 대한 지불의사금액 • 응답자 300명/양분선택형 설문조사
	유정복 외	2014	• 교통사고의 심리적 비용 • 응답자 551명/양분선택형 설문조사
	정찬영 외	2014	• 축제 입장료 측정 • 응답자 508명/양분선택형 설문조사

III. 연구 방법 및 사용 자료

1. 연구 방법

지불(수용)의사금액은 응답자가 이해당사자로서 자신에게 주어진 가상적 상황에 대해 지불(수용)할 수 있는 금액을 밝힌 것이다. 반면, 징역등가 벌금액은 응답자가 제3자로서 주어진 상황을 객관적으로 판단하여 적절하다고 밝힌 금액이다. 형량은 이해관계자가 아닌 판사에 의하여 결정되므로 제3자적 시각에서 징역의 금전적 가치를 측정하는 것이 필요하다. 지불(수용)의사금액과 징역등가 벌금액을 측정하기

위하여 본 논문에서는 <표 2>와 같은 가상적 상황을 응답자에게 제시하였다.

〈표 2〉 설문조사의 가상적 상황

	가상적 상황
지불의사금액	당신은 죄를 지어서 1년 동안 감옥에 있어야 합니다. 그러나 벌금을 내면 감옥에 가지 않아도 됩니다.
수용의사금액	당신은 다른 사람을 대신하여 감옥에 1년 동안 있어야 합니다. 그리고 그 대가로 돈을 받습니다.
징역등가 벌금액	A는 징역 1년에 해당하는 죄를 지었습니다. 당신은 A에게 징역 1년에 해당하는 벌금을 부과합니다.

<표 2>에서 확인되듯이 가상적 상황은 감옥에서 1년을 지내는 것이다. 구체적으로 설문조사는 다음과 같은 방식으로 이루어졌다. 지불의사금액과 징역등가 벌금액의 경우 응답자에게 낮은 금액부터 제시하여 “아니오”라는 대답이 나오면 설문이 종료되었다. 그 이상의 금액은 “아니오”로 대답한 것으로 간주하였다. 수용의사금액의 경우에는 높은 금액부터 제시하여 “아니오”의 대답이 나올 때까지 설문조사가 진행되었다. 그 이하의 금액에 대해서는 “아니오”로 처리하였다. 이러한 방식으로 설문조사를 수행한 이유는 지불의사금액과 징역등가 벌금액은 응답자의 “최대” 금액을, 수용의사금액은 “최소” 금액을 나타내기 때문이다.

응답자의 “예”라는 대답은 1로, “아니오”는 0으로 수치화하였다. 예를 들어, 100명에게 1,000만 원을 제시하고 지불 의사를 물은 결과, 70명이 “예”, 30명이 “아니오”라고 대답하였다면 평균적인 시민이 1,000만 원을 지불하고 징역 1년을 회피할 확률은 $0.7(\frac{(1 \times 70) + (0 \times 30)}{100})$ 이다. 또한, 1,000만 원, 2,000만 원, 3,000만 원, 4,000만 원, 5,000만 원을 지불할 확률이 각각 0.7, 0.6, 0.3, 0.2, 0.1로 측정된다면 징역 1년에 대한 지불의사금액은 $1,900((0.7 + 0.6 + 0.3 + 0.2 + 0.1) \times 1,000)$ 만 원이다.

이 밖에, 본 논문에서는 사람들이 징역을 회피하거나 부담하는 것을 결정하는 데 있어서 어떤 요인이 작용하는지를 로지스틱 회귀분석을 통해 분석하였다. 물론, 가장 중요한 요인은 지불하거나 수령하는 금액 즉, 설문조사에서 제시되는 금액이다.

그러나 제시되는 금액이 유일한 요인은 아니다. 성별, 연령, 학력, 소득 수준 등이 응답자의 선택에 영향을 미칠 수 있다. 만약, 제시되는 금액 외에 응답자의 연령이나 교육 수준이 지불(수용) 확률에 영향을 미친다면 지불(수용)의사금액을 연령대별, 교육 수준별로 측정해야 한다.¹¹⁾

2. 사용 자료

연속양분선택형 설문조사를 수행하는 데 있어서 현실적으로 문제가 되는 것은 “제시되는 첫 번째 금액(최소 금액)은 얼마인가?”, “몇 개의 금액을 제시할 것인가?”, “순차적으로 증액 또는 감액되는 금액은 얼마인가?” 등이다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 예비적 설문조사를 실시하고 이를 바탕으로 본 설문조사에 제시할 금액을 결정하였다. 이 과정에서 미국 NOAA(National Oceanic and Atmospheric Administration)와 우리나라 한국개발연구원의 권고안을 참고하였다. 이에 따르면 예비적 설문조사에서 응답자가 밝힌 지불(수용)의사금액의 15~85%에 해당하는 금액을 5구간으로 나누어서 본 설문조사에 제시하는 것이 적절하다.

〈표 3〉 예비적 설문조사 결과

	지불의사금액	수용의사금액	징역등가 벌금액
평균	3,500	32,302	4,886
최솟값	500	1,000	500
최댓값	12,000	120,000	20,000
하위 15%	500	2,100	1,000
하위 85%	6,500	100,000	10,000
표본 크기	54명	53명	50명

주. 단위는 만 원

예비적 설문조사는 2018년 2월 20~28일에 세 유형(지불의사금액, 수용의사금액, 징역등가 벌금액)별로 각각 50명 이상을 대상으로 시행되었다.¹²⁾ <표 3>은 예비적

11) 징역등가 벌금액의 경우도 마찬가지이다.

12) <표 2>의 가상적 상황이 제시되면 응답자는 주관식으로 대답하였다(개방형 설문).

설문조사를 통해 드러난 지불(수용)의사금액과 징역등가 벌금액에 대한 기술적 통계(descriptive statistics)이다. 수용의사금액의 평균은 약 3.2억 원으로서 지불의사금액의 약 9배이다. 또한, 징역등가 벌금액의 평균은 약 4,900만 원인데 이는 지불의사금액의 평균보다 약 1,400만원 높은 금액이다. 수용의사금액에 비해 지불의사금액이 객관적인 금액이라는 사실을 확인하였다.¹³⁾ 응답자는 자신이 대가를 지불할 때 상대적으로 신중하게 금액을 결정한다고 해석된다.

〈표 4〉 본 설문조사에 제시된 금액

	지불의사금액	수용의사금액	징역등가 벌금액
금액 1*	1,000	10,000	1,000
금액 2	2,000	20,000	3,000
금액 3	3,000	30,000	5,000
금액 4	4,000	40,000	7,000
금액 5**	5,000	50,000	10,000

주. 단위는 만 원 *: 최소 금액 **: 최대 금액

예비적 설문조사에서 나타난 지불의사금액의 15~85% 범위는 500~6,500만 원이다. 그러나 본 설문조사에는 1,000~5,000만 원을 제시하였다. 이는 예비적 설문조사에서 가장 높은 빈도(frequency)를 나타낸 금액을 반영한 결과이다. 예비적 설문조사에서 전체 응답자의 20%가 5,000만 원을 지불하겠다고 대답하였다. 수용의사금액의 경우에는 2,100~100,000만 원이 15~85% 범위에 해당하지만 이상치(outlier)로 인해 85%에 해당하는 금액(100,000만 원)이 과장되었다. 이는 개방형 설문조사의 단점이다. 수용의사금액은 지불의사금액의 4~15배라는 기존 연구를 감안하여 지불의사금액의 10배에 해당하는 1~5억 원을 본 설문조사에 제시하였다. 끝으로 징역등가 벌금액은 15~85%에 해당하는 1,000~10,000만 원을 1,000만 원, 3,000만 원, 5,000만 원, 7,000만 원, 1억 원으로 나누어서 본 설문조사에 사용하였다.

13) 미국 NOAA도 수용의사금액보다는 지불의사금액을 측정하는 것이 바람직하다고 권고하였다(박현 외, 2004).

〈표 5〉 본 설문조사의 연령대별 표본 구성

	지불의사금액	수용의사금액	징역등가 벌금액
10대	51명	51명	52명
20~30대	58명	60명	55명
40~50대	71명	70명	77명
60대 이상	42명	40명	40명
합 계	222명	221명	224명

본 설문조사에서는 한 명의 응답자에게 지불(수용)의사금액과 징역등가 벌금액을 묻지 않고 한 종류의 금액만을 제시하였다. 다시 말해서, 한 명의 응답자에게 하나의 가상적 상황이 제시되었다. 이로 인해 세 개의 응답 집단의 동일성을 확보하는 문제가 발생하였다.¹⁴⁾ 세 응답 집단의 구성을 통일하기 위하여 본 논문에서는 우리나라의 연령대별 인구 비율을 표본 구성의 기준으로 삼았다. 2016년 현재 우리나라 전체 인구 중 10대 이하의 비율은 19.5%, 20~30대는 26.88%, 40~50대는 33.83%, 60대 이상은 19.78%이다.¹⁵⁾ 이 비율을 적용하여 표본을 구성한 결과가 <표 5>이다. 10대는 경상북도 소재 중·고등학교 중 하나를 정해서 재학생을, 20대는 경북대학교 재학생을, 30대 이상은 경상북도와 대구시 주민을 대상으로 무작위로 표본을 추출하였다. 본 설문조사는 2018년 3월 19~29일에 대면 설문 형식으로 시행되었다.

14) 만약, 지불의사금액의 응답 집단이 수용의사금액에 비해 평균 연령이 높다면 이로 인해 지불의사금액이 과장 또는 축소될 수 있다.

15) KOSIS에서 인용

IV. 연구 결과

〈표 6〉 본 설문조사 결과

	지불의사금액		수용의사금액		징역등가 벌금액	
	예	아니오	예	아니오	예	아니오
금액 1	222 (100%)	0 (0%)	36 (16.29%)	185 (83.71%)	224 (100%)	0 (0%)
금액 2	186 (83.78%)	36 (16.22%)	74 (33.48%)	147 (66.52%)	187 (83.48%)	37 (16.52%)
금액 3	160 (72.07%)	62 (27.93%)	123 (55.66%)	98 (44.34%)	95 (42.41%)	129 (57.59%)
금액 4	128 (57.66%)	94 (42.34%)	143 (64.71%)	78 (35.29%)	37 (16.52%)	187 (83.48%)
금액 5	90 (40.54%)	132 (59.46%)	221 (100%)	0 (0%)	22 (9.82%)	202 (90.18%)

주. 금액 1~금액 5의 값은 설문조사의 유형에 따라 상이함. 지불의사금액: 1,000만 원, 2,000만 원, 3,000만 원, 4,000만 원, 5,000만 원. 수용의사금액: 1억 원, 2억 원, 3억 원, 4억 원, 5억 원. 징역등가 벌금액: 1,000만 원, 3,000만 원, 5,000만 원, 7,000만 원, 1억 원.

<표 6>은 지불(수용)의사금액과 징역등가 벌금액에 대한 응답자의 대답을 요약한 것이다. 세 유형별로 최대 5개의 금액을 연속적으로 물어보았다. 지불의사금액의 경우, 높은 금액이 제시됨에 따라 “예”라는 대답이 감소하였다. 5,000만 원을 지불하고 교도소에 가지 않겠다는 응답자의 비율은 40.5%에 불과하다. 수용의사금액의 경우에는 높은 금액을 제시하면 수용 확률이 증가하였다. 3억 원을 받고 1년 간 교도소에 간다는 응답자의 비율은 55.7%이고, 모든 응답자가 5억 원을 받고 1년 간 교도소에 간다고 대답하였다. 징역등가 벌금액에 있어서는 모든 응답자가 징역 1년 대신 1,000만 원의 벌금을 부과한다고 하였으며 1억 원을 부과하겠다고 대답한 응답자의 비율도 약 9.8%이다.

<표 7> 지불(수용)의사금액과 징역등가 벌금액에 대한 로지스틱 회귀분석

지불의사금액	금액 2 (2,000만 원)	금액 3 (3,000만 원)	금액 4 (4,000만 원)	금액 5 (5,000만 원)
성별	0.009(0.393)	0.046(0.324)	0.141(0.308)	-0.057(0.291)
연령대	0.830(0.246)***	0.736(0.185)***	0.996(0.176)***	0.508(0.147)***
교육수준	-0.267(0.330)	-0.227(0.265)	-0.492(0.256)*	-0.044(0.227)
표본크기	222	222	222	222
P값	0.001	0.000	0.000	0.000
결정계수(R ²)	0.08	0.08	0.13	0.05
수용의사금액	금액 1 (1억 원)	금액 2 (2억 원)	금액 3 (3억 원)	금액 4 (4억 원)
성별	-0.419(0.378)	-0.632(0.300)**	-0.525(0.315)*	-0.104(0.349)
연령대	0.487(0.186)***	0.533(0.154)***	1.059(0.176)***	1.535(0.231)***
교육수준	-0.780(0.321)**	-0.180(0.233)	-0.565(0.254)**	-0.725(0.295)**
표본크기	221	221	221	221
P값	0.005	0.000	0.000	0.000
결정계수(R ²)	0.07	0.06	0.17	0.25
징역등가 벌금액	금액 2 (3,000만 원)	금액 3 (5,000만 원)	금액 4 (7,000만 원)	금액 5 (1억 원)
성별	-0.488(0.393)	-0.234(0.284)	-0.059(0.393)	-0.069(0.492)
연령대	-0.053(0.190)	-0.482(0.157)***	-1.174(0.297)***	-1.497(0.456)***
교육수준	0.613(0.355)*	0.270(0.256)	0.766(0.371)**	0.722(0.497)
표본크기	224	224	224	224
P값	0.140	0.014	0.000	0.000
결정계수(R ²)	0.03	0.03	0.11	0.15

주. 상수항에 대한 추정치는 생략. 괄호 안의 숫자는 표준오차. *: 10% 유의수준 하에서 유의미함 **: 5% 유의수준 하에서 유의미함 ***: 1% 유의수준 하에서 유의미함

<표 7>은 특정 금액을 제시하고 응답자에게 이 금액을 지불(수용)할 것인지, 부과할 것인지를 설문한 결과에 대해 로지스틱 회귀분석을 수행한 것이다.¹⁶⁾ 여기에서 종속변수는 <표 6>에 제시된 “예” 또는 “아니오”라는 응답이고 설명변수는 설문 항목에 포함된 응답자의 인구·사회학적 변수이다. 한 가지 주의해야 할 사실은 모든 응답자가 “예”라고 대답한 금액에 대해서는 로지스틱 회귀분석을 수행할 수 없

16) 응답자의 소득 수준을 나타내는 변수를 설명변수로 고려하여 모형을 추정하였으나 모든 모형에서 통계학적으로 의미가 없다는 결과가 나와서 추정 결과를 생략하였다.

다는 것이다. <표 6>을 보면 지불의사금액의 경우 응답자 222명 모두가 1,000만 원을 지불하겠다고, 수용의사금액에 있어서는 221명 전원이 5억 원을 받겠다고, 224명의 응답자는 징역 1년 대신 1,000만 원의 벌금을 부과한다고 대답하였다.

지불의사금액에 대한 로지스틱 회귀분석의 결과를 살펴보면 모형의 설명력은 5~13%이다. 제시된 금액이 4,000만 원일 때 설명력이 가장 높으며 5,000만 원을 제시한 모형의 설명력은 5%에 불과하다. 모든 금액에 있어서 연령대의 계수의 부호는 정(+)이다. 나이가 많을수록 지불 가능성이 높다는 사실을 확인하였다. 교육 수준은 지불 확률과 무관하며(4,000만 원 제외) 응답자의 성별도 지불 가능성에 영향을 미치지 않았다. 수용의사금액에 대한 분석 결과는 지불의사금액과 상이하다. 모형의 설명력이 상대적으로 높는데 특히, 제시된 금액이 4억 원과 5억 원인 경우 결정계수의 값은 각각 17%와 25%이다. 교육수준의 계수의 부호는 3개 모형에서 부(-)로 나타났다. 징역등가 벌금액의 경우 연령대와 교육수준의 계수의 부호는 대체로 지불(수용)의사금액과 반대로 나타났다. 지불(수용)의사금액과 달리 징역등가 벌금액은 타인에게 부과되기 때문인 것으로 해석된다.

〈표 8〉 응답자의 연령·교육 수준과 지불(수용) 및 부과 가능성

	지불 가능성	수용 가능성	부과 가능성 [*]
연령	+	+	-
교육 수준	-	-	+

주. *: 징역등가 벌금액을 부과할 가능성을 의미함

<표 7>의 주된 내용을 요약하면 <표 8>과 같다. <표 8>을 보면 연령이 높은 응답자와 교육 수준이 높은 응답자의 행태는 상반된다. 양자의 행태는 다음과 같이 요약된다. 첫째, 연령이 높은 응답자는 돈을 지불(수령)하고 징역을 회피(부담)하는 경향성이 강하지만 이를 타인에게 허용하는 것에 대해서는 부정적이다. 둘째, 교육 수준이 높은 응답자는 돈을 지불(수령)하고 징역을 회피(부담)하는 경향성이 약하나 이를 타인에게 허용하는 것에 대해서는 긍정적이다.¹⁷⁾

17) 응답자의 교육수준이 지불(수용)의사금액과 징역등가 벌금액에 미치는 영향이 크지는 않다.

〈표 9〉 지불(수용)의사금액 및 징역등가 벌금액의 기댓값

지불(수용)의사금액	10대	20~30대	40~50대	60대 이상	전체
금액 1 (1,000만 원)	1,000	1,000	1,000	1,000	1,000
금액 2 (2,000만 원)	0.706	0.759	0.944	0.929	0.838
금액 3 (3,000만 원)	0.510	0.638	0.887	0.810	0.721
금액 4 (4,000만 원)	0.294	0.431	0.789	0.762	0.577
금액 5 (5,000만 원)	0.196	0.379	0.507	0.524	0.405
기댓값	2,706만원	3,207만원	4,127만원	4,025만원	3,541만원
표본 크기	51	58	71	42	222
수용의사금액	10대	20~30대	40~50대	60대 이상	전체
금액 1 (1억 원)	0.118	0.100	0.200	0.250	0.163
금액 2 (2억 원)	0.196	0.267	0.386	0.525	0.335
금액 3 (3억 원)	0.314	0.400	0.671	0.900	0.557
금액 4 (4억 원)	0.353	0.433	0.857	0.975	0.647
금액 5 (5억 원)	1,000	1,000	1,000	1,000	1,000
기댓값	1.98 [*] 억원	2.20억원	3.11억원	3.65억원	2.70억원
표본 크기	51	60	70	40	221
징역등가 벌금액	10대	20~30대	40~50대	60대 이상	전체
금액 1 (1,000만 원)	1,000	1,000	1,000	1,000	1,000
금액 2 (3,000만 원)	0.788	0.855	0.844	0.850	0.835
금액 3 (5,000만 원)	0.577	0.527	0.260	0.400	0.424
금액 4 (7,000만 원)	0.288	0.309	0.026	0.075	0.165
금액 5 (1억 원)	0.192	0.200	0.013	0.000	0.098
기댓값	5,882 ^{***} 만원	5,982만원	4,299만원	4,650만원	5,142만원
표본 크기	52	55	77	40	224

주. ^{*}: $(1 + 0.706 + 0.51 + 0.294 + 0.196) \times 1,000$
^{**}: $(0.118 + 0.196 + 0.314 + 0.353 + 1) \times 1$
^{***}: $(1 + 0.788 + 0.577 + 0.288) \times 2,000 + 0.192 \times 3,000$

앞의 <표 7>에서 응답자의 연령이 지불(수용)의사금액과 징역등가 벌금액의 크기에 영향을 미친다는 사실을 확인하였으므로 본 장에서는 응답자의 연령대별 지불(수용)의사금액과 징역등가 벌금액의 기댓값을 측정하였다. 우리의 주된 관심사는 전체 표본으로부터 측정한 기댓값이지만 연령대별로 기댓값을 비교하는 것도 의미가 있다.

전체 표본으로부터 측정한 기댓값을 보면 징역 1년에 대한 지불(수용)의사금액은 약

3,500만 원이다. 이를 월 단위로 환산하면 약 300만 원에 해당한다. 반면, 수용의사 금액은 2.7억 원으로 측정되었다. 수용의사금액은 지불의사금액의 약 7.7배이다. 징역등가 벌금액은 약 5,100만 원으로서 지불의사금액과 크게 다르지 않다. 지불의사금액의 크기를 연령대별로 비교하면 10대의 지불의사금액은 약 2,700만 원, 20~30대는 약 3,200만 원이며 40대 이상은 4,000만 원을 초과하였다. 연령이 높을수록 징역 1년을 회피하는 대가로 더 많은 금액을 지불할 의사가 있다고 하겠다. 수용의사금액은 30대를 기준으로 크게 달라진다. 30대 이하의 약 2억 원인데 비해 40대 이상은 3억 원을 상회하였다. 징역등가 벌금액의 연령대별 크기는 지불 및 수용의사금액과 다르다. 10대와 20~30대는 약 6,000만 원, 40대 이상은 약 4,500만 원이었다.

V. 결론

본 논문에 의하면 징역 1년의 금전적 가치는 지불의사금액을 기준으로 약 3,500만 원, 징역등가 벌금액으로 측정하면 약 5,100만 원이다. 이 금액을 월 단위로 환산하면 각각 295만 원과 429만 원이다. 즉, 징역 1월의 금전적 가치는 약 300~430만 원이라고 할 수 있다. 2018년 최저임금 시간당 7,500원, 일 8시간/주 5일/월 4주의 노동을 가정하면 월 최저 소득은 약 120만 원이다. 따라서 징역 1월의 금전적 가치는 월 최저 소득의 약 2.5~3.6배이다. 여기에는 수감 생활에 따르는 정신적·육체적 고통이 포함되었다고 할 수 있다.

그렇다면 실제 형사재판에서 징역 1년의 금전적 가치는 얼마로 환산되는가? 우리 형법은 징역형과 벌금형을 선택형으로 규정하고 있으므로 양자의 관계를 살펴보면 재판실무 상 징역의 가치가 얼마로 책정되는지를 알 수 있다. 김성균 외(2018)에 의하면 2018년 개정된 형법 상 징역 1월은 선택형으로서 벌금 22만 원에 해당한다. 우리 형법 상 징역 1월의 금전적 가치는 시민들이 체감하는 금액의 10%에 미치지 못한다. 물론, 법정형이 시민들의 법적 인식을 전적으로 반영해야 하는 것은 아니다. 그러나 현재의 벌금형 구조가 경제적 현실을 제대로 반영하지 못한다는 주장이 오

래 전에 제기되었다. 형법 개정 시, 물가상승율과 경제성장률, 시민들의 법적 인식을 반영하여 벌금액을 상향 조정하는 것이 필요하다고 하겠다.

본 논문의 한계를 지적하면 다음과 같다. 먼저, 표본의 구성에 있어서 지역적 한계가 존재한다. 본 논문의 설문조사에 사용된 표본은 대구시와 경상북도에서 추출되었다. 모든 시민들이 징역형 또는 벌금형의 대상이 되므로 전국적으로 표본을 추출해야 한다. 다만, 법정형에 대한 인식이 지역별로 다르다는 기존 연구가 없으므로 일부 지역에서 추출한 표본을 사용한 연구 결과가 전국을 대상으로 한 것과 크게 다르지 않을 것이다.

다음으로, 일반 시민들만을 대상으로 징역의 금전적 가치를 측정한 단점이 있다. 징역을 경험한 전과자와 간접적으로 경험한 경찰, 검찰 공무원을 설문조사의 대상에 포함시키고, 이들을 대상으로 한 연구 결과와 시민들을 대상으로 한 것을 비교하면 유용한 정책적 함의를 도출할 수 있다.

끝으로 본 논문에서는 징역 1년의 금전적 가치를 측정하였으나 3년 또는 5년에 대한 지불(수용)의사금액을 측정하는 것이 필요하다. 왜냐하면, 징역 3년에 대한 지불의사금액이 징역 1년의 세 배라고 할 수 없기 때문이다. 실제로 지불의사금액을 측정하면 징역 3년에 해당하는 금액은 1년의 세 배에 못 미치거나 초과할 수 있다.¹⁸⁾ 징역 1년 외에 3년, 5년 등에 대한 설문조사를 시행하면 보다 현실적인 벌금형 구조를 수립하는 데 도움이 될 것이다. 이에 대해서는 향후 별도의 심층적인 연구가 있어야 할 것이다.

18) 징역 기간이 길어짐에 따라 고통이 체증적으로 증가한다면 징역 3년에 대한 지불(수용)의사금액은 1년의 세 배를 초과할 것이나, 고통이 체감적으로 증가한다면 세 배에 미달할 것으로 예상된다.

참고문헌

- 김동건. (2012). 비용·편익분석. 서울: (주) 박영사.
- 김석수. (2006). 철학, 고통 그리고 치료. 「철학연구」. 100: 179-201.
- 김성균·이문호·오정일. (2018). 벌금형의 적정성에 관한 연구: 제정 형법과 현행 형법에 대한 통계적 분석. 「법경제학연구」 심사 중.
- 김성준·오정일. (2012). 비용편익분석의 이해. 대구: 경북대학교 출판부.
- 김혜경. (2012). 법정형으로서 합리적 벌금형을 위한 필요조건. 「형사법연구」. 24(2): 102-137.
- 박경래. (2013). 사법협조자 형벌감면제도 도입에 대한 비용편익분석 연구. 「한국경찰연구」. 12(2): 79-114.
- 박경래·강우예·고학수·이종인·이종한·최성락·김대근. (2009). 범죄 및 형사정책에 대한 법경제학적 접근(Ⅰ). 「형사정책연구원 연구총서」. 19-596.
- 박경래·김용호·최성락·김수동·성우제·임혜준. (2011). 범죄 및 형사정책에 대한 법경제학적 접근(Ⅲ). 「형사정책연구원 연구총서」. 23-634.
- 박성훈·김한균·김영규·박철현. (2014). 형사정책과 사법제도에 관한 평가 연구(Ⅷ): 범죄의 심각성 및 형벌의 적정성에 관한 국민의식 연구. 「형사정책연구원 연구총서」. 1-570.
- 박현·유경준·곽승준. (2004). 문화시설의 가치추정 연구. 서울: 한국개발연구원.
- 법률소비자연맹. (2018). 제55회 법의 날(4월 25일)을 맞아: 법률연맹, 청년대학생 3천6백56명 법의식 조사결과. 1-19.
- 오정일. (2012). 비용편익분석의 유용성에 관한 이론적 검토. 「정책분석평가학회보」. 22(1): 33-57.
- 오정일. (2015). 조건부가치추정을 통한 병역제도 설계: 급여와 복무 기간을 중심으로. 「정책분석평가학회보」. 25(3): 61-79.
- 오정일·최우석·이문호. (2016). 포즈너 효율성으로 조망한 대법원 판례. 「이주법학」. 10(3): 260-283.
- 유정복·이성준. (2014). CVM을 이용한 교통사고의 심리적 비용 산정. 「교통연구

- 구」. 21(2): 41-55.
- 이천현. (2007). 벌금형의 규정방식에 관한 고찰. 「형사정책연구」. 18(3): 467-490.
- 임동완·윤성일·문광민. (2017). 지방회계정보의 경제적 가치 추정: 이중양분선택형 조건부가치측정법의 적용. 「한국정책과학학회보」. 21(3): 93-119.
- 정기호. (2011). 한국 중소형 일체형 원자로(SMART)의 사회적 가치 평가: 비사용 가치를 중심으로. 「에너지경제연구」. 10(2): 55-75.
- 정찬영. 이훈. (2014). 축제의 경제적 지속성을 위한 축제 입장료 지불 가치 추정: 가상적 가치추정방법(CVM)을 이용하여. 「관광연구논총」. 26(2): 153-174.
- 주덕. (2016). 마을 만들기 사업 가치평가의 결정요인 추정: 지역사회자본의 영향력을 중심으로. 「지방정부연구」. 20(3): 325-343.
- 최준혁. (2014). 벌금형과 보호관찰의 쟁점: 벌금형의 합리적 산정가능성 - 형법 제 70조 제2항에 대한 검토를 중심으로. 「한국형사정책학회」. 26(3): 9-44.
- 한국개발연구원. (2008). 예비타당성조사 수행을 위한 일반지침 수정·보완 연구(제5판). 한국개발연구원 연구보고서.
- 홍사단 투명사회운동본부. (2015). 2015년 대한민국 청소년 및 학부모 정직지수 조사 결과보고서. 1-83.

부록. 지불의사금액의 측정을 위한 설문

본문에 제시한 지불(수용)의사금액과 징역등가 벌금액은 아래와 같은 설문지를 통해 수집된 자료를 바탕으로 계산된 것이다. 설문지에 적시된 5개 금액에 대해 응답자 1, 응답자 2, 응답자 3의 대답이 A.1이면 데이터는 A.2가 된다(여타 설명 변수는 제외).

형벌의 금전적 가치에 관한 인식 조사	지불의사금액 (징역 1년)
귀하가 응답한 내용은 연구의 목적으로만 사용됩니다. 이를 위반할 경우에는 아래의 연구자가 통계법 제33조에 의해 처벌됩니다. 설문에 응해주셔서 감사합니다. 연구자 : 경북대학교 일반대학원 행정학과 김도현, 010-6455-0162, stats0913@knu.ac.kr	
○ 귀하의 성별은 무엇입니까? ☐ 남성 ☐ 여성 ○ 귀하의 나이는 얼마입니까? 만 ()세 ○ 당신의 학력은 어떻습니까? ☐ 고졸 이하 ☐ 대학 재학 혹은 졸업 ☐ 대학원 재학 혹은 졸업 ○ 당신의 현재 월 소득 수준은 어느 정도입니까? ☐ 100만원 이하 ☐ 100만원 초과~200만원 이하 ☐ 200만원 초과~300만원 이하 ☐ 300만원 초과~400만원 이하 ☐ 400만원 초과	
☞ 당신은 다음의 가상 상황에 처해 있습니다. 당신은 죄를 지어서 1년 동안 교도소에 있어야 합니다. 그러나 벌금을 내면 교도소에 가지 않아도 됩니다.	
Q. 당신은 최대 얼마까지 벌금을 낼 의사가 있습니까? ※ ①번부터 응답하시고 답변의 안내에 따라 설문을 진행하시면 됩니다. ① [1,000만 원]이면 적당하다. ☐ 그렇다(②번으로) ☐ 아니다(설문종료) ② [2,000만 원]이면 적당하다. ☐ 그렇다(③번으로) ☐ 아니다(설문종료) ③ [3,000만 원]이면 적당하다. ☐ 그렇다(④번으로) ☐ 아니다(설문종료) ④ [4,000만 원]이면 적당하다. ☐ 그렇다(⑤번으로) ☐ 아니다(설문종료) ⑤ [5,000만 원]이면 적당하다. ☐ 그렇다(설문종료) ☐ 아니다(설문종료)	

A. 1 설문 결과

제시 금액	응답자 1	응답자 2	응답자 3
1,000만 원	아니오	아니오	아니오
2,000만 원	아니오	아니오	예
3,000만 원	예	아니오	-
4,000만 원	-	예	-
5,000만 원	-	-	-

A. 2 데이터

종속변수	제시 금액 (설명변수)	
0	1,000	응답자 1
0	2,000	
1	3,000	
1	4,000	
1	5,000	
0	1,000	응답자 2
0	2,000	
0	3,000	
1	4,000	
1	5,000	
0	1,000	응답자 3
1	2,000	
1	3,000	
1	4,000	
1	5,000	

Estimating the Money Value of Imprisonment; an Application of the Contingent Valuation Method

Oh, Jeung-il*

The aim of this paper is to analyze how much Korean people value the sufferings from imprisonment in terms of money. For this study, it is necessary to ask citizens how much they will pay(receive) money to escape(accept) the one-year imprisonment. Using the data from survey, I estimate the expected value of “willingness to pay(WTP)” and “willingness to accept(WTA)”. Also, citizens reveal how much they will impose fine instead of one-year imprisonment on the guilty. This amount is named “imprisonment equivalent fine(IEF)”.

The main findings are summarized as follows: First, 40.5 percent of the respondents answer that they will pay 50 million won to escape the one-year imprisonment. About 56 percent of the respondents require 300 million won to be jailed. Also, all respondents would impose 10 million won as the fine on the guilty instead of one-year imprisonment. Second, the results of logistic regression show that older people are likely to pay more money to escape the imprisonment. But, either education level or gender is not related with the amount of WTP. In case of the WTA, the highly educated-male respondents are less likely to accept the imprisonment. It is also found that the highly educated old respondents are less likely to impose the fine. Third, the expected value of WTP and WTA for one-year imprisonment is 35 million won and 270 million won, respectively. On average IEF is 51 million won, which is slightly larger than WTP.

According to this study, money value of the sufferings from one-year

* Professor, Department of Public Administration, Kyungpook National University

imprisonment is 30~43 million won on the basis of WTP and IEF. This amount is 2.5~3.6 times larger than the minimum monthly income. Nevertheless, the average amount of fine for one-month imprisonment is only 220 thousand won in Korean criminal code. Considering inflation rate, economic growth, and citizens' legal attitude, the amount of fine should be raised in near future.

❖ Key words: Imprisonment, Monetary Penalty, Willingness to Pay, Willingness to Accept, Logistic Regression Analysis

양심적 병역거부의 ‘정당한 사유’ 해석론 비판 : ‘길’로서의 법 vs. ‘문’으로서의 법^{*}

강태경**

국 | 문 | 요 | 약

최근 헌법재판소가 병역법 병역종류조항에 대한 헌법불합치결정과 대체복무제 입법 명령을 내림으로써 양심적 병역거부를 둘러싼 규범적 환경이 급격하게 변화하였다(2011헌바379 등 결정). 이에 대법원은 대체복무제 도입 전이라도 정당한 사유에 양심적 병역거부가 포함된다고 해석해야 하는지 여부를 다투기 위해서 2018. 8. 30. 전원합의체 공개변론을 열었다. 본 연구는 양심적 병역거부의 ‘정당한 사유’ 해석론에 대한 비판을 목적으로 한다. 첫째, 2004년 전원합의체판결 이후 본격화된 양심적 병역거부에 관한 국내적 사회적 공론화 과정과 국제적 주요 국제인권기구들의 견해를 살펴봄으로써 우리 사회가 대체복무제를 도입할 수 있을 만큼 성숙하였다고 평가하였다. 둘째, 양심적 병역거부 사건 주요 판결에 대한 비판적 분석을 통해서 법적 이익형량이 규범적 판단과 경험적 예측을 통합하는 방향으로 발전하였음을 확인하였다. 셋째, 대법원 전원합의체 공개변론에 대한 인지적 분석을 통해서, 대체복무제 도입 전까지는 양심적 병역거부의 양심 실현을 지연시켜야 한다는 입장의 심층 구조를 ‘여행으로서의 양심적 병역거부’와 ‘길로서의 법’이라는 개념적 은유로 재구성하였고, 이러한 개념적 은유에서는 양심적 병역거부자가 겪는 고통이 이익형량에 제대로 반영되지 않는다는 문제점을 지적하였다. 이에 대한 대안으로서 ‘선택으로서의 양심적 병역거부’와 ‘문으로서의 법’이라는 개념적 은유를 제시하였다.

❖ 주제어 : 양심적 병역거부, 양심적 예비군훈련거부, ‘정당한 사유’, 이익형량, 합헌적 법률해석, 인지적 분석, 개념적 은유

* 이 글은 필자가 2016도10912 병역법위반 사건 및 2018도4708 예비군법위반 사건과 관련하여 대법원에 작성·제출한 의견서의 내용의 일부를 바탕으로 새로운 분석을 추가하여 작성한 것이다. 아울러 이 의견서를 작성할 수 있도록 많은 격려와 도움을 주신 한국형사정책연구원의 한인섭 원장님과 전문가로서의 의견과 최신 자료를 제공해주신 임재성 변호사님, 오두진 변호사님, 임성호 변호사님, 이한나 변호사님께 부족한 이 글로나마 깊은 감사의 뜻을 전합니다.

** 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사(법철학)

I. 서론

법 앞에 문지기 한 사람이 서 있다 +

*행위의 결과가 인간적 불행을 가능한 많이 피하거나
혹은 줄일 수 있도록 행위하라 #*

국제앰네스티의 조사에 따르면, 대한민국에서 1950년 이후 최근까지 양심적 병역거부를 이유로 수감된 인원이 최소 18,700명에 달하고 이들이 감옥에서 보낸 시간을 모두 더하면 35,800년이 넘는다고 한다.¹⁾ 최근 다행스럽게도 헌법재판소의 결정(헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 등 결정)으로 정부는 양심적 병역거부에 따른 대체복무가 가능하도록 하는 입법 조치를 마련하기 위해 노력 중이다. 그럼에도 불구하고 2018년 9월 현재도 ‘정당한 사유’ 없는 입영거부 또는 예비군동원 및 훈련 거부를 이유로 기소된 수많은 양심적 병역거부자들이 판결을 기다리고 있는 상황이다. 양심적 병역거부는 입영 후 일체의 군사훈련을 거부하는 경우, 입영 통지에 불응하여 입영 자체를 거부하는 경우, 현역 군복무를 마친 후에 예비군동원 및 훈련을 거부하는 경우²⁾와 같이 크게 세 가지 유형으로 나눌 수 있다. 예비군훈련은 예비군법에 의해 부과되는 간접적인 병력형성의무라는 점³⁾에서 종교적 신념이나 평화주의적 신념 등에 따른 ‘예비군동원 및 훈련 거부’(이하, ‘예비군훈련거부’라 함)는 양심적 입영거부와 본질적으로 다르지 않은 양심적 병역거부의 한 유형이다. 더욱이 양심적 예비군훈련거부의 경우 반복된 처벌, 즉 이중처벌 및 가혹한 처벌의 문제가 있어 심각한 기본권 침해를 인정할 만한 요소가 상당하다.⁴⁾

+ 프란츠 카프카, 법 앞에서, 전영애 역(민음사, 2017), 7면.

아루투어 카우프만, 법철학, 김영환 역(나남, 2007), 703-704면.

1) 국제앰네스티, “숫자로 보는 양심에 따른 병역거부”(2016.5.10.)(<https://amnesty.or.kr/10835/>, 최종 접속일 2018. 7. 15.).

2) 현행법과 사법 관행에 따라 1년 6개월의 징역형을 선고받고 복역을 마친 양심적 입영거부자는 출소 후 전시근로역(구 제2국민역)으로 편입되어 예비군동원 및 훈련 거부의 문제를 겪지 않는다.

3) 헌결 2002. 11. 28. 2002헌바45.

4) 오두진, “지정토론1: 헌법과 국제법 측면에서 본 양심적 병역거부”, 양심적 병역거부에 관한 국제인

필자는 이 글에서 양심적 예비군훈련거부를 포함한 양심적 병역거부라는 헌법적 기본권 실현이 국방의 의무에 언제나 양보해야 하는지 그리고 양심적 병역거부를 병역법 제88조 제1항 및 예비군법 제15조 제9항의 '정당한 사유' 없이 입영이나 예비군 훈련을 거부하는 행위로 보아 처벌하는 것이 정당한지에 대하여 비판적으로 검토하고자 한다. 이를 위해 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결 이후 뚜렷하게 확인되는 양심적 병역거부 관련 정치·사회적 환경 및 그에 대한 인식의 변화를 살펴보고(Ⅱ장), 위 판결과 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 등 결정을 포함하여 양심적 병역거부 사건 주요 판결의 이익형량 내용과 구조를 분석하여 사법적 판단의 변화 양상을 알아본다(Ⅲ장). 마지막으로 최근 열린 양심적 병역거부 사건 대법원 공개변론의 내용에 대한 인지적 분석을 수행하여 병역거부자의 양심상의 결정이 병역법 및 예비군법 처벌조항의 '정당한 사유'에 해당하는지에 대한 법적 판단의 인지적 측면을 추적한다(Ⅳ장).

Ⅱ. 양심적 병역거부에 관한 논의 동향

1. 2004년 전원합의체 판결 이후 양심적 병역거부에 관한 사회적 논의의 본격화

2004년 양심적 병역거부에 관한 대법원 전원합의체 판결이 나올 당시 양심적 병역거부에 대한 사회적 논의와 성찰이 충분히 이루어졌다고 보기 어렵다. 도리어 이 2004년 전원합의체 판결은 국내외 여러 기관들이 양심적 병역거부 허용 여부에 대한 각각의 입장을 제시하는 계기가 되었고 이로써 양심적 병역거부에 대한 사회적 논의가 본격화되었다. 아래에서 살펴볼 것과 같이 양심적 병역거부에 관한 사회적 공론화가 본격화된 이래 우리 사회는 양심적 병역거부권을 인정하고 대체복무제를 도입할 수 있는 여건이 성숙되어 가고 있는 상황이라고 할 수 있다.

권법”, 양심적 병역거부와 대체복무제, 한인섭·이재승 편(경인문화사, 2013), 412면. 이 토론문은 2012. 5. 11. 서울대학교 공익인권법센터, 건국대학교 공익인권법센터, 대한변호사협회 인권위원회가 주최한 ‘한국 병역거부 공론화 10년 학술토론회’에서 발표된 것이다.

우선 사법부 내에서는 양심적 병역거부자 처벌에 대한 상반된 판단이 이루어지고 있다. 우선 양심적 입영거부에 관해서 살펴보면, 이를 이유로 한 병역법위반 사건에서 항소심 4건을 포함하여 80여 건의 무죄 판결과 위헌법률심판제청이 이루어졌다. 2004년 3건, 2007년 1건이던 무죄 판결은 2015년 6건, 2016년 7건, 2017년 44건, 2018년 5월 현재까지 22건으로 꾸준히 늘고 있다.⁵⁾ 한편 헌법재판소는 2011년 병역법 제88조 제1항에 대해 합헌의견을 유지하였으나, 4년만인 2015년 사회적 흐름을 반영하고자 공개변론을 열었고 결국 2018년 대체복무를 병역의 종류로 규정하지 않은 병역법 제5조 제1항에 대하여 헌법불합치 결정을 내렸다. 이에 국회는 2019. 12. 31.까지 대체복무제도를 입법해야 하는 상황이다(2018년 헌법재판소 결정의 의미에 관해서는 장을 바꿔 후술하기로 한다).⁶⁾

양심적 예비군훈련거부를 이유로 한 구 향토예비군설치법위반 사건의 경우 2004년 서울남부지방법원에서 무죄 판결⁷⁾이 이루어진 후 13년 후인 2017년 청주지방법원에서 두 번째 무죄 판결⁸⁾이 이루어졌다. 양심적 예비군훈련거부자는 향토예비군이 설치된 1968년 이래로 2010년까지 최소 897명에 이르고, 2010년 이후에도 해마다 80여 명 정도가 예비군훈련 거부로 처벌을 받고 있다.⁹⁾ 헌법재판소는 구 향토예비군설치법 제15조 제8항(현 예비군법 제15조 제9항)에 대한 위헌법률심판제청 등 사건에서 동조 동향 중 ‘같은 법 제6조 제1항의 규정에 의한 훈련을 정당한 사유 없이 받지 아니한 자’에 관한 부분이 이중처벌금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없고, 과잉금지원칙에 위반하여 양심적 예비군 훈련 거부자의 양심의 자유를 침해한다고 할 수 없으며, 평등원칙에 위반된다고 할 수 없고, 헌법 제6조 제1항에 위반된다고도 할 수 없다고 판단하였다.¹⁰⁾

5) 김민경, “80건 넘는 무죄 판결…‘양심적 병역거부 문제는 인권의 최전선’”, 한겨레 2018. 5. 15. 자 기사(http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/844750.html#csidx339f69d870460a8ba5f7fdfb70179a9, 최종접속일 2018. 7. 15.)

6) 헌결 2018. 6. 28. 2011헌바379 등.

7) 서울남부지판 2004. 5. 21. 2003고단1783.

8) 청주지판 2017. 1. 10. 2016고단1121.

9) 김진한, “‘양심적 병역거부의 문제점과 대체복무제도의 필요성’에 관한 지정토론문”, 양심적 병역거부의 문제점과 대체복무제도의 필요성(대한변호사협회 인권위원회 · 법원 국제인권법연구회 공동학술대회 자료집, 2014. 12. 20.), 188면.

10) 헌결 2011. 8. 30. 2007헌가12, 2009헌바103.

이처럼 사법부에서는 양심적 병역거부자 처벌의 정당성에 대한 논쟁이 이루어지고 있는 데 비해서, 국회와 정부의 관심의 초점은 대체복무제도 도입에 있다. 우선 국회에서는 꾸준히 대체복무제도 도입을 주요 내용으로 하는 병역법 및 예비군법 개정안이 발의되고 있다. 18대 국회에서 이정희 의원 등 10인이 2011. 9. 14. 양심적 예비군훈련거부에 따른 대체복무제 도입을 주요 내용으로 하는 향토예비군설치법 일부개정법률안(제1813209호, 임기만료폐기)을 발의한 후 20대 국회에서 2017. 5. 31. 이철희 의원 등 12인(제2007108호)과 박주민 의원 등 21인(제2007109호)이 대체복무제도 도입을 주요 내용으로 하는 예비군법 일부개정법률안을 각각 발의하였다. 또한 양심적 입영거부에 따른 대체복무제도 도입을 주요 내용으로 하는 병역법 개정법률안은 17대 국회에서 임종인 의원 등 22인(제170512호)이 2004. 9. 22. 최초로 발의한 이래 노회찬 의원 등 10인도 관련 개정법률안(제170932호)을 발의하였고, 18대¹¹⁾ · 19대¹²⁾ · 20대¹³⁾ 국회에서도 다양한 정당 소속 의원들이 지속적으로 대체복무제 도입을 주요 내용으로 하는 병역법 개정안을 발의하였다(발의자 총 108명, 발의안 총 8건).

정부 관련 부처는 양심적 병역거부에 따른 대체복무제도를 도입하겠다는 입장을 여러 차례 표명하였다. 우선 국방부는 2007. 9. 18. ‘병역이행 관련 소수자의 사회복무제 편입 추진 방안’ 발표하였다.¹⁴⁾ 그러나 병무청은 위 국방부 입장을 2008. 12. 24. 백지화하였다.¹⁵⁾ 한편 법무부는 2012. 3. 30. 제2차 국가인권정책 기본계획에서 입영 및 집총 거부자 대체복무제도에 관해서 “연구 결과를 기초로 국회, 관련 기관 등의 의견을 수렴하여 국민적 합의가 이루어질 경우 추진”하겠다고 밝혔다.¹⁶⁾ 이후

11) 김부겸의원등11인 발의(제1812534호), 이정희의원등10인 발의(제1813210호).

12) 전해철의원등11인 발의(제1906042호).

13) 전해철의원등11인 발의(제2003582호), 이철희의원등12인 발의(제2007106호), 박주민의원등21인 발의(제2007107호).

14) 손원제, “양심적 병역 거부자 대체복무 허용 추진” 한겨레 2007. 9. 18.자 기사 (<http://www.hani.co.kr/arti/society/rights/237264.html>, 최종접속일 2018. 7. 20.).

15) 진성훈, “정부, 대체복무 용역보고서 왜곡했다”, 한국일보 2009. 1. 8.자 기사 (<http://hankookilbo.com/v/1d8264114ec04d1087d0f6804d8dca9e>, 최종접속일 2018. 7. 20.). 병무청 발주용역 보고서에 근거한 것이었는데, 당시 발주용역 연구책임자는 자신의 연구는 ‘대체복무제 도입’ 의견이었으며, 병무청이 자신의 연구결과를 왜곡한 것이었다고 밝혔다.

16) 대한민국 정부, 2012-2016 국가인권정책 기본계획(2012), 58면.

법무부는 2018. 4. 29. 제3차 국가인권정책 기본계획(초안)에서도 “현재 국회에 계류 중인 입영 및 징총 거부자에 대한 대체복무제를 도입하는 내용의 병역법 개정안에 대해 검토”할 것과 “국회·사법부의 대체복무제 도입 결정에 대비, 합리적 대체복무 방안 검토”를 국방부 정책과제로 상정하였다.¹⁷⁾

국가인권위원회는 2005. 12. 26. 전원위원회의 ‘양심적 병역거부권 및 대체복무제도에 대한 권고’¹⁸⁾ 결정으로 국회의장과 국방부장관에 대해 양심적 병역거부권이 헌법 제19조 및 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제18조의 양심의 자유의 보호범위 내에 있음을 확인하고 대체복무제 도입을 권고한 이래 지속적으로 양심적 병역거부권 인정 및 대체복무제 도입을 촉구하여 왔다.¹⁹⁾ 또한 국가인권위원회는 2007. 11. 26. 구 향토예비군설치법 제15조 제8항 위헌법률심판제청 사건(2007헌가12)과 관련하여 양심적 병역거부권 인정과 대체복무제도의 도입 필요성을 재확인하고 양심적 예비군훈련거부자에 대한 반복 처벌 방지 의견을 헌법재판소에 제출하였다.²⁰⁾

양심적 병역거부 및 대체복무제 도입에 관한 여론의 변화도 주목할 만하다. 원칙적으로 소수자 인권 문제에 관한 사법 판단 및 정책 결정에 있어서 성찰적 상식과는 구별되어야 하는 감정적·감정적인 여론을 주된 근거로 삼는 것은 삼가야 할 것이다.²¹⁾ 다만, 시민들이 사회적 공론화 과정을 통해 양심적 병역거부에 대한 성찰의 기회를 가짐으로써 다음과 같이 전향적인 태도 변화를 보인다는 점은 양심적 병역

17) 법무부, 2018-2022 국가인권정책 기본계획(초안)(2018), 52면.

18) 국가인권위원회, 국가인권위원회 결정례집-인권정책분야 제2집(2005-2006)(2007), 96면 이하.

19) 국가인권위원회는 이후 양심적 병역거부를 이유로 한 병역법위반 사건과 관련하여 2008. 7. 양심적 병역거부자 대체복무제 도입을 위한 구체적 이행계획 수립 및 이행 촉구 의견표명, 2016. 11. 「병역법」 제88조 제1항 제1호 위헌소원 사건에 대한 헌법재판소 의견제출 등을 하였음. 2017. 6. 27. 국가인권위원회는 상임위원회를 열고, 국방부장관에게 “양심적 병역거부권을 보장하는 대체복무제 도입 계획을 수립·이행할 것”을 권고, 국회의장에게 “대체복무제 도입을 위해 국회에 발의된 병역법 개정안에 대해 대체복무심사기구의 독립적 운영, 공정성 확보 명시 등 일부 내용을 보완해 조속한 입법이 필요하다”는 의견을 표명함[국가인권위원회 2017. 6. 28.자 보도자료 참조(<https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?menuid=001004002001&boardtypeid=24&boardid=7601335>, 최종접속일 2018. 7. 20.)].

20) 국가인권위원회, 국가인권위원회 연간보고서 2007(2008), 48-49면.

21) 그럼에도 불구하고 국방부는 2007년 대체복무제 도입의 근거와 2008년 이에 대한 백지화의 근거를 모두 여론에 두었다[임재성, “소수자문제를 국민여론조사로 똑딱? 꼭 젊은이들을 감옥에 보내야겠습니까”, 오마이뉴스, 2008. 12. 24.자 기사(http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?cntn_cd=A0001037731, 최종접속일 2018. 7. 19.)].

거부권을 인정하고 대체복무제를 도입할 수 있는 사회적 여건이 마련되고 있음을 방증한다. 우선 전문가 대상 인식조사 결과는 다음과 같다. 2008년 서울대학교 사회과학연구원에서 수행한 ‘대체복무제도에 대한 전문가 의식조사’ 결과에 따르면, 인권 관련 전문가 집단의 경우 응답자(총 554명)의 85.5%가 대체복무제 도입에 찬성하였다.²²⁾ 2016년 서울지방변호사회 소속 변호사 대상 인식조사 결과에서도 변호사 집단의 경우 응답자(총 1,200명)의 74.3%가 양심적 병역거부가 양심의 자유에 해당한다고 답변했고, 80.5%가 대체복무제 도입에 찬성하였다.²³⁾ 다음으로 일반 국민 대상 인식조사 결과를 살펴보자. 2005년 국가인권위원회의 국민인권의식조사 결과 응답자(총 1,263명)의 7.5%만이 양심적 병역거부는 허용될 수 있다고 응답한 이후 허용 의견 비율이 지속적으로 증가하여 2016년 조사에서는 응답자(총 1,504명)의 46.1%가 허용 가능하다고 답변하였다.²⁴⁾ 또한, 2013년 한국갤럽이 실시한 인식조사(총 1,211명 대상)에서는 대체복무 도입 찬성 응답이 68%, 2016년 인식조사(총 1,004명 대상)에서는 대체복무 도입 찬성 응답이 70%로 지속적으로 과반을 차지했다.²⁵⁾

2. 양심적 병역거부 허용 여부에 관한 국제적 논의 동향

이 절에서는 양심적 병역거부권 및 대체복무제 인정 여부에 관한 국제 현황, 양심적 병역거부권의 국제법적 근거와 이에 대한 주요 국제인권기구의 견해를 살펴본다. 주요 국제인권기구와 양심적 병역거부 인정 국가들에서는 양심적 병역거부 인정의 근거를 무엇으로 보고 있는지, 입영 전 양심적 병역거부와 군복무 중 또는 군복무

22) 자세한 조사 결과는, 김세균·공석기·임제성, “양심적 병역거부자, 어떻게 할 것인가?: ‘대체복무제도에 대한 전문가 의식조사’를 중심으로”, 한국사회과학 30(1)(2008): 3-43면 참조. 이 조사에 조사대상자는 총 554명으로 국회의원, 교수, 언론인, 종교인, 변호사 등이었음.

23) 박수연, “서울지방변호사회, ‘양심적 병역거부 무죄 판결 환영’ 성명”, 법률신문 2016. 10. 20. 자 기사(<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=103968&page=1>, 최종접속일 2018. 7. 15.).

24) 국가인권위원회, 2005년 국민인권의식조사 총괄보고서(I)(2005), 266면; 구정우 등, 2016년 국민인권의식조사(2016), 97면.

25) 2013년 한국 갤럽 조사결과는 <http://www.gallup.co.kr/gallupdb/reportContent.asp?seqNo=493>(최종접속일 2018. 7. 19.) 참고; 2016년 한국 갤럽 조사결과는 <https://amnesty.or.kr/12873/>(최종접속일 2018. 7. 19.) 참고.

이행 후 양심적 병역거부를 양심의 형성 및 발현 시기에 따라 달리 취급하고 있는지 여부에 관해서 알아봄으로써 병역법 및 예비군법상 병역거부의 ‘정당한 사유’에 관한 해석에 참고할 수 있는 시사점을 얻고자 한다.

가. 양심적 병역거부 인정 현황

유엔인권사무소(Office of the UN High Commissioner for Human Rights)는 2013. 6. 3. 배포한 「양심적 병역거부 유엔인권사무소의 분석 보고서」에서 전 세계 양심적 병역거부 수감자 723명 중 92.5%(669명)가 대한민국 교도소에 수감되어 있다는 조사 결과를 발표하였다(참고: 아르메니아 31명, 에리트레아 15명, 투르크메니스탄 8명).²⁶⁾ 또한 2017. 5. 1. 배포한 분석 보고서에서는 양심적 병역거부권의 보편성을 재차 확인하고 유엔인권이사회가 “양심적 병역거부 신청을 승인하지 않는 당사국에게 독립적이고 공평한 의사결정기관을 마련하여 각 신청자의 양심적 병역거부 의사가 진지한 것인지 판단하도록 요청”하였음을 확인하였고, 아울러 자유권 규약위원회의 대한민국 제4차 국가보고서에 대한 최종견해에서 밝힌 우려 및 권고 사항을 재확인하였다.²⁷⁾

유엔 회원국 193개국 중 징병제를 시행 중이거나 시행했었던 105개국 중 57개국은 헌법이나 법률로 양심에 따른 병역거부를 인정하고 있고(모병제로 전환한 28개국은 징병제를 시행 당시 양심적 병역거부를 인정함), 12개국은 병역거부권에 대한 명문 규정을 둔 국제조약을 비준했거나 병역거부권을 사법적·관행적으로 인정하고 있다.²⁸⁾ 독일, 스위스, 덴마크, 스웨덴, 핀란드, 오스트리아, 아르헨티나, 브라질은 징병제 하에서 현역 또는 예비군 복무 중 병역거부를 인정한 바 있다.²⁹⁾

반면에 징병제를 시행하고 있는 국가 중에서 대한민국을 포함하여 36개국이 양

26) HRC, *Analytical report on conscientious objection to military service : Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, 3 June 2013, A/HRC/23/22 (<http://www.refworld.org/docid/51b5c73c4.html>, 최종접속일 2018. 7. 21.).

27) HRC, *Conscientious objection to military service*, 1 May 2017, A/HRC/35/4 (<http://www.refworld.org/docid/593a68534.html>, 최종접속일 2018. 7. 21.).

28) 국제앰네스티, “감옥이 되어버린 삶: 한국의 양심에 따른 병역거부자”(2015), 26-27면.

29) 국제앰네스티 한국지부·민주사회를 위한 변호사 모임·전쟁없는세상·참여연대, “합리적 대체복무제 도입을 위한 시민사회 제안”(2017. 7. 7.), 3면.

심적 병역거부를 인정하지 않는다(중국은 현재 징병을 단계적으로 중단하고 있음).³⁰⁾ 이 국가들 중에서도 대한민국은 2000년 이후 가장 많은 수의 양심적 병역거부자가 형사처벌된 국가이다. 2014년 9월 현재 2000년 이후 국가별 양심적 병역거부자 수감자 수를 보면, 알제리 1명, 이집트 1명, 터키 13명, 에리트레아 16명, 투르크메니스탄 37명, 싱가포르 52명인 데 반해 대한민국은 약 10,000명이었다.³¹⁾

나. 국제인권기구의 견해

1) 양심적 병역거부권의 국제법적 근거

구 유엔인권위원회(현 유엔인권이사회)와 유엔자유권규약위원회 등은 ‘세계인권선언’(Universal Declaration of Human Rights, 1948) 제18조³²⁾와 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’(International Covenant on Civil and Political Rights, 1966)³³⁾ 제18조³⁴⁾의 해석을 통해 양심적 병역거부의 보장을 지속적으로 확인해왔

30) 국제앰네스티, 위의 자료(주 28), 26-27면.

31) 국제앰네스티, 위의 자료(주 1). 국제앰네스티 조사에 따르면, 2016년 4월 말 기준, “대한민국에는 최소 540명이 양심적 병역거부를 이유로 수감되어 있고, 1950년 이후 지금까지 병역거부로 수감된 사람의 수는 최소 18,700명에 달하며, 이들이 감옥에서 보낸 시간을 모두 더하면 35,800년이 넘는” 실정이다.

32) 세계인권선언 제18조

모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유를 향유할 권리를 가진다. 이 권리는 자신의 종교 또는 신념을 바꿀 자유와 교리, 전례, 예배, 의식에 있어서 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적으로 또는 사적으로 자신의 종교나 신념을 표현할 수 있는 자유를 포함한다.

33) 1966년 12월 16일 채택, 1976년 3월 23일 발효, 당사국 수 111개국(1998. 8. 26 현재). 1990년 4월 10일 한국 가입. 대한민국은 1990년 자유권규약에 가입한 이후 1993년의 결의를 시작으로 결의에 참여해오면서 집요한 반대자(the persistent objector)의 입장을 취한 바 없음.

34) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조

(1) 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유를 향유할 권리를 가진다. 이러한 권리는 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들이 자유와 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로 예배, 의식, 행사 및 선교에 의하여 그의 종교나 신념을 표현할 자유를 포함한다.

(2) 어느 누구도 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들이 자유를 침해하게 될 강제를 받지 아니한다.

(3) 자신의 종교나 신념을 표명하는 자유는, 법률에 규정되고 공공의 안전, 질서, 공중보건, 도덕 또는 타인의 기본적 권리 및 자유를 보호하기 위하여 필요한 경우에만 제한받을 수 있다.

(4) 이 규약의 당사국은 부모 또는 경우에 따라 법정 후견인이 그들의 신념에 따라 자녀의 종교적, 도덕적 교육을 확보할 자유를 존중할 것을 약속한다.

다.³⁵⁾ 한편 유럽인권재판소(European Court of Human Rights)는 2011. 7. 7. 선고한 *Bayatyan v. Armenia* 사건³⁶⁾ 판결에서 ‘유럽인권협약’ (European Convention on Human Rights) 제9조³⁷⁾의 해석을 통해 양심적 병역거부가 보장됨을 확인하였다.

‘유럽연합 기본권 헌장’(Charter of Fundamental Rights of the European Union) 제10조 제2항은 ‘명문화된’ 양심적 병역거부권의 근거 규정이다. 동조 동항은 “양심적 병역거부권은 인정되며, 그 권리의 행사는 각국의 국내법에 따른다.”라고 함으로써 양심적 병역거부권을 명시적으로 규정하고 있다. 2007. 10. 리스본에서 열린 유럽연합 정상회담에서 27개 회원국 정상들에 의해 합의되고 각 회원국의 비준 절차를 거쳐 2009. 12. 1. 발효된 ‘리스본 조약’(Treaty of Lisbon)으로 유럽연합 기본권 헌장은 유럽연합 회원국에 법적 구속력을 가지게 되었다.

2) 유엔자유권규약위원회

유엔자유권위원회(UN Human Rights Committee)는 일반논평, 개인청원에 대한 결정, 국가보고서의 심사와 이들 보고서에 대한 결정에서 “종교나 신념을 표현하는 형태로써 양심적 병역거부에 대한 선언이 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약)’(이하, ‘자유권규약’이라 함) 제18조에 의해 정당화 된다”는 입장을 지속적으로 취하고 있다.³⁸⁾

35) 장복희, “양심적 병역거부에 관한 국제인권법”, 양심적 병역거부와 대체복무제, 한인섭 · 이재승 편(경인문화사, 2013), 354-357면. “법적 구속력 있는 근거로서, 사상, 양심과 종교의 자유를 누릴 권리는 세계인권선언 제18조, B규약 제18조에서 인정하고 있다. 이들 규정은 종교의 자유로운 실천을 보장하고 있다. 이 외에도 연성법(soft law)의 성격으로서 인권위원회의 결의, 특별보고관의 보고서 및 자의적 구급에 관한 작업그룹의 결정과 같은 관행과 규범을 그 근거로 들 수 있다.”(같은 책, 355면).

36) ECtHR, *Bayatyan v. Armenia*, Application No. 23459/03, Judgement of 7 July 2011 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105611>, 최종접속일 2018. 7. 21.).

37) 유럽인권협약 제9조

- (1) 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유를 향유할 권리를 가진다. 이 권리는 자신의 종교 또는 신념을 바꿀 자유와 교리, 전례, 예배, 의식에 있어서 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적으로 또는 사적으로 자신의 종교나 신념을 표현할 수 있는 자유를 포함한다.
- (2) 자기의 종교 또는 신념을 표명하는 자유는 법률에 규정되고, 공공의 안전, 공공질서, 보건, 또는 도덕, 또는 다른 사람의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에 있어서 필요한 경우에만 제한 받을 수 있다.

자유권규약위원회는 이미 1993년 자유권규약 제18조에 관한 일반논평 제22호³⁹⁾에서 다음과 같이 양심적 병역거부가 자유권규약 범위 내에 있는 것으로 판단하고 양심적 병역거부자를 처벌해서는 안 된다는 견해를 밝힌 바 있다.

11. ... 규약은 양심적 병역거부권을 명시적으로 언급하고 있지 않다. 그러나 본 위원회는 살상무기를 사용해야 하는 의무가 양심의 자유, 종교와 신념을 표명할 권리와 심히 충돌할 수 있으므로, 양심적 병역거부권이 제18조에서 도출될 수 있다고 믿는다. ... 양심적 병역거부자들을 그들이 가진 특정 신념의 본성을 이유로 구별해서는 안 되며, 또한 마찬가지로 양심적 병역거부자가 병역을 이행하지 못했다는 이유로 그들을 차별해서는 안 된다.

이후 자유권규약위원회는 2007년 자유권규약 제14조에 관한 일반논평 제32호⁴⁰⁾에서 다음과 같이 양심적 병역거부자에 대한 '반복적인 처벌'이 자유권규약 제14조 제7항에 위배된다고 지적하였다. 이와 같은 지적은 예비군소집에 불응하는 횡수만 큼 양심적 예비군훈련거부자를 반복적으로 처벌하는 우리나라의 사법 관행에 시사점이 크다.

시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제14조 제7항은 ... 일사부재리(*ne bis in idem*) 원칙을 체화한 것이다. ... 군복무에 대한 거듭된 소집명령(*renewed order*)에 응하지 않았다는 이유로 양심적 병역거부자를 반복적으로 처벌하는 것(*repeated punishment*)은 후속적인 거부(*subsequent refusal*)가 양심에 근거한 동일한 항구적인 결정(*the same constant resolve*)에 의한 것이라면 동일한 행위에 대한 처벌에 해당한다.

자유권규약위원회는 2007년 대한민국의 양심적 병역거부자들의 개인청원에 대한

38) 장복희, 위의 논문(주 35), 355-356면.

39) HRC, *CCPR General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion)*, 30 July 1993, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, <http://www.refworld.org/docid/453883fb22.html>, 최종접속일 2018. 7. 21.)

40) HRC, *General comment no. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial*, 23 August 2007, CCPR/C/GC/32, <http://www.refworld.org/docid/478b2b2f2.html>, 최종접속일 2018. 7. 21.)

최초의 결정 이후 같은 견해를 유지해오고 있다. 2007년 윤여범 · 최명진에 대한 결정⁴¹⁾에서 자유권규약위원회는 대한민국이 자유권규약 제18조에 보장된 이들의 권리를 침해하였음을 최초로 확인한 후 일관된 결정을 내리고 있다. 2011년 정민규 등 100인에 대한 결정⁴²⁾에서 자유권규약위원회는 규약 제18조 제3항에 규정된 ‘제한의 필요성’(과잉금지의 원칙) 검토 없이 곧바로 대한민국의 규약 위반을 선언함으로써 양심적 병역거부의 권리성을 보다 명확하게 확인하였다.⁴³⁾ 2014년 김영관 등 50인에 대한 결정⁴⁴⁾에서 자유권규약위원회는 양심적 병역거부에 대한 징역형 선고는 양심의 자유를 침해하는 것(자유권규약 제18조 제1항 위반)일 뿐만 아니라, 종교 및 양심의 자유의 합법적 행사에 대한 처벌로 자의적 구금에 해당(자유권규약 제9조 제1항 위반)한다고 판단함으로써 양심적 병역거부권을 더욱 두텁게 보장하였다. 이와 같은 개인청원에 대한 자유권규약위원회의 결정은 양심적 병역거부권 인정 및 양심적 병역거부자 처벌 금지에 관한 국제적 기준으로 자리매김하였다. 유럽인권재판소는 2011년 판례 변경을 하면서 대한민국 양심적 병역거부자들에 대한 자유권규약위원회의 견해를 주요한 근거로 삼았다.

개인청원 신청 및 결정에 관한 자유권규약위원회의 통계⁴⁵⁾에 따르면, 2016. 3. 현재 대한민국은 누적 신청건수 131건으로 117개국 중 6위를 차지했고 중국 결정된 청원 124건 중 규약 위반 및 인권 침해로 판단된 인용 건수는 122건으로 1위를 차지했다.⁴⁶⁾ 개인청원자 중 대한민국의 양심적 병역거부자가 551명으로 양심적 병

41) *Yeo-Bum Yoon and Myung-Jin Choi v. Republic of Korea*, CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, UN Human Rights Committee (HRC), 23 January 2007.

42) *Min-Kyu Jeong et al. v. The Republic of Korea*, CCPR/C/101/D/1642-1741/2007, UN Human Rights Committee (HRC), 27 April 2011.

43) (7.3) 양심적 병역거부권은 사상의 자유, 양심의 자유, 종교의 자유로부터 도출된다. 누구든지 자신의 양심 또는 신앙과 조화되지 않는 경우 군복무의 면제를 요청할 권리가 있다. 그러한 권리는 강제에 의하여 침해되어서는 안 된다.

44) *Young-kwan Kim et al. v. the Republic of Korea*, CCPR/C/112/D/2179/2012, UN Human Rights Committee (HRC), 15 October 2014.

45) OHCHR, *Statistical survey of individual complaints dealt with by the Human Rights Committee under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights* (2016) (<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/StatisticalSurvey.xls>, 최종접속일 2018. 7. 15.).

46) 2016. 3. 현재 신청건수가 많은 국가는 캐나다(218건), 벨라루스(205건), 자메이카(177건), 덴마크

역거부에 대한 인용 결정이 차지하는 비중이 절대적이라고 할 수 있다.⁴⁷⁾ 대한민국 국민의 개인청원에 대한 인용률은 중국 결정 중 98.4%로 전체 평균 인용률 84.4%를 크게 웃도는 수준이다.

자유권규약위원회는 2015. 11. 3. 개최한 제3226차 회의(CCPR/C/SR.3226)에서 대한민국 제4차 국가보고서에 대한 최종견해(CCPR/C/KOR/CO4)를 채택하면서, 양심적 병역거부자에 대한 형사처벌 및 그 신상정보 온라인 공개에 우려를 표하고, 병역을 면제받을 권리를 행사한 이유로 징역형을 선고받은 병역거부자 전부를 즉시 석방할 것과 이들의 전과기록을 말소하고 적절한 배상을 제공할 것, 양심적 병역거부권을 인정하고 민간 성격의 대체복무를 도입할 것을 권고하였다.⁴⁸⁾

3) 유엔인권이사회

구 유엔인권위원회(UN Human Rights Council, 현 유엔인권이사회)는 1993/결의 제84호⁴⁹⁾에서 병역거부권을 인정하지 않는 국가에 대해 특정 사안에서 양심적 병역거부의 유효성을 판단하기 위한 '독립적이고 공평한 의사결정기관'을 두도록 요청하였다. 이후 위원회는 1995/결의 제83호⁵⁰⁾에서 세계인권선언 제18조 및 자유권규약 제18조에 규정된, 사상, 양심과 종교의 자유에 대한 권리의 합법적인 행사로서 양심적 병역거부권을 인정하고, 신념적 특성을 이유로 병역거부자들을 차별하거나 처벌하여서는 안 된다고 결의하였다.

구 유엔인권위원회는 '양심적 병역거부의 마그나카르타'라고 불리는 1998. 4. 22.

(168건), 호주(151건) 순이었음. 반면에 2016. 3. 현재 인용건수가 많은 국가는 대한민국(122건), 자메이카(100건), 벨라루스(96건), 우루과이(49건), 호주(39건) 순이었음. 참고로, 자메이카는 1998. 1. 23. 자유권규약 제1선택의정서를 탈퇴했음.

47) 2012년에는 김종남 등 388명의 청원을 1건으로 병합 판단하였음에도 인용결정이 122건으로 전체 규약 가입국 중 1위를 차지했다는 점은 주목할 만함.

48) HRC, *Concluding observations on the 4th periodic report of the Republic of Korea*, 3 December 2015, CCPR/C/KOR/CO4 (http://digitallibrary.un.org/record/817983/files/CCPR_C_KOR_CO_4-EN.pdf?version=1, 최종접속일 2018. 7. 20).

49) CHR, *Conscientious objection to military service*, 10 March 1993, E/CN.4/RES/1993/84 (http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-1993-84.doc, 최종접속일 2018. 7. 22.).

50) CHR, *Conscientious objection to military service*, 8 March 1995, E/CN.4/RES/1995/83 (http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-1995-83.doc, 최종접속일 2018. 7. 22.).

‘양심적 병역거부’ 결의 제77호⁵¹⁾를 통해서 앞선 두 건의 결의보다 국제인권규범상 양심적 병역거부권을 더 포괄적이고 두텁게 보장해야 함을 확인하였다. 이 결의에는 군복무 중인 사람의 병역거부권 인정, 대체복무의 형태, 병역거부자에 대한 구금 및 차별 금지, 의사결정기관의 설치, 병역거부자에 대한 난민 인정 등의 포괄적이고 구체적인 내용이 담겨 있다.

구 유엔인권위원회는 1998/결의 제77호에서 병역의무를 이행하는 사람의 양심적인 병역거부권을 배제해서는 안 된다고 확인하고,⁵²⁾ 국가는 양심적 거부자를 구금하거나 반복된 형벌을 받지 않는 조치를 취할 것을 권고하였다. 이는 양심적 예비군 훈련거부자를 반복적으로 처벌하고 있는 우리나라 사법 관행에 시사하는 바가 크다.

회원국은 양심적 병역거부자에게 병역을 이행하지 않는다는 이유로 징역형(imprisonment)을 부과하거나 반복적인 처벌(repeated punishment)을 중단하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다는 점을 강조하고, 어느 누구도 국가의 법과 형사절차에 따라 이미 최종적으로 유무죄 판결을 받았던 위반사유로 거듭 책임을 지거나 처벌되어서는 안 된다는 점을 상기시킨다.⁵³⁾

1998/결의 제77호에서 구 유엔인권위원회는 양심적인 병역거부권을 보장하는 제도가 없는 국가에 대하여 병역거부자의 신념에 대한 차별을 금지하고 양심적 병역거부가 특정한 사안에서 타당한지를 결정할 임무를 맡을 독립적이고 공정한 정책결

51) CHR, *Conscientious objection to military service*, 22 April 1998, E/CN.4/RES/1998/77 (http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-1998-77.doc, 최종접속일 2018. 7. 22.).

52) 같은 취지로 유럽평의회(Parliamentary Assembly of the Council of Europe, PACE)도 2001년에 채택한 결의 1518호에서, “징병 혹은 병역의 이행 이전이나 이후 어느 때이든 양심적 병역거부자로서 등록할 권리”와 “직업군인에게도 양심적 병역거부자 지위를 신청할 수 있는 권리”를 인정할 것을 촉구하였다[PACE, Exercise of the right of conscientious objection to military service in Council of Europe member states, Recommendation 1518 (2001) (<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-en.asp?FileID=16909&lang=en>, 최종접속일 2018. 7. 19.)].

53) [원문] 5. Emphasizes that States should take the necessary measures to refrain from subjecting conscientious objectors to imprisonment and to repeated punishment for failure to perform military service, and recalls that no one shall be liable or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country;

정기관을 마련하여 양심적 병역거부자의 재판받을 권리를 보장하도록 권고하였다. 또한 위원회는 이 권리를 보장하지 않는 병역의무제도가 있는 국가에 대하여 양심적 병역거부자를 위하여 양심적 거부의 이유에 부합하는 다양한 형태의 대체복무를 도입하되 대체복무는 공익적이고 형벌적 성격이 아닌 비전투적(non-combatant) 혹은 민간적(civilian) 성격이어야 한다고 결의하였다. 더 나아가 위원회는 회원국들이 양심적 병역거부로 인한 박해를 피해 자국을 떠난 사람들을 난민으로서 보호해야 한다고 결의하였다. 이후 2000/결의 제34호⁵⁴⁾에서 위원회는 회원국에 대하여 1998/결의 제77호에 비추어 양심적 병역거부와 관련한 현재 법과 관행을 재검토할 것을 요청하였다.⁵⁵⁾

그리고 구 유엔인권위원회가 유엔인권이사회로 개편된 후에도 이사회는 위원회의 결의를 계승하였다. 유엔인권이사회는 2008. 5. 29. 작업그룹 보고서에서 “자유권규약위원회의 권고와 일치하게 법률에 양심적 병역거부권을 명시하고 병역거부를 처벌하는 것을 중지하며, 공직 및 공공부문 고용에서의 차별을 완전히 제거할 것”을 촉구하였다.⁵⁶⁾ 또한 이사회는 2013/결의 제24호⁵⁷⁾에서도 양심적 병역거부권 인정 · 양심적 병역거부에 대한 처벌 중단 · 관련 수감자 석방을 촉구하였다.

4) 유럽인권재판소

앞서 살펴본 바와 같이, 유럽인권재판소는 2011. 7. 7. 선고한 *Bayatyan v. Armenia* 사건 판결⁵⁸⁾에서 대재판부 판례 변경을 통해 유럽인권협약 제9조를 근거

54) CHR, *Conscientious objection to military service*, 20 April 2000, E/CN.4/RES/2000/34 (http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2000-34.doc, 최종접속일 2018. 7. 22.).

55) UN 인권고등판무관에 대하여 사상, 양심과 종교의 자유에 대한 권리의 합법적인 행사로서 양심적인 병역거부권의 인정과, 1998년 결의 제77호에 기초한 대체복무 형태에 관한 규정과 관련한 가장 바람직한 관행의 수집과 분석을 준비할 것과, 이러한 정보를 정부 전문기관과 관련 정부간기구와 NGO로부터 구할 것과, ‘양심적 병역거부’로 명명된 소주제의 2002년 제58차 인권위원회 회기에 이 정보를 포함한 보고서를 제출할 것을 요청.

56) HRC, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review Republic of Korea*, 29 May 2008, A/HRC/8/40; A/HRC/WG.6/2/L.6 (<http://www.refworld.org/docid/485b96303.html>, 최종접속일 2018. 7. 21.).

57) HRC, *Conscientious objection to military service*, 29 September 2013, A/HRC/RES/24/17 (<http://www.undocs.org/A/HRC/RES/24/17>, 최종접속일 2018. 7. 21.).

로 양심적 병역거부권을 인정하였고, 양심적 병역거부자를 형사처벌한 아르메니아에 대해 배상 명령을 내렸다. 또한 재판소는 자유권규약위원회의 해석 변경 및 대한민국 양심적 병역거부 관련 개인청원에 대한 위원회의 결정을 근거로, ‘대체복무를 강제노역으로 보지 않는 협약의 강제노역금지 조항을 고려해 보면 양심적 병역거부가 협약의 양심의 자유 조항으로부터 당연한 권리로서 도출되지는 않는다’는 취지의 기존 해석을 변경하였다.

Bayatyan v. Armenia 사건 판결 이후 유럽인권재판소는 2011. 11. 22. 선고한 *Erçep v. Turkey* 사건⁵⁹⁾ 판결, 2012. 1. 10. 선고한 *Tsaturyan v. Armenia* 사건⁶⁰⁾ 판결 및 *Bukharatyan v. Armenia* 사건⁶¹⁾ 판결 그리고 2012. 1. 17. 선고한 *Feti Demirtaş v. Turkey* 사건⁶²⁾ 판결에서도 양심적 병역거부자를 형사처벌한 터키와 아르메니아에 대해 해당 처벌의 위법성을 확인하고 각국에 배상 명령을 내렸다. 특히, 재판소는 *Feti Demirtaş v. Turkey* 사건 판결에서 터키 정부가 양심적 병역거부자를 ‘반복해서 기소하고 처벌한 것’은 양심적 병역거부자를 “비인도적이고 굴욕적인”(inhuman and degrading) 방식으로 취급하는 것이기에 이는 고문, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급이나 형벌을 금지하는 유럽인권협약 제3조 위반이라고 판단하였다.

3. 소결

지금까지 살펴본 바를 종합하면, 2004년 전원합의체 판결 이후 양심적 병역거부 관련 국내외 환경은 다음과 같이 뚜렷하게 변화하였다.

국내적으로 2004년 이후 양심적 병역거부에 관한 사회적 공론화가 본격화되면서

58) HRC, *Bayatyan v. Armenia* (주 36).

59) ECtHR, *Erçep v. Turkey*, Application No. 43965/04, Judgement of 22 November 2011 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107533>, 최종접속일 2018. 7. 22.).

60) ECtHR, *Tsaturyan v. Armenia*, Application No. 37821/03, Judgement of 10 January 2012 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108504>, 최종접속일 2018. 7. 22.).

61) ECtHR, *Bukharatyan v. Armenia*, Application No. 37819/03, Judgement of 10 January 2012 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108502>, 최종접속일 2018. 7. 22.).

62) ECtHR, *Feti Demirtaş v. Turkey*, Application No. 5260/07, Judgement of 17 January 2012 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108652>, 최종접속일 2018. 7. 22.).

양심적 병역거부권을 인정하고 대체복무제를 도입할 수 있는 사회적 여건이 마련되었다고 볼 수 있다. 국회와 법무부 그리고 국가인권위원회는 양심적 병역거부권 인정 및 대체복무제도 도입에 긍정적인 입장을 취하여 왔고, 최근 법원에서는 양심적 병역거부 사건에 대한 무죄 판결과 위헌법률심판제청이 지속적으로 늘어남으로써 전향적인 입장 변화가 있었다. 아울러 시민들은 양심적 병역거부권 인정 및 대체복무제도 도입에 긍정적인 인식을 가지게 되었다. 다만, 양심적 입영거부에 비해 양심적 예비군훈련거부에 대한 사회적 논의는 덜 이루어졌다. 그러나 양자가 본질적으로 다르지 않은 양심적 병역거부라는 점에서 양심적 입영거부를 중심으로 이루어진 사회적 공론화는 양심적 예비군훈련거부에도 무리 없이 적용될 수 있다.

국제적으로 주요 국제인권기구들은 국제인권규범으로부터 양심적 병역거부권을 도출하고 양심적 병역거부자에 대한 차별이 국제인권규범 위반이라는 견해를 지속적으로 밝히고 있다. 주요 국제인권기구들은 양심적 병역거부자를 차별하는 대한민국에 대해 지속적인 우려를 표명하였고 제도의 개선을 촉구하고 있다. 2014년 김영관 등 50인에 대한 결정에서 자유권규약위원회는 양심적 병역거부에 대한 징역형 선고는 양심의 자유를 침해하는 것(자유권규약 제18조 제1항 위반)일 뿐만 아니라, 종교 및 양심의 자유의 합법적 행사에 대한 차별로서 자의적 구금에 해당(자유권규약 제9조 제1항 위반)한다고 판단하였다. 특히, 양심적 예비군훈련거부와 관련해서 자유권규약위원회는 자유권규약 제14조에 관한 일반논평 제32호를 통해 양심적 병역거부자에 대한 반복적인 차별은 자유권규약 제14조 제7항(일사부재리 원칙)에 위배된다고 지적한 점을 주목할 만하다.

국내외 논의 동향은 양심적 병역거부를 인정하는 방향으로 나아간다는 점에서 공통되지만 양심적 병역거부를 허용하는 논리에 있어서는 다소 차이를 보인다. 국내적 논의는 대체복무제를 도입하지 않은 상황에서 양심적 병역거부를 병역기피와 구별 없이 일률적으로 처벌하는 현행 병역법 처벌조항이 양심적 병역거부자의 양심 실현의 자유를 지나치게 침해하므로 과잉금지 원칙에 위배된다는 데 집중되어 있다. 이와 같은 논의 전개는 2004년 전원합의체 판결에서 양심적 병역거부 사건에 이익형량이 필요하다는 인식의 전환과 맥락을 같이 하는 것으로 보인다(이익형량의 문제에 관해서는 절을 바꿔 후술하기로 한다). 이에 침해의 최소성과 법익의 균형성에

관한 논의가 활발해지면서 대체복무제도를 도입하더라도 국방력 저하나 사회통합 저해와 같은 심각한 부작용이 발생하지 않을 것이라는 경험적·사회과학적 논거들이 축적되었다. 반면에 국제적 논의 맥락에서는 자유권규약위원회가 양심적 병역거부자에 대한 형사처벌이 과잉금지 원칙에 위배된다는 종래의 견해에서 한 걸음 더 나아가 자유권규약의 양심과 종교의 자유로부터 양심적 병역거부 ‘권’을 도출하고 양심적 병역거부는 이와 같은 권리의 정당한 행사이며 이에 대한 형사처벌은 곧바로 자유권규약 위반이라는 법리를 제시함으로써 양심적 병역거부의 권리성을 보다 명확하게 확인하였다.

Ⅲ. 양심적 병역거부 사건 주요 판결 검토

1. 양심적 병역거부에 관한 학술적 논의 동향

2004년 전원합의체 판결을 계기로 관련 학술적 논의가 매우 활발해졌고, 양심적 병역거부를 허용하고 대체복무제도를 도입해야 한다는 견해가 확고한 통설로 자리 잡았다. 양심적 병역거부 및 대체복무제도와 관련된 국내 학술적 논의 동향을 살펴 보기 위해 한국연구재단 등재 및 등재후보 학술지에 게재된 양심적 병역거부 및 대체복무제도 관련 논문을 조사한 결과, 해당 주제를 직접적으로 다루고 있는 논문 총 60편 중 7편이 2004년 전원합의체 판결 이전에 발표되었고 나머지 53편이 해당 판결 이후에 발표되었다.⁶³⁾ 2004년 전원합의체 판결 이후 발표된 53편의 논문의 내용을 분석한 결과, 양심적 병역거부자에 대한 처벌이 정당하다는 논지의 논문은 4편(7.5%)이었고,⁶⁴⁾ 양심적 병역거부를 둘러싼 논쟁의 양상을 사회적·정책적·사

63) 한국학술지인용색인 정보(<https://www.kci.go.kr>)에서 ‘양심적 병역거부’를 키워드로 검색된 108편의 논문 중 다른 주제를 다루는 과정에서 예시로 양심적 병역거부가 거론된 경우를 제외하였다.

64) 류지영, “양심의 자유로서의 병역거부의 불법성 - 헌법과 형법목적의 관점으로 -”, *法學論文集* 40(2)(2016): 247-277면; 신규하, “헌법상 양심적 병역거부권 논의”, *법학연구* 24(3)(2016): 117-134면; 음선필, “종교적 신념을 이유로 한 병역거부와 대체복무”, *신앙과 학문* 23(2)(2018): 149-183면; 장영수, “양심적 병역거부와 병역법 제88조 제1항 등의 합헌성 여부에 대한 검토”, *헌법학연구* 21(3)(2015): 161-195면.

법적·국제법적 측면에서 분석하거나 이와 관련된 해외 사례를 종합·분석하여 기초 자료를 제공하는 중립적 입장의 논문은 11편(20.1%)이었고,⁶⁵⁾ 나머지 39편(73.6%)이 양심적 병역거부자에 대한 처벌의 부당성을 논증하거나 대체복무제도의 도입 필요성을 강조하는 등의 취지였다.⁶⁶⁾ 다만, 양심적 예비군훈련거부 문제를 직

65) 김도균, “법적 이익형량의 구조와 정당화문제”, 서울대학교 법학 48(2)(2007): 31-115면; 김예영, “하급법원과 대법원, 헌법재판소의 관계에서 본 양심적 병역거부 문제”, 사법 1(38)(2016): 215-262면; 문수현, “전후 서독의 양심적 병역거부에 대한 논의”, 역사와 문화 17(2009): 106-133면; 미우라 히로키, “정치적 갈등상황에서 공적 이성의 형성과 한계 : 양심적 병역거부 문제의 사례를 중심으로”, 한국정치학회보 43(4)(2009): 73-98면; 신운환, “‘양심적 병역거부’라는 용어의 적절성 여부 검토와 대체 용어의 모색에 관한 소고 -행정법학의 차원에서, 국방인력의 확보에 미칠 영향을 고려하여-”, 행정법연구 46(2016): 389-415면; 이재승, “병역거부에 대한 반응양상”, 법과 사회 32(2007): 263-284면; 이정환, “양심의 자유의 과잉금지원칙 적용여부”, 중앙법학 18(1)(2016): 139-172면; 이항우, “경합적 다원주의와 온라인 사회, 정치토론: ‘양심적 병역거부’ 찬반담론의 분석”, 경제와 사회 68(2005): 189-121면; 전영평·박원수·김진희, “소수자로서 ‘양심적 병역거부자’와 옹호집단간 정책갈등 분석”, 한국행정논집 20(4)(2008): 1209-1229면; 정경수, “국내법원의 국제인권법규 해석 -병역법 위반 사건을 중심으로 -”, 홍익법학 16(1)(2015): 803-833면; 정대현, 권정은, “이산선택모형을 이용한 양심적 대체복무 선택을 추정”, *Journal of The Korean Data Analysis Society* 10(6)(2008): 3199-3210면.

66) Franciska Anqonett Coleman, “Minority Rights -Using Representation Reinforcement to Protect the Civil Liberties of Conscientious Objectors in Korea-”, 법학논총 29(4)(2012): 625-648면; 강승식, “양심의 자유의 제한과 그 한계”, 원광법학 29(3)(2013): 69-93면; 강현철, “헌법상 양심의 자유에 기초한 병역거부자에 대한 입법론적 고찰”, 아주법학 4(1)(2010): 29-60면; 김두식, “양심에 따른 병역거부 70년의 회고와 전망”, 인권과 정의 367(2007): 43-58면; 김명재, “양심의 자유와 병역의무 - 2004. 8. 26. 2002헌가1 결정에 대한 평식”, 공법학연구 8(3)(2007): 215-240면; 나달숙, “양심적 병역거부 해결방향“, 법학연구24(2006): 1-36면; 나달숙, “양심적 병역거부와 대체복무헌재 2004.8.26면; 2002헌가1 결정을 중심으로“, 인권과 정의 359(2006): 133-174면; 나달숙, “양심적 병역거부의 국제적 논의와 현황”, 토지공법연구 41(2008): 453-479면; 나태중, “한국군에 있어서 병역의무 이행에 관한 철학적 논의와 병역정책의 발전”, 한국동북아논총 16(4)(2011): 149-170면; 류기환, “양심적 병역거부에 대한 비범죄화 가능성”, 법학연구 52(2013): 209-227면; 문재태, “양심적 병역거부에 관한 법적 검토 -대체복무제도의 도입 방안을 중심으로 -”, 법이론실무연구 5(1)(2017): 177-203면; 박찬걸, “양심적 병역거부자에 대한 형사처벌의 타당성 여부”, 한양법학 23(2)(2012): 61-98면; 박찬운, “양심적 병역거부국제인권 -법적 현황과 한국의 선택-”, 저스티스 141(2014): 5-30면; 박철, 정정균, 김진환, “병역법 제88조 제1항 위반에 따른 형사처벌 타당성에 관한 연구”, 융합보안 논문집 17(4)(2017): 39-46면; 서창록, 유영수, “민주주의 국가의 인권 정치 : 한국과 스페인의 양심적 병역거부권 인정 문제를 중심으로”, 국제정치논총 57(3)(2017): 355-388면; 신상준, 이상경, “‘양심의 자유’에 관한 헌법재판소 결정의 비판론적 검토”, 서울법학 24(4)(2017): 163-200면; 오승철, “부작위에 의한 양심실현의 자유 - 양심적 부작위는 거의 절대적으로 보호되어야 한다 -”, 헌법학연구 15(2)(2009): 301-333면; 윤영미, “양심의 자유의 내용과 제한”, 인권과 정의 345(2005): 53-66면; 윤영철, “병역법 제88조 제1항과 양심적 병역거부”, 비교형사법연구 6(2-1)(2004): 389-416면; 윤영철, “양심적 병역거부에 대한

접적으로 다루고 있는 연구는 찾아보기 어려운 실정이다.

그렇다면 양심적 병역거부의 허용 여부를 논의하는 데 있어서 어떤 틀로 접근하는 것이 유용할까? 이 물음의 답을 찾기 위해서는 우선 양심적 병역거부의 성격을 규정할 필요가 있다. 일찍이 존 롤즈(John Rawls)는 『정의론』(A Theory of Justice, 1971)에서 양심적 병역거부의 성격을 ‘양심적 거부’(conscientious refusal)로 규정하고 시민 불복종과 대비시켜 논의한 바 있다.⁶⁷⁾ 롤즈에 따르면, 양심적 거부와 시민 불복종은 실제적 상황에서 분명하게 구분되지 않지만, 양심적 거부는 다수의 정의감에 호소하는 청원의 형식이 아니고 반드시 정치적 원리에 근거하지 않을 수도 있다는 점에서 시민 불복종과 차이를 보인다. 또한 롤즈는 양심적 거부를 은밀하게 행해지는 ‘양심적 기피’(conscientious evasion)와도 구분한다. 이와 같은 성격 규정은 현재 한국 사회에서 소수자인 양심적 병역거부자들은 종교적 신념 또는 평화주의적 신념에 근거하여 입영통지 또는 예비군훈련통지에 불응하고 공식적으로 재판을 받고 있는 현실에 잘 부합한다.⁶⁸⁾

형사처벌의 형법적 문제점, 형사정책 16(2)(2004): 93-120면; 이상명, “양심적 병역거부와 양심의 자유”, 고려법학 49(2007): 911-933면; 이수진, “문채규, “종교적 행위의 형사법적 허용범위”, 비교형사법연구 19(4)(2018): 109-135면; 이재승, “군인의 전쟁거부권”, 민주법학43(2010): 185-224면; 이재승, “자료: 양심적 병역거부를 처벌하는 병역법의 위헌심판사건 참고인 의견서”, 민주법학 45(2011): 297-332면; 임제성, “군사주의에 갇힌 헌법재판소: ‘국가안보’ 관련 헌법재판소 결정문에 대한 비판적 담론 분석”, 민주법학 51(2013): 13-49면; 임제성, “징병제 형성과정을 통해서 본 양심적 병역거부의 역사”, 사회와역사(구 한국사회사학회논문집) 88(2010): 387-422면; 임제성, “평화운동으로서의 한국 양심적 병역거부운동 연구”, 민주주의와 인권 10(3)(2010): 305-352면; 장복희, “양심적 병역거부에 관한 국제사례와 양심의 자유”, 헌법학연구 12(5)(2006): 329-357면; 장복희, “양심적 병역거부자의 인권 보호”, 공법연구 35(2)(2006): 237-265면; 정연주, “양심적 병역거부”, 헌법학연구 18(3)(2012): 405-434면; 정연주, “헌재의 양심적 병역거부 결정에 대한 비판적 검토”, 헌법재판연구 5(1)(2018): 3-34면; 정인섭, “「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」과 군장병 인권”, 서울대학교 법학 48(4)(2007): 35-62면; 채형복, “양심적 병역거부: 권리인가, 도피인가유럽의 사례를 중심으로 -”, 법학논고 40(2012): 1-34면; 하민경, “사회적 약자의 인권에 관한 대법원 판결과 사회 변화: 양심적 병역거부자와 성전환자의 인권을 중심으로”, 법과사회 57(2018): 127-152면; 하승우, “시민불복종에 관한 정치철학적 고찰: 법치주의와 시민권리를 중심으로”, 기억과 전망 21(2009): 6-35면; 한인섭, “양심적 병역거부, 그 처벌의 위헌성”, 법과정책 21(3)(2015): 439-474면; 허완중, “양심적 병역거부 불인정의 위헌성을 확인했을 때 적절한 헌법재판소 결정유형”, 헌법재판연구5(1)(2018): 35-68면; 황우택, “A Study of Treatment of Minorities in the Military Service System”, 법이론실무연구 5(3)(2017): 129-162면.

