

# 형사정책연구

**KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW**

제30권 제2호(통권 제118호)

2019 · 여름호

**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

제30권 제2호(통권 제118호, 2019·여름호)

## [ 연구논문 ]

형법 제303조 제1항의 비교법적 연구 : 우월적 지위를 중심으로

▶ 장응혁 ..... 1

세종시대 ‘도둑과의 전쟁’에 관한 연구

▶ 조병인 ..... 29

국제형사재판의 문제점과 과제

▶ 김성규 ..... 59

장애인 소년보호사건 사법지원 방안 연구

▶ 김예원·한민희 ..... 89

암호통신감청 및 온라인수색에서 부수처분의 허용과 한계

▶ 박희영·이상학 ..... 113

성폭력 원인에 대한 사회·경제적 분석

▶ 김상권 ..... 147

# KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

---

Vol. 30. NO. 2 (June, 2019)

## [ Article ]

§303 in the Penal Code : A Comparative Study

- ▶ Chang, Eung-hyeok ..... 27

A Study on the Actual ‘War against Thieves’ during King Sejong’s Reign of the Joseon Dynasty.

- ▶ Cho, Byung-In ..... 57

Issues and Challenges Facing International Criminal Justice

- ▶ Kim, Seong-gyu ..... 87

A Study of Schemes to Improve Juvenile Protection for the persons with disabilities

- ▶ Kim, Ye-won·Han, Min-hee ..... 111

The Admissibility and Limitations of Accompanying Measures to Quellen TKÜ and Online-Durchsuchung

- ▶ Park, Hee-young·Lee, Sang-hak ..... 144

Socioeconomic Analysis of the Determinants of Sexual Violence in Korea

- ▶ Kim, Sang-kwon ..... 173

## 형법 제303조 제1항의 비교법적 연구\* \*\*: 우월적 지위를 중심으로

장응혁\*\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

2018년 1월 말 서지현 검사의 인터뷰를 계기로 시작된 미투운동은 2019년에도 우리 사회를 크게 변화시키고 있으며 안희정 전 충남도지사 사건은 대표적인 사례이다. 비서였던 피해자의 인터뷰를 계기로 세상에 알려진 이 사건은 가해자가 유력한 대선주자였을 뿐만 아니라 제1심에서 전부 무죄가 선고되면서 많은 논란을 불러왔다.

비록 제2심에서 대부분 유죄가 선고되면서 향후 재판에서 성인지 감수성이 판단의 원칙이 될 것으로 예상되지만 이와 동시에 국회에서도 많은 대안이 제시되고 있다.

현재 발의중인 입법안에서는 공소시효의 정지·연장·배제 등을 통한 성폭력범죄의 처벌 강화, 피해자에 대한 명예훼손죄 적용의 제한, 성폭력 재발방지 대책의 마련, 피해자의 불이익 내용 구체화 등을 통한 성폭력피해자의 2차 피해 방지와 함께 성희롱죄·추가피해유발죄·비동의간음죄 도입까지도 포함하고 있는데 성폭력범죄가 ‘권력’을 이용하여 저질러진다는 점을 고려할 때 우선은 권력을 이용한 성폭력범죄가 제대로 처벌되도록 해야 하고 그 성립 범위를 보다 확대해야 할 것이다.

이와 관련 우리 형법은 대표적인 규정으로 ‘업무, 고용 기타 관계’로 보호 및 감독을 받는 사람에 대한 성폭력범죄를 처벌하는 규정을 제303조 제1항으로 두고 있는데 제1심 판결은 이렇게 업무상 위력 등을 행한 성적 침해행위를 처벌하는 규정이 다른 나라에서는 찾아보기 어려운 입법례라는 점을 전제로 하고 있다.

본고는 위와 같은 문제의식에서 형법 제303조와 유사한 규정을 두고 있는 다른 나라의 법령들을 검토하였다. 결론적으로 일본 및 영국 등 세계 각국이 우월적 지위를 이용한 성폭력범죄를 처벌하는 규정을 두고 있어 세계적으로 드물지 않다고 할 수 있다. 그리고 그 중에서도 스위스형법은 우리형법 제303조와 아주 유사한 규정을 두어 제193조는 궁핍상태 또는 노동관계 혹은 그 밖의 방법에 근거한 의존관계를 악용한 성범죄를, 제192조는 시설수용자, 수형자 피의자와의 성적 행위를 처벌하는 규정을 두고 있다.

본 연구는 이와 관련된 논의가 아직 충분하지 않은 상황을 감안하여 우선 스위스형법을 자세히

\* 이 논문은 2019년 1월 14일(월) 미투운동과함께하는시민행동 등이 주최한 세미나(“위력에 의한 성폭력 판단기준은 무엇인가”)에서 발표한 원고를 대폭 수정한 것임.

\*\* 본 연구는 2018년도 계명대학교 연구기금으로 이루어졌음.

\*\*\* 계명대학교 경찰행정학과 교수, 법학박사

살펴보고 특히 우월적 지위와 관련하여 개선방안을 검토하였다. 다만 형법 제303조는 우월적 지위에 기인한 취약성을 이용한다는 점에서 위계 및 위력을 범행방법으로 규정하고 있는데 이 또한 향후 검토해야 할 것이다.

나아가 우리 입법자는 우리 형법을 제정하면서 여러 가지 사정으로 인해 완전무결한 형법법전의 완성을 향후 과제로 남겨두었는데 이제는 이를 위한 보다 본격적인 연구가 필요할 것이다.

---

❖ 주제어 : 비교법적 연구, 성폭력, 형법, 제303조, 영국 2003년 성범죄법

## I. 들어가며

2018년 1월 말 서지현 검사의 인터뷰를 계기로 시작된 미투운동은 2019년에도 우리 사회를 크게 변화시키고 있다. 미투운동은 사회 전반으로 확산되면서 문단, 연예계, 대학, 체육계, 학교 등에서도 연이은 폭로가 이루어졌는데 그 대표적인 사건의 하나가 안희정 전 충남도지사 사건이다. 안희정 전 지사의 비서였던 피해자가 jtbc와 인터뷰를 하면서 세상에 알려지게 된 이 사건은 가해자가 유력한 대선주자였을 뿐만 아니라 2018. 8. 14. 제1심(이하 ‘제1심’이라고 한다)<sup>1)</sup>이 공소제기된 범죄 사실에 대하여 전부 무죄를 선고하면서 많은 논란을 불러왔다. 더구나 2019. 2. 1. 선고된 제2심(이하 ‘제2심’이라고 한다)<sup>2)</sup>은 공소제기된 10개의 범죄사실 중 9개에 대하여 유죄를 인정하면서 또 한 차례 큰 파장을 불러일으키고 있다. 아직 재판이 진행 중이며 안희정 전 지사의 부인이 인터넷을 통해 성폭력범죄가 아니라 불륜이라고 주장하는 등 새로운 이슈들도 계속 제기되고 있으나 우선 이 사건을 통해 그동안 논의가 제대로 이루어지지 않았던 형법 제303조 제1항<sup>3)</sup> 등이 새롭게 부각된 것은 분명하다.

이러한 상황에서 2018년 10월 16일 법률 제15379호로 개정된 형법은 형법 제303조 제1항의 법정형을 5년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금에서 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금으로 상향하였다.<sup>4)</sup> 그리고 더 나아가 국회는 공소시효의 정지·연장·배제 등을 통한 성폭력범죄의 처벌 강화, 피해자에 대한 명

1) 서울서부지방법원 2018. 8. 14. 선고 2018고합75 판결.

2) 서울고등법원 2019. 2. 1. 선고 2018노2354 판결.

3) 제1심의 공소사실에 대하여 각각 형법 제298조(강제추행), 형법 제303조 제1항(피감독자간음), 성폭력범죄의처벌에관한특별법(이하 ‘성폭력처벌법’이라 한다) 제 10조 제1항(업무상위력등에의한추행)이 적용되었다. 그러나 본 사건은 충남도지사라는 지위를 가진 가해자가 비서로서 자신의 감독을 받는 피해자를 대상으로 저지른 성폭력범죄로 권력을 이용한 것이 핵심이다. 따라서 본고에서는 업무상 관계라는 우월적 지위를 이용한 성폭력범죄를 규정하고 있는 형법 제303조 제1항에 초점을 맞추기로 한다. 왜냐하면 성폭력처벌법 제10조 제1항도 추행을 처벌대상으로 하고 있지만 다른 내용은 형법 제303조 제1항과 동일하기 때문이다.

4) 다만 상향된 법정형에도 불구하고 다른 성폭력범죄(강간 등)와 비교할 때 법정형이 여전히 낮아 불법성에 대한 평가가 제대로 이루어진 것인지에 대한 의문이 남는다. 다만 이 문제에 대해서는 다른 나라의 입법례를 포함하여 다음 기회에 검토하기로 한다.

예훼손죄 적용의 제한, 성폭력 재발방지 대책의 마련, 피해자의 불이익 내용 구체화 등을 통한 성폭력피해자의 2차 피해 방지와 함께<sup>5)</sup> 성희롱죄·추가피해유발죄·비동의간음죄<sup>6)</sup> 도입 등을 제시하고 있다.

물론 엄정한 처벌 및 처벌범위의 확대도 중요하다. 그러나 성폭력범죄 나아가 성폭력이 ‘성욕’을 원인으로 발생하는 문제가 아니라 ‘권력’의 차이에서 주로 발생하는 문제라는 점을 고려하면<sup>7)</sup> 먼저 성폭력범죄를 발생시키는 권력과 그 대응에 대한 성찰이 필요하다. 즉 비동의간음죄 등을 도입하기 이전에 우선 권력을 이용한 성폭력범죄의 성립과 처벌에 대한 검토가 필요한 것이다. 더구나 우리나라는 이전부터 지적되어 왔던 것처럼 여성과 남성의 사회적 격차가 클 뿐 아니라 사회의 모든 관계가 지나치게 권력적으로 구성되어 있음을 고려하면 이 문제 해결이 보다 더 중요하고 우리 사회가 당면한 문제를 해결할 근본적인 대안이 될 수도 있다.

이하에서는 이러한 관점에서 권력을 이용한 성범죄의 처벌을 특히 형법 제303조 제1항을 중심으로 검토하기로 한다. 이를 위해서는 우선 안희정 전 지사 사건에 왜 형법 제303조 제1항이 적용되어야 했는지, 그리고 제1심에서 왜 무죄판결이 선고되었는지를 살펴본다. 그 다음으로 형법 제303조가 어떻게 우리 법에 도입되었는지와 그 동안 제대로 활용되지 않은 문제점은 무엇인지를 살펴보기로 한다. 다음으로 다른 나라들은 어떤 처벌규정을 두고 있는지 그리고 우리나라와의 비교를 통해 우리 형법의 문제점을 보다 명확하게 파악할 수 있을 것이고 적절한 개선방안도 모색해 볼 수 있을 것이다.

5) 국회 입법안의 구체적인 내용에 대해서는 박찬걸, “성폭력피해자의 2차 피해 방지를 위한 몇 가지 쟁점에 대한 검토”, 법학논총 제35권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2018, 201면 이하 참조.

6) 2018. 4. 10. 국회 성희롱·성폭력 근절대책 관련 당정 간담회에서 여당과 법무부, 여성가족부는 비동의 간음죄 신설을 적극 검토하기로 결정했다. 매일경제신문, “당정 비동의 간음죄 신설 적극 검토키로”, 2018. 4. 10. 자(<http://news.mk.co.kr/newsRead.php?year=2018&no=229302>).

7) 물론 이러한 권력이 지위를 통하여 나오지만 범행 방법 등에도 영향을 준다. 따라서 비동의간음죄 도입이 주장되고 있는 것인데 본고에서는 지면 관계상 우선 지위에만 초점을 맞추어 검토하기로 한다.

## II. 최근의 판례와 형법 제303조 제1항<sup>8)</sup>

### 1. 판례의 개요

형법 제303조 제1항이 적용된 최근의 가장 대표적인 사건은 충남도지사였던 피고인이 2017. 7. 29.부터 2018. 2. 25. 사이에 저지른 성폭력범죄로 수행비서인 피해자를 간음 및 추행한 사건이다. 구체적으로는 2017. 7. 30. 출장을 간 러시아 호텔에서, 2017. 8. 13. 서울 강남 호텔에서, 2017. 9. 3. 출장을 간 스위스 호텔에서, 2018. 2. 25. 피고인이 사적으로 이용하던 마포의 오피스텔에서 각각 위력에 의한 간음행위를 하여 4회의 간음행위를 저지르고, 2017. 11. 26. 카니발 승합차 내에서 피해자의 음부를 만져 위력에 의한 추행을 저지르고, 2017. 7. 29. 러시아 요트, 2017. 8. 10. KTX, 2017. 8. 12. 호프집 공중화장실 앞, 2017. 8. 16. 중식당의 방, 2017. 8. 중순 혹은 말경 도지사 집무실에서 껴안거나 입을 맞추는 등으로 기습적으로 강제 추행을 저지르는 등 피해자는 총 10회에 걸쳐 간음과 추행을 당하였다.

제1심은 우선 각 강제추행이 검사가 제출한 증거만으로는 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기 어렵다고 보았으며 제2심도 1개의 공소사실에 대하여는 무죄를 선고하였다.

다만 제1심도 검사가 강제추행으로 의율한 것에 대하여 “피해자의 진술과 같이 지속적으로 수시 성적 접촉행위가 있었고, 그 중 기억나는 대표적인 것만 공소사실로 구성된 것이라면 이는 의사에 반하는 유형력의 행사로서 폭행행위 자체가 추행에 해당하는 기습추행과 달리, 업무상 상하관계에 기초하여 그 행위가 반복되었다는 취지로 볼 것이어서” 적어도 기습추행으로 의율하기는 어렵고 업무상 위력에 의한 추행죄로의 의율이 더 적정해 보인다고 판시하고 있어 결국 핵심은 업무상 위력에 의한 간음 및 추행을 규정한 형법 제303조 제1항과 성폭력처벌법 제10조의 성립이 인정되느냐이다.

그러나 제1심은 피고인이 도지사이고 사회적 영향력이 강한 유력 정치인이었던

8) 이하 내용은 공개된 제1심 판결문 요약본 및 언론보도 등을 기준으로 하기로 한다. 왜냐하면 제1심 및 제2심 모두 전체 판결문은 공개가 제한되었기 때문이다.

점, 피해자와 같은 별정직 공무원들은 신분보장의 정도가 약하고 지자체장인 피고 인과의 결속력이 강한 점, 수행비서의 경우 상명하복의 수직적 관계에 있으며, 특히 상사가 사회적으로 유명한 정치인인 경우 그 종속성이 더 높은 점, 피해자가 피고인의 첫 번째 여성 수행비서로서 부담감이 있었으며, 이후 정치권에서 활동하려고 할 경우 피고인의 평가 또는 평판이 중요한 점을 근거로 “피해자가 피고인의 수행비서 및 정부비서로 근무하던 동안에는 업무상 수직적, 권력적 관계로 인하여 피해자의 자유의사를 제압하기에 충분할 정도의 지위·직책·영향력 등 위력에 의한 간음·추행죄에 있어서의 위력이 피고인에게 존재하였다”고 인정하면서도 “피고인에게 정치적·사회적 지위나 영향력이 존재하는 자체만으로 일반적으로 피해자의 자유의사를 제압할 수 있을 정도의 상황에 이르렀다거나, 피고인이 평소 고압적이고 권위적인 태도로 피해자를 비롯한 도청 소속 공무원을 하대하는 등 위력의 존재감이나 그 지위(직책)를 남용하였다고 보기는 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다”라고 판시하여 위력의 행사사실을 부정하였다.

이에 반하여 제2심은 “간음행위에 이르게 된 경위, 간음행위 직후 피고인과 피해자의 태도 등을 종합해보면, 피고인은 피해자가 자신의 수행비서로서 권력적 상하 관계에 있어 적극적으로 저항하는 등 성적 자기결정권을 자유롭게 행사하기 어려운 상태에 있음을 인식한 상태에서 이를 이용하여 간음행위에 나아갔다고 할 것이고, 그 과정에서 실제로 위력으로 평가할 수 있는 수준의 유형력을 행사하였다고도 할 수 있다”고 판단하였다.<sup>9)</sup>

이처럼 제2심은 제1심이 불러온 논란을 정리하며 형법 제303조 제1항 등을 적용하는데 새로운 이정표를 제시했다고 평가할 수 있으며 향후 이러한 기준은 다양한 사건을 해결하는데 확대적용될 것으로 보인다.

그러나 이러한 판례가 하나의 기준으로서 우리 사회에 완전히 정착하기 위해서는 다양한 노력이 필요하고<sup>10)</sup> 그러한 노력의 하나로 판결에 대한 치밀한 분석과 함께

9) 김두나, “안희정 전 충남도지사 성폭력사건 2심판결 쟁점분석”, 안희정 성폭력사건 공동대책위원회 주최 2심판결 쟁점분석 변호인단 간담회 자료집, 2019. 2. 12. 6면.

10) 한국형사정책연구원의 장다혜 연구위원은 향후 유사 사건에서 합리적 판결을 기대할 수 있지만, 법관별로 편차가 크므로 이를 줄이는 법관 성인지 교육이 필요하다고 제언하고 있다. 한겨레, “안희정 무죄 뒤집음은 재판부 “피해자다움은 편협한 관점””, 2019. 2. 1. 자([http://www.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/880906.html](http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/880906.html)).

판례가 가지는 한계를 검토하는 것도 중요하다. 따라서 이하에서는 왜 이렇게 제1심과 제2심의 결론이 달라지게 되었는지, 그리고 특히 제1심의 결론이 나오게 된 이유와 그 문제점이 무엇인지를 자세히 검토하기로 한다.

## 2. 1심 판결에 대한 비판과 한계

제1심의 무죄판결에 대해서는 다양한 비판이 쏟아졌는데 대표적인 문제점으로는 피해자 진술에 대한 신빙성 판단이 차별적으로 이루어지는 등 대법원도 최근 판결에서 강조하고 있는 ‘성인지 감수성’을 제대로 갖추지 못 하였다는 점이 지적되고 있다.

물론 제1심도 성인지 감수성을 특별하게 언급하면서 “피해자가 처해 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다”고 한 대법원 판례<sup>11)</sup>를 인용하고 있다.

그러나 이렇게 제1심이 성인지 감수성을 언급하고 있음에도 제1심의 판결에 대하여 실제 현실에서 여성들이 겪는 경험이나 가지고 있는 인식과 크게 괴리되었고 판결의 논리 자체가 이해되지 않는다고 다양한 비판이 쏟아졌다.<sup>12)</sup> 대표적인 비판으로는 제1심이 과거의 판결들과 같이 통념을 여전히 판단의 원칙으로 삼으면서 성인지 감수성이 기껏해야 ‘통념에 어긋남’을 예외적으로 양해하는 역할에 그치고 있다는 지적<sup>13)</sup> 등이 있는데 제2심은 유죄를 선고하면서 성인지 감수성의 중요성을 강조한 대법원 판례를 강조하였다. 즉 피해자다움이 사람마다 다를 수 있고 성폭행 뒤에는 이런 행동을 보여야 하는 것 아니냐는 식의 선입견은 법원에서 인정될 수

11) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결.

12) 차혜령, “안희정 성폭력 사건 1심 판결 평석 (1)”, 미투운동과함께하는시민행동 등 세미나자료집 (“위력에 의한 성폭력, 판단기준은 무엇인가”) 발제문, 2019. 1. 14, 7면은 1심 판결에 대한 비판적인 기사들을 소개하면서 무죄라는 결론에 대한 단순한 비판이 아니라 판결에서 판단된 위력의 의미와 행사 여부의 판단 기준, 피해자의 반응에 대한 평가 등이 성인지 감수성의 측면에서 보았을 때 문제가 많아 비판되고 있음을 지적하였다.

13) 이호중, “업무상 위력에 의한 성폭력의 판단기준에 대하여”, 미투운동과함께하는시민행동 등 세미나자료집(“위력에 의한 성폭력, 판단기준은 무엇인가”) 토론문, 2019. 1. 14, 2면.

없다고 본 대법원 판례를 제대로 반영한 것으로 통념이 아닌 성인지 감수성을 판단의 원칙으로 삼았다고 할 수 있다.

다만 이러한 문제점 이외에도 제1심은 다양한 문제점 또는 한계를 노출하고 있는데 또 하나의 대표적인 문제점으로는 ‘권력을 이용한 성폭력범죄의 처벌규정’ 자체를 제대로 이해하지 못 하고 있다는 점이다. 제1심은 피의자의 의사에 반하지만 폭행, 협박 또는 업무상 위력의 행사 등이 있다고 볼 수 없는 경우 실질적으로 성적 자기결정권 침해를 가져오는 행위임에도 형사적으로 처벌할 수 없는 공백이 발생할 수 있는 현실이 존재한다고 하면서 이에 대하여 ‘비동의간음죄’만을 대안으로 고려하고 있다. 즉 상대방이 부동의 의사를 표명했는데 성관계로 나아간 경우에는 이를 강간으로 처벌하는 체계(이른바 ‘No Means No’ rule), 혹은 상대방의 명시적이고 적극적인 성관계 동의 의사가 있어야 하고 그렇지 않은 경우 성관계로 나아가면 이를 강간으로 처벌하는 체계(이른바 ‘Yes Means Yes’ rule)가 있어야만 처벌가능하다고 본 것이다.

이는 업무상 위력을 이용한 성폭력범죄에 대하여 반드시 그 위력의 행사가 필요할 뿐만 아니라 그러한 입법례 자체가 드물다는 인식에 기반한 것인데 이러한 인식에는 큰 문제가 있다.

왜냐하면 제1심은 우리나라의 성폭력범죄 처벌의 체계를 ① 폭행, 협박을 사용하여 성폭력범죄를 저지른 경우 처벌하는 규정, ② 미성년자 등 성적 자기결정권이 성숙하지 않은 피해자를 보호하기 위하여 폭행, 협박에 이르지 않더라도 위력, 위계 등의 행사로 인한 성적 침해행위를 처벌하는 규정, ③ 업무상 위력 등을 행사한 성적 침해행위를 처벌하는 규정으로 크게 나누어 볼 수 있다고 한 다음 대부분의 국가들이 ①과 ②의 경우를 처벌하고 있으나 ③의 경우를 처벌하는 규정을 둔 입법례는 찾아보기 드물다고 하고 있는데 우선 우리나라만 하더라도 다른 아닌 형법 제303조 제1항이 업무상 위력 등을 이용한 성폭력범죄를 처벌할 수 있도록 규정하고 있을 뿐만 아니라 다른 나라에도 이와 유사한 조항들이 존재하기 때문이다.

다만 이러한 조항들에 대해서는 그간 우리 학계에서도 연구가 충분하지 않았는데<sup>14)</sup> 우리나라에서는 우선 친족 및 아동·장애인을 대상으로 한 성폭력범죄를 처벌

14) 조국, 형사법의 성평등 전면개정판, 박영사, 2018, 68면.

하는데 중점을 두어 논의해 왔기 때문이다. 이하에서는 이러한 문제의식에 입각하여 업무상 위력 등을 행사한 성범죄를 처벌하는 각국의 입법례들을 살펴보기로 한다. 이를 위해서는 먼저 우리 형법 제303조가 가지는 의의를 정리하여야 하는데 우선 형법 제303조가 어떻게 우리나라에 도입되었는지, 그리고 현행 법체계에서 가지는 의미를 정리하기로 한다.

### 3. 형법 제303조 제1항의 의의

#### (1) 의의

형법 제303조 제1항은 “업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있고 이 조항은 형법제정 당시 새롭게 도입되었으나 입법 당시 특별한 논의는 없었으며<sup>15)</sup> 그 이후 현재까지 큰 변화없이 유지되어 오고 있다<sup>16)</sup>.

이 조항의 제정 이유로 효당 업상섭은 “우리나라의 전통적 미풍에 비추어 부녀의 정조는 재산권은 물론이고 때로는 생명권보다 소중한 것임에 불구하고 강자의 지위에 있는 자가 약자의 지위에 있는 부녀의 정조를 농락하는 소행에 대하여는 그 [것이] 강간이 아닌 이상 아무런 처벌규칙도 없는 것이 우리 현행 형벌법규이다.<sup>17)</sup>

15) 벌금액이 바뀌었을 뿐이다.

표 2 형법 제303조 제1항의 입법과정

| 정부초안                                                                                            | 법제사법위원회 및 국회의원 수정안                                                                              | 제정형법                                                                                                                   |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 제326조 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독하는 부녀에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 5년 이하의 징역 또는 5만원 이하의 벌금에 처한다. | 제326조 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독하는 부녀에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 5년 이하의 징역 또는 5만원 이하의 벌금에 처한다. | 제303조 [업무상위력등에 의한 간음] ① 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 부녀에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음한 자는 5년 이하의 징역 또는 2만 5천환 이하의 벌금에 처한다. |

신동운 편저, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원 연구총서, 2009, 464면.

16) 2013년 개정법에서 객체가 부녀에서 사람으로 바뀌었고 2018년 개정법이 법정형을 상향했을 뿐으로 이 외에는 1995년 개정법에서 2만5천환의 벌금액수가 1천500만원으로 개정되었다.

그러므로 이러한 행위를 처벌키 위함이다”라고 밝히고 있고 이에 따라 조선법제편찬위원회가 발표한 기초요강 중 형법각칙요강이 「간음죄」의 장 하에 유리한 지위 및 기타의 위력 또는 혼인약속의 위계를 사용하여서 부녀의 정조를 유린하는 행위를 처벌하는 조문을 신설하는 내용을 담고 있다.<sup>18)</sup> 다만 이 조항은 다른 성폭력범죄 처벌규정들과는 달리 법적으로도, 사회적으로도 충분한 논의가 이루어지지 않았는데, 그 이유로는 우선 범행방법인 위계 및 위력과 관련해서는 주로 미성년자에 대한 사안에서 논의되었으며 성인을 대상으로는 비동의간음죄 신설이 우선적으로 주장되어 왔던 점을 들 수 있다. 더구나 법정형 자체가 낮기 때문에 실무가들도 가급적이면 법정형이 높은 다른 처벌규정을 우선적으로 적용해 왔다.

그러나 이 조항은 성폭력범죄와 관련하여 성인에 대해서도 위계 또는 위력이라는 범행 방법을 규정하고 있는데 이러한 확장은 ‘업무, 고용 기타 관계로 피해자를 보호 또는 감독’한다고 하는 우월적 지위에 기인한 것으로 볼 수 있다. 이하에서는 현행 성폭력범죄의 처벌규정상 위계위력이 어떻게 규정되어 있는지, 그리고 우월적 지위는 어떻게 규정되어 있는지를 나누어 살펴보기로 한다.

## (2) 위계 및 위력의 도입 상황과 그 문제점

현재 형법뿐만 아니라 다양한 성폭력 관련 특별법이 위계 및 위력을 범행방법으로 한 성폭력범죄에 대한 처벌규정을 두고 있다. 그러나 성인 피해자의 경우 형법 제303조와 성폭력처벌법 제10조가 ‘업무, 고용 기타 관계’라는 우월적 지위에 있는 경우에 한정하여 위계 또는 위력으로 저질러지는 성폭력범죄를 규정하고 있을 뿐 일반적으로는 미성년자 또는 심신미약자가 피해자인 성폭력범죄에 한정되어 있다.

따라서 현행 형법 제302조는 미성년자나 심신미약자에 대하여, 성폭력처벌법 제7조는 13세 미만 사람에 대하여, 아동·청소년에 대하여, 성폭력처벌법 제6조는 장애인에 대하여 각각 위계 또는 위력으로 저질러지는 성폭력범죄를 처벌대상으로 규정하고 있다.

다만 이러한 규정들 모두 심도깊은 논의를 거쳐서 위계 및 위력을 범행방법으로

17) 신동운 편저, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원 연구총서, 2009, 29면.

18) 신동운 편저, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원 연구총서, 2009, 16면.

규정하였다고 하기는 어렵고 특히 장애인 관련 규정은 더욱 그러하다. 왜냐하면 주로 처벌규정을 새로 도입하면서 폭행협박과 같이 범행방법으로 규정하였을 뿐이기 때문이다. 더구나 위계위력은 업무방해죄 등 형법상의 다른 죄와 동일하게 해석하면서 위계의 경우에는 오히려 더 좁게 해석하고 있다.<sup>19)</sup>

그러나 위계 및 위력이 처음 범행방법으로 도입된 제정형법을 살펴보면 제302조가 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력에 의한 간음 및 추행을 규정하여 비록 아동청소년 및 장애인도 대상으로 하였지만, 제303조 제1항이 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 부녀에 대하여 위계 또는 위력에 의한 간음을 규정하여 성인여성도 대상으로 하였다. 더구나 지금은 비록 삭제되었지만 제304조는 음행의 상습없는 부녀를 대상으로 혼인을 빙자하거나 기타 위계로서 기망하여 간음한 경우도 규정하고 있었기 때문에, 우리형법은 제정 당시부터 위계 및 위력을 이용한 성폭력범죄의 대상에 성인여성을 포함하고 있다고 보아야 한다.<sup>20)</sup>

### (3) 우월적 지위의 규정 상황과 평가

우리 형법은 제정 당시부터 제303조 제1항에서 업무, 고용 기타 관계로 보호 또는 감독을 하는 경우라는 우월적 지위를 인정하고 있었을 뿐만 아니라 제2항에서 법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 경우를 따로 규정하고 있다.

더구나 1994년 시행된 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률은 업무, 고용이나 기타 관계로 보호 또는 감독을 받는 사람 및 구금된 사람에 대한 추행을 추가함으로써 형법 제303조를 확대하였고 동시에 친족관계에 의한 성폭력 범죄를 처벌하는 규정도 도입하여 ‘친족관계<sup>21)</sup>’라고 하는 우월적 지위를 새로 추가하였다.

나아가 현행 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제6조 제7항은 장애인의 보호, 교

19) 조국, “강간죄 및 미성년자 등에 대한 위계간음죄 재론”, 형사법연구 제28권 제4호, 2016, 113~117면.

20) 더구나 혼임빙자간음죄에 대한 헌법재판소의 결정도 혼인을 빙자하는 위계의 방법만을 위헌으로 하였고 혼인을 빙자하는 방법 이외 일체의 위계의 방법이 위헌이라고 한 것은 아니다. 헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌바58, 2009헌바191(병합)결정.

21) 제정 이후 친족의 범위는 계속 확대되어 현재는 4촌 이내의 혈족·인척과 동거하는 친족이고 여기의 친족은 사실상의 관계에 의한 친족이 포함된다.

육 등을 목적으로 하는 시설의 장 또는 종사자가 보호, 감독의 대상인 장애인에 대하여 제1항부터 제6항까지의 성폭력범죄를 범한 경우에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다고 규정하고 있고 아동·청소년의성보호에관한법률(이하 ‘아청법’이라고 한다) 제18조는 아청법 제34조 제2항 각 호의 기관·시설 또는 단체의 장과 그 종사자<sup>22)</sup>가 자기의 보호·감독 또는 진료를 받는 아동·청소년을 대상으로 성범죄를 범한 경우에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중처벌한다고 규정하고 있다.

이러한 규정들, 특히 최근 제정된 특별법상의 규정들에 대해서는 우월적 지위에서 발생하는 성폭력범죄로 인한 피해가 크다는 점을 인식하고 우월적 지위의 범위를 확대하는 데는 성공하였으나, 어떻게 대응해야 하는지는 제대로 고려하지 못했다고 평가할 수 있다. 즉 이러한 범죄들을 어떻게 처벌할 수 있는지에 대해서는 심도깊은 논의 없이 오로지 처벌 강화로만 일관한 것이다.

이는 형법 제303조 제1항 및 성폭력처벌법 제10조가 위계 또는 위력을 범행방법으로 규정한 것과 크게 차이난다. 대표적인 예로 친족관계에서의 성폭력범죄를 규정한 성폭력처벌법 제5조가 있는데 이 규정이 친족에 대한 고소를 인정하는 규정과 같이 도입되면서 처벌을 가능하게 해 준 점은 높게 평가해야 하지만 다른 규정들과

22) 기관·시설 또는 단체의 구체적 범위는 다음과 같다.

1. 「유아교육법」 제2조제2호의 유치원
2. 「초·중등교육법」 제2조의 학교 및 「고등교육법」 제2조의 학교
3. 「의료법」 제3조의 의료기관
4. 「아동복지법」 제3조제10호의 아동복지시설
5. 「장애인복지법」 제58조의 장애인복지시설
6. 「영유아보육법」 제2조제3호의 어린이집
7. 「학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률」 제2조제1호의 학원 및 같은 조 제2호의 교습소
8. 「성매매방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제5조의 성매매피해자들을 위한 지원시설 및 같은 법 제10조의 성매매피해상담소
9. 「한부모가족지원법」 제19조에 따른 한부모가족복지시설
10. 「가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제5조의 가정폭력 관련 상담소 및 같은 법 제7조의 가정폭력피해자 보호시설
11. 「성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제10조의 성폭력피해상담소 및 같은 법 제12조의 성폭력피해자보호시설
12. 「청소년활동 진흥법」 제2조제2호의 청소년활동시설
13. 「청소년복지 지원법」 제29조제1항에 따른 청소년상담복지센터 및 같은 법 제31조제1호에 따른 청소년쉼터
14. 「청소년 보호법」 제35조의 청소년 보호·재활센터

는 달리 위계 또는 위력에 의한 경우를 규정하고 있지 않다. 더구나 다른 규정들 특히 2분의 1을 가중처벌하기로 한 성폭력처벌법 제6조 및 아첨법 제18조는 오로지 처벌만 강화하고 있다.

이러한 관점에서 볼 때 형법 제303조는 단순히 처벌만을 강화한 다른 조항들과 차별성을 가진다. 더구나 최근 법정형이 상향되었음에도 그 법정형이 여전히 다른 성폭력범죄에 비하여 낮음을 고려할 때 확대 해석의 가능성까지도 생각해 볼 수 있다.<sup>23)</sup>

### Ⅲ. 다른 나라의 우월적 지위를 이용한 성폭력범죄 처벌규정

위에서 살펴 본 것처럼 형법 제303조는 여러 가지 면에서 중요한 의미를 가지는데 다른 나라에는 이러한 규정이 없거나 또는 드문 것인가? 그러나 이러한 규정 즉 업무상 위력을 이용하는 성범죄를 처벌하는 규정은 세계 각국에 두어져 있다. 다만 이러한 규정이 일정한 연령 이하의 피해자만을 대상으로 한다면, 지위 및 관계성을 각각 다르게 유형화한다면, 지위 및 관계성을 행사할 것을 요건으로 한다면, 그 기준에 따라 다양할 뿐이다.<sup>24)</sup> 이하에서는 가장 대표적인 유형으로 일본과 영국의 처벌규정을 살펴보기로 한다. 왜냐하면 우리나라의 형법은 일본의 개정형법가안을 참고하였으며<sup>25)</sup> 영국의 2003년 성범죄법은 성범죄 처벌규정을 가장 최근에 대대적으로 정비했기 때문이다.<sup>26)</sup>

23) 현재 강간과 강제추행에 있어서의 폭행협박도 해석에 차이가 있는데 특별한 이유가 있는 것이 아니다.

24) 刑事比較法研究グループ, “比較法からみた日本の性犯罪規定”, 刑事法ジャーナル 45号, 2015, 156면.

25) 신동운, 형법각론 머리말, 법문사, 2017, 1면.

26) 개정 경과 등에 대해서는 장응혁, 성폭력범죄와 피해자조사, 고려대 박사논문, 2015, 185-195면을 참고하길 바란다.

## 1. 일본의 ‘감호자’에 의한 성범죄

일본형법은 우리와 달리 성폭력범죄에 있어서 우월적 지위<sup>27)</sup>는 물론, 위계 및 위력이라는 범행방법을 인정하지 않았다. 다만 이러한 흠결을 일찍부터 조례 및 다양한 특별법으로 보충하여 왔고<sup>28)</sup> 2017. 7. 13. 시행된 개정형법은 감호자에 의한 성범죄를 처벌하는 규정을 새로 도입하면서 감호자라는 우월적 지위와 함께 ‘편승하여’라는 새로운 범행방법을 인정하였다.<sup>29)</sup>

즉, 개정형법은 형법 제179조를 다음과 같이 신설하였다.

### (감호자추행 및 감호자성교 등)

제179조 ① 18세 미만의 사람에 대하여 그 사람을 현재 감호하는 자임에 따른 영향력이 있는 것에 편승하여 추행행위를 한 자는 제176조의 예에 의한다.

② 18세 미만의 자에 대하여 그 자를 현재 감호하는 자임에 따른 영향력이 있는 것에 편승하여 성교 등을 한 자는 제177조의 예에 의한다.<sup>30)</sup>

신설된 죄에서 ‘현재 감호하는 자’란 부녀관계와 동일시 할 수 있을 정도로 거주 장소, 생활비용, 인격형성 등 생활전반에 걸쳐 의존·피의존 또는 보호·피보호의 관

27) 일본형법을 제정하면서 우월적 지위에 관한 논의는 있었다. 일본 구형법의 초안을 작성한 프랑스법률가 보아소나드는 존속에 의한 범죄의 가중처벌 필요성을 제안하여 구형법 초안 제1고에는 존속뿐만 아니라 다양한 주체가 권위를 가지고 범한 경우 가중처벌하도록 하는 내용이 포함되어 있었다. 그러나 이후 일본측에서 강경하게 반대하여 이후의 논의에서 제외되었다. 자세한 내용은 矢島貴之, “旧刑法期における性犯罪規定の立法・判例・解釈論”, 特集・性犯罪規定の比較的研究 刑事法ジャーナル 45号, 2015, 142-143면.

28) 각 지방자치단체별로 제정하는 조례 이외에도 중요한 법률로 경범죄법, 아동복지법, 아동매춘·아동포르노에관한행위등의규제·처벌및아동의보호등에관한법률, 사사(私事)성적화상기록의제공등의한피해의방지에관한법률 등이 있다. 특히 아동복지법 제34조 제1항 제6호는 아동에게 음행을 시키는 행위를 금지하고 있는데 아버지가 딸을 강간한 경우 보통 일시의 특정이란가 폭행협박의 입증이 어려우므로 법정형은 낮지만 이 조항을 주로 적용하였다. 佐伯仁志・太田達也・川出敏裕・金光旭・岩佐嘉彦・西澤哲, “[座談会] 児童虐待”, ジュリスト 1426号, 有斐閣, 2011, 142-143면.

29) 일본의 입법체계 및 최근의 개정내용에 관해서는 장응혁·정진성, 일본 개정형법의 성범죄 처벌규정에 관한 검토 -처벌규정의 체계 및 시사점을 중심으로-, 경찰법연구 제29호, 2019, 169-192면을 참고하길 바란다.

30) 법정형이 강간죄 및 강제추행죄와 동일한 점도 시사적이다.

계가 인정되고 또한 영속성이 인정되는 관계를 의미한다.<sup>31)</sup>

교사, 고용관계, 의사, 스포츠 코치 등은 원칙적으로 포함되지 않지만 경우에 따라 포함되는 경우가 있을 수 있는데 예를 들어 아동보호시설 직원의 경우 동거의 유무, 거주장소에 관한 지정 등의 상황, 지도상황, 생활편의 제공 등 생활상황, 생활비의 지출 등 경제적 상황, 미성년자에 관한 절차 등이 이루어지는 상황 등의 요소를 기준으로 판단하게 된다.

다만 사실상의 관계로 한정되어 조부모 등은 원칙적으로 포함되지 않으며 설사 부모라 하더라도 위와 같은 관계가 인정되지 않으면 주체가 될 수 없다.<sup>32)</sup>

## 2. 영국의 ‘신뢰의 지위’

영국의 경우 2003년도에 각종 성범죄 관련법을 통합하여 2003년 성범죄법을 제정하였는데 이 법은 세계적으로도 가장 포괄적이며 체계적이라고 평가받고 있다. 이 법은 크게 비동의를 범죄성립요건으로 하는 성범죄와 취약자보호를 위한 규정들로 구분되며 취약자를 다양한 방법으로 규정하고 있다. 즉 우월적 지위를 다양한 형태로 규정하고 있는 것이다.

그 중 대표적인 것이 신뢰의 지위로 제16조부터 제24조까지 규정되어 있고 이외에도 가족내 아동에 대한 성범죄에 있어서도, 정신장애자의 보호자에 의한 성범죄에도 다양한 우월적 지위 유형이 규정되어 있다.

신뢰의 지위는 비교적 최근인 2000년 성범죄(개정)법부터 신설되었는데<sup>33)</sup> 2003년 성범죄법에서 그 범위가 더욱 확대되었고 이러한 지위를 통해 16세 미만이었던 피해자와의 성행위 처벌<sup>34)</sup>이 18세 미만인 피해자와의 성행위까지 처벌되게 되었다.<sup>35)</sup>

31) 品田智史, “監護者性交等罪等の検討”, 刑事法ジャーナル 55号, 2018, 14면.

32) 따라서 엄마의 애인이라도 가끔 집에 오는 정도로는 동거하고 있다고 할 수 없고 생계도 별도로 꾸려나가며 의사소통도 피해자와 거의 없다면 감호하는 자가 될 수 없으며 반대로 법률상의 감호권자가 아니라도 엄마와 실질적으로 부부관계로 피해자와도 실제 부녀와 같은 관계라면 해당된다.

33) 2000년 성범죄(개정)법은 7개조로 구성되어 이 중 제3조부터 제5조가 신뢰지위의 남용죄를 규정하고 있었다.

34) 동법은 제9조부터 제12조까지 아동을 대상으로 하는 성범죄를 규정하고 있는데 그 대상자는 16세 미만 아동으로 폭행·협박은 물론 비동의도 필요로 하지 않는다.

2003년 성범죄법 제21조 제2항은 다음과 같이 총 11가지 상황<sup>36)</sup>에서 신뢰지위가 발생한다고 종합적으로 규정하고 있다.<sup>37)</sup>

- ① 가해자(A)가 법원의 명령 또는 법률에 의하여 기관에 수용되어 있는 18세 미만 사람을 돌보는 자인 경우로, 피해자(B)가 그 시설에 수용되어 있는 경우
- ② A가 다음과 같은 집 또는 다른 장소에 거주하는 18세 미만 사람을 돌보는 자인 경우로, B가 그 장소에 거주하고 그 장소에서 수용과 부양의 제공 또는 수용의 제공을 받고 있는 경우 해당된다.
  - (a) 1989년 아동법 제22조C 6항에 의해 권한있는 숙박시설
  - (b) 1989년 아동법 제59조 1항에서의 자원봉사조직이 제공하는 숙박시설
- ③ A가 다음의 시설 중 하나에서 수용되고 돌봄을 받는 18세 미만의 사람을 돌보는 자인 경우로, B가 그 시설에 수용되고 돌봄을 받고 있는 경우
  - (a) 병원
  - (b) 웨일즈 독립 클리닉
  - (b) 보호시설
  - (d) 커뮤니티 홈, 자원봉사 홈, 또는 아동 홈
  - (e) 1989년 아동법 제82조 제5항 따라 제공되는 홈
- ④ A가 교육시설에서 교육을 받는 18세 미만 사람을 돌보는 자로, B가 해당시설에서 교육을 받으며 A가 해당시설에서 교육을 받지 않는 경우
- ⑤ A가 다음 법률에 근거하거나 그에 준하는 행위로, 서비스를 제공하는데 있어서 그 능력으로 B를 개인적으로 돌보는 경우
  - (a) 1973년 고용 및 훈련법 제8조 내지 제10조
  - (b) 2008년 교육 및 기능법 제68조, 제70조 제1항b 또는 제74조
- ⑥ (직접대면이나 다른 어떤 방법이든지 간에) A가 1989년 아동법 제20조 또는 제21조에 의한 지방자치단체의 직무수행에 있어서 지도감독없이 정기적으로 B와 접촉하는 경우
- ⑦ (직접대면이나 다른 어떤 방법이든지 간에) A가 1989년 아동법 제7조에 따라 B의 복지에 관계되는 사항에 관하여 보고해야 하는 자로서 지도감독없이 정기적으로 B와 접촉하는 경우
- ⑧ A가 1989년 아동법 23조B 제2항 또는 부칙2 제19조로 정한 규정에 의하여 B를 위한 개인상담자로 임명된 경우로, 그 능력에 따라 개인적으로 B를 돌보는 경우
- ⑨ B가 보호명령, 지휘감독명령 또는 교육지도감독명령의 대상으로, 이들 명령으로 A에게 권한이 부여되거나 이들 명령으로 지명된 자치단체가 A에게 권한을 부여하여 A가 개인적으로 B를 돌보는 경우
- ⑩ A가 다음에 해당하는 경우로, (직접대면이나 다른 어떤 방법이든지 간에) 그 능력으로 지도감독없이 정기적으로 B를 돌보는 경우
  - (a) 1989년 아동법 제41조 제1항에 근거하여 B를 위해 임명된 공무원인 경우

35) 이 외에도 행위태양과 관련하여 ‘성적 행위’, ‘성적 행위를 하도록 강제 또는 권유하는 죄’, ‘아동의 면전에서 성적행위를 하는 죄’, ‘아동에 대해 성적 행위를 보도록 강제하는 죄’로 규정하고 있는 점도 시사적이다. 이에 대해서는 다음 기회에 검토하기로 한다.

36) 이외에도 주무장관이 정하는 명령의 조건을 충족하는 경우가 해당될 수 있다. 다만 2014년 기준으로 그러한 명령은 아직 없다.

37) 관련 법의 번역으로 법무부 여성아동과 편, 영·미의 성범죄법과 양형기준, 법무부, 2008이 있다. 그러나 이후로도 법령이 여러 차례 개정되었으므로 홈페이지(<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/section/21>)를 참고하였다.

- (b) 1984년 입양규칙 제6조 또는 제18조에 근거하여 B의 아동후견인으로 임명된 경우  
 (c) 1991년 가정절차규칙 제9.5조에 근거하여 B의 소송 후견인으로 임명된 경우  
 ⑩ B가 제정법에 따라 범죄로 인한 수용으로부터 석방시 부과된 요건의 대상이거나 형사절차에서 법원의 명령으로 부과된 요건의 대상인 경우로, A가 개인적으로 B를 돌보고 있는 경우

이처럼 세계 각국은 우월적 지위를 이용한 성범죄를 처벌하는 규정을 비록 세부적인 내용은 조금 다르지만 규정하고 있다. 즉 제1심이 전제하고 있는 것처럼 이러한 성범죄에 대한 처벌이 세계적으로도 극히 드문 것은 아닌 것이다. 그렇다고 한다면 향후 우리 형법 제303조를 보다 더 활용할 필요가 있고 동시에 그를 위한 보완도 시급한 과제가 된다. 다음으로는 형법 제303조의 개선방안을 현재 제기되고 있는 대안과 함께 비교법적으로 검토하기로 한다.

## Ⅳ. 형법 제303조 제1항<sup>38)</sup>의 검토

### 1. 형법 제303조 관련 입법안들

최근 국회에서 발의되고 있는 형법 개정안들은 형법 제303조 관련 다양한 개선안을 제시하고 있는데 처벌의 대상 관련해서는 크게 행위의 주체 및 객체 확장, 행위 태양 확장을 주된 내용으로 담고 있다.<sup>39)</sup>

즉 현재 ‘업무, 고용, 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람’으로 규정된 것을 ‘사회적 지위를 이용하여 사실상 영향력을 행사할 수 있는 사람에 대하여’라거나 ‘경제·사회적 지위를 이용하여 사실상 영향력을 행사할 수 있는 사람에 대하여’ 또는 ‘사실상의 영향력 및 실질적 영향력 아래에 있는 사람’을 추가하여 행위의 주체 및 객체를 확장하였다.

38) 형법 제303조 제2항은 구금된 사람에 대한 성폭력범죄를 규정하고 있고 이 또한 권력을 이용한 성폭력범죄로 볼 수 있다. 다만 지면관계상 본고는 필요한 경우에 한해서만 형법 제303조 제2항을 다루기로 한다.

39) 자세한 내용은 박찬걸, “업무상 위력에 의한 성범죄의 적용상 한계 및 개선방안에 대한 비판적 검토”, 형사정책연구 제29권 제4호, 2018, 98-102면을 참조하기 바란다.

그리고 행위의 태양 관련해서는 ‘이익의 제공이나 약속 또는 불이익의 위협’을 추가하고 더 나아가 ‘부동의 의사에 반하여 간음’하거나 ‘명시적 동의 없이 간음’한 경우도 처벌하자는 내용을 담고 있다.

이에 대해서는 다양한 주장이 제기되고 있는데 우선은 이러한 규정을 다른 나라에서는 어떻게 규정하고 있는지, 그리고 그 구체적인 내용이 무엇인지를 우리나라와 비교하는 것이 가장 효과적인 방법일 것이다. 따라서 형법 제303조와 가장 유사한 다른 나라의 입법례를 기준으로 삼아야 하는데 스위스 형법의 규정들이 가장 유사하다고 평가할 수 있다.

왜냐하면 우리 형법 각칙은 일본의 개정형법가안으로부터 많은 영향을 받았는데 이 가안도 특히 독일 형법의 영향을 받았으며<sup>40)</sup> 독일형법의 영향을 받은 국가 중에서도 특히 스위스 현행 형법이 우리 형법 제303조와 가장 유사한 형태의 처벌규정을 두고 있다.<sup>41)</sup> 따라서 이하에서는 스위스형법의 성범죄 관련 규정을 살펴보고 이를 기준으로 형법 제303조에 대한 개선안을 모색해 보기로 한다.

## 2. 스위스형법<sup>42)</sup>의 성범죄 관련 규정들

### (1) 스위스 형법상 성범죄와 제193조

스위스형법은 ‘성적 완전성에 대한 범죄행위’의 장에서 성범죄를 크게 5가지 유형으로 나누어 규정하고 있다. 구체적으로는 ① 청소년의 발전을 위협에 노출시키는 행위(제187조 및 188조), ② 성적 자유의 침해(제189조~제194조), ③ 성적 행위의 부당한 이용(제195조), ④ 포르노범죄(제197조), ⑤ 성적 완전성에 대한 경범죄

40) 유기천, 형법학 [각론강의 상] 전정신판, 1983, 119-120면은 정조에 대한 죄 관련 현행법 중 7개 조문은 구형법의 형기를 고친 데 불과하며 제303조 제1항은 일본형법가안 제394조와 동일하고 제2항은 7년 이하의 징역으로 인상한 것이 다를 뿐이라고 하면서 독일구형법 제174조가 그 원형이라고 하고 있다. 김대휘·김신 대표편집, 주석형법 제5판, 한국사법행정학회, 2017, 307면도 제303조의 비교조문으로 독일 형법 제174조a, 제174조b, 제174조c를 들고 있다.

41) 일본의 개정형법가안은 아니지만 일본의 개정형법초안 제301조는 스위스법을 참고하여 일정한 종속적 관계에 있는 여자에 대한 간음을 처벌하는 규정을 두고 있다. 刑事比較法研究グループ, “特集・性犯罪規定の比較法的研究 本企画の概要”, 刑事法ジャーナル 45号, 2015, 4면.

42) 스위스형법의 조문은 주로 한국형사정책연구원(편역), 스위스형법, 2009를 참고하였다.

(제198조 및 제199조)이다.

그리고 성적 자기결정의 자유를 모든 성범죄의 공통된 보호법익으로 보는 독일형 법과는 달리 ① 기본적 인격권의 하나인 성적 자기결정과 ② 청소년의 성적 발전을 보호하는 것을 기본적 보호법익으로 보아 각 범죄유형별로 보호법익을 다르게 파악하고 있다.

형법 제303조 제1항과 유사한 조항으로 스위스형법 제193조가 있는데 스위스 형법 제193조(공핍상태의 악용)는 다음과 같은 규정을 두고 있다.

- ① 공핍상태 또는 노동관계 혹은 그 밖의 방법에 근거한 의존관계를 악용하여 사람에게 성적행위를 하거나 수인할 것을 교사한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
- ② 피해자가 행위자와 혼인 혹은 등록된 파트너관계에 이른 때는 관계당국은 형사소추, 재판소예의 이송 또는 처벌을 하지 않을 수 있다.

과거 스위스의 구형법 제197조는 ‘공무, 업무관계 또는 이에 유사한 의존관계’로 한정하고 있었으나 이를 보다 넓은 의존관계로 확대하여 규정하였다<sup>43)</sup>.

공핍상태로는 다양한 경우가 해당되는데<sup>44)</sup> 외국에서 스위스로 온 여성이 매춘을 하는 것 외에는 방법이 없는 경우나, 약물의존자가 매춘으로 생계를 이어가는 경우 등이 해당된다. 나아가 경제적인 공핍 이외에도 예를 들어 산에서 부상을 입고 조난당한 경우나 주거가 없고 즉시 숙박할 장소가 필요한 경우 등도 여기에 해당된다.

의존관계로는 노동관계가 대표적으로 거론되고 그 밖의 방법에 근거한 의존관계로는 장기간 심리치료를 받고 있는 환자나 감금·유괴 등으로 피해자가 심리적으로 복종하는 관계를 들고 있다.

