

형사정책연구

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

제33권 제2호(통권 제130호)

2022 · 여름호

형사정책연구

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

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

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

형사정책연구

제33권 제2호(통권 제130호, 2022·여름호)

[연구논문]

동의 없는 영상의 제작 및 배포로 인한 초상권 침해에 대한 형법적 대응

— 미국, 독일, 우리나라의 관련법제에 대한 비교법적 연구

▶ 김호기 1

영국의 기업과실치사법의 양형요인 분석

— 중대재해처벌법 적용과 관련하여

▶ 김혜경 33

군형법 제92조의6 추행죄 사건(2019도3047)에 대한 대법원 전원합의체 판결의 의미와 과제

▶ 강태경 67

피고인의 사회경제적 지위 및 피해자와의 관계에 따른 아동학대 사건 판단

▶ 이예림 · 박지선 101

시간의 경과가 아동진술에 미치는 영향: 미성년 성폭력 피해자 영상진술 조항 위헌결정에
대한 법심리학적 고찰

▶ 안재경 · 최이문 127

수사경찰관의 상대적 박탈감이 조직몰입에 미치는 영향

— 공직봉사동기와 재량권의 조절효과를 중심으로

▶ 이상진 · 정지수 163

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

Vol. 33, NO. 2 (June, 2022)

[Article]

Criminal issues related to the non-consensual production and distribution of photos and videos-a comparative study	
▶ Kim, Ho-Ki	30
Analysis of Sentencing Factors of Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 in UK	
- In relation to Fatal Industrial Accidents Punishment Act -	
▶ Kim, Hyekyung	65
The Meaning and Task of the Supreme Court en banc Decision 2019Do3047 on the Violation of the Article 92-6 (Indecent Act) of the Military Criminal Act	
▶ Gahng, Taegyung	99
Judgment of Child Abuse by Offender's Socioeconomic Status and Relationship to the Victim	
▶ Yerim Lee · Jisun Park	125
The Effect of time on child statements: A Forensic psychological study on the Constitutional Court Judgment on the rule of video evidence of sexual violence victims against minors	
▶ Jaekyung Ahn · Yimoon Choi	160
The effect of the relative deprivation of investigative police officers on organizational commitment	
- Focusing on the moderating effect of public service motivation and discretion-	
▶ Lee, Sangjin · Jeong, Jisu	191

동의 없는 영상의 제작 및 배포로 인한 초상권 침해에 대한 형법적 대응

- 미국, 독일, 우리나라의 관련법제에 대한 비교법적 연구*

김 호 기**

국 | 문 | 요 | 약

최근 카메라 기능을 갖춘 전자기기의 사용이 폭발적으로 증가하면서 영상물로 인한 침해가 다양한 형태로 발생하고 있다. 이른바 리벤지 포르노가 사회문제화 된 지는 오래되었으며, 최근에는 주거와 같이 프라이버시가 보호되어야 하는 사적 영역에서 이루어지는 생활모습을 권한 없이 촬영하고 그 결과물을 외부로 유출하는 사례도 증가하고 있다. 공적 영역에 있어서도 예를 들어 사고 현장에 있는 사망한 자의 사진과 같이 대상자나 그 가족에게 중대한 심적 고통을 주고 대상자의 명예를 훼손할 수 있는 영상이 촬영되고 인터넷을 통하여 배포되고 있기도 하다. 어린이의 나체 촬영행위나 그러한 결과물의 유포도 사회문제화되고 있다.

영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응은 법적, 사회적 배경에 따라 매우 다르게 이루어지고 있다. 독일에서는 인간의 존엄 내지 그것으로부터 도출되는 일반적 인격권 보호의 관점에서 이러한 영상의 촬영·배포행위를 엄격하게 형사처벌하고 있으나, 미국에서는 프라이버시 보호에 대한 합리적 기대가 가능한 상황에 있는 자의 신체를 대상으로 한 영상 촬영 등만을 제한적으로 형사처벌하고 있을 뿐이다. 우리나라 헌법은 인간의 존엄 내지 그것으로부터 도출되는 일반적 인격권은 물론 사생활의 비밀과 자유도 기본권으로 보호하고 있어서, 인격권이나 프라이버시를 중대하게 침해하는 영상의 촬영행위나 그 배포행위에 대하여 적극적인 형법적 보호가 요구된다고 보는 것이 타당할 것이다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2022.6.30.2.1>.

❖ 주제어 : 프라이버시, 사생활의 비밀과 자유, 일반적 인격권, 초상권, 몰카, 리벤지 포르노

* 이 논문은 2020년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 인문사회분야 중견연구자지원사업의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2020S1A5A2A01046409)

** 교수, 서울시립대학교 법학전문대학원

I. 서론

오늘날 영상촬영기술이 비약적으로 발전하면서 영상물 촬영으로 인한 인격권, 프라이버시 등에 대한 침해가 매우 다양한 형태로 발생하고 있다. 예를 들어 우리나라에서는 근래 자신이 거주하는 주거공간에 IP 카메라를 설치하는 사례가 증가하고 있는데, 외부인이 보안기능이 충분히 갖춰져 있지 않은 IP 카메라를 조작하여 이용자의 실내생활 모습을 촬영하여 외부로 유출하는 사례가 발생하고 있다.¹⁾ 최근에는 드론을 이용하여 타인의 실내 생활모습을 촬영하는 사건이 발생하여 사회문제화 되기도 하였다.²⁾ 다른 국가에서는 사고 피해자나 범죄 피해자의 모습을 담은 영상이 인터넷에 공개되어 피해자나 그 가족에게 중대한 심리적 고통을 주는 사례도 발생하고 있다.³⁾

현재에도 영상물로 인한 침해행위에 대하여 적용가능한 형벌규정이 존재한다. 예를 들어 위와 같은 방법으로 촬영한 영상의 내용이 피촬영자의 사회적 평가를 저하시키는 것이거나 피촬영자에 대한 경멸의 감정을 표현하는 것이고, 그러한 영상물이 공연히 배포되는 때에는 형법의 명예훼손죄나 모욕죄가 적용될 수 있다. 영상이 성적 욕망이나 성적 수치심을 유발할 수 있는 신체 부위를 촬영한 것인 때에는 성폭력처벌법이 규정한 카메라등이용촬영죄가 적용될 수 있으며, 아동·청소년성착취물에 해당하는 때에는 청소년성보호법이 규정하는 아동·청소년성착취물의 제작·배포죄가 적용될 수도 있을 것이다.

그러나 이러한 기존의 형벌규정만으로는 위에서 살펴본 바와 같은 사안에 대처하기에 충분하지 않다. 예를 들어 드론을 이용하거나 IP 카메라를 해킹하여 타인의 주거 내부의 평범한 사생활 모습을 촬영하는 경우, 성폭력처벌법의 카메라등이용촬영죄나 청소년성보호법이 규정한 아동·청소년성착취물의 제작·배포죄가 적용될 여지가 없다. 그러한 촬영물이 불특정 다수인에게 유포되지 않는다면 명예훼손죄나 모욕죄의 공연성 요건이 충족될 수 없을 것이며, 설령 그러한 영상물이 불특정 다수인에게 배포한다고 하여도 그것이 피촬영자의 평범한 사생활 모습을 기록한 것에 불과하고 피촬영자에 대한 사회적 평

1) 예를 들어 가정집 IP카메라 해킹해 불법 촬영한 20대 구속, 연합뉴스, 2022.03.08.

2) 예를 들어 한밤 발코니에 추락한 드론...해안가 아파트 옆보는 사생활 테러, 연합뉴스, 2022.01.14.

3) 예를 들어 멕시코 사례로는 BBC News, Ingrid Escamilla: Outraged Mexicans post 'beautiful images' for murdered woman, 2020. 2. 13.

가를 저하시킬 만한 생활모습을 담고 있지 않다면 명예훼손죄나 모욕죄로 처벌할 수도 없을 것이다.

이러한 침해행위에 대하여 법원은 행위자를 정보통신망 침입죄 내지 정보통신망 비밀 침해죄 등을 적용하여 처벌하고 있는데⁴⁾, 이러한 형벌규정은 근본적으로 정보통신망의 보안성을 유지하고 정보통신망을 통하여 전송되거나 처리되는 정보의 비밀성을 보호하기 위하여 마련된 것이어서, 이와 같은 사안에 대한 대응수단으로 활용하기에는 적합하지 않다. 이와 같은 사례에서 가장 중요한 점은 사적 영역에서 이루어지는 사생활을 외부인이 권한 없이 촬영하거나 유포함으로써 피촬영자의 인격권이나 프라이버시를 침해하였다거나 인격권을 중대하게 침해하는 영상을 촬영·배포하였다는 것이지만, 정보통신망 침입죄나 정보통신망 비밀침해죄 등은 이와 같은 측면을 전혀 고려하지 않고 있기 때문이다. 게다가 이러한 촬영행위가 정보통신망을 통하지 않고 이루어지는 때에는 정보통신망법에 규정된 형벌규정을 적용하는 것 자체가 불가능하게 되는 한계가 있다.⁵⁾

영상물 촬영·배포행위에 대한 형법적 대응의 방향은 피촬영자의 초상권과 촬영자의 표현의 자유 중 어느 것을 우선하는가에 따라 전혀 다르게 된다. 비교법적으로 본다면 독일과 미국의 입법례는 서로 상반된 입장에 서 있는데, 독일에서는 인간의 존엄 보호의 연장선상에서 피촬영자의 초상권 보호를 위하여 영상물 촬영·배포행위를 포괄적으로 형사처벌의 대상으로 규정하고 있음에 반하여, 미국에서는 표현의 자유를 절대적 기본권으로 보장하면서 영상물 촬영·배포행위에 대한 형법적 대응을 필요 최소한 범위로 제한하고 있다.

아래에서는 독일과 미국의 관련 입법례를 비교법 시각에서 살펴보고, 우리나라의 입법적 대응방향에 대하여 검토하려고 한다. 논의의 범위가 지나치게 넓어지는 것을 방지하기 위하여 음란물에 대한 규제와 같이 피촬영자의 인격권이나 프라이버시 보호와는 다른 맥락에서 이루어지는 영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응은 검토대상에서 배제하였다.

4) 예를 들어 청주지방법원 2020. 1. 16. 선고 2019노1548

5) 최호진, 정보통신망침입죄에서 정보통신망 개념과 실행의 착수, 형사법연구 제28권 제3호, 2016,

II. 독일과 미국의 영상물에 의한 침해에 대한 형법적 대응방법

1. 독일의 입법례

가. 보호법익

독일에서 영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응은 근본적으로 헌법이 보장하는 인격권 보호의 시각에 기초하여 이루어지고 있다. 독일에서 일반적 인격권은 독일 기본법이 명문으로 규정하고 있는 인간의 존엄 내지 인격의 자유로운 발현권으로부터 도출되는 기본권으로서, 신체의 완전성 내지 무결성 보장에 대응하여 정신적 완전성 내지 무결성을 보장해주는 기본권으로 이해되고 있다.⁶⁾ 일반적 인격권이 구체화된 형태로서는 흔히 은밀한 사적 영역을 보호받을 권리, 음성권, 성명권, 초상권, 개인정보 자기결정권 등이 제시되고 있는데⁷⁾, 영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응에 있어서는 은밀한 사적 영역을 보호받을 권리, 개인정보 자기결정권, 초상권의 보호가 주된 보호법익으로 제시되고 있다.

일반적 인격권은 여타의 기본권과 동일하게 소극적 방어권으로서의 성격과 적극적 통제권으로서의 성격을 모두 보유한다. 즉 한 편으로는 국가나 제3자의 부당한 침해로부터 자유로운 영역을 보호해 줄 것을 요구할 수 있는 소극적 방어권으로서의 성격을 갖고 있으며, 다른 한 편으로는 자신의 인격적 표현물의 전송이나 배포 등을 스스로 통제할 수 있도록 해줄 것을 요구할 수 있는 적극적 권리로서의 성격을 모두 보유한다.⁸⁾ 일반적 인격권이 구체화된 권리에 해당하는 은밀한 영역을 보호받을 권리, 개인정보 자기결정권, 초상권 역시 이와 동일하게, 국가나 제3자가 자신의 은밀한 영역이나 초상을 권한 없이 촬영하는 행위로부터 보호받을 권리로서의 성격과 자신의 생활모습이나 초상 등을 촬영한 결과물의 공개 여부 내지 공개범위 등을 결정할 수 있는 권리로서의 성격을 모두 갖고 있다. 이러한 기본권의 이중적 성격에 상응하여, 독일에서는 권한 없이 타인을 촬영하는 행위와 타인의 생활모습이나 초상 등을 촬영한 영상을 권한 없이 배포하는 행위를

6) Stark, in : Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 58, 85ff.

7) Ibid., Art. 2 Abs. 1 Rn. 170ff.

8) Ibid., Art. 2 Abs. 1, Rn. 163ff, Art. 1 Abs. 3 Rn. 187ff.

폭넓게 형사처벌의 대상으로 하고 있다.