67) 이하 ‘양심적 거부’에 관한 설명은, 존 롤즈 저, 정의론, 황경식 역(이학사, 2003), 480-484면(56절) 참조.

롤즈는 특정한 부정의한 전쟁에 반대하는 양심적 병역거부와 전쟁 일반을 반대하는 평화주의적 신념에 따른 양심적 병역거부를 그 정당화 방식에서 구별되는 예로 설명한다.⁶⁹⁾ 롤즈에 따르면, 전자는 국민들 사이에 공유되는 정의의 원칙들에 바탕을 두고 국가 권력의 남용을 저지하려는 일반 의지에 의해 정당화되지만, 후자는 이러한 정당화가 어렵다는 점에서 국가의 관용에 의해 수용된다. 후자와 같은 양심적 거부는 오로지 개인적인 신념에 기초한다는 점에서 법공동체의 다른 구성원들의 평등한 자유를 침해하지 않는 한도 내에서 존중되어야 한다. 다시 말해, “일반적으로 대답하는 도덕관들에 부합하는 관용의 정도는 정의로운 자유 체제 내에서 그것들에게 동등한 위치가 허용될 수 있는 한도에 달려 있다.”⁷⁰⁾

현재 한국 사회에서 다시금 뜨거운 쟁점이 되고 있는 종교적 신념 또는 평화주의적 신념에 근거한 병역거부는 결국 다수의 도덕관과 다른 소수의 도덕관을 어디까지 존중하고 이를 실현하도록 관용할 것인가의 문제이다. 이는 법적 판단에 있어서 이익형량의 문제로 귀결된다. 대법원과 헌법재판소도 양심적 병역거부 사건에서 이러한 성격 규정을 전제한다고 볼 수 있다. 김도균 교수는 2004년 전원합의체판결과 2004년 헌법재판소결정에 대한 분석을 통해서 사법부가 양심적 병역거부 사건에서 이익형량의 필요성을 인식하면서 이익형량의 정당화 구조를 정교화하는 방향으로 나아가고 있다고 평가한 바 있다.⁷¹⁾ 이에 절을 바꿔 양심적 병역거부 사건 주요 판결에 드러난 이익형량 구조 및 내용을 살펴봄으로써 양심적 병역거부에 대한 법적 판단에 있어서 대답하는 입장들의 논증을 비판적으로 검토해보자.

68) 참고로 한태원. “양심적 병역거부에 관한 법철학적 고찰 —Ronald Dworkin의 법철학을 중심으로—”. 연세 공공거버넌스와 법 9(2)(2018), 29~58면에서는 롤즈의 관점이 양심적 병역거부를 시민 불복종으로 인정하는 데 적절하지 않다고 지적하고 로널드 드워킨의 권리존중론과 해석적 실천으로서의 법 개념을 통해서 양심적 병역거부를 시민 불복종으로 이해하려는 시도를 하였다. 드워킨의 통합성 관점에서 양심적 병역거부가 대체복무제 도입 여부와 상관없이 허용될 수 있는지 여부는 또 다른 흥미로운 연구 주제로 다른 기회에 다루고자 한다.

69) 이하 ‘양심적 거부의 정당화’ 문제는 존 롤즈, 위의 책(주 67), 491-497면(58절) 참조.

70) 존 롤즈, 위의 책(주 67), 483면.

71) 김도균, 위 논문(주 65), 56-66; 89-98; 101-103면. 그는 법적 이익형량에 규범적 가치판단뿐만 아니라 경험적 예측이 도입되고, 인간·사회·정치·도덕·법 등에 대한 서로 다른 입장들 간의 합의점을 찾을 수 있는 중층적이고 다원적이며 질적인 이익형량이 필요하다는 견해를 피력하였다(같은 논문, 110-114면).

2. 양심적 병역거부 사건 주요 판결의 이익형량 구조 및 내용에 대한 검토

1) 2004년 전원합의체판결 검토

2004년 전원합의체판결에서 대법원은 종래에 쉬운 사안(easy case)으로 여겨지던 양심적 병역거부 사건에서 병역법 제88조 제1항의 적용 이면에 ‘중층적이고 다원적인 이익형량’의 문제가 전제되어 있음을 명확하게 밝힘으로써 양심적 병역거부 사건은 판결하기 어려운 사안(hard case)으로 전환되었다고 볼 수 있다.⁷²⁾ 종래의 대법원 판례는 병역법 제88조 제1항의 ‘정당한 사유’의 의미를, “병역법에서 규정한 내용의 추상적 병역의무 자체를 이행할 의사는 가지고 있었으나 병무청장 등의 결정으로 구체화된 병역의무를 귀책사유 없이 불이행할 수밖에 없었던 사유, 예컨대 갑작스러운 질병의 발생 등으로 예정된 기일에 입영할 수 없었던 사유 등”으로 한정하여 해석·적용해 왔다.⁷³⁾ 이에 따라 종교적 신념 또는 양심에 따른 결정에 의하여 현역 입영을 거부한 행위는 위 ‘정당한 사유’에 해당될 여지가 전혀 없었다.⁷⁴⁾ 그러나 2004년 전원합의체판결에서 대법원은 위 종래의 견해를 원칙으로 확인하면서도 헌법적 관점에서 위 ‘정당한 사유’에 해당하는 사유를 넓게 해석할 수 있는 예외적 상황을 실시하였다. 그 예외적 상황이란, 병역거부자가 병역의무 이행의 거부 사유로 내세운 권리가 “헌법에 의하여 보장되고, 나아가 그 권리가 위 법률조항의 입법목적을 능가하는 우월한 헌법적 가치를 가지고 있다고 인정될 경우”를 의미한다. 이 경우에까지 병역법 제88조 제1항을 적용하여 처벌하게 되면 “그의 헌법상 권리를 부당하게 침해하는 ... 위헌적인 상황”이 발생하므로 이를 배제하기 위해서 예외적으로 그에게 병역의무의 이행을 거부할 정당한 사유가 존재하는 것으로 봐야 한다는 것이 대법원이 제시한 예외적 해석론이다.⁷⁵⁾

72) 김도균, 위 논문(주 65), 57면.

73) 대판 1967. 6. 13. 67도677; 대판 1990. 2. 27. 88도2285; 대판 2003. 12. 26. 2003도5365 등 참조.

74) 대판 1969. 7. 22. 69도934 등 참조.

75) 대법원이 제시한 이 해석의 원칙과 예외는 병역법 제88조 제1항의 위법성조각사유로 규정된 ‘정당한 사유’라는 불확정 개념에 대한 해석을 통해서 허용되는 병역의무 이행 거부 사유의 범위를 확정하기에 이 조항에 대한 반대해석이라는 점에서는 동일하다.

다수의견과 반대의견은 이와 같은 해석론을 공통적으로 수용하고 있지만 각각 별개의 이익형량을 거침으로써 상반되는 결론에 도달하였다.⁷⁶⁾ 양심적 병역거부자의 양심 실현의 자유가 헌법상 기본권으로 보호된다는 점을 다수의견이나 반대의견 모두 인정하기에 예외적 해석론의 적용 여부는 이 헌법적 권리가 병역법 제88조 제1항의 입법 목적보다 우월한 헌법적 가치를 가지는지 여부에 따라 결정된다. 아래에서는 양심의 자유와 병역의무의 헌법적 가치에 관한 다수의견과 반대의견의 이익형량 과정을 검토한다.

우선 판결문을 기준으로 다수의견을 재구성하면 다음과 같다. 위 다수의견의 논지는 ① ‘국방의 의무의 헌법적 가치’, ② ‘양심 실현의 자유의 헌법적 가치’, ③ ‘병역법 제88조 제1항의 합헌성’, 그리고 ④ ‘병역법 제88조 제1항 해석 및 적용’으로 크게 나뉜다. 첫째, 다수의견은 병역의무를 핵심으로 하는 국방의 의무의 목적을 모든 국민의 기본권 보장의 전제가 되는 국가의 존립과 안전의 보장으로 봄으로써 해당 의무에 고도의 헌법적 가치를 부여하였다. 그리고 남북한이 군사적으로 대치하는 안보상황은 국방의 의무 및 병역의무의 헌법적 가치를 더욱 가중시켰다.⁷⁷⁾ 다수의견은 이와 같은 목적론적 추론에 따라 병역의무의 불이행이 모든 국민의 기본권 보장을 위태롭게 한다는 결론을 도출했다. 둘째, 다수의견은 상대적 자유인 양심의 자유가 모든 국민의 기본권 보장을 목적으로 하는 국방의 의무의 헌법적 가치보다 우월하지 않기 때문에 국방의 의무 이행 확보를 위한 제한은 헌법상 허용된다고 보았다. 셋째, 다수의견은 대체복무제 도입 여부에 대한 광범위한 입법재량을 전제하고 대체복무를 규정하지 않고 병역거부자를 일률적으로 처벌하는 병역법이 헌법에 위배되지 않는다고 판단하였다. 넷째, 다수의견은 해당 사건에 병역법 제88조 제1항을 적용하더라도 위헌적 상황이 발생하지 않으므로 종래의 원칙적 해석론에 따라 판단하였다.

반대의견을 제시한 이강국 대법관도 다수의견과 마찬가지로 양심 실현의 자유는

76) 김도균, 위의 논문(주 65), 56면, 주 46에서는, 해당 전원합의체판결이 이익형량의 결과에 따라 양심적 병역거부자에 대한 처벌 여부가 갈리게 된다는 점을 보여줌으로써 “이익형량과 법적 삼단 논법 사이의 관련성”을 잘 드러낸다고 평가하였다.

77) 참고로 김도균, 위의 논문(주 65), 60면은, 다수의견이 남북대치상황을 고려하여 ‘구체적인’ 목적론적 추론을 한다고 평가하였다. 그러나 설시 내용을 살펴보면 다수의견이 특수한 안보상황을 구체적인 수준에서 고려하였는지 의문스럽다.

헌법 제37조 제2항에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유이고, 해당 사건에서 양심 실현의 자유와 병역의무 간의 이익형량이 필요하다는 데에는 동의한다. 그러나 반대의견은 다수의견이 ‘구체성과 실질성’을 결여한 이익형량을 통해서 국방의 의무가 양심의 자유보다 더 우월하다고 봄으로써 피고인의 양심의 자유를 일방적으로 희생시키는 부당한 결과를 만들었다고 비판하였다.

국가로서는 성급한 법익교량이나 추상적인 가치형량에 의하여 양자택일식으로 어느 하나의 가치만을 쉽게 선택하고 나머지의 가치를 버리거나 희생시켜서는 안 되고, 충돌하는 가치나 법익이 모두 최대한 실현될 수 있는 조화점이나 경계를 찾도록 노력하여야 하며 이러한 조화점이나 경계는 구체적 사건에 있어서 개별적, 비례적으로 모색되어야 하는 것이다. … [그러나 다수의견은] 추상적인 가치형량만을 거쳐 이 사건 법률조항이 추구하는 헌법적 가치가 피고인이 주장하는 양심의 자유의 헌법적 가치보다 더 우월하거나 적어도 동등한 가치를 가진다는 이유로 … 피고인에게 보장된 양심의 자유는 일방적으로 희생되는 결과가 [되었다].

그리고 반대의견은 다수의견이 병역법상의 형벌조항을 해석함에 있어서 그 효력 근거인 헌법상의 합치 문제를 고려하지 않은 ‘평면적 해석’에 그쳤다고 비판하였다. 우선 반대의견은 양심의 자유가 “상위규범인 헌법에 의하여 보호되고 실현되어야 하는 헌법상의 기본권”이기 때문에 병역의무보다 한층 더 강하게 보호되어야 하거나 적어도 동등하게 보호되어야 한다고 함으로써 양심의 자유에 고도의 헌법적 가치를 부여하였다. 반대의견은 병역법상의 형벌조항을 해석함에 있어서 병역법이 상위규범인 헌법에 실질적이고 내용적으로 합치할 수 있도록 “헌법의 가치와 방향, 특히 기본권의 국가권력에 대한 기속력을 주목하고”, 기본권의 “헌법적 의미와 내용이 최대한 실현되고 관철될 수 있도록” 해야 한다고 강조하였다.

아울러 반대의견은 양심의 자유와 병역의무에 대한 ‘구체적이고 개별적인’ 이익형량을 위해서 ㉠ 양심 형성의 과정과 내용, ㉡ 양심 실현의 구체적 모습, ㉢ 양심상 갈등의 정도, ㉣ 양심의 관철이 병역법 형벌조항의 근본적 입법 목적을 훼손하는지 여부, ㉤ 다른 대체의무의 부과 가능성이 존재하는지, ㉥ 양심적 병역거부자에 대한 형벌의 부과가 형벌의 본래적 의미를 온전하게 충족할 수 있는지 여부를 고려해야

한다고 실시하였다.

여기에서 한 가지 흥미로운 부분은 반대의견도 다수의견과 마찬가지로 대체복무제 도입 여부에 관한 광범위한 입법재량을 인정하면서도 서로 다른 결론에 도달했다는 점이다. 앞서 살펴본 다수의견은 광범위한 입법재량으로부터 병역거부에 대해 대체복무 대신 형사처벌을 채택한 병역법이 헌법에 위반되지 않는다고 봄으로써 양심적 병역거부는 정당한 사유에 해당하지 않는다는 결론을 도출하였다. 그런데 광범위한 입법재량과 양심의 자유 제한 가능성이 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'를 객관적 사유에 한정하여 해석하는 것을 곧바로 정당화하지 못한다. 반대의견은 이와 같은 논리적 비약을 염두에 두고 대체복무제 도입 의무의 존부를 해당 조항의 합헌성 판단과 결부시키지 않고 대체복무제 도입 가능성을 양심의 자유와 병역의무에 대한 이익형량에 있어 고려해야 한다고 보았다. 다시 말해, 반대의견은 대체복무제를 도입할 수 있음에도 불구하고 이를 도입하지 않는 상황은 "국가가 충돌하는 가치나 법익이 모두 최대한 실현될 수 있는 조화점"을 찾는 노력을 게을리 한 것으로 판단함으로써 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 대한 예외적 해석이 가능하다고 본 것이다.

반대의견은 이상의 논지를 통해서 "국가는 국민의 기본권인 양심의 자유를 최대한 보장하여야 하고 그에 대하여 관용을 베풀어야 하며 비례의 원칙에 반하는 형벌권의 행사를 삼가야 할 헌법적 의무를 부담하고 있기 때문"에 국가의 형벌권이 "한 발 양보함으로써" 피고인에게 병역거부의 책임을 물을 수 없다고 보아 병역법 제88조 제1항의 적용을 배제할 '정당한 사유'가 존재한다고 결론 내렸다.

지금까지 살펴본 바와 같이 2004년 전원합의체판결은 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 대한 해석 및 적용에 있어서 양심의 자유와 병역의무에 대한 이익형량이 선결 문제라는 점을 명확하게 보여주었다. 다만, 반대의견의 지적처럼 다수의견의 이익형량은 구체성과 실질성을 결여한 채 추상적인 수준, 즉 충돌하는 법익들의 '추상적 중요도'(abstract weight)⁷⁸⁾만을 고려하는 수준에 머물렀다. 반면에 반대의견은 구체적이고 개별적인 이익형량의 필요성을 적절하게 지적하였고, 병역법 조항의 해석에 있어서 헌법합치적 해석의 실례를 보여주었다는 점에서 의의가 크다.

78) 김도균, 위의 논문(주 65), 76면.

물론 반대의견도 사회적 · 경험적 근거들을 고려하여 구체적인 이익형량을 전개하였다기보다는 헌법에 근거한 규범적 판단에 치중하였다는 한계를 보였다. 앞서 살펴본 양심적 병역거부에 관한 국내적 논의 동향에서도 알 수 있듯이 2004년 전원합의체판결은 양심의 자유와 병역의무에 대한 이익형량에 필요한 사회적 · 경험적 자료의 축적에 결정적인 역할을 하였다는 점에서 그 의의가 크다.

2) 2004 · 2011년 헌법재판소결정 검토

(1) 다수의견 검토

앞서 살펴본 2004년 전원합의체판결 선고 후 불과 한 달여 만인 2004. 8. 26. 선고된 2002헌가1 결정(이하, ‘2004년 헌법재판소결정’이라 한다)에서 헌법재판소는 병역법 제88조 제1항이 헌법에 위반되지 아니한다고 결정하였다. 이 결정에서 다수의견은 대체복무제 도입에 따른 부정적 영향을 근거로 대체복무제를 도입하지 않은 입법자의 판단이 “현저히 불합리하다거나 명백히 잘못되었다고 볼 수 없다”는 결론을 도출하였다. 다수의견은 극소수에 불과한 양심적 병역거부자에 대하여 대체복무라는 병역의무 이행의 예외를 허용하는 경우 양심의 자유와 병역의무의 형평 문제를 동시에 해결할 수 있다는 낙관적 예상이 가능하다는 점을 인정하였다. 그러나 동시에 다수의견은 ① 현역 병력자원이 전체 국방력에서 차지하는 비중이 매우 크다는 점, ② 현역 복무의 힘든 여건과 비교하여 대체복무의 부담의 등가성 확보가 어렵다는 점, ③ 대체복무제 도입 시 병역기피자에 대한 형벌의 예방효과가 무력화될 수 있다는 점, ④ 대체복무제 도입 시 제도를 악용하는 병역기피자가 급증할 수 있다는 점, ⑤ 대체복무제 도입 시 병역의무 이행의 형평성 문제로 인하여 사회 통합이 저해될 수 있다는 점, ⑥ 국민개병제에 바탕을 둔 전체 병역 제도의 근간이 흔들릴 수 있다는 점을 근거로 “현 단계에서 대체복무제를 도입하기는 어렵다고 본 입법자의 판단”을 존중해야 한다고 보았다.⁷⁹⁾

이와 마찬가지로 예비군훈련거부에 대한 헌결 2011. 8. 30. 2007헌가12 등(이하, ‘2011년 헌법재판소결정’이라 한다)에서도 헌법재판소는 구 향토예비군설치법 제15

79) 헌결 2004. 8. 26. 2002헌가1.

조 제8항(현 예비군법 제15조 제9항)이 헌법에 위반되지 아니한다고 결정하였다. 이 결정에서 다수의견은 ① 예비군 병력이 전체 국방력의 중요한 구성요소라는 점, ② 양심적 병역거부를 인정함으로써 촉발될 수 있는 이념적 대립이 우리나라의 특수한 안보상황을 더욱 악화시킬 우려가 있다는 점, ③ 대체복무제 도입 시 양심적 예비군거부자들과 양심을 빙자한 예비군 훈련 기피자들이 급증할 가능성이 있다는 점, ④ 인간의 내면에 있는 신념을 객관적 기준을 가지고 판단하기 곤란하다는 점, ⑤ 대체복무제 도입 시 병역의무 이행의 형평성 문제로 인하여 사회 통합이 저해될 수 있다는 점, ⑥ 대체복무제 도입을 수용할 수 있는 사회 환경이 아직 충분히 조성되지 않았다는 점을 근거로 양심적 예비군훈련거부자를 반복적으로 처벌하는 구 향토예비군설치법 제15조 제8항이 양심의 자유를 지나치게 침해하지 아니한다고 판단하였다.⁸⁰⁾

2004년 헌법재판소결정의 의의는 병역법 처벌조항의 위헌 여부 판단의 문제가 병역의무에 대한 예외인 '대체복무제를 허용하더라도 국가안보라는 중대한 공익의 달성에 아무런 지장이 없는지 여부'에 대한 판단 문제, 즉 이익형량의 문제로 귀결된다는 점을 명확히 밝혔다는 데에 있다.⁸¹⁾ 이에 2004년 헌법재판소결정에서는 대체복무제 도입에 따른 결과에 대한 예측이 핵심 쟁점으로 자리 잡았다. 이후 2011년 헌법재판소결정도 예비군 훈련의무와 관련하여 대체복무제 도입 여부에 관한 문제를 이익형량의 문제로 규정하고 동일한 이익형량의 내용과 구조를 통해서 결론을 도출했다. 이 두 결정에서 다수의견은 대체복무제를 도입하는 경우 예상되는 부정적 결과에 대한 입법자의 예측과 양심의 자유와 병역의무의 헌법적 가치에 대한 입법자의 판단을 존중함으로써 대체복무제를 도입하는 대신 병역거부자를 일률적으로 처벌하는 병역법 제88조 제1항 및 예비군법 제15조 제9항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판단하였다. 다만, 다수의견은 양심적 병역거부자의 양심의 자유와 병역의무 이행의 형평 문제를 동시에 조화롭게 실현시킬 수 있는 대체복무제도 도입을 입법자에게 권고하였다.

80) 헌결 2011. 8. 30. 2007헌가12, 2009헌바103.

81) 같은 취지로는 김도균, 위의 논문(주 65), 89면. 2004년 헌법재판소결정 이후 양심적 병역거부에 대한 법원의 관점에서도 대체복무제 도입 가능성과 그 도입에 따른 결과에 대한 예측이 이익형량의 핵심적 쟁점으로 다뤄졌다.

그리고 2004년 헌법재판소결정과 2011년 헌법재판소결정은 충돌하는 헌법적 법익에 대한 가치 판단 외에도 대체복무제 도입 시 예상되는 결과에 대한 예측에 있어서 다양한 요소들을 고려함으로써 2004년 전원합의체판결에서 추상적 수준에 그쳤던 이익형량을 ‘중층적이고 다원적으로’⁸²⁾ 발전시켰다. 2004년 전원합의체판결에서는 병역법 제88조 제1항의 ‘정당한 사유’의 해석 및 적용 여부가 양심의 자유(양심적 병역거부)와 국방의 의무(국가안전보장)라는 두 가지 충돌하는 헌법적 가치의 형량 결과에 따라 달라졌다. 이후 선고된 2004년 헌법재판소결정과 2011년 헌법재판소결정에서는 국방의 의무 수행으로 달성되는 국가안보라는 공익 외에도 병역의무 이행의 형평성, 사회적 통합, 병역기피 방지 및 국민개병제에 기초한 병역 제도의 유지가 양심의 자유를 제한하는 공익으로 추가되었다.

물론 전체 국방력 차원과 우리나라의 특수한 안보 상황을 고려할 때, 위 다수의견처럼 현역 및 예비군 병력은 중요한 병력자원이라고 할 수 있지만⁸³⁾ 현재 국방정책은 점점 병력자원의 규모를 줄여가고 있다. 또한 대체복무제 도입을 수용할 수 있는 사회 환경이 충분히 조성되지 않았다는 2011년 헌법재판소결정의 다수의견의 주장은 쉽게 납득되지 않는다. 앞서 살펴본 바와 같이 2004년 이후 한국 사회에서는 양심적 병역거부 허용 및 대체복무제 도입에 대한 사회적 공론화가 본격화되었고, 그 결과 국가인권위원회 및 시민단체뿐만 아니라 국회와 법무부 그리고 국방부도 대체복무제 도입에 적극적인 태도를 취하게 되었다. 아울러 대체복무제를 전제로 한 양심적 병역거부권 인정에 대한 긍정적인 여론도 지속적으로 늘고 있는 상황이다.

또한 평화주의와 같은 주관적인 신념을 객관적으로 판단하기 어렵다는 점을 들어서 양심적 병역거부권 및 대체복무제 도입을 긍정할 수 없다는 2011년 헌법재판소결정의 다수의견의 입장은 양심적 병역거부자 개인의 신념을 포기하도록 강제함으로써 국방의 의무 이행을 위한 제반 제도 설계의 문제를 해결하려는 발상이라는 점에서 정당하다고 할 수 없다. 그리고 이미 많은 국가들이 양심적 병역거부 심사 절

82) ‘중층적이고 다원적인 이익형량’에 관해서는 김도균, 위의 논문(주 65), 96-97면 참조.

83) 국방부, 2016 국방백서(2017), 50면에 따르면, 예비군은 국가 총력전체제 확립을 위해 예비군법과 군인사법 등에 근거하여 편성하여 관리되고 있으며, 평시 지역안보 및 재난에 대비하면서 전시 현역부대의 작전 수요를 대비하는 중요한 전력이다. 2016년 9월 기준 예비군의 규모는 275만여 명이며, 전국 단위로 여성 예비군과 특전예비군 등 지원예비군 8천여 명이 편성되어 후방지역 작전에 기여하고 있다.

차와 대체복무제를 도입하여 운영하고 있다는 점에서도 이와 같은 다수의견의 논거는 그 타당성이 떨어진다.

(2) 반대의견 검토

2004년 헌법재판소결정과 2011년 헌법재판소결정에서 반대의견은 다수의견과는 다른 별개의 이익형량을 통해서 대체복무제를 도입하지 않고 병역거부자를 일률적으로 처벌하는 병역법 제88조 제1항 및 예비군법 제15조 제9항은 헌법에 위반한다고 판단하였다.

우선 2004년 헌법재판소결정의 반대의견에서 김경일 재판관과 전효숙 재판관은 다수의견이 실시한 “병역의무의 평등한 이행, 병역기피자 증가 등의 문제에 직면하여 입법자가 이론적, 현실적으로 해결해나갈 방법을 찾아내기가 대단히 어려울 것이라는 예측”은 대체복무제에 대한 진지하고도 충분한 검토를 바탕으로 하지 않았다고 지적하였다. 반대의견은 이와 같은 비판의 근거로 ① 여러 국가들이 병역기피자 급증 없이 대체복무제를 성공적으로 운영하고 있다는 점, ② 공익근무요원 및 보충역 제도는 사실상 대체복무제의 한 유형이라는 점, ③ 국제법적 측면에서도 국제인권규범으로부터 양심적 병역거부권을 인정하고 있다는 점을 들고 있다. 이에 반대의견은 입법자가 사회적 소수자인 양심적 병역거부자에게 병역의무의 이행만을 강제할 뿐 충돌하는 헌법적 가치의 “갈등을 해소하여 조화를 도모할 최소한의 노력도 하지 않고 있다”고 판단하였다. 아울러 반대의견은 소수자를 관용하는 법제도와 의식이 “우리 사회를 보다 성숙하고 발전된 방향으로 나아가게 하는 길”이라는 가치판단을 통해서 양심의 자유에 구체적인 중요성을 더욱 무겁게 평가하였다.⁸⁴⁾

2011년 헌법재판소결정의 반대의견에서 이강국 재판관과 송두환 재판관은 예비군훈련거부의 경우 처벌이 반복되는 과정에서 벌금형을 넘어 징역형까지 선고된다는 점에서 양심적 예비군훈련거부자에 대한 반복된 처벌이 “행위와 책임과의 균형적인 비례관계를 과도하게 일탈한 과잉조치”라고 지적하고 구 향토예비군설치법 제

84) 김도균, 위의 논문(주 65), 98면.

15조 제8항에 대한 한정위헌 의견을 제시하였다.

헌법재판소와 대법원 판례는 이 사건 법률조항의 ‘정당한 사유’에는 종교적 양심상의 결정에 의하여 예비군 훈련을 거부한 행위는 포함되지 아니한다고 해석하고 있는데, 그 결과 절대적이고 진지한 양심의 결정에 따라 예비군 훈련의무를 거부한 청구인들에게 국가의 가장 강력한 제재수단인 형벌이 부과되고 있으며, 그것도 예비군 훈련의무의 부과횟수에 따라 약 10회 이상의 형사처벌이 반복적으로 부과되고 있다. 이는 인간으로서의 존엄과 가치를 심각하게 침해하는 것이고, 나아가 형벌부과의 주요 근거인 행위와 책임과의 균형적인 비례관계를 과도하게 일탈한 과잉조치이다.⁸⁵⁾

합헌적 법률해석이 요청되고 있는 병역법 제88조 제1항의 ‘정당한 사유’와 마찬가지로 예비군법 제15조 제9항의 ‘정당한 사유’도 범죄의 성립 여부를 결정짓는 불확정개념이라는 점에서 소극적 부작위에 의한 양심 실현이 ‘정당한 사유’에 해당하는지 여부는 규범조화적 해석에서 따라 그 의미가 확정되어야 한다. 이에 이강국 재판관과 송두환 재판관은 2004년 헌법재판소결정의 반대의견과 마찬가지로 양심의 자유와 국방의 의무 간의 조화를 달성하기 위한 대안으로서 대체복무제의 도입이 필요하며 병역기피자 급증에 대한 우려나 병역의무 이행의 형평성 문제를 해소할 수 있는 대체복무제의 설계가 가능하다고 판단하였다. 이와 같은 제도의 설계 가능성은 외국의 운용 사례뿐만 아니라 예비군훈련의 기간 및 횟수 등 구체적인 근거를 바탕으로 검토되었다. 아울러 두 재판관은 2004년 헌법재판소결정의 반대의견과 마찬가지로 대체복무제를 통해서 양심적 병역거부자를 “건전한 국가구성원으로 받아들일 수 있게” 되면 사회통합과 국가안보뿐만 아니라 “자유민주주의의 확립과 발전에도 도움이 될 것”이라는 가치판단을 통해서 양심의 자유에 구체적인 중요성을 더욱 무게있게 평가하였다.

그렇다면 2011년 헌법재판소의 반대의견이 말하는 것처럼, 양심적 예비군훈련거부에 대한 대체복무제 도입 시 예비군 훈련의무 이행의 형평성이 저해된다는 주장(이하, ‘예비군 의무 형평성 논거’라 한다)은 부당한가?⁸⁶⁾ 예비군 의무 형평성 논거

85) 헌결 2011. 8. 30. 2007헌가12, 2009헌바103(한정위헌의견).

86) 앞서 살펴본 바와 같이 양심적 입영거부자에 대한 대체복무제 도입에 관한 논의는 상당히 많이

는 경제·사회·교육 등 다양한 분야에 종사하는 상당수의 예비군 의무자가 법규 및 국방부 방침에 따라 예비군훈련을 전부 또는 일부 보류하고 있는 현실에 비추어 타당하지 않다. '예비군동원 및 훈련 보류'란, 예비군법 제5조(동원) 및 제6조(훈련)와 국방부 방침에 의거하여 예비군의 동원과 훈련 전부 또는 일부를 보류 처리하는 것을 말한다(예비군 교육훈련에 관한 훈령 제32조). 이미 예비군동원 및 훈련 대상자 중 상당수가 법 또는 방침에 정한 직종에 종사함을 이유로 실제 예비군훈련을 받지 않고 예비군훈련을 이수한 것으로 처리된다는 점(예비군 교육훈련에 관한 훈령 제32조)에서 실질적으로는 예비군훈련에 대한 대체복무가 이미 이루어지고 있다고 볼 수 있다.

2013년 12월 현재, 전체 보류자는 751,253명(법규보류자 83,866명, 방침보류자 667,387명)으로 예비군 전체 인원의 24.7%를 차지한다.⁸⁷⁾ 법규보류 직종으로는, 국회의원, 경찰관, 교도관 및 소방관, 군무원, 철도 및 지하철 종사원 등이 있다(예비군 교육훈련에 관한 훈령 '별표 4' 참조). 방침보류 직종으로는, 우편집배원, 법무부 출입국관리직, 군 동원업체 필수요원, 세관 조사공무원, 민영교도소 직원, 국정원 직원, 법관 및 검사, 각급 학교 교사, 대학 교수 등이 있다(예비군 교육훈련에 관한 훈령 '별표 3' 참조). 국방부는 정책적 고려를 통해서 방침보류 대상자 기준을 정하고 있다. 예를 들어, 국방부는 2015년 차상위계층이면서 한부모 가정의 가장인 경우 예비군훈련을 면제하여 자녀 양육과 생업에 전념할 수 있도록 배려하였다.⁸⁸⁾

예비군동원 및 훈련 보류자들은 국방 관련 업무, 국가 현안 업무, 사회공익 필수직종 등 특수한 업무를 수행하고 있어 예비군훈련에 참석하는 것보다 사회 발전에 더 크게 기여하고 있다는 판단에 의해서 예비군 의무를 면하게 된다고 할 수 있다.⁸⁹⁾ 그런데 예비군동원 및 훈련 보류자 범위에 소위 사회지도층, 권력층 등이 포함되어 있어 사회적 지위에 의한 형평성 문제가 대두될 소지가 있다는 지적이 있

진척되었지만 양심적 예비군훈련거부자에 대한 논의는 별로 없는 실정이다. 이에 양심적 예비군훈련거부자에 대한 대체복무제 도입 시 형평성 문제가 발생한 것인지에 관해서 좀 더 자세히 다루고자 한다.

87) 최병욱 외 3인, "예비군훈련 형평성에 기초한 보류제도 개선"(국방부 연구용역보고서, 2015), 63면.

88) 국방부, 2016 국방백서(2017), 202면.

89) 최병욱 외 3인, 위의 보고서(주 83), 56-57면.

다.⁹⁰⁾ 보류자에 비하면 극소수에 불과한 양심적 예비군훈련거부자가 대체복무를 하는 경우 예비군의무의 형평성을 훼손할 것이라는 예상은 현실적이지 못하다.

2) 2018년 헌법재판소결정 검토

헌법재판소는 2018. 6. 28. 선고한 2011헌바379 등 결정(이하, ‘2018년 헌법재판소결정’이라 한다)에서 헌법상 ‘비례원칙’을 심사기준으로 삼아 대체복무를 병역의 종류로 규정하고 있지 않은 병역법 제5조 제1항이 헌법에 합치되지 아니한다고 판단하고, 2019. 12. 31.을 시한으로 입법자가 대체복무 도입을 내용으로 하는 병역종류조항 개정을 할 때까지 해당 조항의 계속 적용을 결정하였다.⁹¹⁾ 이에 정부는 양심적 병역거부에 따른 대체복무가 가능하도록 하는 입법 조치를 마련하기 위해 노력 중이다. 한편 헌법재판소는 같은 결정에서 병역거부자를 처벌하는 조항인 병역법 제88조 제1항은 헌법에 위대되지 않는다는 법정의견을 냈다.

(1) 병역종류조항에 대한 판단

다음은 병역법 병역종류조항 위헌 여부에 관한 2018년 헌법재판소결정 법정의견이다.

- ① (목적의 정당성 및 수단의 적합성) 병역종류조항은, 병역의 종류를 한정적으로 열거하고 그에 대한 예외를 인정하지 않음으로써 병역자원을 효과적으로 확보하여 궁극적으로 국가안전보장이라는 헌법적 법익을 실현하고자 하는 것이므로 위와 같은 입법 목적은 정당하고, 그러한 입법목적 달성을 위한 적합한 수단이다.
- ② (침해의 최소성) 대체복무제를 도입하더라도 우리의 국방력에 유의미한 영향이 있을 것이라고 보기는 어려운 반면, 대체복무 편입여부를 판정하는 객관적이고 공정한 심사절차를 마련하고 현역복무와 대체복무 사이의 형평성이 확보되도록 제도를 설계한다면, 대체복무제의 도입은 병역자원을 확보하고 병역부담의 형평을 기하고자 하는 입법목적을 병역종류조항과 같은 정도로 충분히 달성할 수 있다고

90) 최병욱 외 3인, 위의 보고서(주 83), 57면.

91) 헌결 2018. 6. 28. 2011헌바379 등.

판단된다. 이와 같이 대체복무제라는 대안이 있음에도 불구하고 군사훈련을 수반하는 병역의무만을 규정한 병역종류조항은, 침해의 최소성 원칙에 어긋난다.

- ③ (법익의 균형성) 병역종류조항이 추구하는 공익은 대단히 중요한 것이기는 하나, 병역종류조항에 대체복무제를 도입한다고 하더라도 위와 같은 공익은 충분히 달성할 수 있다고 판단되는 반면, 병역종류조항에 대체복무제가 규정되지 않음으로 인하여 양심적 병역거부자가 감수하여야 하는 불이익은 심대하고, 이들에게 대체복무를 부과하는 것이 오히려 넓은 의미의 국가안보와 공익 실현에 더 도움이 된다는 점을 고려할 때, 병역종류조항은 기본권 제한의 한계를 초과하여 법익의 균형성 요건을 충족하지 못한 것으로 판단된다.

- ④ (결론) 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 규정하지 아니한 병역종류조항은 과잉금지원칙에 위배하여 양심적 병역거부자의 양심의 자유를 침해한다. ... 국가는 이 문제의 해결을 더 이상 미룰 수 없으며 대체복무제를 도입함으로써 병역종류조항으로 인한 기본권 침해 상황을 제거할 의무가 있음이 분명해진다. 양심의 자유와 국가안보라는 공익을 조화시킬 수 있는 대안이 존재하며 그에 관한 우리 사회의 논의가 성숙하였음에도 불구하고, 오로지 개인에게만 책임을 전가하는 것은 국가의 중대한 임무 해태라고 하지 않을 수 없다. 다수결을 기본으로 하는 민주주의 의사결정구조에서 다수와 달리 생각하는 이른바 '소수자'들의 소리에 귀를 기울이고 이를 반영하는 것은 관용과 다원성을 핵심으로 하는 민주주의의 참된 정신을 실현하는 길이 될 것이다.

2018년 헌법재판소결정은 앞서 살펴본 2004·2011년 헌법재판소결정과 달리 ① 심사대상에 병역종류조항인 병역법 제5조 제1항을 포함시켰고, ② 입법자에게 대체복무제를 도입함으로써 병역종류조항으로 인한 기본권 침해 상황을 제거할 의무가 있다고 판단하였고, ③ 위헌 여부 심사기준으로 비례원칙을 도입하였다.

첫째, 심사대상에 병역법 제5조 제1항이 포함된 데에는 다음과 같은 이유가 있었다. 2018년 헌법재판소결정의 사건들에서 위헌법률심판을 제청한 법원들과 일부 헌법소원 청구인들이 병역법 제88조 제1항에 대해서만 심판을 청구하였지만 청구인들 중 일부가 병역법 제5조 제1항의 위헌확인을 구하였다. 이에 다수의견은 “나머지 사건들에 대하여도 병역법 제5조 제1항을 심판대상으로 삼는 것이 소송경제 및 당사자의 권리 구제를 위하여 바람직할 뿐만 아니라, 이 사건은 양심적 병역거부자

에 대한 대체복무제를 도입하지 아니하고 그들을 처벌하는 것이 헌법에 위반되는지가 핵심 쟁점인 사건으로서, 병역의 종류를 정하고 있는 병역법 제5조 제1항은 위 핵심쟁점과 밀접한 관련이 있으므로, 병역법 제5조 제1항의 위헌확인을 구하지 않은 사건들에 대하여도 이를 심판대상으로 삼아 판단하기로” 하였다.⁹²⁾

둘째, 2018년 헌법재판소결정은 양심적 병역거부자의 양심의 자유와 국방의 의무의 충돌 문제 해결을 더 이상 미룰 수 없다고 보고, “대체복무제를 도입함으로써 병역종류조항으로 인한 기본권 침해 상황을 제거할 의무가 있음이 분명해진다”고 실시하였다. 2004·2011년 헌법재판소결정의 다수의견이 대체복무제 도입에 대한 광범위한 입법재량을 인정함으로써 입법자의 판단에 대한 명백성 통제에 그친 데 비해서 2018년 헌법재판소결정의 다수의견은 입법자의 판단이 타당한지 여부에 관해서 구체적으로 판단하기에 이르렀다. 다만, 다수의견은 대체복무제를 설계하는 데 있어서 “신청절차, 심사주체 및 심사방법, 심사결과에 대한 이의신청절차, 복무분야, 복무기간 등”에 관해서는 입법자에게 광범위한 입법재량이 있음을 인정하였다. 반면에 2018년 헌법재판소결정의 반대의견과 이에 대한 보충의견은 앞선 결정들과 마찬가지로 대체복무제 도입 여부에 관해서는 입법자가 광범위한 입법형성권을 가지므로 입법자의 판단을 존중해야 한다고 실시하였다(병역종류조항 합헌의견).

셋째, 2018년 헌법재판소결정은 심사기준으로 비례원칙을 도입함으로써 2004·2011년 헌법재판소결정의 반대의견에서 시도되었던 “규범적 가치형량과 경험적 탐구가 결합된 이익형량”⁹³⁾을 본격적으로 보여주었다. 2018년 헌법재판소결정의 다수의견은 침해의 최소성을 심사하면서 ㉠ 국방통계 및 국방정책에 근거하여 대체복무제의 도입이 우리나라의 국방력에 미치는 영향이 미미할 것이라고 평가하였고, ㉡ 대체복무제 설계 기준을 제시함으로써 대체복무제를 도입함으로써 발생할 수 있는 병역의무의 형평성 문제를 최소화할 수 있다고 보았고, ㉢ 전시에 대체복무제를 도입하였던 외국 사례와의 비교를 통해서 한반도의 특수한 안보상황이 대체복무제 도입에 결정적인 장애가 될 수 없다고 판단하였다. 이처럼 침해의 최소성 심사는 주로 ‘경험적 탐구’를 중심으로 이루어졌다. 반면에 법익의 균형성 심사는 ‘규범적 가치

92) 헌결 2018. 6. 28. 2011헌바379 등.

93) 김도균, 위의 논문(주 65), 111면.

형량'에 집중되었다. 법익의 균형성 심사를 위해서 다수의견은 침해의 최소성 심사 결과로부터 ㉔ 병역종류조항에 대체복무제를 도입하더라도 '국가안보' 및 '병역의무의 공평한 부담'이라는 공익이 충분히 달성될 수 있다고 판단하였고, ㉕ 양심적 병역거부행위가 사회공동체의 법질서에 대한 적극적 공격행위가 아님에도 불구하고 곧바로 형사처벌함으로써 양심적 병역거부자들이 감수하여야 하는 불이익이 심대하다고 판단하였고, ㉖ 양심적 병역거부자를 처벌하는 것보다 이들에게 대체복무를 부과하는 것이 넓은 의미의 국가안보와 공익 실현에 오히려 더 도움이 된다고 평가하였다. 이 헌법재판소결정은, 이상돈 교수가 잘 지적하였듯이 피해의 최소성 심사에서는 경험적 판단이, 법익의 균형성 심사에서는 실질적 가치판단이 주된 역할을 한다는 점을 잘 보여준다.⁹⁴⁾

(2) 처벌조항에 대한 판단

2018년 헌법재판소결정에서 병역법 제88조 제1항의 위헌 여부에 관한 법정의견은 합헌이었다. 그러나 대체복무제를 도입하지 않은 채 양심적 병역거부자에게 해당 조항을 일률적으로 적용하여 처벌하는 것은 위헌적이라는 의견이 다수를 차지했다. 우선 이진성 재판관, 김이수 재판관, 이선애 재판관, 유남석 재판관은 해당 조항이 '양심적 병역거부자에 대하여 대체복무의 기회를 부여하지 아니한 채 양심적 병역거부자를 처벌하는 부분'이 과잉금지원칙에 위배되어 위헌이라는 일부위헌의견을 제시하였다. 일부위헌의견에서는 “형벌은 다른 법적 수단과는 비교할 수 없는 강력한 법률효과 및 기본권 제한 효과를 발생시키므로 가급적 그 사용을 억제할 필요가 있”으므로 침해를 최소화할 수 있는 다른 수단으로 병역의무의 이행을 담보할 수 있다면 입법자는 그 방법을 강구해야 한다고 실시하였다.

한편 강일원 재판관과 서기석 재판관은 해당 조항에 대해 합헌의견을 제시하면서도 병역법 제88조 제1항의 위헌성 시비는 “양심적 병역거부자에 대한 처벌은 대체복무제를 규정하지 아니한 병역종류조항의 입법상 불비와 양심적 병역거부는 처벌조항의 '정당한 사유'에 해당하지 않는다는 법원의 해석이 결합되어 발생한 문제”라고 판단하고, “대체복무제가 규정되지 않은 상황에서는 양심상의 결정을 이유로

94) 이상돈, 헌법재판과 형법정책(고려대학교출판부, 2005), 99면.

입영을 거부하거나 소집에 불응하더라도 이를 처벌하는 것은 헌법에 위반되므로, 처벌조항의 ‘정당한 사유’에 해당한다고 보아야 한다.”라고 실시하였다.⁹⁵⁾ 이 두 재판관의 의견은 합헌의견의 형식을 취하고 있지만 한정위헌의견의 실질을 가지고 있다는 점에 주목할 만하다. 이후 2018. 8. 30. 대법원에서 열린 양심적 병역거부 사건 공개변론에서 해당 의견의 의미를 어떻게 받아들여야 하는지를 두고 이동원 대법관과 검사의 공방이 있었다.

(3) 토론: 양심적 병역거부자에 대한 형사처벌에 따른 법익 균형성 검토

죄형의 비례성 결여

양심적 병역거부는 진지한 양심의 선언이며 소극적 부작용에 의한 평화적인 실현이라는 점에서 어떠한 사회윤리적 가치를 훼손하였다고 보기 어려우며, 앞서 살펴본 바와 같이 양심적 병역거부자가 극소수라는 점에서 이들이 국방력에 미치는 부정적 영향이 미미함에도 불구하고 양심적 입영거부자에 대한 일률적 처벌이나 양심적 예비군훈련거부자에 대한 반복적 처벌은 행위와 책임의 비례성을 결여한 과잉처벌이라고 할 수 있다.

양심적 병역거부자에 대한 일률적 양형 관행은, 범죄행위에 대한 비난가능성과의 비례성을 결여한 것으로 범죄자에 대한 형사처벌이라기보다는 병역면제를 위한 교육지책으로서 국가 형벌권의 왜곡된 행사라는 병리적 측면이 있다. 2000년대에 들어 양심적 병역거부자들이 집총거부 대신 입영거부를 선택함에 따라 종래 군사법원이 아닌 일반 법원에서 이 사건을 다루게 되면서 오직 병역면제 기준에 맞춘 징역 1년 6월의 이른바 ‘정찰제’ 판결이 이루어지기 시작하여 현재까지 이어지고 있다. 양심적 병역거부에 대한 무죄를 선고하였던 하급심에서도 이와 같은 일률적 양형의 문제점을 지적하고 있다.

일선 법원은 대체로 전과나 범행의 동기, 성행 등 형법 제51조에 따른 양형 조건에 대한 고려 없이 일률적으로 병역법상 현역입영 면제에 해당하는 ... 1년 6개월의 정찰제 판결을 할 뿐이고, 이와 같이 징역 1년 6개월의 실형에 해당하는 비교적 중대

95) 헌결 2018. 6. 28. 2011헌바379 등.

범죄임에도 법정구속을 하는 경우가 드문데(검찰 측에서 기소 전 구속영장을 청구하는 경우는 아예 없는 것으로 보인다), 이는 유죄판결이 불가피하다는 현실 인식 아래 그나마 병역의무라도 면해주고자 하는 동정심에서 획일적 판결이 내려질 뿐 처벌법규의 사회적 규범력 확보와 범죄자에 대한 형사처벌이라는 일반 형사재판의 관념과는 거리가 있다. 이는 사실상 타협판결로서 국가 형벌권의 행사가 지극히 왜곡되고 있음을 방증하는 것에 다름 아니다.⁹⁶⁾

양심적 예비군훈련거부에 대한 형사처벌의 비례성 일탈은 더욱 심각하다. 현행 예비군법에 따르면, 재소집 및 처벌 횟수에 법적 제한이 없으며 징역에 처해질 수도 있다.⁹⁷⁾ 현재 사법부는 예비군훈련을 거부할 때마다 매번 예비군법위반죄(실체적 경합범)로 처벌하고 그때마다 증액된 벌금형을 선고하는 것이 이중처벌금지의 원칙 또는 일사부재리의 원칙에 어긋나지 않는다는 입장을 고수하고 있다.⁹⁸⁾⁹⁹⁾ 하급심들도 이러한 대법원 판결의 취지에 따라 각 훈련을 받지 않음으로써 성립한 예비군법위반죄는 모두 실체적 경합 관계에 있어서 이를 거듭 처벌한다고 해도 이중처벌금지의 원칙 또는 일사부재리의 원칙에 위반되지 않는다고 판단하였다.¹⁰⁰⁾ 그러나 다음 대표적인 사례에서도 알 수 있듯이 예비군거부자들에게 가해지는 반복적 형사처벌은 그들의 정상적인 직업적·사회적 생활 영위에 심각한 지장을 초래한다. 이는

96) 광주지판 2016. 10. 18. 2015노1181.

97) “양심적 예비군훈련 거부자들은 반복적인 처벌과 과중한 벌금으로 예비군 편성 기간(최장 8년) 동안 양심의 자유 등을 침해 받고 있음. 8년 동안의 예비군 훈련 기간에 실제로 동원 훈련 등 군사 훈련에 직접 관련되는 시간은 100여 시간이 조금 더 되는데, 이 훈련을 거부하게 되면 약식 재판을 통해 대개 수만 원 내외의 벌금이 선고되지만 거부한 훈련은 다음 분기나 이듬해로까지 이월되면서 그 훈련들에 대한 거부에 대해 각각 벌금이 선고됨. 또한 편성 지침에 따른 다른 훈련들이 계속 잇따르게 되고 이 훈련들마다 위에서 본바와 같이 벌금과 추가 훈련이 계속 누적되고, 처음 약식 재판으로 끝나던 것이 반복되면서 벌금액수도 100만 원 이상으로 늘어나고 정식재판에 회부됨.”[국가인권위원회, 2007. 12. 6.자 보도자료(<https://www.humanrights.go.kr/site/inc/file/fileDownload?fileid=1061226&filename=1205062068575.hwp>), 최종접속일 2018. 7. 20.]].

98) 전수안, “내 눈에 티끌, 언제까지?”, 양심적 병역거부의 문제점과 대체복무제도의 필요성(대한변호사협회 인권위원회·법원 국제인권법연구회 공동학술대회 자료집, 2014.12.20.), 5면.

99) 대판 2007. 12. 14. 2007도7463. 전수안, 위의 발표문(주 93), 5면.

100) 김영식, “국제인권법의 시각에서 바라본 양심적 병역거부와 법원의 실무에 관한 검토”, 양심적 병역거부의 문제점과 대체복무제도의 필요성(대한변호사협회 인권위원회·법원 국제인권법연구회 공동학술대회 자료집, 2014.12.20.), 21면.

양심적 예비군거부 행위와 그 결과의 반가치와 비교한다면 지나치게 가혹하다고 할 수 있다.

양심에 따른 예비군거부자인 신모씨는 전과 52범이다. 2003년 8월 현역병으로 입영해 2005년 8월 전역한 그는 어머니의 권유로 여호와의 증인 신앙을 갖게 됐다. 예비군 훈련이 종교·양심에 맞지 않는다고 결정하고 2006년부터 훈련을 거부했다. 곧바로 향토예비군설치법(향군법) 위반으로 기소돼 법정에 서기 시작했다. 처벌 받은 훈련 거부에 대해 재통지가 나오고, 새로운 훈련도 계속 있어 처벌은 눈덩이처럼 불어났다. 그렇게 받은 재판이 52차례다.¹⁰¹⁾

국가인권위원회도 양심적 예비군훈련거부자들에 대한 반복된 처벌의 문제점을 지적하였다.¹⁰²⁾ 양심적 예비군훈련거부를 거듭 처벌하는 우리나라 사법 관행은 국제적으로 희귀한 사례이다. 이미 국제사회에서는 양심적 병역거부와 관련하여 반복적 처벌이 심각한 인권 침해이며, 자의적인 구금으로 간주된다.¹⁰³⁾

예방효과의 결여

양심적 병역거부자들이 병역면제 기준에 맞춘 일률적 형기를 마침으로써 병역의 무에서 벗어나 양심적 병역거부를 다시 ‘저지’할 수 없게 되는 것은 형벌의 특별 예방효과가 아니라 국가 형벌권의 변용을 통한 병역면제라는 역설이라고 할 수 있다. 또한 양심적 병역거부자들이 형 확정 후 미결수용소인 구치소에서 교도관의 행정 및 운영업무를 보좌하는 형 집행의 현실을 고려할 때, 양심적 병역거부자에 대한 형사처벌은 해당 병역거부자에 대한 특별 예방효과를 기대할 수 없다.

절대적이고 진지한 양심법자들이지만 그 이외의 부분, 특히 수형생활 등에서는 모범

101) 이범준, “전과 52범 만드는 ‘양심적 예비군거부 처벌’... UN서도 지적”, 경향신문 2015. 10. 24. 자 기사(http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?art_id=201510241057331#csidxeb6c1fb2ea71f1f81522d2dff40ebff, 최종접속일 2018. 7. 19.).

102) 국가인권위원회, 2007. 12. 6.자 보도자료(<https://www.humanrights.go.kr/site/inc/file/fileDownload?fileid=1061226&filename=1205062068575.hwp>, 최종접속일 2018. 7. 20.).

103) 이재승, 향군법위헌심판사건 의견서(참고인진술서), 2010.

적이라고 하는 점은 양심적 병역거부가 종교적 확신의 한 표현으로서 애초부터 형사 처벌을 통한 교정·교화라고 하는 형벌집행의 목적을 기대하기 어려운 경우라고 보지 않을 수 없다.¹⁰⁴⁾

양심적 병역거부자들은 형 확정 후에는 교도소로 보내져 일반적인 정역의무를 부과 받아야 함에도 일률적으로 미결수용소인 구치소에서 교도관의 행정 및 운영업무를 보좌하는 역할을 수행하고 있는바, 이는 사실상 병역의무 대신 대체복무 또는 사회복무를 이행하고 있는 셈이다.¹⁰⁵⁾

헌법재판소는 “양심적 병역거부자에 한정해 볼 때 형사처벌이 [병역거부에 대한] 예방효과를 가지지 못해 국가안보나 병역의무의 공평한 부담이라는 공익에도 크게 기여하지 못한다.”고 실시하였다.¹⁰⁶⁾ 양심적 입영거부자에 대한 형사처벌이 일관되게 부과되고 있지만 매해 평균 550여 명이 처벌을 감수하고 양심적 병역거부를 하고 있다.¹⁰⁷⁾ 이는 양심적 병역거부가 양심에 따른 진지한 결단이라는 점에서 형사처벌이 이들 ‘양심의 진정성에 대한 억제’ 효과가 없고, 나아가 ‘병역기피에 대한 억제’ 효과도 없음을 보여준다. 결국 양심적 병역거부자 처벌은 일반 예방효과를 결여하였다. 양심적 입영거부자에 대한 처벌 강도와 양심적 병역거부자 수의 관계에 관한 실증적 연구도 양심적 병역거부자에 대한 형사처벌의 일반 예방효과가 없음을 시사한다. 이 연구에서 양심적 병역거부자에 대한 처벌 강도(수감 기간)가 달랐던 시기를 5개로 나누어 각 시기마다 양심적 병역거부자 수를 비교한 결과, 처벌 강도가 병역거부자 수에 영향을 미치지 않았다. 1980~93년 평균 23.4개월이었던 병역거부자 수감 기간이 1994~2000년 35.0개월로 1.5배 가까이 증가하였지만 병역거부자는 연평균 205명(1980~93년)에서 566명(1994~2000년)으로 오히려 2.8배 가까이 늘었다.¹⁰⁸⁾

104) 헌결 2011. 8. 30. 2008헌가22 등(한정위헌의견).

105) 광주지판 2016. 10. 18. 2015노1181.

106) 헌결 2018. 6. 28. 2011헌바379 등.

107) 병무청 입영 및 징총 거부자 통계에 따르면, 2010년 721명, 2011년 633명, 2012년 590명, 2013년 621명, 2014년 565명이 양심적 병역거부를 하였음. 또한 최근 10년 간(2007년~2016년 10월) 입영·징총 거부자는 5,532명이었고, 그 중 5,495명이 종교적 신념에 따른 거부자이었고, 종교 없이 ‘평화적 신념’에 따른 거부자는 37명이었다.

양심적 예비군훈련거부자는 향토예비군이 설치된 1968년 이래로 2010년까지 최소 897명에 이르고, 반복적인 형사처벌 관행이 공고함에도 불구하고 2010년 이후에도 해마다 80여 명 정도가 예비군훈련거부로 처벌받고 있다.¹⁰⁹⁾ 양심적 예비군훈련거부자는 반복적 형사처벌에도 불구하고 수차례 훈련통지에 대해 지속적으로 거부한다는 점에서 양심적 예비군훈련거부에 대한 형사처벌이 해당 거부자에 대한 특별 예방효과를 가질 것이라고 기대할 수 없다. 다시 말해, “양심적 병역거부가 종교적 확신의 한 표현으로서 애초부터 형사처벌을 통한 교정·교화라고 하는 형벌집행의 목적을 기대하기 어려운 경우라고 보지 않을 수 없다.”¹¹⁰⁾

IV. 양심적 병역거부 사건 공개변론에 대한 인지적 분석

1. 남겨진 문제

2018년 헌법재판소결정에서 헌법재판소는 대체복무제가 규정되지 않은 병역종류 조항인 병역법 제5조 제1항이 헌법에 합치하지 아니한다고 판단하였다. 그러나 병역거부에 대한 처벌조항인 병역법 제88조 제1항에 대해서는 합헌결정이 내려졌다. 물론 앞서 살펴본 것처럼 내용적으로는 6인(일부위헌의견 4인, 합헌의견 2인)의 재판관이 대체복무제를 도입하지 않은 상태에서는 해당 처벌조항의 ‘정당한 사유’에 양심적 병역거부가 포함되지 않는다고 해석하여 이를 처벌하는 것은 위헌적이라는 의견을 제시하였다.

2018년 헌법재판소결정은, 대체복무제 도입에 관한 이익형량에 있어서 2004년

108) 신윤동욱, “가장 오른쪽도 ‘대체복무 찬성’”, 한겨레21, 제734호(2008. 11. 6.)(http://h21.hani.co.kr/arti/society/society_general/23705.html, 최종접속일 2018. 7. 16.). 이 연구결과는, 2008년 10월 28일 서울대학교 사회과학연구원이 주최한 기획 공청회(“양심적 병역거부자” 어떻게 할 것인가?)에서 민준규 박사가 “양심적 병역거부의 경제학”이라는 주제로 발표하였던 내용임.

109) 김진한, “‘양심적 병역거부의 문제점과 대체복무제도의 필요성’에 관한 지정토론문”, 양심적 병역거부의 문제점과 대체복무제도의 필요성(대한변호사협회 인권위원회 · 법원 국제인권법연구회 공동학술대회 자료집, 2014. 12. 20.), 188면.

110) 헌결 2011. 8. 30. 2008헌가22 등 결정, 재판관 이강국 · 재판관 송두환의 한정위헌의견.

전원합의체판결의 반대의견과 2004·2011년 헌법재판소결정의 반대의견이 양심의 자유와 국방의 의무에 관한 이해당사자들의 주장을 최대한 고려한 이익형량의 결론으로 자리매김 했다고 평가할 수 있다. 해당 헌법재판소결정은 재판관 개인들의 속고를 통해 보다 정당한 이익형량에 도달했다는 것 이상의 의미를 가진다. 해당 헌법재판소결정은 사건 당사자뿐만 아니라 각계각층의 참고인들이 참여하여 대체복무제 도입에 관한 의견을 제시하였던 과정을 통해서 도출되었기에 '제도적 이익형량 과정'에서 민주주의의 요청에 부응하였다.¹¹¹⁾ 이로써 2004년 이후 꾸준히 진행된 대체복무제 도입을 위한 입법적 노력과 같은 또 다른 제도적 이익형량의 과정 그리고 시민사회의 다양한 주체들 간에 활발하게 진행된 사회적 공론화라는 비제도적 이익형량 과정에서 다양한 참여자들이 최대한 참여하여 대체복무제 도입에 관한 상당한 합의에 도달하였다고 볼 수 있다.

이제 최대고려의 요청과 민주주의의 요청이라는 공은 대법원으로 넘어갔다. 만약 합리적인 대체복무제가 이미 도입된 후라면 양심적 병역거부행위는 형사 사건화 되지 않을 것이다.¹¹²⁾ 그렇다면 대체복무제가 아직 도입되지 않은 현시점에 2018년 헌법재판소결정은 해당 처벌조항의 '정당한 사유'에 대한 대법원의 해석에 어떤 영향을 미칠 것인가? 2004년 전원합의체판결에서 다수의견은 병역법 제88조 제1항에 의한 양심의 자유 제한이 헌법적으로 허용된다고 판단함에 있어 대체복무제 도입 여부에 관해서 입법자에게 광범위한 입법재량이 있음을 전제로 삼았다('Ⅲ. 2.' 참조). 기속력을 가지는, 병역종류조항에 대한 헌법불합치결정과 2004년 전원합의체판결 다수의견의 논증을 결합하면, 즉 입법자가 대체복무제를 도입해야 하는 의무를 부담한다고 보면 대법원은 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'를 병역의무 불이행자의 귀책사유가 아닌 객관적 사유로만 한정하던 종래의 해석을 변경하여 양심

111) 김도균, 위의 논문(주 65), 72면은 이익형량의 기준이 되는 비례성의 원칙에 대화이론적 요청으로 '최대고려의 요청'과 '민주주의의 요청'을 덧붙였다. 전자는 이익형량에서 이해당사자의 입장을 최대한 반영하라는 요청으로 법관 또는 재판관 개인의 차원에 머문다. 반면에 후자는 이익형량과정에 이해당사자가 최대한 참여하도록 하라는 요청으로 법관 또는 재판관 개인의 차원을 넘어서 헌법재판과정과 입법과정과 같은 '제도적 이익형량 과정'과 공공적 논의의 과정과 같은 '비제도적 이익형량 과정'에서 실현될 수밖에 없다(같은 글, 102면).

112) 물론 새로이 도입된 대체복무제가 합리적 대체복무제가 아니라 병역의무와의 형평성을 현저히 일탈한 징벌적 대체복무제라면 이는 위헌법률심판의 대상이 될 것이다.

적 병역거부도 이 정당한 사유에 포함된다고 보게 될 것이라는 예상이 가능하다. 그리고 이미 2018년 헌법재판소결정에서 해당 처벌조항의 해석에 관해서 6인의 재판관은 이와 같은 적용론(4인의 일부위헌의견) 또는 해석론(2인의 합헌의견)을 제시하였다. 그러나 병역법 제88조 제1항에 대한 법정의견은 합헌이었다는 점을 감안한다면 대법원이 이와 같은 적용론 또는 해석론에 일치하는 방향으로 판례를 변경할지는 의문이다.

최근 있었던 양심적 병역거부 사건에 관한 대법원 전원합의체 공개변론에서 이러한 의문에 대한 실마리를 찾을 수 있을 것으로 보인다. 대법원 전원합의체는 2018. 8. 30. 공개변론을 열어 병역법 제88조 제1항 및 예비군법 제15조 제9항의 ‘정당한 사유’가 양심이나 종교적 신념에 따른 병역거부를 포함하는지에 관하여 검찰 및 피고인 측의 주장과 참고인들의 의견을 청취하는 기회를 마련하였다.¹¹³⁾ 이 공개변론에서는 적용법조의 해석과 관련하여 ‘정당한 사유’의 입법 취지와 그 해석론(합헌적 법률해석 포함) 외에도 국제법적·비교법적 측면에서의 논의, 병역의무의 형평성 및 대체복무제도 도입 논의 현황 등에 대해서 살펴보았다. 이 공개변론의 핵심 쟁점은 2018. 6. 28. 선고된 병역법 제5조 제1항에 관한 헌법불합치결정으로 바뀐 규범적 상태에서 병역법 제88조 제1항 및 예비군법 제15조 제9항의 ‘정당한 사유’를 어떻게 해석해야 하느냐였다. 2004년 전원합의체판결과는 달리 이 공개변론에서는 대체복무제 도입에 관한 논의 자체가 양심의 자유와 병역의무에 대한 이익형량에서 결정적인 쟁점이 되지 않았다. 논의의 초점은 대체복무제가 도입되기 전에 양심이나 종교적 신념에 따른 병역거부가 해당 처벌조항의 ‘정당한 사유’에 포함되는지에 맞

113) 이 공개변론에서 다루어진 사건은 다음의 세 가지였다. 사건 1은, 피고인 A가 ‘여호와의 증인’ 신도로서 2013년 현역병입영통지서를 받고도 이에 불응하여 제1심에서 병역법위반죄 성립이 인정되어 징역 1년 6월을 선고받았고, 제2심에서 피고인 A의 항소가 기각되어 피고인 A가 상고를 제기한 사건이다(대법원 2016도10912 병역법위반 사건, 주심 대법관: 김재형). 사건 2는, 피고인 B가 ‘여호와의 증인’ 신도로서 2015년 현역병입영통지서를 받고도 이에 불응하여 제1심에서 병역법위반죄 성립이 인정되어 징역 1년 6월을 선고받았고, 제2심에서 정당한 사유가 있다고 판단되어 무죄가 선고되어 검사가 상고를 제기한 사건이다(대법원 2016도17706 병역법위반 사건, 주심 대법관: 민유숙). 사건 3은, 피고인 C가 현역복무를 마친 후 ‘여호와의 증인’ 종교에 귀의하여 2017년 수차례에 걸쳐 예비군훈련소집통지서를 받고도 이에 불응하여 제1심에서 예비군법위반죄 성립이 인정되어 징역 10월에 집행유예 2년을 선고받았고, 제2심에서 벌금 500만 원을 선고받아 피고인 C가 상고를 제기한 사건이다(대법원 2018도4708 예비군법위반 사건, 주심 대법관: 박상욱).

취졌다.

공개변론에서는 병역종류조항에 대한 헌법불합치결정으로 '정당한 사유' 해석에 대한 공방이 첨예하지 않을 것이라는 필자의 당초 예상과는 달리 해당 쟁점에 대한 매우 열띤 공방이 벌어졌다. 피고인 측이나 검찰 측 그리고 대법관들은 모두 헌법상 보장되는 양심의 자유를 최대한 보호해야 한다는 데에 동의하면서도 양심적 병역거부에 대해서 판이한 관점을 보여주었다. 이는 개인과 사회, 국가 그리고 법에 대한 서로 다른 정치철학적 견해 간 충돌의 한 국면이라고 할 수 있다. 특히, 이러한 입장 차이가 양심적 병역거부에 대한 묘사나 논증의 전제 방식의 차이로 드러나는 부분들이 공개변론을 방청하였던 필자의 관심을 끌었다. 이에 아래에서는 공개변론의 내용에 대한 인지적 분석¹¹⁴⁾을 통해서 양심적 병역거부자 처벌에 대한 규범적 평가의 심층적인 구조를 밝혀보고자 한다.

2. 법적 추론에 대한 비판적 분석으로서의 인지적 분석

대법원 공개변론에 대한 인지적 분석을 위해서 다소 생소할 수 있는 방법론인 '인지적 분석'에 관하여 이론적 배경과 핵심적인 개념 도구를 필요한 범위 내에서 간략하게 살펴보자.¹¹⁵⁾

1) 법에 대한 인지적 접근

법학 연구에 있어서 법의 특정한 측면을 해명하기 위해서 종종 새로운 방법론의 도입되곤 한다. 법에 대한 '인지적 분석'은 그 용어에서도 알 수 있듯이 법적 추론의 인지적 측면을 밝히고자 1980년대 말부터 새롭게 시도되었던 방법론이다. 이미 20세기 초 미국의 법현실주의자들은 법적 추론을 인지적 관점에서 조명하고자 하였다. 하지만 당시 심리학 등 행동과학의 미성숙으로 말미암아 판결에 이르는 인지적

114) 인지적 분석방법을 소개한 국내 연구로는 강태경, “법적 추론에 대한 인지적 분석방법 : 윈터(Steven L. Winter)를 중심으로”(서울대학교 박사학위논문, 2014).

115) 이하 인지적 분석 및 개념적 은유에 관한 설명은, 강태경, “법적 추론에 대한 비판적 분석으로서의 인지적 분석: 성전환자의 공부상 성별 정정 사건을 중심으로”, 서울대학교 법학 55(4)(2014), 193~240면에서 발췌·인용함.

과정에 대한 해명이 성공적이지는 못했다.¹¹⁶⁾ 그러나 1970년대 인지과학의 혁신을 통해서 현재 심리학을 비롯한 행동과학의 방법론은 인지과정을 섬세하게 추적할 수 있을 만큼 발전하였다. 그리고 언어학자 조지 레이코프(George Lakoff)와 철학자 마크 존슨(Mark Johnson)은 인지과학의 혁신적 성과를 토대로 인간의 인지과정이 법칙적이라기보다는 개념적 은유(conceptual metaphor), 이미지 도식(image schema), 이상적 인지모형(idealized cognitive model), 방사형 범주(radial category), 유추(analogy) 등 다양한 역동적 기제를 통해 작동한다는 관점을 제시하였다. 이를 인지 의미론(cognitive semantics)과 체험주의적 관점(experientialist view), 즉 ‘신체화된 인지(embodied cognition)’ 이론이라고 한다. 이러한 흐름 속에서 미국의 법학자 스티븐 L. 윈터(Steven L. Winter)는 이 인지이론을 차용하여 법적 추론의 인지적 측면을 분석하기 시작하였다.¹¹⁷⁾ 그는 이러한 인지적 기제를 바탕으로 법적 추론이 근원적으로 문화적·사회적 맥락에 민감하며, 동시에 상당히 예측 가능한 방식으로 진행된다고 보았다.

법에서도 은유적 사고의 역할에 대한 관심은 오래전부터 있었다. 예를 들어, 웨슬리 N. 호펠드(Wesley N. Hohfeld)는 “법적 관계들에 대해 [본래 물리적 사물에만 적용 가능한] 단어들을 사용하는 것은, 엄격하게 말해, 상징적이거나 허구적이다.”라고 지적하였다.¹¹⁸⁾ 하지만 법적 논증 및 사고에 은유적 표현 방식이 동원되는 것에는 부정적인 입장이 주를 이뤘다.¹¹⁹⁾ 그런데 이는 수사법(修辭法)으로서의 은유에 대한 입장이라고 할 수 있다. 반면에 인지이론을 수용하였던 윈터는 법을 개념적

116) 1990년대부터 자연화된 법리학(naturalized jurisprudence)을 주창해 온 라이터(B. Leiter)는 미국의 법현실주의가 자연주의적 법학의 맹이라고 평가한다. 다만 미국 법현실주의자들은 법실무에 대한 관심은 컸지만 철학적 섬세함이 부족한 탓에 판결에 관해 과격한 주장들을 과감하게 펼침으로써 정교한 법이론을 구축하는 데에는 실패하였다[Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* (Oxford: Oxford Univ. Press, 2007), pp. 1, 33].

117) Steven L. Winter, *A Clearing in the Forest: Law, Life, and Mind* (Chicago: Univ. of Chicago Press, 2001).

118) Wesley N. Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *Yale L. J.* 23 (1913), p. 24.

119) Felix Cohen, “Transcendental Nonsense and the Functional Approach”, *CowM. L. Rev.* 35 (1935), p. 812; *Berkey v. Third Ave. Ry. Co.*, 244 N.Y. 84, 94, 155 N.E.2d 58, 61 (1930).

은유의 다발로 이루어진 개념체계로 보았다(예: ‘법의 경계’, ‘법의 적용범위’, ‘법의 힘’, ‘법 피라미드’, ‘헌정질서 파괴’, ‘연성헌법 · 경성헌법’ 등). 윈터는 법을 은유적으로 사물에 사상하지 않고서는 법에 대해 생각할 수 없다고 강하게 주장하였다.¹²⁰⁾ 예를 들어, 윈터는 ‘법을 깨는 것’(to break the law)과 ‘법을 다 베어 버려 큰 길을 내는 것’(to cut a great road through the law)의 차이를 다음과 같이 설명한다. 전자는 법과 질서의 회복이 가능한 상태를 전제한 단순한 범위만을 의미하지만, 후자는 헌법침해와 같이 법질서가 파괴된 더욱 심각한 사태를 드러낸다.¹²¹⁾

2) 이해의 도구로서의 개념적 은유

인지이론에서 가장 핵심적인 설명 도구는 ‘개념적 은유’이다. 인지이론에서 은유는 개념적 연상의 패턴, 즉 개념적 은유이며,¹²²⁾ “은유의 본질을 한 종류의 사물을 다른 종류의 사물의 관점에서(in terms of) 이해하고 경험하는 것이다.”¹²³⁾ 개념적 은유에서 가장 중요한 기제는 사상(寫像, mapping)이다.¹²⁴⁾ 이때 사상이란 “관련된 개념들 간의 체계적인 은유적 대응”을 가리킨다.¹²⁵⁾ 이처럼 레이코프와 존슨은 은유의 본질이 언어적 표현에 있는 것이 아니라 “어떤 개념 영역을 다른 개념 영역의 관점에서 이해하는 인지작용”에 있다고 보았다. 개념적 은유는 일차적 은유와 복합적 은유로 나뉜다. 일차적 은유란, ‘애정은 따뜻함’, ‘친밀함은 가까움’, ‘범주는 그릇’ 등과 같이 기본적인 지각적 개념을 단순하지만 지각적이지는 않은 개념으로 사상하는 것이다.¹²⁶⁾ 반면에 복합적 은유는 일차적 은유들이 결합한 형태의 은유로서 오랜 기간 동안 관습화되고, 고착화되고, 고정되어 있는 경우가 상당하다.

120) Winter, 위의 책(주 117), p. 14.

121) Winter, 위의 책(주 117), p. 14.

122) Joseph E. Grady, “Metaphor”, in Dirk Geeraerts and Hubert Cuyckens (eds.), *The Oxford Handbook of Cognitive Linguistics* (Oxford; New York: Oxford Univ. Press, 2007), p. 188.

123) 조지 레이코프 · 마크 존슨, 노양진 · 나익주 역, *삶으로서의 은유*, 수정판(박이정, 2006), 24면.

124) 사상은 “서로 다른 집합의 구성원들 간의 대응 어떤 집합의 임의의 구성원이 다른 집합의 하나의 구성원에 대응할 때, 그 두 집합 간의 대응 관계”를 의미한다[국립국어연구원 편, *표준국어대사전* (서울: 두산동아, 1999) 참조].

125) Grady, 위의 논문(주 122), p. 190.

126) 이하 설명은, Grady, 위의 논문(주 122), pp. 192-93을 따름.

레이코프와 존슨은 관습화된 복합적 은유가 우리의 개념체계를 형성하는 중요한 토대가 되고 그 체계에 따른 사고를 이끈다고 보았다.¹²⁷⁾ 예를 들어, 관습적으로 자주 쓰이는 ‘목적이 있는 삶은 여행’ 은유는 ‘삶’이라는 목표영역을 ‘여행’이라는 원천영역에 사상함으로써 삶에 관한 이해를 이끈다. ‘여행’이라는 원천영역은 여행자, 목적지, 여행의 일정 등의 요소들로 구성된다. ‘여행’ 은유에서 중간 단계의 목표는 중간 단계의 목적지(경유지)이며, 최종 목표는 최종 목적지이고, 목표를 성취하기 위한 행위는 경로를 따른 이동이며, 목표 성취에서의 진전은 목적지를 향한 이동이며, 시작 상태는 출발 위치이며, 최종적으로 목표를 성취하는 것은 최종 목적지에 도달하는 것이다.¹²⁸⁾

‘목적이 있는 삶은 여행’이라는 개념적 은유는 삶에 대한 이해 방식인 내러티브(narrative)¹²⁹⁾에 내적 구조를 부여한다.¹³⁰⁾ 그리고 ‘여행’은 ‘원천-경로-목표’라는 이미지 도식¹³¹⁾에 사상됨으로써 이해된다. 우리는 인간의 삶을 시간 순서에 따른 인물과 사건의 단순한 나열로 이해하지 않는다. 대개의 경우 우리의 삶은 인물과 사건이 일정한 배열(configuration) 구조 안에서 관계를 가지는 내러티브로 이해되고 그런 방식으로 이야기된다.¹³²⁾ 이때 삶의 내러티브는 ‘여행’과 은유적 관계를 맺음으로써 ‘원천-경로-목표’ 도식이라는 내적 구조를 가지게 된다.¹³³⁾ 이와 같은 내적 구조는 ① ‘목표’를 향하는 ‘길’(경로)을 따라 움직이는 ‘여행자’(내러티브의

127) 레이코프 등, 위의 책(주 123), 105면.

128) 조지 레이코프 · 마크 존슨, 임지룡 · 윤희수 · 노양진 · 나익주 역, *몸의 철학: 신체화된 마음의 서구 사상에 대한 도전*(박이정, 2002), 287면.

129) 내러티브란, 화자가 선택한 과거 사건들과 인물들을 ‘시작-중간-끝’을 이루는 방식으로 일시적으로 정리하여 제시하는 의사소통 방식이다[Patricia Ewick and Susan Silbey, “Subversive Stories and Hegemonic Tales: Toward a Sociology of Narrative”, *Law and Society Review*, 29 (1995), pp. 197-226].

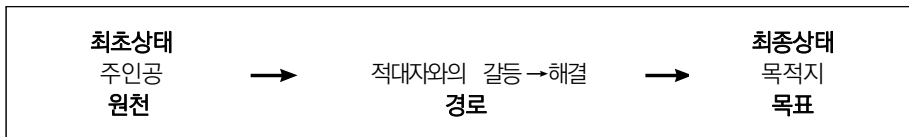
130) 이하 ‘목적이 있는 삶은 여행’이라는 개념적 은유에 관한 설명은 강태경, 위의 논문(주 115), 221-225면에서 발췌 · 인용함.

131) 이미지 도식이란, “신체적 활동을 통해 직접 발생하는 비명제적이고 선개념적인(preconceptual) 구조들이며, 우리가 구체적 대상을 식별하는 데 개입되는 소수의 패턴들”로 “환경과 우리의 상호작용 및 환경에 대한 관찰로부터 도출되는 비교적 추상적인 표상이다.”[강태경, 위의 논문(주 114), 72면].

132) Paul Ricoeur, Kathleen McLaughlin and David Pellauer (trans.), *Time and Narrative* (Chicago: University of Chicago Press, 1984), p. 65.

133) Winter, 위의 책(주 117), p. 108.

주인공, protagonist), ② 목표를 향하는 길에서 주인공이 극복해야 할 난관으로서의 '갈등'(내러티브의 초점, agon), ③ 주인공의 움직임에 따른 '시간의 흐름'(실제적 시간의 흐름과 다를 수 있음)이라는 구성요소로 이루어진다.¹³⁴⁾ 이처럼 인지적 관점에서 내러티브의 내적 구조는 '여행'에 사상되어 있고, 여행은 '원천-경로-목표' 도식에 사상되어 있다고 볼 수 있다. 여행의 관점에서 이해되는 내러티브의 내적 구조는 [그림 1]과 같이 도식화할 수 있다.¹³⁵⁾



[그림 1] 기본적인 여행 내러티브 구조

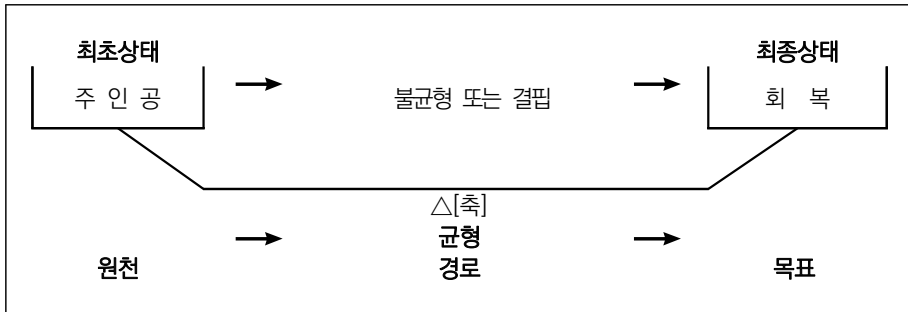
기본적인 여행 내러티브는 또 다른 개념적 은유와 결합되어 더욱 정교화될 수 있다. 홍길동이나 허생과 같이 우리에게 익숙한 내러티브의 주인공들은 불균형이나 결핍을 야기하는 사건을 겪게 되고, 이러한 불균형이나 결핍을 해소하여 균형을 되찾는 목표를 향해 길을 떠난다.¹³⁶⁾ 이와 같은 유형의 내러티브에서는 주인공이 불균형을 해소함으로써 균형을 되찾으려는 동기를 부각시키기 위해서 '균형' 또는 '천칭' 도식이 결합되곤 한다. 천칭의 양 접시에는 최초상태와 최종상태가 놓인다 (그림 2).¹³⁷⁾

134) Winter, 위의 책(주 117), pp. 108-109.

135) [그림 1]은 Winter, 위의 책(주 117), p. 109.

136) Winter, 위의 책(주 117), p. 109.

137) [그림 2]은 Winter, 위의 책(주 117), p. 110.



[그림 2] 변형된 여행 내러티브 구조

3) 비판적 텍스트 분석으로서의 인지적 분석

지금까지 살펴본 것처럼 개념적 은유는 추상적 대상인 목표영역을 구체적인 원천 영역의 관점에서 제시함으로써 목표영역에 대한 사고와 추론을 이끈다. 이 사상의 과정에서 원천영역과 목표영역의 상이함으로 인해 목표영역의 특정한 측면이 부각되거나 은폐된다. 개념적 은유로 인한 부각과 은폐는 목표영역에 대한 사고와 추론에 실질적인 영향을 미친다.¹³⁸⁾

인지적 분석은 사고에 영향을 미치는 개념적 은유를 분석함으로써 그 사고의 심층적 구조를 밝혀낸다는 점에서 담화분석(discourse analysis)의 특징을 가진다. 여기에서 분석의 대상이 되는 담화란, 동성애에 관한 담론처럼 사회적 실천을 구성하는 사회적 상호작용의 장에서 장기간에 걸쳐 형성된 담론적 실천(discursive practice)도 포함하는 넓은 개념이다.¹³⁹⁾ 인지의미론의 창시자인 레이코프는 세금, 규제 등과 같이 정치적으로 이슈가 되는 어휘의 의미가 정치적 이데올로기에 따라 다르며 이러한 어휘를 활용하는 방식의 이면에 작동하는 무의식적인 프레임이나 개

138) 대표적인 예로는, Paul H. Thibodeau and Lera Boroditsky, “Metaphors We Think with: The Role of Metaphor in Reasoning”, *PLoS One* 6, No. 2. (2011), e16782.

139) Renée Dirven, Frank Polzenhagen, and Hans-Georg Wolf, “Cognitive Linguistics, Ideology, and Critical Discourse Analysis”, in Dirk Geeraerts and Hubert Cuyckens (eds.), *The Oxford Handbook of Cognitive Linguistics* (Oxford; New York: Oxford Univ. Press, 2007), p. 1223. 푸코의 ‘담론’ 개념을 그의 저서별로 구분하여 정리·비교한 국내 문헌으로는 허경, “미셸 푸코의 ‘담론’ 개념 — “에피스테메”와 “진리놀이”의 사이 —”, *개념과 소통* 9(2012), 5면 이하.

념적 은유도 정치적 이데올로기에 따라 다르다는 사실을 정치 담론에 대한 인지적 분석을 통해 밝혀냈다.¹⁴⁰⁾

법적 추론에 대한 인지적 분석이란 법적 추론의 비가시적 영역을 가시화하는 작업이다. 다시 말해, 법적 추론을 이끌지만 비가시적인 개념적 은유를 추적함으로써 법적 추론의 심층적인 구조를 드러내는 작업이다. 법적 결정에 대한 인지적 분석을 통해서 드러나는 개념적 은유 체계는 의식적이고 논리적이라기보다는 암묵적이고 자동적으로 작동한다.¹⁴¹⁾ 바로 이 암묵성과 자동성으로 인해 우리는 비성찰적인 인지과정을 거쳐 사고하고 판단하며 이러한 과정을 거쳐 구성된 개념과 이해도 상당 부분 비성찰적인 특성을 띤다. 이와 같은 비성찰성은 엄밀해야 하는 법적 사고와 법적 개념에서도 빈번하게 발견된다. 따라서 법적 추론에 대한 인지적 분석은 법적 사고의 기저에 있는 암묵적이고 자동적으로 작동하는 심층 구조를 파헤쳐봄으로써 법적 사고의 비성찰적 측면에 대한 성찰의 기회를 제공한다. 다시 말해, 법적 추론에 대해 인지적 분석은 법 영역에서의 관행적 사고가 무엇인지 진단하는 과정이다.

3. 공개변론에서 드러난 개념적 은유: '길'로서의 법 vs. '문'으로서의 법

1) 2018년 양심적 병역거부 사건 공개변론 개관

2018. 8. 30.에 열린 양심적 병역거부 사건에 관한 대법원 공개변론(이하, '공개변론'이라 한다)¹⁴²⁾에서는 ① 대체복무제 도입 전에 양심적 병역거부를 허용하는

140) Roberta Pires de Oliveira, "Language and Ideology: An Interview with George Lakoff", in Renée Dirven, Bruce Hawkins, and Esra Sandikcioglu (eds.), *Language and Ideology*, Vol. 1, Theoretical Cognitive Approaches (Amsterdam: John Benjamins, 2001), pp. 23-48.

141) 조지 레이코프, 마크 존슨, 임지룡·윤희수·노양진·나익주 역, *몸의 철학: 신체화된 마음의 서구 사상에 대한 도전*(서울: 박이정, 2002), 40면.

142) 공개변론 발언 내용은 대법원, "양심적 병역거부 사건 공개변론 동영상"(2018. 8. 30.)(http://www.scourt.go.kr/supreme/media/MediaActivityViewAction.work?sessionId=EDdjvo0UuvNaSqhlSaM2zMW09KL2oka0Q81epzySJSVgdGyg0aKKj8uIrWUy803g.DJEUWS06_servlet_SCWW?gubun=710&pageIndex=1&pageSize=12&seqnum=14, 최종접속일 2018. 9. 15.)에서 따온 것임(이하 출처 표시를 생략하고, 위 사이트에 게시된 동영상상을 기준으로 해당 발언의 시작 시간대를 표기함). 아울러 공개변론에서 대법관들은 다툼이 있는 쟁점에 대한 논의를 위해 역할을 분담하여 질의와 의견 표명을 하였기에 그 내용이 곧바로 해당 대법관의 의견이라고 볼 수 없음

데에 따른 부작용, ② 병역법 및 예비군법 처벌조항의 ‘정당한 사유’에 관한 올바른 해석 방법, ③ 양심의 자유와 국가안보에 대한 이익형량의 기준, ④ 구체적 타당성 문제에 관한 공방이 이루어졌다. 첫째, 대체복무제 도입 전에 양심적 병역거부를 허용하는 데에 따른 부작용에 관해서는, 양심적 병역거부자의 병역형성의무가 타인에게 전가되는지 여부,¹⁴³⁾ 군의 사기 저하 문제,¹⁴⁴⁾ 전시(戰時) 대체복무를 병자한 병역기피자 증가 문제,¹⁴⁵⁾ 특정 종교에 대한 우대 문제¹⁴⁶⁾가 논의되었다. 둘째, 병역법 및 예비군법 처벌조항의 ‘정당한 사유’에 관해서는, 법관의 자의적 해석 금지¹⁴⁷⁾와 헌법상 ‘국방의 의무’의 정의에 합치되는 해석 요청¹⁴⁸⁾이 대법원의 기존 해석 유지 논거로 제시되었고, 형사법에 관한 자연스러운 해석¹⁴⁹⁾과 양심적 결정에 대한 심사 가능성,¹⁵⁰⁾ 객관적·주관적 사유 간 경계의 모호성¹⁵¹⁾이 대법원의 기존 해석 변경 논거로 제시되었다. 그리고 ‘정당한 사유’에 대한 해석이 대체복무제 도입 여부에 따라 달라질 수 있는지에 관해서도 다루어졌다. 셋째, 양심의 자유와 국가안보에 대한 이익형량의 기준에 관해서는 양심의 자유의 우선성에 관한 철학적 논거¹⁵²⁾와 양자 간 이익형량의 가능성¹⁵³⁾ 그리고 실증적 근거를 바탕으로 한 법익 균형성 심사 문제¹⁵⁴⁾에 대한 질의와 응답이 이루어졌다. 넷째, 구체적 타당성 문제와 관련하여, 피고인들의 양심적 결단의 시점과 입증 문제,¹⁵⁵⁾ 입법의 불비에 따른 불이익을 국민 개인에게 부담시키는 문제,¹⁵⁶⁾ 대체복무제 도입 이후 양심적 병역거부자

밝혀둔다(조희대 대법관은 질의(1:04:00) 중 공개변론에서의 역할 분담에 대하여 언급하였음).

143) 박상옥 대법관의 질의 내용(13:50) 참조.

144) 조희대 대법관의 질의 내용(59:37) 참조.

145) 조희대 대법관의 질의 내용(59:37) 참조.

146) 조희대 대법관의 질의 내용(57:10) 참조.

147) 조희대 대법관의 질의 내용(1:04:00) 참조.

148) 조희대 대법관의 질의 내용(53:26) 참조.

149) 김재형 대법관의 질의 내용(23:13) 및 김선수 대법관의 질의 내용(1:42:07) 참조.

150) 김재형 대법관의 질의 내용(29:00) 참조.

151) 김선수 대법관의 질의 내용(1:42:07) 참조.

152) 권순일 대법관의 질의 내용(1:06:37) 참조.

153) 김재형 대법관의 질의 내용(2:32:10) 참조.

154) 조재연 대법관의 질의 내용(1:47:53) 참조.

155) 민유숙 대법관의 질의 내용(43:27) 참조.

156) 노정희 대법관의 질의 내용(2:59:00) 참조.

의 법적 지위의 형평성 문제¹⁵⁷⁾가 제기되었다.

아래에서는 2018년 헌법재판소결정 후 대체복무제 도입 전까지 양심적 병역거부를 현행 병역법 제88조 제1항 또는 예비군법 제15조 제9항에 따라 처벌할 것인지 여부에 관한 공개변론 내용에 대한 인지적 분석을 수행한다. 논의의 편의를 위해서 이 과도기에 대법원의 종전 판례에 따라 양심적 병역거부자를 처벌해야 한다는 입장을 '양심실현지연론'으로, 이 과도기라도 위헌적 상황을 제거하기 위해서 양심적 병역거부자를 처벌해서는 안 된다는 입장을 '양심실현승인론'이라고 부른다.

2) 양심실현지연론

검사 측 참고인은 '강한 양심실현지연론'을 주장하였다. 김재형 대법관은 검사 측 참고인에게 “대체복무제가 도입되어 있는지 [여부]에 따라서 ... 양심의 자유[의] 보장 여부를 달리 한다는 것”이 양심의 자유의 본질적 내용 침해 금지라는 헌법적 이념에 비추어 타당하지 않다는 취지의 질의를 하였다.¹⁵⁸⁾ 이에 검사 측 참고인인 장영수 교수는 양심적 병역거부자의 양심적 결단은 객관적으로 도덕적 정당화를 거치지 않은 주관적 소신이라는 전제로부터 이러한 주관적 소신으로서의 양심을 어느 범위까지 보호해야 하는지는 국민들의 수용 가능성과 관련되어 있다는 의견을 제시하였다. 그는 이어서 이와 같은 주관적 소신에 대한 보호가 정당화되기 위한 조건으로 주관적 소신의 정당성 입증과 양심적 병역거부의 허용이 특혜가 되지 않도록 하는 조치를 제시하면서 이와 같은 조치인 대체복무제가 도입되기 전에는 양심적 병역거부를 법적으로 허용해서는 안 된다는 의견을 피력하였다.

(검사 측 참고인, 36:11) ... 가장 중요한 조건[은] 그것을 ... 객관적으로 입증하는 것[과] ... 그것이 그것을 주장하는 사람들의 특혜가 되지 않도록 하는 것[이다.] ... 특혜가 되지 않도록 하기 위한 절대적인 조건[인] ... 합리적인 대체복무를 전제했었을 때 ... [양심이] 정당한 사유로 인정이 될 수 있는 것이지 그렇지 않다면 인정하기가 곤란한 것[이다.]

157) 노정희 대법관의 질의 내용(2:59:00) 참조.

158) 김재형 대법관의 질의 내용(37:54) 참조.

검사 측 참고인은, 기본권의 최대 보장이라는 당위와 실제 여건에 따라 보장의 정도가 달라진다는 현실 사이에서 법해석은 끊임없이 변화하게 된다는 점을 전제하고 대체복무제가 도입되기 전에 양심적 병역거부를 허용하는 경우 불합리한 결과가 나오지 않도록 그 결과를 예상·고려하는 목적론적 해석이 필요하다고 주장하였다. 아래 발언을 살펴보면, 참고인은 병역법 및 예비군법 처벌조항의 해석에 있어서 양심적 병역거부자에 대한 무죄판결로 현역복무자들이 느끼게 될 상대적 박탈감을 고려해야 한다고 주장하였다.

(검사 측 참고인, 40:05) 지금 온 국민이 양심적 병역거부 문제에 대해서 ... 다른 한 쪽이 매우 심각한 피해를 입는 경우는 생기지 않을까 그런 관심들[을 가지고 있다고] 생각합니다. ... 양심적 병역거부에 대해서는 아직도 이해하지 못한다는 국민들이 다 수입니다. ... 최근에 달라진 점은 ... 대체복무제를 전제한다면 ... 다른 일로써 무언가 기여하고 그 이상의 부담을 진다면 그것은 납득하겠[다는] 생각이 늘었다는 것이[다]. ... 현역복무자들의 인권 [문제], 형평성의 문제, 평등의 침해 문제는 어떻게 되느냐? ... 지금 대법원 [무죄 판결]이 내려지고 나서 대체복무제 도입되기까지의 ... 기간 동안에 현역복무자들[이] ... ‘저 사람들은 대체복무도 안 받은 상태에서 군대를 사실상 면제 받았다.’[라고 생각하면] ... 그런 맥락에서 이 대체복무제 있는 상태에서의 양심적 병역거부 인정에 대한 법적 판단과 대체복무가 없는 상태에서의 양심적 병역거부에 대한 법적 판단은 다를 수 있고 달라져야 한다는 것이 저의 생각입니다.

박상옥 대법관도 질의를 통해서 대체복무제 도입 전에는 병역법 및 예비군법 처벌조항에 따라 양심적 병역거부자를 처벌해야 한다는 검사 측 참고인의 의견과 유사한 의견을 제시하였다(강한 양심실현지연론). 박상옥 대법관은 형벌이란 실정법 위반에 대한 공적 제재라는 점을 강조하고 대체복무제 도입 전까지는 병역법 및 예비군법 처벌조항은 합헌적 실정법이므로 해당 처벌조항에 따른 처벌은 실정법 준수에 따른 당연한 결과라는 논지를 펼친다. 아울러 병역법위반죄 또는 예비군법위반죄로 복역하더라도 양심적 병역거부자는 자신의 신념을 유지할 수 있으며 그와 같은 상황이 자신의 신념의 진지성을 방증하는 것이라는 의견도 제시되었다.