다만 피해자가 공핍상태나 의존관계에 있다고 해도 자유의사로 스스로 대가를 받고 성교를 한 경우에는 ‘악용’으로 인정되지 않는다. 물론 존재하는 의존관계를 악용했는지의 판단은 실무상 극히 곤란하다고 지적되고 있고 악용이 인정되더라도 이

43) 초안단계에서는 ‘중대한 공핍상태의 악용’으로 하려 하였으나 의회에서의 논의과정에서 보다 더 확장되었다. 深町晋也, “特集・性犯罪規定の比較法的研究 スイス刑法における性犯罪規定”, 刑事法ジャーナル 45号, 2015, 111면.

44) Donatsch, Strafrecht III 10, Aufl., 2013, S. 527.(深町晋也, 앞의 글, 111면에서 재인용).

러한 악용을 ‘협박’ 또는 후술하는 ‘심리적 압박’과 어떻게 구분할 수 있는가도 문제로 제기되고 있다.

## (2) 형법 제192조

아울러 스위스형법 제192조는 다음과 같은 규정을 두고 있다.

제192조(시설수용자, 수형자, 피의자와의 성적 행위) 제1항 의존관계를 악용하여 시설수용자, 시설구금자, 수형자, 체포자 또는 피의자에게 성적행위를 하는 것 또는 수인할 것을 교사한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

이는 우리 형법 제303조 제2항<sup>45)</sup>과 유사한데 우월적 지위 관련해서 더 폭넓게 인정되고 있다. 즉 시설수용자에는 교도소와 소년원은 물론 노인홈과 정신장애자시설, 약물치료자시설에 수용된 자도 포함되며, 시설구금자에는 자유박탈적인 치료처분(스위스 형법 제59조 이하) 등을 부과받은 사람이 해당된다. 수형자, 체포자 또는 피의자로서는 자유형이 집행되고 있는 자와 형사절차가 진행중인 자 등이 일정한 시설에 없는 경우, 예를 들어 이송중인 경우 등이 해당된다. 그리고 여기에 포함되지 않는 경우에도 제193조에 해당될 수 있다.<sup>46)</sup>

## (3) 스위스형법 제190조

스위스 형법 제190조는 다음과 같이 폭행, 협박, 항거불능과 함께<sup>47)</sup> ‘심리적 압박’이라는 범행방법을 규정하고 있어 스위스 형법 제193조와 보완적이다.

45) ② 법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 자가 그 사람을 간음한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다.

46) Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT I, 2010, S.178f.(深町晋也, 주 21)의 글, 2015, 110면에서 재인용)

47) 이러한 4가지는 예시열거에 불과하므로 입법자가 상정할 수 없는 수단으로 성교를 강요한 경우도 처벌할 수 있다.

제190조(강간) 예컨대 그를 위협하거나, 폭력을 사용하거나, 심리적인 압박을 가함으로써 또는 항거를 불능하게 함으로써, 부녀로 하여금 동침을 인용하도록 강요한 자는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.

심리적 압박이란 피해자가 행위자에 의하여 그 의사결정이 제약되는 것을 말하는데 행위자에게 굴복할 것인가 자기의 의사를 관철할 것인가 중 하나를 선택해야 하는 상황에 놓여지는 것을 말한다.

이러한 심리적 압박은 폭행, 협박과 같이 열거되고 있으므로 폭행협박에 비견할 만한 불법내용을 가진 압박이어야 한다고 해석되고 있으며 이는 피해자의 상황과 피해자의 인간관계 등을 고려할 때 피해자에게 저항을 기대할 수 없는 경우로 보고 있다. 또한 오로지 이익 제공을 하지 않는다고 압박을 가하는 경우는 포함되지 않는다고 해석되고 있다.

다만 폭행협박과 별도로 심리적 압박을 규정한 것에 대하여는 확실히 그 성립범위가 불명확하다고 비판받고 있으며 판례도 심리적 압박의 판단기준을 둘러싸고 다양한 논의가 이루어지고 있다.

현재 판례는 개개의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 ‘도구화된, 구조적 폭력’이라고 할 수 있는가 여부로 심리적 압박을 판단하고 있다. 이 판단에서 특히 문제가 되는 것은 행위자가 이미 존재하는 사회적이거나 사적인 권력관계를 이용하여 성교를 한 것에 불과한 것인가 그렇지 않으면 행위자가 ‘행위상황적 강제상황’을 만들어 성교한 것인가이다. 전자의 경우에는 심리적 압박이 인정되지 않고, 후자의 경우 비로소 심리적 압박이 인정된다고 판시하고 있다.<sup>48)</sup>

### 3. 검토와 시사점

지금까지 살펴본 것처럼 우리 형법 제303조는 스위스형법과 유사한데 스위스형법은 여러 차례 개정을 거쳐 오면서 현재는 우리 형법 제303조에 비하여 훨씬 더 가벌성이 확장되어 있다고 평가할 수 있다. 이하에서는 이를 기준으로 국회에서 발

48) BGE 131 IV 107, 111. Siehe auch, BGE 131 IV 167(深町晋也, 주 21)의 글, 106면에서 재인용).

의된 입법안들을 ‘우월적 지위’를 중심으로 간단히 검토하기로 한다.

스위스형법을 기준으로 입법안들을 검토할 때 국회에서 발의한 입법안들은 다음과 같은 문제점이 있다. 먼저 ‘사회적 지위를 이용하여 사실상의 영향력을 행사할 수 있는’ 지위까지를 우월적 지위로 보는 것은 지나치다고 생각된다. 이와 관련 피고인의 보호 또는 감독을 받는 사람이 아니라고 할지라도 피고인의 사회적·경제적·정치적인 지위나 권세에 종속될 우려가 있는 사람에 대한 범죄는 업무상 또는 고용관계에서 발생하는 범죄와 본질적으로 동일한 것으로 평가할 수 있기 때문에 위와 같은 행위주체의 추가적인 시설은 타당하다는 견해가 있으나 이는 처벌의 범위를 지나치게 확대하는 것이며 타당하지 못하다. 오히려 판례와 같이 업무, 고용 기타 관계로 보호 또는 감독을 받는 상황에 사실상의 보호 또는 감독을 받은 상황을 포함시켜 넓게 해석하는 것이 오히려 타당할 것이며 비록 처벌의 공백이 일부 발생할 수는 있으나 대부분의 경우는 형법 제303조의 확대해석 또는 특별법상의 다른 규정으로 충분히 대처할 수 있다고 생각된다.<sup>49)</sup>

다만 형법 제303조의 확대해석과 함께 그 규정 자체를 좀 더 확장하는 것도 합리적 대안이 될 수 있다. 이와 관련 2007년 임종인의원이 대표발의한 형법개정안은 여성단체들이 공동으로 구성한 여성인권법연대에서 성안한 것인데 ‘보호감독관계의 남용죄’를 규정하여 “교육, 업무, 고용, 종교나 그 밖의 관계로 자기의 보호 또는 감독을 받은 미성년자 또는 장애인에 대하여 그 보호 또는 감독의 권한을 남용<sup>50)</sup>하여 성적 행동을 한 자는 10년 이하의 징역에, 간음한 자는 1년 이하의 유기징역에 처”하도록 규정하였다. 이러한 규정은 비록 입법에는 이르지 못하였으나 충분히 검토할 가치가 있으며 2019년 1월 15일 법률 제16275호로 개정된 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제8조의2를 신설하여 19세 이상의 사람이 13세 이상 16세 미만인 아동·청소년의 궁박한 상태를 이용하여 해당 아동·청소년을 간음하거나 추행하는 경우를 처벌할 수 있도록

49) 박찬걸, “업무상 위력에 의한 성범죄의 적용상 한계 및 개선방안에 대한 비판적 검토”, 형사정책연구 제29권 제4호, 2018, 99면은 그러한 예로서 문화예술계에서 영향력을 행사하는 자가 문화예술계로의 진입을 희망하는 자를 대상으로 범죄를 행하는 경우, 대학교수가 교양수업을 수강하고 있는 다른 학과 학생이나 졸업생을 대상으로 범죄를 행하는 경우, 임용권자와 지원자의 관계, 캐스팅권이 있는 연출자와 출연자의 관계 등을 예로 들고 있는데 대부분의 경우 업무, 고용 기타 관계로 포섭할 수 있다.

50) 아울러 범행방법으로 ‘남용’을 규정하고 있는 점에도 주목할 필요가 있다.

하였다.<sup>51)</sup>

물론 외국 형법의 개념들을 그대로 우리 법체계에 도입하는 것이 정답이 될 수는 없다 왜냐하면 스위스형법도 계속 개정되고 있는 불완전한 상태일 뿐만 아니라 다른 부분에서는 우리나라와 큰 차이를 보이고 있기 때문이다<sup>52)</sup>. 따라서 스위스형법이 전적으로 올바른 해결방안이 될 수는 없다.

다만 지금까지 살펴 본 것처럼 선진국들도 전반적으로 우월적 지위를 이용한 성폭력범죄를 처벌하는 규정을 두고 있으며 스위스처럼 성인여성도 피해자에 포함시키는 입법례가 있는 한편으로 미성년자로만 피해자를 한정한 입법례가 있을 뿐이다. 이는 일반적인 성인에 비해 미성년자들이 특히 성폭력에 취약한 상태에 놓여있음을 전제로 한 것으로 평가할 수 있다.

결국 취약성이 존재하는 것은 세계적으로 모두 공통되지만 형법으로 보호해야 할 정도로 취약한지의 평가는 결국 그 대상이 사회 내에서 가지는 관계의 특성에 좌우될 수밖에 없다. 사회 전체의 관계가 권력적인 특성을 가지며 남성과 여성의 격차가 큰 우리나라에 있어서 이러한 점을 고려한다면 현행 규정을 보다 더 적극적으로 개선하는 것은 타당하며 이러한 사회구조적 문제들이 해결되지 않는다면 보다 전향적인 입법도 고려해 볼 수 있다.

나아가 선진국들이 이러한 취약성을 반영하면서 우선은 처벌의 범위를 확대시키는데 주안점을 두고 있는 점에도 주목해야 한다. 우리나라의 경우 최근의 입법들은 처벌의 범위를 확대시키면서 동시에 처벌을 강화하고 있는데 아청법 제8조의 경우는 처벌의 범위를 지나치게 확대하면서 오히려 장애인인 청소년의 성적 자유를 제한한다고 비판받고 있음을 고려할 때 처벌의 강화를 재검토해야 할 것이다.

51) 제8조의2(13세 이상 16세 미만 아동·청소년에 대한 간음 등) ① 19세 이상의 사람이 13세 이상 16세 미만인 아동·청소년(제8조에 따른 장애 아동·청소년으로서 16세 미만인 자는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)의 궁박(窮迫)한 상태를 이용하여 해당 아동·청소년을 간음하거나 해당 아동·청소년으로 하여금 다른 사람을 간음하게 하는 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

② 19세 이상의 사람이 13세 이상 16세 미만인 아동·청소년의 궁박한 상태를 이용하여 해당 아동·청소년을 추행한 경우 또는 해당 아동·청소년으로 하여금 다른 사람을 추행하게 하는 경우에는 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

52) 여러 가지가 있겠지만 구성요건 관련해서는 사망 및 상해가 발생한 경우의 결과적 가중범규정이 없다. 따라서 사망 및 상해의 결과가 발생한 경우에는 살인죄나 상해죄와 상상적 경합으로 처리한다. 深町晋也, 주 21)의 글, 102면.

## V. 나오며

이상으로 우월적 지위를 이용한 성폭력범죄를 처벌하는 규정을 형법 제303조를 중심으로 스위스, 일본, 영국의 입법례를 참고하여 살펴보았다. 제정 형법의 입법 취지와 달리 형법 제303조가 제대로 활용되지 못하고 있으며 이와 달리 다른 나라들은 다양한 입법을 통해 문제를 해결해 나가고 있음을 확인해 볼 수 있었다. 물론 우리나라도 그동안 특별법의 제정 및 개정을 통해 다양한 문제를 해결해 왔으며 위에서 살펴 본 나라의 입법례가 정당이라고 볼 수는 없다. 그러나 적어도 ‘권력’관계에서 발생하는 성폭력범죄에 있어서는 우리나라 형사법은 제대로 된 해결책을 가지고 있다고 볼 수 없다.

이에 대해서는 제2심처럼 현행 형법의 해석 및 판례를 통한 해결도 물론 가능할 것이다. 다만 여기서 한 가지 고려해야 할 점은 우리 형법이 그 시작부터 미완의 형법이라는 점이다. 즉 우리 제정형법은 그 시작인 형법초안부터 “완전무결한 우리 형법법전의 완성은 금후의 과제로 남겨두고 우선 이 초안으로써 면갈지용에 공<sup>53)</sup>” 하였던 것이다. 이는 당시의 시대적 상황과 여러 가지 여건을 고려할 때 일정부분 부득이했던 것으로<sup>54)</sup> 이제는 형법을 전면적으로 다시 재검토할 필요가 있다.

다만 이러한 논의가 최근 들어 거의 이루어지지 않고 있으며 이를 위한 준비작업조차도 제대로 이루어지지 않고 있음을 고려하면 형법의 입법자들에게 부끄러움을 느낄 수 밖에 없다. 왜냐하면 우리의 입법자들은 여러 가지 어려운 여건 속에서 스스로 불완전하다고 자평하는 초안을 작성함에 있어서도 중국, 프랑스, 이태리, 독일, 스위스, 인도 등의 각국의 성문형법을 참고<sup>55)</sup>하였기 때문이다. 본고가 앞으로의 본격적인 논의를 위한 하나의 디딤돌이 되기를 간절히 기원한다.

53) 법전편찬위원회, 형법초안 이유설명서(신동운 편저, 주 11)의 책, 34면에서 재인용).

54) 김병로 초대 대법원장은 1953. 4. 16. 국회에 나와 법전편찬위원회에 참여하면서 병으로 진척이 지연된 것 이외에도 “6·25 사변을 당해서 그 전에 약간 수집했[던], 그 전에 과정(미군정 후반의 남조선과도정부)때부터 그 준비로 외국법전, 법률이라든지 이것도 약간 준비해 두었[던] 것도 모두 분실되었고, 대부분이 분실되어서 다시 부산으로 여러분과 같이 남하한 다음에도 각 개인들에게 잔존해 있는 부분을 종합했[습]니다만, 역시 종합하지 못한 자료도 많이 있습니다”라고 지연의 이유를 설명하였다. 신동운 편저, 주 11)의 책, 114면.

55) 엄상섭, 형법요강해설(신동운 편저, 주 11)의 책, 19면에서 재인용).

## 참고문헌

### 【국내문헌】

- 김대휘·김신 대표편집, 주석형법 제5판, 한국사법행정학회, 2017.
- 신동운 편저, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원 연구총서, 2009.
- \_\_\_\_\_, 형법각론 머리말, 법문사, 2017.
- 유기천, 형법학 [각론강의 상] 전정신판, 1983.
- 이호중, “강간과 추행의 죄 규정의 개정방안”, 형법개정연구회 형사법개정연구(Ⅳ) 형법각칙 개정안, 2009.
- 조국, 형사법의 성편향 전면개정판, 박영사, 2018.
- 법무부, 일본형법, 2007.
- 한국형사정책연구원(편역), 스위스형법, 2009.
- 장웅혁, 성폭력범죄와 피해자조사, 고려대학 박사논문, 2015.
- 박찬걸, “성폭력피해자의 2차 피해 방지를 위한 몇 가지 쟁점에 대한 검토”, 법학논총 제35권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2018.
- \_\_\_\_\_, “업무상 위력에 의한 성범죄의 적용상 한계 및 개선방안에 대한 비판적 검토”, 형사정책연구 제29권 제4호, 2018
- 이호중, “업무상 위력에 의한 성폭력의 판단기준에 대하여”, 미투운동과함께하는시민행동 등 세미나자료집(“위력에 의한 성폭력, 판단기준은 무엇인가”) 토론회, 2019.1. 14.
- 장웅혁·정진성, “일본 개정형법의 성범죄 처벌규정에 관한 검토 - 처벌규정의 체계 및 시사점을 중심으로-”, 경찰법연구 제29호, 2019.
- 조국, “강간죄 및 미성년자 등에 대한 위계간음죄 재론”, 형사법연구 제28권 제4호, 2016.
- 차혜령, “안희정 성폭력 사건 1심 판결 평석 (1)”, 미투운동과함께하는시민행동 등 세미나자료집(“위력에 의한 성폭력, 판단기준은 무엇인가”) 발제문, 2019. 1. 14.

김두나, “안희정 전 충남도지사 성폭력사건 2심판결 쟁점분석”, 안희정 성폭력사건  
공동대책위원회 주최 2심판결 쟁점분석 변호인단 간담회 자료집, 2019. 2.  
12.

## 【외국문헌】

佐伯仁志・太田達也・川出敏裕・金光旭・岩佐嘉彦・西澤哲, “[座談會] 児童虐待”,  
ジュリスト 1426号, 有斐閣, 2011.

品田智史, “監護者性交等罪等の検討”, 刑事法ジャーナル 55号, 2018.

刑事比較法研究グループ, “特集・性犯罪規定の比較法的研究 本企畫の概要”, 刑事  
法ジャーナル 45号, 2015.

——, “比較法からみた日本の性犯罪規定”, 刑事法ジャーナル 45号, 2015, 156면.

深町晋也, “特集・性犯罪規定の比較法的研究 スイス刑法における性犯罪規定”, 刑  
事法ジャーナル 45号, 2015.

矢島貴之, “旧刑法期における性犯罪規定の立法・判例・解釋論”, 特集・性犯罪規定  
の比較法的研究 刑事法ジャーナル 45号, 2015.

영국 2003년 성범죄법: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/section/21>

헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌바58, 2009헌바191(병합)결정.

대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결.

서울서부지방법원 2018. 8. 14. 선고 2018고합75 판결.

서울고등법원 2019. 2. 1. 선고 2018노2354 판결.

매일경제신문, “당정 비동의 간음죄 신설 적극 검토키로”, 2018. 4. 10. 자  
(<http://news.mk.co.kr/newsRead.php?year=2018&no=229302>).

한겨레, “안희정 무죄 뒤집은 재판부 “피해자다움은 편협한 관점””, 2019. 2. 1. 자  
([http://www.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/880906.html](http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/880906.html)).

## §303 in the Penal Code : A Comparative Study

Chang, Eung-hyeok\*

The current criminal laws limit the possibility of criminal punishment of sexual violence cases in power relationships, which are raised through unsightly campaigns, due to the fact that the means of sexual crimes, such as rape, are limited to assault, intimidation, deception and power, and narrow interpretation of the power to suppress the freedom of the other party.

Thus, feminist jurisprudence argues for a statutory definition of consent. The provision defines consent as if the person agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice. But problem is “sexual violence in power relationship”

Since there is not enough discussion on this issue in Korea, this paper tried to solve these problems by referring to the discussion of other countries. However, the overall reform of criminal laws on sex offences should be followed by theoretical works on the system of criminal law and criminal procedure law in general.

❖ Key words: Comparative Study, Sexual Violence, Penal Code, Articles 303, Sex Offences Act 2003

---

\* Professor, Department of Police Administration Science



## 세종시대 ‘도둑과의 전쟁’에 관한 연구

조병인

### 국 | 문 | 요 | 약

이 연구는 조선의 네 번째 임금이자 성군의 상징으로 손꼽히는 세종이 도둑들에게 자비와 온정을 베푸는 형사정책을 펼치다 재위 후반에 ‘도둑과의 전쟁’에 휘말려 술하게 고초를 겪은 계적을 탐구한 것이다. 앞서 3년 전에 필자는 《세종실록》에 수록된 ‘사형수 처형 기사’ 전체를 취합·분석하여 32년 동안 1,491명의 죄수가 처형되었음을 확인한 바 있다. 그런데 당시 처형자 1,491명의 연도별 분포를 비교해보고, 뜻밖에도 세종의 성군 이미지에 크게 배치되는 끔찍한 ‘잔혹사’와 맞닥뜨렸다. 즉위 이후 28년 동안은 매년 처형인원이 50명 안팎에 머물다가, 재위 29년부터 31년까지 3년 동안 처형인원이 180~250명 수준으로 급증한 사실을 포착한 것이다.

하지만 당시로서는 희미한 단서조차 잡히질 않아 원인규명을 훗날로 미뤘는데, 근래에 감춰진 고리를 찾아내 수수께끼를 풀었다. 이전까지 절도3범은 중벌원칙에 따라 사면과 상관없이 교수형에 처하던 것을, 재위 4년 12월부터 사면 이전의 전과는 눈감아주다가 23년 뒤에 다시 중벌로 돌아간 것이 원인으로 드러났다. 그런데 23년 만에 자비를 포기하고 중벌로 회귀한 이유를 탐색하다가, 세종치세 32년 가운데 후반부 절반이 ‘도둑과의 전쟁’으로 얼룩졌음을 알게 되었다. 도둑들에게 자비를 베푸는 기간뿐만 아니라, 중벌을 복구한 뒤로도 전쟁이 계속되어, 수많은 도둑이 무더기로 처형되고 세종도 정치력에 타격을 입었음을 깨달았다. 이에 그간에 시행된 갖가지 정책과 시행착오, 군신간의 의견충돌, 그리고 극심한 정책흔선 등을 논문으로 발표하게 되었다.

❖ 주제어 : 도둑, 사면, 사형, 자자, 외판섬 격리, 자력갱생 지원, 단근, 경면

## I. 시작하는 말

### 1. 연구의 동기

필자는 지난 2016년 12월에 《세종실록》에 수록된 ‘사형수 처형 기사’들을 분석한 결과를 논문으로 작성해 학술지에 발표한 바 있다.<sup>1)</sup> 당시의 집계에 따르면, 세종치세 32년 동안 1,491명의 죄수가 다양한 죄목으로 처형되었다. 세종은 1418년 8월 10일 즉위하여 1450년 2월 17일에 숨을 거뒀으니, 재위기간을 31년으로 잡으면, 연평균 약 48명의 죄수를 처형하였다는 계산이 나온다.

처형된 자들의 죄명은 공동체의 기본적 질서와 유교의 綱常 윤리를 파괴한 행위가 대다수를 차지한다. 폭력·공갈·협박 등으로 순박하고 힘없는 노인·아동·여성·노비·귀화인 등의 생명·재산·정조 등을 함부로 침해하거나 굳건한 신뢰관계를 무너뜨린 자들도 가차 없이 죽었다. 죄수와 그 가족들에게 따뜻한 인정과 자비를 베풀면서도, 죄질이 고약한 흉악범들은 가혹하게 응징했다는 뜻이다.

그런데 세종 연간에 처형된 1,491명의 연도별 분포를 확인해보면 <그림 1>과 같은 ‘비정상 분포’가 확인되어, 놀라움과 충격을 떨치기 어렵다. 그림에서 보듯이, 즉위 이후 28년 동안은 매년 예외 없이 처형인원이 50명 안팎 수준에 머무르다가, 재위 29년부터 31년까지 3년 동안 처형인원이 180~230명 수준으로 급증한 최대의 ‘잔혹사’가 뚜렷하게 감지된다.

그 이유가 무엇이였을까? 즉위하면서 어진 정치(仁政)을 다짐한 세종은 보위에 있었던 32년 내내 형정담당 관원들에게 형벌권의 발동을 최대한 자제할 것을 누누히 당부하지 않았는가. 또, 죄수들의 입장을 역지사지로 헤아리며 죄수들의 생명과 신체와 가족관계를 온전히 지켜주려고 힘쓰지 않았는가.

《세종실록》은 세종이 많은 사형수를 감형으로 살려주었을 뿐만 아니라, 형벌집행이 정지되는 禁刑日을 무수히 지정하여, 실무자들이 사형집행을 위한 태일에 어

1) 조병인, “세종의 민본주의 형사정책 연구”, 『고궁문화』 제9호, 국립고궁박물관, 2016년 12월, 147-173쪽.

려움을 겪었다고 적고 있다. 그래서 《세종실록》을 편찬한 사관들도 세종의 32년 통치를 仁義政治, 惠養撫綏, 慈愛撫育, 欽恤之仁, 恤民慎刑, 好生之德, ‘해동의 인의정치, 혜양무수, 자애무육, 흠휼지인, 홀민신형, 호생지덕, 堯舜’ 등으로 축약해 놓았을 것이 분명하다.

그런 마당에 재위 중반에 끔찍한 ‘잔혹사’가 촉발된 이유가 궁극하여 열심히 세종실록을 뒤진 끝에 마침내 해답으로 연결되는 ‘고리’ 세 개를 찾았다. 그리고 그 고리들을 붙잡고 ‘참극’의 파편들을 꿰맞추다가, 재위 후반에 장기간에 걸친 ‘도둑과의 전쟁’이 있었음을 깨닫고 그 泌話를 논문으로 담아내게 되었다. ‘도둑과의 전쟁’이라는 말이 실록에 나오는 것이 아니라, 필자가 임의로 붙인 것이다.

## 2. 선행연구 현황

지금까지 여러 학자가 세종시대의 사법행정을 연구하였지만, 민생치안에 주목한 사례는 눈에 띄지 않는다. 박병호의 『세종시대의 법률』<sup>2)</sup>, 박영도의 「세종의 유교적 법치 : 인정(仁政)과 법의 관계를 중심으로」<sup>3)</sup>, 김영수의 「세종대의 법과 정치 : 유학적 ‘예치주의’의 이상과 현실」<sup>4)</sup>, 박현모의 「세종의 민본정치」 같은 논문들이 발표되었지만, 세종치세 동안의 사형 실태나 치안상황에 주목한 연구는 확인되지 않는다.<sup>5)</sup>

그 외에도 박병호가 『세종시대의 법률』에서 ‘흠휼 형사정책의 전개’라는 제목으로 세종시대의 형정을 다뤘고<sup>6)</sup>, 조남욱의 「성군 세종대왕」<sup>7)</sup>, 임재표의 『조선시대 인본주의 형사제도』<sup>8)</sup>, 박현모의 「세종의 법 관념과 옥사(獄事) 판결 연

2) 박병호, 『세종시대의 법률』 (세종대왕기념사업회, 1986), 11쪽.

3) 박영도, “세종의 유교적 법치 : 인정(仁政)과 법의 관계를 중심으로”, 『세종의 국가경영』 (지식산업사, 2006), 279-314쪽.

4) 김영수, “세종대의 법과 정치 : 유학적 ‘예치주의’의 이상과 현실”, 『세종 리더십의 형성과 전개』 (지식산업사, 2009), 145-188쪽.

5) 박현모, “세종의 민본정치”, 『세종 리더십의 핵심가치』 (한국학중앙연구원출판부, 2014), 79-97쪽.

6) 박병호, 앞의 책(1986), 75-120쪽.

7) 조남욱, “인간존엄과 애민정치”, 『성군 세종대왕』 (새문사, 2015), 184-215쪽.

8) 임재표, 『조선시대 인본주의 형사제도-원형옥(圓形獄)과 흠형(恤刑)을 중심으로』 (단국대학교 대학

구」<sup>9)</sup> 같은 논문도 있지만, 마찬가지로 사형의 실태나 치안상황은 다루지 않았다. 필자도 지금까지 「세종의 민본주의 형사정책 연구」를 비롯해 몇 편의 논문을 발표하였으나, 세종시대의 치안상황을 탐구한 적은 없다.

## II. 감춰진 비밀과 호생지덕

### 1. 처형된 죄수들의 죄목

<표 2>는 세종실록을 토대로 ‘비정상 분포’ 기간의 사형집행 내역을 집계한 것으로, 3년 동안 550명의 죄수가 처형된 가운데 강도 혹은 절도 혐의로 처형된 인원이 전체의 85퍼센트(468명)를 차지하였음을 알려준다. 절도초범인데도 처형된 8명은 자신을 체포하려는 관원에게 항거한 7명과 궁중절도범 1명이다. 결국 세종 29년부터 3년 동안 무더기로 처형된 자들은 대부분 도둑(강도+절도)이었다는 말이니, 그렇게 많은 도둑들을 한꺼번에 죽인 이유에 관심이 쏠린다.

<표 2> 세종 29년~31년 사이에 처형된 죄수들의 죄목

| 구 분    | 합계  | 도둑  |     |    |    |    |    |    | 살인 | 기타 |
|--------|-----|-----|-----|----|----|----|----|----|----|----|
|        |     | 계   | 강도  | 절도 |    |    |    |    |    |    |
|        |     |     |     | 소계 | 초범 | 3범 | 4범 | 5범 |    |    |
| 세종 29년 | 167 | 134 | 126 | 8  | 1  | 6  | -  | 1  | 18 | 15 |
| 세종 30년 | 233 | 217 | 181 | 36 | 4  | 26 | 6  | -  | 9  | 7  |
| 세종 31년 | 150 | 117 | 94  | 23 | 3  | 20 | -  | -  | 4  | 29 |
| 합계     | 550 | 468 | 401 | 67 | 8  | 52 | 6  | 1  | 31 | 51 |

원 박사학위논문, 2001).

9) 박현모, “세종의 법 관념과 옥사(獄事)판결 연구”, 『한국정치연구』 제23집 제1호, 서울대학교 한국 정치연구소, 2014년, 1-24쪽.

## 2. 수수께끼를 해결한 단서

‘비정상 분포’의 비밀을 풀 수 있었던 것은, 하나는 실험의 시작이고 하나는 그 끝이면서 《세종실록》에 23년의 간격을 두고 숨은 듯이 실려 있는 두 개의 기사 덕분이었다. 하나는 세종 4년 12월 20일의 다섯 기록 가운데 맨 마지막 기사이고, 또 다른 하나는 세종 27년 7월 5일의 첫 번째 기사이자 유일한 기사다.

먼저 실험의 ‘시작’에 해당하는 세종 4년 12월 20일의 기사는 ‘임금이 의정부의 권유를 받아들여 절도3범을 가려서 처형할 때에 사면 이전의 범행은 묻지 말도록 하였다.’는 내용이다. 그날 이전에는 절도2범으로 사면을 받았어도 다시 절도를 저지르면 절도3범으로 간주해 교수형에 처했었다. 그런데 이날의 결정으로 이전까지 대세였던 중형이 쇠퇴하고 온정이 부상하는 ‘일대격변’이 뒤따랐다.

다음으로, 실험의 ‘끝’에 해당하는 세종 27년 7월 5일자 기사는, 형조판서가 임금의 잦은 사면으로 도둑이 급증한 상황을 심히 우려하며, 23년 전의 결정을 반복할 것을 청하니, 그대로 윤택하였다는 줄거리다.(세종 27년/7/5)

한 마디로, 세종 4년 12월 20일에 임금이 도둑정책을 중벌에서 온정으로 바꾸고 사면을 남발한 결과로 도둑이 많아져서 다시 과거로 회귀하였다는 말인데, 그 사이 어떤 일들이 있었던 것일까? 임금은 무슨 이유로 얼마나 자주 사면을 단행하였으며, 그 결과로 어떤 일들이 벌어졌기에 형조에서, ‘사면이 너무 잦아서 도둑이 늘었다.’고 임금을 설득하여 중벌시대로 돌아가게 하였을까?

그런데 도둑정책을 자비에서 중벌로 전환한 이후의 상황을 소상히 알리고 세종실록을 탐색하는 과정에서 결정적 단서를 추가로 찾았다. 27년 7월에 정책을 바꾸고 나서 2년쯤 뒤인 세종 29년 5월 26일자 세종실록의 세 번째 기사가 그것이다. 형조에서 상달하여 임금의 재가를 받은 그 기사의 끝부분에 보이는, “소나 말을 흠쳐서 죽인 자는 2범이라도 교수형에 처하게 한다.”는 문구다.(세종 29년/5/26)

## 3. 사형수를 포함하는 대사면

<표 3>은 1422년(세종 4) 12월 20일에 도둑대책을 중벌주의에서 온정주의로 바

꾼 이후의 사면 내역을 분석한 것이다. 23년 동안 20번의 일반사면(대사면)이 있었으니, 연평균 0.8회의 빈도로 사면을 한 셈이다. 이는 사면이 없을 동안 3번 연속해서 절도를 저지르지 않은 도둑들은 처형을 피할 수 있었음을 뜻한다. 설령 사면이 없을 동안 연달아 3번 절도를 하였어도 그때마다 즉시즉시 잡히지만 았았다면 처형을 면했을 것이다.

사면의 사유를 살펴보면 20번 가운데 5퍼센트에 해당하는 1번이 가뭄이 극심한 데 따른 것이었다(祈雨釋放). 기 우 석 방 그뿐만 아니라 25퍼센트에 해당하는 5번이 명나라 황제의 요구가 있어서 임금의 의지와 무관하게 단행된 것이었다. 그러므로 도둑이 급격히 늘어난 것은 ‘가뭄과 외세’가 복합적으로 영향을 미친 결과라고 하여도 무방할 것이다. 특히 잇따른 대기근은, 한편으로 도둑증가를 야기하면서, 다른 한편으로 사면의 이유가 되어서 도둑처형을 가로막았다고 할 수 있다.

〈표 3〉 세종 4년 12월 20~세종 27년 7월 5일까지 사면 내역

| 사유 | 가뭄  | 나라의 경사 | 명나라 경사 | 재변 | 계   |
|----|-----|--------|--------|----|-----|
| 횟수 | 11회 | 3회     | 5회     | 1회 | 20회 |

사면의 내역을 좀 더 자세히 짚어보면, 비록 그 숫자는 확인할 수 없으나, 사면이 없을 동안 절도를 연달아 3번 저지르고 검거된 도둑 중에도 처형을 면한 인원이 많았을 것이 분명하다.

<표 4>는 세종치세 32년 동안 31번 사면을 단행하면서 죄를 용서한 범주를 나타낸 것으로, 《대명률》 <형률> 부분의 상 사 불 원 조 常赦不原條와 무관한 사형수도 포함되는 ‘一罪’ 일 죄

까지 용서해준 경우가 17회에 달했음을 보여준다. 이 상황을 좀 더 자세히 따져보면 사형수 중에도 사면을 받아 목숨을 건진 인원이 많았을 것임이 명확하게 입증된다.

대사면(일반사면)이나 보 방 保放으로 죄수들을 풀어줄 때는 대개 죄목을 일 죄 이 죄 一罪와 二罪로 나누어 그 대상을 정했다. 일죄는 법정형이 사형인 죄를 일컫던 말이다. 이죄는 사형 이외의 네 형벌(유배, 노역, 곤장, 태장)에 처해졌거나 법률상 그 중 어느 한 가지에 해당하는 죄를 일컫던 말이다. 특별히 정해진 원칙은 없었으나, 대체로 나라

의 경사나 국왕·왕비·세자 등의 병환 등과 명나라 경사 때의 사면은 일죄까지 용서하고, 가뭄 같은 천변을 벗어나기 위한 사면은 이죄 이하만 용서하였다.

〈표 4〉 세종치세 32년 동안 대사면(일반사면) 내역

단위: 회

| 상한 | 가뭄 | 나라 경사 | 명나라 경사 | 우환 | 상왕 생일 | 가을장마 | 재변 | 계  |
|----|----|-------|--------|----|-------|------|----|----|
| 일죄 | -  | 5     | 6      | 5  | -     | 1    | 1  | 18 |
| 이죄 | 4  | -     | -      | -  | -     | -    | -  | 4  |
| 유죄 | 1  | 1     | -      | -  | -     | -    | -  | 2  |
| 도죄 | 5  | -     | -      | 1  | -     | -    | -  | 6  |
| 장죄 | -  | -     | -      | -  | 1     | -    | -  | 1  |
| 계  | 10 | 6     | 6      | 6  | 1     | 1    | 1  | 31 |

용서의 상한에 따라서 사면령에 기재되는 형식이 달랐다. 일죄까지 포함할 때는 ‘일죄 포함’이라는 문구를 넣지 않고 대명률의 상사불원조 上赦不原條에 의해 당연히 제외되는 죄목만 사면문서에 명시하였다. 반면, 이죄 이하를 사면할 때는 사면문서에 ‘이죄 이하’, ‘도죄(노역) 이하’, ‘장죄 이하’처럼 범주를 한정하는 문구가 반드시 들어갔다. 특별사면 문건에는 오직 용서할 사람의 이름과 석방조건이 적혔다.

따라서 예컨대 1418년 8월 11일에 세종이 즉위기념으로 사면령을 선포한 문안을 보면, “모반, 대역, 자식으로서 조부모나 부모를 때리거나 죽인 자, 처첩으로서 남편을 죽인 자, 노비로서 주인을 죽인 자, 독극물을 먹게 하거나 흉물을 만들어놓고 주문을 외워서 사람을 죽인 자, 강도 등 여덟 경우를 제외하고, 발각 여부나 사법절차의 진척과 상관없이 모두 용서한다.”고 되어 있다. 그 외에 ‘일죄 이하’를 용서한 나머지 16번의 대사면도 문구가 한결같이 동일하다.

즉, 세종이 단행한 31회의 사면 가운데 최소한 17번은 위의 여덟 가지 죄목을 벗어난 모든 사형수(밀수범, 도굴범, 방화범, 성폭력범 등)를 용서했다는 뜻이므로, 만약 사면이 없을 동안 연달아 절도를 3회 저질러 사형을 선고받고 집행대기 중이던 도둑이 있었다면 당연히 사면을 통해 목숨을 건졌을 것이다.

#### 4. 사형집행 지연용 안전판

일반적으로 절도3범이 사형에 처해질 때에는 ‘즉시 집행하라’는 不待時<sup>부대시</sup> 명령이 부가되지 아니하여, 집행을 기다리다가 사면을 만나서 자유의 몸이 된 도둑이 많았을 개연성이 매우 높다. 이런 저런 이유로 집행이 미뤄지다가, 운 좋게 나라의 경사나 우환 혹은 명나라의 경사 등이 생겨서, 사형수도 용서하는 ‘일죄 이하’ 사면령을 만나 목숨을 건진 도둑도 많았을 것이 분명하다.

또, 왕조시대에는 혹여 부정을 타서 오곡이 생장하는 데 지장을 줄 것을 염려하여, 십악대죄를 범한 죄인이 아니면, ‘처형을 미뤘다가 가을이 되거든 집행하라’는 待時<sup>대시</sup> 명령을 부가하였다. 그런데다가 세종은 갖가지 이유를 붙여서 형의 집행을 정지하는 禁刑日<sup>금형일</sup>을 무수히 지정하여, 사형이 확정되더라도 집행일을 잡기가 쉽지 않게 만들었다. 구체적 증거로 다음과 같은 기록들이 있다.

“부득이한 경우가 아니면 사형수들을 가을에 처형하게 하라.”(세종 9년/1/7), “待時<sup>대시</sup> 사형수는 입춘~추분을 지나서 처형하게 하라.”(세종 12년/3/5), “일식과 월식이 있는 날은 사형집행을 정지하라.”(세종 13년/12/23), “초하루, 보름날, 달이 上下弦<sup>상하현</sup>되는 날, 24절기, 비 오는 날, 밤이 캄캄한 때, 종묘·사직에 제사하기 위해 誓戒<sup>서계</sup>하는 날, 제사 당일, 임금·왕비·세자의 생일, 단오절·중추절·중양절에는 사형집행을 정지하라.”(세종 21년/12/4), “조회를 정지할 때, 일식·월식 때는 형의 집행을 일체 정지하도록 영구히 법을 세우라.”(세종 26년/10/20)

또, 이전부터 道家의 明眞齋日<sup>도가 명진제일</sup>인 매월 십직일(十直日: 1일·8일·14일·15일·18일·23일·24일·28일·29일·30일)은 天上의 太一<sup>천상 태일</sup>이 강림하여 사람의 善惡<sup>선악</sup>을 살핀다고 하여 사형을 집행하지 않았다. 그 외에도 왕족·종친·의친·공신·고관 등이 사망하면 1일~3일간 조회를 정지하여, 그 기간은 임금에게 사형 재가를 품의할 수 없었다. 게다가 세종은 평소 건강이 좋지 않아 병석에서 보낸 날이 많았으니, 형조나 의

금부에서 처형 재가를 품신할 기회를 잡기가 쉽지 않았을 수도 있다.

## 5. 사형수에 대한 연민과 동정

세종이 임금으로 즉위한 다음 해 1월 형조에서 그 해에 사형을 선고받은 30여 명의 명단을 아뢰니, 사형수가 너무 많으며, 죄수들이 살아날 수 있도록 사형을 구형하는 기준을 더 엄격히 고치게 하였다.(세종 1년/11/15) 3년쯤 뒤에는 고발인이 왕실 농장의 노비라는 이유로 죄 없는 백성에게 사형을 구형한 사헌부 관리들을 질책하면서, “죽을죄를 저질렀어도 살릴 방도를 찾아보라.”고 하였다.(세종 4년/10/24)

재위 21년 12월에는 판결이 미뤄진 미결 사형수가 1백 90인에 이른 것을 민망히 여기고, 사람을 해치는 행위가 아닌데도 사형에 처하도록 되어 있는 세 가지 절도 유형의 법정형을 재검토하게 하였다.(세종 21년/12/15)

당시의 정황을 짚어보면, 연달은 대기근으로 도둑이 늘어나자 임금으로서 생계형 도둑들에게 미안한 마음을 느꼈던 것 같다. 비록 빈번한 사면으로 인해 절도3범은 교수형에 처하게 한 법조문이 사문화되었어도, 세종 16년 이후 5년 동안 39명이 절도3범으로 처형되었다. 그런 마당에 다시 또 흉년이 들자 절도범들을 가엾게 여기고 법을 고치려고 한 것 같은데, 도중에 뜻을 접었다. 영의정 황희, 우의정 신개, 찬성 이맹균·성억, 참찬 하연 등이 性理學의 태두인 朱子의 重刑論과 鄭나라의 대숙과 자산의 고사를 인용하며 간곡하게 말렸기 때문이다.(세종 21년/12/15)

## Ⅲ. 정책변경과 이상조집

### 1. 범죄증가와 검문검색 강화

도둑정책을 온정주의로 바꾸고 2년도 안 되어서, 20년 남짓 된 신도시 한양의 치안에 적신호가 켜졌다. 도성 안 각지의 산자락에 소재한 여러 마을에서 도적들이 소나 말을 도살하기도 하고, 산의 소나무를 몰래 베가기도 하였다. 그래서 해가 바

귀자마자 서울의 각 요로에 방호원을 배치해 불시 검문검색을 행하게 하고, 도성 안에 방호소 13개소를 두었다.(세종 7년/1/5, 1/15)

하지만 지속적이고 집중적인 단속에도 불구하고 도둑들의 기세가 꺾일 줄을 몰랐다. 심지어는 도성에서조차 밤중에 횃불을 들고 주거지역을 누비며 재물을 약탈하는 火賊(명화도적)이 자주 출몰해 도성주민들을 공포에 빠뜨렸다. 피해를 막기 위해 한양 5부의 각 坊과 각 戶가 번갈아가며 곳곳에서 파수를 서고, 범인을 체포하는 사람에게는 범인의 재산으로 상을 주게 하였지만, 화적들의 악랄한 방화와 도적질이 끊이지 않았다.(세종 8년/2/12)

## 2. 연쇄방화와 금화도감 설치

대낮에 가옥에 불을 질러서 사람들이 대피한 사이에 재물을 훔쳐가기도 하였다. 마침 임금이 도성을 비우고 횡성으로 講武를 갔는데, 도성에서 방화로 추정되는 큰 불이 나서 경시서 및 북쪽의 행랑 1백 6칸과 중부의 인가 1천 6백 30호와 남부의 3백50호와 동부의 1백90호가 연소되고, 남자 9명과 여자 23명이 불에 타죽었다. 아주 어리거나 늙고 병이 들어서 재로 변한 사람들이 더 있었다.

대궐을 지키던 왕비가 서울에 남아 있던 대신과 백관을 지휘하여 가까스로 종묘와 창덕궁을 구하였는데, 다음날도 바람이 세차게 부는 중에 도성에 또 불이 나서 의금부의 전옥서와 행랑 8칸, 종루 동쪽의 인가 2백여 호가 불탔다. 오후 1시부터 3시 사이에 전옥서 서쪽에 살던 대부 정연(3년 뒤에 안평대군의 장인이 되었다)의 집에서 불이 일어나, 전옥서와 행랑 8칸까지 연소되고 종루에까지 미쳤다.

대신과 백관이 힘을 다하여 불을 꺼서 종루는 겨우 보전하였으나 불꽃이 종루 동쪽에 있는 행랑에 옮겨 붙어 인가 2백여 호가 火魔에 휩쓸렸다. 이들 동안의 화재 중에 전체 세대의 절반이 도둑을 맞았고, 불이 번지지 않은 집에서도 황급히 화재를 피하느라 재산의 태반을 잃어버렸다.(세종 8년/2/15, 2/16)

강무를 하다 보고를 접하고 황급히 환궁한 세종은 도성의 백성들로 하여금 모두 지붕에 올라가서 밤낮으로 지키게 하고, 도적을 체포하는 자에게 포상금을 지급하

게 하였다. 그뿐만 아니라, 필요하면 군대를 동원해서라도 화적들을 끝까지 추적해 반드시 잡도록 명을 내려, 병조에서 야간파수와 신고자포상을 포함한 도둑방지대책을 마련해 시행하였다.(세종 8년/2/21, 2/23, 2/25)

이상의 정황을 종합해보면, 이때부터 도둑을 단속하는 문제가 중요한 국정과제로 부상한 듯하다. 열흘 뒤에 예조판서 신상이 나서서 난리가 멎을 때까지 화적들을 극형에 처할 것을 제안하니, 그대로 따랐다. 그다음 날 의정부와 육조의 대신들을 불러서 화재와 도둑을 방지할 대책을 토론에 붙여서, 禁火都監<sup>금화도감</sup>을 출범시키고, 대신들과 화재방지대책을 토론하였다.(세종 8년/2/25, 2/26)

1년쯤 뒤에는 현장에서 잡히지 않은 방화범도 사법처리가 가능하도록 임시로 형률을 바꿨다.(세종 9년/1/7) 하지만 이후로도 도성 내에서 도난사건이 빈발하자, 2년쯤 지나서 방지대책의 하나로, 警守所<sup>경수소</sup>를 세우고 순찰원을 배치해 후미진 골목까지 꼼꼼히 순찰하게 하였다.(세종 11년/1/12) 그럼에도 불구하고 70일쯤 뒤에 야심한 밤중에 훈도방(지금의 중구 충무로 일대) 거리에서 왜관의 통역사 이춘발이 請負<sup>청부</sup>를 받은 화적에 의해 몽둥이로 머리를 맞고 피살된 사건이 발생했다.(세종 11년/3/23, 3/24, 4/1, 4/21, 5/7, 5/12, 5/17, 5/20, 7/30)

### 3. 중벌여론과 임금의 요지부동

그다음 해 4월에는 국가소유의 소나 말을 훔쳐다가 몰래 도살하여 살과 뼈와 가죽을 팔아먹는 범죄가 성행하여, 가축신 착용을 제한하는 등의 방지책을 시행하였다.(세종 12/4/4, 4/5, 4/13, 5/15) 그럼에도 불구하고 우마도둑을 비롯한 절도범죄가 건잡을 수 없이 늘어나자 형조판서 김자지가 마침내 총대를 땀다.

임금에게 예전처럼 절도3범은 법대로 다스리자고 건의한 것이다. 8년 전까지 시행했던 방식대로 사면과 상관없이 절도3범은 모조리 죽여서 장래의 범죄를 막자고 한 것인데, 임금의 거부로 시행되지 않았다. 임금은 백성에 대한 신의와 절도범의 딱한 처지를 내세워 형조판서의 건의를 내쳤다.

한때의 나쁜 짓을 미워하여 사면 이전의 죄까지 소급해 추궁하면 신의를 잃을 수 있다. 더구나, 사면은 새로운 길을 열어 주기 위해 과거의 잘못을 청산해주는 것이니, 사면 이전의 죄까지 통산하여 죄를 주면 백성을 용서한다는 취지가 사라져 백성의 신뢰를 잃을 것이다. 또, 절도는 곤궁한 백성이 저지르는 것이라서 큰 죄악이 아닌데다가, 그들의 사정이 가엾고 불쌍해서, 사면 전후를 따지지 말고 절도<sup>3</sup>범은 무조건 죽이자는 제안을 내가 차마 따를 수가 없도다.(세종 12년/12/16)

13년째 해 4월에는 도성의 수구문 밖 벌야현 초막에 거주하던 승려 세 명을 화적이 덮쳐서, 한 명은 돌에 맞아 목숨을 잃고, 두 명은 부상을 당한 후에 재물을 빼앗긴 사건이 발생했다. 공범 10명을 모두 검거해 주범을 능지처참하고 나머지도 엄벌에 처한 뒤에, 정흠지를 형조판서로 등용해, 수재와 화재와 범죄로부터 도성 주민의 안전을 지키기 위한 주야간 대응책을 전방위로 시행하게 하였다.

그다음 해 9월에는 병조에 명하여, 대로변에 초소를 세우고 순찰원과 민간자율방범대원을 배치하여 심야통행·방화·절도·강도 등을 단속하게 하였다. 또, 화재와 범죄 등을 막기 위해 주야로 지역을 순찰하며 위험요소를 제거하고 거동수상자를 검문하는 불침번제도를 시행하였다.(세종 14년/9/8, 15년/8/4, 8/13, 8/15, 16년/4/24, 17년/8/25, 18년/3/2, 5/2, 윤6/4, 7/13)

강도가 붙잡히면 때를 가리지 말고 즉시 처형하게 하고, 도성을 지키는 군사의 임무와 인원을 늘렸다. 그럼에도 불구하고 도둑이 계속 늘어나자, 다음 해 8월 임금이 병조를 불러서, 무시로 경수소를 점검하여, 근무에 소홀한 자가 적발되면 법대로 처단하라고 명을 내렸다.(세종 15년/8/4)

#### 4. 결정번복을 둘러싼 줄다리기

열흘이 채 안 되어 영의정 황희·좌의정 맹사성·우의정 권진·이조판서 허조·예문관 대제학 정초 등이 나서서, 강도와 절도를 저지르는 자들에 대한 엄벌을 건의하며 두 가지를 제의하였다. 첫째는, 강도는 때를 기다리지 말고 처벌하게 하자는 것이었다. 원칙적으로 사형은 추분 이후에 집행해야 하지만, 치안상황이 명나라나 당나라 때에 견줄 수 없을 정도로 나쁘다고 이유를 달았다.

둘째는, 절도범에 대한 추징제도의 시행규칙을 보완하자는 것이었다. 두 사람이 함께 절도를 저지르고 한 사람이 먼저 죽었을 경우는, 생존해 있는 공범에게 추징을 하여서 그 재물로 피해자 집의 손해를 보상해주자는 제안이었다.(세종 15년/8/13)

한마디로, 악질적인 도둑들은 너그럽게 다스려도 뉘우치거나 회개할 줄을 모르니, 인정사정 두지 말고 도둑들을 엄벌로 다루자고 한 것인데, 임금이 따르지 않았다. 3개월쯤 뒤에 예조판서 신상이, 사면 이전의 전과까지 쳐서 절도3범이면 사형에 처할 것을 재차 제의하니, 이번에는 또 다른 동문서답으로 일축하였다.

첫째로, 법의 개정은 기존의 법이 열 가지 폐단이 있고 새 법은 한 가지 폐단도 없을 때에 하는 것이다. 둘째로, 사면 이전의 죄는 불문에 붙인다는 법을 시행한 지가 이미 오래되어 고칠 수가 없다. 셋째로, 사람을 죽이는 일에 관계되는 법을 중(重)한 것으로 고칠 수 없다. 넷째로, 도둑을 죽인다고 해서 도둑이 사라지는 것이 아니다.(세종 15년/10/23)

주무장관인 형조판서 정흠지가 나서서, 도둑들은 하는 짓이 말할 수 없이 영악하며, 믿을 만한 증거가 있으면 용의자가 범행을 실토하지 않아도 법대로 형을 가하게 하자고 하였다. 하지만 임금은 즉답을 피하고, 장차 의정부와 육조에 의논을 명하겠다며, 흠지에게 계목을 갖춰서 올리게 하였다.

정흠지의 설명에 따르면, 절도초범은 형이 곤장 60대였는데, 수사과정에서 곤장을 맞는 고문을 당했으면 맞은 횟수를 형량에서 빼주는 점을 지능적으로 이용하였다. 고문 한 차례에 매질을 30회 이상 할 수 없게 되어있어, 도둑들이 자백을 하고서 한꺼번에 60대를 맞는 것보다 30회씩 두 번으로 나누어 맞는 편이 낫다고 여기고, 매를 참고 견디면서 범행을 숨긴 것이다.

## IV. 전쟁돌입과 교육지책

### 1. 절도전과자 격리 및 안치

예조판서 신상과 형조판서 정흠지의 간곡한 간언이 임금의 벽에 막히고 10여일 지나서, 형조판서 정흠지가 영의정 황희·좌의정 맹사성·우의정 권진과 더불어 육조판서와 합세하여, 절도전과자들을 바다의 외딴섬에 가두는 것으로 가닥을 잡아서 아뢰니, 임금이 그대로 윤허하였다.

이후로 도적질로 처벌을 받은 자가 재범을 하면 처자와 함께 전라도 신안군의 자은도·암태도와 진도 등지에 격리시켜 출입을 금하고 현지의 수령으로 하여금 무시로 단속하게 하였다.(세종 15년/11/5) 도둑퇴치를 위해 조선 건국 이래 최초로 특단의 조치를 취한 것이니, ‘도둑과의 전쟁’에 돌입하였다고 여길 만하다.

