

형사정책연구

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

제32권 제2호(통권 제126호)

2021 · 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

제32권 제2호(통권 제126호, 2021·여름호)

[연구논문]

혐오표현에 대한 형사법적 개선방안에 관한 연구

- ▶ 문덕민 1

가정폭력범죄로서 강압적 통제의 법적 수용에 대한 고찰

- ▶ 민윤영 31

2020년 신형사소송법상의 조사자증언제도에 대한 소고

- ▶ 안성훈 69

경찰의 자치경찰제도 도입 과정에 대한 소고 - 비판이론적 관점을 중심으로

- ▶ 라광현 · 박준휘 95

영국의 집회시위 규제권한의 실효성 확보 움직임에 대한 고찰:

「2021년 경찰, 범죄, 양형 및 법원에 관한 법률안」을 중심으로

- ▶ 김학경 · 정제용 117

국제 인권 조약으로서의 로마 규정과 국제형사재판소의 역할

-아프가니스탄, 미얀마, 필리핀, 팔레스타인 등 아시아 지역 상황을 바탕으로

- ▶ 정소영 163

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

Vol. 32, NO. 2 (June, 2021)

[Article]

- A Study on the Criminal Law Improvement Measures for Hate Speech
▶ Moon, Deok Min 29
- Coercive Control as a Serious Domestic Violence Offense
▶ Min, Yoon Young 67
- A Review on the Investigator Testimony System under the Amended
Criminal Procedure Act in 2020
▶ An, Sung-Hoon 92
- A review of the progress of proposing self-governing police system
in Korea from the perspective of critical theory
▶ Ra, Kwang Hyun · Park, Jun-Hwi 115
- Comparative Analysis on effective regulatory powers relating to Assemblies
and Processions in the UK: Focused on the Police, Crime, Sentencing
and Courts Bill 2021
▶ Kim, Hakkyong · Jung, Jeyong 161
- A review on the Roman Statute as an international human rights treaty and the
International Criminal Court - Based on the situations of Myanmar, the
Philippines, Afghanistan and Palestine
▶ Jung So Young 192

혐오표현에 대한 형사법적 개선방안에 관한 연구*

문덕민**

국 | 문 | 요 | 약

혐오표현의 법적 규제의 필요성 특히 형사제재의 필요성 등의 논의는 구체적 입법안에 대한 논의에 앞서 전제되어야 함은 당연하다. 그리고 형법의 보충성에 비추어 형벌을 신설하는 형사입법은 매우 신중하게 이루어져야 한다. 그런데 이번 5·18 특별법 개정을 통한 5·18 역사부정죄 신설과 같이 학계 특히 형사법학계의 논의가 있기는 하였지만 그렇게 활발하지 않았던 사이에 실제 입법이 앞서는 일은 앞으로도 발생가능할 것으로 본다. 이러한 측면에서 일반적 혐오선동에 대한 형사제재의 필요성에 대한 논의와 동시에 구체적 입법안에 대한 검토와 대안제시도 시기상조가 아니라고 볼 수도 있을 것이고 오히려 입법에 비하여 학계의 논의가 뒤처질 위험이 있다는 측면에서 필요하다고 본다.

혐오표현 규제에 대한 지금까지 있었던 학계와 국회에서 제시되었던 제안 중에서는 혐오표현 형사처벌을 위한 우리 국회의 기존 입법안에 대해서는 안효대의원안의 경우 혐오표현 규제에 대한 논의가 성숙하기 이전에 제안되었다는 한계가 있어서 혐오의 이유는 물론 행위를 규정한 문언이 명확성의 원칙에 어긋날 수 있다는 점, 김부겸의원안의 경우 행정권의 개입근거를 마련한 법규정과 함께 규정되면서 혐오의 이유를 지나치게 광범위하게 규정하고 있었던 점 등이 문제로 지적될 수 있었다.

학계의 논의에 대해서는 검토한 결과 구체적 입법안을 제시한 연구는 발견할 수 없었다. 이에 본 연구에서는 이상의 논의에 대한 검토를 거쳐 우리 형법 제114조의 2에 혐오선동죄를 신설할 것을 시론적으로 제안하였다. 이때 보호법익은 혐오선동죄는 혐오표현을 통한 집단에 대한 차별, 폭력, 증오를 선동함으로써 사회의 불안을 야기함으로써 사회적 안정성을 해치는 행위를 규율하고자 하므로 본 죄의 보호법익을 공공의 평온으로 설정하였다. 그리고 제안된 혐오선동죄는 공공의 평온을 교란하기에 적합한 방법으로 민족, 인종, 성별, 성적지향, 장애에 의하여 특정되는 집단 또는 이에 소속된 개인에 대하여 위와 같은 집단에 속함을 이유로 차별, 폭력, 증오를 선동하거나 모욕하거나 허위사실 적시에 의하여 명예를 훼손한 자를 3년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금에 처하는 것을 그 내용으로 한다.

* 본 논문은 문덕민의 2020년도 박사학위논문의 일부를 수정 및 보완한 것임을 밝힙니다. 건설적인 논평을 통해 본 논문의 수정 및 보완에 큰 도움을 주신 익명의 심사위원 여러분들께 감사드립니다. 여전히 부족한 부분들은 향후 연구를 통해 발전된 형태로 보완해 나갈 것을 약속드립니다.

** 연세대학교 강사, 법학박사.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2021.6.30.2.1>.

❖ 주제어 : 혐오표현, 명예훼손, 모욕, 공공의 평온, 표현의 자유, 혐오선동

I. 들어가며

5·18민주화운동에 관한 역사왜곡의 형사처벌을 도입한 ‘5·18민주화운동 등에 관한 특별법’(이하 ‘5·18 특별법’) 일부개정안이 작년 12월 9일에 국회를 통과해 올해 1월 5일부터 시행되었다.¹⁾ 5·18민주화운동은 대한민국 민주주의 발전에 이바지한 대표적인 민주화운동임과 동시에 한국 현대사의 비극이기도 하다. 이 입법은 이러한 5·18민주화운동에 대하여 40년이 지난 지금까지도 이를 왜곡하고 날조하여 5·18 관련 유족 및 피해자들의 분노를 유발함은 물론 더 나아가 국론분열을 조장해 왔던 일이 반복되었던 점에 대한 반성적 고려의 결과라고 하겠다. 본법의 시행으로 인하여 출판물, 온라인 전시, 공연, 공개 토론회 등에서의 5·18민주화운동에 대한 허위사실 유포는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금이라는 비교적 강력한 처벌을 받게 되었다.²⁾

5·18과 같은 역사적 사건에 대한 왜곡이 혐오표현에 해당하는지에 대해서는 논란이 있을 수 있다. 하지만 특정 집단에 대한 학살에 대한 역사부정은 단순한 역사적 사실의 부정에 그치지 않는다. 이러한 역사부정행위 특히 공개적 발언을 통한 역사부정과 선동은 해당 피해집단에 대한 차별을 조장하고 선동한다는 측면에서 피해집단에 대한 차별과 적대를 조장하는 것을 본질로 하는 혐오표현의 한 종류로 구분할 수 있을 것이다. 이리

1) 5·18민주화운동 등에 관한 특별법 제8조(5·18민주화운동에 대한 허위사실 유포 금지)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 5·18민주화운동에 대한 허위의 사실을 유포한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 신문, 잡지, 방송, 그 밖에 출판물 또는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호에 따른 정보통신망의 이용
2. 전시물 또는 공연물의 전시·게시 또는 상영
3. 그 밖에 공연히 진행한 토론회, 간담회, 기자회견, 집회, 가두연설 등에서의 발언

② 제1항의 행위가 예술·학문, 연구·학설, 시사사건이나 역사의 진행과정에 관한 보도를 위한 것이거나 그 밖에 이와 유사한 목적을 위한 경우에는 처벌하지 아니한다.

2) 허위사실을 출판물 등에 의하여 유포함으로써 타인의 명예를 훼손함으로써 성립하는 형법 제309조 제2항의 허위사실적시 출판물 명예훼손죄의 경우 법정형이 7년이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천500만원 이하의 벌금이다. 징역형을 기준으로 하는 형법상 허위사실적시 출판물 명예훼손죄가 법정형이 더 높고, 벌금형을 기준으로 할 때에는 5·18특별법 제8조의 위반죄의 법정형이 더 높다. 5·18 특별법 개정안 원문은 7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금을 규정하고 있었으나 법안 심사단계에서 과잉형벌의 문제가 제기되었고, 그 결과 본회의를 통과할 때에는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금형으로 수정되어 통과되었다. 이형석 의원 대표발의, “5·18민주화운동 등에 관한 특별법 일부개정법률안”, 2020. 10. 27.

한 측면에서 본다는 우리나라는 혐오표현에 대한 형사제재입법을 하기 시작했다고 볼 수도 있다.

하지만 5·18 역사부정죄는 일반적인 혐오선동에 대한 형사 규제와는 차이가 있다. 일반적 혐오선동에 대한 형사규제는 인종, 국적, 민족 성적지향 등으로 특정되는 피해집단을 전제하는데 특정 사건과 직접적 관련성을 요구하지 않는다는 측면에서는 역사부정죄와는 구분된다고 하겠다. 이러한 측면에서 본다면 우리나라의 일반적 혐오표현에 대한 형사제재입법은 미비한 것으로 볼 수 있다.

혐오표현의 법적 규제의 필요성 특히 형사제재의 필요성 등의 논의는 구체적 입법안에 대한 논의에 앞서 전제되어야 함은 당연하다. 그리고 형법의 보충성에 비추어 형벌을 신설하는 형사입법은 매우 신중하게 이루어져야 한다. 그런데 이번 5·18 특별법 개정을 통한 5·18 역사부정죄 신설과 같이 학계 특히 형사법학계의 논의가 있기는 하였지만³⁾ 그렇게 활발하지 않았던 사이에 실제 입법이 앞서는 일은 앞으로도 발생가능할 것으로 본다. 이러한 측면에서 일반적 혐오선동에 대한 형사제재의 필요성에 대한 논의와 동시에⁴⁾ 구체적 입법안에 대한 검토와 대안제시도 시기상조가 아니라고 볼 수도 있을 것이고 오히려 입법을 학계의 논의가 뒤따라 갈 수 있다는 측면에서 필요하다고 본다.

본 연구에서는 지금까지 제안되었던 혐오표현의 규제방안과 입법안들을 분석하고 새로운 입법안을 제시하고자 한다. 이를 위해 기존의 학계와 국회에서 제시되었던 규제방안들을 비교분석하고(Ⅱ). 이를 토대로 우리사회 실정에 맞는 새로운 입법안을 모색하여 제시하고 이에 대한 해석을 더하기로 한다(Ⅲ).

3) 김재윤, “5·18민주화운동 부인에 대한 형법적 규제방안”, 법학논총 제35권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2015; 홍성수, “역사부정죄의 정당성 근거 — 한국 역사부정죄 법안에 대한 비판적 검토 —”, 법학논총 제39권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2019, 193-194면 참조.

4) 이에 관한 논의로는 문덕민, “혐오표현에 대한 형사법적 대응방안으로써 혐오선동죄의 신설에 관한 연구”, 박사학위논문, 연세대학교 일반대학원, 2020, 7-73면, 159-182면 참조.

II. 국내 문헌상 논의 및 기존 법률안의 검토

1. 국내 문헌상의 논의와 이에 대한 검토

국내 문헌상에 나타나는 혐오표현의 형사처벌을 위한 논의는 주로 우선 혐오표현을 유형화한 다음, 이들 혐오표현의 유형 중 형사처벌이 필요하다고 주장하는 유형을 제시하고 있다. 아래에서는 먼저 혐오표현의 유형화와 관련하여 크게 4단계, 3단계, 2단계로 분류하는 견해들을 순서대로 정리하고, 이 견해들에서의 각각의 혐오표현 분류방식과 형사처벌을 주장하는 혐오표현의 유형을 소개하고자 한다.

가. 4단계 분류설

홍성수 교수는 혐오표현의 유형을 일단 네 가지로 구분하고 각 단계별로 대응방안을 달리해야 한다고 주장한다. 이 견해는 혐오표현을 고용·서비스·교육 등의 영역에서 차별적 속성을 이유로 하여 소수자(개인, 집단)에게 수치심·모욕감·두려움 등의 정신적 고통을 가하는 행위를 의미하는 ① 차별적 괴롭힘, 편견과 차별을 확산하고 조장하는 행위를 의미하는 ② 편견 조장, 소수자를 멸시·모욕 또는 위협하여 인간의 존엄성을 침해하는 표현행위인 ③ 모욕, 소수자 집단에 대하여 차별·적의 또는 폭력을 조장하거나 선동하는 증오고취행위를 의미하는 ④ 증오선동으로 구분하고, 마지막 ④ 증오선동에 대해서는 형사범죄화해야 한다고 주장한다.⁵⁾ 증오선동의 형사범죄화를 통해 국가가 소수자들의 인권을 보호하고 있다는 신호를 소수자들에 보냄으로써 그들을 안심시키고 시민사회에 대해서는 혐오표현이 관용되지 않는다는 도덕적 정체성 및 사회적 가치를 확인시켜 주는 ‘상징적 기능’이 극대화될 수 있다고 주장한다.⁶⁾

한편 김지혜 교수는 혐오표현을 앞의 견해와 같이 혐오표현을 구체적으로 세분화하여 설명하지는 않았지만, 혐오표현의 형태 중에 ‘집단에 대한 차별, 적의, 또는 폭력을 선동하는 행위’를 차별선동이라고 명명하면서 이에 대해서는 형사범죄화해야 한다고 주장하는데,⁷⁾ 형사처벌을 주장하는 혐오표현의 유형과 관련해서는 앞의 견해와 유사하다고 해

5) 홍성수, 말이 칼이 될 때, 어크로스, 2018. 58, 187, 189면.

6) 홍성수, 같은 책, 163-164면.

석된다.⁸⁾

나. 3단계 분류설

박승호 교수는 미국 연방대법원의 판례의 법리를 차용하여 우리나라에서의 혐오표현 규제를 피하려 한다. 표현의 자유를 거의 전적으로 보호하는 미국에서조차 헌법 보호상에서 배제하는 ① ‘임박한 불법행위 선동(inciting or producing imminent lawless action)’과 ② ‘진정한 협박(true threat)’ - ‘특히 적의에 찬 위협(a particularly virulent form of intimidation)’을 고려해야 한다고 주장한다.⁹⁾ 먼저 ① ‘임박한 폭력의 선동’은 우리 형법상의 다른 선동 처벌규정들이 존재함을 근거로 이를 형사처벌화하는데 문제가 없을 것이라고 주장하고, 다음으로 ② ‘특히 적의에 찬 위협’으로서 ‘진정한 협박(true threat)’과 관련하여서는 생명이나 신체에 해를 가하겠다는 협박이 있을 경우 대상집단의 구성원들이 이에 대한 공포심을 느낄 수 있다는 점에서 우리 형법의 협박죄의 성립을 인정할 수 있다고 주장한다.¹⁰⁾

다. 2단계 분류설

박용숙 교수는 혐오표현을 광의와 협의의 혐오표현으로 구분한다. 이 견해는 ‘광의의

7) 김지혜, “차별선동의 규제 - 혐오표현에 관한 국제법적·비교법적 검토를 중심으로-”, 법조 제64권 제9호, 법조협회, 2015, 36, 66, 67면.

8) 이외에도 이승현 박사는 우선 혐오표현 유형을 목적대상과 진술방식이라는 두 가지 기준을 가지고 세분화한다. 먼저 목적대상에 따른 분류로 타인을 부추겨 일정한 태도 혹은 사고체계를 갖도록 유도하거나 특정한 행위를 하도록 부추기고 유도하는 ① 선동형 혐오표현과 표적집단 구성원에게 직접적 전달을 목적으로 하는 것을 의미하는 ② 표적형 혐오표현으로 구분한다. 그리고 진술방식에 따른 분류로 상스러운 모욕이나 욕설로 형태로 나타나는 ③ 형식적 혐오표현과 외견상으로는 명백한 모욕으로 볼 수는 없지만 증오·멸시를 전달하려는 것을 의미하는 ④ 실질적 혐오표현으로 구분하고, 폭력 및 제노사이드 선동표현과 공직자의 선동형·실질적 혐오표현은 형사범죄화할 필요가 있다고 주장한다. 이승현, 혐오표현에 대한 헌법적 고찰, 박사학위논문, 연세대학교, 2015, 50-54면, 223-225면.

9) 박승호, “혐오표현의 개념과 규제방법”, 법학논총 제31권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2019, 72-75면.

10) 박승호 교수는 이를 위한 전제로 집단에 대한 협박도 인정되어야 한다고 주장한다. 박승호, “혐오표현의 개념과 규제방법”, 법학논총 제31권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2019, 72면-75면.

혐오표현'을 '협의의 혐오표현'과 '폭력 및 제노사이드 선동표현'을 포괄하는 개념으로 해석한다.¹¹⁾ 그리고 광의의 혐오표현 중 '폭력 및 제노사이드 선동표현'에 대해서는 이에 대한 형사처벌은 표적집단에 대한 적대성이 가장 강한 표현으로서 표적집단 구성원에 대한 인격권 침해뿐만 아니라 생명권까지 위협할 수 있고 인간에 대한 살인이나 폭행은 공적 토론의 대상이 될 가치가 없으므로 정당화된다고 주장하나, 반면에 적대적 표현 또는 모욕적 표현 중에서 '폭력 및 제노사이드 선동표현'을 제외한 것을 의미하는 '협의의 혐오표현'에 대해서는 표현행위에 대해 형사규제의 방법으로 국가가 개입하고자 할 때에는 죄형법정주의 원칙상 명확성의 원칙이 엄격히 관철되어야 한다고 하면서 적대적 표현 또는 모욕적 표현 등 포괄적인 용어를 구체화시키고, 화자의 혐오표현의 반복성·계획성 및 조직성, 그리고 사회적 파급력 등 요건을 구체적으로 규정하여야 한다고 주장한다.¹²⁾

한편 박해영 박사는 혐오표현의 개념을 협의과 광의의 혐오표현으로 구분하고 이들 중 협의의 혐오표현에 대해서는 형사범죄화해야 한다고 주장한다. 박해영박사의 분류에 따르면 혐오표현은 인종, 성별, 민족, 국적, 종교, 장애 등 객관적 해악성이 큰 차별사유에 근거한 개인이나 집단에 대한 혐오 또는 폭력 선동표현을 의미하는 ① 협의의 혐오표현과 위에서 언급한 차별사유와 이에 더하여 기타 차별적 사유를 이유로 하는 혐오를 포함한 ② 광의의 혐오표현으로 나누고, 이들 중 전자에 한해서 형사처벌을 해야한다고 주장한다.¹³⁾

11) 박용숙, “혐오표현에 대한 규제방법의 모색을 위한 시론적 연구”, 법학논총 제38권 제2호, 전남대 법학연구소, 2018, 55면.

12) 박용숙, “혐오표현에 대한 규제방법의 모색을 위한 시론적 연구”, 법학논총 제38권 제2호, 전남대 법학연구소, 2018, 55면.

13) 박해영, “혐오표현(hate speech)에 관한 헌법적 고찰”, 공법학연구 제16권 제3호, 한국비교공법학회, 2016, 141면.

라. 검토

형사처벌이 필요한 혐오표현의 유형

학 설		형사처벌이 필요한 혐오표현의 유형
4단계 분류설		모욕, 소수자 집단에 대하여 차별·적의 또는 폭력을 조장하거나 선동하는 증오고취행위
3단계 분류설		임박한 폭력의 선동
2단계 분류설	박용숙	폭력 및 제노사이드 선동표현
	박해영	인종, 성별, 민족, 국적, 종교, 장애 등 객관적 해악성이 큰 차별사유에 근거한 개인이나 집단에 대한 혐오 또는 폭력 선동표현

앞서 언급한 문헌들은 공통적으로 각자 자기 나름의 분류기준으로 혐오표현의 유형을 구분한 후 그 중 가장 해악이 심각한 유형을 제시하고 이에 대한 형사범죄화를 주장하고 있다. 다만 이들 견해들은 혐오표현에 대한 형사규제안을 구체적인 입법안을 통해 제시하고 있지 않다. 따라서 구체적 처벌안을 제시하지 않고 있다보니 구체적으로 무엇을 어떻게 규제하고자 하는지 알기 힘들다. 그럼에도 불구하고 위 문헌들을 통해서 혐오표현 중 어떤 유형이나 내용들이 형사적 규제에 포함되어야 하는지 시사점을 얻을 수 있다. 이를 검토하여 구체적으로 정교하게 다듬는 일은 다음 단계인 입법의 영역에서 행해져야 할 것이다. 아래에서는 국회에서 구체적으로 입법안으로 제시되었던 내용들을 검토하고 새로운 입법안에는 어떠한 내용이 담겨야 할지 제시해보고자 한다.

2. 기존 법률안의 검토

이 항목에서는 실제 입법의 결과로는 이어지지 못했지만 국회에서 발의되었던 혐오표현 관련 입법안들에 대해서 살펴보고자 한다. 우리 국회에서 발의되었던 혐오표현 규제와 관련된 입법안을 크게 구분하자면 ① 혐오표현 자체를 처벌하고자 하는 입법안과 ② 혐오가 동기가 된 범죄에 대한 입법안으로 구분된다.

먼저 혐오표현 자체를 처벌하고자 하는 입법안으로는 ①-① ‘형법 일부개정법률안’(안호대의원 대표발의, 의안번호 5550, 발의연월일 2013.6.20.)과 ①-② ‘혐오표현규제법

안’(김부겸의원 대표발의, 의안번호 11936, 발의연월일 2018.2.13.)이 있다. 전자가 형법전에 혐오죄를 신설하는 방식으로 혐오표현을 처벌하려는 방식을 취한 반면 후자는 혐오표현규제법을 신설하여 혐오표현을 처벌하는 방식을 취하고 있다.

그리고 혐오가 동기가 된 범죄에 대한 입법안으로는 이에 대한 가중처벌을 규정한 입법안으로 ②-① ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 일부개정법률안’(이종걸의원 대표발의, 의안번호 8190, 발의연월일 2013.11.29.)과 ②-② 혐오범죄의 통계관리를 규정한 ‘중요범죄 통계법안’(이종걸의원 대표발의, 의안번호 4328, 발의연월일 2016.12.12.)가 있다.

아래에서는 이들 입법안의 구체적 내용과 문제점을 검토하고 이로부터 새로운 입법에 있어서 반영해야 할 내용에 대한 시사점을 얻고자 한다.

가. 안효대 의원의 ‘형법 일부개정법률안’

안효대위원의 법률안은 형법전에 제311조의2 혐오죄를 신설하는 것을 그 내용으로 하고 있다. 구체적으로는 “인종 및 출생지역 등을 이유로 공연히 사람을 혐오한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고, 형법 제312조도 개정하여 혐오죄를 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있는 친고죄로 규정하는 것을 그 내용으로 하고 있었다. 이 법률안은 국회의 임기만료로 인해 폐기되었고, 이에 대한 후속 입법은 없었다.

이 법률안의 특징은 혐오의 이유를 “인종 및 출생지역 등”으로 한정하고 있고, 행위를 “혐오”로 규정하고 있다는 점이다. 먼저 혐오의 이유를 인종 및 출생지역만으로 한정지를 경우 성별, 국적, 장애 등의 우리 사회에서 문제되고 있는 다른 혐오의 이유들에 대한 대처가 곤란하다는 문제가 있다. 이를 회피하고자 인종 및 출생지역 ‘등’이라는 표현을 쓴 것으로 보인다. 그런데 본 법률안은 형법전에 형사처벌을 위해 범죄행위의 구성요건을 규정하는 것을 내용으로 하고 있다는 점에서 죄형법정주의 원칙상 명확성의 원칙을 엄수해야 한다. 그런데 ‘등’이라는 표현을 통해서 자의적 해석을 통한 형사처벌의 가능성을 남겨두는 것은 형법전의 범죄행위행위 구성요건 기술로는 부적합하다. 시혜적 법률이나 일반적 원칙을 선언하는 규정이라면 이러한 기술은 수용할 수 있겠지만 형사처벌조항에서 이러한 기술은 곤란하다. 그리고 본조의 행위를 “혐오”라고만 기술한 점도 명확

성의 측면에서 부적합하다.

앞서 형사처벌규정에서의 명확성의 원칙의 중요성을 언급한 바와 같이 범죄의 구성요건은 그 의미가 명확하게 규정되어야 한다. 그런데 혐오란 싫어하고 미워한다는 감정을 의미하는데 본 입법안의 내용대로라면 혐오를 이유로 어떠한 행위를 한 것을 처벌한다는 의미는 물론 혐오라는 감정을 가진 그 자체로 처벌이 가능한 것 아닌지 의문이 든다.¹⁴⁾ 어떠한 감정을 밖으로 드러내지 않고 개인 내면의 영역에만 가지고 있을 때까지 이를 처벌한다는 것은 받아들이기 힘들다. 감정을 가지고 있다는 자체만으로 형법상 어떠한 법익을 침해하는지 혹은 침해할 위험이 있는지 의심스럽고 그러한 감정을 가지고 있었다는 것을 입증하기도 어려울 것이다. 게다가 혐오라는 단어가 형법의 구성요건으로 규정될 만큼 명확한 개념인지도 문제이다. 그리고 본 입법안은 혐오라는 감정에 ‘공연히’라는 조건을 첨가하고 있는데 공연히 혐오라는 감정을 갖는다는게 무슨 의미인지 불분명하다.

나. 김부겸 의원의 ‘혐오표현규제법안’

이 법률안은 혐오표현의 규제를 위한 법적근거를 마련하는 것을 그 목적으로 했다.¹⁵⁾ 이 법률안에서는 국가 및 지방자치단체의 혐오표현에 규제에 대한 책무와 국가인권위원회의 혐오표현에 대한 개입 근거를 규정하고, 혐오표현의 형사처벌에 대해서 법률안 제18조에 이를 규정하고 있었다. 법률안 제18조는 “누구든지 혐오표현을 하여서는 아니 된다”는 법률안 제3조 제1항에 위반하여 법률안 제2조 제1호와 제2호에서 정의한 혐오

14) 이 법안의 심사를 담당했던 국회 법제사법위원회 법안심사제1소위원회의 회의 참여자 대부분 이러한 문제의식에 동조했다. 남궁석 당시 법제사법위원회 수석전문위원은 “혐오감정의 경우에는 일시적인 비언어적 행위로 나타나는 경우가 많아서 구체적인 명예훼손이나 모욕행위까지 이어지지 아니하는 경우에는 실체에 대한 판단이 매우 어려워서 피해자의 주관적 상태에 따라 혐오죄의 적용 가능성이 달라지는 난점이 있습니다”라고 하였고, 당시 법무부차관 김주현도 “이 혐오라는 구성요건을 명백하게 해석 운영한다는 게 거의 어려울 것 같이 보여지고요.”라고 하였으며, 당시 법원행정처차장 강형주 또한 “혐오라는 개념 자체의 의미가 분명하지 않기 때문에 명확성의 원칙에 위배될 소지가 있다”고 하였으며, 임내현 의원 또한 “혐오라는 것은 자기 마음속에 있는 건데 그것을 가지고 처벌한다는 것은 구성요건 해당성이 명확해야 한다는 측면에서 죄형법정주의에 위배될 소지가 있다고 발언하였다. 제19대 국회 제334회 제2차, “법제사법위원회회의록(법안심사제1소위원회)”, (2015.7.2.), 45면.

15) 한편 이 법률안은 2018년 2월 28일에 철회되어 입법의 결과로 연결되지는 못했다.

표현을 한 자에 대해서는 “3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정했다. 법률안 제18조에 의하여 처벌되는 혐오표현은 “합리적인 이유 없이 행해지는 성별, 장애, 병력, 나이, 언어, 출신국가, 출신민족, 인종, 피부색, 출신지역, 용모 등 신체조건, 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족형태 또는 가족상황, 종교, 사상 또는 정치적 의견, 전과(前科), 학력(學歷), 고용형태, 사회적 신분 등의 특성에 따라 규정된 집단 또는 개인에 대한 행위로서” “개인 또는 집단이 가지고 있는 특성을 차별하거나 분리·구별·제한·배제하는 내용을 공개적으로 드러냄으로써 해당 개인 또는 집단에 대한 차별, 폭력 또는 증오를 선동·고취하는 행위”(법률안 제2조 제1호)와 “개인 또는 집단이 가지고 있는 특성을 이유로 해당 개인 또는 집단을 공개적으로 멸시·모욕·위협하는 행위”(법률안 제2조 제1호)이다.¹⁶⁾

이 법률안은 앞서의 안효대 의원안과 다르게 혐오의 이유들을 “성별, 장애, 병력, 나이, 언어, 출신국가, 출신민족, 인종, 피부색, 출신지역, 용모 등 신체조건, 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족형태 또는 가족상황, 종교, 사상 또는 정치적 의견, 전과(前科), 학력(學歷), 고용형태, 사회적 신분 등”으로 비교적 상세히 규정하고 있는 점에서 크게 구별된다. 그러나 앞서 안효대 의원안에 대하여 지적했듯이 형사처벌규정에서의 명확성의 원칙상 ‘등’과 같이 열거규정이 아닌 예시규정으로 해석될 수 있는 형식으로 규정하는 것은 바람직하지 않다. 그런데 본 규정의 보다 큰 문제점은 열거된 혐오의 이유들이 너무 많고 이러한 이유들에 근거한 혐오표현이 실제 우리나라에서 행해지고 있는지도 의심스

16) 동 법률안 제2조는 “이 법에서 “혐오표현”이란 합리적인 이유 없이 행해지는 성별, 장애, 병력, 나이, 언어, 출신국가, 출신민족, 인종, 피부색, 출신지역, 용모 등 신체조건, 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족형태 또는 가족상황, 종교, 사상 또는 정치적 의견, 전과(前科), 학력(學歷), 고용형태, 사회적 신분 등의 특성에 따라 규정된 집단 또는 개인에 대한 행위로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

1. 개인 또는 집단이 가지고 있는 특성을 차별하거나 분리·구별·제한·배제하는 내용을 공개적으로 드러냄으로써 해당 개인 또는 집단에 대한 차별, 폭력 또는 증오를 선동·고취하는 행위
2. 개인 또는 집단이 가지고 있는 특성을 이유로 해당 개인 또는 집단을 공개적으로 멸시·모욕·위협하는 행위
3. 개인 또는 집단이 가지고 있는 특성을 차별하거나 제한·배제하는 내용을 유인물, 이미지 등의 형태로 공개적으로 보급하거나 인터넷, 미디어, 통신기기 등을 이용하여 게시·배포하는 행위
4. 개인 또는 집단이 가지고 있는 특성을 이유로 해당 개인 또는 집단에게 수치심, 모욕감, 두려움 등 정신적 고통을 주는 행위”로 규정하여 혐오표현을 4단계로 구분한다. 이는 2016년 국가인권위원회 연구용역보고서상의 개념 및 유형분류와 유사하다. 홍성수 외 8인, 혐오표현 실태조사 및 규제방안 연구, 국가인권위원회, 2016, 21-26면.

러운 사유들이 보인다는 점이다. 예를 들어 혼인여부, 임신 또는 출산, 전과, 학력 등의 사유의 경우 우리사회에서 실제로 이를 이유로 한 혐오표현이 존재하는지, 존재한다고 하더라도 이를 형사처벌해야할 만큼 큰 사회적 문제를 야기하고 있는지 의문이다. 외국의 입법례나 연구물 등에서도 이러한 사유를 혐오의 이유로 규정한 것은 그 예를 찾기 힘들다.

이 법률안은 왜 이러한 문제점을 안게 된 것일까? 이 질문에 대한 답은 이 법률안의 주안점이 어디에 있는지를 살펴보면 얻을 수 있다. 이 법률안은 혐오표현을 정의하고 혐오표현에 대한 국가와 지방자치단체의 책무를 규정함과 동시에 혐오표현에 대한 국가인권위원회의 시정명령 등을 통한 개입의 근거를 마련하기 위해 제정된 것이고, 혐오표현에 대한 형사처벌은 오히려 이 법률안의 부수적 내용인 것으로 보인다.¹⁷⁾ 그러다 보니 이 법률안에서 혐오표현에 대한 국가와 지방자치단체의 책무의 발생과 국가인권위원회의 개입이 용이하게 하게 하는 점에서 혐오표현의 이유에 대해서 폭 넓게 규정함으로써 혐오표현을 넓게 해석하는 것은 일응 이해가 가는 부분이다. 하지만 법률안이 제시한 혐오의 이유를 앞서의 행정처분의 근거조항과 형벌의 근거조항이 공유하는 지점에서 문제가 발생한다. 언급한 혐오의 이유들은 전자에 적용할 때는 타당할 수 있지만 후자에 적용하기에는 적절하지 않다고 본다.

그리고 제2조 제1호의 차별, 폭력 또는 증오의 선동·고취의 형사처벌은 앞서 검토했던 학계의 의견들과 어느 정도 일치하는 부분으로 보인다. 반면 제2호의 멸시·모욕·위협 등의 형사처벌에 대해서는 좀 더 논의가 필요해 보인다. 이에 대한 논의는 후술할 필자의 입법안을 제시하면서 검토하고자 한다.

다. 이종걸 의원의 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 일부개정법률안’

이 법률안은 출신지역, 출신국가, 인종, 사상, 정치적 의견 등을 이유로 한 개인적·사회적 편견에 의하여 생성된 혐오감을 표현하기 위하여 특정한 범죄를 저지르는 경우에는 가중처벌할 수 있도록 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률을 개정하는 것을 그 내용으로 하고 있었다.¹⁸⁾ 구체적인 내용으로는 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률에 제5조의13을

17) 실제로 이 법률안은 제일 마지막 조항에 혐오표현에 대한 형사처벌을 별칙조항의 형태로 규정하고 있다. 한편 동 법률안은 국회의 임기만료로 폐기되었다.

신설하여 “출신지역, 출신국가, 인종, 사상 또는 정치적 의견 등을 이유로 한 개인적·사회적 편견에 의하여 생성된 혐오감을 표현하기 위한 목적으로” 살인죄(제5조의13 제1항), 상해죄·폭행죄·상해치사죄·폭행치사죄(제5조의13 제2항), 재물손괴죄(제5조의13 제3항), 명예훼손죄·사자명예훼손죄·출판물 등에 의한 명예훼손죄·모욕죄(제5조의13 제4항)를 범한 자를 형법의 형에 비해 가중처벌하는 것을 그 내용으로 하고 있다.

이 법률안의 문제점으로는 상해죄·폭행죄(제5조의13 제3항) 명예훼손죄·사자명예훼손죄·출판물 등에 의한 명예훼손죄·모욕죄(제5조의13 제4항)의 경우 형법상의 법정형이 상이한데 이를 구분하지 않고 각항에서 일률적으로 법정형을 규정하여 형벌 사이의 비례성의 원칙에 위배될 소지가 있다는 점이 지적된다. 그리고 본 법률안의 적용대상이 되는 범죄들의 경우 일단 형법상의 범죄구성요건을 충족하는 행위들이기 때문에 이를 특별법의 제정으로 가중처벌하기 보다는 범행의 동기로서 양형기준을 통해 판단하면 족하다는 법무부와 대법원의 본 법률안에 대한 검토의견도 있었다.¹⁹⁾

라. 이종걸 의원의 ‘증오범죄 통계법안’

이 법률안은 “국가나 사회에 대한 불만 등을 이유로 개인적 증오(憎惡)를 표현하는 증오범죄에 대한 과학적이고 전문적인 조사·분석을 위하여 증오범죄에 대한 통계조사의 주체방법 및 절차 등에 필요한 사항을 규정함으로써 증오범죄에 대한 연구 역량을 강화하고 국민의 생명·신체 및 재산을 보호함을 목적으로”(동 법률안 제1조) 제안되었다.²⁰⁾ 이 법률안은 “증오범죄”를 “국가나 사회에 대한 불만, 성별·종교·인종 또는 사회적 소수자에 대한 편견 등을 이유로 한 개인적 증오를 표현하기 위한 목적으로 저지른 범죄로서 대통령령으로 정하는 범죄”로 규정하였다(제2조).

미국의 경우 증오범죄통계법(The Hate Crime Statistics Act)의 제정 및 시행을 통하여 미국 전역의 증오범죄 통계를 자료를 분석·관리하여 이에 대한 정책적 대응 수립에 이용한다. 이 법률안은 미국의 증오범죄통계법을 수용하여 우리나라에서 심각한 사회

18) 이 법률안 2016년 5월 29일에 국회의 임기만료로 폐기되었다.

19) 임중호, “특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고”, 법제사법위원회, 2014, 4-5면.

20) 이 법률안 또한 2016년 12월 22일 철회되어 실제 입법으로 이어지지는 않았다.

문제화되고 있는 혐오표현 및 혐오를 동기로 한 범죄에 대응하기 위하여 제안된 법률안이다.

한편 이 법률안은 제2조에서 혐오의 이유를 열거하면서 특이하게도 “국가나 사회에 대한 불만”을 제시하고 있다. 그런데 국가나 사회 자체에 대한 불만이 혐오표현의 개념에 포섭될 수 있을지는 의문이다. 그리고 “사회적 소수자”에 대한 편견 또한 혐오의 이유로 열거하고 있는데 소수자라는 개념이 가지는 불명확성은 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배될 소지가 커 보인다.

Ⅲ. 혐오표현 형사처벌을 위한 구체적 방안

위에서 살펴 본 우리나라에서의 혐오표현 형사처벌과 관련한 학계의 논의와 국회의 입법안에 대한 검토와 아울러 유엔 인권고등판무관실(The Office of the High Commissioner for Human Rights(OHCHR))에서 채택한 권고지침 라바트 행동계획(Rabat Plan of Action)²¹⁾에서 제시한 혐오표현의 형사처벌의 기준에 대한 검토를 바탕으로 새로운 입법안을 시론적으로 제시하고 이에 대해서 설명하고자 한다. 이를 위해 우선 구체적 입법안의 제시하기 전에 형법전에 새로운 구성요건을 추가할 것인지 아니면 특별법의 형태로 규정할 것인지 입법형태에 대하여 검토하기로 한다. 그리고 혐오표현죄의 보호법익을 무엇으로 볼 것인지와 규정의 형식에 있어서 이를 침해범의 형태로 규정

21) 라바트 행동규약은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR) 제20조 제2항(차별, 적의, 또는 폭력 선동에 해당하는 민족적, 인종적, 또는 종교적 혐오의 고취는 법률에 의하여 금지된다)를 법적 근거로 혐오표현이 형법상 범죄행위로 성립할 수 있는 기준을 제시한다. 라바트 행동계획에서 제시한 기준은 발언행위가 행해지고 발언이 전파된 시점의 지배적인 사회적·정치적 맥락을 의미하는 ① 맥락(Context)기준, 해당 사회 내에서의 화자의 입장 또는 지위, 특히 발언의 상대방인 청중에게 해당 화자가 어떠한 지위를 갖는지를 의미하는 ② 화자(Speaker)기준, 단순한 자료의 배포나 유통이 아니라 “고취”와 “선동”이라는 행위자의 적극성을 의미하는 ③ 의도(Intent)기준, 발언의 내용이 얼마나 선동적이고 직접적인지 그리고 발언이 어떤 양식과 형식을 띠는지를 의미하는 ④ 내용 및 양식(Content and form)기준, 발언 행위가 도달할 수 있는 범위, 발언의 공개성, 청중의 규모와 수 등을 의미하는 ⑤ 발언행위의 범위(Extent of the speech act)기준, 위협의 위험이 어느 정도 있음이 확인되어야 한다는 의미의 ⑥ 압박성을 포함한 가능성(Likelihood, including imminence)기준이 그것이다. “Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights”, United Nations Human Rights Council, A/HRC/22/17/Add.4, 6면 이하.

할 것인지 위협범으로 규정할 것인지와 관련하여 혐오표현죄의 보호정도를 검토한다. 또한 우리나라의 현실을 반영하여 어떠한 혐오의 이유들을 규정할 수 있을지 그리고 다른 범죄와의 균형을 고려하여 법정형의 검토를 하고자 한다. 그리고 이를 종합하여 본고의 입법안을 제시하도록 하고자 한다.

1. 입법형태

혐오표현의 형사처벌규정을 신설하기 위해 형법전에 처벌규정을 신설할 것인지 아니면 새로운 법률에 이를 규정할 것인지 문제된다. 결론을 먼저 밝히자면, 필자는 형법전에 혐오표현죄의 규정을 신설해야 한다고 본다.

먼저 기존 형사특별법에 이를 신설하는 경우를 가정해보자. 현재도 우리나라의 형사특별법은 너무 많아 형사특별법에 처벌근거조항이 있는 경우 일반인들은 물론 법률가들도 처벌규정이 있는지조차 모르는 경우가 비일비재하다. 이러한 상황에서 형사특별법에 이를 규정하는 것은 혐오표현의 근절이라고 하는 일반적 예방의 효과는 기대하기 힘들다.

그리고 김부겸의원안과 같이 혐오표현규제법률 자체를 신설하는 경우를 가정해보자. 앞서 김부겸의원안에 대해서 검토했듯이 국가인권위원회 등의 시정명령 등의 행정행위를 위한 근거 조항으로서 혐오표현을 규정하고 이를 다시 형벌조항에서 인용하는 방식으로 규정하다보니 행정행위의 근거로서는 정당할지 모르겠으나 형벌의 근거로는 너무 광범위하게 적용대상이 넓어져 버리는 문제가 발생할 수 있다. 행정의 근거와 형벌의 근거가 동일한 기준에서 규정되어서는 곤란하다. 게다가 혐오표현이 이러한 특별법을 통해서 규제할 만큼 세법이나 건축법과 같이 매우 기술적이거나 전문적인 분야도 아니다.

이와 같이 혐오표현의 형사처벌규정을 특별법의 형태로 규정할 경우 혐오표현 규제의 일반적 예방효과도 떨어질 뿐 아니라 형벌의 근거조항으로 부적합한 형태로 입법될 가능성이 높다. 따라서 필자는 혐오표현 처벌규정은 형법전에 신설되어야 한다고 본다.

2. 보호법익 및 보호정도

혐오표현을 규제함으로써 보호하고자 하는 법익을 무엇으로 보아야 할지 문제된다. 이 문제는 혐오표현 형사처벌규정이 형법전상 어떤 장에 위치하게 될지와 관련된 문제이기도 하다. 독일의 경우 독일통설은 제130조 제1항의 국민선동죄의 보호법익을 공공의 평온으로 보고, 부차적 보호법익으로는 인간의 존엄성으로 해석한다.²²⁾ 영국의 경우도 공공질서 주로 보호를 목적으로 하는 공공질서법에 혐오표현의 형사처벌규정을 두고 있다. 이외에도 오스트리아 형법과 스위스 형법상의 혐오표현 처벌규정의 경우에도 공공의 평온을 해하는 죄의 장에 각각 위치하고 있다.²³⁾ 그리고 앞서 검토한 일련의 혐오표현 규제관련 법안들은 제안이유에서 혐오표현의 확산을 통해 국민상호간의 갈등의 골이 깊어지고 사회통합이 저해되어 결국 우리사회를 분열시킬 것을 방지함을 그 목적으로 한다고 명시하고 있다.²⁴⁾ 이미 시행중인 5·18 역사부정죄의 경우 입법 목적에서 국론 분열의 방지를 직접 밝히고 있다.²⁵⁾ 이러한 제안이유들을 고려하건대, 우리의 경우에도 사회생활상의 안정을 해치는 것을 방지한다는 측면에서 공공의 평온을 주된 보호법익으로 설정하는 것이 무리가 없어 보인다.²⁶⁾ 그리고 공공의 평온을 혐오표현 형사처벌규정의 보호법익으로 해석하는 한, 공공의 평온을 보호법익으로 하는 다른 범죄들과 마찬가지로 우리 형법전 제5장 공안을 해하는 죄의 장에 법조문을 신설하는 것이 타당하다고 본다.

그리고 본 죄의 보호정도와 관련하여, 공공의 평온의 파괴라는 결과는 구체적으로 입증하기도 어려울 뿐더러 법익의 침해의 위험을 야기하는 것만으로도 충분히 가벌성을 긍정할 수 있다고 보이므로 침해범의 형태보다는 추상적 위험범의 형태로 규정하는 것이 불가피하다고 생각한다.

22) MK-Schäfer, §130 Rn. 2.

23) 오스트리아 형법전의 경우 제20장에, 스위스 형법전은 제12장에 각각 규정되어 있다.

24) 김부겸의원 발의, “혐오표현규제법안”, 2018.2.13. 1-2면, 이종걸의원 발의 “중오범죄 통계법안”, 2016.12.12. 1면, 이종걸의원 발의, “특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 일부개정법률안”, 2013.11.29. 1면, 안효대 의원 발의, “형법 일부개정법률안”, 2013.6.20. 2면.

25) 이형석 의원 대표발의, “5·18민주화운동 등에 관한 특별법 일부개정법률안”, 2020. 10. 27. 4면.

26) 다만 혐오표현에 의하여 피해자들의 존엄성이 침해되는 경우가 많으므로 부차적으로 피해자들의 존엄성도 보호하는 것으로 설정할 수 있다고 본다.

3. 혐오의 이유(보호특성)

가. 법률안과 해외입법례 그리고 국제규약

먼저 앞서 살펴본 국회의 입법안의 내용으로는 안효대 의원안에서 “인종, 출생지역”을, 김부겸 의원안에서는 “성별, 장애, 병력, 나이, 언어, 출신국가, 출신민족, 인종, 피부색, 출신지역, 용모 등 신체조건, 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족형태 또는 가족상황, 종교, 사상 또는 정치적 의견, 전과(前科), 학력(學歷), 고용형태, 사회적 신분”을, 이종걸 의원의 특가법 개정안에서는 “출신지역, 출신국가, 인종, 사상 또는 정치적 의견”을, 이종걸 의원의 증오범죄 통계법안에서는 “국가나 사회에 대한 불만, 성별·종교·인종 또는 사회적 소수자”를 혐오의 이유로 열거하고 있다.

해외 입법례로는 독일 형법의 경우 “민족, 인종, 종교”를, 영국 공공질서법은 “인종, 종교, 성적지향”을,²⁷⁾ 캐나다 형법은 “피부색, 인종, 종교, 출신 국가 또는 민족, 연령, 성별, 성적지향, 정신적·신체적 장애”를²⁸⁾, 덴마크 형법의 경우 “인종, 피부색, 국적, 민족적 배경, 믿음, 성적지향”을²⁹⁾ 혐오의 이유로 열거하고 있다.

한편 UN의 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에서는 “민족, 인종, 종교”를,³⁰⁾ 모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약에서는 “인종, 피부색, 종족의 기원”을,³¹⁾ 혐오의 이유로 열거하고 있다.

나. 검토

외국의 입법례를 참고하여 우리의 입법을 하고자 할 때 가장 중요한 것 중 하나는 우리나라의 실정에 맞게 규정하는 것일 것이다. 우리의 현실사회에서 가장 빈번하게 일어나고 사회적 문제가 되고 있는 혐오의 이유들부터 찾는 노력이 필요하다.

이를 위해 참고할 만한 조사결과로는 한국형사정책연구원과 국가인권위원회의 조사결

27) Public Order Act 1986, p III·III A.

28) Criminal Code, R.S.C., 2019, c. 25, s. 120.

29) Danish Criminal Code, 2005. §266b(1).

30) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제120조 제2항.

31) 모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약 제4조.

과가 있었다. 2017년 한국형사정책연구원의 보고서에 따르면 2016년 1년간 온라인상의 4개 주요 차별사유별 혐오표현 게시물 81,890건 중 여성혐오 관련 게시물이 5만 여건으로 전체 게시물 중 가장 높은 비중을 차지했고 그 다음으로는 성소수자, 장애, 인종관련 혐오게시물 순으로 높은 비중을 차지했다.³²⁾ 그러나 이 연구결과는 같은 해 5월에 있었던 강남역 살인사건이후 급격히 여성혐오 게시물이 늘어났던 점을 고려하여 주의해서 해석해야 한다. 그리고 온라인 데이터 추출기준은 여성, 성소수자, 인종, 장애 이렇게 4가지 범주에 한정하여 추출하였다는 점에서 다른 혐오의 이유들에 대한 조사결과가 없다는 한계도 존재한다. 한편 2019년 국가인권위원회의 ‘2019년 혐오차별 국민인식 조사’ 결과에 따르면 대상별 혐오표현 경험 빈도에 따르면, 여성, 성소수자, 이주민, 장애인의 순서로 높은 혐오표현 경험빈도를 보였다.³³⁾

두 개의 조사에서 공통적으로 대상집단으로 삼은 것은 성소수자, 장애인, 여성이고 차이가 있는 지점은 형사정책연구원의 대상집단에는 인종이 있었고 국가인권위원회의 대상집단에는 이주민이 있었다는 점이다. 그런데 인종과 이주민이라는 집단은 민족주의 정서가 강한 우리나라의 현실을 고려할 때 완전히 다른 집단으로 해석할 것이 아니라 중첩적 요소가 많은 집단으로 해석할 수 있다고 본다.³⁴⁾ 즉 두 개의 조사가 혐오표현의 대상집단으로 설정한 집단들은 거의 유사하다고 볼 수 있다.

우리 형법에서 혐오의 이유를 설정함에 있어 형사정책연구원과 국가인권위원회가 공통적으로 대상집단으로 삼은 성적지향, 장애, 성별의 경우 양쪽의 조사결과 우리사회에서 적지 않은 문제를 일으키고 있고 피해자들이 극심한 고통을 호소하고 있는 점에 비추어 이를 포함해야 한다고 생각한다. 그리고 우리사회가 다문화사회로 들어서고 있고 외국인들에 대한 혐오표현이 이미 사회문제화되어 있기 때문에 이를 혐오의 이유로 포함해야 한다고 본다. 한편 국가인권위가 제시한 이주민 개념은 우리나라에 이주하지 않고 일

32) 박미숙/주지현, 혐오표현의 실태와 대응방안, 한국형사정책연구원, 2017, 95-96면.

33) 한편 2017년 국가인권회의의 조사결과에서는 성소수자의 혐오표현 피해 경험율이 가장 높았다. 홍성수 외 8인, 혐오표현 실태조사 및 규제방안 연구, 국가인권위원회, 2016, 98, 119면 참조. 그리고 2019년 조사결과에서도 여성과 성소수자에 대한 혐오표현 경험빈도는 각각 68.7%와 67.7%로 차이가 거의 없었다. 국가인권위원회, 2019년 혐오차별 국민인식 조사, 국가인권위원회, 2019, 28면 참조.

34) 굳이 차이를 찾자고 한다면 북한출신 이주민들의 경우 형사정책연구원의 대상집단인 인종에 포함되지 않지만 국가인권회의의 대상집단인 이주민에는 포함될 수 있다는 점 정도일 것이다.

시적 방문한 외국인들을 포괄하지 못하므로 인종과 민족을 혐오의 이유로 포함하는 것이 타당해 보인다.

정리하자면 본 논문에서는 성적지향, 장애, 성별, 인종, 민족을 혐오의 이유로 제시한다. 이는 독일에서는 포함되는 국적, 종교는 빠진 것이고, 성적지향, 장애, 성별은 포함된 것이다. 독일의 경우 혐오의 이유가 주로 이주민들이 많은 사회 특성상 이에 중점을 두고 규정이 확장되어 왔지만, 우리사회의 경우 위에서 살펴본 바와 같이 현재 성별, 성적지향 등의 이유로 한 차별과 혐오발언의 문제를 중심으로 사회문제화 되어 있다. 이러한 현실을 반영하여 우리 실정에 걸맞는 혐오의 이유를 나름대로 제시하였다. 그리고 캐나다 형법의 혐오선동죄 규정의 혐오의 이유가 여러차례 확장되어 왔던 점을 통해서도 볼 수 있듯이, 혐오의 이유는 급격하게 변화하는 우리사회의 모습을 반영해야 하고, 이를 위해 사회적 상황의 변화에 따라 이를 추가하거나 수정할 수 있다고 본다.³⁵⁾

4. 법정형

가. 기존 법률안의 법정형

안효대 의원의 법률안에서는 혐오죄의 법정형을 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금형을 규정하고 있었고, 김부겸 의원의 법률안에서는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금형을 규정하고 있었다.

나. 검토

징역형을 기준으로 보면, 안효대의원의 법률안의 1년 이하의 징역형을 법정형으로 정하고 있는 형법전 상의 범죄로는 제106조 국기, 국장의 비방죄, 제122조 직무유기죄, 제145조 범인도주죄, 제192조의 음용수 사용방해죄, 제205조 아편 등의 소지죄, 제221

35) 실제로 혐오표현을 처벌하는 많은 국가들의 법률들이 여러차례의 개정을 거쳐왔다. 예를 들어 독일 형법 제130조의 국민선동죄도 여러차례의 개정을 거쳤고, 캐나다 형법의 혐오의 이유를 열거한 조항도 여러 차례의 개정을 거쳤다. 특히 성적지향의 경우 많은 국가들에서 이를 보호특성으로 추가하는 개정입법이 진행되었는데, 예를 들어 오스트리아의 경우 2012년에, 스위스의 경우 2020년에 성적지향을 보호특성으로 추가하는 형법 개정이 있었다.

조 소인말소죄, 제236조 사문서 부정행사죄, 제243조 음화반포죄, 제244조 음화제조죄, 제245조 공연음란죄, 제269조 낙태죄, 제311조 모욕죄, 제369조 점유이탈물횡령죄, 제364조 업무상과실·중과실죄 등이 있다.

한편 김부겸의원의 법률안에서 규정했던 3년 이하의 징역형을 법정형을 법정형으로 정하고 있는 형법전 상의 범죄로는 제108조 외국사절폭행죄, 제112조 중립명령위반죄, 제117조 전상공수계약불이행죄, 제118조 공무원자격사칭죄, 제122조 직무유기죄, 제126조 피의사실공표죄, 제129조 제2항 사전수뢰죄, 제132조 알선수뢰죄, 제138조 법정 또는 국회의장 모욕죄, 제158조 장례식등의 방해죄, 제167조 제2항 자기소유 일반물건 방화죄, 제171조 업무상실화·중실화죄, 제179조 제2항 자기소유 일반건조물 일수죄, 제242조 음행매개죄, 제283조 제1항 협박죄, 제309조 제1항 사실적시 출판물 등 명예훼손죄, 제319조 주거침입죄 등이 있다.

독일형법의 경우 독일형법 제130조 제1항의 국민선동행위에 대해서 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다고 규정하고 있다. 자유형 상한인 5년 이하의 형을 기준으로 보면, 같은 장 공공질서에 대한 죄에 규정된 범죄 중 독일형법 제129조의 범죄단체조직죄(Bildung krimineller Vereinigungen)의 법정형과 동일하다. 우리형법의 경우 형법 제114조 범죄단체 등의 조직죄를 “사형, 무기 또는 장기 4년 이상의 징역에 해당하는 범죄를 목적으로 하는 단체 또는 집단을 조직하거나 이에 가입 또는 그 구성원으로 활동한 사람은 그 목적인 죄에 정한 형으로 처벌한다. 다만, 형을 감경할 수 있다.”고 규정하고 있어 사형까지도 선고가 가능하다.

생각건대 독일과 마찬가지로 우리 혐오표현 형사처벌의 법정형을 범죄단체조직죄의 법정형³⁶⁾과 유사하게 규정하는 것은 너무 과한 처벌이 된다는 생각이다. 필자는 혐오표현에 의하여 피해자가 가지게 되는 공포라는 측면을 고려한다면 혐오표현은 명예훼손보다는 협박과 유사한 측면이 있다고 생각한다. 그런 면에서 우리형법 제283조 제1항의 협박죄의 법정형과 동일한 3년 이하의 징역을 규정한 김부겸 의원안이 더 적절하다고 생각한다. 혐오표현죄의 법정형에 대해서는 입법과정에서 좀 더 세밀한 논의를 거쳐야 하겠지만 본 논문에서는 김부겸 의원안의 3년 이하의 법정형을 따르기로 한다. 그리고

36) 필자는 우리형법상의 범죄단체조직죄의 법정형 자체가 너무 과한 것은 아닌지 의심스럽다. 입법자도 과잉처벌의 우려에서 이를 완화하기 위하여 제114조의 단서에서 임의적 감경을 규정한 것으로 보인다.

벌금형은 협박죄의 법정형과 마찬가지로 500만원 이하로 규정하기로 한다.

5. 제안안

이상의 검토를 거쳐 본 논문에서는 혐오표현에 대한 형사처벌규정을 다음과 같이 시론적으로 제안한다.

〈표〉 혐오선동죄 규정 제안안

형법 제114조의 2(혐오선동)

공공의 평온을 교란하기에 적합한 방법으로 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한자는 3년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 민족, 인종, 성별, 성적지향, 장애에 의하여 특정되는 집단 또는 이에 소속된 개인에 대하여 위와 같은 집단에 속함을 이유로 차별, 폭력, 증오를 선동하는 행위
2. 제1호의 집단 또는 개인에 대하여 위와 같은 집단에 속함을 이유로 모욕하거나 허위사실 적시에 의하여 명예를 훼손하는 행위

가. 보호법익 및 보호정도

앞서 검토한 바와 같이 혐오선동죄는 혐오표현을 통한 집단에 대한 차별, 폭력, 증오를 선동함으로써 사회의 불안을 야기함으로써 사회적 안정성을 해치는 행위를 규율하고자 하므로 본 죄의 보호법익을 공공의 평온으로 설정한다.

그리고 본 죄의 보호정도는 추상적 위험범으로서 본 죄의 성립을 위해서는 공공의 평온을 교란하기에 적합한 방법으로 행위한 것으로 족하고, 공공의 평온이 교란되는 결과는 물론 교란의 구체적 위험이 발생할 것을 요구하지 않는다.³⁷⁾

37) 라바트 행동계획은 ‘임박성을 포함한 가능성’(Likelihood, including imminence) 항목에서 이와 관련하여 설명한다. 표현의 직접적 결과로 위해의 위험이 어느정도 발생되어야 한다고 한다. 즉, 해당 혐오표현이 대상집단을 공격하는 실체의 행위를 일으키는 것에 성공할 합리적 가능성(reasonable probability, begründete Wahrscheinlichkeit)이 있어야 한다고 한다. 이러한 기준은 공공의 평온의 교란의 구체적 위험이 발생할 것을 요구한 것으로 해석될 수 있는데, 이는 본 논문이 제시한 기준보다는 상대적으로 높은 것으로 보인다. “Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights”, United Nations Human Rights Council, A/HRC/22/17/Add.4, 11.

본 조항의 위치는 보호법익을 공공의 평온으로 설정하므로 형법 제5장 공안을 해하는 죄의 장에 위치한다. 한편 제5장의 범죄단체조직죄(제114조), 소요죄(제115조), 다중불해산죄(제116조), 전시공수계약불이행죄(제117조), 공무원자격사칭죄(제118조)의 죄들 중 구성요건과 성질상 혐오선동죄와 특히 유사점이 있는 규정이 있는 것으로 보이지는 않아 불가피하게 제5장 첫 번째 규정인 제114조 뒤인 제114조의2에 혐오선동죄 신설을 제안한다.

나. 객관적 구성요건

(1) 행위의 객체

본죄의 행위의 객체는 민족, 인종, 성별, 성적지향, 장애에 의하여 특정되는 집단 또는 이에 소속된 개인이다. 여기서의 민족은 다른 집단과 구별되는 몇가지의 문화적 공통사항을 지표로 상호 전통적으로 연결되어 있다고 생각하는 사람들의 집단을 의미하고, 인종은 피부색, 머리색, 체격 등 신체적 특징이 유전적 차이와 더불어 문화적 차이로 인해 구분되는 되는 사람들의 집단을 의미한다. 또한 성별은 남녀의 구별을 의미하고, 성적지향은 개인이 감정적, 성적으로 끌리는 사회적 성적 기호를 의미하며, 마지막으로 장애는 심리적, 정신적, 지적, 인지적, 발달적 혹은 감각적으로 신체적 기능이나 구조에 문제가 있어, 활동을 하는 데 한계가 있거나 삶을 사는 데 방해가 되는 요소들을 의미한다.

그리고 이때의 집단은 단순한 물리적 집합을 의미하는 것이 아니라, 공통되는 표지로 연결되어 이를 통하여 타인과 구별되는 사람들의 집합을 의미한다. 그리고 본 죄의 객체에는 특정된 집단은 물론 이에 소속원인 개인도 포함되는데, 이때 개인은 해당집단에 소속되었음을 이유로 본 죄의 행위의 대상이 되었었어야 한다. 집단은 물론 한 개인도 행위의 대상으로 규정하여 해당 집단에 대한 행위는 물론 그 소속원 개인 1인에 대한 행위를 통해서도 본 죄는 성립할 수 있음을 명확히 한 것이다.

(2) 행위

본 죄의 행위는 공공의 평온을 교란하기에 적합한 방법으로 민족, 인종, 성별, 성적지향, 장애에 의하여 특정되는 집단 또는 이에 소속된 개인에 대하여 위와 같은 집단에

속함을 이유로 차별, 폭력, 증오를 선동하거나(제1호),³⁸⁾ 앞의 집단 또는 개인에 대하여 위와 같은 집단에 속함을 이유로 모욕(제2호)³⁹⁾하는 것이다.

먼저 제1호의 행위인 차별, 폭력, 증오의 선동의 의미에 대해서 살펴본다. 먼저 차별을 선동하는 행위는 기본적으로 평등한 지위를 가진 집단을 불평등하게 대우하도록 하여, 피해집단과 그 구성원을 사회적으로 격리시키려는 행위를 의미하며, 폭력을 선동하는 행위는 피해집단과 그 구성원에 대한 공격행위 등의 불법한 방법으로 행사되는 물리적 강제력을 행사하도록 하는 행위를 의미한다. 구체적으로는 같은 장의 형법 제115조 소요죄의 폭행의 의미와 마찬가지로 최광의의 폭행, 즉 사람 또는 물건에 대한 모든 종류의 유형력 행사를 의미한다. 그리고 증오를 선동하는 행위는 감정적 측면은 물론 이성적 측면에서의 영향도 포함되며, 이 때의 영향은 상대방으로 하여금 단순한 거부나 경멸을 하도록 하는 것에 그치지 않고 피해자들에 대하여 적대적 태도를 갖도록 하는 것을 의미한다. 이와 같이 본 죄의 행위인 선동은 차별, 폭력, 증오를 단순히 지원하거나 지지하는 단계를 넘어서서 적극적으로 이러한 행동을 하도록 마음먹도록 하기 위한 행위를 의미한다.