(박상옥 대법관, 1:58:42) … 형벌이라고 하는 것은 실정법 위반에 대한 그런 공권의 제재거든요. … 대체복무제가 법률적으로 제도적으로 도입되지 아니한 그런 규범적 상태에서 병역의무를 거부하기 때문에 그와 같은 실정법 위반에 대해서 징역형을 부과해서 복역을 하게 되었습니다. … 대체복무제도가 없기 때문에 … 국가로서는 실정법 위반에 대한 그런 법률에 근거해서 형벌을 가하는 것이[고] … 여호와의 증인은 … 실정법[을] 위반해서 복역을 했을 뿐 본인의 종교적 신념은 유지할 수 있고 또 더 강건해질 것입니다. … 그렇다고 하면 [복역에 따른 부작용에 대한] 보안장치가 있다고 하면 본질적 요소가 침해된 것으로 볼 수 없다는 것인지, 아니면 그와 같은 상태에서도 어떤 점에서 과연 종교적 신념을 가진 피고인들이 본질적인 종교의 자유 혹은 양심의 자유의 부분이 침해되었다고 하는 것인지, 그 의견을 말씀해 주시기 바랍니다.

한편 조희대 대법관과 이기택 대법관은 대체복무제가 도입될 때까지 당해 사건에 대한 판단을 유보하자는 ‘약한 양심실현지연론’을 제시하였다. 조희대 대법관은 피고인 측 변호인에게 피고인들의 입장이 “나는 대체복무가 무엇[이든] 지금 당장 무죄를 선고받고 대체복무에서 빠지겠다.”라는 것인지, 아니면 “조금 더 기다렸다가 대체복무제도가 시행되면 그때 대체복무를 하면 되지 내가 굳이 무죄 판결까지 요구하는 것은 아니다.”라는 것인지 질의하면서 대체복무제 도입 시까지 재판을 유보할 수 있는 가능성을 내비쳤다.¹⁵⁹⁾ 이기택 대법관은 질의의 형식을 통해 재판 유보의 취지와 그 결과를 다음과 같이 좀 더 명료하고 구체적으로 밝히고 있다.

(이기택 대법관, 1:32:49) … 지금 현행법은 대체복무제도가 없습니다. … 대체입법 … 이후로 이 재판을 미루게 된다면 … 대체복무를 이행하지 않게 될 … 양심의 가책 … 없이 피고인들이 원하는 법적 지위를 얻을 수도 있다 … 입법이 마련된 이후에 이 피고인들이 원하는 대로 대체복무 해당자가 된다면 이 사건은 형사재판을 할 필요도 없어지게 되죠. 그러니까 형사 피고인의 지위도 없는 … 가장 명예로운 길이 아닌가 생각되는데, … 무죄 판결 받아야 하고 대체복무를 이행할 의사가 있다 하는 피고인의 입장을 법적으로 가장 잘 수용하는 방법은 대체복무제도가 도입된 이후에 이 사건 재판에서 무죄를 하거나 검찰에서 공소를 취소하거나 하는 것이 … 아닌가 …

159) 조희대 대법관의 질의 내용(1:04:40) 참조.

3) 양심실현승인론

공개변론 과정에서 양심실현승인론에 해당하는 의견을 제시한 대법관들은 처벌조항이 합헌이라고 해서 대체복무제가 도입되기 전에는 양심적 병역거부자에게 처벌조항을 적용하는 것은 위헌적 상태를 지속시키는 것이라는 데 의견을 같이 하면서 양심실현지연론에 따른 부당한 결과를 지적하였다. 이러한 입장은 병역종류조항에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정과 처벌조항 해석 변경의 필요성을 시사하는 재판관 6인의 의견을 고려한 것으로 보인다.

이동원 대법관은 양심실현지연론은 위헌적 상태를 유지하게 되는 결과를 만든다고 지적하였다. 그는 병역종류조항에 대한 헌법불합치결정으로 대체복무제 도입 전에 현행 처벌조항의 ‘정당한 사유’를 종래의 대법원 판례에 따라 천재지변이나 질병과 같은 병역의무자의 책임 없는 객관적 사유로 한정하여 해석하여 양심적 병역거부자를 처벌하는 것은 위헌적 상태를 유지한다는 취지의 의견을 제시하였다. 이동원 대법관의 질의는 2004년 전원합의체판결의 다수의견이 보여준 논증, 즉 대체복무제 도입에 대한 광범위한 입법형성권으로부터 곧바로 처벌조항의 ‘정당한 사유’를 객관적 사유에 한정하는 해석이 헌법적으로 허용된다는 결론을 도출한 데에 대한 문제의식을 잘 보여준다. 여기에서 2004년 전원합의체판결과 확연히 구별되는 부분은 ‘정당한 사유’ 해석 문제를 다루면서 병역종류조항에 대한 헌법불합치결정에 근거할 뿐 대체복무제 도입 가능성에 대한 논증을 거치지 않는다는 점이다.

(이동원 대법관, 2:05:20) 헌법재판소가 최근 결정에서 ‘대체복무제를 규정하지 않는 병역법에 병역종류조항은 헌법에 불합치한다.’[라는] 결정을 했습니다. 하지만 이 사건 처벌조항에 대해서는 ... 재판관 중에 네 분은 ‘양심적 병역거부자를 처벌하는 부분은 헌법에 위반된다.’[라는] 의견을 제시[했고] 다른 두 분은 ‘대체복무제가 규정되어 있지 아니한 상황에서 양심적 병역거부자를 처벌한다면 과잉금지원칙을 위반하여 헌법에 위반되기 때문에 양심적 병역거부는 처벌조항에서 이야기하는 정당한 사유에 해당하는 것으로 보아야 한다.’[라고] 이야기하고 있습니다. ... 이 사건 [처벌조항]은 결국은 해석의 영역이기 때문에 위헌결정을 하지는 않았습시다만, 현재의 결정 취지를 보면 그 이유에서 무엇인가 분명한 메시지를 주고 있습니다. ... [이 두 분은] 합헌적 법률해석이라는 것이 아니고, ‘헌법 전체적인 입장에서 봤을 때 헌법적 시각

에서 봤을 때 이런 것은 정당한 것으로 봐야 된다.’[라는] 의견이거든요. ... 검찰의 입장에서만 보면 어떤 객관적 사정이라고 하는 증명될 수 있는 영역에서의 사정만이 정당한 사유라고 이야기하고 있는데

노정희 대법관은 국가의 의무 방기라는 측면에서 양심실현지연론은 입법의 불비에 따른 불이익을 양심적 병역거부자인 국민 개인에게 전가하는 결과를 만든다고 비판하였다. 그리고 그는 양심실현지연론 중 대체복무제 도입 전 무죄 선고가 ‘특혜’라는 부분은 위헌적 병역종류조항을 근거로 한다는 점에서 본말이 전도되었다고 지적하였다.

(노정희 대법관, 2:59:00) ... [검사 측] 참고인께서 여러 차례에 걸쳐서 대체복무제가 시행되지 않은 상태에서 정당한 양심적 병역거부자들에게 정당한 사유를 인정하여 무죄를 선고하는 것은 특혜로 받아들여질 우려가 높대[는] 말씀을 하셨습니다. 그런데 ... 헌법재판소에서 병역종류조항에 대체복무를 규정하지 않은 것은 위헌적이라고 보아서 헌법불합치결정을 했습니다. 그러면 ... 위헌적 상태를 기준으로 해서 양심적 병역거부자에게 정당한 사유를 인정하는 것은 특혜[라고] 하면 뭔가 본말이 뒤바뀐 것은 아닌가 하는 의문이 있을 수 있고 ... 위헌적 상태를 그대로 놓아둔 ... 데에 따른 불이익을 국민에게 전가하는 것 아닌가 하는 의문도 있을 수 있을 것 같습니다. 그에 대한 견해는 어떠신가요?

검사 측 참고인은 이와 같은 지적에 대하여 양심적 병역거부자에 대한 처벌 문제는 거부자의 법익뿐만 아니라 현역복무자의 법익도 고려해야 하기 때문에 단순히 헌법불합치결정과 문구의 해석을 결합하여 논리적 해결할 수 없는 문제라고 대응하였다.¹⁶⁰⁾

노정희 대법관은 양심실현지연론이 가지는 또 다른 문제점으로 입영통지 또는 예비군훈련통지 시기에 따라 양심적 병역거부자의 법적 지위가 달라지는 형평성 문제

160) 참고로 검사 측 참고인은 헌법재판소가 병역종류조항에 대해 단순위헌결정 대신 헌법불합치결정을 내린 이유를 단순위헌결정을 내렸을 때 현역복무자들의 인권 문제가 생길 수 있기 때문이라고 해석하였다. 그런데 이와 같은 해석은 타당하지 않아 보인다. 병역종류조항에 대해 헌법불합치결정을 내린 이유는 단순위헌결정시 해당 조항이 무효화됨으로써 병력형성을 할 수 없게 되는 결과를 방지하기 위함이다.

를 지적하였다. 다시 말해, 대체복무제 도입 시점을 기준으로 양심적 병역거부자에 대한 형사처벌 여부가 달라진다면 입영통지나 예비군훈련통지 시기라는 우연적 요소에 의해서 양심적 병역거부자의 법적 지위가 달라질 수 있다는 것이다.

(노정희 대법관, 3:00:00) ... 국방부에서는 “헌법불합치 결정 이후에 소집유예 등을 할 의향이 있다.” 이런 발표도 있었습니다. ... 그러면 이제 입영대상자가 ... 정책에 따라서 소집유예를 받고 나중에 대체복무가 병역조항에 포함된 상태에서 대체복무를 받는 사람들과 소집통지를 좀 먼저 받아서 입영거부자가 되어서 지금 법원의 판단을 받아야 하는 사람들과의 사이에 형평의 문제가 생긴다고 볼 수는 없겠습니까?

3) 양심실현지연론의 심층 구조 — ‘길’로서의 법

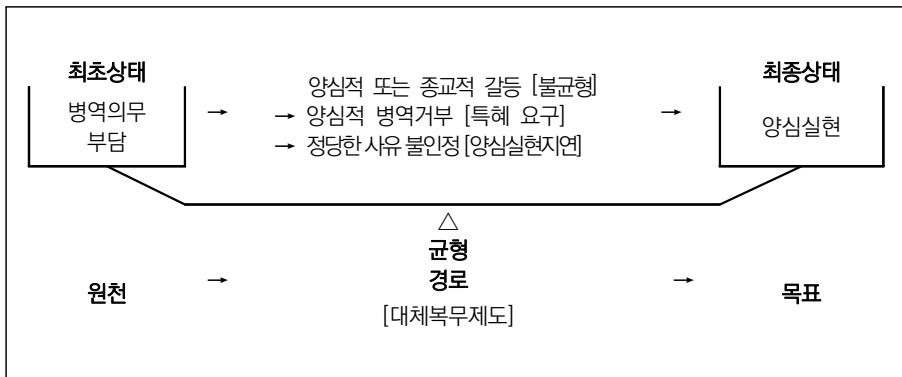
우리가 특정 사건을 구성요건요소들로 이루어진 법적 사태로 이해함에 있어서 내러티브는 부지불식간에 동원되는 매우 보편적인 인지적 기제이다.¹⁶¹⁾ 양심적 병역 거부 사건 판결문의 사실관계를 보더라도 양심적 병역거부자가 특정한 종교적 신념이나 평화주의적 신념을 형성하고 그 진지한 신념을 병역거부라는 소극적 부작용으로 외부에 표현하는 과정이 인과적 관계로 배열되어 있다. 이처럼 양심적 병역거부행위는 앞서 설명했던 ‘여행 내러티브’의 내적 구조로 쉽게 이해된다. 또한 대체복무제를 운용하는 대부분의 국가들에서 양심적 병역거부 신청 시 양심적 결정의 동기와 과정에 대한 설명을 요구하는 것도 내러티브를 통해 사태를 이해하려는 한 방편이라고 할 수 있다. 예를 들어, 연방대체복무청(Bundesamt für den Zivildienst: BaZ)을 두어 병역거부자 판정을 담당하게 하였던 독일의 경우 병역거부를 원하는 사람에게 ‘병역거부 신청서’와 함께 ‘이유서’와 ‘이력서’를 제출하도록 하였다.¹⁶²⁾

161) 인지심리학자 제롬 브루너(Jerome Bruner)는 *Making Stories: Law, Literature, Life* (New York: Farrar, Straus, and Giroux, 2002)와 *Minding the Law* (Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 2000)에서 법적 사고의 내러티브적 성격을 탐구하였다. 그는 인지과학 혁명기부터 내러티브의 인지적 기능을 연구하였던 대표적인 학자로서 *Actual Minds, Possible Worlds* (Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1986)와 *The Culture of Education* (Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1996) 등의 대표작을 통해서 인간의 사고방식을 논리적 방식과 내러티브적 방식으로 나눈다고 주장하였다.

162) 이하 독일의 병역거부 신청 관련 내용은 이재승, “독일의 대체 복무제”, 프리드리히 에베르트 재단 주한 협력 사무소(2007), 4-5면 참조(<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/seoul/04556.pdf>).

신청자는 이 이유서에 양심적 결정의 동기에 대한 ‘인격적이고 상세한’ 설명을 기재해야 한다. 이때 중요한 것은 양심적 결정의 ‘과정’을 분명하게 밝혀야 한다는 점이다. 또한 이력서에는 병역거부와 관련된 사항이 반드시 포함되어야 한다.

이처럼 기본적인 ‘여행 내러티브’의 내적 구조는 병역거부자의 양심상 결정 과정을 의미 있게 이해하는 데 유용하다. 그리고 이 ‘여행 내러티브’ 구조와 ‘균형’ 도식이 결합된 ‘변형된 여행 내러티브’ 구조를 통해서 양심적 병역거부 사건을 이해하는 경우 더 구체적인 추론이 가능해진다. 변형된 여행 내러티브로 양심적 병역거부를 도식화하면 다음과 같다(그림 3).



[그림 3] 양심적 병역거부에 관한 변형된 여행 내러티브 구조

변형된 여행 내러티브 구조의 관점에서 양심적 병역거부를 이해하고 양심적 병역거부자에 대해 예상되는 조치를 추론하여 양심실현지연론과 비교함으로써 이 변형된 여행 내러티브 구조가 양심실현지연론의 내적 구조로 작동하고 있다고 할 수 있는지 알아보자.

첫째, 변형된 여행 내러티브 구조 안에서 법은 주인공(양심적 병역거부자)이 지나야 하는 길(경로)에 사상되어 있다. 주인공인 양심적 병역거부자는 헌법과 법률이 정한 병역의무를 부담하는 최초상태에서 군사훈련을 받을 수 없다는 진지하고도 절

박한 양심상 갈등을 경험하고 이러한 불균형 상태를 해소하기 위해 양심을 실현하는 최종상태, 즉 군사훈련을 받지 않는 상태로 나아가려고 한다. 그런데 공개변론에서 알 수 있듯이 양심실현지연론은 양심적 병역거부자가 최종상태인 ‘양심 실현’을 달성하려면 대한민국 국민으로서 부담해야 하는 병역의무를 비군사적인 대체복무의 이행으로 갈음해야 한다고 본다. 이는 2004년 전원합의체판결이나 2004 · 2011년 헌법재판소결정에서 다수의견이 대체복무제 도입을 양심적 병역거부자의 양심 실현을 위한 전제 조건으로 상정하였던 것과 동일한 논리이다. 이와 같은 이해는 위 내러티브 구조 안에서 대체복무제 ‘법’을 양심적 병역거부자가 목적지까지 가는 ‘길’에 사상한 것으로 평가할 수 있다. ‘법은 길’ 은유는 매우 관습화된 복합적인 개념적 은유이다. ‘법을 따른다’거나 ‘정도를 걷다’와 같이 법규칙과 관련된 익숙한 표현들은 ‘법은 길’이라는 개념적 은유를 매개로 의미 있게 이해된다.¹⁶³⁾

둘째, ‘법은 길’ 은유가 여행 내러티브와 결합되면 여행 내러티브의 구성요소들과 법과 관련된 요소들이 은유적 관계를 맺음으로써 법에 관한 추론이 가능해진다. 법의 지배를 받는 수범자는 여행자에, 법에 의한 제약은 경로에, 법준수는 경로를 따르는 이동에 사상된다. 이와 같은 은유적 관계에 따라 대체복무 ‘법’이라는 ‘길’이 놓이지 않는 한 양심적 병역거부자는 목적지에 도달할 수 없게 된다는 추론이 가능하다. 이러한 추론은 병역의무의 예외로서 대체복무제가 도입되기 전까지 양심적 병역거부자가 병역법위반죄 또는 예비군법위반죄의 책임에서 벗어나지 못한다고 보는 양심실현지연론의 결론과 같다. 다만, 약한 양심실현지연론은 병역법위반죄 또는 예비군법위반죄의 죄책을 묻기보다는 대체복무의 길이 열리기 전까지 판단을 중지하고 기다리는 전략을 구사한다는 점에서 강한 양심실현지연론과의 차이를 보인다.

셋째, 여행 내러티브 구조 안에서 ‘길이 없다’는 이유로 최종상태로의 이동이 승인되지 않더라도 여행자는 최초상태로 되돌아가지 않는다. 양심실현지연론은 양심적 병역거부자의 양심상 결정을 부정하고 강제로 병역의무를 이행하도록 하는 것이 아니라 양심상 결정을 실현시키는 데 조력하지 않는 것이다. 앞서 살펴본 공개변론에서 박상옥 대법관은 양심적 병역거부자들이 1년 6월의 복역기간을 마치면 병역의무가 면제된다는 점에서 처벌이 그들의 신념을 해치는 것이 아니라는 결과론적 주

163) Winter, 위의 책(주 117), pp. 206~207.

장을 제시하였다. 약한 양심실현지연론도 마찬가지로 양심적 병역거부자들에 대한 판결을 대체복무제 도입 시까지 유보한다고 해서 그들이 병역의무를 이행하는 상황이 아니므로 그들의 신념을 해친 것이 아니라는 결과론이다.

넷째, 여행 내러티브의 최초상태와 최종상태가 '균형' 도식에서 저울의 양 접시 위에 놓임으로써 양심적 병역거부의 양심상의 갈등은 중요하게 고려되지 않게 된다. 양심상의 갈등 또는 고통은 대체복무라는 길이 없음에도 불구하고 여행을 감행하게 만든 강력한 동기라는 점에서 여행 내러티브 구조 안에서는 이동의 원동력으로 이해되기 때문에 균형 도식의 어느 쪽 접시에도 놓이지 못한다. 최종상태가 놓인 접시 쪽에는 양심 실현이라는 개인적인 목표 달성에 따른 만족감이 올 것이다. 반면에 최초상태가 놓인 접시 쪽에는 양심적 병역거부자가 자신의 병역의무를 회피함으로써 발생하는 다양한 부정적 결과들이 담긴다. 공개변론에서는 그 부정적 결과로 군의 사기 저하, 양심적 병역거부를 빙자한 병역기피자 증가, 양심적 병역거부자의 병역형성의무 전가, 특정 종교 우대 문제가 제시되었다.

결국 여행 내러티브 구조의 관점에서 양심적 병역거부 사건을 이해하면 양심적 병역거부자는 대체복무라는 '길이 없는 상황'에서 적법 영역을 이탈하여 무리하게 양심 실현이라는 목표를 향해 이동하려고 하는 '무모한 여행자'가 된다. 또한 균형 도식의 관점에서 양심적 병역거부 사건을 이해하면 양심적 병역거부자는 자신의 양심 실현이라는 개인적 목표를 위해서 최초상태 쪽으로 한참 기울어진 불균형을 해소시켜야 하는 문제에 봉착해 있는 사람이다. 이 두 가지를 결합하면, 대체복무제가 도입되지 않은 상황에서 양심적 병역거부자는 적법행위(병역의무의 이행)를 하지 않는 심각한 불균형을 해소하지 않은 채 개인적 목표(양심의 실현)에 도달할 수 있게 해달라고 요청하는, 즉 '특혜를 요구하는 사람'으로 이해된다.

4) 대안적 은유의 모색 — '문'으로서의 법

지금까지 살펴본 바에 따르면, 양심실현지연론이 암묵적으로 전제하고 있는 양심적 병역거부에 대한 이해는 '양심적 병역거부는 여행' 내러티브 구조를 바탕으로 하고 있음을 알 수 있다. 그리고 이러한 내러티브 구조 안에서 법원은 양심적 병역거부자의 양심 실현에 대한 최종적인 심사자로서의 역할을 수행하게 된다. 그러나 양

심적 병역거부에 대한 이러한 개념적 은유는, 양심적 병역거부자가 현행 사법 관행 하에서 강력한 형사처벌을 예상하면서도 병역의무 이행 거부라는 양심적 결단을 내릴 수밖에 없었던 양심상의 심각한 갈등, 즉 정체성이 무너질지도 모른다는 실존적 절박함을 제대로 반영하지 못한다. 물론 개념적 은유의 부각과 은폐 기능으로 말미암아 개념적 은유가 현실을 그대로 묘사하는 것은 아니다. 그렇다고 하더라도 어떤 대상에 대한 개념적 은유와 그 대상의 실제적인 모습 간의 괴리가 심각하다면 그 개념적 은유는 그 대상에 대한 이해의 틀로서 제대로 기능할 수 없을 것이다.

그렇다면 ‘여행으로서의 양심적 병역거부’와 ‘길로서의 법’이라는 개념적 은유에 대한 대안은 무엇인가? 피고인들이 처한 구체적인 상황과 대법원의 판결로 그들이 처하게 될 구체적인 상황에 천착하는 이해 방식에서 그 대안적 은유의 가능성을 찾을 수 있을 것으로 보인다.

앞서 살펴본 노정희 대법관은 대법원이 병역법 및 예비군법 처벌조상의 ‘정당한 사유’에 대해 대체복무제 도입 전후로 법원이 다른 판단을 하게 되면 입영통지 및 예비군훈련통지 시기라는 우연적 요소에 의해 양심적 병역거부자의 법적 지위에 현격한 차이가 야기되는 구체적 형평성 문제를 제기하였다. 위 ‘정당한 사유’에 대한 헌법재판소의 합헌결정을 형식적으로 받아들여 대체복무제 도입 전까지 기존의 대법원 판례를 고수한다면 양심적 병역거부자가 전과자라는 이유로 직업 및 사회생활에서 큰 제약을 받고 있는 위험적 상황은 개선되지 않을 것이다. 그리고 민유숙 대법관은 피고인들의 양심상 결단의 진지함과 절박함에 대한 입증 문제에 관해 다음과 같이 질의하였다.

(민유숙 대법관, 43:27) 병역법위반 사건의 피고인들이 병무청으로부터 입영통지서를 받기 이전에 이미 본인이 병역의무를 이행할 수 없을 정도로 확고한 양심과 신념의 결단을 하고 있다는 행동이나 의견표명을 한바가 혹시 있는지, 있다면 어떤 내용이었는지, 만약에 그 이전부터 그러한 행동이나 의견표명을 한바가 없다면 이와 같이 본인의 표명이 종전에 없었지만 현재의 병역거부는 피고인들의 양심적 결단에 의한 것이라는 그 점을 어떻게 법원을 설득시킬 연결고리를 만들어서 주장하시고자 하는 것인지 그 부분에 대해서 답변을 부탁드립니다.

이에 변호인인 이창화 변호사가 병역기피와 양심적 병역거부 판별의 중요성에 대하여 설명하자, 민유숙 대법관은 설명을 중단시키고 질문의 취지가 일반론이 아닌 이 사건의 구체적인 사실관계를 듣는 데 있다고 밝혔다.¹⁶⁴⁾ 재판장 김명수 대법관도 같은 취지로 이 사건 피고인들이 양심상 결단에 관해 제출한 자료가 무엇인지 질의하였다. 이에 또 다른 변호인인 오두진 변호사는 각 사건 피고인들의 사정에 관하여 진술하였다.

(오두진 변호사, 47:41) 이 사건 피고인들은 법정에서 계속 그런 질문을 받고 또 그 자신의 신념 체계에 대해서 충분히 설명을 했고 ... 2심에서 무죄를 받은 김○○ 피고인의 경우는 사실 자신의 신념의 깊이도 충분히 입증했다고 보이고 또 그의 경우는 또 하나의 사실관계가 그의 형 둘이 이미 대법원에까지 상고를 해서 다 유죄 판결까지 받고 투옥이 된 그런 경우였습니다. 그래서 그런 불이익한 상황을 다 보고도 자기가 그 길을 견졌다고 결정을 내린 것 자체가 사실 많은 재판부에서 양심의 진지함을 인정한 것이 주변에서 그렇게 1년 6월 감옥행을 계속 택하는데도 그런 결단을 내린 것 자체가 어떤 입증을 어느 정도 했다고 여겨지는 것이 아닌가 하는 생각이 듭니다.

공개변론 사건이 규범통제를 목적으로 하는 헌법재판 사건이 아니라 구체적인 법적 판단을 목적으로 하는 형사재판이라는 점에서 구체적인 사실관계 및 구체적 타당성에 중점을 둔 접근 방식이 적절하다. 인지적 관점에서 이러한 접근 방식은 판단의 초점을 양심적 결단에 맞추게 함으로써 ‘여행으로서의 양심적 병역거부’ 및 ‘길로서의 법’ 은유 구조 안에서 적법행위를 거부하는 동기뿐만 이해되었던 양심상의 갈등과 고통을 이익형량에 고려하도록 만든다. 예를 들어, 삼형제가 모두 양심적 병역거부로 형사처벌 되는 인간적 불행이 피고인의 양심의 진지성을 방증하여 2심에서 무죄 판결을 받았다는 변호인의 구체적인 설명은 피고인의 병역거부가 개인적 욕구의 관철이나 특혜 요구로 이해되기에는 충분하지 않음을 잘 말해준다.

‘여행으로서의 양심적 병역거부’에 대한 대안적 은유로 ‘선택으로서의 양심적 병역거부’를 생각해볼 수 있다. 여행 구조에서도 균형 도식이 활용된다. 그러나 여행 구조 안에서 균형 도식은 이익형량에 고려되는 항목을 제한하는 부작용이 있었다.

164) 민유숙 대법관의 질의 내용(44:58) 참조.

이에 반해서 양심적 병역거부를 균형 도식에만 사상하는 경우 양심상 갈등과 고통이 이익형량의 한 쪽 접시에 놓이게 된다. 이처럼 양심적 병역거부자들이 겪는 고통을 생생하게 고려하면 할수록 ‘정당한 사유’에 대한 기존 해석이 그들의 양심의 자유를 제한하는 정도는 더욱 크게 평가될 수 있다.¹⁶⁵⁾ 또한 대체복무제가 도입되지 않은 상황은 이동의 경로의 부재로 이해되기보다는 이익형량의 또 다른 쪽 접시에 놓이는 고려 사항이 된다. 이로써 제도적 문제와 개인의 기본권이 같은 수준에서 비교된다.

‘선택으로서의 양심적 병역거부’로 양심적 병역거부를 이해하는 경우 ‘길로서의 법’에 대한 대안으로 ‘문으로서의 법’을 고려할 수 있을 것이다. 2004년 헌법재판소 결정에서 전효숙 재판관과 김경일 재판관은 반대의견을 제시하면서 “소수자인 양심적 병역거부자들의 신념을 존중하고 가능한 한 수용하는 것은 우리 사회를 보다 성숙되고 발전된 방향으로 나아가게 하는 길이 될 것”¹⁶⁶⁾이라고 실시하였다. 이 표현에서도 알 수 있듯이 대체복무제가 도입되면 양심적 병역거부자가 목적지로 갈 수 있는 길이 생기는 것이 아니라 양심적 병역거부자의 신념을 ‘존중’하는 것이 우리 사회가 나아가는 길이 되는 것이다. 다시 말해, 법원은 양심적 병역거부자의 양심적 결단을 존중하고 그들이 목적지로 나갈 수 있도록 ‘문’을 만들어주는 것이다. 이 법의 문으로 나아간 양심적 병역거부자들이 목적지에 도달할 수 있도록 대체복무제를 마련하는 것은 입법부와 정부가 분담해야 하는 제도적 몫으로 남는다. 그리고 입법부 및 정부가 자신의 역할을 제대로 수행하는 데 있어서 국민적 공감대를 이끌어낼 필요가 있다. 이와 같은 일련의 과정은 앞서 살펴본 민주주의 요청에 부합하는 합의 도달 과정이라고 할 수 있다. 이런 점에서 법원은 양심적 병역거부자뿐만 아니라 대체복무제와 관련된 이해당사자들에게도 법의 문을 열어준다. ‘문으로서의 법’에서 법원은 ‘선량한 문지기’의 역할을 담당하게 된다. 선량한 문지기로서 법원의 역할은 성전환자의 공부상 성별 정정 사건과 같이 소수자의 기본권 실현 문제에서 두드러지게 발견된다.¹⁶⁷⁾

165) 김도균, 위의 논문(주 65), 98면.

166) 헌결 2004. 8. 26. 2002헌가1(반대의견).

167) 강태경, 위의 논문(주 115), 229-232면.

이익형량의 심층적 구조로 '선택으로서의 양심적 병역거부'와 '문으로서의 법'이라는 대안적인 개념적 은유를 수용한다면 기본권 제한과 관련된 이익형량에서 자주 발견되는 범주 오류를 방지하여 양심적 병역거부에 대한 관용의 한계를 확정하는데 기여하는 바가 있을 것이다. 개인의 기본권 제한에 관한 이익형량의 구조는 흔히 '공동체 이익'과 '개인 이익' 중 어느 것이 우선적인가와 같이 대립 구도를 띤다.¹⁶⁸⁾ 그러나 이와 같은 대립 구도에서 비교되는 이익의 주체인 '공동체'와 '개인'은 같은 층위에서 비교될 수 없다. 왜냐하면 개인은 매우 구체적인 주체지만 공동체는 매우 추상화된 관념적인 주체이기 때문이다.¹⁶⁹⁾ 그럼에도 불구하고 앞서 살펴본 여행 내러티브 구조 안에서 양자가 같은 수준에서 비교되며 사건 당사자인 양심적 병역거부자의 구체성은 상당부분 은폐된다. 하지만 대안적 구조 안에서는 구체적인 사건 당사자의 결단에 초점이 맞춰짐으로써 양심적 병역거부자 개인이 가지는 기본권 주체성이 부각된다. 그렇다면 양심실현지연론에서 제기될 수 있는 논거였던 현역복무자의 박탈감도 구체화되어 비교되어야 한다. 다시 말해, 대체복무제 도입 전에 양심적 병역거부를 허용하는 경우 현역복무자들이 느낄 것으로 예상되는 상대적 박탈감이라는 부정적 결과도 여행 내러티브 구조에서처럼 공동체 이익의 침해라는 고도로 추상화된 수준에서 논의되는 것이 아니라 구체적인 개별 병사들의 정서적 반응에 대한 예측으로 측정되어야 한다. 범주 오류에서 탈피한 구체적 형량은 양심적 병역거부에 대한 관용의 한계, 즉 평등한 자유의 침해 정도를 가늠하는 데 필수적이다. 이처럼 양심적 병역거부와 관련된 이해당사자들의 구체적인 기본권 주체성을 부각시키는 대안적 은유 구조는, 양심적 병역거부자와 그 외의 다른 병역의무자라는 '기본권 주체들 사이의 헌법적 지위를 왜곡시키지 않도록'¹⁷⁰⁾ 하는 이점이 있다.

168) 이민열, 기본권 제한 심사의 법의 형량(경인문화사, 2016), 383면.

169) 이민열, 위의 책(주 168), 384-390면은 기본권 제한과 관련된 이익형량에서 빈번히 발견되는 범주 오류를 지적하고 헌법상 법인균형성 심사를 위한 전제로서 형량의 대상이 되는 기본권 주체들의 추상 수준을 맞춰야 한다고 밝힌다.

170) 이민열, 위의 책(주 168), 400-401면.

V. 결론

2014년 전원합의체판결을 계기로 양심적 병역거부에 관한 사회적 공론화가 본격화된 결과 2018년 병역법 병역종류조항에 대한 헌법불합치결정이 내려짐으로써 우리 사회는 양심적 병역거부권을 인정하고 대체복무제를 도입할 수 있는 여건이 마련되었다. 이에 병역법 및 예비군법 처벌조항을 양심적 병역거부자에게 일률적으로 적용하여 처벌하는 위헌적 상태는 제거되어야 한다. 대법원은 양심적 병역거부 사건에서 병역법 제88조 제1항 및 예비군법 제15조 제9항의 ‘정당한 사유’를 소극적으로 해석한 나머지 양심적 병역거부자의 확고한 평화주의적 신념의 실현 가능성을 애초에 봉쇄하고 마치 범죄성립 배제사유가 규정되어 있지 않은 것과 같은 부당한 결과를 만들어내던 관행을 이제는 바꿔야 할 때이다.

병역법 및 예비군법 처벌조항의 ‘정당한 사유’는 범죄의 성립 여부를 결정짓는 불확정개념이라는 점에서 소극적 부작용에 의한 양심실현이 ‘정당한 사유’에 해당하든지 여부는 규범조화적 해석에서 따라 기본권 우호적으로 결정되어야 한다. 이를 위해서 대법원은 양심적 병역거부라는 진지한 결단의 헌법적 무게와 그러한 진지성을 존중하는 방향으로 나아가는 우리 사회의 긍정적 변화, 양심적 병역거부권의 근거로서의 국제인권규범에 대한 존중 필요성 그리고 법의 통합성 요청 등을 종합적으로 고려해 규범적 조화점을 찾아야 한다. 이 규범적 조화점은, 아르투어 카우프만(Arthur Kaufmann)의 ‘관용의 정언명령’이 말하듯 인간적 불행을 가능한 많이 피하거나 줄일 수 있도록 궁리되어야 할 것이다.¹⁷¹⁾ 양심적 병역거부자들이 겪어왔던 인간적 불행을 끝낼 수 있도록 ‘법의 문’을 여는 사법적 결단은 진정한 양심적 병역거부자와 그렇지 못한 자를 가려낼 수 있는 엄격한 사전심사와 사후관리가 가능한 합리적 대체복무제도를 설계하는 데 크게 기여함으로써 자유민주주의의 확립과 발전에도 큰 도움이 될 것이다.¹⁷²⁾

171) 아르투어 카우프만, 법철학, 김영환 역(나남, 2007), 378-381면. 카우프만은 다원주의사회에서 법의 역할에 대하여, “법은 인간에게 행복을 선물하는 방식으로가 아니라 오직 인간의 불행과 고통을 제한하는 방식으로만” 사회정의의 불완전하게나마 보장할 수 있다는 점에서 “너의 행위의 결과가 인간의 불행을 가능한 최대로 회피하거나 줄이는 것과 양립할 수 있도록 행위하라.”는 ‘관용의 정언명령’이야말로 법이 추구해야 할 이념이라고 설파한다(같은 책, 703-704면).

172) 헌결 2011. 8. 30. 2007헌가12, 2009헌바103(한정위헌의견).

참고문헌

1. 국내문헌

(1) 단행본

- 안경환·장복희 편. 양심적 병역거부. 사람생각, 2002.
- 한인섭·이재승 편. 양심적 병역거부와 대체복무제. 경인문화사, 2013.
- 이상돈. 헌법재판과 형법정책. 고려대학교출판부, 2005.
- 이민열. 기본권 제한 심사의 법익 형량. 경인문화사, 2016.
- 아르투어 카우프만 저. 법철학. 김영환 역. 나남, 2007.
- 조지 레이코프·마크 존슨. 몸의 철학: 신체화된 마음의 서구 사상에 대한 도전. 임지룡·윤희수·노양진·나익주 역. 박이정, 2002.
- _____. 삶으로서의 은유, 수정판. 노양진·나익주 역. 박이정, 2006.
- 프란츠 카프카. 법 앞에서. 전영애 역. 민음사, 2017.

(2) 논문

- 강승식. “양심의 자유의 제한과 그 한계”. 원광법학 29(3)(2013): 69~93.
- 강현철. “헌법상 양심의 자유에 기초한 병역거부자에 대한 입법론적 고찰”. 아주법학 4(1)(2010): 29~60.
- 강태경. “법적 추론에 대한 인지적 분석방법 : 윈터(Steven L. Winter)를 중심으로”. 서울대학교 박사학위논문, 2014.
- _____. “법적 추론에 대한 비판적 분석으로서의 인지적 분석: 성전환자의 공부상 성별 정정 사건을 중심으로”. 서울대학교 법학 55(4)(2014): 193~240.
- 김도균. “법적 이익형량의 구조와 정당화문제”. 서울대학교 법학 48(2)(2007): 31~115.
- 김두식. “양심에 따른 병역거부 70년의 회고와 전망”. 인권과 정의 367(2007): 43~58.
- 김명재. “양심의 자유와 병역의무 - 2004. 8. 26. 2002헌가1 결정에 대한 평석”. 공

- 법학연구 8(3)(2007): 215~240.
- 김세균 · 공석기 · 임재성. “양심적 병역거부자, 어떻게 할 것인가?: ‘대체복무제도에 대한 전문가 의식조사’를 중심으로”. 한국사회과학 30(1)(2008): 3-43.
- 김예영. “하급법원과 대법원, 헌법재판소의 관계에서 본 양심적 병역거부 문제”. 사법 1(38)(2016): 215~262.
- 나달숙. “양심의 자유와 양심적 병역거부에 관한 연구”. 이화여자대학교 박사학위 논문, 2005,
- _____. “양심적 병역거부 해결방향”, 법학연구24(2006): 1~36.
- _____. “양심적 병역거부와 대체복무 —헌재 2004.8.26. 2002헌가1 결정을 중심으로—”. 인권과 정의 359(2006): 133~174.
- _____. “양심적 병역거부의 국제적 논의와 현황”. 토지공법연구 41(2008): 453~479.
- 나태중. “한국군에 있어서 병역의무 이행에 관한 철학적 논의와 병역정책의 발전”. 한국동북아논총 16(4)(2011): 149~170.
- 류기환. “양심적 병역거부에 대한 비범죄화 가능성”. 법학연구 52(2013): 209~227.
- 류지영. “양심의 자유로서의 병역거부의 불법성 —헌법과 형법목적의 관점으로—”. 法學論文集 40(2)(2016): 247~277.
- 문수현. “전후 서독의 양심적 병역거부에 대한 논의”. 역사와 문화 17(2009): 106~133.
- 문재태. “양심적 병역거부에 관한 법적 검토 —대체복무제도의 도입 방안을 중심으로—”. 법이론실무연구 5(1)(2017): 177~203.
- 미우라 히로키. “정치적 갈등상황에서 공적 이성의 형성과 한계 : 양심적 병역거부 문제의 사례를 중심으로”. 한국정치학회보 43(4)(2009): 73~98.
- 박찬걸. “양심적 병역거부자에 대한 형사처벌의 타당성 여부”. 한양법학 23(2)(2012): 61~98.
- 박찬운. “양심적 병역거부 —국제인권법적 현황과 한국의 선택—”. 저스티스 141(2014): 5~30.
- 박 철 · 정정균 · 김진환. “병역법 제88조 제1항 위반에 따른 형사처벌 타당성에 관

- 한 연구”. 융합보안 논문지 17(4)(2017): 39~46.
- 서창록·유영수. “민주주의 국가의 인권 정치 : 한국과 스페인의 양심적 병역거부권 인정 문제를 중심으로”. 국제정치논총 57(3)(2017): 355~388.
- 신규하. “헌법상 양심적 병역거부권 논의”. 법학연구 24(3)(2016): 117~134.
- 신상준·이상경. “‘양심의 자유’에 관한 헌법재판소 결정의 비판론적 검토”. 서울법학 24(4)(2017): 163~200.
- 신운환. “‘양심적 병역거부’라는 용어의 적절성 여부 검토와 대체 용어의 모색에 관한 소고 —행정법학의 차원에서, 국방인력의 확보에 미칠 영향을 고려하여—”. 행정법연구 46(2016): 389~415.
- 오승철. “부작위에 의한 양심실현의 자유 —양심적 부작위는 거의 절대적으로 보호되어야 한다—”. 헌법학연구 15(2)(2009): 301~333.
- 윤영미. “양심의 자유의 내용과 제한”. 인권과 정의 345(2005): 53~66.
- 윤영철. “병역법 제88조 제1항과 양심적 병역거부”. 비교형사법연구 6(2-1)(2004): 389~416.
- _____. “양심적 병역거부에 대한 형사처벌의 형법적 문제점”. 형사정책 16(2)(2004): 93~120.
- 음선필. “종교적 신념을 이유로 한 병역거부와 대체복무”. 신앙과 학문 23(2)(2018): 149~183.
- 이상명. “양심적 병역거부와 양심의 자유”. 고려법학 49(2007): 911~933.
- 이수진·문채규. “종교적 행위의 형사법적 허용범위”. 비교형사법연구 19(4)(2018): 109~135.
- 이재승. “병역거부에 대한 반응양상”. 법과사회 32(2007): 263~284.
- _____. “군인의 전쟁거부권”. 민주법학43(2010): 185~224.
- _____. “자료: 양심적 병역거부를 처벌하는 병역법의 위헌심판사건 참고인 의견서”. 민주법학 45(2011): 297~332.
- 이정환. “양심의 자유의 과잉금지원칙 적용여부”. 중앙법학 18(1)(2016): 139~172.
- 이항우. “경합적 다원주의와 온라인 사회, 정치토론: ‘양심적 병역거부’ 찬반담론의 분석”. 경제와 사회 68(2005): 189~212.

- 임재성. “징병제 형성과정을 통해서 본 양심적 병역거부의 역사”. 사회와역사(구 한국사회사학회논문집) 88(2010): 387~422.
- _____. “평화운동으로서의 한국 양심적 병역거부운동 연구”. 민주주의와 인권 10(3)(2010): 305~352.
- _____. “군사주의에 관한 헌법재판소: ‘국가안보’ 관련 헌법재판소 결정문에 대한 비판적 담론 분석”. 민주법학 51(2013): 13~49.
- 장영수. “양심적 병역거부와 병역법 제88조 제1항 등의 합헌성 여부에 대한 검토”. 헌법학연구 21(3)(2015): 161~195.
- 장복희. “양심적 병역거부에 관한 국제사례와 양심의 자유”. 헌법학연구 12(5)(2006): 329~357.
- _____. “양심적 병역거부자의 인권 보호”. 공법연구 35(2)(2006): 237~265.
- 전영평 · 박원수 · 김선희. “소수자로서 ‘양심적 병역거부자’와 옹호집단간 정책갈등 분석”. 한국행정논집 20(4)(2008): 1209~1229.
- 정경수. “국내법원의 국제인권법규 해석 —병역법 위반 사건을 중심으로—”. 홍익법학 16(1)(2015): 803~833.
- 정대현 · 권정은. “이산선택도형을 이용한 양심적 대체복무 선택을 추정”. *Journal of The Korean Data Analysis Society* 10(6)(2008): 3199~3210.
- 정연주. “양심적 병역거부”, 헌법학연구 18(3)(2012): 405~434.
- _____. “현재의 양심적 병역거부 결정에 대한 비판적 검토”. 헌법재판연구 5(1)(2018): 3~34.
- 정인섭. “「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」과 군장병 인권”. 서울대학교 법학 48(4)(2007): 35~62.
- 채형복. “양심적 병역거부: 권리인가, 도피인가 —유럽의 사례를 중심으로—”. 법학논고 40(2012): 1~34.
- 하민경. “사회적 약자의 인권에 관한 대법원 판결과 사회 변화: 양심적 병역거부자와 성전환자의 인권을 중심으로”. 법과사회 57(2018): 127~152.
- 하승우. “시민불복종에 관한 정치철학적 고찰 : 법치주의와 시민권리를 중심으로”. 기억과 전망 21(2009): 6~35.

- 한인섭. “양심적 병역거부, 그 처벌의 위헌성”. 법과정책 21(3)(2015): 439~474.
- 한태원. “양심적 병역거부에 관한 법철학적 고찰 —Ronald Dworkin의 법철학을 중심으로—”. 연세 공공거버넌스와 법 9(2)(2018): 29~58.
- 허 경. “미셸 푸코의 “담론” 개념 — “에피스테메”와 “진리놀이”의 사이 —”. 개념과 소통 9(2012): 5~32.
- 허완중. “양심적 병역거부 불인정의 위헌성을 확인했을 때 적절한 헌법재판소 결정 유형”. 헌법재판연구5(1)(2018): 35~68.
- 황우택. “A Study of Treatment of Minorities in the Military Service System”. 법이론실무연구 5(3)(2017): 129~162.
- Coleman, Franciska Anqonett. “Minority Rights—Using Representation Reinforcement to Protect the Civil Liberties of Conscientious Objectors in Korea—”. 법학논총 29(4)(2012): 625~648.

(3) 기타 자료

헌법재판소

- 헌법재판소 2002. 11. 28. 선고 2002헌바45 결정.
- 헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1 결정.
- 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2007헌가12, 2009헌바103 결정.
- 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 등 결정.

대법원

- 대법원 1992. 9. 14. 선고 92도1534 판결.
- 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 판결.
- 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도7120 판결.
- 대법원, “양심적 병역거부 사건 공개변론 동영상”(2018. 8. 30.)(http://www.scourt.go.kr/supreme/media/MediaActivityViewAction.work?jsessionid=EDdjvo0UuvNaSqhlSaM2zMW09KL2oka0Q81epzySJSVgdGyg0aKKj8uIrWUy803g.DJEUWS06_servlet_SCWWW?gubun=710&pageIndex=1&pageSize=12&seq)

num=14, 최종접속일 2018. 9. 15.).

하급심

광주지방법원 2016. 10. 18. 선고 2015노1181 판결.
서울남부지방법원 2004. 5. 21. 선고 2002고단3940, 2002고단3941 판결.
서울남부지방법원 2004. 5. 21. 선고 2003고단1783 판결.
청주지방법원 2017. 1. 10. 선고 2016고단1121 판결.
제주지방법원 2017. 8. 11. 선고 2017고단16, 2017고단55 판결.

정부 관련 자료

국방부. 2016 국방백서. 2017.
대한민국 정부. 2012-2016 국가인권정책 기본계획. 2012.
법무부. 2018-2022 국가인권정책 기본계획(초안). 2018.
병무청. 2017 병무통계연보(I). 2018.

연구보고서

국제앰네스티. 감옥이 되어버린 삶: 한국의 양심에 따른 병역거부자. 국제앰네스티
(문서번호: ASA 25/1512/2015), 2015.
진석용. 종교적 사유 등에 의한 입영거부자 사회복무체계 편입 방안 연구. 병무청
연구용역보고서, 2008.
최병욱 외 3인. 예비군훈련 형평성에 기초한 보류제도 개선. 국방부 연구용역보고
서, 2015.

공청회 및 토론회 자료집

대한변호사협회 인권위원회 · 법원 국제인권법연구회. 양심적 병역거부의 문제점과
대체복무제도의 필요성. 2014. 12. 20.
서울지방법변호사회. 대체복무제 도입에 관한 강연 및 토론회. 2018. 3. 8.
국제앰네스티. “숫자로 보는 양심에 따른 병역거부”. 2016. 5. 10.

국제앰네스티 한국지부 · 민주사회를 위한 변호사 모임 · 전쟁없는세상 · 참여연대.
“합리적 대체복무제 도입을 위한 시민사회 제안”. 2017. 7. 7.

국가인권위원회 관련 자료

국가인권위원회. 2005년 국민인권의식조사 총괄보고서(I). 2006.
국가인권위원회. 국가인권위원회 결정례집-인권정책분야 제2집(2005-2006). 2007.
국가인권위원회. 국가인권위원회 연간보고서 2007. 2008.
구정우 등. 2016년 국민인권의식조사. 2016.
국가인권위원회. 2007. 12. 6.자 보도자료(<https://www.humanrights.go.kr/site/inc/file/fileDownload?fileid=1061226&filename=1205062068575.hwp>, 최종접속일 2018. 7. 20.).
국가인권위원회. 2017. 6. 28.자 보도자료(<https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?menuid=001004002001&boardtypeid=24&boardid=7601335>, 최종접속일 2018. 7. 20.).

기사

김민경. “80건 넘는 무죄 판결…‘양심적 병역거부’ 문제는 인권의 최전선”. 한겨레 2018. 5. 15.자 기사(http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/84470, 최종접속일 2018. 7. 15.).
박수연. “서울지방법원, ‘양심적 병역거부 무죄 판결 환영’ 성명”. 법률신문 2016. 10. 20.자 기사(<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=103968&page=1>, 최종접속일 2018. 7. 15.).
손원제. “양심적 병역 거부자 대체복무 허용 추진” 한겨레 2007. 9. 18.자 기사 (<http://www.hani.co.kr/arti/society/rights/237264.html>, 최종접속일 2018. 7. 20.).
신윤동욱. “가장 오른쪽도 ‘대체복무 찬성’”. 한겨레21, 제734호(2008. 11. 6.)(http://h21.hani.co.kr/arti/society/society_general/23705.html, 최종접속일 2018. 7. 16.).
임재성. “소수자문제를 국민여론조사로 똑딱? 꼭 젊은이들을 감옥에 보내야겠습니

까”. 오마이뉴스, 2008. 12. 24.자 기사(http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?cntn_cd=A0001037731, 최종접속일 2018. 7. 19.)

진성훈. “정부, 대체복무 용역보고서 왜곡했다”. 한국일보 2009. 1. 8.자 기사 (<http://hankookilbo.com/v/1d8264114ec04d1087d0f6804d8dca9e>, 최종접속일 2018. 7. 20.).

2. 외국문헌

(1) 단행본

- Leiter, Brian. *Naturalizing Jurisprudence*. Oxford; New York: Oxford Univ. Press, 2007.
- Ricoeur, Paul. *Time and Narrative*. Translated by Kathleen McLaughlin and David Pellaue. Chicago: Univ. of Chicago Press, 1988.
- Winter, Steven L. *A Clearing in the Forest: Law, Life, and Mind*. Chicago: Univ. of Chicago Press, 2001.

(2) 논문

- Cohen, Felix. “Transcendental Nonsense and the Functional Approach.” *CowM. L. Rev.* 35 (1935): 809.
- de Oliveira, Roberta P. “Language and Ideology: An Interview with George Lakoff.” In *Language and Ideology. Vol. 1, Theoretical Cognitive Approaches*, Edited by Renée Dirven, Bruce Hawkins, and Esra Sandikcioglu, 23 - 48. Amsterdam: John Benjamins, 2001.
- Dirven, Renée, Frank Polzenhagen, and Hans-Georg Wolf. “Cognitive Linguistics, Ideology, and Critical Discourse Analysis.” In *The Oxford Handbook of Cognitive Linguistics*, Edited by Dirk Geeraerts and Hubert Cuyckens, 1222-40. Oxford; New York: Oxford Univ. Press, 2007.
- Ewick, Patricia, and Susan Silbey. “Subversive Stories and Hegemonic Tales:

Toward a Sociology of Narrative.” *Law and Society Review*, 29 (1995): 197.

Grady, Joseph E. “Metaphor.” In *The Oxford Handbook of Cognitive Linguistics*, Edited by Dirk Geeraerts and Hubert Cuyckens, 188-213. Oxford; New York: Oxford Univ. Press, 2007.

Hohfeld, Wesley N. “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning.” *Yale L. J.* 23 (1913): 16.

Thibodeau, Paul H., and Lera Boroditsky. “Metaphors We Think with: The Role of Metaphor in Reasoning.” *PLoS One* 6, no. 2. (2011): e16782.

(3) 기타 자료

해외 법원 판결

ECtHR, *Bayatyan v. Armenia*, Application No. 23459/03, Judgement of 7 July 2011.

ECtHR, *Bukharatyan v. Armenia*, Application No. 37819/03, Judgement of 10 January 2012.

ECtHR, *Feti Demirtaş v. Turkey*, Application No. 5260/07, Judgement of 17 January 2012.

ECtHR, *Erçep v. Turkey*, Application No. 43965/04, Judgement of 22 November 2011.

ECtHR, *Tsaturyan v. Armenia*, Application No. 37821/03, Judgement of 10 January 2012.

유엔인권이사회

UNCHR, *Conscientious objection to military service*, 10 March 1993, E/CN.4/RES/1993/84.

UNCHR, *Conscientious objection to military service*, 8 March 1995, E/CN.4/RES/1995/83.

UNCHR, *Conscientious objection to military service*, 22 April 1998, E/CN.4/RES/1998/77.

UNCHR, *Conscientious objection to military service*, 20 April 2000, E/CN.4/RES/2000/34.

유엔자유권규약위원회

Yeo-Bum Yoon and Myung-Jin Choi v. Republic of Korea, CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, UNHRC, 23 January 2007.

Min-Kyu Jeong et al. v. The Republic of Korea, CCPR/C/101/D/1642-1741/2007, UNHRC, 27 April 2011.

Young-kwan Kim et al. v. the Republic of Korea, CCPR/C/112/D/2179/2012, UNHRC, 15 October 2014.

UNHRC, *General comment no. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial*, 23 August 2007, CCPR/C/GC/32.

UNHRC, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review - Republic of Korea*, 29 May 2008, A/HRC/8/40; A/HRC/WG.6/2/L.6.

UNHRC, *Analytical report on conscientious objection to military service : Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, 3 June 2013, A/HRC/23/22.

UNHRC, *Conscientious objection to military service*, 29 September 2013, A/HRC/RES/24/17.

UNHRC, *Concluding observations on the 4th periodic report of the Republic of Korea*, 3 December 2015, CCPR/C/KOR/CO4.

UNHRC, *Conscientious objection to military service*, 1 May 2017, A/HRC/35/4.

UNHRC, *CCPR General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion)*, 30 July 1993, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4.

UNHRC, *General comment no. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial*, 23 August 2007, CCPR/C/GC/32.

유럽평의회

PACE, *Exercise of the right of conscientious objection to military service in Council of Europe member states*, Recommendation 1518 (2001).

Criticism on the Supreme Court's Interpretation of "Justifiable Grounds" for Conscientious Objection : "Law-as-Path" vs. "Law-as-Gate"

Gahng, Tae-gyung*

This paper aims to critically diagnosis the Supreme Court's interpretation of "justifiable grounds" for conscientious objection. Recently the normative circumstances of conscientious objection have dramatically changed since the Constitutional Court declared Categories of Military Service Provision nonconforming to the Constitution and ordered the legislature to implement alternative service for genuine conscientious objectors. The Supreme Court held a full-bench public hearing on the cases of three conscientious objectors in order to debate over whether to interpret conscientious objectors' decisions as "justifiable grounds" even before implementing the alternative service. First, the author examined whether Korean society has been mature enough to introduce the alternative service since the Supreme Court Full Bench Decision 2004Do2965 delivered on July 14, 2004. Second, critical analysis of major judicial decisions on the conscientious objection revealed that the form of judicial balancing has developed to integrate abstract normative judgment and concrete empirical prediction since the Decision 2004Do2965. Third, through cognitive analysis of the public hearing, the author unearthed that "Conscientious Objection-as-Journey" and "Law-as-Path" metaphors were the implicit structure of the opinion that conscientious objectors' realization of the conscientious decision should be pending before implementing the alternative service. It was pointed out that these conceptual metaphors have the problem that the suffering experienced by conscientious

* Research Fellow, PhD in Legal Philosophy, the Korean Institute of Criminology

objectors is not properly reflected in the form of judicial balancing. Thus “Conscientious Objection-as-Decision” and “Law-as-Gate” were proposed as alternative conceptual metaphors.

❖ Keyword : Conscientious objection to military service, Conscientious objection to reserve forces military training, “Justifiable grounds”, The interpretation in conformity with the Constitution, Balancing, Cognitive analysis, Conceptual metaphor

범죄유형에 따른 형사조정 특성에 관한 경험적 고찰* : 폭행 및 상해, 사기 사건을 중심으로

이동원**·윤현석***

국 | 문 | 요 | 약

본 연구는 범죄유형에 따른 형사조정의 결과에 대해 실증적인 자료를 분석함으로써 형사조정의 성립율을 높일 수 있는 기법 및 단서, 형사조정시 사전 대비 사항 등을 제시하는데 연구의 목적이 있다. 이에 2011년과 2015년 전국 58개 지방검찰청(지청 포함)의 형사조정위원회에서 실시한 형사조정 중에서 각각 20건씩 무작위로 추출된 주요 사건 기록조사를 분석하였으며, 분석을 통해 범죄유형별 형사조정 과정 및 특성과 형사조정 후 처분 내용을 요약하고 개선방안을 제시하였다.

첫째, 폭행 및 상해 사건의 조정 성립율은 형사조정 사건 전체의 성립율보다 높았으며, 특히 폭행 사건의 성립율은 매우 높게 나타났다. 형사조정을 의뢰하기 전 자발적인 동의와 참여가 필요하며, 형사조정에 참석했을 경우에는 당사자 간 갈등 및 분노 감정을 완화시키는 노력이 더욱 필요할 것이다. 또한 치료비 등 직접적인 피해금액 이외에 경제적 손실과 향후 후유증을 반영한 피해 예상 및 정신적 피해 보상 등의 차원에서 추가 금액이 발생 할 수 있음을 고려하여 적절한 합의를 유도하는 것이 필요하다. 아울러 폭행 및 상해 사건은 조정이 성립된 후에 합의내용이 실행될 가능성이 매우 높은 것으로 나타났는데 가해자를 믿지 못하는 피해자를 설득하는데 상당히 유용하게 활용할 수 있는 부분이다.

둘째, 형사조정을 통한 조정성립이 검찰 처분에 미치는 영향은 매우 큰 것으로 나타났다. 다른 사건에 비해서 조정성립시 불기소 비율이 높았으며, 조정성립된 사건의 사건 처리 기간은 불성립 사건에 비해서 훨씬 짧았으며, 폭행이나 상해의 경우에는 그 기간이 더욱더 짧아지는 것으로 나타났다. 이는 시간적 단축 뿐만 아니라 여러 가지 긍정적 효과를 예측할 수 있는 부분으로 특히 형사조정위원들은 당사자에게 형사조정의 중요성과 긍정적 효과를 설명하는데 활용할 수 있는 중요한 정보가 되고 당사자가 적극적으로 형사조정 성립을 위해 노력하도록 유도할 수 있는 부분이다.

❖ 주제어 : 형사조정, 형사조정위원, 피해회복, 폭행, 상해, 사기

* 이 논문은 2017학년도 원광대학교 교비지원에 의해 수행됨.

** 원광대학교 경찰행정학과 교수(주저자)

*** 광주여자대학교 경찰법학과 교수(교신저자)

I. 서론

형사조정은 일정한 형사사건에 대해 피해자와 가해자가 서로 화해와 조정을 통하여 해결을 도모하는 제도이며,¹⁾ 분쟁의 종국적인 해결이나 피해자의 피해 회복을 지원하는 등 대체적 분쟁해결절차로 형사절차에 활용되고 있다.²⁾ 범죄피해자보호법(법률 제10283호)이 2010년 개정되어 형사조정에 관한 규정이 신설되고 형사조정에 의뢰되는 사건이 대폭적으로 늘어나 현재는 형사분쟁 해결의 새로운 유형으로 자리잡고 있다.³⁾ 또한 형사조정이 초기에 사인간의 금전피해 관련 사건을 중심으로 이루어지던 경향을 보였다면 신체피해 관련 사건으로 비중이 점차 확대되고 있는 경향을 보이고 있다.⁴⁾ 이는 형사조정이 금전적 피해의 회복에만 치중하지 않고 신체적 피해의 회복과 갈등 해결을 추구하는 형사조정으로 나아가고 있는 것으로 평가할 수 있는 부분이다. 아울러 최근 10년간 우리나라 범죄발생을 살펴보면, 형법범죄의 주요 범죄군 중에서는 재산범죄, 강력범죄(폭력)의 순으로 나타났다. 재산범죄

1) 박미숙이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원, 연구총서 16-AA-06, 2016, 17.

2) 김용욱, “한국의 형사조정: 회복적사법 프로그램인가?”, 한국형사정책연구원, 형사정책연구, 19(2), 2008, 212-214; 박미숙이진국, 위의 책, 재인용, 38.

3) <표 1> 형사조정 운용 실적(2011년-2016년 6월)

구분	총 사건수	의뢰건수 (전년대비 증가율)	총 사건 대비 의뢰율	처리건수 (전년대비 증가율)	성립건수 (전년대비 증가율)	성립율
2011년	1,724,636	17,517(5.0)	1.02	16,897(9.7)	8,398(8.8)	49.7
2012년	1,765,017	21,413(22.2)	1.21	18,020(6.6)	10,280(22.4)	57.0
2013년	1,852,437	33,064(54.4)	1.78	28,441(57.8)	14,772(43.6)	51.9
2014년	1,813,508	54,691(65.4)	3.02	45,527(60.1)	25,523(72.8)	56.1
2015년	1,950,674	82,272(59.6)	4.47	73,298(61.0)	42,527(66.6)	58.0
2016년	991,428	59,691(40.4)	6.02	46,120(50.9)	27,724(57.5)	60.1

출처: 조균석, “형사조정제도의 과거, 현재, 미래”, 한국피해자학회, 피해자학연구, 24(3), 2016, 209.

4) 형사조정사건의 유형별 분포가 2010년에는 금전피해 사건 616건(55.7%), 신체피해 사건 339건(30.7%)으로 나타났으며, 2014년에는 금전피해 사건 502건(46.3%), 신체피해 사건 433건(39.9%)으로 나타났(이동원·윤현석, “형사조정의 실시 현황과 결과에 대한 실증적 평가 분석: 2010년과 2014년 형사조정사건을 중심으로”, 한국경찰학회, 한국경찰학회보, 18(1), 2016, 182.

의 경우에는 2016년에 573,445건, 인구 10만명당 1,109건 발생하였으며, 전체적으로 지난 10년 동안 재산범죄의 발생비는 16.3% 증가한 것으로 나타났다. 주요 재산범죄 중 사기범죄는 2016년 250,600건으로 인구 10만명당 484.8건의 사기범죄가 발생하였으며, 2007년 이후 증감을 반복하고 있으나 전체적으로 볼 때 지난 10년 동안 사기범죄의 발생비는 28.3% 증가한 것으로 나타났다. 또한 강력범죄(폭력)은 감소추세를 보이다 2015년 인구 10만명당 482.7건, 2016년 487.2건으로 다시 소폭 증가하였다. 주요 강력범죄에서 폭행과 상해범죄는 2016년 228,710건으로 인구 10만명당 442.4건이 발생하였으며, 2014년 418.1건으로 최저치를 기록하였으나 이후 다소 증가한 것으로 나타났다.⁵⁾ 이처럼 폭행과 상해범죄의 증가는 최근 형사조정에서 신체피해 사건의 의뢰건수가 점차 증가되고 있는 것과 연관이 있음을 예측할 수 있는 부분이다. 또한 형사조정실무에서도 폭행 및 상해(29.1%)가 가장 많이 다루는 형사조정 사건이었으며, 다음으로 사기(27.0%), 임금체불(14.9%), 교통범죄(9.7%), 명예훼손 및 모욕(9.7%) 순으로 다루고 있었다. 아울러 형사조정에 가장 적합한 사건 유형은 폭행 및 상해(29.2%)가 가장 높은 빈도를 보였으며, 사기(16.4%), 명예훼손 및 모욕(16.0%), 임금체불(13.9%), 교통범죄(12.4%) 순으로 나타났다.⁶⁾

폭행죄의 경우 반의사불벌죄라는 점에서 피해자가 처벌을 원하지 않는다는 의사를 표시하면 기소할 수 없다.⁷⁾ 따라서 형사조정을 통한 합의는 피해자의 피해를 회복시키고 범죄로 인하여 손상된 당사자 간의 관계를 회복하는데 매우 의미가 있다. 상해죄의 경우에는 반의사불벌죄도 아니고 친고죄도 아니지만 형사조정에 의뢰된 사건의 경우 쌍방사건이거나 경미한 상해사건이 대부분으로 검사가 형사조정을 의뢰했다는 것은 합의를 통한 해결을 사건 처리에 반영하겠다는 측면에서 형사조정이 매우 중요한 의미를 지닌다. 또한 사기죄 역시 양형기준이 도입된 후 피고인이 범죄 사실을 인정하거나 피해자와 합의를 할 경우 형량이 감경되는 경우가 증가하여 당사자 간의 조정(합의)이 중요한 사항으로 고려될 수 있다.⁸⁾

5) 대검찰청, 범죄분석, 2017, 8-17.

6) 박미숙이진국, 앞의 책, 117-124.

7) 국가법령정보센터(www.law.go.kr)

8) 피고인의 행태는 양형기준 도입 후 크게 변화였는데, 혐의를 인정한 피고인의 비율은 약 8% 포인트, 피해자와 합의를 한 비율도 5% 포인트 증가한 것으로 나타났다. 다시 말해서 피고인이 범죄 사실을

대부분의 형사조정 사건은 단순폭행, 과실치상과 협박죄 등 반의사불벌죄 사건으로 검사는 기소유예를 하거나 기소해도 공소기각 결정을 내리며, 상해죄와 사기죄도 조정(합의)이 성립하는 경우 기소유예하거나 약식명령에 의한 벌금형이 결정되는 것이 대부분이다. 따라서 피해회복과 관계회복을 위해 형사조정 성립율을 높이는 것은 매우 중요하며, 이를 위해 범죄유형별로 형사조정에서 중요하게 여겨지는 다양한 요소들을 탐색하고 이해하는 것이 필요할 것이다. 이에 본 연구는 형사조정에서 범죄유형별 결과에 대해서 실증적인 자료를 바탕으로 분석함으로써 형사조정의 성립율을 높일 수 있는 기법과 단서, 형사조정시 사전 대비 사항 등을 제시하는데 연구의 목적이 있다.

형사조정에 대한 기록조사 자료는 2011년(1,106건)과 2015년(1,074건) 전국 58개 지방검찰청(지청 포함)의 형사조정위원회를 대상으로 각 위원회에 의뢰된 형사조정 사건(총 2,180건) 자료를 대상으로 하였다. 연구의 조사대상인 주요 사건은 형사조정위원회에서 형사조정을 실시한 형사조정 사건 중에서 각각 20건씩 무작위로 추출된 사건 기록조사를 분석하였다. 특히 형사조정 과정과 결과를 바탕으로 폭행 및 상해, 사기 사건이 형사조정에서 각각 어떠한 특성이 있는지에 대해 비교하여 고찰하고자 한다.

인정하거나 피해자와 합의를 할 경우 형량이 감경됨을 감안하고 있다(임찰장지상오정일, “양형기준의 효과에 관한 실증적 연구: 형량의 평균과 편차에 대한 분석”, 한국법경제학회, 법경제학연구, 15(1), 2018, 138-139.

II. 범죄유형별 형사조정 과정 및 특성

형사조정 사건별로 조정 성립율을 살펴보면 <표 2>에서 보는 바와 같이 폭행, 상해 사건의 조정 성립율은 형사조정 사건 전체의 성립율 62.0% 보다 높은 것으로 나타났다. 특히 폭행 사건의 성립율은 매우 높게 나타났다. 반면에 사기 사건의 성립율은 49.0%에 머물고 있다.

<표 2> 형사조정 사건의 조정 성립 여부⁹⁾

구분			성립여부		계
			성립	불성립	
전체 사건		건수	1,351	829	2,180
		%	62.0%	38.0%	100.0%
주요 사건	폭행	건수	150	46	196
		%	76.5%	23.5%	100.0%
	상해	건수	302	107	409
		%	73.8%	26.2%	100.0%
	사기	건수	269	280	549
		%	49.0%	51.0%	100.0%

형사조정이 불성립된 사유 <표 3>을 보면, 폭행과 상해 사건은 형사조정 사건 전체에 비해서 ‘합의금액 불일치’로 인한 불성립 비율이 높은 것으로 나타났다. 사기 사건과 비교했을 때도 두 배 이상 차이를 보인다. 폭행과 상해 사건은 상대적으로 성립율은 높지만, 불성립의 경우는 합의금액 불일치가 중요한 요소라는 것을 알 수 있다. 또한 폭행 사건의 경우에 조정 거부로 인한 조정 불성립 비율이 17.8%와 10.1%로 사기 사건에 비해서 더 높다는 점에 주목할 필요가 있다. 형사조정을 의뢰하기 전에 자발적인 동의 및 참여가 필요하며, 형사조정에 참여하는 경우 당사자 간의 갈등과 분노를 완화시키는 노력을 해야 할 것이다.

9) 이하에서 제시되는 각종 표에서는 해당 사례가 없거나 극히 적은 칸이 적지 않아 표본조사임에도 불구하고 통계적 검증 결과를 제시하지 않았다. 물론 해당 칸을 다른 칸과 합치거나 해당 행 또는 열을 제외하고 분석을 실시할 수도 있지만, 그럴 경우 많은 정보가 사라지는 손실을 감안하여 통계적 검증 결과를 제시하지 않았다.

〈표 3〉 형사조정 불성립 사유

구분		전체 사건	주요 사건		
			폭행	상해	사기
가해사실 불인정	건수	175	10	30	40
	%	21.9%	22.2%	30.3%	14.5%
합의금액 불일치	건수	276	20	50	61
	%	34.5%	44.4%	50.5%	22.2%
합의사항 불이행	건수	79	1	2	48
	%	9.9%	2.2%	2.0%	17.5%
변제능력 없음	건수	63	1	2	41
	%	7.9%	2.2%	2.0%	14.9%
변제방법 차이	건수	31	0	1	23
	%	3.9%	.0%	1.0%	8.4%
조정거부	건수	76	8	10	23
	%	9.5%	17.8%	10.1%	8.4%
조정회의 불참	건수	24	2	0	13
	%	3.0%	4.4%	.0%	4.7%
기타	건수	75	3	4	26
	%	9.4%	6.7%	4.0%	9.5%
계	건수	799	45	99	275
	%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%

다음으로 사건의 특성을 고소사건과 인지사건, 일방적 가해(피해)사건과 쌍방 가해(피해)사건으로 구분하여 살펴보면 <표 4>와 같다. <표 4>에서 볼 수 있듯이, 전체 형사조정 사건 중 피해자의 고소로 사건화 된 것이 56.0%이고, 경찰의 인지로 사건화 된 것이 44.0%인데, 폭행과 상해 사건은 고소로 인한 사건의 비율이 각각 20.8%, 30.5%로 매우 낮게 나타났다. 사기 사건의 96.6%와 크게 대비를 이룬다. 폭행과 상해 사건의 성격상 인지사건 비율이 높은 것으로 보이는데, 형사조정 제도 도입 초기에 형사조정이 고소사건으로 인한 검찰의 업무를 줄이기 위한 도구로 이용되거나 남용될 소지가 있다는 비판이 없지 않았었다는 점을 고려하면 그러한 비판과 우려를 불식시킬 수 있는 바람직한 현상으로 평가된다. 한편 일방/쌍방 사건의 비율을 보면, 폭행과 상해 사건의 경우에는 쌍방 사건이 비율이 상당히 높은 반면에 사기 사건은 일방 사건이 거의 대부분을 차지하고 있다.

〈표 4〉 형사조정 사건의 특성

구분			전체 사건	주요 사건		
				폭행	상해	사기
고소 인지	고소	건수	1223	41	125	534
		%	56.0%	20.8%	30.5%	96.6%
	인지	건수	962	156	285	19
		%	44.0%	79.2%	69.5%	3.4%
일방 쌍방	일방	건수	1888	141	220	545
		%	87.0%	71.9%	53.8%	99.6%
	쌍방	건수	283	55	189	2
		%	13.0%	28.1%	46.2%	.4%

이러한 형사조정 사건의 특성별로 조정 성립율을 살펴보면 <표 5>와 같다. 전체 형사조정 사건 중 고소사건의 성립율은 51.6%이고, 인지사건의 성립율은 77.0%인데, 폭행 사건의 경우에는 각각 48.8%, 83.9%로 그 격차가 더욱 커진다. 반면 상해 사건의 경우에는 고소사건의 성립율이 68.0%로 높게 나타나고, 인지사건의 성립율도 77.0%로 높게 나타난다. 전체적으로 고소사건에 비해서 인지사건의 조정 성립 가능성이 크다는 것을 알 수 있다. 형사조정 개최 시점을 기준으로 볼 때, 고소사건의 경우에는 인지사건에 비해서 더 오래 전에 사건이 발생했을 가능성이 크고 따라서 당사자 간 감정의 골이 깊고 갈등이 더욱 심각할 수 있다. 따라서 피해자의 형사 사건화 의지와 처벌을 원하는 정도가 더 강하기 때문에 조정이 어렵다고 볼 수 있다. 그러한 경향이 폭행이나 상해 사건에서 확연히 드러난 것으로 보인다. 또한 일방사건과 쌍방사건을 비교하면, 쌍방사건의 조정 성립율이 일관되게 높은 것으로 나타난다. 당사자 양측 모두가 처벌을 받을 수 있다는 우려 때문에 당사자 스스로가 보다 적극적으로 조정에 임한 결과로 판단되는 부분이다.

〈표 5〉 형사조정 사건의 특성과 성립 여부

구분			전체 사건	주요 사건		
				폭행	상해	사기
고소 사건	성립	건수	363	20	85	254
		%	51.6%	48.8%	68.0%	47.9%
	불성립	건수	341	21	40	276
		%	48.4%	51.2%	32.0%	52.1%
인지 사건	성립	건수	431	130	217	15
		%	77.0%	83.9%	77.0%	78.9%
	불성립	건수	129	25	65	4
		%	23.0%	16.1%	23.0%	21.1%
일방 사건	성립	건수	587	103	146	266
		%	58.0%	73.0%	66.7%	49.2%
	불성립	건수	425	38	73	275
		%	42.0%	27.0%	33.3%	50.8%
쌍방 사건	성립	건수	202	46	155	-
		%	82.8%	85.2%	82.9%	-
	불성립	건수	42	8	32	2
		%	17.2%	14.8%	17.1%	100.0%

다음으로 사건 당사자 간의 관계를 살펴보면 <표 6>과 같다. 전체 형사조정 사건 중에서 당사자 간에 잘 아는 사이인 경우는 44.5%이고, 사건 관련해서 알게 된 사이가 24.6%, 전혀 모르는 사이가 30.9%인 것으로 나타났다. 그러나 폭행과 상해 사건의 경우에는 전혀 모르는 사이가 55.4%, 40.5%로 높게 나타나고 있으며, 사기 사건(13.1%)과는 판이한 양상을 보이고 있다.

〈표 6〉 사건 당사자 간의 관계

구분		전체 사건	주요 사건		
			폭행	상해	사기
잘 아는 사이	건수	969	75	221	278
	%	44.5%	38.5%	53.9%	50.7%
사건 관련해서 알게 된 사이	건수	535	12	23	198
	%	24.6%	6.2%	5.6%	36.1%

구분		전체 사건	주요 사건		
			폭행	상해	사기
전혀 모르는 사이	건수	673	108	166	72
	%	30.9%	55.4%	40.5%	13.1%
계	건수	2177	195	410	548
	%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%

이상의 사건 당사자 간의 관계별로 조정 성립 여부를 살펴보면 <표 7>과 같다. 전체 형사조정 사건의 당사자 관계별 조정 성립율을 보면, 서로 잘 아는 사이에서는 조정 성립율이 56.5%이지만, 사건 관련해서 알게 된 사이에서는 59.4%, 전혀 모르는 사이에서는 72.2%로 당사자 간 가까운 사이일수록 성립율이 낮게 나타나고 있다. 이러한 결과는 폭행과 상해 사건에서도 같은 양상을 보인다.

<표 7> 사건 당사자의 관계별 조정 성립 여부

구분			전체 사건	주요 사건		
				폭행	상해	사기
잘 아는 사이	성립	건수	546	51	158	124
		%	56.5%	68.0%	71.8%	44.9%
	불성립	건수	420	24	62	152
		%	43.5%	32.0%	28.2%	55.1%
사건 관련해서 알게 된 사이	성립	건수	317	9	16	103
		%	59.4%	75.0%	69.6%	52.3%
	불성립	건수	217	3	7	94
		%	40.6%	25.0%	30.4%	47.7%
전혀 모르는 사이	성립	건수	482	89	126	41
		%	72.2%	82.4%	76.8%	57.7%
	불성립	건수	186	19	38	30
		%	27.8%	17.6%	23.2%	42.3%

위와 같은 차이는 사건으로 인한 가해자와 피해자간의 감정악화와 갈등관계의 차이에서 기인한 것으로 보인다. 서로 잘 아는 사이의 사건은 상대방에 대한 실망감 등 사건 외적인 측면이 작용하여 합의를 이루기 힘든 것으로 보인다. 반면에 전혀 모르는 사이는 사건 이외에 특별한 감정이나 갈등의 요소가 없기 때문에 오히려 합

의를 이끌어 내기 쉬운 것이다. 전혀 모르는 사이의 형사조정은 발생한 피해를 회복하는 것으로 충분할 수 있으나 서로 잘 아는 사이는 피해회복과 더불어 감정의 앙금을 털어내는 갈등해소와 관계회복이 필요한 부분이다. 이러한 결과는 지역사회에서 발생하는 갈등의 경우에는 지역사회가 갖고 있는 역량을 동원하여 문제를 해결하고자 하는 형사조정의 의의와 과제를 동시에 보여주는 것이다.

다음으로 범죄 사건으로 인한 피해의 특성을 구체적으로 살펴보고자 한다. 먼저 전체 형사조정 사건을 중심으로 피해금액의 분포를 살펴보면 <표 8>과 같다. 2백만원 이하 사건이 27.0%로 가장 많지만 비교적 고액 사건도 상당수 포함되어 있다. 이러한 결과를 주요 사건별로 구분하여 살펴보면, 폭행과 상해 사건의 경우 2백만원 이하의 피해가 62.5%에서 68.5%에 이르고 있으며 사기의 경우에는 10.2%에 불과한 것을 알 수 있다. 반면에 1천만 원을 초과하는 피해금액의 분포에서는 그 반대 결과를 보이고 있다. 이상의 결과를 종합하면, 사기와 같은 금전피해 관련 사건은 피해금액의 규모에 상관없이 형사조정 의뢰대상 사건에 포함되지만, 신체피해 관련 사건은 상대적으로 부상의 정도가 경미한 사건이 조정의뢰 대상 사건에 상대적으로 많이 포함되는 것을 알 수 있다.

〈표 8〉 피해금액의 분포

구분		전체 사건	주요 사건		
			폭행	상해	사기
2백만 원 이하	건수	339	10	61	55
	%	27.0%	62.5%	68.5%	10.2%
5백만 원 이하	건수	231	4	12	79
	%	18.4%	25.0%	13.5%	14.7%
1천만 원 이하	건수	171	1	10	71
	%	13.6%	6.3%	11.2%	13.2%
3천만 원 이하	건수	242	1	5	142
	%	19.3%	6.3%	5.6%	26.4%
5천만 원 이하	건수	92	-	1	64
	%	7.3%	-	1.1%	11.9%
5천만 원 초과	건수	181	-	-	126
	%	14.4%	-	-	23.5%
계	건수	1256	16	89	537
	%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%

한편 피해금액 규모별 합의 성립율을 보면 <표 9>와 같다. 형사조정에 의뢰된 전체 사건을 기준으로 비교하면, 피해금액이 2백만 원 이하인 사건의 합의 성립율은 73.1%인 반면에 3천만 원을 초과하는 사건의 합의 성립율은 37.6%와 26.3%로 큰 차이를 보이고 있다. 사기 사건의 경우에는 그와 비슷한 경향을 보인다. 그러나 폭행 상해 사건의 경우에는 상대적으로 고액 사건의 비율이 상대적으로 더 낮은 상황에서 소액 사건의 조정 성립율은 상대적으로 더 높은 것으로 나타났다. 그리고 분석 대상 사례 수가 적은 고액 폭행사건을 제외하면, 피해금액 규모에 따라서 조정 성립율의 편차가 크지 않다.

〈표 9〉 피해금액 규모별 합의 성립율의 분포

구분	전체 사건	주요 사건		
		폭행	상해	사기
2백만 원 이하	73.1%	90.0%	78.3%	72.7%
5백만 원 이하	64.1%	75.0%	66.7%	66.7%
1천만 원 이하	63.4%	0.0%	60.0%	53.5%
3천만 원 이하	53.7%	0.0%	60.0%	54.2%
5천만 원 이하	37.6%	-	100.0%	37.5%
5천만 원 초과	26.3%	-	-	24.2%
계	57.1%	75.0%	73.9%	48.9%

형사조정을 통해서 당사자 간 합의가 성립된 사건의 합의서 등에 기재되는 내용 중 주요 사항은 합의금액과 합의금액의 지불방법이다. 형사조정이 성립된 전체 사건 중에서 합의금액의 유무의 비율(<표 10>)을 보면, 일정한 합의금액이 있는 사건은 78.3%로 나타났으며, 합의금액 없이 성립된 사건은 21.7% 이었다.

〈표 10〉 조정 성립시 합의금액의 유무

구분		전체 사건	주요 사건		
			폭행	상해	사기
합의금액 있음	건수	1051	83	213	250
	%	78.3%	55.3%	70.8%	93.6%
합의금액 없음	건수	292	67	88	17
	%	21.7%	44.7%	29.2%	6.4%
계	건수	1343	150	301	267
	%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%

상당수 사건이 합의금액 없이 조정이 성립된다는 것은 형사조정을 통하여 단순히 금전적으로 주고받는 것으로 사건이 해결되는 것이 아니라 금전적 거래 없이도 가해자와 피해자간의 화해를 통하여 사건이 해결된다는 것을 의미한다. 단순한 피해 회복을 넘어서 관계회복에 상당히 기여하고 있다는 점에서 의미 있는 결과로 평가할 수 있을 것이다. 합의금액 없이 합의가 성립되는 과정에서 형사조정위원의 역할이 크게 발휘되었을 것으로 추정되며, 형사조정 의뢰 사건 중 경미한 신체적 피해사건의 증가와도 일정부분 관련이 있을 것으로 보인다.

또한 사기 사건과는 다르게 폭행과 상해 사건의 경우는 합의금액 없는 조정 성립사건의 비율(44.7%와 29.2%)이 전체 사건의 비율보다 높게 나타나고 있다. 이는 사건 당사자 간의 화해를 통한 분쟁의 종국적인 해결이라는 형사조정의 본래 취지를 달성하고 있는 것을 보여주는 것이다. 특히 당사자 간 일정한 합의금액의 지불을 조건으로 합의가 성립된 사건의 피해금액 대비 합의금액의 비율을 보면 <표 11>과 같다.

〈표 11〉 피해금액 대비 합의금액의 비율

구분		전체 사건	주요 사건		
			폭행	상해	사기
50% 미만	건수	66	-	3	30
	%	10.7%	-	6.3%	12.7%
50% 이상	건수	164	1	5	77
	%	26.5%	9.1%	10.4%	32.5%
100%	건수	310	7	21	112
	%	50.2%	63.6%	43.8%	47.3%
100% 초과	건수	54	1	11	16
	%	8.7%	9.1%	22.9%	6.8%
200% 초과	건수	24	2	8	2
	%	3.9%	18.2%	16.7%	.8%
계	건수	618	11	48	237
	%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%
평균 비율		98.2%	177.1%	138.1%	86.8%

형사조정에 의뢰된 전체 사건을 중심으로 합의가 성립된 각 사건의 피해금액 대비 합의금액 비율의 평균은 98.2%로 나타났다. 보다 구체적으로 합의금액 비율의 분포를 보면, 절반 가량(50.2%)이 피해금액과 합의금액이 동일하였으며 피해금액보다 합의금액이 적은 경우는 37.2%(10.7+26.5)이며, 합의금액이 피해금액보다 많은 경우는 12.6%인 것으로 나타났다.

이러한 결과를 주요 사건별로 살펴보면, 피해금액과 합의금액이 동일한 사건(100%)의 비율이 폭행 사건은 63.6%, 상해 사건은 43.8%로 나타났다. 다소 차이는 있지만 해당 사건의 절반 가량에서 피해금액과 합의금액이 동일한 경향에서 크게 벗어나지 않았다. 그러나 피해금액보다 합의금액이 더 많은 사건의 비율은 폭행 사건은 27.3%(9.1+18.2), 상해 사건은 39.6%(22.9+16.7)로 사기 사건의 7.6%(6.8+0.8)에 비해서 상대적으로 더 높았다. 그 결과 합의금액의 평균 비율에서 폭행이 177.1%, 상해 138.1%로 사기 사건의 86.8%와 큰 차이를 보였다. 폭행이나 상해 사건의 경우 직접적인 신체피해로 인한 피해에 부가하여 경제활동 기회 상실로 인한 경제적 손실이나 신체피해로 인해서 예상되는 미래 후유증 및 정신적 피해에 대한 보상차원에서 별도의 금액이 추가된 것으로 보인다.

다음으로 형사조정을 통해 당사자 간 합의가 성립된 사건 중에서 실제로 합의 내용이 실행되는 정도를 살펴보면 <표 12>와 같다. 합의가 성립된 전체 사건 중 74.8%는 합의내용이 모두 실행된 것으로 나타났다. 반면에 전혀 실행되지 않은 사건은 7.5%, 일부만 실행된 사건은 3.4%였으며, 실행 여부가 미상인 사건은 14.5%로 나타났다. 특히 합의 내용의 실행 여부가 미상인 경우에는 당사자 간 합의가 완전히 실행되지 않은 상황에서 사건이 종결되는 부분을 주의해야 할 필요가 있다.

〈표 12〉 합의 내용의 실행 정도

구분		전체 사건	주요 사건		
			폭행	상해	사기
실행	건수	788	77	203	125
	%	74.6%	96.3%	91.0%	50.0%
일부실행	건수	36	-	1	18
	%	3.4%	-	.4%	7.2%
전부 미실행	건수	79	-	6	35
	%	7.5%	-	2.7%	14.0%
미상	건수	153	3	13	72
	%	14.5%	3.8%	5.8%	28.8%
계	건수	1056	80	223	250
	%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%

이러한 결과를 주요 사건별로 비교하면, 폭행이나 상해 사건의 합의 내용 실행 비율은 각각 96.3%, 91.0%로 매우 높은 반면에 미상의 비율이 3.8%, 5.8%로 매우 낮게 나타났다. 사기 사건의 비율과 크게 대조되는 부분이다. 폭행과 상해의 경우 상대적으로 피해가 경미한 사건이 많기 때문에 합의금액을 비롯한 합의 내용 실행이 비교적 쉽고, 사기 사건의 경우에는 고액 사건의 비율이 상대적으로 높기 때문으로 보여진다.

Ⅲ. 형사조정 후 범죄유형별 처분

검찰은 형사조정을 의뢰한 사건에 대하여 형사조정 후 그 결과를 참고하여 처분을 하게 된다. 형사조정 사건에 대한 처분 결과는 <표 13>, <표 14>와 같다. 형사조정을 통하여 합의가 성립된 전체 사건 중에서 87.2%가 불기소되었으며, 약식기소된 사건은 10.5%, 기소된 사건은 2.2%에 불과한 것으로 나타났다. 반면에 조정 불성립된 사건 중에서는 42.8%가 불기소 처리되고 57.3%(17.0+40.3)가 기소(약식기소 포함)된 것으로 나타났다. 즉 합의가 성립된 사건의 87.2%는 검찰 단계에서 사건이 종결되는 것을 알 수 있다.

이러한 결과를 보다 구체적으로 살펴보면, 조정이 성립된 폭행 사건의 96.0%, 상해 사건의 87.6%가 불기소처분되는 것으로 나타났다. 사기 사건의 경우에는 86.8%로 폭행 사건에 비해서 다소 낮게 나타나서 조정 성립이 불기소처분에 미치는 영향력이 폭행에 비해서 상대적으로 낮은 것을 알 수 있다. 이는 폭행 사건이 가지는 반의사불벌죄라는 특성 때문으로 보여진다. 형사조정 사건에 대한 검찰의 처분은 검사가 형사조정을 통해 사건을 해결하는 것이 바람직한것으로 판단하고 형사조정을 의뢰했다는 점을 감안하면 형사조정을 통한 당사자 간 합의 성립여부가 검찰의 처분결정에 전반적으로 크게 영향을 미치는 것을 알 수 있는 것이다. 또한 사건 당사자 간 합의를 통한 조정의 성립은 불기소처분의 유형을 살펴보면 검찰의 처분 결정에 영향을 미치는 요소를 판단할 수 있다.

〈표 13〉 형사조정 사건에 대한 검찰의 처분

구분			전체 사건	주요 사건		
				폭행	상해	사기
조정 성립 사건	불기소	건수	1169	144	262	231
		%	87,2%	96,0%	87,6%	86,8%
	기소	건수	30	1	3	15
		%	2,2%	.7%	1,0%	5,6%
	약식기소	건수	141	5	34	20
		%	10,5%	3,3%	11,4%	7,5%
계		건수	1340	150	299	266
		%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
조정 불성립 사건	불기소	건수	348	9	23	178
		%	42,8%	19,6%	21,5%	65,4%
	기소	건수	138	5	13	56
		%	17,0%	10,9%	12,1%	20,6%
	약식기소	건수	328	32	71	38
		%	40,3%	69,6%	66,4%	14,0%
계		건수	814	46	107	272
		%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

조정 성립시 불기소처분 유형으로는, 기소유예 비율이 51.2%로 가장 높고 다음으로는 고소철회로 인한 공소권 없음이 31.6%로 나타났다. 반면에 조정 불성립시에

는 불기소의 유형으로는 혐의 없음이 71.6%로 가장 높고 공소권 없음과 기소유예는 각각 6.0%와 13.2%에 불과한 것으로 나타났다. 조정 성립이 된 경우에는 당사자 간 합의를 고려하여 불기소처분 함으로써 사건을 종결하는 경향이 강한 반면에 조정 불성립시 불기소처분을 하는 경우는 주로 범죄 혐의가 없기 때문이라는 것을 알 수 있다. 따라서 형사조정을 통한 합의 성립 여부가 검찰의 처분 결정에 미치는 영향은 매우 크다는 것을 불기소 유형을 통해서도 알 수 있다. 이러한 영향력은 폭행과 상해 사건에서 더욱 강하게 나타나고 있다. 즉 조정 성립된 폭행 사건의 불기소 유형은 공소권 없음과 기소유예 비율이 77.6%와 21.0%이고, 상해 사건의 불기소 유형은 기소유예가 94.3%로 나타났다. 이러한 경향은 사기 사건의 불기소 유형과 크게 대조를 이루고 있다. 사기 사건의 경우 조정이 성립된 사건의 불기소 유형은 혐의 없음이 52.4%라는 점을 감안하면 형사조정 결과의 영향력은 폭행이나 상해 사건에 비해서 상대적으로 제한적이라는 것을 알 수 있다

〈표 14〉 검찰의 불기소처분 유형

구분			전체 사건	주요 사건		
				폭행	상해	사기
조정 성립 사건	혐의 없음	건수	167	2	7	121
		%	14.3%	1.4%	2.7%	52.4%
	죄가 안됨	건수	2	-	1	-
		%	.2%	-	.4%	-
	공소권 없음	건수	369	111	4	5
		%	31.6%	77.6%	1.5%	2.2%
	기소유예	건수	599	30	247	85
		%	51.2%	21.0%	94.3%	36.8%
	기소중지	건수	4	-	-	3
		%	.3%	-	-	1.3%
	각하	건수	22	-	2	15
		%	1.9%	-	.8%	6.5%
	기타	건수	6	-	1	2
		%	.5%	-	.4%	.9%
계		건수	1169	143	262	231
		%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%
조정 불성립 사건	혐의 없음	건수	250	2	5	155
		%	71.6%	22.2%	21.7%	86.6%

구분			전체 사건	주요 사건		
				폭행	상해	사기
	죄가 안됨	건수	2	-	-	-
		%	.6%	-	-	-
	공소권 없음	건수	21	2	1	1
		%	6.0%	22.2%	4.3%	.6%
	기소유예	건수	46	5	15	5
		%	13.2%	55.6%	65.2%	2.8%
	기소중지	건수	21	-	1	14
		%	6.0%	-	4.3%	7.8%
	각하	건수	4	-	0	3
		%	1.1%	-	.0%	1.7%
	기타	건수	5	-	1	1
		%	1.4%	-	4.3%	.6%
계	건수	349	9	23	179	
	%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	

검찰에서 형사조정 대상으로 의뢰된 사건은 전통적인 형사절차인 수사, 기소, 재판이라는 절차를 거치지 않고 사건이 종결될 수 있다는 것을 의미한다. 이는 형사사법기관의 입장에서는 여러 가지 측면에서 업무처리의 효율성을 향상시킬 수 있다. 또한 가해자는 처벌을 피하거나 가벼운 처벌을 받게 될 수 있고 피해자는 피해의 조기 회복을 기대할 수 있는 측면에서 긍정적이다. 사건이 조기에 종결되면 시간적·경제적 낭비를 줄일 수 있고 당사자 간의 관계회복이라는 점에서도 바람직하다. 따라서 형사조정 사건의 처리에 소요되는 기간을 살펴보는 것은 형사조정의 효과에서 매우 중요하다.¹⁰⁾

다음으로 형사조정 의뢰된 사건의 조정 성립 여부에 따라서 사건 처리 기간에 어떤 차이가 있는지를 살펴보면 <표 15>와 같다. 형사조정회의 개최일로부터 검찰의

10) 형사조정의 효율성을 살펴보기 위해서는 형사조정에 의뢰되지 않는 사건과 형사조정에 의뢰되어 합의가 성립된 사건을 비교하는 것이 필요하다고 할 수 있다. 그러나 모든 형사사건이 형사조정의 대상이 되지 않고, 형사조정에 의뢰되지 않는 사건의 유형은 매우 다양하다. 더욱이 형사조정에 의뢰되지 않는 사건과 의뢰되는 사건이 성격상 차이가 크기 때문에 양자를 직접 비교하는 것은 무리가 있다. 따라서 형사조정에 의뢰된 사건을 바탕으로 형사조정이 성립된 사건과 성립되지 않는 사건을 비교하여 합의 성립의 효과가 사건처리 기간에 미치는 영향을 평가하는 것이 적절하다고 볼 수 있다. 형사조정 의뢰 대상 사건이라는 점에서 공통점이 있기 때문에 다른 요인의 차이에 의한 효과를 배제할 수 있기 때문이다.