얼마 지나지 않아서 병조에서 제주의 우마도둑들에 대한 특별조치를 건의하였다. 경차관으로 하여금 우마를 훔쳐서 도살한 자들을 모두 검거해 육지로 내보내게 하되, 육지에 주인이 있는 私賤<sub>사천</sub>은 그 주인에게 보내고, 평민과 公賤<sub>공천</sub>은 땅이 넓고 백성이 드문 평안도 해변의 여러 고을에 안치해 편히 살게 하자고 한 것이다.(세종 16년/6/14) 하지만 형조판서 정흠지가 법의 범위를 벗어난 형벌이라며 반대를 표하여 채택되지 않았다.(세종 16년/7/28)

한 달 뒤에 제주도 출신인 전 참의 고득중이 제주의 흉년을 내세워, 두 번 이상 우마를 훔쳐서 도살한 자들만 육지로 옮기게 할 것을 간청하니, 세종이 세 의정과 병조의 찬성 의견을 확인하고, 그대로 윤허하였다.(세종 16년/8/28) 그로부터 4개월 쯤 뒤에 조정의 관원을 제주에 보내 우마도살 2범 이상자를 색출해 평안도로 옮기게 하였다.(세종 16년/12/21, 17년/1/3)

10여 일 뒤에 영의정 황희가 도승지 안승선을 통해, 제주의 도둑들을 분별해서 육지로 데려오는 방안을 제의하였다. 제주에서 평안도로 옮기려던 인원이 6백 50명 중에 단지 도살된 우마의 고기를 먹기만 한 자들이 섞였다는 것이어서, 병조로 하여금, 붙잡힌 도둑들의 이름 밑에 죄명을 적어서 명단을 올려 보내게 하였다. 8일 뒤에는 평안도에 들여보낸 제주의 우마도적들에게 구호양곡을 나눠주게 하였다.(세종 17년/1/14, 1/22)

그런데 악재가 생겼다. 우마도살 2범들을 색출하러 제주로 떠났던 사복 소윤 조순생 일행이 해상에서 바람을 만나 중국으로 표류하거나 바다에 빠져죽는 참사가 발생한 것이다. 보고를 접한 임금은 좌의정으로 은퇴한 맹사성·사복시 제조 정연·

병조참판 황보인과 문답을 나눈 뒤에, 병조에 두 가지 지침을 내렸다.

첫째는, 이미 육지로 나온 자는 전라도 각 고을에 분산 배치하고 대여 양곡과 노는 땅을 나눠주어 그곳에 정착하여 편히 살도록 하라고 하였다. 둘째는, 아직 육지로 나오지 않은 자는 제주에서 진상을 규명하여 가을이 되거든 육지로 내보내게 하라고 하였다. 시행에 필요한 구체적 방안도 함께 내렸다.(세종 17년/3/12)

## 2. 격리지역 변경 및 갱생지원

보름 뒤에 형조판서가 신개로 바뀌었다.(세종 17년/3/27) 이때를 전후하여 전라도의 외딴섬에 안치한 절도재범자들이 연달아 문제를 일으켰다. 전라도 감사와 자은도·암태도·진도를 관할하는 수령들의 관리와 감시가 소홀한 틈을 타서 섬을 탈출해 육지에 상륙하여 도둑질을 저지르는 사례가 잇따르자, 8도의 감사들로 하여금 매월 말에 옥의 상황을 서면으로 아뢰게 하였다.(세종 17년/5/21)

한 달쯤 지나서 형조판서 신개가 거의 극약 수준의 엄벌을 골자로 하는 장문의 도둑방지대책을 마련해 임금에게 아뢰었다. 마치 오랫동안 도둑의 소굴에서 지낸 사람처럼 도둑세계의 실상을 낱알이 파헤친 뒤에 여러 대책을 제안하였다.

그 안에는, 거동수상자 적발·자수자 면죄·수사협조자 우대·신고자 포상·불고자 처벌·비밀유지 등(최초의 ‘도둑대책 6종 세트’) 이외에, 증거가 명백하면 사면 전의 범행도 밝히게 하자는 제안과, 외딴섬에 안치한 도둑이 도망쳤다가 검거된 경우 대에 대한 처벌기준이 경면·단근·사형 순으로 적혀 있었다.(세종 17년/6/14)

신개의 상소를 읽어본 세종은 곧바로 상정소에 내려서 의논하여 아뢰도록 명을 내렸다. 1개월 반쯤 뒤에 형조에서, 상정소로부터 신개의 제안을 검토한 결과를 넘겨받아 원로대신들의 의견을 수렴한 결과를 8가지로 정리하여 올리니, 임금이 보고서 절도범의 발꿈치를 자르는 방안을 토론에 붙였다.(세종 17년/7/29)

저마다 의견이 다른 가운데 병조판서 최사강 등이 절도3범은 사면과 상관없이 사형에 처하자고 제의하였다. 사강이 말을 마치자 임금이 형조에 명하기를, 신개가 상달한 제안 가운데, 안치된 섬에서 탈출하였다가 검거된 자들에 대한 경면·단근·사

형과, 증거가 확실하면 사면 이전의 범행도 밝히게 하는 방안 등은 시행을 보류하고, 나머지만 상정소의 의견을 따르게 하였다.

사흘 뒤에 형조에서 암태도 등지에 옮겨둔 절도재범자들을 변방지역 여러 고을의 관노로 귀속시켜서, 노는 토지를 나눠주고 가족과 더불어 생업을 꾸려가게 하는 방안을 건의하였다. 자은도와 암태도에 안치한 도적이 무수히 많은데 감시원은 적어서, 도적들이 패거리를 지어서 주민들의 소와 말을 훔쳐다 잡아먹고, 여차하면 감시원을 죽일 기세를 보이기 때문이었다. 진도에 가둔 도적들 역시, 그대로 방치하면 똑같이 패거리를 지어서 감시원을 살해하고 배를 빼앗아 해적으로 돌변할 우려가 있다는 판단도 작용하였다.(세종 17년/8/2)

형조의 제안을 청취한 임금은 그대로 따라서 자은도, 암태도, 진도 등지에 격리하였던 도둑들을 함길도와 평안도 여러 고을의 관아에 노비로 붙이게 하였다.

### 3. 斷筋<sub>합</sub> 시행과 주민자율방범활동

한 달쯤 뒤에 형조판서 신개가 다시 또 ‘도둑대책 6종 세트와 함께, 절도용의자에 대하여는 예외적으로 법정형 이상의 訊杖<sub>신상</sub>을 허용하는 방안을 아뢰니, 임금이 흡족히 여기고, 그 내용을 전국고을에 전파하고, 각 고을의 수령들로 하여금 매월 말에 그 성과와 실적을 자세히 기록하여 아뢰게 하라고 지시하였다.(세종 17년/9/10) 신개가 창안한 ‘도둑대책 6종 세트’는 오늘날도 여전히 유용하게 활용된다.

그다음 해 4월 경기도와 충청도의 대로변에 도둑이 일어나서 밤이면 관원들이 묵는 숙소에까지 침입해 재물을 강탈한다는 보고가 접수되어, 진무들로 하여금 씩씩하고 힘이 세면서 용기가 출중한 군사 30여 명을 거느리고 가서 모조리 체포하게 하였다.(세종 18년/4/1)

그 외에도 날이 갈수록 도둑의 준동이 더해 가는데 임금이 국정체계를 파격적으로 일신하였다. 그때까지 임금이 판서들을 직접 통할하던 육조직계제를 버리고 의정부가 임금 대신 육조를 통할하는 방식(의정부서사제)을 택하더니, 이를 뒤에 신개를 의정부 참찬으로 보내고 하연을 형조판서로 앉혔다.(세종 18/4/12, 4/14)

두 달 뒤에 형조판서가 다시 정연으로 바뀌었는데, 20여 일 뒤에 사간원에서, 절도3범은 사면과 상관없이 뒤꿈치 근육을 끊자고 상소하였다. 빈번한 사면으로 인해 ‘절도3범은 교수형에 처한다.’는 법조문이 사문화된 점을 재차 거론하며, 주자의 도둑중형론을 따라 단근을 시행하자고 건의한 것이다.

상소를 읽어본 임금의 “장차 생각해보겠다.”며 즉답을 피하더니(세종 18년/윤 6/14), 3개월쯤 뒤에 금화도감으로 하여금 한성부 오부의 관원과 합세하여 불법도축을 엄히 단속하게 하였다.(세종 18년/7/13) 이후 설상가상으로 가뭄이 극심하여 서울과 지방에서 도적이 급격히 늘어나자, 의정부가 전면에 나섰다.

3개월 전에 임금으로부터 권한을 위임받은 삼정승과 좌·우찬성 및 좌·우참찬이 나서서 다시 또 주희(주자)의 도둑중별론을 앞세워 단근 시행을 강력히 건의하였다. 임금이 듣고서 그대로 윤허하니, 이후로 사면 전후의 범행을 합쳐서 절도3범이면 발뒤꿈치 근육을 잘리게 되었다.(세종 18년/8/8)

그런데도 가뭄에 따른 흉년으로 식량이 떨어져 외지를 떠도는 사람이 늘어나고, 시골의 작은 마을이나 관원들이 묵는 숙소를 터는 도둑이 매우 많다는 소문이 들리자, 임금이 나라의 곡창지대인 하삼도(충청·전라·경상) 감사들로 하여금 도적을 근절할 계책을 궁리하여 올리게 하였다.(세종 18년/10/23) 다음해 1월 충청도와 경상도 감사가, 주민자율방범대를 조직해 야간순찰과 위기대응 및 우범자 색출 등을 행하는 방안을 건의하여, 임금의 승낙을 받았다.(세종 19년/1/3, 1/6)

#### 4. 단근법 보완과 민생범죄 단속

그런데 단근을 허락한 이후로 힘줄을 끊기고도 도둑질을 저지르는 자들이 적발되자, 단근법을 손질하여, 오른발 뒤꿈치의 관절지점 양편의 힘줄을 모두 자르게 하였다.(세종 19년/7/21, 8/12) 아울러서 단근의 집행책임자와 직접 힘줄을 자른 옥졸의 인적사항을 반드시 기록해 두도록 하였다. 단근 실명제를 시행한 것이다. 그런데 힘줄을 끊기고도 도둑질을 하는 자가 계속 적발되자, 병조의 건의를 받아들여, 뒤꿈치 근육 대신 발의 앞쪽 근육을 자르게 하였다.(세종 21년/2/5)

이후로도 도둑이 기승을 부리는 가운데, 한 달 전에 형조참판으로 임명한 정인지

를 형조판서로 승진시켜 도둑정책을 주관하게 하였다.(세종 22년/4/5, 5/3) 4개월 쯤 지나서 정인지가 사면 전후를 합쳐서 절도3범이면 무릎의 근육을 끊자고 제안하자, 임금이 장차 의정부와 상의해보겠다고 대답하였다.(세종 22년/8/29)

그런데 정인지의 과격이 마음에 걸렸던지, 얼마 뒤에 형조판서를 남지로 바꿨다가, 20일 뒤에 다시, 직전까지 함길도에서 7년을 머물며 6진 개척을 주도하다 올라온 김종서를 형조판서로 앉혔다.(세종 22년/11/12, 12/3) 1년 뒤에 다시 형조판서를 유계문으로 바꾸더니(세종 23년/11/14), 10개월 쯤 뒤에 첨사원을 설치해, 일상업무는 세자에게 맡겼다.

그해 연말에 서울의 往心驛<sup>왕심역</sup>에서 3인조 강도가 행인에게 폭력을 휘둘러 상해를 입히고 소지품을 탈취해 달아난 사건이 발생하여, 의금부·형조·한성부로 하여금 합동으로 잠복근무를 벌여서 범인들을 붙잡게 하였다. 그 외에도 시위군이 군무를 교대할 때의 허술한 순간을 틈타서, 도적들이 호위군의 말(馬)<sup>마</sup>을 훔쳐가는 경우가 빈발하여, 병조로 하여금 대책을 세우게 하였다.(세종 24년/12/19)

## 5. 黥面<sup>경면</sup> 시행과 斷筋<sup>단근</sup> 정지

얼마 뒤에 해가 바뀌고 안승선이 형조판서로 앉았는데, 한 달이 채 안 되어 승선이, 사면 전후의 범행을 합하여 절도3범이면 팔뚝 자자와 단근 대신 얼굴에 죄명을 새겨서(黥面<sup>경면</sup>) 변방에 들여보내자고 하였다. 함길도와 평안도의 변방에 관노비로 들어보낸 자들의 자력갱생지원을 지원하는 정책이, 도망자 빈발, 수령들의 무관심, 주민들의 배척 등으로 표류하고 있다고 이유를 달았다.(세종 25년/1/11, 2/5)

경면은 형벌을 가중하는 것이 아닌데다가, 얼굴에 자자하면 혹시 도망을 쳐도 사람들이 쉽게 알아봐서 몸 둘 곳이 사라져서, 부끄럽게 여기고 허물을 고치는 사람들이 나올 것이라며, 도적을 잡고 도적질을 방지하는 데는 그만이라고 설명하였다.

임금이 듣고서 그대로 허락하니, 이후로 도둑들의 양쪽 뺨에 ‘竊盜’<sup>절도</sup>를 갈라서 한글자씩을 새긴 뒤에 변방 고을의 관노로 배치해, 스스로 악행을 반성하고 새 삶을

살 때까지 관에서 생계를 지원하게 되었다. 경면이 시행되면서 단근은 정지되었다. 1435년(세종 17년) 7월에 임금이 권도를 써서 한시적용을 전제로 시행에 들어간 지 약 7년 반 만이다.

4개월쯤 뒤에 형조에서, 사면 전후의 범행을 합산하여 절도3범 이상인 자들의 몸에 죄명을 새길 때에 전과횟수별로 위치를 달리하는 방안을 마련하여 올렸다. 그 안에는 도둑들의 전과정보를 전국의 관아가 공유하는 방안도 들어있었다. 임금이 받아보고 원안대로 재가하니, 도둑들에 대한 경면과 더불어서, 중외의 기관이 도둑들의 전과정보를 공유하게 되었다.(세종 25년/6/8)

그런데 경면법이 세워지던 그해 봄부터 지독한 가뭄의 연속으로 유례없는 흉년이 반복되자 전국 각지에서 도둑들이 날뛰는 ‘위기상황’이 이어졌다. 경면법이 시행되고 3개월쯤 뒤에 서울 삼각산 등지의 깊은 골짜기에 숨어 지내면서 몰래 절도질을 일삼는 무리들이 있어, 군사를 보내 체포하게 하였다.(세종 25년/8/5)

## 6. 폐강도 출몰과 군부대 파견

해가 바뀌어서 그다음 해 춘궁기로 접어들자 전례 없이 극심했던 전년도 기근의 여파로 전국 각 도에서 폐강도가 기승을 부린다는 보고가 잇따랐다. 임금이 삼군의 진무들을 경기·충청·황해도와 개성부에 파견하였더니, 3백 명 가까운 도적을 검거하였다.(세종 26년/2/24)

그로부터 두 달쯤 뒤에, 절도범이 범행현장에서 체포를 면하려고 주인에게 저항하다가 훔친 재물을 버리고 도망간 경우는 강해율 《講解律》 <竊盜臨時拒捕條>의 각주에 의거해 모두 부득재 不得財로 간주해 회초리 50대에 처하고, 훔친 재물을 버리지 않은 채로 항거하였으면 각각 절도죄에 2등을 더하여 곤장 70대에 처하게 하였다.

이전에는 득재 得財 여부와 상관없이, 범행현장에서 자기를 잡으려는 주인에게 저항한 절도범은 참형에 처했었다.(세종 26년/4/15) 3개월 뒤에는, 병조의 건의를 받아들여, 제주의 주민이 이웃의 우마도둑을 알면서도 신고하지 않았으면 진범인과 구분하여, 형전 刑典의 ‘정을 알고도 알리지 않은 죄’로 다스리게 하였다.(세종 26년/7/17)

## V. 자비철회와 희생증가

### 1. 임금의 요지부동과 군신격돌

그다음 해에 임금이 눈병치료를 위해 청주의 초수리를 두 차례 다녀오더니, 온정 주의를 포기할 의사가 없음을 명확히 밝혔다. 먼저 도둑이 늘어난 것은 임금인 자신이 백성의 살림살이를 마련해 주지 못해서 생긴 결과라서 매우 부끄럽다고 말문을 열었다. 이어서 《대명률》과 《당률소의》에 ‘사면은 상관하지 않는다.’는 문구가 없으며, 입법오류를 지적하였다.(세종 26년/10/9) 그 다음에 속내를 밝혔다.

우리나라는 일체 형벌을 법대로 시행하여서, 단 한 사람을 죽이는 것도 마음이 내키지 않는다면, 법을 고쳐서 많은 사람을 죽게 만들 의향이 없음을 밝히더니, 지나간 옛일을 들켰다. 정연이 형조판서(재위 18년 6월~21년 9월)였을 적에 자신에게, ‘만약 사면과 무관하게 법대로 따르면 사형될 자가 꽤 많을 것’이라고 하여서 깊이 공감을 느꼈고, 1436년~1437년 사이에 사형수가 많았는데, 당시 형조담당 승지였던 허후와 자신이 함께 노력해서 살아난 자가 매우 많았다고 하였다.

임금이 말을 마치자 군신 사이에 격렬한 입씨름이 벌어져 장시간에 걸쳐서 군신 사이에 공방전이 벌어졌다. 대신들이 하나로 뭉쳐서 신랄하게 공세를 폈으나, 임금이 끝까지 완강하게 버텨서, 절도초범부터 오른쪽 뺨에 ‘竊盜’<sup>절도</sup>라고 문신을 새기게 하는 선에서 마무리되었다.(세종 26년/10/11) 대신들의 완패라고 할 만하다. 하지만 이후로도 도둑이 준동이 계속되자, 형조판서가 다시 나서서 임금에게, 자비를 거두고 예전의 중벌을 복구할 것을 간곡하게 호소하였다.(세종 27년/7/5)

### 2. 임금의 백보양보와 중벌부활

그러자 임금도 사태가 심각하다고 느꼈던지, 짧은 토론도 거치지 않고 형조의 상소를 받아들였다. 그 승락은 임금이 백보양보한 것으로 그치지 아니하고, ‘제2차 도둑과의 전쟁’이 시작되는 도화선이 되었다. 그동안 반복해서 절도를 저지르고도 잡은 사면 덕분에 목숨을 부지한 자들이 잡히는 족족 사형에 처해지는 ‘잔혹사’의 서

막이 열린 것이다.

온정이 사라지고 중벌이 복구되었지만 한번 일어난 도둑의 기세는 좀처럼 꺾이지 않았다. 게다가 그다음 해 4월에 왕비(소헌왕후)가 죽어서 사형집행이 정지되자 도둑들의 기세가 한층 더 높아졌다.(세종 28년/5/6)

그해 7월에 왕후의 국장을 치른 임금은 3개월쯤 뒤에 평안도 감사에게 도적들을 섬멸할 방안을 궁리하여 은밀히 아뢰라고 밀명을 내렸다. 평안도의 대성산에서 도적의 무리가 갑옷을 입고 병기를 소지한 차림으로 공공연히 배회하면서 강도질을 저질렀기 때문이다. 관청에서 체포에 나서면 감영의 아전과 구실아치들과 내통해 재빨리 숨어버려, 도적떼들이 연합을 이루기 전에 신속히 제압할 방도를 마련하여 비밀리에 아뢰게 하였다.(세종 28년/10/17)

6개월쯤 뒤인 다음 해 3월에는 전년에 공들여 조성한 왕비의 능침(영릉)의 재실에 갖춰둔 유기그릇과 구리그릇을 도둑이 훔쳐가서, 형조·의금부·한성부로 하여금 광주·과천·용인 등지를 순행하며 범인을 붙잡게 하였다.(세종 29년/3/6) 그사이 전국 각지의 좀도둑들이 대성산에 결집해, 인원을 나누어 대오를 지어서 갑옷을 입고 칼·활·화살을 가지고 방화·인명살상·재산약탈 등을 자행하였다.

관아의 아전과 관노비들과 서로 결탁하여, 관청에서 잡으려고 하면 비밀리에 연락을 통하여, 임금이 두 번이나 체포를 독려한 뒤에야 40여 명을 검거하였다. 개성부의 청석동에도 도둑의 무리가 은거해 있으면서 때때로 인근에 출몰해 떼거지로 약탈을 저질렀다.(세종 29년/3/19)

그런 상황에서 실로 고약한 악재가 겹쳤다. 붙잡아서 옥에 가둬둔 도둑들이 대담하게 탈옥을 감행한 사건이 불거졌다. 전년에 대성산에서 체포하여 여러 고을에 나눠둔 40여 명의 도적 가운데 평양에 갇혀 있던 20여 명이 대낮에 옥졸들을 폭행하고 탈출을 시도해 그 중 9명이 담을 넘어 달아났다.(세종 29년/3/19)

이틀 뒤에 의정부에서, 서울과 지방에 거주하는 도적의 우두머리도 법대로 논죄한 후에 전 가족을 함길도와 평안도의 변방에 들여보내고, 가옥은 관청에서 몰수하여 근원을 끊어버리자고 제의하였다. 도성의 턱밑에서도 재물을 강탈하고 우마를 훔쳐서, 국방과 농사를 위해 꼭 필요한 말과 농우의 씨가 말라간다는 것이었다.(세종 29년/3/21)

의정부의 제의를 청취한 임금은 그대로 전국의 감사들에게 諭示<sup>유시</sup>를 내리고, 불시에 군사를 풀어서 도성 아래 10리에 속하는 지역들을 수색하게 하였다. 그곳에 몸을 숨기고 남의 소와 말을 훔쳐서 도살하거나, 야밤에 행인들을 상대로 강도짓을 일삼거나, 혹은 고의로 남의 집에 방화하는 자들이 많았기 때문이다.(세종 29년/3/24) 한 달쯤 지나서 새로 단장한 흥천사 사리탑의 방비를 강화하게 하였다.(세종 29/5/3)

### 3. 총력대응과 우마도둑 엄단

열흘쯤 뒤에, 평양부 대성산에서 체포한 강도 가운데 범행을 자백한 13명과, 그들로부터 뇌물을 받고 그들의 귀와 눈이 되어준 평양부의 형방주사 손효승을 참형에 처하였다. 탈옥하여 도망친 인원과 곤장을 맞고 사망한 14명 이외에, 나이가 어린 세 명은 감형하여 ‘强盜<sup>강도</sup>’라고 문신을 새겨서 거제현 관노로 배속하게 하였다. 아이들도 죽여야 한다는 여론이 거셌지만, 국왕의 권위로 일축하였다.(세종 29년/5/12)

2주일 뒤에 형조에서 우마도둑들의 범행이 이전보다 한층 더 악랄해졌다며, 보다 더 강력한 세 가지 처방을 다급하게 올렸다. 임금이 윤허할 가능성이 낮다고 여겼던지, 옛날 중국의 고사와 공자의 가르침을 내세워 임금의 조속한 결단을 압박하였다.(세종 29년/5/26)

첫째로, 풍속이 바로잡힐 때까지, 권도로 중한 법을 써서, 소나 말을 훔쳐서 죽였으면, 초범이라도 곤장 1백대를 가한 뒤에 오른팔 아랫마디에 ‘盜殺牛<sup>도살우</sup>’ 혹은 ‘盜殺馬<sup>도살마</sup>’라고 문신을 새겨서 가족과 함께 거제·남해·진도에 격리시키고, 재범은 교수형에 처하게 하소서.

둘째로, 소나 말을 훔쳤으면, 훔친 우마를 죽이지 않았어도 곤장 1백대를 가한 뒤에 오른팔 아랫마디에 ‘盜馬<sup>도마</sup>’ 또는 ‘盜牛<sup>도우</sup>’라고 문신을 새기고, 재범자는 곤장 1백대를 가한 뒤에 왼팔 아랫마디에 ‘盜馬<sup>도마</sup>’ 혹은 ‘盜牛<sup>도우</sup>’라고 새기게 하여 가족과 함께 거제나 남해 혹은 진도에 안치하게 하소서.

셋째로, 우마도둑이 검거되면, 소나 말을 훔쳐다 죽였든지 안 죽였든지, 검거된

범인이 주범이든지 종범이든지, 훔친 시점이 사면 전이든지 후이든지, 일체 따지지 말고, 위의 두 항과 같이 시행하게 하소서.

내용을 읽는 것만으로도 오싹할 정도의 극약처방을 임금에 그대로 윤허하니, 절도3범 이외에 우마절도2범도 잡히면 교수를 당하게 되었다. 또, 소나 말을 훔치다 붙잡히면 초범이라도 곤장 1백대를 맞고 경면을 당한 뒤에 가족과 함께 섬으로 보내지게 되었으니, ‘제3차 도둑과의 전쟁’으로 여길 만하다.

효과는 곧바로 나타났다. 두 달이 채 지나지 않은 7월 21에 강도 17명이 한꺼번에 처형되었다. 불과 얼마 뒤에 평안도 대성산에 도적의 잔당이 다시 모여서 소산과 대불산을 왕래하면서 기회를 타서 도둑질을 한다는 소문이 들리자, 평안도 감사에게, “마음을 다하여 잡아 없애서 번지지 못하게 하라.”는 유시가 내려졌다. 그로부터 3일 뒤에 강도 19명이 한 날에 처형되고(세종 29년/8/8, 8/11), 다시 두 달 뒤에 도 강도 29명을 일시에 처형되었다.(세종 29년/10/10) 그렇게 잔혹사가 이어졌다.

#### 4. 불당건립과 주야경비 지시

이 무렵 세종은 통치의욕을 사실상 상실했던 것 같다. 도둑들이 무수히 죽어 국정에 전념해도 모자랄 시기에 많은 시간을 불교에 기대서 보냈다. 3년쯤 전에 장성한 두 아들을 한 달 사이에 연달아 잃고, 그 충격으로 1년 뒤에 왕비마저 죽은데다 본인의 건강마저 악화되자, 국정을 거의 세자에게 맡기고 궐내에 불당을 세워서 부처를 섬기는 일에 몰두하였다.

30년째 해 7월에 승정원에 글을 내려, 문소전 서북쪽에 불당을 지을 것을 명하자, 만류하는 상소가 연일 빗발치듯 올라왔다.(세종 30년/7/17) 그러면서 추석을 넘긴 직후에 경복궁 소격전의 중 원생의 집에 도둑이 들었다. 소격전은 도교의 풍습에 따라 북두칠성을 비롯한 하늘의 별들에 제사를 지내던 사당이었다. 원생이 보고서 붙잡으려하자 도둑이 원생의 옆구리를 찌르고 달아나, 형조와 한성부 및 의금부에 신속한 체포를 명하고, 진무로 하여금 군사를 거느리고 도성 바깥 10리 안쪽 지역을 수색하게 하였다.(세종 30년/8/26)

이후로도 불당건립을 철회하라는 상소가 요란하였지만, 임금은 명령을 거두지 않

았다. 약 4개월 만인 같은 해 11월 말에 궁성의 북쪽에 26칸 규모의 호화로운 내불당이 세워지니 아들들인 수양대군과 안평대군을 시켜서 일찍이 태조가 주조를 시작한 금불상을 완성해 불당에 봉안하게 하였다. 그 사이 불당건립을 정지하라는 상소가 파상적으로 올라왔지만, 임금은 막무가내로 밀어부쳤다.

불당이 완공된 뒤에는 음식을 준비하고 승도들을 모아서 성대하게 경찬행사를 열게 하였다. 경찬회가 성황리에 지나가자 불당 물품들의 도난 가능성을 우려해, 주간의 경비와 야간의 숙직을 담당할 인원을 배치하게 하였다.(세종 30년/12/9)

그로부터 6개월쯤 뒤에 형조의 건의를 받아들여, 여러 번에 걸쳐서 소와 말을 훔친 사실이 한꺼번에 발각된 경우는 장물이 가장 많은 범행을 기준으로 도둑의 몸에 죄명을 새기게 하였다.(세종 31년/6/27) 이후로는 군신이 함께 도둑방지대책을 논의한 흔적이 보이질 않는다.

하기는 그 기간에 임금과 세자가 동시에 혹은 번갈아 병석에 누워 있다가, 9개월쯤 뒤에 임금이 숨을 거뒀으니, 군신이 함께 둘러앉아 도둑대책을 논할 계재도 아니었을 것이다. 그렇지만 그 사이에도 도둑들은 잡히는 즉시로 사법절차에 넘겨져 절도3범이나 우마살해 2범이면 속속 교수형에 처해졌다.

## Ⅶ. 마치는 말

이제까지의 논의는 크게 두 가지로 요약이 가능하다. 첫째는, 세종 재위 29년부터 31년까지 죄수들이 무더기로 처형된 ‘잔혹사’의 원인을 규명하였다. 연구결과, 재위 후반부에 죄수들이 무더기로 처형된 참극은, 즉위하면서 어진 정치를 다짐하고 도둑들을 자비로 다루다가 뒤에 다시 중벌로 회귀한 결과로 확인되었다. 재위 4년(1422년) 12월 20일에, 사면 이전의 범행은 묻지 않기로 하였다가, 도둑이 계속 늘어나자, 대신들의 거센 압박에 밀려서 23년 만에 다시 중벌을 복구한 것이 주된 원인으로 드러났다.

세종이 신하들의 극구반대를 무릅쓰고 자비와 온정에 집착한 이유는 《논어》<爲政> 편과 관련이 깊어 보인다. “나라를 법과 형벌로만 다스리면 백성이 법망을

피할 궁리만 하고 부끄러움을 모르게 되고(齊之以刑 民免而無恥), 덕으로 인도하고 예로 다스리면 백성이 부끄러움을 알아서 저절로 바르게 된다(道之以德 齊之以禮 有恥且格).”는 공자의 말이 그것이다.

조선이 창업되고 2년 후인 1394년(태조 3)에 정도전이 지어서 태조에게 올린 『朝鮮經國典』 <憲典>(후날의 刑典)도 지대한 영향을 미쳤을 것이다. ‘형벌과 법은 단지 도덕정치를 구현하는 예방수단으로 이용되어야 한다.’는 점을 내세웠고 그 盜賊條에서는 ‘백성이 恒心(늘 지니고 있는 뚝뚝한 마음)이 없는 것은 토지가 없었이니, 민생안정이 敎化의 근본’이라고 하였기 때문이다.

세종재위 후반의 ‘잔혹사’를 이해하는 데 유용한 세종실록 기사가 하나 더 있다. 바로 ‘도둑정책을 온정에서 중벌로 바꿨어도 우마도둑이 준동하여, 소나 말을 훔쳐서 죽인 경우는 재벌(2벌)이라도 교수형에 처하게 하였다.’는 내용의 세종 29년 5월 26일자 기사다.

그 외에 필시 도둑증가에 영향을 미쳤을 변수들도 여러 개 찾았다. 어떻게 해서든 사형수를 한 명이라도 더 살리려고 백방으로 노력하고, 가뭄·나라의 경사·왕실우환·명나라 경사 등이 있을 때마다 사형수를 포함하는 대사면(일반사면)을 단행하고, 입춘과 추분 사이는 처형을 금하고, 금형일을 다양하게 지정한 일 등이다. 그러한 정책의 결과로, 이전 같았으면 진즉에 처형되었을 도둑들이 운 좋게 목숨을 부지하다가, 중벌이 복구되자 우선 붙잡혀서 처형되었을 개연성이 매우 높다.

둘째는, 32년을 보위에 있었던 세종이 재위 중반부터 말엽까지 20여 년에 걸쳐서 ‘도둑과의 전쟁’을 힘겹게 치른 궤적을 소상히 드러냈다. 중벌을 복구하라는 대신들의 압박을 완강히 뿌리치며, 외판섬 안치·변방 오지 안치·단근(발뒤꿈치 근육 절단), 경면(얼굴에 죄명 문신) 같은 대책을 힘겹게 시행고서도, 성과는커녕 술하게 고생만 하고 정치력에도 타격을 입은 시련의 시간들을 복원해보았다.

종합하면, 법과 형벌을 담당하는 관리들에게 홀민신형을 열심히 당부하면서 도둑들에게는 자비를 베푸는 세종의 형사정책은, 도둑들에게는 크게 환영받았을는지 몰라도 나라의 치안수준을 높이는 데는 도리어 걸림돌이 되었던 것 같다. 좀 더 확대해

서 말하면, 당대 최고 수준의 유학자 중 한 명이었던 세종은 공자의 가르침을 따라 덕과 예에 기초한 자비로운 도둑정책을 펼쳤으나, 결과는 성공과 멀어 보인다.

그럼에도 불구하고 이 연구에서 밝혀진 사실들은 많은 것이 달라진 오늘날의 형사사법에도 유용한 참고가 되리라 믿는다. 6백 년의 세월이 흐르는 동안 국가권력은 셋으로 나뉘지고 사법기관은 경찰·검찰·법원·교정기관·준법지원센터·범죄피해자지원센터 등으로 분화되는 천지개벽이 있었다.

하지만 형사사법의 대상인 범법자들의 수법과 활동범위도 상상을 초월할 정도로 진화하였다. 그래서 인류의 역사를 돌이켜보면, 어느 나라를 막론하고 아주 잠깐 동안만이라도 사법기관이 범법자들을 확실하게 제압한 적이 없었다. 사법기관 전체가 아무리 신속히 변해도, 사활을 걸고서 지능적으로 범행을 저지르는 자들을 완벽하게 압도하기는 사실상 불가능하다.

이 연구에서 집중적으로 거론한 강도와 절도 역시 교통·통신·과학기술의 발달과 관계망의 확장에 편승해 주야와 국경을 넘나들며 범행을 저지른다. 이에 맞춰서 각급 사법기관도 하루 24시간 1년 365일 혼신을 쏟지만, 태생적 사슬에 묶여 뒷북과 사후약방문을 벗어나지 못한다.

그러므로 비록 세종에게는 크나큰 불명예를 안겼을는지 몰라도, 그가 선한 마음으로 도둑들을 자비와 온정으로 다루다가 낭패를 자초한 과정을 최초로 복원한 이 연구의 의미는 각별하다고 감히 자평한다. 냉정하게 따져보면 세종에게 불명예가 될 것도 없다. ‘실패는 성공의 어머니’라는 말도 있듯이, 화려한 성공담보다 참담한 실패담 속에 보배 같은 가르침이 더 많이 들어있기 때문이다. [끝]

## 참고문헌

### I. 단행본

- 박병호, 『세종시대의 법률』, 세종대왕기념사업회(세종문화문고), 1986.
- \_\_\_\_\_, 『한국법제사』, 민속원, 2012.
- 고사정·김지·정도전·당성 엮음, 박철주 역주, 『대명률직해』, 민속원, 2014.
- 안성훈·김성돈, 『조선시대의 형사법제 연구』, 한국형사정책연구원, 2015.
- 윤백남, 『朝鮮刑政史』, 민속원, 1948.
- 임재표, 『조선시대 전통 행형제도』, 한국형사정책연구원, 2000.
- 조남욱, 『세종대왕의 정치철학』, 부산대학교출판부, 2001.
- \_\_\_\_\_, 『성군 세종대왕』, 새문사, 2015.

### II, 논문

- 김영수, “세종대의 법과 정치: 유학적 ‘예치주의’의 이상과 현실”, 『세종 리더십의 형성과 전개』, 지식산업사, 2009.
- 박영도, “세종의 유교적 법치: 인정(仁政)과 법의 관계를 중심으로”, 『세종의 국가경영』, 지식산업사, 2006.
- 박현모, “세종은 왜 훈민정음을 창제했나: 법과 문자”, 『제2회 세종학 학술회의 자료집』 (훈민정음창제 564돌 기념) 발표논문, 한국학중앙연구원 세종리더십연구소, 2010.
- \_\_\_\_\_, “세종의 민본정치”, 『세종 리더십의 핵심가치』, 한국학중앙연구원출판부, 2014.
- \_\_\_\_\_, “세종의 법 관념과 옥사(獄事)판결 연구”, 『한국정치연구』 제23집 제1호, 2014.
- 임재표, “조선시대 인본주의 형사제도-원형옥(圓形獄)과 흘형(恤刑)을 중심으로”, 단국대학교 대학원 박사학위논문, 2001.
- 정운재, “세종대왕의 민본(民本)정치와 그 현대적 함의: 그의 ‘천민(天民)/대천이물(代天理物)’론과 ‘보살핌’의 정치를 중심으로”, 『한국학의 랜드마크: 세종학의 위상과 비전』, 한국학세계학술대회 자료집, 한국정치학회, 2019.

정태현, “조선 초기 사회범죄에 관한 연구”, 단국대학교 대학원 박사학위논문, 1988.  
조남욱, “세종대왕의 인권의식에 관한 연구”, 『유교사상연구』 제6집, 한국유교학회, 1993.

조병인, “세종의 민본주의 형사정책 연구”, 『고궁문화』 제9호, 국립고궁박물관, 2016.  
\_\_\_\_\_, “세종의 ‘홀형교자’에 관한 연구”, 『범죄수사학연구』 제5권 제1호(통권 제8호), 경찰대학, 2019.

\_\_\_\_\_, “세종의 사법개혁-현재적 의미를 중심으로”, 『한국학의 랜드마크 : 세종학의 위상과 비전』, 한국학세계학술대회 자료집, 한국정치학회, 2019.

### III. 논단

조병인, “세종, 형사정책의 표본을 보이다(상)”, 『형사정책연구소식』 제135호, 한국형사정책연구원, 2015; (중)제136호, 2015; (하) 제138호, 2016.

\_\_\_\_\_, “세종의 민본주의 형사정책 연구”, 『고궁문화』 제9호, 국립고궁박물관, 2016.

\_\_\_\_\_, “세종은 인도적 처우의 개척자였다.”, 『교정』 제511호, 법무부 교정본부, 2016.

\_\_\_\_\_, “시험대에 오른 국가경찰의 활로”(1), 『수사연구』 제422호, 수사연구사, 2018; (2) 제423호, 2019.

\_\_\_\_\_, “세종의 사법개혁: 오결(誤決)과 체옥(滯獄)을 없애라.”, 『검찰동우』 제45호, 검찰동우회, 2019.

### IV. 기타

세종대왕기념사업회, 『세종장헌대왕실록』 (연대기 1~19집), 1980.

한국형사정책연구원, 『인간 존엄과 가치의 형사법적 실현』, 30주년 유관학회 공동 국제학술회의 자료집, 2019.

## A Study on the Actual ‘War against Thieves’ during King Sejong’s Reign of the Joseon Dynasty.

Cho, Byung-In. Ph.D.\*

This study traces in depth the deeds of King Sejong’s predecessors, who went through extreme hardship during the latter half of his governance under which he set great mercy and compassion at the head of his criminal justice policy, by incurring an actual ‘War against Thieves’ during his reign. This strongly imply that his criminal justice policy was not so successful on the whole.

As a part of the empirical research, the author puzzled out the secret of the unusual distribution curve of the annual statistics on the executed prisoners by digging into the Sejong Sillok, that is the 600 year old official government records. In a word, the reason was just because King Sejong allowed in the 4<sup>th</sup> year of his reign to totally ignore the former crime records of the habitual thieves whenever he declare the decree of amnesty, reviving the heavy penalty for them after 23 years. Moreover, the author also revealed another very meaningful evidence that King Sejong unwillingly accelerated execution of career thieves by permitting execution of the thieves who killed the cow or horse after stealing them only 2 times, tentatively 3 years ago his death.

❖ Key words: theft, amnesty, capital punishment, tattooing on the arms, isolation in island, rehabilitation support, heel muscle cutting, tattooing on the face

---

\* Former Senior Research Fellow of Korean Institute of Criminology



## 국제형사재판의 문제점과 과제\*

김성규\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

국제형사재판소(ICC)는 관할 범죄에 대한 보편적이고 항구적인 재판관할권을 가지고 있는 점에서 국제법체계상의 정통성을 가지는 것이라고 평가된다. 그런데 국제형사재판소(ICC)도 과거의 국제형사법정에 관해 제기된 다양한 문제점들에 직면하고 있다. 우선, 「로마규정」은 국제형사재판소(ICC)의 관할 범죄로서 집단살해죄, 인도(人道)에 반한 죄, 전쟁범죄 및 침략범죄를 규정하고 있는데, 그 각각의 구성요건에 관해서는 죄형법정주의의 관점에서 종종 의문이 제기되고 있다. 다음으로, 국제형사재판소(ICC)의 「절차 및 증거에 관한 규칙」은 증인이 공판정에 출석하지 않고 증인에 대한 반대신문의 기회가 없었던 경우에도 소정의 요건 하에서 사전진술녹취서 등의 증거능력을 인정하는 방식으로 공판심리의 신속화를 도모하고 있는데, 그와 같이 전문법칙의 예외를 지나치게 넓히는 것이 피고인의 권리를 침해하거나 이에 저촉되는 것은 아니지에 대한 의문이 존재한다. 마지막으로, 국제형사재판소(ICC)의 관할권이 「로마규정」의 비(非)체약국과의 관계에서 제약을 받는 점 및 특히 침략범죄에 대한 관할권의 행사에 있어서는 UN 안전보장이사회의 권한이 사실상 중요한 역할을 하는 점은 국제형사재판소(ICC)의 독립성 내지 중립성을 훼손하는 것은 아니지에 대한 의문을 갖게 한다.

❖ 주제어 : 국제형사재판, 국제형사재판소, 죄형법정주의, 전문법칙, 침략범죄

\* 이 연구는 2018학년도 한국외국어대학교 교내학술연구비 지원으로 이루어진 것이다.

\*\* Dr. jur. · 한국외국어대학교 법학전문대학원 교수.

## I. 머리말

국제형사재판소(ICC)는 국제사회공동체의 가치에 반하는 중대범죄에 관해 보편적인 조약에 근거해서 그 책임자로서의 개인을 소추하고 처벌하는 것을 목적으로 2002년 7월에 발족되었다. 2007년 1월에 예심 재판부(Pre-Trial Chamber)가 ‘루방가(Lubanga) 사건’<sup>1)</sup>에 관해 범죄사실을 확인해서 제1심 재판부에 송부한 이래, 예심 재판부를 포함해서 재판부에 계속된 사건은 27건에 이른다<sup>2)</sup>. 뉴렘버그 국제군사법정(Nuremberg International Military Tribunal) 이래 국제형사재판의 과제는 중대범죄에 관해 주도적인 역할을 수행한 개인의 형사책임을 묻는 것이다. 과거 뉴렘버그 국제군사법정과 극동 국제군사법정(International Military Tribunal for the Far East)은 그 설치와 구성 및 재판의 절차 등이 연합국 간의 합의에 기초한 것인 점에서 국제적인 것이었지만 그 재판이 그것을 행하는 국가의 국내법에 근거한 것인 점에서 기본적인 성격에 있어서는 국내적인 것이었다. 또한, UN 안전보장이사회의 평화안전유지기능의 일환으로서의 강제력에 기초해서 설치된 구(舊) 유고 국제형사법정(International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia) 및 르완다 국제형사법정(International Criminal Tribunal for Rwanda)도 국제인권법 및 국제관습법에 의거해서 재판을 행한 것이지만 기본적으로는 국내 법정으로서의 성격을 가지고 있었다. 그와는 달리 국제형사재판소(ICC)는 그 구성 및 적용법규 등 재판에 필요한 제반사항을 주권국가 간의 합의에 따른 조약에 의해 정하고 있는 동시에 대상 범죄에 관한 보편적이고 항구적인 재판관할권을 가지고 있는 점에서 국제법체계상

1) *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06.

2) <https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx><2019.4.18>. 제1심 재판부가 다룬 주요 사건으로서는 ‘루방가(Lubanga) 사건’을 비롯해서, 수개의 전쟁범죄 및 인도(人道)에 반한 죄가 대상이 된 최초의 사건인 ‘카탕가(Katanga) 사건’(Prosecutor v. Germain Katanga, ICC-01/04-01/07), 상관(上官)의 형사책임을 문제된 최초의 사건인 ‘뎀바(Bemba) 사건’(Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08), 현직 대통령이 기소되어 아프리카 여러 나라의 정치적 반발을 초래한 바 있는 ‘케냐타(Kenyatta) 사건’(Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, ICC-01/09-02/11), 문화재 파괴가 대상이 된 사건으로서 최초로 유죄판변에 의해 유죄가 선고된 ‘알·마디(Al Mahdi) 사건’(Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15) 등이 있다. 현재 제1심 재판부에 계속되어 있는 사건으로서는 ‘응타간다(Ntaganda) 사건’(Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06) 등이 있다.

의 정통성을 가지는 것이라고 평가된다<sup>3)</sup>. 그런데 국제형사재판소(ICC)도 과거의 국제형사법정 내지 그 재판에 관해 제기된 다양한 문제점들에 직면하고 있는 것이 사실이다. 한편, 국제형사재판소(ICC)는 2018년 7월 17일부터 침략범죄에 대해서도 재판관할권을 행사할 수 있게 되었다. 향후 그에 따른 소추와 법규의 적용이 기대되는 것과도 관련해서, 그동안 재판에서 제기된 실체법적 및 절차법적 문제점들을 살펴보고 국제형사재판소(ICC)의 속성 내지 기능에 비추어 향후의 과제를 제시해보고자 한다.

## II. 국제형사법<sup>4)</sup>에 있어서의 죄형법정주의와 가벌요건의 명확성

### 1. 국제형사법에 있어서의 죄형법정주의

「국제형사재판소에 관한 로마규정(Rome Statute of the International Criminal Court)」(이하 「로마규정」)은 국제형사재판소(ICC)의 관할 범죄로서 집단살해죄, 인도(人道)에 반한 죄, 전쟁범죄 및 침략범죄를 규정하고 있다(「로마규정」 제5조 제1항). 그런데 그 각각의 구성요건에 관해서는 죄형법정주의의 관점에서 종종 의문이 제기되고 있다. 죄형법정주의는 근대 형사법의 대원칙이며, 피의자 내지 피고인에게 있어서는 국제적으로 승인된 인권의 하나로서 이해된다<sup>5)</sup>. 주지하는 것처럼, 죄형법정주의는 국가의 형벌권 발동에 대한 예측가능성을 확보하는 것으로서, 이를 통해 형벌법규의 범죄억지효과를 기대할 수 있는 외에, 피고인에게 정의와 공평을

3) 尾崎久仁子, ‘國際刑事裁判所の現在’, 法律時報. 90卷 10号 (2018), p.11.

4) 국제형사법(Völkerstrafrecht) 또는 형사국제법(droit international pénal)의 개념은 역사적으로나 혹은 논자에 따라 다양하게 사용되어왔고 현재로서도 그 의미나 내용에 관해 상이한 관점이 존재한다. 대체로 말하면, 국내법상으로 이미 범죄화되어 있는지의 여부와는 상관없이, 국제관습법 또는 조약에 근거해서 개인의 특정 행위를 범죄로 규정하고 그것에 대한 재판권의 설정, 범죄자의 소추 내지 인도(引渡)의 요건 등을 정하고 있는 것을 가리킨다. 그와 같은 사항에 관해 국제법이 실질적으로 관여하고 있는 것인 점에서 국제법규범이며, 국내법규범으로서의 형벌적용법과는 내용적으로 구분되는 것이다.

5) 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)」 제15조 참조.

보장하고 국가권력의 남용을 배제함으로써 법의 지배를 강화하는 것이다. 그런데 죄형법정주의의 구체적인 내용을 어떻게 이해할 것인지, 그 파생원칙으로서의 소급 처벌의 금지, 유추해석의 금지 및 명확성의 원칙이 어느 정도까지 요구되는 것인지에 관해서는 영미법과 대륙법의 차이가 있을 뿐더러<sup>6)</sup> 각국의 사고방식이 반드시 일치하지는 않는다<sup>7)</sup>. 그럼에도 불구하고 죄형법정주의는 ‘문명국에 의해 인정된 법의 일반원칙’(「국제사법재판소 규정(Statute of the International Court of Justice)」 제38조 제1항 (c))으로서 국제법의 일부로 승인되고 있다. 그런데 조약상의 범죄가 각국의 국내 법원을 통해 소추되는 경우에는 조약은 어디까지나 각국에 그 국내법화를 의무지우는 규범으로서의 성격을 가지는 것이고 체약국으로 하여금 그것을 개인에게 직접 적용하도록 하는 엄격성을 지니는 것은 아니며<sup>8)</sup>, 그것이 범죄자의 소추 내지 처벌에 관해 요구하고 있는 것은 ‘법률 없으면 범죄 없다(nullum crimen sine lege)’는 원칙이 아니라 ‘법 없으면 범죄 없다(nullum crimen sine iure)’는 원칙이라고 한다<sup>9)</sup>. 예컨대 뉴렘버그 국제군사법정의 재판에서는 그것이 사후법(事後法)에 근거해서 행해진 것인 점에서 죄형법정주의, 즉 소급처벌의 금지에 위배되는 것인지가 문제로 되었는데, 전쟁범죄자를 소추하는 것은 정의(正義), 즉 넓은 의미에서의 법(iure)에 근거하는 것이고 이를 처벌하지 않고 방치하는 것은 그것에 반하는 것이라고 보았다<sup>10)</sup>. 그 후 죄형법정주의가 국제인권법의 일부로서 승인되면서 구(舊) 유고 국제형사법정 및 르완다 국제형사법정은 그 각각의 규정에서 대상 범죄를 유형화하고 이를 정의하기에 이르렀는데(「구(舊) 유고 국제형사법정 규정(Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia)」 제2조 내지 제5조 및 「르완다 국제형사법정 규정(Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda)」 제2조 내지 제4조), 그것이 그 구성요건을 명확하게 제시한 것은 아니라고 평가된다<sup>11)</sup>. 그와 같이 국제형사재판에 있어서는 죄형법정주의가

6) Otto Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article, 1999, p.453.

7) M. Cherif Bassiouni, Introduction to International Criminal Law, 2003, p.179 이하.

8) M. Cherif Bassiouni, Introduction to International Criminal Law, 2003, p.198 이하.

9) M. Cherif Bassiouni, Introduction to International Criminal Law, 2003, p.202.

10) M. Cherif Bassiouni, Introduction to International Criminal Law, 2003, p.204 이하.

11) M. Cherif Bassiouni, Introduction to International Criminal Law, 2003, p.213.

엄격하게 적용되어온 것은 아니라고 할 수 있다. 그렇지만 국제적으로 승인되고 있는 인권기준 등에 부합하기 위해서는 국제형사재판에 있어서의 죄형법정주의의 실현은 피할 수 없는 과제라고 본다.

국제형사재판소(ICC)에 있어서 죄형법정주의는 대상 범죄의 구성요건을 해석하고 당해 규정을 적용함에 있어서 주요한 기본원칙이 된다. 즉, 「로마규정」 제22조 제1항은 죄형법정주의의 본질적인 내용을 이루는 행위시법주의를 채용하고 있으며, 같은 조 제2항은 엄격해석의 원칙 및 유추해석의 금지와 더불어 피고인에게 유리한 해석의 원칙을 채용하고 있다. 다만, 엄격해석의 원칙이 「로마규정」 제22조 제2항이 명시하고 있는 ‘범죄의 정의(定義)’ 이외에 범죄의 성립요건이나 책임조각사유 혹은 형사절차상의 규정 등에도 적용되는 것인지는 여전히 문제로 남겨져 있다<sup>12)</sup>. 그 여부의 판단에 있어서는 각국 국내법에 있어서의 일반원칙 또는 국제(인권)법상의 선례 등이 참고로 될 수 있겠는데, 무엇보다도 죄형법정주의의 본래의 취지에 비추어본다면 범죄의 성립 여부에 관한 기타의 규정에 관해서도 엄격해석의 원칙이 적용된다고 보아야 할 것이고, 나아가 형사절차법정주의의 측면에서는 피의자 내지 피고인의 권리에 관한 형사절차상의 규정에 관해서도 그 적용을 적극적으로 고려해야 할 것이라고 본다.

## 2. 범죄구성요건의 (불)명확성

국제형사법의 법원(法源)은 국제관습과 조약이다<sup>13)</sup>. 그 점에서 보면 국제형사법은 국제법의 범주에 속하는 것이며 국가의 의사와는 독립적인 것이다. 국제형사법의 그와 같은 속성에 따라, 국제법상의 범죄 내지 국제범죄의 소추에 관해서는 세계주의가 적용되는 한편, 근대 형사법의 기본원칙인 죄형법정주의(*nullum crimen sine lege*)가 ‘법(정의(正義)) 없으면 범죄 없다(*nullum crimen sine iure*)’는 원칙으로 대체되는 것이다<sup>14)</sup>. 그와 같은 이해방식은 국제형사법의 성질을 주로 실체법적 측면

12) Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article*, 1999, p.457; William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 2<sup>nd</sup> ed., 2004, p.95.

13) Stefan Glaser, *Introduction à l'étude du droit international pénal*, 1954, p.3.