그리고 제2호의 죄의 행위인 모욕은 모욕죄의 모욕행위와는 그 의미가 다르다. 즉 여기서의 모욕은 그 내용이나 형식상 모욕죄의 모욕보다 더 침해적이고 경멸적 표현을 의미한다. 제1호의 차별, 폭력, 증오의 선동행위와 같은 법정형으로 처벌하므로 그에 상응하는 정도의 불법이 요구된다. 즉, 단순히 개인의 명예를 훼손하는 모욕이 아니라 공공의 평온을 해하기에 적합한 해악적 표현일 것을 요구한다. 또한 ‘허위사실 적시에 의하여 명예를 훼손’하는 행위는 의도적으로 대상집단의 명예를 훼손하기 위하여 진실이 아닌 사실을 의도적으로 주장하는 것을 의미한다.

38) 독일형법 제130조 제1항 제1호의 규정과 달리 ‘폭력적 또는 자의적 조치를 촉구하는 행위’는 제안안의 ‘차별, 폭력, 증오를 선동하는 행위’에 충분히 포섭될 수 있다고 보아 행위태양에서 삭제하였다. 독일형법 제 130조 제1항의 경우 ‘증오심을 선동하는 경우’와 ‘폭력적 또는 자의적 조치를 촉구하는 행위’를 규정하고 있어 후자가 전자에 포섭되지 않을 수 있지만, 제안안의 경우 차별과 폭력의 선동도 포함하고 있으므로 별도로 폭력적 또는 자의적 조치를 촉구하는 행위를 함께 규정하지 않았다.

39) 제안안에서는 독일형법 제130조 제1항 제2호의 행위와 달리 ‘악의로 비방’하는 행위를 별도로 규정하지 않았다. 먼저 ‘악의로 비방’하는 행위 자체가 ‘모욕’행위와 실질적으로 구별이 힘들다는 비판이 독일학계에서도 제기되고 있고(S/S-Sternberg-Lieben, §130 Rn. 5d) 개인적 의견도 이와 같아 별도로 규정하지 않았다.

그리고 본죄의 선동과 모욕 그리고 명예훼손이 인정되는지 여부에 대한 판단은 구체적인 상황에 비추어 라바트 행동계획에서 제시한 기준과 같이 화자(speaker)의 지위, 발언의 맥락(Context), 발언자의 의도(intent), 발언의 내용과 형태(content and form), 발언의 파급정도(Extent of the speech act) 등을 고려하여 판단해야 할 것이다.

한편 제1호의 선동과 제2호의 모욕과 명예훼손행위는 그 방법이 공공의 평온을 교란하기에 적합하여야 한다. 이 때 공공의 평온은 일반적 법적 안정성이 유지되며, 국민들의 평화로운 공존상태가 계속되는 것을 의미한다. 즉, 본 죄의 선동과 모욕행위는 이러한 평화로운 공존상태를 해치기에 적합한 방법으로 행하여져야 한다.

다. 주관적 구성요건

본 죄의 성립을 위해서 주관적 구성요건으로 고의가 필요하다. 행위자는 행위 당시 본 죄의 객관적 구성요건에 대한 인식과 의사를 가지고 있었어야 하며, 원칙적으로 이는 미필적 고의로 족하다. 다만 제1호의 선동의 경우 선동에 대한 행위자의 고의는 확정적 고의여야 한다.⁴⁰⁾

한편 본 죄의 성립을 위해서 공공의 평온을 해할 목적을 요하는 것은 아니다. 즉 행위자는 자신의 행위가 공공의 평온을 교란하기에 적합하다는 사실에 대한 고의만 인정되면 본 죄는 성립하는 것이고, 더 나아가 행위자가 행위 당시 공공의 평온을 해하겠다는 목적을 가지고 행위하였어야 본 죄가 성립하는 것은 아니다.

라. 위법성

우선 명예훼손죄에 관한 형법 제310조의 위법성조각사유의 적용여부를 고려해볼 수 있다. 그러나 형법 제310조의 위법성조각사유는 사실적시 명예훼손행위에 적용되는 것이고 그 행위가 오로지 공익에 관한 것이어야 한다는 점에서 본 죄에는 적용될 수 없다.

40) 라바트 행동계획에서 제시한 지침에서 이를 ‘의도’(intent)항목에서 이에 대하여 설명하고 있는데, 제안안과 유사한 내용이다. 즉 형사처벌이 가능한 혐오표현은 증오심의 고취나 선동을 의도해야 하는데, 이 때 의도는 단순한 과실(Negligence, Fahrlässigkeit)만으로는 불충분하다고 한다. “Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights”, United Nations Human Rights Council, A/HRC/22/17/Add.4, 11.

앞서 설명했듯이 제안안의 제2호의 모욕행위는 형법 제311조의 모욕행위보다 협의의 개념으로 다르고, 무엇보다 형법 제310조 자체가 모욕죄에 대해서는 적용되지 않는다. 또한 혐오선동행위의 해악적 측면을 고려할 때 공공의 이익을 추구한다고도 볼 수 없다.

한편 형법 제20조 이하의 일반적 위법성조각사유, 특히 제20조의 정당행위의 적용 가능성과 관련하여서는 학술활동, 언론보도, 예술활동 등의 영역에서 구체적 사정을 고려하여 적용할 여지가 있다고 본다.

마. 경합관계

본 조 제1호와 제2호의 행위가 특정 집단 자체 하나만을 상대로 행하여진 경우 하나의 죄가 성립한다. 반면에 개인을 상대로 행해진 경우 본 죄의 보호법익은 피해자의 명예 내지 인격을 포함하므로, 피해자의 수만큼 죄가 성립하며, 이 때 하나의 행위로 이루어진 경우에는 죄들은 상상적 경합관계에 있고, 별개의 행위로 이루어진 경우에는 실제적 경합관계에 있다.

본 조 제1호의 행위가 동시에 제2호의 구성요건을 충족하는 경우에는 양죄는 행위의 구성요건이 상이하므로 각 죄를 구성하지만, 모욕행위를 함으로써 차별, 폭력을 선동을 하는 경우 등과 같이 행위의 주요부분이 동일한 경우에는 양죄는 상상적 경합관계에 있다.

한편 개인에 대하여 제2호의 행위를 함으로써 형법상의 모욕죄와 허위사실적시 명예훼손죄의 구성요건을 함께 충족한 경우에는 제2호의 죄와 모욕죄 등의 보호법익이 상이하고 구성요건도 차이가 있어 제2호의 위반죄에 모욕죄 또는 허위사실적시명예훼손죄가 포섭된다고 보기는 힘드므로 각 죄를 구성하며, 이 때 각 죄는 주요행위가 동일하므로 상상적경합관계에 있다.

V. 나가며

혐오표현의 법적 규제의 필요성 특히 형사제재의 필요성 등의 논의는 구체적 입법에 대한 논의에 앞서 전제되어야 함은 당연하다. 그리고 형법의 보충성에 비추어 형벌을

신설하는 형사입법은 매우 신중하게 이루어져야 한다. 그런데 이번 5·18 특별법 개정을 통한 5·18 역사부정죄 신설과 같이 학계 특히 형사법학계의 논의가 있기는 하였지만 그렇게 활발하지 않았던 사이에 실제 입법이 앞서는 일은 앞으로도 발생가능할 것으로 본다. 이러한 측면에서 일반적 혐오선동에 대한 형사제재의 필요성에 대한 논의와 동시에 구체적 입법안에 대한 검토와 대안제시도 시기상조가 아니라고 볼 수도 있다.

혐오표현 규제에 대한 지금까지 있었던 학계와 국회에서 제시되었던 제안 중에서는 혐오표현 형사처벌을 위한 우리 국회의 기존 입법안에 대해서는 안호대의원안의 경우 혐오표현 규제에 대한 논의가 성숙하기 이전에 제안되었다는 한계가 있어서 혐오의 이유는 물론 행위를 규정한 문언이 명확성의 원칙에 어긋날 수 있다는 점, 김부겸의원안의 경우 행정권의 개입근거를 마련한 법규정과 함께 규정되면서 혐오의 이유를 지나치게 광범위하게 규정하고 있었던 점 등이 문제로 지적될 수 있었다.

그리고 학계의 논의에 대해서는 검토한 결과 구체적 입법안을 제시한 연구는 발견할 수 없었다. 이에 본 연구에서는 이상의 논의에 대한 검토를 거쳐 우리 형법 제114조의 2에 혐오선동죄를 신설할 것을 시론적으로 제안하였다. 이때 보호법익은 혐오선동죄는 혐오표현을 통한 집단에 대한 차별, 폭력, 증오를 선동함으로써 사회의 불안을 야기함으로써 사회적 안정성을 해치는 행위를 규율하고자 하므로 본 죄의 보호법익을 공공의 평온으로 설정하였다. 그리고 제안된 혐오선동죄는 공공의 평온을 교란하기에 적합한 방법으로 민족, 인종, 성별, 성적지향, 장애에 의하여 특정되는 집단 또는 이에 소속된 개인에 대하여 위와 같은 집단에 속함을 이유로 차별, 폭력, 증오를 선동하거나 모욕하거나 허위 사실 적시에 의하여 명예를 훼손한 자를 3년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금에 처하는 것을 그 내용으로 한다.

참고문헌

〈국내문헌〉

- 김대휘/김신, 주석 형법: 각칙. 4, §269-§312, 제5판, 韓國司法行政學會, 2017.
- 김재운, “5·18민주화운동 부인에 대한 형법적 규제 방안”, 법학논총 제35권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2015.
- 김지혜, “차별선동의 규제 - 혐오표현에 관한 국제법적·비교법적 검토를 중심으로 -”, 법조 제64권 제9호, 법조협회, 2015.
- 박승호, “혐오표현의 개념과 규제방법”, 법학논총 제31권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2019.
- 박용숙, “혐오표현에 대한 규제방법의 모색을 위한 시론적 연구”, 법학논총 제38권 제2호, 전남대 법학연구소, 2018.
- 박해영, “혐오표현(hate speech)에 관한 헌법적 고찰”, 공법학연구 제16권 제3호, 한국비교공법학회, 2016.
- 신동운, 형법각론, 제2판, 법문사, 2017.
- 오영근, 형법각론, 제4판, 박영사, 2017.
- 윤성옥, “혐오표현 규제와 법적 쟁점에 관한 연구”, 미디어와 인격권 제5권 제1호, 언론중재위원회, 2019.
- 이승현, 혐오표현에 대한 헌법적 고찰, 박사학위논문, 연세대학교, 2015.
- 이영희/이재진, ‘집단표시에 의한 모욕죄’와 혐오표현, 언론과 법 제19권 제1호, 한국언론법학회, 2020.
- 이재상/장영민/강동범, 형법각론, 제10판, 박영사, 2016.
- 임중호, “특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고”, 법제사법위원회, 2014.
- 최란, “현행법상 혐오표현의 규제, 특히 명예에 관한 죄 적용 가능성을 중심으로”, 미디어와 인격권 제4권 제2호, 언론중재위원회, 2018.
- 문덕민, “혐오표현에 대한 형사법적 대응방안으로써 혐오선동죄의 신설에 관한 연구”,

- 박사학위논문, 연세대학교 일반대학원, 2020.
- 박미숙/추지현, 혐오표현의 실태와 대응방안, 한국형사정책연구원, 2017.
- 한상훈/안성조, 형법개론, 제2판, 정독, 2020.
- 홍성수, 말이 칼이 될 때, 어크로스, 2018.
- 홍성수, “역사부정죄의 정당성 근거 - 한국 역사부정죄 법안에 대한 비판적 검토 -”, 법학논총 제39권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2019.
- 홍성수 외 8인, 혐오표현 실태조사 및 규제방안 연구, 국가인권위원회, 2016.
- 국가인권위원회, 혐오표현(hate speech) 리포트, 국가인권위원회, 2019.
- 국가인권위원회, 2019년 혐오차별 국민인식 조사, 국가인권위원회, 2019.

〈국외문헌〉

- Gerhard Simson/Friedrich Geerds, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht, C.H. Beck, 1969.
- Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum StGB, 3. Auflage C.H. Beck, 2017(MK-저자).
- Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, C.H. Beck, 2018 (Lackner/Kühl).
- Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl. C.H. Beck, 2019.(S/S-저자).
- 山口厚, 刑法各論, 第2版, 有斐閣, 2010.

A Study on the Criminal Law Improvement Measures for Hate Speech

Moon, Deok Min*

The necessity of legal regulations on the hate speech, particularly criminal sanctions, should be discussed in advance of the debate about its specific legislations.

The crime of defamation is similar to hate speech that it is a crime that can meet the constituent elements only through languages, not through physical activities. The crime of defamation and hate speech are clearly distinguished in terms of protection legal interests and history. Like this, defamation and hate speech look similar in appearance, but have different personalities. There is, therefore, no reason why we cannot claim the regulation of hate speech just because we insist on the easing or abolition of the punishment for defamation.

It is difficult to effectively regulate hate speech only by the punishment regulations for defamation and insult in our criminal law. When it is desired, thus, to criminally regulate hate speech, it is inevitable to establish a new law that regulates hate expression as a way to do this.

Among the proposals that have been proposed by the academia and the National Assembly on the regulation of hate speech, as regards the proposal of Congressman Ahn Hyo-dae, there is a limitation that the discussion on the regulation of hate speech was proposed before maturity in the community(society), which is problematic in that not only the reason for hate but also the words defining the behavior may violate the principle of clarity. In the case of the proposal of Rep. Kim Bu-gyeom's proposal, it could be pointed out that the reason for hate was defined too broadly because the reason for hate was stipulated along with the legal

* Lecturer, Yonsei University, Ph.D. in Law.

regulations that established the basis for the intervention of the administrative authority.

As a result of reviewing the discussions of the academic community, no studies were found that suggested specific legislation. In response, this study proposes to establish a crime of hate incitement in Article 114-2 of the Korean Criminal Code after reviewing the above discussions. The protective interest of the regulation is set in the public peace. This is because hate inciting crimes seek to discipline acts that harm social stability by inciting discrimination, violence, and hatred against groups through hate speech.

❖ key words: hate speech, defamation, insult, public peace, freedom of expression, incitement to hatred

가정폭력범죄로서 강압적 통제의 법적 수용에 대한 고찰

민윤영*

국 | 문 | 요 | 약

가정폭력에 대한 이해는 2007년 미국의 Stark에 의하여 강압적 통제 개념이 제시된 것을 계기로 큰 변화를 겪고 있다. 이러한 변화는 법에도 영향을 미쳐 2015년에 잉글랜드에서 강압적 통제가 범죄화 되었고, 이러한 입법의 흐름은 2018년 스코틀랜드에 이어 영국의 다른 관할권과 호주 등으로 확장되고 있다. 강압적 통제 범죄는 기존의 형법적 개념으로 범죄에 이르지 않는 심리적, 정서적, 경제적 학대 등이 누적되어 구축되는 강압과 통제의 패턴을 범죄로 처벌한다는 점에서, 가정폭력 피해자들의 실제 피해 경험을 충실히 반영하여 가정폭력의 실질에 대한 이해를 심화하고 피해자 보호를 강화하는 가능성을 열었다고 평가된다. 이러한 풍성한 해외의 논의에도 불구하고, 강압적 통제 개념은 아직 한국의 법에는 도입되지 못한 상황이다. 강압적 통제 개념은 가정폭력을 자유에 대한 범죄로 재해석하고, 가정폭력 범죄의 피해자에 대한 전형적인 이미지인 신체적 폭력의 피해자라는 초상이 잘못된 것임을 지적하면서 가정폭력피해자는 '사적 삶에 얽매진 인질'에 더 가까운 모습을 보인다고 설명한다. 이러한 패러다임의 변화는 적실하고 유용하며, 신중히 고찰될 필요가 있다.

이에 이 논문에서는 강압적 통제 개념을 소개하고 강압적 통제를 통해 새롭게 이해된 가정폭력 범죄의 실체에 대하여 고찰하며(Ⅱ), 강압적 통제 개념이 가정폭력의 위험성 평가에 가져올 수 있는 변화를 살펴봄으로써 강압적 통제의 법적 수용의 필요성을 검토한다(Ⅲ). 마지막으로 강압적 통제 범죄에 관한 영국의 입법례를 살펴본다(Ⅳ). 결론을 내리면서 앞으로 강압적 통제 범죄를 도입하기 위하여 어떤 준비가 필요한지에 대한 제안도 간략하게 덧붙였다(Ⅴ).

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2021.6.30.2.31>.

❖ 주제어 : 강압적 통제, 인질, 가정학대, 가정폭력, 젠더폭력

* 단국대학교 법과대학 법학과, 부교수. 법학박사(Ph.D.)

I. 가정폭력에 대처할 혁신적 법률의 등장

스코틀랜드가 2018년 제정한 Domestic Abuse (Scotland) Act 2018은 가정폭력 중 배우자(또는 친밀한 관계¹⁾)의 파트너)간 폭력에 대한 대처를 혁신적으로 바꾼²⁾ 법률로 높이 평가되고 있다. 이 법은 가정폭력³⁾을 바라볼 새로운 패러다임으로 영미권에서 널리 수용되고 있는 강압적 통제(coercive control) 개념을 기반으로 하여 기존의 형법이 범죄로 규정하지 않았던 ‘심리적, 정서적 또는 경제적 학대 등의 반복을 통해 형성되는 강압과 통제의 패턴’을 가정학대⁴⁾ 범죄로 규정하여 중하게 처벌함으로써 가정폭력 피해자의 실제적인 피해 경험을 충실히 반영한 법이라 평가된다. 이처럼 영미권이 강압적 통제 개념을 수용하여 가정폭력에 대처하는 법을 선진화하고 있는 반면, 우리 법의 가정폭력에 대한 이해는 아직 시대에 뒤떨어져 있다는 비판을 피하기 어려울 것으로 보인다.

2019년의 가정폭력실태조사 연구에 따르면, 지난 1년간 배우자에 의한 신체적/성적 폭력 피해율은 여성 5.9%, 남성 1.3%로 나타났고, 통제를 포함한 5개 유형의 폭력⁵⁾의 경우에는 폭력 피해율이 여성 28.9%, 남성 26.0%로 나타나⁶⁾ 가정폭력이 만연해 있음

1) 여기서 친밀한 관계는 intimate relationship을 번역한 것이며, 이는 신체적(性적), 정서적 친밀함이 있는 관계를 의미한다.

2) Vanessa Bettinson, “Scotland gives hope to world's domestic abuse victims”, 2018.2.12., <https://www.scotsman.com/news/opinion/columnists/vanessa-bettinson-scotland-gives-hope-world-s-domestic-abuse-victims-1431998> (2021.5.30. 검색)

3) 가정폭력은 배우자에 대한 폭력 뿐 아니라 노인폭력, 아동폭력 등을 포함하는 용어이지만, 이 논문에서는 ‘배우자 등 친밀한 파트너간의 폭력’을 의미하는 용어로 사용하고자 한다. 참고로 가정폭력 중 남편에 의한 아내폭력 비율이 59.6%로 가장 많았다는 점에 대하여는 박다혜, “가정폭력 통계 수집 때 가해자를 ‘배우자’라고 표기 못 해…개선 필요”, 2019.5.2., <https://www.hani.co.kr/arti/society/women/892460.html#csidx3fd5948493933eea6fa86524243e51f> (2021.5.28. 검색)

4) 스코틀랜드에서는 공식적으로 가정폭력이 아니라 가정학대라는 용어를 사용한다. 이는 기존의 용어인 가정폭력이 신체적 폭력이나 성적 폭력 등 가시적인 ‘폭력’에 초점을 두었던 것을 반성하며, 심리적, 정서적, 경제적 학대 등에 균형 있는 강조점을 두기 위한 것이다. 이러한 취지는 충분히 공감하지만, 아직 우리 사회에서는 ‘가정폭력’이라는 표현이 널리 사용되기 때문에, 이 글에서도 대부분 가정폭력이라는 표현을 사용하였다.

5) 신체적 폭력, 성적 폭력, 경제적 폭력, 정서적 폭력은 ‘4개 유형 폭력’으로, 통제까지 포함 할 경우 ‘5개 유형 폭력’으로 구분하여 언급하고 있는 한국여성정책연구원, 2019년 가정폭력실태조사 연구 (연구보고 2019-25), 여성가족부, 2019, 82쪽 참조.

6) 위의 글, 81쪽.

을 확인할 수 있었다. 한 해의 가정폭력 관련 경찰 신고 건수도 20만 건을 상회한다.⁷⁾ 또한 2017년에 우리나라에서 남편이나 연인 등 친밀한 관계에 있는 남성에 의해 살해된 여성의 수는 85명 이상으로 추산되어, 그 해 살인범죄로 사망한 전체 피해자 282명의 30%에 달했다⁸⁾는 충격적인 사실은 우리 사회의 가정폭력 범죄의 심각성을 상징적으로 잘 드러낸다. 그러나 이러한 실상에도 불구하고 우리 법과 사회에서 가정폭력은 심각한 ‘범죄’로서 인식되지 못하고 있다. 대표적인 예가 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 가정폭력처벌법)의 제1조에서 입법목적으로서 “가정폭력으로 파괴된 가정의 평화와 안정을 회복하고 건강한 가정을 가꾸”는 것이 “피해자와 가족구성원의 인권 보호”와 병렬적으로 제시되는 점이다. 이러한 모순적인 법의 입장은 가정폭력범죄의 법적 처리에 있어 가정보호가 목적으로서 앞서는 결과를 낳고 있고, 가정폭력은 범죄라기보다는 ‘가정 내에서 있을 수 있는 해프닝’ 정도로 여겨져, 1%대의 경찰 신고율, 10% 미만의 기소율을 보이며⁹⁾ 처벌은 가법다.¹⁰⁾ 반면 한국가정법률상담소의 2018년도 가정폭력 행위자 상담통계에 따르면 피해자의 생명에 치명적인 영향을 미칠 수 있는 심한 폭력을 행사한 가정폭력 행위자들이 가정보호사건으로 송치되어 상담위탁 처분을 받은 것으로 나타나¹¹⁾, 가정폭력 사건이 법적으로 대응됨에 있어 사소화 된다는 점이 다시금 확인된

7) 경찰청 보도자료, “가정폭력범죄 피해 심각. 2018년 한 해 112 신고 248,660건”, 2019.7.11., <https://www.korea.kr/news/pressReleaseView.do?newsId=156340901> (2021.5.25. 검색)

8) 경찰청 보도자료, 위의 기사 참조.

9) 이슬, “1% 신고율·10% 기소율 ‘가정폭력’...전국 가정폭력 상담소 연대 창립”, 2019.3.8., https://www.newshankuk.com/news/content.asp?news_idx=201903080001360103 (2021.5.25. 검색); 조서연, 가정폭력범죄에 대한 형사사법기관별 대응의 개선방안, 국회입법조사처, 2019, 4-5쪽 참조.

10) 한 예로 2017년과 2018년 9-11월의 사건들을 분석한 결과로 1심 선고형이 확정된 401건 중 징역에 집행유예가 선고된 건이 58.4%, 벌금 선고가 24.2%, 징역 실행이 선고된 건이 8.5%였으며, 징역 개월 수는 1년 미만이 67.5%였고 평균 벌금액은 228.74만원이라는 점은 박복순·전혜상·정수연·고현승, 여성폭력 검찰 통계분석(1): 가정폭력범죄를 중심으로, 한국여성정책연구원, 2019, xiii 참조; 사법연감 2019에 따르면 2019년 처리된 가정폭력처벌법에 따른 사건 64건 중, 유기자유형이 17건, 집행유예 19건, 재산형 21건, 기타 6건으로 나타났다. 법원행정처, 『사법연감 2019』, 법원행정처, 2020, 957쪽.

11) 총 324명의 상담위탁 보호처분 대상자를 분석한 결과 ‘피해자를 사정없이 마구 때린 경우’가 109명(33.6%), ‘배우자의 목을 조른 경우’가 43명(13.3%), ‘피해자를 칼이나 흉기로 위협한 경우’가 71명(21.9%), ‘피해자를 담뱃불로 지지거나 칼이나 흉기로 휘두른 경우’가 70명(21.6%)으로 나타났다. 한국가정법률상담소, “2018년 가정폭력행위자 상담통계”, 2019.4.16., http://lawhome.or.kr/webbook/gapok_counselsta2018/index.html#page=4 (2021.5.25. 검색) 참조.

다. 또한 가정폭력 범죄의 경우 단일 범죄명이 존재하지 않으며, 현재 경찰청 범죄통계에서 피해자와 가해자의 관계 분류 중 ‘배우자’로 표기하는 항목이 없어 배우자간 가정폭력 범죄의 정확한 실태 파악에서부터 어려움이 있다는 것¹²⁾도 가정폭력의 문제가 제대로 대응되지 않고 있음을 보여주는 또 하나의 사안이다. 심각한 폭력이 있었음에도 피해자의 처벌불원의사가 있다는 이유로 가해자를 가정으로 돌려보내 피해자가 결국 살해되는 사건들¹³⁾이 반복되는 현상이나 법원의 피해자보호명령에 따라 가해자를 퇴거시켜달라는 피해자의 정당한 요구에 대하여 ‘떼쓰지 말고 좋게 서로 양보하라’고 하여 결국 피해자가 피신을 해야 했던 사건¹⁴⁾ 등은 사법부와 경찰이 가정폭력 범죄의 심각성을 심각하게 오판하고 있음을 보여준다. 이러한 현실을 바꾸기 위하여 가정폭력을 바라보는 패러다임을 시급히 선진화할 필요성이 크다.

스코틀랜드의 가정학대 관련 법의 혁신성은 이 법이 토대로 하고 있는 ‘강압적 통제’ 개념에 기대고 있다. 미국에서 등장한 이 개념은 2015년 잉글랜드(England and Wales)¹⁵⁾의 Serious Crime Act 2015의 Section 76(이하 s.76 SCA 2015)을 통해 실정법에 범죄로서 수용되었고,¹⁶⁾ 뒤이어 잉글랜드의 법보다 더 통합적인 관점을 취하는 스코틀랜드의 Domestic Abuse (Scotland) Act 2018(이하 DASA)로 수용되었다. 이후 아일랜드 공화국은 Domestic Violence Act 2018의 Section 39를 통해 강압적 통제를 범죄화하였고, 북아일랜드가 마침내 2021년 강압적 통제를 범죄화하는 입법을 마침으로 인해, 영국 전역이 강압적 통제를 범죄화하게 되었다. 영국 뿐 아니라 호주에서도 2004년에 태즈메이니아 주가 처음으로 강압적 통제를 범죄화하였으며, 다른 관할권에서도 법

12) 박다해, 주 3)의 기사 참조.

13) 최유경, “또 남편이 아내 흉기 살해...“과거 2차례 폭력 신고””, 2018.12.7., <https://n.news.naver.com/article/056/0010648540> (2021.5.25. 검색)

14) 이가람, ““판사 할 일...떼쓰지 말라” 되레 매 맞는 아내 울린 경찰”, 2021.5.3., <https://news.joins.com/article/24048788> (2021.5.25. 검색); 형사사법기관에 의한 2차 피해로 피해자에 대한 보호와 배려의 실패, 낮은 성인지 감수성과 인권 감수성, 가정보호를 우선적으로 언급하거나 가정폭력 사건을 집안 내의 사적인 사건으로 치부하며 별것 아닌 것처럼 말하기 등을 언급하는 강지은·노주애·이승원·이수정, “가정폭력사건의 조기 개입을 위한 위험성 평가도구 개발연구”, 교정담론, 제4권 제1호, 2020, 100쪽 참조.

15) 영국은 복수의 관할권으로 구성되어 있는데, 잉글랜드와 웨일스는 하나의 관할권에 속해있고, 스코틀랜드와 북아일랜드는 각각 독자적인 관할권을 형성한다.

16) 이에 대한 자세한 소개는 민윤영, “한국의 부분간 심리적 폭력의 실태와 형사정책적 함의 - 강압적 통제론과 네크로필리아”, 형사정책, 제29권 제3호, 2017, 97~100쪽 참조.

적 수용이 고려되고 있다. 이러한 발전은 “강압적이고 통제적인 행위를 범죄화하는 입법의 국제적 흐름”¹⁷⁾이라고 묘사되기도 한다.¹⁸⁾ 이스탄불 협약의 제33조가 가입국들로 하여금 강압적 통제와 같은 여성을 향한 심리적 폭력을 범죄화하도록 하는 것과 일맥상통하는 것이다. 그러나 이와 같은 국제적인 관심에도 불구하고, 우리 실정법체계에서 강압적 통제 개념은 아직 인식조차 잘 되지 않고 있는 실정이다.

기존의 가정폭력 관련 법이 가정폭력의 특수성을 고려하지 않은 채 일반적인 맥락에서의 범죄 개념을 그대로 활용해 가정폭력에 대처하고자 함으로써, 가정폭력 범죄의 심각성을 축소시키고 “젠더 불평등에 뿌리를 내리고 있으며 누적적인 효과를 가지는 지속적인 학대”¹⁹⁾라는 피해자의 실제 경험을 반영하지 못했던 한계를 고려할 때, 강압적 통제는 가정학대 범죄의 특수성을 직접적으로 인정하는 새로운 개념으로서 유용성을 갖는다. 기존의 가정폭력 관련 법의 “좁고 한시적인 관점과 피해에 대한 제한적인 인식”²⁰⁾을 극복하여, ‘신체적 폭력이 최악의 부분인 것이 아니며’²¹⁾ 피해자의 자유와 자율성을 파괴하는 강압적 통제 행위들로 인하여 가정폭력 피해자들이 인질에 가까운 트라우마적인 삶을 살아가는 심각한 피해를 입는다는 점이 인식될 때, 가정폭력 범죄가 신체에 대한 살인 뿐 아니라 정신적인 살인에 이를 수 있는 심각한 피해를 입히는 강력한 범죄임이 명백히 드러날 수 있다. 즉 강압적 통제 개념은 가정폭력 범죄의 심각성을 새롭게 주지 시킴으로써 가정폭력을 사소화 하는 우리 법체계의 인식에 경종을 울리고, 나아가 가정폭력범죄 피해의 심각성을 신체적인 부분만이 아니라 정신적/심리적인 영역, 그리고 경제적, 사회적 영역 등에서 전방위적으로 더욱 주의를 기울여 확인하도록 지침을 줌으로

17) Ilona Cairns, “The Moorov doctrine and coercive control: Proving a ‘course of behaviour’ under s. 1 of the Domestic Abuse (Scotland) Act 2018”, *The International Journal of Evidence & Proof*, Vol. 24(4), 2020, 396.

18) 이러한 흐름은 영미법 국가에서만 나타나고 있는 것은 아니며, 비록 강압적 통제 개념을 직접적으로 사용하는 것은 아니지만 프랑스에서도 2010년 혼인관계 내에서의 심리적 폭력을 범죄화하는 법을 제정하였다. 「Loi no. 2010-769 du 9 juillet 2010(여성에 대한 폭력, 부부간의 폭력 및 이들 폭력이 아동에 미치는 결과에 관한 2010년 7월 9일자 법률)」 참조.

19) Cairns, 주 17)의 글, 399.

20) Deborah Tuerkheimer, “Recognising and remedying the harm of battering: A call to criminalise domestic violence”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 94(4), 2004, 972.

21) “Violence wasn’t the worst part”이라는 가정폭력 피해자의 증언은 강압적 통제 이론의 핵심을 보여주는 유명한 표현이다.

써 가정폭력에 대한 통합적이고 새로운 인식으로 우리를 이끌어 줄 수 있다는 측면에서 진지하게 검토해볼 가치가 있다. 가정폭력이라는 중대한 사회악에 잘 대처할 수 있는 법체계의 확립을 위하여 필요한 것은 가정폭력의 실체와 본질, 그리고 피해에 대한 ‘잘못된 상식’들을 폐기하고 ‘정확하게’ 이해하는 것일 것이다. 이러한 과제에 강압적 통제 개념은 큰 도움이 될 수 있다.

이에 이 논문에서는 강압적 통제 개념을 소개하고 강압적 통제를 통해 새롭게 이해된 가정폭력 범죄의 실체에 대하여 고찰하며(II), 강압적 통제 개념이 가정폭력의 위험성 평가에 가져올 수 있는 변화를 살펴봄으로써 강압적 통제 개념의 법적 수용의 필요성을 검토한다(III). 그리고 마지막으로 외국 입법례로 영국에서 강압적 통제 범죄가 어떻게 적용되고 있으며, 어떤 도전과제들이 제기되어 왔는지를 논의한다(IV). 결론을 내리면서 앞으로 우리가 강압적 통제 범죄를 도입하기 위하여 어떤 준비를 할 필요가 있는지에 대한 제안도 간략하게 덧붙였다(V).

II. 강압적 통제 개념의 이해

최근에 강압적 통제 문제를 국제적인 관심사로 만든 Sally Challen의 재심을 담당한 변호인들은 강압적 통제 개념을 통한 가정폭력 문제에 대한 이해의 발전이 마치 DNA와 같은 과학의 발전이 판결의 확실성을 뒤흔들고 재심 사건들을 형성한 것과 같은 정도로 혁신적인 것이라고 말한 바 있다.²²⁾ 영미법의 특성상 강압적 통제 범죄에 대한 확립된 법적 정의는 존재하지 않으나,²³⁾ 영국 정부의 정의에 따르자면, 피해자를 의존적이고 종속적으로 만들기 위하여, 피해자를 인적 네트워크로부터 고립시키고 피해자의 자원과 개인적 소득을 위한 가능성을 착취하며, 독립, 저항, 탈출 그리고 일상의 영위를 위해 필요한 수단을 박탈하는 행위들(통제적 행위)과 피해자를 해하거나 처벌하거나 두려워하도록 만들기 위하여 사용하는 폭행, 위협, 모욕, 겁주기 또는 다른 학대의 행위들의 패턴(강압

22) Vanessa Bettinson, “Aligning Partial Defences to Murder with the Offence of Coercive or Controlling Behaviour”, *The Journal of Criminal Law*, Vol. 83(1), 2019, 72.

23) 강압적 통제 개념을 포함하는 가정폭력의 성문법적 정의는 Domestic Abuse Act 2021의 Section 1 참조.

적 행위)을 의미한다.²⁴⁾

1. 피해자의 자유와 존엄성에 대한 공격으로서 강압적 통제

우선 강압적 통제 개념의 가장 큰 시사점은 가정폭력 행위 각각을 독립적으로 평가하는 것이 아니라 여러 유형의 가정폭력 행위가 반복되며 형성되는 패턴을 종합적으로 인식함으로써, 가정폭력이 피해자의 자유와 자율성을 침해하는 패턴범죄라는 관점에서 사안을 바라보는 것이다. 즉 가정폭력행위자는 가정이라는 공간에서 “공포의 통치”²⁵⁾라는 패턴을 형성하는 것으로 이해된다.

가. 보이지 않던 범죄

강압적 통제는 가정폭력 사건의 대다수에서 핵심적 요소를 이루지만²⁶⁾ 법이나 경찰 등에 의하여 인식되지 않았던 가해자의 학대행위로, 친밀한 관계에 있는 연인이나 배우자가 피해자를 자신에게 의존하고 종속되도록 만들거나, 겁주거나 처벌하거나 해치기 위한 목적에서 가하는 통제와 착취, 위협적이거나 굴욕감을 주는 행동 등이 누적되어 형성되는 패턴을 말한다. 이 행위들은 피해자의 자유와 자율성, 그리고 자아 감각(sense of self) 등을 파괴하여 피해자의 기본적 인권을 침해하지만, 어느 문화권을 특정할 것 없이 “명백한 신체적 폭력은 없는 대신 치명적인 결과를 가져올 수 있는 심리적인 위협과 통제가 있는 경우, (그러한) 가정 학대 가해자들의 위험한 행위의 패턴을 정확히 확인”²⁷⁾하는 것은 실패해왔다. 즉 강압적 통제 행위는 보이지 않는 범죄였다. 이 점은 법이나

24) <https://www.gov.uk/government/news/new-definition-of-domestic-violence> (2021.5.25. 검색)

25) Tania Tetlow, “Criminalizing “Private” Torture”, *William & Mary Law Review*, Vol. 58 Issue 1 (2016-2017), 201-202 참조.

26) 영국에서 발생한 358건의 남성에 의한 여성 살해 사건을 분석한 결과, 92%에서 통제가 있었고, 94%에서 스토킹 또는 집착이 발견되었으며 고립은 78%의 사건에서 확인된다는 Monckton-Smith, J., Szymanska, K. and Haile, S., “Exploring the relationship between stalking and homicide”, 2017, <http://eprints.glos.ac.uk/4553/1/NSAW%20Report%2004.17%20-%20finalsmall.pdf> (2021. 5.28. 검색) 참조.

27) Her Majesty’s Inspectorate Constabulary, *Everyone’s business; Improving the police response to domestic abuse*, HMIC, 2014, 9.

경찰 등 뿐 아니라, 문화적으로도 그러했다. 강압적 통제가 규정하는 행위의 패턴은 눈에 보이는 신체적 폭력을 동반하지 않는 경우도 많기 때문에, 학대적 관계의 당사자인 가해자와 피해자 스스로도 그 부분이 심각한 범죄에 이를 수 있는 심각한 학대임을 인지하지 못하는 경우가 많을 수 있다. 특히 가부장적인 사회에서 남성의 여성에 대한 통제는 수용될 수 있는 보편적 행동으로 여겨지는 불평등한 경향성이 있기 때문에, 범죄가 되는 통제가 문화적으로 수용되는 행위로 오인 될 수 있다. 이러한 ‘형법적 의미의 범죄로 구성되지 않는 심리적 학대 등의 행위들’이 ‘현행법상의 범죄에 해당하는 행위들’과 종합되어 반복됨으로써 구성되는 패턴을 포착해 범죄로서 처벌하는 것은 강압적 통제 범죄의 독특한 특성이다.

강압적 통제 범죄를 구성하는 행위들은, 잉글랜드의 s.76 SCA 2015를 중심으로 살펴해보자면, 피해자를 가족이나 친구 등으로부터 절연시켜 사회적으로 고립시키거나, 비하하고 모멸감을 주며, 피해자가 비인간화(de-humanized)되었다고 느낄 행위와 규칙을 강요하는 것, 피해자나 피해자의 자녀, 지인 등을 해치거나 살해하겠다고 위협하는 등 공포를 느끼게 하고, 피해자가 독립적으로 삶을 영위하거나 저항하거나 탈출하기 위하여 필요로 하는 인적, 물적(기본적 필요를 채울 요소 등), 경제적 자원(직업 등)을 박탈하며, 피해자를 성적, 정서적, 경제적으로 착취하고, 피해자의 일상(옷 입는 방법이나 심지어 서거나 앉는 방법, 만나는 사람이나 가는 장소, 수면 시간 등 시간의 사용 등)을 촘촘하게 감시하고 통제하는 행위(마이크로매니징), 필요한 의료적, 법률적 지원을 차단하는 행위, 또는 가스라이팅 등의 방법으로 피해자 자신의 정신적 건강 상태를 스스로 의심케 하는 행위 등이 포함된다.²⁸⁾

강압적 통제 행위는 신체적, 정서적, 성적, 경제적 학대 행위들을 모두 포함한다. 즉, 강압적 통제 행위는 어떤 한 유형의 학대 행위인 것이 아니며, 다양한 유형의 학대 행위들이 ‘통제와 종속’을 형성할 목적으로 누적되고 패턴을 형성함으로써 구성된다. 가해자는 자신들의 관계에 가장 적합한 방법을 취사선택하여 전략적으로 배치할 것이다. 강압적 통제 개념 이전에는 신체적 폭력이 가정폭력의 대표적인 유형으로 여겨졌다면, 강압

28) 자세하게는 Home Office, “Controlling or Coercive Behaviour in an Intimate or Family Relationship : Statutory Guidance Framework”, December 2015, <https://www.gov.uk/government/publications/statutory-guidance-framework-controlling-or-coercive-behaviour-in-an-intimate-or-family-relationship> (2021.5.25. 검색), 10 또는 이에 대한 소개인 민윤영, 주 16)의 글, 100쪽 참조.

적 통제의 관점에서 신체적 폭력은 위협, 고립 그리고 통제와 같은 다른 중요한 전략들과 함께 통제적인 패턴을 형성하기 위한 ‘여러 전략 중의 하나’로 새롭게 자리매김 된다. 한 예로, “마비시키는 수준의 공포와 예측과 의존”이 성립한 강압적 통제 케이스의 1/4 정도는 신체적 폭력이 없거나 아주 적게 사용된 경우였다고 분석되기도 하였다.²⁹⁾ 이러한 접근은 지배와 통제라는 ‘목적’을 위한 ‘수단’인 신체적 폭력이 마치 그 자체로 목적인 것처럼 여겨지고 법적 개입의 주된 장소로 여겨짐으로써, 그러한 폭력의 진정한 목적이 되는 ‘가해자의 피해자에 대한 지배’라는 범죄 행위가 은폐되는 것³⁰⁾을 멈출 수 있다.

나. 인질과 같은 가정폭력 피해자의 상황

강압적 통제 개념은 기존의 사건 중심의 가정폭력 개념을 비판하면서, 가정폭력은 단발적인 신체적 폭력을 훨씬 넘어서는 것으로서, 그 핵심은 친밀한 관계라는 특수한 상황에서 일상적이고 지속적으로 가해지는 학대의 패턴을 통해 “남성이 여성을 사적인 삶에 묶어매는(entrap) 것”³¹⁾에 있다고 새롭게 해석한다. 이렇게 이해될 때 가정폭력 피해자는 멍든 눈, 터진 입술 같은 신체적 피해를 입은 여성 피해자의 모습이라기보다는 ‘인질’에 더 가까운 모습으로 이해된다. 가정폭력 피해자는 파트너/학대자가 창조한 혼돈, 모순, 공포의 세계에 묶어매진 인질로, 가해자의 자의적인 기준에 따라 통제되고 그 통제에 따라 행위하지 않을 경우 가혹하게 처벌되는, 살얼음판을 걷는 것과 같은 일상을 살아간다. 이러한 스탱의 설명은 이수정이 가정폭력 피해자의 상황을 묘사하며 “우리에 갇힌 채 끊임없이 학대 받는 동물과 비슷한 트라우마를 갖는다”³²⁾라고 설명한 것과 일맥상통한다. 이렇게 이해할 때 비로소 가정폭력이 피해자의 인간성의 핵심이 부인되는 범죄라는 점이 드러난다. 강압적 통제 개념이 가정폭력 피해자들의 삶을 실질적으로 반영하였다는 평가를 받는 이유이다. 자신의 인간성이 부인되는 인질 상황을 오래도록 겪으면서,

29) Evan Stark, “The Dangers of Dangerousness Assessment”, *Family & Intimate Partner Violence Quarterly*, Vol. 6, No. 2, 2013, 19.

30) 위의 글, 21.

31) Evan Stark, *Coercive Control: How men entrap women in personal life*, Oxford University Press, 2009.

32) 이지훈, “참다못해 상습폭력 남편 살해, 정당방위 인정 1건도 없었다”, 2018.7.11., <https://www.donga.com/news/Society/article/all/20180711/90994272/1> (2021.5.22. 검색)

피해자는 극심한 신체적, 정신적 고통과 함께, 사회생활의 파괴, 경제적 결핍 등 총체적인 피해를 겪을 수 있다. 그러나 강압적 통제 개념이 없다면, 이러한 피해자들의 상황은 ‘배우자의 좀 특출난 모난 구석’에 대해 ‘과도하게 예민하게 반응하는’ 것으로서 심각하게 오해될 수 있다.³³⁾

다. 맞춤형 패턴으로서 강압적 통제 행위

생활공동체를 형성하는 친밀한 관계에서 발생하는 범죄라는 특수성에 대한 강조도 강압적 통제 이론의 특징이다. 예를 들어 낯선 사람에 의한 강간과 배우자에 의해 가해지는 일상적인 ‘루틴(routine)’으로서 강간’은 피해자에게 미치는 충격과 피해의 정도가 다르다. 각각의 폭력 사건을 따로 판단하지 않고 종합하여 루틴과 패턴을 확인하는 것은 생활공동체 내에서 발생하는 범죄를 파악함에 있어 필수적이며, 이러한 가정폭력의 특수성을 고려하지 않는 것은 가정폭력 피해 경험의 본질을 은폐하는 것이 된다. 강간과 같이 이미 형법적으로 처벌되는 범죄 행위 뿐 아니라, 심리적이거나 정서적인 학대 등 ‘아직 형법상 범죄를 구성하지 않거나 경범죄 정도에 해당하는 행위들’이 누적되어 패턴을 이루어 발생하는 ‘중범죄’로서 강압적 통제를 이해하지 못한다면, 가정폭력은 ‘심각하지 않은 자잘한 사건이 상습적으로 일어나는 귀찮은 영역’으로 전락할 가능성이 있다. 그 심각하지 않은 자잘한 사건들이 상습적으로 일어날 때, 인질이 된 것 같은 자유의 구속이 발생하여 피해자의 자살경향성을 현저히 높이거나 외상 후 스트레스 장애를 유발하는 등의 피해를 입히는 중범죄가 성립함에도 불구하고 말이다. 이처럼 패턴으로서 형성되는 중범죄로서 강압적 통제 범죄를 인식하지 못한다면, 가정폭력은 두 가지 방향에서 부적

33) 스타크는 이런 측면에 대한 한 예로, 남편을 살해한 아내가 체포되었을 때 남편이 강요하던 ‘식사 메뉴’에 대하여 말을 하는 상황의 ‘의아함’에 대하여 언급한다. 남편을 살해한 상황에서 갑자기 식사 메뉴와 같은 지극히 사소한 이슈를 들고 나오는 아내의 반응은 강압적 통제에 대한 이해가 없는 상황에서는 이해가 되지 않는 비합리적인 것이지만, 강압적 통제 개념을 통해 이해한다면 그녀가 강압적 통제 범죄의 피해자임을 드러내는 중요한 단서로서 이해될 수 있다. 식사 메뉴의 강요는 단편적으로 보면 아주 사소하지만, 남편이 정한 식사 메뉴의 기준에 조금이라도 어긋나면 가혹하게 처벌되는 등의 굴욕적인 상황과 다른 여타 강압적 통제 행위들을 종합적으로 겪은 피해자는, 스타크의 표현에 따르자면, 일반적인 이성적, 윤리적 판단을 하지 못할 정도로 파괴되어 있을 수 있다. 이에 대하여는 서리(Surrey) 경찰청에서의 강의로 “Understanding Coercive Control with Professor Evan Stark”, <https://www.youtube.com/watch?v=yFce-GbOdsW> (2021.5.25. 검색) 참조.

절하게 대처 되는 진퇴양난의 상황에 빠지게 될 수 있다. 하나는 낮은 수준의 폭행에도 모두 체포로 대응하도록 한 미국의 코네티컷과 뉴저지의 상황으로, 그러한 정책이 가정폭력을 심각한 범죄로 여겨 진지하게 대응하려는 노력의 산물이었음에도 불구하고, 오히려 대부분의 가정폭력 사건이 2급의 경범죄 사건으로 전락하게 되는 것이다. 이 ‘2급 경범죄’ 사건들이 중합 되었을 때에 발생하는 중범죄가 가정폭력의 실질임에도, 그 부분이 간과되는 것이다. 또 반대로 이러한 문제를 극복하기 위하여 매사추세츠처럼 가정폭력 범죄 중 심각한 사건으로만 제한하여 대응할 경우에는 낮은 수준의 가해 행위들이 반복되어 형성되는 패턴이 이에 수사망에 잡히지 않고, 대부분의 가정폭력 사건들이 아무런 사법적 대응을 받지 못하는 결과가 발생할 수 있다.³⁴⁾

또한 특징적인 것은 강압적 통제 행위는 각 가해 행동이 피해자에게 특화된 ‘맞춤형’ 행동일 수 있다는 것이다. 피해자가 깊이 신뢰하는, 친밀한 관계에 있는 가해자는 피해자에 대한 내밀한 정보들을 알 수 있기 때문에, 피해자를 가장 취약하게 하는 요소가 무엇인지 정확하게 알 수 있으며, 각 피해자에게 더 효과가 있는 맞춤형 전략을 사용할 수 있다.

2. 한국의 가정폭력 및 가정폭력범죄 개념과의 비교

한국의 경우, 강압적 통제 개념은 학계나 여성인권운동의 현장 등에서는 두루 논의되고 있으나, 국가적 차원의 수용으로는 여성가족부가 실시하는 「가정폭력실태조사 연구」 등에 부분적으로 수용되어 있을 뿐, 실정법적 개념으로는 아직 수용되지 않고 있다.

가. 가정폭력실태조사 연구

우선 강압적 통제 개념을 부분적으로 수용하고 있는 2019년 가정폭력실태조사 연구³⁵⁾를 살펴보면, 강압적 통제 개념은 신체적, 성적, 경제적, 정서적 폭력 외에, 또 하나의 독립적인 폭력의 유형 중 하나로서 ‘통제’ 개념을 두는 방식으로 부분적으로 수용되었다. 신체적, 성적, 경제적, 정서적 폭력의 4개 유형에 대하여 총 22개의 질문이 있었던

34) 위에서 논의한 코네티컷과 뉴저지, 매사추세츠의 상황에 대한 분석은 Stark, 주 29)의 글, 19.

35) 한국여성정책연구원, 주 5)의 글 참조.

반면³⁶⁾ 통제 행동 유형에 대하여는 11개의 문항³⁷⁾이 구성되어 있어, 통제 행동에 큰 비중을 두고 있음을 알 수 있다. 폭력피해 경험률을 보면 여성과 남성 모두 통제 유형의 피해를 가장 많이 받았다고 보고(여성 25.4%, 남성 24.5%)하여서,³⁸⁾ 강압적 통제 개념이 우리 사회의 가정폭력의 실태에도 적실성을 가짐을 확인할 수 있다. 또한 가정폭력의 영향으로 여성의 경우 일을 그만둘지 심각하게 고민했다는 응답이 29.2%, 실제로 일을 그만두었다는 응답이 15.3%로 상당히 유의미하게 확인되어³⁹⁾, 사회적 고립과 경제적 자원의 착취라는 강압적 통제의 상황이 형성된 학대 관계가 상당한 비중으로 존재할 가능성이 또한 확인되었다.

이처럼 가정폭력실태조사 연구의 경우 통제 유형의 폭력을 따로 묻는 문항이 큰 비중으로 구성되어 있어 강압적 통제 개념이 중요하게 반영되었음을 확인할 수 있으나, 통제를 신체적 폭력, 성적 폭력, 경제적 폭력, 정서적 폭력과 구분되는 또 하나의 폭력의 유형⁴⁰⁾으로 파악하고 있어서, 여러 유형의 행위가 반복적으로 종합되어 발생하는 패턴으로서 강압적 통제 행위의 실태를 파악할 수 없다는 한계가 있다.⁴¹⁾

36) 신체적 폭력 7문항, 성적 폭력 5문항, 경제적 폭력 4문항, 정서적 폭력 6문항으로 구성되었다.

37) 질문된 11문항은 다음과 같다. 친구들과 연락하거나 만나지 못 하게 했다; 친정식구 또는 본가와 연락하거나 만나지 못 하게 했다; 온라인, 오프라인에서 누구와 연락을 주고 받는지 감시했다; 어디에 있는지 꼭 알려고 들었다; 무시하거나 냉담하게 대했다; 이성과 이야기를 하면 화를 냈다; 바람을 피운다고 자주 의심하고 비난했다; 아파서 병원에 가야 할 때에도 허락을 받도록 하였다; 사회활동(직업 갖기, 교육 받기, 사회적 성취 등)을 못 하게 하거나 허락을 받도록 했다; 외출 시간, 귀가 시간 등을 허락받도록 요구했다; 피임을 거부하거나 성관계 도중 합의 없이 피임 기구를 제거하였다. 한국여성정책연구원, 주 5)의 글, 93쪽.

38) 위의 글, 81쪽.

39) 남성 응답자의 경우, ‘일을 그만두어야 할지 심각하게 고민했다’가 7%, ‘일을 그만두었다’가 10%로 나타났다. 위의 글, 119쪽.

40) 신체적 폭력, 성적 폭력, 경제적 폭력, 정서적 폭력은 ‘4개 유형 폭력’으로, 통제까지 포함할 경우 ‘5개 유형 폭력’으로 구분하여 언급하고 있는 점은, 위의 글, 82쪽 참조.

41) 반면 배우자간 강압적 통제 행위 중 신체적 폭력을 제외한 다른 행위의 유형들을 종합하여 ‘심리적 폭력’이라는 개념으로 명명(命名)하고, 심리적 폭력을 감시와 고립, 일상의 통제, 인격적 무시, 위협 및 협박, 의사결정의 영역으로 나누어 고찰하면서 각 유형의 발생빈도를 측정한 연구로는 민윤영, 주 16)의 글이나, 더 자세히는 민윤영, 부부간 심리적 폭력의 실태 및 범죄화에 대한 연구, 국회입법조사처, 2016, 22~83쪽 참조.

나. 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법

가정폭력처벌법 제2조에 따르면 가정폭력이란 “가정구성원 사이의 신체적, 정신적 또는 재산상 피해를 수반하는 행위”를 말하며, 가정폭력범죄란 가정폭력으로서 형법에 의해 범죄로 규정되고 있는 행위이거나 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조의 카메라 등을 이용한 촬영 행위와 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제74조 제1항 제3호의 죄로서 “공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하게” 하는 행위를 말한다. 위의 가정폭력과 가정폭력범죄에 대한 정의를 강압적 통제 개념에 비추어 검토해보면, 비록 가정폭력의 정의로서 신체적, 정신적, 재산상의 피해를 수반하는 행위라고 되어 있어 여러 피해의 유형이 종합적으로 다루어지고는 있으나, 이러한 정의는 개별적인 피해 중심의 접근으로서 여러 피해들이 종합되어 형성될 수 있는 자유의 박탈이라는 가정폭력의 본질적 실체가 간과되고 있다는 점에서 문제가 있다. 가정폭력범죄의 정의의 경우에는, 강압적 통제 개념을 통해 범죄화되는 ‘형법적 의미의 범죄에 이르지 않는 행위’들은 가정폭력처벌법 하의 가정폭력범죄에 해당하지 않는다는 문제가 있고, 일정 행위의 반복이 범죄를 구성한다는 패턴 범죄 프레임이 반영된 가정폭력범죄는 최근에 개정을 통해 도입된 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제74조 제1항 제3호의 죄가 유일하다는 점에서 큰 한계가 있다. 심지어 이 죄 역시 ‘공포심이나 불안감을 유발’할 것이 요구되고 있어, 강압적 통제라는 특수한 맥락에서 형성된 가해자와 피해자 두 사람만이 알아차릴 수 있는 통제나 위협의 신호 같은 경우에는 제3자의 관점에서 보면 공포심이나 불안감을 유발하는 것으로 판단되지 않아 이 죄로 포섭되지 않을 가능성이 높다는 점에서⁴²⁾ 여전히 한계가 있는 것으로 보인다. 요약하자면 현행법상의 가정폭력 및 가정폭력범죄 개념에는 강압적 통제가 아직 반영되지 않았다고 할 수 있다.

42) “야유나 감정적인 욕설에 불과한 것”은 “피해자에게 공포심이나 불안감을 유발하는 내용에 해당한다고 볼 수 없다”는 수원지방법원 2011.1.5. 선고 2010노4714 판결 참조.

Ⅲ. 가정폭력의 위험성 평가와 강압적 통제

강압적 통제 개념은 가정폭력 피해자들이 처해있는 ‘위험’이 무엇인지에 대한 시각을 피해자들의 실제 경험에 더 적합하도록 바꾸어준다는 점에서 유용하다. 우리 사회에서 가정폭력의 위험성을 보여주는 대표적인 사례로 주목을 받는 사건들은 주로 피해자가 살해되는 사건들일 것이다. 가정폭력 가해자에 의한 피해자 살해는 피해자의 생명의 손실이라는 무엇으로도 보상할 수 없는 비극적인 결과가 발생한다는 점에서 가장 위중한 가정폭력범죄임에 틀림이 없지만, 위와 같은 가정폭력범죄의 대표성에 대한 인식은 가정폭력의 “더 전형적인 심각한 케이스들의 보다 더 보편적인 결과”⁴³⁾를 보지 못 하게 하는 부작용이 있을 수 있다는 점에서 주의를 요한다. 강압적 통제 개념은 피해자의 심각한 신체적 상해 및 살해를 예측할 수 있는 효과적인 관점을 제공하면서, 동시에, 심각한 신체적 상해 및 살해가 일어나는 극단적 사건들보다 훨씬 더 많은 수를 차지하며 더 보편적인 사례라 할 수 있으며, 치명적일 수 있는 정신적 피해를 야기 할 수 있는 가정폭력의 유형의 핵심을 담고 있다는 점에서 가정폭력의 위험성에 대한 보다 더 정확한 인식을 제공해준다.

1. 심각한 신체적 상해 및 살해의 예측 요인으로서 통제

2017년 한 해에 발생한 살인범죄로 사망한 피해자가 282명이었는데, 친밀한 관계의 남성에 의하여 살해당한 여성이 85명 이상인 것으로 드러나 30%에 육박하는 것으로 나타났다.⁴⁴⁾ 이러한 수치는 가정폭력의 위험성을 평가하는 것에서 현행 법과 정책이 실패하고 있음을 보여주는데, 이러한 실패의 원인 중 하나로 강압적 통제 개념의 부재를 꼽을 수 있다. 스타크의 연구 등에 따르면 신체적 폭력의 심각성의 수준보다는, 피해자로 하여금 저항하거나 탈출할 수 없도록 만드는 공포, 의존, 고립 등의 강압과 통제의 정도가 가해자가 피해자를 심각하게 상해하거나 살해할 위험성을 예측할 더 적절한 요소가 된다.⁴⁵⁾ 그렇다면 강압적 통제 개념의 부재로 강압적 통제 범죄가 여전히 보이지 않는 범

43) Stark, 주 29)의 글, 16.

44) 경찰청 보도자료, 주 7)의 글 참조.

죄로 남아있는 상황은 심각한 상해나 살인 범죄의 피해자가 될 위험성이 높은 유형의 피해자가 인식되지 못하고 간과된다는 것을 의미한다. 이러한 점을 고려하여 강압적 통제 개념이 활발히 수용되고 있는 영국의 경우, 경찰청의 가정폭력 위험성 조사인 DASH(Domestic Abuse, Stalking and Harassment and Honour based Violence)의 27개의 질문 중 강압적 통제에 대한 질문이 7개이며, 이를 더 발전시킨 시범연구에서는 27개의 문항을 16개로 줄이면서 신체적 폭력과 피해에 대한 질문은 3문항으로 대폭 축소하고 그 외 13문항을 강압적 통제와 관련한 피해를 질문하는 데 할애하였다.⁴⁶⁾ 반면 우리나라의 경우, 2019년에 가정폭력 위험성 평가표를 개발하는 과정에서 ‘통제 문제를 급박한 현장에서 즉각적으로 평가하기에 무리가 있다’는 현장 경찰관의 의견에 따라 통제 관련 두 문항이 삭제된 상황⁴⁷⁾은 피해자에 대한 심각한 신체적 상해 및 살해의 위험성의 중요한 예측 요소로서 강압적 통제가 가지는 중요성이 가정폭력에 대한 공식적인 대응체계에서 간과되고 있음을 보여준다.

2. 통제의 충동과 네크로필리아

통제가 심각한 신체적 상해 및 살해의 위험성과 깊은 연관을 가지는 것은 가해자의 통제에 대한 충동을 정신분석학적인 관점에서 고찰해볼 때 좀 더 확실하게 이해될 수 있다. 스타크는 강압적이고 통제적인 가해자는 피해자의 행동 뿐 아니라 ‘생각하고 느끼는 것...마음, 신체, 영혼’⁴⁸⁾을 모두 지배하고 통제하고자 하는 충동 하에 움직인다고 설명한다. 이러한 지배의 충동은 극단적인 경우, 상대의 목숨까지도 지배하며 좌지우지하고자 하는 충동으로 나아갈 개연성이 있다. 그렇기에 피해여성이 가해남성과의 분리를 시도할 때 살해될 위험성이 매우 높아지는 것⁴⁹⁾이다. 이렇게 피해자의 모든 면모를 통제하

45) Stark, 주 29)의 글, 19; 친밀한 관계의 여성을 살해한 사건의 25% 정도에서 가해자에 의한 뚜렷한 물리적 폭력이 없다가 ‘갑자기’ 살해한 것으로 나타났다는 연구 결과에 대한 소개는 허민숙, “국가가 초래한, 국가가 알지 못하는 위험: 친밀한 관계에서의 강압적 통제”, 한국여성학, 제37권 제1호, 2021, 234쪽.

46) 허민숙, 위의 글, 240~243쪽 참조.

47) 강지은, 주 14)의 글, 118쪽.

48) Stark, 주 29)의 글, 13.

49) 남성 가해자의 경우 분리로 인해 통제의 상실을 경험할 때 피해 여성을 살해하는 경향을 보인다는

여 피해자를 자신의 의도대로 존재하는 ‘사물’로 만들고자 하는 충동이 얼마나 악한 것인지, 그리고 왜 살해와 가까이 맞닿아 있는 것인지는 정신분석학자 에리히 프롬의 개념인 네크로필리아(necrophilia)를 통해 잘 이해될 수 있다.⁵⁰⁾ 네크로필리아는 시체에호증을 뜻하는 것으로, 프롬이 생명에 대한 사랑인 바이오필리아(biophilia)와 대비하여 설정한 개념이다. 쉽게 말해, 통제에 대한 욕망은 대상을 생명이 빠져나간 시체로 만들고자 하는 네크로필리아적 욕망이며, 생명에 대한 사랑인 바이오필리아의 정반대에 놓이는 것이다. 생명은 통제될 수 없음을 본질적 특성으로 하며, 통제가 가능한 것은 오직 생명이 없는 사물 뿐이기 때문이다. 프롬에 따르면 네크로필리아적 인간은 “통제를 사랑하며, 통제하는 행위 안에서 생명을 죽인다. 그는 생명에 대한 깊은 두려움을 가지고 있는데, 생명은 그 바로 본성상 질서가 없으며 통제할 수 없기 때문이다.”⁵¹⁾

이러한 강압적 통제의 네크로필리아적 경향성은 피해자를 신체적으로 상해하고 살해하는 것 뿐 아니라, 정신적으로 인질로 만들고 질식시키는 방향으로도 뻗어나간다. 이는 강압적 통제의 피해자인 여성의 경우 그렇지 않은 여성에 비해 5배나 높은 자살 시도율을 보인다는 연구결과⁵²⁾로 뒷받침된다. 따라서 가정폭력 위험성에 대한 평가는, 강압적 통제가 아직 보이지 않지만 만연해 있으며 보편적인 가정폭력의 양상이라는 점을 고려할 때, 신체적 피해인 심각한 신체적 상해나 살해 위험성 뿐 아니라, 자살경향성, 외상 후 스트레스 증후군, 또는 울가미에 걸린 듯한 상태⁵³⁾ 등의 정신적인 위험과 치명적인 자유 박탈의 위험성도 포함하여 균형 있게 구성될 필요가 있다.