처분일까지의 기간과 검찰의 처분일로부터 법원의 1심 선고일까지의 기간을 조정 성립 사건과 불성립 사건을 비교하면 상당한 차이가 있다는 것을 보여준다. 먼저 전체 사건을 중심으로 보면, 형사조정회의 개최일로부터 검찰의 처분 결정일 까지 소요기간을 보면, 합의가 성립된 사건은 불기소처분시 평균 23일, 약식기소 처분시 40일, 기소 처분시 54일이 소요되는 것으로 나타났다. 반면에 불성립된 사건의 경우에는 64일, 47일, 66일이 소요되는 것으로 나타났다. 같은 처분을 받아도 최소 7일에서 최대 41일 차이가 나타나는 것을 알 수 있다. 특히 불기소처분시 차이가 큰 것으로 나타났다. 즉 형사조정이 성립되지 않은 사건의 경우에는 기소 여부를 판단하기 위해 더 많은 기간이 소요된다고 볼 수 있다.

〈표 15〉 형사조정 후 사건 처리 평균 소요일

구분			진행단계별 평균 소요일		계
사건	조정 성립 여부	검찰 처분	형사조정회의 개최 → 검찰 처분	검찰 처분 → 법원 선고	
전체 사건	성립	불기소	23일	-	23일
		약식기소	40일	42일	82일
		기소	54일	124일	178일
	불성립	불기소	64일	-	64일
		약식기소	47일	48일	96일
		기소	66일	140일	206일
주요 사건	폭행	불기소	15일	-	15일
		약식기소	25일	41일	66일
		기소	10일	40일	50일
	상해	불기소	18일	-	18일
		약식기소	23일	56일	79일
		기소	52일	47일	99일
	사기	불기소	36일	-	36일
		약식기소	63일	38일	101일
		기소	71일	174일	245일

사건 유형별로 성립된 사건을 기준으로 처리 기간을 비교하면, 폭행 사건의 경우 불기소될 경우 15일, 약식기소될 경우 66일, 정식기소될 경우 50일이고, 상해 사건

의 경우 18일, 79일, 99일로 전체 사건에 비해서 더욱 짧다는 것을 알 수 있다. 또한 사기 사건의 36일, 101일, 245일에 비하면 더욱더 차이가 난다. 따라서 폭력 관련 사건의 형사조정 효과는 더욱 크다는 것을 사건 처리에 소요되는 기간을 통해서도 알 수 있다. 사건 처리 기간의 단축으로 인하여 나타나는 당사자의 일상에 미치는 효과, 경제적 효과, 당사자들의 정신적 고통의 감소에 미치는 효과 등을 감안하면 폭력 관련 사건에 대한 형사조정의 효과는 더욱 크다는 것을 알 수 있다.

IV. 결 론

지금까지 살펴 본 형사조정에서 범죄유형에 따른 사건의 특성과 처분 결과에 대한 평가 분석결과를 요약하고 개선이 필요한 사항을 정리하면 다음과 같다.

폭행 및 상해 사건의 조정 성립율은 형사조정 사건 전체의 성립율보다 높고, 특히 폭행 사건의 성립율은 매우 높게 나타났다. 다만 조정 성립율은 높지만 불성립되는 경우에 주로 합의금액 불일치와 폭행 사건의 경우에 조정 거부로 인한 조정 불성립 비율이 17.8%와 10.1%로 사기 사건에 비해서 더 높다는 점에 유의할 필요가 있다. 형사조정을 의뢰하기 전 자발적인 동의 및 참여가 필요는 물론 형사조정 회의에 참석했을 경우 당사자 간의 갈등과 분노의 감정을 완화시키는 노력이 더욱더 선행되어야 할 것이다. 당사자 간의 갈등기간이 긴 고소사건 보다는 인지사건이 많고, 일방적인 가해나 피해사건보다 쌍방 간의 가해 피해 사건이 많으므로 심각하지 않은 사건의 경우 조정 성립을 유도하기 용이한 측면이 있음을 알 수 있다.

또한 당사자 간의 관계에서 서로 잘 아는 사이에서 오히려 조정 성립율이 낮게 나타났는데, 잘 아는 사이 일수록 배신감, 감정 악화 등 갈등의 수위가 높아질 수 있다는 점으로 형사조정위원회는 회의 전 사건 검토시 반드시 당사자 간의 관계를 파악하고 형사조정 회의에 임할 필요가 있다. 합의 금액의 평균 비율에서도 사기 사건과는 다르게 폭행과 상해 사건은 큰 차이를 보였다. 때문에 치료비 등 직접적인 피해금액 이외에 노동손실 등 경제적 손실과 향후 후유증을 고려한 피해 예상 및 정신적 피해 보상 등의 차원에서 추가 금액이 발생 할 수 있음을 고려하여 형사조정 회

의시 이러한 내용을 파악하고 감안하여 적절한 합의를 유도하는 것이 적절할 것으로 보여진다. 반면에 다른 사건에 비해서 합의금액 없이 조정이 성립되는 사건도 매우 많다는 점에 유의할 필요가 있다. 대체로 쌍방 사건일 경우가 많을 것으로 추정되는 부분이며, 이러한 점을 형사조정위원회는 조정전 사건 내용 파악시 염두에 두고 조정에 임하는 것이 필요할 것이다.

아울러 조정이 성립된 후에 합의내용의 실행에 있어서 다른 유형의 사건에 비해서 그것의 실행될 가능성이 매우 높은 것으로 나타났다. 다른 사건에 비해서 소액사건, 쌍방사건의 비율이 높다는 유리한 점이 작용한 것으로 보인다. 이러한 점을 감안할 때 조정이 이루어지면 불이행으로 인한 문제 발생 소지가 적다는 점은 형사조정에서 가해자를 믿지 못하는 피해자를 설득하는데 상당히 유용하게 활용할 수 있는 부분이다.

다음으로 형사조정을 통한 조정성립이 검찰 처분에 미치는 영향은 매우 큰 것으로 나타났다. 다른 사건에 비해서 성립시 불기소 비율이 높고, 특히 폭행은 더욱 그렇다. 또한 불기소 사유에서는 공소권 없음이나 기소유예의 비율이 매우 높다는 점에서 더욱더 조정성립의 영향력이 크다는 것을 알 수 있다. 이러한 점은 당사자를 설득하는데 조정위원 입장에서는 매우 유용한 정보로 활용될 수 있으며, 조정위원 역시 조정성립의 효과에 대한 확신을 가져야 할 것이다. 조정성립된 사건의 사건처리 기간은 불성립 사건에 비해서 훨씬 짧았는데, 폭행이나 상해의 경우에는 그 기간이 더욱더 짧아지는 것으로 나타났다. 이는 시간적 단축 뿐만 아니라 여러 가지 긍정적 효과를 낳는다. 이러한 사실을 조정위원들은 당사자에게 조정의 중요성과 긍정적 효과를 설명하는데 활용될 수 있는 중요한 정보가 되고 당사자가 적극적으로 조정 성립을 위해 노력하도록 유도할 수 있을 것이다.

본 연구는 주요 형사조정 사건의 형사조정 관련 특성과 조정 후 처분 결과를 중심으로 효율적인 형사조정을 위한 개선방안 및 보완점 등을 제시하였다는 점에서 의의가 있다. 그렇지만 자료의 부족으로 형사조정 과정 및 결과 중심의 연구라는 한계점을 안고 있다. 따라서 형사조정 의뢰 사건의 구체적인 특성과 형사조정의 성립에 대한 심층적인 탐구와 분석의 필요성이 제기된다.

참고문헌

1. 국내문헌

- 김용욱, “한국의 형사조정: 회복적사법 프로그램인가?”, 한국형사정책연구원, 형사정책연구, 19(2), 2008, 212-214.
- 박미숙 · 이진국, 형사조정실무의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원, 연구총서 16-AA-06, 2016, 17-124.
- 안성훈 · 윤현석, 형사사법절차상 형사합의 관행의 실태분석과 제도화 방안, 한국형사정책연구원, 연구총서 14-AA-07, 2014, 1-221.
- 이동원, “형사조정프로그램과 조정위원의 역할”, 한국형사정책연구원, 형사정책연구, 20(1), 2009, 1019-1044.
- _____, 윤현석, “형사조정의 실시 현황과 결과에 대한 실증적 평가 분석: 2010년과 2014년 형사조정사건을 중심으로”, 한국경찰학회, 한국경찰학회보, 18(1), 2016, 182.
- 임철 · 장지상 · 오정일, “양형기준의 효과에 관한 실증적 연구: 형량의 평균과 편차에 대한 분석”, 한국법경제학회, 법경제학연구, 15(1), 2018, 138-139.
- 조균석 · 이동원, “형사조정프로그램의 실효성 평가”, 한국피해자학회, 피해자학연구, 20(2), 2012, 285-312.
- _____, “형사조정제도의 과거, 현재, 미래”, 한국피해자학회, 피해자학연구, 24(3), 2016, 201-224.
- 대검찰청, 범죄분석, 2017, 8-17.

2. 외국문헌

- McCold., *A Survey of Assessment Research on Mediation and Conferencing*, In Walgrave(ed.), *Repositioning Restorative Justice*, WILLAN PUBLISHING, 67-120, 2003.

- McCorkle, Suzanne & Melanie J. Reese., *Mediation theory and practice*, SAGE Publications, 1-247, 2014.
- Moore, Christopher W., *The mediation process: Practical strategies for resolving conflict(3rd ed)*, John Wiley & Sons, 1-559, 2014.
- Umbreit, M. S., Coates, R. B. & Vos, Betty, *The Impact of Restorative Justice Conferencing: A Review of 63 Empirical Studies in 5 Countries*, Center of Restorative Justice and Peacemaking, Univ. of Minnesota, 1-21, 2002.

Empirical Study on Characteristics of Criminal Mediation Based on the Types of Criminal Offenses : Focusing on assaults, bodily injury and fraud

Lee, Dong-weon* · Yoon, Hyun-seok**

This study aims to present techniques and clues to elevate the probability of reaching criminal mediation as well as to suggest matters to prepare in advance for criminal mediations by analyzing the results of criminal mediations according to the types of criminal offenses based on empirical data. Accordingly, the study analyzed record surveys of major cases where 20 cases were randomly extracted from criminal mediations conducted by the Criminal Mediation Committee under 58 district public prosecutor's offices (including their branch offices) around the nation in 2011 and 2015; subsequently, the study summarized the procedures of criminal mediation by the types of criminal offences and dispositions following the mediations based on the analysis above and also presented improvement measures.

First, the probability of reaching mediation for assault and bodily injury cases was higher than that of the entire criminal mediation cases; especially, the probability of reaching mediation for assault cases was found significantly high. Criminal mediation requires voluntary consent and participation prior to its petition, and when parties attend the mediation, more efforts need to be made to mitigate the conflicts between the parties as well as their emotional rage. It is also necessary to encourage proper settlements under the consideration of the possibility for additional monetary payments to arise from financial losses aside from the amounts for direct damages, anticipated damages and compensation for mental suffering with future aftereffects reflected. Moreover, the analysis showed that assault and bodily

* Professor, Department of Police Administration in Wonkwang University

** Professor, Department of Police&Law in Kwangju Women's University

injury cases are very likely to end up having the settlement fulfilled following the completion of mediation, which can be useful when victims reluctant to trust assailants need to be convinced.

Second, the study showed that the completion of mediation through criminal mediations significantly affects the dispositions made by the prosecutions. Its rate of non-prosecution was found higher than other cases, and the period of processing the cases of which mediation was completed was shorter than that of the cases of which mediation was failed where such period for assault or bodily injury cases was found particularly much shorter. Such findings allow predicting a variety of positive effects in addition to a time saving factor, and they serve the members of the Criminal Medication Committee as important information that can be utilized to explicate the significance and positive impacts delivered by the criminal mediation to involved parties; furthermore, they can be a useful tool to encourage involved parties to aggressively endeavor to complete the criminal mediation.

❖ Keyword: criminal mediation, criminal mediation committee, damage recovery, assaults, bodily injury, fraud

다중사기범죄의 현상에 대한 비판적 고찰과 규범적 대안 : 「다중사기범죄 등 규제 기본법」의 법제화를 위한 시론

김대근*

국 | 문 | 요 | 약

사회의 모든 영역에서 경제와 금융이 일상을 지배하고 있는 요즘, 구조화된 경제위기와 양극화 등으로 인해 정보의 비대칭성에 기반한 금융사기범죄가 만연하고 있다. 필자가 명명한 바의 ‘다중사기범죄’는 불특정 다수를 상대로 정보의 비대칭성을 이용해서 기망과 편취를 하는 오늘날의 사기 범죄(현상)를 일컫는 규범적인 개념이다. 다중사기범죄는 불특정의 많은 피해자를 양산할뿐더러, 그로 인한 범죄수익은 천문학적인 규모로 소수자에게 집중된다는 점에서 비난 가능성과 반사회성이 매우 큰 범죄라고 할 수 있다. 물론 「유사수신행위법」, 「통신사기피해환급법」 등의 개별 법률에서 다중사기현상의 일단을 규제하고 있으나, 다양하게 진화발전하고 있는 금융사기행위를 일일이 포섭하는데 한계가 있다. 뿐만 아니라, 그 규제가 「유사수신행위법」을 비롯하여 「방문판매법」, 「자본시장법」, 「통신사기피해환급법」 등 개별 법률에 산재해 있다는 점에서 체계적이고 효율적인 집행이 어려운 것 또한 문제로 지적되어 왔다. 무엇보다 대면적인 기망과 착오를 요건으로 하는 전통적인 사기범죄는 불특정 다수를 상대로 많은 피해를 가져오는 오늘날의 금융사기행위를 예방하고 집행하는데 한계가 있었던 것도 사실이다.

이에 본 논의에서는 개별 법률에 산재해 있던 규제원리와 주요 규제 쟁점 등을 통합하여 가칭 「다중사기범죄 등 규제 기본법」 안(案)을 제시하고자 하였다. 물론 원안(原案)으로서 「불법금융행위 피해 방지 및 구제에 관한 법률」 제정안이 발의된 바 있지만, 법안의 실효성과 정당성을 확보하기 위해서는 보다 섬세한 입법과 비판이 필요하다. 먼저 법안이 지향해야 할 주요 개념과 범위로서 “다중사기범죄 등”에 대한 문언을 통해 다중사기범죄를 요건화하려고 했다. 또한 동 법안이 실효적이기 위한 방편으로서 금융회사 내지 정부당국의 책무와 권한을 명확히 하고, 동 법안의 구속력을 담보하기 위해 과태료와 과징금을 비롯하여 형벌조항과 양벌규정 등을 입법의 주요 쟁점으로 제시될 필요가 있다. 「불법금융행위 피해 방지 및 구제에 관한 법률」 제정안은 물론, 필자가 제시한 「다중사기범죄 등 규제 기본법」안에 대한 지속적인 비판과 논의를 통해 다중사기범죄의 피해를 최소화하고, 피해자에 대한 신속하고 적절한 구제가 이루어질 수 있는 이론적, 실무적 노력이 요청되는 시점이다.

- ❖ 주제어 : 다중사기범죄, 정보의 비대칭성, 불법금융행위, 금융화, 법제화, 「유사수신행위법」, 「방문판매법」, 「자본시장법」, 「특정경제범죄법」, 「통신사기피해환급법」, 「불법금융행위 피해 방지 및 구제에 관한 법률」안, 「다중사기범죄 등 규제 기본법」안,

* 한국형사정책연구원 연구위원, 법학박사

I. 금융 및 경제범죄의 새로운 양상

1. 현대사회의 금융화 현상

(1) 현상에 대한 이해

오늘날 사회는 금융의 불안정성이 일상화, 구조화되어 있다. 또한 계급의 수직적 이동이 어렵고 양극화는 심해지고 있다. 사회 안전망이 취약하기 때문에 고령층의 노후가 보장되지 않으며, 청년층의 고용도 막막하다. 피케티(Piketty)가 분석한 것처럼 자본을 통한 부(富)의 증식이 거의 유일한 계급 이동의 가능성처럼 보인다.¹⁾ 이러한 상황에서 파생상품 등과 같은 금융투자상품에 대한 투기 열풍은 꺼지지 않는 불처럼 늘상 타오르고, 전세계적인 암호화폐의 급등이 온 국민의 투기심리를 한층 자극하고 있다. 더구나 파생상품 및 암호화폐의 기술성과 건전성에 대한 이해가 터무니없이 부족한 상태에서 정보의 비대칭성을 이용한 기망과 착오가 ‘투자’라는 이름으로 횡행한지 오래다.

최근 한 일간지는 “‘고수익의 덫’ 피라미드에 빠지다”라는 기획 기사를 3회에 걸쳐 연재하면서 사기범죄 및 이와 결합한 유사수신행위 등의 문제점을 보여준다.²⁾ 기사에 따르면 2000년대 들어 단군 이래 최대의 사기사건 이라는 ‘조희팔 사건’은 3만 명의 피해자를 양산하였고, 2017년 4월 말에도 14,000명을 상대로 391억 원을 가로챈 다단계 사기범죄가 경찰에 적발되기도 하였다. 최근에는 인터넷·소셜네트워크

1) 이러한 논의를 본격적으로 촉발한 것은 당연 Thomas Piketty, *Capital in the Twenty-first Century*, Belknap Press, 2014 이다.(우리말 번역은 『21세기 자본』, 글항아리, 2017 참조) 이후 피케티 논쟁은 Heather Boushey(Editor), J. Bradford DeLong(Editor), *After Piketty: The Agenda for Economics and Inequality*, Harvard University Press, 2017에서 보다 심화·발전하였다.(우리말 번역은 애프터 피케티: <<21세기 자본>> 이후 3년, 울리시즈, 2017 참조)

2) 아시아경제, “고수익의 덫에 빠지다”의 기획물은 다음과 같다. ① [‘고수익의 덫’ 피라미드에 빠지다] <상>퇴직금에 집담보까지…나락에 빠진 5060, <http://www.asiae.co.kr/news/view.htm?idxno=2018032111301509505>(검색일: 2018.04.08.15:00), ② [‘고수익의 덫’ 피라미드에 빠지다] <중>의료기가·약 강매 옛말…진화하는 유사수신행위, 2018.03.22.<http://www.asiae.co.kr/news/view.htm?idxno=2018032211473935321>(검색일: 2018.04.08.15:10), ③ [‘고수익의 덫’ 피라미드에 빠지다] <하>일확천금? 일장춘몽일뿐…간언이설에 속지마라, 2018.03.23.<http://www.asiae.co.kr/news/view.htm?idxno=2018032311105429806>(검색일: 2018.04.08.15:15)

서비스(SNS) 등을 이용하거나, 암호화폐(가상통화) 열풍에 편승해 거짓 블록체인 기술·암호화폐를 활용하는 수법까지 등장하는 등, 새로운 기술적 방법을 수단으로 하는 사기범죄의 피해는 매우 심각한 지경이다. 한편 현대 사회의 만연한 사기범죄의 문제를 더욱 심화시켜 기획한 한 일간지는 5면에 걸친 탐사보도를 통해 다단계 사기와 유사수신행위의 심각성을 파헤치는 7개의 기사를 작성하였다.³⁾ 이 기사에 따르면 최근 암호화폐 투자 등을 미끼로 국내외 1만 8000명(ID 기준)에게 ‘이더리움 채굴기의 위탁경영;’을 미끼로 2,700억 원을 모집한 사건을 비롯하여, 유사수신행위를 비롯한 금융사기범죄의 피해자와 피해액은 계속 커지고 있다.

(2) 현상의 표제화

20세기 초반, 소유와 경영이 분리되면서⁴⁾ 자신의 자본이 아닌 타인의 자본으로 기업을 경영하고 수익을 창출하는 구조는 보다 보편적이고 일상적 경제활동의 형태로 자리잡는다. 점차 경제는 자본주의 체제의 물질 기반이자 법적 토대⁵⁾로서 자리잡게 되고, 오늘날 ‘금융’(finance)라는 이름으로 공학적 방법을 통해 이익을 창출하고 리스크를 관리하는 경제 행위 또한 매우 빈번해지게 되었다.⁶⁾ 요컨대, 금융과

3) 중앙일보, 2018.03.17. “[SUNDAY 탐사] 암호화폐의 그늘, 다단계 사기”, 의 기획물은 다음과 같다.

① [단독] “1억 된다” ... 암호화폐 ‘다단계 폭탄’ 재각재각, <http://news.joins.com/article/22449144> (검색일: 2018.04.08.12:45), ② [단독] 코인판 만한 먹잇감 없어 ... 다단계 ‘선수’들 달려든다, <http://news.joins.com/article/22449181> (검색일: 2018.04.08.12:55), ③ “아들아 어떡하니” 암호화폐 사기에 당한 어머니의 눈물, <http://news.joins.com/article/22449183> (검색일: 2018.04.08.13:10), ④ [단독] 회계사·법조인·교사도 당했다, 마이닝맥스 2700억 사기, <http://news.joins.com/article/22449187> (검색일: 2018.04.08.13:25) ⑤ [단독] 돈인지 상품인지 증권인지 ... 정의조차 없는 코인, <http://news.joins.com/article/22449188> (검색일: 2018.04.08.13:30), ⑥ [단독] “범죄 수익 그대로 가져가서야 ... 암호화폐 법적 실체 규정 급해”, <http://news.joins.com/article/22449189> (검색일: 2018.04.08.13:45), ⑦ [단독] 두 번 우는 1만8000명 ... 가해자 반격으로 피해 보상 험난, <http://news.joins.com/article/22449209> (검색일: 2018.04.08.13:55)

4) 이러한 논의는 벌리(Berle)와 민즈(Means)의 공동연구에서 본격적으로 다루어진다. Adolf A. Berle & Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Macmillan Company, 1933

5) 이러한 분석으로는 John R. Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, Augustus m Kelley Pubs, 1924 참조.

6) 2015년 타계한 울리히 벡(Ulrich Beck)은 1986년 『위험사회』 (원제: Risikogesellschaft)(홍성태 역, 새물결출판사, 1999)를 더욱 발전시킨 비교적 최근의 저서에서 테러와 금융을 현대 사회의 주요 위험(리스크)으로 소개하고 있다. 울리히 벡, 박미애·이진우 역, 『글로벌 위험사회』 (원제:

경제를 둘러싼 오늘날의 현상과 맥락을 ‘금융화’(financialization)이라고 표제화할 수 있을 것이다.⁷⁾ 이를 소개한 한 문헌에 따르면 금융화를 다음과 같이 요약적으로 설명한다.⁸⁾

“금융화는 단기적이고 리스크가 높은 사고 방식을 강화한다...(중략)...금융화의 양상을 몇가지 들자면, 경제 내에서 금융 및 금융 활동의 규모와 범위가 비대해지고, 생산을 위한 대출보다 부채에 기대 투기적 행각이 기승을 부리며, 기업 지배구조 모델로 주주가치 우선주의가 득세한다. 또 민간 부문과 공공 부문 할 것이 없이 이기적인 사고방식이 만연하고, 금융업자들과 이들이 배를 불러주는 CEO들의 정치적 영향력이 확대되는가 하면, 대공황 이후 최악의 경제 위기를 일으킨 주범임에도 여전히 ‘시장이 가장 잘 안다’는 이데올로기가 건재하다. 금융화는 심지어 우리의 언어, 시민으로서의 삶, 타인과 관계를 맺는 방식에까지 영향을 미치는 전환이다.”

(3) 현상에 대한 규범적 고찰

개인적 법익을 침해하는 범죄로서 전통적인 사기범죄는 통상 한 개인이 다른 개인을 기망하여 착오를 일으키고 재물의 교부를 받거나 재산상 이익을 취득하는 구조이다. 다른 대륙법 국가의 형법전(刑法典)과 마찬가지로 총칙(總則)에서 공범(共犯)을 별도로 규정하고 있고,⁹⁾ 개별적인 범죄피해를 경합범(競合犯)으로 다루는 것에서 추측할 수 있듯이¹⁰⁾, 사기를 비롯한 개인적 법익을 침해하는 구성요건들은 가해자와 피해자가 한 개인이라는 것을 전제로 하고 있다.

Weltrisikogesellschaft), 길, 2010 참조.

7) 금융화를 본격적으로 논의하는 문헌으로는 Greta R. Krippner, *Capitalizing on Crisis: The Political Origins of the Rise of Finance*, Harvard University Press, 2012. 이 문헌 또한 “financialization(금융화)”라는 용어를 제시하며, 경제에서 이익을 창출하는 수단으로서 금융활동의 중요성이 커지고 있음을 설명한다.

8) 라나 포루하(Rana Foroohar), 이유영 역, 『메이커스 앤드 테이커스: 경제를 성장시키는 자, 경제를 망가뜨리는 자』 (원제: *Makers and Takers: How Wall Street Destroyed Main Street*), 부키, 2018, 29~30쪽.

9) 우리 형법전 제3절 이하(제30조 내지 제34조) 참조.

10) 우리 형법전 제5절 이하(제37조 내지 제40조) 참조.

그럼에도 불구하고 경제와 금융 영역에서의 사기범죄는 다수가 기능적으로 역할을 분담하여 범죄를 저지르는 경우가 일반적이고, 그 피해 또한 불특정의 다수를 대상으로 한다는 점에서 형법전 상의 사기범죄가 상정했을 법한 현상과 질적으로 다르다. 이러한 차이를 간과하고 기존의 규범체계에서 포섭하는 경우, 가벌성에 대한 평가가 적절하지 않을 뿐만 아니라 범죄로 인한 이익과 피해를 한참 밑도는 처벌 수준에 의해 형벌 목적 중의 하나인 일방예방 내지 특별 예방도 달성할 수 없다. 더 나아가 규제 도구가 산재(散在)해 있어서 체계적이고 효율적인 법집행이 어렵고 사기범죄의 피해자가 추구하는 피해 구제는 요원해진다.

이러한 맥락에서 필자는 불특정 다수를 상대로 정보의 비대칭성을 이용해서 기망과 편취를 하는 오늘날의 사기 범죄를 ‘다중사기범죄’라고 부르고자 한다.¹¹⁾ 다중사기범죄는 불특정의 많은 피해자를 양산할뿐더러, 그로 인한 범죄수익은 천문학적인 규모로 소수자에게 집중된다.¹²⁾ 이른바 “피해와 위험(리스크)은 분산, 이익은 독점” 하는 가장 악질적이고 반자본적인 범죄가 빚어지는 것이다. 이 개념은 관련 현상을 설명할 뿐만 아니라, 현상을 포섭하여 규제할 수 있어야 한다는 점에서 규범적이다. 본 논의는, 다중사기범죄 개념을 통해, 금융을 매개로 한 현대사회의 ‘사기범죄’와 다양한 기망수단을 통해 이익을 편취하는 ‘불법적인 금융행위’를 규제할 수 있도록 법 도그마틱으로 정립하고, 더 나아가 다중사기범죄의 현상에 대응하기 위한 형사정책적 가능성을 모색하는 시론(時論)이자 시론(試論)이라고 할 것이다.

11) 이러한 논의에 대한 시론으로는 김대근·전현욱·김현수, 『다중사기범죄 유형분석연구-전기통신금융 사기와 유사수신을 중심으로』, 대검찰청 연구용역보고서, 2016 참조.

12) 금융감독원 자료에 따르면 보이스피싱 등 불법금융행위에 따른 연간 피해규모는 약 23.2조원이라고 한다. 이는 2017년도 GDP의 1.5%(불법사금융 12조원, 유사수신 11조원, 보이스, 피싱 0.2조원) 수준이라고 한다. 한편 한국형사정책연구원의 연구에 따르면 피싱, 파밍, 스미싱, 메모리해킹과 같은 기술적 수단을 활용한 사이버금융사기범죄의 2015년 총 사회적 비용은 1조 802억원이었다. 김대근, 임석순, 김기범, 강상욱, 『신종금융사기범죄의 실태 분석과 형사정책적 대응방안 연구: 기술적 수단을 사용한 사이버 금융사기를 중심으로』, 한국형사정책연구원, 2016, 426쪽. “1조 802억원이라는 추정치는 재산 손실액을 설문조사기반으로 추정했을 때 얻은 값이고, 경찰청 집계액을 기반으로 재산 손실액을 추정했을 때는 총 사회적 비용의 추정치가 약 4조 751억원이었다. 이 차이는 재산 손실액의 추정치에서 오는 차이이다. 이 추정치를 고려할 경우 전체 사이버 범죄 피해액의 약 41%에 해당한다. 사이버 범죄에서 다루는 다양한 범죄 유형과 4년이라는 시간차이가 있어서 정확한 숫자는 아닐 수도 있다. 하지만 사이버 범죄에서 다루는 다양한 범죄 유형과 그 중 신종사이버금융사기 범죄가 차지하는 비중을 생각해봤을 때 이는 상당히 커다란 비중이라고 생각할 수 있다.” 426-427쪽.

2. 현행 개별법체계의 해석학적 한계와 입법안의 필요성

(1) 현행 개별법 체계의 규제 한계

언급한 바와 같이 오늘날의 다중사기범죄의 현상은 금융을 매개로 불특정 다수에게 많은 피해를 야기한다는 점에서 가벌성이 높고, 특히 경제적으로 취약한 계층을 대상으로 하는 경우가 많다는 점에서 비난가능성이 크다. 이처럼 다중사기범죄 현상을 규율할 필요성은 매우 크지만, 규율에 있어 몇가지 어려움이 따른다. 예를 들어, 사업의 실체가 없음에도 불구하고 그러한 실체가 있는 것처럼 기망하여, 인·허가를 받지 않거나 등록·신고 등을 하지 않은 채 불특정 다수로부터 파생상품 등에의 투자를 권유하는 등의 방식으로 자금을 조달하는 사업을 하는 경우, 더 나아가 그로 인한 피해액(내지 이득액)이 크고 수많은 피해자를 양산한 경우를 상정해보자.

첫째, 유사수신 등 전통적으로 불법적인 다양한 금융범죄가 개별 법률을 통해서 각각 규제되고 있다는 점이다. 위에서 언급한 바의 다중사기범죄 현상들은 「형법」상 사기죄는 물론, 「유사수신행위의 규제에 관한 법률」(이하 유사수신행위법) 위반, 「방문판매 등에 관한 법률」(이하 방문판매법) 위반, 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 자본시장법) 위반, 「특정경제범죄 가중처벌에 관한 법률」(이하 특정경제범죄법) 위반, 「전기통신금융사기 피해 방지 및 피해금 환급에 관한 특별법」(이하 통신사기피해환급법) 위반 등으로 규율할 수 있다. 그러나, 일련의 동일한 편취의 고의를 갖고 수행하는 기능적 행위임에도 불구하고 규제 법률이 다르기 때문에 적용 법조를 실제적 경합으로 의율해야 하는 번거로움과 함께, 각각의 규제이념과 규제 방식 등이 다르다는 점에서 비효율적인 측면이 있다.

둘째, 설령 다중사기범죄 현상을 개별 법률을 찾아서 적용하는 번거로움을 감수 하더라도, 금융기법에 편승한 새로운 형태의 반사회적인 경제범죄 및 금융범죄를 어떻게 포섭하는지가 문제된다. 때문에 다양한 개별 사안들을 포섭하면서, 특히 다중사기범죄라는 반사회적 현상을 규제할 수 있는 단일하고도 체계적인 입법방식이 불가피하다.

셋째, 사기범죄로 인한 피해자의 구제에 대해서도 「형법」은 물론 개별 법률에 없거나 부분적으로 산재되어 있기 때문에 피해자 구제에 어려움이 있고, 설령 구제

를 하더라도 그 법적 근거가 중첩되거나 달라질 수 있는 여지가 있다. 피해자 구제에서 ‘규제의 공백’과 ‘규제의 중복’ 나타나는 것이다.

(2) 가칭 「다중사기범죄 등 규제 기본법」 안의 입법형식

이러한 문제의식을 입법적으로 해결하기 위한 형식으로는 다중사기범죄를 포섭하고 집행할 수 있는 통합 법률이 필요하다. 본 논의에서는 잠정적으로 ‘기본법’의 형식을 빌리고자 한다. 기본법 형식의 입법이 갖는 장점을 요약하면 다음과 같다. 먼저 산재한 개별 법률의 기본 내용과 제재 형식을 통일한 입법 방식으로 ‘기본법’의 형식이 널리 활용되고 있을 뿐만 아니라,¹³⁾ 이들 기본법은 통상 규제 이념을 포함해서 관련한 국가와 지방자치 단체의 의무 등을 규정하고 있고 국가 등이 ‘기본계획’을 수립할 수도 있다. 뿐만 아니라, 기본법을 제정(制定)함에 따라 기존의 법률을 점차적으로 개정(改定) 내지 폐지(廢止)하는 과정에서 발생하는 입법의 공백을 메꿀 수 있다는 점에서 기본법의 입법형식이 불가피할 것으로 보인다.

(4) 논의의 순서와 방법

이러한 문제의식을 바탕으로 이하에서는 다중사기범죄 등을 규제할 수 있는 통합 규제법안으로서 가칭 「다중사기범죄 등 규제 기본법」 안(案)을 제시하고자 한다. 물론 법의 정치하고 기술적인 내용을 지금 당장 법안에 모두 담을 수는 없을 것이다. 때문에 이하에서는 법안이 담아야 할 기본적인 쟁점과 내용을 제시하고 이에 대한 입법을 기획하는데 주목하고자 한다. 구체적으로는 먼저 법안이 지향해야 할 주요 개념과 범위를 제시하고(Ⅱ), 법안이 실효적이기 위한 방편으로서 금융회사 내지 정부당국의 책무와 권한을 쟁점화하게 될 것이다(Ⅲ). 마지막으로 법안의 구속력을 담보하기 위한 여러 제재방안들에 대한 입법화를 시도하게 될 것이다(Ⅳ).

이를 위해 2018.7.17. 김광영 의원 등 13인이 발의한 「불법금융행위 피해 방지

13) 국가법령정보 사이트에서 일일이 확인한 결과 ‘기본법’의 명칭을 사용한 법률은 총 67개이다. <http://www.law.go.kr/LSW/lsOrdinAstSc.do?tabMenuId=tab2&query=%EA%B8%B0%EB%B3%B8%EB%B2%95> 접속일: 2018.8.21.16:56

및 구제에 관한 법률」 제정안을 기초로 하여 구체적인 입법안을 제시하는 형태를 취하고자 한다.¹⁴⁾ 이 제정안은 기본적으로 「유사수신행위법」과 「방문판매법」, 「통신사기피해환급법」, 「자본시장법」 및 「공정거래법」의 주요 조문을 활용한 것으로, 앞에서 설명한 다중사기범죄를 규율하는데 유용한 측면이 있다. 이하에서는 이 제정안의 조문을 활용하면서 다중사기범죄라는 현상을 포섭하고 규제의 실효성을 확보하려는 취지에서 조문의 일부를 비판적으로 재구성하고, 보다 타당한 입법적 대안을 제시하고자 한다.

II. 「다중사기범죄 등 규제 기본법」 안 1-다중사기범죄의 개념

1. 다중사기범죄의 개념화

불특정 다수를 상대로 많은 피해를 양산하는 다중사기범죄에 포섭할 수 있는 금융 및 경제 범죄로는 전통적이면서 최근까지 빈번한 것으로는 유사수신행위, 보이스 피싱, 무인가 등 금융업의 영위를 들 수 있다. 이들 범죄는 기본적으로 ① 비금융회사 또는 인허가를 받지 아니한 자가 ② 2인 이상 다수로부터 자금을 조달하거나 중개하면서 ③ 지속반복적으로 영업을 하는 것을 핵심으로 한다. 물론 일부 행위들은 이미 「형법」상의 사기죄는 물론, 「통신사기피해환급법」과 「유사수신행위법」 등을 통해서 규제가 이루어지고는 있으나 금융기법의 진화발달에 따른 새로운 유형의 불법을 예방하고 억제하는데 일정한 한계가 있을 수 밖에 없다(협회의 다중사기범죄).

뿐만 아니라 무인가, 무허가, 무등록, 미신고 등의 불법 내지 위법한 금융행위와 금융업 유사상호의 사용에 대해서도 다중사기범죄의 개념에 포섭할 필요가 있다.

14) 동 법안은 김대근, 임석순, 김기범, 강상욱, 『신종금융사기범죄의 실태 분석과 형사정책적 대응방안 연구: 기술적 수단을 사용한 사이버 금융사기를 중심으로』(한국형사정책연구원, 2016)를 비롯하여 그동안의 학계에서 제기된 금융사기범죄의 규제 상의 문제점과 피해자 구제방안 등의 대안을 중심으로 금융감독원이 주체가 되어 만들어진 입법안이다. 필자는 이러한 입법을 분석하여 2018.8.28. “불법금융행위 규제 통합법 정책 토론회”에서 발표를 하였다. 한편, 본 제정안에 대한 설명은 금융감독원에서 배포한 「불법금융행위 규제 통합법 제정(안) 검토」 부분을 참조하였다.

앞에서 언급한 것처럼 이들 무인가, 무허가, 무등록, 미신고의 금융은 인가, 허가, 등록, 신고를 외양을 가장(假裝)하거나 관련 법률에 따른 규제를 고의로 우회(迂廻)하는 등의 방법으로 착오를 유발하다는 점에서 기망적인 측면이 존재한다. 더 나아가 이들 무인가, 무허가, 무등록, 미신고의 금융행위는 사업의 실체를 기망하거나 가능성이 아예 없거나 불확실함에도 불구하고 장래에 출자금의 전액 또는 이를 초과하는 금액을 보장함으로써 사기죄의 구성요건을 실현하는 경우가 대부분이라는 점에서 (도그마틱하지는 않지만) 사기적 성격의 범죄라고 할 수 있다(광의의 다중사기범죄).

요컨대, 유사수신행위, 보이스 피싱, 무인가 등 금융업과 같이 기존 법률에 규정된 불법금융행위를 포괄하면서도, 금융기법의 발달에 따른 새로운 경제범죄 및 금융범죄를 포섭하기 위한 다중사기범죄 개념을 정립할 필요가 있다.

2. 다중사기범죄 등 개념의 조문화

[입법례]

제○조(정의) 제○항“다중사기범죄 등”이란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

가. 전기통신금융사기

나. 유사수신행위

다. 무인가, 무허가, 미등록, 미신고 등 금융업 영위

라. 제○호의 금융회사가 아닌 자 또는 다른 법령에 따른 인가·허가를 받지 아니하거나, 등록(「부가가치세법」에 따른 사업자등록을 제외한다. 이하 같다)·신고 등을 하지 아니한 자가 2인 이상으로부터 업(業)으로 기망 또는 공갈에 의하거나 도박을 목적으로 하는 등 무효인 계약에 근거하여 자금을 중개·조달하는 등 가목 내지 다목과 유사한 것으로서 국민의 재산권을 심각하게 침해할 우려가 있어 대통령령으로 정하는 사항

3. 다중사기범죄의 개념의 입법에 대한 검토

(1) ‘불법금융행위’ 인가 ‘다중사기범죄’ 인가

「불법금융행위 피해 방지 및 구제에 관한 법률」 제정안 원문에서는 ‘불법금융행위’라는 개념을 사용하였다. ‘불법금융행위’라는 개념은 특정한 금융행위에 대한 법적 평가를 잘 보여준다는 점에서 의미가 있다. 그러나 법률 문언으로는 적지않은 한계가 있다고 생각한다. 먼저 ‘불법’이라는 개념은 개별 법률 위반의 경우를 총칭하는 일반 개념이라는 점에서 특정 법률의 개념으로만 한정할 수 없다. 그렇다고 법질서 전체에 반하는 행위를 지칭하는 개념으로 ‘불법’이라는 문언은 더더욱 불명확하고 포괄적인 측면이 있다.

때문에 앞에서 강조한 것처럼 오늘날의 불특정 다수를 대상으로 하는 사기범죄-전통적인 의미의 사기범죄와 구별하는 맥락에서-의 본질을 포착하기 위해서는 ‘다중사기범죄’라는 개념이 적절할 것으로 보인다. 여기에는 협의의 다중사기범죄는 물론이고, 광의의 다중사기범죄를 포괄할 필요가 있다. 그러나 광의의 다중사기범죄는 의미가 포괄적이라는 점에서 죄형법정주의에 충돌할 수 있고, 특히 무인가, 무허가, 미등록, 미신고 등과 같은 행정규제 위반에 대한 형사처벌은 형법의 보충성에 반할 수 있다는 점에서 그 개념을 확장적으로 표현할 필요가 있다. 또한 그 본질을 명확하게 드러내면서 추후 발생할 사회적으로 비난가능한 금융사기범죄를 포섭하기 위해서 “다중사기범죄 등”으로 표현하는 것이 타당하다.

(2) 명확성 원칙에 대한 검토

언급한 것처럼 ‘다중사기범죄 등’이라는 개념이 지나치게 포괄적이거나 불명확한 것이 아니냐는 비판이 제기될 수 있다. 이에 대해서는 먼저 열거된 전기통신금융사기, 유사수신행위, 무인가, 무허가, 미등록, 미신고 등 금융업 영위 개념이 현행 법률에서 규정하고 사용되고 있는 명확한 개념이라는 점, 또한 이와 같은 명확한 열거를 통해서 개별 법령으로 포섭할 수 없는 신·변종 불법행위를 정의하였다는 점에서 일반인이라면 충분히 그 불법성을 예측할 수 있다고 판단된다. ‘등’과 같은 불확정 표

현 또한 앞열거된 금융사기의 형태와 입법 취지를 통해서 예견가능하고 구체화할 수 있다는 점에서 명확성 원칙에 반한다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

(3) 포괄위임입법금지 원칙에 대한 검토

또한 새로운 형태의 다중사기범죄를 대통령령으로 규정하는 것이 포괄위임입법 원칙에 반하는 것은 아닌지에 대해서도 논란이 제기될 수 있다. 주지하다시피 ‘포괄적 위임입법 금지 원칙’은 법률이 행정부에 시행령 등으로 위임하는 사항과 범위를 구체적으로 한정하지 않고, 일반적·포괄적으로 위임하는 것을 금지하는 헌법상 원칙이다.¹⁵⁾ 이러한 원칙에 따라 판단해보건대, 시행령에 위임하고자 하는 사항은 금융업 인가 등 없이 업으로 자금을 중개·조달하는 행위로서 입법취지와 다중사기범죄의 정의 등을 통해 ‘신·변종 불법행위’는 금융업 인가 등 없이 업으로 자금을 중개·조달하는 행위 중 ‘타인의 재산을 심각하게 침해’하는 행위로 합리적인 해석이 가능하다는 점에서 포괄적 위임입법에 해당하지 않는다고 판단된다.

다만 「불법금융행위 피해 방지 및 구제에 관한 법률」 제정안 원안에서 사용하고 있는 “국민의 재산을 심각하게 침해할 우려”라는 개념에 대해서는 신중하게 접근할 필요가 있다. ‘심각하게’라는 문언이 법률 문언으로서는 다소 불확정적일 뿐만 아니라, 심각한 정도에 대해서 예측하기 어렵고 구체화할 수 없기 때문이다.

4. 금융업 유사상호 사용금지의 조문화

현행 「유사수신행위법」 제4조에서는 불법금융행위의 표시·광고 금지에 관하여 포괄적으로 규정하고 있다.¹⁶⁾ 또한 「유사수신행위법」 제5조¹⁷⁾를 비롯하여, 「은

15) 헌법 제75조 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.

16) 유사수신행위법 제4조(유사수신행위의 표시·광고의 금지) 누구든지 유사수신행위를 하기 위하여 불특정 다수인을 대상으로 하여 그 영업에 관한 표시 또는 광고(「표시·광고의 공정화에 관한 법률」에 따른 표시 또는 광고를 말한다)를 하여서는 아니 된다.

17) 유사수신행위법 제5조(금융업 유사상호 사용금지) 누구든지 유사수신행위를 하기 위하여 그 상호(商號) 중에 금융업으로 인식될 수 있는 명칭으로서 대통령령으로 정하는 명칭을 사용하여서는

행법」 제14조¹⁸⁾, 「자본시장법」 제38조¹⁹⁾, 「보험업법」 제8조²⁰⁾, 「상호저축은행법」 제9조²¹⁾ 등의 개별 법률에서 또한 금융업 유사상호 사용금지에 관하여 포괄적으로 규정하고 있다. 이렇게 산재된 개별 법률의 규정을 일률적으로 통합하여 규정하는 것이 필요하다. 다만 이 경우, 개별 법률 위반에 대한 평가를 담아내기 위해서 잠정적으로 “불법한 금융행위”라고 표현하기로 한다.²²⁾

[입법례]

제○조(불법한 금융행위의 금지) 누구든지 불법한 금융행위를 하여서는 아니 된다.
제○조(불법한 금융행위의 표시·광고의 금지) 누구든지 불법한 금융행위를 하기 위하여 불특정 다수인을 대상으로 하여 그 영업에 관한 표시 또는 광고(「표시·광고의 공정화에 관한 법률」에 따른 표시 또는 광고를 말한다. 이하 같다)를 하여서는 아니 된다.

아니 된다.

- 18) 은행법 제14조(유사상호 사용 금지) 한국은행과 은행이 아닌 자는 그 상호 중에 은행이라는 문자를 사용하거나 그 업무를 표시할 때 은행업 또는 은행업무라는 문자를 사용할 수 없으며, 은행·은행업 또는 은행업무와 같은 의미를 가지는 외국어 문자로서 대통령령으로 정하는 문자를 사용할 수 없다.
- 19) 자본시장법 제38조(상호) ① 금융투자업자가 아닌 자는 그 상호 중에 "금융투자"라는 문자 또는 이와 같은 의미를 가지는 외국어 문자로서 대통령령으로 정하는 문자를 사용하여서는 아니 된다.
- 20) 보험업법 제8조(상호 또는 명칭) ① 보험회사는 그 상호 또는 명칭 중에 주로 경영하는 보험업의 종류를 표시하여야 한다.
② 보험회사가 아닌 자는 그 상호 또는 명칭 중에 보험회사임을 표시하는 글자를 포함하여서는 아니 된다.
- 21) 상호저축은행법 제9조(명칭의 사용 등) ① 상호저축은행은 그 명칭 중에 "상호저축은행" 또는 "저축은행"이라는 명칭을 사용하여야 한다.
② 이 법에 따른 상호저축은행이 아닌 자는 상호저축은행, 저축은행, 상호신용금고, 무진회사(無盡會社), 서민금고 또는 이와 비슷한 명칭을 사용하지 못한다.
- 22) 「불법금융행위 피해 방지 및 구제에 관한 법률」 제정안 원문에서는 이 경우 또한“불법금융행위”라고 표현하고 있다.

Ⅲ. 「다중사기범죄 등 규제 기본법」 안 2 - 범죄의 예방과 피해자 구제의 실효성 확보방안

1. 서설

「다중사기범죄 등 규제 기본법」 안에 따른 다중사기범죄 등을 금지하고 금융소비자의 피해를 방지하기 위해서는 그 실효성을 확보하기 구체적인 내용이 필요하다. 특히 정부와 금융회사 등의 책임을 명확히 하여 다중사기범죄 등의 발생에 대비하고 피해를 최소화하는 것과 동시에 금융당국의 규제 강화를 강화하는 방안을 검토해 볼 수 있다.

2. 금융당국의 책무 명확화

(1) 금융회사의 피해방지 책임

먼저 행위의 주체인 금융회사에게 특정한 주의의무를 부과함으로써 다중사기범죄를 예방하고, 금융소비자들에게 관련 정보를 제공할 필요가 있다. 예컨대 금융위원회가 불법금융 대응업무 수행을 위해 필요한 때에는 금융회사에 대하여 협조를 요청할 수 있도록 하거나, 해당 금융회사의 명칭을 사용한 불법금융행위가 발생한 경우 관련 정보를 금융위에 보고토록 의무를 부과해야 한다. 구체적으로는 「통신사기피해환급법」 제2조의²²³⁾를 원용하여 금융위원회의 불법금융행위에 대한 대응

23) 통신사기피해환급법 제2조의2(전기통신금융사기에 대한 대응 등) ① 금융위원회는 전기통신금융사기의 발생에 대비하고 그 피해를 최소화하기 위하여 다음 각 호의 업무를 수행한다.

1. 전기통신금융사기에 관한 정보의 수집·전파
2. 전기통신금융사기에 대한 예보·경보
3. 그 밖에 대통령령으로 정하는 전기통신금융사기 대응조치
- ② 금융위원회는 전기통신금융사기의 발생을 방지하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 연도별 피해환급금 지급액 및 사기이용계좌 발생건수를 고려하여 금융위원회가 정하는 기준에 해당하는 금융회사나 그 임직원에 대하여 다음 각 호의 사항을 권고·요구 또는 명령하거나 그 개선계획을 제출할 것을 명할 수 있다.
 1. 금융회사 및 임직원에 대한 주의·경고·견책 또는 감봉

등에 관하여 포괄적으로 규정하는 것이 적절할 것이다. 더 나아가 사기죄에서 기망과 착오는 정보의 비대칭성에서 기인한다는 점을 간과해서는 안된다. 때문에 정보의 비대칭성(asymmetry of information)을 완화하기 위해서 다중사기범죄 발생시 금융회사의 보고의무 명시적으로 규정함으로써 금융수요자들에게 충분한 정보를 제공하는 등 정부와 금융회사의 적극적으로 대처를 명시할 필요가 있다.

[입법례]

제○조(다중사기범죄에 대한 대응 등) ① 금융위원회는 다중사기범죄의 발생에 대비하고 그 피해를 최소화하기 위하여 다음 각 호의 업무를 수행한다.

1. 다중사기범죄에 관한 정보의 수집·전파
2. 다중사기범죄에 대한 예보·경보
3. 그 밖에 대통령령으로 정하는 다중사기범죄 대응조치
- ② 금융위원회는 금융회사에 대하여 제1항에 따른 업무의 지원·조정 및 대응계획의 수립·시행을 위하여 필요한 때에는 대통령령으로 정하는 사항에 대해 협조를 요청할 수 있다.
- ③ 금융위원회는 전기통신금융사기의 발생을 방지하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 연도별 피해환급금 지급액 및 사기이용계좌 발생건수를 고려하여 금융위원회가 정하는 기준에 해당하는 금융회사나 그 임직원에 대하여 다음 각 호의 사항을 권고·요구 또는 명령하거나 그 개선계획을 제출할 것을 명할 수 있다.
 1. 금융회사 및 임직원에 대한 주의·경고·견책 또는 감봉
 2. 금융회사가 전자금융거래 업무를 수행함에 있어 안전성과 신뢰성을 확보하기 위한 전산인력, 전산시설 및 전자적 장치 등의 개선 또는 보완에 관한 사항
- ④ 금융회사는 제3자가 해당 금융회사 명칭을 사용하여 제4조를 위반한 사실을

2. 금융회사가 전자금융거래 업무를 수행함에 있어 안전성과 신뢰성을 확보하기 위한 전산인력, 전산시설 및 전자적 장치 등의 개선 또는 보완에 관한 사항

③ 금융위원회는 제1항 및 제2항에 따른 업무의 전부 또는 일부를 「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」에 따라 설립된 금융감독원의 원장(이하 “금융감독원장”이라 한다)에게 위탁할 수 있다.

인지한 경우에는 관련된 정보를 금융위원회에 보고하여야 한다.

(2) 외국 및 지방자치단체와의 협력체계 구축

정부는 다중사기범죄의 피해 방지와 피해자보호를 위해 정기적으로 기본계획을 수립하고 연도별 계획을 작성해야 한다. 더 나아가 이를 위해 다른 국가 또는 국제기구와 상호협력할 것을 규정할 필요가 있다. 금융위원회 및 지방자치단체가 다중사기범죄의 피해 방지를 위한 상호협력 체계를 구축하고 다중사기범죄의 피해 방지 홍보 및 교육 등을 위해 상호협력하게 하는 것도 중요하다. 구체적으로는 범죄피해자 보호법 제12조²⁴⁾ 내지 제13조²⁵⁾의 규정 및 「통신사기피해환급법」 제2조의³²⁶⁾을 원용하여 다중사기범죄의 피해 방지를 위한 기본계획 수립 및 국제협력에 관해 포괄적으로 규정하는 입법방식을 활용한다.

[입법례]

제○조(기본계획 수립) ① 금융위원회는 다중사기범죄의 예방 및 다중사기범죄

- 24) 범죄피해자보호법 제12조(기본계획 수립) ① 법무부장관은 제15조에 따른 범죄피해자 보호위원회의 심의를 거쳐 범죄피해자 보호·지원에 관한 기본계획(이하 “기본계획”이라 한다)을 5년마다 수립하여야 한다.
 - ② 기본계획에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.
 1. 범죄피해자 보호·지원 정책의 기본방향과 추진목표
 2. 범죄피해자 보호·지원을 위한 실태조사, 연구, 교육과 홍보
 3. 범죄피해자 보호·지원 단체에 대한 지원과 감독
 4. 범죄피해자 보호·지원과 관련된 재원의 조달과 운용
 5. 그 밖에 범죄피해자를 보호·지원하기 위하여 법무부장관이 필요하다고 인정한 사항
- 25) 범죄피해자보호법 제13조(연도별 시행계획의 수립) ① 법무부장관, 관계 중앙행정기관의 장과 특별시장·광역시장·도지사·특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다)는 기본계획에 따라 연도별 시행계획(이하 “시행계획”이라 한다)을 수립·시행하여야 한다.
 - ② 관계 중앙행정기관의 장과 시·도지사는 다음 연도의 시행계획과 전년도 추진 실적을 매년 법무부장관에게 제출하여야 한다. 이 경우 법무부장관은 그 시행계획이 부적합하다고 판단할 때에는 그 시행계획을 수립한 장에게 시행계획의 보완·조정을 요구할 수 있다.
 - ③ 제1항 및 제2항에서 정한 사항 외에 시행계획의 수립과 시행에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
- 26) 통신사기피해환급법 제2조의3(국제협력) 정부는 전기통신금융사기 피해 방지를 위하여 다른 국가 또는 국제기구와 상호 협력하여야 한다.

피해자 보호·지원에 관한 기본계획(이하 “기본계획”이라 한다)을 5년마다 수립하여야 한다.

② 기본계획에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.

1. 다중사기범죄의 예방 및 다중사기범죄 보호·지원 정책의 기본방향과 추진목표
2. 다중사기범죄의 예방 및 범죄피해자 보호·지원을 위한 실태조사, 연구, 교육과 홍보
3. 다중사기범죄의 예방 및 범죄피해자 보호·지원 단체에 대한 지원과 감독
4. 다중사기범죄의 예방 및 범죄피해자 보호·지원과 관련된 재원의 조달과 운용
5. 그 밖에 다중사기범죄의 예방 및 범죄피해자를 보호·지원하기 위하여 금융위원회가 필요하다고 인정한 사항

제○조(연도별 시행계획의 수립) ① 금융위원회, 관계 중앙행정기관의 장과 특별시장·광역시장·도지사·특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다)는 기본계획에 따라 연도별 시행계획(이하 “시행계획”이라 한다)을 수립·시행하여야 한다.

② 관계 중앙행정기관의 장과 시·도지사는 다음 연도의 시행계획과 전년도 추진 실적을 매년 금융위원회에게 제출하여야 한다. 이 경우 금융위원회는 그 시행계획이 부적합하다고 판단할 때에는 그 시행계획을 수립한 장에게 시행계획의 보완 조정을 요구할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항에서 정한 사항 외에 시행계획의 수립과 시행에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제○조(협력체계 구축 등) ① 정부는 다중사기범죄의 피해 방지를 위하여 다른 국가 또는 국제기구와 상호 협력하여야 한다.

② 금융위원회와 「지방자치법」 제2조제1항에 따른 지방자치단체는 다중사기범죄의 피해 방지를 위하여 상호 협력하여야 한다.

(3) 다중사기범죄에 이용된 전화번호의 이용금지

「통신사기피해환급법」, 「대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률」

(이하 대부업법), 「전자금융거래법」 등 개별 법률에 각각 규정하고 있던 전화번호 이용중지 관련 규제를 일원화할 필요가 있다. 즉, 원안처럼 현행의 보이스피싱에 이용된 전화번호(「통신사기피해환급법」 제13의3)²⁷⁾, 불법대부광고(「대부업법」 제9의6)²⁸⁾, 통장매매광고(「전자금융거래법」 제6의2)²⁹⁾에 따른 전화번호에 대한 이용중지 규정을 통합하여 규정하는 것이 필요하다. 한편 검찰총장, 경찰청장 또는 금융감독원장은 위 다중사기범죄행위에 이용된 전화번호 이용중지를 과기정통부장관에게 요청 가능하도록 하고, 전화번호 이용중지기간을 ‘3개월’에서 ‘1년 이내’로 강화하는 것도 의미있다. 다만 전화번호 이용중지는 일종의 침익적(侵益的) 행정처분이라는 점에서 이용자가 전화번호 이용중지를 요청한 기관에 이의 신청이 가능하도록 권리구제 절차의 법적 근거를 명확하게 해야 한다.

-
- 27) 통신사기피해환급법 제13조의3(전기통신금융사기에 이용된 전화번호의 이용중지 등) ① 검찰총장, 경찰청장 또는 금융감독원장은 전기통신금융사기에 이용된 전화번호를 확인한 때에는 과학기술정보통신부장관에게 해당 전화번호에 대한 전기통신업무 제공의 중지를 요청할 수 있다.
- ② 제1항에 따른 요청으로 전기통신업무 제공이 중지된 이용자는 전기통신업무 제공의 중지를 요청한 기관에 이의신청을 할 수 있다.
- ③ 제2항에 따른 이의신청의 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
- 28) 대부업법 제9조의6(불법 대부광고에 사용된 전화번호의 이용중지 등) ① 사·도지사 등 대통령령으로 정하는 자는 제9조의2제1항 및 제2항을 위반한 광고를 발견한 때에는 과학기술정보통신부장관에게 해당 광고에 사용된 전화번호에 대한 전기통신업무 제공의 중지를 요청할 수 있다.
- ② 사·도지사등은 제9조제2항부터 제4항까지 또는 제9조의3제1항을 위반한 광고를 발견한 경우 광고를 한 자에게 기한을 정하여 해당 광고의 중단을 명할 수 있으며, 그 명을 따르지 아니하는 경우에는 과학기술정보통신부장관에게 광고에 사용된 전화번호에 대한 전기통신업무 제공의 중지를 요청할 수 있다.
- ③ 제1항 또는 제2항에 따른 요청으로 전기통신업무 제공이 중지된 이용자는 전기통신업무 제공의 중지를 요청한 기관에 이의신청을 할 수 있다.
- ④ 제3항에 따른 이의신청의 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
- 29) 제6조의2(불법 광고에 이용된 전화번호의 이용중지 등) ① 검찰총장, 경찰청장 또는 금융감독원장(「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」 제29조에 따른 금융감독원장을 말한다. 이하 같다)은 제6조제3항제5호에 따른 불법광고에 이용된 전화번호를 확인한 때에는 과학기술정보통신부장관에게 해당 전화번호에 대한 전기통신업무 제공의 중지를 요청할 수 있다.
- ② 제1항에 따른 요청으로 전기통신업무 제공이 중지된 사람은 전기통신업무 제공의 중지를 요청한 자에게 이의신청을 할 수 있다.
- ③ 제2항에 따른 이의신청의 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

[입법례]

제○조(다중사기범죄 등에 이용된 전화번호의 이용중지 등) ① 검찰총장, 경찰청장 또는 금융감독원장은 제○조에 따른 다중사기범죄 및 제○조에 따른 불법한 금융행위의 표시·광고, 또는 「전자금융거래법」 제6조제3항제5호에 따른 불법 광고 등에 이용된 전화번호를 확인한 때에는 과학기술정보통신부장관에게 해당 전화번호에 대한 전기통신역무 제공의 중지를 1년 이내의 기간을 정하여 요청할 수 있다.

② 제1항에 따른 요청으로 전기통신역무 제공이 중지된 이용자는 전기통신역무 제공의 중지를 요청한 기관에 이의신청을 할 수 있다.

③ 제2항에 따른 이의신청의 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

3. 금융당국의 권한 강화

(1) 정부 규제의 필요성

경제가 일종의 자연적 질서라는 관념에 대해서는 많은 비판이 따르고, ‘시장의 자율성’이라는 관념도 많은 회의를 받고 있다.³⁰⁾ 시장의 자율성과 작은 정부를 강조하던 자유주의와 특히 최근의 신자유주의적인 정책이 1997년 서브프라임 모기지 사태를 비롯하여 최근의 경제위기까지 대부분 실패했다는 평가를 받기 때문이다. 짐작컨대, 개인의 이기심과 투기욕망, 무엇보다도 금융에 내재한 높은 리스크를 관리하기 위해서는 정부의 적절한 규제와 감독이 불가피하다. 다중사기범죄라는 범죄행위를 규제하는데 있어서 정부와 당국의 권한이 강화되어야 함은 당연하다고 할 것이다. 특히 다중사기범죄 등의 예방을 위해서는 정보의 대칭성을 확보하는 방식으로의 적극적 규제가 필요하다.

30) 시장 질서가 인위적인 것이며, 더 나아가 국가의 형벌정책을 통해서 만들어진 것임을 계보학적으로 보여주는 문헌으로는 Bernard E. Harcourt, *The Illusion of Free Markets: Punishment and the Myth of Natural Order*, Harvard University Press, 2012 참조. 같은 관점에서 자본시장에 대한 정부의 규제를 강조하는 입장으로는 김대근, 『자본시장법상 형사제재의 한계와 개선방안에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 2012 참조.

(2) 다중사기범죄에 대한 대응

금융위에 대해 다중사기범죄 발생에 대비하고 피해 최소화를 위한 업무를 수행하도록 책임을 부과할 필요가 있다. 구체적으로는 ① 다중사기범죄에 관한 정보의 수집·전파, ② 다중사기범죄에 대한 예보·경보, ③ 그 밖의 대통령령으로 정하는 대응 조치를 규정한다. 이에 대해서는 「통신사기피해환급법」 제2조의2³¹⁾를 원용하여 금융위원회의 다중사기범죄에 대한 대응 등에 관하여 포괄적으로 규정하는 것이 타당하다.

더 나아가 정부가 다중사기범죄의 피해예방을 위해 금융회사에 대한 협조를 요청할 수 있도록 법적 근거를 명확히 하고, 다중사기범죄 발생시 금융회사의 보고의무를 명시적으로 규정할 필요가 있다.

[입법례]

제○조(다중사기범죄에 대한 대응 등) ① 금융위원회는 다중사기범죄의 발생에 대비하고 그 피해를 최소화하기 위하여 다음 각 호의 업무를 수행한다.

1. 다중사기범죄에 관한 정보의 수집·전파
 2. 다중사기범죄에 대한 예보·경보
 3. 그 밖에 대통령령으로 정하는 다중사기범죄 대응조치
- ② 금융위원회는 금융회사에 대하여 제1항에 따른 업무의 지원·조정 및 대응계획

31) 통신사기피해환급법 제2조의2(전기통신금융사기에 대한 대응 등) ① 금융위원회는 전기통신금융사기의 발생에 대비하고 그 피해를 최소화하기 위하여 다음 각 호의 업무를 수행한다.

1. 전기통신금융사기에 관한 정보의 수집·전파
 2. 전기통신금융사기에 대한 예보·경보
 3. 그 밖에 대통령령으로 정하는 전기통신금융사기 대응조치
- ② 금융위원회는 전기통신금융사기의 발생을 방지하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 연도별 피해환급금 지급액 및 사기이용계좌 발생건수를 고려하여 금융위원회가 정하는 기준에 해당하는 금융회사나 그 임직원에 대하여 다음 각 호의 사항을 권고·요구 또는 명령하거나 그 개선계획을 제출할 것을 명할 수 있다.
1. 금융회사 및 임직원에 대한 주의·경고·견책(譴責) 또는 감봉
 2. 금융회사가 전자금융거래 업무를 수행함에 있어 안전성과 신뢰성을 확보하기 위한 전산인력, 전산시설 및 전자적 장치 등의 개선 또는 보원에 관한 사항
 - ③ 금융위원회는 제1항 및 제2항에 따른 업무의 전부 또는 일부를 「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」에 따라 설립된 금융감독원의 원장(이하 "금융감독원장"이라 한다)에게 위탁할 수 있다.

의 수립·시행을 위하여 필요한 때에는 대통령령으로 정하는 사항에 대해 협조를 요청할 수 있다.

- ③ 금융회사는 제3자가 해당 금융회사 명칭을 사용하여 제4조를 위반한 사실을 인정한 경우에는 관련된 정보를 금융위원회에 보고하여야 한다.

(3) 조사권의 강화

금융당국의 다중사기범죄 혐의자 등(행위자 및 그 관계인)에 대한 관련 보고 및 자료제출명령권, 조사권을 부여할 필요가 있다. 특히 유사수신, 무인가 등 금융업 영위, 불법한 금융행위를 위한 표사·광고, 유사상호 사용금지 등(보이스피싱은 제외) 위반혐의에 대해 광범위한 조사가 허용될 필요가 있다.

다만 다중사기범죄 혐의자 등에게 요구할 수 있는 자료 범위를 정하여, ① 조사사항에 관한 사실과 상황에 대한 진술서의 제출, ② 조사사항에 관한 진술을 위한 출석, ③ 조사에 필요한 장부서류, 그 밖의 물건의 제출로 명시해야 할 것이다. 또한 조사를 위해 필요한 경우 장부서류·물건의 영치 및 사업장 출입을 통한 장부서류·물건의 조사가 가능해야 한다.

동시에 금융위원회는 조사를 위해 금융회사 등에게 다중사기범죄 혐의자 등의 금융거래정보를 요구하도록 하는 것도 적절하다.

[입법례]

제○조(금융위원회의 조사) ① 금융위원회는 다중사기범죄의 피해 방지를 위해 필요하다고 인정되는 경우에는 제○조 내지 제○조의 위반행위의 혐의가 있는 자 및 그 밖의 관계인(이하 “다중사기범죄 혐의자등”이라 한다)에게 관련 보고 또는 자료제출을 명하거나 소속 공무원에게 장부·서류, 그 밖의 물건을 조사하게 할 수 있다.

- ② 금융위원회는 제1항에 따른 조사를 위하여 다중사기범죄 혐의자등에게 다음 각 호의 사항을 요구할 수 있다.

1. 조사사항에 관한 사실과 상황에 대한 진술서의 제출

2. 조사사항에 관한 진술을 위한 출석
3. 조사에 필요한 장부·서류, 그 밖의 물건의 제출
- ③ 금융위원회는 제1항에 따른 조사를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 다음 각 호의 조치를 할 수 있다.
 1. 제2항제3호에 따라 제출된 장부·서류, 그 밖의 물건의 영치
 2. 다중사기범죄 혐의자등의 사무소 또는 사업장에 대한 출입을 통한 업무·장부·서류, 그 밖의 물건의 조사
- ④ 금융위원회는 제1항에 따른 조사를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」 제4조제1항 및 제2항에도 불구하고, 거래정보등(「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」에 따른 거래정보등을 말한다)을 보관 또는 관리하는 금융회사의 부서에 다중사기범죄 혐의자에 대한 거래정보 등을 요구할 수 있다.
- ⑤ 제1항에 따라 조사를 하는 자는 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

(4) 시정조치 기능 확보

금융위가 법규에 위반하거나 위반할 우려가 있는 때에는 다중사기범죄 혐의자 등에 대해 시정조치를 하게 하는 것도 유용하다. 여기서의 ‘시정조치’라 함은 당해 행위의 중지, 피해를 방지할 수 있는 방식 또는 행위 범위의 제한, 불법한 금융행위를 위한 표시 및 광고의 수정, 시정명령을 받은 사실의 공표 기타 시정을 위해 필요한 조치를 말한다.

구체적인 입법으로는 「공정거래법」 제16조³²⁾를 원용하여 금융위원회에 다중사

32) 제16조(시정조치 등) ①공정거래위원회는 제7조제1항, 제8조의2제2항부터 제5항까지, 제8조의3, 제9조, 제9조의2, 제10조의2, 제11조, 제11조의2부터 제11조의4까지 또는 제15조를 위반하거나 위반할 우려가 있는 행위가 있는 때에는 해당 사업자[제7조제1항을 위반한 경우에는 기업결합 당사회사(기업결합 당사회사에 대한 시정조치만으로는 경쟁제한으로 인한 피해를 시정하기 어렵거나 기업결합 당사회사의 특수관계인이 사업을 영위하는 거래분야의 경쟁제한으로 인한 피해를 시정할 필요가 있는 경우에는 그 특수관계인을 포함한다)] 또는 위반행위자에 대하여 다음 각 호에 해당하는 시정조치를 명할 수 있다. 이 경우 제12조제6항 단서에 따른 신고를 받아 행하는 때에는 같은 조 제7항에 따른 기간내에 이를 하여야 한다.

기범죄 등의 중지명령, 행위방식 및 범위의 제한, 광고 수정 등 시정조치권을 부여하게 한다.

[입법례]

제○조(시정조치) 금융위원회는 제○조 내지 제○조를 위반하거나 위반할 우려가 있는 행위가 있는 때에는 피해확산 방지를 위해 다중사기범죄 혐의자등에게 다음 각 호의 조치를 명할 수 있다.

1. 당해 행위의 중지
2. 행위 방식 또는 범위의 제한
3. 불법한 금융행위를 위한 표시 및 광고의 수정
4. 시정명령을 받은 사실의 공표
5. 기타 대통령령으로 정하는 조치

(5) 전속고발권

전속고발권은 본래 고발권의 남용을 방지하고, 특히 관련 전문 기관이 고발에 대한 권한을 독점하게 하여 집행과 단속의 실효성을 높이하고자 하는 것이다. 이 제도에 따라 관련 영역에서의 불법 내지 위법은 관련 전문기관이 고발해야지만 비로소 검찰이 기소를 할 수 있다. 이에 대해서는 전속고발율이 낮거나 고발기관에 의한 자의

-
1. 당해 행위의 중지
 2. 주식의 전부 또는 일부의 처분
 3. 임원의 사임
 4. 영업의 양도
 5. 채무보증의 취소
 6. 시정명령을 받은 사실의 공표
 7. 기업결합에 따른 경쟁제한의 폐해를 방지할 수 있는 영업방식 또는 영업범위의 제한
 - 7의2. 공시의무의 이행 또는 공시내용의 정정
 8. 기타 범위반상태를 시정하기 위하여 필요한 조치
 - ② 공정거래위원회는 제7조제1항, 제8조의3 또는 제12조제8항을 위반한 회사의 합병 또는 설립이 있는 때에는 해당 회사의 합병 또는 설립 무효의 소를 제기할 수 있다.
 - ③ 공정거래위원회는 제7조(기업결합의 제한)제1항을 위반하는 행위에 대하여 제1항 각 호의 시정 조치를 부과하기 위한 기준을 정하여 고시할 수 있다.

적 권한가 문제가 될 수는 있다. 그러나 다중사기범죄에 대한 단속과 수사에 있어서, 금융 영역에 대한 전문 지식과 경험을 가진 행정기관(금융위원회)이 다중사기범죄를 적발하고 증거를 수집하는 것이 효율적이라는 점, 및 모든 다중사기범죄 및 불법한 금융행위를 일반 수사 기관이 인지하고 수사하기 어렵다는 점, 더 나아가 국가형벌권을 즉각 발동하는 것보다는 담당 행정기관(금융감독원)이 다중사기범죄 및 불법한 금융행위에 대하여 우선적으로 자율적·행정적 제재수단을 활용하는 것이 바람직하다는 점에서 의미가 있다.³³⁾

요컨대 금융위원회, 금융감독원, 금융회사는 다중사기범죄 혐의자 등의 행위를 관할 수사당국에 고발할 수 있도록 한다. 구체적으로는 「보험사기방지 특별법」(이하 보험사기방지법) 제6조³⁴⁾를 원용하여 다중사기범죄에 대한 수사의뢰 근거를 마련하도록 한다.

[입법례]

제○조(수사기관 등에 대한 통보) ① 금융위원회, 금융감독원, 금융회사는 다중사기범죄 혐의자등의 행위가 다중사기범죄로 의심할 만한 합당한 근거가 있는 경우에는 다중사기범죄 혐의자등을 관할 수사기관에 고발 또는 수사의뢰하거나 그 밖에 필요한 조치를 취할 수 있다.

② 제1항에 따라 관할 수사기관에 고발 또는 수사의뢰를 한 경우에는 해당 다중사기범죄와 관련된 자료를 수사기관에 송부하여야 한다.

33) 전속고발권에 대해서는 박찬걸, 「공정거래법상 전속고발과 관련된 법리의 검토」, 서울法學 제20권 제1호, 2012 참조. 전속고발권을 통한 당국의 권한을 대안으로 제시한 연구로는 김대근, 강태경, 이 일, 『난민심사제도의 개선 방안에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 2018의 「제6장 난민인정 심사절차 개선을 위한 형사정책적 지향과 정책대안」 부분 참조.

34) 보험사기방지법 제6조(수사기관 등에 대한 통보) ① 금융위원회, 금융감독원, 보험회사는 보험계약자등의 행위가 보험사기행위로 의심할 만한 합당한 근거가 있는 경우에는 관할 수사기관에 고발 또는 수사의뢰하거나 그 밖에 필요한 조치를 취하여야 한다.

② 제1항에 따라 관할 수사기관에 고발 또는 수사의뢰를 한 경우에는 해당 보험사고와 관련된 자료를 수사기관에 송부하여야 한다.

(5) 사이트 폐쇄 등 요청

금융감독원장은 다중사기범죄를 목적으로 하는 정보 및 그밖에 대통령령으로 정하는 불법정보가 유통되는 경우 방송통신위원회에 관련 사이트 폐쇄 등을 요청할 수 있도록 해야한다.

[입법례]

제○조(불법정보의 유통금지 요청) 금융감독원의 원장(이하 “금융감독원장”이라 한다.)은 「정보통신 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2호제2항제1호의 정보통신망을 통하여 제2조제2호, 제4조 및 제5조의 행위를 목적으로 하는 정보 또는 그 밖에 대통령령으로 정하는 불법정보가 유통되는 경우에는 방송통신위원회에 해당 정보에 대한 처리를 거부정지 또는 제한하도록 요청할 수 있다.

4. 규제 효율성을 위한 인센티브 제공

(1) 포상금 지급

적절한 유인(incentive)을 통해 법의 실효성을 확보할 수 있다.³⁵⁾ 다중사기범죄 신고자에 대해 포상금 지급의 근거를 둘 필요가 있다. 이 경우, 지급대상자의 범위, 포상금 지급의 기준 및 절차 등에 필요한 사항은 금융위가 정하도록 한다. 다중사기범죄 신고자 포상금 지급 근거에 대한 구체적인 입법례는 통신사기피해환급법 제14조의2³⁶⁾를 원용하도록 한다.

35) ‘인센티브로서 법’에 대한 설명으로는 김대근, 「권리에 대한 범경제학적 분석의 의의와 한계」, 고려대학교 박사학위논문, 2010 참조. “대개 유인에 대한 철저한 분석과 이해 없이 의도적으로 만들어진 법과 제도는, 그 법과 제도의 원래 의도와 반대로 작동할 수 있다. 공식적인 규제의 공백 상황에서는 이해 당사자들 사이의 비공식적 사실행위를 통해 더 비효율적인 결과를 초래하는 경우가 있기는 하지만, 경제주체들의 유인은 규제자의 의도와는 무관하게 작동할 수 있다. 그러나 대개의 경우 법과 제도와 같은 규제에 의해 유인체계가 바뀌게 되면 그에 따라 경제주체들의 행위도 바뀌게 된다.” 같은 글, 29-30쪽.

36) 통신사기피해환급법 제14조의2(포상금의 지급) ① 금융위원회는 전기통신금융사기의 사기이용계좌로 의심할 만한 사정을 수사기관 또는 금융감독원 등에 신고한 자에게 금융감독원장으로 하여금

[입법례]

제○조(포상금의 지급) ① 금융위원회는 다중사기범죄로 의심할 만한 사정을 수사기관 또는 금융감독원 등에 신고한 자에게 금융감독원장으로 하여금 금융감독원의 예산의 범위에서 포상금을 지급하게 할 수 있다.

② 제1항에 따른 포상금 지급 대상행위, 지급대상자의 범위, 포상금 지급의 기준 및 절차 등에 필요한 사항은 금융위원회가 정하여 고시한다.

Ⅳ. 「다중사기범죄 등 규제 기본법」 안 3 - 범죄 등에 대한 제재방안

1. 서설

법의 실효성을 도모하기 위해서는 정부와 금융회사 등의 책무를 명확히 규정하고 금융당국의 권한을 강화하는 것 못지않게, 수범자들의 법 위반시 제재규정을 명확하고 행위에 대한 예측가능성을 높여서 구성요건과 제재를 체계정합적으로 규정해야만 한다. 통상 경제범죄 및 금융범죄에 대한 가능한 제재방식으로 행정질서법적 성격의 과태료와 징벌적 민사제재로서 과징금, 최후수단적이고 보충적으로 적용되어야 하는 형사처벌을 들 수 있다. 그리고 행위자와 사용자 등을 동시에 처벌할 수 있는 양벌규정도 입법기술적으로 고려해볼 필요가 있다.

2. 과태료 부과 대상 행위유형

먼저 금융위의 조사자료제출명령 또는 출석 요구에 불응하거나 방해한 자에 대해서는 과태료를 부과하도록 한다. 구체적으로는 「유사수신행위법」 제8조³⁷⁾와

금융감독원의 예산의 범위에서 포상금을 지급하게 할 수 있다.

② 제1항에 따른 포상금 지급대상자의 범위, 포상금 지급의 기준 및 절차 등에 필요한 사항은 금융위원회가 정하여 고시한다.

「통신사기피해환급법」 제18조 제1항³⁸⁾을 참조한다.

[입법례]

제○조(과태료) ① 제○조제○호○목 및 제○조를 위반하여 유사수신행위를 하기 위하여 금융업 유사상호를 사용한 자에게는 5천만원 이하의 과태료를 부과한다.

3. 과징금 등의 부과 및 징수

금융위원회는 다중사기범죄(전기통신금융사기 제외)로 얻은 수입 등의 100분의 50이내에서 과징금을 부과할 수 있도록 한다.

[입법례]

제○조(과징금) 금융위원회는 다중사기범죄 등으로 얻은 수입 또는 이에 준하는 금액(이하 이 조에서 “수입 등”이라 한다)의 100분의 50 이내에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 다중사기범죄 혐의자가 그 위반행위로 얻은 수입 등이 없거나 수입 등의 산정이 곤란한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우에는 10억원을 초과하지 아니하는 범위에서 과징금을 부과할 수 있다.

② 제1항에 따른 위반행위로 얻은 수입등의 산정에 관한 사항은 다중사기범죄 유형별 특성, 방식 및 피해 규모 등을 고려하여 대통령령으로 정한다.

37) 유사수신행위법 제8조(과태료) ① 제5조를 위반하여 유사수신행위를 하기 위하여 금융업 유사상호를 사용한 자에게는 5천만원 이하의 과태료를 부과한다.

② 제1항에 따른 과태료는 대통령령으로 정하는 바에 따라 금융위원회가 부과·징수한다.

38) 제18조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 1천만원 이하의 과태료를 부과한다.

1. 제2조의2제2항에 따른 개선계획을 제출·이행하지 아니한 금융회사
2. 제2조의4제1항을 위반하여 본인확인조치를 하지 아니한 금융회사
3. 제4조제1항제1호 또는 제2호를 위반하여 지급정지 등의 조치를 취하지 아니한 금융회사
4. 제5조제1항 또는 제6조제2항을 위반하여 채권소멸절차의 개시에 관한 공고 요청을 하지 아니한 금융회사
5. 제8조제1항을 위반하여 지급정지 및 채권소멸절차를 종료하지 아니한 금융회사
6. 제10조제1항을 위반하여 피해환급금을 피해자에게 지급하지 아니한 금융회사
7. 제13조의2제3항을 위반하여 전자금융거래를 처리한 금융회사

제○조(과징금의 부과) ① 금융위원회가 과징금을 부과하는 경우에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 위반행위의 내용 및 정도
2. 위반행위의 기간 및 횟수
3. 위반행위로 인하여 취득한 이익의 규모

② 과징금의 부과에 관하여 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제○조(의견 제출) ① 금융위원회는 과징금을 부과하기 전에 미리 당사자 또는 이해관계인 등에게 의견을 제출할 기회를 주어야 한다.

② 제1항에 따른 당사자 또는 이해관계인 등은 금융위원회의 회의에 출석하여 의견을 진술하거나 필요한 자료를 제출할 수 있다.

제○조(이의신청) ① 과징금 부과처분에 불복하는 자는 그 처분을 고지받은 날부터 30일 이내에 그 사유를 갖추어 금융위원회에 이의를 신청할 수 있다.

② 금융위원회는 제1항에 따른 이의신청에 대하여 30일 이내에 결정을 하여야 한다. 다만, 부득이한 사정으로 그 기간에 결정을 할 수 없는 경우에는 30일의 범위에서 그 기간을 연장할 수 있다.

③ 제2항에 따른 결정에 불복하는 자는 행정심판을 청구할 수 있다.

4. 구성요건과 법정형의 정비

죄형법정주의 원칙에 따라 구성요건과 법정형은 명확하고 체계정합적이어야 한다. 구체적으로는 첫째, 전기통신금융사기를 위해 피해자에게 전산에 정보를 입력케 한 자 등은 10년 이하 징역 또는 1억원 이하 벌금에 처하도록 한다. 구체적인 입법은 「통신사기피해환급법」 제15조의2³⁹⁾를 참조한다. 둘째, 유사수신행위자에 대한

39) 통신사기피해환급법 제15조의2(벌칙) ① 전기통신금융사기를 목적으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.

1. 타인으로 하여금 컴퓨터 등 정보처리장치에 정보 또는 명령을 입력하게 하는 행위
2. 취득한 타인의 정보를 이용하여 컴퓨터 등 정보처리장치에 정보 또는 명령을 입력하는 행위

처벌은 피해금액에 따라 가중하되, 구체적으로는 ① 취득한 금품이나 그 밖의 수수액이 50억원 이상인 경우 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하고, ② 수수액이 5억원 이상 50억원 미만인 경우에는 3년 이상의 징역에 처하도록 한다. 이는 현행 「유사수신행위법」 제6조 제1항⁴⁰⁾과 동일한 입법방식이면서 5억원과 50억원의 구간을 획정하는 것은 「특정경제범죄법」 제3조⁴¹⁾의 예를 따르도록 한다. 셋째, 미인가 금융업 영위 등과 위반되는 표시·광고를 한 자에 대해서는 관계 법령에 따라 처벌한다. 이 경우 「통신사기피해환급법」 제16조⁴²⁾와 동일한 입법방식을 취한다.

[입법례]

제○조의2(벌칙) ① 전기통신금융사기를 목적으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.

1. 타인으로 하여금 컴퓨터 등 정보처리장치에 정보 또는 명령을 입력하게 하는 행위
2. 취득한 타인의 정보를 이용하여 컴퓨터 등 정보처리장치에 정보 또는 명령을

② 제1항의 미수범은 처벌한다.

③ 상습적으로 제1항의 죄를 범한 자는 그 죄에 대하여 정하는 형의 2분의 1까지 가중한다.

40) 유사수신행위법 제6조(벌칙) ① 제3조를 위반하여 유사수신행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

41) 특정경제범죄법 제3조(특정재산범죄의 가중처벌) ① 「형법」 제347조(사기), 제347조의2(컴퓨터 등 사용사기), 제350조(공갈), 제350조의2(특수공갈), 제351조(제347조, 제347조의2, 제350조 및 제350조의2의 상습범만 해당한다), 제355조(횡령·배임) 또는 제356조(업무상의 횡령과 배임)의 죄를 범한 사람은 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액(이하 이 조에서 "이득액"이라 한다)이 5억원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 이득액이 50억원 이상일 때: 무기 또는 5년 이상의 징역
2. 이득액이 5억원 이상 50억원 미만일 때: 3년 이상의 유기징역
- ② 제1항의 경우 이득액 이하에 상당하는 벌금을 병과(併科)할 수 있다.

42) 통신사기피해환급법 제16조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 거짓으로 제3조제1항에 따른 피해구제를 신청한 자
2. 거짓으로 제3조제2항에 따른 지급정지를 요청한 자
3. 거짓으로 제6조제1항에 따른 피해구제를 신청한 자
4. 거짓으로 제7조제1항에 따른 이의제기를 한 자

입력하는 행위

- ② 제1항의 미수범은 처벌한다.
- ③ 상습적으로 제1항의 죄를 범한 자는 그 죄에 대하여 정하는 형의 2분의 1까지 가중한다.

제○조(벌칙) ① 제○조제○호○목 및 제○조를 위반하여 유사수신행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

- ② 제1항제1호의 위반행위로 취득한 금품이나 그 밖의 이익의 가액(이하 이 조에서 “수수액”이라 한다)이 5억원 이상일 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 가중처벌한다.

- 1. 수수액이 50억원 이상일 때: 무기 또는 5년 이상의 징역
- 2. 수수액이 5억원 이상 50억원 미만일 때: 3년 이상의 유기징역
- ③ 제2항의 경우 수수액 이하에 상당하는 벌금을 병과(併科)할 수 있다.
- ④ 제○조제○호○목 및 제○조를 위반하여 유사수신행위의 표시 또는 광고를 한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ⑤ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
 - 1. 거짓으로 제○조제○항에 따른 피해구제를 신청한 자
 - 2. 거짓으로 제○조제○항에 따른 지급정지를 요청한 자
 - 3. 거짓으로 제○조제○항에 따른 피해구제를 신청한 자
 - 3. 거짓으로 제○조제○항에 따른 이의제기를 한 자
- ⑥ 제○조제○2호○목을 위반하여 무인가, 무허가, 미등록, 미신고 등 금융업 영위를 한 자와 제○조를 위반한 자에 대한 처벌은 관계 법률에서 정하는 벌칙에 따른다.

5. 양벌 규정

법인 또는 개인의 대리인이나 종업원이 해당 법인·개인의 업무에 관하여 다중사

기범죄 등으로 처벌받는 경우 해당 법인·개인은 벌금형을 부과받도록 한다. 이 경우 법인 또는 개인이 위반행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 하였음을 입증하면 면책되는 범위에서 책임주의의 반하지 않는다는 것이 우리 헌법재판소 일관된 입장이다.⁴³⁾ 구체적인 입법례는 「유사수신행위법」 제7조⁴⁴⁾ 등의 방식을 따른다.

[입법례]

제○조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제○조 또는 제○조의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

43) 법인 등에 대한 양벌규정이 다른 사람의 범죄에 대해 그 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과하는 것은 법치국가의 원리 및 죄형법정주의로부터 도출되는 책임주의 원칙에 반한다는 것이 헌법재판소의 일관된 입장이다. 예컨대 헌재 2009. 10. 29. 2009헌가6 참조. “형벌은 범죄에 대한 제재로서 그 본질은 법질서에 의해 부정적으로 평가된 행위에 대한 비난이다. 만약 법질서가 부정적으로 평가한 결과가 발생하였다고 하더라도 그러한 결과의 발생이 어느 누구의 잘못에 의한 것도 아니라면, 부정적인 결과가 발생하였다는 이유만으로 누군가에게 형벌을 가할 수는 없다. 이와 같이 ‘책임 없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다.’는 형벌에 관한 책임주의는 형사법의 기본원리로서, 헌법상 법치국가의 원리에 내재하는 원리인 동시에, 헌법 제10조의 취지로부터 도출되는 원리이다. 이 사건 법률조항은 영업주가 고용한 종업원 등이 그 업무와 관련하여 위반행위를 한 경우에, 그와 같은 종업원 등의 범죄행위에 대해 영업주가 비난받을 만한 행위가 있었는지 여부와는 전혀 관계없이 종업원 등의 범죄행위가 있으면 자동적으로 영업주도 처벌하도록 규정하고 있다. …… 결국, 이 사건 법률조항은 아무런 비난받을 만한 행위를 한 바 없는 자에 대해서까지, 다른 사람의 범죄행위를 이유로 처벌하는 것으로서 형벌에 관한 책임주의에 반하므로 헌법에 위반된다.”

44) 유사수신행위법 제7조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제6조의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

VI. 결론

사회의 모든 영역에서 경제와 금융이 일상을 비재하고 있는 요즘, 구조화된 경제 위기와 양극화 등으로 인해 정보의 비대칭성에 기반한 금융사기범죄가 만연하고 있다. 필자가 명명한 바의 다중사기범죄는 불특정 다수를 상대로 정보의 비대칭성을 이용해서 기망과 편취를 하는 오늘날의 사기 범죄(현상)를 일컫는 규범적인 개념이다. 다중사기범죄는 불특정의 많은 피해자를 양산할뿐더러, 그로 인한 범죄수익은 천문학적인 규모로 소수자에게 집중된다는 점에서 반사회성이 매우 큰 범죄이다. 물론 「유사수신행위법」, 「통신사기피해환급법」 등의 개별 법률에서 다중사기현상의 일단을 규제하고 있으나, 다양하게 진화·발전하고 있는 금융사기행위를 일일이 포섭하는데 한계가 있을 뿐만 아니라, 그 규제가 「유사수신행위법」을 비롯하여 「방문판매법」, 「자본시장법」, 「통신사기피해환급법」 등 개별 법률에 산재해 있다는 점에서 체계적이고 효율적인 집행이 어려운 것 또한 문제로 지적되어 왔다. 무엇보다 대면적인 기망과 착오를 요건으로 하는 전통적인 사기범죄는 불특정 다수를 상대로 많은 피해를 가져오는 오늘날의 금융사기행위를 예방하고 집행하는데 한계가 있었던 것도 사실이다.

이에 본 논의에서는 개별 법률에 산재해 있던 규제원리와 주요 규제 쟁점 등을 통합하여 가칭 「다중사기범죄 등 규제 기본법」 안(案)을 제시하였다. 기본적으로는 법안이 지향해야 할 주요 개념과 범위로서 “다중사기범죄 등”에 대한 문언을 통해 다중사기범죄를 요건화하려고 했고, 동 법안이 실효적이기 위한 방편으로서 금융회사 내지 정부당국의 책무와 권한을 구체적으로 제시하였다. 또한 동 법안의 구속력을 담보하기 위해 과태료와 과징금을 비롯하여 형벌조항과 양벌규정등을 입법의 주요 쟁점으로 제시하였다. 물론 원안(原案)으로서 「불법금융행위 피해 방지 및 구제에 관한 법률」 제정안이 발의된 바 있지만, 법안의 실효성과 정당성을 확보하기 위해서는 보다 섬세한 입법과 비판이 필요할 것이다. 「불법금융행위 피해 방지 및 구제에 관한 법률」 제정안은 물론, 필자가 제시한 「다중사기범죄 등 규제 기본법」안에 대한 지속적인 비판과 논의를 통해 다중사기범죄의 피해를 최소화하고, 피해자에 대한 신속하고 적절한 구제가 이루어질 수 있도록 할 필요가 있을 것이다.

참고문헌

- Adolf A. Berle & Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Macmillan Company, 1933
- Bernard E. Harcourt, *The Illusion of Free Markets: Punishment and the Myth of Natural Order*, Harvard University Press, 2012
- Greta R. Krippner, *Capitalizing on Crisis: The Political Origins of the Rise of Finance*, Harvard University Press, 2012.
- Thomas Piketty, *Capital in the Twenty-first Century*, Belknap Press, 2014.
- Heather Boushey(Editor), J. Bradford DeLong(Editor), *After Piketty: The Agenda for Economics and Inequality*, Harvard University Press, 2017.
- Hyman P. Minsky(김대근 역). 『불안정한 경제의 안정화』 (원제: Stabilizing an Unstable Economy, McGraw-Hill , 2008). 맥그로힐, 2018 근간.
- John R. Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, Augustus m Kelley Pubs, 1924
- 울리히 벡, 『글로벌 위험사회』 (원제: Weltrisikogesellschaft)(박미애, 이진우 역, 길, 2010
- 라나 포루하, 이유영 역, 『메이커스 앤드 테이커스: 경제를 성장시키는 자, 경제를 망가뜨리는 자』 (원제: Makers and Takers The Rise of Finance and the Fall of American Business Paperback), 부키, 2018
- 박찬걸, 「공정거래법상 전속고발과 관련된 법리의 검토」, 서울法學 제20권 제1호, 2012
- 김대근, 「권리에 대한 범경제학적 분석의 의의와 한계」, 고려대학교 박사학위논문, 2010
- 김대근, 『자본시장법상 형사제재의 한계와 개선방안에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 2011.
- 김대근, 임석순, 김기범, 강상욱, 『신종금융사기범죄의 실태 분석과 형사정책적 대응방안 연구: 기술적 수단을 사용한 사이버 금융사기를 중심으로』, 한국형

사정책연구원, 2016.

김대근·전현욱·김현수, 『다중사기범죄 유형분석연구-전기통신금융사기와 유사 수신을 중심으로』, 대검찰청 연구용역보고서, 2016

김대근, 강태경, 이 일, 『난민심사제도의 개선 방안에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 2018

「불법금융행위 피해 방지 및 구제에 관한 법률」안 (2018.7.17. 김관영 의원 등 13인 발의)

A Critical Review on the Phenomenon of Multifraud Crime and Normative Alternatives : For an Enactment of the *Framework Act in the Regulation of Multifraud Crime, etc*

Kim, Dae-keun*

Today, in all areas of society, economics and finance dominate everyday life. Financial fraud crimes based on information asymmetry are prevalent due to the structural economic crisis and polarization. The Multifraud Crime which I have named is a normative concept that refers to today's fraud crime (phenomenon), which uses fraudulent information asymmetry to unleash the fraud and mischief. Multifraud crime is a crime that has many unspecified victims and is highly likely to be antisocial and accusatory in that this crime proceeds are concentrated on the minority on an astronomical scale. Individual laws such as the *Act on the Regulation of Conducting Fund-Raising Business without Permission* and *Special Act on the Prevention of Loss Caused by Telecommunications-Based Financial Fraud and Refund for Loss* regulate a set of multifraud phenomena. However, not only are there limits on how to engage in various evolving and developing financial fraud activities, but the regulations are scattered in individual laws such as *Act on the Regulation of Conducting Fund-Raising Business without Permission*, *Act on Door-To-Door Sales, etc*, *Financial Investment Services and Capital Markets Act*, *Special Act on the Prevention of Loss Caused by Telecommunications-Based Financial Fraud and Refund for Loss*, thus it has been pointed out that systematic and efficient enforcement is difficult. It is also true that the traditional fraud crimes, which have face-to-face deception and error, have limitations in preventing and enforcing today's financial fraud, which causes a lot of damage to the unspecified majority.