에서 파악한 것인데, 후자의 관점에 따르면 국제형사법의 영역에서는 피의자 내지 피고인의 인권보호가 그만큼 불확실해지는 결과가 초래되는 점에서 문제점이 인식된다. 죄형법정주의는 그 본래의 취지에서 보면 법률(lex)에 의한 범죄구성요건화를 내용으로 하는 것이지 넓은 의미에서의 법(ius)에 의한 그것을 내용으로 하는 것은 아니다. 또한, 그와 같은 의미에서의 죄형법정주의는 무엇보다도 관습(법)에 근거하는 처벌을 배제하는 것이다. (국제)관습이 국제형사법의 법원(法源)이 되는 경우에는 형벌법규의 명확성은 훼손되고 엄격해석의 원칙도 희석될 수밖에 없다. 한편, 관습에 의한 국제형사법이 점차 조약으로서 채택되고 그와 같은 조약에서 범죄가 정의되고 유형화되는 경우에도 조약에 의한 국제형사법의 성질상 범죄구성요건의 명확성이 반드시 확보되지는 않는다. 법제도나 법에 대한 관념을 달리 하는 다수의 국가에서 조약이 수용되기 위해서는 가급적 유연하고 탄력적인, 말하자면 최대공약수적인 개념 내지 표현이 사용될 수밖에 없는 현실을 피할 수 없기 때문일 것이다.

국제법규범으로서의 국제형사법은 국제관습법의 형식으로 존재하기도 하고 조약의 형식으로 존재하기도 한다. 후자 가운데에는 종래의 국제관습을 조약화한 것이 있는가 하면 조약에 의해 비로소 특정 행위를 범죄화한 것도 있다. 「로마규정」은 전자에 속한다. 즉, 「로마규정」이 대상으로 하고 있는 범죄는 대체로 기존의 국제조약 또는 UN 총회의 결의 등에 의해 범죄로 관념화되어온 것이다. 그런데 그 구성요건의 명확성에 관해서는 여전이 논란이 있다. 예컨대, 인도(人道)에 반한 죄는 “민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격”이 그 구성요건요소가 되고(「로마규정」 제7조 제1항), 여기에서 말하는 “민간인 주민에 대한 공격”이란 그러한 공격을 행하려는 “국가나 조직의 정책”에 따르거나 이를 조장하기 위한 “일련의 행위”를 말하는데(「로마규정」 제7조 제2항), 그 해석에 관해 부분적으로는 과거의 국제형사법정에 의한 판례가 축적되어 있기는 하지만 여전히 명확성을 결하고 있다는 비판이 가해진다. 그와 같은 비판은 전쟁범죄에 관해서도 존재한다. 전쟁범죄는 “계획이나 정책의 일부로서” 또는 “범죄의 대규모 실행의 일부로서” 행해진 것을 그 구성요건으로 하고 있다. 그와 같은 요소는 국제형사재판소(ICC)의 대상 범죄를 통상의 범죄로부터 구별하는 중요한 기준이 되는데, 그 의미가 - 그 구성요건의 해

14) Stefan Glaser, Introduction à l'étude du droit international pénal, 1954, p.8 이하.

석 내지 적용에 관한 문서로서의 「범죄의 구성요건(Elements of Crimes)」<sup>15)</sup>(「로마규정」 제9조 참조)에 의한 보충에도 불구하고 - 충분히 명확하지 않다는 것이다.

조약이 범죄구성요건을 보다 더 명확히 하고 세분화하면 할수록 국제적인 차원에서의 의견의 일치는 그만큼 더 기대되기 힘들 것이다. 바꾸어 말하면, 조약이 국제적인 차원에서의 의견의 일치를 얻어내기 위해서는 입법기술상으로도 범죄구성요건의 명확성 내지 세분화가 제한될 수밖에 없을지도 모르겠다. 국제관습법의 형식으로 존재하는 국제형사법에 비해 조약의 형식으로 존재하는 국제형사법이 그 대상이 되는 범죄의 구성요건을 보다 더 명확히 할 수 있는 점에서는 죄형법정주의를 실천하는 것이라고 할 수 있지만, 조약에 의한 국제형사법의 경우에도 - 특히 국제관습을 조약화하고 있는 것인 경우에는 - 그것이 정하고 있는 범죄의 구성요건이 국내형법상의 그것과 비교해서 불명확할 수밖에 없을 것이다. 더욱이 국내형법에 있어서와 마찬가지로 국제형사법에 있어서도 범죄의 구성요건을 정함에 있어서 규범적 요소를 피할 수는 없는 것이다. 그 한에서는 범죄구성요건의 해석에 관한 지속적인 논의와 판례의 축적을 통해 그 의미와 내용의 폭을 한정하는 노력이 필요할 수밖에 없다. 그 점은 국제형사재판소(ICC)가 대상으로 하고 있는 범죄가 과거의 국제형사법정이 취급한 사건에 비해 그 구성요건과의 관계에서 이를 충족하는 범죄 사실을 입증하는 것이 심히 곤란한 경우가 많은 점에 비추어보더라도 긴요하다고 생각된다.

### 3. 침략범죄의 구성요건과 그 해석

「로마규정」 제5조가 정하고 있는 국제형사재판소(ICC)의 관할 범죄 가운데 침략범죄의 정의(定義)에 관해서는 그 채택 당시 타협점을 찾지 못한 결과, 향후의 그 개정(「로마규정」 제121조) 및 재검토(「로마규정」 제123조)를 통해 침략범죄의 개념이 정의되고 그것에 대한 관할권 행사의 조건이 정해진 후에 그것에 대해 관할권을 행사하기로 결정했다(구(舊) 「로마규정」 제5조 제2항). 그 후 12년이 경과한 2010년 우간다의 캄팔라(Kampala)에서 개최된 ‘「로마규정」 검토회의

15) International Criminal Court, Elements of Crimes, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000).

(Review Conference of the Rome Statute)’에서 침략범죄의 정의(定義)와 관할권 행사의 조건에 관한 합의(이른바 ‘캄팔라 합의(Kampala Compromise)’가 이루어져 그것에 관한 개정규정(Amendment to the Rome Statute of the International Criminal Court on the Crime of Aggression, articles 8bis, 15bis and 15ter, 11 June 2010)이 채택되었고<sup>16)</sup>, 2017년 12월에 개최된 제16차 국제형사재판소(ICC) 계약국총회(Assembly of States Parties)는 2018년 7월 17일부터 국제형사재판소(ICC)가 침략범죄에 대해 관할권을 행사하는 것을 결의했다<sup>17)</sup>.

「로마규정」 제8조의2 제1항은 침략범죄를 ‘침략행위의 계획·준비·개시 또는 실행’으로 정의하고 있다. 여기에서 말하는 침략행위란, 「로마규정」 제8조의2 제2항에 따르면, ‘국가가 타국의 주권, 영토보전 또는 정치적 독립에 대해 무력을 행사하거나 UN 헌장에 어긋나는 기타의 방식으로 무력을 행사하는 것’을 말한다. 그와 같은 침략범죄의 개념은 과거 뉴렘버그 국제군사법정 및 공동 국제군사법정의 관할 대상이었던 ‘평화에 반한 죄’에 대체로 상응하는 것으로서<sup>18)</sup>, 국가의 침략행위를 전제로 하는 것이다. 그런데 침략행위의 정의(定義) 및 그와 같은 범죄에 관해 형사책임을 지는 개인의 범위 등에 관해서는 국제법상으로 견해의 차이가 존재한다. 침략범죄에 대한 관할권의 행사는 대체로 말해서 국가가 위법한 무력행사를 개시하거나 실행하는 것 자체에 관해 개인, 특히 그 지도자의 형사책임을 추급하는 것으로서(jus ad bellum), 무력행사 중에 행해지는 범죄에 관해 개인의 형사책임을 묻는 것(jus in bello)과는 구별된다. 우선, 침략범죄는 ‘국가의 행위로서의’ 침략행위를 전제로 해서 성립되는 것인데, 형법적 관점에서는 침략범죄의 본질이 어디까지나 행위의 불법성에 있는 점에서 그 구성요건이 행위의 주체에 의해 한정되는 것은 적절하지 않다고 볼 수 있다. 즉, 침략범죄의 전제가 되는 침략행위가 국가의 타국에 대

16) 그 경과에 관해서는 Claus Kreß & Leonie von Holtzendorff, ‘The Kampala Compromise on the Crime of Aggression’, in: Journal of International Criminal Justice, Vol.8 (2010), p.1183 이하.

17) 이에 관해서는 Claus Kreß, ‘On the Activation of ICC Jurisdiction over the Crime of Aggression’, in: Journal of International Criminal Justice, Vol.16 (2018), p.1 이하.

18) 예컨대 「뉴렘버그 국제군사법정 헌장(Nuremberg Charter (of the International Military Tribunal))」(1945) 제6조는 ‘평화에 반한 죄’를 ‘침략전쟁 또는 국제조약 등을 위반하는 전쟁의 계획·준비·개시 또는 실행’ 등으로 규정했다.

한 무력행사로 제한되는 결과로서, 가령 어느 한 국가의 영역 내에서 그 국가의 소수집단에 대해 이루어진 무력행사는 국가 간 무력행사에 필적하는 참혹한 결과를 초래한 것이더라도 침략범죄에는 해당되지 않을뿐더러 오늘날 특히 문제로 되고 있는 비(非)국가적 조직에 의한 위법한 무력행사도 침략범죄에는 해당되지 않는다는 것이다<sup>19)</sup>. 다음으로, 침략범죄는 개인의 범죄, 특히 그 ‘지도자’의 범죄(leadership crime)로서 성립하는 것인데, 다수의 관여자 가운데 누구를 소추할 것인지의 문제로서 - 이는 침략범죄 특유의 문제라고는 할 수 없겠지만 - ‘국가의 정치적 활동 또는 군사적 행동을 실질적으로 통제하고 지시할 수 있는 지위에 있는 자’(「로마규정」 제8조의2 제1항)를 확정하는 것이 반드시 용이하지는 않다. 그 점과 관련해서, 국가의 정치적 활동 내지 군사적 행위를 조종하거나 지시할 수 있는 자는 반드시 법적 지위나 공적(公的) 지위에 구애되는 것은 아니라고 보는 입장도 있고, 유력한 경제인 또는 종교인 등도 침략행위에 실효적인 지도력을 행사한 경우에는 침략범죄의 주체가 될 수 있다고 보는 입장도 있다<sup>20)</sup>. 「로마규정」 제25조 제3항의2도 국가의 정치적 활동 내지 군사적 행위에 대한 ‘실질적 조종과 지휘(effective control and direction)’를 지도자의 개념적 표지(標識)로 규정하고 있는 것처럼, 전쟁범죄를 구성하는 요소로서의 지도자는 행위자 관련적 개념이라기보다는 행위 관련적 개념이라고 할 수 있다. 그런데 그와 같은 개념 자체가 사실적 성질의 것이라기보다는 평가적 내지 규범적 성질의 것인 점에서 그만큼 해석의 스펙트럼이 넓어질 수밖에 없고 또한 그만큼 개념의 외연이 확장될 여지가 있다.

「로마규정」 제8조의2 제2항은 침략범죄의 전제가 되는 침략행위를 유형화하고 있는데, 이를 열거적인 것으로 볼 것인지 혹은 단지 예시적인 것으로 볼 것인지에 관해서도 논의가 있다. 「로마규정」이 예정하고 있는 침략행위의 개념이 1974년의 UN 총회 결의 제3314호<sup>21)</sup>에 근거하는 것으로서, 그 결의가 UN 안전보장이사회로 하여금 침략행위 여부의 판단에 관해 그 결의에 제시되어 있는 것 이외의 행위를 침략행위로 결정할 수 있도록 하고 있는 점에 비추어보면, 「로마규정」이 예정하

19) 김기준, 국제형사법, 2017, p.730.

20) Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law*, 2005, p.397 이하 참조.

21) United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX), 14 December 1974, UN Doc. A/RES/29/3314.

고 있는 침략행위의 유형을 예시적인 것으로 볼 여지도 있다. 그런데 그 결의와는 달리 「로마규정」은 침략행위 여부의 판단에 관한 권한의 재량을 명시하고 있지 않을뿐더러, 무엇보다도 「로마규정」 제7조 제1항이 인도(人道)에 반한 죄의 유형에 관해서는 ‘(k) 신체 또는 정신적·육체적 건강에 중대한 고통이나 심각한 피해를 고의적으로 야기하는, [(a) 내지 (j)의 행위와] 유사한 성격의 기타 반(反)인도적 행위’를 규정함으로써 (a) 내지 (j)의 행위를 예시적인 것으로 볼 수 있게 하는 조항을 두고 있는 점에 비추어보면, 「로마규정」이 예정하고 있는 침략행위의 유형은 열거적인 것이라고 보아야 할 것이다. 그렇게 보는 것이 다름 아니라 죄형법정주의에 상응하는 것이라고 한다<sup>22)</sup>.

#### 4. 공동범죄실행의 표지(標識)

국제형사재판소(ICC)의 인적(人的) 관할은 자연인에 한정되며, 그 대상 범죄를 행한 자는 개인으로서 책임을 지는 것이다(「로마규정」 제25조 제1항 및 제2항). 법인이나 국가 등을 절차의 대상으로 하지 않는 점은 과거 국제형사법정이 자연인만을 그 대상으로 한 것과 다르지 않으며, 법인을 그 대상으로 하는 경우에는 법인의 처벌에 관한 규정을 가지고 있지 않은 국가와의 관계에서는 보충성의 원칙이 의미를 잃게 되는 것을 고려한 것이다<sup>23)</sup>. 한편, 개인의 형사책임에 관한 규정은 국제법상의 국가책임에는 영향을 미치지 않는다(「로마규정」 제25조 제4항). 즉, 「로마규정」은 국가책임의 존부에 관한 판단기준을 제공하는 것을 의도하고 있지 않으며, 대상 범죄를 행한 개인이 속한 국가의 책임이 국제형사재판소(ICC) 이외의 절차에서 문제로 된 경우에도 개인의 형사책임에 관한 조항이 원용되는 것을 피하고자 하는 것이다.

「로마규정」은 형사책임이 귀속되는 개인의 범죄관여형태를 유형화하고 있다.

22) 김기준, 국제형사법, 2017, p.733. 또한, Kai Ambos, ‘The Crime of Aggression After Kampala’, in: German Yearbook of International Law, Vol.53 (2010), pp.481 이하.

23) Otto Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer’s Notes, Article by Article, 1999, p.477 이하; William A. Schabas, An Introduction to the International Criminal Court, 2<sup>nd</sup> ed., 2004, p.101.

그 가운데 하나가, “단독으로, 타인과 공동하여 또는 타인을 통해 죄를 범한 자”로서(「로마규정」 제25조 제3항 (a)), 대체로 (단독·공동·간접)정범의 형태로 이해되는 것이다. 과거 뉴렘버그 국제군사법정 및 극동 국제군사법정은 범죄를 실행한 자의 배후에 있는 지휘자 등의 형사책임을 묻기 위해 모든 대상 범죄에 관해, 범죄의 실행에 관한 공통계획 또는 공동모의의 수립 또는 수행에 참여한 자는 그에 따른 모든 행위에 관해 책임을 지는 귀책형식을 인정한 한편, 평화에 대한 죄에 관해서는 공동 모의를 독립된 범죄유형으로 규정했다. 양(兩) 국제군사법정의 판결에서 다수의견은 범죄의 실행에 관한 공통계획 또는 공동모의의 개념이 국제관습법상 성립한 것이라고 보았는데, 그것이 내용적으로 명확성을 결하고 있는 점과 더불어 국제관습법상의 근거 또한 분명하지 않은 점이 지적되었다<sup>24)</sup>. 구(舊) 유고 국제형사법정 및 르완다 국제형사법정은 범죄의 실행에 관한 공통계획 또는 공동모의에 기초하는 귀책형식을 발전시켜 ‘공동범죄계획(joint criminal enterprise)’의 법리를 제시했다<sup>25)</sup>. 구(舊) 유고 국제형사재판소는 그 법리가 국제관습법상 확립된 책임원칙에 따른 것이라고 보았는데<sup>26)</sup>, 그렇게 보는 것이 국제법 해석과 관련해서 타당한 것인지와 더불어 그 개념의 외연이 지나치게 광범위에 미치는 것은 아닌지에 대한 의문<sup>27)</sup>은 여전히 남아 있다고 생각된다.

‘루방가(Lubanga) 사건’에 대한 재판에서는 범죄에 관해 불가결한(essential) 기여를 행한 자를 정범으로 파악하는 <행위지배(control)이론>이 채용되었다<sup>28)</sup>. <행위지배이론>은 구(舊) 동독 나치(Nazi) 정권 하에서의 잔혹행위에 관해 그 지도자들에게 정범으로서의 책임을 묻기 위해 고안된 것으로서<sup>29)</sup>, 그 후 이른바 ‘조직지배

24) Gerhard Werle, Principles of International Criminal Law, 2005, p.8 이하 참조.

25) Gerhard Werle, Principles of International Criminal Law, 2005, p.121 이하. ‘공동범죄계획(joint criminal enterprise)’의 법적 성격에 관해서는 박경규, ‘ICTY 판례에 의해 확립된 JCE이론의 법적 성격’, 서울法學, 제23권 제3호 (2016), p.308 이하.

26) Tadić Appeal Judgement, para. 195 이하; Krnojelac Appeal Judgement, para. 83 이하.

27) Jens David Ohlin, ‘Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise’, in: Journal of International Criminal Justice, vol.5 (2007), p.85 이하.

28) *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgement on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, ICC-01/04-01/06 A 5, 01 December 2014, para. 469.

29) Claus Roxin, ‘Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate’, in: Goldammer’s Archiv für Strafrecht, 1963, p.193 이하. 또한 Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2006, p.242

(Organisationsherrschaft)'의 법리에 근거해서 기업 등에 의한 조직적 범죄에도 적용되고 있는 사고방식이다. 조직지배의 법리는 '공동범죄계획'의 법리와 마찬가지로, 조직적인 범죄에 관해 그 배후의 조종자에게 책임을 물을 수 있게 하는 장치가 된다. 그와 같은 관점에서 국제형사재판소(ICC)는 <행위지배이론>을 수용했고, 그것이 국제관습법에 기한 정범 개념의 확장이라는 비판에도 불구하고, 그와 같은 법리가 국제관습법에 근거하는 것이라기보다는 어디까지나 「로마규정」 제25조 제3항 (a)의 해석론이라는 점을 제시했다<sup>30)</sup>. 그런데 「로마규정」 제25조 제3항 (a)의 문리해석으로서 그와 같은 사고방식이 가능한 것인지에 관해서는 의문이 존재한다. 즉, '루방가(Lubanga) 사건'에 대한 상소심 판결은 「로마규정」이 명시적으로는 언급하지 않고 있는 정범과 (협회의) 공범의 구별, 특히 그에 따른 책임의 경중을 전제로 하고 있는데다가, 만일 대상 범죄의 특수성에 근거해서 「로마규정」 제25조 제3항 (a)의 해석에 관한 <행위지배이론>의 수용 및 그에 따른 정범 개념의 확대가 정당화되는 것이라면 그 특수성은 교사범의 책임을 정범의 그것보다 무겁게 평가하거나 「로마규정」 제25조 제3항 (d)가 규정하고 있는 범죄관여행태의 책임을 실제로 범죄를 수행한 자의 책임보다 무겁게 평가하게 하는 것도 정당화할 수 있다는 것이다<sup>31)</sup>. 또한, 「로마규정」 제25조의 해석에 관해서는 '국제법상의 원칙 및 규칙'(「로마규정」 제21조 제1항 (b))이 그 근거가 될 수 있는데, <행위지배이론>이 개인의 형사책임에 관해 일반적으로 승인된 법리라고 볼 수 있는 것인지, 그렇지 않다면 특정 국가의 특정 형법이론을 그 해석에 관해 채용하는 것이 과연 적절한 것인지에 관해서도 논의가 있다<sup>32)</sup>.

'루방가(Lubanga) 사건' 및 '카탕가(Katanga) 사건'에서 각 예심 재판부는 <행위지배이론>에서의 '행위지배'의 개념이 주된 책임(principal liability)을 종속적 책임(accessorial liability)으로부터 구별하는 핵심적 표지(標識)가 된다고 본 한편, 「로

이하 및 p.704 이하 참조.

30) *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgement on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, ICC-01/04-01/06 A 5, 01 December 2014, para. 470.

31) *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Judgement, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, ICC-01/04-01/06-2842, 14 march 2012, para. 6 이하.

32) Jens David Ohlin, Elies van Sliedregt & Thomas Weigend, 'Assessing the Control-Theory', in: *Leiden Journal of International Law*, Vol.26 (2013), p.727 이하 참조.

마규정」 제25조 제3항은 범죄관여형태의 계층적(hierarchical) 구조를 제시하고 있는 것이라고 보았다. 그 계층적 구조에 관해 ‘루방가(Lubanga) 사건’에서의 제1심 재판부는, 주된 책임으로서의 공동범죄실행(co-perpetration)이 인정되기 위해서는 범죄의 수행에 관한 공통계획(common plan)에 있어서의 불가결한 기여가 필요하다고 보았다<sup>33)</sup>. ‘루방가(Lubanga) 사건’에서의 예심 재판부에 따르면, 공동범죄실행에 대한 기여의 불가결성은 이른바 공동행위지배(joint control)로 정의되며, 이는 분업의 형태로 구체화된다. 즉, 범죄의 객관적인 요소가 공통계획에 따라 행동하는 다수인에 의해 실행되는 경우에 그 실행에 불가결한 역할을 분담한 자, 따라서 당해 범죄의 실행가능 여부를 자신의 역할에 의해 좌우하는 자만이 그것에 대한 공동행위지배성을 가진다는 것이다<sup>34)</sup>. 그런데 종속적 책임과는 구별되는 주된 책임을 근거지우는 공동행위지배가 범죄의 실행에 관한 적극적인 (공동)행위의 존재를 통해서 인정되는 것은 아니므로 범죄의 실행에 관해 그 어떤 물리적 요소를 실행하지 않은 자도 당해 범죄에 관해 공동행위지배성을 가질 수 있게 된다. 그와 같이 <행위 지배이론>은 범죄의 실행에 관한 불가결한 기여를 종속적 책임과는 구별되는 주된 책임의 표지(標識)로 파악하는 것으로서, 한편으로는 그 표지(標識)를 지니고 있는 자에게만 주된 책임을 물을 수 있게 하는 것인 점에서는 공동범죄실행의 개념을 한정하는 측면을 가지고 있는 동시에, 다른 한편으로는 범죄의 현장에 존재하지 않고 그 객관적 구성요건에 해당되는 행위를 하지 않은 자에게도 그 표지(標識)를 통해 주된 책임을 물을 수 있게 하는 것인 점에서는 공동범죄실행의 개념을 확장하는 측면도 가지고 있다. 그런데 그와 같은 의미에서의 공동행위지배는 그것을 적극적으로 근거지우는 물리적 요소에 의해 인정되는 것이 아니라, 만일 범죄의 실행에 관해 자신이 분담한 역할을 수행하지 않았다면 그것이 불가능하게 되었을 것이라는, 일종의 가정(假定)을 통해 소극적인 방식으로 인식되는 지배력에 의해 인정되는 것이다. 그와 같이, 주된 책임을 근거지우는 공동행위지배가 일종의 가정(假定)을 통해 소극적인 방식으로 인식되는 개념인 점에서 범죄의 실행에 대한 기여의 인과적 관

33) *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgement, Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06, 14 March 2012, para. 999.

34) *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber, ICC-01/04-01/06, 29 January 2007, para. 47.

련성을 확인하는 데에 있어서는 그만큼 추상적인 것인데, 그와 같은 개념이 주된 책임의 인정범위를 한정하는 기능을 수행하는 데에 그치지 않고 그 인정범위를 확장하는 기능까지도 수행하는 것은 범죄관여형태를 계층화하고 있는 「로마규정」 제25조 제3항의 취지에 맞지 않을뿐더러 책임주의와의 관계에서도 의문의 여지가 있다고 본다.

### Ⅲ. 국제형사재판에 있어서의 전문법칙과 그 예외

#### 1. 국제형사재판에 있어서의 전문법칙

「뉴렘버그 국제군사법정 헌장(Nuremberg Charter (of the International Military Tribunal))」(1945) 및 「극동 국제군사법정 헌장(Charter of the International Military Tribunal for the Far East)」(1946)은 피고인의 방어권을 일반적으로 보장하면서도<sup>35)</sup> 기술적인 증거법칙에 구속되지 않는 신속한 절차를 채용했다. 즉, 「뉴렘버그 국제군사법정 헌장」 제19조에 따르면, 증명력이 있다고 판단되는 모든 증거가 허용되고, 「극동 국제군사법정 헌장」 제13조에 따르면, 예컨대 선서 없이 행해진 진술 또는 일기 등을 포함하는 광범위한 문서의 증거능력이 인정된다. 이는 재판의 효율성을 최대한 배려한 것이었는데, 그와 같은 규정이 적용되는 결과로서 피고인의 반대신문권이 제한되거나 무기평등의 원칙이 손상된 점에서는 그 어느 재판이나 피고인의 권리를 보호하는 데에 있어서는 충분하지 못했다는 비판을 받게 되었다<sup>36)</sup>. 한편, 구(舊) 유고 국제형사법정 및 르완다 국제형사법정의 절차는 국제적인 인권기준을 존중한 것이라고 평가된다. 양자(兩者)는 기본적으로 당사자주의를 취했는데, 증거가 팽대하게 되고 광범위한 증인보호가 요구되는 가운데 직접주의의 철저한 유지가 비효율적인 것으로 판단된 결과 절차에 관한 규칙의 개정을 통

35) 「뉴렘버그 국제군사법정 헌장」 제16조 및 「극동 국제군사법정 헌장」 제9조 참조.

36) 특히 극동 국제군사법정의 재판에 관해 Neil Boister & Robert Cryer (ed.), *The Tokyo International Military Tribunal*, 2008, p.10; Sarah Finnin & Tim McCormack, *Beyond Victor's Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited, Tokyo's continuing relevance*, 2011, p.355.

해 전문법칙의 예외를 상당히 넓게 인정하기에 이르렀다<sup>37)</sup>.

국제형사재판소(ICC)는 구(舊) 유고 국제형사법정과 마찬가지로<sup>38)</sup> 전문증거를 반드시 배제하지는 않는다. 그 점은 반대신문을 거치지 않은 증인의 진술조서를 인정할 것인지의 문제와는 별개다. 즉, 「로마규정」 제69조 제2항 제1문에 따르면, 증인의 증언은 법정에서 직접 행해지는 것이 원칙이다. 다만, 피해자 및 증인의 안전, 그 심신(心身)의 안녕과 존엄성 및 프라이버시의 보호를 위해(「로마규정」 제68조 제1항 참조) 오디오 및 비디오 기술을 이용해서 증인신문을 행할 수 있다(「절차 및 증거에 관한 규칙(Rules of Procedure and Evidence)」 제67조 및 제68조 참조). 그런데 「로마규정」 제69조 제2항 제2문에 따르면, 국제형사재판소(ICC)는 「절차 및 증거에 관한 규칙」에 따라, 비디오 또는 오디오 기술에 의해 녹취된 증인의 진술 등의 제출을 허용할 수 있다. 즉, 증인출두예정자가 공판정 외에서 행한 진술을 기록한 증거도 허용되는 것이다. 그 점에서 공판정 외에서의 증언도 공판정에서의 증언과 동일하게 허용되는 것인지, 양자(兩者)가 증거법상 그 어떤 우열관계에 있는 것인지가 문제된다. ‘벰바(Bemba) 사건’에서 상소심 재판부는, 「로마규정」 제69조 제2항이 공판정에서 행해지는 증인의 구두증언을 원칙으로 하고 있는 것은 재판부가 증언을 직접 청취하고 증인의 태도를 관찰하며 증언의 애매한 부분을 분명히 할 수 있는 점을 근거로 하는 것이라고 보면서, 제1심 재판부가 공판정 외에서 행해진 진술을 기록한 증거를 개별적으로 신중하게 검토하지 않고 일률적으로 허용한 것은 「로마규정」 제69조 제2항에 위배된다고 판단했다<sup>39)</sup>. 즉,

37) Richard May & Marieke Wierda, ‘Trends in International Criminal Evidence: Nuremberg, Tokyo The Hague, and Arusha’, in: Columbia Journal of Transnational Law, Vol.37 (1999), p.743 이하.

38) 구(舊) 유고 국제형사법정은 「절차 및 증거에 관한 규칙(Rules of Procedure and Evidence)」 제89조 (c)에 따라 관련성 및 증거가치를 요건으로 해서 증거를 채용했다. ‘타디치(Tadić) 사건’(Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-I-T)에서 제1심 재판부는, 증거의 진실성과 임의성 및 신뢰성에 관한 법리와 마찬가지로, 일련의 국내법제도에서 일반적으로 승인되고 있는 전문법칙의 예외가 원용될 수 있다고 보았으며, 이는 국제형사법정의 재판에 있어서 공판정 외에서 행해진 진술의 허용성을 판단하기 위해 가장 효과적이고도 공정한 수단이라고 보았다(Decision on the Defence Motion on Hearsay, 5 Aug. 1996).

39) Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber III entitled “Decision on the admission into evidence of materials contained in the prosecution’s list of evidence”, ICC-01/05-01/08-1386, 3 May 2011, para. 76 이하.

공판 전에 공판정 외에서 행해진 진술을 기록한 증거는 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조의 엄격한 요건을 갖춘 경우에만 채용될 수 있다고 본 것이다<sup>40)</sup>. ‘뎀바(Bemba) 사건’에 대한 재판 당시 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조는 구두주의의 예외로서, 공판정 외에서 행해진 진술을 기록한 증거의 증거능력에 관해 증인이 공판정에 출두하지 않은 경우와 출두한 경우로 구분해서 그 요건을 정하고 있었으며, 그 어느 경우에 있어서나 그와 같은 증거에 대해 증거신청을 하지 않은 상대방 당사자가 증인을 신문할 기회를 가지고 있었을 것이 필수적이었다. 그 점은 구(舊) 유고 국제형사법정 당시의 「절차 및 증거에 관한 규칙」과 차이를 나타내는 것이다. 그런데 진술을 기록할 당시에 상대방 당사자가 그러한 기회를 가지는 것이 실무상 곤란했고 그 때문에 실제로도 - 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조가 개정되기 전인 - 2013년 10월까지 재판부가 증인이 공판정에 출두하지 않은 경우에 관해 증거능력을 인정한 것은 2회에 불과했다. 그와 같은 사정을 배경으로 해서, 2013년 11월에 개최된 체약국총회에서, 공판심리의 신속화 및 증거제출의 합리화를 목적으로 해서, 즉 공판정 외에서 행해진 진술을 기록한 증거가 보다 넓게 허용될 수 있도록 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조가 개정되었다<sup>41)</sup>.

## 2. 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조의 개정

개정된 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조에 따르면, 증인이 공판정에 출석하지 않고 증인에 대한 반대신문의 기회가 없었던 경우에도 소정의 요건 하에서 사전 진술녹취서(previously recorded testimony) 등의 증거능력이 인정된다. 우선, 사전 진술녹취서 등이 피고인의 행위 이외의 사항의 입증에 이용되는 경우다(「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항 (b)). 이 경우에 재판부는 그것이 실질적으로 다름이 있는 사항에 관한 것인지, 다른 증인이 구두로 장차 증언할 또는 이미 증언한

40) *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber III entitled “Decision on the admission into evidence of materials contained in the prosecution’s list of evidence”, ICC-01/05-01/08-1386, 3 May 2011, para. 80.

41) Resolution on the Amendments to the Rules of Procedure and Evidence, ICC-ASP/12/Res.7, adopted at the 12th plenary meeting, on 27 November 2013.

사실과 중복적 혹은 보강적 성격을 가지는 것인지, 그것에 의해 사법(司法)의 이익(interests of justice)이 최량으로 실현되는지 또는 진술자를 신뢰할 수 있는 충분한 징표가 존재하는지 등을 고려해서 그 허용성을 판단할 수 있고, 진술자가 자신의 지식에 비추어 그 내용이 진실인 점을 분명히 하고 있는 경우에 한해서 그 증거능력이 인정된다. 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항 (b)는, 같은 조항 (a)(개정전의 제68조 (a))와 마찬가지로, 증인불출석의 경우에 진술불능이 전제되지 않더라도 소정의 요건 하에서 사전진술녹취서 등을 증거로 허용하는 것인데, 국내법의 차원에서는 진술불능 등을 전제로 하지 않고 증거능력을 인정하는 입법례가 일반적이지는 않은 점과 대비된다. 이는 국제형사재판소(ICC)의 재판에 있어서는 증인이 외국에 있는 경우가 흔히 예상되는데다가 재판부가 출두를 강제할 권한을 가지고 있지 않기 때문에 증인의 출석을 확보하는 것이 곤란한 점을 고려한 것이라고 볼 수 있다. 다만, 공판정 외에서 행해진 진술 당시에 반대신문의 기회가 있었던 경우에 그 기록을 증거로 제출할 수 있도록 하고 있는 점(「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항 (a))과 더불어 피고인의 행위 이외의 사항을 입증하는 경우에 한해서 사전진술녹취서 등의 증거능력을 인정하고 있는 점(같은 조항 (b))은 피고인의 증인신문권을 배려하고 있는 것이라고 할 수 있다. 다음으로, 진술자의 사망 등 합리적인 노력으로는 극복할 수 없는 장애에 의해 구두증언이 불가능하게 된 경우다(「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항 (c)). 그 경우에 진술자를 신뢰할 수 있는 충분한 징표의 존재가 하나의 요건이 된다. 마지막으로, 진술자의 공판정 출석 또는 증언에 관해 방해행위가 있었던 경우다(「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항 (d)). 그 경우에는, 진술자가 증인으로서 공판정에 출두하지 않았거나 혹은 출두했지만 사전진술녹취서 등의 중요부분에 관해 공판정에서 증언하지 않은 경우이어야 하는 점, 사전진술녹취서 등에 의해 사법(司法)의 이익이 최량으로 실현되는 점 및 진술자를 신뢰할 수 있는 충분한 징표가 존재하는 점 등의 요건을 갖춘 한에서만 그 증거능력이 인정된다. 국제형사재판소(ICC)의 재판에 있어서는 증인에 대한 방해행위가 빈발하고 있고 그것에 당사자가 직접 관여한 경우뿐만 아니라 그것이 그 지지자 등에 의해 이루어진 경우도 적지 않은 점에서 진술자의 공판정 출석 또는 증언에 관한 방해행위가 반드시 당사자에게 귀책될 필요는 없는 것으로 해석된다<sup>42)</sup>.

### 3. 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항의 해석 및 적용

「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항의 해석 및 적용이 문제된 ‘루토(Ruto) 사건’<sup>43)</sup>에서 제1심 재판부는 같은 조항(c)를 근거로 하는 검사의 증거신청에 대해, 수사단계에서 작성된 조서에 관해 피고인 측에 의한 반대신문을 거치지 않았더라도 그 증거능력의 문제는 증명력의 신중한 평가를 통해 해결될 수 있다고 보면서, 그 조서가 정상적인 수사의 과정에서 작성된 것이고 진술자가 진술의 임의성 및 그 내용의 진실성을 확인한 경우에는 설사 그 내용의 일부가 다른 증거와 모순되는 점이 있더라도 “진술자를 신뢰할 수 있는 충분한 징표”가 인정된다고 보았다<sup>44)</sup>. 한편, 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항(d)를 근거로 하는 검사의 증거신청에 대해서는, 진술자가 조서에 기록된 그 진술의 내용을 부정하는 증언을 한 것과 관련해서, 방해행위에 의해 전혀 증언을 하지 않은 경우와 마찬가지로 사전 진술녹취서의 중요부분을 부정하는 증언을 한 경우도 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항(d)에서 말하는 “공판정에서 증언하지 않은 경우”에 해당한다고 보았다<sup>45)</sup>. 또한, 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항(d)에 근거해서 신청된 증거가 피고인의 행위를 입증하기 위한 것인 경우에도 피고인이 그것에 관해 증언을 신문할 수 있었을 뿐만 아니라 방해행위에 관한 피고인의 귀책성을 증명하지 않았더라도 증명력을 신중하게 평가함으로써 피고인에게 부당한 불이익이 생기지 않는 때에는 그 증거능력의 요건에 속하는 “사법(司法)의 이익”인 인정된다고 보았다<sup>46)</sup>. 나아가, 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항(d)의 경우에도 앞서 같은 조항

42) Assembly of States Parties of the International Criminal Court, Working Group on Lessons Learnt: Second report of the Court to the Assembly of States Parties, ICC-ASP/12/37/Add.1, 31 October 2013, para. 34.

43) *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11.

44) *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Decision on Prosecution Request for Admission of Prior Recorded Testimony, 19. August 2015, ICC-01/09-01/11, para. 144 이하.

45) *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Decision on Prosecution Request for Admission of Prior Recorded Testimony, 19. August 2015, ICC-01/09-01/11, para. 41.

46) *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Decision on Prosecution Request for Admission of Prior Recorded Testimony, 19. August 2015, ICC-01/09-01/11, para. 60, 81, 111 및 128.

(c)에서 언급한 사정 하에서 ‘신뢰성의 충분한 징표’가 인정된다고 보았다<sup>47)</sup>. 이상과 같이 국제형사재판소(ICC)는 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항에 의해 인정되는 사전진술녹취서 등의 증거능력에 관한 요건을 완화해서 해석하거나 혹은 그 증명력을 판단하는 단계에서의 신중한 평가를 전제로 해서 그 증거능력을 유연하게 인정함으로써 전문법칙의 예외를 확장하고 있다. 이와 더불어, 특히 같은 조항(c)의 적용과 관련해서 피고인 측에 의한 반대신문을 거치지 않은 전문서류를 증거로 채용한 것은 「절차 및 증거에 관한 규칙」의 개정이 지향하고 있는 공판심리의 신속화를 도모한 것이라고 본다.

전문법칙은, 법관의 면전에서 진술되지 않고 반대신문의 기회가 부여되지 않은 진술의 증거능력을 제한함으로써 실체적 진실의 발견을 지향하는 직접주의와 피고인의 권리를 내실화하는 적법절차를 보장하기 위한 장치다. 다만, 피고인에게 불리한 증거는 법관의 면전에서 직접 진술되도록 하고 피고인에게 반대신문의 기회가 부여되도록 하는 것이 적법절차에 따른 공정한 재판을 받을 권리를 실현하는 여러 방법 가운데 하나인 점에서, 그러한 장치를 배제할 만한 부득이한 사유가 있는 경우에는 그 예외를 인정하는 것도 가능하다<sup>48)</sup>. 「절차 및 증거에 관한 규칙」 제68조 제2항은 실체법상의 정의(正義)를 배려하는 소정의 요건 하에 신속한 재판의 실현이라는 절차법상의 정의(正義)를 추구한 것이라고 평가할 수 있다. 그런데 그 예외의 범위가 지나치게 넓은 것은 아닌지에 대한 의문이 존재한다<sup>49)</sup>. 즉, 「로마규정」 제69조 제2항은 증거채용에 관한 조치가 피고인의 권리를 침해하거나 이에 저촉되어서는 안 되는 점을 명시하고 있는데, 가령 피고인의 행위에 관련된 증거가 아니라고 해서 그와 공모한 자의 진술도 사전진술녹취서의 형태로 제출될 수 있고 그것에 대한 피고인의 반대신문을 요하지 않는 것은 「로마규정」이 예정하고 있는 피고인의 권리, 즉 적법절차에 따른 공정한 공개재판을 받을 권리를 본질적으로 침해하는

47) *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Decision on Prosecution Request for Admission of Prior Recorded Testimony, 19. August 2015, ICC-01/09-01/11, para. 65 이하, 85 이하, 115 이하 및 132 이하.

48) 헌법재판소결정 1998. 9. 30. 97헌바51 참조.

49) Michele Caianiello, ‘Law of Evidence at the International Criminal Court: Blending Accusatorial and Inquisitorial Models’, in: North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, Vol.36 (2011), p.315.

것은 아닌지에 대한 검토가 필요하다고 본다<sup>50)</sup>.

## IV. 관할권의 행사와 침략범죄의 입증

### 1. 관할권 행사의 한계 및 절차의 불안정성

사법기관이 그 기능을 충분히 발휘하기 위해서는 외부로부터의 간섭을 피하고 그 독립성을 확보하는 것이 불가결하다. 국제형사재판소(ICC)의 독립성과 관련해서 종래 지적되어온 문제점은 UN 안전보장이사회와의 관계다. UN 안전보장이사회는 UN 헌장 제7장의 규정에 따라 평화에 대한 위협 등에 대한 조치를 결정하는 경우에 국제형사재판소(ICC)의 수사 내지 소추가 그것에 대한 방해가 되는 때에는 이를 정지하는 결정을 내릴 수 있다. 이는 UN의 평화유지기능을 중시하는 것으로서, UN 안전보장이사회의 결정을 국제형사재판소(ICC)의 기능보다 우선시하는 것인데, 동시에 국제형사재판소(ICC)의 관할권을 정치적 고려에 기해 행동하는 UN 안전보장이사회의 영향 하에 두는 것이기도 하다. 국제형사재판소(ICC)의 관할에 속하는 중대범죄의 대부분이 국제적 또는 국내적 분쟁과 관련이 있는 것이고, 이는 대체로 UN 안전보장이사회의 관심사항에 속하는 것인 점에서 보면, 그와 같은 규정은 국제형사재판소(ICC)의 관할권 행사를 사실상 제한하는 것이어서 그 독립성의 관점에서는 문제점이 지적된다.

국제형사재판소(ICC)의 관할권이 보충성의 원칙에 따라 국내 법원과의 관계에서 제약을 받는 것은 「로마규정」이 본래 의도하고 있는 바다. 그와는 달리 그 관할권이 「로마규정」의 비(非)체약국과의 관계에서 제약을 받는 점은 향후 해결되어야 할 과제다. 국제형사재판소(ICC)는 범죄지국 및 피의자의国籍국이 공히 비(非)체약국인 동시에 그 관할권 행사를 인정하지 않는 경우에는 관할권을 행사할 수 없다. 인도(人道)에 반한 죄가 국내적 분쟁에 수반하는 경우가 적지 않고 그 경우에는 대

50) Megan A. Fairlie, 'The Abiding Problem of Witness Statements in International Criminal Trials', in: NYU Journal of International Law and Politics, Vol.50 (2017), p.105 이하 참조.

체로 범죄지국과 피의자의 국적국이 동일한데, 당해 국가가 비(非)체약국인 때에는 분쟁 후의 정권교체가 없는 한 국제형사재판소(ICC)의 관할권 행사에 동의할 가능성은 희박할 뿐더러 당해 국가의 법원에 의한 소추가 기대되기도 힘들다. 국제형사재판소(ICC)가 국제법체계상 정통성을 가지기 위해서는 국제사회의 대다수 국가가 그 지위를 인정하고 「로마규정」이 정하고 있는 의무를 성실히 준수하는 것이 전제되어야 한다. 그런데 UN 안전보장이사회의 주요 상임이사국과 아시아 및 아랍 지역의 상당수 국가가 「로마규정」에 가입하지 않고 있는 상황에서 국제형사재판소(ICC)가 분쟁지역 또는 분쟁에 큰 영향을 미치는 국가에 대해 그 관할권을 행사하는 데에는 지리적 측면에서나 인적(人的) 측면에서 현실적인 제약이 있다. 그동안의 형사소추가 아프리카 지역에 집중되고 있는 것이나 국제형사재판소(ICC)의 독립성 내지 중립성에 대해 종종 의문이 표명되고 있는 것도 그 관할권 행사의 현실적인 한계와 관련이 있다고 본다.

국제형사재판소(ICC)가 증거의 수집 등에 관해 행사하는 강제력은 체약국의 협력의무에 의존하는 것이다. 그런데 ‘바쉬르(Bashir) 사건<sup>51)</sup>’에서 체포장이 집행되지 않은 경우나 ‘케냐타(Kenyatta) 사건’에서 증거불충분으로 인해 기소가 취하된 경우와 같이, 체약국의 비협력이 소추에 중대한 영향을 미치고 있는 점이 지적된다. 게다가 「로마규정」에 따라 그와 같은 사태에 대응해야 할 UN 안전보장이사회나 체약국총회도 효과적인 대처를 행하고 있지는 않다. 나아가, 적정절차에 따른 공정한 재판을 해하는 증인매수 및 증인협박 등의 사법방해가 심각한 점도 지적된다. 그와 같은 행위가 증거의 신용성뿐만 아니라 증거의 개시(開示) 및 증인의 보호에도 큰 영향을 미치는 점은 말할 필요도 없다. 「로마규정」 제70조는 증거의 신용성을 확보하고 판결에 이르는 과정의 공정성을 유지하기 위해 ‘재판의 운영에 대한 죄(offences against the administration of justice)’로서 위증, 증인매수 및 증거위조 등의 행위를 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하도록 하고 있고 양자(兩者)의 병과도 가능하다. 그와 같은 죄는 공판단계뿐만 아니라 그 밖의 절차에서 범해진 경우도 포함하는 것으로 해석되며<sup>52)</sup>, ‘뎀바(Bemba) 사건’에서는 피고인 및 그 변호

51) The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09.

52) Otto Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article, 1999, p.919.

인 등에게 증인매수 등의 죄에 관해 유죄판결이 선고된 바 있다<sup>53)</sup>. 국제형사재판소(ICC)는 그와 같은 이른바 부수적 범죄<sup>54)</sup>에 대해서도 관할권을 가지며(「로마규정」 제70조 제1항), 아울러 체약국에도 그와 같은 범죄가 그 영역 내에서 행해진 경우 및 자국민에 의해 행해진 경우를 처벌할 수 있도록 재판권 설정의 의무를 과하고 있다(「로마규정」 제70조 제4항)<sup>55)</sup>. 그런데 국제형사재판소(ICC)의 대상이 되는 범죄의 대부분이 정치적 성격을 가지고 있는데다가 소추의 단계에서도 현지에서는 여전히 그것과 관련이 있는 분쟁이 계속되고 있는 경우가 적지 않은 점에서, 사법경찰관할을 가지지 않는 국제형사재판소(ICC)가 사법방해에 충분한 대응을 취하는 것은 곤란하다는 점이 지적된다<sup>56)</sup>.

## 2. 침략행위의 인정과 침략범죄의 입증

「로마규정」 제5조가 규정하는 범죄에 대해 소추가 개시되는 방식에는 ㉠ 범죄의 혐의가 있다고 판단되는 사태의 당사국으로서의 체약국이 국제형사재판소(ICC) 검사에게 사건을 회부하는 방식, ㉡ 범죄의 혐의가 있다고 판단되는 사태에 관해 UN 헌장 제7장에 따른 결정에 근거해서 UN 안전보장이사회가 사건을 검사에게 회부하는 방식 및 ㉢ 범죄의 혐의가 있다고 판단되는 사태에 관해 검사가 독자적으로 수사에 착수하는 방식이 있다(「로마규정」 제13조). 캄팔라 합의에서는 ㉠ 및 ㉢의 방식에 관해 특별한 절차가 추가되었다. 즉, 소추관이 침략범죄에 대해 수사를 진행할 합리적 근거가 있다고 판단한 경우에는 우선 이를 UN 안전보장이사회에 통보해서 침략행위의 존부에 대한 결정을 확인하고 침략행위를 인정하는 결정에 따라 수

53) ICC, Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo et al, ICC-01/05-01/13-1989-Red, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, 19 October 2016, para. 43.

54) 「로마규정」 제5조 내지 제8조가 규정하고 있는 이른바 중핵범죄(core-crimes)와는 성격을 달리하는 것으로서, 그들 범죄에 대한 재판의 적절한 운영에 수반하는 제도적 장치를 해하는 범죄라고 할 수 있다.

55) 그와 같은 행위는 대부분의 국가가 국내법상 처벌의 대상으로 하고 있는 것인 점에서, 보충성의 원칙에 따라, 체약국으로 하여금 재판권을 설정하도록 하고 있는 것이며, 이를 통해 국제형사재판소(ICC)는 그 고유의 관할범죄에 대한 소추 및 처벌에 전념할 수 있도록 하기 위한 것이다.

56) International Bar Association, Offences against the administration of justice and fair trial considerations before the International Criminal Court, 2017, p.25 이하.

사를 진행할 수 있다(「로마규정」 제15조의2 제6항 및 제7항). 또한, 통보가 행해진 때로부터 6개월 이내에 그러한 결정이 없는 경우에는, UN 안전보장이사회가 수사 또는 기소의 연기(「로마규정」 제16조)를 요청하고 있는 경우가 아닌 한에서는, 예심부(Pre-Trial Division)의 승인을 얻어 수사를 개시할 수 있다(「로마규정」 제15조의2 제8항)<sup>57)</sup>. 그와 같이 침략범죄에 대한 국제형사재판소(ICC)의 관할권 행사에 관해서는 UN 안전보장이사회의 권한과의 관계가 문제된다.

UN 안전보장이사회는 UN 헌장 제39조에 따라 침략행위의 존부를 결정할 권한을 가지고 있다. 그 점과 관련해서 종래, 국제형사재판소(ICC)가 침략범죄에 대해 관할권을 행사하기 위해서는 반드시 UN 안전보장이사회의 인정이 필요하다고 보는 입장과, 그와는 달리, 국제형사재판소(ICC)의 독립성 등에 비추어 그 관할권의 행사에 관해 UN 안전보장이사회의 인정을 조건으로 할 것은 아니라고 보는 입장이 대립되었다. 캄팔라 합의에 따라 개정된 「로마규정」은 침략범죄에 대한 관할권의 행사에 관해 UN 안전보장이사회의 인정을 조건으로 하는 외에도 예심부의 승인을 조건으로 하고 있는 점에서 반드시 UN 안전보장이사회의 인정을 조건으로 하지는 않는다고 할 수 있다. 또한, 침략범죄와 관련이 있는 사건을 UN 안전보장이사회가 회부하는 경우에는 UN 안전보장이사회에 의한 침략행위의 인정이 그 전제로서 행해져야만 하는 것은 아닌 점에서(「로마규정」 제15조의3 제4항) 침략범죄에 대한 관할권의 행사와 침략행위의 인정이 별개의 절차로서 생각될 여지도 있는 것이다. 그렇더라도 침략범죄에 대한 관할권의 행사에 관해서는 UN 안전보장이사회의 인정을 조건으로 하거나 그 밖의 관할 범죄에 관해서는 통상은 이용되지 않는 예심부(Pre-Trial Division)의 승인을 조건으로 하고 있는 점에서 침략범죄에 대한 관할권의 행사는 그만큼 제한적인 것이다<sup>58)</sup>. 그 점과 관련해서, UN 헌장에 의해 부여된, 국제사회의 평화와 안전에 관한 UN 안전보장이사회의 주요한 책임에 기초하는 침략행위의 인정이 정치적 고려에 의해 좌우되는 것은 아닌지가 문제된다<sup>59)</sup>. 그와 같

57) 대법원 국제형사법연구회, 국제형사법과 절차, 2018, p.178 이하 참조.

58) 또한, 침략범죄의 경우에는, 그 밖의 관할 범죄의 경우(「로마규정」 제12조 참조)와는 달리, 비(非)계약국의 국민에 의하거나 비(非)계약국의 영역 내에서 행해진 것에 대해서는 관할권을 행사할 수 없다(「로마규정」 제15조의2 제5항).

59) 洪恵子, ‘国際刑事裁判所の新たな課題 - 侵略犯罪に関する公判について’, 法律時報. 90巻 10号

은 문제는 본질적으로는 침략범죄의 전제가 되는 침략행위의 개념적 외연에 관한 의문을 제기하는 것이며, 궁극적으로는 침략범죄에 대한 관할권 행사가 현실적으로 가능한 것인지에 대한 의문을 제기하는 것이라고 생각된다.

UN 안전보장이사회가 침략행위의 존재를 인정함으로써 사건이 재판에 회부된 경우에는 피고인 내지 변호인이 당해 사건의 행위가 침략에 해당되지 않는다고 주장하는 것이 현실적으로 의미를 가지는 것인지가 문제된다. UN 안전보장이사회에 의한 침략행위의 인정이 국제형사재판소(ICC)의 판단을 구속하는 것은 아니다(「로마규정」 제15조의2 제9항 및 제15조의3 제4항). 그런데 UN 헌장 제7장에 따른 결정이 법적 구속력을 가지지는 않더라도 사실상으로 국제형사재판소(ICC)의 절차 내지 판단에 아무런 영향도 미치지 않는다고 할 수는 없을 것이다. 즉, 피고인 내지 변호인이 가령 UN 안전보장이사회가 인정한 바가 사실관계와는 다르다고 입증하는 것이 사실상 극히 곤란하다는 것이다. 피고인 내지 변호인으로서 그 점을 다투기보다는 침략행위에 관해 개인으로서의 책임을 부정하는 것이 현실적이라고 할 수 있다<sup>60)</sup>. 다른 한편, UN 안전보장이사회가 침략행위의 존부에 관해 결정을 내리지 않는 경우에(「로마규정」 제15조의2 제8항 참조) 예심부(Pre-Trial Division)는 검사가 제출한 수사허가요청서 및 증빙자료를 검토해서 수사를 진행시킬만한 합리적 근거가 있고 당해 사건에 대해 재판소의 관할권이 있다고 판단한 때에 수사의 개시를 허가하는데, 그 허가가 그 후에 예심부(Pre-Trial Division) 등이 행하는 관할권 및 수리허용성(재판적격성)에 대한 결정에 영향을 미치는 것은 아니다(「로마규정」 제15조 제4항). 즉, 예심재판이 예심부(Pre-Trial Division)에 속한 재판관 가운데 3인 또는 1인으로 구성되는 예심 재판부(Pre-Trial Chamber)에 의해 행해지는 것이지만(「로마규정」 제39조 제2항 참조) 예심부(Pre-Trial Division)가 침략행위의 존부를 결정하는 법적 권한을 가지고 있는 것은 아니며, 예심부(Pre-Trial Division)가 수사의 허가에 관해 제시한 견해가 그 후의 재판소 내지 재판부의 권한을 구속하는 것은 아니다. 따라서 관할권의 행사에 대한 예심부(Pre-Trial Division)의 승인에 따라 사건이 회부된 경우에는 피고인 내지 변호인으

(2018), p.27 참조.