나. 예술저작권법에 의한 동의 없는 초상의 배포·공개행위에 대한 형사처벌

독일에서는 오래전부터 초상권 보호를 위한 형벌규정을 마련해 놓고 있어 왔다. 독일 예술저작권법(Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie)은 - 초상이 촬영된 장소나 그것이 담고 있는 내용을 고려하지 않고 - 모든 형태의 초상에 대하여 정당한 권한 없는 배포행위 내지 공연히 전시하는 행위를 형사처벌하도록 하고 있다. 이 법률은 그림이나 사진(Bilder)과 초상(Bildnisse)을 구별하고 있는데, 초상은 형식적으로 사진, 영상, 그림, 캐리커처, 실루엣 등 어떠한 형태를 갖는가에 관계없이 사람이 현실에서 삶을 영위하는 모습을 모사하거나 촬영해 놓은 것을 의미한다.⁹⁾ 이 법률 제22조 전단에서는 초상은 피촬영자의 승낙이 있을 때에만 배포하거나 공개할 수 있도록 규정하고 있고, 제22조 후단에서는 피촬영자가 사망한 때에는 친족의 승낙을 얻도록 요구하고 있다. 그리고 제33조 제1항에서는 동의 없이 초상을 배포하거나 공연히 전시하는 행위를 형사처벌하고 있고, 같은 조 제2항은 당해 범죄를 친고죄로 규정해 놓고 있다. 제23조와 제24조에서는 초상권자의 동의 없이 초상을 배포하거나 공연히 전시할 수 있는 예외사유를 규정해 놓고 있다.

다. 사적 영역에 있는 자에 대한 촬영행위의 범죄화

독일에서는 2004년 형법 개정을 통하여 제201a조를 신설함으로써 예술저작권법이 포섭하지 못하는, 영상으로 인한 인격권 침해행위를 폭넓게 범죄행위로 규정하였다. 독일 형법 제201a조 제1항 제1호는 “자신의 주거에 있거나 외부의 관찰로부터 보호되는 공간에 있는 사람을 권한 없이 영상으로 촬영·전송하고 이러한 행위를 통하여 피촬영자의 고도의 사적 영역을 침해한 자”를 형사처벌하도록 하고 있다. 이 규정은 일반적 인격권이나 개인정보 자기결정권을 보호법적으로 하는 것으로서¹⁰⁾, 반드시 피촬영자가 주거가 머무는 것을 요구하고 있지는 않지만, 피촬영자가 주거 이외의 공간에 머무르는 때에는

9) Specht, in: Dreier/Schulze, UrhG, KUG §22 [Recht am eigenen Bilde] Rn. 1

10) Graf, Münchener Kommentar zum StGB, §201a Rn. 10

그곳이 외부 시선으로부터 보호되는 영역일 것을 요구하고 있다. 따라서 예를 들어 주거가 아닌 건조물 내부의 창문 근처에 서 있는 모습을 촬영하는 경우와 같이 피촬영자가 외부 시선에 공개된 장소에 있는 때에는 본 규정은 적용되지 않는다.¹¹⁾

이 형벌규정은 영상 촬영 등으로 인하여 피촬영자에게 고도의 사적 영역에 대한 침해의 결과가 발생할 것을 요구하는 결과범인데, 입법 제안이유서에서는 고도의 사적 영역이 침해되었는가를 판단함에 있어서 판례에 의하여 형성된 은밀한 영역(Intimsphäre) 이론을 참조할 것을 요구한다. 은밀한 영역은 예를 들어 질병에 걸렸거나 사망한 모습, 성행위를 하는 모습 등과 같이 개인의 사생활 영역 중에서도 공권력의 행사로부터 절대적으로 보호되어야 하는 핵심적 영역을 의미하는데¹²⁾, 이러한 은밀한 영역의 침해가 있으면 그러한 침해행위를 통하여 얻을 수 있는 공적 이익과의 이익교량을 할 필요도 없이 그 자체로서 헌법적 가치를 침해하는 것으로 보게 된다.¹³⁾ 즉 개인의 은밀한 영역에 속하는 생활모습을 촬영하는 때에는 그러한 촬영을 통하여 달성할 수 있는 공익이 무엇인지를 고려할 필요도 없이 곧바로 인격권 침해행위가 있는 것으로 보게 되고, 독일 형법 제201a조 제1항을 적용하여 형사처벌하게 되는 것이다.

2004년에 제201a조를 신설함에 있어서는 인격권의 또 다른 발현형태에 해당하는 음성권에 대한 형법적 보호와 초상권에 대한 형법적 보호가 불균형하다는 점이 하나의 입법적 근거로 제시되었다. 음성권과 초상권은 모두 인격권이 구체화 된 기본권이라는 데에 있어서 차이가 없음에도 불구하고, 독일 형법 제201조가 동의 없는 녹음행위 그 자체를 형사처벌하고 있음에 반하여 초상권을 보호하는 예술저작권법의 형벌규정은 촬영행위 자체를 범죄행위로 규정하고 있지 않아서 양자 사이에 균형을 맞출 필요가 있다는 것이다.¹⁴⁾ 다만 예술저작권법에 규정된 초상권 보호를 위한 형벌규정이 거동범 형식으로 규정되어 있는 것과는 달리 2004년 입법화된 독일 형법 제201a조 제1항 제1호 범죄는 결과범 형식으로 규정되어 있어서, 음성권과 초상권 보호가 입법 이후에도 여전히 불균형하게 이루어지고 있다는 비판이 제기되고 있다.¹⁵⁾

11) Ibid., §201a Rn. 42

12) BVerfG, NJW 1973, 891, 892

13) BTG-Drs. 15/2466, 5

14) Eisele, Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Auflage 2019, §201a Rn. 1

15) Ibid., §201a Rn. 14

라. 인격권을 중대하게 침해하는 영상 촬영행위의 범죄화

2004년 형법 제201a조를 제정한 이후 기술적 발전에 따라 웹캠이나 스마트폰 등을 이용한 영상 촬영·공유가 일상화되면서 영상으로 인한 법익침해가 증가하자 2015년 제201a조를 개정하여 제1항 제2호를 신설함으로써 처벌대상이 되는 촬영행위를 확대하였다. 독일 형법 제201a조 제1항 제2호는 타인의 무기력한 상태를 드러내는 영상을 촬영·전송하고 그러한 행위를 통하여 피촬영자의 고도의 사적 영역을 침해한 자를 형사처벌하도록 규정한다. 무기력한 상태의 의미와 관련하여 입법이유서에서는 예를 들어 술에 만취한 채 귀가하는 모습, 폭력행위로 인하여 상해를 당하거나 출혈 상태에서 바닥에 누워 있는 모습 등이 이에 해당한다고 설명한다.¹⁶⁾

독일 형법 제201a조 제1항 제2호는 제1호와 다르게 사적 영역과 공적 영역을 구별하지 않고 적용될 수 있도록 규정되어 있는데, 이와 같은 규정형식은 일반적 인격권을 인간의 존엄에 기초한 기본권으로 보는 귀결에 해당한다. 인간의 존엄이 공적 영역과 사적 영역을 불문하고 존중되어야 하는 것과 동일하게, 타인의 무기력한 상태를 드러내는 영상을 촬영·전송함으로써 인격권을 중대하게 침해하는 행위는 그러한 행위가 어느 영역에서 수행되었는가와 상관없이 언제나 형사처벌의 대상으로 함이 타당하기 때문이다.

처음 제출된 개정안에서는 피촬영자의 사회적 평판을 현저하게 손상할 수 있는 영상을 권한 없이 촬영하거나 전송하는 행위를 모두 범죄행위로 규정할 것을 제안하였다.¹⁷⁾ 그러나 이와 같은 법률안에 대하여서는, 사회적 평판을 현저하게 손상할 것이라는 요건이 지나치게 불명확하여 죄형법정주의에 반할 우려가 있으며, 예를 들어 파티에서 만취된 상태에 있는 모습을 촬영하는 것도 피촬영자의 사회적 평판을 침해하는 영상을 촬영하는 행위에 해당하는데, 이러한 행위까지 형사처벌하는 것은 부당한 형벌권의 확장이라는 비판이 제기되었다.¹⁸⁾

이러한 비판을 고려하여 현행 독일 형법 제201a조 제1항 제2호에서는 “사회적 평판을 현저하게 손상할 수 있는 영상”이라는 요건보다 더 적용범위가 제한된 “타인의 무기

16) BT-Drs. 18/3202(neu), 28

17) BT-Drs. 18/2601, 10

18) Wortprotokoll der 28. Sitzung des Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, 13. Oktober 2014, (18. Wahlperiode) - Protokoll-Nr. 18/28, 13, 23, 25

력한 상태를 드러내는 영상”을 촬영·전송하는 행위를 형사처벌하도록 규정하고, 동시에 그러한 행위를 통하여 피촬영자의 고도의 사적 영역을 침해할 것을 요구함으로써 그 처벌범위를 축소하였다. 그리고 사회적 평판을 현저히 손상시킬 수 있는 영상의 촬영행위 그 자체를 범죄로 규정하지는 않았지만, 아래에서 다시 살펴볼 제201a조 제2항에서 그러한 영상을 제3자에게 접근가능하게 하는 행위를 형사처벌 하도록 하였다.

마. 유아, 아동, 청소년의 나체 모습의 촬영

독일 형법은 과거에는 성적 맥락 밖에서 이루어지는 단순한 유아, 아동, 청소년 등의 나체 촬영·전송행위를 범죄행위로 규정하고 있지 아니하였다. 그러나 2015년 형법 개정을 통하여 제201a조 제3항을 신설하여 재물 또는 재산상 이익을 취득할 목적으로 18세 이하인 타인의 나체영상을 촬영하거나 이를 타인에게 제공하고 재산상 이익을 취득하는 행위를 범죄행위로 규정하였다. 이 형벌규정은 촬영된 영상이 일반인에게 성적 욕망이나 성적 수치심을 유발하는가 내지 피촬영자인 아동 등이 성적 행위를 하고 있는가를 불문하고 적용될 수 있도록 규정되어 있다.

애초 제안된 개정안에서는 18세 이하인 사람과 성인을 구별하지 않고 타인의 나체를 관한 없이 촬영·전송하는 행위를 모두 범죄로 규정할 것을 제안하였다. 입법안에서는 특히 아동·청소년의 나체사진은 성적 목적으로 촬영되는 경우가 많음에도 성적 행위와 관련되지 않은 단순한 나체 촬영행위를 형사처벌하고 있지 않아서 형사처벌의 흠결이 존재한다는 점을 지적하였다.¹⁹⁾ 입법과정에서는 미성년자 여부를 불문하고 공개된 장소에서 나체인 사람을 촬영하는 행위를 모두 범죄로 규정하는 것이 적절한가와 관련하여 논란이 있었는데²⁰⁾, 논의를 거쳐 공개된 장소에서의 나체 촬영은 그 대상이 18세 이하인 사람 인 때에만 형사처벌하기로 하였으며, 이때에도 재물 또는 재산상 이익을 취득할 목적으로 촬영하거나 촬영물을 타인에게 제공하고 재산상 이익을 취득하는 때에만 처벌하도록 하였다.²¹⁾

19) BT-Drs. 18/2601, 16, 17

20) Wortprotokoll der 28. Sitzung des Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, 13. Oktober 2014, (18. Wahlperiode) - Protokoll-Nr. 18/28, 38, 83, 111ff.

21) BT-Drs. 18/3202, 28

결과적으로 공적 영역에 있는 성인의 나체를 촬영하는 행위는 형사처벌의 대상에서 배제되었다. 공개된 영역에서의 성인에 대한 나체 촬영행위는 직접 관찰하는 것과 다를 바 없어서 피촬영자의 인격권을 중대하게 침해하지 아니하며, 공개적인 장소에 있는 때에는 피촬영자가 사진촬영의 대상이 될 수 있음을 감수한 것으로 볼 수 있다고 판단하였기 때문일 것이다.²²⁾

바. 사망한 자의 인격권을 중대하게 침해하는 영상 촬영의 범죄화

독일 연방헌법재판소는 기본법 제1조 제1항에 의하여 국가에 부과된 인간의 존엄보호 의무는 개인의 사망 이후에도 존속하지만, 이외의 개별적 기본권은 원칙적으로 생존한 사람에게만 보장되는 것이어서 국가가 사망한 자에 대하여 제2조 제1항이 규정하는 인격의 자유로운 발현권을 보호할 의무는 부담하지 않는다고 판시한다.²³⁾ 이미 살펴본 바와 같이 독일에서 일반적 인격권은 인간의 존엄과 인격의 자유로운 발현권으로부터 도출되는 기본권으로 보고 있어서, 사망한 자에 대한 일반적 인격권 보호는 생존한 사람에 대한 것보다 그 범위가 좁아질 수밖에 없다. 사망한 자에 대한 일반적 인격권의 보호는 인간의 존엄을 보호하기 위하여 반드시 필요한 범위에서만 인정될 수 있기 때문이다.