분석은 위의 글, 18.

50) 네크로필리아 개념으로 부부간 심리적 폭력을 고찰하는 것은 민윤영, 주 16)의 글, 108~112쪽 참조.

51) Erich Fromm (황문수 역), “죽음에 대한 사랑과 삶에 대한 사랑”, 인간의 마음, 문예출판사, 1987, 37쪽; 바이오필리아와 네크로필리아 개념을 법적 논의에 적용해본 시도는 민윤영, “인간, 동물, 로봇 그리고 바이오필리아(biophilia)의 법 -에리히 프롬(Erich Fromm)의 사상을 중심으로”, 법철학연구, 제20권 제1호, 2017, 299~332쪽 참조.

52) Bettinson, 주 22)의 글, 73.

53) Stark, 주 29)의 글, 17.

3. ‘올가미의 시스템’의 치명적 위험성

‘통제의 정도’가 가해자에 의한 살인에까지 이를 수 있는 가정폭력의 위험성에 대한 효과적인 평가 요인이 된다는 점을 잘 활용하면서도, 강압적 통제라는 범죄의 ‘목적’이 상해나 살인 등의 신체적 폭력인 것이 아니며 ‘올가미의 시스템(system of entrapment)’을 형성하여 피해자의 자유와 자율성을 파괴하는 것이라는 점이 균형 있게 고려되어야 한다. 즉 신체적 폭력을 예방하는 것도 중요하지만, 신체적 폭력과 무관하게 강압적 통제 범죄가 그 자체로서 가지는 위험성에 대한 충분한 인식이 필요하다. 이러한 맥락에서 스타크는 가정폭력 위험성 조사가 심각한 신체적 상해나 살해를 예방하는 것을 주목적으로 할 경우, 일부 사건에서는 그 기능을 할 수 있을지 모르지만, 오히려 강압적 통제라는 만연해 있는 심각한 케이스들의 더욱 보편적인 결과들을 외면하게 함으로써 고위험 케이스들의 식별을 어렵게 할 수 있다는 점을 지적한다.⁵⁴⁾ 그러한 보편적인 결과들은 강압적 통제의 관점에서 비로소 드러나는 것들로서 “학대적인 파트너가 여성에게 무엇을 하느냐 만큼이나 여성으로 하여금 무엇을 하지 못 하게 하는지와 관련이 있”⁵⁵⁾는 것으로, 경제적 독립성, 표현의 자유, 움직임의 자유, 제약 없이 의사결정을 할 권리 등과 같은 기본적인 자유와 권리의 침해이고⁵⁶⁾, 이는 움아매진 듯한 상태 등의 위험을 초래한다. 여기서 움아매졌다는 것은 단지 통제로 인하여 꼼짝 못 하게 된 것에서 그치는 것이 아니라, 그로 인하여 “반복되는 피해자화(repeated victimisation)”⁵⁷⁾의 사이클에 갇혀 점점 더 참혹한 상태에 빠지게 된다는 점에서 더욱 중대하다. 이러한 결과들은 심각한 신체적 상해만큼이나 해로운 심각한 인권침해와 정신적 상해들이며, 자살경향성의 증대처럼 치명적 결과로 이어질 수 있다. 이처럼 강압적 통제를 인지할 때 “고위험 요소의 다른 카탈로그”⁵⁸⁾가 드러날 수 있고, 피해자 보호를 실질적으로 강화할 수 있게 된다.

54) 위의 글, 16-17.

55) 위의 글, 21.

56) 위의 글, 21.

57) Leanne Freeman, Rachel Lily, “Relationship between coercive control and mental health”, 2020.10., <https://www.dartington.org.uk/ourblog/mh-coercivecontrol> (2021.5.30. 검색)

58) Stark, 주 29)의 글, 17.

강압적 통제가 비로소 드러내 보여준 이러한 위험성은 4차산업혁명시대를 맞이하여 정보통신기술이 일상 속으로 더욱 깊이 파고드는 상황에서 더욱 주목되어야 한다. 디지털 기술의 발전 등으로 신체적으로 분리가 되어 있는 상황에서마저도 신체적으로 함께 있는 것보다 더욱 극심한 실질적인 통제가 매우 미세하고 촘촘하게 구축되고 재현될 수 있기 때문이다. 이러한 측면 때문에도, 강압적 통제는 앞으로 법과 수사기관 등이 가정폭력을 이해할 때 반드시 반영되어야 할 개념이라 할 수 있다.⁵⁹⁾

4. 강압적 통제와 권력의 불평등 문제

그런데 강압적 통제 행위의 위험성을 평가함에 있어서 불평등한 젠더 권력 구조라는 사회적 맥락이 고려될 필요가 있다.

가. 젠더불평등과 강압적 통제

강압적 통제 범죄가 젠더에 기반한(gender-based) 범죄라는 점은 어느 정도 합의가 이루어진 부분이다.⁶⁰⁾ 다시 말해, 강압적 통제는 대부분 남성 가해자가 여성 피해자에게 가하는 범죄라는 것이다.⁶¹⁾ 이는 단지 가해자의 대부분이 남성이라는 단순한 사실만을 의미하는 것이 아니며, 강압적 통제 행위의 위험성이 가해자와 피해자의 성별에 따라 달리 판단될 부분이 있다는 점에 주목하는 것이다. 물론 이러한 ‘현재의’ 결론이 강압적 통제 범죄의 ‘본질’이 젠더에 기반한 것이라는 의미로 이해되는 것은 옳지 못하다. 현재

59) 관련하여 신상미, “웹캠·해킹·위치추적 등 정보통신기술 이용한 가정폭력 증가”, 2019.11.22., http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002589348&CMPT_CD=P0010&utm_source=naver&utm_medium=newsearch&utm_campaign=naver_news (2021.5.30. 검색) 참조.

60) 가정학대에 대하여 젠더적 접근을 취하는 스코틀랜드 정부의 입장에 대하여는 대표적으로 Scottish Government and COSLA, *Equally Safe: Scotland's strategy to eradicate violence against women*, COSLA, 2018 참조; 같은 맥락의 영국 정부의 입장에 대하여는 Home Office, 주 28)의 글, 7 참조; 젠더 문제로서 가정폭력을 이해하는 또 다른 관점으로 김용화·정준섭, “가정폭력특별법의 실효성 제고를 위한 개선방안 : 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」을 중심으로”, 이화젠더법학, 제12권 제1호, 2020, 113쪽 참조.

61) 잉글랜드와 스코틀랜드 모두에서 강압적 통제로 유죄판결을 받은 피고인의 97~99%가 남성인 점에 대하여는 아래 IV.2. 참조.

강압적 통제 범죄 행위자의 ‘대다수’가 남성이지만, 실제로 영국에서 ‘극소수’이긴 하나 여성이 강압적 통제 범죄로 처벌을 받기도 하였다. 다만 스코틀랜드의 경우 자유형이 선고된 경우는 전부 남성이었다.⁶²⁾ 사실 강압적 통제 범죄의 위험성은 생물학적 성별로 결정되는 것이 아니며, ‘권력의 불균형’에 의해 좌우된다. 그럼에도 강압적 통제가 젠더에 기반하는 것이라고 말하는 것은 현재 우리 사회가 구조적인 젠더 불평등이 나타나는 사회이기 때문이다. 기존의 형법으로 범죄화 되지 않는, 어찌 보면 일상적이고 사소한 행위들이 반복되거나 지속되어 피해자를 의존적이고 종속적이며 두려움에 떨도록 만들기 위해서는, 그 ‘일상적이고 사소한 행위들’이 자행되는 ‘불균형적인 권력의 지형’이라는 맥락⁶³⁾이 필수적으로 필요하다. 예를 들어 평등한 직급의 직장동료 두 사람이 서로를 미워해 심리적으로 공격적인 발언을 지속적으로 할 수 있다. 이는 분명 ‘심리적 폭력’이지만, 동등한 관계에서 일어나는 ‘쌍방의 싸움’이 될 수 있다. 그러나 만약 상사가 부하 직원에게 지속적으로 심리적으로 공격적인 발언을 하고 모멸감을 준다면, 이 명백한 권력 불균형은, 평등한 직장동료 사이에서 있었던 심리적 폭력과 동등한 폭력의 외양을 띠는 상황이라 할지라도, 전혀 다른 파괴력과 위험성을 야기 할 수 있다. 이것은 쌍방의 싸움이 아니라 ‘일방적인 괴롭힘’ 또는 ‘학대’가 될 수 있을 것이다. 우리 사회는 아직까지 젠더불평등이 공고히 자리하고 있는 사회이다. ‘가부장’의 권력을 인정하는 불평등한 가족 문화가 존재하며, 이러한 문화가 개선되기 전까지는 가정 내 상황에서 남성 배우자가 여성 배우자보다 권력에 있어 우위에 있을 가능성이 높다.⁶³⁾ 그렇다면 통제적인 말과 행동은 여성 배우자와 남성 배우자가 모두 할 수 있지만, 그 말과 행동이 강압적 통제 범죄가 범죄화하는 ‘지배적인’ 통제로 확립되는 경우는 권력을 가진 남성 배우자가 상대적으로 낮은 지위에 있는 여성 배우자에게 그러한 말과 행동을 할 때일 가능성이 높을 것이다. 권력이 약한 측은 권력이 강한 측을 심리적 폭력 등을 통해 ‘종속적으로 만들어 지배’할 수 없다. 그저 스트레스를 주고 심리적 괴로움을 안겨주는 것에 그칠 것이다.⁶⁴⁾ 그러나 이미 사회를 통해 분배된 권력을 소유하고 있는 측의 심리적 학대는 권력이 약한

62) Scottish Government, “Criminal Proceedings in Scotland, 2019-20”, 2021.5.18., <https://www.gov.scot/news/criminal-proceedings-in-scotland-2019-20/>, 70. (2021.5.28. 검색)

63) 이러한 성역할에 대한 문화적 인식은 혼인 관계가 아닌 친밀한 관계로도 이어진다.

64) 물론 이러한 심리적 괴로움을 야기 하는 것도 심각한 폭력이 될 수 있다. 그러나 권력의 불균형에 기대어 형성되는 통제와 지배는 그보다 분명 더 위험하고 치명적이라는 것이다.

입장에서는 매우 위협적인 것이 될 수 있다.

나. 통제의 재해석

사회 내 젠더 불평등이 강압적 통제의 전략을 구성하는 하나의 예로 경제적 자유의 문제를 생각해볼 수 있다. 아직 우리 사회에서는 남성의 일과 여성의 일을 다르게 취급한다. 같은 맞벌이라 하더라도 육아를 위해 누군가 퇴직을 해야 한다면, 우리 사회의 상식은 남성이 일을 유지하고 여성이 퇴직하여 육아를 하는 것이다.⁶⁵⁾ 이러한 ‘상식’은 가정 내의 남성과 여성의 권력 불균형을 심화시킨다. 스타키 강압적 통제가 ‘어떻게 남성이 여성을 사적인 삶에 몰아매는가’의 문제라고 한 것을 상기해보면, 경제적 활동과 사회활동 등의 ‘공적인 삶’을 갖추는 것이 ‘사적인 삶에 피해자를 몰아매고자 하는’ 강압적 통제로부터 자신을 방어하는 가장 기본적인 요소라는 점을 이해할 수 있다. 그렇다면 사회로부터 자신의 ‘공적인 삶’의 가치가 남성과 다르게 매겨지는 여성의 경우, 이미 통제 문제에 있어 취약한 위치에 서게 된다고 할 수 있다. 남성인 강압적 통제 행위자가 여성 피해자에게 ‘돈은 내가 벌어들 테니, 네 일터는 가정이다. 밖에 일하러 나다니 생각 하지 말라’고 하는 것은 피해자를 고립시키고 피해자의 자원을 고갈시키는 대표적인 전략인데, 이 말을 거꾸로 여성 배우자가 남성 배우자에게 했을 때는 전혀 다른 뉘앙스가 된다는 것은 쉽게 이해될 수 있을 것이다. 이러한 측면에서 앞에서 살펴본 2019년 가정폭력 실태조사 연구에서 가정폭력으로 인하여 실제로 일을 그만둔 비율이 남성보다 여성이 높은 것⁶⁶⁾이 유의미하게 주목되어야 하는 것이다.

또한 이러한 측면에서 2019년 가정폭력실태조사 연구의 결과 여성과 남성이 통제 유형의 폭력을 경험한 비율이 비슷했다는 것의 의미가 다시 해석될 수 있다. 여성과 남성이 통제 유형의 폭력을 경험한 비율은 비슷할 수 있지만, 그와 같은 ‘같은 유형의 폭력’

65) 경력단절여성등의 경제활동 촉진법(이하 경력단절여성법)이 제정될 정도로, 소위 ‘경단녀’가 사회적으로 해결해야 할 이슈로 여겨지는 현실이 이를 증명한다. 경력단절여성법 제2조 제1호에 따르면 경력단절여성이란 혼인·임신·출산·육아와 가족구성원의 돌봄 등을 이유로 경제활동을 중단한 여성을 말한다.

66) 여성의 경우, 지난 1년 간 배우자에 의한 폭력 피해로 경제활동에 지장이 있었다고 답한 여성 중 ‘일을 그만두어야 할지 심각하게 고민했다’는 응답이 29.2%, 실제로 ‘일을 그만두었다’는 응답이 15.3%였던 반면, 남성의 경우에는 ‘일을 그만두어야 할지 심각하게 고민했다’가 7%, ‘일을 그만두었다’가 10%로 나타나 유의미한 차이를 보였다.

이 ‘기울어진 권력관계’에서 피해자의 삶에 야기한 ‘효과’는 전혀 다를 수 있다. 이러한 점이 간과되기 때문에 맥락을 제거한 채 사건의 발생 횟수를 측정하는 CTS(Conflict Tactics Scale) 방식의 실태조사는 현실을 왜곡할 위험성을 갖는다. 강압적 통제를 둘러싼 이와 같은 젠더의 문제를 이해할 때 강압적 통제 개념이 “여성이 경험하는 폭력이 육체적 폭력 뿐 아니라 심리적이고 정서적인 폭력도 포함한다는 식의 폭력의 형태를 추가하는 선에서 그치는 것이 아닌...왜 여성의 자유와 평등을 제한하는 인권침해 문제인지”⁶⁷⁾가 비로소 이해될 수 있고, 피해자가 처해 있는 고통스러운 상황에 정확한 공감을 제공할 수 있다.

다. 양성평등, 그 이후

그런데 이러한 측면은 사회 내 젠더불평등이 시정될수록, 강압적 통제 범죄의 젠더적인 측면이 희석될 수 있음을 말해주는 것이기도 하다. 현재까지는 강압적 통제 범죄의 가해자가 주로 남성이었지만, 사회가 점점 더 양성평등을 향해 갈수록, 우선 강압적 통제 범죄는 개선될 것이고⁶⁸⁾ 가해자의 성별 또한 평등해질 수 있을 것이다. 그러나 양성평등한 사회가 되어갈 때 강압적 통제 행위가 완전히 제거될 수 있으리라 희망하는 것은 지나치게 유토피아적인 생각일 수 있다. 위에서 네크로필리아 개념을 통해 살펴본 것처럼 통제의 본능은 성별을 넘어서 ‘인간의 공통의 본성’이라고도 할 수 있기 때문이다. 그리고 가정이 가장 폭력적인 사회적 그룹 중 하나라는 사회학적 주장⁶⁹⁾처럼, 가정은 가장 사적이고 친밀하기에 인간의 본능의 가장 원초적인 폭력성이 여실히 분출될 수 있는 위험성을 갖는다. 그 악한 본능이 악한 결과를 실질적으로 구축해낼 수 있는 맥락이 바로 권력의 불균형인 것이며, 따라서 젠더에 따른 불평등이 개선되고 가정 내 권력 지형이 성별에 따라 결정되는 정도가 완화될 때, 강압적 통제 범죄는 줄어들고 젠더적인

67) 허민숙, “폭력이 있었던 것은 아니지만...친밀한 관계에서의 강압적 통제와 가정폭력 재개념화를 위한 연구”, 페미니즘 연구, 제12권 제2호, 2012, 80쪽.

68) 재산관리에 관하여 배우자 간에 의사결정의 권한이 평등하게 분배되어 있을 때, 성적 폭력을 제외한 신체적, 경제적, 정서적 폭력 및 통제 유형의 폭력의 발생빈도가 낮아진다는 연구 결과(한국여성정책연구원, 주 5)의 글, 85쪽)는 양성평등의 발전이 강압적 통제 범죄에 영향을 미칠 수 있음을 뒷받침한다.

69) Richard J. Gelles, “Violence in the Family: A Review of Research in the Seventies”, *Journal of Marriage and Family*, Vol. 42, No. 4, Decade Review, 1980, 878.

것이 아니게 되어가겠지만, 그럼에도 어떤 형태로든 관계 내에서 권력의 불균형이 발생한다면 그 불균형에 기반하여 강압적 통제 범죄는 발생할 수 있을 것이다.

실제로 최근에는 강압적 통제의 문제를 남성과 여성이라는 젠더 사이의 문제로만 보지 않고 좀 더 확장된 관점을 가지는 방향으로 나아가고 있다는 점도 언급될 필요가 있을 듯하다. 성별에 국한되지 않고 사회적으로 약자의 지위에 놓인 사람들이 강압적 통제의 피해자가 되는 상황이 고찰되는 것이다. 대표적인 예가 동성애자 커플이고, 아동에 대한 강압적 통제도 연구된다.⁷⁰⁾ 이러한 연구들은 남성과 여성으로 가해자와 피해자를 이분법적으로 나누는 것에 의문을 제기하며, 개인들의 다양한 측면들을 고려해야 한다고 지적한다.⁷¹⁾

IV. 강압적 통제 범죄 관련 영국 입법례

강압적 통제 개념의 법적 수용 필요성과 형사정책적 의의를 검토하기 위해서는 관련 법을 가지고 있는 영국에서 실제로 강압적 통제 범죄가 어떻게 적용되고 있으며 어떠한 시행착오를 겪고 있는지를 살펴볼 필요가 있을 것이다. 아래에서는 우선 s.76 SCA 2015와 DASA를 간략히 살펴보고,⁷²⁾ 각각의 법에 따라 강압적 통제 범죄가 어떻게 적용되고 있는지, 도전과제는 무엇인지를 짚어보고자 한다.

70) Evan Stark and Marianne Hester, "Coercive Control: Update and Review", *Violence Against Women*, 25(1), 2019, 91-98 참조.

71) Janice Ristock, *No more secrets: Violence in lesbian relationships*, Routledge, 2002, 57 참조.

72) 아일랜드공화국과 호주의 태즈메이니아 주 역시 강압적 통제를 범죄화하고 있지만, 모든 법률들을 소개하기에는 지면 상의 제약이 있어, s.76 SCA 2015은 강압적 통제를 범죄화한 영국의 최초의 법으로서 가장 기본적인 참조점이 된다는 점에서, 그리고 DASA는 가정학대에 대한 황금률적 법률로 불린다는 점에서 두 법률만을 선정하여 살펴보았다. 비록 태즈메이니아 주가 s.76 SCA 2015보다 10여년 앞선 2004년에 강압적 통제를 범죄화하였으나, 해당 법률은 거의 사용되지 않았던 점을 고려하여 s.76 SCA 2015를 고찰의 대상으로 선정하였다.

1. 법률의 소개

강압적 통제를 범죄화하는 대표적인 법률들인 s.76 SCA 2015와 DASA는 몇 가지 큰 차이점을 보이는데, 우선 강압적 통제 범죄를 독립적 범죄로 신설한 s.76 SCA 2015의 접근과는 달리, DASA는 강압적 통제 개념을 전면에 내세우지는 않으면서 그 개념을 녹여내어 신체적, 성적, 심리적, 경제적 학대 등을 통합하여 가정학대로서 처벌한다는 점을 들 수 있다. 둘째, s.76 SCA 2015는 친밀한 파트너와 가족구성원 모두에 적용되는 반면, DASA는 현재 또는 과거의 친밀한 파트너로 국한되어 적용되며, 과거의 친밀한 파트너의 경우, s.76 SCA 2015는 현재 동거하고 있을 것을 요건으로 하나, DASA는 그러한 요건을 두지 않았다. 셋째, s.76 SCA 2015는 강압적 통제 행위가 피해자에게 심각한 효과를 미쳤을 것을 범죄 성립의 요건으로 하는 반면, DASA는 학대적 행위의 과정이 있었을 것과 가해자의 의도만을 묻는다. 두 법률 모두 강압적 통제에 해당하는 행위들을 중범죄로 처벌한다.⁷³⁾

가. Section 76 of Serious Crime Act 2015

2015년 12월 29일부터 시행된 잉글랜드의 s.76 SCA 2015에 따라 강압적이고 통제적인 행위가 범죄로 성립하기 위하여는 다음의 네 가지 요건들이 충족되어야 한다. 우선 ① A가 B에 대하여 강압적이거나 통제적인 행위를 반복적이거나 연속적으로 행했어야 하고(s.76(1)(a)), ② 행위 당시 A와 B는 개인적으로 연결되어 있어야 한다(s.76(1)(b)). ③ 해당 행위로 인해 B에게 심각한 효과가 나타났어야 하고(s.76(1)(c)), ④ A가 그 행위가 B에게 심각한 효과가 있을 것을 알았거나 알아야 하는 경우(s.76(1)(d))일 것이 요구된다.

범죄의 행위 시에 A와 B가 개인적으로 연결되어 있다는 것은, 동거 여부와 상관없이 현재 친밀한 개인적 관계에 있거나(s.76(2)(a)), 동거하고 있는 가족 구성원이거나(s.76(2)(b)(i))⁷⁴⁾, 과거에 친밀한 관계였으며 현재 동거하고 있는 경우(s.76(2)(b)(ii))를

73) s.76 SCA 2015는 강압적 통제 행위를 최대 5년의 징역형으로, DASA는 가정학대 범죄를 최대 14년의 징역형으로 처벌한다.

74) 16세 미만의 아동의 경우에는 이에 해당하지 않는다. (s.76(3))

의미한다. 즉 이 법은 배우자나 파트너와 같은 친밀한 관계 뿐 아니라 가족 구성원 또는 현재 동거 중인 이전의 친밀한 관계 사이의 강압적 통제적 행위를 취급하지만, 현재 친밀한 파트너인 경우에는 동거 여부를 묻지 않음으로써 다르게 취급한다. 피해자에게 심각한 효과를 미친다는 것은 A의 행위가 B에게, 최소한 두 건의 사안에서, 폭력이 행사될 것이라는 두려움을 느끼도록 했거나(s.76(4)(a)), B의 일상적인 매일의 활동에 실질적으로 부정적인 효과를 가지는 심각한 경각심(alarm)과 고통(distress)을 야기한 경우(s.76(4)(b))를 의미한다.

나. Section 1 of the Domestic Abuse (Scotland) Act 2018

‘파트너나 전-파트너(ex-partner)에 대한 학대 행동’을 범죄화하는 DASA는 2018년 2월 통과되고, 2019년 4월부터 시행되었다. 이 법에 따라 가정학대 범죄가 성립하기 위하여는 A가 파트너나 전 파트너(B)에 대한 “학대적 행위의 과정(course of abusive behaviour)”⁷⁵⁾을 범했어야 하며, 나아가 다음의 두 요건이 충족되어야 한다(s.1(1)). 그 두 요건은 합리적 사람이 그 행위의 과정이 B로 하여금 신체적 또는 심리적 피해를 겪게 할 만하다고 생각할 것과 A가 그 행위의 과정을 통해 B에게 신체적 또는 심리적 피해를 야기할 의도를 가지고 있었거나 그에 대하여 개의치 않았을 것(reckless as to whether)을 말한다(s.1(2)). 위의 요건에서 심리적 피해란 공포(fear), 경각심(alarm)과 고통(distress)을 포함한다(s.1(3)).

‘학대적 행위’의 정의는 s.2에 규정되어 있으며 의도적으로 그 폭이 넓다.⁷⁶⁾ 이 행위들에는 B를 겨냥한 것으로서 폭력적이거나 위협적이거나 겁을 주는 행위 (s.2(2)(a)), B 또는 B의 자녀나 타인을 겨냥한 행위로서 s.2(3)에 규정되어 있는 관련 효과 중 하나 이상을 야기 할 의도를 가진 것 또는 합리적 사람이 s.2(3)에 규정된 관련 효과 중 하나 이상을 야기 할 만하다고 고려할 행동을 포함한다(s.2(2)(b)).

s.2(3)에 규정되어 있는 ‘관련 효과’는 B를 A에게 의존적이거나 종속적으로 만드는 것(a), B를 친구, 친족 또는 다른 인적 자원으로부터 고립시키는 것(b), B의 매일의 활동을 통제, 규제, 모니터링 하는 것(c), B의 행동의 자유를 박탈하거나 제한하는 것(d), B

75) s.10(4)에 따르면 ‘행위의 과정’이란 최소한 둘 이상의 사건이 있었음을 의미한다.

76) Cairns, 주 17)의 글, 399.

를 처벌, 비하, 모욕, 겁주는 것으로 규정되어 있다(e). s.2(2)(a)의 폭력적인 행위는 신체적 폭력 뿐 아니라 성적인 폭력을 포함한다(s.2(4)(a)).

이 법이 특징적인 것은 기존의 스코틀랜드 형법에서 이미 범죄로 처벌되던 행위와 심리적, 정서적 학대와 같이 이전에는 범죄로 처벌되지 않던 행위들을 함께 포착한다는 것이다.⁷⁷⁾ 신체적 학대와 비-신체적 학대가 모두 포함되는 것 또한 중요한 부분이다. 또한 이 법은 가정학대 범죄 행위가 아동과 관련되어 있다면 가중처벌하도록 하는⁷⁸⁾ 점에서도 선진적이다.

2. 적용현황

s.76 SCA 2015와 DASA 모두 시행된 기간이 짧기 때문에 아직 실효성 등을 판단하기에는 시기상조인 부분이 있다. 따라서 질적인 평가는 유보하고 적용의 현황을 통제로 살펴보고자 한다. s.76 SCA 2015는 DASA 보다 적용된 기간이 상대적으로 길기 때문에 좀 더 자세한 데이터를 확보할 수 있었다.

가. s.76 SCA 2015의 경우

잉글랜드에서 경찰에 신고된 강압적 통제 범죄의 피해신고는 2016/17년도⁷⁹⁾의 4,246건에서 2019/20년도의 24,856건으로 크게 증가하였다.⁸⁰⁾ 한편 같은 시기에 강압적 통제 범죄를 제외한 가정폭력과 관련된 범죄 신고는 총 758,941건으로, 강압적 통제 범죄보다 30배 이상 많은 수치이다.⁸¹⁾ 강압적 통제의 기소 건수에 대하여는 두 가지 통계를

77) 위의 글, 399.

78) s.5 (aggravation in relation to a child)

79) 2016년 4월 1일에서 2017년 3월 31일까지의 기간을 의미하며, 2019/20은 2019년 4월 1일에서 2020년 3월 31일까지의 기간을 의미한다.

80) Home Office, “Review of the Controlling or Coercive Behaviour Offence”, 2021.3., https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/982825/review-of-the-controlling-or-coercive-behaviour-offence.pdf (2021.5.28. 검색), 14.

81) 위의 글, 16. 이에 대하여는 강압적 통제 범죄는 여러 행위가 종합되어 ‘하나의 사건’으로 기록되는 반면, 여타 가정폭력은 사건 별로 기록된다는 차이가 있고, 강압적 통제는 해당 행위가 피해자에게 심각한 효과가 있었음을 증명할 것을 요구하기 때문에 인정되기 어려울 수 있기 때문이라고 해석하는 위의 글, 17 참조.

소개할 수 있는데, 강압적 통제 범죄가 공소가 제기된 범죄들 중 가장 중한 범죄(principle offence)인지 여부에 따른 것이다. 강압적 통제가 가장 중한 범죄인 기소 건수는 2016년⁸²⁾ 155건에서 2017년 468건, 2018년 516건, 2019년 584건으로 꾸준히 증가하였다. 유죄판결 건수는 2016년 59건, 2017년 235건, 2018년 308건, 2019년 305건으로 유죄율이 2016년 38%, 2017년 50%, 2018년 60%로 꾸준히 증가하다가 2019년에는 52%로 소폭 하락한 경향성을 보였다.⁸³⁾ 유죄판결을 받은 피고인 중 97~99%가 남성이라는 특징을 보였다.⁸⁴⁾ 강압적 통제가 가장 중한 범죄는 아닌(non-principal offence) 경우를 포함하는 실험적 통계(experimental statistics)⁸⁵⁾에 따르면, 강압적 통제 범죄의 기소는 2017년 총 911건, 2018년 총 945건, 2019년 총 1,112건으로 증가하는 추세를 보이는 것으로 추정된다.⁸⁶⁾ 강압적 통제가 가장 중한 범죄인 경우 자유형이 선고된 비율은 2016년 48%에서 2019년 67%로 증가했으며, 여타 가정폭력 관련 범죄들보다 높은 편에 속한다.⁸⁷⁾ 뿐만 아니라 강압적 통제 범죄에 대한 최고 법정형이 징역 5년으로 여타 가정폭력 범죄에 비해 낮은 편임에도 불구하고, 평균 형량이 2017년 17개월, 2018년 20.2개월, 2019년 23.6개월로 꾸준히 증가해, 여타 가정폭력 범죄와 비교할 때 상대적으로 높은 형량을 받는 것으로 나타났다.⁸⁸⁾ 이는 법원이 강압적 통제의 심각성과 장기적인 해악을 인정하고 있고 경찰과 검찰도 강압적 통제 범죄의 수사과 기소에 유능성을 갖춰 가는 것으로 해석된다.⁸⁹⁾ 그러나 이러한 추세에 대한 다른 해석도 있는데, 강압적 통제 범죄가 성립하기 위하여는 반복적인 학대 행위와 심각한 해악의 결과를 증거로서 제출해야 하는 어려움이 있기 때문에 가장 심각한 케이스들만 법원에까지 이르는 것으로 보는 우려의 목소리도 있다.⁹⁰⁾

82) 2016년 1월에서 12월까지의 기간을 의미하며, 아래에서도 동일하다.

83) 위의 글, 22.

84) 위의 글, 23.

85) 아직 테스트 중인 통계를 말하는 것으로 관련해서는 <https://www.ons.gov.uk/methodology/methodologytopicsandstatisticalconcepts/guidetoexperimentalstatistics> (2021.5.25. 검색) 참조.

86) Home Office, 주 80)의 글, 25-26.

87) 위의 글, 26.

88) 상해의 결과가 있는 폭행(assault with injury)의 평균 형량이 15개월 미만이라는 점은 위의 글, 28.

89) 위의 글, 28.

90) 위의 글, 28.

나. DASA의 경우

스코틀랜드의 DASA는 s.76 SCA 2015 보다도 훨씬 짧은 역사이기 때문에, 간략한 정보만 기술하자면, 2019년 4월부터 2020년 3월까지 해당 범죄를 주요 범죄(main crime/offence)로 하여 형사재판을 받은 건수는 264건으로, 이 중 206명이 유죄판결을 받아 유죄율이 84%에 이르러⁹¹⁾, 첫 해인 2016년 38%의 유죄율을 보였고 2019년에는 52%의 유죄율을 보인 잉글랜드와 큰 차이를 보였다. 유죄판결을 받은 피고인 중 남성은 202명, 여성은 4명으로 절대 다수(98%)가 남성인 것⁹²⁾은 잉글랜드의 경우와 같았다. 206명 중 자유형을 선고 받은 수는 37명(모두 남성)이었고 형량의 평균은 363일로⁹³⁾, 2년에 가까운 23.6개월의 평균 형량을 보인 잉글랜드와 차이를 보였다.

3. s.76 SCA 2015의 도전과제

s.76 SCA 2015에 따른 강압적 통제 범죄의 운용에서 주되게 지적되는 어려움은 여전히 신체적 폭력을 가정폭력의 주된 요소이자 강압적 통제보다 더 심각한 폭력으로 인지하는 경찰의 가정폭력에 대한 잘못된 인식의 개선문제와⁹⁴⁾ 증거 수집 문제이다.⁹⁵⁾ 특히 강압적 통제는 보이지 않는 심리적 폭력 등의 문제를 다룰 뿐 아니라 하나의 사건이 아닌 ‘이야기’를 중심으로 하기 때문에 하나의 사건에 대하여 증거를 수집하는 것보다 난이도가 높다고 평가된다.⁹⁶⁾ 이러한 점을 고려할 때 DASA는 s.76 SCA 2015의 접근법보다 더 유망한 것으로 평가되기도 한다. 우선 DASA는 강압적 통제 행위가 피해자에게 심각한 효과를 미쳤을 것을 증명하도록 요구하지 않고 기소의 초점을 가해자의 행위의 과정과 의도에 두며, 피해자를 직접적으로 공격하지 않고 피해자의 자녀 등 피해자가 아끼는 사람들을 사용하여 간접적으로 강압적이고 통제적인 행위를 할 수 있음을 법으로

91) Scottish Government, 주 62)의 글, 4.

92) 위의 글, 60-61.

93) 위의 글, 70.

94) Home Office, 주 80)의 글, 31.

95) 위의 글, 32.

96) Cassandra Wiener, “Seeing What is “Invisible in Plain Sight”: Policing Coercive Control”, *The Howard Journal*, Vol. 56(4), 2017, 505.

규정하고 있기 때문이다.⁹⁷⁾ 따라서 s.76 SCA 2015에 대하여는 DASA와 발을 맞추어 이 부분을 개정하도록 제안되고 있다.⁹⁸⁾ 피해자가 사법절차 안으로 들어왔을 때, 사법절차가 가해자의 강압적 통제의 확장으로 악용되는 일도 적지 않다는 점도 개선되어야 할 문제점으로 지적된다.⁹⁹⁾

이러한 운용상의 개선점들에 대한 고찰 뿐 아니라, 거시적인 관점에서 강압적 통제 행위의 범죄화가 가정폭력의 예방과 피해자 보호에 긍정적인 효과가 있었는지에 대한 근본적인 검토도 중요할 것이지만, 이 새로운 범죄의 효과와 영향에 대한 확실한 결론을 이끌어내기엔 아직 4년 간의 데이터 밖에 없기 때문에 시기상조라는 진단이 있었고,¹⁰⁰⁾ 또 하나 위 문제에 대한 판단을 어렵게 하는 요소로 지적되는 것은 강압적 통제 행위의 실태에 대한 신뢰할 만한 데이터가 없다는 것이다.¹⁰¹⁾ 예를 들어 영국에서 2017/18년도에 16세~59세 사이의 성인이 경험한 강압적 통제 건수는 572,000~744,000건 정도로 추산되지만, 아직 확실한 수치는 존재하지 않는다.¹⁰²⁾ 이 부분은 우리도 공유하는 문제점이다.

V. 어느 길로 나아갈 것인가

영국의 경우를 보면, 강압적 통제를 범죄화하는 것은 장기간에 걸친 준비를 필요로 한다. 우선 위에 소개한 법률들은 갑자기 등장한 것이 아니며, 2010년 이래로 진행된 ‘여성과 소녀들에 대한 폭력’에 중지부를 찍겠다는 국가적 아젠다¹⁰³⁾의 일환이다. 영국

97) Vanessa Bettinson, “A Comparative Evaluation of Offences: Criminalising Abusive Behaviour in England, Wales, Scotland, Ireland and Tasmania”. In *Criminalising Coercive Control – Family Violence and the Criminal Law* (McMahon, M. and McGorry, P. (eds)), Springer, 2020, 205.

98) Home Office, 주 80)의 글, 7.

99) Heather Douglas, “Legal systems abuse and coercive control”, *Criminology & Criminal Justice*, 18(1), 2017, 84-99 참조.

100) Home Office, 주 80)의 글, 6.

101) 위의 글, 6.

102) 위의 글, 46.

103) 관련해서는 HM Government, “Ending Violence against Women and Girls Strategy 2016-2020”,

은 스토킹의 범죄화, 클레어법의 도입 등 강압적 통제의 범죄화 이전에도 꾸준한 노력을 기울여 왔고, 강압적 통제의 범죄화 이후에도 가정폭력, 성폭력 그리고 여성 할례 등의 여성에 대한 폭력을 방지하기 위한 새로운 방침들을 도입하고 있다.¹⁰⁴⁾ 그중 하나는 s.76 SCA 2015의 문제점으로 지적되던 부분을 해결하기 위하여 동거하지 않는 이전 파트너를 가정학대 범죄의 대상으로 포함하도록 하고, 치명적이지는 않은 질식(non-fatal strangulation)을 그 자체로 최고 징역 5년을 받을 수 있는 범죄로 규정한 Domestic Abuse Act 2021이 2021년 4월 제정된 것이다. 강압적 통제 범죄가 여러 실무상의 어려움에도 불구하고 꾸준히 자리를 잡아 가고 있는 것은 이러한 장기적인 호홉이 뒷받침 되고 있기 때문일 것이다.

반면 호주의 태즈메이니아 주는 잉글랜드보다 10여 년이 앞선 2004년에 Family Violence Act를 통해 강압적 통제를 범죄화하였으나, 해당 법은 거의 사용되지 않았을 만큼 아무런 영향을 미치지 못하였다. 2004년부터 2014/15년도까지의 10년의 기간 동안, 정서적 학대와 위협을 범죄화한 s.9에 의해서는 오직 8명만이 유죄판결을 받았으며, 경제적 학대를 범죄화한 s.8로 유죄판결을 받은 사례는 아예 없었다.¹⁰⁵⁾ 이런 점을 고려하여, 2020년 Hannah Clarke와 세 자녀가 극심한 강압적 통제 끝에 살해된 사건을 계기로 호주에서 강압적 통제를 범죄화하려는 움직임이 구체화되고 있는 것¹⁰⁶⁾에 대하여 아직은 신중해야 할 때라는 신중론이 펼쳐지기도 한다. 강압적 통제가 가정폭력 범죄로서 인정되어야 한다는 점은 명확하더라도, 아직 준비가 되지 않았을 수 있다는 것이다.¹⁰⁷⁾ 이러한 논쟁이 활발히 진행되는 것은, 2004년 태즈메이니아 주의 어찌먼 시기상

2016.3., https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/522166/VAWG_Strategy_FINAL_PUBLICATION_MASTER_vRB.PDF (2021.5.26. 검색) 참조.

104) 위의 글, 4.

105) 관련하여 Marilyn McMahon·Paul McGorrrery, “Criminalising Emotional Abuse, Intimidation and Economic Abuse in the context of Family Violence: The Tasmanian Experience”, *The University of Tasmania Law Review*, Vol. 35, No. 2, 2017, 11.

106) Amanda Gearing, “Queensland moves to criminalise coercive control after murder of Hannah Clarke and her children”, 2021.2.17., <https://www.theguardian.com/society/2021/feb/17/queensland-moves-to-criminalise-coercive-control-after-of-hannah-clarke-and-her-children> (2021.5.28. 검색)

107) Kate Fitz-Gibbon, Sandra Walklate, Silke Meyer, “Australia is not ready to criminalise coercive control—here’s why”, 2020.10.1., <https://theconversation.com/australia-is-not-ready-to-criminalise-coercive-control-here-s-why>

조였을 강압적 통제의 범죄화 이래로, 가정폭력 문제에 대한 호주 사회의 인식이 성숙해졌음을 보여주는 것이라 할 수 있을 것이다. 호주의 가정폭력에 대한 강경한 입장의 또 하나의 예는 뉴사우스웨일즈 주에서 고위험 가정폭력범죄자에게 전자발찌를 부착해 위치를 트래킹함으로써 피해자와 마주치지 않도록 관리하여 피해자를 보호하는 정책이다. 이는 ‘피해자 보호’를 가장 우선순위에 놓는 것으로서¹⁰⁸⁾ ‘가정의 유지’를 더 우선시하는 우리나라의 가정폭력에 대한 대응과 확연한 차이를 보인다. 참고로, 현재 호주에서 1년에 가정폭력으로 사망하는 여성 피해자의 수는 30여 명으로 집계¹⁰⁹⁾되어, 우리나라의 절반도 채 되지 않는다.

영국과 호주의 태즈메이니아 주의 상반된 결과에서 보이듯이, 강압적 통제 범죄의 입법화만으로는 변화를 일으키기에 충분하지 않다. 가정폭력과 젠더폭력 문제에 대한 성숙한 이해가 무르익을 때, 강압적 통제의 범죄화가 가정폭력에 대처하는 성공적인 전략으로 작동할 수 있다. 아직 우리 사회는 이 부분에서 개선되어야 할 부분이 많이 남아있다.¹¹⁰⁾ 긍정적인 부분은 우리도 이제 스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률을 제정하여 강압적 통제와 유사한 점이 많은 스토킹 범죄의 심각성을 인식하기 시작했다는 것이다.¹¹¹⁾ 영국에서 스토킹에 대한 강경한 대처가 강압적 통제 범죄화에 선행되었던 점을 고려하면 긍정적인 발전이다. 그러나 이러한 입법만으로는 충분하지 않으며, 우리 사회에서 가정폭력 범죄에 관한 근본적인 인식의 변화가 일어날 필요가 있다.

e-coercive-control-heres-why-146929 (2021.5.26. 검색)

108) Sean Nicholls, “NSW state budget 2016: GPS tracking for high-risk domestic violence offenders”, 2016.6.11., <https://www.smh.com.au/national/nsw/nsw-state-budget-2016-gps-tracking-for-high-risk-domestic-violence-offenders-20160610-gpfz5z.html> (2021.5.28. 검색)

109) Kelly Hughes, “Hannah Clarke’s domestic violence murder highlighted coercive control-but has anything changed?”, 2020.8.10., <https://www.abc.net.au/news/2020-08-10/anti-domestic-violence-laws-to-criminalise-coercive-control/12377952> (2021.5.28. 검색)

110) 강압적 통제의 범죄화와 가정폭력에 대한 효과적인 대처를 위해 극복해야 할 어려운 난관 중 하나는 우리 사회에서 나타나고 있는 극렬한 젠더 갈등이다. 영국의 경우에도, 또 강압적 통제의 범죄화를 적극 검토하고 있는 호주의 경우에도, 강압적 통제에 대한 법적 대응이 여성에 대한 폭력을 종결시킨다는 국가적인 아젠다의 일환으로 진행되고 있다는 점은 중요하다.

111) 스코틀랜드의 통계를 보면 DASA가 시행되기 전에 스토킹 범죄로 기소된 사안 중 평균적으로 71%가 가정학대 지표를 나타냈다. COPFS, “Domestic abuse and stalking charges in Scotland 2019 – 2020”, <https://www.copfs.gov.uk/images/Documents/Statistics/Domestic%20Abuse/Domestic%20Abuse%20and%20stalking%202019-20.pdf>, 9. (2021.5.28. 검색)

우선 국가적 차원에서 강압적 통제를 포함하도록 가정폭력을 심각한 범죄로서 다시 정의하고 관련 법들을 그에 맞춰 재정비해야 한다. 특히 가정폭력처벌법의 목적조항이 가정폭력범죄의 심각성을 반영하여 개정되어야 하는 것은 가장 시급한 문제 중 하나이다.¹¹²⁾ 일반 시민, 경찰¹¹³⁾과 검찰, 법원, 법조인 등에 대한 교육도 광범위하게 진행함으로써, 강압적 통제 범죄가 “개인과 사회에 가장 심층적인 차원에서부터 손상을 입히며 장기적인 효과를 남기는”¹¹⁴⁾ 중대한 범죄라는 인식이 충분히 공유되는 것이 필요하다. 성급한 입법이 아니라, 신중하고 치밀한 입법과 법의 성공적인 운용을 위한 탄탄한 준비에 심혈을 기울일 필요가 있다. 가정폭력 문제에 있어 부적절한 법이 오히려 피해자를 위험에 빠뜨리는 실책을 저지를 수 있음을 우리는 이미 충분히 경험해왔다.

가정은 소중하다. 그러나 그것은 그 가정이 가정으로서 존재할 때 그러한 것이다. 허울 뿐인 가정은 오히려 다른 어떤 관계보다 더 극심한 착취와 학대, 폭력이 자행되는 공간이 될 수 있기 때문이다. 이러한 가정의 특수성에 대한 성숙한 이해가 사회구성원들에게 공유될 때, 미래의 어느 날, 심리적 폭력과 인질과 같은 삶에 고통받다가 강압적 통제 범죄로 피해신고를 한 어떤 피해자에게 비로소 올바른 대응을 해줄 수 있을 것이다. “그래서, 어디를 맞았는지나 말해보세요”가 아니라, “네, 무슨 상황인지 잘 알고 있습니다”라고 말이다.¹¹⁵⁾

112) 김용화·정준섭, 주 60)의 글, 123~124쪽 참조.

113) 검경 수사권 조정으로 인하여 가정폭력 문제에 대응함에 있어서 경찰에 대한 교육이 특히 더 중요해질 것이다. 관련하여 박혜림, “가정폭력 범죄에 대한 형사사법기관의 대응과제”, 이화젠더법학, 제12권 제1호, 2020, 227~230쪽 참조.

114) <https://www.gov.scot/news/domestic-abuse-act-in-force/> (2021.5.28. 검색)

115) Libby Brooks, “Scotland set to pass ‘gold standard’ domestic abuse law”, 2018.2.1., <https://www.theguardian.com/society/2018/feb/01/scotland-set-to-pass-gold-standard-domestic-abuse-law> (2021.5.28. 검색)

참고문헌

- 강지은·노주애·이승원·이수정, “가정폭력사건의 조기 개입을 위한 위험성 평가도구 개발연구”, 교정담론, 제4권 제1호, 2020, 87~123쪽.
- 김용화·정준섭, “가정폭력특별법의 실효성 제고를 위한 개선방안: 『가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법』을 중심으로”, 이화젠더법학, 제12권 제1호, 2020, 111~145쪽.
- 법원행정처, 『사법연감 2019』, 법원행정처, 2020
- 민윤영, “한국의 부부간 심리적 폭력의 실태와 형사정책적 함의 - 강압적 통제론과 네크로필리아”, 형사정책, 제29권 제3호, 2017, 93~125쪽.
- _____, “인간, 동물, 로봇 그리고 바이오필리아(biophilia)의 법 -에리히 프롬(Erich Fromm)의 사상을 중심으로”, 법철학연구, 20권 1호, 2017, 299~332쪽.
- 박복순·전혜상·정수연·고현승, 여성폭력 검찰 통계분석(1): 가정폭력범죄를 중심으로, 한국여성정책연구원, 2019
- 박혜림, “가정폭력 범죄에 대한 형사사법기관의 대응과제”, 이화젠더법학, 제12권 제1호, 2020, 213~235쪽.
- 조서연, 가정폭력범죄에 대한 형사사법기관별 대응의 개선방안, 국회입법조사처, 2019
- 한국가정법률상담소, “2018년 가정폭력행위자 상담통계”, 2019.4.16., http://lawhome.or.kr/webbook/gapok_counselsta2018/index.html#page=4 (2021.5.25. 검색)
- 한국여성정책연구원, 2019년 가정폭력실태조사 연구 (연구보고 2019-25), 여성가족부, 2019
- 허민숙, “국가가 초래한, 국가가 알지 못하는 위험: 친밀한 관계에서의 강압적 통제”, 한국여성학, 제37권 제1호, 2021, 223~251쪽.
- _____, “폭력이 있었던 것은 아니지만...친밀한 관계에서의 강압적 통제와 가정폭력 재개념화를 위한 연구”, 페미니즘 연구, 제12권 제2호, 2012, 69~103쪽.
- 경찰청 보도자료, “가정폭력범죄 피해 심각. 2018년 한 해 112 신고 248,660건”, 2019. 7.11., <https://www.korea.kr/news/pressReleaseView.do?newsId=156340901>

(2021.5.25. 검색)

박다혜, “가정폭력 통계 수집 때 가해자를 ‘배우자’라고 표기 못 해…개선 필요”, 2019.5.2., <https://www.hani.co.kr/arti/society/women/892460.html#csidx3fd5948493933eea6fa86524243e51f> (2021.5.28. 검색)

신상미, “웹캠·해킹·위치추적 등 정보통신기술 이용한 가정폭력 증가”, 2019.11.22., http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002589348&CMPT_CD=P0010&utm_source=naver&utm_medium=newsearch&utm_campaign=naver_news (2021.5.30. 검색)

이가람, ““판사 할 일…폐쓰지 말라” 되레 매 맞는 아내 울린 경찰”, 2021.5.3., <https://news.joins.com/article/24048788> (2021.5.25. 검색)

이슬, “1% 신고율·10% 기소율 ‘가정폭력’…전국 가정폭력 상담소 연대 창립”, 2019.3.8., https://www.newshankuk.com/news/content.asp?news_idx=201903080001360103 (2021.5.25. 검색)

이지훈, “참다못해 상습폭력 남편 살해, 정당방위 인정 1건도 없었다”, 2018.7.11., <https://www.donga.com/news/Society/article/all/20180711/90994272/1>, (2021.5.22. 검색)

최유경, “또 남편이 아내 흉기 살해... “과거 2차례 폭력 신고””, 2018.12.07., <https://n.news.naver.com/article/056/0010648540> (2021.5.25. 검색)

Erich Fromm (황문수 역), “죽음에 대한 사랑과 삶에 대한 사랑”, 인간의 마음, 문예출판사, 1987

Vanessa Bettinson, “A Comparative Evaluation of Offences: Criminalising Abusive Behaviour in England, Wales, Scotland, Ireland and Tasmania”. In *Criminalising Coercive Control - Family Violence and the Criminal Law* (McMahon, M. and McGorrery, P. (eds)), Springer, 2020, pp 197-219.

_____, “Aligning Partial Defences to Murder with the Offence of Coercive or

Controlling Behaviour”, *The Journal of Criminal Law*, Vol. 83(1), 2019, pp. 71-86.

Ilona Cairns, “The Moorov doctrine and coercive control: Proving a ‘course of behaviour’ under s. 1 of the Domestic Abuse (Scotland) Act 2018”, *The International Journal of Evidence & Proof*, Vol. 24(4), 2020, pp. 396-417.

COPFS, “Domestic abuse and stalking charges in Scotland 2019 - 2020”, <https://www.copfs.gov.uk/images/Documents/Statistics/Domestic%20Abuse/Domestic%20Abuse%20and%20stalking%202019-20.pdf> (2021.5.25. 검색)

Heather Douglas, “Legal systems abuse and coercive control”, *Criminology & Criminal Justice*, 18(1), 2017, pp. 84-99.

Richard J. Gelles, “Violence in the Family: A Review of Research in the Seventies”, *Journal of Marriage and Family*, Vol. 42, No. 4, Decade Review, 1980, pp. 873-885.

Her Majesty’s Inspectorate Constabulary, *Everyone’s business; Improving the police response to domestic abuse*, HMIC, 2014

Home Office, “Review of the Controlling or Coercive Behaviour Offence”, 2021. 3., https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/982825/review-of-the-controlling-or-coercive-behaviour-offence.pdf (2021.5.28. 검색)

Home Office, “Controlling or Coercive Behaviour in an Intimate or Family Relationship : Statutory Guidance Framework”, December 2015, <https://www.gov.uk/government/publications/statutory-guidance-framework-controlling-or-coercive-behaviour-in-an-intimate-or-family-relationship> (2021.5.25. 검색)

HM Government, “Ending Violence against Women and Girls Strategy 2016-2020”, 2016.3., https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/522166/VAWG_Strategy_FINAL_PUBLICATION_MASTER_vRB.PDF (2021.5.26. 검색)

- Marilyn McMahon·Paul McGorrery, “Criminalising Emotional Abuse, Intimidation and Economic Abuse in the context of Family Violence: The Tasmanian Experience”, *The University of Tasmania Law Review*, Vol. 35, No. 2, 2017, pp. 1-22.
- Monckton-Smith, J., Szymanska, K. and Haile, S., “Exploring the relationship between stalking and homicide”, 2017, <http://eprints.glos.ac.uk/4553/1/NSAW%20Report%2004.17%20-%20finalsmall.pdf> (2021.5.28. 검색)
- Janice Ristock, *No more secrets: Violence in lesbian relationships*, Routledge, 2002
- Scottish Government and COSLA, *Equally Safe: Scotland’s strategy to eradicate violence against women*, COSLA, 2018
- Scottish Government, “Criminal Proceedings in Scotland, 2019-20”, 2021.5.18., <https://www.gov.scot/news/criminal-proceedings-in-scotland-2019-20/> (2021.5.28. 검색)
- Evan Stark, “The Dangers of Dangerousness Assessment”, *Family & Intimate Partner Violence Quarterly*, Vol. 6, No. 2, 2013, pp. 13-22.
- _____, *Coercive Control: How men entrap women in personal life*, Oxford University Press, 2009
- Evan Stark and Marianne Hester, “Coercive Control: Update and Review”, *Violence Against Women*, 25(1), 2019, pp. 81-104.
- Tania Tetlow, “Criminalizing “Private” Torture”, *William & Mary Law Review*, Vol. 58 Issue 1 (2016-2017), pp. 183-250.
- Deborah Tuerkheimer, “Recognising and remedying the harm of battering: A call to criminalise domestic violence”. *Journal of Criminal Law and Criminology* 94(4), 2004, pp. 959-1031.
- Cassandra Wiener, “Seeing What is “Invisible in Plain Sight”: Policing Coercive Control”, *The Howard Journal*, Vol. 56 (4), 2017, pp. 500-515.

- Vanessa Bettinson, “Scotland gives hope to world’s domestic abuse victims”, 2018. 2.12., <https://www.scotsman.com/news/opinion/columnists/vanessa-bettinson-scotland-gives-hope-worlds-domestic-abuse-victims-1431998> (2021.5.30. 검색)
- Kate Fitz-Gibbon, Sandra Walklate, Silke Meyer, “Australia is not ready to criminalise coercive control-here’s why”, 2020.10.1., <https://theconversation.com/australia-is-not-ready-to-criminalise-coercive-control-heres-why-146929> (2021.5.26. 검색)
- Leanne Freeman, Rachel Lily, “Relationship between coercive control and mental health”, 2020.10., <https://www.dartington.org.uk/ourblog/mh-coercivecontrol> (2021.5.30. 검색)
- Amanda Gearing, “Queensland moves to criminalise coercive control after murder of Hannah Clarke and her children”, 2021.2.17., <https://www.theguardian.com/society/2021/feb/17/queensland-moves-to-criminalise-coercive-control-after-of-hannah-clarke-and-her-children> (2021.5.28. 검색)
- Sean Nicholls, “NSW state budget 2016: GPS tracking for high-risk domestic violence offenders”, 2016.6.11., <https://www.smh.com.au/national/nsw/nsw-state-budget-2016-gps-tracking-for-highrisk-domestic-violence-offenders-20160610-gpfz5z.html> (2021.5.28. 검색)

Coercive Control as a Serious Domestic Violence Offense

Min, Yoon Young*

There is growing international interest in criminalizing coercive control in domestic violence cases, and the article raises the question as to whether South Korea should follow suit. A detailed exploration of the concept of coercive control is provided focusing on the reframing of domestic violence as a liberty crime and the experience of domestic violence victims as living like hostages (II). It further examines the importance of coercive control in assessing dangerousness in domestic violence cases and suggests a psychoanalytical understanding of coercive control to deeply understand the devastating impact of it (III). Additionally, the review of the introduction and implementation of the new criminal offense of coercive control in the U.K. is offered (IV). Finally, it discusses the importance of placing the criminalization of coercive control in the context of a national agenda to end gender-based violence (V).

❖ key words: coercive control, hostage, domestic abuse, domestic violence, gender-based violence

투고일 : 5월 31일 / 심사일 : 6월 30일 / 게재확정일 : 6월 30일
--

* Dankook University Faculty of Law, Associate Professor.

2020년 신형사소송법상의 조사자증언제도에 대한 소고

안성훈*

국 | 문 | 요 | 약

2020년 개정형사소송법에 따라 검사작성 피의자신문조서의 증거능력 규정인 제312조 제1항이 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건과 동일하게 규정하는 방식으로 개정되고, 피고인이 조서의 진정성립(authenticity)을 부인하는 경우 영상녹화물(the video recording of interrogation) 등 객관적인 방법을 통하여 그 조서의 실질적 진정성립을 증명하는 방법이었던 제312조 제2항이 삭제됨으로써 이제 수사기관에서 작성된 조서는 피고인의 내용부인만으로 증거의 세계에서 사라지게 되었다. 하지만 입법자는 한편으로 이로 인해 형사소추권(public prosecution)이 약화될 것을 우려하여 이를 보완하기 위한 방안으로 2007년 도입한 조사자증언제도를 존치시켰고, 따라서 2020년 개정형사소송법상에서도 조서는 간접적으로나마 증거의 세계에서 부활할 수 있는 기회를 여전히 가지고 있다. 학계에서는 수사단계에서의 투명성을 충분히 담보하는 장치가 확보되지 않은 상황에서 조사자증언에 독자적인 증거능력을 갖도록 한 형사소송법 제316조 제1항은 제312조와의 관계에서 모순이기 때문에 증거능력을 허용해서는 안 된다고 하는 주장이 여전히 설득력 있게 제기되고 있다. 그러나 이러한 주장은 1954년 형사소송법 제정 당시의 수사현실에 근거한 입법취지에만 집착하여 진화하는 범죄 현실과 피의자의 인권보호 및 위법수사 방지를 위한 각종 제도가 마련된 현재의 수사현실을 도외시 하고 있고, 그러한 결과 이론의 논리적 구결이 2007년 개정형사소송법 이전의 강학상의 해석론으로 회귀하고 있다. 조사자증언제도는 공판중심주의를 강조하면서 그 동안에 지속적으로 이어온 조서재판(statement trial)의 현실에 대한 비판적 의견을 반영하여 조서재판의 폐해를 극복할 수 있는 제도적 방안을 모색하고자 하는 의도 하에 검사작성 피의자신문조서의 증거능력을 배제시키면서도 증거능력을 전면적으로 배제할 경우에 형사소추권이 약화될 것을 우려하여 이를 보완하면서도 구두변론주의를 실현하기 위하여 도입되었다. 이러한 도입취지와 제도의 입법과정에 비추어 볼 때 제316조 제1항의 규정은 조사자의 증언을 제312조 제3항에도 불구하고 증거로 인정하겠다는 입법적 의지라는 점을 분명히 알 수 있다. 생각건대, 2007년 개정형사소송법의 입법취지에 비추어볼 때 제316조가 전문법칙(the hearsay rule)의 예외 규정으로서 조사자증언의 증거능력을 인정한 것에는 의문의 여지가 없다. 이러한 입법취지를 몰각하고 증거능력을 인정하는 제도가 이미 도입되었음에도 강학상의 해석론과 현상에 대한 진단과 전망만으로 조사자증언의 증거능력을 부정하는 견해는 타당하지 않다.

* 한국형사정책연구원 연구위원

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2021.6.30.2.69>.

- ❖ 주제어 : 조사자증언, 감사작성 피의자신문조서, 사법경찰관작성 피의자신문조서, 조서, 증거능력, 공판중심주의, 구두변론주의

I. 들어가며

형사소송법 [법률 제8496호, 2007. 6. 1, 일부개정]	형사소송법 [법률 제16924호, 2020. 2. 4, 일부개정]
제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등)	제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등)
① 검사가 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인의 진술에 의하여 인정되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.	① 검사가 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.
② 제1항에도 불구하고 피고인이 그 조서의 성립의 진정을 부인하는 경우에는 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.	〈삭 제〉
③ ~ ⑥ (생략)	③ ~ ⑥ (현행과 같음)

2020년 개정된 법률 제16924호 형사소송법(이하 2020년 신형사소송법이라고 한다.)은 “2018년 6월 21일 법무부장관과 행정안전부장관이 발표한 「검·경 수사권조정 합의문」의 취지에 따라 검찰과 경찰로 하여금 국민의 안전과 인권 수호를 위하여 서로 협력하게 하고, 수사권이 국민을 위해 민주적이고 효율적으로 행사되도록 하려는 것임”을 개정의 취지로 하고 있다. 이러한 개정취지 하에 검사와 사법경찰관의 관계 -협력관계로의 - 재정립(법 제195조), 검사의 사법경찰관에 대한 지휘감독 규정 삭제 및 사법경찰관 수사권 인정(법 제196조), 사법경찰관에게 범죄 혐의가 인정되지 않는 경우 송치하지 않을 권한(법 제245조의5), 사법경찰관의 영장신청에 대해 검사가 부당하게 영장청구를 하지 않는 경우의 영장청구심의신청권(법 제221조의5) 등을 주요 내용으로 개정이 이루어졌다. 특히 실질적인 공판중심주의 구현에 기여하고 피고인의 방어권을 보다 보장하려는 취지하에 검사작성 피의자신문조서의 증거능력 규정인 제312조 제1항이 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건과 동일하게 규정하는 방식으로 개정되었고, 피

고인이 조서의 진정성립을 부인하는 경우 영상녹화물 등 객관적인 방법을 통하여 그 조서의 실질적 진정성립을 증명하는 방법이었던 제312조 제2항이 삭제되었다. 이로써 한 때 증거의 왕으로 불렸던 수사기관에서 작성된 조서의 지위는 증거법의 영역에서 사실상 그 지위를 상실하게 되었다.

