

동국법학

창간호



2020. 12.

동국대학교 법과대학

창 간 사

코로나 바이러스로 인해 계절의 변화 및 시간의 흐름도 느끼지를 못하고 지나가고 있는 듯합니다. 법학과 선후배님들 다들 무탈하게 잘 지내고 계신지.

2020년 9월부터 법학과 학생들에게 학업성취를 높이고 각 동아리마다의 기록문화를 키우기 위해 학술지 발간을 하게 되었습니다. 로스쿨 진학 시 수상자의 경력에 한 줄 들어가는 덤도 생각을 했었습니다. 면접 시 알게 모르게 도움이 된다는 것을 익히 알고 있었기 때문입니다. 문제는 저조한 참가와 논문의 질 수준에 대한 걱정이었습니다. 참가율은 예상 외로 교통정리가 필요할 정도로 높아 이 예상이 기우로 끝남에 감사드립니다. 질 수준 확보에 있어 전문 연구진들도 표절에서 자유롭기가 어렵기에 전공 교수님들의 적극적인 도움을 요청했는데 다행스럽게도 많은 도움을 주셨습니다. 감사드립니다. 외부의 심사위원분들께도 감사드립니다. 누구나가 인정하듯이 그 와중에 제일 고생한 분들은 21개 참가자들이었습니다. 전공 교수님들에게 좋은 소리를 듣지 못하면서 논문작성을 해야 되는 것을 지켜봐야 했고 구성원들끼리 의견충돌을 익히 알고 있었기 때문입니다. 고생했습니다. 평생 갈 좋은 경험을 했으리라고 봅니다.

출간에 있어 창간사나 발간사냐의 문제가 있었습니다. 예전의 학술지 '동국법학'이 있었는데 언제부터인가 사라져 그 흔적이 보이지를 않은 상황입니다. 학장님과 얘기를 나누다가 창간사로 방향을 잡았습니다. 너그러운 이해 부탁드립니다.

2021년부터 1학기에 동국법학이 발간예정입니다. 작년에는 처음시행이라 2학기에 했지만 로스쿨 전형이 2학기에 이뤄지기에 참가자들에게 조금이라도 도움을 주기 위해서 그리 할 예정입니다.

법학과에게는 중요한 일이었지만 외부에서는 관심이 거의 없는 학술지 발간임에도 확고한 실행력을 보여주면서 많은 개인적 시간을 내 준 강동욱 학장님께 진심으로 감사드립니다. 실무에서 고생한 김유미 선생님에게도 감사의 말씀을 드립니다. 각주 수정 및 편집을 도와 준 최형보 박사, 김준우 박사과정, 김종우 박사과정에게도 감사드립니다. 이 분들은 복을 지었으니 복 받는 일만 남은 듯합니다.

2020년 12월 31일

동국대학교 법과대학 법학과장 임 규 철

축 사

「동국법학」의 창간호 발간을 축하합니다.

동국대학교 법학과 설립 70주년을 맞이하여 법과대학 재학생들의 학술적 노력의 결과물인 「동국법학」을 창간하게 된 것은 우리 법과대학의 역사를 돌이켜 보건데 다소 뒤늦은 감은 있지만 매우 의미 있고 자랑스러운 일이라고 하지 않을 수 없습니다. 특히, 최근 법학교육이 법학전문대학원과 법과대학으로 이원화되면서 학문으로서의 법학에 대한 가치가 등한시 되고, 실무적 능력의 배양이 중심이 되고 있는 현실에서, 학부생들이 아직 학문적 성숙함이 부족함에도 불구하고 그들만의 노력에 의해 현실적인 주제를 선택하여 학문적 깊이가 내재된 학술논문을 발표하고 게재할 수 있게 된 것은 높이 치하하지 않을 수 없습니다. 더구나 금년 한해 코로나바이러스 19로 인해 학교수업이 정상적으로 이루어지지 못하고, 서로의 만남이 어려웠음에도 불구하고 선후배 또는 동료들 간의 협력을 통해 같이 공부하고 연구하여 우수한 학술논문을 만들어 낸 이들의 열정과 노력에 놀라지 않을 수 없었습니다.

이번 「동국법학」의 발간을 위하여 지난 7월 학술논문경진대회를 준비하면서 사실상 학생들이 얼마나 호응하여 지원할 것인가에 대하여 의구심을 가졌던 것도 사실입니다. 하지만 학술논문 경진대회에 대한 공고가 되자마자 학생들의 문의가 잇달았고, 최종적으로 21여 편의 논문이 제출되었습니다. 이에 대학에서도 학생들의 노력이 헛되지 않도록 평가의 공정성을 기하기 위하여 외부대학의 법학과 교수님들(3분)의 엄격한 심사를 통해 우수한 논문을 선정하고, 다시 내부 발표회를 거쳐 최종평가를 하였습니다. 이 과정에서 우리 학생들의 우수한 자질과 능력을 다시 한 번 확인하게 되었고, 이를 통해 동국법학의 미래의 모습에 대한 확신을 가지게 된 것도 큰 보람이라고 하지 않을 수 없습니다. 우리 대학은 2007년 부당한 평가로 인해 법학전문대학원에의 진입은 좌절되었지만 동국법학의 횃불은 결코 꺼지지 않을 것이며, 국내 최고의 법과대학으로서의 위상을 굳건히 지켜나갈 수 있음을 확신하게 된 것도 큰 소득이라고 할 것입니다.

현대 사회가 복잡해질수록 법의 중요성은 더욱 강조될 수밖에 없으며, 법치주의 요청은 한층 강화될 것입니다. 법의 지배는 민주주의의 최소한의 원칙이자 필수조건이기 때문입니다. 하지만 법학은 단순히 실무적 능력의 향상만으로는 법의 역할과 기능을 충분히 실현할 수 없다는 것은 부인할 수 없는 사실입니다. 따라서 올바른 민주국가의 건설과 법치주의 실현을 위하여 법에 관한 이론적 지식을 배양하는 것은 중요시 될 수밖에 없습니다. 이러한 사실을 고려하면 법학에 대한 이론적 기초를 공부하는 동국대학교 법과대학의 중요성 또한 더욱더 높아질 것입니다. 따라서 「동국법학」이 법과대학생들의 학문에 대한 열정을 가지고 도전하는 학술연구의 발판이

되는 장이 될 뿐 아니라 동국법학의 자부심으로 자리매김하고, 나아가 동국법학의 발전의 표상이 되는 버팀목으로 우뚝 서길 기원합니다.

끝으로 「동국법학」이 창간될 수 있도록 준비하고 진행해 온 임규철 법학과장님과 논문지도를 해주신 교수님들, 심사를 해주신 김상겸 교수님과 외부 심사위원님, 학술지 창간의 모든 실무를 담당한 김유미 선생님, 그리고 주현석 학사운영실장님, 김종애 과장님, 박소정 선생님, 안영진 선생님 등 학사운영실 관계자 여러분에게 깊이 감사드리며, 학술지의 교정과 편집을 맡아 준 최형보 박사와 김종우 박사과정생, 김준우 박사과정생의 수고에도 고마움을 표한다.

다시 한 번 「동국법학」의 창간을 진심으로 축하드립니다.

2020년 12월 31일

동국대학교 법과대학 학장 강 동 욱

목 차

공법 분야

- 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄 근절 방안 김성희·김소진·전길진 / 1
- 개물림 사고 관련 제도에 관한 공법적 연구 배성환·박태영 / 59
- 스토킹범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률안 제안
..... 김윤희·이나은·조혜민 / 107
- 주취감형제도에 관한 연구 김서현·이지원·이채리·지명진 / 145
- 아동·청소년 대상 디지털 성범죄의 근절을 위한 함정수사 연구 김용희 / 185
- 비동의 간음죄 신설에 관한 논의 및 입법안 제시
..... 송필호·김유진·김현정·장예희 / 227

사법 및 기타 분야

- 자율비행드론 사고 관련 손해배상법제에 관한 소고 강현재·장유진·구평우 / 275
- 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률상의 COVID-19 극복 시 확진자 정보 등 개인정보 처리에 대한 비판적 연구 이재영 / 317
- 현행 연명의료결정법의 개선방안 문민정·송한솔·염현주 / 353
- 개인정보보호측면에서 본 민사소송절차의 현황분석을 통한 개선방안
..... 박주연·유혜림·이유진·최유림 / 391

INDEX

- A Study on the Elimination of Online Grooming Sexual Crimes for Children and Youth Kim, SeongHee·Kim, SoJin·Jeon GillJin / 1
- A Study on the Legal System Related to Dog Bite Accident in Public Law Bae, SungHwan·Park, TaeYoung / 59
- Proposal of a legislation on the punishment of stalking crimes and protection of victims Kim, Yunhee·Lee, Naeun·Cho, Hyemin / 107
- A Study on the Excluding the Mitigation-and-Exemption of the Penalty from the Intoxicated Kim, Seohyun·Lee, Jiwon·Lee, Chaeri·Ji, Myeongjin / 145
- A Study of Entrapment Investigation to Eradicate Digital Sexual Crimes against Children and Adolescents Kim, YongHee / 185
- Discussion and Legislative proposal of sexual assault without consent Song, Pilho·Kim, Yujin·Kim, Hyunjeong·Jang, Yehee / 227
- A Study on the Compensation Act for Autonomous Flight Drone Accident Kang, Hyunjae·Jang, Yujin·Ku, Pyeongwoo / 275
- A Critical Research on the Processing of Personal Information Such as Confirmed Case Information When Overcoming COVID-19 in the Infectious Case Control and Prevention Act Lee, Jaeyeong / 317
- Suggestions of the Legislation of Withdrawing Life-Sustaning Therapy Moon, Minjeong·Song, Hansol·Yeom, Hyeonjoo / 353
- A Study on the Improvement of Civil Procedure Procedures in terms of Personal Information Protection Park, Juyeon·You, Hyelim·Lee, Yoojin·Choi, Yurim / 391

아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄 근절 방안

김성희(법03)·김소진(법03)·전길진(법03)

[목 차]

| | |
|-----------------------------|----------------------------|
| I. 서 론 | IV. 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 |
| II. 온라인 그루밍 성범죄의 일반론 | IV. 성범죄 관련 해외 법과 처벌사례 및 제도 |
| III. 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 | V. 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 |
| III. 성범죄 관련 국내법과 처벌 사례 및 제도 | V. 성범죄의 해결을 위한 법제도적 개선방안 |
| | VI. 결 론 |

I. 서 론

1. 연구 배경

필자는 한 가지 실험을 하였다. 랜덤 채팅 애플리케이션에서 프로필을 여자 고등학생으로 설정하면 과연 어떤 메시지가 올 것인가? 24시간이 지난 뒤 확인해본 결과 메시지는 “내꺼 볼래요? ㅎㅎ”, “시간당 5에 같이 놀아요” 등 성적 내용이 줄을 잇고 있었다. 이와 같은 방식으로 한 신문사의 기자가 16세 이상이 이용할 수 있는 랜덤 채팅 애플리케이션에서 프로필상 나이를 18세로 설정하고 실험을 진행한 결과 “용돈만남 하시나요?”, “어디살아요? 연락하고 만날래? 용돈나랑 만남하장” 같은 메시지가 쏟아졌다고 한다.¹⁾

이러한 정보통신망을 이용한 성적 접근에 대하여 경각심을 불러일으킨 사건이 최근 발생했다. 이른바 ‘n번방 사건’이다. 2018년 하반기부터 2020년 3월까지 전개되었던 n번방 사건은 ‘텔레그램’, ‘디스코드’, ‘라인’, ‘와이커’ 등의 메신저 앱이 이용된 대규모 디지털 성범죄 사건이다. n번방 사건의 가해자들은 채팅앱이나 SNS 등에서 피해자를 물색하고 접근하였는데, 이 사건 피해자들 가운데 중학생 등 미성년자가 대거 포함되어 있었다.²⁾ 그들은 피해자의 어린 나이

1) 파이낸셜뉴스(2019.11.08), “‘160 51 A’ 채팅 앱에 뜬 암호, 알고보니 청소년 성매매 유도 글”, <https://www.fnnews.com/news/201911081723385243>(검색일 : 2020. 09. 24.).

2 동국법학 제1권

나 경제적 빈곤과 같은 취약함을 이용해 관계를 형성하였고, 성범죄로 나아갔다. 이는 전형적인 ‘그루밍 성범죄’ 수법이었다. 가해자들은 피해자를 선택하고 광고성 메시지를 통해 소액의 대가를 지불하며 관계를 형성했다. 관계가 형성되자 가해자는 비밀을 통하여 피해자를 고립시켰다. 이때의 비밀이란 관계를 형성하면서 요구한 피해자의 신체 사진 등을 말한다. 가해자는 신체 사진 등을 통하여 피해자의 신상 정보를 알아내었고, 피해자는 이를 활용한 가해자의 보복이 두려워 피해 사실을 숨기게 되면서 고립이 심화되었다. 피해자가 고립된 후에는 성 착취 및 학대가 본격적으로 행해졌다.³⁾

미성년자까지도 성 착취의 피해자가 된 n번방 사건의 뿌리에는 그루밍 성범죄가 존재했다. 이러한 그루밍 성범죄는 특히나 아동·청소년을 대상으로 많이 이뤄지고 있는데, 형사정책연구원에서 그루밍 성범죄와 관련된 108건의 수사·재판기록을 분석한 결과 오프라인 그루밍 피해자의 평균연령은 13.7세, 온라인 그루밍 피해자의 평균연령은 14.6세로 밝혀졌다.⁴⁾ 이는 그루밍 과정에서 일어나는 일들이 어떤 의미를 내포하는 것인지 제대로 인식하지 못하는 등 아동·청소년이 가지는 취약성을 가해자가 범죄에 이용하기 때문이다.⁵⁾

그루밍 성범죄의 근간이 된 n번방과 유사한 성격을 띠는 ‘박사방’을 운영하며 디지털 성범죄를 범한 가해자 조주빈의 태도 역시 눈여겨 볼만하다. 그는 “미성년자 피해자들에게 죄책감은 안 느끼나” 등의 질문에 아무런 대답을 하지 않은 채 정면만 응시하였다.⁶⁾ 또한, 그는 2020년 9월 1일 서울중앙지법에서 열린 공범 한 모씨의 공판에 증인으로 출석하여, 공범인 16세 남성 ‘태평양’이 피해자보다 나이가 고작 1살 더 많음을 거론하면서, “피의자는 법적·사회적 책임을 질 수 있는 존재로 보면서, 또래가 피해자가 됐을 때는 돈이나 사회를 모르는 존재로 보고 있다”고 말했다.⁷⁾ 이러한 언행이 보여주듯 조주빈은 미성년자 피해자가 이미 조건만남 등 사회의 쓴맛을 알고 있다고 주장하며 자신의 행위를 정당화하고, 미성년자 피해자에 대한 어떠한 죄책

2) 대한뉴스(2020.04.06), “‘디지털 성범죄’ 반드시 처벌 받는다”, <http://www.daehannews.kr/news/article.html?no=478518>(검색일 : 2020. 09. 24.).

3) 시사IN(2020.05.20), “온라인 성착취 뿌리에 ‘그루밍’이 있다”, <https://www.sisain.co.kr/news/articleView.html?idxno=41944>(검색일 : 2020. 09. 24.).

4) 윤정숙·이태현·김현숙, “아동·청소년 성범죄에서 그루밍(grooming)의 특성 및 대응방안 연구”, 「연구총서19-04」, 한국형사정책연구원, 2019, 120면.

5) 프레시안(2020.04.22), “능수능란한 그루밍 범죄자들, 아동 청소년을 노린다”, https://www.pressian.com/pages/articles/2020042208462058993?utm_source=naver&utm_medium=search#0DKU(검색일 : 2020. 09. 24.).

6) NEWSTIME(2020.03.25), “텔레그램 ‘n번방’..조주빈 ‘악마의 삶 멈춰줘서 감사’”, <http://www.sisanewstime.co.kr/news/articleView.html?idxno=6634>(검색일 : 2020. 09. 24.).

7) SBS NEWS(2020.09.01), “조주빈 ‘성착취물 브랜드화 생각’…법정서 혐의 정당화”, https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1005959548&plink=ORI&cooper=NAVER(검색일 : 2020. 09. 24.).

감도 느끼지 않고 있다.

이렇듯 n번방, 박사방 등의 존재가 대한민국 사회에 알려지면서, 아동·청소년을 대상으로 한 온라인 그루밍 성범죄를 기반으로 하여 극악한 디지털 성범죄를 저지르는 성범죄자들의 만행이 세상에 적나라하게 드러났다. 그리고 우리 사회가 사태의 심각성을 인식하게 됨에 따라, 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄는 활발한 논의를 통해 해결책을 강구해야 할 하나의 사회문제로 자리 잡았다.

온라인에서 발생하는 아동·청소년 대상 그루밍 성범죄가 대한민국의 사회문제로 자리 잡게 된 구체적 경위는 무엇일까? 분명한 점은 이러한 일이 하루아침에 벌어진 것은 아니라는 사실이다. 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄가 사회문제로 부상하게 된 경위는 크게 두 가지 측면으로 정리할 수 있다. 하나는 정보통신기술의 보급으로 아동·청소년이 온라인상에서 사회관계를 형성할 수 있게 된 것이고, 다른 하나는 ‘그루밍 성범죄’에 관한 논의가 약 15년에 걸쳐 진행되었음에도 번듯한 끝맺음이 부재하다는 것이다.

전자의 측면부터 살펴보자. 우리나라에 인터넷이 처음 도입된 때는 1994년으로, 약 25년이 지난 지금은 거의 모든 사람이 인터넷을 이용하고 있으며 스마트폰, 태블릿PC 등을 포함한 모바일 기기의 대중화까지 이루어졌다. 이러한 디지털 미디어 기술 확산의 중심에 서 있는 세대가 바로 아동·청소년이다. ‘디지털 원주민’이라고 불릴 만큼 디지털 미디어 기술을 능숙하게 다루는 아동·청소년 세대는 생산된 콘텐츠를 단순히 수용하는 것을 넘어, 인터넷상에서 자신을 표현하고 다른 사람들과 사회적 관계를 맺는 등 인터넷 환경에 적극적으로 참여하고 있다. 인터넷의 발달이 편익만을 가져다주면 좋겠지만, 아동·청소년이 온라인상에서 사회관계를 형성할 수 있게 되면서 사실상 성적 목적을 갖고 악의적으로 접근하는 잠재적 성범죄자들에 의해 아동·청소년이 위험에 빠질 가능성도 증가했다. 인터넷의 특성, 즉 접근성, 익명성, 비용 적정성 등이 잠재적 성범죄자들에게 유리한 상황을 만들어 준 것이다.⁸⁾

이번에는 후자의 측면을 살펴보자. ‘그루밍 성범죄’가 우리나라에서 거론되기 시작한 것은 2006년으로, 이는 국회 정무위원회 회의록을 통해 알 수 있다.⁹⁾ 당시 동 회의에서 청소년을 보호하기 위하여 온라인 성매매 유도 행위를 처벌할 수 있는 법안 마련에 관한 논의를 진행하던 중, 국가청소년위원장이 실제 성행위에 이르지 않더라도 성적 목적을 가지고 청소년에게 접근하여 그루밍하는 행위를 처벌할 수 있는 규정을 연구 중이라고 말하였다.¹⁰⁾ 이후 2008년에 청

8) 한국일보(2019.12.20), “[형형색색] 디지털 위험:인터넷에서 청소년 대상 성착취 및 성학대”, <https://www.hankookilbo.com/News/Read/201912191102018167>(검색일 : 2020. 09. 24.).

9) 윤정숙 외, 앞의 논문, 85면.

10) 여성신문(2007.06.15), “[기고] 인터넷, 또 청소년 성매매에 악용”, <http://www.womennews.co.kr/news/articleView.html?idxno=33756>(검색일 : 2020. 09. 24.).

4 동국법학 제1권

소년 대상 성매수 유인 행위를 처벌하는 내용이 담긴 ‘청소년의 성보호에 관한 법률 일부개정 법률안’ 2건이 발의되었으나, 성매매 미수행위에 대한 처벌 근거가 없다는 이유로 법무부가 반대하면서 도입이 무산되었다.¹¹⁾

그러다가 2009년에 성 보호의 대상으로 청소년뿐만 아니라 아동도 명시적으로 설정하기 위하여 ‘청소년의 성보호에 관한 법률’을 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’로 제명을 변경하고 전부 개정하는 과정에서 제10조 제2항(현행 제13조 제2항)에 아동·청소년 대상 성매매 유인·권유 행위 처벌 규정이 신설되었다.¹²⁾ 이를 계기로 그루밍 성범죄에 대한 논의가 마무리되는 듯하였으나, 2010년 중등 교사가 자신이 담임을 맡은 반의 학생과 성적인 문자 메시지를 주고받고 성관계까지 한 사건이 쌍방 간 합의가 있었으며 대가성 역시 없다는 이유로 무혐의로 종결¹³⁾되면서 그루밍 성범죄에 관한 논란이 재차 불어졌다. 성인과 미성년자 사이의 성관계를 미성년자의 자발적 선택에 의한 것이라 판단하는 우리나라의 현실에 대해 거센 비판이 일었으나, 미성년자 대상 그루밍 성범죄 처벌과 관련한 국가의 논의는 향후 몇 년간 거의 아무런 진전이 없었다.¹⁴⁾

시간이 흘러 2017년, 온라인에서의 성적 그루밍을 거쳐 디지털 성폭력을 당한 피해자가 자살한 사건, 연예기획사 대표가 성적 그루밍을 통해 여중생과 성관계를 맺고 임신까지 하게 하였으나 무죄가 선고된 사건¹⁵⁾ 등이 연이어 발생함에 따라, 그루밍 성범죄에 관한 법·제도 및 법원의 판단과 국민의 법감정 사이의 괴리는 커져만 갔다.

그러던 중 2020년 초, n번방 사건으로 인한 충격이 일파만파로 커지면서 온라인 그루밍 성범죄를 포함한 디지털 성범죄 처벌 규정 마련과 관련하여 국가가 다시금 논의에 박차를 가하기 시작했다. 그 결과 미성년자 의제강간 연령 상향, 디지털 성범죄물 소지·구매행위 처벌 규정 신설, 디지털 성범죄 관련 법정형 상향 등의 적극적인 변화가 나타났다.¹⁶⁾ 하지만 여전히 성적 그루밍 행위에 대한 처벌 규정 마련과 관련하여서는 논의 중일 뿐 번듯한 끝맺음 없이 시간만 흘러가고 있으며, 미성년자 대상 온라인 그루밍 성범죄는 끊임없이 발생하고 있는 현실이다.

11) 김정연, “성폭력범죄 판결에서 나타난 ‘그루밍’ 성범죄의 피해특성과 관련 개정 법률규정에 대한 비판적 검토”, 『피해자학연구』 제27권 제2호, 한국피해자학회, 2019, 48면.

12) 윤정숙 외, 앞의 논문, 85면.

13) 국민일보(2010.10.18), “30대 女교사, 15세 제자와 승용차 안에서 부적절 관계”, <http://news.kukinews.com/newsView/kuk201010180008>(검색일 : 2020. 09. 24.).

14) 윤정숙 외, 앞의 논문, 86면.

15) 김정연, 앞의 논문, 49면.

16) 여성신문(2020.04.23), “정부, N번방 사건 ‘중대범죄’로 규정...잠입수사·신고포상금제 도입”, <http://www.womennews.co.kr/news/articleView.html?idxno=198551>(검색일 : 2020. 09. 24.).

2. 연구 목적

n번방 사건이 일단락된 이후 2020년 8월 4일, 진선미 의원 등 11인이 아동·청소년을 대상으로 한 온·오프라인에서의 그루밍 행위를 범죄로 규정하는 내용의 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률 일부개정법률안’을 발의했고, 현재 국회에 계류 중이다. 그간 그루밍 성범죄 처벌 규정 마련과 관련하여 기나긴 논의만 진행하던 국가가 드디어 실질적으로 움직이기 시작한 것이다.

앞서 연구 배경에서 살펴보았듯이 사회 구성원 모두가 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄의 심각성을 인식하고 있고, 위처럼 국회에서 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄를 처벌하는 법안을 만들기 위해 의미 있는 발걸음을 내딛은 현시점에서, 앞으로 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄라는 사회문제를 해결할 수 있는 힘과 온라인 그루밍 성범죄로부터 아동·청소년을 안전하게 보호할 수 있는 능력을 갖춘 대한민국이 되기 위해서는 관련 법과 제도에 대한 깊이 있는 연구가 필요하다. 다시 말해 현재의 법과 제도에 어떤 방식으로 변화를 주어야 온라인 그루밍 성범죄로부터 아동·청소년을 안전하게 보호하겠다는 목적을 가장 효과적으로 달성할 수 있는가에 대한 심도 있는 검토가 필요하다는 것이다. 이는 UN 아동권리협약을 비준한 우리나라의 성범죄에 노출된 아동의 인권을 보호할 책무¹⁷⁾를 이행하는 과정으로서, 아동·청소년의 성을 보호하는 데 그 의의가 있다고 하겠다.

이에 본 논문은 온라인 그루밍 성범죄란 정확히 무엇인지 살펴보고(제2장), 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄와 관련한 우리나라의 현행법과 처벌 사례 및 제도를 비판적으로 검토(제3장)한 뒤, 이를 영국, 미국, 호주의 관련 현행법, 처벌 사례, 제도와 면밀히 비교함으로써(제4장), 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄라는 사회문제를 해결함과 동시에 온라인 그루밍 성범죄로부터 아동·청소년을 안전하게 보호하기 위하여 국내에 도입할 수 있는 최적의 방안을 모색(제5장)하는 것을 목적으로 한다.

17) 원혜옥·홍민지, “온라인에 기반한 아동·청소년 대상 성착취에 대한 법제도 개선방안”, 『피해자학 연구』 제28권 제1호, 한국피해자학회, 2020, 122면.

II. 온라인 그루밍 성범죄의 일반론

1. 온라인 그루밍 성범죄의 개념

온라인 그루밍 성범죄의 개념을 파악하기 위해서는 첫째 ‘그루밍’이란 무엇인가, 둘째 ‘그루밍 성범죄’란 무엇인가, 셋째 ‘온라인 그루밍 성범죄’란 무엇인가의 순서로 용어에 대한 단계적인 이해가 필요하다.

가장 먼저, ‘그루밍’이란 무엇인가? 국립국어원에 따르면 그루밍이라는 용어의 사전적 정의는 “몸을 치장하는 것을 이르는 말로, 화장이나 손톱 손질, 털 손질 따위로 몸을 관리하는 것”¹⁸⁾이다. 이러한 그루밍이라는 말의 ‘치장하다’, ‘관리하다’라는 뜻이 파생되어 최근에는 그루밍이라는 말이 크게 3가지 용도로 우리 사회에서 쓰이고 있다. 하나는 강아지나 고양이 같은 애완동물의 털을 손질하는 것을 일컫는 용도이다. 다른 하나는 사람이 패션이나 미용에 투자하는 등 자신의 외모를 가꾸는 행위를 일컫는 용도이다. 나머지 하나는 성범죄자가 피해자를 길들여 돈독한 관계를 형성한 후 성범죄를 범하는 과정을 일컫는 용도이다.¹⁹⁾ 본 논문에서는 위 3가지 용도 중 마지막 용도에 초점을 맞춰 그루밍이라는 용어를 사용하겠다.

다음으로, ‘그루밍 성범죄’란 무엇인가? 그루밍 성범죄라는 용어에 대한 정형화된 정의는 찾아보기 어렵다. 다만, 아동·청소년 대상 성범죄의 한 유형으로서 그루밍 성범죄를 연구한 학자들이 내린 그루밍 성범죄의 정의를 주목할 만하다. 그루밍 성범죄라는 용어를 최초로 사용한 것으로 알려진 학자 Anna C. Salter는 그루밍 성범죄를 “학대자가 아이를 좀 더 쉽게 성적으로 학대할 수 있으면서 오히려 범죄 상황이 외부로 노출될 위험성은 낮아지도록 교묘하게 조종하는 과정”이라고 정의했다.²⁰⁾ 아동 성착취 및 학대 방지를 위한 유럽조약회(Council of Europe’s Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse)는 그루밍 성범죄를 “아동을 성적 만족의 대상으로 삼으려는 욕구에 의해 동기화된 성적 학대의 준비”라고 정의했다.²¹⁾ 학자 Gillespie는 그루밍 성범죄를 “잠재적 성학대 행위자가 아동의 신뢰를 얻어 아동이 학대 행위에 복종하게 하는 시도로 아동과 친밀해지는 과

18) 국립국어원 우리말샘, https://opendict.korean.go.kr/dictionary/view?sense_no=923372(검색일 : 2020. 09. 24.).

19) 윤정숙 외, 앞의 논문, 15면.

20) 신현주, “아동·청소년 그루밍 성범죄에 대한 이해와 예방대책에 관한 연구”, 『한국치안행정논집』 제15권 제4호, 한국치안행정학회, 2019, 125면.

21) 정혜원, “온라인 그루밍 성범죄와 아동·청소년”, 경기도가족여성연구원 「이슈분석」 제162호, 경기도가족여성연구원, 2020, 2면.

정”이라고 정의했다.²²⁾ 학자들마다 정의를 내린 방식이 조금씩 다르기는 하나 그 내용과 성질은 비슷한 것으로 보인다. 본 논문에서는 위 학자들의 정의를 종합하여 “잠재적 성범죄자가 실제 성범죄에 이르기 전 피해자와 신뢰감 및 호감을 쌓으며 피해자를 성적으로 조종하는 과정”이라는 의미로 그루밍 성범죄라는 용어를 사용하겠다.

마지막으로, ‘온라인 그루밍 성범죄’란 무엇인가? 온라인 그루밍 성범죄라는 용어 역시도 정형화된 정의는 찾아보기 어려우나, 이 분야를 연구한 학자들의 정의를 살펴볼 만하다. 학자 McAlinden은 온라인 그루밍 성범죄를 “잠재적 가해자들이 인터넷이나 혹은 기타 모바일 기술을 이용하여 아이들과 관계를 구축함으로써 성폭행의 선행단계를 거치는 과정”이라고 정의했다.²³⁾ 이재영 세명대학교 교양대학 교수와 김용근 동신대학교 경찰행정학과 교수는 온라인 그루밍 성범죄를 “온라인 대화를 통해 접근한 아동에게 친절을 베풀며 호감과 신뢰를 쌓은 뒤 아동과 성적인 대화를 하거나 누드사진을 얻어내 유통하고 때론 직접 만남까지 시도하는 성범죄”라고 정의했다.²⁴⁾ 온라인 그루밍 성범죄라는 용어에 대한 학자들의 정의 방식이 미세하게 차이가 나기는 하나 그 내용과 속성은 동일한 것으로 보인다. 본 논문에서는 위 학자들의 정의를 통합하여 “잠재적 성범죄자가 실제 성범죄에 이르기 전 온라인 기술을 이용해 피해자와 신뢰감 및 호감을 쌓으며 피해자를 성적으로 조종하는 과정”이라는 의미로 온라인 그루밍 성범죄라는 용어를 사용하겠다.

2. 온라인 그루밍 성범죄의 단계

온라인 그루밍 성범죄는 오프라인 그루밍 성범죄와 비슷한 단계를 거쳐 이루어진다.²⁵⁾ 온라인 그루밍 성범죄의 단계와 오프라인 그루밍 성범죄의 단계는 상대적인 차이만을 가지고 있는데, 대면을 특징으로 하는 오프라인 그루밍 성범죄는 장기적으로 지속되는 경우가 많아 비교적 각 단계가 순차적으로 이루어지는 반면, 비대면과 익명성을 특징으로 하는 온라인 그루밍 성범죄는 지속 기간이 짧은 경우가 많아 대개 여러 단계가 동시에 이루어진다.²⁶⁾ 이렇듯 온라인 그

22) 윤정숙 외, 앞의 논문, 16면.

23) 윤정숙 외, 앞의 논문, 19면.

24) 이재영·김용근, “채팅 애플리케이션에서 그루밍 성범죄 예방에 관한 연구”, 『한국융합과학회지』 제8권 제4호, 한국융합과학회, 2019, 243면.

25) 한숙희·정희진·조아미, “아동·청소년 대상 성범죄 그루밍(grooming, 길들이기) 판례분석”, 『청소년문화포럼』 제62호, 한국청소년문화연구소, 2020, 156-163면(이 연구 논문에서도 온라인 그루밍 성범죄와 오프라인 그루밍 성범죄를 구별하지 않고 일괄적으로 법정신의학자 Welner가 제시한 그루밍의 6단계를 적용하여 판례를 분석하였다).

26) 윤정숙 외, 앞의 논문, 52-52면.

8 동국법학 제1권

루밍 성범죄와 오프라인 그루밍 성범죄는 각 단계가 이루어지는 시기 면에서만 약간의 차이가 있을 뿐 전체적으로 일맥상통한 단계를 거치기에, 학자들도 온라인 그루밍 성범죄의 단계와 오프라인 그루밍 성범죄의 단계를 통합하여 ‘그루밍 성범죄의 단계’ 하나로 정의한다.

대표적으로 법정신의학자 Welner는 그루밍 성범죄의 단계를 6단계로 나누어 설명했다.²⁷⁾ 각 단계의 세부적 내용은 아래의 표에서 탁틴내일 아동청소년 성폭력 상담소가 제시한 단계별 세부 행동 양상²⁸⁾과 함께 살펴보도록 하겠다.

〈표-1〉그루밍 성범죄의 6단계 및 단계별 세부 행동 양상

| | | | |
|-----|--------------------|----------------|---|
| 1단계 | 피해자 고르기 | 정의 | 가해자가 피해자의 취약성을 측정하고 욕구를 파악하여 피해자를 고르는 단계 |
| | | 세부 행동 양상 | <ul style="list-style-type: none"> 취약성(외로움, 빈곤, 가출, 지적장애, 저연령 등) 측정 욕구(취미, 진로, 관심사, 성적 호기심, 종교 등) 파악 |
| 2단계 | 피해자의 신뢰 얻기 | 정의 | 가해자가 관찰을 통해 피해자의 욕구를 채울 방법에 관한 정보를 수집함으로써 피해자의 신뢰를 얻는 단계 |
| | | 세부 행동 양상 | <ul style="list-style-type: none"> 친분 만들기 관심 나누기 |
| 3단계 | 욕구 충족 시켜주기 | 정의 | 가해자가 피해자의 욕구를 충족시키기 시작하면서 피해자의 삶에 중요 인물로 자리 잡는 등 피해자와 특별한 관계를 맺는 단계 |
| | | 세부 행동 양상 | <ul style="list-style-type: none"> 칭찬하기 취미 공유(게임 아이템 거래 등) 진로 상담 및 일자리 제공 경제적 지원 |
| 4단계 | 고립 시키기 | 정의 | 가해자가 피해자와의 특별한 관계를 이용해 피해자와 단둘만이 있을 수 있는 상황을 만드는 단계 |
| | | 세부 행동 양상 | <ul style="list-style-type: none"> 비밀 만들기 의존성 키우기 |
| 5단계 | 관계를 성적으로 만들기 | 정의 | 가해자가 피해자를 성적으로 자극함으로써 관계를 성적으로 만드는 단계 |
| | | 세부 행동 양상 | <ul style="list-style-type: none"> 함정 만들기(성적인 대화 나누기, 신체 사진 전송 등) 학습시키기(포르노그래피 보여주기, ‘연인 간 이런 행동은 당연한 |

27) Michael Welner, “Child Sexual Abuse: 6 Stages of Grooming”, <http://www.oprah.com/oprahshow/child-sexual-abuse-6-stages-of-grooming/all>(검색일 : 2020. 09. 27.).

28) 이현숙, “아동 청소년 대상 성범죄 특성, 그루밍(Grooming: 길들이기)”, 연예기획사 대표에 의한 청소년 성폭력 사건의 의미와 쟁점 토론회 자료집, 연예기획사대표에 의한 청소년 성폭력 사건 공동대책위원회, 2017, 29면.

| | | | |
|-----|---------|----------|---|
| | | 양상 | 거야’, ‘다른 사람들도 이렇게 해’ 등) • 성적인 행동에 익숙해지도록 훈련시키기 • 속이기(‘사랑해서 그러는 거야’, ‘마사지일 뿐이야’ 등) |
| 6단계 | 통제 유지하기 | 정의 | 가해자가 비밀유지나 비난을 이용하여 성적 학대 및 착취의 발생에 대한 피해자의 침묵과 계속적 참여를 유도하는 단계 |
| | | 세부 행동 양상 | • 비밀유지 • 거부하지 못하도록 조종하기 • 체념시키기(‘아무도 너를 도와주지 않을 거야’ 등) • 협박하기(‘우리가 한 일을 부모님께 알릴 거야’ 등) • 의존성 강화 |

3. 온라인 그루밍 성범죄의 특징

온라인 그루밍 성범죄의 특징을 이해하기 위해서는 온라인 그루밍 성범죄의 피해자와 가해자의 특성에 대한 이해가 선행되어야 한다. 온라인 그루밍 성범죄의 피해자가 갖는 특성과 온라인 그루밍 성범죄의 가해자가 갖는 특성이 상호작용하여 온라인 그루밍 성범죄의 특징을 구성하기 때문이다.

우선, 온라인 그루밍 성범죄 피해자의 특성을 살펴보자. 온라인 그루밍 성범죄의 피해자 중에는 아동·청소년이 압도적으로 많다. 실제로 한국사이버성폭력대응센터가 통계 조사한 결과에 따르면 온라인 그루밍 성범죄 피해자의 88.4%가 10대 미만 및 10대에 해당한다.²⁹⁾ 또한, 온라인 그루밍 성범죄 피해자 중에는 가출하여 길거리를 떠돌거나 포래거리 모여 사는 등 부모 및 친족 관계의 보호자도 없이 혼자 독립적으로 생활하는 미성년자가 많다. 이는 윤정숙 한국형사정책연구원 연구 위원이 아동·청소년 그루밍 성범죄 피해자의 동거인 유형을 조사한 결과에서 혼자 독립적으로 생활하는 일반 성범죄 피해자의 비율이 6.4%, 오프라인 그루밍 성범죄 피해자의 비율이 7.0%인 것에 비해 온라인 그루밍 성범죄 피해자의 비율이 35.7%로 높게 형성된 것을 통해 확인해 볼 수 있다.³⁰⁾ 그리고, 온라인 그루밍 성범죄 피해자 중에 보호자의 관심과 도움을 받지 못한 채 홀로 생활하는 미성년자가 많다는 사실은 온라인 그루밍 성범죄 피해자가 거쳐 불분명, 사회·경제적 빈곤, 외로움, 사회적 고립, 방임 등의 취약성을 갖고 있음을 시사하기도 한다.³¹⁾

29) 한국사이버성폭력대응센터, “2018년 한국사이버성폭력대응센터 피해상담 통계”, 2018, 6면, http://cyber-lion.com/wp-content/uploads/2019/10/2018년도_한국사이버성폭력대응센터_상담통계-1.pdf(검색일 : 2020. 09. 30.).

30) 윤정숙 외, 앞의 논문, 59면.

31) 윤정숙 외, 앞의 논문, 59면.

10 동국법학 제1권

이번에는 온라인 그루밍 성범죄 가해자의 특성을 살펴보자. 윤정숙 한국형사정책연구원 연구위원이 조사한 결과에 따르면 온라인 그루밍 성범죄 가해자의 83.3%가 40세 이하로, 40대 중 후반 가해자가 대다수인 오프라인 그루밍 성범죄 가해자나 일반 성범죄 가해자와 비교할 때, 온라인 그루밍 성범죄 가해자의 연령대가 다소 젊은 경향이 있다.³²⁾ 또한, 온라인 그루밍 성범죄 가해자는 범행을 용이하게 만들기 위해 온라인 환경이 갖는 특성인 익명성과 비대면성, 그리고 피해자의 취약성을 이용한다.³³⁾ 그뿐만 아니라, 온라인 그루밍 성범죄의 가해자는 온라인 기술에 대한 의존도가 매우 높으며, 온라인 공간에서의 범죄에 대한 죄의식이 희박한 경우가 많다.³⁴⁾ 나아가, 온라인 그루밍 성범죄의 가해자는 피해자와 아무런 관계가 없는 낯선 사람일 가능성이 크고, 상대방의 협조를 얻거나 상대방을 통제하는 데 능숙한 편이다.³⁵⁾

그렇다면 온라인 그루밍 성범죄의 특징은 무엇일까? 위에서 살펴본 온라인 그루밍 성범죄 피해자의 특성(신체적·정신적으로 미성숙한 미성년자가 다수이고 여러 가지 취약성을 가짐)과 온라인 그루밍 성범죄 가해자의 특성(상대방을 협박, 통제, 조종하는 데 능숙함)이 결합함으로써 온라인 그루밍 성범죄는 신고율이 낮다는 특징을 갖는다. 신고율이 낮은 원인은 첫째, 가해자에게 철저히 길들여진 피해자가 자신이 성적 학대 및 착취를 당하고 있음을 인지하지 못하기 때문이고, 둘째, 설사 피해자가 범죄 사실을 인지하더라도 가해자가 그간 피해자와 나뉘은 대화 기록이나 피해자의 신체 사진 및 동영상 등을 이용하여 피해자를 협박·조종함으로써 피해자의 신고를 저지하기 때문이며, 셋째, 온라인 공간의 비대면성과 익명성으로 인해 수사조차 어렵기 때문이다.³⁶⁾

온라인 그루밍 성범죄에 관한 국내 및 국외 학자들의 관심과 꾸준한 연구는 온라인 그루밍 성범죄의 개념, 단계, 특성을 구체적으로 분석하고 설명하는 일반론을 형성하였고, 본 장에서는 그 세부 내용을 차례로 살펴보았다. 이하 제3장에서는 위에서 살펴본 내용을 바탕으로 현재 국내에서 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄와 관련하여 어떠한 체계를 이루고 있는지 알아본 뒤 이를 비판적으로 검토해보도록 한다.

32) 윤정숙 외, 앞의 논문, 48면.

33) 윤정숙 외, 앞의 논문, 19면.

34) 이재영·김용근, 앞의 논문, 245면.

35) 정혜원, 앞의 논문, 2-3면.

36) 김지영, “온라인그루밍성범죄의 실태와 대책 : 신상정보등록대상자를 중심으로”, 「치안정책연구」 제34권 제2호, 치안정책연구소, 2020, 48면.

Ⅲ. 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄 관련 국내법과 처벌 사례 및 제도

1. 현행법

아동·청소년 대상 성범죄에 대한 처벌 근거가 될 수 있는 우리나라의 현행법으로는 형법, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법, 아동복지법, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하 “아청법”이라 한다) 등이 있다. 그러나 이처럼 다양한 법률 중 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄에 대한 처벌 규정을 두고 있는 법률은 사실상 없다고 하여도 과언이 아니다. 현행법상 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄를 처벌하는 데 있어 그 근거로 활용될 여지가 있는 법률로 아청법 제13조 제2항³⁷⁾이 종종 거론되기도 한다. 하지만 실질적으로 아청법 제13조 제2항이 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄의 처벌 규정으로 활용되기에는 여러 가지 문제점이 있으며, 본 조항 자체의 문제점 역시 간과할 수 없는 현실이다.

첫째, 아청법 제13조 제2항은 아동·청소년의 성을 사는 행위를 전제로 하는 규정으로, 그 이외에 아동·청소년을 상대로 한 성 착취 및 학대를 목적으로 행해지는 아동·청소년 대상 유인행위 및 권유행위는 이 법의 적용대상이 되기 어렵다. 아청법에서 말하는 “아동·청소년의 성을 사는 행위”란 대가의 제공을 약속하고 아동·청소년을 대상으로 성교 행위, 유사 성교 행위, 성적 수치심이나 혐오감을 유발하는 신체 접촉·노출 행위, 자위 행위를 하거나 하게 하는 것을 의미한다.³⁸⁾ 따라서 아청법 제13조 제2항은 아동·청소년에 대한 성매수 및 성매매 유인·권유행위를 처벌하는 규정일 뿐 그 외 아동·청소년에 대한 성 착취 유인·권유행위를 처벌하는 규정으로는 볼 수 없다. 즉 성적 목적의 달성을 위한 아동·청소년 대상 유인행위 및 권유행위가 이루어지는 과정에 대가성이 없는 경우 이 법에 따른 처벌이 쉽지 않다는 것이다.³⁹⁾

37) 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제13조(아동·청소년의 성을 사는 행위 등) ② 아동·청소년의 성을 사기 위하여 아동·청소년을 유인하거나 성을 팔도록 권유한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

38) 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
4. “아동·청소년의 성을 사는 행위”란 아동·청소년, 아동·청소년의 성(性)을 사는 행위를 알선한 자 또는 아동·청소년을 실질적으로 보호·감독하는 자 등에게 금품이나 그 밖의 재산상 이익, 직무·편의제공 등 대가를 제공하거나 약속하고 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 아동·청소년을 대상으로 하거나 아동·청소년으로 하여금 하게 하는 것을 말한다.

가. 성교 행위

나. 구강·항문 등 신체의 일부나 도구를 이용한 유사 성교 행위

다. 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위

라. 자위 행위

12 동국법학 제1권

둘째, 아청법 제13조 제2항은 아동·청소년의 성을 사기 위한 목적으로 이루어지는 아동·청소년 대상 유인행위 및 권유행위를 한 자에 대한 법정형을 지나치게 낮게 정하고 있다. 여성가족부의 '2018년도 아동·청소년 대상 성범죄 발생추세와 동향분석 결과'에 따르면 성매매 강요범죄의 29.7%가 유인·권유행위를 통해 이루어졌다.⁴⁰⁾ 이 분석 결과가 보여주듯 아동·청소년을 대상으로 한 성매매 유인·권유 범죄는 심각한 사회문제 중 하나로, 이의 해결을 위해서는 법정형을 상향하여 범죄자를 엄정히 처단하고 사회적 경각심을 제고 할 필요성이 있다. 그뿐만 아니라 성적 목적을 갖고 아동·청소년과 접촉하거나 의사소통하는 행위만으로도 강력하게 처벌하는 국가가 196개국 중 63개국에 달한다는 국제실종아동센터(ICMEC)의 조사 결과⁴¹⁾를 고려할 때, 아청법 제13조 제2항의 법정형은 세계적 추세에 상당히 못 미친다고 할 수 있다.

셋째, 아청법 제13조 제2항은 사실상 유명무실한 규정이라고 하여도 지나치지 않을 만큼, 아동·청소년을 대상으로 성매수 및 성매매를 유인하거나 권유한 자에 대하여 기소조차 제대로 이루어지고 있지 않은 실정이다.⁴²⁾ 이는 아청법 제13조 제2항의 규정이 심히 포괄적으로 규정되어 있어 법 적용이 어려울 뿐만 아니라 유인행위 및 권유행위의 특성상 관련 증거의 확보 역시 쉽지 않아 수사기관에서의 수사가 원활히 진행되지 않는 것에서 비롯되는 당연한 결과라고 할 것이다.⁴³⁾

위에서 살펴본 바와 같이 아청법 제13조 제2항이 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄의 처벌 근거로 활용되기에는 다소 무리가 있고, 본 조항 역시도 법적 한계를 내포하고 있다. 결국, 현행법상 아동·청소년을 대상으로 한 온라인 그루밍 성범죄를 처벌할 수 있는 규정은 마련되어 있지 않다고 할 수 있으며, 법률의 개정을 통한 대책 마련이 시급한 상황이라 하겠다.

2. 처벌 사례

제1절에서 살펴본 바와 같이 현행법상 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄를 처벌할 수

39) 윤정숙·홍민지, 앞의 논문, 86면.

40) 여성가족부 정책뉴스(2020.03.18), “아동·청소년 대상 성매수의 91.4% 사회관계망서비스(SNS), 앱을 통해 이뤄져”, http://www.mogef.go.kr/nw/enw/nw_enw_s001d.do?mid=mda700(검색일 : 2020. 09. 27.).

41) 오세연·신현주, “온라인 그루밍 성범죄 실태 및 피해자 보호방안에 관한 연구”, 「경찰학논총」 제14권 제4호, 경찰학연구소, 2019, 150면.

42) 김성현·석희진·김리원·이은정·서연주·이수정, “온라인 기반 아동·청소년 성착취 근절을 위한 개선 방안 - 국내 및 국외 현행법·제도 검토를 중심으로 -”, 「경찰학논총」 제14권 제4호, 원광대학교 경찰학연구소, 2019, 170면.

43) 김수연, “온라인 아동·청소년 성착취의 실태와 법적과제”, 「한국젠더법학회 토론회 자료집」, 한국젠더법학회, 2019, 19-25면.

있는 규정이 미비하므로, 그동안 우리나라에서 아동·청소년을 대상으로 이루어진 온라인 그루밍 성범죄를 처벌한 사례는 찾아보기 힘들다. 따라서 본 절에서는 아동·청소년 대상 성범죄 사건이 아동·청소년에 대한 온라인 그루밍을 전제로 하여 이루어진 경우가 많다⁴⁴⁾는 특성을 이용해, 그에 관한 내용이 포함된 성범죄 사건에 관한 처벌 사례를 선별하여 살펴보고자 하겠다.

가. 아동·청소년 간음 처벌 사례에서의 온라인 그루밍

▷ 채팅 앱을 통해 아동·청소년을 그루밍한 뒤 간음한 사건

▶ 사실관계

36세 남성인 피고인은 고등학교 2학년 공소외인의 행세를 하며 스마트폰 애플리케이션 ‘낮선 사람 랜덤채팅’을 통해 14세의 피해자와 사귀게 되었다. 사귀기로 한 다음 피고인은 피해자에게 신체의 가슴 부위 사진을 찍어서 전송할 것을 요구하였다. 이 요구에 피해자가 수차례 응하자 피고인은 피해자를 유인한 후 간음하기로 마음을 먹었다. 피고인은 공소외인을 스토킹하는 여성의 행세를 하며 피해자에게 자신도 공소외인을 좋아하는데, 공소외인을 좋아하면 무엇이든 해야 한다고 도발하는 한편, 공소외인의 행세도 하며 피해자에게 자신을 스토킹하는 여성 때문에 너무 힘들고 만약 자신과 헤어지기 싫다면 그 여성의 요청대로 자신의 선배와 성관계해 달라고 부탁하였으며 이러한 도발과 부탁은 수차례 반복되었다. 피해자는 처음엔 거절하였으나 공소외인과 헤어질 것이 두려웠고 결국 공소외인의 선배를 만나 성관계하는 데에 동의하였다. 피해자는 이를 위해 새벽에 고속버스를 타고 피고인이 지정한 장소로 이동하였다. 피고인은 공소외인의 선배 행세를 하며 피해자를 차량에 태워 인접한 해수욕장 근처 공터로 끌고 가 차량의 뒷좌석에서 스스로 옷을 벗게 한 후 1회 간음하였다. 이 과정에서 피해자는 통증을 호소하며 성관계의 중단을 요구하였으나 적극적인 거부 의사는 밝히지 않았고, 피고인이 “여기까지 왔으면 5번 정도는 해야 하지 않냐. 할 거면 제대로 해라. 다시 하자”라고 말하자 2회 더 간음에 응하였다.⁴⁵⁾ 피해자는 이러한 사실을 부모가 알게 될 것이 두려워 사건 발생 후 12일이 지나서야 상담센터의 도움을 받아 경찰에 신고하였고, 그 후 부모와 떨어져 다른 도시의 청소년 보호시설에서 생활하였다. 이에 대해 검찰은 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제7조 제5항 ‘위력’에 의한 간음죄로 공소를 제기하였다.⁴⁶⁾

▶ 재판의 경과

제1심 법원에서는 피고인이 이 사건 당시 피해자에 대해 자유의사를 제압하기에 충분한 세력을 이용하여 간음했음이 합리적 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 보기 부족하다는 점을 근거로 무죄를 선고하였다.⁴⁷⁾

항소심은 제1심과 같은 공소사실에 대해 검사가 공소사실을 변경하여 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제7조 제5항의 ‘위계’에 의한 간음죄로 심판대상을 변경하자 원심판결은 파기되었다. 변경된 공소사실에 대해서 항소심은 위계에 의한 아동·청소년간음죄에 있어서 위계는 행위자가

44) 우먼타임스(2020.06.12), “[이슈 짚기] ‘온라인 그루밍’은 왜 문제인가, 그 처벌은?”, <http://www.womentimes.co.kr/news/articleView.html?idxno=50815>(검색일 : 2020. 09. 27.).

14 동국법학 제1권

간음하기 위한 목적으로 피해자인 상대방에게 오인, 착각, 부지를 일으키게 하고 이와 같은 상대방의 비정상적인 심적 상태를 이용하여 간음의 목적을 달성하는 것이라고 전제한 후 이때의 오인, 착각, 부지는 간음행위 자체에 대한 오인, 착각, 부지에 제한되는 것이지, 간음행위와 불가분적 관련성이 인정되지 않는 다른 조건에 관한 오인, 착각, 부지를 가리키는 것은 아니라는 대법원의 종전 판단을 재확인하면서, 변경된 공소사실에 대해서도 무죄를 선고하였다.⁴⁸⁾

그러나 최근 대법원의 판결에 따르면 행위자가 간음의 목적으로 피해자에게 오인, 착각, 부지를 일으키고 피해자의 그러한 심적 상태를 이용하여 간음의 목적을 달성하였다면 위계와 간음행위 사이의 인과관계를 인정할 수 있고, 따라서 위계에 의한 간음죄가 성립한다고 판단하며, 피해자가 오인, 착각, 부지에 빠지게 되는 대상은 간음행위 자체일 수도 있고 간음행위에 이르게 된 동기이거나 간음행위와 결부된 금전적·비금전적 대가와 같은 요소일 수 있다고 하였다. 덧붙여 위계에 의한 간음죄에서 행위자가 간음의 목적으로 상대방에게 일으킨 오인, 착각, 부지는 간음행위 자체에 대한 오인, 착각, 부지를 말하는 것이지 간음행위와 불가분적 관련성이 인정되지 않는 다른 조건에 관한 오인, 착각, 부지를 가리키는 것은 아니라는 취지의 종전 판단이 이 판결과 배치되는 부분이 있으므로 그 범위에서 이를 변경하기로 하며 무죄였던 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하였다.⁴⁹⁾

본 사건은 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄의 특성을 내포하고 있다. 14세의 피해자가 36세의 피고인과 성관계를 맺기까지의 과정을 보면, 가해자가 온라인 애플리케이션에서의 채팅을 통해 자신을 고등학교 2학년으로 속여 접근한 뒤 사귀는 사이가 되어 신뢰 관계를 형성하게 되고, 피해자는 헤어질 것을 종용하는 피고인의 말에 두려움을 느낀 나머지 그의 요구대로 피고인과의 성관계를 승낙하게 된 것이다.⁵⁰⁾

위 사건의 피해자는 19세 미만의 자인 14세로 아청법상 아동·청소년에 해당한다. 타인의 기망이나 왜곡된 신뢰 관계에 의한 것이라면 아동·청소년이 외관상 동의로 보이는 언동 또는 성적 결정을 하였다 하더라도 이를 아동·청소년이 온전한 성적 자기 결정권을 행사한 것이라고 평가하기는 어렵다. 현 상황에서는 이들의 성적 관계 맺기와 의사결정에 대한 이해를 바탕으로 설사 성행위에 동의한 것처럼 보이더라도 학대적이고 착취적인 성적 피해를 입을 수 있다는 사실의 인지가 결여되어 있으며, 아동·청소년을 위한 법적 안전망을 강화해야 함을 고려하지 않고 있다.⁵¹⁾

45) 김정연, 앞의 논문, 39-40면.

46) 대법원 2020. 8. 27. 선고 2015도9436 전원합의체 판결.

47) 광주지방법원 순천지원 2015.2.5 선고 2014고합278판결.

48) 광주고등법원 2015.6.11 선고 2015노145판결.

49) 대법원 2020. 8. 27. 선고 2015도9436 전원합의체 판결.

50) 김정연, 앞의 논문, 40-43면.

51) 대법원 2020. 8. 27. 선고 2015도9436 전원합의체 판결.

다만, 「형법」의 2020.5.19 개정에 의하여 「형법」 제305조 제2항에 따라 19세 이상의 자가 13세 이상 16세 미만의 아동·청소년을 간음·추행한다면 수단의 강제성 유무 및 정도를 불문하고 처벌할 수 있게 되었다. 그러므로 이 사건에서의 피고인은 위와 같은 개정법하에서는 수단을 묻지 않고 처벌 대상이 된다.

나. 아동·청소년 성 착취물 제작·배포 처벌 사례에서의 온라인 그루밍

▷ 고민 상담 앱을 통한 아동·청소년 성 착취물 제작 사건⁵²⁾

2019년 12월 28일, 피고인(25세, 남성)은 고민 상담 앱에서 피해자 A(청소년, 여성)에게 또래 남성인척하며 접근하여 대화를 나누다가 성적인 대화를 유도한 뒤, 성적인 대화 내용을 유포하겠다고 협박하여 신체 노출 사진을 찍게 하는 등 당일에만 총 12차례에 걸쳐 피해자 A에게 음란한 행위를 시키거나 추행하는 등의 성적 학대 행위를 일삼았다. 이튿날인 2019년 12월 29일, 피고인은 피해자 B(청소년, 여성)에게도 같은 수법으로 접근하여 17일 동안 150회에 걸쳐 신체 동영상이나 사진을 촬영하도록 하는 등의 성 착취 행위를 일삼았다.

이에 검찰은 피고인을 아동·청소년의 정보보호에 관한 법률 위반 등 혐의로 기소하였다. 1심 재판부(춘천지법 형사2부)는 검찰의 공소사실을 유죄로 판단하고, 피고인에게 징역 7년을 선고하였으며, 성폭력 치료 프로그램 40시간 이수 및 아동·청소년 관련 기관 등에 10년간 취업 제한을 명령했다.

▷ 유튜브·SNS를 통한 아동·청소년 성 착취물 제작·배포 사건⁵³⁾

2019년 9월부터 2020년 초까지, 피고인(21세, 남성)은 피해자(9세, 여성)가 운영하는 유튜브 채널에 팬이라는 글을 올리며 수차례 접근해 피해자에게 연락처를 얻어낸 뒤, SNS에서 성행위를 지시하여 여러 차례 아동 성 착취 영상을 제작했다. 이후 2020년 2월, 피고인은 성 착취물 5개를 배포해야 하는 등의 가입 조건을 통과한 자에게만 회원 자격을 부여하는 텔레그램 방에서 위 아동 성 착취물을 회원 30명과 공유하였다. 경찰의 추적이 시작되자 피고인은 이를 따돌리기 위하여 10여 차례에 걸쳐 텔레그램 방을 폭파한 뒤 다시 대피 방을 만들었다.

이에 검찰은 피고인을 아동·청소년의 정보보호에 관한 법률 위반 등의 혐의로 기소하였다. 1심 재판부(창원지법 형사4부)는 검찰의 공소사실을 유죄로 판단하고, 피고인에게 징역 5년을 선고했다.

첫 번째 처벌 사례에서 고민 상담 앱을 이용해 청소년인 피해자에게 접근하여 또래 남성인척함으로써 피해자와 유대감을 형성하고, 이어서 성적인 대화를 유도함으로써 관계를 성적으로

52) 세계일보(2020.07.29), “또래인 척 女학생 접근해 성착취한 20대 ‘징역 7년’”, <http://www.segye.com/newsView/20200729508182?OutUrl=daum>(검색일 : 2020. 09. 28.).

53) 경남CBS(2020.08.13), “‘팬이야’ 9살 유튜버 성착취 20대, 징역 5년형”, <https://www.nocutnews.co.kr/news/5394378>(검색일 : 2020. 09. 28.).

16 동국법학 제1권

만든 뒤, 피해자가 그 관계에서 벗어나기 어렵게끔 한 피고인의 행위는 성적 목적의 아동·청소년 대상 온라인 그루밍으로 볼 수 있다. 또한, 두 번째 처벌 사례에서 유튜브 채널을 이용해 아동인 피해자에게 접근하여 팬이라는 것을 빌미로 피해자와 유대감을 형성한 뒤, SNS로 연락을 이어가며 성적 관계를 만들고, 피해자가 그 관계에 계속적으로 참여하게끔 한 피고인의 행위 역시 성적 목적의 아동·청소년 대상 온라인 그루밍으로 볼 수 있다.

이렇듯 위의 두 아동·청소년 대상 성범죄 사건은 모두 성적 목적의 아동·청소년 대상 온라인 그루밍을 전제로 발생한 것이다. 그럼에도 불구하고 현행법상 아동·청소년 대상 온라인 그루밍을 처벌하는 규정이 없다 보니, 검찰의 공소 제기와 재판부의 판결도 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 행위를 제외한 아동·청소년 성 착취물 제작·배포 행위에 대하여만 이루어지는 것에 그쳤다.

이러한 처벌 사례는 표면적으로 보면 피고인의 범죄 행위에 대한 처벌이 엄정하게 이루어진 것 같으나 그 이면을 살펴보면 꼭 그렇지만도 않다. 만약 성적 목적을 가지고 아동·청소년을 대상으로 하여 이루어지는 온라인 그루밍 행위 그 자체를 처벌할 수 있다면 어떨까? 실제 성범죄가 행해지기 전 온라인 그루밍 단계에서 기소된 경우에는 아동·청소년이 성범죄에 완벽히 노출되어 심각한 피해를 입기 전에 사태를 종결함으로써 아동·청소년의 피해를 최소화할 수 있을 것이고, 온라인 그루밍 후 실제 성범죄가 행해진 단계에서 기소된 경우에는 피고인의 범죄 행위를 더욱 무겁게 처벌하여 범행의 근절을 도모할 수 있을 것이다. 그러한 의미에서 위와 같은 처벌 사례는 우리나라가 아동·청소년의 성을 보호하기에 아직 미흡한 점이 있음을 보여준다고 할 수 있다. 따라서 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄가 발생하는 과정과 그에 대한 처벌을 고려한 적극적 해석이 이루어질 필요가 있다고 하겠다.

3. 제도

앞에서 살펴본 바와 같이 우리나라는 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄를 처벌할 수 있는 규정이 미비하다. 그 영향으로 제도적 측면에서 또한 온라인 그루밍 성범죄 그 자체에 특화된 것을 찾아보기는 어렵다. 다만, 온라인 그루밍 성범죄도 본질적으로는 디지털 성범죄의 한 유형, 일반 성범죄의 한 유형이라고 할 수 있으므로, 본 절에서는 디지털 성범죄, 일반 성범죄라는 보다 넓은 범위에서 현재 우리나라가 시행하고 있는 제도 차원의 대응·지원책에 대하여 알아보도록 하겠다.

현재 우리나라는 성폭력과 관련한 피해구조 및 상담 지원을 진행하고 있다. 이를 담당하는 기관으로는 디지털 성범죄 피해자지원센터, 한국성폭력상담소, 해바라기 지원센터 등이 있다. ‘디지털 성범죄 피해자지원센터’는 유관 기관과 협력하여 비밀 보장이나 자료의 보안 면에서 신

뢰성을 바탕으로 디지털 성범죄 피해자를 지원하고 있는데, 크게 상담지원과 삭제지원, 수사 지원 연계와 기타 지원 연계 업무를 맡고 있으며, 상담과 삭제지원은 모두 무료로 진행된다.⁵⁴⁾ ‘한국성폭력상담소’는 성폭력피해생존자에 대한 여러 지원과 함께 치유프로그램 및 부설 성폭력 피해생존자 보호시설 ‘열림터’ 등을 운영하고 있다.⁵⁵⁾ ‘해바라기 지원센터’는 365일 24시간 동안 성폭력 피해자에 대한 신속한 증거채취 및 응급의료지원을 진행하고 있으며, 센터를 통해 성폭력에 관한 치료를 받은 경우, 그 비용은 여성가족부에서 무상지원한다.⁵⁶⁾

또한, 우리나라는 ‘인공지능기술을 활용한 삭제지원시스템’을 마련하였다. 이 시스템은 2019년 7월 22일, 여성가족부, 과학기술정보 통신부, 디지털 성범죄 피해자지원센터, 그리고 한국전자통신연구원(ETRI)으로 구성된 협의체에서 개발한 것이다. 시스템의 활용 방법은, 피해자가 불법 촬영물을 신고하면 인공지능기술을 이용하여 이미지를 추출하고 웹하드 사이트에서 그와 유사한 영상물이 있는지 자동 선별·수집해 영상의 유사성을 검토한 뒤, 이를 바탕으로 제목과 URL 등을 확인하여 해당 웹하드 사이트에 삭제요청을 하는 것이다. 인공지능기술을 활용한 삭제지원시스템의 개발은 불법 촬영물 검색 시간을 현저히 단축시키고, 365일 24시간 삭제지원이 이루어질 수 있도록 함으로써, 디지털 성범죄 피해자에 대한 신속한 지원을 가능하게 하였다.⁵⁷⁾

더불어, 우리나라는 디지털 성범죄에 대한 신속한 대응을 위한 업무협약을 체결하고 있다. 경찰청, 여성가족부, 방송통신위원회(이하 “방통위”라 한다), 방송통신심의위원회(이하 “방심위”라 한다)는, 기존의 디지털성범죄대응팀을 디지털성범죄심의지원단으로 확대 개편하고 상시 심의체계 마련 및 상황실 운영 등의 24시간 대응체계를 구축하는 방심위의 업무 변화에 상응하여, 관계 기관 간 협력 체계를 강화하고자 ‘디지털 성범죄 공동 대응을 위한 업무협약’을 체결하였다.⁵⁸⁾ 그리고 여성가족부, 방통위, 방심위는 웹하드 등에 대한 필터링의 실질적인 효과를 높이고자 ‘공공 DNA DB’를 구축하였다. 이러한 업무협약을 통하여 경찰청은 여성가족부, 방통위, 방심위와 공유한 불법 촬영물 수사 단서를 기반으로 전보다 세밀한 수사를 진행할 수 있게 되었고, 여성가족부는 피해자 보호와 지원을 더욱 효율적으로 진행할 수 있게 되었으며, 방통위는 웹하드 사업자의 기술적 조치 의무 이행 여부 점검을 강화할 수 있게 되었다. 또한, 방심위

54) 디지털성범죄 피해자지원센터, “Q&A”, https://d4u.stop.or.kr/qna_consulting(검색일 : 2020. 09. 27.).

55) 한국성폭력상담소, “소개”, <http://www.sisters.or.kr/load.asp?subPage=410>(검색일 : 2020. 09. 27.).

56) 서울해바라기센터, “센터소개”, http://www.help0365.or.kr/sub_1_1.php(검색일 : 2020. 09. 27.).

57) 대한민국 정책 브리핑, “정책위키”, <http://www.korea.kr/special/policyCurationView.do?newsId=148853543>(검색일 : 2020. 09. 27.).

58) 뉴스1(2019.11.12), “몰카·아동포르노 등 디지털성범죄 영상물 ‘빅데이터’가 잡는다”, <https://www.news1.kr/articles/?3766700>(검색일 : 2020. 09. 28.).

18 동국법학 제1권

는 최종적으로 확인된 피해 영상을 웹하드 필터링에 적용하여 콘텐츠가 합법인지에 대한 여부를 인증함으로써 만약 그것이 불법인 경우 이용을 차단할 수 있게 되었다.⁵⁹⁾

온라인 그루밍 성범죄와 관련하여 우리나라는 사후적으로 피해자를 지원하는 제도를 갖추고 있다. 수사 및 의료 등의 지원을 통하여 피해자가 회복할 수 있게끔 하는 제도들이 존재하고 있고, 원활한 수사를 위한 체계도 구축 중이다. 다만 위 제도 모두 이미 피해가 발생했을 때의 수사 및 지원에 관한 내용이며 그루밍 성범죄를 사전에 예방하는 실질적인 제도는 다소 부족하다고 할 수 있다. 현 상황에서는 랜덤 채팅과 같은 온라인 수단을 통해 개인정보를 물어보거나, 성적 행위에 대한 대가를 주겠다고 하거나, 메신저로 대화하자는 등의 연락이 올 경우, 당사자가 스스로 거절하고 불건전한 제안을 받았다는 사실을 보호자에게 알리는 등 개인적 차원에서 대응하는 것이 최선이라는 한계가 있다.

4. 검토

현재 국내에서는 온라인 그루밍 성범죄에 대한 명확한 규정이 존재하지 않는 탓에 온라인 그루밍 성범죄 그 자체만으로 처벌한 사례는 찾아보기 어렵다. 그러한 연유로 현재 우리나라는 온라인 그루밍 성범죄가 발생한 당시에는 별다른 조치를 취하지 못하고, 거기서 더 나아가 성적 착취 및 학대와 같은 중한 범죄가 일어난 뒤에서야 가해자를 처벌하는 양상을 보인다. 이러한 허점은 ‘아동·청소년을 성범죄로부터 보호’한다는 아동법의 목적을 퇴색시키고 아동·청소년을 위협하고 있다. 또한, 우리나라는 디지털 성범죄 피해자를 지원하는 제도는 갖추고 있지만, 대부분이 성 착취물 삭제 등 성 착취 피해자들을 위한 지원을 내용으로 하는 제도일 뿐, 온라인 그루밍 성범죄 피해자들을 위한 지원 제도는 특별하게 존재하지 않는다. 온라인 그루밍 성범죄를 단속하거나 예방하기 위한 제도 역시도 마련되어 있지 않아, 현재 우리나라는 온라인 그루밍 성범죄 피해를 예방하고 피해자를 지원함에 있어서 다소 부족한 면이 있다.

우리나라는 아직 온라인 그루밍 성범죄에 관한 논의를 거치는 단계에 있지만, 해외 국가들 가운데에는 이미 온라인 그루밍 성범죄에 대하여 발전된 체계를 이루고 있는 나라들이 존재한다. 제4장에서는 영국, 미국, 호주의 아동·청소년을 대상으로 한 온라인 그루밍 성범죄 관련 법률, 처벌 사례, 제도를 살펴보고 우리나라에 도입 가능한 요소가 있는지 살펴보고자 한다.

59) 안희정, “성범죄 영상물 신속차단 ‘공동DNA DB’ 구축”, ZDNetKorea, 2019. 11. 12., <https://zdnet.co.kr/view/?no=20191112145721>(검색일 : 2020. 09. 28.).

IV. 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄 관련 해외 법과 처벌 사례 및 제도

1. 영국

가. 현행법

영국은 아동⁶⁰⁾ 성범죄를 근절하기 위하여 성적 목적으로 이루어지는 아동 대상 그루밍 행위를 처벌하자는 논의가 가장 먼저 시작된 곳으로, 2003년 성범죄법(Sexual Offences Act)을 제정함으로써 온·오프라인에서 발생하는 아동에 대한 성적 그루밍 행위를 처벌하고 있다. 이는 2003년 성범죄법 제정 당시 영국 정부가 발표한 동법 해설서에 인터넷 통신 기술의 발달과 함께 아동과 연락을 취하거나 아동의 신뢰를 얻어서 아동 대상 관계성 범죄를 저지를 목적으로 만남(접촉) 이전에 성적인 행위를 할 수 있게 되어 이에 대한 대책이 필요하다는 판단하에 동법을 제정하였다고 기재된 부분을 통해 알 수 있다.⁶¹⁾ 영국의 성범죄법에서 아동을 상대로 한 성적 그루밍 행위에 대하여 제재를 가하는 직접적 규정으로는 제15조와 제15A조를 들 수 있다. 제15조와 제15A조의 정확한 조문은 부록 <법조문1>과 같다.

먼저 제15조는 18세 이상의 성인이 성범죄를 저지르려는 의도를 가지고 16세 미만의 아동과 만나거나, 만나기 위해 이동하거나, 만날 약속을 한 경우, 또는 16세 미만의 아동이 18세 이상의 성인과 만나기 위해 직접 이동한 경우, 그리고 이러한 만남이 이루어지기 전에 두 사람이 한 번 이상 만났거나 의사소통한 적이 있을 때, 18세 이상의 성인은 범죄를 저지른 것으로 10년 이하의 징역에 처한다고 규정하고 있다. 또한, 해당 만남이 이루어지기 전에 있었던 두 사람 간의 만남이나 의사소통은 전 세계 어느 지역에서든지, 어떤 수단에 의해서든지 일어날 수 있다고 규정하고 있다.⁶²⁾ 나아가 성범죄란 동법 제1부에 규정된 범죄를 의미한다고 규정하여, 성착취물, 그루밍, 관음증, 노출, 인신매매 등과 같은 비접촉적 범죄에서 성매매 등과 같은 접촉적 범죄에 이르기까지 아동에 대하여 일어날 수 있는 대다수의 성범죄를 다루고 있다.⁶³⁾ 동법

60) 사회 통념상 12세 이하의 자를 아동, 13세 이상 19세 미만의 자를 청소년으로 보는 우리나라와 달리, 영국은 16세 미만의 자를 아동으로 본다. 이하 본 절에서 말하는 아동이란 16세 미만의 자를 말한다.

61) Sexual Offences Act 2003 Explanatory Notes Section 15, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/notes/division/5/1/15>(검색일 : 2020. 09. 29.).

62) A국가에 거주하는 성인이 B국가에 거주하는 아동과 직접 만나거나, 이메일로 연락을 하거나, SNS로 연락을 하거나, 전화를 하는 등의 모든 경우가 가능하다.

20 동국법학 제1권

해설서에 담긴 내용을 보면 본 조항을 더욱 쉽고 정확하게 이해할 수 있는데, 동법 해설서는 ① 장소 및 수단·방법과 관계없이, 성인과 아동이 만나거나 의사소통하였다면, 그 만남과 의사소통이 표면적으로 판단할 때 성적인 내용을 직접적으로 포함하지 않더라도, 이후의 만남을 목적으로 하여 아동으로부터 신임·신뢰를 얻으려는 과정에 속한다면 성적 그루밍으로 해석되기에 충분하므로 본 조항에 의거하여 처벌 가능하며, ② 성적 그루밍 이후 성인과 아동의 직접적 만남이 이루어졌을 때, 저지르려고 의도하였던 성범죄가 결과적으로 반드시 일어나야 하는 것은 아니라고 서술하였다.⁶⁴⁾

다음으로 제15A조는 온·오프라인에서의 성적 그루밍 이후 직접적 만남이 성사되어야만 처벌할 수 있어 온라인에서의 성적 그루밍 이후 다시 온라인에서 성범죄가 이루어지는, 즉 온전히 온라인에서만 이루어지는 그루밍 성범죄는 처벌이 어렵다는 제15조의 단점을 보완하기 위하여 만들어진 조항으로, 18세 이상의 성인이 성적 만족을 얻을 목적으로 16세 미만의 아동과 성적인 의사소통을 한 경우 18세 이상의 성인은 범죄를 저지른 것으로 2년 이하의 징역에 처한다고 규정하고 있다. 또한, 성적인 의사소통이란 의사소통의 일부가 성적 행위와 관련이 있거나, 합리적인 사람이 판단하기에 의사소통의 일부가 성적인 경우를 의미한다고 규정하고 있다. 본 조항 역시 동법 해설서를 통해 명확히 이해할 수 있는데, 동법 해설서는 ① 의사소통의 유형과 관계없이 온라인과 오프라인에서 이루어진 의사소통 모두 처벌 가능하며⁶⁵⁾, ② 노골적으로 성적 표현을 사용하지 않았더라도 장기적으로 볼 때 성적 만족감을 얻는 것이 주목적이라면 그 의사소통 자체만으로도 처벌할 수 있다고 서술하였다.⁶⁶⁾

제15조와 제15A조 외에도 성범죄법에는 ‘그루밍’이라는 용어를 ‘유인·권유’라는 말로 대체하여 아동을 성적으로 길들이는 행위를 처벌하는 규정, 아동을 대상으로 한 온·오프라인 성적 그루밍이 진행되는 과정 안에서 발생할 수 있는 개별적인 성적 행위들을 처벌하는 규정 등이 다수 마련되어져 있다. 예컨대, 아동을 성행위에 참여하도록 유인·권유하는 행위를 처벌하는 제10조, 성적 만족을 얻기 위해 아동 앞에서 성행위를 하는 행위를 처벌하는 제11조, 아동으로 하여금 성행위를 하는 사람의 이미지를 보게 하는 행위를 처벌하는 제12조 등이 있으며, 대부분의 조항이 온라인에서 이루어진 행위와 오프라인에서 이루어진 행위 모두에 적용 가능하다.⁶⁷⁾

63) 윤정숙 외, 앞의 논문, 93면.

64) Sexual Offences Act 2003 Explanatory Notes Section 15, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/notes/division/5/1/15>(검색일 : 2020. 09. 29.).

65) 직접적인 대화, 이메일, 문자 메시지, 문서 등의 모든 경우가 가능하다.

66) Sexual Offences Act 2003 Explanatory Notes Section 15A, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/notes/division/5/1/15A>(검색일 : 2020. 09. 27.).

67) 베이비타임즈(2020.06.23), “‘온라인 그루밍 처벌과 잠입수사 법제화’ 왜 필요한가”, <http://www.babytimes.co.kr/news/articleView.html?idxno=37087>(검색일 : 2020. 09. 28.).

종합적으로 영국은 온·오프라인에서 아동을 대상으로 하여 발생하는 그루밍 성범죄를 심각한 사회문제로 받아들이고 이로부터 아동을 보호하기 위해 최대한 빈틈 없는 법률을 마련하려 노력한 것으로 보인다.⁶⁸⁾ 우리나라와 달리, 아동을 대상으로 한 온·오프라인 그루밍을 거쳐 성범죄를 목적으로 한 만남이 계획 및 실행되었을 때 이를 범죄로 간주하여 처벌한다는 점, 16세 미만 아동과의 성적인 의사소통 자체를 금한다는 점, 아동을 상대로 한 온·오프라인 성적 그루밍 과정에서 발생할 수 있는 대다수의 성범죄를 다룬다는 점이 영국 현행법의 특징이라 하겠다.

나. 처벌 사례

▷ 웹사이트를 통한 아동 대상 온라인 그루밍 후 아동과의 만남을 약속한 사건⁶⁹⁾

피고인(58세, 남성)은 Dark Fetish Network라는 웹사이트에서 피해자(14세, 여성)를 알게 되었다. 피고인은 웹사이트에서 피해자와 대화를 나누며 “우리는 사랑을 나눌 것이고, 그 이후에 내가 당신을 먹을 것입니다. 나는 매우 부드럽게 당신을 대할 것이며, 당신을 나의 식사로 만들기 위해 노력할 것입니다.”라고 말하는 등 자신이 식인에 대한 환상이 있음을 밝혔다. 이후 피고인은 피해자와 2012년 9월 18일에 Ashford International 역에서 만나기로 약속하고, 그날 자신이 Broadstairs에서 도끼를 사서 기차를 타고 가겠다고 말한 뒤 피해자에게 할 일을 알려 주었다. 그러나 약속 당일 피해자는 Ashford International 역에 나타나지 않았다. 그즈음 여성을 납치, 강간, 요리한 뒤 먹으려 한다는 제보를 받은 FBI가 이를 영국 경찰에 알려 공조수사를 진행하였고, 그 결과 피고인은 2013년 2월 체포되었다. 수사 과정에서 피해자의 이메일 주소가 발견되었고, 이를 추적한 결과 피해자가 자신의 집 컴퓨터로 해당 이메일을 사용하고 있는 것으로 드러났다. 피고인은 자신의 환상과 자신의 컴퓨터에 저장된 사진들(6-9세로 추정되는 소녀가 알몸으로 빙판에 누워 있고, 그 몸이 사과로 덮인 사진 등)에 대해서는 인정하였지만, 자신이 역까지 가게 된 것은 그저 피해자의 안전이 염려되었기 때문이고 피해자가 도착하면 경찰에 신고할 예정이었다고 주장했다.

이에 피고인은 2003년 성범죄법 제15조 위반 혐의로 기소되었다. 법원은 피고인의 행위가 범죄에 해당한다고 판단하였으며, 아동에 대한 성적 그루밍 후 아동을 만나려 한 피고인의 행위에 대하여 징역 9년을 선고했다.

▷ 페이스북을 통한 아동 대상 온라인 그루밍 성범죄 사건⁷⁰⁾

2019년 1월 16일, 피고인(25세, 남성)은 피해자(12세, 여성)에게 페이스북 친구 요청을 보내고 페이스북 메신저를 통해 연락을 주고받기 시작하였다. 피해자는 피고인에게 자신이 12살이라고 말하며 자신의 나이를 분명히 밝혔다. 그럼에도 불구하고 피고인은 피해자에게 자신의 성기

68) 김성현 외, 앞의 논문, 177면.

69) BBC(2014. 9. 25), “Cannibalism fetish nurse Dale Bolinger jailed for nine years”,

22 동국법학 제1권

사진을 보냈고, 성행위를 하고 싶다는 말도 했다. 나아가 피고인은 피해자에게 이 대화 내용을 아는 사람들에 의하여 자신이 체포될 수 있으므로 대화 기록을 모두 삭제하라고 지시하였다. 그러나 피해자는 피고인이 보낸 메시지 내용을 자신의 언니에게 알렸고, 언니의 이야기를 들은 부모가 피고인을 경찰서에 신고하였다.

이에 피고인은 2003년 성범죄법 제15A조 위반 혐의, 2002년 통신법 제51조 위반 혐의로 기소되었다. 법원은 피고인의 행위가 범죄에 해당한다고 판단하였으며, 피고인에게 아동과의 성적인 의사소통을 통해 아동을 그루밍한 행위에 대하여 징역 2년, 음란 영상이나 메시지 등을 통신수단으로 보낸 행위에 대하여 징역 6개월을 선고했다.

▷ 트위터를 통한 아동 대상 온라인 그루밍 성범죄 사건⁷¹⁾

2016년 4월에서 5월 사이, 피해자(15세, 여성)가 트위터에 입력한 “Daddy Dom Little Girl”이라는 의미의 “DDLG”라는 검색어를 본 피고인(55세, 남성)이 피해자에게 트위터 개인 메시지를 보내면서 피고인과 피해자 사이의 온라인 관계가 형성되었다. 피해자는 피고인에게 자신이 15살이라 하였고, 피고인은 피해자에게 자신이 55세임을 숨기고 40대라고 하였다. 피고인과 피해자 사이의 온라인 관계는 2016년 여름 동안 계속되었는데, 피고인은 피해자에게 “pack animal”로 불리는 온라인 변태들을 조심해야 한다는 경고를 하는 등의 방법으로 자신을 피해자를 보호하고자 하는 배려심 많은 사람으로 표현함으로써, 장기간에 걸쳐 피해자의 신뢰를 얻었다. 피고인은 그렇게 얻은 신뢰를 바탕으로 피해자에게 자위행위를 하는 영상을 촬영하여 전송하게끔 하였다. 또한, 피고인은 피해자가 가슴에 피어싱을 하고 그것을 스스로 만지게 한 뒤 관련 내용을 메시지로 주고받았다. 그뿐만 아니라 피고인은 피해자로 하여금 BDSM 관계에서 통증을 관리하게 하는 등의 극단적인 방법으로 피고인을 길들였다. 2016년 11월, 피해자의 아버지는 피해자의 침실에서 애나멜 구두, 섹스토이 등의 물건을 발견하였고, 피고인이 3차례에 걸쳐 피해자의 은행 계좌에 입금한 사실도 알게 되었다. 이에 피해자의 아버지가 위 내용을 경찰에 신고하였다.

이러한 사실로 피고인은 2003년 성범죄법 제10조 위반 혐의 2가지와 1978년 아동보호법 제1조 위반 혐의로 기소되었다. 법원은 피고인의 행위가 범죄에 해당한다고 판단하였으며, 피고인에게 아동을 성기 삽입을 포함한 성행위에 참여하도록 유인하거나 권유한 행위에 대하여 징역 4년을, 아동을 성기 삽입을 포함하지 않은 성행위에 참여하도록 유인하거나 권유한 행위에 대하여 동시 복역 2년을, 아동을 대상으로 노출이 심한 사진을 촬영한 행위에 대하여 동시 복역 1년을 선고했다.

위와 같은 처벌 사례들은 영국의 2003년 성범죄법이 실제 사건들에 어떻게 적용되고 있는지 그 모습을 보여준다. 첫 번째 처벌 사례에서 볼 수 있듯이, 18세 이상의 성인이 16세 미만의 아동과 온라인상에서 의사소통한 후, 성범죄를 범할 의도로 피해자와의 만남을 약속하고 그 약

<https://www.bbc.com/news/uk-england-kent-29359098>(검색일 : 2020. 06. 23.)

70) The Attorney General v. Miguel Angelo Pereira De Freitas, [2019]RC186.

71) R. v. David Jenkins, [2019] EWCA Crim 1576.

속의 이행을 위해 이동한 행위는 성범죄법 제15조에 따라 처벌되고 있다. 그리고 두 번째 처벌 사례에서 볼 수 있듯이, 18세 이상의 성인이 16세 미만의 아동과 성적인 의사소통을 하는 행위는 성범죄법 제15A조에 따라 처벌되고 있다. 또한, 세 번째 처벌 사례에서 볼 수 있듯이, 18세 이상의 성인이 16세 미만의 아동을 성행위에 참여하도록 유인·권유하는 행위는 성범죄법 제10조에 따라 처벌되고 있다.

성범죄가 실제로 행해지기 이전에, 아동을 그루밍한 후 아동과 만남을 약속하는 행위 그 자체, 아동과 성적인 의사소통을 하는 행위 그 자체, 아동을 성행위에 참여하도록 유인·권유하는 행위 그 자체를 처벌하는 영국의 모습은 2003년 성범죄법을 통해 아동 대상 온·오프라인 그루밍 성범죄를 엄격하게 처벌함으로써 아동의 성을 적극적으로 보호하고자 하는 영국의 노력을 보여준다.

다. 제도

영국은 아동을 대상으로 한 온라인 그루밍 성범죄 그리고 오프라인 그루밍 성범죄 두 가지 모두로부터 아동을 안전하게 보호하고, 피해 아동에게는 적절한 지원이 이루어질 수 있게끔 하기 위하여 아래와 같은 다양한 제도들을 시행하고 있다.

국가범죄기구 소속 경찰조직인 ‘아동착취와 온라인 보호 본부(Child Exploitation and Online Protection command)’는 아동학대 및 아동 성 착취 가해자로 유죄판결을 받은 사람을 인식할 수 있는 데이터베이스를 운영하고, 그루밍의 유형에 대한 예시나 그루밍에 관한 보고서 등의 자료를 제공하고 있다.⁷²⁾ 또한, 지역 경찰이 아동학대 및 아동 성 착취 가해자에 대한 정보를 충분히 인지할 수 있도록 지역 경찰에 대한 교육도 시행하고 있다.⁷³⁾

영국의 아동보호기관인 ‘국립 아동학대 예방기구(NSPCC)’는 온라인 그루밍 성범죄와 관련하여 온라인상에서 아동이 애플리케이션을 사용하는 행위에 대한 잠재적 위험성을 인식하고 이를 바탕으로 인터넷 안정성 문제를 중요하게 다루고 있다. 구체적으로는 페이스북, 스냅챗, 인스타그램 등 여러 가지 애플리케이션의 안전도를 표기한 웹사이트를 운영 중이다.⁷⁴⁾

‘국립범죄수사국’은 아동 대상 온라인 그루밍에 관한 내용을 애니메이션으로 제작하여 4세 이상 7세 이하의 미취학 아동에게 보여줌으로써, 온라인 그루밍과 관련하여 어떤 상황이 위험

72) 윤정숙 외, 앞의 논문, 93-94면.

73) 김미숙·조애저·김효진·이주연, “아동청소년 성착취근절을 위한 국내외 이행실태 연구”, 「정책보고서2009-12」, 보건복지가족부 한국보건사회연구원, 2009, 121면.

74) 오세연·신현주, 앞의 논문, 152면.

24 동국법학 제1권

한 상황이고 어떤 행동이 옳지 않은 행동인지에 대해 미취학 아동의 눈높이에 맞춰 교육을 진행하고 있다. 당해 애니메이션은 온라인 그루밍 가해자들이 범행을 저지르는 수법(영상 및 사진 공유 요구, 채팅방에서의 대화 방식과 내용 등)에 관한 내용과 온라인 그루밍을 당하게 되면 반드시 부모님 또는 믿을 수 있는 어른에게 알려야 함을 당부하는 내용으로 구성되어 있다.⁷⁵⁾

‘피해자 정보 서비스(Victims’ Information Service, 이하 “VIS”라 한다)’는 영국 중앙정부에서 범죄 피해자를 지원하기 위해 온라인 포털⁷⁶⁾과 전화상담 형식으로 운영하는 것으로 범죄의 유형과 관계없이 모든 피해자가 이용할 수 있다. VIS는 사건 발생 시 후속 처리절차, 사건 처리 단계별 피해자의 권리, 성범죄, 아동학대, 가정폭력, 살인 등 범죄유형별 전문 지원, 회복적 사법 등에 관한 정보를 제공한다. 나아가, VIS는 42개의 지방 경찰청이 온라인 포털과 전화·이메일 상담 형식으로 직접 또는 위탁 운영하는 피해자 지원 서비스에 연결될 수 있는 링크를 제공하며, 피해자는 지방 경찰청이 운영하는 피해자 지원 서비스를 통해 범죄피해 사실과 관련하여 직접적인 지원을 받을 수 있다.⁷⁷⁾ 예컨대 온라인 성범죄 피해자의 경우 온라인 콘텐츠 삭제지원, 소송을 위한 증거 수집 지원, 정서적 상담 지원 등을 받을 수 있다.⁷⁸⁾

한편, 영국은 ‘위장 수사’와 관련하여 아직 제도화 단계까지는 미치지 못하였지만, 실제 온라인 그루밍 성범죄 수사 과정에서 위장 수사가 인정·허용되고 있다.⁷⁹⁾ 그러한 사례로는 민간단체의 위장 수사로 검거된 아동·청소년 성 착취범이 기소된 사건을 주목할 만하다.⁸⁰⁾ 스리섬(세명이 함께 하는 성행위)을 경험할 소녀를 찾던 피고인이 왓츠앱을 통해 14세 소녀로 추정되는 인물과 성적인 대화를 나눈 후, 성행위를 할 목적으로 자신의 아파트에서 그 소녀와 만나기로 하였는데, 사실 그 소녀는 아동과의 성관계를 원하는 성인을 폭로하는 민간단체의 운영자(성인, 남성)였고, 그에게 신고를 받은 경찰이 해당 만남이 이루어지는 현장을 습격함으로써 체포된 피고인이 2003년 성범죄법 제15조를 위반한 혐의로 기소된 이 사건⁸¹⁾은 영국에서 위장 수사가 이루어지는 방식을 잘 보여준다.

위에서 살펴본 내용을 종합하건대 아동 대상 온·오프라인 그루밍 성범죄와 관련하여 영국의

75) EBS뉴스(2019. 03. 22), “<뉴스G> 부모님에겐 절대 말하면 안 돼! 온라인 그루밍”, <http://news.ebs.co.kr/ebnews/allView/20064973/H>(검색일 : 2020. 06. 28.)

76) Victim and Witness Information, <https://www.victimandwitnessinformation.org.uk/> (검색일 : 2020. 06. 27.)

77) 원혜옥·손진·홍민지·김재희·박상민·박경규, 「범죄피해자 보호제도론」, 피데스, 2018, 41-71면.

78) 윤덕경·김정혜·천재영·유경희·김영미, “온라인 성폭력 피해실태 및 피해자 보호방안”, 「2018 연구보고서-15」, 한국여성정책연구원, 2018, 194-195면.

79) 신현주, 앞의 논문, 133면.

80) 내일신문(2020.04.08.), “호주·영국·미국, 합정수사 널리 활용”, http://m.naeil.com/m_news_view.php?id_art=346232(검색일 : 2020. 06. 27.).

81) TL v. REGINA, [2018] EWCA Crim 1821.

제도는 피해자 지원과 같은 사후 대처적 성격보다 교육, 데이터베이스 및 안전한 인터넷망 구축, 적극적 수사와 같은 사전 예방적 성격이 강한 것으로 보인다.⁸²⁾

라. 검토

영국의 법, 처벌 사례, 제도를 살펴보면 파악한 영국의 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄 예방·대응책 중 우리나라에의 도입을 고려해볼 가치가 있는 요소들은 다음과 같다. 첫째, 온·오프라인상에서 아동을 그루밍한 뒤 성범죄를 저지를 목적으로 만남을 계획하는 행위나 아동과 성적인 의사소통을 나누는 행위 등을 처벌함으로써 아동에 대한, 즉 16세 미만의 자에 대한 성적 그루밍 행위를 확정적인 범죄로 규정하고 있다는 점이다. 둘째, 민간단체가 진행한 위장 수사까지도 폭넓게 인정·허용하여 이를 통해 수집된 사건 정황이 재판에서 충분히 활용될 수 있도록 함으로써 그루밍 성범죄에 대한 효율적인 수사를 도모하고 있다는 점이다. 셋째, 각 연령대의 눈높이에 맞는 온라인 그루밍 성범죄 예방 교육을 실시함으로써 교육의 효과를 높이고 있다는 점이다. 넷째, 애플리케이션의 안전도를 평가하여 표기하는 웹사이트를 운영함으로써 해당 애플리케이션이 미성년자가 이용하기에 적합한지 부적합한지를 판단할 수 있는 척도를 제시하고 있다는 점이다. 다섯째, 국가적 차원에서 그루밍 성범죄에 관한 연구보고서를 작성하여 민간에 배포함으로써 국민들의 경각심을 일깨우고 그루밍 성범죄에 대한 긴장의 끈을 놓지 않고 있다는 점이다.

2. 미국

가. 현행법

미국은 주마다 법에 차이가 나타나므로 성폭력에 관한 법률이 다양하고 복잡해 보일 수는 있지만, 범죄의 분류방식이 비슷하므로 큰 차이는 존재하지 않는다. 미국의 연방법 규정 가운데 그루밍 성범죄와 관련된 것은 18 § 2422조 (b)항과 18 § 2425조이며, 정확한 조문은 부록 <별첨 2>와 같다. 미국에서는 일정 연령 이하의 청소년을 성적 행위에 관여하도록 유인하거나, 그들의 정보를 온라인상에서 유포하는 행위를 금지하고 있다.

먼저 미국 연방법 18 § 2422조 (b)항에 따르면 누구든지 미국의 관할권 내에서 우편물이나

82) 윤덕경 외, 앞의 연구보고서, 193면.

26 동국법학 제1권

어떤 시설, 미국 혹은 외국의 어떤 상업 시설을 사용하여 18세가 되지 않은 사람을 고의로 설득, 유인, 유도, 강요하여 성매매를 하도록 하거나 형사법상 범죄에 해당하는 성적 행위에 관여하도록 만든 경우, 혹은 그러한 시도를 한 경우 10년 이상의 징역 또는 종신형에 처하도록 규정하고 있다. 행위의 객체는 18세 미만의 자이며, 주체에는 제한이 없다.

다음으로 미국 연방법 18 § 2425조는 누구든지 미국의 관할권 내에서 우편물이나 어떤 시설, 미국 혹은 외국의 어떤 상업 시설을 사용하여 16세가 되지 않은 사람들이 형사법상 범죄에 해당하는 성적 행위에 관여하도록 유혹, 제안, 간청할 목적으로 그들의 이름, 주소, 전화번호, 사회보장번호, 전자메일 주소 등을 고의로 전파한 경우, 혹은 그러한 시도를 한 경우 벌금형이나 5년 이하의 구금형에 처한다고 규정하고 있다. 행위의 객체는 16세 미만의 자이며 행위의 주체에는 연령 등 인적 범위에 대한 제한이 존재하지 않는다.⁸³⁾

미국의 주 가운데 텍사스, 오하이오, 미네소타 등의 일부 주에서는 성적 그루밍 행위 자체를 성범죄로 규정하고, 온라인이나 애플리케이션 채팅을 이용하여 아동⁸⁴⁾을 그루밍하는 행위만으로도 처벌하고 있다.

총체적으로 볼 때, 미국 연방법은 18세 미만의 자를 설득, 유도, 유인, 강요하여 성매매 및 성범죄에 관여하도록 한 경우나 16세 미만의 자를 성적 행위에 관여하도록 유혹, 제안할 목적으로 그의 개인정보를 고의로 전파한 경우조차도 처벌의 대상으로 삼음으로써 아동을 두텁게 보호하고 있다. 또한, 미국의 각 주에서는 아동을 대상으로 이루어지는 성적 그루밍 행위 자체를 범죄화하고 있다. 이러한 미국의 모습을 우리나라와 비교해 보면 미국의 현행법은 행위자의 인적 범위에 제한이 없다는 점, 피해자의 연령 상한이 높다는 점, 실제 성범죄가 발생하기 전 단계에서의 성적 그루밍 행위를 처벌하고 있으며 그 법정형이 세다는 점을 특징으로 한다.

나. 처벌 사례

▷ 채팅앱을 통한 아동 대상 온라인 그루밍 성범죄 사건⁸⁵⁾

2013년 9월 피고인은 14세 고등학생인 피해자와 모바일 애플리케이션을 통하여 채팅을 시작하였다. 피고인과 피해자는 3개월간 메신저 프로그램, 전자메일 등과 같은 통신매체를 통하여 대화를 나누었다. 두 사람은 서로를 여자친구와 남자친구라고 불렀다. 또한 피고인과 피해자는 서로에게 애칭을 붙이며 성관계에 관한 대화를 나누었고 나체사진을 포함한 이미지를 주고받았다. 대화 초기 피해자는 피고인에게 14살이라고 밝혔고, 피고인은 자신이 약 3배 정도의 나이

83) 김정연, 앞의 논문, 55-56면.

84) 성년이 되는 나이는 주마다 다르며 보통 18세를 기준으로 하나, 19세 혹은 20세를 기준으로 하는 경우도 존재한다. 미국 연방법에서는 18세를 기준으로 하여 그 미만의 자를 아동이라 칭한다.

라고 답하였다가 다시 39년 11개월이라고 정정하였다. 그러나 실제 사건 당시 피고인의 나이는 57세였다. 피고인은 피해자에게 자신이 피해자가 사는 지역에 방문할 예정이니 가까운 호텔에서 만나자는 말을 하거나 자신이 피해자의 지역에 가면 함께 있을 수 있는지를 물었으며 이에 피해자는 긍정했다. 피고인은 자신의 성기 사진을 피해자에게 보내었고 사진에 대해 물어보라는 취지의 이야기를 하였으며, 이에 피해자는 “잘 모르겠으나 놀랐다”라는 말을 되풀이하였다. 이후 피고인은 성기 사진을 피해자에게 다시 보내면서 피해자에게 피해자의 사진을 보낼 것을 요구하였다. 피고인과 피해자가 주고받은 성적인 대화 및 사진을 발견한 피해자의 어머니는 그 사실을 경찰에 신고하였고, 경찰은 피고인의 휴대전화에서 메시지와 이미지를 추출하였다.

피고인은 이 피해자를 포함한 피해자 4명에 대해 성행위를 할 목적으로 메신저를 하거나 채팅을 한 혐의로 기소되었다. 이 사안에 대해서는 연방법 18 § 2422조 (b)항이 적용되었고 제10 순회법원은 피고인에게 유죄를 선고하였다.⁸⁶⁾

▷ **인스턴트 메시지를 통한 아동 대상 온라인 그루밍 성범죄 사건⁸⁷⁾**

36세 피고인은 2004년 1월 10일 밤, 가명을 사용하여 13세 소녀인 피해자(실제로는 FBI를 도와주는 민간인)에게 메시지를 보내, 자신은 독신이라 데이트가 가능한데 나이가 있는 사람을 좋아하는지 물어보았다. 그리고 보컬 트레이닝을 해줄 수 있으니 만나자는 제안의 인스턴트 메시지를 보냈다. 피해자는 2004년 1월 22일 자신에게 줄리(FBI 조력인과 동일 인물)라는 친구가 있는데 그녀가 피고인을 좋아한다고 말했다. 더불어 자신은 2월 1일 차 사고로 인해 뼈가 부러지게 되어 한동안 만나지 못한다고 말하였다. 피고인은 인스턴트 메시지를 다시 줄리에게 보내었고 “여자친구로서 사귀기를 원한다”라는 등의 말과 함께 자신에게 성기에 대해 가르쳐 줄 수 있겠느냐 물었다. 이에 줄리는 이를 원한다고 하였다. 이후 대화에서 피고인은 줄리에게 할 수 있는 성행위를 열거하였다. 피고인은 줄리가 혹시 아프지 않겠느냐고 묻자 자신의 성기를 사용하면 상처를 입을 수도 있어 이번에는 사용하지 않을 것이라고 하였다. FBI 요원은 피고인과 피해자가 만나기로 약속한 날 버스 터미널에서 감시하다가 피고인을 그 자리에서 체포했다.

피고인은 실제 아동에게 이런 행위를 한 것이 아니며 FBI나 그 조력인을 상대로 한 행위로 기소되었다고 주장하면서 위법한 함정수사라고 항변하였다. 그러나 법원은 다른 기록을 바탕으로 하더라도 피고인이 미성년자를 성관계 목적으로 유인한 행위들을 입증할 수 있어 증거가 충분하다는 점을 이유로 피고인의 항변을 받아들이지 않았으며, 결과적으로 피고인에게 유죄를 선고하였다. 본 사건에 대하여 제2순회법원은 연방법 18 § 2422조 (b)항을 적용했으며, 피고인이 피해자 및 피해자로 지칭된 사람들에게 보컬 트레이닝을 해주겠다는 약속을 하면서 했던 성관계를 목적으로 한 수차례의 대화는 그루밍 성범죄의 일환으로 볼 수 있다고 판단하였다.⁸⁸⁾

▷ **인스타그램을 통한 아동 대상 온라인 그루밍 성범죄 사건⁸⁹⁾**

2014년 11월, 한 아버지가 피해자인 15세 아들의 아이패드에서 여성의 성기가 드러난 나체 사진 등을 발견하고 경찰에 신고하였다. 그 사진들은 당시 41세였던 피고인의 인스타그램 계정을 통하여 피해자에게 메신저로 직접 전송된 것이었다. 피해자는 피고인으로부터 이 사진들을 받은 후 피고인에게 자신의 성기 사진을 보냈고, 이후 성적인 문자 메시지를 주고받았다. 피해자는 피고인에게 자신이 하고 싶은 성행위들에 대해 자세히 설명했다. 위 행위로 인하여 피고

인은 유죄판결을 받게 되었는데, 피고인은 미네소타 주법의 규정⁹⁰⁾이 매우 광범위해서 미국 연방수정헌법 제1조의 표현의 자유 보장조항에 반한다고 주장하였다. 또한, 미국의 연방대법원이 아동 포르노그래피를 ‘미성년자를 묘사한 것처럼 보이지만 실제로는 아동이 참여하지 않은 성적 인 이미지’까지 규정하여 금지했던 연방법을 개정하였다는 점을 근거로 하여 자신의 행위는 아동에 대한 음란행위는 아니었으며 헌법상 보장된 표현이라고 주장하였다.

미네소타 주 대법원은 표면적으로 판단하였을 때 미네소타 주법의 조항이 미국 연방수정헌법 제1조에 반하지 않는다고 하였다. 다만 대법원은 항소법원에서 이에 관한 사실관계를 좀 더 세밀하게 판단하라는 환송판결을 내렸다.⁹¹⁾

미국은 위 처벌 사례를 통해 보았듯이, 아동인 피해자에게 성행위를 할 의도로 채팅을 보내거나 성적 사진을 보낸 것만으로도 범죄가 될 수 있다. 연인관계에서 부를 법한 호칭을 사용하거나, 피해자가 피고인에게 자발적으로 성적 사진을 보냈더라도 유죄로 판단할 수 있다. 이는 아동·청소년 대상 성범죄에 관하여 미국의 규정이 우리나라의 규정보다 엄격함을 드러낸다.

또한, 두 번째 처벌 사례처럼 미국은 아동을 대상으로 하는 성범죄에 대해서 넓은 범위의 위장 수사를 인정하고 있다. 미국 FBI는 2015년에 아동 성범죄자를 검거할 목적으로 직접 아동 음란사이트인 플레이펜(Playpen)을 만들어 운영하며 이 사이트에 가입한 10만 명 중 약 1300명에 달하는 회원들의 소재를 파악하였고, 이 가운데 137명을 기소하기도 하였다.⁹²⁾ 또한 실제로 박병식 동국대 법학과 교수는 2008년 12월 미국 FBI 수사 참관 당시에 소셜미디어 업체로부터 수상한 정황을 보고받은 FBI가 성관계를 제한한 남성과 채팅 중이던 16세 소녀의 채팅 접속을 차단하고 여성 수사관이 10대 행세를 하며 채팅을 이어가다가 해당 남성을 체포하는 것을 직접 목격하기도 하였다. 이처럼 미국에서는 수사관이 10대 소녀로 가장하여 범인을 검거하는 방식의 위장 수사가 10여 년 전부터 활발하게 이뤄지고 있다.⁹³⁾

85) United States v. Isabella, 17-1197, (10th Cir. 2019)

86) 윤정숙 외, 앞의 논문, 120면.

87) United States v. Brand(known as Tempotech, No. 05-4155-CR).

88) 윤정숙 외, 앞의 논문, 120면.

89) State of Minnesota v. Muccio, 890 N.W.2d914(2017)

90) 미네소타주 법 제609.352장 제2a조 제2항은 18세 이상의 사람이 ‘인터넷, 컴퓨터 또는 기타 전자데이터 저장 또는 전송이 가능한 전자장치’를 사용하여 ‘성적 행위와 관련이 있거나 이를 묘사하는 내용’을 아동 또는 아동이라고 합리적으로 믿을 수 있는 사람에 대해 성인이 통신행위를 하는 것을 금지하고 있다.

91) 윤정숙 외, 앞의 논문, 120면.

92) 아시아경제(2020.04.23), “제2, 제3의 n번방, ‘언더커버’로 잡는다”,
<https://www.asiae.co.kr/article/2020042312023271545>(검색일 : 2020. 06. 27.).

93) 동아(2020.04.11), “범죄 부추기면 불법…‘덧’을 놓아야 뿌리 뽑는데…”,
<https://www.donga.com/news/article/all/20200411/100604621/1>(검색일 : 2020. 06. 27.).

다. 제도

미국은 아동성범죄에 대해 위장 수사를 넓게 인정하고 있어 간음 및 추행 등에 이르기 전에 이를 방지할 수 있어서인지, 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄에 특화된 제도보다는 비동의 성적 영상의 피해자에 대한 지원을 중심으로 한 제도를 갖추고 있는 것으로 파악된다. 또한, 미국은 수정헌법 제1조의 표현의 자유를 최고의 헌법적 가치로 보장하고 있어 국민 개인에 대한 국가의 간섭과 개입을 최소화하려는 경향이 강하다 보니, 범죄 예방 및 피해자 보호·지원과 관련하여 미국연방과 주에서 직접 운영하는 제도보다 비영리 단체나 민간단체에 맡겨져 운영되는 제도가 더 많은 것으로 보인다. 이하에서는 이러한 미국의 특성을 염두에 두고 미국에서는 구체적으로 어떤 제도가 운영되고 있는지 살펴보도록 하자.

‘인터넷콘텐츠등급협회’, ‘CyberAngels’, ‘인터넷 교육재단’, ‘온라인지원학대협회’는 민간 차원의 인터넷 유해 콘텐츠 규제기구이다.⁹⁴⁾ 비록 미국연방이나 주 차원의 규제기구도 아니지만, 온라인 공간에서의 불법적이고 유해한 콘텐츠로부터 인간의 존엄성과 청소년의 안전을 보호한다는 공익의 달성을 목표로 하는 기구라는 점에서 의미가 있다.

‘사이버인권기구’는 사이버상의 범죄들 가운데서도 비동의 성적 영상의 유포를 중점으로 사회·기술·법적 대처방안을 모색하는 비영리 단체이다. 이 기구는 비동의 성적 영상 유포 행위와 관련한 입법 가이드 및 모범 법률안을 제시하고, 피해자에게 게시물 삭제 가이드라인이나 관련 전문 변호사 목록과 같은 정보를 제공하며, 피해자에 대한 전수조사를 통해 보고서를 발간하기도 한다.⁹⁵⁾

미국의 연방정부 기관인 ‘범죄피해자사무국’은 ‘성폭력 피해자를 위한 전국 네트워크’를 활용하여 피해자가 온라인을 통해 적절한 지원을 받을 수 있도록 24시간 전화 핫라인을 운영하고 있다.⁹⁶⁾

미국 뉴욕주 시라큐즈시의 ‘맥혼/라이언 아동지원센터’는 성 착취의 피해를 입은 아동·청소년을 만날 기회가 있는 교사, 경찰 등을 대상으로 교육 사업을 시행하고 있다. 이는 성매매 혹은 성착취에 대한 지식을 함양하고 아동·청소년이 주는 위험신호를 빠르게 알아차리도록 하기 위함이다. 현재는 위와 같은 교육의 대상을 청소년에까지 확장하기 위한 계획을 수립하고 있다.⁹⁷⁾

위처럼 미국은 불법 콘텐츠 삭제지원 및 유해 콘텐츠 규제를 통하여 아동·청소년을 보호하기

94) 방송통신심의위원회 조사분석팀, “디지털 성범죄에 대한 해외 주요국의 제도적 대응 실태조사”, 사회과학자료실(208호), 방송통신심의위원회, 2018, 40-41면.

95) 방송통신심의위원회 조사분석팀, 앞의 보고서, 46-47면.

96) 원혜옥 외, 앞의 책, 97면-100면.

97) 정혜원, 앞의 논문, 11면.

30 동국법학 제1권

위해 노력하고 있다. 또한, 성 착취 피해 아동을 만날 가능성이 있는 직업군을 대상으로 성매매 혹은 성착취에 관한 교육을 실시하고 있으며, 그 대상을 청소년까지 확대하기 위해 검토 중이다. 이는 성범죄를 예방하고 피해자를 보호·지원함에 있어 교육의 역할을 중요시하는 미국의 모습을 보여준다.

라. 검토

아동·청소년 온라인 그루밍 성범죄와 관련하여 참조할 만한 미국의 법과 제도적 요소들은 다음과 같다. 첫째, 18세 미만의 자를 유인 및 강요 등을 통하여 형사상 범죄에 해당하는 성적 행위에 관여하도록 한 경우 이를 처벌함으로써 아동·청소년을 성적 목적으로 유인·권유하는 행위를 범죄로 규정하였으며, 가해자의 연령과 무관하게 처벌할 수 있다는 점이다. 둘째, 아동·청소년 대상 성범죄의 경우 넓은 범위의 위장 수사를 인정함으로써 아동·청소년 성범죄의 근절을 위해 노력하고 있으며, 온라인 서비스 제공자와의 긴밀한 협조를 통해 온라인 그루밍 성범죄가 벌어질 경우 신속한 대응이 가능하다는 점이다. 셋째, 유해 콘텐츠를 규제하도록 하여 아동·청소년의 성 보호라는 공익을 위하였다는 점이다. 넷째, 성범죄 피해 아동을 만날 가능성이 높은 직업군을 대상으로 교육을 시행함으로써 성범죄 피해 아동·청소년에 대한 이해를 도모하고 그들을 도울 수 있도록 학습시킨다는 점이다.

3. 호주

가. 현행법

호주는 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄를 처벌하는 법안을 마련하여 성범죄자로부터 아동·청소년을 철저히 보호하고 있다. 호주 내 각각의 지역마다 법률에 규정된 용어나 형량 등의 내용이 조금씩 다르기는 하나, 크게 볼 때 전자통신매체, 인터넷 등을 사용하여 아동·청소년이 성적 행위를 하도록 유인·권유하거나, 조장하거나, 부추기는 경우 범죄를 저지른 것으로 간주한다는 점에서는 공통적인 것으로 보인다. 호주 내 각 지역에서 시행되고 있는 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄 관련 법률의 구체적 내용은 부록 <표-1>과 같다.⁹⁸⁾

호주 내 각 지역의 법률들을 종합적으로 살펴보면 아동·청소년이 성범죄자를 직접적으로 만

98) 김성현 외, 앞의 논문, 178면.

나거나 접촉하지 않아도 온라인 공간에서 성범죄자가 성적 행위를 목적으로 아동·청소년을 유인·권유하거나 설득하였다면, 즉 그루밍하였다면 그 행위 자체에 대한 처벌이 가능하다. 다시 말해, 온라인 그루밍 성범죄를 구성함에 있어서 아동·청소년과의 만남이 계획되거나 실행되었는지는 고려 대상이 아니라는 것이다.⁹⁹⁾

또한, 호주 내 각 지역의 법률들은 대개 온라인 그루밍 성범죄의 주체인 가해자를 18세 이상의 성인으로, 객체인 피해자를 16세 미만의 아동·청소년으로 정의하고 있으며, 온라인 그루밍 성범죄의 법정형을 평균 8.8년의 징역으로 다소 세계 정하고 있다. 이는 16세 이상 청소년의 성적 자기 결정권을 존중하면서도 동시에 16세 미만 아동·청소년이 성범죄에 노출되었을 때 강경하게 대응하기 위한 것으로 판단된다. 경우에 따라서는, 그루밍 성범죄 피해 아동이 극히 어리거나 피해자와 가해자 간 나이 차이가 매우 크면 범죄의 심각성을 더욱 중하게 판단하여 세부 가이드라인에 따라 가중처벌을 한다고 한다.¹⁰⁰⁾

그리고 호주 내 각 지역의 법률들은 그루밍, 성적 유인·권유행위 등을 폭넓게 정의하여, 가해자와 피해 아동·청소년 사이의 관계에서 성적 행위나 성적 대화의 세부 내용이 겉으로 드러나지 않더라도, 가해자가 이후의 성적 행위를 가능하게 할 목적을 갖고 피해 아동·청소년에게 부적절한 선물 또는 호의를 베푸는 등 그 관계의 이면에서 충분한 외설성을 찾아볼 수 있으면 모두 그루밍 성범죄의 범위에 포함될 수 있도록 하고 있다.¹⁰¹⁾ 이는 단계별 세부 행동 양상이 다양하게 나타나는 그루밍 성범죄의 특성을 잘 반영한 것으로 볼 수 있다.

위와 같은 호주 내 각 지역의 온라인 그루밍 성범죄 관련 법률들의 종합적 특징을 토대로 판단하건대 호주는 온라인 그루밍 성범죄에 대한 이해도가 높으며 그러한 이해를 법조문에 잘 반영하고 있는 것으로 보인다.

나. 처벌 사례

▷ 페이스북을 통한 아동 대상 온라인 그루밍 성범죄 사건¹⁰²⁾

피고인의 맞은편에 사는 14세 소녀인 피해자는 당시 31살이던 피고인에게 페이스북 친구 요청을 하였고, 이를 계기로 피고인과 피해자는 대화를 나누기 시작하였다. 통신 초반에 피고인은 피해자와 나이를 서로 물으며 진실하게 응답했다. 이후 피고인은 피해자에게 “우리가 함께 대화하는 것을 아무도 모르게 해라”라고 말하는 등 비밀유지의 필요성을 인식시켰다. 피고인과 피해자의 대화는 일상적 대화에서 성적 대화로 발전하였다. 피고인은 “키스를 하고 싶다”, “너무 섹

99) 김성현 외, 앞의 논문, 179면.

100) 원혜옥·홍민지, 앞의 논문, 134면.

101) 원혜옥·홍민지, 앞의 논문, 134면.

시하다”라고 말하는 등 피해자와 성적인 맥락에서 대화를 이어나갔다. 또한 피고인은 피해자를 보거나 만지고 싶은 욕구를 표현하기도 하였다. 그 외에도 피고인은 피해자에게 남자의 성기를 만져보았는지를 묻는 등 구체적인 성적 질문이나 성적으로 부적절한 발언을 일삼았다. 이러한 피고인과 피해자 사이의 대화는 2011년 8월 30일부터 9월 5일에 걸쳐 1,712건에 달하는 온라인 통신과 수많은 인스턴트 채팅 메시지를 통해 이루어졌다.

피고인은 2011년 8월 30일부터 같은 해 9월 5일까지 성행위를 할 의도로 16세 미만의 아동을 그루밍한 사실을 인정하였다. 법원은 피고인의 행위에 대해 호주 연방 형법 s474.27과 s474.27A를 적용하여 18개월의 징역형을 선고하였다.

▷ 다수의 아동에 대한 장기적 온라인 그루밍 성범죄 사건¹⁰³⁾

피고인은 2006년 말부터 시작하여 2015년 중반 경찰에게 체포될 때까지 연속적으로 범죄를 저질렀다. 빅토리아 북부의 Echuca에서 유명한 BMX 라이더인 피고인은 자신의 웹사이트에 BMX 자전거 악스를 판매한다는 글을 올려 피해자들과 접촉하였다. 그가 게시한 글에 관심을 가진 피해자는 총 22명이며, 모두 11세에서 17세 사이의 아동이다. 피해자들은 최소 몇 달에서 최대 4년까지 장기적으로 성 착취를 당했다. 또한, 피고인은 9년의 기간 동안 온라인 그루밍을 통한 아동 성 착취 및 아동 포르노 생산 등의 범죄를 연이어 저질렀다. 그는 피해자가 아동임을 인지하고 있었음에도 피해자와 성적인 대화를 나누고 피해자에게 몸 사진이나 자위 사진 등의 전송을 요구하였다. 피해자가 거절하면 굴복할 때까지 괴롭혔고, 이전에 피해자로부터 받은 사진 등의 자료를 Skype 또는 웹캠을 통해 게시하겠다고 위협하였다. 심지어 피고인은 피해자에게 빗자루, 연필, 유리병, 의자 다리 등을 성기에 삽입하라고 지시하기도 했다.

2016년 10월, 피고인은 아동을 대상으로 한 지속적인 성적 학대, 아동 포르노 제작 등 193건에 달하는 아동성범죄 혐의를 모두 인정하였다. Country 법원은 2017년 3월 최소 10년 형을 선고하였으나, 검찰은 선고에 대한 항소를 제기하였다. 그 결과 항소법원은 County 법원이 범죄의 심각성과 피해자에게 미치는 영향을 반영하지 않았음을 인정하여 18년의 비가석방 형과 징역 22년을 선고하였다. 본 사안에는 호주 연방 형법 s474.27이 적용되었다.

▷ 익명 채팅 애플리케이션을 통한 아동 대상 온라인 그루밍 성범죄 사건¹⁰⁴⁾

피고인은 가상의 14세 소녀 애슐리로 가장한 경찰관과 접촉하였다. 피고인은 처음엔 애슐리가 16세 미만이라는 사실을 몰랐으며 익명 채팅 애플리케이션이 제공한 프로필대로 그녀가 18살이라고 생각했다. 피고인은 애슐리에게 휴대전화 번호를 알려주었으며, 그로부터 열흘 후, 피고인과 애슐리는 대화를 나누기 시작했다. 대화초기 애슐리는 자신이 14세임을 넌지시 알렸고, 이에 피고인 역시 그녀와 대화를 나눌 수 없다는 것처럼 말하기도 하였으나, 이후 피고인은 자신이 술을 몇 잔 마셨음을 밝히며 자신이 술에 취하면 약간 흥분할 것이라고 말했다. 대화가 계속되면서 피고인은 애슐리가 그녀의 사진을 보내주려 한다고 생각하였고, 어떤 사진을 보내줘야 좋을지 묻는 애슐리의 연락에, 피고인은 그녀의 음부 사진을 암시하는 내용의 답변을 하였다. 이에 애슐리는 피고인에게 젊은 여성이 수영장에서 수영복을 입고 있는 사진을 보냈다. 그 후 피고인은 애슐리에게 자신의 발기한 성기를 클로즈업한 사진을 전송하며 애슐리에게 완전히 탈의한 사진을 보내달라고 요청하였다. 애슐리는 피고인에게 젊은 여성의 가슴 사진을 전송한 뒤

연락을 종료했다. 그로부터 사흘이 지나, 애슐리는 피고인에게 다시 연락하여 자신이 14살임에도 불구하고 계속 대화하고 싶은지 물었다. 연락에 응한 피고인은 애슐리에게 직접 만나 성교하는 사진을 찍을 것을 제안했다. 피고인은 애슐리에게 바라는 성적 행위를 상세하게 설명하는 등 계속해서 그녀와 의사소통하였고, 최종적으로 기차역에서 만날 것을 약속하였다. 끝내 피고인은 Woolworths 슈퍼마켓에서 경찰에게 붙잡혔다.

피고인은 14세와 성행위를 하는 것이 범죄임을 인지하고 있었고 당시 주취 상태에서 외로움과 호기심을 느꼈다고 말하며 자신의 혐의를 인정하였다. 2018년 9월 10일, Ipswich 치안 법원은 피고인의 행위에 대하여 퀸즈랜드 형법 s218B를 적용함으로써 4개월의 징역과 18개월의 집행유예를 선고하였다.

첫 번째 처벌 사례에서 피고인은 페이스북 친구가 된 14세의 피해자와 일상적인 대화를 시작으로 관계를 형성하며 피해자에게 성적인 발언을 하기까지 이르렀다. 이후 피고인은 자신과의 관계를 비밀로 할 것을 강조하며 피해자를 통제하였다. 이러한 피고인의 행위를 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄 관련 법률에 따라 처벌 대상으로 바라본 당해 법원의 판단은, 가해자와 피해 아동·청소년 사이의 대화 내용이 성적이었다면 그 자체만으로도 충분히 온라인 그루밍 성범죄에 해당함을 시사한다.

두 번째 처벌 사례에서 피고인은 9년에 걸쳐 온라인상에서 다수의 아동·청소년을 성적으로 그루밍하고, 거기서 더 나아가 성 착취까지 일삼았다. 다수의 피해 아동·청소년이 발생했음에도 불구하고 9년이라는 시간 동안 범행이 발각되지 않은 채 무탈하게 살아온 피고인의 모습은 그루밍 행위를 초기에 제지하지 못하면 더욱 심각한 성범죄로 발전하게 된다는 사실을 고스란히 드러낸다.

세 번째 처벌 사례에서 피해자로 가장한 전문 경찰관이 피고인과 대화를 이어나가며 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄 사건을 수사한 모습은, 아동·청소년을 대상으로 하여 이루어지는 온라인 그루밍 성범죄에 대한 위장 수사를 하나의 적법한 수사기법으로 허용·인정함으로써 효율적 수사를 도모하고 나아가 아동·청소년의 성을 보호하려는 호주의 태도를 보여준다.

다. 제도

위에서 살펴보았듯이 호주는 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄와 관련한 명확하고 강경한 법률 체계를 갖추고 있는데, 제도적 차원에서도 아동·청소년을 대상으로 하여 이루어지는

102) R v Michel NAHLOUS [2013] NSWCCA 90 (2013.04.18.).

103) DPP V FABIAN ROY MEHARRY [2017] VSCA 387.

104) R v Schenk; Ex parte Attorney-General (Qld) [2016] QCA 131 (2016. 05. 13.).

34 동국법학 제1권

온라인 그루밍 성범죄에 적극적으로 대응·대처하는 모습을 보인다.

‘인터넷 안전위원 사무실(Office of Safety Commissioner)’은 호주 정부가 개설한 온라인 그루밍 성범죄 피해 대응 기관으로, 호주 행정부 중 ‘통신과 예술부’(Communications and the Arts) 소속이다. 본 기관의 구성원인 인터넷 안전위원은 2017년 6월 23일에 ‘어린이를 위한 온라인 안전 강화 개정 법안 2017’이 발효됨에 따라 투입된 인력이다.¹⁰⁵⁾ 인터넷 안전위원은 호주 아동·청소년을 대상으로 온라인 그루밍 성범죄가 발생하였을 때 그 범죄 사실을 조사할 권한을 가지며, 필요한 경우 유관 기관에 정보제공을 요청할 수 있다. 나아가, 인터넷 안전위원 사무실은 그 내부에 피해자 지원 전문팀을 두고 있어 신고 접수된 성범죄 피해자에 대하여 상담 및 트라우마 극복 지원 서비스, 성 착취물 삭제지원 서비스 등을 제공하기도 한다.

2009년 호주 연방 경찰과 정부의 협업을 통해 개발된 ‘ThinkUKnow’ 프로그램은 온라인 그루밍 성범죄, 성 착취 등 각종 성범죄에 대한 안전 정보를 제공한다. 학생들에게는 성범죄 피해 발생 시의 대처 방법에 대하여 연령대에 맞는 수준의 온라인 안전 교육 서비스를 제공한다. 그리고 부모들에게는 자식에게 성범죄 피해가 발생하였을 경우 보호자로서 취해야 할 조치에 대한 온라인 교육 서비스를 제공한다. 이뿐만 아니라, 본 프로그램은 연방 경찰기관과 연계되어 있어 성범죄 피해 발생 시 경찰기관과의 협력을 통해 수사 지원 서비스도 제공한다.¹⁰⁶⁾

이처럼 호주는 피해자에 대한 보호, 지원, 구제를 중점으로 제도를 구성해내고 있으며, 피해자를 보호·지원·구제하기 위한 구체적 서비스를 실현하기 위하여 전문 인력을 활용한 방법, 관계 기관과의 협력을 통한 방법, 교육적 방법을 사용하고 있다.

라. 검토

호주의 법, 처벌 사례, 제도를 살펴본 결과 아동·청소년 온라인 그루밍 성범죄와 관련하여 국내 도입을 고려할 수 있는 요소는 다음과 같다. 첫째, 성인이 16세 미만의 아동에게 정보통신 매체를 이용하여 그루밍하는 행위를 범죄로 규명하고 이를 처벌하는 내용의 명문 규정을 두어 아동·청소년 온라인 그루밍 성범죄에 적극적으로 대응하고 있다는 점이다. 둘째, 위장 수사를 이용하여 그루밍 행위가 발생했을 경우 발 빠르게 움직인다는 점이다. 셋째, 학생이라는 집단을 연령대별로 세분하여 각 연령대에 맞는 수준의 온라인 안전 교육을 제공하는 등 국민들에게 실질적·효과적으로 작용할 수 있는 프로그램을 국가적 차원에서 운영하고 있다는 점이다.

105) 방송통신심의위원회 조사분석팀, 앞의 보고서, 76면.

106) ThinkUKnow, <https://www.thinkuknow.org.au/>(검색일 : 2020. 09. 29.).

V. 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄의 해결을 위한 법·제도적 개선방안

제3장에서 살펴본 바와 같이 국내에서는 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄에 대한 규정이 존재하지 않아 처벌에 어려움이 있으며, 온라인 그루밍 성범죄 예방 및 피해자 보호·지원에 대한 별다른 방안도 마련되어 있지 않다. 그러므로 본 장에서는 제4장에서 검토한 영국, 미국, 호주 법·제도의 특징적 요소들을 우리나라의 사정에 맞도록 재구성하여 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄 관련 문제의 해결을 위한 상세한 개선방안을 제시해보도록 한다. 본 장에서 다루는 규정은 아동·청소년 대상 성범죄의 처벌과 절차에 관한 특례를 규정하고 피해 아동·청소년을 위한 구제 및 지원 절차를 마련한 현행 아동·청소년법에 관한 것으로 한정한다.

1. 가해자 처벌을 위한 법적 개선방안 : 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 처벌 규정 마련

아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄를 해결하기 위하여 우리나라가 가장 먼저 취해야 할 행동은 아동·청소년을 대상으로 이루어지는 온라인 그루밍 행위를 처벌하는 규정을 명문화하는 것이다. 처벌 규정을 명문화함에 있어서는 이미 온라인 그루밍 성범죄 처벌 규정을 가지고 있는 영국, 미국, 호주의 법률 체계를 참고할 수 있는데, 본 논문은 영국과 호주가 온라인 그루밍 성범죄의 객체를 16세 미만의 자로 한정된 점과 미국이 온라인 그루밍 성범죄의 주체를 특별히 한정하지 않은 점을 직접적으로 차용하였으며, 그 이유에 대해서는 이하에서 다시 설명하도록 한다. 본 논문은 아동·청소년과 친밀감·유대감을 쌓는 행위 중 객관적으로 판단하기에 그 목적이 성적이고 동시에 불법성이 높은 행위를 범죄화한다는 목적하에 부록 <신·구조문대비표-1>과 같은 개정안을 제안한다.

개정안 제13조 제2항은, 오프라인이 아닌 온라인상에서 이루어지는 성매수·성매매 목적의 아동·청소년 대상 그루밍 행위에 대하여 명시적으로 규정하고 있지 않아 이것이 처벌의 대상이 되는지 쉽게 단정 지을 수 없다는 현행 제13조 제2항의 한계를 보완하여, 성매수·성매매 목적의 아동·청소년 대상 ‘오프라인’ 그루밍 행위를 처벌 대상으로 명시하는 제1호와 성매수·성매매 목적의 아동·청소년 대상 ‘온라인’ 그루밍 행위를 처벌 대상으로 명시하는 제2호를 신설한 것이다. 개정안 제13조 제2항 제2호에서 ‘정보통신망’이라는 용어를 사용한 것은 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 등의 여타 국내법 조문에서 온라인을 지칭하는 용어로 정보

36 동국법학 제1권

통신망을 채택하고 있기 때문이다.

또한, 개정안 제13조 제2항은, 법정형이 부당하게 낮다는 현행 제13조 제2항의 문제점을 개선하여, 성매수·성매매 목적의 아동·청소년 대상 온·오프라인 그루밍 행위에 대한 법정형을 기존 '1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금'에서 '3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금'으로 상향한 것이다. 법정형을 상향 조정함에 있어서는 진선미 의원 등 11인이 발의한 아청법 일부개정법률안을 참조하였다.

개정안 제15조의2는, 성매수·성매매 목적 이외의 다른 성적인 의도를 가지고 행해지는 아동·청소년 대상 그루밍 행위는 처벌 대상이 되지 않는다는 현행 제13조 제2항의 한계를 보완하기 위하여 신설한 조항으로, 아동·청소년을 대상으로 하여 성범죄를 저지를 목적으로 행해지는 성적 유인 및 권유 행위를 처벌하는 내용을 담고 있다. 개정안 제15조의2의 제명을 '아동·청소년에 대한 성범죄 목적의 성적 유인·권유 행위 등'으로 정하여, 동조에 따라 처벌 대상이 되는 아동·청소년에 대한 그루밍 행위의 범주를 '성범죄를 저지르려는 목적으로 행해진 경우'로 한정된 것은, 아동·청소년과 친밀감·유대감을 쌓기 위해 이루어지는 모든 행위가 범죄로 다루어지게 되는 불상사를 방지하고 객관적으로 볼 때 성적·불법적이라고 판단되는 행위만을 범죄화하기 위함이다. 그리고 개정안 제15조의2의 제명에 '그루밍'이라는 용어를 직접적으로 사용하지 않고 '성적 유인·권유 행위'라고 표현한 것은 기존 아청법에서 '성적 유인·권유'라는 표현을 사용하고 있는 조항(현행 제13조, 제14조, 제15조 등)이 많음을 고려하여 그 통일성을 유지하기 위함이다.

또한, 개정안 제15조의2 제1항부터 제4항은 아청법 제7조부터 제15조에서 정한 모든 성범죄를 각 죄의 경중 및 법정형의 상하한을 기준으로 4단계로 분류하여, 각 단계에 해당하는 성범죄를 저지를 목적으로 행하여진 아동·청소년 대상 그루밍 행위에 대한 적절한 법정형을 규정하고 있다. 다만, 아청법 제7조부터 제15조에서 정한 성범죄 중 미수죄나 예비·음모죄에 관한 조항인 제7조 제6항, 제7조의2, 제11조 제6항·제7항, 제14조 제4항과 성매수·성매매죄 및 이를 목적으로 한 유인·권유 행위죄에 관한 조항인 제13조 제1항·제2항을 개정안 제15조의2에서 다루는 경우 이중 처벌 금지의 원칙에 반할 가능성이 있어 위 조항들은 동조에 명시하지 않았다. 아청법이 정하고 있는 성범죄를 4단계로 분류함에 있어서는 진선미 의원 등 11인이 발의한 아청법 일부개정법률안을 참조하였다.

아울러 개정안 제15조의2 각 항은 범죄 행위의 주체에 특별한 제한을 두지 않았다. 최근 뉴스에 보도되는 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄 사건들 가운데 미성년자가 가해자인 경우를 쉽게 찾아볼 수 있다.¹⁰⁷⁾ 뿐만 아니라, 경찰대 치안정책연구소의 학술지에 따르면 온라인

107) 중앙일보(2020.06.27), “여중생 성착취물·성폭행...19살 악마, 반성문 210개 안통했다”, <https://news.joins.com/article/23811793>; 뉴스1(2020.07.03.), “‘기프트카드 줄게’ 아동들

인 그루밍 행위를 처벌하기 위한 법정형만을 정하고 있으므로, 실제 사건을 처리함에 있어 본 조항이 적극적으로 활용되기 위해서는 대법원 양형위원회의 구체적인 양형기준안 마련이 필요하다고 하겠다.

2. 수사의 효율성 제고를 위한 법·제도적 개선방안

가. 위장 수사 도입 근거 규정 마련

온라인 그루밍 성범죄는 다크웹, 해외 기반 SNS 플랫폼 등과 같이 수사기관의 집행력이 미치지 힘든 곳에서 피해자의 심리적 취약성을 이용해 이루어진다. 디지털 성범죄는 온라인 공간의 익명성과 폐쇄성에 기대어 발생하고 있으며, 온라인 그루밍 성범죄 역시도 마찬가지이다. 이러한 문제 때문에 온라인 그루밍 처벌법에 대한 논의와 동시에 위장 수사의 필요성이 제기되었다.¹¹⁰⁾ 영국, 미국, 호주 3개국은 일찍이 위장 수사를 도입하여 아동·청소년을 성적으로 그루밍한 자가 성적 행위를 하고자 하는 의도를 품고 있었던 정황이나, 해당 아동·청소년을 만나려고 한 정황이 포착될 경우, 그에 응당한 처벌이 가능하게끔 하고 있다. 그리고 이러한 위장 수사를 통해 온라인 그루밍 성범죄자를 효율적·효과적으로 검거할 수 있게 되었음은 분명한 사실이다. 이에 우리 국회에서도 권인숙 의원과 진선미 의원이 위장 수사의 도입을 위한 아청법 개정안을 각각 발의하였다. 권인숙 의원과 진선미 의원의 개정안은 전체적으로 비슷하지만, 진선미 의원의 개정안에는 위장 수사 과정에서의 수사관 보호를 위한 사법경찰관리 및 가족의 신변 보호 규정이 함께 포함되어 있다. 본 논문에서는 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄의 신속·정확한 수사를 위하여 위장 수사를 도입한다는 목적하에 진선미 의원의 개정안을 차용하여 부록 <신·구조문대비표-2>와 같은 개정안을 제시한다.

일반론적으로 위장 수사란 수사기관이나 수사협력자가 보편적인 수사 방법으로는 범죄 현장을 발견하고 범인을 체포하기 어려운 지능적 범죄를 수사할 때 잠재적 범죄자로 하여금 미리 만들어 놓은 함정에 걸려들도록 하여 범인을 색출하는 수사 방법을 말한다. <신·구조문대비표 1>의 제25조의2가 시사하는 위장 수사의 개념 또한 이러한 일반론적인 위장 수사의 개념과 동일하다.

개정안 제25조의2를 근거로 하여 위장 수사가 적극적으로 도입·실시된다면 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄에 본격적으로 대응할 수 있게 되어 그루밍 후에 이어지는 성 착취 등과

110) 여성신문(2020.06.20), “‘10세 가장소녀’ 탓에 남성 2만명 덜마…디지털 성범죄에 ‘위장수사’허하라”, <http://www.womennews.co.kr/news/articleView.html?idxno=200101>(검색일 : 2020. 09. 29.).

같은 성범죄의 발생을 미연에 차단함으로써 범죄피해를 감소시킬 수 있다.

다만, 위장 수사를 법제화할 경우, 위장 수사가 경찰의 실적을 쌓기 위한 수단으로 변모할 가능성이 크다는 우려가 자연스럽게 뒤따른다.¹¹¹⁾ 이러한 문제점 지적도 법규를 마련함에 있어 반드시 고려되어야 할 사항이기에, 본 논문은 개정안 제25조의2 제1항에 위장 수사는 ‘최소한의 범위 내에서 행사되어야 하며, 그 목적을 달성한 때에는 즉시 종료하여야 한다’는 명문을 두었다. 또한, 개정안 제25조의2 제2항과 제3항을 통해 위장 수사의 기간에도 제한을 두었다.

이 밖에도 위장 수사의 법제화에 대해서는 증거능력 인정 여부와 관련한 위장 수사의 적법성이 또 다른 문제점으로 지적되곤 하는데, 이에 관해서는 아래에서 본격적으로 논해보도록 하자.

나. 위장 수사의 적법성 구비

위장 수사의 유형은 기회제공형과 범의유발형으로 나누어진다. 기회제공형 위장 수사란 ‘범의를 가진 자’에 대하여 범행의 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 하는 수사기법을 말한다. 그리고, 범의유발형 위장 수사란 ‘범의를 가지지 않은 자’에 대하여 수사기관이 사술이나 계락을 통해 범죄를 유발하는 수사기법을 말한다.¹¹²⁾

위장 수사의 유형과 관련하여 우리 대법원 판례는 기회제공형 위장 수사는 위법하지 않은 것¹¹³⁾으로, 범의유발형 위장 수사는 위법한 것으로 보고 있다.¹¹⁴⁾ 또한, 대법원 판례는 경우에 따라 기회제공형 위장 수사를 허용하고 있다. 이와 같은 대법원 판례에 근거하여 현재 우리나라에서는 마약 수사 등에서 위장 수사가 일부 활용되고 있다.

이러한 우리나라의 상황에 미루어 볼 때 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄를 검거하는데 위장 수사가 적법하게 활용되기 위해서는 위장 수사의 유형이 기회제공형에 한정되어야 한다는 것을 알 수 있다. 기회제공형 위장 수사는 위에서 살펴보았듯이 범의를 가진 자에 대하여 범행의 기회를 제공하는 것이므로, 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄에 대한 기회제공형 위장 수사가 적법하게 실시되기 위해서는, 우선적으로 아동·청소년을 대상으로 하여 이루어지는 온라인 그루밍 행위를 범죄로 규정하여 ‘아동·청소년을 그루밍 하려는 자’가 기회제공형 위장

111) 내일신문(2020.09.14.), “‘위장수사’ 법안 국회서 논의 시작”, http://www.naeil.com/news_view/?id_art=361852(검색일 : 2020. 09. 29.).

112) 고시계 편집부, “영화<베테랑>을 통하여 알아보는 함정수사의 위법성”, 「고시계」 제65권 제7호, 고시계사, 2020, 212-215면.

113) 대법원 2008.10.23. 선고 2008도7362판결.

114) 대법원 2013.3.28. 선고 2013도 판결; 대법원 2007.7.12. 선고 2006도2339판결; 대법원 2007.11.19. 선고 2007도680 판결.

40 동국법학 제1권

수사에서 말하는 ‘범의를 가진 자’에 해당할 수 있도록 해야 한다. 그리고 위장 수사를 진행하는 수사관은 수사의 상대방에게 먼저 성적인 요구를 하거나 성적인 대화를 거는 등의 방법으로 상대방의 범의를 유발하지 않도록 각별히 주의해야 한다.

나아가, 기회제공형 위장 수사가 시행되는 경우에도 법률이 정한 수사 절차는 반드시 지켜져야 한다. 왜냐하면, 기회제공형 위장 수사라 하더라도 적법 절차의 원칙을 어기면 위법한 위장 수사가 되어 이를 기반으로 한 공소는 무효가 되고 수사 자료의 증거능력 역시 인정받을 수 없게 되기 때문이다. 그러므로 기회제공형 위장 수사에서 범인 검거로 이어지는 모든 과정에 있어서 수사관은 체포영장 등 통상의 수사 절차를 반드시 준수함으로써 인권의 침해를 최소화해야 할 것이다.

다. 위장 수사 방법의 체계화

위에서 시사한 바와 같이 위장 수사가 적법성을 갖추기 위해서는 위장 수사를 진행하면서 상대방의 범의를 유발하는 언행을 하지 않고, 통상의 수사 절차를 반드시 준수하는 등 수사관이 유의하여야 할 사항이 많다. 그런데, 위장 수사에 있어서 수사관이 유의해야 할 사항은 이것이 전부가 아니다. 위장 수사는 수사기관이 수사를 진행하고 있다는 사실을 수사의 상대방이 알 수 없도록 하는 것, 다시 말해 용의자가 수사기관이 가장한 상황에 대하여 위화감을 느끼지 않도록 하는 것이 핵심이기에, 위장 수사를 진행하는 수사관은 해당 상황에 적합한 언행을 연기하는 등 스스로를 시의적절하게 통제할 수 있어야 한다. 즉, 위장 수사 과정에서 가장된 상황과 수사의 상대방에 대한 언행의 조화성에 유의하는 것 역시 수사관의 몫이라는 것이다.

이렇듯 위장 수사 과정에서 수사관이 유의해야 할 사항이 많은 상황에서 효율적이고 효과적인 위장 수사를 운영하기 위해서는 한시적인 특별수사팀이 아닌 위장 수사에 필요한 기술을 상세하게 교육받은 ‘아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄 사건 전담 수사팀’이 필요하다. 본문에서 제안하는 전담 수사팀의 설치 방법과 역할은 아래와 같다.

아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄 사건 전담 수사팀은 차장검사가 있는 전국 18개 검찰청 및 지청에 설치하도록 하며, 이보다 규모가 작은 다른 검찰청의 경우 전담검사를 지정하도록 한다. 이렇게 설치된 전담 수사팀은 그루밍 성범죄 피해자에 의한 신고 혹은 타 아동·청소년의 그루밍 성범죄 사실을 알게 된 자에 의한 신고를 통해 범죄 사실을 인지한 때, 조속히 위장 수사에 착수할 수 있다. 이 경우 수사관은 피해자로 위장하여 피의자와의 연락을 이어나가다가, 피의자와 만남을 약속한 뒤, 약속한 만남 장소에서 잠복하고 있다가 피의자가 나타나면 체포하는 방법을 활용할 수 있다. 피해자나 피해 사실을 알게 된 자에 의한 신고에 기초한 수

사를 위해서는 아동·청소년, 학부모 등 우리 사회 각계각층을 대상으로 한 온라인 그루밍 성범죄 교육 및 홍보가 선결적으로 이루어져야 함은 물론이다.

이처럼 전담 수사팀을 통해 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄에 대한 위장 수사를 원활하게 진행할 수 있다. 하지만, 이 역시 한계점이 있음을 부인할 수는 없다. ‘n번방 사건’에서 본사의 위치가 특정되어 있지 않고 개발자의 사무실 위치나 서버 위치도 비밀에 부쳐진 오픈소스 메신저 ‘텔레그램’이 사용¹¹⁵⁾된 것처럼, 피의자가 외국에 기반을 둔 웹사이트나 앱 등을 이용할 경우, 수사가 다소 곤란한 것이 현실이다. 그루밍 과정에서 금전적 거래가 오간 경우, 가상자산 추적 기술을 통해 피의자를 추적할 수 있겠으나, 금전적 거래를 요건으로 하지 않고 그루밍이 이루어진 경우, 이 기술 역시 대책으로 활용되기 어렵다.¹¹⁶⁾ 때문에, 현재로서는 인터폴, 미국의 연방수사국(FBI), 국토안보수사국(HSI), 영국의 국가범죄수사청(NSA) 등 외국 수사기관이나 트위터, 페이스북과 같은 글로벌 기업들과 국제공조를 하는 것이 최선이라고 할 수 있다.¹¹⁷⁾

본 절에서 상술한 개정안 제25조의2와 이에 부수한 제도들의 도입은 폐쇄성 높은 온라인상의 그루밍 행위를 적극적으로 적발할 수 있게끔 하고, 증거 수집을 용이하게 하며, 궁극적으로 아동·청소년의 성범죄 피해를 최소화하여 아동·청소년을 보호하는 데 큰 역할을 할 수 있다는 점에서 충분한 가치가 있다고 하겠다.

3. 범죄 예방 및 피해자 보호·지원을 위한 법·제도적 개선방안

가. 온라인서비스제공자의 의무 강화

SNS, 랜덤 채팅 애플리케이션 등 온라인 매체들이 다양하게 등장하면서 온라인 그루밍 성범죄가 발생할 수 있는 공간도 늘어났다. 그에 따라 아동·청소년들이 온라인 그루밍 성범죄의 위험에 노출될 가능성도 증가했다. 이러한 온라인 매체를 통해 피해자와 관계를 맺은 가해자가 온라인 매체의 모든 증거를 삭제하도록 피해자에게 지시하고 텔레그램과 같은 폐쇄적인 공간으로 이동할 경우, 수사의 어려움을 불러일으킨다. 그러므로 미국이 유해 콘텐츠를 규제하고 있다

115) 뉴스1(2020.03.23), “박사방 등 ‘26만 시청자’도 수사…n번방 ‘갯갯’ 추적중(종합)”, <https://www.news1.kr/articles/?3882542>(검색일 : 2020. 09. 29.).

116) 디지털데일리(2020.06.29), “n번방 같은 사이버 범죄… 어떻게 추적하나?”, <http://www.ddaily.co.kr/news/article/?no=197551>(검색일 : 2020. 09. 29.).

117) ZDNet Korea(2020.03.24), “경찰 ‘박사방 영상 소지·유포·방조자 전원 수사’”, <https://zdnet.co.kr/view/?no=20200324172609>(검색일 : 2020. 09. 29.).

42 동국법학 제1권

는 점을 차용해, 우리나라도 온라인서비스제공자의 의무를 확대하여, 아동·청소년을 대상으로 한 성적 유인·권유 현장을 발견하기 위해 조치를 취하고, 이를 발견한 경우에는 그러한 대화가 오가지 않도록 대화의 전송을 중단하는 등의 규제를 실시해야 한다. 더불어 그러한 대화를 나눈 가해자를 검거하는 데 도움이 되도록 랜덤 채팅 애플리케이션의 경우 회원가입 시 본인인증을 하도록 하는 규정을 신설해야 한다. 본 논문은 이러한 점을 고려하여, 아동·청소년으로부터 온라인 그루밍 성범죄를 사전적으로 차단하고, 온라인 그루밍 성범죄의 원활한 수사를 도모하겠다는 목적 아래 부록 <신·구조문대비표-3>과 같은 개정안을 제시한다.

개정안 제17조는 아동·청소년 성 착취물에만 한정되어 있는 현행 제17조의 온라인서비스제공자의 의무를 확대하여, 온라인서비스제공자가 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 행위에 대해서도 조치하도록 규정하고 있다. 세부적으로는 온라인서비스제공자가 아동·청소년을 대상으로 하여 성적 유인·권유행위가 이루어지는 현장을 발견하기 위한 기술적인 조치, 그리고 발견 시 이를 방지하고 중단하기 위한 기술적인 조치를 취하도록 하는 내용을 담고 있다. 더불어 불특정 이용자 간 신상 공개 없이도 무작위로 대화를 시도할 수 있는 채팅 애플리케이션을 이용하고자 하는 자는 애플리케이션에 가입할 때 최소한의 신상 정보를 애플리케이션 관리자에게 제공해야 한다는 내용을 신설하여, 수사관의 협조 요청이 있을 경우, 온라인서비스제공자가 수사에 도움을 줄 수 있도록 하였다.

아동·청소년을 대상으로 한 온라인 그루밍 현장을 발견하기 위한 조치와 관련하여서는 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률 시행령’(이하 ‘아청법 시행령’이라 한다) 제3조를 참고하여 볼 수 있다. 아청법 시행령 제3조를 차용해보건대, 온라인서비스제공자는 서비스이용자가 상대방이 아동·청소년임을 알거나 알 수 있었음에도 불구하고 그루밍 행위를 한 경우, 그 상대방이 온라인서비스제공자에게 신고할 수 있는 조치를 마련하도록 해야 한다. 또한 온라인 그루밍 과정에서 빈번하게 이용되는 언어 표현을 분석하여 기술적으로 자료를 수집하는 조치를 취해야한다. 다만 다른 법률에서 정한 조치를 통하여 아동·청소년을 대상으로 한 그루밍 현장을 발견할 수 있는 경우에는 위 두 조치의 일부 또는 전부를 하지 않도록 할 수 있다. 더불어 여성가족부 장관은 온라인서비스제공자가 아동·청소년 그루밍 행위를 발견하는데 필요한 행정적 지원을 할 수 있으며, 이를 위하여 온라인서비스제공자, 관계 기관 및 관련 단체와 협력체계를 구축할 수 있다.

온라인서비스제공자가 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 현장을 발견하였을 시, 이를 방지하거나 중단하기 위하여 행할 수 있는 기술적 조치와 관련하여서는 현재 국내에서 온라인서비스제공자가 디지털 성범죄와 관련하여 취하고 있는 조치를 참고해 볼 수 있다. 국내 웹사이트 관계자들은 각각의 시스템을 구축하여, 유해한 콘텐츠를 차단하는 방안을 내세우고 있다. 특히, 네이버 관계자는 디지털 성범죄와 관련하여 국내 최고 수준으로 운영함을 자부하며 최대한 신

속하고 강력하게 대응하고 있음을 강조했다.¹¹⁸⁾ 네이버는 자체적으로 개발한 X-eye라는 인공지능 기반 음란게시물 필터링 시스템을 통해 게시물이 업로드될 때 선제적으로 음란게시물을 차단하고 있다.¹¹⁹⁾ 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄를 방지하기 위하여 이와 같은 시스템을 개발함으로써 ‘성기’, ‘영상 찍어서’ 등의 단어가 대화 내용 가운데 일정 횟수 이상 포함되는 경우 온라인서비스에서 자동적으로 대화를 중단시켜야 한다.

나. 온라인 그루밍 성범죄 예방 교육의 실시

아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄 처벌 규정의 실효성을 위해선 아동·청소년을 대상으로 한 온라인 그루밍 성범죄 예방 교육이 필요하다. 처벌 규정이 생기더라도 피해아동·청소년이 범죄임을 인식하지 못한다면 중한 성범죄가 발생하고 나서야 이를 해결할 수 있게되는 문제가 발생할 수 있다. 그러므로 아동·청소년이 온라인 그루밍 성범죄에 대한 개념과 이에 대한 대처 방안을 습득할 수 있도록 교육을 의무화해야 한다. 이러한 온라인 그루밍 성범죄 교육과 관련하여 영국은 연령대에 맞게 온라인 그루밍 성범죄에 대한 예방 교육을 하고 있으며, 호주에서도 학생의 연령대에 맞는 온라인 안전 교육을 시행하고 있다. 이를 차용하여, 본 논문에선 아동·청소년이 건전한 성인식 함양하고 온라인 그루밍 성범죄로 인한 피해 최소화 방법을 습득하는 것을 목적으로 부록 <신·구조문대비표-4>와 같은 개정안을 제시한다.

개정안 제47조의2 ‘아동·청소년에 대한 성범죄 목적의 성적 유인·권유 행위 등 예방교육 실시’는 그루밍 행위에 대한 이해가 부족하고, 이를 잘 알지 못하는 아동·청소년들에게 그루밍 행위는 무엇인지, 더 나아가 온라인 그루밍 성범죄의 피해자가 된 경우의 대처 방법은 무엇인지에 대하여 교육함으로써 온라인 그루밍 성범죄로부터 아동·청소년을 보호하기 위한 것이다. 법률 구성은 ‘성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률’ 제5조를 차용하였다.

개정안 제47조의2에 적용할 대통령령은 ‘성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률 시행령’ (이하 ‘성폭력방지법 시행령’이라 한다) 제2조를 참고해볼 수 있다. 우선, 연령대에 맞는 다양한 교육 프로그램을 마련하는 것이 중요하다. 유치원생을 대상으로 한 교육에는 인형극, 영화, 만화, 그림책 등을 통한 시각적인 교육을 위주로 예방교육 가이드라인을 마련하고, 초등학생과 중학생, 고등학생을 대상으로 한 교육에는 실제 사례 위주의 예방교육 가이드라인을 제작해야 한다.

118) 이데일리(2020.08.05.), “‘2차 피해 방지’...디지털성범죄 방지 대응 분주한 IT업계”, <https://www.edaily.co.kr/news/read?newsId=03424326625840096&mediaCodeNo=257>(검색일 : 2020. 09. 29.).

119) TechM(2020.04.29.), “‘n번방’에 불뚱 튄 네이버 카카오... 아청법 감청 논란 재현되나”, <https://www.techm.kr/news/articleView.html?idxno=71309>(검색일 : 2020. 09. 29.).

44 동국법학 제1권

유치원생을 대상으로 한 온라인 그루밍 성범죄 예방 교육의 예시를 들어보자면, 보조기구로 그림책을 활용하여 유아들에게 온라인 그루밍 성범죄라는 개념을 눈높이에 맞게 설명할 수 있다. 그리고 온라인 그루밍 성범죄를 당했을 경우 취할 수 있는 대처방안을 사전에 제작한 관련 애니메이션을 보여주며 안내할 수 있다. 또한, 수사기관에 범죄 사실을 신고하는 상황극을 해보는 등 유아의 정서에 영향을 미치지 않을 정도의 예행 연습을 실시할 수 있다.

초·중·고등학생을 대상으로 한 온라인 그루밍 성범죄 예방 교육의 예시를 들어보자면, 사전에 제작된 관련 단편 영화를 보여준 뒤 유인물을 배부하여 읽어 보게끔 함으로써 학생들이 온라인 그루밍 성범죄의 개념을 주체적으로 습득하도록 할 수 있다. 그리고 모둠활동을 통해 온라인 그루밍 성범죄에 해당하는 사례들을 찾아보는 문제와 각 피해 사례에 맞는 대처방안을 매칭해 보는 문제를 풀어보게끔 하여¹²⁰⁾, 어떤 행동이 범죄에 해당하는지, 피해를 입은 경우 어떤 대처방안을 취할 수 있는지에 대하여 학생들이 고민해 보도록 할 수 있다. 나아가, 학생들이 온라인 그루밍 성범죄를 저지르지 않겠다는 선서를 해보는 시간을 가짐으로써 범죄를 예방의 중요성을 강조할 수 있다. 뿐만 아니라, 학생들이 온라인 그루밍 성범죄 피해자들을 응원하는 내용의 캐치프레이즈를 작성해 보게끔 함으로써 피해자들에게 공감해볼 수 있는 기회를 제공할 수 있다.

개정안 제47조의 2를 통해 예방교육을 실시함으로써, 결과적으로는 아동·청소년들이 온라인 그루밍 성범죄를 당했을 때 온라인 그루밍 성범죄에 대하여 배운 내용을 바탕으로 그 상황에서 벗어나 수사기관에 신고하여 스스로를 지키게 되는 효과를 얻을 수 있다. 그리고, 이렇게 신고가 접수되면 수사기관은 신속하게 수사를 진행해야 할 것이다.

다. 온라인 그루밍 성범죄 피해자 지원·피해 예방체계의 강화

아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄 피해자를 위한 지원과 온라인 그루밍 성범죄 피해 예방이 범죄 문제 해결에 있어 매우 중요함은 자명한 사실이다. 현재 국내에 성범죄 피해자 혹은 디지털 성범죄 피해자를 위한 지원체계가 존재하기는 하나, 정확히 온라인 그루밍 성범죄 피해자를 위한 지원체계라고 볼 수 있는 것은 없다. 또한, 국내에 처벌 규정이 존재하지 않는 만큼 그동안 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄에 관한 연구가 집중적으로 진행되거나 홍보가 활발하게 이루어진 바가 없어 예방체계 역시 미진한 부분이 있다. 이러한 문제들을 본 논문에서는 성범죄 목적의 성적 유인·권유행위 피해 아동·청소년 지원센터의 설치와 아동·청소년

120) 다만, 초등학생의 경우 사례를 제시할 때 중·고등학생보다 다양한 시청각 자료를 활용하여 관심을 유도해야 할 것이다.

에 대한 성범죄 목적의 성적 유인·권유행위 방지 명예지도원의 도입을 통해 해결하도록 할 것이다. 영국에서 온라인 그루밍 성범죄에 관한 연구 결과를 민간에 배포하고 애플리케이션 안전도 표기 제도를 시행하고 있는 점을 차용하여, 부록 <신·구조문대비표5> 같은 개정안을 제안한다.

개정안 제47조의3은 그루밍 행위로 인해 피해를 입은 아동·청소년에 대한 지원에 관한 규정으로, 지난 5월 19일 공포되어 올해 11월 20일부터 시행 예정인 아청법 제47조의2의 내용을 참고하여 신설한 것이다.

개정안 제47조의3에 의한 성범죄 목적의 성적 유인·권유행위 피해 아동·청소년 지원센터는 피해 아동·청소년을 대상으로 범죄 및 피해 사실에 대한 상담과 정신적 치료를 지원함으로써 이들이 사회에 복귀할 수 있도록 돕는 역할을 해야 한다. 또한, 피해 아동·청소년의 부모 등 법정대리인을 대상으로 한 교육이나 상담프로그램도 운영하여 법정대리인의 지지와 보조가 피해 아동·청소년의 회복에 긍정적인 영향을 줄 수 있도록 한다.

그리고 동 피해 아동·청소년 지원센터에 아동·청소년 대상 그루밍 성범죄에 관한 조사·연구 업무도 함께 부과하여 성적 그루밍 행위로부터 아동·청소년의 성을 보호하기 위한 학술적 기반을 쌓아야 한다. 조사와 연구의 내용으로는 온라인 그루밍 성범죄가 빈번하게 일어나는 SNS, 랜덤 채팅 애플리케이션 등에서 가상의 인물을 설정하여 활동을 시작한 후 가해자들이 어떤 말을 통해 접근하는지, 어떻게 신뢰 관계를 쌓아서 성적 요구를 하는지 등 가해자의 행동 양상을 파악해보는 것외 다양한 것들이 고려될 수 있다.

나아가, 개정안 제47조의3 제2항 제7호에 규정되어 있는 그 밖의 대통령령으로 정하는 업무로는 동 피해 아동·청소년 지원센터에서 매년 웹사이트와 애플리케이션의 성질에 따른 안전도를 분류하여 공고하도록 하는 것을 생각해 볼 수 있다. 성적 목적을 위해 만들어져 아동·청소년이 사용하기에 부적절한 웹사이트나 애플리케이션은 안전도를 최하로 표시하여 붉은색으로 공고하고, 아동·청소년에게 이용을 권장할 수 있을 만큼 유익한 웹사이트나 애플리케이션은 안전도를 최상으로 표시하여 녹색으로 공고할 수 있을 것이다. 이러한 웹사이트 및 애플리케이션 안전도 공고 자료를 통해 아동·청소년 또는 그 보호자는 어떤 웹사이트 또는 애플리케이션을 이용할 것인지 결정할 때 도움을 받을 수 있다.

개정안 제47조의4는 여성가족부와 각 시·도·군·구에서 아동·청소년을 대상으로 한 그루밍 성범죄의 방지를 위한 명예지도원을 위촉하는 것을 내용으로 하는 조항이다. 법 조항의 구성은 ‘마약류 관리에 관한 법률’ 제49조, ‘건전가정의례의 정착 및 지원에 관한 법률’ 제8조, ‘노인복지법’ 제51조, ‘자연환경보전법’ 제58조 등을 참조하였다.