* Research Fellow, Korean Institute of Criminology, Ph.D. in Law

Therefore, in this article, I tried to propose the so-called bill for *Framework Act in the Regulation of Multifraud Crime, etc* by integrating the regulatory principle and the major regulatory issues involved in individual laws. Of course, the *Act on Damage Prevention and Relief of Illegal Finance* enactment has been proposed as an original draft, but more delicate legislation and criticism are needed to secure the effectiveness and legitimacy of the Act. Most of all, the bill tried to make multifraud crimes a requirement through the words "multifraud crime, etc." as the main concept and scope to be directed. In order to make the bill effective, it should clarify the obligation and authority of the financial institutions and the government authorities, and propose punitive and joint penal provisions, including administrative penalty penalties and surcharges, as major issues in the legislation in order to guarantee the binding power of the law. In addition to the bill for *Act on Damage Prevention and Relief of Illegal Finance*, it will be necessary to minimize the damage caused by multifraud crimes and to provide prompt and appropriate relief to victims through continuous criticism and discussions on the bill for *Framework Act in the Regulation of Multifraud Crime, etc* which I proposed.

- ❖ Key words: Multifraud Crime, Asymmetry of Information, Illegal Finance, Financialization, Legislation, 「Act on the Regulation of Conducting Fund-Raising Business without Permission」, 「Act on Door-To-Door Sales, etc」, 「Financial Investment Services and Capital Markets Act」, 「Act on the Aggravated Punishment, etc. of Specific Economic Crimes」, 「Special Act on the Prevention of Loss Caused by Telecommunications-Based Financial Fraud and Refund for Loss」, Bill for 「Act on Damage Prevention and Relief of Illegal Finance」, Bill for 「Framework Act in the Regulation of Multifraud Crime, etc」

사실적시 명예훼손행위의 규제 문제와 개선방안에 관한 검토

배상균*

국 | 문 | 요 | 약

명예훼손죄에 관한 문제는 동·서양을 막론하고 오래된 문제이면서도 새로운 문제로 할 수 있다. 즉 ‘표현의 자유’와 관련된 규제 중 음란물에 관한 규제와 더불어 가장 오래된 규제이면서도, 마찬가지로 인터넷 시대의 진입에 따라 침해행위가 폭발적으로 증가하는 등 새로운 문제로서도 의미를 가진다. 더욱이 최근 우리사회에서 새로이 문제되고 있는 사생활 침해 문제와 차별적 혐오표현 문제로 인해 대응에 곤란을 겪고 있는 분야라는 점에서도 그러하다. 한편, 최근 미투(Me Too)운동과 관련하여 성폭력 피해자들과 지원 단체들을 중심으로 사실적시 명예훼손죄가 과거 성폭력 피해자들을 입막음하거나, 가해자들의 피해자 입막음 도구로 이용되어온 2차 피해의 문제점을 지적하면서 사실적시 명예훼손죄의 폐지에 관한 논의가 사회적으로 매우 주목을 받고 있다. 그러나 다른 한편으로, 이러한 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 및 개정에 관한 논의는 비단 최근의 문제는 아니며, 과거에도 인터넷 시대 진입에 따른 사이버 명예훼손죄 및 사이버 모욕죄와 관련된 논의 등을 통해 규제의 필요성 여부가 계속적으로 논의가 되어온 분야이기도 하다. 더욱이 2016년 헌법재판소가 ‘정보 통신망 이용 촉진 및 정보 보호 등에 관한 법률’ 제70조 제1항 위헌소원에서 사실적시 명예훼손죄에 대해 합헌결정을 선고함에 따라, 더더욱 존폐에 관한 논의 및 논증이 치열해지고 정밀해지고 있다. 따라서 선행연구에 기초하여 사실적시 명예훼손죄의 문제점에 관한 논의를 고찰하고, 사실적시 명예훼손죄의 개정(안)을 제시함으로써 사실적시 명예훼손죄 규정에 기초한 ‘사생활 및 인격권(명예권)의 보호’와 ‘표현(언론)의 자유 보장’의 조화로운 법적용의 방향성을 모색하고자 한다.

❖ 주제어 : 사실적시 명예훼손죄, 표현의 자유, 명예보호, 사생활 보호, 위법성조각사유

* 법학박사, 한국의국어대학교 법학전문대학원 외래교수(강사)

I. 서론

명예훼손죄에 관한 문제는 동·서양을 막론하고 오래된 문제이면서도 새로운 문제로 할 수 있다. 즉 ‘표현(언론)의 자유’와 관련된 규제 중 성표현(음란물)에 관한 규제와 더불어 가장 오래된 규제이면서도, 마찬가지로 인터넷 시대의 진입에 따라 침해행위가 폭발적으로 증가하여 새로운 문제로서 주목받고 있는 점이 그러하다.¹⁾ 더욱이 최근 우리사회에서 새로이 문제되고 있는 사생활 침해 문제²⁾와 차별적 혐오표현 문제³⁾로 인해 대응에 곤란을 겪고 있는 분야라는 점에서도 그러하다. 최근 미투(#Me Too)운동과 관련하여 성폭력 피해자들과 지원 단체들을 중심으로 사실적시 명예훼손죄가 과거 성폭력 피해자들을 입막음하거나, 가해자들의 피해자 입막음 도구로 이용되어온 2차 피해의 문제점을 지적하면서 사실적시 명예훼손죄의 폐지에 관한 논의가 사회적으로 주목을 받고 있다. 더욱이 청와대 국민청원 및 제안으로도 청원되었고, 참여인원이 42,929명(최종인원, 2018.3.4.부 청원마감)에 이르는 등 국

1) 특히 인터넷의 등장은 한편으로는 과거에 비해 수 없는 속도로 표현(언론)의 자유를 촉진시켰으나, 다른 한편으로는 그 부작용으로서 명예훼손의 위험을 매우 가중시켰다는 점에서 기존의 명예보호와 표현(언론)의 자유의 갈등을 더욱 첨예하게 만들어 버렸다(주승희, “인터넷상 명예훼손죄에 대한 비범죄화 주장 검토”, 형사법연구 제25호, 2006, 306면). 또한 조희연 서울시 교육감 공직선거법 위반사건이나 산케이 신문 가토 전 서울지국장의 박근혜 전 대통령 명예훼손 사건 등 같이 명예훼손죄의 적용과 처벌에 관하여 개인의 명예권과 표현(언론)의 자유의 균형을 어떻게 확보할 것인가가 사회적 문제로서 인식되고 있다(배상균, “허위사실적시 명예훼손에 있어서 진실성의 착오에 관한 검토-일본 학설 및 판례를 중심으로-”, 외법논집 제40권 제2호, 2016, 91면).

2) 즉 개인의 사생활이나 밝히면 난처해지는 사적인 사항을 언론매체가 불특정·다수인에게 공표하는 것은 그 개인에게 회복할 수 없는 침해를 끼칠 수 있기 때문에 사생활 보호(‘방해받지 않을 권리(right to be let alone)’ 이른바, 프라이버시권)가 명예권의 침해로서 인정되는 것은 표현(언론)의 자유와의 관계에서 중요한 의미를 가진다(신건호, 언론보도와 명예훼손, 전국언론노동조합 언론론총서 27, 2007, 66-68면). 프라이버시권 침해에 관한 설명으로는 한병구, 언론과 윤리법제(增訂版), 서울대학교 출판부, 2002, 277면 이하를 참조할 것.

3) 특정 대상에 대한 인종, 출신국가, 종교, 성적 지향, 성별, 장애 등 스스로 주체적으로 바꾸기 어려운 사실에 기초하여 개인 또는 집단을 공격·협박·모욕하는 언행을 ‘차별적 혐오표현’이라 하며, 이와 같이 타인의 인격권을 침해하는 표현과 개인 및 그 개인이 속한 집단에 대한 차별을 포함하는 ‘차별적 혐오표현’을 어떻게 규제할 것인지가 문제가 된다. 더욱이 타인의 권리를 침해하는 차별적 혐오표현에 대한 규제는 입법을 통하여 해결되어야 한다는 헌법재판소의 입장(헌법재판소 2011.6.30. 선고 2009헌마199 결정)에 비추어 볼 때 언론(표현)의 자유의 보장과 더불어 적절한 규제대책의 강구(명예훼손죄 적용 등)는 중요한 과제라고 할 수 있다(배상균, “일본의 혐오표현 형사규제에 관한 검토 - 헤이트스피치해소법을 중심으로 -”, 형사정책연구 제28권 제2호, 2017, 66-67면).

민적 관심도 높은 상황이다.⁴⁾ 또한 형법상 사실적시 명예훼손죄를 인정하지 않는 건 국제적인 흐름이라 할 수 있다.⁵⁾ 예를 들어 유엔 인권위원회(UN Human Rights Committee)의 2011년 보고서와 2015년 유엔 시민적 정치적 권리규약위원회(ICCPR)의 보고서에서 각각 우리나라에 사실적시에 의한 명예훼손죄 폐지(명예훼손죄 징역형 및 사실적시 명예훼손죄의 폐지)를 권고한 것도 그러한 점에 기인한다.

이와 같이 사실적시 명예훼손죄가 정부의 행위를 비판하거나 기업 이익을 방해하는 사람들의 기소에 이용되는 빈도가 높아지고 있다는 우려와 표현(언론)의 자유의 위축효과 문제를 이유로, 사실적시 명예훼손죄의 폐지를 주장하는 견해들이 지속적으로 확산되고 있고,⁶⁾ 국회에서도 2005년 8월 18일 박영선의원 대표발의 개정안을 비롯하여 계속적으로 폐지안과 개정안이 다수 발의되고 있는 상황이다.⁷⁾

한편, 이러한 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 및 개정에 관한 논의는 비단 최근의 문제는 아니며, 과거에도 인터넷 시대 진입에 따른 사이버 명예훼손죄 및 사이버 모욕죄와 관련된 논의 등을 통해 규제의 필요성 여부가 계속적으로 논의가 되어온

4) 청와대 국민청원 및 제안, “사실을 말해도 고소당하는 사실적시 명예훼손을 폐지해주세요”

<https://www1.president.go.kr/petitions/125982> (최종검색: 2018.7.6.).

5) 이천현·도중진·권수진·황만성, 형법각칙 개정연구 [2] - 개인적 법익에 관한 죄 (1) -, 형사정책연구원 연구총서 07-12-02, 2007, 28-50면 참조; 손태규, “형법상 명예훼손죄의 폐지” 공법연구 제41권 제2호, 2012, 391-396면 참조.

6) 2016년 사실적시 명예훼손죄 폐지여부와 관련하여 서울지방법원소속 변호사 중 1944명의 변호사가 참여한 설문조사에서 **응답자의 49.9%(970명)가 “해당 조항을 폐지하고 민사상 손해배상 문제로 전환해야 한다.”고 지적하였다**(법률신문(2016.5.23.)), “변호사 절반 “사실적시 명예훼손죄 폐지해야””, <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=100635> (최종검색: 2018.7.6.)). 그러나 **다른 한편으로 동 설문에서도, 현행 규정을 존치하면서 “징역이나 금고형을 폐지하고 벌금형으로 단일화 해 처벌 수위를 낮춰야 한다.”는 의견이 16.5%(320명)이었고, 더욱이 “현행 규정을 그대로 유지해야 한다.”고 답한 의견도 33.2%(646명)로 존치의 입장에 거의 과반의 수(49.7%)를 점하고 있음에 주의할 필요가 있다.** 다만 이번 설문조사로 과거에 비해 폐지 의견(49.9%)이 계속적으로 확대·확산되고 있음을 확인할 수 있었고, 이러한 인식은 향후 법률(형법 제 307조, 제301조) 개정에 많은 영향을 미칠 것으로 생각된다.

7) 예를 들어, 사실적시 명예훼손죄 폐지, 위법성 조각, 친고죄 등의 개정에 관하여, 2005년 박영선의원 대표발의(의안번호 172412), 2008년 박영선의원 대표발의(의안번호 1801900), **2012년 박영선의원 대표발의(의안번호 1900286)**, 2013년 유승희의원 대표발의(의안번호 1908698), 2015년 신경민의원 대표발의(의안번호 1914157), 2016년 유승희의원 대표발의(의안번호 2001558), 2018년 황주홍의원 대표발의(의안번호 2012254), 진선미의원 대표발의(의안번호 2012397), 2018년 이혜훈의원 대표발의(의안번호 2012974) 등이 있다(굵은 글씨로 강조한 형법개정안 들은 모두 사실적시 명예훼손죄의 폐지를 주요내용으로 삼고 있다.).

분야이기도 하다.⁸⁾ 더욱이 2016년 헌법재판소가 ‘정보 통신망 이용 촉진 및 정보 보호 등에 관한 법률’ 제70조 제1항 위헌소원에서 사실적시 명예훼손죄에 대해 합헌결정을 선고⁹⁾함에 따라 더더욱 존폐에 관한 논의 및 논증이 치열해지고 정밀해지고 있다.¹⁰⁾ 따라서 본 논문에서는 이러한 선행연구에 기초하여 사실적시 명예훼손죄의 성립요건에 관한 면밀한 검토를 통해 존폐에 관한 논의를 고찰함으로써, 사실적시 명예훼손죄의 개정(안)에 기초하여 ‘사생활 보호 및 인격권(명예권) 보호’와 ‘표현(언론)의 자유 보장’의 조화를 모색하고자 한다.¹¹⁾

II. 표현(언론)의 자유와 사실적시 명예훼손죄의 관계

1. 표현(언론)의 자유와 명예권의 관계

현재 지구상 거의 모든 국가에서는 예외 없이 헌법상 표현(언론)의 자유를 보장하고 있다. 그리고 이러한 표현(언론)의 자유는 자기의 의견, 사상, 신조(신념) 등을

8) 사이버 공간의 특수성에 비추어 볼 때 사이버 명예훼손행위에 대한 형사적 규제가 요구되고, 사이버 명예훼손행위로 인한 피해의 구제수단으로서 민사적 제재수단 역시 형법적 규제를 대체할 수 없다는 견해로는 주승희, 앞의 주1), 305-307면이 참고가 된다.

9) 헌법재판소 2016.2.25. 선고 2013헌바105, 2015헌바234(병합).

10) 관련논의로 제307조 제1항 존치론의 입장에는 한수웅, “表現의 自由와 名譽의 保護” 저스티스 제84호, 2005, 21-52면; 주승희, 앞의 주1), 287-308면; 이희경, 명예훼손죄에 관한 연구 - 명예보호의 한계 -, 이화여자대학교 대학원 박사학위논문, 2009, 190-195면; 서보학, “제2장 「개인적 법익에 대한 죄」 분야 V. 명예에 관한 죄 규정의 개정방안”, 형법개정연구회, 형사법개정연구(IV) 형법각칙 개정안, 형사정책연구원 연구총서 09-25-06, 2009, 213-242면; 조국, “사실적시 명예훼손죄 및 모욕죄의 재구성”, 형사정책 제25권 제3호, 2013, 9-46면 등이 있다. 한편으로 제307조 제1항 폐지론의 입장에는 신헌, 명예훼손법, 청림출판, 2004; 박경신, “진실적시에 의한 명예훼손 처벌제도의 위헌성”, 세계헌법연구 제16권 제4호, 2010, 35-70면; 손태규, 앞의 주5), 377-406면; 김성돈, “진실적시명예훼손죄 폐지론”, 형사정책연구 제27권 제4호, 2016, 583-632면; 권순민, 명예훼손죄의 비범죄화에 대한 논의와 그 대안에 대한 연구, 법학논총 제40권 제2호, 2016, 135-159면; 원혜옥·김자영, “명예훼손죄의 비범죄화와 민사상 손해배상책임”, 비교형사법연구 제18권 제4호, 2016, 1-28면 등이 있다.

11) 사실적시 명예훼손죄와 관련하여 선행연구가 헌법, 언론법, 형사법, 민사법 등 거의 모든 법 분야에 걸쳐 진행되어 왔기 때문에 매우 다양하고 방대하다. 따라서 선행연구에 관한 분석 및 검토가 충분하지 못한 부분은 필자의 조사 부족에 따른 결과라는 점을 미리 양해 말씀드린다.

외부의 간섭 없이 자유로이 표출하고 또한 자유롭게 받아들일 수 있는 것으로 정의될 수 있고, 이로 인해 제1의 자유(the first freedom)나 고차원적 자유(the exalted freedom), 또는 우월적 자유(preferred freedom)로 이해되고 있다.¹²⁾

따라서 자유민주주의 국가에서는 개인에 의한 여론의 자유로운 형성과 전달에 의하여 인간으로서의 존엄과 가치를 유지·발전시키고, 이를 다수의견으로 집약시켜 민주적 정치질서를 생성·유지·발전시켜 나가는 것이므로, 특히 공익사항에 대한 표현(언론)의 자유는 중요한 헌법상의 권리로서 최대한 보장을 받아야만 한다. 따라서 이러한 표현(언론)의 자유는 민주정치체제의 존립을 위해 필수불가결한 전제가 된다.¹³⁾

이처럼 표현(언론)의 자유의 중요성에서는 어떠한 이론(異論)도 성립할 수 없다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 표현(언론)의 자유 또한 결코 절대적이며 특권적 지위를 누리지 못하며 우리 헌법상 보장되는 인권인 한 여타 다른 자유들과의 상대적 비교형량을 통해 보장되는 상대적인 의미에서의 자유로서 우월성을 인정받을 뿐이다.¹⁴⁾ 예를 들어, 우리 헌법은 제21조 제1항에서 언론·출판의 자유를 국민의 기본권으로서 보장하면서, 한편으로는 같은 조 제4항에서 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해해서는 아니 된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.”고 하여 개인의 명예를 표현(언론)의 자유에 대한 한계를 설정하는 헌법상의 법익 중 하나로서 명시하고 있다는 점에서도 잘 들어난다.

한편, 명예권(인격권)이란, 표현(언론)의 자유, 직업선택의 자유, 종교의 자유 등과 같이 개인의 자유영역이나 자기결정의 영역을 국가의 부당한 간섭과 침해로부터 보호하는 기본권이 아니라, 인간의 생명권이나 신체권과 유사하게 객관화될 수 있는 실질적 보호법익을 가진 기본권이라 할 수 있다.¹⁵⁾ 다만 인간의 생명이나 신체의 불가침성은 기본권의 주체인 개인이 현존함으로써 그 자체로서 존재하는 것이지만, ‘개인의 명예’는 사회적 접촉을 통하여 타인과의 관계에서 형성되는 것이기 때문에,

12) 한병구, 앞의 주2), 16면.

13) 대법원 1988.10.11. 선고 85다카29 판결; 대법원 1998.7.14. 선고 96다17257 판결 참조.

14) 한병구, 앞의 주2), 17면.

15) 한수웅, 앞의 주10), 23면.

자신의 인격에 대한 타인의 평가와 그 표현을 통하여 오로지 타인과의 관계에서만 존재하는 것이라 할 수 있다.¹⁶⁾ 즉 독립적 존재인 개인이라도 사회생활을 하는 사회적 존재이기 때문에 사회의 다른 구성원들로부터 독립된 인격체로서의 가치를 인정받고, 그 가치에 적합한 처우를 받아야만 적절한 사회생활을 영위할 수 있기 때문에,¹⁷⁾ 개인이 각자 품고 있는 명예감정이나 타인의 평가와 관계없이 본인의 인격적 가치를 나타내는 내부적 명예(이른바 ‘진가(眞價)’)는 법으로서 보호할 수 있는 보호객체가 될 수 없다.¹⁸⁾

그러므로 법으로서 보호받는 명예란, 개인의 인격에 대한 사회적 평가라 할 수 있고, 명예훼손이란 사회적 평가를 저하시키는 행위라 할 수 있으므로, 명예는 타인의 기본권행사에 의하여 침해되거나 위협받는 경우에 비로소 법적으로 그 의미가 평가된다.¹⁹⁾

이와 같이 명예는 적극적·능동적으로 행사하는 것이 아니라 외부의 침해로부터 보호받는 법익이기 때문에, 명예훼손을 당한 피해자에 대해서도 현재 규정되어 있는 민형사상의 구제대응 또한 기본적으로 사후적 대응만이 가능하다.²⁰⁾ 그러므로 표현(언론)의 자유의 경우에 법률은 자유 보장에 기초한 한계 설정의 의미만을 갖지만, 명예권(인격권)의 경우에는 법률이 기본권 보호 수단으로서 의미를 가지기 때문에,²¹⁾ 이러한 법적 보호수단이 부재한 개인의 사생활 보호(예를 들어, 스토킹 규제²²⁾, 도촬영상물 규제 등)나 차별적 혐오표현에 대한 규제 법률이 요구되는 것도 같은 맥락에서 이해될 수 있다.

16) 한수웅, 앞의 주10), 23면.

17) 김성돈, 형법각론 제2판, 성균관대학교 출판부, 2010, 179면.

18) 이와 관련한 외부적 명예 개념에 대해서는 ‘II. 2. 나. 형법상 보호되는 명예’ 부분에서 후술한다.

19) 한수웅, 앞의 주10), 23면.

20) 한수웅, 앞의 주10), 23면.

21) 즉 오늘날 국가가 법률을 통해 보호하고자 하는 명예는 헌법하에서 모든 인간에게 동일하게 인정되는 인간의 존엄에 근거한 것이기 때문에, 이를 보호하는 것이 역사적 경위에 기초한 ‘전근대적’이라는 비판은 더 이상 타당치 않으며, 명예의 보호가 ‘비민주적’이라는 비판 또한 민주주의 발전에 있어서 명예권(인격권)의 보호가 중요한 역할을 담당하였다는 것을 간과한 것이라고 한다(주승희, 앞의 주1), 297-298면.

22) 주지하는 바와 같이 미국에서는 명예훼손행위에 대해 형벌로 규제하지 않는다. 다만 새로이 규제되고 있는 이른바 사이버 스토킹행위에 관해서는 사생활 침해행위로서 형사규제를 적용하고 있다(the Federal Telephone Harassment Statute 제223조, 47 USC Sec. 223).

따라서 이러한 현상들에 대한 관련 법규로서 사실적시 명예훼손죄의 적용여부가 검토되는 것은 명예훼손죄가 명예(인격권)는 물론 사생활의 보호의 임무까지 수행하도록 하는 데 그 취지가 있다고 볼 수밖에 없다. 또한 이후에 다시 언급되겠지만, 명예훼손죄의 객체인 명예가 외부적 명예(세평, 평판)라는 점에서 진실일지라도 사생활을 침해하여 공연히 적시하는 행위는 별도의 사생활 침해죄를 신설하지 않는 한 사실적시 명예훼손죄로 취급하는 것이 합리적이고 타당한 해결책이라 할 수 있다.²³⁾

더욱이, 우리사회는 현재 이러한 표현(언론)의 자유 보장과 인격권(명예권)의 갈등 및 충돌이 매우 고조된 상태라 할 수 있다. 특히 우리사회의 경우 소위 군부정권 등 권위주의 정권이 퇴조하고 민주화가 급격히 진행되기 시작한 1980년대 중반 이후부터 명예훼손이 급격하게 증가하게 되었는데, 이는 급격하게 진행된 민주화로 인해 자신의 사회적·정치적 목적을 달성하기 위해 매우 과격하고 단호한 태도로 상대방에게 표현하는 경우가 많아졌기 때문이라고 한다.²⁴⁾ 게다가 최근에는 인터넷 게시판 및 이른바 악성댓글을 통한 명예훼손이나 모욕행위가 매우 일상적으로 발생하게 되어, 이른바 ‘명예훼손의 전성시대’²⁵⁾라 불릴 정도가 되었다는 점, 법무부가 몇 년째 ‘사이버모욕죄’ 도입에 노력하고 있는 점 등은 우리 사회에서 표현(언론)의 자유 보장이 결코 우월적 가치를 가지는 것은 아니며 결국 개인의 명예(평판, 사생활 보호)에 대한 보호(침해최소화)와의 조화의 중요성을 반증하는 것이라고 봐야 할 것이다.²⁶⁾

23) 조국, 앞의 주10), 23-24면.

24) 신평, 앞의 주10), 16면.

25) 신평, 앞의 주10), 15면.

26) 이와 같이 표현(언론)의 자유를 성취하는 것이 사회의 유일한 목적일 될 수 없으므로, 표현(언론)의 자유의 보장에는 개인의 존중뿐만 아니라 공공의 질서나 정의, 평등 등과 같은 다른 가치들과 균형과 조화를 도모해야 한다(한병구, 앞의 주2), 20면 참조).

〈표-1〉 최근 명예훼손·모욕사범 연도별 처리 인원

(단위 : 명)

연도 죄명	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
모욕	2,418	2,779	4,311	6,649	8,835	8,940	11,646	15,557	18,320	27,945
명예훼손	9,887	10,866	10,186	10,141	10,558	10,881	11,759	14,097	12,994	12,948
사자명예 훼손	60	59	40	38	48	46	62	62	60	113
출판물등에 의한 명예훼손	954	1,029	1,039	893	798	789	719	703	746	1,002
정통방법 위반 (명예훼손)	2,058	3,132	3,687	2,939	4,016	4,278	4,505	5,645	7,170	7,086
합 계	15,377	17,865	19,263	20,660	24,255	24,934	28,691	36,064	39,290	49,094

출처: 대검찰청 형사부 보도자료(2015.4.13.), “인터넷 악성 댓글 고소사건 처리방안 시행”, 2면 참조.

따라서 ① 사생활 등에 대한 공연한 사실적시로 개인의 인권을 침해할 위험성이 적지 않고,²⁷⁾ ② 미국의 징벌적 손해배상제나 다른 국가들의 손해배상제와 같이 정신적 침해 및 손해에 대한 적절한 배상이 이루어 질 수 없는 현실에 비추어 볼 때,²⁸⁾ ③ 형벌을 대체할 유효·적절한 민사적 수단이 마땅치 않다는 점에서, 표현(언론)의 자유를 보장하기 위한 사실적시 명예훼손죄의 완전폐지 주장은 시민의 자유와 안전 보장을 적절히 도모하는 것을 목적하는 현행 형법의 취지에 반하는 것으로 현재로서는 다수의 동의를 얻을 수 없을 것이다.²⁹⁾

27) 프라이버시권은 진실의 여부를 불문하고 사생활의 공개로 인한 피해자의 정신적 고통이 문제가 된다(신건호, 앞의 주2) 66-68면 참조).

28) 우리나라의 민사소송실무상으로는 그 모든 정신적 손해를 위자료의 측면에서 접근하는 경향이 있지만, 미국 명예훼손법상에서는 다양한 손해배상의 항목을 각각 개별적인 손해로 심리하고 있다. 예를 들어, ① 원고가 원하거나 명예훼손의 정도가 낮은 경우 명목적(nominal) 손해배상, ② 실제 손해(actual damages)와 추정적 손해(presumed damages)를 포함한 일반적 손해와 특별 손해를 합친 보상적(compensatory) 손해배상, ③ 행위자의 악성, 사악한 동기 등 요건, 일반 불법행위법상 요건에 근거한 징벌적(punitive) 손해배상으로 구분된다(김범진, “명예훼손법상 명예·평판 개념과 그 시사점”, 저스티스 제161호, 2017, 140-141면 참조).

29) 조국, 앞의 주10), 23-24면; 이해훈의원 대표발의(의안번호 12974) 참조.

2. 사실적시 명예훼손죄에 관한 검토

가. 현행법상 사실적시 명예훼손 법규와 형법 제310조의 적용

우선 형법상 사실을 공연히 적시하여 타인의 명예를 훼손한 경우, 기본적으로 형법 제307조 제1항이 적용되고, 비방목적과 전파성이 높은 수단(출판물)을 이용하여 사실을 공연히 적시하여 명예를 훼손한 경우에는 불법이 가중된다(형법 제309조 제1항). 또한 비방목적과 인터넷(전파성이 높은 수단)을 이용하여 사실을 공연히 적시하여 명예를 훼손한 경우도 불법이 가중된다(정보통신망법 제70조 제1항).

다만 이와 같이 사실을 적시하여 명예를 훼손시킨 경우를 모두 처벌하게 된다면, 표현(언론)의 자유가 과도하게 위축될 수 있다. 따라서 당해 명예훼손행위가 형법 제310조에서의 “진실한 사실”과 “공공의 이익”에 관한 행위라고 인정될 경우 동조가 적용되어 처벌을 면하게 된다. 이와 관련하여 공직선거법 제251조에서도 “공연히 사실을 적시하여” 후보자 등을 비방한 자를 처벌하도록 규정하고 있지만, 단서 규정을 통해 “진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.”고 하여 표현(언론)의 자유와의 관계에서 조화를 도모하고 있다.

마찬가지로 출판물이나 정보통신망을 이용할 경우에도 ‘비방목적’이 부인되면 해석상 형법 제307조 제1항의 성립여부에 따라 형법 제310조가 적용될 수 있다.³⁰⁾

이와 같이 형법 제310조가 적용되어 명예훼손에 대한 위법성이 조각되기 위한 요건에는 2가지가 있다. 우선 적시된 사실이 진실한 사실이어야 한다. 즉 “진실한 사

30) 판례는 “‘사람을 비방할 목적’이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있다고 할 것이므로, 형법 제310조의 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다는 규정은 사람을 비방할 목적이 있어야 하는 형법 제309조 제1항 소정의 행위에 대하여는 적용되지 아니하고 그 목적을 필요로 하지 않는 형법 제307조 제1항의 행위에 한하여 적용되는 것이고(대법원 1960.10.26. 선고 4293형상823 판결; 1984.9.11. 선고 84도1547 판결 등 참조), 반면에 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방 목적은 부인된다고 봄이 상당하므로 이와 같은 경우에는 형법 제307조 제1항 소정의 명예훼손죄의 성립 여부가 문제될 수 있고 이에 대하여는 다시 형법 제310조에 의한 위법성 조각 여부가 문제로 될 수 있다”고 판시하고 있다(대법원 1998.10.9. 선고 97도158 판결; 대법원 2003.11.13. 선고 2003도3606 판결). 또한 대법원의 이러한 해석을 헌법재판소(헌법재판소 2016.2.25.자2013헌바105, 2015헌바234(병합)결정)도 그대로 수용하고 있다는 견해로는 김성돈, 앞의 주10), 114면 각주 36) 참조.

실”은 그 적시된 사실이 진실한 것이거나 적어도 행위자가 그 사실을 진실한 것으로 믿어야 하고, 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있어야 한다.³¹⁾ 또한 적시된 사실은 내용 전체의 취지를 살펴본 후 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 사실이라면 세부에서 진실과 약간 차이나거나 다소 과장된 표현이 있더라도 무방하다.³²⁾ 더욱이 판례는 “명예훼손죄에 있어서는 개인의 명예보호와 상당한 표현의 자유보장이라는 상충되는 두 법익의 조화를 피하기 위하여 형법 제310조를 규정하고 있으므로 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것이면 진실한 것이라는 증명이 없다 할지라도 행위자가 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다”고 판시³³⁾하고 있어 표현(언론)의 자유 보장에 주의를 기울이고 있다.

다음으로 그 사실의 적시가 오로지 공공의 이익에 관한 것이어야 한다. 즉 “공공의 이익”에 관한 때는 적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서, 행위자도 주관적으로 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야 한다.³⁴⁾ 또한 “공공의 이익” 즉 공익성은 국가 사회 또는 국민의 이익뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함된다.³⁵⁾ 이와 관련하여 공인이 아닌 사인 즉 개인의 명예훼손이 국민의 알 권리와 충돌하는 경우에 그 구체적 상황 속에서 표현(언론)의 자유가 어느 정도 보장되어야 하는지가 난제로서 논의되고 있으며,³⁶⁾ 판례는 이에 대하여 당해 적시 사실의 내용과 성질, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교형량하여 결정하고 있다.³⁷⁾ 또한 “오로지 공공의 이익”으로 규정되어 있으나, 형법 제310조의 특례 적용과 관련하여 유일한 목적일 필요는 없다. 따라서 ‘주된 동기 또는 목적’이 공공의 이익에 관한 것이라면 부수적으로 사익 등의

31) 대법원 1993.6.22. 선고 92도3160 판결.

32) 대법원 2002.9.24. 선고 2002도3570 판결.

33) 대법원 1996.8.23. 선고 94도3191 판결.

34) 대법원 1998.10.9. 선고 97도158 판결.

35) 대법원 2003.11.13. 선고 2003도3606 판결.

36) 배종대, 형법각론 제9전정판, 홍문사, 2015, 288면.

37) 대법원 1998.10.9. 선고 97도158 판결; 대법원 2000.2.11. 99도3048 판결.

목적이 포함되어도 인정된다.³⁸⁾ 또한 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 ‘비방의 목적’은 부정된다.³⁹⁾

한편, 사실적시 명예훼손죄와 관련하여 형법 제307조 제1항은 기본적으로 적시된 내용이 진실이라고 해도 타인과 관련된 사실일 경우에는 명예훼손죄로 처벌하고, 적시한 사실이 허위사실인 경우에는 동조 제2항이 적용되어 형이 가중되기 때문에 동조 제1항의 ‘사실’은 진실만을 의미하는 것으로 해석될 수도 있다.⁴⁰⁾ 그러나 이에 관해서는 허위사실임을 몰랐고 이에 상당한 이유가 있는 상태에서 적시하는 행위와 허위사실임을 알고 적시하는 행위를 구분하여, 전자와 같이 사실증명에 실패한 사실적시도 포함하는 개념으로 이해하는 것이 타당하다.⁴¹⁾ 현행 법규상 허위사실 그 자체는 보호받아야 할 가치가 있는 것은 아니나, 그렇다고 해서 허위사실임을 이유로 함부로 규제할 경우 그 경계선상에 있는 ‘사실’과 같이 보호가 요구되는 표현(언론)까지도 위축될 수 있기 때문에 이를 방지하기 위해 상당한 이유가 인정되는 경우에 한하여 ‘불가피’하게 보호하고 있다고 보는 것이 타당하기 때문이다.⁴²⁾ 예를 들어, 어느 방송사 기자 A가 정치인 甲에 대한 뇌물 등 부정 정치자금 의혹사건을 취재한 결과 진실한 것으로 오신(誤信)하고 공익을 위하여 방송으로 보도하였으나 이후 명예훼손 소송에서 사실증명에 실패한 경우에, 적시 사실의 진실성에 관한 착오에 대하여 형법 제310조를 적용하여 위법성 조각을 인정할 필요가 있다. 이처럼 적시 사실의 증명실패와 같은 허위와 진실의 경계선상에 있는 사실들로 인한 명예훼손죄 재판의 특수성이 고려 될 필요가 있고, 이때에 판례가 제시하고 있는 ① 행위자가 적시된 사실을 진실한 것으로 믿었고, ② 또 그렇게 믿음에 상당한 이유가 있었어야 한다는 판단기준은 표현(언론)의 자유와 관련하여 중요한 의미를 갖게 된다.⁴³⁾

38) 대법원 1998.10.9. 선고 97도158 판결; 대법원 2000.2.11. 99도3048 판결.

39) 대법원 2008.11.27. 선고 2007도5312 판결.

40) 이근우, “명예훼손죄의 해석, 적용상의 몇 가지 문제”, 한양대학교 법학연구소 법학논총 제25권 제3호, 2008, 134면.

41) 배상균, 앞의 주1), 94면.

42) 문제완, “허위사실의 표현과 표현의 자유”, 공법연구 제39집 제3호, 2011, 136면.

43) 신동운, 형법각론, 법문사, 2017, 711면; 배상균, 앞의 주1), 94면.

나. 형법상 보호되는 명예

독립적 인격체이지만 개인은 사회생활을 하는 사회적 존재이기 때문에 사회의 다른 구성원들로부터 독립된 인격체로서의 가치를 인정받고 그 가치에 적합한 처우를 받아야만 적절한 사회생활을 영위할 수 있다. 따라서 우리 형법은 개인이 독립된 인격체로서 인정받는 가치, 즉 명예를 보호하기 위해서 명예에 관한 죄를 규정하고 있다. 그리고 이러한 보호대상으로서의 명예 개념은 크게 내부적 명예, 명예감정(주관적 명예), 외부적 명예로 구분되어 설명된다.⁴⁴⁾

형법을 통해 보호되는 명예는 모든 사람이 각자 품고 있는 명예감정(주관적 명예) 나 인간의 내부적 인격적 가치를 나타내는 내부적 명예가 아니라, 사람의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 말하며, 이는 판례⁴⁵⁾ 및 다수설⁴⁶⁾의 입장이기도 하다. 다만 이러한 외부적 명예 또한 어느 개인과 그 개인이 사회 속에서 타인과 관계를 맺기 위한 접촉점인 사회적 지위와 역할에 따라 달리 평가될 수 있는 것이기 때문에 (이른바 동태적 가변적 평가개념),⁴⁷⁾ 예를 들어, 공인의 개념이나 허명(虛名)과 같이 그 사실의 진위여부와는 무관계한 점도 고려되어야 하므로 객관화 및 유형화하기 어려운 부분이 있다. 따라서 사회적 평가로서의 공인 개념을 정립하여 이에 대해 표현(언론)의 자유를 보장하는 방식의 논의가 많으며, 이를 기초로 한 개정(안)도 발의 되었었다.⁴⁸⁾

다만 허명과 관련해서는 외부적 명예개념이 중요한 의미를 가진다. 특히 사생활 보호와 관련하여 더욱 그러하다. 외부적 명예란 사회에서 개인에 관한 정보를 객관화한 평가로서 의미를 가지기 때문에 주관적 명예감정과는 구별된다. 즉 외부적 명예란 추상적으로 만들어지는 것이 아니라, 그 개인이 다양한 사회활동 속에 수반하여 제3자로부터 받은 사회적 평가의 축적이기 때문에 사실의 진위여부는 중요하지 않다.⁴⁹⁾ 즉 명예란, 사회적 접촉을 통하여 타인과의 관계에서 형성되는 것이기 때문

44) 이에 관한 자세한 설명은 한병구, 앞의 주2), 230-232면; 신평, 앞의 주10), 40-42면을 참조할 것.

45) 대법원 1987.5.2. 선고 87도739 판결.

46) 김성돈, 앞의 주17), 180면; 배종대, 앞의 주36), 267-268면; 신동운, 앞의 주43), 694-695면, 임웅, 刑法各論 第8訂版, 법문사, 2017, 228-230면 등.

47) 김성돈, 앞의 주10), 98-99면.

48) 이 부분에 대해서는 ‘Ⅲ. 공인에 대한 사실적시 명예훼손 규제방식’에서 자세히 살펴본다.

에, 자신의 인격에 대한 타인의 평가와 그 표현을 통하여 오로지 타인과의 관계에서만 존재하는 것이라 할 수 있고,⁵⁰⁾ 개인(본인)의 의사, 주관에 영향을 받지 않는 사회적 평가라는 점에서 세평, 그 자체의 존재에 대한 객관성이 담보되므로 허명일지라도 보호객체에 포함되게 된다.

한편 표현(언론)의 자유의 핵심이 ‘타인이 듣기 싫어하는 말도 할 수 있는 자유’라고 한다면,⁵¹⁾ 그래서 ‘진실이면 다 말할 수 있어야 한다’라고 한다면, 가령 ‘자신이 사회 속에서 승인될 수 있는 존재’라는 확신을 가질 수 없게 될 가능성이 있고, 그러한 경우 개인은 자유로운 행동을 할 수 없게 된다. 오히려 개인의 자유를 제한하게 될 우려가 있다. 또한 사람의 진가(眞價)와 사회적 평가(외부적 명예) 사이에는 항상 차이가 있게 마련인데, 만약 명예훼손죄가 진명(眞名)만을 보호해야 한다면 실제 허명(虛名)인지 진명인지의 입증문제로 인해 오히려 명예나 사생활이 더 훼손되는 상황이 나타날 수도 있다.⁵²⁾

따라서 가령 숨겨진 약점(질병 등)과 과오(전과 등) 등으로 인해 외부에서 내려지는 사회적 평가(세평)와 사람의 진가(眞價)가 일치하지는 않는다고 할지라도, 즉 허명(虛名)일지라도 개인이 타인과의 사회적 접촉과 관계의 계속성속에서 누리고 있는 현실적인 외부적 명예(가정적 가치)가 객관적으로 존재하고 있다면, 그것은 사회적 존재인 개인에게 있어서 중요한 실존조건의 하나로서 형법상 보호받아야 할 가치가 있는 것으로 보아야 한다.⁵³⁾

49) 외부적 명예(객체)는 명예의 주체가 되는 사람의 행위와 인격에 대한 윤리적 가치에 한하지 않고 사회생활에서 인정되는 모든 가치를 포함한다(김성돈, 앞의 주17), 182면).

50) 한수웅, 앞의 주10), 23면.

51) 박경신, 앞의 주10), 37-38면.

52) 서보학, 앞의 주10), 237-238면 참조.

53) 서보학, 앞의 주10), 238면; 이회경, 앞의 주10) 190면. 다만 인격적(긍정적) 가치이어야 하고 소극적(부정적) 가치는 포함하지 않는다는 견해도 있다(김성돈, 앞의 주17), 182면).

Ⅲ. 공인에 대한 사실적시 명예훼손 규제방식

1. 공인에 대한 사실적시 명예훼손

기본적으로 명예훼손죄는 언론에 의한 개인에 대한 모욕 또는 모욕적 공격으로부터 개인의 명예를 지키려는 사회적 합의를 전제로 하고 있다. 그러므로 공공의 이익과 관련하여 공인의 활동에 대한 평가와 사실적시 명예훼손의 관계가 문제 될 수 있다. 즉 사실적시 명예훼손은 공인, 공적 기관의 공적 활동이나 정책에 대해서는 국민의 알 권리 및 다양한 사상·의견의 교환을 보장하는 표현(언론)의 측면에서 감시와 비판기능이 보장되어야 하면서도,⁵⁴⁾ 공인 즉 개인에게 훼손된 명예에 대한 반론이나 보상을 제공하는 수단이기도 하다.

따라서 공인의 활동을 평가할 때에는, 우선 ① 명예를 훼손당한 상대방이 공인인지 여부와, 다음으로 ② 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공정성·사회성을 갖춘 공적 관심 사안에 관한 것으로서 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 것인지, ③ 피해자가 그와 같은 명예훼손적 표현의 위험을 자초한 것이 여부 등도 적극 고려해야 하고,⁵⁵⁾ 이와 더불어 ④ 공인인 경우 거증책임의 수준과 허용되는 피해구제 수단의 차이에도 주의해야 한다. 다만, 미국의 경우 공인개념을 세분화하여 공직자(public official), 전적인 공적 인물(pervasive public figure), 한정적 공적 인물(limited public figure), 그리고 사적 인물(private figure)로 구분하고 있는데,⁵⁶⁾ 우리의 경우 사인을 제외한 이러한 지위에 있는 사람을 ‘공인’으로 표현하고 있어 공인의 개념에 있어서 공인의 인정범위가 핵심이 된다. 더욱이 현재 우리 판례는 아직 누가 공인인지, 공인의 명예훼손 소송(입증책임 등)은 어떻게 다루어져야 하는지에 대한 입장이 명확하고 확립되었다고 보기 어렵다.⁵⁷⁾ 다만 최근의 PD수첩사건 등에서 “악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되지 않는 한”이라는 기준을 제시하면서, 공직자 개인에 대한 명예훼손을 부정하는

54) 신동운, 앞의 주43), 712면.

55) 대법원 2007.1.16. 선고 2004도1632 판결 참조.

56) 이재진, 언론과 명예훼손 소사전, 나남출판, 2003, 41-44면 참조.

57) 조국, 앞의 주10), 15-19면 참조.

판례⁵⁸⁾가 나오고 있다는 점은 긍정적으로 평가해야하고 향후의 추이를 주목할 필요가 있다.

이와 관련하여 공인과 관련된 판례를 살펴보면 공인으로 구분되기 위한 조건이 요구되는데, 우선 ① 얼마나 용이하게 언론에 접근하여 제대로 반론보도 등을 할 수 있지 여부(언론 등예의 접근용이성), 다음으로 ② 개인의 행위가 사회의 공적 관심사와 직접적으로 상호 연관되어 있는지 여부(행위의 공공성)를 들 수 있다.⁵⁹⁾ 그리고 이러한 조건에 근거하여 판례상 인정된 공인을 유형화 하면, 크게 정치인, 공무원, 공적 존재(공공기관), 경제 및 사회지도자, 유명인 등으로 구분할 수 있다고 한다.⁶⁰⁾

이처럼 공인들에 대한 사안 즉, 공공사안에 대한 표현(언론)의 자유 및 알권리 보장과 이른바 공인의 명예 및 사생활 보호의 균형을 도모하고자하는 판례의 해석론은 물론 입법적 시도도 계속되고 있다. 아래서는 입법적 시도와 관련된 논의를 살펴본다.

2. 기존의 법제화 시도

명예훼손죄의 적용과 관련하여 표현(언론)의 자유 및 국민의 알권리와 명예권(인격권, 사생활 보호권)이 갈등 및 충돌된 사례를 해결하기 위한 노력은 과거에도 적지 않았다. 따라서 이러한 갈등을 해결하는 방법으로서 공인 개념을 처음으로 제시한 것은 ① 2005년 박영선의원 대표발의(형법 일부개정법률안, 의안번호 172412)이다. 동 개정안 제안이유에서는, 위법성 조각사유를 포괄적으로 규정하고 있는 형법 제310조의 내용을 보다 구체적이고 명확하게 규정하기 위해 공인 규정 및 정의 규정을 통해 개인 사생활보호와 표현(언론)의 자유 및 국민의 알권리와의 균형을 도모하고자 아래와 같은 개정안을 제시하였다.

58) 대법원 2011.9.2. 선고 2010도17237 판결.

59) 이재진, 앞의 주56), 45면.

60) 이재진, 앞의 주56), 45면.

현 행	개 정 안
제310조(위법성의 조각) 제307조제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.	제310조(위법성의 조각) ① 제307조 제1항의 행위가 진실한 사실이거나 진실한 사실이라고 믿을만한 상당한 이유가 있고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 처벌하지 아니한다. 1. 공공의 이익을 주된 목적으로 한 때 2. 상대방이 공인이거나 「부패방지법」 제2조 제2항에서 정의하는 공직자인 때 3. 공공성 또는 사회성이 있는 공적 관심사안에 관한 것으로써 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 경우 ② 제1항 제2호에서 말하는 “공인”이라 함은 당사자가 중요한 사회적 관심사와 직접적으로 관련이 있거나 당사자의 지명도에 비추어 당사자의 행위가 사회구성원 다수의 관심을 유도할 수 있는 위치에 있는 사람을 의미한다.

2005년 개정안(제17대 국회)이 입법화에 실패하자 재차 개인 사생활보호와 표현(언론)의 자유 및 국민의 알권리와의 균형을 도모하기 위해, ② 제18대 국회에서 2008년 박영선의원 대표발의(형법 일부개정법률안, 의안번호 1801900)가 제안되었다. 동 개정안은 2005년 개정안을 거의 그대로 답습하면서도, 추가적으로 반의사불벌죄로 규정된 제307조, 제309조를 표현(언론)의 자유 보장을 위해 친고죄로 개정하는 내용을 제안하였다.

현 행	개 정 안
第310條(違法性的의 阻却) 第307條第1項의 行爲가 眞實한 事實로서 오로지 公共의 利益에 關한 때에는 處罰하지 아니한다.	제310조(위법성의 조각) ① 제307조제1항의 행위가 진실한 사실이거나 진실한 사실이라고 믿을만한 상당한 이유가 있고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 처벌하지 아니한다. 1. 공공의 이익을 주된 목적으로 한 때 2. 상대방이 공인이거나 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률 제2조 제3호에서 정의하는 공직자인 때 3. 공공성 또는 사회성이 있는 공적 관심사안에 관한 것으로써 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 경우 ② 제1항 제2호에서 말하는 “공인”이란 당사자가 중요한 사회적 관심사와 직접적으로 관련이 있거나 당

현 행	개 정 안
	사자의 지명도에 비추어 당사자의 행위가 사회 구성원 다수의 관심을 유도할 수 있는 위치에 있는 사람을 의미한다.
第312條(告訴와 被害者の 意思) ①第308條와 第311條의 罪는 告訴가 있어야 公訴를 제기할 수 있다. ②第307條와 第309條의 罪는 被害者の 明示한 意思에 反하여 公訴를 제기할 수 없다.	제312조(고소) 본장의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

마찬가지로 개정안에 대한 사회적 합의도출에 실패하자 제19대에서도 재차 개정안이 발의되었다. 다만 2005년, 2008년 개정안과 달리 공인 개념을 정의하지 않고 소극적으로 국가기관, 지방자치단체 등 공공기관에 대한 표현(언론)의 자유를 보장하는 방식으로 개정안을 제시하였다. 구체적으로 살펴보면, ③ 2015년 신경민의원 대표발의(형법 일부개정법률안, 의안번호 1914157)의 제안이유에 따르면, 대법원이 정부 또는 국가기관의 정책결정이나 업무수행과 관련된 사항은 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 하고 이러한 감시와 비판은 이를 주요 임무로 하는 언론보도의 자유가 충분히 보장될 때 비로소 정상적으로 수행될 수 있다는 이유로 정부 또는 국가기관은 명예훼손죄의 피해자가 될 수 없다고 판시⁶¹⁾하였음에도 불구하고, 최근 국가기관이 기관의 업무처리를 비판하는 사람들을 상대로 명예훼손죄로 고소하는 사례가 자주 발생하고 있어, 국민의 표현(언론)의 자유가 위축될 우려가 있다고 하면서 제309조의2 신설을 제안하였다고 한다.

현 행	개 정 안
〈신 설〉	제309조의2(명예훼손죄 등의 피해자의 제한) 제307조 및 제309조의 죄를 적용함에 있어 국가기관, 지방자치단체 또는 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제2조에 따른 공공기관은 피해자로 보지 아니한다.

이와 별개로 학계에서도 이에 관한 논의가 진행되었다. 아주 간략하게 소개하자면 다음과 같이 정리 할 수 있다.

61) 대법원 2005.4.29. 선고 2003도2137 판결; 대법원 2007.1.26. 선고 2004도1632 판결.

① 조국교수의 경우 2개의 안을 제시하고 있는데, 자유형을 삭제하는 제1안과 자유형을 절반으로 하향조정하는 제2안으로 구분된다. 또한 제310조 제1항, 제2항, 제3항을 신설하여 ‘공적 사안’과 관련한 ‘공인’ 대상 명예훼손의 비범죄화를 명문화하였다.⁶²⁾

현 행	개 정 안
제307조(명예훼손) ① 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.	제307조(명예훼손) ① 비방할 목적으로 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다. (1안) 1년 이하의 징역이나 금고 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다. (2안)
제310조(위법성의 조각) 제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.	① 제307조 제1항과 제309조 제1항의 행위가 공적 사안과 관련하여 공인을 대상으로 이루어진 경우 처벌하지 아니한다. ② 제307조 제1항과 제309조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 공공의 이익을 주된 목적으로 한 때에는 처벌하지 아니한다. ③ 제1항에서 말하는 “공인”이란 당사자가 중요한 사회적 관심사와 직접적으로 관련이 있거나 당사자의 지명도에 비추어 당사자의 행위가 사회구성원 다수의 관심을 유도할 수 있는 위치에 있는 사람을 의미한다.

한편 ② 김성돈 교수의 경우 사실적시 명예훼손죄와 관련된 형법 제307조 제1항, 제309조 제1항, 정보통신망법 제70조 제1항의 폐지를 제안하고 있다. 또한 형벌규정의 최후수단성을 유지하기 위해 허위사실이 적시된 경우라도 표현의 자유의 예외적 우위를 인정하기 위해 형법 제310조의 내용을 허위사실에 관한 오신(誤信)의 상당성에 따른 면책을 규정하고 있다.⁶³⁾

62) 조국, 앞의 주10), 39-42면.

63) 김성돈, 앞의 주10), 121-130면.

현행	개정안
제307조(명예훼손) ①공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.	(폐지)
제309조(출판물 등에 의한 명예훼손) ①사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 제307조제1항의 죄를 범한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.	(폐지)
제310조(위법성의 조각) 제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.	제310조(위법성의 조각) 제307조 및 제309조의 행위가 허위가 아니라고 오인한 것에 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 벌하지 않는다.

3. 검토

위에서 살펴본 바와 같이 명예훼손 규제에 관하여 미국 법리의 영향하에 표현(언론)의 자유를 중시하는 방향으로 비범죄화되고 있는 국제적 흐름 속에서도, 적어도 명예보호의 중요성에 대한 사회적 합의가 지속되는 한, 그 정당성을 계속 획득할 수 있을 것으로 보인다.⁶⁴⁾ 따라서 현재로서는 피해자의 명예 및 사생활을 보다 효율적으로 보호하면서도 표현(언론)의 자유 또한 폭넓게 보장하기 위해서는 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화가 아닌 제310조의 특례 규정을 개정하는 법적용을 통한 방향성에 기초하여 해결하는 것이 바람직할 것이다. 이와 관련하여 참고가 되는 것이 일본 형법 제230조의2 제3항의 규정이다.

64) 주승희, 앞의 주1), 307면.

第二百三十条の二(公共の利害に関する場合の特例) 1 前条第一項の行為が公共の利害に関する事実に係り「かつ」その目的が専ら公益を図ることにあつたと認める場合には「事実の真否を判断し」「真実であることの証明があつたときは」「これを罰しない」。 2 前項の規定の適用については「公訴が提起されるに至っていない人の犯罪行為に関する事実は」「公共の利害に関する事実とみなす」。 3 前条第一項の行為が公務員又は公選による公務員の候補者に関する事実に係る場合には「事実の真否を判断し」「真実であることの証明があつたときは」「これを罰しない」。	일본 형법 제230조의2(공공의 이해에 관한 경우의 특례) ① 전조 제1항의 행위가 공공의 이해에 관한 사실에 관계되고 그 목적이 오로지 공익을 위함에 있었다고 인정되는 경우에는 사실의 진실 여부를 판단하여 진실이라는 증거가 있는 때에는 이를 벌하지 아니한다. ② 전항의 규정의 적용에 관하여는 아직 공소가 제기되지 아니한 사람의 범죄행위에 관한 사실은 공공의 이해에 관한 사실로 간주한다. ③ 전조 제1항의 행위가 공무원 또는 공선(公選)에 의한 공무원의 후보자에 관한 사실에 관계되는 경우에는 사실의 진실 여부를 판단하여 진실하다는 증거가 있을 때에는 이를 벌하지 아니한다.
--	---

위와 같이 동 규정은 공무원과 공직후보자에 대한 명예훼손행위에 관하여 동법 동조 제1항에서 규정하고 있는 위법성조각사유 보다 완화된 요건으로 위법성이 조각될 수 있도록 규정하고 있다. 즉 공무원과 공직후보자에 대해서는 사실의 증명만 있으면 처벌되지 않는다. 이러한 요건이 충족된 경우 진실성의 증명은 일본 형법 제207조(동시범의 특례)와 같이 피고인에게 전환되며,⁶⁵⁾ 따라서 진실성의 증명에 실패한 경우 그 불이익은 피고인이 부담하게 된다.⁶⁶⁾ 이는 법정에서 사실의 진실성을 확정하기 위해, 피해자에 재차 고통을 주는 것은 가능한 한 제한해야 한다는 취지에 따른 것이다.⁶⁷⁾

이처럼 사실의 공익성과 목적의 공공성이 의제되는 것은 공무원을 선정·파면하는 것은 국민 고유의 권리이고, 모든 공무원은 ‘국민전체에 대한 봉사자(일본 헌법 제15조)’이기 때문에, 그 행동은 국민의 감시하에 있어야 한다는 국민주권론사상에 근거한 것이다.⁶⁸⁾ 이는 적시된 사실이 직접적으로는 공공의 이해에 관한 것이 아닐지라도 다른 관점에서 볼 때는 공무원 적격성 검토를 위한 자료를 제공한다는 의미로

65) 西田典之『刑法各論(第5版)』(弘文堂 2010年)113頁。

66) 東京高判昭和28年(1953年)2月21日高刑集6卷4号367頁 `最判昭和30年(1955年)12月9日刑集9卷13号2633頁。

67) 山口厚『刑法各論(第2版)』(有斐閣 2010年)142頁。

68) 大谷實『刑法講義各論(新版第3版)』(成文堂 2009年)162頁 `林幹人『刑法各論〔第2版〕』(東京大学出版会 2010年)120頁 `西田・前掲注65)113頁 `山口・前掲注67)142頁。

서 공공의 이해에 관련성을 갖게 되므로, 악의에 의한 사실적시도 결과적으로는 위와 같은 목적에 기여하는 것이라고 보는 것이다.⁶⁹⁾ 물론 공무원도 사생활이 보호되어야 하므로 적시된 사실이 공무원으로서의 자질이나 능력, 식견 등과 전혀 관계가 없는 경우에는 이와 같이 완화된 사실의 증명을 허용하지 않는다.⁷⁰⁾ 일본 최고재판소도 공무원의 직무와 무관계한 신체적 장애의 사실을 적시한 것은 본 항의 적용에서 제외된다고 판시하였다.⁷¹⁾

〈표-1〉 일본 형법 제230조의2의 조문구조(판례에 의함)

	사실의 공공성	목적의 공익성	사실의 진실성
제1항	입증필요	입증필요	입증필요
제2항	의제	입증필요	입증필요
제3항	의제	의제	입증필요

출처: 배상균, “허위사실적시 명예훼손에 있어서 진실성의 착오에 관한 검토-일본 학설 및 판례를 중심으로-”, 외법논집 제40권 제2호, 2016, 97면 참조.

한편으로 우리 형법 제310조에 의해 공무원 및 정치인과 일반 개인을 차별 없이 위법성을 조각하는 규정을 두고 있으나, 공직선거법 제251조 단서에서 공직후보자의 경우에는 진실성과 공익성을 요건으로 위법성을 조각하는 규정을 두고 있어, 진실성만을 요건으로 규정하고 일본의 예보다는 공직자의 명예를 두텁게 보호하고 있다고 볼 수 있다.

물론 공직자 또한 개인으로서 사생활 및 명예를 보호받아야 하지만, 국가 또는 지방정부 등 공공기관에서의 업무는 대의제 민주주의 체제하에서는 국민의 대표로서 선출되는 의미를 가지기 때문에 유권자인 국민은 선거에서 후보자 개인의 능력과 자질, 식견 등의 공직수행에 필요한 제반 조건에 관하여 충분한 정보를 얻을 수 있어야 한다.

특히 최근 국정원 등 공공기관에 의한 명예훼손죄 고소가 사회적 문제로서 주목

69) 前田雅英ほか編『条解刑法(第2版)』(弘文堂 2007年)627頁°

70) 大谷・前掲注68)162-163頁 林・前掲注68)120-121頁 西田・前掲注65)113頁 山口・前掲注67)142頁°

71) 最判昭和28年(1953年)12月15日刑集7卷12号243頁°

받았던 점을 고려한다면, 일본과 같이 공무원 적격성 검토를 위한 자료를 제공한다는 의미로서 공익성을 인정하여, 악의의 사실적시일지라도 사생활에 관한 사실이 아닌 한 처벌하지 않는 것이 합리적이다. 다만, 일본 형법 제230조의2 제3항의 규정은 ‘공무원 및 공직후보자’만을 대상으로 규정하고 있는데, 최근 논의되고 있는 공적 인물(public figures),⁷²⁾ 즉 정부, 공공기관 등과 일정한 관계를 형성하여 사회적 정치적으로 중요성을 가지는 개인에 대해서도 사회적 지위와 역할에 비추어 볼 때, 관련 사안의 공익성을 인정하여 사생활에 관한 사실이 아닌 한 사실증명만으로 처벌을 면할 수 있게 하는 것이 합리적이라 할 수 있다.⁷³⁾

이와 같은 검토에 비추어 볼 때, 2008년 박영선의원 대표발의(형법 일부개정법률안, 의안번호 1801900)의 내용과 조국교수의 개정안은 현행 형법하에서 특별법에 의존하지 않고 명예(프라이버시권)와 표현(언론)의 자유의 조화를 도모하기 위해 사실적시 명예훼손죄의 성립범위를 최소화하기 위한 개정안으로서 중요한 의미를 가진다. 또한 양 개정안 모두 명예훼손죄의 친고죄 규정까지 포함한 부분도 같은 맥락에 있다고 볼 수 있다.

또한 개정안 제310조 제1항 제3호에 의해 “공공성 또는 사회성이 있는 공적 관심 사안에 관한 것으로서 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 경우”에 해당하면 처벌을 면하기 때문에 현재의 미투(#me too) 운동에 의해 성폭력 피해 사실을 공개적으로 밝히는 여성들의 움직임에 대해서도 표현(언론)의 자유 보장이 확보될 수 있다. 이는 일본 형법 제230조의2 제2항의 “아직 공소가 제기되지 아니한 사람의 범죄행위에 관한 사실”과 같이 “범죄행위에 관한 사실”로 국한되지 않는 점에서 예를 들어 직장내 성희롱(남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제2조 제2호) 피해 사실에 대해서도 폭넓게 적용될 수 있다. 다만, 개정안 제310조 제1항은

72) 여기서 공적 인물(public figures)이란 시민 및 사회가 중요하다고 관심을 갖는 사항에 관여한 자로서, 중요한 사회적 논쟁 속에서 주도적인 활동을 통해 공적인 인물로서 계속적으로 사회적 지위와 역할을 인정받아 명예훼손에 해당하는 사실에 대해 반박할 수 있는 반론수단을 충분히 활용할 수 있는 자를 의미한다(신평, 앞의 주10), 188-192면 참조).

73) 이와 관련하여 해석론으로서 정치인 등에 대한 명예훼손죄의 성립범위를 제한하기 위해 제310조의 위법성 조각요건 중 공익성 요건을 완화하여 해석해야 하며, 공직선거법 제251조의 경우에는 같은 취지에서 동조 단서를 “다만 진실한 사실임이 증명된 때에는 처벌하지 않는다.”로 개정하는 방안을 제안하는 견해도 있다(이희경, 앞의 주10), 116면).

판례를 통해 인정된 부분을 그대로 규정한 것이라 할 수 있는데, 이와 관련하여 사실증명에 대해 명문화 하지 못한 점은 개선이 요구된다. 예를 들어 일본 형법 제230조의2 제1항에서는 사실의 공공성(목적의 공익성은 추정됨)과 사실 증명을 규정하고 있고, 독일 형법 제186조⁷⁴⁾에서도 사실 증명에 대하여 규정하고 있다.

또한 제310조 제1항 제2호의 ‘공인의 범위(시기와 중기)’와 동항 제3호에서의 ‘공공성 또는 사회성이 있는 공적 관심사안’에 대해서는 타법(예를 들어, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 등 각종 범죄자 신상공개 법률, 경찰 또는 검찰에 대한 피의사실공표 금지, 소년법 등)과의 관계를 고려해야한다. 따라서 해석상의 구체적인 기준 설정에 신중한 주의가 요구된다.⁷⁵⁾

IV. 결론 - 사생활 보호를 고려한 법적용의 방향성

앞서 살펴본 바와 같이 사실적시 명예훼손죄를 처벌하는 외국의 입법례(한국, 일본, 프랑스)가 거의 없고, 형벌의 최후수단성 및 보충성의 원칙에 비추어 볼 때, 과잉형벌화의 문제가 있다는 인식 등에 기초하여 사실적시 명예훼손에 대한 형사처벌 조항을 삭제하자는 의견이 계속적으로 제기되어 왔다. 그러나 인격권의 핵심으로서 인정되는 개인의 사생활 보호권이 공연한 사실의 적시로 침해될 수도 있고, 더욱이 미국과 같이 형벌을 대체할 만한 징벌적 손해배상이 부재하며, 현재로서는 유효하고 적절한 대체수단이 충분하게 확보되었다고 볼 수 없기 때문에 사실적시 명예훼손죄의 폐지는 법적 안정성 및 치안유지의 측면에서도 보다 신중하게 접근할 필요가 있다. 따라서 현행 사실적시 명예훼손죄를 개선하는 방향으로 접근하는 것이 중요한 의미를 가진다.

74) 독일 형법 제186조(비방) 타인에 대한 관계에서 타인을 경멸하거나 또는 세평을 저하시키기에 적합한 사실을 주장하거나 또는 유포한 자는 이러한 사실이 증명할 만한 진실이 아닌 경우에는 1년 이하 자유형 또는 벌금형에 처하고 그 행위가 공연히 또는 문서의 반포(제11조 제3항)를 통해 이루어진 경우에는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다(법무부, 독일 형법전, 2008, 154면 참조).

75) 조국, 앞의 주10), 39-41면 참조.

이제까지 국회에 발의된 개정안들을 비교 검토해볼 때, 개인의 사생활 보호 및 인격(명예)권의 보호에 기초한 사실적시 명예훼손죄를 존치시키는 한, 구성요건을 구체화하기 위해 사생활 등 특정사안을 배제하도록 규정하는 것보다는 공인 개념 등에 기초하여 위법성 조각사유를 확대하는 것이 보다 실효적이라 할 수 있다.⁷⁶⁾

따라서 아래와 같이 개정안 제310조 제1항 및 제2항을 신설함으로써, ① 제301조 제1항의 사실적시에 따른 위법성조각사유 범위를 넓히고, ② 공인에 대한 사실적시 명예훼손죄의 위법성조각사유 범위를 구체화하여, 개인의 명예 및 사생활 보호와 표현(언론)의 자유 보장의 조화를 도모할 필요가 있다. 또한 명예에 관한 죄의 반의사불벌죄 규정을 친고죄 규정으로 개정하여 피해자의 의사와 무관한 불필요한 수사 개시의 가능성을 차단하여 표현(언론)의 자유의 위축을 방지할 필요가 있다.⁷⁷⁾

현 행	개 정 안
제310조(위법성의 조각) 제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.	제310조(위법성의 조각) ① 제307조 제1항의 행위가 사실로서 증명되거나, 사실이라고 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 처벌하지 아니한다. 1. 공공의 이익을 주된 목적으로 한 때 2. 상대방이 공인이거나 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률 제2조 제3호에서 정의하는 공직자인 때 3. 공공성 또는 사회성이 있는 공적 관심 사안에 관한 것으로서 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 경우 ② 제1항 제2호에서 말하는 “공인”이란 당사자가 중요한 사회적 관심사와 직접적으로 관련이 있거나 당사자의 지명도에 비추어 당사자의 행위가 사회 구성원 다수의 관심을 유도할 수 있는 위치에 있는 사람을 의미한다.
제312조(고소와 피해자의 의사) ① 제308조와 제311조의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다. ② 제307조와 제309조의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.	제312조(고소) 본장의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

76) 조국, 앞의 주10), 39-41면 참조.

77) 김신규, “사이버명예훼손·모욕행위에 대한 형사규제의 개선방안”, 비교형사법연구 제19권 제4호, 2018, 606-607면.

이외에도 관련된 논의로서 사실적시 명예훼손죄의 징역형 폐지 및 벌금형 대체와 출판물에 의한 명예훼손죄 폐지, 정보통신방법상의 명예훼손 규정에 대한 위법성조각사유 신설 및 친고죄 대체가 문제된다. 사실적시 명예훼손죄의 징역형을 벌금형 대체 문제는 현재의 법률 운용실태에 비추어 볼 때 벌금형 신고가 대부분이라는 점에서 향후 징역형을 폐지하고 벌금형을 상향 조정하는 것이 합리적이라고 생각한다.⁷⁸⁾ 또한 앞에서 살펴보았던 표-1과 같이 인터넷 및 SNS의 사회적 파급력이 기존의 출판물 등을 초월한지 이미 오래되었고, 현재 정보통신망법 제70조가 이를 대체하고 있기 때문에 출판물 등을 통한 표현(언론)의 자유를 제한할 합리적인 근거를 찾기가 어려워졌다. 따라서 향후 형법 제309조의 폐지를 긍정하는 방향에서 논의될 필요가 있다. 마찬가지로 정보통신망법 제70조 제1항의 사실적시 명예훼손의 경우에는 공직선거법 제251조와 같이 단서규정을 통해 위법성 조각사유를 신설하는 것이 필요하고, 동조 제3항의 반의사불벌죄 규정 또한 친고죄 규정으로 대체하여 표현(언론)의 자유 보장과 인격권의 보호의 균형을 도모할 필요가 있다.

78) 조국, 앞의 주10), 41면 참조.

참고문헌

- 김성돈, 형법각론 제2판, 성균관대학교 출판부, 2010
- 배종대, 형법각론 제9전정판, 홍문사, 2015
- 법무부, 독일 형법전, 2008
- 신 평, 명예훼손법, 청림출판, 2004
- 신건호, 언론보도와 명예훼손, 전국언론노동조합 언론권 총서 27, 2007
- 신동운, 형법각론, 법문사, 2017
- 이재진, 언론과 명예훼손 소사전, 나남출판, 2003
- 이천현·도중진·권수진·황만성, 형법각칙 개정연구 [2] - 개인적 법익에 관한 죄 (1) -, 형사정책연구원 연구총서 07-12-02, 2007
- 이희경, 명예훼손죄에 관한 연구 - 명예보호의 한계 -, 이화여자대학교 대학원 박사학위논문, 2009
- 임 웅, 刑法各論 第8訂版, 법문사, 2017
- 표성수, 언론과 명예훼손, 육법사, 1997
- 한병구, 언론과 윤리법제(增訂版), 서울대학교 출판부, 2002
- 형법개정연구회, 형사법개정연구(IV) 형법각칙 개정안, 형사정책연구원 연구총서 09-25-06, 2009
- 권순민, “명예훼손죄의 비범죄화에 대한 논의와 그 대안에 대한 연구”, 법학논총 제40권 제2호, 2016
- 김범진, “명예훼손법상 명예·평판 개념과 그 시사점”, 저스티스 제161호, 2017
- 김성돈, “진실적시명예훼손죄 폐지론”, 형사정책연구 제27권 제4호, 2016
- 김신규, “사이버명예훼손·모욕행위에 대한 형사규제의 개선방안”, 비교형사법연구 제19권 제4호, 2018
- 문재완, “허위사실의 표현과 표현의 자유”, 공법연구 제39집 제3호, 2011
- 박경신, “진실적시에 의한 명예훼손 처벌제도의 위헌성”, 세계헌법연구 제16권 제4호, 2010

- 배상균, “허위사실적시 명예훼손에 있어서 진실성의 착오에 관한 검토-일본 학설 및 판례를 중심으로-”, 외법논집 제40권 제2호, 2016
- 배상균, “일본의 혐오표현 형사규제에 관한 검토 - 헤이트스피치해소법을 중심으로 -”, 형사정책연구 제28권 제2호, 2017
- 서보학, “제2장 「개인적 법익에 대한 죄」분야 V. 명예에 관한 죄 규정의 개정방안”, 형법개정연구회, 형사법개정연구(IV) 형법각칙 개정안, 형사정책연구원 연구총서 09-25-06, 2009
- 손태규, “형법상 명예훼손죄의 폐지” 공법연구 제41권 제2호, 2012
- 원혜욱·김자영, “명예훼손죄의 비범죄화와 민사상 손해배상책임”, 비교형사법연구 제18권 제4호, 2016
- 이근우, “명예훼손죄의 해석, 적용상의 몇 가지 문제”, 한양대학교법학연구소 법학논총 제25권 제3호, 2008
- 조 국, “사실적시 명예훼손죄 및 모욕죄의 재구성”, 형사정책 제25권 제3호, 2013
- 주승희, “인터넷상 명예훼손죄에 대한 비범죄화 주장 검토”, 형사법연구 제25호, 2006
- 한수웅, “表現의 自由와 名譽의 保護” 저스티스 제84호, 2005
- 大谷實『刑法講義各論(新版第3版)』(成文堂、2009年)
- 西田典之『刑法各論(第5版)』(弘文堂、2010年)
- 前田雅英ほか編『條解刑法(第2版)』(弘文堂、2007年)
- 松宮孝明『刑法各論(第3版)』(成文堂、2012年)
- 山口厚『刑法各論(第2版)』(有斐閣、2010年)
- 白木豊「公共の利害に關する事實の意義」山口厚・佐伯仁志(編)『刑法判例百選2各論(第7版)』(有斐閣、2014年)
- 町野朔「名譽毀損罪とプライバシー」石原一彦ほか(編)『現代刑罰法大系第3卷』(日本評論社、1982年)

A Study on the defamation through true facts and the proposals for defamation law reform

Bae, Sang-kyun*

The problem of defamation is an old problem. But it also has meaning as a new problem. In other words, the regulation related to the ‘freedom of expression’ is the oldest regulation together with the regulations on pornography, but it is also meaningful as a new problem that the infringement act explosively increases according to the Internet development. Moreover, defamation is also a problem that has been troubled by the problems of privacy infringement and hate speech that have recently become a problem in our society. In addition, the issue of the ‘defamation through true facts’ has been discussed in the past on the necessity of regulation such as cyber defamation and cyber bullying.

On the other hand, regarding the recent ‘#Me Too’ movement, the fact that the ‘defamation through true facts’ enforced the silence of the victims of sexual violence in the past was pointed out as the problem of the secondary damage, and the discussion about the abolition of ‘defamation through true facts’ are attracting societal attention.

In this article, based on these previous studies, we examine the debate about ‘defamation through true facts’ case and propose the amendment of the defamation, so that the ‘privacy protection’ and ‘freedom(press) of expression’.

❖ Key word : Defamation through true facts, the freedom of expression, protection of honor, privacy, justification clause

* Part-time Lecturer, Hankuk Univ. of Foreign Studies Law School, Ph.D. in Law

수용자 자살위험요인 연구 : 일반인 자살과 수용자 자살 비교를 중심으로

서종한*

국 | 문 | 요 | 약

본 연구의 목적은 수용시설에 수용되어 있는 수용자의 자살 위험요인을 탐색하고자 하는데 있다. 이를 위해 지난 11년간 발생했었던 자살 사망자 모두(89명)를 분석 대상에 포함하였다. 이들 수용자 사망의 고유한 자살 특징을 탐색하고자 일반 자살군을 대조군($n=122$)으로 두어 직접 비교분석하였다. 조사항목은 자살관련 행동 특징, 정신장애와 사회/인구학적 항목, 사망 전 자살 및 자해 시도와 관련된 행동 특징, 생활적응 관련 특징, 생활스트레스와 생활사건을 중심으로 살펴보았다. 주요결과, 최종적으로 탐색된 위험요인을 크게 4가지로 분류할 수 있었고 일반 자살과는 다른 패턴을 구분 지을 수 있었다. 구체적으로 위험요인은 전생애를 기반으로 나타나는 만성적 요인, 정신병리와 관련된 임상적 요인, 촉발사건 등과 관련된 환경 및 촉발 위험요인, 마지막으로 가장 최근 자살행동과 관련된 급성적 자살행동관련 요인으로 분류할 수 있었다. 이런 결과는 향후 위험성평가프로토콜 개발과 수용자 위기개입 매뉴얼 개 연구 등에 중요한 디딤돌이 될 것으로 보인다.

❖ 주제어 : 자살, 수용자, 교정시설, 위험요인

본 연구에 직간접적인 도움을 주신 김경일 교수님과 모든 연구자들에 감사들 드립니다

* 사이먼프레이저대학교 심리학과 정신건강법정책연구소(MHLPI) 수석연구원(법심리학박사)

I. 서론

교정시설 내 최근 5년간을 기준으로 월평균 7명이 실제 자살을 시도한 것으로 나타났다. 이 중 실제 목숨을 잃은 경우가 매년 6~7명에 달하는 것으로 나타났다. 2010년을 기준으로 2014년까지 총 34명이 목숨을 잃었고 이들 중 대부분이 신병비관과 중형에 대한 부담, 구속에 대한 불만, 죄책감과 심리적 부담감 등이 원인이었다.¹⁾

2014년을 기준으로 인구 10만 명당 한국 사회 자살 인구는 27.3명으로 교정시설 자살률보다 7.8명보다 3배 이상 높은 것이 사실이지만 자살 저지와 미수 등을 종합적으로 감안하면 실제 교도소에서 적지 않은 수가 자살 및 자해와 관련된 직/간접적인 행동을 보이고 있는 셈이다. 뿐만 아니라 자해와 자살시도 등을 따지고 보면 일반인들과는 크게 차이가 나지 않는 것으로 나타났다. 최근 10년간을 기준으로 880건의 자살시도가 발생했고 그 중 98명이 실제 자살로 이어져 사망했다. 따라서 자살 시도자 중 11.1%가 자살사망으로 이어진 셈이다.²⁾

최근 교도소의 과밀 수용과 이로 인한 스트레스가 높은 긴장감을 초래하고 결국 수용자간 폭력사고 위험성을 높이게 된다. 뿐만 아니라 정서, 행동, 인지 등의 불안정성이 가중되어 충동적인 행동으로 이어진다고 보고 있다. 이전의 연구 결과를 간략히 살펴보면 자살시도 수용자의 경우 34%가량이 초범이었고 5범 이상이 29.8%로 나타났다. 장기복역에 대한 두려움, 구속 재판 등에 대한 불만, 죄책감과 가족관계 절연과 개인의 신병 비관이 일반적인 주요원인으로 분석되었다.

일반인들과는 다른 환경과 경험을 갖는 수용자에게서 나타나는 가장 먼저 절실히 요구는 되는 쟁점은 수용자의 고유한 자살위험요인을 조사하는 것이다. 최근 몇 년간 지속되고 있는 교도소의 과밀수용, 한정된 밀집 공간에서 오랜 기간 함께 지내야 하는 수용자들의 경우 단절과 갈등 경험은 많을 수밖에 없고 급성 스트레스를 더 많이 겪을 가능성이 높다. 특히 사법적 판단과 이로 인한 걱정, 가족 간의 단절, 수용시설내의 갈등 관계, 우울감과 수면장애 등 정신과적 문제 등은 수용자의 행동에

1) 자세한 내용은 [한국일보 2014. 01. 09 “교정시설에서 월평균 7명 자살시도”]를 참조

2) 김옥기 & 송문호. (2015). “교정시설 내 자살예방대책”. 「교정연구」, 68: 177-206.

가장 큰 영향을 주고 있는 것으로 보인다.

결론적으로 수용자의 자살을 제대로 이해하고 이를 근간으로 대책을 마련되기 위해서는 자살에 영향을 줄 수 있는 차별적인 위험요인과 그 특징을 심층적으로 살펴볼 필요가 있다.³⁾ 그 결과가 과연 일반인들 간에 어떤 차이점이 있는지, 미결과 기결이라는 두 가지 맥락에서 어떤 차이점과 유사점이 있는지를 구체적으로 구분하여 분석함으로써 수용자 자살에 대한 위험성평가와 개입, 정책적 입각에서 적절한 대책을 수립할 시점이라 본다.

1. 수용자 자살 위험요인과 특징에 대한 문헌고찰

다음은 교정 수용시설에 자살과 관련된 특징과 위험요인에 대해 국내/외에서 발표된 연구 내용을 중심으로 종합적으로 문헌을 고찰을 시도하였다. 지금까지 확인된 위험요인을 크게 세 가지 정도로 나누어 살펴 볼 수 있었다. 첫째, 수용시설 내 적응과 생활에서의 특징, 둘째 신체 및 정신건강 특징, 마지막으로 과거 자해 및 자살관련 행동과 관련된 특징 등 이다.

가. 교정 수용시설 적응이나 생활에서의 특징

1) 대인관계와 개인/사회적 지지

김옥기와 송문호(2015)는 교도소 입소 후 초기단계에서 자유가 제한된 생활환경에서 가족 및 친지와와의 자유로운 접촉의 제한에서 오는 외로움이 자살 충동에 큰 영향을 미치는 요인 중 하나라고 이야기 하였는데, 실제로 자살 사망 수용자 실태분석에서는 초범, 미결수용자, 입소 후 3개월 이내인 경우 자살률이 높게 나타났다. 수용자는 교도소에 수용됨으로 인하여 사회로부터 격리되면서 기존 대인관계가 단절되고 새로운 관계에 적응해야하기 때문에 사회적 고립으로 인한 대인관계 문제에 더욱 취약할 수 있다.⁴⁾

3) 서종한, 김경일. (2018). 구조화된 판단모델 기반 자살위험성평가프로토콜 개발연구. 교정담론. 12(2), 33-68.

4) 김옥기, 송문호. 2015. 앞의 논문내용 참고.

Sherman과 Morshauser(1989)는 친밀한 정서적인 유대가 일반 대중뿐만 아니라 수감된 사람에게도 보호요인으로 작용할 수 있다는 것을 보여주었다. 사회적 지지나 정서적 유대의 결핍은 많은 다른 집단에서 자살에 대한 위험요인으로 확인되었다(Compton et al., 2005; Greening & Stoppelbein, 2002; Polvi, 1997; Thompson et al., 2002; Conwell, Duberstein, & Caine, 2002).⁵⁾ 사회적지지에는 가족 및 친척, 주변지인 및 이웃, 전문가 등으로부터 받을 수 있는 사랑, 존중, 인정, 상징적 혹은 물질적 도움 등을 포함하고 있다(박지원, 1985; 구규옥, 2011).⁶⁾ 자신이 살고 있는 사회적 환경에서 가족이나 다른 사람들에게 긍정적 및 정신적지지 자원을 받을 때 삶에 대한 희망이나 욕구도 높아지며, 교정시설과 같이 특수한 환경에 구속되어 있는 수용자들도 이러한 사회적지지 자원이 존재할 때 자살의 충동으로부터 멀어질 가능성이 있다(구규옥, 2011). 반면 외로움, 사회적 위축, 지지체계 결핍, 상실 등 다양한 측면의 사회적 고립감은 자살행동으로 이어질 수도 있다(설희원, 2014; Hall-Lande, Eisenberg, et al., 2007; Jacobs & Teicher, 1967; Trout, 1980).⁷⁾ 2018년 교정시설 내 자살 사망 수용자의 실태조사 보고서에 따르면, 수용 중 가족과의

- 5) Sherman, L. G., & Morschauser, P. C. (1989). Screening for suicide risk in inmates. *Psychiatric Quarterly*, 60, 119-138; Greening, L., & Stoppelbein, L. (2002). Religiosity, attributional style, and social support as psychological buffers for African American and White adolescents' perceived risk for suicide. *Suicide and Life-Threatening Behavior*, 32, 404-417; Polvi, N. H. (1997). Assessing risk of suicide in correctional settings. In C. D. Webster & M. A. Jackson (Eds.), *Impulsivity: New directions in research and clinical practice* (pp. 278-301). New York: Guilford Press; Thompson M. P., Kaslow, N. J., Short, L. M., & Wyckoff, S. (2002). The mediating roles of perceived social support and resources in the self-efficacy-suicide attempts relation among African American abused women. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 70, 942-949; Conwell, Y., Duberstein, P. R., & Caine, E. D. (2002). "Risk factors for suicide in later life". 「Biological psychiatry」, 52(3): 193-204.
- 6) 박지원(1985). 사회적지지 척도 개발을 위한 일 연구, 박사학위논문, 연세대학교 대학원; 구규옥. (2011). 「교정시설 수용자 자살 생각에 영향을 미치는 요인」. 석사학위논문, 아주대학교 대학원.
- 7) 설희원. (2014). 「범죄자 자살 위험성 평가척도인 DHS의 변별 기준점 추출 연구: ROC분석을 중심으로」. 석사학위 논문, 경기대학교 대학원; Hall-Lande, J. A., Eisenberg, M. E., Christenson, S. L., & Neumark-Sztainer, D. (2007). "Social isolation, psychological health, and protective factors in adolescence". 「ADOLESCENCE-SAN DIEGO」, 42(166): 265-286; Jacobs, J., & Teicher, J. D. (1967). "Broken homes and social isolation in attempted suicides of adolescents". 「International Journal of Social Psychiatry」, 13(2): 139-149; Trout, D. L. (1980). "The role of social isolation in suicide". 「Suicide and Life-Threatening Behavior」, 10(1): 10-23.

지식관계에서 문제(무관심, 방임, 단절, 관계악화 등)가 있었던 자살수용자의 비율은 50%를 차지하였다.⁸⁾

2) 가족 자살력

이전 연구 결과에 따르면 자살사망자의 직계친족의 자살위험이 높다(Qin, Agerbo, & Mortensen, 2002; Runeson & Asberg, 2003; Tremereau et al., 2005). 또한, 자살한 친족이 정서장애를 가지고 있는 경우에 자살위험이 훨씬 더 높다(Tsuang, 1983). Danto(1979)는 자살시도를 한 수용자 중 65%가 수용자 나이 10세에서 15세 사이에 한쪽이나 양쪽 부모가 자살한 경험이 있다고 보고해 주고 있다. 국내 수용시설 수용자를 대상으로 한 연구에서도 가까운 가족의 자살이 유의미한 수준에서 영향이 큰 것으로 나타났다(홍성열, 2008; 구규옥, 2011). 특히 수용 상황에서의 가족 자살은 재소자에게 더 큰 영향을 준다고 보고 하였다(홍성열, 2008).⁹⁾

3) 18세 미만 초기 외상경험

국내 연구에서 학교에서의 아동 및 청소년기의 대인외상(최정현, 2013; 따돌림과 소외, 신체적 폭행, 성학대, 친구의 죽음) 경험, 가정 내 정서적 학대나 방임 등이 결국 우울을 매개로 자살생각에 작간접적인 영향을 미친다고 보고 하였다(김은정, 김진숙, 2008; 이경희, 김지영, 2013; 박모란 외, 2015; 고유나, 2016; 이지연, 정익중, 2013; 추경진, 최종옥, 2015; 윤명숙, 김서현, 2012; 윤명숙과 박아란, 2015; 이

8) 서종한, 김정일, 2018. [심리부검기반 자살우려자 관리방안] 용역결과보고. 과천: 법무부

9) Qin, P., Agerbo, E., & Mortensen, P. B. (2002). Suicide risk in relation to family history of completed suicide and psychiatric disorders: A nested case-control study based on longitudinal registers. *Lancet*, 360, 1126-1130; Runeson, B., & Asberg, M. (2003). Family history of suicide among suicide victims. *American Journal of Psychiatry*, 160, 1525-1526; Tremereau, F., Staner, L., Duval, F., Correa, H., Crocq, M., Darre, A., Czobor, P., Dessoubrais, C., & Macher, J. (2005). Suicide attempts and family history of suicide in three psychiatric populations. *Suicide and Life-Threatening Behavior*, 35, 702-713; Tsuang, M. T. (1983). Risk of suicide in the relatives of schizophrenics, manics, depressives, and controls. *Journal of Clinical Psychiatry*, 44, 396-400; Danto, B. L. (1973). Jail house blues: A study of suicidal behavior in jail and prison. Orchard Lake, MI: Epic. 홍성열. (2008). 수형자의 자살 예측. 교정연구, (40), 35-54; 구규옥, 2011 앞의 석사학위논문.

기범, 주해원, 현명호, 2015).¹⁰⁾ Sarchiapone와 동료(2011)의 보고서에 따르면 자살 생각을 하는 남성 수용자들이 그렇지 않은 수용자에 비해 더 높은 아동기 외상을 경험하였다. 또한 Blaauw 등(2002)의 연구에서도 수용자를 자살 고위험과 대조집단을 구분하여 비교할 경우 고위험 집단에서 더 많은 아동기 외상을 경험하였다는 결과를 보여 주었고 일부 연구의 경우(Palmer & Connelly, 2005)에는 외상 경험이 수형자의 우울감에 영향을 주는 것으로 나타났다. 국내 김영화(2010)의 연구에서는 아동기 외상을 많이 경험한 재소자 특히 정서적 방임이 자살생각에 가장 큰 영향을 준 것으로 보고 하였고 우울이 중재적 역할을 하는 경향이 있는 것으로 나타났다.¹¹⁾

4) 수용 중 스트레스와 대처

Sherman과 Morschauser(1989)는 많은 사람들이 체포 이후 최소한 어느 정도의 스트레스를 경험하지만 다른 걱정스런 생애 문제를 함께 겪고 있는 일부분의 사람들에게는 체포된다는 것은 더 이상 견딜 수 없는 마지막 종착점으로 받아들여질 수 있다. 김옥기와 송문호(2015)의 연구는 국내의 교정시설 자살자 중 34.0%가 초범,

10) 김은정, & 김진숙. (2008). 상담일반: 아동기 정서적 외상경험과 우울수준간의 관계에서 정서조절 곤란의 매개효과. 상담학연구, 9(4), 1505-1520; 이경희, & 김지영. (2013). 研究論文 (연구논문): 청소년기 외상경험과 자살생각 관계에서 자기존중감의 조절효과; 고유나. (2016). 아동기 정서적 외상경험이 대학생의 우울 및 불안수준에 미치는 영향-자아탄력성의 조절효과를 중심으로. 청소년 복지연구, 18(1), 105-132; 이지언, & 정익중. (2013). 따돌림 피해 경험이 우울과 자살생각에 미치는 영향. 학교사회복지, 24, 219-239; 추경진, & 최종옥. (2015). 아동기 정서적 학대경험과 청소년기 자살생각 간의 관계: 자기체계 손상과 우울의 매개효과. 인간발달연구, 22, 83-103; 윤명숙, & 김서현. (2012). 대학생 외상경험이 자살생각에 미치는 영향과 관계만족도의 매개효과분석. 정신보건과 사회사업, 40(2), 5-31; 윤명숙, & 박아란. (2015). 청소년의 대인외상경험과 외상 후 성장의 관계에서 스트레스대처능력의 조절효과 검증. 청소년복지연구, 17(3), 239-261; 이기범, 주해원, & 현명호. (2015). 아동기 학대와 자살사고의 관계에서 용서의 조절효과. Korea Journal of Youth Counselling, 23(2), 21-36.

11) Blaauw, E., Arensman, E., Kraaij, V. Winkel, F. W., & Bout, R. (2002). Traumatic life events and suicide risk among jail inmates: The influence of types of events, time period and significant others. *Journal of Traumatic Stress*, 15, 9-16; Sarchiapone, M., Mandelli, L., Iosue, M., Andrisano, C., & Roy, A. (2011). Controlling access to suicide means. *International journal of environmental research and public health*, 8(12), 4550-4562; Palmer, E. J., & Connelly, R. (2005). Depression, hopelessness and suicide ideation among vulnerable prisoners. *Criminal Behaviour and Mental Health*, 15, 164-170; 김경화, 2011, 앞의 논문

46.0%가 미결수였으며, 9.9%가 입소 후 3일 이내, 42.0%가 3개월 이내에 자살을 한 것으로 보고하며, 이에 대한 원인으로 갑작스러운 구금에 대한 심리적 충격으로 자살을 한 것으로 보고 있다.¹²⁾ 미결수용자 중에서 재판 결과가 장기형이 예상되는 경우 장기형에 대한 불만과 신병비관 및 절망감 등으로 인해 자살할 확률이 높아질 수 있다(김용호, 2017). 미결수용자의 재판에 대한 불만과 중형구형에 대한 두려움이 그 다음으로 높은 자살 동기로 나타났다(교정본부, 2012).¹³⁾

반면 김옥기와 송문호(2015)의 연구는 전과 3범 이상이고 장기수(예, 사형수, 무기수, 10년 이상 장기 수형자)인 수용자들의 자살비율도 높다고 보고하며, 이에 대한 원인으로 반복되고 오랜 수용기간에 따른 가족관계의 단절, 처지비관 등으로 정상적인 사회생활을 하지 못하는 것에 대해 비관하는 것이 주된 이유라고 설명하였다. 사형이 확정된 수용자는 사형집행에 따른 불안감과 심리적 공포로 인한 정신적 고통, 장시간의 수용기간으로 인한 가족 및 지인과의 관계 단절이 초래되며 일반인들에 비해 자살률이 10배정도 높고 교정시설에 있는 다른 수용자들 보다 자살률이 몇 배 더 높은 것으로 나타나고 있다(전영실, 신연희, 2009; Lester & Tartaro, 2002).

Bonner(1992)는 스트레스 취약성 과정에 대해 설명하였고 특정 개인이 “준비되어 있지 않고, 기술이 불충분하고, 수감에 효과적으로 대처할 수 있는 자원이 부족한” 상태에 대해 가설을 세우고 외로움, 고립, 소외와 같은 특정 위험 요인은 대처가 붕괴되었을 때 특히 강하게 나타나고 개인을 취약한 상태로 만들며 부정적인 생활사건의 충격에 노출시킬 수 있다. 그리고 이러한 요인들과 사건의 상호작용이 정서적인 붕괴를 일으키고 특정한 조건에서 자살행동을 이끌 수 있다”(p.415).¹⁴⁾

12) Sherman, L. G., & Morschauser, P. C. (1989). 앞의 연구논문; 김옥기, 송문호. 2015. 앞의 논문

13) 교정본부 (2012). 자살사고 분석 및 방지 대책. 과천: 법무부

14) 김옥기, 송문호. 2015. 앞의 연구논문; 전영실, 신연희 (2009). 앞의 연구논문; Lester, D., & Tartaro, C. (2002). Suicide on death row. *Journal of Forensic Science*, 47(5), 1-4; Bonner, R. L. (1992). Isolation, seclusion, and psychosocial vulnerability as risk factors for suicide behind bars. In R. W. Maris, A. L. Berman, J. T. Maltzberger, & R. I. Yufit (Eds.), *Assessment and prediction of suicide* (pp. 398-419). New York: Guilford Press; Goss, J. R., Peterson, K., Smith, L. W., Kalb, K., & Brodey, B. B. (2002). Characteristics of suicide attempts in a large urban jail system with an established suicide prevention program. *Psychiatric Services*, 53, 574-579.