60) 洪恵子, ‘国際刑事裁判所の新たな課題 - 侵略犯罪に関する公判について’, 法律時報. 90卷 10号 (2018), p.27.

로서는 침략행위 자체의 존부를 다투는 것이 충분히 현실적이라고 할 수 있다. 그런데 UN 안전보장이사회가 침략행위의 존재를 인정하지 않고 있는 상황에서 검사가 충분한 증거로써 침략범죄를 입증하는 것이 용이하지는 않을 것이다. 또한, UN 안전보장이사회가 침략행위의 존부에 관해 결정을 내리지 않고 있는 경우에는 피고인 내지 변호인에게 있어서는 침략행위의 존부에 관해 다룰 여지가 넓어지는데, 그와 같은 경우에는 침략범죄에 관한 개인의 형사책임을 묻는 재판이 국가의 행위인 침략행위의 존부를 다투는 데에 몰두하게 될 것이고, 피고인 내지 변호인으로서의 개인의 행위에 관한 입증과 더불어 국가의 행위에 관한 입증을 동시에 행해야 하는 점에서 불리한 것이 된다<sup>61)</sup>.

## V. 맺음말 - 국제법과 형사법의 조화?

국제형사법은 국제법의 형사적 측면과 국내 형법의 국제적 측면의 융합으로 일컬어진다<sup>62)</sup>. 그와 같은 관점에서 국제형사재판소(ICC)는 주권국가체계에 기초하는 수평적인 국제법 모델과 각 주권국가의 정치사회문화적 존재방식과 밀접한 관련을 가지는 수직적인 형사법 모델의 융합을 도모한 것이라고 할 수 있다. 그런데 과거의 국제형사법정을 포함해서 국제형사재판소(ICC)에서의 재판이 과연 진정한 의미에서의 융합에 성공하고 있는 것인지에 관해서는 의문이 제기되기도 한다. 즉, 각국의 독자적인 법체계 하에서 정치하게 발전되어온 죄형법정주의의 구체적인 내용 및 피고인의 권리에 관한 절차법적 장치 등에 관해 국제적인 평준화가 확립되어 있지 않은 상황이라면 국제형사재판은 국제법과 형사법의 융합이라기보다는 양자(兩者)의 모순을 드러내고 있는 것이다. 우선, 국제형사재판 자체에 내재하는 모순이다. 국제형사재판은 주권국가 간의 합의에 기초하면서도 그 강제력의 행사는 체약국에 의존하는 것이다. 지리적 보편성의 결여, 체약국의 의무불이행, 국가원수의 면책특권,

61) 洪恵子, ‘国際刑事裁判所の新たな課題 - 侵略犯罪に関する公判について’, 法律時報. 90卷 10号 (2018), p.27 이하.

62) Jordan Paust, International Criminal Law, 1996, p.3.

UN 안전보장이사회의 영향력 등은 국제형사재판소(ICC)가 그 중립성과 독립성을 유지하는 데에 사실상 장애가 되고 있다. 다음으로, 국제형사재판에 있어서의 국내법의 선별적 이식은 국제형사법체계의 확고한 기반이 없는 상태에서의 국제형사재판이라고 하는 모순을 드러낸다. 국내의 형법 내지 형법학이론에 의존하지 않고 국제법규범만으로 실체법을 해석하고 적용하는 것은 여전히 곤란할 뿐만 아니라, 무엇보다도 절차법 내지 증거규칙은 다양한 국내법체계를 혼합하고 있는 결과 증인신문 또는 증거채용 등에 관해 각 재판부가 상이한 방식을 취하는 현상도 나타나고 있으며, 적정절차와 신속한 재판을 어떻게 양립시킬 것인지에 관해서도 재판관들의 견해가 반드시 일치하지는 않는다<sup>63)</sup>. 그와 같이 보면, 국제형사재판소(ICC)가 지향하는 국제형사재판의 보편성 내지 중립성은 현재로서는 한정된 것이라고 생각된다.

63) Claus Kress, 'The Procedural Law of the International Criminal Court in Outline: Anatomy of a Unique Compromise', in: Journal of International Criminal Justice, Vol.1 (2003), p.604 이하.

## 참고문헌

김기준, 국제형사법, 2017.

대법원 국제형사법연구회, 국제형사법과 절차, 2018.

박경규, 'ICTY 판례에 의해 확립된 JCE이론의 법적 성격', 서울法學, 제23권 제3호 (2016), pp.297~332

尾崎久仁子, '國際刑事裁判所の現在', 法律時報 90卷 10号 (2018), pp.9~15

洪恵子, '國際刑事裁判所の新たな課題 - 侵略犯罪に関する公判について', 法律時報 第90卷 第10号 (2018), pp.23~28.

Ambos, Kai, 'The Crime of Aggression After Kampala', in: German Yearbook of International Law, Vol.53 (2010), pp.463~509.

Bassiouni, M. Cherif, Introduction to International Criminal Law, 2003.

Boister, Neil & Robert Cryer (ed.), The Tokyo International Military Tribunal, 2008.

Caianiello, Michele, 'Law of Evidence at the International Criminal Court: Blending Accusatorial and Inquisitorial Models', in: North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, Vol.36 (2011), pp.287~318.

Fairlie, Megan A., 'The Abiding Problem of Witness Statements in International Criminal Trials', in: NYU Journal of International Law and Politics, Vol.50 (2017), pp.75~158.

Finnin, Sarah & Tim McCornack, Beyond Victor's Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited, Tokyo's continuing relevance, 2011.

Glaser, Stefan, Introduction à l'étude du droit international pénal, 1954.

International Bar Association, Offences against the administration of justice and fair trial considerations before the International Criminal Court, 2017.

- Kreß, Claus, 'On the Activation of ICC Jurisdiction over the Crime of Aggression', in: *Journal of International Criminal Justice*, Vol.16 (2018), pp.1~17,
- , 'The Procedural Law of the International Criminal Court in Outline: Anatomy of a Unique Compromise', in: *Journal of International Criminal Justice*, Vol.1 (2003), pp.603~617.
- & Leonie von Holtzendorff, 'The Kampala Compromise on the Crime of Aggression', in: *Journal of International Criminal Justice*, Vol.8 (2010), pp.1179~1217.
- May, Richard & Marieke Wierda, 'Trends in International Criminal Evidence: Nuremberg, Tokyo The Hague, and Arusha', in: *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol.37 (1999), pp.725~765.
- Ohlin, Jens David, 'Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise', in: *Journal of International Criminal Justice*, Vol.5 (2007), pp.69~90.
- , Elies van Sliedregt & Thomas Weigend, 'Assessing the Control-Theory', in: *Leiden Journal of International Law*, Vol.26 (2013), pp.725~746.
- Paust, Jordan, *International Criminal Law*, 1996.
- Roxin, Claus, 'Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate', in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1963, pp.193~207.
- , *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2006.
- Schabas, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, 2<sup>nd</sup> ed., 2004.
- Triffterer, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article*, 1999.
- & Kai Ambos (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3<sup>rd</sup> ed., 2016.
- Werle, Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, 2005.

## Issues and Challenges Facing International Criminal Justice

Kim, Seong-gyu\*

The International Criminal Court (ICC) is a permanent, international criminal court with the competence to exercise jurisdiction over those who have committed crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes and crimes of aggression. Since its establishment in July of 2002, the ICC has made good strides forward in holding the perpetrators of such crimes accountable. The ICC, however, has faced many of the same problems early on, and faces many difficult challenges, particularly in relation to the cooperation of states and its independence. This article addresses some issues and challenges facing the ICC - in connection to the activation of the ICC's jurisdiction over the crime of aggression as of 17 July 2018 - from the perspective of: the principle of 'nullum crimen sine lege' (the principle of legality) (II.); the scope of hearsay rule and its exceptions (III.); and the exercise of universal jurisdiction (IV.).

The principle of 'nullum crimen sine lege', contained in Article 22 of the *Rome Statute of the ICC*, contributes to a foreseeable legal system as it stipulates that only actions which are prohibited by law can be deemed as criminal. The principle acknowledges that the person under investigation or the defendant is virtually in a weaker position in the criminal process and that the individual therefore has a need to be protected from a misuse of powers by the judiciary. Despite this fundamental importance, however, the principle is harder to apply and fulfil in international criminal law than in national criminal law since international criminal law often is more vague than national law.

The *Rules of Procedure and Evidence* of the ICC are silent on the exclusion

---

\* Dr. jur., Professor at Hankuk University of Foreign Studies Law School in Seoul.

of hearsay evidence. The ICC may rule on the admissibility of any evidence by taking into account its probative value. Furthermore, the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the ICC adopted amendments to the *Rules of Procedure and Evidence* on November 28, 2013, which give Trial Chambers the discretion to admit unexamined, party-generated witness statements in lieu of live testimony. The amendment to Rule 68 facilitates the use of prior recorded testimony in trial, which serves purpose: To allow evidence before trial in order to reduce time in trial. Nonetheless, the use of this evidence undermines the right of confrontation and prevents judges from independently assessing witness credibility.

State cooperation is vital to the effective exercise of universal jurisdiction of the ICC. The dilemma of universal jurisdiction lies in the tension between law and politics in the pursuit of international criminal justice, for example in bringing prosecutions, extradition and other matters of trans-border cooperation. In order to become more efficient, some ground rules must be laid by the ICC and the parties of the Rome Statute to ensure the full support of the states. On the other hand, with regard to cases involving the crime of aggression, the relationship between the ICC and the UN Security Council generates discussion and criticism. Under the UN Charter, the Security Council has a key role to play in responding to acts of aggression; it can be argued that the Security Council could play something of an early warning function in the exercise of jurisdiction over this crime by the ICC.

❖ Keywords: International Criminal Justice, International Criminal Court (ICC), principle of ‘*nullum crimen sine lege*’, hearsay rule, crimes of aggression

## 장애인 소년보호사건 사법지원 방안 연구\*

김예원\*\*·한민희\*\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

이 연구는 소년보호사건의 보호소년이 장애인인 경우 사법지원 및 정당한 편의제공이 잘 이루어지지 않는 점에 주목하여 현행 소년보호사건에서의 장애인 관련 사법지원 및 정당한 편의의 내용을 정리하였다. 본 연구의 연구 문제는 두 가지이다. 첫째, 소년보호사건의 보호소년이 장애인일 경우 수사과정에서 주목해야 하는 장애 특성은 무엇인가? 둘째, 현재 법제도 안에서 소년보호사건의 보호소년이 장애인일 경우 고려되는 사법지원 및 정당한 편의는 충분한가? 이에 대한 분석결과는 다음과 같다. 보호소년이 장애인일 경우 장애 유형과 특성 뿐 아니라 소년보호사건 절차의 특수성을 종합적으로 고려한 수사 및 재판제도가 필요하다. 다음으로, 현재 장애인에 대한 사법지원제도 및 법령상 장애인에게 지원되는 정당한 편의의 내용만으로는 소년보호사건의 장애인 보호소년을 충분히 보호할 수 없으므로 제도개선이 필요하다. 이러한 분석결과를 토대로, 연구자는 장애인 소년보호사건에 필요한 사법지원 방안 및 제도 개선점에 관련한 몇 가지 시사점을 제시하였다.

❖ 주제어 : 소년보호사건, 장애인, 보호소년, 사법지원

\* 이 논문은 <법조공익모임 나우>의 지원을 받아 수행되었음.

\*\* 변호사, 장애인권법센터

\*\*\* 변호사, 변호사 한민희 법률사무소

## I. 서론

소년범죄에 대한 사회적 고민은 어느 시대에도 있어 왔다. 최근 소년범의 재범률은 아직도 높은 수준이며 특히 소년이 저지르는 범죄의 특성이 저연령화, 흉포화, 지능화 되는 것이 문제되고 있다. 심각해져가고 있는 우리 사회의 소년범죄 문제는 청소년의 건전한 육성과 성장과도 깊은 관련이 있는 문제이므로 다각도의 연구가 필요하다.

장애인은 소년범죄의 가해자가 되기도 하고 피해자가 되기도 한다. 우리나라의 법제도는 장애인에 대한 사법지원의 내용을 규정하고 있다. 소년범죄에 대한 사법 제도는 일반 형사법상 사법제도와 조금 다른 독특한 특성을 가지고 있다. 이러한 현실 때문에 소년범죄의 가해자인 장애인에게 적절한 사법지원이 이루어지지 못하고 있어 문제가 되고 있다. 이에 소년범죄에 있어서의 장애인 사법지원 각 절차상 도출되는 제도적 문제점에 대한 정책 방향을 살펴볼 필요가 있다.

요컨대, 본 연구는 이상의 문제인식을 기초로 우선, 장애인과 장애 관련 법령을 살펴보고, 장애인에 대한 사법지원 제도를 분석한다. 이후 이를 바탕으로 소년범죄의 제도적 특성과 절차를 알아보고 장애인이 소년범죄의 가해자로서 소년보호재판 을 받게 될 때 각 절차별로 개선되어야 할 정책의 방향을 제안하는 것을 주요 목적으로 한다.

본 연구의 구체적인 연구내용은 다음과 같다.

- 먼저 장애의 개념 및 원인, 유형 등을 통계와 함께 살펴봄으로서 장애인에 대한 전반적 이해를 개관한다. 또한 장애인 관련 주요 법령 현황을 살펴본다.
- 현행 장애인 사법지원제도를 살펴본다 소년범죄에 관한 사건 처리에서는 어떻게 적용될 수 있을지 분석해 본다.
- 소년사건의 이원화제도를 소개하고 소년보호제도의 목적을 알아본다 소년보호사건의 대상을 구체화하고 소년형사사건과 비교해 봄으로서 연구의 범위가 소년보호사건임을 구체화한다.
- 소년보호재판의 절차를 자세히 살펴봄으로서 각 절차별로 장애인이 재판의 당

사자가 될 경우 어떠한 사법지원이 필요할지 제시한다.

- 제도개선 방향에 관하여 소년범과 장애인 인권의 교차점으로서 소년보호사건의 보호소년이 장애인일 경우 발생할 수 있는 인권적 문제점을 도출한다.
- 제도개선의 구체적 과제로서 수사단계에서, 소년보호 재판단계에서, 이후 단계 등에서 나타나는 제도 개선방향을 제시한다.

## II. 장애인 이해 및 장애인 사법지원제도

### 1. 장애와 장애인 이해

#### 가. 장애의 개념 및 원인

우리나라는 「장애인복지법」에서 장애인의 정의 및 유형을 규정하며 「장애인복지법」 제2조 제1항에서는 장애인을 ‘신체적·정신적 상태로 인하여 장기간에 걸쳐 일상생활 또는 사회생활에 상당한 제약을 받는 자’로 정의 하고 있다. <표 1>과 같이 15가지 유형의 장애종류로 나뉘어져 있는데 장애종류는 크게 신체적 장애와 정신적 장애로 나누며, 신체적 장애는 다시 겉으로 보이는 외부신체적 기능장애와 내부신체적 기능장애로, 정신적 장애는 지적장애, 정신장애, 자폐성장애로 분류할 수 있다.

〈표 1〉 장애인복지법상 장애의 분류

| 대분류    | 중분류               | 소분류                                    |
|--------|-------------------|----------------------------------------|
| 신체적 장애 | 외부신체적 기능장애        | 지체장애, 뇌병변장애, 시각장애, 청각장애, 언어장애, 안면장애    |
|        | 내부신체적 기능장애        | 신장장애, 심장장애, 간장애, 호흡기장애, 장루·요루장애, 뇌전증장애 |
| 정신적 장애 | 지적장애, 정신장애, 자폐성장애 |                                        |

지체장애는 절단 및 변형 장애가 대표적이고, 뇌병변장애는 뇌의 손상으로 인한 복합적 장애이다. 시각장애는 시력이나 시야가 결손된 장애이고, 청각장애는 청력이

나 평행기능의 장애이다. 언어장애는 언어나 음성, 구어의 장애이고, 지적장애는 지능지수와 사회성지수가 70미만인 경우를 의미한다. 자폐성장애에는 자폐스펙트럼 내의 다양한 자폐성 장애가 있으며, 정신장애는 조현병, 분열성 정동장애, 양극성 정동장애, 반복성 우울장애로 나뉜다. 신장장애는 투석치료 중이거나 신장을 이식받은 경우이고, 심장장애는 일상생활이 현저히 제한되는 심장기능 이상 상태이다. 호흡기장애는 일상생활이 현저히 제한되는 만성 중증의 호흡기능 이상이고, 간장애인은 일상생활이 현저히 제한되는 만성 중증의 간 기능 이상이다. 안면장애는 얼굴의 추상, 함몰, 비후 등 변형으로 인한 장애이며, 장루요루장애는 일상생활이 현저하게 제한되는 장루와 요루를 말한다. 뇌전증장애는 기존 간질장애의 새로운 용어이다.

보건복지부는 2018.4. 「2017년 장애인 실태조사」 결과를 발표하였다. 해당 실태조사의 주요 결과를 살펴보면 우리나라의 장애출현율은 5.39%(267만 명)로, 인구 1만 명당 539명이 장애인인 것으로 추정된다. 2017년 말 기준 등록장애인은 255만 여 명으로 2017년 조사결과인 267만 명 중 12만 명(4.5%)은 미등록한 것으로 추정된다. 이는 2014년도 장애출현율 5.59%에 비해 약간 감소한 것으로 한 것으로, 장애에 대한 사회적 인식의 개선과 장애등록 연계 서비스 내용 확대 등에 기인하여 비교적 높은 장애 등록률로 나타난 것으로 보인다. 그러나 장애 등록절차와 방법을 몰라 장애등록을 하지 않는 경우도 많이 나타나고 있다. 이 중 지역사회에 거주하고 있는 재가 장애인은 255만 명가량이고, 전체 장애유형 중 가장 많이 등록한 장애유형은 지체장애(1,254,000 명)이고, 그 다음은 청각/언어장애, 시각장애/뇌병변장애 순으로 나타났다. 가장 적은 등록 장애인은 안면장애인이다.

장애발생의 원인은 후천적 원인이 88.1%로 2014년 88.9%와 비슷한 수준을 나타냈다. 후천적 원인 중 가장 높은 비율을 차지하는 ‘질환’은 56.0%이고, 그 다음 원인은 ‘사고’로 32.1%로 나타났다. 선천적 원인은 5.1%, 출산시 원인은 1.4%, 기타 원인불명은 5.4%로 조사된 바 있다.

## 나. 장애인 관련 주요 법령 및 인권관련 법령

현행 장애인 관련 법률은 장애인의 생애주기별, 기본권의 각 영역별로 다양하게 마련되어 있다. 가장 기본이 되는 법률은 「장애인복지법」이지만, 최근 시행된 「장

애인 건강권 및 의료접근성 보장에 관한 법률」이나 「장애인 등에 대한 특수교육법」과 같이 특정 기본권을 위한 법률도 제정되고 있다. 그밖에 장애인에 대한 경제적 지원 또는 경제적 자립을 위한 법률로 「장애인고용촉진 및 직업재활법」, 「장애인·고령자 등 주거약자 지원에 관한 법률」, 「장애인기업활동 촉진법」, 「장애인연금법」, 「중증장애인생산물 우선구매 특별법」 등이 시행되고 있다. 나아가 장애인의 생활 편의를 위하여 중요한 역할을 하는 「장애인활동 지원에 관한 법률」, 「장애인·노인 등을 위한 보조기기 지원 및 활용촉진에 관한 법률」, 「장애인·노인·임산부 등의 편의 증진 보장에 관한 법률」, 장애아동 및 그 가족에 대한 의료지원, 발달재활서비스, 보육지원, 가족지원 등의 복지적 서비스 지원 제공을 위해 제정된 「장애아동 복지 지원법」도 장애인의 생활에 중요한 역할을 하고 있다.

이와 같은 여러 장애인 관련 법령 중 특히 인권에 관련된 법률로 「장애인 차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」(이하에서는 ‘장애인차별금지법’이라 한다)과 「발달장애인 권리보장 및 지원에 관한 법률」(이하에서는 ‘발달장애인법’이라 한다)을 들 수 있다.

장애인에 대한 차별적인 대우를 근절하고 장애인의 권익을 확보할 목적으로 2008년 4월 10일에 시행된 장애인차별금지법은 제32조(괴롭힘 등의 금지)에서 폭력에서 자유로울 수 있는 권리, 정서적 학대, 방임 및 유기, 재정적 학대, 성적학대 등을 두고 있다.

발달장애인의 특수성을 반영하여 발달장애인의 생애주기별 특성에 맞는 복지 욕구 지원과 권리옹호를 위한 목적으로 2015년 11월 21일 시행된 발달장애인법은 발달장애인의 욕구 파악을 통한 복지정책 수립을 위해 3년마다 실태조사를 실행하도록 하고 있다. 또한 경찰공무원의 장애인 인식교육 실행 및 수사 시 신뢰관계인 참석 등 형사사법절차 상 권리보장에 관한 규정, 유기 등에 대한 신고의무 규정, 현장조사 규정, 위기발달 장애인쉼터 등 보호조치 규정, 발달장애인지원센터의 설치 및 역할, 신고의무자에 대한 과태료 규정 등도 마련해 두고 있다.

## 2. 장애인에 대한 사법지원제도

장애인인 보호소년 관련 제도의 개선점을 살펴보기 위해 우선 현행 헌법과 법률에서 마련하고 있는 장애인에 대한 사법지원제도의 개관을 살펴본다.

### 가. 장애인 사법지원 일반

#### 1) 헌법상 장애인 사법지원

장애인이 재판절차에 실질적으로 참여하기 위하여 필요한 사법지원을 받을 권리는 헌법상 기본권인 재판을 받을 권리(헌법 제27조)의 보장에 해당한다. 특히 형사소송절차에서 장애인이 국선변호인으로부터 도움을 받을 권리는 형사 피의자·피고인의 변호인의 조력을 받을 권리(헌법 제12조)에 해당한다.

장애인이 민사소송의 당사자 또는 형사소송의 피고인 등의 지위가 아니라, 법관, 검사, 법원사무관등을 포함한 법원 직원과 같이 국가기관의 구성원 지위에서 재판절차에 참여하는 경우에는 그 장애인의 공직 수행을 위한 각종 조치 및 지원은 헌법상 재판을 받을 권리가 아니라 공무담임권(헌법 제25조)이 그 근거가 될 것이다.

나아가 헌법상 평등권(헌법 제11조 제1항)은 장애인에 대한 사법지원에 있어 거의 모든 국면에서 중요한 준거 규범으로 작용한다. 헌법상 평등권은 서로 같은 것에 대한 다른 취급을 금지하는 것과 마찬가지로 서로 다른 것을 획일적으로 취급하는 것 또한 금지하므로, 실질적 평등 보장을 위하여 장애인에 대한 별도의 지원을 요구하는 방식으로 적극적으로 작용할 수도 있다.

#### 2) 소송법상 장애인 사법지원

민사소송법은 미성년자 등 제한능력자에 대한 특별대리인제도를 마련하고 있다(제62조). 또한 제143조(통역) 제1항 본문과 형사소송법 제181조(농아자의 통역)는 듣거나 말하는 데 장애가 있는 청각장애인·언어장애인 등에게 수어통역을 제공하는 근거를 마련하고 있다. 위 민사소송법 제143조 제1항 단서는 속기사 등을 통한 문자통역의 근거로서 중요한 의미가 있다.

형사소송법은 피고인이 농아자인 때와 심신장애의 의심이 있는 때를 국선변호인 선정 사유로 규정하고 있다(제33조 제1항 제4호, 제5호). 또한, 형사소송법은 검사 또는 사법경찰관의 신문을 받는 피의자(제244조의5), 공판에서 신문을 받는 피고인(제276조의2) 등이 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에 그와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있도록 규정하고 있다. 형사소송법 제55조 제2항의 “피고인이 공판조서를 읽지 못하는 때에는 공판조서의 낭독을 청구할 수 있다.”는 규정은 문맹인 외에도 시각장애나 난독증이 있는 장애인에게 적용될 수 있다. 형사소송법 제157조 제3항 단서의 “단, 증인이 선서를 낭독하지 못하거나 서명을 하지 못하는 경우에는 참여한 법원사무관등이 이를 대행한다.”는 규정은 말을 하지 못하는 청각장애인·언어장애인과 지체장애·뇌병변장애 등으로 글씨를 쓰지 못하는 장애인 등의 경우에 적용될 수 있다.

## 나. 특수한 경우의 장애인 사법지원

### 1) 장애인차별금지법상 정당한 편의

장애인차별금지법에서 금지하는 ‘차별’에는 장애인을 장애를 사유로 정당한 사유 없이 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하는 경우(직접차별) 뿐 아니라 장애인에 대하여 형식상으로는 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하지 아니하지만 정당한 사유 없이 장애를 고려하지 아니하는 기준을 적용함으로써 장애인에게 불리한 결과를 초래하는 경우(간접차별) 및 정당한 사유 없이 장애인에 대하여 정당한 편의제공을 거부하는 경우(정당한 편의 제공 거부) 등도 포함된다(제4조 제1항). 여기서 정당한 편의란 “장애인이 장애가 없는 사람과 동등하게 같은 활동에 참여할 수 있도록 장애인의 성별, 장애의 유형 및 정도, 특성 등을 고려한 편의시설·설비·도구·서비스 등 인적·물적 제반 수단과 조치”를 말한다(제4조 제2항)

특히 장애인차별금지법 제26조는 사법·행정절차 및 서비스 제공에 있어서의 차별금지에 관한 내용을 구체적으로 규정하고 있다. 동 조항에 따르면 공공기관의 사법·행정절차 및 서비스 제공에 있어서의 장애인 차별금지(제1항) 외에, 사법·행정절차 및 서비스를 장애인이 장애인 아닌 사람과 실질적으로 동등한 수준으로 이용할

수 있도록 제공하고 이를 위하여 정당한 편의를 제공할 의무(제4항), 사법·행정절차 및 서비스에 참여하기 위하여 장애인 스스로 인식하고 작성할 수 있는 각종 서식의 제작 및 제공 등 정당한 편의제공을 요구할 경우 이에 응할 의무(제5항) 및 사건관계인에 대하여 의사소통·표현에 장애가 있는지 여부를 확인하고 형사사법절차에서 조력을 받기를 신청하면 필요한 조치를 마련할 사법기관의 의무(제6항) 등을 정하고 있다.

장애인차별금지법 제26조 제8항의 위임에 따라 규정된 같은 법 시행령 제17조 제1항은 장애인이 사법·행정절차 및 서비스를 이용하거나 그에 참여하기 위하여 요구할 경우 제공하여야 할 정당한 편의로 “보조인력, 점자자료, 인쇄물음성출력기기, 수화통역, 대독(代讀), 음성지원시스템, 컴퓨터 등”을 예시로 들고 있다. 이를 열거적인 편의로 해석할 이유는 없으며 정당한 편의 제공이 필요한 장애 유형·정도 및 구체적 상황과 필요에 따라 더욱 다양한 내용의 편의를 제공하여야 할 경우도 있다.

또한, 공공기관(국가, 지방자치단체, 그밖에 대통령령으로 정하는 공공단체) 등은 장애인이 전자정보와 비전자정보를 이용하고 그에 접근함에 있어서 장애를 이유로 불리하게 대하거나 또는 정당한 사유 없이 장애를 고려하지 않은 기준을 적용함으로써 장애인에게 불리한 결과를 초래하여서는 아니 되고(제20조 제1항), 장애인관련자로서 수화통역, 점역, 점자교정, 낭독, 대필, 안내 등을 위하여 장애인을 대리·동행하는 등 장애인의 의사소통을 지원하는 자에 대하여는 누구든지 정당한 사유 없이 이들의 활동을 강제·방해하거나 부당한 처우를 하여서는 아니 된다(같은 조 제2항).

또한, 공공기관 등이 생산·배포하는 전자정보 및 비전자정보에 대하여 장애인이 장애인 아닌 사람과 동등하게 접근·이용할 수 있도록 수화, 문자 등 필요한 수단을 제공하여야 하고(제21조 제1항), 공공기관이 주최 또는 주관하는 행사에서 장애인의 참여 및 의사소통을 위하여 필요한 수화통역사·문자통역사·음성통역사·보청기기 등 필요한 지원을 하여야 한다(같은 조 제2항). 이러한 장애인차별금지법 제21조 제1항에 따라 제공되어야 하는 수단의 구체적 내용에 관하여 같은 법 시행령 제14조 제2항은 “1. 누구든지 신체적·기술적 여건과 관계없이 웹사이트를 통하여 원하는 서비스를 이용할 수 있도록 접근성이 보장되는 웹사이트 2. 한국수어 통역사, 음성

통역사, 점자자료, 점자정보단말기, 큰 활자로 확대된 문서, 확대경, 녹음테이프, 표준텍스트파일, 개인형 보청기기, 자막, 한국수어 통역, 인쇄물음성변환출력기, 장애인용복사기, 화상전화기, 통신중계용 전화기 또는 이에 상응하는 수단”이라고 정하고 있다. 이에 대하여 웹사이트 뿐 아니라 모바일 어플리케이션이나 모바일용 웹사이트에도 동일한 수준의 웹접근성이 구비되어야 한다는 주장이 큰 설득을 얻고 있다. 가령, 형사사법포털(KICS)을 웹사이트로 접속해서 이용하는 것과 동일하게 스마트폰으로 접속해서 이용하는 것도 시각장애인을 위한 웹접근성이 구비되어 있어야 할 것이다.

장애인차별금지법 제21조 제1항, 제26조 및 같은 법 시행령 제14조 제2항 제1호 이외에도 웹 접근성과 관련하여 국가정보화기본법 제32조 제1항은“국가기관등은 인터넷을 통하여 정보나 서비스를 제공할 때 장애인·고령자 등이 쉽게 웹 사이트를 이용할 수 있도록 접근성을 보장하여야 한다.”고 함으로써 법원이 재판 관련 정보를 홈페이지를 통하여 제공하거나 전자소송 사이트 등을 구축·관리하는 경우 장애인 등의 접근성을 보장하도록 규정하고 있다.

## 2) 수사를 받는 장애인에 대한 수사기관의 사법지원

「형사소송법」 제244조의 5에서는 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 신문하는 경우 피의자가 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정·전달할 능력이 미약한 때에는 직권 또는 피의자·법정대리인의 신청에 따라 피의자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있도록 규정하고 있다(이 내용은 동법 제276조의 2에 의하여 공소제기 이후의 단계에서도 재판장 또는 법관의 피고인신문시 동일하게 적용되고 있다). 피해자의 경우에는 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 하여야 하는 것과 달리 임의적 규정임을 알 수 있다.

또한 「발달장애인지원 및 권리보장에 관한 법률」은 발달 장애인(지적장애, 자폐장애)을 위한 보조인 및 전담조사제도를 규정(동법 제12조 제2항, 제3항 및 13조 제1항)하고 있으며, 장애인을 위한 통역제공 규정도 형사소송법 제181조, 인권보호 수사준칙 제55조, 장애인인권옹호추진방안에 관한 지시 제3항 등에 마련되어 있다.

법무부 훈령인 인권보호수사준칙(법무부훈령 제1170호) 제37조(가족 등의 참관)

는 ‘검사는 피의자가 미성년자이거나 신체적·정신적 장애 등의 사정으로 자신의 권리를 제대로 행사하지 못할 염려가 있는 경우에는 수사에 특별한 지장이 없고 피의자의 의사에 반하지 않는 한 가족 등 피의자를 보호할 수 있는 자의 참관을 허용하여야 한다.’고 규정하고 있다. 여기서의 참관의 의미는 변호인의 참여와 동일하게 해석되는 것은 아니며, 실무상 조사받는 자의 심신안정을 위해 조사 과정을 지켜보는 것을 염두한 조문으로 해석된다.

동 훈령 제53조(소년)에서는 ‘검사는 소년(만 20세 미만의 자를 말한다)인 피의자에 대하여 심신상태, 성행, 경력, 가정상황, 그 밖의 환경을 정확하게 조사하고 피의자의 비행 원인을 과학적으로 진단한 후 그에 따라 적절히 처분하여 피의자가 건전한 사회인으로 복귀할 수 있도록 노력하여야 한다.’, ‘소년을 조사하는 경우에는 나이, 지적 능력, 심신상태 등을 이해하고 조사에 임하여야 하며, 친절하고 부드러운 어조로 조사하여야 한다.’고 규정하고 있다. 검찰에서는 이 규정을 바탕으로 소년의 상황을 조사한 내용을 정리하여 기록에 편철하고 있다.

또한 장애인과 관련하여 동 훈령 제55조에서는 ‘청각 및 언어장애인이거나 그 밖에 의사소통이 어려운 장애인을 조사하는 경우에는 수화·문자통역을 제공하거나 의사소통을 도울 수 있는 사람을 참여시켜야 한다.’, ‘장애인인 피의자에게는 대한법률구조공단의 법률구조 신청이 가능함을 안내하여 준다.’라고 규정하고 있다. 이 규정에서 나타난 ‘의사소통이 어려운 장애인’은 비단 지적장애인과 자폐성장애인, 정신장애인과 같은 정신적 장애인만을 의미하기 보다는 뇌병변장애나 청각장애로 의사표현이 원활하지 못하는 등도 포함하는 것으로 볼 수 있다. 그 경우 ‘의사소통을 도울 수 있는 사람’이란 가족, 활동지원사 등을 상정할 수 있을 것이다.

이와 같이 장애인에 대한 사법지원의 구체적인 내용을 살펴보았으므로, 이하에서는 이 연구에서 자세히 검토하고자 하는 ‘소년사건’과 관련하여 특히 소년재판을 받는 장애인의 보호처분 절차상 개선사항을 제언하기로 한다. 이를 위해 먼저 소년보호사건을 개괄한다.

### III. 소년법과 소년보호사건의 이해

#### 1. 소년보호사건의 이해

##### 가. 소년사건의 이원화

소년법은 반사회성(反社會性)이 있는 소년의 환경 조정과 품행 교정(矯正)을 위한 보호처분 등의 필요한 조치를 하고, 형사처분에 관한 특별조치를 함으로써 소년이 건전하게 성장하도록 돕는 것을 목적으로 한다(소년법 제1조). 이점을 고려하여 우리나라는 ① 소년보호사건과 ② 소년형사사건을 구분하여 소년사건을 이원화하고 있다.

소년사건이 발생하였을 경우, 검찰·법원은 범죄를 저지른 소년의 연령·범죄의 내용과 죄질·이전 범행이력 등을 종합적으로 판단하여 ‘소년보호사건으로 다룰지 소년형사사건으로 다룰지’ 결정한다.

소년보호사건의 보호소년이 장애인인 경우를 이해하기 위해서는 우선 일반적인 소년보호사건을 살펴볼 필요가 있다.

##### 나. 소년보호사건의 대상

소년보호사건의 대상인 소년은 만 19세 미만인 자를 말하고(소년법 제2조), 범죄 소년·촉법소년·우범소년으로 구별하고, 이들을 합하여 ‘비행소년’이라고 지칭한다.

① 범죄소년은 죄를 범한 소년이고, 범죄행위시를 기준으로 만 14세 이상 보호처분시를 기준으로 만 19세 미만인 경우에 소년보호처분을 하는 것이 적절한 소년이다. 보호처분보다 형사처벌이 적절할 경우 소년 형사재판을 받게 된다(소년법 제4조 제1항 제1호, 형법 제9조). ② 촉법소년은 형벌 법령에 저촉되는 행위를 한 만 10세 이상 만 14세 미만인 소년이다(소년법 제4조 제1항 제2호, 형법 제9조). ③ 우범소년은 집단적으로 몰려다니며 주위 사람들에게 불안감을 조성하는 성벽(性癖)이 있거나, 정당한 이유 없이 가출하거나, 술을 마시고 소란을 피우거나 유해환경에 접하는 성벽이 있는 소년 중 그의 성격이나 환경에 비추어 앞으로 형벌 법령에 저촉

되는 행위를 할 우려가 있는 10세 이상인 소년이다(소년법 제4조 제1항 제3호).

#### 다. 소년형사사건과 비교

소년법은 소년형사사건에 관하여 규정하고 있다. 소년사건을 소년형사사건으로 처리할 경우, 소년법에 특별한 규정이 없으면 일반 형사사건의 예에 따른다(소년법 제48조). 즉 소년법의 취지를 형사사건에서도 실현하기 위해 심리방침과 형벌 등에 별도의 규정을 한 것으로 봄이 타당하다(소년법 제58조, 제59조, 제60조).

### 2. 소년보호재판의 절차<sup>1)</sup>

#### 가. 가정법원에 사건접수(송치 또는 통고)

① 범죄소년의 경우, (i) 검사가 소년보호사건으로 송치를 하거나 (ii) 소년형사재판을 담당하는 소년형사부가 결정으로써 사건을 관할 소년부에 송치한다(소년법 제49조 제1항, 소년법 제50조). 그리고 보호소년의 보호자 또는 학교·사회복지시설·보호관찰소의 장은 직접 관할 소년부에 통고할 수 있다(소년법 제4조 제3항). ② 촉법소년의 경우, 경찰서장이 직접 관할 소년부에 송치하거나(소년법 제4조 제2항), 범죄소년과 같이 통고할 수 있다(소년법 제4조 제3항). ③ 우범소년의 경우, 촉법소년과 같다(소년법 제4조 제2항, 제3항). 소년보호사건의 경우 바로 관할 소년부에 통고할 수 있다는 점이 경찰·검찰 등 수사기관을 거치는 일반 형사사건과 눈에 띄게 다른 점이다.

#### 나. 신병에 관한 처리

소년부 판사는 사건을 조사 또는 심리하는 데에 필요하다고 인정하면, ① 보호자 소년을 보호할 수 있는 적당한 자 또는 시설에 위탁하거나, ② 병원이나 그 밖의 요양소에 위탁하거나, ③ 소년분류심사원에 위탁하는 ‘임시조치’를 할 수 있다(소년

1) 강동욱, “소년사건 처리절차에 관한 고찰”, 한양법학 제23호, 2012년, 13-24쪽

법 제18조 제1항). 이중 ③에 대해 임시위탁이라고 칭한다. 임시조치는 기간제한이 있으므로 주의해야 한다(소년법 제18조 제3항).

## 다. 조사절차

조사는 소년에 대한 보호의 필요성에 관한 자료를 수집하고 분석하는 기능을 가지고 있다. 소년분류심사원에 위탁되지 않았으나 심리개시가 예상되는 경우에는 조사를 하는 것이 적절한 보호처분을 위해 필요하다. 조사절차는 ① 법원의 조사절차(조사관 조사, 전문가 진단, 심리상담조사, 시험관찰, 청소년참여법정 등)와 ② 법원 외의 조사절차(소년분류심사원, 청소년비행예방센터, 보호관찰소 등)로 나눌 수 있고, 이러한 결정은 소년부 판사가 내린다.<sup>2)</sup>

## 라. 심리

소년부 판사는 조사결과를 포함한 기록을 검토한 후 사건을 심리할 필요가 있다고 판단할 경우 심리개시결정을 하고 심리를 시작한다. 이때 소년이나 보호자는 소년부 판사의 허가를 받아 보조인을 선임할 수 있는데(소년법 제17조 제1항), 보호자나 변호사를 보조인으로 선임하는 경우에는 허가를 받지 않아도 된다(소년법 제17조 제2항). 형사소송법 중 변호인의 권리의무에 관한 규정은 소년보호사건의 성질에 위배되지 아니하는 한 보조인에 대하여 준용한다(소년법 제17조 제6항).

그런데 소년이 ① 소년분류심사원에 위탁된 경우 보조인이 없을 때에는 법원은 필수적으로 변호사 등 적정한 자를 보조인으로 선정하여야 한다(소년법 제17조의2 제1항). ② 위탁되지 않은 경우에도 (i) 소년에게 신체적·정신적 장애가 의심되는 경우, (ii) 빈곤이나 그 밖의 사유로 보조인을 선임할 수 없는 경우, (iii) 그밖에 소년부 판사가 보조인이 필요하다고 인정하는 경우, 법원은 직권에 의하거나 소년 또는 보호자의 신청에 따라 보조인을 선정할 수 있다. 이렇게 지정된 보조인을 국선보조인이라고 한다.<sup>3)</sup>

2) 이상한, “소년형사사건에서 양형조사의 합리적 운영방안”, 형사정책 제28권 제3호, 2016년, 130-137쪽

3) 원혜옥, “소년사건에서의 보호이념과 국선보조인제도”, 형사정책 제28권 제3호, 2016년, 17-30쪽

## 마. 보호처분의 결정

### 1) 불처분결정

소년부 판사는 ① 소년의 비행사실이 인정되지 않는 경우, ② 비행사실이 인정되나, 보호자의 보호의지 및 보호능력이 강하고, 비행의 내용이 경미하거나 우발적이고, 피해자의 용서를 받았고, 재비행의 가능성이 없다고 판단되는 경우, ③ 다른 비행으로 이미 보호처분을 받았거나, 형사재판을 받아 형이 확정되어 새로운 보호처분을 할 필요가 없다고 보이는 경우다.

### 2) 검사에게 송치

범죄소년의 경우, 소년부 판사는 ① 사실관계를 다투어 추가적인 조사가 필요한 경우에는 검사에게 송치한다. 그리고 ② 소년을 조사 심리한 결과 금고 이상의 형에 해당하는 범죄 사실이 발견된 경우, 그 동기와 죄질이 형사처분을 할 필요가 있다고 인정하면, 관할 지방법원에 대응한 검찰청 검사에게 송치하여야 한다(소년법 제7조 제1항). 또한 ③ 소년이 19세 이상인 것으로 밝혀진 경우도 그러하다(소년법 제7조 제2항). 다만 위 소년이 법원에서 송치된 경우라면, 결정으로써 송치한 법원에 사건을 다시 이송하여야 한다(소년법 제7조 제2항, 제50조, 제51조).

### 3) 보호처분

소년부 판사는 심리 결과 보호처분을 할 필요가 있다고 인정하면 결정으로써 소년법 제32조 제1항 각호의 어느 하나에 해당하는 처분을 하여야 한다(소년법 제32조 제1항, 제3항, 제4항). 그리고 보호처분은 처분 상호간에 그 전부 또는 일부를 병합할 수 있다(소년법 제32조 제2항). 또한 소년부 판사는 보호자에게 소년의 보호를 위한 특별교육을 받을 것을 명할 수 있다(소년법 제32조의2 제3항). 이 내용은 <표 2>와 같다.

〈표 2〉 소년법상의 보호처분과 그 내용

| 종류  | 내용                                            | 기간(연장)   | 적용연령   | 병합가능처분         |
|-----|-----------------------------------------------|----------|--------|----------------|
| 1호  | 보호자 또는 보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 자에게 감호 위탁       | 6월(+6월)  | 10세 이상 | 2, 3, 4, 5호    |
| 2호  | 수감명령                                          | 100시간 이내 | 12세 이상 | 1, 3, 4, 5호    |
| 3호  | 사회봉사명령                                        | 20시간 이내  | 14세 이상 | 1, 2, 4, 5호    |
| 4호  | 보호관찰관의 단기(短期) 보호관찰                            | 1년       | 10세 이상 | 1, 2, 3, 6호    |
| 5호  | 보호관찰관의 장기(長期) 보호관찰                            | 2년(+1년)  | 10세 이상 | 1, 2, 3, 6, 8호 |
| 6호  | 아동복지법에 따른 아동복지시설이나 그 밖의 소년보호시설에 감호 위탁         | 6월(+6월)  | 10세 이상 | 4, 5호          |
| 7호  | 병원, 요양소 또는 보호소년 등의 처우에 관한 법률에 따른 소년의료보호시설에 위탁 | 6월(+6월)  | 10세 이상 |                |
| 8호  | 1개월 이내의 소년원 송치                                | 1월 이내    | 10세 이상 | 5호             |
| 9호  | 단기 소년원 송치                                     | 6월 이내    | 10세 이상 |                |
| 10호 | 장기 소년원 송치                                     | 2년 이내    | 12세 이상 |                |

## 바. 항고

소년·보호자·보호인·그 법정대리인은 소년법 제32조에 따른 보호처분결정 및 제32조의2에 따른 부가처분 등의 결정 또는 제37조의 보호처분·부가처분 변경결정에 대하여 ① 법령위반이나 중대한 사실오인이 있거나 ② 처분이 현저히 부당한 경우에 항고할 수 있다.

## 사. 기타

이상에서 살펴본 바와 같이, 소년법은 소년보호사건을 소년형사사건과는 달리 특별한 절차에 의하도록 하고 있다. 이러한 소년보호사건 특유의 재량성과 내밀성, 대외비성은 소년범죄에 대한 법의 태도를 보여주고 있다. 이하에서는 이러한 소년보호사건의 특별한 처리과정상 발생할 수 있는 장애인 인권침해 문제점은 없는지를 살피고 그에 대한 정책 방향과 제도개선점을 제시하고자 한다.

## Ⅳ. 제도개선 방향 및 향후 과제

### 1. 소년법과 장애인 인권 교차점

소년법이 소년보호사건을 규정한 취지를 고려할 때, 보호소년이 장애인인 경우, 특별한 제도가 필요하다. 그러나 소년법은 소년분류심사원에 위탁되지 않은 보호소년에게 신체적·정신적 장애가 의심되는 경우 국선보조인을 선정할 수 있다고 규정한 것(소년법 제17조의2 제2항 제1호) 외에 별도로 장애인 보호소년에 대해 규정한 것은 없다.

소년보호사건이 가정법원에 접수되면 심리전·후로 보호소년에 대한 조사가 이루어지는데, 이때 보호소년이 장애인이면 전문 상담가나 정신과 의사 등에 의한 전문가 진단이나 심리 상담이 이루어 질 수 있고, 이를 토대로 보호조치가 결정될 수 있을 것이다. 그러나 외관상 보호소년의 장애를 명확히 확인할 수 있는 경우가 아니라면, 적절한 조사가 이루어지기 어렵고, 장애인 보호소년을 위한 보호조치가 이루어지기 힘들다. 특히 보호자가 소년보호재판 전 보호소년의 장애를 인식하고 이해한 후 장애등록을 하는 경우가 드물고, 장애를 진단받고 등록하는 것에 대한 부정적인 현실을 고려하면, 경계성 장애가 있는 경우 더욱 그러하다.

### 2. 수사단계에서 개선방향

앞서 거론한 것처럼, 소년보호사건으로 송치되기 위해서는 수사단계를 거친다. 이때 범죄행위자가 장애인이라는 점이 고려된다면, 사건의 실체와 적정한 책임에 도달할 수 있을 것이다. 결국 장애인이 당사자인 소년보호사건의 사법절차를 개선하기 위해서는 수사단계에서부터 당사자에 대한 장애여부 확인과 특별한 조사절차가 필연적이다.

대법원은 “소년인 피고인이 이 사건 범행 당시 심신장애의 상태에 있었는지 여부에 대한 감정을 실시하여 그 결과까지 종합해 본 다음 과연 피고인이 이 사건 범행 당시 심신상실 내지 심신미약의 상태에 있었는지 여부를 판단하였어야 한다<sup>4)</sup>.”고

판시한 바, 수사단계에서부터 소년의 심신미약 등 정신상태를 면밀히 확인할 필요가 있음을 밝히고 있다.

### 가. 수사초기 단계부터 장애여부 및 소년상태 확인 의무제도

경찰은 소년사건을 수사할 때 소년업무규칙<sup>5)</sup>에 따른다. 이에 따라 경찰은 소년환경조사서를 작성하고(제17조), 조사할 때 언행이나 태도에 특별히 주의하고(제18조), 소년 및 보호자가 동의하는 경우 조사 시 전문가를 참여시킨다(제23조). 이때 참여한 전문가는 비행성에측자료표를 작성하여 제출한다(제25조). 그런데 소년환경조사서에는 소년의 마약사용·정신상태를 기재하는 항목이 있을 뿐 장애여부를 구체적으로 기재하는 항목은 없어 개선이 필요하다.

같은 취지로 보호소년의 장애여부에 대하여는 형사사법포털(KICS)에 피의자등란을 입력하면서 필수적으로 이를 기재토록 함으로서 해당 단계에서 제공해야 하는 사법지원이나 정당한 편의가 적절히 제공될 수 있도록 해야 제도적 실효성을 확보할 수 있을 것이다.

### 나. 장애인 보호소년에 대한 전담조사제

보호소년은 경찰에서 1차적인 수사를 받고, 혐의가 인정될 경우 검찰로 송치된다. 검찰은 경찰이 송치한 수사자료 일체를 토대로 소년보호사건으로 할지 소년형사사건으로 할지 결정하고, 소년보호사건으로 송치할 경우 송치서에 보호소년에게 적절하다고 생각하는 보호처분을 구체적으로 기재한다. 그런데 촉법소년과 우범소년은 형사처벌 대상자가 아니어서 검찰수사를 받지 않는 만큼 경찰서장이 직접 관할 소년부에 송치하고, 소년보호사건송치서에 보호처분에 대한 의견도 기재한다. 이러한 점을 고려하여 경찰 초기 수사과정에서 보호소년의 장애유무를 신중히 파악하고 수사를 진행할 필요가 있다.

4) 대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도4398 판결 [성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(강간등상해)]

5) 경찰청예규 제537호

발달장애인법에서는 발달장애인 전담검사 및 발달장애인 전담 사법경찰관을 지정하도록 하여 이들로 하여금 발달장애인을 조사 또는 심문하게 하는 제도가 있으며<sup>6)</sup> 현재 시행중이다. 이 제도로 인해 조사를 받는 보호소년이 ‘발달장애인’일 경우에는 발달장애인 전담 수사관을 통한 지원이 가능하다. 그러나 발달장애인이 아닌 기타 장애유형에 해당되는 장애인을 위한 수사절차상 지원제도는 통역이나 신뢰관계인 등 형식적인 의사소통 지원 관련 제도 외에는 거의 전무하다. 보호소년이 장애인인 소년사건은 장애에 대한 이해 뿐 아니라 소년사건의 절차에 대한 숙지도 필요하므로 일반적인 형사 사건 조사 방식에 따라 진행하는 것은 지양되어야 한다. 조사는 문답을 바탕으로 조서에 기재되는데, 청각장애가 있는 사람은 단순히 청력이 부족한 경우보다 그로 인한 문법체계 자체의 미숙함 등의 취약성이 있다. 이러한 현실을 감안하여 수사기관 내 장애인 소년 전담조사제도가 필요하다.<sup>7)</sup> 그리고 보호소년이 장애가 있는지 명확하지 않을 경우 전문가 참여조사를 적극적으로 활용하거나 조사 초기 단계에서 지능과 사회성숙도를 평가할 수 있는 심리평가를 원칙적으로 진행하는 방안도 고려해볼만 하다.

#### 다. 장애인 보호소년 조사 시 보호자 및 신뢰관계인 적극 참여

소년업무규칙은 ‘경찰관이 보호소년에 대한 출석요구나 조사를 할 때에 지체 없이 그 소년의 보호자 또는 보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 사람에게 연락 하여야 하고, 다만 연락하는 것이 그 소년의 복리 상 부적당하다고 인정될 때에는 그러지 않는다’고 규정하고 있다(제16조). 2013년 8월 서울 모 경찰서에서 있었던 유사사건(지적장애 2급 소년을 절도사건 조사를 이유로 심야에 연행해 밤새 수갑을 채우고 보호자 동석을 배제한 채 수사하여 기소유예)에 대하여 국가배상청구소송이 제기되어 전부 승소한 사례가 있다(서울중앙지방법원 2016. 5. 9. 선고 2015가단5321684판결). 이러한 사례가 재발되지 않도록 보호소년이 장애인임이 확인된다면 보호소년의 방어권을 보장하기 위해 필요적으로 보호자 등 소년의 진술을 지원할 수 있는 사람에게 연락할 필요가 있다. 부득이 연락할 수 없는 상황이 있다면, 공적

6) 발달장애인법 제13조, 발달장애인에 대한 전담 조사제

7) 최병각, “소년사법에서 경찰의 역할과 역량”, 형사정책 제28권 제3호, 2016년, 111-112쪽

인 역할을 하는 제3자(가령 발달장애인법상 발달장애인지원센터 권익옹호팀 직원 등)를 장애인 보호소년의 임시 보호자로 지정하는 방안도 고려해야 한다.