개정안 제47조의4를 도입하기 위해서는 아동·청소년 온라인 그루밍 성범죄와 관련된 전문 인력이 필요하다. ‘마약류 관리에 관한 법률 시행령’ 제18조에서 마약류 명예지도원의 자격을 의

46 동국법학 제1권

약 관련 협회·단체의 회원이나 직원으로서 해당 단체의 장이 추천한 사람, 보건행정관서에서 보건 행정에 관한 업무에 1년 이상 종사한 경력이 있는 사람, 마약류 관련 수사업무에 1년 이상 종사한 경력이 있는 사람 등으로 제한하고 있는 것처럼, 개정된 제47조의4에 의한 명예지도원도 성적 그루밍 행위로부터 아동·청소년의 성을 보호하는 데 도움이 될 수 있는 자격을 가진 자들로 구성되어야 한다. 그러한 자격을 가진 자로는 디지털 성범죄 예방 교육 전문가, 청소년 상담사, 유치원 및 초·중·고등학교 교사, 관련 수사관, 범죄심리학자 등을 고려해 볼 수 있을 것이다.

그리고 이렇게 위촉된 아동·청소년에 대한 성범죄 목적의 성적 유인·권유행위 방지 명예지도원은 일련의 교육과정을 거친 후 온라인 그루밍 성범죄의 근절을 위한 다양한 활동을 전개해야 한다. 활동의 구체적 내용으로는 각종 온라인 매체에서 일어나는 그루밍 행위에 대한 정보를 수집하고, 그루밍 행위가 자주 일어나는 온라인 매체를 모니터링하는 것을 생각해 볼 수 있다. 더불어 전 국민을 대상으로 온라인 그루밍 성범죄 발생 및 목격 시의 대처방안 등을 홍보하거나, 이와 관련된 자료를 정리하여 제공하고, 온라인 그루밍 성범죄를 예방할 수 있는 효과적인 방안에 관한 연구를 진행하는 것도 고안해볼 수 있다.

본 절에서 다룬 개정안 조항과 그에 부수한 제도들을 우리나라에서 시행하게 되면 온라인 그루밍 성범죄의 발생을 방지할 수 있고, 피해 아동·청소년을 효과적으로 지원할 수 있다. 온라인 서비스제공자의 의무가 확대될 경우 아동·청소년에 대한 보호와 가해자 검거가 용이해지며, 온라인 그루밍 성범죄에 대한 예방 교육을 활성화할 경우 아동·청소년이 해당 범죄를 당하더라도 그것이 범죄라는 사실을 분명히 인식하고 수사기관에 도움을 요청해 자신을 보호할 수 있다. 뿐만 아니라 온라인 그루밍 성범죄 피해 아동·청소년을 보호·지원하는 센터를 설립하고 온라인 그루밍 성범죄를 방지하는 명예지도원을 둘 경우 아동·청소년의 성을 보다 체계적으로 보호하고 이들의 건전한 성문화 형성을 꾀할 수 있다.

VI. 결 론

본 논문은 아동·청소년 온라인 그루밍 성범죄의 개념과 단계, 특징을 소개하며 이를 바탕으로 국내법과 처벌 사례 및 제도를 검토하였다. 결과적으로 국내에서는 온라인 그루밍 성범죄를 처벌할 수 있는 명확한 규정이 존재하지 않았으며, 당연한 이치로 온라인 그루밍 성범죄 그 자체에 대하여 양형이 이루어진 처벌 사례도 존재하지 않았다. 또한, 온라인 그루밍 성범죄 피해 아동·청소년에 대한 사후 지원 제도나 온라인 그루밍 성범죄를 사전에 예방하기 위한 제도도

미흡했다.

이러한 우리나라의 문제점을 해결하기 위한 적절한 대안을 마련하고자 온라인 그루밍 성범죄와 관련하여 선진적인 법체계와 제도를 가지고 있는 영국, 미국, 호주의 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄에 대한 처벌을 규정하고 있는 법, 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄를 처벌한 사례, 온라인 그루밍 성범죄 피해 아동·청소년을 위한 지원과 피해 예방을 위한 제도를 차례로 살펴보았다. 그 결과 영국, 미국, 그리고 호주 모두 체계화·구체화 된 온라인 그루밍 성범죄 처벌법을 가지고 있으며, 온라인 그루밍 성범죄의 원활한 수사를 위해 위장 수사를 허용·인정하고 있음을 알 수 있었다. 또한, 피해 아동·청소년에 대한 지원 및 보호 제도와 범죄 예방을 위한 제도가 우리나라보다 다양하게 구비되어 있음을 알 수 있었다.

이와 같은 영국, 미국, 호주 세 나라의 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄와 관련한 특징적 요소들을 참고하여 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄 문제의 해결을 위해 우리나라에 도입할 수 있는 법안을 아청법 일부개정법률안의 제시를 통해 구체적으로 제안하였다. 그리고 그러한 법률안에 부수하여 시행될 수 있는 제도 역시 본문에서의 상세한 설명과 예시를 통해 제안하였다.

위처럼 본 논문이 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄의 근절을 위해 제안한 법안과 제도 각각의 세부 내용 및 효과를 압축적으로 정리하자면 이리하다. 첫째, 온라인 그루밍 성범죄에 대한 처벌을 명문화함으로써 다른 중대 성범죄가 발생하기 전인 그루밍 단계에서 가해자를 처벌하여 아동·청소년을 두텁게 보호한다. 둘째, 온라인 그루밍 성범죄자를 검거하기 위한 수사 방법으로 위장 수사를 도입하여 폐쇄적인 온라인 공간에서 유효한 증거를 확보할 수 있도록 함으로써 온라인 그루밍 성범죄 처벌 규정이 효용성을 갖추도록 한다. 셋째, 온라인서비스제공자의 의무 확대, 온라인 그루밍 성범죄 예방 교육 실시, 온라인 그루밍 성범죄 피해 아동·청소년 지원센터 및 온라인 그루밍 성범[죄] 방지 명예지도원 도입을 통해 온라인 그루밍 성범죄로부터 아동·청소년의 성을 보호하고, 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄 수사가 효과적으로 이루어질 수 있도록 보조하며, 피해 아동·청소년의 빠른 회복을 돕는다.

온라인 그루밍 성범죄는 가해자가 피해자의 심리를 철저히 통제하고 성적으로 길들이는 과정이기에, 피해자가 자신이 성적 착취 및 학대를 당하고 있다는 사실조차 인식하지 못하는 경우가 많다. 다시 말해, 당신의 어린 자녀가, 당신의 어린 조카가, 본인 스스로도 자각하지 못한 사이에 n번방 사건과 같은 온라인 그루밍 성범죄 사건의 피해자가 될 수 있다는 것이다. 그렇기 때문에 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄라는 사회문제를 해결하기 위한 법과 제도를 정비하는 것은 필수적이다. 본 논문에서 제안한 법·제도가 대한민국 사회에 도입된다면 정보화 시대 속에서 온라인 그루밍 성범죄에 상시 노출되어 있는 아동·청소년을 보호하고, 온라인 그루

48 동국법학 제1권

밍 성범죄를 기반으로 하여 이루어지는 극악무도한 다른 성범죄가 발생하지 않도록 저지할 수 있다. 그리고 중국적으로는, 아동·청소년의 성을 적극적으로 보호하고 아동·청소년이 건장한 사회 구성원으로 성장할 수 있는 토대를 마련할 수 있다. 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 성범죄의 근절을 위해 법·제도적 차원의 실질적 변화가 절실히 요구되는 시점임을 모두가 공감할 수 있길 바란다.

- 부 록 -

제15조(성적 그루밍 등 이후 아동과 만남)

- (1) 18세 이상의 성인 A는 다음과 같은 경우 범죄를 저지른 것이다.
- (a) A가 타인 B와 1회 이상 만나거나 의사소통을 하고, 부수하여
 - (i) A가 의도적으로 B를 만나거나,
 - (ii) A가 B를 만날 목적으로 현실 안에서 실제 이동을 하거나, B를 만날 약속을 하거나,
 - (iii) B가 A를 만날 목적으로 현실 안에서 실제 이동을 한 경우
 - (b) A는 B에 대해서 위 (a)(i)-(iii)에서 언급된 만남 중, 혹은 그 후 무엇인가를 할 의도를 지니고 있으며, 이것이 이행될 경우 A에 의한 해당 성범죄의 이행을 포함할 수 있는 경우
 - (c) B는 16세 미만이고
 - (d) A는 B가 16세 이상일 것이라고 합리적으로 믿지 않은 경우
- (2) (1)에서
- (a) A가 타인 B와 만나거나 의사소통을 한다는 것은 A가 B와 현실의 어떤 부분 안에서 B를 만나거나, 어떤 수단으로 B와 소통함을 지칭하는 것이다.
 - (b) 해당 성범죄는 다음을 의미한다.
 - (i) 제1부에 규정된 범죄
 - (ii) 삭제
 - (iii) 잉글랜드와 웨일즈 이외에서 이루어진 행위는 본 조항에 따른 범죄에 해당하지 않는다.
- (3) 삭제
- (4) 본 조항에 의하여 유죄가 인정되는 자는 다음과 같은 처벌을 받는다.
- (a) 약식 기소인 경우, 6개월 이하의 징역 또는 법정 최대치를 초과하지 않는 범위 내의 벌금형
 - (b) 정식 기소인 경우, 10년 이하의 징역

제15A조(아동과의 성적인 의사소통)

- (1) 18세 이상의 성인 A는 다음과 같은 경우 범죄를 저지른 것이다.
- (a) 성적 만족을 얻을 목적으로, A가 의도적으로 타인 B와 의사소통하고,
 - (b) 해당 의사소통이 성적이거나 B가 (A또는 다른 사람과) 성적인 의사소통을 하도록 하고,
 - (c) B가 16세 미만이고, A는 B가 16세 이상일 것이라고 합리적으로 믿지 않은 경우
- (2) 본 조항의 목적상 다음의 경우 의사소통은 성적이다.
- (a) 의사소통의 일부가 성적 행위와 관련되거나
 - (b) 합리적인 사람이 어떤 사람의 목적과 관계없이 모든 상황에서 의사소통의 일부가 성적이라고 보는 경우; 그리고 (a)에서 성적 행위는 합리적인 사람이 어떤 사람의 목적과 관계없이 모든 상황에서 성적이라고 보는 것을 의미한다.
- (3) 본 조항에 의하여 유죄가 인정되는 자는 다음과 같은 처벌을 받는다.
- (a) 약식 기소인 경우, 12개월 이하의 징역 또는 법정 최대치를 초과하지 않는 범위 내의 벌금형
 - (b) 정식 기소인 경우, 2년 이하의 징역

※출처 : 영국 2003년 성범죄법 제15조, 제15A조.

50 동국법학 제1권

| |
|--|
| <p>18 U.S. Code § 2422 (b)</p> <p>우편물, 시설 또는 외국의 상업 시설을 이용하여 미국의 특별한 해양 및 영역 관할권 내에서 18세가 되지 않은 사람을 고의로 설득, 유도, 유인, 강요하여 성매매를 하도록 하거나 형사상 범죄에 해당하는 성적 행위에 관여하도록 한 경우, 또는 그러한 시도를 한 경우에는 이 규정에 따라 벌금형이 부과되며 최소 10년 이상의 징역 또는 무기징역에 처한다.</p> |
| <p>18 U.S. Code § 2425</p> <p>누구든지 우편물이나 시설 또는 외국의 상업 시설을 이용하여 미국의 특별 해양 및 영토 관할권 내에서 16세가 되지 않은 사람들이 형사 범죄에 해당하는 성적 행위에 관여되도록 유혹, 제안, 간청할 목적으로 그들의 이름, 주소, 전화번호, 사회보장번호, 전자메일 주소 등을 고의로 전파한 경우, 혹은 그러한 시도를 한 경우 벌금형이나 5년 이하의 징역 또는 둘 다에 처한다.</p> |

*출처 : 미국 연방 형법 2422조 b항, 2425조.

호주 내 각 지역의 온라인 그루밍 성범죄 관련 법률

| 관할구역 | 규정 | 범죄 | 최대형벌 | 아동·청소년 연령 |
|-------------|-----------------|--------------------|--|------------------|
| 호주 연방 | 형법 1995 s474.26 | 정보통신매체를 사용한 아동 알선 | 징역 15년 | 16세 미만 |
| | 형법 1995 s474.27 | 정보통신매체를 사용한 아동 그루밍 | s474.27(3) : 징역 15년 | 16세 미만 |
| 호주 수도 특별 지역 | 범죄법 1900 s66 | 인터넷 등을 사용한 청소년 그루밍 | s66(1) : 징역 10년 (초범-징역 5년) | 16세 미만 |
| | | | s66(3) : 100년 penalty units ¹²¹⁾ 또는 징역 5년 | 16세 미만 |
| 퀸즈랜드 | 형법 1899 s218A | 인터넷 등을 사용한 아동 알선 | s218A(1) : 징역 5년 s218A(2) : 징역 10년 | 16세 미만 12세 미만 |
| | 형법 1899 s218B | 아동 그루밍 | s218B(1) : 징역 5년 s218B(2) : 징역 10년 | 16세 미만 12세 미만 |
| 중북부 연방 직할지 | 형법 1983 s131 | 아동 알선 시도 | s131(1) : 징역 3년 | 16세 미만 |
| | | | s131(2) : 징역 5년 | 16세 미만 |
| | 형법 1983 s132 | 아동을 외설적으로 다룸 | s132(2) : 징역 10년 s132(4) : 징역 14년 | 16세 미만 16세 미만 |

121) penalty units는 벌금형의 단위로, 호주 연방법에 의해 매년 금액이 지정된다.

<신·구조문대비표-1> 아동·청소년 대상 온라인 그루밍 처벌 규정 마련

| 현행 | 개정안 |
|--|--|
| <p>제13조(아동·청소년의 성을 사는 행위 등)</p> <p>① (생략)</p> <p>② 아동·청소년의 성을 사기 위하여 <u>아동·청소년을 유인하거나 성을 팔도록 권유한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.</u></p> <p><신설></p> <p><신설></p> | <p>제13조(아동·청소년의 성을 사는 행위 등)</p> <p>① (현행과 같음)</p> <p>② -----다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 -----3년-----3천만원-----.</p> <p>1. 아동·청소년과 접촉하여 유인하거나 성을 팔도록 권유한 행위</p> <p>2. 정보통신망을 통하여 아동·청소년을 유인하거나 성을 팔도록 권유한 행위</p> <p>제15조의2(아동·청소년에 대한 성범죄 목적의 성적 유인·권유 행위 등) ① 제7조제1항·제2항, 제9조, 제10조, 제11조제1항, 제12조, 제14조제1항·제2항 또는 제15조제1항의 죄를 범할 목적으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>1. 16세 미만인 아동·청소년을 성적으로 유인·권유하는 행위</p> <p>2. 정보통신망을 통하여 16세 미만인 아동·청소년을 성적으로 유인·권유하는 행위</p> <p>② 제7조제3항부터 제5항까지, 제8조제1항, 제8조의2제1항 또는 제11조제4항의 죄를 범할 목적으로 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다. 이 경우 제7조제4항 및 제5항은 같은 조 제3항의 예에 따라 처벌하는 경우를 말한다.</p> <p>③ 제8조제2항, 제8조의2제2항, 제11조제2항·제3항, 제14조제3항 또는 제15조제2항의 죄를 범할 목적으로 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>④ 제11조제5항 또는 제15조제3항의 죄를 범할 목적으로 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> |

<신·구조문대비표-2> 위장 수사 도입 근거 규정 마련

| 현행 | 개정안 |
|--------------------|--|
| <p><신 설></p> | <p>제25조의2(아동·청소년 대상 성범죄의 수사 특례) ① 사법경찰관리는 제13조제2항 또는 제15조의2의 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있고 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여 수사목적 달성을 위하여 정보통신망을 포함한 범죄현장 또는 범인에게 접근하여 다음 각 호의 행위를 할 수 있다. 이 경우 수사는 필요한 최소한의 범위 내에서 행사되어야 하며, 그 목적을 달성할 때에는 즉시 종료하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 신분을 위장하기 위한 문서, 도화 및 전자기록 등의 작성, 변경, 행사 2. 위장된 신분을 이용하여 제1항의 범죄행위에 관여하여 범죄행위의 증거 및 자료 등을 획득하는 것 <p>② 사법경찰관리가 제1항에 따른 수사를 하는 경우 필요한 기간을 정하여 사전에 상급경찰관서 수사부서의 장의 승인을 받아야 한다. 다만, 그 필요한 기간은 6개월을 초과하여서는 아니 되며 수사를 계속할 필요가 있는 경우에는 제1항의 요건이 구비된 경우에 한하여 갱신할 수 있다.</p> <p>③ 사법경찰관리는 갱신 결정이 없이 제2항에 따른 기간이 경과한 경우나 수사의 중지가 필요한 경우, 안전하게 수사를 중지하는데 필요한 기간 동안 제1항의 수사상 허용된 행위를 계속할 수 있다. 다만, 그 필요한 기간은 4개월을 넘지 아니하여야 한다.</p> <p>④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 수사의 절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.</p> <p>⑤ 이 조에 따라 수사를 진행하는 사법경찰관리의 신원은 공개하여서는 아니 된다.</p> |

| | |
|---|---|
| <p>제65조(벌칙) <신 설></p> <p>① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>1. ~ 3. (생략)</p> <p><신 설></p> <p>② ~ ⑤ (생략)</p> | <p>제65조(벌칙) ① 제25조의2제5항을 위반하여 사법경찰관리 또는 그 배우자·자녀·직계존속에 게 폭행·상해·협박·명예훼손·모욕 등의 피해를 입힌 자는 7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>② ----- ----- -----.</p> <p>1. ~ 3. (현행과 같음)</p> <p>4. 제25조의2제5항을 위반하여 사법경찰관리의 신원을 공개한 자</p> <p>③ ~ ⑥ (현행 제2항부터 제5항까지와 같음)</p> |
|---|---|

<신·구조문대비표-3> 온라인서비스제공자의 의무 강화

| 현행 | 개정안 |
|---|--|
| <p>제17조(온라인서비스제공자의 의무)</p> <p>① 자신이 관리하는 정보통신망에서 아동청소년성착취물을 발견하기 위하여 대통령령으로 정하는 조치를 취하지 아니하거나 발견된 아동·청소년성착취물을 즉시 삭제하고, 전송을 방지 또는 중단하는 기술적인 조치를 취하지 아니한 온라인서비스제공자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 온라인서비스제공자가 정보통신망에서 아동·청소년성착취물을 발견하기 위하여 상당한 주의를 게을리하지 아니하였거나 발견된 아동·청소년성착취물의 전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 기술적으로 현저히 곤란한 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② (생략)</p> | <p>제17조(온라인서비스제공자의 의무)</p> <p>① -----아동청소년성착취물이나 아동·청소년을 대상으로 한 성적 유인·권유 현장을----- -----아동·청소년성착취물의 전송이나 아동·청소년을 대상으로 한 성적 유인·권유 현장을----- -----아니하거나, 또는 불특정 이용자 간 신상공개 없이도 무작위로 대화를 시도할 수 있는 채팅을 운영하고 있으나 이용자에 대한 최소한의 본인인증을 위한 조치를 취하지 아니한----- ----- -----아동청소년성착취물이나 아동·청소년을 대상으로 한 성적 유인·권유 현장을----- -----전송이나 아동·청소년을 대상으로 한 성적 유인·권유 현장을----- -----.</p> <p>② (현행과 같음)</p> |

<신·구조문대비표-4> 온라인 그루밍 성범죄 예방 교육의 실시

| 현행 | 개정안 |
|--------------------|---|
| <p><신 설></p> | <p>제47조의2(아동·청소년에 대한 성범죄 목적의 성적 유인·권유 행위 등 예방교육 실시)</p> <p>① 국가기관, 지방자치단체, 초·중·고등학교, 그 밖에 대통령령으로 정하는 공공단체(이하 “국가기관등”이라고 한다.)의 장은 성에 대한 건전한 가치관 함양과 아동·청소년에 대한 성범죄 목적의 성적 유인·권유 행위 예방 및 인권 보호를 위해 예방교육을 필수적으로 실시하고, 그 결과를 여성가족부장관에게 제출하여야 한다.</p> <p>② 제1항에 따른 예방 교육을 실시하는 경우, 「성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제5조에 따른 성교육 및 성폭력 예방교육, 「양성평등기본법」 제31조에 따른 성희롱 예방교육 및 「가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제4조의3에 따른 가정폭력 예방교육 등을 성평등 관점에서 통합하여 실시할 수 있다.</p> <p>③ 여성가족부장관 또는 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다)는 제1항에 따른 교육의 대상이 아닌 국민에게 아동·청소년에 대한 성범죄 목적의 성적 유인·권유 행위 예방교육 및 피해자에 대한 인권 보호를 위해 필요한 교육을 실시할 수 있다. 이 경우 여성가족부장관 또는 시·도지사는 교육에 관한 업무를 제47조에 따른 아동·청소년 대상 성교육 전문기관 또는 대통령령으로 정하는 교육기관에 위탁할 수 있다.</p> <p>④ 여성가족부장관은 제1항과 제2항에 따른 교육을 효과적으로 실시하기 위하여 전문강사를 양성하고 교육프로그램을 개발·보급하여야 한다.</p> <p>⑤ 여성가족부장관은 제1항에 따른 국가기관등의 아동·청소년에 대한 성범죄 목적의 성</p> |

| | |
|--|---|
| | <p>적 유인·권유 행위 예방교육 실시 결과에 대한 점검을 대통령령으로 정하는 바에 따라 매년 실시해야 한다.</p> <p>⑥ 여성가족부장관은 제5항에 따른 점검결과 교육이 부실하다고 인정되는 국가기관등에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 관리자 특별교육 등 필요한 조치를 취하여야 한다.</p> <p>⑦ 여성가족부장관은 제5항에 따른 점검결과를 다음 각 호의 평가에 반영하도록 해당 기관·단체 장에게 요구할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 「정부업무평가 기본법」 제14조제1항 및 제18조제1항에 따른 중앙행정기관 및 지방자치단체의 자체평가 2. 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제48조제1항에 따른 공기업·준정부기관의 경영실적 평가 3. 「지방공기업법」 제78조제1항에 따른 지방공기업의 경영평가 4. 「초·중등교육법」 제9조제2항에 따른 학교 평가 <p>⑧ 여성가족부장관은 제5항에 따른 점검결과를 대통령령으로 정하는 바에 따라 언론 등에 공표하여야 한다. 다만, 법률에서 공표를 제한하고 있는 경우에는 그러하지 아니한다.</p> <p>⑨ 제1항에 따른 아동·청소년에 대한 성적 유인·권유 행위 등 예방교육의 내용과 방법, 결과 제출 절차 등에 필요한 사항을 대통령령으로 정한다.</p> |
|--|---|

<신·구조문대비표-5> 온라인 그루밍 성범죄 피해자 지원·피해 예방체계의 강화

| 현행 | 개정안 |
|--------------------|---|
| <p><신 설></p> | <p>제47조의3(성범죄 피해아동·청소년 지원센터의 설치)</p> <p>① 여성가족부장관 또는 시·도지사 및 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)은 성범죄 피해아동·청소년(이하 “성범죄 피해아동·청소년”이라 한다)의 보호를 위하여 성범죄 피해아동·청소년 지원센터(이하 “성범죄 피해아동·청소년 지원센터”라 한다)를 설치·운영할 수 있다.</p> <p>② 성범죄 피해아동·청소년 지원센터는 다음 각 호의 업무를 수행한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 제12조부터 제15조의2의 범죄에 대한 신고의 접수 및 상담 2. 성범죄 피해아동·청소년의 교육·상담 및 지원 3. 성범죄 피해아동·청소년의 정신적 치료·안정회복과 사회복귀를 돕는 업무 4. 성범죄 피해아동·청소년의 법정대리인을 대상으로 한 교육·상담프로그램 운영 6. 아동·청소년에 대한 성범죄 등에 관한 조사연구 7. 그 밖에 성범죄 피해아동·청소년의 보호 및 지원을 위하여 필요한 업무로서 대통령령으로 정하는 업무 <p>③ 국가와 지방자치단체는 제2항에 따른 성범죄 피해아동·청소년 지원센터의 업무에 대하여 예산의 범위에서 그 경비의 일부를 보조하여야 한다.</p> <p>④ 성범죄 피해아동·청소년 지원센터의 운영은 여성가족부령으로 정하는 바에 따라 비영리법인 또는 단체에 위탁할 수 있다.</p> |
| <p><신 설></p> | <p>제47조의4(아동·청소년에 대한 성범죄 목적의 성적 유인·권유행위 방지 명예지도원)</p> <p>① 아동·청소년에 대한 성범죄 목적의 성적 유인·권유행위를 방지하고 홍보·계몽 등을 하기 위하여 여성가족부, 특별시·광역시·특별자치시·도·특별자치도 및 시·군·구에 아동·청소년에 대한 성범죄 목적의 성적 유인·권유행위 방지 명예지도원을 둘 수 있다.</p> <p>② 아동·청소년에 대한 성범죄 목적의 성적 유인·권유행위 방지 명예지도원의 자격, 업무 범위, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.</p> |

참 고 문 헌

I. 국내문헌

- 고시계 편집부, “영화<베테랑>을 통하여 알아보는 함정수사의 위법성”, 「고시계」 제65권 제7호, 고시계사, 2020.
- 김미숙·조애저·김효진·이주연, “아동·청소년 성착취근절을 위한 국내외 이행실태 연구”, 「정책보고서2009-12」, 보건복지가족부 한국보건사회연구원, 2009.
- 원혜옥·손진·호인지·김재희·박상민·박경규, 「범죄피해자 보호제도론」, 피데스, 2018.
- 김성현·석희진·김리원·이은정·서연주·이수정, “온라인 기반 아동·청소년 성착취 근절을 위한 개선방안 - 국내 및 국외 현행법·제도 검토를 중심으로 -”, 「경찰학논총」 제14권 제4호, 원광대학교 경찰학연구소, 2019.
- 김정연, “성폭력범죄 판결에서 나타난 ‘그루밍’ 성범죄의 피해특성과 관련 개정 법률규정에 대한 비판적 검토”, 「피해자학연구」 제27권 제2호, 한국피해자학회, 2019.
- 김지영, “온라인그루밍성범죄의 실태와 대책 : 신상정보등록대상자를 중심으로”, 「치안정책연구」 제34권 제2호, 치안정책연구소, 2020.
- 신현주, “아동·청소년 그루밍 성범죄에 대한 이해와 예방대책에 관한 연구”, 「한국치안행정논집」 제15권 제4호, 한국치안행정학회, 2019.
- 오세연·신현주, “온라인 그루밍 성범죄 실태 및 피해자 보호방안에 관한 연구”, 「경찰학논총」 제14권 제4호, 경찰학연구소, 2019.
- 윤덕경·김정혜·천재영·유경희·김영미, “온라인 성폭력 피해실태 및 피해자 보호방안”, 「2018 연구보고서-15」, 한국여성정책연구원, 2018.
- 원혜옥·홍민지, “온라인에 기반한 아동·청소년 대상 성착취에 대한 법제도 개선방안”, 「피해자학연구」 제28권 제1호, 한국피해자학회, 2020.
- 윤정숙·이태현·김현숙, “아동·청소년 성범죄에서 그루밍(grooming)의 특성 및 대응방안 연구”, 「연구총서19-04」, 한국형사정책연구원, 2019.
- 이재영·김용근, “채팅 애플리케이션에서 그루밍 성범죄 예방에 관한 연구”, 「한국융합과학회지」 제8권 제4호, 한국융합과학회, 2019.
- 한숙희·정희진·조아미, “아동·청소년 대상 성범죄 그루밍(grooming, 길들이기) 판례분석”, 「청소년문화포럼」 제62호, 한국청소년문화연구소, 2020.

II. 기타자료

광주고등법원 2015.6.11 선고 2015노145판결.

광주지방법원 순천지원 2015.2.5 선고 2014고합278판결.

대법원 2007.7.12. 선고 2006도2339판결.

대법원 2007.11.19. 선고 2007도680판결.

대법원 2008.10.23. 선고 2008도7362판결.

대법원 2013.3.28. 선고 2013도판결.

대법원 2020. 8. 27. 선고 2015도9436 전원합의체판결.

DPP V FABIAN ROY MEHARRY [2017] VSCA 387

R. v. David Jenkins, [2019] EWCA Crim 1576

R v Michel NAHLOUS [2013] NSWCCA 90 (2013.04.18.)

R v Schenk; Ex parte Attorney-General (Qld) [2016] QCA 131 (2016. 05. 13.)

State of Minnesota v. Muccio, 890 N.W.2d914(2017)

The Attorney General v. Miguel Angelo Pereira De Freitas, [2019]JRC186

TL v. REGINA, [2018] EWCA Crim 1821

United States v. Brand(known as Tempotech, No. 05-4155-CR)

United States v. Isabella, 17-1197, (10th Cir. 2019)

개물림 사고 관련 제도에 관한 공법적 연구

-동물보호법을 중심으로-

배성환(법04)·박태영(법04)

[목 차]

| | |
|-------------------------|---------------------------|
| I. 서론 | IV. 개물림 사고에 관한 외국법 규정의 검토 |
| II. 물림 사고의 의의 및 유형별 현황 | V. 개물림 사고에 관한 동물보호법의 |
| III. 개물림 사고에 관한 공법적 규정의 | V. 개선방안 |
| III. 현황분석 | VI. 결론 |

I. 서론

1. 문제의 제기

저출산 및 고령화로 인한 1인 가구와 딩크족의 증가, 실내 체류 시간 증가 등의 이유로 반려동물을 양육하는 사람들이 급증하는 추세이다.¹⁾ 「19년 동물보호에 대한 국민의식조사」에 따르면, 우리나라 전체 가구 중 26.4%(591만 가구)가 반려동물을 양육하고 있다. 4가구 중 1가구가 반려동물을 양육하고 있는 셈이며, 2018년 대비 80만 가구가 증가하였다. 반려동물 중 개는 495만 가구에서 598만 마리를 기르고 있으며, 반려동물 양육 비율 중 83.9%로 다른 동물에 비하여 현저히 많았다.²⁾ 반려동물의 증가는 인간의 애정의 대상으로서 삶의 질 향상에 기여할 뿐만 아니라 펫코노미(Petconomy)³⁾라고 불리는 반려동물의 연관 산업 규모를 꾸준히 성장시킬

1)Miracle AHEAD(2020.04.27), “[데이터 나우 TDI] 펫팸족 증가, 준비된 반려인이 되어보자”, <https://mirakle.mk.co.kr/view.php?year=2020&no=433586>(검색일 : 2020.09.19.).

2) 농림축산식품부, 「2019년 동물보호에 대한 국민의식조사」, 농림수산식품교육문화정보원, 2019, 12면.

3) 반려동물과 관련되는 산업을 일컫는 신조어로 반려동물을 뜻하는 Pet과 경제를 뜻하는 Economy의 합성어.

60 동국법학 제1권

것으로 예측된다.⁴⁾

그러나 반려동물 증가의 이면에는 동물 유기 등의 문제와 더불어 견주의 부주의에 의한 ‘개 물림(Dog bite) 사고’라는 부작용이 자리 잡고 있다. 소방청에 따르면, 2016년부터 3년간 매년 2천여 명 이상이 개물림 사고를 당하였으며, 6,883명이 개물림 사고로 인해 병원으로 이송되었다.⁵⁾ 이에 농림축산식품부를 중심으로 「동물보호법」과 그 시행령 및 시행규칙을 주기적으로 개정하면서 견주의 책임을 강화하였으며, 개물림 사고의 예방체계를 지속적으로 구축해나가고 있다. 2020년 8월 시행된 「동물보호법」에서는 맹견에 의한 개물림 사고에 대하여 전무 했던 피해자의 구제방안으로서 맹견 소유자의 보험 가입 의무화 조항을 신설하였으며, 맹견 보험에 가입하지 않은 소유자에 대한 과태료 부과를 명시하였다. 또한, 반려동물의 분양 단계에서 반려동물 등록이 이루어질 수 있도록 규정함으로써 정부 차원에서 맹견의 관리 감독과 가해 견주에 대한 처벌 등이 수월해지게 되었다. 나아가 농림축산식품부에서는 「동물보호법」 개정에 발맞춰 「2020~2024년 동물복지 종합계획」을 발표하였다. 동물복지 종합계획에서는 개물림 사고와 관련하여 연도별로 유관기관과의 개물림 사고 통계 구축(20년), 등록대상동물을 모든 개로 확대하는 방안 검토(21년), 위험한 개의 기질 평가를 통한 행동 교정·안락사 명령 등의 의무 부과 체계 마련(22년), 맹견에 대한 등록 의무화·맹견 소유자 보험 가입 의무화·맹견 수입 제한·맹견 공동주택 사육 허가제 추진(22년) 등을 제시하였다.⁶⁾

국회와 정부의 노력으로 개물림 사고에 관한 제도와 현실의 괴리는 점차 좁혀져 가고 있다. 그러나 우리나라의 개물림 사고에 관한 공법상 규정은 현재 발생하고 있는 다양한 유형의 개물림 사고를 대비하고 모든 반려 견주에게 경각심과 책임 의식을 갖도록 하기에는 여전히 한계가 있다. 특히, 맹견이 아닌 개에 의한 물림 사고가 압도적으로 많이 발생하는 상황에서 종으로 맹견과 맹견 외의 견으로 구분하는 우리 법체계는 한정된 종으로만 분류되는 맹견과 그 소유자의 규정에만 초점을 맞추고 있다. 그리고 최근 맹견인 로트와일러가 소형견인 스피츠를 물어 죽인 사건처럼 견주의 부주의로 인해 반려견이 다른 반려견이 무는 사건이 종종 발생함에도 가해 견주에게 책임을 물을 수 있는 규정을 두고 있지 않다. 또한, 개물림 인신사고에 대한 견주의 형사처벌 규정을 강화하였지만, 강화된 규정을 제대로 적용하지도 않고 실질적 처벌도 경각심을

4) 한국농촌경제연구원, 「반려동물 연관 산업 발전방안」, 반려동물 산업 규모(조원) : ('16) 2.1 → ('18) 2.7 → ('20) 3.4 → ('22) 4.2 → ('26) 5.7.

5) 소방청 보도자료(2019.2.13), “하루 6명꼴 개 물림사고로 119구급대 출동-매년 2천여 명 이상 사고 발생-”, 소방청, 2019, 1면(소방청의 보도자료에 의하면 2016년부터 2018년까지 매년 2천여 명 이상이 사고를 당하고 있는 것으로 나타나고 있다. 그 현황을 보면, 2016년에는 2,111명, 2017년에는 2,404명, 2018년에는 2,368명으로 조사되었다).

6) 농림축산식품부, “「2020-2024년 동물복지 종합계획」 발표-사람과 동물이 공존하는 성숙한 사회로 가는 로드맵 마련-”, 농림축산식품부, 2020, 13면 참조.

주기에는 미흡하며, 결국 많은 견주가 반려견에 대한 주의 의무를 제대로 지키지 않고 있는 것으로 보인다.

견주에게 책임을 묻는 것 이외에도 개물림 사고에 관한 견주의 책임 범위나 책임면책 규정을 두고 있지 않아 수사에서 혼란을 겪거나 재판에서 시간적·경제적으로 비효율적인 모습도 보인다. 그리고 견주에게 책임을 묻는 것과 함께 사고를 일으킨 개에 대한 사후조치가 같이 이루어져야 개물림 사고를 추후에 방지할 수 있음에도 사고를 일으킨 개에 대한 사후조치 규정은 미흡한 상태이다. 즉, 견주에게는 책임 강화, 반려견에게는 일정한 사후조치가 이루어지도록 하여 견주에게 경각심을 주고 사고의 재발을 방지할 필요가 있음에도 우리나라는 이에 대한 규정이 미흡한 실정이다. 결국 다양한 유형의 개물림 사고가 발생하는 현실에서 공법상 규정은 그 역할을 제대로 수행해주지 못하고 있는 셈이다. 따라서, 본 논문에서는 개물림 사고의 여러 유형과 대표 사례를 통해 개물림 사고의 현황을 살펴보고, 개물림 사고에 관한 공법상 규정과 문제점을 검토한 뒤, 반려동물 정책에 관하여 선진적인 외국의 제도를 일부 차용하여 우리나라의 실정에 맞게 개물림 사고에 관한 「동물보호법」의 개선방안을 제시하고자 한다.

본 논문에서 연구하는 개물림 사고에 관한 우리나라의 공법상 규정의 문제점, 외국 제도와의 비교, 그리고 개물림 사고에 관한 「동물보호법」의 개선방안 등은 차후 「동물보호법」 개정과 농림축산식품부의 정책안 등에 기여할 것이라고 전망한다.

2. 연구의 범위와 방법

가. 연구의 범위

개물림 사고 관련 제도에 관한 공법적 연구를 위해서 선행되어야 할 것은 개물림 사고의 의의와 현황, 그리고 개물림 사고에 관한 공법상 규정의 현황이다. 제2장에서는 본 논문의 연구 대상이 되는 개물림 사고의 의의와 범위를 설정하고, 이를 바탕으로 우리나라에서 발생한 개물림 사고를 유형별로 나누어 살펴보고자 한다. 그리고 유형별로 화제가 되었던 사례를 살펴보며, 제도적으로 대비하지 못하고 있는 개물림 사고의 유형이 무엇인지 살펴본다.

제3장에서는 개물림 사고에 관한 공법상 규정과 문제점을 알아보하고자 한다. 공법상 규정은 형사상 규정과 행정상 규정으로 나누어 살펴본다. 형사상 규정에서는 견주의 형사처벌 규정과 형사처벌 판례분석, 그리고 그에 관한 문제점을 검토하며, 행정상 규정에서는 견주와 사고를 일으킨 개에 대한 행정제재 규정, 그리고 그에 관한 문제점을 검토한다.

제4장에서는 우리나라의 공법상 규정이 갖는 문제점을 중심으로 미국, 독일, 영국, 뉴질랜드

62 동국법학 제1권

의 개물림 사고에 관한 공법상 규정을 살펴보고 국내 규정과 비교하고자 한다. 우선 각 외국법의 전반적인 개요를 간단히 기술하고, 제3장에서 기술한 우리나라의 공법상 규정의 문제점에 관하여 외국의 각 법이 규정하고 있는 바를 살펴본다. 이후, 문제점을 중심으로 우리나라의 공법상 규정과 외국의 규정을 비교 및 검토한다.

제5장에서는 제3장에서 기술한 문제점에 대한 「동물보호법」의 개선방안을 제시한다. 제4장에서 기술한 개물림 사고에 관한 외국의 규정과 우리나라의 규정을 비교한 내용을 바탕으로 외국의 규정에서 받아들일 만한 것은 일부 차용하고 변형하여 우리나라 제도의 실정에 맞는 개선방안을 제시하고자 한다.

나. 연구의 방법

본 논문에서는 귀납법적 방법론, 문헌조사 방법론, 비교법적 방법론 등을 중심으로 활용하여 연구를 수행하고자 한다. 첫 번째로 ‘귀납법적 방법론’을 활용한다. 본 논문은 우리나라의 개물림 사고에 관한 공법상 규정과 그 문제점을 검토한 뒤, 외국의 제도를 일부 차용하여 개선방안이라는 ‘최종 결론’을 도출한다.

두 번째로 ‘문헌조사 방법론’을 활용한다. 본 논문은 개물림 사고의 현황과 개물림 사고에 관한 공법상 규정의 현황을 분석하기 위하여 국내 법령과 국내 논문, 정부 간행물 및 보도자료, 국내 온라인 기사 등을 활용한다. 그리고 외국의 규정을 살펴보고 일부를 차용하기 위하여 외국 법령, 국내외 논문, 국내외 온라인 기사 등을 활용한다.

마지막으로 본 논문은 ‘비교법적 방법론’을 활용한다. 본 논문은 개물림 사고에 관한 우리나라의 공법상 규정이 갖는 문제점에 관하여 미국, 독일, 영국, 뉴질랜드가 취하고 있는 규정을 살펴보고, 국내의 규정과 비교 및 검토한다.

이외에도 국내외 신뢰성 있는 기관의 통계자료나 전문가에게 직접 질의하는 방법 등을 적극적으로 활용하여 연구의 질을 높이고자 한다.

II. 개물림 사고의 의의 및 유형별 현황

1. 개물림 사고의 의의

‘개물림(Dog bite) 사고’란 미국에서 일반적으로 지칭되는 개의 행동에 의한 인신사고를 말한

다.⁷⁾ 인신사고에 국한해서 생각해볼 때, ‘개물림’이라는 명칭상 개물림 사고의 범위를 개가 직접적으로 사람을 무는 사고에 한정해서 생각할 수 있다. 그러나 「동물보호법」이 ‘사람의 신체를 상해에 이르게 한 자’와 ‘사람을 사망에 이르게 한 자’라고 규정하고 있는 점을 보았을 때, 단지 무는 사고에만 한정해서 볼 수 없으며, 개의 발톱에 긁히거나 찍히는 사고, 개의 행동으로 인하여 사람이 놀라서 넘어져 발생하는 사고까지 포함한다고 볼 수 있다.⁸⁾

위의 경우처럼 일반적으로는 개물림 사고를 인신사고에 국한해서 생각하지만, 개물림 사고의 범주에는 개의 행동에 의한 대물 손해(Property damage), 즉 재산상 손해도 포함할 수 있다. 미국의 일부 주에서는 개물림 사고의 범위에 ‘개의 행동에 의한 대물 손해’를 포함하고 있으며, 대물 손해에 대해 견주에게는 형사책임과 민사책임을 부과한다. 대물에는 동산·부동산뿐만 아니라 개나 고양이와 같은 반려동물도 포함된다.⁹⁾ 본 논문에서는 개물림 사고의 범위를 인신사고와 대물 손해 모두 포함하는 것으로 보고자 한다. 다만, 최근 견주의 처벌 여부로 논란이 되었던 로트와일러가 스피츠를 문 사건을 대물 손해의 중심 사건으로 다룰 것이기 때문에 대물의 범위는 반려동물을 포함한 가축에 한정해서 연구를 진행하고자 한다.

개물림 사고는 견주의 고의 또는 과실에 의한 사고로 나뉜다. 고의에 의한 개물림 사고에는 견주의 사주나 명령을 통해 이루어지는 사고가 해당된다. 이 경우, 견주에게는 형법상 상해죄나 살인죄 등이 적용될 수 있다. 그러나 본 논문에서는 견주의 주의 의무 위반 과실에 의한 개물림 사고에 한정하여 연구를 진행하고자 한다. 국내에서 빈번히 발생하고 법 규정에 대한 개선의 필요성이 제기되는 부분도 견주의 과실에 의한 개물림 사고이기 때문이다.

2. 개물림 사고의 유형 및 사례분석

우리나라에서 발생하는 개물림 사고의 유형은 i)피해의 대상, ii)개의 종류, iii)피해의 유형, iv)가해의 유형, v)개물림 사고가 발생하는 장소에 따라 분류해볼 수 있다. 이하에서는 개물림 사고의 유형별 내용과 대표 사례를 살펴보고, 사례를 바탕으로 개물림 사고에 관한 공법상 규정이 어떤 개물림 사고의 유형을 예방 또는 처리하고 있지 못한지를 검토해보고자 한다.

7) 백경희·심영주, “개물림 사고에 대한 소유자의 법적 책임에 관한 소고-미국의 개물림 법제와의 비교를 중심으로-”, 「법제연구」 제54호, 한국법제연구원, 2018, 262면.

8) 백경희·심영주, 앞의 논문, 262면.

9) 백경희·심영주, 앞의 논문, 272면.

가. 피해의 대상에 따른 분류

첫 번째는 ‘피해의 대상’에 따른 분류이다. 피해의 대상은 인신과 대물로 구분할 수 있으며, 전술했다시피 본 논문은 개물림 사고의 범위에 인신사고와 대물 손해를 모두 포함하며, 대물의 범위는 가축으로 한정한다. 개의 행위에 의한 인신사고는 꾸준히 증가하고 있으며, 2019년 농림축산식품부 조사에 따르면 5년간 피해자가 1만 명이 넘는 심각한 상황이다.¹⁰⁾ 개의 행위에 의한 대물 손해는 이전에도 여러 차례 발생했지만, 최근 한 반려견이 다른 반려견을 물었던 사건에 의해 주목을 받고 있다. 주택 1층에 잠시 방치된 채 머물던 맹견 로트와일러가 주인과 산책 중이던 스피츠를 보고 뛰쳐나와 물어 죽인 사건이다. 「동물보호법」상 견주는 맹견을 기르는 곳에서 벗어나지 아니하게 할 의무가 있음에도 관리가 제대로 이루어지지 않아 다른 반려견을 죽음에 이르게 하였다. 이 사안에 대해서 견주를 처벌해달라는 내용이 담긴 국민청원¹¹⁾이 제기되었고 약 4만여 명 이상이 동의하였으나, 형법상 고의성이 입증되어야만 처벌이 가능한 재물손괴죄를 적용할 수 있는지에 대한 논란이 있었다.¹²⁾ 해당 견주는 현행법상 형사처벌이 되지 않는다는 사실을 알고 무책임한 태도를 보이며 사고 현장을 떠났다. 그리고 다른 반려견을 문 사고를 일으킨 맹견에 대해서는 현행법 규정상 어떠한 조치도 취해지지 않고 있다.¹³⁾

나. 개의 종류에 따른 분류

개의 종류는 맹견과 맹견 외의 견(일반 반려견)으로 구분할 수 있다. 동물보호법 시행규칙 제1조의3은 맹견의 종류를 도사견, 아메리칸 핏불테리어, 로트와일러 등 크게 5종으로 규정하고 있다.¹⁴⁾ 맹견에 의한 사고는 꾸준히 일어나고 있지만, 맹견의 수가 전체 반려견 중 1%가 채 되지 않는 만큼¹⁵⁾ 일반 반려견에 의한 사고가 더욱 빈번히 발생하고 있다.¹⁶⁾ 그러나 「동물보호

10) 한국일보(2019.09.16), “개물림 사고 피해자 5년간 1만 600여명, 처벌·대책 여전히 미흡”, <https://www.hankookilbo.com/News/Read/201909161128350510>(검색일 : 2020.09.16.).

11) 서울경제(2020.07.30), “‘벌써 5번째’, 스피츠 물어죽인 ‘로트와일러’ 견주 처벌 촉구 靑 청원, ‘일파만파’”, <https://www.sedaily.com/NewsView/1Z5I4W0KKN>(검색일 : 2020.09.16.).

12) 머니투데이(2020.08.04), “로트와일러 견주 형사처벌? 변호사들도 갑론을박”, <https://n.news.naver.com/article/008/0004449924>(검색일 : 2020.09.16.).

13) 중앙일보(2020.07.31), “스피츠 물어죽인 로트와일러는 ‘전과5범’, ‘견주는 배째라식’”, <https://news.joins.com/article/23837114>(검색일 : 2020.09.16.).

14) 동물보호법 시행규칙 제1조의3(맹견의 범위) 1. 도사견과 그 잡종의 개, 2. 아메리칸 핏불테리어와 그 잡종의 개, 3. 아메리칸 스테퍼드셔 테리어와 그 잡종의 개, 4. 스테퍼드셔 불 테리어와 그 잡종의 개, 5. 로트와일러와 그 잡종의 개.

15) 중앙SUNDAY(2020.08.08), “당신 개는 안문다고? 맹견은 입마개해도 섬뜩, 하루 6명씩 물린다”, <https://news.joins.com/article/23843793>(검색일 : 2020.09.16.).

법」은 맹견과 그 소유자에 관한 규정에만 초점을 두고 있으며, 일반 반려견과 그 소유자에 관한 규정은 미흡한 것으로 보인다. 2017년 유명 아이돌 가수의 반려견인 프렌치 불독이 목줄을 하지 않은 채 외출을 나섰다가 이웃 주민을 물어 다치게 하였고 사망에 이르게 한 바 있다. 그러나 프렌치 불독은 동물보호법 시행규칙상 맹견에 해당하지 않고, 당시 「동물보호법」에는 ‘일반 반려견의 외출 시 안전조치 의무 위반으로 사람을 상해·사망에 이르게 한 경우’에 대한 처벌 규정이 없었다. 따라서 형법 과실치사죄를 적용하여야 했으나 병원의 신고가 없었고 개물림에 의해 사망했다는 점을 증명하지 못하여 적용할 수 없었다. 또한, 과실치사죄의 적용에 있어서도 피해자 유가족이 견주의 처벌을 원하지 않는 관계(반의사불벌죄)로 경찰은 내사를 종결하였으며, 행정청은 견주에게 단지 5만원의 과태료만을 부과하였다.¹⁷⁾ 이후, 「동물보호법」 개정을 통해 일반 반려견의 안전조치 미흡에 대한 과태료를 상향 조정하고, 일반 반려견의 외출 시 안전조치 의무 위반으로 인해 발생하는 사상 사고에 대해서 견주를 형사 처벌하는 규정을 두었다. 그러나 「동물보호법」상 여전히 외출이 아닌 일반 반려견을 기르는 곳에서 벗어나지 않게 할 의무와 해당 의무를 위반하여 발생하는 사상 사고에 대한 견주의 처벌 규정을 두고 있지 않으며, 사고를 일으킨 일반 반려견에 대한 조치 규정도 따로 두고 있지 않다. 맹견보다 일반 반려견에 의한 사고가 빈번히 발생하고 있음에도 일반 반려견 견주에 대한 주의 의무 규정과 책임 규정, 그리고 사고를 일으킨 일반 반려견에 대한 조치 규정은 빈약한 실정이다.

다. 가해의 유형에 따른 분류

가해의 유형은 인신에 직접적인 피해를 가하는 사고와 위협 등의 공포감에 의해 간접적인 피해를 입는 사고로 구분할 수 있다. 직접적인 피해를 가하는 사고에는 물거나 핥기는 행위 등으로 인해 발생하는 사고가 해당되며, 간접적인 사고에는 짖거나 달려드는 등의 위협에 의해 놀라 넘어지거나 반려견에 쫓기다가 차에 치여 상해 또는 사망에 이르는 사고 등이 해당된다. 견주의 주의의무 위반으로 인해 발생한 직접적인 인신사고의 경우 일반적으로 견주에게 책임이 부과된다. 예컨대, 일반 반려견의 견주가 목줄 길이 조절을 잘못하여 해당 반려견이 4살 아이를 물어 상해를 입힌 사안에서 견주에게 과실치상 혐의를 인정하고 벌금 100만원을 선고한 바 있다.¹⁸⁾ 그리고 공포감에 놀라 넘어지는 등의 간접적인 인신사고의 경우에도 일반적으로 견주

16) 고대 신문(2019.01.29), “맹견 사고 예방 못하는 맹견법, 법 시행 후 관리가 관건”, <https://www.kunews.ac.kr/news/articleView.html?idxno=30009>(검색일 : 2020.09.16.).

17) New1(2017.10.25.), “‘최시원 반려견 사건’ 녹농균 새 국면, 경찰은 ‘병사로 종결’”, <https://www.news1.kr/articles/?3134049>(검색일 : 2020.09.16.).

18) 중앙일보(2019.05.22), “목줄 길이 조절 실패→4살 아이 개물림, 견주는 ‘벌금형’”,

의 책임이 인정된다. 예컨대, 산책로에서 목줄을 풀 채 산책을 시키던 일반 반려견이 행인에게 짖으며 달려드는 바람에 놀라 넘어져 상해를 입은 사안에서 견주에게 과실치상의 책임을 인정하고 벌금 150만원을 선고한 바 있다.¹⁹⁾ 이하의 견주의 형사처벌에 관한 판례분석에서도 살펴 보겠지만, 위에서 살펴본 해당 사안만 보더라도 우리 법원은 개물림 상해 사고에 대해 견주에게 대체로 소액의 벌금형만을 부과하고 있다는 것을 알 수 있으며, 소액의 벌금형으로 견주가 경각심을 갖도록 할 수 있을지는 의문이다.

라. 피해의 유형에 따른 분류

피해의 유형은 상해 사고와 사망 사고로 구분할 수 있다. 상해 사고와 사망 사고는 빈번하게 발생한다. 사망 사고는 상해 사고가 발생한 뒤 감염 등에 의한 2차 피해로 나타나는 경우가 종종 있는데, 이 경우에 개의 행위로 인해 사망이 발생하였다는 인과관계를 입증하여야 견주에 대한 형사처벌이 가능하다. 대법원은 이러한 사안에 대해 상당인과관계설을 취하고 있다. 위에서 언급한 유명 아이돌 가수의 반려견이 사람을 물어 상해가 발생하였고 사망에 이르게 한 사건에서 피해자의 사망 원인이 녹농균 감염으로 알려졌다. 유명 아이돌 측은 자신의 반려견에서 녹농균이 검출되지 않았다는 수의사의 소견서를 강남구청에 제출하였는데, 개의 행위와 사망의 결과 사이에 인과관계의 인정 여부에 대하여 논란이 있었다.²⁰⁾ 수사가 종결된 사안에 대해서는 정확히 알 수 없지만, 만약 녹농균이 반려견에서 검출되었다면 인과관계가 인정되었을 것이다.

사망 사고의 다른 예로는 최근 유명 배우의 반려견이 스스로 울타리를 뛰쳐나와 80대 노인을 물어 다치게 하였고 이후 숨진 사건이 있다. 반려견인 벨지안 쉽도그는 맹견이 아닌 일반 반려견이고, 「동물보호법」상 일반 반려견의 견주에 대해서는 맹견의 견주 규정과 달리 소유자 등 없이 기르는 곳에서 벗어나지 아니하게 할 의무와 위반 시 처벌 규정을 두고 있지 않다. 따라서 가해 견주에게는 형법 과실치사죄의 적용이 논의되고 있다.²¹⁾ 그러나 만약 해당 의무 위반으로 인해 상해 사고가 발생했다면 형법 과실치상죄가 적용되는데, 과실치상은 반의사불벌죄이기 때문에 견주가 형사처벌의 법망을 피해갈 수 있는 문제가 발생할 수 있다. 그리고 사고를

<https://news.joins.com/article/23475495>(검색일 : 2020.09.16.).

19) 연합뉴스(2020.06.02), “산책하다 달려든 개에 놀라 넘어져 부상, 목줄 풀 주인 벌금형”, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20200602077400057?input=1195m>(검색일 : 2020.09.16.).

20) 류화진, “반려동물의 공격과 소유자 등의 형사책임”, 『법학연구』 제29권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2018, 95면.

21) 세계일보(2020.07.25), “김민교 반려견 개물림 사망, 과실치사 가능성”,

<http://www.segye.com/newsView/20200705512834?OutUrl=naver>(검색일 : 2020.09.16.).

일으킨 개가 맹견이 아닌 일반 반려견인 만큼 현행법 규정상 해당 개에게는 어떠한 조치도 취할 수 없는 상태이다.

마. 장소에 따른 분류

개물림 사고가 발생한 장소는 공공장소와 사유지로 구분할 수 있다. 공공장소는 공원이나 주택가 등 공공이 이용하는 장소를 말하며, 견주의 주의 의무 위반으로 인해 공공장소에서 발생하는 개물림 사고에 대해서는 일반적으로 견주에게 책임이 부과된다. 그러나 사유지에서 개물림 사고가 발생하는 경우를 대비한 규정은 두고 있지 않아 견주의 책임 범위에 관한 판단기준이 없는 상태이다. 최근 3세 아이가 사유지인 공장 출입구를 통과한 뒤 철제 울타리 속 진돗개를 보고 손을 댔다가 손가락 한 마디가 절단되는 사건이 있었는데, 공장 내부가 사유지인 만큼 과연 견주에게 책임을 물을 수 있는가에 대해 논란이 있었고 경찰 측에서도 사유지에서의 개물림 사고를 대비한 규정이 없어 고심한 바 있다.²²⁾ 이처럼 제도가 앞으로 발생할 수 있는 여러 상황을 대비하고 있지 않다면 수사에 혼란을 초래할 수 있다. 사유지에서 발생하는 개물림 사고는 합법적 출입인지, 무단침입인지로 나누어 판단할 수 있고, 이에 따라 견주의 책임 범위가 달라질 수 있다. 만약 강도와 같은 불법행위에 의한 무단침입이라면 견주가 책임을 면할 가능성이 높아진다. 그러나 우리나라의 관련 제도는 견주의 면책에 관한 규정을 두고 있지 않은 상황이다.

3. 소결

개물림 사고는 다양한 유형으로 분류해볼 수 있으나 검토해보았듯이 개물림 사고에 관한 공법상 규정은 여전히 여러 유형의 개물림 사고를 대비하고, 견주들에게 경각심을 주며 재발을 방지하기에는 미흡한 실정이다. 따라서 견주에게는 책임 강화를, 반려견에게는 특정한 조치를 취하여 재발 방지를 목적으로 각 유형의 개물림 사고를 대비하는 규정이 마련될 필요가 있다. 이하에서는 살펴본 사례들에 적용되는 공법상 제도는 어떤 내용을 규정하고 있으며, 어떤 경우에 적용되는지를 자세히 검토한다. 이후, 살펴본 사례와 공법상 규정을 바탕으로 개물림 사고에 관한 공법상 규정의 문제점과 한계를 구체적으로 분석해보고자 한다.

22) KBS NEWS(2020.06.08), “3살 남아 개에 물려 중상, 사유지인데 개주인 책임 있나?”, [http://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=4465088&ref=A\(검색일 : 2020.09.16.\)](http://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=4465088&ref=A(검색일 : 2020.09.16.)).

Ⅲ. 개물림 사고에 관한 공법상 규정의 현황분석

1. 형사상 규정

가. 현행법상 견주의 형사처벌 규정

(1) 동물보호법상 규정

견주의 주의 의무 위반 과실에 의한 개물림 사고가 발생할 경우, 견주의 형사처벌로서 「동물보호법」 위반 여부를 우선 검토한다. 2019년 3월 이전에 시행되었던 「동물보호법」은 견주의 주의 의무 위반 등에 대하여 과태료만을 부과하였을 뿐, 주의 의무 위반으로 인해 발생한 개물림 사고에 대한 견주의 형사처벌은 형법의 적용이 검토되었다. 그러나 2019년 3월 21일부터 시행된 「동물보호법」은 당시 맹견 사고가 빈번히 발생하고 있음에도 불구하고 견주에게 책임을 물을 수 있는 근거가 미흡하다는 점과 사회적 분위기를 고려하여 맹견 소유자 등이 준수해야 할 주의 의무 규정과 주의 의무를 위반하여 개물림 사상사고가 발생할 경우에 대한 강력한 처벌규정을 신설하였다.²³⁾ 처벌 규정인 현행 「동물보호법」 제46조 제1항은 ‘제13조 제2항 또는 제13조의2 제1항을 위반하여 사람을 사망에 이르게 한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.’라고 규정하고 있다. 또한, 동조 2항 1의3호, 1의4호는 ‘제13조 제2항에 따른 목줄 등 안전조치 의무를 위반하여 사람의 신체를 상해에 이르게 한 자와 제13조의2 제1항을 위반하여 사람의 신체를 상해에 이르게 한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.’라고 규정하고 있다. 제46조 제1항과 제2항 1의3호, 1의4호의 처벌 요건은 ‘제13조 제2항을 위반한 경우’와 ‘제13조의2 제1항을 위반한 경우’로 나뉜다. 두 가지 경우는 모두 견주의 주의 의무 위반에 해당하나, 제13조 제2항을 위반한 경우는 등록대상동물²⁴⁾ 소유자 등이 안전조치 의무를 위반한 경우이며, 제13조의2 제1항을 위반한 경우는 맹견 소유자 등이 안전조치 의무 등을 위반한 경우이다.

23) 국가법령정보센터, 2019년 3월 21일 시행된 「동물보호법」 제정·개정 이유 참조.

24) ‘등록대상동물’이란 주택·준주택이나 그 외의 장소에서 반려(伴侶) 목적으로 기르는 월령 2개월 이상인 개를 말한다(동물보호법 시행령 제3조). 규정상 개의 종류는 상관없기 때문에 일반 반려견(맹견 외의 견)과 맹견 모두 등록대상동물에 포함된다. 그러나 「동물보호법」 제13조의2(맹견의 관리)와 동법 시행규칙 제12조의2(맹견의 관리)에서 맹견 소유자 등의 주의의무 규정을 따로 규정하고 있는 점 등을 살펴볼 때, 맹견 외의 견(일반 반려견)의 소유자 등은 등록대상동물 소유자 등의 주의의무 규정만 적용받고 있다.

(가) 동물보호법 제13조 제2항을 위반한 경우

「동물보호법」 제13조 제2항은 ‘소유자 등이 등록대상동물을 동반하고 외출할 때는 농림축산식품부령(동법 시행규칙)으로 정하는 바에 따라 목줄 등 안전조치를 하여야 하며’라고 규정하고 있다. 그리고 동법 시행규칙 제12조는 안전조치로서 ‘목줄 또는 가슴줄을 하거나 이동장치를 사용하여야 한다’고 규정하고 있다. 목줄과 가슴줄은 동 시행규칙 제12조 제2항에 따라 ‘해당동물을 효과적으로 통제할 수 있고, 다른 사람에게 위해를 주지 않는 범위의 길이’여야 한다. 그러나 동 시행규칙 제12조 제1항 단서 규정에 따라 예외적으로 소유자 등이 월령(月齡) 3개월 미만인 등록대상동물을 직접 안아서 외출하는 경우에는 안전조치를 하지 않을 수 있다.

정리하면, ‘제13조 제2항을 위반한 경우’란 소유자 등이 등록대상동물과 외출할 때, 통제가 가능하고 타인에게 해를 끼치지 않을만한 길이의 목줄 또는 가슴줄을 하지 않고 이동장치도 사용하지 않은 경우가 해당된다고 할 수 있겠다.

(나) 동물보호법 제13조의2 제1항을 위반한 경우

「동물보호법」 제13조의2 제1항은 맹견의 소유자 등이 준수해야 할 주의 의무를 규정하고 있다. 본조에 명시된 ‘맹견’은 동물보호법 시행규칙 제1조의3에 ‘1. 도사견과 그 잡종의 개, 2. 아메리칸 핏볼테리어와 그 잡종의 개, 3. 아메리칸 스태퍼드셔 테리어와 그 잡종의 개, 4. 스태퍼드셔 불 테리어와 그 잡종의 개, 5. 로트와일러와 그 잡종의 개’로 규정되어 있다. 이러한 맹견의 소유자 등이 준수해야 하는 주의 의무는 세 가지로 나뉜다.

첫 번째, 소유자 등 없이 맹견을 기르는 곳에서 벗어나지 아니하게 하여야 한다. 이에 따라 반려견의 소유자 등은 맹견이 혼자서 기르는 곳에서 벗어나지 않도록 잘 묶어두는 등 최대한의 노력을 기울여야 한다. 등록대상동물 소유자 등에 대해서는 이와 같은 의무를 「동물보호법」에 따로 규정하고 있지 않는데, 이 점이 맹견과 등록대상동물 소유자 의무의 차이점 중 하나라고 할 수 있겠다.

두 번째, 맹견 소유자 등은 월령 3개월 이상인 맹견을 동반하고 외출할 때 목줄과 입마개 등 안전장치를 해야 한다. 월령 3개월 이상의 맹견은 등록대상동물의 규정에도 불구하고 가슴줄은 할 수 없으며, 목줄만 착용해야 한다(동물보호법 시행규칙 제12조의2 제1항 제1호). 다만, 견고한 재질로 구성된 입구와 잠금장치 등을 갖춘 이동장치를 사용하여 맹견을 이동시킬 때는 예외적으로 맹견에게 목줄과 입마개를 하지 않을 수 있다(동조 제2호).

세 번째, 맹견 소유자 등은 맹견이 사람에게 신체적 피해를 주지 아니하도록 하기 위하여 농

70 동국법학 제1권

농림축산식품부령으로 정하는 사항을 따라야 한다. 그러나 현재 농림축산식품부령은 이에 관해 따로 규정을 두고 있지 않다. 따라서 개정을 통해 맹견이 사람에게 신체적 피해를 주지 아니하도록 하기 위한 소유자 등의 준수사항을 체계적으로 정리하여 규정할 필요가 있다.

정리하면, '제13조의2 제1항을 위반한 경우'란 i)소유자 등 없이 맹견 혼자서 기르는 곳을 벗어나게 하거나 ii)맹견 소유자 등이 3개월 이상인 맹견을 동반하고 외출할 때, 견고한 재질로 이루어진 입구와 잠금장치 등을 갖춘 이동장치를 사용하지 않으면서 목줄과 입마개 등 안전장치를 하지 않은 경우, 또는 iii)맹견이 사람에게 신체적 피해를 주지 아니하도록 하기 위하여 농림축산식품부령으로 정하는 사항을 따르지 않은 경우라고 할 수 있다. 그러나 세 번째 의무에 관해서는 아직 농림축산식품부령에 규정을 두고 있지 않으므로 위반 사례가 나오긴 어려울 것이며, 신속한 개정을 통해 언제든 발생할 수 있는 선의의 피해자를 막을 필요가 있다.

(2) 형법상 규정

견주의 주의의무 위반으로 인해 발생한 개물림 사상 사고에 대해 처벌 규정이 도입된 「동물보호법」은 형법 제26장 '과실치사상의 죄'에 대한 특별법적 규정의 성격을 갖게 되었다. 「동물보호법」에 처벌규정이 들어오기 이전까지만 하더라도 견주의 주의 의무 위반으로 인한 인신 개물림 사고에 대해서는 개의 종류와 상관없이 상해일 경우 「형법」 제266조 '과실치상'을, 사망일 경우 제267조 '과실치사'를 적용하였으며, 견주의 주의 의무 위반이 중과실에 해당될 경우에는 제268조 '중과실 치사상'을 적용하였다. 그러나 현재는 '과실치사상의 죄'에 대한 특별법적 규정인 「동물보호법」이 우선 검토되며, 견주가 「형법」상 처벌을 받는 일은 드물어지게 되었다. 현재, 견주가 형법상 처벌을 받는 경우는 두 가지 경우로 구분해볼 수 있다.

첫 번째, 등록대상동물 또는 맹견 소유자 등이 「동물보호법」상 주의 의무 규정 외의 주의 의무 위반으로 인해 개물림 사고가 발생하여 사람이 상해 또는 사망에 이르는 경우이다. 대표적인 경우로는 '동물보호법상 등록대상동물이 소유자 등 없이 기르는 곳에서 혼자 벗어나 사람을 물어 상해 또는 사망에 이르게 하는 경우'가 있다. 「동물보호법」 제13조 제1항은 소유자 등이 등록대상동물을 기르는 곳에서 벗어나게 할 경우에 인식표를 부착해야 한다는 의무만을 부과하고 있을 뿐, 소유자 등 없이 등록대상동물을 기르는 곳에서 벗어나게 하지 아니하게 할 의무는 따로 규정하고 있지 않다. 그러나 「동물보호법」상 해당 의무가 따로 규정되어 있지 않더라도 반려견이 소유자 등 없이 기르는 곳에서 벗어나 사람을 해한 경우는 일반적으로 견주가 반려견에 대한 주의 의무를 다하지 못해 발생한 결과로 볼 수 있다. 등록대상동물 중 맹견의 소유자에 대해서는 「동물보호법」에 해당 의무 및 의무 위반으로 인해 발생한 개물림 사상 사고에 대

한 처벌 규정을 두고 있으므로, 맹견을 제외한 등록대상동물이 소유자 등 없이 기르는 곳에서 혼자 벗어나 사람의 물어 상해 또는 사망에 이르게 하는 경우에 「형법」 ‘과실치사상’ 혹은 ‘중과실 치사상’이 적용된다.

두 번째, 개의 행위로 인해 대물 손해가 발생할 경우에도 견주는 「형법」상 책임을 질 수 있다. 반려견이 다른 반려견을 물었을 때, 가해 반려견의 소유자가 다른 반려견을 해할 목적, 즉 고의성이 입증된다면 「형법」 제366조 ‘재물손괴’가 적용될 수 있다. 그러나 단지 견주의 주의 의무 위반 과실로 인해 가해 반려견이 다른 반려견을 물었다면 재물손괴죄는 적용되기 어렵다. 재물손괴죄는 과실범에 대해서는 적용되지 않기 때문이다.

(3) 경범죄 처벌법상 규정

경범죄 처벌법 제3조 제1항 제25호는 ‘위험한 동물의 관리 소홀’을 규정하면서 사람이나 가축에 해를 끼치는 버릇이 있는 개나 그 밖의 동물을 함부로 풀어놓거나 제대로 살피지 아니하여 나다니게 한 사람에게 처벌을 가한다. 처벌은 10만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형으로 규정하고 있으나, 동법 시행령 제2조와 별표에 따라 범칙금 5만원을 부과하고 있다.

나. 견주의 형사처벌에 관한 판례분석

현재까지의 판례들을 살펴보면, 인신 개물림 사고에 대하여 「동물보호법」 제46조 제1항과 동조 제2항 1의3호, 1의4호 규정을 적용한 판결은 없는 것으로 보인다. 가장 큰 이유로는 처벌 규정인 제46조가 「동물보호법」에 도입된 지 얼마 지나지 않았고, 이를 적용해야 할 경찰이나 검찰에서 해당 법 규정의 적용에 적극적으로 나서지 않았기 때문이라고 생각된다.

기존의 판례들은 개물림 상해 사고에 대해 대체로 「형법」의 과실치상죄를 적용하였으며, 형량은 벌금형에 그친 것이 대부분이었다. 공공장소인 공원 산책 시 목줄 등의 안전조치 의무 위반으로 인해 발생한 전치 2주 개물림 상해에 대하여 벌금 150만 원을 선고하였으며,²⁵⁾ 일반 반려견이 기르는 곳에서 벗어나게 하지 않도록 할 주의 의무를 위반하여 개가 주변 농장에서 일하는 사람에게 전치 4주의 상해를 입힌 것에 대해 벌금 300만 원을 선고한 바 있다.²⁶⁾ 또한, 공원 산책 시 목줄을 풀어놓아 짚으며 달려드는 개를 피하려다 넘어져 12주 상해를 입은 것에 대해 벌금 350만 원을 선고하였다.²⁷⁾

25) 울산지방법원 2019. 3. 11. 선고 2019고정46 판결.

26) 서울중앙지방법원 2019. 1. 8 선고 2018고정2528 판결.

72 동국법학 제1권

다만, 드물게 중과실치상죄를 적용하여 금고형을 선고한 판례도 있다. 해당 판례들은 기본적으로 피해자의 상해 결과가 중한 편에 속하였다. 그리고 과실치상죄를 적용한 판례들과의 차이점을 살펴보면 반려건의 종이 일반 반려건보다 강한 주의 의무가 요구되는 맹견이라는 점이다. 녹이 슬어 금방이라도 풀릴 수 있는 목줄에 묶여있던 맹견인 핏볼테리어가 목줄을 풀고 지나가던 여성을 물어 오른쪽 다리 절단과 16주의 치료를 요하는 중한 상해를 입힌 것에 대해 금고 1년 6개월을 선고한 바 있다.²⁷⁾ 또한 집 안에서 풀어 키우며 대문 관리를 소홀히 한 결과, 집 밖으로 나간 맹견인 로트와일러가 9세 아이를 물어 4주의 치료를 요하는 중한 상해를 입힌 것에 대해 금고 6월을 선고하였다.²⁸⁾

경범죄 처벌법 제3조 제1항 제25호 맹견 등의 위험한 동물의 관리 소홀을 적용한 단속과 범칙금 부과는 자주 이루어지는 것으로 보인다.³⁰⁾ 그리고 견주의 주의의무 위반으로 인해 반려견이 다른 반려견을 물어 죽인 사고에 대해 「형법」 재물손괴죄가 적용된 판결은 없는 것으로 보인다.

다. 형사상 규정과 판례의 문제점

(1) 인신 개물림 사고에 대한 실질적 처벌의 미흡

견주의 주의 의무 과실로 인해 발생하는 개물림 상해 사고에 대하여 우리 판례는 대부분 「형법」상 과실치상죄를 적용하고 벌금형을 선고하였다. 물론 피해의 결과가 중하고 사고를 일으킨 개가 주의 의무를 강하게 요구하는 맹견일 경우에는 드물게 견주에게 금고형을 선고하기도 하였지만, 일반 반려견에 의해 발생하는 사고의 빈도가 압도적으로 높으며 견주가 구속에 이르는 경우는 손에 꼽을 정도로 매우 적다. 또한, 대부분 판결에서 이루어지는 벌금도 피해의 결과와 상식에 비추어 적은 금액이다. 이러한 소액의 벌금형 판결은 견주들의 경각심을 일깨우기에는 역부족인 판결이며, 가해 견주 측이 피해자에게 저야 할 도의적 책임에 대한 회피 수단 정도로 삼는 악용의 문제가 발생할 수 있다. 나아가 벌금만 내면 된다는 안일한 생각을 갖게 된 견주는 또다시 주의 의무를 위반하여 사고를 발생시킬 수 있으며, 그 결과 사고는 줄어들지 않고 반복될 것이다.

27) 대구지방법원 2015. 5. 14 선고 2015고단473 판결.

28) 수원지방법원 2017. 9. 20 선고 2017고단2688 판결.

29) 대구지방법원 포항지원 2011. 8. 3 선고 2011고단841 판결.

30) news1뉴스(2017.10.25), “맹견 등 위험동물 관리소홀 단속·처벌 6년간 2324건”, <https://www.news1.kr/articles/?3133932>(검색일 : 2020.09.16.).

(2) 견주의 책임면책 규정 부재

「동물보호법」은 개물림 사고에 관하여 견주의 책임면책 사유를 규정한 조항을 두고 있지 않다. 견주의 책임면책 사유에는 사유지의 무단침입 또는 불법행위, 사유지에서의 개물림 사고를 방지하기 위한 상당한 조치, 피해자의 개에 대한 도발 등이 해당될 수 있다. 현재, 견주의 책임면책 사유를 따로 규정하고 있지 않은 만큼 개별적 사건별로 판단하여 위법성 조각사유 또는 양형의 요소로 고려되고 있다. 그러나 책임면책 기준의 부재는 수사기관의 수사에 혼란을 초래할 수 있고, 개별 사건별로 수사기관의 자의적 판단이 개입되어 일률적이지 못한 입건이나 기소가 이루어질 수 있다. 위에서도 살펴봤듯이, 3살 아이가 사유지인 공장 출입문을 통과하여 개물림 사고를 당한 사건에서는 책임면책 기준의 부재로 인해 한동안 경찰이 결정을 내리지 못하였다. 그리고 그러한 책임면책 기준의 부재는 재판에서도 유사한 문제로 나타난다. 재판부별로 또는 심급별로 그리고 검찰과 재판부 사이에서 개별 사안에 대해 책임면책의 기준을 서로 다르게 판단할 수 있는 것이다. 이로 인해 항소와 상고를 반복하고 장기간 이루어지는 재판은 시간적·경제적 측면에서 비효율적이다. 예컨대, 사유지에 묶어 둔 개가 사유지를 지나가던 행인을 물어 상해를 입힌 사고에 대해 1심은 과실치상 혐의를 인정한 반면, 2심은 무죄를 선고하였고 상고심이 진행 중인 것으로 보인다.³¹⁾ 그리고 사유지를 무단으로 들어와 적정한 길이의 목줄에 묶인 개에게 물림을 당한 사고에 대해서 검찰과 법원의 의견이 달라 상고심까지 진행되었고, 무죄 확정까지 2년이 넘는 시간이 걸린 바 있다.³²⁾

(3) '반려견이 다른 반려동물을 물어 해를 가한 경우'에 대한 처벌 규정의 부재

우리 「형법」상 재물손괴는 고의범에만 적용이 되고, 과실범에는 적용되지 않는다. 따라서 견주의 주의의무 위반 과실로 인하여 반려견이 다른 반려동물을 물어 해를 가했을 때는 일반적으로 재물손괴의 적용이 어렵다. 산책 중이던 대형견인 셰퍼드가 견주의 과실로 인해 소형견 3마리를 물어 죽인 사건³³⁾과 진돗개가 견주의 과실로 인해 펫숍에서 나오는 치와와를 물어죽인 사건³⁴⁾ 등에서 경찰은 재물손괴에 대한 형사처벌이 어렵다는 것을 인지하고 적용하지 않은 바 있

31) 중부매일(2017.05.28), “개인 사유지서 행인 물어 다치게 한 개주인 ‘형사책임 없다’”, <http://www.jbnews.com/news/articleView.html?idxno=796529>(검색일 : 2020.09.16.).

32) KBS NEWS(2019.08.20), “사유지에 개물림 견주는 ‘무죄’, ‘장소·견주 조치의무 근거’”, <https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=4265749>(검색일 : 2020.09.16.).

33) HappyPet(2018.02.26), “애완견 물어 죽인 셰퍼드, 개주인 ‘형사책임 없다’”, <http://www.happypet.co.kr/news/articleView.html?idxno=24302>(검색일 : 2020.09.16.).

다. 그러나 최근 사고 전과가 5번이 있는 맹견인 로트와일러가 산책을 가기 위해 문을 열어 놓은 사이 지나가던 소형견인 스피츠를 물어 죽인 사건에 대해 미필적 고의를 인정하자는 논의가 있었고, 경찰은 미필적 고의에 의한 재물손괴죄를 적용하여 견주를 검찰에 송치하였다.³⁵⁾ 가해 견주는 사고 이력이 있는 자신의 맹견이 사고를 낼 수 있음을 예측할 수 있었다는 것이다. 그러나 확정적 고의가 아닌 경우에서 반려견이 다른 반려동물을 물어 해를 입힌 사안에 대해 재물손괴를 적용한 판례는 없는 것으로 보이며, 전문가들 또한 해당 사안이 기소되더라도 무죄가 날 가능성이 높다고 발언한 바 있다.³⁶⁾ 사실상 현재 「형법」 재물손괴 규정으로는 견주의 주의 의무 위반 과실로 인해 반려견이 다른 반려동물을 물어 상해 또는 사망에 이르게 한 사안에 대해 견주의 처벌이 어려운 상황이다. 견주들은 「형법」상으로 처벌이 어렵다는 것을 알고 ‘법대로 해라’라거나 ‘알아서 해라’라는 태도의 무책임한 태도를 보이곤 한다.³⁷⁾ 즉, 이러한 사안에 대한 견주의 형사처벌 규정의 미비는 견주들의 경각심과 책임 의식을 저해할 수 있는 문제를 갖고 있다.

(4) 동물보호법상 ‘소유자 등 없이 등록대상동물이 기르는 곳에서 벗어나지 아니하게 할 의무’ 규정과 의무 위반으로 인해 발생한 사상 사고 대한 처벌 규정의 부재

우리나라의 전체 반려견 중 맹견은 약 1%에 불과하다. 맹견 외의 일반 반려견이 대부분인 만큼 현재 맹견에 의한 개물림 사고보다는 일반 반려견에 의한 사고가 더욱 빈번하게 발생하고 있다. 「동물보호법」에서는 반려견 규정을 등록대상동물과 맹견에 관한 규정으로 구분하고 있는데, 등록대상동물에 관한 규정은 개의 종류를 구분하고 있지 않으므로 등록대상동물에는 맹견과 일반 반려견이 모두 포함된다. 그러나 동법이 맹견의 관리 규정을 따로 두고 있는 만큼 맹견이 아닌 일반 반려견의 견주는 등록대상동물의 관리 규정만을 적용받고 있다. 「동물보호법」은 맹견 소유자 등에게 ‘1. 소유자 등 없이 맹견을 기르는 곳에서 벗어나지 아니하게 할 것, 2.

34) 조선일보(2019.06.25), “이웃집 반려견 물어죽이 진돗개 견주 ‘개에게 따져라’”, https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2019/06/25/2019062502617.html(검색일 : 2020.09.16.).

35) TV CHOSUN(2020.09.01), “경찰, ‘소형견 살해 맹견’ 견주 기소 의견 송치, ‘미필적 고의’”, http://news.tvchosun.com/site/data/html_dir/2020/09/01/2020090190064.html(검색일 : 2020.09.16.).

36) 노컷뉴스(2020.08.04), “개가 개 물었다? 처벌 못해 vs 로트와일러인데 몰랐다니”, <https://www.nocutnews.co.kr/news/5389181>(검색일 : 2020.09.16.).

37) 중앙일보(2020.07.31), “스피츠 물어죽인 로트와일러는 ‘전과5범’, ‘견주는 배째라식’”, <https://news.joins.com/article/23837114>(검색일 : 2020.09.16.).

월령이 3개월 이상인 맹견을 동반하고 외출할 때에는 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 목줄 및 입마개 등 안전장치를 하거나 맹견의 탈출을 방지할 수 있는 적절한 이동장치를 할 것. 3. 그 밖에 맹견이 사람에게 신체적 피해를 주지 아니하도록 하기 위하여 농림축산식품부령으로 정하는 사항을 따를 것' 등의 의무를 규정하고, 특히 전술한 3가지 의무 위반으로 인해 발생하는 개물림 사상 사고에 대해서는 형사처벌을 하도록 규정하고 있다. 그러나 등록대상동물의 소유자 등에 대해서는 '소유자등 없이 등록대상동물을 기르는 곳에서 벗어나지 아니하게 할 의무'를 규정하지 않고 있고, '등록대상동물과 동반 외출 시 목줄 등의 안전조치를 할 의무'를 위반하여 개물림 사상 사고를 발생시킨 것 경우에 대해서만 처벌 규정을 두고 있다. 즉, 「동물보호법」상 일반 반려견과 외출 시에 대한 견주의 주의 의무 규정과 그 의무 위반으로 인해 발생하는 사상 사고 대한 처벌 규정은 있지만, 외출이 아닌 기르는 곳에서 일반 반려견이 벗어나지 아니하게 할 의무와 그 위반으로 인해 발생하는 사상 사고 대한 처벌 규정은 존재하지 않고 있는 것이다. 일반 반려견도 소유자등 없이 기르는 곳에서 벗어나 사상 사고를 일으키는 경우가 종종 발생하고 있음에도 이 부분에 대해서는 「동물보호법」상 입법의 공백이 생기는 상황이다.³⁸⁾

이러한 입법의 공백으로 인한 한계는 다음과 같다. 첫째, 맹견 외의 견(일반 반려견) 견주의 주의 의식을 도태시킬 수 있다. 유명 배우의 일반 반려견이 소유자 등 없이 기르는 곳을 벗어나 사람을 사망에 이르게 한 경우처럼 일반 반려견 혼자 기르는 곳에서 벗어나 사상 사고를 일으키는 경우는 언제든 다시 발생할 수 있는 개물림 사고이다. 그럼에도 「동물보호법」상 맹견에 대해서만 해당 의무를 규정하고 있고, 일반 반려견의 견주에게는 해당 의무를 규정하고 있지 않은 것은 일반 반려견 견주의 주의 의식을 도태시킬 수 있는 문제를 발생시킨다.

둘째, 인신사고를 일으킨 일반 반려견 견주가 형사처벌을 피해갈 수 있는 방안이 있어 견주의 경각심을 저해할 수 있다. 소유자 등 없이 일반 반려견이 기르는 곳에서 벗어나 사상 사고를 일으키는 경우가 종종 발생하고 있음에도 「동물보호법」상 '소유자 등 없이 등록대상동물을 기르는 곳에서 벗어나게 할 의무' 규정을 두고 있지 않기 때문에, 해당 경우를 위반하여 상해 사고가 발생할 경우에 견주는 「형법」 과실치상죄로 처벌받게 된다. 그러나 과실치상은 반의사 불벌죄이고, 이로 인해 가해 견주가 피해자를 설득하여 가해 견주의 처벌을 원하지 않는다는 진술을 하게 된다면 가해 견주는 형사처벌의 범망을 빠져나올 수 있다. 이는 가해 견주의 주의 의무 이행에 대한 책임 의식과 경각심을 저해할 수 있는 문제를 발생시킨다.

38) 류화진, 앞의 논문, 93면.

2. 행정상 규정

가. 현행법상 행정제재 규정

(1) 동물보호법상 과태료 처분

「동물보호법」 제47조는 견주의 주의 의무 위반에 대하여 과태료 처분 규정을 두고 있다. 과태료는 300만원 이하, 100만원 이하, 50만원 이하로 구분된다. 맹견의 소유자 등이 형사처벌 규정에서 기술한 「동물보호법」 제13조의2 제1항 제1호, 제2호, 제3호³⁹⁾를 위반한 경우에는 300만원 이하의 과태료 처분을 받게 된다. 또한 동법 제13조의2 제3항⁴⁰⁾을 위반하여 맹견의 안전한 사육 및 관리에 관한 교육을 받지 아니하거나 동법 제13조의3⁴¹⁾을 위반하여 맹견을 출입하게 한 소유자 등에게도 마찬가지로 300만원 이하의 과태료를 부과하고 있다. 동법 제13조의3에 관하여 지난 8월 국회에서는 맹견 출입 금지 장소에 노인복지시설, 장애인복지시설, 의료기관 및 약국 등 노인, 장애인 및 환자 등이 출입하는 장소를 추가해야 한다는 의안이 발의되기도 하였다. 300만원 이하의 과태료를 부과하는 경우의 공통점은 그 대상이 맹견의 소유자 등이라는 점에 있다.

100만원 이하의 과태료는 등록대상동물을 등록하지 아니한 소유자에게 부과하고 있다. 그리고 「동물보호법」 제13조 제1항⁴²⁾을 위반하여 인식표를 부착하지 아니하거나 제13조 제2항⁴³⁾

- 39) 「동물보호법」 제13조의2(맹견의 관리) ① 맹견의 소유자등은 다음 각 호의 사항을 준수하여야 한다.
1. 소유자등 없이 맹견을 기르는 곳에서 벗어나지 아니하게 할 것
 2. 월령이 3개월 이상인 맹견을 동반하고 외출할 때에는 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 목줄 및 입마개 등 안전장치를 하거나 맹견의 탈출을 방지할 수 있는 적절한 이동장치를 할 것
 3. 그 밖에 맹견이 사람에게 신체적 피해를 주지 아니하도록 하기 위하여 농림축산식품부령으로 정하는 사항을 따를 것
- 40) 「동물보호법」 제13조의2(맹견의 관리) ③ 맹견의 소유자는 맹견의 안전한 사육 및 관리에 관하여 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 정기적으로 교육을 받아야 한다.
- 41) 「동물보호법」 제13조의3(맹견의 출입금지 등) 맹견의 소유자등은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 장소에 맹견이 출입하지 아니하도록 하여야 한다.
1. 「영유아보육법」 제2조제3호에 따른 어린이집
 2. 「유아교육법」 제2조제2호에 따른 유치원
 3. 「초·중등교육법」 제38조에 따른 초등학교 및 같은 법 제55조에 따른 특수학교
 4. 그 밖에 불특정 다수인이 이용하는 장소로서 시·도의 조례로 정하는 장소
- 42) 「동물보호법」 제13조(등록대상동물의 관리 등) ① 소유자등은 등록대상동물을 기르는 곳에서 벗어나게 하는 경우에는 소유자등의 연락처 등 농림축산식품부령으로 정하는 사항을 표시한 인식표를 등록대상동물에게 부착하여야 한다.
- 43) 「동물보호법」 제13조(등록대상동물의 관리 등) ② 소유자등은 등록대상동물을 동반하고 외출할

을 위반하여 안전조치 및 배설물 수거를 하지 아니한 소유자 등에게는 50만원 이하의 과태료를 부과하고 있다. 50만원 이하의 과태료를 부과하는 경우의 공통점은 그 대상이 등록대상동물의 소유자 등이라는 점에 있다. 그러나 등록대상동물 중 맹견에 관한 규정이 따로 있고 과태료도 따로 부과하고 있기 때문에 50만원 이하의 과태료를 부과받는 등록대상동물의 견주는 대부분 맹견이 아닌 일반 반려견의 견주라고 볼 수 있다.

(2) 동물보호법상 맹견에 대한 격리조치 등

「동물보호법」 제13조의2 제2항은 맹견이 사람의 신체를 해하는 사고를 내는 경우 ‘시·도지사 와 시장·군수·구청장이 소유자등의 동의 없이 맹견에 대하여 격리조치 등 필요한 조치를 취할 수 있다.’라고 규정하고, 동법 시행규칙 제12조의3 관련 별표3에서 ‘맹견의 격리조치 등에 관한 기준’을 상세히 규정하고 있다. 예를 들어, 동법 시행규칙 별표3에는 맹견을 생포·격리하는 절차나 격리한 맹견을 치료 및 보호하는 조치 등을 규정하고 있다. 그러나 현행 「동물보호법」상 맹견을 제외한 일반 반려견이 개물림 사고를 낸 경우에 대해서는 격리조치 등에 관한 규정을 두고 있지 않다. 또한, 반려견이 사람 이외에 다른 반려동물에게 해를 입혔을 때 격리조치 등을 할 수 있는 규정도 존재하지 않는다.

나. 행정상 규정의 문제점

(1) 종으로 맹견과 맹견 외의 견을 구분 짓는 이분법적 체계에 대한 문제

「동물보호법」은 맹견과 맹견 외의 견으로만 구분되어 있다. 동물보호법상 맹견은 핏불테리어, 로트와일러 등 총 5개의 종만으로 구성되어 있다. 그리고 「동물보호법」은 공격성이 강해 좀 더 주의 의무를 요구하는 맹견과 그 소유자 등에 관한 규정에 초점을 맞추고 있다. 예컨대, 맹견 소유자 등에게는 일반 반려견의 소유자에 비해 맹견에게 입마개 필수 착용, 맹견을 소유자 등 없이 기르는 곳에서 벗어나지 아니하게 할 것 등의 좀 더 많은 주의 의무를 부과하고 있는 것, 정기 교육 의무를 부과하고 있고 책임보험 가입을 의무화하고 있는 것, 그리고 맹견에게는 격리조치 등을 할 수 있는 규정을 두고 있고 특정 장소에 출입할 수 없도록 하는 것, 주의 의무

때에는 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 목줄 등 안전조치를 하여야 하며, 배설물(소변의 경우에는 공동주택의 엘리베이터·계단 등 건물 내부의 공용 공간 및 평상·의자 등 사람이 놓거나 앉을 수 있는 기구 위의 것으로 한정한다)이 생겼을 때에는 즉시 수거하여야 한다.

78 동국법학 제1권

위반에 대한 과태료가 일반 반려견에 비해 높은 것 등이 이에 해당한다. 맹견이라는 종 자체가 태생부터 본능이 공격적인 점에서 맹견에 관한 주의 의무를 규정하고 있는 것은 타당하다고 생각된다. 그러나 맹견이 아닌 개 중에서도 일부 공격성을 가진 대형견이 있으며, 사육환경에 따라 크기에 상관없이 공격적인 성향을 가질 수 있다. 그런 공격적인 성향을 가지고 있는 일반 반려견들은 맹견과 유사하게 언제든지 사람과 다른 반려동물을 공격할 수 있다. 따라서 이러한 일반 반려견의 소유자 등에게는 맹견과 동등한 주의 의무를 부과할 필요가 있다. 그러나 종으로만 맹견과 그 외의 견으로 구분 짓고 있는 이분법적 체계에서는 여전히 공격성을 갖고 있거나 사람을 위협하고 개물림 사고를 낸 일반 반려견과 그 견주에 대해서 주의 의무가 약한 등록 대상동물에 관한 규정을 적용하고 있다. 따라서 종으로만 구별 짓는 이분법적 체계의 「동물보호법」 규정은 공격성이 있고 사고를 낼 수 있거나 이미 사고를 낸 이력이 있는 일반 반려견 견주들의 경각심과 책임 의식을 저해하고 있다.

(2) 맹견 외의 견(일반 반려견)에 대한 격리조치 등의 규정 부재

「동물보호법」은 맹견이 사람에게 신체적 피해를 가한 경우에는 격리조치 등의 필요한 조치를 할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 우리나라 전체 반려견 중 맹견을 제외한 일반 반려견의 비율이 99% 이상이며, 일반 반려견에 의한 사고가 더욱 빈번히 발생하고 있다. 그럼에도 일반 반려견이 사람에게 신체적 피해를 입힌 경우에 격리조치 등을 할 수 있는 규정을 따로 두고 있지 않다. 정부는 맹견에 의한 사고가 빈번하게 발생하고 있음에도 체계적 관리 규정이 없다는 이유를 들어 맹견에 대한 관리를 강화하는 측면에서 맹견에 대한 격리조치 등의 규정을 신설하였다. 맹견 격리조치 규정의 신설 이유와 비교해볼 때, 일반 반려견의 개물림 사고가 맹견에 의한 사고보다 더욱 빈번히 발생하는 상황에서 일반 반려견에 대한 격리조치 등의 규정 부재는 반려견 관리 측면에서의 한계점이라고 생각된다.

(3) 개에 대한 사후조치 규정 미흡

「동물보호법」은 맹견이 사람에게 신체적 피해를 가한 경우에만 격리조치 등을 할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 로트와일러가 스피츠를 물어 죽인 사건에서 가해견인 로트와일러가 이전에도 다른 개를 물어 사상 사고를 입힌 경우가 5번이나 있는 것처럼 한번 다른 개를 물었던 개는 또다시 다른 개를 물 수 있다. 따라서 사람에게 신체적 피해를 가한 경우뿐만 아니라 가축이나 다른 반려동물에게 피해를 입힌 경우에도 격리조치 등을 할 필요가 있다.

또한, 동물보호법 시행규칙 관련 별표3에서는 격리조치된 맹견에 대하여 치료 및 보호조치를 할 수 있다고 규정하고 있다. 그리고 그 보호조치 기간은 최대 20일이다.⁴⁴⁾ 그러나 치료 및 보호조치를 받은 개가 공격성을 내재하고 있어 또다시 사고를 내고 20일간 치료를 받고 하는 일이 계속 반복될지라도 태생 또는 사육환경 등에 의해 내재된 공격성은 사라지지 않을 수 있다. 따라서 규정된 치료 및 보호조치만으로 공격성 있는 개의 개물림 사고를 방지할 수 있을지 의문이다.

(4) 견주의 주의 의무 위반에 대한 과태료 처분과 범칙금 부과 실효성 부족

「동물보호법」에서는 맹견과 등록대상동물의 소유자에게 목줄이나 입마개 등의 주의 의무를 부과하고 있고, 이를 위반한 경우에 대하여 과태료를 부과하고 있다. 또한, 경범죄 처벌법은 사람이나 가축에 해를 끼치는 버릇이 있는 개를 함부로 풀어놓거나 제대로 살피지 아니하여 나타나게 한 사람에게 범칙금 5만원을 부과하고 있다. 이러한 과태료와 범칙금의 부과는 개물림 사상 사고의 기본적인 예방책이자 견주들에게 경각심을 주는 요소 중 하나이다. 그러나 과태료 처분 또는 범칙금 부과 조치가 과연 견주들에게 경각심을 주고 있는지는 의문이다. 과거 「동물보호법」 개정을 통해 과태료를 상향하기도 하였지만, 여전히 견주들의 주의 의무에 대한 준법 의지는 낮다. 예컨대, 작년에 전국적으로 확인된 808건의 반려동물 관련 위반행위 중 가장 많이 적발된 행위는 목줄 미착용 등의 동물관리 미이행(460건, 56.9%)이었다.⁴⁵⁾ 또한, 견주의 부주의로 발생하는 일부 개물림 사고에서 드러나는 견주들의 무책임⁴⁶⁾하거나 적반하장식의 태도⁴⁷⁾는 이를 적나라하게 보여주고 있다. 이처럼 다소 가벼운 과태료 처분 또는 범칙금 부과는 견주들에게 경각심을 주고, 개물림 사고를 예방하기에 실효성이 부족한 조치라고 생각된다.

44) 동물보호법 시행규칙 [별표3], 맹견에 대한 격리조치 등에 관한 기준(제12조의 3 관련)

2. 보호조치 및 반환 기준

라. 시·도지사 및 시장·군수·구청장은 보호조치를 시작한 날부터 10일 이내에 보호해제 여부를 결정하고 맹견을 소유자들에게 반환해야 한다. 이 경우 부득이한 사유로 10일 이내에 보호해제 여부를 결정할 수 없을 때에는 그 기간이 끝나는 날의 다음날부터 기산하여 10일의 범위에서 보호해제 여부 결정 기간을 연장할 수 있으며, 연장 사실과 그 사유를 맹견의 소유자들에게 지체없이 통지해야 한다.

45) Dailyvet(2020.06.02), “‘목줄·인식표 미착용 등’ 1년간 반려동물 관련 위반행위 808건 적발”, <https://www.dailyvet.co.kr/news/policy/132038>(검색일 : 2020.09.18.).

46) 중앙일보(2020.07.31), “스피츠 물어죽인 로트와일러는 ‘전과5범’, ‘견주는 배째라식’”, <https://news.joins.com/article/23837114>(검색일 : 2020.09.18.).

47) KBS NEWS(2020.03.15), “[속고살지마]개목줄 하랬더니 ‘칼침 맞고 싶냐’는 견주, 적반하장에 불면증까지”, <https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=4402083>(검색일 : 2020.09.18.).

3. 소결

상기에서 서술한 바와 같이 개물림 사고에 관한 공법상 규정은 「동물보호법」, 「형법」, 경범죄 처벌법에 있다. 그리고 특별법인 「동물보호법」을 중심으로 반려견에 대한 주의 의무 위반과 의무 위반으로 인한 개물림 사상 사고에 대해서 견주에게 형사처벌과 행정제재를 부과하고 있다. 이처럼 개물림 사고를 대비하기 위한 어느 정도의 공법상 체계를 갖추고는 있지만, 아직까지 모든 개물림 사고의 유형을 대비하고 있지는 못하다. 형사상 규정 면에서는 견주의 책임을 면책하는 규정이 부재한 점, 반려견이 다른 반려동물을 물어 해를 가한 경우에 대한 처벌 규정이 부재한 점, 「동물보호법」상 소유자 등 없이 등록대상동물이 기르는 곳에서 벗어나지 아니하게 할 의무 규정과 의무 위반으로 인해 발생한 사상 사고에 대한 처벌 규정이 부재한 점이 문제되고 있다. 그리고 형사처벌 판례에서는 개물림 상해 사고에 대한 실질적 처벌이 미약하다는 점이 문제되고 있다. 행정상 규정 면에서는 종으로 맹견과 맹견 외의 견을 구분 짓는 이분법적 체계, 맹견 외의 견에 대한 격리조치 등의 규정이 부재한 점, 개에 대한 사후조치 규정이 미흡한 점, 견주의 주의 의무 위반에 대한 과태료 처분과 범칙금 부과가 실효성이 부족한 점이 문제되고 있다. 따라서 이를 개선하기 위해서는 관련 제도 중 개물림 사고에 관한 공법상 규정을 갖추고 있는 「동물보호법」의 정비가 필요하다.

이하에서는 개선방안의 참고자료 또는 근거가 될 수 있는 반려동물 선진국의 개물림 사고에 대한 공법상 규정을 살펴보고자 한다. 위에서 제시한 문제점을 중심으로 미국, 독일, 영국, 뉴질랜드는 어떤 규정을 취하고 있는지 검토하며, 최종적으로 우리나라의 규정과 비교하고자 한다.

IV. 개물림 사고에 관한 외국법 규정의 검토

1. 미국

개물림 사고에 관한 미국의 공법상 제도는 크게 ‘위험한 개 법(dangerous dog law)’와 ‘특정 종 통제법(Breed-Specific legislation)’으로 구분된다. 특정 종 통제법은 인간에게 해를 끼칠 위험성이 높고 공격성이 강하다고 여겨지는 특정 종을 지정해 관리하고 규제하는 법인 반면, 위험한 개 법은 위험한 개에 대한 판단기준에 따라 위험한 개를 지정하고, 지정된 위험한 개를 관리하고 규제하는 법이다. 위험한 개 법은 미국의 39개 주와 여러 도시가 개별적으로 제

정하여 시행하고 있다. 반면 특정 종 통제법은 위험한 개 법보다 적은 주와 일부 도시에서 시행되고 있다. 각 주와 도시는 위험한 개 법과 특정 종 통제법 중 하나의 틀을 따르되, 주와 도시별로 다르게 규정을 제정하여 시행하고 있다.⁴⁸⁾ 일반적으로는 각 주법 내에 위험한 개 법 챕터를 두고, 그 안에서 개물림 사고와 관련된 정의, 의무, 형사책임, 민사책임, 행정책임 등을 규정하고 있다. 이하에서는 다수의 미국 주에서 제정하고 있는 위험한 개 법을 중심으로 살펴보고자 한다.

가. 위험한 개의 판단기준

위험한 개 법은 ‘위험한 개 또는 포악한 개(Dangerous or Vicious Dog)’가 어떤 개인이 그 판단기준을 정의하고 있다. 위험한 개라는 공식적인 항의(official complaint)가 들어오면 관련 기관은 판단기준을 바탕으로 조사를 진행하며, 조사 결과에 대한 청문회가 열리고 위험한 개 지정 여부가 결정된다.⁴⁹⁾ 주와 도시별로 위험한 개 또는 포악한 개(Dangerous or Vicious Dog)의 판단기준만을 규정하기도 하지만, 개의 위험성 정도에 따라 ‘잠재적으로 위험한 개(Potentially Dangerous Dog)’, ‘성가신 개(Nuisance Dog)’의 판단기준이 추가되기도 한다.⁵⁰⁾

‘위험한 개 또는 포악한 개’는 주마다 다르게 사용하는데, 두 개념 중 한 가지만 사용하는 곳이 있는 반면, 두 개념을 모두 정의하는 곳도 있다. 예컨대, 캘리포니아주는 ‘포악한 개’의 판단기준을 정의하고 있고, 도발이 없었음에도 공격적으로 사람에게 중상을 입히거나 사망에 이르게 한 개 등으로 명시하고 있다.⁵¹⁾ 텍사스주는 ‘위험한 개’의 판단기준을 정의하고 있고, 신체 부상을 야기하거나 그 행동이 신체 부상을 일으킬 것이라고 합리적으로 믿게 할 정도로 공격적이거나 외부 사람에게 이유 없는 공격을 가하는 개라고 정의하고 있다.⁵²⁾

‘잠재적으로 위험한 개’는 포악한 개나 위험한 개의 판단기준보다 덜 심각한 개의 행위와 심각한 부상이나 사망을 초래하지 않은 결과로 정의되고 있다. 예컨대, 캘리포니아주는 ‘잠재적으로 위험한 개’를 i) 36개월간 2번의 도발이 없었음에도, 해당 개의 주인이나 관리자의 사유지 외에 있을 때, 다른 사람이 해당 개로부터 상해를 막기 위해 방어적 행동을 취하도록 한 개,

48) 조성자, “미국 동물법 발전현황과 시사점-미국 개물림법(Dog Bite Law)을 중심으로-”, 「법학논고」 제65호, 경북대학교 법학연구원, 2019, 288면-293면.

49) 조성자, 앞의 논문, 289면.

50) Charlotte Walden, “Brief Overview of Dangerous Dog Laws”, Michigan State University College of Law, 2015, <https://www.animallaw.info/article/brief-overview-dangerous-dog-laws>(검색일 : 2020.09.18.).

51) 조성자, 앞의 논문, 289-291면.

52) Texas Health and Safety Code Section 822.041.

82 동국법학 제1권

ii) 36개월간 2번의 도발이 없었음에도, 해당 개의 주인이나 관리자의 사유지 외에 있을 때, 다른 가내 동물을 공격해서 죽이거나, 심각하게 물어뜯거나, 상해를 입힌 개 등으로 정의하고 있다.⁵³⁾ 미네소타주는 i) 명백한 공격 태도로 자전거를 탄 사람을 포함한 사람을 거리, 도보 또는 공공지 등에서 공격적인 태도로 추격하거나 접근하는 경우, ii) 도발하지 않았음에도 공격적으로 알려진 성향이 있어 부상을 야기하거나 사람 또는 가축의 안전을 위협하는 경우로 정의하고 있다.⁵⁴⁾

‘성가신 개’는 일부 주에서 채택하고 있는 개념으로, 잠재적으로 위험한 개의 판단기준과 유사하게 포악한 개 또는 위험한 개보다 낮은 등급으로 분류하고 있다. 예컨대, 오하이오주는 ‘성가신 개’를 도발하지 않았는데도 위협적인 방식이나 명백한 공격 태도로 사람을 쫓거나 접근하고, 물거나 물려고 시도하는 개로 정의하고 있다.⁵⁵⁾ 뉴햄프셔주는 사람을 향해 으르렁거리거나 뒤쫓는 경우, 자동차나 자전거, 오토바이 등을 추격하는 경우, 혼자서 또는 다른 개와 함께 다른 동물을 물거나 공격하는 경우 등으로 정의하고 있다.⁵⁶⁾

나. 소유자의 의무

통상적으로 청문회를 통해 ‘위험한 개 또는 포악한 개’, ‘잠재적으로 위험한 개’, ‘성가신 개’로 지정되면 견주와 개에 대한 제한과 의무가 부과된다. 예컨대 캘리포니아주의 경우, ‘포악한 개’ 또는 ‘잠재적으로 위험한 개’에 대한 판단이 내려지면, 등록 및 등록과 기록 유지에 대한 비용 납부, 허가증 발급, 질병 예방주사를 맞도록 하는 의무를 지며, 개가 주인의 소유지에서 집 밖으로 탈출할 수 없도록 그리고 아이들이 접촉할 수 없도록 항상 울타리가 쳐진 마당이나 집 안에 두어야 한다. 또한, 해당 반려견과 외출 시에는 책임질 수 있는 성인이 통제하고 있는 경우에만 가능하며, 이때에도 적절한 길이의 단단한 목줄을 착용시켜야 한다.⁵⁷⁾

루이지애나주는 위험한 개의 소유자에 대하여 등록 의무, 소유지에 있는 동안 실내 또는 밀폐된 공간에 보관할 의무, 외출 시 목줄 착용 의무, 30피트 이내에 3.5인치 글자로 선명하게 보이도록 보안 표지판을 게시할 의무 등을 부과하고 있다.⁵⁸⁾

델라웨어주는 위험한 개의 소유자에 대하여 개에 대한 중성화 의무, 책임보험 가입 의무, 소유지 내 적절한 울타리 안에 갇혀있도록 할 의무, 외출 시 6피트를 넘지 않는 사슬이나 가죽끈

53) 조성자, 앞의 논문, 289-291면.

54) Minnesota Statutes Annotated, §347.50. Subd.3.

55) Baldwin's Ohio Revised Code Annotated, §955.11.

56) Revised Statutes Annotated of the State of New Hampshire, §466:31.

57) 조성자, 앞의 논문, 292면.

58) West's Louisiana Statutes Annotated. Title 14. Criminal Law, §102.14.

을 매고 성인이 통제할 의무, 개가 구내에 있다는 표시판을 세울 의무 등을 부과하고 있다. 다만, 잠재적으로 위험한 개에 대해서는 위험한 개보다 적은 의무를 부과하고 있다.⁵⁹⁾

다. 형량과 처벌

처벌의 범위는 주별로 다르다. 다수의 주에서는 소유자의 의무 위반으로 인하여 개가 인신사고를 발생시키는 경우에 대해서 처벌을 부과하는 한편, 일부 주에서는 소유자의 의무 위반 그 자체 또는 소유자의 의무 위반으로 인하여 개가 다른 동물을 죽인 경우에 대해서까지 처벌이 이루어진다. 예컨대, 앨러버마주는 소유자의 주의 의무 위반 자체에 대해서 C급 경범죄(3개월 이하의 징역 또는 500달러 이하의 벌금)을 부과한다. 그리고 위험한 개가 사람을 심각하게 다치게 하거나 사망에 이르게 할 경우에는 B급 중죄(20년 이하 징역 또는 3만 달러 이하의 벌금)을 부과하고, 사람을 다치게 한 경우에는 C급 중죄(10년 이하의 징역 또는 1만 5000달러 이하의 벌금)을 부과하고 있다.⁶⁰⁾ 그리고 콜로라도주에서 위험한 개가 사람에게 심각한 부상을 입힌 첫 번째 경우에는 1급 경범죄를, 그 이후엔 6급 중범죄를 부과할 수 있으며, 사람을 죽음에 이르게 한 경우에는 5급 중범죄를 부과한다. 가축을 죽인 경우에는 초범일 때 3급 경범죄를, 그 이후에는 2급 경범죄를 부과한다.⁶¹⁾

오하이오주는 성가신 개에 대한 주의 의무를 위반한 첫 번째 경우에는 낮은 경범죄를, 후속 위반에 대해서는 4급 경범죄를 부과하고 있으며, 위험한 개에 대한 주의 의무를 위반한 첫 번째 경우에는 4급 경범죄를, 후속 위반에 대해서는 3급 경범죄를 부과하고 있다. 그리고 악의적인 개가 사람을 죽이면 4급 중범죄를, 사람에게 심각한 부상을 입힐 경우에는 1급 경범죄를 부과한다. 성가신 개가 다른 개를 공격하는 경우에는 전과에 따라 낮은 경범죄, 4급 경범죄 순으로 처벌을 부과하며, 위험한 개가 다른 개를 공격하면 전과에 따라 4급 경범죄, 3급 경범죄 순으로 처벌을 부과하고 있다.⁶²⁾

일리노이주는 악의적인 개를 뛰도록 허용하거나 보관함에 보관하는 조치를 취하지 않은 경우에 3급 중범죄를 부과하고 있다. 그리고 위험한 개의 소유자의 주의 의무 위반으로 개가 사람

59) West's Delaware Code Annotated, §3076F, §3077F.

60) Morris, King & Hodge, "New Alabama Law Could Land Dog Owners in Jail", Morris, King & Hodge, P.C., 2018-06-01, <https://www.mkhlawyers.com/blog/new-alabama-dog-attack-law/>(검색일 : 2020.09.18.).

61) Owning a Dangerous Dog (Colorado 18-9-204.5 C.R.S.), CLORADO LEGAL DEFENSE GROUP, <https://www.shouselaw.com/co/defense/laws/dangerous-dogs/>(검색일 : 2020.09.18.).

62) Baldwin's Ohio Revised Code Annotated, §955.99.

84 동국법학 제1권

또는 반려동물에게 심각한 신체적 상해를 입힌 경우 소유자에게 4급 중범죄를, 사람을 죽이면 3급 중범죄를 부과하고 있다.⁶³⁾

처벌 사례를 살펴보면, 텍사스주에서는 견주의 부주의로 3마리의 위험한 개가 5살 아이의 팔을 물어 심각한 부상을 입힌 사건이 있었다. 재판부는 견주가 자신의 개들에 대한 주의 의무를 위반한 것을 대수롭지 않게 여긴 것, 심각한 부상을 입힌 것 등을 고려하여 견주에게 3년 징역형을 선고하였다.⁶⁴⁾ 캘리포니아주 샌프란시스코에서는 견주가 아파트에서 한눈을 팔던 사이에 키우던 맹견 두 마리가 이웃 주민을 공격하였고, 이웃 주민은 치명상을 입어 이후 사망한 사건이 있었다. 법원은 시한폭탄과 같은 맹견을 자유로이 방치했다는 이유를 들어 견주에게 과실치사죄가 아닌 2급 살인죄를 적용하여 종신형을 선고한 바 있다.⁶⁵⁾

라. 책임면책 규정

미국의 일부 주들은 견주의 책임면책 규정을 두고 있다. 우선 피해자가 사유지를 무단침입하는 경우 혹은 사유지 내에서 불법행위를 하는 경우에 견주의 책임을 면하도록 규정하고 있는 주들이 있다. 델라웨어주는 견주의 책임면책 사유로 피해자가 사유지에 무단침입하거나 소유자의 재산에 대한 형사범죄를 저지르거나 저지르려는 시도가 있었을 것 등을 규정하고 있다. 그리고 뉴햄프셔주는 무단침입 또는 다른 불법행위를 범하는 것에 관여한 사람의 상해나 사망에 대해서는 견주의 책임을 면한다는 규정을 두고 있다. 코네티컷주나 하와이주 등도 이러한 규정을 두고 있다. 그러나 대부분의 주는 피해자가 개물림 당시 사유지에 합법적으로 있었던 경우에 견주의 책임을 인정하고 있다. 앨라버마주는 ‘개물림 당시 사유지에 합법적으로 있었던 경우’에 법에 의한 의무 수행이나 우유배달, 수리를 위한 방문 등도 포함하고 있다.

두 번째 책임면책 사유로는 도발(Provocation)이 있다. 애리조나주, 하와이주, 일리노이주, 인디애나주 등이 피해자가 개에 대한 도발을 할 경우에 책임을 면한다는 규정을 두고 있다. 다만, 일리노이주는 합법적 장소에 있을 경우에만 적용되는 도발이라고 하여 도발의 범위를 한정하고 있지만 미시건주, 미네소타주, 몬테나주 등은 단지 도발이라고만 명시하고 있어 그 적용

63) West 's Smith-Hurd Illinois Compiled Statutes Annotated, §5/26.

64) Austin, “Three Year Prison Sentence for Man Whose Dogs Attacked a 5-Year-Old Boy”, LAW FIRM NEWSWIRE, 2019-08-20, <https://www.lawfirmnewswire.com/2019/08/three-year-prison-sentence-for-man-whose-dogs-attacked-a-5-year-old-boy-2/>(검색일 : 2020.09.18.).

65) 중앙일보(2017.10.23), “이웃 물어 죽인 맹견 주인에게 ‘종신형’ 선고한 미국법원”, 중앙일보, <https://news.joins.com/article/22040842>(검색일 : 2020.09.16.).

범위를 상대적으로 넓게 규정하고 있다.

세 번째로 견주가 주의 관련 표시 등을 한 경우에 책임이 면책된다는 규정을 두는 주도 있다. 예컨대, 플로리다주는 Bad Dog라는 단어를 포함하는 표시를 눈에 띄게 해둘 경우 책임을 지지 않는다고 규정하고 있다.

마지막으로 경찰이나 군견과 관련한 업무에 사용되는 개에 대해서는 책임을 면책하고 있는 주도 있다. 예컨대, 애리조나주, 캘리포니아주, 콜로라도주는 경찰 업무에서 용의자 체포, 범죄 수사 등의 경우에 경찰관을 돕거나 다른 사람을 방어하는데 있어 개물림 사고가 발생한다면 이에 대해 책임을 면책하는 규정을 두고 있고, 군인의 업무 수행에서도 비슷한 경우에 책임을 면책하는 규정을 두고 있다.⁶⁶⁾

마. 개에 대한 사후조치

일반적으로 위험한 개로 지정된 개가 사람을 상해 또는 사망에 이르게 한 경우에는 즉시 또는 청문회 등의 절차를 거쳐 압수와 구금을 시키도록 규정하고 있다. 때로는 위험한 개가 가축을 사망에 이르게 한 경우에도 안락사까지 할 수 있는 규정을 두고 있다.

조지아주는 경찰관이 개가 공공의 안전에 위협이 된다고 생각하는 경우, 법 집행관 또는 개 통제관이 개를 즉시 압수해야 한다고 규정하고 있다.⁶⁷⁾

펜실베이니아주는 위험한 개가 사람이나 가축 등을 공격하는 경우, 개 관리인 또는 경찰관에 압수되어 격리될 것을 규정하고 있다. 그리고 10일이 지난 후에도 위험한 개의 주인이나 사육사가 항소를 하지 않으면 안락사가 이루어지도록 규정하고 있다. 그러나 이에 대해 개의 주인이나 사육사가 항소를 제기한다면 그 기간 동안 개는 구금되게 된다.⁶⁸⁾

캘리포니아주는 위험한 개 또는 포악한 개로 지정되는 청문회 중 해당 개가 공공 안전에 즉각적인 위협을 가한다고 믿을 수 있는 원인이 있다고 판단하는 경우, 동물 통제관 또는 법 집행관은 청문회를 기다리는 개를 압수 및 구금할 수 있다고 규정한다.⁶⁹⁾

66) 백경희·심영주, 앞의 논문, 281-287면.

67) West's Code of Georgia Annotated, § 4-8-24, § 4-8-25.

68) Purdon's Pennsylvania Statutes and Consolidated Statutes, §459-505-A (b), (c).

69) West's Annotated California Codes, § 31625, § 31645.

2. 독일

독일에서는 주법에서 개에 관한 동물보호명령을 구체화하여 각 주는 위험한 개의 보유에 관하여 ‘개보유법’을 규정한다. 각 주의 개보유법은 일반적으로 모든 개로 인해 발생할 수 있는 위험을 예방하고자 보도 상점, 도심, 군중이 많이 다니는 도로 등에서의 견주의 의무를 부과한다.⁷⁰⁾

가. 위험한 개의 판단기준

독일 연방정부는 2001년 ‘위험한 개의 퇴치에 관한 법률’을 제정하여 위험한 개로 핏볼테리어, 아메리칸 스타퍼드셔 테리어, 스타퍼드셔 볼테리어, 볼테리어 4종의 보유를 엄격히 제한하였다.⁷¹⁾ 위의 4종에 대해서는 독일에서 공통으로 지정되어 있지만, 각 주의 개보유법에서 그 품종을 추가할 수도 있고 개별적인 판단기준을 통해 위험한 개로 지정할 수 있다.

예를 들어, 노르트라인-베스트팔렌주에서는 상기의 4종의 품종에 해당되지 않더라도 i) 공격성 강화를 위하여 교육·사육·교배된 개, ii) 정당한 사유 없이 사람을 문 개, iii) 사람에게 위험을 주는 방법으로 뛰어오른 개, iv) 자기가 공격을 받지도 않았고, 다른 개가 복종의 자세를 보였음에도 물어서 다른 개에게 상해를 입힌 개, v) 통제 불능의 야생동물, 가축, 고양이 또는 다른 개를 쫓고 물거나 할퀴 개⁷²⁾ 등을 개별적으로 위험한 개로 규정하고 있다. 그리고 10종⁷³⁾을 특별한 품종의 개로 규정하여 위험한 개에 준하는 개로 분류하고 또한 견주는 개의 어깨높이가 40cm 이상 또는 몸무게 20kg이 넘을 때에도 관할관청에 신고할 의무가 있다.⁷⁴⁾ 이러한 개도 견주는 위험한 개에 준하는 의무를 부담하게 된다.⁷⁵⁾

헤센주는 베스트팔렌주와 약간의 차이가 있다. 헤센주는 i) 번식, 품행 또는 조련을 통해 자연적 수준을 뛰어넘는 전투태세, 공격성, 날카로운 성향으로 다른 인간 또는 동물에 대한 위험성을 가지는 경우, ii) 정당한 사유 없이 사람을 물거나 위협적으로 행동하는 경우, iii) 자기가 공격을 받지도 않았고, 다른 개가 복종의 자세를 보였음에도 물어서 다른 개에게 상해를 입힌 개의 경우 iv) 개들이 다른 동물들을 무분별하게 사냥하는 것이 입증되는 경우 개별적으로 위험

70) 김수진, “독일 동물보호법령을 중심으로 본 동물보호”, 「FES-Information-Series 2005-06」 프리드리히 에베르트 재단 주한 협력 사무소, 2005, 6면.

71) 김수진, 앞의 책, 6면.

72) 「Hundegesetz für das Land Nordrhein - Westfalen」 §3 Gefährliche Hunde.

73) 해당 10종은 ‘알라노, 아메리칸 불독, 불마스티프, 마스티프, 마스티노 에스파뇰, 마스티노 나폴레타노, 필라 브라질레이로, 도고 아르헨티노, 로트와일러, 토사 이누’이다.

74) 「Hundegesetz für das Land Nordrhein - Westfalen」 §11 Große Hunde.

75) 김나영, “개물림사고 방지 입법례”, 「최신외국입법정보」 제99호, 국회도서관, 2019, 4면.

한 개⁷⁶⁾로 판단한다. 그리고 헤센주는 베스트팔렌주의 특별한 품종 10종에서 마스티프를 제외하여 9종을 위험한 개에 준하는 개로 분류하고, 베스트팔렌주와 동일하게 어깨높이가 40cm 이상 또는 몸무게 20kg이 넘을 때에도 견주는 위험한 개에 준하는 의무를 부담하게 된다.⁷⁷⁾

나. 소유자의 의무

독일에서 ‘위험한 개’를 소유하려는 자는 해당 관청의 허가를 필요로 한다. 허가의 조건으로는 소유주가 만18세 이상이고 신체적으로 개를 안전하게 줄에 묶어 데리고 다닐 수 있어야 하며, 필요한 전문 지식과 신뢰성을 갖추고 이를 증명하기 위한 자격증을 소지해야 하고, 개로 인해 발생할 수 있는 손해배상을 위한 책임보험을 체결해야 한다는 것이 있다.⁷⁸⁾ 그리고 소유주는 자신이 개를 교육·길들이기 위해 사용되는 공간이 탈출이 불가능하고 적합한 숙소라는 것과 위조할 수 없는 개의 인식표를 증명해야 한다. 그리고 전술한 조건들을 충족하여 ‘위험한 개’의 견주가 되었다고 하여도 견주는 개보유법에 의해 여러 가지 의무를 준수해야 한다. 견주는 우선 울타리가 있는 사유지 내에서는 위험한 개가 자신의 뜻에 반하여 밖으로 나가게 하여서는 아니 되고, 사유지의 밖에서는 적절한 줄에 위험한 개를 묶고 입마개를 해야 한다. 다만, 개의 행동 검사에 합격한 경우에 이 목줄이나 입마개 착용은 하지 않아도 된다.⁷⁹⁾ 행동 검사는 인간과 동물에 유해한 영향을 미칠 수 있는 개의 과도한 공격성을 시험하는 것이며 전문가의 감독하에 여러 상황을 검사한다. 행동 검사에서는 복종검사, 이동 중인 사람(조깅, 자전거 등)·긴밀한 공간적 접촉·동성견과 접촉할 때 및 소음이 있는 경우 등에서 개가 하는 행동에 대해 검사를 하게 된다.⁸⁰⁾

다. 개에 대한 사후조치

독일에서는 견주들의 여러 가지 질서를 정하여 이를 어길 시 견주에게 책임을 묻고 있다. 일 반견에 대해서는 개에게 목줄을 하고 다닐 것을 규정하고, 위험한 견에 대해서는 위에서 제시한 ‘위험한 개’ 소유자의 허가조건과 의무사항을 모두 위반하지 말 것을 규정한다. 그리고 추가 적으로 동시에 여러 마리의 위험한 개를 데리고 다니지 말 것과 위험한 개의 교배를 하지 말

76) Hundeverordnung Hessen - § 2 Gefährliche Hunde (2) Gefährlich sind auch die Hunde, die.

77) Hundeverordnung Hessen - § 2 Gefährliche Hunde.

78) 김수진, 앞의 자료, 6면.

79) Hundegesetz für das Land Nordrhein - Westfalen § 5 Pflichten.

80) Landeshundegesetz NRW § 3 Verhaltensprüfung.

것, 큰 개의 보유를 신고할 것 등을 질서로 규정하고 있다. 견주는 이를 어길 시 100.000유로의 과태료가 부과될 수 있으며 이 개는 질서위반법 조건하에서 압수될 수도 있다.⁸¹⁾

그리고 독일에서는 예외적으로 존속 또는 다른 이유에 의해서 그 사용이 더이상 가능하지 않은 경우에는 생명과 신체에 현실의 위험을 방어하기 위해 압류된 개의 안락사가 명해질 수 있다.⁸²⁾

3. 영국

개물림 사고에 관한 영국의 공법상 제도에는 대표적으로 1991년에 제정된 위험한 개 법(Dangerous Dogs Act 1991)이 있다. 이 법은 1992년과 1997년에 걸쳐 2차례 개정되었으며, 웨일즈와 스코틀랜드에도 적용되고 있다. 그리고 위원회 등에서 제시하는 명령(Guidance)을 통해 해당 법안을 보충하고 있다. 예컨대, 위험한 개의 공격에 대한 최종 명령(Dangerous Dog Offences Definitive Guideline)을 통해 여러 개물림 사고에서 견주의 과실 정도에 따른 형량 등을 자세히 규정하고 있으며, 개 관리 명령(Control Dogs Guidance)을 통해 경찰, 의회, 기타 당국이 개를 통제하는데 사용할 수 있는 권한을 규정하고 있다.

가. 금지된 개와 위험한 개, 통제 불능의 개의 판단기준

위험한 개 법은 핏볼테리어, 일본 토사, 국무장관의 명령에 의해 지정된 모든 유형의 개 또는 싸움을 위해 사육되거나 해당 목적을 위해 사육된 유형의 특성을 갖는 것으로 보이는 개⁸³⁾를 소지하는 것 자체를 금지하고 있다. 만약 소지한다면 6개월 이하의 징역 또는 5급 이하의 벌금형을 부과받을 수 있다.⁸⁴⁾ 다만, 중성화, 마이크로칩 삽입, 제3자를 위한 책임 보험 가입이 준수되어 있고 추가적인 요구사항⁸⁵⁾을 충족한다면 개를 소지할 수 있다. 그리고 금지된 개 이외의 모든 개 중 대중에게 심각한 위험을 초래한다고 국무장관이 판단하는 경우, 기타 특별하고 위험한 개로 지정하고 명령을 내릴 수 있다.⁸⁶⁾

그리고 공공장소에서 위험할 정도로 통제에서 벗어난 경우, 소유자 또는 당분간 개를 담당하

81) Hundegesetz fur das Land Nordrhein - WestFalen § 20 Ordnungswidrigkeiten.

82) Hundegesetz fur das Land Nordrhein - WestFalen § 12 (3).

83) 도고아르헨티노(the Dogo Argentino)와 필라 브라질리에로(the Fila Brasileiro)가 포함된다.

84) Dangerous Dogs Act 1991, Section 1 Dog bred for fighting.

85) 추가적인 요구사항에는 동일한 주소에 개를 유지하기, 주소가 변경될 경우 기관에 알리기, 공공 장소에서 입마개 하기, 공공장소에서 선두에 세우기, 특별자격증 소지, 법원의 허가 등이 있다.

86) Dangerous Dogs Act 1991, Section 2 Other specially dangerous dogs.

는 자는 6개월 이하의 징역 또는 5급 이하의 벌금형을 부과받을 수 있고, 통제 불능인 개가 사람 또는 보조건을 다치게 했다면 가중처벌을 받는다. 그리고 소유자 또는 당분간 개를 담당하는 자가 개를 공공장소가 아닌 장소에 들어갈 수 있도록 허용하여 사람에게 상해를 입힐 것이라는 합리적인 우려의 근거가 있는 경우에는 6개월 이하의 징역 또는 5급 이하의 벌금형을 부과받을 수 있고, 실제로 사람을 다치게 한다면 가중처벌을 받는다.⁸⁷⁾

나. 소유자의 의무

개 관리 명령(Control Dogs Guidance)에서는 경찰, 의회, 기타 당국이 금지되거나 위험한 개 등을 통제할 수 있도록 합리적인 명령(Reasonable measures)을 내릴 수 있는데, 명령에는 마이크로칩, 개가 출입할 수 있는 장소 제한, 아이들이 주변에 있을 경우 입마개 착용, 중성화, 개가 있는 곳의 울타리 고정, 우편물을 배달하는 사람을 보호하기 위한 편지함 설치, 개집 청소 및 개 배설물 처리, 개 주인 교육 또는 개 훈련 등의 의무가 있다. 그리고 시의회는 공공장소 보호 명령(PSPO⁸⁸⁾)를 사용하여 모든 견주에게 공원이나 도심과 같은 공공장소에서의 제한을 둘 수 있다. 견주의 제한 사항에는 한 번에 산책할 수 있는 개의 수 제한, 개가 선두에 서도록 하는 것, 강아지의 쓰레기 등을 청소할 것, 개가 특정 장소(예: 공원의 어린이 놀이 공간)에 있는 것을 방지할 것 등이 있다.⁸⁹⁾

다. 형량과 처벌

위험한 개 법 Section3 (1)을 보충하기 위한 위험한 개의 공격에 대한 최종 명령(Dangerous Dog Offences Definitive Guideline)에서는 사람의 사망을 야기 또는 상해를 입힌 곳에서의 위험하게 통제 불가능한 개의 소유자, 보조건을 다치게 하거나 죽인 곳에서의 위험하게 통제 불가능한 개의 소유자 등에 관한 과실별 형량을 규정하고 있다. 우선 통제 불가능한 개에 의해 사망이 발생하면 견주는 최대 14년 구금형을 받을 수 있고, 상해가 발생하면 최대 5년 구금형을 받을 수 있다. 그리고 보조건이 다치거나 죽을 경우 최대 3년의 구금형을 받을 수 있다. 그러나 이것은 최대 형량이고, 사안별로 견주의 과실과 피해 대상의 해(Harm) 정

87) Dangerous Dogs Act 1991, Section 3 Keeping dogs under proper control.

88) Public spaces protection order을 의미한다.

89) Control Dogs Guidance, Department for Environment, Food & Rural Affairs, 4 August 2015, <https://www.gov.uk/guidance/control-dogs#measures>(검색일 : 2020. 09. 30.).

90 동국법학 제1권

도에 따라 형량이 달라진다. 과실은 총 3단계(높은 과실, 중간 과실, 낮은 과실)로 나뉜다. 예컨대, 사람의 사망을 야기한 경우, 높은 과실에는 개에 관한 명령 등을 준수하지 않은 경우 등이 있고, 중간 과실에는 다른 사람이 표현한 개에 대한 경고 또는 우려 사항에 응답하지 않거나 사고가 합리적으로 예측될 수 있는 상황에서 안전조치를 덜 취한 경우 등이 있고, 낮은 과실에는 합리적으로 예측할 수 없었던 경우나 순간적인 통제 상실 등이 있다. 사망의 경우, 해의 정도는 나눌 수 없으므로 따로 나뉘지는 않지만, 상해의 경우에는 심각한 부상, 경미한 부상 등으로 나뉜다. 이에 따른 형량도 세분화되어 규정되어 있다. 또한, 형량을 증가시키거나 감소시키는 사안도 구체적으로 규정하고 있다. 형량이 상대적으로 무거운 영국에서는 견주에게 부과되는 처벌이 강력한 편이다. 예를 들어, 위험한 개를 제대로 통제하지 못해 개가 놀이터에서 놀던 아이 12명을 문 사건이 있었다. 이에 대해 법원은 견주의 부주의로 아이들을 다치게 하고 정신적 충격을 주었다는 이유를 들어 견주에게 징역 4년을 선고하였으며, 해당 개는 안락사시킨 바 있다.⁹⁰⁾ 또한, 위험하게 통제할 수 없는 개가 기르는 곳에서 탈출하여 이웃 주민과 걸던 작은 개를 공격하였고, 작은 개를 보호하려던 이웃 주민을 물어 사망에 이르게 한 사건이 있었다. 이에 대해 법원은 가해 견주에게 10년의 징역형을 선고한 바 있다.⁹¹⁾

법에서는 책임을 면책하는 규정은 따로 두고 있지 않지만, 해당 명령에서 일정 상황에 대해 낮은 과실을 인정하고 있다. 그 상황에는 피해자의 개에 대한 도발, 견주가 안전조치 또는 통제 조치를 취한 증거, 사고를 합리적으로 예측할 수 없는 경우, 개의 통제권을 되찾거나 개입하려는 시도 등이 있다.⁹²⁾

라. 개에 대한 사후조치

위험한 개 법은 금지된 개가 입마개를 미착용하고 선두에 서지 않았으며 공공장소에 있는 경우, 기타 특별한 위험한 개로 보이는 개가 해당 명령을 위반하고 있는 경우, 위험하게 통제할 수 없는 것으로 보이는 개가 공공장소에 있는 경우에는 경찰관이나 지방 당국의 임원이 개를 압류할 수 있도록 규정하고 있다. 그리고 불법적으로 키우는 개를 압수할 수 있도록 규정하고

90) notepet(2017.12.13), “놀이터 아이들 썩대발 만든 개, 주인에 징역 4년형”, https://www.notepet.co.kr/news/article/article_view/?groupCode=AB130AD130&idx=10802&link_i(검색일 : 2020.09.18.).

91) BBC NEWS(2018.02.13.), “David Ellam death: Man jailed over fatal dog attack”, <https://www.bbc.com/news/uk-england-leeds-43044825>(검색일 : 2020.09.18.).

92) Dangerous Dog Offences Definitive Guideline, Sentencing Council, Effective from 1 July 2016.

있고, 이를 위해 수색영장을 발행할 수도 있다.⁹³⁾

그리고 금지된 개를 사육하는 것, 금지된 개의 교환을 위한 광고, 금지된 개를 버린 경우 등으로 인해 견주가 유죄판결을 받거나 통제 불능인 개가 공공장소 또는 공공장소가 아닌 곳에서 사람을 다치게 하여 가중처벌을 받은 경우, 그리고 금지된 개, 위험한 개, 통제 불능인 개가 사람을 죽이거나 상해를 입히는 등의 위법행위를 한다면 법원은 견주의 소유권을 박탈하거나 그러한 개를 파괴할 수 있도록 명령할 수 있다.⁹⁴⁾

4. 뉴질랜드

뉴질랜드에는 개통제법 1996(Dog Control Act 1996)이 있다. 이 법은 개를 적절하게 관리 감독하기 위해 개의 등록요건을 정하고, 위험한 개에 대한 특별한 규정을 만들고, 사람·가축에게 개가 해를 끼치지 않도록 할 견주의 의무와 개로 인해 발생한 위험에 관한 처리를 원활히 하기 위해 제정되었다.

가. 위험한 개와 위협적인 개의 판단기준

뉴질랜드는 기본적으로 우리나라 「동물보호법」과 다르게 맹견을 종에 한정하여 지정하지 않고 ‘위험한 개’와 ‘위협적인 개’로 분류한다. 뉴질랜드 개통제법에 따르면 i)개의 소유자가 제 57A절 관련 범죄로 유죄판결을 받은 경우, ii)개의 주인이 자신의 개가 사람, 가축, 가금류 또는 보호 야생동물의 안전에 위협이 된다는 것을 서면으로 인정하는 경우, iii)당국이 1회 이상 개의 공격적인 행위를 증명하는 명백한 증거에 기초하여 사람이나 가축, 가금류, 가내동물이나 보호받는 야생동물의 안전을 위협한다고 믿어지는 합리적 이유를 갖는 개⁹⁵⁾를 ‘위험한 개’로 지정한다. 또한 개통제법에서는 ‘위협적인 개’의 판단기준도 제시하고 있다. 개통제법에 따르면 기본적으로 상기의 ‘위험한 개’로 분류되지 않으면서 i)공격적 성향 등이 관찰되거나 보고된 개의 행동, ii)일반적으로 개의 품종과 관련된 모든 특성과 유형 등을 고려하여 사람, 가축, 가금류 또는 보호 야생동물에 위협을 가할 수 있다고 간주될 수 있는 개⁹⁶⁾를 ‘위협적인 개’로 지정하고 있다. 이렇게 ‘위험한 개’와 ‘위협적인 개’로 분류된 경우, 관할 당국은 소유주에게 공식

93) Dangerous Dogs Act 1991, Section 5 Seizure, entry of premises and evidence.

94) Dangerous Dogs Act 1991, Section 4 Destruction and disqualification orders.

95) Dog Control Act 1996(New Zealand) 31.

96) Dog Control Act 1996(New Zealand) 33A.

92 동국법학 제1권

문서로 통지를 하고, 소유주는 이에 대해서 이의를 신청할 수 있다.

나. 소유자의 의무

뉴질랜드의 개통제법은 32조에서 '위험한 개' 견주의 의무를 규정하고, 33E조에서 '위협적인 개' 견주의 의무를 개별적으로 규정하고 있다. 32조에 따라 '위험한 개'의 견주는 위험한 개로 통지된 한 달 이내에 개를 울타리 쳐진 구역에 가뒀음을 증명하고, 불임수술증명서를 관할 당국에 제출해야 한다. 그리고 개가 무는 것을 예방하기 위해 재갈과 목줄로 제어하거나 이에 준하는 예방조치를 하지 않고는 개가 자유롭게 공공장소나 사유지에 있는 것이 허용되지 않고, 해마다 일반 개 등록비의 150%의 감독 비용을 낼 의무가 있다. '위험한 개' 소유주는 이러한 의무를 준수해야 하며 이를 어길 시 3,000달러 이하의 벌금에 처하게 된다.⁹⁷⁾ 이와 달리, '위협적인 개'의 견주는 더 약한 의무를 준수하게 된다. '위협적인 개'의 견주도 '위험한 개'의 견주와 동일하게 불임수술증명서를 제출하고 개가 무는 것을 예방하기 위해 자신의 개에게 공공장소나 사유지에서 재갈을 물려야 한다는 의무가 있다.⁹⁸⁾

다. 형량과 처벌

뉴질랜드는 개가 사람이나 동물에게 신체적 피해를 주거나 그러한 상황을 유발하는 경우 견주의 책임에 대한 형벌 규정을 57조, 57A조, 58조 세 가지로 나누어 규정하고 있다. 57조는 개의 공격 자체에 대한 처벌 규정이다. 57조에 의하면 개가 다른 사람이나, 가축, 가금류, 또는 보호 야생동물을 공격하는 것 자체가 처벌 사유이며, 이 경우 견주는 공격으로 인한 손상에 대해 발생할 수 있는 책임과는 별도로 3,000달러 이하의 벌금에 처하게 된다.⁹⁹⁾ 57A조는 위에서 언급하였듯이, 이와 관련된 범죄에 대해 유죄판결을 받으면 그 개는 '위험한 개'로 인정된다. 57A 관련 범죄는 i) 공공장소에서 사람 또는 동물을 향해 돌진하거나 놀라게 하여 사람을 사망 또는 상해를 입히게 하거나 위험에 처하게 하는 경우와 재산을 손괴하거나 손괴할 위험에 처하게 하는 경우, ii) 사고를 유발할 수 있는 방식으로 차량을 향해 돌진하는 경우를 의미한다. 동법을 위반하게 되는 경우 견주는 57조와 동일하게 개로 인한 손상에 대해 발생할 수 있는 책임 외에 3,000달러 이하의 벌금에 처하게 된다.¹⁰⁰⁾ 58조는 개가 사람 등에 대해 직접적으로 공격

97) Dog Control Act 1996(New Zealand) 32.

98) Dog Control Act 1996(New Zealand) 33E.

99) Dog Control Act 1996(New Zealand) 57.

하여 심각한 부상이나 사망을 일으킨 경우에 대한 견주의 책임에 대한 조항이다. 58조에 의하면 i)개가 사람을 공격하여 심각한 부상이 발생한 경우, ii)보호 야생동물을 사망에 이르게 한 경우 iii)보호 야생동물에 부상을 일으키고 그것으로 인해 부상을 당한 보호 야생동물이 안락사해야 할 지경에 이른 경우에 그 견주는 처벌된다. 이 경우 견주는 3년 이하의 징역 또는 2만 달러 이하의 벌금의 처벌을 받게 된다.¹⁰¹⁾

라. 개에 대한 사후조치

뉴질랜드에서 개에 대한 조치로는 압류와 안락사가 있다. ‘위험적인 개’의 견주와 달리 ‘위험한 개’의 견주가 자신의 의무를 준수하지 못하여 유죄판결이 내려지는 경우, 법원은 특별히 예외적인 상황이 아니라면 ‘위험한 개’에 대한 안락사 명령을 내릴 수 있다.¹⁰²⁾ 그리고 개통제법 형벌 규정인 57조, 57A조, 58조의 경우에도 견주가 유죄판결을 받고 개의 공격이 예외적인 상황이 아니라면 법원은 개의 안락사를 명령할 수 있다고 규정하고 있다.

5. 검토

제3장에서 정리한 개물림 사고에 관한 공법상 규정의 문제점을 중심으로 외국의 공법상 규정을 살펴볼 때, 우리나라의 규정과 외국의 규정은 다음과 같은 차이점이 있다.

첫째, 우리나라의 경우, 개물림 사고에 대한 견주 등의 형사처벌을 단일법으로 규정하고 있지 않으므로 견주의 주의 의무 위반으로 인한 개물림 사고가 발생하면 특별법인 「동물보호법」과 일반법인 「형법」을 검토하여 적용하여야 한다. 반면, 미국은 각 주법 내의 ‘위험한 개 법’ 챕터에서 개물림 사고에 대한 견주의 형사처벌 규정을 두고 있다. 뉴질랜드도 ‘개통제법’ 내에서 개물림 사고에 대한 견주의 형사처벌 규정을 두고 있다. 영국은 ‘위험한 개 법’ 내에 견주의 형사처벌 규정을 두고 있지만, 자세한 내용은 관련 명령을 통해 보충하고 있다. 즉, 외국의 제도는 대체로 단일법 내에 개물림 사고에 대한 견주의 형사처벌을 규정하고 있다.

둘째, 우리나라 「동물보호법」은 종으로 맹견과 맹견 외의 견을 구분 짓는 이분법적 체계를 택하고 있다. 반면, 미국의 위험한 개 법은 종에 따라 개를 구분하지 않으며, 개의 행동과 성질의 위험성 정도, 개물림 사고 이력 등에 따라 위험한 개, 잠재적으로 위험한 개, 성가신 개 등

100) Dog Control Act 1996(New Zealand) 57(A).

101) Dog Control Act 1996(New Zealand) 58.

102) Dog Control Act 1996(New Zealand) 32 (3).

으로 분류하고 있다. 뉴질랜드도 종에 따라 개를 구분하지 않으며, 개의 행동과 성질, 개의 범 죄 이력 등에 따라 위험한 개와 위협적인 개로 구분하고 있다. 독일은 연방정부가 제정한 법에서 소지가 제한된 위험한 개 4종을 규정하고 있으나, 각 주의 개보유법에서 개의 행동과 성질, 개의 크기에 따라 4종 이외에 위험한 개를 추가로 지정할 수 있도록 규정하고 있다. 영국은 소지가 금지된 4종을 따로 규정하고 있으나, 그 외에 대중에게 심각한 위험을 초래하는 개를 위험한 개로 지정할 수 있도록 규정하고 있다. 즉, 외국의 제도는 개의 행동, 성질의 위험성, 개의 크기, 사고 이력 등에 따라 개를 분류하고, 위험한 개 등으로 분류될 경우에 소유자에게 엄격한 의무를 부과하고 있다.

셋째, 우리나라는 견주가 반려견에 대한 주의 의무를 위반했을 때, 과태료 처분 또는 범칙금 부과가 이루어지고 있다. 반면, 미국은 주마다 다르지만, 반려견의 주의 의무 위반에 대해서 벌금형 또는 징역형을 부과하기도 한다. 그리고 영국은 공공장소에서 개가 소유자의 통제를 벗어나게 한다면 6개월 이하의 징역 또는 5급 이하의 벌금형에 처해질 수 있다. 또한, 뉴질랜드는 위험한 개의 소유자가 주의 의무를 위반한 경우에 대하여 3,000달러 이하의 벌금형에 처해질 수 있도록 규정하고 있다. 즉, 언급한 국가들은 견주의 주의 의무 위반에 대하여 과태료나 범칙금이 아닌 벌금형 또는 징역형의 형사처벌을 부과하고 있다.

넷째, 우리나라는 견주의 부주의로 인한 인신 개물림 사고에 대하여 견주에게 대부분 벌금형을 부과하는 것과 같이 실질적으로는 낮은 처벌을 부과하고 있다. 반면 영국은 상해의 경우 최대 5년, 사망의 경우 최대 14년을 부과하고 있고, 견주의 과실과 해(Harm)의 여부에 따른 형량을 상세히 규정하고 있는 만큼, 이에 따라 실질적인 처벌도 징역형으로 부과하는 경우가 많이 있다. 또한, 미국도 주마다 다르지만, 견주의 부주의로 인한 개물림 사고에 대하여 중범죄로 규정하고 있으며 실제로도 징역형을 부과하고 있는 경우가 많다. 즉, 일부 국가는 견주의 부주의로 인한 개물림 사고에 대하여 강력한 처벌을 규정하고 있고, 이에 맞게 실질적으로도 강력한 처벌을 부과하고 있다.

다섯째, 우리나라는 견주의 주의 의무 위반으로 인해 반려견이 다른 반려동물을 물어 해를 입혔을 경우, 「형법」 재물손괴죄가 고의범만을 처벌하고 있기 때문에 사실상 견주를 처벌하기 어려운 실정이다. 그러나 미국은 견주의 부주의로 반려견이 다른 반려견을 포함한 가축 등을 물어 해를 입힌 것에 대해서 주마다 다르지만, 형사처벌로서 경범죄 또는 중범죄를 적용하고 있다. 뉴질랜드는 개를 포함한 가축, 가금류, 야생 보호동물을 공격한 개의 주인에 대해 3,000달러 이하의 벌금형을 부과하도록 규정하고 있다. 영국은 반려견이 다른 보조견을 물었을 때, 견주의 과실 여부와 보조견이 당한 해(Harm) 여부에 따라 최대 3년의 구금형을 받을 수 있다. 즉, 해당 외국법들은 견주의 주의 의무 위반 과실로 인해 반려견이 다른 반려견을 포함한 가축

을 물어 해를 입히는 것에 대하여 형사처벌하고 있다.

여섯째, 우리나라는 개물림 사고에 관하여 견주의 책임면책 사유를 규정한 조항을 따로 두고 있지 않다. 그러나 미국의 경우 주마다 다르지만, 견주의 책임면책 사유를 규정하고 있다. 책임면책 사유에는 사유지의 무단침입 또는 불법행위, 개에 대한 도발, 위험한 개가 있다는 표시, 경찰 또는 군에서의 업무 수행이 있다. 사유지에서 발생하는 개물림 사고의 경우, 피해자가 합법적으로 있었던 경우에는 일반적으로 견주에게 책임을 지우고 있다. 또한, 영국에서는 직접적인 책임의 범위나 책임면책 사유를 규정하고 있지는 않지만, 개에 대한 도발, 안전조치 또는 통제 조치를 취한 증거, 사고를 합리적으로 예측할 수 없는 경우 등은 낮은 과실 사유로 규정하고 있어, 이에 대해서는 과실별 형량 규정에 따라 가해 견주의 형량을 완화 시켜 주고 있다.

마지막으로, 우리나라는 「동물보호법」에서 맹견이 사람에게 신체적 피해를 주는 경우에 격리 조치, 치료 및 보호조치를 할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 개가 다른 가축에게 해를 입히는 경우에 대한 조치 등의 규정은 따로 두고 있지 않다. 미국은 주마다 다르지만, 공공의 안전에 심각한 위협이 되거나 사람을 상해 또는 부상에 이르게 하고, 가축을 공격한 경우에 압수와 격리·구금을 할 수 있다고 규정하고 있다. 또한, 사람이나 가축을 공격한 경우에 청문회 절차를 거쳐 안락사시킬 수 있는 규정을 두고 있다. 독일에서는 견주가 지켜야 할 반려견에 대한 질서를 위반했을 때는 개를 압수할 수 있으며, 압수된 개 중 존속이 어려운 개에 대해서는 예외적으로 안락사를 명할 수 있다. 또한, 영국에서는 개가 사람에게 상해를 입히거나 사망에 이르게 하는 등의 경우에 법원의 명령에 의해 안락사될 수 있다. 그리고 뉴질랜드는 견주가 주의 의무를 위반하여 유죄판결을 받거나 반려견이 가축, 가금류, 보호 야생동물을 공격하고 사람을 상해 또는 사망에 이르게 하여 유죄판결을 받는 경우 등에는 법원이 반려견에 대해 안락사 명령을 할 수 있도록 규정하고 있다.

V. 개물림 사고에 관한 동물보호법의 개선방안

1. 형사상 개선방안

가. 견주의 주의 의무 위반에 대한 형사처벌 규정 도입

「동물보호법」상 견주의 주의 의무 위반에 대해서는 과태료 처분이, 경범죄 처벌법상 위험한

동물의 관리 소홀에 대해서는 범칙금 부과가 이루어지고 있다. 그러나 과태료 처분이나 범칙금(5만원) 부과가 상대적으로 가벼운 제재인 만큼 여전히 견주들의 경각심과 준법 의지는 낮은 편이다. 목줄이나 입마개 착용, 그리고 그 밖의 의무사항들은 개물림 사고의 직접적인 예방책이기 때문에 반드시 지켜져야 할 필요가 있다. 따라서 이에 대한 경각심을 더욱 높이기 위해 과태료와 범칙금보다 강력한 대책이 필요하다. 이에 대해 미국의 일부 주는 벌금형 또는 낮은 징역형을 규정하고 있으며, 뉴질랜드는 3,000달러 이하의 벌금형을 규정하고 있다. 영국도 주의 의무 위반으로 개가 통제를 벗어날 경우, 5급 이하의 벌금형 또는 6개월 이하의 징역형을 규정한다. 이처럼 반려동물 정책의 선진국이라 할 수 있는 해당 국가들은 견주의 주의 의무 위반에 대해 형사처벌을 규정하고 있는 것을 확인할 수 있다. 외국의 규정과 같이 형사처벌을 부과할 경우, 견주들의 경각심을 확실히 높여줄 수 있는 장점이 존재한다. 그러나 견주의 주의 의무 위반으로 인해 발생하는 인신 개물림 사고에 대해서도 대체로 벌금형을 부과하고 있는 우리 법원의 입장을 고려해볼 때, 주의 의무 위반 그 자체에 대해 신체형의 형벌 부과하는 것은 현실적으로 불가능하다고 보인다. 따라서 「동물보호법」에서 견주의 주의 의무 위반을 진정부작위범으로 규정하여 형사처벌인 벌금형을 부과하는 것이 적합한 수단이라고 생각된다. 벌금형은 약식 기소와 약식명령을 통해서 신속히 처리될 수 있는 장점도 갖고 있다. 그 액수는 형사처벌인 만큼 초범일 경우 소액으로 부과되, 미국의 일부 주처럼 재범에 대해서는 높은 금액의 벌금형을 부과하는 것이 타당하다고 생각된다.

나. 개물림 사고에 대한 견주의 실질적 처벌강화

견주의 주의 의무 위반으로 인해 발생하는 개물림 상해 사고에 대하여 우리 법원은 대부분 벌금형을 부과하는 것에 그치고 있다. 과실치상죄를 적용한 만큼 금액 또한 최대 500만원 이하에 불과했다. 「동물보호법」상 강화된 처벌 규정이 도입되었음에도 경찰이나 검찰이 바뀐 법을 몰라 강화된 처벌 규정의 적용이 제대로 이루어지지도 않는 것으로 보인다.¹⁰³⁾ 이러한 솜방망이식 벌금형 처벌은 견주의 책임 회피 수단으로 악용되고, 이것이 안일한 생각으로 이어진다. 따라서 수사기관의 정확한 법 적용과 강력한 처벌이 이루어질 필요가 있다. 영국에서는 견주의 부주의로 개물림 사고가 발생했을 때, 견주에게 상해의 경우 최대 5년의 징역형, 사망의 경우 최대 14년의 징역형을 규정하고 있고, 실질적으로도 규정 형량에 맞게 대부분 징역형을 부과

103) SBS NEWS(2019.07.12), “견주 처벌 강화한다더니?, 바뀐 법 모르는 검·경”, [https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1005350075&plink=ORI\(검색일 : 2020.09.18.\)](https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1005350075&plink=ORI(검색일 : 2020.09.18.)).

고 있다. 미국도 주마다 다르지만 대체로 높은 벌금형이나 징역형을 부과하고 있는 것으로 보인다. 강력한 형사처벌은 견주들의 경각심을 일깨우고, 다음에 일어날 사고를 예방하는 효과를 가지고 있다. 따라서 우리나라도 인신 개물림 사고에 대해 강화된 처벌 규정을 정확히 적용하고, 「동물보호법」상 처벌 규정의 범위 내에서 높은 벌금형 또는 징역형을 부과할 필요가 있겠다. 예컨대, 「동물보호법」상 처벌 규정에 형량의 하한을 정해두어 그 이상의 형량으로만 처벌하는 것도 타당한 방법이라고 생각된다.

다. 개물림 사고에 대한 견주의 책임면책 규정 도입

우리나라는 견주의 책임면책 사유를 규정하는 조항을 따로 두고 있지 않다. 따라서 그러한 책임면책 기준의 부재로 인해 일률적이지 못한 기소가 이루어지고, 재판도 길어져 시간적·경제적으로 비효율적인 상황이 발생하고 있다. 미국의 일부 주는 사유지의 무단침입 또는 사유지에서의 불법행위, 피해자의 도발이나 사유지 내에서 위험한 개에 대한 주의 표시, 경찰이나 군 관련 업무 등으로 인해 발생하는 사고에 대해서는 견주가 책임을 면할 수 있는 규정을 명시하고 있다. 다만, 피해자가 사유지에 있던 것이 합법적인 경우에는 견주에게 책임을 부과하도록 하고, 합법적인 경우의 일부(예: 우유 배달, 우편 배달)를 예시적으로 규정하고 있다. 영국은 책임을 면한다는 규정을 두고 있지는 않지만, 과실을 3단계로 나누어 피해자의 도발, 견주의 안전 조치 또는 통제조치의 증거 제시, 사고가 예측 불가능한 경우 등을 낮은 과실로 규정하고 있고, 이에 대해서는 낮은 형량을 규정하고 있다. 그런데 미국 일부 주의 규정과 같이 피해자의 도발 그 자체를 면책 사유로 규정한다면 하나의 개물림 사고의 원인에 견주의 부주의와 피해자의 도발 등 여러 가지가 있을 수 있음에도 견주는 책임을 회피할 수 있게 된다. 따라서 피해자의 도발이 개물림 사고의 여러 원인 중 하나라면 영국의 규정과 같이 피해자의 과실을 가볍게 인정하여 형을 감경해줄 필요가 있다. 경찰이나 군 업무 시 발생하는 사고의 경우도 업무자의 과실 등 사고에 있어서 여러 원인이 개입할 수 있기 때문에 이런 경우에는 감경할 수 있는 사유로 보는 것이 타당하다고 생각된다.

그러나 확실히 면책이 필요한 사유도 있다. 예컨대, 사유지에 울타리나 펜스 등이 있음에도 무단으로 침입하거나 강도, 절도 등의 불법행위로 인해 사고가 발생하는 경우, 사유지 내에 위험한 개가 있다는 표시를 확실히 하고 관련 안전장치를 모두 해둔 경우는 사실상 견주의 과실이 없다고 보인다.

따라서 우리 「형법」이 감경 사유 또는 면책 사유를 나누어 규정하고 있는 것과 같이 「동물보호법」에서 감경 사유나 면책 사유를 규정하는 조항 따로 두는 방법이 타당하다고 생각된다. 그

리고 모든 상황을 대비하는 규정을 두는 것은 사실상 어려우므로 자주 발생하는 상황은 감경 사유나 면책 사유에 명시해두되, 명시되지 않았지만 감경 사유나 면책 사유가 될 수 있는 사안에 대해서도 상황적 판단을 통해 해당 조항이 적용될 수 있도록 예시적 규정으로 둘 필요가 있겠다. 감경 사유 또는 면책 사유를 규정하게 된다면 자주 발생하는 상황에 대해서는 빠른 판단이 가능해지고, 따라서 수사에서 신속성을 도모할 수 있을 것이다. 또한, 면책 사유로 규정된 사안에 대해서는 수사기관 내에서 종결시킬 수 있는 가능성이 높기 때문에 사건 처리의 효율성도 도모할 수 있을 것이라 전망한다.

라. 과실 재물손괴죄 도입

견주의 부주의로 인해 반려견이 다른 반려견을 물어 해를 입혔을 때, 우리 「형법」상 재물손괴죄의 적용이 어렵다. 재물손괴죄는 고의범에만 적용되기 때문이다. 전과가 있는 반려견이 다른 반려견을 물어 해를 입혔을 때는 견주가 그 상황을 예측할 수 있었기 때문에 미필적 고의의 인정이 가능하다는 견해도 있지만, 그동안의 판례와 전문가의 입장에 따르면 사실상 견주의 처벌이 어렵다. 미국의 일부 주는 단일법에서 견주의 주의 의무 위반으로 인해 개가 가축이나 다른 반려동물을 물어 해를 입힌 경우, 경범죄나 중범죄의 형사처벌을 부과하고 있다. 또한, 뉴질랜드는 반려견이 다른 가축, 가금류, 보호 야생동물을 공격하는 것 자체에 대해 3,000달러 이하의 벌금을 부과하고 있으며, 영국은 개가 보조견을 다치게 할 경우에 견주에게 3년 이하의 징역을 부과할 수 있도록 규정하고 있다.

우리나라의 일부 견주들은 반려견이 다른 반려견을 물어 해를 입힐 경우, 형사처벌이 어렵다는 사실을 알고 무책임한 태도를 보이곤 한다. 그러나 반려견이 점차 가족과 같이 여겨지는 사회에서 견주에게 반려견은 굉장히 소중한 존재이고, 반려견이 죽는다면 가족의 죽음과 같은 슬픔을 느낄 것이다. 위에서 언급한 반려동물을 가족처럼 여기고 있는 국가들에서는 이미 해당 사안에 대해 형사처벌을 규정하고 있다. 따라서 견주의 주의 의무 위반 과실로 인해 반려견이 다른 반려동물을 물어 해를 입힐 경우에 대하여 외국법의 규정과 같이 견주에게 형사처벌을 할 수 있는 규정을 두어 견주들의 경각심을 일깨울 필요가 있다.

형사처벌 규정은 「동물보호법」 내에 과실 재물손괴죄 규정으로 두는 것이 타당하다고 생각한다. 도로교통법 제151조는 위험물인 차량으로 인해 발생할 수 있는 재산손해 이외의 제3자의 재물을 보호하려는 취지에서 ‘차 또는 노면전차의 운전자가 업무상 필요한 주의를 게을리하거나 중대한 과실로 다른 사람의 건조물 또는 그 밖의 재물을 손괴한 경우에 대하여 형사처벌 규정을 두고 있다. 즉, 과실범을 재물손괴로 처벌하지 않는 「형법」의 예외를 규정한 것이다. 해

당 규정의 취지를 살펴볼 때, 개는 동물 특유의 위험을 가지고 있고,¹⁰⁴⁾ 이로 인해 발생할 수 있는 사람의 신체적 피해 이외에 재물인 반려견을 보호해야 한다는 점에서 양자는 유사한 면을 띤다. 따라서 이러한 사안에 대해 형사처벌을 규정하고 있는 외국의 규정과 도로교통법의 과실 재물손괴 규정을 고려해볼 때, 「동물보호법」 내에 과실 재물손괴죄 규정을 두어 반려견이 다른 반려동물을 포함한 가축을 무는 사고에 대해서 견주들의 경각심을 높이고, 책임 의식을 강화할 필요가 있다고 생각한다.

마. ‘소유자 등 없이 등록대상동물이 기르는 곳에서 벗어나지 아니하게 할 의무’

규정과 의무 위반으로 인해 발생한 사상 사고 대한 처벌 규정 도입

우리나라 전체 반려견 중 맹견 5종의 비율이 약 1%이고, 일반 반려견의 비율이 그 나머진인 99%인 만큼 일반 반려견에 의한 개물림 사고가 더욱 빈번히 발생하고 있다. 사고 중에서도 반려견이 혼자 기르는 곳을 벗어나 사람을 공격하는 경우가 종종 발생하고 있다. 그럼에도 「동물보호법」은 맹견 소유자에게만 ‘소유자 등 없이 맹견이 기르는 곳에서 벗어나지 않게 할 의무’를 규정하고 있고, 일반 반려견의 견주들이 적용받는 등록대상동물 소유자의 의무 규정에는 해당 의무를 규정하지 않고 있다. 따라서 「동물보호법」 제13조(등록대상동물의 관리 등)에 ‘소유자 등 없이 등록대상동물이 기르는 곳에서 벗어나지 아니하게 할 의무’를 규정할 필요가 있다. 이를 규정한다면 일반 반려견 견주들 또한 반려견이 혼자서 기르는 곳을 벗어나지 않도록 책임 의식을 가질 것이라고 생각한다.