이와 같이 검사작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건이 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건과 동일하게 엄격해짐에 따라 수사실무에서는 많은 변화가 예상¹⁾되고 있는데, 특히 법정에서 피고인이 그 내용을 부인하는 경우 그 진술을 법정에 현출시킬 수 있는 방법은 제316조 제1항에 따른 조사자증언이 유일하게 되어 이 제도에 대한 이해와 활용방안이 주목받게 되었다. 주지하다시피 조사자증언제도는 2007년 개정 형사소송법에 도입되었지만, 2007년 개정 형사소송법에서는 검사작성 피의자신문조서의 형식적 진정성립과 함께 영상녹화물 등 객관적 증거방법에 의해 실질적 성립진정을 증명할 수 있는 수단이 마련되어 있었기에 그동안 조사자증언이 사용되는 경우는 거의 없었다. 그러나 이제 검사 또는 사법경찰관작성의 피의자신문조서가 원진술자의 내용부인에 의해 증거능력이 부정되고 그 밖의 증거가 전혀 확보되지 못한 경우에는 조사자증언제도가 피의자의 진술을 법정에 현출시킬 수 있는 유일한 방법이기 때문에 그 활용필요성과 가치가 높아질 것으로 보인다. 2007년 개정 형사소송법에서 당초 제도의 도입 취지와 다르게 불완전한 모습으로 도입되어 주목받지 못했던 제316조 제1항의 조사자증언제도는 이제 2020년 신형사소송법에서 내용의 실질을 떠나 형식적으로는 공판중심주의와 구두변론주의의 실현이라는 본래의 도입 취지²⁾에 따른 지위를 회복하게 되었다.

그러나 2007년 개정 형사소송법에 조사자증언제도가 도입되기 이전부터 수사기관이 신문과정에서 피의자로부터 들은 내용을 조사관이 법정에서 진술하는 경우에 그 증언의 증거능력을 인정할 것인가에 대해서는 극명히 상반된 견해의 대립이 있었다. 그러한 견해의 대립은 지금도 현재형으로 진행 중에 있고, 재판 실무 또한 조사자증언의 독립적인 증거로서의 사용을 엄격히 제한하고 있는 것이 사실이다. 따라서 앞으로도 조사자증언의 허용범위와 그 효력의 문제는 중요한 논의의 대상이 될 것으로 보인다.

1) 예컨대, 검찰의 피의자 출석요구 및 피의자신문조서 작성사태 감소, 법정에서의 피고인·증인 신문 강화, 비진술증거 수집의 중요성, 참고인 조사 강화, 증인신문청구, 증거보전제도 활용 및 공판조치 강화, 조사자증언 활성화 등이 예상된다.

2) 신동운(2006), “한국 형사사법의 개혁과 전망”, 비교형사법연구 제8권 제1호, 17쪽.

이에 이하에서는 증거법 영역에서 전문법칙의 예외로 인정되고 있는 조사자증언제도가 2020년 신형사소송법에서 어떻게 이해되고 정립되어야 하는지에 대해서 종래 학설의 검토와 제도의 도입 취지의 관점에서 살펴보고자 한다.

II. 조사자증언제도의 의의

1. 도입과정

2007년 개정 형사소송법에 의해 도입된 조사자증언은 공소제기 전에 피고인 또는 피고인 아닌 자를 조사하였거나 그 조사에 참여하였던 자가 공판준비 또는 공판기일에 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 내용으로 하는 진술을 행하는 것을 말한다(제316조 제1항). 조사자증언제도의 도입배경과 관련하여 원래 사법개혁추진위원회(이하 사개추위라고 한다.)의 구성³⁾은 공판중심주의를 강조하면서 그 동안에 지속적으로 이어온 조서재판의 현실에 대한 비판적 의견을 반영하여 조서재판의 폐해를 극복할 수 있는 제도적 방안을 모색하고자 하는 의도 하에 검사작성의 피의자신문조서의 증거능력을 배제시키면서도 증거능력을 전면적으로 배제할 경우에 형사소추권이 약화될 것을 우려하여 이를 보완하면서도 구두변론주의를 실현하기 위하여 ‘조사자증언제도’를 도입한다는 것이었다.⁴⁾ 그러나 사개추위를 주축으로 한 이러한 개정논의는 검찰의 강한 반발에 부딪혀 본

3) 주지하다시피 사개추위가 이러한 개선안을 마련하게 된 배경에는, 이론적 차원에서는 형사소송구조를 대륙법계의 영향을 받은 종래의 직권주의적 소송구조에서 적정절차(적법절차)원칙의 실현을 보다 강조하고 피고인의 방어권보장에 더욱 충실하다고 평가되는 당사자주의로 전환하면서 원칙적으로 공판정에서의 심리에 의해 유무죄의 심증이 형성되도록 하는 공판중심주의의 확립이 필요하다는 시대적 요청이 자리하고 있다. 이러한 배경 하에 현실적으로는 지속적으로 이어온 조서재판의 현실에 대한 비판적 의견을 반영하여 조서재판의 폐해를 극복할 수 있는 제도적 방안을 모색하였고, 이와 함께 실질적 진정성립을 공판정에서 부인하면 당해 피의자신문조서는 증거로 사용할 수 없다고 판결한 2004년 대법원 전원합의체 판결의 취지를 적극적으로 해석하여 공소사실을 부인하는 피고인에 대해서는 검사작성 피의자신문조서라고 할지라도 증거로 사용할 수 없다는 것을 입법화하고자 한 것이었다. 류부근(2017), “검사작성 피의자신문조서의 증거능력에 대한 입법적 제언”, 형사소송 이론과 실무 제9권 제1호, 한국형사소송법학회, 164쪽.; 신동운(2006), “사법개혁추진과 형사증거법의 개정”, 법학 제47권 제1호, 서울대학교, 120쪽 이하 참조.

4) 검사작성 피의자 신문조서나 사법경찰관작성 피의자 신문조서나 다 같이 그 내용을 부인하면 증거능

래의 취지와 다르게 당초 개정 대상이었던 신문조서의 증거능력은 그대로 둔 채, 오히려 검사작성 피의자신문조서의 실질적 진정성립의 증명수단으로 영상녹화 등 기타 객관적인 증명방법까지 추가함으로써 결과적으로 전문증거인 조서의 증거능력을 강화하는 형태로 개정되었고, 동시에 조사자증언제도를 새로이 도입하는 것으로 개정되어, 2007년 개정 형사소송법의 핵심 내용으로 논의되던 조사자증언제도는 당초의 도입 취지와는 다르게 초라한 도입에 그치게 되었다. 즉 많은 문제점을 야기했던 조서를 대신하여 수사과정에서 행해진 피고인 및 참고인의 진술을 법정에 현출할 수 있는 적합한 수단으로서의 조사자증언제도가 아니라, 전문서류인 기존의 신문조서와 함께 전문진술로서 조사자증언이 공존하게 됨으로써, 공판중심주의의 기본취지인 ‘증거자료의 다양성’과는 차원이 다른 ‘전문증거의 과잉’문제가 발생하게 된 것이다.⁵⁾ 이와 같이 전문서류인 조서와 전문진술인 조사자증언이 증거법 영역에서 공존하는 상황으로 법률이 개정되자 학계로부터 우리 형사소송법의 태도는 이례적인 차원을 넘어 무원칙에 가깝다는 비판과 함께 개선이 아닌 개악이라는 평가를 받았다.⁶⁾

2. 의의

이와 같이 조사자증언제도는 조서에 의한 재판을 폐기하고 직접 심리를 통한 공판중심주의에 의한 재판을 실현하려 한 사개추위와, 현실적 여건 부족의 문제점과 사회방위의 공백을 이유로 조서 중심의 증거 체제 유지 또는 영상녹화로 대체하려는 검찰간의 팽팽한 대립 속에서 절충안의 하나로 탄생된 제도이었지만, 굳이 의미를 부여하자면, 검찰로서는 조서위주의 실무에서 벗어날 변화를 준비할 시간을 벌게 되었고 법원으로서는

력이 상실되고, 그 대신에 조사자 본인을 법정에 불러서 선서시킨 다음에 상호신문방식으로 피자였던 피고인의 진술을 법정에 현출시키도록 한다는 구상으로, 당시 사법제도개혁추진위원회 초안은 다음과 같다. “제316조 제1항 : 피고인 아닌 자(피고인을 공소제기 전에 피의자로 조사한 검사, 사법경찰관 또는 그 조사에 참여한 자를 포함한다)의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이 피고인의 진술을 내용으로 하는 것인 때에는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때에 한하여 이를 증거로 할 수 있다.” 신동운(2006), 앞의 논문, 17-18쪽.

5) 이용식(2012), “조사자증언제도에 대한 비판적 소고”, 형사정책 제24권 제3호, 한국형사정책학회, 301쪽.

6) 이용식(2012), 위의 논문, 302쪽.

공판중심주의의 실현이라는 목표를 향한 디딤돌을 놓았다고 평가할 수 있다.⁷⁾

조사자증언제도의 도입 취지는 조사경찰관 등이 증인으로 나와 위증죄의 부담을 안고 피고인 측의 반대신문을 받으면서 행한 증언에 증거능력을 부여함으로써 실체적 진실발견과 피고인의 방어권 보장 사이에 조화를 도모할 것으로 이해되고 있는데,⁸⁾ 이에 따라 조사자증언제도는 피의자를 조사한 수사기관이 언제든지 법정에서 증인으로 증언을 할 수 있게 될 가능성이 있어서 피고인 측의 반대신문과 위증죄 또는 허위공문서작성죄 등으로 처벌을 받을 수 있다는 부담을 가지게 되고, 이로 인해 수사과정에서 적법절차를 준수하여 인권 친화적 수사방식으로 전환될 수 있다는 점, 미국, 일본, 독일 등 다른 선진국에서도 대부분 조사자증언을 허용하고 있는 점, 위증의 부담을 진 조사자증언을 통하여 구두주의, 직접주의가 관철되고 또한 피고인의 반대신문권이 보장되는 등 공판중심주의에 부합하는 제도⁹⁾라는 점 등이 제도 도입의 주요 근거로 제시되고 있다.¹⁰⁾

2020년 신형사소송법에 따라 검사작성의 피의자신문조서의 증거능력이 피의자였던 피고인이나 그 변호인의 내용부인으로 부정되면, 피의자의 수사절차에서의 진술이 공판정의 증거조사의 대상으로 등장할 수 있는 방법은 현행 형사소송법 체계에서는 사실상 조사자증언을 통하는 방법밖에 없기 때문에 조사자증언제도가 적극 활용될 것으로 예상된다. 조사자증언제도는 기존의 조서형태가 아니라 조사자의 법정 증언의 형태로 현출되기 때문에 증거조사 과정에서 구두변론이 활성화되고 공판중심주의적 법정심리 정착에 기여할 것으로 보이며, 또한 조사자는 증인으로 나와 위증죄의 부담을 안고 증언에 증거능력을 부여하는 것이므로 그만큼 수사에 있어 적법 절차를 준수하면서 진술의 증거능력 확보를 위해 책임의식을 가지고 수사과정에 임하는 수사관행이 형성될 것으로 기대된다.¹¹⁾

7) 서맹웅(2010), 사법경찰관 등 조사자증언제도-활성화를 위한 해석중심으로, 연세대학교 석사학위논문, 56쪽.

8) 신동운(2006), 앞의 논문, 124쪽 이하 참조.

9) 조사자증언은 공판중심주의 원칙에 따른 증언제도의 꽃이라 부를 수 있을 정도로 중요하며 필수적인 제도로 평가되고 있다. 한인섭(2008), “국민참여재판과 경찰관 법정증언제도”, 치안정책리뷰 제7호, 2쪽.

10) 이순옥(2021), “영상녹화의 적극적 활용 및 증거능력 인정 필요성에 대한 검토”, 형사법의 신동향 통권 제70호, 39쪽.

11) 김정연·김성룡·김희균(2020), 법정 외 피의자 등의 증언 활용방안, 법무부 연구용역보고서, 47-48쪽. 조사자증언제도의 도입효과로서 그동안 조서의 작성자가 법정에서 등장하지 아니함으로써

Ⅲ. 조사자증언제도의 해석과 관련한 학설의 대립

1. 문제상황

2007년 조사자증언제도 도입 이전의 구 형사소송법(이하 구법이라고 한다.) 제316조 제1항은 피고인의 원진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때에 한하여 예외적으로 증거능력을 부여하고 있었고, 제316조의 성격에 대해서는 전문법칙의 예외규정으로 보는 것이 다수설의 입장이었다.¹²⁾ 다만 피의자의 수사기관에서의 자백을 내용으로 하는 사법경찰관의 진술에 대해서는 이에 대한 증거능력을 부여할 것인가에 대하여 극명히 상반된 학설이 대립하였다. 다수설의 견해는 피고인이 그 내용을 부인하는 경우에는 구법 제316조 제1항이 적용되는 것이 아니고 제312조 제2항(현 제312조 제3항)이 적용된다고 해석하여 증거능력을 부정하였다. 그 이유는 제312조 제2항(현 제312조 제3항)의 도입 취지를 고려할 때 전문법칙의 예외라고 하는 의미뿐만 아니라 위법수사의 방지라고 하는 의미를 가지므로 피고인을 신문한 사법경찰관이 그 진술내용을 법정에서 진술하는 것은 제312조 제2항(현 제312조 제3항)의 입법취지에 비추어 보아 인정해서는 안 된다는 것이었다.¹³⁾ 이에 반해 조사자증언제도의 증거능력을 긍정하는 견해는 ① 사법경찰관은 문리해석상 제316조 제1항의 피고인 아닌 자에 해당할 뿐만 아니라 실제적 진실발견이라는 소송이념에 부합하는 목적론적 해석을 근거로 하거나, 혹은 증거방법에 따라 질적 차이가 있기 때문에 달리 취급할 필요성이 있다는 점, ② 조서의 내용부인의 경우 수사경찰관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 부인하는 것이지 결코 그것을 청취한 경찰관의 전문증언을 부인한 것은 아니라는 점, ③ 피고인이 조서의 내용의 진정을 부정한다고 해서 수사경찰관의 법정진술의 증거능력을 무조건 인정하지 않는다면 제316조 제1항의 규정에 반하여 사실상 증거능력 판단의 권한이 법관으로부터 피고

발생하였던 조서의 왜곡가능성이 극복될 수 있고, 증거제출방법이 다양화를 기하게 되었고 또한 증거가치가 높은 경찰단계의 피의자 진술이 법정에 제출됨으로써 실제진실발견에도 기여할 것으로 기대된다는 견해도 있다. 서맹웅(2010), 위의 논문, 66-68쪽.

12) 이재상(2004), 형사소송법 제6판, 박영사, 535쪽; 심재무(2010), “피의자진술의 법정진출방식과 조사자증언의 증거능력”, 비교형사법연구 제12권 제1호, 316쪽.

13) 심재무(2010), 위의 논문, 316쪽.

인에게 전이되는 결과를 초래한다는 점 등을 주요 근거로 제시하고 있다.¹⁴⁾

판례는 학계의 다수설의 견해와 마찬가지로 그 증거능력을 부정하였다.¹⁵⁾ 다만 초기의 판례는 형소법의 문언적 해석에 따라 검사나 사법경찰관 역시 제316조 제1항에서 규정하는 “피고인 아닌 자”에 해당한다고 보고 검사나 사법경찰관의 진술이 피고인의 진술을 내용으로 하는 것일 때에는 그것을 증거로 할 수 있다고 해석하여 사법경찰관의 증언을 허용하였으나¹⁶⁾ 대법원 1974.3.12. 선고 73도2123 판결에서 증거능력을 부정하는 판결¹⁷⁾을 하였고, 이러한 대법원의 입장은 2007년 조사자증언제도 도입 시까지 계속 유지되었다.¹⁸⁾

2007년 개정 형사소송법에 조사자증언제도가 전문법칙의 예외로서 명문으로 도입됨¹⁹⁾에 따라 조사자증언제도의 증거능력의 부정을 지지하는 다수설과 대법원의 입장은 그 명분을 잃게 되었지만, 그럼에도 불구하고 학설은 크게 조사자증언제도는 통상의 전문증언의 형태로 규정되어 있으나 입법적 오류에서 비롯된 것으로 사법경찰관 내지 검사 작성 피의자신문조서에 대해 그 내용을 부인하면 증거능력이 부정됨에도 불구하고 조사자증언을 통해 피고인의 진술에 대해 증거능력을 부여하는 것은 피의자신문조서의 증거

14) 신이철(2009), “형사증거법상의 조사자(특히, 조사경찰관) 증언에 대한 소고”, 외법논집 제33권 제4호, 한국외국어대학교, 3쪽.

15) 대법원1974.3.12. 선고 73도2123; 대법원1975.5.27. 선고 75도1089; 대법원1976.3.9. 선고 76도32; 대법원1980.8.12. 선고 80도364; 대법원1982.2.23. 선고 81도3324; 대법원1983.6.14. 선고 83도1011; 대법원1997.10.28. 선고 97도2211 판결 등

16) 대법원1967.6.13. 선고 67도608; 대법원1968.11.19. 선고 68도1366

17) 대법원 1974.3.12. 선고 73도2123 판결 “사건을 경찰에서 조사한 경찰관의 증언은 모두 피고인들이 경찰에서 피의자로서 조사를 받을 때 범죄사실을 시인하더라는 것을 내용으로 하고 있는 바 피고인들이 그 피의자신문조서의 내용을 인정하지 아니하는 이 사건에 있어서는 위 증언들을 믿지 아니한 원심판결의 조치는 정당하다고 할 것이다. 그 까닭은 피고인들이 인정 아니하는 경찰의 피의자신문조서는 형소법 제312조 제2항에 의하여 증거능력이 없다고 하면서 그 조서 기재내용을 들었다는 증인의 증언을 취신하는 것은 모순이기 때문이다.”

18) 이러한 대법원의 입장 변경의 주요 이유는 구법 312조가 일제 강점기 하에서 수사기관에 의하여 자행되었던 고문을 예방하고자 하는 취지에서 검사가 작성한 조서는 진술자가 그 진정성립을 인정하고 특신상황이 인정되어야만 증거능력이 있고, 사법경찰관작성의 피의자신문조서는 피고인이 그 내용을 인정하여야만 증거능력이 부여되는 것으로 하고 있었는데, 수사단계에서 피고인을 조사한 경찰관이 그 조서의 내용과 실질적으로 동일한 내용을 공판정에서 증언의 방법으로 현출할 길을 열어 두는 것은 구법 제312조 제2항의 입법취지와 정면으로 배치될 수 있었기에 해석론으로 그 모순관계를 극복하고자 하였다는 점에 있다.

19) 이재상·조균석(2021), 형사소송법 제13판, 박영사, 674쪽.

능력 인정요건을 우회적으로 인정하는 결과를 초래한다고 보는 견해와, 이와는 달리 조사자증언제도에 대한 개정 형사소송법 제316조는 전문법칙의 예외를 규정한 것으로써 이전 대법원 판례가 피의자 신문 시 조사 또는 참여한 경찰관이 진술에 대해 증거능력을 부정하던 입장을 입법적으로 변경한 것이라는 극명히 상반된 견해로 나뉘어, 여전히 조사자증언(진술)의 증거능력의 인정여부를 둘러싼 견해의 대립은 계속되고 있다.²⁰⁾ 판례는 조사자증언 규정이 도입된 이후에도 조사자증언이 특신상태에서 이루어졌는지를 엄격히 심사하면서 종래와 같이 대부분의 경우 이를 인정하지 않으려는 경향을 보이고 있다.²¹⁾

이하에서는 2007년 개정 형사소송법에 조사자증언제도가 도입됨에 따라 조사자증언의 증거능력을 입법적으로 해결하였음에도 불구하고 그 증거능력을 부정하는 견해가 계속해서 제기되는 이유를 살펴보고 이에 대한 비판적 검토를 통해 2020년 신형사소송법상의 조사자증언제도가 어떻게 이해되고 정립되어야 하는지에 대해서 검토해보고자 한다.

2. 증거능력을 부정하는 견해에 대한 검토

가. 개관

조사자증언의 증거능력을 부정하는 주요 견해의 요지는 다음과 같다.

① 조사자의 전문진술을 허용한 개정 형사소송법 제316조 제1항은 이전의 판례 및 형사소송법 제312조 제3항의 내용과 충돌한다. 피고인이 사법경찰관작성 피의자신문조서에 대해 그 내용을 부인하여 제312조 제3항에 따라 해당 조서의 증거능력이 부정됨에도 불구하고 검사가 피고인을 조사한 사법경찰관을 증인으로 신청하여 조서에 담긴 피고인의 진술에 대해 증언하게 하고 이에 대하여 증거능력을 부여하는 것은 제312조 제3항에 의해 부인된 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력을 우회적으로 인정하는 결과가 되고, 이는 사법경찰관작성 피의자신문조서에 대해 엄격한 증거능력의 요건을 규정한 제312조 제3항의 취지를 벗어나는 것이고, 또한 2007년 개정 형사소송법 제316조

20) 위의 책, 676쪽.

21) 조기영(2015), “증거재판주의와 새로운 증명방법의 증거능력”, 동아법학, 제66호, 438쪽.

제1항에 따라 증거능력이 인정되기 위해서는 피고인의 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명되어야 하는데, 피고인이 그 내용을 부인한 진술에 대해서 특신상태를 인정하는 것도 모순이 된다. 따라서 조사자증언이 피의자였던 피고인의 진술을 내용으로 하는 것인 때에는 개정 형사소송법 제312조 제3항과 충돌하는 범위 내에서는 그 증거능력을 부인하고 그렇지 않은 경우에만 조사자증언의 증거능력을 인정해야 한다.²²⁾

② 2007년 개정 형사소송법상의 조사자증언제도는 사법경찰관작성 피의자신문조서에 관한 제312조 제3항은 그대로 두면서 제316조에서 조사자증언 부분을 추가하였고, 이로 인해 종래의 논의에서 판례와 부정설이 지적한 모순점을 법 자체 내에서 고스란히 안고 있는 형상이 되었고, 따라서 이는 위법수사방지라는 제312조 제3항의 취지에 반하는 해석론을 명문으로 받아들이는 것이고, 입법상의 오류이다.²³⁾

③ 피의자 또는 참고인에 대한 진술조서의 증거능력이 인정되는 현행법 하에서 동시에 조사자증언을 허용하는 것은 동일한 진술을 담은 증거자료 중에서 우월한 증거를 가려서 최우량증거만을 증거조서의 대상으로 삼는 최우량증거의 원칙, 그와 동일하거나 열등한 증거자료를 중복하여 법정에 제출하는 것을 금지하는 중복증거금지원칙에 비추어 문제가 있다.²⁴⁾

④ 우리 형사소송법이 수사단계에서의 진술을 증거로 사용하기 위해서 피의자 진술에 대해 조서작성을 수사기관에 의무지우고 있고(제244조), 또한 피의자 진술의 법정 현출이 진술 자체가 아니라 조서의 형태로 법정에 제출하는 것을 원칙으로 하고 있기 때문에 2007년 개정 형사소송법의 조사자증언제도는 피의자신문조서나 참고인진술조서의 성립의 진정을 인정하기 위한 수단으로만 허용하여야 하고, 이러한 해석과 적용을 통해 피고인의 방어권이 보장될 수 있다. 그러나 사법경찰관작성 피의자신문조서는 진정성립이 증명되는 것만으로는 그 증거능력을 인정받을 수 없기 때문에 사법경찰관의 증언은 개정법 하에서도 특별한 의미는 없다.²⁵⁾

22) 정승환(2018), 형사소송법, 박영사, 610쪽.

23) 임웅·도규열(2011), “개정 형사소송법 제316조에 대한 고찰-조사자증언제도를 중심으로”, 성균관법학 제23권 제2호, 234쪽.

24) 심재무(2010), 위의 논문, 324-325쪽.

25) 이은모(2007), 개정 형사소송법상의 증거법칙에 대한 검토, 법학논총 제24권 제2호, 한양대학교

⑤ 조사자증언에 독자적 증거능력을 부여하는 것은 우리나라의 형사소송법이 수사단계에서의 진술을 법정에 현출하는 원칙적 방법으로 조서제도를 선택한 형사소송법 제312조 및 제313조의 입법취지에 반하기 때문에 제316조 제1항의 조사자증언제도는 폐지하는 것이 바람직하고, 다만 형사소송법의 개정을 통해 폐지될 때까지는 조사자증언에 대해 독자적인 증거로서 증거능력을 부여해서는 안 될 것이며, 조서의 실질적 성립진정을 증명하기 위한 수단 또는 탄핵증거로만 인정하여야 할 것이다.²⁶⁾

⑥ 조서와 조사자증언의 공존이 허용되고 있는 현행법 하에서 제316조를 근거로 조사자증언의 증거능력을 인정해야 한다고 주장하는 것은 애초의 의도와는 정반대의 상황에서 놓여 있다는 현실적인 맥락을 도외시킨 채, 제도 자체의 순수한 이상에만 천착하는 것으로서 상황착오적인 것이다.²⁷⁾

⑦ 이 제도는 전문증거의 사용범위를 확대함으로써 공판중심주의 및 직접심리주의의 강화라는 대세에 반할뿐만 아니라, 피고인이 내용을 부인하면 경찰수사단계에서의 진술이 증거로 제출될 수 없도록 하고 있는 현행 규정과도 모순되므로 이를 폐지하여야 한다.²⁸⁾

⑧ 조서에 대해서는 ‘수사기관=악’이라는 전제하에 증거의 세계에서 퇴출시킨 상황에서, 동일한 수사기관이 동일한 피의자 신문에 대하여 그 의미가 아직까지 확실치 않은 특신상태의 요건만 충족하면 피고인이 그 내용을 부인하더라도 조사자증언의 증거능력을 인정하는 것은 모순이다. 조사자증언은 구두주의나 공판중심주의에 부합한다는 등의 논변으로 조사자증언을 피의자신문조서와 차별화된 우량증거로 취급할 수 없고 오히려 기억의 한계라는 추가적인 문제를 가져올 뿐만 아니라, 사안의 경중, 전체 증거에서 피의자진술이 차지하는 비중과 입증취지를 불문하고 조사자를 법정에 나오도록 하는 것은 부족한 형사사법 자원의 효율적인 배분의 차원에서도 문제가 있다.²⁹⁾

법학 연구소, 13-15쪽. 심재무(2010), 위의논문, 323쪽.

26) 심재무(2010), 위의 논문, 329쪽.

27) 이에 조사자증언제도는 본래적 도입 취지에서 벗어난 채, 조서의 대체가 아닌 조서의 증거능력 상실사태를 대비한 후보 선수로서의 역할만을 겨우 부여받고 있다고 한다. 이용식(2012), 위의 논문, 313-315.

28) 신양균(2011), “형사소송법의 개정방향”, 법학연구 통권 제32집, 전북대학교 법학연구소, 170쪽.; 조기영(2015), 앞의 논문, 434쪽.; 권순민(2010), “형사소송법상 조사자증언제도의 합리적 운영방안”, 법학논총 제34권 제2호, 474쪽.

나. 검토

이상에서 살펴본바와 같이 조사자증언의 증거능력을 부정하는 견해는 기본적으로 제316조 제1항 규정은 제312조 제3항의 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력 규정의 입법취지에 비추어 해석상 충돌 내지 부정합의 관계에 있다는 점과 중복증거금지의 원칙 반하는 입법적 오류라는 점에 주목하여 이러한 문제점을 토대로 하여 다양한 해석론이 제시되고 있다.

우선 제316조 제1항 규정은 제312조 제3항의 입법취지에 비추어 해석상 부정합하다는 견해의 배경에는 제312조 제3항은 허위개입의 여지가 있는 전문증거를 통제한다는 의미 외에 우리나라의 특성을 반영한 수사기관의 고문·폭행·협박 등의 강압수사 예방장치로서 인권침해를 방지하기 위한 윤리적 목표를 지니고 있기 때문에 법 제312조 제3항의 이러한 입법취지를 존중해야 한다는 견해에 근거하고 있다.³⁰⁾ 이러한 입법취지에 대해서 부정하는 바는 아니지만, 수사단계에서의 피의자 인권보호와 변호인의 참여가 이루어지지 않았고, 또 위법수사가 만연했던 과거의 수사현실 하에서 마련된 1954년 형사소송법 제정 당시의 입법취지를 70년이 지난 지금의 수사현실에 그대로 적용하여 조사자증언제도의 도입 취지마저 부정하는 것은 합리적인 해석이라고 볼 수 없다. 지금의 수사현실은 아직 충분하지는 않지만 수사절차에서 변호인의 참여와 조력을 받을 수 있고 수사기록에 대한 공개 전 개시도 인정되고 있으며, 영상녹화의 활용 등 피의자의 인권보호 및 위법수사를 방지하기 위한 제도가 다양하게 마련되어 있어 수사기관의 수사관행은 과거에 비해 현저하게 달라진 것이 사실이다. 이러한 지금의 수사현실을 고려하면, 현 시점에서의 제312조 제3항의 위치는 이제 허위개입의 여지가 있는 전문증거를 통제하기 위한 규정으로 이해하는 것이 타당하다고 할 수 있다. 이는 2020년 개정 형사소송법에 따라 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건과 동일하게 규정하는 방식으로 개정된 제312조 제1항의 개정이 “2018년 6월 21일 법무부장관과 행정안전부장관이 발표한 검·경 수사권 조정 합의문의 취지에 따라 검찰과 경찰로 하여금 국민의 안전과 인권 수호를 위하여 서로 협력하게 하고, 수사권이 국민을 위해 민주적이고 효율적으로

29) 홍진영(2020), “개정 형사소송법 제312조에 대한 검토-조사자증언은 과연 최우량증거인가”, 형사소송 이론과 실무 제12권 제1호, 252쪽.

30) 이주원(2021), 형사소송법 제3판, 박영사, 462쪽.

행사되도록 하려는 것임”을 취지로 이루어진 점에서도 충분히 유추할 수 있다. 따라서 조사자증언의 증거능력을 1954년 형사소송법 제정 당시의 입법취지와와의 관계에서 추정하여 부정하는 견해는 타당하지 않다.

또한 중복증거금지의 원칙 반하는 입법적 오류라는 점에 근거한 견해는 2007년 개정 형사소송법이 검사작성 피의자신문조서의 형식적 진정성립과 함께 영상녹화물 등 객관적 증거방법에 의해 실질적 성립진정을 증명할 수 있는 수단이 마련되어 있는 상황에서 조사자증언제도가 함께 도입된 상황에 근거하고 있는데, 이러한 견해는 검사작성 피의자신문조서의 증거능력이 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건과 동일하게 엄격히 제한되는 것으로 개정된 2020년 개정 형사소송법 상에서는 그 명분이 사라졌다고 할 수 있다.

그 외에 ① 조서의 존재를 전제로 하는 조사자증언제도의 도입은 입법적 오류에 해당하므로 종국적으로 폐지하는 것이 바람직하나, 현행법 하에서는 조서의 진정성립이나 특신상태의 증명수단 내지 탄핵 증거 등으로만 활용하도록 해야 한다는 견해, ② 제312조 제3항의 입법취지를 고려하여 이와 충돌되는 범위 내에서는 조사자증언의 증거능력은 부정되고, 그 이외의 경우에만 증거능력이 인정된다는 견해, ③ 법 제316조를 근거로 조사자증언에 대해 독자적인 증거능력을 인정할 수는 없고, 다만 조서의 존재를 전제로 하여 그 진정성립을 인정하기 위한 수단으로만 인정하지는 견해 등도 입법론으로는 몰라도 제316조 제1항과 제2항에서 조사자의 증언이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여졌음이 증명된 때에 이를 증거로 할 수 있다고 하는 견해 등도 그 증거능력을 명문으로 인정하고 있는 증거자료의 증거능력을 그 현상에 대한 진단과 전망만으로 부정하는 것은 바람직한 법해석의 태도가 아니라고 할 수 있다.³¹⁾

3. 판례의 태도

하급심 판례 가운데는 조사자의 증언을 인정하지 않은 종래의 대법원 판례의 태도와 달리 제316조 제1항에서 피고인의 진술을 내용으로 하는 조사자의 증언은 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행해졌다면 증거능력을 인정하는 사례(대구고등법원

31) 조기영(2015), 앞의 논문, 435쪽.

2008.11.27. 선고 2008노293, 아래 참조)도 등장하고 있으나, 대부분의 판례들은 조사자증언의 증거능력을 엄격하게 적용하고 있는 것 같다(아래 표 참조).³²⁾ 이는 기존 2007년 개정 형사소송법 이전 판례의 기본 태도처럼 조사자증언의 증거능력을 무제한으로 인정할 경우 2007년 개정 형사소송법 제312조 제3항 규정의 취지에 정면으로 반하게 되는 점 및 이 제도의 도입 취지가 수사단계에서 피의자의 인권과 방어권 보장을 도모하려는 점 등을 고려한 것으로 이해된다. 조사자증언의 증거능력을 인정하기 위한 특신상태에 대한 판례의 엄격한 잣대적용 및 증거능력을 인정하되 증명력을 부정하여 조사자증언을 배척하는 판례가 적지 않은 것도 그 연장선에서 이해할 수 있다.³³⁾

증거능력을 부정한 판례
대전지방법원 2008.7.3. 선고 2008노507 조사자인 경찰관의 항소심에서의 증언이 유죄의 유일한 증거인데, 경찰관의 진술에 의하더라도 피고인신문조서 중 구체적 간통경위에 대한 진술부분은 피고인이 직접적으로 기술한 것이 아니라 녹취서, 고소인 진술 등을 확인시켜 주니까 피고인이 이를 인정하여 기재하였다는 점, 위 녹취록은 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없으므로 피고인의 자백 또한 위법하게 수집된 증거로 볼 여지가 있는 점, 피고인이 조사당시의 상황에 대하여 참피해서 범행을 인정하였고 조사가 끝난 후 사실 대로 말하였으나 조사자가 이를 듣지 않았다고 하여 구체적으로 증언하는 점을 이유로 증거능력을 부정 (증거능력이 인정된다 하더라도 자백의 보강증거가 없다고 판단)
부산지방법원 2008.6.13. 선고 2008노500 조사자인 경찰관의 항소심에서의 증언은 피고인이 경찰조사를 받을 당시 피곤하고 술에 취한 상태였으며, 경찰서 바닥에 무릎 꿇고 사정하는 등 자신의 신병에 관하여 불안감과 압박감을 느끼고 있었던 점, 검찰에 자신의 범행을 부인하는 탄원서를 제출한 이래 원심과 당심에 이르기까지 범행을 부인하며 피해자에게 미안한 마음에 자백하였던 것이라고 진술하고 있는 점에 비추어 볼 때 특신상태가 인정되지 않으므로 증거능력이 없다고 판단.
서울남부지방법원 2008.7.2. 선고 2007고단2471 조사자증언에 대한 판단 : 피고인들이 자백하는 내용을 들은 조사자증언은 피고인들의 변소가 구체적이고, 위장혼인에 대한 돈거래에 관하여 입증이 없는 점, 피고인이 경찰관에게 자신들은 실제 부부가 맞다고 말하여도 무시하여 결국 자백에 이르게 된 것이라고 주장하고 있는 점 등에 비추어볼 때 수사기관에서의 진술에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 만한 상태 하에서 행하여졌다고 단정하기 어려우므로 증거능력이 없다고 판단.

32) 이승규(2020), 위의 논문, 302-303쪽.; 한연규(2018), “사법경찰관의 조사자증언과 수사상 진술의 증거활용”, 형사법의 신동향 통권 제60호; 한제회(2020), “한국식 형사증거법의 실태와 고민”, 형사사송 이론과 실무, 한국형사소송법학회 제12권 제2호 참조

33) 실무적 관점에서 이러한 판례의 태도에 대해 비판적 관점에서 검토한 논문으로, 한연규(2018), 위의 논문; 한제회(2020), 위의 논문 참조.

서울고법 2011.4.21. 선고 2011노117

피고인을 경찰에서 조사하였던 G의 당시 법정에서의 진술은 ‘피고인이 이 사건 공소사실 기재와 같은 범행을 저질렀다’는 피고인의 진술을 그 내용으로 하고 있는바, 이를 증거로 사용할 수 있기 위해서는 피고인의 위와 같은 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명되어야 하는데, 피고인이 그 진술 경위나 과정에 관하여 치열하게 다투고 있는 점, 위와 같은 진술이 체포된 상태에서 변호인의 동석 없이 이루어진 점 등을 고려해 보면, 피고인의 위와 같은 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌다는 점이 증명되었다고 보기 어려우므로, 피고인의 위와 같은 진술을 내용으로 한 G의 당시 법정에서의 진술은 증거능력이 없다고 판단.

증거능력을 인정한 판례**대구고등법원 2008.11.27. 선고 2008노293**

피고인의 진술을 내용으로 하는 조사경찰관의 증언은 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌다면 증거능력이 있다고 할 것이다. 원심에서 조사한 증거들과 증인들에 의하면 조사 경찰관인 권○○와 김○○은 피고인들에게 진술거부권과 변호인선임권이 있음을 고지하고 조사 도중에 적절하게 휴식 시간을 주면서 조사하였고, 피고인 들은 2008. 4. 2. 긴급체포된 후 그날 오후부터 다음날 새벽1시경까지 1회 경찰 피의자신문을 받았으나 그후 충분히 수면을 취하고 그 다음 피의자신문부터는 주간에 조사를 받았으며, 피고인들이 영양경찰서에서 1회 경찰 피의자신문을 마치고 영덕경찰서 유치장에 입감되기 직전 담당 검사와의 면담을 위하여 조사경찰관들이 배제된 상태에서 대구지방법검찰청 영덕지청의 담당검사와 면담하였는데 당시 ‘불편한 점이 없었느냐’는 담당 검사의 질문에 피고인들은 경찰의 회유나 협박이 있었다. 불편한 점이 있었다는 등의 이야 기를 한 적이 없었고, 피고인들은 처음부터 범행을 자백한 것이 아니라 피고인 박○○의 집에 대한 압수수색결과 장롱 위에 떠지로 묶인 100만 원권 묶음 15다발이 발견되자 그때부터 자신들의 범행을 자백하기 시작하였으며, 피고인 박○○은 영양군 입암면 출신으로 경상북도 도의회 의원까지 지낸 인물이고, 위 피고인을 주로 조사하여 금품 수수 사실을 자백하는 진술을 받은 경찰관 권○○도 입암면이 고향으로 위 피고인 아들의 중학교 후배 인 점 등에 비추어 볼 때, 경찰에서 피고인들이 금품 수수사실을 자백하는 내용의 진술을 한 것은 그 진술에 허위개입의 여지가 거의 없고 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 만한 상태에서 행하여졌다고 보인다.

따라서 경찰수사 단계에서 범행을 자백하는 피고인들의 진술을 내용으로 하는 증인 권○○와 김○○의 원심 및 당시 법정진술은 그 증거능력이 있고, 피고인들의 신분이나 지위에 비추어 볼 때 자백의 의미나 중요성을 제대로 헤아리지 못한 채 허위자백을 하였다고 볼 수 없는 만큼 그 신빙성도 충분하다고 할 것이다.

* 서명웅(2010), 사법경찰관 등 조사자증언제도-활성화를 위한 해석중심으로, 연세대학교 석사학위논문, 24쪽 이하 판례 재인용 편집.

* 증거능력 관련 2010년 이후의 비교적 최신판례에 대해서는 한연구(2018), “사법경찰관의 조사자증언과 수사상 진술의 증거활용”, 형사법의 신동향 통권 제60호; 한제희(2020), “한국식 형사증거법의 실태와 고민”, 형사사송 이론과 실무, 한국형사소송법학회 제12권 제2호 참조.

IV. 결론

2020년 신형사소송법에 따라 검사작성 피의자신문조서의 증거능력 규정인 제312조 제1항이 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건과 동일하게 규정하는 방식으로 개정되고, 피고인이 조서의 진정성립을 부인하는 경우 영상녹화물 등 객관적인 방법을 통하여 그 조서의 실질적 진정성립을 증명하는 방법이었다던 제312조 제2항이 삭

제됨으로써 이제 수사기관에서 작성된 조서는 피고인의 내용부인만으로 증거의 세계에서 사라지게 되었다. 하지만 입법자는 한편으로 이로 인해 형사소추권이 약화될 것을 우려하여 이를 보완하기 위한 방안으로 2007년 도입한 조사자증언제도를 존치시켰고, 따라서 2020년 신형사소송법상에서도 조서는 간접적으로나마 증거의 세계에서 부활할 수 있는 기회를 여전히 가지고 있다. 학계에서는 수사단계에서의 투명성을 충분히 담보하는 장치가 확보되지 않은 상황에서 조사자증언에 독자적인 증거능력을 갖도록 한 형사소송법 제316조 제1항은 제312조와의 관계에서 모순이기 때문에 증거능력을 허용해서는 안 된다고 하는 주장이 여전히 설득력 있게 제기되고 있다. 그러나 이러한 주장은 1954년 형사소송법 제정 당시의 수사현실에 근거한 입법취지에만 천착하여 진화하는 범죄 현실과 피의자의 인권보호 및 위법수사 방지를 위한 각종 제도가 마련된 현재의 수사 현실을 도외시키고 있고, 그러한 결과 이론의 논리적 귀결이 2007년 개정 형사소송법 이전의 강학 상의 해석론으로 회귀하고 있다.

제도를 설명하고 정의할 수 있는 목적은 제도를 만든 생산자 또는 사용자의 목적에 있다. 따라서 제도 설립의 목적을 위해 제도가 존재하기 위해서는 목적개념이 제도에 완전히 수용되어야 한다.³⁴⁾ 조사자증언제도는 공판중심주의를 강조하면서 그 동안에 지속적으로 이어온 조서재판의 현실에 대한 비판적 의견을 반영하여 조서재판의 폐해를 극복할 수 있는 제도적 방안을 모색하고자 하는 의도 하에 검사작성 피의자신문조서의 증거능력을 배제시키면서도 증거능력을 전면적으로 배제할 경우에 형사소추권이 약화될 것을 우려하여 이를 보완하면서도 구두변론주의를 실현하기 위하여 도입되었다. 이러한 도입 취지와 제도의 입법과정에 비추어 볼 때 제316조 제1항의 규정은 조사자의 증언을 제312조 제3항에도 불구하고 증거로 인정하겠다는 입법적 의지라는 점을 분명히 알 수 있다. 생각건대, 2007년 개정 형사소송법의 입법 취지에 비추어볼 때 제316조가 전문법칙의 예외 규정으로서 조사자증언의 증거능력을 인정한 것에는 의문의 여지가 없다. 이러한 입법 취지를 몰각하고 증거능력을 인정하는 제도가 이미 도입되었음에도 강학 상의 해석론과 현상에 대한 진단과 전망만으로 조사자증언의 증거능력을 부정하는 견해는 타당하지 않다.

34) H. 요나스 지음/이진우 옮김(1994), 책임의 원칙: 기술 시대의 생태학적 윤리, 서광사, 104쪽. 이하 참조.

2020년 신형사소송법은 검사작성 피의자신문조서의 증거능력을 제한함으로써 사실상 피의자신문조서를 증거로 사용하지 말라는 입법정책적 결정을 하였고, 비록 15년이 지난 시점이지만 이제 조사자증언제도는 제도 도입 당시의 입법 취지에 맞는 지위를 회복하게 되었다. 즉 2007년 제도 도입 당시 조서와의 공존으로 인해 제도 도입의 토대가 상실되어 그 제도적 존재 기반을 잃어버리고, 제도 자체의 본질적 기능마저 상실한 제도로 평가³⁵⁾ 받았던 조사자증언제도는 2020년 신형사소송법의 제312조 개정³⁶⁾에 따라 제도 도입 당시의 입법 취지에 맞는 지위를 회복하게 된 것이다. 이는 돌이킬 수 없는 시대의 흐름으로 앞으로 우리 형사사법체계와 실무에 비가역적인 큰 변화를 가져올 것이다. 이런 상황에서 현실적으로 조사자증언의 증거능력 인정 여부를 논의하는 것은 아무런 실익이 없다. 조사자증언제도는 조서 내용을 그대로 재판에 사용하는 것 보다는 피의자를 조사한 조사자를 통하여 피의자 진술의 의미와 내용을 피고인 측의 반대신문을 거쳐 다시 한 번 따져보고 음미하는 작업이라고 할 수 있다.³⁶⁾ 이러한 점에서 구두주의, 직접주의가 관철되고 또한 피고인의 반대신문권이 보장되는 등 공판중심주의에 부합하는 제도인 점은 분명해 보인다.

이제 우리가 고민해야 할 부분은 조사자증언제도가 2007년 도입되었음에도 불구하고 조사자증언제도가 아직 실무에서 많이 활용되지 않고 있다는 점이다. 그 이유로는 형사소송법 제316조를 통하여 조사자증언제도가 도입되었지만 피의자를 조사한 경우나 참고인을 조사한 경우나 모두 조사자증언이 증거로 사용되기 위하여 피의자나 참고인 진술의 특신성이 인정되어야 하는데³⁷⁾ 판례는 조사자증언이 특신상태에서 이루어졌는지 여부를 엄격히 심사하면서 대부분의 경우 조사자증언의 특신상태를 인정하지 않으려는 경향이 있어 특신성 요건을 충족시키기 쉽지 않다는 점 등이 지적되고 있다.³⁸⁾ 조사자증언의

35) 이용식(2012), 앞의 논문, 313쪽.

36) 수사기관에서 작성한 조서는 작성자가 처음부터 의도를 가지고 일관된 목적을 지향하여 가는 하나의 작품이라고 할 수 있다는 지적에서 알 수 있듯이 아무리 적법성과 임의성을 확보하여 작성한다고 하더라도 태생적인 불완전성으로 인해 이에 근거한 재판 관행에 대해 그 동안 많은 비판이 현재 진행형으로 계속해서 제기되고 있다.

37) 형사소송법 제316조 제1항에서 말하는 ‘그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 때’라 함은 그 진술을 하였다는 것에 허위 개입의 여지가 거의 없고, 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 의미한다.(대법원2007.7.27. 선고 2007도3798, 대법원 2012.4.12. 선고 2011도10926 판결 등)

38) 이승규(2020), 위의 논문, 302-303.

실질은 자백에 대한 전문증언이므로 자백의 보강법칙이 적용되며 따라서 조사자증언은 수사기관에서의 피의자의 자백 이외에 다른 증거가 있으나 다른 증거만으로는 공소사실을 인정하기에 다소 부족한 경우 유죄의 증거로 사용될 수 있는 바 수사기관의 입장에서는 특신상태의 판단 등 조사자증언의 증거능력을 인정함에 있어 다소 완화된 태도가 필요하다고 하겠으나, 제도 도입의 취지가 조사자증언제도의 도입으로 인해 피고인의 지위가 더 열악해지는 것을 염두에 두고 있는 것이 아니라는 점에서 앞으로도 특신상황의 요건은 제한된 범위에서 엄격하게 적용될 것으로 예상된다. 실제 판례의 태도 또한 2007년 개정법 이전의 판례의 태도에서 크게 벗어나지 않은 것 같다.³⁹⁾ 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 하급심 판례에서 조사자의 증언을 인정하지 않은 종래의 대법원 판례의 태도와 달리 제316조 제1항에서 피고인의 진술을 내용으로 하는 조사자의 증언은 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행해졌다면 증거능력을 인정하는 사례도 등장하고 있다는 점은 주목된다.⁴⁰⁾ 앞으로 조사자증언제도가 활성화될 경우 특신상황 요건의 구체적인 정도와 인정방법에 대한 학설과 판례의 발전이 있을 것으로 기대되는 부분이다.

한편 조사자증언제도가 활성화되지 않는 주된 이유가 법원에서 특신상황을 인정받지 못하여 조사자증언이 아무런 실익이 없는 경우가 되는 사례가 많다는데 있으므로 조사자증언과 관련하여 원진술자 진술의 특신상황을 인정받을 수 있도록 하는 방안을 강구할 필요가 있을 것이다. 이를 위해 조사과정에 필요적으로 변호인 또는 신뢰관계 있는 사람을 동석시키거나 조사과정 전부를 영상 녹화하는 방안을 고려할 필요가 있을 것이다. 또한 한편으로 검사와 사법경찰관의 관계가 협력관계로 재정립(법 제195조)되고, 사법경찰관 수사권이 인정된 변화된 수사 실무 상황을 고려할 때 변화된 수사실무에서는 중복 수사가 지양될 것이고 이에 따라 보완수사의 요청이 강화될 것으로 보이는데,⁴¹⁾ 사법경찰관작성의 피의자신문조서가 피고인의 내용부인으로 인정되지 않는 상황에서는 당연히 조사자증언제도를 활용할 것이고, 이를 위해서는 특신상황의 인정이 무엇보다 중요하기

39) 조사자증언의 증거능력을 부정한 판례 청주지법 충주지원 2008.6.5. 선고 2008고단70, 대전지방법원 2008.7.3. 선고 2008노507, 부산지방법원 2008.6.13. 선고 2008노500, 서울남부지방법원 2008.7.2. 선고 2007고단2471, 의정부지방법원 2016.4.19. 선고 2015노3368 판결

40) 조사자증언의 증거능력을 인정한 판례 대구고등법원 2008.11.27. 선고 2008노293

41) 실제로 검경 수사권 조정 뒤 검찰의 보완수사 요구는 급격히 증가한 것으로 나타나고 있다. “수사권 조정 이후…警 “사건처리 폭증” 檢 “야근 줄었다” 2021. 5. 18. 동아일보 인터넷기사, <https://www.donga.com/news/Society/article/all/20210518/106988620/1?ref=main>, (검색일 2021. 5. 27.)

때문에 검사는 보완수사 요청뿐만 아니라 수사의 전 과정에서 특신상황이 확보되고 있는지를 계속해서 확인하고 요청할 필요가 있을 것이다. 바로 공익의 대표자로서의 검사의 지위가 강조되는 지점이다.

참고문헌

- 권순민, “형사소송법상 조사자증언제도의 합리적 운영방안”, 법학논총 제34권 제2호, 2010
- 김정연·김성룡·김희균, 법정 외 피의자 등의 증언 활용방안, 법무부 연구용역보고서, 2020
- 신동운, “한국 형사사법의 개혁과 전망”, 비교형사법연구 제8권 제1호, 2006
- 류부곤, “검사작성 피의자신문조서의 증거능력에 대한 입법적 제언”, 형사소송 이론과 실무 제9권 제1호, 한국형사소송법학회, 2017
- 신동운, “사법개혁추진과 형사증거법의 개정”, 법학 제47권 제1호, 서울대학교, 2006
- 이용식, “조사자증언제도에 대한 비판적 소고”, 형사정책 제24권 제3호, 한국형사정책학회, 2012
- 서맹용, 사법경찰관 등 조사자증언제도-활성화를 위한 해석중심으로, 연세대학교 석사학위논문, 2010
- 한인섭, “국민참여재판과 경찰관 법정증언제도”, 치안정책리뷰 제7호, 2008
- 이순옥, “영상녹화의 적극적 활용 및 증거능력 인정 필요성에 대한 검토”, 형사법의 신동향 통권 제70호, 2021
- 이재상, 형사소송법 제6판, 박영사, 2004
- 이재상·조균석, 형사소송법 제13판, 박영사, 2021
- 심재무, “피의자진술의 법정현출방식과 조사자증언의 증거능력”, 비교형사법연구 제12권 제1호, 2010
- 신양균, “형사소송법의 개정방향”, 법학연구 통권 제32집, 전북대학교 법학연구소, 2011
- 신이철, “형사증거법상의 조사자(특히, 조사경찰관) 증언에 대한 소고”, 외법논집 제33권 제4호, 한국외국어대학교, 2009
- 이은모, 개정 형사소송법상의 증거법칙에 대한 검토, 법학논총 제24권 제2호, 한양대학교 법학 연구소, 2007
- 이주원, 형사소송법 제3판, 박영사, 2021
- 임웅·도규엽, “개정 형사소송법 제316조에 대한 고찰 - 조사자증언제도를 중심으로”,

성균관법학 제23권 제2호, 2011

조기영, “증거재판주의와 새로운 증명방법의 증거능력”, 동아법학, 제66호, 2015

정승환, 형사소송법, 박영사, 2018

한연규, “사법경찰관의 조사자증언과 수사상 진술의 증거활용”, 형사법의 신통향 통권 제60호, 2018

한제희, “한국식 형사증거법의 실태와 고민”, 형사사송 이론과 실무, 한국형사소송법학회 제12권 제2호, 2020

홍진영, “개정 형사소송법 제312조에 대한 검토-조사자증언은 과연 최우량증거인가”, 형사소송 이론과 실무 제12권 제1호, 2020

H. 요나스 지음/이진우 옮김, 책임의 원칙: 기술 시대의 생태학적 윤리, 서광사, 1994

대법원1967.6.13. 선고 67도608

대법원1968.11.19. 선고 68도1366

대법원1974.3.12. 선고 73도2123

대법원1975.5.27. 선고 75도1089

대법원1976.3.9. 선고 76도32

대법원1980.8.12. 선고 80도364

대법원1982.2.23. 선고 81도3324

대법원1983.6.14. 선고 83도1011

대법원1997.10.28. 선고 97도2211 판결

대법원2007.7.27. 선고 2007도3798

대법원 2012.4.12. 선고 2011도10926 판결

대구고등법원 2008.11.27. 선고 2008노293

청주지법 충주지원 2008.6.5. 선고 2008고단70

부산지방법원 2008.6.13. 선고 2008노500

서울남부지방법원 2008.7.2. 선고 2007고단2471

대전지방법원 2008.7.3. 선고 2008노507

의정부지방법원 2016.4.19. 선고 2015노3368 판결

동아일보 인터넷기사(2021. 5. 18.), “수사권 조정 이후… 경찰 “사건처리 폭증” 檢 “야근 줄었다” <https://www.donga.com/news/Society/article/all/20210518/106988620/1?ref=main>

A Review on the Investigator Testimony System under the Amended Criminal Procedure Act in 2020

An, Sung-Hoon

The denial by the defendant in his or her written statement invalidates the written statement submitted by investigation authorities under the Criminal Procedure Amendment Act in 2020 where the Article 312 (1) regarding prosecutor's interrogation dossiers has been amended in the same way as the conditions for the admissibility of evidence of police officer's interrogation dossiers is provided, and the Article 312 (2), which was the way to prove the substantial authenticity of the interrogation statement via the objective way such as the video recording of interrogation when the defendant denies the authenticity of the written statement, is deleted.

However, lawmakers who were concerned about the curtailment of the right of a criminal prosecution of public prosecutors did decide to maintain the Investigator Testimony System introduced in 2007 and the written statement under the Criminal Procedure Amendment Act in 2020 still has an opportunity to survive indirectly in the world of evidence.

The argument coming from academia is still persuasive that the admissibility of evidence should be invalidated, because the Article 316 (1) of the Act in 2020, granting the independent admissibility of evidence to the written statement by investigation authorities with no defensive measures to fully guarantee the transparency at the investigation stage, has been in contradiction with the Article 312.

However, the above argument adheres to the purpose based on past realities about investigation at the time when the Criminal Procedure Act was enacted in 1954, but ignores current realities about investigations, including evolving crimes, victims'

human rights, all preventive measures against illegal investigations, and, as a result, logical consequence of theory is going back to pedagogical interpretations before the Criminal Procedure Amendment Act in 2007.

The Investigator Testimony System has been implemented in order to emphasize the Court-oriented Trial System, exclude the admissibility of evidence of the prosecutor's interrogation dossiers, with the intention of using criticisms against the reality of Statement Trial System standing on its own and seeking for solution in a systematic way to overcome the negative effects of the Statement Trial System, compensate for the curtailment, after being concerned about the curtailment of the right of a criminal prosecution of public prosecutors on the condition that the admissibility of evidence is totally ignored in a criminal court, and realize principle of oral proceedings.

In light of the purpose and legislative process of the Criminal Procedure Act, the Article 316 (1) is clearly seen as a legislative volition where investigator testimony is admissible in criminal court, notwithstanding the Article 312 (3).

Coming to thinking of the purpose of the Criminal Procedure Amendment Act in 2007, there is no question that the Article 316 of the Act admits the admissibility of testimony by investigator as evidence as an exception to the hearsay rule.

It is inappropriate to be ignorant of the purpose of the Act and hold the view that negates the admissibility of the investigator's testimony as evidence, simply based on pedagogical interpretation or diagnosis and prospect of the phenomenon, although the system admitting the admissibility of evidence has come into existence.

❖ key words: Investigator's testimony, prosecutor's interrogation dossiers, police officer's interrogation dossiers, interrogation dossiers, admissibility of evidence, trial-priority principle, principle of oral proceedings

경찰의 자치경찰제도 도입 과정에 대한 소고 - 비판이론적 관점을 중심으로*

라광현** · 박준휘***

국 | 문 | 요 | 약

이 연구는 자치경찰제도 도입 과정을 개관하고, 관련 문헌 및 조사자료를 활용하여 도입과정에서 나타난 절차 및 제도의 내용 상 문제점을 비판이론적 관점에서 검토하는 것을 목적으로 한다. 비판이론은 현대 행정에서 시민들이 물상화되고 이들의 실제적인 필요와 욕구가 통치엘리트나 전문가들에 의하여 왜곡되고 있는 부당한 현실을 지적한다. 비판이론의 관점에서, 일선 관료의 비인간화(쟁점 1), 시민 등 정책 관련자들의 비인간화(쟁점 2), 정책과 실제 필요 간의 괴리(쟁점 3)라는 세 가지 쟁점을 설정하고 자치경찰제 도입 과정과 관련한 각종 자료를 활용하여 제도 도입 과정의 문제점을 검토하였다. 쟁점 1과 쟁점 2의 경우 일선 경찰관들, 시민, 지자체가 자신들과 관련한 정책 추진과정에서 소외되고 도구화되었음을 확인할 수 있었다. 특히, 일선 경찰관들과 지자체의 경우 공개적으로 의견수렴 부재 문제를 제기하기도 하였으며, 시민들은 자치경찰제도 도입 과정 전반에 대해 이해할 기회조차 갖지 못했다. 쟁점 3의 경우, 자치경찰제도가 “자치” 경찰제도로서의 기능을 하기 어렵게 설계되었다는 점이 드러났으나, 제도상 분명한 제약이 있음에도 지자체와 경찰이 협업하여 소기의 성과를 낼 가능성은 다소나마 존재한다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2021.6.30.2.95>.

❖ 주제어 : 자치경찰제도, 경찰혁신, 비판이론, 비판행정학

* 이 논문은 동아대학교 교내연구비 지원에 의하여 연구되었음.

이 논문의 일부는 2021년 대한법치학회 전기학술대회에서 발표되었습니다.

** 동아대학교 경찰·소방학과 조교수

*** 한국형사정책연구원 범죄예방·처우연구실 실장

I. 서론

현 정부에서 사법개혁의 일환으로 경찰 개혁이 이루어졌으나, 경찰 개혁을 통하여 오히려 경찰 조직이나 권한이 확장될 가능성이 있다는 의심을 지울 수 없다. 수사권 조정에 따른 국가수사본부의 설치에 경찰 권한 증가에 따른 것으로 실질적으로 경찰의 권한 및 조직이 확대되었다. 더불어, 사실상 수사권 조정으로 인한 경찰비대화를 방지하기 위해 자치경찰제도가 추진되었음에도 경찰조직 및 권한은 줄어들지 않고 오히려 시도자치경찰위원회¹⁾가 신설되는 것과 동시에 경찰청 및 시도청에는 자치경찰담당관실 및 자치경찰 차장 또는 부(部)가 신설되는 등 경찰 기능 및 조직이 확장되는 모양새를 보여준다.(행정안전부·경찰청, 2020; 이준영, 2020).

한편, 자치경찰제도는 지역밀착형 서비스 제공 및 지방행정과 연계를 통한 종합자치행정의 실현 등을 표방하고 있으나²⁾, 자치경찰제 도입 과정에서 지자체가 제 목소리를 내기 어려웠으며 시민들의 이해관계가 고려되고 있지 않은 것으로 보인다. 물론 아직 시민들이 자치경찰제도의 이익을 체감할 수 있는 단계가 아닌 것도 분명하다. 그럼에도 자치경찰제도가 도입되는 과정에서 여러 가지 문제들이 노정되었음은 분명해 보인다.

이에 이 연구는 자치경찰제도 도입 과정에서 나타난 절차·형식 및 제도의 내용 상 문제점을 검토하는 것을 목적으로 한다. 다만, 이러한 연구주제는 가치판단의 문제와 뒤얽혀 계량화된 분석을 통해 결과를 도출하기도 어려울 뿐만 아니라, 명확한 이론적 틀 없이 막연한 인상을 가지고 접근하다보면 주관적인 인상을 근거로 한 비난이 되기 쉽다. 따라서 이 연구에서는 관료제에 기반의 국가행정에 비판을 가하며, 속의민주주의와 같이 현대의 정부들이 추진하는 다양한 제도의 근거를 제공하고 있는 비판이론을 분석 및 대안제시의 틀로 삼아 자치경찰제도가 도입되는 과정에 대해 검토하였다.

1) 물론 시도자치경찰위원회는 광역시도 소속이나 각 위원회에 다수의 국가경찰 소속 경찰관들이 파견 신분으로 근무를 하고 있으며 총경 등 간부급 경찰관들도 다수 파견되어 있다. 이는 실질적으로 경찰 간부직을 증가시키는 효과가 있다. 더불어, 후술하는 바와 같이 경찰청 및 시도경찰청에는 이에 대응하는 조직이 신설될 뿐만 아니라, 위원회 위원으로 퇴직경찰관들이 다수 참여하고 있다.

2) 문화체육관광부, “자치경찰제”, 대한민국 정책브리핑 홈페이지, 2020년 3월 2일.

II. 비판이론과 경찰개혁

1. 비판이론

가. 개관

비판이론의 본류는 칸트의 비판철학과 마르크스의 이데올로기 비판으로, 이 이론은 신마르크스주의로 분류되기도 한다. 다만 기존의 마르크스주의가 정치·경제적 제도에 초점을 둔 것과는 달리, 프랑크푸르트학파의 비판이론은 이를 포함하여 철학, 사회, 문화 등으로 관심의 영역을 확장하였으며, 급진적인 해방보다는 관료들의 자아성찰 및 시민들에 대한 계몽 등을 통한 개혁을 시민계급이 자율성을 회복하기 위한 방법론으로 삼는다(이도형, 2013; 조극훈·전석환, 2011).