### 3. 소년보호재판단계에서 개선방향

#### 가. 장애인 보호소년에 대한 필수적 보조인 선임

소년보호사건이 접수되면 심리개시 전에도 법원 및 법원 외의 조사가 이루어지는 경우가 많다. 일반적인 보호소년과 달리, 장애인 보호소년은 조사 시 더욱 주의를 기울여야 하고, 특히 경계성 장애에 있는 보호소년의 경우 전문가가 조사하여야 이를 파악할 수 있다. 그러므로 보호소년이 장애인 또는 장애인으로 보이는 경우, 필수적으로 보조인을 선임하도록 하고, 보조인을 선임할 수 없는 경우 국선보조인을 선정하는 것이 필요하다.

#### 나. 장애인 보호소년에 대한 임시처분 프로그램 개선

앞서 기재한 내용과 같이, 임시위탁 중에도 보호소년에 대한 여러 조사 등이 행해진다. 현재 소년분류심사원의 경우, 장애인 보호소년의 상황에 맞는 별도의 위탁교육 및 조사가 이루어지지 않고 있다. 장애인 보호소년은 다른 보호소년들과 같은 호실에서 지내는데, 소년분류심사원의 특성상 같은 호실에서 발생하는 문제가 그 방에 있는 보호소년들에게 영향을 미치는 만큼 갈등이 발생할 소지가 있다. 따라서 장애인 보호소년의 특성을 고려한 위탁교육과 조사 및 호실배정 등이 필요하다. 그리고 소년분류심사원이 보호소년의 처우지침 및 보호처분 의견을 제시하기 위해 소년부에 통보하는 분류심사보고서에 장애여부에 대한 항목을 추가하는 것도 필요하다.

### 4. 기타 소년보호사건 개선방향 등

#### 가. 보호처분 집행 단계에서 개선방향

장애인 보호소년을 고려한 양질의 보호처분이 집행된다면, 장애인 보호소년의 재

범이 방지되고, 사회복귀에 도움이 될 것이다.

우선 소년법 제32조 제1항 제1호 처분을 받은 장애인 보호소년의 경우, 친부모 등 보호자가 위탁받은 경우에도 보호소년을 적절하게 감호할 수 있도록 제도적 지원하는 것이 필요하다. 보호자에 대한 특별교육이나 상담 등을 병행하는 것을 고려해볼 수 있다. 제1호 처분을 받은 보호소년을 위탁할 보호자가 마땅치 않을 경우 신병인수 보호자위탁을 하여야 하는데, 장애인 보호소년의 특성을 고려한 사법형 그룹홈 등을 적극적으로 활성화한다면, 안정적인 감호를 기대할 수 있을 것이다.

제2호 및 제3호 처분의 경우, 장애인 보호소년이 이해할 수 있고 참여할 수 있는 수강프로그램과 사회봉사활동을 개발하는 것이 필요하다.

제4호 및 제5호 처분의 경우에도 보호관찰 시 장애인 보호소년의 특성을 고려하여야 한다. 현행 보호관찰카드에는 보호소년의 장애여부를 기재하는 항목이 없어 개선이 필요하고, 보호관찰 프로그램에 반영하는 것이 바람직하다. 더욱이 보호관찰소가 관할 소년부에 보호관찰대상자에 대한 보호처분변경신청을 할 경우, 어떠한 보호처분으로 변경해야 하는지 의견을 함께 제출하는 것을 고려하면, 장애인 보호소년이 보호관찰을 받을 경우 그 특성에 대한 고려가 필요하기 때문이다.

병원의 진단과 치료가 필요한 경우 제7호 처분이 집행되는데, 현재 제7호 시설에 대한 부정적인 인식으로 인해 절대적인 숫자가 부족한 것이 현실이다. 그리고 제7호 시설의 경우, 비용을 국가가 부담하는 대전소년원 외에는 보호자가 부담하고 있어, 경제력이 어려운 보호자의 경우 장애인 보호소년의 위탁을 포기하게 된다. 장애인 보호소년의 치료와 상담을 통한 사회복귀를 위해 적절한 경제적 지원방안을 모색할 필요가 있다.

아동복지시설이나 소년보호시설에 감호 위탁하는 제6호 및 소년원에 송치하는 제8호·제9호·제10호 처분의 경우, 장애인 보호소년의 수준과 환경에 맞는 프로그램이 개발되어 적용되어야 할 것이다.

## 나. 기타 제도개선 사항

경계성 장애인 보호소년의 경우, 일반적인 조사가 이루어 질 수 있는 점을 감안하여, 조사위원회에 필수적으로 장애인 보호소년자에 대한 교육을 실시하는 것이 필

요하다. 그리고 국선보조인 또한 이에 대한 교육을 실시하여야 하고, 장애인에 대한 이해가 뛰어난 활동가 등을 장애인 보호소년의 국선보조인으로 선정하는 방안을 연구하는 것이 필요하다.

## V. 결 론

소년법의 목적(제1조)은 소년보호사건 및 소년형사사건을 다른 재판을 구분하는 지표이고, 소년보호사건과 소년형사사건을 구별하는 근거이다. 소년보호사건은 반사회성이 있는 소년의 환경 조정과 품행 교정을 위한 보호처분 등의 필요한 조치를 한다는 점에서, 형사처분에 관한 특별조치를 하는 소년형사사건과 구별된다. 즉 소년보호사건은 처벌보다 훈육에 중점을 둔 것으로, 보호소년에 대한 각별한 이해가 필수적으로 전제한다. 보호소년이 건전하게 성장하도록 돕기 위해 각자에 맞는 보호처분을 해야 하고, 보호소년이 장애인일 경우 적법절차의 보장은 물론 그에 맞는 보호처분이 시행되어야 한다. 장애인 소년사건에 대한 사법지원에 대한 적극적인 접근을 통해 소년법의 목적과 소년보호사건의 실질을 실현하도록 노력해야 한다.

## 참고문헌

- 대한변호사협회 변호사연수원, 가사법특별연수(제187기), 2016
- 법원행정처, 소년 실무제요, 2014
- 법원행정처, 장애인 사법지원 가이드라인, 2013
- 강동욱, 대한민국 및 미국 영국 뉴질랜드 영국의 소년사건 처리절차에 대한 개괄적인 내용 “소년사건 처리절차에 관한 고찰”, 한양법학 제23호, 2012
- 원혜욱, “소년사건에서의 보호이념과 국선보조인제도”, 형사정책 제28권 제3호, 2016
- 이상한, “소년형사사건에서 양형조사의 합리적 운영방안”, 형사정책 제28권 제3호, 2016
- 최병각, “소년사법에서 경찰의 역할과 역량”, 형사정책 제28권 제3호, 2016

## A Study of Schemes to Improve Juvenile Protection for the persons with disabilities

Kim, Ye-won\*·Han, Min-hee\*\*

Focusing on the fact that legal support and reasonable accommodation are not properly provided to protected juveniles with disabilities in juvenile protection cases, this research summarized the types of legal support and reasonable accommodations that can be provided to the juveniles with disabilities under the current system. The two main issues to be dealt with in this study are as follows: First, what are the characteristics of the disabilities that should be particularly noted in investigation process of juvenile protection cases? Second, are juveniles with disabilities in juvenile protection cases provided with sufficient legal support and reasonable accommodation under the present legal system? The results of the analysis are as follows: First, it is necessary for the juveniles with disabilities in protected juvenile cases to have new investigation and trial system that comprehensively take into account not only the type and characteristics of the disabilities but also the specificity of the legal procedures of juvenile protection cases. Second, the current judicial support system and the reasonable accommodations that are provided to the people with disabilities under the current legal system are not sufficient enough to protect the protected juveniles with disabilities in juvenile protection cases, so that significant improvement is required. Based on the results of this analysis, the researchers of this study present several new suggestions on how to improve the current legal support system for juveniles with disabilities in juvenile protection cases.

---

\* Lawyer, Disability Rights Advocate Center

\*\* Lawyer, Han Min-hee Law Office

❖ Key words: Juvenile Protection Cases, Protected Juveniles, Legal Support,  
Juveniles with disabilities, People with disabilities

## 암호통신감청 및 온라인수색에서 부수처분의 허용과 한계\*

박희영\*\*·이상학\*\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

정보통신기술의 발전에 따라 나날이 변모하고 있는 중대 범죄에 대처하기 위해서 독일은 온라인수색과 암호통신감청을 형사소송법과 경찰법에 각각 도입하였다. 온라인수색과 암호통신감청을 수행하기 위해서는 우선 감시소프트웨어가 설치되어야 한다. 하지만 이들 규정은 설치 방법에 대해서는 아무런 언급을 하지 않고 있다. 따라서 다양한 설치방법들이 주처분에 수반되는 부수처분으로 허용되는지 검토되어야 한다. 검토의 대상은 주거 출입을 통한 방법, 기망을 통하여 착오에 빠진 이용자를 이용하는 방법, IT 보안취약점을 이용하는 방법이다. 이러한 방법들은 추가적인 기본권 침해할 가능성이 있으므로 부수권한으로 허용될지 상당한 의문이 제기된다. 이러한 부수권한의 입법도 정당화하기에 상당히 제한적으로 보인다.

장래에 우리 입법자도 테러범죄와 같은 중대한 범죄에 대처하기 위해서 온라인수색이나 암호통신감청과 같은 수사방법에 관한 논의가 있을 것으로 예상된다. 특히 헌법재판소가 인터넷회선감청(패킷감청)은 허용될 수 없다고 결정하고 이에 대한 입법을 촉구하였는데, 암호통신감청이 그 대안이 될 수 있다. 온라인수색에 이용되는 감시소프트웨어는 암호통신감청에도 이용될 수 있기 때문에 이들은 동시에 논의되어야 할 것이다. 하지만 온라인수색과 암호통신감청을 수행하기 위한 독일의 부수처분들은 기본권을 추가로 침해할 우려가 있으므로 우리의 도입 논의에서는 보다 엄격한 요건이 필요할 것으로 보인다.

- ❖ 주제어 : 암호통신감청, 온라인수색, IT기본권, 부수권한, 부수처분, 취약점, 자기부죄금지, 범죄수사적 술책, 기망금지, 고의적 허위정보 유포

\* 이 논문은 2016년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2016S1A5A2A03927806).

\*\* 독일 막스플랑크 국제형법연구소 연구원, 법학박사, 주저자(연구책임자).

\*\*\* 대구대학교 DU인재법학부 교수, 법학박사, 교신저자(공동연구자).

## I. 문제제기

정보통신기술의 발전은 범죄 예방이나 수사 영역에서 다양한 변화를 초래하였다. 유럽 특히 독일에서는 지난 10여년간 무엇보다 전기통신의 감청과 압수 및 수색에서 큰 변화가 있었다. 전통적인 통신감청이 해결하지 못했던 암호화된 통신은 ‘암호통신감청’으로 해결되었고, 컴퓨터 등 정보기술시스템이나 그 안에 저장되어 있는 데이터를 수색 및 압수하기 위해서 물리적으로 주거에 들어가는 대신 원격으로 접근할 수 있는 ‘온라인수색’이 등장하였다. 이러한 수사방법은 처음에는 범죄 예방 목적의 경찰법<sup>1)</sup>과 정보기관법<sup>2)</sup>에 도입되었다가 2017년 8월 형사소송법에 도입되었다.

온라인수색(Online Durchsuchung)이란 국가기관이 원격 통신 감시 소프트웨어와 같은 기술적 수단을 이용하여 이용자의 정보기술시스템에 비밀리에 접근하여 이용자의 시스템 이용을 감시하고 여기에 저장된 내용을 열람하거나 수집하는 것을 말한다.<sup>3)</sup> 온라인수색에 사용되는 감시소프트웨어는 인터넷에 연결되어 있는 컴퓨터에 접근하는 것이어서 암호화되기 전 또는 복호화된 후 송신자 또는 수신자의 정보기술시스템에서 암호화된 메신저나 인터넷전화 같은 통신의 내용을 감청할 수 있다. 이러한 방식의 전기통신감청을 암호통신감청(Quellen TKU)이라고 한다.<sup>4)</sup> 암호통신감청은 테러법과 같은 중대 범죄자가 내용을 암호화하여 통신을 하는 경우 수사기관이 이를 감청하였지만 해독하지 못하면 그 감청은 실패로 끝나게 되는데, 이러한 암호통신으로 인한 수사의 어려움을 해결하기 위해서 등장한 것이다. 일반적인 통신감청은 송신자나 수신자의 지배영역을 떠나서 전기통신사업자의 지배영역

1) 연방범죄수사청법(BKAG)과 각 주 경찰법. 이하 ‘경찰법’으로 칭한다.

2) 예를 들어 노르트라인 웨스트팔렌 주의 헌법보호법(NWVSG)(제5조 제2항 제11호). 하지만 이 조항은 연방헌법재판소로부터 위헌판결을 받았다(BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008).

3) 박희영, 수사 목적의 암호통신감청(Quellen TKU)의 허용과 한계, 형사정책연구 제29권 제2호(통권 제114호, 2018 · 여름), 30; 독일 형사소송법의 온라인수색이 도입되기 이전의 온라인수색의 입법방향에 대해서는 박희영, 예방 및 수사목적의 온라인 비밀 수색의 허용과 한계, 원광법학 제28권 제3호, 2012.9, 153-186.

4) 일반통신감청, 암호통신감청, 온라인수색의 차이점에 대해서는 박희영, 수사 목적의 암호통신감청(Quellen TKU)의 허용과 한계, 형사정책연구 제29권 제2호(통권 제114호, 2018 · 여름), 28-31.

에 있는 현재 진행 중인 통신을 대상으로 하지만, 암호통신감청은 송신자나 수신자의 지배영역인 통신기기에서 감청이 이루어진다는 점에서 차이가 있다.<sup>5)</sup> 따라서 수사기관은 전기통신사업자를 거치지 않고도 암호통신을 직접 감청할 수 있다. 암호통신감청은 기본적으로 온라인수색의 기술적 수단을 이용하기 때문에 ‘작은’ 온라인수색이라고 부른다.

암호통신감청과 온라인수색은 주처분인 감청과 수색을 하기 위해서 반드시 감시소프트웨어의 설치라는 부수처분이 수반되어야 한다. 물론 설치된 소프트웨어를 제거하는 것도 이에 해당된다. 감시소프트웨어는 대상 시스템에 일회적 접근이나 장기간 감시를 가능하게 한다. 대상 시스템에 접근을 가능하게 하는 프로그램을 일상적 용어로 국가트로이목마(Staatstrojaner)라고 부르고, 장기간 시스템 감시를 가능하게 하는 프로그램을 원격 포렌식 소프트웨어(Remote Forensic Software)라고 한다.<sup>6)</sup> 감시소프트웨어의 설치와 제거로 대상 시스템에 변경이 가해진다.<sup>7)</sup> 그런데 이러한 부수처분을 수행하기 위해서 독자적인 별도의 규정이 필요한지 아니면 부수처분은 주처분에 수반되는 것으로 주처분의 부수권한으로서 허용되는지 문제가 제기된다. 현재 독일의 온라인수색과 암호통신감청에 관한 규정은 이에 관하여 명확하게 언급하고 있지 않다. 필자<sup>8)</sup>는 헌법의 기본권 관점에서 암호통신감청의 입법방향을 제시한 연구를 이미 수행하였으니<sup>9)</sup> 이 문제는 아직 다루지 않았다. 따라서 이 글은 선행 연구에 이은 후속 연구에 해당된다.

이 글은 온라인수색과 암호통신감청을 수행하기 위한 감시소프트웨어의 설치가 부수권한으로서 허용되는지를 검토한다. 장래에 우리 입법자도 테러범죄와 같은 중대한 범죄에 대처하기 위해서 온라인수색이나 암호통신감청과 같은 수사방법에 관한 논의가 있을 것으로 예상된다. 특히 헌법재판소가 인터넷회선감청(패킷감청)은

5) 암호통신감청에서 독일어 Qullen은 통신의 출처 또는 진원지를 의미하므로 대상자의 통신기기를 말한다. 이러한 통신감청은 암호화된 통신의 내용을 감청한다는 의미에서 암호통신감청이라고 하며 ‘소스감청’이라고도 번역된다.

6) Derin/Golla, NJW 2019, 111.

7) Freiling/Safferling/Rückert, JR 2018, 9 (18); Heim, NJW-Spezial 2018, 120.

8) 연구책임자.

9) 이에 대해서 박희영, 수사 목적의 암호통신감청(Quellen TKU)의 허용과 한계, 형사정책연구 제29권 제2호(통권 제114호, 2018 · 여름) 참조.

허용될 수 없다고 결정하고 이에 대한 입법을 촉구하였는데, 암호통신감청이 그 대안이 될 수 있기 때문이다.<sup>10)</sup> 특히 온라인수색에 이용되는 감시소프트웨어가 암호통신감청에도 이용될 수 있기 때문에 이들은 동시에 논의되어야 한다. 따라서 이러한 부수처분에 관한 문제가 우선적으로 규명될 필요가 있다. 이 글은 우선 독일의 범죄예방과 수사목적의 온라인수색과 암호통신감청이 어떻게 규범화되어 있는지 관련 규정들을 개관하고(Ⅱ) 감시소프트웨어의 다양한 설치방법을 살펴본 후(Ⅲ) 이러한 설치방법이 허용되는지 검토하고(Ⅳ) 우리에게 주는 시사점을 도출한다.

## Ⅱ. 암호통신감청과 온라인수색에 관한 독일의 관련 규정들

### 1. 연방범죄수사청법(BKAG)

예방목적의 암호통신감청과 온라인수색은 연방범죄수사청법(이하 ‘BKAG’)과 각 주 경찰법에 규정되어 있다. 여기서는 테러범죄와 관련하여 이러한 처분을 두고 있는 BKAG의 규정들을 살펴본다. 연방헌법재판소는 2016년 4월 20일 BKAG의

10) 암호통신감청과 패킷감청은 그 개념이나 기본권 침해의 정도면에서 차이가 있는데, 전자가 후자의 대안이 될 수 있는지 의문이 제기될 수 있다. 양자는 통신감청이란 개념을 전제로 하고 있다는 점에서 동일하지만 그 방법에 차이가 있다. 암호통신감청은 대상자의 통신기기에 침입한다는 면에서 일반감청보다 침해의 강도가 높지만, 통신이 암호화되기 전에 해당 통신만 가로채고 기본적으로 대상자의 통신기기에 있는 데이터에는 침입하지 않는다(물론 독일의 경우 통신 종료 후 감청도 허용하고 있지만, 이것은 어디까지나 예외에 해당된다). 암호통신감청은 대상 통신이 전자메일인지 스카이프와 같은 비밀 음성통신인지 아니면 메신저인지 특정된다. 이에 대하여 패킷감청은 해당 통신회선을 통과하는 모든 패킷이 일단 그 대상이 된다. 즉 쌍방향통신이 아닌 소위 ‘1인통신’(인터넷 검색, 쇼핑, 영화관람이나 음악감상 등)이나 통신비밀보호법의 대화감청으로 보기 어려운 ‘사람과 인공지능 음성비서와의 대화’도 그 대상이 된다. 감청은 기본적으로 ‘송수신자의 의사소통’을 전제로 하고 있다는 점에서 패킷감청은 전통적인 감청의 범위를 훨씬 벗어날뿐 아니라 기본권 침해의 정도도 암호통신감청보다 높다고 생각된다. 따라서 암호통신의 문제를 해결할 수 없고 기본권 침해의 정도가 높은 패킷감청을 입법할 필요가 없으며 암호통신감청이 그 대안이 될 수 있다고 본다. 이에 대해서는 다음 기회에 상세하게 다룬다(일반통신감청, 패킷감청, 암호통신감청, 온라인 수색의 구분에 대해서는 박희영, 수사 목적의 암호통신감청(Quellen TKU)의 허용과 한계, 형사정책연구 제29권 제2호(통권 제114호, 2018 · 여름), 28-31 참조)

국제테러의 위험을 방지하기 위한 비밀 감시처분규정들에 대한 헌법불합치 판결에서 개정 방향에 필요한 기준들을 제시하였다.<sup>11)</sup> 이러한 기준들에 따라서 BKAG는 ‘2017년 6월 1일 연방범죄수사청법의 새로운 체계화를 위한 법률’에 의해서 전부 개정되어 2018년 5월 25일부터 발효되었다.<sup>12)</sup>

### 가. 온라인수색<sup>13)</sup>

BKAG는 제49조에서 온라인수색을 규정하고 있다.<sup>14)</sup> 동조 제1항에 따르면 연방범죄수사청은, 사람의 생명, 신체 및 자유에 대한 위험이나 공공의 이익에 대한 위협이 국가(연방 또는 주)의 기반이나 존립 또는 인간의 존재 기반을 위협한다는 것이 특정한 사실로부터 정당화되는 경우 당사자 모르게 기술적인 수단을 통해서 당사자가 이용하고 있는 정보기술 시스템에 침입하여 거기에 있는 데이터를 수집할 수 있다(제1항 제1문). 동조 제2항은 또한 데이터 수집을 위해서 반드시 필요한 경우에만 정보기술시스템에 변경이 가해지고, 이 변경은 처분의 종료 시 기술적으로 가능한 한 자동으로 복구되도록 해야 한다(제2항 제1문)고 규정하고 있다. 나아가서 사용된 수단은 현재의 기술 수준에서 무권한 이용으로부터 보호되어야 하며(제2항 제2문), 복제된 데이터는 현재의 기술 수준에 의해서 변경, 무권한 삭제, 무권한 인지로부터 보호되어야 한다고 규정하고 있다(제2항 제3문).

11) BVerfG Urteil vom 20. April 2016 - 1 BvR 966/09. 이 판결을 다루고 있는 문헌으로는 이상학, 테러방지 수권규정과 기본권침해의 한계 - 독일연방수사청법의 테러방지권한에 대한 연방헌법재판소의 판결(2016.4.20.) 검토를 중심으로, 공법학연구 제17권 제3호, 제109-134면; 정문식, 테러방지 감시조치에 대한 위헌심사기준 - 독일연방헌법재판소 연방사법경찰청법(BKAG) 결정을 중심으로, 법과 정책연구, 제18권 제2호, 2018, 6. 3-43면; 홍선기/강문찬, 테러방지법상 국정원 정보수집권한에 대한 개정논의 - 최근 독일 연방헌법재판소의 판결과의 비교검토, 법과 정책연구 제17권 제3호, 2017.9.

12) Bundesgesetzblatt 2017 Teil I Nr. 33, 08.06.2017 S. 1354.

13) 온라인수색에 관한 최근 독일의 법제동향에 대해서는 박희영, 국가의 합법적인 해킹행위로서 온라인 수색에 관한 독일 법제 동향, 최신의국법제정보 2019 제1호, 한국법제연구원, 55-73.

14) 동법 제49조는 정보기술시스템의 비밀 침입(Verdeckter Eingriff in informationstechnische Systeme)이라고 표제어를 사용하고 있으나 형사소송법 제100b조는 온라인수색(Onlinedurchsuchung)이라는 표제어를 사용하고 있다.

## 나. 암호통신감청

BKAG 제51조 제1항은 일반통신감청을, 제2항은 암호통신감청을 각각 규정하고 있다. 제2항에 따르면 전기통신의 감청은 위험의 방지 또는 범죄의 예방이 다른 방법으로서는 가망이 없거나 본질적으로 어렵고, 기술적인 조치를 통해서 오로지 현재 진행 중인 전기통신만 감청되는 것이 확보되고, 특히 암호화되지 않은 방식으로 전기통신의 감청을 가능하도록 하기 위해서 정보기술시스템의 침입이 필요한 경우에 당사자 모르게 당사자가 이용하고 있는 정보기술시스템에 기술적인 수단으로 침입하는 방법으로 수행될 수 있다고 규정하고 있다. 그리고 온라인수색 제49조 제2항을 준용하고 있다.

## 2. 형사소송법

범죄수사목적의 온라인수색과 암호통신감청은 형사소송법에 규정되어 있다. 앞서 언급한 BKAG 대한 연방헌법재판소의 판결이 제시한 기준에 따라서 ‘2017년 8월 17일 효율적이고 실무에 적합한 형사절차의 구성에 관한 법률’<sup>15)</sup>에 의하여 형사소송법이 개정되어 2017년 8월 24일부터 발효되었다.<sup>16)</sup> 개정 법률의 핵심 내용은 형사소송법에 암호통신감청과 온라인수색을 도입하는 것이었다. BKAG 대한 연방헌법재판소의 판결이 제시한 기준을 따르고 있기 때문에 BKAG의 규정 내용과 거의 유사하게 입법되어 있다. 다만 기존 형사소송법의 조문 체계에 맞추다보니 암호통신감청이 온라인수색보다 앞에 규정되어 있다.

## 가. 암호통신감청

BKAG의 통신감청의 규정방식과 같이 일반통신감청과 암호통신감청을 구분하고

15) Bundesgesetzblatt 2017 Teil I Nr. 58, 23.08.2017 S. 3202.

16) 입법이유에 대해서는 김성룡, 독일 형사소송법 최근 개정의 형사정책적 시사 - 수사절차를 중심으로 -, 형사정책 제29권 제3호, 2017.12; 허 황, 최근 개정된 독일 형사소송법 제100조b의 온라인수색과 제100조a의 소스통신감청에 관한 연구, 형사법의 신통향 통권 제58호, 대검찰청, 2018.3 참조.

있다. 일반통신감청은 제100a조 제1항 제1문에서, 암호통신감청은 제100a조 제1항 제2문과 제3문에서 두 가지로 구분하여 각각 규정하고 있다.

일반통신감청은 ‘중대한 범죄’<sup>17)</sup>를 정범 또는 공범으로서 행하였거나 미수가 처벌되는 사례에서 실행에 착수하였거나 다른 범죄행위를 통해 예비하였다는 혐의를 뒷받침하는 특정한 사실이 있고, 범행이 개별적인 경우에도 중대하며, 사실관계의 조사나 피의자의 소재지에 대한 수사가 다른 방법으로는 현저히 어렵거나 가망이 없을 것으로 예상되는 경우에 당사자가 모르더라도 수행될 수 있다.

이에 대해 암호통신감청은 특히 암호화되지 않은 형태로 감청이 가능하도록 하기 위해서 필요한 경우, 기술적 수단을 이용하여 당사자가 이용하고 있는 정보기술시스템에 침입하는 방법으로도 수행될 수 있다(‘현재 진행 중인 전기통신’). 또한 통신 진행 중에도 공중전기통신망에서 암호화된 형태로 감시되고 기록될 수 있었던 경우에는 당사자의 정보기술시스템에 저장되어 있는 통신의 내용과 상황(내역)도 감시되고 기록될 수 있다(‘통신 종료 후’ 감청). ‘현재 진행 중인 전기통신’ 감청은 전형적인 암호통신감청이고, ‘통신 종료 후’ 감청은 특히 메신저 서비스 등에 적용되는 특별한 암호통신감청이다. 즉 메신저의 송수신이 종료되었더라도 만일 이것이 전송 중일 때도 감청이 가능하였던 것이라면 해당 시스템에 보관되어 있는 메신저에도 접근할 수 있다는 것이다. 이것은 감청영장을 발부받은 시점부터 감시소프트웨어를 설치하여 집행하기까지 행해진 통신을 대상으로 한다.

동조 제5항은 암호통신감청에서 기술적으로 확보되어야 할 내용을 규정하고 있다. 첫째, 암호통신감청의 대상은 현재 진행 중인 전기통신이어야 하고, 감청명령의 시점부터 진행 중인 전송과정 동안에도 공중전기통신망에서 감시되고 기록될 수 있었던 통신의 내용 및 상황만이 감시되고 기록될 수 있어야 한다. 둘째, 정보기술시스템에서는 오로지 데이터 수집을 위해서 불가결한 경우에만 변경이 가능하다. 셋째, 변경된 것은 처분의 종료 시 기술적으로 가능한 한 자동적으로 복구되어야 한다. 또한 설치된 수단은 현재의 기술 수준에 의해서 무권한 이용으로부터 보호되어야 한다. 복제한 데이터도 기술의 수준에 의해서 변경, 무권한 삭제 및 무권한 인식으로부터 보호되어야 한다.

17) 제100a조 제2항에 열거되어 있다.

## 나. 온라인수색

제100b조 제1항은 온라인수색의 개념을 ‘기술적 수단을 이용하여 당사자가 이용하는 정보기술시스템에 침입하여 이 시스템에서 데이터를 수집하는 것’으로 정의하고 있다. 이러한 온라인수색은 당사자가 모르더라도 특정한 사실이, 누군가가 정범 또는 공범으로 특별한 중범죄<sup>18)</sup>를 범했거나 가별적 미수 사례에서 미수를 범하였다는 혐의를 뒷받침하는 경우, 범죄행위가 개별적으로도 특별히 중대한 비중을 가지는 경우, 사실관계의 조사나 피의자의 소재지 수사가 다른 방법으로 본질적으로 어려울 수 있거나 가망이 없을 수 있는 경우에 수행된다. 온라인수색은 또한 암호통신 감청의 기술적 확보 조항(제100a조 제5항)을 준용하고 있다.

## 3. 소결

예방목적 및 수사목적의 암호통신감청과 온라인수색에 관한 규정들은 공통적으로 ‘기술적 수단을 통한 정보기술시스템의 침입’이라는 법문언을 사용하고 있다. 하지만 주처분인 암호통신감청과 온라인수색이 수행되기 위해서 정보기술시스템에 감시소프트웨어가 설치되어 있어야 하는데, 이러한 설치방법에 대해서는 명확하게 언급되어 있지 않다.

## Ⅲ. 감시소프트웨어의 설치 방법

온라인수색과 암호통신감청을 수행하기 위해서는 우선 대상 IT 시스템에 감시소프트웨어가 설치되어야 하고 처분이 종료된 이후에는 설치된 감시소프트웨어를 제거해야 한다. 법적으로 중요한 의미를 가지는 것은 설치 방법이다. 감시소프트웨어를 설치한다는 의미는 일반적으로 악성코드로 대상시스템을 감염시키는 것이다. 여기에는 다양한 방법이 고려될 수 있다.

18) 제100b조 제2항에 열거되어 있다. 자세한 내용은 박희영, 앞의 글 참조.

## 1. IT 시스템 제작 시 백도어를 이용하는 방법

IT 시스템 제작자는 일반적으로 이후에 업데이트나 복구 작업에 대비하여 이에 상응한 기능을 해당 시스템에 설정해 두거나 백도어(backdoor)을 설치해 놓는다. 백도어란 시스템 설계자가 이후에 다양한 목적으로 해당 시스템에 접근하기 위해서 의도적으로 만들어 놓은 비밀통로이다. IT 시스템 제작자가 공장 출고 시 이러한 백도어를 만들어 놓고 이를 통하여 감시소프트웨어가 설치될 수 있는 IT 시스템을 이용자에게 제공할 수 있다. 물론 이 방법은 IT 시스템 제작자와 수사 및 보안기관 사이의 협력을 요구한다. 하지만 이러한 설치 방법이 성공할 수 있을 지는 여전히 의문이 남아 있다.<sup>19)</sup> 독일에서는 보안기관을 위해서 IT 시스템에 백도어를 설치할 의무를 제조자에게 부여하는 방안이 논의된 적이 있었다. 하지만 이 방법은 암호통신감청이나 온라인수색과는 관련이 없었다. 무엇보다 독일 입법자는 형사소송법 개정 이유에서 백도어를 통해서는 온라인수색이나 암호통신감청이 수행되어서는 안 된다는 점을 명백하게 밝히고 있다.<sup>20)</sup>

## 2. 물리적인 접근 방법

물리적인 접근 방법은 가령 수사관이 비밀리에 대상자의 주거에 들어가서 그 곳에 있는 컴퓨터에 감시소프트웨어를 설치하는 것이다. 예를 들어 비밀 수사관이 인터넷 기사로 위장하여 IT 시스템이 있는 공간에 접근하는 것이다. 주거 외부에서는 수사기관이나 보안기관이 출입국 시 세관통제나 기타 교통 통제 처분과 관련하여 일시적으로 모바일 기기에 접근할 수도 있다. 마지막으로 제삼자가 고의 없이 행위하는 도구로서 물리적인 침입을 하게 하는 것을 생각해 볼 수 있다. 예를 들어 회사의 동료가 관측물로 받은 USB 칩으로 대상 컴퓨터를 감염시키는 경우이다.

19) Freiling/Safferling/Rückert, JR 2018, 9 (18).

20) BT-Drs. 18/12785, 53.

### 3. 원격 접근 방법

인터넷을 통한 원격접근의 경우로는 국가트로이목마나 원격 포렌식 소프트웨어를 통해서 해당 시스템에 접근하여 설치하는 방법이 고려될 수 있다. 우선 IT 시스템의 보안취약점을 이용할 수 있다. 보안취약점(vulnerability)이란 소프트웨어나 정보시스템 상에 존재하는 보안상의 결함으로서 프로그램을 본래의 기능과 다르게 작동하게 하거나 허용된 권한을 초과하여 사용할 수 있게 하거나 의도하지 않은 오류를 발생하게 할 수 있는 조건들을 말한다. 보안취약점은 타인의 컴퓨터에 악성코드를 설치하는 데에 많이 악용되고 있다.<sup>21)</sup> 또한 수사기관 및 보안기관이 소프트웨어 제작자나 전기통신사업자에게 해당 IT 시스템에 대한 접근을 가능하도록 강제하는 것이다. 가령 정기적인 소프트웨어 업데이트를 통해서 비밀리에 설치하는 것을 생각해 볼 수 있다. 끝으로 시스템 이용자를 조종하여 설치하게 하는 방법이 고려될 수 있다. 여기에는 다양한 방법들이 있을 수 있다. 감시소프트웨어는 감염된 첨부파일을 이메일과 함께 이용자에게 송신하여 설치될 수도 있다. 가령 피싱 방법으로 행해질 수도 있다. 다만, 이 경우에는 이용자가 첨부파일을 개봉해야만 설치가 가능하다.<sup>22)</sup> 이러한 방법의 경우 당사자가 첨부파일이 있는 메일을 열람하도록 유도하기 위해서 수사기관이나 보안기관이 사인(예컨대 가족구성원)이나 다른 국가기관(예컨대 국세청)으로 사칭할 수 있다.

21) 보안취약점에 의해 악성코드에 감염되는 대표적인 사례는 악성코드가 포함된 웹사이트를 방문하는 경우, 악성코드가 포함된 이메일을 열람 하는 경우, 악성코드가 포함된 동영상이나 문서파일을 열어보는 경우, 악성코드에 감염된 PC가 내 PC와 같은 네트워크에 속해 있는 경우 등이다. 그리고 보안취약점과 상관없이 악성코드에 감염되는 대표 사례로는 악성 실행파일을 직접 실행하는 경우, 악성 Active X 설치 안내에 동의하는 경우, 프로그램 설치 시 악성 제휴프로그램 설치에 '동의'를 체크하는 경우, 이미 설치된 악성 프로그램이 또 다른 악성코드를 자동으로 설치하는 경우, 윈도우의 '이동식미디어 자동실행'옵션을 켜둔 상태에서 악성코드에 감염된 이동식 저장장치를 PC에 연결하는 경우 (USB메모리, MP3플레이어, CD등) 등이 있다

(<https://www.estsecurity.com/securityCenter/commonSense/view/23>).

22) BeckOK Polizeirecht Baden-Württemberg/v. der Grün, 12. Ed. 2018, § 23 b PolG BaWü Rn. 37.

#### 4. 소결

이상에서 처분 대상자의 IT 시스템에 감시소프트웨어를 설치하는 다양한 방법이 있음을 살펴보았다. 이들 중 특히 IT 시스템 제작 시 백도어를 이용하는 방법은 허용되지 않는다고 생각된다. 아래에서는 온라인수색과 암호통신감청을 수행하기 위한 부수처분이 법적으로 허용되는지 특히 문제가 될 수 있는 세 가지 설치 방법을 검토한다. 이들은 주거 출입을 통한 접근, 착오에 빠진 이용자를 통한 접근, IT 보안 취약점을 이용한 접근 등이다.

### Ⅶ. 부수처분의 허용 기준과 그 한계

#### 1. 부수처분의 허용 기준

온라인수색과 암호통신감청을 수행하기 위한 사전처분인 감시소프트웨어의 설치 는 도그마틱상 형사절차에서 비밀 처분의 수행으로 발생하는 전형적인 부수처분으로서 법적으로 허용되는 부수권한(Annexkompetenz)에 속하는지 문제가 된다. 우선 학설과 판례가 인정하고 있는 형사소송법상 부수처분의 허용 기준을 살펴본다.

부수권한이란 형사절차상 적법한 조치의 수행과 관련하여 발생하는 부수처분이 법률에 명시적으로 규정되어 있지 않더라도 피의자 또는 제3자의 권리를 침해할 수 있도록 허용하는 권한을 말한다. 부수권한을 인정하는 배경은, 입법자가 수권규정을 만들 때에 전형적인 또는 필요한 모든 부수처분을 개별적으로 규정하지 않는다는데 있다. 그리하여 허용되는 주처분의 수행에 전형적으로 수반되는 추가적인 침해는 허용되는 부수처분으로 본다. 만일 이를 허용하지 않게 되면 법률상 규정된 주처분이 수행될 수 없거나 불완전하게 수행될 수 있어서 주처분의 목적을 달성할 수 없게 된다.<sup>23)</sup> 따라서 법원이 명령한 주처분의 수행에 필요한 사전처분의 허용여부는 주

23) BGH Ermittlungsrichter, Beschluss vom 20.3.2003 - 1 BGS 107/03, Rn. 6 ff.; BGH, Urteil vom 24.1.2001 - 3 StR 324/00, Rn. 18.

처분의 수행을 위한 수권규정의 해석에 달려있다.<sup>24)</sup> 판례와 학설이 인정하고 있는 부수권한의 예로는 위치추적기를 자동차에 부착(주처분)하기 위해서 몰래 차문을 여는 행위(부수처분)<sup>25)</sup>, 피의자가 주거수색에 반항하고 있는 경우 주거수색(주처분)을 위해서 문을 강제로 개방하는 행위(부수처분)<sup>26)</sup>등이 있다.

부수권한을 인정하기 위한 요건은 비례성원칙과 전형성 표시의 두 가지다.<sup>27)</sup> 비례성원칙에 따르면 기본권을 침해하는 국가의 모든 처분은 정당한 목적을 추구하고 이러한 목적을 달성하기 위해서 필요하고 적합하며 적정해야 한다. 부수권한의 허용 여부를 판단하기 위해서 부수처분의 기본권 침해의 정도가 주처분의 정도를 넘어서는 안 된다. 부수처분의 침해의 정도가 주처분과 같거나 넘어서는 경우 입법자는 기본권 침해를 근거로 이 처분에 대한 새로운 수권 근거를 마련해야 한다. 그렇지 않은 경우 국가의 침해행위의 중요한 부분이 입법자에 의해서 규제되지 않을 뿐 아니라<sup>28)</sup> 기본법상 법률유보가 우회될 위험이 존재할 수 있다.

부수권한을 인정하기 위한 두 번째 요건인 전형성 표시는 부수처분이 전형적으로 주처분에 수반되어야 한다는 것을 의미한다.<sup>29)</sup> 즉 부수처분은 주처분의 수행과 반드시 결부되어야 한다. 또한 비례성원칙과 전형성 표시는 동시에 존재해야 한다. 한편 형사소송법상 부수처분의 허용 기준은 예방적 영역에서도 적용될 수 있다.<sup>30)</sup>

## 2. 주거 출입을 통한 설치

지금까지 독일의 문헌과 실무는 온라인수색과 암호통신감청의 부수처분이 허용되는지의 문제를 주로 IT 시스템의 물리적인 접근과 관련하여 논의하였다. 특히 이

24) Schlegel, Normative Grenzen für internetbasierte Ermittlungsmethoden, 2019, 88-89.

25) BGH Urteil vom 24.01.2001 - 3 StR 324/00.

26) SK-StPO/Rudolphi, 5. Aufl. 2016, vor § 94 Rn. 32.

27) LG Hamburg, MMR 2011, 693 (694); Schneider, NStZ 1999, 388. 박희영, 암호통신감청의 허용 여부, LG Hamburg, Beschluss vom 13.9.2010 - 608 Qs 17/10, 최신독일판례연구, 로앤비(www.lawnb.com), 2017.8, 1-8.

28) AG Hamburg, Beschl. v. 28.08.2009 - StV 2009, 636 (637).

29) Schneider, NStZ 1999, 388 (388).

30) Schneider, NStZ 1999, 388.

와 관련하여 수사기관이 필요한 소프트웨어를 설치하기 위해서 ‘비밀리에’ 주거에 출입할 수 있는지가 핵심이었다.<sup>31)</sup>

공중이 접근할 수 있거나(예컨대 공공 장소의 컴퓨터) 권리자의 동의를 받은 경우(예컨대 인터넷 카페)에는 대상 시스템에 직접 접근하는 것은 문제가 되지 않는다. 또한 접근 권리자의 동의를 얻기 위해서 범죄수사적 술책을 사용하는 것(예컨대 수사기관이 인터넷 관리 기사로 위장하는 경우)은 비례성원칙을 고려하더라도 기본적으로 허용된다.<sup>32)</sup>

하지만 이에 반해서 물리적인 전달이나 포렌식 소프트웨어를 설치하기 위해서 주거자의 동의 없이 비밀리에 주거에 출입하는 것이 허용되는지가 문제이다. 그 동의와 관련하여 상당한 논쟁이 있었다.<sup>33)</sup> 우선 암호통신감청의 경우에는 주거침입이 허용되지 않지만, 온라인수색의 경우에는 가능하다는 견해가 있다.<sup>34)</sup> 암호통신감청은 기술적으로 허용되는 기본법 제10조의 특수한 형태의 통신비밀침해라는 헌법재판소의 판결<sup>35)</sup>을 근거로 하고 있다. 통신감청은 송수신자의 지배영역이 주거가 아니라 전기통신사업자의 지배영역인 통신공간에서 행해지기 때문인 것으로 보인다. 하지만 온라인수색은 주거침입을 전제로 하는 음성주거감시(제100c조)에 근거하고 있고 그 요건도 이에 준하기 때문에 온라인수색을 위해서 타인의 주거에 비밀리에 침입하는 것은 허용될 수 있다고 한다.

이에 대해서 온라인수색 명령만으로는 정보기술시스템에 침입할 목적으로 당사자의 주거에 비밀리에 출입할 수 없다는 견해가 있다.<sup>36)</sup> 이것은 부수권한을 정당화할 수 없다고 한다. 비밀 주거 침입은 독자적인 기본권 침해에 해당되어 온라인수색

31) Vgl. Soiné, NStZ 2018, 497 (501).

32) BT-Drs. 18/12785, 52; Singelstein/Derin NJW 2017, 2646; Soiné NStZ 2010, 596 (600).

33) 출입에 찬성하는 견해 : Bär in Anm. zu AG Bayreuth MMR 2010, 266 (268); Graf in BeckOK StPO Rn. 107 f.; Günther in MüKoStPO § 100a Rn. 224. 출입에 반대하는 견해 : LG Hamburg MMR 2008, 423; Singelstein, NStZ 2012, 593 (598); Sankol, CR 2008, 13; Buermeyer, StV 2013, 470; Gercke, StraFo 2014, 94; Hierament, StraFo 2015, 365 (371); Roggan, NJW 2015, 1995 (1997).

34) KK-StPO/Bruns, 8. Aufl. 2019, StPO § 100b, Rn. 6.

35) BVerfG NJW 2008, 822, Rn. 190.

36) Soiné, NStZ 2018, 497, 501; BT-Dr. 18/12785, S. 52; BeckOK StPO/Graf 28. Ed., § 100 a Rn. 109.

을 위해 필요한 단순한 부수처분이 아니라고 한다. 게다가 감시소프트웨어는 기본법 제13조 제1항의 주거의 불가침을 통해서 보호되는 영역의 외부에서도 설치할 가능성이 존재한다고 한다. 이것은 주거 외부에서 이동성 정보기술시스템에 물리적으로 접근함으로써 또는 주거의 내외부에서 이 기기에 네트워크기반의 원격 접근을 통해서도 행해진다. 따라서 비밀 주거 침입이 가능하기 위해서는 온라인수색(제100b조) 외에 추가로 음성주거감시(제100c조)의 명령도 함께 받아야 한다고 한다.<sup>37)</sup>

생각컨대 앞서 언급한 부수처분의 기준인 전형성 표지와 비례성원칙을 온라인수색과 암호통신감청에 적용해 보면, 주거 출입은 이러한 처분에 전형적이지 않다는 점을 확인할 수 있다. 이미 설명한 바와 같이, 대상 시스템에 감시소프트웨어를 설치하는 다양한 방법이 존재하기 때문이다. 주거 출입은 IT 시스템에 접근을 개방하는 다양한 방법 중의 하나이다. 비례성원칙과 관련하여 주거출입은 기본권 제13조의 주거의 불가침 기본권에 위배될 수 있다.<sup>38)</sup> 주거출입은 해당 시스템 자체의 감염 외에도 현저한 독자적인 비중을 가지기 때문이다. 주거출입은 이미 공간적인 사생활 영역의 보호범위를 침범한다. 따라서 주거출입은 부수처분으로써 전형적이지도 경미하지도 않기 때문에, 온라인수색이나 암호통신감청을 위한 규정되지 않은 부수처분으로서 허용될 수 없다.<sup>39)</sup>

또한 주거출입은 강제수사에 해당될 수 있기 때문에 경찰법이나 형사소송법의 수사의 일반조항에 의해서 뒷받침될 수 없다. 마찬가지로 이유로 주거수색도 현장에 있는 IT 시스템에 감시소프트웨어를 설치하기 위한 근거로 인정될 수 없다.<sup>40)</sup> 수색은

37) Soiné, NStZ 2018, 497, 501; SSW-StPO/Eschelbach 3. Aufl., § 100 b Rn. 27.

38) 인터넷으로 연결된 주거에 있는 컴퓨터에 정보수집 소프트웨어를 잠입시켜 감시카메라 내지 감청장치를 작동하여 정보를 수집하는 것도 주거의 사생활 침해에 해당된다. 이에 대해서는 이상학, 사이버정보활동의 기본원칙과 한계, 법학연구, 2014.5, 407면 참조.

39) Roggan, NJW 2009, 257 (260); Schenke in Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, § 20 k BKAG aF Rn. 15; Soiné, NVwZ 2012, 1585 (1588 f.); Tinnefeld, ZD 2012, 451 (454); BeckOK Polizeirecht Baden-Württemberg/v. der Grün, § 23 b PolG BaWü Rn. 37 (예방 영역); Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. 2018, § 100 a Rn. 14 d; Roggan, StV 2017, 821 (822); Singelstein/Derin, NJW 2017, 2646 (2647); Soiné, NStZ 2018, 497 (501) (수사영역).

40) Soiné, NStZ 2018, 497, 501.

당사자가 그 근거와 집행을 알아야 한다는 공개적인 성격을 가진다. 온라인수색과 암호통신감청은 비밀리에 수행되는 처분이기 때문에 공개처분으로 수행되는 것은 모순이다.<sup>41)</sup> 따라서 주거 출입을 통해서 감시소프트웨어를 설치하는 것은 부수권한으로 인정되기 어렵다고 본다. 현재 경찰단계에서 주거 출입을 통한 설치 방법이 논의되고 있는데<sup>42)</sup>, 이러한 논의는 현재 부수권한으로 인정될 수 없다는 점을 증명하고 있다.

### 3. 이용자를 기망하여 설치하는 방법

수사개시의 일반조항(형사소송법 제161조와 제163조)에 의해서 수사기관은 수사 절차를 자유롭게 형성할 수 있고 범죄를 규명하기 위해서 허용되는 적합하고 필요한 모든 처분을 할 수 있다.<sup>43)</sup> 수사전략과 기법의 정당한 사용을 위한 재량권은 수사기관에게 부여되어 있다.<sup>44)</sup> 수사전략의 관점에서 예를들어 피의자가 알지 못하게 수사를 개시하는 것은 허용되고 합목적적일 수 있다.<sup>45)</sup> 이러한 배경에서 이용자를 기망하여 감시소프트웨어를 설치하게 하는 방법이 허용될 수 있는지 문제가 된다.

이용자를 속여서 즉 이용자를 기망하여 착오에 빠트린 상태에서 감시소프트웨어를 설치하는 모든 방법이 여기에 속한다. 예를 들어 수사기관이 감시소프트웨어가 첨부된 가짜 이메일을 이용자에게 전송하여 이를 열람하게 함으로써 시스템에 자동으로 설치되도록 하는 방법이다. 이 경우 이용자의 이메일 주소가 먼저 수집되어 있어야 한다. 이메일 주소의 수집은 온라인수색과 암호통신감청 권한에 규정되어 있지 않는 부수처분으로 간주될 수 있다. 예방 목적의 온라인수색의 경우 바이에른주와 라인란트-팔츠 주 경찰법은 이러한 처분을 준비하기 위해 필요한 데이터를 수

41) Derin/Golla, NJW 2019, 1111, 1113.

42) 2018년 6월 제89차 주법무부장관 콘퍼런스에서 암호통신감청과 온라인수색을 위한 주거출입권에 관한 규정을 보완해야 한다고 결의한 바 있다(89. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister 2018, Beschluss zu TOP II 8 – Ergänzung der Regelungen zur Quellen-TKÜ und zur Online-Durchsuchung um ein Betretungsrecht). (<https://bit.ly/2HZAA1k>).

43) BVerfG NSTZ 1996, 45.

44) Meyer-Goßner, § 163 Rn 47.

45) Meyer-Goßner, § 161 Rn 8.

집할 수 있도록 규정하고 있다.<sup>46)</sup> 하지만 이메일을 전송하여 감시소프트웨어를 설치할 수 있는지에 대해서는 아무런 규정이 존재하지 않는다. 이와 같이 이용자를 기망하여 착오에 빠트려서 감시소프트웨어를 설치하는 방법이 정당화될 수 있는지 검토한다.

### 가. 형사소송법의 독자적인 평가 기준

이용자를 기망하여 감시소프트웨어를 설치하게 하는 방법은 형사소송법의 기망 금지와 관련이 있다. 즉 형사소송법은 기망을 금지하는 특별한 기준들을 인정하고 있다. 아래에서는 일반적인 부수처분의 허용기준보다는 형사절차에서 피의자의 기망에 대해 특별한 기준들을 중심으로 검토한다. 형사소송법은 기본적으로 피의자가 착오에 빠지는 것을 금지하지 않지만, 피의자의 기망은 기본적으로 허용하지 않는다.<sup>47)</sup> 특히 형소법은 제136a조에서 피의자 신문 시 기망을 금지하고 있다. 이 외에 형사소송법은 피의자 및 피고인에게 자기부죄금지원칙과 공정한 재판을 받을 권리를 인정하여 수사활동의 한계를 정하는 기준으로 삼고 있다.<sup>48)</sup>

#### 1) 피의자 신문 시 기망금지 및 범죄수사적 술책의 허용 여부

독일 형사소송법은 제136a조<sup>49)</sup>에서 금지되는 신문방법을 규정하고 있으며 그 중 하나가 기망을 통한 피의자 신문의 금지이다. 피의자의 동의와 상관없이 기망금지는 인정되지 않으며 이를 위반하여 얻은 진술은 증거로 사용할 수 없다.<sup>50)</sup>

46) Art. 45 II 1 Nr. 1 BayPAG; § 31 c III 1 RhPfPOG.

47) Müller/Römer, NSTZ 2012, 543 (545); aA Nowroussian, NSTZ 2015, 625.

48) Vgl. MüKoStPO/Hauschild, 2014, § 108 Rn. 7; Soiné, NSTZ 2010, 596.

49) 제136a조 (금지되는 신문방법; 증거 사용의 금지) (1) 피의자의 의사결정과 의사표현의 자유는 가혹행위, 피로하게 함, 신체의 침해, 약물 투여, 학대, 기망 또는 최면으로써 침해해서는 안 된다. 강제는 형사절차법이 허용하는 한도에서만 적용할 수 있다. 형사절차법 규정에서 허용하지 않는 조치를 수반한 위협과 법률에서 규정하지 않은 이익의 약속은 금지된다. (2) 피의자의 기억력이나 사고력을 침해하는 조치는 허용되지 않는다. (3) 제1항과 제2항의 금지는 피의자의 동의와 상관없이 적용된다. 이런 금지를 위반해 얻은 진술은 설령 피의자가 증거 사용에 동의하더라도 증거로 사용할 수 없다.

50) 우리 형사소송법은 독일과 같이 금지되는 신문방법을 직접 규정하고 있지 않지만, 경찰청 범죄수사

하지만 수사기관의 증거수집에서도 기망이 금지되는 것은 아니다. 현재 독일의 지배적 견해는 형소법 제136a조의 기망금지는 기본적으로 수사절차에서 피의자 신문에만 적용되고, 증거수집에는 일반적으로 적용되지 않는다.<sup>51)</sup> 이러한 배경에서 증거수집에서 금지되는 기망과 허용되는 기망의 구분이 오랫동안 논의되어 왔다. 허용되는 기망을 ‘범죄수사적 술책’(kriminalistischen List)이라고 부른다. 술책이란 원래 총명, 재능, 지식, 학식 등을 도덕적으로 중립적인 의미로 이해되었으나 시간이 지나면서 부정적인 의미로 변용되었다. 새로운 견해에 따르면 술책은 부정적으로 자신의 이익을 획득하기 위해서 기망을 이용하는 능력을 의미한다.<sup>52)</sup> 이러한 술책의 성격을 규정짓는 중요한 구성요소는 상대방을 착오에 빠지게 하는 것이다. 술책이 도덕적으로 부정적인 이미지를 주는 것은 특히 그 비밀성에 있다.<sup>53)</sup> 형사소송법은 범죄수사적 술책의 개념을 정의하고 있지는 않다. 하지만 이러한 정의 규정이 없다고 해서 가령 피의자 신문 금지와 같이 허용되지 않는다는 것을 의미하지 않는다.