그리고 ‘소유자 등 없이 등록대상동물이 기르는 곳에서 벗어나지 아니하게 할 의무’를 위반하여 개물림 사상 사고가 발생한 경우에 대해서 「동물보호법」 제46조(벌칙)에 견주의 처벌 규정을 둘 필요가 있다. 「동물보호법」상 해당 의무가 규정되어 있지 않은 상황에서 일반 반려견이 기르는 곳을 벗어나 사람에게 상해를 가한 경우에는 「형법」 과실치상죄가 적용된다. 그러나 「형법」 과실치상죄는 반의사불벌죄로서 일반 반려견 견주가 형사처벌의 범망을 피해갈 수 있는 여지를 주게 된다. 그러나 「동물보호법」에 해당 주의 의무 위반으로 인한 사상 사고에 대해 처벌 규정을 둔다면 반의사불벌죄를 별도로 규정하지 않는 이상, 반려견 견주가 형사처벌의 범망을 빠져나갈 수 있는 여지가 없을 것이다. 이는 해당 의무에 대하여 가해 견주의 경각심과 책임 의식을 높여줄 것이라고 생각한다.

104) 윤석찬, “동물점유자의 책임법리와 개정론”, 「재산법연구」 제28권 제4호, 한국재산법학회, 2012, 146면.

2. 행정상 개선방안

가. 위험한 개에 관한 규정 도입

「동물보호법」상 우리나라는 종으로 맹견과 맹견 외의 견으로만 분류하여 맹견 소유자에게 더 많은 주의 의무와 책임을 요구하고 있다. 하지만 「동물보호법」상의 맹견이 5종인 만큼 현실적으로는 일반 반려견에 의한 개물림 사고가 압도적으로 많이 발생하고 있고, 많은 전문가들이 지적한 바와 같이 특정 종만을 맹견으로 지정하여 이에 초점을 맞추어 규제하는 것은 한계가 있다. 실제로 2013년 미국 Veterinary Medical Association에서는 미국에서 발생한 256건 개물림 사고에 있어서 유의미한 영향을 끼치는 요소에 대해서 분석하였다. 이 연구에서는 경찰, 검사관 및 동물센터 등의 공식 통계를 이용하였고, 그 결과 이 연구는 개물림 사고에 있어서 유의미한 영향을 끼치는 요소로 i)사건을 제지할 사람의 부재, ii)개와 피해자가 서로 모르는 관계, iii)중성화 여부, iv)잘못된 훈련법, v)개에 대한 학대 경험, vi)개의 사회화 경험 등을 제시하였다. 결국, 이 연구에서는 개물림 사고에 영향을 끼치는 요소는 이와 같은 요소이며, 견종은 유의미한 요소가 아니라고 결론을 내렸다.¹⁰⁵⁾ 또한, 현행 「동물보호법」과 매우 유사한 미국의 ‘특정 종 통제법’은 미국 내에서도 논란의 대상이 되고 있다. 반대로 태생부터 공격성을 갖고 있는 견종은 공격적인 성향이 내재해 있다는 내용도 있는데, 양자 모두 타당한 부분이 있다고 생각된다.¹⁰⁶⁾ 따라서, 현재 「동물보호법」처럼 태생부터 공격성이 강한 일부 종을 맹견으로 규정하되, 맹견 이외의 개 중 특정 판단기준을 제시하고, 이를 충족하는 공격성이 있는 위험한 개에 대해서는 맹견과 동등한 의무를 부담하게 할 필요가 있다. 하지만 위험한 개의 판단기준을 처음으로 도입하는 것이니만큼 그 판단기준은 보편적·합리적이어야 한다고 판단된다. 따라서 이 부분에 대해서는 반려견 제도에 대해 선진적인 외국의 제도를 차용할 필요가 있다. 미국의 ‘위험한 개 법’의 경우 개를 ‘위험한 개’ 또는 ‘포악한 개’가 어떤 개인지를 정의하며, 주와 도시별로 개의 위험성 정도에 따라 ‘잠재적으로 위험한 개’, ‘성가신 개’의 정의가 추가된다. 그러나 미국은 주마다 법이 상이하고, 미국과 같이 여러 단계로 위험한 개 등을 나누는 제도를 우리나라의 제도에 바로 도입하기에는 무리가 있다고 판단된다. 뉴질랜드 또한 ‘개통제법’을 통해 ‘위험한 개’와 ‘위협적인 개’로 분류하여 각각의 개의 소유자에게 의무를 부과하고 있다. 그러나

105) Gary J et al., "Co-occurrence of potentially preventable factors in 256 dog bite-related fatalities in the United States", Vol. 243, No. 12, Journal of the American Veterinary Medical Association, December 15, 2013, Pages 1726-1736.

106) notepet(2015.03.30), “함부로 산책하면 안되는 개들”, https://www.notepet.co.kr/news/article/article_view/?idx=304(검색일 : 2020.09.18.).

현재 우리나라 실정에는 이러한 두 단계의 기준을 초기에 바로 도입하기에는 현실적으로 무리가 있어 보인다. 영국은 ‘위험한 개 법’으로 맹견을 지정하고 이외의 개에 대해서는 국무장관이 판단하여 ‘위험한 개’로 지정하고 명령을 내릴 수 있다. 그러나 영국의 판단기준도 추상적인 면이 강하기 때문에 실질적인 실효성이 없다고 사료된다. 따라서 우리나라와 유사하게 일부 맹견을 따로 지정하고, 개별적으로 판단기준을 제시하여 위험성이 있는 개를 ‘위험한 개’로 지정하는 독일의 제도가 합리적이라고 본다. 독일도 여러 개의 주가 있고 주마다 구체적인 판단기준은 다르지만 우리나라가 참고할 만한 기준은 다음과 같다.

| 베스트팔렌주 | 헤센주 |
|--|--|
| 1. 정당한 사유 없이 사람을 문 개 2. 사람에게 위험을 주는 방법으로 뛰어오른 개 | 1. 다른 개가 복종의 자세를 보였음에도 물어서 다른 개에게 상해를 입힌 개 2. 개들이 다른 동물들을 무분별하게 사냥하는 것이 입증되는 경우 |

이러한 기준은 모두 사람 또는 동물들에게 공격적인 성향을 보이거나 공격했던 개들을 ‘위험한 개’로 규정하는 것이기 때문에 실효적인 방안이 될 것이다. 실제로 2020년 9월 24일 안민석 의원은 사람이나 동물에 중대한 피해를 입힌 개를 맹견으로 지정할 수 있게 해야 한다는 「동물보호법」 일부개정 법률안을 발의한 바 있으며, 한 방송프로그램에서 반려견 전문가 강형욱도 ‘한번 사람을 문 개는 반드시 또 문다’는 발언을 한 바 있다. 우리나라도 상기의 독일의 베스트팔렌주, 헤센주의 판단기준을 도입하여 해당 기준을 충족하는 개를 ‘위험한 개’로 지정하고 맹견과 동등한 주의 의무를 부과한다면 맹견의 범위를 확대하는 동시에 사람·동물을 공격하거나 공격적인 성향을 보이는 개의 견주에게 더 높은 수준의 책임을 부과하여 경각심을 줄 수 있을 것이라 전망한다.

나. 맹견과 위험한 개 이외의 개에 대한 격리조치 등의 규정 도입

위의 개선안에 따라 ‘위험한 개’의 개념을 도입한다면, 등록대상동물에는 위험한 개, 맹견, 위험한 개와 맹견의 제외한 개가 모두 포함될 것이고, 그중 맹견과 위험한 개는 맹견의 규정을 적용받을 것이다. 그렇다면 맹견과 위험한 개는 맹견에게 격리조치 등을 할 수 있다는 규정에 따라 격리조치 등이 가능할 것이다. 그러나 평소 공격적인 성향을 보이거나 공격을 했던 개가 아니라 주인에게 온순한 성향을 보이는 개라 하더라도 어떠한 이유에서 순간적으로 공격을 할 수 있다. 예컨대, 기르는 곳을 벗어나 할머니를 물어 사망에 이르게 하였던 유명 배우의 일반

102 동국법학 제1권

반려견은 평소에는 이웃 주민들에게도 굉장히 온순했다고 한다.¹⁰⁷⁾ 따라서 맹견과 위험한 개로 지정된 개뿐만 아니라 맹견과 위험한 개 이외의 개가 순간적으로 공격적인 성향을 보이고 사람이나 다른 동물을 공격하는 것에 대해서 격리조치를 하고 치료 등을 할 필요가 있다. 따라서, 맹견과 위험한 개 이외의 개에 대해서도 격리조치, 치료 및 보호조치를 할 수 있도록 하는 규정을 도입할 필요가 있겠다.

다. ‘개가 가축에게 해를 가한 경우’에 대한 격리조치 등의 내용 추가

「동물보호법」은 맹견이 ‘사람에게 신체적 피해를 가한 경우’에만 격리조치 등을 할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 개의 종류와 상관없이 개가 다른 개를 물어 다치게 하거나 죽이는 사고도 빈번히 발생하고 있다. 또한, 다른 개를 물었던 개는 또다시 다른 개를 물 수 있는 성향을 내재하고 있어, 같은 사고가 반복될 수 있다. 미국의 일부 주에서는 가축을 공격한 경우에 가해건을 압수하고 청문회를 통해 안락사할 수 있는 절차를 두고 있으며, 뉴질랜드도 반려견이 다른 가축, 가금류, 보호 야생동물을 공격하여 견주가 유죄판결을 받으면 가해건을 압류하고 안락사시킬 수 있도록 규정하고 있다. 외국의 규정처럼 우리나라도 유사한 사고가 종종 발생하고, 한번 개를 물었던 개가 또다시 개를 무는 사건도 종종 있었던 만큼 개가 사람에게 신체적 피해를 가한 경우뿐만 아니라 반려동물을 포함한 가축을 공격한 경우에도 격리조치, 치료 및 보호조치 등의 규정을 적용받을 수 있도록 「동물보호법」을 개정할 필요가 있다.

VI. 결 론

반려동물을 보유하는 가구가 전체 가구의 1/4을 차지하고, 이러한 가구는 더욱 증가하고 있는 추세이다. 그러나 반려동물 증가의 이면에는 견주의 부주의로 인한 개물림 사고라는 부작용이 있고, 이는 매년 2,000건 이상 꾸준히 발생하고 있다. 이에 정부를 중심으로 「동물보호법」을 개정하면서 개물림 사고의 예방과 처리 규정을 지속적으로 개선해나가고 있지만, 개물림 사고의 유형을 5가지 정도로 사례들을 살펴보았을 때 여전히 모든 사고를 예방하고 처리하기에는 미흡한 실정이다. 따라서 본 논문에서는 유형별 대표 사례와 그와 연결된 공법상 규정을 바탕으로 현행 규정의 문제점을 검토하고, 이에 관해 외국의 제도가 취하는 규정을 살펴보았으며,

107) topstarnews(2020.07.04), “김민교 개에 물린 할머니 끝내 사망, 사고 당시 상황 어땠나 보니”, <http://www.topstarnews.net/news/articleView.html?idxno=817476>(검색일 : 2020.09.18.).

외국 규정의 장점을 일부 차용하여 우리 제도의 실정에 맞는 「동물보호법」의 개선방안을 제시하였다.

지금까지 제시한 여러 문제에 대한 개선방안은 모든 종류의 반려견 견주에게 경각심을 높이고 책임 의식을 강화하는 것, 그리고 모든 개물림 사고에 대해 사고를 일으킨 개에게는 강력한 조치를, 견주에게는 강한 책임을 물어 재발을 방지하는 것, 다만 감경이나 면책할 부분에 대해서는 확실히 규정하여 시간적·경제적 효율성 등을 도모할 것이라는 목적을 지향한다. 위에서 살펴본 사례들처럼 모든 개는 사람이나 동물을 공격할 수 있다. 그럼에도 여전히 우리 개는 물지 않는다는 생각을 가진 견주들이 많이 존재하고 있고, 그들은 개에 대해서 안전조치를 해야한다는 인식이 크지 않다. 이러한 인식이 자발적으로 강화될 필요가 있지만, 그렇지 않다면 법적인 규제를 통해서라도 인식을 강화할 필요가 있다. 우리 「동물보호법」은 과거 동물복지에 중심을 두었지만, 점차 반려동물에 의한 사고와 주인의 의무에도 초점을 맞추고 있다. 아직 부족한 부분이 있지만 본 연구에서 제시한 개선방안 등이 일부 반영된다면 점차 평화롭고 안전한 반려동물 문화를 만들어갈 수 있을 것이라고 생각한다.

또한, 본 연구 결과가 모든 개물림 사고를 대비하지 못하고 모든 반려견의 견주들에게 경각심을 주지 않는 규정들에 대해 보완을 해줄 수 있는 대책을 마련한 것인 만큼 차후 「동물보호법」 개정안과 농림축산식품부의 정책안에 기초자료가 될 것이라고 전망한다.

참 고 문 헌

I. 국내문헌

- 김수진, “독일 동물보호법령을 중심으로 본 동물보호”, 「FES-Information-Series 2005-06」 프리드리히 에베르트 재단 주한 협력 사무소, 2005.
- 류화진, “반려동물의 공격과 소유자 등의 형사책임”, 「법학연구」 제29권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2018.
- 백경희·심영주, “개물림 사고에 대한 소유자의 법적 책임에 관한 소고-미국의 개물림 법제와의 비교를 중심으로-”, 「법제연구」 제54호, 한국법제연구원, 2018.
- 윤석찬, “동물점유자의 책임법리와 개정론”, 「재산법연구」 제28권 제4호, 한국재산법학회, 2012.
- 조성자, “미국 동물법 발전현황과 시사점-미국 개물림법(Dog Bite Law)을 중심으로-”, 「법학논고」 제65호, 경북대학교 법학연구원, 2019.

II. 국외문헌

- Gary J et al., "Co-occurrence of potentially preventable factors in 256 dog bite-related fatalities in the United States", Vol. 243, No. 12, Journal of the American Veterinary Medical Association, December 15. 2013.

III. 기타자료

- 김나영, “개물림사고 방지 입법례”, 「최신외국입법정보」 제99호, 국회도서관, 2019.
- 농림축산식품부, 「2019년 동물보호에 대한 국민의식조사」, 농림수산식품교육문화정보원, 2019.
- 농림축산식품부, “「2020~2024년 동물복지 종합계획」 발표-사람과 동물이 공존하는 성숙한 사회로 가는 로드맵 마련-”, 농림축산식품부, 2020.
- 동물보호법 일부개정법률안(안민석 의원 대표 발의), 국회의안정보시스템, 2020-09-24.
- 대구지방법원 포항지원 2011. 8. 3. 선고 2011고단841 판결.
- 대구지방법원 2015. 5. 14. 선고 2015고단473 판결.
- 서울중앙지방법원 2019. 1. 8. 선고 2018고정2528 판결.

소방청 보도자료, “하루 6명꼴 개 물림사고로 119구급대 출동, 매년 2천여 명 이상 사고 발생”,

소방청, 2019.

수원지방법원 2017. 9. 20. 선고 2017고단2688 판결.

울산지방법원 2019. 3. 11. 선고 2019고정46 판결.

한국농촌경제연구원(KREI), 「반려동물 연관 산업 발전방안」.

스토킹범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률안 제안

김윤희(법04)·이나은(법04)·조혜민(법04)

[목 차]

| | |
|-----------------------|------------------------|
| I. 서론 | IV. 스톱킹 범죄에 관련된 법률안 분석 |
| II. 스톱킹 범죄에 대한 정의 | V. 법률안 제안 |
| III. 현행 국내외 스톱킹 범죄 대응 | VI. 결론 |

I. 서론

1. 연구의 필요성과 목적

우리나라 헌법 제10조부터 제37조에서는 국민의 기본권에 대해 규정하고 있으며 국가는 이러한 국민의 기본권을 보장할 의무를 진다고 규정하고 있다. 스톱킹은 사생활의 자유, 인간다운 생활을 할 권리 등 기본권을 침해하는 범죄로서 그 위법성이 중대함에도 불구하고 그동안 적절한 대응이 이루어지지 못했다. 스톱킹을 단순히 여성에 대한 남성의 애정표현으로 여겨 개인의 문제로 치부했기 때문이다. 그러나 스톱킹 피해는 단순한 애정표현을 넘어 심리적·정신적인 차원에서의 심각한 상처를 남기고, 지속적 스톱킹의 경우 납치, 강간, 살인 등 중범죄로 이어질 수 있으므로 사회적인 대응 방안이 절실하다. 실제로 2016년 ‘가락동 스톱킹 살인사건’에서 헤어질 전 남자친구로부터 지속적인 협박, 스톱킹을 당한 후 살해당한 사건이 발생한 바 있으며 2019년 4월 경상남도 진주에서 발생한 일명 ‘안인득 사건’ 또한 고등학생 피해자가 안인득에게 스톱킹에 시달리다 방화·살인으로 목숨을 잃었다. 경찰청 통계에 따르면 지난해 스톱킹 범죄는 583건으로 경범죄 처벌법으로 스톱킹을 처벌하기 시작한 2013년 312건에서 지속적으로 증가하고 있는 추세이며¹⁾ 드러나지 않은 암수 범죄와 기타 다른 범죄로 처벌받은 사례를 포함한다면 실제 스톱킹 범죄는 더 많을 것으로 예상된다. 오프라인에서의 스톱킹 범죄뿐만 아니라 가상공

1) 경찰청 홈페이지, <https://www.police.go.kr/index.do>.

간에서의 스토킹 피해도 심각한 문제가 되고 있다. 가상공간에서의 익명성이라는 특성을 이용하여 특정인을 지속적으로 괴롭히거나 명예를 훼손하는 등 신종 사이버 스토킹 문제가 대두되고 있는 것이다. 실제로 ‘2017년 사이버폭력 실태조사’에 따르면 사이버 스토킹 피해 경험이 있다고 응답한 성인은 11.6%에 달했다.²⁾

이러한 스토킹 범죄의 처벌 필요성에도 불구하고 현재 우리나라에서 스토킹을 규제할 수 있는 법률은 산발적으로 존재하며 그 처벌 수위 또한 매우 낮다. 현행법 체계에서 스토킹을 직접적으로 규정한 입법은 존재하지 않을뿐더러 「경범죄처벌법」에 의해 처벌되는 ‘지속적 괴롭힘’마저 범칙금 8만 원에 그치고 있는 실정이다. 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에 따른 사이버 스토킹의 처벌 또한 일부 사이버스토킹 행위만을 처벌 할 수 있을 뿐 개개의 사이버 스토킹 행위를 규제하는 구체적인 입법은 아니라고 할 것이다. 그 밖의 형법이나 기타 특별법의 경우에도 피해자가 중대한 물리적 피해를 입은 후 사후적인 처벌에 그친다는 점에서 한계가 있다. 스토킹에 대한 이러한 현행법 체계는 피해자의 신고를 망설이게 하고 스토킹어에게 반발심을 유발하여 보다 강력한 2차 범죄를 야기할 위험이 있다. 즉, 현행 법률상으로는 스토킹 범죄를 체계적으로 대응할 수 없다는 것이다.

스토킹 범죄에 대한 문제점을 인식하고 스토킹에 적절히 대응하기 위하여 1999년 15대 국회를 시작으로 20대 국회까지 다수의 법안이 발의되었으나, 입법으로 이어지지 못했다. 현 21대 국회에서도 2020년 10월 현재 여섯 건의 관련 법안이 발의되어 국회에 계류 중이다. 스토킹 범죄의 처벌 규정의 필요성을 인지하면서도 스토킹 개념 및 구성요건의 불명확성 등을 이유로 입법을 지연시키고 있다. 그러나 스토킹 범죄가 날로 증대하고 그 양상이 다양해지고 있는 현 상황에서 이에 대응하기 위한 입법은 더 이상 미룰 수 없다. 스토킹 범죄로 인한 피해를 사전에 예방하고 가해자를 적절하게 처벌하며 피해자를 보호하기 위한 적절한 대책을 마련하는 것은 더 이상 미룰 수 없는 국가의 의무이기 때문이다.

이에 본 논문에서는 스토킹의 정의에 대하여 살펴보고, 국내외 스토킹 범죄 관련 입법체계를 비교·분석하여 국내의 새로운 입법에 있어 그 방향성을 제시하고자 한다. 또한 현재까지 발의되었던 스토킹 관련 법안을 살펴보고, 현재 국회에 계류 중인 여섯 가지 법안을 중점적으로 비교·분석할 것이다. 이에 스토킹 범죄에 적절히 대응하기 위한 입법 방향을 제시하고 나아가 현 계류법안을 참고하여 실제 입법안을 만들어보고자 한다.

2) 아시아경제(2018.4.26.), “‘자기 보고싶어’ SNS 스토킹을 아시나요”,
<http://view.asiae.co.kr/news/view.htm?idxno=2018042509221741110>(검색일 :
 2020.09.22.).

2. 연구의 범위 및 방법

스토킹 범죄에 대한 여러 가지 문제의식을 바탕으로 한 본 논문의 주된 연구 범위는 다음과 같다. 제1장에서는 연구의 필요성과 목적 및 범위와 방법에 대하여 서술하여 현대사회의 스토킹 범죄의 실태와 입법의 미비로 인한 스토킹 범죄 규제의 한계 및 스토킹 관련 법안의 필요성에 대해 지적한다. 제2장에서는 스토킹의 일반적 정의와 국내외의 스토킹 행위에 대한 정의 및 개별적 특성에 대해 개관하고 이러한 개별적 정의를 통합하여 스토킹 행위를 정의하고자 하였다. 제3장에서는 국내외의 스토킹 관련 법안을 비교·분석하여 스토킹 범죄의 규제에 대한 현행 입법례의 한계점을 도출하고 국내 스토킹 범죄 규제를 위한 입법 방향에 참고가 될 만한 사항을 검토하였다. 제4장에서는 현재까지 발의된 스토킹 범죄 관련 입법안의 내용과 그 특징에 대하여 분석하고, 현재 국회에서 계류 중인 여섯 가지 입법안을 비교·분석하였다. 제5장에서는 스토킹 범죄 규제와 피해자 보호를 위한 새로운 입법안을 제시하기에 앞서 고려되어야 할 사항에 대하여 검토하였다. 나아가 여섯 가지 계류법안의 비교·분석을 통한 결과로서 새로운 입법안에서 스토킹 범죄를 어떻게 규정하고, 그 처리 절차와 피해자보호제도는 어떠한지 구체적으로 살펴보았다. 마지막으로 제6장에서는 앞서 살펴본 논의 점들을 요약·정리하여 국내의 스토킹 범죄 규제와 범죄 피해자 보호를 위한 입법을 촉구하고자 한다.

본 논문에서는 문헌 연구를 통해 스토킹 범죄 처벌 및 피해자 보호에 관한 새로운 법안을 제시하고자 한다. 우선 스토킹 행위에 대한 명확한 개념 정의를 위해 법제처 홈페이지에서 국내 스토킹 범죄를 규정하고 있는 법률에 대하여 살펴보고, 국회 의안정보시스템에서 계류 의안을 검토하여 발의된 입법안에서의 스토킹의 행위 정의를 비교·분석하였다. 또한 세계법제정보센터에서 국외의 스토킹 관련 입법안을 확인하여 비교법적 연구를 통해 국내 스토킹 범죄 규제를 위한 이론적 밑거름을 제공하였다. 새로운 입법안과 관련해서는 현재 국회 계류 중인 여섯 개의 법안 및 관련 학자들의 연구보고서와 단행본, 논문 등 각종 문헌을 참고하였다. 더불어 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」의 형식과 계류 법안을 참고하여 새로운 입법안의 기틀을 잡았다.

II. 스토킹 범죄에 대한 정의

1. 국내 스토킹 범죄의 정의

가. 스토킹의 일반 개념

일반적으로 스토킹(stalking)이란 상대방의 의사에 반하여 집요하게 쫓아다니면서 정신적·신체적 피해를 입히는 행위를 말한다. ‘몰래 접근하다’, ‘쫓아다니면서 괴롭히다’라는 뜻의 영어 ‘stalk’에서 유래된 외래어로 표준국어대사전에 등재되어있지 않으며 정확한 개념 정의가 확정되지 않은 상태이다. 이는 스토킹 범죄 관련 규정의 필요성이 증가하고 있음에도 불구하고 입법이 지속적으로 지연되고 있는 이유 중 하나이다. 스토킹 범죄와 관련한 입법안을 제시하기 위해서는 스토킹에 대한 정의를 우선적으로 확정지어 개념의 불명확성이라는 장애물을 제거해야 할 것이다.

국립국어원 우리말샘 국어사전에서는 스토킹을 “특정한 사람을 그의 의사(意思)에 반하여 오랜 기간 동안 쫓아다니면서 정신적·신체적 피해를 입히고 두려움과 불안감을 조성하는 행위”라고 정의하고 있고 세부적으로 사이버 스토킹(cyber stalking)에 대해서는 “인터넷을 통하여 상대방이 원하지 않는에도 불구하고 지속적으로 반복적인 접근을 시도하여 공포심이나 두려움 따위를 유발하는 행위. 심한 욕설이 담긴 글이나 음란한 사진 또는 그림 따위를 일방적으로 전달한다.”라고 정의내리고 있다. 위 사전의 정의는 현대사회에서 통상적으로 사용되고 있는 스토킹의 개념이라고 볼 수 있지만 일반인 또한 참여하여 작성할 수 있는 사전의 성격을 가지고 있기 때문에 다분히 유동적이고 임의적이라는 한계를 가진다.

나. 현행법상 스토킹 개념

우리나라의 현행 법령상 스토킹을 직접적으로 언급하며 명문화한 법적 규제는 존재하지 않는다. 단지 2012년 이후로 경범죄 처벌법이 개정되면서 실질적인 스토킹 행위를 지속적 괴롭힘이라는 용어에 담아내고 있을 뿐이다. 경범죄 처벌법 제3조 제1항 제41호에서는 지속적 괴롭힘을 “상대방의 명시적 의사에 반하여 지속적으로 접근을 시도하여 면회 또는 교제를 요구하거나 지켜보기, 따라다니기, 잠복하여 기다리기 등의 행위를 반복”하는 것이라고 규정하고 있다.

현행 경범죄 처벌법에 따라 지속적 괴롭힘이 성립하려면 상대방의 명시적 의사에 반하여야

한다는 전제조건이 필요하다. 즉, 행위객체는 행위주체에게 거절의 의사를 명시적으로 표현해야 하며 행위주체 또한 이 사실을 인지하여야 한다. 다음으로는 괴롭힘의 행위가 일정 기간 동안 지속적으로 반복되어야 하며 중간에 단절되어서는 안 된다는 조건이 필요하다. 마지막으로 ‘등’이라는 의존명사를 추가하여 동 조항에서 규정한 행위 태양 외에 이와 유사한 행위도 포섭할 수 있도록 하였다³⁾.

현행법상 검토에 따르면 행위객체가 괴롭힘 행위에 대한 거절 의사를 명시적으로 표하지 않았다면 동 죄는 성립되지 않는다. 심지어 행위객체가 명시적 거절 의사를 표현했으나 행위주체가 그 사실을 알지 못한 경우에도 동 죄는 부정된다. 행위의 지속성이 인정되어야 하기 때문에 적어도 2회 이상 행위가 반복되어야 하며 아무리 동 조항에서 규정하고 있는 행위이더라도 일 회로 그쳤다면 동 죄는 성립할 수 없다.

다. 스톱킹 범죄 관련 계류법안에서의 정의

스토킹으로 인한 피해가 확산됨에 따라 1999년 이후 스톱킹죄 처벌에 관한 법률안이 다수 발의되었고, 지속적 괴롭힘에 관한 규정이 제정된 이후에도 스톱킹 방지를 위한 특별법 제정을 위한 움직임은 계속되었다. 하지만 법률안은 모두 입법에 이르지 못하고 전부 폐기되었다.⁴⁾ 현재 21대 국회에서는 스톱킹 처벌 특례 법안이 총 6개 계류되어있는 상태이며 각 법안마다 정의하고 있는 구체적 내용에서의 차이가 다소 존재한다.

<표-1> 각 계류법안에 의한 스톱킹 범죄의 정의

| | 법률안 | 발의 연월일 | 스토킹 범죄의 정의 |
|---|---|-------------|--|
| 1 | 스토킹 범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률안 (정춘숙의원 대표발의) | 2020. 6. 1. | 상대방의 동의 없이 반복적으로 자유로운 생활형성을 침해하는 일련의 행위 |
| 2 | 스토킹 범죄의 처벌 등에 관한 특례법안 (남인순의원 대표발의) | 2020. 6. 1. | 당사자의 동의 없이 지속적 또는 반복적으로 피해자에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것 |

3) 김잔디, “스토킹죄의 실행행위 구조에 관하여”, 「비교형사법연구」 제21권 제2호, 한국비교형사법학회, 2019, 50면.

4) 김잔디, 앞의 논문, 34면.

| | | | |
|---|---|--------------|---|
| 3 | 스토킹 범죄의 처벌 및 절차 등에 관한 법률안 (김영식의원 대표발의) | 2020. 7. 3. | 피해자의 의사에 반하여 정당한 이유 없이 지속적 또는 반복적으로 피해자에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것 |
| 4 | 스토킹 범죄의 처벌 등에 관한 법률안 (임호선의원 대표발의) | 2020. 7. 9. | 피해자의 의사에 반하여 정당한 이유 없이 지속적 또는 반복적으로 피해자에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것 |
| 5 | 스토킹 범죄의 처벌 등에 관한 법률안 (황운하의원 대표발의) | 2020. 8. 25. | 피해자의 의사에 반하여 정당한 이유 없이 피해자에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것 |
| 6 | 스토킹 범죄의 처벌 등에 관한 법률안 (서범수의원 대표발의) | 2020. 9. 24. | 피해자의 의사에 반하여 정당한 이유 없이 지속적 또는 반복적으로 스토킹 행위를 하여 피해자에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것 |

라. 비교 및 분석 검토

스토킹 행위를 정의하고자 했던 국내의 시도들은 모두 스토킹의 반복성에 주목하고 있다. 일회성에 그치지 않고 최소 2회 이상의 피해가 발생해야 성립할 수 있는 침해범으로 바라본 것이다. 더 나아가 일부 계류법안에서는 반복성 이외에도 지속성 또한 명시하여 그 형태에 차이를 두고 있다. 경범죄처벌법에서 지속적 괴롭힘을 처벌하는 조항에서는 피해자의 명시적인 거부 의사를 구성요건으로 하는 반면 계류법안에서는 명시적 의사 표현을 완전히 배제하고 있다. 상대방의 의사에 반하거나 동의가 없는 상황으로 구성요건을 완화하여 피해자 보호 차원의 입법을 시도한 것이다. 통상적으로 사용되는 스토킹의 개념과 실태, 현행법의 대응인 지속적 괴롭힘 처벌 규정, 스토킹 처벌법 계류법안까지 어떠한 점에서 차이를 가지는지, 반복의 기준은 무엇인지 등을 중점적으로 분석하여 스토킹의 정의를 세워야 할 것이다.

2. 국외 스토킹 범죄의 정의

가. 미국의 스토킹 범죄의 정의

미국은 1996년 연방 스토킹방지법(Federal Anti-Stalking Laws in 2014)을 제정하였고 스토킹 행위에 대해 “누구든지 살인, 상해, 괴롭힘, 위협의 의도를 가지거나 그러한 의도 하에 상대방을 감시 하에 두는 일련의 행위(course of conduct) 또는 그 결과”라고 규정하고 있다.

이후 2007년 전미범죄피해자센터가 연방 스토킹 방지법의 문제점을 지적하며 새로운 모델 스토킹 조항을 개정, 권고하였다. 모델 스토킹 방지 권고 조항(Model Anti-Stalking Code)에서는 “누구든지 합리적인 사람으로 하여금 안전에 대한 두려움을 일으키게 하거나 정신적 고통(반드시 의료적 처치나 상담을 필요로 하지 않음)을 겪게 한다는 것을 알거나 알 수 있었음에도 특정인을 대상으로 고의적으로 행하는 일련의 행위”라고 규정하고 있다.⁵⁾

나. 독일의 스토킹 범죄의 정의

독일은 2007년 처음으로 스토킹 범죄를 독일 형법으로서 규정하였고, 독일 형법 제238조 제1항에서는 스토킹 범죄를 “누구든지 다음 각 호에 해당하는 행위를 집요하게 하여 권한 없이 타인의 의사에 반하여 접촉함으로써 다른 사람의 생활형성을 중대하게 침해하는 경우 3년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다.”고 규정하고 있다. 이후 2016년 독일의 형법개정이 이루어지면서 제238조 제1항을 “타인에게 그 사람의 생활형성을 침해할 가능성이 있는 방법으로 권한 없이 의사에 반하여 지속적으로 접촉한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.”로 변경하였다.⁶⁾ 독일의 이러한 개정에서 가장 큰 변동사항은 범죄의 성립을 중대하게 침해하는 경우에서 침해할 가능성이 있는 경우로 범위를 확장한 것인데, 이는 결과범적 성격을 가지던 스토킹 범죄를 추상적 위험범으로 전환한 것에서 의미를 가진다.

다. 일본의 스토킹 범죄의 정의

일본은 2000년 “스토커행위 등 규제 등에 관한 법률”을 제정하였다. 일본은 스토킹 행위라는 용어를 직접적으로 사용하지 않고 ‘따라다니기’ 등 행위와 ‘반복된 따라다니기’ 등의 행위로 구분하고 있다. 동법의 제2조 제2항에서는 ‘반복된 따라다니기 등’의 유형을 “① 따라다니기, 잠복하여 기다리기, 진로 방해, 주거·근무지·학교·그 밖의 일반적으로 소재하는 장소의 부근(이하, ‘주거 등’이라 한다)에서 지켜보거나 주거 등에 침입하는 것, ② 그 행동을 감시하고 있다는 것을 추측하게 할 만한 사항을 알리거나 알 수 있는 상태에 두는 것, ③ 만남, 교제, 그 밖의 의무 없는 일을 하도록 요구하는 것, ④ 현저히 거칠거나 난폭한 언동을 하는 것” 외 4가지로 총 8개의 유형으로 보충적 구성요건 없이 처벌 행위를 열거하여 정의내리고 있다.

5) 전미범죄피해자센터, “the Model Stalking Code-revisited”, 2007, 24-25면.

6) 이성기, “스토킹 행위에 관한 형사법적 연구”, 『법학논문집』 제42권 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 2018, 285면.

라. 비교 및 분석 검토

미국의 연방 스토킹방지법과 모델 스토킹방지 조항에서는 스토킹 범죄에 대해 안전에 대한 두려움이나 정신적인 고통을 고의적으로 느끼게 하는 행위로 정의하여 침해법적 성격을 내포하고 있다. 독일의 경우 생활 형성을 침해할 가능성이 있는 행위를 스토킹 범죄로서 정의하였고 개정 형법을 통해 보충적 구성요건을 두고 있는 위험범으로 전환한 점을 알 수 있다. 일본은 스토킹 범죄에 대해 총 8가지의 구체적 유형으로 열거하여 해당 행위에 대한 위험 상태를 야기했을 경우 처벌하고 있다. 스토킹 범죄의 정의를 법리적으로 해석했을 때 미국의 결과법적 규정의 경우 침해범 규정일 경우보다 상대적으로 피해자의 심적 고통이 목살될 가능성이 있다는 비판의 여지가 있다. 반면 침해범 규정 또한 처벌 범위가 과도하게 넓어져 억울한 상황이 발생할 수 있다.

3. 스토킹 범죄의 정의

가. 본 논문에서의 스토킹 범죄 정의

“스토킹 범죄”란 상대방의 동의 없이 반복적으로 일상의 평온을 침해하는 일련의 행위를 말한다.

앞서 국내외의 스토킹 정의 방법 및 내용에 대해 연구했으며 이를 기반으로 “상대방의 동의 없이 반복적으로 일상의 평온을 침해하는 일련의 행위”라는 정의를 도출하였다. 국내에서 진행된 입법 시도들은 대부분 유사한 체계 내에서 스토킹 범죄의 정의를 구성하고 있다. 국외의 사례도 언어와 해석의 차이로 인해 표현은 조금 다를 수 있지만 가치를 두고 있는 논쟁의 쟁점사항은 유사하다. 스토킹 범죄의 정의를 구성하기 위해 검토가 필요한 주요골자들은 다음과 같다.

첫째, 스토킹이라는 용어를 직접적으로 사용하는가이다. 영어권뿐만 아니라 일본에서도 스토킹의 단어를 직접적으로 사용하여 정의하고 있고 국내에서도 스토킹을 직접 명시한 법률안들이 꾸준히 제시되고 있다. ‘지속적 괴롭힘’의 용어로 대체하여 표현한 법률안이 한 차례 발의된 사례가 있으나 스토킹의 특성을 온전히 담아내지는 못하며 대체할 필요성 또한 없다고 판단한 바 이를 본문에서는 검토하지 않고 이견 없이 스토킹 용어를 사용하고자 한다.

둘째, 스토킹 행위에 대한 상대방의 의사를 어느 정도 고려해야하는가이다. 국내에서는 상대방의 의사에 반하였는지 또는 상대방의 동의 없이 행위 했는지 두 가지의 관점이 존재한다. 전자의 경우 스토킹 범죄의 성립을 위해 거절의 의사표현이 필요하며 후자의 경우 의사를 표현하지 않아도 동의의 표현이 없었다면 성립될 수 있다.

셋째, 스톱킹 범죄 행위에 대한 고의성의 여부이다. 미국은 스톱킹이란 고의가 전제되는 행위라고 보며 악의적인 목적이 있어야 함을 명시하여 구성요건으로서 고의성을 인정하고 있다. 하지만 고의성을 필요로 하는 경우 스톱킹 행위자가 처벌을 피하기 위해 목적 없이 행했음을 주장하는 악의적인 상황이 발생할 수 있다. 국내의 선행연구에서도 이에 대한 이견이 없으며 계류법안 또한 고의의 필요성을 인정하지 않고 있기에 구체적인 검토 없이 고의성의 명시를 배제하고자 한다.

넷째, 스톱킹 범죄가 성립되기 위한 침해의 정도이다. 위험범적 성격을 담아 스톱킹의 행위로 인해 침해를 받을 만한 상황까지 처벌할 것인지, 침해범으로 보아 실질적인 침해가 발생해야만 처벌할 수 있는지 의견이 갈린다. 국내에서는 모두 침해범의 규정으로 바라보고 있으며 더 나아가 이 실질적 침해가 공포심 및 불안의 유발 정도인지, 자유로운 생활형성의 침해 정도인지까지 의견이 갈리고 있다.

이외에도 스톱킹 범죄가 지속적으로 발생했는지 반복적으로 발생했는지 등과 같은 국어적인 맥락의 차이 또한 존재한다. 이렇듯 스톱킹 범죄를 정의하기 위해서는 많은 논의가 필요하다. 어떤 합의를 거쳐 본 논문만의 정의에 도달하게 되었는지, 법리적으로 접근했을 때 어떤 해석을 담고 있는지에 대하여 구체적으로 검토하고자 한다.

나. 정의에 대한 검토

(1) 상대방의 의사

계류법안들이 대부분 ‘상대방의 의사에 반할 것’의 요건을 두고 있는 반면 남인순 의원안, 정춘숙 의원안에서는 ‘상대방의 동의 없는’ 행위의 요건을 포섭하고 있다. 상대방의 의사에 반하였는지의 여부를 구성요건으로 할 경우 피해자가 어떤 의사를 표하였는지가 주요쟁점이 될 수 있어 입증의 부담이 피해자 측으로 전가될 위험이 있다. 그 결과 스톱킹행위자가 상대방의 동의를 얻어 그와 같은 행위를 한 것인지를 묻는 방식으로 관점을 전환할 필요가 있다고 생각한다. 하지만 현행 경범죄 처벌법에서의 지속적 괴롭힘 조항에서는 ‘상대방의 명시적 의사에 반하여’를 요건으로 두고 있다. 스톱킹 처벌 관련 특별법에서 ‘동의 없는’ 혹은 ‘의사에 반하여’라는 조건이 지정될 시 특별법의 처벌보다 경범죄 처벌법의 요건이 더 엄격해지는 모순적인 상황이 발생하게 된다. 죄와 형벌의 바람직한 균형을 위하여 입법안이 통과될 시 경범죄 처벌법안의 요건 완화 개정 또한 함께 이루어져야 한다.

(2) 위협범과 침해범

독일 개정형법을 포함한 국외 사례에서는 스토킹 범죄의 시도로 인해 피해자에게 불안감 혹은 공포 유발의 가능성이 있었다면 이 또한 처벌할 수 있도록 위협범적 성격으로 정의를 규정하고 있다. 국내에서는 대부분 스토킹 행위가 침해범으로 규정되어 있는데, 위협범의 법리상 ‘그러한 침해를 유발할만한 행위인가’의 여부는 객관적인 기준으로 판단할 수밖에 없다. 이 때문에 피해자와의 관계적 맥락에서 범죄의 성립 여부를 구체적으로 판단해야 하는 스토킹의 특성상 구체적 타당성을 잃을 가능성이 크다. 또한 위협범의 기준을 적용했을 시 공포심이라는 감정을 유발하는 스토킹 범죄의 특성상 처벌범위가 극단적으로 넓어질 수 있고 불법의 정도를 판단하는데 모호한 쟁점 사항들이 많아 한계가 발생할 수 있다. 이에 ‘침해하는 일련의 행위’를 명시하여 보다 명확한 침해범으로서 규정하고자 한다.

(3) 스토킹 범죄로 인한 침해 정도

계류법안을 살펴보면 스토킹 범죄의 성립을 위한 침해 정도가 ‘공포감 및 불안감의 조성’인지, ‘자유로운 생활 형성의 침해’인지로 의견이 나뉜다. 공포, 위협과 같은 피해자의 감정을 구성요건으로 지정할 시 주관적 요소로 인해 판단이 불명확할 수 있다. 꽃이나 선물 증정, 문자 연락 등의 스토킹 범죄 유형의 경우 공포심을 유발할만한 정도가 아니라고 해석하기 쉬워 범죄 성립이 불가능한 사례가 발생할 수 있기 때문이다. 그렇다고 하여 자유로운 생활 형성 침해의 요건 또한 주관적 요소 판단에서 완전히 벗어날 수 있는 것은 아니며 범죄 성립 범위가 넓어져 자칫하면 억울한 상황이 일어날 수 있다. 이에 본고의 정의에서는 ‘일상의 평온에 대한 침해’를 요건으로 삼아 절충적인 방안을 선택했다. 일상이라는 용어를 사용하여 자유로운 생활 형성의 기준보다는 협소한 범죄 성립 범위를 지정하였고 침해 발생의 증명 또한 용이하게끔 기준을 설정했다. 더 나아가 공포심 및 불안감보단 피해자 기준의 일상의 평온을 침해의 정도로 삼아 막연한 주관적 판단기준의 개입을 방지했다.

(4) 지속성 및 반복성

지속 또는 반복의 성격을 본질로 하는 스토킹 범죄의 성격상 국내외에서 지속성 및 반복성을

7) 이성기, 앞의 논문, 292면.

정의 내에 포함하고 있음에는 이견이 거의 없다. 다만 스톱킹 행위의 지속성과 반복성 모두를 요건으로 해야 하는지, 이 중 하나만을 요건으로 해야 하는지를 논의할 필요가 있다.⁸⁾ 지속되는 일련의 행위는 반복적이라고 할 수 있으나 반복되는 일련의 행위는 모두가 지속적이라고 할 수 없다는 해석이 존재한다. 즉, 반복성이란 지속성을 포함하고 있는 넓은 의미의 개념이다. 스톱킹 행위가 최소 2회 이상일 경우에만 범죄로 성립할 수 있다는 구성요건을 표현하기에는 반복성만 명시하는 것이 바람직하다고 생각한다. 본고는 최초의 스톱킹이 시작되어 그 하루 동안 '지속'되었고 그 다음 날 또 스톱킹 행위가 '반복'되었을 시 처벌할 수 있다는 문맥으로 해석했다. 더 나아가 범죄 성립이 불가능한 일회성의 스톱킹 행위는 후속 경고 조치로 대응하고자 한다.

Ⅲ. 현행 국내외 스톱킹 범죄 대응

1. 국내 스톱킹 범죄 대응

가. 경범죄처벌법

현재 우리나라에서 스톱킹 행위를 명확하게 규정한 법안은 존재하지 않고 「경범죄처벌법」상 '지속적 괴롭힘'의 명칭으로 스톱킹 행위를 규제하고 있을 뿐이다. 「경범죄처벌법」제3조 제1항 제41호는 “상대방의 명시적 의사에 반하여 지속적으로 접근을 시도하여 면회 또는 교제를 요구하거나 지켜보기·따라다니기·잠복하여 기다리기 등의 행위를 반복하는 것”을 지속적 괴롭힘으로 규정하고 있다. 이 외에도 동법 제3조 제1항 제19호에서는 “정당한 이유 없이 길을 막거나, 뒤따르거나 몹시 거칠게 겁을 주는 말이나 행동으로 다른 사람을 불안하게 하거나 귀찮고 불쾌하게 하는 것”을 불안감 조성으로 규정하고 있고, 동법 제3조 제1항 제40호에서는 “정당한 이유 없이 전화·문자메시지 등을 여러 차례 되풀이하여 괴롭히는 행위”를 장난 전화로 규정하고 있다. 이러한 경범죄 처벌법에서 규정된 행위를 위반할 경우 10만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형에 처해진다.

8) 김잔디, 앞의 논문, 92면.

나. 형법

스토킹은 다양한 범죄와 연결되는 양상을 보인다. 일반적인 스토킹은 강요죄(형법 제324조)와 연관이 깊은데, 스토킹 행위자가 협박이나 폭력을 사용하여 어떤 행위를 하도록 하거나 하지 못하도록 하는 경우⁹⁾ 강요죄에 해당할 수 있다. 또한 스토킹이 피해자에게 직접 또는 간접적 수단을 통해 협박하게 되면 협박죄(형법 제283조 제1항)가 성립하며, 피해자의 주거에 침입하는 경우 주거침입죄(형법 제319조)가 성립한다. 나아가 스토킹 행위가 폭행(형법 제 260조 제 1항)이나 상해(형법 제257조 제1항)로 이어지기도 하고 극한의 경우 살인(형법 제250조)으로 연결되기도 한다. 이 외에도 스토킹 행위자가 스토킹을 하는 과정에서 형법에 규정되어 있는 일련의 행위를 하게 되면 관련 규정으로 처벌 할 수 있다.

다. 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법

스토킹은 전 배우자나 사실혼 관계에 있던 자에 의하여 일어나는 경우가 많으므로 가정폭력의 한 행위로서 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에 의해 처벌되기도 한다. 동법 제2조 제1호에는 가족구성원 사이의 신체적, 정신적 또는 재산상 피해를 수반하는 행위를 ‘가정폭력’으로 규정하고 있다. 동조 제2호에서는 가족 구성원을, 제3호에서는 가정폭력 범죄를 규정하고 있는데, 이 중 스토킹 행위와 관련될 수 있는 범죄로는 형법 제283조의 협박죄, 제307조의 명예훼손죄, 제311조의 모욕죄, 제321조의 주거·신체수색죄, 제324조의 강요죄, 제350조의 공갈죄, 제366조의 재물손괴죄 등이 있다.¹⁰⁾ 가족 구성원 사이 이와 같은 범죄가 발생한 경우, 동법에 따라 가중처벌 된다. 또한 동법에는 이러한 범죄에 대한 대처로 임시조치 및 보호처분 등을 규정하고 있다.

라. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법

성폭력 범죄의 예비행위로서 스토킹 범죄가 발생하고 스토킹이 성폭력 범죄로까지 이어지게 되면 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에 의해 처벌될 수 있다. 또한 동법 제13조는 “자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화, 우편, 컴퓨터, 그 밖의

9) 이원상, “스토킹 처벌규정 도입에 대한 고찰”, 「형사정책연구」 제24권 제2호, 한국형사정책연구원, 2013, 168-169면.

10) 김홍성, “스토킹의 원인과 대책”, 동국대학교 석사학위논문, 2014, 61면.

통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말, 음향, 글, 그림, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게 하는 행위”를 통신매체를 이용한 음란행위로 규정하여 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다.

마. 정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률

사이버 스토킹의 일부는「정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률」에 규정되어있다. 동법 제70조는 사이버 명예훼손을 규정하여 사실 적시에 의한 명예훼손죄에 대하여 3년 이하의 징역이나 금고 또는 3천만 원 이하의 벌금을, 거짓 적시에 의한 명예훼손죄에 대하여는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만 원 이하의 벌금을 규정하고 있다. 또한 동법 제44조의7 제1항 제3호에서는 “공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하도록 하는 내용의 정보”의 유통을 금지하고 있고, 이를 위반할 시에는 동법 제74조 제1항 제3호에 따라 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처해진다.

바. 검토

「경범죄처벌법」상의 스토킹 행위 처벌은 10만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형으로 그 처벌이 매우 경미하여 스토킹의 행위를 실효적으로 제재하기는 어렵다. 또한 동법은 불법성이 낮은 스토킹 유형만을 협소하게 규정하여 스토킹 행위의 일반에 대한 규제가 어렵다는 한계가 있다.

스토킹 행위에 대하여 형법 규정이 적용되기 위해서는 범죄의 구성요건에 해당하는 행위의 결과가 요구된다. 따라서 스토킹 행위자가 피해자의 법익을 침해하는 실행의 착수가 이루어지고 난 이후에 형법을 적용할 수 있기 때문에 단순한 스토킹 행위만을 처벌하거나 스토킹 피해를 사전에 예방하는 것은 실제로 불가능하다.¹¹⁾

「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 또한 스토킹 행위 자체를 규제하는 것이 아니라 행위자가 가정폭력 범죄까지 저지른 후에야 사후적으로 그 범죄에 대처할 수 있다. 따라서 스토킹 행위가 보다 극단적인 범죄로 나아가기 전에 미리 규제하여 피해자에 대한 위해 발생을 최소화하고자 하는 스토킹 방지법으로서의 역할을 기대할 수 없다.¹²⁾ 뿐만 아니라 가족 구성원

11) 이창무, “스토킹 범죄 규제의 입법에 관한 연구”, 동국대학교 박사학위논문, 2015, 50면.

12) 이성호, “사이버 스토킹의 개념과 법적 규제”, 「저스티스」 제83호, 한국법학원, 2005, 33면.

120 동국법학 제1권

외 일반인의 스토킹 행위에 대하여는 동법이 적용될 수 없다는 문제점도 있다.¹³⁾

「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」의 경우 스토킹이 성적인 목적을 달성하기 위한 행위에 대해서만 규제를 하고 있다. 따라서 상대방이 원하지 않는 전화를 하거나 편지, 전자우편을 계속 보내는 등 타인을 괴롭히는 것을 목적으로 하는 스토킹에 대하여는 적용하기 어렵다.¹⁴⁾

「정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률」 제70조 또한 ‘사람을 비방할 목적’이라는 목적범 형식으로 되어 있으므로 비방의 목적이 없는 경우에는 해당 조항으로 처벌할 수 없다. 또한 이 규정은 허위 주장 및 피해자로 위장하여 괴롭히는 행위, 피해자를 괴롭히도록 타인에게 권장하는 행위 등 일부 사이버 스토킹만을 규제할 수 있을 뿐이다.¹⁵⁾ 동법 제44조의7 제1항 제3호 규정은 특정 피해자에게 언어나 영상 등을 전달하는 행위만을 대상으로 하여 그 범위가 너무 협소하고, 공포심이나 불안감 유발이라는 요건을 판단하는 구체적인 기준이 없어 명확성 원칙에 어긋날 수 있다는 비판이 있다.¹⁶⁾

이와 같이 스토킹을 현행법 체계에서 대응하는 것은 현실적인 한계가 존재한다. 스토킹 관련 법안이 산발적으로 존재할뿐더러 그 처벌 수위 또한 매우 낮으며 스토킹 피해자 보호제도와 사전예방을 위한 임시조치 등의 제도적 장치가 부재한다. 스토킹 행위에 대한 피해가 꾸준히 나타나고 그 양상 또한 중대해지고 있는 현실을 고려하였을 때, 스토킹 행위를 효과적이고 실제적으로 대응할 수 있는 새로운 형식의 법제 마련이 시급하다 할 것이다.

2. 국외 스토킹 범죄 대응

가. 미국 캘리포니아 주 법령 제646.9조

미국은 주마다 스토킹을 정의하고 규제하는 방식에 차이가 있는데, 대표적으로 캘리포니아 주는 형법 제646.9조를 통해 스토킹 행위를 처벌하고 있다.¹⁷⁾ 동조에서 규정하는 스토킹 행위를 한 자에 대하여는 1년 이하의 징역 또는 1000달러 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다. 또한 법원은 스토킹 행위를 방지하기 위해 금지명령을 발할 수 있고, 스토킹 범죄를 범한 자가 법

13) 장정범·이상철, “스토킹 처벌규정 도입의 필요성에 대한 고찰”, 「한국재난정보학회논문집」 제10권 제2호, 한국재난정보학회, 2014, 223-224면.

14) 이승우, “사이버 스토킹에 대한 법률적 대응 방안”, 「연세 의료·과학기술과 법」 제2권 제1호, 연세대학교 법학연구원 의료·과학기술과 법센터, 2011, 244면.

15) 이승우, 앞의 논문, 242면.

16) 이성호, 앞의 논문, 32면.

17) California Penal Code 646.9, 캘리포니아 주 입법정보, <http://leginfo.legislature.ca.gov>(검색일 : 2020.09.22.)

원의 명령에 위반하여 동일한 피해자에 다시 스톱킹 범죄를 범한 경우 가중하여 2년 이상 4년 이하의 징역에 처한다.¹⁸⁾

미국은 스톱킹 가해자에 대한 처벌뿐만 아니라 피해자 안전 확보를 위한 제도적 장치를 마련하고 있다. 피해자 본인이나 가족 또는 목격자가 캘리포니아 보호국에 요청 시 보안관이나 보호국 책임자가 피해자들에게 가해자의 동향에 관한 정보(출소 일정 등)를 사전에 제공하고¹⁹⁾ 법원은 중죄를 범한 스톱킹 행위자가 주소를 옮길 경우 경찰서 등에 주소지를 등록하도록 명령할 수 있다.²⁰⁾ 또한 직장에서 스톱킹이 발생한 경우, 고용주인 제3자가 직접 피해자를 대신하여 임시금지명령 또는 금지명령을 법원에 요청할 수 있다.²¹⁾

나. 일본 스톱킹 행위 등의 규제에 관한 법률

일본은 「스토킹 행위 등의 규제에 관한 법률」을 제정하여 특별법으로 스톱킹 범죄에 대응하고 있다.²²⁾ 동법에서는 스톱킹 행위를 ‘따라다니기 등 행위’와 ‘스토커 행위’로 구분하여 규정하고 있다. 경찰본부장 등은 피해자의 신청에 따라 ‘따라다니기 등’을 반복해서는 안 된다는 내용으로 가해자에게 경고 할 수 있고, 이러한 경고에도 불구하고 가해자가 경고에 따르지 않을 경우 국가공안위원회가 금지명령을 내릴 수 있다. 만일 가해자가 금지명령을 위반할 경우 동법 제 14조에 따라 1년 이하의 징역 또는 100만 엔 이하의 벌금이 처해진다.²³⁾

한편, ‘따라다니기 등’의 행위가 반복하여 행해짐으로써 상대방의 신체의 안전, 주거 등의 평온 혹은 명예가 침해되거나 또는 행동의 자유가 현저히 침해되는 불안을 느끼게 하는 ‘스토커 행위’의 경우, 동법 제13조 제1항에 따라 6개월 이하의 징역 또는 50만 엔 이하의 벌금에 처해진다. 또한 동조 제2항에 따라 스톱커 행위는 피해자의 고소가 없으면 공소를 제기하지 못하는 친고죄로 되어 있다.²⁴⁾

일본의 「스토킹 행위 등의 규제에 관한 법률」에서는 피해자 등의 상담·일시보호·자립 지원 등 스톱킹 피해자 지원에 대한 내용 또한 규정하고 있다. 동법 시행규칙 제 11조에 따르면 피해자

18) California Penal Code 646.9.

19) Cal. Penal Code 646.92.

20) Cal. Penal Code 646.9.

21) Cal. Code of Civil Procedure 527.8.

22) 최은빈, “스토킹 피해와 규제에 관한 연구”, 이화여자대학교 석사학위논문, 2016, 54면.

23) 세계법제정보센터, 스톱커 행위 등의 규제 등에 관한 법률(스토ーカー行為等の規制等に関する法律) <http://world.moleg.go.kr>(검색일 : 2020. 09. 27.).

24) 세계법제정보센터, 스톱커 행위 등의 규제 등에 관한 법률(스토ーカー行為等の規制等に関する法律) <http://world.moleg.go.kr>(검색일 : 2020. 09. 27.).

122 동국법학 제1권

에게 스토키의 성명, 주소 등 정보를 제공할 수 있고, 민간단체 및 기타 조직 소개, 피해방지를 위한 물품의 교시 등 기타 피해자의 피해방지를 위한 적당한 지원에 관하여 명시하고 있다.²⁵⁾

다. 독일 형법 제238조

독일은 제40차 형법 개정 당시 형법 제238조에 스토키 처벌 규정을 도입하였다. 동법 제238조 1항의 기본구성요건에 해당하는 행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 벌금형에 처하도록 규정하고 있다. 또한 동조 제2항은 앞서 언급한 스토키 행위로 인해 피해자, 피해자의 친족, 또는 피해자와 친밀한 관계에 있는 사람에게 생명의 위험 또는 중대한 건강침해의 위험을 야기한 경우 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다고 규정하고 있으며, 제3항은 피해자, 피해자의 친족 또는 피해자와 친밀한 관계에 있는 사람의 사망을 야기한 경우 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다고 규정하고 있다.²⁶⁾ 한편 제4항에서는 제1항에 해당되는 일반적 스토키에 대하여 친고죄로 규정하여 피해자의 고소에 의해서만 소추가 가능하도록 하였다.²⁷⁾

독일은 스토키 범죄의 예방을 위해 경찰법적 대응을 함께 운용하고 있다. 신분 확인과 신분 증명서의 심사, 감식조치, 소환, 퇴거명령, 보호조치, 신체 및 물건 수색, 가택 출입과 수색, 영치와 압류, 정보의 처리 등의 경찰작용을 통해 실질적으로 스토키 대상자를 행위자의 위협으로부터 보호하고 있다.²⁸⁾

라. 검토

미국은 현재 모든 주에서 개별적인 스토키 방지법을 시행하고 있고, 연방 차원의 통일적인 규제 모형을 운영하여 주를 넘나드는 스토키 범죄에 대하여 대응하고 있다. 또한 미국은 피해자들에게 가해자의 동향에 관한 정보를 사전에 제공하거나 가해자에게 금지명령을 발하는 등의 규정을 마련하여 피해자 보호 및 재발 방지에 힘쓰고 있다. 다만 미국의 경우 스토키 범죄의 구체적인 유형을 규정하지 않고 포괄적인 유형만을 설정하여 일반인의 판단을 기준으로 스토키 행위의 유·무죄를 판단하게 되어 자의적인 처벌이 행해질 수 있다는 비판이 있다.²⁹⁾

일본의 경우 미국과 달리 스토키 행위를 구체적으로 열거하고 위협법의 형식으로 스토키를

25) 이창무, 앞의 논문, 93면.

26) 법무부, 형사법제과, 독일형법 한글 번역본, <http://www.moj.go.kr>.(검색일 : 2020.09.22.).

27) 이원상, 앞의 논문, 159면.

28) 김수환, “스토키의 예방과 대책에 관한 법적 연구”, 고려대학교 석사학위논문, 2016, 41-50면.

29) 이창무, 앞의 논문, 75면.

규정하여 보다 많은 스톱킹 행위에 대응할 수 있도록 하였다. 그러나 일본의 스톱커 규제법은 피해자에 대한 연애 감정 및 기타 호감 혹은 그것이 충족되지 못한 것에 대한 원한의 감정을 충족하려는 목적인 것일 경우에만 처벌 가능하다. 이에 연애 감정에 기인하지 않는 단순 괴롭힘은 경범죄법의 대상일 뿐 스톱커 규제법의 대상이 되지 않는다는 문제가 있다. 한편, 일본은 경고 및 금지명령·임시명령과 피해자 등의 상담·일시보호·자립지원 등의 제도를 마련함으로써 피해자 등 지원에 힘을 기울이고 있다.³⁰⁾

독일 형법은 스톱킹 행위로 명확하게 규정되지 않은 행위에 대하여도 결과적으로 스톱킹 행위의 일환으로 인정되면 처벌할 수 있도록 하고 있다. 이러한 포괄적 법 적용은 다양한 형태의 스톱킹 범죄에 대처할 수 있다는 장점이 있지만, 법률의 명확성 원칙에 반한다는 비판이 제기될 수 있다.³¹⁾ 한편 독일은 기본구성요건에 해당하는 스톱커 행위를 한 자에 대하여 3년 이하의 징역 또는 벌금형을 부과하므로 비교적 높은 수위의 처벌을 규정하고 있다고 볼 수 있다.

비록 각 나라의 법체계는 서로 상이하지만 세 나라 모두 스톱킹을 심각한 사회 문제로 인식하고 스톱킹 범죄에 대한 법률체계를 마련하였다. 특히 미국은 피해자 보호 및 재발 방지에 대한 규정을 별도로 마련하고 있는데, 이는 스톱킹에 대한 우리나라 입법정책에 중요한 시사점이 될 수 있다. 또한 일본에서 스톱킹 행위의 유형을 구체적으로 열거하고, 위험범의 형식으로 규정하여 보다 많은 스톱킹 유형을 처벌할 수 있도록 한 점, 독일에서 경찰법적 대응을 명문화하여 신속한 스톱킹 대처를 가능하게 했다는 점은 국내 입법에 있어 참고할만하다.

IV. 스톱킹 범죄에 관련된 법률안 분석

1. 연혁(15-20대 국회)

15대 국회에서 1999년에 처음으로 스톱킹 범죄를 처벌하려는 입법 시도가 이루어졌고, 이후로 스톱킹 범죄와 관련된 많은 법안이 국회에 상정되고 있다. 15대 국회부터 20대 국회까지 총 12개의 법안이 발의되었으며, 그중 1개의 법안은 철회되었고 나머지 11개의 법안은 임기 만료로 폐기되었다.

30) 이창무, 앞의 논문, 92면.

31) 이창무, 앞의 논문, 81면.

124 동국법학 제1권

| 번호 | 의안명 | 제안 일자 |
|----|---|------------|
| 1 | 스토킹처벌에관한특례법안(김병태의원 등 13인 외 21인) | 1999-05-24 |
| 2 | 스토킹방지법안(이강래의원 등 15인) | 2003-10-13 |
| 3 | 스토킹 등 대인공포유발행위의 처벌에 관한 특례법(염동연의원 등 25인) | 2005-09-27 |
| 4 | 스토킹 처벌 및 방지에 관한 법률안(김재균의원 등 10인) | 2009-01-09 |
| 5 | 스토킹 처벌 및 피해자 보호에 관한 법률안(이낙연의원 등 10인) | 2012-08-27 |
| 6 | 스토킹 방지법안(김제남의원 등 10인) | 2013-06-19 |
| 7 | 스토킹 범죄의 처벌 등에 관한 특례법안(남인순의원 등 10인) | 2015-02-13 |
| 8 | 스토킹 범죄의 처벌 등에 관한 특례법안(남인순의원 등 12인) | 2016-06-03 |
| 9 | 스토킹 처벌 및 방지에 관한 법률안(김정훈의원 등 10인) | 2016-09-02 |
| 10 | 스토킹 범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률안(정춘숙의원 등 10인) | 2016-09-30 |
| 11 | 스토킹 범죄 처벌 및 피해자 보호에 관한 법률안(이동섭의원 등 10인) | 2017-07-20 |
| 12 | 스토킹 범죄의 처벌 등에 관한 특례법안(추혜선의원 등 10인) | 2018-03-14 |

가. 15대 국회-17대 국회

15대 국회에서 1999년에 김병태의원 등이 발의한 「스토킹 처벌에 관한 특례법안」³²⁾은 스토킹 범죄에 해당하는 행위를 한 자에 대해 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금을 부과하도록 규정하였다.

16대 국회에서는 2003년에 이강래의원 등이 「스토킹방지특례법안」³³⁾을 발의했다. 이 전에 발의된 법안에 비해 스토킹의 정의에 특정한 물건을 반복적으로 전달하는 것을 포함하여 범위를 넓혔고, 벌칙 규정도 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금을 부과할 수 있도록 수정하였다. 그러나 스토킹 행위 자체에 대한 처벌을 규정하지 않고, 경찰의 금지명령을 위반한 경우 또는 금지 명령 등의 기간이 만료한 후에 다시 스토킹을 하여 재범이 된 경우에만 처벌하도록 규정하였다.³⁴⁾

17대 국회에서는 2005년에 염동연의원 등이 「스토킹 등 대인공포유발행위의 처벌에 관한 특례법안」³⁵⁾을 발의했다가 철회하였는데, 이 법률안에서는 스토킹 행위의 유형을 다양하게 정의하여 이전 법률안에 비해 구체적으로 규정했고, 피해자의 범위에 피해자와 신뢰 관계에 있는 간접피해자도 포함하면서 그 범위를 넓혔다. 하지만 이 전에 발의된 법안과 마찬가지로, 스토킹

32) 김병태의원 등 13인 외 21인(의안번호 151966).

33) 이강래의원 등 15인(의안번호 162733).

34) 이원상, 앞의 논문, 163-164면.

35) 염동연의원 등 25인(의안번호 172815).

행위 자체가 아닌 금지명령을 위반한 경우 또는 금지 명령 등의 기간이 만료한 후에 다시 스토킹을 하여 재범이 된 경우에만 처벌하도록 규정했다. 이 경우 처벌은 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 했다.³⁶⁾

나. 18대 국회-19대 국회

18대 국회에서 2009년에 김재균의원 등이 발의한 「스토킹 처벌 및 방지에 관한 법률안」³⁷⁾도 스토킹 행위 자체에 처벌 규정을 두었다는 점에서 앞서 발의된 법률안과 차이가 있다. 또한 청소년을 상대로 한 스토킹과 흥기 또는 그 밖에 위험한 물건을 휴대하고 스토킹 죄를 범한 자에 대해 가중처벌 규정을 두었다. 이 법안에서는 피해자에게로의 직접적 접근 또는 전기통신을 이용한 접근을 제한하는 보호처분이 확정된 후에도 그를 이행하지 아니하는 행위자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하였다는 것이 특징이다.³⁸⁾

19대 국회에서 2012년에 이낙연의원 등이 발의한 「스토킹 처벌 및 피해자 보호에 관한 법률안」³⁹⁾는 앞서 제안된 법률안과 달리 스토킹이 피해자나 그 가족이 생명이나 신체의 안전에 위협을 느낄 것을 요건으로 규정하고 있다. 이 법률안은 최초로 신변안전조치 등의 규정을 두어 피해자 보호에도 초점을 두고 있다. 2013년에 김제남의원 등이 「스토킹 방지법안」⁴⁰⁾을 발의하였는데, 이 법률안은 스토킹 피해자를 위한 지원시설의 설치·운영에 관한 조항에 주체를 추가하고, 시설의 인가요건과 상담원 및 종사자를 둘 것 등을 규정하여 이낙연 의원안보다 구체적으로 규정하였다. 같은 해 남인순의원은 「스토킹 범죄의 처벌등에 관한 특례법안」⁴¹⁾을 발의했고, 이 법률안에서는 불이익처우금지 조항을 최초로 도입하였다.

다. 20대 국회

20대 국회에서는 2016년에 남인순의원 등이 「스토킹 범죄의 처벌에 관한 특례법안」⁴²⁾을 발의했다. 이 법안에서는 스토킹 범죄 전담 검사와 사법경찰관을 비롯한 전담조사제 도입과 피해자

36) 이원상, 앞의 논문, 164면.

37) 김재균의원 등 9인(의안번호 183469).

38) 이원상, 앞의 논문, 165면.

39) 이낙연의원 등 10인(의안번호 1901321).

40) 김제남의원 등 10인(의안번호 1905532).

41) 남인순의원 등 10인(의안번호 1913972).

42) 남인순의원 등 12인(의안번호 2000102).

와 법정대리인에게 변호사 선임을 처음으로 규정하였다.⁴³⁾ 같은 해 김정훈의원 등이 발의한 「스토킹 처벌 및 방지에 관한 법률안」⁴⁴⁾은 스토킹에 대한 전담재판부를 지정하여 스토킹 사건을 신속하게 재판하도록 하였다. 또한 정춘숙의원이 발의한 「스토킹범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률안」⁴⁵⁾은 여성가족부장관이 스토킹 실태조사를 행하고 그 결과를 발표할 것을 규정하였다는 것이 특징이다. 2017년에는 이동섭의원 등이 「스토킹 범죄 처벌 및 피해자 보호에 관한 법률안」⁴⁶⁾을 발의했고, 비슷한 시기에 발의된 법률안에 비해 스토킹 행위에 대한 벌칙 규정을 1년 이하의 징역 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 해 상대적으로 낮은 처벌을 규정하였다. 2018년에는 추혜선의원 등이 「스토킹범죄의 처벌 등에 관한 특례법안」⁴⁷⁾을 발의하였다. 이 법률안에서는 스토킹의 유형을 9개로 제시하여 가장 구체적으로 스토킹 범죄를 규정하였고, 허위의 사실, 사진 또는 영상을 유포하는 행위도 스토킹으로 규정했다는 점에서 다른 법률안과 차이가 있다.

라. 검토

스토킹 범죄에 관한 입법안의 연혁을 살펴보았을 때, 스토킹 행위가 과학기술의 발전과 함께 다양하게 이루어짐에 따라 스토킹의 정의는 점점 확대되었고, 그 유형은 상세하게 분류되었다. 또한 김병태 의원안에서는 스토킹 범죄를 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처하도록 했으나 20대 국회에서는 대부분 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정한 것으로 보아 스토킹 범죄의 처벌 수위는 대체로 높아져 왔다는 것을 알 수 있었다. 몇 개의 법률안에서 스토킹 행위 자체를 처벌하지 않고, 금지명령을 위반하거나 금지명령이 끝난 이후에 다시 범죄를 일으킨 경우에만 처벌하도록 규정하였다. 하지만 이는 스토킹 범죄를 처벌하려는 목적과 맞지 않고, 피해자를 효과적으로 보호할 수 없는 방안이라고 생각한다. 20대 국회에서는 스토킹 범죄의 조사와 재판에 대해서는 전담조사제와 전담재판부를 두어 스토킹 범죄에 빠르게 대응하도록 규정하였다.

스토킹 범죄의 피해자에 대한 보호 규정도 많이 도입되었다. 김병태 의원안에서는 피해자 보호를 위해 임시조치 규정만을 두고 있는 것에 비해 20대 국회에서 발의된 법률안들은 스토킹

43) 정도희, “스토킹의 개념과 처벌에 관한 몇 가지 제언”, 「법과 정책연구」 제17권 제3호, 한국법정책학회, 2017, 44면.

44) 김정훈의원 등 10인(의안번호 2002063).

45) 정춘숙의원 등 10인(의안번호 2002537).

46) 이동섭의원 등 10인(의안번호 2008108).

47) 추혜선의원 등 10인(의안번호 2012464).

스토킹범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률안 제안 127

피해자에 대해 신변안전조치를 취할 수 있도록 하여 피해자를 보호를 더욱 강화했다. 남인순 의원안에서는 불이익 처우의 금지와 변호사 선임의 특례를 두어 스톱킹 피해자가 형사 절차에서 입을 수 있는 피해를 최소화하고, 고용관계에서 발생할 수 있는 피해자의 2차 피해를 막고자 하였다. 이처럼 피해자 보호 규정의 확대는 스톱킹 범죄를 처벌하는 목적과 부합하는 방향으로 이루어져왔다. 이러한 경향은 바람직하다고 판단되고, 제시된 내용 이외에도 피해자 보호를 위한 정책이나 조치를 고심해보고자 한다.

법률안마다 가장 다르게 규정된 것이 스톱킹 피해자의 범위이다. 스톱킹 피해자를 피해를 당한 상대방만으로 한정할지, 생활상 밀접한 관련이 있는 자들까지 포함할지에 대해 이견이 있다. 이에 관해서는 21대 국회 계류법안을 분석·검토하여 입법안 제시에 있어 신중하게 고려해야 할 부분이라고 생각한다.

2. 21대 국회 계류법안

21대 국회에서는 스톱킹 범죄와 관련하여 총 6개의 법률안이 발의되었다. 2020년 6월에 정춘숙의원 등이 「스토킹범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률안」⁴⁸⁾, 남인순의원 등이 「스토킹범죄의 처벌 등에 관한 특례법안」⁴⁹⁾을 발의한 것을 시작으로, 김영식의원 등이 「스토킹범죄의 처벌 및 절차 등에 관한 법률안」⁵⁰⁾을, 임호선의원 등이 「스토킹 범죄의 처벌 등에 관한 법률안」⁵¹⁾을, 황운하의원 등이 「스토킹 범죄의 처벌 등에 관한 법률안」⁵²⁾을, 서범수의원 등이 「스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률안」⁵³⁾을 발의하였다.

| 번호 | 의안명 | 제안 일자 |
|----|--|------------|
| 1 | 스토킹범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률안(정춘숙의원 등 10인) | 2020-06-01 |
| 2 | 스토킹범죄의 처벌 등에 관한 특례법안(남인순의원 등 18인) | 2020-06-01 |
| 3 | 스토킹범죄의 처벌 및 절차 등에 관한 법률안(김영식의원 등 14인) | 2020-07-03 |
| 4 | 스토킹 범죄의 처벌 등에 관한 법률안(임호선의원 등 23인) | 2020-07-09 |
| 5 | 스토킹 범죄의 처벌 등에 관한 법률안(황운하의원 등 15인) | 2020-08-25 |
| 6 | 스토킹 범죄의 처벌 등에 관한 법률안(서범수의원 등 86인) | 2020-09-24 |

이 절에서는 가독성을 위해 의안명 대신 번호로 지칭하고자 한다.

48) 정춘숙의원 등 10인(의안번호 2100036).

49) 남인순의원 등 18인(의안번호 2100050).

50) 김영식의원 등 14인(의안번호 2101415).

51) 임호선의원 등 23인(의안번호 2101738).

52) 황운하의원 등 15인(의안번호 2103278).

53) 서범수의원 등 86인(의안번호 2104200).

가. 총칙 및 스토킹 범죄 처리 절차

(1) 스토킹 행위자(가해자)와 피해자 범위

대부분의 법률안에서 스토킹을 범한 행위자를 스토킹 행위자 또는 가해자로 공통적으로 규정하고 있다. 그러나 ④에서는 ‘스토킹 행위자의 범위에 스토킹 범죄를 범하려 하고 있다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 사람’도 포함하여 스토킹 행위자의 범위를 넓게 규정하고 있다. ⑤와 ⑥에서는 스토킹 행위자 또는 가해자를 정의하는 규정을 따로 두고 있지 않다.

스토킹 피해자의 범위에 관해서는 스토킹 범죄로 인해 직접 피해를 입은 직접피해자만을 규정하고 있는 법안과 직접피해자와 생활상 밀접한 관련이 있는 간접피해자까지도 규정하는 법안으로 나눌 수 있다. ③과 ⑤에서는 직접피해자만을 피해자로 규정하고 있고, ①, ②, ④, ⑥은 간접피해자도 피해자의 범위에 포함하고 있다.

(2) 스토킹 범죄의 처리 절차

신고 및 현장 조사에 관해서 ①, ②, ③은 규정을 두고 있다. 이 세 법률안 모두 스토킹 범죄를 알게 된 사람들은 누구든지 수사 기관에 신고할 수 있고, 신고를 받은 사법경찰관리는 현장을 조사하여야 한다는 내용을 담고 있다. 다만, ①은 스토킹 범죄의 의심이 있는 경우에도 신고할 수 있다는 내용을 담았다는 점에서 다른 법률안과 차이가 있다.

신고 받은 직후에 행해야 하는 응급조치에 대해서 모든 계류법안에서 비슷한 내용을 다루고 있다. 응급조치에 관해서는 스토킹 행위자에게 스토킹 범죄를 중단할 것을 통보하고, 격리(분리) 및 범죄 수사, 보호조치 등의 절차를 안내하고, 피해자지원기관이나 상담소 또는 보호시설에 대해 피해자에게 설명하고 동의한 경우 인도하도록 한다. 그러나 ①에서는 임시보호조치 부과와 스토킹처벌법에 따라 형사 처벌을 받을 수 있다는 내용을 기재한 서면경고장을 통한 경고를 실시할 수 있도록 했다는 점에서 차이가 있다.

긴급보호조치 및 보호조치의 청구, 집행, 변경 등에 관해서 여섯 개의 계류 법안의 내용이 대동소이하다. 스토킹 범죄 중단에 대해 경고하고, 피해자 주거 등과 전기통신을 이용한 접근을 금지하고, 유치장 또는 구치소에 유치하는 것 등의 조치를 취할 수 있다는 것이 공통적이다. 원칙적으로 검사의 청구와 판사의 결정으로 보호조치가 이루어져야 하나, 긴급잠정조치를 사법경찰관리가 행한 경우 조치를 취한 이후에 검사에게 알리도록 한 점도 동일하다. 그러나 ①에서는 스토킹 행위자가 임시보호조치 또는 보호명령 결정을 위반한 경우에는 즉각 유치할 수 있고

록 했을 뿐만 아니라 임시보호조치에 관한 검사의 청구를 의무로 규정했다는 것이 차이점이다.

나. 피해자보호명령

(1) 피해자보호명령

①, ②, ③은 신고자 또는 피해자가 신청하면 신변안전조치를 취하도록 규정하고 있다. 세 법률안 모두 일정 기간의 신변경호, 참고인 또는 증인으로 출석·귀가 시 동행, 주거지를 주기적으로 순찰하는 등의 조치를 할 수 있도록 했다. 하지만 ①은 이 외에도 주거 등에 폐쇄회로 텔레비전을 설치하여 보호하고, 112시스템에 신변 보호 대상자별로 등록하여 관리하고, 핫라인을 구축할 뿐만 아니라 피해자의 신원정보 변경을 지원하고, 보호시설 입소·거주지 이전·임시 휴식 등 피신할 것을 권고하고 관련 절차를 안내하여 보조를 실시하도록 추가로 규정하였다.

또한 피해자보호명령과 불이익처분금지에 관해서도 ①, ②, ③에서만 규정하고 있다. 이 세 법률안은 피해자보호명령과 그 기간 및 관할, 임시보호명령의 내용을 유사하게 다루고, 고용 관계에 있어서 스톱킹 범죄 피해자가 불이익한 처분을 받지 않도록 규정하고 있다는 점에서 공통적이다. 하지만 ①에서는 이 외에도 피해자의 신원과 사생활 비밀 누설 금지 조항, 피해자, 신고인 등에 대한 추가적인 보호조치를 취할 수 있도록 규정했다는 점에서 다른 법률안과 차이가 있다.

(2) 스톱킹 범죄 전담조사제 및 전담재판부 구성

여섯 개의 계류법안에서 모두 스톱킹 범죄의 피해자에 대한 전담조사제를 구성하도록 규정하고 있다. 검찰총장과 경찰청장은 각각 지방검찰청 검사장과 경찰서장으로 하여금 스톱킹 범죄 전담 검사 및 사법경찰관을 지정하도록 한다. 특별한 사정이 없으면 이들이 피해자를 조사하게 할 뿐만 아니라, 스톱킹 범죄 전담 검사 및 사법경찰관은 스톱킹 범죄를 수사하기 위해 필요한 전문 지식과 피해자 보호에 초점을 둔 수사 방법 및 수사 절차에 대한 교육도 받아야 한다는 내용을 포함하고 있다.

스토킹 범죄에 대한 전담재판부를 구성하도록 규정하고 있는지는 법안마다 다르다. ①, ②, ③은 전담재판부에 관한 규정도 두고 있으나 ④, ⑤, ⑥은 전담재판부에 관한 규정을 두고 있지 않다. 전담재판부를 두고 있는 계류법안에서는 특별한 사정이 없다면 지방법원장 또는 고등법원장이 스톱킹 범죄 전담재판부를 지정해서 스톱킹 범죄를 재판하도록 규정한다.

(3) 스토킹 범죄에 대한 특례 및 피해자 배려

①, ②, ③에서는 스토킹 범죄 피해자에 대해 변호사 선임의 특례규정을 두고 있다. 이 계류 법안에서는 스토킹 범죄의 피해자 및 법정대리인의 변호사 선임권을 규정하고, 이에 따른 변호사의 권한 및 대리권에 관해서 규정하고 있다. 그뿐만 아니라 피해자에게 변호사가 없는 경우에 검사가 국선변호사를 선정해서 형사 절차에서 피해자를 보호하고 법률적으로 보조할 수 있도록 정하고 있다.

또한 수사 및 재판 절차에서의 피해자 배려에 관해서도 ①, ②, ③만 관련 조항을 두고 있다. 피해자의 조사 및 심리·재판 과정에서 피해자의 인격이나 명예가 손상되거나 사적인 비밀이 침해되지 않도록 하고, 편안한 환경을 조성해주며, 조사 및 심리·재판 횟수는 최소한으로 하도록 규정한다.

위 내용 외에도 ①에서는 고소에 관한 특례와 수사 기간의 특례를 두어 본인 또는 배우자의 직계존속을 고발할 수 있고, 수사를 신속하게 하도록 규정한다. 또한 피해자의 사생활 보호 및 심신 안정, 신변 보호를 위해 심리와 증인신문을 비공개할 수 있도록 규정하였다.

다. 벌칙 및 기타

(1) 벌칙 규정

스토킹 범죄의 벌칙 규정에 관해서는 계류법안마다 그 형벌을 동일하게 규정하고 있다. 하지만 어떤 요소를 가중처벌요소로 둘 것인가에 대해서는 각 계류법안이 다르게 정하고 있다. 여섯 개의 법률안에서 모두 흉기나 그 밖의 위험한 물건을 휴대하거나 이용해 스토킹 죄를 범한 사람에 대한 가중처벌 규정을 두고 있다. ②와 ③에서는 재범의 경우, 생명 또는 신체에 위험을 발생하게 한 때, 피해자를 사망하게 한 때에도 가중처벌을 하도록 규정한다. ①에서는 ②와 ③에서 정한 내용도 포함하고, 인적 신뢰 관계가 있었던 자가 스토킹 범죄를 범한 경우에도 가중처벌을 하도록 한다.

형벌에 수강명령 등을 병과할 수 있는지에 관해 모든 법률안에서 선고유예를 제외한 모든 유죄판결에서 수강명령과 이수명령을 병과하도록 규정한다. ①, ②, ③에서는 100시간 이내의 수강명령 병과를 의무로 규정하는 반면 ④, ⑤, ⑥은 200시간 이내에서 수강명령을 병과할 수 있도록 규정하였다는 점에서 차이가 있다. 이에 더하여 ①은 선고 유예의 경우에도 보호관찰이 가능하도록 하고, 소년법으로 인한 선고 유예는 반드시 보호관찰을 하도록 규정하였다.

사법경찰관의 경고 후에도 이수명령 이행 지시를 불응한 경우에 ①은 벌금 또는 징역에 처하도록 규정하나 다른 법률안에서는 500만 원 이하의 과태료를 부과하도록 규정하고 있다. 보호조치 등의 조치를 불이행한 때도 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하고, 긴급보호조치 등을 불이행한 경우에는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정한다.

(2) 기타

이 외의 각 계류법안의 특징을 살펴보자면, ①에서는 국가 및 지방자치단체가 피해자의 보호·지원을 위한 조치를 해야 하는 책무를 규정한다. 또한, 여성가족부 장관이 스톱킹에 대한 실태 조사를 실시하여 이 결과를 토대로 스톱킹 방지에 효과적인 정책을 수립하기 위한 기초자료로 활용하도록 했다.

②, ③, ④, ⑥은 보호조치에 관해 그 결정에 영향을 미친 법령 위반이 있거나 중대한 사실오인이 있는 경우, 그 결정이 현저히 부당한 경우에는 항고와 재항고를 할 수 있도록 한다. 또한, 항고와 재항고를 하더라도 결정의 집행은 정지되지 않는다고 명시하고 있다.

⑤는 보호조치 심의위원회를 두도록 규정한다. 이 위원회는 보호조치 및 보호조치의 이의신청에 관한 사항을 심의하고 의결하기 위해 각 경찰서에 설치된다. 보호조치 의결에 앞서 스톱킹 행위자 등을 불러 의견 진술의 기회를 부여하도록 하고, 이의 신청이 있으면 의견을 진술하고 위원회가 결정하도록 한다. 또한, 스톱킹 행위자 등이 보호조치에 관한 결정에 대하여 불복이 있는 경우 별도의 이의신청 절차를 거치지 않아도 행정심판을 청구할 수 있다는 규정도 두고 있다.

라. 소결

총칙 및 스톱킹 범죄 처리절차에 관해서는 스톱킹 가해자와 피해자의 범위, 스톱킹 범죄의 처리절차를 살펴보았다. 스톱킹 행위자에 대한 범위는 크게 다르지 않으나 스톱킹 피해자의 범위에 대해서는 상이하게 규정하고 있다. 스톱킹 피해자를 어떻게 규정해야 하는지는 그 장단점을 고려해야 한다. 이 부분에 관해서는 제5장 제1절에서 상세하게 다루고자 한다. 스톱킹 범죄의 처리절차의 내용은 6개의 법률안이 비슷하다. 다만 ①에서 스톱킹 행위자가 임시 보호조치나 보호명령 결정을 위반한 경우에 즉각 유치할 수 있도록 한 점이 가장 큰 특징이다. 하지만 스톱킹 행위 자체가 아닌 보호명령 결정으로 스톱킹 행위자를 유치하는 규정은 자칫 스톱킹 행

위자에 대한 과도한 제재조치가 될 수 있다는 문제점이 있다.

피해자보호명령에서는 피해자보호명령과 스토킹 범죄의 전담조사제 및 전담재판부, 스토킹 범죄에 대한 특례 및 피해자 배려에 관해 살펴보았다. 피해자보호명령은 ①에서 가장 자세하게 규정하고 있으며, 많은 조치를 규정하고 있어 스토킹 범죄의 피해자를 두텁게 보호하고자 했다. 스토킹 범죄의 피해자는 불안감, 두려움이라는 공포 감정에 휩싸이기 때문에 이러한 감정에서 벗어나게 하려면 다양한 조치를 통해 안전하게 보호해야 한다. 또한 스토킹 범죄는 피해자 보호를 위해 신속하게 조사하고, 재판하는 것이 중요하다. 신속한 조사와 재판은 보호조치와 피해자보호명령을 더 빠르게 결정할 수 있도록 하므로 법률안에 이 규정을 두어야 한다. 마지막으로 스토킹 범죄에 대한 특례 및 피해자 배려에 관해서는 변호사선임의 특례, 고소의 특례, 수사기간의 특례가 있다. 피해자의 2차 피해 방지를 위해 변호사를 선임의 특례를 두는 것과 스토킹 범죄의 특성상 가족 관계에서도 많이 일어난다는 것을 고려할 때 고소의 특례를 두는 것은 타당하다. 그러나 수사기간의 특례는 벌칙 규정이 없다는 점에서 강제성이 약해 그 실효성이 부족해보이고, 오히려 수사기간을 짧게 규정하면 수사과정이 신속성에만 초점을 두게 되어 제대로 수사가 이루어지지 않는 문제가 발생할 수 있다고 생각한다. 따라서 수사기간의 특례는 규정하지 않는 것이 타당하다고 생각한다.

벌칙 규정에 관해서는 형량은 유사하게 규정하고 있으나 가중처벌 요소가 다르다. 재범과 흉기 또는 위험한 물건을 휴대하거나 이용한 경우, 사람의 생명 신체를 위협하게 하거나 사망하게 한 때에 대해서는 가중처벌을 하는 것이 타당하다. 그러나 ①과 같이 인적 신뢰 관계에 있던 자에 대해 가중처벌을 하는 것은 그 근거가 충분하지 않다고 생각한다. 인적 신뢰 관계에 있었다고 해서 피해자가 더 큰 공포감을 느낀다고 확신할 수 없고, 사회에 더 큰 해악을 끼쳤다고 보기도 어렵기 때문이다. 스토킹 범죄는 교육을 통해 재발하지 않도록 하고, 스토킹 행위자로 하여금 피해자의 입장을 이해하도록 하는 것이 중요하기 때문에 유죄판결을 받은 자에 대해 수감명령을 병과하는 것에 대해서는 스토킹 행위자의 교화를 위해 의무적으로 규정해야 한다. 이 외에도 국가 및 지방자치 단체의 책무를 규정하여 스토킹 피해자를 사회적 차원에서 보호하도록 한 것은 스토킹의 유형 및 실태를 분석하여 국가가 효과적인 대응방안을 고안하는 것에 도움이 될 수 있으므로 법률안 작성 시에 참고할만한 점이라고 생각한다. ⑤와 같이 보호조치 심의위원회를 두어 보호조치에 관한 규정을 두는 것은 그 운영의 필요성이 부족하고, 보호조치는 스토킹 행위자의 자유를 제한하는 수단이므로 이를 재판관이 아닌 자가 판단하는 것은 타당하지 않기에 규정하지 않고자 한다.

위에서 살펴본 바와 같이, 21대 국회 계류법안은 최근의 동향을 잘 반영하고 있고 국민의 법

감정을 잘 반영했을 뿐만 아니라 피해자보호도 구체적으로 규정하고 있기 때문에 이를 참고하여 법률안을 제시하고자 한다.

V. 법률안 제안

1. 입법상 고려할 사항

가. 특별법 제정의 필요성

1999년에 김병태의원 등이 발의한 「스토킹 처벌에 관한 특례법안」에 대해 법제사법위원회는 검토보고에서 스톱킹을 형사처벌 해야 하는 필요성과 새롭게 법률안을 만들어야 하는 필요성이 부족하다고 지적했다.⁵⁴⁾ 다른 논문에서는 가해자 처벌로 인한 보복 범죄의 위험성까지 검토해야 하며, 스톱킹 행위 중 일부에 관해서는 형법이 개입하기 어렵다고 지적하였다.⁵⁵⁾

현재 스톱킹 범죄가 증가하고, 스톱킹이 다른 범죄의 준비과정이 될 뿐만 아니라 현행법으로는 처벌되지 않는 많은 스톱킹 행위로 인해 지속적으로 정신적인 두려움이나 공포감에 시달리는 피해자들이 많아지고 있다. 현행법에서 스톱킹의 일부 행위를 규정하고는 있으나 스톱킹에 해당하는 모든 행위를 포괄하지 못할 뿐만 아니라 여러 법률에 산발적으로 규정되어 있다. 이로 인해 스톱킹을 처벌하는 법률을 만들자는 목소리가 커졌고, 형사처벌의 필요성이 대두되었다.

스토킹 범죄를 형사 처벌하기 위한 방법으로는 형법 개정과 특별법 제정 두 가지 방법이 있다. 하지만 스톱킹 범죄의 특성상 개념을 명확하게 정의해야 할 필요성이 있고, 스톱킹에 많은 유형이 있기 때문에 형법에 조문으로 포괄하는 것에 한계가 있다. 따라서 특별법을 제정하여 스톱킹의 개념과 유형을 명확하게 규정하고, 여러 특례를 통해 피해자를 효과적으로 보호하고자 한다.

나. 명확성 원칙 위반 여부

스토킹 범죄와 관련하여 발의된 많은 법률안은 스톱킹 행위의 정의 조항이 명확성 원칙에 위

54) 정도희, 앞의 논문, 47면.

55) 정도희, 앞의 논문, 48면.

배된다는 비판을 받았다. 하지만 헌법재판소는 명확성 원칙에 대해 명확한 해석 기준이 존재하고, 이에 따른 해석이 예측 가능해야 하는 것이라고 판시한 바 있다. 따라서 명확성 원칙에 부합하기 위해 법률안의 입법 취지와 목적, 그 구조 등을 총체적으로 고려하여 법률안을 해석하였을 때 그 의미가 합리적으로 해석되도록 하고자 한다.

명확성 원칙에 부합하는 법률안을 제시하기 위해 스토킹의 유형을 구분하여 각 호에 제시하고, 피해자의 보호 방안을 구체적으로 제시하였다. 또한 법률안의 목적을 피해자 보호와 건강한 사회질서의 확립에 이바지함으로써, 법률안의 목적에 맞게 해석했을 때 스토킹의 처벌 범위가 예측할 수 있도록 하였다. 더불어 법률 조항에 다양한 예시를 규정함으로써 자의적인 해석의 범위를 최대한 좁혔다. 이러한 요소들을 두어 이번에 제시하고자 하는 법률안이 명확성 원칙에 위배되지 않도록 하였다.

다. 보호법익

미국에서는 스토킹을 개인의 사생활과 자율성에 대한 심각한 침해를 불러일으키는 행위라고 규정한다. 이에 따라 스토킹 범죄는 피해자의 의사에 반하여 반복적으로 프라이버시를 침해하는 것이기에 피해자에 초점을 두고 범죄 성립 여부를 검토해야 한다고 본다.⁵⁶⁾ 반면에 독일에서는 스토킹을 자유로운 생활 형성의 자유를 침해하는 범죄로 보아 스토킹으로 인해 피해자에게 발생하는 두려움이나 공포감은 범죄 과정에서 발생하는 특징으로 이해한다. 이를 통해 미국, 독일, 일본에서는 공통적으로 스토킹 범죄의 보호법익을 사생활의 자유 중 간섭받지 않을 권리라고 규정하고 있음을 알 수 있다.

마찬가지로 본고 또한 스토킹 범죄의 보호법익이 사생활의 보호라고 생각한다. 스토킹 범죄의 피해자들은 일상생활에서 두려움과 공포감을 느끼며 생활에 불편함을 느낀다. 스토킹을 당하기 전후로 피해자들의 일상이 달라지는 경우가 많기 때문에 스토킹 범죄는 피해자들의 일상의 평온을 해치게 되고, 사생활의 자유라는 권익을 침해하게 된다. 따라서 이 법률안의 보호법익은 사생활의 자유 중 간섭받지 않을 권리이다.

라. 피해자의 범위

많은 계류법안과 외국의 입법례에서는 피해자의 범위를 각기 다르게 정하고 있다. 스토킹의

56) 이성기, 앞의 논문, 290면.

상대방만을 의미하는 직접피해자만 규정하는 법률안이 있고, 스톱킹의 상대방뿐만 아니라 그와 생활상 밀접한 관련이 있는 사람들까지 포함하는 간접피해자까지 규정하는 법률안이 있다. 스톱킹의 피해자를 직접피해자만으로 규정하는 경우에는 피해자의 범위가 좁기 때문에 처벌하는 가해자의 범위도 한정되고, 이로 인해 스톱킹으로 인한 형벌이 남용될 우려가 적다. 스톱킹의 피해자를 간접피해자까지 규정하는 경우에는 스톱킹 행위로 인해 고통 받는 간접피해자들도 피해자 보호와 지원을 받을 수 있다는 장점이 있다.

이러한 점을 고려해보았을 때, 스톱킹 범죄의 피해자는 간접피해자로 규정하는 것이 타당하다. 물론 이러한 규정에 대해 형벌권의 남용이라는 문제가 제기될 수는 있으나, 이는 스톱킹 범죄의 정의를 명확하게 규정함으로써 스톱킹 행위자의 범위가 무한정으로 늘어나는 것을 방지할 수 있다. 또한 스톱킹 범죄로 인한 직접피해자만이 일상생활의 평온을 침해당한 사람이라고 단정 짓기는 어렵다. 따라서 피해자의 범위를 넓게 두는 간접피해자로 규정하여 더 많은 사람의 신변과 안전을 보장하는 것이 바람직하다.

마. 피해자 의사 고려 여부

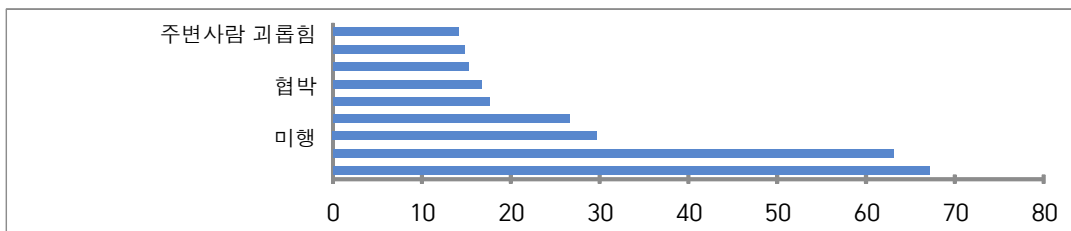
스토킹 범죄의 처벌에 있어서 피해자의 의사를 고려할 것인지에 대한 여부가 검토되어야 한다. 스톱킹 범죄를 반의사불벌죄로 규정한다면 피해자의 고소라는 적극적인 행위 없이도 스톱킹 처벌이 가능해져 처벌 범위가 넓다. 그러나 스톱킹 범죄는 처벌이 최선의 해결책이 아니기 때문에 처벌하지 않고도 교육 등을 통해 스톱킹 범죄가 발생하지 않도록 방지할 수 있다. 또한 스톱킹 범죄가 사적 관계에서 발생한다는 점과 스톱킹법의 목적 중 하나가 피해자의 보호에 있다는 점을 고려할 때, 스톱킹 피해자의 주관적 감정이 처벌기준을 판단하는 중요한 요소이다. 그렇기 때문에 스톱킹 피해자가 스톱킹으로 인해 두려움이나 공포감을 느끼지 않는다면 스톱킹 행위자를 처벌할 필요가 없다. 따라서 스톱킹 범죄의 특성을 고려할 때 스톱킹 범죄는 친고죄로 규정하여 무자비한 처벌과 고소를 방지하도록 하는 것이 타당하다.

2. 법률안 검토

21대 계류법안에 대한 비교 및 검토를 통해 기본 법률안 틀을 잡았으며 앞서 본 논문에서 시행한 입법 연구를 담아 자체적인 법률안을 제시하였다. 이에 어떠한 과정을 거쳐 법률안을 구성했는지 세부적으로 검토해보고자 한다.

가. 총칙

앞서 언급한 것과 같이 본 논문에서는 스토킹 범죄에 대하여 상대방의 동의 없이 반복적으로 일상의 평온을 침해하는 행위로 정의하였다. 하위 각목에 스토킹 범죄의 유형을 구체적으로 열거하여 일련의 행위를 규정하였는데 이때 계류 법안에서 규정한 공통된 부분들과 실제 스토킹 범죄 유형의 통계를 참고하여 구성하였다.



스토킹 피해 경험이 있는 133명의 복수 응답으로 378건의 피해 경험⁵⁷⁾을 조사한 결과이다. 입법 연구 시 가장 주목했던 피해 유형은 바로 일방적으로 선물을 보내는 행위와 SNS와 같이 새로운 통신 수단을 활용한 피해 유형이다. 기존에 통상적으로 사용되던 스토킹의 개념은 주거지 등에서 기다리거나 미행하는 것과 같이 사적 공간만을 침해하는 행위였다. 하지만 현대사회에 이르러 스토킹 행위의 유형은 점점 광범위해졌고 이를 고려하여 스토킹 범죄의 구체적 유형을 구성했다.

첫째, 사이버 스토킹을 규제할 수 있도록 스토킹 행위의 범주를 확대하였다. 기존에 제시되었던 법률안에서는 특정 물건을 도달하게 하는 수단으로서 “편지, 전화, 모사전송기, 컴퓨터통신 등”만을 규정하고 있다. 사이버 범죄의 입법론적인 관점 중 하나인 기술 중립성의 원칙에 비추어본다면, 정보통신기술의 발달로 다양한 신종 매체가 등장할 가능성이 있음은 앞에서 지적한 바 있다. 따라서 말이나 글을 전달하는 방법을 “편지, 전화, 모사전송기, 컴퓨터통신 등”으로 구체화하지 않고 “전기통신 수단 또는 그 밖의 통신수단”과 같은 포괄적인 구성요건으로 규정하는 것이 적절하다고 생각한다.⁵⁸⁾ 이와 같은 맥락으로 물건 등에 해당하는 객체에 ‘데이터’를 포함하여 데이터 절취 및 훼손, 모니터링과 같은 행위 또한 스토킹 범죄로 명문화하고자 했다.

57) KBS NEWS(2019.05.24), “스토킹 어떻게 생각하십니까?...10명 중 1명 스토킹 경험”, <http://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=4207629&ref=A%3E>(검색일 : 2020.09.22.).

58) 박희영, “사이버스토킹의 형벌규정에 대한 한국과 독일의 비교연구”, 「인터넷법률」 제39호, 법무부, 2007, 102면.

둘째, 물건을 도달하게 하거나 신체를 촬영하여 피해자에게 불쾌한 감정을 일으키는 행위를 스톱킹 범죄의 한 유형으로 추가하였다. 스톱킹 행위자가 직접 또는 제3자를 통해 물건 등을 전할 수 있다는 기존의 계류법안의 내용에 더하여 의도하지 않은 제3자의 간접적 행위, 드론이나 기타 비행물체를 사용한 상황까지 수단을 확대하였으며 물건의 도달뿐만 아니라 물건을 훼손하는 행위까지 규제하였다. 신체를 촬영하는 스톱킹 범죄 수단의 경우 일반 카메라를 포함한 유사 기능을 갖춘 기타 장치로까지 규정하였으며 촬영의 대상을 신체뿐만 아니라 주거 등을 촬영한 행위까지 확대하였다.

셋째, 스톱킹 범죄에 대한 국가적 차원의 책무를 명시하였다. 국가 및 지방자치단체의 스톱킹 범죄 예방을 위한 조치, 피해자 보호 및 지원 등의 조항을 명문화하여 스톱킹 범죄가 국가적으로 다뤄져야 할 필요성을 나타냈다. 또한 스톱킹 범죄는 암수 범죄의 성격이 짙어 공식적인 통계 자료가 부족한 실정이며 관련 연구에도 차질이 발생하고 있는 상황이다. 이러한 점을 고려하여 3년마다 스톱킹 실태조사를 실시해야 한다는 조항을 포함하였으며 관련 정책 수립을 위한 기초자료를 수집하고자 했다.

나. 처리 절차

첫째, 수사기관에 대한 신고의 주체와 신고 후 사법경찰관리의 조치 과정 및 범위를 명확히 하여 신속한 대응을 할 수 있도록 규정하였다. 스톱킹 범죄가 일어났음을 알게 된 사람은 누구든지 수사기관에 신고할 수 있도록 하였고 신고를 받은 수사기관은 피해 내용에 대한 신고 사실을 조사하도록 했다. 피해자의 주거 등으로만 그치던 기존의 조사 범위에서 피해자로부터 신고를 받은 특정 장소 및 그 인근 지역으로까지 넓힘으로써 예상치 못한 범죄 상황을 고려하였다.

둘째, 보호조치의 내용과 주체, 신청과 청구에 대한 조항을 구체화함으로써 피해자와 스톱킹 행위자 모두의 권익을 보호할 수 있도록 규정하였다. 실질적인 피해자 보호를 위해 사법절차 내에서 진행되는 보호조치와 제3장에서 등장하는 피해자보호명령의 대응 주체를 구분하였다. 기술의 발전으로 인하여 접근의 수단을 포괄적으로 규정하여야 한다고 보아 전기통신을 이용한 접근 금지 외에 정보통신망법에 규제된 정보통신체제까지 수단의 규정을 확대하였다. 또한 보호조치의 변경 조항을 규정하여 스톱킹 행위자도 자신에게 부과된 보호조치의 변경을 신청할 수 있도록 하였다. 수사기관의 과잉 조치를 방지하기 위한 기존 계류법안의 목적을 이어가되 검사 또는 사법경찰관에게도 변경 신청의 권리를 부여하여 정확하고 신속한 수사 및 공판 과정을 확보하고자 했다.

다. 피해자보호제도

(1) 신변안전조치

피해자에 대한 신변보호의 경우 스토킹 행위의 특성에 맞는 보호조치가 필요하다고 본다. 즉, 가해 행위를 분석하여 상황에 맞는 신변안전조치가 이루어져야 한다는 것이다. 예측이 불가능한 피해 상황에 대해 적극적인 조치를 취하기 위해서는 여러 상황을 고려하여 해당 조항의 하위 목차에 구체적인 안전조치의 유형을 명시해야 했다. 본고가 제시한 법률안에서는 신변 보호 대상에 대한 실시간 위치정보를 관할 경찰서에 제공하여 신고 시 신속한 초동대처를 할 수 있도록 규정하고 있다. 같은 맥락으로 112종합상황센터 내 신변 보호 대상별로 핫라인을 구축하도록 했다. 뿐만 아니라 개인정보 악용 피해사례를 고려하여 신원 보호 대상자의 주민등록번호 또한 신원정보의 변경 지원 대상으로 포함하였다. 마지막으로 신변 보호 대상자의 사적 공간에 불법 촬영이나 녹취를 하고 있는 디지털 장치가 존재하는지 탐색하는 조치까지 규정하였다.

(2) 피해자보호명령

피해자보호명령의 조항 내용을 구체적으로 살펴보면 스토킹 범죄의 처리 절차 중 하나인 보호조치와 비슷해 보이지만 명령의 주체와 집행의 과정이 다르다는 점을 알 수 있다. 검사 또는 사법경찰관의 청구로 인해 판사가 최종 결정을 내려 사법절차 내에서만 이루어지는 보호조치와는 다르게 피해자보호명령에서는 피해자가 판사에게 직접 신청할 수 있다. 이는 사법절차 외의 절차로서 더 적극적이고 실질적인 피해자 보호제도라는 점에서 의미를 가진다. 법률안 내에서 가족 또한 스토킹 행위자가 될 수 있다는 조항을 이미 명시하고 있기에 피해자보호명령 조항의 경우 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」의 내용을 착안하여 구성하였다.

(3) 불이익 처우의 금지

스토킹 범죄의 피해자가 신고했다거나 피해회복절차 중에 있다는 이유로 불이익한 처우를 하는 행위를 방지하기 위한 조항이다. 스토킹 피해자와 가해자의 관계를 고용주와 피고용자뿐만 아니라 규정한 기존 계류법안과는 다르게 스토킹 범죄의 실태를 조사하여 관계의 범주를 확대하는 방향으로 검토해보고자 했다.

<표-4> 스톱킹 피해 성별 및 나이

| 성별 | 7세 미만 | 7-12세 | 13세-19세 | 20대 | 30대 | 40대 | 50대 | 60대 | 미파악 | 합계 |
|----|-------|-------|---------|-----|-----|-----|-----|-----|-----|-----|
| 여 | 0 | 0 | 2 | 24 | 30 | 19 | 13 | 1 | 73 | 162 |
| 남 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 총계 | 0 | 0 | 2 | 24 | 30 | 19 | 13 | 1 | 73 | 162 |

한국여성전화에 의하면 2015년 스톱킹 피해 성별은 여성이 162명(100%)으로 나타났으며, 30대 30명, 20대 24명, 40대 19명, 50대 13명 순으로 나타났다.⁵⁹⁾ 연령이 파악된 89명 중 13세~19세, 20대의 비율은 29.2%였으며 상당 비율 어린 나이의 피해자가 많이 발생하고 있음을 파악하였다. 이에 피해자 불이익 처분에 대한 피해자-가해자 관계에 학생과 학교라는 관계도 규정해야 한다는 합리적인 결론에 도달하였다. 뿐만 아니라 단순 고용자-피고용자(근로자)의 관계 규정의 법리해석 상 공기업 및 공공기관의 공무원은 배제될 가능성이 존재한다고 판단하여 공무원 및 공무원에 준하는 자를 하위 항목에 명시하였다.

VI. 결 론

스토킹 범죄는 단순한 개인의 문제를 넘어 사회적 해악으로 자리 잡고 있다. 누군가는 지속적으로 꽃을 주거나 상대방을 계속해서 기다리는 것과 같은 행위들은 특별한 폭력성을 지니지 않는 것으로 형사적 제재가 필요 없다고 답하기도 한다. 그러나 그러한 행위가 반복적, 지속적으로 이루어져 상대방에게 불쾌감이나 공포감을 느끼게 하였다면 범죄행위임에 틀림없다. 앞서 언급한 단순한 스톱킹 행위 외에도 현대사회에서는 스톱킹 행위의 유형이 날로 다양해지고 있고 피해 사례와 범위 또한 증가하고 있는 실정이다. 그러나 이러한 시대 상황에도 불구하고 국회의 입법은 여전히 더디기만 하다. 따라서 이제라도 국가의 개입을 통해 더 많은 피해자를 양산하는 것을 방지해야 한다. 앞서 살펴본 바와 같이 현행법체계로 스톱킹을 규제하는 것에는 많은 한계가 있다. 무엇보다 현행법 체계로는 낱일이 발전하는 다양한 유형의 스톱킹에 대응하기 어렵고, 규제가 가능한 행위에 대하여도 피해자가 스톱킹 행위자로부터 피해를 입은 후에야

59) 홍서아·송병호, “스토킹범죄피해자 지원체계 및 보호방안”, 「한국범죄심리연구」 제12권 제2호, 한국범죄심리학회, 2016, 208면.

구제가 가능하다. 그러나 스토킹은 반복적으로 일어나는 경우가 많고 중대한 범죄로 이어질 가능성이 크므로 사후적 규제를 넘어 사전적 예방과 피해자를 보호하기 위한 효과적인 대책으로서 스토킹 규제법을 제정할 필요가 있다.

이에 본 논문에서는 스토킹 범죄를 규제하고 피해자를 보호하기 위한 입법을 촉구하기 위하여 다음과 같은 사항을 검토하였다. 첫째, 국내외의 다양한 스토킹 행위의 개념에 대하여 검토하고 이를 참고하여 스토킹을 ‘상대방의 동의 없이 반복적으로 일상의 평온을 침해하는 행위’로 정의하였다. 이후 각 목에 스토킹 행위 유형을 구체적으로 열거하고 보충적 규정을 두어 다양한 스토킹 범죄에 대응할 수 있게 하였다. 둘째, 현행법체계에서 스토킹 범죄를 실효적으로 규제할 수 없다는 점을 확인하고, 외국 법제에서의 스토킹 범죄 규제를 살펴보고 국내 스토킹 관련 법안 제정에 있어 참고가 될 만한 점을 지적하였다. 셋째, 15대 국회부터 20대 국회까지 발의된 스토킹 관련 법안과 현재 21대 국회에서 계류 중인 여섯 가지의 법안에 대하여 검토하였다. 특히 21대 국회 계류 안에서의 스토킹 범죄 처리 절차와 피해자보호제도를 중점적으로 비교·분석하였다. 넷째, 입법에 앞서 고려할 사항에 대해 검토하고 특별법 제정의 필요성을 촉구하였다. 스토킹은 다른 범죄와 달리 개념과 유형을 명확하게 규정하는 것이 필요하므로 형법 체제 내에 조항으로 추가하는 것보다 독립된 특별법을 제정하는 것이 적절하다. 또한 스토킹 유형과 피해자 보호 방안을 구체적으로 제시하여 자의적인 해석의 범위를 좁힘으로써 그동안 스토킹 규제에 관한 입법을 지연시켰던 명확성 원칙 위반의 비판에서 벗어나고자 했다. 스토킹 범죄의 보호법익에 대하여 ‘사생활의 자유’로 규정하고 피해자의 범위에 있어서도 간접피해자까지 규정함으로써 스토킹으로 고통 받는 피해자를 폭넓게 보호하고자 하였다. 더불어 스토킹 범죄를 친고죄로 규정하여 피해자의 의사를 최대한 존중하고 경미한 죄질에 있어 처벌이 아닌 다른 수단으로 제재를 가할 가능성을 열어두었다. 다섯째, 21대 계류법안을 참고하여 자체적인 법률안을 제시하였다. 총칙에서는 스토킹 행위의 범위를 확대하고 스토킹 범죄에 대한 국가적 차원의 책무를 명시하였다. 스토킹 범죄의 처리 절차와 관련해서는 범죄 신고 후 긴급보호조치와 보호조치 내용을 명확히 하고 보호조치의 변경에 있어 스토킹 행위자까지 그 주체의 범위를 확대하였다. 피해자 보호제도에 있어서는 구체적인 신변안전조치 유형을 열거하고 피해자보호 명령을 통해 적극적으로 피해자를 보호하고자 하였다. 또한 불이익 처우 금지 규정을 두어 피해자의 2차 피해를 방지하고자 하였다.

새로운 법을 제정하는 일은 신중해야 하며 더욱이 국민을 형사 처벌하는 내용의 법이라면 더욱더 그렇다. 하지만 지연된 입법으로 인해 고통 받고 있는 피해자의 인권침해 또한 더 이상 묵과할 수 없다. 따라서 이제라도 법적 공백 상태에서 벗어나 스토킹을 적절히 규제하고 피해자를 보호할 수 있는 법률을 제정하여 사회적 문제로 자리 잡은 스토킹에 적극적으로 대처할

필요가 있다. 본 논문은 다음 부록에서 「스토킹 범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」이라는 제목으로 스톱킹 규제와 관련한 입법안을 제시하였다. 본 연구가 스톱킹 규제를 입법하는 데 있어 조금이나마 도움이 되어 스톱킹 범죄의 규제와 피해자 보호에 이바지할 수 있기를 바란다.

참 고 문 헌

I. 국내문헌

- 김수환, “스토킹의 예방과 대책에 관한 법적 연구”, 고려대학교 석사학위논문, 2016.
- 김잔디, “스토킹죄의 실행행위 구조에 관하여”, 『비교형사법연구』 제21권 제2호, 한국비교형사법학회, 2019.
- 김흥성, “스토킹의 원인과 대책”, 동국대학교 석사학위논문, 2014.
- 박상기, 『형법총론』, 박영사, 2009.
- 박상기, 『형법각론』, 박영사, 2005.
- 박희영, “사이버스토킹의 형벌규정에 대한 한국과 독일의 비교연구”, 『인터넷법률』 제39호, 법무부, 2007.
- 손재영, 『경찰법』, 박영사, 2012.
- 이성기, “스토킹 행위에 관한 형사법적 연구”, 『법학논문집』 제42권 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 2018.
- 이승우, “사이버스토킹에 대한 법률적 대응 방안”, 『연세 의료·과학기술과 법』 제2권 제1호, 연세대학교 법학연구원 의료·과학기술과 법센터, 2011.
- 이성호, “사이버 스토킹의 개념과 법적 규제”, 『저스티스』 제83호, 한국법학원, 2005.
- 이원상, “스토킹 처벌규정 도입에 대한 고찰”, 『형사정책연구』 제24권 제2호, 한국형사정책연구원, 2013.
- 이재상·장영민·강동범, 『형법각론』, 박영사, 2016.
- 이창무, “스토킹 범죄 규제의 입법에 관한 연구”, 동국대학교 박사학위논문, 2015.
- 이형국, 『형법총론』, 법문사, 2007.
- 정도희, “스토킹의 개념과 처벌에 관한 몇 가지 제언”, 『법과 정책연구』 제17권 제3호, 한국법정책학회, 2017.
- 장정범·이상철, “스토킹 처벌규정 도입의 필요성에 대한 고찰”, 『한국재난정보학회논문집』 제10권 제2호, 한국재난정보학회, 2014.
- 최은빈, “스토킹 피해와 규제에 관한 연구”, 이화여자대학교 석사학위논문, 2016.
- 홍서아·송병호, “스토킹범죄피해자 지원체계 및 보호방안”, 『한국범죄심리연구』 제12권 제2호, 한국범죄심리학회, 2016.
- 한국형사정책연구원, 『스토킹 피해실태와 입법쟁점에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 2002.

II. 기타자료

경찰청 홈페이지, <https://www.police.go.kr/index.do>.

국회의안정보시스템, <http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>

법무부, 형사법제과, 독일형법 한글 번역본, <http://www.moj.go.kr>.

세계법제정보센터, 스토키 행위 등의 규제 등에 관한 법률(ストーカー行為等の規制等に関する法律) <http://world.moleg.go.kr>.

전미범죄피해자센터, “the Model Stalking Code-revisited”, 2007.

캘리포니아 주 입법정보(California Penal Code), <http://leginfo.legislature.ca.gov>.

주취감형제도에 관한 연구

김서현(법02)·이지원(법02)·이채리(법02)·지명진(법02)

[목 차]

I. 서 론

II. 주취범죄에 대한 일반론

III. 해외 입법례

IV. 주취감형에 대한 논의와 보완 방안

V. 결 론

I. 서 론

최근 석 달 앞으로 다가온 조두순의 출소를 앞두고, 조두순 사건이 있었던 2008년으로부터 12년이나 지난 지금은 과연 제2의 피해를 막을 제도적 준비가 충분히 되어있는가에 대한 우려와 비판의 목소리가 끊이지 않고 있다. 국회에서는 ‘조두순 공개법’, ‘조두순 감시법’ 등 조두순 이름을 딴 법안들이 발의되고 있으나, 일부 법안은 조두순에게 소급 적용되기 어려운 측면이 있을뿐더러 적용되는 법안이 있다하더라도 재발 우려가 크다는 비판을 받고 있다.¹⁾ 이렇듯 후속 대처가 미비한 현실 앞에서, 조두순의 경우에는 애초에 주취감형을 했으면 안됐다는 비판이 다시금 제기됐다. 게다가 청소년 강간 전력으로 징역 12년을 살고 나온 40대 남성이 출소한지 8일 만에 다시 성범죄를 저지르고, 재판에서 조두순과 똑같이 주취로 인한 심신미약을 주장했다는 사실이 알려지자²⁾ 주취감형 존폐여부에 대한 논란이 더욱 커지고 있다. 법원이 주취범죄에 관대하다는 비판이 일면서, 국민의 법감정과 맞지 않는 주취감형을 폐지해 달라라는 청와대 청원에 21만명 정도가 서명한 사실이 다시 화제가 되기도 했다.

그러나 대중의 인식과 달리 실제로 주취감형이 적용된 경우는 극히 드물다. 법원에서 심신장애를 인정한 판례수를 살펴보면 2014년 106건, 2015년 106건, 2016년 93건으로 해가 갈수록

1) 연합뉴스TV(2020.09.15), “‘재범 막아라’...조두순 출소 근본 대책은?”,

<https://www.yonhapnewstv.co.kr/news/MYH20200915012100038>(검색일 : 2020. 09. 23).

2) JTBC뉴스(2020.09.04), “조두순 100일 후 출소...‘막아달라’ 국민청원 호소 잇따라/ JTBC 사건반장”, https://www.youtube.com/watch?v=4qgCo_0XWaw(검색일 : 2020. 09. 23).

심신장애를 인정하지 않는 것이 추세라는 것을 알 수 있다. 게다가 주취상태에서 범죄를 저질러 심신상실 판정을 받은 경우는 3년간 22건에 불과했고, 알코올 중독증 진단 없이 주취상태였다는 이유만으로 심신미약이 인정된 경우는 2014년 3건, 2015년 2건, 2016년 1건이었는데, 이 또한 음주 외에 다른 요인들이 있는 경우였다.³⁾ 이렇듯 실제 법원은 주취범죄에 있어 심신장애 인정 여부에 대해 엄격한 판단을 내리고 있는 것으로 보인다.

관련 법규도 계속해서 개정하려는 추세를 보이고 있다. 심신미약자에 대한 감경규정 논란이 지속되자, 2018년에 「형법」 일부개정법률에서 심신미약자에 대한 형이 필요적 감경규정에서 임의적 감경규정으로 개정된 것과⁴⁾ 일명 ‘윤창호법’이라 불리는 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(이하 ‘특가법’이라 한다) 일부개정법률에서 제5조의11⁵⁾이 처벌의 강도를 높이는 방향으로 개정된 것, 「도로교통법」 제44조제4항⁶⁾에서 혈중알코올농도 수치를 더욱 엄격히 하여 술에 취한 사람의 기준을 변경하는 식으로 개정된 것이 그 예이다. 그러나 여전히 주취범죄자들은 술에 취해 기억이 나지 않는다면 형을 감면받고자 항변하는 모습을 보이고 있어 많은 이의 공분을 사고 있다. 최근에는 주취감경을 폐지하는 내용의 법률안이 발의되기도 했다.⁷⁾ 일련의 사건을 통해 주취감형의 존재 자체에 대한 근본적인 의문을 품게 된 국민의 정서에 법률가들이나

3) 최이문·이혜랑, “정신장애 범죄자에 대한 법원의 책임능력 판단에 대한 연구(2014-2016)”, 「한국심리학회지: 법」 제9권 제1호, 한국심리학회, 2018, 46-47면.

4) 「형법」 제10조 제2항에서 심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 “형을 감경한다.”에서 “감경할 수 있다.”로 변경하였다.

5) 음주 또는 약물의 영향으로 정상적인 운전이 곤란한 상태에서 자동차를 운전하여 사람을 상해 또는 사망에 이르게 한 자의 법정형을 상향했다. 치사의 경우, “10년 이하의 징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하의 벌금”을 “1년 이상 15년 이하의 징역 또는 1천만원 이상 3천만원 이하의 벌금”으로, 치사의 경우에는 “1년 이상 유기징역”을 “무기 또는 3년 이상의 징역”으로 상향했다(「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의11(위험운전 등 치사상) ①음주 또는 약물의 영향으로 정상적인 운전이 곤란한 상태에서 자동차(원동기장치자전거를 포함한다)를 운전하여 사람을 상해에 이르게 한 사람은 1년 이상 15년 이하의 징역 또는 1천만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처하고, 사망에 이르게 한 사람은 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다).

6) 「도로교통법」 제44조 제1항에 따라 운전이 금지되는 술에 취한 상태의 기준이 운전자의 혈중알코올농도 “0.05%이상”에서 “0.03% 이상”인 경우로 개정되었다(「도로교통법」 제44조(술에 취한 상태에서의 운전 금지)④제1항에 따라 운전이 금지되는 술에 취한 상태의 기준은 운전자의 혈중알코올농도가 0.03퍼센트 이상인 경우로 한다.).

7) 지난 8월 31일, 임오경의원을 대표로 발의된 「형법」 일부개정법률안(의안번호 3309)을 살펴보면, 현행법상 심신장애로 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니하고 이러한 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경하도록 규정한 것을 가해자들이 악용하여 본인의 면죄부로서 항변하고 있다고 보며 제안이유를 밝혔다. 음주나 약물로 인한 범죄는 본인 스스로 심신장애를 일으킨 상태에서 범죄를 행한 것이므로, 이를 이유로 형을 감면하는 것은 향후 수많은 피해자들을 양산할 위험이 있기에, 음주나 「마약류 관리에 관한 법률」 제2조 제1호의 마약류 또는 「화학물질관리법」 제22조제1항의 환각물질을 사용하여 심신장애를 야기한 자의 행위는 형을 면제·감경하는 사유(안 제10조제3항)에서 제외하려는 것이 주요내용이다.

입법자들도 이에 동조하는 모습을 보이고 있는 것이다.

따라서 본 연구는 주취범죄에 대한 일반론과 함께 주취범죄의 현황과 실태를 바탕으로 주취범죄자의 책임능력 판단과 형사책임을 검토하며 주취감형 관련 법률규정이나 제도 자체의 취지 또는 그 존재이유를 확인하고, 해외 입법례를 통해 국제적인 추세를 검토한 후 우리나라 실정에 맞는 주취감형 제도의 적절한 개선방안을 고찰하고자 한다.

이러한 연구에 대한 방법으로는 주취범죄와 관련된 기존의 논문과 주취범죄 및 감형에 관한 현행 법률규정 및 양형기준, 경찰청과 검찰청, 통계청의 보도 자료를 활용하고 과거 국회에 부의된 일부 법률개정안의 내용과 함께 문헌적 연구를 바탕으로 할 것이다.

II. 주취범죄에 대한 일반론

1. 주취범죄의 정의 및 실태

가. 주취범죄의 의의

주취(酒醉)는 법률적·경찰적 용어로 ‘술에 취한 상태’를 말한다. 주취자(酒醉者)란 ‘알코올의 영향에 의해 정상적인 판단이 어려울 정도로 취한 상태인 자’를 의미한다. 음주상태에 있는 자는 판단력과 통제력이 흐려지고 정상적인 상태보다 쉬이 흥분하게 되어 무모성과 흥포성이 강화된다고 생각하는 것이 일반적이다. 따라서 형사사법의 지도원리 중 하나인 책임원칙을 생각해보았을 때, 주취상태에서 범죄를 저지른 자에게 정상인과 같은 정도의 의식능력 내지는 판단능력을 기대할 수 있는가에 대한 답을 내리기란 쉽지 않다.

사람마다 음주량과 알코올의 영향을 받는 정도가 모두 상이하기 때문에 현실적으로 주취상태에 대한 명확하고 객관적인 판단기준을 내리기는 매우 어렵다. 그러한 탓으로 현행법상 주취자에 대한 정의를 내린 규정은 없으나, 「도로교통법」 제44조 제4항과 「해사안전법」 제41조 제5항⁸⁾에서는 술에 취한 상태의 기준을 ‘혈중알코올농도가 0.03퍼센트 이상인 경우’로 규정하고 있다.

8) 「해사안전법」 제41조(술에 취한 상태에서의 조타기 조작 등 금지) ⑤제1항에 따른 술에 취한 상태의 기준은 혈중알코올농도 0.03퍼센트 이상으로 한다.

나. 주취범죄의 유형

현행법상 규정되어 있는 것 외에도 이론상 주취자를 타인에게 피해를 끼치는지 여부⁹⁾에 따라 유형을 분류하기도 한다. 타인에게 피해를 끼치지 않는으나 단지 음주로 인해 정신이 없는 사람은 ‘단순주취자’로 분류되며, 「경찰관직무집행법」 제4조 제1항 제1호¹⁰⁾에 따른 보호조치의 대상이 된다. 음주로 인해 타인에게 피해를 주는 주취자는 ‘주취소란자(광의의 주취범죄자)’로 분류되는데, 이는 다시 행위의 특성을 기준으로 ‘무질서형 주취소란자’와 ‘범죄형 주취소란자(협의의 주취범죄자)’로 나뉜다. 무질서형 주취소란자는 음주 후 고성방가나 방뇨 등을 통해 타인에게 불쾌함을 주는 자로, 흔히 통고처분이나 즉결심판 등을 받게 된다. 마지막으로 범죄형 주취소란자는 술에 취해 타인의 재물을 손괴하거나 폭행 등의 각종 범죄를 저지르는 자¹¹⁾로서 형사처벌의 대상이 된다. 즉, 본 글에서 말하는 주취범죄자는 ‘범죄형 주취소란자’를 일컫는다.

이처럼 우리나라는 법률상 주취자를 구체적으로 규정하고 있지는 않다. 주취자의 유형과 개념, 그에 대한 조치를 표로 간단히 정리하면 다음과 같다.

<표-1> 주취자의 유형에 따른 개념과 조치

| 주취자 유형 | | 개념 | 조치 |
|----------------------|--------------------------|--|------------|
| 단순주취자 | | 술에 취하여 자신 또는 다른 사람의 생명·신체·재산에 위해를 끼칠 우려가 있는 사람 | 보호조치 |
| 주취소란자 (광의의 주취범죄자) | 무질서형 주취소란자 | 음주 후 고성방가, 방뇨 등 타인에게 불쾌함을 주는 행위를 하는 사람 | 통고처분, 즉결심판 |
| | 범죄형 주취소란자 (협의의 주취범죄자) | 술에 취한 상태에서 각종 범죄를 범한 사람 | 형사처벌 |

9) 하혜영·권아영, “주취소란 및 주취폭력자의 관리 현황과 향후 과제”, 「이슈와 논점」 제538호, 국회입법조사처, 2012, 1면.

10) 「경찰관직무집행법」 제4조 제1항 제1호에서는 보호조치의 대상인 주취자를 ‘술에 취하여 자신 또는 다른 사람의 생명·신체·재산에 위해를 끼칠 우려가 있는 사람’이라고 규정하고 있다.

11) 하혜영·권아영, 앞의 논문, 1면.

다. 주취범죄의 실태

우리나라에서 발생하는 범죄를 살펴보면 전체범죄 중에서 주취범죄가 차지하는 비율이 상당히 높다. 2018년 범죄통계에 따르면 주취상태에서 범죄를 저지른 자는 316,025명으로 전체 범죄자의 약 23%정도를 차지하며, 국민의 신체와 생명에 직접적인 피해를 미치는 살인·강도 등 흉악범죄, 상해·폭행 등 폭력범죄에 있어서는 주취범죄자의 비율이 약 30~40%로 다른 범죄에 비해 상대적으로 매우 높다. 또 음주운전의 경우 매년 사고발생 건수가 감소하고는 있으나, 2017년부터 2019년까지 3년간의 통계자료를 분석해보면 연평균 1,8000건 정도가 발생하고 있어 여전히 사회적으로 문제가 된다. 따라서 이러한 주취범죄의 실태를 흉악범죄, 폭력범죄, 교통범죄의 세 가지 유형으로 구분하여 각 유형별로 자세히 살펴보고자 한다. 유형을 구분하여 살펴보는 이유는 흉악범죄, 폭력범죄, 교통범죄는 각각의 처벌 규정이 다르고, 우리나라 주취범죄의 심각성을 제대로 이해하기 위해서는 각각의 범죄를 구분하여 살펴볼 필요가 있기 때문이다.

(1) 흉악범죄

(가) 주취상태에서의 흉악범죄 발생 현황

강력범죄는 침해의 정도에 따라 흉악범죄와 폭력범죄로 구분할 수 있는데, 여기서는 흉악범죄에 대한 부분만을 살펴보고 다음에서 폭력범죄를 살펴보고자 한다.¹²⁾ 우리나라에서 발생하는 흉악범죄를 살펴보면 정상적인 상태에서 흉악범죄를 저지르는 경우가 약 50%로 가장 높고, 주취상태에서 흉악범죄를 저지른 경우가 약 30%로 그 다음을 차지한다. 반면에 정신장애 상태에서 발생한 경우는 약 2.5%(정신이상, 정신박약, 기타정신장애 합계)로 상대적으로 낮은 비율을 차지한다.¹³⁾

<표-2> 흉악범죄 범행시 정신상태 (2015-2018)

| 구분 | 2015 | | 2016 | | 2017 | | 2018 | |
|------|-----------|--------------------|-----------|---------|-----------|--------------------|-----------|--------------------|
| | 검거 인원 (명) | 구성비 (%) | 검거 인원 (명) | 구성비 (%) | 검거 인원 (명) | 구성비 (%) | 검거 인원 (명) | 구성비 (%) |
| 정신상태 | | | | | | | | |
| 계(명) | 31,639 | 100 ¹⁴⁾ | 33,344 | 100 | 36,404 | 100 ¹⁵⁾ | 36,145 | 100 ¹⁶⁾ |

12) 편의상 폭력범죄를 제외한 강력범죄에 대해서는 ‘흉악범죄’라 칭하기로 한다.

13) 2015년부터 2018년까지 4년간의 흉악범죄 통계자료를 보고 평균치를 구한 값이다.

150 동국법학 제1권

| | | | | | | | | |
|--------|--------|------|--------|------|--------|------|--------|------|
| 정상 | 16,534 | 52.3 | 17,049 | 51.1 | 18,122 | 49.8 | 17,675 | 48.9 |
| 정신이상 | 191 | 0.6 | 201 | 0.6 | 246 | 0.7 | 199 | 0.6 |
| 정신박약 | 101 | 0.3 | 96 | 0.3 | 99 | 0.3 | 195 | 0.5 |
| 기타정신장애 | 489 | 1.5 | 550 | 1.6 | 592 | 1.6 | 344 | 1.0 |
| 주취 | 9,599 | 30.3 | 10,121 | 30.4 | 10,733 | 29.5 | 10,212 | 28.3 |
| 미상 | 4,725 | 14.9 | 5,327 | 16 | 6,612 | 18.2 | 7,520 | 20.8 |

※출처 : 통계청 국가통계포털(KOSIS)¹⁷⁾

또한 범죄전과자 중 주취자 비율을 살펴보면 수년 동안 상당히 높은 수준을 유지하고 있다. 가장 최근의 2018년도 범죄통계를 살펴보면, 범죄전과자 중 주취상태에서 범죄를 저지른 자는 228,337명으로 전체 범죄전과자의 38.28%를 차지한다. 전체 범죄자 중 주취자 비율이 23%인 것과 비교하면 상대적으로 높은 수준이라는 것을 알 수 있다. 살인, 강간 등 흉악범죄의 경우 범죄경력과 결합된 주취상태가 가장 큰 특징이라고 할 수 있는데, 흉악범죄에 있어서 전과자 중 범행 시 주취상태인 경우가 약 40%에 이를 정도로 높기 때문이다. 이러한 수치를 통해 주취상태가 범죄원인의 하나이거나 주요원인이라 단정할 수는 없다. 그러나 피의자가 범행 당시 주취상태이거나 주취상태였다고 주장하였다는 사실이기 때문에 주취상태는 한국 사회 흉악범죄의 주요특성임은 분명하다.¹⁸⁾

<표-3> 흉악범죄전과자 중 주취자 비율 (2015-2018)

| 구분 \ 연도 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 |
|---------|--------|--------|--------|--------|
| 계(명) | 16,031 | 16,446 | 16,955 | 16,314 |
| 주취상태(명) | 6,443 | 6,746 | 6,904 | 6,613 |
| 주취비율(%) | 40.19 | 41.02 | 40.72 | 40.53 |

※출처 : 대검찰청 2018 범죄통계¹⁹⁾

- 14) 소수점 둘째자리에서 반올림한 정신상태별 구성비를 모두 합한 수치로 실제 수치는 99.9이지만 오차범위는 무시하고 100으로 본다.
- 15) 소수점 둘째자리에서 반올림한 정신상태별 구성비를 모두 합한 수치로 실제 수치는 100.1이지만 오차범위는 무시하고 100으로 본다.
- 16) 소수점 둘째자리에서 반올림한 정신상태별 구성비를 모두 합한 수치로 실제 수치는 100.1이지만 오차범위는 무시하고 100으로 본다.
- 17) 통계청 국가통계포털(KOSIS), <https://kosis.kr/index/index.do>, 주제별통계>범죄·안전>범죄분석통계>일반적범죄분석>범죄자 성별 범행 시 정신상태.
- 18) 김한균, “주취감경의 형법적 문제와 양형기준의 합리화”, 「형사법의 신동향」 제61호, 대검찰청, 2018, 143면.
- 19) 대검찰청, <https://www.spo.go.kr/site/spo/main.do>, 정보자료>통계자료>범죄분석>2018 범죄분석.

(나) 주취상태에서의 흉악범죄 처벌 현황

흉악범죄에는 살인, 방화, 강도, 성폭력이 포함되는데, 각각의 범죄가 주취상태를 양형의 감경요소로 인정하는지 여부에서 차이가 있다. 성폭력 범죄의 경우에는 2008년 조두순 사건 이후 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 ‘성폭력범죄특례법’이라 한다) 제20조에 “음주로 인한 심신장애 상태에서 성폭력범죄를 범한 때에는 주취감경 규정을 적용하지 않을 수 있다”라고 규정하여 성폭력 범죄에 있어서는 주취상태를 양형의 감경요소에서 제외할 수 있도록 하였다. 반면에 살인, 방화, 강도의 경우에는 본인 책임이 있는 심신미약을 일반양형 인자로 보아 형의 감경요소로 인정하는데, 본인 책임이 있는 심신미약은 알코올, 약물 등의 복용에 의하여 심신미약 상태가 야기된 경우를 의미한다.²⁰⁾ 즉, 살인, 방화, 강도의 경우에는 주취상태를 양형의 감경요소로 인정하고 있는 것이다.

(2) 폭력범죄

(가) 주취상태에서의 폭력범죄 발생 현황

우리나라에서 발생하는 폭력범죄를 살펴보면 정상적인 상태에서 폭력범죄를 저지르는 경우가 약 35%로 가장 높고, 주취상태에서 폭력범죄를 저지른 경우가 약 30%로 그 다음을 차지한다. 반면에 정신장애 상태에서 발생한 경우는 약 0.7%(정신이상, 정신박약, 기타정신장애 합계)로 상대적으로 낮은 비율을 차지한다.²¹⁾ 이처럼 폭력범죄의 상당수가 주취상태에서 발생하는데, 주취상태에서 불특정 다수를 대상으로 폭력과 협박을 가하는 범죄를 ‘주취폭력’이라 한다. 우리나라의 경우 이러한 주취폭력으로 인해 연간 8조 8천억 원에 이르는 사회적 비용이 낭비되고 있으며, 주취폭력이 일부 도심공원이나 야산 등 일상생활 주변에서 빈번하게 발생하면서 국민들에게 큰 고통을 주고 있다.²²⁾

20) 양형위원회, 양형인자의 정의 ‘심신미약(본인 책임 있음)’, https://sc.scourt.go.kr/sc/krsc/criterion/criterion_01/murder_01.jsp(검색일 : 2020. 09. 28).

21) 2015년부터 2018년까지 4년간의 폭력범죄 통계자료를 보고 평균치를 구한 값이다.

22) 찾기 쉬운 생활법령정보, 폭행·상해의 피해자·가해자, <https://easylaw.go.kr/CSP/CnpClsMain.laf?csmSeq=538&ccfNo=3&cciNo=1&cnpClsNo=1>(검색일 : 2020. 09. 28).

<표-4> 폭력범죄 범행시 정신상태 (2015-2018)

| 연도 정신상태 | 2015 | | 2016 | | 2017 | | 2018 | |
|------------|-----------------|--------------------|-----------------|------------|-----------------|--------------------|-----------------|------------|
| | 검거 인원 (명) | 구성 비 (%) | 검거 인원 (명) | 구성비 (%) | 검거 인원 (명) | 구성비 (%) | 검거 인원 (명) | 구성비 (%) |
| 계 | 372,723 | 100 ²³⁾ | 380,965 | 100 | 363,511 | 100 ²⁴⁾ | 348,969 | 100 |
| 정상 | 131,759 | 35.4 | 132,259 | 34.7 | 124,726 | 34.3 | 122,479 | 35.1 |
| 정신이상 | 796 | 0.2 | 983 | 0.3 | 1,174 | 0.3 | 953 | 0.3 |
| 정신박약 | 110 | 0.0 | 156 | 0.0 | 173 | 0.0 | 246 | 0.1 |
| 기타정신장애 | 1,312 | 0.4 | 1,485 | 0.4 | 1,546 | 0.4 | 1,129 | 0.3 |
| 주취 | 118,448 | 31.8 | 117,874 | 30.9 | 109,966 | 30.3 | 101,876 | 29.2 |
| 미상 | 120,296 | 32.3 | 128,206 | 33.7 | 125,924 | 34.6 | 122,285 | 35.0 |

※출처 : 통계청 국가통계포털(KOSIS)²⁵⁾

또한 주취폭력은 재범률이 상당히 높은 것이 특징이다. 2019년에 ‘생계침해갈취 및 주취폭력 사범’ 12,958명을 검거했는데, 그 중 주취자 비율이 88.1%였으며 전과자의 비율은 74.8%에 달하는 등 높은 재범률이 나타났다. 또 2020년에는 ‘생계침해갈취 및 주취폭력사범’ 18,166명을 검거했는데, 그 중 주취자 비율이 86.7%였으며 전과자의 비율은 72.9%로 상당수의 피의자들이 상습성을 보였다.²⁶⁾

(나) 주취상태의 폭력범죄 처벌 현황

폭력범죄의 경우에는 본인 책임이 있는 심신미약을 일반양형인자로 보아 형의 감경요소로 인정하고 있다. 즉, 주취폭력의 경우에는 폭행죄, 손괴죄, 경범죄처벌법, 공무집행방해죄 등으로 처벌될 수 있으나, 판사의 재량에 따라 주취상태를 양형의 감경요소로 인정하여 형을 감경할 수 있는 것이다.

23) 소수점 둘째자리에서 반올림한 정신상태별 구성비를 모두 합한 수치로 실제 수치는 100.1이지만 오차범위는 무시하고 100으로 본다.

24) 소수점 둘째자리에서 반올림한 정신상태별 구성비를 모두 합한 수치로 실제 수치는 99.9이지만 오차범위는 무시하고 100으로 본다.

25) 통계청 국가통계포털(KOSIS), <https://kosis.kr/index/index.do>, 주제별통계>범죄·안전>범죄분석통계>일반적범죄분석>범죄자 성별 범행시 정신상태.

26) 대한민국경찰청(2020 경찰청 정책기자단), “생활주변 폭력배 횡포를 막기 위해선 적극적 신고가 필요해!”, 2020. 08. 31, <https://m.blog.naver.com/polinlove2/222075932967>(검색일 : 2020. 10. 03).

(1) 교통범죄

(가) 주취상태에서의 교통범죄 발생 현황

음주운전은 대표적인 주취상태의 교통범죄이다. 2017년부터 2019년까지 최근 3년간의 음주운전 교통사고를 살펴보면, 음주교통사고는 하루 평균 약 50건이 발생하고, 이로 인해 매일 한 명이 사망하는 것으로 나타났다.²⁷⁾ 음주운전으로 인한 교통사고 건수는 매년 소폭 감소하여, ‘윤창호 법’의 시행이후인 2019년에는 약 3,600건 정도가 감소하였다. 그러나 2017년부터 2019년까지 3년간의 통계자료를 분석해보면 연평균 18,000건 정도가 발생하고 있어 여전히 사회적으로 문제가 된다.

<표-5> 최근 3년간 음주운전 교통사고 현황 (2017-2019)

| 구분 연도 | 교통사고(건) | 사망(명) | 부상(명) |
|----------|---------|-------|--------|
| 2017년 | 19,517 | 439 | 33,364 |
| 2018년 | 19,381 | 346 | 32,952 |
| 2019년 | 15,708 | 295 | 25,961 |
| 연평균 | 18,202 | 360 | 30,759 |
| 일평균 | 49.9 | 1.0 | 84.3 |

*출처 : 도로교통공단 교통사고분석시스템(TAAS)²⁸⁾

또한 가장 최근의 2018년도 음주운전 중 사고발생이 가장 많은 층의 혈중알코올농도수치는 0.10%이상 0.14%이하에서 37.2% 발생하였고, 다음으로는 0.15%이상 0.19%이하에서 25.2% 발생하였다. 음주로 인한 교통사고 발생 시 주취상태의 98.1%가 혈중알코올농도 0.05%이상으로 나타났다. 이 말은 대부분의 경우가 주취상태가 매우 심각한 정도에서 음주운전이라는 위법한 행위를 한다는 것을 알 수 있다.

27) 컨슈머타임즈(2020.07.17), “한국교통안전공단 ‘음주운전 사망자 매일한명’”, <http://www.cstimes.com/news/articleView.html?idxno=422635>(검색일 : 2020. 09. 27).

28) 도로교통공단 교통사고분석시스템(TAAS), <http://taas.koroad.or.kr>, 통계분석>교통사고상세통계>경찰DB(국가공식통계).

〈표-6〉 주취정도에 따른 교통사고 발생현황 (2018)

| 주취 정도 구분 | 전체 | 0.05~0 .09% | 0.10~0 .14% | 0.15~0 .19% | 0.20~0 .24% | 0.25~0 .29% | 0.30~0 .34% | 0.35% 이상 | 측정 불응 |
|----------------|--------|----------------|----------------|----------------|----------------|----------------|----------------|-------------|----------|
| 발생 건수(건) | 19,381 | 4,771 | 7,213 | 4,878 | 1,662 | 390 | 74 | 29 | 364 |
| 비율(%) | 100 | 24.6 | 37.2 | 25.2 | 8.6 | 2 | 0.4 | 0.1 | 1.9 |

※출처 : 도로교통공단 교통사고분석시스템(TAAS)²⁹⁾

(나) 주취상태에서의 교통범죄 처벌 현황

우리나라의 경우 「도로교통법」 제44조 제1항에서 ‘술에 취한 상태에서 운전하는 행위’를 범 죄행위로 규정하며 동법 제148조의2를 통해 이러한 행위를 처벌하고 있는데, 여기서 술에 취한 상태란 도로교통법상 혈중알코올농도 0.03% 이상을 의미한다. 2019년 6월 25일 ‘윤창호 법’³⁰⁾의 시행으로 음주운전에 관한 규정이 강화되었다. 이로 인해 음주운전 적용기준이 엄격해지고 혈중알코올농도 기준이 0.05%에서 0.03%로 낮아졌으며, 음주운전으로 인해 타인을 다치게 하였거나, 사망에 이르게 한 경우의 처벌 수위가 높아졌다. 또한 교통범죄의 경우에는 주취상태를 양형의 가중요소로 인정한다. 때문에 음주운전은 특별양형인자로 형의 가중요소에 해당하여 음주운전을 한 경우에는 형이 가중된다.

(2) 소 결

앞서 살펴본 것처럼 우리나라는 주취범죄가 전체범죄의 약 23%정도를 차지하며 이로 인한 피해도 크다. 이러한 문제를 해결하고자 처벌을 강화하거나 주취상태를 양형의 감경요소에서 제외할 수 있도록 하는 등의 노력을 하고 있으나, 이는 극히 일부에 해당될 뿐이며 대부분의

29) 도로교통공단 교통사고분석시스템(TAAS), <http://taas.koroad.or.kr>, 통계분석>교통사고상세통계>경찰DB(국가공식통계).

30) 음주운전으로 인한 사망사건이 많이 발생하고 이에 대한 비판의 목소리가 점차 커지자 2018년 윤창호씨의 사망을 계기로 음주운전자에 대한 처벌을 강화한 법률이다. 이로 인해 혈중알코올농도 기준이 0.05%에서 0.03%로 낮아졌는데, 0.03%는 사람의 따라 약간의 차이는 있겠지만 일반적으로 70kg의 성인 남성이 소주 1~2잔을 마신 뒤 1시간가량 지난 상태에서 측정 되는 수치이다. 때문에 소주1잔이나 맥주1잔을 마시고 운전을 하더라도 음주운전으로 처벌 받을 수 있게 되었다.

범죄에서는 주취상태가 여전히 범죄의 성부 및 양형에 일정부분 영향을 미치고 있는 것으로 보인다.

또 흉악범죄, 폭력범죄 같은 주취범죄들은 재범률이 높다는 특징을 가지고 있다. 이들의 재범률을 높이는 요인이 무엇인지 살펴보면, 음주가 범죄의 직접적인 원인은 아닐지라도 범죄의 촉발요인 또는 매개요인이 되어 재범 가능성을 높이는 요인으로까지 작용한다.³¹⁾ 주취상태 범죄자들을 대상으로 한 실험에 따르면, 알코올 의존증상, 유해성 음주, 문제성 음주, 갈망 및 금단상황이 재범여부에 유의미한 영향을 미치는 것으로 밝혀졌다. 의존증상이 1만큼 증가할수록 재범할 확률은 1.4배 증가하는 것으로 확인되었으며 유해성음주가 1만큼 증가할수록 재범확률은 1.89배가, 문제성 음주가 1만큼 증가할수록 재범확률은 20배 증가하는 것으로 확인 되었다.³²⁾ 이러한 알코올 사용 장애 문제로 인한 재범을 방지하기 위해 주취상태 범죄자를 대상으로 하는 치료프로그램이 하나의 대안이 될 수 있다. 2016년부터 ‘치료명령제’를 시행하여 주취·정신장애인이 금고 이상의 형에 해당하는 범죄를 저질렀을 경우 법원이 형의 선고나 집행을 유예하면서 치료명령 할 수 있고 보호관찰관의 감독도 받을 수 있도록 하였다. 그러나 2017년 정신장애 범죄자 중 2.9%, 주취 범죄자 0.05%만 치료명령이 부과되는 등 실제 치료명령제의 활용은 미미한 것으로 나타났다.³³⁾ 여전히 주취로 인한 강력범죄가 심각하며, 재범률이 상당히 높다는 점에서 이들에 대한 치료와 범죄 예방을 위한 치료명령을 확대할 필요가 있는 것으로 보인다.

2. 범죄와 현행법 체계

가. 일반적 형사적 태도

현행 「형법」상 주취만을 범죄로 규정하고 있는 조항은 존재하지 않는다. 그러나 「형법」 제10조에 따라 명정상태는 ‘심신상실’ 또는 ‘심신미약’에 해당할 수 있으므로 범죄자에 대한 책임능력과 판단단계에서 주취 여부가 책임감면 사유로 고려되기도 한다. 대표적인 주취범죄 죄명으로는 상해죄, 폭행죄, 업무방해죄, 재물손괴죄, 강간죄, 강도죄, 살인죄, 공무집행방해죄를 들 수 있다.³⁴⁾ 심신미약의 인정 여부는 여러 정황과 정신과 전문의들의 의학적 감정, 소견을 고려

31) 기광도, “알코올-범죄관계에 대한 이론적 논의”, 「법학연구」 제18권 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2010, 193면.

32) 김정민, “주취상태 범죄자의 재범에 영향을 미치는 요인 연구”, 전주대학교 석사학위논문, 2019, 25면.

33) 이데일리(2019.10.21.), “[2019국감살인·강간 등 강력범 3명 중 한 명꼴, 술 먹고 범행”.

<https://www.edaily.co.kr/news/read?newsid=02158246622655216&mediaCodeNo=257>(검색일 : 2020. 10. 03).

하여 사물 판단력과 의사결정 능력의 유무를 판단한 판사의 최종결정에 의해서 이루어진다.

「형법」 제10조 제1항은 ‘심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없는 자의 행위를 벌하지 아니한다’고 명시한 강행규정으로서 심신장애자의 감경을 인정하고 있다. 「형법」 제10조 제2항은 ‘심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경할 수 있다’고 규정한 조항으로 심신미약자의 감경 사유를 인정한다. 2항은 원래 필요적 감경이었지만 이를 2018년에 임의적 감경으로 개정하며 심신미약으로 인한 형 감경 결정에 있어 범행 전후 사정을 고려하는 판사의 재량권이 넓어지게 되었다.³⁴⁾ 「형법」 제10조 제3항은 ‘위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전 2항의 규정을 적용하지 아니한다’고 규정해놓았다. 이는 고의·과실 불문하고 범죄를 저지르고 심신장애로 형을 감경받기 위해 심신장애를 일으킨 자라면 형 감경 사유를 인정하지 않는다고 명시하고 있다.

나. 특별법상 형사적 태도

날이 갈수록 고도화되고 있는 주취범죄의 발생 현황에 따라 주취범죄에 있어 무조건 심신장애를 적용하여 형을 감경할 수 없는 내용의 특례법을 제정하였다. 2008년 8세 여아를 대상으로 끔찍한 성폭력을 저지른 조두순이 주취상태에서 일으킨 범죄라는 이유로 심신미약이 인정되어 감형이 이루어지자 국민들의 분노가 이어졌다. 이에 따라 국회는 「성폭력범죄특례법」을 제정하여 제20조 ‘음주 또는 약물로 인한 심신장애 상태에서 성폭력 범죄를 범한 경우에는 「형법」상 감경규정에 관한 특례를 적용하지 아니할 수 있다’라고 규정하였다. 이로써 주취상태에서 저지른 성폭력범죄에 대해선 심신미약이 인정되더라도 형량을 감경해주지 않도록 하여 더욱 더 엄중한 처벌의 모습을 띠게 되었다. 그러나 이 또한, 임의규정에 해당하므로 반드시 강행규정의 효력을 다할 수는 없다는 한계를 가진다.

일명 ‘윤창호법’이라고 불리는 ‘특가법’에서는 음주 또는 약물의 영향으로 정상적인 운전이 곤란한 상태에서 자동차를 운전하여 사람을 상해 또는 사망에 이르게 한 자의 법정형을 상설했다. 제5조의11(위험운전 치사상)이 처벌의 강도를 높이는 방향으로 개정되어 치사의 경우, “10년 이하의 징역 또는 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금”을 “1년 이상 15년 이하의 징역 또는 1천만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금”으로 수정했고 치사의 경우에는 “1년 이상 유기징역”

34) 강동욱이원정, “주취상태에서 강. 폭력범죄자의 책임과 양형분석”, 「한양법학」 제25권 제3호, 한양법학회, 2014, 194면.

35) 이는 ‘서울 강서구 pc방 살인사건’의 피의자가 사건 당시 약물에 의한 심신미약 상태였다고 주장하자 심신미약으로 처벌을 피하려 한다는 국민들에 비난에 국회가 「형법」 제10조 제2항의 문구 심신미약한 사람의 행위는 형을 ‘감경한다’를 ‘감경할 수 있다’로 수정한 결과이다.

을 “무기 또는 3년 이상의 징역”으로 상향했다. 「도로교통법」 제44조(술에 취한 상태에서의 운전 금지) 제4항에서는 혈중알코올농도 수치를 더욱 엄격히 하며 술에 취한 사람의 기준을 변경하는 식으로 개정을 하였다.³⁶⁾

<표-7> 주취범죄 관련 특례법 조항

| 특례법 | | 조항 |
|----------|------------------------|---|
| 성폭력범죄특례법 | | 제20조(「형법」상 감경규정에 관한 특례) 음주 또는 약물로 인한 심신장애 상태에서 성폭력범죄(제2조제1항 제1호의 죄는 제외한다)를 범한 때에는 「형법」 제10조제1항·제2항 및 제11조를 적용하지 아니할 수 있다. |
| 운창호법 | 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 개정안 | 제5조의11(위험운전 등 치사상) ① 음주 또는 약물의 영향으로 정상적인 운전이 곤란한 상태에서 자동차(원동기장치자전거를 포함한다)를 운전하여 사람을 상해에 이르게 한 사람은 1년 이상 15년 이하의 징역 또는 1천만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처하고, 사망에 이르게 한 사람은 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다. <개정 2018. 12. 18., 2020. 2. 4.> |
| | 도로교통법 | 제44조(술에 취한 상태에서의 운전 금지) ④ 제1항에 따라 운전이 금지되는 술에 취한 상태의 기준은 운전자의 혈중알코올농도가 0.03퍼센트 이상인 경우로 한다. <개정 2018. 12. 24.> |

다. 처벌상 취급

우리나라 대법원은 성범죄와 폭력범죄에 대하여 양형기준을 정하고 있다. 성범죄와 폭력범죄의 양형기준에 대하여 책임능력이 없는 심신미약 상태를 특별감경인자로 반영하고 있다는 점에서 그 밖의 범죄의 양형기준과 다르지 않다.³⁷⁾

<표-8> 음주 또는 약물로 인한 심신미약의 양형분류³⁸⁾

| | 성범죄 양형기준 | 폭력범죄 양형기준 |
|--------|----------------|----------------|
| 특별감경인자 | 심신미약(본인 책임 없음) | 심신미약(본인 책임 없음) |
| 일반감경인자 | | 심신미약(본인 책임 있음) |

36) 「도로교통법」 제44조 제1항에 따라 운전이 금지되는 술에 취한 상태의 기준이 운전자의 혈중알코올농도 “0.05%이상”에서 “0.03% 이상”인 경우로 개정되었다.

37) 정숙희, “주취상태의 양형맥락과 양형기준 개선방안”, 「인권과 정의 : 대한변호사협회지」 제463호, 대한변호사협회, 2017, 128면.

우리나라 대법원은 양형 기준표에서 음주 또는 약물로 인한 심신미약(만취) 상태에서 저지른 성범죄에 대하여 양형 기준을 특별히 규정해놓고 있다. ‘성범죄 양형 기준표’에 따르면 성범죄에서 음주 또는 약물로 인한 만취상태에서 성범죄를 저지른 경우에는 다음과 같은 구분을 따른다. 1. 범행의 고의로 또는 범행 수행을 예견하거나 범행 후 면책 사유로 삼기 위하여 자의로 음주 또는 약물로 인하여 만취 상태에 빠진 경우 피고인이 범행 당시 심신미약 상태에 있었는지 여부와 상관없이 만취상태를 일반가중인자로 반영한다. 2. 범행의 고의가 없었고, 범행 수행을 예견하지 못하였으나, 과거의 경험, 당시의 신체 상태나 정황 등에 비추어 음주 또는 약물로 인하여 만취상태에 빠지면 타인에게 해악을 미칠 소질(가능성)이 있는 경우엔 피고인이 범행 당시 심신미약 상태에 있었는지 여부와 상관없이 만취상태를 감경인자로 반영하지 아니한다. 3. 앞에 두 경우에 해당하지 않더라도 범행 당시 심신미약 상태에 이르지 않은 경우에는 만취상태를 감경인자로 반영하지 않고 심신장애를 야기하여 강간을 저지른 경우 이는 가중요소가 되며 심신미약은 본인 책임이 없으므로 특별양형인자로서 감경요소에 해당한다.³⁹⁾

라. 소결

이렇듯 현재 우리나라는 주취감형에 대하여 갈수록 고조되어가고 있는 국민의 법감정에 따라 주취범죄 관련 특별법 제정을 추진하고 있다. 즉, 사회적 상황을 반영하여 주취 범죄자에 대한 형 감경의 불가능 또는 형을 가중하는 내용이 담긴 특별법을 제정하고 있는 것이다. 그러나 동일하게 주취상태에서 저지른 범죄인데도 불구하고, 주취자에 대한 처벌을 달리 하는 것이 모순적이라는 비판을 받기도 한다. 이는 법체계의 통일성과 조화를 저해하지 않는 선에서 기존 법률에 대한 충분한 검토를 하지 않고, 서둘러 특별법을 제정하여 비롯된 문제로 보인다. 이러한 모순점을 해결하기 위해서는 형법계의 활발한 논의가 이루어져야만 할 것이다.

3. 주취범죄자의 형사적 책임

가. 형법상 책임능력

“책임 없는 형벌 없다” 책임원칙은 형사사법을 지배하는 지도 원리로, 범죄 행위자에게 형벌을 가하기 위해선 반드시 책임이 전제되어만 함을 의미한다. 이때 말하는 책임이란 ‘불법을 저

38) 정숙희, 앞의 논문, 128면.

39) 양형위원회, “대법원 양형기준표”(https://www.scourt.go.kr/sc/krsc/criterion/criterion_03/sex_01.jsp).

지른 행위자에 대해서 개인적으로 비난할 수 있는가'의 문제이다. 따라서 이 원칙으로부터 자기 행위의 의미를 인식하지 못하거나 자기의 행위를 통제하지 못하는 자는 책임이 없는 자로 보아 형벌을 가할 수 없다. 또한 행위와 책임은 동시에 존재하여야 해서 만약 행위 시에 책임능력이 없는 자의 경우라면, 마찬가지로 형벌을 가할 수 없다고 본다.⁴⁰⁾ 주취감형은 바로 이러한 맥락에서 나왔다. 만약 주취를 심신장애로 인정하지 않은 채, 어떤 경우든 처벌하게 된다면 변별능력이 없는 만취상태에서 일으킨 범죄에 대해 고의성을 인정할 수 있는가에 대한 문제 등의 책임주의를 위반하는 문제가 생긴다. 한편, 대법원은 명정상태에서 일어난 범죄에 대하여 '법률상 범죄의 성립을 조각하는 이유에 해당하는 사실을 주장한 것'이라고 판단하여 명정을 병적 정신장애 또는 의식장애에 해당한다고 보고 있다.⁴¹⁾ 즉, 우리나라는 책임원칙에 따라 명정상태에 빠진 범죄자는 행위 시 책임능력이 없다고 보며, 「형법」 제10조 제1항과 제10조 제2항에 근거하여 그러한 자의 형을 면제하거나 감경하고 있다.