비판이론가 및 비판행정학자들은 현대 행정에서 시민들이 물상화되고 이들의 실제적인 필요와 욕구가 통치엘리트나 전문가들에 의하여 왜곡되고 있는 부당한 현실을 지적한다. 또한, 관료제 조직 하에서 하위 관료들은 목표 달성을 위한 하나의 도구에 불과하며 시민들과 마찬가지로 비인간화(Depersonalization)³⁾ 되고 있음을 주장한다(이도형, 2013). 즉, 근대 국가에서의 행정과 정책은 궁극적으로 시민을 위해 봉사해야 하지만, 오히려 이들이 국가의 중요한 의사결정과정 및 집행과정에서 소외되었다는 것이다.

비판이론가들의 담론 중 특히 2세대 프랑크푸르트 학파의 대표주자인 Jürgen Habermas의 사상은 철학, 사회학, 정치학, 행정학 등 다양한 학문 분야에 영향을 미쳤다. 실제로, Habermas의 절차민주주의, 담론민주주의 및 공론장에 대한 논의는 여러 국가에서 시도되고 있는 숙의민주주의와 직접민주주의적인 정책 및 프로그램의 발전에도 큰 영향을 미쳤다. 더불어, 대표적인 비판행정가인 Denhardt가 주창한 신공공서비스론(Denhardt & Denhardt, 2003) 또한 시장지향적 행정으로 인한 문제점과 기존 관료제에 대한 비판을 극복하기 위한 대안으로 현대 행정에 영향력을 발하고 있다.

3) Depersonalization은 인지심리적 장애의 일종인 이인증을 지칭하기도 하나, 여타 사회과학분야에서는 “비인간화”로 번역하여 행위의 주체가 타인의 완전한 인간성을 의식적·무의식적으로 부정하거나 축소하여 인식하며, 이러한 인식에 따라 타인을 대우하는 경향을 지칭한다. 비판행정학에서의 비인간화는 대체로 기술관료(특히, 고위 관료)에 의하여 하급 관료 및 시민들이 정책 형성 과정이나 실행에서 소외되거나 배제되는 현상을 의미한다.

나. 공공행정에 대한 비판이론의 문제의식과 대안

1) 문제의식

비판행정이론에 따르면 기존의 행정학 및 관료들은 정치-행정 이원론에 기반 하여 행정의 도구성을 강조하였다(윤은기, 2018). 즉, 가치판단은 정치의 영역에서 이루어지며, 행정은 정치 영역에서의 판단을 이행하는 효율적인 도구가 되어야 한다는 것이다. 정치-행정 이원론과 관련하여 크게 두 가지 문제가 발생하고 있다.

첫째는, 정치-행정 이원론을 고수하는 과정에서, 본질적으로 가치판단문제로부터 자유로울 수 없는 행정 현장과 가치판단을 배제하고자 하는 행정실무 사이에서 괴리가 발생하였다. 특히 기술 관료들이 여론에 거리를 두고 전문지식 및 통계자료 등에 준거해 정책을 수립하려는 태도를 견지함에 따라, 정책의 효율성 및 기술 합리성이 강조되는 반면 행정작용의 사회적 가치는 정책 결정 과정에서 큰 영향을 미치지 못하게 되었다(Denhardt, 1981).

둘째는, 정치-행정 이원론과 기술관료제를 방패막이 삼아 실질적으로 행정관료들이 정책결정에 중대한 영향을 미치는 것이다. 이는 다시 말하면, 행정관료들이 정치-행정 이원론에 따라 특정한 정책 결정 과정에 가치판단을 하지 않는 듯한 표면적인(공식적인) 태도를 보이지만, 그 이면에서 전문지식을 왜곡하거나 그 한계를 무시하고 자신들의 이해관계에 따라 정책방향을 조정한다는 것이다.

이러한 문제들과 관련하여, 비판이론가들은 기존의 행정조직 및 정책형성과정이 시민들 및 하급 관료들을 소외시키고 물상화하여, 법률 및 기존 행정관행에 지나치게 의존하고, 정책 대상의 실제 필요와 정책 목표 및 성과 간에 불일치가 발생하였음을 지적한다.

2) 대안

본고와 관련하여 비판이론에서 제기하는 공공행정의 문제는 1) 기술 관료에 의한 특권적 지배와 2) 시민들의 실제적 필요와 괴리가 있는 권력 혹은 정책의 강제적 집행으로 요약될 수 있다. 즉, 문제의 근원이 국가 권력 작용의 결정 및 집행 방식 등 국가권력에 있다는 것이다.

Habermas는 권력이 사회적으로 바람직하게 활용되기 위해서는 권력의 속성을 권력

(혹은 법령, 정책)이 형성되는 과정과 집행되는 과정으로 구분해야 한다고 주장한다. 전자의 권력은 의사소통적 권력, 후자의 권력은 다소간의 강제력을 수반하는 행정적 권력이며, 이 두 권력은 균형을 이루어야 한다(이동수, 2001).

의사소통적 권력은 법과 정책의 형성 과정이 개방되어 시민사회에서 다양한 이해관계를 가진 개인 및 집단들이 서로 논의하며 상호주관성 혹은 간주관성(intersubjectivity)을 바탕으로 법 정책이 형성되어야 함을 전제로 한다(장명학, 2003). 다시 말하여, 시민사회 혹은 공론장에서 다양한 개인 및 집단이 논의에 참여하여, 서로 간의 이해관계를 조정하고 상호이해와 공감을 기초로 법 정책이 마련되어야 한다는 것이다. 이러한 과정을 통해 도출된 법 정책은 시민 등 이해관계자들의 자발적인 순응으로 이어질 수 있으며, 시민들이 도출한 범위 내에서 행정적인 권력의 사용이 용인된다. 이러한 관점에서, 공공행정의 문제를 해결하기 위한 대안으로 관료들의 성찰 및 시민들에 대한 계몽과 더불어 숙의민주주의, 직접민주주의 등이 제안된다.

2. 비판이론의 경찰행정에 대한 적용 필요성

가. 문제의식

공공행정의 문제점에 대한 비판이론 및 비판행정론 관점에서의 지적은 경찰행정에도 적용될 수 있다. 경찰이 추진하는 치안정책과 내부정책(인사정책 등)은 시민들 및 일선 경찰관들의 필요와 이해관계를 반영해야 한다. 예컨대, 경찰의 방법 정책은 시민들을 안전하게 만들거나 범죄의 두려움을 낮춰야 하며, 경찰관 복지 정책은 경찰관들의 삶의 질을 개선해야 한다. 다만 여타 공공행정과 마찬가지로 경찰행정에서도 정책의 목표와 정책 대상의 실질적인 욕구 및 필요 간의 괴리가 존재할 수 있다. 최근 경찰의 아스트라제네카 백신 접종과 관련한 논란이나, 경찰수사에 따른 범죄피해자의 2차 피해 등은 전술한 문제점을 보여주는 사례라고 할 수 있다.

나. 대안

전술한 바와 같이 비판이론 관점에서 볼 때, 신자유주의와 관료제 하에서 발생하는

행정의 여러 가지 문제점들을 극복하기 위해서는 1) 관료들의 비판적 자아성찰이 필요하며, 2) 숙의민주주의, 직접민주주의 등의 방식을 통하여 관련 집단과 시민들이 정책 형성 과정에 좀 더 적극적인 참여 할 것이 요구된다(Denhardt, 1981; 하버마스, 2004(역)).

이러한 관점에서 자치경찰제도는 1) 경찰관들이 상급자가 아닌 시민들에게 봉사하게 하며 2) 조직 체계의 평탄화(flattening)를 통하여 조직 내 의사결정 구조를 단순화하고 3) 의사결정 과정에 지자체와 시민들의 관여를 증가시키는 등 경찰 조직과 시민들 간의 의사소통을 개선하여 기술 관료에 의한 정부운영의 폐단과 일선 경찰관들 및 시민들의 물상화를 시정할 수 있는 수단으로 볼 수 있다.

다만, 우리의 자치경찰제도 도입과정 중 제도를 둘러싼 각 이해관계자들의 인식의 격차 및 인식의 격차가 해소(처리)되는 과정을 살펴 볼 때, 자치경찰제도는 오히려 현 경찰 구조의 정당성을 강화하고 기술 관료제를 공고히 하는 수단으로 활용되는 것으로 보인다. 이에 이하에서는 비판 이론적 관점에서 자치경찰제도의 도입과정을 검토하고, 조사 자료를 활용하여 제도와 관련한 이해관계자들의 인식 차이를 확인하며, 인식 차가 해소(처리)되는 과정을 비판적으로 검토한다.

3. 분석의 틀

이하에서는 최근 입법화된 자치경찰제도의 도입 과정 및 경찰관들의 인식을 비판 이론적 관점을 토대로 분석하고자 한다. 분석을 위해 비판이론의 관점과 관련된 자치경찰 제도 도입에서의 쟁점을 아래와 같이 제시한다.

쟁점 1. 일선 관료의 비인간화

자치경찰 추진과정에서 일선 경찰관들이 참여하고 이들의 이해관계가 반영 되었는가

쟁점 2. 시민 등 정책 관련자들의 비인간화

자치경찰 추진과정에서 정책 이해관계자들 및 관련 집단이 참여하고 이들의 이해관계가 반영 되었는가

쟁점 3. 정책과 실제 필요 간의 괴리

우리나라에 도입된 자치경찰제도는 제도 본래의 목적을 달성할 수 있도록 설계된 것인가

이하에서는 우리나라의 자치경찰제도 도입 배경 및 과정을 개관한 후, 전술한 쟁점을 자치경찰제도 도입 과정에서의 논의 및 경찰관들의 인식조사 결과를 바탕으로 분석하였다.

Ⅲ. 경찰의 자치경찰제도 도입 배경 및 경과

1. 도입 배경

자치경찰제도 도입 논의는 해방 이후부터 지속되었으며, 1989년 개헌 이후 지방자치 제도가 본격적으로 시작 된 이후 매 정권마다 자치경찰제도 도입에 대한 논의가 이루어져 왔다(심민규·박종승, 2018). 자치경찰제도 도입은 지방자치제도의 이념에 따라 지역의 안전 문제를 지역사회에서 관리하고 책임진다는 당위적인 필요성과 더불어, 지역사회가 분화됨에 따라 지역 사회의 실질적인 치안 수요를 파악하고 지역사회의 실정에 적합한 치안서비스를 제공해야 한다는 실용적인 필요성을 가지고 있다.

현 정부도 “현재 국가경찰체계 만으로는 주민들의 다양한 치안수요 대응에 한계”가 있음을 지적하고 “자치경찰제 도입으로 지역 맞춤형 치안서비스 제공”해야 한다는 점을 자치경찰제도 도입의 표면적인 목적으로 삼고 있다.⁴⁾ 즉, 기본적으로 자치경찰제도는 지역성이 높은 치안사무를 자치행정과 연계 혹은 통합하여, 지역사회 수준의 종합행정을 실현하는 수단으로 볼 수 있다.

2. 현 정부의 자치경찰제도 도입 경과

오랜 기간 논의만 지속되던 자치경찰제도의 도입은 문재인 정부 들어 추진의 속도를

4) 문화체육관광부, “자치경찰제”, 대한민국 정책브리핑 홈페이지, 2020년 3월 2일.

높이며, 2021년 1월 1일부로 시행되게 되었다. 실질적으로는 2021년 4월 5일 충청남도 자치경찰위원회의 출범을 시작으로 각 광역시도의 자치경찰위원회가 구성되며 자치경찰 제도가 본격적으로 추진되었다.

이와 같이 자치경찰제도 도입이 급물살을 탄 것은 자치경찰제도의 필요성 보다는 현 정부의 사법개혁에 대한 의지로 인해 자치경찰제도와 관련한 정책변동의 창(window of policy change)이 열린 것으로 볼 수 있다. 실제로 현 정부의 수사권 조정 논의 과정에서 자치경찰제도 도입은 경찰 비대화의 반대급부이자 검찰과 경찰의 협상조건으로 활용되었다.

현 정부의 공약인 자치경찰 도입 논의가 본격화·구체화 된 것은 경찰개혁위원회의 광역단위 자치경찰제 도입 권고(2017. 11. 3.)로 볼 수 있다. 당시 경찰개혁위원회의 권고안은 경찰 조직 및 인력 모두가 국가경찰과 자치경찰로 완전하게 분리되는 이원화 모델이었다. 이후 2018년 3월 제주지방경찰청에 자치경찰 TF가 구성되며 제주 지역의 자치경찰 확대실시가 추진된다(제주지방경찰청, 2020).

이후 사실상의 정부안이라고 볼 수 있는 홍익표 의원의 자치경찰법안이 국회에 제출되었다. 홍익표 의원안은 지역경찰 수준에서 국가경찰과 자치경찰이 분리되는 이원화 모델을 기초로 하고 있다. 정부안에 따른 이원화 모델은 여러 가지 비판을 받았다. 시범 운영 현장에서 발생하는 여러 가지 운영상의 문제점들도 지속적으로 제기되었으나, 정치권에서 가장 큰 문제로 지적되는 것 중의 하나는 치안공백에 대한 우려 및 경찰조직 및 인력 분리로 발생하는 예산 문제였다.

결국 시범운영 3단계가 진행되고 있던 2020년 7월 30일 당정청 협의회 이후, 자치경찰제 도입 모델은 갑작스럽게 일원화 모델로 변경된다⁵⁾(이후 김영배 의원안에 반영). 이원화 모델과 관련하여 일원화 모델의 가장 큰 특징은 자치경찰 조직의 분리 없이 현 조직구조 내에서 국가경찰사무, 자치경찰사무, 수사경찰사무를 분장하여, 자치경찰사무의 경우 시도경찰위원회의 관여가 가능토록 한 것이다.

새로운 자치경찰제 안 도출 과정에는 사실상 시민, 자치단체, 일선경찰관 등 이해관계자들이 배제되었기 때문에, 경찰직장협의회와 시도지사협의회 등 관련 단체에서 비판의

5) 정진형·김남희, “당정청 “수사권 조정·자치경찰·국정원 개칭…올해 내 처리”(종합)”, 뉴시스, 2020년 7월 30일.

목소리가 흘러 나왔다. 그럼에도 새로운 자치경찰법안은 결국 국회를 통과하고 2021년 1월 1일자로 시행되었으며, 전술한 바와 같이 2021년 4월 5일 충남을 시작으로 각 광역 시도별로 시도자치경찰위원회가 발족되어 2021년 6월 30일까지 자치경찰제 시범운영을 실시하고 7월 1일자로 자치경찰제가 본격 실시된다.

IV. 비판이론 관점에서 자치경찰 도입 관련 쟁점 검토

이 장에서는 자치경찰제도 도입 관련 문헌 및 조사자료를 활용하여 전술한 쟁점들을 검토하였다. 관련 문헌으로는 자치경찰제도 도입 논의 과정에서 생산된 토론회 자료, 「제주자치경찰 확대시행 추진 백서」 및 언론보도자료 등이 활용되었다. 조사 자료로는 한국형사정책연구원에서 2020년 11월 일선 경찰관들을 대상으로 실시한 설문조사 결과 및 7월 실시된 제주 지역 이해관계자들에 대한 인터뷰 자료를 2차자료로 활용하였다⁶⁾. 이들 자료를 바탕으로 자치경찰제도 도입과 관련한 자치경찰제도 도입과 관련한 경찰관들의 인식을 검토하였다.

1. 일선 관료의 비인간화

Denhardt(1981)는 조직의 목표달성을 위해 조직구성원(members)들과 고객들(clients)이 객관화되는데 이는 조직구성원들과 고객들의 비인간화(depersonalization)로 이어진다고 주장한다. 특히, 조직의 일선 관료들은 고위 관료들과는 다른 가치와 이해관

6) 일선 경찰관 인식 조사는 권역 및 지역특성(경찰서 급지)을 고려하여 5개 경찰관서를 선정하여 수행되었으며, 각 경찰관서의 부서별, 기능별, 계급 정원을 고려하여 표집 목표를 설정하였다. 총 624명의 자료가 분석되었다. 최종 표본의 계급은 경사 이하 51%(318명), 경위 이상 48%(298명)로 구성되었다. 조사자료와 관련한 구체적인 설명은 「한국형 자치경찰제 시행 및 정착에 관한 연구(II)」(박준휘 외, 2020)를 참조.

제주자치경찰 이해관계자들에 대한 인터뷰는 2020년 7월 20일부터 8월 5일까지 약 보름에 걸쳐 수행되었으며, 제주자치경찰단(경찰정책관, 수사과, 교통정보센터, 서귀포지역경찰대, 지역경찰관서), 제주지방경찰청(112종합상황실, 기획예산계, 교통과 등), 지역경찰관서(지구대, 파출소 등), 제주지방검찰청 검사 및 제주시청 실무자, 주민 등 30여명을 대상으로 조사하였다.

계를 가지고 있음에도 이러한 차이가 무시되며 조직 목표 달성을 위한 도구로써 사용된다. 이하에서는 국내에서 추진되고 있는 자치경찰제도와 관련하여 일선 경찰관들과 중간 간부들의 이해관계의 차이를 확인하고, 다른 이해관계에도 불구하고 제도 도입과정에서 일선 경찰관들의 이해관계를 반영하고자 하는 노력이 부족하였음을 지적하고자 한다.

가. 이해관계의 차이

자치경찰제도 도입과정에서 경찰관들의 이해관계가 계급 및 경찰관들이 처한 상황에 따라 상이하다는 점은 지속적으로 논의되어 왔다. 예를 들어, 이원화모델의 경우, 자치경찰의 계급정년 미채택 가능성 및 자치경찰 분리로 인한 중간간부 직책 증가 가능성 등으로 경찰 중간 간부들의 이해관계가 맞아떨어지는 부분이 있었다.⁷⁾ 즉, 이원화 된 자치경찰제도는 현재 국가경찰의 승진적체 문제 및 승진 적체로 인한 계급정년 도달에 따른 퇴직 문제를 해결해 줄 수 있는 방법이 될 수 있다는 것이다.

반면, 경사 이하의 경찰관들의 경우, 자치경찰제도 도입에 따른 잡무 증가의 우려가 높은 반면, 중간간부들과 달리 개인의 복리와 관련하여 특별히 기대할 만한 제도상의 장점이 없다. 이에 일선 경찰관들 사이에서는 자치경찰 지원자가 없을 경우, 일선 경찰관들을 강제 발령 시킬 수도 있다는 소문이 돌기도 하였다(일선 경찰관 대상 FGI 결과).

실제로, 한국형사정책연구원의 설문조사 자료를 보면, 경사 이하 계급(68%)보다 경위 이상 계급(52%)에서 자치경찰제도 전국 도입에 대한 반대 비율이 낮았으며, 경위 이상 계급(16%)의 경우 자치경찰로 전환할 의사가 경사 이하 계급(5%)보다 3배 가까이 높은 것으로 나타났다(표 1, 표 2 참조). 주목할 만한 부분은, <표 1>을 살펴 볼 때, 대부분의 자치경찰제 모형에서 중간간부의 찬성 비율이 높았으나, 유독 “현재 발의된 정부안”의 경우 경사 이하 및 경위 이상 경찰관의 찬성 비율 간 유의미한 차이가 없다는 점이다. 이는 여타 자치경찰제 모델과 달리 “현재 발의된 정부안” 하에서는 전술한 중간간부들이 기대할 수 있는 장점(계급정년 미채택 가능성 및 자치경찰 분리로 인한 중간간부 직

7) 참여연대의 자치경찰제 도입과 관련한 의견서에도 2019년 당시 정부안이 경찰 고위직을 “대폭” 증가시킬 우려가 있다고 지적한다(참여연대, 2019.5.17 보도자료). 더불어, 제주자치경찰단 현장조사 및 관련 토론회 등에서 자치경찰이 계급정년을 회피하고자하는 중간간부들의 퇴로로 활용될 수 있다는 점이 빈번하게 지적되었다.

책 증가)이 없다는 점에서 그 이유를 찾을 수 있다.

한편, 제주에서 시범 실시된 이원화 모델이 시범실시 기간 동안에도 현장의 상당한 혼란을 야기하였다는 점은 국가경찰에서도 분명히 인지한 것으로 보인다.⁸⁾ 그럼에도 불구하고 중간간부급 경찰관들이 경사 이하 일선경찰관들보다 제주형 모델을 선호하는 것은 전술한 바와 같이 간부급 경찰관들의 인사와 관련한 제주형 모델의 뚜렷한 장점 때문으로 보인다.

〈표 1〉 자치경찰제도 전국 도입과 관련한 일선 경찰관들의 인식

단위: 명(%)

자치경찰제도의 전국적 도입에 대한 생각...	계급		전체	
	경사 이하	경위 이상	명	%
현재 발의된 정부안 찬성	26 (8.3)	25 (8.7)	51	8.3
제주형 자치경찰제도 도입에 찬성(이원화 모델)	49 (15.7)	59 (20.6)	110	18.1
기초자치단체 수준의 자치경찰제 도입 찬성	2 (0.6)	9 (3.1)	11	1.8
광역자치단체 수준의 자치경찰제 도입 찬성	7 (2.2)	23 (8.0)	30	4.9
광역자치단체 수준에서 생활안전 등 일부 기능을 자치경찰로 이양하는 것에 찬성	14 (4.5)	18 (6.3)	32	5.3
어떤 형태의 자치경찰제도이든 반대	213 (68.3)	150 (52.3)	371	60.9
기타	1 (0.3)	3 (1.1)	4	0.7
전체	312 (100)	287 (100)	624	100
	χ 2=24.19 p<=.05			

주: '기타'의견을 제외하고 카이스퀘어 검정을 시행하였음.

출처: 박준휘 외, 2020.

8) 제주자치경찰 시범운영에 파견을 나갔거나 추진 과정에 참여한 경찰관들에 따르면, 자치경찰의 국가/자치 경찰관 별 차등적 권한, 현장 상황의 모호성 등으로 경찰뿐만 아니라 시민들도 혼란을 경험하였다. 더불어, 시범운영 종료 이전에 이미 문제점 다수가 정리되어 경찰 수뇌부로 보고되었다.

〈표 2〉 자치경찰제도 전환 의사

단위: 명(%)

국가경찰과 자치경찰 조직이 완전하게 분리된다면, 귀하는 자치경찰로 전환할 의사가 있으신가 요?	계급		전체	
	경사 이하	경위 이상	명	%
그렇다	16 (5.1)	47 (16.2)	63	10.3
아니다	224 (71.8)	180 (61.9)	414	67.4
자치경찰 형태에 따라 고민해 볼 여지가 있다.	64 (20.5)	61 (21.0)	126	20.5
기타	8 (2.6)	3 (1.0)	11	1.8
전체	312 (100)	291 (100)	614	100
	x 2=19.7 p<=.05			

주: ‘기타’의견을 제외하고 카이스케어 검정을 시행하였음.
출처: 박준휘 외, 2020.

나. 의사소통의 단절 및 부재

전술한 바와 같이 직급별로 이해관계가 다른 것은 자연스러운 현상이다. 다만, 중요한 문제는 경찰 내부의 이해관계 격차를 해소하고자 하는 선행노력이 부족했다는 것이다. 즉, 자치경찰제도는 그 도입 양태에 따라 일선 경찰관들의 근무환경과 조건에 상당한 영향을 미칠 수 있음에도 불구하고, 자치경찰제도 도입과정에서(특히, 일원화모델이 일원화모델로 변경되는 과정에서) 일선 경찰관들과의 의사소통이 부족하였음이 드러났다.

실제로, 자치경찰 도입 모델의 갑작스러운 전환은 경찰관들의 근로조건뿐만 아니라 경찰개혁과 관련한 매우 중요한 변화임에도 일원화모델이 발표될 당시 소수의 정치인, 경찰관료, 연구자 및 실무자를 제외하고, 일선 경찰관을 포함한 대부분의 이해당사자들이 사실상 뉴스 기사를 통해 일원화모델 추진 소식을 처음 접하게 된 것이다. 이에 대하여, 현 정부의 자치경찰제도 도입과정에서 다양한 역할을 수행했던 황문규 교수는 다음과 같이 평가한다.

현장 경찰관들이 반발하는 등 처음 들어보는 자치경찰제에 논란이 뜨겁다. 어느새 2개(국가경찰과 자치경찰)로 쪼개는 홍익표 의원의 이원화 모델에 익숙해진 탓일까? *아마도 논의 과정이 생략되었기 때문이다.*

출처: 중부일보(<https://www.joongboo.com/news/articleView.html?idxno=363441078>)

실제로, 일원화 모델로 추진된다는 것이 공표된 이후 경찰직장협의회, 시도지사협의회 등 이해관계 단체들에서 불만의 목소리가 터져 나오고, 토론회 등을 통해 전문가들 또한 갑작스러운 전환에 당황스러움을 표현하고 우려를 나타내기도 하였다. 예컨대, 2020년 8월 13일 서울연구원에서 열린 학술대회⁹⁾에서 직장협의회 소속 일부 경찰관들은 이원화모델에서 일원화모델로 변경되는 과정에서 일선경찰관들에 대한 의견수렴이 없었다는 점과, 일부 연구자들이 이원화 안에 대한 자신들이 기존 우호적 평가를 뒤집는 듯한 발언(즉, 일원화모델 옹호내지는 합리화)에 반발하기도 하였다. 더불어, 다수의 직장협의회에서 자치경찰법안 전면 수정 혹은 폐기를 요구하기도 하였다(박준휘, 2020).

2. 정책 대상의 비인간화

가. 자치경찰제도의 이해관계자

경찰은 국민들이 주7일 24시간 접촉할 수 있는 몇 안 되는 정부기관으로서, 치안서비스는 정부의 대표적인 민생서비스이다. 즉, 국민들은 자치경찰제도 도입과 관련한 가장 중요한 이해관계자이다. 다양한 조사 결과들을 확인하면 대체로 국민들의 절반 내외가 자치경찰제도에 대해 찬성하는 것으로 나타난다(이상열·남재성, 2018, 58%가 자치경찰제도 이원화 찬성; 서울특별시, 2017, 50%가 이원화된 자치경찰제도 찬성; 김상호, 2019, 자치경찰제도에 대한 태도 평균이 중간값을 상회; 라광현·정재훈·정의롬, 2020, “자치경찰제도 동의” 평균이 중간값을 상회). 다만, 반대로 생각하면 절반에 가까운 다수의 국민들이 자치경찰제도 도입에 대해 우려한다고도 볼 수 있는데, 이는 고위공직자범죄수사처에 대한 반대 여론이 20% 정도에 불과하다는 조사결과(탁희성 외, 2018)와 비

9) 서울연구원·한국경찰학회 공동세미나, 일원적 자치경찰제 모델검토 및 제주자치경찰 경험의 시사점, 2020년 8월 13일.

교 할 때, 아직 제도 도입에 대한 공감대 형성이 부족하다고도 볼 여지가 있다.

한편, 이원화 모델이 추진될 경우 실제로 자치경찰을 운용해야 하는 지자체는 자치경찰제도의 또 다른 당사자이다. 지방자치단체들의 입장에서 자치경찰제도의 도입은 자치사무에 치안 기능을 포함함으로써 종합자치행정의 실현을 가능케 하는 수단으로, 예산 문제가 해결된다면 지자체의 역할을 확대·보완 할 수 있는 자치경찰제도를 굳이 반대 할 이유는 없다. 실제로, 자치경찰제도가 추진되는 과정에서 시도지사협의회는 대체로 지자체에 더 큰 권한과 더 많은 예산을 배정하라는 요구를 할 뿐¹⁰⁾, 어떤 모델이든 제도 도입 자체에 강한 반대를 하는 모습은 보이지 않았다.

요컨대, 자치경찰제도가 본연의 목적대로 운용된다면, 이는 정책대상인 시민과 정책추진주체인 지자체의 이해관계에 부합하는 제도라고 볼 수 있다. 물론 현재도 한국의 치안 환경은 다른 국가와 비교하여 우수하다고 평가받고 있으나, 자치경찰제도를 통해 경찰이 주민들에게 현재보다 더 특화된 주민 생활 밀착형 서비스를 제공한다면 이는 국민들이 환영할 일이며, 특히 지자체의 경우 자치경찰제도는 종합자치행정 실현의 전기를 마련하는 기회가 될 수 있다.

나. 이해관계자의 비인간화

전술한 바와 같이 자치경찰제도 추진 과정에서 시민들과 지자체의 참여는 제한적이었다. 자치경찰제도는 시민들의 삶과 밀접한 관계에 있는 민생치안에 대한 중대차한 변화라는 점에서, Habermas가 제시하였으며 현 정부에서도 적극적으로 활용하고 있는 속의 민주주의의 적절한 대상으로도 볼 수 있다. 그럼에도 자치경찰 추진과정에서 시민을 대상으로 제도를 이해시키려는 노력이나, 의사소통을 위한 노력은 찾아보기 어려웠다. 이에 대해 라광현 외(2020)는 “자치경찰제도 추진 과정이 청와대와 검찰 간 힘겨루기 양상으로 진행됨에 따라 국민들의 인식과 참여라는 이슈는 자치경찰제 추진 과정에서 전면으로 부상하지 못했다.”라고 분석하였으며, 박준휘(2020)는 “소수의 7천여 명만이 이해관계가 있는 공수처 설치에 대해서는 많은 국민이 이해를 하였으나, 정작 모든 국민의

10) 이익준, “전국 사도지사들, 자치경찰 권한과 국비 지원 더 해달라 요구”, 의회신문, 2021년 2월 2일.; 구경하, “시·도지사협의회 “자치경찰 인사·조직 권한, 시·도지사에게 보장해야””, KBS NEWS, 2020년 9월 18일.

이해관계가 있는 자치경찰제에 대해서는 국민의 이해도가 높지 않은 점”을 지적한다. 이유가 어찌되었든 시민들은 가장 중요하며 직접적인 이해당사자임에도 불구하고 자치경찰제도 추진과정에서 배제되었다는 것이다.

한편, 자치경찰제도의 추진 주체인 광역자치단체 또한 논의 과정에서 소외되었다. 실제로, 자치경찰제도 도입 논의 과정에서 광역자치체의 입장을 대변해 온 대한민국시도지사협의회 자료에서도 김영배 의원안(일원화 모델)이 마련되는 과정에서 “시도지사와 현장경찰관의 의견은 전혀 수렴되지 않았다”(김충신, 2020)라고 지적한다. 즉, 자치경찰제 이원화 시범운영이 종료되어 평가절차를 받기도 전에, 제도 추진의 주체인 지자체를 대상으로 한 의견 수렴 절차도 없이 갑작스럽게 일원화 모델이 제안되고 강행된 것이다.

3. 정책 목표와 실제 필요 간의 괴리

자치경찰제도는 왜 추진되었는가? 이에 대한 정부의 공식적인 답변은 주민밀착형 치안 서비스 제공, 종합자치행정의 실현, 경찰 권력의 분산으로 요약할 수 있다. 다만, 자치경찰제도 추진과정 상 정부와 경찰이 보여준 것은 오히려 이러한 공식적인 목표 달성에 관심이 없는 듯한 태도였다. 전술한 바와 같이 자치경찰제도는 자치경찰제라는 치안제도의 장점을 누리기 위해 추진된 것이 아니라, 수사권 조정 논의부터 출발한 것이었다.

실제로, 일부 경찰관들은 제주도에서의 자치경찰 시범운영이 사실상 수사권 조정을 위한 것이며, 경찰은 수사권 조정을 위해 시범운영을 성공적으로 마무리해야 한다고 주장한다(일선 경찰관 대상 FGI 결과). 더불어, 한 경찰 간부의 경우도, 자치경찰제도 시범운영을 수사권 조정과 연계하여 설명하며, 이원화 모델에 문제가 많음을 알면서도 자신은 경찰 조직을 위해 이원화 모델 시범운영을 성공시켜야 한다고 발언하기도 하였다. 또 다른 경찰간부의 경우, 경찰 조직에 있어 생활안전 기능은 “전부”라며, 생활안전 기능이 넘어간다는 것은 “국가 경찰이 다 넘어간다.”는 것이라고 인식하는데, 이러한 인식은 경찰 일반의 인식을 드러내는 것으로 볼 수 있다(일선 경찰관 대상 FGI 결과).

즉, 자치경찰제도가 제도적인 필요성 때문이 아닌 수사권 조정의 반대급부로서 추진되었다는 점에서, 자치경찰제도가 정상적으로 설계되고 추진될 수 있는 환경 자체가 조성되지 않았던 것이다. 즉, 전술한 바와 같이, 국민들과 지자체는 자치경찰제도와 관련한

필요를 가지고 있으나, 정책 추진 과정에서의 숨겨진 정책 목표는 수사권 조정을 위한 “명목상” 자치경찰제로써 국민들의 실제적인 필요와는 무관한 것이었다.

자치경찰제도의 설계는 조직과 기능 상 최소화된 자치경찰을 추구하였으며, 최종 산출물은 소위 “페이퍼컴퍼니”로 불릴 수 있을 만큼의 극단적인 형태가 되었다. 실제로 다수의 전문가들이 현행 자치경찰제의 내용에 비판적으로 평가하며 자치경찰제도라는 제도가 “일단 시작”한 것에 의의를 두기도 하며, 다수의 전문가들이 “자치경찰은 도입되었으나 자치경찰관이 없음”(황문규, 2020)을 지적하기도 한다. 즉, 국내에 도입된 자치경찰은 수족(자치경찰관, 지역경찰)이 잘렸을 뿐만 아니라 몸통(자치경찰조직)도 없이 정신(시도자치경찰위원회)만 남아있는 기형적인 형태이다.

결과적으로, “자치경찰제 일원화 체제는 자치경찰제의 목적인 ‘지방행정과 치안행정 간 연계사무’ 수행 등이 현실적으로 불가능”(김충신, 2020)하게 된 것이며, “자치경찰제의 본질에서 벗어난”(이준영, 2020, p.53) 것이다. 이러한 형태의 자치경찰은 경찰 조직 및 인력 상의 중대한 변화 없이 자치경찰제도를 실현해 냄으로써, 수사권 독립의 숙원을 가지고 있었던 경찰과 검찰 힘빼기를 원했던 정부에게는 이상적인 형태일 수 있다. 다만, 국민과 지자체가 얼마만큼이나 자치경찰제도의 제도적 혜택을 누릴 수 있을지는 미지수이다.

V. 논의 및 결어

이 연구는 자치경찰제도의 도입과정에서 쟁점이 된 문제들을 조사자료 및 각종 문헌을 활용하여 비판이론 관점에서 검토하였다. 구체적으로 비판이론의 관점에서 기존 행정의 문제점으로 지적되는 일선 관료의 비인간화(쟁점 1), 시민들의 비인간화(쟁점 2), 정책과 실제 필요 간의 괴리(쟁점 3)가 자치경찰제도 도입과정에서 어떠한 양상으로 나타났는지를 분석하였다.

쟁점 1과 쟁점 2의 경우 이미 과거에 발생했던 사건들과 정황으로부터, 일선 경찰관들, 시민, 지자체가 자신들과 관련한 정책 추진과정에서 소외되고 도구화되었음을 확인할 수 있었다. 특히, 일선 경찰관들과 지자체의 경우 공개적으로 의견수렴 부재 문제를

제기하기도 하였으며, 시민들은 자치경찰제도 도입 과정 전반에 대해 이해할 기회조차 갖지 못했다.

쟁점 3의 경우, 자치경찰제도가 “자치”경찰제도로서의 기능을 하기 어렵게 설계되었다는 점이 드러났음은 분명하다. 전술한 바와 같이, 다수의 전문가들이 현행 자치경찰제의 내용에 대해 비판적인 입장을 견지하며 자치경찰제도가 “일단 시작”한 것에 의의를 두고 있다는 것은, 자치경찰제도가 본연의 기능을 할 수 있을지에 대한 의구심으로 해석할 수 있으며, 실제로 많은 전문가들이 현행 경찰제도는 자치경찰제로 볼 수 없다는 입장을 드러내고 있다. 결국 현행 자치경찰제도는 경찰이 수사권 독립을 쟁취하는 도구로써의 기능 외에는 무용한 제도가 설계 되었다고 볼 수 있다. 다소 극단적으로 평가하자면, 현행 자치경찰제도는 경찰개혁이라는 미명하에 오히려 경찰조직을 확대시키고 시도 자치경찰위원회 위원 직위를 신설하여 소위 전문가 집단과 퇴직 고위경찰관들의 자리를 마련해 준 제도로 볼 수 있다.

그럼에도, 세 번째 쟁점은 자치경찰제도의 결과물을 아직 확인하기 전이라는 점에서 최종적인 판단을 하기는 이르다. 즉, 제도상 분명한 제약이 있음에도, 지자체와 경찰이 협업하여 소기의 성과를 낼 가능성은 다소나마 존재한다. 다만, 자치경찰제도가 어떤 성과라도 낼 수 있으려면 일선 경찰관 및 시민들과의 의사소통과 이들을 치안서비스 생산에 참여시키는 것이 매우 중요하다(라광현 외, 2020; 박재희, 2020). 물론, 초대 시도경찰위원회들은 신설 조직으로서 성과 창출을 위해 다양한 사업 추진에 의욕을 나타내고 있으나, 일선 경찰관과 시민들의 실질적인 참여가 없으면 자치경찰은 조직구조와 경찰실무 양자 모두에서 실체가 없는 소위 “페이퍼컴퍼니”로 전락하여 전시성 행정만 남발하게 될 것이다.

자치경찰제도 도입과정은 비판이론에서 지적하는 현대 행정의 문제점을 적나라하게 보여준다. 자치경찰제도 수립과 추진 과정에서 관련 이해관계자들이 배제당하고 도구화되었으며, 정책의 목표와 현장의 실제 필요 사이에 큰 괴리가 발생하였다.

경찰 계급 간 그리고 관료와 시민 간 인식의 차이가 발생하며 일시적인 갈등이 존재하는 것은 불가피하다. 다만, 그것이 정책 추진 과정에서 어떻게 해소되는가는 비판이론의 관점에서 중요한 문제이다. 이러한 문제와 관련하여 Habermas는 공론장을 통해 간주관성을 확보한 의사소통적 권력(정책)이 형성되어야 함을 주장한다. 의사소통적 권력의 중

요성은 단순히 정책의 정당성을 확보하기 위함을 넘어, 의사소통적 권력을 근거로 형성된 법제도가 강제력을 동반한 행정적 권력을 통해 집행될 때 시민들이 이에 자발적으로 순응하고 동참한다는 데 있다. 국내에 자치경찰제도가 도입되는 과정을 검토한 결과, 아쉽게도 정책의 간주관성을 확보하고자 하는 노력이 부재하였을 뿐만 아니라, 설계된 제도의 내용을 검토해 볼 때 현장에서의 실제 필요와 간극이 있는 허울뿐인 제도가 될 우려가 있다.

Habermas의 의사소통적 권력에 대한 논의는 형이상학적 담론에서 그치는 것이 아니라, 속의 민주주의, 공론장 등 실제적이며 실천적인 대안으로 연결된다. 이러한 점에서, 본고에서 비판이론적 관점의 문제제기가 목표하는 바 또한 단순히 자치경찰제도 도입과정을 비난하고자 하는 것은 아니다. 본고에서 제기하는 문제의식의 목표점은 보다 현실적이다. 현행 자치경찰제가 여러 가지 제도 설계상 문제점에도 불구하고 자치경찰제 본질에 부합하는 최소한의 기능이라도 수행하기 위해서는, 수직적 조직 체계 하에서 사회의 실제 필요와 괴리된 조직 목표를 무비판적으로 수용하고 있는 관료들의 비판적 자아성찰이 필요하며(Denhardt, 1981), 제도의 시행과정에서 교수, 법률가, 전·현직 경찰 관료 등 소위 전문가들뿐만 아니라, 현장에서 치열하게 살아가고 있는 시민과 일선경찰관들이 관여할 수 있는 환경이 조성되어야 한다.

참고문헌

- 구경하, “시·도지사협의회 “자치경찰 인사·조직 권한, 시·도지사에게 보장해야””, KBS NEWS, 2020년 9월 18일.
- 김상호, “자치경찰제도 도입에 대한 시민태도 영향요인 분석”, 치안정책연구소, 치안정책연구, 33(3), 2019, 103-138.
- 김충신, “현 정부의 자치경찰제도 도입 동향과 전망”, 대한민국시도지사협의회, 분권페터, 2020년 9월 8일.
- 리광현·정재훈·정의롬, “자치경찰제 도입에 따른 시민들의 인식과 기대: 서울, 세종, 제주를 중심으로”, 대한범죄학회, 한국범죄학, 14(2), 2020, 169-192.
- 문화체육관광부, “자치경찰제”, 대한민국 정책브리핑 홈페이지, 2020년 3월 2일.
- 박재희, “자치경찰제의 성공적인 시행을 위한 지방행정 및 주민참여와의 연계 방안”, 한국지방행정연구원, 지방자치 이슈와 포럼, 34, 2020, 30-33.
- 박준휘, “최근 자치경찰제 도입을 위한 경과와 정책 방향”, 한국지방행정연구원, 지방자치 이슈와 포럼, 34, 2020, 40-47.
- 박준휘 외 12인, “한국형 자치경찰제 시행 및 정착에 관한 연구(II)”, 한국형사정책연구원 연구총서, 2020, 20-B-14.
- 심민규·박종승, “성공적인 자치경찰제 도입을 위한 제언: 문재인 정부의 자치경찰제 추진안을 중심으로”, 한국경찰학회, 한국경찰학회보, 20(1), 2018, 153-184.
- 윤은기, “정치행정이원론과 발전행정에 관한 고찰”, 한국지적정보학회, 한국지적정보학회지, 20(3), 2018, 145-163.
- 이도형, “비판이론과 행정학: 비판행정학의 성찰과 현대적 재적용”, 한국국정관리학회, 현대사회와 행정, 23(2), 2013, 167-194.
- 이동수, “Habermas에 있어서 두 권력”, 한국정치사상학회, 정치사상연구정치사상연구, 5, 2001, 153-178.
- 이상열·남재성, “자치경찰제 도입에 관한 시민 인식태도 연구”, 한국치안행정학회, 한국치안행정논집, 15(1), 2018, 181-208.
- 이익준, “전국 시·도지사들, 자치경찰 권한과 국비 지원 더 해달라 요구”, 의회신문,

2021년 2월 2일.

이준영, “자치경찰제의 이슈와 전망”, 한국지방행정연구원, 지방자치 이슈와 포럼, 34, 2020, 48-53.

위르겐 하버마스, “공론장의 구조변동 - 부르주아 사회의 한 범주에 관한 연구”, 나남신서 42, 한승완 역, 2004, 나남출판.

장명학, “Habermas의 공론장 이론과 토의민주주의”, 한국정치연구소, 한국정치연구, 12(2), 2003, 1-35.

정진형·김남희, “당정청 “수사권 조정·자치경찰·국정원 개칭…올해 내 처리”(종합)”, 뉴시스, 2020년 7월 30일.

조극훈·전석환, “비판이론에 있어서 헤겔(G.W.F. Hegel) 철학의 의미: 막스 호르크하이머(Max Horkheimer)의 초기사상을 중심으로”, 범한철학회, 범한철학, 60(1), 2011, 115-141.

제주지방경찰청, “제주자치경찰 확대시행 추진 백서”, 2020, 제주지방경찰청.

탁희성·박형민·김대근·김유근, “한국의 형사사법체계 및 관리에 관한 연구(Ⅲ): 수사구조의 진단 및 개혁”, 한국형사정책연구원 연구총서, 2018, 18-B-08.

황문규, “(국가경찰 중심의) 일원적 자치경찰제에 관한 고찰: 김영배 의원안의 경찰법 개정안을 중심으로”, 한국경찰연구학회, 한국경찰연구, 19(4), 2020, 183-216.

황문규, “[기고] 내가 경찰관이라면, 자치경찰제를…”, 중부일보, 2020년 8월 26일.

행정안전부·경찰청, “경찰청, 자치경찰제 도입 및 국가수사본부 신설”, 보도자료, 2020년 12월 29일.

Denhardt, R. B., Toward a Critical Theory of Public Organization, *Public Administration Review*, 41(6), 1981, 628-635.

Denhardt, Janet V. and Denhardt, Robert B, *The New Public Service*, New York: M. E. Sharpe, 2003.

A review of the progress of proposing self-governing police system in Korea from the perspective of critical theory

Ra, Kwang Hyun* · Park, Jun-Hwi**

The purpose of this study is to review the process of proposing self-governing police system and to examine the problems in the procedures and the contents of the system from the perspective of critical theory. Critical theory points to the unfair reality that citizens are materialized in modern administration and their actual needs and wants are distorted by ruling elites or experts. From the perspective of criticism theory, three issues were discussed: dehumanization of front-line bureaucrats (issue 1), dehumanization of citizens and other policy-related people/group (issue 2), and gap between policy and actual needs (issue 3). In the case of Issues 1 and 2, it was confirmed that front-line police officers, citizens and local governments were alienated and instrumented in the process of implementing policies related to them. In particular, front-line police officers and local governments openly raised the issue of lack of opinions, and citizens did not even have a chance to understand the overall process of introducing the self-governing police system. In Issue 3, it was revealed that the self-governing police system was designed to be difficult to function properly, but although there are clear restrictions in the system, there is a possibility that local governments and police will cooperate to produce the desired results to some extent.

❖ key words: Municipal Police System, Critical Theories, Police Reform, Critical Social Theory in Public Administration,

투고일 : 6월 7일 / 심사일 : 6월 24일 / 게재확정일 : 6월 24일

* Assistant Professor, Department of Police and Fire Administration at Dong-A University

** Senior Researcher, Korean Institute of Criminology

영국의 집회시위 규제권한의 실효성 확보 움직임에 대한 고찰: 「2021년 경찰, 범죄, 양형 및 법원에 관한 법률안」을 중심으로

김학경* · 정제웅**

국 | 문 | 요 | 약

현행 영국의 집회시위 규제 법률로서는 ‘기본법’에 해당하는 ‘1986년 공공질서법’ 그리고 이에 대한 ‘보충 규범’이라 할 수 있는 ‘2011년 경찰개혁 및 사회책임법’이 존재한다. 하지만, 올 3월 하원에 제출된 ‘2021년 경찰, 범죄, 양형 및 법원에 관한 법률안’에서는 이러한 현행 법률의 내용을 대폭 개정하면서, 기존의 집회시위 규제 최소화 입장에서 탈피하는 모습을 보여주고 있다. 그 내용을 요약하면, ① 소음에 관한 규제 조건부와 신설, ② 옥외집회에 대한 조건부와 대상범위의 확대, ③ 조건미준수 행위에 대한 처벌강화, ④ ‘1인 시위’에 대한 소음 규제조건 부과 신설 및 추가적인 조건부와 규정 신설, ⑤ ‘지역사회의 일상생활에 대한 심각한 혼란’ 및 ‘(소음으로 인한) 행진 주변에 있는 기관(단체)들의 활동에 심각한 혼란’의 의미에 대한 세부 시행령 제정 위임규정 마련, ⑥ ‘통제지역’의 장소적 범위 확대, ⑦ 의회부지 출입구로 입출입하는 차량의 통과를 방해하는 행위 등을 ‘금지활동’으로 지정, ⑧ 의회건물 이전 시, 그 지역을 새로운 ‘통제지역’으로 지정할 수 있게 하는 시행령 제정에 관한 위임 규정 마련 등인 바, 위 법률안은 집회시위 규제권한의 실효성 확보를 골자로 하고 있다. 이에 본 연구는 영국의 현행 집회시위 규제 법률에 대한 이해를 바탕으로 위 법률안을 상세 분석하고, 이를 토대로 예상되는 집회시위 규제규범의 변화내용을 선제적으로 파악하고자 하였다. 나아가 이러한 미시적인 분석과 이해를 토대로, 현행 영국의 집회시위 관리 및 대응 규제규범의 변화양상을 거시적인 관점에서 파악하였으며, 추가적으로 우리나라에 대한 정책 시사점도 간략하게 제시하였다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2021.6.30.2.117>.

❖ 주제어 : 2021년 경찰, 범죄, 양형 및 법원에 관한 법률안, 1986년 공공질서법, 2011년 경찰개혁 및 사회책임법, 1인 시위, 소음규제

* 성신여대 융합보안공학과 교수(제1저자)

** 울산대학교 사회과학대학 경찰학과 조교수(교신저자)

I. 서론

해외 입법례, 즉 외국의 유사제도에 대한 비교법적 고찰은 (절대적이지는 않지만) 헌법재판소의 판단(해석)·결정에서는 물론이고, 국회 입법에 있어서도 중요한 근거자료로 활용된다.¹⁾ 특히 ‘선진 국가’와의 비교연구는 (사회·문화·정치적인 역사와 배경의 차이로 인하여 기계적인 도입은 불가능하지만) 적어도 국내의 상황과 문제점에 대한 객관적 파악, 도입 제도·정책에 대한 시행착오 방지, 그러한 제도나 정책의 법적 정당성을 확보하는 중요한 도구가 된다.²⁾ 집회시위와 관련된 헌법재판소의 결정 그리고 국회에 제출되는 입법안에서 자주 등장하는 비교국가는 미국·영국·독일·일본·프랑스 정도인바, 유달리 ‘영국’은 옥외집회에 대해서는 사전신고제도는커녕, 이를 사전에 (장소적·시간적으로) 전면적으로 금지하는 규정도 존재하지 않고, 소음에 대한 규제도 없는 등 집회시위에 대한 규제가 최소한으로 이루어지는 국가로 손꼽히고 있다.

하지만, 2021년 3월 9일자로 발의된 영국의 ‘2021년 경찰, 범죄, 양형 및 법원에 관한 법률안’(PCSCB: Police, Crime, Sentencing and Courts Bill 2021)을 보면, (이러한 규제 최소한의 입장에서 탈피하여) 조건 부과 범위의 확대, 조건 위반 시 처벌형량의 강화, 1인 시위를 포함하여 집회 및 행진 소음에 대한 규제조항까지 마련되어 있는바³⁾, 집회시위 규제권한의 실효성을 확보하려는 현 영국 정부의 의지를 명확히 확인할 수 있다. 이러한 법률안에 대해서는 집회시위에 대한 권리를 본질적으로 침해한다는 항의와 비판의 목소리도 상당하지만⁴⁾, 현 집권여당인 보수당은 이러한 법률안 통과에 박차를

1) 2006헌바20, 2008헌가25, 2014헌마843, 2013헌바322, 2016헌바354, 2017헌바360·398·471, 2018헌가3·4·9(병합) 등.

2) 이창무, 각국 경찰의 집회시위 관리방식의 변천과정에 대한 비교 연구: 미국·영국·독일·일본 사례를 중심으로, 한국공안행정학회보 제26호, 2007, 15면.

3) House of Commons, POLICE, CRIME, SENTENCING AND COURTS BILL EXPLANATORY NOTES, London: House of Commons, 2021, pp.74-78.

4) BBC, What is the Police, Crime, Sentencing and Courts Bill and how will it change protests?, <https://www.bbc.com/news/uk-56400751>, 검색일자: 2021년 3월 23일; 연합뉴스, 영국서 '시위 제한법' 항의시위 격렬... 경찰 다치고 경찰차 불타, <https://m.yna.co.kr/view/AKR20210322040800009?section=international/all>, 검색일자: 2021년 3월 23일). 영국의 ‘지방경찰청장’(Chief Constable)들은 법률안을 환영하고 있으나, 야당 및 시민단체, 특히 ‘지역치안위원장’(Police and Crime Commissioner)들은 집회시위의 자유를 제한할 수 있다는 판단 하에서 법률안에 대하여 반대의 목소리를 내고 있다.

가하고 있다.

전통적으로 의원내각제를 채택하고 있는 영국에서 제출되는 법률안은 ‘제출주체’에 따라서, ‘정부제출법률안’(Government Bill)과 ‘의원발의법안’(Private Member’s Bill)으로 구분되는데⁵⁾, 영국 의회에서 처리되는 법률안의 대부분은 정부제출법률안이고, 의원내각제의 특성상⁶⁾, 집권여당인 하원의 다수당이 제출하는 정부제출법률안의 최종적인 통과비율은 거의 90%에 육박하고 있다.⁷⁾ 본 연구의 대상이 되는 ‘2021년 경찰, 범죄, 양형 및 법원에 관한 법률안’(PCSCB)은 내무부 장관(Home Secretary), 법무부 장관(Secretary of State for Justice and Lord Chancellor), 교통부 장관(Secretary of State for Transport)이 공동 발의한 ‘정부제출법률안’에 해당하고, 3월 29일자 기준으로 하원(House of Commons)의 “Committee Stage”(위원회 단계: 초조심사)에 있는 단계이기는 하지만⁸⁾, ‘정부제출법률안’이므로 2021-2022년 회기 내 최종적으로 입법될

5) 이지민, 영국 입법과정에 관한 연구: 이해관계 조정절차를 중심으로, 고양: 사법정책연구원, 2020, 19-27면.

6) 전통적인 의원내각제 형태를 가지고 있는 영국은 의회 다수당의 당대표가 내각의 책임자인 ‘수상’(Prime Minister)으로 임명되며, ‘내각각료’(Cabinet Ministers) 역시 다수당인 집권여당의 ‘상원’(House of Lords) 및 ‘하원’(House of Commons) 의원들로 구성되게 된다. 따라서 영국에서는 다수당인 집권여당이 입법부는 물론이고 행정부까지 장악하게 되어, 입법과 행정의 강력한 연계시스템이 자연스럽게 구축되어 다수당의 책임정치가 자연스럽게 실현된다(이지민, 영국 입법과정에 관한 연구: 이해관계 조정절차를 중심으로, 고양: 사법정책연구원, 2020, 11면; 신현기 외, 비교경찰 제도론, 서울: 법문사, 2021, 250면).

7) 영국 의회의 회기는 보통 5-6월에 시작하여 1년 단위로 끊어진다. 2016-2017년 회기에 새로이 발의된 법안은 24개, 전년도 회기에서 이월된 법안은 4개, 총 28개 법안이며, 이중 국왕 승인(Royal Assent)을 받아 최종 통과된 법안은 무려 25개로, 통과율이 무려 89.3%에 달한다(Sarah Priddy, Number of public bills introduced and gaining Royal Assent since 1997, London: House of Commons Library, 2017, 3면, <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN02283/SN02283.pdf>, 검색일자: 2021년 3월 20일). 2014-2015년 회기시 정부제출법률안의 통과율은 96.3%, 2015-2016년 회기에도 85.2%에 달하고 있다. 2019-2021년 회기동안 제출된 정부법률안은 54개에 해당하며, 이중 부결된 것은 1개의 법률안에 불과하고, 현재 38개의 법률안이 통과된 상태이다. 나머지 15개의 법률안은 하원 또는 상원에서 계속 심의 중에 있다(Parallel Parliament, Government Bills of the 2019-2021 Parliament, <https://www.parallelparliament.co.uk/bills/government/>, 검색일자: 2021년 3월 20일). 이와 대조적으로, ‘의원발의법안’(Private Member’s Bill)의 통과율은 3-5%에 불과할 정도로 결과적으로 입법될 가능성이 상당히 낮다.

8) 영국에서 법률안이 최종 통과하려면 상원과 하원에서 각각 3독회제를 통과해야 한다. 상원에서 발의된 법안은 먼저 상원 3독회제, 그 다음 하원 3독회제 순으로 이루어지며, 반대로 하원에서 발의된 법안은 하원 3독회제, 상원 3독회제 순으로 이루어진다. ‘정부제출법률안’(Government Bills) 중 ‘일반법률안’(Public Bills)의 심의절차를 좀 더 살펴보면, (통상 하원에서 시작하여), ① First Readin

가능성이 상당히 높다.⁹⁾

이러한 ‘2021년 경찰, 범죄, 양형 및 법원에 관한 법률안’(PCSCB) 발의에는 ‘Extinction Rebellion’(멸종저항 시위운동¹⁰⁾) 및 ‘Black Lives Matter’(인종차별 반대 시위) 등 새로운 양상의 집회 및 시위의 등장이 그 배경으로 자리 잡고 있다. ‘Extinction Rebellion’ 시위의 경우는 (정상적인 집회 및 시위를 통하여 정치적인 의사나 표현의 전달하려는 목적보다는) 오히려 경찰의 기능을 무력화하기 위하여 경찰체포를 유도하는 전략을 펼쳤으며¹¹⁾, ‘Black Lives Matter’ 시위에서는 런던에서만 280여명의 경찰관들이 폭행을 당하는 등, 두 시위 모두 심각한 사회혼란을 가져오는 형태로 진행되었다는 점이다. 이러한 시위 대응에 소요된 런던 ‘수도경찰청’(MPS: Metropolitan Police Service)의 예산만 해도 무려 3,700만 파운드(한화 약 579억 5천만 원)에 달했으며, 무엇보다도 현행 법체계 내에서 이러한 새로운 양상의 과격 집회 및 시위에 적절하게 대응할 수 있는 경찰권의 실효성이 부족하다는 점이 본질적인 한계점으로 지적되었다.¹²⁾

이러한 배경 하에서, 2019년 5월경 런던 수도경찰청장인 ‘Cressida Dick’은 경찰권

g(1독회: 법률안 제출 및 하원의 형식적 심의), ② Second Reading(2독회: 우려사항에 대한 토론 및 다음 단계로 나가기 위한 표결진행), ③ Committee Stage(위원회 단계: 축조심사), ④ Report Stage(보고 단계: 축조심사 결과 본회의의 보고), ⑤ Third Reading(3독회: 법안에 대한 토론과 최종 하원표결), ⑥ 상원의 심의(하원의 심의과정과 동일), ⑦ 국왕승인(Royal Assent) 순서로 이루어진다 (UK Parliament, How does a bill become a law?, <https://www.parliament.uk/about/how/laws/passage-bill/>, 검색일자: 2021년 3월 20일; 이상윤·홍성민, 주요국 입법절차와 현황(현황분석 Issue Paper 2017-2), 세종: 한국법제연구원, 2017, 9-10면).

9) 이러한 이유로 해당 법률안 자체에 대한 분석의 학술적 의미가 상당하다 할 수 있다. 설령 통과과정에서 법률안의 내용 중 일부가 수정 및 변경된다 하더라도, 이러한 과정에서의 영국 의회 내의 논의는 또 다른 학술적 연구대상으로서의 의미가 있다고 생각한다.

10) 한국경제, 英 경찰 집회 불허 불구 ‘멸종저항’ 런던서 시위 이어가(종합), <https://www.hankyung.com/international /article/201910157179Y>, 검색일자: 2021년 3월 29일.

11) 2019년 4월에 1,148명이 체포되었으며, 2019년 10월에는 1,828명이 체포되었다.

12) UK Government, Police, Crime, Sentencing and Courts Bill 2021: protest powers factsheet, <https://www.gov.uk/government/publications/police-crime-sentencing-and-courts-bill-2021-factsheets/police-crime-sentencing-and-courts-bill-2021-protest-powers-factsheet>, 검색일자: 2021년 3월 28일. 나아가, 경찰권의 실효성 부족 등으로 인하여 되레 집회시위의 권리보호에만 치중하고, 과도한 집회 및 시위로 인하여 초래되는 국민적 불편함에는 신경을 덜 쓴다는 역비판도 존재한다 (HMICFRS, Getting the balance right? - An inspection of how effectively the police deal with protests, London: HMICFRS, 2021, p.2 & pp.17-18).

규제권한의 실효성 확보차원에서, 현 집권여당인 보수당 정부에게 현행 집회시위 규제에 관한 기본법인 ‘1986년 공공질서법’(POA: Public Order Act 1986) 등에 대한 개정을 요구하게 된다.¹³⁾ 나아가, 2019년 7월 수도경찰청장은 ‘전국지방경찰청장협의회’(NPCC: National Police Chiefs’ Council)를 대신하여, 영국 ‘내무부’(Home Office)에 ‘19개의 법률개선 요구사항¹⁴⁾’까지 제출하게 된다. 보수당 정부는 영국 집회시위 규제규범에 대한 전면적인 재검토를 실시하게 되는데, 이와 함께 2020년 9월 ‘왕립경찰·소방·구조대감사관실¹⁵⁾’(HMICFRS: Her Majesty’s Inspectorate of Constabulary and Fire & Rescue Services)에 “과연 영국지역경찰이 집회시위에 효과적으로 대응하고 있는지?”에 대한 종합적인 ‘감사’(Inspection)까지 요구하게 된다.

이러한 종합감사와 별개로, 영국정부는 ‘왕립경찰·소방·구조대감사관실’(이하 ‘왕립감사관실’로 지칭)로 하여금 수도경찰청장이 제출한 19개의 법률개선 요구사항 중 집회시위 규제규범과 관련된 ‘5개의 요구사항’에 대한 자체 의견 제출을 요청하게 된다. 요청을 받은 ‘왕립감사관실’은 아래의 표와 같이, ‘5개의 요구사항’에 감사관실의 독립적 의견을 제출하였고, 이후 종합적인 감사 및 검토 결과는 (법률안 발의 이틀 후인) 2021년 3월 11일 “Getting the balance right? - An inspection of how effectively the

13) ITV, Cressida Dick urges ministers to consider law change after £7.5 million climate change protest bill, <https://www.itv.com/news/london/2019-05-14/cressida-dick-urges-ministers-to-consider-law-change-after-7-5-million-climate-change-protest-bill>, 검색일자: 2021년 3월 30일.

14) HMICFRS, Getting the balance right? - An inspection of how effectively the police deal with protests, London: HMICFRS, 2021, pp.131-142. 집회시위 규제규범과 관련된 개선사항은 총 5개이다.