나. 정신건강 및 신체질환과 관련된 특징

1) 정신장애와 관련된 특징

Marcus와 Alcabes(1993)는 뉴욕 교정국에서(New York City Department of Corrections) 구류 중에 자살한 48명의 개인적 특성에 대해 조사한 결과, 52%가 정신과적 진단을 받았고, 46%가 정신과 치료를 받은 적이 있는 입원 환자 또는 외래 환자였다. Goss 등(2002)의 연구에서 대규모 도시에 있는 교도소에서 자살을 시도했던 124명의 수용자들의 특성에 대해서 조사한 결과, 일반 수용자(비 자살 시도자)들의 경우 15%만이 정신질환을 가지고 있는 것에 비해, 자살 시도를 했던 수용자들 중에 77%가 정신질환을 가지고 있다는 것을 발견했다. 또한 Weierich와 Nock(2008)는 경계선 성격장애 환자의 경우 비자살적 자해 행동과 연관이 있다고 밝혔다. Patterson(1983, as cited in Sherman & Morshauser, 1989, p.122)은 “어떤 정신병이든 판단이나 합리적인 사고가 심각하게 손상되거나 망상이나 환각을 경험한다면 환자에게 위험을 초래할 수 있다.”고 언급하였다. 그러므로 특정한 정신병이나 사고장애의 증상은 자살위험의 예측에 중요한 요인이라고 볼 수 있다.¹⁵⁾ 국내 연구에서도 우울증이 개인적 변인 중 가장 강력한 자살사고의 위험요인으로 수용자의 자살생각에 영향을 미치고 있음을 발견하였고(구규욱, 2011), 우울과 반사회적성향을 함께 가지고 있는 수용자가 우울이나 반사회적성향 중 하나만 가진 집단이나 통제집단보다 절망감과 자살생각이 높았다(이봉건, 이규휘, 2012).¹⁶⁾

15) Marcus, P. & Alcabes, P. (1993). Characteristics of suicides by inmates in an urban jail. *Hospital and Community Psychiatry*, 44, 256-261; Goss, J. R., Peterson, K., Smith, L. W., Kalb, K., & Brodey, B. B. (2002). Characteristics of suicide attempts in a large urban jail system with an established suicide prevention program. *Psychiatric Services*, 53, 574-579; Weierich, M. R., & Nock, M. K. (2008). Posttraumatic stress symptoms mediate the relation between childhood sexual abuse and nonsuicidal self-injury. *Journal of consulting and clinical psychology*, 76(1), 39; Sherman, L. G., & Morschauser, P. C. (1989). 앞의 연구논문을 참조.

16) 구규욱. (2011). 앞의 논문; 이봉건, & 이규휘. (2012). 우울-반사회적 성향 재소자의 기질 및 정서 특성과 자살생각. *교정연구*, (55), 103-126.

2) 알코올 등 물질남용과 관련된 특징

Green 등(1993)은 캐나다 교도소 자살 사망 수용자(n=133)의 65%가 알코올남용의 병력이 있으며, 54%는 약물남용의 병력이 있다는 것을 발견하였다. 국내의 경우 윤명숙(2011)의 연구에서 음주행위가 많을수록 자살생각이 증가한다는 것과 알코올 중독자의 자살생각에 음주가 정적으로 유의미한 영향을 미친다는 것을 확인하였다.¹⁷⁾

3) 우울증 등 기분장애와 관련된 특징

한국 교정시설 수용자의 MMPI 우울 척도 점수는 많이 높은 편은 아니었지만, 표준 점수가 70점 이상인 수용자 비율은 일반인의 2배였으며, 2번 이상 수용경험을 가진 수용자의 우울 점수는 첫 입소 경험을 한 수용자 보다 유의미하게 높은 것으로 나타났다(이수정, 서진환, 이윤희 2000). Burtch와 Ericson(1979)은 캐나다 최대 보안 교도소에서 발생한 96건의 자살 사례 중 30%가 우울증 전력이 있었다고 보고하였다. 홍성열(2008)의 연구에서는 특히 자살과 가장 깊은 관련성을 갖는 우울증에 교도관들이 높은 관심을 보여야 한다고 주장하였다. 우울 증세가 지속되는 경우 죽고 싶다는 생각을 지속적으로 하게 되므로 약물 치료 혹은 복용을 거부하거나 반응성이 떨어질 수 있고 이런 경우, 자살에 직접적으로 영향을 미칠 수 있다. 자살을 시도하기 직전에 지속적으로 독거실에 수용해줄 것을 요구하거나 징벌로 인해 조사실에 수용된 경우가 다수(45.4%) 있었으며, 교정본부의 자료(2012)에서도 독거실과 조사·징벌실에서 자살사고 발생확률이 48.7%에 달한 것으로 볼 때 관리감독에 전반적으로 문제가 있어 보였다.¹⁸⁾

-
- 17) Green, C., Kendall, K., Andre, G., Looman, T., & Polvi, N. (1993). A study of 133 suicides among Canadian federal prisoners. *Medicine, Science and the Law*, 33, 121-127; 윤명숙. (2011). 알코올중독자의 자살생각에 미치는 음주의 조절효과. *정신보건과 사회사업*, 38, 113-140.
- 18) 서종환, 김경일. 2018. 앞의 논문; 이수정, 서진환, 이윤희(2000). MMPI 점수로 본 교도소 수형자들의 정신건강 문제 실태연구. *한국심리학회지: 일반*, 19(2). 43-62; Burtch, B. E., & Ericson, R. B. (1979). *The silent system: An inquiry into prisoners who commit suicide*. Toronto Centre of Criminology, Toronto, ON: University of Toronto; 홍성열. (2008). 앞의 논문; 교정본부. 2012. 자살사고 분석 및 방지대책 앞의 용역연구보고서.

절망감과 자살행동 간의 관계는 정신질환과 수용자 집단에서 반복적으로 나타났다(Chapman et al., 2005; Heisel, Flett, & Hewitt, 2003; Ivanoff & Jang, 1991; Mills & Kroner, 2004; Palmer & Connelly, 2005). Weishaar과 Beck(1992)은 자살행동과 절망감의 관계에 대해 입증한 문헌들을 검토하였고, 절망감이 우울보다 자살행동과 더 강한 관련이 있다고 결론지었다. 그들의 행동에 과도한 죄책감을 느끼는 개인들은 지나친 죄책감을 표현하지 않는 사람들보다 더욱 미래에 대한 절망감을 느끼는 경향이 있다.¹⁹⁾

다. 자살자해 관련 행동과 충동적 행동

1) 자살 및 자해 시도력

수용자의 자살 예측 연구에서는 자해 행위(self-harm)가 자살을 예측하는데 중요한 요인이 될 수 있다 지적하였고 수용자들이 갑자기 자해를 하거나 입소 전에도 자해 전력이 있는 경우 특별한 관리가 요구된다고 주장하였다(홍성열, 2008; 서종한 등, 2018; Cooper & Kapur, 2004; 이은진 & 김정연, 2016). 죽을 의도를 가지지 않은 상태에서 스스로에게 해를 가하는 비자살적 자해 역시 실제로 자살과 밀접한 관련이 있다. 자해행위를 부정적인 정서를 회피하거나 타인의 행동을 조정하는 등의 수단으로 사용하며, 이러한 효과가 줄어들게 되면 실질적으로 자살을 시도하게 만들 수 있다(Joiner, 2005; Nock & Prinstein, 2004; 서종한 등, 2018).²⁰⁾

19) Chapman, A. L., Specht, M. W., & Cellucci, T. (2005). Factors associated with suicide attempts in female inmates: The hegemony of hopelessness. *Suicide and Life-Threatening Behavior*, 35, 558-569; Heisel, M. J., Flett, G. L., & Hewitt, P. L. (2003). Social hopelessness and college student suicide ideation. *Archives of Suicide Research*, 7, 221-235; Ivanoff, A., & Jang, S. J. (1991). The role of hopelessness and social desirability in predicting suicidal behavior: A study of prison inmates. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 59, 394-399; Mills, J. F., & Kroner, D. G. (2004). A New Instrument to Screen for Depression, Hopelessness, and Suicide in Incarcerated Offenders. *Psychological Services*, 1(1), 83; Palmer, E. J., & Connelly, R. (2005). Depression, hopelessness and suicide ideation among vulnerable prisoners. *Criminal Behaviour and Mental Health*, 15, 164-170; Weishaar, M. E., & Beck, A. T. (1992). Clinical and cognitive predictors of suicide. In R. W. Maris, A. L. Berman, J. T. Maltzberger, & R. I. Yufit (Eds.), *Assessment and prediction of suicide* (pp. 467-483). New York: Guilford Press.

20) 홍성열. (2008). 앞 논문; 서종한, 김경일. 2018. 앞 연구논문; 이은진, 김정연. (2016). 앞 연구논문;

2) 충동적 태도와 행동

교정본부(2012)의 보고서 결과와 비슷한데, 자살 사망 수용자 중 과거 전과가 5범 이상인 경우가 18.5%였다. 충동성과 공격성 등으로 인해 교도소 내에서 징벌과 경고등을 받은 경우도 45.4%에 달하였다. 특히 우울-반사회적성향의 집단인 경우 특성분노와 상태분노를 많이 경험하였고 무망감과 자살생각이 그렇지 않은 집단보다 가장 높게 나타났다(이규휘, 이봉건, 2012). 또한 자살직전 보였던 촉발 위험요인을 다중응답 분석 한 결과 충동성과 관련된 위험추구 31%, 폭력적 행동 34.5%, 감정표출 41%, 극적인 기분변화 44.8% 등을 고루하게 보였다(서종한 등, 2018). Verona 등(2001)의 연구에서는 과거 자살시도 전력이 있는 남성 수용자의 경우에 충동성, 공격성, 자극추구, 반사회적 행동 성향이 높게 나타난다는 것을 밝혔다. 그러나 이 관계는 복잡하고 잘 이해되지 않는다. 일부 연구자들은 이러한 관계를 폭력이 매개한다고 보고하였으나(Brown et al., 1992), 다른 연구자들은 충동성과 자살위험성의 관계는 폭력성을 제외하여도(partialled out)이 관계가 나타난다는 것을 확인하였다(Plutchik & van Praag, 1995).²¹⁾

3) 자살 및 자해 의도와 계획

자살자와 비 자살자를 구별하기에 가장 정확한 방법은 각 개인의 자살사고를 조사하는 것이다(Sherman & Morschauser, 1989). 자살사고는 “자살위험, 자살에 대한 집착, 죽음을 원한다는 직접적인 표현, 자살계획의 간접적인 지표”를 포함한다

Joiner, T. E., Jr. (2005). *Why people die by suicide*. Cambridge, MA: Harvard University Press; Nock, M. K., & Prinstein, M. J. (2004). A functional approach to the assessment of self-mutilative behavior. *Journal of consulting and clinical psychology*, 72(5), pp.885; Nock, M. K., & Prinstein, M. J. (2004). 앞의 논문

- 21) 교정본부 (2012). 앞 용역 연구보고서; 이규휘, 이봉건 (2012). 우울-반사회적 성향 재소자의 기질 및 정서특성과 자살생각. *사회과학연구*, 29(1), 231-252; Brown, G. L., Linnoila, M. K., & Goodwin, F. K. (1992). Impulsivity, aggression, and associated affects: Relationship to self-destructive behavior and suicide. In R. W. Maris, A. L. Berman, J. T. Maltzberger, & R. I. Yufit (Eds.), *Assessment and prediction of suicide* (pp. 589-606). New York: Guilford Press; Plutchik, R., & van Praag, H. M. (1995). The nature of impulsivity: Definitions, ontology, genetics, and relations to aggression. In E. Hollander & D. J. Stein (Eds.), *Impulsivity and Aggression* (pp. 7-24). Chichester, England: Wiley

(Weishaar & Beck, 1992, p. 468). Sommers-Flanagan와 Sommers-Flanagan(1995)은 면담자가 개인의 자살률을 평가할 때 “우울증, 자살사고, 자살계획, 자기 통제력의 수준, 자살의도”(p.42)에 초점을 맞추어야 한다고 주장하였다. 마찬가지로 이들은 개인의 자살 사고의 빈도, 기간 및 강도를 조사해야 할 필요가 있다고 말하고 있다. 개인의 자살계획 평가는 방법, 도구의 이용 가능성, 특수성, 치명성의 네 가지 요인으로 이루어진다(Hatton & Valente, 1984; Sommers-Flanagan & Sommers-Flanagan, 1995). Hatton와 Valente(1984)는 “우리 문화에서 가장 치명적인 자살 방법은 총을 쏘는 것이고, 두 번째로 가장 치명적인 방법은 목을 매는 것, 세 번째로 치명적인 방법은 (칼 등으로)손목을 긋는 것이다.”(p.73)이라고 보고하였다. 또한 Joiner 등(2003)은 그의 연구에서 자살계획에 관련된 요인이 자살시도력과 자살로 인한 실제 죽음도 포함된다고 하였다.²²⁾

2. 본 연구의 목적

본 연구의 목적은 수용시설에서 자살로 사망한 수용자들의 자료와 관련 주변인들의 면담을 통해 자살위험요인을 탐색하고 규명하는데 있다. 좀 더 면밀한 분석을 위해 사례군과 비교할 수 있는 일반자살 사망자인 대조군을 두어 차별적인 위험요인을 찾고자 하는데 초점을 두었다. 더 나아가 미결과 기결 기간에 발생하는 자살패턴이 다른 점을 고려하여 사례군 집단을 크게 미결과 기결로 나누어 세부적인 수준에서 위험요인을 조사하고자 하였다. 전체적으로 일반자살 집단과는 자살 방식, 이유, 경험하는 생활 스트레스와 대처 등에 차이가 있을 것으로 보이며 사례군 중 기결과 미결 기간에서 경험하는 스트레스와 자살 전 촉발 요인이 다를 것으로 보인다.

22) Shneidman, E. & Farberow, N. (1965). 앞의 논문; Sommers-Flanagan, J., & Sommers-Flanagan, R. (1995). Intake interviewing with suicidal patients: A systematic approach. *Professional Psychology: Research and Practice*, 26, 41-47; Hatton, C. L., & Valente, S. M. (1984). Assessment of suicidal risk. In C. L. Hatton & S. M. Valente (Eds.), *Suicide: Assessment and intervention* (pp.61-82). Norwalk, CN: Appleton-Century-Crofts; Joiner, T. E., Steer, R. A., Brown, G., Beck, A. T., Pettit, J. W., & Rudd, D. M. (2003). Worst-point suicidal plans: A dimension of suicidality predictive of past suicide attempts and eventual death by suicide. *Behaviour Research and Therapy*, 41, 1469-1480

II. 방법

1. 사례군

2007년부터 2017년까지 11년 간 전국 교도소와 구치소에서 수용 중 자살 완료된 사례 일체를 검토하였다. 총 사례 수는 미결상태 55명(61.7%), 기결상태 34(38.2%) 명으로 총 89명이었다. 성별과 연령대 분포를 살펴보면, 89케이스의 자료 중 한 케이스만이 유일하게 여성(36세) 수용자였다. 이들 자살사망자의 연령 분포를 살펴보면 20대 이하가 8명(9%), 30대가 21명(23.6%), 40대가 31명(34.8%), 50대가 23명(25.8%), 60대가 4명(4.5%), 70대 이상이 2명(2.2%)으로 이 중40대가 가장 많은 것으로 나타났다. 자살 사망 수용자의 학력을 보면, 미결 상태의 수용자는 고등학교 졸업(12학년 기준) 이하가 30.9%, 중학교 졸업 이하가 14.5%, 대학교 졸업 이하가 10.9%, 전문대 졸업 이하가 9.1%, 초등학교 졸업 이하가 5.5%의 순으로 나타났다. 기결 상태의 수용자의 경우에는 고등학교 졸업 이하가 41.2%, 중학교 졸업 이하가 23.5%, 초등학교 졸업 이하와 전문대 졸업 이하가 각각 8.8%, 대학교 졸업 이하가 5.9%의 순으로 나타났다.

2. 대조군(일반 자살군)

심리부검을 통해 조사된 122명의 일반인 자살사망자 자료를 사용하였다. 이 자료는 서종한과 김정일 (2013, 2014)이 심리부검 프로토콜(서종한 등, 2012)을 활용하여 자살사망자의 사회인구학적 특징, 일반 정보, 군 관련 정보, 경제적인 상태, 과거 자살 및 자해 관련 특징, 정신건강, 주변인 특징 등 다양한 정보와 생활 스트레스 사건 등을 수집하여 분석하였다(심리부검에 대한 자세한 내용은 서종한과 김정일, 2013, 2014를 참고). 본 연구는 기관생명윤리(IRB: 210406-HR-SB-001-01) 심의 과정을 통과했다. 해당 정보는 이미 연례 보고서, 논문, 브리핑을 통해 공개된 정보들이다(서종한, 김정일, 2018). 연령대별 구성을 보면 20대 이하가 22명(청소년 5명 포함, 18%), 30대가 27명(22.1%), 40대가 27명(22.1%), 50대가 31명(25.4%), 60대

이상이 15명(70세 이상이 4명 포함, 12.2%)이었다. 남성 79명(64.7%) 여성이 43명(35.2%)으로 구성되었다. 학력 수준은 고졸 이하가 82명(67.27%)이었다. 결혼 상태를 살펴보면 미혼의 경우가 43명(35.2%)이었고 혼자 거주하는 경우가 21명(17.2%)이었다. 사망당시 무직인 경우가 45명(36.8%)이었고 12개월 이상의 무직의 경우는 47명(38.5%)이었다.²³⁾

3. 검토 자료와 추가 면담

신상정보 파일. 수형자 개별처우 계획서, 분류심사평가결과, 범죄경력증명서/회보서, 생활환경 조사서, 수감 중 상담 및 심리검사 결과(예, HAGOSR, KSORA, STATIC-99R), 수감 중 의료기록(예, 약물처방, 진단기록 등), 징벌 사실 및 결과, 동정기록, 교도소 입소 관련 본 사건, 피의자 신문조사서(경찰, 검찰 서류), 법원판결문 등을 참고로 하였다.

변사 수사서류. 교도소 내 자살과 관련된 내용, 교도소 내 발생 분석 보고서(성폭력 피해 경험 등), 변사 사건(예, 사망진단서, 변사사건결과보고서, 사건보고서), 부검감정서, 유서/일기, 주변인(수용자)진술조서, 참고인(접견가족, 접견지인, 담당교도관, 심리치료사, 진료의사 등)진술조서, CCTV등 영상자료, 사망 전 동정관찰 일지 및 기록 일체를 검토하였다.

추가 주변인 대면 면담. 정보가 누락되거나 확인이 필요한 경우 추가적으로 담당 교도관(10개 교도소 10명), 심리치료 담당자(4개 교도소 24명) 등을 만나 부가적인 면담을 실시하였다. 해당 서류 자료만으로 위험요인 도출이 어렵거나 정보가 불완전한 경우에는 정보제공자의 도움을 받아 이를 확인하는 방식이었다.

23) 서종환, 이창환, 김정일, 김성혜. (2012). 한국 자살사망자 특징: 사례-대조 심리부검 연구. 한국심리학회지: 일반, 31(2), 323-344; 대조군에 대한 구체적인 정보를 확인하려면 서종환, 김정일, (2013, 2014). 한국형 심리부검 체계 구축. 세종(서울): 보건복지부.

4. 탐색 변인추출

분석에 사용된 변인들은 앞서 서론에서 검토한 국/내외 선행 연구 결과를 중심으로 선택하였다. 구체적으로 살펴보면, a)자살행동 관련 항목(자살 방법, 시간, 장소, 도구, 계획성, 충동성, 도움요청 여부, 자살표현 대상자, 유서여부, 수용기간 등), b) 자살사망자 정신장애와 사회인구학적 특징(결혼상태, 직업, 정신장애 진단 등), c)과거 자살 및 자해시도 관련 행동 특징(자해 및 자살시도 경험, 횟수와 방법, 시기 등), d)자살 사망 수용자 생활 스트레스(자살 전 최근 경험한 생활 적응(징벌, 전과, 수용유무, 생활 부적응, ISPATHWARM, 충동적/부주의한 행동 등)을 중심으로 탐색적 수준에서 살펴보았다.

5. 분석 방법

본 연구에서는 IBM SPSS WINDOW 21을 이용하여 사례군과 대조군 혹은 사례군 중 미결과 기결 간에 승산비(Odds Ratio; OR)를 살펴보았다. 구체적으로 a)자살 행동과 관련된 항목, b)정신장애와 사회/인구학적 항목, c)과거 자살 관련 행동 항목, d)생활 적응 관련 항목, e)생활스트레스 항목으로 구분하여 OR을 검토하였고 추가적으로 X^2 -test, Fisher exact test, Phi(effect size) 등을 이용하여 분석하였다.

Ⅲ. 연구결과

1. 자살행동 관련 정보

〈표 1〉 자살행동 관련 항목

	사례군			대조군	Odds Ratio (95% CI)	x2/Phi or Fisher Exact
	미결	기결	전체	일반자살		
자살방법						
음독	1	1	2(2.24)	4(3.2)	0.67(0.12~3.78)	0.64
교사	52	32	84(94.3)	72(59)	11.66(4.41~30.82)*	33.4***/0.45
칼 등 도구 이용	1	1	2(2.24)	3(2.4)	0.91(0.14~5.57)	0.65
자살시간						
0~09	26	15	41(46.1)	38(31.1)	1.88(1.07~3.32)*	4.89*/.15
09~17	16	7	23(25.8)	41(33.6)	0.68(0.37~1.26)	1.47/0.08
17~0	12	24	36(40.4)	9(7.3)	8.52(3.83~18.98)*	33.55/0.48
자살장소						
주거/독방/거실(주거장소)	23	15	38(42.6)	70(57.3)	0.55(0.31~0.96)	3.87/0.15
화장실	29	17	46(51.6)	6(4.9)	13.43(6.05~29.77)*	52.42***/0.52
자살시 도구						
옷류	35	24	59(66.2)	2(1.6)	118(27.26~510.60)***	104.66***/7.70
타올류	5	2	7(7.8)	5(4)	1.99(0.61~6.51)	1.36/0.08
이불류	3	4	7(7.8)	0	-	-
끈류	7	7	14(15.6)	65(53.2)	0.16(0.08~0.32)*	30.98***/0.38
칼 등 뾰족한 도구	2	1	3(3.3)	3(2.4)	1.38(0.27~7.02)	1.00
자살 계획성	33	20	53(59.5)	64(52.4)	1.33(0.76~2.31)	1.05/0.07
충동성	13	10	23(25.8)	8(6.5)	4.53(1.91~10.72)	13.29/0.26
자살시 도움요청						
누구와의 접촉도 없었음	22	14	36(40.4)	86(70.4)	0.28(0.16~0.50)**	19.04***/0.30
근처 도와줄 수 있는 사람이 있었지만 도움요청은 하지 않았음	19	17	36(40.4)	21(17.2)	3.26(1.73~6.14)**	14.09***/0.26
자살사고표현(있음)	11	8	19(21.3)	93(76.2)	0.08(0.04~0.16)***	62.23***/0.54
자살표현대상자						
같은 방 동료	9	5	14(15.7)	4(3.2)	62.3(14.90~260.45)***	10.22**/.22
교도관 †	2	1	3(3.3)	-	1.24(0.10~14.25)	1
정신건강전문요	1	2	3(3.3)	4(3.2)	4.17(0.85~20.43)	0.09
가족지인	2	3	5(5.6)	77(63.1)	0.07(0.02~0.23)***	25.66***/0.48

	사례군			대조군	Odds Ratio (95% CI)	x ² /Phi or Fisher Exact
	미결	기결	전체	일반자살		
자살표현시기						
당일~하루 전	6	3	9(10.1)	7(5.7)	1.84(0.66~5.16)	1.41/0.08
7일~1개월 전	11	7	18(20.2)	21(17.2)	1.21(0.60~2.45)	0.31/0.04
1개월 전	3	2	5(5.6)	55(45)	0.07(0.02~0.19)***	39.38***/0.43
유서(있음)	37	16	53(59.5)	48(39.3)	2.26(1.29~3.96)*	8.42**/0.20
이유	19	9	28(31.4)	16(13.1)	2.24(0.99~5.01)	3.89*/0.20
사후처리	5	4	9(10.1)	9(7.3)	0.88(0.31~2.45)	1
가족유언	19	11	30(33.7)	21(17.2)	1.66(0.76~3.68)	1.66/0.13
억울함 호소	17	0	17(19.1)	1(8)	22.19(2.82~174.66)**	.000
죄책감	9	6	15(16.8)	1(8)	18.55(2.34~146.87)**	.000
사망시 독거여부 †	27	17	44(49.4)	24(19.6)	3.99(2.16~7.34)	20.88***/0.31
자살사망 시까지 수용기간 †						
<10일	7	1	8(8.9)	-	4.81(0.56~10.97)	0.14
<30일	14	4	18(20.2)	-	2.56(0.76~8.56)	2.44/0.17
1~12개월	31	8	39(43.8)	-	4.19(1.61~10.90)**	9.2**/0.32
1~5년	3	11	14(15.7)	-	0.12(0.03~0.47)**	11.47**/0.36
5년<	0	10	10(11.2)	-	-	0.000

⁺ 수용자의 경우 독거실에서 독거, 일반인의 경우 동거자 없이 혼자거주

[‡] 미결과 기결 간 비교; Bold - indicating significant difference between groups.

* $p<.05$, ** $p<.001$, *** $p<.000$; OR, Crude Odds Ratio; CI, Confidence Interval; Phi, effect size.

표 1은 자살사망자의 자살행동과 관련된 다양한 특징을 보여주고 있다. 자살방법을 살펴보면, 사례군은 대조군에 비해 교사의 비율이 상대적으로 높게 나타났다(OR=11.66, $x^2=33.4$, $p<.0001$). 수용 사망자 중 미결과 기결 상태 모두에서 교사(자교사 포함)이 각각 94.5%와 94.1%로 거의 대부분을 차지하였고 나머지 음독과 칼 등 도구를 이용한 방법이 각각 한건씩 나타났다. 이는 교도소 내에서 쉽게 구할 수 있는 자살도구인 옷이나 끈을 주로 자살 도구로 사용하기 때문인 것으로 파악된다. 수용자의 자살 사망 시각을 살펴보면, 사례군은 대조군에 비해 유의미한 수준에서 새벽에 더 많이 자살한 것으로 나타났다(OR=1.88, $x^2=4.89$, $p<.05$). 미결 상태의 수용자의 경우에는 0-4시가 25.5%로 가장 많았고 4-9시가 21.8%, 12-17시가 16.4%, 9-12시가 12.7%였고, 기결 상태의 수용자의 경우 4-9시가 26.5%, 12-17시와 21-0시가 각각 20.6%를 차지했다. 사망 장소를 살펴보면 사례군이 상대적으로

화장실에서 발생한 비율이 높았다($OR=13.43$, $x^2=54.4$, $p<.0001$). 미결과 기결 상태 모두에서 화장실이 각각 52.7%, 50%로 높게 나타났고 그 다음으로 주거방/독방/거실이 각각 41.8%와 44.1%를 차지하였다.

자살시 사용도구를 살펴보면, 전체적으로 사례군은 대조군에 비해 옷류 등에서 높은 승산비($OR=118$, $x^2=54.4$, $p<.0001$)를 반면 대조군은 사례군에 비해 끈류 등에서 높은 승산비($OR=.16$, $x^2=30.9$, $p<.0001$)를 보였다. 미결 상태의 수용자는 속옷/런닝/팬티/내복 등이 42.3%, 운동복/작업복/상의/하의가 21.2%, 수건/타월이 9.6%의 순으로 나타났고, 기결 상태의 수용자의 경우에는 속옷/런닝/팬티/내복 등이 55.9%, 끈 류(운동화 끈, 작업용 끈, 빨래 끈 등)가 14.7%, 운동복/작업복/상의/하의와 이불류가 각각 11.8%의 순으로 나타났다.

자살 사망시에 도움을 요청하였는지 여부에 대해 살펴보면, 대조군의 경우 자살시 누구와의 접촉도 없는 경우($OR=.28$, $x^2=19.0$, $p<.0001$)가 많은 반면 사례군의 경우 접촉은 존재했지만 직접적인 도움요청은 없었다($OR=3.26$, $x^2=14.0$, $p<.0001$). 미결 상태의 수용자의 경우 누구와의 접촉도 없었음이 40%, 도와줄 수 있는 사람이 있었지만 도움 요청은 하지 않았음이 34.5%, 도움을 요청했으나 적절한 도움을 받지 못함이 5.5%였다. 기결 상태의 수용자의 경우에는 도와줄 수 있는 사람이 있었지만 도움 요청은 하지 않았음이 50.0%, 누구와의 접촉도 없었음이 41.2%를 차지하였다.

직접적인 표현 여부에 대해 살펴보면, 사례군이 대조군에 비해 자살 전 사고 표현을 잘 하지 않는 것으로 나타났다($OR=.08$, $x^2=.044$, $p<.0001$). 자살에 대한 직접적인 표현을 하지 않은 경우가 미결 상태에서는 42.6%, 기결 상태에서는 52.9%로 나타났다. 표현을 한 경우가 각각 33.3%와 26.5%로 나타났다. 표현 대상자는 사례군의 경우 같은 방 동료($OR=62.3$, $x^2=10.2$, $p<.005$)에게 대조군의 경우는 가까운 지인이나 가족($OR=.07$, $x^2=25.6$, $p<.0001$) 등의 경우가 많았다. 미결과 기결 상태 모두에서 같은 방 동료에게 표현한 경우가 각각 30.0%와 33.3%로 가장 높았고, 접견 가족 혹은 지인이 각각 20%로 그 다음을 차지하였다. 나머지 교도관과 기타 표현상대는 각각 6.7% 씩으로 나타났다.

유서 유무와 내용 분포를 살펴보면, 사례군이 대조군보다 높은 비율로 유서를 남

졌고($OR=2.26$, $\chi^2=39.3$, $p<.0001$) 억울함($OR=22.19$, Fisher Exact=.000)과 죄책감/심리적 부담감($OR=18.55$, Fisher Exact=.000) 등의 내용을 많이 담고 있었다. 미결 상태의 수용자의 경우 자살 이유와 유언이 51.4%, 억울함이 45.9%, 죄책감이 24.3% 순이었고, 기결 상태의 수용자의 경우에는 유언이 68.8%, 자살 이유가 56.3%, 죄책감이 37.5%를 차지하였다. 또한 기결 상태의 수용자가 작성한 유서에는 억울함에 관련된 내용이 없는 것으로 나타났다. 유서를 작성한 경우에는 대부분 두 가지 이상의 항목이 포함되었다(37명, 70%). 독거 여부 분포를 살펴보면, 사례군이 대조군보다 독거(동거자 없이 혼자 방을 사용하는 형태) 비율 높게 나타났다($OR=3.99$, $\chi^2=20.88$, $p<.000$). 미결 상태의 수용자는 독거와 혼거가 각각 49.1%로 동일하게 나타났고, 기결 상태의 수용자는 혼거인 경우가 50%, 독거인 경우가 47.1%였다.

자살 사망까지의 수용 기간을 살펴보면, 미결 수용자는 1~12개월 미만(1년)이 56.4%로 가장 높게 나타났고, 20일 이하가 18.2%, 10일 이하가 12.7%의 순으로 나타났다. 기결 수용자는 60개월(5년) 이상이 29.4%, 12~36개월(1년~3년)이 26.5%, 1~12개월 미만(1년 미만)이 23.5%였다. 따라서 미결 상태의 수용자는 수용 기간이 1년 미만으로 짧을수록 자살을 더 많이 시도하는 것으로 나타났고(52명, 94.6%), 반대로 기결 수용자의 경우 절반 이상인 21명이(61.8%) 수용기간이 1년 이상일 때 자살을 시도한 것을 확인할 수 있다.

2. 자살사망자 정신장애 및 사회인구학적 특징

〈표 2〉 정신장애와 사회인구학적 항목

	사례군			대조군	Odds Ratio (95% CI)	x2/Phi or Fisher Exact
	미결	기결	전체	일반자살		
결혼상태						
기혼	24	12	36(40.4)	67(54.9)	1.24(0.71~2.19)	0.59/.05
미혼	12	5	17(19.1)	43(35.2)	0.43(0.22~0.82)*	6.59*/.18
이혼	12	12	24(26.9)	12(9.8)	3.38(1.58~7.22)**	10.67**/.22
직업(무직) +	20	8	28(31.4)	77(63.1)	0.26(0.15~0.47)**	20.63***/.31
공무원·사무직원	4	5	9(10.1)	15(16.3)	0.80(0.33~1.92)	0.66

	사례군			대조군	Odds Ratio (95% CI)	x ² /Phi or Fisher Exact
	미결	기결	전체	일반자살		
서비스판매	1	5	6(6.7)	20(16.3)	0.36(0.14~0.96)*	4.44/0.15
숙련기능직	4	4	8(8.9)	16(13.1)	0.65(0.26~1.60)	0.38
단순노무직 †	8	14	22(24.7)	13(10.6)	2.75(1.30~5.58)**	7.36*/0.19
자영업	8	6	14(15.7)	4(3.2)	5.50(1.74~17.36)**	0.002
정신장애 진단(있음)	19	13	32(35.9)	41(33.6)	1.19(0.62~1.96)	0.13/0.02
주요기분장애	12	10	22(24.7)	26(21.3)	1.21(0.63~2.31)	1.90/0.04
신경발달장애	8	9	17(19.1)	0	-	5.15
불안장애	4	0	4(4.4)	6(4.9)	0.90(0.24~3.32)	1
수면장애	3	5	8(8.9)	2(1.6)	5.92(1.22~28.61)*	0.019
조현병 등 기타 정신증	5	4	9(10.1)	9(7.3)	1.14(0.53~3.71)	0.61
알코올약물중독장애	1	1	2(2.2)	6(4.9)	0.68(0.06~7.63)	1
PTSD	1	1	2(2.2)	1(.8)	2.78(0.24~31.16)	0.57

+ 직업 유무는 입소 직전을 기준; † 농축산/어업 등 1차 산업을 포함

* $p < .05$, ** $p < .001$, *** $p < .000$; OR, Crude Odds Ratio; CI, Confidence Interval; Phi, effect size.

Bold - indicating significant difference between groups.

표2는 자살사망자의 정신장애와 사회인구학적(결혼과 직업) 특징을 나타내고 있다. 먼저, 결혼상태 살펴보면, 사례군이 미혼(OR=.43, $x^2=6.59$, $p<.05$)이 적은 반면 이혼 비율이 높게 나타났다(OR=3.38 $x^2=20.6$, $p<.001$). 미결 상태의 수용자는 기혼이 43.6%로 가장 많았고 그 다음 미혼 21.8%, 이혼 21.8%로 동일하게 나타났다. 기결 상태의 수용자의 경우에는 기혼과 이혼이 동일하게 35.3%로 나타났고, 그 다음으로 미혼이 14.7%, 재혼이 5.9%를 보였다. 직업 종류(수용자의 경우 입소직전을 기준)를 살펴보면, 사례군의 경우 대조군에 비해 단순노무직 종사자가 상대적으로 높게 나타났다(OR=.2.75, $x^2=7.36$, $p<.05$). 사례군 중 미결상태였던 경우에는 무직이 36.4%로 가장 많았으며 다음으로 자영업이 14.5%, 단순 노무직 근로자가 12.7%로 나타났다. 기결 상태의 경우는 단순 노무직 근로자가 32.4%로 가장 많았으며, 다음으로 최근 무직인 경우가 23.5%, 자영업이 17.6%, 서비스 근로자 및 판매 근로자가 14.7%였다.

정신장애 진단 분포에서, 사례군은 수면장애(정신과 진단기준)에서 대조군에 비해 높은 비율을 보였다(OR=5.91, fisher exact=.019). 사례군 중 미결 상태의 수용자는 신경발달장애(대표적으로 지적장애)가 47.4%, 우울장애가 42.1%, 양극성 장

애가 21.1%의 순서로 나타났다. 기결 상태의 수용자는 우울장애가 69.2%로 가장 높게 나타났으며 다음으로 수면장애가 38.5%, 신경발달장애가 15.4%로 나타났다. 이 중 두 가지 이상의 진단을 받았던 사람은 32명 중 18명으로 56.5%였으며, 그 중 3가지 이상의 진단을 받은 사람은 3명(15.6%)을 차지하였다. 우울장애와 수면장애를 함께 진단받은 경우가 7명(21.9%)으로 가장 많았고, 그 다음이 우울장애와 불안장애, 양극성 및 관련 장애와 정신분열이 각각 3명(9.4%)으로 나타났다.

3. 과거 자살 및 자해시도 관련 행동 특징

〈표 3〉 과거 자살 관련 행동 항목

	사례군		대조군		Odds Ratio (95% CI)	x ² /Phi or Fisher Exact
	미결	기결	전체	일반자살		
자살·자해 시도(있음)	10	11	21(23.5)	47(38.5)	0.49(0.26~0.90)*	5.25*/0.16
수용시설 내 †	7	8	15(16.8)	-	0.47(0.15~1.45)	1.75/0.14
수용시설 외 †	3	3	6(6.7)	-	0.59(0.11~3.13)	0.67
장소 및 위치						
거실·주거 공간	6	8	14(15.7)	40(32.7)	0.35(0.10~1.17)	0.10
화장실	3	2	5(5.6)	1(8)	10.82(1.12~103.81)*	0.02
기타	1	1	2(2.2)	6(4.9)	0.71(0.13~3.89)	1
시기						
3개월 이내	6	4	10(11.2)	17(13.9)	1.60(0.56~4.55)	0.79/0.11
3~12개월	3	0	3(3.3)	10(8.1)	0.61(0.15~2.52)	0.53
12~5년	0	2	2(2.2)	8(6.5)	0.51(0.09~2.65)	0.49
5년 초과	1	4	5(5.6)	13(10.6)	0.81(0.24~2.68)	0.11/0.04
횟수						
1회	7	7	14(15.7)	30(24.5)	1.13(0.38~3.35)	0.05/0.03
2회<	3	2	5(5.6)	14(11.4)	0.73(0.22~2.40)	0.26/0.06
5회<	1	1	2(2.2)	3(2.4)	1.54(0.23~10.00)	0
방법						
벽 등에 머라·얼굴박기	3	2	5(5.6)	0	-	0.001
뾰족한 도구·이용 상해	3	4	7(7.8)	7(5.70)	2.85(0.85~9.59)	0.10
목매기	1	1	2(2.2)	17(13.9)	0.18(0.03~0.89)	5.12/0.27
투신	0	1	1(1.1)	1(8)	2.3(0.13~38.63)	1
음독	2	3	5(5.6)	10(8.1)	1.15(0.34~3.92)	1
당시 주변인(있음)	4	5	9(10.1)	0	-	0.00

† 미결과 기결 간의 비교

* $p<.05$, ** $p<.001$, *** $p<.000$; OR, Crude Odds Ratio; CI, Confidence Interval; Phi, effect size.

표3은 자살사망자가 과거에 보인 자해 및 자살시도와 관련된 행동 특징을 나타내고 있다. 과거 자살 혹은 자해 시도에서는 오히려 대조군이 사례군에 비해 높은 비율의 자살 및 자해시도를 보였다($OR=.49$, $\chi^2=5.25$, $p<.05$). 사례군 중 미결 상태 수용자는 시도한 적 없음이 25.5%, 시도한 적 있음이 18.2%였고, 기결 상태의 수용자는 시도한 적 있음이 29.4%, 없음이 26.5%, 위협만 했음이 2.9%로 나타났다. 과거 자살 혹은 자해 시도 장소로는 사례군은 주로 화장실에서 많이 발생했고($OR=10.82$, Fisher Exact=.02) 미결 상태의 수용자는 주거/독방/거실 혹은 입소 전 이어서 장소를 확인할 수 없는 경우가 각각 11.5%, 화장실과 기타 장소가 3.8%를 차지하였고, 기결 상태의 수용자의 경우에는 주거/독방/거실이 22.2%, 입소 전 경험 이 16.7%, 화장실과 기타 장소가 5.6% 순서로 나타났다.

과거 자살 혹은 자해 시도 방법은 사례군이 벽 등에 머리를 받는 등의 자해 행동을 대조군에 비해 유의미한 수준에서 높게 나타났다(Fisher Exact=.001). 수용자 중 미결 상태의 수용자는 머리 등을 벽 등에 박기와 날카로운 물건을 이용하여 신체 부위 긁기가 33.3%, 음독이 22.2%, 목매기가 11.1%로 순이었고, 기결 상태의 수용자는 음독과 날카로운 물건을 이용하여 신체 부위 긁기가 30.0%, 나머지 방법이 각각 10%씩을 보였다.

과거 자살 혹은 자해 시도 시 주변 환경 부분에서는 사례집단의 경우 대조군에 비해 당시 주변에 사람이 있는 경우가 많았다(Fisher Exact=.000). 미결과 기결 상태의 수용자 모두 아무도 없었다는 응답이 24.1%와 21.1%로 가장 많았다. 미결 수용자의 경우 가까운 곳에 누군가 있었다는 응답이 6.9%, 같은 방에 누군가 있었다는 응답과 같은 집안에 누군가 있었다는 응답이 3.4% 순으로 나타났다. 기결 수용자의 경우에는 같은 집안에 누군가 있었다는 응답이 15.8%, 가까운 곳에 누군가 있었다는 응답이 10.5%순이었다.

4. 자살 사망 수용자의 생활 스트레스

〈표 4〉 생활 적응 관련 항목

	사례군			대조군	Odds Ratio (95% CI)	x ² /Phi or Fisher Exact
	미결	기결	전체	일반자살		
[기관내] 징벌 †	23	17	40(44.9)	-	.7 (.30~1.69)	.57/.08
싸움	5	7	12(13.4)	-	-	-
입실거부	5	6	11(12.3)	-	-	-
공무집행방해	2	4	6(6.7)	-	-	-
지시불이행	1	3	4(4.4)	-	-	-
부정물품소지	1	6	7(7.8)	-	-	-
전과유무(있음)	49	30	79(41.7)	2(1.6)	474(101.15~2221.07)***	165.15/***.88
1~3회	16	7	23(25.8)	2(1.6)		-
4~10회	23	15	38(42.6)	0	-	-
11회 이상	10	8	18(20.2)	0	-	-
과거 수용(있음)	55	30	85(95.5)	1(.8)	2571 (282.39~23411.45)***	187.17***/.95
1~3회	38	22	60(67.4)	1(.8)	-	-
4~10회	15	8	23(25.8)	0	-	-
11회 이상	2	0	2(2.2)	0	-	-
생활부적응	36	25	61(68.5)	54(44.2)	2.74(1.54~4.86)**	12.23**/.24
학대구타	6	1	7(7.8)	1(.8)	10.32(1.24~85.53)*	.10
죄책감	37	24	61(68.5)	4(3.2)	64.26(21.55~191.59)***	102.82***/.7
가족 간 단절·갈등	29	14	43(48.3)	32(26.2)	2.62(1.47~4.69)**	10.96**/.23
ISPATHWARM †						
자살관념	11	3	14(15.7)	110(91.6)	.02(.00~.04)	117.66***/.75
약물남용	0	0	0	50(40.9)	-	47.8***/.48
불안감/공황	45	24	69(77.5)	92(75.4)	1.25(.58~2.14)	.13/.02
간헐느낌	43	29	72(80.8)	99(80.3)	.98(.49~1.97)	1
무망감	43	29	72(80.8)	82(67.2)	2.0(1.07~3.95)*	4.89*/.15
절망감	37	28	65(73)	88(72.1)	1.04(.56~1.93)	.02/.01
고립/회피 등 감춰진 느낌	35	25	60(67.4)	101(82.7)	.43(.22~.82)*	6.72*/.18
도움포기 등 철회적행동	31	24	55(61.7)	83(68.6)	.76(.42~1.34)	.88/.06
분노	27	16	43(48.3)	49(40.1)	1.39(.80~2.41)	1.39/.08
극적인 기분변화	22	17	39(43.8)	49(40.1)	1.16(.66~2.02)	.28/.04
부주의한 행동	21	20	41(46)	26(21.3)	3.15(1.72~5.75)**	14.55*/.26
충동적 행동						
폭력적 행동	16	14	30(24.5)	5(4.0)	11.89(3.32~20.36)**	32.61***/.39
위험추구	14	13	27(30.3)	7(5.7)	7.15(2.94~17.36)**	23.04***/.33
가위눌림/악몽	11	3	14(15.7)	0	-	.000/.31
수면장애·불면	29	17	46(51.6)	52(42.6)	1.44(.83~2.49)	1.70/.09

† ISPATHWARM은 Ideation, Substance Abuse, Purposelessness, Anxiety, Trapped, Hopelessness, Withdrawal, Anger, Recklessness, Mood Change²⁴⁾ 의 두문자 배열.

‡ 미결과 기결간의 비교

* $p<.05$, ** $p<.001$, *** $p<.000$; OR, Crude Odds Ratio; CI, Confidence Interval; Phi, effect size.

Bold - indicating significant difference between groups.

표4는 자살사망자의 생활(교정시설과 일상적) 적응과 관련된 특징을 나타내고 있다. 자살 사망 수용자의 징벌 상태를 분석한 결과, 미결과 기결 간에 차이는 존재하지 않았다. 미결 상태의 수용자는 싸움과 입실거부가 각각 21.7%로 가장 높게 나타났고, 기결 상태의 수용자는 싸움이 41.2%, 입실거부가 35.3%, 공무집행방해가 23.5%로 나타났다. 전과유무를 보면 사례군이 대조군에 비해 월등히 높은 비율을 나타냈다(OR=474, $x^2=165.1$ $p<.000$). 구체적으로 살펴보면 미결 상태의 경우 1~3회가 32.7%로 가장 많았고 다음으로 7-10회가 24.5%, 4-6회가 22.4%로 나타났다. 기결 상태의 수용자의 경우에는 4-6회가 33.3%로 가장 높게 나타났으며 다음으로 1~3회가 23.3%, 7~10회와 11~15회가 각각 16.7%로 동일하게 나타났다.

또한 교도소 수용 경험을 살펴보면, 사례군이 높은 비율을 보이고 있다(OR=2571, $x^2=187.17$, $p<.000$). 미결과 기결 상태 모두에서 1~3회가 가장 높게 나타났다(61.7%, 69.2%). 기결 수용자의 경우 4~6회와 7~10회가 각 4명(15.4%)씩 이었고, 미결 수용자는 4~6회가 19.1%, 7-10회가 12.8% 순으로 나타났다. 한편, 11회부터 20회 수용된 자살 사망 수용자가 미결상태에서 2명 존재했다. 생활에 대한 적응 문제를 살펴보면, 사례군이 생활 과정에서 많은 문제를 경험하고 있는 것으로 나타났다(OR=2.74, $x^2=12.23$, $p<.001$). 사례군 중 미결 상태의 수용자는 적응 문제가 있었던 경우가 42.3%, 문제가 있었을 가능성이 존재하는 경우가 26.9%, 문제가 없었던 경우가 21.2% 순으로 나타났고, 기결 상태의 수용자는 문제가 있었을 가능성이 존재하는 경우가 38.2%, 문제가 있었던 경우가 35.3%, 문제가 없었던 경우가 17.6%를 차지하였다. 자신의 행동에 대한 죄책감과 심리적 압박감 여부를 살펴보면, 사례군이 전체적으로 높은 비율을 보였다(OR=64.26, $x^2=102.82$, $p<.000$). 사례

24) ISPATHWARM은 미국자살예방협회에서 공식적으로 자살과 관련된 위험요인으로 지정한 항목이다. 자세한 근거는 다음 문헌을 참고하라; Juhnke, G. A., Granello, P. F., & Lebrón-Striker, M.A. (2007). IS PATH WARM? A suicide assessment mnemonic for counselors (ACAPCD-03). Alexandria, VA: American Counseling Association; "Know the Warning Signs of Suicide". *Suicidology.org*. American Association of Suicidology. Retrieved February 3, 2016.

군 중 미결 수용자는 죄책감 및 심리적 압박감이 있었을 가능성이 있다는 응답이 37.7%로 가장 높았고 죄책감/심리적 압박감이 있었다는 응답이 32.1%였다. 기결 상태의 수용자는 죄책감/심리적 압박감이 있었다는 응답과 있었을 가능성이 있다는 응답이 동일하게 35.3%였다.

ISPATHWARM(자세한 내용은 Juhnke et al., 2007)의 경우 전체적으로 사례군이 무망감($OR=2.0$, $x^2=4.89$, $p<.05$)에서 높은 비율을 보인 반면 대조군은 자살관념($OR=.02$, $x^2=117.6$, $p<.000$), 고립/회피 등 간혀진 느낌($OR=.43$, $x^2=6.72$, $p<.05$)에서 상대적으로 높은 비율을 보였다. 충동적 행동의 경우 사례집단이 폭력적 행동($OR=11.89$, $x^2=32.61$, $p<.000$)과 위험추구($OR=7.15$, $x^2=23.04$, $p<.000$)에서 전체적으로 높은 비율을 보였다.

〈표 5〉 생활스트레스

생활스트레스 사건	사례군			대조군	Odds Ratio (95% CI)	x ² /Phi or Fisher Exact
	미결	기결	전체	일반자살		
판결 후 본인이 생각하기 과도한 형량 혹은 그러한 예측이나 기대	22	5	27(30.3)	0	-	42.44***/.45
가족과의 심각한 문제, 단절, 고립, 배신 등	10	9	19(21.3)	31(25.4)	.78(.41~1.51)	.52/.05
사고를 포함하여 신체적 질병 혹은 발생	6	10	16(17.9)	18(14.7)	1.26(.60~2.64)	.4/.04
최종 판결/구형 직전 상태	14	1	15(16.8)	1(.8)	24.52(3.17~189.54)**	18.88***/.30
교도소 내 징벌	9	5	14(15.7)	0	-	20.55***/.31
징벌 징계 관련 수사/조사 중	9	3	12(13.4)	2(1.6)	9.35(2.03~42.93)**	11.65**/.24
자신의 범죄로 인한 가족의 상황적 피해	6	3	9(10.1)	1(.8)	13.61(1.69~109.53)**	.000/.22
무가사형 징역형	3	5	8(8.9)	0	-	.000/.23
추가 형사상 범죄 및 다른 건에 대한 추가조사	6	2	8(8.9)	0	-	.000/.23
사동 내 동료들과의 갈등	4	3	7(7.8)	0	-	.002/.22
징역판결 이 후 최초 교도소 입소	5	0	5(5.6)	1(.8)	7.20(.82~62.76)	.084/.14
동거인이나 배우자와 심각한 논쟁	3	1	4(4.4)	31(25.4)	.13(.04~.40)**	16.27**/.28
지인(동거녀, 애인 등)의 심각한 문제, 단절, 고립, 배신 등	3	0	3(3.3)	20(16.3)	.17(.05~.61)**	8.99**/.21
사동 내 빈번한 따돌림·왕따·비방	1	2	3(3.3)	0	-	.073/.14

생활스트레스 사건	사례군			대조군 일반자살	Odds Ratio (95% CI)	x ² /Phi or Fisher Exact
	미결	기결	전체			
재정적 어려움(영치금 부족, 금전적 손실 등)	1	1	2(2.2)	66(54)	.01(.00~.08)**	63.34***/.55
이혼	2	0	2(2.2)	6(4.9)	.44(.08~2.25)	.47/.07
누범기간•가석방 중 추가 건으로 인한 입소	2	0	2(2.2)	0	-	.176/.11
폭행의 피해(성적, 신체적 등)	1	0	1(1.1)	1(.8)	1.37(.08~22.28)	1/.02

* $p<.05$, ** $p<.001$, *** $p<.000$; OR, Crude Odds Ratio; CI, Confidence Interval; Phi, effect size.

Bold - indicating significant difference between groups.

표 5는 자살 전을 기준으로 최근 사망자가 겪은 촉발 사건 혹은 경험을 나타내고 있다. 전체적으로 사례군의 경우 대조군과는 차별적으로 판결과 교도소 내 징벌, 추가 수사, 자신의 행동으로 인한 가족의 피해 등에 어려움을 보였다. 특히 판결 후 본인이 생각하기 과도한 형량 혹은 그러한 예측이나 기대($x^2=42.44$, $p<.000$), 최종 판결/구형 직전 상태($OR=24.52$, $x^2=18.88$, $p<.000$), 교도소 내 징벌($x^2=20.55$, $p<.000$), 징벌 징계 관련 수사/조사 중($OR=9.35$, $x^2=11.65$, $p<.001$), 자신의 범죄로 인한 가족의 상황적 피해($OR=13.61$, Fisher Exact=.000), 무기·사형 징역형(Fisher Exact=.000), 추가 형사상 범죄 및 다른 건에 대한 추가조사(Fisher Exact=.000) 등이 대조군에 비해 두드러져 보였다.

구체적으로 사례군 중 미결 상태의 수용자는 판결 후 과도한 형량을 받았거나 과도한 형량을 받을 것이라 예측한 경우가 40.7%로 가장 높게 나타났고, 다음으로는 최종 판결 혹은 구형 직전 상태가 25.9%, 가족과의 심각한 갈등이 18.5%로 나타났다. 기결 상태 수용자의 경우에는 신체적 질병이 30.3%, 가족과의 심각한 갈등이 27.3%, 교도소 내 징벌과 과도한 형량이나 그러한 예측, 교도소 내에서의 징벌, 무기/사형과 같은 징역형이 각각 15.2%로 동일하게 나타났다.

IV. 논의 및 함의

본 논문은 크게 수용 자살 사망자의 고유한 위험요인을 탐색적 수준에서 찾아보고자 하였다. 따라서 일반 자살 사례로 이루어진 대조군과 비교분석하였으며 통계적으로 유의미한 차이를 나타내는 위험요인을 확인할 수 있었다.

본 연구 결과 확인된 위험요인은 국내외 문헌과 일치하게도 포괄적으로 4가지 형태의 위험요인으로 분류할 수 있었다. 첫째, 생애 전반에 걸쳐 영향을 받아온 만성적 위험요인, 둘째, 정신병리와 정서적 불안정성 등과 같은 임상(병리)적 위험요인, 셋째, 자살 행동에 영향을 사전 혹은 그렇게 기대되는 촉진/촉발 위험요인, 마지막으로 자살직전 직/간접적으로 자살행동에 영향을 준 급성적 위험요인이다.²⁵⁾ 결과적으로 이런 구분은 국외 연구와 일치하는 분류이며 과거 교도소 수용자를 대상으로 연구했던 결과와 비슷한 결과이다(이에 대한 자세한 내용은 Fremouw, Perczel, & Ellis, 1990을 참고).²⁶⁾ 본 논의 부분에서는 이 네 가지 요인과 관련된 문헌 탐색뿐 아니라 이와 관련된 본 연구의 결과와의 관련성 등을 중심으로 살펴보았다.

만성적 위험요인

만성적 위험요인은 횡단 혹은 연대기적 수준에서 수용자가 교정시설(기관내)에 국한하지 않고 생애 전 기간에 걸쳐 경험하면서 보인 위험요인을 일컫는다. 대표적으로 수용시설 외(기관외)에서 경험했던 자해 및 자살시도 경력, 수용시설 내(기관내)에서 경험했던 자해 및 자살시도 경력을 들 수 있다. 이 점은 외국 문헌과 상당부분 합일점을 보이고 있는 부분으로 자살을 예측해 내는 가장 핵심적 위험요인이라 볼 수 있다(Sherman & Morschauer, 1989; 홍성열, 2008; 서종한 등, 2012). 또한 대인관계 특히 이성적 관계(intimate relationship) 중 배우자나 동거자와의 갈

25) 4가지 위험요인 유형에 대한 분류는 다음의 국외 문헌을 참고할 것 Fremouw, W. J., de Perczel, M., & Ellis, T. E. (1990). *Suicide risk: Assessment and response guidelines*. Elmsford, NY: Pergamon Press

26) Fremouw, W. J., de Perczel, M., & Ellis, T. E. (1990). *Suicide risk: Assessment and response guidelines*. Elmsford, NY: Pergamon Press.

등과 단절(설희원, 2014), 그 외의 대인관계(non-intimate relationship) 즉 교도관, 같은 방 동료 등 간 관계에서의 갈등과 다툼이다(김옥기 & 송문호, 2015). 특히 수용자가 수용 직전 경험했던 약물과 알코올 남용, 이로 인한 기능손상도 위험요인을 보일 수 있다(Green et al., 1993; 윤명숙, 2011).²⁷⁾

본 연구에서 대조집단 간 크게 차이는 없지만 미결과 기결 자살사망에게서 가장 높은 비율을 보였던 과거 정신병력 또한 위험요인으로 볼 수 있었다. 정신증과 관련된 증상, 특히 우울증 등과 같은 기분장애, 특히 수면장애, 마지막으로 지적장애와 같은 신경발달장애 등이 대표적인 경우라 말할 수 있다. 외국 문헌에서도 상당 부분 전생애 걸쳐 나타나는 정신병리적 문제와 자살 간의 관련성에 대해 비슷한 결과를 보여주고 있다(Blaauw et al., 2005; 교정 샘플은 Marcus & Alcabes, 1993; Goss et al., 2002; 구규옥, 2011). 특히 자살관념과 동시에 나타나는 충동적 태도와 무모한 행동을 보이는 경우 자살과 높은 연관성을 보였는데 수용시설에서는 계획적 자살보다는 충동적으로 무모하게 발생하는 패턴과 연관성이 있다고 볼 수 있다(Plutchik & van Praag, 1995; 서종한 등, 2018). 초기 경험 중 과거에 보호자로 받았던 외상경험, 학대, 방임, 강압적 분리 경험 소위 역기능적 양육 경험이 위험요인을 나타냈고 치료에 대한 거부 저항, 더 나아가 관리감독에 순응적이지 않은 태도와 낮은 치료 반응도도 일종의 위험요인으로 볼 수 있었다(자세한 문헌은 Sarchiapone et al., 2011; Palmer & Connelly, 2005; 김영화, 2010).²⁸⁾

27) Shneidman, E. & Farberow, N. (1965). 앞의 논문 참고; 홍성열. 2008. 앞의 논문참고; 서종한 등. 2012. 앞의 논문 참고; 설희원. (2014). 「범죄자 자살 위험성 평가척도인 DHS의 변별 기준점 추출 연구: ROC분석을 중심으로」. 석사학위 논문, 경기대학교 대학원; 김옥기, 송문호. 2015. 앞의 석사논문과 연구논문 참고;

28) Blaauw, E., Kerkhof, J. F., M., & Hayes, L. M. (2005). 앞의 논문 참고; Marcus, P. & Alcabes, P. (1993). 앞의 논문; Goss, J. R., Peterson, K., Smith, L. W., Kalb, K., & Brodey, B. B. (2002). 앞의 논문; 구규옥. (2011). 앞의 석사학위 논문; Plutchik, R., & van Praag, H. M. (1995). 앞의 연구논문; 서종한 등. 2018. 앞의 연구보고서; Palmer, Connelly. 2005. 앞의 논문 참고; 김영화. (2010). 앞의 석사학위 논문.

촉진/촉발 위험요인

이 요인은 자살 이전 자살 행동을 촉발시켰거나 그렇게 기대될 수 있는 사건(사망자가 그렇게 인지했다면)에 의해 현격한 기능적 손상과 적응 문제를 가져온 상황/환경적 요인을 말하는데 이런 경우 크게 미결과 기결 간에 일정 부분 차이점을 발견할 수 있었다. 김옥기와 송문호 (2015)의 연구결과 비슷한 맥락인데 미결의 경우 검사구형이나 최종판결 직/전후, 판결 이후 억울함과 심리적 부담감, 생애 첫 번째 내지 두 번째 판결 등이 일종의 촉발 요인으로 볼 수 있었다. 특히 기결기간의 수용자의 경우 김용호 (2017)가 그이 연구에서 지적한 바와 같이 무기형과 사형 상태, 반복적인 수감생활 등으로 인한 절망감과 무기력감이 자살과 관련된 상황 혹은 환경적 요인을 알 수 있었다.

본 연구에서 미결 혹은 기결과는 상관없이 전체적으로 최근 중요한 상실을 경험한 경우 이를테면 건강의 중요한 상실과 변화, 가족 간 단절 및 심각한 갈등 수준, 중요한 생활사건의 실패 및 좌절 등이 핵심적인 촉발요인으로 작용함을 알 수 있었다(구제적인 문헌에 대한 리뷰는 전영실, 신연희, 2009; Lester & Tartaro, 2002). Sherman과 Morschauser (1989)이 핵심적으로 제기하는 위험요인으로 수용시설 내에서의 심각한 상실은 자살의 위험성을 촉발한다고 주장하였다.²⁹⁾

최근 임상(병리적) 위험요인

이 경우 최근을 기준으로 수용자가 경험하는 정신병증의 악화와 이로 인한 급성 사고장애 등을 말할 수 있다(서종한, 김경일, 2018). 특히 최근, 경험하는 우울증 증상과 수면장애 등은 일종의 임상병리적 위험요인이다(이수정 등, 2000; Sherman & Morshauser, 1989, p. 122). 특히 본 연구에서 정서(Weishaar & Beck, 1992), 인지(Joiner et al., 2009), 행동(Verona et al., 2001) 등 전반적으로 나타나는 불안정성은 중요한 행동의 억제와 통제 기능 측면에서 탈억제 기제로 작용하여 역으로 충동

29) 김옥기, 송문호. 2015. 앞의 논문; 전영실, 신연희 (2009). 앞의 논문; Lester, D., & Tartaro, C. (2002). Suicide on death row. *Journal of Forensic Science*, 47(5), 1-4; Sherman, Morschauser (1989). 앞의 논문.

적 행동을 일으키는 중요한 기제로 이해될 수 있었다. 특히 자살이라는 극단적인 선택에 대해 합리적으로 판단하고 통제할 수 있는 기능에 손상을 일으킨다고 볼 수 있다.³⁰⁾

급성적 위험요인

이 위험요인은 자살 직전에 자살사망자가 급성적으로 경험한 일련의 스트레스와 개인적 경험을 말한다. 본 연구에서 자살 직전 수용시설 내에서 경험하는 스트레스를 보면 사고를 포함한 신체질병의 발병과 악화, 본 건 이외에 추가건 등으로 인한 수사, 징벌 등으로 인한 조사 및 독거방 수용 등이 대표적이었다. 이와 관련해서 Bonner (1992)가 스트레스 취약성에 대한 모델을 제시하면서 부정적인 생활사건과 충격에 대한 노출이 개별 수용자를 어떻게 정서적으로 붕괴 시키고 자살행동을 초래하게 하는지를 언급하였다.

또한 개인적 지지가 끊어지거나 치료 및 관리 감독에 대한 거부나 저항이 위험요인으로 나타날 수 있었다(Hall-Lande et al., 2007; 박지원, 1985; 구규욱, 2011). 특히 사례군과 대조군 구분 없이 자살 직전 보였던 자살관념과 의도 표현, 자살계획과 리허설은 가장 핵심적인 급성 위험요인으로 볼 수 있다(Sherman & Morschauser, 1989; Weishaar & Beck, 1992; 서종한, 김정일, 2018).³¹⁾

30) 서종한, 김정일. 2018. 앞의 논문; 이수정, 서진환, 이윤호.(2000). 앞의 논문; Weissman, M. M., Prusoff, B., & Newberry, P. (1975). Comparison of the CES-D with standardized depression rating scales at three points in time. New Haven, CT: Yale University and the National Institute of Mental Health; Joiner Jr, T. E., Van Orden, K. A., Witte, T. K., Selby, E. A., Ribeiro, J. D., Lewis, R., & Rudd, M. D. (2009). Main predictions of the interpersonal-psychological theory of suicidal behavior: Empirical tests in two samples of young adults. *Journal of Abnormal Psychology*, 118(3), 634; Verona, E., Patrick, C. J., & Joiner, T. E. (2001). Psychopathy, antisocial personality, and suicide risk. *Journal of abnormal psychology*, 110(3), 462.

31) Bonner, R. L. (1992). 앞의 논문; Hall-Lande, J. A., Eisenberg, M. E., Christenson, S. L., & Neumark-Sztainer, D. (2007). "Social isolation, psychological health, and protective factors in adolescence". 『*ADOLESCENCE-SAN DIEGO*』, 42(166): 265-286; Weishaar, M. E., & Beck, A. T. (1992). Clinical and cognitive predictors of suicide. In R. W. Maris, A. L. Berman, J. T. Maltzberger, & R. I. Yufit (Eds.), *Assessment and prediction of suicide* (pp. 467-483). New York: Guilford Press; 박지원(1985). 박사학위 논문; 구규욱. (2011). 앞의 석사학위 논문.

수용자 자살 방지를 위한 정책적 시사점

자살수용자 위험성 평가. 본 연구에서 도출된 위험요인은 향후 자살위험성평가 개발과 연구에 활용할 수 있는 중요한 근거를 제시할 수 있다. 분명 일반인 자살과는 다른 패턴과 형태를 반영하는 위험요인의 탐색은 결국 수용시설 내 자살 고위험군 탐색의 정확성을 높이고 이들에 대한 개입과 치료의 효율성을 제고할 수 있다. 국내에 아직 자살위험성을 사정할 수 있는 프로토콜과 매뉴얼은 존재하고 있지 않다. 다만 자살위험성과 관련하여 일반적으로 다면적인성척검사(MMPI-2R; 김용호, 2017), 교정심리검사(이수정 등, 2000), 개인성격검사(Personality Assessment Inventory; PAI, SUI SCALE; 김용호, 2017) 등을 활용하여 관련 위험성을 평가하지만 시간과 내용 해석적인 측면에서 제한점이 따를 수밖에 없었다. 앞에 제시된 검사는 문항이 너무 길고 자살과 관련성이 없는 척도가 불필요하게 포함되어 있어 결국 참여 동기가 약한 수용자의 피로도를 높여 결과의 신뢰성을 떨어뜨리게 된다. 특히 [계리적] 위험성평가 도구는 자기-보고자의 의도에 따라 허위성이 높아질 수 있으며 향후 신뢰도에 영향을 미칠 수 밖에 없다. 자살의도/사고가 있더라도 적극적으로 이를 피력을 하지 않는 경우나 허위로 숨기거나 부인할 경우 위험 수준을 탐색해낼 수 있는 방법이 없는 상황이다. 향후에는 본 연구에서 탐색한 위험요인을 기반으로 수용시설 현장에서 담당 실무자가 활용할 수 있는 자살위험성평가를 구성하고 관리 전략적 모색을 가능케 할 수 있을 것으로 보인다.³²⁾

자살수용자 개입과 근거기반 매뉴얼. 본 연구에서 밝혀낸 4가지 유형의 위험요인은 일종의 사전 위험징후로 볼 수도 있다. 수용자의 경우 자살행동을 할 때의 전형적인 정서, 언어, 행동 특성을 발견할 수 있다. 자살행동을 하는 수감자들에게 자살 위기개입을 하게 되는 경우, 다음과 같은 심리적 특성을 심도 있게 이해하는 것이 보다 더 효과적 개입이 될 수 있을 것이다. 행동, 정서, 언어적 표현에서 위험징후가 많이 나타날수록 ‘자살위험 임박성’을 나타낸다. 행동과 정서 표현에서 위험징후가

32) 이수정 등. 2011. 앞의 연구논문 참조; 김용호. (2017). 자살 위험 수용자의 심리유형 분석-교정심리검사 및 MMPI를 중심으로, 석사학위논문, 고려대학교 교육대학원

많이 나타날수록 ‘사례관리에서 우선순위’를 높게 잡고 관리 방안을 잡을 것을 권고한다. 행동, 정서, 언어적 표현 모두에서 위험징후가 많이 보일수록 ‘사례 재검토를 자주’ 갖고 상태를 주시하여야한다. 행동, 정서, 언어적 표현 모두에서 위험징후가 많이 보일수록 ‘심각한 자해 위험성’을 동반할 수 있다. 특히 유심히 살펴볼 것을 권고하며 ‘과거 자해나 자살시도가 있었던 경우’ 사례관리 계획에 주의를 둘 필요가 있다. 단, 행동, 정서, 언어적 표현이 높다고 해서 반드시 자살위험성이 높다고 판단할 수 없다. 반드시 과거 자살력, 위험성평가 결과, 상담결과, 기타 다른 심리검사 등을 종합적으로 고려하여 자살위험성을 고려할 것을 권고하는 바이다.

제한점

그럼에도 본 연구에서는 몇 가지 제한점이 존재하고 있다. 사례군과 대조군 간 주거지역과 성별차이가 존재했고 대조집단의 대표성 또한 한계점인 것으로 보인다. 두 번째, 서류파일로 이루어진 데이터를 검토하는 과정에서 특정 위험요인 항목에 대한 정보가 부족하거나 불완전한 것들이 있었다(예, 자살이유, 정신장애 등). 이 부분에 대해서는 유가족의 조사가 반드시 필요한 것도 있었지만 유가족 접촉이 불가능한 상황에서 관련 교도관과 주변인들의 진술에 의존할 수밖에 없었다. 따라서 이 과정에서 오류가 개입되었을 여지가 존재하고 있다. 결국 자료의 신뢰성을 해쳤을 가능성이 존재한다. 마지막으로 자살시도자와의 차이를 검증할 필요가 있다. 실제 자살시도자와 자살완료자간에 유의미한 차이가 있을 수 있기 때문에 이들 간에 대한 차이검증이 함께 동반될 필요가 있다. 이를 차이를 통해 자살시도자에 대한 차별적인 개입과 예방이 가능할 것으로 보인다.

참고문헌

- 고유나. (2016). 아동기 정서적 외상경험이 대학생의 우울 및 불안수준에 미치는 영향-자아탄력성의 조절효과를 중심으로. 청소년복지연구, 18(1), 105-132.
- 교정본부 (2012). 자살사고 분석 및 방지 대책. 과천: 법무부
- 구규욱. (2011). 「교정시설 수용자 자살 생각에 영향을 미치는 요인」. 석사학위논문, 아주대학교 대학원.
- 김경일, 서종한. (2013, 2014). 2013, 2014 심리부검 조사(연구용역과제). 세종: 보건복지부.
- 김영화. (2010). 남성 수형자의 아동기 외상과 자살사고의 관계: 우울의 중재효과. 충북대학교 석사학위논문.
- 김옥기, & 송문호. (2015). “교정시설 내 자살예방대책”. 「교정연구」, 68: 177-206.
- 김용호. (2017). 자살 위험 수용자의 심리유형 분석-교정심리검사와 MMPI를 중심으로, 석사학위논문, 고려대학교 교육대학원
- 김은정, & 김진숙. (2008). 상담일반: 아동기 정서적 외상경험과 우울수준간의 관계에서 정서조절곤란의 매개효과. 상담학연구, 9(4), 1505-1520.
- 박지원(1985). 사회적지지 척도 개발을 위한 일 연구, 박사학위논문, 연세대학교 대학원
- 서종한, 김경일. (2014, 2013). 한국형 심리부검 체계 구축. 과천(구, 서울): 보건복지부.
- 서종한, 이창환, 김경일, 김성혜. (2012). 한국 자살사망자 특징: 사례-대조 심리부검 연구. 한국심리학회지: 일반, 31(2), 323-344.
- 서종한. (2015). 심리부검: 나는 자살한 것을 후회한다. 서울: 학교재.
- 서종한, 김경일. (2018). 구조화된 판단모델 기반 자살위험성평가프로토콜 개발연구. 교정담론. 12(2), 33-68.
- 설희원. (2014). 「범죄자 자살 위험성 평가척도인 DHS의 변별 기준점 추출 연구: ROC분석을 중심으로」. 석사학위 논문, 경기대학교 대학원.

- 윤명숙, & 김서현. (2012). 대학생 외상경험이 자살생각에 미치는 영향과 관계만족도의 매개효과분석. 정신보건과 사회사업, 40(2), 5-31.
- 윤명숙, & 박아란. (2015). 청소년의 대인외상경험과 외상 후 성장의 관계에서 스트레스대처능력의 조절효과 검증. 청소년복지연구, 17(3), 239-261.
- 윤명숙. (2011). 알코올중독자의 자살생각에 미치는 음주의 조절효과. 정신보건과 사회사업, 38, 113-140
- 이경희, & 김지영. (2013). 研究論文 (연구논문): 청소년기 외상경험과 자살생각 관계에서 자기존중감의 조절효과.
- 이규휘, 이봉건 (2012). 우울-반사회적 성향 재소자의 기질 및 정서특성과 자살생각. 사회과학연구, 29(1), 231-252
- 이기범, 주해원, & 현명호 (2015). 아동기 학대와 자살사고의 관계에서 용서의 조절효과. Korea Journal of Youth Counselling, 23(2), 21-36.
- 이봉건, & 이규휘. (2012). 우울-반사회적 성향 재소자의 기질 및 정서특성과 자살생각. 교정연구, (55), 103-126.
- 이수정 서진환 이윤호(2000). MMPI 점수로 본 교도소 수형자들의 정신건강 문제 실태연구. 한국심리학회지: 일반, 19(2). 43-62.
- 이은진, & 김정연. (2016). 유치인과 재소자의 자살과 비자살적 자해에 대한 이해. 한국경찰연구, 15(1), 273-306.
- 이지언, & 정익중. (2013). 파도립 피해 경험이 우울과 자살생각에 미치는 영향. 학 교사회복지, 24, 219-239.
- 전영실, 신연희 (2009). 수용자 가족방문 실태 및 그 효과, 교정연구, 45, 279-303.
- 추경진, & 최종옥. (2015). 아동기 정서적 학대경험과 청소년기 자살생각 간의 관계: 자기체계 손상과 우울의 매개효과. 인간발달연구, 22, 83-103.
- 홍성열. (2008). 수형자의 자살 예측. 교정연구, (40), 35-54.
- Blaauw, E., Arensman, E., Kraaij, V. Winkel, F. W., & Bout, R. (2002). Traumatic life events and suicide risk among jail inmates: The influence of types of events, time period and significant others. *Journal of Traumatic Stress*, 15, 9-16.

- Blaauw, E., Kerkhof, J. F., M., & Hayes, L. M. (2005). Demographic, criminal, and psychiatric factors related to inmate suicide. *Suicide and Life-Threatening Behavior*, 35, 63-75.
- Bonner, R. L. (1992). Isolation, seclusion, and psychosocial vulnerability as risk factors for suicide behind bars. In R. W. Maris, A. L. Berman, J. T. Maltzberger, & R. I. Yufit (Eds.), *Assessment and prediction of suicide* (pp. 398-419). New York: Guilford Press.
- Brown, G. L., Linnoila, M. K., & Goodwin, F. K. (1992). Impulsivity, aggression, and associated affects: Relationship to self-destructive behavior and suicide. In R. W. Maris, A. L. Berman, J. T. Maltzberger, & R. I. Yufit (Eds.), *Assessment and prediction of suicide* (pp. 589-606). New York: Guilford Press.
- Burtch, B. E., & Ericson, R. B. (1979). *The silent system: An inquiry into prisoners who commit suicide*. Toronto Centre of Criminology, Toronto, ON: University of Toronto.
- Chapman, A. L., Specht, M. W., & Cellucci, T. (2005). Factors associated with suicide attempts in female inmates: The hegemony of hopelessness. *Suicide and Life-Threatening Behavior*, 35, 558-569.
- Conwell, Y., Duberstein, P. R., & Caine, E. D. (2002). "Risk factors for suicide in later life". 「Biological psychiatry」, 52(3): 193-204.
- Danto, B. L. (1973). *Jail house blues: A study of suicidal behavior in jail and prison*. Orchard Lake, MI: Epic.
- Fremouw, W. J., de Perczel, M., & Ellis, T. E. (1990). *Suicide risk: Assessment and response guidelines*. Elmsford, NY: Pergamon Press.
- Goss, J. R., Peterson, K., Smith, L. W., Kalb, K., & Brodey, B. B. (2002). Characteristics of suicide attempts in a large urban jail system with an established suicide prevention program. *Psychiatric Services*, 53, 574-579.
- Green, C., Kendall, K., Andre, G., Looman, T., & Polvi, N. (1993). A study of

- 133 suicides among Canadian federal prisoners. *Medicine, Science and the Law*, 33, 121-127.
- Greening, L., & Stoppelbein, L. (2002). Religiosity, attributional style, and social support as psychological buffers for African American and White adolescents' perceived risk for suicide. *Suicide and Life-Threatening Behavior*, 32, 404-417.
- Hall-Lande, J. A., Eisenberg, M. E., Christenson, S. L., & Neumark-Sztainer, D. (2007). "Social isolation, psychological health, and protective factors in adolescence". 「*ADOLESCENCE-SAN DIEGO*」, 42(166): 265-286.
- Hatton, C. L., & Valente, S. M. (1984). Assessment of suicidal risk. In C. L. Hatton & S. M. Valente (Eds.), *Suicide: Assessment and intervention* (pp.61-82). Norwalk, CN: Appleton-Century-Crofts.
- Heisel, M. J., Flett, G. L., & Hewitt, P. L. (2003). Social hopelessness and college student suicide ideation. *Archives of Suicide Research*, 7, 221-235.
- Isometsa, E. T. (2001). Psychological autopsy studies - a review. *European psychiatry*, 16(7), pp.379-385.
- Ivanoff, A., & Jang, S. J. (1991). The role of hopelessness and social desirability in predicting suicidal behavior: A study of prison inmates. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 59, 394-399.
- Jacobs, J., & Teicher, J. D. (1967). "Broken homes and social isolation in attempted suicides of adolescents". 「*International Journal of Social Psychiatry*」, 13(2): 139-149.
- Joiner Jr, T. E., Van Orden, K. A., Witte, T. K., Selby, E. A., Ribeiro, J. D., Lewis, R., & Rudd, M. D. (2009). Main predictions of the interpersonal-psychological theory of suicidal behavior: Empirical tests in two samples of young adults. *Journal of Abnormal Psychology*, 118(3), 634.
- Joiner, T. E., Jr. (2005). *Why people die by suicide*. Cambridge, MA: Harvard

University Press.

- Joiner, T. E., Steer, R. A., Brown, G., Beck, A. T., Pettit, J. W., & Rudd, D. M. (2003). Worst-point suicidal plans: A dimension of suicidality predictive of past suicide attempts and eventual death by suicide. *Behaviour Research and Therapy*, 41, 1469-1480.
- Lester, D. L. (1992). Alcoholism and drug abuse. In R. W. Maris, A. L. Berman, J. T. Maltzberger, & R. I. Yufit (Eds.), *Assessment and prediction of suicide* (pp. 321-336). New York: Guilford Press.
- Lester, D., & Tartaro, C. (2002). Suicide on death row. *Journal of Forensic Science*, 47(5), 1-4.
- Marcus, P. & Alcabes, P. (1993). Characteristics of suicides by inmates in an urban jail. *Hospital and Community Psychiatry*, 44, 256-261.
- Mills, J. F., & Kroner, D. G. (2004). A new instrument to screen for depression, hopelessness, and suicide in incarcerated offenders. *Psychological Services*, 1, 83-91.
- Nock, M. K., & Prinstein, M. J. (2004). A functional approach to the assessment of self-mutilative behavior. *Journal of consulting and clinical psychology*, 72(5), pp.885.
- Palmer, E. J., & Connelly, R. (2005). Depression, hopelessness and suicide ideation among vulnerable prisoners. *Criminal Behaviour and Mental Health*, 15, 164-170.
- Plutchik, R., & van Praag, H. M. (1995). The nature of impulsivity: Definitions, ontology, genetics, and relations to aggression. In E. Hollander & D. J. Stein (Eds.), *Impulsivity and Aggression* (pp. 7-24). Chichester, England: Wiley.
- Polvi, N. H. (1997). Assessing risk of suicide in correctional settings. In C. D. Webster & M. A. Jackson (Eds.), *Impulsivity: New directions in research and clinical practice* (pp. 278-301). New York: Guilford Press.

- Qin, P., Agerbo, E., & Mortensen, P. B. (2002). Suicide risk in relation to family history of completed suicide and psychiatric disorders: A nested case-control study based on longitudinal registers. *Lancet*, 360, 1126-1130.
- Runeson, B., & Asberg, M. (2003). Family history of suicide among suicide victims. *American Journal of Psychiatry*, 160, 1525-1526.
- Sarchiapone, M., Mandelli, L., Iosue, M., Andrisano, C., & Roy, A. (2011). Controlling access to suicide means. *International journal of environmental research and public health*, 8(12), 4550-4562.
- Shneidman, E. & Farberow, N. (1965). The Los Angeles Suicide Prevention Center: A demonstration of public health feasibilities. *American Journal of Public Health*, 51, 21-26.
- Sommers-Flanagan, J., & Sommers-Flanagan, R. (1995). Intake interviewing with suicidal patients: A systematic approach. *Professional Psychology: Research and Practice*, 26, 41-47.
- Thompson M. P., Kaslow, N. J., Short, L. M., & Wyckoff, S. (2002). The mediating roles of perceived social support and resources in the self-efficacy-suicide attempts relation among African American abused women. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 70, 942-949.
- Tremeau, F., Staner, L., Duval, F., Correa, H., Crocq, M., Darreys, A., Czobor, P., Dessoubrais, C., & Macher, J. (2005). Suicide attempts and family history of suicide in three psychiatric populations. *Suicide and Life-Threatening Behavior*, 35, 702-713.
- Trout, D. L. (1980). "The role of social isolation in suicide". 「Suicide and Life-Threatening Behavior」, 10(1): 10-23.
- Tsuang, M. T. (1983). Risk of suicide in the relatives of schizophrenics, manics, depressives, and controls. *Journal of Clinical Psychiatry*, 44, 396-400.
- Verona, E., Patrick, C. J., & Joiner, T. E. (2001). Psychopathy, antisocial personality, and suicide risk. *Journal of abnormal psychology*, 110(3), 462.

- Weierich, M. R., & Nock, M. K. (2008). Posttraumatic stress symptoms mediate the relation between childhood sexual abuse and nonsuicidal self-injury. *Journal of consulting and clinical psychology*, 76(1), 39.
- Weishaar, M. E., & Beck, A. T. (1992). Clinical and cognitive predictors of suicide. In R. W. Maris, A. L. Berman, J. T. Maltsberger, & R. I. Yufit (Eds.), *Assessment and prediction of suicide* (pp. 467-483). New York: Guilford Press.
- Weissman, M. M., Prusoff, B., & Newberry, P. (1975). Comparison of the CES-D with standardized depression rating scales at three points in time. New Haven, CT: Yale University and the National Institute of Mental Health.

The Study of Risk Factors for Suicide : Focus on comparison between general suicide and inmates' suicide

Sea, Jong-han*

The study aimed to explore differential risk factors for suicide in prisons. For the purpose, we sampled all of the suicidal cases(n=89) happened for the last eleven years(2007~2017). Also, we attempted to compare these case samples with control group, which is general suicide(n=122). Specifically, we examined the items related to five question domains such as suicide behaviors, mental disorder and demographic information, last suicide behaviors and self-injury, life-adaptation, and life stress event. As a result, we identified four risk-factor domains; like chronic risk factor, clinical risk factor, precipitating risk factor, and acute risk factors. Chronic risk factor domain included 10 sub-risk factors, clinical risk factor domain had two sub-risk factors, precipitating risk factor domain had two sub-risk factors, and lastly acute risk factor domain had five sub-risk factors. The findings could be used for inmates' risk assessment and crisis-invention manual for inmates' suicide prevention. Implication for the use of risk factors for suicide are further discussed.

❖ Keyword: suicide, inmate, risk factor, prison

* Senior Researcher, Mental Health, Law, and Policy Institute, Department of Psychology, Simon Fraser University

법정에 선 정신장애 : 형사책임능력에 대한 의료지식과 법적 결정

유 진*

국 | 문 | 요 | 약

정신장애가 있는 피고인에 대한 형사책임능력판단은 법과 의학이라는 두 전문영역이 교차하는 지점에서 이루어지며 정신장애에 대한 형사사법체계의 반응이 가장 가시적으로 선언되는 장면이라고 할 수 있다. 본 연구는 2014년부터 2016년까지 판결이 선고된 형사사건 222건을 대상으로 감정인과 법관의 직업적 관점이 판단의 차이를 낳는지 살펴보고, 어떠한 요소가 형사책임능력판단에 영향을 미치는지 분석하였다.

연구결과, 피고인의 형사책임능력에 대한 감정인의 의견과 법관의 판단이 일치한 비율은 88.3%로 과거에 비해 현저히 증가하였으며, 정신의학적 증상인 판단력 이상이 감정인과 법관의 판단에서 공통적으로 가장 중요한 예측변인으로 나타났다. 이 결과는 법관뿐만 아니라 감정인들도 사물변별능력과 관련되는 증상의 유무와 정도를 중심으로 감정의견을 형성함으로써 두 전문가 집단이 비교적 균일한 판단기준을 공유하고 있음을 보여준다. 또한, 피해의 심각성과 피고인의 주거환경 변인이 법원의 결정에 영향을 미치는 요소로 나타나, 피고인의 책임능력이 단순히 정신상태에 대한 의학적·법적 판단을 통해 확정되는 것이 아니라 재판에 참여한 소송당사자들의 전략과 협상의 산물이라는 점을 시사하였다.

본 연구는 법조인과 의료인이라는 두 전문가 집단이 내부적으로 동질적이지 않으며, 형사절차에서 각자가 점하는 위치에 따라 처벌과 치료라는 두 영역의 명목적 기능을 넘나드는 다양한 관점과 태도를 취한다는 점에 주목하였다. 피고인의 책임능력에 대한 최종적인 법적 결정은 공판과정에 참여하는 행위자들이 발굴하고 구성하는 ‘사실’을 둘러싼 협상과정의 산물이라고 볼 수 있다. 그리고 이러한 협상에는 치료감호 등 부가처분에 대한 정책적 고려와 피고인에게 유리한 결과를 얻어내기 위한 변호전략, 나아가 사건의 중대성에 비례하는 소송경제 차원의 실용적 판단과 같이 형법조항에 규정되지 않은 요소들이 개입된다.

❖ 주제어 : 책임능력판단, 정신장애, 심신장애, 정신감정, 수사재판기록 조사

* 한국형사정책연구원 부연구위원, 과학기술학 박사

I. 서론

최근 몇 년 사이 발생한 부산 사회복지관 유아살인사건과 강남역 살인사건은 정신장애가 있는 피고인의 형사책임능력 인정여부가 재판의 쟁점으로 제기되면서 사회적 논란의 대상이 되었다. 앞의 사건은 2014년 12월 3일 부산의 사회복지관에서 발달장애 1급인 피고인이 만1세인 피해자를 3층에서 떨어뜨려 사망에 이르게 한 사건으로, 1심과 2심에 이어 최종심에서도 심신상실로 인한 무죄판결이 확정되었다.¹⁾ 2016년 5월 17일에 발생한 강남역 살인사건은 피고인이 생면부지의 20대 여성을 흉기로 찔러 살해한 사건으로, 범행발생 직후 언론을 통해 알려지면서 본 사건의 성격이 여성혐오 사건인지 아니면 소위 ‘묻지마 사건’으로 규정할 것인지를 둘러싸고 격렬한 사회적 논쟁을 불러왔다.²⁾ 결과적으로 1심 재판부는 피고인의 심신미약을 인정하여 무기징역에서 징역30년으로 감형하였고, 대법원은 원심판결을 그대로 확정하였다.³⁾ 이 사건들은 형사사법제도가 정당한 응보의 목적을 포기하였다는 비난과 함께 심신장애로 인한 형사책임감면에 대한 비판적 여론을 야기하였다.

정신장애와 범죄가 얽혀있는 사건은 형사사법기관에 대한 사회적 불신이 드러나는 계기가 되기도 하는데, 이와 관련하여 정신장애가 있는 자의 형사책임능력을 어떻게 판단할 것인지 그 기준과 방법이 명확히 확립되어 있지 않다는 점이 지적되기도 하였다.⁴⁾ 정신장애인의 형사책임능력에 대한 구체적인 판별기준이 미비하다는 점은 법관의 자의적인 판단과 재량권 남용에 대한 우려로 이어질 수 있다. 이러한 법관의 자의적 판단을 제한하는 장치로서 중요한 역할을 담당하는 것이 정신감정이다. 특히, 정신장애인에 의한 범죄사건이 사회적 이슈가 되면서 보다 정확한 판단을 내리기 위한 정신감정의 역할은 더욱 중요해진다.

1) 대법원 2016. 11. 24. 선고 2016도10110 판결. 이 사건 피고인에 대한 치료감호 청구는 1심에서 기각되었으나 2심과 최종심에서 치료감호가 선고되었다.

2) 김민정, “‘묻지마 범죄’가 묻지 않은 것: 지식권력의 혐오 생산”, 『한국여성학』 제33권 제3호, 2017.

3) 대법원 2017. 4. 13. 선고 2017도121 판결. 법원은 징역형과 함께 치료감호를 선고하고 20년간 위치추적 전자장치 부착명령을 부과하였다.

4) 정세종·신관우, “법원의 심신장애인 판단경향과 시사점: 판결문 분석을 중심으로”, 『한국범죄심리연구』 제13권 제4호, 2017, 178면.

이처럼 정신장애인에 의한 범죄사건이 주목을 받고 정신감정의 역할이 중요해지고 있음에도 불구하고 법원의 심신장애 판단과 정신감정에 대한 경험적 연구는 지금까지 거의 이루어지지 않았다. 이에 대한 소수의 기존연구는 주로 2000년 이전에 이루어져 그 이후의 변화를 확인할 수 없다는 한계가 있다. 본 논문은 최근 피고인의 책임능력이 쟁점이 된 사건에서 감정인과 법관이 어떻게 판단을 내리는지 경험적으로 분석하는 것을 목적으로 한다. 이를 위해, 2014년부터 2016년까지 선고된 형사사건 가운데 정신감정이 시행된 사건 222건에 대해 수사재판기록을 조사하여 자료를 수집하였고, 이를 토대로 감정결과와 법관의 판단에 영향을 미치는 요인들을 분석하였다.

본 연구에서 제기하고자 하는 질문은 크게 두 가지이다. 첫 번째 질문은 정신장애인의 형사책임능력 판단이 사법과 의학이라는 두 전문영역이 교차하는 지점이라는 것에 주목한다. 정신장애로 인한 책임능력의 손상은 ‘의학적 평가’에 기반한 ‘법적 판단’을 요하는 사안이다. 고도로 전문화된 두 영역의 지식이 동시에 요구되는 문제가 제기되었을 때, 이는 각 영역에 속하는 전문가들 사이에서 협업의 장이 되는 동시에 직업적 관점의 충돌을 야기할 수 있다. 그렇다면 실제 형사사건에서 감정인과 법관의 직업적 관점은 판단의 차이를 낳는가, 차이가 있다면 어디에서 나타나는가?

두 번째 질문은 법적 결정의 불확실성에 주목한다. 형사책임능력에 대한 법조문은 자신의 행동에 책임을 질 수 없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다는 근대형법의 기본 원칙을 구현하고 있다. 이러한 원칙이 법정에 회부된 개인에게 실제 적용되었을 때, 법조문이 개별 사례에 대한 법적 결정으로 이어지는 과정에는 여러 가지 불확실성을 낳는 요소들이 개입하게 된다.⁵⁾ 무엇보다 심신장애 판단은 피고인의 정신과정에 대한 평가이며, 범행 당시 피고인의 정신상태를 직접 관찰할 수 없다는 점에서 사후적 추정의 성격을 지닌다. 그렇다면 직접증거가 존재하지 않는 ‘법적 사실’은 어떻게 확정되며, 여기에 개입되는 요소는 무엇인가?

논문은 크게 6절로 구성된다. 2절에서는 연구의 배경적 논의로서, 형사절차에서 책임능력판단의 의미, 정신의학적 진단과 법적 판단의 성격, 그리고 정신감정과 판

5) 이상수, “범형식주의에 대한 비판과 극복: 범현실주의, 법과사회운동, 비판법학”, 김명숙 외, 『법사회학, 법과 사회의 대화』, 다산출판사, 2013.

결에 대한 기존의 경험적 연구들을 살펴볼 것이다. 3절에서는 본 연구에서 사용한 자료와 분석방법을 서술하고, 4절에서 감정인과 법관의 책임능력 판단에 대한 로지스틱 회귀분석 결과를 제시한다. 이어서 5절에서는 분석결과에 대한 해석과 함의를 논의하고, 마지막으로 결론에서는 연구결과의 요약과 시사점을 제시하겠다.

II. 배경적 논의

1. 형사절차에서 정신장애와 책임능력판단의 의미

정신장애가 있는 자가 저지른 범죄사건에서 피고인의 책임을 어디까지 물어야 하는가? 이 문제는 위법행위에 대한 응보의 목적에서 국가가 부과하는 형벌을 정당화하는 근거인 책임능력과 관련된다. ‘책임없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다’는 책임주의는 18세기 이후 형성된 근대형법의 근간을 이루는 기본원칙이다. 인간의 보편적인 자유의지를 전제로 하는 책임주의 원칙은 스스로 옳고 그름을 판단한 바에 따라 행위할 능력이 없는 자는 비난할 수 없으며 따라서 형벌의 대상이 될 수 없다고 본다.⁶⁾ 이에 따라, 정신장애로 인하여 범죄를 저지른 자는 법원의 판단에 의해 범죄행위에 대한 책임을 감면받을 수 있다.

한편, 1980년 사회보호법이 제정되면서 마련된 치료감호제도는 심신상실로 무죄 판결을 받거나 심신미약으로 형을 감경받은 자가 재범의 위험성과 치료의 필요성이 있다고 인정되면 치료감호시설에 구금하여 치료를 받도록 하고 있다.⁷⁾ 또한, 2015년 10월에 치료감호법이 개정되면서 도입된 치료명령제도에 따라 범죄를 저지른 자에게 법원이 정신의학적 치료를 받도록 명령할 수 있다.⁸⁾ 이외에도 범죄가 발생한

6) 주호노, “형법에 있어서의 기본원칙”, 『경회법학』 제51권 제3호, 2016, 135-136면.

7) ‘치료감호 등에 관한 법률’(이하, 치료감호법) 제2조 제1항. 치료감호시설에 수용된 정신장애인은 2017년 12월 31일 기준으로 총 1,130명이며, 이 가운데 대다수인 1,083명이 공주에 위치한 치료감호소에 수용되어 있다(“치료감호소 수용자 현황”, e-나라지표, http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=2813, 2018년 8월 27일 최종검색).

8) 치료명령제도는 급고 이상의 형에 해당하는 죄를 지은 심신장애인이나 알코올·마약류에 중독된 자가 통원치료를 받을 필요가 있고 재범의 위험성이 인정될 때(제2조의3), 형의 선고 또는 집행을 유예하면서

직후 피의자가 급성 정신증 증상을 보이면 경찰이 ‘정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률’에 의거하여 피의자를 민간 정신의료시설에 입원시키는 경우도 드물지 않다.⁹⁾

이처럼 형사사법체계에서 정신장애는 형벌을 감면받을 수 있는 요소가 되는 동시에 치료감호와 치료명령이라는 보안처분의 근거가 되기도 하며, 일반 정신보건체계가 범죄자를 임시관리하는 수단으로 활용되기도 한다. 이러한 제도적 배열은 정신장애인에 대한 형사사법체계의 대응이 다양한 방식으로 이루어지고 있음을 단적으로 보여준다. 이를 고려해볼 때, 본 논문에서 다루는 형사책임능력 판단의 의미를 살펴보기 위해서는 범죄행위를 저지른 자의 정신장애가 형사절차에서 어떻게 포착되는지 전체적으로 조망해볼 필요가 있다.