나. 주취의 심신장애 인정 여부

범죄가 성립하기 위해서는 구성요건해당성과 위법성, 책임이라는 성립요건을 모두 갖추어야 한다. 이 중 책임에서는 책임능력의 판단을 통해 책임이 없을 경우, 형을 감경시키거나 면제시키게 된다. 이와 관련한 사례로 '심신장애'와 '심신미약'을 들 수 있다. 심신미약이란 심신장애의 일종으로 '심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태'⁴²⁾를 의미한다. 이러한 의미에 의한다면 '주취'도 심신미약으로 볼 수 있어, 주취범죄를 저지를 경우 형을 감경시키거나 면제시킬 것인가에 대한 문제가 발생한다. 따라서 '주취를 심신미약으로 보아 심신장애의 일종으로 분류할 것인지' 논의해 볼 필요가 있다. 이에 관하여 질병으로 분류된 알코올 사용 장애를 주취감형의 근거로 보는지 여부를 살피고, 그 다음으로 알코올 사용 장애 질환자의 주취상태를 자의적 명정이라 볼 수 있는지 살펴보고자 한다.

(1) 의학적 분류에 따른 주취장애

알코올 사용에 따른 신체적·정신적 장애에 대해서, 미국의학협회는 1977년 알코올 사용 장애를 지속적이고 과도한 음주와 직접적인 관련이 상당하여 기능장애가 특징으로 나타나는 질병으

40) 이재상·장영민·강동범, 「형법총론」, 박영사, 2019, 10면.

41) 이재상 외, 앞의 책, 330면.

42) 이병태, 「법률용어사전」-심신미약, 법문북스, 2016.

로 인정하였다. 이에 WHO(세계보건기구)와 미국 정신의학회는 알코올 사용 장애를 질병이라고 공식적으로 선언했다. 알코올 사용 장애와 같은 주취상태가 질병으로 분류된다는 사실은 비난 가능성, 책임에 대한 본질, 책임능력 인정 기준으로서 의사조절능력 정도에 대한 논의로 이어진다.

일반적으로 통용되고 있는 분류는 ‘혈중알코올농도에 따른 분류’로, 실제로 법원이나 행정영역에서 판단의 기준이 되고 있는 분류도 이에 따른다. 혈중알코올농도에 따른 생리적 효과는 의학적으로 검증된 것으로 그 내용은 <표 9>에 정리된 바와 같다. 이에 따른 법적판단은 타당성이 인정된다.

<표-9> 혈중알코올농도에 따른 효과⁴³⁾

| 혈중알코올농도 (g/dL) | 효과 |
|----------------|---|
| 0.05% | 사고와 판단, 역제가 느슨해진다. 말이 많아진다, 가벼운 운동 실조, 경도의 운동협응장애, 다행감 등이 나타난다. |
| 0.10% | 뇌척수 신경의 지배를 받아 의지에 따라 움직일 수 있는 근육이 눈에 띄게 서툴러진다, 눈동자의 움직임이 의지에 따라 움직이지 않고 무의식적인 움직임을 보인다. 언어장애, 보행실조, 어눌한 말투, 판단장애, 반응시간 지연 등이 나타난다. |
| 0.20% | 뇌 운동 영역이 전체적으로 억제된다. 감정조절중추가 영향을 받는다. 기억상실, 체온저하, 구토 등이 나타난다. |
| 0.30% | 혼동, 인사불성, 혼미상태 등에 빠진다. |
| 0.4 - 0.5% | 혼수에 빠진다. |
| 0.5%이상 | 호흡 및 심박동 중추의 마비로 사망에 이른다. |

그러나 이는 주취범법자의 범죄 행위 시 주취상태를 판단하는 기준에 불과하고, 자의적 명정 판단기준은 심신장애로 인정될 수 있는 주취장애 여부에 따른다. 따라서 의학적으로 질병으로 분류된 알코올 의존증과 알코올 중독증의 특징 및 진단기준을 살펴보고, 자의적 명정에 대한 법적 판단의 근거를 고찰해보고자 한다.

43) 오채근, “정신감정 사례분석을 통한 주취범법자의 형사책임 고찰”, 연세대학교 박사학위논문, 2019, 79면.

(2) 국제질병분류체계에 따른 주취장애의 특징과 자의적 명정 문제

알코올 사용 장애 질환자라 할지라도 질병에 따른 것이 아닌, 자의에 의한 주취로 명정상 태⁴⁴⁾에 이르러 범죄를 저질렀다면, 범행 당시 정상적인 사물변별능력과 행위통제능력이 있다고 보아 심신장애가 인정되지 않는다.⁴⁵⁾ 판례에 따르면, 심신장애로 인정되는 주취장애는 세계보건기구에서 인정하는 국제질병분류체계에 따른 알코올 관련 질병 중, ‘알코올 의존증’과 ‘알코올 중독증’에 한하고 있다.⁴⁶⁾

(가) 알코올 의존

알코올 의존 증상은 알코올에 대한 강력한 갈망 때문에 유해한 결과가 있었음에도 불구하고 알코올을 사용함으로써 생리적 증상을 나타내는 질환이다.⁴⁷⁾ 이러한 질병발생에 반복된 음주를 통해 행동이 학습됐다는 요인이 존재하기 때문에, 알코올 의존증을 가진 주취범법자에게 「형법」 제10조 제3항을 적용할 수 있는지 문제가 된다. 알코올 의존증을 질병으로 보는 입장은 질병으로 인한 비정상적인 정신 상태에서 음주를 시작하게 된다고 보아, 자의적으로 주취에 이르게 된 것이라 보지 않는다. 반면 알코올 의존증을 학습된 습관으로 보는 입장은 단순히 나쁜 습관을 가진 정상인이기에 음주에 대한 조절능력이 상실된 것으로 볼 수 없고, 자의적으로 주취에 이른 것이라 본다. 한편, 판례는 범법 정신질환자였던 간질환자가 약복용을 중단하여 교통사고를 유발한 사안에서 스스로 질병에 대한 인식이 있었다는 점에서 「형법」 제10조 제3항을 적용하여 그 책임을 인정한 바 있다.⁴⁸⁾

44) 명정상태는 중독 상태의 일종으로, 특히 알코올에 취한 상태를 말한다.

45) 울산지방법원 2014. 2. 20. 선고 2013고단2461 판결.

46) 법원은 심신장애로써 주취장애가 인정되는 경우는 알코올 의존증을 앓고 있는 경우와 알코올 중독증을 앓고 있는 경우에 한한다. 국제질병분류체계에 있는 다른 질병, 예컨대 급성 알코올 중독(소위 일반인이 술을 마셔 취하는 경우를 나타내는 의학적 용어이다.)과 같은 경우에는 인정하지 않는다. 다만, 알코올 의존증과 알코올 중독증이 인정되려면 진단서나 소견서가 있어야 한다. (제주지방법원 2010. 12. 06. 선고 2010고합138판결, 춘천지방법원 2011. 6. 22. 선고 2011노1 판결, 대전지방법원 2012. 12. 05. 선고 2012고합607판결, 의정부지방법원 2013. 5. 22. 선고 2013고합44 판결, 울산지방법원 2013. 12. 27. 선고 2013고합157 판결, 울산지방법원 2014. 11. 13. 선고 2014고합276 판결, 울산지방법원 2018. 7. 12. 선고 2018고단741 판결).

47) 오채근, 앞의 논문, 85면.

48) 대법원 2012. 6. 14. 선고 2012도4294 판결.

(나) 알코올의 병적 중독

알코올의 병적 중독은 혈중알코올농도 기준에 따르지 않고 일시적 상태의 증상을 기준으로 진단한다. 따라서 인지나 의식 관련 판단과 주취범법자의 「형법」상 책임능력 판단은 의학적 알코올 중독 상태를 전제로 한다. 의학적 알코올 중독 상태에 따르면 소량의 알코올 섭취에도 심각한 행동변화가 초래되어 평소와 다른 폭력적·공격적 행동을 보일 수 있지만 이에 대한 기억을 하지 못한다. 이러한 점 때문에 의학계나 법조계에서는 이를 자의적 명정으로 볼 수 없다는 견해가 존재하지만, 주취자인 자신이 알코올 병적 중독 증세가 있다는 것을 알고도 음주를 하였다면 이는 자의적 명정으로 보는 것이 타당하다고 판단하고 있다.⁴⁹⁾

(다) 정 리

앞서 보았듯, 의학적으로 주취상태는 정도나 증상에 따라 질병으로 분류되고 있기 때문에 심신장애로 인정할 수 있다. 현행법상 주취장애를 「형법」 제10조 제1항, 제10조 제2항에 따른 심신장애에 해당한다고 보고 있다. 다만, 알코올 사용에 따른 장애의 특징과 진단기준이 비교적 명확하고 의학적으로 공신력이 있는 알코올 의존증과 알코올 중독증에 한해서만 주취장애를 인정한다.

그러나 ‘질병으로 분류된 주취장애를 가진 주취범법자가 음주 이전에 범죄에 대한 관련성이 있어야 책임을 물을 수 있는지’, ‘심신장애로 보는 주취장애 발생에 주취범법자는 어느 정도 기여를 했어야 책임을 물을 수 있는지’에 대해서는 명확하지 않은 입장을 보이고 있다. 현행법상 첫 번째 의문점에 대해서는 ‘위험 발생의 예견’으로 두 번째 의문점에 대해서는 ‘자의로 심신장애를 야기해야 한다’고 규정하며 이를 해결하고자 했지만, 현재 이와 관련한 다양한 의견 차이가 존재하며 판례 또한 일관된 입장을 취하고 있지 않다.

다. 원인에 있어서 자유로운 행위

독일 형법학으로부터 논의되기 시작한 ‘원인에 있어서 자유로운 행위’란 행위자가 자의로 즉, 고의 또는 과실로 자신을 심신장애 상태에 빠지게 하고 이러한 상태에서 실행한 범죄를 말한다. 우리나라에서 이에 해당하는 행위자의 경우 「형법」 제10조 제1항, 2항의 적용을 받지 못하

49) 오채근, 앞의 논문, 95면.

며 자신의 행위에 대한 완전한 책임을 져야만 한다. 또한 심신장애상태에서 범죄를 저질렀어도 「형법」 제10조 제3항에 따라 원인에 있어 자유로운 행위에 해당한다면 책임무능력상태에서 책임이 조각되거나 한정책임능력상태에서 형이 감경되지 않는다.

(1) 처벌의 이론적 근거

원인에 있어서 자유로운 행위는 ‘책임능력상태에서 책임능력결함상태를 야기하는 행위’와 ‘책임능력 결함상태에서의 범죄 실현행위’라는 이중의 행위구조를 가진다. 그리고 이는 ‘책임능력이 있는 상태에서 행한 원인행위를 처벌하는 경우 범죄의 구성요건적 정형성이 결여되고, 책임능력결함상태에서 행한 후행 행위를 처벌하는 경우에는 책임주의형법을 위반’하게 되는 문제를 야기한다.⁵⁰⁾ 자의로 범죄를 일으킨 자에겐 전 2항의 규정을 적용하지 않는다고 제3항에 규정해 놓음으로써 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성은 입법적으로 해결하였지만, 행위 처벌의 이론적 근거에 대해선 아직도 여러 견해가 대립하고 있는 실정이다.⁵¹⁾ 그중 독일의 다수설로 통하고 있는 ‘구성요건 모델’과 우리나라의 다수설에 해당하는 예외모델이 그 대표적 예이다.

(2) 독일 이론의 무비판적 수용으로 기인한 문제점

우리는 독일 형법과 엄연히 다른 입법체제를 가졌음에도 불구하고 원인에 있어서 자유로운 행위 이론에 대한 독일의 논의⁵²⁾를 빗대어 자꾸만 「형법」 제10조 제3항을 해석하는 오류를 범하고 있다. 결국 제10조 제3항에 대하여 끊임없이 논의되고 있는 구성요건과 예외모델 학설 그리고 고의·과실에 대한 논의는 사실상 불필요한 노력으로 볼 수도 있다는 말이다.

독일형법학에서의 이른바 ‘구성요건모델’, ‘예외모델’에 관한 논쟁은 독일 내 원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 처벌규정이 없음에도 불구하고 처벌해야 하는 근거, 정당성 그리고 책임 원칙과의 조화여부를 따지는 것이다. 반면 한국 형법학에서의 ‘원인에 있어서 자유로운 행위’이론에 해당하는 행위에 대한 처벌의 근거와 정당성은 이미 제10조 제3항을 통해 보장되어 있으므로 이에 대한 가벌성 논쟁은 더 이상 필요 없다.⁵³⁾

50) 손지선, “원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 연구”, 「법학논집」 제12권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2008, 259면.

51) 이재상 외, 앞의 책, 337면.

52) 원자행에 관한 독일의 구체적인 논의내용은 ‘Ⅲ.해외의 입법례’에서 자세히 살핀다.

53) 한정환, “형법 제10조 제3항과 ‘원인에 있어서 자유로운 행위’”, 「형사법연구」 제25호, 한국형사법학회, 2006, 3면.

행위자의 고의·과실을 인정하는 시점과 기준에 대해서 「형법」 제10조 제3항은 우리 「형법」의 편제상 책임능력 편에 규정되어 있으므로 책임능력유무에 관한 논의에 초점이 맞춰져야만 한다. 범죄 체계상 고의·과실에 관한 논의는 불법영역의 문제임에도 불구하고 유형론을 펼치는 다수설이 책임영역인 제10조 제3항 해석영역에 고의·과실을 끌어들이고 있는 건 심각한 오류이다. 즉, 이는 책임영역의 문제로서, 이미 고의불법인지 과실불법인지가 확정된 ‘행위’에 대해 그 ‘행위자’에게 책임능력을 부여할 것인지에 관한 문제이다.⁵⁴⁾

또한, 우리나라는 「형법」 제10조 제3항을 원인에 있어서 자유로운 행위의 근거 규정으로 이해하고 있어서 이를 비전형적인 범죄 실현 형태로 보아 별도의 실행의 착수시점을 논의할 필요도 없다.⁵⁵⁾ 결국, 이 모든 것은 독일 논의에 맞추어 「형법」 제10조 제3항을 해석해왔기 때문에 발생한 문제점이며 이러한 문제점을 해결하기 위해 우리는 이제부터라도 「형법」 규정 그대로 충실히 해석하여 우리만의 독자적인 해석을 이어가야만 할 것이다.

Ⅲ. 해외 입법례

현재 해외 각국에서는 책임능력에 대한 활발한 논의가 이루어지고 있다. 이는 우리나라에 막강한 영향을 미치기도 하는데, 앞서 밝힌 「형법」 제10조 3항의 독일 이론적 해석시도가 그 예이다. 이처럼 해외 입법례는 우리나라의 법 규정에 많이 차용되고 있다. 그러나 해외의 입법례를 무분별하게 적용할 경우 더 큰 혼란이 야기될 수 있어 충분한 선행 연구가 필요하다.

해외 입법례에서는 이러한 연구 공백을 채우고 우리나라의 실정에 맞는 해결책을 강구하고자 한다. 연구 대상은 대륙법계인 독일, 스위스, 오스트리아, 일본, 프랑스, 영미법계인 영국, 미국으로 선정하였다. 우선 각국의 책임능력, 원인에 있어서 자유로운 행위, 완전명정죄에 대한 규정사항과 해석을 검토하고자 한다.

54) 김준혁, “원인에 있어서 자유로운 행위와 형법 제10조 제3항”, 「한양법학」 제26권 제4호, 한양법학회, 2015, 190면.

55) 류전철, “과실의 원인에 있어서 자유로운 행위와 과실범의 구별”, 「법학논총」 제35권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2015, 71면.

1. 대륙법계 국가

가. 독일법계

(1) 독일

독일 형법에서의 책임능력 규정은 제20조(책임무능력자), 제21조(한정책임능력자)에서 찾을 수 있다. 독일은 행위와 책임의 동시존재원칙을 취하며 제20조에서 책임능력이 범행 당시에 존재해야 함도 명시하고 있다. 독일 논리에 따르면 주취 상태에서 범죄를 저지른 자는 행위 시에 책임능력이 인정되지 않아 처벌되지 않는다. 주취범죄의 불가벌 문제에 직면한 배경에서 독일은 원인에 있어서 자유로운 행위이론을 제기하게 되었다. 즉 원인에 있어서 자유로운 행위이론을 통해 동시존재원칙을 인정하면서도, 명정을 자초한 범죄자를 처벌하고자 한 것이다. 원인에 있어서 자유로운 행위는 명정상태를 자초한 원인행위를 명정시의 후행행위에 관련시켜 가벌성을 인정하고자 하였고 구성모델요건과 예외모델이 등장하게 되었다. 원인에 있어서 자유로운 행위는 이러한 처벌 필요성에 따라서 형성된 독자적인 가벌적 법 형상으로 명문에 규정하고 있지는 않다.⁵⁶⁾

독일의 다수설과 판례는 구성요건모델에 의하여 원인에 있어서 자유로운 행위의 성립을 인정하고 있으며, 소수설은 예외모델을 주장하고 있다. 구성요건모델은 명정야기행위를 실행행위로 파악하여 책임능력이 존재하는 시점에서 실행행위가 존재한다는 주장이다. 이를 통해 원인에 있어서 자유로운 행위에서 발생하는 문제점을 구성요건차원에서 해결하고자 한다.⁵⁷⁾ 예외모델은 원인에 있어서 자유로운 행위의 문제를 행위 책임 동시존재원칙에 대한 실질적 예외로 인정하여 책임의 영역에서 해결하고자 하는 주장이다.⁵⁸⁾ 최근 독일에서는 앞선 주장을 부정하는 '원인에 있어서 자유로운 행위 부정설'도 제기되고 있다.⁵⁹⁾ 이처럼 원인에 있어서 자유로운 행위는 처음 이론이 주창된 독일에서도 끊임없이 논의가 이어지는 주제이다.

원인에 있어서 자유로운 행위가 적용되지 않는 영역이나, 구성요건행위 자체가 과실에 의한

56) 김준혁, 앞의 논문, 191-192면.

57) 한상훈, "명정상태 범죄자의 형사책임과 개선방안", 「형사정책연구원 연구총서」 제9권 제18호, 한국형사정책연구원, 2009, 64면.

58) 한상훈, 앞의 논문, 66면.

59) Paeffgen, ZStW 97(1985), S. 513ff.; Paeffgen-NK, Vor §323a Rn. 6ff., 20ff., 28; Hettinger, alic, S. 436ff.; Hettinger, GA 1989, 1ff.; Hettinger, Die „actio libera in causa“: eine unendliche Geschichte?, Geerds-FS, 1995, S. 623ff.; Salger-Mutzbauer, NStZ 1993, S.561ff(한상훈, 앞의 논문, 69면 재인용).

경우에는 독일형법 제323a조 완전명정죄에 의하여 가벌성의 공백을 메우고 있다. 독일형법 제 323a조 제1항에 따르면 자신을 고의 혹은 과실로 명정상태에 빠트려 위법행위를 범한 자는 처벌된다. 명정상태에서의 불법행위에 대한 처벌이 아닌 별개의 완전명정죄의 구성요건에 의해서 처벌이 이루어지는 것이다. 완전명정죄의 규정은 책임원칙과 책임론적 기본구조에 거스른다는 비판을 받기도 한다.⁶⁰⁾ 그러나 명정상태에서 불법을 행한 자에 대한 처벌을 포기할 수 없기에 형사 정책적으로 본 규정의 존립은 이어지고 있다.⁶¹⁾

한편 독일 형법은 책임능력조항을 단순히 형벌의 감면조건으로 취급하는 우리나라와 달리 책임무능력에 대한 이해에 보호관찰 또는 보안처분을 함께 고려하고 있다. 독일은 책임능력조항을 단순히 형벌의 조건으로 취급하는데 그치지 않고 책임과 예방에 관한 진지한 논의를 계속해서 이어가고 있다.⁶²⁾

(2) 스위스

스위스 형법은 제19조 제1항에서 책임무능력, 제2항에서 한정책임능력을 규정하고 있다. 스위스형법 제19조 제4항에서는 “행위자가 책임무능력 또는 한정책임능력을 회피할 수 있었고, 이러한 상태에서의 범행을 예견할 수 있었으면 제1항과 제2항을 적용하지 않는다.”며 원인에 있어서 자유로운 행위를 규정한다. 스위스에서는 위와 같은 원인에 있어서 자유로운 행위 규정이 1942년에 발효된 스위스형법에서 규정되었으며 2007년 개정으로 “목적”의 용어가 “회피가능성”으로 변경되었다.⁶³⁾ 종래 구형법 제12조에서는 “의식의 심한 장애 또는 침해가 행위자 스스로에 의하여 이 상태에서 가벌적 행위를 실행할 목적으로 야기된 경우에는 제10조와 제11조는 적용되지 아니한다.”며 원인에 있어서 자유로운 행위를 규정하였다. 규정상 원인에 있어서 자유로운 행위가 성립하기 위해서는 음주 시에 범죄를 실행할 “목적”이 있어야 했던 것이다. 그러나 규정과 다르게 판례에서는 미필적 고의 또는 과실이 존재하는 경우에도 원인에 있어서 자유로운 행위를 인정하였고, 스위스에서는 개정 전에도 과실범 처벌이 이루어졌다.⁶⁴⁾ 즉,

60) 성낙현, “완전명정죄 처벌규정의 입법론”, 『법제연구』 제55호, 한국법제연구원, 2018, 139면.

61) Arthur Kaufmann, Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit, JZ 1963, p.425, p.433; 성낙현, 앞의 논문, 140면 재인용.

62) 신동일, “심신장애 판정의 문제점과 개선방안 : 각국의 제도 및 현황을 비교하여”, 『형사정책연구원 연구총서』 제30호, 한국형사정책연구원, 2004, 35면 재인용.

63) Konnte der Täter die Schuldunfähigkeit oder die Verminderung der Schuldfähigkeit vermeiden und dabei die in diesem Zustand begangene Tat voraussehen, so sind die Absätze 1 - 3 nichtanwendbar(한상훈, 앞의 논문, 73면 재인용).

64) BGE 120(1994) IV 169, 171; BGE 104(1978) IV 254; BGE 93(1967) IV 41(한상훈, 앞의 논

2007년 원인에 있어서 자유로운 행위 규정의 개정은 명문상으로도 과실의 원인에 있어서 자유로운 행위를 인정하였다는데 의미가 있다고 볼 수 있다.

스위스 형법은 제263조의 완전명정죄를 통해 원인에 있어서 자유로운 행위에 해당하지 않아 발생하는 가벌성의 공백도 보충하고 있다.⁶⁵⁾

(3) 오스트리아

오스트리아 형법은 제11조에서 귀속무능력, 제35조에서 한정책임능력을 규정하고 있다. 원인에 있어서 자유로운 행위의 명시적 처벌규정은 포함되어있지 않으며, 제287조에서 완전명정죄를 규정하고 있다.

오스트리아 형법은 제35조에서 “행위자가 귀속능력을 완전히 배제하지 않는 명정상태에서 행위를 하였다면, 이러한 명정야기물질의 향유 또는 사용에 대하여 제기되는 비난으로 인하여 귀속능력의 조건적 감소가 상쇄되지 않는 한에서만 감경적 효과를 갖는다.”라고 규정하고 있다.⁶⁶⁾ 동조에 따라 알코올 등의 사용으로 한정책임능력상태가 발생한 경우에는 비난 정도가 중하지 않을 때에만 감경적 효과를 인정하도록 규정하고 있다. 감경적 효과를 인정하는 경우는 행위자가 명정야기물질을 섭취한다는 사실 자체를 인식하지 못할 때, 명정야기물질의 효과를 아직 알지 못한 때, 또는 일반적으로 이해할 수 있는 사유로 명정야기물질을 섭취한 때 등으로 최소한의 과실이 있는 경우 감경효과를 부정한다고 볼 수 있다.⁶⁷⁾

형법 제35조는 한정책임능력을 야기한 경우에만 적용되어 책임무능력을 이용한 원인에 있어서 자유로운 행위의 경우에 처벌이 문제되고 있다. 학설은 귀속무능력이 인정되는 경우에도 원인에 있어서 자유로운 행위의 처벌을 긍정한다. 고의 또는 과실의 원인에 있어서 자유로운 행위의 처벌은 각각 고의범, 과실범으로 처벌되며 범죄의 고의가 인정된다면 완전한 책임을 부담한다고 한다.⁶⁸⁾

완전명정죄에 대해서는 오스트리아의 형법 제287조는 “비록 과실에 의한 것일지라도 알코올 음료 혹은 다른 마취약물을 통해 자신을 책임능력을 배제하는 명정상태에 빠뜨린 자가 그 상태에서, 그러한 상태가 아니었다면 중죄 또는 경죄의 책임을 저야 할 행위를 한 때에는 3년 이하

문, 74면 재인용).

65) BGE 120(1994) V 224, 228(한상훈, 앞의 논문, 75면 재인용).

66) Foregger·Serini, §35 I.

67) 한상훈, 앞의 논문, 72면.

68) Brandstetter, Vollrausch, S. 56ff.; Foregger·Serini, §35 I 2(한상훈, 앞의 논문, 72-73면 재인용).

의 자유형 또는 360일수 이하의 벌금형에 처하며 형벌의 종류와 범위는 명정상태에서 범해진 범죄에 주어지는 것보다 중해서는 안 된다”고 규정하고 있다.⁶⁹⁾

(4) 일본

일본형법 제39조 제1항은 심신상실, 제2항은 심신미약을 규정하고 있다. 우리나라와 달리 원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 규정은 가지고 있지 않지만, 판례와 일반적 학설에서는 가벌성을 인정하고 있다.⁷⁰⁾

일본에서는 한정책임능력에 대하여 필요적 감경을 규정하고 있어 한정책임능력을 이용한 경우 필요적 감경해야 하는지 원인에 있어서 자유로운 행위의 법리로 처벌할 수 있을지에 대해서 문제가 되었다. 이에 대해 판례는 스스로 한정책임능력을 초래한 경우 감경이 불가하다는 입장을 보이고 있다.⁷¹⁾

일본 형법상 ‘심신상실’과 ‘심신미약’의 판단기준은 생물학적 표지로서 중독성 정신장애가 그 예의 하나로 인정받고 있다. 중독성 정신장애는 크게 기타 약물에 의한 중독성 장애와 알코올에 의한 중독성 장애로 구분된다.⁷²⁾ 중독성 정신장애는 알코올중독과 유사한 양상을 보이고 있다. 일본에서도 약물 및 알코올 중독자의 책임능력에 대해서 많은 이견이 존재하는데,⁷³⁾ 완전 책임능력을 인정한 사례들만 발견되고 있다.⁷⁴⁾

음주 또는 약물의 사용에 의해서 일시적인 책임무능력상태를 초래하여 그 상태에서 범죄를 행한 자에 대하여 고의 또는 과실이 없기 때문에 원인에 있어서 자유로운 행위의 규정이 적용되지 않는 경우에도 처벌하는 각칙규정을 두는 방안도 검토되었으나 책임주의와의 관계에서 의문이 많다는 점등을 들어 채용되지 않았다.⁷⁵⁾

69) NK-Paeffgen, 2. Aufl., 2005, § 323a Rn. 110 f, 성낙현, 앞의 논문, 143면 재인용.

70) 장정원, “원인において 자유な 행위”, 형법기본강좌, 1994, 267면(한상훈, 앞의 논문, 80면 재인용).

71) 최3소판, 1968.2.27, 형집 22.2.40.1. 형사법개정특별심의위원회, “일본형법개정작업경과와 내용”, 93면; 한상훈, 앞의 논문, 79-81면 재인용.

72) 신동일, 앞의 논문, 62면.

73) 前田雅英 등, 條解 刑法, 2002, 145; 大塚 仁(編), 刑法 I, 1990, 391 이하; 신동일, 앞의 논문 62면 재인용.

74) 東京高判昭 62.5.26 高集 40-1-52; 大阪地判昭 63.11.25 判夕 703-278(이상 심신모약; 大阪地判昭 63.12.27 判夕 717-239; 浦和地川越支判平 2.10.11 判時 1382-137; 東京高判平 7.9.11 判時 1550-130); 신동일, 앞의 논문, 62면 재인용.

75) 형사법개정특별심의위원회, “일본형법개정작업경과와 내용”, 94면(한상훈, 앞의 논문, 77면에서 재인용).

나. 프랑스법계

프랑스에서는 제122-1조에서 책임무능력과 한정책임능력을 규정하고 있다. 동조에 따르면 책임능력의 여부를 “정신장애 또는 신경성 정신장애로 사리분별 또는 행위의 통제를 상실했는지”의 기준으로 판단하고 있다. 명정상태가 해당하는 제122-1조 제2항은 “행위 시에 정신장애 또는 신경성 정신장애로 사리분별 또는 행위의 통제가 곤란하였더라도 행위자를 처벌한다. 다만, 법원은 형벌을 결정하고 그 집행조건을 정함에 있어 그 사정을 고려하여야 한다.”고 규정한다. 즉, 프랑스에서는 한정책임능력을 면책사유가 아닌 양형사유로만 고려했다.⁷⁶⁾

2. 영미법계 국가

가. 영국법

영미권 국가에서는 책임무능력과 관련하여 1843년에 성립된 맥노튼 룰을 적용하고 있다. 지금까지도 영미법계에서 인정되고 있는 맥노튼 룰은 “행위 시 선악판단을 할 수 없던 자의 범죄 행위는 책임을 인정할 수 없다.”라는 내용을 가지고 있다. 이러한 맥노튼 룰에는 고의와 과실없는 행위의 구분 문제가 생겼고 선악 평가의 기준으로 다음과 같이 다섯 가지의 내용을 구체화한다. ①정신병(Disease of the Mind), ②의사결정능력의 결여(Defect of Reason), ③행위의 내용과 성질(Nature and Quality of the Act), ④행위의 불법성 인식(Knowledge that the Act is Wrong), ⑤ 정신이상적 망상과 저항할 수 없는 충동(Insane Delusions and Irresistible Impulses). 이러한 5가지 내용이 구체화되었지만 여전히 확정적인 책임능력 판단 기준으로 삼기에는 어려움이 있다고 본다.⁷⁷⁾

1920년 Beard판결에서는 음주 명정으로 인하여 행위 시에 책임능력이 없었던 경우가 문제되었다. 영국대법원은 행위 시 범죄에 필요한 주관적 요건을 갖고 행위하였다면 명정상태라도 형법상 책임판단에 아무런 영향을 주지 않는다고 판시하였다.⁷⁸⁾ 1989년 영국형법초안 제22조에서는 명정을 규정하고 있으며, 자의적 명정의 경우에 행위자에게 발생한 변화는 양형사유나 책임감경사유로 고려되지 않는다.⁷⁹⁾

76) Mériageau, Landesbericht, Frankreich 1989-1992, 467, 476f(한상훈, 앞의 논문, 81-83면 재인용).

77) 신동일, 앞의 논문, 48-56면.

78) DPP v. Beard [1920]AC 479 at 502-504(한상훈, 앞의 논문, 82면 재인용).

79) Jescheck, Entwurf, Rudolf Schmidt-FS, 1992, 56, 69(한상훈, 앞의 논문, 83면 재인용).

170 동국법학 제1권

영국은 상대적으로 범죄가 중하지 않은 경우에 주취문제를 인간의 취약성 관점으로 보고 교정가능성을 적극적으로 고려하고 있다. 그러나 주취가 범죄의 중한 정도에 미치는 영향에 대한 규정과 일반적 입법지침은 가지고 있지 않다.⁸⁰⁾ 영국 양형위원회에서는 음주 관련 사안에 엄중한 입장을 보이며 자의적인 음주 상태를 가중인자로 평가하기도 하였다.⁸¹⁾ 이처럼 영국에서는 주취를 가중인자로 다루면서도 동시에 교정행위를 병행하고 있다.

나. 미국법

미국모범형법전 Section 2.08에서는 명정과 책임에 관한 규정을 명시하고 있다. 동조에서 명정은 그 자체로 심신상실에 해당하는 것은 아니라고 규정하며 자초한 명정에 해당하지 않거나 병리적 명정에 해당할 때에는 행위시에 실질적 통찰능력이나 통제능력이 결여될 정도에 이르렀을 때에만 적극적 항변에 해당한다고 규정하고 있다.⁸²⁾

책임능력에 관한 미국의 규정과 관행은 많은 변화를 겪었다. 1975년 이후 미국의 4분의 1 정도의 주에서는 피고가 정신이상 항변을 했을 경우에 “유죄지만 정신장애적인 상태”를 선고할 수 있는 법안을 새로 입법하였다. 새로운 법안에 따라 해당 선고를 받은 피고는 그 형을 병원에서 시작해 치료가 완치되면 교도소에서 남은 기간을 복역하게 되었다.⁸³⁾

3. 소 결

해외 입법례를 전체적으로 살펴본 결과 독일, 오스트리아, 일본, 프랑스에서는 원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 명문규정을 갖고 있지 않았으며, 전부 언급하지는 못했지만 스위스, 이탈리아, 스페인, 폴란드 등에서 명문규정을 가지고 있었다. 명문 규정이 없는 독일, 오스트리아, 일본, 프랑스에서도 대부분 판례를 통해서 처벌하며 실질적으로 원인에 있어서 자유로운 행위를 긍정했다. 영미법계 국가에서도 자초한 명정에 대해서 항변을 배제하는 모습을 보였다. 한정 책임능력을 자초한 자에 대한 나라별 처벌 태도를 더 자세히 살펴보면 다음과 같다.

먼저 미국은 자의적 명정을 모두 심신상실로 인정하지 않는 가장 강력한 태도를 보였다. 스위스, 오스트리아, 영국에서는 일반적으로 완전책임능력을 인정하고 있으며 일정 요건이 충족될

80) 김한균, 앞의 논문, 163면.

81) Sentencing Council, Assault-Definitive Guideline (2011); 김한균, 앞의 논문, 163면 재인용.

82) 심지연, “2012 국정감사 정책자료”, 국회입법조사처, 2012, 108면.

83) 이수정 외, “형사책임능력 감정척도 도입에 관한 연구 용역 연구 보고서”, 법무부, 2015, 11면.

때 최소한으로 한정책임능력을 인정하고 있다. 특히 오스트리아에서는 명정야기물질의 효과나 섭취를 알지 못할 정도가 되어야 비난 정도가 중하지 않은 정도로 보고 있다. 프랑스에서는 명정상태를 면책사유로 두지 않고 그 사정을 고려하도록 했다. 일본에서는 주취상태를 필요적 감경사유로 보고 있지만, 대부분의 판결에서는 주취상태의 완전책임능력을 인정하며 비슷한 결론을 보였다. 이를 종합하면 대부분 국가에서는 주취상태를 처벌하되, 최소한의 경우를 한정하여 한정책임능력을 인정하는 것으로 보인다.

해외 입법례를 검토하며 책임능력조향을 보호관찰 또는 보안처분과 함께 고려하는 국가들의 모습도 찾을 수 있었다. 영국에서는 주취범죄의 교정가능성을 적극적으로 고려하여 형을 내리고 있으며, 미국에서는 형사책임이 면책된 이후로 치료감호를 강화하고 있다. 우리나라는 상대적으로 보호처분이 잘 이루어지고 있지 않기에 보호관찰과 보안처분이 적극적으로 고려될 필요성이 있다.

IV. 주취감형에 대한 논의와 보완 방안

1. 완전명정죄 검토

가. 논의 배경

주취상태에서 일으킨 범죄에 대하여 심신미약을 이유로 형의 감경을 시도하는 사건들이 주목되자 이러한 문제를 해결하기 위해 ‘완전 명정죄’를 도입하자는 주장이 거세지고 있다. 2017년 4월에는 청와대 국민청원 게시판에 “주취감형(술을 먹으면 형벌 감행) 폐지를 건의(청원)합니다”라는 제목으로 청원이 올라오면서 총 21만6774명의 동의를 얻기도 하였다. 실제로 이 청원에서는 선진국들의 음주 행위에 대한 제재 사례로 독일의 ‘완전명정죄’를 언급하는 내용을 찾을 수 있다.⁸⁴⁾

또한, 형법 제10조 제3항 적용범위에 있어서 우리나라의 독자적이고 구체적, 명확한 해석이 부족하기 때문에 ‘범죄를 일으킬 목적으로 술에 취하거나 음주 운전을 할 때’에만 이 법을 적용하여 처벌 가능한 실무적 측면의 문제점도 있다. 즉, 이에 따르면 만취 상태에서 ‘우발적’으로 행

84) 아시아 경제(2017.12.04.), “청와대 ‘주취감형’ 폐지 청원 20만명 돌파, 사례로 제시된 독일 ‘명정법’은?”, <https://www.asiae.co.kr/article/2017120409291796488>(검색일 : 2020. 10. 03).

한 범죄의 경우, 제10조 제3항의 적용을 받지 않은 채, 불법의 테두리에서 벗어나 버릴 수도 있는 것이다. 현재 대부분의 주취범죄가 우발적으로 일어나는 범죄임을 보면 결국 제10조 제3항은 우리 사회에 제대로 영향을 미치지 못하고 있음을 알아챌 수 있다. 따라서 이러한 처벌의 공백을 메꾸고, 술을 마신 상태에서 범죄를 저지른 사람들을 처벌하기 위해서라도 완전명정죄를 신설하자는 주장이 계속해서 제기되고 있는 상황이다.

나. 완전명정죄의 특성

처음으로 완전명정죄를 신설한 독일 조항에 따르면 완전명정죄는 처벌 가능한 구성요건으로 “고의 또는 과실로 명정상태에 빠져 위법 행위를 범한 자가 명정상태로 인하여 책임능력이 조각되거나 책임능력의 심사를 배제할 수 없다는 이유로 행위자를 처벌할 수 없는 경우”를 삼고 있다. 그러나 우리나라 「형법」 제10조 제3항은 “위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위”를 처벌 가능한 구성요건으로 보고 있다. 즉, 완전명정죄는 술을 마신 행위, ‘원인 행위’ 자체에 초점을 맞추고 있으며 원인으로부터 자유로운 행위는 주취상태에서 행한 범죄, ‘실행행위’에 구성요건의 초점을 맞춘다는 점에서 차이를 가진다.

또한, 음주문화에 대하여 문화적으로 관대한 측면을 가진 우리나라와는 달리 서양에서는 과거부터 술을 마약의 일종으로 보아 국가적으로 통제하는 경우가 적지 않았다.⁸⁵⁾ 따라서 술을 마시는 행위 자체에 초점을 맞춰 이로 인해 벌어진 폭력을 처벌하는 완전명정죄는 서양에서 술을 대하는 우리나라와는 다소 다르다는 점을 알려주는 근거로서 서양국가에서 술을 대하는 분위기가 반영된 규정으로도 파악 가능하다.

다. 완전명정죄 도입의 한계

완전명정죄는 「형법」 제10조 제3항에 해당하지 않는 우발적 주취범죄에 대해서도 처벌을 가능하게 한다. 이는 주취로 인한 사회문제를 해결할 수 있다는 데 큰 의미가 있다. 그러나 완전명정죄는 도입의 위험성도 내포하고 있어, 필요성과 타당성에 대한 신중한 고려가 필요하다. 먼저 ‘위험의 발생’과 ‘자의’가 존재하지 않는 주취범죄의 처벌은 형법상 책임주의 원칙과 헌법상 책임주체의 인간상에 위배된다.⁸⁶⁾

85) 최형표, “주취로 인한 심신미약 주장의 실무상 취급 및 주취범죄의 양형 실무와 개선방향”, 양형연구회·한국형사정책연구원 공동학술대회자료집, 2018, 19면.

86) 이승현, “최근 형법의 동향과 문제점”, 「법과 정책연구」 제13권 제3호, 한국법정정책학회, 2013.

완전명정죄로 처벌하고자 하는 행위는 이러한 위험을 감수할 만큼의 필요성을 갖지도 않는다. 주취범죄에 대한 일반론에서 살펴본 것처럼 주취상태는 해악과 반사회성을 보이고 우리나라 전체범죄의 23%를 차지할 정도로 상당하여 처벌할 필요성이 있다. 그러나 비난가능성이 크지 않은 사례까지 일률적으로 처벌하는 것은 책임원칙에 지나치게 위배되어 부당하다.⁸⁷⁾ 심지어 완전명정죄의 도입으로 얻게 되는 실익이 침해와 비교하여 현저히 크다고 볼 수도 없고, 비난가능성이 높은 주취범죄는 「형법」 제10조 제3항을 통해 처벌하고 있기에 완전명정죄 도입의 타당성도 없다. 즉, 주취에 대한 일률적인 감면 배제보다는 사실관계를 고려한 최소한의 주취감형 인정이 더욱 탁월한 해결방안으로 생각된다. 이는 완전명정죄의 신설이 아닌 형법 제10조 제3항의 폭넓은 해석으로 가능할 것이다.

2. 형법 제10조 제3항의 재해석

「형법」 제10조 제3항에 대해 끊이지 않고 있는 현 논의는 독일의 논의를 우리나라 「형법」 제10조 제3항의 해석론에 그대로 적용함으로써 발생한 문제이다. 따라서 우리는 제대로 된 문리해석을 통해 우리만의 독자적인 「형법」 규정 체계를 구축할 필요가 있다. 우리 「형법」의 해석에서는 제10조 제3항의 구성요소의 의미와 적용 범위에 대한 논의가 가장 중요하며⁸⁸⁾ 즉, 「형법」 규정 문언 그대로의 문리해석만이 우리 입법자의 입법 취지를 제대로 구현하는 방법이라고 할 수 있다.⁸⁹⁾

가. 구성요건에 대한 기존 해석

우리나라 「형법」에서는 “위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애 상태를 야기한 자의 행위에는 전 2항의 규정을 인정하지 아니한다.”고 규정한다. 따라서 제10조 제3항의 적용을 받기 위해선 1) 위험발생을 예견해야 하며 2) 심신장애상태를 자의로 야기하여야만 한다. 그러나 ‘위험발생의 예견’과 ‘자의’를 판단하는 기준에 대해선 현재 정확하게 정해진 바 없이 여러 견해가 오가는 중이다. 그중 대법원은 「형법」 제10조 제3항에 대하여 고의에 의한 원인에 있어 자유로운 행위뿐만 아니라 과실에 의한 원인에 있어 자유로운 행위에도 적용된다고 보았다. 즉, 위험

907-936면.

87) 성낙현, 앞의 논문, 138-154면.

88) 이용식, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 「서강법학연구」 제3권, 서강대학교 법학연구소, 2001, 232면.

89) 김준혁, 앞의 논문, 196면.

의 발생을 예견할 수 있었는데도 불구하고 자의로 심신장애를 야기한 경우도 그 적용대상에 해당한다고 판단한 것이다.⁹⁰⁾

나. '자 의'의 해석

「형법」 제10조 제3항에서 '과실'이나 '고의'로 심신장애를 야기하는 경우 모두를 자의 개념으로 보아 해석하는 견해와 과실로 야기한 심신장애의 경우 자의 개념으로 볼 수 없으며 오로지 고의로 심신장애를 야기하는 경우만을 자의 개념으로 보는 등의 '자의 개념'을 해석하는 다양한 견해들이 논의되고 있다.

하지만 「형법」의 측면에서 고의와 과실을 바라보면 이는 원칙적으로 죄의 성립요소인 사실의 인식과 관련되어 '구성요건적 사실에 대한 인식 또는 인식 가능성'을 토대로 하는 개념이다. 그러므로 인식 또는 인식 가능성의 대상이 되는 구성요건이 「형법」규정으로 미리 유형화되어 있지 않은 경우, 어떠한 대상에 대해서도 고의 또는 과실 개념을 사용할 수 없다. 따라서 심신장애 야기와 관련하여 '자의로'라는 개념을 입법자가 사용하고 있더라도 심신장애를 야기하는 일을 「형법」에서 범죄구성요건으로 만들어놓고 있지 않은 이상, 이에 대해 고의·과실 개념을 사용 해선 안 된다. 이는 「형법」 제26조에서 중지미수의 요건인 자의 개념을 고의 또는 과실 개념으로 풀이하지 않는 것에서도 확실히 알 수 있다. 이에 따라 결국, 제10조 제3항의 '자의 개념'은 단순히 행위자의 '자유로운 자기 결정' 혹은 '스스로의 자유로운 의사결정'이라는 의미로 해석 하는 것이 타당하며 어떻게든 심신장애 야기 그 자체와 관련하여 고의 또는 과실 개념을 연결 시켜서는 안 될 것이다.⁹¹⁾

다. '위험발생의 예견'의 해석

'위험발생'과 '예견'을 해석하기 위해 적절한 방법을 찾고자 논의가 이어지고 있다. 이에 대해 위험발생을 특정 구성요건적 사실의 실현으로 볼 것인지 또, 예견의 범위는 어떻게 볼 것인지 문제가 된다.

우선 「형법」 제10조 제3항에서 나오는 '예견'은 구성요건실현의 전 단계에서 발생하는 위험 그리고 이에 수반되는 위험 발생과 관련 있는 것이기 때문에 이를 특정 구성요건의 실현 대상

90) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92도999 판결.

91) 김성돈, "범죄체계론적 관점에서 본 "원인에 있어서 자유로운 행위", 「저스티스」 제36권 제5호, 한국법학원, 2003, 106-107면.

으로 하는 행위자의 심리적 태도로 볼 수 없다. 그러므로 「형법」 제10조 제3항의 예견개념은 고의·과실과 관련 없는 개념으로 해석해야 한다.⁹²⁾

또한, ‘위험발생’은 반드시 특정 구성요건적 사실을 전제로 하지 않는다. 따라서 문제의 구성요건이 보호하고 있는 법익에 대한 위험발생 뿐 아니라 “법익이 침해될 실질적인 가능성”까지 포함시킬 수 있다. 더 나아가 형식적으로 특정 구성요건을 실현하는 전 단계의 행위에서 일어나는 위험 또는 그 행위에 수반되는 위험의 발생까지도 위험발생에 포함된다고 이해하는 것이 타당하다. 실제로도 우리 「형법」 제13조, 제14조, 제17조, 제18조에서 위험발생개념을 이러한 의미로 사용하고 있음을 찾아볼 수 있다.⁹³⁾

라. 검토

엄연히 다른 법체계를 지닌 특정 나라의 법적 이론을 무조건적으로 수용함으로써 생겨난 논의는 당연히 우리나라 형법 질서에 혼란을 불러일으킬 수밖에 없다. 원인에 있어서 자유로운 행위 이론은 독일 형법상의 완전명정죄를 기초로 고의, 과실을 유형화하기에 충분히 근거를 가진 독일형법상 ‘이론’이지 우리 「형법」 제10조 제3항이 규정하는 위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자에게 직접 인용할 수 있는 ‘법 규정’은 아니다.⁹⁴⁾ 하지만 이를 도외시하여 무자비적으로 독일의 논의를 수용하고 이에 억지로 끼워 맞추는 「형법」 제10조 제3항의 해석은 우리 「형법」 질서에 혼란스러움만 가중하고 있을 뿐이다.

이러한 문제점을 해결하기 위하여 우리는 「형법」 문언 자체에 충실한 문리해석을 하고자 하는 노력이 필요하다. 여태 독일 이론에만 집중하며 해석하기 바빴던 탓에 우리 법체계를 고려하고 조항 그대로 충실히 해석하고자하는 노력은 정작 배제됐기 때문이다. 「형법」 제10조 제3항의 “위험발생 예견”과 “자의”에 대한 충실한 문리해석은 입법자의 입법 취지 구현에 가까워지는 바탕을 마련하고⁹⁵⁾ 원인에 있어서 자유로운 행위를 인정하는데 있어 보다 더 명확한 기준에 다다르도록 돕는 발판이 될 것이다.

92) 김성돈, 앞의 논문, 111면.

93) 김성돈, 앞의 논문, 109-110면.

94) 김준혁, 앞의 논문, 196면.

95) 김준혁, 앞의 논문, 196면.

3. 필요적 보안처분 제도 도입

가. 현행법상 주취범죄에 대한 보안처분의 문제

「보호관찰 등에 관한 법률」제1조⁹⁶⁾에 따르면 보호관찰 등의 보안처분은 범죄자로 하여금 보호관찰, 사회봉사, 수강 또는 갱생보호 등을 통해 교화와 개선을 통한 재사회화 및 범죄예방을 위해 시행된다. 과거에는 주취·정신장애의 상태에서 범죄를 저질렀더라도 중한 경우에만 치료감호에 처할 수 있었고, 경미한 경우에는 벌금형 등 처벌에 그칠 뿐이어서 재범 방지에 필요한 치료를 받도록 강제할 수 없었다. 그러나 2016년 이후 주취·정신장애의 상태에서 경미한 범죄를 저지른 경우에도 치료를 받도록 하는 ‘치료명령제’가 도입됨에 따라 주취자나 심신장애인이 금고 이상의 형에 해당하는 범죄를 저질렀을 경우 법원이 형의 선고나 집행을 유예하면서 치료받을 것을 명령할 수 있고, 보호관찰관의 감독도 받게 할 수 있게 되었다.⁹⁷⁾ 즉, 치료명령을 부과 받은 사람은 정신건강 전문의 진단을 받아 약물을 투여하면서 정신보건 전문가 등에 의한 심리치료 프로그램도 함께 받아야하고, 치료명령을 성실히 이행하지 않을 경우에는 유예한 형이 선고되거나 집행이 유예된 형이 집행되게 되었다.⁹⁸⁾

96) 「보호관찰 등에 관한 법률」 제1조(목적) 이 법은 죄를 지은 사람으로서 재범 방지를 위하여 보호관찰, 사회봉사, 수강(受講) 및 갱생보호(更生保護) 등 체계적인 사회 내 처우가 필요하다고 인정되는 사람을 지도하고 보살피며 도움으로써 건전한 사회 복귀를 촉진하고, 효율적인 범죄 예방 활동을 전개함으로써 개인 및 공공의 복지를 증진함과 아울러 사회를 보호함을 목적으로 한다.

97) 「치료감호 등에 관한 법률」 제1조(목적) 이 법은 심신장애 상태, 마약류·알코올이나 그 밖의 약물중독 상태, 정신성적(精神性的) 장애가 있는 상태 등에서 범죄행위를 한 자로서 재범(再犯)의 위험성이 있고 특수한 교육·개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 적절한 보호와 치료를 함으로써 재범을 방지하고 사회복귀를 촉진하는 것을 목적으로 한다.

「치료감호 등에 관한 법률」 제2조(치료감호대상자) ① 이 법에서 "치료감호대상자"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로서 치료감호시설에서 치료를 받을 필요가 있고 재범의 위험성이 있는 자를 말한다.

1. 「형법」 제10조제1항에 따라 벌할 수 없거나 같은 조 제2항에 따라 형이 감경(減輕)되는 심신장애인으로서 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 지은 자
2. 마약·향정신성의약품·대마, 그 밖에 남용되거나 해독(害毒)을 끼칠 우려가 있는 물질이나 알코올을 식품(食飲)·섭취·흡입·흡연 또는 주입받는 습벽이 있거나 그에 중독된 자로서 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 지은 자

동법 제16조(치료감호의 내용) ① 치료감호를 선고받은 자(이하 "피치료감호자"라 한다)에 대하여는 치료감호시설에 수용하여 치료를 위한 조치를 한다.

② 피치료감호자를 치료감호시설에 수용하는 기간은 다음 각 호의 구분에 따른 기간을 초과할 수 없다.

1. 제2조제1항제1호 및 제3호에 해당하는 자 : 15년
2. 제2조제1항제2호에 해당하는 자 : 2년.

98) 법무부 보도자료(2016.12.02), “주취·정신장애 범죄자에 대한 치료명령제 실시 -‘동기 없는 범

주취범죄의 보안처분에 대한 해외의 사례를 살펴보면, 약 53개의 국가가 알코올 및 약물사용자에 대한 강제구금을 비롯한 의학적 개입을 허용하는 법률을 제정하여 강제적 치료를 행하고 있다.⁹⁹⁾ 이에 반해, 우리나라의 경우에는 보호관찰만을 명령받거나 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 지은 주취범법자에게 지속적인 관리 및 지원을 위한 법적 근거가 없어 치료에 공백이 발생하고 있다. 지난 4년 동안의 통계에서 드러났듯, 주취폭력범죄의 주취 상태 재범률이 상당히 높고 흉악범죄에 있어 전과자 중 범행 시 주취상태인 경우가 2015년부터 2018년에 이르는 4년 동안 약 40%의 상당히 높은 비율을 유지하고 있다는 점은 주취범법자의 알코올 치료가 제대로 이루어지지 않고 있다는 것을 반증한다. 이처럼 현행 치료명령제도는 부과 대상이 제한적이고 여러 이유로 그 활용이 미미하다.

나. 현행법상 주취범죄에 대한 보안처분의 문제 해결 방안

제20대 국회에서는 치료명령을 판사의 재량에 따라 부과하도록 하는 것에서 의무적으로 부과하도록 하는 법률 개정안을 발의¹⁰⁰⁾하였다. 주취나 심신장애 상태에서 범죄를 저지른 자가 법원에서 금고 이상의 형을 선고 받은 때에 한하는 게 아닌, 벌금형과 집행유예·선고유예를 선고 받을 경우에도 치료명령을 의무적으로 부과하도록 하여 이들의 재범을 방지하고 사회적 복귀를 도와야 한다는 것을 이유에서다. 치료명령제도의 활용이 여전히 미미하고 주취상태의 강력범죄 재범률이 상당히 높다는 점에서 재검토해 볼 필요가 있어 보인다.

미국의 약물법원의 치료적 개입, 영국의 알코올치료명령 등의 보안처분은 우리나라의 ‘치료명령제도’와 달리 대상자를 선정할 때 범죄의 경중은 고려하지 않고, 오로지 치료를 통한 회복가능성을 기준으로 한다.¹⁰¹⁾ 또한 영미법상의 주취상태 범죄자를 대상으로 하는 프로그램들은 단지 개인의 치료를 통한 재범예방만을 목적으로 하지 않고, 범죄자가 속한 가족이나 지역사회의 회복까지를 염두에 둬으로써 그 대상자의 범위가 보다 개방된 형태¹⁰²⁾라는 점에서 우리나라와 차이가 있다. 이러한 차이점은 보안처분의 대상이 협소하고, 개인의 치료만을 목적으로 하는 우리나라 주취범죄의 보안처분이 앞으로 나아가야 할 방향을 시사한다.

죄’가 크게 감소할 것으로 기대-”, 법무부 범죄예방정책국 보호관찰과, 2016, 1-2면.

99) 이계성, “정신질환 및 알코올 사용 관련 범죄자에 대한 효과적 개입 방안-치료보호제도의 도입에 관한 연구-”, 「한국보호관찰학회 학술대회」 제4호, 한국보호관찰학회, 2015, 21면.

100) 송기현의원 대표발의, “치료감호 등에 관한 법률 일부 개정안(의안번호 : 2022729)”, [임기만료폐기], 2면.

101) 김혜경, “치료명령제도의 도입에 따른 법적 개선방안”, 「형사정책」 제28권 제2호, 한국형사정책학회, 2016, 120면.

102) 김혜경, 앞의 논문, 121면.

4. 예방적 보호조치 강구

가. 주취차 원스톱 응급의료센터의 문제와 해결방안

상습 주취범법자들에게 대한 범죄 예방을 위해서 2012년 7월부터 서울지방경찰청은 ‘주취차 원스톱 응급의료센터’(이하 ‘주취차 응급의료센터’라 한다) 제도를 도입했다.¹⁰³⁾ 비교적 범죄자가 되거나 범죄의 표적이 될 수 있고, 안전사고에 노출될 우려가 있는 주취자를 병원에 이송하고 보호하는 제도이다. 서울에서는 본원을 포함하여 6곳의 주취차 응급센터가 운영 중에 있다. 그러나 이러한 주취차 응급의료센터가 운영된 지 8년이 되었지만, 내원한 주취 환자들에 대한 응급실 이용 행태에 관하여 어떠한 효과나 성과에 대해서는 발표된 바가 없다. 그 원인은 단순 주취자의 과밀화로 제도의 취지나 실효성이 떨어진다는 점과 주취자를 안전하게 보호하고 치료하는 데에 집중되어 주취자들이 반복적으로 술을 마시고 응급실에 내원하는 횟수가 늘어나고 있다는 점에 있다. 따라서 주취차 응급의료센터 제도가 그 목적에 맞는 성과를 도출해내고 궁극적으로 주취범법자들의 재범률을 낮추기 위해서는, 단순 주취자의 경우 외국 사례를 참고하여 단순 주취자로 인한 응급실 과밀화를 방지하고 의료자원의 효율적 배분을 위한 방안을 모색해야 할 것이다. 또한 해당 응급실에서 주취자 퇴원 시, 필요하다고 생각되는 경우에 알코올 클리닉이나 알코올 병원으로 연계되는 부분을 보완해야 할 것으로 보인다.

나. 단순주취자에 대한 보호·관리 문제와 해결방안

우리나라는 「경찰관직무집행법」 제4조 제1항을 통해 술 취한 상태로 자기 또는 타인의 생명, 신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있고, 응급의 구호를 요한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에 보호조치를 할 수 있도록 규정하고 있다.¹⁰⁴⁾ 그러나 주취소란, 고성방가와 같은 경미한 범법행위나 단순 주취자에 대한 처분규정은 별도로 존재하고 있지 않다. 이와 관련하여 해외의 사례를 보면, 프랑스의 경우에는 이미 1873년에 공공장소에서의 주취상태 자체를 범죄로 규정하였으며, 공공장소에서 주취자를 발견하면 주취자 보호시설에 강제보호조치를 하도록 규정하고, 이때의 주취자 처리비용은 본인이 부담하게 되어 있다. 일본의 경우에는 일본경찰관

103) 박상화·함은미·표창해·박현경·박근홍·김한범·박진형·이우성, “주취차 원스톱 응급의료센터’ 제도를 통해 내원한 환자들의 역할적 특징 분석”, 「대한응급의학회지」 제31권 제3호, 대한응급의학회, 2020, 331면.

104) 김태명, “주취범죄 대응 및 재범방지에 관한 형사정책적 제언”, 「경찰법연구」 제10권 제2호, 한국경찰법학회, 2012, 15면.

직무집행법상 보호의 요건인 '만취'상태가 아닌 주취자에 대해서도 공공장소나 대중교통수단 등에서 난폭한 언동을 하고 그러한 자가 본인을 위해 응급의 구호를 요한다고 믿을만한 상당한 이유가 있는 때에는 강제적 보호조치를 할 수 있으며, 경찰관의 제지에 불응하는 경우 형사처벌하도록 하고 있다.¹⁰⁵⁾ 주취로 인한 소란이나 불안감조성과 같이 각종 공공의 안녕과 질서에 위험을 야기하는 경우에 대해서는 그에 적당한 보호조치를 취하는 것이 필요함에도 우리나라는 이러한 법적 규정이 제대로 갖춰져 있지 않다. 따라서 공공장소에서의 주취소란과 같은 주취상태에서의 경미한 범법행위 및 단순 주취자에 대한 법적 규제를 논의할 필요가 있다.

V. 결 론

현대 사회에서 주취감형 적용에 대한 논의는 항상 끊이지 않고 있다. 사회 전반적으로 주취범죄자의 형이 가볍다는 인식이 팽배한 탓에 국민 법 감정에 부적절한 주취감형 제도를 폐지해야 한다는 말이 오가고 있는 실정이다. 하지만 책임주의를 따르는 우리나라 형법체계상 책임능력이 존재하지 않는 명정상태에서의 범죄를 보통의 범죄와 동일선상에 두어 처벌하고자 하는 것은 엄연히 책임주의에 어긋난다. 결국, 주취감형 제도는 우리 「형법」이 보호하고자 하는 가치를 지키기 위해선 존재할 수밖에 없는 제도이다. 따라서 본 논문은 주취범죄의 실태와 주취감형 관련 법률규정, 해외 입법례를 살펴보면서 제도 자체의 취지와 그 존재 이유를 분석하고 궁극적으로 우리나라 실정에 맞는 주취감형 제도의 적절한 개선방안을 찾고자 하였다.

현재 우리나라의 주취범죄 비율은 전체범죄의 약 23% 정도로 대략 전체범죄의 4분의1을 차지하고 있다. 또한, 흉악범죄, 폭력범죄와 같은 주취범죄들은 재범률이 높다는 특징을 가지는데 여기서도 음주가 재범 가능성을 높이는 촉발요인으로서 작용하고 있다. 실제로 주취상태 범죄자들에게는 알코올 의존증상, 유해성 음주, 문제성 음주, 갈망 및 금단상황이 재범여부에 유의미한 영향을 미치므로 재범 방지를 위해서는 주취상태 범죄자를 대상으로 하는 치료프로그램의 확대가 중요하다. 그러나 주취범죄 예방에 있어서 치료명령제도가 도움이 될 수 있음에도 불구하고 아직까지 국내에선 치료명령제가 제대로 시행되고 있지 않는 모습을 발견할 수 있었다. 또한, 현재 우리나라는 주취범죄자들에 대해 보안처분과 보호처분을 시행하여 이들의 재범을 예방하고 사회적 복귀를 돕고 있으나, 영국과 미국에 비하면 실제 그 제도의 활용이 미미하다는 점에서 전체적으로 이에 관한 논의가 필요해 보인다.

105) 김형훈, “주취자 보호관련 법제도 정비방안”, 「경찰학연구」 제8호, 경찰대학교, 2005, 118면.

주취범죄의 감경은 「형법」 제10조를 통해 이루어지고 있으며 이외 특례법 「성폭력범죄특례법」, 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 개정안」, 「도로교통법」을 추가로 개정, 신설하여 주취범죄에 있어서 강력한 대응을 하기 위한 모습을 보이고 있다. 또, 우리나라 대법원은 성범죄와 폭력범죄에 대하여 양형기준을 정하여 책임능력이 없는 심신미약상태를 특별감경인자로 반영하여 실무상에 적용하고 있다. 현재 「형법」 제10조 제3항에 대하여 문제가 되는 것이 바로 원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 논의이다. 하지만 이는 독일 형법과 엄연히 다른 입법체제를 가지고 있는 우리나라에서 독일 논의에 맞추어 「형법」 제10조 제3항을 해석하여 발생한 문제이다. 결국, 독일의 논의에서 벗어나 우리만의 독자적인 해석론을 세워나간다면 ‘구성요건모델’, ‘예외모델’에 관한 논쟁, 고의·과실을 인정하는 시점과 기준, 실행의 착수시점을 논할 필요가 전혀 없는 것이다.

실제 판례에서도 ‘위험 발생의 예견’과 ‘자의로 심신장애를 야기해야 한다’ 두 문언에 관해선 혼란된 입장을 취하고 있으므로 제10조 제3항의 구성요소 의미와 적용범위에 대한 논의의 중요성이 대두된다. 이에 대한 대안으로 제10조 제3항의 ‘자의개념’은 단순히 행위자의 ‘자유로운 자기결정’ 혹은 ‘스스로의 자유로운 의사결정’이라는 의미로 해석하는 것이 타당하며 심신장애 야기 그 자체와 관련하여 고의 또는 과실 개념을 연결해서는 안 될 것이다. 그리고 ‘예견’개념은 특정 구성요건의 실현 대상으로 하는 행위자의 심리적 태도로 볼 수 없으므로 고의·과실과 관련 없는 개념으로 해석해야 한다. ‘위험발생’은 반드시 특정 구성요건적 사실을 전제로 하지 않는다. 따라서 문제의 구성요건이 보호하고 있는 법익에 대한 위험발생 뿐 아니라 “법익이 침해될 실질적인 가능성”까지 포함할 수 있다. 더 나아가 형식적으로 특정 구성요건을 실현하는 전 단계의 행위에서 일어나는 위험 또는 그 행위에 수반되는 위험의 발생까지도 ‘위험발생’에 포함된다고 이해하는 것이 타당하다.

완전명정죄는 비난가능성이 크지 않은 사례까지 확일적으로 처벌하게 되기 때문에 책임원칙에 위배되는 도입의 위험성을 지니고 있다. 그러므로 도입에 대한 신중한 고려가 필요하다. 하지만 실제로 완전명정죄를 도입하여 연계 되는 실익이 침해와 비교하여 현저히 크다고 볼 수 없고, 비난가능성이 높은 주취범죄는 「형법」 제10조 3항을 통해 처벌하고 있기에 완전명정죄 도입이 타당하다고 볼 수 없다. 즉, 사실관계를 고려한 최소한의 주취감형 인정이 더 나은 방안이 될 수 있을 것이다. 그리고 이는 완전명정죄의 신설이 아닌 「형법」 제10조 3항의 폭넓은 해석으로도 해결 가능한 문제이다.

실제로 법원에서 주취상태로 인한 심신장애가 인정되어 감형이 이루어지는 경우는 극히 드물지만, 대중의 인식은 이와 달라 주취감형 존폐에 대한 논란이 커졌다. 본 논문은 법원의 실제 판단과 국민의 인식이 무엇 때문에 다른지에 대해 초점을 맞추며 살펴보고, 그 원인이 ‘현행

법 제도의 시행'과 '기존 해석'에 있었음을 밝혀냈다. 결국, 이러한 문제를 해결하기 위해선 주취감형 제도에 대한 연구가 여러 방면으로 활발하게 이뤄져야 현재 우리나라 상황에 적합한 법 제도를 체계적으로 구축해나갈 수 있을 것으로 보인다. 심도 깊은 논의와 연구를 통해 주취범죄 예방에 있어서 적극적인 대응체제를 지니고 실제 법관의 법리해석과 국민들의 법감정 간의 괴리를 좁힐 그 날을 기대해본다.

참 고 문 헌

I. 국내문헌

- 강동욱·이원정, “주취상태에서 강, 폭력범죄자의 책임과 양형분석”, 「한양법학」 제25권 제3호, 한양법학회, 2014.
- 기광도, “알코올-범죄관계에 대한 이론적 논의”, 「법학연구」 제18권 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2010.
- 김성돈, “범죄체계론적 관점에서 본 “원인에 있어서 자유로운 행위””, 「저스티스」 제36권 제5호, 한국법학원, 2003.
- 김정민, “주취상태 범죄자의 재범에 영향을 미치는 요인 연구”, 전주대학교 석사학위논문, 2019.
- 김준혁, “원인에 있어서 자유로운 행위와 형법 제10조 제3항”, 「한양법학」 제26권 제4호, 한양법학회, 2015.
- 김태명, “주취범죄 대응 및 재범방지에 관한 형사정책적 제언”, 「경찰법연구」 제10권 제2호, 한국경찰법학회, 2012.
- 김한균, “주취감경의 형법적 문제와 양형기준의 합리화”, 「형사법의 신동향」 제61호, 대검찰청, 2018.
- 김혜경, “치료명령제도의 도입에 따른 법적 개선방안”, 「형사정책」 제28권 제2호, 한국형사정책학회, 2016.
- 김형훈, “주취자 보호관련 법제도 정비방안”, 「경찰학연구」 제8호, 경찰대학교, 2005.
- 류전철, “과실의 원인에 있어서 자유로운 행위와 과실범의 구별”, 「법학논총」 제35권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2015.
- 박상희·함은미·표창해·박현경·박근홍·김한범·박진형·이우성, ““주취자 원스톱 응급의료센터” 제도를 통해 내원한 환자들의 역학적 특징 분석”, 「대한응급의학회지」 제31권 제3호, 대한응급의학회, 2020.
- 성낙현, “완전명정죄 처벌규정의 입법론”, 「법제연구」 제55호, 한국법제연구원, 2018.
- 손지선, “원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 연구”, 「법학논집」 제12권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2008.
- 신동일, “심신장애 판정의 문제점과 개선방안 : 각국의 제도 및 현황을 비교하여”, 「형사정책연구원 연구총서」 제30호, 한국형사정책연구원, 2004.
- 오재근, “정신감정 사례분석을 통한 주취범법자의 형사책임 고찰”, 연세대학교 박사학위논문, 2019.

- 이계성, “정신질환 및 알코올 사용 관련 범죄자에 대한 효과적 개입 방안-치료보호제도의 도입에 관한 연구-”, 「한국보호관찰학회 학술대회」 제4호, 한국보호관찰학회, 2015.
- 이수정·강지은·이지연·손세림·조보아·김윤지·박은화·최혜자·김민선·이래나, “형사책임능력 감정 척도 도입에 관한 연구 용역 연구 보고서”, 법무부, 2015.
- 이승현, “최근 형법의 동향과 문제점”, 「법과 정책연구」 제13권 제3호, 한국법정책학회, 2013.
- 이용식, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 「서강법학연구」 제3권, 서강대학교 법학연구소, 2001.
- 이재상·장영민·강동범, 「형법총론」, 박영사, 2019.
- 정숙희, “주취상태의 양형맥락과 양형기준 개선방안”, 「인권과 정의 : 대한변호사협회지」 제463호, 대한변호사협회, 2017.
- 최이문·이혜랑, “정신장애 범죄자에 대한 법원의 책임능력 판단에 대한 연구(2014-2016)”, 「한국심리학회지: 법」 제9권 제1호, 한국심리학회, 2018.
- 최형표, “주취로 인한 심신미약 주장의 실무상 취급 및 주취범죄의 양형 실무와 개선방향”, 양형연구회·한국형사정책연구원 공동학술대회자료집, 2018.
- 한상훈, “명정상태 범죄자의 형사책임과 개선방안”, 「형사정책연구원 연구총서」 제9권 제18호, 한국형사정책연구원, 2009.
- 하혜영·권아영, “주취소란 및 주취폭력자의 관리 현황과 향후 과제”, 「이슈와 논점」 제538호, 국회입법조사처, 2012.
- 한정환, “형법 제10조 제3항과 ‘원인에 있어서 자유로운 행위’”, 「형사법연구」 제25호, 한국형사법학회, 2006.

II. 국외문헌

- Arthur Kaufmann, Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit, JZ 1963.
- Brandstetter, Wolfgang, Grundfragen der Deliktsverwirklichung im Vollrausch: Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung, Wien : Wirtschaftsverlag Dr. Aton Orac, 1992.
- Sentencing Council, Assault-Definitive Guideline, 2011.
- Jeschek·Hans-Heinrich, Die Schuld im Entwurf eines Strafgesetzbuchs für England und Wales im Vergleich mit dem deutschen Strafrecht, in: Rudolf Schmidt-FS, Tübingen, 1992.

- Mérigeau·Martine·Landesbericht, Frankreich in: Eser·Huber(Hrsg), Strfsrechtsentwicklung in Europa 1989-1992, Teilbd. 1, Freiburg, 1997.
- Nomos Kommentar (NK), StGB, 2. Aufl., 2005.
- Paeffgen, actio libera in causa und §323a StGB, ZStW 97, 1985.
- 大塚 仁(編), 刑法 I, 1990.
- 前田雅英 등, 條解 刑法, 2002.

Ⅲ. 기타자료

- 대법원 1992. 7. 28. 선고 92도999 판결.
- 대법원 2012. 6. 14. 선고 2012도4294 판결.
- 제주지방법원 2010. 12. 06. 선고 2010고합138 판결.
- 춘천지방법원 2011. 6. 22. 선고 2011노1 판결.
- 대전지방법원 2012. 12. 05. 선고 2012고합607 판결.
- 의정부지방법원 2013. 5. 22. 선고 2013고합44 판결.
- 울산지방법원 2013. 12. 27. 선고 2013고합157 판결.
- 울산지방법원 2014. 2. 20. 선고 2013고단2461 판결.
- 울산지방법원 2014. 11. 13. 선고 2014고합276 판결.
- 울산지방법원 2018. 7. 12. 선고 2018고단741 판결.

아동·청소년 대상 디지털 성범죄의 근절을 위한 함정수사 연구

김용희(법03)

[목 차]

I. 서론

II. 이론적 배경

III. 문제상황

IV. 함정수사의 도입

V. 결론

I. 서론

1. 연구의 목적

어린이가 모국어를 배우며 자라는 것처럼 뉴미디어와 함께 크고 자라 디지털 기기와 디지털 언어를 자연스럽게 체득한 2000년 전후로 출생한 청소년 연령층을 디지털 원주민이라고 부른다.¹⁾ 현재의 아동·청소년 세대가 이 디지털 원주민이라고 볼 수 있으며, 이들의 특징은 오프라인 공간과 온라인 공간의 구분이 명확하지 않다는 점이다. 그리고 온라인은 디지털 기기에 친숙한 아동·청소년에게 영향을 크게 미치는데, 이에 따라 아동·청소년은 온라인에서 성인보다 더 활발히 사회관계를 형성하게 된다. 이러한 온라인상의 활동과 접근은 스마트폰의 도래로 더욱 활발하고 쉬워졌는데, 실제로 우리나라는 2019년 7월 기준으로 만 6세 이상의 인구 중에 ‘스마트폰’을 보유한 비율은 92.2%에 달한다.²⁾ 이는 디지털 성범죄의 대상이 성인에서부터 미성년자에 이르기까지 점차 저연령화될 수 있다는 것을 의미한다.

2020년 3월, n번방 사건에 대한 언론의 보도는 우리나라를 뒤흔들었다. n번방 사건이란, 2019년 2월부터 미성년자와 수십여 명의 여성에게 협박하여 얻어낸 성착취 영상물을 타의 및

1) 배상률·박남수·백강희·고은혜, “청소년 사이버일탈 유형별 대책 연구”, 「연구보고 17-06」, 한국청소년정책연구원, 2017, 3면.

2) 한국정보화진흥원, 「2019 인터넷이용실태조사」, 과학기술정보통신부, 2020, 7면(https://www.nia.or.kr/site/nia_kor/ex/bbs/View.do?cblDx=99870&bcldx=22082&parentSeq=22082(검색일 : 2020. 08. 20.)).

자의로 촬영하게 하여 이를 스마트폰 어플리케이션 내의 대화방에서 판매 및 유통한 디지털 성범죄를 말한다. 그 중에 가장 악질의 방으로 알려진 박사방의 주된 피해자 74명 중에 미성년자가 16명이나 포함³⁾되어 있었다는 사실 또한 밝혀지며 피해자 중 미성년자가 다수 있는 것으로 밝혀졌는데, 이는 스마트폰을 통한 온라인상에서 우리나라의 미성년자가 디지털 성범죄에 무방비로 노출되어있다는 것을 보여준다.

이번 n번방 사건은 디지털 성범죄 중에서도 악질적인 성범죄이면서 온라인 그루밍 성범죄의 전형적인 모습을 보여주면서도 종래의 온라인 그루밍 보다 더욱 진화된 신종 온라인 그루밍 양상을 보여주었다. 즉, 이번 사건은 피해자인 아동·청소년과 신뢰관계가 기본인 종래의 온라인 그루밍과는 달리, 가해자의 개인정보 유출 협박 등을 통한 가해자의 일방적인 요구사항을 기반으로 성인 가해자에 대한 아동·청소년의 의존이 없어, 양자의 신뢰관계를 쌓을 필요가 없으므로 온라인 그루밍이 더 빠르게 진행되었다.

우리나라의 경우 범죄 그 자체나 이에 대한 정책에 대한 연구는 활발하다. 그러나 디지털 성범죄의 경우는 범죄의 성격 소명이나 정책으로 해결하기 어려운 것이 현실이다. 디지털 성범죄의 특성으로 보아 n번방 사건과 유사한 유형의 범죄를 예방할 수 있는 대책이 마련되어야 한다. 또한, 빠르게 변하는 시대의 흐름에 맞추어 디지털 성범죄도 계속하여 다른 방식으로 변화하고 있으며, 최근의 온라인 그루밍은 음지화·지능화·수익화 되고 있다는 심각성을 고려하여 함정수사와 같은 수사방식도 마련되어야 할 것이다.

따라서 본 연구에서는 디지털 성범죄의 의의를 살펴보고 이의 특성을 연구할 것이다. 또한, 디지털 성범죄의 유형의 전체적인 내용을 살펴보고, 그 중 온라인 그루밍에 대하여 구체적으로 기술할 것이다. 그리고 온라인상의 그루밍 성범죄와 온라인에서의 범죄모의가 실제 현실에서 이루어진 점과 스마트폰 보급률이 높은 우리나라의 특성상 애플리케이션을 통하여 온라인 그루밍에 무방비로 노출되어 있는 아동 및 청소년을 보호하기 위한 대책으로서의 함정수사를 연구할 것이다. 우리나라의 함정수사에 대한 선행연구는 함정수사의 도입을 제안하거나 그 법리적 측면을 중심으로 연구하였다면, 본 논문은 함정수사의 방법론적인 측면과 타당성 및 정당화 근거를 논한다는 점에서 의의가 있다. 이에 따라 해외에서 시행하고 있는 함정수사의 비교법적 검토와 해당 국가들의 판례를 기반으로 우리나라 함정수사의 방법론을 제시할 것이다.

3) KBS NEWS(2020.06.23), “‘수괴 조주빈 중심의 범죄집단’...‘박사방’ 범죄집단조직죄 적용”, [http://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=4477309&ref=A\(검색일 : 2020. 08. 23.\)](http://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=4477309&ref=A(검색일 : 2020. 08. 23.)).

2. 연구의 범위 및 방법

본 논문은 올해 초 우리나라 사회에 큰 충격을 안겨준 디지털 성범죄와 그에 대한 대책으로서의 디지털 성범죄, 온라인 그루밍, 함정수사에 관한 문헌과 기존의 논문, 판례에 대한 개괄적인 검토로 이루어졌다. 디지털 성범죄에 대한 연구와 논의는 종래 부진하였으나, 올해 초 화제가 된 n번방 사건에 대한 집중 보도 이후 그에 대한 연구가 활발하게 진행되고 있다. 기존의 디지털 성범죄에 대한 연구는 디지털 성범죄의 의의와 법제도에 관한 내용이 주를 이루었다면, 2000년대 후반부터는 서서히 디지털 성범죄에 대한 수사기법에 대한 연구로 확장되기 시작하였다.

디지털 성범죄의 대책으로 들어가기에 앞서, 제2장에서는 이론적 배경으로 제1절에서 디지털 성범죄에 대하여 논의하고 있다. 디지털 성범죄의 의의에 대하여는 기존의 연구를 바탕으로 검토하였다. 그리고 디지털 성범죄의 특성을 디지털 공간으로서의 특성과 성인지감수성의 측면을 중심으로 선행연구와 보도자료를 중심으로 조사하였으며, 이를 통하여 디지털 성범죄의 심각성에 대하여 제시하였다. 아울러, 디지털 성범죄의 유형의 경우는 언론의 보도자료와 관련 논문을 기반으로 살펴보고 온라인 그루밍에 대하여 구체적으로 논하였다.

그리고 제2절은 앞서 언급한 디지털 성범죄의 유형 중의 하나인 온라인 그루밍에 대하여 기술하였다. 이번 n번방 사건은 전형적인 온라인 그루밍 성범죄와 유사하면서도 다르게 진행되었는데, 이에 따라 제2절의 1항에서는 온라인 그루밍의 의의에 대하여 기존 논문을 바탕으로 우선적으로 살펴보았다. 그리고 2항에서 온라인 그루밍의 특성을 오프라인 그루밍과 대비하여 기술하였고 온라인 그루밍의 단계에 대하여 기존 논문을 바탕으로 검토하였다. 제3항에서는 온라인 그루밍의 발생 원인을 온라인 공간이라는 관점과 익명성 보장의 관점에서 살펴보았다. 제4항에서는 온라인 그루밍의 현황을 실태조사 자료를 기반으로 제시하였고 온라인 그루밍의 심각성을 제시하였다.

제3장은 점차 진화하는 디지털 성범죄와 이번 n번방 사건을 참고하여 문제상황을 제시하고 이에 충분히 대응하지 못한 현행 법체계의 문제점을 제시하였다. 제1절에서 종래의 디지털 성범죄와 달리 범죄의 양상이 비대면에서 대면으로 점차 진화하고 피해의 정도도 심각해지고 있다는 것을 제시하였다. 제2절에서는 이번 n번방 사건의 범행 수법을 중심으로 피해자를 잠식하는 것이 더 신속하게 이루어지는 신종 온라인 그루밍에 대하여 언론의 보도자료와 논문을 중심으로 기술하였다. 제3절에서는 아동·청소년에 대하여 온라인상에서 성적 목적으로 권유·유인하는 행위와 이의 미수를 처벌하지 못하는 현행 법체계의 문제점을 제시하였다.

아울러, 이번 성착취 사건으로 국무조정실에서 함정수사를 도입하겠다는 보도자료와 이번 사

건에 미성년의 피해자가 다수 존재하였다는 언론의 보도를 바탕으로 제4장에서는 온라인 그루밍에 대응할 수 있는 수사기법으로 함정수사를 제시하였다. 함정수사를 본격적으로 살펴보기 전에 제1절에서 함정수사에 대한 논의의 필요성을 범죄 양상의 변화와 아동·청소년의 뇌발달과 관련된 성장기적 특성을 이유로 한 법익보호의 관점에서 살펴보았다. 제2절의 제1항에서는 함정수사의 의의를 문헌을 통하여 기술하고 적법성 여부를 살펴보았다. 제2절의 제2항에서는 함정수사의 주관설, 객관설, 이원설, 종합설 순으로 학설을 제시하고, 함정수사에 대한 대법원의 관점을 판례를 통하여 함정수사를 기회제공형과 범의유발형으로 구분하였다. 제3항에서는 함정수사에 대한 비교법적 검토로 미국, 영국, 호주, 네덜란드, 독일과 같이 아동과 청소년을 대상으로 한 디지털 성범죄에 대하여 경각심을 가져온 해외 주요 국가들의 디지털 성범죄에 대한 함정수사 및 잠입수사관제도에 대하여 법제도와 해당 국가들의 법제를 통하여 검토하였다. 그리고 우리나라에 함정수사를 도입하게 되었을 경우, 함정수사가 가지는 주요 이점을 기존 논문을 통하여 제시하였다. 그리고 제4절에서는 국내에 함정수사가 도입되었을 경우, 수사관이 위장 아이디어를 만들 때 추가적으로 고려 가능한 함정수사의 방법을 기술적인 측면에서 제안하였고, 이에 따라 함정수사를 정당화할 수 있는 방안에 대하여 제안하고 결론에서 함정수사의 논의를 종합하여 마무리하였다.

II. 이론적 배경

1. 디지털 성범죄

가. 디지털 성범죄의 의의

1990년대 말, 인터넷의 비약적인 발전과 개인용 컴퓨터의 보급으로 사이버 공간은 모두에게 중요한 부분을 차지하고, 이에 따라 사이버 공간에서의 법익 침해에 알맞게 대응할 필요성이 대두되었다.⁴⁾ 시간이 흘러 디지털 사회의 본격적인 도래와 스마트폰의 출현은 우리의 생활방식과 사회양식을 바꾸기 시작했고, 이 총체적인 변화는 급속도로 진행되어 불과 20여년 만에 다양한 디지털 성범죄 양식이 발현되었다. 그러나 현재 국내의 디지털 성범죄에 관한 논의는 합

4) 윤지영, “디지털 성범죄 대응을 위한 수사법제 개선 방안 - 온라인 수색과 잠입수사 법제화를 중심으로 -”, 「형사정책」 제32권 제2호, 한국형사정책학회, 2020, 43면.

의점을 찾지 못하고 있다. 현실에서 일어나는 성폭력에 대비되는 용어로 ‘온라인 성폭력’을 쓰면서, 이외에도 ‘사이버 성폭력’, ‘디지털 성폭력’과 같은 용어가 쓰이고 있고, 이에 대하여 아직 실무에서나 학자들 사이에서도 디지털 성폭력의 개념과 범위의 정의를 정확하게 내리지 못하고 있다.⁵⁾ 정부는 2017년 종합대책 발표에서 ‘디지털 성범죄’라는 용어를 사용하는 것을 최초로 제안하였는데, 이때 개념의 명확한 정의를 밝히지 않았다.⁶⁾ 이에 따라, 디지털 성범죄에 대한 다양한 정의가 나오게 되는데, 그 내용은 다음과 같다.

디지털 성범죄를 사이버 성폭력의 개념으로 이해하면 비록 물리적으로 서로 맞닿지 않지만, 실제의 성폭력처럼 피해자의 ‘자아’에 심각한 피해를 입히는 폭력행위이다.⁷⁾ 또한, 디지털 성범죄를 사이버 성폭력으로 이해할 경우에, 사이버 성폭력은 사이버공간에서나 정보통신망에서 일반인에게 성적으로 불쾌감을 일으키거나 성적 의미를 보이는 일체의 적절하지 못한 말과 행동이나, 상대방에 대하여 접근할 권한이 없는 자가 성적인 의도를 지니고 아동과 청소년, 장애인에게 접근하거나, 접근하려는 일체의 행위로 익명성, 피해계속성, 전파가능성을 특징으로 한다.⁸⁾

디지털 성범죄, 사이버 성폭력과 혼용되어 사용되는 개념으로 온라인 성폭력도 있는데, 온라인 성폭력이란 온라인 공간에서 일어나는 성적 인격권을 침해하는 일련의 행위를 의미한다.⁹⁾ 그리고 성범죄로서 법학적 관점에서 이해되어야 한다는 측면과 여성학, 젠더학의 관점에서도 관찰되어야 한다는 측면으로 대립된다.¹⁰⁾ 또한, 위에 서술한 바와 같이 ‘디지털 성폭력’은 종래 자주 일어나던 디지털 성범죄의 유형인 몰래카메라, 리벤지 포르노 등을 모두 포함한 의미를 가지므로 명확한 단어로 보기 어렵다는 주장이 제기되기도 하였다.¹¹⁾

-
- 5) 김현아, “카메라등이용촬영죄 처벌의 문제점과 개선방안”, 「이화젠더법학」 제9권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2017, 4면.
 - 6) 최소운·한민경, “‘사이버 음란물’에서 ‘기술매개 젠더기반 폭력’까지 : 디지털 성범죄 관련 국내 연구동향 분석”, 「한국범죄학」 제14권 제2호, 대한범죄학회, 2020, 147면.
 - 7) 김은경, “사이버 성폭력의 현실과 쟁점들”, 「사이버 커뮤니케이션 학보」 제7호, 사이버커뮤니케이션학회, 2001, 72면.
 - 8) 권미경, “디지털 성범죄 피해자 지원 프로세스에 대한 연구”, 「이화젠더법학」 제10권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2018, 41면.
 - 9) 원혜옥·홍민지, “온라인에 기반한 아동청소년 대상 성착취에 대한 법제도 개선방안”, 「피해자학 연구」 제28권 제1호, 한국피해자학회, 2020, 125면.
 - 10) 김한균a, “디지털 성범죄 차단과 처단 - 기술매개 젠더기반 폭력의 형사정책 -”, 「저스티스」 제178호, 한국법학원, 2020, 372면(젠더학의 관점에서는 디지털 성범죄의 원인에 대하여 강간 문화와 같은 성폭력이 만연한 환경으로 인하여 여성에 대한 성폭력을 용인하게 만든다고 주장한다. 그러나 이러한 여성에 대한 남성의 일방적인 성범죄의 일반화보다, 이는 일부 집단의 의도적인 폭력행위라고 보는 주장도 있다).
 - 11) 김연수·정준섭, “디지털 성범죄”관련 정부대책과 개선방안”, 「동북아법연구」 제11권 제3호, 전북대학교 동북아연구소, 2018, 388면.

결국 디지털 성범죄라 하면 범죄의 수단과 그에 따른 경과가 디지털상에서 이루어지는 것을 말할 것이다. 그러나 디지털상에서 이루어지는 범죄일지라도 가해자와 피해자가 현실에 존재하는 것은 일반 범죄와 다를 바 없다. 특히 디지털 성범죄는 디지털 공간 내에서 이루어지는 성범죄라고 피해자에게 성적 수치심과 정신·신체적으로 피해를 주지 않는 범죄가 아니며, 이러한 특징으로 형사법체계에 유입된 범죄양상이다. 뿐만 아니라, 디지털 공간에서 일어나는 성범죄라 하여 피해자들이 현실 공간에서 겪는 성범죄로 인한 피해보다 덜 받는 것은 아니라고 할 것이다.

따라서 디지털 성범죄의 개념에 관한 논의는 향후 계속될 것이지만, 보통의 디지털 성범죄라 함은 정부가 공고한 “디지털 성범죄 피해방지 종합대책”의 기준에 따라 디지털 공간에서 성별에 구속되지 아니하고 모든 사람에게 성적 욕망을 불러일으키고 수치심을 유발¹²⁾할 수 있는 일체의 범죄행위를 디지털 성범죄로 정의함이 적절할 것이다. 그러나 이러한 정의 역시 과학기술의 발달로 종래에 존재하지 않던 유형의 범죄가 새로이 나오고 있는 것을 볼 때, 장래 나올 수 있는 다양한 디지털 성범죄를 아우르는 정의에 대한 심도 깊은 논의가 필요하여 보인다.

나. 디지털 성범죄의 특성

(1) 디지털 공간으로서의 특성

디지털 성범죄는 기존의 성범죄와 전혀 다른 방향으로 변화하고 있다. 디지털시대에 도래한 현대사회는 인터넷으로의 접근이 용이하며, 손쉽게 정보를 검색하거나 공유할 수 있다. 이러한 정보사회 속에서 디지털 범죄는 다양한 범죄를 양산한다. 기존의 성범죄와 과학기술이 결합하는 것이다. 종래의 성폭력범죄는 가해자와 피해자의 관계로 이루어져 있어 관계자를 특정할 수 있는 범죄였지만, 디지털 성범죄에서는 가해자를 특정하기 어려운 경우가 많다. 대표적으로 불법촬영의 경우를 보았을 때, 기존의 성폭력의 경우는 신체를 매개로 이루어져 피해자가 직접적으로 신체적·물리적 고통을 겪었다면, 불법촬영과 불법촬영물 유포는 직접적으로 신체에 가해지는 폭력이 아니기에 이전과 같은 방식으로 신체적·물리적 상해를 입히지 않는다.¹³⁾ 따라서 피해자가 피해 사실 자체를 인식하지 못하는 경우도 있으며, 더불어 가해자가 다수 존재하므로 피해자의 피해범위 또한 광범위하다. 예로, 2020년 3월 말부터 4월 중순까지 많은 언론이 n번

12) 권미경, 앞의 논문, 41면.

13) 장미혜·이미정·고현승·김현아·노성훈, “불법촬영물 대응에 관한 성인지적 분석”, 「한국여성정책연구원 연구보고서」, 한국여성정책연구원, 2020, 3면.

방 사건을 보도하고 수사기관이 이에 대하여 활발한 수사를 하고 있는데도 불구하고, 텔레그램에서 채팅방을 운영하며 일명 'n번방'과 '박사방'에 올라왔던 불법 성착취물을 다시 유포한 20대 남성이 구속¹⁴⁾되는 사례가 있었는데, 디지털 성범죄의 특성상 위와 같이 유포자가 검거되는 사례는 운이 좋은 케이스라고 볼 수 있다. 어플리케이션의 발달로 손쉽게 음란물을 접하고 유통할 수 있는 상황에서 가해자를 특정하기란 쉽지 않기 때문이다.

또한, 디지털 성범죄는 가해가 디지털 상에서 이루어지므로 가해자는 익명성을 지니게 되고 피해자와 대면하지 않는 성격도 가지고 있다. 디지털 성범죄는 오프라인 성범죄와는 달리 가해자가 피해자와 직접 접촉할 필요 없는 범죄유형으로, 이 경우 가해자의 죄의식이 덜어지는 경향이 있다고 한다.¹⁵⁾ 따라서 디지털 성범죄는 추행, 간음 등과 같이 육체적인 성적 행위가 없어서 전형적인 성범죄라고 인식하지 못하고 디지털 공간상에서 발생한 대수롭지 않은 일탈행위 정도로 인식할 수 있다.¹⁶⁾ 이러한 덜어진 죄의식은 가해자가 최초의 범죄 이후 추가적인 범죄를 저지르는 것을 더욱 쉽게 만든다. 따라서 불법 촬영물 유포의 경우, 가해자의 최초 유포행위 이후에 이를 다시 유포하는 것에 큰 죄의식을 느끼지 않게 된다는 것이다. 이러한 가해자의 덜어진 죄의식은 온라인 성범죄 피해자를 오프라인 성범죄 피해자와 달리, 2차 피해에 더 쉽게 노출¹⁷⁾시킨다.

또한, 디지털 성범죄는 현실에서 일어나는 오프라인 성범죄와는 달리 디지털, 온라인이라는 특수성을 가지고 있으며, 이로 인하여 범죄의 발생이 시간과 공간의 제약이 없다.¹⁸⁾ 아울러, 디지털 자료는 그 특성상 희색, 화질의 저화 등의 문제없이 장기간 또는 영구히 보존 가능하며 복제도 용이하다. 이러한 문제는 디지털 성범죄 피해자 지원센터가 방송통신위원회와 공조한 후 100일 동안의 실적을 보면 알 수 있는데, 지원센터가 처리한 사건 전체 7,994건 중에 불법 촬영물 삭제는 5,956건이며, 피해건수 2,358건 중 유포피해는 42.3%로 압도적으로 많았다.¹⁹⁾

14) 한겨레(2020.04.24), “텔레그램서 'n번방' 성착취물 재유포한 20대 구속기소”,

<http://www.hani.co.kr/arti/area/capital/941945.html>(검색일 : 2020. 09. 10.).

15) 최민경, “성범죄 피해자 책임전가의 동기에서 나타나는 성차: 근원적 동기를 활용한 탐색적 연구”, 서강대학교 석사학위논문, 2017, 19면.

16) 함영욱·임종인, “충남·세종 지역 사이버성폭력 불법촬영·유포 사범에 대한 대응방안”, 「경찰학논총」 제15권 제1호, 원광대학교 경찰학연구소, 2020, 189면.

17) 오세연·신현주a, “디지털 성범죄 피해자의 2차 피해 실태 및 사례분석에 관한 연구”, 「한국범죄정보연구」 제6권 제1호, 한국사회안전범죄정보학회, 2020, 102-103면. 위 논문에서 '2차 피해'란 디지털기기를 이용하여 피해자에게 성적 수치심, 모욕감 등을 유발할 수 있는 유포 및 재유포, 유포협박, 촬영 행위 등을 포함한 모든 행위를 말하며, 이와 더불어 가해자의 1차 가해 후 2차 범죄에서 오는 피해와 수사방식 등 피해자가 정신적, 신체적, 사회적으로 재차 피해를 입는 일련의 과정을 의미한다.

18) 오세연·신현주a, 앞의 논문, 102면.

19) 국가인권위원회, “온라인 성희롱성폭력 및 여성혐오 실태조사”, 2018, 107면.

이것으로 디지털 성범죄 피해자의 유포문제가 심각하다는 것을 알 수 있다.

디지털 성범죄의 가장 큰 특징 중의 하나는 종래의 성범죄와는 달리, 피해자에 대한 성적 법익 침해가 지속적이라는 점이다. 과학기술의 진보는 시간과 공간의 제약을 허물었으며, 디지털 콘텐츠는 클릭 한 번에 전 세계로 공유된다. 이러한 디지털시대의 특성을 가지고 있는 디지털 성범죄는 인터넷을 통한 빠른 전파로 인하여 피해자의 영상물은 영구적인 삭제가 불가능하며 계속하여 다시 생산되고 유포되므로 피해자는 지속적인 심리적·정신적 피해²⁰⁾를 입게 된다. 기존 성범죄의 경우 가해자의 침해행위로 기수에 그치며, 그러한 침해행위가 종료되고 나면 침해행위가 그친다고 본다. 이후에 피해자가 느끼는 법익침해는 앞선 침해행위로 인한 잔존효과일 가능성이 크며, 이는 객관적인 침해상황이라기보다 피해자가 느끼는 주관적인 피해일 수 있을 것이다. 그러나 디지털 성범죄의 경우는 성적 행위가 기록된다. 이러한 기록이 디지털 유통 플랫폼으로 유통될 경우, 사실상 기록물의 영구적인 삭제는 어렵게 된다. 이러한 특징으로 인하여 디지털 성범죄는 사회적 살인이나 인격적 살인이라고 평가할 수 있는 것이다.²¹⁾

(2) 성인지감수성의 결여

디지털 성범죄의 특징 중의 하나는 성 인식의 왜곡과 성에 대한 인지 부족으로 인하여 피해자에게 사회적인 비난의 화살이 돌아가는 것이 있다. 특히, 이러한 양상은 피해자가 영상 촬영을 동의했을 경우에 부각된다. 피해자에게 디지털 성범죄의 책임을 지우는 행위는 옳지 못하다. 애초에 불법적 가해행위를 한 가해자에 책임을 두는 것이 옳다.²²⁾ 또한, 사회적으로 피해자에게도 일부 비난을 가하여 피해자들이 이러한 비난을 인식할 경우, 피해자들이 피해 받은 사실을 신고하지 않게 될 가능성이 크다.

이러한 성인지감수성의 결여는 디지털 성범죄에 대한 사회적 인식에도 영향을 미치는데, 사회적으로 디지털 성범죄는 기존의 물리적 성범죄보다 정도가 약하다거나, 충격이 간접적이며 크지 않다고 여겨지는 경향이 있다.²³⁾ 그러나 실제로 디지털 성범죄 유형 중 하나인 불법촬영물의 유포 피해자는 불안과 우울증, 자살충동 및 외상 후 스트레스 장애 등 물리적 성범죄인 성폭행 피해자에게 나타나는 정신적인 고통을 받는 것으로 나타났다.²⁴⁾ 따라서 피해자의 처지

20) 권미경, 앞의 논문, 49면.

21) 함영욱·임종인, 앞의 논문, 189면.

22) 디지털 성범죄 피해자에 대한 이해가 우선 되어야 할 것이다. 물론, 피해자가 스폰서 알바나 성매매와 같은 금전을 목적으로 한 경우는 달라질 것이다.

23) 김수아·장다혜, “온라인 피해 경험을 통해 본 성적 대상화와 온라인 성폭력 문제”, 『젠더&문화』 제34권 제1호, 한국여성커뮤니케이션학회, 2019, 91면.

를 고려하지 아니하고 피해자에게 디지털 성범죄의 일정 책임을 지우는 행위는 문제의 해결이 아닌 문제 상황의 합리화에 불과하며 피해자가 신고를 꺼리게 되는 등 더욱 큰 문제를 야기할 수 있다.

이러한 성인지감수성의 결여 문제는 수사기관도 자유로울 수 없다. 디지털 성범죄 지원 신고 시 겪어야 하는 절차는 피해자에게 2차 피해를 줄 우려가 있다. 본인 외의 타인과 피해영상을 재생하여야 하고 이러한 절차상의 문제로 인하여 피해자는 다시 성적 수치심을 느껴야 한다. 이러한 심리적 고통들은 피해자의 지원 신고를 스스로 자제하게 만드는 요인이 될 수 있다. 한국여성정책연구원의 “온라인성폭력 피해 및 피해지원 실태”에 따르면, 피해자들은 수사기관에 신고를 꺼리는 이유에 대하여 경찰의 적극적인 도움을 불신한다는 응답이 36.7%, 본인의 신분이 노출되는 것에 대한 불안이 20%가 집계되었다.

또한, 성인지 감수성의 결여는 여러 가해 유형을 만드는데, 이번 n번방 사건이 중점적으로 보도된 이후, 세계 최대 포르노 스트리밍 사이트에는 실시간 급상승 검색어인 '트렌딩 서치(Trending Searches)' 목록에 '텔레그램 n번', '텔레그램 박사방' 등의 단어들 이 올라왔다.²⁵⁾ 이러한 현상은 여성의 성적 이미지, 나체 사진이 유포되면 다른 검색 엔진이나 소셜 미디어 등에서 해당 여성의 주소, 학교, 직장, 이메일 주소, 소셜 미디어 계정 등에 대한 '신상 털기'(doxing)²⁶⁾이며, 이는 참여형 가해의 유형이다. 이러한 가해 유형은 피해자를 “디지털 시대 공개적으로 수치를 주는(public shaming in digital age)”(Fiedler, 2014) 행위로, 여성은 피해자임에도 사회적 평판(reputation)의 하락, 인간관계의 상실, 직업 및 다양한 사회적 기회 상실, 자존감 상실 등을 경험한다.²⁷⁾ 또한, 소비형 가해는 디지털성폭력 범죄결과물을 소비하는 행위²⁸⁾를 말하는데, 소비형 가해자의 경우는 본인이 가해자라는 인식이 없어 디지털 성범죄 자체를 집단적 성범죄로 만들게 된다. 위의 서술한 유형들은 전형적인 디지털 성범죄의 성인지감수성 결여의 특성을 나타내고, 이러한 특성은 디지털 성범죄에 대한 이해를 방해하고 디지털 성범죄로 고통 받는 피해자를 외면하는 결과를 만들게 된다.

24) 최호진·허정현, “카메라등이용촬영죄의 보호법익에 따른 해석기준에 대한 검토”, 「법학논총」, 제 44권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2020, 245면.

25) 아시아경제, “성인사이트 검색어로 'n번방'·'박사방' 등장…또 시작된 2차 가해”, <https://view.asiae.co.kr/article/2020032415283988033>,(2020.08. 24.).

26) 홍남희, “디지털 성폭력의 ‘불법화’ 과정에 대한 연구”, 「젠더&문화」 제33권 제2호, 한국여성커뮤니케이션학회, 2018, 209면.

27) 홍남희, 앞의 논문, 210면.

28) 김한균b, “사이버성범죄·디지털성범죄 실태와 형사정책”, 「이화젠더법학」 제9권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2017, 45면.

다. 디지털 성범죄의 유형

디지털 성범죄는 디지털 기기 이용을 기반으로 하여 이미지, 영상의 제작과 유통 등 피해자에게 현실·물리적인 접촉 없이 성적 수치심과 모욕을 주어 신체적·정신적인 피해를 입히는 행위로, 주로 유포·참여·소비형으로 나뉜다.²⁹⁾

구체적인 디지털 성범죄 유형으로는 언론에서 보도한 디지털 성범죄 피해 사례를 참고하면 다음과 같이 정리할 수 있다. ① 통신매체로 상대방에게 음란한 영상이나 문자 등을 전송으로 인한 피해, ② 상대방의 신체 사진 및 동영상을 보유한 것을 빌미로 이를 유포하겠다고 협박하거나, 이러한 협박으로 인하여 이전과는 다른 유형의 성폭력이 발생하는 피해, ③ 인공지능을 통한 악의적인 편집으로, 음란한 사진 및 영상에 지인이나 연예인의 얼굴을 합성하고, 외설적인 말로 조롱하는 글을 남기거나, 이러한 편집물을 판매하는 방법의 피해, ④ 온라인 그루밍을 통하여 상대방인 아동·청소년의 신체사진 및 영상을 받고, 이를 유포하거나, 유포하겠다고 협박하여 계속하여 다른 신체사진 및 영상을 전송받는 피해, ⑤ 피해촬영물이 인터넷 음란사이트와 웹하드 등에 유포되는 피해 등이 있다.³⁰⁾

위의 유형을 보면, 과거 디지털 성범죄의 유형에는 존재하지 않았던 유형들이 새롭게 나오고 있는 것을 알 수 있다. 이용 장소가 제한되어 있는 컴퓨터와는 달리, 스마트폰, 태블릿의 등장은 인터넷과 이를 통한 메신저의 접근을 용이하게 만들었다. 앞서 살펴본 피해 유형 중 ④의 경우는 스마트폰을 이용하여 메신저와 같은 채팅 어플리케이션에 대한 접근성이 높아졌고, 이에 따라 범죄인들의 범행이 수월해졌으며 이번 n번방 사건에서도 온라인 그루밍을 통하여 다수의 아동·청소년을 성범죄의 대상으로 정한 것을 알 수 있다.

2. 온라인 그루밍

가. 온라인 그루밍의 의미

본래 그루밍이란 몸을 치장한다는 뜻을 가지지만, 온라인 그루밍은 전혀 그 뜻이 다르다. 그루밍의 어원에서 알 수 있듯이 몸을 치장하는 데는 정성이 따른다. 그런데 이러한 정성을 아동

29) 윤덕경a, “디지털 성범죄 관련 법·제도 현황과 개선과제”, 「여성가족패널브리프」 제55호, 한국여성정책연구원, 2020, 4면.

30) 윤덕경b “온라인 성폭력 피해실태 및 피해자 보호방안”, 「ISSUE PAPER-2019」, 한국여성정책연구원, 2019, 4면.

에게 베풀어 그들과 신뢰관계를 형성하고 성인인 자신의 성적 목적을 이루는 범죄 행위를 성적 그루밍(Sexual grooming)이라고 부르게 되었다. 일반적으로 성적 그루밍은 그루밍 대상이 되는 아동의 확보, 대상 아동의 신뢰 확보, 비밀유지의 3가지 요소를 성적 그루밍의 대표적 요소로 본다. 이후 디지털 기술의 발전에 따라 성적 그루밍이 물리·현실적 공간에서 벗어나 온라인 상에서도 이루어지게 되었는데, 이를 온라인 그루밍이라고 칭한다.

온라인 그루밍은 여러 정의가 있어 한 개념으로 정의하기가 어렵다. 그러나 현실 공간의 성적 그루밍의 개념과 반대로 온라인이라는 가상의 공간에서 일어나는 성범죄인 것에 착안하면 그 개념을 구할 수 있을 것이다. 온라인이란 오프라인과 대비되는 것으로 흔히 인터넷이라고 불리는 용어이며 다양한 플랫폼을 이용하여 직접 대면하지 않고 비대면으로 사람 간 소통할 수 있으며 정보를 교환하는 가상의 공간을 말한다.³¹⁾ 따라서 온라인 그루밍이란 오프라인이 아닌 온라인상에서 가해자인 성인이 아동에게 친근하게 접근하여 대화를 통해 친밀감·호감을 형성한 뒤 성적인 내용의 대화를 하거나 나체사진 등을 요구하여 얻어내거나 이를 유통하기도 하며 나아가 현실에서 만남을 시도하는 성범죄³²⁾라고 할 수 있다. 또한, 온라인 그루밍은 인터넷이나 스마트폰 등 온라인을 이용하는 성범죄로 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄의 전조³³⁾로 볼 수도 있다. 정리하자면, 온라인 그루밍이란 친분을 쌓아 호감을 갖게 하여 아동·청소년을 심리적으로 지배한 후에 성적 가해행위를 하거나, 우월한 지위에 있는 가해자가 나이, 지적·경제적 측면 등에서 비교적 취약한 지위에 있는 아동·청소년과 심리적 유대관계를 만든 뒤에 그들에게 성적 착취를 가하는 일체의 행위³⁴⁾를 말한다고 할 수 있다.

나. 온라인 그루밍의 특성과 단계

온라인 그루밍은 공간적인 특성상 오프라인 그루밍과 특징에 있어 대비를 이루는데, 온라인 그루밍의 특성은 이러한 양자 간의 대비에서 잘 드러난다. 성적 그루밍이 가해자가 피해 아동

31) 오세연·신현주b, “온라인 그루밍 성범죄 실태 및 피해자 보호방안에 관한 연구”, 「경찰학논총」 제14권 제4호, 원광대학교 경찰학연구소, 2019, 136면.

32) 이재영·김용근, “채팅 어플리케이션에서 그루밍 성범죄 예방에 관한 연구”, 「한국융합과학회지」 제8권 제4호, 한국융합과학회, 2019, 243면(온라인 그루밍은 아동·청소년에 대한 성적 호기심을 지닌 범죄자들이 인터넷을 통하여 아동·청소년을 성적 행위에 동참시하도록 유인하는 일체의 행위를 말한다); 신현주, “아동·청소년 그루밍 성범죄에 대한 이해와 예방대책에 관한 연구”, 「한국치안행정논집」 제15권 제4호, 한국치안행정학회, 2019, 133면.

33) 원혜옥·홍민지, 앞의 논문, 139면.

34) 이수정, “온라인 기반 청소년 성착취 체계 분석과 법·제도적 대응방안”, 「한국여성인권 연구보고서 2019-2」, 한국여성인권진흥원, 2019, 120면.

의 주변인일 가능성이 높은 것과는 반대로 온라인 그루밍은 가해자와 피해자가 낯선 사이일 가능성이 높다.³⁵⁾ 이는 기존의 성적 그루밍은 지리적·물리적으로 주로 알고 지내던 사람에 의하여 행해지는 경우가 많은 것과는 달리, 온라인 그루밍은 SNS, 채팅, 메신저 등 스마트폰 어플리케이션의 이용으로 서로 모르는 사이거나 주변 사람이 아니더라도 개인정보를 얻기가 오프라인에 비하여 비교적 쉽고, 얻어낸 개인정보를 통하여 낯선 사람과 대화하는 것이 기존의 성적 그루밍보다 쉽기 때문이다.

그리고 온라인 그루밍의 가해자는 오프라인 성범죄자에 비하여 채팅 어플리케이션, SNS와 같은 스마트 기기의 어플리케이션을 이용하는 점에서 교육을 더 많이 받았을 가능성이 높으며³⁶⁾, 가해자의 연령은 피해자인 아동 및 청소년과 나이 차이가 크지 않은 10·20·30대가 많을 것으로 예상된다. 실제로 연구에서 가해자와 피해자의 나이 차이를 비교하였을 때 오프라인 그루밍 성범죄에 반하여 온라인 그루밍 성범죄의 경우는 나이 차이가 유의미하게 작았다.³⁷⁾ 그리고 온라인 그루밍 성범죄의 가해자는 익명성이 보장되는 온라인 공간에서 활동하는 것으로 보아, 다른 사람에 비하여 의심이 많으며 인터넷에 의존하는 경향이 매우 크고 온라인상의 범죄에 대한 죄의식이 낮다고 볼 수 있다.³⁸⁾

그리고 범죄 대상의 취약점을 파악하는 경우에 있어서도 오프라인 그루밍과 온라인 그루밍은 차이를 보이는데, 보통 오프라인 그루밍의 경우는 방임, 폭력 상태에 놓여있거나 외로움, 지적 장애 등을 취약점으로 보는 반면에, 온라인 그루밍은 가출, 빈곤을 경험하고 있는 대상으로 삼았다.³⁹⁾ 이를 통하여 온라인 그루밍의 피해자는 생계의 위험을 받고 있는 아동·청소년임을 알 수 있다.

또한, 온라인 그루밍은 가해자와 피해자의 신뢰·친밀감을 쌓기 위하여 오랜 시간을 할애할 필요가 없는데, 이는 익명성을 바탕으로 하는 온라인 공간의 특성에 기인한다. 또한, 온라인 그루밍은 1회성의 피해가 있는 경우도 많은데, 이처럼 온라인 그루밍으로 인한 피해기간이 짧은 경우에 피해자가 피해 사실을 인지하는 것이 일반적으로 늦고, 그 사실을 인지한다고 하더라도 익명성으로 인하여 가해자를 특정하기도 쉽지 않으며, 가해자가 권유·유인하여 얻어낸 피해자의 개인정보, 나체사진 등을 유포하겠다고 협박하는 경우에 이가 유포될 것을 염려하여 피해 사실을 적극적으로 신고하기가 어려워진다⁴⁰⁾고 한다.

35) 윤정숙, “그루밍 성범죄의 특성 및 처벌”, 「젠더법학」 제12권 제1호, 한국젠더법학회, 2020, 8면.

36) 신현주, 앞의 논문, 127면.

37) 윤정숙, 앞의 논문, 8면.

38) 오세연·신현주b, 앞의 논문, 138면.

39) 윤정숙 외, 앞의 논문, 3면.

온라인 그루밍의 단계는 크게 다음과 같다. 우선 온라인상의 아동·청소년의 관심을 끌 수 있도록 특정 아이디로 가장하는 것으로 시작해서 특정 아동·청소년을 선정하고 이후 대상 아동과 관계를 형성하면서 얻은 친밀감으로 신뢰를 얻어내고 위험평가를 통하여 독점·성적 단계까지 나아가게 된다.⁴¹⁾ 초기 단계는 가해자가 대상 아동을 통찰하여 정보를 얻어 취약점을 찾아내고 그 정보를 바탕으로 아동과 관계를 맺는다. 이후 비밀스러움과 같은 보안을 중요한 요소로 활용하여 둘 사이의 정서적 유대감을 형성한다. 그리고 가해자는 피해자와 어느 정도 관계를 형성하였다고 판단하면 성적 주제를 언급하여 성적 단계로 돌입하고, 이 단계를 지속적으로 유지하기 위하여 손해를 제한하는 단계로 넘어가게 된다.⁴²⁾

다. 온라인 그루밍의 발생원인

디지털 사회가 본격적으로 우리 사회에 도래한 이후에 온라인 그루밍 성범죄는 지속적으로 발생하고 있다. 이러한 온라인 그루밍의 발생원인은 앞서 살펴본 온라인 그루밍 성범죄의 특성과 밀접한 관련이 있는데, 범행 활동이 주로 온라인 공간에서 이루어진다는 점과 익명성이 보장이 가장 큰 원인이다.

범행이 주로 온라인 공간에서 이루어지는 온라인 그루밍은 가해자가 피해 아동에게 쉽게 접근할 수 있는 환경을 제공한다. 다양한 채팅 어플리케이션, SNS 등의 발달로 인하여 가해자는 피해 아동 및 청소년에게 접근할 수 있는 기회 자체가 많아졌다. 그리고 디지털 원주민이라고도 불리는 아동·청소년도 오프라인보다 온라인 공간에서의 관계와 활동이 익숙하므로, 온라인 그루밍 성범죄자에게 온라인 공간은 범죄를 실행하는 데 최적의 장소인 것이다.⁴³⁾

온라인 공간에서의 익명성을 바탕으로 가해자들은 자신들의 나이·직업 등의 개인정보를 숨기거나 부풀리는 등의 행위로 채팅 어플리케이션이나 SNS에서의 프로필을 만들 수 있다. 이는 후에 피해자가 피해 사실을 인지하여 수사기관에 가해자를 신고하여도 가해자를 특정하기 어려워 수사의 진행이 어렵다. 또한, 현행법에 온라인 그루밍에 대한 규정이 없어 가해자를 검거하더라도 처벌은 쉽지 않다.

40) 이재영·김용근, 앞의 논문, 244면.

41) 신현주, 앞의 논문 128면.

42) 윤정숙, 앞의 논문, 11면.

43) 오세연·신현주b, 앞의 논문, 138면.

라. 온라인 그루밍의 현황

아동·청소년은 성인에 비하여 온라인 공간에서 사회관계를 맺는 것이 활발하기 때문에 온라인의 사회적 인식이 더 강하다. 특히, 아동과 청소년은 온라인과 오프라인의 경계가 모호하여 채팅 앱에서 대화를 통한 관계형성에 거리낌이 없어 성범죄에 노출될 가능성이 높다. 한국사이버성폭력대응센터의 2018년도 피해상담통계에서 온라인 그루밍 피해유형(전체 314건 중 26건)은 피해자의 88.4%가 10대 미만과 10대인데, 전체 성범죄에서 해당 연령층이 차지하는 비율이 20%인 것에 비하면 온라인 그루밍이 저연령층에서 많이 발생하는 것을 알 수 있다.⁴⁴⁾

한국형사정책연구원이 여성가족부로부터 의뢰를 받아 실행한 2019년 성매매 실태조사⁴⁵⁾에서는 전국의 중·고등학생을 대상으로 인터넷에서 성적 유인을 받은 경험에 대하여 조사하였다. 전국 중·고등학생 6,423명을 대상으로 조사한 결과, 지난 3년간 원치 않는 성적 유인 피해를 온라인에서 경험한 비율은 전체의 11.1%를 차지하였으며 만남 유인피해를 당한 경우는 전체의 2.7%로 집계되었다. 특히, 위기청소년은 전체 166명 중 조건만남을 경험한 경우는 47.6%로 나타났다. 또한, 조건만남 경로의 응답자 중 87.2%가 온라인을 이용하였는데, 이때 이용 수단으로 채팅 어플리케이션(46.2%), 랜덤채팅 어플리케이션(33.3%) 순으로 집계되었다. 그리고 연구자가 4개의 연령(13·16·19·23세)인 여성으로 위장하여 랜덤채팅 어플리케이션에 접속하여 2,230명과 대화를 수집한 결과 특히, 미성년자를 대상으로 한 대화 사례(1,605명) 중 성적 목적의 대화는 76.8%로 집계되었고 미성년자임을 알고 난 후에도 대화를 지속한 경우는 61.9%로 나타났다.

또한, 2018년 아동·청소년 대상 성범죄 동향분석에서 2017년도 아동·청소년 대상 성범죄 중 성매수의 약 70% 정도가 피해자와 범죄자가 채팅 등을 통해 알게 된 관계인 것으로 통계되었고, 이 중에서 음란물 제작 등의 경우는 39.7%를 차지한 것으로 통계되었다.⁴⁶⁾ 탁틴내일에서 조사한 아동·청소년 온라인 그루밍 성범죄 실태조사에 의하면 실제로 랜덤채팅에서 대화한 낯선 사람과 만나는 경우도 많은 것으로 밝혀졌는데, 중학생의 경우에 응답자 609명 중 온라인에서 낯선 사람과 대화한 경험은 84.7%, 실제로 만나기까지 한 경우는 23.8%인 것으로 나타났다.⁴⁷⁾

44) 한국사이버성폭력대응센터, “2018년도 실태조사”, 2018, 6면.

45) 여성가족부, “2019 성매매 실태조사”, 2020.

46) 김지영·황지태·최수형·김현아, “2018년도 아동·청소년대상 성범죄 동향분석”, 여성가족부 아동·청소년성보호과 보고서, 여성가족부, 2018, 71면.

47) 이재영·김용근, 앞의 논문, 245면.

Ⅲ. 문제상황

1. 디지털 성범죄의 진화

오늘날 디지털 성범죄는 물리적 공간과 가상의 공간을 가리지 않고 발생하고 있으며, 그 범위도 확장되면서 양상 자체도 빠르게 진화하고 있다. 종래 디지털 성범죄의 대표적인 유형은 일명 ‘몰래 카메라’, ‘리벤지 포르노’ 등처럼 변형카메라를 통한 단순촬영이 주를 이루었으나, 인터넷 활용 및 스마트폰 보급이 확산되는 오늘날, 아동을 대상으로 하는 성착취범죄는 기술과 정보를 기반으로 더욱 은밀하게 확대되고 있으며, 그루밍(grooming), 섹스팅(sexting) 등 아동의 성을 목적으로 하는 신종범죄도 다양한 형태⁴⁸⁾로 나타나고 있다. 또한, 디지털 성범죄의 피해자가 현실적·물리적으로 성적 법익침해를 당하기도 하였다. 이러한 범죄 양상은 우리에게 디지털 성범죄가 더 이상 디지털 공간에서의 법익 침해, 비대면적 피해양상으로 끝나는 것이 아니며, 기존에 논의되었던 디지털 성범죄가 현실영역에서 피해자에게 끼치는 침해는 피해자에게 미치는 심리적인 불안감과 같은 내적 영역이라는 인식에서 벗어나 피해자에게 육체적인 피해까지 입힐 수 있는 대면적 범죄양상으로 발전하고 있음을 알려주었다. 결국 디지털 성범죄는 디지털 공간에서의 범죄에서 현실영역으로 확장되고 있으며, 단순 불법 촬영물의 유통에서 물리적인 추행·강간행위에 이르기까지 점진적으로 그 범죄 양상이 심화되고 있다.

이러한 변화에 따라가지 못한 기존의 디지털 성범죄의 규제 역시 발전하는 디지털 성범죄의 대응책으로서 미약하다는 것을 보여주었다. 정부는 그동안 2차례에 걸쳐 디지털 성범죄 방지대책⁴⁹⁾을 마련·추진해왔으나, 정보통신기술의 발전에 따른 범죄수법의 진화 및 폐쇄적 해외 플랫폼 사용 등 신종범죄에는 대응에 한계가 있었다.⁵⁰⁾

2. 신종 온라인 그루밍

최근 일어난 n번방·박사방 사건⁵¹⁾은 전형적인 온라인 그루밍과는 조금은 다른 양상을 보여주었다. 기존의 온라인 그루밍은 가해자와 피해자가 신뢰관계를 형성하고 이를 통하여 가해자에

48) 강정은·김희진, “아동인권 관점에서 바라본 국내 아동 성착취 제도 개선 과제”, 『이화젠더법학』 제11권 제1호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2019, 227면.

49) 디지털 성범죄 피해방지 종합대책(17.9월), 웹하드 카르텔 방지대책(19.1월).

50) 국무조정실, “디지털 성범죄 처벌은 무겁게 보호는 확실하게”, 국무총리비서실, 2020, 2면.

51) 전자는 1번방부터 8번방까지 있다고 하여 n번방으로 불리게 되었고, 후자는 ‘박사’라는 닉네임이 운영하는 방으로 입장료로 방의 등급을 나눈 방이다.

대한 의존성을 키워 그들만의 비밀관계를 유지하고 가해자의 성적 목적을 달성하는 방식으로 이루어졌다. 반면에 이번 사건은 가해자와 피해자의 비밀관계를 형성하는 것보다 피해 아동·청소년의 개인정보와 노출이 심한 사진을 취득하여 이를 외부에 유포하겠다고 협박하거나, 경제적으로 빈곤한 아동과 청소년을 대상으로 삼아 피해자를 고립시키고 가해자의 성적 목적을 달성하는 방식으로 이루어졌다.

n번방의 경우, 주된 범행대상은 트위터의 일탈계⁵²⁾였다. 그 중 상대적으로 수위가 높은 계정(주로 미성년자)을 선별한 뒤에 계정 소유자에게 소유자의 음란물이 유포되고 있다는 식의 해킹 URL을 전송하여 그들이 접속하게끔 만들고 난 뒤, 경찰을 사칭하여 음란물 유포 혐의로 겁을 주고 해킹 URL을 이용하여 얻어낸 개인신상정보를 통하여 그들의 가족 및 지인에게 위의 사실을 알리겠다고 협박하여 영상물을 얻었다.⁵³⁾

박사방의 경우, 주로 SNS에서 고수익 아르바이트를 구하는 여성을 범행대상으로 삼았다. 운영자인 ‘박사’는 피해자들의 조건만남임을 고지하고 면접을 핑계로 피해자의 신상정보를 캐내었다. 또한, 피해여성들의 세부적인 신상정보를 캐내기 위하여 구청과 동사무소에서 근무하는 공익근무요원까지도 동원한 것으로 알려졌다.⁵⁴⁾ 이후 박사방 회원들은 피해여성을 대화방으로 초대하여 음란사진을 보여주면 돈을 주겠다고 회유하여 피해자의 음란한 사진을 얻어내고 지속적으로 피해자들을 협박하여 음란한 영상을 찍게 하였다.

이와 같이 가해자들은 금전적으로 궁한 상황에 있거나, 일탈계정의 소유자에게 의도적으로 접근하였다. 이는 가해자들이 범죄의 대상으로 경제적·정신적으로 취약한 자를 선정한 것으로, 본인들의 범죄행위에 대항하기 어려운 미성년자를 사전에 특정하였다는 것을 보여준다. 그리고 가해자와 피해자 간의 관계 형성을 통한 신뢰관계를 기반으로 하는 기존의 온라인 그루밍 성범죄와 달리, 강요·협박을 통하여 관계형성이 더 신속하게 일어나는 것⁵⁵⁾을 알 수 있고, 이는 범죄의 대상이 된 아동·청소년이 피해를 입는 속도도 더 빠르다는 것을 보여준다.

이번 n번방 사건과 같은 신종 온라인 그루밍은 기존의 온라인 그루밍에 대한 인식을 전환시켰다는 점에서도 주목할 만하다. 종래 온라인 그루밍 성범죄는 물리적 성범죄의 예비적 단계로 인식되는 경향이 강하였지만, 이제는 온라인 그루밍 그 자체가 성범죄의 장이 되고 있으며 범

52) 일탈계란 트위터의 유저 중 성적이며 외설적인 내용의 게시물을 올리는 사용자(유저)들을 일컫는 단어로 일탈계정의 준말이다.

53) 국민일보(2020.03.09), “[n번방 추적기①] 텔레그램에 강간노예들이 있다”, <http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0014327469&code=61121111&cp=nv>(검색일 : 2020. 08. 26.).

54) 중앙일보(2020.03.21), “n번방 ‘박사’, 구청 공익요원 시켜 피해 여성 신상 빼냈다”, <https://news.joins.com/article/23735590>(검색일 : 2020. 08 .26.).

55) 윤정숙, 앞의 논문, 12면.

죄의 성격도 착취적, 학대적인 방향으로 진화하고 있다.⁵⁶⁾

3. 현행 법체계의 한계

우리나라는 현재 아동·청소년을 대상으로 한 디지털 성범죄에 대하여 실체법적 처벌규정만을 규정하고 있다. 즉, 우리나라에서는 아동과 가해자가 성적인 대화를 하고, 이를 매개로 만남이 된 상황에서야 체포가 가능하여 아동과 청소년의 법익을 보호하는 데 무리가 있다. 특히, 온라인 그루밍 이후의 협박 및 폭행·영상물 유포·성매매 등의 성범죄로 진행된 때는 범죄를 처벌할 수 있으나, 범죄가 범죄의 대상인 아동·청소년에 접근한 한 예비·미수에 그친 경우에는 이를 처벌할 법적 근거가 없다.⁵⁷⁾ 예로, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」의 제13조 제2항은 “아동·청소년의 성을 사기 위하여 아동·청소년을 유인하거나 성을 팔도록 권유한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정하고 있지만, 처벌 대상인 행위가 성매매로 한정되어 있으며 물리적 공간으로 한정되어 온라인상의 유인·권유행위의 경우는 처벌하기 어렵다.⁵⁸⁾

우리나라의 현행 함정수사 방식 중 하나는 성범죄의 구매자로 위장하여 피해자를 검거하는 식으로의 수사가 이루어지고 있다. 이는 온라인 성매매에 대한 함정수사로 적극적으로 아동과 청소년을 보호하기 어렵다. 현행 함정수사의 방식은 검거된 대상이 청소년일 경우 성착취의 피해자가 아닌 대상청소년으로 분류되어, 성착취를 당한 청소년이 신고를 주저하게 만드는 심리적 요인이 되며 사회적 인식 자체가 피해자를 위축시킬 수 있다.⁵⁹⁾ 그리고 온라인 그루밍에 대하여 수사관이 신분을 위장하여 범죄를 규명할 수 있는 함정수사의 근거 조항도 존재하지 않으며 수사관에 대한 면책 조항도 존재하지 않는다. 즉, 현행 함정수사는 아동·청소년의 보호라는 취지에도 맞지 않으며 심지어는 그들에게 피해를 주고 있는 것이다.

국무조정실은 위장수사의 방식은 이미 마약 수사 등에 활용되고 있는 수사기법이며, 디지털 성범죄에 관하여는 우선 수사 가이드라인을 마련하고 향후 재판과정에서 증거능력을 고려하여 법률에 근거를 마련할 계획이라고 밝혔다.⁶⁰⁾ 요즘의 디지털 성범죄는 종래의 디지털 성범죄의 양상과 비교하였을 때, 그 단속과 수사에 어려움이 있을 뿐만 아니라 피해자의 피해양상이 온라인에서 오프라인으로 넘어오는 양상을 보여주고 있다. 보안성이 뛰어난 메신저⁶¹⁾를 이용하는

56) 윤정숙, 앞의 논문, 13면.

57) 원혜옥·홍민지, 앞의 논문, 123면.

58) 원혜옥·홍민지, 앞의 논문, 123면.

59) 국무조정실, 앞의 보도자료, 7면.

60) 국무조정실, 앞의 보도자료, 6면.

범죄일 경우, 이를 수사기관이 인지하기 어려울 뿐만 아니라 미성년의 피해자를 보호하는 데도 한계가 존재한다. 따라서 미성년의 피해자 보호를 위하여 사전대응적 수사가 도입되어야 하며 상당성을 결여한 함정수사는 위법한 함정수사로 그 증거도 사용할 수 없게 되므로, 함정수사의 방식에 대한 연구도 필요할 것이다.

IV. 함정수사의 도입

1. 논의의 필요성

가. 디지털 성범죄의 다양화에 대응

디지털 성범죄는 점차 그 유형이 다양해지고 있다. 이번 n번방 사건을 통하여 살펴본 신종 온라인 그루밍 성범죄는 피해자를 노예화시키고 피해자의 성적 자기결정권을 수차례 침해하였으며, 비대면적 법익 침해에서 끝나지 아니하고 대면적 법익침해까지 이르는 양상을 보여준다. 따라서 디지털 사회로의 급속한 발전을 통한 새로운 양상의 성범죄를 근절하기 위한 새로운 대책이 필요하다. 아울러, 디지털 성범죄의 가장 큰 문제라고 할 수 있는 불법 촬영물의 유포 및 재배포의 문제는 피해자에게 1회성 피해가 아닌 사실상 반영구적인 피해를 입히게 될 우려가 있으므로 보호법익이 큰 아동과 청소년 피해자의 지속적인 피해를 사전에 예방할 수 있어야 한다. 이번 사건에서 다수의 가해자들은 채팅 어플리케이션에서 온라인 성범죄뿐만 아니라 오프라인 성범죄, 즉 물리적인 성범죄를 모의하고 역할을 나누는 등 범죄조직처럼 행동하였으며, 그들이 온라인상에서 모의한 범행은 실제 오프라인에서 그대로 실현되었다.

따라서 미성년자를 대상으로 한 디지털 성범죄에 효과적으로 대응하고 성착취물의 제작 및 유포가 점차 금지화되고 있는 디지털 성범죄에 대응하기 위하여 이에 알맞은 수사기법으로서 수사의 조기개입에 대한 연구가 필요하다. 특히, 신종 온라인 그루밍 사건처럼 폐쇄적인 온라인 플랫폼을 이용하여 수사기관이 범행을 인지하기 쉽지 않은 디지털 성범죄의 특성에 따라, 아동

61) 박다운·이관희, “온라인 아동 성착취물(CSEM)의 실태와 대응 방향에 관한 소고 - 국제적 동향과 국내 사례 분석을 중심으로 -”, 「경찰학논총」 제15권 제3호, 원광대학교 경찰학연구소, 2020, 192면(이번 디지털 성범죄 사건에서는 텔레그램이라는 어플리케이션이 주된 범행도구로 쓰였다. 텔레그램은 러시아의 두로프 형제가 2013년에 개발한 높은 보안성과 암호화된 메신저 기능을 제공하며, 수사에 있어 비협조적인 것으로 악명이 높은 어플리케이션이다).

· 청소년 성매매의 문제특성과 위험요인을 고려하고 아동·청소년피해자보호 우선의 원칙을 견지하는 한에서, 적극적인 적발과 처벌, 재범방지대책이 필요하다.⁶²⁾

나. 피해자인 아동·청소년의 법익 보호

이번 n번방 사건에서는 미성년의 피해자가 다수 존재하였다. 스마트폰이 저연령층에도 널리 보급되어 있는 현실로 보았을 때, 미성년자를 디지털 성범죄로부터 보호하기 위한 대책이 시급하다. 경찰은 피해자의 신상을 통하여 연령을 특정하였는데, 신상이 확인된 피해자 482명의 연령 중 10대가 301명에 달하였다.⁶³⁾ 그렇다면 확인된 전체 피해자의 약 60%가 미성년자인 이번 사건의 경우는 어떻게 해석을 하는지가 문제가 되는데, 이는 미성년자가 디지털 성범죄에 무방비로 노출되었다는 것을 나타낸다. 미성년자를 대상으로 한 성착취 범죄는 증가하고 있는 추세이고, 이러한 범죄는 피해자가 동일하며 그 피해자에게 계속적인 피해를 입히는 경우가 많으며 피해자에 대한 폭행과 협박이 수반되는 경우가 많으므로 전통적인 수사기법이 아닌 범행이 이루어지기 전에 조기개입 하는 위장(함정)수사방안이 구비되어야 할 것⁶⁴⁾이다. 실제로 여성가족부의 “아동·청소년 대상 성범죄 동향 및 추세 분석”에 따르면, 통신매체이용음란의 경우는 범행이 1회에 그친 경우가 52.6%로 가장 많으나 범행이 5회 이상인 경우도 21.1%로 집계되었다. 이는 아동·청소년을 대상으로 한 디지털 성범죄가 동일한 피해자에게 지속적으로 일어난다는 것을 보여준다. 또한, 실제로 디지털 성범죄의 경우의 대부분은 성착취 가해자가 먼저 피해자에게 대화를 거는 것으로 밝혀졌는데, 먼저 대화를 시작한 성착취 가해자의 63.7%가 성적 목적으로 피해자에게 접근하며, 그들 중 20.5%의 경우는 중학생(여)임을 알면서도 성매매를 시도한 것으로 집계되었다.⁶⁵⁾

함정수사를 도입하기 이전에, 앞서 언급한 아동 및 청소년의 법익은 사전에 보호되어야 하는가에 대한 논의가 있을 수 있다. 그 논지는 형법상의 의제강간 연령 상향에 대한 논의에서도 찾아볼 수 있는데, 아동·청소년은 신체·정신적으로 성장 중인 존재로서 보호받아야 하기 때문이다. 인간은 아동을 거쳐 청소년기까지 성장하는데, 신체와 더불어 뇌의 성장도 이루어진다.

62) 김한균c, “아동·청소년성보호법상 아동성매수범죄와 위장수사”, 「형사법의 신동향」 제42호, 대검찰청, 2014, 41면.

63) 경향신문(2020.05.28), “‘n번방·박사방’ 등 피해자 60% 이상 10대 청소년…경찰, 소지자 추적 연말까지”, http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?art_id=202005281200011, (검색일 : 2020. 9. 13.).

64) 김성현·석희진·김리원·이은정·서연주·이수정, “온라인 기반 아동·청소년 성착취 근절을 위한 개선 방안-국내 및 해외 현행법 제도 검토를 중심으로-”, 「경찰학논총」 제14권 제4호, 원광대학교 경찰학연구소, 2019, 172면.

65) 김성현 외, 앞의 논문, 172면.

204 동국법학 제1권

청소년기에 이르면 뇌의 크기가 성인의 뇌의 크기와 비슷해지나, 뇌의 성숙도에 있어서는 성인 뇌의 성숙도보다는 낮다. 일반적으로 인간의 뇌는 기본적 생활과 감각인지능력을 담당하는 부분이 일찍 성숙되는데 비하여, 위험인지능력, 의사결정능력, 감정 조절, 수치심을 유발시키는 감정을 담당하는 부분은 성장 속도가 다른 부분보다 느린 편이다.⁶⁶⁾

청소년기에는 도덕적인 판단과 정서적인 판단을 담당하는 전두엽이 미성숙하며 또한, 인지능의 조절을 다루는 배외측 전전두엽 피질은 청소년기 중반과 후반에도 성숙하지 못하기 때문에 변별력과 통제력을 행사하는 것에 어려움이 있다.⁶⁷⁾ 또한, 청소년의 전두대뇌피질은 구조적으로 미성숙하여 전두대뇌피질은 편도체에 비교했을 때 그 조절 능력이 떨어지므로 감정적 부분(편도체의 주관)이 청소년에게 더 큰 영향을 미치게 된다.⁶⁸⁾ 즉, 청소년의 상황판단과정은 성인의 상황판단을 주관하는 전두엽의 영역이 아닌 청소년의 감성적 영역을 주관하는 편도체에서 주로 이루어진다고 볼 수 있다. 심지어는 MRI과 같은 뇌영상 자료에 의하면 뇌의 성숙은 18세 이후로도 발달되며, 상황판단능력, 충동억제, 행위결과와 미래계획 등의 영역을 주관하는 전두엽의 뇌영역은 20대 초반까지 성정한다고 한다.⁶⁹⁾ 따라서 이러한 아동·청소년기의 뇌발달의 특성을 고려하였을 때, 아동과 청소년은 미성숙한 의사결정을 할 여지가 있으므로 그들의 법익을 보호하기 위한 수사의 조기개입의 타당성을 구할 수 있을 것이다.

2. 함정수사

가. 함정수사의 의의

함정수사는 수사기관이 신분을 위장하거나 숨기고 잠재적인 범죄자의 범행을 교사하고 그 범죄행위의 실행을 기다렸다가 범인을 체포하는 수사기법을 말한다.⁷⁰⁾ 다시 말하여, 범죄의 교사를 통하여 범죄가 일어나기 전에 사전적으로 그에 대응을 함으로써 범죄를 예방하기 위한 수사기법을 말한다. 함정수사의 용어에 대하여, 함정수사와 비밀수사, 위장수사, 잠입수사라고 칭하며 용어를 혼용하고 있어 함정수사의 개념에 혼동이 있을 수 있다. 일반적으로 함정수사라 함

66) 김희정, “청소년기의 특성을 고려한 청소년과의 ‘합의’에 의한 성관계의 강간죄 처벌에 관한 고찰-미국의 사례를 중심으로”, 「형사법의 신동향」 제51호, 대검찰청, 2016, 399면.

67) 김성현 외, 앞의 논문, 184면.

68) 안경옥·김희정, “청소년 범죄의 대응방안으로서의 뇌과학의 활용”, 「법학논총」 제33권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2013, 210면.

69) 김희정, 앞의 논문, 399면.

70) 김한균c, 앞의 논문, 42면.

은 수사를 위하여 수사관의 신분을 위장하고 숨기는 것이 핵심이며, 이는 위장수사나 잠입수사의 핵심과 큰 차이점이 없다고 할 수 있고, 결과적으로 함정수사나 잠입수사 모두 신분을 숨기거나 위장하는 것이 본질적인 요소이며 잠입수사의 개념에 함정수사의 개념이 내포되어 있다고 할 수 있으므로 용어의 사용에 있어 큰 무리는 없다고 할 수 있겠다.⁷¹⁾

함정수사는 주로 수사기관의 검거가 어려운 방식으로 은밀하게 이루어지는 범죄 유형에 쓰이는데, 화이트칼라범죄, 마약·뇌물범죄, 도박 등의 불법영업범죄와 같은 피해자 없는 범죄를 대상으로 쓰이고 있다. 함정수사의 수단과 방식은 다양한데, 국가기관이 사술, 계략과 같은 함정을 이용하여 적극적으로 구체적인 범죄 동기를 시민에게 부여하고 범행의 기회를 제공하는 기만적 행위로 범죄를 실행하게 유인하는 방식으로 수사를 진행하는 것은 동일하다.

「형사소송법」 제199조 제1항은 “수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다.”고 임의수사를 규정하고 있으며 이는 함정수사의 근거조문으로 허용될 여지를 열어두고 있다고 볼 수 있다. 위 조항에 따라 수사기관은 필요에 따라 임의수사를 할 수 있는데, 이가 모든 범죄의 수사에 있어 무제한적으로 허용되는 것은 아니며 수사의 방법에 있어서도 상당성과 필요성을 갖추어야 하는 등 수사비례의 원칙과 수사에 있어 신의칙도 준수되어야 한다.⁷²⁾

이러한 함정수사의 적법성에 관하여는 이를 긍정하는 견해와 부정하는 견해가 있는데,⁷³⁾ 적법성 긍정설은 마약·뇌물범죄와 같이 서로 공통된 이해관계로 얽혀 있는 관계자들로 이루어져 범죄가 외부에 쉽게 노출되지 않으므로 그 적발이 어려워 이를 적발하기 위한 함정수사의 상당성을 인정해야 한다는 견해이다. 적법성 부정설의 경우는 헌법상 적법절차의 원칙으로 범죄를 예방하고 방지하여야 할 수사기관이 직접 범죄를 유발하고 조장하는 것은 수사의 상당성을 결여한 것이라고 보는 견해이다.

나. 함정수사의 학설 및 판례

함정수사는 우리나라 법규에 따로 명확하게 규정되어있지 않은 상태라서 그 법적 효과나 허용범위는 학설과 판례에 전적으로 맡겨져 있다.⁷⁴⁾ 함정수사에 대한 학설 중 주관설에 의하면

71) 김택수, “조직범죄 대처를 위한 잠입수사기법의 허용성과 법적 체계: 프랑스 사례를 중심으로”, 「경찰법연구」 제14권 제1호, 한국경찰법학회, 2016, 164면.

72) 정한중, “함정수사에 대한 미국의 논의와 한국의 판례 및 학설 비판”, 「비교형사법연구」 제15권 제1호, 한국비교형사법학회, 2013, 233면.

73) 신동운, 「신형사소송법」, 법문사, 2014, 175면.

74) 신이철, “형사법상 함정수사의 허용한계와 합리적 통제”, 「경찰학연구」 제18권 제2호, 경찰대학

함정수사를 기회제공형과 범의유발형으로 구분하는데, 그 기준을 당해 범죄에 대하여 피교사자가 가지는 범의의 성향으로 판단하는 것을 말한다.⁷⁵⁾ 주관설을 취하고 있는 대법원의 판례에 의하면 기회제공형 함정수사의 경우, “함정수사라 함은 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범죄를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 수사방법을 말하는 것이므로, 범의를 가진 자에 대하여 범행의 기회를 주거나 범행을 용이하게 한 것에 불과한 경우에는 함정수사라고 할 수 없다.”라고 판시하여 범의를 가진 자에게 범죄의 기회를 제공한 경우는 수사의 상당성을 충족하여 적법하고⁷⁶⁾, 범의유발형 함정수사의 경우, “범의를 가진 자에 대하여 단순히 범행의 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 하는 것에 불과한 수사방법이 경우에 따라 허용될 수 있음은 별론으로 하고, 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법함을 면할 수 없고, 이러한 함정수사에 기한 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다고 볼 것이다.”라고 판시하여 수사의 신의칙에 반하여 위법⁷⁷⁾하다고 밝힌 바 있다. 정리하자면 기회제공형 함정수사는 범죄의사를 사전에 가지고 있는 자에게 범죄의 기회만을 제공한 때를 의미할 것이고, 범의유발형 함정수사는 범죄의 의사가 원래 없던 자에게 수사기관이 함정을 이용하여 새로운 범죄의사를 일으키는 때를 의미한다고 할 수 있다.⁷⁸⁾

한편 미국처럼 수사기관이 신분을 위장하고 성매매가 이루어지는 공간에 잠입하여 잠재적 범죄자를 적발가능한 단계까지 유도하여 체포하는 수사제도를 실행하고 있는 경우 이를 ‘위장수사’나 ‘비밀수사’라 칭한다.⁷⁹⁾ 미국은 함정수사에 대하여 객관설의 입장을 견지하고 있는데, 수사기관이 피고인을 함정에 빠뜨렸을 때의 행동을 함정수사의 기준으로 삼고 있다.⁸⁰⁾ 이때, 미국의 모범형법전 초안 제2장 제13조에는 비록 피교사자가 범의를 가지고 있었다고 하더라도 수사기관이 피교사자에 대하여 유혹·설득을 통하여 실질적 위험을 야기한 경우에는 함정수사의 항변을 인정하나, 그에 대한 입증책임은 피교사자가 지는 것으로 규정하고 있다.⁸¹⁾

함정수사의 이원설에 따르면 함정수사의 기준이 범죄의 종류에 따라 달라지는데, 마약·조직범죄의 경우에는 기회제공형의 함정수사가 적법하지만, 재산·폭력범죄에는 이를 허용하지 않는다고 한다.⁸²⁾

경찰학연구편집위원회, 2018, 255면.

75) 임동규, 「형사소송법」, 법문사, 2019, 131면.

76) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도1066 판결.

77) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도1247 판결.

78) 강동욱·황문규·이성기·최병호, 「형사소송법강의」 제4판, 오래, 2018, 229면.

79) 김한균c, 앞의 논문, 43면.

80) 임동규, 앞의 책, 131면.

81) 임동규, 앞의 책, 131면.

종합설은 2006년 이후 함정수사에 대한 대법원의 입장이다. 대법원은 “본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법하다 할 것인바, 구체적인 사건에 있어서 위법한 함정수사에 해당하는지 여부는 해당 범죄의 종류와 성질, 유인자의 지위와 역할, 유인의 경위와 방법, 유인에 따른 피유인자의 반응, 피유인자의 처벌 전력 및 유인행위 자체의 위법성 등을 종합하여 판단하여야 한다.”⁸³⁾라고 판시하여, 원칙적으로 범의유발형 함정수사는 위법하지만 함정수사에 있어서 수사기관의 행태, 유인행위 등도 적법성의 판단 기준으로 고려하여 그 위법성을 구하고 있는 것을 알 수 있다.

검토하자면, 대법원은 초기에는 범의를 가진 자에 대하여 수사기관이 범죄의 기회를 제공하는 경우는 함정수사의 적법성을 구할 수 있고 피유인자의 범의를 유발하는 함정수사는 위법하다고 보고 있었다. 그러나 이후 대법원은 종합설을 취하여 수사기관의 행태도 함정수사의 적법성의 판단기준으로 삼고 있으며 기회제공형 함정수사의 경우도 언제나 허용되는 것은 아니라고 보고 있다.

3. 비교법적 검토

이번 n번방 사건의 범죄양상에서 범죄 용의자가 먼저 메시지로 피해자에게 접근하면서 더 빠르고 악랄하게 피해자를 잠식하는 신종 온라인 그루밍의 양상을 보여주었던 것을 참고하여, 새로운 유형의 함정수사의 도입 가능성이 제기되었다. 국무조정실의 보도자료에 따르면 범죄의 탐지를 위하여 수사관이 미성년자로 위장하고 범죄를 수사하는 잠입수사를 디지털 성범죄에 적용하겠다고 발표하였다.⁸⁴⁾ 이와 더불어, “예비·음모죄를 처벌하는 살인 등과 마찬가지로 합동강간, 미성년자 강간도 중대범죄로 취급하여 실제 범행까지 이르지 않더라도 준비하거나 모의만 해도 예비·음모죄”⁸⁵⁾로 처벌하겠다고 밝혔다. 이러한 국무조정실의 발표는 디지털 성범죄에 함정수사의 도입 가능성의 여지를 열어둔 것으로 볼 수 있다.

함정수사의 도입은 온라인 그루밍의 지능화, 고도화의 상황으로 보아 그 당위성이 충분하나, 함정수사는 그 성격상 국가가 나서서 기망행위를 하게 되므로 수사기관에 대한 국민의 신뢰도를 낮출 우려가 있으며, 함정수사의 과정에 있어 개인의 법익을 침해할 우려가 있다. 그러나 함

82) 임동규, 앞의 책, 132면.

83) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도2339 판결.

84) 국무조정실, 앞의 보도자료, 6면.

85) 국무조정실, 앞의 보도자료, 4면.

정을 사용해서라도 범죄인을 검거해야 할 필수적 요소가 있고, 범죄의 특성을 고려하였을 때 함정을 사용하지 않을 시에 범죄의 예방과 진압이 현저히 곤란한 상황이 인정되어 함정활용이 불가피한 경우에 있어서는, 수사기관의 여러 함정의 방법 중에서 피고인의 인권보장을 고려하여 적당한 수준을 유지하는 방법을 사용한다면 비록 함정수사여도 허용될 수 있을 것이다.⁸⁶⁾ 수사기관이 분명 특정 범죄에 대하여 인지하고 있음에도 불구하고 이미 범의를 가지고 있는 범죄인의 범죄를 방지하지 못한다면 피해를 입는 것은 일반 선량한 국민이기 때문이다.

따라서 함정수사의 도입은 신중하고 적법하게 이루어져야 하며, 도입에 따른 부작용을 줄이고 효과적인 함정수사의 가이드라인이 마련되어야 할 필요가 있다. 그리고 현재 우리나라는 함정수사의 명문 규정이 없어 함정수사의 효과, 범위 등을 전적으로 판례에 의존하여 그 방법마저도 구체적이지 않은 상황이다. 따라서 해외의 일부 국가들의 함정수사 방안을 참고해야 할 것이다. 미국의 일부 주·영국·호주·네덜란드·독일은 아동과 청소년을 대상으로 한 디지털 성범죄에 대응하기 위하여 온라인 그루밍과 관련된 법을 시행하고 있는데, 이는 성범죄의 사후적 정황과 증거가 아닌 사전적 정보만으로 유죄의 근거를 지울 수 있게 하고 있다. 이를 토대로 온라인 그루밍에 대응하기 위한 우리나라의 함정수사 도입방안에 대하여 연구하고자 한다.

가. 미국

미국은 연방법이나 각 주의 법에 의거하여 아동을 대상으로 한 인터넷 범죄를 처벌하고 있다. 미국 각 주의 법은 어플리케이션이나 인터넷을 이용한 디지털 성범죄에 관련된 법을 따로 제정하지는 않았는데, 이는 연방법(ICAC : Internet Crimes Against Children) 내에 전자매체를 이용하여 주로 만 18세 미만인 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄를 폭넓게 규정해놓았기 때문이다.⁸⁷⁾ 미국 연방법에는 디지털 성범죄와 그에 대한 처벌 규정에서 온라인 그루밍이라고 직접적으로 표현하지는 않는다. 그러나 아동·청소년을 대상으로 한 온라인 성범죄의 유형으로 메일이나 전자매체, 해외상거래 수단 등을 이용하여(Using mail or any facility or means of interstate or foreign commerce) 아동·청소년을 매춘이나 성적 행위를 하도록 권유·유인·강요하거나⁸⁸⁾, 성매매·상업적 이용·포르노 등으로 성적으로 착취하거나⁸⁹⁾, 컴퓨터를 이용하여 성적으로 시각화하는 등으로 구체화하여 폭넓게 처벌하고 있다.⁹⁰⁾ 또한, 디지털 성범죄의 대상이

86) 박찬걸, “성매매 조장 사이트 규제 집행력 강화를 위한 제언”, 「형사정책연구」 제30권 제4호, 한국형사정책연구원, 2019, 108면.

87) 김성현 외, 앞의 논문, 180면.

88) 18 U.S.Code §2422.

89) 18 U.S.Code §2251.

아동인 경우에는 「아동성학대법」을 적용하기도 한다.⁹¹⁾

미국에서는 아동·청소년을 대상으로 하는 디지털 성범죄에 효과적으로 대응하기 위하여 연방 법무부가 관장하는 아동대상사이버범죄 전담대응팀을 운영하고 있으며, 위장수사 가이드라인을 이용하여 아동·청소년에게 성범죄의 목적으로 접근하려는 잠재적 범죄자와 아동음란물을 구매하려는 범죄자를 적발하고 있다.⁹²⁾

미국은 함정수사를 입법화하고 점차 그 적용대상을 넓혀왔는데, 초기에는 마약·장물·음란물 범죄 등에 활용하다가 현재는 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄에 적극적으로 활용하고 있다.⁹³⁾ 미국의 아동을 대상으로 한 온라인 그루밍의 함정수사는 수사관들이 범죄의 피해자(미성년자)를 가장하여 범죄용의자의 관심을 끌 수 있을 만한 온라인 프로필을 만들고 범죄자를 유인하여 체포하는 식으로 이루어진다.⁹⁴⁾ 미국에서 시행중인 디지털 공간상의 함정수사를 더 구체적으로 살펴보면, 주로 메신저 어플리케이션이나 인터넷상의 채팅으로 이루어지며 대화내용 중에 미성년자로 위장한 수사관에게 성적인 영상이나 음란한 메시지를 말하거나 성행위의 의도를 살펴보고 체포하는 식으로 이루어진다. 또한, 수사관이 온라인 프로필을 생성하는데 성착취 용의자들을 유인하기 위하여 어린 나이로 가장하고, 채팅 중 성착취 용의자가 미성년자로 가장한 수사관에게 사진을 요청할 수 있으므로 일부 기관에서는 성착취 용의자와 채팅을 계속 할 수 있도록 자체적인 기준으로 허가된 사진을 사용하게 되어 있다.⁹⁵⁾

이와 같은 방법으로 디지털 성범죄의 미수범을 처벌하고 있는데, 주로 함정수사로 검거된 가해자들은 법정에서 주장하기를 범죄의 대상은 존재하지 않는 피해자이며 범죄행위는 법적으로 성립 불가능하다고 주장한다. 이러한 피고인의 항변에 대하여 미국의 실무와 판례에서는 법적 불능과 사실상 불능의 구별에 있어서 소극적으로 판단하고 있으나, 다만 실무에서는 법적 불능에 대하여는 잠재적 항변으로 보고 있다.⁹⁶⁾ 그러나 *People v. Thousand* 판결에서 피고인은 Bekka라는 14세의 소녀로 위장한 군보안관과 음란한 대화를 나누고 남자의 성기사진을 보내어 미성년자에 대한 음란물반포죄 미수로 기소되었고, 이에 대하여 피고인은 피해아동이 존재하지

90) 18 U.S.Code §2252.

91) 김혜진, “해외 주요국의 디지털 성범죄 정책 실태 조사를 통해선 본 국내 디지털 성범죄 대응방안의 한계점과 개선과제 고찰 : 미국, 호주, 일본, 독일 사례를 중심으로”, 「디지털융복합연구」 제18권 제8호, 한국디지털정책학회, 2020, 89면.

92) 김한균c, 앞의 논문, 51-53면.

93) 이성대, “채팅어플리케이션을 통한 성매매방지를 위한 법률적 규제방안”, 「형사정책」 제31권 제1호, 한국형사정책학회, 2019, 302면.

94) 이수정, 앞의 연구보고서, 198면.

95) 김성현 외, 앞의 논문, 188면.

96) 김성진, “미국에서의 아동성범죄에 대한 형사법적 대응”, 「중앙법학」 제15권 제1호, 중앙법학회, 2013, 102면.

않는다며 증거배제를 신청하였는데, 이러한 피고인의 항변에 대하여 미시간주 대법원은 법적 불능의 항변을 인정하지 않는다고 판시하였다.⁹⁷⁾ 아울러 제5순회구 항소법원은 *United States v. Farner* 판결에서 피고인이 신분을 가장한 위장수사관에게 성행위에 관여하도록 유인한 사실에 대하여 그간 피고인과 수사관이 주고받은 대화내용, 아동을 만나기 위한 사전 준비, 성행위에 필요한 소지품 등의 증거로 피고인의 법적 불능의 항변을 배척한 바 있다.⁹⁸⁾

이처럼 미국은 디지털 성범죄에 합정수사를 적극적으로 이용하고 있는 것을 알 수 있다. 또한, 재판과정에서 존재하지 않는 피해아동이라는 피고인의 항변에 대하여는 피고인이 위장수사관과 나누었던 대화내용과 피고인을 검거할 당시 그가 지니고 있던 윤했제, 로션, 콘돔, 아동음란물 등 성행위에 필요한 소지품 등을 활용하여 이를 배척하고 있다는 것을 알 수 있다.

나. 영국

영국도 미국과 같이 일찍부터 디지털 성범죄에 대한 사회적 논의가 시작되었다. 특히 그루밍 성범죄의 경우는 성범죄 법 제15조에 규정되어있는데, 국가의 구분 없이 전 세계 어디에서나 성인이 주로 16세 미만의 아동·청소년에게 접근하여 만남이 이루어진 경우에 이를 성적 목적의 접근으로 보기 충분하다고 규정하고 있다.⁹⁹⁾ 아울러, 영국은 성범죄 법 제15A조를 제정하여 오프라인뿐만 아니라, 온라인상의 대화에서도 아동을 향한 그루밍 성범죄를 처벌할 수 있는 근거를 마련하고, 이때도 대화에 성적인 내용을 쓰지 않더라도 그 대화의 목적이 장기적으로 성적 만족감을 얻기 위한 것으로 보일 때 이를 처벌할 수 있다.¹⁰⁰⁾

성범죄 법의 주석은 성인이 아동의 신임을 얻기 위한 과정에 대하여 꼭 대화가 성적으로 노골적인 필요는 없으며 친분, 교육과 같은 단순한 내용으로 이후 아동과의 만남을 목적으로 대화를 한 경우라면 처벌받을 수 있다고 규정하고 있다.¹⁰¹⁾ 그리고 성범죄의 결과가 반드시 일어나는 것을 요구하지 않는다. 즉, 성적인 욕구와 만족을 충족하려는 의도를 지니고 아동에게 접촉한 경우에 그 의도만으로도 처벌할 수 있는 것이다. 성범죄의 의도에 대한 증거는 그간 나눈 대화와 약속 장소에서 검거한 가해자가 밧줄, 윤했제, 콘돔 등을 지니고 있을 경우가 될 수 있다.¹⁰²⁾ 이때, 성인인 피해자는 대화의 상대방을 16세 이상인 사람으로 합리적으로 믿었다면 범

97) *People v. Thousand*, 631 N. W. 2d 694(Mich, 2001).

98) *United States v. Farner*, 251 F. 3d 510(5th Cir. 2001).

99) 2003. c. 42, s 15.

100) 2003. c. 42, s 15A.

101) 2003. c. 42, explanatory notes, s 15.

102) 2003. c. 42, explanatory notes, s 15.

죄로 보지 않는데, 피의자에게 그 합리적 믿음의 근거를 제시할 기회가 주어지며 입증책임은 전적으로 피의자 본인에게 있다.¹⁰³⁾

실제로 영국은 아동유인방지법을 제정하여 청소년사이트상에 경찰이 직접 아동으로 가장하여 아이디를 만들고 합성사진으로 프로필 사진을 설정하여 6개월에서 1년 동안 여성청소년인 것처럼 활동하는데, 범죄자들이 채팅을 걸어오면 증거자료를 수집하여 만날 장소를 정하고 후에 만나게 될 때 범죄자를 검거하는 함정수사방식을 이용하고 있다.¹⁰⁴⁾

이를 통하여, 영국은 온라인상에서 아동과 청소년이 입는 성범죄 피해를 심각하게 인지하고 이에 대응하기 위하여 성적인 대화 자체를 제재하고 있는 것을 알 수 있다. 또한, 디지털 성범죄자들이 아동·청소년을 대상으로 성매매나 성적 의도의 접근을 계획하고 이를 시도하기만 하여도 처벌할 수 있는 법적 근거와 수사방식을 구비해놓은 것을 알 수 있다. 이는 국가가 아동·청소년이 디지털 성범죄로 인하여 피해를 입은 경우에 그 피해의 범위나 정도가 심각하다는 것을 정확히 인지하고 있다는 것을 보여주며, 디지털 성범죄의 예방과 대응을 위하여 국가가 적극적으로 해당 범죄에 개입하겠다는 의지를 표명한 것으로 평가할 수 있다.

다. 호주

호주의 경우, 지역마다 다른 법안을 제정하여 이미 디지털 성범죄에 대응하고 있다. 주마다 법안은 조금씩 다르지만, 그들은 공통적으로 아동에게 성교나 성적 행위를 하도록 부추기거나 제안·유인·권유하는 등의 외설적인 행위를 범죄유형으로 정하고, 전자 통신매체를 사용이나 인터넷 등을 (Telephone, The Internet, or other means) 조항에 표기하고 모든 이용매체 (Carriage Service)를 이용하여 어떠한 유형으로 대화하여도 처벌될 수 있도록¹⁰⁵⁾ 규정하여 제도를 영국과 유사하게 대화만으로도 성인 가해자를 처벌할 수 있게 하고 있다. 이로 인하여, 성인의 가해자가 미성년의 피해자와 직접 만나 성적 자기결정권 침해를 하거나 성교가 아니더라도 처벌할 수 있는 근거를 마련한 셈이며 만날 계획 또한 필수적일 필요가 없다는 것을 의미한다. 가령 성인이 아동과 채팅을 할 때, 아동에게 자위행위를 하도록 부추기는 내용의 메시지만 보내도 해당 성인을 처벌할 수 있는 것이다. 아울러, 호주의 경우는 온라인 그루밍에 대한 이해가 정확한 것으로 보인다. 호주에서는 온라인으로 성인이 아동에게 성적인 목적을 가지고

103) 이수정, 앞의 연구보고서, 131면.

104) 이수정·김민정, “아동·청소년 성범죄에 대한 경찰의 대응방안”, 「한국심리학회지」 제4권 제2호, 한국심리학회, 2013, 61면.