따라서 예를 들어 수사기관의 위탁으로 활동하는 신분위장수사관(VE)은 위장신분으로 법률행위에 참여할 수 있고(형소법 제110a조 제2항 제2문), 비공개수사관(Noep)(형소법 제163조)과 비경찰정보원(VP)<sup>54)</sup>(노르트라인 웨스트팔렌 주 경찰법 제19조)는 자신의 실제 신분으로 상대방을 기망할 수도 있다. 비밀처분인 통신감청

규칙 제56조에서 피의자를 조사할 때 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 그 밖에 진술의 임의성에 관하여 의심을 받을 만한 방법을 사용해서는 안 된다고 규정하고(제1항) 있고, 경찰관은 조사를 할 때에는 회망하는 진술을 상대방에게 시사하는 등의 방법으로 진술을 유도하거나 진술의 대가로 이익을 제공할 것을 약속하거나 그 밖에 진술의 진실성을 잃게 할 염려가 있는 방법을 취하여서는 아니된다(제2항)고 규정하고 있다. 물론 피의자 신문의 방법이 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거는 증거로 할 수 없기 때문에(형사소송법 제309조) 위법한 피의자의 신문은 어느 정도 통제가 가능하다. 이러한 점에서 독일과 한국은 ‘기망을 통한 피의자 신문’을 규범적으로 금지하고 있는 것으로 보인다.

51) BGHSt 33, 217 (224) = NJW 1986, 390; BGHSt 34, 365 (369) = NJW 1987, 2524; BGHSt 52, 11 (15) = NJW 2007, 3138; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136 a Rn. 4; LG Hannover StV 1986, 521; MüKoStPO/Schuh, 2014, § 136 a Rn. 73 ff.

52) Prasch, Die List in der Vernehmung und Befragung des Beschuldigten, 2003, S. 2ff., 24f.

53) Soiné, Kriminalistische List im Ermittlungsverfahren, NSZ 2010, 596), 597.

54) 비경찰정보원(V-Person:VP/V-Mann/V-Leute)은 수사기관의 직원이 아니라 특정한 사안이나 인물에 대한 정보를 취득할 목적으로 수사기관으로부터 위탁받은 사인을 말한다. 이에 대한 자세한 내용은 이상학, 테러방지 수권규정과 기본권침해의 한계, 공법학연구 제17권 제3호, 116면 참조.

의 경우도 통신의 상대방이 감청사실을 알고 있는 경우에도 기본적으로 허용된다. 형사소송법 개정 이유도 감시소프트웨어를 설치할 목적으로 범죄수사적 술책을 통해서 당사자의 정보기술시스템에 대한 접근이 가능하다고 언급하고 있다.<sup>55)</sup>

하지만 범죄수사적 술책의 한계를 벗어나서 적극적이고 의도적으로 허위정보를 피의자에게 제공하는 것은 일반적으로 금지된다.<sup>56)</sup> 이러한 기준에 따르면 피의자를 적극적인 기망을 통하여 착오에 빠지게 하여 IT시스템에 침입하는 것은 허용되지 않는다고 본다.

## 2) 자기부죄금지원칙

자기부죄금지원칙(Der nemo tenetur Grundsatz)도 형사절차에서 기망 가능성의 한계가 된다. 자기부죄금지원칙이란 ‘스스로에게 불이익한 진술과 행동을 하도록 강요할 수 없다’는 원칙으로<sup>57)</sup> 법치국가적 형사절차의 기본원칙에 속한다.

이 원칙은 독일의 경우 기본법 제2조 제1항과 제1조에 의해서 보장되는 인간의 존엄성 존중권과 자유로운 인격의 발현권을 통해서 헌법상 보장되고 있고 유럽인권 협약(EMRK) 제6조에 의해서 보장되는 공정한 재판을 받을 권리의 핵심영역에 속한다. 이러한 헌법상 기본권은 형소법 제55조(증인의 답변거부권), 제136조 제1항(피의자의 진술거부), 제136a조 제1항과 제3항(금지된 피의자 신문방법), 제163a조 제3항(검찰에 출석한 피의자의 진술거부), 제243조 제4항에서 구체화되어 있다.<sup>58)</sup>

자기부죄금지원칙에 관한 법규범들은 주로 피의자나 피고인의 진술을 대상으로 규정되어 있지만 여기에 한정되지 않고 ‘행위’에도 적용된다. 따라서 피고인은 자신

55) BT-Drs. 18/12785, 52.

56) Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 662, 669 f.; MüKoStPO/Schuh, 2014, § 136 a Rn. 43.

57) 자기부죄강요금지원칙, 자기부죄거부특권 등으로 번역되기도 한다. 자기부죄금지원칙의 의미에 대해서는 홍영기, Nemo tenetur-원칙, 고려법학 제66호 2012년 9월, 고려대학교 법학연구원, 305-338 참조.

58) 우리 헌법도 제12조 제2항에서 형사책임에 관하여 자신에게 불이익한 진술을 강요당하지 아니한다고 하여 자기부죄금지원칙을 천명하고 있고 헌법재판소도 이를 확인하고 있다. 나아가서 형사소송법 제244조의 3(피의자의 진술거부권 등의 고지)와 제283조의 2(피고인의 진술거부권)에서 이를 구체화하고 있다(홍영기, 앞의 논문, 307).

의 유죄판단에 근거가 될 진술이나 행위를 해야 할 의무가 없다.

이러한 점에서 적극적인 기망을 통해서 착오에 빠진 피의자가 감시소프트웨어를 자신의 IT 시스템에 설치하게 하여 자신이 생산한 증거방법을 수사기관이 확보하도록 하는 것은 자기부죄금지와 관련하여 정당화될 수 있는지 의문이다. 왜냐하면 피의자는 기본법에서 보장하고 있는 무결성을 신뢰하고 있기 때문이다.

### 3) 공정한 재판을 받을 권리

공정한 재판을 받을 권리는 기본법의 법치국가원칙과 자유권에 뿌리를 두고 있다. 이 권리는 인간이 국가의 소송절차에서 단순한 객체로 취급되는 것을 금지하고<sup>59)</sup>, 국가에게 구체적이고 공정한 절차를 두도록 의무를 부과한다.<sup>60)</sup> 이러한 공정한 재판을 받을 권리도 형사절차에서 기망의 허용을 제한한다. 이 원칙은 강요를 통한 자기부죄의 야기뿐 아니라 피의자를 자신에 대한 도구로서 수단시하는 자기부죄의 야기를 금지한다.<sup>61)</sup> 기망을 통해서 피의자가 자신에게 불리한 증거를 생산하도록 협력하게 하는 것은 피의자가 자기부죄에 관한 자유로운 판단과 절차의 객체가 아닌 주체로서의 역할을 효과적으로 인식할 수 없게 하거나 그럴 가능성을 감소시킨다. 연방대법원은 수사절차에서 투입된 비경찰정보원(VP)이 범죄적성이 없는 사람을 범죄를 실행하도록 유도한 경우에는 공정한 재판을 받을 권리가 침해된다고 인정하였다.<sup>62)</sup> 따라서 온라인수색 및 암호통신감청의 전단계에서 피의자를 기망으로 착오에 빠지게 하여 감시소프트웨어를 설치하도록 하는 것은 공정한 재판을 받을 권리에 의해서도 그 정당성에 의문이 제기된다.

## 나. 일반적인 평가 기준

형사소송법 평가 기준은 예방적 영역에 그대로 적용될 수는 없다. 물론 경찰법상 절차에서도 공정한 재판을 받을 권리에 따라 기망의 가능성이 제한된다.<sup>63)</sup> 또한 연

59) BVerfGE 57, 250, 274f.; BVerfG NJW 2004, 999.

60) BVerfGE 38, 105, 111.

61) Vgl. MüKoStPO/Gaede, 2018, Art. 6 EMRK Rn. 319.

62) BGHSt 45, 321, 335; 47, 44.

방경찰법(BPolG)이나 각 주 경찰법(바이에른주, 니더작센주, 작센주 등)은 특히 직무질문, 출석요구 및 신문을 위한 개별 규정에서 형소법 제136a조를 준용하여<sup>64)</sup> 당사자의 신문 시 기망을 금지하고 있다.

개별적인 경우 기망을 허용하기 위한 다른 평가 기준은 기본권에서도 직접 도출된다. 국가기관이 진실하지 않은 내용을 제공할 목적으로 통신하는 행위는 적어도 당사자의 일반적인 행위의 자유를 침해하는 적극적인 허위정보(Desinformation)<sup>65)</sup>의 유포에 해당될 수 있다.<sup>66)</sup> 국가기관이 개인정보를 수집할 목적으로 통신상대방의 신분이나 동기에 대한 보호가치가 있는 신뢰를 이용하는 경우에는 이 기본권 주체와 통신을 하면서 자신의 신분을 기망하는 것은 정보자기결정권을 침해하는 근거가 된다.<sup>67)</sup> 이러한 정보자기결정권 침해가 IT 시스템의 침입에 기여한다면 그 침해의 강도는 훨씬 높다. 따라서 정보자기결정권 침해를 동반하게 되는 IT 시스템의 침입은 침해의 강도가 더 높은 기본권 침해를 준비하는 것이다.<sup>68)</sup> 또한 적극적인 기망을 통해서 조종자에 대한 당사자의 신뢰가 커지면 커질수록 침해의 강도는 더욱 높아진다.

## 다. 소결

적극적인 기망으로 착오에 빠진 이용자에게 발생하는 권리 침해는 형사소송법의 특별한 평가 기준과 경찰법 및 헌법에 근거한 일반적 평가 기준에 의해서도 경미하지 않아 보인다. 따라서 이러한 이용자의 권리침해는 온라인수색과 암호통신감청의 부수권한이나 경찰법상 일반조항에 의해서도 정당화되기 어려워 보인다. 물론 낮은

63) Vgl. BVerfGE 38, 105 (111) = NJW 1975, 103.

64) Vgl. § 22 IV 1 BPolG; Art. 15 IV BayPAG; § 12 IV 2 NdsSOG; § 18 IX SächsPolG.

65) Desinformation(영, disinformation)은 국가기관(정보기관이나 군대 등), 정당이나 단체, 로비스트, 개인 등이 특정한 목적을 가지고 고의적으로 유포하는 잘못된 정보 또는 부정확한 정보를 말하며 고의성이 없는 오보(misinformation)와 구별된다. 이것은 주로 국민 기망, 여론조작, 반대세력의 혼란을 목적으로 한다.

66) Ingold, Desinformationsrecht, 2011, 26 f., 41 ff.; Schmalenbach, NVwZ 2005, 1357.

67) BVerfGE 120, 274 (345) = NJW 2008, 822. BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2008 - 1 BvR 370/07, Rn.310.(<https://bit.ly/2VTdeQi>)

68) Derin/Golla, NJW 2019, 1111, 1114.

정도의 착오에 빠지게 하는 것은 앞서 살펴본 부수권한의 허용기준이나 형사소송법 및 경찰법의 일반조항에 의해서 여전히 허용될 수 있다고 본다.

#### 4. IT 보안취약점을 이용하여 설치하는 방법

시스템 침입은 IT 보안취약점의 이용과 밀접한 관련이 있다. 온라인수색과 암호통신감청 권한은 기술적 수단에 의한 정보기술시스템의 침입을 허용한다. 권한규정의 의미와 목적 그리고 입법자의 의사에 따르면 이러한 처분을 이행할 목적으로 필요한 소프트웨어를 통하여 시스템에 침입하는 것도 여기의 침입에 포함된다.<sup>69)</sup> 하지만 수사기관이 이러한 침입을 위해서 대상 시스템에 있는 보안취약점을 이용할 수 있는지에 관해서 권한 규정은 아무런 언급을 하지 않고 있다. 따라서 보안취약점이 이미 존재하고 있는 경우 온라인수색과 암호통신감청 권한에 의해서 이 취약점을 통한 접근과 이용은 정당화될 수 있다고 주장할 수 있다. 연방정부도 의회의 대정부질문에 대한 답변에서 이러한 가능성을 배제하지 않았다.<sup>70)</sup>

하지만 이러한 관점은 ‘정보기술시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권’(이하 ‘IT 기본권’)과 관련하여 문제가 제기된다. IT 기본권이란 개인이 자신의 인격 발현을 위해서 IT 시스템을 이용함으로써 발생하는 인격의 위태화를 보호하고 IT 시스템의 기밀성과 무결성을 보장함으로써 일반적 인격권의 결함을 보충하는 기본권이다.<sup>71)</sup> 이 기본권은 타인의 IT 시스템에 비밀리에 접근하여 거기에 저장된 데이터를 열람하거나 시스템의 이용 상황을 감시하는 행위를 금지하고 있다. 따라서 IT 보안취약점을 이용하여 설치하는 방법은 IT 기본권의 관점에서 그 허용여부를 직접 검토할 수 있다.

IT 기본권은 방어권의 구성에서 개인의 보호뿐 아니라 기본권 보장의 의미도 함

69) Vgl. BT-Drs. 18/12785, 51.

70) BT-Drs.18/13413 (<https://bit.ly/2wtCiCO>).

71) 박희영, 예방 및 수사목적의 온라인 비밀 수색의 허용과 한계, 원광법학 제28권 제3호, 160-164. 특히 IT 기본권의 헌법적 근거에 대해서는 161면 참조. IT 기본권은 온라인수색에 관한 위헌판결에서 독일헌법재판소가 처음으로 창설한 것이다. 이에 대해서 박희영, 독일 연방헌법재판소의 정보기술 시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권, 인터넷법률 통권 제45호(2009. 1), 92-123면 참조.

게 가지고 있다. 즉 IT 기본권은 정보기술시스템의 기밀성과 무결성을 ‘보장’한다고 표현하고 있다.<sup>72)</sup> 이로부터 IT 보안에 대한 국가의 보호의무가 도출된다.<sup>73)</sup> 따라서 수사기관이 감시처분을 수행하기 위해서 IT 보안취약점을 개방해 놓는 것이 국가의 보호의무와 일치하는지 문제가 된다. 이러한 배경에서 이미 알려져 있는 보안취약점이 아직 처리되지 못하고 이용되는 경우에는 문제가 덜 심각할 수 있다. 하지만 특히 국가기관이 IT 시스템의 제작자와 이용자가 아직 알지 못하는 보안취약점을 찾아서 이용하는 사례의 경우 문제는 더욱 심각해진다.

연방헌법재판소는 IT 기본권을 창설한 계기가 되었던 2008년 온라인수색 판결에서 IT 보안취약점을 개방해 놓는 이익과 일반적 IT 보안의 이익 사이에 목적충돌을 언급한 바 있다.<sup>74)</sup> 연방헌법재판소는 지금까지 알려지지 않은 운영시스템의 보안상의 결함이 침입에 이용된다면, 성공한 접근의 공익과 정보기술시스템의 중대한 보안의 이익 사이에 목적충돌을 야기할 수 있다고 하였다. 그리하여 수사기관이 그러한 보안상의 결함을 제거하는 조치를 하지 않거나 심지어 그 결함이 알려지지 않도록 적극적으로 노력하게 될 위험이 있다고 하였다. 따라서 시민들은 높은 수준의 정보기술의 보안을 위해 국가가 가능한 노력해야 한다고 신뢰하고 있는데, 그러한 목적 충돌은 시민들의 이러한 신뢰를 침해할 수도 있다고 지적하였다.<sup>75)</sup>

그 동안 연방정부는 보호의무의 관점에서 항상 IT 보안을 장려하고 보호하고 있음을 천명해 왔다. 특히 연방내무부는 2016년 독일의 사이버안전전략에서 국가의 직무는 자유와 안전을 보장하는 것이며 이는 사이버 공간에도 적용되어야 하므로 국가는 사이버 공간에서 발생하는 위협으로부터 시민을 보호해야 한다고 밝히고 있다.<sup>76)</sup>

72) Hoffmann-Riem, JZ 2008, 1009 (1019).

73) Becker, NVwZ 2015, 1335 (1339 f.); Hoffmann-Riem, JZ 2008, 1009 (1013 f.); Kutscha, NJW 2008, 1042 (1044); Roßnagel/Schnabel, NJW 2008, 3534 (3535); Sachs/Krings, JuS 2008, 482 (486).

74) BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2008 - 1 BvR 370/07.

75) BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2008 - 1 BvR 370/07, Rn.241.

76) 우리 정부도 사이버위협에 대응하여 사이버 공간에서 국민이 안전하고 자유롭게 활동할 수 있도록 보장하기 위하여 ‘국가사이버안전전략’을 2019년 4월 3일 발표하였다. 이 전략은 국민을 위한 사이버안보의 3대 기본원칙으로 국민의 기본권 보장, 법치주의에 기반을 둔 안보활동의 전개, 국민의 참여를 보장하는 투명한 사이버 안보의 실현을 천명하고 있다. 국가사이버안전전략은 특히 국민의

이러한 배경에서 국가기관이 온라인수색이나 암호통신감청과 같은 처분을 가능하도록 하기 위해서 보안취약점을 계속 유지하는 것은 IT 보안에 대한 이러한 국가의 노력들과 모순된다.<sup>77)</sup> 보안취약점의 유지 이용은 IT 보안의 일반적인 위협을 의미할 수 있다. 현재 정보기술의 취약점을 제삼자가 이용하지 않도록 통제할 가능성이 알려져 있지 않기 때문에<sup>78)</sup> 그러한 위협(threat)은 구체적 위험(risk)으로 발전될 개연성이 있다.<sup>79)</sup> IT 보안의 취약점을 의도적으로 알게 됨으로써 어떠한 손해가 발생할 수 있는지는 지난 2017년 5월 발생한 WannaCry 사건이 잘 보여주고 있다. 악성프로그램 WannaCry는 전세계적으로 짧은 시간에 대규모 손해를 야기하였고 여기에는 국가기간통신망(정보통신기반시설)도 포함되었다.<sup>80)</sup> 그밖에도 미국의 정보기관 NSA가 수년간 보안취약점을 알고 있었지만 제작자나 국민에게 통지하지 않고 이를 토대로 침입소프트웨어를 개발하였다는 사실도 보안취약점의 위험성을 잘 말해 주고 있다.

최근 IT 보안 연구는, 취약점을 체계적으로 발견하여 제거하는 것이 전적으로 가능하다는 것을 보여준다.<sup>81)</sup> 그리고 국가가 전체 취약점을 항상 해결할 수는 없다 하더라도 적어도 국가에게 IT 보안을 최적화할 의무가 있다. 따라서 국가가 보안취약점을 장기간 개방해 놓고 이를 알리지 않거나 해결하지 않고 방치하는 경우 야기되는 IT 보안의 침해는 기본적으로 IT 기본권의 보호의무와 일치할 수 없다.

IT 보안에 대한 이익이 헌법을 통해서 보호되는 다른 권리와 이익형량을 통해서 후순위로 물러나야 하는 사례들만 헌법적으로 정당화될 수 있다. 하지만 이를 위해

기본권 보장과 법치주의에 기반을 둔 안보활동을 적시하고 있으므로 비록 법적 규범력을 갖지는 않지만 국가차원의 사이버안보 정책의 최상위 지침서로 사이버위협에 대응하는 국가의 기본 방향이라는 점에서 상당한 의미를 가진다(청와대 국가안보실, 국가 사이버안보전략). (<https://bit.ly/2wrSZ1A>)

77) 동일한 견해로는 다음 참조 : Blechschmitt, MMR 2018, 361 (365); Heim, NJW-Spezial 2018, 120.

78) Pohlmann/Riedel, DuD 2018, 37 (43).

79) IT 보안 연구에서 위협은 위험을 일으킬 소지가 다분한 요소를 말하며, 위험은 위협 요소가 일으킬 수 있는 피해를 의미한다.

80) Vgl. Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland 2018, 13.

81) Stock/Pellegrino/Li/Backes/Rossow, Proceedings of the 25th Annual Symposium on Network and Distributed System Security (NDSS '18), 2018(<https://publications.cispa.saarland/1190/>).

서 적어도 법적인 기본조건이 필요하다. 현재 국가기관의 보안취약점의 취급에 관한 검토할 만한 기준이 마련되어 있지 않기 때문이다. 그 기준은 발견된 보안취약점이 어떤 상황에서 비밀로 유지될 수 있는지 그리고 언제 공개되어야 하는지를 규정하는 것이어야 한다. 이에 상응한 기준들은 기본적으로 보안취약점과 이로부터 나오는 위협의 비중 그리고 이를 이용하려는 국가 목적의 비중에 초점을 두어야 한다.<sup>82)</sup> 장래 이에 상응한 기준을 마련하는 경우 IT 보안의 이익이 항상 다른 보안 이익보다 후순위로 물러나야 한다는 일반적인 가정은 유지될 수 없다. 왜냐하면 IT 보안은 다른 중요한 법익의 보호와 연결되어 있다는 점에 유의해야 하기 때문이다. 예를 들어 국가기간통신망을 위한 IT 보안의 보장(예컨대 원자력발전소)은 생명 및 신체의 안전성 보호를 위해서 필요하다.<sup>83)</sup> 또한 IT 보안은 가령 학술연구의 자유, 표현의 자유, 직업의 자유와 같은 다른 기본권을 행사하기 위한 조건이 된다.<sup>84)</sup>

따라서 현재의 상황에 따르면 온라인수색과 암호통신감청을 수행하기 위해서 IT 보안취약점을 제거하지 않고 의도적으로 개방해 놓는 것은 IT 기본권에서 도출되는 국가의 보호의무와 기본적으로 일치하기 어렵다고 판단된다. 결국 IT 보안취약점을 이용하는 방법은 기본권 차원에서나 형사소송법의 부수처분의 허용기준에 의하더라도 정당화될 수 없다고 본다.

## V. 결론 및 시사점

### 1. 결론

온라인수색과 암호통신감청을 수행하기 위해서는 감시소프트웨어가 우선 설치되어야 한다. 하지만 권한 규정들은 이의 설치방법에 대해서는 아무런 언급을 하지

82) 이러한 제안에 대해서는 Herpig, Schwachstellen-Management für mehr Sicherheit, 2018 (<https://bit.ly/2HLEEnl>).

83) Wischmeyer, Die Verwaltung 50 (2017), 155 (162).

84) 이러한 쟁점에 대해서는 이상학, 사이버정보활동의 기본원칙과 한계, 법학연구, 2014.5.30., 411-415면 참조.

않고 있다. 따라서 다양한 설치방법들이 주처분에 수반되는 부수권한으로 허용되는 지 검토하였다. 검토의 대상으로 삼은 주거 출입을 통한 방법, 기망을 통하여 착오에 빠진 이용자를 이용하는 방법, IT 보안취약점을 이용하는 방법들의 해석론은 기본권 차원에서 이를 정당화하기에 상당한 의문이 제기되는 것으로 판단된다.

입법론적으로도 이러한 부수처분이 정당화될 가능성도 상당히 제한적인 것으로 보인다. 앞서 언급한 바와 같이 현재 주거 출입을 통한 방법은 경찰단계에서 논의되고 있다.<sup>85)</sup> 하지만 주거 출입 방법은 주거의 불가침이라는 기본권 침해를 추가로 야기하기 때문에 입법론적으로 특히 헌법상 요청을 충족해야 할 것이다.<sup>86)</sup>

이용자를 적극적으로 기망하여 착오에 빠지게 한 다음 정보기술시스템에 접근하게 하는 것은 주거 출입보다 더 정당화하기 어려워 보인다. 속이는 행위와 허위정보 유포를 위한 법적 근거를 만드는 것은 국가의 정보 활동에 대한 신뢰를 일반적으로 흔들기에 충분하다. 따라서 국가질서의 근본토대가 위협에 처하게 될 수 있다. 모든 국민이 이메일에 첨부된 감시소프트웨어를 우려해야 한다면, 이것은 또한 전자정부의 구상에 따른 행정과도 부합하기 어려울 수 있다.

마지막으로 IT 보안취약점을 방치해 두는 것도 마찬가지로 정당화되기 어려워 보인다. 현재 이를 위한 적합한 규정이 존재하지 않는다. 이를 허용하는 규정들은 엄격한 한계 내에서만 IT 기본권과 일치할 수 있을 것이다. 따라서 IT 취약점의 획득 및 보존, 비밀유지, 방치를 위한 기준이 마련되어야 하고 그것은 구속력이 있어야 할 것이다. 국가의 IT 보안취약점 취급에 관한 구체적인 규정은 IT 보안법의 추가적인 발전과 함께 고려되어야 할 것이다.

## 2. 시사점

현재 우리는 독일과 같이 온라인수색이나 암호통신감청과 같은 비밀처분을 범죄 예방이나 수사목적으로 두고 있지 않다. 정보통신기술의 발전에 따라서 범죄의 수법도 나날이 발전하고 있으므로 수사기관이나 예방기관도 이에 걸맞는 비밀처분이

85) 앞의 각주 42) 참조.

86) Vgl. Soiné, NStZ 2018, 497 (501).

필요하다. 따라서 이러한 종류의 비밀처분의 도입에 관한 논의가 요구된다. 필자는 이미 선행연구를 통하여 암호통신감청의 헌법적 정당성을 도출하고 현행 통신비밀보호법은 암호통신감청을 포섭할 수 없으므로 그 입법 방향과 한계를 제시하였다.<sup>87)</sup> 이러한 논의는 기본적으로 온라인수색에도 전용할 수 있다고 본다. 암호통신감청과 온라인수색은 그 기원이 같고 기능도 거의 유사하기 때문이다.<sup>88)</sup>

그런데 현재 독일의 온라인수색과 암호통신감청을 수행하기 위한 부수처분을 검토한 결과 주거 출입을 통한 방법, 기망을 통하여 착오에 빠진 이용자를 이용하는 방법, IT 보안취약점을 이용하는 방법들은 기본권 차원에서 이를 정당화하기 어려운 점이 발견되었다. 이들을 제외한 다른 부수처분들은 형사소송법상 수사의 일반조항이나 경찰법상 경찰활동의 일반조항 그리고 기본권 차원에서도 허용된다. 예를 들어 물리적인 접근 방법으로서 수사기관이나 보안기관이 출입국 시 세관통제나 기타 교통 통제 처분과 관련하여 대상자의 모바일 기기에 접근하는 방법, 고의 없는 제삼자를 도구로 이용하여 물리적으로 침입하게 하는 방법(예를 들어 회사의 동료가 판촉물로 받은 USB 칩으로 대상 컴퓨터를 감염시키는 경우) 등이 있다. 또한 원격 접근 방법으로는 수사기관이나 보안기관이 소프트웨어제작자나 전기통신사업자의 협력을 통하여 해당 IT 시스템에 접근하는 방법, 감시소프트웨어에 감염된 첨부파일을 이메일과 함께 대상자에게 송신하여 설치하는 방법, IT보안취약점을 이용하는 방법을 제외한 국가트로이목마나 원격 포렌식 소프트웨어를 통해서 설치하는 방법 등이 있다. 하지만 이러한 방법만으로는 암호통신감청이나 온라인수색의 목적을 달성하기에는 사실상 상당히 미흡하다. 특히 국가트로이목마나 원격 포렌식 소프트웨어를 통해서 해당 시스템에 접근하여 설치하는 방법은 IT 시스템의 보안취약점을 이용하는 방법이 대부분이기 때문이다. 하지만 부수처분이 주처분에 버금가거나 다른 기본권을 침해하게 되는 경우에는 이에 상응한 수권규정이 필요하다. 앞서 언급한 주거 출입을 통한 방법, 기망을 통하여 착오에 빠진 이용자를 이용하는 방법, IT 보안취약점을 이용하는 방법들이 여기에 해당되는 것으로 보인다.

따라서 우리의 도입 논의에서는 추가적인 기본권 침해가 예상되는 부수처분에 대

87) 박희영, 앞의 논문, 형사정책연구 제29권 제2호(통권 제114호, 2018 · 여름), 42-53 참조.

88) 온라인 수색의 입법 방향에 대한 상세한 논의는 다음 기회로 미룬다.

해서는 비례성원칙을 고려한 보다 엄격한 요건이 필요하다. 이 글에서 검토한 헌법상 기본권을 고려한 부수처분들과 기준들은 범죄수사나 범죄예방에 모두 적용될 수 있으므로 개별 수권 규정의 요건을 정하는데 참조할 수 있을 것이다.

## 참고문헌

- 김성룡, 독일 형사소송법 최근 개정의 형사정책적 시사 - 수사절차를 중심으로 -, 형사정책 제29권 제3호, 2017.12
- 박희영, 국가의 합법적인 해킹행위로서 온라인 수색에 관한 독일 법제 동향, 최신의 국법제정보 2019 제1호, 한국법제연구원, 55-73.
- 박희영, 독일 연방헌법재판소의 정보기술 시스템의 기밀성 및 무결성 보장에 관한 기본권, 인터넷법률 통권 제45호, 2009. 1, 92-123.
- 박희영, 수사 목적의 암호통신감청(Quellen TKU)의 허용과 한계, 형사정책연구 제29권 제2호(통권 제114호, 2018 · 여름), 28-31.
- 박희영, 예방 및 수사목적의 온라인 비밀 수색의 허용과 한계, 원광법학 제28권 제3호, 160-164.
- 이상학, 테러방지 수권규정과 기본권침해의 한계 - 독일연방수사청법의 테러방지 권한에 대한 연방헌법재판소의 판결(2016.4.20.) 검토를 중심으로, 공법학연구 제17권 제3호, 109-134.
- 이상학, 사이버정보활동의 기본원칙과 한계, 법학연구, 2014.5, 407.
- 정문식, 테러방지 감시조치에 대한 위헌심사기준 - 독일연방헌법재판소 연방사법경찰청법(BKAG) 결정을 중심으로, 법과 정책연구, 제18권 제2호, 2018, 6. 3-43.
- 허 황, 최근 개정된 독일 형사소송법 제100조b의 온라인 수색과 제100조a의 소스통신감청에 관한 연구, 형사법의 신동향 통권 제58호, 대검찰청, 2018.3.
- 홍선기/강문찬, 테러방지법상 국정원 정보수집권한에 대한 개정논의 - 최근 독일 연방헌법재판소의 판결과의 비교검토, 법과 정책연구 제17권 제3호, 2017.9.
- 홍영기, Nemo tenetur-원칙, 고려법학 제66호 2012년 9월, 고려대학교 법학연구원, 305-338.
- Bär, Wolfgang, in Anmerkung zu AG Bayreuth MMR 2010, 266 (268)
- Becker, Florian, Grundrechtliche Grenzen staatlicher Überwachung zur

- Gefahrenabwehr, NVwZ 2015, 1335-1340.
- Blehschmitt, Lisa, Strafverfolgung im digitalen Zeitalter, Auswirkungen des stetigen Datenaustauschs auf das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, MMR 2018, 361- 366.
- Buermeyer, Ulf, Zum Begriff der "laufenden Kommunikation" bei der Quellen-Telekommunikationsüberwachung ("Quellen-TKU"), StV 2013, S. 470.
- Derin, Benjamin/Golla, Sebastian, Der Staat als Manipulant und Saboteur der IT-Sicherheit?, Die Zulässigkeit von Begleitmaßnahmen zu „Online-Durchsuchung“ und Quellen-TKÜ, NJW 2019, 1111-1116.
- Freiling, Felix/Safferling, Christoph/Rückert, Christian, Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung als neue Maßnahmen für die Strafverfolgung: Rechtliche und technische Herausforderungen, JR 2018, 9 - 22.
- Gercke, Björn Überwachung der Telekommunikation - von der Ausnahme zur Regel,
- Heim, Maximilian, Staatstrojaner im Einsatz, NJW-Spezial, 2018, 120.
- Hiéramente, Mayeul, Telekommunikationsüberwachung und Cloud Computing, StraFo 9/2015, S. 365-374.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang, Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme, JZ 2008, 1009-1022.
- Kutscha, Martin, Das „Computer-Grundrecht“ – eine Erfolgsgeschichte?, DuD 2012, 391 (394).
- Kutscha, Martin, Mehr Schutz von Computerdaten durch ein neues Grundrecht?, NJW 2008, 1042-1044.
- Müller, Wolfgang/Römer, Sebastian, Legendierte Kontrollen - Die gezielte Suche nach dem Zufallsfund, NStZ 2012, 543-547.
- Nowrouzian, Bijan, Darf der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren getäuscht

werden? - Zur grundsätzlichen Zulässigkeit aktiver Täuschung im Ermittlungsverfahren, NStZ 2015, Heft 11, 625-628.

Pohlmann, Norbert/ Riedel, Rene, Strafverfolgung darf die IT-Sicherheit im Internet nicht schwächen, DuD 2018, 37-44. (zit.: Pohlmann/Riedel, DuD 2018, 37)

Roggan, Frederik Die „Technikoffenheit“ von strafprozessualen Ermittlungsbefugnissen und ihre Grenzen. Die Problematik der Auslegung von Gesetzen über ihren Wortlaut oder Wortsinn hinaus, NJW 2015, 1995-1999.(zit.: Roggan, NJW 2015, 1995)

Roggan, Frederik, Die strafprozessuale Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung: Elektronische Überwachungsmaßnahmen mit Risiken für Beschuldigte und die Allgemeinheit, StV 2017, 821-829.

Roggan, Fredrik, Das neue BKA-Gesetz - Zur weiteren Zentralisierung der deutschen Sicherheitsarchitektur, NJW 2009, 257-262.

Roßnagel, Alexander/Schnabel, Christoph, Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme und sein Einfluss auf das Privatrecht, NJW 2008, 3534-3538.

Sachs, Michael/Krings, Thomas, Das neue „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“, JuS 2008, 481-486. (zit.: Sachs/Krings, JuS 2008, 481)

Sankol, Barry Überwachung der Internet-Telefonie: Ein Schatten im Lichte der §§100a ff. StPO, CR 2008, 13-18. (zit.: Sankol, CR 2008, 13)

Schmalenbach, Kirsten, Wenn der Staat lügt: Desinformation im demokratischen Rechtsstaat NVwZ 2005, Heft 12, 1357-1361.

Schneider, Hartmut, Zur Zulässigkeit strafprozessualer Begleitmaßnahmen im Zusammenhang mit dem Abhören des nicht öffentlich gesprochenen Wortes, NStZ, 1999, 388-391. (zit.: Schneider, NStZ 1999, 388)

Singelstein, Tobias, Möglichkeiten und Grenzen neuerer strafprozessualer

Ermittlungsmaßnahmen - Telekommunikation, Web 2.0., Datenbeschlagnahme, polizeiliche Datenverarbeitung & Co, NStZ 2012, 593-606. (zit.: Singelstein, NStZ 2012, 593).

Singelstein, Tobias/ Derin, Benjamin, Das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens. Was aus der StPO-Reform geworden ist, NJW 2017, 2646-2652. (zit.: Singelstein/Derin, NJW 2017, 2646)

Soiné, Michael, Die strafprozessuale Online-Durchsuchung, NStZ 2018, Heft 9, 497-504.

Soiné, Michael, Eingriffe in informationstechnische Systeme nach dem Polizeirecht des Bundes und der Länder NVwZ 2012, 1585-1589.

Soiné, Michael, Kriminalistische List im Ermittlungsverfahren, NStZ 2010, Heft 11, 596-602.

Tinnefeld, Die "Staatstrojaner" aus verfassungsrechtlicher Sicht - Gedanken zum ... Landesbeauftragten für den Datenschutz, ZD 2012, 451 (454).

## The Admissibility and Limitations of Accompanying Measures to Quellen TKÜ and Online-Durchsuchung\*

Park, Hee-young\*\*·Lee, Sang-hak\*\*\*

As the development of information and communication technology has led to the development of crime techniques day by day, investigative agencies and preventive agencies need to dispose of them appropriately. To this end, Germany introduced the online search(Online-Durchsuchung) and source telecommunications surveillance(Quellen-TKÜ) to the criminal procedure law and police law respectively.

Surveillance software must be installed to perform Online-Durchsuchung and Quellen-TKÜ. However, the regulations do not mention how to install them. Therefore, various installation methods should be examined. The focus of the examination is on how to use residential access, how to manipulate users who are misled by deception, and how to use IT security vulnerabilities. The interpretation of these regulations seems to raise considerable questions to justify them at the basic level. Legislative theories, it seems that the possibility of justifying these dispositions is also very limited. And the possibility of justifying the legislation of subsidiary disposal appears to be limited.

In the future, Korean legislators are also expected to discuss on-line search or cryptographic communication eavesdropping in response to serious crimes such as terrorist crimes. In particular, the Korean Constitutional Court ruled that so-called packet inspection could not be allowed and urged legislation thereon. Quellen-TKÜ

---

\* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea (NRF-2016S1A5A2A03927806).

\*\* Researcher, Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Germany, PhD in Law.

\*\*\* Professor, Daegu University, PhD in Law, Corresponding Author.

could be its alternative. These will have to be discussed at the same time as Online-Durchsuchung and Quellen-TKÜ use the same monitoring software.

However, preliminary disposition to carry out Online-Durchsuchung and Quellen-TKÜ may infringe fundamental rights. Therefore, in our introduction discussions, it seems that more stringent requirements are needed for the disposal of these.

❖ key words: online search(Online-Durchsuchung), source telecommunications surveillance(Quellen-TKÜ), IT vulnerabilities(IT-Sicherheitslücken), IT-Grundrecht, Der nemo tenetur Grundsatz, Annexkompetenz, Begleitmassnahme, kriminalistischen List, Täuschungsverbot, Desinformation



## 성폭력 원인에 대한 사회·경제적 분석

김상권\*

### 국 | 문 | 요 | 약

본 논문은 사회·경제적 관점에서 성폭력 원인을 분석하였다. 비용을 최소화하는 방법으로 개인이 성욕을 해소한다는 가정하에 성폭력 모형을 완성하였다. 모형 검증을 위해 성폭력 발생률을 종속변수, 그리고 살인발생률, 소득, 남녀비율, 남성고용률, 남성유배자비율을 독립변수로 하여 회귀분석을 하였다. 회귀분석은 13개 지역으로 구성된 1998~2010년 기간의 패널(panel) 자료를 사용하였다. 분석결과는 비용과 편익 분석에 따른 개인의 경제적 선택과 성욕 해소 경로를 제한 또는 확대하는 제도나 활동이 성폭력에 직접적인 영향을 미치는 것으로 나타났다. 구체적으로 성매매를 불법화한 성매매특별법은 성폭력 발생률을 증가시키는 것으로 나타났고, 배우자가 있는 남성이 많은 지역일수록 성폭력 발생률이 낮았다. 그리고 짝을 찾는 것을 어렵게 하는 남녀 간의 성비 불균형은 성폭력 발생률을 높였다. 대부분의 기존 범죄 연구와 마찬가지로 성폭력범죄에서도 적발 가능성과 처벌강도가 범죄 발생률에 영향을 미쳤다. 치안 수준이 열악한 지역에서 성폭력 발생률이 높았고, 수감에 따른 기회비용 높은 지역에서는 성폭력 발생률이 낮았다.

❖ 주제어 : 성폭력, 성욕, 성매매특별법, 성매매

\* 한라대학교 경영학과, 220-712 강원도 원주시 한라대길 28  
E-mail: skkim@halla.ac.kr, Phone: +82-33-760-1414, Fax: +82-33-760-1411

## I. 서론

성폭력은 강압을 통해서 이성에게 성과 관련된 위해를 가하는 행위이다.<sup>1)</sup> 성폭력은 폭력성을 수반하기 때문에 피해자에게 심각한 정신적인 후유증을 남길 뿐만 아니라 주변 가족의 삶까지도 황폐화시킨다. 성폭력 피해의 심각성은 김부남(1991) 사건과 김보은·김진관(1992) 사건에서 적나라하게 드러났다. 김부남은 어렸을 때 자신을 성폭행하였던 범인을 성인이 되어 살해했으며, 김보은은 10년 동안 자신을 성폭행했던 계부를 자신의 남자친구와 함께 살해했다. 이 사건을 계기로 1994년 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’이 제정되었다.

이후에도 사회를 불안하게 하는 엽기적인 성폭력 사건들은 끊이지 않았다. 도가니 사건(2005) 혜진·예슬이 사건(2007), 조두순 사건(2008), 김길태 사건(2010), 김수철 사건(2010), 오원춘 사건(2012), 통영초등생 사건(2012), 대구여대생 사건(2013) 등이 발생했다. 분노한 국민들은 한 목소리로 재발 방지를 위한 제도 개선을 촉구하였고, 이에 호응하여 국회는 성폭력범죄에 대한 처벌을 강화하는 법을 제정하였다.

2000년에는 ‘청소년의 성보호에 관한 법률’, 2007년에는 ‘특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적전자장치 부착 등에 관한 법률’, ‘청소년의 성보호에 관한 법률’을 개정한 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’, 2010년에는 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’, ‘성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률’ 등이 제정되었다. 2011년에는 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’을 개정하여 아동과 장애인에 대한 성폭력에 대해 공소시효를 폐지하고 법정형을 상향하는 개정을 하였다.

그러나 강력한 법 제정과 처벌강화에도 불구하고 성폭력 사건은 줄어들 기미가 보이지 않고 오히려 증가하는 추세다. 경찰청 자료에 따르면 전체범죄에서 성폭력 사건이 차지하는 비율은 1995년 0.36%(4,844건), 2000년 0.39%(6,750건), 2005년 0.42%(7,310건), 2010년 0.66%(11,908건)으로 높아졌으며, 2015년에는 1.14%(21,286

1) ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 제2조에 따르면 음행매개, 음화반포, 공연음란 같은 성풍속범죄까지도 성폭력범죄에 포함되게 되어있다. 그러나 본 논문에서는 성폭력에 성풍속범죄는 포함하고 있지 않다.

진)으로 급증하는 모습을 보였다.<sup>2)</sup> 성폭력 피해자도 장애인에서부터 노인에 이르기까지 확대되고 있으며, 가해자도 무직자에서부터 연예인, 교육자, 정치인과 같은 사회지도층으로 확산되고 있다.

본 논문은 사회적으로 만연되고 있는 성폭력 원인을 분석하고 있다. 성폭력 원인을 개인적인 성향이나 병리적인 심리상태, 남성의 권력 유지를 위한 수단으로 보는 기존의 연구들과 달리 성폭력의 원인을 사회·경제적 관점에서 밝히고 있다.

## II. 이론적 배경

성폭력 원인에 대한 연구는 1950년대부터 심리학자들에 의해 시작되었다. 그들은 Freud의 정신분석이론을 응용해서 성폭력 동기를 분석하였다. Freud가 성폭력에 대해 직접적인 언급을 한 바는 없으나 후세의 일부 학자들이 임상적 관찰을 기반으로 이론을 만들어냈다. Freud식 접근이 대부분 그러하듯 다른 정신적 장애와 마찬가지로 성폭력도 유년기에 잘못 형성된 무의식을 원인으로 지목하였다. Cohen et al.(1971)에 따르면 지나치게 관대하거나, 고압적이거나, 냉정한 엄마와 멀게만 느껴지는 무서운 아빠에 의해서 여성에 대한 적대적인 자아가 형성되고, 이것이 성폭력으로 표출된다는 것이다.

1970년대에 들어서며 여성운동이 활발해지면서 페미니스트들은 성폭력에 관심을 보이기 시작하였다. 그들은 성폭력을 가부장적인 권력 유지를 위해 남성이 여성에 대해 사용하는 통제수단으로 파악하였다. Millett(1970)는 성폭력은 남성이 여성을 자신의 소유물로 보고 여성을 통제하려는 과정에서 비롯된 것이라고 주장했으며, Brownmiller(1975)는 남성이 여성의 육체에 대한 통제력을 증명하려는 과정에서 성폭력이 발생한다고 주장했다. 즉, 성폭력은 성욕 해소를 위한 충동적인 범죄가 아니라 가부장적인 권력구조를 유지하기 위한 계획적인 범죄라는 것이다. 사회적 권

2) 2010년까지 성폭력 건수에는 강간, 강간추행(준), 준강간, 강간등상해, 강간치상(준), 강제추행치상(준), 강간등살인, 미성년자등간음추행(심신미약자), 피보호자(감호자)간음, 미성년자의제강간(강제추행강간살인) 등이 포함되었고, 2015년 성폭력 건수에는 성폭력범죄의처벌에관한특별법 및 아동청소년의성보호에관한법을 위반이 추가되었다.

력관계를 맺고 있는 친구, 가족, 직장상사들과 같이 극히 정상적인 사람들에 의해 성폭력이 자행됐다는 사실을 실증적 사례로 삼았다.

진화심리학자들은 페미니스트와 다른 관점을 제시한다. Randy Thornhill와 Palmer가 쓴 『A Natural History of Rape: Biological Bases of Sexual Coercion(2000)』에 따르면 성폭력은 짝짓기 경쟁에서 실패한 수컷이 자손 번식을 위해 사용한 전략이라는 것이다. 포유류의 경우 수컷보다 암컷이 새끼를 키우는 데 큰 노력을 기울여야 하므로 암컷은 짝짓기에 까다롭다. 따라서 암컷의 선택을 받지 못한 소외된 수컷은 자신의 유전자를 퍼뜨리기 위해 강제적 짝짓기를 한다는 것이다. 아직도 이러한 동물적 습성이 남성에게 남아있어 성폭력이 발생한다는 것이다. 진화심리학의 주장은 동성애자 간의 강간, 임신할 수 없는 폐경 여성에 대한 강간, 변태적인 강간을 설명하지 못하는 한계를 가지고 있다(Hamilton(2008)).

Vandermassen(2011) 진화론자의 이론을 재해석하면서 양측 이론을 통합했다. 그녀는 성폭력의 직접적인 동기 규모도 중요하지만, 그 동기를 형성한 심리상태를 진화적 관점에서 이해하려 했다. 분노와 적개심이 성폭력의 직접적인 원인 중에 하나라고 지적한 진화론자인 Shileds(1983)의 연구는 진화론자와 페미니스트의 주장이 상호 대립되는 것이 아니라는 주장을 폈다. Shileds(1983)는 자손 번식을 위해서 남성은 정직한 구애, 가식적인 구애, 강제적인 강간이라는 세 가지 전략을 갖고 있는데, 앞의 두 가지 선택이 유효하지 않을 경우 분노와 적대감으로 성폭력이 초래된다고 주장했다. Smuts(1995)는 여성은 배우자 선택에 까다롭기 때문에 자손 번식을 쉽게 하려고 남성이 여성을 지배하려 한다는 것이다. 성폭력은 페미니스트 주장처럼 권력욕이 직접적 원인이지만 기저의 깔린 원인은 진화론자의 주장처럼 자손 번식에 있다는 것이다. 즉, 페미니스트의 주장과 진화론자의 주장이 갈등의 관계가 아니라 상호 보완적이라는 것이다.

성폭력 원인에 대한 실증분석은 강력 범죄와 사회·경제적 불평등 간의 관계를 분석한 Blau와 Blau(1982)의 연구로부터 비롯됐다. 그들은 불평등이 성폭력을 제외한 여타 범죄(살인, 강도, 폭행)와 관련이 있음을 밝혔지만, 성폭력과 불평등 간의 관계는 밝혀내지 못했다. 그러나 뒤이은 Smith와 Benette(1985) 그리고 Peterson과 Bailey(1988)는 불평등이 성폭력과 관련이 있음을 밝혔다. Smith와 Benette(1985)

성폭력과 빈곤 간에 유의한 관계가 있음을 밝혔고, Peterson과 Bailey(1988)는 지니 계수(Gini Index)로 측정한 일반적인 소득불평등과 흑백 간의 소득불평등이 성폭력과 유의한 관계가 있음을 보고했다.

남성과 여성 간의 성불평등이 성폭력의 원인이라는 페미니스트의 주장은 Ellise와 Beatties(1983)에 의해 검증되었다. 그들은 미국 26개 대도시 지역의 성폭력과 성불평등 간의 관계를 조사했다. 성불평등은 남녀 간의 소득 차이, 교육 차이, 고용 차이, 전문직 참여 정도 그리고 판사, 변호사, 경찰관의 여성 비율로 측정하였다. 그들은 남녀 간의 소득 차이가 클수록 성폭력 발생이 높아지는 관계를 발견하였다. 그러나 통제변수를 고려했을 때 성폭력과 남녀소득 차이 간의 (+) 관계는 사라졌다.

Ellise와 Beatties(1983) 연구의 연장선 상에서 Baron과 Straus(1984)는 1979년 성폭력과 여성지위지수(status of women index:SWX) 간에 관계를 분석했다.<sup>3)</sup> 분석결과는 페미니스트의 주장과 반대로 남녀 간 차별이 적을수록 성폭력 비율이 높아지는 관계를 발견하였다. 이러한 역관계는 남녀 차별이 축소되는 과정에서 나오는 남성들의 반격이 반영된 결과라고 주장했다. 1987년 연구에서는 수정된 여성지위지수(gender equality index:GEX)를 기초로 남녀 차별이 클수록 성폭력 비율이 높아지는 결과를 얻어냈다.<sup>4)</sup>

페미니스트의 주장을 뒷받침하는 유의미한 연구 결과는 Peterson과 Bailey(1992)의 연구에서 발견됐다. 그들은 남녀 간의 소득 차이가 클수록 성폭력이 증대하는 (+) 관계를 발견했다. 그러나 성폭력이 교육 및 직업상에서 남녀 간의 성불평등과는 관련이 없는 것으로 나타났다. 남녀 간의 권력 차이가 교육 및 직업상에서의 성차별 보다는 남녀 간의 경제력 차이에 기인하기 때문이라고 해석했다.

경제학에서 범죄에 대한 연구는 Becker(1968)로부터 시작되었다. 그는 범죄로 얻게 되는 기대편익이 범죄로 인해 발생하는 기대비용보다 클 때 범죄가 발생한다고 주장했다. 즉, 범행 동기가 없어서가 아니라 범죄로부터 얻는 기대이익이 범죄로 인해 발생하는 기대비용보다 크면 범죄가 발생한다는 것이다. 이러한 차원에서 성폭력도 예외가 아니라는 것이다. Ehrlich(1973)은 실증분석을 통해 다른 범죄와 함께

3) 참조: Yllo와 Straus(1984).

4) 참조: Sugarman과 Straus(1988).

성폭력에서도 처벌강도가 범죄 발생에 영향을 미치는 것을 보였다. 이후 경제학 관점에서 범죄를 분석한 수많은 논문이 발표되었다. 그러나 앞서 연구와 마찬가지로 대부분의 연구는 성폭력을 다른 범죄와 차별을 두어 분석하고 있지는 않다. 술과 성폭력 간의 관계를 분석한 Zimmerman(2007)의 연구에서도 술이라는 변수만을 제외한다면 기존 연구와 차별점은 없었다.

### Ⅲ. 모형

페미니스트의 이론, 진화심리학자의 이론 모두 성폭력 동기를 설명하는데 충분하지 않지만, 성폭력을 통해 가해자의 성욕이 해소된다는 것은 부인할 수 없는 사실이다. 따라서 본고는 성욕은 부부관계, 연애, 성매매 그리고 성폭력이라는 폭력적인 방법에 의해서 해소될 수 있다고 가정한다. 합법적 성욕 해소 방법은 결혼생활과 연애를 통한 성관계이고 불법적 방법은 성매매와 성폭력이다. 연애 상대자가 없는 미혼자는 불법적 방법이 성욕을 해소할 수 있는 유일한 통로이다. 기혼자도 부부관계가 좋지 않을 경우 성매매나 성폭력을 통해 성욕을 해소할 수 있다. 성매매를 통한 성관계의 횟수를  $N_1$ , 성폭력을 통한 성관계 횟수를  $N_2$  라 하면 불법적 방법에 의해서 해소할 수 있는 성욕의 양은 다음과 같이 표현된다.

$$U=U(N_1, N_2) \quad U_1 = \frac{\partial U}{\partial N_1} > 0, \quad U_2 = \frac{\partial U}{\partial N_2} > 0 \quad (1)$$

어떤 방법을 선택한다고 하더라도 비용이 수반된다. 성매매나 성폭력은 불법이기 때문에 적발되면 벌금이나 징역형이 부과된다. 이를 금액으로 환산 기회비용을  $P_1$ ,  $P_2$ 라 하면, 총비용은 다음과 같이 나타낼 수 있다.

$$C= P_1 \cdot N_1 + P_2 \cdot N_2 \quad (2)$$

특정 기간에 충족시켜야 할 성욕을  $\bar{U}$ 라 하면 개인은 비용 (2)를 최소화할 수 있는  $N_1$ ,  $N_2$ 를 선택할 것이다. 균형점에서  $N_1^*$ ,  $N_2^*$ 는  $P_1$ ,  $P_2$ ,  $\bar{U}$ 의 함수로 다음과 같이 나타낼 수 있다.<sup>5)</sup>

$$N_1 = N_1^*(P_1, P_2, \bar{U}) \quad (3)$$

$$N_2 = N_2^*(P_1, P_2, \bar{U}) \quad (4)$$

성매매가격을  $T$ , 성매매로 처벌될 확률을  $p_1$ , 처벌로 인한 정신적 물질적 손해를 금액으로 환산한 비용을  $f_1$ 이라 하면, 1회 성매매 기대비용  $P_1$ 은 성매매가격  $T$ 와 기대처벌비용  $p_1 \cdot f_1$ 의 합이다. 성폭력으로 처벌될 확률을  $p_2$ , 성폭력 처벌로 인해 발생하는 정신적 물질적 손해를 금액으로 환산한 비용을  $f_2$ 라 하면 1회 성폭력 기대비용  $P_2$ 는  $p_2 \cdot f_2$ 이다. 따라서 성폭력 함수 (4)는 다시 함수(5)로 나타낼 수 있다.

$$N_2 = N_2^*(T, p_1, p_2, f_1, f_2, \bar{U}) \quad (5)$$

비용 최소화의 일차 조건과 이차 조건에 의해 다음과 같은 관계를 도출할 수 있다.<sup>6)</sup>

$$\frac{\partial N_2^*}{\partial T} > 0, \quad \frac{\partial N_2^*}{\partial p_1} > 0, \quad \frac{\partial N_2^*}{\partial p_2} < 0, \quad \frac{\partial N_2^*}{\partial f_1} > 0, \quad \frac{\partial N_2^*}{\partial f_2} < 0, \quad \frac{\partial N_2^*}{\partial \bar{U}} > 0 \quad (6)$$

성매매가격( $T$ ), 성매매로 처벌될 확률( $p_1$ ), 성매매에 대한 처벌 강도( $f_1$ )가 상승하면 성폭력이 증가하고, 성폭력으로 처벌될 확률( $p_2$ ), 성폭력에 대한 처벌 강도( $f_2$ )가 강해지면 성폭력이 줄어든다. 그러나 성욕( $\bar{U}$ )의 증가가 성폭력에 미치는 영향은 불분명하다. 식(5)를 기반으로 특정 지역의 성폭력 함수를 설정할 수 있다.