먼저, 사건처리의 흐름을 구성하는 각 단계에서 정신장애가 가시화되는 비율을 살펴봄으로써 형사사법체계에서 정신장애가 어떻게 다루어지는지 가늠해볼 수 있다. 범죄사건에 대한 사법적 처리과정은 크게 경찰과 검찰의 수사단계, 그리고 법원에서 이루어지는 공판단계로 나누어볼 수 있다. 사건이 발생한 후 최초 수사단계를 담당하는 경찰이 집계한 통계에 따르면, 2016년에 검거된 1,847,605명 중 정신장애인은 8,287명으로 0.45%인 것으로 나타났다.¹⁰⁾ 이 가운데 경찰이 사건을 검찰에 송치하면서 기소의견을 제출한 경우는 7,672명으로 92.6%에 달했다.¹¹⁾ 이를 전체 검거인원 중 기소의견으로 검찰에 송치된 비율이 58.8%인 것과 비교해보면, 피의자가 정신장애인으로 확인된 사건 대부분이 검찰에 송치된 후 공판과정으로 진행됨을 짐

통원치료를 명령할 수 있도록 하고 있다(제44조의2).

9) 이러한 경우, 경찰관이 피의자의 가족 등 보호의무자의 동의를 얻어 ‘정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률’ 제43조에 따라 피의자를 입원시키거나, 동법 제44조에 의거하여 정신건강의학과전문의에게 피의자의 진단과 보호를 요청할 수 있다.

10) 경찰청, 『2016 범죄통계』, 2017, 432-433면. 경찰이 검거한 인원 중 정신장애인의 수는 2014년 6,265명, 2015년 6,980명에서 2017년 9,027명으로 지속적인 증가추세를 보였다. 그러나 일각에서 지적하듯이, 이를 통해 범죄를 저지르는 정신장애인의 수가 증가했다고 단언할 수 없으며, 정신건강에 대한 사회적 인식이 높아지면서 정신장애가 ‘발견’되는 경우가 증가한 측면이 있을 수 있다. 이와 관련하여, 20년 전인 1997년에 검거된 정신장애인은 2,566명으로 전체 검거인원 중 0.15%에 불과하였다(통계청, “범죄자 범행시 정신상태(1994-2010)”, http://stat.kosis.kr/statHtml_host/statHtml.do?orgId=132&tblId=TX_132_2009_H1112&dbUser=NSI_IN_132, 2018년 8월 21일 최종검색).

11) 경찰청, 위의 책, 630-631면.

작해볼 수 있다.

공소가 제기되어 형사재판에서 다루어진 사건에서 피고인의 정신장애가 쟁점이 된 사건의 현황은 공식통계로 집계되지 않으므로 간접적으로 추정해볼 수밖에 없다. 우선, 법원이 피고인을 전문감정기관에 유치하여 정신감정을 시행한 건수는 2016년에 521건이었는데, 피의자가 정신장애인인 사건 중 경찰이 기소의견으로 검찰에 송치한 경우가 7,672건인 것과 비교해보면 5.9%에 불과하다.¹²⁾ 마지막으로, 2016년에 판결이 선고된 형사사건에서 피고인의 심신장애 여부가 1심 판결문에 언급된 사건은 501건이었으며, 이 가운데 심신장애가 인정된 경우는 93건이었다.¹³⁾ 같은 해 1심 판결이 내려진 형사사건의 피고인은 총 268,510명으로, 이 중 심신장애가 인정된 경우는 0.03%에 그쳤다.¹⁴⁾

이처럼 형사사건의 처리흐름이 진행되면서 범죄를 저지른 자의 정신장애가 고려되는 범위가 점차 축소되어가는 양상을 볼 수 있다. 그리고 이러한 사건처리의 흐름을 구성하는 여러 단계 중 최종국면인 판결에서 정신장애인의 형사책임능력에 대한 판단이 이루어진다. 결국, 피고인의 책임능력이라는 쟁점은 정신장애에 대한 형사사법체계의 다양한 대응양식 가운데 극히 일부에 해당한다고 볼 수 있다.

그럼에도 불구하고 정신장애인의 형사책임능력이라는 법적 쟁점은 종종 언론의 주목을 받으며 사회적 파장을 낳기도 한다. 이는 범죄와 정신장애가 얽힌 사건들이 범죄자의 일탈성을 부각시키는 손쉬운 소재가 되는 동시에, 법정이라는 공적인 공간에서 상연되는 범죄와 응보의 드라마가 지닌 상징성 때문일 것이다.¹⁵⁾ 피고인의 심신장애 여부가 쟁점이 되는 사건은 단순히 ‘정신장애인이 저지른 범죄’를 다루는

12) 법원행정처, 『2017 사법연감』, 2017, 1023면. 정신감정은 형사사건의 피고인이 심신장애 상태에 있었는지를 확인하기 위한 목적 외에도 성폭력범죄자에게 성충동약물치료 등 보안처분을 부과하기 위한 목적으로도 시행된다. 또한, 형사재판에서 피고인의 정신장애를 보여주는 증거로 정신감정서 외에 일반 정신건강의학과와 진단서가 제출되는 경우도 상당수 있으므로, 정신감정 시행 건수는 형사사건에서 피고인의 형사책임능력이 쟁점이 된 사건의 현황을 정확히 반영하지는 않는다.

13) 최이문·이혜량, “정신장애 범죄자에 대한 법원의 책임능력 판단에 대한 연구(2014-2016)”, 『한국심리학회지: 법』 제9권 제1호, 2018, 48면.

14) 법원행정처, 앞의 책, 926면.

15) 조수영·김정민, “정신건강 및 정신질환에 대한 지상파 TV 뉴스 분석”, 『한국언론학보』 제54권 제5호, 2010, 198면; 이충순·이동윤·황용석, “주요 일간지에 보도된 정신질환자 범죄기사의 분석”, 『신경정신의학』 제35권 제5호, 1996, 1140면.

것을 넘어서 ‘정신장애를 범죄의 원인으로 볼 수 있는가’라는 질문을 제기한다. 위에서 살펴본 바와 같이, 정신장애인이 형사절차에 회부된 대부분의 사건들은 정신장애를 범행의 직접적인 원인으로 다루지 않고, 다만 피고인의 사정을 고려하는 일반 참작사유로 취급하게 된다.¹⁶⁾ 이와 달리, 책임능력이 쟁점이 되는 사건에서는 범행이 정신장애로 인한 것인가를 질문하게 되며, 여기에서 정신장애와 범죄의 관계는 공적인 변론의 대상이 된다. 즉, 책임능력 판단은 정신장애에 대한 형사사법체계의 반응이 가장 가시적으로 선언되는 장면이라고 할 수 있다.

2. 정신장애와 심신장애 : 정신의학적 진단과 법적 판단의 성격

정신장애인의 형사책임능력은 형법 제10조에 규정되어 있는데, 이에 따르면 “심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 없는” 심신상실자의 행위는 벌하지 않고 이러한 “능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경”하도록 하고 있다. 즉, 형법상 심신상실이나 심신미약이 인정되어 형을 감면받기 위해서는 첫째, 정신장애가 있고, 둘째, 이로 인하여 사물변별능력이나 의사결정능력을 상실하거나 “현저하게 감퇴된 상태”로 판단되어야 한다.¹⁷⁾

여기에서 ‘사물을 변별할 능력’은 “법규범의 명령·금지를 인식할 수 있는 통찰능력”¹⁸⁾ 또는 “사물의 선악과 시비를 합리적으로 판단하여 구별할 수 있는 능력”¹⁹⁾을 의미한다. 책임능력을 판단할 때 사물변별능력은 반드시 구체적인 법률적 지식을 바탕으로 위법성을 인지하는 능력을 뜻하지 않으며, 본인의 행위가 일반적인 사회적 규범을 위반하는 것인지 여부를 상식적 수준에서 판단할 수 있는 능력을 의미한다고 볼 수 있다.²⁰⁾ ‘의사를 결정할 능력’은 옳고 그름을 판단한 바에 따라 규범이

16) 최민영·유진, 『형사사법에서 정신감정의 신뢰성 제고 및 효과적 활용방안 연구』, 한국형사정책연구원, 2017, 217-218면.

17) 심신상실과 심신미약은 질적으로 다른 상태라기보다 정도의 차이로 볼 수 있다. 즉, 심신상실과 심신미약은 모두 법적 의미의 심신장애에 해당하고, 심신미약은 사물변별능력이나 의사결정능력이 결여된 정도는 아니지만 “현저하게 감퇴된 상태”를 의미한다(대법원 1984. 2. 28. 선고 83도 3007 판결).

18) 배종대, 『형법총론』 (제13판), 홍문사, 2017, 302면.

19) 대법원 1990. 8. 14. 선고 90도1328 판결.

금지하는 행위를 억제하고 “자기의 행위를 통제할 수 있는 능력”²¹⁾을 말한다. 즉, 의사결정능력은 어떠한 행위를 하고자 마음을 먹는 ‘결의’의 차원보다는 불법적 행동이 발현되는 단계에서 이를 제어할 수 있는 능력과 관련된다고 볼 수 있다.²²⁾

이처럼 심신장애는 법적 개념으로서, 의학적 개념인 정신장애와 일치하지 않는다. 즉, 정신장애에 대한 의학적 진단만으로 범죄행위에 대한 책임이 감면되지 않으며, 범행 당시 정신장애로 인하여 사물변별능력 및 의사결정능력이 결여되거나 감소되었을 때에만 법적인 의미의 심신장애로 인정된다.²³⁾ 이에 따라, 형사재판에서 피고인의 책임능력은 법관의 고유한 판단영역으로 구축되며, 법관은 정신건강의학과 전문의가 제출한 정신감정 결과를 참고하되 이에 구속되지 않고 독자적인 판단을 내릴 수 있다.²⁴⁾ 다만, 심신장애 개념이 정신장애로 ‘인하여’ 사물변별능력이나 의사결정능력이 손상된 상태를 의미한다는 점에서 정신의학적 진단은 심신장애 판단의 전제조건이라 할 수 있다. 따라서, 형사사건에서 정신장애인의 책임능력 판단은 우선 피고인의 정신장애에 대한 의학 전문가의 진단이 이루어진 후 이를 토대로 법관이 사물변별능력과 의사결정능력에 대해 판단하여 책임능력 존재 유무를 최종적으로 결정하는 구조로 이루어진다.²⁵⁾

심신장애와 정신장애의 구별은 개념적 차원뿐만 아니라 판단시점의 문제와도 연동된다. 형법 제10조에 따른 책임능력 판단은 피고인의 평상시 상태가 아니라 특정한 시공간에서 발생한 구체적 범죄행위에 대한 것이다.²⁶⁾ 즉, 피고인이 장기간 일상

20) 김형준, “충동조절장애자의 책임능력”, 『중앙법학』 제9권 제2호, 2007, 237면.

21) 대법원 1990. 8. 14. 선고 90도1328 판결.

22) 조병구, “형사책임능력 부존재에 관한 심리에서의 제 문제”, 『형사소송 이론과 실무』 제2권 제1호, 2010, 232-233면. 형법 제10조는 사물변별능력과 의사결정능력 중 하나라도 결여된 경우 심신상실로 규정하고 있다. 이처럼 법적인 의미의 심신장애를 구성하는 두 요소는 개념적으로 구분되지만, 실제 판결문에서 이를 명확히 나누어 각각의 능력에 대한 판단을 내리는 경우는 많지 않다(최이문·이혜량, 앞의 글, 44면). 다만, 형사사건에서 피고인이 사물변별능력은 존재하되 의사결정능력이 결여된 것으로 판단하여 심신상실이 인정되는 경우는 거의 없으며, 의사결정능력에만 문제가 있는 경우에는 주로 심신미약 감경을 받게 된다.

23) 대법원 2007. 2. 8. 선고 2006도7900 판결.

24) 대법원 1994. 5. 13. 선고 94도581 판결.

25) 김혁, “정신장애 의심자의 책임능력 및 형사제재의 판단구조에 관한 소고”, 『형사정책』 제29권 제1호, 2017, 20면; 박정성·김효진, “현행법상 심신장애의 판단기준에 관한 논의”, 『법과 정의』 제18권 제1호, 2012, 141면.

생활에 지장을 주는 정신장애를 앓아왔다 하더라도 재판에 회부된 범죄행위가 정신 장애로 인한 심신장애 상태에서 일어난 것인지 여부는 별도의 쟁점을 형성하게 된다. 정신장애 진단이 일반적으로 증상이 일정기간 지속되었을 때 내려지는 종단적 판단인 반면, 형사재판에서 심신장애 판단은 ‘사건 당시’라는 시간적 횡단면을 기준으로 한 판단인 것이다.

여기에서 정신장애 진단과 심신장애 판단의 간극이 발생하는 것은 한편으로 정신 의학의 특성과도 관련되어 있다. 신체적 질병을 다루는 의학 분야에서는 질병의 원인이 명확히 밝혀진 경우가 많고 이에 따라 병인을 기준으로 질병의 분류가 이루어진다. 반면, 정신의학 분야에서는 질병의 구체적 원인이 명확하게 밝혀진 경우가 많지 않다. 현재 사용되는 정신장애 분류체계는 병인이 아닌 증상에 기초하여 장애유형을 분류하는데, 이러한 점에서 정신장애의 진단명은 일군의 증상들로 구성된 일종의 ‘증후군’으로 볼 수 있다.²⁶⁾ 따라서 정신장애는 동일한 진단을 받은 경우라도 개인에 따라 증상의 발현양상은 다양하며, 증상이 환자의 행동에 미치는 영향은 선택적이고 가변적인 특성이 있다. 즉, 정신장애의 증상은 반드시 환자의 모든 행동에 영향을 미치는 것이 아니라 특정 행동에만 영향을 미칠 수 있으며, 이와 동시에 증상의 발현과 완화가 시기적으로 교차하며 굴곡을 보이기도 한다. 이처럼 선택적으로 발현되는 가변적 증상이 ‘사건 당시’ 피고인의 사물변별능력과 의사결정능력을 저하시켰는지를 파악하는 것이 형사책임능력 판단의 주요쟁점이라 할 수 있다.

이러한 정신장애의 특성과 판단시점의 문제는 형사책임능력에 대한 법적 결정의 불확실성을 야기할 수 있다. 기본적으로 정신의학은 직접 관찰할 수 없는 환자의 정신에서 일어나는 현상을 다루는 분야이다. 따라서 신체적 질병을 다루는 의학분야에서 객관적으로 측정하거나 관찰할 수 있는 질병의 물리적 표지를 확인함으로써 진단을 내리는 것과 달리, 정신의학은 환자의 주관적인 증상호소나 밖으로 드러나는 행동을 통해 정신상태를 간접적으로 추정함으로써 진단을 내린다. 마찬가지로, 피고인의 심신장애 상태는 육안으로 관찰할 수 있는 물리적 현상이 아니므로 그에 대한 물증이 존재할 수 없다. 즉, 심신장애는 현장에 ‘지문’을 남기지 않는다. 이처

26) 이인영, “책임능력에 대한 판단과 정신감정절차”, 『홍익법학』 제11권 제2호, 2010, 164-165면.

27) 민성길 외, 『최신정신의학』 (제5판), 일조각, 2011, 166면.

럼 피고인의 범행 당시 정신상태를 증명하는 직접증거가 없는 상황에서 이는 여러 가지 정황에 비추어 추정할 수밖에 없는 사안이 된다.

나아가, 이러한 추정은 범행 당시로부터 시간적으로 분리된 회고적 추정의 성격을 지닌다.²⁸⁾ 앞서 서술한 바와 같이 형사책임능력은 범행 당시를 기준으로 판단된다. 그런데 피고인의 책임능력에 대한 결정을 내려야 하는 법관은 사건이 발생한 지 수개월이 지난 후에야 피고인을 대면하게 되며, 가장 중요한 증거자료가 되는 정신감정 역시 사건 직후에 이루어지는 경우는 거의 없다. 일반적으로 정신감정은 경찰의 수사단계를 거쳐 검찰에 사건이 송치된 후 또는 공판단계에서 시행된다. 특히, 피고인의 심신장애 여부가 쟁점이 되어 항소심으로 진행된 경우에는 사건 발생 후 1년여의 시간이 흐른 뒤에 정신감정이 이루어지기도 한다. 이처럼 판단기준 시점과 관찰 시점의 간격이 정신장애 증상의 가변적 속성과 결합되었을 때, 이는 심신장애라는 법적 ‘사실’을 확정하는 데 불확실성의 요소로 작용하게 된다.

3. 감정인과 법관의 책임능력 판단

감정인과 법원의 판단에 대한 경험적 연구들은 대부분 정신감정을 담당하는 전문가들이 2000년 이전에 수행한 것들이다. 최상섭과 강순기의 연구는 공주치료감호소가 1987년 개청한 이후 1998년까지 10년 간 실시한 정신감정 1,422건에 대한 분석 결과를 제시하고 있다. 이에 따르면, 감정결과 심신상실로 판정한 사건은 597건으로 전체 사건 중 44.9%에 달하며, 심신미약은 546건(41%), 정상으로 판정된 사건은 188건(14.1%)이었다.²⁹⁾ 이 결과는 현재 형사사건 관련 정신감정을 대부분 맡고 있는 치료감호소의 초기 경향성을 보여주는데, 본 연구에서 수집한 자료에서 감정결과 심신상실로 판정된 사례가 거의 없는 것과 대조를 이룬다. 감정인의 판단경향이 변화하는 양상은 다른 연구에서도 보고된 바 있다. 김무진의 연구는 위의 연구와 같이 치료감호소에 의뢰된 정신감정 사례를 대상으로 하되, 시기적으로 2005년까지 확장하여 감정결과의 변화추이를 보여준다. 이에 따르면, 피감정인의 정신상태에 대

28) 이인영, 앞의 글, 164-165면.

29) 최상섭·강순기, “한국에서의 범법정신질환자의 현황에 대한 연구: 법무부 치료감호소의 11년간의 통계적 고찰”, 『대한법의학회지』 제22권 제2호, 1998, 39-40면.

해 심신상실로 판단한 감정결과의 비율은 1988년에 67%에 달하였다가 2005년에는 2.4%로 감소하였고, 심신미약은 같은 기간 6%에서 60.8%로 증가하였으며 정상으로 판정된 경우도 0%에서 36.7%로 증가하였다.³⁰⁾

치료감호소의 감정사례에 대한 연구들은 관련 연구 중 가장 대규모의 표본을 사용하였으나 법원에서 해당 피고인의 책임능력이 어떻게 이루어졌는지 추적연구를 하지 않음으로써 감정결과와 법원의 판단을 직접적으로 비교하는 데에는 한계가 있었다.³¹⁾ 감정인과 법관의 책임능력 판단의 일치율에 대한 경험적 연구는 치료감호소 외에 정신감정이 의뢰된 기관에 소속된 의사들이 수행하였는데, 이러한 기관들은 대부분의 정신감정 의뢰가 집중되는 치료감호소와 달리 소수의 사례를 담당한다. 따라서 이에 대한 연구는 상대적으로 소규모의 표본을 사용한 것이다.

서혁교와 강석현의 연구는 1977년부터 1984년까지 경북의대 신경정신의학교실에 정신감정이 의뢰된 사건 42건을 분석하였는데, 이에 따르면 감정인이 심신미약으로 판정한 사건에서 법원판결과 일치한 비율은 71.4%였으며 심신상실로 판정한 사건의 경우 일치율은 26.3%로 상당히 낮았다. 전체적으로 감정결과가 법원에서 받아들여져 같은 판단이 내려진 비율은 52.4%에 불과했으며, 판단이 불일치한 사건에서는 모두 법관이 감정인보다 피고인의 형사책임능력을 엄격하게 판단하였다.³²⁾ 이러한 결과는 최윤정·조지희·권정화의 연구에서도 유사하게 나타났다. 1990년부터 1997년까지 서울시립평병원에서 시행한 정신감정 75건과 법원의 판결을 비교한 이 연구에서는 정신감정 결과가 법원의 판결과 일치한 비율이 53.3%였으며 심신상실로 감정된 사건 중 법원에서도 심신상실로 판단된 사건 비율은 36.3%, 심신미약의 경우 73.0%로 나타났다.³³⁾

30) 김무진, “심신상실, 심신미약에 대한 판별준칙 제정에 관한 연구”, 『치료감호소 임상연구논문집』, 2006, 324면.

31) 최상섭·강순기의 연구에서는 정신감정을 받은 후 법원 판결에 따라 치료감호를 선고받아 치료감호소에 입소한 사례에 대해서만 법원의 책임능력 판단을 확인하였고, 이러한 방법에 의하여 의하여 심신상실에 대한 감정의견과 판결이 일치한 비율은 75.2%, 심신미약의 경우는 41.8%라는 결과를 보고하였다(최상섭·강순기, 앞의 글, 40-41면). 그러나 이는 법원에서 심신상실이나 심신미약으로 판단되어 형이 감면되었으나 치료감호가 선고되지 않은 경우는 포함되지 않은 결과로, 실제 감정결과와 법원 판단의 일치율은 이보다 높았을 것으로 짐작된다.

32) 서혁교·강석현, “정신감정이 재판에 미치는 영향”, 『신경정신의학』 제25권 제3호, 1986, 412면.

33) 최윤정·조지희·권정화, “형사적 정신감정결과와 법원 판결에 관한 고찰”, 『신경정신의학』 제37권

이처럼 감정인과 법관의 판단이 불일치하는 것에 대해 다양한 설명이 시도되었는데, 이는 크게 3가지로 나누어볼 수 있다. 첫 번째 설명방식은 법조인과 의료인이 상대방의 전문영역에 대한 이해와 지식이 부족하다는 인식을 토대로 하고 있다. 특히 전문적인 법률적 훈련을 받지 않은 감정인이 형사책임능력의 개념과 심신장애라는 법적 개념에 대한 이해가 부족할 수 있다는 점이 지적된 바 있다.³⁴⁾ 반면, 감정인의 입장에서는 심신상실과 심신미약을 판별하는 명확한 법적기준이 미비하다는 점이 강조되기도 하였다. 정신장애로 인한 책임능력 판단은 형법 제10조와 이에 대한 판례의 해석 외에 구체적인 판단요건과 판별기준이 확립되어 있지 않으므로, 감정인과 법관의 판단 불일치뿐만 아니라 법관들 간에도 판단이 달라질 수 있다는 것이다.³⁵⁾

두 번째 설명방식은 판단의 불일치가 단순히 다른 전문영역에 대한 이해부족에 기인한다기보다 두 전문가 집단의 직업적 관점 차이가 반영된 것으로 본다. 이에 따르면, 법관이 위법행위의 사실관계를 확인하고 이에 대한 규범적 판단을 내리는 반면, 의사는 환자의 치료를 직업적 가치로 삼는다. 그리고 이러한 차이는 동일한 행위를 치료해야 할 증상 또는 처벌해야 할 위법행위로 보는 관점의 차이를 낳는다는 것이다.³⁶⁾ 첫 번째 설명이 책임능력판단의 옳고 그름을 미리 전제한 뒤 감정인 또는 법관의 부정확한 판단의 원인을 설명하는 방식을 취하는 반면, 두 번째 설명은 두 전문가 집단의 직업적 관점이 지닌 상대적 동등성을 전제하며 각각의 관점에서 다른 판단이 나올 수 있음을 어느 정도 인정한다고 볼 수 있다.

이러한 설명방식은 감정인과 법관의 판단 차이를 의학과 법학의 사회적 기능과 전문가를 양성하는 과정에서 습득되는 관점의 차이로 설명하는데, 이는 의료인과 법조인 집단 전체를 비교할 때에는 어느 정도 타당할 수 있다. 그런데 형사사건과 관련된 정신감정은 소수의 의사들이 대부분 담당하고 있다. 또한, 정신감정은 피감

제5호, 1998, 910면.

34) 김혁, 앞의 글, 20면; 이해랑, “정신장애가 문제되는 피고인의 책임능력에 대한 판단”, 『2016년도 법적 판단과 의사결정론』, 사법연수원, 2017, 27면.

35) 최윤정·조지화·권정화, 앞의 글, 910면.

36) 최윤정·조지화·권정화, 위의 글; 박상식, “정신장애범죄자의 형사책임능력판단 기준에 관한 연구”, 『형사정책연구』 제18권 제1호, 2007, 133면; 신영호, “형사책임능력의 판단기준: 특히 감정의와 법관의 관계설정을 중심으로 한 법해석론”, 『비교형사법연구』 제3권 제1호, 2001, 71면.

정인을 감정기관에 30일 간 유치하여 24시간 면밀한 관찰을 통해 이루어진다. 이러한 점에서 형사사건의 정신감정은 환자의 주관적 증상호소 등에 의존하는 일반 정신건강의학과의 진단에 비해 엄격하게 이루어진다고 볼 수 있다. 따라서 범조인과 구별되는 의료인 전반의 직업적 특성이 정신감정을 담당하는 전문감정인에게 그대로 적용된다고 단정할 수 없는 측면이 있으며, 이는 경험적 연구를 통해 확인해볼 필요가 있다.

마지막으로, 세 번째 설명은 정신장애가 있는 범죄자에 대한 사회의 대응방식, 특히 형사사법적 처우를 담당하는 제도적 환경과 조건이 법관의 판단에 영향을 미칠 수 있음에 주목하고 있다. 예를 들어, 심신미약에 비하여 심신상실에 대한 감정결과가 법원에서 쉽게 수용되지 않는 경향은 치료감호제도가 도입되기 전에 강하게 나타났다. 이는 심신상실로 무죄판결을 받은 범죄자를 치료시설에 수용할 수 있는 제도가 부재한 상황에서 그대로 석방하는 것에 대한 부담이 컸기 때문이라는 것이다.³⁷⁾ 또한, 흉악범죄를 저지른 자에게 무죄를 선고하는 것이 “범감정”을 거스를 수 있다는 점에서 심신상실로 감정결과가 나오더라도 이를 배척하여 피고인에게 사법적 제재를 가하는 것으로 설명되기도 하였다.³⁸⁾ 이러한 설명방식은 법관이 피고인의 책임능력에 대해 판단을 내릴 때 피고인의 정신상태에 대한 판단뿐만 아니라, 정신장애가 있는 범죄자에 대한 치료적 처우제도와 관련된 정책적 판단, 그리고 ‘범감정’이라는 표현에 응축된 사회적 판단이 개입될 수 있음을 시사한다.

이상에서 살펴본 기존연구들은 정신장애인의 형사책임능력 판단에 대한 경험적 연구가 희소한 가운데 중요한 단서를 제공하고 있다. 기존연구 결과는 감정인과 법관의 책임능력 판단이 일치하는 비율이 높지 않음을 보여주면서, 이러한 판단의 불일치를 두 전문가 집단의 상호이해 부족, 직업적 관점의 차이, 제도적·사회적 요인이 개입한 결과로 설명하였다. 그러나 이 연구들은 시기적으로 20년 전에서 멀리는 40년 전의 자료를 토대로 하였으며 이 당시의 의학적·사법적 판단 경향에 대한 연구결과가 현재에도 유효하다고 보기는 어렵다. 특히 앞에서 살펴본 바와 같이, 심신상실과 심신미약에 대한 감정인과 법관의 판단경향은 시간이 흐름에 따라 현저한

37) 손용근, “정신장애자와 사법절차: 그 일반론 및 몇가지 현실적인 문제점들”, 『신경정신의학』 제 32권 제1호, 1993, 9면.

38) 손용근, 위의 글.

변화를 보이기도 하였다. 즉, 심신장애인의 책임능력을 규정하는 형법조항에 대한 해석과 판단기준은 시기적으로 달라질 수 있다. 이러한 점을 고려하여, 본 논문은 최근 3년 간 피고인의 책임능력이 쟁점이 된 형사사건을 대상으로 정신감정과 판결에 영향을 미치는 요인을 분석하였다.

Ⅲ. 연구 방법

1. 분석자료

피고인의 형사책임능력 판단과 정신감정에 관한 기존연구에서는 주로 정신감정서만을 자료로 사용하거나 판결문을 분석하였다.³⁹⁾ 그런데 정신감정서와 판결문을 따로 분석할 경우 법관의 판단에서 정신감정결과가 활용되는 방식을 파악하기 어렵다는 문제가 있다. 또한, 판결문은 수사 및 공판과정에서 생성된 증거자료 및 사건의 쟁점에 대한 언급을 상당부분 생략한 채 판결의 논거를 간략하게 제시하는 데 그치는 경우가 적지 않다.⁴⁰⁾ 따라서 판결문 분석을 통해서 피고인의 정신의학적 병력과 심신장애 항변이 제기된 맥락을 제대로 파악하는 데에는 한계가 있다. 이러한 정신감정서와 판결문 분석의 한계를 극복하기 위해, 본 연구에서는 정신감정서와 판결문을 포함한 수사재판기록을 조사하였다. 수사재판기록은 수사기관이 사건을 인지한 시점부터 최종 판결이 확정되는 단계에 이르는 과정에서 작성된 모든 수사기록과 공판기록, 증거자료가 포함되어 있다. 여기에는 정신감정서 외에도 피고인이 과거에 민간 병원에서 받았던 진료기록, 생활환경, 범행의 자세한 정황 등 판결문을 통해서 파악할 수 없는 정보가 담겨있다.

본 연구는 피고인의 심신장애 여부가 쟁점이 된 형사사건 가운데 정신감정이 시행된 사례를 대상으로 한다. 조사대상 사건은 다음과 같은 과정을 통해 선정하였다.

39) 판결문을 분석자료로 사용한 연구로는 정세종·신관우, 앞의 글; 최이문·이혜량, 앞의 글.

40) 이상돈, “형사소송에서 논증의무의 조절과 이성적 법정책: 공판조서와 판결서 작성의 편의주의적 간소화에 대한 비판”, 『법과 사회』 제9권 제1호, 1994, 175-176면.

우선, 2014년부터 2016년 사이에 서울과 6대 광역시의 법원에서 선고된 사건 중 판결문에 ‘정신감정’이라는 단어를 포함한 사건을 추출하였다. 이 가운데, 정신감정이 피해자에 대해 실시되었거나 본 사건 이전에 발생한 전과와 관련하여 작성된 정신감정서가 증거로 제출된 사건을 제외하고, 본 사건에 대해 피고인의 정신감정이 실제로 시행된 사건목록을 작성하였다.

정신감정은 일반적으로 피의자·피고인의 심신장애 여부를 파악하거나 치료감호를 청구하기 위해 시행된다. 그런데 치료감호 대상자는 형법 제10조에 따라 책임능력이 감면되는 심신장애인 외에도 마약·알코올과 같은 물질중독자나 소아성기호중, 성적가혹증과 같은 ‘정신성적 장애인’을 포함한다. 이 가운데 물질중독자나 정신성적 장애인은 반드시 심신장애가 인정되지 않더라도 치료감호를 선고할 수 있다.⁴¹⁾ 본 논문은 책임능력 판단에 대한 연구이므로 물질중독 또는 정신성적 장애로 인해 치료감호가 청구되고 피고인 측에서 심신장애 항변을 하지 않은 사건은 대상에서 제외하였다. 또한, 피고인이 심신상실로 인한 무죄 판결을 받은 경우는 책임능력 판단이 이루어진 사건이므로 대상에 포함하였지만, 심신상실이 아닌 범행의 사실관계가 증명되지 않아 무죄가 선고된 사건 역시 심신장애 여부에 대한 판단이 따로 이루어지지 않았으므로 제외하였다.

이러한 선정기준에 의해 조사대상 사건목록을 작성한 후, 수사재판기록이 보관된 각 검찰청의 기록열람 협조를 받아 해당 검찰청에 방문하여 기록을 조사하였으며, 위와 같은 과정을 거쳐 조사가 완료된 사건은 총 222건이다.⁴²⁾

2. 주요변수의 구성

가. 종속변수

분석의 종속변수는 감정인이 피감정인의 심신장애 여부에 대해 내린 판단과 법관이 해당 피고인의 심신장애를 인정했는지 여부이다. 정신장애 진단과 심신장애 판

41) 치료감호법 제2조 제1항 제2호, 제3호.

42) 분석자료는 한국형사정책연구원에서 2017년에 수행한 『형사사법에서 정신감정의 신뢰성 제고 및 효과적 활용방안 연구』에서 수집된 자료를 활용하였다(최민영·유진, 앞의 책).

단은 개념적으로 구분되며 각각 정신의학과 법의 영역에 속하지만, 실제 형사사건에서 전문감정인의 역할은 의학적 진단에만 국한되지 않는다. 형사사법기관이 정신건강의학과 전문의에게 정신감정을 의뢰할 때 정신장애의 진단 외에도 피감정인이 범행당시 심신장애 상태에 있었는지 여부에 대한 의견을 구하는 경우가 대부분이다.⁴³⁾ 즉, 형사책임능력에 대한 최종적인 판단은 법관의 영역이지만, 감정인 역시 형사책임능력에 대한 판단을 수행하고 있으며 감정인의 의견은 법관의 판단을 형성하는 데 중요한 증거로 사용된다.

피고인의 심신장애에 대한 판단은 형법 제10조 제1항에 따라 책임능력이 없는 것으로 판단되는 심신상실과 동조 제2항에 따라 책임능력이 감소한 것으로 판단되는 심신미약을 포함한다. 이에 따라, 정신감정 결과도 책임능력이 건재한 경우와 심신미약, 심신상실을 구분하여 제시된다. 그러나 본 조사의 대상 사건 가운데 감정인이 심신상실로 판단한 경우는 2건이며 법원에서 심신상실로 인정된 사건은 1건에 불과했다. 이를 별도의 범주로 구성하여 통계적으로 분석하기에는 사례수가 충분하지 않으므로, 심신상실과 심신미약을 합하여 심신장애가 인정된 경우 변수값 1을 부여하고 심신상실이나 심신미약이 인정되지 않은 경우는 변수값 0을 부여하여 심신장애 인정여부에 따라 이항변수로 구성하였다.

나. 독립변수

1) 정신의학적 특성

피고인의 정신의학적 특성 변인은 정신감정서에 기재된 사항을 토대로 구성하였다. 현재 정신감정은 민간병원에 감정을 촉탁하는 소수의 경우를 제외하면 대부분 공주 치료감호소에서 이루어진다. 정신감정서의 양식은 공식적으로 정해져있지 않지만, 치료감호소에서 통용되는 감정서식에 따라 동일한 형식으로 작성된다. 우선, 피감정인의 인적사항 및 공소사실과 범죄력이 형사사법기관에서 제공한 내용을 토대로 기재된다. 다음으로 피감정인 본인과 가족 등 주변인물들에 대한 면담내용을

43) 신관우, “실정법상 정신감정 제도의 고찰: 부산여중생 사건의 판결을 중심으로”, 『한국범죄심리연구』 제7권 제1호, 2011, 114면.

바탕으로 피감정인의 성장배경과 병력이 차례로 서술되어 있다. 피감정인의 정신상태에 대한 의학적 평가는 통상 30일간의 정신감정 기간 동안 정신의학적 검사와 면담, 관찰 등을 통하여 이루어진다. 그 결과는 9가지 세부 항목으로 나누어 ‘일반적인 외모 및 상태’, ‘의식과 지남력’, ‘사고과정 및 내용’, ‘감정상태’, ‘지각’, ‘기억력’, ‘지능과 일반적 지식’, ‘판단력과 병식’에 대한 감정인의 평가내용이 정신감정서에 기재된다. 이를 토대로 정신장애 진단이 내려지고, 마지막으로 형사책임능력에 대한 감정인의 의견이 기재된다.

본 연구에서는 정신감정서에 포함된 내용 가운데 정신장애 진단명과 판단력 및 감정상태의 이상 유무를 변인으로 사용하였다. 먼저, 정신감정서에는 ‘한국표준질병·사인분류’에 따른 진단명과 진단코드가 명시되어 있다. 한국표준질병·사인분류는 질병명을 중분류와 소분류체계로 구분하고 있는데, 여기에서는 중분류 체계를 활용하여 정신감정서에 언급된 세부 진단명을 6개 범주로 나누었다. 첫째, 조현병 스펙트럼 장애범주에는 ‘조현병’ 외에 ‘조현정동장애’, ‘망상장애’, ‘기타 비기질성 정신병장애’와 같이 망상과 환각 등 지각 및 사고기능의 이상증상을 보이는 장애가 포함된다. 둘째, 양극성 정동장애는 일반적으로 조울증으로 알려진 질병으로 우울증상과 조증이 번갈아 나타나며, 일반적으로 범죄가 발생하는 조울상태에서는 사고의 비약, 망상, 판단력 저하가 나타날 수 있다. 셋째, 알코올사용 장애 범주는 ‘알코올사용에 의한 급성중독’과 ‘알코올 의존증후군’이 포함되는데, 정신감정이 이루어진 사건에서는 일시적인 급성중독보다 만성적 의존증후군이 다수를 차지한다. 넷째, 인격 및 행동장애에 포함되는 진단명은 ‘인격장애’, ‘습관 및 충동장애’, ‘성선택장애’이며, 다섯째, 지적장애 범주에는 지능지수가 70미만인 경우 진단이 내려지는 ‘정신지체’와 ‘자폐증’ 등 발달장애를 포함시켰다. 여섯째, 그 외에 사전분석 결과 심신장애 판단과 유의한 관계가 나타나지 않은 진단명들은 기타로 분류하였다. 분석에 사용한 변인은 기타 범주를 기준으로 하여(변수값=0), 각 변인에 해당하는 진단을 받은 경우 변수값 1을 부여하였다.

정신장애 진단명 외에, 감정서에 기재된 세부 평가항목 가운데 판단력과 감정상태에서 나타나는 증상유무를 변인으로 사용하였다. 정신의학적으로 판단력은 상황을 평가하고 그에 적절하게 행동하는 능력을 말하는데, 일반적으로 사회적 판단능

력과 현실검증능력, 즉 현실과 비현실을 구분하여 자신이 체험하는 감각과 사고를 현실에 비추어 평가할 수 있는 능력을 포괄하는 의미로 사용된다.⁴⁴⁾ 판단력이 현저히 저하되는 등 이상증상을 보이는 경우는 법적인 의미에서 사물변별능력이 손상된 상태와 밀접하게 관련되며, 정서적 이상증상은 이로 인해 자신의 행위를 통제할 능력이 저하될 경우 의사결정능력과 관련될 수 있다. 분석에서 사용한 ‘판단력 이상’ 변인은 정신감정서에 피감정인의 판단력에 이상증상이 있는 것으로 기재된 경우 변수값 1을, 이러한 증상이 보고되지 않은 경우 변수값 0을 주었다. ‘정서 이상’과 관련하여서는 관련 평가항목에 감정상태가 매우 불안정하고 충동적인 경우와 우울감, 불안감이 심하고 상황에 부적절한 정서반응을 보이는 것으로 기재되면 변수값 1을 부여하고 이러한 감정상태의 이상이 특별히 관찰되지 않으면 변수값 0을 부여하였다.⁴⁵⁾

2) 사건 특성과 피고인의 개인력

판례는 피고인의 책임능력을 판단할 때 고려해야 할 사항들을 다양하게 나열하고 있는데, 이 가운데 본 연구의 조사자료에 대한 사전분석을 통하여 법관의 책임능력 판단과 유의한 상관관계가 있는 것으로 나타난 ‘범행의 계획성’과 ‘증거은폐’를 독립변인으로 사용하였다.⁴⁶⁾ 범행현장에 증거를 남기지 않기 위해 조치를 취하거나 증거인멸을 시도했는지 여부는 피고인이 범행 당시 본인의 행위가 규범에 어긋남을 인식하고 이로 인해 처벌 받을 가능성을 인지하고 있었는지 파악할 수 있는 근거가

44) 민성길 외, 앞의 책, 164, 167면.

45) 정신의학적 증상을 더미변수로 구성하지 않고 증상의 심각성을 반영한 서열변수로 구성할 수도 있을 것이다. 그러나 감정인에 따라 감정서를 작성하는 방식이 다를 수 있으며 경우에 따라 간략하게 언급된 증상내용을 연구자가 임의로 정도를 구분하는 것은 자의적인 판단이 개입할 수 있으므로 보다 명확하게 증상의 유무에 따라 더미변수로 구성하는 것이 적절할 것이다. 또한, ‘일반지식 및 지능’ 항목의 평가내용은 책임능력 판단의 중요한 예측변인이지만 정신장애 진단명 가운데 지적장애 범주와 거의 일치하여 공선성의 문제가 발생할 수 있으므로 변인에서는 제외하였다.

46) 판례는 정신장애의 “종류 및 정도, 범행의 동기 및 원인, 범행의 경위 및 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 증거인멸 공작의 유무, 범행 및 그 전후의 상황에 관한 기억의 유무 및 정도, 반성의 및 유무, 수사 및 공판정에서의 방어 및 변호의 방법과 태도, 정신병 발병전의 피고인의 성격과 그 범죄와의 관련성 유무 및 정도 등을 종합하여” 심신장애 여부와 정도를 판단하도록 하고 있다(대법원 1994. 5. 13. 선고 94도581 판결).

된다. 즉, 증거은폐 시도는 사물변별능력이 건재함을 의미하는 표지로 해석될 수 있다. 이와 관련된 내용은 판결문에 명시되어 있는 경우도 있지만, 그렇지 않은 경우 수사기록에서 범행 후 피고인의 행동을 기록한 부분을 검토하여 범행의 증거를 은폐하거나 은폐하려고 시도했는지 여부를 파악하였다.

‘계획적 범행’은 현행 양형기준에서 살인, 성범죄, 강도, 폭력범죄, 공갈, 공무집행방해의 형벌 가중요소로 규정되어 있다. 양형기준에 따르면, 범행도구의 사전 준비 및 소지, 사전 공모, 피해자 유인, 증거인멸의 준비, 도주계획의 사전 수립 중 하나 이상에 해당할 경우 계획적 범행으로 판단한다. 본 조사에서는 판결문에서 ‘계획적 범행’을 양형인자로 명시하거나 심신장애 판단 및 선고형의 결정에서 위의 요소를 논거로 언급한 경우 변수값 1을 부여하고 이에 해당하지 않으면 변수값 0을 부여하였다.

책임능력에 대한 형법 규정은 사물변별능력과 의사결정능력만을 판단기준으로 명시하고 있다. 그러나 법관은 법률 규정을 기계적으로 적용하여 판단을 내리지 않으며, 법률에 명시되지 않은 요소들이 법관의 판단에 개입될 수 있다. 즉, 원칙적으로 피고인의 심신장애를 판단하는 데 직접적으로 관련되지 않는 범행의 특성이나 피고인의 생활환경 등이 판결에 영향을 미칠 수 있다. 이와 관련하여, 범행의 심각성에 따라 책임능력 판단이 영향을 받을 수 있으므로 ‘사망피해’ 여부와 ‘경미한 피해’를 변인으로 사용하였다. ‘사망피해’ 변인은 범행의 결과 피해자가 사망한 경우 변수값 1을 부여하였으며, ‘경미한 피해’는 판결문에서 이를 양형인자로 명시하거나 선고형 결정근거로 언급한 경우 변수값 1을 부여하고 그렇지 않은 경우는 변수값 0을 부여하였다.

피고인 특성과 관련된 변인으로서는 주거의 불안정성 요인과 과거 정신장애 관련 병력을 포함시켰다. 본 조사의 대상사건에서 피고인들은 범행 당시 본인의 집에서 생활하는 등 주거가 일정한 경우, 장애인시설, 갱생보호시설, 정신요양시설·정신의료시설에 입원·입소해있는 경우, 노숙, 고시원·쪽방·여관 등에서 생활하는 경우가 포함되어 있다. 이 가운데, 노숙생활을 하고 있거나 고시원·쪽방·여관 등에서 생활하는 경우에 변수값 1을 부여하고 본인의 집이나 시설에서 생활하는 경우 변수값 0을 부여하여 주거불안정 변인을 구성하였다.

피고인의 과거 정신장애 관련 병력은 판결문에서 책임능력 판단의 근거로 언급되는 경우가 많으며, 본 조사에서는 이와 관련된 변인으로 판결전 진단유무를 포함시켰다. 조사대상 사건의 피고인 가운데 상당수는 범행 이전부터 정신장애 증상을 보여 병원에서 진단을 받거나 입원한 적이 있으며, 이러한 진단기록은 법원에 피고인의 정신장애를 보여주는 증거로 제출된다. 본 연구에서는 정신감정서 외에 법원에 제출된 정신장애 진단기록이 있는 경우 변수값 1을, 진단기록이 없는 경우 변수값 0을 부여하였다. 이상에서 기술한 독립변수의 변수명과 변수값에 대한 설명은 다음 <표1>에 제시하였다.

<표 1> 로지스틱 회귀분석의 변수명과 변수값

범주	변수명	변수값
종속 변수	판결_심신장애	1=법관의 심신미약 또는 심신상실 인정, 0=심신장애주장 배척
	감정_심신장애	1=감정인의 심신미약 또는 심신상실 인정, 0=정상 판정
진단명	조현병스펙트럼	1=조현병 스펙트럼 장애 진단받음, 0=진단받지 않음
	양극성장애	1=양극성 정동장애 진단받음, 0=진단받지 않음
	알코올사용	1=알코올사용 장애 진단받음, 0=진단받지 않음
	인격·행동장애	1=인격장애, 충동장애, 성선호장애 진단받음, 0=진단받지 않음
	지적장애	1=지적장애 진단받음, 0=진단받지 않음
증상 특성	판단력이상	1=판단력 저하, 손상, 0=판단력 이상 없음
	정서이상	1=정서 불안정 및 이상, 0=정서적 이상 없음
범행 정황	계획적 범행	1=계획적 범행, 0=범행의 계획성 없음
	증거은폐	1=범행후 증거은폐 및 은폐시도, 0=은폐시도 없음
범행의 심각성	사망피해	1=사망피해 발생, 0=사망피해 발생하지 않음
	경미한 피해	1=범행태양이나 피해가 경미함, 0=경미하지 않음
개인력	주거불안정	1=노숙, 고시원·쭉방·여관 등 불안정한 주거, 0=안정적 주거
	판결전진단	1=판결전 정신장애 진단받은 적 있음, 0=없음

3. 분석방법

본 연구에서는 감정인과 법관의 심신장애 인정여부를 각각 종속변수로 하여 로지스틱 회귀분석을 실시하였다. 분석은 피고인의 정신상태에 관한 요인과 범행특성 및 개인적 배경 요인이 책임능력판단에 미치는 영향을 검토하기 위해 3가지 모형으로 구성하여 실시하였다. 먼저, 모형1과 모형2는 정신감정을 통해 파악된 정신의학

적 요인들로 구성하였다. 전술한 바와 같이, 정신장애 범주는 일종의 증후군으로서 다양한 증상을 포함하고 있으며, 각각의 증상은 개별 사례에서 가변적으로 발현된다. 형사책임능력 판단에서 쟁점이 되는 것은 이러한 정신장애 증상이 범행에 영향을 미쳤는지 여부이다. 따라서 피고인의 정신장애 진단명뿐만 아니라 해당 정신장애를 구성하는 증상 가운데 어떠한 증상이 범행에 영향을 미쳤는지 파악하는 것이 중요해진다.⁴⁷⁾ 이를 고려하여, 모형1은 정신장애 진단명을 독립변인으로 사용하였고, 모형2는 진단명 외에 증상 관련 변인들을 추가로 투입하였다.

분석에서 사용한 정신의학적 특성 변인들은 정신감정서에서 추출한 것으로 감정기간 중에 나타난 피고인의 정신상태에 대한 의학적 평가라고 할 수 있다. 그런데 책임능력판단은 범행 당시를 기준으로 하므로 감정기간에 관찰된 정신상태가 직접적인 증거가 되지는 못한다. 이러한 시간적 간격을 일부 상쇄하기 위해 감정인과 법관이 책임능력을 판단할 때에는 범행 당시의 정황이 함께 고려된다. 이외에도, 형법 제10조에 규정되지 않은 법률외적 요인들이 책임능력판단에 영향을 미치는지 살펴보기 위해서 범행의 심각성과 주거불안정성 변인 등을 추가로 투입하여 모형3을 구성하였다. 분석은 SPSS Statistics 23.0 통계패키지를 사용하였다.

IV. 분석 결과

1. 조사자료의 특성

로지스틱 회귀분석 결과를 제시하기 전에, 본 연구에서 사용한 분석자료의 기술통계를 통해 정신감정이 시행된 사건의 특성을 살펴보았다. 먼저, 222건 중 감정결과 심신상실이나 심신미약으로 판정된 경우는 181건으로 81.5%였으며, 법원에서 심신상실이나 심신미약이 인정된 경우는 73.0%인 162건으로 감정인에 비해 법관이 책임능력을 다소 엄격하게 판단하는 것으로 나타났다. 그러나 앞서 살펴본 기존연구에서 감정결과와 판결의 일치율이 50%를 겨우 넘었던 것에 비하여, 이번 조사결과 감정인과 법관의 판단이 일치한 경우는 222건 중 197건으로 88.7%에 달하였다.

47) 김무진, 앞의 글, 334-335면.

독립변인의 분포를 살펴보면, 정신감정 결과 가장 많이 진단된 장애는 조현병 스펙트럼 장애로 전체 사건 중 36.9%인 82건이었다. 그러나 알코올사용 장애도 62건으로 비교적 높은 비율인 27.9%를 차지하였으며, 다음으로 많은 것은 인격·행동장애로 38건(17.1%)이었다. 각 진단명에 대해 법관이 심신장애를 인정한 비율은 지적장애(94.1%), 양극성장애(93.3%), 조현병 스펙트럼 장애(92.6%)가 상대적으로 높게 나타났다. 반면, 인격·행동장애와 알코올사용 장애로 진단된 경우에 법원에서 심신장애가 인정된 비율은 각각 68.4%와 77.4%로 다른 장애유형에 비해 낮았으며, 특히, 알코올사용 장애의 경우 감정인이 심신장애로 판정한 비율이 93.5%인 것을 고려해보면 감정인과 법관의 판단이 비교적 큰 차이를 보였다고 할 수 있다. 피감정인의 정신의학적 증상과 관련하여, 대상 사건 중 68.0%에서 피감정인이 불안정하거나 충동적인 정서상태를 보인 것으로 조사되었다. 다음으로 현실검증력 및 사회적 상황판단력에서 이상증상을 보인 경우는 절반에 가까운 49.5%였는데, 이 가운데 감정인이 심신장애 의견을 제출한 비율은 99.1%였으며 법관이 심신장애를 인정한 경우 역시 93.6%로 높은 비율을 보였다.

범행 전후의 정황 가운데 계획적 범행은 전체 사건 중 37.8%, 증거은폐를 시도한 경우는 12.6%였다. 이 가운데 특히 증거은폐를 시도한 경우, 감정인과 법관이 심신장애를 인정한 비율이 각각 64.3%와 46.4%로 비교적 낮게 나타났다. 범행의 심각성과 관련하여, 사망피해가 발생한 사건은 51건으로 전체 사건 중 23.0%였으며, 판결문에서 피해가 경미함이 언급된 사건은 59건(26.6%)으로 사망피해가 발생한 사건보다 약간 많았다.

피고인의 개인력과 관련된 변수들 가운데 범행 당시 주거가 불안정했던 경우는 21.6%로 나타났다. 이 가운데 감정인이 심신장애 의견을 제출한 비율은 91.7%, 법원에서 심신장애가 인정된 비율은 89.6%로 전반적인 심신장애 인정률보다 다소 높았다. 다음으로, 과거에 정신장애 진단을 받은 적이 있는 피고인은 166명으로 조사되었다. 앞에서 살펴본 기존연구에서는 피감정인 가운데 과거 진단력이 있는 경우가 1970년대에는 25.0%, 1980년대 후반과 1990년대 초반에는 49.2%인 것으로 보고된 바 있다.⁴⁸⁾ 이번 연구에서는 이러한 비율이 74.8%로 나타나 정신감정이 의뢰

48) 박재하·정은기·박강규, 정신감정의뢰된 범법정신질환자들의 일반적인 특징의 변화: 16년간의 비교,

된 사건에서 정신의학적 치료경험이 있는 피고인의 비율이 지속적으로 증가해왔음을 알 수 있다.

〈표 2〉 조사자료에 대한 기술통계

(단위: 건(%))

변수		빈도	심신장애 인정(인정률)	
			감정인	법관
전체 사건		222(100.0)	181(81.5)	162(73.0)
진단명	조현병스펙트럼	82(36.9)	81(98.8)	76(92.7)
	양극성장애	15(6.8)	13(86.7)	14(93.3)
	알코올사용	62(27.9)	58(93.5)	48(77.4)
	인격행동장애	38(17.1)	28(73.7)	26(68.4)
	지적장애	17(7.7)	16(94.1)	16(94.1)
증상	판단력이상	110(49.5)	109(99.1)	103(93.6)
	정서이상	151(68.0)	130(86.1)	118(78.1)
범행 상황	계획적 범행	84(37.8)	62(73.8)	57(67.9)
	증거은폐	28(12.6)	18(64.3)	13(46.4)
범행의 심각성	사망피해	51(23.0)	41(80.4)	33(64.7)
	경미한 피해	59(26.6)	47(79.7)	41(69.5)
개인력	주거불안정	48(21.6)	44(91.7)	43(89.6)
	판결전진단	166(74.8)	149(89.8)	133(80.1)

2. 책임능력에 대한 정신감정 결과

전문감정인의 책임능력 판단에 영향을 미치는 요인에 대한 로지스틱 회귀분석 결과는 <표 3>과 같다. 먼저, 감정내용 중 정신장애 진단명을 변인으로 고려한 모형1에서는 인격·행동장애가 심신장애 판단에 유의한 영향을 미치지 않았으며, 그 외에 알코올사용 장애, 조현병 스펙트럼 장애, 양극성 정동장애, 지적장애는 모두 유의하

신경정신의학 제33권 제5호, 1994, 1077면.

게 나타났다. 이 가운데, 조현병 스펙트럼 장애로 진단된 경우, 심신장애로 판단될 가능성은 무려 77.7배 가량 높아지며($B=4.353$, $OR=77.727$), 알코올사용 장애($B=2.391$, $OR=10.922$)와 지적장애($B=2.343$, $OR=10.407$)도 심신장애 판단에 비교적 큰 영향을 미쳤다.

그러나 피감정인의 판단력과 정서적 측면에서 관찰되는 증상 유무를 변인으로 추가 투입한 모형2에서는 정신장애 진단의 효과가 상당 부분 사라졌다. 특히, 진단명만을 설명변수로 투입했을 때 감정인의 책임능력 판단에 가장 큰 효과를 나타냈던 조현병 스펙트럼 장애는 증상요인들이 투입될 경우 유의한 효과가 나타나지 않았다. 모형2에서 책임능력 판단에 가장 큰 영향을 미친 변인은 판단력 이상으로, 피감정인이 사회적인 상황판단 및 현실검증력이 저하된 것으로 평가되면 심신장애로 판정될 가능성이 73배 이상 증가하는 것으로 나타났다($B=4.291$, $OR=73.058$). 이러한 결과를 볼 때, 조현병 스펙트럼 장애 진단의 효과는 판단력이상 변인으로 설명될 수 있으며, 조현병 스펙트럼 장애의 다양한 증상 가운데 심신장애 판단에 영향을 미치는 것은 판단력 저하인 것으로 추정해볼 수 있다.

감정인의 책임능력 판단에 대한 분석결과에서는 판단력 외에 정서적 측면의 이상 증상도 유의한 변인으로 나타났으나 그 효과는 상대적으로 크지 않았다($B=1.100$, $OR=3.004$). 이외에, 모형2에서는 알코올사용 장애($B=3.140$, $OR=23.109$)가 유의하게 나타났다. 이는 정신감정 과정에서 관찰된 증상 및 중복진단을 모두 통제하였을 때, 알코올사용 장애로 진단받은 피감정인이 심신장애로 판단될 가능성이 높음을 의미한다.

모형3에서 추가로 투입한 범행의 심각성과 전후의 정황, 피감정인의 개인력 가운데 유일하게 유의한 효과를 나타낸 변인은 판결전 정신장애 진단여부로, 과거 진단을 받은 경험이 있을 경우 정신감정결과 심신장애로 판단될 가능성이 5.7배 증가하였다($B=1.737$, $OR=5.678$). 감정인은 정신건강의학 전문의로서 환자를 진단할 때 발병시부터 현재까지 시간적 경로에 따른 증상의 변화양상을 고려하도록 의학적인 훈련을 받는다. 따라서 피감정인의 과거 진단력은 정신감정의 중요한 참고자료로 활용되며 이러한 측면이 책임능력 판단에 반영된 것으로 볼 수 있다.

〈표 3〉 감정인의 심신장애 인정에 대한 로지스틱 회귀분석 결과

	모형 1			모형 2			모형 3		
	B	S.E.	Exp(B)	B	S.E.	Exp(B)	B	S.E.	Exp(B)
조현병스펙트럼	4.353	1.046	77.727***	1.170	1.246	3.222	.589	1.296	1.802
양극성장애	1.886	.820	6.591*	-.599	1.171	.550	-1.335	1.287	.263
알코올사용	2.391	.587	10.922***	3.140	.667	23.109***	3.521	.833	33.832***
인격행동장애	.546	.487	1.727	.917	.534	2.502	1.347	.664	3.844*
지적장애	2.343	1.074	10.407*	2.044	1.210	7.725	2.046	1.395	7.740
판단력이상				4.291	1.297	73.058**	4.760	1.344	116.723***
정서이상				1.100	.517	3.004*	1.020	.584	2.772
계획적 범행							-.467	.558	.627
증거은폐							.107	.605	1.113
사망피해							.673	.710	1.960
경미한 피해							-.964	.667	.381
주거불안정							.671	.902	1.956
판결전진단							1.737	.550	5.678**
상수항	-.162	.295	.851	-1.312	.498	.269**	-2.346	.814	.096**
χ^2		65.770***			92.873***			109.804***	
-2 ll		146.650			119.547			102.616	
nagelkerke R^2		.416			.555			.634	

*** $p<.001$, ** $p<.01$, * $p<.05$

모형2와 비교해보면 모형3에서는 정서적 이상증상의 효과가 사라지고 판단력 이상과 알코올사용 장애 변인이 여전히 유의한 것으로 나타났다. 이 가운데 감정인의 책임능력 판단에 대한 가장 강력한 예측변인은 피감정인의 판단력 이상($B=4.760$, $OR=116.723$)으로, 이러한 분석결과는 전문감정인이 심신장애 여부를 판단할 때, 진단명보다 특정 증상에 주목한다는 점을 보여준다. 특히, 법률상 심신장애 인정의 요소인 사물변별능력과 밀접하게 관련되는 현실 및 상황판단력에 대한 고려가 절대적으로 중요한 요인임을 확인할 수 있다.

다만, 알코올사용 장애($B=3.521$, $OR=33.832$)와 인격·행동장애($B=1.347$, $OR=3.844$)가 여전히 책임능력 판단의 유의한 예측요인으로 나타난 것에 대해서는 추가적인 설명이 필요할 것으로 보인다. 앞에서 논의하였듯이, 책임능력판단은 범행당시를 기준으로 한다. 그런데 정신감정서에 기재된 진단명과 증상은 기본적으로

정신감정 기간에 면담과 관찰 등을 통해 파악된 바를 토대로 하며, 감정인은 감정기간 중 관찰한 바와 과거 병력, 범행의 전후 정황 등을 고려하여 범행 당시 피감정인의 정신상태를 회고적으로 추정함으로써 심신장애에 대한 의견을 형성한다. 다시 말해서, 본 연구에서 변인으로 사용한 감정서의 증상 관련 항목은 감정 당시를 기준으로 작성된 것이며, 심신장애 여부에 대한 감정인의 의견은 범행 당시에 관한 것이다. 이를 고려해보면 알코올사용 장애가 있는 피감정인은 정신감정 기간 중에 음주를 할 수 없으므로 판단력이 회복되어 감정서의 해당 항목에 정상으로 기재될 수 있다. 그럼에도 불구하고 과거 기록과 범행의 정황을 종합하여 범행 당시 사물변별 능력이나 의사결정능력이 저하된 상태였다고 추정되면 심신장애 상태에 있었다는 판단이 내려질 수 있다. 마찬가지로, 인격·행동장애는 판단력이나 정서적 이상증상으로 특징지을 수 없는 장애유형으로 일반적으로 정신의학적 치료경력이 없는 경우가 많다. 분석결과는 이러한 장애의 특성이 반영되어 나타난 것으로 짐작해볼 수 있다.

3. 법관의 책임능력 판단

법관의 심신장애 판단에 대한 로지스틱 회귀분석 결과는 감정인의 판단에 대한 분석결과와 대체로 유사하지만 일부 다른 양상을 보였다. 먼저, 모형1과 모형2는 정신감정서에 기재된 항목 중 무엇이 법관의 책임능력 판단에 영향을 미치는지를 보여준다. 진단명을 독립변수로 사용한 모형1에서는 인격·행동장애를 제외한 모든 진단명이 법관의 심신장애 판단에 유의한 영향을 미치는 것으로 나타났다. 이 가운데 가장 큰 효과를 나타낸 변인은 양극성 정동장애로 피고인이 해당 진단을 받은 경우 심신장애가 인정될 가능성 22.4배 증가했다($B=3.110$, $OR=22.418$). 감정인의 심신장애 판단에서 가장 큰 영향을 미쳤던 조현병 스펙트럼 장애는 법관의 판단에 대한 분석결과에서 양극성장애보다 다소 낮은 회귀계수 값을 보였지만, 다른 진단명에 비해 상대적으로 높은 영향력을 가지고 있었다($B=2.933$, $OR=18.789$). 이외에, 지적장애로 진단된 경우도 심신장애로 판단될 가능성이 높게 나타났다($B=2.805$, $OR=16.524$).

〈표 4〉 법관의 심신장애 인정에 대한 로지스틱 회귀분석 결과

	모형 1			모형 2			모형 3		
	B	S.E.	Exp(B)	B	S.E.	Exp(B)	B	S.E.	Exp(B)
조현병스펙트럼	2,933	.507	18,789***	1,074	.733	2,927	.584	.765	1,792
양극성장애	3,110	1,076	22,418**	1,926	1,141	6,864	1,721	1,206	5,588
알코올사용	1,247	.413	3,480**	1,634	.468	5,126***	1,353	.528	3,868*
인격행동장애	.778	.452	2,176	1,128	.482	3,089*	1,052	.522	2,864*
지적장애	2,805	1,066	16,524**	2,578	1,124	13,172*	2,135	1,182	8,458
판단력이상				2,323	.708	10,211**	2,386	.737	10,872**
정서이상				.515	.419	1,674	.672	.456	1,958
계획적 범행							-.212	.427	.809
증거은폐							-.403	.526	.669
사망피해							-.552	.523	.576
경미한 피해							-.950	.480	.387*
주거불안정							1,240	.606	3,455*
판결전진단							.779	.436	2,179
상수항	-.576	.295	.562	-1,331	.442	.264**	-1,382	.613	.251*
χ^2		60,831***			77,630***			90,504***	
-2 ll		198,256			181,456			168,582	
nagelkerke R^2		.348			.428			.486	

*** $p<.001$, ** $p<.01$, * $p<.05$

진단명과 함께 증상변인을 추가로 투입한 모형2에서는 감정인의 심신장애 판단과 마찬가지로 피고인의 판단력 저하가 유의한 변인으로 나타났으나, 그 효과는 다른 변인들에 비해 특별히 높지 않았다($B=2.323$, $OR=10.211$). 진단명 가운데 가장 높은 회귀계수 값을 보였던 양극성장애와 조현병 스펙트럼장애는 증상변인을 투입하자 더 이상 유의하지 않은 것으로 나타났으며, 감정인의 판단과 마찬가지로 법관의 심신장애 판단에서도 이러한 장애진단의 효과는 대부분 판단력 저하 요인에 의해 설명되는 것으로 볼 수 있다. 그러나 지적장애($B=2.578$, $OR=13.172$)와 알코올 사용 장애($B=1.634$, $OR=5.126$)의 효과는 여전히 남아있으며, 이러한 장애진단은 판단력 저하를 비롯한 증상변인을 모두 통제한 후에도 법관의 심신장애 인정에 영향을 미쳤다.

범행의 특성과 피고인의 주거불안정 및 병력 요인을 추가로 투입한 모형3에서는

감정인과 법관의 판단에 영향을 미치는 요인에 다소 차이가 나타나는 것을 확인할 수 있다. 먼저, 판단력 이상과 알코올사용 장애, 인격·행동장애가 유의한 효과를 나타낸 것은 감정인의 경우와 같았다. 그러나 감정인의 판단에 대한 모형3과 비교해보면, 법관의 심신장애 인정에서 피고인의 판단력 이상 요인은 그 효과가 상대적으로 크지 않았다($B=2.386$, $OR=10.872$). 이러한 결과는 다른 요인들에 비하여 판단력 저하가 결정적인 예측요인으로 나타났던 감정인의 경우와 달리, 법관의 심신장애 판단은 그 외의 요인들에 의해서도 영향을 받고 있음을 시사한다.

모형3에서 추가로 투입한 변인들 가운데 감정인의 판단에 유의한 효과를 나타냈던 과거 진단력은 법관의 판단에 영향을 미치는 것으로 나타나지 않았다. 이를 통해 볼 때, 감정인이 정신감정 기간 중 관찰된 피감정인의 정신상태와 과거 진단력 등 정신의학적 요인을 중요하게 고려하는 반면, 법관은 의학적 평가요인과 직접 관련되지 않는 범행 및 피고인의 특성을 종합적으로 고려하여 책임능력을 판단하는 것으로 짐작해볼 수 있다.

이러한 측면은 기존 판례에서 법관이 감정결과와 무관하게 독자적인 판단을 내릴 수 있다고 판시한 것과 일면 부합한다고 볼 수 있다.⁴⁹⁾ 그런데, 여기에서 흥미로운 것은 판례에서 책임능력을 판단할 때 고려해야 할 사항으로 제시된 요소들이 법관의 판단에 영향을 미치는 유의한 변인으로 나타나지 않았다는 점이다. 판례에서는 피고인이 증거를 인멸하는 등 범행을 은폐하고자 시도했는지 여부가 사물변별능력과 의사결정능력을 판단할 수 있는 중요한 근거로 제시된 바 있다. 그러나 정신장애 진단명과 증상변인, 사건의 심각성과 피고인 개인력을 통제한 모형3에서 증거은폐와 범행의 계획성 변인은 유의한 효과가 확인되지 않았다. 이러한 결과는 판결문에 책임능력판단의 논거로 명시된 요소들과 실제 법관의 판단에 영향을 미치는 요인이 불일치할 수 있음을 시사한다.

범행의 특성 가운데 유의한 효과를 나타낸 것은 경미한 피해 변인이다($B=-.950$, $OR=.387$). 이는 정신감정서에 기재된 진단명과 증상요인 등을 모두 통제했을 때, 범행 양태나 피해가 경미한 피고인의 경우 법원에서 심신장애를 인정받을 가능성이 감소함을 의미한다. 반면, 피해자가 사망한 경우는 법관의 판단에 유의한 영향을 미

49) 대법원 1994. 5. 13. 선고 94도581 판결.

치지 않았다. 마지막으로, 법관의 판단에 대한 회귀모형에서 주목할 점은 주거 불안정성이 법관의 심신장애 인정에 영향을 미친다는 것이다($B=1.240$, $OR=3.455$). 즉 다른 요인들을 모두 고려했을 때, 주거가 불안정한 피고인이 그렇지 않은 피고인보다 법원에서 심신장애를 인정받을 가능성이 높아졌다. 주거 불안정성은 감정인의 판단에 대한 분석에서는 유의한 효과를 보이지 않았던 변인으로, 감정인과 법관의 심신장애 판단에서 피고인의 생활환경 요인이 차별적으로 작용하는 것으로 나타났다. 이러한 결과에 대한 해석은 다음 절에서 자세히 논의하겠다.

V. 논의

1. 전문성의 수렴과 전문가 집단내 다양성

이상의 연구 결과와 기존연구의 가장 큰 차이점은 감정결과와 법원의 판결이 일치하는 비율이 과거에 비해 크게 증가하였다는 점이다. 2014년부터 2016년 사이에 선고된 형사사건에서 피고인의 형사책임능력에 대한 전문감정인의 의견과 법관의 판단이 일치한 비율은 88.3%로, 기존연구에서 50%를 겨우 웃도는 수준에 그쳤던 것과 상당한 차이를 보였다. 이러한 변화는 특히 감정인들이 심신상실로 판정하는 비율이 현저히 낮아진 것에서 확인해볼 수 있다. 이번 조사에서 감정결과가 심신상실로 나온 사건은 2건에 불과했다. 반면, 공주 치료감호소가 개청하여 전문감정기관으로 자리잡던 초기에 이루어진 연구에서는 심신상실로 감정한 사건이 44.9%에 달하였고, 감정인이 심신상실로 판정한 사건에서 감정인과 법관의 의견불일치가 가장 크게 나타난 것으로 보고된 바 있다.⁵⁰⁾ 또한, 감정인이 심신미약으로 의견을 낸 사건에서도 법원이 감정결과를 받아들인 비율은 기존연구에서 70% 남짓이었으나, 이번 연구결과에서는 이러한 비율이 88% 이상으로 증가하였다. 이를 통해 볼 때, 과거에는 법관이 심신장애를 엄격하게 판단하는 태도를 취한 것에 비하여 감정인은

50) 최상섭·강순기, 앞의 글, 39면; 서혁교·강석현, 앞의 글, 412면; 최윤정·조지희·권정화, 앞의 글, 910면.

상대적으로 느슨한 기준을 적용하는 경향이 있었다면, 현재 감정인과 법관의 판단은 비교적 동일한 방향으로 수렴되고 있음을 알 수 있다.⁵¹⁾

이러한 측면은 감정인과 법관의 판단에 대한 로지스틱 회귀분석 결과를 통해서도 확인해볼 수 있다. 위에서 살펴본 바와 같이, 심신장애 여부에 대한 감정결과와 법관의 판단에서 공통적으로 피고인의 판단력 이상이 가장 중요한 예측변인으로 나타났다. 이는 법적인 의미에서 심신장애를 판단할 때 사물변별능력의 상실 또는 저하를 기준으로 하는 것과 일치하는 것이다. 이 결과는 두 전문가 집단이 비교적 균일한 판단기준을 공유하고 있음을 보여준다. 즉, 법관뿐만 아니라 감정인들도 피고인의 정신장애 진단보다 사물변별능력과 관련되는 증상의 유무와 정도를 중심으로 감정의견을 형성한다는 점을 짐작해볼 수 있다.

그렇다면, 기존연구에서 제시되었던 감정인과 법관의 판단차이를 설명하는 방식 역시 수정될 필요가 있을 것이다. 감정인과 법관의 판단이 불일치하는 비율이 매우 높다는 점을 전제로 하여 그 차이를 설명하고자 했던 기존연구에서는 의료전문가인 감정인이 법적인 개념에 대한 이해가 부족하며, 감정인과 법관의 직업적 관점이 다르기 때문에 판단의 차이가 발생한다는 해석이 제시된 바 있다. 즉, 법조인은 심신장애 항변을 제기한 피고인을 처벌해야 할 범죄자로 보는 반면, 의료인은 이들을 치료해야 할 환자로 본다는 것이다.⁵²⁾

이러한 설명방식은 기본적으로 형사사법과 정신의학을 각각 처벌과 치료라는 단일한 목적에 따라 구축된 독립영역으로 파악하고, 이에 복무하는 전문가 집단이 내부적으로 특정한 관점을 공유한다는 점을 전제로 하고 있다. 그런데, 앞서 언급하였듯이 형사사법체계에서 정신장애는 책임능력이라는 쟁점을 형성하는 동시에 치료감호나 치료명령과 같은 보안처분의 대상이 되기도 한다. 즉, 형사사법은 범죄행위에 대한 형벌 외에도 치료목적의 처분제도를 포함하고 있으며, 일반 정신보건체계 역시 환자에 대한 치료 외에 범죄를 저지른 자에 대한 관리역할을 담당하기도 한다. 형사사법과 정신의학은 실제 다양한 기능을 수행하며 중첩되기도 하는 것이다.

51) 심신상실로 판단하는 비율이 감소하는 경향은 감정인뿐만 아니라 법관의 판단에서도 나타났다. 기존연구에서 법원의 판단결과 심신상실이 인정된 비율이 정신감정이 시행된 사건 중 10%를 상회했던 것에 비하여, 이번 조사에서는 단 1건에 그쳤다.

52) 박상식, 앞의 글, 133면.

이와 함께 법조인과 의료인이라는 두 전문가 집단이 각각 내부적으로 동질적이지 않다는 점에 주목할 필요가 있다. 현재 형사사건에서 대부분의 정신감정은 공주 치료감호소에 의뢰된다. 여기에서 감정을 담당하는 정신건강의학과 전문의들은 다수의 감정경험을 통해 책임능력이라는 법적 개념에 대한 이해를 습득할 기회를 얻게 되며, 이들이 피감정인의 정신상태를 평가하는 방법과 태도는 일반 전문의들이 환자를 대하는 태도와 차이가 있다. 예를 들어, 일반적인 의료 현장에서는 특별한 이유가 없는 한 병원을 찾은 환자의 증상호소를 그대로 믿고 진단을 내린다. 반면, 전문 감정인들은 피감정인이 처벌을 피하기 위해 증상을 가장할 수 있다는 점을 염두에 두고 증상호소의 진위를 보다 엄격하게 평가하는 ‘수사관’의 태도를 취한다.⁵³⁾

전문 감정인들이 형사사법과 정신의학의 교차지점에 위치함으로써 일반 의료인과는 다른 관점과 태도를 습득하게 되는 것과 마찬가지로, 법조인 역시 재판에서 담당하는 역할에 따라 각기 다른 위치를 점하게 된다. 판사와 검사, 변호인은 전문가 양성과정에서 동일한 교육과 훈련과정을 거쳤음에도 불구하고 형사사건의 처리과정에서 역할이 분화되면서 사건과 피고인의 상황에 대한 관점에서 차이를 보이기도 한다. 특히, 피고인의 이익을 대변하는 변호인은 피고인이 처벌보다 치료가 필요함을 강조하면서 심신장애로 형을 감경하고 치료감호를 선고해줄 것을 법원에 요청하는 경우도 드물지 않게 나타난다.⁵⁴⁾

이처럼 법조인과 의료인들은 형사절차에서 각자가 점하는 위치에 따라 처벌과 치료라는 두 영역의 명목적 기능을 넘나드는 다양한 관점과 태도를 취한다. 물론 이러한 측면이 두 전문가 집단 간에 직업적 관점의 차이가 전혀 존재하지 않음을 뜻하는 것은 아니다. 피고인의 책임능력판단이라는 하나의 국면에서 형사절차 전반으로 시야를 넓혀보면 법조인과 의료인의 시각 차이가 좀더 두드러질 수 있다.

53) 최민영·유진, 앞의 책, 232면. 이러한 차이는 이번 연구결과에서도 엿볼 수 있는데, 피감정인이 심신상실 상태에 있었다는 감정의견이 제출된 2건은 모두 치료감호가 아닌 민간병원에 감정이 의뢰된 드문 사례이며, 이에 대해 법원은 심신상실 의견을 받아들이지 않았다.

54) 정역형과 치료감호선고가 함께 내려지면 치료감호를 먼저 집행하고 치료감호가 종료된 후에도 잔여형기가 남은 경우에 한하여 정역형을 집행하게 된다(치료감호법 제18조). 이번 조사에서 치료감호가 선고된 사건은 80건으로 이 가운데 변호인이 치료감호의견을 제출한 경우는 40건, 기각의견을 낸 경우는 23건이었으며 나머지 17건은 치료감호에 대한 변호인의 의견이 확인되지 않았다. 그 외에도 치료감호가 선고되지 않은 사건에서 변호인이 처벌 대신 치료감호 선고를 요청한 사건은 28건이었다.

정신장애인이 피의자 또는 피고인으로서 거치게 되는 형사절차는 여러 단계로 구성되는데, 책임능력판단은 이러한 과정에서 최종단계에 해당한다. 여기에서 감정인과 법관은 앞에서 본 바와 같이 대체로 유사한 판단기준을 적용한다고 볼 수 있다. 그러나 판단의 전 단계로서 피고인의 책임능력을 쟁점화하고 정신감정 시행여부를 결정하는 것과 관련해서는 법조인과 감정인 간에 선명한 시각 차이가 드러난다. 법조인들은 정신감정이 이루어지는 30일간의 기간이 형사절차를 지연시키고 피고인에 대한 인신구속 상태를 연장시킬 수 있다는 점에서, 심신장애 여부가 판결에 결정적인 영향을 미칠 수 있는 심각한 사건에서만 정신감정을 시행해야 한다는 입장을 보인다. 이러한 관점은 판사, 검사, 변호인이 모두 공유하는 부분이기도 하다. 반면, 감정인들은 가벼운 사건에서도 피고인의 정신장애가 의심될 경우 정신감정을 시행하여 적시에 진단을 내리고 치료의 기회를 제공해야 한다는 점을 강조한다.⁵⁵⁾ 즉, 법조인은 정신감정을 법적인 사실 확인을 위한 증거생성의 수단으로 간주하는 데 비하여, 의료인은 이에 더해서 잠재적 치료대상자의 발견이라는 부가적 기능을 함께 고려한다. 종국적으로 책임능력 판단에서는 법관과 감정인이 대체로 일치하는 의견을 보이지만, 판단의 근거가 되는 정신감정의 필요성과 기능에 대해서는 관점의 차이가 존재하는 것이다.

2. 법적 사실의 구성과 협상

지금까지의 논의에서 살펴보았듯이, 감정인과 법관은 피고인의 책임능력에 대해 대체로 유사한 판단을 내리고 있으며 일부 불일치하는 부분에 대해서 의료인의 치료적 관점과 법조인의 처벌적 관점이 충돌하는 것으로 설명하는 것은 한계가 있다. 그렇다면, 법관과 감정인의 판단에서 차이가 나타나는 것은 어떻게 설명할 수 있는가?

이에 대한 단초는 법관의 판단에 대한 로지스틱 회귀분석 결과에서 피고인의 주거불안정성과 경미한 피해가 유의한 변인으로 나타난 것의 의미를 살펴봄으로써 찾을 수 있다. 먼저, 주거가 불안정한 피고인이 그렇지 않은 경우보다 법원에서 심신

55) 최민영·유진, 앞의 책, 228-229면.

장애로 인정될 가능성이 높은 것은 다양한 해석이 가능할 것이다. 정신장애가 장기화될 경우 직업유지와 가족관계에서 어려움을 겪으면서 노숙 등 주거가 불안정해질 수 있으며, 이를 고려해보면 주거가 불안정한 피고인은 상대적으로 정신장애가 심각한 경향이 있을 수 있다.⁵⁶⁾ 그러나 법관의 판단에 대한 모형3에서 정신의학적 요인을 모두 통제한 후에도 주거불안정성 변인이 유의하게 나타난 것은 이러한 설명이 불충분함을 보여준다. 즉, 정신의학적 증상의 심각성 외에 다른 요인이 개입될 수 있는 것이다.

여기에서 책임능력 판단과는 별개로 이루어지는 치료감호 요인이 작용하였을 가능성을 고려해볼 수 있다. 피고인이 심신상실이나 심신미약으로 형을 감면받을 경우, 치료의 필요성과 재범의 위험성이 인정되면 치료감호를 선고할 수 있다. 반대로 말하면, 치료감호를 선고하기 위해서는 심신장애가 인정되어야 한다.⁵⁷⁾ 이러한 제도적 구조를 고려해보았을 때 주거가 불안정한 정신장애인에게 치료감호를 선고함으로써 보호와 치료를 강제하기 위한 정책적 고려가 심신장애 판단에 영향을 미쳤을 가능성을 배제할 수 없다. 실제로 이번 조사대상에서 안정적 주거환경을 가진 피고인 중 치료감호를 선고받은 비율은 32.8%인데 비해 주거가 불안정한 피고인에 대한 치료감호 선고율은 54.2%로 상대적으로 높은 비율을 보였다.⁵⁸⁾

다른 한편으로, 치료감호가 선고된다는 것은 재판과정에서 심신장애 여부가 첨예한 쟁점으로 형성되지 않을 수 있음을 뜻하기도 한다. 치료감호법은 검사가 피고인에 대한 치료감호를 청구하고 법원이 이에 대해 판단하여 선고를 내리도록 하고 있다.⁵⁹⁾ 그리고 검사가 치료감호를 청구할 때 그 근거로서 피고인이 범행 당시 심신장애 상태에 있었음을 명시하게 된다. 즉, 형사재판에서 치료감호가 함께 청구될 경우, 일반적으로 피고인의 형을 감면할 수 있는 심신장애 여부에 대해 검사와 변호인의

56) 남상희, “정신질환의 생산과 만성화에 대한 의료사회학적 접근: 자전적 내러티브를 중심으로”, 『한국사회학』 제38집 제2호, 2004, 120-122면.

57) 치료감호 대상에는 심신상실과 심신미약으로 인정된 경우 외에도 알코올·마약 중독자 및 성도착증 환자도 포함되지만 이들은 심신장애를 인정받지 않아도 치료감호를 선고할 수 있다는 점에서 본 조사에서는 제외하였다.

58) 치료감호 선고와 주거불안정성 변인에 대한 교차분석 결과, 유의확률 .01 수준에서 주거안정성에 따른 치료감호 선고의 유의한 차이가 있었다($\chi^2=7.366$, $p=.007$).

59) 치료감호법 제4조제1항, 제12조제1항.

주장이 일치하여 치열한 법적 다툼으로 이어지지 않는 것이다. 따라서 주거가 불안정한 피고인이 비교적 쉽게 심신장애를 인정받는 것은 치료감호가 함께 청구되면서 심신장애라는 쟁점이 검사와 변호인 간에 치열한 공방으로 이어지지 않는 경우가 상대적으로 많기 때문으로 추정해볼 수 있다.

이러한 측면은 피고인의 책임능력이 단순히 정신상태에 대한 의학적·법적 판단을 통해 확정되는 것이 아니라 재판에 참여한 소송당사자들의 전략과 협상의 산물이라는 점을 보여준다. 특히 법조인들은 위에서 살펴본 바와 같이 피고인의 정신장애가 의심되는 모든 사건에서 심신장애 여부를 재판의 쟁점으로 제기하여 정신감정을 시행하는 것이 바람직하다고 보지 않는다. 즉, 피고인이 정신장애가 있더라도 이것이 판결의 향방을 결정짓는 요소가 될 수 있는 경우에 한하여 법적 쟁점으로 구성되며, 여기에는 해당 범죄의 법정형과 최종판결에 대한 예측을 토대로 한 기소와 변호전략이 개입되게 된다.

이는 법관의 판단에 대한 분석에서 경미한 피해 변인이 유의하게 나타난 것에서도 단적으로 드러난다. 앞서 분석결과에서 제시했듯이, 정신의학적 요인을 모두 통제된 모형3에서 범죄의 피해가 경미한 경우 심신장애가 인정될 가능성이 낮아졌다. 범행의 심각성은 책임능력을 규정하고 있는 형법 제10조에 명시된 판단기준에 해당하지 않으며, 원칙적으로 피고인의 사물변별능력이나 의사결정능력과 직접적으로 관련되지 않는다. 그럼에도 불구하고 피해의 경미함이 심신장애 판단에 영향을 미치는 것은 피고인 측의 변호전략과 관련될 수 있다. 즉, 범행의 양태와 피해가 심각하여 무거운 형이 예상되는 사건에서는 피고인 측에서 형을 감경받기 위해 심신장애 항변을 적극적으로 개진하게 된다. 반면, 가벼운 형이 예상되는 경우에는 법원이 엄격한 태도를 취하는 심신장애를 무리하게 주장하기보다 상대적으로 인정되기 쉬운 감경요인들을 중심으로 변호전략을 취하는 경향이 존재한다.⁶⁰⁾

이상의 논의를 토대로 볼 때, 재판은 공판절차에 개입되는 다양한 요소들이 영향을 미치는 하나의 사회적 과정이라고 할 수 있다. 형사소송이 목표로 삼는 “실체적 진실발견”은 객관적 세계에 존재하는 ‘사실’을 ‘발견’함으로써 이루어지는 것이 아

60) 최민영·유진, 앞의 책, 218, 225면. 실제로 심신장애를 판단하기 위해 정신감정을 시행하는 사건은 대부분 실형이 예상되는 비교적 무거운 사건들이다. 징역형이 예상되지 않는 사건에서는 대체로 피고인의 심신장애가 의심되더라도 정신감정을 시행하지 않는다.

나라 소송에 참여한 행위자들 간의 상호작용을 통해 사실로서 구성되는 것이다.⁶¹⁾ 즉, 피고인의 책임능력에 대한 최종적인 법적 결정은 공판과정에서 각기 다른 위치에 있는 행위자들이 발굴하고 구성하는 ‘사실’을 둘러싼 협상과정의 산물이다. 이러한 협상에서 책임능력이라는 법적 쟁점의 형성과정이 특히 중요하며, 이는 법원의 판단결과뿐만 아니라 쟁점이 구성되는 과정 자체에 주목할 필요가 있음을 의미한다. 그리고 여기에는 치료감호 등 부가처분에 대한 정책적 고려와 피고인에게 유리한 결과를 얻어내기 위한 변호전략, 나아가 사건의 중대성에 비례하는 소송경제 차원의 실용적 판단과 같이 형법조항에 규정되지 않은 요소들이 개입된다고 할 수 있다.

V. 결론

이 논문은 정신장애인의 형사책임능력 판단에 대한 실증적 연구가 희소한 가운데 법원의 판결과 그 주요 근거로 활용되는 정신감정을 경험적으로 분석하였다는 데 의의가 있다. 연구결과에서 볼 수 있듯이, 감정인과 법관의 판단이 일치하는 비율은 과거에 비해 상당히 증가하였다. 또한 두 집단에서 공통적으로 피고인의 정신의학 적 증상 가운데 판단력 저하가 책임능력 판단에 가장 큰 영향을 미치는 것으로 나타났다. 이는 일각의 우려와 달리 피고인의 정신장애 진단이 일종의 ‘면죄부’가 되어 쉽게 형을 감면받는 것은 아니며, 심신장애라는 법적 개념의 구성요소인 사물변별 능력과 밀접하게 관련되는 증상이 중요하게 고려됨을 보여준다.⁶²⁾

이러한 결과에 비추어 볼 때 의료인과 법조인의 직업적 관점의 차이가 판단의 불일치를 낳는다는 기존논의에 대해서도 재고해볼 필요가 있다. 심신장애 판단은 근대적 지식인 법학과 정신의학이 교차하면서 두 영역의 전문성이 협업하고 충돌하는 장을 제공한다. 여기에서 법학과 의학이라는 전문영역은 내부적으로 이질적인 태도와 관점을 지닌 전문가들로 구성되며 다양한 목적과 가치를 추구한다는 점에 주목

61) 변종필, “형사소송의 목적과 ‘실체적 진실’ 원칙”, 『안암법학』 제4권, 1996, 11면.

62) “범죄자들의 정신병 이력…다시 떠오른 ‘신중 면죄부’ 논란”, 국민일보, 2018년 7월 3일 (<http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0012493333>, 2018년 9월 20일 최종검색).

해야 한다. 즉, 정신장애인이 범죄를 저질렀을 때 거쳐가게 되는 형사사법과 정신의료체계는 단순히 처벌이나 치료라는 단일한 기능이 각각 할당되어 분절된 영역으로 존재하지 않는다. 사건의 발생 시점부터 판결에 이르기까지, 나아가 사후처분으로 이어지는 형사절차를 펼쳐놓고 보면 사법과 의학은 범죄를 저지른 자에 대한 처벌과 격리를 통한 재범위험의 관리, 보호와 치료라는 다양한 기능을 공유하며 중첩된다. 그리고 여기에 참여하는 행위자들은 각자 전문가로서의 직업적 관점뿐만 아니라 재판이라는 사회적 과정에서 점하는 위치와 역할에 따라 피고인의 책임능력을 둘러싼 법적 사실을 확정하기 위한 협상에 참여한다.

이러한 측면에서, 법관의 책임능력 판단에 대한 분석결과는 흥미로운 지점을 보여준다. 본 연구에서는 범행의 계획성이나 범행 후 증거은폐 시도와 같이 판례에서 피고인의 심신장애 판단 근거로 제시된 요소들보다, 법률에 명시되지 않은 피해의 경미함이나 피고인의 주거불안정성이 법관의 판단에 영향을 미치는 것으로 나타났다. 이러한 연구결과는 법관이 본인의 판결을 뒷받침하기 위해 논거로 제시하는 요소 외에 판결문에 드러나지 않은 비가시적인 요소들이 법적 결정과정에서 작용한다는 점을 보여주고 있다.

참고문헌

- 경찰청, 『2016 범죄통계』, 2017.
- 김무진, “심신상실, 심신미약에 대한 판별준칙 제정에 관한 연구”, 『국립법무병원 임상연구논문집』, 2006.
- 김민정, “‘묻지마 범죄’가 묻지 않은 것: 지식권력의 혐오 생산”, 『한국여성학』 제33권 제3호, 2017.
- 김혁, “정신장애 의심자의 책임능력 및 형사제재의 판단구조에 관한 소고”, 『형사정책』 제29권 제1호, 2017.
- 김형준, “충동조절장애자의 책임능력”, 『중앙법학』 제9권 제2호, 2007.
- 남상희, “정신질환의 생산과 만성화에 대한 의료사회학적 접근: 자전적 내러티브를 중심으로”, 『한국사회학』 제38집 제2호, 2004.
- 민성길 외, 『최신정신의학』 (제5판), 일조각, 2011.
- 배종대, 『형법총론』 (제13판), 홍문사, 2017.
- 변종필, “형사소송의 목적과 ‘실체적 진실’ 원칙”, 『안암법학』 제4권, 1996.
- 박상식, “정신장애범죄자의 형사책임능력판단 기준에 관한 연구”, 『형사정책연구』 제18권 제1호, 2007.
- 박정성·김효진, “현행법상 심신장애의 판단기준에 관한 논의”, 『법과 정의』 제18권 제1호, 2012.
- 법원행정처, 『2017 사법연감』, 2017.
- 서혁교·강석현, “정신감정이 재판에 미치는 영향”, 『신경정신의학』 제25권 제3호, 1986.
- 손용근, “정신장애자와 사법절차: 그 일반론 및 몇가지 현실적인 문제점들”, 『신경정신의학』 제32권 제1호, 1993.
- 신관우, “실정법상 정신감정 제도의 고찰: 부산여중생 사건의 판결을 중심으로”, 『한국범죄심리연구』 제7권 제1호, 2011.
- 신영호, “형사책임능력의 판단기준: 특히 감정의와 법관의 관계설정을 중심으로 한

- 법해석론”, 『비교형사법연구』 제3권 제1호, 2001.
- 이상돈, “형사소송에서 논증의무의 조절과 이성적 법정책: 공판조서와 판결서 작성의 편의주의적 간소화에 대한 비판”, 『법과 사회』 제9권 제1호, 1994.
- 이상수, “법형식주의에 대한 비판과 극복: 법현실주의, 법과사회운동, 비판법학”, 김명숙 외, 『법사회학, 법과 사회의 대화』, 다산출판사, 2013.
- 이인영, “책임능력에 대한 판단과 정신감정절차”, 『홍익법학』 제11권 제2호, 2010.
- 이충순·이동윤·황용석, “주요 일간지에 보도된 정신질환자 범죄기사의 분석”, 『신경정신의학』 제35권 제5호, 1996.
- 이혜랑, “정신장애가 문제되는 피고인의 책임능력에 대한 판단”, 『2016년도 법적 판단과 의사결정론』, 사법연수원, 2017.
- 정세종·신관우, “법원의 심신장애인 판단경향과 시사점: 판결문 분석을 중심으로”, 『한국범죄심리연구』 제13권 제4호, 2017.
- 조병구, “형사책임능력 부존재에 관한 심리에서의 제 문제”, 『형사소송 이론과 실무』 제2권 제1호, 2010.
- 조수영·김정민, “정신건강 및 정신질환에 대한 지상과 TV 뉴스 분석”, 『한국언론학보』 제54권 제5호, 2010.
- 주호노, “형법에 있어서의 기본원칙”, 『경희법학』 제51권 제3호, 2016.
- 최민영·유진, 『형사사법에서 정신감정의 신뢰성 제고 및 효과적 활용방안 연구』, 한국형사정책연구원, 2017.
- 최상섭·강순기, “한국에서의 범법정신질환자의 현황에 대한 연구: 법무부 치료감호소의 11년간의 통계적 고찰”, 『대한법의학회지』 제22권 제2호, 1998.
- 최윤정·조지희·권정화, “형사적 정신감정결과와 법원 판결에 관한 고찰”, 『신경정신의학』 제37권 제5호, 1998.
- 최이문·이혜랑, “정신장애 범죄자에 대한 법원의 책임능력 판단에 대한 연구(2014-2016)”, 『한국심리학회지: 법』 제9권 제1호, 2018.

Mental Disorders on Trial : An Empirical Study on the Judgment of Criminal Responsibility

Yu, Jin*

This article examines the investigation and court records of 222 criminal cases where legal responsibility of a defendant was raised as a point of contention and a mental examination was performed. Based on the collected data, this study analyzed which factors influenced the judgements of psychiatric examiners and judges. The results show that the psychiatrists and judges reached consensus regarding criminal responsibility in 88.7% among the reviewed cases. Also, it was found that the judgments of psychiatrists and judges were both influenced by the psychiatric symptoms that are closely related to the legal concept of insanity. These results show that the two groups of experts share the same standards for judging criminal responsibility.

Among other predictors of the judges' decisions regarding criminal responsibility were the seriousness of crimes and the defendants' insecure housing, which suggests that extra-legal factors that are not stipulated in the criminal code make way into decision making. The implications of these results point to the need to consider court cases as a social process where a judge's decision is established as an outcome of legal strategies of participants in a trial. Also, the groups of legal and psychiatric experts comprise heterogeneous practitioners who take divergent positions on the issue of the punishment or treatment of mentally disordered offenders. Legal decisions on criminal responsibility in this regard can be seen as an outcome of

* Research Fellow, Korean Institute of Criminology

negotiations where a variety of actors participated in the process of constructing legal facts.