105) Crimes Act 1900(ACT) s66, Criminal Code Act 1995(CTH) s474.26-27, Criminal Code Act 1899(QLD) s218A 등

접근하여 부적절한 관계를 맺거나 아동에게 호감을 사기 위하여 호의적으로 선물을 베푸는 행위 등도 처벌할 수 있게 법률에 규정해놓았다.¹⁰⁶⁾

또한, 호주는 법률에 온라인 그루밍 성범죄에 대한 합정수사를 허용하고 있다. Criminal Code Act 1899 s218A, s218B조항은 피해아동이 실제 사람인지, 가상의 사람인지 또는 결과적으로 성행위가 불가능하였다는 사실 등을 따지지 아니한다고 규정하고 있으며, Criminal Code Act 1995 474.28조항은 수신인이 가공의 인물일 경우 등을 규정하여 합정수사를 허용함을 명시하고 있으며, 이의 증거도 인정하고 있다는 것을 알 수 있다.

호주 퀸즈랜드의 합정수사에 관한 주요 판례 중 일부 판결에 따르면 피해자가 존재하지 않거나 가상의 인물이라 실존하지 않는다고 하더라도 피의자가 범의를 가지고 있을 경우에는 이를 범죄를 저지른 것으로 인정한 판례가 있다.¹⁰⁷⁾ 호주의 R v Kennings 사건¹⁰⁸⁾도 중요한 합정수사의 판례인데, 수사관이 13세 소녀로 가장한 아이디(Becky_boo 13)를 만들었다. 가해자는 수사관의 아이디에 처녀인지 물으며 성관계 유무를 확인하였고, 성적 의도가 담긴 인사말이나 성행위를 묘사하는 외설적인 대화를 보냈다. 또한, 가해자는 이메일로 자신의 과거 사진을 수사관에게 보냈고, 10대 소녀로 위장한 수사관은 가해자에게 친구가 자신과 닮았다는 10대 모델의 사진을 선정하여 보내기도 하였다. 가해자는 계속해서 수사관에게 만날 장소와 시간을 제시하였으며, 이후 실제 약속 장소에 나온 가해자를 경찰이 검거하게 된다. 가해자를 검거한 후 가해자의 집에 있던 가방과 노트북을 수색하였는데, 아동음란물이 발견되었으며, 결론적으로 가해자는 1심에서 유죄를 선고받고 항소심에서도 유죄를 선고받게 된다.

이처럼 아동·청소년을 노리는 디지털 성범죄에 대응하기 위하여 호주 역시 합정수사를 활용하고 있는 것을 알 수 있다. 물론 온라인 그루밍에 단호하게 대처하는 만큼, 피의자에게 변호할 기회가 주어지는데 피의자가 그 상황을 합리적 근거로 믿었던 정황을 스스로 입증해야 한다.¹⁰⁹⁾

라. 네덜란드

네덜란드의 법조항은 일반적으로 영국과 유사하다. 그러나 네덜란드의 온라인 그루밍 법은 방법론적인 면에 있어서는 차이를 보이는데, 영국의 규정과는 달리 법률의 적용범위가 제한적

106) 김성현 외, 앞의 논문, 179면.

107) 김성현 외, 앞의 논문, 189면.

108) R v Kennings-[2004] QCA 162.

109) 김성현 외, 앞의 논문, 180면.

이고 범법자의 연령 제한이 없으며 용의자의 의도가 호텔을 예약하거나 기차표를 예매하는 활동같이 명백하여야 한다.¹¹⁰⁾ 네덜란드의 경우는 온라인 그루밍이 사회적으로 물의를 빚은 영국과는 달리 큰 논란이 되는 사건은 없었으나, 디지털 기기의 발전과 그에 따른 아동의 보호를 위하여 입법하게 되었다.

네덜란드 형사법 제248조(Article 248e Dutch Criminal Code)는 온라인 그루밍의 처벌에 대하여 규정하고 있다. 내용으로는 (1) 컴퓨터나 통신 서비스를 통하여 알고 있거나 16세 미만으로 합리적으로 의심했어야 할 사람과 만남을 제안한 자, (2) 그 사람과 음란한 행위를 하려는 의도나 그 사람의 성행위 이미지를 만들려는 의도를 가지고, (3) 만남을 하려는 어떠한 조치를 취한 경우, 이를 처벌하고 있다.¹¹¹⁾

마. 독일

독일은 현재 온라인을 이용하여 아동·청소년을 성범죄의 대상으로 삼으려는 행위에 대하여 입법을 통하여 적극적으로 대응하고 있다. 독일형법은 제176조에서 “아동에 대한 성적 남용을 규정하고 있는데, 그 중 제4항 제3호는 온라인 그루밍에 대하여 규율하고 있다.¹¹²⁾ 여기서 직접적으로 그루밍이라는 용어를 사용하지는 않았지만, 문서나 정보 통신기술을 이용하여 아동과 접촉하려는 행위를 성적 남용을 시작하는 행위로 보고 있으므로, 이를 온라인 그루밍으로 이해할 수 있다.¹¹³⁾ 그런데 기존의 독일형법은 제6항에서 제4항 제3호의 미수범을 처벌할 수 있는 규정을 마련하지 않아서 범죄자가 아동이라 믿었으나 실제 성인과 대화한 경우인 불능 미수의 형태는 구성요건에 해당하지 않으며, 그 미수범을 처벌할 수도 없어 처벌의 공백이 있었다.¹¹⁴⁾ 이에 대하여, 일반예방의 관점에서 보았을 때, 범죄자가 접촉한 자가 그의 계획대로 실제 아동인지의 여부에 따라 가벌성을 따지는 것은 문제가 있다고 보았고, 독일연방법무부는 이를 개정하게 된다.¹¹⁵⁾ 이에 따라, 온라인 그루밍의 불능미수와 관련된 죄를 처벌하기 위한 규정을 신설하게 되고, 범죄 행위자가 영향을 끼쳤다고 믿은 아동이 실제 존재하는 대상이 아니어서 그 행위가 기수에 이르지 않았더라도 이를 미수범으로 처벌할 수 있게 되었다.¹¹⁶⁾ 결과적으로 독

110) 신현주, 앞의 논문, 134면.

111) 신현주, 앞의 논문, 135면.

112) 신상현, “아동청소년 대상의 디지털 성범죄 수사를 위한 잠입수사관 제도의 도입방안 - 최근 개정된 독일 형법 및 형사소송법 규정에 대한 검토를 겸하여 -”, 「고려법학」 제97호, 고려대학교 법학연구원, 2020, 160면.

113) 원혜옥·홍민지, 앞의 논문, 137면.

114) 신상현, 앞의 논문, 160면.

115) 신상현, 앞의 논문, 161면.

일은 인터넷상의 채팅을 이용하여 아동을 성적으로 유인하는 행위와 이를 준비하는 행위까지 차단하고 처벌할 수 있는 규정을 마련한 것이다.

제4항 제3호의 구체적인 내용을 살펴보면, 문서는 음성, 저장매체, 도화 등의 기타 표현물이 포함되고 정보 통신기술은 현대의 모든 통신기술을 포함한다. 대화는 모든 유형의 대화를 말하는데, 예로 오프라인 대화뿐만 아니라 이메일, 메신저와 같은 온라인 대화와 쪽지, 그림 등을 포함한다. 여기서 대화의 내용은 꼭 성적인 내용이 들어가 있을 필요는 없다. 그루밍 과정은 아동과 접촉하여 아동의 신뢰관계를 형성하는 과정이므로 반드시 성적 내용의 대화를 하거나 만남을 요구하는 대화를 포함할 필요가 없기 때문이다.¹¹⁷⁾

바. 소결

우리나라와는 달리 미국, 영국, 호주, 네덜란드, 독일은 디지털 성범죄자로부터 아동·청소년을 보호하기 위하여 수사관들이 미성년자로 가장하여 가해자를 유인하는 식으로 함정수사가 시행하고 있음을 알 수 있다. 공통적으로 위 국가들은 아동 및 청소년에 대한 온라인 그루밍법을 통하여 성범죄의 미수에 대하여도 처벌의 근거를 마련해놓은 것을 알 수 있다. 이때, 유죄의 증거로 가해자와 위장수사관이 그간 대화한 내용과 주고받은 사진·영상물, 가해자의 접선 제시 및 그에 따른 준비, 검거될 당시 가해자가 지니고 있던 소지품과 가해자의 PC기록 등으로 다양하게 활용하고 있는 것을 알 수 있다. 또한, 온라인 그루밍에서의 대화 내용이 반드시 노골적으로 성적 의도를 담고 있을 필요는 없으며 가해자가 만남을 요구하였을 필요는 없다고 법률에 규정하고 있는 것을 알 수 있다.

함정수사는 여러 이점을 지니고 있는데, 우선 함정수사는 잠재적 범죄자들에 대하여 일반에 방적 효과를 가질 수 있으며 수사의 조기개입을 통하여 잠재적인 아동·청소년 피해자를 막을 수 있고, 실무적으로도 여러 방법으로 유연하게 활용할 수 있으며 수사관에게 특별한 훈련을 받을 것을 요구하지 않으므로 실용적이다.¹¹⁸⁾ 그리고 위장 수사관이 법정에서 검토할 수 있는 범죄혐의자와 가상의 아동 간의 실시간으로 기록된 상호작용이 존재하는 것도 큰 장점이다.¹¹⁹⁾

우리나라도 성매매에 함정수사를 활용하고 있었지만, 경찰이 성구매자로 위장하여 성판매자인 아동·청소년을 유인하는 방식으로 활용하고 있어서 우선적으로 보호받아야 할 미성년의 피

116) 신상현, 앞의 논문, 161면.

117) 원혜옥·홍민지, 앞의 논문, 137면.

118) 김한균c, 앞의 논문, 50면.

119) 김성현 외, 앞의 논문, 191면.

해자들이 오히려 대상청소년으로 분류되는 등 아동과 청소년을 보호하기에 충분하지 못했다. 온라인 그루밍의 피해자인 아동·청소년은 피해를 입은 사실에도 불구하고 자신들이 오히려 처벌을 받을 수 있다는 두려움으로 인하여 신고에 큰 어려움을 느낄 수 있으며, 온라인 그루밍의 가해자가 본인의 노출 사진이나 영상을 유포할 수 있다는 불안감과 성장 중인 존재로서 미성숙한 판단을 할 가능성이 크다. 따라서 온라인 그루밍을 사전에 차단할 수 있는 대책이 필요하다.

이번 n번방, 박사방 사건 이후, 국회에 디지털 성범죄를 막기 위한 ‘아동·청소년 정보보호에 관한 법률 일부개정안’이 발의되었다. 개정안의 주 내용은 다음과 같다. 첫째, 아동·청소년에게 성적 목적의 대화나, 자위행위, 성교행위 등을 하도록 유인·권유하는 행위와 이를 정보통신망에서 하는 경우도 처벌할 수 있도록 개정하고, 둘째, 사법경찰관이 아동과 청소년을 대상으로 성범죄를 일으킬 의심이 있는 경우 그 범죄행위에 관여하여 증거를 수집할 수 있게 사법경찰관의 신분을 위장할 수 있도록 수사의 특례규정을 마련¹²⁰⁾하는 것이다. 즉, 온라인 그루밍에 대한 처벌규정을 신설하고 위장수사관제도를 도입하겠다는 것이다. 이때 해외에서 시행 중인 위장수사 방식과 그와 관련된 판례를 참고하여 우리나라의 실정에 맞는 함정수사기법을 도입하면 수사에 있어서 효과적일 것이다. 법은 언제나 사후에 대처할 수밖에 없지만, 함정수사를 통하여 사전에 가해자들 검거할 수 있게 된다면 익명성을 토대로 디지털 성범죄에 무방비로 노출되어 있는 아동과 청소년의 법익을 효과적으로 보호할 수 있을 것이다.

4. 제언

가. 함정수사의 방법

해외의 사례에서 보면 알 수 있듯이, 대부분의 아동 성범죄 용의자들은 대화 상대방인 미성년자의 신원을 확인하기 위하여 사진을 요청하는데, 이에 대응하기 위하여 미국의 경우, 수사기관에서 자체적으로 허가된 사진을 이용하고 호주 또한 용의자의 사진요구에 10대 소녀의 사진을 주면서 대처하고 있는 것을 알 수 있다. 그러나 이 방법도 여러 허점이 존재할 수 있다. 가령, 10대 소녀로 가장한 수사관에게 범죄 용의자가 사진을 요구하는 경우가 많은데, 이때 용의자가 수사관의 위장 아이디를 의심하여 얼굴이 나온 사진이나 움직이는 영상을 요구하는 경우, 노출이 심한 사진을 요구하는 등 여러 요구사항이 있을 경우에는 그 한계가 있을 것이다. 그리고 실제 해외에서는 위장수사를 위하여 아동의 사진을 수사기관에서 자체적인 기준과 수사 가

120) 권인숙 의원 대표발의 아동·청소년의 정보보호에 관한 법률 일부개정법률안(2020. 6. 11).

이드라인에 따라 선별하는데, 이때 실제 미성년의 모델의 사진이 활용될 경우에 해당 모델의 초상권을 비롯하여 여러 인권적 문제가 생길 수 있다. 또한, 실제 아동·청소년음란물을 사용하는 것도 무리가 있으며, 수사기관의 자체적인 기준으로 선별된 아동·청소년 사진 모델을 지속적으로 사용할 경우, 사진이 외부로 유출되어 함정수사의 효과가 떨어질 수도 있다.

이러한 문제점을 해결하기 위하여 가짜 데이터 생성 기술을 이용하는 방안이 있다. 즉, 위장 아이디 프로필에 쓰일 가짜 사진을 만들어내는 것이다. 그 중에 ‘생성적 적대 신경망’, 일명 GAN(Generative Adversarial Network) 알고리즘을 이용한 가짜 데이터 생성 기술이 있다. 2017년 Nvidia에서 유명한 20만 명의 사진을 학습시키고, 이를 통하여 실재하지 않는 사람의 얼굴을 무한대로 만들 수 있는 GAN 기술을 선보였는데, 이는 육안으로도 진위 구분이 어려울 정도로 정교한 기술이었다.¹²¹⁾ 이러한 기술을 활용한다면 가상의 아동을 만들 수 있을 것이고, 아동의 얼굴뿐만 아니라 신체의 부위도 만들 수 있으므로 범죄수사에 실제 아동·청소년의 사진을 이용하여 발생하는 초상권, 인권적 문제를 해결할 수 있을 것으로 보인다.

또한, GAN 기술로 추출한 사진에 딥페이크를 이용하면 영상도 만들 수 있어 함정수사가 효과적으로 진행될 수 있을 것이다. 딥페이크는 인공지능(artificial intelligence, AI) 등의 컴퓨터 기술을 활용하여 실제로 일어나지 않은 일을 일어난 것처럼 영상을 만들고 조작하는 기술을 말한다.¹²²⁾ 즉, 인공지능의 딥러닝(Deep learning) 기술과 가짜를 뜻하는 페이크(Fake)의 합성어다. 딥페이크 기술은 빠르게 발전하고 있는데, 현재는 온라인에 무료로 공개된 소스코드와 AI 머신러닝 알고리즘을 이용하여 쉽게 제작할 수 있으며, 눈으로 진위를 가리기 어려울 만큼 정교하다.¹²³⁾ 요즘은 딥페이크를 가정에서처럼 일반적인 공간에서, 일반적인 기술로도 영상을 합성할 수 있다. 현재 딥페이크 기술은 디지털 성범죄의 새로운 유형의 하나로 떠오르고 있지만¹²⁴⁾, 이를 좋은 방향으로 활용한다면 디지털 성범죄에 노출되어 있는 아동을 보호할 수 있는 방안이 될 수 있을 것이다.

실제로 네덜란드에서는 ‘스위티 프로젝트’를 통하여 아동·청소년을 노리는 성범죄자를 적발한

121) 김대희·최승완·곽수영, “딥 러닝 기반의 가짜 얼굴 검출”, 「한국산업정보학회논문지」 제23권 제5호, 한국산업정보학회, 2018, 10면.

122) 최순욱·오세욱·이소은, “딥페이크의 이미지 조작: 심층적 자동화에 따른 사실의 위기와 폰크툼의 생성”, 「젠더&문화」 제34권 제3호, 한국여성커뮤니케이션학회, 2019, 340면.

123) 배상균, “인공지능(AI) 기술을 이용한 디지털 성범죄에 대한 검토 - 딥페이크(Deepfake) 포르노 규제를 중심으로 -”, 「외법논집」 제43권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2019, 175면.

124) 예로, 지인능욕이 있다. 이번 사건의 텔레그램 n번방 중에도 지인능욕방이 있었는데, 지인능욕이란 주변 지인의 얼굴이나 영상을 성적으로 편집하여 음란한 문구와 함께 제시하는 것을 말한다. 중앙일보, “[팩플] ‘지인능욕방’ 만든 그 기술... 딥페이크 어디까지 왔나”, <https://news.joins.com/article/23740223>, 2020. 9. 23.

사례도 있다. 네덜란드의 아동인권단체인 ‘인간의 대지’는 2013년에 아동 성범죄를 막기 위하여 컴퓨터 그래픽으로 스위트(Sweetie)라는 가상의 10대 필리핀 소녀를 만들어 냈는데, 이때 10주 동안 전 세계에서 2만 명이 넘는 남성이 그루밍을 시도한 것으로 알려졌다.¹²⁵⁾ 물론, 이는 딥페이크와 같은 기술이 아닌 컴퓨터 그래픽을 이용한 가상의 아동이어서 딥페이크 등 인공지능을 활용하는 방법과 동일하지는 않으나, 컴퓨터 기술을 이용한 함정수사가 꽤나 효과적인 것을 보여주는 사례라고 할 수 있다.

온라인 그루밍을 차단하기 위한 함정수사에 활용할 사진이나 영상의 제작기법으로 인공지능과 컴퓨터 그래픽을 활용하는 방법을 살펴보았다. 이때 이러한 함정수사의 방법론적인 측면의 근거를 법률에 남겨두는 것도 장래 함정수사에 효과적일 것이다. 독일은 독일형법 제184조b에 아동음란물의 제작, 배포, 취득 등을 처벌하는 규정을 두고 있는데, 제5항에는 본조의 구성요건에 예외적인 경우를 규정하여 수사기관의 기망적 행위를 허용할 수 있는 근거규정을 두고 있다.¹²⁶⁾ 2020년에 신설된 제5항의 제2문에 의하면 ① 실재를 묘사하지 않은 아동음란물일 경우와 ② 다른 방법으로 범죄의 규명이 현저히 곤란할 경우를 규정하고 이 두 가지의 조건이 모두 충족되어야 제2문이 적용될 수 있는데, 여기서 ①의 내용을 구체적으로 살펴보면 수사기관이 아동음란물을 잠입수사에 이용하는 경우에, 실제의 아동이 나오거나 이를 편집한 것은 허용되지 않으나 기술적인 방법이나 디지털 형태로 음란물을 생성하는 경우는 허용된다.¹²⁷⁾ 즉, 인공지능을 통하여 사진을 생성하거나, 이를 생성하기 위하여 인공지능을 훈련시키는 것은 ‘제작’으로 볼 수 없어 ①의 요건에 해당된다고 볼 수 있다.

이처럼 독일은 독일형법 제184조b 제5항 제2문에 의하여 수사기관이 범죄의 구성요건에 해당하는 행위를 하여도 처벌받지 않고, 온라인상의 성범죄의 수사를 위하여 컴퓨터 기술을 이용할 수 있게 하고 있다. 따라서 우리나라도 함정수사의 방식을 법에 구체적으로 규정하여 수사기관의 직무상의 행위는 면책하는 등의 방법으로 수사기관의 부담을 덜어줄 수 있어야 할 것이다.

나. 함정수사의 정당화 방안

일반적으로 범죄라고 인식하는 경우는 강도·살인·횡령·방화 등과 같이 범죄 행위의 결과로 범죄의 결과가 발생하는 구조와 같이 가해자와 피해자가 명확하게 특정되는 경우를 말한다. 그러

125) 여성신문, “‘10세 가상소녀’ 탓에 남성 2만명 덜미… 디지털 성범죄에 ‘위장 수사’ 허하라”, <http://www.womennews.co.kr/news/articleView.html?idxno=200101>, 2020. 10. 1.

126) 신상현, 앞의 논문, 164면.

127) 신상현, 앞의 논문, 164면.

나 온라인 그루밍을 예방하기 위한 함정수사는 수사기관이 미성년자로 위장하여 수사를 진행하는데, 이 경우에 온라인 그루밍의 가해자가 범죄의 대상으로 삼는 대화의 상대방은 실재하지 않는 아동·청소년이다. 따라서 온라인 그루밍 가해자가 위장수사관과 만남을 약속하더라도, 가해자는 결과적으로 아동·청소년을 만날 수 없고 만남이 이루어져도 성인인 수사관과 만나게 된다. 즉, 이는 구조적으로 범죄의 명시적인 결과인 피해가 드러나지 않으며, 범죄행위로 인한 피해자도 없는 ‘피해자 없는 범죄’의 유형이라고 할 수 있다. 이에 대하여, 피해자도 없는 범죄에 국가가 일반 시민에 대하여 기망적 행위까지 하면서 개입하는 것이 과연 정당한가에 관한 논의가 있을 수 있다.

이러한 피해자 없는 범죄의 관점에서 함정수사에 의문을 제기하는 견해에 대하여는 범죄예방에 대한 비용·편익을 분석하는 법경제학적 관점으로 형법과 형사정책의 목표를 상기할 필요가 있다. 보통 최적의 경제성이란 최소한의 비용으로 최대한의 효과를 달성하는 것을 말한다. 일반적으로 범죄는 피해·예방비용과 같은 사회적 비용을 야기하는데, 이때 최적의 범죄수준과 효율적인 범죄예방은 범죄의 피해·예방비용을 모두 포함한 총사회적 비용을 최소화하여 달성할 수 있다.¹²⁸⁾ 정리하자면, 경제적 관점으로 본 형법의 목표 및 형사정책의 목표는 범죄로 발생하는 피해비용과 범죄를 예방하기 위한 비용을 더한 범죄의 총사회적 비용을 가장 적게 만드는 것이라고 할 수 있다.¹²⁹⁾ 온라인 그루밍에 대한 함정수사는 여러 가지 방법으로 활용할 수 있으며, 수사관이 함정수사를 위하여 특별한 훈련을 받을 필요가 없어 실용적이고 효과적인 면에서 범죄에 대하여 일반예방적 효과를 거둘 수 있으므로 효율성의 측면에서도 알맞다고 할 수 있다.

또한, 앞서 살펴본 해외의 사례와 같이 우리나라에도 딥페이크와 같은 기술로 만든 가상의 아동과 위장수사관의 가상의 아이드로 함정수사를 할 경우, 해외의 판례에서 검토한 바와 같이 피고인이 피해아동이 존재하지 않는다며 항변할 수 있다. 이 경우에는 가해자를 검거할 당시 그가 소지품 중 유행제, 오일, 피임기구 등을 지니고 있거나 가해자의 스마트폰, 주거지의 컴퓨터 등의 전자매체에 아동음란물 등이 있다면 그 증거를 바탕으로 범의를 충분히 증명할 수 있을 것이다. 또한, 가해자가 수사관과 나눈 대화 내용도 증거로 쓰일 수 있을 것이다. 이러한 증거를 바탕으로 재판부는 피해아동이 존재하지 않으며 실재하는 아동이 아닌 가상의 아동이라는 피고인의 항변에 대하여, 이를 배척하거나 정상참작의 사유의 인정 여부로 따질 수 있을 것이다.

아울러, 피의자의 범의와 여부와 관계없이, 그가 대화의 상대방이 위장수사관이라는 것을 알았다면 범죄행위를 중단하였을 가능성도 있으며, 이는 피의자의 기본권을 침해할 소지가 있고

128) 김혜정·조상희, “피해자 없는 범죄에 대한 규제에 관한 소고”, 『피해자학연구』 제23권 제1호, 한국피해자학회, 2015, 95면.

129) 김혜정·조상희, 앞의 논문, 95면.

수사의 상당성과 신의칙에 반할 수 있다. 그러나 온라인 그루밍과 같은 디지털 성범죄를 방지하였을 경우에 피해 아동·청소년이 입을 피해와 이로 인한 사회적 폐해도 고려하여야 한다. 온라인 공간에서 아동·청소년이 성범죄의 대상이 되었을 경우, 음란물이 한 번 유포되면 그 확산을 막기가 쉽지 않으므로 사후에 회복할 수도 없는 사실상 영구적인 침해를 받게 된다.¹³⁰⁾ 특히, 아동·청소년은 신체·정신적으로 미성숙하므로 이들의 법익에 대한 침해행위를 사전에 방지할 필요가 있다. 따라서 피의자에 대한 기본권의 침해와 아동·청소년을 디지털 성범죄로부터 보호하는 것으로 얻을 수 있는 공익을 비교형량 한다면, 함정수사 도입의 정당성을 구할 수 있을 것이다.

V. 결 론

최근 디지털 사회의 본격적인 도래로 스마트폰이 활발하게 보급되면서 디지털 원주민인 아동과 청소년은 자연스럽게 SNS, 채팅 어플리케이션 등에 접근할 수 있게 되었다. 이로 인하여, 아동과 청소년이 디지털 성범죄에 무방비로 노출되었고 디지털 성범죄의 표적은 점차 저연령화되고 있다. 또한, 아동과 청소년을 대상으로 사진, 개인정보 등의 유출을 토대로 협박하여 성범죄를 저지르는 신종 온라인 그루밍 피해가 더 증가하고 있는 추세이다. 이처럼 디지털 성범죄는 디지털 기반 매체의 발달과 함께 범죄 양상이 나날이 적발이 어려운 방식으로 교묘해지고 악독해지고 있으며, 이의 피해자가 신체적으로나 정신적으로 미성숙한 아동 및 청소년일 경우에 그들이 입게 될 피해는 굉장히 심각하다.

그리고 이번 n번방 사건은 기존의 온라인 그루밍과 유사하면서도 범행수법과 진행속도가 달라 신종 온라인 그루밍의 모습을 보여주었다. 이를 통하여 살펴본 온라인 그루밍은 더 이상 단순히 온라인상에서 아동·청소년을 향한 성범죄의 예비단계가 아니라 온라인 그루밍 그 자체가 성범죄의 장이 되고 있다. 특히, 온라인 그루밍을 통한 불법 촬영물은 디지털 공간에 유포될 경우, 사실상 영구적인 삭제가 불가능하며 그 피해는 온라인 공간에서 오프라인 공간으로까지 넘어와 피해자를 괴롭힌다. 이러한 점에서 온라인 그루밍은 한 인간의 인격권에 대한 말살이자 생명권에 대한 침해라고 할 수 있다.

그러나 현행 법체계는 아동과 청소년을 대상으로 한 디지털 성범죄에 대하여 아동·청소년과 성인이 성적인 대화를 하고 직접 만남이 이루어져야 체포가 가능하다. 즉, 온라인 그루밍 이후

130) 이원상, “아동포르노그래피 처벌 목적에 따른 관련 규정 개선방안”, 「비교형사법연구」 제16권 제2호, 한국비교형사법학회, 2014, 76면.

에 실제적인 성범죄가 이루어져야 처벌의 대상이 되며 이의 미수는 처벌할 수 없다는 것이다. 그리고 함정수사를 규율하고 있는 법률이 없어 함정수사의 방법론과 적용범위를 전적으로 판례에 의존하고 있으며 그마저도 범죄의 태양에 따라 다르다. 이번 n번방 사건을 통하여 정부는 디지털 성범죄에 대한 강력한 처벌과 함께 이에 필요한 잠입수사관제도의 도입도 약속하였고 국회에서도 온라인 그루밍을 예방하기 위한 함정수사를 명문화하기 위한 법률의 개정안이 발의되고 있다.

이때 함정수사는 아동·청소년의 보호가 목적이면서 적법하여야 하며, 성범죄의 피해방지에 효과적이어야 할 것이다. 해외 주요 국가에서는 온라인 그루밍을 효과적으로 단속하기 위하여 함정수사를 시행하고 있는데, 우리나라도 이러한 선형 사례를 중심으로 검토하여 함정수사를 알맞게 도입하여야 할 것이다. 온라인 그루밍과 관련된 해외 법률을 살펴본 결과, 아동·청소년을 직접 만나 성범죄를 저지르는 것뿐만 아니라 유인·권유행위를 통하여 성범죄로 이어지는 것을 막기 위하여 온라인 그루밍과 그 대화부터 차단하는 법적 제도가 있다는 것을 살펴보았다. 즉, 아동과 청소년을 만나기 위하여 신뢰를 형성하는 과정, 성범죄를 예비하는 단계부터 처벌하여 온라인상의 성범죄로부터 선제적으로 보호하고 있는 것이다. 또한 이메일, 전화, 상거래수단 등 모든 전자매체 유형을 해당 법에 규정하고 있다는 것도 알 수 있다. 그리고 함정수사에 사진을 적극적으로 활용하고 있는 것을 알 수 있으며, 함정수사를 통하여 검거한 가해자의 범의에 대한 증거는 그간 가해자와 위장수사관이 나눈 대화가 증거로 쓰일 수 있고, 체포 당시 그가 지니고 있던 소지품과 그의 PC 기록을 토대로 범의를 증명하는 것을 알 수 있다. 또한 피의자는 후에 법정에서 대화를 나눈 상대방에 대하여 해당 법률이 규율하고 있는 나이 이상으로 믿었다는 합리적 근거를 제시하여야 하며, 이의 입증책임은 피의자 본인이 지게 된다.

이러한 해외의 함정수사 방법을 토대로 함정수사의 방식에 대한 제언으로는 사진 활용의 방법에 있어서 컴퓨터 기술을 이용한 가짜 사진 생성방식을 제안하였는데, 인공지능을 이용하여 가상의 10대 아동을 생성하고 이에 딥페이크를 이용하여 움직이는 영상까지 만든다면, 함정수사를 더 실효적으로 운용할 수 있을 것이다. 이때, 가상의 아동·청소년을 생성하는 함정수사의 방식도 구체적으로 법률에 규정한다면 위장수사관의 기망행위에 대한 면책 등 수사기관의 부담을 덜 수 있을 것이다.

함정수사는 범죄를 예방하여야 할 국가기관이 직접 나서서 기망행위를 한다는 점에 있어서 타당성과 정당성에 대한 의문이 제기될 수 있다. 가령, 수사관이 가상의 아동으로 가장하여 온라인 그루밍 가해자와 대화를 하는 함정수사의 특성상, 피해자 없는 범죄의 유형으로 보일 여지도 있으며, 선제적으로 범죄에 개입하는 수사의 방식에 있어 수사의 상당성 및 신의칙에 반할 수 있다. 그러나 함정수사의 시행을 법경제학적 관점으로 보았을 때, 함정수사의 이점은 총

비용을 최소화하면서 「형법」과 형사정책의 목적을 달성할 수 있어 타당성을 지니며, 함정수사를 통하여 가해자의 기본권을 침해하는 것과 온라인 그루밍을 방임할 시 디지털 성범죄로 인하여 아동·청소년이 장래에 입을 반영구적인 법익 침해를 비교형량 한다면 그 도입의 정당성을 구할 수 있을 것이다.

n번방 사건과 같이, 갈수록 진화되고 음지화 되어가는 온라인 그루밍 성범죄는 기존의 수사 방식으로는 적발에 어려움이 있어 함정수사의 필요성이 대두되었다. 이에 우리나라도 해외의 사례를 참고하여 법률을 개선하고 함정수사를 명문화 하여 운용의 근거를 만드는 등의 디지털 성범죄에 적극적으로 대응하려는 노력을 하여야 할 것이다.

참 고 문 헌

I. 국내문헌

- 강동욱·황문규·이성기·최병호, 「형사소송법강의」, 오래, 2018.
- 강정은·김희진, “아동인권 관점에서 바라본 국내 아동 성착취 제도 개선 과제”, 「이화젠더법학」 제11권 제1호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2019.
- 권미경, “디지털 성범죄 피해자 지원 프로세스에 대한 연구”, 「이화젠더법학」 제10권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2018.
- 권인숙 의원 대표발의, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 일부개정법률안, 2020.
- 김대희·최승완·곽수영, “딥 러닝 기반의 가짜 얼굴 검출”, 「한국산업정보학회논문지」 제23권 제5호, 한국산업정보학회, 2018.
- 김성진, “미국에서의 아동성범죄에 대한 형사법적 대응”, 「중앙법학」 제15권 제1호, 중앙법학회, 2013.
- 김성현·석희진·김리원·이은정·서연주·이수정, “온라인 기반 아동청소년 성착취 근절을 위한 개선방안-국내 및 국외 현행법 제도 검토를 중심으로-”, 「경찰학논총」 제14권 제4호, 원광대학교 경찰학연구소, 2019.
- 김수아·장다혜, “온라인 피해 경험을 통해 본 성적 대상화와 온라인 성폭력 문제”, 「젠더 & 문화」 제34권 제1호, 한국여성커뮤니케이션학회, 2019.
- 김연수·정준섭, “디지털 성범죄” 관련 정부대책과 개선방안”, 「동북아법연구」 제11권 제3호, 전북대학교 동북아법연구소, 2018.
- 김은경, “사이버 성폭력의 현실과 쟁점들”, 「사이버 커뮤니케이션 학보」 제7호, 사이버 커뮤니케이션학회, 2001.
- 김택수, “조직범죄 대처를 위한 잠입수사기법의 허용성과 법적 체계: 프랑스 사례를 중심으로”, 「경찰법연구」 제14권 제1호, 한국경찰법학회, 2016.
- 김한균a, “디지털 성범죄 차단과 처단 - 기술매개 젠더기반 폭력의 형사정책 -”, 「저스티스」 제178호, 한국법학원, 2020.
- _____b, “사이버성범죄·디지털성범죄 실태와 형사정책”, 「이화젠더법학」 제9권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2017.

- ____c. “아동·청소년성보호법상 아동성매수범죄와 위장수사”, 「형사법의 신동향」, 제42호, 대검찰청, 2014.
- 김현아, “카메라등이용촬영죄 처벌의 문제점과 개선방안”, 「이화젠더법학」 제9권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2017.
- 김혜정·조상희, “피해자 없는 범죄에 대한 규제에 관한 소고”, 「피해자학연구」 제23권 제1호, 한국피해자학회, 2015.
- 김혜진, “해외 주요국의 디지털 성범죄 정책 실태 조사를 통해선 본 국내 디지털 성범죄 대응방안의 한계점과 개선과제 고찰 : 미국, 호주, 일본, 독일 사례를 중심으로”, 「디지털융복합연구」 제18권 제8호, 한국디지털정책학회, 2020.
- 김희정, “청소년기의 특성을 고려한 청소년과의 ‘합의’에 의한 성관계의 강간죄 처벌에 관한 고찰-미국의 사례를 중심으로”, 「형사법의 신동향」 제51호, 대검찰청, 2016.
- 박다운·이관희, “온라인 아동 성착취물(CSEM)의 실태와 대응 방향에 관한 소고 - 국제적 동향과 국내 사례 분석을 중심으로 -”, 「경찰학논총」 제15권 제3호, 원광대학교 경찰학연구소, 2020.
- 박찬걸, “성매매 조장 사이트 규제의 집행력 강화를 위한 제언”, 「형사정책연구」 제30권, 제4호, 한국형사정책연구원, 2019.
- 배상균, “인공지능(AI) 기술을 이용한 디지털 성범죄에 대한 검토 - 딥페이크(Deepfake) 포르노 규제를 중심으로 -”, 「외법논집」 제43권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2019.
- 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2014.
- 신상현, “아동·청소년 대상의 디지털 성범죄 수사를 위한 잠입수사관 제도의 도입방안 - 최근 개정된 독일형법 및 형사소송법 규정에 대한 검토를 겸하여 -”, 「고려법학」 제97호, 고려대학교 법학연구원, 2020.
- 신이철, “형사법상 함정수사의 허용한계와 합리적 통제”, 「경찰학연구」 제18권 제2호, 경찰대학 경찰학연구편집위원회, 2018.
- 신현주, “아동·청소년 그루밍 성범죄에 대한 이해와 예방대책에 관한 연구”, 「한국치안행정 논집」 제15권 제4호, 한국치안행정학회, 2019.
- 안경옥·김희정, “청소년 범죄의 대응방안으로서의 뇌과학의 활용”, 전남대학교 법학연구소, 「법학논총」 제33권, 제1호, 2013.
- 오세연·신현주a, “디지털 성범죄 피해자의 2차 피해 실태 및 사례분석에 관한 연구”, 「한국범죄정보연구」 제6권 제1호, 한국사회안전범죄정보학회, 2020.

224 동국법학 제1권

- _____ b, “온라인 그루밍 성범죄 실태 및 피해자 보호방안에 관한 연구”, 「경찰학 논총」, 제14권 제4호, 원광대학교 경찰학연구소, 2019.
- 윤정숙, “그루밍 성범죄의 특성 및 처벌”, 「젠더법학」 제12권 제1호, 한국젠더법학회, 2020.
- 윤정숙·이태현·김현숙, “아동청소년 성범죄에서 그루밍(grooming)의 특성 및 대응방안 연구”, 「형사정책연구원 연구총서」 한국형사정책연구원, 2019.
- 이수정·김민정, “아동·청소년 성범죄에 대한 경찰의 대응방안”, 「한국심리학회지」 제4권 제2호, 한국심리학회, 2013.
- 이원상, “아동포르노그래피 처벌 목적에 따른 관련 규정 개선방안”, 「비교형사법연구」 제16권 제2호, 한국비교형사법학회, 2014.
- 이재영·김용근, “채팅 어플리케이션에서 그루밍 성범죄 예방에 관한 연구”, 「한국융합과학회지」 제8권 제4호, 한국융합과학회, 2019.
- 이성대, “채팅어플리케이션을 통한 성매매방지를 위한 법률적 규제방안”, 「형사정책」 제31권 제1호, 한국형사정책학회, 2019.
- 임동규, 「형사소송법」, 법문사, 2019.
- 원혜옥·홍민지, “온라인에 기반한 아동청소년 대상 성착취에 대한 법제도 개선방안”, 「피해자학연구」 제28권 제1호, 한국피해자학회, 2020.
- 윤덕경a, “디지털 성범죄 관련 법·제도 현황과 개선과제”, 「여성가족패널브리프」 제55호, 한국여성정책연구원, 2020.
- _____ b, “온라인 성폭력 피해실태 및 피해자 보호방안”, 「ISSUE PAPER-2019」, 한국여성정책연구원, 2019.
- 윤지영, “디지털 성범죄 대응을 위한 수사법제 개선 방안 - 온라인 수색과 잠입수사 법제화를 중심으로 -”, 「형사정책」 제32권 제2호, 한국형사정책학회, 2020.
- 정한중, “함정수사에 대한 미국의 논의와 한국의 판례 및 학설 비판”, 「비교형사법연구」 제15권 제1호, 한국비교형사법학회, 2013.
- 최민경, “성범죄 피해자 책임전가의 동기에서 나타나는 성차: 근원적 동기를 활용한 탐색적 연구”, 서강대학교 석사학위논문, 2017.
- 최소윤·한민경, “‘사이버 음란물’에서 ‘기술매개 젠더기반 폭력’까지 : 디지털 성범죄 관련 국내 연구동향 분석”, 「한국범죄학」 제14권 제2호, 대한범죄학회, 2020.
- 최순욱·오세욱·이소은, “딥페이크의 이미지 조작: 심층적 자동화에 따른 사실의 위기와 딥 크툼의 생성”, 한국여성커뮤니케이션학회, 「젠더&문화」 제34권 제3호, 2019.

- 최호진·허정현, “카메라등이용촬영죄의 보호법익에 따른 해석기준에 대한 검토”, 「법학논총」 제44권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2020.
- 함영옥·임종인, “충남·세종 지역 사이버성폭력 불법촬영·유포 사범에 대한 대응방안”, 「경찰학논총」 제15권 제1호, 원광대학교 경찰학연구소, 2020.
- 홍남희, “디지털 성폭력의 ‘불법화’ 과정에 대한 연구”, 한국여성커뮤니케이션학회, 「젠더 & 문화」 제33권 제2호, 2018.

II. 기타자료

- 김지영·황지태·최수형·김현아, “2018년도 아동·청소년대상 성범죄 동향분석”, 여성가족부 아동청소년성보호과 보고서, 여성가족부, 2018.
- 김현아·김숙희·김영미·장윤정·서승희·박지영, “디지털 성범죄 처벌 및 피해자 지원 방안 연구”, 국회 여성가족위원회, 2018.
- 대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도1066 판결.
- 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도1247 판결.
- 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도2339 판결.
- 배상률·박남수·백강희·고은혜, “청소년 사이버일탈 유형별 대책 연구”, 「연구보고 17-06」, 한국청소년정책연구원, 2017.
- 이수정, “온라인 기반 청소년 성착취 체계 분석과 법·제도적 대응방안”, 「한국여성인권 연구 보고서 2019-2」, 한국여성인권진흥원, 2019.
- 장미혜·이미정·고현승·김현아·노성훈, “불법촬영물 대응에 관한 성인지적 분석”, 「한국여성정책연구원 연구보고서」, 한국여성정책연구원, 2020.

비동의 간음죄 신설에 관한 논의 및 입법안 제시

송필호(법04)·김유진(법01)·김현정(법01)·장예희(법02)

[목 차]

| | |
|-------------------|--------------------|
| I. 서론 | IV. 비동의 간음죄 찬반논의 |
| II. 비동의 간음죄 일반논의 | V. 국내외 법제 검토 |
| III. 현행법상 비동의 간음죄 | VI. 비동의 간음죄 입법안 제시 |
| III. 처벌가능성 검토 | VII. 결론 |

I. 서론

1. 연구의 목적

2017년 해외의 유명 영화제작자의 성추문 사건을 계기로 성폭력 및 성희롱에 대한 피해자들의 폭로 활동, 이른바 ‘미투운동’은 여전히 활발히 전개되고 있다. 우리나라는 서지현 검사가 폭로한 성추행 사건을 시작으로 정치계, 문화계, 학계, 의료계 등 우리 사회의 수많은 곳에서 성폭행 피해를 폭로가 이어졌고, 그 이후 들불처럼 번져나가며 뉴스 보도에 수없이 오르내렸다. 이러한 상황 속에서 정부 관계 부처 및 국회에서는 성폭력 범죄에 대한 개선방안을 논의하였고, 이후 성폭력범죄 관련 개정안들이 현재까지도 폭발적으로 쏟아지고 있다. 정부 및 관계 부처에서는 4,946개 기관을 대상으로 특별점검을 실시하고, 성폭력 범죄로 처벌받은 공무원의 징계규정을 강화하겠다고 밝히는 등 여러 방법으로 성범죄 문제를 개선하고자 하는 확고한 의지를 보여주었다. 그러나 대한민국의 성폭력범죄의 현실과 현행 「형법」이 가지고 있는 처벌 공백이나 입법 미비, 법해석과 학설로 인한 한계를 고려할 때, 정책 개선뿐만 아니라 「형법」에 대한 개정이나 새로운 입법은 반드시 필요하다.

미투운동의 주된 고발 대상은 ‘권력형 성폭력’으로 폭행이나 협박과 같은 유형력 사용에 의한 성범죄가 아닌 소속된 집단 내부 혹은 개인과 개인 사이의 피해자에 대한 무형의 지배력이다. 하지만 현행 「형법」상 강간죄는 상대방의 주체적인 자유의사를 억압하고, 피해자가 입증하

기 어려울 수밖에 없을 정도로 좁게 해석하는 판례의 태도로 인하여 권력형 성폭력 사건들을 처벌하는 데 한계를 보인다. 이를 보완하기 위한 방안으로 비동의 간음죄가 논의되어왔다. 1994년 성폭력 처벌법 제정을 시작으로 '비동의 간음죄'가 제기된 이후 이에 대한 찬반 논의는 끊임없었고, 성폭력 법체계에 대한 형사법구조와 학설, 법해석까지 포함한 열띤 논의는 현재까지 진행되어왔다. 미투운동 이후 제출된 법률안을 살펴보면 비동의 간음죄 신설 혹은 「형법」상 강간죄에 비동의 요건들을 추가하는 안, 업무상 위력에 의한 간음죄에 대한 개정 혹은 우월적 지위를 이용한 간음추행 신설안, 강간죄 폭행·협박의 정도를 완화하는 안 등이 있다. 처벌 공백을 메꾸는 구성요건을 추가하고자 하는 개정안은 입법상 불비를 완화하고자 하는데 일차적 목적을 가지고 있지만, 비동의 간음죄 신설 혹은 비동의 요건을 추가하고자 하는 개정은 「형법」상 성폭력에 대한 정의를 변경하고자 한다는 점에서 현행 성폭력 법체계의 큰 변화를 이끌 수 있다. 미투운동 뿐만 아니라 N번방 범죄와 같은 성범죄 사건들이 줄지어서 일어나고 있고 이 연장선으로 새로운 입법안과 각종 해석이 등장하고 있다. 이런 상황 속에 형사법의 대변혁은 불가피할 것이라고 판단되며 비동의 간음죄 입법은 「형법」 발전 및 성폭력범죄 법체계를 전환의 시작으로 이끌 것이다. 또한 비동의 간음죄 신설은 성범죄예방의 대책으로서 중요하게 작동할 수 있으며 미투운동을 통해 드러난 우리 사회의 심각한 성범죄 문제를 완화하고 우리 사회의 인식구조를 바꾸는데 기여할 것으로 보인다. 다만 비동의 간음죄 입법론을 고려할 때, 합리적으로 양성평등의 사회문화의 발전에 기여할 수 있도록 하고, 성별 편향으로 치우치지 않도록 그 적절한 한계를 지을 필요가 있으며 법치국가의 「형법」상 한계를 가려보기 위한 비판적 작업은 필수이다.

따라서 본 조는 비동의 간음죄 입법안에 대한 일반논의를 검토하고 현행 법제와 판례 등을 통해 문제점을 파악하며, 해당 논의의 법적 쟁점들과 찬반론을 통해 비동의 간음죄 도입의 필요성과 방향성 그리고 그 한계와 개선점을 보다 엄밀하게 검토하고자 한다. 뿐만 아니라 성폭력범죄의 구성요건인 폭행·협박·위력의 요건 및 비동의 요건을 체계적으로 분석하고 해외 법제와 21대 국회 입법동향을 파악하여 실익과 한계를 비교 후 성범죄 사건에 관한 현행법 개선방안 및 비동의 간음죄 도입에 필요할 요건들을 세밀하게 검토할 수 있을 것이라 기대한다.

2. 연구의 범위 및 방법

해당 논문은 문헌학적 연구와 국내외 법제 검토를 중점으로 한다. 따라서 비동의 간음과 관련해 용어, 보호법익, 학설 및 국내 입법안과 국외 법제를 확인한다.

제2장에서는 비동의 간음죄의 의의와 보호법익에 관한 논의들을 다루어 본다. 현재 사법부의 공식적인 용어설명은 나와 있지 않은 상태이며 관련한 여러 입법안만이 존재하는 관계로 비동의와 반의사, 비동의 간음과 비동의 강간, 관련 법리를 검토한다. 또한, 비동의 간음죄의 도입이 가져올 기대효과를 파악하기 위해 기존 성범죄의 보호법익인 성적 자기결정권이 비동의 간음죄에서도 동일하게 적용될지 확인해야 한다. 따라서 성적 자기결정권에 대한 논의들을 파악하고 사법해석을 검토한다. 제3장에서는 현행법제로 비동의 간음죄의 실익을 다룰 수 있는지 확인한다. 이에 「형법」 297조, 301조, 302조에 한하여 강간죄의 기존 학설들과 판례를 중심으로 검토한다. 비동의 간음죄의 비판론의 입장을 검토하는 제4장에서는 판례 및 법제를 확인하여 현행 강간죄 사건의 처벌 공백을 파악하고 「형법」의 기본 원칙을 살펴본다. 제5장에서는 현재 비동의 성범죄를 시행하고 있는 독일과 스웨덴의 법률을 알아본다. 또, 21대 국회에서 논의되었던 입법안들을 확인하고 그 중 류호정 의원의 비동의 성범죄에 관하여 제출한 성범죄 개정안을 검토한다. 해외법제와 국내 논의들을 참고하여 제6장에서는 본 논문에서 생각하는 적합한 형태의 비동의 간음죄 입법안을 도출한다.

II. 비동의 간음죄 일반 논의

1. 비동의 간음죄 의의

가. 비동의 간음죄의 일반적 해석과 독자성

‘비동의 간음죄’는 아직 사법적, 사회적 합의를 통해 확립된 개념은 아니며 학계와 입법 논의에서도 상대방의 의사에 반하거나 동의 없는 성교행위에 대해서 강간이라 할 것인가 간음이라 할 것인가에 대해서 논쟁이 있어왔고 그동안 비동의 간음과 비동의 강간, 두 용어가 혼용되어 왔다. 또한 상대방의 의사에 반하였는지 내지는 동의가 부재하였는지 여부에 따라서 반의사와 비동의 등의 단어가 채택되지만 이는 나중에 서술할 비동의 간음죄라는 큰 개념 안에 내재하고 있는 형태의 문제이다. 아직 정립된 개념은 아니지만 실무와 학계, 그리고 사회에서 주로 사용되고 있는 단어라는 점을 고려하여 통일성을 위해 본 논문에서는 ‘비동의 간음죄’라는 용어를 사용하고 다른 이유도 같은 장에서 후술할 것임을 밝힌다.

일반적으로 비동의 간음죄는 폭행, 협박이 없더라도 피해상대방의 비동의 의사에 반하여 혹

은 동의의 부재에도 불구하고 간음으로 나아가는 행위를 처벌하는 규정을 말하여 여성학계에서는 이를 성적 자기결정권을 침해하는 성폭력 범죄행위로 보고 있다.¹⁾ 상대방이 동의한 간음은 위법성이 조각되기 때문에 구성요건해당성이 없다는 점은 명확하다. 이는 간음행위의 본질이 쌍방의 합의에 기초한 행위라는 점에서 자명하다. 그러나 현행법은 일방이 동의하지 않은 간음 행위 즉, 비동의 간음에 대해서 규정하고 있지 않다. 현행법에 따라 상대방이 동의하지 아니한 간음행위가 강간죄로 인정되기 위해서는 「형법」 제297조에 따라 상대방의 반항이 불가능하거나 현저히 곤란할 정도의 폭행, 협박이 사용되거나 아니면 제299조에 의해 상대방이 심신상실 내지는 항거불능의 상태에 있어 동의를 할 수 없음에도 간음을 한 경우이어야 한다. 또는 「형법」 제302조와 제303조의 규정에 의해 상대방이 미성년자 혹은 심신미약자이거나, 피보호자 또는 피구금자일 경우에 위계, 위력에 의해 간음을 해야 한다. 이에 따라 다시 비동의 간음죄가 상정하는 행위를 파악해보면 심신상실이나 항거불능상태에 있지 않은, 대체로 성인인 피해자의 동의 부재, 거부 의사에도 불구하고 간음으로 나아갔지만, 폭행 또는 협박을 이용하거나 심신상실이나 항거불능 상태에 놓이게 하는 행위는 하지 아니한 경우라고 할 수 있다.²⁾

또한 비동의 간음죄가 강학적으로 독자성을 가질 수 있는지에 대해서 우리 학설과 판례 둘 다 대체로 그 고유의 독립적 영역을 인정하고 있다. 안희정 전 충남지사의 제1심판결에서는 폭행, 협박 혹은 위력의 행사와 같은 행위가 없다 할지라도 상대방의 의사에 반하여 갖는 성행위를 처벌하는 규정을 도입할 것인지 여부는 입법정책적인 문제라고 지적한 바 있는데, 이는 현행 형사법이 규율하지 못하는 비동의 간음죄의 독자적 영역을 인정하였다고 볼 수 있다.³⁾ 학설도 이와 같은 입장을 표명하고 있는데 이호중 교수는 성적 자기결정권은 폭행이나 협박과 같은 강제력을 동원할 수단에 의해서만 침해되는 것이 아니라, 다양한 성적 관계에 있는 개인 간 관계에서 성적 욕정에 관한 해석이 교환되지 않음으로써도 침해될 수 있다고 한다.⁴⁾

나. 비동의 간음과 비동의 강간

동의를 없는 성교행위를 간음으로 할 것인지 강간으로 할 것인지에 대해서 학계나 국회에서

-
- 1) 이호중, “성폭력 처벌규정에 대한 비판적 성찰 및 재구성”, 「형사정책」 제17권 제2호, 형사정책학회, 2005, 95면.
 - 2) 김한균, “비동의 간음죄 입법론의 비판적 검토”, 「형사법의 신동향」 제59호, 대검찰청, 2018, 419면.
 - 3) 허황, “비동의 성범죄 신설에 관한 소고”, 「피해자학연구」 제28권 제1호, 한국피해자학회, 2020, 99면.
 - 4) 이호중, 앞의 논문, 92면.

입법 논의가 진행되고 있지만 아직까지 입법정책적인 담론이 충분히 형성되지 않았다. 일단 법률이 어떤 용어를 채택하고 나면 법체계상, 사법 해석상, 사회생활에 영향을 미치는 규범적 효력상 혼란을 야기할 수 있더라도 일단 수용해서 사용할 수밖에 없으므로 법학적 고찰이 필요할 것이다.

우리 「형법」은 간음과 강간을 구분하여 간음을 하자 있는 동의라도 동의가 있는 성교로, 강간을 강제적인 성교로 보고 있어 비동의 간음이라는 표현은 동의 있는 성교행위로서 동의가 없는 것이라서 형용모순이라는 지적이 있다.⁵⁾ 그러나 이러한 주장은 맞지 않다. 「형법」에서는 아직까지 구성요건에 대해서 개념적 정의를 하고 있지 않다.⁶⁾ 따라서 개념에 대한 해석은 학설과 판례에 맡겨져 있는데 모두 위에서 주장한 바와 같이 간음과 강간을 정의하고 있지 않다. 학설과 판례에 따르면 「형법」상 강간죄 성립을 위한 ‘간음’은 남성의 성기를 여성의 성기에 삽입하는 행위라고 하고 있어 간음은 ‘성기와 성기의 삽입’이라고 정의할 수 있다.⁷⁾ 하자 있는 동의라도 동의가 있는 성교를 간음이라고 해석하고 있지는 않는다는 것이다.⁸⁾

그리고 ‘비동의 강간’이라는 용어의 도입에 찬성하는 입장에서는 비교법적으로 “rape”는 비동의 간음, 폭력적 강간 등 모든 성폭력 행위를 제하에 두는 상위개념이고⁹⁾ 비동의 간음은 엄밀하게는 간음만의 문제가 아니고 간음 외에도 신체삽입행위 등 여러 문제가 포괄되기 때문에 비동의 강간이라는 개념이 쓰여야 한다는 주장하고 있는데 이는 경청할 만하다. 그러나 미국의 모범형법전의 경우에는 강간의 경우는 “rape”, 비동의 간음은 “sexual intercourse without consent” 라고 별도의 조항에 규정하고 있기도 하여¹⁰⁾ 비교법적인 근거를 들어 이를 무비판적으로 우리 「형법」 이론에 대입하기에는 어려운 측면이 있다. 더구나 비동의 간음죄라는 용어가 위계, 위력에 의한 간음죄와의 관계로 인하여 우리 학계나 사회일반에서 더 빈도 높게 사용되고 있는데 위계, 위력이 수단의 불법성과 폭력도 측면에서 비동의 간음죄의 그것과 강간죄상의

5) 박지현, “비동의 강간죄의 입법과 해석을 위한 제언 - 필요성, 적극적 동의(Yes Means Yes) 기준의 반영, 과실범 입법을 중심으로 -”, 「서울법학」 제28권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2020, 214면.

6) 장응혁·정진석, “제20대 국회의 비동의 간음죄 입법안에 대한 비판적 검토 - 이른바 ‘조두순 접근금지법’을 통한 보호관찰의 새로운 변화를 계기로 -”, 「보호관찰」 제20권 제1호, 한국보호관찰학회, 2020, 173면.

7) 이현정, “강간죄의 구성요건에 관한 비판적 고찰”, 「연세법학연구」 제21권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2011, 56면.

8) 대법원 2013.05.16. 선고 2012도14788 판결(한편 부부 강간죄를 인정한 대법원 판결의 소수의견에 따르면 ‘간음’의 사전적 의미는 ‘부부 아닌 남녀가 성적 관계를 맺음’이고 강간은 ‘강제적인 간음’을 의미한다고 한다).

9) 박지현, 앞의 논문, 215면(영국의 성폭력법이나 스웨덴 형법은 폭력적 강간과 비동의 강간을 모두 강간의 제하에 두어 이를 명확히 하고 있다고 한다).

10) MPC §213.1.

폭행, 협박 사이에 있기 때문이다. 이에 대해서 단순한 비동의가 위계, 위력이 사용된 경우보다 불법성이나 죄질이 가볍다고 단정 지을 수도 없다고 하는 지적이 있다.¹¹⁾ 물론 구체적인 사안에 따라서는 단순한 비동의가 위계·위력보다 가볍게 이해되어서는 안 될 수 있다. 그렇지만 대부분의 경우에서 위계, 위력에 의한 간음죄가 보호법익 침해의 정도가 더 중하고 불법성이 더 크다고 할 수 있다. 단순히 비동의 간음죄가 다른 성범죄에 비해 죄질이 가볍다고 단정 지을 수 없다고 한다면 「형법」에 규정된 모든 범죄들도 각각 규정된 법정형과 관계없이 내재된 인식, 고의 여부 등에 의해서 다 불법성이 다 다르다고 할 수 있기 때문에 이러한 견해는 정합성이 떨어진다.

앞선 이유들에 비추어봤을 때, 강학상으로도 현재 사회 통념상으로도 비동의 간음이라는 용어를 사용하는 것이 타당하다. 그러나 이에 대해서는 더욱 심도 있는 논의가 진행되어야 할 것이다.

다. 비동의 간음죄의 형태

우리 「형법」에 비동의 간음죄가 신설되기 위해서는 어떠한 형태를 가져야 하는지에 대해서는 제5장에서 논하기로 하고 본격적인 내용에 들어가기 앞서 제2장에서는 비동의 간음죄와 관련하여 세계적으로 언급되는 “노 민즈 노(No means no)”와 “예스 민즈 예스(Yes means Yes)” 모델과 우리나라에서 비동의 간음죄와 관련한 입법안들에 사용되고 있는 “동의 없이”와 “(명백한) 상대방의 의사에 반하여”라는 표현을 비교 검토해본다.

우선, “상대방의 의사에 반하여”라는 구성요건표지는 상대방의 실제 형성된 반대 의사를 전제하고 있음을 알 수 있다. 이러한 반대 의사는 명시적이든 묵시적이든 표현되어야 할 것이 당연하다. 이에 따라 상대방의 암묵적인 내적 의사를 무시한 것은 위의 표지에 포함되지 않는다. 그러므로 “의사에 반하여”라는 표현은 충돌하는 양 당사자의 의사라고 정리해볼 수 있다. 또 동의는 사전적으로 ‘다른 사람의 행위를 승인하거나 시인함’을 의미한다. 그렇기에 동의는 양 당사자 간의 의사의 합치라고 볼 수 있고 일반적으로 의사의 합치는 우연하게 발생하는 것이 아니라 한 당사자가 어떤 행위에 대해서 제안을 하고 타방이 이를 승인하거나 시인함으로써 이루어진다. 그러면 “동의 없이”라는 표현은 의사의 불합치를 의미할 수 있지만 반드시 그렇지 만도 않다. “동의 없이”는 의사의 불합치보다 넓은 개념이라고 하는데 이는 일방 당사자의 제안에 대한 타방의 의사부재도 포함하고 있기 때문이다.¹²⁾ 종합하여 정리해보면, “동의 없이”는

11) 박지현, 앞의 논문, 215면.

12) 허황, 앞의 논문, 108면.

상대방의 존재하지 않은 추정적 의사와 동의의 부재까지 포함하고 있고 “의사에 반하여”라는 형용은 동의의 부재를 상정하지 않기 때문에 더 좁은 개념이라고 할 수 있다.

다음으로 “노 민즈 노(No means no)”와 “예스 민즈 예스(Yes means Yes)” 모델을 살펴본다. 일반적인 “노 민즈 노(No means no)” 모델은 현실적 상황에서 남녀 성관계의 동의가 암묵적으로 이뤄질 수밖에 없음을 전제하고 있는 법리로, 여성이 반항하지 않고 거부의 의사표시를 하지 않았다면 성관계에 동의한 것으로 본다. 즉, 성관계 시 묵시적인 태도는 동의로 간주하며, 거부의 의사표시를 한 경우에만 비동의를 인정한다. 이에 반하여, “예스 민즈 예스(Yes means Yes)” 모델은 동의의 의사표시가 있는 경우에만 동의를 인정한다. 즉, 공포 혹은 두려움 등의 사유로 인해 침묵한 경우인 동의 부재에도 비동의를 인정된다. 상대방이 저항하지 않았고 거부의 의사표시를 하지 않았을지라도 성관계를 동의하는 의사표현이 없었다면 강제적 성관계로 본다. ‘Yes Means Yes’에 따르면 명시적인 동의가 있을 때에만 범죄의 성립이 부정되므로, 성행위의 모든 전후 과정에서 행위자는 매번 타방의 동의의사를 구해야 한다.

생각하건대, “상대방의 의사에 반하여”라는 명문의 표현이 “노 민즈 노(No means no)”에 대응하는 표지이고, “동의 없이”라는 법문은 “예스 민즈 예스(Yes means Yes)”에 부합하는 구성요건으로 보인다. 이러한 용어의 정리를 통해 추후 서술할 비동의 간음죄 규정의 형태의 기본적인 사항을 전제하고자 한다.

2. 보호법익 논의

「형법」 제32장의 강간과 강제추행죄의 보호법익은 성적 자기결정권이기에 비동의 간음죄의 보호법익도 이와 같을 것이 지당하다. 그러나 무엇이 성적 자기결정권인지에 대해서는 학계에서는 아직 통일된 시각이 결정되어있지 않아 성적 자기결정권에 대한 사법해석과 각 학설의 주장과 근거를 검토해보고 이에 대한 소견을 밝혀보고자 한다.

가. 성적 자기결정권 논의

학계에서는 성적 자기결정권을 바라는 상대와 원하는 시간과 장소에서 성적 자유를 향유할 수 있는 적극적인 차원의 권리로 이해하는 견해가 있는 반면, 성적 행위와 관련한 모든 자유를 보호하는 것이 아닌 불법한 침해에 의해서 원치 않은 성행위를 하지 않을 소극적인 자유만을 보호한다는 견해도 있다.¹³⁾ 그리고 이 두 가지 측면의 성적 자기결정권을 인정하면서 덧붙여 성적 자기결정권은 상호주관적인 의사소통에서 성적 욕망의 차이를 인정하는 민주주의적 이해

라고 보는 시각도 있다.¹⁴⁾

또한 김일수, 서보학 교수는 폭행 및 협박을 수단으로 하는 성범죄에 있어서의 보호법익은 성적 자기결정권 이외에 신체의 불가침성 또는 의사결정의 자유를 부차적인 보호법익으로 이해하고 있다.¹⁵⁾ 김한균 교수는 성적 자기결정권을 각 개인이 인격권의 주체로서 성적 행위에 있어서 의사결정의 자유와 신체의 안전을 온건히 보호받을 권리라고 파악하며 이 법익의 본질적 부분은 신체의 안전과 자유라고 한다.¹⁶⁾ 이에 반해 허황 교수는 신체의 안전과 자유에 대한 침해가 없어도 성적 자기결정권에 대한 침해는 있을 수 있다고 보기 때문에 성적 자기결정권은 의사결정의 자유를 포함한다고 한다.¹⁷⁾

나. 성적 자기결정권에 대한 사법해석

대법원은 「형법」 제32장의 제목이 ‘정조에 관한 죄’에서 ‘강간과 추행의 죄’로 개정된 경위는 “강간죄의 보호법익이 현재 또는 장래의 배우자인 남성을 전제로 한 관념으로 인식될 수 있는 ‘여성의 정조’ 또는 ‘성적 순결’이 아니라 자유롭고 독립된 개인으로서 여성이 가지는 성적 자기결정권이라는 사회 일반의 보편적 인식과 법 감정을 반영한 것으로 볼 수 있다”고 판시하며 강간죄를 비롯한 성폭력범죄의 보호법익은 성적 자기결정권이라고 천명하였다.¹⁸⁾

이러한 성적 자기결정권의 의미에 대해서 헌법재판소는 “성적 자기결정권은 각인 스스로 선택한 인생관 등을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자가 독자적으로 성적 관(觀)을 확립하고, 이에 따라 사생활의 영역에서 자기 스스로 내린 성적 결정에 따라 자기 책임 하에 상대방을 선택하고 성관계를 가질 권리를 의미하는 것”이라고 해석하고 있다.¹⁹⁾ 대법원은 「형법」 제32장의 ‘강간과 추행의 죄’의 보호법익은 개인의 성적 자유 또는 성적 자기결정권이라고 하면서 “여기에서 ‘성적 자유’는 적극적으로 성행위를 할 수 있는 자유가 아니라 소극적으로 원치 않는 성행위를 하지 않을 자유를 말하고, ‘성적 자기결정권’은 성행위를 할 것인가 여부, 성행위를 할 때

13) 허황, 앞의 논문, 88면.

14) 이호중, 앞의 논문, 92면.

15) 김일수·서보학, 「새로쓴 형법각론」, 박영사, 2015, 129면(따라서 동저자들은 이러한 범죄를 “결합범의 일종”으로 보아야 한다고 하는데 이는 문제가 전혀 없지 않다. 예컨대 강간죄를 강도죄와 같은 결합범으로 보기 위해서는 폭행·협박이외에 ‘간음’ 그 자체도 강도죄의 ‘절도’와 마찬가지로 가벌적이어야 하는데, 현행법상 절도와 대응될 수 있다고 보이는 비동의 간음죄는 처벌되지 않는 행위이기 때문에 강간죄를 결합범의 일종으로 보기에는 무리가 있어 보인다).

16) 김한균, 앞의 논문, 428면.

17) 허황, 앞의 논문, 89면.

18) 대법원 2013. 5. 16 선고 2012도 14788 판결.

19) 헌법재판소 2002. 1. 31. 선고 99헌바40 판결.

상대방을 누구로 할 것인가 여부, 성행위의 방법 등을 스스로 결정할 수 있는 권리를 의미한다.”라고 정의하고 있다.²⁰⁾ 그리고 덧붙여 성적 자기결정권에는 “자신이 하고자 하는 성행위를 결정할 권리라는 적극적 측면과 함께 원치 않는 성행위를 거부할 권리라는 소극적 측면이 함께 존재하는 데, 위계에 의한 간음죄를 비롯한 강간과 추행의 죄는 소극적 성적 자기결정권을 침해하는 것을 내용으로 한다.”라며 불법한 침해에 의해서 원치 않은 성행위를 하지 않을 소극적인 자유만을 보호한다는 학설과 같은 해석을 취하고 있는 것을 알 수 있다.

다. 검토

성적 자기결정권이라는 단어의 언어적 표현에 따른다면 성적 자기결정권은 성적 행위와 관련하여 개인이 누리는 자기결정권이라고 할 수 있다. 자기결정은 타인에 의한 결정으로부터의 자유를 전제로 스스로 판단하고 결정을 내리는 것이다. 즉, 성적 자기결정권은 어떠한 성적 행위에 대해 자유로운 의사 형성 및 실현의 절차를 포함하는 개념이라고 생각한다. 또 자유로운 의사 형성과 실현은 자신의 행위와 관련한 책임원리로서 의사능력을 기초로 함은 자명하다. 이러한 소고를 바탕으로 성적 자기결정권을 파악해보자면 원치 않은 성행위를 하지 않을 소극적 성적 자기결정권은 물론, 본인이 하고자 하는 성행위를 스스로 결정할 권리인 적극적인 측면까지 포괄하여 봄이 타당하다. 사법부는 「형법」 제32장의 보호법익을 소극적 성적 자기결정권으로 보고 있지만 이는 현행 입법체계 내에서 도출된 법원칙이기 때문에 자명한 정의 관념이라고 볼 수 없을 것이다. 이렇게 필자와 같이 강간죄의 보호법익을 해석한다면 강간죄의 본질은 의사에 반하는 성행위라고 할 수 있고 폭행, 협박이라는 구성요건이 제거된다고 할지라도 여전히 성적 자기결정권을 침해하는 범죄로 볼 수 있다.

3. 소결

정리하면 비동의 간음죄는 폭행·협박이 없더라도 피해 상대방의 비동의 의사에 반하여 혹은 동의의 부재에도 불구하고 간음으로 나아가는 행위를 처벌하는 규정이라고 할 수 있고 현행 「형법」은 이러한 행위에 대해 처벌규정이 없다. 그렇지만 입법론적으로 판례와 학설은 비동의 간음죄의 독자적 영역을 인정하고 있으며 필자도 이를 인정해야 한다고 본다. 나아가 비동의 간음죄와 비동의 강간죄 두 용어 중 어느 하나가 입법정책적으로 확립되지 않았기 때문에 혼란

20) 대법원 2019. 6. 13 선고 2019도3341 판결.

이 있지만 「형법」 체계와 사회통념상 비동의 간음죄라는 명칭이 더 적절하다고 논한 바 있다. 다음으로 비동의 간음죄 일반 모델들과 우리 신설안들의 구성요건표지들을 비교 검토하여 “의사에 반하여”라는 명문의 표현이 “노 민즈 노(No means no)” 모델에 상응하는 표지이고, “동의 없이”라는 법문은 “예스 민즈 예스(Yes means Yes)”에 부합한다고 하였다. 마지막으로 성적 자기결정권과 관련한 사법적 해석과 논의를 검토하고 이를 바탕으로 필자가 해석한 성적 자기결정권은 폭행과 협박이 없는 강간죄의 보호법익이 될 수 있다는 고찰을 해보았다.

다음에서는 현행법이 비동의 간음죄가 상정하는 행위를 처벌할 수 있는지 여부와 관련하여 현행 법률을 해석하고 있는 학설과 판례를 중심으로 검토해본다.

Ⅲ. 현행법상 비동의 간음죄 처벌가능성 검토

앞서 강간죄의 일반논의에 대해 다루면서 기본적인 비동의 간음죄의 의의와 전제하는 보호법익을 알아보았다. 이 장에서는 현행법이 비동의 간음죄가 상정하는 행위를 처벌할 수 있는지 여부와 관련하여 기존 학설들의 해석과 판례를 중심으로 처벌 가능여부를 검토해본다. 먼저, 법률의 해석인 학설들의 한계들을 검토한 후 어느 학설을 취해야 비동의 간음죄가 처벌이 가능한지 여부를 살펴본다. 그리고 판례의 판단 기준이 바뀌면서 실질적으로 폭행·협박의 정도가 완화되었다는 해석들이 존재했는데 실제 완화된 판례가 비동의 간음을 포섭하고 있는지 아니면 미비한지, 판례의 변경이 필요한 것인지 살펴보고자 한다.

1. 강간죄의 구성요건인 폭행 및 협박에 대한 학설 검토

우리 「형법」은 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다고 하며 강간죄를 처벌하고 있는 조항을 두고 있다(제297조). 이와 같이 「형법」은 유형력의 행사인 폭행과 공포심을 일으킬 만한 해악의 고지인 협박을 강간죄의 행위수단이자 구성요건으로 하고 있다. 그렇지만 폭행, 협박의 정도에 대한 수식어가 없어 이에 관한 학설들이 대립하고 있다. 첫 번째로, 강간죄의 폭행, 협박의 정도를 강도죄의 그것에 준하는 정도로 상대방의 반항 내지 의사를 억압할 정도를 요구하는 견해가 있지만²¹⁾ 강간죄의 성립범위를 지나치게 좁게 본다는 비판이 있어 현재 이 견해를 취하는 학자는 없다. 두 번째로 현재의 통설과 판례의 태도인 최

21) 유기천, 「형법학각론강의(상)」, 일조각, 1983, 128면.

협의를 설인데 이는 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란할 정도임을 요구한다. 최협의설은 위 학설과 같이 폭행, 협박의 정도를 강도죄에 준하여 본다면 재산권보다 더 중한 보호법익인 개인의 성적 자기결정권을 충실히 보호하지 못하게 되고 강간죄는 강도죄와 달리 보충적 범죄규정이 없기 때문에 피해자 보호에 미흡할 수 있음을 논거로 한다.²²⁾ 최협의설에 따르면 강간죄의 폭행, 협박은 물리적인 완력 등으로 상대방의 반항을 불가능하게 하는 절대적 폭력뿐만 아니라 상대가 반항을 스스로 포기하게 하는 의사적 폭력도 포함하는데, 상대방의 반항은 피해자 본인의 자력으로 타인의 도움을 받아서도 할 수 있다고 한다.²³⁾ 그러나 이 역시 강간죄의 성립범위가 넓지 않아 강간죄의 보호법익인 성적 자기결정권을 무시하게 되는 한계가 발생한다. 즉, 성적 자기결정권 보호의 흠결을 초래하게 되는데, 최협의설이 그대로 유지되는 한 판례가 성적 자기결정권을 강간죄의 보호법익으로 아무리 천명해도 성적 자기결정권이 개인의 인격적 권리로서 제대로 보호받지 못하는 바뀔지 않는다. 마지막으로 강간죄의 폭행, 협박이 상대방의 반항을 현저하게 곤란할 정도까지는 요하지 않고 협의의 폭행, 협박이면 족하다는 협의설이 있다. 협의설은 피해자 보호에 취약하다는 이유로 기존의 최협의설을 비판하면서 제기된 해석론인데 본 죄의 보호법익이 성적 자기결정권이라는 점을 고려하였을 때 강간죄에서의 폭행, 협박은 타인의 신체에 대한 불법한 유형력의 행사이고 그 힘의 대소강약을 불문해야 한다고 한다. 그러나 협의설의 해석이 현행 「형법」 규정체계에 도입된다면 「형법」상 위력에 대한 해석과 중첩되는 부분이 있어 위력을 구성요건으로 하는 다른 「형법」 규정들과의 마찰이 발생하여 모순의 여지가 있다. 또한 폭행 및 협박이 부재하였지만 성적 자기결정권이 침해되었다고 볼 수 있는 구체적인 사례들에서 처벌할 수 없다는 한계가 존재한다.

2. 폭행 및 협박의 판단기준에 관한 대법원 판례 검토

대법원은 통설과 같이 강간죄의 폭행 및 협박의 정도에 대해 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도여야 한다고 보고 있다. 과거 대법원은 이러한 폭행, 협박의 억압 정도나 그 자체의 내용이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르렀는지 여부에 관하여 일반인이 그 당시 상황에 처해 있었다라도 반항이 불가능하거나 현저히 곤란해야 할 정도여야 한다는 것을 기준으로 판단하였다.²⁴⁾ 이러한 판단기준으로 인하여 강간죄의 폭행 또는 협박

22) 변종필, “강간죄의 폭행·협박에 관한 대법원의 해석론과 그 문제점”, 「비교형사법연구」 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 149면.

23) 허황, 앞의 논문, 90면.

24) 변종필, 앞의 논문, 157면.

은 불합리할 정도로 극히 좁게 해석되고 있는데 대법원은 1967년 낫선 사람에게 폭행을 당하고, 성교행위를 하지 않으면 칼로 목을 찔러 죽이겠다는 위협을 고지 당하였던 사건에서 실제로 칼을 지니고 있지 않았다는 사실을 근거로 강간죄에서 구성하고 있는 폭행이나 협박의 정도에 미치지 않았다고 하여 강간죄의 성립을 부정하거나²⁵⁾ 피고인이 강간할 목적으로 피해자의 집에 침입하였다 하더라도 안방에 들어가 누워 자고 있는 피해자의 가슴과 엉덩이를 만지면서 간음을 기도하였다는 사실만으로는 강간의 수단으로 피해자에게 폭행이나 협박을 개시하였다고 하기는 어렵다고 하였다. 또한, 피해자의 저항과 관련하여 판례는 기속사라는 장소적 특성을 미루어 보아 어느 정도 피해자의 반항이 있더라도 주위 사람들이 알아차릴 수 있는 상황에도 공소외인이 다투는 소리 외에는 별다른 저항이나 고함을 듣지 못하였다는 사정으로 유형력의 행사가 피해자의 반항을 곤란할 정도에까지 이른 것이 아니라고 보았다.²⁶⁾ 이렇듯 대법원은 최협의의 폭행·협박여부를 사회일반인의 기준으로 파악하여 성적 자기결정권에 충실하지 못하였다는 지적 외에도 강간 범행의 피해자에게 단순한 거부적 언동이 아니라 크게 소리 지르거나 몸부림을 치며 반항하는 등의 모습을 기대하고 있다는 비판에도 직면해왔다.

이러한 비판을 의식한 듯, 대법원은 1990년대 폭행, 협박의 판단기준으로 성교 전후와 그 당시의 정황, 유형력을 행사하게 된 경위, 유형력 그 자체의 내용과 정도, 당사자 사이의 관계 등 제반사정을 종합적으로 검토하여 판단한다는 종합적 판단기준설을 제시하고, 2005년에 이러한 종합적 판단기준을 적용해 해석하였을 때 주의사항을 다시 판시했으며 2017년 새로운 판단기준인 성인지 감수성을 도입함으로써 강간죄의 폭행 및 협박의 정도에 대한 판단기준의 변화를 지속적으로 모색하고 있음을 알 수 있다. 이 같은 노력들이 강간죄의 폭행 및 협박의 정도에 어떠한 영향을 가져왔는지, 판례의 변화가 강간죄 성립의 완화와 폭행, 협박이 없는 간음죄의 처벌 가능성에 길을 열어주었는지 등을 파악하기 위해 면밀히 알아볼 필요가 있다.

가. 종합적 판단기준설

대법원은 상대의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행, 협박의 행사가 있었는지에 관한 판단기준으로 폭행, 협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 폭행 또는 협박이 피해자에게 끼친 심리적, 신체적 영향도 상세하게 심리해야 할 것이며,²⁷⁾ 피고인과 피해자의

25) 이미경·허은주·김민혜정·장다혜, 「성폭력에 맞서다 : 사례·담론·전망」, 한울아카데미, 2009, 112면.

26) 대법원 1990. 12. 11. 선고. 90도 2224 판결.

27) 대법원 1992.4.14. 선고 92도 259 판결(“피고인이 피해자에게 가한 폭행 또는 협박의 정도와 그 폭행 또는 협박이 피해자에게 미친 심리적, 육체적 영향들을 상세히 심리하여, 과연 피고인이 피

관계, 간음행위로 나아가게 된 경위,²⁸⁾ 성교행위 당시 상황과 피고인과 피해자의 행적과 같은 전후 정황 등 제반사정을 종합적으로 검토하여 판단해야 한다고 판시하고 있는데 이러한 대법원의 태도를 학계는 종합적 판단기준설이라고 한다. 대법원이 종합적 판단기준을 제시한 취지는 폭행, 협박의 정도가 그 자체로서는 피해자의 저항을 현저히 곤란하게 할 정도로 이르지 아니하더라도 범행 당시의 정황, 피해자의 나이, 가해자와 피해자의 관계, 신체적 차이 등으로 인하여 폭행 및 협박이 피해자에게 정신적, 신체적으로 중대한 영향을 끼쳐 피해자의 반항을 불가하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도였음이 인정된다면 강간죄의 폭행, 협박을 인정하기 위한 취지라고 한다.²⁹⁾ 구체적으로 판례에 제시된 기준들 외에 여러 가지 사항들도 대법원은 판단자료로 검토하고 있다.

그러나 대법원의 태도에 대해 종합적 판단기준설을 택하고 있는 원래 취지와 반대로 오히려 강간죄의 성립을 좁히는 결과가 발생한다는 문제점이 있다고 지적되어왔다. 예컨대, 성교 당시 상황과 전후 피해자의 태도를 판단요건으로 하여 피해자의 침묵이나 가해자와의 대화를 피해자의 승인으로 받아들이는 경향이 있는데 이는 피해자의 승인여부를 판단하는 기준이 되지 못할 뿐만 아니라 피해자의 성정에 따른 다양한 대응방식을 무시한 것이라고 한다. 또 최협의설의 한계로 지적되었던 피해자의 저항 정도를 고려요건으로 파악하는 방식을 대법원은 그대로 답습하고 있는데 이는 피해자의 심리상태를 무시한 것이며 적극적인 구조요청을 하지 않았다는 이유로 강간죄의 성립을 부정한다면 가족이나 친척 내에서 일어나는 강간은 정당화될 여지를 주는 것이라고 한다.

그 후 2005년 대법원은 강간죄 성립을 위한 폭행, 협박이 있었는지 여부와 관련하여, 종래의 판단기준인 종합적 판단기준설을 고수하면서, 덧붙여 “사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행, 협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 안 된다”고 판시하고 있다.³⁰⁾ 이에 대해서 변종필 교수는 언어적 측면을 고려해보면 알 수 있듯이 판시내용이 가지는 함의는 피해자가 성교 이전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 심한 저항을 하지 않았다는 점이 피해자의 반항을 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행, 협박이 있었는지 여부를 판단하기 위한 기준이 될 수 있지만, 그렇다고 하여 가해자의 유형력

해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행 또는 협박에 피해자를 강간한 것인지의 여부를 판단하여야 할 것이다”).

28) 대법원 1999. 9. 21. 선고 99도2608 판결.

29) 윤승은, “강간죄의 구성요건으로서의 폭행·협박의 정도”, 「형사판례연구」 제14호, 형사판례연구회, 2006, 17면.

30) 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도 3071 판결.

행사의 유무가 곧바로 결정되면 안 되고 신중하게 해석되어야 한다는 것이라고 하였다.³¹⁾ 즉, 종합적 판단기준설을 고수하지만 피해자의 극도의 반항을 기대하고 있다는 비판을 상쇄시킬 수 있는 인식변화를 보여준다고 할 수 있다고 한다. 그렇지만 근본적인 문제점인 위와 같은 종합적 판단을 피해자 측의 입장만을 고려하여 판단하는 것이 아니더라도 상황적 맥락에서 강간죄의 피해자의 입장을 면밀히 살펴보아야 할 필요성은 충분하다. 그러나 상황적 맥락에 치중하 나머지 피해자의 심성을 주의 깊게 살펴보지 못하고 상황논리에 치우치는 결과가 발생했다고 볼 수 있을 것이다.

나. 성인지감수성의 도입

법원은 최근 몇 년 내에 강간죄를 비롯한 성범죄 사건에서 성인지 감수성이라는 개념을 통해 여성이 피해자인 사건에서 범행을 당할 당시의 상황과 태도 그리고 그 전후 상태와 언행 등을 판단함에 있어 남성중심사회의 특성을 고려하고 남성성과 여성성의 차이 및 차별 상태를 고려하여 실제적 진의를 파악하려고 노력하고 있다. 성인지 감수성이란 좁은 의미에서 성별 간의 차이에 대한 이해와 지식이고, 사회생활 속에서 성차별적 요소를 인식할 수 있는 민감성이라고 정의할 수 있으며 넓은 의미에서는 이러한 지식과 민감성을 바탕으로 남녀차별의 불합리함을 타파하고 성평등을 위한 실천의지, 추진력을 가진 능동적인 지적과정이라고 할 수 있다.³²⁾ 성인지 감수성의 법적근거는 성주류화 정책의 일환으로 입법화되었던 양성평등법 제5조 1항에서 찾을 수 있는데 “국가기관 등은 양성평등 실현을 위하여 노력하여야 한다.”고 하며 국가의 책무를 선언하고 있다. 이러한 의무규정을 둬으로써, 성인지 감수성을 국가의 법정정책 사안이나 행정규율에 적용할 때, 실무담당자들이 성별 간의 불평등으로 인한 난점들을 감지하고 성차별적 요소가 있는 문제점들을 개선해 나갈 수 있는 대안이나 방법을 제시할 수 있도록 하고 있다.

대법원은 성인지 감수성을 이른바 서울대 성희롱 사건에서 “법원이 성희롱 관련 소송의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지 감수성을 잃지 않아야 한다(『양성평등기본법』 제5조 제1항 참조).”고 하며 이후 법원의 판단에 있어서 성인지 감수성을 기준으로 삼을 것을 최초로 판시하였다. 나아가 법원은 성범죄의 특성상 피해자가 처한 구체적인 상황의 맥락에서 피해자의 진술이나 범행 전후의 태도나 정황을 이해하여야 한다고 명시하고 있다. 판결문의 내용은 다음과 같다.

31) 변종필, 앞의 논문, 159면.

32) 권희경, “성인지 감수성 높은 교육을 위한 교사의 성인지 역량 강화 방안”, 「한국가정과교육학회」 학술대회 발표문, 한국가정과교육학회, 2018. 94면.

“그리하여 우리 사회의 가해자 중심적인 문화와 인식, 구조 등으로 인하여 피해자가 성희롱 사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 부정적 반응이나 여론, 불이익한 처우 또는 그로 인한 정신적 피해 등에 노출되는 이른바 ‘2차 피해’를 입을 수 있다는 점을 유념하여야 한다. 피해자는 이러한 2차 피해에 대한 불안감이나 두려움으로 인하여 피해를 당한 후에도 가해자와 종전의 관계를 계속 유지하는 경우도 있고, 피해 사실을 즉시 신고하지 못하다가 다른 피해자 등 제3자가 문제를 제기하거나 신고를 권유한 것을 계기로 비로소 신고를 하는 경우도 있으며, 피해사실을 신고한 후에도 수사기관이나 법원에서 그에 관한 진술에 소극적인 태도를 보이는 경우도 적지 않다. 이와 같은 성희롱 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다.”

이렇게 성범죄 사건에 대한 종합적 판단을 피해자 입장에서 고려할 수 있도록 하여 종래 종합적 판단기준설에 제기되었던 비판을 완화하고 있고 대법원은 안희정 전 충남지사 사건을 비롯한 여러 판결에서 최소한 정도의 유형력 행사만 있어도 강간죄상의 폭행, 협박을 인정하기까지 이르렀다.³³⁾ 명시적으로 판결요지에 강간죄의 폭행, 협박은 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란할 정도를 요구하고 있지만 실질적으로는 구성요건에 관한 판단기준이 변화함으로써 최협의의 폭행, 협박이 광의의 폭행, 협박 정도로 완화되었거나 피해자의 적극적인 저항 여부에서 간음에 대한 비동의 여부로 법원판결의 동향이 바뀌고 있다는 것을 알 수 있다.

3. 소결

최협의설을 취하고 있는 통설과 판례에는 최협의의 폭행, 협박에 이르지 않았으나 간음을 한 경우에는 처벌이 불가능하다는 점과 피해자에게 극렬히 저항할 책임을 부과한다는 등의 비판이 있어 왔다. 최협의설에 대한 대체로 협의설이 대두되고 있지만 협의설도 ‘위력’을 구성요건표지로 하는 「형법」의 규정들과의 체계적 해석 차이로 불화가 일어나게 되고, 대법원이 협의설을 취한다 할지라도 성적 행동과 전후 정황 등에 대해서 여성의 언행이 남성중심적으로 이해되는 한, 처벌의 공백이나 성적 자기결정권 보호의 미흡과 같은 문제가 해결되지 않는다는 점을 설명하였다. 또 대법원이 강간죄사건을 심리함에 있어서 간음행위의 경위, 전후 상황, 내용과 정도 그리고 피해자와의 관계, 나이 등 제반사정을 종합적으로 판단해야 한다는 종합적 판단기준설을 취하고 있으나 오히려 피해자학적 이해를 기초한 상황적 맥락이 아닌 상황 그 자체의 논리

33) 서울 고등법원 2018. 12. 20. 선고 2017노3233 판결; 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결.

와 문맥에 치중한 나머지 피해자의 심성을 주의 깊게 살펴보지 못해 강간죄의 성립을 좁힌다는 비판이 존재한다. 이를 상쇄하고자 대법원은 피해자 이해를 바탕으로 상황적 요소를 고려한다는 새로운 판단기준인 성인지 감수성을 도입하였고 이는 실질적으로 강간죄의 폭행, 협박을 협의 내지는 광의 폭행, 협박까지 넓혔다고 한다. 그러나 여전히 대법원에서 판례변경은 이뤄지지 않았고, 아직 최소한도의 폭행, 협박은 요구하고 있어 비동의 간음죄가 상정하는 행위인 폭행·협박이 부재함에도 피해자가 공포심, 두려움 등에 휩싸여 저항하지 못하거나, 명시적으로 거부의 의사표시를 했음에도 불구하고 예컨대 관계단절을 우려하여 체념하고 수용한 경우와 같은 구체적인 사항에 대해서는 대안이 없다고 할 수 있다.

IV. 비동의 간음죄 찬반 논의

1. 비동의 간음죄 비판론

가. 죄형법정주의의 명확성 원칙에 대한 위배

근대 「형법」의 대원칙인 죄형법정주의의 명확성의 원칙은 무엇이 과연 범죄이고 이에 따라 어떤 형벌이 부과되는지 법률 조문에 명확하게 규정하여 법관이 사실을 심리함에 있어 자의적 해석을 할 수 없도록 하여야 한다는 것이다. 「형법」상 행위란 원인(생각)이 결과(행동)으로 나타나야 하는데, 원인 즉 내면의 의사에 그칠 경우에 행위의 합법성에 중점을 두는 「형법」의 특성상 법적 책임을 파악하기 힘들다는 것은 자명하다. 그렇지만 비동의 간음죄의 판단에서는 상대방의 동의 여부와 이에 대한 당사자 인지가 중점이 된다. 동 죄의 구성요건표지 중 하나인 비동의는 양 당사자에게 인지될 수 있으나, 내심적 상태에 그치기도 한다. 이 경우 비동의 간음죄의 비판 입장은 표현된 비동의 이외에 몸짓, 얼굴 표정, 소리의 표현 등 제반적 상황을 고려해 본다고는 하나, 무엇을 동의로 해석할지 명확하게 규정짓기 어렵다고 주장한다.³⁴⁾ 비판 측에 따르면 이는 무엇보다 우리 「형법」의 대전제인 죄형법정주의의 명확성 원칙³⁵⁾에 반하는 것으

34) 김한균, 앞의 논문, 429면.

35) 김일수·서보학, 앞의 책, 38면; 주승희, “미투운동과 형사정책미투(#MeToo) 운동과 형사정책: 성인지적 관점의 수용과 법의 중립성 - 비동의간음죄 신설론 및 사실적시 명예훼손죄 폐지론에 대한 비판적 검토를 중심으로 -”, 「한국해양경찰학회 학술대회」 제5호, 한국해양경찰학회, 2018, 123면.

로, 특수한 애정관계에 있는 부부관계, 연인관계에서 더욱 모호해지며, 성관계에는 동의하였으나 성교에 이르기까지 과정이나 그 후의 성적행위 태양이나 종류에는 동의하지 않은 경우에도 그것의 기준이 명확하지 않다고 한다. 더구나 동의를 착오한 과실이나 동 죄의 미수를 규정하는 기준도 불분명하다고 강조한다.

(1) 범죄 구성요건요소의 모호성 문제

비동의 간음죄를 적용할 대부분의 사안에서는 당사자가 사적인 친분관계에 있기에 생면부지인 경우는 희소하다. 따라서 비판 측은 사랑과 증오, 두려움과 호기심 등의 양가적인 감정이 복합적으로 작용할 경우 논란을 가져온다고 이야기한다. 특히 애정관계에서 피해자의 암묵적인 비동의 의사를 동의로 오인한 과실범의 경우 범죄 구성요건요소의 모호성은 커진다고 한다. 애정관계는 당사자의 내밀한 감정과 상황이 복잡하게 얽혀있어 강간죄에서의 주관적 구성요건요소의 판단이 어렵다고 하는데 관계의 단절, 거부할 수 없는 상황 등 여러 복합적인 이유에 의한 비동의 의사표시가 피해자의 내심에 머무르기 때문이며, 이를 표시하더라도 정확한 성교 거부 의사인지 알기 어렵고, 가해자의 고의 여부 또한 상호이해가 복잡하게 얽힌 애정관계상 파악하기 마찬가지로 일 것이라고 한다. 또한 연인이나 부부 사이의 관계는 이성보다는 본능에 휩싸일 수도 있고 불편하지만 수용하는 관계일 수도 있다는 것을 근거로 든다. 이렇게 모호한 판단요건인 비동의 의사표시가 아닌 폭행 또는 협박을 포함한 강간죄에 대하여는 부부강간죄를 비롯한 강간죄를 완화한 판례로도 애정관계에서의 처벌이 가능하기 때문에 비동의 간음죄의 신설까지는 필요 없다고 주장한다. 그 근거로 판례는 부부간 강간에 대해서도 상당히 완화된 강간죄를 적용하여 인정하고 있는데 아내의 거절 의사에도 불구하고 성관계를 맺은 경우,³⁶⁾ 도움을 요청할 지인이 부재한 결혼 이민자 아내를 상대로 지속적인 강제 성교를 한 경우 등에 대해서 강간죄를 긍정하고 있다는 점을 들고 있다. 이를 통해 부부라는 특수한 애정 관계에도 피해자의 복합적인 내적 의사와 관계없이 다른 성범죄 사건과 거의 동일하게 범죄를 인정한다는 것을 알 수 있다고 한다.

한편, 주관적 범죄성립요건 요소에도 논란의 여지가 있다는 비판이 존재하며 이에 대한 비판측 논지는 참고할 만하다. 범죄성립의 주관적 구성요건으로 고의가 인정되려면 「형법」 제13조³⁷⁾에 따라 행위자가 객관적 구성요건 표지를 인식하고 그것을 의욕 해야 한다. 그러나 비동

36) 대법원 2013.05.16. 선고 2012도14788 판결.

37) 「형법」 제13조(범의) 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다. 단, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다.

의 간음죄에서는 객관적 구성요건이 '표현된' 피해자의 비동의 의사로만 그치게 되어 객관적 구성요건 표지를 인식하고 이에 반하는 행위를 의욕 하는 주관적 범죄요건이 불완전할 수 있다는 것이다. 이 경우, 성행위 시 당사자 의사소통의 불일치로 인한 착오에 빠지는 경우가 발생할 가능성이 높다고 한다. 그렇기에 행위자는 주관적 구성요건이 충족되지 않음을 이유로 거짓으로 착오를 주장하게 될 수 있는데, 이러한 처벌 공백을 메우기 위해 도입을 찬성하는 입장에서 과실에 의한 비동의 성범죄를 도입해야 한다고 주장하거나 중과실로 인해 비동의를 인지하지 못한 경우에도 처벌해야 함을 내세우기도 한다. 또, 본래 행위자의 입증 책임은 검사가 지게 되는데 이 경우 행위자의 내심적인 사고를 입증하는 것에 어려움이 있으므로, 피고인 행위자에 입증 책임을 묻는 방식을 대안으로 낼 수도 있겠다는 주장이 있다.³⁸⁾ 다만, 성적 행위에 대한 불일치를 예견하고 회피할 일반적 의무를 행위자에게 지울 수 있는지, 피해자의 주관에 구성원의 자유를 억압하는 「형법」이 무자비하게 사용되어 증거재판주의와 법의 중립성에 위배되는 것은 아닌지는 계속해서 생각해봐야 할 문제라고 할 수 있다.³⁹⁾ 따라서 언급한 바와 같이 자유롭고 서로를 존중하는 성관계가 이루어지고, 이를 무시한 대상에게 책임을 묻기 위해서는 우선 성행위 참여자 간 자의에 따라 적극적으로 성관계 동의의사를 표출하고 이에 대한 책임을 져야 할 것이다.

나아가, 비동의 간음죄의 신설에 비판을 제기하는 입장에서는 피해자가 공포심이나 비자발적 흥분상태⁴⁰⁾에 있을 경우, 피해자가 비동의 의사를 외부로 표현하지 않는 한, 잠재적 비동의 간음죄의 가해자가 상대방의 내심적 의사를 확인하고 인식해야 하는 과도한 책임을 부과한다는 문제가 있음을 주장한다.⁴¹⁾ 표시되지 않은 피해자 내심적 의사의 불명확성으로 인한 증명의 곤란도 문제 제기가 되곤 한다. 즉 비동의 개념의 명확성 미비로 인해 죄형법정주의 위반의 소지가 될 수도 있다고 주장하는 것이다. 그러나 '비자발적 흥분'이 동의와 실제적으로는 구별이 어렵지 않고 피해자가 저항 자체를 체념하여 순응하였거나 '비자발적 흥분'을 보인 것은 피해자의 자유로운 의사에 기하여서 나온 것이 아닌 '비자발적'이기 때문에 동意的 철회로 간주될 수 없다고 지적하기도 한다.⁴²⁾ 또, 동意的 증명이 비동의 강간죄에서만 문제가 되는 것이 아니라

38) 2003년 개정된 영국의 성범죄 법을 참조하여 과실의 경우 입증책임을 당사자에게 부여하고 입증이 정상적 사고를 할 줄 아는 일반인이라면 충분히 납득할 수 있을 경우 과실을 인정하는 방법이 있겠으나, 기존 국내 법제와는 다른 방식으로 절차적 혼란을 가져올 수 있다.

39) 주승희, 앞의 논문, 123면.

40) 비자발적 흥분상태란 피해자의 비동의 한 상태에서 가해자가 간음행위를 하였는데 이후 피해자가 성적흥분상태에 이르게 되어 가해자의 간음행위를 수인하거나 내지는 적극적으로 동의하게 된 경우를 말한다.

41) 김한균, 앞의 논문, 432면.

42) 박지현, 앞의 논문, 228면.

일반 강간죄에서도 입증 곤란의 문제가 발생하기도 하므로 입법의 반대근거가 되지 못한다고 생각한다. 다만 폭행, 협박을 수단으로 하는 강간죄보다 비동의 의사만으로 사실관계를 입증해야 하는 비동의 간음죄에서의 입증 문제가 대두된다는 사실을 참작해야 할 것이다.

(2) 행위태양과 미수, 기수 적용의 문제

비동의 간음죄의 모델 중 하나인 예스 민즈 예스(yes means yes) 모델에 부합하기 위해서는 동의는 단순히 성관계 전 일회적 표현에 국한되지 않고 성관계가 진행되는 전 과정에서 발생하는 행위태양, 횡수 등 모든 요소에 대해 이뤄져야 할 것이다. 가령, 줄리언 어산지(Julian Assange)가 스웨덴에서 합의된 일차 성관계를 가진 후 이차 성관계를 가질 때는 콘돔을 사용하지 않았다는 혐의로 고소된 사건과 같이, 사전 일차적 동의 사실만으로 비동의 간음죄가 성립되지 않는다고 간주한다면 피해 여성의 사회 현실적 무기력성의 맥락을 참작해볼 때 인정되기 어렵다고 주장하는 견해가 있다.⁴³⁾ 그러나 현실적으로 성교행위의 미묘한 차이의 발생마다 끊임없이 동의를 확인하는 것에 한계가 있다는 비판이 있다.

이와 같이, 행위 태양과 관련해 비판적 의견이 존재한다. 성관계 자체에는 동의하였으나 성행위의 태양에 대해서는 동의하지 않은 경우 외국의 입법례를 검토한 학설에서 구강, 항문 등에 대한 성행위 역시 간음으로 해석할 여지가 있음을 주장한다. 그런데 비판론은 ‘간음’의 적용 범위를 지나치게 확대한다면 유사강간 행위가 간음(강간)의 범위에 포섭될 수 있다는 점을 지적한다.⁴⁴⁾ 비동의 간음죄에 한해서 성교의 범위를 성기의 결합이 아닌 성행위 전반으로 확대할 경우 유사 강간과 간음죄의 범위를 모호하게 하여 법률적용의 혼란을 가져오게 될 것이고, 이는 ‘비동의 추행’의 도입 역시 촉진한다는 것이다. 현행 법제에서 추행의 범위는 강간죄보다 광범위하게 인정되기에 추행에 비동의 요건을 적용하게 된다면 일상의 영역까지도 범죄로 간주할 수 있다는 위험 가능성이 있음을 우려한다.

또, 비판론은 비동의 의사표시가 있는 후 기수가 이뤄지고 성관계 종료 전에 비동의 의사를 철회하게 된다면 비동의 의사를 무시하고 강제로 성관계를 맺은 상대방에 대한 처벌 여부가 비동의 간음죄에서 논란이 될 수 있을 것이라 주장한다. 미국 모범형법전은 거절표시가 존재했었다면 이후 동의를 뜻하는 언어표현이나 행동이 없었던 경우는 동의가 없는 것으로 본다.⁴⁵⁾ 이

43) 김한균, 앞의 논문, 430면.

44) 최정일, “간음(姦淫) 개념을 통한 강간죄 및 유사강간죄에 대한 소고”, 『가천법학』 제8권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2015, 46면.

45) ADULT SEXUAL CRIMES INVOLVING PENETRATION OR SEXUAL TOUCHING COMPARISON OF ARTICLE 120, UCMJ AND SECTION 213 OF THE PROPOSED MODEL

를 반영하면 성관계 종료 전 비동의의 철회는 철회 후 성관계에 적용되며, 그에 대한 가벌성은 소멸할 것이다. 그러나 애정관계를 기반으로 한 성교행위가 비동의의 철회를 기점으로 비동의와 동의가 정확히 구분될 수 있는지 의문이며 당사자의 실제 의사와 관계없이 표현된 의사만으로 판단이 이뤄진다는 점에서 현실과 괴리가 존재함을 주장한다.

강간죄 미수 여부에서도 논란이 발생한다. 기존 성범죄 사건에서 미수는 폭행·협박을 기준으로 판단하고, 성기 삽입을 기준으로 기수를 판단한다. 비동의 간음죄 미수는 당사자 모두가 인지할 수 있는 비동의 의사표시가 행해진 시점을 기준으로 이에 반하는 강제력을 행사하였으나 성교행위까지는 이르지 못한 경우라고 판단하게 될 것이다. 비판론은 공포나 당혹감에 의한 암묵적인 비동의 미수 기준을 적용하는 것이 어렵다는 한계가 존재한다고 본다. 또 기존 강간죄의 기수 기준을 그대로 적용하게 될 경우, 미수란 성기 삽입 이전 상황에서 범행을 그치는 것이 될 터인데 폭행 및 협박이 부재한 상황에서 미수는 성적 접촉이 이루어진 상황으로 볼 것이다. 이러한 성적 접촉의 자체의 기준이나 시간적 기준은 무엇으로 봐야 하는지, 해석을 판례에 일임하여 판례 추적을 기다리고 있을 수밖에 없는지 모호하다고 한다.

나. 과도한 형벌권 주장

비동의 간음죄 도입에 회의적인 측에서는 개념과 기준이 명확하지 않은 법률을 창설하는 것이 국가의 과도한 형벌권 남용이라고 주장한다. 이들은 강간죄 학설이 현행 법제의 보완가능성이 있음에도 비동의 간음죄를 입법하게 된다면 과거 혼인빙자간음죄의 한계를 재확인하는 일이며, 사인 간에 의사 착오로 인한 부분까지도 형법의 책임을 묻게 된다면 민주주의 사회에 최후 수단으로 작용해야 될 「형법」이 본래의 의미를 잃고 형벌만능주의를 불러올 수 있음을 우려한다. 마찬가지로 주로 당사자 진술에 의존하는 성범죄 사건에서 비동의를 판단기준으로 하게 된다면 내심적 의사가 표현되지 않았을 경우 피해자 진술에만 의존하여⁴⁶⁾ 억울한 피고를 양성할 수 있다는 문제점을 지적한다. 비동을 표현하지 않은 피해자의 내심적 의사로만 범죄 유무가 확정되어서는 안 된다는 주장은 경청할 만한 부분이다.

제3장에서 논했던 바와 같이 판례는 종합적 판단기준설과 새로운 구성요건으로서 성인지 감수성을 취하면서 실질적으로 최협의설에서 협의설로 완화가 되었다고 할 수 있다.⁴⁷⁾ 최근 사법

PENAL CODE, “Nonconsent” means ... a verbally expressed refusal establishes nonconsent in the absence of subsequent words or actions indicating positive agreement”(https://jpp.whs.mil/public/docs/03_Topic-Areas/02-Article_120/20140807/13_Comparison_Art120-MPC.pdf(검색일 : 2020. 09. 28.)

46) 이영란, “성폭력특별법의 형법적 고찰”, 「피해자학연구」 제3권, 한국피해자학회, 1995, 28면.

적 시도들로도 충분히 실효성을 확보할 수 있다는 것이다. 그들은 이러한 현재의 판례 경향성을 무시한 채, 비동의 간음죄를 도입하지는 것은 자유로운 의사결정에 기한 성인 간 성관계에 국가의 과도한 간섭일 수 있다고 이야기한다. 여기서 사회 흐름에 따라 강조되는 부분이 다른 판례와 학설에 피고의 처벌을 맡기는 것은 성문법 체계를 따르고 있는 우리 「형법」 근간에 위배되며 법률의 예측성까지 저해하고 있는 것은 아닌지 생각해볼 여지가 있다.

「형법」에서 혼인빙자간음죄는 “남성만을 처벌 대상으로 해 남녀평등에 반할 뿐 아니라, 여성을 보호한다는 미명 아래 여성의 성적(性的) 자기결정권을 부인하고 있어 여성의 존엄과 가치에 역행하는 법률”⁴⁸⁾이라는 이유로 위헌 판결을 받은 바 있다. 혼인빙자간음죄에 관한 서울고등법원 1972. 4. 27. 선고 71노585 판결을 보면 애정관계를 바탕으로 한 남녀 사이에 엄격한 기준을 대어 성범죄와 애정행위를 구분하는 것이 어렵다는 것을 확인할 수 있다. 비판론에서는 행위자에게 국가형벌권을 바로 사용하는 것이 적절한 것인지 의구심을 품으며 이와 유사한 정도의 불법성을 가진 비동의 간음을 범죄화하는 것이 위헌문제를 야기할 것이라고 주장한다.⁴⁹⁾ 성적 자기결정권에 대한 모든 침해에 피해 여성을 보호하기 위해 반드시 「형법」이 동원되어야 한다는 견해는 오히려 피해 여성을 보호하기 위해서는 형벌권이 동원되어야 한다는 가부장적 관념의 산물이라고 한다. 이는 남성의 성교제외에 내키지 않지만 어쩔 수 없이 응할 수밖에 없는 연약한 여성을 상정하고 있어 여성의 의지와 능력을 폄하하고 있다고 한다.⁵⁰⁾

2. 비판론에 대한 반박

비동의 간음죄 법안 신설에 긍정하는 입장에서는 여성인권의 철저한 보호의 필요성을 강조하며, 이를 통해 당사자들이 동등한 위치에서 상대의 자유와 의사를 존중하는 성관계를 행위 할 수 있음을 실익으로 내세운다. 이에 반해 비판적 입장은 비동의 간음죄의 기본적 구성요건요소인 비동의의 기준과 적용 범위가 모호하여 「형법」의 대원칙인 죄형법정주의에 위배되며, 과도한 형벌권에 대한 우려를 제기한다. 그리고 사회변화에 맞춰 변모하는 학설과 판례의 태도가 비동의 간음죄의 필요성을 해소하였음을 주장한다. 그러나 비동의 간음죄의 입법은 오히려 ‘상대방의 의사에 반하는 강제적인 성행위’는 범죄임을 명확히 하여 성범죄의 보호법익인 성적 자기결정권을 공고히 할 수 있다. 또한 비동의 요건의 모호성은 끊임없는 논의를 통해 구체화해

47) 서울 고등법원 2018. 12. 20. 선고 2017노3233 판결.

48) 헌법재판소 선고 2009.11.26. 2008헌바58 판결.

49) 조국, 「형사법의 성편향(제2판)」, 박영사, 2004, 228면.

50) 조국, 앞의 책, 229면.

나가야 할 부분이지, 입법을 막을 사유로 이용되어서는 안 된다고 사료된다. 판례의 완화된 해석은 구체적 개별사건에 일률적으로 적용되는 것이 아니기에 오히려 법률의 명확성을 해치는 결과를 초래할 수 있다. 따라서 비동의 간음죄의 신설은 필요하며, 비판론에서 제시한 문제 사항에 대한 반박과 해결방안을 제안하고자 한다.

애정관계에서의 동의 여부에서 비판적 입장은 비동의 간음죄의 도입이 이와 불법성의 정도가 유사한 혼인방자간음죄의 위헌 판결과 같은 문제를 가져올 수 있음을 우려했다. 그러나 혼인방자간음죄의 경우 법률 규정이 수혜자를 ‘부녀’로 한정하고 있다는 문제가 있었으나 비동의 간음죄의 적용대상은 모든 사람이다. 뿐만 아니라 직접적으로 표시된 반의사는 물론이고 성관계를 원치 않는 행동과 얼굴 표정 등을 발견하는 것은 연인 간 자유롭고 상호 존중이 바탕이 되는 성관계를 위해서는 필수적이다. 따라서 애정관계라는 특수한 상황에 있는 성교행위의 범죄 유무를 판단하기 어렵다는 주장은 받아들이기 힘들다.

동일한 이유로 피해자의 내심적 의사만으로는 비동의 의사를 판단하기 힘들고 피해자의 주관에 판결이 좌지우지될 수 있다는 문제와 공포 및 비자발적 흥분과 동의의 구별이 어렵다는 한계에 대해서는 비동의 간음죄의 성립요건을 정비함으로써 일부 해소할 수 있을 것으로 보인다. 결국 침묵에 대한 가정은 남성에게 동의를 얻을 책임을 지울 것인지, 여성에게 거절할 책임을 지울 것인지를 선택에서 성적 자기결정권 보호를 위해 법률을 수립하는 만큼 범죄의 요건을 보다 엄밀하게 정립 할 필요가 있겠다. 이 점에서 성관계 당사자들은 자신의 의사를 확실하게 표시할 것이 요구된다. 남녀 간 상이한 의사소통의 수용에 있어서도 더이상 no가 yes로 해석되지 않는다는 인식을 공고히 할 필요가 있다. 이렇게 되면 남성에게도 표현된 비동의를 파악하지 못한 책임을 지울 수 있게 되거나 여성에게 비동의를 표현할 책임을 부과할 수도 있는 것이다.

비동의에 대한 착오의 명확성을 위해서 중과실⁵¹⁾규정을 도입하는 것도 고려해 볼 만하다. 오로지 성욕을 충족시키려는 목적 하나에 집중하며 상대를 욕구충족의 도구로만 여기는 상황에서라면 ‘몰랐다’는 것과 ‘알려 하지 않았다’는 것은 표현방법의 차이일 뿐 실제에서는 그다지 다르지 않을 것임을 참작하는 것이다.⁵²⁾ 그렇다면 비자발적 흥분으로 인한 경우는 비동의 의사를 표시했음에도 성관계를 맺으려 한 점을 들어 피고에게도 과실이 아닌 고의에 대한 책임을 요구할 수 있다. 또 영국 법제를 참고해 고의범에 대한 무관심의 처벌을 가능하게 할 수도 있을 것이다. 동의를 성범죄의 구성요건으로 하고 있는 영미법에서는 ‘무관심(recklessness)’을 동의의

51) 대법원 1996. 8. 23. 선고 96다19833 판결(형법상 중과실은 “통상 요구되는 정도의 상당한 주의를 하지 않더라도 약간의 주의를 한다면 손쉽게 위법, 유해한 결과를 예견할 수 있는 경우임에도 만연히 이를 간과함과 같은 것의 고의에 가까운 현저한 주의를 결여한 상태”를 말한다고 판시하였다).

52) 박지현, 앞의 논문, 238면.

기준으로 삼아 이 역시 처벌하고 있다. 무관심에 대한 해석은 국가에 따라 상이하나, 결과 발생의 가능성을 인식하였으나 행동으로 감히 나아갔던 경우이므로 우리 「형법」 해석상의 미필적 고의와 별반 다르지 않게 된다.⁵³⁾

이와 같은 입장에서 미수의 처벌과 기준 역시 명확해질 수 있다. 비동의 간음죄 도입의 실익은 기존 최협의설 성범죄 판결에서의 문제점을 보완하는 것에 있다. 실질적 적용 사례는 유무형의 폭행 및 협박을 포함하였으나 현행 법제로는 처벌이 불가능하거나 비동의 의사를 양 당사자가 인지할 수 있을 정도로 피력했을 경우이기에 미수의 시간적 기준을 상정하는 것에 어려움이 발생하지 않는다. 그러므로 미수에 따른 처벌 수위 역시 정해질 수 있으며 이에 대한 입법례는 5장 독일의 비동의 간음죄 미수 처벌에서 살펴보기로 한다.

적용 범위에서의 모호함은 성관계를 시도하거나 행하여진 사건이라면 상황에 포함시켜 판단해야 한다. 행위 유형만으로는 유사 강간에 해당하더라도 종합적 판단 기준설에 따라 비동의 의사를 무시한 경우라면 일차적으로 비동의 간음죄 처벌 규정이 적용되어야 할 것이다. 다만 유사 강간에 대하여도 비동의 간음죄를 폭넓게 적용하되, 비동의 추행죄 도입에는 단호한 태도를 취하는 방법도 고려해볼 수 있겠다. 기수 후 종료 전 비동의 철회와 관련한 문제 사안도 비동의 의사의 적극적인 표출로 해결할 수 있을 것이다. 성관계에 참여하는 당사자들은 실제 의사와 관계없이 표현된 의사만으로 판단이 이뤄질 수 있다는 점을 염두 하여 의사 표현에 진실해야 할 것이고, 이로써 신뢰를 바탕으로 한 성관계의 참된 의미를 각인시킬 수 있을 것이다.

마지막으로 최근 판례와 학설의 경향성이 강간죄의 최협의설을 완화하는 방향이 있으므로 비동의 간음죄의 도입이 필요 없다는 주장에 대해서는 협의의 폭행 및 협박설을 비판하고 최협의설을 옹호하고 있는 주장이 여전히 존재하고 있으며⁵⁴⁾ 완화된 판례의 경향은 단순히 사회적 분위기에 의한 것일 수 있음을 밝히는 바이다. 성적 욕구에 대하여 서로의 생각을 진지하게 수용할 수 있는 민주주의적 의사소통구조가 자리 잡지 않는 한 성적 자기결정권의 진정한 보장을 기대하기 힘들다는 점에서 비동의 간음죄는 현재로서는 보충성 원칙에 반하는 것이 아닐 수 있다.⁵⁵⁾ 동의 요건의 불명확성도 「형법」에서 유사한 승낙이나 촉탁 등의 개념을 사용하고 있다는 것을 파악한다면⁵⁶⁾ 입법을 막을 합당한 이유가 되지 못한다. 결국 비동의 간음죄의 도입은 국가형벌권을 남용하여 과잉형벌이 적용되는 것이 아닌, 기존에는 저평가되었던 여성의 성적 자기결정권을 재검토하는 시발점이 될 것이다.

53) 박지현, 앞의 논문, 234면.

54) 이호중, 앞의 논문, 88면.

55) 이호중, 앞의 논문, 110면.

56) 이호중, 앞의 논문, 111면.

3. 소결

정리하면, 비판론에서는 비동의 간음죄의 비동의, 기수의 시점, 주관적 범죄구성요건 요소, 성교의 행위 태양을 포함한 비동의 간음 전반에 걸친 요건들이 「형법」에 근간이 되는 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되며, 폭행 및 협박이 부재한 상황에서 발생하는 사인 간 의사소통 문제에 「형법」이 적용된다면 형벌권이 과도하게 이용되는 것이라고 주장하고 있다. 「형법」의 명확성 원칙에 위배된다는 주장에 대하여 애정관계를 비롯한 성관계 당사자들은 성교행위에 대한 서로의 입장을 상대방이 인지할 수 있을 정도로 명확하게 표현해야 하며 이를 인지한 당사자는 상대의 당혹감, 공포감 등의 감정을 무시하지 말아야 한다고 반박했다. 결국 음성표현이나 저항 등의 명확한 의사표현은 주관적 범죄구성요건 요소의 판단을 분명하게 만들 것이고 미수판결과 기수 시기 역시 논란의 여지가 발생하지 않게 될 것이다. 나아가 자신이 원치 않는 성행위에 대해 명확한 표현과 상대의 의사를 무시하지 않는 태도가 해당 법률안을 통해 퍼질 것임을 기대했다. 그러나 모든 연인관계와 성관계 당사자들 사이에 상호 존중이 이뤄지는 이상이 이뤄지는 것은 아니라는 점은 계속해서 고려할 여지가 있다. 뿐만 아니라 균형 잡힌 처벌을 위해 표현된 비동의 의사만을 고려할 시 발생할 수 있는 사각지대와 해당 법률의 제정이 불러올 악용 가능성은 입법 후 주의·검토해야 할 부분이라고 할 수 있다. 또, 과도한 국가 형벌권으로 「형법」의 보충성 원칙에 반한다는 것과 새롭게 적용되고 있는 강간죄 학설과 판례로 기존 최협 의설의 한계를 보완할 수 있다는 주장에 대해 최협의설이 완화된 것처럼 보이는 판례는 사회경향에 의한 것이기에 실질적으로 성적 욕구에 대한 당사자 간 존중의 소통방식이 존재하지 않는 한, 참된 의미의 성적 자기결정권을 보장할 수 없을 것이라고 여겨 법적 보호가 필요함을 언급하였다. 비동의 간음죄를 친고죄로 규율하게 된다면, 보충성 원칙에 반한다는 비판을 일부 분 해결할 수 있을 것이라고 한다. 차후 법제에 기대지 않아도 진정한 성적 자기결정권이 보장될 수 있는 분위기가 조성된다면 보충성 문제가 다시 논의될 수 있겠으나, 그럼에도 불구하고 비동의 간음죄가 성관계에서 당사자 의사소통의 중요성을 인식하게 하는 것에 지대한 영향을 미칠 것을 고려해본다면 우선적으로는 도입이 요구된다고 볼 수 있다. 또한 한국은 비동의를 기본 요건으로 하고 폭행·협박이 가중처벌 요소인 영국의 성범죄법과 다르게 폭행·협박에 의한 간음 이외에 비동의 간음죄를 신설하자는 경우로, 공소 시에 강간죄를 본위적 공소사실, 비동의 간음죄를 예비적 공소사실로 기재한다면 간음이 인정되기 어려운 사안에서도 성폭력 가해자에 대한 처벌을 가능하게 할 수 있다. 나아가 공소사실에 관하여 심증이 불충분하거나 법적 구성을 확정할 수 없을 때에도 공소 제기를 용이하게 할 수 있고 법적 판단을 정당하게 구현할 수 있다.⁵⁷⁾

비동의 간음죄의 신설은 개인이 '강요당하지 않고' 자기결정권을 지킬 수 있게 하며, 승낙 거절 및 일회성에 그친 동의가 아닌 개인 간의 평등한 지위 속에서 왜곡이나 강요가 없는 자유로운 의사소통으로 나아갈 수 있는 발판이 될 것이다. 또 비동의 간음죄 신설은 “성폭력 법제에 깃들어 있는 성별 권력의 영향력을 제거하고 성적 자기결정권이 상호동의와 이해에 기초한 민주주의적 토대 위에 구축되도록 하는 것”이라고 말할 수 있다. 그렇다면 비동의 간음죄의 내용과 형태는 어떠한 모습을 가지고 있어야 하는지 이해하기 위해 비동의 성범죄를 도입한 해외 법제와 이에 대해 발의된 국내 입법을 검토해 본다.

V. 국내의 법제 검토

1. 해외 법제 검토

가. 독일

(1) 개정의 경위 및 내용

(가) 형법 개정의 배경

독일은 2016년 11월 형법 개정을 통해 비동의 간음죄를 기본적 구성요건으로 하는 새로운 성범죄를 입법하여 시행 중에 있다. 강요에 의한 성행위를 금지하는 전통적 강요 모델(coercion model)에 기초하던 구 형법과 달리 신(新) 형법 제177조는 강간죄에 있어 ‘비동의(거부) 모델’을 채택함으로써 피해자의 명시적 거부 의사를 성범죄의 성립 요건으로 인정하여 성적 자기결정권이라는 성범죄의 보호법익을 과거보다 강력하게 보호할 수 있게 되었다. 개혁 이전 독일 구 형법 177조는 “성적 강요: 강간(Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung)”이라는 표제로 행위자가 유형력 또는 협박을 행사하거나 피해자가 보호받지 못하는 상황을 악용하여 성행위를 하도록 강요한 경우에만 죄를 적용할 수 있도록 규정하고 있었다. 이는 중세법에서 1871년 독일제국형법(Reichsstrafgesetzbuch)으로 계승된 전통적 ‘강요 모델’을 따르는 것으로, 강간죄가 성립하는 데 있어 가해자의 폭력 및 협박이 동원된 것을 전제로 한다. 따라서 피

57) 김한균, 앞의 논문, 435면.

해자가 행위자의 갑작스러운 기습으로 인해 저항할 수 없거나 또는 공포로 인해 저항을 포기한 경우에 행위자에 대한 처벌의 공백이 존재한다는 문제가 제기되었다. 더불어 당시 독일에서는 연간 8,000여 건의 강간이 신고 되었으나 엄격한 형법상 요건으로 인해 강간죄로 신고 된 총 사건의 8%만이 유죄 선고를 받는 등 낮은 유죄율이 문제점으로 지적되었다.⁵⁸⁾ 이에 행위자의 유형력 행사가 없더라도 피해자의 동의 없이 이루어진 성적 침해행위를 성폭력 범죄로 포섭해 처벌해야 한다는 형법 개정의 사회적 공감대가 형성되었다.

독일 구 형법 제177조
성적 강요: 강간 (§ 177 Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung)

(1)

1. 유형력을 행사하여
2. 생명 또는 신체에 대한 임박한 위협으로 협박하여
3. 피해자가 보호하지 못하는 상황을 이용하여

타인으로 하여금 행위자 또는 제3자와 성행위를 하거나 또는 행위자 또는 제3자의 성행위를 수용하도록 강요한 자는 1년 이상의 징역형에 처한다.

(2) 특히 중한 경우에는 2년 이상의 자유형에 처한다. 다음 각호의 1에 해당하면 중한 경우로 본다.

1. 행위자가 피해자와 성교 또는 유사 성행위를 하거나 피해자에게 상당히 수치스러운, 특히 신체 침입과 관련된 행위를 행위자와 함께 하도록 한 경우(강간)
2. 범죄가 다수에 의해 공동으로 행해지는 경우

(3) 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 3년 이상의 자유형에 처한다.

1. 행위자가 무기 또는 다른 위험한 물건을 소지한 경우
2. 행위자가 유형력을 통한 타인의 저항을 방지 또는 극복하기 위하여 그 밖의 물건 또는 도구를 소지한 경우
3. 행위자가 피해자에게 중대한 상해를 입힌 경우

(4) 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 5년 이상의 자유형에 처한다.

1. 행위자가 행위 중에 무기 또는 다른 위험한 물건을 사용한 경우
2. 행위자가 행위 중에

58) TOP STORIES(2016.07.07) “‘No means no’: Germany broadens definition of rape under new law”, <https://www.dw.com/en/no-means-no-germany-broadens-definition-of-rape-under-new-law/a-19385748>(검색일: 2020.10.03.). (한국의 경우, 검찰연감에 따르면 2016년 형법상 ‘강간 및 추행의 죄’의 기소율은 약 29%(19,032건 접수, 5,633건 기소)이고, 사법연감에 따르면 2016년 유죄율은 약 91%(5,818건 접수, 5,347건 유죄)로 나타나, 접수된 사건의 대략 28% 정도가 유죄 선고를 받고 있다).

(a) 피해자를 신체적으로 심각하게 학대한 경우
 (b) 피해자를 사망의 위험에 빠뜨린 경우
 (5) 제1항의 중하지 아니한 경우에는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처하고, 제3항과 제4항의 중하지 아니한 경우에는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.

독일 형법 개정의 또 다른 배경에는 이스탄불 협약(Istanbul Convention)이 있었다. 이스탄불 협약은 2011년 여성에 대한 폭력과 가정폭력을 근절하기 위해 체결된 유럽 평의회(The Council of Europe)의 국제협약으로, 제36조에서 비동의의 성적 행위를 강간 등 성폭력으로 규정하고 법적으로 범죄화할 것을 촉구하고 있다.⁵⁹⁾ 당초 독일 정부는 이스탄불 협약의 비준을 위한 형법 개정은 불필요하다는 입장을 취했으나, 정부의 소극적 입장에 불만을 가진 연방 하원의회(Bundestag)의 여성 의원들이 비동의의 모델을 기초로 하여 형법 개혁을 추진하도록 하는 정당 간 합의를 도출하고 2016년 직접 개정 초안을 작성하였다. 이후 독일연방의회는 타인의 인식 가능한 의사에 반하거나, 더 나아가 기습사례(Überraschungsfälle) 및 다양한 이유에서 저항 의사를 형성할 수 없었던 모든 사례에서의 성적 행위를 처벌할 수 있는 형법개정안을 의결하였다. 최종 입법된 신(新) 형법의 내용은 다음과 같다.

독일 신 형법 제177조
성폭력: 성적 강요: 강간 (§ 177 Sexueller Übergriff: sexuelle Nötigung: Vergewaltigung)

(1) 인식 가능한 타인의 의사에 반하여 타인과 성행위를 하거나 타인에게 성행위를 하도록 하거나 또는 제3자에 의한 성행위를 감수하도록 하거나 제3자와 성행위를 하도록 한 자는 6개월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

59) CETS 210(Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence; Istanbul Convention) Article 36 - Sexual violence, including rape.
 ② Consent must be given voluntarily as the result of the person's free will assessed in the context of the surrounding circumstances.
 ③ Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the provisions of paragraph 1 also apply to acts committed against former or current spouses or partners as recognised by internal law.

- (2) 타인과 성행위를 하거나 타인에게 성행위를 하도록 하거나 또는 제3자에 의한 성행위를 감수하도록 하거나 제3자와 성행위를 하도록 한 자가 다음 각호에 해당하는 경우에는 전항과 같이 별한다.
1. 행위자가 타인이 반대의를 형성하거나 표시할 수 없는 상황에 있음을 이용한 경우
 2. 행위자가 타인의 신체적 또는 심리적 상태로 인해 의사에 형성 또는 표시가 현저히 제한되어 있는 것을 이용한 경우, 단 행위자가 타인의 동의를 확인한 경우는 제외한다.
 3. 행위자가 기습한 경우
 4. 행위자가 피해자의 저항이 상당한 해악을 야기할 수 있는 상황을 이용한 경우
 5. 행위자가 상당한 해악을 동반한 협박으로 타인에게 성행위를 하도록 강요하거나 성행위를 감수하도록 강요한 경우
- (3) 미수는 별한다.
- (4) 피해자의 질병 또는 장애로 인해 반대 의사의 형성 또는 표시 능력이 결여된 경우에는 1년 이상의 자유형에 처한다.
- (5) 다음 각호에 해당하는 경우에는 1년 이상의 자유형에 처한다.
1. 행위자가 피해자에게 유형력을 행사한 경우
 2. 행위자가 피해자에게 생명 또는 신체에 대한 현재의 위험을 동반한 협박을 가한 경우
 3. 행위자가 무방비 상태로 행위자의 영향 하에 방치되어 있는 피해자의 상황을 이용한 경우
- (6) 특히 죄질이 중한 경우에는 2년 이상의 자유형에 처한다. 다음 각호는 특히 죄질이 중한 경우에 해당한다.
1. 행위자가 피해자와 성교하거나 피해자에게 성교를 하도록 하거나 또는 피해자를 수치스럽게 만드는 유사성행위를 하거나 특히 피해자에게 신체 침입과 같은 유사성행위를 하도록 한 경우(강간)
 2. 범죄가 다수에 의해 공동으로 행해진 경우
- (7)-(8) [구법과 마찬가지로 무기 및 기타 가중적 사유에 대해서는 동일함]

(나) 개정 형법의 구성요건

신 형법의 기본적 구성요건은 "인식 가능한 의사에 반하여" 행해지는 성행위를 처벌하는 제 177조 제1항이다. 제1항은 다른 행위수단의 규정 없이 비동의 요건만을 성폭력 범죄의 구성요건으로 둬으로써 비자발적인 성적 교류로부터 개인을 광범위하게 보호하는 규정이다.⁶⁰⁾ 구 형

60) 장다혜·이경환, “형법상 성폭력범죄의 판단기준 및 개선방안 : 비동의 간음죄의 도입가능성을

법 하에서는 행위자의 폭력 요소와 피해자의 저항이 동반되는 법적 상황에서만 처벌이 가능했지만, 신 형법은 비동의(거부) 모델(Nein- heißt-Nein; No means no rule)을 채택함으로써 강간 사건에서 피해자에게 물리적 저항의 엄격한 의무를 부과하지 않도록 개정하여 구 형법이 따르던 전통적 강요 모델과 차이를 두었다. “No”라는 거부의 표현이 그 자체로 저항이기 때문에 행위자가 피해자를 폭력적으로 위협했는지의 여부나 피해자가 폭행에 대해 육체적으로 저항했는지의 여부는 더 이상 중요하지 않다. 중요한 구성요건은 피해자가 성행위를 원하지 않았고, 행위자도 이를 확인할 수 있었다는 것이다. 이러한 비동의 모델은 피해자가 성행위를 원치 않는 경우 거절의 의사 표시를 해야 할 ‘의사소통의 의무’를 가진다는 것을 함의한다. 피해자는 타인의 성적 제안이나 접촉을 원치 않을 경우에 마취, 수면, 혼수상태, 약물 또는 음주로 인한 의식상실 등으로 인해 의사 표명이 불가능한 상황이 아닌 한 말·몸짓·행동으로 인식 가능한(erkennbar) 거절 의사를 표시하여 당사자 간 소통을 시도해야 한다. 이때 ‘인식 가능한 의사’는 객관적인 제3자의 시각에서 인식이 가능해야 하며, 인식 가능한 의사에 반한 행위인지는 범죄 상황, 범죄행위자와 피해자 사이의 관계 등 전체적인 배경에 비추어 판단할 것이 요구된다.⁶¹⁾ 반드시 명시적으로 “싫다”라고 말해야 하는 것은 아니며, 묵시적으로 거절한 경우라도 행위자가 피해자의 거절의 의사를 인식할 수 있었다면 피해자의 의사는 존중되어야 하고 행위자가 그에 반하여 성행위에 나가면 처벌하는 것으로 해석된다.⁶²⁾ 또한 이전에 동의를 표시했더라도 그 동의는 언제나 철회될 수 있고, 철회 의사 역시 거부하는 의사에 해당한다. 따라서 앞으로는 성폭력 범죄의 성립에 있어 행위자가 피해자의 반대되는 의사를 제압했느냐를 요구하기보다는 오히려 피해자의 의사가 행위자에게 알려질 수 있었고, 행위자는 그것을 확인할 수 있었음에도 무시했느냐로 범죄성립요소가 충분하게 되었다.⁶³⁾ 예를 들어 피해자가 행위자의 성적 접촉에 거부하는 의미로 눈물을 흘렸음에도 불구하고 행위자가 이를 무시하고 성교행위를 시도했을 경우 행위자는 객관적으로 인식 가능한 타인의 거절 의사에 반하여 성행위를 강행한 것이기 때문에 그 과정에서 폭력 요소가 존재하지 않았더라도 개정 형법 제177조에 의거해 성범죄 유죄 판결을 받을 수 있다. 다만 제1항의 법정형은 6개월 이상 5년 이하의 자유형으로, 중범죄(1년 이상 자유형)에 해당하지는 않는다.

다음으로, 동조 제2항은 인식 가능한 반대의 의사표현이 없더라도 성폭력 범죄를 구성할 수 있도록 피해자가 성적 행위와 관련된 의사형성 또는 의사표현의 능력이 결여되거나 제한된 사

중심으로”, 「형사정책연구원 연구총서」 2018, 한국형사정책연구원, 2018, 115면.

61) 장다혜·이경환, 앞의 논문, 92면.

62) Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage(C.H.Beck, 2018), §177, Rn. 5.

63) 김혜정, “성폭력범죄 처벌규정의 정비에 관한 고찰: 강간죄 등의 행위수단을 중심으로”, 「홍익법학」 제20권 제3호, 홍익대학교법학연구소, 2019, 274면.

유들을 규정한다.⁶⁴⁾ 즉, 제2항은 앞의 제1항과 달리 피해자의 거부 의사의 인식 가능성이 구성요건이 아니다. 제2항의 각호는 피해자가 거절의 의사 표시를 할 수 없거나, 피해자에게 거절의 의사표시를 요구하는 것이 비합리적인 특별한 상황들을 규정하고 있는데, 이 규정들은 구 형법 제179조에 규정되어 있었던 '항거불능(Widerstandsunfähigkeit)'이라는 개념을 '반대의사(eine entgegenstehende Wille)'의 개념으로 완화하여 처벌대상의 범위를 대폭 확장한 것이라고 할 수 있다. 구 형법 제179조 제1항에서는 항거불능자에 대한 성적 남용 조항을 신체적·정신적 장애를 가진 사람에만 국한하여 적용했던 것을 개정을 통해 장애를 가진 사람이 아닌 특정 상황을 이용하는 것에 초점을 두어 가별성 있는 사례들을 포섭하였다.⁶⁵⁾

(다) 미수죄의 성립 및 처벌

독일의 형법 개정안에서 특징적인 점은 영국 등 먼저 비동의 간음죄를 도입한 국가들과 달리 강간에 해당하지 않는 성적 접촉을 '비동의 추행'으로 분류해 별도의 처벌규정을 두지 않은 대신 비동의 강간의 미수 처벌 규정을 두어 종래 강제추행 처벌의 공백을 상당 부분 채웠다는 것이다. 비동의 강간의 미수는 이전 강간의 미수를 구별하던 방법과 같이 성기의 삽입이 최초로 이루어진 때를 기수로 보고, 그 이전의 비동의 상태에서 성적 접촉이 시작된 때를 착수(미수)로 본다.⁶⁶⁾ 이 과정에서 제177조의 표제에는 '성폭력(Sexueller Übergriff)' 항목이 추가되었고, 성적 강요죄의 범위를 대폭 확장하여 동의 없는 추행에 대한 기존의 처벌 공백을 해소할 수 있게 되었다. 우리나라는 현행법상 행위자의 폭행·협박 등 유형력이 행사되었음에도 불구하고 입증하기 어렵거나 피해자의 저항행위의 성공으로 간음추행이 미수에 이른 경우에 처벌할 수 없다는 점을 고려했을 때 독일이 비동의추행 미수 처벌 규정을 둔 것은 의미가 있다고 할 수 있다.

64) 장다혜·이경환, 앞의 논문, 115면.

65) 독일 구(舊) 형법 제179조(항거불능자에 대한 성적남용)

① 다음 각 호의 1에 해당하는 타인의 항거 불능인 상태를 남용하여 타인에 대하여 성적 행동을 하거나 또는 타인으로 하여금 자기에 대하여 성적 행동을 하게 한 자는 6월 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.

1. 정신적·심리적 질병 또는 중독과 관련된 장애 또는 심한 의식장애로 항거불능인 자
2. 신체적으로 항거불능인 자

② 항거불능상태의 남용 하에 제3자에 대하여 성적 행동하게 하거나 또는 제3자로 하여금 자신에게 하도록 하는 것을 통해 항거불능상태인 자(제1항)를 남용한 자도 동일하게 처벌한다.

66) 박지현, 앞의 논문, 217면.

(2) 한계

‘No means no’로 대표되는 비동의 모델은 아래 서술할 ‘Yes means yes’의 적극적 동의 기준과 비교하여 흔히 소극적 거부 기준이라고도 불린다. 이에 따르면 당사자 간 동의 의사 여부를 제3자의 입장에서 객관적으로 확인하고 판단할 수 있지만, 피해자에게 일정한 거부 의무를 부과함으로써 강한 피해자 상을 요구한다는 점에서 문제가 발생할 가능성이 있다. 강간 사건에서 피해자가 비동의했는지를 판단하는 것과 피해자가 동의했는지를 판단하는 것은 얼핏 비슷해 보이지만 큰 차이가 있다. 피해자의 명시적인 ‘비동의’가 사건의 주요 판단점이 되면 피해자가 사건에 책임이 있는 것처럼 느껴질 수 있으며, 수사도 피해자 중심으로 할 수밖에 없기 때문이다.⁶⁷⁾ 강간 사건은 보통 내밀한 공간에서 목격자 없이 이루어지고 뚜렷한 물증이 없는 경우가 대부분이기에 피해자에 대한 조사가 매우 중요한 증거가 된다. 동의를 결여되었다는 것을 밝히기 위해서는 피해자가 피고인이 충분히 인식할 수 있는 거부 의사를 밝혔다는 사실을 입증해야 하므로 그 과정에서 피해자가 받는 스트레스나 심적 부담은 자칫 2차 피해로 나타날 수 있다. 수사재판과정을 비롯해 성폭력 사건 1차 피해를 조사하는 형사사법 절차에서 일어나는 일련의 문제들을 2차 피해라고 부른다.⁶⁸⁾ 이는 1차 피해를 해결하기 어렵게 할 뿐 아니라 피해자를 비난하는 여론을 조성하여 피해자의 치유와 회복을 어렵게 할 수 있어 ‘사회적 강간 (social rape)’라고 불리는 문제의식과도 맞닿아있다. 물리적 유형력이 죄의 구성요건이었던 과거에 수사기관은 강간 사건에서 객관적으로 식별 가능한 피해자의 방어흔 (abwehrverletzungen)에 의존하는 경우가 많았다. 그러나 개정 형법에서는 성폭력 범죄에 대한 처벌 범위가 대폭 확장되어 유죄를 입증하는 데 있어 피해자의 거부 여부가 더욱 중요해졌기 때문에 성행위에 대해 반대 의지가 있었음을 밝히는 피해자의 증명 책임은 오히려 가중되었다고 볼 수 있다.

아울러 독일의 법학자인 Joachim Renzikowski는 이러한 비동의 기준 모델이 법원 판단의 어려움을 초래할 수 있다고 지적한다. 전 파트너 혹은 현 파트너와의 관계에서는 명시적인 거부 표현이 반드시 종국적인 거부를 의미한다고 보기 어려우며, 피해자가 거부 의사를 밝혔음에도 불구하고 성행위에 대해 소극적으로 수인한 경우라면 저항 의사를 주장한다고 해도 진술의 신빙성이 결여되었다고 본다는 것이다.⁶⁹⁾ 이렇듯 피해자가 성적 행위에 동의하지 않은 것으로

67) 김희정, “비동의(without consent) 간음죄 신설에 관한 비교법적 검토”, 「형사법의 신동향」 제 64호, 대검찰청, 2019. 340면.

68) 권김현영, “‘2차가해’와 ‘피해자중심주의’의 개념에 대해”, 「한국여성민우회 성폭력상담소」 발표문, 2017, 49면.

69) MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 48.

추정되는 상황이라고 하더라도 목격자가 없는 상황에서 피해자의 의도를 합리적으로 파악하는 것은 쉽지 않다.⁷⁰⁾ 이 법적 난점은 2018년 신 형법 제177조 1항에 의거한 지방법원의 유죄판결을 파기 환송한 독일 연방대법원(Bundesgerichtshof)의 판결을 통해서도 파악할 수 있다.⁷¹⁾ 따라서 재판에서 증명의 어려움이 오히려 행위자의 방어수단으로 이용될 수 있다는 비판이 제기된다.

나. 스웨덴

(1) 개정의 경위 및 내용

스웨덴 개정 형법 6장 (Brottsbalk 6 kap.)

성범죄에 대한 장(Om sexualbrott)

1 §

(1) 자발적으로 참여하지 않은 사람과 성관계 또는 위반의 심각성으로 볼 때 성관계와 동등하다고 인정되는 다른 성적 행위를 한 사람은 최소 2년에서 최대 6년의 징역형에 처한다. 참여가 자발적인지 아닌지를 평가할 때는 자발적인 표현이 말이나 행동 또는 기타 다른 방식으로 표현되었는지 특별히 고려해야 한다. 다음의 경우에는 자발적으로 행위에 참여한 것으로 간주할 수 없다.

1. 학대, 폭행 또는 협박, 범죄에 대해 다른 사람을 신고한다는 위협의 결과로 이루어진 경우
2. 행위자가 타인이 무의식, 수면, 심각한 두려움, 중독 또는 기타 약물 남용, 질병, 신

70) 김혜정, 앞의 논문, 278면.

71) 독일의 Bamberg 지방법원(LG Bamberg vom 7.12.2017)에서 행위자로부터 구강성교를 요구 받은 피해자가 처음에는 거부하다가 재차 요구에 구강성교를 한 사안에서 형법 제177조 제1항에 의거하여 유죄선고가 이루어졌다. 그러나 이에 대해 독일연방대법원은 형법 제177조 제1항의 비동의 간음(sexuelle Übergriff)의 성립을 위한 전제조건은 피해자가 범죄 당시의 반대의사를 명시적으로 표현하거나 묵시적으로라도 표현해야 하고, 이러한 상황에 대해서는 특히 가해자의 행위가 피해자의 의지에 반한다고 결론 내릴 수 있는지 구체적인 평가가 필요하다는 점에서 Bamberg 지방법원 판결을 파기 환송하였다(BGH Beschl. v. 21.11.2018 - 1 StR 290/18, BeckRS 2018, 46309). 대법원은 피해자가 처음에 제안된 구강 성교에 대한 거부감을 표명했지만 강제력의 영향 없이 그것을 실행하기 시작했고, 객관적인 제3자의 입장에서 봤을 때 이러한 행동이 그 시점에서 피해자의 의지에 반하는 것으로 밝혀지지 않았다고 판단했다.

체 상해, 정신장애 또는 기타 상황과 관련하여 특히 취약한 상황에 있다는 사실을 이용한 경우

3. 행위자가 타인의 행위자에 대한 의존성을 심각하게 남용하여 그 사람이 참여하도록 한 경우

(2) 범죄의 상황을 고려할 때 그 범죄가 덜 심각한 것으로 판단되는 경우 최대 4년의 징역형에 처한다.

(3) 첫번째 문단에 언급된 범죄가 심각한 것으로 판단되는 경우 가중 강간으로 5년 이상 10년 이하의 징역형에 처한다. 범죄가 심각하지 여부를 판단할 때는 행위자가 특히 심각한 성격의 폭력이나 위협을 사용했는지 또는 두 명 이상의 행위자가 피해자를 강간하거나 다른 방식으로 학대에 가담했는지 여부를 특별히 고려해야 한다.

1a §

(1) 1§에 언급된 행위를 저질렀고 상대방이 성교에 자발적으로 참여하지 않는다는 사실에 관련하여 현저하게 주의를 게을리 한 사람은 과실 강간으로 4년 이하의 징역형에 처한다.

(2) 상황을 고려할 때 그 행위가 덜 심각하다고 판단되는 경우에는 별하지 아니한다.

(가) 개정 형법의 구성요건

스웨덴은 2018년 7월 형법 개정을 통해 ‘자발적으로 성행위에 참여하지 않은 경우’를 강간죄의 기본 구성요건으로 명시함으로써 당사자 간 명확하고 적극적인 동의가 없는 성관계는 모두 강간죄로 처벌하는 새 법률을 발효했다. 또한 가해자가 심각한 부주의로 피해자의 동의를 미처 확인하지 못한 경우에 대해서도 ‘과실에 의한 강간죄(negligent rape)’를 신설해 최대 4년형까지 구형할 수 있도록 개정했다. 개정 이전의 스웨덴 법에서는 피해자가 행위자에 의해 폭력이나 협박을 수단으로 성행위를 강요한 경우에만 강간죄가 성립할 수 있었다. 그러나 새로운 성행위 동의법(Samtyckeslagen; The Sexual Consent Law)에 따르면 동의 없는 성관계는 가해자의 위협이나 강제성이 없는 경우에도 강간죄로 처벌이 가능하며, 침묵은 동의로 해석될 수 없다. 법이 판단하는 것은 ‘자발적인 성행위 참여’가 말이나 행동 또는 기타의 방법으로 외부적으로 표현되었는지 여부이다. 스웨덴은 앞서 2005년과 2013년에도 형법을 개정하여 성범죄의 법적 처벌 대상을 꾸준히 확대해왔다. 2018년 개정법에서는 마침내 ‘거부(refusal)’ 요건 대신에 ‘자발성(voluntariness)’ 요건을 도입하여 피해자의 거절이 표현되었는지 여부가 아니라 피

해자가 성적 행위에 대해 자발적으로 동의하고 적극적으로 참여하였는지 여부가 죄의 성립을 좌우하게 되었다.⁷²⁾ 따라서 피해자는 더이상 가해자의 유죄를 입증하기 위해서 자신이 성행위를 강요당했다는 증거를 제공하거나 저항할 수 없는 위협에 처한 상황이었는지 증명하지 않아도 되며, 반대로 가해자 쪽에서 성행위를 하는 것에 있어 피해자의 적극적인 성적 동의 사실이 있었음을 입증해야 한다.⁷³⁾

이 개정법은 성범죄 관련 입법에 있어서 중요한 진전이라고 평가받는데, 상대방이 성행위에 ‘동의하는지’ 여부가 불분명하다면 성행위를 강행해서는 안 된다는 점을 명확히 밝히고 있기 때문이다. 상대방의 수동적인 태도나 모호한 표현, 침묵은 성관계에 동의하는 표시가 아니며 성행위를 함께 하길 원하는 사람이 불분명한 의사를 보인다면 질문을 통해 명시적인 동의 의사를 알아내야 한다. 성행위에 동의하지 않았다면 그 사실 자체로 범죄가 성립하기 때문에, 피해자들은 법정에서 “왜 적극적으로 거부하지 않았나”라는 질문에 답해야 할 의무가 없다.⁷⁴⁾ 스웨덴 사법부는 성(性)에 대한 사람들의 가치관을 바꾸는 것이 개정법의 장기적 목표라고 밝히며 개인은 누구나 성관계를 맺고자 하는 상대가 자발적인 참여자(voluntary participant)인지 확인해야 한다고 말했다.⁷⁵⁾ ‘적극적 동의’ 모델로도 불리는 스웨덴의 개정 형법은 성적 관계에 있어 타인의 의사와 감정을 임의로 판단하지 않고 명백한 동의 의사를 확인할 것을 요구하며 법적인 차원에서 성적 만남의 한계를 인정한다는 점에서 시사점이 있다.

(나) 과실 강간죄의 성립 및 처벌

과실 강간죄란 피해자가 명확한 동의가 없었지만 가해자가 강간이나 폭행을 의도하지 않았을 때 행해진 성행위를 처벌하는 개념이다. 예컨대 한 남성이 피해자 여성 옆에서 자고 있었고, 여성이 실제로는 잠을 자고 있는 동안 그는 그녀가 깨어있다고 생각하여 성행위를 시작했다. 이 때 이 남성은 상대가 깨어있는지 확인하거나 상대가 성행위를 원하는지 동의를 구하지 않고 성관계로 나아갔기 때문에 스웨덴 형법에 의거하여 과실 강간으로 처벌받을 수 있다. 스웨덴 법에 따르면 자신의 자유의지에 참여하지 않는 사람과 성관계를 맺는 행위를 한 사람이 적극적인

72) 박지현, 앞의 논문, 230면.

73) 한국여성정책연구원(2018.11.05.), “스웨덴, 확실한 동의없는 성관계를 불법으로 규정하는 법률 제정”, <https://www.kwdi.re.kr/research/ftrandView.do?idx=123089>(검색일: 2020.09.28.).

74) 일다(2020.5.9), “적극적인 동의를 구하지 못한 성행위는 모두 ‘범죄’”, <http://www.ildaro.com/8724>(검색일: 2020.10.07.).

75) The Two-Way(2018.05.25), “Swedish Law Declares Sex Without Consent Is Rape”, <https://www.npr.org/sections/thetwo-way/2018/05/25/614438565/swedish-law-declares-sex-without-consent-is-rape>(검색일: 2020.10.02.).

의도나 무관심한 의도로 행한다는 것이 입증되어야 강간죄 유죄를 받을 수 있다.⁷⁶⁾ 이 조건이 충족되지 않았을 경우에는 ‘과실 강간(negligent rape)’과 ‘과실에 의한 성추행(negligent sexual abuse)’이라는 새로운 범죄 유형으로 처벌을 고려해 볼 수 있다. 다만 ‘과실 강간(negligent rape)’라는 죄명에 관련하여서 논리적 흠결이 존재하는데 ‘강간’이라는 단어 자체가 의사에 반한다는 뜻을 내포하고 있어 ‘과실 강간죄’라는 용어는 형용모순이기 때문에 과실성교죄라고 바꾸어 명명하는 것이 적절하다.

2019년, 스웨덴의 한 남성은 이전에 SNS를 통해서만 연락을 나눴던 한 여성의 집에서 밤을 보냈다. 둘은 같은 침대에서 잠을 잤고, 남성은 여성에게 성교를 시도하였으며 여성의 질에 손가락을 삽입했다. 피해 여성은 그 일련의 과정 내내 소극적이었고, 성행위에 참여하고 싶다는 인상을 주지 않았다. 스웨덴 지방법원과 항소법원은 이 남성이 피해자가 행위에 자발적으로 참여하고 있는지 여부에 무관심했다는 점에 주목해 강간죄로 유죄를 선고했다.⁷⁷⁾ 이후 이 사건은 피고인에게 강간죄를 선고해야 하는지 혹은 과실강간죄를 선고해야 하는지 여부와 그에 따른 형량이 어떻게 되어야 하는지에 대해 다룰 필요성이 있다고 여겨져 대법원에 상고되었다. 대법원은 이 여성이 자유의지에 근거해 자발적으로 참여하지 않은 상태로 성행위가 이루어졌다는 것이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로(beyond a reasonable doubt) 입증되었지만, 피고의 의도를 살펴본 결과 이 남성이 강간죄 성립에 필요한 필수적 의도, 즉 적극적인 강간 의사나 피해자가 자유의지에 따라 자발적으로 참여하는지에 대한 무관심한 의도가 있다는 것을 입증하지 못해 하급심 판결을 뒤집고 강간죄가 성립될 수 없다고 판결했다. 대신 대법원은 그가 피해자가 행위에 자유롭게 참여할 수 있는 위험을 이해하고 있었고, 자신의 성적 행위를 계속 진행함으로써 고의적으로 피해자의 자발적 참여에 대한 주의에 태만했다는 점에 근거해 과실 강간죄의 책임을 물었다. 법원은 과실강간죄의 형량은 징역 8개월에 해당한다고 판결했으며, 이 남성은 아동 성폭행 등 다른 행위의 형량을 포함하여 총 2년 3개월의 징역형을 선고받았다.⁷⁸⁾

(2) 한계

스웨덴의 개정 형법이 채택하고 있는 법리는 ‘Yes means yes’ 모델이다. ‘Yes means yes’

76) Elin Hofverberg(2019.07.17), “Sweden: Supreme Court Defines Negligent Rape”, <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/sweden-supreme-court-defines-negligent-rape>(검색일: 2020.10.01.).

77) Case No. B 1200-19, para. 2; Hovrätten for Övre Norrland [Appeals Court for Upper Norrland] Case No. B1167-18 (2019.02.05.).

78) Högsta Domstolen [Supreme Court], Case No. B 1200-19 (2019.06.11.).

모델은 ‘No means no’ 모델이 가지고 있는 모호성과 성범죄 사건에서 피해자의 입증 책임을 가중시킨다는 문제점을 보완하기 위해 나온 대안으로, 피해자의 인식 가능한 거부 의사가 없을 시 처벌하는 ‘No means no’ 법리에서 더 나아가 피해자의 명시적인 동의 의사표시가 있는 경우에만 동의를 인정한다. 즉, 피해자가 공포 혹은 두려움 등의 사유로 인해 침묵한 경우에도 비동위가 인정된다. 상대방이 저항하지 않았고 비동의적인 의사표시를 하지 않았을지라도 성관계에 동의하는 의사표현이 없었다면 강제적 성관계로 간주한다. ‘Yes Means Yes’의 법리에 따르면 명시적 동의가 있을 때에만 범죄의 성립이 부정되므로, 동의 여부를 훨씬 수월하게 그리고 피해자 중심으로 판단할 수 있다. 그러나 “Yes”라고 했을 경우만을 충분한 동의를 얻은 성관계로 본다면, 성범죄 처벌의 범위가 지나치게 넓어지는 문제가 생긴다. 행위자가 폭력이나 위협을 가하는 등 강간을 행할 적극적 의도가 없었다고 해도 동위가 부재한 성관계를 했다는 것만으로 유죄 선고가 가능하게 되거나, 다른 거절 의사나 내키지 않는 기색 없이 침묵을 지키던 상대와 관계를 한 경우에도 후에 강간죄가 성립할 수 있다면 악의적 무고(誣告)의 목적으로 법이 악용될 수 있어 사법질서를 저해할 위험이 있다. 특히 내밀한 남녀 간의 관계를 고려하였을 때, 암묵적 동의 하에 이뤄지는 성관계가 다수인 현실에서 실제 성관계 상황에서 Yes means yes 법리를 취하는 것은 양 당사자 간 힘의 균형을 깨뜨리는 것이 아닌가 하는 우려가 존재한다. 비동위 강간의 입증 문제에 있어서 피의자는 성행위 당시에 상대방의 동위가 있었음을 입증해야 하는데, 객관적인 상황 판단이 어렵고 피해자의 진술이 기소와 판결의 매우 중요한 증거가 되는 강간죄의 특성상 이를 입증하는 것은 쉽지 않기 때문이다.

한편 ‘Yes means yes’ 모델은 성적 관계에 있어 항상 상대방의 반응을 관찰해야 하므로 사회 구성원들에게 과도한 부담을 주게 된다는 지적도 있다.⁷⁹⁾ 현실에서의 성적 행동 경험을 고려해보면 간음을 전후한 다양한 성적 행동의 각 단계, 형식마다 상대방이 상호 자기결정 의사를 확인하고 합의 의무를 지속적으로 준수하기를 요구하는 것은 사실상 무리한 기대일 것이다.⁸⁰⁾ 아울러 사람마다 성적 행동에 대한 의사의 전달방식이 다양하기 때문에 행위에 참여한 당사자가 상대의 의사를 제대로 살필 수 있을 만큼 전달되는 데 있어서 예상되는 난점도 적지 않다. 무엇보다 ‘Yes means yes’의 적극적 동의 기준에 근거하면 성관계를 맺는 과정에서 상대방에 대해서 일일이 허락을 받아야 하기 때문에 전통적인 인간관계에 균열이 생길 수 있고, 국가가 과도하게 개인의 성 영역에 법적으로 개입하여 형벌권이 지나치게 비대해진다는 비판이 나온다. 실제로 스웨덴에서는 개정 형법 도입 1년 만인 2019년 강간죄 유죄 판결률(rape

79) 嘉門優, “ドイツ性刑法における「被害者の意思に反する」要件の展開—ドイツ刑法177条の改正の動きを中心に—”, 理論刑法学の探求 9 卷, 成文堂, 2016, 285-287면.

80) 김한균, 앞의 논문, 431면.

conviction rates)이 형법 개정 이전과 비교해 75% 상승하여 당초 예상보다 큰 법적 영향을 미친 것으로 나타났다.⁸¹⁾ 이는 기존 형법의 처벌 공백이 해소된 결과라고 볼 수도 있지만 단기 간에 급격하게 증가한 유죄 판결 속에서 혹여 무고한 처벌이나 억울한 피해자가 발생하지는 않았는지 신중하게 살펴볼 필요가 있다.

2. 국내 입법 동향

비동의 간음죄의 신설 논의는 최근 국내에서도 성폭력 범죄와 관련하여 관심이 모아지고 있는 이슈 중 하나이다. 그동안 비동의 간음죄를 도입해야 한다는 일각의 주장에도 불구하고 입법에 앞서 예상되는 몇몇 우려 점들로 인해 학계에서는 반대의 목소리가 높았지만 지난 2018년 미투 운동(#MeToo)과 안희정 전(前) 충남도지사 성폭력 사건을 계기로 법 개정 필요성에 대한 대중적 논의가 본격적으로 시작되었다. 특히 자신의 수행 비서를 간음 및 추행한 혐의로 기소된 안희정 지사가 1심에서 “간음·추행에 있어 위력 행사가 있었음을 입증할 증거가 부족하다”는 이유로 무죄 판결을 받은 이후로 폭행 또는 협박 등 위력으로 성적 접촉을 강제해야만 법적 처벌이 가능한 현행 법제에 처벌 공백이 존재한다는 비판적 여론이 높아졌다. 제20대 국회는 ‘비동의 간음죄’ 신설과 관련하여 총 10개의 형법 개정안을 발의하여 논의했지만, 2020년 5월 29일 의원들의 임기 만료로 법안이 모두 폐기되어 입법화는 하지 못했다.

그러나 개정 논의의 불씨는 꺼지지 않고 남아 새로 출범한 제21대 국회에서도 비동의 간음죄 신설 입법 움직임이 정의당을 필두로 강하게 나타나고 있다. 현재 21대 국회에는 백혜련 민주당 의원 대표 발의안(의안번호 2100245)과 류호정 정의당 의원 대표발의안(의안번호 2102898), 총 두 개가 발의되어 있다. 두 개정안을 비교해 살펴보면 ‘백혜련 안’은 No means no rule의 비동의 모델에 근거해 현행법상 성폭력 구성요건과 형량을 일부 개정하는 내용을 담고 있는 반면 ‘류호정 안’은 이보다 한층 더 나아가 성범죄에 관한 기본적 사항을 규율하는 형법 제32장을 전면 재정비하는 내용을 담고 있다. 더욱이 정의당은 류 의원의 해당 발의안을 당의 ‘5대 우선 입법 과제’로 선정하여 우선적으로 입법을 추진하겠다고 발표해 언론과 국민의 관심이 집중되고 있다. 따라서 소결에 앞서 최근 국내 입법 동향을 검토하기 위한 목적으로 제21대 국회, 나아가 전체 한국 사회의 뜨거운 감자로 떠오른 류호정 의원안의 내용을 살펴보고자 한다.

81) REUTERS(2020.06.23.), “Rape conviction rates rise 75% in Sweden after change in the law”, <https://www.reuters.com/article/us-sweden-crime-rape-law-trfn-idUSKBN23T2R3>(검색일: 2020.10.04.)(2017년 190건에서 2019년 333건으로 증가. The Swedish National Council on Crime Prevention(BRÅ)의 조사).

형법 일부개정법률안

(류호정 의원 대표 발의 - 의안번호 2102898)

형법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제2편 제32장의 제목 “强姦과 醜行의 罪”를 “성적 침해의 죄”로 한다.

제297조를 다음과 같이 한다.

제297조(강간)

- ① 상대방의 동의 없이 사람과 성교한 사람은 1년 이상의 징역에 처한다.
- ② 폭행, 협박 또는 위계, 위력으로 사람과 성교한 사람은 3년 이상의 징역에 처한다.
- ③ 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 성교한 사람은 전항의 예에 의한다.

제297조의2를 삭제한다.

제298조를 다음과 같이 한다.

제298조(강제추행)

- ① 상대방의 동의 없이 추행한 사람은 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ② 폭행, 협박 또는 위계, 위력으로 사람에게 대하여 추행한 사람은 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.
- ③ 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 추행한 사람은 전항의 예에 의한다.

제299조를 삭제한다.

제300조, 제301조 및 제301조의2를 각각 다음과 같이 한다.

제300조(미수범) 제297조 및 제298조의 미수범은 처벌한다.

제301조(강간등 상해·치사) 제297조, 제298조 및 제300조의 죄를 범한 사람이 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

제301조의2(강간등 살인·치사) 제297조, 제298조 및 제300조의 죄를 범한 자가 사람을 살해한 때에는 사형 또는 무기징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

제302조를 삭제한다.