15) ‘왕립경찰·소방·구조대감사관실’의 전신은 ‘왕립경찰감사관실’(HMIC: Her Majesty’s Inspectorate of Constabulary)이다. 과거 영국 지방경찰(Constabulary)의 효율성 및 능력성에 대한 독립적인 감사기능만 가지고 있었으나, 2017년 7월 영국의 지방소방 및 지방구급대에 대한 감사기능까지 포섭하면서 그 명칭을 바꾸게 되었다. 감사개시는 내무부 장관의 승인이 필요하지만, 감사보고서의 내용에 대해서는 정부각료, 경찰, 소방 등 타 기관의 간섭이 일체 배제되어 있다(HMICFS, Independence, <https://www.justiceinspectors.gov.uk/hmicfrs/about-us/what-we-do/independence-main-child/>, 검색일자: 2021년 3월30일). 왕립감사관실은 2009년 G20 이안톨린슨 사망사건 시 영국경찰의 집회시위 대응정책에 관한 전면적인 감사와 검토업무를 수행하는 등 객관적이고 독립적인 감사로 평평이 나왔다(이주락, G20 서울 정상회의의 관련 집회시위 경비방안: 이안 톨린슨(Ian Tomlinson) 사망사건 분석을 중심으로, 시큐리티연구 통권 제24호, 2010, 127면; 김학경, 비권력적 사실 행위로서의 ‘조망촬영’ 인정 가능성에 대한 소고: 경찰개혁위원회의 권고안 그리고 영국 실무 및 법리 중심으로, 경찰학연구 제20권 제4호, 2020, 53면).

police deal with protests”라는 제목의 결과보고서로써 출판되게 된다.¹⁶⁾

〈표 1〉 집회시위 법률개선 요구사항(5개) 및 왕립감사관실 의견¹⁷⁾

법률개선 요구사항	의견	법률안 반영
1. 옥외집회에 대한 조건 부과의 대상 범위를 옥외행진과 동일하게 확대	동의	●
2. 조건미준수(위반)행위에 대한 처벌 요건의 완화를 통한 처벌범위의 확대	동의	●
3. 행진 및 집회에 대하여 조건을 부과할 수 있는 상황요건(Circumstances) 확대 ⇨ 상황요건을 ‘심각한 혼란’(Serious disruption)에서 ‘중대한 피해’(Signifiant impact)로 한 단계 완화	동의	×
4. 보통법상의 범죄인 공공소란행위(Public nuisance)를 성문범죄로 규정	동의	●
5. 행진(집회)시 심각한 혼란 방지를 위한 새로운 불심검문 및 압수권한 도입	조건부 동의 ¹⁸⁾	×

이러한 절차와 과정을 겪으면서 영국정부는 관련 단체와 조직들의 의견들을 모두 종합하게 되고, 2021년 3월 9일 ‘2021년 경찰, 범죄, 양형 및 법원에 관한 법률안’(PCSCB)을 하원에 제출하게 된다. ‘왕립감사관실’(HMICFRS)은 영국 정부가 제출한 이러한 법률안에 대하여 ‘제한적 지지’(Qualified support)를 표명하고 있는데, 흥미로운 점은 정부의 법률안 내용보다, 오히려 규제 권한을 확대·강화하는 ① (현재 영국의 옥외집회에서는 옥외행진과 달리 사전서면신고제가 적용되지 않고 있는 바), “옥외집회에서도 사전서면신고제도의 도입 요구”, ② (현재 금지규정 자체가 없는) “옥외집회에 있어서도 옥외행진과 마찬가지로 금지명령 규정의 신설”이라는 2개의 권고안을 추가로 제시했다는 사실이다.¹⁹⁾

이러한 사전배경을 염두에 두면서, 본 연구는 먼저 영국의 집회시위 규제에 관한 기본

16) Jennifer Brown and Sally Lipscombe, Police, Crime, Sentencing and Courts Bill: Part 3 and 4, Public order and unauthorised encampments(Briefing paper), London: House of Commons Library, 2021, 5면.

17) 「HMICFRS, Getting the balance right? - An inspection of how effectively the police deal with protests, London: HMICFRS, 2021, pp.109-125」의 요지를 <표>로 간략하게 요약하였다.

18) 적절한 매뉴얼(Guidance) 및 남용방지책(Safeguard)을 전제조건으로 한 조건부 동의이다. 다만, 법률안에서는 이러한 권고안이 반영되지 아니하였다.

19) 독립적이고 객관적인 감사와 검토로 유명한 ‘왕립감사관실’에서 (제출된 법률안 보다 오히려) 집회시위 규제권한의 강화를 요구하는 권고안을 제시했다는 사실 자체는 집회시위 대응과 관련하여 경찰권의 실효성 부족에 대한 인식의 결과라고 생각한다. 이에 대해서는 다시 논의하기로 한다.

법이라고 할 수 있는 ‘1986년 공공질서법’(POA) 그리고 (통제지역에서의 확성기와 같은 앰프의 사용 금지 및 텐트·침낭·천막 등과 같은 취침이나 노숙시설 사용 등을 금지시키고 있는) ‘2011년 경찰개혁 및 사회책임법’(PRSA: Police Reform and Social Responsibility Act 2011)의 집회시위 규제 관련된 조항을 상세히 분석하고, 이를 통하여 영국의 현행 집회시위 권리에 대한 성문법적 규제규범을 좀 더 완벽히 이해하고자 한다.²⁰⁾ 집회시위 규제 기본법인 ‘1986년 공공질서법’(POA) 그리고 이에 대한 보충 법률이라고 할 수 있는 ‘2011년 경찰개혁 및 사회책임법’(PRSA)의 일부조항을 변경하는 수정안이 ‘2021년 경찰, 범죄, 양형 및 법원에 관한 법률안’(PCSCB)에서 제시되었다.²¹⁾ 두 번째, 본 연구는 현행 집회시위 규제 성문규범에 대한 이해를 바탕으로, ‘2021년 경찰, 범죄, 양형 및 법원에 관한 법률안’(PCSCB)의 (집회시위 관련) 개정 법률조문을 상세히 분석함으로써, 향후 영국에서 전개될 집회시위 규제규범의 변화내용을 선제적으로 파악하고자 한다. 마지막, 이러한 ‘미시적’인 분석과 이해를 토대로 현행 영국의 집회시위 관리 및 대응 규제규범의 변화양상을 ‘거시적’인 관점에서도 살펴보고자하며, 부차적으로 우리나라에 대한 거시적인 정책 시사점도 도출해보고자 한다.

20) 영국의 집회시위 규제 법률에 관한 최근 연구로는 「김종철, 영국의 집회 및 시위의 자유: 야간집회 금지와의 관련성을 중심으로, 서강법학 제11권 제1호, 2009, 74-78면」, 「이용, 불법집단행동 규율의 비교법적 분석: 우리나라와 주요선진국의 법집행기관 및 사법부의 태도 비교, 진천: 법무연수원, 2015, 148-153면」, 「전현욱·한민경·장영민, 집회 및 시위의 권리 보장과 공공질서의 조화를 위한 형사정책 연구, 서울: 한국형사정책연구원, 2016, 169-175면」 정도만을 찾아볼 수 있다. 이러한 연구 모두, 공공질서법(POA) 규정 전체에 대한 해석과 분석의 양이 상대적으로 부족하고, 특히 집회시위 규제에 관한 중요 보충법이라고 할 수 있는 ‘2011년 경찰개혁 및 사회책임법’(PRSA)에 대한 내용은 전혀 설명되어 있지 않다. 이러한 선행연구의 한계를 인식하고, 본 연구에서는 현행 공공질서법 제2편 전체 조항의 원문을 일일이 확인·분석하고, 이를 재해석·재구성하였다.

21) ‘2021년 경찰, 범죄, 양형 및 법원에 관한 법률안’ 제59조에서 <표 1>의 4번째 개신 요구사항을 반영하여, 공공소란행위를 성문법적 범죄로 규정하게 된다. 다만 집회시위 규제규범과는 직접적인 관련이 없으므로, 이에 대한 설명은 하지 않기로 한다.

II. 집회시위 권리에 대한 영국의 현행 규제규범

1. 집회시위 규제규범 개괄

1) 유럽인권협약 및 인권법

1953년 9월 발효된 ‘유럽인권협약’(European Convention on Human Rights)은 (영국을 포함한) 유럽국가의 기본권 문제를 규율하고 있다는 점에서, “유럽공공질서의 헌법적 도구(Constitutional instrument of European public order)”로서의 지위를 가지고 있다.²²⁾ 영국에서는 유럽인권협약의 내용을 영국 국내법으로 수용하기 위하여 ‘1988년 인권법’(HRA: Human Rights Act 1998)을 제정했으며, 인권법 ‘제1부칙’(Schedule 1)에서 위 유럽인권협약의 내용이 그대로 원용되고 있다.²³⁾

전통적으로 영국에서의 집회시위 기본권은 ‘법으로 금지되지 않은 행위의 자유로운 실현’이라는 측면에서, 보통법(Common Law)상의 ‘잔여적’(Residual) 권리로만 인식되어 왔다.²⁴⁾ 하지만 유럽인권협약 제11조에서 ‘집회 및 회합의 자유권’²⁵⁾(Freedom of assembly and association)을 보장하고 있고, 현재 영국 ‘인권법’(HRA)에도 이러한 자

22) 「Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections), Application No. 15318/89310, Judgment of 23 March 1995 [Grand Chamber], para 75」 판례에서 처음 언급되었으며, 이 내용은 「김선희, 종교의 자유와 종교적 다원주의를 위한 국가의 중립: 유럽인권재판소 판결을 중심으로, 서울: 헌법재판소 헌법재판연구원, 2016, 10면」 및 「차동욱, 유럽통합과 영국에서의 헌법 변화: 유럽인권협약의 국내적 실효성 확보 노력을 중심으로, 영국연구 제24호, 2010, 40면」에서 재인용되었음을 알린다.

23) 영국이 2020년 1월 31일자로 EU에서 탈퇴(브렉시트, Brexit)했으나, ‘유럽인권협약’과 ‘유럽인권법원’은 EU와 분리되어 존재해왔기 때문에, 브렉시트로 인한 ‘유럽인권협약’의 영국 내 인정 여부 및 범위에는 변화가 없다(The Supreme Court and Europe, What is the relationship between the UK Supreme Court, the European Court of Human Rights, and the Court of Justice of the European Union?, <https://www.supremecourt.uk/about/the-supreme-court-and-europe.html>, 검색일자: 2021년 4월 3일).

24) 김종철, 영국의 집회 및 시위의 자유: 야간집회금지와의 관련성을 중심으로, 서강법학 제11권 제1호, 2009, 69면.

25) ‘집회와 회합의 자유’를 보호하는 목적 중 하나가 유럽인권협약 제10조상의 표현의 자유를 보장하기 위함이다(European Court of Human Rights, Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights - Mass protests, Strasbourg: European Court of Human Rights, 2020, p. 8).

유권리가 보장되어 있으므로, 영국 내 집회 및 시위에 관한 기본권 역시 이제는 (잔여적 권리가 아닌) 주체적인 성문법적 권리로 인정받는다. 나아가, ‘유럽인권법원’(European Court of Human Rights)에서 (헌법적인 지위를 가지고 있는) ‘유럽인권협약’에 대한 해석 및 재판 등을 담당하고 있는데, 영국 인권법 제2조에서는 이러한 유럽인권법원의 판결을 고려해야 할 의무를 규정하고 있다. 실제 영국 내 판결에서도 유럽인권법원의 판결이 존중되어 인용되고 있는 상황이고 그렇다면, (영국 내 비록 성문헌법이 존재하지 않음에도 불구하고) 영국 내에서 집회 및 시위의 자유 권리는 (법률적 권리를 넘어서) 이제는 사실상의 헌법적 권리 또는 準헌법적 권리로 보아도 무방할 것이다.²⁶⁾

우리 헌법 제37조 제2항에서도 국민의 기본권이 국가안전보장·질서유지·공공복리 목적을 위하여 필요한 경우에 법률로써 제한할 수 있음을 규정하고 있듯이, 영국에서도 집회 및 회합의 자유권 역시, ‘제한된 권리’(Qualified rights)로 인정받고 있다. ‘제한된’ 권리라고 함은 ① 집회시위의 자유를 제한할 수 있는 ‘근거법률’²⁷⁾(Law)이 존재하고, ② 그러한 제한이 공공질서의 보호·범죄와 무질서의 예방·공공복리의 목적·타인의 권리와 자유보호 등과 같은 ‘합법적인 목적’(Legitimate aim)이 있고, ③ 그러한 제한수단의 ‘필요성’(Necessary)과 ‘비례성’(Proportionate)이 인정된다면, 이러한 사실상 또는 準헌법상의 권리가 법률의 범위 내에서 충분히 규제 내지 제한될 수 있는 권리를 뜻한다.²⁸⁾

2) 집회시위에 관한 규제(성문)법률

집회시위 규제 법률로는 ‘공공의 평화침해’(Breach of the Peace)를 방지할 수 있는 ‘보통법’(Common Law)도 존재하나, 다만 본 연구에서는 성문법(제정법) 위주로 간략히 살펴보기로 한다. 영국에서 집회시위 규제에 관한 기본법은 바로 ‘1986년 공공질서법’(POA)이라고 할 수 있다. 더불어, 집회시위를 부분적으로 규율하고 있는 성문 법률만 해도, ‘1980년 간선도로법’(Highways Act 1980), ‘1992년 노동조합 및 노사관계법

26) 정상우, 정교분리원칙의 모델에 관한 비교헌법학적 연구, 헌법학연구 제20권 제1호, 2014, 226면. 물론 영국 국내법과 동등한 법률적 권리로 보는 견해도 있다.

27) 성문법뿐만 아니라, 보통법(Common Law)도 포함된다.

28) HMIC, Adapting to Protest - Nurturing The British Model of Policing, London: HMIC, 2009, 121면; 유럽인권협약 제11조 제2항.

(통합)’(Trades Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992), ‘1971년 재물손괴법’(Criminal Damage Act 1971), ‘1994년 형사사법 및 공공질서법’(Criminal Justice and Public Order Act 1994), ‘수도경찰청법’(Metropolitan Police Act 1839), ‘1847년 타운경찰조항법’, ‘2011년 경찰개혁 및 사회책임법’(PRSRA) 등 총 29개의 법률이 존재할 정도로, 집회시위 규제 관련 영국의 성문 법률은 굉장히 복잡하고 다층적인 규범시스템을 가지고 있다.²⁹⁾ 본 논문에서는 ‘2021년 경찰, 범죄, 양형 및 법원에 관한 법률안’(PCSCB)에 의하여 개정대상이 되는 ‘1986년 공공질서법’(POA) 및 ‘2011년 경찰개혁 및 사회책임법’(PRSRA) 위주로 집회시위 규제권한의 변화(개정) 내용을 살펴보기로 한다.

2. ‘1986년 공공질서법’상의 집회시위 규제 내용

1) 규제조항 개괄

현행 공공질서법(POA)에서 집회시위 규제와 관련된 부분은 제2편(Part 2)의 ‘행진과 집회부분’(Processions and Assemblies)이며, 제2편은 제11조부터 제16조, 총8개 조항으로 구성되어 있다. 먼저, 제11조는 ‘옥외행진에 대한 사전신고’(Advance notice of public processions)를 규정하고 있으며, 제12조는 ‘옥외행진에 대한 조건부과’(Imposing conditions on public processions), 제13조는 ‘옥외행진의 금지’(Prohibiting public processions), 제14조는 ‘옥외집회에 대한 조건부과’(Imposing conditions on public assemblies), 제14A조는 ‘불법침입집회의 금지’(Prohibiting trespassory assemblies), 제14B조는 ‘불법침입집회와 관련된 범죄 및 그에 따른 체포’(Offences in connection with trespassory assemblies and arrest thereof), 제14C조는 ‘불법침입집회로의 진출(이동)금지’(Stopping persons from proceedings to trespassory assemblies), 제15조는 ‘위임사항’(Delegation)을 각각 규정하고 있다.³⁰⁾

29) HMIC, *Adapting to Protest - Nurturing The British Model of Policing*, London: HMIC, 2009, p. 33, p. 207; HMICFRS, *Getting the balance right? - An inspection of how effectively the police deal with protests*, London: HMICFRS, 2021, pp. 98-99.

30) 현행 공공질서법 제14A조부터 제14C까지의 ‘불법침입집회 금지 및 이동제한 등에 관한 규정’은 1986년 공공질서법 제정당시에는 존재하지 않는 규정들이었다. 그 이후인, ‘1994년 형사사법과

참고로, 지금의 공공질서법 제9조 제1항에서는 폭동이나 불법집회 등과 관련된 ‘보통법(Common law)상의 범죄’는 폐지시키고 있으나(제9조 제1항)³¹⁾, 하지만 시위에서 발생할 수 있는 ‘공공의 평화침해’(Breach of the Peace)에 대한 ‘보통법상의 경찰권’은 여전히 유효한 규제권한으로 남게 되었다.³²⁾

각각의 조문을 보면, 현행 공공질서법(POA)은 집회시위를 크게, ‘옥외행진’(Public processions)과 ‘옥외집회’(Public assemblies)로 별도로 구분하여 규율하고 있다. ‘옥외집회’는 ‘정적인 시위’(Static protest)라고 불리며, ‘옥외행진’은 이러한 정적인 시위를 제외한 모든 ‘동적인’ 형태의 집회를 의미한다.³³⁾ ‘동적인’ 성격을 가지고 있는 ‘옥외행진’에 대해서는 ‘사전신고제’(Advance notice)를 운영하고 있으나, ‘정적인’ 시위인 ‘옥외집회’에 대해서는 별도의 사전신고가 요구되지 않는다.³⁴⁾ 다만, 일반인의 접근이 금지 또는 제한된 장소에서의 집회만을 ‘불법침입집회’(Trespassory assemblies)로 규정하여, (일정 요건을 충족하는 경우) 이를 금지시키고 있을 뿐이다. 아래에서는 ‘옥외행진’과 ‘옥외집회’로 구분하여, 법률 조항의 골자를 조금 더 상세히 살펴보고자 한다.

공공질서법’(Criminal Justice and Public Order Act 1994) 제70조 및 제71조에 의거하여 (현재의 공공질서법 내) 신설된 것이다.

- 31) 기이 언급되었지만, 이러한 범죄가 완전히 사라진 것이 아니라, 성문법상의 범죄로 편입시켜 명확화·구체화한 것이다. 집회시위 관련 성문법적인 범죄행위는 공공질서법 제1편에 규정되어 있다. 다만 지문의 한계 및 연구목적 등을 고려하여, 본 연구에서 이러한 범죄행위에 대한 설명은 생략하기로 한다.
- 32) 다만 이러한 보통법(Common Law)상의 권한을 행사하더라도, ‘유럽인권협약’(ECHR)이나 영국 인권법(HRA) 등에 반해서 이루어져서는 안 된다. 앞서 언급되었지만, 집회시위의 자유를 제한하려면, 제한수단에 관한 ‘근거법률’(Law)이 존재해야 하고, 제한의 ‘합법적인 목적’(Legitimate aim)이 있어야 하며 마지막으로 그러한 수단의 ‘필요성’(Necessary)과 ‘비례성’(Proportionate)이 충족되어야 한다. (보통법도 근거법률이므로) 보통법상의 근거한 집회시위 규제권한은 결국 ‘합법적인 목적’ 그리고 수단의 ‘필요성’과 ‘비례성’이 충족되어야, 비로소 합법적인 권한행사로 인정받을 수 있다.
- 33) University of Oxford (Oxford Pro Bono Publico), The Law on Policing Peaceful Protests Oxford: University of Oxford (Oxford Pro Bono Publico), 2020, p. 72. 우리나라에서는 ‘집회’와 ‘시위’로 구분하고 있으며, 집회가 동적이며, 시위가 정적인 개념이다. 우리나라의 ‘시위’가 영국의 ‘옥외행진’ 개념에 해당하는 것이다.
- 34) ‘정적 시위’인 집회는 동적인 옥외행진보다는 공공의 안녕과 질서에 대한 침해 위험성이 낮은 것을 전제하고 있으며, 이에 대한 규제 비례성의 원칙에 입각하여 옥외집회에 대해서는 사전신고 조차 요구하지 않는 것이다(HMICFRS, Getting the balance right? - An inspection of how effectively the police deal with protests, London: HMICFRS, 2021, p. 112).

2) ‘옥외행진’에 대한 규제

(1) 사전서면신고제

가. 신고규정

현행 공공질서법에 따르면, ① 타인 내지 기타 단체의 행동·의견에 대한 찬반의 의견을 표명하기 위한 목적, ② 사회정치적 활동이나 대의명분을 널리 선전하기 위한 목적, 또는 ③ 특정 사건을 기념하거나 기리기 위한 목적에서 행진을 하고자 할 때, 행진이 시작하는 관할구역의 지역 경찰서에 서면사전신고가 이루어져야 한다(제11조 제1항 및 제4항)³⁵⁾. 다만, 행진의 성격 등을 미루어 사전서면신고를 하는 것이 합리적인 범위 내에서 가능하지 않을 때는 신고에 대한 예외가 인정된다(제11조 제1항 단서).³⁶⁾ 이러한 행진의 서면신고는 행진이 시작되기 (초일과 말일을 산입하지 않은) 6일전에 등기우편 내지 방문신고 형태로 이루어져야 하며(제11조 제5항 및 제6항), 사전신고서의 서면에는 행진이 시작되는 날짜와 시간, 예상행진경로, 행진주최자의 이름과 주소가 명기되어 있어야 한다(제11조 제3항).

나. 처벌규정

제11조상에 규정된 (미신고 포함하여) 서면신고요건을 위반하거나 또는 행진의 날짜 및 경로가 서면신고의 내용과 다르다면, 이는 범죄행위를 구성하게 된다(제11조 제7항). 이러한 범죄행위는 ‘약식범죄’(Summary offence)에 해당하는바, ‘약식재판 벌금양형 표준기준³⁷⁾’(Standard Scale of fines for summary offences) 중 최대 3등급(Level 3)

35) 이러한 목적이 없는 경우, 가령 지역사회 관례적으로 개최되는 행진 등의 경우에는 사전신고가 필요 없다(제11조 제2항).

36) 이렇게 긴급하게 개최되는 미신고 집회 관련하여, 영국은 구성요건해당성 자체가 인정되지 않는다. 우리나라에서는 관련 근거 규정이 없으며, 다만 현재의 결정례에 따라서 위법성 내지 책임조각사유로 인정하고 있다(헌재 2014. 1. 28. 2011헌바174).

37) 약식재판에 대한 벌금양형 표준기준은 ‘1982년 형사사법법’(Criminal Justice Act 1982) 제37조에 규정되어 있다. 1등급(Level 1)은 최대 200파운드(한화 약31만원), 2등급(Level 2)은 최대 500파운드(한화 약78만원), 3등급(Level 3)은 최대 1,000파운드(한화 약156만원), 4등급(Level 4)은 최대 2,500파운드(한화 약390만원), 5등급(Level 5)은 최대 5,000파운드(한화 약780만원)의 벌금으로 규정되어 있다.

에 해당하는 벌금형에 처해진다(제11조 제10항).

(2) 조건부과를 통한 행진의 제한

가. 제한규정

현행 공공질서법 제12조는 ‘옥외행진에 대한 조건부과’를 규정하고 있다. 행진이 개최되는 (또는 개최될) 시간, 장소, 사정, 행진경로를 종합적으로 고려하여, ① 심각한 공공무질서(Serious public order)· 재산에 대한 심각한 손해(Serious damage to property)· 지역사회의 일상생활에 대한 심각한 혼란(Serious disruption to the life of the community)을 야기할 수 있거나, 또는 ② 정당한 권리행사를 방해하거나 또는 의무 없는 권리행사를 강요하는 목적으로 타인을 위협하기 위한 차원에서 행진을 주최한다고 믿을만한 합리적인 이유가 있을 때에는³⁸⁾, ‘고위경찰관’(Senior police officer)은 이러한 무질서, 손해, 위협을 방지하기 위하여 필요한 조건을 행진주최자나 참가자에게 지시(Give directions)할 수 있다(제12조 제1항). 이러한 지시(Directions)를 통하여, 행진경로 자체에 대하여 조건을 부과하거나 또는 특정 공공장소 출입금지 등과 같은 조건도 부과할 수 있다.³⁹⁾

위 ‘고위경찰관’의 의미와 관련해서는, 행진 현장 또는 행진을 위하여 참가자들이 집결하고 있는 상황에서는 현장에 있는 경찰관 중 가장 계급이 높은 경찰관이 그러한 ‘고위경찰관’이 되며, 기타 행진상황에서 고위경찰관은 ‘지방경찰청장’(Chief Officer of Police)을 의미한다(제11조 제2항).⁴⁰⁾ 행진현장 등이 아닌 곳에서 지방경찰청장이 옥외

38) ‘or’로 규정되어 있으므로, ①번과 ②번 요건 하나만 충족해도 된다.

39) 부과될 요건의 예시규정에 불과하므로, 다양한 조건부과가 가능하다. 법리적으로는 행진출발 및 종료시간에 대한 규제는 물론이고, 소음규제도 가능하다(UK Government, Police, Crime, Sentencing and Courts Bill 2021: protest powers factsheet, <https://www.gov.uk/government/publications/police-crime-sentencing-and-courts-bill-2021-factsheets/police-crime-sentencing-and-courts-bill-2021-protest-powers-factsheet>, 검색일자: 2021년 3월 28일). 하지만 규정의 불명확성이 존재하기에, ‘2021년 경찰, 범죄, 양형 및 법원에 관한 법률안’에서는 옥외행진 뿐만 아니라, (1인 시위 포함) 옥외집회 시 발생할 수 있는 소음에 대해서도 조건부과가 가능하도록 명시적인 규정을 신설하게 된다. 다시 설명하기로 한다.

40) 일부 문헌에서는 ‘Chief Officer of Police’를 ‘관할 경찰서장’으로 번역하기도 하는데(김종철, 영국의 집회 및 시위의 자유: 야간집회금지와의 관련성을 중심으로, 서강법학 제11권 제1호, 2009, 75면), 이러한 번역은 영국 경찰제도의 오해에서 비롯된 오류에 해당한다. 참고로, 지방경찰청장은

행진에 대한 조건부과를 지시할 때에는 반드시 ‘서면’(Writing)으로 이루어져야 한다(제11조 제3항). 반대해석 상 지방경찰청장이 아닌, 행진 현장에서 고위경찰관에 의한 조건부과가 이루어질 때에는 서면이 아닌, 구두 등 다른 방법에 의해서도 가능하다.

나. 처벌규정

옥외행진 주최자 및 참가자가 공공질서법 제12조 제1항에 근거하여 부과된 조건(Conditions)을 ‘고의로’(Knowingly) 위반했다면, 이러한 조건위반(미준수)행위는 범죄행위를 구성하게 된다(제12조 제4항 및 제5항). 다만 이러한 조건위반행위가 통제될 수 없는 사정(Circumstances)에서 기인했다면, 이에 대한 입증책임은 행진주최자 및 참가자가 각각 부담한다. 또한 행진참가자⁴¹⁾를 선동하여 조건위반행위를 저지르게 하는 행위 역시 범죄행위를 구성한다(제12조 제6항).

이러한 범죄행위에 대한 처벌의 정도는 범죄의 주체마다 조금씩 다른데, 먼저 행진주최자의 조건위반행위에 대해서는 최대 3개월의 징역 또는 최대 3등급의 벌금을 부과 내지 병과할 수 있다(제12조 제8항). 두 번째, 행진참가자의 조건위반행위에 대해서는 최대 3등급의 벌금을 부과할 수 있으며(제12조 제9항), 마지막으로 행진참가자를 선동하여 조건위반행위를 교사한 자에게는 최대 3개월의 징역 또는 최대 3등급의 벌금을 부과 내지 병과할 수 있다(제12조 제10항).

(3) 옥외행진의 금지

가. 금지규정

현행 공공질서법 제13조에서는 옥외행진에 대한 금지규정을 담고 있는데, 다만 이러한 행진금지 규정은 수도인 런던과 런던 이외 기타 지역으로 구분되어 그 절차가 조금은 상이하게 규정되어 있다. 먼저 런던 이외의 지역에서는, 관할구역 내 존재하는 특정한 사정(Circumstances)으로 인하여 지방경찰청장(Chief Officer of Police)이 공공질서법 제12조에 따른 조건부과만으로 옥외행진으로 인하여 발생하는 또는 발생할 수 있는 심

⁴¹⁾ ‘Chief Constable’이라고도 불린다(신현기 외, 비교경찰제도론, 서울: 법문사, 2021, 264-265면).

41) (참가자가 아닌) ‘행진주최자’에 대한 조건위반 선동행위는 범죄행위가 아니다.

각한 혼란을 방지하기에 불충분하다고 판단할 경우, 관할구역 내에서 최대 3개월 동안 옥외행진을 금지시킬 수 있는 ‘명령’(Order)을 지방의회(Council of the district)에 신청할 수 있다(제13조 제1항). 이러한 신청을 접수받은 지방의회는 주무장관(내무부 장관)의 동의하에, 신청서 그대로 또는 신청서의 내용을 일부 수정하여 그러한 금지명령을 내릴 수 있다(제13조 제2항). 런던의 경우에 있어서는 수도경찰청장이나 런던시티경찰청장이 주무장관의 동의하에 최대 3개월간의 옥외행진 금지명령을 직접 내릴 수 있다(제13조 제3항 및 제4항)⁴²⁾. 금지명령은 서면으로 이루어져야 함이 원칙이고, 기타 구두로 이루어진 경우에는 최대한 신속히 서면으로 기록되어야 한다(제13조 제5항).

나. 처벌규정

금지명령을 위반하여 행진을 주최하는 행위는 범죄행위를 구성하며(제11조 제7항), 이러한 범죄는 약식재판의 대상으로서 최대 3개월 징역형 또는 4등급에 해당하는 벌금형의 부과 또는 병과가 이루어진다(제11조 제11항). 이러한 행진에 참가하는 행위 역시 약식범죄이며(제11조 제8항), 최대 3등급에 해당하는 벌금형에 처해질 수 있다(제11조 제12항). 마지막으로 금지명령이 발동된 행진에 참여할 것을 선동하는 행위(제11조 제9항)는 최대 3개월 이하의 징역형 또는 4등급 이하의 벌금형에 처해질 수 있다. 이때 징역형과 벌금형의 병과도 가능하다(제11조 제13항).

3) ‘옥외집회’에 대한 규제

옥외집회는 문자 그대로, 옥외 공공장소에서 2명 이상에 의하여 이루어지는 집회를 의미한다(제16조). 앞에서 설명된 바와 같이, ‘정적인 시위’의 성격을 가지고 있는 옥외

42) 영국 수도 런던(Greater London)에는 ‘수도경찰청’(MPS: Metropolitan Police Service)과 ‘런던시티경찰청’(City of London Police)이라는 두 개의 광역지방경찰청이 존재한다. 런던시티경찰청은 런던의 경제·금융 중심지인 (총인구 약 9,500여명의) ‘시티’(City) 지역만을 관할하는 소규모 지방경찰청에 해당하고, 시티지역을 제외한 쏘 런던은 수도경찰청(MPS)에서 관할하고 있다. 그 유명한 (당시 내무부 장관이었던) 로버트 필경(Sir Robert Peel)이 1829년에 만든 세계 최초의 근대경찰이 바로 위 수도경찰청(MPS)인 것이다(김학경·이성기, 영국지방자치경찰의 새로운 패러다임: “2011 경찰개혁 및 사회책임법”과 “국립범죄청”을 중심으로, 경찰학연구 제12권 제1호, 2012, 149면 및 160면).

집회는 (옥외행진과 대조적으로) 사전신고제가 적용되지 않으며, 나아가 (옥외)집회에 대한 일률적이고 전면적인 금지규정도 존재하지 않는다. 옥외집회에 대해서는 조건부과만이 가능할 뿐이고, 공공출입이 금지된 등 장소에서 발생하는 ‘불법침입집회’(Trespassory assemblies)에 대해서만 금지규정이 존재한다. 참고로, 이른바 ‘1인 집회(시위)’는 (2인 이상이 아니므로) 공공질서법상의 옥외집회에 해당하지 않으며⁴³⁾, 따라서 조건 부과 대상도 되지 아니한다. 옥외집회 제한과 관련된 조건부과 규정부터 알아보기로 한다.

(1) 조건부과를 통한 옥외집회의 제한

가. 제한규정

조건부과를 통한 ‘집회’ 제한 규정은 위에서 설명된 공공질서법 제12조 제1항의 행진에 대한 조건 부과 내용과 상당히 유사하다는 것을 알 수 있다. ‘집회’(Assembly)가 개최되는 (또는 개최될) 시간, 장소, 사정을 종합적으로 고려하여, ① 심각한 무질서·재산에 대한 심각한 손해·지역사회의 일상생활에 대한 심각한 혼란을 야기할 수 있거나, 또는 ② 정당한 권리행사를 방해하거나 또는 의무 없는 권리행사를 강요하는 목적으로 타인을 위협하기 위한 차원에서 행진을 주최한다고 믿을만한 합리적인 이유가 있을 때에는⁴⁴⁾, ‘고위경찰관’은 이러한 무질서, 손해, 혼란, 위협을 방지하기 위하여 필요한 조건을 지시할 수 있다. 이러한 지시를 통하여, ‘집회장소’(Place), ‘집회개최(지속) 최대시간’(Maximum duration), 집회참가자의 ‘최대 숫자’(Maximum number)에 대한 조건을 (집회주최자와 참가자에게 모두) 부과할 수 있다(제14조 제1항)⁴⁵⁾. 기타 ‘고위경찰관의 개념’(제14조 제2항), ‘서면에 의한 조건부과 지시’(제14조 제3항) 규정은 옥외행진

43) 우리나라 법률 규정 및 판례의 태도도 동일하다.

44) ‘Or’로 규정되어 있으므로, ①번과 ②번 요건 하나만 충족해도 된다.

45) 그 대상요건이 한정적으로 규정되어 있으므로, 옥외집회의 경우 (옥외행진과 달리) 출발시간과 종료시간에 관한 조건 부과는 불가하다. ‘2021년 경찰, 범죄, 양형 및 법원에 관한 법률안’에서는 집회의 출발시간과 종료시간에 대한 조건부과 지시도 가능하도록 되어 있다.(UK Government, Police, Crime, Sentencing and Courts Bill 2021: protest powers factsheet, <https://www.gov.uk/government/publications/police-crime-sentencing-and-courts-bill-2021-factsheets/police-crime-sentencing-and-courts-bill-2021-protest-powers-factsheet>, 검색일자: 2021년 3월 28일).

의 내용과 동일하다.

나. 처벌규정

부과된 조건을 고의로 위반하였을 경우 이에 대한 처벌규정 역시, 옥외행진의 처벌내용과 동일하다. 옥외집회 주최자 및 참가자가 공공질서법 제14조 제1항에 의거하여 부과된 조건을 ‘고의로’(Knowingly) 위반했다면, 이러한 조건위반행위는 범죄행위를 구성하게 된다(제14조 제4항 및 제5항). 다만 이러한 조건위반행위가 통제될 수 없는 사정에서 기인했다면, 이에 대한 입증책임은 행진주최자 및 참가자가 각각 부담한다. 집회참가자를 선동하여 조건위반행위를 저지르게 하는 행위도 범죄행위를 구성한다(제14조 제6항).

이러한 범죄행위에 대한 처벌규정을 보면 우선, ‘집회주최자’의 조건위반행위에 대해서는 최대 3개월의 징역 또는 최대 3등급의 벌금을 부과 내지 병과(제14조 제8항), ‘집회참가자’의 조건위반행위에 대해서는 최대 3등급의 벌금형 부과(제14조 제9항), 마지막으로, ‘집회참가자’를 ‘선동’하여 조건미준수를 교사하는 행위는 최대 3개월의 징역형 또는 최대 4등급의 벌금형의 부과 내지 병과가 가능하다(제14조 제10항).

(2) 불법침입집회의 금지

앞에서 살펴보았지만, 옥외집회에서는 (행진과 달리) 원칙적으로 사전신고제가 적용되지 않는 등 전면적인 허용이 원칙이다. 심각한 무질서나 혼란 등 발생하거나 예상되는 경우 집회에 대한 제한 조건만 부과할 수 있을 뿐이고, 예외적으로 공공출입 등이 금지된 장소에서 발생하는 소위 ‘불법침입집회’의 경우에 있어서만 전면적인 금지 또는 이동 제한 조치 등이 이루어질 수 있다.

가. 불법침입집회의 의미

현행 공공질서법 제14A조 제5항에서 ‘불법침입집회’에 관한 개념이 정의되어 있다. 불법침입집회는 ① 일반 시민(공중)의 접근이 금지 또는 제한된(Limited) 지역(장소)에서 개최되고⁴⁶⁾, 동시에 ② 그 지역(장소) 토지소유자의 허가 없이 개최되거나, 또는 소유

자의 허가가 있지만 그 허가 범위를 벗어나거나, 일반 대중의 접근권리 범위를 벗어나서 개최되는 집회를 의미한다.

나. 금지규정

불법침입집회 금지 규정 역시, 수도인 런던과 런던 이외 기타 지역으로 구분되어 그 절차가 조금은 상이하게 규정되어 있다. 먼저, 런던 이외의 지역에서는 ‘지방경찰청장’이 일반 시민들의 접근이 금지된 또는 제한된 장소(지역)에서 개최되거나 개최될 옥외집회와 관련하여, ① 토지소유자의 허가 없이 개최될 개연성이 상당하거나, 또는 소유자의 허가가 있지만 그 허가 범위를 벗어나거나, 일반 대중의 접근권리 범위를 벗어나서 개최될 개연성이 상당한 경우, 동시에 ② 지역사회의 일상생활에 대한 ‘심각한 혼란’ 내지 역사적·고고학적·과학적 중요성을 지니고 있는 지역(장소)에서 개최되어⁴⁷⁾, 그 지역(장소)에 ‘중대한 손해’(Serious damage)를 초래한다고 믿을만한 합리적인 이유가 있을 때에는, 최대 4일 이내, 특정 장소로부터 반경 5km 이내에서 집회의 전면적인 금지명령을 지방의회에 신청할 수 있다(제14A조 제1항 및 제6항)⁴⁸⁾.

이러한 신청을 접수받은 (잉글랜드와 웨일즈 지역의) 지방의회는 주무장관(내무부 장관)의 동의하에, 신청서 그대로 또는 신청서의 내용을 일부 수정하여 그러한 명령을 내릴 수 있다(제14A조 제2항 a호)⁴⁹⁾. 런던에서는 (옥외행진 금지와 동일하게) 수도경찰청장이나 런던시티경찰청장이 주무장관의 동의하에 위와 같은 금지명령을 직접 내릴 수 있다(제14A조 제4항). 기타 내용은 옥외행진의 금지규정과 동일하다.

46) 일반시민의 접근이 제한된 지역(장소)의 예시로는 ‘간선도로’(Highway)나 ‘공공도로’(Road)가 있다(제14A조 제9항). 다만 간선도로에서 집회가 열린다고 해서 무조건 금지명령을 신청할 수 있는 것이 아니라, 이러한 간선도로에서의 집회가 지역사회의 일상생활에 대한 심각한 혼란을 야기할 수 있을 때에만 금지명령을 신청할 수 있는 것이다.

47) ‘And’로 규정되어 있으므로, ①번과 ②번 요건은 동시에 충족되어야 한다.

48) 반대해석상 4일을 초과한 금지명령을 불가하며, 반경 5km의 범위 밖의 지역 역시 전면적인 금지명령의 대상이 되지 아니한다.

49) 스코틀랜드에서는 주무장관의 동의가 필요 없다(제14A조 제2항 b호).

다. 처벌규정

금지명령이 내려진 불법침입집회를 주최, 참가, 또는 참가를 선동하는 행위 모두 약식 판결에 처해질 수 있다(제14B조 제1항, 제2항, 제3항). 다만 이러한 범죄행위로 인하여 처벌받을 수 있는 ‘집회’의 개념은 20명 이상의 집회만을 의미한다(제14A조 제9항). 따라서 20명이 되지 않는 경우 비록 불법침입집회라 하더라도 (공공질서법상의) 처벌의 대상이 되지 아니하므로, 결과적으로 금지자체가 불가능하다. 먼저 불법침입집회 금지명령에 내려진 집회를 (금지된 사실을 알고 있음에도 불구하고) 개최한 사람은 최대 3개월의 징역형 또는 최대 3등급의 벌금형 부과 내지 병과에 처해지며(제14B조 제5항), 이러한 집회에 참가한 사람 역시 최대 3등급의 벌금형이 부과된다(제14B조 제6항). 마지막으로, 타인을 선동하여 금지명령이 내려진 불법침입집회에 대한 참가행위를 교사한 자는 최대 3개월의 징역형 또는 최대 4등급의 벌금형의 부과 내지 병과에 처해진다(제14B조 제7항).

(3) 불법침입집회로의 진출(이동)금지

‘정복경찰관’(Constable in uniform)은 특정인이 (금지명령이 내려진) 불법침입집회에 참석하려고 이동하고 있다고 믿을만한 합리적인 이유가 있다고 판단할 때에는, 그 특정인의 이동을 물리적으로 막거나 그러한 집회 쪽으로 진출하지 말 것을 지시할 수 있다(제14C조 제1항 및 제2항). 이러한 경찰관의 지시 등에 따르지 않는 행위는 약식판결의 대상이 되는 범죄행위이며, 최대 3등급의 벌금형에 처해질 수 있다(제14C조 제5항).

〈표 2〉 집회시위 관련 현행 공공질서법 조문 및 내용

구분	조문	핵심내용
옥외 행진	제11조 (옥외행진에 대한 사전신고)	- 6일전 방문 또는 우편 서면신고 필요(신고 예외사항 존재) - 신고요건 등 위반 시, 벌금형 가능
	제12조 (옥외행진에 대한 조건부과)	- 심각한 공공 무질서·재산에 대한 심각한 손해·지역사회의 일상생활에 대한 심각한 혼란의 야기, 또는 정당한 권리행사 방해가 예상될 때, ‘고위경찰관’은 행진주최자나 참가자에게 (행진과 관련된) 조건을 부과할 수 있음 - 부과된 행진조건을 ‘고의로’ 위반할 경우, 징역형 내지 벌금형(병과) 가능
	제13조 (옥외행진의 금지)	- 행진에 대한 조건부과만으로 심각한 혼란을 방지하기에 불충분하다고 판단 되는 경우, ‘지방경찰청장’은 최대 3개월 옥외행진 금지명령을 ‘지방의회’에 신청할 수 있으며, 지방의회는 내무부장관의 동의를 받아 행진 금지명령을 내릴 수 있음 - 수도 런던의 경우, 지방경찰청장이 내무부장관의 동의하에 (지방의회를 거치지 않고) 직접적으로 행진 금지명령을 발동할 수 있음 - 금지명령 위반 시, 이에 대한 징역형 내지 벌금형(병과) 가능
옥외 집회	제14조 (옥외집회에 대한 조건부과)	- 옥외집회 자체에 대해서는 사전서면신고 불요 - 심각한 공공 무질서·재산에 대한 심각한 손해·지역사회의 일상생활에 대한 심각한 혼란의 야기, 또는 정당한 권리행사 방해가 예상될 때, ‘고위경찰관’은 행진주최자나 참가자에게 (집회와 관련된) 조건을 부과할 수 있음 - 위 조건은 집회장소, 집회개최(지속) 최대시간, 집회참가자의 최대 숫자에 대한 규제조건만 가능(기타 조건 불가) - 1인 시위는 동법상의 옥외집회가 아니므로, 조건부과 불가 - 부과된 집회조건을 ‘고의로’ 위반할 경우, 징역형 내지 벌금형(병과) 가능
	제14A조 (불법침입집회의 금지)	- 불법침입집회에 대한 법적 개념 제시 - 불법침입집회가 토지소유자의 허가 없이 개최, 소유자의 허가가 있지만 그 허가 범위를 벗어나거나, 일반 대중의 접근권리 범위를 벗어나서 개최될 개연성이 상당하고, 동시에 지역사회의 일상생활에 대한 심각한 혼란 내지 역사적·고고학적·과학적 중요성을 지니고 있는 지역(장소)에 심각한 피해를 초래한다고 믿을만한 합리적인 이유가 있을 때, ‘지방경찰청장’은 관할구역 내에서 최대 4일 이내, 특정 장소로부터 반경 5km 이내에서 집회의 전면적인 금지명령을 지방의회에 신청할 수 있으며, 지방의회는 내무부장관의 동의를 받아 집회 금지명령을 내릴 수 있음 - 수도 런던의 경우, 지방경찰청장이 내무부장관의 동의하에 (지방의회를 거치지 않고) 직접적으로 불법침입집회 금지명령을 발동할 수 있음
	제14B조 (불법침입집회 범죄 및 체포)	- 금지명령이 내려진 불법침입집회를 주최, 참가, 또는 그 참가를 선행하는 경우, 징역형 내지 벌금형(병과) 가능 - 단, 20명 이상의 불법침입집회만 처벌 가능
	제14C조 (불법침입집회로의 진출금지)	- ‘정북경찰관’은 (금지명령이 내려진) 불법침입집회에 대하여, 특정인의 참석을 막거나 또는 이러한 집회방향으로의 이동(진출)을 금하는 지시를 내릴 수 있음 - 이러한 지시를 위반할 경우, 벌금형 가능

3. ‘2011년 경찰개혁 및 사회책임법’상의 집회시위 규제 내용

1) 규제조항 개괄

‘2011년 경찰개혁 및 사회책임법’에서 집회시위 규제와 직접적으로 관련된 조항은 제3편(Part 2), 제141조부터 제148조까지 총9개의 조항이다. 이러한 조항은 공공질서법의 집회시위 규제 조항을 보충하는 성격을 가지고 있다. 먼저 제141조를 보면, 의회(Parliament) 등 ‘지정지역’(Designated area)에서의 ‘집회’(Demonstration)에 대한 사전서면신고 제도 등을 두고 있었던 ‘2005년 중대조직범죄 및 경찰법’(Serious Organised Crime and Police Act 2005)의 제132조부터 제138조의 조항이 폐지되었음을 선언하고 있다.⁵⁰⁾ 이로 인하여, 현행 공공질서법의 규제 내용(제11조부터 제14조)이 ‘통제지역’(Controlled area) 내에서 열리는 옥외행진과 옥외집회에도 동일하게 적용된다.⁵¹⁾ 제143조에서는 ‘의회광장’(Parliament Square) 및 ‘웨스트민스터 궁전’⁵²⁾(Palace of Westminster) 주변 ‘통제지역’(Controlled area)에서의 ‘금지활동’(Prohibited activities)을 규정하고 있다. 참고로, 통제지역의 상세한 장소적 범위는 제142조(의회광장 통제지역) 및 제142A조(웨스트민스터 궁전 통제지역)에 규정되어 있는데, 모두 의회의사당 근접장소이다. 제144조에서는 ‘금지활동’(Prohibited activities) 중지에 관한 ‘지시’(Direction) 규정을 두고 있다. 제145조에서는 금지활동에 활용되거나 활용된 물품에 관한 (영장 없는) 압수 및 보관규정, 제146조에서는 금지활동 지시위반에 대하여 유죄판결을 내릴 시 법원이 병과할 수 있는 있는 물수나 출입금지명령(Order) 등과 같은 보안처분 규정, 제147조에서는 확성기 등 사용에 관한 허가

50) 과거 ‘2005년 중대조직범죄 및 경찰법’에서는 ‘지정지역’(Designated area)라는 표현이 사용되었으나, 현행 ‘2011년 경찰개혁 및 사회책임법’에서는 ‘통제지역’(Controlled area)라는 표현이 사용되고 있다. 또한 현행 공공질서법에서 ‘집회’를 ‘Assembly’라고 표현하고 있으나, ‘2005년 중대조직범죄 및 경찰법’에서는 ‘Demonstration’라는 표현이 사용되었다(동법 제132조 제6항). ‘2011년 경찰개혁 및 사회책임법’의 제정으로 인하여, 지정지역 그리고 지정지역에서의 집회 사전서면신고 제도 등이 폐지되었음에 불구하고, 일부 연구에서는 “이러한 지정지역에서 사전신고 없이 집회를 한 경우에는 범죄로 처벌받는다.”라고 잘못 설명되어 있다(전현욱·한민경·장영민, 집회 및 시위의 권리 보장과 공공질서의 조화를 위한 형사정책 연구, 서울: 한국형사정책연구원, 2016, 176면).

51) 즉, 의사당 주변 지역에서 옥외행진에는 사전서면신고가 필요하나, 옥외집회에는 사전신고조차 필요 없다.

52) 의회의사당 건물을 의미한다. 그 유명한 ‘빅벤’(Big Ben)이 ‘웨스트민스터 궁전’에 설치되어 있다.

(Authorisation) 규정, 제148조에서는 ‘허가담당관’(Authorised officer) 및 ‘책임기관’(Responsible authority)에 관한 의미 규정을 각각 두고 있다.

2) ‘통제지역’에서의 ‘금지활동’

첫 번째, ‘2011년 경찰개혁 및 사회책임법’상 집회시위 ‘통제지역’(Controlled area)에서 ‘금지된 활동’은 ① (허가받지 않은) 확성기·메가폰 등과 같은 앰프의 사용(의회광장 및 웨스트민스터 궁전 통제지역에서 모두 금지), ② 텐트·침낭·매트리스·천막 등 철야목적 또는 일시적으로 머물기 위한 일체의 장비나 시설의 사용(의회광장 통제지역에서만 금지)으로 규정되어 있다(제143조 제2항, 제4항, 제6항, 제7항). 다만 ① 경찰이나 소방, 구급기관 활동을 위한 사용, ② ‘관련 기관⁵³⁾’(Relevant authority)의 사용, ③ 관련 ‘책임기관⁵⁴⁾’(Responsible authority)의 허가를 받은 경우에는 위법성이 조각된다(제143조 제3항). ‘경찰관’(Constable) 또는 ‘허가담당관⁵⁵⁾’(Authorised officer)은 이러한 금지활동에 대한 중지를 지시(Direct)할 수 있으며 있으며(제143조 제1항), 정당한 이유 없이 이러한 중지지시에 따르지 않는 행위는 약식재판에 회부되어 최대 5등급에 해당하는 벌금형(5,000파운드)에 처해질 수 있다(제143조 제8항).

두 번째, 경찰관 또는 허가담당관은 금지활동에 대한 중지를 지시할 때 지시명령의 효력 종료시점(90일 한도 내에서) 지정할 수 있는 바, 대상자는 그러한 종료시점 전까지는 중지 지시된 금지활동을 재개할 수 없다. 다만 종료시점을 지정하지 않으면, 그러한 지시는 (지시가 내려진 날부터) 90일 동안 자동적으로 유효하다(제144조 제2항 및 제3항). 이러한 경찰관 등의 지시는 구두에 의하여, 개인 또는 집단에게 발동될 수 있으며, 지시를 발동한 경찰관 등은 이러한 지시를 스스로 철회할 수도 있다(제144조 제6항).

세 번째, 통제지역에서 지시에 대한 미준수(위반) 행위가 발생했을 때에 경찰관 또는

53) ‘관련 기관’은 ① 내각각료나 관련 정부부처, ② 런던광역시의회, ③ 웨스트민스터 자치구 의회를 의미한다(제143조 제5항).

54) 먼저 ‘의회광장 통제지역’에서의 책임기관은 의회광장의 센트럴 가든 지역에서는 런던광역시의회, (통제지역 내) 기타 지역에서는 웨스트민스터 자치구 의회가 책임기관이 된다(제148조 제3항). ‘웨스트민스터 궁전 통제지역’에서의 책임기관을 보면, 로열 파크 지역에서는 주무장관, (통제지역 내) 기타 지역에서는 웨스트민스터 자치구 의회가 그 책임기관이 된다(제148조 제4항).

55) 제148조에 따르면, 관련 정부부처나 런던광역시의회 또는 웨스트민스터 자치구 의회의 담당 공무원 내지 권한을 부여받은 지정인을 의미한다.

허가담당관은 영장 없이도 (합리적인 물리력을 사용하여) ‘금지물품⁵⁶⁾’(Prohibited item)을 현장에서 압수하여 보관할 수 있다(제145조 제1항부터 제4항). 압수물품의 최대 보관기간은 28일이며, 이후에는 압수 당사자에게 반드시 환부해야 한다(제145조 제5항 a호). 다만 이러한 미준수행위에 대하여 물품환부 이전에 약식기소나 재판 등이 진행된다면, 재판결과에 따라서 환부여부가 결정된다(제145조 제5항 b호).

마지막, 이러한 지시 미준수 행위에 대해서는 (벌금형 외) 법원의 몰수나 보안처분의 병과도 가능하다. 즉, 법원은 제143조 제8항에 따른 벌금형을 부과하면서, 압수된 물품의 몰수를 명령할 수 있고, 동시에 통제지역으로 출입금지 등과 같은 필요한 보안처분도 병과할 수도 있다(제146조 제1항 b호, 제2항, 제3항)

3) 앰프사용에 관한 허가조건

(허가받지 않은) 확성기 등과 같은 앰프 사용에 대한 금지명령은 (그 대상자가) 의회 광장 및 웨스트민스터 궁전 통제지역 (그 주변지역) 내에 있는 사람들이 듣거나 들을 수 있을 정도로 확성기 등 앰프를 작동시키거나 작동시키려고 할 때에만⁵⁷⁾ 발동될 수 있다(제144조 제5항). 그럼에도, 앰프 사용 등에 대하여 사전허가를 받으면 통제지역에서의 앰프의 사용도 응당 허용된다. 이때는 제144조 제5항이 적용될 여지가 없으나, 다만 앰프사용을 허가받았다고 하더라도 행진이나 집회 시 과도한 소음을 발생시켜 심각한 공공 무질서·손해·지역사회의 일상생활에 대한 심각한 혼란의 야기가 초래된다면, 공공 질서법 제12조 및 제14조에 따른 조건부과를 통한 제한이 이루어질 수 있다.

먼저 앰프를 사용하고자 하는 사람은 직접 또는 대리인을 통하여, 통제지역을 관할하

56) 동법 제143조 제2항 상의 ‘확성기 등 앰프 그리고 철야목적 또는 일시적으로 머물기 위한 일체의 장비나 시설’을 의미한다(제145조 제3항).

57) 앰프를 사용하게 되면 과도한 소음이 유발될 개연성이 상당하고, 따라서 앰프사용에 대한 허가제는 필요할 수 있다. 이러한 허가제 대한 논의는 별론으로 하고, (허가를 받지 않고 앰프 사용 시) “들리거나 들 수 있을 정도”(can hear or likely to be able to hear)라는 구성요건은 (사건으로는) 일반적·추상적인 문구에 해당하며, 판단에 대한 경찰관의 결정재량이 다소 광범위하게 허용하는 문구로 보인다. 또한, 이러한 규정에 대해서는 시위의 대상이 되는 목표가 눈에 보이고 또한 목소리가 전달되어야 한다는 ‘Sight and Sound’ 원칙을 과도하게 침해한다는 비판이 제기될 수도 있다(A. S. Vitale · 김창경 · 최낙범, 한국경찰의 G20 정상회의 집회시위 관리정책에 대한 사례연구, 치안정책연구 제25권 제2호, 2011, 43면의 각주 22 참조).

는 ‘책임기관’(Responsible authority)에게 확성기 사용에 대한 사전허가를 신청할 수 있다(제147조 제1항 및 제2항). 이때 책임기관은 신청처리비용을 부과시킬 수 있다(제147조 제3항 c호). 앰프 사용 허가신청을 받은 책임기관은 신청을 받은 날로부터 21일 이내에 신청인에게 서면으로 허가여부 결과를 통보해야 한다(제147조 제4항). 만약 허가를 결정다면, 허가서에는 ① 허가 받은 자의 인적사항, ② 허가한 앰프의 종류, ③ 앰프의 사용기간, ④ (기타 허가조건과 관련된) 부관이 기재되어 있어야 한다(제147조 제5항). 허가 이후에도 책임기관은 언제라도 서면으로, 허가를 철회하거나 부관 및 앰프의 사용기간을 변경시킬 수도 있으며, 나아가 새로운 부관을 부여하거나 기존의 부관을 아예 취소시킬 수도 있다(제147조 제6항, 제7항, 제8항).

〈표 3〉 집회사위 관련 현행 경찰개혁 및 사회책임법의 조문 및 내용

조문	핵심내용
제141조 (‘2005년 중대조직범죄 및 경찰법’ 일부 조항의 폐지)	- ‘2005년 중대조직범죄 및 경찰법’ 제132조부터 제138조까지 조항 폐지(특히, 의사당 주변 지역에서의 옥외집회 사전서면신고제 제도 등의 폐지)
제142조 및 제142A조 (통제지역의 범위)	- 의회광장 및 웨스트민스터 궁전 주변 통제지역에 대한 장소적 범위 규정
제143조 (통제지역에서의 금지활동)	- 앰프의 사용 그리고 텐트·침낭·매트리스·천막 등 철야 및 일시 체류를 위한 일체의 장비(시설) 사용이 금지활동으로 지정됨 - 경찰관과 허가담당관은 이러한 금지활동의 구두로 중지를 지시할 수 있으며, 중지에도 따르지 아니할 경우 최대 5등급의 악식재판 벌금형에 처해짐
제144조 (금지활동 중지명령에 관한 추가 규정)	- 경찰관과 허가담당관은 금지활동에 대한 중지지시를 내릴 때, 지시효력의 중지시점을 90일 이내로 지정할 수 있으며, 시점을 정하지 않으면 자동적으로 90일 동안 지시의 효력이 유지됨
제145조 (금지물품에 대한 압수 등)	- 지시 미준수(위반) 행위가 발생했을 때, 경찰관 또는 허가담당관은 영장 없이도 (합리적인 물리력을 사용하여) 금지물품(앰프, 텐트 등)을 현장에서 압수하여 보관할 수 있음 - 최대28일 동안 보관할 수 있으며, 원칙적으로 보관기간 후 압수당사자에게 환부해야 함
제146조 (유죄판결 시 법원의 권한)	- 미준수 행위에 대하여, 법원은 (벌금형 외) 금지물품의 몰수나 통제지역으로 출입금지 등과 같은 필요한 보안처분을 병과할 수 있음
제147조 (앰프 사용에 관한 허가)	- 앰프를 사용하려면, 통제지역 관할 책임기관(런던광역시의회 및 웨스트민스터 자치구 의회 등)으로부터 사전 사용허가를 신청해야 함 - 신청 받은 책임기관은 21일 이내에 서면으로 앰프 허가결정을 통보해야 하며, (허가한다면) 허가결정서에 대상자의 인적사항, 허가한 앰프의 종류, 앰프의 사용기간, 기타 부관을 반드시 기재해야 함 - 책임기관은 허가 이후 언제라도 서면으로, 부관의 변경 및 철회, 새로운 부관의 추가, 앰프 사용기간의 변경할 수 있음

Ⅲ. 최근 집회시위 규제권한의 실효성 확보 법률안 - ‘2021년 경찰, 범죄, 양형 및 법원에 관한 법률안’ 중심으로

1. ‘1986년 공공질서법’ 개정내용

1) ‘옥외행진’과 관련된 규제권한의 실효성 확보

(1) 소음규제를 통한 옥외행진의 제한

가. 옥외행진 소음규제에 관한 조건부와 규정 신설

현행 공공질서법 제12조에 근거해서는 ① 심각한 공공 무질서·재산에 대한 심각한 손해·지역사회의 일상생활에 대한 심각한 혼란을 야기할 수 있거나, 또는 ② 정당한 권리 행사를 방해하거나 또는 의무 없는 권리행사를 강요하는 목적으로 타인을 위협하기 위한 차원에서 행진을 주최한다고 믿을만한 합리적인 이유가 있을 때에만 옥외행진에 대한 조건을 부과할 수 있다. 하지만, ‘2021년 경찰, 범죄, 양형 및 법원에 관한 법률안’(PCSCB) 제54조에서는 공공질서법 제12조 규정을 개정하여, 행진 시 발생할 수 있는 소음에 대한 규제조건을 부과할 수 있는 근거규정을 마련하게 된다.

즉, ‘2021년 경찰, 범죄, 양형 및 법원에 관한 법률안’(이하 ‘법률안’이라고 지칭) 제 54조에서는 현행 공공질서법을 개정하여 소음규제에 관한 제12조 제1항 aa호 및 ab호를 신설케 한다. ‘개정 공공질서법⁵⁸⁾’에서는 (옥외행진의 시간, 장소, 사정, 경로를 종합적으로 고려하여) ③ (잉글랜드와 웨일즈 지역에서의 옥외행진에 있어서) 행진참가자들에 의해 발생하는 소음이 ‘행진 주변에 있는 기관(단체)들의 활동에 심각한 혼란’(Serious disruption to the activities of an organisation which are carried on in the vicinity of the procession)을 야기하거나, 또는 ④ (잉글랜드와 웨일즈 지역에서의 옥외행진에 있어서) 행진 참가들에 의해 발생하는 소음이 ‘행진 주변의 사람들에게 관련된 그리고 중대한 피해’(Relevant impact on persons in the vicinity of the procession, and that impact may be significant)를 끼친다고 믿을만한 합리적인 이유

58) 개정 전인, 지금의 공공질서법은 ‘현행 공공질서법’으로 지칭하고, ‘법률안’에 따라서 (법률안이 통과된다면) 개정이 예정된 공공질서법에 대해서는 ‘개정 공공질서법’으로 지칭한다.

가 있을 때⁵⁹⁾, ‘고위경찰관’은 이러한 소음피해(Impact)를 방지하기 위하여 필요한 조건을 지시할 수 있다(법률안 제54조 제2항).

나. 소음피해 ‘관련성’의 의미

타인에게 끼치는 소음피해의 ‘관련성’(Relevant)의 의미에 관해서는, ① 행진 주변에 있을 사람들의 특성(Characteristics)으로 인하여 행진에서 발생하는 소음이 합리적으로 건강한 사람들에게 대한 위협이나 괴롭힘이 될 때, 또는 ② 행진 주변 사람들에게 심각한 불안이나 공포 또는 고통을 유발시킬 수 있을 때, 소음으로 인한 피해의 ‘관련성’(Relevant)이 있다고 규정되어 있다(법률안 제54조 제3항). 즉, 이러한 규정은 소음 피해의 관련성을 ‘절대적인’ 기준에서 판단하는 것이 아니라, 주변 사람들의 특성(노약자, 장애인 등)을 고려하여 그 피해 기준이 ‘상대적’으로 다를 수 있음을 명시하고 있는 것이다.⁶⁰⁾

다. 소음피해 ‘중대성’ 판단에 대한 고려사항

그 다음으로 타인에 끼치는 소음피해의 ‘중대성’(Significant)을 판단함에 있어서, 고위경찰관은 (소음 피해로 인하여) 위협·괴롭힘을 받거나 심각한 불안이나 공포 또는 고통을 느끼는(또는 느낄 가능성 있는) 사람들의 ① ‘숫자’(Number), 그리고 이러한 소음 피해의 ② ‘지속정도’(Duration) 및 ③ ‘강도’(Intensity)를 ‘반드시’(Must) 고려하도록 규정되어 있다(법률안 제54조 제3항).