독일 예술저작권법이 규정하는, 초상의 권한 없는 배포를 처벌하는 형벌규정은 사망한 자의 초상을 권한 없이 배포하는 때에도 적용되는 것으로 보고 있다. 같은 법률 제33조 제1항에서는 피촬영자의 동의 없이 초상을 배포하거나 공개한 자를 형사처벌하도록 하고 있고 이 범죄는 친고죄로 규정되어 있는데, 피촬영자가 사망한 때에는 피촬영자의 친족에게 동의권이 있다고 규정하고 있기 때문이다. 다만 예술저작권법에 의한 초상권 보호입법만으로는 촬영행위 그 자체를 형사처벌할 수 없는 한계가 있음은 이미 살펴본 바와 같다.

2004년 독일 형법 개정을 통하여 새로 마련된 제201a조는 당초에는 사망한 자를 보호대상에 포함시키지 않았으나, 2021년 개정을 통하여 일정한 요건 하에서 사망한 자의 영상 촬영·전송행위를 형사처벌 하도록 하였다. 군중이 현장에서 사망한 사고피해자의 영상을 촬영·전송하고, 그러한 영상이 언론에 보도됨으로써 사망한 자의 인격권에 대한

22) BT-Drs. 15/2466, 4

23) BVerfG, NJW 2001, 594

중대한 침해가 야기되고 있음을 고려한 것이다.²⁴⁾

먼저 타인의 무기력한 상태를 드러내는 영상을 촬영·전송하고 그러한 행위를 통하여 피촬영자의 고도의 사적 영역을 침해한 자를 형사처벌 하도록 규정한 독일 형법 제201a 조 제1항 제2호의 적용대상에 사망한 자를 포함시켰다. 그리고 제201a조 제1항 제3호를 신설하여 사망한 자를 매우 불쾌한 형태로 드러내는 영상을 촬영·전송하는 행위를 형사처벌하는 형벌규정을 신설하였다. 매우 불쾌한 형태라는 요건은 영상의 내용이 사망한 자에게 인정되는 윤리적인 존중가치를 침해하는 것을 의미하는데, 사고를 당하여 사망한 후 출혈 상태 내지 탈의된 상태로 누워있는 자 등을 촬영하는 것이 그러한 예에 해당하며, 이러한 영상이 반드시 사망한 자의 사회적 평판을 손상시키는 것일 필요는 없는 것으로 설명되고 있다.²⁵⁾

사. 사회적 평판을 현저히 훼손할 수 있는 영상의 배포행위의 범죄화

독일 형법 제201a조 제2항은 피촬영자의 사회적 평판을 현저히 훼손할 수 있는 영상을 타인에게 접근가능하도록 하는 행위를 범죄행위로 규정함으로써, 초상권자의 자신의 초상에 대한 적극적 통제권을 보호해 주려고 하고 있다. 이 규정은 사회적 평판을 현저히 훼손할 수 있는 영상의 동의 없는 배포로 인한 인격권 침해를 방지하는 동시에 피촬영자의 사회적 평판을 훼손시킬 수 있는 영상물이 사이버모빙(Cybermobbing)에 흔히 이용되는 현실에 대응하기 위하여 마련된 것이다.²⁶⁾

애초 제출된 법률안에서는 피촬영자의 사회적 평판을 현저히 훼손할 수 있는 영상의 촬영행위와 그 결과물의 배포행위를 모두 형사처벌 할 것을 제안하였다.²⁷⁾ 그러나 실제 입법과정에서는 피촬영자의 사회적 평판을 현저히 훼손시킬 수 있는 영상이라고 하더라도 단순한 촬영행위만으로는 형사처벌의 대상이 되지 않도록 규정함으로써 형사처벌의 범위가 지나치게 넓어지는 것을 방지하고²⁸⁾, 동시에 그러한 영상을 배포하는 행위에 대하여서는 피촬영자가 사적 영역과 공적 영역 중 어느 곳에서 있었는가 내지 그러한 촬영

24) BT-Drs. 19/1594, 1

25) BT-Drs. 19/17795, 13

26) BT-Drs. 18/2601, 37

27) BT-Drs. 18/2601, 16~17

28) BT-Drs. 18/3202 (neu), 28

으로 인하여 피촬영자의 고도의 사적 영역에 대한 침해가 발생하였는가를 고려하지 않고 형사처벌 하도록 규정함으로써 피촬영자의 인격권을 충실히 보호하고자 하였다.²⁹⁾

아. 신체의 은밀한 부위의 촬영 등

2021년 신설된 독일 형법 제184k조는 외부인이 관찰할 수 없도록 가려진 타인의 성기, 엉덩이, 여성의 가슴이나 이러한 신체부위를 가리고 있는 속옷을 권한 없이 촬영·전송하는 등의 행위를 범죄행위로 규정한다. 에스컬레이터와 같은 장소에서 은밀한 신체를 촬영하는 행위가 자주 발생하고 있으며, 이러한 행위가 자신의 신체 부위를 타인의 시선으로부터 숨기려는 피해자의 노력을 무위로 만들고 부당하게 피해자의 사적 영역을 침해하게 됨에도, 기존의 형벌규정만으로는 이러한 행위를 형사처벌할 수 없음을 고려한 것이다. 2004년 마련된 제201a조가 사적 영역에 있는 자에 대한 촬영행위만을 형사처벌의 대상으로 하고 있어서 공적 영역에서 발생하는 은밀한 신체 부위에 대한 촬영행위에 대하여는 적용되지 않고, 예술저작권법은 배포행위만을 형사처벌 대상으로 하고 있을 뿐 촬영행위 자체를 범죄행위로 규정하고 있지 않아서 이러한 촬영행위를 형사처벌할 수 없었기 때문이다³⁰⁾

이 형벌규정의 주된 보호법익은 성적 자기결정권으로서, 자신의 은밀한 부위를 타인이 성적인 관찰 대상으로 하는 것을 허용할 것인지 내지 어떠한 방식으로 이를 허용할 것인지를 결정할 수 있는 권리를 보호하기 위한 것이다. 그리고 동시에 피촬영자의 초상권 내지 인격권을 보호하기 위한 것이기도 하다.³¹⁾ 애초에는 이 규정을 음성권이나 초상권 등 인격권 보호를 위한 형벌규정을 모아놓은 독일 형법 제15장에 규정하려고 하였으나, 이 규정의 주된 보호법익이 피촬영자의 성적 자기결정권임을 고려하여 성적 자기결정권을 보호하는 형벌규정을 마련해 놓은 제13장에 규정해 놓게 되었다.³²⁾

29) BT-Drs. 18/2601, 39

30) BT-Drs. 19/17795, 1

31) BT-Drs. 19/20668, 15

32) BT-Drs. 19/20668, 15

2. 미국의 입법례

가. 보호법익

미국에서 영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응은 프라이버시 보호의 관점에서 이루어진다. 독립된 권리로서의 프라이버시는 위렌과 브렌다이스의 논문을 통하여 처음 주장되고 정립된 것으로 설명되고 있으며³³⁾, 기본권으로서의 프라이버시는 미국 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 않으나 표현의 자유에 대한 절대적 보장을 규정한 수정헌법 제1조, 주거의 자유를 규정하는 수정헌법 제3조, 압수·수색에 있어서 사전영장주의 원칙을 선언한 수정헌법 제4조 등을 근거로 기본권으로 인정하고 있다.³⁴⁾

미국 헌법에 규정된 권리장전은 역사적으로 국가의 적극적 개입을 요구하기 위한 권리로서가 아니라 국가의 간섭과 침입으로부터 국민을 보호하기 위한 방어권으로서 발전하여 왔으며, 기본권으로서의 프라이버시 역시 동일한 맥락 하에서 국가의 간섭과 통제로부터 사인의 사적 영역을 보호하는 소극적 방어권으로 이해되고 있고, 법실무적으로도 프라이버시는 대체로 소극적 방어권으로서 자리매김하고 있는것으로 보인다.³⁵⁾ 영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응에 있어서도 정보주체의 개인정보에 대한 적극적 통제권 보호가 아니라, 외부의 간섭에 대한 사적 영역의 보호가 주로 문제되고 있다. 즉 피촬영자의 동의 없는 영상 배포행위가 아니라, 프라이버시를 침해하는 촬영행위가 주로 형사처벌의 대상이 되고 있는 것이다.

33) Samuel D. Warren et al., The Right To Privacy, 4 Harv. L. REV. 193 (1890)

34) Daniel. J. Solove et. al., Information Privacy Law, 34 (6th. ed., 2018)

35) 미국 학자들은 프라이버시의 적극적 권리로서의 성격을 강조한다. 위렌과 브렌다이스 논문에서 이미 정보주체의 개인정보에 대한 통제권을 프라이버시의 핵심적 내용으로 보아야 한다는 주장이 제기된 바 있으며(Samuel D. Warren et al., op. cit., 196), 이후에도 정보주체의 개인정보에 대한 적극적 통제권을 프라이버시의 보호범위에 포함시키려는 주장이 다수 제기되고 있다. 프라이버시는 언제 어떻게 어느 범위에서 자신에 관한 정보를 타인에게 전달할 것인지를 결정할 수 있는 권리라는 주장(예를 들어 Alan Westin, Privacy and Freedom, Ig Publishing, 1967, 5), 프라이버시의 충실한 보호를 위하여서는 단순히 타인의 마음에 우리에게 관한 정보가 부재하는 것으로는 부족하고 우리가 우리 자신의 정보에 관하여 통제권을 행사할 수 있어야 한다는 주장(Charles Fried, Privacy, 77 Yale L.J. 475, 435 (1968)) 등이 프라이버시에 대하여 적극적 통제권으로서의 성격을 부여하려는 대표적인 시도에 해당한다. 그러나 법실무적으로는 이러한 주장이 널리 받아들여지고 있지 아니한 것으로 보인다. 이에 대하여서는 James Q. Whitman, The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty, 113 Yale L.J. 1151, 1161ff. (2004) 참조.

외부의 부당한 침입이나 간섭으로부터 보호되어야 하는 사적 영역 여부를 판단함에 있어서는 미국 연방대법원이 정립한 합리적 기대 원칙(Reasonable Expectation Doctrine)이 결정적인 역할을 수행한다.³⁶⁾ 이 원칙에 의한다면 주관적으로 프라이버시가 보호될 것을 기대하였고 그러한 기대가 객관적이고 사회적인 관점에서 판단할 때 합리적인 것으로 인정되는 때에만 프라이버시에 대한 헌법적 보호가 이루어질 수 있다고 본다. 따라서 예를 들어 공공장소에서 어떠한 대상을 노출시키거나 어떠한 행위를 하였고 일반인이 일상적인 방법으로 이를 관찰할 수 있었던 경우, 그러한 대상이나 행위에 대하여 프라이버시 보호를 주장할 수 없다고 보고 있다. 그러한 대상, 그러한 행위를 외부에 공개하지 않으려는 주관적 의사를 인정할 수 없고, 설령 행위자에게 그러한 주관적 의사가 존재하였다고 하더라도 그러한 상황에서 프라이버시가 보호될 것으로 기대하는 것은 객관적으로 판단할 때 합리적이지 않기 때문이다.³⁷⁾

나. 합리적 기대 원칙에 근거한, 사적 신체부위 촬영행위의 제한적인 범죄화

프라이버시의 보호범위에 관한 합리적 기대 원칙은 미국에서 영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응수단을 마련함에 있어서도 결정적인 영향을 미치고 있다. 대표적으로 미국의 비디오관음금지법(The Video Voyeurism Prevention Act of 2004)은 노출되거나 속옷으로 가려진 성기, 음부, 둔부 등 타인의 신체 부위를 피촬영자의 동의 없이 촬영하였고 피촬영자가 프라이버시 보호에 대한 합리적 기대를 갖고 있었던 경우, 촬영자를 형사처벌 하도록 하고 있다.³⁸⁾ 이 형벌규정은 기술발전과 더불어 카메라가 소형화되고 그것을 이용한 일반인, 학생, 아동 등의 프라이버시를 침해하는 촬영이 증가하는 현실에 대응하기 위한 것으로서, 예컨대 학교의 라커룸, 탈의실 등에 있는 사람을 불법촬영하는 행위를 처벌하기 위하여 마련된 것이다.³⁹⁾

36) 이 원칙은 연방대법원이 기본권으로서 프라이버시 보호범위를 판단하는 기준으로 발전시킨 것이지만, 사법적 권리로서의 프라이버시의 보호범위를 판단함에 있어서도 중요한 역할을 수행하고 있다. Victoria Schwartz, Overcoming the Public-Private Divide in Privacy Law, 67 Hastings L.J. 143 (2015) 참조

37) Katz v. U.S., 389 U.S. 347, 361ff. (1967)