제303조를 다음과 같이 한다.

제303조(구금된 사람에 대한 성교·추행)

- ① 법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 사람이 그 사람과 성교한 때에는 5년 이상의 징역에 처한다.
- ② 법률에 의하여 구금된 사람을 감호하는 사람이 그 사람을 추행한 때에는 10년 이하의

징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.

제305조의 제목“(未成年者에 對한 姦淫, 醜行)”을“(미성년자에 대한 성교추행)”으로 하고, 같은 조 제1항 중 “간음”을 “성교”로, “제297조, 제297조의2, 제298조”를 “제297조, 제298조”로, “예에 依한다”를 “예에 의한다”로 하며, 같은 조 제2항 중 “간음”을 “성교”로, “제297조, 제297조의2, 제298조”를 “제297조, 제298조”로 한다.

제305조의2 중 “제297조, 제297조의2, 제298조부터 제300조까지”를 “제297조, 제298조 및 제300조”로 한다.

제305조의3 중 “제297조, 제297조의2, 제299조(준강간죄에 한정한다)”를 “제297조”로 한다.

제2편제32장에 제306조를 다음과 같이 신설한다.

제306조(정의) 본 장에서 “성교”란 다음의 행위를 말한다.

1. 성기, 구강 또는 항문 등 신체의 내부에 성기를 넣는 행위
2. 성기 또는 항문에 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위

류호정 의원 외 대표 발의안은 형법 제297조의 강간죄의 구성요건을 ‘폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 행위’에서 ‘△상대방의 동의 없이 △폭행·협박 또는 위계·위력으로 △심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 사람을 강간한 행위’로 세분화하는 내용을 골자로 한다. 또한 형법 제32장 ‘강간과 추행의 죄’ 장 제목을 ‘성적 침해의 죄’로 변경하여 형법 규정을 더욱 포괄적으로 설명하고 형량을 상향 조정하며 형법 제306조를 신설해 ‘성교’의 개념을 정의하는 내용을 담는다. (안 제297조, 제298조, 제298조의2·제299조 삭제 및 제306조 신설 등). 한편 이 형법 개정안에는 정의당 의원 전원, 더불어민주당 김상희·권인숙·정춘숙·양이원영·이수진·윤재갑 의원, 국민의당 최연숙 의원 등 총 13명이 공동 발의자로 이름을 올렸다. 그러나 이 개정안은 제297조 제1항의 ‘상대방의 동의 없이’라는 구성요건이 피해자에게 비동의의 표현을 요구하는 것인지 혹은 명시적인 동의 표현을 요구하는 것인지 정확히 알 수 없고 그에 따라 폭행 또는 협박이 없는 상황에서 침묵을 어떻게 해석할 것인지도 명확하게 규정되지 않아 범죄 구성요건의 불명확성의 문제가 남는다. 이는 형법상 명확성의 원칙에 반할 뿐만 아니라 처벌에 있어 불합리한 결과를 가져올 수 있기 때문에 주의가 필요하다. 따라서 추후 실제 입법을 고려할 때는 상기한 모호성을 해소하고 소기의 입법 목적을 달성하기 위하여 기본 구성요건을 보다 구체적으로 규정하고, ‘비동의’와 같은 새로운 개념에 대해서도 그 내용을 명확히 할 필요가 있다.⁸²⁾

3. 소결

독일과 스웨덴은 성문법 체계에서 최근 비동의 요건을 형법상 성폭력 범죄에 도입한 대표적 국가로, 두 나라의 형법 개정 배경은 기존 형법상 강간죄의 구성요건으로 규정된 폭행 및 협박의 요건이 성범죄 피해자 보호에 있어 미흡한 부분이 존재하는 것이 아닌가에 대한 국내 논의와 유사한 측면이 있어 비교법적 검토의 의의가 있다.⁸³⁾ 특히 2016년 신년 쾰른 시 도심에서 발생한 집단 성폭력 사건을 계기로 성폭력 범죄의 인정 범위 확대와 관련한 논의가 활발히 진행되어 형법 개정에 이르게 된 독일의 사례는 2018년 미투 운동의 확산과 안희정 전 지사 성폭력 사건의 파장으로 비동의 간음죄에 대한 사회적 논의가 본격화된 우리의 현 상황을 연상시킨다.⁸⁴⁾ 이에 관련하여 앞서 독일은 ‘No means no’로 대표되는 비동의(거부) 모델을 채택해 형법에 적용하고 있으며 스웨덴은 ‘Yes means yes’의 적극적 동의 모델에 입각하여 보다 넓은 범위에서 성범죄를 처벌하고 있음을 살펴보았다. 우리 형법 역시 앞으로 비동의 간음죄의 신설을 고려한다면 비동의 간음죄를 입법해 처벌하는 데 있어 표현되어야 할 기준이 비동의인가 동의인가 하는 문제에 맞닥뜨리게 될 것이다.

Yes means yes 모델과 No means no 모델 중 어떤 법리가 더 옳다 혹은 그르다고 쉽게 말할 수는 없지만 Yes means yes를 기준으로 하는 비동의 간음죄 입법은 아직 우리 사회에 시기상조로 보이는 것이 사실이다. 적극적 동의 모델은 남녀 간의 성교가 기본적으로 금지되어 있다는 것을 기본 전제로 하여 그럼에도 불구하고 성적 행위를 진행하려면 상대방의 허락을 받으라는 것으로 해석되는데, 이는 인간의 성 문제에 국가와 사법기관이 과도하게 뛰어드는 것이기 때문이다. 무엇보다 Yes means yes 모델을 앞서 도입한 스웨덴의 국가적 특성을 검토해볼 필요가 있다. 스웨덴은 2012년 UN마약범죄사무소(UNODC) 공식 보고서 통계상 전 세계에서 강간 사례가 가장 많이 신고 되고 있는 나라 중 하나이다. 그러나 이 통계는 스웨덴에서 강간이 전 세계 다른 어떤 국가보다 많이 일어난다는 것을 의미하지는 않는데, 강간이 강력하게 금지되며 피해자의 높은 수치심과 관련되어 있는 국가에서는 성적 평등 수준이 높은 국가보다 강간 피해를 신고하려는 비율이 낮은 경향이 있기 때문이다. 실제로 스웨덴은 형사사법제도에

82) 장응혁·정진성, 앞의 논문, 174면.

83) 정지혜, “의사에 반하는 성행위(No means No)처벌을 위한 비교법적 검토와 제언: 성범죄의 폭행·협박 요건 수정을 중심으로”, 『형사법의 신동향』 제60호, 대검찰청, 2018, 294면.

84) 2016년 신년 밤, 독일 쾰른 중앙역 부근 도심에서 약 1,000여 명의 중동 및 북아프리카 출신 난민 신청자들이 새해 축제를 즐기러 나온 여성들을 대상으로 성폭력, 강도, 절도, 폭행 등의 범죄를 일으켰다. 또한 쾰른 시내 한복판에서도 북아프리카와 중동 출신 청년들이 집단으로 거리 축제에 나선 여성들을 둘러싸고 몸을 만지거나 지갑과 휴대전화를 빼앗는 등 성폭력과 강도행각을 벌여 독일은 물론 국제사회에 큰 충격을 안겼다.

대한 국민들의 신뢰도가 높으며 경찰의 청렴도가 세계 3위 수준으로 매우 높고⁸⁵⁾ 성평등지수도 세계적으로 최상위권에 속하는 국가이다.⁸⁶⁾ 또한 정부가 강간죄를 근절하는 데에 높은 관심을 가지고 국가 차원에서 노력하고 법적으로도 강간의 범위를 광범위하게 정의하고 있다. 따라서 스웨덴은 오히려 성범죄에 있어 엄격한 법의 잣대를 내세우고 강경한 입장을 취하여 성적 자기결정권을 가장 적극적으로 보호하고 있는 나라라고 할 수 있다. 즉, 성범죄를 대하는 국가의 태도와 국민의 인식이 상당히 민감하여 우리나라의 그것과는 상당히 차이가 있기 때문에 그들이 채택하고 있는 법리를 그대로 가져와 적용하는 데는 무리가 있다.

따라서 우리의 사회적 배경 및 상황과 시민적 공감대를 바탕으로 입법의 실익을 판단하건대, 현행 성폭력법 체계상 처벌의 공백 지대를 메우기 위한 비동의 간음죄의 도입에는 독일이 따르고 있는 'No means no'의 기준이 충분하다. 이 모델은 형법 제32장의 보호법익인 성적 자기결정권을 적절한 수준으로 보호할 뿐만 아니라 기존 법에서 처벌하지 못했던 비동의적인 성적 교류의 영역을 적절한 범위에서 법적으로 포섭할 수 있다. 피해자가 원치 않는 성적 관계에 대해 명시적·묵시적으로 상대가 인식 가능한 거절의 의사표시를 했다면 피해자의 의사는 존중되어야 하고 행위자가 그에 반하여 계속 성적 행위에 나아간 경우 폭력 요소가 존재하지 않았다고 해도 'No means no' 기준에 따라 비동의 간음죄로 처벌이 가능하다. 이 기준에 따라 입법을 고려한다면 염두에 두어야 할 것이 있는데, 첫째는 독일의 형법과 마찬가지로 기본적 구성요건인 비동의 요소에 대한 규정과 더불어 의사형성능력 및 표현능력이 제한되는 경우에 대한 별도의 규정이 추가되어야 한다는 것이다. '의사에 반하여'라는 규정은 피해자가 동의능력을 가지고 합의와 그에 대한 의사 표시를 할 수 있는 상황을 전제로 하기 때문이다.⁸⁷⁾ 의사 표시가 불가능한 상황에서 비동의의 명시적 표시를 요구하는 것은 비합리적이거나 과도한 것이다.⁸⁸⁾ 둘째로, No means no 법리 하에서 2차 피해가 발생하는 것을 막기 위한 방지책을 마련해 두어야 한다. 앞서 'No means no' 모델의 한계에서도 서술했듯 이 모델은 피해자에게 일정한 거부 의사를 밝힐 입증 책임을 부과하기 때문에 수사 과정에서 피해자를 향한 예기치 못한 2차 피해가 발생할 수 있다. 이에 2차 피해를 최소화하기 위한 절차적 보호장치가 필요한데, 미국의 사례에서 시사점을 취할 수 있다. 미국은 피고인이 피해자가 동의했다고 믿었다는 주장을

85) 독일 소재 NGO 국제투명성기구(Transparency International)에서 매년 발표하는 '부패인식지수(CPI)' 결과. 100점 만점으로 발표되며 점수가 높을수록 청렴한 수준에 해당함.

86) 유엔개발계획(UNDP)이 '2019년 인간개발보고서(2019 Human Development Report)'에서 발표한 '성불평등지수(GII)' 조사 결과. 세계 189개국을 대상으로 실시하였음.

87) 장다혜·이경환, 앞의 논문, 216면.

88) 이주희, "성범죄 구조에 관한 형사법적 고찰: 독일의 새로운 성폭력에 관한 법을 중심으로", 「한국사회과학연구」 제40권 제2호, 청주대학교 사회과학연구소, 2019, 131면.

뒷받침하기 위한 증거에 관하여 2차 피해로부터 피해자를 보호하기 위해 절차적으로 증거의 종류를 제한하고 있다. 이때 제한되는 증거의 종류로는 피해자의 과거 성적 이력 또는 과거의 연인관계 여부, 피해자의 옷차림 등 전형적 강간 피해자에 대한 고정관념과 관련된 것이다.⁸⁹⁾ 비동의 요건이 도입된다면 피해자의 동의 없음 내지 피고인의 동의 주장을 둘러싸고 이를 입증하기 위한 다툼이 이전보다 많이 벌어질 것이므로 그 과정에서 다른 피해가 발생하지 않도록 규정하는 대책의 도입을 고려할 필요가 있다. 이렇듯 국내 입법에 앞서 비동의 간음죄를 먼저 도입한 국가들의 입법례와 수사실무 등을 참고하고 성폭력 범죄와 관련된 전체 조항을 면밀하게 검토하여 예상되는 부작용을 최대한 줄이려는 노력이 큰 도움이 될 것이다.

VI. 비동의 간음죄 입법안 제시

비동의 간음죄 입법안

제297조(강간) 폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

제297조의2(유사강간) 폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 한 사람은 2년 이상의 유기징역에 처한다.

제297조의3(비동의간음)

① 명백한 의사에 반하여 강제적으로 사람을 간음한 자는 1년 이하의 징역에 처한다. 단, 중과실일 경우 전 항의 죄를 범한 자는 1년 이하의 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

② 위와 같은 행위를 한 자가 각호에 해당하는 경우에도 전항과 같이 벌한다.

1. 행위자가 기습한 경우
2. 행위자가 피해자의 거부가 상당한 해악을 야기할 수 있는 상황을 이용한 경우

제300조(미수범) 제297조, 제297조의2, 제298조 및 제299조의 미수범은 처벌한다.

형법 부칙

89) 장다혜·이경환, 앞의 논문, 218면.

제2조(친고죄 폐지에 관한 적용례) 제296조 및 제306조의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 저지른 범죄부터 적용한다. 단, 제297조의 3은 예외로 한다.

제5장에서 살펴본 바와 같이 우리의 사회적 배경 및 상황과 법적 공감대를 바탕으로 우리 비동의 간음죄의 형태를 신설해본다면 No means no 모델을 적용하는 것이 적절하다고 할 것이다. 형법 제32장의 보호법익인 성적 자기결정권을 적절한 수준으로 보호할 뿐만 아니라 기존 법에서 처벌하지 못했던 비동의적인 성적 교류의 영역을 적절한 범위에서 법적으로 포섭할 수 있기 때문이다. 이 모델에 따르면 비동의 간음죄 조항의 구체적인 구성요건은 “상대방의 명백한 의사에 반하여”라고 규정해야 한다.

비동의 의사가 피해자의 암묵적인 내심에 그칠 경우에도 처벌하게 되면 이는 형법의 명확성 원칙에 반할 뿐만 아니라 입증의 문제도 존재하기 때문에 이 경우는 처벌하지 않는다. 이는 피해자에게 원치 않는 성행위에 대해 명백하게 거부 표현을 할 태도와 행위자에게 상대방의 의사를 무시하지 않는 태도를 부여하는 법의 사회규범적 효력을 위해서이기도 하다. 그리고 법정형에 있어서 과도한 엄벌주의를 피하기 위해서 형량은 1년 이하의 징역으로 규정한다.

기존 강간죄의 기수 기준을 그대로 적용한다면 미수란 성기 삽입 이전 상황에서 범행을 그치는 것이 될 것이다. 폭행 및 협박이 부재한 상황에서 미수는 의사에 반하여 성적 접촉이 이루어진 상황으로 볼 것인데 이러한 성적 접촉 자체의 기준이나 시간적 기준의 모호성으로 인하여 미수 규정은 두지 않는다. 뿐만 아니라 폭행·협박이 동원되지 않음에도 국가의 형벌권이 개인의 사생활로 분류되는 영역에 과하게 개입한다는 주장을 고려하여 비동의 간음죄(형법 제297조의 3)는 친고죄로 규율해서 형법의 보충성 원칙 및 최후수단성 원칙에 반한다는 비판을 해결하고자 한다.

무엇보다도 성교 행위 시 피해자가 명백한 거부의 의사표시를 했음에도 불구하고 간음으로 나아간 후 단순히 ‘알지 못하였다’ 또는 ‘알 수 없는 상황이었다’고 착오를 주장하여 처벌을 피하려고 하는 경우를 대비하여 중과실 규정을 도입한다. 단, 중과실일 경우에는 형량을 1년 이하의 금고 또는 500만원 이하의 벌금으로 규정한다. 그리고 법률의 명확성을 확보하기 위하여 제5장에서 언급한 독일 형법의 의사형성능력 및 표현능력이 제한되는 경우에 대한 별도의 규정 도입을 고려해 볼 수 있지만 이러한 부분은 사람의 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 하는 준강간죄(형법 제299조)로 포섭이 되는 문제이기도 하다. 따라서 독일의

의사형성능력에 대한 모든 규정을 받아들일 필요는 없다. 다만 독일 신(新) 형법 제177조 2항 각호에 해당하는 조항 중 우리 형법에서 규정하고 있지 않은 일부 조항들을 신설할 필요성은 있기에 3호와 4호 조항을 계수하여 반영한다. 무엇보다도 현행법체계의 일관성을 위해서 강간죄의 구성요건인 폭행·협박 요소를 개정하여 비동의 요건으로 두는 것보다는 폭행·협박에 의한 강간죄(형법 제297조) 이외에 비동의 간음죄(형법 제297조의 3)를 신설하는 것이 적절하다. 이렇게 하여 공소 시에 강간죄를 본위적 공소사실, 비동의 간음죄를 예비적 공소사실로 기재한다면 간음이 인정되기 어려운 사안에서도 행위자에 대한 처벌을 가능하게 할 수 있다. 나아가 공소사실에 관하여 심증이 불충분하거나 법적 구성을 확정할 수 없을 때에도 공소 제기를 용이하게 할 수 있고 법적 판단을 정당하게 구현할 수 있다는 실익이 있을 것이다.

이러한 입법안에 대해서 피해자에게 명백한 거부 의사를 표시했다는 것에 대한 증명을 요구하는 것이 수사 과정에서 2차 가해가 된다는 비판이 제기될 수 있지만, 수사기관에서 피해자에 대한 조사는 법적으로 필수적인 것이다. 비동의 간음을 비롯하여 폭행·협박을 이용한 대부분의 강간 범죄는 피해자와 행위자만이 존재하는 은밀한 장소에서 발생하기 때문에 범행 사실을 입증할 수 있는 객관적인 증거나 목격자의 명백한 진술을 확보하기 쉽지 않아 피해자의 진술에 의존하는 경우가 많다. 이러한 배경을 고려할 때, 피해 증명 과정에서 발생하는 피해들은 수사기관에서 염두에 두고 보호해야 할 절차적 문제이지 실체법에서의 문제는 아닌 것이다.

앞서 살펴본 스웨덴이 따르는 Yes means yes 모델은 분명히 피해자의 성적 자기결정권을 두텁게 보호하고 있고 가해자의 입증 책임을 덜어 2차 가해의 위험을 현저히 낮추고 있다. 이는 바람직한 요청이다. 그렇지만 비동의 간음을 방지하기 위해서 성생활을 영위하는 행위자에게 계속해서 상대방의 의사를 확인할 의무를 부담시키는 것은 혼인빙자간음죄와 같이 국가 형벌권의 불필요한 남용이라고 볼 수 있을 것이다.

VII. 결 론

본 논문은 앞서 비동의 간음죄 관련 일반논의와 타 성범죄 처벌규정과의 관계를 검토하여 현행 성폭력 법제에 처벌 공백이 존재함을 확인하였다. 이어 비동의 간음죄 신설에 대한 비판론을 검토하여 반박이 가능한 부분과 일부 수용해야 할 부분을 살펴보고 현재 상황에서 비동의 간음죄가 도입되었을 때 얻게 될 실익을 파악하여 결론적으로 관련 법률 도입의 필요성을 인식하였다. 따라서 비동의 간음죄를 이미 도입한 해외 법제 검토를 통해 우리 형법 체계에서 비동

의 간음죄가 어떠한 형태로 규정될 수 있는지 파악하고, 지금까지 국회에서 발의된 국내 비동의 성범죄 관련 법안을 검토하여 입법적으로 보완이 요구되는 부분들을 간략히 살펴보았다. 마지막으로 앞의 내용을 모두 참고하여 새로운 비동의 간음죄 입법안을 제시하였다.

논문에서 언급한 독일과 스웨덴을 제외하고도 영국, 캐나다, 스위스 등 여러 국가가 2000년대 이후 성폭력 범죄 관련 형법을 개정한 것에서 알 수 있듯이 성범죄 처벌의 공백지대를 인식하고 이를 보강하여 성폭력 범죄 포섭 영역을 확장하는 것은 개인의 성적 자기결정권 보호를 보다 강화하기 위한 국제적 흐름이라고 할 수 있다. 우리나라에서도 2017년 미투운동 이후 대두된 법제 성찰의 움직임은 관련 법 개정의 필요성 검토의 계기가 되었다. 성범죄 관련 법률이 꾸준히 강화되고는 있으나 현재까지도 사회 각계각층에서 발생하는 성범죄 사건에는 법적으로 처벌이 어려운 사각지대가 존재해 여전히 법의 테두리 내에서 보호받지 못하는 피해자가 많은 것이 사실이다. 비동의 간음죄는 대개 권력형 성범죄로 대표되는 사건들, 즉 상대적으로 낮은 위치에 있는 피해자가 행위자를 거부할 수 없는 상황으로 인해 어쩔 수 없이 행위에 참여한 경우에도 그 성적 행위가 행하여진 제반적 상황을 고려하여 상대의 의사에 반하는 성관계를 강행한 행위자를 마땅히 처벌할 수 있다는 의의가 있다. 개인 간의 내밀한 사생활 영역인 성관계를 둘러싸고 여러 전후 사정이 존재한다는 사실을 감안하면 법률의 악용 가능성 등 법제 도입을 어렵게 만드는 현실적 난점이 있는 것이 사실이지만, 성문 법률의 존재만으로도 사회 구성원들의 인식 및 사회 풍토를 개선할 수 있다는 것은 많은 사례를 통해 확인해 온 바 있다.

비동의 간음죄의 가장 중요한 입법 취지 중 하나는 모든 사회 구성원들로 하여금 상호존중을 바탕으로 한 성숙한 성적 태도를 확립하기 위함이다. 성행위를 맺는 데 앞서 행위에 참여하는 당사자의 의사를 확인하는 것이 새삼스러운 행위로 여겨지는 현실에서 비동의 간음죄의 입법은 상대방의 의사를 존중할 것을 요구하는 인식을 고양하고 나아가 우리 사회가 사람들이 형성하는 모든 관계에 있어 구성원들의 의사결정 참여를 중요하게 여겨야 한다는 점을 시사한다. 본 논문이 성범죄 관련 법률안임에도 불구하고 비교적 낮은 형량을 제시한 것은 입법에 있어 발생할 수 있는 사회적 거부감을 고려한 것인데, 이후 제시될 형량의 경중 문제는 다양한 사람들의 본격적인 논의 후 신중한 수정·보완을 통해 더욱 구체화되어 더 합리적이고 타당한 법률로 자리매김할 것이라 기대한다. 비동의 간음죄 도입이 사회에 가져올 바람직한 변화를 기대하며 글을 마친다.

참 고 문 헌

I. 국내문헌

- 권희경, “성인지 감수성 높은 교육을 위한 교사의 성인지 역량 강화 방안”, 「한국가정과 교육학회」 학술대회 발표문, 한국가정과교육학회, 2018.
- 김일수·서보학, 「새로쓴 형법각론」, 박영사, 2015.
- 김한균, “비동의 간음죄 입법론의 비판적 검토”, 「형사법의 신동향」 제59호, 대검찰청, 2018.
- 김혜정, “성폭력범죄 처벌규정의 정비에 관한 고찰: 강간죄 등의 행위수단을 중심으로”, 「홍익법학」 제20권 제3호, 홍익대학교법학연구소, 2019.
- 김희정, “비동의(without consent) 간음죄 신설에 관한 비교법적 검토”, 「형사법의 신동향」 제64호, 대검찰청, 2019.
- 박지현, “비동의 강간죄의 입법과 해석을 위한 제언 - 필요성, 적극적 동의(Yes Means Yes) 기준의 반영, 과실범 입법을 중심으로 -”, 「서울법학」 제28권 제1호, 서울 시립대학교 법학연구소, 2020.
- 변종필, “강간죄의 폭행·협박에 관한 대법원의 해석론과 그 문제점”, 「비교형사법연구」 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006.
- 유기천, 「형법학각론강의(상)」, 일조각, 1983.
- 윤승은, “강간죄의 구성요건으로서의 폭행·협박의 정도”, 「형사판례연구」 제14호, 형사판례 연구회, 2006.
- 이미경·허은주·김민혜정·장다혜, 「성폭력에 맞서다 : 사례·담론·전망」, 한울아카데미, 2009.
- 이호중, “성폭력 처벌규정에 대한 비판적 성찰 및 재구성”, 「형사정책」 제17권 제2호, 형사 정책학회, 2005.
- 이현정, “강간죄의 구성요건에 관한 비판적 고찰”, 「연세법학연구」 제21권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2011.
- 이영란, “성폭력특별법의 형법적 고찰”, 「피해자학연구」 제3권, 한국피해자학회, 1995.
- 이주희, “성범죄 구조에 관한 형사법적 고찰: 독일의 새로운 성폭력에 관한 법을 중심으로”, 「한국사회과학연구」 제40권 제2호, 청주대학교 사회과학연구소, 2019.

- 장다혜·이경환, “형법상 성폭력범죄의 판단기준 및 개선방안 : 비동의 간음죄의 도입가능성을 중심으로”, 「형사정책연구원 연구총서」 2018.
- 장응혁·정진석, “제20대 국회의 비동의 간음죄 입법안에 대한 비판적 검토 - 이른바 ‘조두순 접근금지법’을 통한 보호관찰의 새로운 변화를 계기로 -”, 「보호관찰」 제20권 제1호, 한국보호관찰학회, 2020.
- 정지혜, “의사에 반하는 성행위(No means No)처벌을 위한 비교법적 검토와 제언: 성범죄의 폭행·협박 요건 수정을 중심으로”, 「형사법의 신동향」 제60호, 대검찰청, 2018.
- 조 국, 「형사법의 성편향(제2판)」, 박영사, 2004.
- 주승희, “미투운동과 형사정책미투(#MeToo) 운동과 형사정책: 성인지적 관점의 수용과 법의 중립성 - 비동의간음죄 신설론 및 사실적시 명예훼손죄 폐지론에 대한 비판적 검토를 중심으로 -”, 「한국해양경찰학회 학술대회」 제5호, 한국해양경찰학회, 2018.
- 최정일, “간음(姦淫) 개념을 통한 강간죄 및 유사강간죄에 대한 소고”, 「가천법학」 제8권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2015.
- 허황, “비동의 성범죄 신설에 관한 소고”, 「피해자학연구」 제28권 제1호, 한국피해자학회, 2020.

II. 국외문헌

- 嘉門優, “ドイツ性刑法における「被害者の意思に反する」要件の展開—ドイツ刑法177条の改正の動きを中心に—”, 理論刑法学の探求 9 卷, 成文堂, 2016.

III. 기타자료

- 권김현영, “‘2차가해’와 ‘피해자중심주의’의 개념에 대해”, 「한국여성민우회 성폭력상담소」 발표문, 2017.
- 대법원(www.scourt.go.kr/supreme/supreme.jsp)
- 부산지방법원(busan.scourt.go.kr)
- 서울고등법원(slgodung.scourt.go.kr)
- 서울북부지방법원(slbukbu.scourt.go.kr)

274 동국법학 제1권

일다(www.ildaro.com)

한국여성정책연구원(www.kwdi.re.kr)

헌법재판소(www.ccourt.go.kr)

Elin Hofverberg(<https://www.loc.gov/>)

Högsta Domstolen(<https://www.domstol.se/hogsta-domstolen/>)

TOP STORIES(<https://www.dw.com/en/top-stories/s-9097>)

The Two-Way(<https://www.npr.org/sections/thetwo-way/>)

REUTERS(<https://www.reuters.com/>)

자율비행드론 사고 관련 손해배상법제에 관한 소고

－ 기존 법제 검토와 개선방안을 중심으로 －

강현재(법04)·장유진(법04)·구평우(법03)

[목 차]

I. 서론

II. 자율비행드론의 정의 및 특성

III. 자율비행드론 사고 및

관련 손해배상법제 검토

IV. 자율비행드론 사고

관련 손해배상법제

V. 결론

I. 서론

오늘날 우리가 미디어를 통해서 접하거나 직접 목격할 수 있는 드론(Drone)¹⁾은 무인항공기의 한 종류이다. 무인항공기란 일반적으로 조종사 없이 비행할 수 있게 제작된 장치²⁾를 말한다. 구체적으로 정의하면 “조종사가 직접 탑승하지 않고 원거리에서 원격조종장치를 통해 조종하거나 또는 미리 입력된 컴퓨터 프로그램을 통해 자율적으로 비행하고 항로를 변경할 수 있는 항공기”이다.³⁾ 무인항공기는 각 나라마다 다른 용어 및 정의를 사용하며, 그 종류가 다양한데 그 중에서 최근 가장 활발히 논의되고 있는 것은 서두에서 제시한 드론이다.

드론은 그 특유의 기동성과 경제성으로 말미암아 물류배송 분야, 사법 분야, 재난·안전 분야, 농업 분야, 기상 관측 분야, 취재 분야뿐만 아니라 레저 분야에서도 사용되는 등 활용 분야가 무궁무진하다. 그리하여 드론의 시장규모는 날이 갈수록 증가하는 추세이다. 실제로 한국교통연구원과 한국항공우주연구원이 공동 연구한 「드론 활성화 지원 로드맵 연구」에서는 미국의 방위

1) 본 논문에서 의미하는 드론이란 「항공안전법」상 무인동력비행기, 무인비행헬리콥터, 무인멀티콥터로 한정한다.
2) 박창석, “미국의 무인항공기 활용과 규제에 관한 연구”, 「한양법학」 제25권 제3호, 한양법학회, 2014, 265면; 안효정·박종혁·유승우, “민간 무인항공기시스템 인증체계 현황 및 관련규정 연구 동향 분석”, 「한국항공우주학회지」 제42권 제10호, 항공우주학회, 2014, 894면.
3) 윤지영, “집행기관의 드론 이용에 관한 법적 쟁점과 입법적 개선 방안”, 「형사법의 신동향」 제51호, 대검찰청, 2016, 111면.

산업 컨설팅업체 Teal 그룹과 EuroConsult 자료를 기반으로 하여 국내 민간 분야별 제작 및 활용시장 규모를 예측한 바 있다.⁴⁾ 그 예측 결과에 의하면 국내 분야별 제작시장 규모는 2016년을 기준으로 약 231억 원에서 연평균 약 40%씩 성장하여 2025년에는 약 4,829억 원으로 성장하고, 국내 분야별 활용시장 규모는 2016년을 기준으로 약 473억 원에서 연평균 약 61%씩 성장하여 2025년에는 36,066억 원으로 성장할 것이라 한다.⁵⁾

위의 추세는 비단 우리나라만의 이야기가 아니다. 세계 수준에서는 위에서 언급한 Teal 그룹이 예측한 바에 따르면, ① 공공용 드론 시장 규모는 2016년 기준 0.36억 달러에서 2025년에는 4.64억 달러로, ② 상업용 드론 시장 규모는 2016년 기준 3.87억 달러에서 2025년에는 65억 달러로, ③ 소비용 드론 시장 규모는 2016년 기준 22억 달러에서 2025년 39억 달러로 성장할 것이다.⁶⁾ 구체적으로 국제무인기협회(Association for Unmanned Vehicle Systems International)가 예측한 바에 따르면 2015년부터 2025년까지 미국에서 드론으로 말미암아 발생하는 경제적 가치는 약 821억 달러가 될 것이며, 새로운 일자리 103,776개가 창출될 것이라 한다.⁷⁾ 그 밖에도 일본 시장조사업체인 데이터뱅크는 2020년 일본의 드론 시장 규모가 1000억 엔(약 1조 211억 원)에 이를 것이라 예측하였고, 중국의 시장조사기관 이관즈쿠(EnfoDesk)는 2018년 중국의 드론시장 규모가 110억 위안(약 2조 524억 원)에 달할 것이라 예측하였다.⁸⁾

이러한 추세에 따르고자, 우리나라는 「드론 활용의 촉진 및 기반조성에 관한 촉진법」(법률 제16420호, 2019. 4. 30. 제정, 시행 2020. 5. 1)을 제정 및 시행함으로써 드론 산업 발전을 위한 초석을 마련하였다. 해당 법은 급속도로 발전하는 4차 산업 혁명 시대의 핵심 산업 중 하나인 드론 산업과 관련된 최초의 법이라는 점에서 의의가 있으나, 문제는 해당 법이 드론의 활용촉진 및 기반조성에 초점을 맞춘 나머지 드론 운용 시의 문제점을 규율할 수 있는 구체적 내용을 담지 않고 있다는 데 있다. ① 사생활 침해 및 드론을 활용한 범죄, ② 낙하 사고 등의 안전 사고, ③ 테러 ④ 항공 교통사고 등 드론 운용 시 발생가능한 문제도 가볍지 않은데 동법은 규제에 대해서는 침묵하고 있는 실정이다.

이 뿐만 아니라 드론은 원격조종이 가능하기 때문에 사고 발생 시에 운전자, 제조자 등을 특정하기가 쉽지 않고, 일반인에게는 생소한 기제로 작동되므로 손해배상 문제를 어떻게 해결할 것인지가 쟁점이 된다. 한편 이러한 상황 속에서 인공지능 기술은 급속도로 예각화되고 있으며,

4) 한국교통연구원·한국항공우주연구원, 「드론 활성화 지원 로드맵 연구」, 국토교통부, 2017, 61-65면.

5) 한국교통연구원·한국항공우주연구원, 앞의 책, 65면.

6) 경상북도, “「4차 산업혁명 기반 드론 산업」 국내외 동향연구 보고서”, 한국드론협회, 2019, 5면.

7) 이경준·문대섭, “드론의 철도산업 활용제안”, 「철도저널」 제18권 제4호, 한국철도학회, 2015, 45면.

8) 채송화·김현중, “상업용 드론 투자 현황 분석”, 「한국통신학회 학술대회논문집」 제6호, 한국통신학회, 2016, 587면.

이 기술을 토대로 한 드론, 즉 자율비행드론이 머지않은 미래에 상용화될 가능성이 높다. 따라서 이로 말미암아 손해배상 문제의 복잡성이 더욱 증대될 것임을 예측할 수 있다. 이렇게 드론으로 인해 발생할 수 있는 여러 문제들 중 본 논고는 자율비행드론 사고로 인해 발생할 수 있는 손해배상 문제에 대해 다루고자 한다. 또한 이에 관련된 법제도 살피고자 한다.

이에 본고에서는 연구의 주된 목표인 자율비행드론 사고 시 손해배상법제에 관한 검토에 앞서 먼저 ‘Ⅱ.’에서 자율비행드론의 정의 및 특성을 살펴보고, ‘Ⅲ.’에서는 자율비행드론 사고 유형 및 관련 손해배상법제를 검토하고자 한다. 뒤이어 ‘Ⅳ.’에서는 ‘Ⅲ.’의 검토를 바탕으로 기존법의 개정 및 「드론손해배상 보장법」의 신규 제정이라는 개선 방안을 제시하고자 한다.

본 연구를 진행하기 위한 방법으로서 드론과 관련된 논문, 자율주행 기술과 관련된 논문, 드론에 관한 대내외 현행 법률규정, 자율비행드론과 유사하지만 그 체계가 어느 정도 잡혀있어 참고할만한 자율주행자동차 관련 법제와 그 관련 논문 등을 중심으로 한 문헌적 연구를 택하고자 한다.

Ⅱ. 자율비행드론의 정의 및 특성

1. 자율비행드론의 정의 및 구성요소

가. 자율비행드론의 정의

(1) 자율비행드론

자율비행드론이란 자율비행 프로그램이 드론에 탑재되어 외부의 조종 없이도 비행이 가능한 것을 말한다. 완전한 자율비행 시스템을 탑재한 드론은 ‘딥러닝(Deep Learning) 소프트웨어’를 기반으로 스스로 주변 환경 및 상황을 파악해 비행경로를 최적화하고 주어진 임무를 수행한다.

현행 국내법에서 드론에 관한 독자법인 「드론 활용의 촉진 및 기반조성에 관한 법률」(이하 ‘드론법’)은 제2조에서 드론에 관한 정의를 내리고 있다. 동법에 따르면 “드론”이란 조종자가 탑승하지 아니한 상태로 항행할 수 있는 비행체로서 국토교통부령으로 정하는 기준을 충족하는 「항공안전법」제2조 제3호에 따른 무인비행장치, 「항공안전법」 제2조 제6호에 따른 무인항공기, 그 밖에 원격·자동·자율 등 국토교통부령으로 정하는 방식에 따라 항행하는 비행체를 말한다. 「드론 활용의 촉진 및 기반조성에 관한 법률 시행규칙」 제2조 제1항에서는 “국토교통부령으로

정하는 기준”을 제시하는데, 동령에 따르면 드론은 ‘동력을 일으키는 기계장치가 1개 이상이고, 지상에서 비행체의 항행을 통제할 수 있는 비행체’를 의미한다.

또한 「드론 활용의 촉진 및 기반조성에 관한 법률 시행규칙」 제2조 제2항은 “원격·자동·자율 등 국토교통부령으로 정하는 방식에 따라 항행하는 비행체”란 ‘외부에서 원격으로 조종할 수 있는 비행체, 외부의 원격 조종 없이 사전에 지정된 경로로 자동 항행이 가능한 비행체, 항행 중 발생하는 비행환경의 변화 등을 인식·판단하여 자율적으로 비행속도 및 경로 등을 변경할 수 있는 비행체 중 어느 하나에 해당하는 비행체’로 규정하고 있다. 따라서 드론법과 「드론 활용의 촉진 및 기반조성에 관한 법률 시행규칙」에 의거하여 자율비행드론의 법률상 정의를 판단해 보았을 때 국제적인 개념정립이 되어있지 않지만, ‘자율비행드론’이란 ‘동력을 일으키는 기계장치가 1개 이상이며 조종자가 탑승하지 아니하고 지상에서 비행체의 항행을 통제할 수 있는 상태로 항행하는 비행체로서, 항행 중 발생하는 비행환경 변화 등을 인식·판단하여 자율적으로 비행속도 및 경로 등을 변경할 수 있는 비행체’라고 정의할 수 있다.

한편 자율비행드론에 대해 정의하며 그 발전단계를 살펴볼 필요가 있다. 발전단계란 자율비행의 정도를 말하는데, 발전단계에 따라 책임귀속의 양태가 달라지는 등 간과할 수 없는 차이점이 발생되기 때문이다. 이와 관련해서 자율주행자동차의 발전단계를 참고하여 살펴보면 다음과 같다.⁹⁾ 자율비행 단계는 level 0에서 level 5로 크게 6단계로 나뉘는데 먼저 level 0수준

9) 자율주행자동차의 경우 미국자동차기술회(Society of Automotive Engineers)같은 영향력 있는 기관에 의해 발전단계가 제시되고, 미국 교통부의 연방자율주행차 지침(Federal Automate Vehicle Policy)에도 규정(The U.S. Department of Transportation's Federal Automated Vehicles Policy, published September 2016, p. 9)되어 있으나 자율비행드론의 경우 정식으로 규정된 바가 없다. 전술한 연방자율주행차 지침에 따른 자율주행자동차의 발전정도는 다음과 같다.

| 구분 | 정의 | 내용 |
|---------|-------------------------------|---|
| Level 0 | 비자동(No Automation) | 운전자가 모든 운행을 책임짐. |
| Level 1 | 운전자 보조 (Driver Assistance) | 자동시스템이 운전자의 작동을 일부 보조함. |
| Level 2 | 부분자동 (Partial Automation) | 자동시스템이 운전 작동의 일부를 실질적으로 수행하고, 운전자는 주변 환경을 모니터링하면서 그 외의 운전 작동을 수행함. |
| Level 3 | 조건자동 (Conditional Automation) | 자동시스템이 운전 작동의 일부를 실질적으로 수행하고 경우에 따라 주행환경을 모니터링 하나, 운전자 제어가 반드시 필요함. |
| Level 4 | 고도자동(High Automation) | 자동시스템이 특정 조건하에 운전 작동 수행 및 주행환경 모니터링을 함. 운전자가 제어할 필요는 없으나 차량을 제어할 수 있는 선택권을 보유함. |
| Level 5 | 완전자동(Full Automation) | 운전자가 주행할 수 있는 모든 조건하에서 자동화시스템이 모든 주행 작동을 수행함. |

※ 출처 : 과학기술정보통신부, 「자율주행자동차 국내외 입법 비교분석과 정책대안」, 과학기술&ICT 정책·기술 동향 제128호, 2018, 5면.

에서는 드론운용자가 모든 운영을 책임져야 하고, level 1 수준에서는 자동화 시스템이 드론운용자의 운영을 일부 보조할 수 있다. level 2 수준에서는 자동화 시스템이 운영 작동의 일부를 실질적으로 담당하나, 드론운용자는 운영환경을 계속 확인하면서 그 외의 운영을 수행해야 한다. 이어서 level 3 수준에서는 자동화 시스템이 일부 운영 작동을 실질적으로 수행하고 때에 따라 운영환경을 모니터링하나, 필요하다면 드론 운용자의 제어가 개입되어야 한다. level 4 수준에서는 드론운용자의 조종이 거의 필요 없을 정도로 자동화 시스템이 운영 작동을 수행하고 운영환경을 확인할 것이나, 자동화시스템은 특정 환경·조건에서만 작동할 것이다. 마지막 level 5 수준에서는 운영의 모든 부분에서 자동화 시스템이 운영 작동을 수행하게 될 것이다.

살피건대 level 3 수준까지는 여전히 직접적인 조종이 필요하므로 기존의 법제와 크게 달라질 것이 없다. 그러나 문제는 더 이상의 직접 조종이 필요 없는 수준에 이른, 즉 level 4~5 수준인 자율비행드론의 경우에는 기존과 다른 법적 쟁점을 야기할 수 있다는 데 있다. 가령 자율비행드론의 인격성 인정 문제, 손해배상책임 귀속 문제 등이 있을 수 있다. 전자의 경우 현시점의 인공지능은 아직 약한 단계¹⁰⁾에 머물러 있고 강한 단계에 이르기까지는 적지 않은 시간을 요할 것이므로 본격적으로 다루기에는 아직 시기상조라고 생각된다. 후자의 경우 책임귀속을 누구에게 할 수 있는지, 누가 가장 먼저 책임을 질 것인지와 같은 문제가 발생한다. 이는 본고가 다루고자 하는 내용이다. 따라서 이하에서 서술하는 자율비행드론은 직접적 조종이 거의 필요없는 level 4~5 수준의 자율비행 능력을 가진 드론에 국한하고자 한다.

(2) 자율비행드론 운전자

「항공안전법」등 관련 법규에서는 항공기를 비행함에 있어서 항공기에 탑승하여 그 기체 및 그 발동기를 다루는 것을 의미하는 “조종” 또는 “운항”이라는 표현을 채택하고 있다. 또한 「항공안전법」 제125조는 초경량비행장치를 사용하여 비행하려는 자를 “조종자”라고 표현하고 있다. 이에 따르면 통상의 드론을 사용하여 비행하는 것은 조종이라는 표현이 적합할 수도 있다. 그러나 자율비행드론은 특별한 경우를 제외하고는 인공지능을 기반으로 한 자율비행 프로그램을 통하여 비행하므로 조종자의 조종을 요하지 않는다. 따라서 자율비행드론을 사용하여 비행함을 표현하는 데 있어 “조종”을 사용하는 것은 옳지 않다고 생각된다.

이와 관련하여 「민법」의 특별법인 「자동차손해배상 보장법」(이하 ‘자동차손배법’이라 함)을 살펴보면 제2조에서 운항이란 “사람 또는 물건의 운송 여부와 관계없이 자동차를 그 용법에 따

10) 김진우a, “지능형 로봇과 민사책임”, 「저스티스」 제164호, 한국법학원, 2018, 47면.

라 사용하거나 관리하는 것”, 제3조 및 제4조에서는 “자기를 위하여” “운행”하는 자에 대하여 규정하고 있다. 즉 자기 수요로 용법에 따라 사용 및 관리하는 것을 “운행”, 그리고 운행을 행하는 자를 “운행자”라고 표현하고 있다. 이러한 자동차손배법에서의 운행에 상응하는 용어는 항공법규 상에서의 “운항” 또는 “운용”이라고 생각된다.¹¹⁾ 자율비행드론은 자율비행 프로그램에 의해 비행이 이루어지며 프로그램을 이용한 기기의 조작은 운용이라는 표현을 사용한다. 그러므로 자율비행드론을 사용하여 비행하는 것은 “운용”이라는 용어로 표현되는 것이 옳다고 생각한다. 따라서 ‘자율비행드론 운용’의 정의는 ‘자율비행드론을 사용하거나 관리하는 것’을 의미한다고 할 수 있으며, ‘자율비행드론 운용자’는 ‘자율비행드론을 자기를 위하여 운용하는 자’로 정의할 수 있다.

한편 자율비행드론은 자율비행 프로그램을 통해 자율적으로 비행속도 및 경로 등을 변경하며 비행한다. 자율비행 프로그램은 인공지능 기술의 일종인 딥러닝을 기반으로 이루어지므로 자율비행드론을 실질적으로 운용하는 자 외에도 인공지능 소프트웨어를 운영·관리하는 자도 존재할 것이다. 다시 말해 인공지능 소프트웨어 또한 자율비행드론의 비행을 관리하는 데에 포함될 것이므로 자율비행드론을 실질적으로 운용하는 자뿐만 아니라 인공지능 소프트웨어를 운영·관리하는 자도 운용자성이 인정될 여지가 있다고 생각된다.

나. 자율비행드론의 구성요소

자율비행드론도 딥러닝 기반의 자율비행 프로그램이 탑재되어 있을 뿐, 기존의 드론이 가지는 물리적 특성은 그대로 갖고 있다. 일반적으로 드론은 양력을 이용하여 비행한다. 양력은 유체 속을 수평으로 운동하는 물체가 유체로부터 받는 진행방향에 대해 수직인 위쪽으로 향하는 힘을 말한다.¹²⁾ 또한 드론은 프레임(frame), 플라이트컨트롤러(flight controller), 조종기, 모터(motor), 변속기(transmission), 프로펠러(propeller), 배터리(battery), 프롭가드(propeller guard), 짐벌(gimbal) 등으로 구성되는데, 자세히 살펴보자면 다음과 같다.¹³⁾ 프레임은 드론기체의 틀로서, 드론의 부품이 설치되어 지탱하기 위한 장치이다. 플라이트컨트롤러는 마이크로컨트롤러(공작 기계와 같은 장치에서 계측 및 제어 기능을 수행할 수 있도록 구성된 장치)와 비행에 필수적인 센서들로 구성되어 있다. 여기에는 자율비행에 필요한 프로그램이 포함되기도 한

11) 김성미a, “소프트웨어 산업 발전에 따른 책임귀속의 문제점과 불법행위법의 한계 : 소형 무인비행장치 소프트웨어를 중심으로”, 「민사법학」 제87권 제87호, 한국민사법학회, 2019, 159-160면 참조.

12) 박수만, “미니드론 자율비행에 관한 연구”, 광운대학교 석사학위논문, 2017, 4면.

13) 박수만, 앞의 논문, 5면.

다. 조종기는 드론을 원격 조종할 수 있는 장치로 송·수신기로 구분되고 Wi-Fi나 Bluetooth 등의 통신을 이용한다. 모터는 드론의 작동에 필요한 동력을 발생시켜주는 장치이다. 변속기는 모터와 배터리의 전원 형식을 호환가능하게 맞춰주는 장치이다. 프로펠러는 모터에서 비롯되는 회전을 드론이 비행할 수 있는 힘, 즉 추력으로 전환시키기 위한 날개이다. 프롭가드는 프로펠러가 충돌에 의해 파손되는 것을 막기 위한 장치이다. 마지막으로 짐벌은 드론에 탑재된 카메라 진동을 보정해주는 장치이다. 드론의 종류에 따라 위 부품들이 제거되거나 그 밖의 부품들이 추가될 수 있는데, 이는 드론의 사용 목적을 결정지으므로 중대한 차이라 할 수 있다. 자율비행드론의 경우 자율비행이 가능하므로 실시간 조종을 위한 조종기를 요하지 않고 그 대신 플라이드컨트롤러에 딥러닝 기반의 자율비행 프로그램이 탑재될 것이다.

딥러닝은 인공지능 기술의 일종이다. 인공지능은 컴퓨터로 하여금 데이터를 학습하게 하여 스스로 의사결정을 내릴 수 있도록 한다. 컴퓨터 자체가 사고(思考) 틀을 형성하여 개념 간의 구별을 할 수 있도록 하는 분류 모델을 만들기 위해서는 컴퓨터에 지속적으로 사진과 같은 학습 데이터를 입력할 필요가 있다. 이를 '지도 기계학습(Supervised Machine Learning)'이라 부른다.¹⁴⁾ 학습과정에서 '기계학습(Machine Learning)'과 딥러닝은 큰 차이를 보이는데, 전자의 경우에는 사람이 데이터 중에서 유의미한 특성인자를 선정하여 입력하는 반면, 후자의 경우 데이터에서 모델을 학습하는 과정에서 유의미한 특성인자를 스스로 찾는다.¹⁵⁾ 즉 특성인자의 자동적 발견은 학습을 빠른 속도로 증폭시킬 수 있고 그 신뢰도 또한 상당하므로 현재 많은 분야에서 딥러닝 기술이 활용되고 있는 것이다. 물론 아직까지는 사람의 지능을 능가하는 정도에 이르지 못하였으나¹⁶⁾ 현재 발전하는 속도에 비춰봤을 때 발명가이자 미래학자인 레이 커즈와일(Ray Kurzweil)이 주장한대로¹⁷⁾ 인공지능이 사람의 지능을 넘어서는 '특이점'이 머지않아 도래할 것임은 어렵지 않게 예상할 수 있다.

2. 자율비행드론의 특성

기동성이 우수하고, 지형상의 제약이 적으며, 가격이 저렴하다는 기존 드론의 긍정적 특성에 딥러닝 기반의 인공지능 기술이 결합된 자율비행드론이 산업 각 분야에서 긍정적 변혁을 일으

14) 이승철·정해동·박승태·김수현, 「딥러닝」, Journal of KSNEVE 제27권 제3호, 한국소음진동공학회, 2017, 19면.

15) 이승철 외, 앞의 책, 19면.

16) 연산과 같은 분야에서는 인간을 압도하는 수준의 지능을 가지고 있으나, 전체적인 지능이 인간을 넘어서는 것은 아직 까지 요원하다고 생각된다.

17) Ray Kurzweil(김명남·장시형 역), 「특이점이 온다(The Singularity is near)」, 김영사, 2007, 52-53면.

킬 것임은 자명하다. 하지만 자율비행드론은 여러 법적 문제를 초래하는 부정적 특성을 가지기도 한다. 먼저 사고에 취약하다는 특성을 갖는다. 물론 자율비행드론의 경우 직접 조종을 통해 운행되는 드론과 달리 주파수 혼선으로 인한 추락 사고¹⁸⁾로부터 자유롭고, 딥러닝 기반의 자율비행 프로그램이 빠른 속도로 자가 학습한 것을 토대로 비행함으로써 사고가 일어나지 않을 것처럼 생각될 수 있다. 그러나 자율비행드론은 자율비행 프로그램으로 운용되므로 악의적 해킹으로부터 자유롭지 못하며, 완전한 수준의 자율비행 프로그램에 이르는 과정에서 여러 소프트웨어 오류가 발생할 가능성이 있다. 또한 드론의 본질상 그 활동영역이 공중이므로 돌풍 등과 같은 외부 영향에 광범위하게 노출되어 있어 사고 발생에 취약하다는 점도 부정할 수 없다.

이 뿐만 아니라 자율비행드론은 범죄에도 사용하기가 용이하다. 물론 이를 방지하기 위한 방안 중 하나로 자율비행드론을 통한 범죄행위를 엄격히 규제하는 입법을 생각해볼 수 있겠으나, 그렇다고 하여 자율비행드론을 이용한 범죄가 전혀 일어나지 않으리라고 보장할 수는 없다. 수많은 형벌법규가 있음에도 계속해서 범죄가 발생하고 있는 현실에 비추어봤을 때 해당 방안은 그 수를 줄일 수야 있겠으나 근절하지는 못할 것이다. 즉 자율비행드론을 활용하여 교도소 수감자에게 마약이나 휴대폰 유심카드 등 교도소에 반입해서는 안되는 물품들을 전달하거나 성적 수치심을 유발할 수 있는 불법 촬영 또는 전방위 촬영이 가능한 카메라를 드론에 장착하여 현금인출기 이용자의 비밀번호를 알아내 돈을 불법 인출하는 등의 범죄¹⁹⁾가 얼마든지 발생할 수 있다. 특히 막대한 인명, 재산 피해를 초래하는 테러범죄에도 사용될 우려가 있다. 실제로 2019년 9월 15일에 사우디아라비아의 국영 석유회사 아람코가 운영하는 대규모 원유시설 두 곳이 드론 공격을 받아 석유 및 가스 생산이 중단되었다.²⁰⁾ 인명 피해는 없었으나 이 사건으로 인해 사우디아라비아의 원유 생산량은 기존의 절반 수준으로 줄어들어 사우디아라비아는 막대한 재산 피해를 입었다. 앞의 사례는 자율비행드론에 의해 발생한 것이 아닌 드론에 의해 발생한 것이지만, 자율비행드론에 의한 범죄는 직접 조종하는 자를 특정할 수 없으므로 그 문제가 더욱 심각하리라 생각된다.

위와 같이 자율비행드론에 의해 사고가 발생할 경우, 손해배상책임이 문제된다. 가령 자율비

18) 2014년 소치 동계올림픽에서는 알파인 스키에 참가한 마르셀 히르셔(Marcel Hirscher)가 추락한 드론을 아슬아슬하게 피하는 장면이 포착된 바 있다. 이 당시 추락한 드론은 방송사에서 촬영을 위해 운용되었는데, 주파수 혼선으로 인해 추락하게 된 것이다. 우리나라 부산 해운대에서도 주파수 혼선으로 인해 드론이 추락한 적이 있는 등 주파수 혼선에 의한 추락 사고는 적지 않게 발생한다.

19) 한겨레(2016.08.08.), “물카·절도·마약 밀반입...‘드론 범죄’ 급증”,

<http://www.hani.co.kr/arti/international/europe/755665.html>(검색일 : 2020.09.30.).

20) BBC News Korea(2019.09.15.), “사우디: 드론 공격으로 대폭 줄어든 원유 생산량”, <https://www.bbc.com/korean/international-49705340>(검색일 : 2020.09.30.).

행드론을 통해 물건을 운송하던 중 사고가 발생하게 된다면 어떤 법규의 규율을 받아야 하는지 문제될 수 있다. 물론 사고를 발생시킨 책임자에게 형사적인 책임을 묻는 것도 중요하지만 피해를 입은 이들이 어떻게 민사적인 배상을 받는지도 그에 못지않게 중요하다. 따라서 제3장에서는 자율비행드론 사고 유형과 관련 손해배상법제를 살펴보고자 한다.

Ⅲ. 자율비행드론 사고 및 관련 손해배상법제 검토

1. 자율비행드론 사고 유형

손해배상법제를 검토하기에 앞서 자율비행드론 사고 유형을 살펴지 않고서는 중요한 쟁점 중 하나인 손해배상책임귀속 주체를 확정지을 수 없다. 자율비행드론 사고는 크게 세 유형으로 나눌 수 있다.

첫 번째로는 운용자의 기체관리 소홀로 인한 사고 발생을 생각해볼 수 있다. 물론 자율비행드론의 특성상 조종행위가 개입될 필요가 없으므로 조종미숙에 의한 사고는 발생하지 않을 것이나 언급한대로 자율비행드론에 대한 기체정비 등 관리 소홀로 인한 사고는 예상해볼 수 있는 사고 유형 중 하나이다. 다시 말해 자율비행 프로그램이 있다고 하더라도 먼지를 청소하는 등 비행이 가능한 상태로 유지시키는 것은 어디까지나 운용자의 몫이므로 이 경우의 운용자는 손해배상책임으로부터 자유로울 수 없다.

두 번째로는 자율비행드론의 오류에 의한 사고를 생각해 볼 수 있다. 이는 다시 드론 기체 자체의 결함과 소프트웨어 오류로 나눌 수 있다. 전자의 경우에는 기존과 크게 다를 것이 없이 「제조물 책임법」 상의 규율을 받으면 되므로 큰 문제가 야기되지 않으나, 후자의 경우에는 그렇지 않다. 소프트웨어의 오류는 소프트웨어의 제조물성에 대한 논의로 이어지는데, 이는 여러 논란을 불러일으켜왔기 때문이다. 한편 딥러닝 기반의 자율비행기술은 계속 발전해나가고 있지만, 결함이 전혀 없는 정도로 발전하기까지는 시간이 걸릴 수밖에 없다. 즉 어느 정도 자율비행 기술이 완성되었더라도 완전한 수준에 이르기 전에는 소프트웨어 오류가 종종 발생할 것이고, 이는 사고로 이어져 인적·물적 피해를 초래할 가능성이 높다.

세 번째로는 외부의 개입으로 인한 사고를 생각해볼 수 있다. ‘Ⅱ. 2.’에서 살펴보았듯, 드론은 외부의 영향으로부터 광범위하게 노출되어 있으므로 외부의 유형력 행사에 의한 사고가 발생할 여지가 많다. 가령 자율비행드론에 어떤 물건을 던진다거나 악의적인 해킹을 통해 회복

불가한 손상을 입혀 추락시키는 것이 그것이다. 이 경우도 자율비행드론 운용에 있어 피할 수 없는 사고 원인이 된다.

종합하여 보면, 자율비행드론의 사고에 관련될 수 있는 책임귀속주체로 소유자 등의 운전자, 기체 자체의 제조자 및 소프트웨어 제조자, 자율비행드론에 유형력을 행사한 제3자 등을 생각해 볼 수 있다. 이를 토대로 하여 이하에서는 구체적인 손해배상법제를 검토하여 보겠다.

2. 손해배상법제 검토

가. 민법상 불법행위책임 및 감독자·사용자 책임 등

자율비행드론에 대해서는 독자적인 손해배상보장법이 없으므로 결국 「민법」이 적용될 수밖에 없다. 즉 「민법」 중 불법행위 관련(제750조 이하)규정이 적용된다. 민법상 불법행위책임을 어떻게 물을 것인가에 대해서는 다음과 같은 방안이 존재한다. 이에는 ① 일반불법행위책임을 묻는 방안(민법 제750조), ② 감독자·사용자의 책임을 묻는 방안(동법 제755조·제756조), ③ 공작물 책임을 묻는 방안(동법 제758조), ④ 동물점유자의 책임을 유추적용하는 방안(동법 제759조) 등이 있을 수 있다. 이 중 ①, ②, ③ 방안의 경우 김진우의 “지능형 로봇과 민사책임”²¹⁾을, ④의 경우 김성미의 “소형드론 운항자에 대한 동물점유자책임 유추해석 가능성”²²⁾을 참고하였다.

(1) 일반불법행위책임

일반불법행위책임을 규율하는 「민법」 제750조는 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 주었을 때 가해자와 피해자 사이에서 공평·타당한 이익조정을 목적으로 하고 있다. 즉 자율비행드론 운용에 있어 고의·과실이라는 유책성과 함께 위법성이라는 책임구성요건을 함께 충족하였을 때, 본조에 따른 배상책임이 발생한다. 요컨대 고의·과실이라는 내심의 주관적 요소에서 시작되어 위법한 행위라는 외부적 용태가 손해를 발생시키고, 그 손해와 행위에 있어 인과관계가 입증될 때 피해자에게 발생한 손해에 대해 배상하도록 책임을 지우는 것이다.

21) 김진우a, 앞의 논문, 46-80면.

22) 김성미b, “소형드론 운항자에 대한 동물점유자책임 유추해석 가능성”, 「한국항공우주정책·법학 회지」 제34권 제2호, 2019, 177-210면.

(가) 자율비행드론 운용자와 일반불법행위책임

일반불법행위책임은 가해자의 유책사유를 요하고, 이는 피해자가 증명하여야 한다.²³⁾ 예컨대 일정한 학습 능력과 의사결정 능력을 가진 사냥용 자율비행드론이 사람을 동물로 착각하여 충격을 가하여 사람이 상해를 입었다고 하자. 이 경우 자율비행드론은 권리주체가 아니므로 권리능력 및 불법행위 능력이 결여되어 있어 책임을 질 수 없다. 따라서 그 책임은 위 사고가 자율비행드론 운용자의 고의·과실에 기한 행위인지에 따라 결정하여야 한다. 여기서의 자율비행드론 운용자란 ‘Ⅱ. 1. 가. (2)’에서 서술한 바와 같이 “자기를 위하여 자율비행드론을 운용하는 자”를 말한다.

1) 고의에 따른 불법행위

행위자가 그의 심리적 주관의사에 따라 행위를 하였을 때, 그 행위가 원인이 되어 손해가 발생한 경우를 고의에 따른 불법행위라고 한다. 즉 고의로 인한 행위로 손해라는 결과를 발생시킨 자는 발생 손해에 대한 배상책임이 있다. 가해자 개인에 대한 비난가능성을 내재하고 있는 주관적 요소로 고의를 유책성의 요소라고 한다.²⁴⁾

이러한 고의의 주관적 의사에 위법성 인식이 있었느냐에 관한 논의에 있어 판례는 불법행위법상 고의의 요건으로 위법성의 인식은 포함되지 않는다고 한다.²⁵⁾ 하지만 불법행위책임에 있어서 고의는 주관적 요건으로, 가해자의 외부적 가해행위에 관한 법적인 판단이므로 별개의 요건임은 틀림없다.

고의란 자기의 행위로부터 일정한 결과가 발생할 것을 인식하면서도 그 행위를 하는 심리상태이다.²⁶⁾ 타인의 법익을 침해할 의도로 자율비행드론을 운용한 경우에 자율비행드론의 운용자는 불법행위책임의 구성요건에 있어 고의가 있다는 데에는 이견의 여지가 없을 것이다. 그러나 자율비행드론은 기기 스스로 학습 능력과 의사결정 능력을 가지고 작동하는 것이 본질이다. 이를 고려하였을 때, 애초부터 드론의 제작·운용 목적에 타인의 법익을 침해할 의도가 있음을 인지한 경우를 제외하고, 자율비행드론의 운용자는 자율비행드론의 운용이 타인의 법익을 침해할 것이라고 인식하기 어려울 것이다. 따라서 자율비행드론 운용자의 불법행위법상 고의의 요건은

23) 대법원 1994. 12. 27. 선고 94다35022 판결.

24) 김상용, 「채권각론」 제2판, 화산미디어, 2014, 604면.

25) 대법원 2002. 7. 12. 선고 2001다46440 판결.

26) 송덕수, 「신민법강의」 제13판, 박영사, 2020, 1385면.

쉽게 성립하지 않을 것으로 볼 수 있다.

2) 과실에 따른 불법행위

자율비행드론의 사고로 인해 발생한 손해에 있어 가장 다툼이 될 부분은 과실에 관한 부분일 것이다. 과실이란 일반적으로 정상의 주의를 태만한, 즉 사회생활상 요구되는 주의의무를 해태한 일종의 심리적 상태를 의미한다.²⁷⁾ 결국 과실이란 부주의한 상태로, 판례는 이에 대하여 “불법행위의 성립요건으로서의 과실은 이른바 추상적 과실만이 문제가 되며, 이러한 과실은 사회평균인으로서의 주의의무를 위반한 경우를 가리키는 것이다. 여기서의 「사회평균인」이라고 하는 것은 추상적인 일반인을 말하는 것이 아니라 그때 그때의 구체적인 사례에서의 보통인 것을 말하는 것이다”²⁸⁾라고 하며, 또한 “일반적 보통인이라 함은 그와 같은 업무와 직무에 종사하는 보통인을 말하는 것이므로 그와 같은 직업과 직무에 종사하는 사람으로서의 보통 누구나 할 수 있는 주의의 정도를 표준으로 하여 그 과실 유무를 판단한다”²⁹⁾라고 하고 있다. 정리하자면 과실은 관련된 직업 및 직무종사자가 부주의한 상태로 행위하여 발생할 결과에 대한 예견 가능성 및 회피가능성이 있음에도 이를 행하여 결과적으로 손해를 야기한 주관적 심리상태를 의미한다고 할 수 있다. 따라서 자율비행드론 운용자의 과실이 인정되려면 운용자의 부주의, 즉 주의의무 위반이 있어야 한다. 자율비행드론과 같은 인공지능 기기 사용자는 타인의 법익과 관련된 한 위험을 가급적 최소화해야 할 일반적인 주의의무를 지고, 이를 위해 점검 및 수선이 필요한 경우 이를 행하여야 한다. 또한 학습과정에서도 비행 인공지능이 올바르게 작동할 수 있도록 모니터링 하여야 한다.

한편 자율비행드론은 기기 스스로 학습 능력과 의사결정 능력을 가지고 작동하는 것을 근본적 기능으로 한다. 이를 고려하였을 때 드론 운용자가 자율비행드론을 ‘상시’ 모니터링하는 것은 그 사용 취지에 어긋나는 행위이다. 따라서 운용자가 자율비행 소프트웨어의 명백한 오류를 간과하지 않는 등 최소한의 주의의무를 해태하지 아니하였으며, 학습과정에서의 모니터링도 소홀히 하지 아니하였다면 주의의무를 위반하지 아니하였다고 볼 수 있다.

또한 입증문제와 관련하여 살펴보면, 드론 운용자가 주의의무를 위반하였다고 하더라도 피해자가 이를 입증하기는 매우 곤란할 것이며, 반면 고도의 자율성을 가지고 작동하는 드론의 경

27) 정혜욱, “과실의 개념에 관한 연구”, 『법학논문집』 제36권 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 2012, 199면 이하 참조.

28) 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다12532 판결.

29) 대법원 1976. 7. 18. 선고 66다1938 판결.

우에는 예견가능성이 없어 운용자의 과실을 인정하기 어렵다. 이에 대하여 운용자의 과실이 이러한 기기를 사용하는 행위 자체에 있다고 보는 견해가 있을 수 있으나, 이는 타당하지 않다. 왜냐하면 이는 기기를 사용하는 행위 자체를 과실로 의제하여 운용자가 사실상 무과실책임을 지는 부당한 결과를 초래하기 때문이다. 따라서 일반불법행위책임을 근거로 자율비행드론 운용자의 책임을 묻는 것은 적절하지 못하다.

(나) 자율비행드론 제작자와 일반불법행위책임

앞서 ‘Ⅲ. 1.’에서 살펴보았듯이 자율비행드론은 크게 하드웨어(기체)와 소프트웨어로 구성되어 있다. 이에 따르면, 자율비행드론 제작자는 하드웨어 제작자와 소프트웨어 제작자로 나누어 볼 수 있다. 「제조물 책임법」 제2조는 제조물의 정의를 규정하고 있는데, “제조물”이란 제조되거나 가공된 동산(다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는 경우를 포함한다)을 말한다.³⁰⁾ 이에 따르면 자율비행 드론은 제조물에 포함되며, 「제조물 책임법」의 제정 목적인 “제조물의 결함으로 발생한 손해에 대한 제조업자 등의 손해배상책임을 규정함으로써 피해자를 도모함”에 따라 하드웨어 제작자는 일반불법행위책임보다는 「제조물 책임법」의 법리에 따라 손해배상 책임을 부과할 수 있다. 그러나 소프트웨어의 오류로 인한 손해배상책임에는 자율비행드론의 소프트웨어가 민법상 “물건” 혹은 「제조물 책임법」상의 “제조물”에 해당하는지에 관한 해석의 문제가 발생한다. 이에 관해서는 후술할 제조물 책임법에서 다루어보도록 하겠다.

(다) 자율비행드론에 유형력을 행사한 제3자와 일반불법행위책임

자율비행드론은 앞서 살펴보았듯, 드론의 본질상 그 활동영역이 공중에 속하므로 외부에 광범위하게 노출되어 있어 외부의 개입에 의해 사고가 발생하였을 경우, 그 사고로 인한 손해발생 확률이 다분하다. 가령 자율비행드론의 운용 중 해당 드론에 손상을 가하여 자율비행드론이 추락하게 되면, 자율비행드론 자체에 발생하는 손해에 대한 불법행위책임 및 그와 별도로 자율비행드론의 추락으로 인해 발생한 재산상의 피해 혹은 생명침해 관련 불법행위책임이 발생할 것이다. 이 경우 제3자의 유형력에 의해 사고가 발생했음은 자명하고 입증 문제에 있어 어려움이 없을 것으로 판단되므로 자율비행드론에 유형력을 행사한 제3자에 대해서는 일반불법행위책임을 묻는 것이 가능하며, 족하다고 생각된다.

30) 「제조물 책임법」 제2조.

(2) 감독자·사용자의 책임

「민법」 제750조에서 규정하고 있는 일반불법행위책임의 적용이 불가능한 경우, 일반불법행위 책임 외에 특수한 불법행위책임의 적용가능성을 검토해 보아야 한다. 위에서 살핀 바와 같이 자율비행드론의 경우 자율비행 기능을 가진 드론의 판단으로 인해 발생한 손해에 대하여 운용자에게 전적으로 일반불법행위책임을 묻는 것은 부당한 결과를 초래할 수도 있다. 이러한 견지에서 운용자에게 감독자 책임(동법 제755조)과 사용자의 책임(동법 제756조) 등의 적용을 고려해 볼 수 있다.

「민법」 제755조에서 규정하는 감독자의 책임이란 다른 자에게 손해를 가한 사람이 제753조 또는 제754조에 따라 책임이 없는 경우에는 그를 감독할 법정의무가 있는 자가 그 손해를 배상할 책임이 있음을 규정한 것이다.³¹⁾ 그러나 해당 조항은 동법 제753조 또는 제754조에 따라 책임능력이 없는 자연인에 대한 감독자의 책임규정이므로 자율비행드론 운용자에 대하여 자연인이 아닌 기기로 발생한 손해에 대해 감독자의 책임을 묻는 것은 타당하지 않다. 아울러 현행 법 체계에서는 인공지능을 갖춘 로봇·드론 등의 기기와 감독관계를 설정할 것을 규정하는 법률 조항이 존재하지 않는다. 또한 「민법」 제755조는 증명책임이 전환되어 있는 즉 감독의무자에게 증명책임이 있는 조항이다. 이와 같은 예외규정은 단순한 예시규정이 아니라 원칙에 대하여 예외를 입법으로써 특별하게 설정한 것이기 때문에 유추에 신중하여야 한다(열거주의). 따라서 자율비행드론 운용자에 대하여 감독자의 책임을 적용하는 것은 타당하지 못하다.

「민법」 제756조는 사용자의 배상책임을 규정하는데, 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있음을 규정하고 있다.³²⁾ 이 또한 자연인에 대한 규정으로 현행법상 로봇·드론 등 인공지능 기기는 권리주체로서 인정받지 못하고, 따라서 피용자의 기능은 수행할지언정 피용자 자체가 될 수는 없다. 또한 「민법」 제756조도 동법 제755조와 마찬가지로 입증책임이 전환된 예외조항이기 때문에 유추를 가벼이 해서는 안 될 것이다. 따라서 자율비행드론 사고의 책임에 관하여 자율비행드론 운용자에게 감독자의 책임이나 사용자의 책임을 묻는 것은 적절하지 못하다.³³⁾

31) 「민법」 제755조.

32) 「민법」 제756조.

33) 'II'에서 살핀 바와 같이 인공지능에 대한 인격성 귀속 문제와 관련된 논의가 활발하게 진행된다면, 해당 조문의 적용가능성도 논의될 수 있다.

(3) 공작물 책임

「민법」 제758조는 공작물 책임에 대하여 공작물에 하자가 발생하여 타인에게 손해를 가한 때에 발생한다고 정하고 있다. 동조에 따르면 이러한 책임은 1차적으로 공작물의 점유자에게 있고, 점유자가 면책되었을 때는 소유자가 책임을 진다. 점유자는 전환된 입증책임을 지기 때문에 점유자 자신이 그 하자가 불가항력에 인한 것이나 손해의 방지에 필요한 주의를 해태하지 아니하였다는 점을 주장 및 입증하여야 비로소 그 책임을 면할 수 있다.³⁴⁾ 한편 소유자는 점유자가 면책된 경우에 공작물의 하자로 인해 발생한 손해에 대하여 면책이 인정되지 않는 무과실 책임을 진다. 하지만 점유자·소유자는 공작물 제조자 등 그 손해의 원인에 대한 책임 있는 자에게 대하여 구상권을 행사할 수 있다(동조 제3항).

공작물 책임이 성립하기 위해서는 공작물의 설치 또는 보존의 하자가 요구된다. 판례에 따르면, 동조의 ‘하자’는 공작물이 그 용도에 따라 통상 갖추어야 할 안전성을 갖추지 못한 상태에 있음을 말하는 것이고, 안전성이라 함은 그 공작물 자체만의 용도에 한정된 안전성만이 아니라 그 공작물의 현실적으로 설치되어 사용되고 있는 상황에서 요구되는 안전성을 뜻한다.³⁵⁾ 판례는 이와 같은 안전성의 구비 여부를 판단함에 있어서는 당해 공작물의 설치·보존자가 그 공작물의 위험성에 비례하여 사회통념상 일반적으로 요구되는 정도의 방호조치 의무를 다하였는지의 여부를 기준으로 삼아야 한다고 한다.³⁶⁾ 한편 판례는 공작물의 설치·보존상의 하자로 인한 사고는 공작물의 설치·보존상의 하자만이 손해발생의 원인이 되는 경우만을 말하는 것이 아니고, 공작물의 설치·보존상의 하자가 사고의 공동원인 중 하나가 되는 이상 사고로 인한 손해는 공작물의 설치·보존상의 하자로 생긴 것이라고 보아야 한다고 한다.³⁷⁾

위와 같은 공작물 책임은 물리적인 형체를 가지고 비행하는 자율비행드론에 대해서도 적용될 수 있을 것으로 보인다. 「민법」 제758조가 「일본 민법」 제717조와 달리 “토지의 공작물”이라 하지 않고, 단순히 “공작물”이라고 표현하고 있는 점 등을 고려하여 모든 공작물들에 대해 공작물 책임이 적용될 수도 있다고 생각할 수도 있다. 하지만 이렇게 해석을 할 경우 모든 공작물 소유자에 대해서 일반적으로 무과실책임이 인정될 위험성이 있기 때문에 이를 받아들이기는 어렵다. 따라서 현행 「민법」상 공작물 책임 규정을 근거로 하여 자율비행드론 사고의 책임에 관해 자율비행드론 운용자에게 공작물 책임을 묻는 것은 적절하지 못하다고 생각된다.

34) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2007다29287·29294 판결.

35) 대법원 1988. 10. 24. 선고 87다카827 판결.

36) 대법원 2006. 1. 26. 선고 2004다21053 판결.

37) 대법원 2017. 8. 29. 선고 2017다227103 판결.

(4) 동물점유자 책임

「민법」 제759조는 동물의 점유자가 그 동물이 타인에게 가한 손해를 배상하도록 하고 있다. 이 경우 점유자는 그 보관에 주의의무를 해태하지 아니한 때에 면책된다. 동조는 적용대상을 ‘동물’의 점유자로 한정하고 있으나, 이를 소형 드론의 손해배상책임과 관련하여 유추적용할 수 있다는 견해³⁸⁾가 있다. 이러한 견해는 동물과 소형드론을 연혁, 물건성, 인간의 통제적 지배, 자율성, 사람의 사주에 의한 동작 가능성 등에서 유사하다고 하며, 따라서 제759조의 동물 점유자 책임 규정을 드론 사용으로 인해 발생한 책임과 유사하게 볼 수 있다고 한다. 하지만 그 기능이 유사한들 살아있는 유기체인 동물과 기계인 드론을 같게 취급할 수는 없다. 특히 오늘날에는 동물을 그저 인간의 도구로 여겼던 과거시대와는 달리 반려동물로서 공동체의 일원으로 인정하고 있는 추세이다. 우리나라에서도 종래 동물을 「민법」상 물건에 지나지 않는다고 보아 왔으나, 최근 판례는 ‘반려견이 비록 민법상으로는 물건에 해당하지만 감정을 지니고 인간과 공감하는 능력이 있는 생명체로서 물건과는 구분되는 성질을 가지고 있으며 반려견주는 반려견과 정신적인 유대감을 나누고 가족의 일원으로 여기는 것이 일반적’이라는 태도³⁹⁾를 취하며 반려동물 주인가족의 정신적 피해를 인정하고 있다. 또한 자율비행드론의 경우 동물과 달리 위험성이 예견될 때 인간이 자율비행 기능을 끄는 등의 방법으로 자율성을 제거할 수 있는 반면 동물은 기계와 같이 자율성 자체를 제거하기는 어렵다. 따라서 이와 같은 유추해석은 드론과 동물의 유사한 측면에만 초점을 맞춘 나머지 본질적인 차이점을 간과한 것이 아닐까 생각된다. 법리적 측면에서도 「민법」이 불법행위 책임에 대하여 열거주의 입장을 취하고 있어 유추에 신중해야 함에도 불구하고, ‘동물’이라는 법언을 ‘드론’으로까지 확대해석하는 것은 유추의 한계를 넘어선 해석이라고 생각된다.

나. 상법상 항공운송인 책임

자율비행드론의 경우 항공기에 속하므로 이 경우에 민법의 특별법이라 할 수 있는 상법이 적용될 것으로 보인다. 「상법」 제930조는 비행 중인 항공기 또는 항공기로부터 떨어진 사람이나 물건으로 인하여 사망하거나 상해 또는 재산상 손해를 입은 지상(지하, 수면 또는 수중을 포함한다)의 제3자에 대한 항공기 운항자의 손해배상책임에 대하여 규정하고 있다.⁴⁰⁾ 본 규정은

38) 김성미b, 앞의 논문, 177-210면.

39) 서울중앙지방법원 2019. 7. 26. 선고 2018나64698 판결.

40) 「상법」 제930조.

「자동차손해배상 보장법」(이하 ‘자동차손배법’)상의 자동차운행자와 유사한 법리를 가진 책임근거 규정으로서 항공기로 말미암아 피해를 입은 지상의 제3자를 보호하고자 하는 입법목적을 가지고 있다.

그러나 「상법」 제896조에서는 항공기란 “상행위 또는 그 밖의 영리를 목적으로 운항”하는 기체만을 의미하며, 동조 단서에서 대통령령으로 정하는 초경량비행장치는 제외하고 있다. 여기서 말하는 ‘대통령령으로 정하는 초경량비행장치’는 「상법 시행령」 제47조에 언급되고 있는데, 곧 「항공안전법」 제2조 제3호에 따른 초경량비행장치를 말한다. 그런데 자율비행드론은 「항공안전법」 제2조 제3호에서 규정하는 초경량비행장치에 해당하므로 결국 자율비행드론을 통한 운송업을 하던 중 사고가 발생하여 운송하는 물건이 멸실·훼손된 경우에도 「상법」이 적용되지 않는다. 마찬가지로 「상법」 항공운송편 제3장 지상 제3자의 손해에 대한 책임규정도 적용되지 않는다.

이는 동법 해상편 제741조 제2항에서 “이 편 의 규정은 단정 또는 주로 노 또는 상앗대로 운전하는 선박에는 적용하지 아니한다.”고 규정한 것과 마찬가지로 상업에 사용될 여지가 없는 수단에 관하여는 상법의 적용을 배제한 것이며, 육상·해상운송 규정과의 균형을 고려하여 항공운송편의 항공기의 범위에서도 초경량비행장치를 제외한 것이다. 그러므로 법제정 당시의 상황으로 본다면 이는 규율대상을 옳게 선정한 것이겠지만, 현재 드론 산업의 발전이라는 변수가 발생한 것을 고려한다면 현재로서는 적절하지 않다고 생각된다.⁴¹⁾

독일의 경우를 살펴보자면 독일 「항공운송법(Luftverkehrsgesetz, LuftVG)」은 무인비행장치를 해당 법률의 적용범위에 포함시키고 있다. 또한 소형무인비행장치 사고 손해에 대하여 독일 「항공운송법」 제33조 지상 제3자 책임 규정에 따라 지상의 피해자는 소형 무인비행장치 운전자에게 발생 손해에 관한 책임 근거 규정을 규정하고 있으며, 항공운송법 제43조 및 「항공운송허가령(Luftverkehrszulassungsordnung, LuftVZO)」 제102조에 따른 책임보험 의무를 규정하고 있다. 즉 독일 「항공운송법」은 드론으로 인한 사고 피해자가 드론 운전자에게 발생 손해에 관한 책임을 묻고, 운용자는 사적 손해 발생에 대한 보험으로써 배상도 가능함을 규정하고 있는 것이라 할 수 있다. 이는 독일의 경우 국내 상법 항공운송편 규정에 상응하는 내용을 드론에도 적용한 것이라고 할 수 있다.⁴²⁾ 이에 따르면 독일은 초경량비행장치를 상업에 사용될 여지가 있는 수단으로 판단한 것이고, 여타 국가에서도 드론을 통한 운송을 시범운영하고 있는 세계적 현상을 보았을 때 국내 법제 또한 초경량비행장치의 상법 적용도 필요하리라 생각된다.

41) 김성미c, “드론의 현행 법적 정의와 상업적 운용에 따른 문제점”, 「한국항공우주정책·법학회지」 제33권 제1호, 한국항공우주정책·법학회, 2018, 31면.

42) 김성미a, 앞의 논문, 167면.

한편 최근 우리나라 국회는 초경량항공기 사고로 인해 발생한 피해자에 대한 보상을 위하여 항공보험 등의 가입 의무를 골자로 한 「항공사업법」을 개정하였다. 2020년 12월 10일부터 시행되는 개정 「항공사업법」 제70조 제4항은 “초경량비행장치를 초경량비행장치사용사업, 항공기 대여업 및 항공레저스포츠사업에 사용하려는 자와 무인비행장치 등 국토교통부령으로 정하는 초경량비행장치를 소유한 국가, 지방자치단체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관은 국토교통부령으로 정하는 보험 또는 공제에 가입하여야 한다.”⁴³⁾고 규정하고 있다. 「항공사업법 시행규칙」 제70조 제4항에 따르면 “국토교통부령으로 정하는 보험이나 공제”란 「자동차손해배상 보장법 시행령」 제3조 제1항 각 호에 따른 금액 이상을 보장하는 보험 또는 공제를 말한다.⁴⁴⁾ 「자동차손해배상 보장법 시행령」 제3조 제1항의 각 호는 사망한 경우, 부상한 경우와 후유장애가 생긴 경우 등을 [별표 1]과 [별표 2]를 통하여 상해 급별 항공사업자가 가입하여야 할 책임보험 또는 책임공제의 보험금 또는 공제금을 설정해 두고 있다.⁴⁵⁾

요컨대 초경량비행장치의 범주에 속하는 자율비행드론의 손해배상에 대한 법률적 근거가 「항공사업법」 제70조에 규정되어 있다고 볼 수 있다. 그러나 해당 조항은 자율비행드론을 통하여 사업을 운영하는 운영자에 대한 보험가입 의무를 규정한 조항일 뿐, 자율비행드론의 사고로 인해 발생한 손해에 대한 배상규정이라고는 할 수 없다. 따라서 살펴본 바와 같이 국내에는 자율비행드론으로 인한 손해가 발생했을 때 적용할 수 있는 법률적 근거가 사실상 없다고 할 수 있다. 상법의 경우 배상액, 면책, 소멸시효와 관련하여 운송인의 책임을 제한하고 있어 민법에 의했을 때와 큰 차이를 보이는데, 자율비행드론을 통한 물류 운송은 상용화 단계를 목전에 두고 있고,⁴⁶⁾ 머지 않아 널리 이용될 것이라 생각되므로 논의가 필요하다고 할 수 있다.

다. 제조물 책임법상 소프트웨어의 제조물성 여부

자율비행드론 사고로 인해 발생한 인적·물적 손해에 대해 손해배상이 원활히 이루어지면 크게 문제되지 않으나 문제는 자율비행드론의 ‘제작결함’으로 인해 사고가 발생한 경우이다. 이 경우 피해자는 자율비행드론의 제조자에게 책임을 물을 수 있는지, 더 나아가 자율비행드론의 운용자 또는 소유자 등이 피해자에게 직접 손해를 배상해주었다면 제조자를 대상으로 구상권을 행사할 수 있는지가 논란일 수 있다. 이를 검토하기 위해서는 「제조물 책임법」을 검토하지 아니할 수 없다.

43) 「항공사업법」 제70조.

44) 「항공사업법 시행규칙」 제70조.

45) 「자동차손해배상 보장법 시행령」 제3조.

46) 중앙일보(2020.09.01.), “美 연방항공국 아마존 드론 배송 허가…아마존 “중요한 진전””, <https://news.joins.com/article/23861409>(검색일 : 2020.09.30.).

(1) 자율비행드론의 제조물책임 논의 영역

자율비행드론에 관해 제조물책임이 논의되는 영역은 크게 ① 자율비행드론에 탑재된 소프트웨어를 독자적 제조물로 볼 것인가, ② 드론 기체의 제조자가 제조물책임주체임은 명확하나, 소프트웨어 제작자도 제조자로서 책임의 주체가 될 수 있는가, ③ 자율비행드론으로 인해 발생한 사고에서 드론의 결함여부 및 결함판단기준을 어떻게 정할 것인가, ④ 자율비행드론에 결함이 있더라도 제조자는 개발위험의 향연을 들어 면책될 수 있는데, 최신 과학기술로 제조된 자율비행드론에서 제조당시의 과학기술수준으로는 결함여부를 알 수 없었다고 주장하는 제조업자에게 면책을 인정할 수 있는가 등으로 나눌 수 있다.⁴⁷⁾

(2) 자율비행드론 소프트웨어의 제조물 해당 여부(①+②)

자율비행드론에서 소프트웨어는 중요한 역할을 맡는다. 소프트웨어 오류로 인하여 발생한 손해는 제조자에게 그 1차적 책임이 있다고 생각된다. 그러나 소프트웨어가 민법상 물건 혹은 「제조물 책임법」상의 “제조물”에 해당되는지에 관한 해석의 문제가 발생한다.

이에 대해 학설의 대립을 먼저 살펴보면 다음과 같다. ㉠ 대량으로 판매된, 특히 어떤 매개체에 내재되어 판매된 소프트웨어의 결함으로 인하여 타인의 데이터나 하드웨어들을 손상을 입힌 경우에 제조물책임을 물어야 한다는 견해, ㉡ 소프트웨어는 하나의 체계 내지 시스템의 성격을 가진 지적인 산물이고, 관리할 수 있는 자연력도 아니며, 일종의 정보로 파악되므로 「제조물 책임법」상의 제조물에 해당하지 않는다고 하는 견해, ㉢ 소프트웨어가 장착된 제품이 소프트웨어의 결함으로 인하여 발생한 손해에 대하여는 제조물 책임법이 적용된다고 하며, 이때 부담의 주체는 제조업자나 공급업자라고 해석하는 견해, ㉣ 소프트웨어는 동산(유체물)이 아니고 일종의 서비스(또는 용역)와 유사한 정보 전달에 해당되며, 나아가 소프트웨어의 결함은 민법상의 과실 책임으로 해결할 수 있으므로 무과실책임인 제조물책임의 적용은 지나칠 수 있으며, 또한 ㉤ 민법의 해석상, 정보인 소프트웨어는 물건성을 갖기 어려우며 물건성을 갖지 못한 소프트웨어가 저장매체에 저장되었다고 하여 물건성이 달라지는 것은 부당하다는 견해 등⁴⁸⁾이 있다.

해외에서의 논의를 살펴보면 ㉦ 소프트웨어를 제조물로 보지 않는다는 EC지침, ㉧ 소프트웨

47) 최병록, “자율주행자동차에 있어서 제조물책임의 주요 쟁점에 관한 연구”, 「IT와 법 연구」 제14호, 경북대학교 IT와 법연구소, 2017, 216-217면.

48) 계승균, “인공지능에 관한 몇 가지 법률적 검토”, 「사법」 제1권 제39호, 사법발전재단, 2017, 9-10면; 이상수·사업관리팀 기획평가단, “4차 산업혁명 시대, 소프트웨어의 제조물책임 입법 이슈”, 「제4차 산업혁명과 소프트파워 이슈리포트」 제16호, 정보통신산업진흥원, 2017, 7면.

어는 대체적으로 제조물에 포함되지 않는다고 보지만, 컴퓨터 소프트웨어는 엄격책임(Strick Liability)이 적용되는 제조물에 해당될 수 있다고 판시한 미국법원의 사례, ㉠ 컴퓨터 소프트웨어는 제조물로 보아야 하나 모든 소프트웨어를 제조물로 보는 것은 아니며, 대량생산된 소프트웨어만이 제조물이고 특별히 제작된 소프트웨어는 서비스로 보고 있는 사례(미국의 학설), ㉡ 소프트웨어가 매체에 저장되어 있더라도 소프트웨어 자체는 무체물이고, 부품·원재료와 같은 동산이라고 보기 힘든 정보라는 점을 근거로 제조물로 보지 않으나, 디스켓 등 유체물에 체화된 경우에는 제조물에 해당한다고 해석하기로 한 사례(일본) 등⁴⁹⁾이 있다.

한편 소프트웨어가 제조물에 해당하는지에 관한 대법원 판례는 전무하다. 다만 하급심 판결⁵⁰⁾은 “제조물 책임법」 제2조 제1호에 의하면 ‘제조물이란 다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는 경우를 포함한 제조 또는 가공된 동산’을 말하고, 제8조에서는 ‘제조물의 결함에 의한 손해배상책임에 관하여 이 법에 규정된 것을 제외하고는 민법의 규정에 의한다’고 규정하고 있다. 결국 「제조물 책임법」이 적용되는 객체는 「민법」 제98조 및 제99조 제2항에 따른 ‘동산’, 즉 ‘유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력 중 토지 및 그 정착물인 부동산을 제외한 것’으로 봄이 상당하다.”고 보았다. 해당 판결은 구체적으로 소프트웨어와 하드웨어를 “일체로서의 유체물”로 볼 수 있거나 “개별적으로 재제작이 불가능”하고 “소프트웨어가 일정한 저장매체에 담겨 공급”되는 것이어서 「제조물 책임법」상 제조물에 해당한다고 판단하였다.⁵¹⁾요컨대 「제조물 책임법」상 제조물은 유체물에 한정되는데, 그것이 제조 또는 가공된 유체물 또는 부동산의 일부를 구성해야 하며, 일체의 유체물로서 ‘일정한 저장매체’에 담겨 공급되어야 한다. 또한 대량으로 제작·공급됨으로써 개별적으로 재제작을 할 수 없어야 한다. 다시 말해 제조자를 제외하고는 조작이 불가능하여 소프트웨어에 대한 지배권이 제조자 등에게 귀속되는 상태가 유지되어야 한다.

이와 같은 일반적 논의를 자율비행드론의 소프트웨어에 접목하여 살펴보면 다음과 같다. 자율비행드론 소프트웨어의 경우 기체(하드웨어)에 부착되어 판매되지만, 소비자가 자율적으로 컴퓨터와 연결하여 소프트웨어의 개별적 설정이 가능하며, 인공지능에 의해서도 설정이 변경될 수 있다. 상술한 하급심 판례를 고려해봤을 때, 소프트웨어가 「제조물 책임법」상 제조물로 인정되기 위해서는 ㉠ 하드웨어와 결합된 하나의 유체물로서, ㉡ 개별적 조작이 불가능하고, ㉢ 반드시 일정한 저장매체를 통해 공급되어야 한다. 자율비행드론은 하드웨어(기체)와 일체로서의

49) 박동진, 「제조물책임법 개정방안 연구」, 2012년도 법무부·공정거래위원회 연구용역과제보고서, 2012, 71면; 최병록, 앞의 논문, 218면.

50) 서울중앙지법 2006. 11. 3. 선고 2003가합32082 판결.

51) 김성미a, 앞의 논문, 161면.

유체물로 사용되어지기는 하지만 위에서 언급한 바와 같이 두 번째 재조작 및 재제작의 가능성 측면에서 상기 판결과 차이가 있다. 물론 자율비행드론의 소프트웨어는 비록 딥러닝을 통해 자가학습을 하는 것을 기본기제로 하지만, 학습하는 데에 필요한 데이터를 얼마든지 왜곡된 상태로 부여할 수 있기 때문이다. 즉 재조작 및 재제작의 가능성이 있다. 따라서 자율비행드론의 소프트웨어는 본 판결에서 요구하는 제조물의 요건을 갖추지 못하였다고 할 수 있다.

근원적으로 「제조물 책임법」의 취지상⁵²⁾ 제조물책임은 제조물이 제조자의 직·간접적 지배 상태 하에 놓여있고, 대부분의 소비자 및 운영자는 소프트웨어가 하드웨어와 결합된 초기 상태로 사용하는 것에 지나지 않으므로 그로 인한 손해의 책임을 제조자에게 묻는 것이다. 하지만 소프트웨어에 소비자 및 운영자가 개입하여 재설정하는 경우 제조자의 지배 상태가 있다고 유지된다고 할 수 없기 때문에 이러한 경우까지 제조자의 책임을 묻는 것은 제조자에게 불합리할 수 있다. 이렇듯 소프트웨어는 「제조물 책임법」상 ‘제조물’에 정확히 합치한다고 보기에는 무리가 있을 수밖에 없다.

오늘날 소프트웨어가 사회에 미치는 영향도 지대한데 미래에는 이에 비견될 수 없을 정도로 그 영향력과 중요도가 증가할 것이다. 인공지능 기술이 어느 정도 발전하여 궤도에 오르게 되면, 사실상 그동안의 제조물과 관련된 논의와는 전혀 다른 양상으로 진행될 가능성이 높다. 소프트웨어는 그 특성상 전문성이 매우 높고, 따라서 대부분 비전문가인 소비자는 소프트웨어의 기제를 세부적으로 파악하지 못하며, 이러한 상황 속에서 머지않은 미래에 소프트웨어가 결합되는 제조물의 수가 비약적으로 증가할 것을 예측할 수 있다. 이는 소프트웨어 오류로 인해 발생하는 문제가 더 많아지고 커질 개연성이 있음을 나타낸다. 위에서 살펴본 대부분의 학설과 상기 판례의 태도처럼 엄격하게 소프트웨어의 제조물성을 인정하는 태도가 지속된다면 소비자들의 보호라는 「제조물 책임법」의 취지가 몰각될 우려가 있다. 결국 입법적인 정비를 통해 본 문제를 해결할 수밖에 없다고 생각된다.

(3) 결합 문제(③)

「제조물 책임법」 제3조 제1항에 의하면 제조물책임을 묻기 위해서는 제조물의 ‘결합’이 있어야 한다. 동법의 ‘결합’에 대해 살펴보면, 결합이란 “해당 제조물에 제조상·설계상 또는 표시상

52) 현대사회에서는 대량생산뿐만 아니라 유통망의 구조화 및 대형화도 이루어지다보니 도·소매 유통과정에서 제조자와 제조물의 거리가 점점 멀어지게 되고, 최후의 사용자가 사용 중 해당 제조물로 피해를 입게 되더라도 인과관계 등의 입증에 어려움을 겪게 되는 등의 폐해가 있었다. 이 폐해를 시정하고자 「제조물 책임법」을 시행함으로써 제조자에게도 직접적으로 책임을 귀속시킬 수 있게 된 것이다.

의 결함이 있거나 그 밖에 통상적으로 기대할 수 있는 안전성이 결여되어 있는 것”을 말한다. 구체적 내용은 동법 제2조 제2호에 규정되어 있다.

(가) 제조상의 결함

제조업자가 제조물에 대하여 제조·가공상의 주의의무를 이행하였는지에 관계없이 제조물이 원래 의도한 설계와 다르게 제조·가공됨으로써 안전하지 못하게 된 경우를 말한다.

(나) 설계상의 결함

제조업자가 합리적인 대체설계(代替設計)를 채용하였더라면 피해나 위험을 줄이거나 피할 수 있었음에도 대체설계를 채용하지 아니하여 해당 제조물이 안전하지 못하게 된 경우를 말한다.

이와 관련하여 판례는 “일반적으로 제조물을 만들어 판매하는 자는 제조물의 구조, 품질, 성능 등에 있어서 현재의 기술 수준과 경제성 등에 비추어 기대가능한 범위 내의 안전성을 갖춘 제품을 제조하여야 하고, 이러한 안전성을 갖추지 못한 결함으로 인하여 그 사용자에게 손해가 발생한 경우에는 불법행위로 인한 배상책임을 부담하게 되는바, 그와 같은 결함 중 주로 제조자가 합리적인 대체설계를 채용하였더라면 피해나 위험을 줄이거나 피할 수 있었음에도 대체설계를 채용하지 아니하여 제조물이 안전하지 못하게 된 경우를 말하는 소위 설계상의 결함이 있는지 여부는 제품의 특성 및 용도, 제조물에 대한 사용자의 기대의 내용, 예상되는 위험의 내용, 위험에 대한 사용자의 인식, 사용자에 의한 위험회피의 가능성, 대체설계의 가능성 및 경제적 비용, 채택된 설계와 대체설계의 상대적 장단점 등의 여러 사정을 종합적으로 고려하여 사회통념에 비추어 판단하여야 한다.”⁵³⁾고 보았다.

(다) 표시상의 결함

제조업자가 합리적인 설명·지시·경고 또는 그 밖의 표시를 하였더라면 해당 제조물에 의하여 발생할 수 있는 피해나 위험을 줄이거나 피할 수 있었음에도 이를 하지 아니한 경우를 말한다.

53) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007다52287 판결.

(라) 입증책임에 대한 문제

위에서 열거한 결함과 관련하여 가장 문제되는 점은 제조물책임 소송에서 제조물로 인해 피해를 본 원고가 입증할 얼마나 해야 하는가라는 입증책임 분배문제이다. 손해배상의 일반원칙에 따라 원고가 손해와 관련된 모든 인과관계를 과학, 기술적으로 입증하게 하는 것은 대부분 비전문가인 원고에게 부당하다. 제조물의 대부분은 고도의 과학기술들이 접목되어 만들어진 것이고, 기술과 관련된 정보가 제조업자에게 편재되어 있으므로 원고가 이를 증명하기란 현실적으로 불가능에 가깝기 때문이다.

이에 대해 판례는 “그 제품이 정상적으로 사용되는 상태에서 사고가 발생한 경우 소비자 측에서 그 사고가 제조업자의 배타적 지배하에 있는 영역에서 발생하였다는 점과 그 사고가 어떤 자의 과실 없이 통상 발생하지 않는다고 하는 사정을 증명하면, 제조업자 측에서 그 사고가 제품의 결함이 아닌 다른 원인으로 말미암아 발생한 것임을 입증하지 못하는 이상 그 제품에게 결함이 존재하며 그 결함으로 말미암아 사고가 발생하였다고 추정하여 손해배상책임을 지울 수 있도록 입증책임을 완화하는 것이 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상에 맞다⁵⁴⁾”고 판시한 바 있다.

이후 위 판례의 취지를 반영하여 「제조물 책임법」에 피해자의 입증책임을 완화시키는 규정(「제조물 책임법」제3조의2)이 신설되었고 2018. 04. 19.부터 시행되었다. 그 내용은 피해자가 ‘제조물이 정상적으로 사용되는 상태에서 손해가 발생하였다는 사실’(동조 제1호), ‘제1호의 손해가 제조업자의 실질적인 지배영역에 속한 원인으로부터 초래되었다는 사실’(동조 제2호), ‘제1호의 손해가 해당 제조물의 결함 없이 통상적으로 발생하지 아니한다는 사실’(동조 제3호)을 모두 증명하면, 제조자가 ‘제조물의 결함이 아닌 다른 원인으로 인하여 그 손해가 발생한 사실을 증명’하지 못하는 한 제조물을 공급할 당시에 해당 제조물에 결함이 있었고, 그 결함으로 인하여 손해가 발생한 것으로 추정한다는 것이다.

(마) 자율비행드론에 대한 적용

이상과 같은 내용들을 참고했을 때, 자율비행드론에 대해서는 운용 중 발생한 사고에 대해 원고는 드론이 정상적으로 자율비행하는 상태에서 발생한 사고로 손해를 입었고, 그 손해는 운전자 및 다른 사람의 과실 없이 사고가 발생하는 등 제조업자의 실질적 지배영역에 속한 원인

54) 대법원 2004. 3. 12. 선고 2003다16771 판결.

에 의한 것이어야 하며, 다른 자율비행드론에는 통상적으로 발생되지 않았을 사고라는 점을 입증해야 한다. 그러나 이는 여전히 입증하기 어려운 사실이라고 생각된다. 자율비행드론에서 핵심은 소프트웨어 기술이라고 하였는바, 소프트웨어에서의 오류발생이 다시 구현되고 그 오류가 본 사고를 야기하는 데에 직접적으로 개입했는지를 밝히기란 대개 비전문가인 원고에게 큰 부담이기 때문이다.

나아가 소프트웨어는 하드웨어와 다르게 그 상품성에 있어 영속성이 없으므로 업데이트는 필수적인 부분이라고 할 수 있다. 즉 지속적인 업데이트를 통해서만 그 기능을 정상적으로 활용할 수 있다는 점에서 업데이트 행위와 관련하여 이를 제조자의 책임으로 볼 수 있느냐에 관한 문제가 생길 수 있다.⁵⁵⁾ 이러한 문제점은 장차 상용화될 자율운용기기에서 소프트웨어가 중요한 구성요소임을 고려하면 특별 입법으로 시급히 해결되어야 할 과제라고 생각된다.

(4) 면책사유(④)

「제조물 책임법」에 따라 손해배상책임이 인정된다고 해도 「제조물 책임법」제4조에 따라 제조업자에게 면책사유가 있고, 증명된다면 해당 제조업자는 책임을 면한다. 즉 ㉠ 제조업자가 해당 제조물을 공급하지 아니하였다는 사실(동조 제1호), ㉡ 제조업자가 해당 제조물을 공급한 당시의 과학·기술 수준으로는 결함의 존재를 발견할 수 없었다는 사실(동조 제2호), ㉢ 제조물의 결함이 제조업자가 해당 제조물을 공급한 당시의 법령에서 정하는 기준을 준수함으로써 발생하였다는 사실(동조 제3호), ㉣ 원재료나 부품의 경우에는 그 원재료나 부품을 사용한 제조물 제조업자의 설계 또는 제작에 관한 지시로 인하여 결함이 발생하였다는 사실(동조 제4호) 중 어느 하나라도 입증하면 동법에 따른 손해배상 책임을 면한다.

자율비행드론 제조자에게 있어 4가지 면책사유 중 ㉡과 ㉢이 가장 의미 있는 면책사유가 될 것이다. 먼저 ㉡을 살펴보면 자율비행드론이 완벽하다고 평할 수 있는 최종단계에 이르기란 어려우므로 제조자 측에서 이를 근거삼아 현재의 과학·기술 수준으로는 결함의 존재를 발견할 수 없었다고 항변하여 책임을 면할 수도 있다.⁵⁶⁾ 그러나 만약 항변의 범위를 지나치게 넓게 인정한다면 제조물책임을 묻는 규정이 사문화될 것이므로 사고 발생 당시 최고의 과학·기술 수준으로 판단함으로써 인정범위를 좁히려는 입장이 타당하다고 생각된다.

55) 김진우b, “소프트웨어 업데이트에 관한 민사적 법률문제-임데디드 시스템을 중심으로-”, 「민사법학」 제86호, 한국민사법학회, 2019, 140-144면.

56) 백경희, “자율주행자동차의 시험주행에 대한 규제에 관한 고찰”, 「동아법학」 제79호, 동아대학교 법학연구소, 2018, 115면.

이어서 ㉔을 살펴보면, 해당 규정은 고도의 기술이 접목된 산업에서 악용될 우려가 있다. 가령 자율비행드론은 복잡하고 위험한 기술이 접목된 결과물인데, 최소 수준의 법령을 준수하였다고 해서 모든 제조자가 면책된다면 피해자들은 제대로 된 배상을 받지 못하게 될 것이기 때문이다. 그렇다고 하여 선제적 법제정을 통해 강력한 규제를 하는 것은 국민의 자유권과 같은 기본권을 침해할 수 있고, 4차 산업 혁명 시대에 국가경쟁력이 뒤처지는 결과가 초래될 수 있으므로 신중한 태도를 취할 필요가 있다.

IV. 자율비행드론 사고 관련 손해배상법제 개선방안

1. 기존 법제 개정방안

가. 민법상 공작물 책임에 대한 개정방안

앞서 ‘Ⅲ. 2. 가.’에서 검토하였듯, 자율비행드론으로 인한 사고 발생 시 피해자에 의한 입증 이 수월할 정도로 명백한 운용자의 고의·과실이 있지 아니한 이상 「민법」상 일반불법행위책임 이 인정되기 어렵다. 또한 민법상 특수불법행위책임을 묻는 방안 또한 무리한 적용이라는 비판 이 제기될 수 있는 이상 민법을 개정하는 방법으로 이러한 문제를 해결함이 바람직하다.

한편 이러한 문제는 사고 시의 손해배상책임을 누구에게 지울 것인가가 문제되어 발생하는 것이다. 이러한 문제를 해결하기 위한 방법으로는 크게 두 가지가 있다. 첫 번째로, 자율비행드론이 자율적으로 사고하여 판단하고 행동하는 주체라는 점에 주목하여 자율비행드론을 비롯한 인공지능 기기에 일종의 특수한 법인격을 부여하는 방법이 있을 수 있다. 하지만 이는 자율주행 드론보다 앞서 상용화되고 법제화 된 자율주행자동차의 사례를 생각해보면 타당하지 않다. 현행법상 자율주행자동차는 여전히 자동차로 취급되고 있을 뿐이고 딥러닝 기능을 갖춘 고도의 인공지능이 탑재되었다 하더라도 결국 이러한 사고 능력은 자동차 운행에 한정되어 있으므로, 이러한 능력을 갖추었다 하더라도 이를 근거로 별도의 법인격을 인정할 수는 없다고 생각된다.

그렇다면 두 번째로, 책임을 지울 주체가 확정되기 어렵다면, 이러한 문제점을 해소하기 위하여 위험책임 법리를 적용하는 것을 생각해볼 수 있다. 여기서 위험책임이란, 사회에 대하여 위험을 조성하는 자는 그 시설에서 생기는 손해에 대해 항상 책임을 져야 한다고 하는 발상이다. 민법에서의 대표적 위험책임 법리 조항은 제758조의 공작물 책임 조항이다. 동 책임은 공

작물 소유자의 '행위'를 요건으로 하지 않고, '결과'에 대해서 예외적으로 책임을 인정하는 것이므로 인공지능 장착 기기에도 유추 적용할 수 있다.⁵⁷⁾ 그러나 전술하였듯, 이를 일방적으로 적용할 시 모든 공작물 소유자에 대해서 일반적으로 무과실책임이 인정될 위험성이 있기 때문에, 이를 받아들이기는 어렵다는 비판이 있을 수 있다. 또한 동 조문에 공작물이 부동산에 한정된다는 문언이 없지만, 반대로 공작물에 동산이 포함된다는 명확한 문언도 없으므로 적용이 어렵다는 비판이 있을 수 있다. 그러나 그러한 한계에도 불구하고 기술 발전에 따른 불가피한 위험 책임의 인정가능성은 필요하다. 다음 1975년 독일의 「손해배상법」 개정 법률초안의 입법이유는 이에 대해 다음과 같이 정당화하고 있다.

“가중된 책임의 근거에는 다음의 사고, 즉 기술 발전의 막대한 영향 아래에 있는 오늘날의 생활관계에서 일정한 활동과 시설은 사회생활에서 불가피하게 허용되어야만 하지만 아무리 주의해도 그에 따른 위험을 완전히 지배할 수 없어서 제3자에 대한 손해야기를 결코 피할 수 없게 된다는 사고가 깔려 있다. 즉 이러한 손해의 위험을 인식하면서도 사회에 위험원을 열게 된 자는 그로 인한 손해를 배상하여야 하는데, 이때 개별적인 경우에 과실이 있는가는 문제되지 않는다. 이 같이 과실 여부와 관계없이 손해위험을 위험원의 운영자에게 부과시키는 것은, 바로 위험원 운영자만이 손해야기의 위험가능성을 판단하고 보험 등의 조치를 통해 예방할 수 있는 상황에 있기 때문이다.”⁵⁸⁾

독일의 이러한 입법 변화는 철도운영에 따라 발생하는 화재손해에 대한 배상 의무 문제가 시초가 되어 일어난 것이다. 현재 기술 발전의 영향은 45년 전보다 더욱 막대하다고 생각된다. 또한 동조의 “공작물”에 대해 판례가 부동산이 아닌 자동차를 공작물로 해석한 것을 고려한다면, 동산 역시 공작물로 해석할 여지가 충분하다.⁵⁹⁾ 따라서 이러한 취지에서 현행 민법 제758조는 다음과 같이 개정됨이 바람직하다.

57) 정진명, “인공지능에 대한 민사책임 법리”, 「재산법연구」 제34권 제4호, 한국재산법학회, 2018, 137-168면.

58) 이창현, 「위험책임에 관한 연구」, 2011년도 법무부 연구용역 과제보고서, 2011, 94면.

59) 대법원 1998. 3. 13. 선고 97다34112 판결.

| 현행 법률 | 개정 법률안 |
|---|--|
| 제758조(공작물등의 점유자, 소유자의 책임) ... ㉔전항의 규정은 수목의 재식 또는 보존에 하자 있는 경우에 준용한다. ... | 제758조(공작물등의 점유자, 소유자의 책임) ... ㉔전항의 규정은 다음 각호의 경우 준용한다. 1. 수목의 재식 또는 보존에 하자있는 경우 2. 인간의 인식과 판단 등의 지적 사고를 컴퓨터 하드웨어와 소프트웨어 알고리즘을 이용하여 인공적으로 구현한 인공지능을 갖춘 기기의 관리에 하자있는 경우 ... |

민법이 위와 같이 개정된다면 사적 영역의 일반법이라고 할 수 있는 민법에서 자율비행드론 등 자율운행기기에 대한 책임을 보다 명확히 규율할 수 있게 될 것이다. 일반적으로 자율비행드론으로 인한 사고 발생시, 기술적 복잡함과 사고 기체의 멸실 등으로 인해 피해자가 피해사실과 사고원인의 인과관계를 입증하기 어려운 측면이 있다고 생각된다. 이러한 견지에서 앞으로 자율비행드론을 비롯한 자율운행기기가 상용화될 것은 자명하므로, 이는 법과 실생활의 괴리·해석의 어려움을 줄여 국민이 보다 명확하게 분쟁상황을 해결할 수 있도록 하는 데에 기여할 것으로 기대된다.

나. 상법상 항공기 범위에 대한 개정방안

상법의 경우 앞서 'Ⅲ. 2. 나.'에서 검토하였듯 상사에 관한 일반법임에도 불구하고, 앞으로 운송 분야에 획기적인 변화를 불러일으킬 수 있는 드론 운송은 그 규율대상으로 삼지 않고 있는 문제점을 지니고 있다. 그리고 이로 말미암아 독일과 달리 이와 관련된 사고 손해에 대한 배상을 받기 어려운 실정이다. 또한 전술하였듯 보험 가입만으로 손해의 책임과 배상 문제가 해결될 수는 없다. 그러므로 상사에 관한 일반법이라는 동법의 취지를 고려함과 동시에 개정된 「항공사업법」 제70조 제4항의 실효성을 담보하기 위해서 현행 상법은 개정되어야 한다. 그 방안으로 드론 운송을 항공운송편의 규율대상에 포섭하는 것을 생각해볼 수 있다. 그러한 견지에서 상법 제896조는 다음과 같이 개정되어야 한다.

| 현행 법률 | 개정 법률안 |
|--|--|
| 제896조(항공기의 의미) 이 법에서 "항공기"란 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 운항에 사용하는 항공기를 말한다. 다만, 대통령령으로 정하는 초경량 비행장치(超輕量 飛行裝置)는 제외한다. | 제896조(항공기의 의미) 이 법에서 "항공기"란 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 운항에 사용하는 항공기를 말한다. 다만, 대통령령으로 정하는 초경량 비행장치(超輕量 飛行裝置)는 제외한다. |

동조는 앞서 살펴보았듯 단서를 통해 그 규율대상에서 드론을 제외하고 있다. 따라서 동조의 단서를 제거하는 개정을 통해 드론을 상법 규율대상으로 포섭하여야 한다. 앞서 'Ⅲ 2. 나.'에서 언급하였듯 동조의 단서는 상업에 사용될 여지가 없는 수단에 관하여 상법의 적용을 배제하려는 취지의 규정이다. 그러나 누차 밝혔듯 드론 운송이 급속도로 발전할 것은 자명하며, 이미 동조에서 "상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 운항에 사용하는 항공기"라는 정의가 사용되었기에, 위와 같이 개정하더라도 본래의 취지에 부합한다. 따라서 변화된 시대 상황을 고려할 때 이러한 개정은 적절하다고 생각된다.

다. 제조물 책임법상 정의규정 개정방안

「제조물 책임법」과 관련해서 주로 자율비행드론의 자율비행을 가능하게 하는 소프트웨어의 결함을 어떻게 규율할 것인지가 문제된다. 자율비행드론 기체의 경우, 그것이 「제조물 책임법」 제2조 제1호 소정의 "제조물"에 해당함은 명백하기 때문에 이론의 여지가 없다. 그러나 기체에 포함되어 있는 소프트웨어가 이러한 "제조물"에 해당하는지에 대해서는 'Ⅲ. 2. 다.'에서 살펴듯 학설의 대립이 치열하다. 그러나 생각건대 자율비행드론을 비롯한 자율운행기기 소프트웨어의 경우 '서울중앙지법 2006. 11. 3. 선고 2003가합32082 판결'에서 판시하는 바와 같이 소프트웨어의 제조물성을 긍정하는 방향으로 법이 해석되어야 한다고 새겨야 하며, 나아가 이를 긍정하는 방향으로 「제조물 책임법」은 개정되어야 한다. 왜냐하면 현재의 논의는 소프트웨어가 "유체물"에 해당하는지 혹은 해당하지 않는지에 관해 천착되어 있는 경향을 보이는데, 이는 변화된 시대 상황과 기술 환경을 고려하면 적절하지 않다고 생각되기 때문이다. 현재 인공지능 소프트웨어는 전자제품 및 가전제품에 탑재되어 활용되고 있으며, 자율주행자동차와 자율비행드론이 본격적인 상용화를 앞두고 있다. 즉 수준의 높고 낮음은 있을지언정 현재 드론뿐만이 아닌 공산품 전반에 있어서 인공지능이 탑재되고 있으며, 이러한 경향은 더욱 확대될 것이다. 또한 이러한 인공지능은 기기의 기능에 있어서 불가분한 핵심적인 위치를 점하고 있으므로 이를

기기와 분리하여 생각할 수는 없다.

그러나 현행 「제조물 책임법」의 법문언 해석상 소프트웨어, 특히 딥러닝을 통한 지속적인 자율적 업데이트가 이루어지는 자율비행드론의 소프트웨어를 제조물로 해석하는 것은 무리한 해석이라고 비판될 수 있다. 따라서 결국 이러한 변화 기초에 법제가 발을 맞추기 위해서는 개정이 불가피하다. 이러한 견지에서 「제조물 책임법」은 다음과 같이 개정되어야 한다.

| 현행 법률 | 개정 법률안 |
|---|---|
| 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. "제조물"이란 제조되거나 가공된 동산(다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는 경우를 포함한다)을 말한다. ... | 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. "제조물"이란 제조되거나 가공된 동산(다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는 경우를 포함한다)과 <u>그와 불가분의 관계에 있는 소프트웨어</u> 를 말한다. ... |

이러한 개정안에 대하여 소프트웨어에 법문언상의 “제작·가공·대체설계”와 같은 개념을 적용할 수 없다는 반론이 있을 수 있다. 그러나 ‘대법원 1997. 5. 30. 선고 97도597 판결’에서 자동차범퍼를 이용하여 사람을 들이받은 경우에 대하여 법문언상의 “휴대하여”라는 말은 소지뿐만 아니라 널리 이용한다는 뜻도 포함한다고 판시한 사례가 있다. 이러한 선례와 같이 법문언은 그것의 해석이 실질적으로 입법과 동일한 효과를 내어 법을 창조하는 사태에 이르지 아니하는 선에서 현실에 부합하게 해석할 수 있다고 생각하여야 한다. 또한 이미 「의료기기산업 육성 및 혁신의료기기 지원법」 제24조 등에서 “의료기기소프트웨어제조기업”이라는 용어를 사용하고 있는데, “제조”가 용례상 “제작”과 혼용되고 있다는 점을 고려하면, 이는 소프트웨어의 제조물성을 긍정적인 입법례라고도 볼 수 있을 것이다. 따라서 기존의 개념을 대체하기보다는, 우선 명확하게 소프트웨어를 포함하지 않고 있던 종래 제2조 제1호의 “제조물”에 관한 정의 규정을 수정하여 소프트웨어가 본 법의 적용을 받도록 개정함이 옳다고 생각된다.

2. 신규 법제 제정방안 - 드론손해배상보장법 -

가. 서설

‘1. 기존 법제 개정방안’에서는 명확하지 않은 자율비행드론 사고 시 손해배상법제를 기존 법률의 개정을 통해 개선하는 방안에 대하여 살펴보았다. 그러나 이는 관련 법제가 여러 법에 분산되어 있어 명료하게 관련법을 파악하여 적용하기 어렵다는 단점이 있다. 또한 전술하였듯 괄목할만한 성장세를 보이고 있는 드론 시장의 성장세와 그 활용 범위를 고려해볼 때, 그와 관련한 손해배상 분쟁도 증가할 것으로 생각된다. 따라서 이하에서는 「자동차손해배상 보장법」과 같이 「드론손해배상 보장법」의 특별입법을 통해 손해배상법제를 개선하는 방안에 대해 살펴보고자 한다.

나. 자동차손해배상 보장법 체계의 차용

(1) 차용 이유

「드론손해배상 보장법」(이하 “「드론손배법」”)의 도입과 관련하여, 그 선례로 「자동차손해배상 보장법」(이하 “자동차손배법”)을 들 수 있다. 「자동차손배법」의 제정 당시 그 제정이유는 다음과 같았다. 자동차의 운행으로 사람의 생명 또는 신체가 사상된 경우에 손해배상을 보장하는 제도를 확립하려는 것이 그 이유였으며, 세부적으로 ① 자동차의 운행으로 타인의 생명 또는 신체를 사상한 때에는 배상책임을 지도록 하고, ② 자동차의 등록을 받은 자는 자동차손해배상 책임보험에 가입하도록 하며, ③ 자동차는 자동차손해배상책임증명서를 비치하고 운행하도록 하는 것이 골자였다. 이러한 이유는 드론에 관해서도 대동소이하게 적용될 수 있으리라 생각된다. 특히 기술발전으로 인해 드론의 일반적인 운용 방식이 자율비행드론 형태가 될 것이라 생각되기에, 운용자의 무과실책임 적용이 늘어날 것이라 생각된다. 이러한 입장에서 「자동차손배법」처럼 배상 주체를 명확히 하고, 모든 드론 운용자에 대하여 보험 가입을 의무화하는 것은 손해배상 분쟁상황 해결에 큰 기여를 할 것이라 생각된다. 따라서 이러한 특별입법은 그 필요성이 인정된다. 한편 「자동차손배법」을 모델로 하여 「드론손배법」을 제정할 경우, 「자동차손배법」상 쟁점되는 부분이 또 다시 문제가 될 수 있으므로 이에 대한 논의가 우선되어야 한다.

(2) 인적 손해와 관련된 차용

「자동차손배법」에 따르면 자기를 위하여 자동차를 운행하다가 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 경우, 그 운행자는 동법 제3조에 따라 손해를 배상해야 한다. 그 외의 손해배상 책임에 대하여는 동법 제4조에 따라 민법에 의해 책임을 지게 되나, 「자동차손배법」 제3조 단

서 각호의 요구사항 충족 시 책임을 면한다. 「드론손배법」도 마찬가지로 이러한 순서로 ‘드론 손해배상책임’ 규정을 정한 다음, 이에 해당하지 아니하는 유형의 손해배상책임의 경우 민법 내지 상법에서 규율하는 것이 타당하다 할 것이다. 이 경우 드론손해배상책임의 유형은 「자동차손배법」의 “자동차손해배상책임” 규정과 유사하게 신설함이 좋을 것이다. 이를 위해서는 동 규정의 입법취지를 살펴볼 필요가 있다.

「자동차손배법」의 경우 전술한 바와 같이, 인적 손해가 발생한 경우 「자동차손배법」 제3조 단서 각호의 규정에 해당하지 않는 한 운행자는 배상책임을 부담한다. “승객이 아닌 자가 사망하거나 부상을 당한 경우에 자기와 운전자가 자동차의 운행에 주의를 게을리 하지 아니하였고, 피해자 또는 자기 및 운전자 외의 제3자에게 고의 또는 과실이 있으며, 자동차의 구조상의 결함이나 기능상의 장애가 없었다는 것을 증명할 경우”와 “승객이 고의나 자살행위로 사망하거나 부상을 당한 경우”에는 자동차 운행자의 책임이 면제된다.

통상적으로 이러한 원칙적 배상책임, 예외적 면책의 태도를 취하는 해당 규정에 대해 「자동차손배법」이 사고 피해자의 구제를 위해 운행자에게 무과실책임 또는 무과실에 가까운 책임을 지우고 있다고 설명되고 있다.⁶⁰⁾ 이에 대해 「자동차손배법」 제3조 단서 제1호의 경우에는 운행자가 과실 없음을 입증한다면 면책된다는 점을 들어 무과실책임이 아니라고 보는 견해⁶¹⁾가 있다. 그러나 이는 타당하지 않다고 생각된다. 운행자의 과실 없음을 입증하기란 매우 어려운 일일 뿐만 아니라 그와 더불어 자동차의 구조상의 결함 또는 기능에 장애가 없었음과 다른 사람의 과실까지 입증해야 하므로 사실상 무과실책임을 지우고 있다고 봐야하기 때문이다. 한편 동 조 단서 제2호의 경우에는 승객의 사망 또는 부상이 고의나 자살행위에 의한 것이었음을 입증하지 못한다면 운전자의 과실 여부와 상관없이 배상책임을 면할 수 없다.⁶²⁾ 즉 피해자가 승객이라면 특별한 사정이 없는 한 운행자에게 사실상 무과실책임이 인정되는 것이다.⁶³⁾

이러한 입법취지 하에서 「드론손배법」 제정 시 “드론손해배상책임”은 다음과 같은 견지에서 규정되어야 한다. ① 장치 자율비행 기술이 고도화됨에 따라 자율비행드론의 운용 시의 사고의 책임주체가 명확히 판명되기 어려운 경우가 잦을 것으로 생각되고, 또한 이러한 운용 형태가 일반적일 것이라고 생각된다. 따라서 「드론손배법」의 경우 자율비행드론 운용자의 무과실책임을 인정할 필요가 더욱 크다. ② 또한 자율비행이라는 특성상 화물운송뿐만이 아닌 여객운송에

60) 이충훈, “자율주행자동차의 사고에 대한 민사법적 책임”, 「법학연구」 제19권 제4호, 인하대학교 법학연구소, 2016, 140면.

61) 안재훈, “자율주행차와 드론을 이용한 물류에서 발생하는 법률문제에 관한 연구”, 인하대학교 석사학위논문, 2019, 32면.

62) 서울중앙지방법원, 「손해배상 소송실무」, 사법발전재단, 2017, 75면.

63) 서울중앙지방법원, 앞의 책, 77면.

도 자율비행드론 운용이 활성화 될 것이라 예상된다. 따라서 「자동차손배법」상 “승객”에 관한 규정도 ‘드론손배법’ 제정 시 차용하는 것이 가능하다고 생각된다.

(3) 책임주체와 관련된 차용

한편 일반적인 드론 운용 형태가 될 자율비행드론의 경우 기기 스스로가 자율적으로 주변상황을 판단하여 비행하는 기기이므로 사고 시 그 책임주체가 문제된다. 따라서 이와 관련하여 「자동차손배법」 규정을 검토해볼 필요가 있다.

「자동차손배법」 제3조 본문에 의하면 책임주체는 ‘자기를 위하여 자동차를 운행하는 자’이다. 이는 여러 해석이 가능한 구성요건으로, 그동안 학설과 판례가 특정하기 위해 많은 논의를 해왔다. 「자동차손배법」 제2조 제2호는 “‘운행’이란 사람 또는 물건의 운송여부와 관계없이 자동차를 그 용법에 따라 사용하거나 관리하는 것을 말한다”라고 규정하고, “‘자동차보유자’란 자동차의 소유자나 자동차를 사용할 권리가 있는 자로서 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자를 말한다”라고 규정한다. 이에 관해 판례는 “「자동차손배법」 제3조 소정의 ‘자기를 위하여 자동차를 운행하는 자’란 자동차에 대한 운행을 지배하여 그 이익을 향수하는 책임주체로서의 지위에 있는 자를 말하고, 이 경우 운행의 지배는 현실적인 지배에 한하지 아니하고 사회통념상 간접 지배 내지는 지배가능성이 있다고 볼 수 있는 경우도 포함하는 것”⁶⁴⁾ 이라고 보았다. 즉 엄격하게 운행자성을 귀속시키기보다 비교적 느슨하게 운행자성을 인정하는 것이다. 한편 운행자성에 대한 입증책임 귀속문제에 대해 판례는 “자동차의 소유자는 비록 제3자가 무단히 그 자동차를 운전하다가 사고를 내었다고 하더라도 그 운행에 있어 소유자의 운행지배와 운행이익이 완전히 상실되었다고 볼 특별한 사정이 없는 경우에는 그 사고에 대하여 「자동차손배법」 제3조 소정의 운행자로서 책임을 부담한다”라고 판시하였다. 이는 피해자가 상대방에게 자동차의 소유권 내지 그 자동차를 사용할 권리가 있다는 사실을 주장 및 입증하면 상대방의 피해자에 대한 「자동차손배법」상 배상책임이 성립하고, 그 책임을 면하기 위해서는 상대방이 사고 당시 운행자로서의 지위를 상실하였다는 사정을 주장 및 입증해야 한다는 것을 의미한다. 요컨대 판례는 자동차 소유자의 책임을 넓게 인정하는 셈이다. 따라서 책임주체는 자동차 보유자, 즉 자동차의 등록명의자와 같은 소유자 또는 자동차주·임차인 등 자동차를 사용할 권리 있는 자를 포함할 뿐만 아니라 자동차 보유자와 달리 정당한 권리가 없는 이들도 포함하는 개념이므로, 자동차 보유자보다는 범위가 넓다고 볼 수 있다.⁶⁵⁾

64) 대법원 2004. 4. 28. 선고 2004다10633 판결.

65) 서울중앙지방법원, 앞의 책, 11면.

‘Ⅱ. 1. 가. (2)’에서 전술하였듯 자율비행드론으로 인한 사고의 배상의무자를 지칭함에 있어 ‘운용자’라는 용어 사용이 옳다고 생각된다. 이러한 ‘운용자’의 지위에 관하여는 「자동차손배법」상 “운행자”와 동일한 지위로 해석하는 것이 가능하다고 생각된다. 그렇다면 책임귀속과 관련하여 자율적으로 작동하는 자율비행드론이 앞서 살핀 판례의 “제3자”에 해당한다 하더라도 그 소유자에게 책임을 물을 수 있게 된다. 물론 자율비행드론의 경우 그러한 사고 시 소프트웨어 오류의 가능성을 배제할 수 없고, 이 경우 자율비행 소프트웨어의 「제조물 책임법」상 제조물책임 인정 여부에 따라 제조업자에 대한 구상권 행사가 가능하다.

(4) 보험가입 의무와 관련된 차용

‘Ⅲ. 2. 나’에서 전술하였듯, 2020년 12월 10일부터 시행되는 개정 「항공사업법」 제70조 제4항은 드론 운용에 있어서 드론 사업자, 공공기관 등에 보험가입 의무를 규정하고 있다. 그러나 이러한 의무는 개인 운용자에 대해서는 적용되지 않는다. 그러나 지금까지의 기술발전 속도로 볼 때 개인이 개인적 용도로 이를 운용하지 못하리라는 보장이 없고, 또한 개인이 이를 운용할 때 발생할 수 있는 손해배상 문제가 사업자나 공공기관 등에 비해 가벼우리란 보장도 없다. 따라서 이러한 측면에서 「드론손배법」을 통한 선제적 입법을 통해 드론 운용 시 개인의 보험가입 의무를 규정함이 타당하다고 생각된다. 이는 자율비행드론 운용에 있어서도 제조물책임과의 쟁점 상황에 있을 때, 보험지급액으로 우선 손해배상책임을 부담한 후에 구상권을 행사할 수 있게 함으로써 운용자의 권리 보장에도 기여할 수 있을 것으로 생각된다.

(5) 자율주행자동차사고조사위원회 규정의 차용

2020년 10월 8일부터 시행되는 개정 「자동차손해배상 보장법」은 “제6장의3 자율주행자동차 사고조사위원회”를 신설하여 자율주행자동차 사고 조사에 관하여 그 절차와 내용에 관하여 규정하고 있다. 이는 자율주행정보 기록의 수집·분석을 통하여 사고 원인 규명, 자율주행 기능 개선에 이바지할 것으로 기대된다. 한편 자율비행드론의 경우 비행체이고, 무인으로 작동하며, 외부 영향을 받기 쉽다는 점을 고려한다면 「드론손배법」에도 이와 같은 규정을 도입하여 사고 조사가 원활히 되게끔 입법할 필요성이 있다고 생각된다.

다. 법률안 제안

이하는 이상 'IV. 2. 가.'의 견지에서 제안해봄직한 「드론손해배상 보장법」의 일부 조항이다.

| 「드론손해배상 보장법」제정안 | 조문 설명 |
|---|--|
| <p style="text-align: center;">드론손해배상보장법 (약칭: 드론손배법)</p> <p>제○장 총칙</p> <p>제○조(목적) 이 법은 드론의 운행으로 사람이 사망 또는 부상하거나 재물이 멸실 또는 훼손된 경우에 손해배상을 보장하는 제도를 확립하여 피해자를 보호하고, 드론사고로 인한 사회적 손실을 방지함으로써 드론운용의 건전한 발전을 촉진함을 목적으로 한다.</p> | <p>동조는 「자동차손해배상 보장법」의 입법목적과 같이, 동법이 드론 사고로 인한 인적 손해와 물적 손해로 인한 손해배상을 보장하는 제도를 확립하려 하는 것을 목적으로 한다고 규정하고 있다.</p> |
| <p>제○조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. "드론"이란 「드론 활용의 촉진 및 기반조성에 관한 법률」 제2조에서 규정하는 드론을 의미한다. 2. "자율비행드론"이란 「드론 활용의 촉진 및 기반조성에 관한 법률」 제2조에서 규정하는 드론 중 인간의 인식과 판단 등의 지적 사고를 컴퓨터 하드웨어와 소프트웨어 알고리즘을 이용하여 인공적으로 구현한 인공지능을 갖춘 것을 의미한다. 3. "운용"이란 사람 또는 물건의 운송 여부와 관계없이 드론을 그 용법에 따라 사용하거나 관리하는 것을 말한다. 4. "드론보유자"란 드론의 소유자나 드론을 사용할 권리가 있는 자로서 자기를 위하여 드론을 운용하는 자를 말한다. 5. "드론운용책임자"란 다음 각 목의 경우를 이른다. <ol style="list-style-type: none"> 가. 다른 사람을 위하여 드론을 운용하거나 운용을 보조하는 일에 종사하는 자 나. "자율비행드론"의 자율비행 인공지능 소프트웨어 제조업자(이하 "소프트웨어제조업자") <p>② 제1항제5호나목의 소프트웨어제조업자의 경우 드론운용 책임자로서의 기간은 자신이 제조한 소프트웨어가 탑재된 드론이 판매된 후부터 10년으로 한다.</p> <p>...</p> | <p>사람이 조종하는 드론뿐만 아니라, 자율비행드론에 대하여도 동조에서 정의함으로써 향후 발생할 자율비행드론 관련 손해배상 문제를 동법에서 다룰 수 있도록 규정하였다.</p> <p>또한 「자동차손해배상 보장법」상의 "운전자"를 "드론운용책임자"라는 용어로 대체하고 정의를 새롭게 하였다. 특히 제1항 제5호 나목에 「자동차손해배상 보장법」상의 "운전자"와 같은 역할을 할 수 있는 자율비행 소프트웨어를 대신하여 책임을 부담할 자율비행 인공지능 소프트웨어 제조업자를 추가함으로써 책임 있는 자율비행 소프트웨어 관리가 가능하도록 하는 한편, 제2항에서 드론운용책임자로서의 기간을 10년으로 한정하여 과중한 부담을 지우지 않도록</p> |

자율비행드론 사고 관련 손해배상법제에 관한 소고 309

| | |
|---|---|
| | 규정하였다. |
| <p>제□조(드론손해배상책임) 자기를 위하여 드론을 운용하는 자는 그 운용으로 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 경우에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그러하지 아니하다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 승객이 아닌 자가 사망하거나 부상한 경우에 자기와 드론운용책임자가 드론의 운용에 주의를 게을리 하지 아니하였고, 피해자 또는 자기 및 드론운용책임자 외의 제3자에게 고의 또는 과실이 있으며, 드론의 구조상의 결함이나 기능상의 장애가 없었다는 것을 증명한 경우 2. 승객이 고의나 자살행위로 사망하거나 부상한 경우 | <p>동조의 경우 「자동차손해배상 보장법」제3조를 차용하여 구성하였다. 향후 자율비행드론을 통한 여객운송업이 활발해질 것으로 예상되므로 드론에 탑승한 승객에 관한 조문 또한 유지하였다.</p> |
| <p>제○조(민법의 적용) 자기를 위하여 드론을 운용하는 자의 손해배상책임에 대하여는 제□조에 따른 경우 외에는 민법에 따른다.</p> | <p>동법의 적용을 받지 아니하는 경우 일반법인 민법의 적용을 받도록 규정하였다.</p> |
| <p>제○장 손해배상을 위한 보험 가입 등</p> <p>제○조(보험 등의 가입 의무) ① 드론보유자는 드론의 운행으로 다른 사람이 사망하거나 부상한 경우에 피해자(피해자가 사망한 경우에는 손해배상을 받을 권리를 가진 자를 말한다. 이하 같다)에게 「자동차손해배상 보장법 시행령」 제3조제1항 각 호에 따른 금액 이상을 보장하는 보험 또는 공제(이하 "보험등")에 가입하여야 한다. 이 경우 동승한 사람에 대하여 보장하는 보험등을 포함한다.</p> <p>② 다음 각 호에 해당하는 드론보유자는 보험등에 가입하는 것 외에 드론의 운행으로 다른 사람의 재물이 멸실되거나 훼손된 경우에 피해자에게 「자동차손해배상 보장법 시행령」 제3조제3항에서 정하는 금액 이상을 지급할 책임을 지는 「보험업법」에 따른 보험 또는 「항공사업법」 제2조 제37호에 따른 항공보험에 가입하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 드론을 초경량비행장치사용사업, 항공기대여업 및 항공레저스포츠사업에 사용하려는 자 2. 무인비행장치 등 국토교통부령으로 정하는 초경량비행장치를 소유한 국가, 지방자치단체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관 <p>③ 제1항의 보험등과 제2항의 보험 또는 항공보험에는</p> | <p>2020년 12월 10일 시행 예정인 개정 「항공사업법」 제70조 제4항과 「자동차손해배상 보장법」 제5조의 내용을 결합시켜 개인과 기업을 불문하고 드론보유자의 보험 가입 의무를 규정하고, 동시에 구체적으로 그 기준을 명시하였다.</p> <p>또한 개정 「항공사업법」 제70조 제4항에서 특별히 규정하는 초경량비행장치사용사업, 항공기대여업 및 항공레저스포츠사업에 사용하려는 자와 무인비행장치 등 국토교통부령으로 정하는 초경량비행장치를 소유한 국가, 지방자치단체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관은 재물의 멸실과 훼손에 대비하여 별도의 보험에 가입할 것을 명시하여 개인 드론보유자에 비하여 보다 강한 의무를 지도록 하였다.</p> |

| | |
|--|---|
| <p>각 드론별로 가입하여야 한다.</p> | |
| <p>제○조(자율비행드론사고 보험금등의 지급 등) 자율비행드론의 결함으로 인하여 발생한 드론사고로 다른 사람이 사망 또는 부상하거나 다른 사람의 재물이 멸실 또는 훼손되어 보험회사등이 피해자에게 보험금등을 지급한 경우에는 보험회사등은 법률상 손해배상책임이 있는 자에게 그 금액을 구상할 수 있다.</p> | <p>자율비행드론의 결함으로 인하여 발생한 드론사고의 경우 보험회사가 법률상 손해배상책임이 있는 자에게 구상권을 행사하도록 하여 드론 제조자, 드론 소프트웨어 제조자가 책임 있는 경우 책임을 질 수 있도록 하였다.</p> |
| <p style="text-align: center;">제○장 자율비행드론사고조사위원회</p> <p>제○조(자율비행드론사고조사위원회의 설치 등) ① 제◇조에 따른 자율비행정보 기록장치(이하 "자율비행정보 기록장치"라 한다)에 기록된 자율비행정보 기록의 수집·분석을 통하여 사고원인을 규명하고, 자율비행드론사고 관련 정보를 제공하기 위하여 국토교통부에 자율비행드론사고조사위원회(이하 "사고조사위원회"라 한다)를 둘 수 있다.</p> <p>② 사고조사위원회의 구성 및 운영에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.</p> <p>제○조(사고조사위원회의 업무 등) ① 사고조사위원회는 다음 각 호의 업무를 수행한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 자율비행드론사고 조사 2. 그 밖에 자율비행드론사고 조사에 필요한 업무로서 대통령령으로 정하는 업무 <p>② 사고조사위원회는 제1항의 업무를 수행하기 위하여 사고가 발생한 자율비행드론에 부착된 자율비행정보 기록장치를 확보하고 기록된 정보를 수집·이용 및 제공할 수 있다.</p> <p>③ 사고조사위원회는 제1항의 업무를 수행하기 위하여 사고가 발생한 자율비행드론의 드론보유자, 드론운용책임자, 피해자, 사고 목격자 및 해당 자율비행드론을 제작·조립 또는 수입한 자(판매를 위탁받은 자를 포함한다. 이하 "제작자등"이라 한다) 등 그 밖에 해당 사고와 관련된 자에게 필요한 사항을 통보하거나 관계 서류를 제출하게 할 수 있다. 이 경우 관계 서류의 제출을 요청받은 자는 정당한 사유가 없으면 요청에 따라야 한다.</p> | <p>「자동차손해배상 보장법」상의 “자율주행자동차사고조사위원회” 규정을 차용하여, 피해자로서는 사고 원인 분석이 어려운 자율비행드론 사고의 경우에 이에 관한 전문적 분석을 할 수 있는 “자율비행드론사고조사위원회”를 두어 관련 업무를 수행하도록 규정하였다.</p> <p>한편 자율비행드론의 제작자 등으로 하여금 자율비행정보 기록장치를 기기에 부착하도록 강제함으로써 위 업무가 원활히 이뤄지도록 규정하였다.</p> |

| | |
|--|--|
| <p>④ 제2항에 따른 정보의 수집·이용 및 제공은 「개인정보 보호법」 및 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」에 따라야 한다.</p> <p>⑤ 사고조사위원회의 업무를 수행하거나 수행하였던 자는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설해서는 아니 된다.</p> <p>⑥ 사고조사위원회가 자율비행드론사고의 조사를 위하여 수집한 정보는 사고가 발생한 날부터 3년간 보관한다.</p> <p>제○조(관계 행정기관 등의 협조) 사고조사위원회는 신속하고 정확한 조사를 수행하기 위하여 관계 행정기관의 장, 관계 지방자치단체의 장, 그 밖의 단체의 장(이하 "관계기관의 장"이라 한다)에게 해당 자율비행드론사고와 관련된 자료·정보의 제공 등 그 밖의 필요한 협조를 요청할 수 있다. 이 경우 관계기관의 장은 정당한 사유가 없으면 이에 따라야 한다.</p> <p>제◇조(이해관계자의 의무 등) ① 자율비행드론의 제작자들은 제작·조립·수입·판매하고자 하는 자율비행드론에 대통령령으로 정하는 자율비행과 관련된 정보를 기록할 수 있는 자율비행정보 기록장치를 부착하여야 한다.</p> <p>② 자율비행드론사고의 통보를 받거나 인지한 보험회사 등은 사고조사위원회에 사고 사실을 지체 없이 알려야 한다.</p> <p>③ 자율비행드론의 드론보유자는 자율비행정보 기록장치에 기록된 내용을 1년의 범위에서 대통령령으로 정하는 기간 동안 보관하여야 한다. 이 경우 자율비행정보 기록장치 또는 자율비행정보 기록장치에 기록된 내용을 훼손해서는 아니 된다.</p> <p>④ 자율비행드론사고로 인한 피해자, 해당 자율비행드론의 제작자등 또는 자율비행드론사고로 인하여 피해자에게 보험금등을 지급한 보험회사등은 대통령령으로 정하는 바에 따라 사고조사위원회에 대하여 사고조사위원회가 확보한 자율비행정보 기록장치에 기록된 내용 및 분석·조사 결과의 열람 및 제공을 요구할 수 있다.</p> <p>⑤ 제4항에 따른 열람 및 제공에 드는 비용은 청구인이 부담하여야 한다.</p> | |
|--|--|

V. 결 론

4차 산업혁명 시대에서 핵심 산업 중 하나라고 할 수 있는 드론과 관련하여 현재 활발한 논의가 진행되고 있다. 「드론 활용의 촉진 및 기반조성에 관한 법률」은 그 논의가 결실을 맺은 입법이라고 생각되지만, 발전과 촉진에 초점을 맞춘 나머지 규제에 관한 세부적인 내용을 담지 않고 있다는 한계를 가진다. 이러한 상황 속에서 인공지능 기술은 하루가 바쁘게 발전해 나가고 있고, 가까운 미래에 딥러닝 기반의 인공지능 기술이 탑재된 자율비행드론이 상용화될 것임은 어렵지 않게 예측할 수 있다. 그리고 자율비행드론은 우리의 삶에 자리 잡아 우리에게 상당한 풍요로움을 제공해줄 것이다.

그러나 빛이 있으면 그림자가 있듯, 드론으로 인해 발생할 수 있는 문제도 상당하다. 위에서 살펴본 것처럼 드론으로 인해 사고가 발생했을 때에 손해를 배상하는 특별법제가 마땅치 않고, 이는 자율비행드론도 예외가 될 수 없다. 상법은 드론을 규율의 범위에서 제외하겠다고 명시하였고, 결국 일반법인 민법의 불법행위로 규율할 수밖에 없게 된다. 하지만 검토하였듯 일반불법행위는 입증의 부담문제를 갖고, 특수불법행위는 열거주의의 특성을 띠어 유추해석이 제한되다는 문제가 있다. 그렇다고 하여 「제조물 책임법」도 소프트웨어의 제조물성에 대한 명시된 규정이 없기 때문에 논의한 것처럼 해석론에 의해 한정적으로 인정되는 실정이다.

이에 본 논고는 위 문제점과 관련하여 다음과 같은 개선방안을 제시하였다. 민법의 경우 제 758조 제2항에 호를 신설하여 “수목의 재식 또는 보존에 하자있는 경우” 외에 ‘인공지능을 갖춘 자율운행기기의 관리에 하자있는 경우’를 포함하는 개정안을, 상법의 경우 항공운송편 제 896조의 단서조항을 삭제하는 개정안을, 「제조물 책임법」의 경우 제2조 제1호의 제조물 정의에 제조물과 불가분 관계에 있는 소프트웨어를 추가하는 개정안이 그것이다. 이 외에도 「드론손해배상 보장법」이라는 신규 법제를 제정하는 개선방안을 제시하였다. 물론 자율비행드론의 상용화가 아직 목전에 있지 않음에도 너무 이른 대처를 취해 해당 산업을 고사시키는 것 아니냐는 비판이 제기될 수 있으나, 오늘날처럼 미래에 대한 예측이 기존과 비교할 수 없을 만큼 불확실할 정도로 발전하는 시대에 미리 고민을 하지 않는다면, 시행착오를 토대로 새로이 논의를 시작해야하는, 즉 공백기가 발생하는 것을 피할 수 없을 것이다. 그리고 그렇게 된다면 이미 상당한 피해를 입은 사람들이 있을 것이고, 그 피해의 배상을 누구에게 받아야 하는지 등의 문제에 대해 사람들은 혼란을 겪을 수밖에 없을 것이다. 결국 미래로 향하면 향할수록 불확실성이 기하급수적으로 증가하는 시대 속에서 법률의 공백기에 대해 신경을 쓰지 않거나 늦게 대처한다면, 그것이 어떤 분야이든 기존과 상이한 패러다임 하에 발생하는 문제들에 무방비하게 노출

될 것이다.

이러한 경향을 토대로 생각해보면 미래의 인류는 자율비행드론뿐만 아니라 그 외의 여러 자율운용기기를 개발하여 제도권에 들일 것이라고 예상해볼 수 있다. 그리고 이렇게 일상생활에 미치는 영향이 상당할 자율운용기기의 도입은 마찬가지로 위에서 언급한 문제점들을 고스란히 가질 것이다. 추후에는 본 논고가 제안한 내용에서 더 나아가 보험 등의 문제에 대해 자율비행드론에 국한되지 않고 모든 자율운용기기에 관해 통일되게 규율하는 법안의 제정을 고려할 필요가 있다고 생각된다.

참 고 문 헌

I. 국내문헌

- 계승균, “인공지능에 관한 몇 가지 법률적 검토”, 「사법」 제1권 제39호, 사법발전재단, 2017.
- 김상용, 「채권각론」 제2판, 화산미디어, 2014.
- 김성미a, “소프트웨어 산업 발전에 따른 책임귀속의 문제점과 불법행위법의 한계 : 소형 무인 비행장치 소프트웨어를 중심으로”, 「민사법학」 제87권 제87호, 한국민사법학회, 2019.
- _____b, “소형드론 운항자에 대한 동물점유자책임 유추해석 가능성”, 「한국항공우주정책·법학회지」 제34권 제2호, 2019.
- _____c, “드론의 현행 법적 정의와 상업적 운용에 따른 문제점”, 「한국항공우주정책·법학회지」 제33권 제1호, 한국항공우주정책·법학회, 2018.
- 김진우a, “지능형 로봇과 민사책임”, 「저스티스」 제164호, 한국법학원, 2018.
- _____b, “소프트웨어 업데이트에 관한 민사적 법률문제-임데디드 시스템을 중심으로-”, 「민사법학」 제86호, 한국민사법학회, 2019.
- 박수만, “미니드론 자율비행에 관한 연구”, 광운대학교 석사학위논문, 2017.
- 박창석, “미국의 무인항공기 활용과 규제에 관한 연구”, 「한양법학」 제25권 제3호, 한양법학회, 2014.
- 백경희, “자율주행자동차의 시험주행에 대한 규제에 관한 고찰”, 「동아법학」 제79호, 동아대학교 법학연구소, 2018.
- 송덕수, 「신민법강의」 제13판, 박영사, 2020.
- 안재훈, “자율주행차와 드론을 이용한 물류에서 발생하는 법률문제에 관한 연구”, 인하대학교 석사학위논문, 2019.
- 안효정·박종혁·유승우, “민간 무인항공기시스템 인증체계 현황 및 관련규정 연구 동향 분석”, 「한국항공우주학회지」 제42권 제10호, 항공우주학회, 2014.
- 윤지영, “집행기관의 드론 이용에 관한 법적 쟁점과 입법적 개선 방안”, 「형사법의 신동향」 제51호, 대검찰청, 2016.
- 이경준·문대섭, “드론의 철도산업 활용제안”, 「철도저널」 제18권 제4호, 한국철도학회, 2015.

- 이상수·사업관리팀 기획평가단, “4차 산업혁명 시대, 소프트웨어의 제조물책임 입법 이슈”, 「제4차 산업혁명과 소프트파워 이슈리포트」 제16호, 정보통신산업진흥원, 2017.
- 이승철·정해동·박승태·김수현, 「딥러닝」, Journal of KSNEVE 제27권 제3호, 한국소음진동공학회, 2017.
- 이충훈, “자율주행자동차의 사고에 대한 민사법적 책임”, 「법학연구」 제19권 제4호, 인하대학교 법학연구소, 2016.
- 정진명, “인공지능에 대한 민사책임 법리”, 「재산법연구」 제34권 제4호, 한국재산법학회, 2018.
- 정혜옥, “과실의 개념에 관한 연구”, 「법학논문집」 제36권 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 2012.
- 채송화·김현중, “상업용 드론 투자 현황 분석”, 「한국통신학회 학술대회논문집」 제6호, 한국통신학회, 2016.
- 최병록, “자율주행자동차에 있어서 제조물책임의 주요 쟁점에 관한 연구”, 「IT와 법 연구」 제14호, 경북대학교 IT와 법연구소, 2017.
- 한국교통연구원·한국항공우주연구원, 「드론 활성화 지원 로드맵 연구」, 국토교통부, 2017.
- Ray Kurzweil(김명남·장시형 역), 「특이점이 온다(The Singularity is near)」, 김영사, 2007.

II. 기타자료

- 경상북도, “「4차 산업혁명 기반 드론 산업」 국내외 동향연구 보고서”, 한국드론협회, 2019.
- 과학기술정보통신부, 「자율주행자동차 국내외 입법 비교분석과 정책대안」, 과학기술&ICT정책·기술동향 제128호, 2018.
- 대법원 1976. 7. 18. 선고 66다1938 판결.
- 대법원 1988. 10. 24. 선고 87다카827 판결.
- 대법원 1994. 12. 27. 선고 94다35022 판결.
- 대법원 1998. 3. 13. 선고 97다34112 판결.
- 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다12532 판결.
- 대법원 2002. 7. 12. 선고 2001다46440 판결.

316 동국법학 제1권

대법원 2004. 3. 12. 선고 2003다16771 판결.

대법원 2006. 1. 26. 선고 2004다21053 판결.

대법원 2008. 3. 13. 선고 2007다29287·29294 판결.

대법원 2008. 2. 28. 선고 2007다52287 판결.

대법원 2017. 8. 29. 선고 2017다227103 판결.

박동진, 「제조물책임법 개정방안 연구」, 2012년도 법무부/공정거래위원회 연구용역과제보고서, 2012.

서울중앙지방법원, 「손해배상 소송실무」, 사법발전재단, 2017.

서울중앙지방법원 2006. 11. 3. 선고 2003가합32082 판결.

서울중앙지방법원 2019. 7. 26. 선고 2018나64698 판결.

이창현, “위험책임에 관한 연구”, 「2011년도 법무부 연구용역 과제보고서」, 연구보고서, 2011.

감염병의 예방 및 관리에 관한 법률상의 COVID-19 극복 시 확진자 정보 등 개인정보처리에 대한 비판적 연구

-법률유보의 원칙과 과잉금지의 원칙상의 평가를 중심으로-

이재영(법03)

[목 차]

| | |
|------------------------------|--------------------------------------|
| I. 서론 | III. 감염병 확산 방지를 위한 개인정보처리 현황과 문제점 |
| II. 국내 감염병 확산 방지 제도와 그 배경 | IV. 결론 및 제언 |

I. 서론

2019년 12월 중국 우한 시작의 개연성이 큰 ‘코로나바이러스감염증-19’(이하 코로나 19)는 9월 현재 전 세계 확진자 2천 7백만 명을 발생시키며 인류 모두의 삶을 바꿔놓고 있다.¹⁾ 한국 정부는 대구 신천지, 광화문 집회 집단 감염 시 일부 조사거부 등의 비협조에도 불구하고, 빠르고 광범위한 방역으로 어느 정도 성공을 거두면서 많은 국가의 관심을 받고 있다. 이런 방역 결과에 정부는 3T(test, trace, treat) 요소를 강조하고 있지만, 특히 휴대전화 GPS, 재난 알림 문자 등 과도한 위치정보 수집 및 확진자 정보 공개 범위의 포괄성에 대한 비판적 논의가 있다.

질병관리청과 중앙재난안전대책본부의 감염병 감소 대책은 메르스 사태 당시 비판점을 수용해서 개정된 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」(이하, ‘감염병 예방법’이라 한다)을 근거로 시행되고 있다. 하지만 개정 후 처음으로 맞는 감염병 사태가 ‘범유행 전염병’ 단계까지 치달는 혹은 종교 및 집회의 자유 침해라는 논란을 불러오는 코로나 19이었고, 과도기를 정확하게 분석할 시간도 없이 정책이 실행되면서 예상하지 못한 문제들이 발생하고 있다. 특히 국가적 재난이라는 명목하에 실시되는 ‘행정상 즉시강제’가 발생하면서 ‘법치국가로부터의 도피’라는 비

1) 이 논문은 “법률 제17491호, 2020. 09. 29. 일부개정” 이전을 전제로 작성되었음

판도 나오는 상황이다.

헌법 제37조 제2항에 따라서 ‘국민의 모든 자유와 권리는 국가 안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써’ 제한할 수 있다. 하지만 이는 조문에 명시된 대로 ‘법률로써’ 제한할 수 있는 것이고, ‘법률로써’ 제한한다고 하더라도 국민의 기본권을 제한할 때는 반드시 과잉금지의 원칙을 따라야만 한다. 그렇기 때문에 현재 감염병 예방법을 바탕으로 실행되고 있는 감염병 감소를 위한 개인정보처리 정책과 그 근거가 과연 기본권 침해 요건에 있어서 합치되는지 연구할 필요가 있다. 필자는 이번 연구를 통해 감염병 확진자 정보 등 개인정보처리에 대한 제도 정착에 있어서 판례와 해외사례를 통해 분석, 연구해서 앞으로의 법률적 동향에 대해 제언하고자 한다.

II. 국내 감염병 확산 방지 제도와 그 배경

1. 국내 감염병 확진자 정보 공개 제도의 배경

가. 메르스 사태

메르스(MERS, Middle East Respiratory Syndrome)는 그 줄임말처럼 중동지역을 중심으로 2012년 인간에게 처음 발생한 질병으로, 사우디아라비아에서 가장 먼저 발생했다고 전해진다. 약 98% 이상이 중동지역에서 나타났고, 2015년 7월까지 전 세계 1,392명 확진자를 만들었으며, 약 40%의 치사율로 538명을 사망에 이르게 한 감염병이다. 첫 발병 이후 약 3년 후인 2015년 5월 20일 국내에서도 메르스 사태가 시작됐다. 사우디아라비아, UAE, 바레인 순서로 입국한 첫 번째 국내 확진자는 5월 4일 입국해서 약 일주일 만에 고열과 근육통으로 평택성모병원과 삼성의료원 응급실에 내원했다.²⁾ 국내 총 4개의 의료기관을 첫 번째 확진자가 방문하면서 의료진과 기타 접촉자들이 바이러스에 노출되었다. 하지만 당시에는 메르스의 위험도와 전파력을 제대로 알지 못했고, 역학조사 및 시설폐쇄 등의 조치가 즉각 취해지지 않으면서 걷잡을 수 없이 메르스의 위험에 노출되었다. 초기에 확진자가 많지 않았을 때도 보건당국이 제대로 확진자를 특징짓지 못해 3, 4차 감염자가 나오거나, 해외여행 자제 권고에도 중국 출장을

2) 정종구·손정구, “코로나19 동선 공개에 대한 법적 고찰”, 「법학논고」 제70호, 경북대학교 법학연구원, 2020, 105-106면.

강행한 확진자 등 여러 문제를 야기하면서 약 3개월 동안 전국적으로 유행했다.³⁾ 2015년 12월 23일 자정에 WHO 기준을 통해 국내 유행 종료 선언을 하기까지 총 확진자 186명 중 38명 사망, 퇴원 146명으로 약 20%의 치사율을 보였고, 약 17,000여 명의 격리자를 만든 감염병이었다.⁴⁾

메르스 발병사례의 98%는 중동지역에서 나타났기 때문에, 사실상 우리나라의 이런 대대적인 메르스 유행은 상당한 충격을 가져왔다. 현재까지 한국의 메르스 확진자와 사망자 수는 세계 2위로 남아있고, 비중동 국가 중에서는 압도적인 1위의 수치를 보였다.⁵⁾ 이러한 국내에서의 방역 실패로 인해 국제적 유행 감염병에 대한 관리, 방역체계에 대한 의문과 근거 법령체계에 대한 부재를 비판하는 목소리가 커졌다. 특히, 이하 서술할 법률 개정 전에는 메르스를 법정전염병으로 규정할 수조차 없어서 법의 사각지대에 대한 비판이 거셌다. 또한 당시 감염병 문제를 지휘하는 정부가 질병 및 확진자 정보 등을 풀지 않고, 오히려 정확하지 않은 정보를 공개하기도 해서 이에 대한 비판과 대책 마련이 촉구되기도 했다.⁶⁾

나. 사태 이후 입법 동향

「2015 메르스 백서」를 통해 가장 먼저 문제점으로 거론된 메르스를 법적으로 정의할 수 없다는 것을 보완하기 위해 2015년 7월 6일 감염병 예방법이 개정되었다. 이때 이후로 메르스는 제4군 법정 감염병으로 지정될 수 있었다. 또한 국가 및 행정기관, 의료계, 국민의 감염병 사태에 대한 권리와 의무가 전반적으로 강화되었고, 빠른 초동대처가 불가능했던 이유인 방역 및 역학조사관의 권한 부재를 거울삼아 권한을 법문화시켰다. 이외에도 감염병 병원체를 확인하는 기관의 신고 의무, 관련 정보 수집에 관계된 기관의 협조 의무, 정보시스템 확충을 규정하기도 했다.⁷⁾

2020년 1월 1일에는 1부터 4의 군으로 단순하게 감염병을 분류하던 체계를 새로 정립해서 심각도, 전파력, 격리 수준, 신고 시기를 고려해서 감염병을 1부터 4의 급으로 나누게 되었다. 법에서는 “생물 테러 감염병 또는 치명률이 높거나 집단발생의 우려가 커서 발생 또는 유행 즉

3) 윤종태, “국내 메르스 MERS 사태가 남긴 과제와 법률에 미친 영향에 대한 소고 小考”, 「의료법학」 제16권 제2호, 대한의료법학회, 2015, 265면.

4) 보건복지부a, 「2015 메르스 백서」, 보건복지부, 2016, 15면.

5) 한국경제(2015.06.08), “[메르스 사태] 단숨에 세계 2위 메르스 발병국…정부 “3차 유행 가능성은 낮아””, <https://www.hankyung.com/society/article/2015060857941>(검색일 : 2020. 09. 08.).

6) 윤종태, 앞의 논문, 272면.

7) 보건복지부a, 앞의 책, 15면.

시 신고하여야 하고, 음압 격리와 같은 높은 수준의 격리가 필요한 감염병, 갑작스러운 국내 유행 또는 유행이 예견되어 긴급한 예방·관리가 필요하여 보건복지부 장관이 지정하는 감염병”⁸⁾을 제1급 감염병이라고 정의하면서 메르스를 제1급 감염병으로 분류하였다.