성욕 해소 차원에서 성폭력이 발생한다면 배우자의 유무는 지역에서의 성폭력 빈

5) 기혼자의 경우는  $\bar{U}$ 는 기혼자의 혼외 관계 성욕을 나타낸다.

6) 참조: 부록 1

도에 영향을 미치는 중요한 변수다. 배우자와의 관계를 통해서 성욕을 해소할 수 있기 때문이다. 인구 전체로 보면 15세 이상 남성 인구 중 배우자가 있는 남성(이하: 남성유배자)이 차지하는 비중이 2000년 52%, 2005년 54%, 2010년 50% 정도 차지한다.<sup>7)</sup> 그런데 성폭력범죄자의 경우 남성유배자 비중은 2000년 38%, 2005년 30%, 2010년 24%를 차지한다.<sup>8)</sup> 즉, 실제로 남성유배자가 성범죄를 저지르게 될 가능성이 배우자가 없는 사람에 비해 낮다. 지역의 남성유배자의 수를  $n_i$ 라 하면  $i$ 지역에서 성폭력 빈도  $R_i$ 는 다음과 같은 함수로 나타낼 수 있다.

$$R_i = N(T, p_1, p_2, f_1, f_2, \bar{U}, n_i) \quad (7)$$

$T, p_1, p_2, f_1, f_2, \bar{U}, n_i$  와  $R_i$  간에 비례적인 관계가 있다는 가정하고 식(8)을 설정하였다.

$$R_i = A \cdot T^\alpha \cdot p_1^{\beta_1} \cdot p_2^{\beta_2} \cdot f_1^{\gamma_1} \cdot f_2^{\gamma_2} \cdot \bar{U}^{\delta} \cdot n_i^{\eta} \cdot \exp(\epsilon_i) \quad (8)$$

$$\text{Log } R_{it} = \alpha_0 + \alpha_1 \text{Law}_{it} + \alpha_2 \text{Murder}_{it-1} + \alpha_3 \text{Income}_{it} + \alpha_4 \text{Mememploy}_{it} + \alpha_5 \text{Partner}_{it} + \epsilon_{it} \quad (9)$$

식(8)에서  $A$ 는 상수,  $\epsilon_i$ 는 정규분포를 따르는 오차항이다. 식(8)에서  $R_i$ 는 성폭력 발생률,  $T$ 와  $p_1$ 는 성매매특별법의 시행여부(Law),  $p_2$ 는 살인발생률(Murder),  $f_1, f_2$ 는 소득(Income)과 남성고용률(Mememploy),  $\bar{U}$  성욕이 왕성한 남성비율(Sexratio),  $n_i$ 은 남성유배자비율(Partner)로 측정하였다. 식(8)에 로그를 취해 회귀방정식 (9)를 도출했다.

7) 참조: 인구총조사, 통계청

8) 참조: 범죄분석통계, 경찰청

## IV. 자료 및 변수

### 1. 자료

1998~2010년 기간의 자료를 사용해서 식(9)를 추정하였다. 서울특별시, 부산, 대구, 인천, 울산 등 4개 광역시와 제주특별자치도를 포함한 9개 구역으로 지역을 구분하였다. 경찰관할구역과 행정구역 간의 일관성 유지를 위해 1998년 경찰관할구역 기준으로 모든 자료를 분류하였다. 1999년에는 경남지방경찰청에서 울산지방경찰청, 2007년에는 전남지방경찰청에서 광주지방경찰청, 충남지방경찰청에서 대전지방경찰청이 분리되었다.<sup>9)</sup> 일관성 유지를 위해 광주지방경찰청 자료는 전남경찰지방청으로, 대전지방경찰청의 자료는 충남지방경찰청으로 다시 통합하였다. 이에 맞추어 광주시와 대전시 자료들도 각각 전라남도과 충청남도로 통합하였다.

<표1>을 살펴보면 동기간 성폭력은 99% 증가하였는데 성매매특별법(이하:특별법)이 시행된 2004년을 기점으로 이전과 이후를 비교하면 증가 폭뿐만 아니라 지역별 차이가 확연하게 드러난다. 2004년 성폭력 발생건수는 6,937건으로 6년 전보다 16% 증가하는 데 그쳤으나, 6년 후에는 성폭력 발생건수가 11,908건으로 71.7%나 증가하였다.

특별법 이전에는 성폭력 감소했던 지역도 다수 있었으나, 특별법 이후에는 성폭력이 감소하는 징후를 보이는 지역은 없다. 오히려 대부분 증가 추세를 보이고 있다. 특별법 이전에 성폭력 증가율이 높은 지역은 서울(41.7%), 경기(39.8%), 인천(34.7%), 제주(34.5%)였다. 그러나 특별법 이후에는 부산(122%), 경기(108%), 대구(84.1%), 충북(73.7%) 순으로 순위가 바뀌었다.

지역별 인구구조 변화를 고려한 15~65세 인구 10만 명당 성폭력 발생건수를 비

9) 일관성을 유지하기 위해서 두 가지 방식을 사용하였다. 첫 번째는 분리를 가정하고 1998년의 울산지방경찰청 자료를 경남지방경찰청 자료에서 추정하여 표본 수가 줄어드는 것을 막았다. 1999년의 울산경찰청 자료에 나타난 성폭력 건수와 경남지방경찰청 자료에 나타난 성폭력 건수의 비율이 1998년에도 동일하게 유지된다는 가정하에 각각 경찰청의 성폭력 건수를 추정하였다. 두 번째는 1999~2010년 동안의 경남지방경찰청 자료와 울산지방경찰청 자료만을 분석 대상에 포함하는 방법이다. 분석결과가 전자의 방법과 후자의 방법에 차이가 없어서 본문에서는 표본 수가 큰 첫 번째 방법으로 추정된 결과만을 보고하고, 두 번째 방법에 의한 추정결과는 부록에 첨부하였다.

교한 <표2>에서도 성매매특별법 이전과 이후에 나타난 지역별 변화는 뚜렷했다. 발생건수 증가율 순위는 2004년 이전에는 서울(42.85%), 제주(33.10)%, 인천(27%), 경기(14.34%) 순이었다. 그러나 2004년 이후에는 부산(128.64%), 대구(82.09%), 경기(78.73%), 서울(65.36%)로 순위가 바뀌었다.

이러한 변화는 특별법으로 성폭력 지형이 바뀌었다는 것을 의미한다. 진화론적 관점에서 본다면 성매매특별법이 지역별로 상이하게 성욕 해소 환경을 바꾸었다는 것을 시사한다. 1998~2004년 동안 부산과 대구의 성폭력 건수의 증가율은 각각 6.3%, 12%였다. 그러나 특별법 이후 부산은 122.8%로 급증했고, 대구는 84.1%로 급증했다. 특별법 이후 대구모 집창촌이 존재했던 부산과 대구에서의 성폭력 증가가 예상롭지 않다.

<표1> 1998~2004년 지역별 성폭력 발생건수 및 증가율

|     | 1998년 | 1999년 | 2000년 | 2001년 | 2002년 | 2003년 | 2004년 | 증가율(%) |
|-----|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|--------|
| 서울  | 1224  | 1321  | 1522  | 1631  | 1481  | 1584  | 1734  | 41.7   |
| 부산  | 457   | 523   | 565   | 566   | 400   | 412   | 486   | 6.3    |
| 대구  | 259   | 298   | 313   | 288   | 256   | 250   | 290   | 12.0   |
| 인천  | 291   | 353   | 370   | 394   | 342   | 385   | 392   | 34.7   |
| 울산  |       | 158   | 173   | 164   | 172   | 176   | 165   |        |
| 경기도 | 1006  | 1037  | 1100  | 1125  | 1149  | 1352  | 1406  | 39.8   |
| 강원도 | 230   | 252   | 272   | 246   | 186   | 191   | 230   | 0.0    |
| 충북  | 232   | 232   | 270   | 204   | 210   | 251   | 194   | -16.4  |
| 충남  | 479   | 449   | 437   | 452   | 418   | 398   | 437   | -8.8   |
| 전북  | 221   | 239   | 277   | 245   | 204   | 180   | 206   | -6.8   |
| 전남  | 605   | 602   | 601   | 549   | 547   | 581   | 550   | -9.1   |
| 경북  | 350   | 378   | 395   | 372   | 310   | 315   | 349   | -0.3   |
| 경남  | 535   | 405   | 464   | 427   | 336   | 356   | 381   | -28.8  |
| 제주도 | 87    | 103   | 91    | 87    | 104   | 98    | 117   | 34.5   |
| 합계  | 5976  | 6350  | 6850  | 6750  | 6115  | 6529  | 6937  | 16.1   |

〈2004~2010년 지역별 성폭력 발생건수 및 증가율〉

|     | 2004년 | 2005년 | 2006년 | 2007년 | 2008년 | 2009년 | 2010년 | 증가율(%) |
|-----|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|--------|
| 서울  | 1734  | 1805  | 2070  | 2086  | 2218  | 2394  | 2922  | 68.5   |
| 부산  | 486   | 428   | 593   | 599   | 696   | 1012  | 1083  | 122.8  |
| 대구  | 290   | 321   | 284   | 316   | 337   | 418   | 534   | 84.1   |
| 인천  | 392   | 464   | 583   | 651   | 618   | 622   | 658   | 67.9   |
| 울산  | 165   | 192   | 220   | 237   | 229   | 261   | 237   | 43.6   |
| 경기도 | 1406  | 1607  | 1887  | 1972  | 2413  | 2226  | 2926  | 108.1  |
| 강원도 | 230   | 222   | 242   | 236   | 286   | 281   | 342   | 48.7   |
| 충북  | 194   | 219   | 254   | 293   | 325   | 287   | 337   | 73.7   |
| 충남  | 437   | 406   | 799   | 563   | 737   | 704   | 728   | 66.6   |
| 전북  | 206   | 256   | 248   | 275   | 340   | 305   | 313   | 51.9   |
| 전남  | 550   | 596   | 626   | 589   | 635   | 661   | 709   | 28.9   |
| 경북  | 349   | 320   | 408   | 353   | 371   | 383   | 421   | 20.6   |
| 경남  | 381   | 369   | 423   | 452   | 554   | 485   | 544   | 42.8   |
| 제주도 | 117   | 110   | 115   | 103   | 120   | 144   | 154   | 31.6   |
| 합계  | 6937  | 7315  | 8752  | 8725  | 9879  | 10183 | 11908 | 71.7   |

〈표2〉 1998~2004년 15-65세 인구 10만 명당 지역별성폭력 발생건수 및 증가율

|     | 1998년 | 1999년 | 2000년 | 2001년 | 2002년 | 2003년 | 2004년 | 증가율(%) |
|-----|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|--------|
| 서울  | 15.71 | 16.93 | 19.42 | 20.90 | 19.07 | 20.46 | 22.44 | 42.85  |
| 부산  | 15.85 | 18.16 | 19.73 | 19.90 | 14.21 | 14.80 | 17.59 | 10.99  |
| 대구  | 14.14 | 16.21 | 16.93 | 15.58 | 13.85 | 13.51 | 15.71 | 11.05  |
| 인천  | 16.45 | 19.71 | 20.33 | 21.39 | 18.37 | 20.66 | 20.89 | 27.00  |
| 울산  | 20.89 | 21.74 | 23.37 | 21.74 | 22.49 | 22.74 | 21.03 | 0.65   |
| 경기도 | 16.51 | 16.51 | 16.97 | 16.73 | 16.37 | 18.66 | 18.88 | 14.34  |
| 강원도 | 20.68 | 22.65 | 24.57 | 22.37 | 17.14 | 17.79 | 21.59 | 4.37   |
| 충북  | 22.18 | 22.10 | 25.72 | 19.50 | 20.16 | 24.19 | 18.76 | -15.41 |
| 충남  | 20.83 | 19.40 | 18.81 | 19.42 | 17.96 | 17.02 | 18.40 | -11.70 |
| 전북  | 15.62 | 16.96 | 19.87 | 17.64 | 15.10 | 13.43 | 15.77 | 0.97   |
| 전남  | 24.51 | 24.46 | 24.60 | 22.69 | 22.91 | 24.73 | 23.68 | -3.38  |
| 경북  | 17.66 | 19.15 | 20.19 | 19.18 | 16.18 | 16.71 | 18.73 | 6.10   |
| 경남  | 17.80 | 18.68 | 21.35 | 19.61 | 15.36 | 16.20 | 17.32 | -2.66  |
| 제주도 | 23.02 | 27.17 | 23.99 | 22.85 | 27.23 | 25.72 | 30.64 | 33.10  |

2004~2010년 15~65세 인구 10만 명당 지역별성폭력 발생건수 및 증가율

|     | 2004년 | 2005년 | 2006년 | 2007년 | 2008년 | 2009년 | 2010년 | 증가율(%) |
|-----|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|--------|
| 서울  | 22.44 | 23.35 | 26.71 | 26.91 | 28.56 | 30.76 | 37.10 | 65.36  |
| 부산  | 17.59 | 15.61 | 21.78 | 22.19 | 25.93 | 37.93 | 40.21 | 128.64 |
| 대구  | 15.71 | 17.45 | 15.50 | 17.26 | 18.37 | 22.73 | 28.60 | 82.09  |
| 인천  | 20.89 | 24.40 | 30.18 | 33.06 | 30.88 | 30.71 | 31.71 | 51.76  |
| 울산  | 21.03 | 24.18 | 27.37 | 29.10 | 27.61 | 31.17 | 27.78 | 32.12  |
| 경기도 | 18.88 | 20.99 | 24.04 | 24.58 | 29.42 | 26.58 | 33.75 | 78.73  |
| 강원도 | 21.59 | 21.01 | 23.06 | 22.58 | 27.24 | 26.64 | 31.97 | 48.09  |
| 충북  | 18.76 | 21.16 | 24.42 | 27.97 | 30.64 | 26.81 | 30.84 | 64.40  |
| 충남  | 18.40 | 16.95 | 33.09 | 23.13 | 29.95 | 28.32 | 28.63 | 55.66  |
| 전북  | 15.77 | 19.84 | 19.43 | 21.74 | 26.88 | 24.03 | 24.32 | 54.21  |
| 전남  | 23.68 | 25.86 | 27.33 | 25.85 | 27.78 | 28.74 | 30.40 | 28.37  |
| 경북  | 18.73 | 17.22 | 21.91 | 19.07 | 20.08 | 20.69 | 22.42 | 19.67  |
| 경남  | 17.32 | 16.66 | 18.97 | 20.10 | 24.30 | 21.00 | 23.11 | 33.39  |
| 제주도 | 30.64 | 28.72 | 29.96 | 26.80 | 31.04 | 36.95 | 38.69 | 26.25  |

## 2. 변수의 정의

### 성폭력 발생률 (Rape)

지역별 인구구조 차이에서 오는 범죄 발생건수의 차이를 통제하기 위해서 성폭력 발생건수를 각 지역의 15~64세 10만 명당 인구로 나누어 성폭력 발생률을 계산하였다. 성폭력 발생건수는 경찰청에서 발표한 강간 및 강제추행으로 분류된 죄목에 속하는 발생건수로 하였다. 구체적으로 강간, 강간추행(준), 준강간, 강간등상해, 강간치상(준), 강제추행치상(준), 강간등살인, 미성년자등간음추행(심신미약자), 피보호자(감호자)간음, 미성년자의제강간(강제추행강간살인) 등이 포함되었다. 일관성 유지를 위해 2010년에는 새로 추가된 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 및 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’ 위반은 제외하였다. 이들 법률에는 성폭속에 관한 범죄가 포함되어 있어 이전의 성폭력과 다른 특성이 있기 때문이다. 이들 법에는 음행매개, 음화반포, 공연음란, 공중밀집장소추행, 통신매체이용음란행위, 카메라등

이용촬영, 아동청소년이용음란물의 제작배포, 아동성매매 유인 알선 등이 처벌 대상에 포함되어 있다.

### 소득(Income)과 남성고용률(Memploy)

경제학자들은 범죄기대수익과 범죄기대비용으로 범죄를 설명한다(Becker, 1968; Ehrlich, 1973, 1981, 1996; Levitt 1977). 범죄기대수익은 측정이 어렵기 때문에 범죄행위에 의해 발생하는 기회비용에 초점을 맞추었다. 수감 기간에 경제활동을 포기해야 하므로 성폭력으로 처벌받으면 비용은 수감 기간에 벌지 못하는 소득이다. 그리고 수감되지 않는다고 해서 일할 수 있는 것은 아니므로 지역의 노동시장의 여건을 고려하기 위해 고용률을 포함하였다. 소득이 높을수록 수감 기간에 기회비용이 높고, 소득이 낮을수록 수감생활에 따른 기회비용이 낮다. 따라서 소득이 높고 취업이 잘 되는 지역일수록 범죄가 낮다고 할 수 있다.

소득은 성폭력범죄 대부분이 남성에 의해서 자행되기 때문에 남성소득에 초점을 맞추어야 한다. 그러나 남성소득을 구할 수 없으므로 지역의 요소소득을 그 지역 전체인구로 나누어 지역별 인당 소득으로 측정하였다. 그리고 남성고용 가능성을 측정한 남성고용률은 남성 취업자 수를 15세 이상 남성 인구로 나누어서 구하였다.

### 살인발생률(Murder)

범죄 연구 경제 모델에서 두 축은 범죄억제력과 처벌강도다. 범죄억제력은 범죄가 처벌될 가능성이 클수록 높아진다. 처벌 가능성은 두 가지 요소에 의해서 결정된다. 범죄행위가 발각될 확률과 기소 확률이다. 그러나 기소율을 독립변수로 사용할 경우 통계적 문제가 발생한다.<sup>10)</sup> 때문에 범죄억제력 측정에 기소율을 사용하지 않

10) 첫 번째는 동시성(simultaneity) 문제이다. 범죄율이 높으면 기소율이 높아질 수 있기 때문에 기소율이 범죄억제에 미치는 영향이 불분명해질 수 있다. 두 번째는 범죄율과 기소율을 산출할 때 공통의 변수를 사용한다는 점이다. 범죄율을 산출할 때 범죄신고 건수를 인구로 나누어 계산하고, 기소율을 산출할 때 기소된 범죄 건수를 범죄신고 건수로 나누어 계산한다. 예컨대 인구, 성폭력 발생건수, 성폭력 기소건수가 같은 A, B 지역이 있다고 하자. A지역의 신고율은 100%, B지역의 신고율은 50%라 하면, A지역의 성폭력 발생률은 B지역보다 높고, 기소율은 낮다. 그리고 B지역의 성폭력 발생률은 A지역보다 낮고, 기소율은 높다. 이렇게 되면 성폭력 발생률과 기소율 간에 (-) 관계는

았다.

대신 범죄가 발각될 확률을 좌우하는 치안 수준을 범죄억제력 측정 변수로 사용하였다. 치안 수준은 살인발생률로 측정하였다. 살인이 빈발하는 지역은 그렇지 않은 지역에 비해서 치안이 허술하다고 할 수 있다. 더욱이 다른 범죄와 달리 살인은 신고가 기피되거나 은폐되는 경우가 거의 없으므로 살인발생률은 지역별 치안 수준을 정확히 반영한다. 치안이 열악한 지역에서 성폭력과 살인이 함께 증가하는 동시성(simultaneity) 문제를 해결하기 위해 1년 전의 살인발생률(Murder)을 사용하였다. 살인발생률은 인구 1만 명당 살인 건수로 측정하였다.

### 성매매특별법(Law)

성매매 시장에 영향을 미쳤을 제도는 2004년에 제정된 성매매특별법이다. 특별법은 성매매를 불법화하였다. 이로 인해 집창촌과 같은 싸구려 성매매 시장이 쇠퇴하였고, 성매수자에 대한 처벌이 강화되었다. 경제적 관점에서 본다면 특별법은 불법을 감추기 위한 비용 증가를 초래하여 성매매가격 상승을 초래했을 뿐만 아니라 성매수자에 대한 처벌 가능성과 처벌강도를 높였다. 본고의 모형에 따르면 성매매 가격 상승, 성매매로 처벌될 확률 증가, 성매수자에 대한 처벌강도 강화는 성폭력 증가를 야기한다.

성매매특별법 시행 여부는 더미(dummy) 변수로 측정하였다. 2005년부터 1의 값, 2005년 이전에는 0의 값을 더미(dummy) 변수인 성매매특별법(Law)에 부여하였다. 계수의 값이 (+)일 경우는 성매매특별법이 성폭력 증가에 일조했다고 할 수 있다.

### 남성유배자비용 (Partner)

남성유배자는 배우자가 있는 남성을 의미한다. 남성유배자는 배우자와의 관계를 통해서 성욕을 해소할 수 있다. 그리고 남성유배자의 경우 성폭력범으로 처벌될 경우 배우자와의 관계가 파탄에 처할 위험이 있다. 따라서 남성유배자의 경우 성폭력범으로 처벌받게 될 때 수반되는 비용이 크다. 반면 배우자가 없는 남성은 합법적으

로 성욕을 해소할 방법이 없으므로 성매매나 성폭력을 범할 가능성이 크다. 그리고 관계를 중시해야 할 배우자가 없기 때문에 성폭력범으로 처벌될 경우 지불해야 될 비용이 남성유배자보다 낮다. 따라서 남성유배자가 성폭력을 저지를 가능성은 낮다.

남성유배자에 대한 조사는 통계청에 인구총조사에 따라 5년마다 이루어진다. 따라서 연도별 남성유배자에 대한 통계가 없다. 연도별 남성유배자 수를 추정하기 위해서 매년 이루어지는 인구동향조사에 나오는 남성결혼 건수를 가중치로 하여 연도별 남성유배자를 계산하였고, 이를 지역별 15세 이상 주민등록 남성 인구로 나누어 지역별 남성유배자비율을 구하였다.

### 남녀비율(Sexratio)

성욕은 젊을수록 왕성하다. 미국인 남성을 대상으로 한 Vermeulen, A. (1996) 연구에 따르면 성욕에 영향을 주는 테스트론 수치가 40대 중반 이후 급격히 떨어지는 것으로 나타났다. 한국인 대상 연구는 찾을 수 없으나, 한국성과학연구소(2007)의 조사에 따르면 20대 주 3~4회, 30대 주 2회, 40대 주 1회, 50대 주 1회 성관계를 하는 것으로 나타났다. 성욕이 가장 강한 남성 나이를 20~39세로 잡았다. 이들 남성의 수를 임신적령기의 여성 수로 나누었다. 남성의 수가 여성보다 상대적으로 크다면 결혼이나 연애행동의 기회가 적기 때문에 해소되지 않은 성욕의 크기가 클 것으로 기대되기 때문이다. 남녀비율(Sexratio)은 20~39세 남성 인구를 20~29세 여성 인구로 나누어 구하였다.

〈표3〉 변수 및 기초 통계량

| 변수명      | 변수의정의    | 평균    | 표준편차 | 최대    | 최소    | N   |
|----------|----------|-------|------|-------|-------|-----|
| Rape     | 성폭력 발생률  | 22.53 | 5.48 | 40.21 | 13.43 | 182 |
| LAW      | 성매매특별법유무 | 0.46  | 0.51 | 1     | 0     | 182 |
| Murder   | 살인발생률    | 3.30  | 0.97 | 6.97  | 1.57  | 182 |
| Income   | 지역별인당소득  | 12,06 | 4.90 | 34.33 | 5.05  | 182 |
| Sexratio | 남녀비율     | 2.28  | 0.14 | 2.59  | 1.95  | 182 |
| Memploy  | 남성고용률    | 70.7  | 2.76 | 77.80 | 64.7  | 182 |
| Partner  | 남성유배자비율  | 53.84 | 3.55 | 60.69 | 43.9  | 182 |

\*상기 변수 산출에 필요한 자료는 모두 통계청 “국기통계포털”에서 구하였다.

## V. 분석결과

성폭력의 결정요인을 보다 구체적으로 살펴보기 위해 회귀분석을 하였다. 회귀분석은 지역별 차이를 고려한 고정효과(fixed-effect) 모형 그리고 절편과 설명변수 간의 상관관계를 고려한 확률효과(random effect) 모형을 사용하였다. 그리고 일원오차성분(one-way error component)을 오차항으로 가정하여 고정효과(fixed effect) 모형과 확률효과(random effect) 모형을 추정하였다.<sup>11)</sup>

F-검정을 사용하여 합동최소회귀(pooled least square method) 모형과 고정효과 모형 간의 적합성을 검토하였고, 하우스만(Hausman) 검정을 통해서 고정효과 모형과 확률효과 모형 간의 적합성을 비교하였다. <표 4>와 <표 5> 하단에 F 검정 값과 하우스만 검정 값에 따르면 고정효과 모형이 합동최소회귀 모형과 확률효과 모형보다 더 적합하다는 것으로 나타났다. 따라서 고정효과 모형을 중심으로 분석 결과를 설명하였다.

분석결과는 모형의 예측과 일치하였다. 성매매특별법(Law)과 살인발생률(Murder)은 모든 모형에서 일관되게 유의한 (+) 관계를 보여주었다. 이러한 결과는 성매매를 금지하는 성매매특별법이 성폭력을 증가시킬 것이라는 일각의 우려가 사실임을 시사하고 있다. 그리고 치안이 허술해 살인이 자주 발생하는 지역에서 성폭력이 쉽게 일어날 수 있음을 의미한다.

유죄 판결로 수감 시 지불해야 될 기회비용의 대리변수인 소득(Income)은 모형 1에서만 유의한 (-)관계를 보여주었다. 남녀비율(Sexratio)를 제거한 모형 2에서 (-) 계수를 유지하지만, 통계적 유의성은 사라졌다. 남성유배자비율(Partner)이 제외된 모형 4에서는 모형의 기대와 정반대로 유의한 (+)의 관계를 보이고 있다. 이는 소득(Income)과 남녀비율(Sexratio) 그리고 남성유배자비율(Partner) 간의 다중공선성(multicollinearity)이 존재함을 의미한다. 남성유배자비율(Partner)과 소득(Income) 간의 다중공선성(multicollinearity)이 존재하는 이유는 소득과 결혼 간의 상관관계 때문이다. 결혼을 분석한 Becker(1973)에 따르면 여성의 임금상승이 남성보다 높으면 여성은 결혼을 꺼린다. 임금상승으로 직장 일을 포기함으로 인해 발생하는 기회비용이

11) 식(9)에서 오차항  $\varepsilon_{it} = \mu_i + \omega_{it}$ 는 개별 이질성  $\mu_i$ 와 순수한 오차항인  $\omega_{it}$ 의 합으로 가정하였다

커지기 때문이라는 것이다. 미국인을 대상으로 한 Greenstone and Looney(2012)의 연구에서도 여성의 임금이 전반적으로 상승하면 저소득층 여성들은 결혼을 기피하는 것으로 나타났다. 남성의 경우는 실질소득이 하락한 계층이 그렇지 않은 계층에 비해서 미혼남성의 비중이 높아지는 것으로 나타났다. 즉, 소득이 높아지면 남자는 결혼을 원하고 여자는 결혼을 꺼린다는 것이다. 결국, 소득이 증가하면 결혼하려는 남성은 늘어나지만, 결혼을 원하는 여성이 줄어들어 남성유배자 수가 줄어든다는 것을 의미한다. 남성유배자비율(Partner)을 제외할 경우 소득(Income)이 남성유배자비율(Partner)의 대리변수 역할을 하게 되면서, 모형 4에서 소득(Income)이 유의한 (+) 계수를 가지게 되었다. 그러나 남성유배자비율(Partner)을 포함할 경우 소득(Income)의 남성유배자비율(Partner)에 대한 대리변수 역할이 약화되어 모형 1, 모형 2, 모형 6에서 예측한 대로 (-) 계수가 나타나고 있다. 주목해야 할 점은 남성유배자비율(Partner)이 제외된 모형 4, 모형 5와 비교하면 모형 6은 설명변수가 수적지지만  $R^2$ 가 높다는 점이다. 이는 남성유배자비율(Partner)이 성폭력 발생을 좌우하는 중요한 변수라는 것을 시사한다.

남녀비율(Sexratio)은 3개의 모형 중에 2개 모형에서 유의한 (+) 계수를 나타냈고, 모형 1개에서는 유의하지 않은 (+) 계수를 보였다. (+) 계수는 성욕이 충만한 젊은 남성이 젊은 여성보다 많으면 성폭력 발생 가능성이 높아진다는 것을 의미한다. 이는 본능적 욕구가 성폭력을 촉발하였음을 시사한다.

남성고용률(Memploy)은 4개의 모형 중에 3개 모형에서 유의한 (-) 계수를 나타냈고, 모형 1개에서는 유의하지 않은 (-) 계수를 보였다. (-) 계수는 남성들이 직업을 갖고 일을 하거나 직업을 가질 수 있는 확률이 높아지면 성폭력과 같은 범죄를 범할 가능성이 낮아진다는 것을 의미한다. 남성고용률이 높으면 범죄가 줄어드는 이유는 두 가지다. 첫째는 범죄를 범했을 경우 잃게 되는 고용 기회가 범죄억제력으로 작용하고, 두 번째는 경제적 활동에 많은 시간을 소비하기 때문에 남성들이 범죄에 할애할 시간이 줄어들기 때문이다.

남성유배자비율(Partner)은 모든 모형에서 유의한 (-) 계수를 갖고 있다. 배우자가 있는 남성이 증가하면 성폭력이 감소한다는 것을 의미한다. 이는 기혼자가 많아질수록 성폭력범죄가 줄어든다는 것을 뜻한다.

〈표4〉 고정효과 모형

|           | 모형1                | 모형2                 | 모형3                 | 모형4                | 모형5                | 모형6                |
|-----------|--------------------|---------------------|---------------------|--------------------|--------------------|--------------------|
| Intercept | 20.55<br>(8.54)*** | 20.55<br>(8.40)***  | 20.57<br>(8.51)***  | 15.08<br>(5.78)*** | 2.21<br>(6.39)***  | 17.5<br>(9.60)***  |
| Law       | 0.074<br>(2.20)**  | 0.1<br>(3.01)***    | 0.1<br>(3.92)***    | 0.114<br>(3.01)*** | 0.206<br>(6.04)*** | 0.119<br>(3.76)*** |
| Murder    | 0.156<br>(3.25)*** | 0.17<br>(3.49)***   | 0.17<br>(3.5)***    | 0.223<br>(4.13)*** | 0.26<br>(4.54)***  | 0.17<br>(3.50)***  |
| Income    | -0.189<br>(1.73)*  | -0.003<br>(0.04)    |                     | 0.302<br>(3.08)*** |                    | -0.10<br>(1.48)    |
| Sexratio  | 1.291<br>(2.61)*** |                     |                     | 0.143<br>(0.27)    | 0.605<br>(1.40)*   |                    |
| Memploy   | -0.901<br>(1.43)   | -1.17<br>(1.85)*    | -1.185<br>(2.39)**  | -3.09<br>(4.94)*** |                    |                    |
| Partner   | -3.6<br>(7.15)***  | -3.172<br>(6.55)*** | -3.162<br>(8.01)*** |                    |                    | -3.59<br>(8.32)*** |
| R-Square  | 0.803              | 0.795               | 0.795               | 0.74               | 0.70               | 0.79               |
| F Value   | 15.35***           | 16.35***            | 16.54***            | 14.37***           | 11.63***           | 17.86***           |

( ) t값 \* 10% 유의수준 \*\* 5% 유의수준 \*\*\* 1% 유의수준

〈표5〉 확률효과 모형

|           | 모형1                | 모형2                 | 모형3                | 모형4                | 모형5               | 모형6                |
|-----------|--------------------|---------------------|--------------------|--------------------|-------------------|--------------------|
| Intercept | 17.79<br>(7.87)*** | 17.16<br>(7.45)***  | 16.78<br>(7.46)*** | 11.82<br>(4.95)*** | 2.24<br>(7.52)*** | 15.17<br>(9.16)*** |
| Law       | 0.064<br>(1.89)*   | 0.1<br>(3.12)***    | 0.11<br>(4.39)***  | 0.13<br>(3.43)***  | 0.21<br>(6.73)*** | 0.11<br>(3.61)***  |
| Murder    | 0.153<br>(3.23)*** | 0.174<br>(3.64)***  | 0.175<br>(3.67)*** | 0.232<br>(4.44)*** | 0.26<br>(4.77)*** | 0.17<br>(3.64)***  |
| Income    | -0.118<br>(1.32)   | 0.033<br>(0.45)     |                    | 0.232<br>(2.80)*** |                   | -0.02<br>(0.39)    |
| Sexratio  | 1.27<br>(2.99)***  |                     |                    | 0.387<br>(0.85)    | 0.548<br>(1.46)   |                    |
| Memploy   | -0.658<br>(1.16)   | -0.729<br>(1.25)    | -0.542<br>(1.17)   | -2.33<br>(4.02)*** |                   |                    |
| Partner   | -3.23<br>(7.14)*** | -2.833<br>(6.41)*** | -2.92<br>(3.46)*** |                    |                   | -3.08<br>(7.74)*** |
| R-Square  | 0.683              | 0.67                | 0.67               | 0.59               | 0.54              | 0.67               |
| HT        | 12.38*             | 16.43***            | 17.47***           | 11.47**            | 0.13              | 9.29***            |

( ) t값 \* 10% 유의수준 \*\* 5% 유의수준 \*\*\* 1% 유의수준, HT: Hausman Test

## Ⅵ. 요약 및 결론

본 논문은 사회·경제적 관점에서 성폭력 요인을 분석하였다. 비용을 최소화하는 방법으로 개인은 성욕을 해소한다는 가정하에 성폭력과 더불어 성매매를 모형에 포함했다. 모형 검증을 위해 성폭력 발생률을 종속변수 그리고 성매매특별법, 살인발생률, 소득, 남녀비율, 남성고용률, 남성유배자비율을 독립변수로 하여 회귀분석을 하였다.

분석결과는 이론적 모형이 예측한 방향과 일치했다. 비용과 편익 분석에 따른 개인의 경제적 선택과 성욕 해소 경로를 제한 또는 확대하는 제도나 활동이 성폭력에 직접적인 영향을 미쳤다. 구체적으로 성매매를 불법화한 성매매특별법은 성폭력 발생률을 증가시키는 것으로 나타났고, 배우자가 있는 남성이 많은 지역일수록 성폭력 발생률이 낮았다. 그리고 짝을 찾는 것을 어렵게 하는 남녀 간의 성비 불균형은 성폭력 발생률을 높였다.

대부분의 기존 범죄 연구와 마찬가지로 성폭력범죄에서도 적발 가능성과 처벌강도가 범죄 발생률에 영향을 미쳤다. 치안 수준이 열악한 지역에서 성폭력 발생률이 높았고, 수감에 따른 기회비용 높은 지역에서는 성폭력 발생률이 낮았다.

이러한 결과는 페미니스트의 주장과 가해자의 병리적 심리 성향이 성폭력을 유발하였다는 주장을 부정하는 것은 아니다. 모형이 페미니스트의 주장을 검증하기 위한 남성과 여성 간의 권력구조의 불평등도와 관련된 변수를 포함되어 있지 않았고, 정신적인 문제가 있는 가해자도 합리적인 경제적 선택을 할 수 있기 때문이다.

본 연구가 강조하는 것은 다양한 사회·경제적 제도가 성폭력에 영향을 미친다는 점이다. 따라서 지금처럼 가해자에게 모든 책임을 전가하고 처벌 위주의 특별법제정과 같은 조치로는 성폭력을 억제하는 데는 한계가 있음을 시사한다. 보다 체계적인 성폭력 억제를 위한 방안을 강구하기 위해서는 사회·경제적 지형 변화가 어떻게 성폭력을 촉발했는가에 대한 연구가 필요하다.

## 부록 1

$$\begin{aligned} \text{Min } C &= P_1 N_1 + P_2 N_2 \\ N_1, N_2 \end{aligned}$$

$$\text{Subject to: } U(N_1, N_2) = \bar{U}$$

위의 비용 최소화 Lagrange 함수는 다음과 같다.

$$L = P_1 \cdot N_1 + P_2 \cdot N_2 + \mu(\bar{U} - U(N_1, N_2)) \quad (1)$$

최소화 일차 조건은 다음과 같다.

$$L_1 = P_1 - \mu \cdot U_1 = 0, \quad (2)$$

$$L_2 = P_2 - \mu \cdot U_2 = 0. \quad (3)$$

$$L_\mu = \bar{U} - U(N_1, N_2) = 0, \quad (4)$$

최소화의 이차조건은 다음과 같다

$$H = \begin{vmatrix} -\mu U_{11} & -\mu U_{12} & -U_1 \\ -\mu U_{21} & -\mu U_{22} & -U_2 \\ -U_1 & -U_2 & 0 \end{vmatrix} < 0$$

식(1) 식(2) 식(3)은 다음과 같은 관계를 구할 수 있다.

$$N_1 = N_1^*(P_1, P_2, \bar{U}),$$

$$N_2 = N_2^*(P_1, P_2, \bar{U}),$$

$$\text{비교 정태분석을 하면 } U_1 = \frac{\partial U}{\partial N_1} > 0, \quad U_2 = \frac{\partial U}{\partial N_2} > 0 \text{ 로부터 다음과 같은}$$

관계를 도출할 수 있다.

$$\frac{\partial N_2^*}{\partial P_1} = -\frac{H_{12}}{H} > 0, \quad \frac{\partial N_2^*}{\partial P_2} = -\frac{H_{22}}{H} < 0, \quad \frac{\partial N_2^*}{\partial U} = -\frac{H_{32}}{H} < 0$$

$$H_{12} = \begin{vmatrix} -\mu U_{11} - 1 - U_1 \\ -\mu U_{21} & 0 & -U_2 \\ -U_1 & 0 & 0 \end{vmatrix} \quad H_{22} = \begin{vmatrix} -\mu U_{11} & 0 & -U_1 \\ -\mu U_{21} - 1 - U_2 \\ -U_1 & 0 & 0 \end{vmatrix} \quad H_{32} = \begin{vmatrix} -\mu U_{11} & 0 & -U_1 \\ -\mu U_{21} & 0 & -U_2 \\ -U_1 & -1 & 0 \end{vmatrix}$$

$$P_1 = T + p_1 \cdot f_1 \quad T > 0, \quad p_1 > 0, \quad f_1 > 0$$

$$\frac{\partial P_1}{\partial T} = p_1 \cdot f_1 > 0, \quad \frac{\partial P_1}{\partial p_1} = f_1 > 0, \quad \frac{\partial P_1}{\partial f_1} = p_1 > 0$$

$$P_2 = p_2 \cdot f_2, \quad p_2 > 0, \quad f_2 > 0$$

$$\frac{\partial P_2}{\partial p_2} = f_2 > 0, \quad \frac{\partial P_2}{\partial f_2} = p_2 > 0$$

$$\frac{\partial N_2^*}{\partial P_1} \frac{\partial P_1}{\partial T} > 0, \quad \frac{\partial N_2^*}{\partial P_1} \frac{\partial P_1}{\partial p_1} > 0, \quad \frac{\partial N_2^*}{\partial P_1} \frac{\partial P_1}{\partial f_1} > 0$$

$$\frac{\partial N_2^*}{\partial P_2} \frac{\partial P_2}{\partial p_2} < 0, \quad \frac{\partial N_2^*}{\partial P_2} \frac{\partial P_2}{\partial f_2} < 0$$

따라서

$$\frac{\partial N_2^*}{\partial T} > 0, \quad \frac{\partial N_2^*}{\partial p_1} > 0, \quad \frac{\partial N_2^*}{\partial f_1} > 0, \quad \frac{\partial N_2^*}{\partial p_2} < 0, \quad \frac{\partial N_2^*}{\partial f_2} < 0.$$

〈부표1〉 고정효과 모형

|           | 모형1                | 모형2                 | 모형3                | 모형4                | 모형5                | 모형6                |
|-----------|--------------------|---------------------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|
| Intercept | 20.32<br>(8.37)*** | 20.35<br>(8.23)***  | 20.34<br>(8.31)*** | 14.88<br>(5.65)*** | 2.14<br>(6.10)***  | 17.4<br>(9.46)***  |
| Law       | 0.073<br>(2.13)**  | 0.098<br>(2.95)***  | 0.1<br>(3.89)***   | 0.112<br>(2.94)*** | 0.203<br>(5.92)*** | 0.116<br>(3.64)*** |
| Murder    | 0.161<br>(3.32)*** | 0.17<br>(3.53)***   | 0.17<br>(3.55)***  | 0.229<br>(4.19)*** | 0.26<br>(4.64)***  | 0.17<br>(3.56)***  |
| Income    | -0.185<br>(1.68)*  | -0.002<br>(0.03)    |                    | 0.302<br>(3.06)*** |                    | -0.1<br>(1.29)     |
| Sexratio  | 1.31<br>(2.63)***  |                     |                    | 0.189<br>(0.35)    | 0.677<br>(1.54)    |                    |
| Memploy   | -0.853<br>(1.34)   | -1.12<br>(1.76)*    | -1.111<br>(2.19)** | -3.06<br>(4.84)*** |                    |                    |
| Partner   | -3.6<br>(7.03)***  | -3.177<br>(6.47)*** | -3.18<br>(7.97)*** |                    |                    | -3.59<br>(8.21)*** |
| R-Square  | 0.803              | 0.795               | 0.795              | 0.74               | 0.7                | 0.79               |
| F Value   | 14.68***           | 15.76***            | 15.91***           | 14.26***           | 11.58***           | 17.44***           |

( ) t값 \* 10% 유의수준 \*\* 5% 유의수준 \*\*\* 1% 유의수준

〈부표2〉 확률효과 모형

|           | 모형1                | 모형2                | 모형3                | 모형4                | 모형5               | 모형6                |
|-----------|--------------------|--------------------|--------------------|--------------------|-------------------|--------------------|
| Intercept | 18.28<br>(7.98)*** | 18.06<br>(7.72)*** | 17.97<br>(7.80)*** | 12.41<br>(5.09)*** | 2.2<br>(7.39)***  | 15.68<br>(9.27)*** |
| Law       | 0.064<br>(1.92)*   | 0.1<br>(3.04)***   | 0.11<br>(4.23)***  | 0.12<br>(3.29)***  | 0.21<br>(6.70)*** | 0.11<br>(3.56)***  |
| Murder    | 0.159<br>(3.36)*** | 0.178<br>(3.70)*** | 0.178<br>(3.72)*** | 0.232<br>(4.47)*** | 0.26<br>(4.85)*** | 0.18<br>(3.71)***  |
| Income    | -0.13<br>(1.4)     | 0.028<br>(0.37)    |                    | 0.249<br>(2.89)*** |                   | -0.03<br>(0.5)     |
| Sexratio  | 1.29<br>(2.93)***  |                    |                    | 0.379<br>(0.8)     | 0.584<br>(1.56)   |                    |
| Memploy   | -0.674<br>(1.16)   | -0.827<br>(1.39)   | -0.705<br>(1.48)   | -2.48<br>(4.21)*** |                   |                    |
| Partner   | -3.33<br>(7.18)*** | -2.96<br>(6.50)*** | -3.05<br>(7.88)*** |                    |                   | -3.21<br>(7.90)*** |
| R-Square  | 0.691              | 0.68               | 0.67               | 0.6                | 0.54              | 0.67               |
| HT        | 7.47               | 7.75               | 7.74               | 6.84               | 0.28              | 5.56               |

( ) t값 \* 10% 유의수준 \*\* 5% 유의수준 \*\*\* 1% 유의수준, HT: Hausman Test

## 참고문헌

- 한국성과학연구소, 한국판 킨제이 보고서, 2007.
- 박경래, 강우예, 고태수, 이종인, 이종한, 최성락, 김대근, 범죄 및 형사정책에 대한 법경제학적 접근( I ). 형사정책연구원 연구총서, 2009, 19-596.
- Baron, L. and Murray A. Straus, "Sexual Stratification, Pornography, and Rape in the United States," in Pornography and Sexual Aggression, edited by Neil Malamuth and Edward Donnerstein. New York: Academic Press, 1984, pp. 185-209.
- \_\_\_\_\_, "Four Theories of Rape: A Macrosociological Analysis," Social Problems 34, 1987 pp.467-89.
- Blau, J.R. and Blau, P. M., "The Cost of inequality: Metropolitan structure and Violent Crime," American Sociological Review 47, 1982, pp.114-29.
- Becker, G., "Crime and Punishment: An Economic Approach," Journal of Political Economy 78, 1968, pp. 526-36.
- Becker, G., "A theory of Marriage," Journal of Political Economy 81, 1973, pp 813-846.
- Brownmiller S., *Against Our Will: Men, Women, and Rape*, New York, NY: Simon and Schuster, 1975.
- Bryden, David P. and Maren M. Grier, "The Search for Rapists' Real Motives", The Journal of Criminal Law & Criminology 101, 2011, pp.171-278.
- Cohen, Murray L., Ralph Garofalo, Richard Boucher, and Theoharis Seghorn, "The Psychology of Rapists", Seminars in Psychiatry, Vol. 3, No. 3, August 1971, pp. 307-327.
- Dworkin, A. *Letters From a War Zone*, Secker and Warburg: London, 1988.
- Ehrlich, Isaac, "Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation," Journal of Political Economy 81, 1973, pp.

521-565.

\_\_\_\_\_, “On the Usefulness of Controlling Individuals: An Economic Analysis of Rehabilitation, Incapacitation and Deterrence,” *The American Economic Review* 71, 1981, pp. 307-22.

\_\_\_\_\_, “Crime, Punishment, and the Market for Offenses” (1996). *Journal of Economic Perspectives* 10, 1996, pp. 43-67.

Ellis, L. and Charles Beattle, “The Feminist Explanation of Rape: An Empirical Test,” *Journal of Sex Research* 19, 1983, pp. 74-93.

Freud, S., *The Interpretation of Dreams the Illustrated Edition*, Sterling Press, 2010.

Greenstone, M. and A. Looney, “The Marriage Gap: The Impact of Economic and Technological Change on Marriage Rates,” *The Hamilton Project*, 2012.

Hamilton, Richard “The Darwinian cage: Evolutionary psychology as moral science,” *Theory Culture and Society* 25, 2008, pp. 105 - 125.

Levitt, Steven D. “Using Electoral Cycles in Police Hiring to Estimate the Effect of Police on Crime,” *The American Economic Review* 87, 1997, pp. 270-90.

Millett, K., *Sexual Politics*, Garden City, New York: Doubleday, 1970.

Peterson, Ruth D., and William C. Bailey. “Forcible Rape, Poverty, and Economic Inequality in U.S. Metropolitan Communities,” *Journal of Quantitative Criminology* 4, 1988, pp. 99-119.

\_\_\_\_\_, “Rape and Dimensions of Gender Socioeconomic Inequality in U.S. Metropolitan Areas,” *Journal of Research in Crime and Delinquency* 29, 1992, pp. 162 - 177.

Russel, Diana. E.H., *Making Violence Sexy: Feminist Views on Pornography*, Athen Series, 1993.

Shields, W., & Shields, M., “Forcible rape: An evolutionary perspective,”

- Ethology and Sociobiology 4, 1983, pp. 114-136.
- Smith, M. D., & Bennett, N., "Poverty, Inequality, and Theories of Forcible Rape," Crime & Delinquency, 31, 1985, pp.295 - 305.
- Smuts, B., "The evolutionary origins of patriarchy," *Human Nature* 6, 1995, pp. 1-32.
- Sugarman, David B., and Murray A. Straus. "Indicators of Gender Equality for American States and Regions," Social Indicators Research 20,1988, pp. 229-70.
- Thornhill, Randy; Palmer, Craig T., *A Natural History of Rape: Biological Bases of Sexual Coercion. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2000.*
- Vandermassen, G., "Evolution and Rape: A Feminist Darwinian Perspective," *Sex Roles* 64 (9 - 10), 2010, pp. 732 - 747.
- Vermeulen, A., "Declining Androgens with Age: An Overview," Work Shop, Androgens and the Aging Male, Geneva, Parthenon Publishing Group, 1996, pp. 3-14.
- Yllo, K. and M. A. Straus, "The Impact of Structural Inequality and Sexist Family Norms of Rates on Wife-Beating," International Journal of Comparative Social Welfare 1, 1984, pp. 16-29.
- Zimmerman, P. R., & Benson, B, "Alcohol and Rape: an Economics-of-Crime Perspective," International Review of Law and Economics, 27, 2007, pp. 442-473.

## Socioeconomic Analysis of the Determinants of Sexual Violence in Korea

Kim, Sang-kwon\*

From the socioeconomic perspective this paper attempts to identify the determinants of sexual violence. The model is constructed on the assumption that individuals satisfy their sexual desire in cost-saving way. In order to test the model, I regressed the sexual violence rate on murder rate, income, the imbalance of gender ratio, the male employment rate and the rate of males with female partners. A fixed effect and random effect regression are conducted on a panel data set that consists of 13 Korean provinces during the period of 1998~2010. They reveal that institutions that limit or expand the path to resolve sexual desire affect sexual violence. Specifically, the special law that prohibits prostitution increases sexual violence, the increase of the number of males with female partners reduces sexual violence and the imbalance of gender ratio also increases sexual violence. As previous studies, the likelihood of arrest and the severity of sanctions affect the occurrence of sexual violence. Thus, sexual violence increases in poor security areas and decreases in affluent areas where the opportunity cost of imprisonment is relatively high.

❖ Keywords: sexual violence, sexual desire, special law, prostitution JEL classification: K10, K14, K23

\* School of Business Administration Halla University



## 형사정책연구 여름호 논문투고 안내

형사정책연구 '가을호' 원고를 모집합니다. 원고접수 마감일은 2019년 8월 31일(토)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 : 2019년 8월 31일(토)
- 제출처 : 한국형사정책연구원 행정실·지식정보팀(담당: 김채민)
- 이메일 : kic\_journal@kic.re.kr
- 전 화 : 02) 3460-5100
  - ※ 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](http://www.kic.re.kr))에서 다운로드 가능합니다.



간행물출판위원회 (가나다 순)

위원장 : 박 미 숙 (한국형사정책연구원 형사법제연구실 선임연구위원)

위 원 : 강 지 현 (울산대학교 경찰학전공 교수)

김 유 근 (한국형사정책연구원 형사법제연구실 연구위원)

박 성 훈 (한국형사정책연구원 기획조정실 연구위원)

윤 정 숙 (한국형사정책연구원 범죄예방·처우연구실 연구위원)

이 동 원 (원광대학교 경찰행정학과 교수)

이 동 희 (경찰대학 법학과 교수)

이 천 현 (한국형사정책연구원 법무·사법개혁연구실 선임연구위원)

최 준 혁 (인하대학교 법학전문대학원 교수)

황 지 태 (한국형사정책연구원 부패·경제범죄연구실 연구위원)

간 사 : 김 채 민 (한국형사정책연구원 행정원)

## 형사정책연구

제30권 제2호(통권 제118호, 2019 · 여름호)

발행인 : 한 인 섭

발행처 : 한국형사정책연구원

서울시 서초구 태봉로 114

전화 (02)3460-5100

등 록 : 1990년 4월 3일 바-1360

발행일 : 2019년 6월 30일

인 쇄 : 경성문화사

전화 (02)786-2999

본 학술지 내용의 무단전재를 금함

[정가 : 10,000원]