38) 18 U.S. Code § 1801

39) House Report No. 108-504, May 20, 2004, 2

이 형벌규정은 프라이버시 보호에 대한 합리적 기대를 구성요건으로 하고 있어서, 공적 영역에서 이루어지는 촬영행위에 대하여서는 원칙적으로 이를 적용할 수 없다. 공적 장소에서 이루어지는 활동은 외부인의 일상적인 관찰(plain view)에 노출되어 있기 때문에, 그러한 행위자에게 프라이버시 보호에 대한 객관적, 합리적 기대를 인정할 수 없기 때문이다.⁴⁰⁾ 미국 법원은 오늘날의 사진기술의 발전에 비추어 집 밖으로 나설 때에는 미디어에 의하여 촬영될 위험이 있음을 감수하여야 하며, 외부적 일상생활에 참여함으로써 프라이버시를 포기한 것으로 볼 수 있다고 판시하기도 하였다.⁴¹⁾ 주에 따라서는 여성의 치마 속을 카메라를 이용하여 촬영하는 행위(upsirting)과 같이 우리나라에서라면 당연히 형사처벌의 대상이 되는 행위에 대하여서도 그러한 촬영이 피촬영자가 프라이버시 보호를 합리적으로 기대할 수 없는 상태에서 이루어졌다면 형사처벌의 대상이 되지 않도록 하고 있다.⁴²⁾

미국에는 사망한 자에 대한 영상 촬영을 금지하는 형벌규정도 마련되어 있지 않은 것으로 보인다. 미국 등 커먼로 전통을 따르는 국가에서는 사자의 명예와 프라이버시는 보호되지 않는다고 보고 있기 때문이다. 사망한 이후에는 더 이상 해악을 받지 않게 된다는 데에 근거한다. 나아가 명예나 프라이버시는 개인적인 관심사로서 상속되지도 않아서 유족 등이 사자의 프라이버시 침해를 주장할 수도 없다고 본다.⁴³⁾ 가족이나 친지 등에게 그들 본인의 프라이버시 보호를 위하여 사자의 사진이나 영상 등에 대하여 통제권을 행사할 수 있도록 할 것인가는 별개의 문제이다. 다만 이러한 논의는 민사법 영역에서 이루어지고 있는 것이며, 미국에서 사자에 대한 영상 촬영·배포 등의 행위를 형사처벌하는 규정은 마련되어 있지 않은 것으로 보인다.

40) Katz v. U.S., 389 U.S. 347, 361

41) Samantha Barbas, Saving Privacy From History, 61 DePaul L. Rev. 973, 999ff (2012)

42) Jeffrey T. Marvin, Without A Bright-Line On The Green Line: How Commonwealth V. Robertson Failed To Criminalize Upskirt Photography, 50 New Eng. L. Rev. 119, 124ff (2015)

43) Bo Zhao, Legal Cases On Posthumous Reputation And Posthumous Privacy: History Censorship, Law, Politics And Culture, 42 Syracuse J. Int'l. L. & Com. 39, 57, (2014)

다. 유포행위에 대한 소극적 규제

(1) 제3자가 적법하게 보유한 초상의 배포에 대한 프라이버시 보호의 원칙적 부정

독일에서 공적 장소에서 이루어지는 일상생활 모습에 대한 촬영행위를 일반적으로 허용해주면서도 그러한 촬영의 결과물을 배포하는 행위를 예술저작권법에 의하여 원칙적으로 형사처벌 대상으로 하고 있는 것과는 다르게, 미국에서는 적법하게 촬영한 영상물의 동의 없는 배포행위를 원칙적으로 형사처벌하고 있지 않다. 프라이버시를 침해하지 않고 영상 등을 촬영한 경우, 그 결과물을 배포하는 행위에 의하여서도 프라이버시가 침해될 여지가 없다고 보고 있기 때문일 것이다. 이와 같은 입법적 태도는 심지어 리벤지 포르노의 배포에 대하여서도 그대로 적용되기도 한다. 예컨대 미국의 일부 주에서는 나체 내지 성행위 모습을 촬영한 영상을 피촬영자의 동의 없이 배포하는 행위를 형사처벌하면서도, 애초 영상이 프라이버시 보호에 대한 합리적 기대를 인정할 수 없는 상태에서 촬영된 때에는 당해 형벌규정이 적용되지 않도록 규정하고 있다.⁴⁴⁾

본인의 영상물을 자발적으로 제3자에게 제공한 경우, 영상물을 제공받은 자가 이를 임의로 배포하는 행위가 피촬영자의 프라이버시를 침해하는가의 문제는 합리적 기대 원칙을 구체화 시킨 제3자 원칙(Third Party Doctrine)을 적용하여 판단하게 된다. 제3자 원칙은 정보주체가 제3자에게 자발적으로 제공한 정보에 대하여서는 그것이 외부로 유출되지 않을 것이라고 합리적으로 기대할 수 없고, 프라이버시 보호를 주장할 수도 없다는 것이다.⁴⁵⁾ 미국 연방대법원은 일단 정보주체가 제3자에게 자발적으로 정보를 제공하였다면 설령 정보 제공 당시 그 정보가 특정한 목적을 위하여서만 사용될 것으로 전제하였고 제3자에 대한 신뢰가 지켜질 것이라고 믿었던 때에도 그와 같은 정보에 대하여서는 프라이버시 보호를 주장할 수 없다고 판시한다.⁴⁶⁾

제3자 원칙을 적용하여 판단한다면 예컨대 본인의 나체나 성행위 모습 등을 촬영한 영상을 제3자에게 자발적으로 제공한 경우, 피촬영자는 그러한 영상에 대하여 프라이버시 보호를 주장할 수 없게 될 것이다. 즉 자발적으로 제3자에게 나체 영상 등을 제공하였다면, 그가 제공받은 영상을 외부로 배포하여도 프라이버시 침해가 없다고 보게 되는

44) 예를 들어 13 V.S.A. § 2606(d)(1)

45) U.S. v. Miller, 425 U.S. 435, 442f. (1976)

46) United States v. Miller, 425 U.S. 435, 443 (1976)

것이다. 제3자가 적법하게 취득한 나체 영상 등을 피촬영자의 동의 없이 배포하는 행위를 형사처벌하기 위하여서는 제3자 원칙의 적용을 배제시켜야 한다. 미국 일부 주에서는 리벤지 포르노 배포행위를 형사처벌하는 형벌규정을 제정하면서, 동시에 “전자기기에 의하여 이미지를 제3자에게 전송하였다는 사실만으로 전송자가 갖고 있는 프라이버시 보호에 대한 합리적 기대가 부인되는 것은 아니다”라고 규정함으로써⁴⁷⁾, 명문의 규정을 통하여 제3자 원칙의 적용가능성을 배제시키고 있기도 하다. 이와 같이 명문으로 제3자 원칙 배제를 규정하지 아니한 주에서는 여전히 미국 연방대법원이 정립한 제3자 원칙에 의하여 리벤지 포르노 배포행위가 형사처벌의 대상이 되기 어려울 것이다.

(2) 표현의 자유의 절대적 보호

미국에서 영상물 배포행위에 대한 형법적 규제가 소극적으로 이루어지는 또 다른 이유는 미국 수정헌법 제1조가 표현의 자유를 법률로써도 제한할 수 없는 절대적 기본권으로 규정하고 있다는 데에서 찾을 수 있다. 미국 연방대법원은 표현의 자유를 제한하는 법률의 위헌 여부를 심사하면서 표현물의 내용을 규제하는 법률과 내용과 무관하게 표현 시기나 표현방법 등을 규제하는 법률을 구별하여 각각 서로 다른 기준을 적용하고 있는데, 전자에 해당하는 법률이 합헌으로 판단되려면 훨씬 더 엄격한 기준을 충족하여야 한다고 보고 있다.⁴⁸⁾

타인의 초상이나 삶의 모습 등을 담은 영상 배포행위를 형사처벌하는 법률을 제정하게 된다면 이것은 국가가 내용적 심사를 통하여 표현의 자유를 제한하는 법률을 제정하는 것에 해당하게 된다. 그런데 미국 연방대법원은 수정헌법 제1조를 고려할 때 표현의 자유에 대한 내용적 규제가 원칙적으로 불허된다고 판시한다. 국가는 표현에 담겨있는 메시지, 아이디어, 표현이 다루는 주제, 표현의 구체적 내용 등을 근거로 하여 의사표현의 자유를 제한할 아무런 권한을 보유하고 있지 않다는 것이다.⁴⁹⁾ 다만 이와 같은 원칙적 선언에도 불구하고 실질적으로 미국 연방대법원은 지극히 예외적인 사안에 있어서 표현의 자유를 내용적으로 제한하는 법률이 합헌으로 인정받을 수 있다고 보고 있다.

47) ARIZ. REV. STAT. ANN. §§ 13-1425(A)(2)

48) Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781, 789ff. (1989)

49) Police Dep't of Chicago v. Mosley, 408 U.S. 92, 95 (1972).

먼저 미국 연방대법원은 위법행위에 대한 선동, 음란한 표현, 명예훼손, 다른 범죄를 유발하는 표현, 투쟁적 언사, 아동 포르노 등 역사적으로 형성된 지극히 예외적인 범주에 속하는 때에는 표현의 자유에 대한 내용적 제한이 허용된다고 판시하고 있다.⁵⁰⁾ 그런데 타인의 생활모습이나 초상 등을 담은 영상물은 표현의 자유를 내용적으로 제한할 수 있는 역사적으로 형성된 범주에 속하지 않는다. 게다가 미국 연방대법원은 입법자가 표현의 자유를 제한할 수 있는 새로운 범주를 창설할 수 없다고 보고 있어서⁵¹⁾, 입법을 통하여 사회구성원의 프라이버시나 초상권 보호를 위한 표현의 자유에 대한 새로운 내용적 규제 범주를 창설할 수도 없다.

미국 연방대법원은 역사적으로 형성된 예외적 범주에 속하지 아니하는 표현에 대하여서도 그 내용을 고려하여 표현행위를 제한하거나 형사처벌의 대상으로 할 수는 있으나, 그러한 법률의 합헌으로 판단하려면 엄격심사(strict scrutiny)를 통과하여야 한다고 판시한다.⁵²⁾ 어느 법률이 엄격심사를 거쳐 합헌으로 판단되기 위하여서는 그것이 필요불가결한 정부 이익을 보호하기 위한 것이어야 하고, 그러한 목적 달성을 위하여 과다하지도 과소하지도 않게 적절히 형성된 것임이 입증되어야 한다.⁵³⁾

형벌규정은 해악을 방지하기 위한 것이다. 따라서 타인의 생활모습이나 초상 등을 담은 영상의 배포행위를 형사처벌하는 법률이 합헌으로 인정될 수 있으려면, 그러한 법률을 제정하여 초상권이나 프라이버시 등을 침해하는 영상의 배포로 인하여 발생할 수 있는 해악을 예방하는 것이 필요불가결한 정부의 이익에 해당함이 입증되어야 한다. 나아가 타인의 생활모습이나 초상 등을 담은 영상을 동의 없이 배포함으로써 발생하는 해악이 확정적인 것이고, 법률로서 예방할 필요가 있는 성질의 것이며, 법률을 통하여 그러한 해악을 직접적이고 실체적으로 예방할 수 있다는 사실도 입증되어야 한다.⁵⁴⁾ 그런데 프라이버시 보호에 대한 합리적 기대가 부인되는 영역에 있는 사람을 촬영한 영상을 배포하는 때에는 피촬영자의 프라이버시 보호의 필요성이 부정되고, 당해 형벌규정을 통하여 예방하고자 하는 해악이 존재한다고 보기도 곤란하며, 그 논리적 귀결로서 입법을 통하

50) U.S. v. Alvarez, 567 U.S. 709, 717 (2012)

51) Brown v. Entertainment Merchants Ass'n, 564 U.S. 786, 791 (2011)

52) U.S. v. Alvarez, U.S. v. Alvarez, 567 U.S. 709, 717 (2012)

53) Stephen A. Siegel, The Origin of the Compelling State. Interest Test and Strict Scrutiny, 48 Am. J. Legal Hist. 355, 358 (2006)

54) Turner Broadcasting System, Inc. v. F.C.C., 512 U.S. 622, 664ff. (1994) 참조

여 달성하고자 하는 필요불가결한 정부 이익도 존재할 수 없게 된다.