또한 앞서 정부의 정보 독점과 공개 오류 등이 비판을 야기했다고 말한 것처럼 확진자와 질병정보에 대한 공개에 대해서도 법 개정이 이루어졌다. 실제 메르스 사태 당시 감사 결과 보고서에서는 초기 방역 실패도 메르스 확산의 주원인이었지만 정보공유가 제대로 이루어지지 않았기 때문임을 제2원인으로 꼽기도 했다. 국민적 여론에서도 확진자 동선을 즉각 정부가 공유하고, 확진자 접촉에 대한 자각을 국민 스스로가 할 수 있게 만들었다면 개별 확진자의 메르스 감염 여부를 쉽게 파악할 수 있고, N차 감염도 막을 수 있었지 않았냐는 이야기가 많았다.⁹⁾ 이런 필요성에 힘입어 보건복지부는 “질병관리청장은 국민의 건강에 위해가 되는 감염병 확산 시 감염병 환자의 이동 경로, 이동수단, 진료의료기관과 접촉자 현황 등 국민이 감염병 예방을 위하여 알아야 하는 정보를 신속히 공개하여야 한다. 다만, 공개된 사항 중 사실과 다르거나 의견이 있는 당사자는 보건복지부 장관에게 이의신청을 할 수 있다.”¹⁰⁾라는 「감염병 예방법」 제34조의2를 신설하여 본격적으로 감염병 확진자 동선 공개를 할 수 있는 근거를 법문화했다. 이는 정보 비공개로 인해 허위사실 유포 등의 부작용이 이루어지기도 했고, 감염병 확진자에 대한 확실한 정보가 공개되지 않았기 때문에 국민이 자체적으로 예방조치를 할 수 없었고, 자발적으로 선별검사를 받으러 가는 유인을 줄였기 때문에, 이를 전체적으로 고려해서 반성적 차원의 개정안을 냈다고 볼 수 있다.¹¹⁾

8) 법률 제15534호, 2018. 03. 27. 일부개정

9) 보건복지부a, 앞의 책, 304면.

10) 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제34조의2 (법률 제17491호, 2020. 09. 29., 일부개정 : 제34조의2(감염병위기 시 정보공개) ① 질병관리청장, 시·도지사 및 시장·군수·구청장은 국민의 건강에 위해가 되는 감염병 확산으로 인하여 「재난 및 안전관리 기본법」 제38조 제2항에 따른 주의 이상의 위기경보가 발령되면 감염병 환자의 이동경로, 이동수단, 진료의료기관 및 접촉자 현황 등 국민들이 감염병 예방을 위하여 알아야 하는 정보를 정보통신망 게재 또는 보도자료 배포 등의 방법으로 신속히 공개하여야 한다. 다만, 성별, 나이, 그 밖에 감염병 예방과 관계없다고 판단되는 정보로서 대통령령으로 정하는 정보는 제외하여야 한다. ② 질병관리청장, 시·도지사 및 시장·군수·구청장은 제1항에 따라 공개한 정보가 그 공개목적의 달성 등으로 공개될 필요가 없어진 때에는 지체 없이 그 공개된 정보를 삭제하여야 한다. ③ 누구든지 제1항에 따라 공개된 사항이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 질병관리청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 서면이나 말로 또는 정보통신망을 이용하여 이의신청을 할 수 있다. 1. 공개된 사항이 사실과 다른 경우 2. 공개된 사항에 관하여 의견이 있는 경우 ④ 질병관리청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제3항에 따라 신청한 이의가 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 지체 없이 공개된 정보의 정정 등 필요한 조치를 하여야 한다. ⑤ 제1항부터 제3항까지에 따른 정보공개 및 삭제와 이의신청의 범위, 절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.)

11) 정종구·손정구, 앞의 논문, 108면.

감염병의 예방 및 관리에 관한 법률상의 COVID-19 극복 시 확진자 정보 등 321 개인정보처리에 대한 비판적 연구

2020년 6월 4일에는 흔히 '코로나 3법'이라고 불리는 「감염병 예방법」, 「검역법」, 「의료법」 3개의 법 개정을 통하여 “감염병 위기 시 대국민 정보공유의 중요성을 고려하여 감염병 위기 시 감염병 환자의 이동 경로 등에 대한 정보 공개 범위와 절차를 구체화하도록”¹²⁾ 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 시행규칙」 제27조의4를 개정했다.

2. 확진자 정보 공개 범위의 변천

가. '확진자 정보 등 동선 공개 안내 1판'

코로나 19 사태가 대외적으로 불어진 건 2019년 12월 30일 중국 후베이성 우한시의 보건위 원회가 원인을 알 수 없는 유행성 폐렴에 증상을 보이는 환자가 있다면 즉각 보고하라는 공문을 보내면서였다. 이 원인불명의 폐렴 증세를 보이는 사례는 2019년 12월 1일 같은 우한시에서 의료진에 의해 발견되었고, 12월 12일에 최초로 보고되었다. 결국 12월 31일, 27명이 원인을 알 수 없는 폐렴이 발병했다는 내용의 보고가 WHO까지 미치게 되었고, 2020년 1월 10일에는 우한 위생 당국의 발표를 통해 최초의 사망자까지 나왔음을 알 수 있었다.

2019년 12월 31일에 보고를 받은 WHO가 정식으로 우한시에서 발생한 원인불명의 폐렴에 대해서 경고를 했고, 우리나라는 일찍이 대비하기 시작한다. 이미 2015년의 메르스 사태로 인해서 많은 곤욕을 치렀던 우리나라는 1월 3일부터 검역을 강화하는 조치를 했다. 중국과의 전면적 지역 차단책은 실시하지 않았다. 그러던 2020년 1월 20일, 인천국제공항으로 입국한 중국 국적의 35세 여성이 첫 국내 확진자 판정을 받으면서 우려했던 감염병 사태가 시작됐다.¹³⁾

2015년 7월 6일 「감염병 예방법」이 개정되어 감염병 확진자에 대한 정보 공개 의무 등이 본격적으로 성문화되었고, 이에 따라 감염병 사태가 터졌을 때 적극적인 조치가 예상되었다. 「감염병 예방법」 제34조의2의 정보 공개 의무에 따라 감염병 확진자, 접촉자의 동선 정보를 제공 받은 질병관리청장과 지방자치단체는 동선 정보를 국민에게 공개한다. 동선 공개의 목적은 역시 정보 주체의 개인정보¹⁴⁾보호보다 국민의 감염병 전파에 대한 정보에 대한 알권리를 충족시

12) 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 시행규칙 제27조의4

13) 위키백과, “코로나19 범유행의 경과”, https://ko.wikipedia.org/wiki/%EC%BD%94%EB%A1%9C%EB%82%9819_%EB%B2%94%EC%9C%A0%ED%96%89%EC%9D%98_%EA%B2%BD%EA%B3%BC(검색일 : 2020. 09. 15.).

14) 이진규b, “미국·EU·일본에 있어서 개인정보의 개념과 범위 비교”, 「KISA REPORT 8월호」, 한국인터넷진흥원, 2020, 8-9면(특정 개인에 관한 정보인 한 그 정보의 내용, 성질, 형태를 불문하고 모든 정보가 개인정보에 해당한다. 또한 객관적 정보, 주관적 정보, 진실, 거짓, 정보의 오류는 개인 정보성 판단에 불필요하다. 일상생활 속 내밀한 정보뿐 아니라 직업, 근로관계, 경

키고, 역학조사로 찾기 힘든 미지의 접촉자를 찾아내기 위함이다.¹⁵⁾

「감염병 예방법」이 개정되고 나서 확진자 동선 공개 제도를 사실상 최초로 선보이게 되었기 때문에 과도기적인 문제가 나타났다. 제대로 확진자 동선 공개에 대한 기준이 확립되지 않았기 때문에 중앙재난안전대책본부뿐만이 아니라 전국 각 지방자치단체가 자체적으로 생산해낸 확진자 정보들이 혼합되어 나오게 되었고, 확진자의 신상정보가 그대로 대중들에게 들어가게 되었다. 또한, 이러한 정보가 각 행정기관뿐만이 아니라 언론, SNS를 타고 급속도로 뻗어나갔기 때문에 파급력이 상당했다.¹⁶⁾

첫 번째 확진자는 바로 나이, 성별 정도의 공개로 식별가능성이 없는 상태에서 인천공항에서 격리되었지만 두 번째 확진자부터 중앙재난안전대책본부와 지방자치단체별로 공개한 확진자 동선에는 신원을 특정할 수 있는 정보가 내포되어있었다. 두 번째 확진자는 나이, 성별, 입국 당일 타고 왔던 항공편, 공항에서 자택으로의 이동 수단, 역학 조사상 접촉자 수까지 전부 알 수 있었고, 세 번째 확진자의 경우 나이, 성별, 방문한 편의점 이름, 이동 수단, 방문한 성형외과 이름, 투숙한 호텔 위치 소재 등이 공개되기도 했다. 특히 세 번째 확진자의 경우 강남 일대를 산책했다는 동선 정보가 알려지기도 했고, 알리기 싫은 사생활 때문에 동선 조사에 비협조적이었던 것이 뉴스를 탔었기 때문에 많은 사람들이 세 번째 확진자의 정보에 대해 많은 관심을 가지기도 했었다. 그렇게 초반에 확진 판정을 받은 확진자 중에서는 지방자치단체의 자체적인 정보 공개 기준에 의해 거주하는 아파트까지 밝혀진 적이 있었다.

2월 18일 국내 31번 확진자로부터 시작된 ‘신천지 사태’를 기점으로 확진자 수가 폭발적으로 늘게 되면서 대구광역시를 중심으로 덩달아 확진자 정보 및 동선 공개에도 불이 붙기 시작했다. 국내 31번 확진자가 신천지 소속 대구교회의 신도라는 것이 알려졌고, 이에 대해 방역 당국이 신천지 집단에 대해 협조를 요구했지만, 신자들과 신천지 관계자가 비협조적으로 나왔기 때문이다. 투명하고 빠른 정보 공개가 이 정책의 핵심이었던 만큼 비협조적 태도 때문에 역학 조사에 혼란이 빚어졌다. 시민들의 여론과 방역 당국의 위기감 때문에 확진자 수에 대한 발표와 함께 많은 사람의 동선, 신상정보가 지방자치단체들에 의해 공개되게 되었다.

이렇게 폭발적으로 확진자들의 정보가 공개됨으로 인해 생각보다 많은 사생활 및 개인정보 침해를 야기한다는 사실을 인지하기 시작했고, 3월 9일에는 국가인권위원회가 과도한 코로나

제적, 사회적 행동에 대한 정보, 공개된 정보까지 개인정보에 포함한다).

15) 오마이뉴스(2020.07.14), “코로나19 확진자들은 '재감염'보다 'OOOO'을 더 무서워했다”, http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002658069&CMPT_CD=P0010&utm_source=naver&utm_medium=newsearch&utm_campaign=naver_news (검색일 : 2020. 09. 15.).

16) 오마이 뉴스, 앞의 뉴스.

**감염병의 예방 및 관리에 관한 법률상의 COVID-19 극복 시 확진자 정보 등 323
개인정보처리에 대한 비판적 연구**

19 확진자의 사생활 공개에 대해 성명을 내기도 했다. 이날 국가인권위원회는 코로나 19 확진자의 이동 경로를 알리는 과정이었지만 필요 이상으로 사생활에 관한 정보를 노출 시켰음에 우려를 표했다. 사생활이 원치 않게 노출되어 인권이 침해되는 것은 물론, 인터넷 등지에서 개별 확진자에 대한 비난과 조롱, 동선을 바탕으로 한 확진자의 행동거지에 대한 혐오와 비난 등이 일어나는 것을 매우 유감스러워했다. 이런 이유로 국가인권위원회는 사생활 노출을 꺼리는 사람들이 생겨 기존의 의도와는 반대로 신고와 검사를 피하게 될 수도 있다고 말하며 보건당국의 합리적이고 세부적인 공개 기준의 정립을 요구하였다.¹⁷⁾

이러한 흐름에 맞추어 중앙방역대책본부는 3월 14일 ‘확진환자의 이동 경로 등 정보 공개 안내’라는 이름으로 확진자 정보 공개에 대한 가이드라인을 발표했다. 구체적인 내용은 아래와 같다.

확진자 정보 등 동선 공개 안내

- 공개대상: 감염병 환자(감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제2조 제13호)
- 공개 시점: 「재난 및 안전관리 기본법」 제38조 제2항에 따른 주의 이상의 위기 경보 발령 시
- 공개범위: 감염병 환자의 이동 경로, 접촉자 현황 등의 정보 공개는 역학적 이유, 법령상의 제한, 확진자의 사생활 보호 등의 다각적 측면을 고려하여 감염병 예방에 필요한 정보에 한하여 공개함
- (개인정보) 개인을 특정하는 정보를 공개하지 않음 (국가인권위원회 권고사항)
- (시간) 코로나19는 증상 발생 1일 전부터 격리일까지
- (장소·이동수단) 확진자의 접촉자가 발생한 장소 및 이동수단, 시간적·공간적으로 감염을 우려할 만큼의 확진자와의 접촉이 일어난 장소 및 이동수단을 공개함
- 해당공간 내 모든 접촉자가 파악된 경우 공개하지 않을 수 있음¹⁸⁾

중앙방역대책본부에선 이 가이드라인을 「감염병 예방법」 제2조, 제6조, 제34조의2를 법적 근거로 한 가이드라인임을 밝혔다. 국가인권위원회의 권고사항을 고려한 내용으로, 방역 초기에 신경 쓰지 못했던 확진자 사생활 보호의 측면을 지켜줄 수 있는 가이드라인이었다. 공개범위에서 말하듯 무분별한 정보 공개가 아닌 감염병 예방에 필요한 정보만을 한정해서 공개해야 한다

17) YTN(2020.03.09), “인권위원장 "코로나19 동선 공개, 사생활 과도하게 노출"”, https://www.ytn.co.kr/_ln/0103_202003091600064805(검색일 : 2020. 09. 15.).

18) 중앙방역대책본부 환자·접촉자관리단, 「확진환자의 이동경로 등 정보 공개 안내」, 중앙방역대책본부, 2020. 03. 14.

는 것을 강조한 가이드라인이다. 개인을 특정할 수 있는 동선 정보, 확진자 거주지 세부 주소는 공개하지 않도록 했고, 직장정보 역시 접촉자가 많아 공개할 필요성이 있을 때를 제외하고 공개하지 않게 했다. 또한 불필요한 정보 공개를 미리 방지하기 위해서 모든 접촉자가 파악되었으면 공개하지 않아도 된다고 했다.

나. ‘확진자 정보 등 동선 공개 안내 2판’

1판 가이드라인을 발표한 후 중앙방역대책본부는 4월 12일에 2판을 발표하면서 확진자의 사회적 낙인효과 발생 억제를 위해 가이드라인을 수정하고 있다. 2판에서는 “㉓ 공개 기간 : 정보 확인 시 ~ 확진자가 마지막 접촉자와 접촉한 날로부터 14일 경과 시”¹⁹⁾를 추가했다. 이는 확진자 정보가 삭제되지 않고 지속적으로 노출될 수 있다라는 비판 때문에 바뀐 내용으로, 확진자 정보는 2주일가량만 공개할 수 있도록 권고한 내용이다.

다. ‘확진자 정보 등 동선 공개 안내 3판’

2판이 발표된 이후에도 곧바로 개인정보 유출을 최소화할 수 있었음에도 충분치 못하다는 지적이 있었다. 수정을 거치면서 개인정보보호의 정도가 높아지긴 했지만, 가이드라인에서 정하는 사안을 보다 명확하게 할 필요가 있다는 지적이었다. 예시로 6월 3일에 진보네트워크라라는 정보 보호 시민단체의 성명서를 들면, 중앙방역대책본부 등의 방역 당국이 위치정보를 제공받을 필요성은 있을지언정 기본권 침해는 과도해서는 안 됨을 거듭 강조했다. 확진자와 접촉자의 개인 신상정보가 최대한 드러나지 않도록 처리 방식을 강구해야 하며, 개별 확진자를 특정하기 힘들게 시간과 장소를 목록화해서 공개하는 식으로 해야 한다고 제안하기도 했다. 또한 메르스 사태 때 수집된 개인정보 역시 아직 처리가 불분명한 만큼 코로나 19로 인해 수집된 개인정보와 동선 정보 역시 파기 시한을 분명히 정해 삭제해야 한다고 설명했다.²⁰⁾

이런 시민사회의 목소리에 대응해 6월 30일에는 3판이 나오게 되었다. 수정된 내용은 다음과 같다.

19) 중앙방역대책본부 환자·접촉자관리단, 「확진환자의 이동경로 등 정보 공개 안내 2판」, 중앙방역대책본부, 2020. 04. 12.

20) 진보네트워크센터(2020.06.13), “[공개질의] 감염병 역학조사 필요하지만, 중대한 정보인권 침해는 개선돼야”, <http://act.jinbo.net/wp/43013/>(검색일 : 2020. 09. 20.).

- 공개 기간이 경과되면 장소 등 공개내용을 삭제함
- 성별, 연령, 국적, 거주지 및 직장명 등 개인을 특정하는 정보를 공개하지 않음
- 읍·면·동 단위 이하 정보는 공개하지 않음
- 시간에 따른 개인별 동선을 공개하지 않고, 장소목록 형태로 지역(시도, 시군구), 장소 유형, 상호명, 세부주소, 노출일시, 소독여부 정보를 공개함
- 집단발생 관련 “반복대량 노출장소”는 중앙방역대책본부에서 공개하므로 지자체에서 공개하지 않음²¹⁾

14일이라는 공개 기간을 2판에서 이미 두었지만 이에 대한 삭제 문구를 추가하였으며, 자의적으로 해석할 수 있는 ‘개인을 특정하는 정보’에 있어서 구체적으로 성별, 연령, 국적, 거주지 등으로 특정하는 문구를 추가했다. 또한, 주소 역시도 읍, 면, 동 이하의 주소는 공개하지 않기로 했고, 많은 시민사회가 요구한 대로 개별 동선이 아닌 데이터베이스화 된 목록공개로 변경할 수 있도록 권고하기도 했다. 마지막으로, 무분별한 지방자치단체의 중복 정보 공개를 피하고자 ‘반복 대량 노출 장소’에 대해서는 지방자치단체 공개를 막는 문구를 만들기도 했다.

3. 코로나 19 역학조사 지원 시스템

메르스 사태에서 큰 경각심을 얻은 우리나라 정부는 확진자 정보 공개 시스템뿐만이 아닌 체계적이고 신속한 역학조사를 위한 시스템과 입법사항을 고안한다. 먼저 보건복지부는 2015년 7월 6일 「감염병 예방법」 개정(법률 제13392호, 2015. 07. 06., 일부개정)에서 역학조사 시스템의 근거 조항이 될 조문들을 개정 및 신설한다. 특히 제18조의4, 제74조의2, 제76조의2 등의 조문을 신설해서 감염병 사태 시 역학조사를 위해 필요한 자료와 정보를 요구 및 제공하는 상황에 대해 명확히 규정했다. 제18조의4 제1항에서는 “질병관리청장이 제18조(역학조사)에서 말하는 역학조사를 효율적으로 시행하기 위해 지방자치단체 및 기관에 역학조사에 필요한 자료제출을 요구할 수 있다.”라고 규정했고, 제76조의2 제2항에서는 “질병관리청장은 감염병 예방 및 감염 전파의 차단을 위하여 감염병환자 등 및 감염이 우려되는 사람의 위치정보를 경찰관서의 장에게 요청할 수 있다.”라고 규정하면서 역학조사를 위한 자료 수집 절차를 원활하게 했다. 추가로 2015년 12월 29일에 제76조의2 제2항을 한 번 더 개정(법률 제13639호, 2015. 12. 29., 일부개정)하면서 “정보 제공 요청을 받은 경찰관서의 장은「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한

21) 중앙방역대책본부 환자·접촉자관리단, 「확진환자의 이동경로 등 정보 공개 안내(3판)」, 중앙방역대책본부, 2020. 06. 30.

법률」에 따른 위치정보사업자, 「전기통신사업법」에 따른 전기통신사업자에게 위치정보를 요청할 수 있다.”고 규정했다.

감염병 사태에 있어서 정보 제공 요청 및 수집, 제60조의2에서 역학조사관의 업무 등을 법률로 규정한 정부는 신속한 감염병 역학조사를 위한 자동화 시스템을 개발한다. 원래의 역학조사는 역학조사관이 확진자에 대한 인터뷰를 통해서 신용카드 정보나 CCTV 정보 등을 취합해서 그 사람의 동선이 정말 맞는지 검증하는 방식이었다. 하지만 2020년 3월 26일부터 시행된 ‘코로나 19 역학조사 지원 시스템’은 대규모 도시 데이터를 수집 및 처리하는 ‘스마트시티 연구개발 기술’을 활용해서 개정된 「감염병 예방법」에서 규정하는 역학조사 절차를 자동화한 시스템이다. 이는 질병관리청, 경찰청, 여신금융협회, 통신사 3곳, 그리고 22개 신용카드사 등 28개 기관이 연계되어서 시행되는 시스템이며, 이를 통해 공문, 유선 연락 등으로 주고받던 정보를 통합 정보시스템으로 관리하게 되었다. 자동화된 시스템 덕분에 역학조사 분석 시간을 10분 이내로 감소시켰고, 대규모 집단 감염에도 신속하게 대응할 수 있게 되었다.²²⁾ 이는 위치정보뿐만 아니라 결제정보도 한 시스템 안에서 취합할 수 있는 시스템이다. 정부는 현재 이 시스템을 해외 출입국관리기록이나 의료기관 이용내용 데이터, 현재 시행하고 전자출입명부 시스템과 연계하는 식으로 더욱 고도화시키고 있다. 정보 집적이 높아질수록 효용은 높아지겠지만 인권침해 또한 높아지기에 그 공유기관의 범위를 법규화하여 제한할 필요가 있다.

Ⅲ. 감염병 확산 방지를 위한 개인정보처리 현황과 문제점

1. 개인정보자기결정권의 제한 및 제한의 한계

헌법재판소의 표현을 빌리자면 개인정보자기결정권은 ‘자신에 대한 정보가 언제, 어떻게 어느 범위 내에서 타인에게 이용 또는 활용되게 할 수 있는 지를 해당 개인(정보 주체) 스스로 결정할 수 있는 권리’²³⁾이다. 개인정보자기결정권은 정보 혁명이라고도 일컬어지는 정보화 사회에 있어서 발생하는 개인정보 처리에 대한 헌법적 논의에서 나온 개념이다. 개인의 인격 구성요소가 온, 오프라인상 기록으로 인해 다른 사람에게 들어간다는 위험을 차단하는 기본권보다는 자

22) 백두현, “스마트시티에서 코로나19 전염병 방역체계와 응급의료체계의 발전 방향”, 「ITS Brief」 제10권 제3호, 2020, 8-10면.

23) 헌법재판소 2005. 07. 21. 선고 2003헌마282·425(병합) 결정; 헌법재판소 2005. 05. 26. 선고 99헌마513·2004헌마190(병합) 결정.

**감염병의 예방 및 관리에 관한 법률상의 COVID-19 극복 시 확진자 정보 등 327
개인정보처리에 대한 비판적 연구**

신의 개인정보를 스스로 사용, 수익, 처리, 즉 자율적 결정을 할 수 있도록 침해를 차단해주는 기본권이라고 볼 수 있다. 정보화 시대인 만큼 개인정보의 활용은 정보사회에 있어서 필수적이고 활용 가치가 높기 때문이다. 그렇기 때문에 개인정보자기결정권에 의해 ‘공개된 정보’ 역시도 보호된다. 이상은 헌법 제17조에서 보장하고 있는 사생활의 비밀과 자유에 대한 보호와 비교되는 내용이다.²⁴⁾

개인정보자기결정권은 인간의 존엄권 및 행복추구권, 사생활의 비밀과 자유, 신체의 자유, 사상·양심·종교의 자유, 의사·표현의 자유, 집회·결사의 자유 등 헌법에 열거된 기본권들과 사안에 따라 개별적으로 밀접한 관련이 생기는 종합기본권이라고 볼 수 있다. 개인정보자기결정권은 따라서, 기본권의 제3자적 효력을 갖고 국가 및 개인에 대한 구속력을 가진다. 따라서 대 국가적 효력에 의해 불법적으로 개인정보자기결정권이 침해되었다고 판단되면 국가배상 역시 가능하다.²⁵⁾

개인정보자기결정권의 헌법상 근거에 대해서는 아직 대법원과 헌법재판소의 입장이 합치되지 않았다.²⁶⁾ 개인정보자기결정권이라는 종합적 기본권은 역시 다른 기본권처럼 법률유보의 원칙에 의해서 ‘법률로써’ 제한을 받으며, 실령 제한한다고 하더라도 과잉금지의 원칙에 의해 그 제한의 한계를 고려해야 한다. 특히 앞서 말했던 공공의 이익과 사익 간의 대치는 여기선 공공의 이익과 개인정보 보호의 대치로 해석할 수 있다. 대법원에서는 ‘lawmarket 사건’에서 이 두 개의 비교 형량에 있어서 ‘더욱 우월한’²⁷⁾ 공공의 이익이 있어야 함을 판시하고 있다. 또한, 헌법재판소는 개인정보자기결정권의 제한 시에는 해당 개인정보가 민감정보인가, 익명 처리, 암호화 처리, 비식별 처리 등 정보에 대한 보안 수준이 어느 정도인가에 따라서 제한 가능한 정도가 달라진다고 판단했다. 주민등록번호, 종교적 견해, 신체 및 정신적 결함정보, 건강 정보, 성생활 관련 정보, 범죄정보 등은 인간 존엄성과 민감한 사적 영역과 관련 있는 정보, 즉 민감정보이다. 따라서 명확하고 확실한 근거가 없다면 주민등록번호, 종교적 신조, 육체적 및 정신적인 결함, 성생활의 정보, 건강 정보, 유전자 정보, 범죄정보 등과 같이 인간의 존엄성이나 인격의 내적 핵심 혹은 내밀한 사적 영역에 근접하는 고유식별번호, 민감정보에 대해서는 수집 및 처리를 엄격하게 제한할 필요가 있다고 판단했다.²⁸⁾

24) 홍성찬·황인호, “프라이버시권과 개인정보보호권”, 『사회과학연구』 제12권, 건국대학교 사회정책연구소, 1999, 15면.

25) 통합논술 개념어 사전, 『기본권의 효력』, 한림학사, 2007, <https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=2060759&cid=47333&categoryId=47333>(검색일 : 2020. 09. 17.).

26) 대법원에서는 개인정보자기결정권을 헌법 제17조 사생활의 비밀과 자유의 보호에 있어서 적극적인 내용으로 발전한 것이 개인정보자기결정권이라고 보았다(대법원 1998. 07. 24. 선고 96다42789 판결 등).

27) 대법원 2011. 09. 02. 선고 2008다42430 판결(lawmarket사건).

과잉금지의 원칙을 고려한다면 개인정보자기결정권 역시 목적의 정당성, 수단의 적합성, 최소 침해성, 법익의 균형성 모두를 고려해서 이에 위배되지 않게 제한되어야 할 것이다.²⁹⁾ 단순히 ‘최대한의 피해 최소의 원칙’을 지향해야 하고, 재판관의 주관적 가치판단에 맡기는 것이 아닌 객관적인 가치판단이 필요하다. 이때, 법익의 균형성에 의해 개인정보처리자의 이익을 포함한 공공의 이익이 사인 개인의 피해보다 명백하게 커야지만 인정된다는 비교 형량은 그 침해의 성질이나 정도가 종합적으로 고려되어야 할 것이다. 이 공공이익의 기준은 상대성을 띠고 있으며 정보화 시대가 가속화됨에 따라 점점 변화해 가고 있다. 즉, 국민의 가치변화에 맞추어 변화가는 특성을 적극적으로 고려해야 한다.

2. 법률유보의 원칙

가. 법률유보의 원칙

기본권은 「헌법」 제37조 제2항에 의해 ‘국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 “법률로써” 제한할 수 있다. 여기서 말하는 국가안전보장, 질서유지, 공공복리는 일반적 제한 사유로서 ‘법률로써’라는 법률유보의 원칙에 따라 시행될 수 있다. 법률유보의 원칙이란 “국가정책의 결정에 관한 중요한 사항과 기본권 보호에 관한 본질적인 사항은 국회가 직접 법률로 정해야 한다는 원칙”³⁰⁾을 말한다. 헌법재판소는 법률유보원칙에 대해 “국민의 헌법상 기본권 및 기본의무와 관련한 중요한 사항 내지 본질적 내용에 대한 정책형성기능은 원칙적으로 주권자인 국민에 의하여 선출된 대표자들로 구성되는 입법부가 담당하여 법률의 형식으로써 이를 수행하여야 하고, 이와 같이 입법화된 정책을 집행하거나 적용함을 임무로 하는 행정부나 사법부에 그 기능이 넘겨져서는 안 된다.”³¹⁾고 판시하기도 했다. 또한 헌법재판소는 “입법자가 형식적 법률로 스스로 규율하여야 할 사항이 어떤 것인가는 일률적으로 확정할 수 없고 구체적인 사례에서 관련된 이익 또는 가치의 중요성, 규제 또는 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정할 수 있을 뿐이나 적어도 헌법상 보장된 국민의 자유와 권리를 제한한 때에는 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 입법자가 법률로써 스스로 규율하여야 할 것이다.”³²⁾고 말하기도 했다.

28) 헌법재판소 2005. 07. 21. 선고 2003헌마282·425(병합) 결정.

29) 한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2019, 483-500면.

30) 홍석한, “위임입법의 헌법적 한계에 관한 고찰 : 헌법재판소의 위헌심사기준에 대한 분석 및 평가를 중심으로”, 「공법학연구」 제11권 제1호, 한국비교공법학회, 2010, 220면.

31) 헌법재판소 1995. 11. 30. 선고 91헌바1 결정.

하지만 상시적인 위험 상태에 직면하고 있는 현대에 들어서 법률로 규정 및 규율해야 할 개념과 대상이 늘어나게 되면서 기존의 국회 입법만으로는 그 신속함에 한계를 가지게 되었다. 이로 인해 현대에 와서는 여러 나라가 국회의 법률 이외에도 ‘법률에 근거한 규제’로 법률유보 원칙을 확대하여, 국회의 입법권을 행정부까지 위임하는 ‘위임입법’이 늘어났다. 우리나라 헌법 제75조, 제95조에서 이를 허용하고 있다.³²⁾ 따라서 행정적 자치법규인 ‘조례’ 역시 ‘법률에 근거한 규제’로써 인정받고 있고, 개인정보법제 등 실시간으로 상황이 바뀔 수 있는 개념에 대한 법제에서는 지침, 고시라는 이름으로 대표되는 행정규칙도 어느 정도 영향력을 행사하고 있다. 하지만 아무리 법규성이 확대되고 있더라도 법적 규범력에 대한 일관적인 판례가 존재하지 않기 때문에, 정부의 일방적인 행정규칙 등을 활용한 법규력 행사는 ‘법치국가로부터의 도피’라는 비판을 끌어낼 수 있다. 특히 ‘가이드라인’ 등의 행정적 권고사항을 통한 행정행위는 명백히 논란의 여지가 크다. 지침, 고시를 통한 위임 시 「행정규제기본법」 제4조에 따른 ‘전문성 혹은 기술성’이라는 조건을 충족시킬 필요도 있다.³⁴⁾

나. 지침 및 가이드라인 위임의 한계

개인정보처리자는 일반적인 개인정보가 아닌 민감정보를 처리할 때 「개인정보 보호법」 제23조에 따라 특별한 법률의 요구나 제23조에서 말하는 별도의 동의가 없는 한 그 처리가 제한된다. 이때 ‘사상·신념, 노동조합·정당의 가입·탈퇴, 정치적 견해’ 등의 정보들과 함께 ‘건강, 성생활 등에 관한 정보’³⁵⁾ 역시 제23조에 의해 민감정보로 포함이 된다. 건강에 관한 정보라 함은 과거, 현재의 병력, 장애 사실을 포함한다고 보아야 할 것이다. 또한, 헌법재판소는 “특정 시간대 정보 주체의 위치 및 이동상황에 대한 정보를 취득할 수 있는” 「통신비밀보호법」상의 위치정보’를 충분한 보호가 필요한 민감정보라고 판단했다.³⁶⁾ 따라서 개인의 코로나 19의 확진 사실, 감염 의심의 정보는 「개인정보 보호법」상 민감정보(건강정보)이고, 코로나 19 확진자의 동선 및 위치정보 역시 보호 필요성이 있는 정보라고 보아야 한다.

32) 헌법재판소 1999. 05. 27. 선고 98헌바70 결정.

33) 홍석한, 앞의 논문, 215면.

34) 행정규칙기본법 제4조 ② 규제는 법률에 직접 규정하되, 규제의 세부적인 내용은 법률 또는 상위법령(上位法令)에서 구체적으로 범위를 정하여 위임한 바에 따라 대통령령·총리령·부령 또는 조례·규칙으로 정할 수 있다. 다만, 법령에서 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 고시 등으로 정할 수 있다.

35) 「개인정보 보호법」 제23조 제1항.

36) 헌법재판소 2018. 06. 28. 선고 2012헌마191 결정.

그렇다면 코로나 19 확진자의 정보는 현재 법률에 의해서 처리가 되고 있다고 말할 수 있는가. 결론부터 말하자면 확진자의 정보 공개 자체는 문제가 없지만, 그 정보 공개의 정도와 방법에 대해서는 법률적 근거가 미미하다고 볼 수 있다. 현재 우리나라 정보 공개 주체는 크게 중앙재난안전대책본부와 질병관리청, 각 지방자치단체가 있다. 하지만, 이 개인정보처리자들은 법률로써 그 정보 공개의 정도를 제한받고 있지 아니하고, 실제로 공개하는 정보의 양이나 종류도 다르다.

「감염병 예방법」 제34조의2 제4항에서 “정보 공개와 이의신청의 범위, 절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 ‘보건복지부령’으로” 따른다고 명시되어있다.³⁷⁾ 여기서 말하는 보건복지부령은 ‘감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 시행규칙 제27조의4’를 말하는 것으로 제1항의 내용에 따라 질병관리청장이 “정보를 공개하는 경우에는 감염병 위기 상황, 감염병의 특성 및 역학적 필요성을 고려하여 공개하는 정보의 범위를 결정해야”³⁸⁾ 한다. 그러나 중앙방역대책본부에서는 정보 공개의 양과 방법에 대해서 가이드라인을 배포해서 정보 공개의 정도를 제한하고자 하였다. 이는 개인정보자기결정권을 침해할 수 있는 행정행위에 있어서 사실상 정보 공개의 정도를 가이드라인에 위임하는 것이라 볼 수 있다. 법률유보의 원칙 설명에서도 말했듯 가이드라인같은 행정 권고사항을 활용한 법규력 행사는 자칫하면 ‘법치국가로부터의 도피’라는 비판을 불러일으킬 수 있다.

물론 후술할 내용처럼 「개인정보 보호법」 제58조에 따라 공중위생을 위해 일시적으로 처리되는 정보에 있어서는 「개인정보 보호법」의 일부 내용이 적용받지 않을 수 있다. 하지만 「개인정보 보호법」이 아닌 가이드라인에 의한다는 것은 큰 문제가 있다. 특히, 가이드라인 같은 경우는 현재 법규성이 인정된다는 판례가 없었기 때문에 코로나 19 사태의 가이드라인에 대해서는 법원의 판단에 맡겨야 한다. 법규성이 인정된 상태가 아닌 가이드라인을 통해 정보 공개의 정도를 결정하는 것은 장기적인 감염병 사태에 있어서 지양되어야 할 것이다. 3월 14일에 첫 가이드라인이 발표되고, 6월에 3판이 발표된 이후 9월 중순이 넘어가고 있는 지금까지 가이드라인의 내용을 「개인정보 보호법」이나 법규성이 인정되는 시행령이나 시행규칙으로 편입할 움직임을 보이지 않고 있다. 아직 코로나 사태는 계속해서 변모하고 있는 것은 분명하지만, 법률을 통해서 세세하게 규정할 충분한 기간이 있었음에도 가이드라인의 권고사항에 의존하고 있는 것은 법률유보의 원칙상 위배 논란이 지속적으로 나올 수가 있다.

37) 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제34조의2 제4항.

38) 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 시행규칙 제27조의4.

다. 정보 파기 규정 존재 유무

정부는 코로나 19 사태와 관련한 정보를 코로나 19가 종식된 즉시 파기하겠다고 이야기한 바가 있고, 가이드라인 3판에서도 14일이 지나면 확진자 정보에 대해서 삭제할 것을 권고하기도 했다. 이것에 대한 근거 규정으로 감염병 예방법 제76조의2 제6항에서 “동조 제3항과 제4항에 의해 정보를 제공받은 지방자치단체나 보건의료기관 등의 자는 감염병 관련 업무 이외의 목적으로 정보를 사용할 수 없으며, 업무 종료 시 지체 없이 파기하고 질병관리청장에게 통보하여야 한다.”라고 명시되어있다. 하지만 제76조의2 제6항에서 규정하고 있는 내용에 따르면 제3항과 제4항에 의해 질병관리청으로부터 정보를 받는 자만 파기 의무가 있지, 정보를 제공하는 질병관리청의 파기 의무는 명시되어 있지 않다. 질병관리청의 업무상 확진자 현황과 감염병 사태 연혁을 전체적으로 고려하면서 방역 정책 및 대응 정책을 그려야 하므로 지방자치단체 등의 파기 의무와 다를 수 있다는 것은 인정할 수 있다. 하지만 그런 이유라면 감염병 사태 종식 이후 수집된 개인정보를 파기한다는 명확한 조항이 필요해 보인다. 일반법인 「개인정보 보호법」의 파기 규정에 따라 법령상 보존 규정이 없다면 즉시 해당 정보는 파기해야 한다. 그러므로 「개인정보 보호법」 제58조 제4항에서 말하는 공공위생을 위해 일시적으로 처리되는 개인정보의 적절한 처리를 위하여 필요한 조치의 일환으로 「감염병 예방법」 제76조의2가 존재한다고 한다면, 정작 최종적인 개인정보처리자인 질병관리청에는 의무 부담이 되어있지 않다는 점은 논란을 불러일으킬 수 있다.

이외에도 전자출입명부와 수기출입명부를 통해 처리되는 개인정보에 대한 법률상 파기 규정이 없다는 것도 문제가 될 수 있다. 보건복지부는 2020년 7월 ‘전자출입명부(KI-Pass) 안내’라는 이름으로 QR코드 기술을 통한 전자출입명부에 관한 규정과 안내 사항을 정리했다. 안내에 따르면 전자출입명부 제도는 “2020년 5월 8일 중앙재난안전대책본부가 시행한 집합제한명령에 따라, 유흥시설 등이 출입자 명단을 작성·관리할 의무가 생겼고, 그 의무 이행을 신속하고 정확하게 하기 위해” 도입되었다. 수기출입명부는 “QR코드 사용을 거부하거나, 휴대폰을 미소지한 경우 이용자의 선택권을 보장하기 위해” 추가적으로 마련된 시설 출입명부이다.³⁹⁾ 이 두 가지 출입명부 제도는 「감염병 예방법」 제76조의2 제1항 “보건복지부장관 또는 질병관리청장은 감염병 대응을 위한 정보제공요청이 가능하며 요청받은 자는 이에 따라야 한다.”⁴⁰⁾에 근거해서

39) 보건복지부b, 「전자출입명부(KI-Pass) 안내」, 보건복지부, 2020, 3면.

40) 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제76조의2 제1항 (법률 제17491호, 2020. 09. 29, 일부개정 : 제76조의2(정보 제공 요청 및 정보 확인 등) ① 질병관리청장 또는 시·도지사는 감염병 예방 및 감염 전파의 차단을 위하여 필요한 경우 관계 중앙행정기관(그 소속기관 및 책임은 영기관을 포함한다)의 장, 지방자치단체의 장(「지방교육자치에 관한 법률」 제18조에 따른 교육

방역 조치에 활용된다. 안내서의 설명에 따르면 전자출입명부로 얻어진 시설 방문기록은 사회 보장정보원에서, QR코드 발급자의 개인정보는 QR 발급회사에서 각각 제출하고, 이것을 결합해서 역학조사에 사용된다고 한다.

문제는 이 두 가지 방식을 통해서 얻은 개인정보의 파기에 관해서이다. 안내서의 ‘전자출입명부 관련 개인정보 보호조치’에서는 전자출입명부를 통해 얻은 개인정보는 4주 안으로 파기되어야 한다고 표시되어 있다. 이는 QR 발급회사의 기술로 자동으로 파기된다고 하며 수기출입명부는 시설관리자가 4주 안으로 파쇄 또는 안전한 장소에서 소각해야 한다고 명시했다. 하지만 이러한 규정은 본 안내서의 ‘전자출입명부 관련 개인정보 보호조치’라는 자체적인 가이드라인에서만 명시하는 것이다. 특히 수기출입명부의 경우에는 사실상 시설관리자의 자발적인 처리에 맡기고 있는 것이기 때문에 법문 상이 아닌 가이드라인상의 규정은 문제를 불러일으킬 수 있다. 실제로 개인정보보호위원회의 보도자료에 따르면 수기출입명부의 경우 며칠 치 방문자 개인정보가 한 장에 기록되고, 장부를 보호하는 잠금장치나 파쇄기가 없는 업소가 많아 개인정보 유출 우려가 크다고 했다.⁴¹⁾ 전자출입명부 역시 자동으로 삭제되는 기술이 있기는 하지만 얼마 전 독일에서 “이동통신사가 만들던 코로나 위치추적 어플이 데이터 삭제 이후에도 접근할 수 있다.”⁴²⁾라는 테스트 결과 때문에 자체적인 어플을 도입하지 않았던 것을 보면 그 기술이 완벽하다고 볼 수 없을 것이다. 그러므로 개인정보 자동파기기술과 시설관리자의 자발적인 파기에 의존하는 가이드라인상의 삭제 의무 규정은 법률유보성의 원칙의 위배라는 지적이 가능하다.

라. 자의적 해석 논란

(1). 지방자치단체의 확진자 정보 공개의 희박한 근거

「감염병 예방법」 제34조의2로 인해 질병관리청장은 확진자 정보 공개의 주체로 명확하게 명시되었지만, 개별 지방자치단체가 정보 공개를 하는 것에 있어서는 평가가 엇갈릴 수 있다. 동선 공개 가이드라인에서 지방자치단체가 확진자 정보 공개를 하는 근거로 중앙방역대책본부는

감을 포함한다), 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관, 의료기관 및 약국, 법인·단체·개인에 대하여 감염병환자등 및 감염병의심자에 관한 다음 각 호의 정보 제공을 요청할 수 있으며, 요청을 받은 자는 이에 따라야 한다).

41) 개인정보보호위원회(2020.09.11), “개인정보보호위, 「코로나19 개인정보보호 강화대책」 발표”, <https://www.pipc.go.kr/np/cop/bbs/selectBoardArticle.do>(검색일 : 2020. 09. 27.).

42) 최필식, “코로나19 접촉자 추적 기술의 방향은 공동체의 참여를 끌어내는 것”, 「KISA REPORT 5월호」, 한국인터넷진흥원, 2020, 6-10면.

「감염병 예방법」 제6조 제2항 “국민은 감염병 발생 상황, 감염병 예방 및 관리 등에 관한 정보와 대응 방법을 알권리가 있고, 국가와 지방자치단체는 신속하게 정보를 공개하여야 한다.”를 들었다. 하지만 여기서 말하는 감염병 발생 상황, 감염병 예방 및 관리 등에 관한 정보에 확진 사실과 확진자의 정보가 포함된다고 말하기에는 약간의 무리가 있다.

그렇기 때문에 지방자치단체의 정보 공개에 대한 명확한 근거를 찾기 위해서는 보충적으로 일반법인 「개인정보 보호법」을 살펴볼 필요가 있다. 「개인정보 보호법」 제58조에서는 “공중위생 등 공공의 안전과 안녕을 위하여 긴급히 필요한 경우로서 일시적으로 처리되는 개인정보”에 관하여는 제3장부터 제7장까지를 적용하지 아니한다고 규정하고 있다.

- 제3장(개인정보의 처리) 제15조 또는 제28조
- 제4장(개인정보의 안전한 관리) 제29조 내지 제34조의2
- 제5장(정보주체의 권리 보장) 제35조 내지 제39조의 2
- 제6장(개인정보 분쟁조정위원회) 제40조 내지 제50조
- 제7장(개인정보 단체소송) 제51조 내지 제57조⁴³⁾

이러한 규정은 “각종 전염병의 확산 방지를 위한 환자 격리, 감염원 추적 등의 활동은 촌각을 다투는 경우가 많고 국민의 생명·신체 및 재산의 안전이 위협을 받는 상황이므로 법에 따른 개인정보처리가 곤란하기 때문에 해당 개인정보를 일시적으로 처리하는 경우에 한해서 법 적용을 제외하고 있다.”⁴⁴⁾라고 법 해설서에서 판시하고 있다. 코로나 19 확진자 정보 공개 역시 이 규정에 의해서 「개인정보 보호법」의 규정이 일부 적용되지 않을 수 있다.

하지만 문제는 법 제58조가 적용되는 상황에서 정보 주체의 권리나 개인정보의 안전한 관리 등에 관한 규정을 일괄 적용 배제한다는 것은 문제가 될 소지가 매우 크다는 것이다. 공중위생 등을 이유로 일시적으로 처리하는 개인정보는 자의적으로 판단한다는 것에 기반을 두어 사인이 개인정보를 처리해서 권리 등을 배제하면 사생활 침해에 대해 보호를 할 수 없고, ‘일시적’으로 처리되는 정보 역시 불확실하다. 이에 대한 처리를 효과적으로 제한할 방법도 없고, 현재의 「개인정보 보호법」에 따르면 “민감정보에 대한 별도의 수집 및 이용 동의” 외에 민감정보를 일반 개인정보에 비해 특별히 보호할 수 있는 규정이 부재하므로 동의 절차가 생략된다면 민감정보를 더 보호한다는 취지가 사라진다.⁴⁵⁾

43) 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제58조 제1항 제3호.

44) 행정자치부, 「개인정보보호 법령 및 지침·고시 해설」, 행정자치부, 2016, 379면.

45) 이진규a, “코로나 바이러스와 개인정보 활용에 대한 소고”, KISA REPORT 2월호, 한국인터넷

(2) ‘코로나 19 역학조사 지원 시스템’의 정보 수집 기준 부재

II.에서도 설명했지만 ‘코로나 19 역학조사 지원 시스템’은 신용카드사, 이동통신사, 경찰청 등이 연계되어서 정보를 공유하는 시스템이다. 즉, 이 시스템을 통해 신용카드 사용 내역이나 위치정보, 이동 경로, 그리고 여기에서 파생되는 개인의 사적 취향이나 사회적 관계 등 민감한 개인정보가 수집될 수 있다는 것이다. 앞서 말했듯이 민감정보를 처리할 때는 「개인정보 보호법」 제23조에 따라 특별한 법률의 요구가 있지 않으면 처리에 제한이 있을 수 있다. 하지만 현재 역학조사 시스템의 경우 개인정보취급자인 역학조사관이 정보 수집이나 개인 정보성의 판단을 하는 것에 대해서 역학조사관의 자의적 판단에 의존하고 있다. ‘코로나 19 역학조사 지원 시스템’에서는 역학조사관이 고유의 업무수행을 위해 필요한 정보라고 판단하면 관계기관에 정보를 추가로 요청할 수 있으며, 경찰청의 승인 절차를 최종적으로 거쳐서 위치정보 등 개인정보를 확보할 수 있다.⁴⁶⁾ 「감염병 예방법」 제60조의2에 따르면 역학조사관의 이러한 직무와 권한에 관련된 사항을 대통령령인 ‘감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 시행령 제26조’에서 정한다고 되어있지만 제26조에서는 ‘역학조사 수행 및 결과 분석’, ‘역학조사 실시 기준 및 방법의 개발’, ‘감염병에 대한 역학적인 연구’ 등으로 직무와 권한이 광범위하게 설정되어 있다. 그러므로 역학조사관은 민감정보를 다루고, 고유의 업무에 필요하다고 생각하면 개인정보 및 민감정보를 추가적으로 요청할 수 있는 것에 비해 역학조사관의 업무에 대한 기준은 대통령령에서도 정확히 명시되지 않아서 자의적으로 민감정보를 처리할 수 있는 가능성이 높아진다. 감염병과 관련된 민감정보를 처리하는 만큼 특별한 법률의 요구가 있어야 이를 처리할 수 있어야 하는데 자의적으로 해석할 수 있는 법문에 의해서 운영된다는 것은 법률유보의 원칙상의 위배라는 비판을 피하기가 어려워 보인다.

역학조사 시스템에서 중요한 역할을 맡고 있는 전자출입명부와 수기출입명부에서 수집하는 개인정보 역시 자의성이 개입된다는 비판이 제기되고 있다. 전자출입명부 시스템과 수기출입명부에 작성될 수 있는 개인정보의 수와 종류는 매우 다양하기 때문에 방역 성공이라는 목표를 위한 최소한의 정보만을 수집하도록 해야 할 것이다. 그렇다면 QR코드와 수기출입명부에 작성되는 정보의 종류 설정은 법규성이 있는 위임조항을 통해서 일정하게 이루어져야 한다. 하지만 전자출입명부는 안내서상 ‘전자출입명부 관련 개인정보 보호조치’에서 이름, 연락처, 발급 시각, 시설 정보, 방문 시각, QR코드 등을 수집한다고 규정해놓을 뿐이고, 수기출입명부의 기재정보는 명부 양식을 마련해놓은 수준이다.⁴⁷⁾⁴⁸⁾ 이런 가이드라인식 권고사항으로 출입명부가 수집하

진흥원, 2020, 9-10면.

46) 백두현, 앞의 논문, 8-10면.

는 정보량을 규제하는 것은 당장의 정책 시행의 시급함에 있어서는 어느 정도 참작할 여지가 있지만, 장기적으로는 수집 정보의 민감성을 고려해서 법규성이 있는 위임 규정을 통해 규정해야 법률유보성의 원칙 위배라는 평가를 듣지 않을 것이다. ‘이름과 연락처’의 동시 기재는 중복 기재 논란이 가능하다.

3. 과잉금지의 원칙

가. 과잉금지의 원칙

대법원이 판시한 과잉금지의 원칙(비례의 원칙)을 살펴보면 “비례의 원칙이라는 것은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법 활동을 하면서 준수하여야 할 기본원칙 또는 입법 활동의 한계를 의미하는 것으로서 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 「헌법」 및 법률의 체상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소화성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교 형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 헌법상의 원칙”⁴⁷⁾이다. 특히 주목해야 할 것은 피해의 최소화성과 법익의 균형성으로서 국가가 국민의 기본권을 제한할 때는 그 피해는 최소한으로, 그 판단은 얻게 되는 공익과 사익을 비교해서 결정해야 한다는 것을 알 수 있다.

나. ‘더욱 우월한 것’에 대한 평가

(1) 대법원의 이익 비교 형량 판례

현재 헌법재판소 및 대법원에서 공공의 이익과 개인정보자기결정권에 경합에 대한 판례는 찾아보기 힘들지만, 개인정보자기결정권과 다른 이익에 대해서 비교 형량한 판례가 존재한다. 이

47) 보건복지부b, 앞의 책, 3-6면.

48) 추가로 수기출입명부의 경우에는 개인정보보호위원회가 중앙재난안전대책본부 회의에서 발표한 ‘코로나19 개인정보보호 강화대책’에서 성명을 제외하고 개인정보 수집을 최소화한다는 내용 정도로 그 정보량을 규정하였다(개인정보보호위원회, 앞의 보도자료 참조).

49) 헌법재판소 1990. 09. 03. 선고 89헌가95 결정.

는 「개인정보 보호법」 제15조 제1항 제6호의 “개인정보처리자의 ‘정당한 이익’을 달성하는 데 필요한 경우로서 명백하게 정보 주체의 권리보다 우선하는 경우로 이 경우 개인정보처리자의 정당한 이익과 상당한 관련이 있고 합리적인 범위를 초과하지 아니하는 경우”의 논의가 이루어지는 판례라고 볼 수 있다.

보험사기 사건에 있어 보험사가 제출한 사진 등의 증거능력을 부인한 판례가 있다. 사건을 간략하게 요약하면 모 보험회사의 직원이 피보험자의 장애 정도를 촬영해 증거자료로 쓰기 위해서 누구나 접근 가능한 공개된 장소에서 피해자 몰래 장애 부위를 사용하는 모습을 촬영한 사건이다. 대법원은 보험회사의 증거 수집용 촬영물이 사생활의 비밀과 자유, 그리고 초상권을 침해했다고 보았다. 이 침해행위는 공개된 장소에서 이루어졌고, 민사소송 증거 수집을 목적으로 했다는 점만으로는 정당화되지 않는다고 보았다. 대법원은 서로 다른 두 방향의 이익이 충돌한 사안이기 때문에 구체적인 사정을 복합적으로 비교 형량해서 최종적으로 위법성을 가려야 한다고 판단했다. 그 결과 침해를 통해 얻으려는 이익의 중대성, 필요성, 효과성, 긴급성, 보충성, 방법의 적절성 등과 침해로 인한 피해의 정도, 중대성, 피해이익의 보호 가치를 적절히 비교하여 판단했고, 보험회사 직원의 공개된 장소에서의 촬영은 불법행위라고 판단하였다.⁵⁰⁾

반면에 대구고등법원에서는 유사한 보험사기 사건임에도 불구하고 정반대의 판결이 내려졌다. 이 판례의 사건 내용 역시 보험사가 피보험자의 장애 정도를 촬영하고자 한 사건이다. 하지만 대구고등법원은 의도적이고 지속적으로 미행하면서 촬영한 것은 보호영역을 침해한 것이 맞으나, 피보험자들이 장애 상태를 지나치게 과장했고, 보호영역이 침해된 곳도 공개된 장소라서 보호 필요성도 낮을 뿐 아니라 피해를 알기 위한 움직임만을 촬영하기 위했을 뿐임을 고려했다. 장애 정도가 과장임을 합리적으로 의심할 이유는 있지만, 증거를 취득할 방법이 딱히 없는 보험사의 입장에서 이 정도의 증거 수집은 기본권 제한 요인들을 참작해볼 때 보호이익보다 우월한 이익을 가져온다고 보았다.⁵¹⁾ 해당 사건은 상고하지 않아 확정되었지만, 고등법원판결이라 하급심에 대한 구속력인정이 힘든 경우다. 또, ‘증거를 취득할 방법이 딱히 없는 보험사의 입장’이라는 표현은 해당 사건에서 보충성 원칙의 구체화라고 볼 수 있는 이웃, 친지, 상가출입자의 증언 혹은 병원의 진단서 등의 증거자료에 대한 보험사의 수집 노력이 없었다는 것을 심의하지 않았다고 판단할 수가 있어 논란이 된다.

50) 대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다16280 판결.

51) 대구고등법원 2017. 04. 12. 선고 2016나22753, 22760 판결.

(2) 코로나 19 확진자 정보 공개의 실익과 침해되는 이익 비교

코로나 19 확진자 정보 공개 역시 공공의 이익과 그로 인해 침해되는 개인정보자기결정권과 사생활의 자유의 방향이 서로 충돌하는 경우이다. 「감염병 예방법」 제34조의2 등의 법률을 근거로 확진자 정보를 공개한다고 하더라도 기본적 원칙인 과잉금지의 원칙에 따라 기본권 침해가 최소화되도록 해야 할 것이다. 아직 대법원이나 헌법재판소가 두 가지 이익에 대한 비교 형량은 하지 않았지만, 보험사기 판결에서 나온 비교 형량 기준들과 여러 자료들을 활용해서 과잉금지의 원칙의 충족 정도를 간접적으로 파악해 보았다.

먼저 메르스 사태 이후 연구 자료를 통해 감염병 확진자 정보 공개의 필요성과 효력을 알 수 있다. 「2015 메르스 백서」 집필팀은 보건복지부 내부 자료와 인터뷰를 통해 ‘소셜미디어 등을 통해 감염병 확진환자 발생 및 경유 의료기관을 공개’했을 때의 실익을 알아볼 수 있다. 먼저 정보를 공개한다면 국민의 알권리를 충족시킬 수 있고, 공포감 확산을 막을 수 있을 뿐만 아니라 정부에 대한 신뢰를 회복할 수도 있다고 보았다. 반면 정보를 비공개한다면 발생한 지역, 집단 사회에 대한 부정적인 낙인효과와 의료기관 및 시설의 환자 회피, 치료 거부 우려를 낳을 수 있다고 보았다. 하지만 정보 공개가 실질적으로 방역 효과를 가지기 위해서는 보상 체계와 보호 체계가 완전히 갖추어진 상태에서 국민들의 자발적인 신고가 장려될 수 있어야 한다고 했다.⁵²⁾ 또한 일반적인 실익뿐만 아니라 확진자 정보 공개는 ‘범유행 전염병’이라는 심각한 공중위생 위기상태로 확진자가 폭발적으로 늘어날 수 있다는 점을 고려해 그 중대성과 긴급성이 인정될 수 있다. 또한 궁극적으로 확진자 정보 공개를 통해 얻으려는 것이 감염병 확산 저지와 방역 성공이므로 그 목적이 매우 중대하다고 볼 수 있다.

반면 정보를 공개함으로써 침해되는 이익은 다음과 같다. 정보 비공개 시에는 광범위한 낙인효과를 불러일으킬 수 있지만, 정보 공개는 개인 및 특정 공간에 대한 낙인효과를 불러일으킬 수 있다. 개인이 운영하는 영업장에 확진자가 방문했다는 이유로 방역 당국 절차에 따른 방역 조치를 했음에도 불구하고 가게의 매출이 푹 떨어진다든지, 다니던 직장이나 학교가 특정 당해 이른바 마녀사냥을 당한다든지의 문제들이 실제로 발생하기도 했다. 이러한 낙인효과는 개인의 사생활뿐만 아니라 영업활동 저하와 지역 경제 저하를 야기할 수 있다.⁵³⁾

개인의 ‘삭제권’ 역시 침해할 수 있다. 현재 재난안전대책본부의 가이드라인을 통해 개별 확진자 정보에 대해서는 14일이 지나면 삭제 권고 조치가 취해져 있지만, 이는 개인 블로그,

52) 보건복지부a, 「2015 메르스 백서」, 보건복지부, 2016, 305-307면.

53) 문화일보(2020.02.11), “확진자 들렸다는 이유만으로… 상가 ‘2차피해’ 속출”,

<http://www.munhwa.com/news/view.html?no=2020021101071239345001>(검색일 : 2020. 09. 20.).

SNS, 뉴스 자료 등에서까지 실질적으로 영향을 끼치기 힘들다. 현재 한국인터넷진흥원과 일부 지방자치단체들이 협력하여 인터넷 방역단 사업 추진을 통해 삭제되지 않은 확진자 정보를 삭제하고는 있지만, 법으로 강제된 사항이 아니고, 인터넷 전역에 걸친 통합 시스템 역시 어렵기 때문에 완전하게 삭제하기 어려운 상황이다.

또한 수사기관의 위치정보 추적자료 수집에 관한 사건에서 헌법재판소는 위치정보 추적자료는 각별한 보호가 필요한 민감한 정보임을 인정했다. 그러면서 광범위한 위치정보 추적자료 처리는 정보 주체의 기본권을 과도하게 제한할 수 있고, 범죄의 경중에 따라 보충성 요건을 차등해서 적용해서 기본권을 최대한 적게 침해할 방법을 찾아야 한다고 했다. 하지만, 코로나 19 역학조사 하에서는 개별 확진자에 대해 경중을 정해 보충성 요건을 적용하기 부족한 면이 있다. 그리고 확진자 동선이 위치정보 추적자료의 일환으로써 민감정보로 포함되는 만큼 이것의 침해는 사인에게 있어 매우 중대할 수 있으며, 개인정보자기결정권 같은 헌법적 가치를 따진다 면 그 보호 필요성이 상당하다고 볼 수 있다.⁵⁴⁾

이런 두 가지 이익의 방향을 고려해본다면 그 경합이 팽팽하다는 것을 알 수 있다. 「감염병 예방법」 개정 당시에는 공중보건의 위험과 국민 생명 보호의 중대성이 매우 중대한 가치라고 보았기 때문에 확진자 정보 공개에 대한 필요성이 많이 대두되었다. 물론 방역 실패로 인해 국가적 위기와 국민생명 위협의 사태가 발생할 수 있다는 것을 생각해본다면 침해되는 개인의 사익보다는 얻는 이익이 더욱 중대하다고 볼 여지가 크다. 하지만 우리나라 대법원은 얻게 되는 공공의 이익이 침해되는 이익에 비해 ‘더욱 우월’해야 함을 판시하고 있고, 같은 대륙법계인 독일의 헌법재판소의 경우는 ‘압도적인 공공의 이익’이 필요하다고 보았다. 그러한 점에서 봤을 때, 코로나 19 역학조사 시스템의 보충성 원칙 남용의 문제와 익명화, 가명화 등 정보 공개 방식에 있어서 보호 방향으로의 방법 고도화 미흡은 충분히 지적될 수 있고, 정보 공개에 대한 과잉금지의 원칙의 충족 여부도 다시 한번 평가할 필요가 있어 보인다.

다. 제공 정보량의 최소성에 대한 평가

확진자 정보 공개의 과잉금지의 원칙 평가에 있어 조금 더 미시적인 관점을 보인다면, 현재 공개하고 있는 정보가 공중보건 목적에 정확히 비례하는 수준으로 최소화되어 있는가를 평가할 수 있을 것이다. 즉 감염병 확산이라는 위기 상황 대응에 필요한 만큼의 정보만 공개하도록 하게 하고 있는가를 평가해야 할 것이다.

54) 헌법재판소 2018. 06. 28. 선고 2012헌마191 결정.

현재 각 지방자치단체가 공개하는 확진자 정보는 가이드라인에서 기준으로 삼고 있는 공개의 양과는 상당한 괴리가 있다. 예시로 용인시 공식 홈페이지의 코로나19 대응 현황 부분에서 공개하고 있는 정보를 보면, 확진자의 성별 및 나이 대, 읍, 면, 동까지 나오는 거주지, 개인의 시간별 이동 동선까지 공개하고 있는 것을 알 수 있다.⁵⁵⁾ 하지만 이는 가이드라인의 권고적 성격으로 인해 발생하는 한계이고, 이미 그 점에 대해서는 법률유보의 원칙을 평가할 때 지적하였기 때문에 과잉금지의 원칙 평가로서 정보의 최소성을 가리기에는 부적절하다.

그렇기 때문에 가장 일반적으로 현재 확진자 정보 공개 기준에 대해서 말하고 있는 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 시행규칙 제27조의4의 사실상의 수권 규정인 ‘확진자 정보 등 동선 공개 안내 3판’을 기준으로 정보의 최소성을 평가해보겠다. 가이드라인 3판이 많은 시민 사회와 기관들의 목소리를 반영시킨 만큼 3판에서 규정하고 있는 정보 공개의 정도는 꽤 적절하다고 볼 수 있다. 특히 개인을 특정할 수 있는 정보에 대해서 ‘성별, 연령, 국적, 거주지 및 직장명 등’으로 명시한 것과, ‘읍·면·동 단위 이하 정보’는 공개하지 않도록 해서 개인 식별 가능성을 많이 떨어뜨렸다고 보인다.

하지만, 지방자치단체에서 발표하고 있는 정보 중 ‘접촉력’에 관해서 가이드라인이 규정하지 않은 것은 충분히 논쟁이 될 수 있는 부분이다. 서울시 공식 홈페이지에서 공개하는 ‘서울 확진자 현황’을 보면 대부분 가이드라인에 맞추어서 정보를 공개하고 있지만, 접촉력이라는 이름으로 어떤 경위로 감염된 것인지 적어놓은 것을 볼 수 있다.⁵⁶⁾ 이 정보는 언론 등에서 보도된 특정 집단 감염 사태나, 모임, 장소에 대해서 자체적인 용어를 활용해 구분한 것으로, ‘○○구 ○○모임, ○○○관련’ 같이 사건 이름이나 특정 영업장, 아파트, 병원의 이름으로 감염원의 구체적인 장소를 알 수 있게끔 표시되어 있다. 분명 가이드라인에서는 ‘다각적 측면을 고려하여 감염병 예방에 필요한 정보에 한하여’ 공개할 것을 표시해 두었지만, 직접 나열해 둔 공개하지 말아야 할 정보들과는 달리 접촉력을 지방자치단체가 공개할만한 정보라고 생각했을 때 이것을 저지할 수 있는 근거가 없다. 이 접촉력이라는 정보는 분명 역학조사 과정에서 질병 감염 지도를 만들거나, 특정 집단 감염 사태에 대해서 조사 및 분석할 때는 큰 도움이 될 수 있지만, ‘공개’에 한해서는 개인의 식별가능성을 높이고, 해당 단어에 대한 프레임만을 씌울 뿐 공개 목적과는 거리가 있다고 판단할 수 있다. 특히 집단감염사태가 공개되어 부정적 여론을 이미 형성한 경우 접촉력 공개를 통해 개별 확진자에게 프레임이 씌워진다면, 사회적 낙인효과와 공개적

55) 용인시 공식 홈페이지, “코로나19 대응현황”,
<https://www.yongin.go.kr/health/ictsd/index.do>(검색일 : 2020. 09. 15.).

56) 서울시 공식 홈페이지, “코로나19 발생동향”,
<https://www.seoul.go.kr/coronaV/coronaStatus.do>(검색일 : 2020. 09. 15.).

인 비난만을 형성할 가능성이 크다. 물론 접촉력이라는 정보를 당장 공개할 수 없게 해야 한다는 의미는 아니지만, 정보 공개의 의의를 실현하기 위한 최소한의 정보를 고려한다면 기입 금지를 고려해 볼 수 있을 것이다.

라. 제도 및 정보량의 실효성에 대한 평가

3.의 나.에서 이미 정보 공개 유무에 따른 표면적인 이익충돌에 대해서 비교한 바가 있다. 하지만 코로나 19 감염병 사태가 이례 없는 장기화 국면을 맞이함에 따라 기존의 의의가 퇴색되거나 현황에 맞지 않은 부분이 드러나기도 했다. 대표적으로 재난 안전 문자와 SNS를 통한 확진자 정보 공개가 있겠다. 조사에 따르면 2019년 한 해 동안 전국 지방자치단체가 발송한 재난 문자는 911건이었던 반면 2020년 1월 1일부터 9월 15일까지 발송한 재난 문자는 2만6,595건이었다고 한다. 본래 갑작스러운 위험을 경고 및 대비할 것을 알리기 위한 문자가 코로나 사태로 인해 남용되고 있어 ‘문자 공해’라는 지적을 받고 있다.⁵⁷⁾

문제는 이로 인해 기존 「감염병 예방법」의 개정 시 판단했던 확진자 정보 공개의 필요성이 희석된다는 점이다. 메르스 백서 집필진이 판단했던 정보 공개의 이익을 얻기 위해서는 시민들이 받은 정보를 통해 자발적으로 감염병에 대해서 신고할 수 있도록 장려할 수 있어야 한다고 했다. 즉, 정보 공개의 이익 중에서는 시민들이 알게 된 정보를 통해서 자발적으로 신고할 수 있도록 한 것도 포함된다. 하지만 이처럼 장기적으로, 또 높은 감염성을 띠는 코로나 사태의 경우에는 그 정보가 일반시민들에게 있어 너무 과하게 적용될 수 있다. 심지어는 인터넷에서 재난 안전 문자 알람 오지 않게 하는 방법을 공유하는 등 감염병 사태가 장기화하면서 정보 공개를 통해 얻고자 했던 이익 일부가 실질적으로 발생하지 않는다는 것을 알 수 있다. 감염병의 특성과 사태 변화에 즉각 대응할 수 있는 명확한 규정을 마련해 두지 않아 실효성이 떨어졌기 때문에 과잉금지의 원칙상 이익 비교에 있어서 실질적으로 문제가 발생할 수 있다.

독일의 경우 비례의 원칙(Verhältnismäßigkeit)에 따른 이익 형량 비교에 있어 그 내용적 요소는 물론이고 시간적 요소도 함께 고려한다. 독일의 각 주에서는 일반처분, 법규명령을 발함에 있어 약 2주 정도의 짧은 기간 동안만 한시적으로 그 효력을 인정하고 있는데 이러한 것도 비례의 원칙을 고려한 조치라고 볼 수 있다. 코로나 19 사태에서 벌어지는 위험 상황은 단기간 내에도 급격하게 변화하기에 관할 행정청은 2주 이하의 짧은 기간이더라도 전문기관의 위험성

57) 조선일보(2020.09.19.), “새벽 1시에 8통… ‘남발문자’ 된 재난문자”,
https://www.chosun.com/national/2020/09/19/XFSFYIXAF5C7DJXHORUKK3ZSRU/?utm_source=naver&utm_medium=original&utm_campaign=news(검색일 : 2020. 09. 20.).

평가를 토대로 내린 조치의 내용을 현재의 위험 상황에 맞게 수정하여야 한다. 예를 들어 코로나 19의 급속한 유행으로 외출 금지를 한 경우에도 이후 위험성이 완화되었다면 외출 제한 또는 접촉 제한 등 보다 낮은 기본권을 제한하는 조치로 변경하여야 한다.⁵⁸⁾ 이렇게 독일은 코로나 19 대응 법률이 현실을 즉각 반영할 수 있게끔 비례의 원칙에서 시간적 요소도 고려하고 있다.

「감염병 예방법」 시행규칙 제27조의4에서 ‘질병관리청장은 법 제34조의2 제1항에 따라 정보를 공개할 때는 감염병 위기 상황, 감염병의 특성 및 역학적 필요성을 고려하여 공개하는 정보의 범위를 결정해야 한다.’라고 명시하고 있다. 하지만 이는 역학적 필요성을 고려한다는 자의적인 판단에 의지하는 법률 규정으로 시간적 요소의 변화에 있어 대응하기에는 독일의 수준보다 한참 모자란다. 즉, 「감염병 예방법」 제34조의2에 근거해서 공개하는 확진자 정보를 공개할 때 생기는 이익 비교 형량에서 현재의 법률 규정과 실효성 미비는 과잉금지의 원칙 평가상 국민의 기본권을 침해하는 미약한 근거로써 논란에 휩싸일 수 있다.

마. 기지국 데이터 수집 시 보충성의 원칙 고려 유무

헌법재판소는 수사기관이 “특정 기지국을 거쳐 이뤄진 전화 통화와 수·발신자 전화번호 등 개인정보를 수집해 범죄 수사에 활용하는 이른바 ‘기지국 수사’”는 헌법불합치라고 판결한 적이 있다. 헌법재판소는 「통신비밀보호법」 제13조 제1항 ‘수사를 위하여 필요한 경우’를 해석하면서 실시간 위치정보 추적자료 제고 시는 ‘보충성’이 있어야 하는데 이 사건에서는 수사기관의 편의와 효율성만을 도모하면서 수사기관 제공요청을 남용할 수 있는 통제나 감독 수단이 제대로 마련되어 있지 않다는 이유로 헌법불합치 결정했다.⁵⁹⁾

2020년 5월 12일, 서울시에서는 이태원 클럽 코로나 19 집단 감염에서 발생한 확진자 정보를 찾아내기 위해 당시 기지국 정보를 수집한 이력이 있다. 2020년 4월 24일부터 5월 6일까지 약 2주의 기간 동안 확진자 주요 동선인 5개의 클럽 인근 기지국을 이용한 사람 중, 주민 등을 제외하고 30분 이상 체류한 사람을 총 10,905명 파악하였다. 서울시는 「감염병 예방법」 제76조의2 제2항 “질병관리청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 감염병 예방 및 감염 전파의 차단을 위하여 필요한 경우 감염병 환자 등 및 감염병의심자의 위치정보를 경찰청, 지방경찰청 및 경찰관서의 장에게 요청할 수 있다. 이 경우 경찰관서의 장은 전기통신사업자(이동통신

58) 박원규, “감염병 예방법상 이동제한조치에 대한 법적 검토 - 코로나19 관련 독일의 법적상황 및 논의를 중심으로”, 「경찰법연구」 제18권 제2호, 한국경찰법학회, 2020, 135면.

59) 헌법재판소 2018. 06. 28. 선고 2012헌마191 결정.

사)에 감염병 환자 등 및 감염병 의심자의 위치정보를 요청할 수 있고, 요청을 받은 전기통신사업자는 정당한 사유가 없으면 이에 따라야 한다.”를 근거로 기지국 데이터를 수집한 것이라고 밝혔다. 하지만 시간과 공간을 특정하여 기지국 데이터를 수집한 것이 아닌 약 2주간의 광범위한 기지국 데이터를 다루었기 때문에 관련자가 아닌 인근에 있었다는 이유만으로 데이터가 수집될 수 있다는 문제점이 제기되었다.⁶⁰⁾ 그런 광범위한 기간 동안 특정 장소를 방문했다는 이유만으로 제76조의2에서 말하는 ‘감염병의심자’로 판단되어 개인정보 및 민감정보가 처리될 수 있다는 것은 과잉금지의 원칙을 충분히 고려하지 않았다는 지적이 가능하다. 공중위생 위기와 법률을 근거로 시행한 것이지만, 앞선 판례에서 행정기관의 편의와 효율성을 위해 기지국 수사 정보를 활용한 경우 헌법불합치 결정이 있었던 것처럼 서울시의 데이터 수집역시 비례적으로 시행되어야 할 것이다. 즉, 긴급성이 요구된다고 하더라도 해당 사건과 무관한 사람들의 데이터를 광범위하게 수집하는 방법 이전에 최대한 일반인들을 보호할 수 있는 방법은 없었는지 고려해야 하는 보충성의 원칙 위반에 관해서 논란이 있을 수 있다.

4. EU의 GDPR⁶¹⁾과 독일

가. GDPR

우리나라 「개인정보 보호법」에서 건강 정보를 민감정보로 규정하는 것과 비슷하게 GDPR은 ‘특별한 유형의 개인정보 처리(Processing of special categories of personal data)’라는 범위 안에서 건강 정보 처리를 규정하고 있다. 민감정보와 같이 ‘특별한 유형의 개인정보 처리’ 역시 원칙적으로는 금지이고, 예외적 상황에서만 허용되고 있다. 여기서 말하는 예외적 상황은 “정보 주체의 권리와 자유를 보호하기 위한 적절하고 특정한 조치(특히, 직무상의 기밀 준수)를 제공하는 유럽연합 또는 유럽연합 회원국 법률에 의거하여 회원국 간의 심각한 건강 위협으로부터의 보호 내지 헬스케어, 의학 제품, 의료 기기의 높은 품질 및 안전을 보장하기 위한 공중 보건 영역에서의 공익적 사유로 개인정보 처리가 필요한 경우”가 해당한다.⁶²⁾ 이 규정을 보면 GDPR 회원국 각국의 법률로 건강 정보 처리에 관한 규정 가능성은 열어둔 것을 알 수 있다.

우리나라 「개인정보 보호법」과 GDPR의 코로나 확진자 정보 처리에서 가장 다른 점은 공중

60) 중앙일보(2020.05.12), “기지국은 알고 있다…이통사, '이태원 접속자' 이름·전화번호·집주소 제출”, <https://news.joins.com/article/23774538>(검색일 : 2020. 09. 20.)

61) General Data Protection Regulation, 유럽연합개인정보보호통합규정.

62) Article 9 (2) (i) (이진규b, 앞의 논문, 7-8면.)

보건을 위한 개인정보 처리 역시 ‘특별한 유형의 개인정보 처리’로 규정하고 있다는 점이다. 우리나라는 「개인정보 보호법」 제58조의 제1항을 통해서 공중위생 등의 안전을 위해서 처리되는 개인정보에 한해서는 「개인정보 보호법」의 제3장부터 제7장까지 적용하지 않는 등 공공의 안녕을 위해서 개인의 민감정보를 보다 쉽게 이용할 수 있도록 했다. 반면 GDPR은 그런 규정을 두지 않아 정보 주체의 권리나 특별한 유형의 개인정보 보호(민감정보)의 규정을 그대로 사용할 수 있다. 개인정보 활용에 있어서 분쟁조정, 단체소송 등도 그대로 할 수 있다.⁶³⁾ 이미 III. 2. 라.에서 비판한 내용이지만, 전 세계 개인정보보호법제 중 가장 선진화되어있다고 인정받는 GDPR에서도 규정한 것과 같이 공중보건 사태에서도 정보 주체의 개인정보에 대한 보호를 최대한 이끌어내고 있다는 점에서, 공공의 이익을 위해 쉽게 개인의 민감정보와 개인정보자기결정권을 희생시킬 수 있는 확진자 정보 공개 제도의 근거 법률인 「개인정보 보호법」의 재고가 필요해 보인다.

또한 EDPB(European Data Protection Board, 유럽연합 개인정보보호 이사회)에서 채택한 성명문을 보면 코로나 19라는 예외적인 상황에서도 개인정보를 보호하는 인식을 배울 수 있다. EDPB는 기본적으로 유럽 전역의 정부, 단체들이 코로나 19를 억제하기 위해 다양한 유형의 개인정보를 처리하고 있는 것을 GDPR이 방해하진 않지만, 법의 일반 원칙을 고려해서 적법하고 안전하게 처리해야 한다고 말했다. 먼저 위치정보 같은 데이터 처리는 유럽연합의 「전자 프라이버시 지침」(ePrivacy Directive 2002/58/EC)을 구체화시키는 회원국들 각각의 국내법들을 통해 이루어지지만, 비례적인 조치를 갖추고 입법해야 한다. 방역 성공과 공중위생 안녕이라는 목적을 달성하기 위해 수집하는 개인정보는 구체적이고 명시적으로 처리해야 한다. 휴대전화 위치정보를 사용할 경우 정보에 대한 익명화 방안을 갖추어야 하며, 익명화되지 않은 정보도 처리해야 하는 필요성이 있는 경우 전자 프라이버시 지침에 맞는 회원국들의 입법 조치가 필요하다. 과잉금지의 원칙도 적용되어 예외적 상황에서 ‘추적’과 같은 침해행위는 구체적 양상에 따라 비례하여 적용하여야 하고, 우리나라와 달리 포괄적 법 적용 배제 규정이 없는 만큼 GDPR 준수를 위해 강화된 조사와 안전조치가 적용되어야 한다고 설명했다.⁶⁴⁾ 이 성명문을 통해 유럽연합에서는 개인의 위치정보를 처리할 때 보충성의 원칙에 따라 익명화 방식을 우선 고려하고, 그것만으로는 목적 달성이 불가능한 경우에만 입법을 통해서 비익명 조치된 정보를 사용할 수 있게 한 것을 알 수 있다. 또한 앞선 문단에서 말했듯 공중보건 사태에서도 GDPR 상 ‘특별한 유형의 개인정보 보호 규정’을 준수하고 성명 차원에서 이에 대한 안전조치와 강력한

63) 이진규b, 위의 논문, 7-8면.

64) EDPB, “statement on processing of personal data in the context of the covid-19 outbreak”, 2020. 03. 19.

감시체제가 필요하다고 말했다. 이러한 점을 보았을 때 다시 한번 감염병 예방법, 「개인정보 보호법」 안에서 말하고 있는 감염병 관련 개인정보에 관해 보충성 원칙이나 과잉금지의 원칙에 대한 논의가 너무 공공의 이익에 치우쳐져 있지 않은지 고려해 볼 필요가 있다.

나. 독일

독일 BDSG(Bundesdatenschutzgesetz, 연방개인정보보호법)에서는 개인정보를 ‘특정 또는 식별 가능한 자연인(관계인)의 개인 또는 사실적 상황에 대한 개별 정보’⁶⁵⁾라고 지칭하고 있다. 특히 제3a조에서는 개인 관련 정보의 수집, 가공 및 이용 그리고 정보처리시스템의 선택과 형성은 개인 관련 정보의 수집, 가공 또는 이용을 가능한 한 최소화한다는 목적에 맞게 실행되어야 한다고 설명했다.⁶⁶⁾ 또한 제4조 제1항에서는 개인 데이터의 수집, 처리 및 사용은 기본적으로 금지되고, 명시적인 법적 규정이 있거나 데이터 주체가 동의한 경우에만 예외라고 명시해놨다.⁶⁷⁾

독일의 IFSG(Infektionsschutzgesetz, 인간 감염병의 예방 및 대응에 관한 법률)은 수인 간의 감염될 수 있는 질병을 예방하고, 확산을 방지하는 것을 목표로 한다. 이는 물론 우리나라 감염병 예방법의 목표와 크게 다르지 않고, 목적 달성을 위해 연방, 주, 지방자치단체, 의사, 수의사, 병원, 학술기관 등은 서로 협력해야 하는 의무를 부담한다. 또한 독일 감염병 예방법 제3조에서는 대외적인 알람을 통한 예방에 대해 명시하고 있다. 메르스 사태 이후 개정된 우리나라의 감염병 예방법 개정안과 같이 감염병의 위험과 예방에 관한 정보를 알려야 하는 것을 공적 임무로 규정해놨다. 특히 우리나라 감염병 예방법 제34조의2에서 질병관리청장에게 조치 의무를 부과한 것처럼 독일 역시 주법에 따라 관할권을 지니는 부서는 감염병을 예방하는 일반적·개별적 방법을 알리고 감염병에 관한 조연과 상담을 제공할 의무를 진다고 명시해놨다.⁶⁸⁾

코로나 사태 이후 독일 정부는 개인정보 침해 논란을 고려해서 위치추적 및 공개 방법을 고안한다. 이는 흔히 유럽 내에서 PEPP-PT(Pan-European Privacy-Preserving Proximity Tracing, 범유럽 개인정보 보호 근접 추적)을 준수하는 앱을 통한 공개방식이라고 볼 수 있다. 이 시스템은 시민이 정부가 만든 애플리케이션을 내려받으면 무작위로 아이디가 생성되도록 해서, 같은 애플리케이션을 설치한 시민과 접촉할 경우 블루투스를 통해 서로의 아이디 정

65) BDSG § 3 Abs. I.

66) BDSG § 3a Abs.

67) BDSG § 4 Abs. I.

68) 윤진아, “독일의 감염병 예방 및 관리 법제 고찰”, 「법과 정책연구」 제18권 제4호, 한국법정책학회, 2018, 259-260면.

**감염병의 예방 및 관리에 관한 법률상의 COVID-19 극복 시 확진자 정보 등 345
개인정보처리에 대한 비판적 연구**

보가 RKI⁶⁹⁾의 서버로 보내지고, 아이디 당사자가 코로나 19 확진을 받으면 RKI가 감염자의 접촉자에게 경고 메시지가 가도록 하는 방식이다. 아이디 정보는 일정 기간이 지나면 자동 삭제돼서 독일 법무부는 애플리케이션 설치에 강제성이 없을 것이라고 설명하기도 했었다.⁷⁰⁾ 하지만 원래 독일의 ‘SAP’와 ‘도이치 텔레콤’이 만들던 어플은 현재 데이터 삭제 이후에도 접근할 수 있다는 문제점이 있어서 현재는 구글과 애플의 추적 및 알림 어플의 추이를 지켜보는 상황이라고 한다. 구글과 애플의 어플은 이용자가 직접 내려받기 해야 하며, 수집된 데이터의 활용 시점도 확진자가 발생한 순간뿐, 기본적으로 접촉자 데이터는 추적 앱을 활성화한 사용자의 스마트폰에 분산되어 저장된다. 이때 데이터는 15일 이내에 삭제되고, 별도의 개인정보나 위치 기록의 추적 없이 인근 장치의 식별 정보만을 탐색한다고 한다.⁷¹⁾ 비록 독일의 자체적인 위치 정보 공개 시스템이 아닌 글로벌 기업의 기술에 기대고 있는 것이긴 하지만 이를 채택하는 과정에 있어서 자국 내의 법제와 개인정보보호의 균형을 잘 맞추었다고 생각된다.

이는 데이터 주체가 동의한 경우 개인정보를 처리할 수 있다는 점을 최대한 고려한 조치이며, 우리나라의 재난 문자와 SNS를 사용하는 방식보다 정보 삭제가 확실한 편이다. 기본적으로 우리나라 감염병 예방법과 독일의 감염병 예방법 모두 정부 관할 부처에게 알림의 의무를 부과하고 있지만, 우리나라와 같은 포괄적 조문 배제조항 없이 과잉금지의 원칙을 최대한 고려할 수 있게 입법체계를 다져 냈으며, 그 책임 소지도 각 주의 관할권이 있는 부서에 위임하였다. 이뿐만 아니라 강제성 없는 가이드라인을 통해 지방자치단체의 정보 공개를 관할하는 우리나라와 달리, 통일된 어플을 통해 개인정보 주체의 동의를 받고 정부가 일괄적으로 관리할 수 있게 한 점은 확진자 정보 공개로 인한 개인정보자기결정권의 피해를 최소화했다고 볼 수 있다. 물론 자발적 참여에 기대는 방식이 최대한의 효과를 보기에는 어렵지만, 보충성의 원칙에 따라 지금의 방식보다 개인정보를 덜 침해할 방법이 있다면 고려한 방법을 사용해야 할 것이다.

69) 독일의 감염병 예방법 제4조에 따라 감염병의 예방, 감염병 발생 사실의 조기 발견 및 확산 방지를 목적으로 독일은 RKI(Robert Koch-Institut, 로베르트코흐연구소)을 설립했다. 관할관청들과 협조하여 감염병 관련 업무에 종사하는 사람들을 위해 감염병의 예방·인지·확산 방지에 관한 지침 등을 작성하고, 역학적 평가의 결과를 정기적으로 공개하는 임무를 수행한다. (윤진아, 앞의 논문, 262-263면.)

70) 연합뉴스(2020.04.03), “독일, 개인정보 보호방식 ‘스마트폰 코로나19 방역’ 추진(종합)”, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20200403008151082>(검색일 : 2020. 09. 23.).

71) 최필식, 앞의 논문, 6-10면.

IV. 결론 및 제언

1. 포스트 코로나 시대의 친인권적 감염병 예방법

가. 명확한 위임 조항 문구

코로나 19 사태가 예상외의 장기화를 맞고 있고, 그에 따른 상황변화가 수시로 이루어지고 있기 때문에 가이드라인 등을 통해 확진자 정보 공개에 관해 규정하고 있는 건 그 긴급성이 인정될 여지가 있다. 다만, 가이드라인 등이 실질적인 수권 규범으로써 작동하기 위해서는 감염병 예방법 차원에서 위임문구를 명시해야 할 것이다. 실제로 권고사항에 지나지 않는 가이드라인에 의존해오면서 법률유보성의 원칙의 논란을 빚었을 뿐만 아니라, 지방자치단체들의 독자적인 정보 공개 방침을 실질적으로 규제하지 못하고 있었다.

따라서 만약 행정규칙이나 가이드라인을 통한 정보 공개 방식이 단기적으로 최선이라고 판단되거나, 앞으로의 감염병 방역에 있어서도 합리적인 방법이라고 생각된다면 감염병 예방법 제34조의2 제4항으로부터 정보 공개와 이의신청의 범위, 절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항에 관한 판단을 위임받은 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 시행규칙 제27조4의 제1항에서 공개정보의 범위를 고시나 지침에 따른다는 문구를 추가할 필요성이 있어 보인다. 가이드라인의 경우 아직까지 일반적으로 그 법규성이 인정되지 않았기 때문에 되도록 행정규칙의 일부인 지침과 고시에 따른다는 문구를 추가한다면 법치국가로부터의 도피라는 비판에서 조금은 자유로워질 수 있을 것으로 생각한다.

장기적으로는 제34조의2에서 위임하고 있는 제27조4에서 정보 공개에 관한 명확한 문구를 설정하여 고시나 지침보다 확실한 법규성을 가진 규정으로 할 필요가 있다. 급박한 상황에서 어쩔 수 없이 고시나 지침 등을 활용하는 것은 참작될 수 있으나, 충분한 논의가 이루어지고 있는 현 상황에서는 방역 목적에 비례한 정보 공개 범위를 상위의 법규에서 명시하여 법률유보성의 원칙에 부합하게 나아가야 할 것이다.

나. 자의성에 의존하는 문구의 변경

감염병 사태의 특성상 규정해야 할 개념과 실시할 정책의 세부적인 내용은 수시로 변화를 맞

곤 한다. 특히 코로나 19 같이 감염성과 위험성이 높은 감염병의 경우에는 국민의 생명권과 직결되는 문제이므로 그에 따른 유연한 대처가 요구될 것이다. 하지만 그렇다고 해서 모든 정보와 권한을 국가기관과 방역 시스템의 자의적인 해석에 맡기게 된다면 헌법의 기본원칙인 법률유보성의 원칙을 위배하는 것이고, 때에 따라서는 국가의 필요성에 맞게 국민의 기본권을 침해하는 근거로써 작용할 수 있다. 본문에서 지적하고 있는 역학조사관의 업무, 전자출입명부의 수집내용, 지방자치단체의 확진자 정보 공개 모두 개별 국민의 개인정보를 처리하는 분야이고, 상황에 따라서는 민감정보성을 띠는 정보를 처리하기도 한다. 개인정보보호의 차원에서 여기서 다루어지는 정보의 양과 수집 방법은 반드시 법규성이 있는 규정으로 정해져야 하며, 가능한 명확하게 명시되어야 할 것이다. 물론 급박한 상황에서 그런 것들을 일일이 법규성이 있는 규정으로 정하는 건 무리가 있지만, 현재 코로나 사태가 장기전으로 치달고 있는 만큼 법규성이 있는 위임조항을 만들어나갈 필요성이 보인다. 또한 단순히 법규성을 가지는 것뿐만 아니라 방역 목적에 비례 되는 정보만을 다룰 수 있도록 규정하면서 과잉금지의 원칙에도 부합하는 위임조항이 만들어져야 할 것이다. 적어도 우리나라 「개인정보 보호법」과 헌법상 가치의 준수를 보장하기 위해 안전조치와 명확한 감시체계가 도입되어 과도기적 정책, 제도 시행에서도 개인정보 보호에 힘써야 할 것이다.

2. 책임 소재에 대한 법적 검토

가. 정보 공개

지방자치단체가 확진자의 정보 및 동선 공개를 하는 근거를 「감염병 예방법」 제6조에서 찾을 수밖에 없는 만큼 제6조에서 정하는 ‘감염병 발생 상황, 감염병 예방 및 관리 등에 관한 정보’를 보다 구체적으로 정의할 필요가 있다. 현재의 법문에서는 국가와 지방자치단체가 신속하게 정보를 공개해야 하는 의무사항만이 존재한다. 그 결과 현재 지방자치단체의 확진자 정보 공개가 가이드라인을 제대로 준수하지 않고 시행되어서 개인정보를 과도하게 공개시켰다는 비판을 받고 있다.⁷²⁾ 따라서 공개할 정보나 공개 방법에 대해 「감염병 예방법」 제6조에서 명확하고 통합적인 기준을 마련해서 지방자치단체들이 준수할 수 있도록 해야 할 것이다. 꼭 제6조가 아니

72) 확진자 이동경로 공개와 관련하여 지난 8월 24일부터 28일까지 개인정보보호위원회가 전국 243개 자치단체의 홈페이지를 전수 조사한 결과, 일부 지방자치단체에서 중대본이 권고한 지침과 달리 확진자 이동경로에 개인을 식별할 수 있는 성별·연령·거주지(읍면동 이하) 등을 포함하여 공개한 사례 349건, 삭제 시기를 준수하지 않은 사례 86건 등이 확인됐다. (개인정보보호위원회, 앞의 보도자료)

더라도 「감염병 예방법」 제34조의2에 질병관리청장뿐만이 아니라 지방자치단체도 의무의 주체로 규정해서 확진자 정보 공개를 요건과 절차에 맞게 하도록 지시할 수 있을 것이다.⁷³⁾

또한 독일 등 EU 국가들이 채택하고 있는 어플 다운로드 방식처럼 질병관리청이나 중앙재난안전대책본부가 일괄적으로 정보를 공개하는 시스템을 고려해볼 수 있다. 현재의 코로나 19 역학조사 지원 시스템을 많은 회사와 공공기관이 협력해서 구축한 것과 같이 중앙 관리가 가능한 정보 공개 시스템을 구축하고 법문상에서 규정한다면 정보 공개의 방식과 절차도 일관적이게 될 뿐만 아니라 책임소재도 명확하고 말끔하게 규정될 수 있다. 「감염병 예방법」 제18조에서 정한 역학조사 절차를 시스템으로 옮긴 것처럼 확진자 정보 공개 통합 시스템을 구축한다면 별다른 법문 개정없이 일원화된 방식으로 시민들의 개인정보를 다룰 수 있을 것이다. 정보 집적이 높아질수록 인권침해 또한 높아질 수 있다는 것을 생각한다면 공유기관의 범위를 법규화해서 제한하는 것을 충분히 고려할 수 있을 것이다.

나. 정보 파기

정보화 시대에 있어 개인정보, 그중에서도 민감정보는 보호되어야 하는 대상이며 사용되더라도 일정한 절차와 기준에 의해서 사용하고 파기되어야 할 것이다. 하지만 개인정보보호위원회의 보도자료에서 지방자치단체들의 정보 파기 현황에 대해서 전수조사한 결과를 보면 정보 공개 가이드라인에 따르지 않고, 정보를 파기하지 않은 사례가 적발되기도 했다. 또한 2020년 5월 16일, 진보네트워드가 질병관리청에 보낸 ‘코로나 19 관련 데이터 수집 및 관리에 관한 정보 공개청구’의 답변에서 질병관리청은 2018년에 발생한 메르스 확진자 및 격리자에 대한 개인정보를 파기하지 않았다고 답변하기도 했다.⁷⁴⁾ 정부는 코로나 19 역학조사 지원 시스템에 대해서 “코로나 19 상황이 종료되는 즉시 개인정보를 파기할 것”이라고 했지만, 위와 같은 상황들을 보았을 때 확실한 파기를 보장하기 위해서 다음과 같은 파기 의무 규정 사항을 고려해야 할 것이다. ① 제76조의2 제6항에서 정보제공자의 파기 의무도 명확히 명시하여 질병관리청의 파기 의무를 성문화시켜야 한다. ② 전자출입명부로 얻어지는 개인정보에 대해서 내부 가이드라인이 아닌 법문상 명확한 책임 주체를 마련해야 한다. ③ 물리적으로 개인정보가 기입되는 수기출입명부의 경우 시설관리자의 주의 및 파기 의무도 명확하게 규정되어야 한다. ④ 앞의 제

73) 양경숙·코로나19 인권대응네트워크, 「코로나19와 인권: 지켜져야 할 인권원칙과 입법과제 토론회 자료집」, 코로나19 인권대응네트워크, 2020, 54면.

74) 질병관리청, “코로나 19 관련 데이터 수집 및 관리에 관한 정보 공개청구 답변서”, 2020. 05. 16.

언에서 언급한 것과 같이 확진자 정보 공개 제도에서 정하고 있는 파기 의무도 가이드라인이 아닌 법률상의 삭제 규정을 두어야 한다. 독일 등 EU 국가가 감염병 역학조사 및 정보 공개를 어플을 깔고 이에 대한 동의를 받는 것을 우리나라의 현 상황에서 그대로 도입할 수는 없겠지만, 명확한 파기 규정과 이를 감시할 수 있는 감독기구를 두어 국민의 개인정보자기결정권을 보호해야 할 것이다.

3. 결론

윤종인 개인정보보호위원회 위원장은 2020년 9월 16일 열린 ‘개인정보 관리실태 대한 비대면 현장점검’에서 “방역과 개인정보 보호는 상충하는 관계가 아니고 보완적 관계에 있으며, 개인정보를 안전하게 보호해야 코로나 19 방역이 효과적으로 이루어질 수 있다.”⁷⁵⁾ 라고 말했다. 이는 현 「개인정보 보호법」의 주요 방향인 ‘개인정보에 대한 보호와 활용의 균형 방향’을 감염병 사태에 대입한 것이라 볼 수 있다. 과잉금지의 원칙 평가에서 말한 것처럼 아무리 급박하고 위험한 사태라고 해도 정보 주체(개인)에 대한 보호를 소홀히 한다면, 다른 크고 작은 국가적 위기가 닥쳤을 때 국민의 개인정보자기결정권 및 기본권을 무분별하게 침해하게 될 수도 있다.

그런 의미에서 메르스 사태 이후로 개정된 「감염병 예방법」은 방역 도움의 측면에서는 기존보다 많이 고도화됐는지 모르지만, 개인정보보호에 있어서는 부족한 점이 있었다고 평가할 수 있겠다. 특히 과도기적인 단계에 생긴 코로나 19 사태는 그런 문제점을 낱알이 드러내었다. ‘긴급한 감염병 사태에 대응하기 위한’이라는 수식어가 참작의 여지를 주더라도 결코 면죄부가 되어서는 안 될 것이다. 특히 개정된 「감염병 예방법」을 전제로 처음 시행된 ‘확진자 정보 공개 제도’와 ‘코로나 19 역학조사 지원 시스템’은 그 영향력과 기본권 침해 가능성을 충분히 고려해서 수정해나가야 한다.

2020년 8월 5일에 시행된 「개인정보 보호법」 역시 GDPR의 조문을 많이 차용하는 등 개인정보보호의 의식을 본받으려고 했지만, 「감염병 예방법」에서 드러난 개인정보자기결정권 침해에 대해서 정보 주체 보호라는 법의도가 잘 적용되지 못했다. 「감염병 예방법」에서 드러나는 개인정보 문제를 보충적으로 해석할 수 있는 일반법이 「개인정보 보호법」인 만큼 무분별한 개인정보 사용에 제동을 걸 수 있는 법제으로써 거듭나게 수정할 필요가 있다.

국내에서 코로나 사태가 본격적으로 불어온 지 약 9개월이 돼가지만, 아직 확진자 수나 상황

75) 개인정보보호위원회 보도자료(2020. 09. 16), “개인정보보호위, 코로나19 개인정보 관리실태 비대면 현장점검”, <https://www.pipc.go.kr/np/cop/bbs/selectBoardArticle.do>(검색일 : 2020. 09. 26.).

변화는 안정세를 찾지 못하고 있다. 8월 광화문 집회 집단 감염 사태와 비슷한 일이 또 발생한다면 확진자 수가 폭등하는 대유행 사태를 다시 맞이할지도 모른다. 또 코로나가 완전히 종식 되더라도, 우리는 ‘뉴노멀’이라는 이름으로 새로운 감염병 사태에 대한 경각심을 잃지 않아야 하며, 새로운 감염병 사태가 터졌을 때 더욱 성장한 자세로 대응해야 할 것이다. 그 성장한 자세는 방역기술과 역학조사 수준만이 아닌 공중보건 위기 상황에서도 국민의 기본권을 최대한 보장하는 것도 포함된다. 새로워진 삶의 방식에서 우리는 방역과 개인정보보호의 제로섬 게임을 택하는 것이 아니라 조화를 이루기를 기대한다.

참 고 문 헌

I. 국내문헌

- 박원규, “감염병 예방법상 이동제한조치에 대한 법적 검토 - 코로나19 관련 독일의 법적 상황 및 논의를 중심으로”, 「경찰법연구」 제18권 제2호, 한국경찰법학회, 2020.
- 백두현, “스마트시티에서 코로나19 전염병 방역체계와 응급의료체계의 발전 방향”, 「ITS Brief」 제10권 제3호, 2020.
- 윤종태, “국내 메르스 MERS 사태가 남긴 과제와 법률에 미친 영향에 대한 소고 小考”, 「의료법학」 제16권 제2호, 대한의료법학회, 2015.
- 윤진아, “독일의 감염병 예방 및 관리 법제 고찰”, 「법과 정책연구」 제18권 제4호, 한국법정책학회, 2018
- 이진규a, “코로나 바이러스와 개인정보 활용에 대한 소고”, KISA REPORT 2월호, 한국인터넷진흥원, 2020.
- _____b, “미국·EU·일본에 있어서 개인정보의 개념과 범위 비교”, KISA REPORT 8월호, 한국인터넷진흥원, 2020.
- 정종구·손정구, “코로나19 동선 공개에 대한 법적 고찰”, 「법학논고」 제70호, 경북대학교 법학연구원, 2020.
- 최필식, “코로나 19 접촉자 추적 기술의 방향은 공동체의 참여를 끌어내는 것”, KISA REPORT 5월호, 한국인터넷진흥원, 2020.
- 한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2019.
- 홍석한, “위임입법의 헌법적 한계에 관한 고찰 : 헌법재판소의 위헌심사기준에 대한 분석 및 평가를 중심으로”, 「공법학연구」 제11권 제1호, 한국비교공법학회, 2010.
- 홍성찬·황인호, “프라이버시권과 개인정보보호권”, 「사회과학연구」 제12권, 건국대학교 사회정책연구소, 1999.

II. 기타자료

- 대구고등법원 2017. 04. 12. 선고 2016나22753, 22760 판결.
- 대법원 1998. 07. 24. 선고 96다42789 판결.

352 동국법학 제1권

대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다16280 판결.

대법원 2011. 09. 02. 선고 2008다42430 판결.

보건복지부a, 「2015 메르스 백서」, 보건복지부, 2016.

_____b, 「전자출입명부(KI-Pass) 안내」, 보건복지부, 2020.

양경숙·코로나19 인권대응네트워크, 「코로나19와 인권: 지켜져야할 인권원칙과 입법과제
토론회 자료집」, 코로나19 인권대응네트워크, 2020.

헌재 1990. 09. 03. 선고 89헌가95 결정.

헌재 1995. 11. 30. 선고 91헌바1 결정.

헌재 1999. 05. 27. 선고 98헌바70 결정.

헌재 2005. 07. 21. 선고 2003헌마282·425(병합) 결정.

헌재 2005. 05. 26. 선고 99헌마513·2004헌마190(병합) 결정.

헌재 2018. 06. 28. 선고 2012헌마191 결정.

행정자치부, 「개인정보보호 법령 및 지침·고시 해설」, 행정자치부, 2016.

현행 연명의료결정법의 개선방안

- 비교법적 검토를 통해 -

문민정(법04)·송한솔(법04)·염현주(법04)

[목 차]

| | |
|--------------------------------|------------------------|
| I. 연구목적 및 방법 | III. 연명의료결정법의 주요내용 |
| II. 존엄사의 의의 및 연명의료결정법의 입법배경 | IV. 외국입법례 |
| | V. 연명의료결정법의 비판점 및 개선방안 |

I. 연구목적 및 방법

1. 연구배경 및 연구의 필요성

「호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률」(이하 ‘연명의료 결정법’)이 시행된 지 2년이 훌쩍 넘은 이 시점에 그동안의 법 집행과정에서 「연명의료결정법」은 현실과 이념을 적절히 조화시켜 합리적인 법 집행이 이루어지고 있는가에 관해 의문을 제기하였다. 「연명의료결정법」은 환자의 자기결정권을 확대하여 인간의 존엄과 가치, 헌법상 행복추구권 등을 보장해 줄 것이라는 큰 기대를 가지고 시행되었지만, 제도가 현재까지도 완전히 안착하지 않아 운영상의 한계와 다양한 개선 방향이 제시되고 있다.

헌법재판소는 죽음에 임박한 환자에 있어 ‘연명치료 중단에 관한 자기 결정권’은 헌법상 보장되는 기본권에 해당한다는 사실을 확인하였다.¹⁾ 또한, 「보건의료기본법」 제12조는 “모든 국민은 보건의료인으로부터 자신의 질병에 대한 치료방법, 의학적 연구 대상 여부, 장기 이식 여부 등에 관하여 충분한 설명을 들은 후 이에 관한 동의 여부를 결정할 권리를 가진다.” 하여 환자의 자기결정권을 인정하고 있다. 따라서 환자의 자기결정권은 명백한 국민의 권리로 자리 잡고 있다. 이러한 권리를 보장받기 위한 핵심적인 제도가 연명의료결정법이다. 따라서 법은 연

1) 헌법재판소 2009.11.26. 선고 2008헌마385 결정.

명의로중단으로 인해 필연적으로 수반되는 생명권의 침해라는 결과보다 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권, 환자의 자기결정권을 합리적으로 보장하고 있어야 한다.

「연명의료결정법」이 시행된 이후 지속적으로 문제가 제기되고 있는 가장 큰 논쟁거리는 제17조, 제18조의 환자 의사 추정 및 대리에 관한 규정이다. 계속해서 규정의 오용·남용의 우려가 제기되고 있고, 입법 전부터 조심스러웠던 부분이다. 이러한 문제를 해결할 실용적인 연명의료중단의 사전통제 수단이 마련되어 있지 않은 것도 제도상 한계를 나타낸다. 또한, 동법에서 연명의료중단 결정의 대상을 임종 과정에 있는 환자로 제한하여 말기환자의 연명의료중단은 허용하지 않고 있고, 중단되는 연명의료의 범위를 특수연명의료만으로 제한하여 일반연명의료는 중단 가능한 의료범위에 포함하지 않고 있다. 이는 입법 초기 사회적 혼란을 방지하기 위한 조심스러운 정책적 태도였으며 다소 소극적인 결정으로 보인다. 하지만 현재 법의 실효의 측면에서 말기환자들의 일반연명의료 중단 결정의 필요성이 대두되고 있다.

본 연구에서는 위와 같은 문제를 인식하여 출발하였고, 이를 실체법적 측면과 절차법적 측면으로 나누어 우선, ① 연명의료결정의 대상을 임종 과정에 있는 환자로 제한하는 것이 환자의 자기결정권 보장을 위해 바람직한 결정인지, ② 중단되는 연명의료의 범위를 특수연명의료에만 국한하고 있는 것이 환자들의 요구·법의 실효 측면에서 합리적인지, ③ 환자의 의사 추정 및 대리 결정에 관한 규정에 법적 흠결이 존재하는지, ④ 연명의료중단 결정의 사전통제수단이 미흡한 것은 아닌지 외국 입법례를 참고하여 검토해보도록 한다. 그리하여 궁극적으로 본 연구를 통해 「연명의료결정법」의 개정 방향을 제시하여 법의 발전을 도모하고, ‘연명의료중단’이라는 생명권과 환자의 자기결정권의 중대한 충돌이 법적·논리적 타당성을 온전히 갖출 수 있도록 하는 것을 목적으로 한다.

2. 연구의 범위 및 방법

본 연구는 문헌적인 연구를 기초로 현행 「연명의료결정법」의 제15조, 제17조, 제18조, 제19조 규정을 해석하고, 타국의 비교법적 검토를 시행하여 현행법상 문제점과 해결책을 모색하는 방법으로 진행하고자 한다. 다만, 이에 앞서 존엄사와 관련된 논의가 시작된 배경을 소개하고자 존엄사와 안락사의 구분, 생명권 침해에 대한 「형법」상 관점을 소개할 것이고, 「연명의료결정법」의 입법 배경이 된 가장 의미 있는 사건인 ‘보라매병원 사건’과 ‘김 할머니 사건’에 관하여 구체적인 사실관계를 알아보고 대법원 판결요지를 중심으로 두 사건을 면밀히 재검토하고자 한다.

II. 존엄사의 의의 및 연명의료결정법의 입법배경

1. 존엄사의 의의

가. 존엄사의 의의

존엄사(尊嚴死)는 현재까지도 학계에서 다양하게 정의되고 있다. 존엄사의 사전적 정의는 “인간으로서 지녀야 할 최소한의 품위와 가치를 지키면서 죽을 수 있게 하는 행위”이다. 일반적으로 학계에서는 존엄사를 식물인간 상태와 같이 환자에게 의식이 없고 그의 생명이 단지 인공 심폐기에 의하여 연장되고 있는 경우에 품위 있는 죽음을 위하여 생명연장조치를 중단한 것으로 정의하고 있다.²⁾ ‘인간으로서 지녀야 할 최소한의 품위’에 대한 견해가 각자의 가치관에 따라 상이하기 때문에 존엄사의 정의가 명확하게 확립되지 않은 것이다. 인간에게 존엄하게 죽을 권리가 보장된다는 전제하에 있는 존엄사와 관련한 논의는 ‘존엄’의 의미를 해석하는 것에서부터 시작되어야 한다. 대부분은 병원 중환자실에 누워 온갖 생명 연장 기계장치들을 연결한 채 살아가는 사람들을 존엄하지 못하다고 생각한다. 또한, 말기의 환자들은 통증이나 육체적 고통보다는 오히려 존엄성과 자아 상실과 같은 인격성을 위협하는 증상들을 두려워하기 때문에 인간다운 죽음에 대한 권리 이면에 환자들은 존엄성을 요구하여 치료의 중단, 보류를 요구하는 경우가 많다.³⁾ 대법원 판례 또한 임종 과정에 있어서 전혀 무의미한 과잉의 연명의료는 인간의 존엄성을 해칠 뿐만 아니라 비인간적인 행위로서 야만적이라고 비판받아 마땅할지도 모른다고 언급하고 있다.⁴⁾ 하지만, 인간의 존엄성은 객관적인 판단 기준이 존재하지 않아 정확한 측정이 불가능할뿐더러 이에 대한 선부른 판단으로 인해 자칫 중증장애인이거나 뇌 질환 또는 치매 등의 퇴행성 질환으로 고통받는 환자들의 삶 자체를 존엄하지 않은 삶으로 오해할 위험⁵⁾이 발생한다.

그럼에도 불구하고 의료계와 환자 측의 지속적인 요구로 회복이 불가능하다는 의학적 진단을 받은 환자에게는 ‘무의미한 생명연장치료’를 중단하는 조치의 필요성이 강조되었고, 이러한 환자들을 위한 ‘소극적 안락사’, ‘완화치료’, ‘사전진료지시서’ 등을 포함하여 존엄사라고 통칭하

2) 이인영a, “존엄사에 관한 고찰”, 「한림법학 FORUM」 제14권, 한림대학교 법학연구소, 2004, 152면.
 3) 김은철·김태일, “죽음에 관한 자기결정권과 존엄사”, 「미국헌법학회 미국헌법연구」 제24권 제1호, 미국헌법학회, 2013, 10면.
 4) 대법원 2009.05.21 선고 2009다17417 전원합의체 판결.
 5) 신동일, “존엄사에 대한 형법적 물음”, 「형사정책연구」 제20권 제1호, 한국형사정책연구원, 2009, 5면.

고 있다. 하지만 각각의 세부적 개념에는 차이가 있다.

나. 소극적 안락사와의 구분

안락사(安樂死)는 편안하게 죽음에 이르게 한다는 목적이 표현된 개념이다. 안락사는 치료할 수 없는 조건이나 질병으로 고통을 당하고 있는 사람을 대상으로 고통을 줄여 줄 목적으로 고의로 그 사람의 생명을 끝내는 행위이다.⁶⁾ 안락사는 적극적 안락사와 소극적 안락사로 나누어 개념을 정의할 수 있다. 적극적 안락사는 환자의 요구에 따라 제3자가 극약처방(모르핀 투여 등)을 하여 죽음을 인위적으로 앞당기는 행위이고, 소극적 안락사는 이와 다르게 죽음의 과정에 접어든 환자에게 생명 유지를 위해 필수적인 영양공급, 약물투여 등을 중단하거나 호흡 장치를 제거하여 죽음에 이르게 하는 것이다. 「형법」적으로는 양자 모두 자살관여죄 또는 살인죄에 해당한다. 다만, 소극적 안락사의 경우 견해의 대립이 있지만, 환자 본인의 동의와 극심한 고통에서 벗어나고자 하는 요건이 충족될 때 면책 사유가 된다고 보고 있다. 이러한 소극적 안락사와 존엄사의 개념 정의를 혼용하여, 양자의 정확한 구분을 하고 있지는 않지만, 통설은 소극적 안락사가 존엄사라는 큰 범위 안에 포함되는 개념으로 정의하고 있다. 따라서 ① 죽음을 원조하는 소극적 안락사와 ② 죽음의 길에서 고통만을 제거해주는 완화치료, ③ 환자의 삶의 마지막 단계를 정리해주는 프로그램인 호스피스, 이 3가지의 절차를 모두 포괄적으로 존엄사의 절차로 정의하고 이를 입법화한 「연명의료결정법」에 대해 논하고자 한다.

2. 연명의료결정법의 입법배경

가. 법적관점에서 바라본 생명권

다른 기본권들과 달리 생명권은 헌법상 보호되어야 한다는 명문의 규정이 없음에도 불구하고 국가가 절대적으로 보호하여야 하는 권리이다. 이러한 점으로 보아 「헌법」 제10조에 규정된 인간으로서의 존엄과 가치는 생명권에 포함된 개념이라고 볼 수 있을 것이다. 즉, 헌법상 인간에게 자신의 존엄에 대한 결정 권한 역시 당연히 주어진다.

인간의 존엄에 대한 자기결정권은 자기 자신의 법익에 대하여 스스로 결정하고 타인의 부당한 간섭을 받지 않을 권리이다. 따라서 헌법상 생명권은 타인으로부터 생명, 신체에 대한 부당

6) 김대균, “존엄사 결정에서 윤리의 역할”, 「윤리교육연구」 제54권 제54호, 한국윤리교육학회, 2019, 5면.

한 침해를 받지 않을 권리인 소극적 의미의 생명·신체에 대한 자기결정권⁷⁾으로 이해할 수 있다. 다만, 여기서 존엄사 문제와 관련하여 생명권 자체에 ‘자신의 생명·신체’를 자유롭게 처분할 수 있는 권리까지도 포함되는지⁸⁾가 문제된다.

「형법」에서는 촉탁살인죄, 자살교사방조죄 등을 처벌한다. 이를 처벌하는 이유는 국민의 생명권에 대하여 국가의 보장의무를 다하고 이를 통해 국민의 생명권을 보호하기 위함이다.⁸⁾ 이를 통해 생명권에 자신이 직접 자신의 생명·신체를 처분할 권리까지는 포함되지 않는다고 해석할 수 있지만, 촉탁살인죄 규정의 의미는 생명침해에 대한 절대적 금지를 규정하여 피해자의 승낙이 그 행위를 정당화할 수 없음을 보여줄 뿐, 자신의 생명·신체에 대한 처분을 금지한 규정이라고 보긴 어렵다. 또한, 위 처벌 규정만으로 ‘생명유지의무’가 법적으로 근거되어 있다고 볼 수도 없다. 오히려 생명권을 자신의 신체 침해에 대한 방어권으로 이해한다면 이는 인간의 존엄과 인격권의 핵심인 자기결정권에 의하여 생명권이라는 자신의 법익에 대한 결정도 스스로에게 주어져야 한다고 해석할 수 있다.⁹⁾ 이에 따라 의사의 치료 등을 거부할 수 있으며, 나아가 생명권으로부터 직접 소극적인 의미에서 연명치료를 중단할 권리를 갖는다는 것도 이해가 가능하다.

즉 환자의 명시적인 치료의 거부가 있다 하더라도, 의사가 환자의 명시적인 치료거부 의사에 반하여 치료하는 것은 환자의 신체에 대한 소극적 자기결정권에 대한 침해가 된다. 모든 의료행위는 환자와 의사의 자기결정권에 따라 이루어져야 하고, 그것이 생명윤리의 핵심이 되어야 할 것이다.¹⁰⁾

나. 보라매병원 사건과 연세대 김할머니 사건

(1) 보라매병원 사건¹¹⁾

1997년 12월 4일 한 남성(K)이 술에 취한 채 화장실에 가다가 중심을 잃어 기둥에 머리를 부딪치고 시멘트 바닥에 넘어지면서 머리를 충격하여 경막외 출혈상을 입어 병원으로 응급후송

7) 이석배·김필수, “의료영역에서 인간의 존엄, 생명, 생명권의 관계”, 「한국의료법학회지」 제20권 제2호, 한국의료법학회, 2012, 247면.

8) 정철, “연명치료 중단 입법안에 관한 헌법적 고찰”, 「공법연구」 제38권 제2호, 한국공법학회, 2009, 380면.

9) 이석배a, “결정무능력환자와 자기결정권”, 「한국의료법학회지」 제18권 제1호, 한국의료법학회, 2010, 23면.

10) 이석배·김필수, 앞의 논문, 248면.

11) ‘보라매병원사건’의 제1심(서울남부지방법원 1998. 5. 15. 선고 98고합9 판결); 원심(서울고등법원 2002. 2. 7. 선고 98노1310 판결); 상고심(대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결).

되었다. 그 후 신경외과 전담의사(A)의 집도와 주치의(B) 등의 보조로 경막외 출혈로 인한 혈종 제거 수술을 받고, 중환자실로 옮겨져 계속 치료를 받았다. 수술은 성공적이었고, 시간이 경과함에 따라 상태가 많이 호전되어 계속 치료를 받을 경우, 회복될 가능성이 많았다. 그러나 뇌수술에 따른 뇌부종으로 자가 호흡을 하기 어려워 인공호흡을 위한 산소호흡기를 부착한 채 계속 치료를 받아야 했다. 그러나 그의 처(P)는 계속적인 치료가 필요함에도 불구하고 사망하는 게 낫겠다고 생각하였고, 퇴원시키면 사망하게 된다는 사실을 알고 있음에도 추가치료비를 부담할 능력이 없다는 이유로 치료를 중단하고 퇴원할 것을 요구하였다. K의 전담의사(A)는 퇴원요구를 받아들여 퇴원을 허락하였고, 결국 인공호흡 보조장치가 제거되어 K는 뇌간압박에 의한 호흡곤란으로 사망하였다.

대법원은 「형법」 제 30조의 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건인 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서의 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통하여 범죄를 실행하였을 것이 필요하다. 여기서 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지함이 없이 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다(대법원 2003.3.28. 선고 2002도 7477 판결 등 참조).

기록에 의하여 드러난 사정들, 즉, A와 B들이 P의 퇴원 조치 요구를 극구 거절하고 꼭 퇴원을 하고 싶으면 차라리 데리고 몰래 도망치라고까지 말했던 점, 퇴원 당시 K는 인공호흡 조절수보다 자가 호흡수가 많았으므로 자발 호흡이 가능하였던 것으로 보이고, 수축기 혈압도 150/80으로 당장의 생명유지에 지장은 없었던 것으로 보이는 점, K의 동맥혈 가스 분석 등에 기초한 폐의 환기 기능을 고려할 때 인공호흡기의 제거나 산소 공급의 중단이 즉각적인 호흡기능의 정지를 유발할 가능성이 적었을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, A, B들은 P의 강청에 못 이겨 퇴원에 필요한 조치를 취하기는 하였으나, 당시 인공호흡기의 제거만으로 즉시 사망의 결과가 발생할 것으로 생각하지는 않았을 것으로 보인다.

결국 A, B들의 범행은 K의 담당의사로서 퇴원을 허용하는 행위를 통하여 K의 생사를, 민법상 부양의무자이자 제1차적 보증인의 지위에 있는 P의 추후 의무 이행 여부에 맡긴데에 불과하며, K의 사망을 A, B들이 계획적으로 조종하거나 조치-촉진하는 등으로 지배하고 있었다고 보기는 어렵다. 따라서 A, B에게는 공동정범의 객관적 요건인 기능적 행위지배가 흠결되어 있다고 보는 것이 옳다.'고 하였다.¹²⁾

이러한 이유로 대법원은 A와 B에게 작위에 의한 살인방조죄의 성립만을 인정하여 각각 징역

12) 신현호, "보라매병원사건에 관한 대법원판결의 평가와 의미", 「의료법학」 제5권 제2호, 한국사법행정학회, 2004, 156면.

1년 6월에 집행유예 2년을 선고한 원심을 확정하는 판결을 내렸다.

(2) 연세대 김할머니 사건¹³⁾

2008년 2월 18일 환자는 사고 당시 만 75세의 여성으로 폐암 발병 여부를 확인하기 위해 S 병원에서 기관지 내시경을 이용한 폐종양 조직검사를 받던 중 과다출혈 등으로 인해 심정지가 발생하였다. 이로 인해 환자는 저산소성 뇌 손상을 입었으며, 이후 대법원판결 시까지 지속적 식물상태에 있었다. 환자는 인공호흡기를 부착한 상태로 항생제 투여, 인공영양 공급, 수액 공급 등의 의료 처치를 받고 있었는데, 자발 호흡이 거의 없어서 인공호흡기를 제거하면 곧 사망에 이르게 되는 상황이다. 뇌사상태라고는 할 수 없으나 식물상태의 야기 원인이 외상이나 대사장애가 아니라 그보다 예후가 나쁜 심호흡 정지이기 때문에 통상의 지속적 식물인간 상태보다 더 심각하며, 뇌사에 가까운 상태이다.¹⁴⁾ 환자의 주치의는 의식회복의 가능성을 5% 미만으로 보고 있다. 환자의 의식회복 가능성과 자발호흡 회복가능성이 모두 거의 없으며, 최선의 회복을 한다고 하여도 의식의 회복과 자발적 움직임의 회복은 불가능하고, 호흡과 눈 깜빡임 정도로 누워 있는 식물상태의 지속을 상정할 수 있다고 보았다. 따라서 환자의 가족 중 1인은 특별대리인의 자격으로 병원을 상대로 환자에게 부착한 인공호흡기를 제거해 달라는 청구를 하였다.

대법원은 ‘진료기록 감정의는 환자가 자발 호흡이 없어 일반적인 식물인간 상태보다 더 심각하여 뇌사상태에 가깝고 회복 가능성은 거의 없다고 하고 있으며, 신체 감정의들도 모두 환자가 지속적 식물인간 상태로서 회생 가능성이 희박하다는 취지의 견해를 밝히고 있는 사실, 자발 호흡이 없어 인공호흡기에 의하여 생명이 유지되는 상태인 사실을 각각 인정한 후, 원고가 회복 불가능한 사망의 단계에 진입하였다고 판단하였다.

또한, 환자가 독실한 기독교 신자로서 15년 전 교통사고로 팔에 상처가 남게 된 후부터는 이를 남에게 보이기 싫어하여 여름에도 긴 팔 옷과 치마를 입고 다닐 정도로 항상 정갈한 모습을 유지하고자 하였던 사실, 텔레비전을 통해 병석에 누워 간호를 받으며 살아가는 사람의 모습을 보고 “나는 저렇게까지 남에게 누를 끼치며 살고 싶지 않고 깨끗이 이생을 떠나고 싶다”라고 말하였던 사실, 3년 전 남편의 임종 당시 며칠 더 생명을 연장할 수 있는 기관절개술을 거부하

13) 연세대 김할머니 사건(세브란스 병원 사건)의 제1심(서울서부지방법원 2008. 11. 28 선고 2008가합6977 판결); 원심(서울고등법원 2009. 2. 10. 선고 2008나116869 판결); 상고심(대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 판결).

14) 석희태a, “연명의료의 중단: 대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417판결과 관련하여”, 「의료법학」 제10권 제1호, 대한의료법학회, 2009, 256면.

고 그대로 임종을 맞게 하면서 “내가 병원에서 안 좋은 일이 생겨 소생하기 힘들 때 호흡기는 끼우지 말라. 기계에 의하여 연명하는 것은 바라지 않는다.”고 말한 사실 등 일상생활에서의 대화 및 원고의 현 상태 등 여러 사정을 종합하여, 원고가 현재의 상황에 관한 정보를 충분히 제공 받았을 경우 원고에게 현재 시행되고 있는 연명치료를 중단하고자 하는 의사가 있었을 것으로 추정하였다.’고 하였다.

(3) 입법배경

보라매병원 사건이 발생하기 전까지는 환자의 가족과 의료기관 간의 자율적인 합의에 따라 환자에 대한 연명치료 중단이 결정되었지만, 사건이 발생한 이후에는 환자 가족의 요청에 의한 환자에 대한 연명치료의 중단을 병원 측에서 거부하는 방향으로 의료계 관행이 변화되었다.¹⁵⁾ 위에서 본 바와 같이 보라매병원 사건을 통해 일정한 형사적 처벌기준이 법원에 의해 제시된 것이다. 따라서 의사들은 연명의료중단을 가족의 동의를 받아 행하더라도 살인죄로 처벌받게 된다는 것을 인식하고, 환자의 가족이 요청하거나 동의하여도 행하지 않게 되었다.

그러나 이후 김할머니 사건을 통해 일정한 허용요건이 법원에 의해 제시되었고 헌법상 환자의 생명권보다 환자의 자기결정권을 더 우선시하는 의미 있는 판결이 등장하였다. 하지만 여전히 절차에 대한 구체적인 법적 규율이 흠결되어 있었고, 발생하는 무수히 많은 사건에 있어 오로지 법원의 판단에만 의존하는 것은 판사의 자의가 개입될 여지가 있어 합리적이지 않은바, 「호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률 (이하 ‘연명의료결정법’)」이 2018년 2월 4일을 맞이하여 본격적으로 시행되었다. 이후 시범사업, 홍보 등을 거쳐 연명의료중단이 한국 사회에 등장하였다. 그러나 연명의료중단의 핵심은 환자의 자기결정권 보호이기에 동 법이 환자의 자기결정권에 대한 보장을 충분히 담고 있는지 검토할 필요가 있다. 따라서 본문을 전개하며 이를 검토해보고자 한다.

15) 보건복지부(2012.09.17), “대통령소속 국가생명윤리심의위원회, 국민 의견을 듣는다”, [https://www.mohw.go.kr/react/al/sal0301vw.jsp?PAR_MENU_ID=04&MENU_ID=0403&CONT_SEQ=276601\(검색일 2021.01.05.\)](https://www.mohw.go.kr/react/al/sal0301vw.jsp?PAR_MENU_ID=04&MENU_ID=0403&CONT_SEQ=276601(검색일 2021.01.05.)).

Ⅲ. 연명의료결정법의 주요내용

1. 실체법적 측면

가. 연명의료결정법에서 연명의료중단의 대상 환자

「연명의료결정법」 제2조는 ‘회생의 가능성이 없고, 치료에도 불구하고 회복되지 아니하며, 급속도로 증상이 악화되어 사망에 임박한 상태’에서 ‘담당의사와 해당 분야의 전문의 1명으로부터 임종 과정에 있다는 의학적 판단을 받은 자’를 임종 과정에 있는 환자로 언급하며, 연명의료결정의 대상 환자를 정의하고 있다(「연명의료결정법」 제1조 제1호 및 제2호). 또한, 동법 제15조에서는 이에 해당하는 경우에만 이행할 수 있게 규정하여 사망이 임박한 상태인 임종 과정에 있는 환자와 수개월 내에 사망할 것으로 예상되는 말기환자를 구별하였다. 즉, 말기환자와 지속적 식물인간 상태의 환자(PVS: Persistent Vegetative State)¹⁶⁾는 의료중단의 이행 대상에 해당하지 않게 된다.¹⁷⁾

나. 연명의료결정법에서 중단 가능한 연명의료의 범위

「연명의료결정법」에서 ‘연명의료’라 함은 임종 과정에 있는 환자에게 하는 심폐소생술, 혈액 투석, 항암제 투여, 인공호흡기 착용 등의 의학적 시술로서 완치를 목적으로 하는 회복치료와는 달리 치료 효과 없이 임종 과정의 기간만을 연장하는 것으로 특수연명의료만을 의미한다(법 제2조 제4호). 반면에 통증 완화를 위한 의료행위와 영양분 공급, 물 공급, 관을 이용한 산소의 단순 공급, 체온유지, 진통제 투여 등 생명을 유지하는데 필수적이지만 전문적인 의료 기술과 의학 지식이 필요하지 아니한 치료에 해당하는 일반연명의료는 이에 해당하지 않으며¹⁸⁾, 시행

16) 대한의학회·대한병원협회·연명치료중지에 관한 지침 제정 특별위원회, 「연명치료 중지에 관한 지침」, 연구보고서, 2009, 4면.

① 말기환자란 원인 상병이 중증이고 회복할 수 없는 환자이다. 말기 환자에 대한 의료는 주로 대증적인 연명치료이며, 원인에 대한 치료는 현재의 의료 수준에 비추어 불가능하거나 효과가 미약하다.

② 지속적 식물상태는 심한 뇌 손상으로 지각능력이 완전히 소실되어 외부 자극에 대하여 의미 있는 반응이 없는 상태가 지속되는 경우를 말한다.

17) 이재석, “호스피스·완화 의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률’에 대한 비판적 고찰”, 「법학연구」 제16권 제4호, 한국법학회, 2016, 225면.

18) 대한의학회·대한병원협회·연명치료중지에 관한 지침 제정 특별위원회, 앞의 책, 5면.

하지 아니하거나 중단되어서는 아니 된다고 규정되어 있다(법 제19조 제2항). 따라서 기본적인 돌봄에 해당하는 일반연명의료는 연명의료중단 범위에서 배제되고, 특수연명의료만으로 한정하여 허용하고 있다.

2. 절차법적 측면

가. 연명의료중단 이행에 관한 법률 체계

「연명의료결정법」에서는 환자 의사 확인에 있어서 ① 명시적 의사가 있는 경우(법 제17조 제1항 제1호 및 제2호), ② 명시적 의사는 없지만 의사추정이 가능한 경우(법 제17조 제1항 제3호), ③ 의사 추정이 불가능한 경우(법 제18조 제1항)를 나누어 규정을 두고 있다.

(1) 명시적 의사가 있는 경우

(가) 연명의료계획서

연명의료계획서란 말기 환자 또는 임종 과정에 있는 환자의 의사에 따라 담당의사가 환자에 대한 연명의료중단 등 결정 및 호스피스에 관한 사항을 계획하여 문서로 작성하는 것을 의미한다(법 제2조 제8호). 이때 연명의료계획서에는 연명의료중단에 관한 환자의 결정과 서명 등을 포함하여야 한다. 담당의사는 환자에게 연명의료중단의 결정, 연명의료계획서에 관한 정보를 제공할 수 있으며, 해당 환자는 의료기관(「의료법」 제3조 의료기관 중 의원·한의원·병원·한방병원·종합병원을 의미한다)에서 담당의사에게 연명의료계획서 작성을 요청할 수 있다(법 제10조 제1항 및 제2항). 위 요청을 받은 담당의사는 연명의료계획서를 작성하기 전에 각 호¹⁹⁾에 관한 사항을 충분히 설명하고 내용 이해에 대해 확인을 받아야 하며, 해당 환자가 미성년자인 경우에는 법정대리인의 확인을 받아야 한다. 작성된 연명의료계획서에 대한 변경 또는 철회는 언제든지

19) 제10조 3항 담당의사는 해당 환자에게 연명의료계획서를 작성하기 전에 다음 각 호의 사항에 관하여 설명하고, 환자로부터 내용을 이해하였음을 확인받아야 한다.

1. 환자의 질병 상태와 치료방법에 관한 사항
2. 연명의료의 시행방법 및 연명의료중단등결정에 관한 사항
3. 호스피스의 선택 및 이용에 관한 사항
4. 연명의료계획서의 작성·등록·보관 및 통보에 관한 사항
5. 연명의료계획서의 변경·철회 및 그에 따른 조치에 관한 사항
6. 그 밖에 보건복지부령으로 정하는 사항

지 요청할 수 있도록 규정하고 있다(법 제10조 제5항).

(나) 사전연명의료의향서

19세 이상의 모든 성인은 사전연명의료의향서를 작성·등록하여 연명의료에 대한 본인의 의사를 확인할 수 있다. 사전연명의료의향서는 성인이 연명의료중단에 대한 의사를 직접 문서로 작성하는 것을 의미한다(법 제2조 제9호). 이는 사전연명의료의향서 등록기관으로 지정을 받은 곳(보건복지부장관이 일정한 시설과 인력 등을 갖춘 기관 중 지정한 기관을 의미한다)을 통해서 작성하여야 한다(법 제11조 제1항, 제12조). 작성된 사전연명의료의향서는 등록기관에 요청하여 본인의 의사에 따라 의사를 변경 또는 철회를 할 수 있다(법 제12조 제6항). 이밖에도 제12조 제8항을 통해 본인이 작성하지 아니하거나, 자발적 의사에 따라 작성되지 아니한 경우, 작성 후 새로이 다시 작성된 경우에는 실효되는 규정도 두고 있다.

(2) 명시적 의사가 없는 경우

(가) 환자의 의사 추정

19세 이상의 환자가 연명치료중단에 대해 결정할 수 없는 의학적인 상태에 이른 경우에는 연명의료중단에 관한 의사에 대해 환자 가족 2명 이상의 일치하는 진술(환자 가족이 1명인 경우에는 1명의 진술을 의미한다)이 있고, 담당 의사 및 해당 분야 전문의 1명의 확인을 거쳐 환자의 추정적 의사로 연명의료중단에 대한 중단이 가능하다(법 제17조 제1항 제3호). 다시 말해 환자의 명시적 의사인 연명의료계획서 또는 사전연명의료의향서를 통한 명시적 의사를 확인할 수 없고, 환자의 의사표시에 의해 직접적으로 환자의 의사를 확인할 수 없는 경우를 대비하여 묵시적·간접적으로 의사를 확인하는 방안을 두고 있다고 볼 수 있다. 이때 이러한 환자의 의사 추정에 있어서 그 진술과 배치되는 내용의 다른 환자 가족의 진술 또는 객관적인 증거가 있는 경우에는 그러하지 아니하다고 규정을 단서로 두고 있다(제17조 제1항 제3호). 본 조에서 의미하는 추정적 의사는 구체적인 근거에 의해야 하는데 과거 환자의 언행이나 종교적 신념과 가치관 등 환자의 삶에 있어 중요한 비중을 차지하고 있어야 하고, 환자가 본인의 삶을 선택함에 있어 내렸던 다른 선택들에 비추어 보았을 때 현재 상황에서는 어떠한 결정을 내릴 것인가에 대한 추정을 의미한다.²⁰⁾

(나) 환자의 의사 대리

위에 언급한 사안과 달리 추정할만한 근거가 없어 추정마저 어려워 환자의 의사를 확인할 수 없고 환자가 의사 표현을 할 수 없는 의학적인 상태인 경우에는 다음에 해당할 때에 연명의료 중단 결정이 있는 것으로 본다(법 제18조 제1항). 이는 환자가 성인자인 경우와 미성년자의 경우를 구분하여 규정을 두고 있다.

① 성인자인 경우, 환자 가족의 전원²¹⁾의 합의를 통해 연명의료중단결정에 대한 의사표시를 하고 담당의사와 해당 분야 전문의사 1명이 확인을 한 때에 한하여 환자의 연명의료중단의 결정이 있는 것으로 본다. ② 미성년자인 경우, 환자의 법정대리인(친권자에 한정)이 연명의료중단결정에 대한 의사표시를 하고 담당의사와 해당 분야의 전문의사 1명의 확인이 있는 때에는 연명의료중단의 결정이 있는 것으로 본다.

| 본 법 | 환자의 의사 | 확인 방법 |
|-----------------------------------|--|---|
| 의사(意思)의 명시 법 제10조 제1항 및 제2항 | 환자의 명시적 의사가 있는 경우 | 연명의료계획서 |
| | | 사전연명의료의향서 |
| 의사(意思)의 추정 법 제17조 제1항 제3호 | 환자의 명시적 의사는 없으나 의사를 추정할 수 있는 요건이 존재하는 경우 | 가족 2인 이상의 진술과 담당 의사와 전문분야 의사 1명의 확인 |
| 의사(意思)의 대리 법 제18조 제1항 | 환자의 명시적 의사도 없고 의사를 추정할 수 있는 요건이 존재하지 않는 경우 | (성년자)가족 전원의 동의와 담당의사와 전문분야 의사 1명의 확인 (미성년자)법정대리인의 동의와 담당의사와 전문분야 의사 1명의 확인 |

20) 이재석, 앞의 논문, 237면.

21) 「연명의료결정법」 제19조 제1항 제2호에 따르면 배우자와 1촌 직계존비속을 의미하며, 이에 해당하는 사람이 없을 시엔 2촌 직계존비속, 형제자매가 포함된다. 「연명의료결정에 관한 법률 시행령」 제10조 제1항에 따라 행방불명자, 실종선고를 받은 자, 의식불명 등에 해당하는 자는 제외된다.

IV. 외국입법례

1. 총설

지금까지 존엄사의 의의 및 「연명의료결정법」의 입법 배경과 현황을 검토하였다. 이하에서 현 「연명의료결정법」의 비판점으로 제시할 사항과 관련하여 각국의 연명의료중단 법제를 비교 분석함으로써 우리나라의 「연명의료결정법」이 나아가야 할 방향을 제시하도록 할 것이다.

우선, 각 나라의 연명의료중단 법제의 입법 배경과 입법과정 입법형태 등에 대해 알아본 뒤, 실체법적 측면에서 연명의료중단이 행해지는 대상과 중단되는 연명의료의 범위²²⁾를 검토하고, 절차법적 측면에서 환자의 의식이 불분명할 때 환자의 의사 추정 방법 및 대리에 관한 규정, 연명의료중단의 요건 및 중단 결정 주체, 사전통제수단 등을 중심으로 각국의 규정을 검토하도록 한다.

2. 미국

미국에서는 1906년 처음 안락사법안이 오하이오주 의회에서 제출되고 곧 부결되었다. 이 최초의 법안은 개인의 생전 의사표시, 즉 유언으로 안락사 여부를 결정하도록 하는 내용이다. 이후 1938년 안락사 협회가 설립되었고, 1947년에는 뉴욕주 의회, 1969년에는 플로리다주 의회에서 '임의안락사법안'을 통과시키려고 했으나 부결되었다.²³⁾ 그러던 중 1976년 퀸란사건²⁴⁾을 통해 대법원에서 안락사를 인정하는 최초의 판결이 났고, 이 판결을 토대로 캘리포니아주 의회에서 '자연사법'을 제정하게 되었다. 이 법은 정해진 요건을 갖추고 있다면 절차를 거쳐 만들어진 사전지시서나 의료지시서에 의하여 의료진은 환자의 상황에 맞는 처치를 보류하거나 중단할 수 있다는 내용을 포함하고 있다.²⁵⁾ 미국의 거의 모든 주가 이 법을 통과시켜 자연사법이 연방 법과 같은 작용을 하기 시작했다.

22) 특수연명의료에 국한되지 않고, 일반연명의료까지 포함되는가에 관하여 검토한다.

23) 김은철·김태일, 앞의 논문, 12면.

24) 미국에서는 1975년에 지속적 식물상태(PVS : Persistent Vegetative State)⁶⁾에 빠진 환자의 생명연장장치 제거에 관한 논란을 일으켰던 '퀸란 사건'을 시작으로 자발적인 안락사를 허용할 것인가에 대한 사회적 논의가 시작되었다. 1976 퀸란케이스 Inre. Quinlan, Supreme Court of New Jersey 355 A. 2d 647(1976).

25) 이인영b, “미국의 자연사법(natural death act) 규범과 의료인의 면책규정이 주는 시사점”, 「비교형사법연구」 제10권 제1호, 한국비교형사법학회, 2008, 490-491면.

자연사법에서 성인은 말기상황에서 생명 연장 절차를 보류하거나 중단하는 결정을 포함하여 그들 자신에게 의료 처치를 제공하는 것과 관련된 의사결정을 통제할 근본적인 권리가 있다²⁶⁾고 규정하고 있다. 이 법은 말기상황에 있는 말기환자 뿐만 아니라 지속적 식물인간 상태의 환자(PVS: Persistent Vegetative State)까지 연명치료 중단 논의의 대상으로 보고 있다. 따라서 비교적 완화된 요건으로 연명의료중단을 인정하고 있다고 볼 수 있다. 예컨대 오하이오주와 알칸사스 주는 말기상태가 아닌 회복할 수 없는 혼수상태, 지속적 식물인간 상태(PVS), 영구적 무의식 상태의 환자까지 연명의료중단의 대상으로 포섭하고 있다.²⁷⁾

자연사법은 연명의료의 범위를 명시적으로 규정하고 있다. 중단이 결정될 시 중단되는 연명의료에는 우리나라와는 달리 특수연명의료와 일반연명의료를 모두 포함하고 있다. 또한, 연방대법원은 연명의료를 거부할 환자의 권리를 '헌법적 권리'로 인정하였으며, 연명 조치의 형태에 따라 '일반연명의료'와 '특수연명의료'를 구분해야 할 근본적인 차이점이 없다는 점을 밝혔다.²⁸⁾ 따라서 인공적인 영양공급, 수분공급 등이 모두 중단되지만 통증 완화를 위한 진통제 투약 등은 연명의료 범주에 포함하지 않고 있다.

미국 대다수의 주는 환자가 스스로 의사표시를 할 능력이 없는 경우를 대비하여, 의사능력이 있을 때에 미리 환자를 대신하여 신뢰받는 사람을 대리인(attorney in fact)으로 선임하고 건강 치료를 위한 지속적 위임권한(DPA: durable power of attorney for health care)을 부여할 수 있도록 법률로 규정하고 있다.²⁹⁾ 선임된 대리인은 의식이 있을 때의 환자의 태도를 참고하여 환자의 추정적인 의사와 자신의 판단에 따라 연명치료의 지속 여부를 결정할 수 있다. 또한, 병원윤리위원회를 두고 있어 의사의 진단과 대리 결정의 신뢰성을 보장해주는 역할을 하고 있다.

3. 독일

독일은 캠프테너 사건과 뤼벡사건을 배경으로 2009년 06월 18일 독일 연방의회에서 '환자지시서법'을 제정하였다. 이 환자지시서법을 통해 연명의료중단과 관련한 규정을 두고 있다. 캠프테너 사건은 존엄사와 관련한 대표적인 형사사건이다. 판결요지에서 지속적 식물인간 상태의 환자는 치료중단 가이드라인 요건을 충족하지 못하는 경우에도 예외적으로 환자의 의사를 추정

26) West Revised Code of Washington Annotated Currentness, Title 7. Public Health and Safety Chapter 70.122. Natural Death Act, Legislative findings.

27) 고준기·조현·이강호, “연명의료결정법안에 관한 문제점 및 개선방안”, 「강원대학교 강원법학」 제 43권, 강원대학교 비교법학연구소, 2014, 28-29면.

28) 보건복지부, “무의미한 연명치료 중단의 합리적 제도화 방안 연구”, 연구보고서, 2013, 20면.

29) 김은철·김태일, 앞의 논문, 107면.

하여 연명치료 중단이 허용될 수 있다고 하고 있고, 이러한 환자의 의사는 매우 엄격한 요건 하에 연명치료 중단 요청을 받아들여야 한다고 판시하며, 세부요건들을 나열하였다. 또한, 구체적 상황 하에 환자의 추정적 의사를 확인할 수 없다면 '일반인의 가치표상'에 따라 결정할 수 있고, 이것이 명백하지 않은 경우에는 의사, 가족 등의 제3자의 판단보다 인간의 생명보호가 우선이라고 판시하였다. 가장 의미 있는 판결요지는 연명치료 중단을 결정할 때에는 후견 법원의 사전결정을 받아야 한다는 요건이다. 이는 연명치료의 중단을 결정하는 궁극적인 주체는 환자 가족 또는 후견인이 아닌 후견 법원이라는 점을 명시한 것이다.³⁰⁾ 뤼벡사건은 연명의료중단 관련 입법을 촉진한 대표적인 민사 판결이다. 심근경색으로 인해 의사소통이 불가능하게 된 72세의 남성 환자에 대하여 환자의 사전의료지시서를 근거로 후견인인 아들이 법원에 대하여 위장관 영양공급의 중단을 신청한 사안이다. 연방대법원은 환자가 동의 능력을 가지고 있지 않고, 불가역적인 사망의 과정에 진입한 경우 환자의 사전의료지시 형태의 의사와 합치하는 것이라면 생명연장 처치는 중단되어야 한다고 보았다. 형사 판결인 캠프테너 사건에서는 사망의 단계에 진입할 것을 요구하지 않았음과 대비되는 판결이다.³¹⁾

독일의 「민법」 규정에 따르면 연명의료 중단은 성인 환자에게만 허용되고, 원칙적으로는 회복 불가능, 즉 사망 진행 과정이 시작되어 곧 죽음에 이르는 환자에게만 허용되지만, 예외적으로 지속적 식물인간 상태의 환자가 스스로 연명의료를 거부하는 경우에 한하여 연명의료중단을 허용하고 있다. 또한, 독일 역시도 한국과 달리 특수연명의료와 일반연명의료 모두 중단 가능하다. 기계적 또는 인위적 수단을 사용하는 의학적·외과적 간섭, 영양 및 수분 공급³²⁾을 중단할 수 있다고 규정하고 있다.

환자의 의사 확인 방법으로 i) 환자지시서(독일 「민법」 1901조 제1항) ii) 환자의 추정적 의사(독일 민법 1901조 제2항)에 따르는 방법을 허용하고 있다.³³⁾ 특히 후자와 관련하여, 후견인은 피후견인의 치료에 대한 소망이나 추정적 의사를 확정해야 하고, 이를 기반으로 연명의료중단을 결정해야 한다.³⁴⁾

사전통제 수단인 후견 법원의 허가와 관련하여, 후견인의 건강상태 검사, 치료행위 또는 의료적 처치에 관한 동의는, 그러한 조치로 인해 피후견인이 사망하거나 중하며 장기간 걸리는

30) 이석배b, “독일 캠프테너 판결에 대한 비판적 검토”, 「의료법학」 제9권 제1호, 대한의료법학회, 2008, 278면.
 31) 주호노, “독일에 있어서 존엄사의 법제화와 향후과제”, 「경희법학」 제48권 제1호, 경희대학교 경희법학연구소, 2013, 471면.
 32) 신옥주, “소극적 안락사의 법제화를 위한 비교법적 연구 :독일의 판례와 '2009 환자의 사전지시 서법'에 대한 고찰을 중심으로”, 「외국법제정보」 제37권, 한국법제연구원, 2009, 44면.
 33) 신옥주, 앞의 논문, 44면.
 34) 신옥주, 앞의 논문, 45면.

건강상의 손해를 입게 되는 근거 있는 위험이 존재할 때에는 후견 법원의 허가를 받아야 한다.³⁵⁾ 이러한 허가로 인한 지체가 피후견인의 위험과 결부된 경우에 있어서만 허가 없이 조치들이 취해질 수 있다(독일 「민법」 제1904조 제1항). 환자지시서 또는 환자의 의사를 추정하여 확인할 때, 담당 의사와 후견인 간의 견해가 일치하지 않는 경우에만 법원의 사전통제를 받도록 규정하고 있다. 결론적으로 독일은 환자의 의사 추정시 연명의료중단의 결정 주체를 후견인과 담당 의사로 규정하고 있고 둘의 견해가 일치하지 않을 경우 후견 법원의 사전통제 기능을 보장하고 있다.

4. 프랑스

프랑스에서 존엄하게 죽을 권리를 법적으로 인정한 것은 2000년 교통사고를 당해 전신마비 상태로 살아가던 Vincent Humbert를 그의 어머니가 3년 뒤 의사의 도움을 받아 다량의 신경안정제를 주사해서 안락사시킨 것이 계기가 되었다.³⁶⁾ Vincent Humbert와 그의 어머니는 정부에 수차례 탄원하였고 존엄사와 관련한 책을 집필하는 등 적극적으로 죽을 권리를 주장했으나 탄원은 끝내 받아들여지지 않았다. 하지만 이 사건을 통해 프랑스는 기존의 「공공보건법」(Code de la santé publique)의 환자의 권리에 관한 규정을 대폭 개정하였다.³⁷⁾ 이 법을 통하여 환자에게 연명의료를 중단할 권리를 인정하였고 개정된 법률의 세부내용은 다음과 같다.

첫째, 비합리적인 연명의료와 환자의 인공적 연명은 금지된다.³⁸⁾ 이는 환자가 자신의 의사를 표현할 수 없는 경우에도 마찬가지이다. 둘째, 치료행위가 비합리적 연명의료로 보일 때, 치료의 중단 결정은 협의 절차를 거쳐야 하며 반드시 환자의 사전의료지시서를 참조해야 한다.³⁹⁾ 사전의료지시서가 없을 때 에는 연명의료 후견인이나 가족 또는 친지와 상담을 한 후에야 비로소 연명의료중단 결정이 가능하다.⁴⁰⁾ 셋째, 치료를 제한하거나 중단하고자 하는 경우 환자의 의사를 존중해야 한다.⁴¹⁾ 또한, 환자는 그 결정 결과를 고지받아야 한다. 넷째, 환자가 의료절차에서 연명의료 후견인을 동반하거나, 환자가 원하는 경우에는 의사는 연명의료 후견인의 의견을 의뢰하여야 한다.⁴²⁾

35) 신옥주, 앞의 논문, 45면.

36) 박재현, “프랑스의 존엄사에 관한 연구”, 「가천법학」 제4권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2011, 12면.

37) 이지은, “사전의료지시서에 관한 프랑스의 입법 동향”, 「법학연구」 제23권 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2015, 119면.

38) 이지은, 앞의 논문, 119면.

39) 이지은, 앞의 논문, 122면.

40) 이지은, 앞의 논문, 122면.

41) 이지은, 앞의 논문, 122면.

42) 이지은, 앞의 논문, 122면.

이러한 「공공보건법」에서의 연명의료 중단 대상이 되는 환자는 임종기의 환자로 제한된다. 임종기는 한국의 「연명의료결정법」과 마찬가지로 죽음이 임박하여 수일 내에 죽음이 예상되는 기간으로 정의하고 있다. 이러한 임종기라는 개념 자체가 유동적이라는 점에서, 프랑스에서도 레오네티법을 준비하는 과정에서 임종기 개념을 확정하려는 시도가 수차례 있었다.⁴³⁾ 하지만 결국 임종기는 의사의 판단에 의하여 결정되는 것으로 결론지었다. 프랑스의 「공공보건법」상 연명의료중단의 대상인 임종기의 환자는 판례상 ‘회복 불가능한 중한 질병의 결과로 생기는 것 일 뿐 아니라, 질병에 대하여 치료적 수단을 다 써버렸음에도 질병의 말기에 들어가게 된 경우’를 의미⁴⁴⁾하여 한국의 규정과 비교하였을 때 범위를 넓게 해석하고 있다고 볼 수 있다.

「공공보건법」상 중단할 수 있는 연명의료의 범위에 관하여는 명시적인 규정이 없다. 다만 공공서비스 사이트에서 제공되는 사전의료지시서에는 인공호흡기, 심폐소생술, 인공적 영양·수분 공급, 인공신장에 대한 연명의료중단 여부를 표시하게 되어 있다.⁴⁵⁾ 이를 통해 중단되는 연명의료를 특수연명의료로만 제한하고 있지 않다고 판단할 수 있다.

연명의료중단 절차와 관련하여 「공공보건법」 L.1111-4조 제5항은 “환자가 자기 의사를 표현할 수 없을 때, 생명의 위험을 야기할 수 있는 치료제한 혹은 중단은 의료윤리법(Code de déontologie médicale)상 정의된 협의 절차를 존중하고, 「공공보건법」 L.1111-6조의 연명의료 후견인이나 가족, 혹은 이들이 없을 때에는 친지와 상의를 하며, 필요할 때에는 사전의료지시서의 참조를 마친 후에야 가능하다. 정당한 치료제한 혹은 치료중단 결정은 의료서류에 기입된다.”라고 규정하고 있다.⁴⁶⁾ 이러한 규정에 따라 성인은 후견인을 지정할 수 있는데 여기서 후견인과 대리인을 혼동하여서는 안된다. 후견인은 환자의 의사를 대리하는 대리인과는 달리 의사가 우선적으로 상담하여야 할 상대방일 뿐인 것이다. 종국적으로 연명의료의 중단을 결정하는 자는 「공공보건법」 R.4127-37조에 규정된 협의 절차를 존중하고, 환자의 가정적 의사를 고려하여(사전의료지시서 및 연명의료 후견인의 의견을 거쳐) 결정하는 환자의 ‘주치의’라고 할 수 있다.⁴⁷⁾ 이는 우리나라의 「연명의료결정법」에서 환자의 가족 또는 친권자가 환자의 의사를 대리하는 규정과는 상당히 다른 규정이다. 즉, 프랑스에서는 후견인이 환자의 가족보다 더 우선하여 의사에게 본인의 견해를 제시할 수 있고 이와 다른 사항을 모두 참고하여 결정을 내리는

43) 강다룡, “비교법적 검토를 통한 연명의료결정법의 개선 방향에 관한 제언 - 대상 및 범위의 확대와 의사(意思) 추정 및 대리 적절성 담보를 중심으로 -”, 「연세 의료·과학기술과 법」 제9권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2018, 44면.

44) 강다룡, 앞의 논문, 44면.

45) 이지은, 앞의 논문, 126면.

46) 이지은, 앞의 논문, 124면.

47) 이지은, 앞의 논문, 125면.

권한은 의사에게 있는 것이다. 이는 다른 나라와 비교하였을 때 매우 독특한 절차규정이다. 환자의 자기결정권을 보호하고, 의사가 결정 주체가 됨으로써 발생할 부정적 결과에 대한 예방 조치로서 ‘의사의 결정은 정당한 이유에 근거하여야 하고, 이를 의료서류에 기입 하여야 한다.’ 고만 규정하고 있다. 다른 추가적인 예방 조치 및 사전통제 수단이 필수적으로 요구된다고 판단된다.

5. 대만

대만에서는 2001년 전후 매년 약 10만 명의 환자가 임종을 맞으며, 인구 3~4명 중 1명이 일생의 한 시기에 암에 이환되고, 병원 침상 4개 중 1개가 암 환자에 의해 점유되고 있었다.⁴⁸⁾ 이러한 환경으로 인해 당시 환자들과 그의 가족 및 친지 의료진들은 죽음 내지 빈사상태⁴⁹⁾의 상황에서 선택의 갈림길에 놓이는 상황이 증가하였다. 결국, 1990년 마시에 기념병원이 ‘안녕 병실’을 최초로 개설하게 되었고, 2002. 12. 11에 ‘안녕완화의료조례’라는 명칭의 법이 공포되었다. 이 법의 모범적 입법례로 미국 캘리포니아주의 자연사법과 미국의 환자 자기결정법이 자주 거론되는데, 이 법의 정신은 자연사법을 답습한 것이며⁵⁰⁾, 또 혹자는 이 법의 주요 내용이 환자 자기결정법과 유사하다고 하고 있다⁵¹⁾. 다만, 중국인은 전통적으로 죽을 사(死)자를 기피하며 의료가부장주의 문화로 인해 환자의 결정권을 보장하지 않아 법의 명칭을 자연사법과 환자 자기결정법으로 하지 않고 관련 단체들이 입법과정에서 계속해서 사용해오던 안녕의료라는 명칭에서 착안하여 안녕완화의료조례가 된 것이다.

안녕완화의료조례 제3조 제2호는 이른바 말기환자를 “중대한 부상을 당하거나 질병에 이환된 자로서, 의사의 진단을 통해 치유 불가로 여겨지고 이에 대해 의학상의 증거가 있으며, 가까운 시기 내에 병증이 진행하여 사망에 이르는 것을 이미 피할 수 없게 된 자를 가리킨다.”라고 하고 있다.⁵²⁾ 이러한 말기환자는 식물인간이거나 혼수상태 등의 의사무능력 상태에 빠져있는 환자들로만 제한하고 있지 않다. 이 법에서도 말기환자가 의사능력이 있는 경우와 없는 경우를 나누어 규정하고 있다.

48) 석희태b, “중화민국(타이완) 「안녕완화의료조례(安寧緩和醫療條例)」의 연혁과 내용”, 「의료법학」 제9권 제2호, 대한의료법학회, 2008, 3면.

49) 거의 죽음에 이른 상태를 이르는 말.

50) 陳營基, “安寧緩和醫療條例-立法精神與重要觀念”, www.hospice.org.tw/chinese/relax-5.php.

51) 黃曉峰, “安寧緩和醫療條例簡介”, www.ohayoo.com.tw/安寧緩和醫療條例簡介.htm

52) 석희태b, 앞의 논문, 85면.

연명의료중단의 범위는 법 제3조 제1호에 따라 말기환자의 고통을 줄이거나 없애기 위하여 완해성, 지지성 안병의료를 실시하거나 심폐소생술을 실시하지 않는 것으로 규정하고 있다. 이 규정으로 보아 우리나라의 「연명의료결정법」과 마찬가지로 대만 역시 일반연명의료의 중단은 허용하지 않고 있다고 해석된다.

안녕완화의료조례는 특이하게 환자의 의사추정에 관하여는 규정하지 않고 대리결정에 관하여만 규정을 두고 있다. 제7조의 내용을 살펴보면 심폐소생술 시행거부는 반드시 아래의 규정에 부합되어야 한다.

① 두 명의 의사에게 말기환자로 확실히 진단받아야 한다.

② 신청서에 신청자의 서명이 반드시 있어야 한다. 단, 미성년자가 신청서에 서명할 때는 반드시 법정대리인의 동의가 있어야 한다. 전항 제1항에서 규정한 의사 중 한 명은 반드시 관련 전문의 자격이 있어야 한다. 말기환자가 의식불명이거나 신청의사를 명확히 밝힐 수 없을 시에는 2항의 신청서는 가장 가까운 친척이 제출한 동의서로 대체한다. 단, 말기환자가 의식불명이거나 신청의사를 명확히 밝힐 수 없기 전에 명시한 의사표시와는 상반되어서는 안된다. 전항의 가장 가까운 친척의 범위는 아래와 같다.

1. 배우자
2. 직계 존속 및 비속
3. 부모
4. 형제자매
5. 조부모
6. 증조부 및 3촌이내 방계혈족
7. 1촌이내 직계 인척

③ 가장 가까운 친척이 제출한 동의서는 단독으로 행해야 한다. 가장 가까운 친척의 의사표시가 불일치 할 때는 전항의 각 항 앞뒤의 정해진 순서에 의한다. 후 순서자가 이미 동의서를 제출한 후 선 순서자가 다른 의사를 표시를 하는 경우에는 호스피스의료 시행 전에 서면으로 해야 한다.

즉, 안녕완화의료조례에 따라 연명의료중단을 대리 결정하기 위해서는 ① 말기환자가 의식불명이거나 신청의사를 명확히 밝힐 수 없는 경우이고 ② 최근친이 제출한 동의서가 존재하며 ③ 말기환자가 이전에 밝힌 명시적 의사표시에 반하는 것이 아니어야 한다.⁵³⁾ 최근친의 범위는 ① 배우자 ② 혈족인 직계비속 성인 ③ 부모 ④ 형제자매 ⑤ 조부모 ⑥ 증조부모 또는 3촌인 방계

53) 대한의학회·대한병원협회·연명치료중지에 관한 지침 제정 특별위원회, 앞의 책, 28면.

혈족 ⑦ 1촌인 직계인척이다.⁵⁴⁾

대만은 호스피스, 완화의료와 연명의료의 대상을 모두 말기환자로 규정하고 있지만 한국의 「연명의료결정법」은 말기환자와 임종환자로 나누어 임종환자만이 연명의료중단의 대상이 된다. 또한, 대리결정을 내리는 환자의 가족의 범위가 한국보다 넓게 인정되고 있다. 대만의 안녕완화 의료조례는 한국의 「연명의료결정법」에 많은 영향을 준 입법례로 평가받는다.⁵⁵⁾ 양자 모두 사 전통제수단은 마련하고 있지 않다.

6. 일본

일본에서는 생명 존중의 관점에서 헌법상 자기결정권이 무작위적으로 폭넓게 인정될 수 없다는 이유에서 존엄사 법제를 쉽게 제정하지 못해왔다. 동해대학사건이라 불리는 사건에서도 환자의 장남이 의사에게 환자의 연명의료중단을 적극적으로 간청하였음에도 불구하고 검찰은 환자의 가족은 제외하고 의사만을 기소했다. 이렇게 환자의 가족에게는 형사책임을 묻지 않는 것을 통해 환자의 가족과 의사 사이의 상호불신 분위기도 존엄사 입법제약에 영향을 미치고 있다고 보여진다. 무엇보다도 인간이 다른 인간의 생명을 빼앗는 권리를 법제화하는 것은 옳지 않다는 일본의 사회적 관점이 존엄사 법제를 기피했다. 따라서 일본 존엄사협회는 법제화 운동을 추진하여 일본 사회의 존엄사에 대한 인식을 높이기 위해 끊임없이 노력했고 끝내 2007년 일본은 ‘종말기 의료결정 프로세스 가이드라인’을 마련했다.