59) 영국에서는 ‘중대한 피해’(Significant impact)라는 요건의 ‘임계점’(Threshold)이 ‘심각한 혼란’(Serious disruption)보다 한 단계 낮다고 보고 있다. 즉, 소음피해를 기관(단체)보다는 개인의 수인범위를 한 단계 낮게 보는 것이다(HMICFRS, Getting the balance right? - An inspection of how effectively the police deal with protests, London: HMICFRS, 2021, p. 116).

60) 우리의 집시법 시행령 제14조에서도 유사하게, 주거지역·학교·병원·공공도서관에서 화성기의 등가소음도를 일반 지역에서 등가소음도와 다르게 규정하고 있다. 학교나 병원에 있는 사람들에게 대한 소음피해도는 당연히 일반사람들의 소음피해도와 상이할 수밖에 없기 때문이다.

(2) (소음규제 포함) 조건 위반 시 처벌의 확대 및 강화

가. ‘고의로’ 문구 삭제 - 처벌범위의 확대

현행 공공질서법에서는 옥외행진 주최자 및 참가자가 공공질서법 제12조 제1항에 근거하여 부과된 조건을 ‘고의로’(Knowingly) 위반했을 경우에만, 그러한 위반행위에 대한 징역형 내지 벌금형의 부과 내지 병과가 가능하였다. 하지만, 이번 개정안에서 ‘고의로’라는 문구가 삭제되었고(법률안 제56조 제3항 및 제4항), 다만 (잉글랜드와 웨일즈 지역에서의 옥외행진에 있어서는, 비록 고의가 없다 하더라도) ① 당사자가 그 조건이 부과되었음을 알고 있음에도 조건을 준수하지 못했거나, 또는 ② 조건이 부과되었음을 알아야 함에도 불구하고 알지 못하여 조건을 위반했을 때 범죄행위를 구성하게 된다(법률안 제56조 제5항)⁶¹⁾. 반면, 여전히 스코틀랜드 지역에서의 옥외행진과 관련해서는, 조건을 ‘고의로’ 준수하지 아니하였을 때만, 이러한 조건위반행위가 비로소 범죄행위를 구성하게 된다.

나. 처벌형량의 강화

우선 ‘행진주최자’의 (소음 포함) 조건위반행위 관련하여, 잉글랜드와 웨일즈 지역에서는 기존 최대 3개월의 징역 또는 최대 3등급의 벌금이었으나, 개정안에서는 최대 51주간의 징역형 또는 최대 4등급에 대한 벌금형을 부과 내지 병과할 수 있도록, 그 처벌형량이 대폭 강화되었다(이하 법률안 제56조 제6항). 스코틀랜드 지역에서는 여전히 최대 3개월의 징역형 또는 최대 4등급의 벌금형 부과(병과)가 이루어진다. 두 번째로 ‘행진참가자’의 (소음 포함) 조건위반행위와 관련해서서는, 잉글랜드와 웨일즈 지역에서는 기존 최대 3등급의 벌금에서 최대 4등급인 2,500파운드의 벌금형에 처할 수 있도록 개정되었다. 스코틀랜드 지역에서는 이전과 동일하게, 3등급인 1,000파운드의 벌금형에 처할 수 있다. 끝으로, ‘행진참가자’를 ‘선동’하여 조건의 위반 내지 미준수를 교사케 하는 행위는 현행 공공질서법에서는 최대 3개월의 징역 또는 최대 3등급의 벌금을 부과 내지 병과할 수 있으나, 개정 공공질서법에서는 최대 51주간의 징역형 또는 최대 4등급에 대

61) 여전히 이러한 조건위반행위가 통제될 수 없는 사정에서 기인했다면, 이에 대한 입증책임은 행진주최자 및 참가자가 부담한다. 동 조항은 개정 후에도 변함이 없다.

한 벌금형의 부과(병과)가 가능하다. 스코틀랜드 지역에서는 현재와 동일하게, 최대 3개월의 징역형 또는 최대 4등급의 벌금형을 부과 또는 병과할 수 있다.

(3) 시행령 제정을 통한 조건 부과 요건의 구체화

개정 공공질서법에 규정된, ‘(소음으로 인한) 행진 주변에 있는 기관(단체)들의 활동에 심각한 혼란’(Serious disruption to the activities of an organisation which are carried on in the vicinity of the procession) 및 ‘지역사회의 일상생활에 대한 심각한 혼란’(Serious disruption to the life of the community)과 같은 요건들은 그 문구의 일반성·추상성으로 인하여, 경찰 등 행정청의 결정재량을 확대하는 결과를 초래할 수 있다. 행정청의 입장에서 요건을 적극적으로 해석하면 기본권의 침해가 강해질 수 있고, 반대로 (기본권 침해의 우려를 너무 의식하여) 너무 좁게 해석하면, 특수하거나 예외적인 상황을 고려하지 못하게 되어 도리어 상황 대응의 경직성이 증가할 수밖에 없다. 그렇다면 이러한 요건에 판단 및 해석은 경찰과 같은 행정청에 맡겨져서는 안 되며, 원칙적으로 국민의 대의기관인 의회에서 구체적인 입법을 통해서 해결해야 하는데, 다만 너무 구체적인 입법을 하게 되면, 시대의 변화양상에 뒤떨어지는 적응성·임기성의 문제점도 초래할 수 있다.

이러한 사정을 고려하여, ‘법률안’에서는 주무부처 장관(내무부 장관)이 (위에서 언급된 두 가지) 법률 요건들의 의미를 구체화할 수 있는 ‘시행령’(Regulations)을 제정할 수 있도록, 권한 위임 규정을 마련하고 있다(법률안 제54조 제4항). 이러한 시행령은 ‘행정위임입법’(Statutory instrument)의 형태로 제정되어야 하며, 각별히 ‘법률안’에서는 이러한 시행령에 대한 의회의 감독방법을 명시하고 있다. 즉, 시행령의 초안(Draft)이 상원 및 하원에 제출되고, 상원 및 하원의 결의안(Resolution)에 의하여 승인되어야만 그 시행령의 효력이 발생할 수 있도록 규정되어 있다. 이러한 시행령은 우리의 법규명령과 유사한 성격을 가지고 있는 바, 위 시행령에서는 각각의 법률 요건에 대하여 구체적인 정의규정을 제시할 수 있으며, 추가적으로 이러한 ‘심각한 혼란’을 야기하거나 또는 야기하지 않는 옥외집회에 대한 상황을 (시행령 내에서) 상세히 예시할 수도 있다.

물론 이러한 시행령 제정을 통한 요건의 구체화는 통상적으로는 경찰의 결정재량을 좁히는 결과를 가져올 수밖에 없다. 하지만 영국에서는 불명확하고 추상적인 요건규정이

로 인하여 경찰권의 발동이 (필요한 순간에도 불구하고) 오히려 위축되는 현상이 초래되고 있으므로⁶²⁾, 이러한 시행령 제정은 (결정재량을 좁힐 수는 있지만 결과적으로) 요건에 대한 구체화를 통하여 판단의 근거를 명확히 함으로써 결과적으로는 경찰권의 실효성이 확보되는 결과를 가져온다.

2) ‘옥외집회’와 관련된 규제권한의 실효성 확보⁶³⁾

(1) 집회 소음규제에 관한 조건부와 규정 신설

기이 설명된 바와 같이, 현행 공공질서법 제14조는 ‘옥외집회에 대한 조건부과’를 규정하고 있다. 현행 공공질서법 제14조 제1항에 따르면, ‘옥외집회’의 시간, 장소, 사정을 종합적으로 고려하여, ① 심각한 무질서, 재산에 대한 중대한 손해, 지역사회의 일상생활에 대한 심각한 혼란을 야기할 수 있거나, 또는 ② 정당한 권리행사를 방해하거나 또는 의무 없는 권리행사를 강요하는 목적으로 타인을 위협하기 위한 차원에서 행진을 주최한다고 믿을만한 합리적인 이유가 있을 때에는, ‘고위경찰관’은 이러한 무질서, 손해, 혼란, 위협을 방지하기 위하여 필요한 조건을 (집회주최자와 참가자에게 모두) 지시할 수 있다. 앞서 설명되었지만 이러한 조건 부과는 (옥외행진과 다르게, 요건이 한정적으로 규정되어 있으므로) ‘집회장소’, ‘집회개최(지속) 최대시간’, 집회참가자의 ‘최대 숫자’만을 대상으로 이루어질 수 있다.

‘법률안’ 제55조에서는 공공질서법 제14조 제1항 aa호 및 ab호를 신설하여, ‘옥외집회’시 발생할 수 있는 소음에 대해서도 조건을 부과할 수 있도록 그 근거규정을 마련하

62) 앞에서 설명한 바와 같이, 영국 ‘왕립감사관실’(HMCIFS)에서는 (시민단체의 반대 입장을 충분히 청취했음에도 불구하고) 오히려 효율적인 경찰권행사를 위한 (집회 및 행진) 조건 부과 요건의 완화를 제안하고 있다. 현행 법률상의 부과 요건을 넓게 해석하면 경찰의 결정재량이 넓어짐에도 불구하고, 이러한 요건완화를 제시하게 된 배경에는 (반대해석상) 경찰이 현행 부과 요건에 대한 해석을 엄격히 하고 있고 그 결과, 필요한 경찰권 행사가 제대로 이루어지지 않고 있음을 추론할 수 있다.

63) 앞에서 설명되었지만, 옥외집회에 대해서도 사전서면신고 제도를 신설해야 한다는 것이 ‘왕립감사관실’의 개선권고안이다. 그럼에도, 현 영국 보수당 정부는 (소음규제 포함한) 조건부와 규정만을 강화하고 있을 뿐이며, 여전히 정적인 (옥외)집회의 추상적 위험성을 인정하지 않고 있으며, 고로 집회에 대한 사전서면신고 제도를 도입하지 않고 있다. 이런 점만 보더라도, ‘법률안’의 취지에 대해서는 경찰권의 확대보다는 실효성 강화라는 표현이 더 적절하다고 판단된다.

고 있다. 신설된 규정을 보면, (집회의 시간, 장소, 사정을 종합적으로 고려하여) ③ (잉글랜드와 웨일즈 지역에서의 옥외집회에 있어서) 집회참가자들에 의해 발생하는 소음이 그 ‘집회 주변에 있는 기관(단체)들의 활동에 심각한 혼란(Serious disruption)’을 야기할 수 있거나, 또는 ④ (잉글랜드와 웨일즈 지역에서의 옥외행진에 있어서) 집회 참가들에 의해 발생하는 소음이 ‘집회장소 주변의 사람들에게 관련된 그리고 중대한 피해(Significant impact)’를 끼친다고 믿을만한 합리적인 이유가 있을 때, ‘고위경찰관’은 이러한 소음피해를 방지하기 위하여 필요한 조건을 지시할 수 있다(법률안 제55조 제2항). 기타 소음피해의 ‘관련성’(Relevant)의 의미 및 ‘중대성’(Serious) 판단 시 고려사항에 대한 내용은 앞에서 설명된 옥외행진과 동일하다.

(2) 옥외집회에 대한 조건부과 규정의 확대

‘법률안’에 의거하여, (잉글랜드 및 웨일즈 지역에서) 집회장소, 집회개최(지속) 최대 시간, 집회참가자의 최대 숫자에 대한 조건을 부과할 수 있다는 기존 규정은 (현행 공공질서법에서) 삭제되었는데(법률안 제55조 제2항 c호)⁶⁴⁾, 이는 집회장소나 지속시간에 대한 규제를 못하도록 규정한 것이 아니라, (구체적인 예시문구를 삭제함으로써) 부과될 수 있는 조건의 범위를 경찰의 결정재량으로 남겨둌으로써 경찰권 실효성을 확보하는 의미를 지니고 있다. 따라서 개별적인 집회의 구체적 상황을 고려하여 심각한 혼란 등이 예상되는 등 보호법익에 대한 침해 위험이 높을 때, 옥외집회에 대해서도 (소음 규제는 말할 것도 없고) 집회의 시작시간과 종료시간 제한 등과 같은 좀 더 다양한 조건의 부과가 이루어질 수 있게 되었다.⁶⁵⁾ 다만 앞에서 주지된 바와 같이, 이러한 조건부과는 (무제한적이 아니라) ‘합법적인 목적’(Legitimate aim)을 가지고 있어야 하고, 또한 부과된 조건이 (목적달성을 위한) ‘필요성’(Necessary)과 ‘비례성’(Proportionate)을 갖추고 있

64) 잉글랜드와 웨일즈 지역과 달리, 스코틀랜드 지역에서는 집회장소, 집회개최(지속) 최대시간, 집회 참가자의 최대 숫자 규제에 대한 조건부과 규정이 여전히 존재한다(개정 공공질서법 제14조 제1A항 b호).

65) UK Government, Police, Crime, Sentencing and Courts Bill 2021: protest powers factsheet, <https://www.gov.uk/government/publications/police-crime-sentencing-and-courts-bill-2021-factsheets/police-crime-sentencing-and-courts-bill-2021-protest-powers-factsheet>, 검색일자: 2021년 3월 28일.

어야 한다.

(3) (소음규제 포함) 조건 위반 시 처벌의 확대 및 강화

가. ‘고의로’ 문구 삭제 - 처벌범위의 확대

우선 옥외행진의 개정내용과 동일하게, 옥외집회에서도 ‘고의로’라는 문구가 삭제되었고, ① 당사자가 그 조건이 부과되었음을 알고 있음에도 조건을 준수하지 못했거나, 또는 ② 조건이 부과되었음을 알고 있어야 함에도 불구하고 알지 못하여 조건을 준수하지 못했을 때 조건위반행위는 범죄행위를 구성하게 된다(법률안 제56조 제8항, 제9항, 제10항). 나머지는 옥외행진의 개정 내용과 동일하다.

나. 처벌형량의 강화

조건미준수(위반) 행위에 대한 처벌 역시 강화되었다(법률안 제56조 제11항). 첫 번째, ‘집회주최자’의 조건미준수행위는 현행 최대 3개월의 징역 또는 최대 3등급의 벌금 부과 내지 병과의 대상이나, 개정안에서는 (잉글랜드와 웨일즈 지역에서는) 최대 51주간의 징역형 또는 벌금양형 표준기준 중 최대 4등급의 벌금형을 부과할 수 있다. 두 번째, ‘집회참가자’의 조건미준수 행위는 현재 최대 3등급의 벌금형을 부과할 수 있으나, 개정안에서는 최대 4등급의 벌금형이 가능하도록 한 단계 상향되었다. 끝으로, ‘집회참가자’를 ‘선동’하여 조건미준수를 교사하는 행위는 현행 최대 3개월의 징역형 또는 최대 4등급의 벌금에서, 최대 51주간의 징역형 또는 최대 4등급(Level 4)에 대한 벌금형의 부과 내지 병과가 가능하도록 그 형량이 높아졌다. 스코틀랜드에서의 조건미준수 행위 처벌은 옥외행진에서의 내용과 똑같다.

(4) 시행령 제정을 통한 조건 부과 요건의 구체화

개정 공공질서법 제14조 제1항에 규정된, ‘(소음으로 인한) 집회 주변에 있는 기관(단체)들의 활동에 심각한 혼란’ 또는 지역사회의 일상생활에 대한 심각한 혼란’의 구체적인 의미와 관련하여, 주무부처 장관(내무부 장관)은 관련 ‘시행령’을 제정할 수 있다(법률안 제55조 제6항). 시행령 제정을 통하여 각 요건의 의미에 대하여 구체적인 정의규정

을 제시할 수 있으며, 더하여 ‘심각한 혼란’을 야기하거나 또는 야기하지 않는 옥외집회에 대한 예시상황도 제공할 수 있다. 이러한 시행령 제정의 의미에 대해서는 앞에서 설명한 바와 같으며, 그 내용 역시 옥외행진과 동일하다.

3) ‘1인 시위’에 대한 조건부와 규정 신설

현행 공공질서법에는 ‘1인 시위’(One-person protest)에 관하여 조건을 부과할 수 있는 명시적인 근거규정이 존재하지 않는다. 이러한 이유로, ‘법률안’ 제60조에서는 개정 공공질서법 내 제14ZA조(Imposing conditions on one-person protests)를 신설하여, 1인 시위 시 소음 등을 규제할 수 있는 조건부와 규정을 새로이 마련하고 있다. 여기서 ‘1인 시위’는 어느 특정시간(at any one time)에 공공장소에 1인에 의하여 이루어지는 시위를 의미한다.

(1) 1인 시위 소음규제에 관한 조건부와 규정 신설

개정 공공질서법 제14ZA조 제1항 및 제2항을 살펴보면, ‘고위경찰관’은 (잉글랜드와 웨일즈 지역에서) 1인 시위가 개최되는 (또는 개최될) 시간, 장소, 사정을 종합적으로 고려하여, ① 1인 시위 참가자에 의해 발생하는 소음이 ‘1인 시위 주변에 있는 기관(단체)들의 활동에 심각한 혼란’을 야기할 수 있거나, 또는 ② 1인 시위 참가자에 의해 발생하는 소음이 ‘1인 시위 주변의 사람들에게 관련된 그리고 중대한 피해’를 끼친다고 믿을만한 합리적인 이유가 있을 때에도, 이러한 소음피해를 방지하기 위하여 필요한 조건을 지시할 수 있다(법률안 제60조). 고위경찰관의 의미, 소음피해의 ‘관련성’(Relevant)의 의미, 소음 피해 ‘중대성’(Serious) 판단 시 고려사항, 문서통지와 같은 규정은 옥외행진 및 옥외집회에서의 내용과 동일하다. 다만, 1인 시위에 관한 이러한 소음규제 조건 규정은 스코틀랜드 지역에서는 적용되지 않는다.

나아가, 개정 공공질서법 제14ZA조 제3항을 보면, 만약 1인 시위가 장소를 옮기면서 이루어지거나 이루어질 예정이라면, 다시 말해서, 1인 시위가 옥외행진의 형태로 이루어질 때, 고위경찰관은 행진(예정)경로도 고려하면서 소음규제에 관한 조건을 부과해야 한다. 나아가, 이러한 소음에 관한 조건에는 행진경로 자체 또는 특정 공공장소 출입금지

등과 같은 조건도 포함시킬 수 있다.

(2) 1인 시위에 대한 처벌규정 신설

1인 시위 주최자나 참가자가 ① 동 조항에 근거한 조건이 부과되었음을 알고 있음에도 조건을 준수하지 못했거나, 또는 ② 조건이 부과되었음을 알아야 함에도 불구하고 이를 알지 못하여 조건을 준수하지 못했을 때, 이러한 ('고의적'이 아니어도) 조건위반행위는 범죄행위를 구성하게 된다. 조건미준수(위반)행위가 통제될 수 없는 사정에서 기인했다면, 이에 대한 입증책임은 그러한 범죄행위로 기소된 1인 시위 주최자 내지 참가자가 부담한다. 처벌의 내용 관련해서는 먼저, 개정 공공질서법 제14ZA조 제9조에 의거, '1인 시위 주최자' 또는 '1인 시위 참가자'의 조건미준수행위는 약식재판의 대상이 되며, 최대 4등급의 벌금형에 처해진다. 또한, 개정 공공질서법 제14ZA조 제11조에 의거, 1인 시위 주최자나 참가자에 대한 조건미준수 '선동'행위에 대해서는 최대 51주간의 징역형 또는 최대 4등급(Level 4)에 대한 벌금형을 처할 수 있다. 이때 징역형과 벌금형의 동시 부과도 허용된다.

(3) 시행령 제정을 통한 조건 부과 요건의 구체화

개정 공공질서법 제14ZA조 제1항 상의 '(소음으로 인한) 1인 시위 주변에 있는 기관(단체)들의 활동에 심각한 혼란'의 구체적인 의미(Meaning)와 관련하여, 주무부처 장관(내무부 장관)은 관련 시행령을 제정할 수 있다. 시행령에 관한 다른 내용 역시, 앞에서 설명된 옥외행진과 옥외집회의 시행령 내용과 동일하다.

〈표 4〉 집회시위 관련 개정 공공질서법의 내용

구분	조문	내용
옥외 행진	제12조 (옥외행진에 대한 조건부과)	- 행진참가자들에 의한 소음이 행진 주변에 있는 '기관'·(단체)들의 활동에 심각한 혼란 또는 행진 주변의 '사람'들에게 '관련된' 그리고 '중대한' 피해를 미칠 때, 고위경찰관은 소음에 관한 규제 조건을 부과할 수 있음 - 행진 주변에 있을 사람들의 특성으로 인하여, 행진에서 발생하는 소음이 합리적으로 건강한 사람들에 대한 위협이나 괴롭힘이 될 때, 또는 행진 주변 사람들에게 심각한 불안이나 공포 또는 고통을 유발시킬 수 있을 때, 소음과 피해의 '관련성'이 인정됨 - 소음피해의 '중대성' 판단 시, (소음으로 인하여) 위협·괴롭힘을 받거나 심각한 불안이나 공포 또는 고통을 느끼는 사람들의 숫자, 소음 피해의 지속정도 및 강도를 반드시 고려해야 함 - 부과된 행진조건 위반 시, ('고의로' 문구를 삭제하여) 당사자가 그 조건이 부과되었음을 알고 있음에도 조건을 준수하지 못했거나, 또는 조건이 부과되었음을 알고 있어야 함에도 불구하고 알지 못한 경우도 징역형 내지 벌금형(병과) 가능함. 또한 징역형 및 벌금형이 이전보다 대폭 강화됨 - 조건부과 요건 중, 지역사회의 일상생활에 대한 심각한 혼란 그리고 (소음으로 인한) 행진 주변에 있는 기관(단체)들의 활동에 심각한 혼란의 의미를 각각 구체화(예시상황 제시 등)할 수 있는 시행령 제정에 관한 위임규정 신설
옥외 집회	제14조 (옥외집회에 대한 조건부과)	- 기본적으로 제12조의 내용과 동일하게 변경됨 - 현행 옥외집회에 대한 조건부과는 집회장소, 집회개최(지속) 최대시간, 집회참가자의 최대 숫자에 대하여만 가능하나, 개정안에서는 (옥외행진과 동일하게) 개별집회에 대한 구체적 위험성을 검토하여, 집회의 시작 및 종료시간 등과 같은 다양한 집회제한 조건을 부과할 수 있게 됨
1인 시위	14ZA조 신설 (1인 시위에 대한 조건부과)	- 제12조 및 제14조의 내용과 동일하게, 1인 시위 소음규제에 관한 조건부과 규정 신설 - 소음규제에 관한 조건부과 시, 1인 행진이 이루어질 때는 행진경로 자체 또는 특정 공공장소 출입금지 등과 같은 조건도 포함시킬 수 있음 - 부과된 1인 시위 조건 위반 시, (고의가 없어도) 당사자가 조건이 부과되었음을 알고 있음에도 조건을 준수하지 못했거나, 또는 조건이 부과되었음을 알아야 함에도 불구하고 이를 알지 못하여 조건을 준수하지 못했을 때, 징역형 또는 벌금형의 처벌규정 신설 - (소음으로 인한) 1인 시위 주변에 있는 기관(단체)들의 활동에 심각한 혼란의 의미를 구체화(예시상황 제시 등)할 수 있는 시행령 제정에 관한 위임규정 신설

2. '2011년 경찰개혁 및 사회책임법' 개정내용

법률안 제57조에서 '2011년 경찰개혁 및 사회책임법' 제142A조, 제143조 규정을 개정하는 조항도 담고 있다. 아래에서는 이러한 개정 조항에 대하여 상세히 알아보기로 한다.

(1) '통제지역'의 확대

먼저 현행 '2011년 경찰개혁 및 사회책임법'(이하 '현행 법률'로 지칭) 제142A조에는 웨스트민스터 궁전 주변의 통제지역에 대한 장소적 범위를 규정하고 있다. 법률안에서는 이러한 웨스트민스터 궁전 통제지역의 장소범위를 확대하고 있는데, 우편번호 SW1 구역에 있는 'Cannow Row', 'Parliament Street', 'Derby Gate', 'Parliament Square', 'Victoria Embankment'라는 이름으로 알려진 간선도로(Highway⁶⁶)가 통제지역으로 새로이 포함되었다(법률안 제57조 제1항). 나아가, 이러한 간선도로(대로)에는 간선도로와 인접한 장소 중에 일반시민이 통행할 수 있는 장소까지 포함한다. 즉, 간선도로뿐만 아니라 공중이 접근할 수 있는 간선도로 인접 지역까지 통제지역으로 포섭하고 있는 것이다.

(2) '통제지역' 내 '금지활동'의 확대

앞에서 살펴본바와 같이, 현행 법률 제143조 제1항 및 제2항에서는 ① 앰프의 사용 그리고 ② 텐트·침낭·매트리스·천막 등 철야 및 일시 체류를 위한 일체의 장비(시설) 사용이 금지활동으로 지정되어 있다. 법률안 제57에서는 ③ 물품 등을 이용하여, (웨스트민스터 궁전 통제지역 지역 내에 위치한 또는 이에 근접하게 위치한) '의회부지'(Parliamentary Estate) 출입구로 입출입하는 차량의 통과를 방해하는 행위를 새로운 금지활동으로 추가하고 있다(법률안 제57조 제3항). 이러한 방해 행위에는 '입출입 자체를 어렵게 하는 행위'(making the passage of a vehicle more difficult)도 포함된다.

66) 엄밀히 말하자면, 우리나라의 강남대로와 같은 시내를 관통하는 대로(미국의 Boulevard 개념)를 의미한다.

(3) ‘관련 기관’의 문구 개정 및 범위 확대

현행 법률 제143조 제3항에 따르면 ‘관련 기관’은 ① 내각각료나 관련 정부부처, ② 런던광역시의회, ③ 웨스트민스터 자치구 의회를 의미한다. 이러한 관련 기관의 (통제지역에서의) 앱프사용이나 일시체류 시설 등의 사용은 설명된 바와 같이, 위법성이 조각되어 허용되는 행위에 해당한다. 법률안에서는 ‘관련기관’(Relevant authority)이라는 문구를 ‘관련 책임자’(Relevant person)로 개정하면서, ‘관련 책임자’에 상원 및 하원의 각 사무처 담당 직원도 포함시키고 있다.

(4) 시행령 제정을 통한 통제지역 지정권한 부여

법률안 제58조에서는 ‘2011년 경찰개혁 및 사회책임법’ 내 제149A조(Power to specify other areas as controlled areas)를 신설함으로써, ‘시행령’(Regulations) 제정을 통하여 통제지역을 새로이 지정하거나 변경할 수 있도록 하는 위임규정을 만들고 있다. 하지만 시행령 제정을 통한 통제지역의 설정이나 변경은, ① 상원이나 하원이 건물공사 등과 같은 이유로, 현재 의회의사당 건물(웨스트민스터 궁전)이 아닌 다른 곳으로 이전하고, 동시에 ② 주무장관(내무부 장관)이 그러한 이전장소에서의 금지활동 지정의 필요성이 있다고 판단될 때에만 (이러한 한정된 요건에서만) 가능하도록 규정되어 있다. 이러한 입법의 배경에는 현재 의회의사당 건물이 대대적인 수리 중이고, 2025년 정도 상원 및 하원이 약 6년간 각각 다른 건물로의 이주가 예정되어 있기 때문이다. 그렇다면 이주 후 상원과 하원의 원활한 업무수행을 위해서는 통제지역에 대한 재설정이 요구되기 때문이다.⁶⁷⁾

67) BBC, MPs are moving out but not until 2025, <https://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-parliament-42908102>, 검색일자: 2021년 3월 29일; 연합뉴스, “의원들 의사당 비워야”... 英 의사당 ‘보수공사 시급’ 결론(종합) <https://www.yna.co.kr/view/AKR20160908180351085>, 검색일자: 2021년 3월 29일.

〈표 5〉 집회시위 관련 개정 경찰개혁 및 사회책임법의 조문 및 내용

조문	내용
제142A조 (통제지역의 범위)	- 웨스트민스터 궁전 주변 통제지역의 장소적 범위 확대 - 통제지역 내 간선도로뿐만 아니라, 공공접근이 허용되는 (간선도로의) 인접 지역까지 통제지역으로 포함
제143조 (통제지역에서의 금지활동)	- 물품 등을 이용하여, (웨스트민스터 궁전 통제지역 지역 내에 위치한 또는 이에 근접하여 위치한) 의회부지 출입구로 입출입하는 차량의 통과를 방해 또는 어렵게 하는 행위를 새로운 금지활동으로 포섭 - ‘관련 기관’을 ‘관련 책임자’로 문구 수정 - 위 관련 책임자에 상원 및 하원의 각 사무처 담당 직원을 포함시킴
제149A조 신설 (통제지역 지정권한 부여)	- 상원이나 하원이 건물공사 등의 이유로 현재 의회의사당 건물(웨스트민스터 궁전)이 아닌 다른 곳으로 이전하고, 동시에 주무장관이 이전장소에서의 금지활동 지정이 필요하다고 판단할 때에만 국한하여, 시행령 제정을 통하여 이러한 이전장소를 통제지역으로 설정할 수 있도록 위임규정 신설함

IV. 결론: 논의 및 시사점

영국의 집회시위 규제 법률의 가장 큰 특징은 ‘옥외집회’나 ‘옥외행진’에 관하여 일반적인 추상적 위험성을 전제로 하는 전면적·일률적인 금지나 제한 규정 자체가 없다는 사실이다. 즉, 개별 집회의 내용과 위험성 등을 고려하여 심각한 무질서나 심각한 혼란 등 구체적 위험성이 예상되는 경우에 있어서만 개별적인 금지 내지 제한만을 규정하고 있다. 특히, ‘옥외집회’에서는 사전서면신고조차 요구되지 않으며, 일반인의 접근이 금지 또는 제한된 장소에서 개최되는 집회를 ‘불법침입집회’로 정의하고 이러한 불법침입집회만을 전면적으로 금지할 뿐이다. 하지만, 이러한 금지규정마저도 시간적(최대 4일)·장소적(반경 5km 이내)·참가자 숫자(20인 이상)에 대한 예외조항을 두고 있고, 따라서 보호법익에 대한 구체적 위험이 작은 때에는 비록 ‘불법침입집회’라 하더라도 이를 금지명령의 대상으로 삼고 있지 않다. 요약하자면, 기존의 영국 집회시위 규제규범은 (미국 등과 비교하더라도⁶⁸⁾) ‘최소한의 규제’ 입장을 취하고 있는 것이 전체적인 특징이라고 여겨진다.

68) 이희훈, 집회의 소음 규제에 대한 비교법적 연구, 일감법학 통권 제42호, 2019, 223-254면.

그런데, 올 3월 발의된 영국의 ‘2021년 경찰, 범죄, 양형 및 법원에 관한 법률안’(PCSCB)은 이러한 규제 최소한의 입장에서 벗어나, 공공질서법(POA) 개정을 통해서 ① 옥외집회 및 옥외행진 시 발생하는 소음에 관한 규제 조건부와 신설, ② 옥외집회에 대한 조건부와 대상범위의 확대, ③ 조건미준수 행위에 대한 처벌강화, ④ 1인 시위에 대한 소음 규제조건 부과 신설 및 1인 행진 시 추가적인 조건부와 기능, ⑤ ‘지역사회의 일상생활에 대한 심각한 혼란’ 및 ‘(소음으로 인한) 행진 주변에 있는 기관(단체)들의 활동에 심각한 혼란의 의미’에 대한 세부 시행령 제정 위임규정 등을 마련하게 된다. 나아가, 법률안은 ‘2011년 경찰개혁 및 사회책임법’(PRSA)의 일부 조항도 개정하여, ① ‘통제지역’의 장소적 범위 확대, ② 의회부지 출입구로 입출입하는 차량의 통과를 방해 또는 어렵게 하는 행위를 금지활동으로 새롭게 지정, ③ 의회건물 이전 시 그 지역을 새로운 ‘통제지역’으로 지정할 수 있게 하는 시행령 제정에 관한 위임 규정 마련 등도 새롭게 추가하고 있다.

이러한 법률안의 내용을 토대로, 영국정부의 이러한 변화모습을 과연 “집회시위 규제에 대한 경찰 재량권을 더욱 더 확대하여 집회시위에 대한 통제권을 강화하는 움직임으로 봐야 할 것인지?”, 아니면 “변화하는 집회시위 양상에 대응하기 위하여, 부족했던 경찰권의 실효성을 확보하는 차원의 움직임으로 보아야 할 것인지?”, 거시적인 차원에서 생각해볼 필요가 있다. 여기서 주목하는 사실은 독립적이고 객관적인 감사결과를 인정받았던 ‘왕립감사관실’에서는 (제출된 ‘법률안’보다 오히려) 집회시위 규제권한의 강화를 요구하는 추가 권고안을 제시했지만⁶⁹⁾, 그러한 권고안이 법률안에 모두 반영되지 아니하였다는 사실이다. 발의된 법률안에서도 여전히 정적인 ‘옥외집회’의 추상적 위험성을 인정하지 않고 있으며, 이러한 이유로 옥외집회에 대한 사전서면신고 제도도 도입되지 않았다. 또한, 요건에 대한 임계치의 완화 및 옥외집회에 대한 금지명령의 도입, 나아가 왕립감사관실에서 조건부 동의하였던 새로운 불심검문 및 압수권한 규정도 법률안에는 반영되어 있지 않다. 그렇다면, 결과적으로 규제권한이 확대·강화된 것은 맞지만, 여전

69) 이러한 권고안에 대해서도 왕립감사관실은 “지금의 상황에서 집회와 행진을 분리하여 개별요건을 따로 설정하는 것이 오히려 균형에 맞지 아니하다.”라고 의견 표명하면서, 나아가 “이러한 개선안은 인권 법률들에 부합할 것이며 집회시위의 권리 역시 침해하지 않을 것이다.”(We consider that this change would comply with human rights legislation and would not hamper the right to protest)라는 점을 명확히 하고 있다(HMICFRS, Getting the balance right? - An inspection of how effectively the police deal with protests, London: HMICFRS, 2021, p. 14)

히 절대적인 금지나 제한이 아닌, 개별적 사안의 구체적 상황을 고려한 개별적인 판단을 허용하는 구조⁷⁰⁾이며, 이러한 금지나 제한에 있어서도 공공의 안녕과 질서유지와 같은 보호법익에 대한 침해 위험성이 낮다고 판단되는 상황에서는 예외조항을 마련하고 있다.⁷¹⁾

집회나 시위에 의하여 발생하는 소음이나 교통체증 등에 대해서는 일반 국민들도 합리적인 범위 내에서의 수인의무를 가지고 있다. 그러나 이러한 수인의무를 넘어서는 심각한 혼란을 야기하는 침해나 위험은 적절하게 규제될 필요성도 있다. 특히 영국에서의 최근 시위는 이러한 수인의무를 범위를 훨씬 벗어난, 과격하고 폭력적인 양태로 진행되었다. 이러한 집회시위에 보다 더 적합하고 적절한 규제가 필요하다는 영국 국민의 인식도 상당히 높은 상황이다.⁷²⁾ 따라서 이러한 법률안의 발의를 ‘통제권의 강화’로 보는 것은 단편적인 이해에 해당할 것이며, 오히려 변화하는 시대 및 집회시위의 양상을 따라가며, 이를 통하여 일반국민의 평온한 삶을 보호하기 위한 ‘경찰권의 실효성 확보’의 모습으로 이해하는 것이 더욱 합리적일 것이다.

집회 및 시위의 자유권도 국민의 동의와 지지를 받는 방향으로 행사되어야 한다. 국민적 동의와 지지를 받지 못하면서 일반국민의 수인한계도 크게 벗어나는 폭력·과격 집회 시위에 대해서는 적극적인 규제가 요구되는 바⁷³⁾, 다만 이러한 규제는 절대적·일률적인 기준제시가 아닌, (영국처럼) 예외규정의 마련 등을 통하여 개별 상황에 있어서 침해위험성에 대한 개별 판단이 허용되도록 설계되어야 할 것이다.⁷⁴⁾ 이러한 법적 설계와 더불어, 대화와 협상을 통하여 불필요한 충돌을 막으려는 경찰의 실무 노력도 반드시 선행되어야 함을 강조하고자 한다. 마지막으로 본 연구의 한계는 비교법적 고찰임에 불구하고,

70) 집회시위 소음규제 요건 관련해서는, 단체와 개인의 임제치를 다르게 규정하고 있다. 즉 사람의 소음 수인의무(소음으로 인한 ‘중대한 피해’)를 단체(기관)(소음으로 인한 ‘심각한 혼란’)보다 한 단계 낮게 요구하고 있다.

71) 사건으로, 영국의 집회시위 규제권한 실효성 강화 움직임을 이른바 환부만 도려내는 가칭 ‘외과수술적 개정’(Surgical treatment)으로 표현해보고자 한다.

72) 「HMICFRS, Getting the balance right? - An inspection of how effectively the police deal with protests, London: HMICFRS, 2021, pp. 74-80」의 여론조사(Public survey) 참조.

73) SBS 뉴스, “새벽 소음에 미치겠다”...“송구하지만 저회 사정도”, https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1006251337, 검색일자: 2021년 4월 1일.

74) 이성용, 집시법 개정논의에 대한 고찰: 발의된 입법안을 중심으로, 한국경찰연구 제13권 제1호, 2014, 165면.

지면상 한계 등의 이유로 우리나라 집시법 등과의 상세 비교가 전무하다는 점이다. 향후 영국에서 법률안이 최종 통과되고 나아가 시행령(Regulations) 역시 그 제정이 완료될 때, 이러한 영국 집회시위 규제 규범과 우리의 집시법 등과의 상세한 비교고찰을 후속연구로서 제안하면서, 이 글을 마치고자 한다.

참고문헌

1. 단행본

- 이용, 불법집단행동 규율의 비교법적 분석: 우리나라와 주요선진국의 법집행기관 및 사법부의 태도 비교, 진천: 법무연수원, 2015.
- 이상윤·홍성민, 주요국 입법절차와 현황(현황분석 Issue Paper 2017-2), 세종: 한국법제연구원, 2017.
- 이지민, 영국 입법과정에 관한 연구: 이해관계 조정절차를 중심으로, 고양: 사법정책연구원, 2020.
- 신현기 외, 비교경찰제도론, 서울: 법문사, 2021.
- 김선희, 종교의 자유와 종교적 다원주의를 위한 국가의 중립: 유럽인권재판소 판결을 중심으로, 서울: 헌법재판소 헌법재판연구원, 2016.
- 전현욱·한민경·장영민, 집회 및 시위의 권리 보장과 공공질서의 조화를 위한 형사정책 연구, 서울: 한국형사정책연구원, 2016.
- European Court of Human Rights, Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights - Mass protests, Strasbourg: European Court of Human Rights, 2020.
- HMIC (Her Majesty's Inspectorate of Constabulary), Adapting to Protest - Nurturing The British Model of Policing, London: HMIC, 2009.
- HMICFRS (Her Majesty's Inspectorate of Constabulary and Fire & Rescue Services), Getting the balance right? - An inspection of how effectively the police deal with protests, London: HMICFRS, 2021.
- House of Commons, POLICE, CRIME, SENTENCING AND COURTS BILL EXPLANATORY NOTES, London: House of Commons, 2021.
- Jennifer Brown and Sally Lipscombe, Police, Crime, Sentencing and Courts Bill: Part 3 and 4, Public order and unauthorised encampments(Briefing paper), London: House of Commons Library, 2021.

Sarah Priddy, Number of public bills introduced and gaining Royal Assent since 1997, London: House of Commons Library, 2017.

University of Oxford (Oxford Pro Bono Publico), The Law on Policing Peaceful Protests Oxford: University of Oxford (Oxford Pro Bono Publico), 2020.

2. 논문

김학경, 비권력적 사실행위로서의 ‘조망촬영’ 인정 가능성에 대한 소고: 경찰개혁위원회의 권고안 그리고 영국 실무 및 법리 중심으로, 경찰학연구 제20권 제4호, 2020, 37-68면.

김학경·이성기, 영국지방자치경찰의 새로운 패러다임: “2011 경찰개혁 및 사회책임법”과 “국립범죄청”을 중심으로, 경찰학연구 제12권 제1호, 2012, 147-174면.

김종철, 영국의 집회 및 시위의 자유: 야간집회금지와의 관련성을 중심으로, 서강법학 제11권 제1호, 2009, 67-84면.

이성용, 집시법 개정논의에 대한 고찰: 발의된 입법안을 중심으로, 한국경찰연구 제13권 제1호, 2014, 147-168면.

이주락, G20 서울 정상회의 관련 집회시위 경비방안: 이안 톰린슨(Ian Tomlinson) 사망사건 분석을 중심으로, 시큐리티연구 통권 제24호, 2010, 125-146면.

이희훈, 집회의 소음 규제에 대한 비교법적 연구, 일감법학 통권 제42호, 2019, 223-254면.

이창무, 각국 경찰의 집회시위 관리방식의 변천과정에 대한 비교 연구: 미국·영국·독일·일본 사례를 중심으로, 한국공안행정학회보 제26호, 2007, 11-39면.

정상우, 정교분리원칙의 모델에 관한 비교헌법학적 연구, 헌법학연구 제20권 제1호, 2014, 221-254면.

차동욱, 유럽통합과 영국에서의 헌법 변화: 유럽인권협약의 국내적 실효성 확보 노력을 중심으로, 영국연구 제24호, 2010, 25-50면.

Vitale. A. S. · 김학경 · 최낙범, 한국경찰의 G20 정상회의 집회시위 관리정책에 대한 사례연구, 치안정책연구 제25권 제2호, 2011, 27-53면.

3. 기타

법제처, 의회제정법에 의한 위임명령(특별절차)에 관한 법 1965년, https://www.moleg.go.kr/mpbleg/mpblegInfo.mo?mid=a10402020000&mpb_leg_pst_seq=125310, 검색일자: 2021년 3월 22일.

연합뉴스, “의원들 의사당 비워야”... 英 의사당 ‘보수공사 시급’ 결론(종합) <https://www.yna.co.kr/view/AKR20160908180351085>, 검색일자: 2021년 3월 29일.

연합뉴스, 영국서 ‘시위 제한법’ 항의시위 격렬... 경찰 다치고 경찰차 불타, <https://m.yna.co.kr/view/AKR20210322040800009?section=international/all>, 검색일자: 2021년 3월 23일.

한국경제, 英 경찰 집회 불허 불구 ‘멸종저항’ 런던서 시위 이어가(종합), <https://www.hankyung.com/international/article/201910157179Y>, 검색일자: 2021년 3월 29일.

BBC, MPs are moving out but not until 2025, <https://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-parliaments-42908102>, 검색일자: 2021년 3월 23일.

BBC, What is the Police, Crime, Sentencing and Courts Bill and how will it change protests?, <https://www.bbc.com/news/uk-56400751>, 검색일자: 2021년 3월 29일.

HMICFS (Her Majesty’s Inspectorate of Constabulary and Fire & Rescue Services), Independence, <https://www.justiceinspectors.gov.uk/hmicfrs/about-us/what-we-do/independence-main-child/>, 검색일자: 2021년 3월30일.

ITV, Cressida Dick urges ministers to consider law change after £7.5 million climate change protest bill, <https://www.itv.com/news/london/2019-05-14/cressida-dick-urges-ministers-to-consider-law-change-after-7-5-million-climate-change-protest-bill>, 검색일자: 2021년 3월 30일.

Parallel Parliament, Government Bills of the 2019-2021 Parliament, <https://www.parallelparliament.co.uk/bills/government?>, 검색일자: 2021년 3월 20일.

SBS 뉴스, “새벽 소음에 미치겠다”...“송구하지만 저희 사정도”, <https://news.sbs.co.kr>

/news/endPage.do?news_id=N1006251337, 검색일자: 2021년 4월 1일.

The Supreme Court and Europe, What is the relationship between the UK Supreme Court, the European Court of Human Rights, and the Court of Justice of the European Union?, <https://www.supremecourt.uk/about/the-supreme-court-and-europe.html>, 검색일자: 2021년 4월 3일.

UK Government, Police, Crime, Sentencing and Courts Bill 2021: protest powers factsheet, <https://www.gov.uk/government/publications/police-crime-sentencing-and-courts-bill-2021-factsheets/police-crime-sentencing-and-courts-bill-2021-protest-powers-factsheet>, 검색일자: 2021년 3월 28일.

UK Parliament, Police, Crime, Sentencing and Courts Bill 2021, <https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-01/0268/200268.pdf>, 검색일자: 2021년 3월 19일.

UK Parliament, How does a bill become a law?, <https://www.parliament.uk/about/how/laws/passage-bill/>, 검색일자: 2021년 3월 20일.

Comparative Analysis on effective regulatory powers relating to Assemblies and Processions in the UK: Focused on the Police, Crime, Sentencing and Courts Bill 2021

Kim, Hakkyong* · Jung, Jeyong**

Currently, there are ‘Public Order Act 1986’ as basic law and ‘Police Reform and Social Responsibility Act 2011’ as supplementary law for regulations of assemblies and processions in the UK. However, in the ‘Police, Crime, Sentencing and Courts Bill 2021’ submitted to the House of Commons in March this year, the two current laws are revised significantly, implying a departure from the position of minimizing the regulations of assemblies and processions. To summarize the changes, these are ① establishment of imposing conditions on noise regulation, ② expansion of the scope of imposing conditions on public assemblies, ③ reinforcement of punishment for non-compliance with conditions, ④ establishment of imposing noise regulation conditions for ‘one-person protest’ and of additional regulations of imposing conditions, ⑤ preparation of delegation to enact detailed Regulations on the meanings of ‘Serious disruption to the life of the community’ and ‘Serious disruption to the activities of an organisation which are carried on in the vicinity of the procession(due to noise)’, ⑥ expansion of the spatial scope of the ‘controlled areas’, ⑦ designation of acts that obstruct the passage of vehicles entering and exiting the parliament as ‘prohibited activities’, and ⑧ preparation of delegation to enact Regulations on the designation of a new ‘controlled area’ when relocating the parliament building. These changes are to secure the effectiveness of the regulatory powers over assemblies and demonstrations. This study aimed to analyze the bill in detail based on the understanding of the current British assembly

* Professor, Sungshin Women's University(First Author)

** Assistant Professor, Department of Police Science, University of Ulsan(Corresponding Author)

and procession laws, and to preemptively identify the changes expected. Furthermore, predicated on this micro-analysis and understanding, it investigated the changes in the regulations for management of assemblies and processions from a macroscopic point of view, and also briefly presented policy implications for Korea.

❖ key words: Police, Crime, Sentencing and Courts Bill 2021, Public Order Act 1986, Police Reform and Social Responsibility Act 2011, One-person protest, Noise regulation

국제 인권 조약으로서의 로마 규정과 국제형사재판소의 역할

-아프가니스탄, 미얀마, 필리핀, 팔레스타인 등 아시아 지역 상황을 바탕으로

정소영*

국 | 문 | 요 | 약

2002년 로마 규정의 발효로 설립된 국제형사재판소는 강제 집행의 수단을 가지지 못했던 국제인권법 분야에 형사재판이라는 강력한 집행 수단을 도입한 것으로 많은 주목을 받았다. 집단살해죄, 인도에 반하는 죄, 전쟁범죄 등 가장 잔학한 범죄들은 반드시 처벌되어야 한다는 전 세계적 합의를 통해 탄생한 국제형사재판소는 기대를 한몸에 받았던 만큼 지연된 정의, 편향적 사건 선택, 회원국들 사이의 의존 등으로 인해 크고 작은 비난에 시달려 왔다. 게다가 국제형사재판소의 설립 직후 미국이 지지를 철회하면서 세계 최강대국인 미국과의 불편한 관계가 국제형사재판소의 업무 수행에도 악영향을 미치고 있는 실정이다.

본 논문에서는 국제형사재판소가 설립된 지 20년을 맞이하여 국제형사재판소가 어떠한 역할을 수행하여 왔는지를 검토해보고자 한다. 그러기 위해 우리나라가 속해 있고, 또 지금까지 상대적으로 국제형사재판소와 연관성이 낮다고 평가되어 왔던 아시아 지역에서 현재 국제형사재판소가 수사·조사하고 있는 사건들에 대해 분석하였다. 총 네 가지 사건 중 아프가니스탄과 방글라데시/미얀마 그리고 팔레스타인 상황에 대해서는 정식 수사 단계에 있으며, 필리핀에 대해서는 예비 조사를 마치고 정식 수사 개시를 요청한 상태이다.

국내 형사법적 관점에서 보면 국제형사재판소의 한계가 너무 뚜렷해 보여 그 효율성에 의문이 들기도 한다. 그러나 국제형사재판소의 전신이라 할 수 있는 한시적 전범재판소들이 패전국이나 이미 권력을 잃은 잔학행위자들을 대상으로 하였던 것에 비한다면, 현재의 국제형사재판소는 강대국이나 국가 수반을 대상으로 하므로, 매우 미묘하고 어려운 업무를 수행하고 있다고 할 것이다.

유엔 창설 이후 60여년이 지나서야 비로소, 단지 네 가지 종류의 범죄에 대해서만, 국제인권법 분야에서 강제력을 사용할 수 있는 절차가 도입되었다는 것은, 국내문제 불간섭을 기초로 하는 국제법과 강제력을 사용하는 형사법이 조화되기가 얼마나 힘든 것인지를 여실히 보여준다. 따라서 여러 가지 비판과 아쉬움에도 불구하고 국제형사재판소는 형사 절차만이 가질 수 있는 강점을 통해 잔학 행위의 필벌이라는 목표의 달성을 위해 주어진 역할을 해내고 있다고 평가된다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2021.6.30.2.163>.

❖ 주제어 : 로마 규정, 국제형사재판소, 파투 벤수다, 잔학 행위, 아프가니스탄, 미얀마, 필리핀, 팔레스타인

* 영국 레딩대학교 LLM 과정, 연세대학교 법학 박사

I. 국제형사재판소의 설립 의의와 아시아 지역 사건들

1998년 7월 17일 로마에서 채택되어 2002년 7월 1일 발효된 국제형사재판소에 관한 로마 규정(Rome Statute of the International Criminal Court)은 그 명칭이 의미하는 그대로 국제형사재판소(International Criminal Court, ICC)의 상설화를 목표로 하는 국제 인권 조약이다.¹⁾ 국제형사재판소는 국제사회가 우려하는 가장 심각한 범죄들이 반드시 처벌받아야 하고, 그러기 위해 그 범죄들에 대한 효과적인 기소가 보장되어야 한다는 생각에 기반하고 있다.²⁾ 국제형사재판소의 설립 이전에도 국제유고전범재판소(The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY)³⁾나 르완다 국제형사재판소(International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR)⁴⁾ 등이 세워졌었지만, 이러한 임시 재판소의 경우에는 잔학 행위(Atrocity)가 발생하고 난 이후에 그것을 처벌하는 법을 만들고 재판소를 설립하였으므로 소급 입법과 소급효의 문제가 늘 제기되었다.⁵⁾ 따라서 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄, 침략범죄를 저지른 개인을 처벌할 수 있는 상설적 기구(Permanent institution)로서의 국제형사재판소가 탄생함으로써,⁶⁾

1) United Nations Treaty Collection

<https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280025774&clang=_en>

2) Rome Statute PREAMBLE <<https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf>>

3) 1990년대 발칸 반도의 분쟁 중 일어났던 전쟁 범죄를 처벌하기 위한 임시 재판소였다. 1993부터 2017년까지 존재하였다. <<https://www.icty.org/en>>

4) 1994년 르완다에서 벌어진 제노사이드(Genocide)와 국제인도법(International humanitarian law)에 대한 심각한 위반을 다루기 위한 임시 재판소였다. 1995년부터 2015년까지 존재하였다. <<https://unictr.irmct.org/en>>

5) Godwin N. Okeke, 'The Legality of the Ex Post Facto Element in the Jurisdiction Of International Criminal Tribunals: A Case Study Of Special Court at Sierra Leone' (2013) 2(4) International Journal of Humanities and Social Science Invention 54-58

Okeke는 임시 국제형사재판소의 사후적 성격이 재판소의 신뢰성을 제한하였음을 지적하며, 상설기구인 국제형사재판소의 설립으로 이러한 사법적 논란이 종결되었다는 점을 매우 긍정적으로 평가하고 있다.

6) 국제형사재판소에 관한 로마규정(Rome Statute of the International Criminal Court)

제1조 재판소

<<https://www.law.go.kr/%EC%A1%B0%EC%95%BD/%EA%B5%AD%EC%A0%9C%ED%98%95%EC%82%AC%EC%9E%AC%ED%8C%90%EC%86%8C%EC%97%90%EA%B4%80%ED%95%9C%EB%A1%9C%EB%A7%88%EA%B7%9C%EC%A0%95>>

적어도 국제 사회가 우려하는 가장 심각한 범죄들에 대해서는 소급 입법과 소급효의 논란을 일으키지 않고 처벌할 수 있는 기반이 마련된 것이다.

국제형사재판소의 가장 큰 특징은 국제인권법에 형사법적인 강제 제재를 접목시켰다는 것이다. 그동안 국제법상의 제재는 따돌림(Outcasting)이나 배척(Ostracism)과 같은 사회적 불승인의 형태를 주로 취해왔기 때문에,⁷⁾ 마땅한 강제 집행 장치가 없었다. 때문에 존 볼턴(John Bolton)과 같은 사람들은 ‘국제법이라는 것이 정말 있는 것인지’ 의문을 제기하곤 했고,⁸⁾ 반대로 국제법의 존재를 옹호하는 학자들은 국제법을 법이라고 볼 수 있는 이유에 대해 설명하는 논문을 발표하곤 하였다.⁹⁾

따라서 다양한 형태의 법 가운데 가장 강압적인 형법적 요소를 국제법에 도입하였다는 것은 1945년에 유엔 체제가 수립된 이후 2002년에 이르기까지의 60여년 동안 유엔이 주도하는 국제질서가 그만큼 강화되었음을 보여준다고 할 수 있다. 이제는 국제사회가 인권을 말살하는 잔학 범죄에 형사 처벌로 대응할 만큼 성숙해졌다는 것을 의미하기 때문이다.

국제형사재판소는 2002년 임기를 시작하여 국제형사재판소의 기틀을 마련한 첫 번째 루이스 모레노 오캄포(Luis Moreno-Ocampo) 소추관(Chief Prosecutor) 이후, 국제형사재판소의 조사와 수사 대상을 아시아 지역 등으로 다양하게 넓히고, 미국이나 이스라엘 등 국제형사재판소에 비판적인 나라들에 대해서도 굳건한 의지를 보여준 파투 벤수다 소추관을 거쳐, 2002년 6월 16일 세 번째 소추관인 영국 국적의 카림 칸 변호사가 9년의 임기를 시작하며 내실을 다지는 시기로 접어들었다.¹⁰⁾

물론 지금까지 국제형사재판소가 그 실효성에서 보여준 한계들 또한 많이 지적되어 왔다. 예를 들면, 국제형사재판소 설립 이후 첫 번째 유죄 판결이 나올 때까지 10년이나

7) Oona A. Hathaway and Scott J. Shapiro, ‘Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law’ (2011) 121(2) The Yale Law Journal 252-349

8) John R Bolton, ‘Is There Really Law in International Affairs’ (2000) 10 (1) Transnational Law & Contemporary Problems 1-48

9) Anthony D’Amato, ‘Is International Law Really ‘Law?’ (1984-1985) 79 (5&6) Northwestern University law review 1293-1314.

10) ICC, Press Release : Mr Karim Asad Ahmad Khan QC sworn in today as the Prosecutor of the International Criminal Court (16 June 2021)

<<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1598>>

걸렸다는 점¹¹⁾, 국제형사재판소가 체포와 구금의 집행을 위해 로마 규정 가입 국가들에 의존해야 한다는 점¹²⁾ 그리고 국제형사재판소가 너무 편파적이어서 국제형사재판소가 다루는 대부분의 사건들이 아프리카 대륙에 관한 것이었다는 점¹³⁾ 등등이다.

그러나 이러한 비판에도 불구하고, 국제형사재판소와 로마 규정의 의의를 부정할 수는 없다고 생각한다. 따라서 이하에서는 우리나라가 속해 있는 아시아에 집중하여, 현재 국제형사재판소에서 진행 중인 네 가지 사건들에 대해 서술하고 국제형사재판소의 개입이 어떤 긍정적 역할을 하였는지에 대해 검토하고자 한다.

첫째, 국제형사재판소의 소추관(Chief Prosecutor)인 파투 벤수다(Fatou Bensouda)는 2003년 이후 아프가니스탄에서 미국인에 의해 저질러진 잔학 행위에 대한 수사(Investigation)를 시작했다.¹⁴⁾ 다음으로, 상대적으로 영향력이 적었던 동남아시아에서 일어난 두 개의 대표적인 자국민 인권 침해에 대한 조사를 시작했다. 바로 로힝아족에 대한 미얀마의 잔학행위에 관한 수사와 필리핀의 마약과의 전쟁에 대한 예비 조사(Preliminary examination)이다.¹⁵⁾ 마지막으로, 팔레스타인 정부가 팔레스타인 점령지에서 이스라엘에 의해 발생한 범죄 혐의에 대해 국제형사재판소의 관할권을 인정한 이후, 예비 조사를 거쳐 2021년 3월 정식 수사가 개시되었다.¹⁶⁾

이 네 가지 사례들은 모두 오랫동안 적절한 정의를 찾지 못했던 사건들이다. 물론 국제형사재판소가 수사와 조사에 착수했다고 해서 모든 문제가 해결되는 것은 아니다. 그러나 국제형사재판소의 수사와 조사는 국제사회의 관심을 집중시키고 또 국제형사재판소에서의 형사 소송으로 이어지기 때문에 잔학 행위를 저지른 자들에게 큰 부담으로 작

11) ICC Press Release (14 March 2012) “국제형사재판소의 첫 번째 판결: 토마스 루방가는 15세 미만의 아이들을 징집하고 입대시켜 군사 행동에 가담한 혐의를 받고 있다.”

<<https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=PR776>>

12) STEVEN D. ROPER and LILIAN A. BARRIA, ‘State Co-operation and International Criminal Court Bargaining Influence in the Arrest and the Surrender of Suspects’ (2008) 21(2) Leiden Journal of International Law 457-476

13) Sascha-Dominik Oliver Vladimir Bachmann and Naa Ayorkor Sowatey-Adjei, ‘THE AFRICAN UNION-ICC CONTROVERSY BEFORE THE ICJ: A WAY FORWARD TO STRENGTHEN INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE?’ (2020) 29(2) Washington International Law Journal 247-301

14) <<https://www.icc-cpi.int/afghanistan>>

15) <<https://www.icc-cpi.int/bangladesh-myanmar>>; <<https://www.icc-cpi.int/philippines>>

16) <<https://www.icc-cpi.int/afghanistan>>

용한다. 따라서 이러한 실질적인 성과를 통해 국제형사재판소만의 특별한 역할을 하고 있는 것이다. 이하에서 국제형사재판소가 이 네 가지 사건들을 조사하고 수사함으로써 어떠한 변화를 가져왔는지에 대해 검토하고자한다.

II. 아프가니스탄 상황¹⁷⁾

1. 국제형사재판소에 대한 미국의 반감과 제재

2020년 9월 전 세계 뉴스들은 마이크 폼페이오 미국 국무장관이 국제형사재판소 고위 인사 2명에 대한 행정 제재를 발표하였다고 일제히 보도했다.¹⁸⁾ 이것은 2017년 파투 벤수다 소추관이 아프가니스탄에서 미군이 전쟁범죄를 저질렀는지에 대해 수사를 시작한 이후 줄곧 미국의 심기를 불편하게 했던 것에 대한 보복의 성격이 짙었다.¹⁹⁾ 이번 제재는 파투 벤수다와 파키소 모초초코(Phakiso Mochochoko) 검찰 사무 담당관(Head of the ICC's Jurisdiction, Complementarity and Cooperation Division)에게 모두 적용됐고, 게다가 폼페이오 국무장관은 앞으로 두 사람을 계속 지원하는 개인이나 단체에 추가 제재를 가하겠다고 위협했다.

무엇이 미국을 그렇게 화나게 했던 것일까?

클린턴 행정부 시절 미국은 국제형사재판소의 창설이라는 아이디어에 찬동하였지만, 이후 미국 대통령이 된 부시 대통령은 2002년 5월 미국의 로마 규정 서명을 철회함으로써 결정적으로 국제형사재판소와의 긴장감을 조성했다.²⁰⁾

17) ICC-02/17 Situation in the Islamic Republic of Afghanistan

18) Daphne Psalidakis & Michelle Nichols, 'U.S. blacklists ICC prosecutor over Afghanistan war crimes probe' (16 Sep 2020, Reuters)
<<https://www.reuters.com/article/usa-icc-sanctions-int-idUSKBN25T2EB>>

19) Brett Schaefer and Charles Stimson, 'How the U.S. Should Respond to the ICC's Decision to Investigate Americans' (24 Mar 2020)
<<https://www.heritage.org/global-politics/report/how-the-us-should-respond-the-iccs-decision-investigate-americans>>

20) Human Rights Watch, 'The United States and the International Criminal Court'
<<https://www.hrw.org/legacy/campaigns/icc/us.htm>>

미국이 서명을 철회하기 1년 전인 2001년에, 미국의 외교관이자 대표적인 신보수주의자인 존 볼턴은 국제형사재판소에 의한 미국인의 기소와 재판은 미국의 주권을 침해하는 것이므로, 미국은 미국의 이익에 반하는 사법 권력이 국제사회에 존재한다는 사실을 받아들여서는 안 된다고 주장했다.²¹⁾

그리고 최근 트럼프 행정부에서는 미국과 국제형사재판소의 관계가 전례 없는 수준으로 악화되었다는 평가가 나왔고, 이러한 상황은 파투 벤수다 소추관이 2003년 이후 미군이 아프가니스탄에서 저지른 전쟁범죄와 인도에 반하는 죄(Crimes against humanity)에 대한 수사를 국제형사재판소에 요청하면서 최고조에 달했다.²²⁾

더욱이 보수 성향의 유명 싱크탱크인 헤리티지 재단은 국제형사재판소 조사 국면에서 미국이 앞으로 해야 할 일을 상세히 제안하였는데, 국제형사재판소 직원들의 비자를 거부할 것, 다른 나라에 국제형사재판소의 조사에 협조하지 말라고 요청할 것 등이었다.²³⁾

그러한 와중에 2019년 4월 12일, 국제형사재판소의 전심 재판부(Pre-Trial Chamber)는 소추관이 2017년 11월 20일 요청했던 수사 허가를 기각하고, 수사 개시는 정의의 이익(Interests of justice)이 아니라고 판단하였다.²⁴⁾ 그렇게 함으로써, 국제형사재판소에 대한 미국의 분노와 반발은 미국의 의도대로 마무리되는 것처럼 보였다.