❖ Keywords: Criminal responsibility, Mental disorder, Legal insanity, Mental examination, Investigation and court records

자치경찰의 정치적 중립성 확보 방안에 관한 연구 : 주요국의 자치경찰청장 선발절차 및 자격요건을 중심으로

한민경*·박원규**

국 | 문 | 요 | 약

자치경찰제의 성공적인 정착을 위해서는 인사와 사건처리에 대한 외부의 영향력을 차단함으로써 자치경찰이 독립적이고 공정하게 업무를 수행할 수 있는 환경이 조성되어야 한다. 그간 자치경찰의 정치적 중립 확보를 위한 방안으로 주로 시·도 자치경찰위원회를 실질적으로 운영할 것이 제안되었으나, 누가 어떠한 절차를 거쳐 자치경찰청장으로 임명되느냐에 대한 고민은 자치경찰제 도입과 관련된 논의에서 가장 핵심적이고도 우선되어야 할 필요가 있다.

이에 본 연구는 우리에게 앞서 자치경찰제를 시행해 온 국가들에서는 자치경찰청장을 어떠한 절차를 통해 선발하고 있으며 어떠한 자격을 갖출 것을 요구하는지를 구체적으로 살펴봄으로써 시사점을 도출하고자 하였다. 특히 자치경찰청장직의 민간개방 정도 및 임명절차에 따라 자치경찰청장 임명 관련 제도를 직선제, 정무직, 경찰위원회 등 제3의 기구에 의한 추천 등 세 가지로 유형화하고 각 유형의 대표적인 국가로서 영국·독일·미국의 사례를 검토하였다.

이들 국가들은 전직 경찰관을 포함, 보다 넓은 인력풀을 확보하기 위하여 자치경찰청장직을 민간에 개방하고 있으며 그 중 치안업무수행에 가장 적합한 사람을 자치경찰청장으로 임명하고 있다는 점에서 공통적이다. 경찰관 출신을 포함, 일반인을 정무직 공무원으로 임명하는 경우에는 정치적 중립이 훼손될 수 있다는 우려를 불식시키기 위해 경찰위원회 구성에서부터 자치경찰청장을 선발 및 임명하는 과정을 구체화·투명화하고, 자의적인 인사가 이루어지지 않도록 자격요건을 명시하고 있다는 점 또한 자치경찰제 전면 시행을 앞둔 우리에게 시사하는 바가 크다.

❖ 주제어 : 자치경찰청장, 경찰위원회, 정치적 중립성, 선발절차, 자격요건

* 제1저자, 한국형사정책연구원 부연구위원, 사회학박사

** 교신저자, 경찰대학 경찰학과 교수, 법학박사

I. 서론

국가경찰과 별도로 지방자치단체에도 경찰권을 부여하고, 지방자치단체가 자치경찰의 설치·운영·유지에 관해 책임을 지는 자치경찰제를 도입하자는 논의는 꾸준히 제기되어 왔다. 1995년 지방자치제도가 시행된 지 20여년이 경과되는 등 안착된 것으로 평가되는 가운데, 안전에 대한 국민적 요구수준 또한 높아짐에 따라 자치경찰제 시행을 통해 지역사정에 적합하고 주민이 직접 체감할 수 있는 치안서비스가 제공될 것으로 기대되고 있다. 이에 따라 현 정부 역시 “획기적인 자치분권 추진”을 주요 국정과제로 삼고 “완전한 자치분권 완성”을 위해 2020년 자치경찰제 전면 실시를 목표로 자치경찰법(가칭) 마련 및 관련 법령 제·개정을 추진하고 있다(국정기획자문위원회, 2007: 74; 대통령소속 자치분권위원회, 2018).

자치경찰제 도입에 관하여 구체적인 논의가 이루어지기 시작한 김영삼·김대중 정부 당시에는 자치경찰의 의결기관으로 지방경찰위원회의 구성과 권한, 그리고 국가경찰과 자치경찰의 관계가 주요 쟁점으로 부각되었다면, 노무현 정부 이후에는 자치경찰의 도입단위와 사무, 자치경찰공무원의 소속과 예산·재정 등으로 쟁점이 분화되고 있다(양영철, 2015: 149). 무엇보다 자치경찰제 추진이 검·경간 수사권 조정과 맞물려 이해되면서 최근에는 자치경찰과 국가경찰의 사무 배분에 주된 초점이 맞춰져 있다. 이러한 가운데 인사와 관련하여 자치경찰의 정치적 중립을 어떻게 담보할 수 있을 것인가에 대한 문제는 상대적으로 조명되지 않고 있다.

자치경찰의 정치적 중립은 크게 두 가지 차원으로 나눌 수 있다. 하나는 외부의 부당한 정치적 압력으로 인해 불이익을 받지 않고 주권자인 지역주민 위주의 경찰행정 수행에 충실할 수 있는 환경을 조성하는 것이고, 다른 하나는 경찰관이 공직을 정치적으로 이용하거나 정치활동에 관여함으로써 직무수행에 부작용을 초래하고 나아가 지역주민의 경찰에 대한 신뢰를 떨어트리는 것을 방지하는 것을 의미한다. 본 연구에서 초점을 맞추고자 하는 것은 전자로서, 이는 자치경찰제를 통해 주민생활에 밀착된 양질의 치안서비스가 제공되기 위해서는 사건처리와 인사에 대한 외부의 영향력을 차단함으로써 자치경찰이 독립적이고 공정하게 업무를 수행할 수 있는 여건이 먼저 마련되어야 할 필요가 있다는 당위성에 기인한다. 계급에 따라 상부의

지휘지침이 일선 경찰관 개개인에게 하달되는 ‘상명하복’의 경찰 조직문화를 굳이 강조하지 않더라도, 어느 조직이든 조직의 장이 어떠한 경험에 바탕하여 어떠한 생각을 가지고 조직을 이끄는지에 따라 조직의 향배가 크게 달라진다는 점을 상기할 때 누가 자치경찰청장을 임명할 것이며, 누가 자치경찰청장이 되어야 할 것인지에 대한 고민은 자치경찰제 도입과 관련된 논의에서 가장 핵심적이고도 우선되어야 할 필요가 있다.¹⁾

이에 따라 본 연구는 우리에게 앞서 자치경찰제를 시행해 온 국가의 경우 자치경찰청장을 어떠한 절차를 통해 선발하고 있으며 어떠한 자격을 갖추 것을 요구하는지를 구체적으로 살펴봄으로써 시사점을 도출하고자 하였다. 먼저 자치경찰의 정치적 중립성과 관련하여 이루어져 온 논의들을 고찰하고, 서울특별시와 경찰개혁위원회가 각각 발표한 자치경찰제 안에서는 자치경찰의 정치적 중립성을 확보하기 위하여 어떠한 방안이 고려되었는지를 살펴보았다. 이어 자치경찰청장직(職)의 민간개방 정도 및 임명절차에 따라 자치경찰청장 임명 관련 제도를 1) 직선제, 2) 정무직, 3) 경찰위원회 등 제3의 기구에 의한 추천 등 세 가지로 유형화하고 각 유형의 대표적인 국가로서 영국·독일·미국의 사례를 검토하였다.

1) 현재 제주 자치경찰 조직은 도지사 소속으로 설치된 ‘자치경찰단’으로, 기관장의 명칭 역시 ‘자치경찰단장’이다. 한편, 경찰개혁위원회가 발표한 시·도 단위 자치경찰제 권고안에 따르면, 광역자치단체 단위 자치경찰 조직의 명칭은 ‘자치경찰본부’로 기초자치단체 단위 자치경찰 조직의 명칭(‘시·군·구 자치경찰대’)와 이원화하고 있으며, 이에 따르면 시·도 단위 자치경찰 조직의 장은 자치경찰본부장이 된다. 그러나 현재 대한민국 시도지사협의회 등이 대통령직속 자치분권위원회에서 제출한 안에서와 같이 제주 자치경찰의 사무수준을 넘어서는 자치경찰제가 시행되기 위해서는 자치경찰이 현행 지방경찰청과 연속성을 유지할 수 있도록 ‘자치경찰청’으로 구성되어야 할 필요성이 있다. 또한 ‘본부’라는 용어는 경찰청의 전신으로 행정안전부에 속해 있던 치안본부를 연상케 하며 이에 따라 어감상 조직의 독립성을 낮게 평가할 수 있다는 점에서 지양될 필요가 있다고 보인다. 이러한 인식에 근거하여 본 연구는 광역 자치경찰을 ‘자치경찰청’으로, 조직의 장 역시 ‘자치경찰단장’보다는 ‘자치경찰청장’으로 칭하는 것이 타당하다고 판단하였다. 한편, 후술할 시도지사협의회안에서도 자치경찰제 시행에 따른 각 시·도 지방경찰청장을 자치경찰청장으로 칭하고 있다.

II. 자치경찰의 정치적 중립성 확보방안에 관한 논의

1. 선행연구 검토

자치경찰의 정치적 중립성이 확보되어야 한다는 점에 있어서는 누구도 부정하지 않을 것이나, 이에 대한 선행연구의 논의는 다소 선언적이거나 대동소이하다. 즉, 대다수의 연구는 자치경찰이 이론상으로는 지역주민의 치안수요에 부응할 수 있고, 민주성 및 정치적 중립성을 확보할 수 있다는 장점을 가지나 지역 정치인으로부터 자유로울 수 없어 자칫하면 민주성 및 정치적 중립 정도가 국가경찰보다 낮을 가능성을 인정한다. 그러나 이들 연구들은 결론 부분에 자치경찰제의 성공적인 시행을 위해서는 정치적 중립성 확보가 중요하다는 것을 원론적으로 다시 한 번 강조하는데 그치고 있으며, 자치경찰청장의 임명방식으로는 시·도 자치경찰위원회로 하여금 시·도 지사에게 1~3배수의 후보자를 추천하도록 하고 이 가운데 1명을 시·도 지사가 임명하도록 하는 방식을 공통적으로 언급하고 있다.²⁾ 또한 이들 연구들은 합의제 집행기관으로서 광역자치단체에 설치되는 자치경찰위원회가 자치경찰관에게는 정당에 소속된 시·도 지사의 정치적 영향력을 받지 않도록 하는 제도적 장치임과 동시에 자치단체장과의 긴밀한 협의 및 조정 창구가 될 것으로 낙관하고 있다는 점에서도 공통적이다. 자치단체장이 자치경찰청장을 포함한 자치경찰에 대한 인사권 및 임용권을 행사하게 될 것을 당연시하고 그의 전제로서 “자의적으로 운용될 소지가 있다는 주위의 우려를 불식시킬 수 있어야 한다”(전희재, 2006: 44)고 주장하는 연구도 있다.

많은 선행연구에서 자치경찰위원회 설치를 곧 자치경찰의 정치적 중립성 실현으로 등치하여 이해함에 따라 자치경찰위원회를 통하지 않은 자치경찰청장의 임명절

2) 연구자에 따라 시·도 자치경찰위원회를 지칭하는 용어에는 다소 차이가 있다. 일례로 이상열·남재성(2018)은 시민의 참여를 강조하여 ‘자치경찰시민위원회’, 최관(2012) 및 박영숙(2012)은 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」의 용례에 따라 ‘치안행정위원회’라고 일컫고 있으며, 상당수의 연구에서는 ‘자치’를 생략하여 시·도 경찰위원회’로 칭하고 있다. 본 연구에서는 이와 같이 연구마다 각기 다른 용어로 지칭된 것을 ‘시·도 자치경찰위원회’로 통일하여 기술하였다.

차 관련 논의를 좀처럼 찾아보기 어렵다. 광역자치단체장으로부터 분리된 독립기관으로 자치경찰조직을 설치하더라도 광역자치단체장에 자치경찰청장 임명권이 주어진다면 충분한 정도의 정치적 중립성을 확보할 수 없다고 보아 시·도 지사가 아닌 국무총리 또는 대통령이 자치경찰청장을 임명하는 방안을 주장하는 경우에도 자치경찰위원회의 제청 또는 동의절차를 거치도록 설정되어 있다. 예컨대 이황우(2000)는 시·도 경찰위원회의 동의를 얻어 국무총리의 제청으로 임명할 것을, 이현우·송상훈·이미애(2009)는 시·도 경찰위원회의 동의 및 시·도 지사 협의를 거쳐 대통령이 임명할 것을 주장하였으며, 이관희(2000)는 국가경찰의 의견을 반영하는 절차를 두어 경찰청장에게 의견을 듣고 지방경찰청장의 동의를 얻어 국가경찰위원회가 제청한 자를 국무총리를 거쳐 대통령이 임명하는 다층적인 임명절차를 제안하였다. 최응렬(2004)은 이관희(2000)의 제안에서 국가경찰위원회를 생략하여 경찰청장이 당해 시·도 경찰위원회의 동의를 얻어 제청한 자를 국무총리를 거쳐 대통령이 임명하여야 한다고 보았으며, 이를 통해 자치경찰청장 인사에 대하여 전국적인 균형성을 확보할 수 있을 것이라고 전망하였다. 박영숙(2012)은 자치경찰청장 임명에 있어 자치경찰위원회의 승인에 더하여 지방의회의 동의를 구할 것을 요건화 하였다. 현직 경찰관들을 대상으로 자치경찰제도에 대한 인식조사를 실시한 박성수·박준상(2007)은 조사에 참여한 현직 경찰관 중 78.3%가 자치경찰제가 실시될 경우 정치적 중립성이 보장되지 않을 것으로 예상한다는 연구결과를 제시하면서, 이러한 우려를 불식시키기 위한 방안으로 시·도 단위의 경찰위원회 설치를 권고하고 있다.³⁾

이와 같이 대다수의 선행연구가 자치경찰의 정치적 중립성을 확보하기 위한 방안으로 자치경찰위원회 설치를 긍정적으로 다루고 있는 데 반하여, 최우용(2003)의 연구는 자치경찰위원회 도입에 비판적인 입장을 견지하고 있다. 최우용(2003)에 따르면, 자치경찰위원회는 일본의公安위원회 제도를 근간으로 하는데公安위원회 제도는 현재 일본에서도 이미 형해화 되어 버린 제도로써 우리나라에 도입할 경우 자치경찰의 본질을 훼손시킬 우려마저 존재하므로 신중한 검토와 검증이 필요하다는

3) 한편, 서울 지역에 근무하는 경찰관들을 대상으로 자치경찰제도에 대한 인식조사를 실시한 남재성(2010)의 연구에서는 국가경찰과 자치경찰간 협력 및 공조수사 부재(35.2%)에 이어 자치단체장에 의한 경찰의 사유화(21.6%)가 자치경찰제 도입시 가장 큰 문제점으로 지적되었다. 남재성(2010)의 연구 역시 자치경찰의 사유화를 방지하기 위한 방안으로 시·도 자치경찰위원회를 들고 있다.

것이다. 그러나 이러한 최우용(2003)의 주장은 시·도 자치경찰위원회 위주의 논의에 밀려 크게 부각되지 못하였다.

시·도 자치경찰위원회 외의 자치경찰청장의 임명방식을 검토한 드문 사례로는 윤호연(2013)의 연구를 들 수 있다. 윤호연(2013)은 미국의 많은 주에서 경찰위원회를 거치지 않고 주민들의 직접 선거로 자치경찰청장을 선출하거나 선거권 행사를 통해 구성된 지방정부가 자치경찰청장을 임명하고 있는데, 이는 미국의 경우 경찰위원회(police board) 제도가 지역주민들의 이익을 위한 제도로 기능하기보다는 정당적 이해관계에 따라 운영되는 부작용이 나타난 데 따른 것임을 언급하고 있다.

자치경찰 관련 선행연구 가운데 자치경찰단장의 자격요건에 대해 언급한 것은 최관(2012)의 연구가 유일한 것으로 보인다. 최관(2012)은 현행 제주자치경찰 사례를 검토, 제주자치경찰단장의 경우 자치단체 소속 공무원으로 도지사가 인사권자로서 임명권을 행사하며 도지사의 지휘·감독을 받고 있어 자치단체장의 보조기관화 되었으며, 권한에 대한 규정이 없어 자치단체장으로부터의 정치적 중립이나 효율적인 경찰활동 집행을 기대할 수 없다고 비판하고 있다.

나아가 최관(2012)은 도지사가 필요하다고 인정하는 경우 제주자치경찰단장은 개방형직위로 지정·운영할 수 있는데 전문지식이나 경험이 없는 인물이 선출될 우려가 있으므로 자치경찰의 업무를 이해하고 전문성을 갖춘 사람이 임명될 수 있도록 제도적 장치를 엄격하게 보완하여야 할 필요성을 역설하였다. 다만, 최관(2012)의 연구는 일반인이 자치경찰청장에 임명될 경우 갖추어야 할 요건을 구체적으로 적시하는 데까지는 이르지 못하고 있다.

한편, 최용환(2010)은 충북 지역에 근무하는 경찰관 143명을 대상으로 자치경찰제에 대한 인식조사를 실시하였다. 조사결과 경찰관들은 자치경찰제의 지도이념으로서 정치적 중립성(40.6%, 53명)을 가장 우선시하였다. 또한 조사에 참여한 경찰관들은 자치경찰청장의 임용방식은 ‘주민이 직접 선출’(46.5%, 66명)하는 방식을 가장 지지하는 반면, ‘자치단체장이 직접 임명’(4명, 2.8%)하는 것에 대해서는 가장 적은 응답비율을 보여 자치단체장의 인사권 행사를 부정적으로 인식하는 동시에 지역주민들의 직접 선출을 통해 자치경찰청장직 수행 및 자치경찰 업무에 대한 정당성이 확보되기를 원하는 것으로 나타났다.

2. 자치경찰청장 임명 관련 최근 논의

가. 경찰개혁위원회안

경찰개혁위원회가 2017년 11월 발표한 광역단위 자치경찰제 권고안(이하 ‘경찰개혁위원회안’)은 앞서 언급한 선행연구들을 종합한 내용을 담고 있다. 즉, 경찰개혁위원회안은 전국 시도 소속으로 ‘자치경찰본부’와 함께 심의의결기구인 ‘시도 자치경찰위원회’를 설치하고, 자치경찰청장 임명에 있어 시도 자치경찰위원회에 추천권을 부여할 것을 권고하고 있다. 경찰개혁위원회안에서도 시도 자치경찰위원회는 “▷ 자치경찰의 인사, 예산 등에 관한 주요정책 ▷ ‘자치경찰본부장’ 후보자 추천 ▷ 자치경찰 관련 민원 및 자치경찰공무원의 주요비위사건 등에 대한 감사감찰 요구 및 징계요구 ▷ 상관의 부당한 수사지휘에 대해 이의가 제기된 경우 이에 대한 조치요구 등”(경찰개혁위원회, 2017: 4)을 심의·의결함으로써 자치경찰의 정치적 중립성을 확보할 뿐만 아니라 경찰권 행사를 통제하는 ‘만능기구’(magic bullet)로 여겨지고 있다.

경찰개혁위원회안에 따르면, 시도지사가 자치경찰에 대한 인사권을 보유하되, 자치경찰청장은 “정치적 중립성과 공정성을 확보하기 위하여”(경찰개혁위원회, 2017: 6) 시도 자치경찰위원회가 추천한 3배수의 후보자 가운데 임명된다. 또한 경찰개혁위원회안은 자치경찰청장의 임기는 2년으로 1회에 한하여 연임할 수 있으며, 내부 임용 외에 개방직 운영이 가능하도록 권고하고 있다.

경찰개혁위원회는 권고안을 도출하기 위하여 “주요 선진국에서 운영 중인 자치경찰 모형과 그동안 우리나라 자치경찰 도입 논의 과정에서 거론된 주요 자치경찰 모형들을 조사”하였다고 밝힌 바 있는데, 이에 따라 주요국의 자치경찰청장 선발절차를 직접 조사·분석하였다고보다는 일본의 공안위원회를 모델로 한 자치경찰위원회 도입 및 ‘자치경찰위원회 추천 후 시·도 지사에 의한 자치경찰청장 임명’에 대한 선행연구들의 중론을 그대로 수용하였다고 보인다. 아울러 경찰개혁위원회안은 경찰관이 아닌 일반인이 자치경찰청장에 임명될 가능성을 열어두고 있으면서도 자치경찰청장직을 수행할 수 있는 일반인의 자격에 대해서는 구체적으로 논의하지 않은 한계를 지니고 있다.

나. 시도지사협의회안

자치경찰제 시행이 주요 국정과제로 발표된 이후 광역자치단체들은 자치경찰제에 대한 지지 의견을 적극적으로 표명하는 한편, 대한민국시도지사협의회 등 연합회를 통해 일관된 입장을 개진하고 있다. 자치경찰제 추진에 가장 적극적인 광역자치단체는 서울특별시다. 서울시는 2018년 2월 6일 ‘자치경찰제로 전환을 위한 발전방안’(이하 ‘서울시안’) 제하 연구용역 결과를 근거로 지방경찰청을 완전하게 시도로 이관하는 ‘연방제 수준의 자치경찰제’ 도입을 주장하였다(서울특별시, 2018). 서울시안에서도 자치경찰위원회는 ‘자치경찰의 관리감독과 정치적 중립성 확보를 위해 독립적인 합의제 기구’로서 이해되고 있다. 서울시안에 따르면 시의회·시장 등이 추천한 자로 구성된 자치경찰위원회가 3배수의 후보자를 추천하면 이 중 최종적으로 시도지사가 자치경찰청장을 임명하도록 한다. 서울시안은 이러한 임명절차가 “사도지사가 자의적으로 임명하는 것을 방지”(서울특별시, 2018: 3)할 것이라고 전망한다.

서울시의 주장은 자치경찰제 도입에 대한 다른 시·도의 관심 및 입장발표를 촉발하였다. 경기도는 2018년 3월 30일 유관학회와 ‘바람직한 자치경찰제 모색을 위한 공동학술대회’를 개최한 데 이어,⁴⁾ 2018년 4월 18일에는 ‘바람직한 경기도 자치경찰제 도입 방안’(이하 ‘경기도안’)을 논의하였다.⁵⁾ 서울시안과 마찬가지로 경기도안에서도 시도 자치경찰위원회는 정치적 중립성을 확보하는 방안으로 제시되었으며, 자치경찰위원회가 추천한 인사 가운데 자치경찰청장을 임명하는 방안을 유력하게 검토하였다.

그간 개별적으로 이루어져 온 광역자치단체의 자치경찰 관련 입장표명은 2018년 6월 4일 대한민국시도지사협의회가 “자치경찰제 도입을 위한 시·도 관계자 워크숍” 개최를 통해 전국 17개 시·도의 공동안으로서 ‘광역단위 자치경찰제 도입안’(이하 ‘시도사협의회안’)을 발표한 것을 계기로 일원화되는 양상이다. 시도지사협의회안은 서울시안과 경기도안을 골자로 마련됨에 따라 자치경찰청장의 임명절차 역시

4) 경기일보, ‘한국경찰연구학회, 바람직한 자치경찰제 모색을 위한 공동학술대회 30일 개최’, 2018년 3월 26일자.

5) 경기일보, ‘경기도, 바람직한 지방분권 개헌·자치경찰제도안 논의’, 2018년 4월 18일자.

시·도지사, 시·도의회 등의 추천인사(6~15인)로 구성된 시·도 자치경찰위원회가 추천한 1~3배수의 후보자 중 시·도 지사가 임명하는 것으로 동일하게 설정하고 있다(대한민국시도지사협의회, 2018).

이러한 가운데 시·도 자치경찰위원회에 시·도 지사가 추천한 인사가 포함될 수 있음에도 불구하고, 시·도 자치경찰위원회의 자치경찰청장 후보자 추천과 시·도 지사의 임명권 행사가 무관할 것처럼 간주되고 있다는 점은 부각되지 않고 있다. 특히 시도지사협의회안은 자치경찰청장 후보자로 단일 후보(1배수)도 추천할 수 있도록 하고 있는데, 이는 3배수의 후보를 추천하도록 한 서울시안보다도 시·도 지사의 인사권 행사를 강화한 측면이 있다. 또한 시도지사협의회안은 국가경찰과 자치경찰의 사무배분에 주된 초점을 두에 따라 자치경찰청장의 자격요건에 대해서는 구체적인 내용을 포함하지 못했다. 이에 따라 시도지사협의회안에서는 자치경찰청장직은 개방형직위로 운영될 수 있는지, 자치경찰청장 후보자는 어떠한 요건을 충족시켜야 하는지에 대한 내용이 생략되어 있다.

다. 현행 제주자치경찰단장 임명절차 및 자격요건

이상 검토한 바와 같이 선행연구 및 최근 발표된 경찰개혁위원회안이나 시도지사협의회안에서는 자치경찰청장의 임명절차와 자격요건에 대한 논의가 구체적으로 진행되지 않고 있는 데 반하여, 2008년부터 자치경찰제를 시범 운영해 온 제주의 경우 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」(이하 ‘제주특별법’) 및 「제주특별자치도 자치경찰단장 개방형직위의 운영에 관한 조례」(이하 ‘조례’)에 자치경찰단장의 임명절차 및 자격요건에 대한 상세한 규정을 두고 있음을 확인할 수 있다.

현행 제주자치경찰단장 임명절차 및 자격요건의 주요 특징은 다음과 같이 크게 세 가지로 요약할 수 있다. 첫째, 제주자치경찰단장은 도지사가 임명하며 그의 지휘·감독을 받지만 선행연구들의 중론과는 달리, 현행 제주자치경찰단장에 대한 규정에서는 시·도 자치경찰위원회에 준하는 치안행정위원회에 자치경찰단장 후보자를 추천하도록 하는 권한을 부여하고 있지 않다. 이에 따라 도지사의 최종 임명 이전에 제주자치경찰단장 후보자는 제주특별자치도자치경찰단장개방형직위선발시험

위원회(이하 ‘선발시험위원회’)와 제주특별자치도자치경찰인사위원회(이하 ‘인사위원회’)를 거쳐 자격이 ‘검증’되어야 한다. 즉, 도지사의 제주자치경찰단장 최종 임명은 도지사의 내부적·직권적 결정사항이 아니라 “공직 내부와 외부에서 공개모집에 의한 시험을 거쳐 적격자를 선발”(조례 제2조 제1항)하는 공개적·절차적인 것이어야 함을 의미한다.

둘째, 현행 제주자치경찰단장은 개방형직위로 운영할 수 있다(제주특별법 제89조 제2항). 선발시험위원회와 인사위원회를 통한 제주자치경찰단장 선발절차는 1) 공고, 2) 선발시험, 3) 적격자 통보의 세 단계로 요약되며 구체적으로는 다음과 같다. 1) 먼저 임용후보자 선발에 앞서 도내일간신문·제주특별자치도보나 인터넷 등에 공고하여야 한다(조례 제2조 제2항). 시험을 실시하는 경우 임용기간 만료 예정일 2개월 전까지 10일 이상 공고를 하여야 하며, 응시자가 없는 경우, 제주특별자치도 소속의 응사자만 있는 경우, 혹은 선발시험위원회가 적격자가 없다고 결정한 경우에는 공고를 다시 하도록 하고 있다(조례 제2조 제3항). 2) 제주자치경찰단장은 선발시험을 거쳐 임용된다. 선발시험은 서류전형과 면접시험에 의하되, 필요한 경우에는 필기시험이나 실기시험을 추가할 수 있다(조례 제2조 제4항). 선발시험위원회에서 선발시험을 주관하며, 선발시험위원회는 5명 이상 7명 이하의 위원으로 구성된다(조례 제4조 제1항). 선발시험위원회 위원은 인사위원회가 자치경찰 업무에 관련된 분야나 채용·면접 등 시험에 관한 경험과 지식이 풍부한 자 중에서 위촉하되, 시험위원의 2분의 1 이상은 민간위원이어야 한다(조례 제4조 제2항). 3) 선발시험 결과에 근거하여 선발시험위원회는 2명이나 3명의 적격자를 선발하여 인사위원회에 통보하고, 적격자를 통보받은 인사위원회는 우선순위를 정하여 도지사에게 추천하여야 하며, 도지사는 인사위원회가 추천한 적격자 중에서 임용하여야 한다(조례 제5조). 현행 제주자치경찰단장 임용과 관련한 규정에서도 2배수 내지 3배수의 적격자를 시·도 지사에게 추천하도록 하고 있는 점과 비교할 때, 1배수 추천도 가능하도록 한 시도지사협의회안은 시·도 지사의 인사권 행사를 강화한 측면이 있음을 부정할 수 없다.

셋째, 제주자치경찰단장직은 개방형직위로 운영함에 있어 경찰 조직의 특성을 고려하여 자격요건에 계급적 요소를 반영하고 있다. 즉, 현직 경찰관 중에서는 자치경

찰단장에 상응하는 계급 혹은 바로 아래 하위 계급에 해당하는 자로 제한하고 있으며, 퇴직자의 경우에도 이러한 계급적인 요소는 그대로 적용된다. 제주자치경찰단장에 응시할 수 있는 자격을 i) 자치경찰단장에 임명할 수 있는 계급에 있거나 바로 아래 하위 계급(자치총경)에 있는 사람, ii) 이에 상응하는 국가경찰공무원, iii) (자치)정무관, (자치)총경에 해당하였던 사람으로서 퇴직한 날로부터 2년이 지나지 않은 사람, 4) 법관·검사 또는 변호사의 직에 5년 이상 근무한 사람에 한하고 있다(제주특별법 제89조 제3항). 이에 더하여 제주자치경찰단장으로서 임용기간이 끝나는 날에 60세를 넘지 아니하여야 한다는 연령 제한을 덧붙이고 있다(제주특별법 제89조 제3항).

현직 경찰관에 대한 계급적 제한은 경찰 조직의 특성을 고려할 때 정당화될 수 있는 면이 있다. 그러나 경찰 경력자에 대해서도 동일한 계급적 요건을 요구하는 것은 바람직하지 않으며 이 경우 경찰 외부 인사에 비하여 경찰 경력이 있는 일반인을 차별하는 결과를 초래할 수 있다. 예를 들면, 경찰관으로서 15년 이상 근무를 하는 등 풍부한 경험을 쌓은 후, 타 국가기관 혹은 경찰 관련 대학·연구기관에서 재직 한 사람들이 직무를 수행할 충분한 능력을 갖추고 있음에도 불구하고 후보자에서 배제될 수 있다.

반면, 법관·검사 또는 변호사 등 경찰 경력이 없는 일반인의 경우에는 해당 분야에서 단지 5년만을 근무한 경우에도 자치경찰단장으로 임명할 수 있도록 규정하고 있는데, 법률가로서 단지 5년의 실무경력을 쌓은 것만으로는 경찰기관의 장으로서 근무할 수 있는 능력, 예컨대 리더십이나 치안 관련 전문성 등을 갖추고 있다고 보기 어렵다. 또한 범죄 등으로부터 국민의 생명과 안전을 지키는 임무를 수행하는 경찰 업무에 있어 변호사 자격을 가지고 있는 자에 대해서만 그 요건을 지나치게 완화하여 개방할 필요도 없다고 생각된다.

III. 주요국의 자치경찰청장 자격요건 및 임명절차⁶⁾

선행연구와 경찰개혁위원회안, 시도지사협의회안에 대한 검토를 통해 시·도 자치경찰위원회 외에 자치경찰의 정치적 중립성을 확보할 수 있는 방안에 대한 고민이 부족함을 확인하였다. 자치경찰청장 임명에 있어 시·도 자치경찰위원회에 집중되어 있는 최근 논의와는 달리, 현재 시행 중인 제주자치경찰단장 관련 규정은 공고, 선발시험, 적격자 통보의 단계별 절차에 따라 자치경찰청장을 임명하고 일정한 기간의 경력·연령제한 등 자격요건을 두고 있으나 경찰 경력이 없는 법조인 출신 일반인에 지나치게 완화되어 있다는 문제점이 발견되었다.

이에 자치경찰의 오랜 경험을 가진 국가들에서는 자치경찰청장의 선발절차 및 자격요건을 어떻게 규정하고 있는지를 살펴봄으로써 우리에의 시사점을 도출할 필요가 있다. 본 연구에서는 자치경찰청장직의 민간개방 정도 및 임명방식에 따라 1) 직선제, 2) 정무직, 3) 경찰위원회 등 제3의 기구에 의한 추천 등 세 가지로 유형화하고 각 유형의 대표적인 국가로서 영국·독일·미국의 사례에 대하여 검토하였다.

1. 직선제 자치경찰청장(영국 모델) : 높은 단계의 민간개방

가. 개관

영국은 크게 잉글랜드 및 웨일즈, 북아일랜드, 스코틀랜드로 구분할 수 있는데, 영국의 행정 및 사법체계는 이러한 지리적 경계를 기준으로 차이가 있다. 경찰제도 역시 지역에 따른 차이를 보이는데, 북아일랜드 및 스코틀랜드는 정점에 지역 전체를 관할하는 하나의 대규모 경찰청을 두고 있는 것과 달리, 잉글랜드 및 웨일즈는 카운티(county) 단위로 각각 39개 및 4개의 경찰관서를 두고 있다.⁷⁾ 영국은 지리적

6) 이 장은 치안정책연구소 2017년도 책임연구과제 중 저자가 공개자료를 바탕으로 작성한 내용을 자치경찰제 논의에 맞추어 수정·보완한 것이다.

7) 한편, 수도 런던의 경우에는 잉글랜드 및 웨일즈에 속해 있으나 선거로 선출된 시장이 Metropolitan Police 경찰청장을, 시 의회가 City of London Police 경찰청장을 임명하도록 하고 있어 별도의 선거가 치러지지 않는다. 즉, 런던 시장과 시 의회는 각각 Metropolitan Police 경찰조직을 통솔할 경찰청장(commissioner)과 City of London Police을 선정하게 되는데, 그 절차는 추천된 후보자를

구분에 따라 자치경찰청장(Police and crime commissioner)을 선발하는 방식에도 차이가 있어, 잉글랜드 및 웨일즈의 자치경찰청장은 선거를 통해 임명되는 반면, 북아일랜드와 스코틀랜드는 선거 실시 없이 의회에서 후보자 추천을 받아 최종 임명한다.⁸⁾ 이처럼 자치경찰청장을 선발 및 임명하는 세부절차는 지역별로 차이가 있으나 자치경찰 조직의 수장이 민간에 개방되어 있다는 점은 영국 전역에 공통적이다. 아래에서는 직선제로 운영하는 잉글랜드 및 웨일즈의 자치경찰청장 제도를 살펴보고자 한다.

잉글랜드 및 웨일즈에서 선거를 통해 자치경찰청장을 선발하기 시작한 것은 최근의 일이다. 2010년 영국 총선 당시 보수당과 자유민주당은 공통적으로 경찰조직의 책임성 인식 부족을 문제점으로 지적하며 경찰개혁을 공약으로 내세웠다. 선거 후 보수당과 자유민주당은 2010년 5월 연정을 구성하면서 발표한 협의문(Conservative-Liberal Democrat coalition agreement)에서 “우리는 행정기관의 통제로부터 보다 자유롭고, 일상을 파괴하는 범죄와 반사회적 행동에 보다 잘 대응되 그들이 섬기는 대중에 훨씬 더 책임을 지는 경찰을 필요로 한다”(HM Government, 2010: 13)면서 “지역의 대표자들로부터 견제와 균형의 책임을 지는, 직접 선출된 사람의 감독을 통해 경찰의 책임성을 강화할 수단을 도입하겠다”(HM Government, 2010: 13)고 밝혔다. 이의 연장선상에서 2010년 12월에는 영국 내무부(UK Home Office)는 경찰의 책임성 강화방안을 구체적으로 논의한 『21세기의 경찰행정: 경찰과 시민의 재연결(Policing in the 21st Century: Reconnecting police and the people)』 제하의 보고서를 발간하고 자치경찰청장 직선제(directly-elected Police and Crime Commissioners; PCCs) 도입 가능성을 최초로 언급하였다. 이 보고서상의 논의를 바탕으로 「경찰개혁 및 사회적 책임에 관한 법률(Police Reform and Social Responsibility Bill, 2011 c. 13; 이하 ‘경찰개혁법’)」이 마련되었으며 2011년 9월 15일 경찰개혁법안이 의회를 통과함에 따라 2012년 11월 15일 최초의 잉글랜드 및 웨일즈 자치경찰청장 선거가 시행되었다.

검증한 후 지명한다는 점에서 북아일랜드 및 스코틀랜드에서와 유사하다. 이렇게 선발된 경찰청장은 “commissioner”로 호칭, 선출에 의한 경찰청장(Police and crime commissioner)과 차이가 있다.

8) 북아일랜드의 의회는 Northern Ireland Assembly, 스코틀랜드의 의회는 Scottish Parliament로 명칭 또한 상이하다.

나. 자치경찰청장 자격요건

잉글랜드 및 웨일즈 자치경찰청장은 경찰개혁의 차원에서 직선제가 도입됨에 따라 입후보자에 대해 경찰관으로서의 근무경험을 요건화하지 않는 것을 큰 특징으로 한다. <표 1>은 경찰개혁법에서 규정하고 있는 잉글랜드 및 웨일즈 자치경찰청장의 자격요건을 정리한 것이다.

〈표 1〉 잉글랜드 및 웨일즈 자치경찰청장 자격요건

- 만 18세 이상의 영국 시민권자
- 후보등록일 및 선거일 당일 해당 지역에 주소지 소재
- 타 지역 자치경찰청장으로 근무하거나 경찰 등 구성원·유관 위원회 소속이 아닐 것
- 파산법상 적용사항 없을 것
- 영국 및 영연방국가 내에서 금고형 이상 선고 가능한 범행을 저지른 바 없을 것

<표 1>에서 보듯 영국 시민권을 가진 만 18세 이상의 성인이라면 누구나 자치경찰청장 후보로 등록할 수 있다(경찰개혁법 §66 및 §68). 경찰개혁법은 자치경찰청장으로 임명될 수 없는 부적격요건을 추가적으로 규정하고 있다. 즉, 후보 등록 당시 만 18세에 이르지 않았거나(경찰개혁법 §64① a), 후보등록일 및 선거당일에 후보로 등록한 지역에 주소를 두고 있지 않을 때(경찰개혁법 §64① b), 다른 지역에 복수로 자치경찰청장 후보로 등록하였을 때(경찰개혁법 §64③), 다른 지역의 자치경찰청장으로 재직 중일 때(경찰개혁법 §64④) 후보에서 실격된다. 또한 영국 내 경찰 조직의 구성원이거나(경찰개혁법 §65① a), 교통경찰(British Transport Police Force)·원자력위원회(Civil Nuclear Constabulary)와 같은 범집행기관 소속(경찰개혁법 §65① b) 또는 관련 위원회에 참여하고 있는 경우(경찰개혁법 §65① h)에도 자치경찰청장 후보로 등록할 수 없다. 즉, 현직 경찰관은 자치경찰청장 후보에서 배제하고 있다. 또한 파산법(Insolvency Act 1986)상 채무불이행·중도상환·개인회생 내지 파산에 적용되는 사항이 없어야 하고(경찰개혁법 §66③ a), 영국 및 영연방국가에서 실제 선고 여부와 관계없이 금고형 이상을 선고할 수 있는 범행(imprisonable offence)을 저지른 사실이 없어야 한다(경찰개혁법 §66③ c). 자치경찰청장 후보자들의 이력 및 공약은 접근 및 조회가 쉽도록 인터넷상에 공개되어 있다.⁹⁾

한편, 적법한 절차를 거쳐 자치경찰청장으로 임명되었다 하더라도 영국 내 의회(the House of Commons, the Scottish Parliament, the National Assembly for Wales, the Northern Ireland Assembly) 또는 유럽의회(European Parliament)에 진출하게 된 경우에는 더 이상 지역의 경찰조직 및 치안을 대변하는 역할을 수행하기 어렵게 되기 때문에 자치경찰청장직에서 물러나야 한다(경찰개혁법 §67).

2016년 자치경찰청장 당선자들의 이력을 살펴보면, 경찰 또는 유관부서 근무 경험이 있는 경우와 없는 경우를 고루 발견할 수 있다. 일례로, 2012년에 이어 2016년 재선에 성공한 더햄(Durham Constabulary) 자치경찰청장 론 호그(Ron Hogg, 노동당)는 5년간 교사로 근무하다 경찰에 투신, 4개 지역 경찰조직에서 30년 이상 경찰관으로 근무하고 인근 클레브랜드 경찰청(Cleveland Police)에서 차장(Deputy chief constable)으로 퇴직하였다. 반면, 캠브리지셔 경찰청(Cambridgeshire Constabulary)의 제이슨 에이블화이트(Jason Ablewhite, 보수당) 자치경찰청장이나 클레브랜드 경찰청(Cleveland Police)의 배리 코핑어(Barry Copping, 노동당) 자치경찰청장은 30년 가까이 지역을 누벼 온 정치인(각각 District Council 및 Borough Council; 우리의 시의원 내지 구의원 해당) 출신으로 경찰로 재직한 바 없다. 베드포드셔 경찰청(Bedfordshire Constabulary)의 자치경찰청장으로 선출된 캐트린 홀로웨이(Kathryn Holloway, 보수당) 또한 언론인 출신으로, 경찰 등 법집행 기관에서 근무한 경험이 전혀 없다.

다. 선발절차

경찰개혁법에 따르면, 만 18세 이상의 성인에게 자치경찰청장 선거권 및 피선거권이 주어지고, 선출된 자치경찰청장의 임기는 4년으로, 1차례 중임할 수 있다. 잉글랜드 및 웨일즈의 자치경찰청장 직선제는 등록한 후보가 2명 이하이면 단순다수결(simple majority)에 따르나, 3명 이상이면 2명을 고르도록 하는 보완투표(supplementary vote) 시스템을 따르고 있다. 즉, 1차 투표(1st Round)에서 과반수를 득표한 후보가 없으면, 상위 득표한 두 후보의 2차 투표(2nd Round) 결과를 1차

9) 자치경찰청장 후보자들의 이력 및 공약에 대한 세부 내용은 인터넷 홈페이지(www.choosemypcc.org.uk)에서 찾아볼 수 있다.

투표 결과에 합산하여 최종 당선자를 결정한다(경찰개혁법 §57).

2012년 11월 15일 최초로 이루어진 잉글랜드 및 웨일즈 자치경찰청장 선거 실시 경과를 살펴보면 다음과 같다.¹⁰⁾ 먼저 선거를 한 달여 앞둔 2012년 10월 19일 정오에 후보자 등록이 마감되고 2012년 10월 23일 등록된 후보자가 공표되었다. 선거일을 보름 앞둔 2012년 10월 31일 자정을 기해서는 선거인명부 작성이 완료되었으며, 2012년 10월 22일부터 선거일까지 선거위원회가 구성되어 최초 실시되는 자치경찰청장 선거에 대한 국민적 관심을 환기시키기 위한 캠페인을 전개하였다. 자치경찰청장 당선 일주일 후인 2012년 11월 22일부터는 공식 업무를 시작하였다.

이보다 4년 후인 2016년 5월 5일에는 제2회 선거가 실시되었다. 2012년에는 런던을 제외한 잉글랜드 및 웨일즈 전역에서 41명의 자치경찰청장을 선출하기 위한 선거가 실시되었으나, 2016년에는 광역맨체스터경찰(Greater Manchester Police)이 자치경찰청장 직선제를 폐지하고 시장에 의한 임명제로 회귀함에 따라 총 40명의 자치경찰청장이 선출되었다. 2016년 선거에서 선출된 자치경찰청장 40명을 소속 정당별로 살펴보면 보수당이 19명, 노동당이 16명, 웨일즈 민족당(Plaid Cymru)이 2명, 무소속이 3명으로 나타났다. 이는 2012년에 비해 무소속은 9명이 감소한 것으로, 이에 비해 보수당 및 노동당은 각각 3명씩 증가하였으며, 웨일즈 민족당은 처음으로 직선 자치경찰청장을 배출하였다.

선출된 잉글랜드 및 웨일즈 자치경찰청장들은 내무부 하에 연합회(Association of Police and Crime Commissioners)를 구성, 경찰 및 형사사법체계의 변화를 공유하는 한편 상호협력하고 있다.¹¹⁾

2. 정무직 자치경찰청장(독일 모델) : 중간 단계의 민간개방

가. 개관

독일의 경우 각 주별로 상이한 법률을 가지고 있으며, 자치경찰청장 임명제도 또

10) 최초의 경찰청장 선거일은 경찰개혁법 제50조 제2항에 명시되어 있다.

11) 잉글랜드 및 웨일즈 자치경찰청장 연합회에 대한 구체적인 내용은 <http://www.apccs.police.uk/> 참조.

한 상이하다. 이 논문에서는 현직 경찰관뿐만 아니라 일반인에 대해서도 자치경찰 청장직을 개방하고 있는 노르트라인-베스트팔렌(Northrhein-Westfalen) 주를 중심으로 살펴보고자 한다.

노르트라인-베스트팔렌 주경찰의 경우 독일의 다른 주와는 달리 주경찰청(Landespolizeipräsidium)이 존재하지 않으며, 내무부 하에 47개의 지역경찰관서(Kreispolizeibehörden)¹²⁾와 3개의 상급관청(Landesoberbehörden)¹³⁾이 설치되어 있다. 즉, 주내무부가 경찰관서에 대한 최상위 감독관청이며, 우리의 경찰청 혹은 지방경찰청에 해당하는 조직 없이 바로 그 아래에 각 지역을 관할하는 지역경찰관서가 존재하는 구조이다. 내무부는 모든 경찰관서에 대하여 감독권을 행사하며, 이때 3개의 주 상급관청의 지원을 받는다. 노르트라인-베스트팔렌 주경찰의 전체 인력은 5만 명에 이르며, 이 중 42,000여명이 경찰공무원이다.¹⁴⁾

노르트라인-베스트팔렌 주의 47개 지역경찰관서는 지역의 규모에 따라 다시 시 단위에 설치된 18개의 경찰청(Polizeipräsidium)과 우리의 군 단위에 해당하는 자치 단체장(Landrat) 하에 설치된 29개의 지역경찰관서로 나뉜다. 18개 경찰청의 경우에는 그 수장으로 자치경찰청장(Polizeipräsident)이 존재하나, 29개의 군 단위 지역 경찰관서는 별도의 경찰 기관장이 존재하지 않고 자치단체장이 경찰관서장 역할을 겸하여 수행한다.¹⁵⁾ 이들 자치단체장들은 다양한 경력을 가진 정치인으로, 주민들

12) 지역경찰관서는 우리나라의 지방경찰청과 경찰서 중간 정도 규모의 조직으로 이해할 수 있다. 지역 경찰관서의 관할구역은 노르트라인-베스트팔렌 주의 행정구역 중 광역자치단체인 자치시(kreisfreie Städte) 및 크라이스(Kreis)와 거의 일치한다. 즉, 지역경찰관서는 중심도시를 포함하여 그 주변에 있는 중소도시까지 관할하는 경우가 일반적이다. 예를 들면 쾰른 경찰청(Polizeipräsidium)은 쾰른市뿐만 아니라 그 주변의 레버쿠젠(Leverkusen)市까지 관할하고 있다. 따라서 쾰른 “Polizeipräsidium”은 쾰른 경찰서가 아닌 쾰른 경찰청으로 해석하는 것이 바람직하다. 인원상으로도 총 50개의 경찰관서에 5만 명이 근무하고 있으므로, 평균적으로 1개의 경찰관서에 1천명이 근무하고 있다. 단순 수치상 비교만으로도 노르트라인-베스트팔렌주 지역경찰관서는 우리나라의 경찰서 3-5개를 합한 규모라는 것을 알 수 있다.

13) 3개의 州상급관청에는 州교육인사청(Landesamt für Ausbildung, Fortbildung und Personalangelegenheiten, LAFP), 州범죄수사청(Landeskriminalamt, LKA), 州중앙경찰사무청(Landesamt für Zentrale Polizeiliche Dienste, LZPD)이 있다. 이들 기관은 47개의 지역경찰관서를 지휘·감독하는 것이 아니라 지원하는 역할을 하며, 내무부장관의 감독권 행사를 지원하는 역할을 한다.

14) <https://polizei.nrw/artikel/organisation-der-polizei-nrw>, 2018년 8월 31일 최종 접속.

15) 한편, 독일의 경우 특정 지역경찰관서의 관할 지역 내에서 발생한 범죄의 경우에도 그 관서에서 사건을 처리하기에는 규모가 큰 중대범죄인 경우에는 지역관할과는 상관없이 그 사건을 처리할

이 직접 선출한다.

나. 자격요건

자치경찰청장은 정치적 공무원(politischer Beamter), 즉, 우리의 정무직 공무원으로 주 내무부 장관의 추천으로 주정부가 임명한다. 따라서 이들을 “정치적 경찰청장(politischer Polizeipäsident)”이라고도 표현한다.¹⁶⁾ 정무직 공무원인 자치경찰청장은 경찰계급을 가지고 있지 않으며, 경찰관 중 최고위 계급인 ‘leitender Polizeidirektor’는 경찰청 각 부서의 장(우리의 국장직)으로서 직무를 수행한다.

자치경찰청장을 임명함에 있어서 적성, 능력, 성과에 따라 공무원을 임명할 것을 규정한 독일기본법(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - GG) 제33조 제2항 및 공무원지위법(Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern - BeamStG) 제9조가 적용된다. 노르트라인-베스트팔렌 주 47개 지역경찰관서 중 경찰청(Polizeipräsidium)을 두고 있는 18개 지역 자치경찰청장의 주요경력 살펴보면 다음 <표 2>와 같다.

<표 2> 독일 노르트라인-베스트팔렌주 자치경찰청장 주요경력

연번	경찰청	성명	주요경력	비고
1	Köln	Jürgen Mathies	- 1977년부터 경찰관으로 근무	경찰관 출신
2	Münster	Hans-Joachim Kuhlisch	- 주정부에서 농업, 주거, 도시개발, 교통 등의 부서에서 관리자급 공무원으로 근무	법률가 출신 고위공무원
3	Aachen	Dirk Weinspach	- 헌법보호청 극우주의 대응 부서장 - 주 내무부 경찰교육 부서 근무	법률가 출신 고위공무원

역량이 되는 보다 큰 규모의 지역경찰관서에서 이첩 받아 수사할 수 있다. 노르트라인-베스트팔렌 주의 경우 고속도로에서 발생한 사건에 대해서는 본래의 관할과는 상관없이 빌레펠트, 도르트문트, 쾰른, 뮌스터 등 4개의 경찰청에서 담당하며, 수로(水路)의 경우 뒤스부르크 경찰청에서 관할하도록 하고 있다.

- 16) 필자가 주 교육인사청 제바스티안 쉘레프호르스트(Sebastian Schlepphorst) 경감과 인터뷰한 바에 따르면 일반 경찰관 출신이 자치경찰청장이 되는 것은 드문 일이며, 일반적으로 법률가 등 주 내무부장관이 추천하는 자가 자치경찰청장으로 임명된다고 한다.

연번	경찰청	성명	주요경력	비고
4	Bielefeld	Katharina Giere	- 법학박사 - Arnsberg시정부 위험방지 부서장 - Recklinghausen 자치경찰청장	법률가 출신 고위공무원 (여)
5	Bochum	Kerstin Wittmeier	- 사회학자 - Arnsberg시 수상경찰행정 부서장 - 중앙경찰사무청(LZPD) 부서장 - Oberhausen 자치경찰청장	사회학자 출신 고위공무원 (여)
6	Bonn	Ursula Brohl-Sowa	- 주 내무부에서 경찰예산, 행정현대화 등 업무 담당	법률가 출신 고위공무원 (여)
7	Dortmund	Gregor Lange	- 주 정부 헌법보호, 극우주의, 안전 담당 - 공공행정대학 행정법 교수	법률가 출신 고위공무원
8	Duisburg	Elke Bartels	- 법학박사 - Düsseldorf시 위험방지 부서장	법률가 출신 고위공무원 (여)
9	Düsseldorf	Norbert Wesseler	- Düsseldorf시 정부 근무 - 주 내무부 장관실, 경찰청 등 근무 - Dortmund 자치경찰청장	법률가 출신 고위공무원
10	Essen	Frank Richter	- 경찰관 출신 - 주 경찰노조 위원장	경찰관 출신
11	Gelsenkirchen	Anne Heselhaus-Schröer	- 주 법원 판사 - 주 고등법원 판사	법관 출신 (여)
12	Hagen	Wolfgang Sprogies	- Arnsberg시 교통 및 환경법 담당 - Hagen, Bochum시 경찰행정 부서장 - 뮌스터시 질서법, 보건, 위험방지, 교통 관련 부서장	법률가 출신 고위공무원
13	Hamm	Erich Sievert	- Arnsberg시 공무원 - Dortmund 경찰청 행정 부서장	법률가 출신 고위공무원
14	Krefeld	Rainer Furth	- Münster시 공무원 - 주 내무부 교육 담당 - Münster 경찰청 행정 담당	법률가 출신 고위공무원
15	Mönchengladbach	Mathis Wiesselmann	- Köln시 공무원 - Köln 자치경찰청장 대행	법률가 출신 고위공무원
16	Oberhausen	Ingolf Möhring	- Düsseldorf, Arnsberg시 공무원 - Hagen, Dortmund 경찰청 행정부서장	법률가 출신 고위공무원
17	Recklinghausen	Friederike Zurhausen	- 내무부 안전, 예산 관련 업무 - Münster시 경찰 관련 업무	법률가 출신 고위공무원 (여)
18	Wuppertal	Birgitta Rademacher	- 변호사 - Siegen 시의원	법률가 출신 정치인(여)

자료: 노르트라인-베스트팔렌주 각 경찰청(Polizeipräsidium) 홈페이지

<표 2>에서 알 수 있듯이 18명의 경찰청장 중 2명만이 경찰관 출신이며(11%), 13명이 법률가 출신 고위공무원(72%), 2명이 판사, 변호사 등 법조인 출신(11%), 1명은 사회학자 출신 고위공무원(6%)으로 이루어져 있으며, 여성도 7명(39%)으로 비교적 높은 비율을 나타내고 있다. 가장 높은 비율을 차지하고 있는 법률가 출신 고위공무원은 우리의 사법시험에 해당하는 법학 분야 국가고시 2차 시험을 합격한 후, 판사·검사·변호사 등 법조계가 아닌 일반 정부부처 관리직 공무원으로 경력을 시작한 사람들이다. 법률가 출신으로 고위공무원을 지낸 자치경찰청장들의 주요 경력에서 알 수 있듯이, 이들은 주 내무부 혹은 시청 등에서 관리직으로 경력을 쌓은 경우가 대다수이며, 해당 조직에서 경찰이나 위험방지, 안전 등 유관부서 근무 경험을 가지고 있다.

한편, 경찰학교 혹은 경찰대학을 졸업한 후 경찰관으로서의 경력을 쌓은 사람 중에서는 소수만이 자치경찰청장으로 임명되고 있다. 이와 관련하여 주 내무부 장관 랄프 예거(Ralf Jäger)는 ‘민간 출신 경찰청장을 임명한다고 하여 경찰관 출신이 완전히 배제되는 것은 아니다. 다만 (집행업무를 담당하는) 경찰관이 아닌 기관장으로서의 업무수행능력이 중요한 판단 기준’이라고 언급하였다(Landtag Nordrhein-Westfalen, 2014: 11).

이렇듯 독일 노르트라인-베스트팔렌 주에서는 ‘민간의 경찰지휘원칙(Prinzip der zivilen Führung der Polizei)’에 따라 주로 행정공무원 혹은 일반인을 자치경찰청장으로 임명하고 있다. 현직 경찰청장들의 주요 경력을 토대로 분석한 결과, 자치경찰청장은 주로 법률에 관한 전문적인 지식을 가지고 있는 사람 중 경찰, 안전, 위험방지 등과 관련된 분야에서 근무한 경력이 있는 사람을 선발하고 있다. 물론 주 내무부 장관의 제청으로 주정부가 임명하는 정무직 공무원이기 때문에 공무원이나 법조인이 아니어도 경찰청장의 직을 수행할 능력을 가졌다면 누구나 임명가능하다.¹⁷⁾

노르트라인-베스트팔렌 주가 경찰에 대한 민간지휘원칙을 고수하고 있는 이유는

17) 반면 베를린 주의 경우에는 일반적으로 경찰대학 또는 경찰학교를 졸업하고 경찰관으로서 경력을 쌓아온 고위직 경찰공무원을 자치경찰청장으로 임명하고 있다. 최근에는 이러한 요건을 완화하여 대규모 안전 관련 기관(Sicherheitsbehörde)을 이끈 경력이 있는 사람 또한 자치경찰청장으로 임명할 수 있도록 규정을 변경하였다. 다만 이때에도 리더십, 전문성, 사회성 등의 자격요건을 충족할 것이 요구된다.

경찰 조직 내에서 사회화되지 않은 민간 출신 경찰청장이 경찰활동의 중립성 및 법치주의 원칙을 더욱 잘 담보할 수 있으며 민주적 통제에도 기여할 수 있을 것이라는 독일 사회의 믿음에 기인한다(Landtag Nordrhein-Westfalen, 2013: 7).

다. 선발절차

노르트라인-베스트팔렌 주 자치경찰청장은 내무부장관의 제청으로 주 정부, 즉 주지사의 임명을 거쳐 선발되는 정치적 공무원(politischer Beamter)으로, 우리의 정무직 공무원에 해당한다. 노르트라인-베스트팔렌 주의 경우 베를린 등 독일의 다른 주들과는 달리 자치경찰청장에 대하여 별도의 직위공모 절차를 거치지 않아 비판이 제기되기도 한다(Landtag Nordrhein-Westfalen, 2013: 1). 그러나 이에 대해 노르트라인-베스트팔렌 주는 정무직 공무원의 경우에도 다른 공무원들과 마찬가지로 법률(Gesetz)과 능력(Befähigung)을 근거로 선발된다고 현 제도를 유지하고 있다(Landtag Nordrhein-Westfalen, 2014: 11).

한편, 노르트라인-베스트팔렌주 자치경찰청장은 정무직 공무원이기 때문에 언제든지 직위해제(einstweiliger Ruhestand)가 가능(주 공무원법 제37조 제1항 제5호, 공무원지위법 제30조 제1항)하다는 점이 문제점으로 제기된다. 만약 자치경찰청장으로서의 업무수행 능력 여부와 관련 없이 해임 가능한다면 이는 자치경찰청장의 지위를 약화시킬 수 있으며, 정치적으로 민감한 사안에 대한 집회 관리 혹은 수사에 있어 정치적 압박감을 느낄 수 있다는 것이다(Landtag Nordrhein-Westfalen, 2013: 2). 이는 자치경찰청장이 직무수행에 있어 주 정부의 정치적 견해를 항상 염두에 두어야 함을 뜻할 수 있다.

이에 대해 주정부는 안전정책(Sicherheitspolitik)은 극히 민감한 사안이고, 따라서 자치경찰청장은 공무원지위법상 정부의 기본적인 정치적 견해와 목표에 부합하여야 하는 직위(공무원지위법 제30조 제1항)에 해당하기 때문에 정무직 공무원으로 임명하는 것이 바람직하다고 본다. 다시 말해, 자치경찰청장을 정무직 공무원으로 임명하는 것이 장관과 자치경찰청장간의 신뢰 있는 협력을 가능하게 한다는 것이다.

3. 제3의 기구 추천을 통한 자치경찰청장 임명(미국 모델): 절충형 통제

가. 개관

미국은 지역의 치안유지를 주정부의 사무로 이해, 고도로 분권화된 자치경찰제를 시행하고 있는 대표적인 국가이다. 주마다 각기 다른 경찰제도를 운영하고 있지만 연방경찰(FBI)을 제외한 경찰은 모두 주정부 소속이라는 점은 공통적이다.

미국의 자치경찰청장은 대부분 민선 시장(Mayor) 또는 주지사(governor)에 의해 임명된다. 간혹 대도시의 경우 현직 경찰관이 아닌 일반 행정전문가 중에서 자치경찰청장이 임명되기도 하나 이들 역시 경찰관로서의 풍부한 재직 경험을 바탕으로 두고 있는 경우가 많다. 한편, 자치경찰청장은 민선 시장에 의해 임명된다는 점에서 미국 전역에 걸쳐 카운티(county) 별로 주민들의 직접선거에 의해 선출되고 있는 보안관(sheriff)과 대조를 이룬다고 평가된다. 예외적으로 보안관 제도가 확고하게 자리 잡고 있는 루이지애나 주의 경우에는 자치경찰청장도 마찬가지로 선거를 통해 임명하도록 주법(Louisiana Revised Statutes)으로 규정하고 있다.¹⁸⁾ 아래에서는 미국 서부의 대표적인 도시인 로스앤젤레스의 자치경찰청장 제도를 중심으로 살펴보고자 한다.

로스앤젤레스 경찰청(Los Angeles Police Department)은 10,000여명의 경찰관 및 3,000여명의 직원이 근무하고 있는 미국 내에서는 세 번째로, 서부에서는 가장 큰 경찰 조직이다. ‘Police Commissioner’로 불리는 뉴욕 자치경찰청장의 경우 경찰 제복을 착용하지 않고 경찰 제복을 착용한 경찰관 중 최고위직을 ‘chief of police’로 구분하고 있는 반면, 로스앤젤레스 자치경찰청장은 ‘chief of police’로 불리고 경찰 제복을 착용하며 ‘Police commissioner’라는 호칭은 총 5명의 민간 전문가로 구성된 경찰위원회(Board of Police Commissioners)의 경우에 사용된다.¹⁹⁾

18) 한편, 루이지애나 주 외에도 선거를 통해 자치경찰청장을 임명하고 있는 경우로는 오클라호마 주의 주도인 오클라호마시티 등이 있다.

19) 뉴욕·보스턴 등 동부에서는 영국 등 유럽의 영향을 받아 대도시에는 경찰청(police department)의 장은 ‘Police Commissioner’로, 중소도시에는 경찰청의 장은 ‘Chief of Police’로 구분하여 호칭하나, 로스앤젤레스 등 서부에서는 도시 규모에 관계없이 경찰 조직 내 최고위직 경찰관은 일괄 ‘Chief of police’로 칭하고 ‘Commissioner’라는 명칭은 일부 대도시에서만 경찰위원회 구성

즉, 뉴욕 경찰청이 20세기에 들어서면서 경찰관 중 최고 직제로서의 장(chief of police)과는 별도로 전문 행정가 1인을 경찰청장(commissioner)으로 두고 기존의 경찰위원회를 시민민원검토위원회(Civilian Complaint Review Board)로 확대·개편한 반면, 로스앤젤레스 경찰청은 1901년 이전의 뉴욕 경찰청과 같은 체제(경찰위원회 및 경찰관 중 최고 직제로서의 자치경찰청장 1인)를 유지하고 있다.

이에 따라 로스앤젤레스 자치경찰청장은 경찰관으로서 최고위직에 있는 것과 동시에 최고경영책임자로서의 역할 또한 맡고 있다. 일례로, 뉴욕과 로스앤젤레스 양 도시의 경찰청장을 모두 역임한 바 있는 윌리엄 브래튼(William Bratton)은 1994년 뉴욕 경찰청장으로 근무할 당시에는 경찰 제복을 착용하지 않았으나 2002년 로스앤젤레스 경찰청장이 되면서 다시 제복을 착용하는 경찰관이 되었다가 2009년 퇴임과 동시에 다시 민간인이 되었고, 2014년 뉴욕 경찰청장으로 재임용되었을 때에도 경찰관이 아닌 일반 행정직 공무원과 다름없었다.

나. 자격요건

로스앤젤레스의 경우 경찰위원회가 일정한 요건을 충족한 후보를 추릴 수 있도록 경찰청장에 임명될 수 있는 자격요건을 가이드라인 형태로 마련하고 있다. 즉, 로스앤젤레스의 경찰청장이 되기 위해서는 <표 2>에서 보는 바와 같이 경찰관으로서 Deputy Police Chief 이상 직위에 근무한 경험을 포함, 법집행기관에서의 근무경력이 도합 12년 이상이고, 대학(college) 졸업 이상의 학력이 요구된다.²⁰⁾ 아울러 신체적 또는 정신적 질환이나 진행 중인 형사절차가 없어야 한다.

〈표 2〉 로스앤젤레스 자치경찰청장 자격요건

- 경찰관으로서의 Deputy Police Chief 직위 이상 경험(현직 여부 무관)
- 대학(college) 졸업 이상 학력
- 법집행기관에서의 근무경력이 도합 12년 이상
- 신체적 또는 정신적 질환이나 진행 중인 형사절차 없음

원을 지칭하기 위해 사용한다는 차이가 발견된다.

20) 로스앤젤레스 경찰청 홈페이지, http://www.lapdonline.org/i_want_to_know, 2018년 8월 31일 최종 접속.

나아가 로스앤젤레스 시 헌장(The Charter of the City of Los Angeles, 이하 ‘CCLA’)에 따르면 경찰청장은 질병 등으로 인해 90일 이상 연속하여 직무를 수행하지 못한 경우(CCLA §207(c)(59), 영장이 발부되는 등 형사절차가 진행되거나 법원의 판단에 의해 현직 경찰청장이 신체적 또는 정신적인 질환 등으로 인해 직무수행이 불가능하다고 판단된 경우 등에 해임된다(CCLA §207(c), §208(a)(60)).

다. 임명절차

5명의 민간 전문가로 구성된 로스앤젤레스 경찰청의 경찰위원회(Board of Police Commissioners)²¹⁾는 자치경찰청장 후보군 선정 및 승인 절차에 관여함으로써 경찰청장 임명에 일정한 영향력을 행사한다. 경찰위원회는 <표 2>에서 보는 바와 같은 자격요건을 충족시킨 대상을 인터뷰한 후, 후보군을 3배수로 압축하여 시장에게 추천한다. 시장은 이 후보군에서 1명을 경찰청장으로 지명하고, 이 지명자는 다시 시 의회와 경찰위원회의 승인(approval)을 거쳐 최종 임명된다. 이와 같은 선발절차를 도식화하면 <그림 1>과 같다. 한편, 로스앤젤레스 자치경찰청장은 5년의 임기로 추가로 1회 임기를 연장할 수 있다.



<그림 1> 로스앤젤레스 자치경찰청장 선발절차

21) 경찰위원회 위원은 시장이 임명하며 시 의회의 확인 절차를 거친다.

지난 6월 신임 로스앤젤레스 자치경찰청장이 임명되었는데, 세부적인 임명과정을 살펴보면 다음과 같다. 2018년 1월 19일 찰리 벡(Charlie Beck) 당시 자치경찰청장이 6월을 기점으로 퇴직하기를 희망한다고 발표함에 따라 후임 자치경찰청장을 임명하기 위한 절차가 본격적으로 시작되었다. 2018년 3월 1일 공고일로부터 3주에 걸쳐 자치경찰청장 지원자 접수가 이루어졌고, 총 31명이 지원한 것으로 집계되었다.²²⁾ 경찰위원회는 이들의 서류를 확인하여 5명으로 후보자를 압축하여 4월 마지막 주에 개별 인터뷰를 실시하였으며, 5월 첫째 주에는 최종 3배수(3명)의 후보자 명단을 시장에 통보하였다.²³⁾ 최종 3배수에 든 후보자들은 모두 다양한 인종적 배경 하에 성장하였으며 로스앤젤레스 경찰청에서 오랜 기간 근무한 이력이 있었고, 이 중 1명은 퇴직하여 지원 당시 민간인 신분이었다. 시장은 경찰위원회의 의견을 종합적으로 검토하여 6월 초 36년간 로스앤젤레스에서 경찰관으로 근무한 마이클 무어(Michel Moore)를 신임 자치경찰청장으로 임명하였다.

차기 청장의 임명 필요성이 제기된 시점부터 신임 청장이 임명되기까지 약 5개월의 시간이 소요되었으며, 임명절차와 관련된 결정사항은 현지 언론 등을 통해 지역 주민들에게 실시간으로 공개되었다. 특히 인터뷰에 앞서 경찰위원회들은 지역주민들을 면담하여 차기 자치경찰청장에 바라는 사항들을 취합하였는데, 다인종인 로스앤젤레스의 인구구성을 반영하여 백인이 아닌 청장이 임명되기를 바라는 여론이 형성되기도 하였으며 지원자가 5배수에서 다시 최종 3배수로 추려지는 과정에서 여성이 한 명도 포함되지 않은 것에 대한 아쉬움이 표출되는 등 차기 자치경찰청장이 갖추어야 할 자격요건이나 중점적으로 추진되어야 할 사항에 대한 지역사회의 논의가 활발하게 전개되는 계기가 되었다.

22) LA Times, 'Who will be L.A.'s next police chief? 31 people have applied for the job', 2018년 3월 27일자.

23) LA Times, 'A diverse trio of LAPD veterans makes the cut as finalists for chief', 2018년 5월 8일자.

IV. 결론 및 시사점

본 연구는 자치경찰제 도입 논의가 본격적으로 이루어지고 있는 현재 상황에서도 자치경찰청장의 임명절차와 자격요건에 대한 논의가 구체화되지 않고 있는 점을 비판적으로 인식하고 자치경찰청장 임명과 관련된 선행연구 및 국내외 사례에 대해 살펴보았다.

그간 우리는 경찰이 수행하는 업무의 특수성, 전문성 등을 이유로 하여 경찰공무원 중에서만 경찰청장을 임명하였으며 이를 당연시 해왔다. 그러나 경찰이 수행하는 업무가 우리와 본질적으로 크게 다르지 않음에도 불구하고, 영국, 독일, 미국 등 오랜 기간 자치경찰제를 시행해 온 국가에서는 경찰이 아닌 민간 출신이 경찰청장직을 수행하는 사례를 다수 찾아볼 수 있었다. 물론 ▷ 민간에 전면 개방한 사례, ▷ 국민안전 관련 근무경력이 있는 사람에게만 개방한 사례, ▷ 경찰 관리직 경력이 있는 사람에게만 개방한 사례, ▷ 현직 경찰관만을 경찰청장으로 임명하는 사례 등 국가에 따라 개방정도, 자격요건 등에 있어 세부적인 차이는 있으며, 각국의 역사적 맥락과 분리하여 어떠한 제도가 더 바람직한지는 단정적으로 논할 수 없다.

잉글랜드 및 웨일즈의 자치경찰청장 직선제는 가장 높은 수준으로 자치경찰을 민간에 개방한 사례로서 경찰개혁의 차원에서 직선제가 도입됨에 따라 입후보자에 대해 경찰관으로서의 근무경험을 요건화하지 않는 동시에 현직 경찰관은 자치경찰청장 후보에서 배제하고 있어 경찰(관리직) 경력이 있는 사람이 자치경찰청장이 되어야 한다는 우리의 고정관념에서 크게 벗어난다. 다만 잉글랜드 및 웨일즈의 자치경찰청장 직선제는 제도가 시행된 지 채 10년도 경과하지 않았다는 점에서 제도의 성패를 판단하기에는 다소 이른 감이 있다. 특히 2012년 첫 경찰청장 선거 당시 선거에 대한 국민적 관심을 환기시키기 위해 선거위원회가 구성되어 캠페인을 전개하였음에도 불구하고 15%라는 전후 최저 투표율을 기록,²⁴⁾ 과연 이렇게 낮은 투표율을 통해 선출된 경찰청장이 제대로 민의를 대변할 수 있느냐는 의문이 제기되기도 하였다. 그러나 2016년 두 번째 선거에서는 여전히 전체 투표율(26.4%)은 낮았지만, 모든 선거구에서 투표율이 상승(△11.3%)하면서 이러한 논란은 어느 정도 불식되

24) BBC, 'PCC elections: Watchdog to probe record low turnout', 2012년 11월 17일자.

었다고 평가되고 있다.²⁵⁾

나아가 자치경찰청장 직선제 도입 추진 당시 내무부 장관이던 테레사 메이(Theresa May)가 총리로 취임한 이후 잉글랜드 및 웨일즈는 자치경찰청장 직선제를 보다 확대하여 잉글랜드 및 웨일즈 지역 내 경찰 조직 내 경찰관으로서 오를 수 있는 가장 높은 계급인 chief constable도 경찰관이 아닌 합당한 능력을 지닌 민간에게 개방하는 방안을 검토 중인 것으로 알려지고 있다. 무엇보다 영국의 경찰대학에서 수행된 최근 연구에서 많은 고위직 경찰관들이 사회의 다양성을 제대로 인지하지 못하고, 경험의 폭이 제한되어 경찰지휘관으로서 역할을 수행할 수 있는 후보군으로 분류되기에 부적합한 것으로 나타났다는 결과를 도출한 것(College of Policing, 2015)이 chief constable 직위 역시 개방되어야 한다는 논의를 한층 촉발시켰다. 이에 영국 내무부 장관은 chief constable 역할 수행에 적합한 인물을 경찰뿐만 아니라 민간으로도 확대, 다양한 경험을 쌓은 민간 전문가를 “적정한 훈련(appropriate training)”²⁶⁾을 거쳐 chief constable로 임용할 예정이라고 밝힌 바 있다.

한편, 독일 노르트라인-베스트팔렌 주의 경우 주로 전문 법률 지식을 가지고 경찰, 안전과 관련된 업무를 한 경력이 있는 고위공무원 중에서 주 내무부 장관의 제청을 거쳐 주 정부에서 자치경찰청장으로 임명하고 있음을 확인하였다. 한편, 군 단위의 자치단체에서는 자치단체장이 경찰관서장까지 맡고 있으며, 이들은 선출직 공무원으로 여타의 경찰청장에 비해 다양한 경력을 가지고 있다.

무엇보다 노르트라인-베스트팔렌 주는 경찰 조직 내에서 사회화되지 않은 민간 출신 경찰청장이 경찰활동의 중립성 및 법치주의 원칙을 더욱 잘 담보할 수 있으며 민주적 통제에도 기여할 수 있을 것이라는 오랜 믿음에 따라 민간에 의한 경찰지휘 원칙을 유지하고 있는 사례를 보여준다. 이에 따라 자치경찰청장은 주로 경찰관이 아닌 일반인을 임명함으로써 경찰에 대한 자기비판 및 민간에 의한 통제를 가능하

25) BBC, ‘Police & Crime Commissioner elections 2016’; <http://www.bbc.com/news/election/2016/police>, 2018년 8월 31일 최종 접속.

26) 현재 영국에서 chief constable이 되기 위해서는 국립경찰평가센터(police national assessment centre)의 평가를 통과하고 4개월의 전술지휘훈련(four-month strategic command course) 과정을 이수하여야 한다. 내무부 장관이 언급한 “적정한 훈련”은 위와 유사한 형태일 것으로 현지 언론은 추정하고 있다(Guardian, ‘Chief constable jobs may be opened to non-police under new proposals’, 2017년 3월 27일자).

게 하는 한편 고위공무원을 역임한 법률 전문가 중에서 자치경찰청장을 임명함으로써 전문성을 동시에 고려하고 있다.

노르트라인-베스트팔렌 주 자치경찰청장은 경찰관 계급을 가지고 있지 않은 정무직 공무원이므로 민감한 사안인 안전 관련 정책에 있어 정부의 정치적 방향에 부합하는 치안활동이 가능하다는 장점을 지닌다. 다만 임기가 보장되어 있지 않기 때문에 자치경찰청장이 소신 있는 업무수행을 할 수 없으며, 직무수행에 있어 정치적으로 종속될 수 있다는 비판이 제기되기도 한다. 노르트라인-베스트팔렌 주의 사례는 자치경찰청장직을 민간에 개방함으로써 얻을 수 있는 장점은 취하면서도 자의적인 해임 가능성을 법적으로 차단함으로써 임기 중 정치적 종속성을 방지할 수 있는 장치는 반드시 마련되어야 한다는 점을 시사한다.

미국에서 자치경찰청장은 루이지애나·오克拉호마 주와 같은 예외적인 경우를 제외하면 대부분 시장 또는 주지사에 의해 임명되고 있다. 이는 보안관(sheriff)나 지역 검사장(city attorney)과 같은 타 법집행기관의 경우에는 주민들의 직접선거에 의해 기관장을 선출함으로써 법집행의 정당성을 확보하고 있는 것과 대비된다. 독일에서와 마찬가지로 미국의 경우도 자치경찰청장이 시장 등 정치인에 의해 임명 및 해임되는 경우가 일반적임에 따라 주민 전체의 이익이 아닌 시장 개인의 편향된 이익에 휩쓸려 판단할 가능성이 있고, 법적으로 보장된 임기가 없어 책임 있는 치안행정을 구현하기에 한계가 있다는 비판으로부터 자유롭지 못하다. 최근 경찰노조 등 일각에서는 타 법집행기관의 경우와 마찬가지로 자치경찰청장 역시 주민들이 직접 선출함으로써 자치경찰의 정치적 중립성과 공정성을 담보하여야 할 필요가 있다는 의견을 제시하고 있기도 하다.

직접 선거를 통한 부담 및 비용을 줄이면서도 자치경찰에 대한 시민들의 신뢰를 유지하기 위해 자치경찰청장 임용과 관련하여 미국의 많은 지역에서 채택하고 있는 방식은 시민들의 대표로 구성된 경찰위원회에 자치경찰청장 후보군을 선발하고 시장의 임명을 최종 승인하는 권한을 부여하는 것이다. 경찰위원회 위원은 일반인이지만 역시 시장이 임명하기 때문에 시장의 인사권 행사를 방조하거나 지나치게 협조할 것이 우려된다. 이에 본 연구에서 살펴본 로스앤젤레스의 경우 자치경찰청장 공개모집부터 최종 선발되기까지의 전 과정을 현지 언론에 세부적으로 공개함으로

써 오해를 불식시키는 한편, 경찰위원회 구성원들이 집담회 등을 통해 차기 자치경찰청장에게 요구되는 사항에 대한 시민들의 의견을 수렴하는 절차를 두고 있으며, 자치경찰청장이라면 충족시켜야 하는 최소한의 자격요건을 규정함으로써 자치경찰청장의 정치적 중립성과 전문성을 동시에 모색하고 있다.

이와 같이 본 연구에서 살펴본 국가들은 전직 경찰관을 포함, 보다 넓은 인력풀을 확보하기 위하여 자치경찰청장직을 민간에 개방하고 있으며 그 중에서 치안업무수행에 가장 적합한 사람을 자치경찰청장으로 임명하고 있다는 점에서 공통적이다. 경찰관 출신을 포함, 일반인을 정무직 공무원으로 임명할 경우에는 정치적 중립이 훼손될 수 있다는 우려를 불식시키기 위해 경찰위원회 구성에서부터 자치경찰청장을 선발 및 임명하는 과정을 구체화·투명화하고 자의적인 인사가 이루어지지 않도록 자격요건을 명시하고 있다는 점 또한 시사하는 바가 크다. 경찰위원회를 통해 후보자를 추천하는 경우에도 최소 3배수 이상을 추천하도록 하고 있어 시도지사협의회안에서와 같이 1배수 추천도 가능하도록 하는 사례는 찾아볼 수 없다.

자치경찰에 대한 관심은 높은 반면, 자치경찰청장 임명절차 및 자격요건에 대한 고민은 상대적으로 부족한 결과, 이른 시일 내 자치경찰제가 시행될 경우 현행 제주 자치경찰단장 임명에 대한 규정을 그대로 따르거나 선발시험을 시·도 자치경찰위원회 추천으로 대체할 가능성이 높아 보인다. 그러나 자치경찰청장의 적격에 대한 논의는 생략한 가운데 단순히 시·도 자치경찰위원회가 추천한 자 중에서 자치경찰청장을 임명하도록 하는 것은 선발시험에 의한 현행 제주자치경찰단장 임명방식보다 정치적 중립성과 전문성 두 가지 측면에서 모두 한층 후퇴한 방안이라고 생각된다. 따라서 자치경찰청장직을 수행하기에 가장 전문성 있는 사람을 선발하고, 경찰에 대한 민주적 통제를 강화하기 위해서는 구체적인 자격요건을 공개하고, 그러한 요건을 충족하는 사람만을 자치경찰청장으로 임명하여야 한다.²⁷⁾ 이때 인사권자는 헌법상 요구되는 ‘능력주의’에 따라 지원자 중 가장 전문성이 뛰어난 사람을 자치경찰청장으로 임명할 필요가 있다. 또한 공모절차를 필수적으로 거치도록 하여 치안 분야에 전문성을 가진 다양한 사람들이 지원할 수 있도록 하여야 한다.

27) 베를린경찰의 경우 자치경찰청장의 자격요건(Anforderungsprofil)을 명시하고 형식적인 요건, 전문성, 사회성, 리더십 등 49개 항목에 대해 평가하고 있다.

한편, 현행 제주자치경찰단장 임명과 관련된 규정은 개방적으로 운용될 가능성을 열어두고 있으며 일정한 자격요건을 마련하고 있다는 점에서는 긍정적이지만 다른 광역 시·도 자치경찰에 확대되기에 앞서 자격요건은 전반적으로 정비되어야 할 필요가 있다. 우선 경찰 경력자에 대해 자치경찰단장에 상응하는 계급(자치경무관) 혹은 바로 아래 계급(자치총경)에 해당하는 자로 자치경찰청장을 제한하고 있는 부분이다. 퇴직한 경찰 경력자의 경우 퇴직 후 2년이 지나지 않은 경우에 한해 자치경찰단장 후보자가 될 수 있는데, 이는 민간개방의 취지에도 부합하지 않으며 변호사 경력이 있는 일반인에 비하여 경찰관 경력이 있는 일반인을 역차별 하는 요소로 작용할 수도 있다.²⁸⁾

또한 법관·검사 또는 변호사 등은 해당 분야에서 단지 5년만을 근무한 경우에도 자치경찰단장으로 임명할 수 있도록 하고 있는 부분 역시 재고되어야 한다. 법률가로서 단지 5년의 실무경력을 쌓은 것만으로는 경찰기관장으로서 근무할 수 있는 능력, 예컨대 리더십이나 치안 관련 전문성 등을 갖추고 있다고 보기 어렵다. 또한 범죄 등으로부터 국민의 생명과 안전을 지키는 임무를 수행하는 경찰 업무에 있어 변호사 자격을 가지고 있는 자에 대해서만 그 요건을 지나치게 완화하여 개방할 필요도 없다고 생각된다. 검찰총장직의 경우 변호사로서 15년 이상의 경력을 요구하는 것처럼 자치경찰청장에 대해서도 이에 상응하는 경력을 요구하는 것이 바람직할 것이다.

자치경찰제를 통해 지역사회에 적합하고 주민이 직접 체감할 수 있는 치안서비스가 제공되기 위해서는 사건처리와 인사에 대한 외부의 영향력을 차단함으로써 자치경찰이 독립적이고 공정하게 업무를 수행할 수 있는 환경이 우선 조성되어야 하며, 누가 어떠한 절차를 거쳐 자치경찰청장으로 임명되느냐는 그와 직결된 문제이다. 자치경찰의 정치적 중립을 어떻게 담보할 수 있을 것인가에 대한 문제가 지속적으로 다루어져 충분한 전문성과 경력을 갖춘 가운데 정치적 중립을 유지하며 양질의 치안서비스를 제공하는 데 심혈을 기울이는 자치경찰청장이 임명될 수 있기를 시민의 한 사람으로서 소망한다.

28) 이러한 계급적·기간적 제한으로 인해 그간 제주지방경찰청 출신의 현직 국가경찰 총경들이 주로 제주자치경찰단장에 지원해 왔다.

참고문헌

1. 단행본

국정기획자문위원회(2007), 국정기획자문위원회 백서.

이현우·송상훈·이미애(2009), 자치경찰제도 도입에 따른 법률안 제·개정에 관한 연구, 경기개발연구원 연구보고서.

College of Policing (2015), Leadership Review: Recommendations for delivering leadership at all levels.

HM Government (2010), The Coalition: our programme for government.

UK Home Office (2010), Policing in the 21st Century: Reconnecting police and the people.

2. 논문

남재성(2010), “자치경찰제에 대한 일선 국가경찰관들의 인식: 서울지역 경찰관을 중심으로”, 「경찰학논총」 제5권 제2호, 원광대학교 경찰학연구소.

박성수·박준상(2007), “자치경찰제도에 대한 경찰공무원의 인식조사에 관한 연구”, 「한국지방자치연구」 제9권 제1호, 대한지방자치학회.

양영철(2015), “역대 정부의 자치경찰도입 정책 추진과 정책적 함의에 관한 연구”, 「한국경찰연구」 제14권 제1호, 한국경찰연구학회.

윤호연(2013), “미국의 자치경찰제도에 관한 연구”, 「자치경찰연구」 제6권 제4호, 한국자치경찰학회.

이관희(2000), “한국경찰의 자치경찰제 도입방안, 「한국공안행정학회보」 제9호, 한국공안행정학회.

이상열·남재성(2018), “자치경찰제 도입에 관한 시민 인식태도 연구”, 「한국치안행정논집」 제15권 제1호, 한국치안행정학회.

- 이황우(2000), “지방화시대에 따른 자치경찰제 도입모형에 관한 연구”, 「한국공안행정학회보」 제4호, 한국공안행정학회.
- 최우용(2003), “자치경찰제 도입을 위한 법적 과제”, 「지방자치법연구」 제3권 제1호, 한국지방자치법학회.
- 최웅렬(2004), “자치경찰과 지방정부와의 관계”, 「한국공안행정학회보」 제18호, 한국공안행정학회.

3. 기타

- 경기일보, ‘경기도, 바람직한 지방분권 개헌·자치경찰제도안 논의’, 2018년 4월 18일자.
- 경기일보, ‘한국경찰연구학회, 바람직한 자치경찰제 모색을 위한 공동학술대회 30일 개최’, 2018년 3월 26일자.
- 경찰개혁위원회, ‘경찰개혁위원회 광역단위 자치경찰제 권고안 발표’, 2017년 11월 7일자 보도자료.
- 대통령소속 자치분권위원회, ‘자치경찰제 도입, 자치분권위원회가 주도한다’, 2018년 4월 2일자 보도자료.
- 대한민국시도지사협의회, ‘효율적인 주민치안서비스 위해 “시·도 지방경찰청 이하 자치경찰로 일괄 전환해야” 전국 17개 시·도 한 목소리...’, 2018년 6월 4일자 보도자료.
- 서울특별시, ‘서울시 “연방제 수준 자치경찰제 모델” 용역결과 발표’, 2018년 2월 6일자 보도자료.
- Association of Police and Crime Commissioners 홈페이지; <http://www.apccs.police.uk/>, 2018년 8월 31일 최종 접속.
- BBC, ‘PCC elections: Watchdog to probe record low turnout’, 2012년 11월 17일자.
- BBC, ‘Police & Crime Commissioner elections 2016’; <http://www.bbc.com/news/election/2016/police>, 2018년 8월 31일 최종 접속.

Guardian, ‘Chief constable jobs may be opened to non-police under new proposals’, 2017년 3월 27일자.

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/13/contents/enacted> [경찰개혁 및 사회적 책임에 관한 법률(Police Reform and Social Responsibility Bill, 2011 c. 13), 2018년 8월 31일 최종 접속.

LA Times, ‘A diverse trio of LAPD veterans makes the cut as finalists for chief’, 2018년 5월 8일자.

LA Times, ‘Who will be L.A.’s next police chief? 31 people have applied for the job’, 2018년 3월 27일자.

Landtag Nordrhein-Westfalen (2013), (16. Wahlperiode) Gesetzentwurf der Fraktion der FDP- Gesetz zur Entpolitisierung der Polizei (Drucksache 16/2336, 20.03.2013).

Landtag Nordrhein-Westfalen (2014), Was der Chef mitbringen muss. Sollen Polizeipräsidenten politische Beamte bleiben? (Landtag intern, 45. Jahrgang, Ausgabe 2 vom 19.02.2014).

Nordrhein-Westfalen Polizei 홈페이지, <https://polizei.nrw/artikel/organisation-der-polizei-nrw>, 2018년 8월 31일 최종 접속.

The Charter of the City of Los Angeles, [http://library.amlegal.com/nxt/gateway.dll/California/laac/administrativecode?f=templates\\$fn=default.htm\\$3.0\\$vid=amlegal:losangeles_ca_mc](http://library.amlegal.com/nxt/gateway.dll/California/laac/administrativecode?f=templates$fn=default.htm$3.0$vid=amlegal:losangeles_ca_mc), 2018년 8월 31일 최종 접속.

www.choosemypcc.org.uk, 2018년 8월 31일 최종 접속.

Strengthening political neutrality of local autonomous police systems : Regarding selection process and qualification requirements for local police chief in some major countries

Han, Min-kyung* · Park, Won-kyu**

Successful settlement of the local autonomous police system requires an environment in which local autonomous police can perform their work independently and fairly by eliminating external influence on personnel and handling of cases. While the local police commissions based on cities and provinces has been solely considered as a way to ensure political neutrality of the local autonomous police, the issue on who and how should be appointed local police chief deserves more consideration.

In this regard, we try to draw up implications by analyzing selection process and qualification requirements for local police chief in some major countries that have implemented local autonomous police systems prior to us. According to the opening degree of position to civilians and way of appointment, we classify the local police system in three categories - direct election, political position, and such as police commission; and examine the cases of United Kingdom, Germany, and the United States as a representative country of each category.

❖ Keywords: local police chief, police commission, political neutrality, selection process, qualification requirements

* First author, Ph. D in sociology, Research Fellow, Korean Institute of Criminology.

** Corresponding author, Dr. jur., Professor, Korean National Police University.

형사정책연구 겨울호 논문투고 안내

형사정책연구 '겨울호'원고를 모집합니다. 원고접수 마감일은 2018년 11월 30일(금)까지입니다. 관련분야 전문가 여러분의 많은 참여와 투고를 바랍니다.

1. 원고내용

- 제목(한글 및 외국어)
- 성명, 소속 및 직위(한글 및 외국어)
 - ※ 저자가 2인 이상인 경우 책임저자와 공동저자를 구분하여 명시
- 초록(한글 및 외국어)
- 주제어(한글 및 외국어)
- 본문(항목번호는 I, 1, 가, 1), 가) 순으로 구성하며 제목위, 아래 한행씩 띄어준다)
 - ※ 원칙적으로 국문으로 작성하고 번역문인 경우 원문 별도 첨부
 - 외국어는 단일언어 표기시에 반드시 영문으로 작성하고 국문번역본을 첨부
- 참고문헌(국내, 구미, 일본의 순으로 저자별 가나다 및 알파벳순으로 하되 단행본, 논문의 순으로 정리, 단 구미문헌의 경우 저자의 성을 먼저 기록한 후 이름을 기록하고 책명, 발행연도 순으로 구성)
- 각주(논문 하단에 위치하되 일련번호를 명시)
- 제목, 성명, 소속 및 직위, 초록 주제어의 외국어 작성시, 반드시 영문을 포함하여 작성

2. 원고작성

- 용지종류 및 여백 : A4, 위쪽 35mm, 오른쪽 및 왼쪽 30mm, 아래쪽 30mm
- 글자모양 및 크기 : 신명조체 11포인트(각주는 10포인트)
- 줄 간격 : 180%
- 분량 : A4 20매 내외(최대 25매 초과 불가)
- 작성 : 한글 프로그램 사용

3. 투고자격 및 심사

- 원고 투고자의 자격은 학계의 대학교수, 실무계의 변호사, 판사, 검사 등 형사정책 관련 분야의 박사학위 취득자 또는 연구경력자로 한다.
- 제출된 원고는 형사정책 관련분야의 학술적 독창성이 있어야 하며 발표되지 않은 것이어야 한다.
- 제출된 원고는 관련규정에 따라 심사를 하여 게재여부를 결정하며, 원고 내용의 수정요청이 있을 경우 필자는 이에 응하거나 거부할 수 있다.

4. 원고접수 마감 및 제출처

- 원고접수 마감일 : 2018년 11월 30일(금)
- 제출처 : 한국형사정책연구원 행정실·지식정보팀(담당: 홍서연)
- 이메일 : kic_journal@kic.re.kr
- 전 화 : (02) 3460-5115
 - ※ 원고, 투고신청서, 논문연구윤리확인서 및 논문사용권 등 위임동의서는 별도 서명없이 이메일로 제출해 주시기 바랍니다.
 - ※ '투고신청서', '논문연구윤리확인서 및 논문사용권 등 위임동의서' 해당 양식은 연구원 홈페이지(www.kic.re.kr)에서 다운로드 가능합니다.

간행물출판위원회

- 위원장 : 박 미 숙 (한국형사정책연구원 형사법제연구실 선임연구위원)
위 원 : 김 지 영 (한국형사정책연구원 법무·사법개혁연구실 선임연구위원)
이 승 현 (한국형사정책연구원 범죄예방·처우연구실 연구위원)
박 형 민 (한국형사정책연구원 범죄조사연구실 연구위원)
안 성 훈 (한국형사정책연구원 법무·사법개혁연구실 연구위원)
최 수 형 (한국형사정책연구원 범죄예방·처우연구실 연구위원)
김 유 근 (한국형사정책연구원 형사법제연구실 연구위원)
이 동 회 (경찰대학 법학과 교수)
최 준 혁 (인하대학교 법학전문대학원 교수)
강 지 현 (울산대학교 경찰학전공 교수)
이 동 원 (원광대학교 경찰행정학과 교수)
- 간 사 : 김 병 규 (한국형사정책연구원 지식정보팀장)

형사정책연구

제29권 제3호(통권 제115호, 2018 · 가을호)

발행인 : 한 인 섭

발행처 : 한국형사정책연구원

서울시 서초구 태봉로 114

전화 (02)3460-5115

등 록 : 1990년 4월 3일 바-1360

발행일 : 2018년 9월 30일

인 쇄 : 경성문화사

전화 (02)786-2999

본 학술지 내용의 무단전재를 금함

[정가 : 10,000원]

Korean Criminological Review

Article

Estimating the Money Value of Imprisonment; an Application of the Contingent Valuation Method

Oh, Jeung-il

Criticism on the Supreme Court's Interpretation of "Justifiable Grounds" for Conscientious Objection : "Law-as-Path" vs. "Law-as-Gate"

Gahng, Tae-gyung

Empirical Study on Characteristics of Criminal Mediation Based on the Types of Criminal Offenses : Focusing on assaults, bodily injury and fraud

Lee, Dong-weon · Yoon, Hyun-seok

A Critical Review on the Phenomenon of Multifraud Crime and Normative Alternatives : For an Enactment of the Framework Act in the Regulation of Multifraud Crime, etc

Kim, Dae-Keun

A Study on the defamation through true facts and the proposals for defamation law reform

Bae, Sang-kyun

The Study of Risk Factors for Suicide : Focus on comparison between general suicide and inmates' suicide

Sea, Jong-han

Mental Disorders on Trial : An Empirical Study on the Judgment of Criminal Responsibility

Yu, Jin

Strengthening political neutrality of local autonomous police systems : Regarding selection process and qualification requirements for local police chief in some major countries

Han, Min-Kyung · Park, Won-kyu