적법하게 취득한 영상을 타인에게 배포하는 행위가 피촬영자에게 어느 정도의 해악을 발생시킨다고 하더라도, 그러한 해악을 예방하기 위하여 배포행위를 형사처벌하는 것이 정당화될 수 있는가의 문제는 별도로 검토해 보아야 한다. 영상의 동의 없는 배포로 인하여 발생할 수 있는 해악으로는 피촬영자에게 발생할 수 있는 당황, 수치심, 감정적·정서적 고통이나 영상을 접한 사람들이 피촬영자에게 가할 수 있는 사회적·경제적 불이익 등을 들 수 있다. 그런데 미국 연방대법원은 불쾌감을 유발한다거나 고통을 주는 것과 같이 정신적 피해를 야기할 수 있다는 사유가 표현의 자유를 제한할 수 있는 정당한 사유에 해당하지 않는다고 명시적으로 판시하였다.⁵⁵⁾ 게다가 그러한 영상으로 인하여 피촬영자에게 어떠한 사회적·경제적 불이익이 발생한다고 하더라도 곧 그러한 사태가 발생하지 않도록 하는 것이 정부의 필요불가결한 이익에 해당한다는 결론을 도출해낼 수도 없다. 예컨대 피고용자의 나체사진이 유포되고 있음을 알게 된 고용주가 그를 해고한다고 하여도 그것이 나체사진을 촬영하는 것과 같은 행동을 하는 사람이 피고용자로서 적합하지 않다는 판단에 근거한 것이라면, 사회적으로 볼 때 그러한 해고를 부당한 것으로 볼 수도 없는 것이다.⁵⁶⁾

미국에서는 표현의 자유에 대한 우선적 보호로 인하여 아직까지 피촬영자에게 가장 중대한 해악을 주는 리벤지 포르노 배포행위에 대하여서도 이를 형사처벌하는 연방법률이 마련되어 있지 않고, 각 주 정부가 그러한 행위를 형사처벌하는 법률을 제정함에 있어서도 어려움을 겪고 있다. 다수의 주에서는 리벤지 포르노 배포행위를 처벌하는 형벌 규정을 마련함에 있어서 표현의 자유 제한으로 인한 위헌 시비를 피해 가기 위하여, 배포행위가 피해자에게 중대한 정신적 피해를 준다는 사정 이외에 예를 들어 그러한 영상이 음란물에 해당하여야 한다거나 괴롭힘의 수단으로 배포되어야 한다는 등의 추가적 요건을 마련해 놓고 있다.⁵⁷⁾ 즉 리벤지 포르노의 배포행위를 영상물 배포행위 그 자체로서 범죄행위로 보아 처벌하는 것이 아니라 음란물 배포나 괴롭힘의 한 유형으로 보아 형사처벌 하려고 하고 있는 것이다.

중대한 성적 자기결정권의 침해에 해당하고 피해자에게 중대한 피해를 야기할 수 있

55) John A. Humbach, The Constitution and Revenge Porn, 35 Pace L. Rev. 215, 233 (2014)

56) Ibid., 228

57) Roni Rosenberg et. al., Reconceptualizing Revenge Porn, 63 Ariz. L. Rev. 199, 202ff. (2021)

는 리벤지 포르노 배포를 처벌하는 형벌규정의 제정도 표현의 자유 보장을 위하여 쉽게 이루어지지 못하고 있는 현실에 비춰 본다면, 미국에서 단순한 초상이나 일상적인 생활 모습을 담은 영상물의 동의 없는 배포행위를 처벌하는 형벌규정이 제정될 여지는 거의 없을 것으로 보인다.

라. 유아, 아동, 청소년의 나체 모습의 촬영

미국 연방대법원은 2008년 U. S. vs Michael Williams 판결⁵⁸⁾을 통하여 아동 포르노를 표현의 자유를 절대적 기본권으로 보호하는 수정헌법 제1조의 예외로 설정하였고, 이후 아동 포르노 제작·배포 등을 엄격하게 형사처벌하고 있다. 미국 연방법률은 18세 이하인 자의 명시적 성적 행위에 대한 시각적 묘사를 아동 포르노로 정의하고 있는데⁵⁹⁾, 법률의 명시적 성적 행위에 대한 정의는 매우 포괄적이어서⁶⁰⁾, 예를 들어 아동의 나체사진도 그것이 성적인 의미를 가진 것으로 해석될 수 있으면 이에 해당하는 것으로 보고 있다. 그런데 이와 같은 형사처벌 규정은 아동이나 청소년 등의 신체적, 정신적 안녕을 보호하기 위한 것이어서⁶¹⁾, 이를 초상권이나 프라이버시 보호를 위한 형벌규정으로 분류하는 것은 적절하지 않을 것이다.

Ⅲ. 우리나라의 입법적 대응방향

1. 영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응방향

우리나라의 영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응방향을 설정함에 있어서는 우리 사회에 형성되어 있는 헌법적 가치질서의 규범적 측면과 영상촬영 및 배포에 관한 사회의 일반적 관행이라는 사실적 측면이 모두 고려되어야 한다. 먼저 전자와 관련하여 본다

58) U.S. v. Williams, 553 U.S. 285 (2008)

59) 18 U.S. Code § 2256 (5)

60) 18 U.S. Code § 2256 (2) (B)

61) New York v. Ferber, 458 U.S. 747, 756 (1982)

면, 우리나라 헌법재판소는 인간의 존엄과 가치로부터 일반적 인격권이 도출되고, 초상권은 일반적 인격권이 구체화 된 권리로서 헌법이 보장하는 기본권에 해당한다는 점을 명백히 하였다.⁶²⁾ 그리고 헌법 제17조는 명문으로 사생활의 비밀과 자유를 기본권으로 규정하고 있다. 즉 우리나라에서 영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응방향을 설정함에 있어서는 인격권, 사생활의 비밀과 자유 내지 프라이버시 중 어느 것을 기준으로 하는가에 따라서 입법적 대응방향이 상당히 다르게 설정될 수 있을 것이다.

그런데 우리나라 헌법 해석에 있어서는 인간의 존엄과 가치의 보장과 “인간의 본질이며 고유한 가치”로서의 인격권 보호가 서로 불가분적으로 결합된 것으로 보고 있고, 양자를 보호하는 것이 “모든 기본권을 보장하는 중국적 목적”에 해당한다고 보고 있어 왔음을 고려한다면⁶³⁾, 영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응에 있어서도 미국에서와 같은 사적 생활영역 내지 프라이버시 보호의 관점이 아니라 인간의 존엄 내지 그것으로부터 도출되는 인격권 보호의 시각에서 접근하는 것이 타당할 것이다. 일반적 인격권으로부터 도출되는 명예권에 대하여 이를 “사회적 대화의 장에서 소외되지 않도록 우리의 실존을 지켜주는 핵심적 권리”로 보아 형법의 명예훼손죄를 통하여 매우 높은 수준으로 보호하고 있어 왔으며⁶⁴⁾, 또 다른 개별적 인격권에 해당하는 개인정보 자기결정권을 보호하기 위하여 개인정보보호법에서 개인정보 침해행위를 광범위하게 형사처벌의 대상으로 하고 있음을 고려할 때에도, 영상물로 인한 인격권 침해에 대한 형법적 대응 역시 엄중하게 이루어질 필요가 있을 것이다.

이와 같이 영상물로 인한 침해로부터 피촬영자의 인격권이나 초상권 보호를 위하여 엄중한 형법적 대응이 요구된다는 점을 고려한다면, 오늘날 우리나라에서 미국의 입법례와 매우 유사하게 대부분의 영상 촬영·배포행위를 형사처벌의 대상으로 하고 있지 않은 것은 문제이며, 입법적 보완이 필요할 것으로 생각된다. 우리나라 헌법이 인간의 존엄을 헌법이념의 핵심인 동시에 가장 중요한 개별적 기본권으로 규정해 놓고 있으며⁶⁵⁾, 헌법

62) 헌법재판소 2018. 5. 31. 선고 2016헌마626 전원재판부; 다만 이 판결에서 초상권을 “사람은 자신의 의사에 반하여 얼굴을 비롯하여 일반적으로 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영당하지 아니할 권리”로 판시한 것은 적절하지 않다. 초상권을 기본권으로 보호하는 이유는 그것이 사람의 신체적 특징을 표현한 것이어서가 아니라 피촬영자의 인격적 발현물에 해당한다는 점을 고려한 것이기 때문이다.

63) 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 전원재판부

64) 헌법재판소 2021. 2. 25. 선고 2017헌마1113, 2018헌마330(병합) 전원재판부

제21조 제4항에서 표현의 자유에 대한 타인의 명예나 권리, 공중도덕, 사회윤리에 의한 제한가능성을 명시해 놓고 있음을 고려할 때에도, 인간의 존엄을 헌법에 규정해 놓고 있지 않고 표현의 자유를 절대적 기본권으로 보장해 주는 미국 헌법의 가치질서에 기초하여 형성된 입법방식을 따르는 것은 적절하지 않을 것이다.

다만 초상권이 일반적 인격권을 구체화한 기본권으로서 높은 수준으로 보호될 필요가 있다는 사정만으로 곧 초상권을 제한하거나 침해하는 행위를 포괄적으로 범죄행위로 규정하여야 한다는 결론이 도출되는 것은 아니다. 특히 공적 영역에서 이루어지는 영상 촬영·배포행위에 대한 형법적 대응의 필요성을 검토함에 있어서는 표현의 자유 보장과의 관계에 대한 검토가 필요하다. 나아가 오늘날 인간의 생명, 신체에 대한 형법적 보호가 보편적으로 이루어지고 있는 것과는 다르게, 개별적 인격권으로 분류되는 기본권에 대하여서는 국가마다 그것에 대한 형법적 보호범위가 매우 다르게 설정되어 있다는 점도 고려해야 한다.

초상권 등 개별적 인격권으로 분류되는 기본권을 제한하거나 침해하는 행위를 범죄행위로 규정할 것인가를 판단함에 있어서는, 역사적으로 형성되었고 사회적으로 상당한 행위를 범죄행위에서 배제하려고 하는 사회적 상당성 이론⁶⁵⁾이 적용될 여지가 넓게 인정되는 것으로 보아야 한다. 그런데 지금까지 우리나라에서는 공적 영역에서 이루어지는 타인의 일상적 생활모습에 대한 영상 촬영이나 소셜미디어 등을 이용한 그 결과물의 배포·공유 등이 무수히 많이 이루어지고 있어 왔음에도 이에 대하여 별다른 법적 규제가 이루어지지 않고 있어 왔다. 이와 같은 사정을 고려한다면, 우리나라에서는 적어도 공적 영역에 있어서는 피촬영자의 초상권보다 촬영자의 표현의 자유를 보다 우선하는 형태로 가치질서를 형성해 왔다고 보거나, 그러한 문제를 국가 공권력에 의하여서 아니라 사회 내에서 자율적으로 해결하는 방향으로 발전하여 왔다고 볼 수도 있다.

게다가 공적 영역에서 이루어지는 영상 촬영·배포는 아래에서 다시 살피는 바와 같이 근본적으로 불특정 다수인에게 공개된 사실을 기록하거나 그 결과물을 타인에게 전달하는 행위와 다를 바 없어서, 그 자체만으로는 인격권을 현저하게 침해하는 행위에 해당하

65) 헌법재판소 2016. 12. 29.자 2013헌마142

66) Felix Ruppert, Die Sozialadäquanz im Strafrecht - Rechtsfigur oder Mythos?, Duncker & Humblot, 2020, 121ff.

지 않는다는 점도 고려할 필요가 있을 것이다.

2. 사적 영역에서 이루어지는 생활모습의 촬영·배포행위

현재 우리나라에서는 사적 영역에서 이루어지는 사생활에 대한 촬영행위를 형사처벌하는 일반적 형벌규정이 마련되어 있지 않다. 그러나 인격권 보호의 관점에서 볼 때 개인의 내밀한 영역에서 이루어지는 생활모습이 자신의 동의 없이 기록되는 것을 방지할 필요성이 있으며, 사생활의 비밀과 자유 보호의 관점에서 볼 때에도 외부인의 간섭으로부터 자유로운 사적 공간에 대한 충분한 보호가 필요하다는 점을 고려한다면, 외부에 공개되지 아니한 사적 영역에서 이루어지는 생활 모습에 대한 촬영·배포행위를 형사처벌하는 일반적 형벌규정을 마련할 필요가 있을 것이다.

이와 같은 형벌규정을 마련함에 있어서는, 촬영의 대상이 되는 생활모습이 성적 행위와 관련되어 있는가 내지 피촬영자의 인격권에 대한 중대한 침해에 해당하는가 등을 고려함 없이 사적 영역에서 이루어지는 생활모습의 촬영·배포 그 자체를 형사처벌의 대상이 되는 범죄행위로 규정함이 타당할 것이다.

3. 공적 영역에서 이루어지는 일상적 생활모습의 촬영·배포행위

일반적 인격권은 자신의 인격적 표현물에 대한 통제권을 포함하는 적극적 권리이고, 인간의 존엄으로부터 도출되는 기본권으로서, 공적 영역과 사적 영역의 구별과 무관하게 존중되고 보호되어야 한다. 그렇다면 공적 영역에 이루어지는 동의 없는 영상 촬영행위나 촬영 결과물의 동의 없는 배포행위에 대하여서도 일정한 요건 하에서 형법적 대응이 이루어질 필요가 있다. 다만 불특정·다수인이 공유하는 공간으로서의 공적 영역의 특수성에 비추어, 동의 없는 모든 촬영·배포행위를 범죄행위로 규정하는 것은 적절하지 않을 것이다.