‘종말기 의료결정 프로세스 가이드라인’에 따르면 연명의료중단의 대상을 ‘종말기’ 환자로 규정하고 있는데, 종말기라는 것은 의사에 의해 불치의 병이라고 진단받고 그로부터 수 주간 내지 수 개월(대개 6개월 이내)이내에 사망할 것이라고 예견되는 상태로 된 시기를 말한다.⁵⁶⁾ 이는 자세히 다음의 4가지 상태로 설명할 수 있다. 첫째, 불가역적인 전뇌기능부전(뇌사 진단 후, 뇌 혈류정지 확인 후 등을 포함)으로 진단한 경우, 둘째, 새롭게 개시한 인공적인 장치에 의존하여 생명 유지에 필수적인 장기의 기능부전이 불가역적인 경우, 이식 등의 대체수단이 없는 경우, 셋째, 새로운 치료법이 없이 현 상태의 치료를 계속하여도 수일 이내의 사망이 예측되는 경우, 넷째, 악성질환과 회복 불가능한 질병의 말기임이 분명한 경우임이 적극적인 치료 개시 후에 판명된 경우이다.⁵⁷⁾

54) 대한의학회·대한병원협회·연명치료중지에 관한 지침 제정 특별위원회, 앞의 책, 28면.

55) 이병철, “자연스런 죽음을 맞이할 권리 확보 방안 고찰”, 고려대학교 석사학위논문, 2017, 28면.

56) 서보건, “일본에서 존엄사 법제에 대한 비교법적 연구”, 「가천법학」 제3권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2010, 8면.

57) 한국보건 의료연구원, 「무의미한 연명치료 중단을 위한 사회적 합의안 제시」, 연구보고서, 2009, 182면.

연명의료 중단시 중단되는 연명의료의 범위에 관해서는 명시적으로 언급하고 있지 않다. 따라서 일본 역시 프랑스의 경우와 마찬가지로 특수연명의료의 중단만을 규정하는 것이라고 보기는 어렵다. 즉, 일반연명의료의 중단도 포함하고 있다고 해석하는 것이 옳다.

일본과 우리나라의 연명의료중단 입법례에서 가장 유사한 부분은 환자의 의사 추정 및 대리에 관한 부분이다. 하지만 일본은 연명의료중단의 결정 주체를 우리보다 넓게 인정하고 있다. 일본의 가이드라인에 따르면 환자의 의식을 확인할 수 없을 때 연명의료중단 결정을 내리는 자는 ‘환자가족’과 ‘의료케어팀’으로 규정하고 있다.

또한, 일본은 우리나라와 다르게 사전통제수단으로 복수의 전문가로 구성된 위원회가 연명의료중단 결정에 개입할 수 있는 절차를 마련하고 있다. ① 환자와 의료종사자 간에 타당하고 적절한 의료 내용에 대한 합의를 얻을 수 없는 경우 ② 가족 간에 의견이 결정되지 않는 경우 ③ 의료종사자와 가족 간에 합의를 얻을 수 없는 경우, 복수의 전문가로 구성되는 위원회를 별도로 설치하여 치료 방침 등에 대한 검토와 조언 실시가 요구된다.⁵⁸⁾ 이러한 사전통제수단이 마련되어 있는 것은 연명의료중단의 타당성과 신뢰성을 높이는 것에 큰 도움이 될 것이다.

7. 소결

연명의료중단에 관한 미국, 독일, 프랑스, 대만, 일본의 입법례를 비교·분석한 결과를 정리해보면 다음과 같다.

연명의료중단의 대상과 관련하여 미국, 프랑스, 대만의 경우 명백하게 임종환자 외에도 말기 환자를 포함하여 연명의료중단을 허용하고 있다고 판단된다. 독일과 일본만이 한국의 「연명의료결정법」과 유사하게 대상에 제한을 두고 있다.

중단되는 연명의료의 범위와 관련하여 일반연명의료의 중단을 명시적인 규정을 통해 배제하고 있는 국가는 대만뿐이다. 미국과 독일은 규정을 통해 특수연명의료와 일반연명의료 모두 중단이 가능한 것을 확인하였고, 프랑스와 일본은 명시적인 규정은 없지만, 판례법리와 별도의 금지규정이 없는 것으로 보아 해석상 일반연명의료의 중단도 포함하여 가능하다고 해석된다.

환자가 의식이 없는 경우 환자의 의사 추정 및 대리 결정, 사전통제수단 등의 절차법적 측면에서는 독일과 프랑스는 대리 결정에 관한 규정을 전혀 두고 있지 않은 점, 다수의 국가에서 의사가 연명의료중단 결정 주체에 포함되어 결정적인 역할을 수행한다는 점을 알 수 있었다. 특히, 독일은 후견인과 의사의 견해가 일치하지 않을 경우에는 후견 법원의 사전통제를 받는

58) 한국보건의료연구원, 앞의 책, 452면.

374 동국법학 제1권

구조를 취하고 있고, 프랑스는 명시적으로 의사가 연명의료중단의 결정 주체라고 규정하고 있다. 일본의 경우는 환자의 가족과 의료 케어팀이 결정 주체가 된다. 사전통제수단은 프랑스와 대만을 제외하고는 미국과 일본은 병원윤리위원회 또는 전문가위원회의 허가를, 독일은 전술한 바와 같이 병원 윤리위원회 또는 법원의 통제를 받도록 규정하고 있다.

| | 대상 | 범위 | 의사추정/대리결정 | 사전통제 |
|-----|---|---|---|--------------------|
| 미국 | 말기환자, 지속적 식물인간 상태의 환자 | 특수연명치료O 일반연명치료O (但, 진통제투여 중단은 X) | 대리인 (지속적 위임권한) | 병원윤리 위원회 |
| 독일 | 원칙: 회복 불가능한 환자 예외: 지속적 식물인간 상태의 환자 | 특수연명치료O 일반연명치료O | 환자지시서에 의한 의사 추정, 후견인에 의한 의사 추정 | 후견 법원 |
| 프랑스 | 임종기의 환자 (한국과 동일하나, 프랑스는 말기 환자 까지 포함하여 더 넓은 범위로 해석 됨) | 명시적인 규정X (사전의료지시서와 판례에 의하면) 특수연명치료O 일반연명치료O | 주치의 (후견인은 상담대상일 뿐) | X |
| 대만 | 말기환자 | 특수연명치료O 일반연명치료X | 최근친의 동의서 | X |
| 일본 | 종말기 환자 | 명시적인 규정X (해석상으로) 특수연명의료O 일반연명의료O | 환자의 가족 의료케어팀 | 전문가로 구성된 위원회 |
| 한국 | 임종과정에 있는 환자 | 특수연명치료O 일반연명치료X | 환자가족 의사표시 (2인이상/전원/친권자) 담당의사와 전문의사의 확인 | X |

다른 국가와의 비교법적 검토를 통해 한국의 「연명의료결정법」은 타국에 비해 다소 소극적인 태도를 취하고 있어 법의 실효성을 확보하기 위해 연명의료중단의 대상과 범위를 확대할 필요성이 인식되고, 다양한 사전통제수단의 마련과 환자의 의사 추정 및 대리 결정에 있어 법적·제도적인 보완이 요구된다. 이하에서 더욱 구체적으로 현행 「연명의료결정법」의 비판점과 해결방안을 논의하도록 한다.

V. 연명의료결정법의 비판점 및 개선방안

1. 실체법적 측면

가. 연명의료중단 결정의 대상 확대

외국의 연명의료중단 결정에 관한 법률에서 말기상태란 비교법적으로 6개월 이내에 사망에 이를 치료회복이 불가능한 질병, 생명유지 장치가 단지 죽음의 순간을 연기하는데 불과한 경우 등의 넓은 개념으로 자리 잡고 있다.⁵⁹⁾ 더불어 위에서 검토한 바와 같이 미국, 프랑스, 대만은 아예 명시적으로 말기환자도 연명의료중단 대상에 포함하고 있다. 반면, 우리 현행법은 연명의료중단의 결정 대상을 ‘임종기에 있는 환자’와 ‘말기환자’를 구분하고, 연명의료중단 결정의 대상을 ‘임종기에 있는 환자’로 규정함으로써 범위가 한정적임을 확인할 수 있다. 임종 상태의 환자와 말기환자는 수 일내지 수 주에 사망하는가, 수 주내지 수 개월 내에 사망하는가라는 점에서 기간의 차이만 있을 뿐, 치료의 효과가 미비하여 회생 가능성이 없거나 회복되지 않아 사망을 앞두고 있다는 점에서는 동일하다. 사실상 임종기에 있는 환자는 연명의료의 중단 유무와 관계없이 수 일내지 수 주에 사망하는 경우가 대다수이므로 자기결정권을 행사와 인간으로서의 존엄을 보장받는 것에 있어 말기환자에 비해 그 필요성이 적다고 판단된다. 반면, 말기환자는 수 개월 동안 연명의료를 계속하더라도 사망할 것이라는 사실은 변함이 없다. 이러한 말기환자에게 무의미한 연명 치료를 강요하는 것, 즉 현실적으로 연명의료중단 결정을 통해 인간으로서의 존엄과 자기결정권을 보장받아야 하는 말기환자들에게 연명의료중단을 허용하지 않는 것은 「연명의료결정법」의 입법 취지 및 법을 통해 달성하고자 하는 목적과 부합하지 않는 결과를 낳고 있다.

환자의 종기에 대해 그 누구도 단언할 수 없고, 그렇게 되어서도 아니 된다. 전문의사와 담당의사에 의하여 말기환자의 판단을 받았어도 수일 내에 사망할 수도 있다. 반대로 임종 상태의 환자로 판단을 받았음에도 불구하고 수개월 동안 생명을 유지하는 경우도 있다.⁶⁰⁾ 따라서 말기 암 환자에게 연명의료중단에 대한 결정을 허용하지 않는다는 것은 환자의 자기결정권을 보장하기 위해 도입한 법임에도 불구하고 범위를 제한하여 규정함으로써 환자의 자기결정권을 저해하고 있다는 점이 문제로 제기된다.⁶¹⁾

59) 이재석, 앞의 논문, 225면.

60) 선종수, “연명의료결정법의 문제점과 향후 과제”, 「형사법의 신동향」 제55호, 대검찰청, 2017, 17면.

61) 강다룡, 앞의 논문, 52면.

따라서 연명의료중단 결정의 대상이 되는 환자를 임종기에 있는 환자로 범위를 제한하는 것이 아닌 말기환자로 범위를 늘리는 방향의 법 개정을 통해 환자의 존엄과 자기결정권을 보장해 주어야 한다. 한편, 범위를 확대할 때에 지속적 식물인간 상태의 환자(PVS)를 연명의료중단의 결정 대상으로 보는 것에 대해서는 안락사⁶²⁾에 대한 논쟁으로 이어질 수 있다는 견해가 있어 이 부분은 매우 조심스럽다.⁶³⁾ 이와 같은 문제에 대해서는 한국보건의료연구원의 합의안에서 가족의 동의와 의사의 확인, 의리기관윤리위원회 또는 법원의 판단을 통해 안락사에 대한 논쟁을 방지하고, 연명의료중단을 결정할 수 있도록 하여 환자의 자기결정권을 보장해주는 방안을 제시하였다.⁶⁴⁾

나. 연명의료의 범위 확대

앞서 검토한 바와 같이 미국의 경우 주마다 규정에 대한 차이가 있지만 의료진의 설명과 엄격한 기준에 따라 본인의 결정으로 특수연명치료 뿐만 아니라 일반연명치료도 중단할 수 있도록 헌법상으로 인정함으로써 자기결정권을 존중하고 있다.⁶⁵⁾ 오로지 대만 외에는 프랑스, 독일, 일본 모두 중단되는 연명의료의 범위에 일반연명치료를 포함하고 있다. 반면, 한국의 현행 「연명의료결정법」에 따르면 연명의료란 심폐소생술, 혈액투석, 항암제투여 등 치료효과 없이 임종과정 기간을 연장하는 ‘특수연명의료’를 의미한다고 규정하여 진통제 투여, 체온유지, 영양공급 등의 의학지식과 기술을 요구하지 않는 ‘일반연명의료’는 어떠한 상황에서도 중단하지 못하도록 규정하고 있다. 그 결과 비교 법제와 다르게 우리 현행법의 결정 가능한 연명의료의 인정 범위는 현저히 좁으며 이로 인해 법의 실효성에 관해 큰 문제점이 제기된다.

2009년 서울대학교 산학협력단에서 진행한 조사에 따르면 말기환자의 요청이 있는 때 영양수액 공급을 위한 튜브관을 제거하는 것에 대하여 응답자의 87.4%가 찬성하였으며, 말기환자의 요청에 의해 심폐소생술을 중단하는 것에 대해서도 응답자 84.8%가 찬성을 하는 태도를 보였다⁶⁶⁾. 영양수액 공급은 일반연명 치료임에도 불구하고 심폐소생술 중지를 요청하는 것과 유사한 비율로 대다수의 사람들이 중단하기를 희망하고 있다고 나타난다. 이로 인해 일반연명치료

62) 회복가능성이 없는 환자에 대한 연명의료를 중단하는 존엄사에 반해 안락사는 회복가능성이 있는 환자에 대한 연명의료를 중단하는 것이라는 점에서 차이가 있다.

63) 강다롱, 앞의 논문, 53면.

64) 한국보건의료연구원, 앞의 책, 47면.

65) 엄주희, “환자의 생명 종결 결정에 관한 헌법적 고찰”, 「헌법판례연구」 제14권, 한국헌법판례연구학회, 2013, 101-106면.

66) 서울대학교, 「연명치료중단에 대한 국민인식 실태조사 및 법제화 방안 연구」, 연구보고서, 2009, 38-41면.

라 하더라도 환자의 자기결정권을 존중하기 위해서 연명의료의 범위를 확대하여야 한다는 의견이 계속해서 논의된다. 불필요한 의료조치 없이 존엄한 죽음을 맞이하겠다는 환자의 의사를 저해하는 방해요인을 제거하는 것이 「연명의료결정법」의 역할이라고 생각된다.

또한, 현대 사회에서는 새로운 질병이 발현하고, 이에 대한 처치방법도 다양해지고 있다. 과학기술과 진단·판단의 기술도 날이 갈수록 발달해가는 이러한 현실에서 일반연명치료와 특수연명치료 역시 가변적이므로 이를 구분할 이유가 없어지고 있는 추세이다.⁶⁷⁾ 따라서 환자의 자기결정권의 존중과 현대에 맞는 상황을 고려하여 조치할 수 있도록 연명의료중단의 선택 범위를 넓히는 것이 「연명의료결정법」의 발전을 위해 타당하다.

2. 절차법적 측면

가. 의료기관 윤리위원회의 기능 확대

(1) 의사추정 및 대리결정에 의한 문제점과 의료기관윤리위원회의 필요성

위의 제시안과 같이 연명의료중단 결정의 대상을 말기환자와 지속적 식물상태의 환자로서까지 확대하고, 중단되는 연명의료의 범위를 특수연명치료 뿐만 아니라 일반연명치료까지 확대하게 된다면 연명의료중단 결정의 절차는 전보다 더 신중하고 엄격하게 진행함으로써 안정성을 보장하여야 함이 자연스레 뒤따르는 과제이다. 현재 시행되고 있는 「연명의료결정법」에 따르면 환자 가족을 환자의 대리인으로 인정하고 있다. 여기서 환자와 가족 간의 이해관계의 충돌이 존재하고 있을 경우, 해당 대리인을 과연 마땅히 환자의 의사를 전달할 수 있는 자로 볼 수 있을 것인가에 관한 문제가 제기된다. 환자와 대리인 사이의 상속 또는 과도한 의료비용 등의 경제적 문제나 죽음에 대한 가치관의 차이가 있는 경우에는 환자의 의사 및 객관적인 사정과 다른 의료중단이라는 결정을 대리인이 부추길 위험이 존재한다.⁶⁸⁾ 즉 명시적인 의사가 없어 가족과 의료진의 결정에 의존해야 하는 경우, 연명의료중단의 결정이 남용되어 환자가 원치 않은 죽음을 당할 수 있는 위험이 존재한다. 이러한 문제는 과거 「연명의료결정법」의 시행 이전 연명의료중단을 금지하던 가장 큰 이유였기도 한다. 외국의 비교법들을 검토한바, 대다수의 국가에서 환자의 의사를 추정하기 어려운 경우 대리 결정 과정에 의사가 결정 주체로 포함되어 결

67) 정순태, “연명의료결정제도의 개선 및 활용성 제고 방안”, 대구한의대학교 박사학위논문, 2016, 75면.

68) 이재석, 앞의 논문, 237면.

378 동국법학 제1권

정적인 역할을 수행하는 것을 확인할 수 있었다. 따라서 이 점을 참고하여 이하에서는 대리결정으로 인한 남용의 문제를 최소화하기 위해 의료기관윤리위원회의 적극적인 활용을 하나의 해결책으로 제시하고자 한다. 또한, 사전연명의료의향서의 효율적 활용방안을 모색하여 환자의 명시적 의사 추정이 가능하도록 할 수 있다.

(2) 현 의료기관윤리위원회의 한계와 개선방안

미국과 일본 등에서는 연명의료중단의 결정과 관련해서 병원윤리위원회의 허가를 거치도록 하고 있다. 한국의 「연명의료결정법」에서도 제14조에서도 의료기관윤리위원회를 설치하도록 규정하고 있고 의료기관윤리위원회의 기능은 ① 연명의료중단의 결정과 이행에 있어 환자 또는 환자의 가족, 의료진이 요청한 사안에 대한 심의, ② 담당의사의 교체, ③ 연명의료결정에 관한 상담 등이 있다.⁶⁹⁾ 다만, 기관 운영상의 한계로 인해 그 실효성이 미비하다는 문제가 있다.

(가) 의료기관윤리위원회의 결정의 법적 효력 부존재

의료기관윤리위원회는 법 제14조에 따라 연명의료중단의 결정에 대한 사안에 대해 임종 과정에 있는 환자·환자가족·의료진의 요청이 있는 경우(법 제17조 제1항 제3호, 법 제18조 제1항 제1호 및 제2호) 요청한 사항에 관해 심의한다. 그러나 이러한 심의에 대한 결과가 있다 할지라도 법에서 따로 효력을 부여하고 있지 않기 때문에 법적인 효력을 갖지 못한다는 점이 문제로 제기된다.⁷⁰⁾ 이는 요청사항에 대하여 심의하고 그 사안에 대하여 결정을 내렸을 때, ‘윤리위원회의 결정을 민사소송법상의 조정과 동일한 효력’을 지니게 하는 방안으로 효력을 명시하여 해결할 수 있다.⁷¹⁾

(나) 의사교체 결정의 실효성 부존재

법 제19조 제3항에 따르면 담당 의사가 연명의료중단의 결정에 대해 이행을 거부할 때 해당 의료기관의 장은 윤리위원회의 심의를 거쳐 의사를 교체하여야 한다. 하지만 위원회의 결정에

69) 박미숙·강태경·김현철, “일명‘웰다잉법’(존엄사법)의 시행에 따른 형사정책적 과제”, 「형사정책연구원 연구총서」 2016, 한국형사정책연구원, 2016, 124면.

70) 박미숙외, 앞의 논문 124면.

71) 정순태, 앞의 논문, 81면.

불복하는 의사에 대하여 벌칙조항이 존재하지 않아 실효성이 없다는 문제점이 있다. 교체 결정에 불복하는 의사에 대하여는 그에 마땅한 벌칙조항을 신설하여 윤리위원회의 결정에 실효성을 부여하여야 한다.⁷²⁾

(다) 의료기관윤리위원회의 설치 한계와 인적 지원의 한계

연명의료중단의 결정 및 이행에 관한 업무를 수행하려는 의료기관은 윤리위원회를 설치하도록 규정하고 있다(법 제14조 제1항). 그러나 규정과는 다르게 의료기관 규모에 따라 모든 의료기관에서 위원회를 운영할 수는 없다는 것이 현실이다. 이에 법 제14조 제6항에서 공용윤리위원회를 지정하여 해결하고 있다. 공용윤리위원회는 의료기관이 윤리위원회의 업무수행을 위탁할 수 있도록 보건복지부 장관이 지정하여 정한다.

윤리위원회는 위원장 1명을 포함하여 5명 이상으로 구성하여야 하되, 의료기관에 종사하는 사람으로만 구성할 수 없다. 종교계·법조계·시민단체 등의 추천을 받은 2명의 사람을 포함하여 구성하여야 한다(법 제14조 제3항). 이에 긴박하게 돌아가는 임종기의 상황에 있어 의료기관 윤리위원회를 때마다, 적시에 개최할 수 있는가에 대해 문제가 제기된다. 종교계·법조계 그리고 시민단체에서 추천받은 자를 선임하여야 하는데 이 부분에서 시간적인 문제가 예상된다⁷³⁾.

환자와 환자가족 등은 의료기관윤리위원회에 연명의료중단에 대하여 상담을 청할 수 있다. 하지만 의료기관에서는 전담인력 없이 겸임으로 업무를 진행하는 경우가 대부분이다. 그로 인해 삶과 죽음이라는 이해와 전문적인 지식이 필요한 환경에서 환자에게 질 좋은 상담서비스를 제공하지 못한다는 문제점이 발생한다.⁷⁴⁾

이에 대한 대안으로는 의료윤리전문가 제도가 제안된다. 의료윤리전문가는 의사와 환자 간의 갈등뿐만 아니라 가족 간의 갈등을 조율하고 해결해주는 자이다. 이러한 의료윤리전문가 제도를 도입한다면 윤리위원회를 설치하여야 한다는 부담감을 줄여줄 수 있다. 나아가 국가에서 위원회의 전담인력의 기준을 규정하고, 의료윤리전문가와 같은 인재 양성 제도를 추진하여 병원에서 환자와 환자가족 등에게 더 많은 상담 기회를 부여한다면, 보다 질 높고 체계적인 의료서비스를 제공받을 수 있을 것이다.⁷⁵⁾ 실제로 일본에서는 연명의료중단 결정 시 다양한 전문가

72) 2015년 6월 9일에 발의된 신성진 안에 따르면 “제18조 제2항을 위반하여 담당의사를 교체하지 아니한 경우에는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정함으로써 법의 실효성을 위해 벌칙 조항을 제시하였다.

73) 정순태, 앞의 논문, 82면.

74) 최지연·장승경·김정아·이일학, “연명의료결정법과 의료기관윤리위원회: 현황, 경험과 문제점”, 「한국의료윤리학회지」 제22권 제3호, 한국의료윤리학회, 2019, 217-218면.

380 동국법학 제1권

들로 구성된 위원회의 사전통제를 받도록 시스템이 설계되어 있다.

(라) 의료기관윤리위원회의 홍보의 필요성

2009년 한국보건의료연구원에서 실시한 설문조사 중 ‘연명치료에 관한 분쟁 발생 시 해결 방법’에 대한 결과를 확인해 보았을 때 ‘의료현장에서 환자가족과 의료진이 해결’에 일반국민 75%, 의료인 34%에 이르고, ‘의료기관윤리위원회를 통해 해결’에는 일반국민 17%, 의료인 55%로 확연한 차이가 나타난다.



그림 9. 연명치료에 관한 분쟁 발생시 해결 방법에 대한 설문결과

※출처: 한국보건의료연구원, 무의미한 연명치료 중단을 위한 사회적 합의안 제시, 4면.

이러한 설문결과는 의료기관윤리위원회에 대한 홍보와 국민들의 인식 부족으로 해석이 된다.⁷⁶⁾ 이에 국가나 병원에서는 환자에게 의료기관윤리위원회의 존재와 역할에 대한 홍보를 공익광고 또는 캠페인 등을 통하여 환자와 환자 가족이 윤리위원회의 도움을 받을 수 있도록 적극적으로 나서야 한다.

(3) 사전연명의료의향서의 홍보와 인식개선 문제

전술한 바와 같이 환자의 명시적 의사가 없거나 객관적인 사정을 통해 추정적 의사를 확인할 수 없는 경우에 환자의 연명의료중단 결정에 대한 정당한 근거를 추정하기에는 상당히 어려운

75) 최지연외, 앞의 논문, 220면.

76) 한국보건의료연구원, 앞의 책, 40면.

일이다.⁷⁷⁾ 따라서 환자의 자기결정권을 존중하기 위해서는 추정적 의사로 규명하기보다는 사전 연명의료의향서와 같이 명시적인 의사에 의하는 것이 가장 핵심이라 볼 수 있다. 사전연명의료의향서의 작성으로 인해 환자 본인의 정신적·육체적 고통을 줄이고 가족들에게 경제적 부담을 덜어줄 수 있다. 하지만 사전연명의료의향서에 관하여 홍보와 국민들의 인식이 미흡하다는 문제가 제기된다. 우리나라 성인들을 대상으로 한 설문조사에 따르면, ‘사전연명의료의향서에 대해 들어본 적 있나?’에 대해 71.6%가 들어본 적이 없다고 답하였다. 이후에 사전연명의료의향서에 대한 설명을 들은 후에 이 제도에 대해 찬성하는가에 대한 질문에 응답자 92.5%가 찬성으로 답하였다.⁷⁸⁾ 이 설문조사를 통해 국민들이 사전연명의료의향서에 대한 인식이 낮다는 것을 확인할 수 있다. 한편으로는 사전연명의료의향서에 대하여 안락사에 대한 동의로 오해하거나 잘못된 정보를 가지고 있는 경우도 있다.⁷⁹⁾

이에 대해서 사전연명의료의향서에 대한 적극적인 홍보와 인식개선에 대한 노력이 필요하다. 국가에서는 이 제도의 사회적 기반을 위하여 연명의료결정에 대한 상담서비스를 확대하고 병원이나 공공기관에서는 사전연명의료의향서의 작성에 대하여 강의를 제공함으로써 국민들이 사전연명의료의향서에 대하여 올바른 정보를 얻을 수 있도록 노력하여야 한다. 더 나아가 사전연명의료의향서에 대한 이해를 돕기 위한 콘텐츠를 개발하여 이를 매체를 통하여 전달하는 방안 등을 통해 국민들에게 홍보하여 사전연명의료의향서의 작성을 대중화할 수 있도록 노력하여야 한다.⁸⁰⁾

나. 미성년자의 연명의료중단에 관한 의사결정 주체 수정

연명의료결정법 제10조에서는 연명의료계획서 작성에 관하여 규정하면서, 연명의료계획서를 작성하기 전 환자에게 설명의무를 이행하여야 함과 더불어 연명의료계획에 포함되는 사항 등을 동시에 규정하고 있다. 그러나 미성년자의 연명의료계획서 작성과 관련해서는 제3항에서 “제2항에 따른 요청을 받은 담당 의사는 해당 환자에게 연명의료계획서를 작성하기 전 다음 각 호의 사항에 관하여 설명하고, 환자로부터 내용을 이해하였음을 확인받아야 한다. 이 경우 해당 환자가 미성년자인 때에는 환자 및 그 법정대리인에게 설명하고 확인을 받아야 한다.”라고 규

77) 김민우, “연명치료중단의 허용요건에 관한 법적 쟁점과 과제”, 「유럽헌법연구」 제24권 제1호, 유럽헌법학회, 2017, 384면.

78) 이창배, “연명의료 결정을 위한 사전연명의료의향서제도 활성화 방안 연구”, 동국대학교 석사학위논문, 2016, 135면.

79) 이창배, 앞의 논문, 135면.

80) 김민우, 앞의 논문, 384면.

정하고 있다. 해당 조항만으로는 연명의료계획서 작성과 관련하여 미성년자의 법적 지위가 명확하게 파악되지 않는다. 즉, 미성년자의 연명의료계획서 작성에 있어 환자 본인이 독자적으로 자신의 연명의료계획에 대하여 결정할 수 없는지에 대해 논란이 있을 수 있다. 우리 민법상 미성년자는 만 19세 미만의 자를 규정하고 있는데, 이중 모든 미성년자에 있어 법정대리인과 함께 결정하여야 하는 것인지, 미성년자 본인과 법정대리인의 의사가 일치하지 않는 경우에는 그 의사결정의 기준을 무엇으로 정해야 하는지 문제가 된다.⁸¹⁾

우리 민법 규정에 따르면 만 17세 이상의 미성년자는 독자적인 유언행위를 할 수 있다(민법 제 1061조). 유언이란 자신의 생과 사에 있어 자신에 관한 결정 및 자신의 사후에 자기 자신 및 자신과 관련된 각종 인적, 물적 관련을 어떻게 할 것인지에 대한 의사결정이다. 그렇다면 유언행위와 향후 치료행위에 대한 결정이 근본적으로 다른 내용은 아닐 것이다. 즉, 민법상 유언행위능력을 자신의 생명과 신체에 대한 자기결정권을 독자적으로 행사할 수 있는 기준으로 파악한다면 연명의료계획서를 작성하는 경우에 있어 미성년자의 독자적인 자기결정권을 인정할 필요가 있다.

미성년자와 법정대리인의 의사가 일치하지 않는 경우, 연명의료결정법에서는 이를 규정하고 있지 않다. 연명의료결정법 제2조 제9호, 제12조 제1항에서는 사전연명의료의향서의 작성 주체를 ‘사전연명의료의향서를 작성하고자 하는 19세 이상인 사람(이하 “작성자”라고 한다)’으로 명시하고 있다. 이는 미성년자의 자기결정권을 고려하지 않은 조항이며 자칫 성년과 미성년의 생명권의 무게를 달리하는 듯한 조항으로 해석될 여지가 충분하다. 따라서 미성년자도 사전연명의료의향서의 작성 주체가 될 수 있어야 한다.

또한, 성년자와 달리 미혼인 미성년자에게는 19세 이상의 배우자나 직계비속이 실질적으로 존재할 수 없으므로, 미성년자 환자의 연명의료중단 대리는 직계존속만이 가능하다. 그러나 제 18조 제1항 제1호의 미성년자 의사 대리 규정은 동의의 주체를 ‘직계존속’이 아닌 ‘친권자’에 한정한다고 규정한다. 친권자는 직계존속보다는 협소한 개념이므로 성년자와 미성년자의 대리에 의한 연명의료중단 결정 요건은 크게 차이를 알 수 있다. 이 또한 성년자와 미성년자의 생명권과 자기결정권을 다르게 여기고 있는 것으로 보여져 양자를 다르게 볼 명확한 기준이 있는 것인지가 의문이다. 전통적으로 의료행위에 있어 친권자는 미성년자의 보호자 역할을 담당해온 것은 사실이나, ‘보호자’의 개념은 법적으로 그 근거가 모호함을 지적한다. 나아가 연명의료중단 결정과 같이 생사를 결정하는 문제에서 법정대리인이 진정으로 환자의 의사를 대변할 수 있는가에 대한 논란이 있다는 점을 밝히고 있다. 실제로 미성년자가 본인의 연명의료의향을 밝히

81) 김혁돈·이재호, “미성년자 연명의료 중단에 관한 소고”, 「동아법학」 제82호, 동아대학교 법학연구회, 2019, 34면.

지 않는 경우, 미성년자의 의사를 확인할 방법을 마련하지 않은 채 법정대리인의 결정에 맡기는 것으로 해석될 수 있다. 이때 미성년자의 자기결정권이 제대로 보장될 수 있을지 우려된다. 이와 같은 문제로 인해 환자의 생명에 위험이 초래될 경우 그러한 의료행위에 대해서는 가정법원의 허가(민법 제947의 2)를 요구하고 있으며, 그 외에도 연명의료중단 결정의 주체 범위를 확대하면 이 문제를 해결할 수 있다.

3. 정책적 측면

가. 의료계의 소극적 태도 개선을 위한 법원의 사전통제 제도 마련

대법원 2009.5.21. 선고, 2009다17417 전원합의체 판결의 연명치료중단에 관한 법적 판단절차에 대한 대법관 김지형, 박일환의 별개의견⁸²⁾에서는 ① 연명의료중단 결정에 관한 환자의 의사가 추정되는 경우, ② 연명의료중단 결정을 위한 요건충족 여부가 불분명한 경우에 법원의 사전 판단이 필요함을 밝힌다.

후자의 경우 연명의료중단 결정이 환자의 존엄과 가치를 훼손해서는 안 되는 것이 명백하기에 법원의 사전통제가 자연스레 당연히 요구된다. 다만, 전자의 경우, 환자의 의사가 추정됨에도 불구하고 법원의 사전판단이 필요한 것은 의료인의 민·형사상 책임이 면책되지 않은 상태에서는 연명의료중단에 대해 의료계의 입장이 소극적일 수밖에 없기 때문이다. 의료인의 소극적 태도로 인해, 연명의료결정법의 실효성이 확연히 줄어들고 있기에 의료진이 소극적으로 임하게 하는 장애물을 제거하는 것이 현행 법제에 있어 매우 중요한 과제이다. 따라서 환자의 의사 추정이 되는 경우에도 법원의 사전판단을 통해 민·형사상의 면책을 확정지어 의료진이 적극적으로 연명의료중단 결정을 행할 수 있도록 하여 법의 실효성을 갖추어야 한다.

다만, 법원의 사전통제를 받기 위한 엄격한 소송절차는 환자가 인간으로서의 존엄과 가치가 침해되는 상태에서 오랫동안 방치될 수 있게 한다. 이를 해결하기 위한 방법으로 별개의견은 「민법」 제 947조 피성년후견인에 관한 규정을 들고 있다. 가정법원은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람에 대하여 성년후견개시의 심판을 할 수 있다(「민법」 제9조). 후견인은 피성년후견인의 생명·신체의 기능을 유

82) 대법원 2009.5.21. 선고, 2009다17417, 전원합의체판결(대법관 김지형, 박일환의 별개의견 “연명치료의 중단은 연명치료를 계속하는 것이 오히려 환자의 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하는 상황에서 환자의 의사가 추정되는 경우에 한하여 허용되는 것이므로, 연명치료의 중단이 허용되는지 여부에 관한 판단이 실효성 있는 법적 절차에 의하여 신중하면서도 적절한 시기에 내려지게 함으로써 인간으로서의 존엄과 가치라는 중대한 기본권 침해에 대한 구제절차가 유효적절한 방법으로 이루어질 수 있도록 할 필요가 있다”).

지하기 위하여 법정대리인으로서 의료계약을 체결할 수 있는 후견적 사무처리자다. 후견인은 의료계약 과정에서 이루어지는 수술 등 신체를 침해하는 행위에 관하여는 피후견인을 위한 동의 여부에 관한 의사를 표시할 수 있다.⁸³⁾ 마찬가지로 진료행위가 개시된 후에도 피후견인의 최선의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 범위 내에서는 그 진료행위의 중단 등 의료계약 내용의 변경을 요구하는 행위를 할 수 있다.⁸⁴⁾ 그러나 피성년후견인의 생명에 관한 자기결정권 자체를 대리할 수는 없다. 이는 피성년후견인의 자기결정권이 제한되는 것과 마찬가지로인 것이기 때문이다. 즉, 후견인의 의사만으로 연명치료의 중단은 허용될 수 없다.

「민법」 제947조의2 제2항은 “성년후견인이 피성년후견인을 치료 등의 목적으로 정신병원이나 그 밖의 다른 장소에 격리하려는 경우에는 가정법원의 허가를 받아야 한다.”고 규정한다. 이와 같이 연명의료중단 등의 결정을 하는 경우에도 이를 유추적용하여 후견인은 연명의료의 중단을 요구하는 것이 피성년후견인의 자기결정권을 실질적으로 보장할 수 있는 판단인지에 관하여 법원의 허가를 받아야 한다. 이에 관하여는 「가사소송법」, 「가사소송규칙」, 「비송사건절차법」 등의 규정에 따라 가사비송절차에 의하여 심리·판단을 받을 수 있다.⁸⁵⁾

사법부에 의한 사전적 통제방안이 절차적으로는 다소 번거롭고 까다로울 수 있다. 의사나 의료기관윤리위원회에 의한 통제방안과는 달리 많은 시간과 비용을 소요해야 함이 사실이다. 그러나 독립성이 보장되는 법관의 공정한 판단을 기대할 수 있다는 점에서 법원의 사전통제는 환자의 의사가 불분명할 경우, 환자 가족과 의사의 의견이 대립할 경우 등에 있어서 연명의료중단 결정에 신뢰성과 타당성을 확보할 수단으로 가장 실효적이라고 볼 수 있다. 위에서 검토한 바와 같이 독일 역시도 후견인과 담당 의사의 견해가 불일치 하는 경우 후견 법원의 허가를 받도록 규정하고 있다.

나. 의료지원 확대

(1) 연명의료중단 결정 이후 임종 환자 돌봄 안전장치 마련

「연명의료결정법」은 주로 치료중단에 초점이 맞춰져 있으며, 임종 환자를 어떻게 돌봐야 할지에 대한 내용은 포함되어 있지 않다. 즉, 해당 법안은 임종 환자 돌봄에 대한 안전장치 없이 연명의료의 중단만 선택하도록 암묵적으로 강요한다. 이는 가족이나 정부가 경제적 이유로 인해 환자를 포기한 것 같은 인상을 줄 수 있다. 따라서 ‘치료의 중단’ 뿐만 아니라 환자를

83) 고준기외, 앞의 논문, 19면.

84) ‘세브란스 병원’ 대법원 판결의 별개의견(대법관 김지형, 대법관 박일환) 참조.

85) 김영철, “연명의료치료중단의 형법적 의의와 그 법적 성격 - 대법원 2009. 5. 21. 선고, 2009다17417 판결을 중심으로 -”, 「일감법학」 제20권, 건국대학교 법학연구소, 2011, 595면.

위한 ‘올바른 치료의 선택’이 보장될 수 있는 방법에 대해 강구하고, 이에 대한 문제를 보완해야만 「연명의료결정법」의 완결성을 높일 수 있을 것이다.⁸⁶⁾

우리나라는 현재 호스피스·완화의료에 대해 관련 지원 제도의 확립이라는 추상적 목표만 설정하고 있다. 즉, 시범사업만 이루어지고 있을 뿐 충분히 활성화되어 있지는 않다. 연명의료중단의 제도화 이후 호스피스-완화의료의 수요가 많아지는 것은 당연한 현상이고, 이에 따라 의료기관에서 호스피스-완화의료의 제대로 이루어지도록 제도를 보완해야 한다. 따라서 ‘연명의료’ 법제화와 더불어, 호스피스-완화의료에 대한 사회적 기반을 구축해야 하고, 그를 뒷받침할 만한 법적 근거를 규정하는 것이 필요하다.

(2) 의료기관윤리위원회, 연명의료 환자 등에게 소요되는 비용 지원

위에서 언급한 의료기관윤리위원회나 연명의료중단 결정 환자 등에게 소요되는 비용을 정부 차원에서 체계적으로 지원할 필요가 있다. 예컨대 보건복지부는 지난 2019년 11월 연명의료 시술을 할 수 없어도 말기 환자를 위해 연명의료지원팀을 운영하는 의료기관에 건강보험 수가를 적용하는 시범 사업을 실시한다고 밝혔다. 기존에는 심폐소생술과 혈액 투석, 항암제 투여, 인공호흡기 착용 등 연명의료에 해당하는 의학적 시술까지 가능한 의료기관만 연명의료지원팀 활동에 대해 건강보험 수가를 받을 수 있었다. 그러나 이번 시범 수가는 말기 환자 등에게 제도를 안내·상담하는 경우(말기환자 등 관리료), 연명의료를 계획하고 서식을 등록한 경우(연명의료 계획료) 등에 각각 산정한다.⁸⁷⁾

또한, 올해 9월부터는 가정형 호스피스 시범사업이 본 사업으로 전환되고 수가가 신설되었다. 가정형 호스피스란 ‘연명의료결정법’에 따라 가정에서 호스피스 서비스를 받는 환자를 위한 것으로, 호스피스 팀의 방문료(교통비 포함)와 관련 의료행위에 건강보험을 적용받는 것이다. 더불어 가정에서 호스피스를 받는 환자의 초기 돌봄계획 수립과 상시적 상담 등 환자관리를 위해 통합환자관리료도 신설된다. 이번 수가 신설로 가정에서도 의료진과 상시적인 상담과 관리 등이 가능하게 될 것이다.⁸⁸⁾ 이렇듯 정책적인 측면에서 충분한 지원과 의료보험제도 등을 재정비하는 등 사회복지제도의 확충이 이루어질 때 입법 또한 효과를 극대화될 수 있을 것이다.

86) 고준기외, 앞의 논문, 23면.

87) 연합뉴스(2019.11.01.) “연명의료지원팀 운영에 건강보험 수가 적용 확대... 참여기관 모집”, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20191101045300017?input=1195m>(검색일 2021.01.05.).

88) 헬스포커스뉴스(2019.12.23.) “내년부터 부인과 초음파비 절반 이하로”, http://www.healthfocus.co.kr/news/articleView.html?idxno=92280&sc_word=%B3%BB%B3%E2%BA%CE%C5%CD%20%BA%CE%C0%CE%B0%FA%20%C3%CA%0%BD%C6%C4%BAF1%20%C0%FD%B9%DD%20%C0%CC%C7%CF%B7%CE(검색일 2021.01.05.).

VI. 결 론

지금까지 ‘연명의료결정법’의 실태와 그에 따른 문제점 및 해결방안을 전개해왔다. 따라서 본 연구를 통해 주장하고자 하는 바를 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 현행법에서는 ‘임종기에 있는 환자’와 ‘말기환자’를 구분하고, 제15조를 통해 연명의료 중단 결정 이행의 대상을 ‘임종기에 있는 환자’로 규정하면서 환자의 범위를 제한하고 있다. ‘임종기에 있는 환자’와 ‘말기환자’의 구분은 기간의 차이일 뿐 희생 가능성이 없고 사망을 앞둔 점에서는 동일하기 때문에 ‘말기환자’의 연명의료중단을 허용하지 않는 것은 「연명의료결정법」의 입법 취지와 부합하지 않는다. 따라서, 제15조를 ‘담당의사는 임종 과정에 있는 환자 및 말기환자와 지속적 식물인간 상태(PVS)의 환자는 연명의료중단등 결정을 이행할 수 있다.’로 수정하여 이들의 연명의료중단을 허용함으로써 환자의 자기결정권의 실질적인 보장을 도모하여야 한다.

둘째, 제2조 제2호 및 제19조 제2항에서는 연명의료를 심폐소생술, 혈액투석, 항암제투여 등 치료 효과 없이 임종 과정 기간을 연장하는 ‘특수연명의료’를 의미한다고 규정하여 영양·수분·산소 공급 같은 ‘일반연명의료’는 어떠한 상황에서도 중단하지 못하게 하고 있다. 그러나 특수 연명의료와 일반연명의료는 가변적이어서 이를 구분할 실익이 줄어들고 있고, 대다수의 사람들이 일반연명의료의 중단을 희망하고 있다. 따라서, 제19조 제2항 ‘연명의료중단등결정 이행 시 통증 완화를 위한 의료행위와 영양분 공급, 물 공급, 산소의 단순 공급은 시행하지 아니하거나 중단되어서는 아니 된다.’와 같은 규정을 삭제하여 중단 가능한 연명의료의 범위를 ‘일반연명의료’까지 확대하여야 한다.

셋째, 제17조 및 제18조에서는 연명의료중단에 있어 환자의 의사 추정 및 대리에 관한 내용을 규정하고 있다. 환자의 명시적인 의사표시가 없어서 의사를 추정해야 하거나 추정조차 할 수 없어 대리로서 의사표시를 해야 하는 경우, 환자의 의사는 환자의 가족을 통해 표시된다. 환자 가족 2명 이상의 일치하는 진술과 담당의사 및 전문의 1명의 확인이 있으면 추정적 의사로 연명의료중단이 가능하며, 환자 가족 전원의 합의와 담당의사 및 전문의 1명의 확인으로 연명의료중단 결정이 대리 될 수 있다. 그러나 이러한 의사 추정 및 대리 절차의 적절성에 관한 문제가 제기될 수 있다. 환자와 대리인 사이의 경제적 문제 혹은 가치관 차이로 인해 환자의 의사에 반한 의료중단이 이루어질 수 있고, 미성년자의 경우 자기결정권 보장이 제대로 이루어지지 않을 수 있다. 따라서 이러한 문제를 해결하기 위해 ① 의료기관윤리위원회의 확대, ② 연명의료중단 결정에 있어서 미성년자의 자기결정권 보장, ③ 법원의 사전통제 제도 마련을 제시하

는 바이다.

제14조에서 의료기관윤리위원회의 설치 및 운영에 관해 규정하고 있지만 실제로 그 실효성이 미미한 상태이다. 따라서 제14조에 ‘윤리위원회의 심의에 따른 결정은 민사소송법상 조정과 같은 효력을 가진다.’라는 조항을 추가하여 의료기관윤리위원회의 결정에 대한 법적 효력을 명시하고, 더불어 결정에 불복하는 의사에 관한 벌칙조항을 신설하여 윤리위원회의 역할을 강화하여야 한다. 또한, 의료윤리전문가 제도를 도입하여 질 높은 의료 서비스 제공 등을 통해 의료기관윤리위원회의 기능을 확대할 필요가 있다.

제18조 제1항 제1호에서는 미성년자인 환자의 의사를 확인할 수 없는 때에는 법정대리인(친권자에 한정한다.)과 담당의사, 전문의 1명이 연명의료중단을 결정한다고 규정하고 있다. 이는 환자 가족 전원의 합의와 담당의사, 전문의 1명으로 규정되어 있는 제18조 제1항 제2호의 성년자인 환자의 경우와는 매우 다른 규정이다. 이렇게 미성년자와 성년자의 대리인 범위를 다르게 규정하여 양자의 자기결정권 및 생명권의 무게를 다르게 여기는 것은 논리적 타당성을 얻을 수 없다고 판단하였다. 따라서, 제18조 제1항 제1호 조항 및 제2호의 ‘19세 이상인 사람에 한정하며,’ 부분을 삭제하여 성년자와 미성년자의 연명의료중단 결정에 관한 기준을 구분하지 않도록 해야 한다.

또한, 대법원 2009.5.21. 선고, 2009다17417 전원합의체 판결의 김지형, 박일환의 별개의견을 참고하여 「민법」 제947조의2 제2항 “성년후견인이 피성년후견인을 치료 등의 목적으로 정신병원이나 그 밖의 다른 장소에 격리하려는 경우에는 가정법원의 허가를 받아야 한다.”를 유추 적용하는 방법으로 환자의 의사결정이 추정되는 경우와 추정되지 않는 경우 모두 가정법원의 사전허가를 거치도록 한다. 이러한 법원의 사전통제 수단이 마련되면 연명의료중단 결정에 있어 의료진의 소극적인 태도를 극복하고, 법의 남용 및 오용 사례를 줄여 신뢰성을 높일 수 있게 된다. 이외 연명의료중단 결정 이후 임종 환자 돌봄 안전장치를 마련하거나, 의료기관윤리위원회 등에 소요되는 비용을 지원하는 등 정책적 제도화가 뒷받침되어야 한다.

참 고 문 헌

I. 국내문헌

- 강다룡, “비교법적 검토를 통한 연명의료결정법의 개선 방향에 관한 제언 - 대상 및 범위의 확대와 의사(意思) 추정 및 대리적 적절성 담보를 중심으로 -”, 「연세 의료·과학기술과 법」 제9권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2018.
- 고준기·조현·이강호, “연명의료결정법안에 관한 문제점 및 개선방안”, 「강원대학교 강원법학」 제43권, 강원대학교 비교법학연구소, 2014.
- 김대균, “존엄사 결정에서 윤리의 역할”, 「윤리교육연구」 제54권 제54호, 한국윤리교육학회, 2019.
- 김민우, “연명의료중단의 허용요건에 관한 법적 쟁점과 과제”, 「유럽헌법연구」 제24권 제1호, 유럽헌법학회, 2017.
- 김영철, “연명의료치료중단의 형법적 의의와 그 법적 성격 - 대법원 2009. 5. 21. 선고, 2009다17417 판결을 중심으로 -”, 「일감법학」 제20권, 건국대학교 법학연구소, 2011.
- 김은철·김태일, “죽음에 관한 자기결정권과 존엄사”, 「미국헌법학회 미국헌법연구」 제24권 제1호, 미국헌법학회, 2013.
- 김혁돈·이재호, “미성년자 연명의료 중단에 관한 소고”, 「동아법학」 제82호, 동아대학교 법학연구소, 2019.
- 박미숙·강태경·김현철, “일명‘웰다잉법’(존엄사법)의 시행에 따른 형사정책적 과제”, 「형사정책연구원 연구총서」 2016, 한국형사정책연구원, 2016.
- 박재현, “프랑스의 존엄사에 관한 연구”, 「가천법학」 제4권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2011.
- 서보건, “일본에서 존엄사 법제에 대한 비교법적 연구”, 「가천법학」 제3권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2010.
- 석희태a, “연명의료의 중단: 대법원 2009.5.21. 선고 2009다17417판결과 관련하여”, 「의료법학」 제10권 제1호, 대한의료법학회, 2009.
- _____b, “중화민국(타이완) 「안녕완화의료조례(安寧緩和醫療條例)」의 연혁과 내용”, 「의료법학」 제9권 제2호, 대한의료법학회, 2008, 3면.

- 선중수, “「연명의료결정법」의 문제점과 향후 과제”, 「형사법의 신동향」 제55호, 대검찰청, 2017.
- 신동일, “존엄사에 대한 형법적 물음”, 「형사정책연구」 제20권 제1호, 한국형사정책연구원, 2009.
- 신옥주, “소극적 안락사의 법제화를 위한 비교법적 연구 :독일의 판례와 '2009 환자의 사전지시서법'에 대한 고찰을 중심으로”, 「외국법제정보」 제37권, 한국법제연구원, 2009.
- 신현호, “보라매병원사건에 관한 대법원판결의 평가와 의미”, 「의료법학」 제5권 제2호, 한국사법행정학회, 2004.
- 엄주희, “환자의 생명 종결 결정에 관한 헌법적 고찰”, 「헌법판례연구」 제14권, 한국헌법판례연구학회, 2013.
- 이병철, “자연스런 죽음을 맞이할 권리 확보 방안 고찰”, 고려대학교 석사학위논문, 2017.
- 이석배a, “결정무능력환자와 자기결정권”, 「한국의료법학회지」 제18권 제1호, 한국의료법학회, 2010.
- _____b, “독일 캠프테너 판결에 대한 비판적 검토”, 「의료법학」 제9권 제1호, 대한의료법학회, 2008.
- 이석배·김필수, “의료영역에서 인간의 존엄, 생명, 생명권의 관계”, 「한국의료법학회지」 제20권 제2호, 한국의료법학회, 2012.
- 이인영a, “존엄사에 관한 고찰”, 「한림법학 FORUM」 제14권, 한림대학교 법학연구소, 2004.
- _____b, “미국의 자연사법(natural death act) 규범과 의료인의 면책규정이 주는 시사점”, 「비교형사법연구」 제10권 제1호, 한국비교형사법학회, 2008.
- 이재석, “‘호스피스·완화 의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률’에 대한 비판적 고찰”, 「법학연구」 제16권 제4호, 한국법학회, 2016.
- 이지은, “사전의료지시서에 관한 프랑스의 입법 동향”, 「법학연구」 제23권 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2015.
- 이창배, “연명의료 결정을 위한 사전연명의료의향서제도 활성화 방안 연구”, 동국대학교 석사학위논문, 2016.
- 정순태, “연명의료결정제도의 개선 및 활용성 제고 방안”, 대구한의대학교 박사학위논문, 2016.

390 동국법학 제1권

- 정철, “연명치료 중단 입법안에 관한 헌법적 고찰”, 「공법연구」 제38권 제2호, 한국공법학회, 2009.
- 주호노, “독일에 있어서 존엄사의 법제화와 향후과제”, 「경희법학」 제48권 제1호, 경희대학교 경희법학연구소, 2013.
- 최지연·장승경·김정아·이일학, “연명의료결정법과 의료기관윤리위원회: 현황, 경험과 문제점”, 「한국의료윤리학회지」 제22권 제3호, 한국의료윤리학회, 2019.

II. 기타자료

대법원(www.scourt.go.kr/supreme/supreme.jsp)

대한의학회·대한병원협회·연명치료중지에 관한 지침 제정 특별위원회, 「연명치료 중지에 관한 지침」, 연구보고서, 2009.

보건복지부, “무의미한 연명치료 중단의 합리적 제도화 방안 연구”, 연구보고서, 2013.

서울고등법원(slgodung.scourt.go.kr)

서울남부지방법원(slnambu.scourt.go.kr)

서울대학교, 「연명치료중단에 대한 국민의식 실태조사 및 법제화 방안 연구」, 연구보고서, 2009.

한국보건의료연구원, 「무의미한 연명치료 중단을 위한 사회적 합의안 제시」, 연구보고서, 2009.

헌법재판소(www.ccourt.go.kr).

陣營基, “安寧緩和醫療條例-立法精神與重要觀念”

黃曉峰, “安寧緩和醫療條例簡介”

개인정보보호측면에서 본 민사소송절차의 현황분석을 통한 개선방안

박주연(법03)·유혜림(법03)·이유진(법04)·최유림(법04)

[목 차]

| | |
|---|---------------------|
| I. 서론 | |
| II. 민사소송절차상 문제에 기재되는 개인정보현황과 개인정보 표시경도와 문제점 | III. 해결방안 IV. 결론 |

I. 서론

1. 연구목적

개인정보는 우리 사회의 모든 영역에서 무궁무진하게 활용된다. 예를 들어서 최근 COVID 19 바이러스 확산으로 인하여 공공장소와 음식점 등에서 출입명부를 작성하고 성명, 전화번호, 거주 지역과 같은 개인정보를 보건복지부와 중앙방역대책본부에 제공하고 있다. 범국민적으로 시행되는 이러한 정책으로 인하여 필연적으로 개인정보가 유출되는 사례가 발생하여 개인정보가 타인에게 노출되는 것을 막기 위해 ‘안심콜’과 같은 안전성이 높은 대책도 등장하고 있다.¹⁾

이뿐만 아니라 기업들이 개인정보를 오용하거나 개인정보 보안에 실패해 개인정보가 유출되는 사례가 수없이 발생하고 있어, 이를 예방하고 최소화하려는 취지로 ‘개인정보3법(데이터3법)’인 「개인정보 보호법」, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(약칭:정보통신망법)」, 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률(약칭:신용정보법)이 제정되기도 하였다.²⁾

또한 개인정보 관리를 소홀히 하여 고객의 정보를 유출시킨 통신사, 금융사 등의 기업을 상

1) 디지털데일리(2020.09.30), “코로나19 방역속 개인정보보호 숙제… “수기 출입명부에 이름 안 써 도돼””, <https://n.news.naver.com/article/138/0002092451>(검색일 : 2020.09. 30.).

2) 로고스 법률신문(2020.05.15), “데이터3법 개정이 산업계에 미치는 영향 (2)”, 로고스 법률신문, 1면 <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=161573>(검색일 : 2020.09. 30.)

대로 집단민원이나 집단소송을 제기하는 경우도 증가하고 있다. 2001년부터 2012년까지 감시나 감청, 민감사실에 관한 유포, 과도한 개인정보의 수집 및 유출 등으로 국가인권위원회에 접수된 정보프라이버시와 관련한 민원은 3년간 총 31,479건에 달한다.³⁾ 과거와 달리 개인정보의 활용도가 높아지면서 그 중요성이 대두되었고 개인정보를 보호받지 못한 피해의 구제를 요구하는 목소리가 높아지게 된 것이다.

앨빈 토플러가 「제3의 물결」에서 지적한 바와 같이, 현대사회는 정보사회이기 때문에 개인정보의 지배권은 헌법상 인격권과 자유권의 행사 기반이 된다.⁴⁾ 따라서 개인정보의 관리와 보안의 중요성이 더욱 강조된다. 다만 개인정보 관리의 차원에 대해서 단순히 개인정보 유출을 방지하는 수준이 아닌, 정보의 주체가 되는 당사자가 주도적으로 개인정보의 노출 범위를 관리할 권리를 뜻하는 개인정보자기결정권이라는 새로운 기본권의 보장을 목적으로 정보관리 체제를 설계하여야 한다는 주장이 증가하고 있다. 그렇기 때문에 진보된 개인정보 보호와 관련하여 현실적인 대안과 법적·제도적 노력을 모색할 국가의 역할이 더욱 중요하다고 할 수 있다.

현재 COVID 19와 같은 사회적 상황으로 개인 출입명부처럼 일상적 개인정보 노출이 일상화된 만큼, 소제기, 소송서류, 판결문 등 소송 수행 과정에서 개인정보가 유출될 수 있다는 우려도 꾸준히 제기되고 있다. 예컨대 「헌법」 제109조를 근거로 하는 판결문 공개제도와 같이 재판 기록과 판결문을 공개하여 국민의 알권리를 보장하는 제도가 민사소송상 수집된 개인정보가 유출되는 경로가 되기도 한다.

판결문 공개제도는 재판공개제도로부터 파생된 것으로, 공공법률정보인 판결문은 공중에 열람이 가능하도록 공개되어야 한다는 취지의 제도이다. 이는 곧 국민의 알권리를 보장하기 위하여, 판결문에는 소량이지만 개인을 특정할 수 있는 정보가 포함되어있어 결국 개인의 사생활이나 개인정보 자기결정권의 보장과의 충돌을 피할 수 없다.

판결문뿐만 아니라 민사소송 과정에서 작성되는 서류에는 소송 당사자의 다양한 개인정보 기재를 요구하고 있으며, 민사소송 실무상 해당 서류가 소송 당사자에게 송달되는 등 개인정보가 노출될 여지가 항상 존재한다. 대표적으로 법원이 제공하는 민사소송 양식에는 주소와 연락처, 주민등록번호를 기재하도록 하고 있으며,⁵⁾ 「재판서 양식에 관한 예규」에 의하면 화해·조정 등의 결정문을 포함한 판결서에도 소송 당사자의 성명, 주소, 주민등록번호를 포함하고 있다.

주소, 주민등록번호와 같은 민감한 개인정보가 외부에 노출된다면 개인정보를 오용한 2차 범

3) 국가인권위원회, 「정보인권 보고서」, 국가인권위원회, 2015, 141면.

4) 이희옥, “개인정보 자기결정권에 관한 비판적 검토”, 「법제」 제4호, 법제처, 2016, 6면.

5) 대한민국 법원 전자민원센터 양식모음, https://help.scourt.go.kr/nm/minwon/doc/DocListAction.work?min_gubun=a&searchWord=%BC%D2%C0%E5&x=26&y=8(검색일 : 2020.09. 30.).

죄가 발생할 수 있을 뿐만 아니라, 결과적으로는 민사소송 제기를 회피하는 사회적 분위기가 형성될 수 있다. 특히 소송당사자가 범죄피해자일 경우 자신의 주소와 주민등록번호가 가해자에게 알려진다는 두려움과 불안감은 이루 말할 수 없을 것이다. 최근 25만 명이 동의한 “가해자에게 주소를 알려주는 법원을 막아 달라.”는 국민청원에서도 이를 확인해볼 수 있다.

이에 국회에서는 민사소송절차상 기재되는 개인정보로 인한 노출 및 유출의 문제 해결을 위해 개정안을 발의하기도 하였다. 그러나 이는 국회 상임위원회 문턱을 넘기지 못하고 있고, 대법원은 소송상 개인을 식별하기 위하여 개인정보 노출이 불가피하다는 측면이 있어 국회에서 관련법을 바꿔야 한다는 입장만 되풀이 하고 있다.⁶⁾

앞서 언급한 것과 같이 오늘날과 같은 정보사회에서 개인정보의 중요성은 매우 크다. 또한 헌법재판소와 대법원에서 인정하였듯이 개인의 자유와 권리를 보호하고 존엄과 가치를 구현하기 위해 스스로가 자신의 개인정보를 지배하는 것은 국가에서 보장해주어야 하는 또 다른 기본권이다.

또한 민사소송은 사법상의 관계에서 발생하는 권익 다툼을 국가기관인 법원 내에서 중재·해결하는 것으로서, 국가가 민사소송절차상 개인정보의 안위를 보장할 의무를 진다. 그러나 소송절차에서 개인정보가 유출되거나 소송당사자가 개인정보의 유출위험에 대한 두려움을 가지게 된다면, 이는 개인정보 처리권한을 가진 주체로서 국가의 의무를 다하지 못한다는 한계가 존재하는 것이며 국가는 그 한계를 극복해야 할 책무를 진다.

따라서 국가기관인 법원에서 수행하는 민사소송에서 개인정보를 안전하게 관리하고 처리하기 위해 국가적 차원의 법적·제도적 개선을 논의해야 할 필요성이 있으므로 위의 논의를 종합하여, 본 논문에서는 민사소송상 개인정보의 활용 실태와 그로부터 야기되는 문제점들을 고찰한 뒤 한계점을 극복하는 다양한 방안들을 제시하는 것을 목적으로 한다.

2. 연구범위

본 논문은 연구범위를 민사소송으로 한정한다. 형사소송에서는 범죄 피해자의 사생활을 보호하기 위해 소송서류에 인적사항 기재를 생략하거나 소송 과정 중 가해자를 대면하지 않는 등 사전조치를 취하고 있다. 이뿐만 아니라 「형사소송법」, 「형사판결서 등의 열람 및 복사에 관한 규칙」에 의하면 원칙적으로 형사소송기록의 열람 및 복사 등이 제한되고 있어, 1차적인 개인정보

6) SBS 뉴스(2019.06.28), “가해자 곧 출소, 두려워요…피해자 신상 노출 여전”, https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1005330367&plink=ORI&cooper=NAVER&plink=COPYPASTE&cooper=SBSNEWS&send=2020.09.30

보호가 이루어지고 있기 때문이다. 또한 형사소송에서는 전자소송이 시행되지 않는다. 반면에 민사소송은 종이소송과 전자소송을 모두 활용하기 때문에 다양한 소송의 형식을 고려하여 해결 방안을 강구할 필요가 있어 형사소송과는 구별된다.

민사소송 내 개인정보 활용단계의 취약점은 매우 다양하고, 개인정보의 범위 또한 방대하므로 개인정보의 범위와 정의를 확실히 특정하여야 소송 과정에서 개인정보를 용이하게 관리할 수 있다. 개인정보의 정의에 대해서는 식별·결합 가능성을 기준으로 여러 견해가 대립하지만 본 논문에서는 개인정보3법, 특히 「개인정보 보호법」의 내용과 입법 취지를 고려하여 ‘개인을 식별할 수 있는 정보’로 개인정보의 범위를 한정하여 논의할 것이다.

또한 「민사소송법」 제163조의2 제1항에 의하면, 확정 판결된 사건의 판결서를 전산정보처리 시스템을 통한 전자적 방법 등으로 누구든지 열람·복사할 수 있다. 다만, 전산정보처리시스템에 등재되어 공개되는 모든 판결서는 「판결서 등의 열람 및 복사를 위한 비실명 처리 기준」 제3조에 의해 원칙적으로 비실명 처리되고 있어 판결서의 공중 열람과 공개되는 개인정보를 일정 제한하고 있다. 이에 더하여 당사자 및 이해관계인에 의한 소송기록 및 판결서의 열람·복사의 경우 민사집행절차에서 주로 개인정보 유출의 문제가 발생하여 논의대상으로 한다.

또한 민사집행절차의 경우, 선행되는 민사소송의 과정에서 개인정보의 유출을 방지하는 제도가 마련되게 되면 민사소송과 연계하여 민사집행절차에서도 정보관리의 보안 수준이 강화될 수 있어 본 논문에서는 민사집행절차를 논의의 범위에서 제외하고 민사소송을 집중적으로 논의하고자 한다.

요컨대, 본 논문에서는 민사소송 중 기재된 개인정보의 보호 범위에 대해 ‘민사소송 과정 중 제출되는 서류로서 당사자나 이해관계인에게 송달되는 문서’로 논의의 범위를 한정한다. 따라서 논의의 기초로 민사소송상 개인정보 보안의 현실과 그로 인하여 발생하는 문제점을 파악한다. 다음으로는 현재 시행되고 있는 민사소송법상 개인정보 보호의 실효성을 검토한 후, 외국의 제도를 바탕으로 국내 민사소송에 도입하여 적용할 수 있는 개인정보 보호권리 구제방안을 모색할 것이다.

Ⅱ. 민사소송절차상 문서에 기재되는 개인정보현황과 개인정보 표시정도와 관련한 문제점

제2장에서는 일반 민사사건의 소송절차에서 개인정보가 노출되거나 유출될 수 있는 경로를 파악하여 당사자의 표시를 문서에 어느 범위까지 허용할 수 있는지를 확인해보고자 한다.

1. 민사소송에서 개인정보 기재현황

가. 우리나라 민사소송절차

민사소송이란 민사사건에 관한 소송을 의미한다. 여기서 민사사건은 민법이나 상법 등의 사법에 의해 규율되는 대등한 주체 사이 신분상 혹은 경제상 생활관계에 관한 사건을 뜻한다. 단순한 사실관계는 민사소송의 대상이 되지 않으며, 원칙적으로 법률상의 쟁송이 그 대상으로 이 「민사소송법」 제2조 제1항에 의해 한정되고 있다.⁷⁾

우리 「헌법」 제27조 제1항에서는 재판받을 권리를 규정하고 있다. 따라서 모든 국민은 생명과 신체의 자유 그리고 재산권 등의 여러 기본권 실현을 위해 재판을 청구하여 공정한 재판을 받을 수 있다. 민사소송은 그 대상과 절차를 달리한다는 점에서 형사소송과 구별되며, 공법상의 권리관계에 관한 사건을 다루는 행정소송과도 구별된다.

민사소송사건의 제1심 절차는 소의 제기에 의하여 개시되는데 소는 법원에 대하여 판결을 요구하는 행위이므로 판결 이외의 것을 요구하는 행위, 예컨대 「민사조정법」 제2조의 조정신청, 「민사소송법」 제462조의 지급명령 신청, 「민사집행법」 제80조, 제264조의 경매 신청, 「민사집행법」 제276조, 제300조의 가압류나 가처분 신청은 소에 해당하지 않는다.⁸⁾

나. 문서에 기재되는 개인정보와 노출경로

(1) 당사자 작성 문서

소송절차에서 당사자가 제출하는 서류에는 소장, 답변서, 준비서면 등이 있다. 「민사소송법」

7) 법원행정처, 「법원실무제요 민사소송 I」, 법원행정처, 2017, 2면

8) 법원행정처, 「법원실무제요 민사소송 II」, 법원행정처, 2017, 596면

제248조에서는 소제기의 방식을 ‘소장 제출’로 규정하고 있다.⁹⁾ 따라서 소를 제기하기 위해서는 소장을 작성하여 제1심 법원에 제출해야 한다.

소장에서는 「민사소송법」 제249조 제2항, 제256조 제4항에 따라 제274조 제1항 제1호(준비서면의 기재사항)를 준용하고 있기 때문에 당사자의 주소와 같은 개인정보가 기재된다.¹⁰⁾ 이와 같은 개인정보를 요구하고 있는 이유는 민사소송 집행 절차에 있어 당사자를 특정하고 관할을 판단해야하기 때문이다. 또한 소송상대방에게 소장을 송달해야하기 때문이기도 하다.

동법 제255조, 제256조에 의해 소장의 부분은 피고에게 송달하여야 하는데¹¹⁾ 소장의 부분이 피고에게 송달되면 피고는 30일 이내에 답변서를 제출해야 한다.¹²⁾ 답변서의 부분은 동법 제256조 제3항, 제273조에 따라 다시 원고에게 송달되고 이후 제출되는 원고의 반박준비서면과 피고의 재반박준비서면은 각각 상대방 당사자에게 송달된다.¹³⁾ 「민사소송법」 제 274조 제1항 제1호에서는 준비서면에 기재되어야 할 개인정보로 당사자의 주소를 규정하고 있으며 동법 제249조 제2항, 제256조 제4항에서는 소장과 답변서에 준비서면에 관한 규정을 준용하고 있다. 또한 「민사소송규칙」은 제2조 제1항 제2호에서 당사자가 제출해야 할 서면에 기재되어야 할 개인정보로 당사자의 주소에 더하여 연락처까지 규정하고 있다.

법원에서 제공하는 소장 양식을 살펴보면 당사자의 주소, 연락처와 더불어 주민등록번호 기재란이 존재한다. 또한, 답변서에도 당사자의 주소, 피고의 연락처와 주민등록번호 기재란을 두고 있으나 준비서면에는 이름 외에 별도의 기재란이 없다.

(2) 법원 작성 문서

(가) 판결서

「민사소송법」 제208조 제1호에는 판결서의 기재사항으로, ‘당사자와 법정대리인’만을 규정하고 있으나, 「재판서 양식에 관한 예규」에서는 제8조 성명 표시를 제외하고 제9조 당사자표시, 제10조 주소 등의 표시 등 판결서에 기재될 사항들에 대해 구체적으로 규정하고 있다.

예컨대 제9조 제1항 제1호에서는 민사, 행정, 특허, 도산사건의 경우 판결서에 당사자 등의 성명과 주소를 기재하고, 동명이인이 존재할 시 해당 당사자 등의 성명을 기재한 다음 괄호 안

9) 법원행정처, 「법원실무제요 민사소송 I」, 596면

10) 사법연수원, 「민사실무 I」, 사법연수원, 2019, 42면

11) 법원행정처, 「법원실무제요 민사소송 II」, 2017, 646면

12) 법원행정처, 「법원실무제요 민사소송 II」, 1073면

13) 법원행정처, 「법원실무제요 민사소송 II」, 859면

에 생년월일이나 한자 성명 중 하나를 기재하거나 병기하도록 되어있다. 또한, 동조 제1호에 해당하지 아니하는 재판서에는 동조 제2호의 규정에 따라 당사자 등의 성명과 주소를 기재한 다음 괄호 안에 주민등록번호를 기재하도록 하고 있다. 예외적으로, 등록의 의사표시를 명하는 판결서는 제1호에도 불구하고 제2호를 적용하여 당사자 등의 성명, 주소뿐만 아니라 주민등록번호도 기재하고, 주민등록번호를 알 수 없는 경우에는 생년월일과 한자성명 중 하나를 기재하거나 병기해야 한다.¹⁴⁾

(나) 집행문

판결서에 주민등록번호가 기재되지 않음으로 인해 집행절차에서 당사자 특정에 어려움이 발생할 수 있어, 2014. 11. 27. 개정된 「민사집행규칙」 제20조 제2항에 따라 집행문부여신청 시 집행권원에 당사자의 주민등록번호가 기재되지 않은 경우 집행문에 채권자와 채무자의 주민등록번호 등을 기재하여 당사자의 동일성을 확인하도록 하는 규정이 신설되었다.¹⁵⁾

즉, 집행문 부여 당사자가 집행문에 주민등록번호를 기재하고 이를 확인하는 절차가 별도로 추가 되었다. 예컨대 소송절차에서 채무자의 주민등록번호가 수집되면 집행문부여담당자가 재판사무시스템에 해당 정보를 조회하고 이를 집행문에 기재하여 당사자의 동일성을 판단하는 일련의 확인절차를 거치게 되며, 만약 소송절차에서 채무자의 주민등록번호가 수집되지 않았을 시에는 채권자가 집행권원과 주소보정명령서를 주민 센터에 제시하고 채무자의 주민등록초본을 발급받아 이를 법원에 제출해야 한다.¹⁶⁾

2015. 1. 1. 시행된 「민사집행규칙」 제19조 제1항 제4호에 따라 판결서 등의 집행권원에 채권자나 채무자의 주민등록번호가 적혀있지 않는 경우에는 채권자, 채무자의 주민등록번호 사항을 밝혀야지 집행문 부여신청을 할 수 있게 되었고 동법 제20조에 제2항에 따라 집행권원에 채권자, 채무자의 주민등록번호가 적혀있지 아니한 때는 집행문에 채권자나 채무자의 주민등록번호 등을 적어야 한다. 이처럼 집행문에 기재되는 개인정보와 관련해 채권자 혹은 채무자의 주소나 주민등록번호와 같은 개인정보를 어느 범위까지 표시해야 하는지가 문제된다.

14) 사법연수원, 「민사절차론」, 사법연수원, 2019, 40면

15) 사법정책연구원, “민사소송 및 집행 절차에서의 개인정보 보호에 관한 연구”, 「연구총서 2020-04」, 사법정책연구원, 2020, 36면.

16) 사법정책연구원, 앞의 연구보고서, 52면.

(다) 결정서·명령서

「재판서 양식에 관한 예규」가 2014. 8. 13.에 개정됨에 따라 2015. 1. 1. 이후의 판결서에는 당사자 등의 성명과 주소만을, 그 외의 결정서, 명령서와 같은 재판서에는 당사자 등의 성명과 주소 외에도 여전히 주민등록번호까지 기재하도록 규정하고 있다.

「재판서 양식에 관한 예규」 제9조 제1항 제1호에서는 민사, 행정, 특허, 도산사건의 재판서 또는 화해, 조정, 포기, 인낙조서 가운데, 화해, 조정, 포기, 인낙조서와 화해권고결정, 조정을 갈음하는 결정을 포함하는 판결서에는 주민등록번호는 기재하지 않고 당사자 등의 성명과 주소만을 기재하는 것으로 규정하면서도, 동항 제2호에서 그 외의 재판서, 결정서, 명령서 등에는 당사자 등의 성명과 주소를 기재하되, 성명 옆 괄호 안에 주민등록번호를 기재하도록 규정하고 있다. 부동산강제경매결정서, 채권압류 및 추심(전부)명령 결정서 등이 그 예로, 이러한 경우 당사자 등의 성명과 주소, 주민등록번호가 기재되어 개인정보 관련 문제 발생의 소지가 존재한다.

이처럼 주소나 주민등록번호와 같은 개인정보가 기재되어있는 일부 결정서나 명령서는 채무자나 제3채무자에게 송달되면서 채권자의 개인정보가 노출될 위험이 내재되어 있다. 예컨대 압류명령결정서는 「민사집행법」 제227조 제2항에 따라 제3채무자와 채무자에게 송달되어야하고 동조 제3항에 따라 제3채무자에게 송달되어야 압류명령의 효력이 생긴다. 실무에서는 채무자의 집행면탈을 방지하기 위하여 제3채무자에 대한 송달이 먼저 이루어진 후 채무자에게 송달하고 있으나¹⁷⁾ 어떤 방식으로든 결국 채권자의 개인정보는 노출될 수밖에 없는 실정이다.

압류명령과 마찬가지로 추심명령결정서도 「민사집행법」 제229조 제4항과, 제227조 제2항에 따라 채무자에게는 송달되지 않더라도 그 효력발생에 영향을 주지 않으나 제3채무자에게는 송달되어야 한다.¹⁸⁾ 또한, 재산명시결정도 「민사집행법」 제62조 제4항에 따라 신청한 채권자 및 채무자에게 송달되어야 한다. 물론 이행권고결정서와 같이 주민등록번호가 결정서 자체에는 기재되지 않는 경우도 있지만 결국 이 또한 소장이 결정서에 별지로 첨부되기 때문에 결과적으로 당사자의 주민등록번호가 노출되는 경우가 빈번하다. 경매개시결정서, 지급명령서, 채무불이행자명부등재결정서 등도 「민사소송법」 제174조, 「민사집행법」 제23조 제1항에 따라 법원 직권으로 그 결정 정보를 채무자에게 송달하여야 하므로 마찬가지로 문제가 발생할 수 있다.¹⁹⁾

결국 결정서와 명령서에 성명, 주소, 주민등록번호와 같은 개인정보를 기재하도록 하는 것은 당사자를 특정하기 위함이다. 그러나 실무상 부동산강제경매결정서, 채권압류 및 추심(전부)명

17) 법원행정처, 「법원실무제요 민사집행Ⅲ」, 법원행정처, 2014, 322면.

18) 법원행정처, 「법원실무제요 민사집행Ⅲ」, 366면.

19) 사법정책연구원, 앞의 연구보고서, 52면.

령 결정서 등처럼 주민등록번호가 기재되는 것은 예외적인 경우로, 가장 흔한 소송상 결정·명령인 이송결정, 감정인·조정위원 지정결정, 피고추가신청기각결정, 화해권고결정 및 화해권고취소결정, 소장 또는 항소장 각하결정, 조정회부결정, 당사자표시정정신청 기각결정, 피고경정결정, 소송구조결정, 보정명령, 석명준비명령, 기일변경명령 등에서는 주민등록번호가 문제되지 않고 통상 기재되지 않는다.²⁰⁾ 이는 사건번호로 어느 사건의 누구에 대한 결정·명령인지가 쉽게 확인되어 당사자를 특정할 수 있기 때문이다.

만약 개인정보를 기재하지 않고도 당사자를 특정할 수 있다면 개인정보유출의 위험성을 줄이기 위해 개인정보를 기재하지 않는 것이 바람직할 것이다. 실제로 실무과정을 살펴보면 개인정보가 없다고 하더라도 사건번호를 통해 충분히 당사자를 특정할 수 있다. 그렇다면 결정서와 명령서에 개인정보를 기재하도록 하는 것은 채권자의 개인정보가 노출될 위험을 높일 뿐이며 불필요한 규칙이라고 할 수 있을 것이다.

2. 민사소송절차상 개인정보 표시정도에 대한 논의

민사소송절차상 개인정보보호를 위한 해결방안을 논의하기 위해서는 법원이 당사자의 개인정보를 반드시 수집하여야만 하는지에 대해 검토할 필요가 있다. 이는 곧 개인정보를 수집하지 않았을 시 민사집행 절차를 어떻게 가능하게 할 것인지의 문제인데 현재 우리나라 집행절차에서는 당사자의 개인정보를 필요로 하는 시스템으로 당장 이를 수집하지 않도록 변경할 시에는 큰 혼란을 야기할 수 있다.

따라서 무조건적으로 개인정보를 기재하지 않기보다는 먼저 당사자의 개인정보를 수집할지 아니면 하지 않을지, 수집한다면 어느 정도까지 수집할지, 수집은 하지만 문서에 표시하지 않을지에 대한 검토가 필요하다. 만약 수집이 불가피하다면 어떻게 개인정보의 노출이나 유출을 최소화할 수 있을지에 대한 논의가 요구될 것이다.

그러므로 제2절에서는 현재 법원에서 수집의 대상으로 하고있는 당사자의 성명, 주민등록번호, 주소로 개인정보를 한정하여 어느 정도 개인정보를 표시하여야 할지에 대해 우선적으로 살펴보고자 한다.

20) 사법정책연구원, 앞의 연구보고서, 35면.

가. 개인정보 수집의 필요성

법원 외의 경우, 우리나라에선 거래 계를 포함한 사회의 수많은 시스템이 신원을 확인하는 용도로 개인정보를 요구하고 있다. 특히 성명과 개인 고유식별번호인 주민등록번호를 사회 전반에서 개인 특정을 위해 크게 의존하고 있는 것으로 보인다. 법원도 마찬가지로 이러한 시스템의 영향으로부터 자유롭지 않아 성명, 주소, 주민등록번호와 같은 개인정보를 당사자에게 늘 요구해왔다.

먼저, 소송절차의 경우 소송의 기본이 되는 절차인 송달에 의해 시작되기 때문에 당사자인 피고의 주소가 필요할 수밖에 없다. 피고도 원고에게 답변서를 송달하기 위해 원고의 주소를 필요로 한다. 우리 법에서는 당사자의 주소 등 송달할 곳을 알 수 없을 경우에는 공시송달을 할 수 있도록 하고, 특히 형사재판에서는 일정한 경우에는 피고인의 출석 없이 재판을 할 수 있도록 규정하고 있으나, 이러한 예외적인 경우를 제외하고는 당사자의 성명과 주소 기재를 필요로 하고, 이를 통해 당사자를 특정하고 있다.

또한, 집행절차나 공탁절차와 같은 소송 외 절차에서는 당사자의 성명, 주소 외에 주민등록번호를 필요로 하고 있다. 이는 소송절차와 집행절차의 연계성을 확인하기 위함인데, 특히 금융기관이 높은 비중을 차지하고 있는 제3채무자가 개입하는 집행절차에서는 당사자의 주민등록번호를 제3채무자가 제공받아야 하는 경우가 발생한다. 예컨대 은행 등과 같은 금융기관인 제3채무자는 피고인 채무자의 주민등록번호를 이용하여 채무자를 조회 및 특정하여 그 계좌를 압류하도록 하는 시스템을 운영하고 있어 계좌가 압류될 피고가 누구인지 확정하기 위해 채무자의 주민등록번호를 필요로 하고 있다. 이에 압류된 금액을 지급받을 채권자가 누구인지 확정하기 위해서는 채권자의 주민등록번호를 요구하고 있다.

그 결과, 앞서 제1절에서 살펴본 바처럼 일부 결정서와 명령서에서는 여전히 당사자의 주민등록번호가 기재되고 있다. 이에 소송절차가 종료되고 집행문 부여단계에 이르러서 원고나 피고의 주민등록번호를 수집하는 것은 효율적이지 않기 때문에 실무상 결국 소송절차가 진행시 혹은 진행되는 중에 양 당사자로부터 필요한 정보를 수집하고 있다. 더욱이 판결서의 정본과 집행문으로 구성되는 집행권원은 판결서의 원본과 동일하게 당사자의 표시가 진행된다. 이는 소송절차와 집행절차의 당사자의 동일성을 확인하기 위함으로, 집행절차에 이르러서 당사자의 주민등록번호를 수집하게 되면 소송절차와 집행절차에서의 당사자 동일성을 담보하기 어렵기 때문에 법원은 소송절차에서부터 당사자의 주민등록번호를 수집하여 그 동일성을 보장 받고자 하고 있다.

이처럼 소송절차 및 집행절차에서는 당사자의 식별과 연계성 담보 및 동일성 확인을 위해 성

명, 주민등록번호, 주소와 같은 당사자의 개인정보를 요구하고 있다. 더욱이 최근 발생하고 있는 소위 말하는 ‘판결 도둑질’ 문제로 인해 법원 측에서 개인정보에 대한 엄격한 확인절차의 필요성이 대두되고 있다. 판결도둑질이란 당사자가 악의 또는 불법한 수단으로 상대방이나 법원을 속이고 부당한 내용으로 즉, 원고가 원하는 대로 판결을 받아내는 것을 일컫는다. 이를 법조계에서는 편취판결(騙取判決)이라고 부르는데 피고는 자신이 소송에게 소송이 제기된 사실도 모른 채로 소송이 끝나버릴 수도 있다. 불과 2년 전인 2018년 7월에도 원고가 피고의 송달주소 허위기재하여 소제기를 하였고 송달된 소송서류도 피고가 아닌 정체불명의 누군가가 수령하여 피고도 모르는 원고와 피고의 이혼소송이 이루어진 바가 있다.

나. 개인정보의 표시와 관련한 문제점

(1) 성명

(가) 우리나라 법원 내외 시스템에서 성명이 갖는 의미

성명은 성과 이름을 함께 지칭하는 말로, 성은 개인이 속한 가계를 의미하고 명은 개인의 이름을 의미한다. 우리나라 민사소송절차상 당사자에 의해 작성되는 문서인 소장, 답변서, 준비서면에서는 「민사소송규칙」 제2조 제1항(법원에 제출하는 서면의 기재사항)에 따라 서면을 제출하는 당사자의 성명을 기재하도록 되어있으며, 대법원에서 제공하는 소장 서식에서도 당사자의 성명 기재란이 존재한다. 또한 법원에 의해 작성되는 문서인 판결서에서도 「민사소송법」 제208조와 「재판서양식에 관한 예규」 제9조 제1호에 따라 당사자 등의 성명을 기재하도록 규정되어 있다. 즉, 성명은 당사자의 식별을 위한 가장 기본적인 정보로 어느 문서에서나 개인 식별을 위해서는 필수적으로 기재되어왔다.

(나) 성명이 표시되는 정도

성명이 표시되는 정도로 전체 표시, 일부 표시, 전체 불 표시로 나눌 수 있으나 성명의 경우 법원이 수집에 있어 불가피하다고 판단하기 때문에 전체 불 표시는 논외대상으로 한다.

전체 표시는 문자 그대로 성과 이름을 모두 기재하는 것이다. 일부표시에는 두 가지 방법이 있는데, 성씨만 기재하는 방법과 이름 중 가운데만 익명 처리하여 예컨대 홍길동일 경우 홍*동이라고 기재하는 방법이다.

402 동국법학 제1권

그러나 우리나라의 경우 2015년도에 통계청에서 실시한 성씨 본관별 총 조사연구에서 총 인구 49,705,663명 중 김(金)씨 10,689,959명으로 약 1천만 명, 이(李)씨 7,306,828명으로 약 7백만 명, 박(朴)씨 4,192,074명으로 약 4백만 명, 최(崔)씨 2,333,927명으로 약 2백만 명²¹⁾을 차지하고 있었다. 이는 김(金)씨 약 21.5%, 박(朴)씨 8.4%, 이(李)씨 14.7%, 최(崔)씨 4.7% 정도로 4대 성씨만의 비율만 하여도 전체 인구 중 약 49.3%를 차지하고 있다는 것으로, 전자의 방법처럼 성만 기재하였을 경우 개인 식별의 기능을 전혀 수행하지 못한다는 의미이다.

후자의 경우도 마찬가지로 이름이 외자인 경우 가운데 이름만 익명처리 하는 것이 의미가 없으며, 외자 이름이 아니더라도 같은 성씨가 많아 개인 식별이 거의 불가능하다.

또한, 동명이인의 존재도 문제인데, 전자가족관계시스템에 등록된 이름을 살펴보면 민준 38,051명, 서준 34,089명 등으로 동명이인의 수는 세대별 유행했던 이름마다 약 3천 명 정도가 존재한다. 더욱이 신용평가사인 NICE신용평가정보는 2012년 9월 17일 자사가 보유한 성명·주민등록번호 정보 4천266만 2천467개를 분석한 결과 내국인의 성명은 총 139만 4천131개가 있었는데 이 중 동명이인이 없는 이름은 전체 인구의 1.28%인 54만 7천352명에 불과했다고 발표했다.²²⁾ 특히 2016년 대법원에서 60여 년간 각 시대별로 출생 신고한 이름을 분석했을 시 이른바 ‘돌림’이라고 하여 1940년, 1950년대에는 ‘영’자가 1960년대에는 남자 ‘호’, 여자 ‘미’자가 1970년대에는 남자 ‘훈’, 여자 ‘영’자가 1980년대에는 ‘지’, ‘현’자가 남녀불문하고 유행하였다. 이는 결국 후자의 방법을 시행하게 되면 시대별로 유행하던 돌림자로 인해 개인 식별이 불가능하다는 것을 암시한다.

(다) 검토

성명을 아예 표시하지 않을 경우에는 개인 식별을 위해 주민등록번호와 같이 개인이 가지고 있는 고유 식별번호의 기재를 요한다. 그러나 주민등록번호와 같이 개인이 가지고 있는 고유 식별번호는 성명보다 노출이나 유출될 시 더 큰 문제를 초래할 수 있다.

또한, 일부 표시 중 성씨만을 기재하는 것은 우리나라 특성상 4대 성씨가 전체 약 50%정도를 차지하고 있어 개인 식별 방법으로 의미가 없으며, 결국 다른 정보와 병행하여 기재할 수밖에 없다. 마찬가지로 성씨와 이름 끝자리만 기재하는 일부표시 방법도 외자이름의 경우 전체표

21) 통계청, 「인구총조사 성 씨 본관별 연구」, 통계청, 2015.

22) 연합뉴스(2012.09.17.), “생년월일 같은 사람 20명 중 두 명은 동명이인”,

<https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0005819404>(검색일 : 2020. 09. 31.).

시와 다름이 없고, 동명이인이 존재하거나 돌림자의 존재로 개인 식별이 충분치 않다.

만약 전체표시를 하였어도 동명이인이 존재할 수 있어 성명만으로는 완전한 개인 식별이 어려울 것으로 보인다. 따라서 성명은 기본적으로 기재가 되어야 하는 정보로 판단되며, 그 외에 다른 정보가 병기되어야 비로소 완전한 개인 식별이 이루어진다고 볼 수 있다.

(2) 주민등록번호

(가) 우리나라 법원 내외 시스템에서 주민등록번호가 갖는 의미

주민등록번호는 「주민등록법」에 근거하여 국민 개개인에게 부여되는 13자리 숫자이다. 주민등록번호 앞자리 6자리는 생년월일로 이루어지며, 뒤의 일곱 자리 숫자는 출생연대와 성별, 최고 주민등록번호 발급지 등으로 조합된다.²³⁾ 특히 뒤의 일곱 자리 중 첫 번째 숫자는 출생연대와 성별을 나타내는 것으로 1800년대에 태어난 남자는 9번, 여자는 0번이 부여된다. 이어서 1900년대에 태어난 남자는 1번, 여자는 2번, 2000년대에 태어난 남자는 3번, 여자는 4번이 부여되고 있다. 두 번째 숫자부터 다섯 번째 숫자는 최초 주민등록번호 발급기관의 고유번호이고, 여섯 번째 숫자는 신고순위를 기록한 것으로 신고 당일 같은 지역의 발급기관 중 몇 번째로 신고 되었는지가 표시된다. 마지막으로 일곱 번째 숫자는 오류수정번호인데, 이는 소지하고 있는 주민등록번호가 올바른 번호인지 확인하는 기능을 한다. 즉, 이 마지막 번호를 통해 위조된 번호인지 혹은 잘못 기재된 번호인지 확인이 가능하다.

이처럼 정교하게 고안된 우리 주민등록번호는 중복되는 경우가 없고, 영구적이어서 개인을 정확하게 식별하는 수단으로 이용된다. 그러나 필요 이상의 개인정보가 포함된 주민등록번호는 노출이나 유출의 위험을 항상 내재하고 있다. 물론, 개인정보 보호차원에서 올해 10월 달부터 필요 이상의 정보가 포함되어있던 현행 주민등록제도가 개편되어 성별을 제외한 뒷자리 번호는 무작위로 임의번호가 부여되는 것으로 발급 체계가 달라진다.²⁴⁾ 그러나 아직 생년월일과 성별의 정보가 포함되어있고 애초에 주민등록번호에 담긴 정보들로 인한 노출 및 유출의 문제보다는 주민등록번호 자체가 개인의 고유한 식별 정보로 이를 이용한 도용과 범죄이용 등이 문제였기 때문에 여전히 개인정보침해의 위험성은 잔존한다고 볼 수 있다.

23) 권건보, "주민등록번호제도의 문제점과 개선방안", 「공익과 인권」 제1권 제2호, 서울대학교 공익인권법센터, 2004, 21면

24) 연합뉴스TV(2010.10.02), "주민번호 신규·변경시 지역번호 사라져...45년만 변경", <https://www.yonhapnewstv.co.kr/news/MYH20201002001700641?did=1825m>
(검색일 : 2020. 09. 30.).

404 동국법학 제1권

(나) 주민등록번호가 표시되는 정도

주민등록번호가 표시되는 정도로 전체 표시, 일부 표시, 전체 불 표시로 나눌 수 있다. 그러나 이미 당사자 작성문서인 소장에서는 주민등록번호 기재에 대한 규정이 존재하지 않기 때문에 법원 작성문서로 한정하여 살펴보고자 한다.

먼저, 주민등록번호 전체표시는 재판서에 원칙적으로 당사자의 13자리 주민등록번호 모두를 표시하도록 하는 안이고, 현재 일부 결정서와 명령서상에서는 당사자의 주민등록번호가 전체표시 되고 있다. 이 경우 별도의 수집절차 없이 재판서 그 자체로 당사자의 동일성 확인이 가능해져 집행절차가 용이해진다는 장점이 있으나, 개인 식별력이 매우 높은 주민등록번호가 전체 표시 될 시 노출 범위가 가장 많아 개인정보 노출 또는 유출의 침해 가능성도 매우 높다는 점에서 이는 현재 개인정보 보호라는 입법 정책적 방향에 역행하는 것으로 판단된다. 결국 당사자의 주민등록번호가 전체 표시되면 절차는 간이해질 수 있겠으나, 당사자가 받을 수 있는 불이익은 예컨대 한 번 누출이나 유출되었을 시 되돌릴 수 없는 피해 등은 당사자가 누리는 이익에 비례하여 훨씬 크기 때문에 주민등록번호 전체가 표시되는 것은 결코 타당하지 않다고 할 수 있다.

다음으로, 주민등록번호 일부표시는 재판서에 당사자의 주민등록번호를 일부만 표시하는 안이다. 현재 상당수의 공공기관이 문서 발급 시에 신청인의 요청이 있을 경우 취하는 방식으로, 여기에는 두 가지 방식이 해당되는데 ‘980908 - *****’처럼 생년월일만 표시하는 방식과 ‘980908 - 2*****’처럼 생년월일과 뒷자리 첫 부분을 표시하는 방식이 있다. 어느 경우든 집행절차에서 당사자의 주민등록 전체를 알지 못하더라도 노출 범위를 줄이는 동시에 당사자를 간이하게 특정할 수 있다는 장점이 존재한다.

그러나 2012년 9월 17일, 신용평가사 ‘NICE신용평가정보’는 자사가 보유한 성명·주민등록번호 정보 4천266만2천467개를 분석한 결과, 주민등록상 생년월일이 동일한 사람 중 동명이인이 있을 확률은 11.7%라고 밝혔다.²⁵⁾ 이는 결국 생년월일이 같은 사람 20명 중 2명은 성명이 같을 수 있다는 것으로, 완전한 개인 식별이 되지 않을 수 있다는 것을 내포한다. 또한, 집행절차에서 결국 주민등록번호의 전체를 요구하게 될 가능성이 높는데 특히 제3채무자와의 관계에서 더욱 그러하다. 이에 따라 결국 원고 등이 법원이나 전자소송포털에서 당사자의 주소와 주민등록번호가 기재된 당사자 정보 확인서를 발급받게 된다면 결국 주민등록번호 일부 표시의 실익

25) (연합뉴스2012.09.17), “생년월일 같은 사람 20명 중 두 명은 동명이인”, <https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0005819404>(검색일 : 2020. 09. 28.).

은 그다지 크지 않을 것으로 판단된다.

마지막으로, 주민등록번호 전체 불 표시는 원칙적으로 판결서에 주민등록번호를 전혀 표시하지 않는 것이다. 이 경우 개인 식별력이 강한 주민등록번호가 문면에 기재되지 않아 노출이나 유출의 가능성을 현저히 줄일 수 있다는 점에서 개인정보가 강하게 보호된다는 장점이 있다.

그러나 현재 거래 계를 포함한 우리 사회의 많은 시스템이 신원확인을 위한 용도로 주민등록번호를 적극 활용하고 있다는 점을 감안한다면 소송절차 종료 후 집행절차에서 재판서 그 자체만으로 집행이 불가능해질 수도 있고, 별도로 원고나 법원이 집행문 부여 단계에서 피고의 주민등록번호를 집행문과 발급받는 절차를 거쳐야 하는 번거로움이 수반될 수 있다. 또한, 주민등록번호를 기재하기 싫다면 한 번이라도 전입신고가 되어있던 주소가 필요한데 이 경우 주소지를 비교하여 주민등록 초본을 발급받아 특정하기 때문에 결국 주민등록번호가 확인된다면 애초에 주민등록번호 불 표시의 목적과는 상반된다.

(다) 검토

우리나라의 주민등록번호처럼 표준통일식별번호를 도입하고 있는 나라들로는 덴마크, 벨기에, 노르웨이, 스웨덴, 핀란드, 일본 등이 있고 이에 반하여 영국, 뉴질랜드, 호주, 캐나다 등의 국가에서는 대체로 주거등록제도는 물론이고 국가신분증제도와 개인 식별번호를 두지 않고 있다.²⁶⁾ 한편, 독일, 프랑스, 미국 등의 국가에서는 고유식별번호는 아니지만 개인을 식별하기 위한 일련번호를 두고 있다.

예컨대 독일의 경우 국민신분증제도를 도입하고 그 신분증에 일련번호가 기재되어있으나 이는 개인의 고유식별번호로서 기능하지 않고, 프랑스에서도 강제적이지 않고 자발적으로 국민의 자신의 정보를 주민등록시스템에 등록하게 되어있어 고유식별번호로서 기능을 한다. 미국 또한 사회보장제도와 관련한 사회보장번호가 개인의 신청에 의해 부여되고 있다.

따라서 위와 같은 나라에서는 우리나라와 달리 고유 식별 번호 없이 성명, 생년월일, 주소의 정보로만 대부분의 사람을 식별할 수 있을 것으로 추정된다. 그러나 이와 같은 나라에서도 만약 고유 식별 번호가 판결의 집행에 필요한 경우 미국은 그 정보를 원고가 직접 찾아 집행관에게 제공하도록 되어있고 프랑스 등의 경우는 법원 외부의 공공기관이 가진 피고의 정보를 활용하여 집행의 어려움을 방지하고 있는 것을 보아 개인 식별이 완전하지 않을시 보충적으로도 개인 식별번호 이용되는 것으로 보인다.

26) 권건보, 앞의 논문, 29면.

406 동국법학 제1권

위에서는 재판서에 주민등록번호 전체를 표시할지, 아니면 일부만 표시하거나 전체를 모두 표시하지 않을지를 다루었다. 결국 주민등록번호는 제3채무자의 경우와 같이 집행절차에서 전체 번호를 요구하는 경우가 많았고 동명이인이 많은 우리나라 특성상 성명과 함께 더불어 개인 정보 식별을 위해 불가피하게 전체 수집될 수밖에 없었다.

그러나 신속성과 간이성 및 편리성만을 위해 주민등록번호를 모두 표기하게 된다면 고유한 개인 식별번호인 주민등록번호가 노출 또는 유출되는 되돌릴 수 없는 결과를 초래할 수 있다. 당사자가 누리는 이익과 당사자가 얻게 되는 불이익을 감안한다면 재판서에 주민등록번호가 기재되지 않는 것이 바람직하기에 이에 대한 새로운 개선방안 모색이 필요하다고 판단된다.

(3) 주소

(가) 우리나라 법원 내외 시스템에서 주소가 갖는 의미

주소는 「민법」제18조 제1항에 따라 인간생활의 근거가 되는 곳을 의미한다. 법인에 관해서는 「민법」제36조, 「상법」제171조 제1항에 따라 주된 사무소나 본점의 주소지가 주소가 된다. 주소를 정하는 실효성은 「민사소송법」제3조, 「가사소송법」제13조 제22조 제26조 제30조 등에 의해 재판관할의 표준이 된다는 점에 있다. 특히 소송 및 집행 절차에서 주소 정보는 당사자를 특정하고 당사자에게 송달되는 기능도 존재한다. 상대방 당사자가 소송서류를 송달받게 되면 변론을 준비할 수 있게 되어 방어권 행사가 가능해진다. 또한, 소송 외의 절차에서도 예컨대 피고가 공탁이나 소송비용액 확정신청을 하고자 할 시 피고는 원고의 주소가 필요한데 이 경우에도 주소는 그 역할을 충실히 해낸다.

따라서 우리나라 민사소송절차상 당사자의 주소를 기재하도록 규정하여 필수적으로 기재해왔다. 만약 원고가 피고의 현재 주소를 알지 못할 경우에도 이용할 수 있는 방안들이 존재한다. 먼저, 그 외의 원고가 알고 있는 피고의 인적사항이나 과거 주소 등을 최대한 기재하여 먼저 소장을 제출하여 법원으로부터 주소보정명령을 받아 피고의 주민등록초본을 확인하여 피고에 대한 송달을 진행할 수 있다. 그럼에도 불구하고 송달이 되지 않을 시에는 피고 명의 휴대전화의 이동통신사나 예금계좌의 금융기관 등에 대해 사실조회나 문서제출명령을 신청하여 해당 기관에서 파악하고 있는 피고의 주소를 확보하는 것도 가능하도록 하고 있다.

만일 피고가 법인등기부상 주소지에 위치한 사무실을 이전했거나 실거주지와 주민등록상 주소지가 일치하지 않는 상태를 방치해 결국 원고의 소장이 피고의 주소에 송달되지 않아 소송절차가 지연되는 경우에 원고는 공시송달을 신청해 판결을 받을 수 있다. 다만 공시송달에는 많

은 시간이 소요되고 판결 시점이 되면 피고는 이미 채무를 회피했을 가능성이 다분하여 그 판결은 집행권원으로서의 실효성이 거의 없는 경우가 많다. 결국 제대로 된 민사소송절차의 진행을 위해서는 주소 기재는 필수적이라고 볼 수 있다.

2018년 사법연감 통계에 따르면 전체 접수된 제1심 민사사건 959,270건 가운데 전자소송으로 접수된 것은 740,931건으로 전체 접수 건수의 약 77%에 육박하나, 이는 한쪽 당사자만 전자소송으로 소를 제기한 경우까지 포함한 수치이다. 쌍방 당사자가 전자소송으로 소를 제기한 사건의 수는 111,536건으로 전체 접수 건수의 약 12%에 불과하다.²⁷⁾ 다시 말해 주민등록번호가 없이는 소송절차는 진행될 수 있지만, 쌍방 당사자의 전자소송 동의율이 10%대에 불과한 지금 현 시점에서 당사자 특정과 소송서류 등의 송달로 당사자의 권리행사가 가능토록 하는 당사자의 주소 정보는 필수적이라고 할 수 있다.

(나) 주소가 표시되는 정도

주소가 표시되는 정도로 전체 표시, 일부 표시, 전체 불 표시로 나눌 수 있다. 소송의 가장 기본적인 시작인 송달을 위해서 법원이 당사자의 주소 수집을 하는 것은 불가피하다고 판단된다. 그러나 주소에 대한 정보를 수집하는 것과 그것을 표시하는 것은 별개의 문제이므로, 이를 어떻게 표시할지에 대한 문제는 논의의 대상이 될 수 있다. 따라서 주소가 재판서에 표시되는 정도를 주소 전체의 표시, 일부의 표시, 전체의 불 표시로 나누어 생각해보고자 한다.

먼저, 주소 전체 표시란 재판서에 당사자의 주소를 원칙적으로 상세부까지 모두 표시하는 것으로 현행재판서가 시행하고 있는 표시 방법이다. 이는 당사자의 주소가 갖는 법적 효과가 전적으로 나타날 수 있다는 점, 예컨대 소송절차의 관할을 정하고, 당사자를 특정할 수 있으며, 상대방 당사자가 소송서류를 송달받은 후 변론을 준비해 방어권 행사가 가능해진다는 점에서 큰 장점을 가진다.

그러나 당사자가 전자소송이 아닌 종이소송을 통해 소제기를 했을 시 법원이 작성하는 문서 특히 판결서에 당사자의 주소를 기재하는 것은 불가피하다고 판단된다. 왜냐하면 「민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 업무처리지침」제107조에 의해서 영구로 보존되는 전자기록과 달리 「재판서·사건기록 등의 보존에 관한 예규」 제7조 및 별표에 따라 판결에 의해 완결된 민사사건 및 신청사건 종이 기록의 경우 5년의 보존기간이 경과되면 폐기하기 때문이다. 따라서 만약 판결서에 당사자의 주소 정보마저 기재되어있지 않다면 기록 폐기 후 당사자 동일성 확인

27) 법원행정처, 「2018 사법연감」, 법원행정처, 2019, 740, 754, 756면.

이 어려워지고 재판사무시스템상 전자적 관리되는 당사자 정보를 별도로 확인해야 하는 번거로운 절차를 거쳐야만 한다.

다음으로, 주소 일부표시는 당사자의 주소의 일부만을 표시하는 방식이다. 즉, 당사자의 주소 중 시군구나 법정 동까지만 표시하는 것인데 이는 결국 상세부까지 모두 수집하되, 재판서에 일부만 표시하는 것뿐이다. 이와 같은 방식은 당사자 주소가 일부만 표시되기 때문에 당사자의 주소 정보를 일정 부분 보호가 가능하다는 점이 장점이지만 결국 재판서에 표시된 주소정보 만으로는 미흡하여 당사자 특정이 어렵고 주소공개이익을 당사자가 누릴 수 없다는 점에서 장점의 실익이 단점에 비례해 크지 않다.

마지막으로 주소 전체 불표시는 당사자의 주소를 원칙적으로 표시하지 않도록 하는 것인데 이 또한 표시되지만 않을 뿐, 당사자의 주소 정보는 상세부까지 모두 수집된다. 이 안에 따르면, 당사자의 주소 정보 일체를 상대방 당사자 등에게 비공개할 수 있다는 점에서 장점이지만 일부표시와 같이 주소공개의 이익을 당사자가 누릴 수 없게 됨으로 장점의 실익이 크지 않다.

(다) 검토

위에서는 재판서에 주소 전체를 전체 표시할 것인지, 일부만 표시하거나 전체를 모두 표시하지 않을 것인지의 문제를 세 가지 안으로 나누어 다루었다. 재판서에 당사자의 주소가 기재됨으로써 상대방 당사자가 누리는 이익, 즉 당사자 특정, 방어권 보장, 관할 인정, 집행절차 등에서 필요 등을 감안하였을 때, 재판서에 당사자의 주소전체가 기재되는 것이 타당하다.

그러나 주소 전체가 기재되었을 시 원고가 피해자일 경우의 가해자의 보복우려 등의 문제는 충분히 발생할 수 있기 때문에 주소를 전체 표시하되, 이를 상대방에게 노출시키지 않고 송달할 수 있는 방안 모색이 필요하다.

또한, 국토교통부의 2018년도 주거실태조사 결과를 보면, 2018년 전체가구의 평균 거주기간은 7.7년이다. 현재의 주택에서 거주하는 기간이 2년 이내인, 다시 말해 2년 이내에 이사를 한 가구는 전체 가구의 36.4%이다²⁸⁾. 주요 국가들과 주거 이동성 수준을 비교하면 가장 높은 편에 속한다. 10년 정도의 시점의 차이가 있기는 하지만 2007년을 기준으로 보면, 2년 내 이동이 빈번한 편에 속하는 국가들도 미국 21%, 호주 24%, 스웨덴 21% 등으로 그 수준이 25% 미만이다. 이동이 적은 동유럽 국가들의 경우 폴란드 4%, 체코 5% 등 5%가 넘지 않고, 남유럽 국가들도 그리스와 스페인 8%, 이탈리아 9%로 8-9%에 불과하다. 독일, 프랑스, 영국, 오스트리

28) 국토교통부, 「2018년도 주거실태조사 연구보고서」, 국토교통부, 2019, 107면.

아. 벨기에 등 중부 대륙유럽 국가들은 그 사이 10%대에 있다.²⁹⁾

즉, 우리나라는 다른 OECD국가들과 비교했을 시 주거 이동성 수준이 굉장히 높기 때문에 실거주자와 주민등록상 주소지가 일치하지 않는 문제 등으로 인한 소송절차 및 집행절차에 문제가 생길 가능성이 높다. 따라서 성명과 주소만으로는 개인 식별에 한계점이 존재하여 주민등록번호나 기타 개인식별을 위한 정보의 병기가 필요할 것으로도 예상됨으로 이에 대한 해결책도 요구된다.

3. 소결

제3장 제1절에서는 민사소송절차에서 수집되는 개인정보가 무엇이고, 어떠한 방식으로 노출되는지에 대하여 확인하였다. 민사소송절차상 문서에 기재되는 개인정보는 크게 작성문서의 주체에 따라 당사자 작성문서인 소장, 답변서, 준비서면과 법원 작성 문서인 판결서, 결정서·명령서, 집행문으로 나누어 볼 수 있다.

당사자 작성문서에서는 관련 법령 규칙에 따라 당사자의 주소와 서면을 제출하는 당사자의 성명 및 주소, 그리고 연락처를 요구하나 실무에서는 주민등록번호까지 요구하는 것으로 확인된다. 법원작성문서 중 판결서는 관련 법령 규칙과 실무에서 모두 당사자의 성명과 주소를 요구하고 있으며, 결정서와 명령서 그리고 집행문에서는 주민등록번호까지 요구하고 있다.

제2절에서는 제1절에서 살펴본 바, 법원에서 수집의 대상으로 하고있는 당사자의 성명, 주민등록번호, 주소로 개인정보를 한정하여 현재 기재되고 있는 당사자의 성명, 주민등록번호, 주소가 어느 정도 표시되어야 할지에 대해 검토하였다.

성명의 경우 만약 전체표시를 한다고 해도 동명이인이 존재할 수 있어 성명만으로는 완전한 개인 식별이 어려울 것으로 보였다. 따라서 성명은 기본적으로 기재가 되어야 하는 정보로 그 외에 다른 정보가 병기되어야 비로소 완전한 개인 식별이 이루어진다고 판단된다. 마찬가지로, 주민등록번호의 경우 주민등록번호는 제3채무자의 경우와 같이 집행절차에서 전체 번호를 요구하는 경우가 많았고 동명이인이 많은 우리나라 특성상 성명과 함께 더불어 개인정보 식별을 위해 불가피하게 전체 수집될 수밖에 없었다. 마지막으로 주소의 경우도 재판서에 당사자의 주소가 기재됨으로써 상대방 당사자가 누리는 이익, 즉 당사자 특정, 방어권 보장, 관할 인정, 집행절차 등에서의 필요 등을 감안하였을 때, 재판서에 당사자의 주소전체가 기재되는 것이 타당하다고 판단되었다.

29) 중앙일보(2013.04.25.), 주거 이동률과 주택시장, <https://news.joins.com/article/11333517> (검색일 : 2020. 09. 30.).

결국 우리나라 민사소송절차상 송달과 집행절차와의 연계성 확인을 위해 성명, 주소, 주민등록번호는 불가피하게 기재할 수밖에 없으므로 민사소송절차상 별도의 제도 도입이 필요하다고 볼 수 있다.

Ⅲ. 해결방안

우리나라에서는 소송절차 및 집행절차에 있어서 당사자의 식별과 연계성 담보 및 동일성 확인을 위해 당사자의 개인정보가 필요하다는 점, 돌림자를 비롯한 우리나라 특성상 성명만으로는 온전한 개인 식별이 어렵다는 점을 고려하면 당사자의 개인정보 기재가 불가피한 것으로 판단된다.

현재 민사소송에서는 판결서에만 개인정보를 일부 제한하여 공개하는 제도만이 존재하며, 그마저도 법관의 자의적인 판단에 제한 범위가 결정된다는 한계가 있다. 그렇기 때문에 민사소송 전반에서의 개인정보를 보호하고자 하는 제도의 마련이 추가적으로 요구되는 실정으므로, 이후부터는 민사소송 과정에서 다양한 상황에 맞추어 선택적으로 활용할 수 있는 개인정보보호 제도를 제언하도록 한다.

1. 선택적 제도 도입

가. 봉인함제도

(1) 봉인함

봉인함제도란 미국에서 법원에 제출하는 서류 속 당사자의 사생활 보호를 위하여 만들어진 제도로, 앞서 언급한 것과 같이 ‘소장을 포함한 소송서류가 민감한 개인정보를 담고 있는 경우 당사자는 개인정보의 일부를 가려서 보이지 않게 편집하거나 봉인 후 제출하여 개인정보를 보호할 수 있는 제도’를 뜻한다.

(2) 실현방안

미국의 봉인함제도를 우리나라에 차용하는 경우를 고려하면, 우선 소장의 서식을 변경하여 당사자의 개인정보와 청구취지, 청구이유를 기재하는 란을 분리해야 한다. 개인정보를 기재하는

란을 별도로 마련해 놓는다면 법원에서 개인정보를 분리하여 관리하기가 보다 용이해지기 때문이다. 그러므로 원고가 당사자 개인정보를 기재한 서류를 별도 제출하는 것이 당사자의 개인정보를 보호하기 위한 현실적인 방법인 것이다.

미국의 경우 개인정보를 보호하기 위하여 법원에 제출해야 하는 서류를 편집하고 봉인해야 할 책임이 소송 당사자에게 존재한다. 국내에 봉인함제도가 도입된다면 미국과 마찬가지로 소송 당사자가 소송서류 중 민감한 개인정보를 직접 수정하고 편집 및 봉인하여 제출해야 하므로 법원으로 하여금 봉인함제도와 비실명 처리 등의 가이드라인을 제공하여 원고의 소송 제기를 지원하여야 한다.

(가) 신청절차 및 방법

법원은 소송당사자가 개인정보를 서류상으로 제출할 때 수정하거나 삭제할 개인정보에 대해 안내하여야 한다. 예를 들어 주민등록번호를 서류에 기재할 때 주민등록번호의 뒤쪽 7자리를 특수문자 처리하는 방법 등을 안내하는 것이 그 방법 중 하나이다.

소송 이후 봉인함제도에 대해 안내하는 것은 소송 당사자가 서류를 재작성하게 되어 비효율적일 수 있으므로, 법원 홈페이지 배너 등에 공고하거나 전자 소장 작성 시 팝업창 등으로 사전 공지하고, 대국민적인 홍보를 위해 공익광고를 제작하는 등의 방법을 취하여 봉인함제도의 실효성을 꾀할 수 있다.

다만 소송의 진행에 있어 주민등록번호 전체가 필요한 경우에 법원은 소송 당사자에게 주민등록번호 전체가 표시된 별도의 문서를 제출하라고 명할 수 있다. 소송 당사자는 법원에 사전에 제시한 필요 개인정보 목록에서 소송서류에 기재하여야 할 개인정보를 자유롭게 선택할 수 있고, 소송 과정 중 당사자 식별을 위하여 개인정보 전체를 기재한 문서를 봉인해 법원에 제출할 수도 있다. 만약 공공기관이나 국가기관이 소송서류를 작성하게 될 경우에는 해당 기관도 마찬가지로 개인정보를 수정한 편집본과 개인정보 자체가 기재된 원본을 모두 사용할 수 있다.

정리하자면, 소송 시에 개인정보가 필요한 경우 소송서류 제출 시 개인정보를 제외하고 작성한 편집본과 봉인된 편집되지 않은 원본을 동봉하여 제출하고, 개인정보가 소송 과정에서 불필요한 경우 이를 제외하고 법원에 제출할 수 있으며 이때 소송서류에 기재하거나 기재하지 않을 개인정보는 소송서류 작성 주체의 판단에 따른다.

412 동국법학 제1권

(나) 봉인함제도에서 사용되는 개인정보

미국 연방민사소송규칙에 의하면, 소송 당사자와 관계자는 법원이 달리 명하지 않는 한 사회 보장번호 또는 납세자식별번호의 마지막 4자리, 개인의 출생년도, 미성년자 성명의 각 첫 글자, 금융계좌번호의 마지막 4자리만을 기재할 수 있다.³⁰⁾ 미국과 마찬가지로 국내 소송절차에 봉인함제도를 도입할 경우 법원의 별도 명령 없이 당사자가 자유롭게 수정할 수 있는 개인정보의 범위를 정하는 것이 보다 효율적일 것이다.

우리나라의 경우 앞서 제3장 제2절에서도 언급했듯이 139만 4131개의 이름을 가진 국민 중 동명이인이 없는 국민은 1.28%에 불과하며 90% 이상의 국민은 동명이인이 21명 이상 존재한다.³¹⁾(2012년 기준) 동명이인이 많은 국내에서는 생년월일이 겹치면 소송 과정에서 개인을 식별하기 어렵기 때문에 성명을 기재하는 것이 필요하다. 따라서 성명은 필수적으로 기재하되, 주민등록번호와 주소를 선택적으로 기재하여 당사자 식별을 용이하게 하는 것이 효과적이다.

(3) 검토

현재 소송기록을 공개 시, 공개되는 개인정보의 범위는 재판관이 판단한다.³²⁾ 따라서 봉인함제도를 활용하면, 소송서류를 작성하는 정보 주체가 공개할 개인정보를 사전에 선택할 수 있으므로 재판관의 자의적인 정보 수정 판단을 미연에 방지할 수 있다는 큰 장점을 가진다. 즉 소송 당사자의 주체적인 개인정보 보호 실현이 가능한 것이다. 더불어, 법원에 제출하는 서류를 편집하고 봉인해야 할 책임이 소송 당사자에게 부여되므로 법원의 행정절차가 줄어들어 소송절차가 보다 간소화된다.

다만, 원고가 소송대리인이나 조연자가 없이 단독으로 소송을 제기하는 경우 봉인함제도에 대한 정보를 제공받지 못하게 된다. 개인정보 보호를 위한 제도가 도입됨에도 불구하고 이를 알지 못하여 이 제도를 활용하지 못하거나 혹은 이미 소장 작성 완료 후 제출할 시 다시 이를 수정하여야 하는 번거로움 때문에 당사자가 개인정보 보호를 포기하는 경우가 발생할 수 있다. 만약 이 제도를 활용하지 못한다면 소송 당사자뿐만 아니라 법원의 입장에서도 소송의 효율성이 떨어지기 때문에 법원의 지원이 필요하다. 이뿐만 아니라 봉인함제도에서는 정보 주체가 수

30) 미국 연방민사소송규칙 Rule 5.2.

31) 중앙일보(2012.09.18), “‘김영숙’ 이름 부르면 1000명 중 1명이 ‘예’”, <https://news.joins.com/article/9353988>(검색일 : 2020. 09. 28.).

32) 재판기록 열람·복사 규칙 대법원규칙(제2810호), 2019. 1. 1. 시행.

정할 수 있는 정보가 일부분에 불과하고, 그 범위에 제한이 있어 개인정보를 완전하게 보호할 수 없다. 따라서 개인정보 유출을 방지하는 다른 제도와 병행하여 사용하여야 한다.

나. 개인식별번호 부여제도

(1) 개인식별번호부여제도

개인식별번호부여제도란 소송 시 당사자가 제출하는 소송서류에 표기되는 개인정보의 보호를 위하여 소송서류를 제출한 이후 법원이 개개인마다 개인을 식별할 수 있는 별도의 임의번호를 부여하여 당사자의 개인정보를 보호하는 제도를 말한다. 예컨대 미국에서 현재 사용하는 사회보장번호(SSN)나 일본의 마이넘버처럼 개인의 식별용도로만 사용되고 인증용도로는 사용되지 않는 번호를 소장 제출 시 각 소송당사자에게 부여하는 것이다.

(2) 실현방안

(가) 신청절차 및 방법

법원에 제출하는 모든 소송서류는 소장을 포함하여 민감한 개인정보가 기재되어있는 경우, 당사자는 소송서류를 제출할 때 법원에 개인식별번호 부여를 신청하여 법원의 허가를 받아 개인 식별 번호를 부여받을 수 있다. 법원은 개인식별번호부여 대상자로 선별된 당사자에게 소장을 제출할 시 소장에 기재되어 있는 개인정보를 시스템에 입력한 후 개인식별번호를 부여한다. 이후 선별된 당사자로 하여금 문서에 기재되어있는 개인정보를 삭제하고 개인식별번호만을 기재하도록 수정하고 이후 해당 사건의 소송절차 및 집행절차에서 작성되는 문서에는 해당 번호만을 기재하도록 한다.

법원은 소송당사자가 소송서류를 제출할 시 개인 식별 제도에 대하여 안내하여야 한다. 소송당사자는 개인 식별 제도를 활용할건지에 대한 여부를 자유롭게 선택하여 법원에 개인식별번호 부여를 신청할 수 있다. 이에 대하여 법원의 허가가 이루어지는 경우, 법원은 당사자에게 고유한 개인 식별 번호를 부여하여 개인정보를 보호할 수 있다.

개인식별제도의 도입 초반에는 당사자의 신청과 법원의 허가에 의하여 개인식별번호가 부여될 수 있도록 하되, 소송 전체에서의 개인정보보호를 위하여 추후 개인식별제도가 모두에게 적용될 수 있도록 의무화하여야 한다. 다만, 이러한 경우에도 제도의 이용률을 확인하거나 혹은 국민만

414 동국법학 제1권

족도 조사를 실시하는 등을 통하여 제도가 실제 소송절차에서 이용이 용이한지, 문제는 발생하지 않는지 등의 여부를 확인한 후 단계적으로 제도를 확대해 나가야 할 것이다. 예컨대, 형사소송에서 확정판결 이후의 형사피해자 혹은 형사소송을 진행하고 있는 피해자만을 대상으로 한정시켜 필요적으로 개인 식별 번호를 부여하고 이를 확인하는 시스템을 도입하되, 이후에는 필요에 의하여 선택적으로 이용하는 것이 아닌 모든 사건에 적용시킬 수 있도록 하여야 할 것이다.

(나) 개인식별번호부여제도에서 사용되는 개인정보

개인식별번호부여제도에서 사용되는 정보는 해당 사건의 지위(원고 혹은 피고), 사건번호뿐이지만 개인 식별 번호를 부여하는 과정에서 모든 정보가 법원시스템에 등록된다. 개인식별번호 부여제도가 실시하게 된다면 원고 및 피고의 구별을 위한 원고 또는 피고의 숫자, 어떤 사건인지를 구별하기 위한 사건번호, 그리고 번호예측 방지와 중복 방지를 위한 랜덤번호 등으로 구성될 것이다.

예를 들어 원고의 개인식별번호는 A, 피고의 개인식별번호는 B로 시작하여 원고와 피고를 구별할 수 있도록 한다. 다만 집단소송이나 다수 당사자인 경우는 A1, A2 등 숫자를 차례대로 부여하도록 한다. 이후 연속하여 소장 제출 시 법원에서 부여하는 사건번호를 기재한 후 영어 대소문자 및 숫자가 포함된 무작위 번호 세 자리를 부여한다. 만약 손해배상 사건(2020가합53)이라면 원고 측은 'A12020가합53C3z'의 번호를 피고 측은 'B12020가합53Rd4'식의 번호를 부여받게 되는 것이다.

이는 제도 시행 전 별도의 위원회를 구성하여 개인식별번호부여에 대한 가이드라인을 제작하고 별도 개인식별번호 조회 시스템 및 대상자 선별 시스템을 제작하여 시행해야 할 것이다.

(3) 검토

개인정보식별번호부여제도를 활용한다면, 법원은 당사자들의 개인정보를 보호하면서 개인식별번호를 통하여 개인을 쉽게 특정할 수 있다. 개인정보보호가 이루어지므로 당사자는 정당한 청구권을 주장할 수 있다는 장점을 지닌다. 무엇보다 개인정보식별제도가 활성화되어 모든 국민이 이용할 수 있게 된다면 개인정보 보호에 있어 중요한 역할을 담당하게 될 것이다.

그러나 법원이 대상자를 선별하여 개인식별번호를 부여하고 이를 다시 조회해서 확인하는 절차가 필요하게 되므로 법원 행정절차가 더욱 복잡해지게 된다. 더불어 개인식별번호부여를 위한 시스템을 별도로 제작하고 위원회를 구성하여 개인 식별 번호구성 가이드라인도 제작하여야

한다. 또한 개인식별번호가 전 국민으로 활성화되기 전까지는 적용 대상자를 선별해야 함으로 이를 선별하기 위한 위원회도 구성해야 한다. 따라서 제도 도입 초기에는 법원의 업무가 매우 과중해질 것으로 예상된다.

또한, 이 제도가 활성화되기 전에는 선별된 당사자가 소장을 수정해서 다시 제출해야 한다는 점에서 한계가 있다. 따라서 개인식별번호부여제도의 경우 대상자를 선별하여 선택적으로 적용하기 보다는 전 국민 모두가 이용할 수 있도록 최대한 일괄 적용하는 것이 절차상 번거로움과 법원의 부담을 덜 수 있어 제 역할을 충실히 해낼 수 있을 거라 생각된다.

다. 송달대리인제도

(1) 송달대리인제도

송달대리인 제도란 「민사소송법」에 따라 당사자에게 송달을 하는 과정에 있어서 원고의 주소가 노출되는 것을 방지하기 위하여 법원의 허가에 따라 제3자를 지정하여 원고의 주소를 대신하여 제3자의 주소를 기재하는 제도를 말한다. 이 때 당사자를 대신하여 서류를 송달 받는 제3자를 ‘송달대리인’이라고 한다.

송달대리인제도는 당사자 외에 법정대리인이나 소송대리인과 같은 제3자가 당사자를 대신하여 제3자의 주소를 사용할 수 있다는 점에서 「민사소송법」 제184조에서 규정하고 있는 송달영수인 신고 제도와 비슷하다고 할 수 있다. 그러나 송달영수인 신고 제도의 경우 소송당사자가 직장이나 사업상의 이유로 송달불능 되는 서류를 방지하기 위해 운영되고 있는 제도이다. 반면, 송달대리인제도의 경우 개인정보의 유출을 원치 않는 당사자라면 모두 신청을 할 수 있으며 그 목적이 개인정보유출의 방지, 즉 소송당사자의 개인정보보호에 있다는 점에서 송달영수인 제도와 다르다고 할 수 있다.

「민사소송법」 제195조에서 규정하고 있는 공시송달의 경우에도 법원사무관 등이 송달할 서류를 보관한다는 점에서 송달대리인제도와 비슷하다고 할 수 있다. 그러나 이 역시 원칙적으로는 교부송달이 우선되어야 하며 당사자의 송달장소를 알 수 없는 경우나 외국으로 촉탁송달을 할 수 없거나 촉탁을 해보아도 목적을 달성할 수 없을 경우 등 특정한 경우에 하게 되는 등 송달불능을 대비하여 마련한 장치라는 점에 있어서 송달대리인 제도와 구별된다.

(2) 실현방안

송달대리인 제도는 보복범죄의 우려 등으로 주소를 노출하기 꺼려하는 범죄피해자의 경우를 고려하여 제3자를 두어 타인의 개인정보를 대신 노출하도록 하는 것에 있어서 범죄피해자의 경우 변호사를 포함한 제3자의 동의가 있는 경우 소송 관련 문서를 송달받기 위해 제3자의 주소를 기재할 수 있도록 하는 프랑스와 비슷하다고 할 수 있다.³³⁾

(가) 신청절차 및 방법

송달대리인 제도의 실현 방안에는 크게 두 가지 방법이 있다. 첫 번째는 법원에서 송달대리인센터를 설립하여 송달대리인의 역할을 수행하는 것이고 두 번째는 원고가 직접 송달대리인을 지정하여 법원의 허가를 받고 소송을 진행하는 것이다.

우선 법원이 송달대리인센터를 설립하는 경우를 살펴보자면 법원에 제출하여 송달되는 문서를 송달대리인센터로 송달하도록 하여 센터에서 보관하며 당사자에게 고지한 후 당사자가 센터에서 소장 및 답변서와 같이 본인 앞으로 송달이 된 서류를 받아갈 수 있도록 하는 것이다.

두 번째로 원고가 직접 송달대리인을 지정하여 법원의 허가를 받는 경우를 살펴보면 원고는 소송을 제기하기에 앞서 법원에 송달대리인 신청서를 제출하여 송달에 있어서 대리인의 주소를 기재할 것을 허가받도록 하는 것이다. 법원의 허가가 있다면 당사자는 법원에 제출해야할 서류에 당사자의 개인정보를 대신하여 송달대리인의 개인정보를 기재하여 제출할 수 있도록 한다. 만약 송달대리인이 변경된다면 변경한 송달대리인의 개인정보를 기재하기 전 역시 법원의 허가를 받아야 할 것이다.

이때 송달대리인은 직계존속, 직계비속, 변호인과 같이 당사자와 고도의 신뢰관계가 있는 사람으로 엄격한 제한을 두어야 할 것이다. 소송이 진행되는 과정에 있어서 오고가는 서류에 담긴 내용이 유출되는 것을 방지하고 소송이 진행됨에 있어 송달대리인이 서류를 확인하지 못하거나 송달받은 서류를 숨기는 등의 사유로 인해 당사자에게 생기는 불이익이 없어야 하기 때문이다.

당사자는 작성한 서류를 제출하며 송달대리인 신청허가서 사본을 첨부하여 함께 제출하여야 한다. 또한 제출해야할 서류의 개인정보 기재란에 송달대리인의 개인정보를 기재하였다는 사실을 표시하여야 한다. 제출한 서류에 작성되어 있는 개인정보가 본인임을 전제하여 소송이 진행

33) 프랑스 형사소송법, 제40조 제3항, 제89조 제3항·제4항.

되기 때문에 제3자가 당사자라고 착각할 수 있기 때문이다. 즉 소송을 진행하는 과정에 있어 당사자 본인의 개인정보를 확인하는 절차에 있어 혼란이 있을 수 있기 때문에 송달대리인 신청 허가서 사본을 첨부하여 함께 제출하여야 한다.

(나) 송달대리인제도에서 사용되는 개인정보

민사소송에 있어서 당사자의 개인정보노출을 차단하고자 하는 것은 예컨대 범죄피해자의 손해배상청구와 같이 소송을 진행하는 당사자가 개인정보를 기재하는 것을 동의하고 싶지 않지만 소송을 진행하는 등 자신의 합당한 권리를 주장하기 위해 어쩔 수 없이 기재하는 상황 때문이었다.

송달대리인제도의 경우 당사자가 작성하는 문서를 송달하는 과정에서 개인정보를 보호할 수 있는 제도라고 할 수 있기 때문에 당사자가 작성하는 문서에 기재되는 개인정보가 보호된다. 당사자가 작성하는 문서 그 중에서도 송달이 되는 대표적인 문서인 소장엔 기재되는 개인정보를 살펴보면 당사자의 성명, 주소, 연락처와 더불어 주민등록번호가 있다.

송달대리인제도의 경우 송달이 되는 주소를 변경하여 기재함으로써 당사자의 성명, 주민등록번호, 연락처는 당사자의 개인정보가 기재되며 주소와 송달받을 사람과의 연락을 위해 추가적으로 필요시에 연락처 정도가 필요하다고 할 수 있다.

결국 송달대리인제도에서 사용되는 개인정보는 성명, 주소, 연락처, 주민등록번호로 현행 민사소송의 절차에서와 같이 그대로 유지된다고 할 수 있다. 그러나 주소에 있어서 당사자의 주소는 명시적인 동의를 통해 제3자의 주소로 대체할 수 있다.

(3) 검토

송달대리인제도는 민사소송에 있어 필요한 개인정보를 모두 그대로 유지한 채 진행할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 송달대리인센터를 설립하여 운영하게 될 경우 인력확충이 필요하고 시스템을 구비하여야 하므로 법원의 업무량이 증가할 것이라는 문제를 갖는다.

본인이 송달대리인을 지정하여 신청하는 경우 직계존속, 직계비속을 송달대리인으로 지정하게 된다면 동거하는 경우 주소가 노출되기 때문에 결국 송달대리인을 지정하지 않았을 경우와 차이가 없어 실효성에서 문제가 될 수 있다. 또한 송달대리인의 개인정보가 노출되기 때문에 피해자의 개인정보에 대해 협박이 이루어질 수 있다. 이러한 협박과 같은 보복범죄가 우려되어 소송대리인 즉 변호사를 선임하게 된다면 결국 모든 민사소송에서 변호사를 무조건 선임하게

418 동국법학 제1권

될 것이며 전체적으로 소송비용이 과다하게 지불될 수 있어 또다시 피해자는 본인의 권리를 주장하지 못할 수도 있다는 문제가 생길 수 있다.

송달대리인 제도 자체는 결국 당사자작성문서에서의 개인정보유출을 방지하기 위한 제도라고 할 수 있기 때문에 집행문, 판결문과 같이 법원이 작성하여 당사자에게 제공되는 문서의 경우 다른 제도와 병행하여 개인정보를 보호하도록 하는 것이 바람직할 것이다.

라. 개인식별확인서제도

(1) 개인식별확인서제도

개인식별확인서제도는 소송을 위해 소장을 포함하여 당사자가 작성하여 제출하는 서류에 기재하여야 하는 개인정보를 공란으로 두거나 가리는 등 개인정보가 노출 되지 않도록 제출하고 당사자 확인을 위해 필요한 개인정보를 기재한 서면을 따로 준비하는 제도를 말한다. 이 때 당사자 확인을 위해 필요한 개인정보를 기재하여 따로 준비하는 서면을 '개인식별확인서'라고 한다.

(2) 실현방안

소장을 포함하여 법원에 제출하는 모든 서류에 중요한 개인정보가 기록되어 있는 경우 제출자는 개인정보의 일부를 가리거나 삭제하는 등의 방법을 사용하여 소송당사자의 개인정보를 보호할 수 있도록 하는 점에 있어서 제3장 민사소송의 현황 및 문제점에서 이야기했던 미국의 사례와 비슷하다고 할 수 있다.

그러나 민사소송의 경우 당사자를 특정하고 관할을 판단해야한다는 점, 소송상대방에게 소장 및 답변서와 같은 소송에 필요한 서류를 송달해야 한다는 점에 있어서 당사자 확인이 필요하므로 법원에서 당사자 확인을 위한 개인정보 수집은 불가피하다는 점을 고려해야할 것이다. 이에 따라 개인정보를 기재한 서류를 따로 제출받음으로써 개인정보를 수집하는 절차에 있어서 개인정보가 유출되지 않도록 하는 것이다.

(가) 신청절차 및 방법

당사자는 법원에 소송서류 제출 시 개인식별확인서와 제출해야 할 서류를 분리하여 제출하게 된다. 다만 제출해야할 서류의 개인정보 기재란에 개인식별확인서를 제출하였다는 표시를 하여

야 한다.

따라서 법원은 해당 개인식별확인서 양식과 해당 관련 사항을 알기 쉽게 설명한 팜플렛을 민원창구에 구비하여야 한다. 또한 개인식별확인서제도에 대해 신청당사자가 알 수 없을 경우에 대비하여 법원공무원이 이를 소송당사자가 소장 제출 시 고지하여 제출할 수 있도록 해야 할 것이다.

(나) 개인식별확인서제도에서 사용되는 개인정보

개인식별확인서 양식에는 성명, 주민등록번호, 연락처, 주소 등 모든 개인정보 기재란을 두되, 개인식별확인서에 기재되는 정보는 선별적으로 표시할 수 있다. 민사소송에 있어서 제출해야 하는 서류를 살펴보면 요구하고 있는 개인정보의 내용과 양이 모두 다르기 때문이다. 당사자는 해당하는 개인정보만 선별적으로 표시하면 될 것이다.

기본적으로는 소장에 작성되는 이름, 주소, 연락처, 주민등록번호는 필수로 포함되어야 하며 그 외에 소송 진행에 있어서 당사자 확인을 위해 필요한 개인정보가 있다면 기재할 수 있는 공간을 마련해두되, 작성자는 필요한 내용만을 기재할 수 있도록 한다.

(3) 검토

소장을 송달 할 때 노출되었던 개인정보의 유출을 방지할 수 있는 등 개인정보 유출경로를 차단할 수 있다는 점에 있어서 큰 장점을 가진다. 단순히 소장 송달뿐만 아니라 민사소송 전반에 있어서 당사자가 작성하는 서류에 개인정보가 기재되지 않기 때문에 심리적인 안정감 또한 줄 수 있다.

그러나 개인식별확인서 역시 따로 개인정보만이 기재된 서류이기 때문에 만약 이것이 노출된다면 결국 개인정보를 유출시킬 수 있다는 문제점을 가지고 있다. 특히 개인식별확인서의 경우 본래 제출했던 서류들과 다르게 개인정보만이 적혀있기 때문에 이것의 유출을 일부러 노리는 등의 범죄가 발생하면 2차 피해가 크게 발생할 수 있다. 또한 이는 당사자 작성문서에서만 해당하는 것이기 때문에 판결서와 같이 법원이 작성하는 문서에서는 결국 개인정보노출이 이루어질 가능성이 내재되어있다. 따라서 다른 제도와 병행하여 이를 보완하여야 한다는 점에서 한계가 있다.

마. 원본대조필 사본제도

(1) 원본대조필 사본제도

원본대조필 사본제도는 소송을 위해 판결서를 포함하여 법원이 작성하는 서류 원본에 기재된 개인정보를 삭제한 별도의 사본을 제작하여 원본대조필도장과 법원 도장을 찍어 소송상대방에게 개인정보가 노출되지 않도록 하는 제도이다.

앞서 서술한 당사자정보 확인서와는 작성주체에서 차이가 있다. 당사자정보 확인서가 당사자작성문서인 소장 등이 소송상대방에게 송달될 시 노출되는 개인정보를 보호할 수 있는 제도라면, 원본대조필 사본제도는 법원작성문서인 판결서나 결정서 등이 소송상대방에게 열람되거나 집행이 이루어질 시 노출되는 개인정보를 보호할 수 있는 제도라는 점에서 다소 차이가 있다. 그러나 개인정보를 선별적으로 가리는 문서를 제작한다는 점에서는 동일성이 있다고 할 수 있다.

(2) 실현방안

판결서, 결정서 및 집행문을 포함하여 법원이 작성하는 모든 서류에 중요한 개인정보가 기록되어 있는 경우 법원은 소송당사자의 신청에 의해 개인정보의 일부를 가리거나 삭제하는 등의 방법을 사용하여 소송당사자의 개인정보를 보호할 수 있도록 한다.

이는 프랑스에서 현재 시행하고 있는 제도로, 프랑스에서는 제4장에서 언급한 것과 같이 개인정보를 파악할 수 없도록 편집된 판결서인 ‘집행문 형식의 사본’을 제작하여 소송당사자의 성명을 비실명 처리하고, 주소를 일부 수정하여 개인정보를 보호하고 있다.

(가) 신청절차 및 방법

소송당사자는 법원에 별도의 신청서를 작성하여 민사소송에서 법원에 의해 작성되는 판결서나 결정서, 집행문 등의 원본대조필 사본제작에 동의하여야 한다. 따라서 법원은 해당 원본대조필 사본 신청서와 해당 관련 사항을 알기 쉽게 설명한 팜플렛을 민원창구에 구비하여야 한다. 또한 원본대조필 사본제도를 신청당사자가 알 수 없을 경우에 대비하여 법원공무원이 이를 소송당사자가 소장 제출 시 고지하여 신청할 수 있도록 해야 할 것이다.

(나) 원본대조필 사본제도의 표시사항

원본대조필 사본에 기재되는 정보는 선별적으로 표시할 수 있다. 판결서의 경우 2015. 1. 1. 이후 이미 당사자 등의 주민등록번호가 기재되지 않도록 되어있기 때문에, 성명과 주소를 가릴 수 있도록 한다. 그러나 결정서와 명령서는 여전히 당사자 등의 성명과 주소 외에도 주민등록번호를 기재하도록 하고 있기 때문에 이를 모두 가릴 수 있도록 한다.

다만, 다수의 소송을 진행 중인 피고가 개인정보가 가려진 원본대조필사본을 열람하거나 송달받았을 시 해당 사본이 어떤 재판에 의한 것인지 특정할 수 없기 때문에 성명은 되도록 기재하도록 한다. 또한 동명이인을 확인하기 위해서도 성명 옆에 한자성명 혹은 주민등록번호 앞 7 자리를 병기하도록 하여야 할 것이다.

(3) 검토

법원작성문서가 소송상대방에게 송달되거나 열람될 때 노출되었던 개인정보를 보호할 수 있다는 점에서 가장 큰 장점을 가진다.

그러나 이행권고결정서처럼 결정서 자체에는 주민등록번호가 기재되지 않더라도 결정서에 소장이 별지로 첨부되어 결과적으로 소송상대방에게 소송당사자의 주민등록번호가 노출되는 경우도 있기 때문에 개인식별확인서제도 와 병행하여야 완전한 개인정보 노출경로 차단이 이루어진다는 점에서 단점이 있다. 무엇보다 「헌법」 제27조 제3항에 따라 모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가지는데, 원본대조필 사본이 제작되고 이를 확인 및 인증하는 절차가 추가되면서 민사소송절차의 신속성을 저해할 수 있다.

2. 소결

범죄피해자의 경우 범죄 회복을 위하여 손해를 배상받기 위해서는 범죄피해 보상을 위한 배상명령제도가 존재한다. 그러나 형사재판이 장기화될 수 있다는 점, 배상명령신청은 재판이 열려야 가능하기 때문에 약식명령 상태에서는 가능하지 않다는 점, 법원의 재량으로 선고금액이 정해지기 때문에 보상금액이 충분하지 않을 수 있다는 점 등을 고려할 때 범죄피해자들은 민사소송상 손해배상 청구를 구하는 것이 더 효율적이다.

이에 따라 민사소송상에서 개인정보를 보호할 수 있는 방안으로 5가지 제도를 제시하였다. 소송서류의 민감한 개인정보를 보이지 않도록 편집하거나 봉인하여 제출할 수 있도록 하는 봉인함제도, 소송서류를 제출한 이후 법원이 개개인마다 개인을 식별할 수 있는 개인식별번호를

부여하는 개인식별번호 부여제도, 법원의 허가에 따라 제3자 혹은 법원 내 센터에 송달을 할 수 있도록 하는 송달대리인제도, 법원 제출 서류에 기재하여야 하는 개인정보를 분리하여 제출하는 개인식별확인서제도, 법원이 작성하는 서류에서 개인정보를 삭제한 별도의 사본을 제작하여 제공하는 원본대조필 사본제도이다.

각각의 제도들은 민사소송에 있어 당사자들의 개인정보 기재를 최소화하거나 기재하더라도 개인정보를 보호할 수 있는 방안을 마련해놓았다는 점에서 의의를 갖는다. 하지만 각 제도 별로 완벽하게 모든 개인정보를 보호할 수 없다는 점, 법원의 행정절차가 복잡해진다는 점, 민사소송을 진행하는데 있어 지연이 있을 수 있다는 점과 같이 문제점 또한 존재한다.

그러나 개인정보 보호의 경우 절차상의 불편과 번거로움을 감수하지 않고서는 달성하기 쉽지 않다. 따라서 개인정보보호와 소송 진행의 신속성 및 효율성을 비교하여 그 실익을 계산해보았을 때 신속함과 효율성을 저해하는 측면이 있다고 하더라도 소송절차의 목적인 신속성과 효율을 크게 해치지 않는 선에서는 개인정보를 보호하도록 노력하는 것이 타당하다고 할 수 있다. 따라서 아예 도입을 하지 않고 현행 그대로를 유지하는 것보다는 서로 병행을 하여 실시하는 등 문제점을 보완할 수 있는 방안을 충분히 고려한 후 시행하도록 해야 할 것이다.

IV. 결 론

본 논문은 민사소송 절차상 기재되는 개인정보 현황과 문제점을 살펴봄에 소송서류에 기재되는 개인정보를 보호할 수 있는 방안을 이끌어내고자 하였다. 이를 위하여 소송 서류에 기재되는 개인정보와 노출경로를 파악하고, 민사소송 시 당사자의 개인정보 수집의 필요성과 개인정보의 표시 정도에 대하여 논하며 별도의 제도가 도입되어야함을 피력하고자 하였으며, 다양한 선택적 제도의 도입을 제언해 개인정보를 보호할 수 있는 방안을 이끌어내고자 하였다.

제2장에서는 우리나라 민사소송절차에 대하여 전반적으로 살펴봄에 민사소송절차에서 수집되는 개인정보와 정보의 노출 방식에 대하여 확인하고 민사소송 시 당사자의 개인정보 수집 필요성과 개인정보의 표시 정도에 대하여 논하였다. 먼저, 민사소송절차상 문서에 기재되는 개인정보는 작성문서의 주체에 따라 당사자 작성 문서와 법원 작성 문서로 나누어 검토하였다. 당사자 작성 문서로는 소장과 답변서, 준비서면이 있으며, 법원 작성 문서에는 판결서와 결정서·명령서, 집행문이 존재한다. 당사자 작성 문서인 소장과 답변서, 준비서면에는 관련 법령 규칙에 따라 당사자의 주소와 서면을 제출하는 당사자의 성명 및 주소, 연락처 기재를 요구하지만, 실

무에서는 주민등록번호를 필요로 함을 검토하였다. 법원작성문서 중 판결서에는 관련 법령 규칙과 실무 모두 당사자의 성명과 주소를 기재할 것을 요구하며, 결정서와 명령서, 집행문에서는 주민등록번호까지를 기재할 것을 요구함을 확인하였다.

또한, 민사소송절차상 당사자 개인정보 수집의 필요성과 개인정보 중 성명과 주민등록번호, 주소의 표시의 범위를 검토하였다. 성명의 경우 동명이인이 존재할 수 있어 성명만으로는 완전한 개인 식별이 어렵기 때문에 성명은 기본적으로 기재가 되어야 하는 정보로 보았다. 주민등록번호의 경우 전체 정보를 수집하여야 동명이인이 많은 우리나라의 특성을 극복하고 개인정보 식별이 가능하다. 실제로 집행절차에서는 주민등록번호의 전체 번호를 요구하는 경우가 다분하다. 주소의 경우 또한 재판서에 당사자의 주소가 기재됨으로써 상대방 당사자가 누리는 이익을 감안하였을 때, 재판서에 당사자의 주소 전체가 기재되는 것이 타당하다고 판단하였다. 마지막으로 민사소송절차상 송달과 집행절차와의 연계 여부를 확인할 때 성명, 주소, 주민등록번호는 필수적인 요소이므로, 민사소송절차상 수집 및 기재를 하되, 해당 정보를 보호할 수 있는 별도의 제도 도입이 필요함을 파악할 수 있었다.

현행 민사소송 상에서는 판결서에서 민감 정보를 법관이 판단하여 비공개조치를 할 수 있지만, 이는 판결서에 한정되며, 법관의 자의적 판단 하에 개인정보 보호가 이루어진다는 한계가 존재한다. 그렇기에 관련 문제점을 보완하고 실질적인 개인정보 보호가 이루어질 수 있는 다양한 제도를 도입하여 소송절차 전반에서 개인정보 노출을 절감하여야 한다고 판단하였다.

따라서 제3장에서는 민사소송 시 개인정보를 보호할 수 있는 제도로 봉인함제도와 개인식별번호 부여제도, 송달대리인제도, 개인식별확인서제도, 원본대조필 사본제도 총 5가지 제도를 제안하였다.

첫 번째로 제안한 봉인함제도는 미국의 제도를 차용한 것으로 소장을 포함한 소송서류가 민감한 개인정보를 담고 있는 경우 당사자가 개인정보의 일부를 가려서 보이지 않게 편집하거나 봉인 후 제출하여 개인정보를 보호할 수 있는 제도로, 소장의 서식 변경 등을 통하여 우리나라의 현행 민사소송 절차에 맞게 제도를 차용할 것을 제안하였다. 봉인함제도를 활용할 시, 법원이 아닌 당사자가 주체적이고 효율적으로 자신의 개인정보를 보호할 수 있다는 장점을 지닌다.

둘째로, 개인식별번호 부여제도는 소송 시 당사자가 제출하는 소송서류에 표기되는 개인정보의 보호를 위하여 소송서류 제출 후 법원이 개인을 식별할 수 있는 별도의 임의번호를 개별로 부여하여 당사자의 개인정보를 보호하는 제도이다. 이 제도를 활용한다면 법원은 당사자들의 개인정보를 보호함과 동시에 개인 식별 번호를 통하여 개인을 쉽게 특정할 수 있다는 큰 장점을 지닐 수 있다. 또한 민사소송 전반에 있어 소송서류에 개인정보가 기재되지 않아 심리적인 안정감을 가지고 정당한 청구권을 주장하는데 큰 도움이 될 것이라 예상된다.

424 동국법학 제1권

다음으로, 송달대리인제도를 제안하였는데 이는 민사소송상 서류의 송달 시 법원의 허가에 따라 제3자를 지정하여 원고의 주소가 아닌 제3자의 주소를 기재함으로써 원고의 주소가 노출되는 것을 방지하고자 하는 제도이다.

넷째로, 당사자가 작성하여 제출하는 소송서류의 개인정보가 노출 되지 않도록 개인정보를 공란으로 두거나 가리는 등의 방법을 사용하여 법원에 제출하고 당사자 확인을 위해 필요한 개인정보를 기재한 서면을 따로 준비하는 개인식별확인서제도를 제안하였다. 이는 소장 송달 시 노출되는 개인정보를 가려 개인정보 유출을 사전에 방지할 수 있다는 점에 있어서 장점을 지닌다.

마지막으로 원본대조필 사본제도를 제안하였다. 이는 개인식별확인서와 작성주체에서 차이가 존재하는 제도로, 법원이 소송서류 원본에 기재된 개인정보를 삭제한 별도의 사본을 제작하고 원본대조필 도장 및 법원 도장으로 서류의 진위를 가려 소송상대방에게 개인정보가 노출되지 않도록 하는 제도이다. 이는 법원작성문서의 송달 및 열람 시 노출되었던 개인정보를 보호할 수 있다는 점에서 장점을 지닐 것이라 보았다.

다만, 본문 제3장의 검토 부분에서 논한 것과 같이 개인식별번호 부여제도를 제외한 타 제도들은 각 제도만을 활용하여 개인정보를 완전히 보호하기에 부족한 점이 존재한다. 그럼에도 불구하고 5가지의 제도 도입을 모두 제안한 것은, 제1장 서론에서 논한 것과 같이 민사소송 시 개인정보는 중요하게 보호되어야 하는 정보이기 때문이다. 또한, 본문 제3장에서 각 제도의 실현방안 검토 시 개인정보 노출 가능성이 현재 이루어지고 있는 민사소송 절차보다 적다고 판단되었기 때문이다. 그렇기에 보완이 필요하다고 판단되는 제도들은 다른 제도와 병행하여 소송당사자의 개인정보를 보호할 수 있도록 하는 것이 바람직할 것이다.

따라서 민사소송 시 노출될 수 있는 개인정보 보호를 위한 해결방안으로 제시한 5가지 제도의 도입 중, 개인식별번호부여제도를 실시하는 것을 중점적으로 개인정보를 보호해 나가야 할 것으로 판단된다. 다만, 개인식별번호부여제도가 온전하게 실행되기 이전까지는 제도의 정착 과정에서 생기는 맹점을 보완하기 위하여 봉인함제도와 송달대리인제도, 개인식별확인서제도, 원본대조필 사본제도를 병행하여 개인정보가 노출이 되지 않도록 보완을 해나가야 할 것이다. 제도들을 병행하여 개인정보를 보호하고자 한다면, 행정 업무가 과중되고 절차상 번거로움이 발생할 것으로 예견된다. 그러나 행정절차의 편의 및 효율이라는 가치를 어느 정도 포기하지 않고서는 개인정보를 보호하기 어려운 측면이 존재한다. 따라서 개인정보 보호에 있어서는 이를 감안한 이익형량의 문제로 판단하여야 할 것이다.

본 논문에서 제안한 개인식별번호 부여제도가 대한민국의 민사소송절차에 온전히 정착되어 개인정보의 보호가 원활하게 이루어지고 국민 모두가 더욱 정당하게 청구권을 주장할 수 있는 대한민국을 기대해본다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

- 경찰청, 「2019 경찰청범죄통계」, 경찰청, 2019.
- 국가인권위원회, 「정보인권 보고서」, 국가인권위원회, 2015.
- 국토교통부, 「2018년도 주거실태조사 연구보고서」, 국토교통부, 2019.
- 권건보, "주민등록번호제도의 문제점과 개선방안", 「공익과 인권」 제1권 제2호, 서울대학교 공익인권법센터, 2004.
- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2006.
- 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2001.
- 김홍엽, 「민사소송법」, 박영사, 2020.
- 김홍엽, 「민사집행법」, 박영사, 2019.
- 문정일, "미국 각 주의 입법상 강제집행절차에서 법관 아닌 자의 관여 정도와 법관에 의한 재판청구권 보장", 「외국사법연수논집」 제116집, 법원도서관, 2008.
- 박승수, 「민사소송법 사례연습」, 에듀비, 2020.
- 반병헌, 「실전 민사소송법」, e퍼플, 2020.
- 반흥식, "민사소송에 있어서의 비밀보호-독일·오스트리아·스위스 법을 중심으로", 「민사소송·한국민사소송법학회지」 제14권 제2호, 한국민사소송법학회, 2013.
- 법무부, 「2020 성범죄 백서」, 법무부 전자감독과, 2020.
- 법원행정처, 「2018 사법연감」, 법원행정처, 2019.
- 법원행정처, 「법원실무제요 민사소송 I」, 법원행정처, 2017.
- 법원행정처, 「법원실무제요 민사소송 II」, 법원행정처, 2017.
- 법원행정처, 「법원실무제요 민사소송 III」, 법원행정처, 2017.
- 법원행정처, 「법원실무제요 민사집행 I」, 법원행정처, 2014.
- 법원행정처, 「법원실무제요 민사집행 II」, 법원행정처, 2014.
- 법원행정처, 「법원실무제요 민사집행 III」, 법원행정처, 2014.
- 사법정책연구원, "민사소송 및 집행 절차에서의 개인정보 보호에 관한 연구", 「연구총서 2020-04」, 사법정책연구원, 2020.
- 사법연수원, 「민사절차론」, 사법연수원, 2019.

426 동국법학 제1권

- 사법연수원, 「민사실무 I」, 사법연수원, 2019.
- 이기수, “최근 보이스피싱의 범죄수법 동향과 법적 대응방안”, 「범죄수사학연구」 제4권 제2호, 경찰대학 범죄수사연구원, 2018.
- 이소은, “개인정보자기결정권의 민사법적 보호”, 서울대학교 박사학위논문, 2018.
- 이인호, “개인정보자기결정권의 한계와 제한에 관한 연구”, 한국정보보호진흥원, 2001.
- 이희옥, “개인정보 자기결정권에 관한 비판적 검토”, 「법제」 제4호, 법제처, 2016.
- 임규철, “정보화사회에서의 개인정보자기결정권에 대한 연구 - 독일에서의 논의를 중심으로”, 「헌법학연구」 제8권 제3호, 한국헌법학회, 2002.
- 정동윤, 「민사소송법」, 법문사, 2020.
- 정종섭, 「헌법재판강의」, 박영사, 2006.
- 정재건, “개인정보보호의 헌법적 고찰-개인정보자기결정권을 중심으로”, 경북대학교 석사학위논문, 2007.
- 조흥석, “국가의 기본권 보호의무와 개인의 보호청구권”, 「법과정책연구」제11권 제3호, 한국법정책학회, 2011.
- 채성희, “개인정보자기결정권과 잊혀진 헌법재판소 결정들을 위한 변명”, 「정보법학」 제20권 제3호, 한국정보법학회, 2016.
- 항태정, “범죄피해자보호 관련법제 개선방안 연구”, 「연구총서 06-1」, 한국형사정책연구원, 2006.
- 통계청, 「인구총조사 성 씨 본관별 연구」, 통계청, 2015.

II. 기타자료

- 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012다49933 판결 참조
- 대법원 1998. 7. 24. 선고 96다42987 판결 참조
- 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결 참조
- 정상조, “비식별개인정보의 보호 및 활용에 관한 연구”, 방송통신정책연구 연구보고서, 정보통신부, 2010.
- 헌법재판소 2005. 5. 26헌마513, 2004헌마190(병합) 참조
- 헌법재판소 1990. 9. 3. 선고 90헌마13 판결 참조
- 헌법재판소 1991. 4. 1. 선고 90헌마115 판결 참조
- 헌법재판소 1992. 6. 24. 선고 92헌마104 판결 참조

학생회 및 학회 소개

○ 학생회 ‘위로’ (학생회장 : 박성민)

안녕하십니까, 법과대학 학우 여러분! 제34대 법과대학 학생회 ‘위로’ 학생회장 박성민입니다. 학생회 ‘위로’는 우수논문공모전에 참여해주신 선배님들의 노력을 발판삼아 더욱 발전된 모습의 법과대학을 만들어 보겠습니다. 또한 코로나19로 인하여 만족스럽지 못한 2020년을 보낸 학우분들을 위로해 드리기 위해 노력할 것입니다. 민족동국 선봉법대 여러분! 학생회 ‘위로’에게 관심과 격려를 보내주신다면 그에 걸맞는 결과로 보답하겠습니다. 감사합니다.

○ 공법학회 (학회장 : 이동준)

공법으로 대동단결! 2020년 코로나19로 어려운 시기에 동국대학교 법학과 학우 여러분 한 해 동안 정말 수고 많으셨습니다. 2021년 동국대학교 학우 여러분의 행복한 한 해 되기를 기원합니다. 공법학회는 동국대학교 법학과의 대표 학회로서 공법분야에 대한 탐구와 학회원 간의 상호교류와 단결을 위해 노력해왔습니다. 공법학회에서 여러분이 꿈꾸고 희망하는 알찬 대학 생활을 즐기실 수 있을 것이라고 자부합니다. 2021년 공법학회의 발전과 화합에 동국대학교 법학과 학우 여러분의 적극적인 관심과 격려 부탁드립니다. 감사합니다.

○ 국제법학회 (학회장 : 권수혁)

국제법 학회는 법학도로서 국제 법령에 대한 심도 있는 탐구를 바탕으로 대한민국을 넘어 세계를 선도하는 인재로서의 자질을 함양하기 위해 창립된 학회로 사회 경제 문화 등 다양한 분야에 많은 인재를 배출한 바 있습니다. 보다 많은 학우분들이 국제법 학회에서 매년 이루어지는 국제법 케이스에 대한 모의재판, 우수논문공모전을 통해 국제적 안목을 함양하고 미래 인재로서의 역량을 강화하는 기회를 갖게 되길 기대합니다.

○ 민주법학회 (학회장 : 이유진)

안녕하세요. 제34대 민주법학회장 이유진입니다. 우선, 학회장으로서 논문집을 위해 학회 소개의 글을 쓰게 되어 영광스럽게 생각합니다. 비록 코로나로 인해 꿈꾸던 학회 생활을 1년 정도밖에 할 수 없었지만, 그 1년을 돌아보고 민주법학회를 표현할 한 마디를 찾자면 '자유롭고 편안한 곳'이 아닌가 합니다. 각자의 개성을 존중받으며, 다양한 학회 활동 속에서 자유롭게 소소한 인연을 만들고 더불어 학문적·학업적 성장도 이루기를 희망하는 사람들이 모여 함께 그 목표를 향해 나아가는 곳, 그곳이 바로 민주법학회입니다.

○ 사법학회 (학회장 : 조재혁)

안녕하십니까? 사법학회 학회장 조재혁입니다. 저희 사법학회는 1988년 동국대학교 법과대학 내에서 최초로 창립된 학회로, 유구한 역사와 전통을 가진 학회입니다. 저희 학회는 학회의 이름처럼 '사법(私法)' 분야에 대한 폭넓은 이해와 탐구를 중심으로 개인의 법적 실력 향상과 학회원들과의 친목 도모를 목적으로 하고 있습니다. 그렇기에 학회 내의 활동 이외에도 국민대학교, 성신여자대학교, 명지대학교 등의 다양한 학교의 학회와 연합을 맺거나 각계각층의 선배님과 활발한 교류를 진행하고 있습니다.

○ 형사법학회 (학회장 : 김진호)

안녕하십니까. 형사법학회 학회장 김진호입니다. 형사법 학회는 여러 법학과목들 중 형사법에 특화하여 활동하는 학회입니다. 또한 매년 진행하는 학술제에서 형사법과 관련된 모의재판을 진행하며 그 상징성을 유지해오고 있습니다. 하지만 올해에는 비대면 활동이 지속됨에 따라 모의재판 형식의 학술제가 아닌, 논문 작성 및 우수논문 공모전 참여를 통해 학술제를 진행하였습니다. 공모전에 참여한 모든 학회원분들의 노력과 아낌없는 선배님들의 조언이 결합하여 형사법 학회만의 우수한 논문이 나오게 되었고, 학회원분들의 학술적 도약 또한 이루어 냈다고 생각합니다. 마지막으로 논문 작성에 도움을 주신 변종필 지도 교수님과 모든 학회원들의 노력에 감사드리며 더욱 가족 같은 형사법학회가 되겠습니다.

동국법학

창간호

2020년 12월 31일

2020년 12월 31일 발 행

발행인 강동욱

발행처 동국대학교 법과대학

T E L 02-2260-3226~7

F A X 02-2260-3941

E-mail lawlaw@dgu.ac.kr

ISSN 2765-3927