2. 국제사회의 국제형사재판소 지지

그러나 일견 미국의 이익과 일치하는 것처럼 보였던 그 결정은 국제사회에 큰 우려를 불러일으켰다. 왜냐하면 잔학행위자들이 누리는 면책의 자유를 종식시키기 위해 만들어

21) John Bolton, 'The Risks and Weaknesses of the International Criminal Court from America's Perspective' (2001) 64 Law and Contemporary Problems 167-180

22) Sara L. Ochs, 'The United States, the International Criminal Court, and the Situation in Afghanistan' (2020) 95(2) Notre Dame Law Review Reflection 89-100

23) Brett Schaefer and Charles Stimson, 'How the U.S. Should Respond to the ICC's Decision to Investigate Americans' (24 Mar 2020)
<<https://www.heritage.org/global-politics/report/how-the-us-should-respond-the-iccs-decision-investigate-americans>>

24) ICC-02/17-33, Pre-Trial Chamber II '로마 규정 제15조에 따른 아프가니스탄 이슬람 공화국 상황 수사 허가 결정' (12 April 2019)
<<https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-33>>

진 국제형사재판소가 강대국의 공격을 받아 그 의지를 꺾었다는 사실이, 해당 사건에도 불행한 영향을 미쳤을 뿐만 아니라 국제형사재판소의 미래에도 어두운 그림자를 드리웠기 때문이다.²⁵⁾ 게다가, 국가들이 국제형사재판소의 권위에 저항하고 국제형사재판소의 관할권을 부인하기만 하면 자국민에 대한 조사를 피할 수 있다는 잘못된 메시지를 전달하기 때문에, 이번 사건이 국제형사재판소 체제의 붕괴를 알리는 시작점이 될 수 있다는 우려도 제기되었다.²⁶⁾

그러나 과연, 강대국이라고 해서 잔학 행위의 처벌로부터 자유로워야 하는 것인가? 국제형사재판소는 약소국에서 일어난 잔학 범죄에 대해서만 관할권을 가져야 하는가? 존 볼턴은 민간인 학살이나 고문을 저지르는 것이 미국 주권의 정당한 행사라고 정말로 믿고 있는 것인가?²⁷⁾

결국 미국이 자국민의 전쟁 범죄에 대해 보여준 모순과 위선은 오히려 비판과 조롱을 받았고,²⁸⁾ 더욱이 존 볼턴과 헤리티지 재단이 믿었던 바와 다르게 국제형사재판소는 미국인에 대한 관할권이 없다는 주장은 많은 학자들에 의해 반박되었다.²⁹⁾

25) Sara L. Ochs, 'The United States, the International Criminal Court, and the Situation in Afghanistan' (2020) 95(2) Notre Dame Law Review Reflection 89-100

26) Jonathan P. Worboys, 'Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan (Int'l Crim. Ct.)' (2020) 59(2) International Legal Materials 280-301

27) Brett Wilkins, 'Why John Bolton Really Hates the International Criminal Court' (13 Sep 2018) <<https://www.commondreams.org/views/2018/09/13/why-john-bolton-really-hates-international-criminal-court>>

28) Emily Beeken, 'The Futility of Trump's Sanctions Against ICC Investigators, and the Need for Accountability' (30 Jul 2020) <<https://www.jurist.org/commentary/2020/07/emily-beeken-trump-sanctions-icc/>>; Nadia Shamsi, 'The ICC: A Political Tool: How the Rome Statute Is Susceptible to the Pressures of More Power States' (2016) 24(1) Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution 85-104

29) Monique Cormier, 'Can the ICC Exercise Jurisdiction over US Nationals for Crimes Committed in the Afghanistan Situation?' (2018) 16(5) Journal of International Criminal Justice 1043-1062; Jordan J. Paust, 'The U.S. and The ICC: No More Excuses' (2013) 12(3) Washington University Global Studies Law Review 563-580

3. 아프가니스탄에 대한 국제형사재판소의 관할권 문제

비록 부시 대통령의 서명 철회로 인해 미국은 로마 규정의 회원국은 아니지만, 아프가니스탄은 2003년 5월 1일부터 로마 규정의 회원국이다. 로마 규정 제12조에 따르면 국제형사재판소는 ‘로마 규정의 회원국 국민이 범죄로 기소된 사건’과 함께 ‘문제된 행위가 회원국의 영토에서 발생’한 경우에도 관할권을 행사할 수 있다.³⁰⁾ 그럼에도 불구하고 미국은 로마 규정 제98조를 이용해 다른 나라와 양자협약 맺음으로써 미국인에 대한 국제형사재판소의 관할권을 회피하려 하고 있다.³¹⁾ 왜냐하면, 로마 규정 제98조의 해석에 따르면, 미국은 자신과 양자협약을 맺은 국가에게 미국인을 국제형사재판소에 회부하지 말아달라고 요구할 수 있기 때문이다.³²⁾ 미국은 2002년부터 개별 국가들과 이러한 협정을 맺기 시작했고, 현재 적어도 100개 이상의 협정을 완료하였다.³³⁾

다만 로마 규정 제13조에 따르면, 국제형사재판소의 관할권은 회원국이나 유엔 안전보장이사회가 국제형사재판소 소추관에게 회부했을 경우뿐만이 아니라, 소추관이 직접 조사에 착수했을 때도 행사할 수 있기 때문에 아프가니스탄의 상황에 대해서도 국제형사재판소의 관할권을 인정받을 수 없는 것은 아니었다.³⁴⁾

결국에는, 미국과 아프가니스탄 정부의 거부감에도 불구하고, 아프가니스탄 상황에 대한 국제형사재판소의 관할권은 인정되는 것으로 결론지어졌다.³⁵⁾ 다행스럽게도 로마 규정은 전심재판부의 결정에 대한 상소 절차를 규정하고 있었고,³⁶⁾ 국제형사재판소 상소

30) 로마 규정 제12조 관할권 행사의 전제조건

31) Attila Bogdan, ‘The United States and the International Criminal Court: Avoiding Jurisdiction Through Bilateral Agreements in Reliance on Article 98’ (2008) 8(1-2) International Criminal Law Review 1-54; Cosmos Eubany, ‘Justice for Some? U.S. Efforts under Article 98 to Escape the Jurisdiction of the International Criminal Court’ (2003) 27(1) Hastings International and Comparative Law Review 103-129

32) 로마 규정 제98조 면제의 포기 및 인도 동의에 관한 협력

33) Georgetown Law Library, ‘International Criminal Court - Article 98 Agreements Research Guide’ <https://guides.ll.georgetown.edu/article_98>

34) 로마 규정 제13조 관할권의 행사

35) Afghanistan Analysts Network, ‘A Request to Delay: Another Afghan government attempt to prevent an ICC war crimes investigation?’ <<https://www.afghanistan-analysts.org/en/reports/rights-freedom/a-request-to-delay-another-afghan-government-attempt-to-prevent-an-icc-war-crimes-investigation/>>

심재판부(Appeals Chamber)는 2020년 3월 5일 소추관의 수사를 승인했기 때문이다.³⁷⁾

당연히, 미국은 국제형사재판소 상소심재판부의 결정에 만족하지 않았고, 국제형사재판소 직원들에 대해 제재를 가하겠다고 위협하고, 더 나아가 그러한 제재를 집행함으로써 자신의 분노를 표출했다. 그러나 한 NGO 활동가가 적절하게 표현했듯이, “두려울 것이 없는 나라들은 국제형사재판소를 두려워하지 않는다.”³⁸⁾ 단순히 세계 최강국이라는 미국의 자부심 때문이든, 아니면 정말로 국제형사재판소가 관찰하는 잔학 행위를 저질러서이든 간에, 미국의 이런 대응은 국제형사재판소를 지지하는 전 세계 많은 사람으로부터 비난을 받았다. 비록 국제형사재판소가 편파적인 사건 선정과 지연된 정의 때문에 비판을 받아왔지만, 미국과 국제형사재판소의 대립은 국제형사재판소를 약화시키지 못했다. 강대국이라는 이유만으로 정의 실현을 무력화시킬 수 있다면 2차 세계대전 이후 국제사회가 지켜내기 위해 애써온 가치들이 무너질 수 있다는 우려가 제기됐기 때문이다. 명확히 드러내진 않았지만 국제형사재판소에 대한 미국의 위협을 암시하며 2020년 11월 71개국이 참여하여 발표한 국제형사재판소 지지 성명서는³⁹⁾ 국제형사재판소의 존재는 여전히 잔학 행위에 맞서 싸우려는 전 세계의 의지를 반영하고 있음을 확인하였다.⁴⁰⁾

또한 바이든 행정부에서 파투 벤수다 소추관과 파키소 모초초코 검찰 사무 담당관에 대한 행정 제재가 부적절하고 비효율적이었음을 인정하며, 트럼프 행정부에서 부과했던 제재를 종료함으로써⁴¹⁾ 강압적인 방식으로 국제형사재판소의 업무를 방해하려 하는 시도

36) 로마규정 제15조(4) 소추관 그리고 제53조(1) 다. 수사의 개시

37) <<https://www.icc-cpi.int/afghanistan>>

38) Brett Wilkins, ‘Why John Bolton Really Hates the International Criminal Court’ (13 Sep 2018) <<https://www.commondreams.org/views/2018/09/13/why-john-bolton-really-hates-international-criminal-court>>

39) 우리나라도 여기에 참여하였다.

40) Edith M. Lederer, ‘Over 70 ICC nations support court and oppose US sanctions’ (3 Nov 2020) <<https://abcnews.go.com/US/wireStory/70-icc-nations-support-court-oppose-us-sanctions-73981352>>

41) US Department of State, PRESS STATEMENT of ANTONY J. BLINKEN (SECRETARY OF STATE) ‘Ending Sanctions and Visa Restrictions against Personnel of the International Criminal Court’ (2 APRIL 2021) <<https://www.state.gov/ending-sanctions-and-visa-restrictions-against-personnel-of-the-internatio>

는 일단락되었다.⁴²⁾

4. 아프가니스탄 상황에 대한 국제형사재판소의 역할

상소심재판부에 의해 수사를 계속하라는 결정이 내려진 바로 그 날 파투 벤수다 소추관은 "오늘은 국제 형사 사법의 이상(理想)에 중요한 날"이라고 밝혔지만,⁴³⁾ 미국의 비협조라는 상황에 부딪혀 제대로 수사가 이뤄질 수 있을지 우려하는 목소리도 있다.⁴⁴⁾

그러나 2021년 5월 9일 아프가니스탄 법무장관이 국제형사재판소를 방문하여 로마 규정 제18조 제2항⁴⁵⁾에 따라 앞으로 아프가니스탄 국내에서 해당 사건에 형사절차를 진행할 것임을 밝혔으므로,⁴⁶⁾ 국제형사재판소의 개입이 잔학 행위에 대한 처벌에 미온적이던 아프가니스탄 정부의 실질적 태도 변화를 이끌어냈다는 점에서 여러 어려움을 딛고 수사를 진행한 벤수다 소추관과 국제형사재판소 소추부의 노력이 아프가니스탄 상황에 긍정적 역할을 했다고 평가할 수 있을 것이다.

nal-criminal-court/>

42) 그러나 토니 블링컨 국무장관은 이번 행정 제재를 종료하는 성명에서, 미국이 오랫동안 미국이나 이스라엘 국민에 대한 국제형사재판소의 관할권을 반대해왔음을 다시 한번 상기하며, 국제형사재판소의 절차(ICC process)에 참여하여 그러한 주장을 계속할 것임을 밝혔다.

43) ICC Press Release (5 March 2020) ‘아프가니스탄 상황에 대한 수사를 승인하는 상소심재판부의 결정에 대한 파투 벤수다 국제형사재판소 소추관의 성명: "오늘은 국제 형사 사법의 명분에 중요한 날입니다."’ <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=200305-otp-statement-afghanistan>>

44) Anthony Dworkin, Why America is facing off against the International Criminal Court (8 Sep 2020) <https://ecfr.eu/article/commentary_why_america_is_facing_off_against_the_international_criminal_court/>

45) 국제형사재판소에 관한 로마규정 제18조 재판적격성에 관한 예비결정

2. ... 국가는 제5조에 규정된 범죄를 구성하며 자국에 대한 통지에서 제공된 정보와 관련된 범죄행위에 대하여, 자국의 관할권 내에 있는 자국민 또는 기타의 자를 수사하고 있거나 수사하였음을 재판소에 통지할 수 있다. 진심재판부가 소추관의 신청에 따라 수사를 허가하기로 결정하지 아니하는 한, 소추관은 당해 국가의 요청이 있으면 당해인에 대한 그 국가의 수사를 존중한다.

46) ICC, Press Release: The Office of the Prosecutor and high-level delegation from the Islamic Republic of Afghanistan hold productive meetings at the Seat of the Court (9 May 2021) <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1591>>

Ⅲ. 방글라데시/미얀마 상황⁴⁷⁾과 필리핀 상황⁴⁸⁾

1. 아시아와 국제형사재판소의 관계

국제형사재판소 설립 후 첫 10년 동안 남미 출신의 소추관이 주로 아프리카에서 일어난 사건들에 초점을 맞췄기 때문에, 많은 아프리카 국가들이 국제형사재판소에 반기를 들고 그 중 몇몇 국가는 로마 규정을 탈퇴하는 결과를 낳았으며,⁴⁹⁾ 일련의 논란들 속에 국제형사재판소는 서양의 새로운 식민주의 도구라는 오명까지 얻게 되었다.⁵⁰⁾

해당 기간 동안 국제형사재판소와 아시아 간의 관계는 상대적으로 미약한 것으로 평가되었다.⁵¹⁾ 일단 아시아 국가 중 3분의 2 이상이 로마 규정에 가입하지 않았을 뿐만 아니라, 이미 가입한 국가들도 적절한 국내 이행 조치를 취하지 않고 있다고 지적되었기 때문인데, 이러한 현상의 이유에 대해서는 다음과 같은 분석이 있었다. 즉, 주권 불간섭 원칙에 대한 보수적 이해, 잔학 행위에 대한 면책 문화 그리고 아시아의 많은 국가들이 겪고 있는 심각한 자원의 제약들이 국제형사재판소와 아시아 국가들의 소원한 관계의

47) ICC-01/19 Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar

48) 필리핀의 마약과의 전쟁(War on drugs) 중에 일어난 인도에 반하는 죄(Crime against humanity)에 관한 예비조사는 2018년 2월 시작되었고, 2020년 6월 14일 벤수다 소추관은 그러한 범죄가 저질러졌다는 합리적 근거를 가지고, 로마 규정 제15조 제3항에 따라 전심재판부에 수사허가요청서(Authorization of an investigation)를 제출하였다. 필리핀 상황에 대한 사건 번호는 정식으로 수사가 시작되면 부여된다.

<<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=210614-prosecutor-statement-philippines>>

49) 2016년 10월, 부룬디, 감비아, 남아프리카 공화국은 유엔 사무총장에게 국제형사재판소 탈퇴 의사를 통보했다. 약 몇 달 후 감비아와 남아프리카 공화국은 탈퇴 의사를 철회했다: Franck Kuwonu, 'ICC: Beyond the threats of withdrawal' (Mar-May 2017)

<<https://www.un.org/africarenewal/magazine/may-july-2017/icc-beyond-threats-withdrawal>>; Elise Keppler, 'Gambia Rejoins ICC' (17 Feb 2017) <<https://www.hrw.org/news/2017/02/17/gambia-rejoins-icc>>; BBC, 'South Africa revokes ICC withdrawal after court ruling' (8 Mar 2017) <<https://www.bbc.com/news/world-africa-39204035>>

50) Brett Wilkins, 'Why John Bolton Really Hates the International Criminal Court' (13 Sep 2018) <<https://www.commondreams.org/views/2018/09/13/why-john-bolton-really-hates-international-criminal-court>>

51) Heejin Kim, 'Missed opportunities in the judicialisation of international criminal law? Asian states in the emergence and spread of the Rome Statute system to punish atrocity crimes' (2017) 35(4) Netherlands Quarterly of Human Rights 246-271

원인이라는 것이다.⁵²⁾

부연하면, 아시아에 속한 나라 중 유일한 유엔안보리의 상임이사국인 중국은 국제형사재판소에 다섯 가지 이유를 들며 반대하고 있는데, 그 첫 번째 이유로 보충성의 문제를 들고 있으며, 국제형사재판소가 관할권을 가지는 전쟁 범죄 인도에 반하는 죄 침략범죄에 모두 이익을 제기하고 있고, 마지막으로 국제형사재판소의 소추관이 정치적인 의도를 가질 수 있다는 점을 지적하고 있다.⁵³⁾ 또한 동남아시아 10개국이 참여하는 아세안에서는 캄보디아와 필리핀만이 로마 규정의 회원국이었으나, 2019년 필리핀이 자국의 상황에 대한 국제형사재판소의 예비 조사에 반발하며 탈퇴한 상태이다. 아세안 국가들이 국제형사재판소에 미온적인 태도를 보이는 이유로는 법 이외의 분쟁 해결 방식을 선호하는 아시아 지역의 문화와 형사 사법에 대한 신뢰 부족 등도 제시되지만, 국제법적 의미에서 문제가 되는 것은 보충성 규정에도 불구하고 국제형사재판소가 주권에 대한 침해로 받아들여진다는 점일 것이다.⁵⁴⁾ 중국과 아세안의 우려를 통해 국제형사재판소가 아시아 지역에서 더 많은 역할을 하기 위해서는, 로마 규정 제1조에 명시된 보충성의 원칙(Complementarity principle) 즉, ‘국가의 형사관할권을 보충한다’는 점에 대하여 신뢰를 획득해야 한다는 것을 알 수 있다.⁵⁵⁾ 국제형사재판소는 국가 차원에서 처벌할 수 없거나 또는 처벌에 대한 의지가 없는 잔학 행위에 대해 보충적으로 관할권을 행사하고 그럼으로써 전 세계적으로 보편타당한 형사 정의를 추구한다는 점이 받아들여져야 하는 것이다.

국제형사재판소의 첫 10년이 지난 후, 차기 소추관은 아프리카 출신이어야 한다는 아프리카 국가들의 강한 열망에 따라 감비아 출신의 파투 벤수다가 2011년 국제형사재판소의 두 번째 소추관으로 선출되었다.⁵⁶⁾ 그녀가 소추관이 된 이후 국제형사재판소가 동

52) Ibid.

53) Hitomi Takemura, ‘The Asian Region and the International Criminal Court’, in Nakanishi Y. (eds) *Contemporary Issues in Human Rights Law* (Springer, 2018) 107-125
<https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-981-10-6129-5_6#citeas>

54) Ibid.

55) Paul Seil, *Handbook on Complementarity- An Introduction to the Role of National Courts and the ICC in Prosecuting International Crimes* (International Center for Transitional Justice, 2016)
<https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Handbook_ICC_Complementarity_2016.pdf>

56) Dapo Akande, ‘Next ICC Prosecutor Will be African’ (30 Nov 2011)
<<https://www.ejiltalk.org/next-icc-prosecutor-will-be-african/>>

남아시아에서 두 가지 국내 상황에 개입하면서 국제형사재판소와 아시아의 관계는 이전보다 더 돈독해진 것으로 보인다. 실제로 그녀는 임기 중 후반기를 (2017년 아프가니스탄, 2018년 팔레스타인, 2019년 방글라데시/미얀마 그리고 정식 수사 요청 상태인 2018년 필리핀) 아시아에 집중하였다. 현재 아시아 지역의 4가지 상황에 개입한 국제형사재판소가 이 사건들에서 긍정적 역할을 보여준다면, 향후 아시아 지역에서 국제형사재판소에 대한 지지가 두터워질 수 있을 것으로 전망된다. 실제로, 2014년 자국의 여객기가 우크라이나 상공에서 격추당한 아픔이 있는 말레이시아가 2019년 3월 로마 규정 회원국이 된 것은 국제 사회에서 국제형사재판소가 수행하여야 하는 역할이 분명히 존재함을 보여주는 것이라 하겠다.⁵⁷⁾

아래에서는 2018년 9월부터 진행된 예비 조사를 바탕으로 2019년 11월 4일 국제형사재판소 전심재판부로부터 수사 개시 허가를 받은 로힝야 사태가 먼저 검토된다.

2. 미얀마에 대한 국제형사재판소의 관할권 문제

로힝야족 사태의 시작은 영국이 미얀마를 식민지로 삼았던 때로 거슬러 올라간다. 불교 신자가 대부분이었던 미얀마의 다수 민족(버마인)을 용이하게 지배하기 위해 식민지 시대의 영국은 로힝야 무슬림들을 인도에서 미얀마로 대거 이주시켰는데, 미얀마가 영국으로부터 독립한 뒤 로힝야족은 오히려 소수민족이라는 이유로 박해를 받아왔기 때문이다.⁵⁸⁾ 미얀마에는 민주화운동의 주역이었던 유명 정치인 아웅산 수치 여사가 있었기 때문에 국제사회는 그녀가 로힝야족에 대한 인권침해를 막아 주기를 희망했지만, 2017년 수십만 명의 로힝야족이 군사적 탄압을 피해 방글라데시로 도망갈 때 그녀는 별다른 역할을 하지 않았다.⁵⁹⁾

이런 상황에서 2017년 국제형사재판소가 미얀마 군대에 의해 저질러진 로힝야족 집

57) Renee Jeffery, 'Malaysia joins the International Criminal Court' (5 Mar 2019)

<<https://www.lowyinstitute.org/the-interpreter/malaysia-joins-international-criminal-court>>

58) Aamna Mohdin, 'A brief history of the word "Rohingya" at the heart of a humanitarian crisis' (3 Oct 2017) <<https://qz.com/1092313/a-brief-history-of-the-word-rohingya-at-the-heart-of-a-humanitarian-crisis/>>

59) BBC, 'Aung San Suu Kyi: Myanmar democracy icon who fell from grace' (6 Nov 2020) <<https://www.bbc.com/news/world-asia-pacific-11685977>>

단학살을 조사해야 한다는 의견이 불거졌고, 미얀마 정부는 미얀마가 로마 규정의 회원국이 아니라는 이유로 국제형사재판소의 관할권을 거부했다.⁶⁰⁾ 그러나 로힝야족이 난민으로 정착한 방글라데시가 로마 규정의 회원국이었기 때문에, 국제형사재판소 전심재판부와 소추부는 국제형사재판소가 로힝야 사태에 대한 관할권을 가지고 있다고 결정하였고⁶¹⁾ 2018년 예비 조사에 들어갔다.⁶²⁾ 파투 벤수다 소추관은 예비 조사를 근거로 2019년 7월 정식 수사 허가를 요청했고, 전심재판부는 2019년 11월 이를 허가하였다.⁶³⁾⁶⁴⁾

3. 방글라데시/미얀마 상황에 대한 국제형사재판소의 역할

이러한 과정을 통해 로힝야 사태는 현재 국제형사재판소의 수사 단계에 있다.

이에 로힝야족의 인권을 말살하기 위한 분리정책을 펴며 오랜 기간 그들의 법적 권리를 거부해 온 미얀마 정부는⁶⁵⁾ 그들을 불법 이민자로 낮추어 부르는 벵갈리로 지칭하며⁶⁶⁾ 로힝야족에 대한 잔학 행위를 부인하고 로힝야족 반군과의 전투 과정에서 일어난 일일 뿐이라며 사건의 중요성을 폄하하려고 노력하였다.⁶⁷⁾

60) Nuri Aydin, 'Myanmar rejects jurisdiction of ICC for Rohingya Muslim' (17 Nov 2019) <<https://www.aa.com.tr/en/asia-pacific/myanmar-rejects-jurisdiction-of-icc-for-rohingya-muslim/1648020>>

61) 국제형사재판소 소추관은 정식 수사 개시 전에 예비 조사를 실시하여 수사 개시 요건이 충족되는지 그리고 상황 또는 범죄가 국제형사재판소 관할에 속하는지를 확인한다: 로마 규정 제15조 소추관 (1), (2), (6) ; ICC, 'Legal process' <<https://www.icc-cpi.int/about/how-the-court-works/Pages/default.aspx#legalProcess>>

62) ICC, '파투 벤수다 국제형사재판소 소추관의 성명: 미얀마에서 방글라데시로 로힝야족을 강제 이주시킨 혐의에 대한 예비조사를 개시하며'. <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180918-otp-stat-Rohingya>>

63) ICC, Situations and cases- Bangladesh/Myanmar (ICC-01/19) <<https://www.icc-cpi.int/bangladesh-myanmar>>

64) 이와 함께 감비아는 2019년 11월 11일 미얀마를 국제사법재판소(ICJ)에 집단학살죄 예방 및 처벌에 관한 협약 위반으로 제소하였다.: ICJ, Press Release No.2019/49 (18 Nov 2019) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20191118-PRE-01-00-EN.pdf>>

65) Melissa Crouch, 'States of Legal Denial: How the State in Myanmar Uses Law to Exclude the Rohingya' (2021) 51(1) Journal of Contemporary Asia 87-110

66) Radio Free Asia, "'Bengalis' Not Native to Myanmar, Country's Military Chief Says' (12 Oct 2017) <<https://www.rfa.org/english/news/myanmar/bengalis-10122017191055.html>>

67) BBC, 'Myanmar Rohingya: What you need to know about the crisis' (23 Jan 2020)

그럼에도 불구하고 전직 미얀마 군인 2명이 상부의 명령을 받아 잔학 행위를 저질렀다는 사실을 국제형사재판소에서 상세히 증언함으로써 국제형사재판소는, 미얀마 정부의 부인에도 불구하고, 유죄판결을 이끌어낼 수 있는 중요한 내부 증인을 재판소가 위치한 네덜란드 헤이그에 확보하였다.⁶⁸⁾

잔학 행위가 일어나도 국내 문제로 치부하면서 국제 사회가 개입하는 것을 받아들이지 않았던 아시아의 오랜 관행에 비추어 볼 때,⁶⁹⁾ 로힝야 사태에 대한 국제형사재판소의 개입 선언과 국제적 관심의 집중은, 국제형사재판소 소추관들이 각 단계에서 응분의 조치를 취할 때마다 미얀마를 압박하는 역할을 할 것으로 보인다.

4. 필리핀의 마약과의 전쟁과 로마 규정 탈퇴

다음으로는 필리핀의 마약과의 전쟁에 대한 국제형사재판소의 관여가 논의된다. 이것은 동남아시아에서 일어난 사건에 국제형사재판소가 개입한 두 번째 사례이다.

2016년 로드리고 두테르테 필리핀 대통령이 취임한 뒤 마약과의 전쟁을 선포했고, 이후 필리핀에서는 즉결처형이나 재판 없는 구금이 이어졌다.⁷⁰⁾ 너무나 많은 사람들이 한꺼번에 수감된 탓에 공간이 부족하여 교도소 내 계단에서 잠을 자고 있는 수감자들의 사진이 보도되었고⁷¹⁾ 이것은 헌법과 형법을 통해 보장된 인권에 대한 엄청난 도전임이

<<https://www.bbc.com/news/world-asia-41566561>> “유엔은...“인종 청소의 교과서”로 묘사하였다... 그러나 미얀마 군(옛 버마)은 로힝야족 무장세력과 싸우고 있다고 밝혔으며 민간인을 겨냥한 것은 부인하고 있다. 한때 인권운동의 상징이었던 아웅산 수치 여사는 대량학살 의혹을 거듭 부인했다.”

68) Hannah Beech, Saw Nang and Marlise Simons, ‘“Kill All You See”: In a First, Myanmar Soldiers Tell of Rohingya Slaughter’ (New York Times, 8 Sep 2020)

<<https://www.nytimes.com/2020/09/08/world/asia/myanmar-rohingya-genocide.html>>

69) Heejin Kim, ‘Missed opportunities in the judicialisation of international criminal law? Asian states in the emergence and spread of the Rome Statute system to punish atrocity crimes’ (2017) 35(4) Netherlands Quarterly of Human Rights 246-271

70) Sarah Williams and Emma Palmer, ‘Global focus: Will President Duterte face court for his bloody war on drugs?’ (2016) 28 Law Society of NSW Journal 22-23; David T. Johnson and Jon Fernquest, ‘Governing through Killing: The War on Drugs in the Philippines’ (2018) 5(2) Asian Journal of Law and Society 359-390; Gill Boehringer, ‘Duterte’s drug war: violating rights for a quick fix’ (2017) 42(3) Alternative Law Journal 233-236

71) South China Morning Post, ‘142,000 held in Philippine jails built for 20,000 as Duterte’s drug

분명했다.⁷²⁾

마약과의 전쟁이 2016년 7월 1일부터 시작됐다는 점을 감안할 때 필리핀 상황에 대한 예비 조사 발표가 2018년 2월 8일해야 이뤄진 것은 아쉬운 점이다.⁷³⁾ 게다가 약 한 달 후, 더 유감스러운 일이 일어났다. 필리핀이 로마 규정에서 탈퇴한 것이다!⁷⁴⁾ 다만 로마 규정 제127조 1항은 회원국의 탈퇴에 대해 규정하고 있지만, 회원국이 탈퇴하더라도 제127조 2항에 따라 해당 국가가 로마 규정에 가입되어 있던 당시에 저질러진 범죄에 대해서는 국제형사재판소의 관할권이 여전히 성립된다.⁷⁵⁾ 바로 이 조항으로 인해 필리핀의 상황에 대한 국제형사재판소 소추부의 예비 조사가 계속되었다.

두테르테 대통령은 국제형사재판소의 개입 대신 국내 절차가 진행될 것이라고 장담했지만 오직 3명의 경찰관만이 처벌을 받았고,⁷⁶⁾ 따라서 국내 절차의 우선 적용을 규정한 로마 규정 제17조에도 불구하고⁷⁷⁾ 2만7천명으로 추정되는 사망자에 대한 국제형사재판소의 조사를 계속할 필요성은 충분히 인정되었다.⁷⁸⁾

5. 필리핀 상황에 대한 국제형사재판소의 역할

그동안 두테르테 대통령은 국내 문제에 개입하지 말라고 국제사회에다 대고 줄곧 큰 소리쳤지만, 국제형사재판소의 예비 조사가 시작되자마자 로마 규정에서 탈퇴했기 때문에, 사실은 그가 국제형사재판소를 두려워하고 있다는 분석도 나온다.⁷⁹⁾⁸⁰⁾ 파투 벤수다

war intensifies' (14 May 2017) <<https://www.scmp.com/news/asia/southeast-asia/article/2094273/142000-held-philippine-jails-built-20000-dutertes-drug-war>>

72) 더욱이 두테르테 대통령의 접근 방식에 동의하기는 어려운데, 왜냐하면 범죄학에서는 마약에 대한 엄격한 처벌이 문제 해결의 올바른 방법인지에 대해 긍정적으로 평가하고 있지 않기 때문이다.

73) ICC, Situations and cases- Republic of the Philippines <<https://www.icc-cpi.int/philippines>>

74) Ibid.

75) 로마 규정 제127조 탈퇴

76) Emma Palmer, 'Complementarity and the implementation of international criminal law in the Philippines' (2019) 17(1) New Zealand Journal of Public and International Law 67-91

77) 로마 규정 제17조 재판적격성의 문제

78) Param-Preet Singh, 'Philippines Pullout From ICC Won't Block Justice for 'Drug War'' (18 Mar 2019) <<https://www.hrw.org/news/2019/03/18/philippines-pullout-icc-wont-block-justice-drug-war>>

79) Ibid.

소추관이 필리핀에 올 경우 체포하겠다는 두테르테의 위협에도 아랑곳하지 않고, 국제형사재판소 소추부는 인도에 반하는 범죄 혐의에 대한 신빙성 있는 증거를 확보하였다고 밝혔으며,⁸¹⁾ 현재 예비 조사를 끝내고 정식 수사의 시작을 위한 허가를 전심재판부에 요청한 상태이다.⁸²⁾ 국제형사재판소의 개입은 초법적 살인과 처벌을 국내 문제로 치부하려 했던 두테르테 대통령의 마약과의 전쟁에 대한 국제적 우려를 불러일으키는 역할을 하였다.⁸³⁾ 유엔 체제가 수립된 이유는, 제2차 세계 대전 동안 일어났던 수많은 잔학 행위가 국내 문제로 치부되어 다른 나라들이 개입할 수 없었던 끔찍한 역사를 되풀이하지 않기 위해서였다. 게다가 필리핀 정부에 의한 형사 처벌이 요원한 상태에서, 국제법학자들은 국제형사재판소에 의한 정의 실현에 기여하고자 하는 지역 NGO와 협력할 것을 권고하였는데,⁸⁴⁾ 현재 마약과의 전쟁에서 희생된 피해자의 가족들이 국제형사재판소에 협력할 뜻을 밝히고 있고,⁸⁵⁾ 아시아 지역에서 활동하는 시민사회단체들의 협조도 이어

80) 물론, 필리핀의 탈퇴로 국제형사재판소의 권위에 대한 의문도 생겨났다. 예를 들면, Clare Frances Moran, 'The Problem of the Authority of the International Criminal Court' (2018) 18(5) *International Criminal Law Review* 883-901

81) Cliff Venzon, 'International court finds evidence of crimes in Duterte drug war' (15 Dec 2020) <<https://asia.nikkei.com/Politics/International-court-finds-evidence-of-crimes-in-Duterte-drug-war>>

82) ICC, Statement : Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on her request to open an investigation of the Situation in the Philippines (14 June 2021) <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=210614-prosecutor-statement-philippines>>

83) Mikaela Y. Medina, 'Extrajudicial Punishments to Combat the Philippine Drug War: Problem or Solution?' (2016) 14(2) *Loyola University Chicago International Law Review* 155-174; Rebecca Ratcliffe, 'Philippines war on drugs may have killed tens of thousands, says UN-Report says crackdown appears to have resulted in systematic extrajudicial killings' (The Guardian, 4 Jun 2020) <<https://www.theguardian.com/world/2020/jun/04/philippines-police-may-have-killed-tens-of-thousands-with-near-impunity-in-drug-war-un>>

84) Stanati Netipatalachoochote, 'Human Rights Norm Diffusion in Southeast Asia- Roles of Civil Society Organizations (CSOs) in Ending Extrajudicial Killings in the Philippines' (2018) 2(1) *Journal of Southeast Asian Human Rights* 248-285; Heejin Kim, 'Missed opportunities in the judicialisation of international criminal law? Asian states in the emergence and spread of the Rome Statute system to punish atrocity crimes' (2017) 35(4) *Netherlands Quarterly of Human Rights* 246-271

85) Neil Morales and Karen Lema, 'Justice never sleeps': Families of Philippine drug war victims welcome ICC probe (Reuters, 16 June 2021) <<https://www.reuters.com/world/asia-pacific/philippines-duterte-will-not-cooperate-with-icc-probe-2021-06-15/>>

지는 만큼⁸⁶⁾ 마약과의 전쟁에서 자행된 인도에 반하는 범죄의 단죄를 위해 국제형사재판소가 담당하는 역할은 결코 작지 않다 할 것이다.

IV. 팔레스타인 상황⁸⁷⁾

1. 국제사회에서 이스라엘이 가지는 위상

2020년 가을, 영국 노동당 대표였던 제레미 코빈이 반유대주의 혐의로 노동당에서 당원권을 박탈당했다는 소식이 보도되었다.⁸⁸⁾ 이는 나치에 의한 유대인 학살로 인해 유대인들에게 원죄 의식을 가지고 있는 유럽에서, 이스라엘의 과오를 지적한다는 것이 여전히 미묘하고 어려운 문제임을 잘 보여주는 사건이었다.

그래서인지 이스라엘이 팔레스타인에서 저지른 일들에 대한 비판의 목소리는 유럽에 서는 매우 작은 것 같고,⁸⁹⁾ 오히려 미국은 이스라엘에 전적으로 찬성하고 있다.⁹⁰⁾ 게다가 미국과 이스라엘은 국제형사재판소의 권위를 훼손하기 위해 줄곧 협력해왔다.⁹¹⁾ 이스라엘이 팔레스타인 점령지에 관한 문제에서 반세기 넘게 국제법을 노골적으로 위반해

86) The Coalition for the International Criminal Court, ICC probes violence in the Philippines and Venezuela (09 FEBRUARY 2018) <<https://www.coalitionfortheicc.org/news/20180209/reaction-icc-probes-violence-philippines-and-venezuela>>

87) Situation in the State of Palestine ICC-01/18

88) BBC, 'Labour suspends Jeremy Corbyn over reaction to anti-Semitism report' (29 Oct 2020) <<https://www.bbc.com/news/uk-politics-54730425>>

89) 그러나 팔레스타인 상황에 대해 의견을 표명하는 것과 반유대주의를 동일시하는 것이 정당한 것일까? 예를 들면, Ahmad Samih Khalidi, 'Siding with the Palestinian struggle is not antisemitic' (The Guardian, 28 Aug 2018) <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/aug/28/palestinian-struggle-jeremy-corbyn-zionism>>

90) Michael R. Pompeo, PRESS STATEMENT- The International Criminal Court Unfairly Targets Israel (U.S. DEPARTMENT OF STATE, 20 Dec 2019) <<https://www.state.gov/the-international-criminal-court-unfairly-targets-israel/>>

91) Jonathan Cook, 'The US and Israel are scaring the ICC away from helping Palestine' (9 Jun 2020) <<https://www.thenationalnews.com/opinion/comment/the-us-and-israel-are-scaring-the-icc-away-from-helping-palestine-1.1030550>>

왔다는 점이 지적되는 현 상황에서, 이스라엘 군인들이 팔레스타인 점령지에서 저지른 범죄들과 이스라엘의 불법 정착 프로그램을 책임지고 있는 관리들이 저지른 범죄들은 매우 명백한 것으로 여겨진다.⁹²⁾ 그래서 유럽인도 미국인도 아닌 입장에서는 국제사회와 국제형사재판소가 그토록 오랜 시간동안 침묵을 지키고 있었다는 사실이 매우 이례적으로 보인다.

2. 팔레스타인에 대한 국제형사재판소의 관할권 문제

사실 국제형사재판소가 설립된 직후부터 이스라엘과 팔레스타인에 대한 관할권 문제가 일찌감치 제기됐었지만,⁹³⁾ 유엔총회에서 팔레스타인을 비회원 참관국(Observer State)로 인정한 2012년에야 비로소 팔레스타인이 로마 규정의 회원국으로 가입할 수 있는 자격을 갖게 되었다.⁹⁴⁾ 그리고 2014년 유엔 안전보장이사회가 이스라엘의 점령을 종식시키기 위한 결의안을 채택하기를 거부하자마자,⁹⁵⁾ 팔레스타인 자치정부는 로마 규정에 가입하였고, 자신의 영토 내에서 벌어지고 있는 일에 대한 국제형사재판소의 관할권을 확립하였다.⁹⁶⁾ 그러나 이후에도 상황은 나아지지 않았고 2018년 5월 팔레스타인 자치정부 외무장관이 헤이그에 있는 국제형사재판소를 특별히 방문해 자신들의 상황을 소추관에게 회부하였다.⁹⁷⁾

이에 이스라엘(그리고 미국)은 팔레스타인이 국가가 아니어서 로마 규정에 가입할 자

92) Ibid.

93) Daniel Benoliel and Ronen Perry, 'Israel, Palestine, and the ICC' (2010) 32(1) Michigan Journal of International Law 73-127

94) UN NEWS, 'General Assembly grants Palestine non-member observer State status at UN' (29 Nov 2012) <<https://news.un.org/en/story/2012/11/427052-general-assembly-grants-palestine-non-member-observer-state-status-un>>

95) BBC, 'UN Security Council rejects Palestinian resolution' (31 Dec 2014) <<https://www.bbc.com/news/world-middle-east-30639764>>

96) ICC, Situations and cases- State of Palestine <<https://www.icc-cpi.int/palestine>> accessed 6 Jan 2021. "2015년 1월 2일, 팔레스타인 정부는 유엔 사무총장에게 로마 규정의 가입을 위한 신청서를 제출하였다. 로마 규정은 팔레스타인에서 2015년 4월 1일부터 발효되었다."

97) Oliver Holmes, 'Palestinian minister delivers Israel 'war crimes' referral to ICC' (The Guardian, 22 May 2018) <<https://www.theguardian.com/world/2018/may/22/palestinian-minister-israel-war-crimes-icc-referral>>

격이 없고 그러므로 팔레스타인 상황에 대한 국제형사재판소의 관할권은 성립되지 않는다는 주장을 고수하였으나,⁹⁸⁾ 2021년 2월 5일 국제형사재판소 전심재판부는 해당 사건에 대한 관할권을 인정하였고, 벤수다 소추관은 2021년 3월 3일 팔레스타인 상황에 대한 국제형사재판소의 정식 수사가 개시되었음을 발표하였다.⁹⁹⁾

3. 팔레스타인 상황에 대한 국제형사재판소의 역할

국제형사재판소가 설립된 이후부터 이스라엘-팔레스타인 문제에 국제형사재판소가 개입할 수 있는지에 대한 논쟁이 끊이지 않았다. 그러나 미국을 비롯한 주요 국가들이 팔레스타인 상황에 개입하기를 꺼리고 있는 현 상황에서, 파투 벤수다 소추관이 용기 있게 예비 조사를 시작하였고, 또 정식 수사 허가까지 받았다는 사실은 국제형사재판소가 박해와 억압의 피해자들에게 마지막 희망일 수도 있음을 보여준다. 팔레스타인 상황에 대한 국제형사재판소 소추부의 개입과 그로 인한 국제 사회의 관심은 국제형사재판소의 상징성과 함께 국제형사재판소가 담당하는 역할을 잘 보여준다 할 것이다.

V. 끝맺는 말

이상에서 국제형사재판소가 설립된 지 20여년의 기간 중 최근 몇 년간 아시아 지역 사건들을 비중 있게 다루었음을 살펴보고, 아시아 지역의 네 가지 상황들을 바탕으로 아시아 지역에서 국제형사재판소가 가졌던 한계와 앞으로의 역할에 거는 기대를 함께 검토하였다. 2002년 설립 후 처음 10년 동안 아프리카 지역에 집중한다는 비난을 받았던 국제형사재판소가 두 번째 소추관인 파투 벤수다의 임기 동안 그 활동범위를 넓혀 아시아 지역에서도 잔학 행위의 필벌에 긍정적 역할을 수행하였음을 알 수 있었다. 비록 많은

98) Gordon Ahl, 'Israeli Attorney General Challenges ICC Jurisdiction in Palestine' (20 Dec 2019) <<https://www.lawfareblog.com/israeli-attorney-general-challenges-icc-jurisdiction-palestine>>

99) ICC, 'Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, respecting an investigation of the Situation in Palestine' (3 March 2021) <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=210303-prosecutor-statement-investigation-palestine>>

어려움이 있지만, 2021년 6월 16일 세 번째 소추관으로 취임한 카림 칸 소추관이 취임 선서에서 언급한 것처럼 국제형사재판소가 “내일은 어제처럼 암울하고 슬프지 않을 것이라는 미래에 대한 약속”이 될 수 있도록, 맡은 바 역할을 묵묵히 해나가기를 기대해본다.

참고문헌

1. 국제조약

United Nations Treaty Collection: Rome Statute <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280025774&clang=_en>

2. 학술논문

Bachmann, Sascha-Dominik Oliver Vladimir and Sowatey-Adjei, Naa Ayorkor.

‘THE AFRICAN UNION-ICC CONTROVERSY BEFORE THE ICJ: A WAY FORWARD TO STRENGTHEN INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE?’ (2020) 29(2) Washington International Law Journal 247-301

Benoliel, Daniel. and Perry, Ronen. ‘Israel, Palestine, and the ICC’ (2010) 32(1) Michigan Journal of International Law 73-127

Boehringer, Gill. ‘Duterte’s drug war: violating rights for a quick fix’ (2017) 42(3) Alternative Law Journal 233-236

Bogdan, Attila ‘The United States and the International Criminal Court: Avoiding Jurisdiction Through Bilateral Agreements in Reliance on Article 98’ (2008) 8(1-2) International Criminal Law Review 1-54

Bolton, John. ‘Is There Really Law in International Affairs’ (2000) 10 (1) Transnational Law & Contemporary Problems 1-48

Bolton, John. ‘The Risks and Weaknesses of the International Criminal Court from America’s Perspective’ (2001) 64 Law and Contemporary Problems 167-180

Cormier, Monique. ‘Can the ICC Exercise Jurisdiction over US Nationals for Crimes Committed in the Afghanistan Situation?’ (2018) 16(5) Journal of International Criminal Justice 1043-1062

- Crouch, Melissa. 'States of Legal Denial: How the State in Myanmar Uses Law to Exclude the Rohingya' (2021) 51(1) *Journal of Contemporary Asia* 87-110
- D'Amato, Anthony. 'Is International Law Really 'Law'?' (1984-1985) 79 (5&6) *Northwestern University law review* 1293-1314
- Eubany, Cosmos. 'Justice for Some? U.S. Efforts under Article 98 to Escape the Jurisdiction of the International Criminal Court' (2003) 27(1) *Hastings International and Comparative Law Review* 103-129
- Hathaway, Oona A. and Shapiro, Scott J. 'Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law' (2011) 121(2) *The Yale Law Journal* 252-349
- Johnson, David T. and Fernquest, Jon. 'Governing through Killing: The War on Drugs in the Philippines' (2018) 5(2) *Asian Journal of Law and Society* 359-390
- Kim, Heejin. 'Missed opportunities in the judicialisation of international criminal law? Asian states in the emergence and spread of the Rome Statute system to punish atrocity crimes' (2017) 35(4) *Netherlands Quarterly of Human Rights* 246-271
- Medina, Mikaela Y. 'Extrajudicial Punishments to Combat the Philippine Drug War: Problem or Solution?' (2016) 14(2) *Loyola University Chicago International Law Review* 155-174
- Moran, Clare Frances. 'The Problem of the Authority of the International Criminal Court' (2018) 18(5) *International Criminal Law Review* 883-901
- Netipatalachoochote, Stanati. 'Human Rights Norm Diffusion in Southeast Asia- Roles of Civil Society Organizations (CSOs) in Ending Extrajudicial Killings in the Philippines' (2018) 2(1) *Journal of Southeast Asian Human Rights* 248-285
- Ochs, Sara L. 'The United States, the International Criminal Court, and the Situation in Afghanistan' (2020) 95(2) *Notre Dame Law Review Reflection*

89-100

- Okeke, Godwin N. 'The Legality of the Ex Post Facto Element in the Jurisdiction Of International Criminal Tribunals: A Case Study Of Special Court at Sierra Leone' (2013) 2(4) International Journal of Humanities and Social Science Invention 54-58
- Palmer, Emma. 'Complementarity and the implementation of international criminal law in the Philippines' (2019) 17(1) New Zealand Journal of Public and International Law 67-91
- Paust, Jordan J. 'The U.S. and The ICC: No More Excuses' (2013) 12(3) Washington University Global Studies Law Review 563-580
- ROPER, STEVEN D. and BARRIA, LILIAN A. 'State Co-operation and International Criminal Court Bargaining Influence in the Arrest and the Surrender of Suspects' (2008) 21(2) Leiden Journal of International Law 457-476
- Shamsi, Nadia. 'The ICC: A Political Tool: How the Rome Statute Is Susceptible to the Pressures of More Power States' (2016) 24(1) Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution 85-104
- Takemura, Hitomi. 'The Asian Region and the International Criminal Court', in Nakanishi Y. (eds) Contemporary Issues in Human Rights Law (Springer, 2018) 107-125
- Williams, Sarah. and Palmer, Emma. 'Global focus: Will President Duterte face court for his bloody war on drugs?' (2016) 28 Law Society of NSW Journal' 22-23
- Worboys, Jonathan P. 'Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan (Int'l Crim. Ct.)' (2020) 59(2) International Legal Materials 280-301

3. 인터넷 자료

Aamna Mohdin, 'A brief history of the word "Rohingya" at the heart of a humanitarian crisis' (3 Oct 2017) <<https://qz.com/1092313/a-brief-history-of-the-word-rohingya-at-the-heart-of-a-humanitarian-crisis/>>

Afghanistan Analysts Network, 'A Request to Delay: Another Afghan government attempt to prevent an ICC war crimes investigation?' <<https://www.afghanistan-analysts.org/en/reports/rights-freedom/a-request-to-delay-another-afghan-government-attempt-to-prevent-an-icc-war-crimes-investigation/>>

Ahmad Samih Khalidi, 'Siding with the Palestinian struggle is not antisemitic' (The Guardian, 28 Aug 2018) <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/aug/28/palestinian-struggle-jeremy-corbyn-zionism>>

Anthony Dworkin, 'Why America is facing off against the International Criminal Court' (8 Sep 2020) <https://ecfr.eu/article/commentary_why_america_is_facing_off_against_the_international_criminal_court/>

BBC, 'UN Security Council rejects Palestinian resolution' (31 Dec 2014) <<https://www.bbc.com/news/world-middle-east-30639764>>

BBC, 'South Africa revokes ICC withdrawal after court ruling' (8 Mar 2017) <<https://www.bbc.com/news/world-africa-39204035>>

BBC, 'Myanmar Rohingya: What you need to know about the crisis' (23 Jan 2020) <<https://www.bbc.com/news/world-asia-41566561>>

BBC, 'Labour suspends Jeremy Corbyn over reaction to anti-Semitism report' (29 Oct 2020) <<https://www.bbc.com/news/uk-politics-54730425>>

BBC, 'Aung San Suu Kyi: Myanmar democracy icon who fell from grace' (6 Nov 2020) <<https://www.bbc.com/news/world-asia-pacific-11685977>>

Brett Schaefer and Charles Stimson, 'How the U.S. Should Respond to the ICC's Decision to Investigate Americans' (24 Mar 2020) <<https://www.heritage.org>>

rg/global-politics/report/how-the-us-should-respond-the-iccs-decision-investigate-americans>

Brett Wilkins, 'Why John Bolton Really Hates the International Criminal Court' (13 Sep 2018) <<https://www.commondreams.org/views/2018/09/13/why-john-bolton-really-hates-international-criminal-court>>

Cliff Venzon, 'International court finds evidence of crimes in Duterte drug war' (15 Dec 2020) <<https://asia.nikkei.com/Politics/International-court-finds-evidence-of-crimes-in-Duterte-drug-war>>

Collins Cobuild Advanced Learner's English Dictionary <<https://en.dict.naver.com/#!/entry/enen/3e6e35eab907491480958b7c3122ade6>>

Daphne Psalidakis & Michelle Nichols, 'U.S. blacklists ICC prosecutor over Afghanistan war crimes probe' (16 Sep 2020, Reuters) <<https://www.reuters.com/article/usa-icc-sanctions-int-idUSKBN25T2EB>>

Dapo Akande, 'Next ICC Prosecutor Will be African' (30 Nov 2011) <<https://www.ejiltalk.org/next-icc-prosecutor-will-be-african/>>

Edith M. Lederer, 'Over 70 ICC nations support court and oppose US sanctions' (3 Nov 2020) <<https://abcnews.go.com/US/wireStory/70-icc-nations-support-court-oppose-us-sanctions-73981352>>

Elise Keppler, 'Gambia Rejoins ICC' (17 Feb 2017) <<https://www.hrw.org/news/2017/02/17/gambia-rejoins-icc>>

Emily Beeken, 'The Futility of Trump's Sanctions Against ICC Investigators, and the Need for Accountability' (30 Jul 2020) <<https://www.jurist.org/commentary/2020/07/emily-beeken-trump-sanctions-icc/>>

Franck Kuwonu, 'ICC: Beyond the threats of withdrawal' (Mar-May 2017) <<https://www.un.org/africarenewal/magazine/may-july-2017/icc-beyond-threats-withdrawal>>

Georgetown Law Library, 'International Criminal Court - Article 98 Agreements Research Guide' <https://guides.ll.georgetown.edu/article_98>

Gordon Ahl, 'Israeli Attorney General Challenges ICC Jurisdiction in Palestine' (20 Dec 2019) <<https://www.lawfareblog.com/israeli-attorney-general-challenges-icc-jurisdiction-palestine>>

Hannah Beech, Saw Nang and Marlise Simons, '“Kill All You See”: In a First, Myanmar Soldiers Tell of Rohingya Slaughter' (New York Times, 8 Sep 2020) <<https://www.nytimes.com/2020/09/08/world/asia/myanmar-rohingya-genocide.html>>

Human Rights Watch, 'The United States and the International Criminal Court' <<https://www.hrw.org/legacy/campaigns/icc/us.htm>>

ICC Press Release (14 March 2012) "ICC First verdict: Thomas Lubanga guilty of conscripting and enlisting children under the age of 15 and using them to participate in hostilities" <<https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=PR776>>

ICJ, Press Release No.2019/49 (18 Nov 2019) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/178/178-20191118-PRE-01-00-EN.pdf>>

ICC Press Release (5 March 2020) 'Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, following the Appeals Chamber's decision authorising an investigation into the Situation in Afghanistan' <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=200305-otp-statement-afghanistan>>

ICC, 'Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on opening a Preliminary Examination concerning the alleged deportation of the Rohingya people from Myanmar to Bangladesh' (18 sEPTEMBER 2018) <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180918-otp-stat-Rohingya>>

ICC-02/17-33, Pre-Trial Chamber II 'Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan' (12 April 2019) <<https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-33>>

ICC, 'Legal process' <<https://www.icc-cpi.int/about/how-the-court-works/Pages/de>

fault.aspx#legalProcess>

ICC, 'Situation in the Islamic Republic of Afghanistan' (ICC-02/17) <<https://www.icc-cpi.int/afghanistan>>

ICC, 'Situations and cases- Bangladesh/Myanmar' (ICC-01/19) <<https://www.icc-cpi.int/bangladesh-myanmar>>

ICC, 'Situations and cases- Republic of the Philippines' <<https://www.icc-cpi.int/pilippines>>

ICC, 'Situations and cases- State of Palestine' <<https://www.icc-cpi.int/palestine>>

Jonathan Cook, 'The US and Israel are scaring the ICC away from helping Palestine' (9 Jun 2020) <<https://www.thenationalnews.com/opinion/comment/the-us-and-israel-are-scaring-the-icc-away-from-helping-palestine-1.1030550>>

Michael R. Pompeo, PRESS STATEMENT- The International Criminal Court Unfairly Targets Israel (U.S. DEPARTMENT OF STATE, 20 Dec 2019) <<https://www.state.gov/the-international-criminal-court-unfairly-targets-israel/>>

Neil Morales and Karen Lema, 'Justice never sleeps': Families of Philippine drug war victims welcome ICC probe (Reuters, 16 June 2021) <<https://www.reuters.com/world/asia-pacific/philippines-duterte-will-not-cooperate-with-icc-probe-2021-06-15/>>

Nuri Aydin, 'Myanmar rejects jurisdiction of ICC for Rohingya Muslim' (17 Nov 2019) <<https://www.aa.com.tr/en/asia-pacific/myanmar-rejects-jurisdiction-of-icc-for-rohingya-muslim/1648020>>

Oliver Holmes, 'Palestinian minister delivers Israel 'war crimes' referral to ICC' (The Guardian, 22 May 2018) <<https://www.theguardian.com/world/2018/may/22/palestinian-minister-israel-war-crimes-icc-referral>>

Param-Preet Singh, 'Philippines Pullout From ICC Won't Block Justice for 'Drug War'' (18 Mar 2019) <<https://www.hrw.org/news/2019/03/18/philippines-pullout-icc-wont-block-justice-drug-war>>

Paul Seil, Handbook on Complementarity- An Introduction to the Role of National

- I Courts and the ICC in Prosecuting International Crimes (International Center for Transitional Justice, 2016) <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ_Handbook_ICC_Complementarity_2016.pdf>
- Radio Free Asia, ‘‘Bengalis’ Not Native to Myanmar, Country’s Military Chief Says’ (12 Oct 2017) <<https://www.rfa.org/english/news/myanmar/bengalis-10122017191055.html>>
- Rebecca Ratcliffe, ‘Philippines war on drugs may have killed tens of thousands, says UN-Report says crackdown appears to have resulted in systematic extrajudicial killings’ (The Guardian, 4 Jun 2020) <<https://www.theguardian.com/world/2020/jun/04/philippines-police-may-have-killed-tens-of-thousands-with-near-impunity-in-drug-war-un>>
- Renee Jeffery, ‘Malaysia joins the International Criminal Court’ (5 Mar 2019) <<https://www.lowyinstitute.org/the-interpreter/malaysia-joins-international-criminal-court>>
- South China Morning Post, ‘142,000 held in Philippine jails built for 20,000 as Duterte’s drug war intensifies’ (14 May 2017) <<https://www.scmp.com/news/asia/southeast-asia/article/2094273/142000-held-philippine-jails-built-20000-dutertes-drug-war>>
- The Coalition for the International Criminal Court, ICC probes violence in the Philippines and Venezuela (09 FEBRUARY 2018) <<https://www.coalitionfortheicc.org/news/20180209/reaction-icc-probes-violence-philippines-and-venezuela>>
- UN NEWS, ‘General Assembly grants Palestine non-member observer State status at UN’ (29 Nov 2012) <<https://news.un.org/en/story/2012/11/427052-general-assembly-grants-palestine-non-member-observer-state-status-un>>

A review on the Roman Statute as an international human rights
treaty and the International Criminal Court
- Based on the situations of Myanmar, the Philippines, Afghanistan
and Palestine

Jung So Young*

Adopted in Rome on 17 July 1998 and entered into force on 1 July 2002, Rome Statute of the International Criminal Court(Rome Statute), as its name implies, is an international treaty aimed at establishing a permanent International Criminal Court (ICC).

There are four situation in Asia that are processed in the investigation or examination phases in the ICC. First, with respect to the US, Ms. Fatou Bensouda, ICC's chief prosecutor, began an investigation of atrocities committed by US personnel in Afghanistan since 2003. And then, the ICC, which had been condemned of focusing too much on the events in Africa, began an investigation into two domestic famous human rights violations in Asia, where it had had relatively little influence. That is the investigation into Myanmar's atrocities against the Rohingya and Preliminary examination of the Philippines' war on drugs. Lastly, the Government of Palestine accepted the jurisdiction of ICC over alleged crimes committed in the occupied Palestinian territory, so preliminary examination is ongoing.

In these four examples, it has not been able to find a proper justice for a long time. The fact that the ICC has initiated an investigation does not solve all problems, but it plays a special role, acting as a heavy burden on the atrocities party as an investigation that draws attention from the international community and leads to

* Student at the LLM Programme of University of Reading in the U.K.
Ph.D in Law of Yonsei University

criminal proceedings, hence has actual outcomes.

Despite the various criticism, the ICC has an specific role not seen in previous international organizations, in respect of that the most serious crimes of concern to the international community must not go unpunished and their effective prosecution must be ensured.

❖ key words: Rome Statute, International Criminal Court, ICC, Ms. Fatou Bensouda, atrocity, Afghanistan, Myanmar, Philippines, Palestine

형사정책연구 가을호 논문투고 안내

형사정책연구 '가을호' 원고를 모집합니다. 원고접수 마감일은 2021년 8월 30일(화)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 : 2021년 8월 30일(화)
- 제출처 : 한국형사정책연구원 기획조정실 성과확산팀(담당: 구교원)
- 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)에서 다운로드 가능합니다.

CALL FOR PAPERS

International Journal of Criminal Justice

AIM AND SCOPE

The International Journal of Criminal Justice (IJCJ), a biannual and peer-reviewed English journal published by Korean Institute of Criminology (KIC), facilitates comprehensive analysis and evidence-based research on crime trends in order to make a contribution to crime prevention and criminal justice policies.

The IJCJ will share academic and practical views from home and abroad and play a pivotal role as an international academic arena for criminal justice policies.

SUBMISSION DETAILS

- Manuscripts should be written in English and should be no more than 10,000 words in MS word.
- Please provide an abstract which should be no more than 200 words in length and a maximum of 5 key words.
- All papers should identify all authors and provide their contact information such as phone numbers, full postal addresses, email addresses, affiliations and so on.
- Authors should ensure that they have written entirely original works, and should not publish manuscripts describing essentially the same research in more than one journal.
- Honorarium (USD 2,000 or KRW 2,000,000) will be paid when papers are accepted for publication.
- All manuscripts must be submitted to the managing editor Mrs. Seungjin LEE at ijcj@kic.re.kr

AREAS

The International Journal of Criminal Justice (IJCJ) invites papers from many different realms of criminology and criminal justice at both regional and global levels. Any issues related to criminology and criminal justice will be welcomed such as:

Community Sanction, Corrections, Corruption & White Collar Crime, Crime Prevention & Protection, Crime Trends, Crime & Deviance, Criminal Investigation, Criminal Law & Policy, Criminal Procedure, Cybercrime, Drug, Terrorism & Organized Crime, Economic & Corporate Crime, Information, Technology & Forensic Science, Juvenile Delinquency, Juvenile Justice, Penology, Police & Policing, Violent Crime.

간행물출판위원회

위원장 : 이 천 현 (한국형사정책연구원 법무·사법개혁연구실 선임연구위원)

위 원 : 강 지 현 (울산대학교 경찰학전공 교수)

김 민 영 (한국형사정책연구원 법무·사법개혁연구실 연구위원)

김 유 근 (한국형사정책연구원 형사법제연구실 연구위원)

이 동 원 (원광대학교 경찰행정학과 교수)

이 동 희 (경찰대학 법학과 교수)

전 영 실 (한국형사정책연구원 범죄예방·처우연구실 선임연구위원)

조 영 오 (한국형사정책연구원 국제협력실 부연구위원)

최 준 혁 (인하대학교 법학전문대학원 교수)

탁 희 성 (한국형사정책연구원 형사법제연구실 선임연구위원)

황 지 태 (한국형사정책연구원 부패·경제범죄연구실 선임연구위원)

(가나다 순)

간 사 : 구 교 원 (한국형사정책연구원 기획조정실 선임행정원)

형사정책연구

제32권 제2호(통권 제126호, 2021·여름호)

발행인 : 한 인 섭

발행처 : 한국형사정책연구원

서울시 서초구 태봉로 114

전화 (02)3460-5184

등 록 : 1990년 4월 3일 바-1360

발행일 : 2021년 6월 30일

인 쇄 : 고려씨엔피

전화 (02)2277-1508

본 학술지 내용의 무단전재를 금함

[정가 : 10,000원]