개인의 자기결정권 행사와 자기책임은 불가분적으로 결합된다. 개인의 자기결정권의 행사는 존중되어야 하지만, 자기결정권의 실현과정이 공적 영역에서 이루어지는 때에는 그러한 기본권 행사자는 타인과의 공동생활로 인하여 부과되는 당연한 제약을 감수하여

야 한다. 공적 영역으로 나아가는 것은 타인의 시선에 자신을 드러내는 인격적 표현행위인 동시에 자신의 행위에 대한 타인의 해석을 감수하는 자기결정권의 행사행위로서, 공적 영역에서 자신을 드러내기로 결심하고 이를 실행하면서도 타인에게 자신의 생활모습을 관찰하지 않을 것을 요구하거나 긍정적이던 부정적이던 자신의 생활모습을 평가하지 말 것을 요구하는 것은 자기모순이고, 그러한 요구를 인격권에 대한 형법적 보호범위로 포섭할 수는 없다.

공적 영역에서 타인의 생활모습을 평이한 시선으로 바라보거나 관찰하는 행위는 피관찰자의 인격권을 침해하는 행위에 해당하지 않으며, 그러한 관찰행위를 형사처벌의 대상으로 할 수 없음은 의문의 여지가 없다. 나아가 공적 영역에서 이루어지는 일상적 생활모습을 피촬영자의 동의 없이 영상물로 기록하고 저장하는 행위 역시 형사처벌의 대상에서 배제함이 타당하다. 타인에 대한 동의 없는 촬영행위가 - 자신의 인격적 표현을 기록하고 보존할 것인가의 여부를 결정할 수 있는 권리로서의 - 피촬영자의 인격권을 제한하는 것은 사실이지만, 그러한 제한은 공동생활 과정에서 감수하여야 하는 범위 내의 것으로 보아야 한다. 나아가 우리나라에서 지금까지 타인의 생활모습을 문자나 그림 등을 이용하여 기록하는 행위에 대하여 아무런 제한을 가하지 않고 있어 왔으며, 현실적으로도 그러한 기록행위를 법적으로 규제하는 것이 불가능하다는 점도 함께 고려할 필요가 있다.

문자나 그림 등과 비교할 때 영상 촬영이 피촬영자의 생활모습을 매우 객관적이고 사실적으로 기록하고 보존할 수 있도록 한다는 점은 분명하지만, 답을 수 있는 정보의 양적 차이가 문자나 그림과는 달리 영상에 의한 기록을 형사처벌의 대상으로 하여야 한다는 주장의 규범적 근거가 될 수는 없다. 형법적 대응에 있어서 문자나 그림에 의한 기록과 영상 촬영을 구별하여야 하는가의 문제는 그것을 통하여 어느 정도의 정보가 기록되는가의 양적 차이가 아니라, 영상의 촬영으로 인하여 피촬영자의 인격권이나 여타의 기본권이 부당하게 침해되는가에 의하여 결정되어야 한다.

문자나 그림에 의한 기록에 있어서는 기록자의 주관적 판단이 매우 높은 수준으로 개입되는 것과는 달리 영상 촬영은 피촬영자의 생활모습을 있는 그대로 저장하게 되므로, 형법적 대응에 있어서 양자 사이에 차이를 두어야 한다는 반론도 제기될 수 있을 것이다. 그러나 설령 이러한 반론이 어느 정도 타당하다고 하더라도, 지금까지 우리나라에서 공

개된 인격적 표현에 대한 단순한 기록행위를 형사처벌하지 아니하여 왔음을 고려한다면, 공개된 일상적 생활모습을 촬영하는 행위 역시 형사처벌의 대상에서 배제함이 타당할 것이다. 예를 들어 인격권이 구체화 된 또 다른 권리인 개인정보 자기결정권에 있어서 공개한 개인정보를 정보주체의 동의 없이 수집하거나 처리하는 행위가 허용되고 있으며⁶⁷⁾, 인격권의 한 유형인 음성권과 관련하여 볼 때에도 통신비밀보호법이 공개된 대화를 대화 주체의 동의 없이 녹음하는 것을 허용하고 있다. 동일한 논리에서, 공개된 장소에서 촬영된 - 인격권이나 성적 자기결정권 등을 중대하게 침해하지 않는 - 타인의 일상 생활의 모습을 담은 영상의 동의 없는 단순한 배포행위 역시 형사처벌 대상에서 배제함이 타당할 것이다.

4. 피촬영자의 인격권 등을 중대하게 침해하는 영상물의 촬영·배포행위

공적 영역에서 촬영된 영상일지라도 그것이 불특정 다수인에게 널리 퍼지게 되면 피촬영자의 인격권 등에 중대한 침해가 야기될 수 있는 경우는 달리 볼 필요가 있다. 독일의 관련 입법과정에서 논의된 바와 같이 폭력사건이나 교통사고 등으로 심각한 부상을 입은 피해자의 사진이 인터넷에 널리 퍼지게 된다면 사후적으로 계속하여 피촬영자의 인격권에 대한 심각한 침해가 발생할 우려가 있으므로, 이와 같이 인격권을 중대하게 침해하는 영상의 촬영행위나 그러한 촬영의 결과물을 배포하는 행위에 대하여서는 엄중한 형법적 대응이 필요할 것이다.

관련하여, 사고, 범죄 등으로 사망한 자의 모습에 대한 촬영·유포행위를 형사처벌의 대상으로 할 것인지도 논의해 보아야 한다. 우리나라 형법은 사자에 대한 허위사실적시 명예훼손을 처벌하고 있으며, 헌법재판소나 대법원은 사망한 자 역시 인격적 가치의 중대한 왜곡으로 보호되어야 함을 선언한 바 있다.⁶⁸⁾ 이러한 형법의 실정법 규정이나 헌법재판소 내지 대법원의 판시에 비추어 본다면, 우리나라에서도 사자의 인격적 가치를 중대하게 침해하는 영상의 촬영·배포행위를 형사처벌할 필요가 있을 것이다.

67) 대법원 2016. 8. 17. 선고 2014다235080

68) 헌법재판소 2010. 10. 28. 선고 2007헌가23 전원재판부; 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007도8564

5. 외부의 평이한 시선에 노출되어 있는 신체부위의 촬영·배포행위

이미 살펴본 바와 같이 공적 영역에서 이루어지는, 피촬영자의 인격권 등을 중대하게 침해하지 않는 일상적 생활모습의 촬영·배포행위를 형사처벌의 대상으로 하는 것은 적절하지 않다. 그런데 공적 영역에서 피촬영자가 본인의 자율적 결정에 따라 외부로 드러낸 생활모습을 촬영하는 행위를 피촬영자의 인격권 이외의 또 다른 기본권을 침해함을 근거로 범죄로 보아 형사처벌하는 것이 타당한가?

대법원은 공적 영역에서 레깅스를 입고 있는 모습을 촬영하는 행위를 카메라등이용촬영죄로 유죄판결함으로써 피촬영자가 의지적으로 드러낸 생활모습을 촬영하는 행위를 형사처벌하였다. 대법원은 그 근거로서 당해 형벌규정이 “인격적인 피해자의 성적 자유와 함부로 촬영당하지 아니할 자유를 보호하기 위한 것”이고 “이때 ‘성적 자유’는 소극적으로 자기 의사에 반하여 성적 대상화가 되지 않을 자유를 의미”한다고 판시하였다.⁶⁹⁾

일단 레깅스를 입고 있는 신체 부위가 “성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체”에 해당함을 전제로 하고 본다면, 카메라등이용촬영죄가 개인에 대하여 소극적인 의미에서의 성적 자유를 보호해주기 위한 형벌규정에 해당하는 것은 맞지만, 그러한 사실로부터 곧 타인을 성적 대상화하여 영상으로 촬영하는 모든 행위가 형사처벌 되어야 한다는 결론이 도출되는 것은 아니라는 점을 지적해야 할 것이다. 공적 영역에서 이루어지는 생활모습에 대한 영상물 촬영·배포행위를 형사처벌의 대상으로 하여야 하는가의 질문에 대하여서는 촬영행위가 피촬영자의 기본권을 제한하는가의 여부만을 검토하는 것으로는 답할 수 없다. 사회구성원이 공유하는 장소로서의 공적 영역의 특성에 비추어, 새로운 입법에 있어서는 물론 기존 형벌규정의 해석·적용에 있어서는 피촬영자의 기본권 보호와 공적 영역을 이용하는 다른 사회구성원의 정보의 자유, 알 권리 등의 보호 사이의 비교·형량이 필요한 것이다.

자기 의사에 반하여 자신의 신체가 타인에 의하여 성적 대상화가 되지 않을 자유가 위와 같은 촬영행위를 형사처벌하는 결정적인 근거에 해당한다면, 타인이 자신을 성적 대상화하는 일체의 행위, 예를 들어 그러한 의도 하에 관찰하는 행위도 범죄행위로 규정함이 타당할 것이지만, 이러한 형벌권 형사가 허용될 수 할 수는 없음은 자명하다. 개인

69) 대법원 2020.12.24 선고 2019도16258 판결

의 성적 자유, 자기결정권의 행사로서 헌법적 보호대상이 될 수 있는 범위를 판단함에 있어서는 절대적 보호가 필요한 본질적 부분과 다른 기본권 보호의 필요성 사이에서의 이익형량이 필요한 부분을 구분하여야 한다. 자신을 공적 영역에 드러내기로 결정하고 이를 실행하였다면, 그러한 자기결정권 행사는 절대적으로 보호되어야 하는 영역을 벗어나는 행위에 해당하는 것으로 보아야 한다. 대법원의 판시는 피촬영자의 기본권 보호만을 고려하고 공적 영역을 이용하는 다른 사회구성원의 표현의 자유 보장의 측면을 고려하지 않은 문제점이 있다.

표현의 자유에 대한 절대적 보장을 강조하는 미국에서는 영상 촬영이나 배포행위를 국가가 규제하여서는 안된다는 주장이 제기된다. 인간은 일상생활을 하면서 끊임없이 타인에게 관한 정보를 습득하고 그것을 바탕으로 타인과의 관계를 재설정하는 과정을 거치게 된다. 외부로 알리고 싶지 않은 정보가 공개됨으로서 그러한 정보를 비밀로 함으로써 얻을 수 있는 정보주체의 이익이 침해되지만, 그와 동시에 다른 사회구성원은 대상자와의 관계를 재설정할 수 있는 정보를 얻게 된다. 즉 진실한 사실을 알게 됨으로써 사회 일반인이 얻는 이익과 비밀로 하고자 하는 정보가 공개됨으로서 대상자에게 발생하는 해악은 서로 상반되는 관계에 있다. 이와 같은 이익상반의 상황에서, 비밀유지를 통하여 얻을 수 있는 정보주체의 이익을 정부가 반드시 달성하여야 하는 필요불가결한 이익으로 보는 것은 적절하지 않으며, 오히려 표현의 자유를 절대적 기본권으로 보장한 수정헌법 제1조는 그러한 이익을 보호할 필요가 없음을 전제한 것이라고 보는 것이 타당하다는 주장이다.⁷⁰⁾

물론 우리나라 헌법은 표현의 자유가 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리 보장을 위하여 제한될 수 있음을 명시하고 있어서, 미국에서와 같이 표현의 자유에 대한 폭넓은 보장의 필요성이 영상물 촬영·배포행위를 일반적으로 허용하여야 한다는 주장의 논거로 제시될 수는 없다. 그러나 적어도 공적 영역에서 누구나 접근가능한 비밀로 분류할 수도 없는, 피촬영자가 자율적 판단에 따라 스스로 드러낸 일상적 생활모습을 기록하는 행위에 대하여서는 그러한 정보를 수집하는 자의 표현의 자유를 우선적으로 보호할 필요가 있을 것이다.

관련하여, 이미 살펴본 바와 같이 2004년 독일에서 제201a조를 신설하면서 공적 영

70) John A. Humbach, op. cit., 227ff.

역에서 활동하는 자는 타인에 의하여 관찰되고 촬영하는 것을 감수하는 것으로 볼 수 있다고 설명하면서 공적 장소에서 타인의 일상적 생활모습을 촬영하는 행위를 범죄로 규정하지 아니한 것, 최근 독일에서 제184k조를 새로 제정하여 타인이 관찰할 수 없도록 가려진 성기 등을 동의 없이 촬영하는 행위를 형사처벌 하도록 규정하고 그 입법이유로서 그러한 부위를 외부로 드러내지 않고자 하는 피해자의 의사에 반하여 촬영이 이루어짐으로써 피해자의 인격권이나 성적 자기결정권이 침해된다고 보았다는 점, 공적 영역에서 일상적 관찰에 노출된 신체 부위에 대한 사진촬영에 대하여 이를 프라이버시 침해가 아니라고 보아 형사처벌의 대상으로 하지 않는 미국의 입법례 등을 참조할 필요가 있다.

6. 유아, 아동, 청소년의 나체 모습의 촬영

현행 청소년성보호법 제11조는 아동·청소년성착취물을 제작하는 등의 행위를 형사처벌 하고 있다. 그런데 법률의 정의에 의한다면 아동·청소년성착취물은 아동·청소년 등이 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 필름 등을 의미하여서, 예를 들어 아동·청소년이 나체로 등장하는 영상이라고 하여도 그것이 성적 행위를 내용으로 하는 것이 아니라면 이를 아동·청소년성착취물로 볼 수 없게 된다. 물론 이와 같은 사안에 대하여 성폭력처벌법의 카메라등이용촬영죄가 적용될 여지도 있으나, 예컨대 유아의 탈의모습을 촬영한다면 그러한 영상이 사회일반인의 성적 수치심이나 성적 욕망을 불러일으킨다고 볼 것인지에 대하여 논란이 발생할 수 있다. 아동·청소년에 대한 보호를 강조하는 국제적 추세에 비추어 볼 때, 우리나라에서도 유아, 아동, 청소년의 나체 모습의 촬영행위를 범죄로 규정할 필요가 있을 것이다.

IV. 결론

본문에서는 영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응은 피촬영자의 인간의 존엄 및 인격권으로부터 도출되는 초상권 보호의 관점에서 이루어질 필요가 있다는 점, 현재의 형

별규정만으로는 초상권 보호에 충분치 아니하여 관련 형벌규정을 보완할 필요가 있다는 점을 살펴보았다.

그런데 영상물로 인한 침해에 대한 형법적 대응수단을 마련함에 있어서는 다른 개별적 인격권에 대한 형법적 보호와 균형을 유지할 필요가 있다는 점에도 유의할 필요가 있다. 명예권, 음성권, 초상권, 개인정보 자기결정권 등 개별적 인격권 보호를 위한 형벌규정은 그때그때 상황에 따라 서로 다른 맥락에서 입법화된 까닭에, 형법적 보호의 범위가 서로 전혀 다르게 설정되고 있기 때문이다. 예를 들어 명예권과 개인정보 자기결정권은 형법과 개인정보보호법에 의하여 매우 높은 수준의 형법적 보호가 이루어지고 있음에 반하여, 음성권은 통신비밀보호법에 의하여 통신의 비밀 내지 사생활의 비밀과 자유의 관점에서 부분적으로만 형법적 보호를 받고 있고, 초상권은 이 글에서 살핀 바와 같이 성적 맥락이 인정되는 때에만 형법적 보호가 이루어지고 있다. 명예권, 음성권, 초상권, 개인정보 자기결정권 등이 모두 개인의 인격적 가치를 실현하고 보호하기 위한 기본권이라는 데에 있어서 공통점을 갖고 있다면, 특별한 사유가 없는 한 유사한 수준의 형법적 보호가 이루어지도록 법률을 제정하거나 보완할 필요가 있을 것이다.

참고문헌

- 최호진, 정보통신망침해죄에서 정보통신망 개념과 실행의 착수, 형사법연구 제28권 제3호, 2016
- Alan Westin, Privacy and Freedom, Ig Publishing, 1967
- Bo Zhao, Legal Cases On Posthumous Reputation And Posthumous Privacy: History Censorship, Law, Politics And Culture, 42 Syracuse J. Int'l. L. & Com. 39 (2014)
- Charles Fried, Privacy, 77 Yale L.J. 475 (1968)
- Dreier/Schulze (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz: UrhG, 6. Aufl. 2018
- James Q. Whitman, The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty, 113 Yale L.J. 1151 (2004)
- Jeffrey T. Marvin, Without A Bright-Line On The Green Line: How Commonwealth V. Robertson Failed To Criminalize Upskirt Photography, 50 New Eng. L. Rev. 119 (2015)
- Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz: GG, 7. Auflage, 2018
- Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, 3. Auflage, 2017
- Roni Rosenberg et. al., Reconceptualizing Revenge Porn, 63 Ariz. L. Rev. 199 (2021)
- Samantha Barbas, Saving Privacy From History, 61 DePaul L. Rev. 973 (2012)
- Samuel D. Warren et al., The Right To Privacy, 4 Harv. L. REV. 193 (1890)
- Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch: StGB, 30. Auflage 2019
- Stephen A. Siegel, The Origin of the Compelling State. Interest Test and Strict Scrutiny, 48 Am. J. Legal Hist. 355 (2006)
- Victoria Schwartz, Overcoming the Public-Private Divide in Privacy Law, 67 Hastings L.J. 143 (2015)

Criminal issues related to the non-consensual production and distribution of photos and videos - a comparative study

Kim, Ho-Ki*

The proliferation of electronic devices with camera are causing new versions of concerns about privacy. Even in the moment where the expectation and the right to privacy should be guaranteed, our indoor lives are being recorded and streamed by Internet-enabled IP cameras. Photographs from death scenes or crime scenes, which could lead the victim or his family to suffer serious emotional harm and infringe the deceased's or the injured's right to reputation, are posted online and publicly available for viewing. Some refers to these issues in the context of human dignity. They argue that, just as the right to the free unfolding of personality is central to the concept of human dignity, the individual's sovereignty over his personal information should be respected, irrespective of whether a reasonable expectation of privacy could be established. Others resolve these legal issues by deploying a liberty-based principle of privacy. They argue that only those who unreasonably compromise the privacy of an individual can be held liable for that intrusion. In our constitution Scheme, human dignity is framed in an absolute manner and the violation of human dignity is rejected under any circumstances, but our constitution does not afford unparalleled protection to the right to informational self-determination. Also, we need to find a way to balance between the right to informational self-determination and other constitutional rights as well as values. First of all, we need to amend the criminal code to criminalize the production or distribution of intimate videos or images of someone without their consent. The recording and distributing video images that depict the deceased or the injured in

* Professor, Law School, University of Seoul

a grotesque condition should be also criminally sanctioned. It is urgently needed to create a criminal offense of taking photographs or videos of nude images of a child.

❖ Key words: Privacy, the Right to informational self determination, voyeurism, upskirting, the right of publicity, revenge porn

영국의 기업과실치사법의 양형요인 분석 — 중대재해처벌법 적용과 관련하여 —

김 혜 경*

국 | 문 | 요 | 약

기존의 산업안전보건법이 산업재해의 처벌을 포함한 산업현장에서의 인명사고에 대처하기 위하여 노력하였음에도 불구하고, 그에 대한 충분한 입법적 대책으로서 평가받기 어려움으로 인해, 보다 중한 책임부과와 중대재해 예방을 목적으로 중대재해처벌법이 제정되었다. 동법은 산업재해 이외에도 시민재해를 포함함으로써, 사업주와 법인 또는 기관등이 운영하는 사업자 등에서 발생한 중대산업재해뿐만 아니라, 공공이용시설 또는 공공교통수단을 운영하거나 위험한 원료 등을 취급하면서 안전·보건 조치의무를 위반하여 발생하는 중대시민재해까지도 대상으로 하여 근로자뿐만 아니라 일반 시민의 안전권도 확보하고자 하였다.

한편 동법이 제정되는 과정에서 차용하고자 시도하였던 모범사례가 바로 영국의 기업과실치사법(Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007)이다. 2007년 제정된 기업과실치사법은 기업이나 기타 조직의 행위가 사망으로 이어지는 경우 그에 대한 적절한 책임을 부과할 수 있는 법적 기반을 마련하였다. 해당 법률의 제정으로 영국은 처벌의 이원화를 구축하여, 안전주의위반으로 인한 치사 또는 살인의 결과발생에 대하여, 개인의 처벌은 산업안전보건법과 형법상 업무상 과실치사죄를 적용하는 반면 법인의 처벌은 기업과실치사법을 적용하게 된다.

또한 영국 양형위원회는 2016년 2월 1일부터 최종 선고지침을 발표하여 기업살인 및 과실치사에 대한 양형기준을 정비하였다. 동법이 시정명령(remedial orders), 위반사실에 대한 공표명령(publicity orders)을 제재 수단으로 하면서 기업에 대한 처벌이라는 특수성으로 인하여 형벌로는 '상한 없는 벌금'을 입법화하였기 때문에, 실제 이를 어떠한 기준으로 적용할 것인지에 관하여 양형위원회 역시 보다 구체적이고 합리적인 기준을 제시한 것이다.

본 논문에서는 기업에 의한 중대재해를 처벌하기 위한 영국의 양형기준을 그 단계별로 살펴보고(Ⅱ), 구체적으로 실제 발생한 중대재해사건에서 어떠한 양형인자들이 고려되고 반영되어 기업처벌의 양형을 산정하게 되는지를 법원의 판결내용을 통해 확인해 보고자 한다(Ⅲ). 그리고 이를 통하여 기업과실치사법의 적용상의 한계점을 분석하고자 한다(Ⅳ). 물론 법체계상 영국의 기업과실치사법과 우리의 중대재해처벌법은 차이가 있으나, 기업의 중대재해의 책임부과와 예방을 목적으로 한다는 점에서는 시사하는 바가 있을 것이다. 향후 중대재해처벌법 역시 산업안전보건법과 마찬가지로 양형기준을 설정하여 시행함이 타당하나, 양형기준위원회에서의 양형기준설정이 판결결과에 대한 경험적 통계방식에 규범적 요소를 고려하여 정비됨을 고려할 때

* 계명대학교 경찰행정학과·법학박사

과거의 판결사례가 없는 중대재해처벌법의 양형기준이나 인자의 설정에 있어서도 단초를 제공할 수 있을 것으로 기대한다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2022.6.30.2.33>.

❖ 주제어 : 중대재해처벌법, 산업안전보건법, 중대재해, 양형기준, 양형인자, 기업과실치사법, 양형위원회, 중대산업재해

I. 들어가며

2022년 1월 27일부터 시행된 ‘중대재해 등 처벌에 관한 법률(이하 중대재해처벌법이라 약칭)’은 제정 과정에서부터 많은 진통을 겪었을 뿐만 아니라, 동법의 해석을 두고도 여전히 논란이 끊이지 않고 있다.¹⁾ 기존의 산업안전보건법이 산업재해의 처벌을 포함한 산업현장에서의 인명사고에 대처하기 위하여 노력하였음에도 불구하고, 그에 대한 충분한 입법적 대책으로서 평가받기 어려움으로 인해, 보다 중한 책임부과와 중대재해 예방을 목적으로 중대재해처벌법이 제정되었다. 동법은 산업재해 이외에도 시민재해를 포함함으로써, 사업주와 법인 또는 기관등이 운영하는 사업장 등에서 발생한 중대산업재해뿐만 아니라, 공중이용시설 또는 공공교통수단을 운영하거나 위험한 원료 등을 취급하면서 안전·보건 조치의무를 위반하여 발생하는 중대시민재해까지도 대상으로 하여 근로자뿐만 아니라 일반 시민의 안전권도 확보하고자 하였다.

특히 동법은 사업주 또는 경영책임자 등의 의무를 보다 구체화하고, 양벌규정을 통해 법인의 책임을 강화하였을 뿐만 아니라, 중대재해발생으로 손해를 입은 피해자에 대한 배상책임까지도 함께 규정함으로써 징벌적 손해배상의 도입을 통해 인명사고에 대한 민·형사상의 법적 책임귀속을 명확히 하고 있다.²⁾

한편 동법이 제정되는 과정에서 차용하고자 시도하였던 모범사례가 바로 영국의 기업과실치사법(Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007)이다.³⁾

1) 중대재해처벌법의 해석과 비판에 관하여는 권오성, “중대재해처벌법의 해석상 쟁점 - 제6조와 제7조를 중심으로 -”, 노동법포럼 제35호, 노동법이론실무학회, 2022/3, 191면 이하; 심재진, “중대재해처벌법 제정에 따른 산업안전보건법의 과제”, 노동법연구 제51호, 서울대학교 노동법연구회, 2021/9, 39면 이하; 전형배, “중대재해처벌법의 해석상 쟁점”, 노동법포럼 제34호, 노동법이론실무학회, 2021/11, 267면 이하; 조흥학, “중대재해처벌법에서의 경영책임자의 범위와 의무에 관한 소고”, 노동법논총 제53권, 한국비교노동법학회, 2021/12, 1면 이하; 최정학, “중대재해처벌법 - 기업 경영자 처벌의 논리 -”, 노동법연구 제51호, 서울대학교 노동법연구회, 2021/9, 1면 이하; 한성훈, “중대재해처벌법상 기업의 형사법적 책임에 관한 연구”, 법과기업연구 제12권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2022/4, 99면 이하 등 참조.

2) 울산세이프티 <https://ulsansafety.tistory.com/4065>(검색일: 2022. 5. 10)에 따르면 동법이 시행된 직후인 1월 29일 경기 양주에서 청공작업 중 토사가 무너지면서 천공기 2기, 굴삭기 1기가 매몰되어 3명의 근로자가 사망하는 사건이 발생하여 2월 9일 대표이사가 중대재해처벌법 위반으로 입건되었고, 같은 달 11일에는 본사에 대한 압수수색이 이루어졌다. 이후 3월 13일까지 총 13건의 중대산업재해가 발생하여 입건되거나 조사중에 있다.

2007년 제정된 기업과실치사법은 기업이나 기타 조직의 행위가 사망으로 이어지는 경우 그에 대한 적절한 책임을 부과할 수 있는 법적 기반을 마련하였다. 이로써 법인도 사인과 마찬가지로 살인범죄를 성립시킴으로써, 전통적인 법인의 범죄능력에 관한 동일성 이론을 재확인한 것으로 평가된다. 기존의 산업안전보건법에 따르면 안전보건담당자나 경영진의 부주의와 범의가 범죄성립의 핵심요소였지만, 기업과실치사법으로는 기업의 과실만 증명되면 상한없는 벌금을 기업에 부과할 수 있다는 점에서, 기업의 안전주의위반으로 인한 산재사고를 예방할 수 있는 강한 동기부여가 될 것으로 기대되었다.

해당 법률의 제정으로 영국은 처벌의 이원화를 구축하여, 안전주의위반으로 인한 치사 또는 살인의 결과발생에 대하여, 개인의 처벌은 산업안전보건법과 형법상 업무상 과실치사죄를 적용하는 반면 법인의 처벌은 기업과실치사법을 적용하게 된다.⁴⁾

그리고 이를 위하여 영국 양형위원회는 2016년 2월 1일부터 최종 선고지침을 발표하여 기업살인 및 과실치사에 대한 양형기준을 정비하였다. 동법이 시정명령(remedial orders), 위반사실에 대한 공표명령(publicity orders)을 제재 수단으로 하면서 기업에 대한 처벌이라는 특수성으로 인하여 형별로는 ‘상한 없는 벌금’을 입법화하였기 때문에, 실제 이를 어떠한 기준으로 적용할 것인지에 관하여 양형위원회 역시 보다 구체적이고 합리적인 기준을 제시한 것이다.

본 논문에서는 기업에 의한 중대재해를 처벌하기 위한 영국의 양형기준을 그 단계별로 살펴보고(II), 구체적으로 실제 발생한 중대재해사건에서 어떠한 양형인자들이 고려되고 반영되어 기업처벌의 양형을 산정하게 되는지를 법원의 판결내용을 통해 확인해

3) 영국의 기업과실치사법에 관하여는 김재윤, “영국의 기업과실치사법에 대한 고찰과 시사점”, 형사정책연구 제25권 제4호, 한국형사법무정책연구원, 2014/12, 181면 이하; 김혜경/이진국/도중진/차종진, 국외 기업범죄 유형 분류와 법령상 제재수단 규정 등 실태 조사, 산업안전보건연구원 연구보고서, 2021, 15면 이하 참조.

4) 또한 사망의 결과가 발생한다고 하더라도 책임귀속을 위하여, 중대한 주의의무 위반(relevant duty of care)이 인정되어야 하는 바, 이는 위반행위가 일정한 상황 하에서 해당 조직에게 합리적으로 기대되는 정도에 못미치는 정도일 것을 의미하며, 그 본질적 요소로서 조직내 경영진의 조직관리와 구성방식이 중대한 주의의무로 인정될 것을 요한다. 뿐만 아니라 보건 및 안전의 전반적인 관리, 직원 선임 및 훈련, 작업 시스템의 구현 및 직원의 감독과 같은 광범위한 고려사항 등이 주의의무위반 정도를 판단함에 있어서 고려된다. Corporate Manslaughter, Updated: 16 July 2018[Legal Guidance, Violent crime <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/corporate-manslaughter> (방문일: 2022. 4. 13)]

보고자 한다(Ⅲ). 그리고 이를 통하여 기업과실치사법의 적용상의 한계점을 분석하고자 한다(Ⅳ). 물론 법체계상 영국의 기업과실치사법과 우리의 중대재해처벌법은 차이가 있으나, 기업의 중대재해의 책임부과와 예방을 목적으로 한다는 점에서는 시사하는 바가 있을 것이다. 향후 중대재해처벌법 역시 산업안전보건법과 마찬가지로 양형기준을 설정하여 시행함이 타당하나, 양형기준위원회에서의 양형기준설정이 판결결과에 대한 경험적 통계방식에 규범적 요소를 고려하여 정비됨을 고려할 때 과거의 판결사례가 없는 중대재해처벌법의 양형기준이나 인자의 설정에 있어서도 영국의 기업과실치사법은 단초를 제공할 수 있을 것으로 기대한다.

Ⅱ. 기업과실치사법 제정과 양형기준의 설정

1. 산업보건안전법상 규율체계의 문제점과 제정배경

기업과실치사법 제정 이전에는 위와 같은 안전사고가 발생하게 되면 1974년 산업보건안전법(the Health and Safety at Work Act 1974)에 의하거나 보통법(Common law)이 적용되었다. 산업보건안전법은 제2조 내지 제4조에서 근로자에 대한 사용자의 안전배려의무를 규정하고, 위반시 법인이나 개인 사업주와 같은 개인에게 제33조에 의하여 벌금형이 부과된다. 또한 법인의 안전배려의무의 위반이 이사나 안전배려담당자 등의 동의나 묵인 또는 과실로 인한 경우에는 동법 제37조에 의하여 해당 이사나 안전배려담당자도 처벌의 대상이 된다.

또한 보통법에 의하여 사업장과 관련한 사망사고에 개인 중과실치사죄(manslaughter by gross negligence)를 적용할 수 있는데, Southall 철도사고에서와 같이 이를 입증하기가 매우 어렵다는 현실적인 문제점이 있었다.

보통법은 회사의 안전배려의무와 경영진의 안전배려의무는 별개의 것으로 판단하였고, 이사와 같은 경영진이 안전배려의무란 개인에게 적극적으로 부과된 법적 의무로 보고, 해당 의무위반에 중대한 과실이 있어야 하는지를 심사하기 때문이다. 또한 중과실이 인정되기 위해서는 사업주나 이사와 같은 개인의 안전배려의무의 존재, 해당 의무위반,

의무위반과 치사상의 결과 사이의 상당한(substantial) 원인관계 및 위반이 모든 정황 하에 범죄에 이를 정도의 중대한 과실로 인정되어야 한다는 요건이 갖추어져야 한다. 나아가 다수의 개인들이 존재할 경우 각 개인마다 인과성이 입증되지 않지만, 모든 관여자의 의무위반 총합으로 결과가 발생하였다고 하더라도 이를 바로 법인의 과실이라고 볼 수 없다.

Southall 사건⁵⁾에서도 GWT의 중과실치사죄 성립여부에 관하여, 기업의 유죄인정은 안전배려의무가 회사를 지배하는 자('controlling minds')의 중과실이 인정되어야만 한다는 동일성이론에 입각하였기 때문에, 과실치사죄를 적용할 수 없었던 것이다. 영국법상의 동일성이론은 기업구조의 이원화를 전제로 하위직 종업원은 단순한 손에 불과하기 때문에 이를 기업 자체라고 볼 수는 없지만, 기업의 대표자는 회사의 책임을 귀속시킬 수 있는 회사의 분신이기 때문에 이는 곧 기업의 행위라고 보기 때문에, 법원은 소위 'controlling minds'의 중과실이 입증되어야만 철도회사에 과실치사죄를 적용할 수 있다고 본 것이다.⁶⁾

이처럼 동일성 이론에 의하여 반드시 기업의 정신을 지배하는 자의 의무위반을 확정하여야만 기업처벌이 가능하다는 점은 사회적 비판을 받았다. 이에 노동당은 1997년 집권당으로서 관련 법의 제정을 공약으로 내세웠고, 2005년 3월 행정부가 기업과실치사법을 공표하였으며, 2006년 7월 20일 하원에 법안이 상정되어 같은 달 26일 공포되었다.

2. 2015년 개정 기업과실치사죄 양형기준(2016년 시행)

가. 2016년 보건의 안전위반, 기업과실치사 관련 양형기준의 개정

2007년 기업과실치사법이 제정된 이후 2010년 2월 9일 양형위원회는 기업과실치사 및 사망을 초래하는 보건 및 안전범죄(Corporate Manslaughter and Health and Safety Offences Causing Death)와 관련된 최종 양형기준을 발표하였다. 그러나 그간 법원이 기업범죄자에게 부과하는 형벌이 2010년 양형기준이 제시한 처벌에 관한 접근방

5) R. v. Great Western Trains Company Limited(1999년 7월 27일)

6) 동일성이론에 관하여는 송기동, “영미 기업범죄 형사책임의 전개”, 형사정책 제20권 제2호, 한국형사정책학회, 2008/12, 50-55면 참조.

식에 비하여 매우 온건하다는 사실은 이미 인정되어 왔다. 이에 대응하여 2016년 2월 1일에 보건 및 안전위반, 기업과실치사 및 식품안전 및 위생 위반에 대한 최종지침(Health and Safety Offences, Corporate Manslaughter and Food Safety and Hygiene Offences Definitive Guideline)이 발표되었으며, 범죄행위 시점과 상관없이 해당 발표일 이후에 선고되는 모든 사건에 적용된다.

기존의 2010년 양형지침에 따라 선고된 대부분의 사건에서 법원은 사망을 명확히 예측할 수 있고 해당 기업이 요구되는 안전 기준에 상당히 미치지 못하였다고 판단하였다. 또한 대체로 소규모의 기업이어서 법원은 사망의 원인이 된 고위 경영진의 실패를 식별할 수 있었고, 개별 이사의 작위 또는 부작위의 식별을 추적하여 왔다. 특히 판사는 Cotswold Geo 사건, JMW Farms 사건⁷⁾, Lion Steel 사건 및 Murray 사건에서 2010 양형지침을 매우 많이 반영하였다. 양형지침에 의해서 고려되는 주요 사안은 사고의 심각성, 재정적 정보, 기업규모, 벌금과 배상의 수준, 소송비용, 공표명령 및 시정명령이다.

개정과정을 살펴보면, 영국 양형위원회는 “건강 및 안전범죄, 기업과실치사 및 식품안전과 위생위반범죄 양형기준(Health and safety offences, corporate manslaughter and food safety and hygiene offences guidelines)을 2014년 11월 12일에 제출하였고, 2015년 2월 18일까지 관련 상의를 종료한 이후에 2015년 11월에 최종 가이드라인을 출간하여, 2016년 2월 1일 이후에 선고된 모든 기업과실치사법 위반범죄에 이를 적용하였다.

2016년 2월부터 적용되는 2015 양형지침은 모든 보건 및 안전 사건의 유죄판결, 특히 기업과실치사에 대한 유죄판결에 있어서 기업범죄자를 선고하는 방식을 이해하는데 매우 중요하다. 2015 양형지침에 따르면 법원은 기업과실치사죄에 양형을 부과하기 위하여 9단계를 따라야 한다.⁸⁾

7) Health and Safety Executive Northern Ireland v JMW Farms Ltd Unreported May 8, 2012 (Crown Ct (Belfast)). 2010년 11월에 동 기업의 직원인 Wilson은 지게차의 포크에 있는 커다란 금속 통의 내부를 세척하고 있었고, 이를 위해서 베일 압착기 위에 서 있었는데, 그 금속 통이 반대쪽으로 움직이면서 그는 쓰레기통 옆으로 뛰어내렸고, 쓰레기통이 그의 위로 떨어져 사망하였다. 이는 지게차의 포크 위치가 쓰레기통의 슬리브 위치와 일치하지 않아서 쓰레기통이 불안정하였기 때문에 떨어진 것으로 재판과정에서 밝혀졌다.

8) 이하의 내용은 영국 양형위원회에서 기업과실치사법에의 적용을 목적으로 개정한 양형기준에 관한, Sentencing Council, Health and Safety Offences, Corporate Manslaughter and Food Safety and

나. 2015 양형기준의 적용단계

(1) 1단계: 범죄의 심각성 판단(Determining the seriousness of the offence)

정의에 따르면 기업과실치사와 관련된 해악과 책임은 매우 중대한 것이고, 모든 사건에서 높은 수준(high level)의 사망과 기업과실을 수반할 것으로, 법원은 이와 같은 맥락에서 범죄의 심각성에 영향을 미치는 요소를 다음의 질문에 따라 평가하여야 한다.⁹⁾

범죄 심각성 판단 요소

- (a) 중한 부상을 얼마나 예견할 수 있었는가? 보통 중한 부상이 예견될수록 범죄는 더 중해진다. 관련기관, 직원 또는 타인의 경고나 조언에 주의를 기울이지 않거나 유사한 상황에서 발생하는 ‘유사 사고(near misses)’에 적절히 대응하지 않은 것은 중대한 상해의 보다 큰 예측가능성을 보여주는 요인이 될 수 있다.
- (b) 위반자가 적절한 기준에 얼마나 못 미쳤는가? 위반자가 적절한 기준에 현저히 못했을 경우, 과실의 정도는 높을 수 있다. 업계인사 인정되는 표준을 준수하지 않거나 교육, 감독 및 보고 준비의 불충분이 고려되어야 할 관련 요인이 될 수 있다.
- (c) 해당 기업에서 그와 같은 종류의 위반이 얼마나 빈번한가? 규정불이행(non-compliance)의 만연한 정도, 예컨대, 위반자의 운영 또는 대리인 전반에 걸쳐 모범사례로부터 체계적으로 이탈하거나 조직결함의 정도 또는 지표로부터 떨어져 있는가? 규정불이행의 만연은 보다 심각한 위반을 드러낼 수 있다.
- (d) 사망자가 한명이상이거나 더많은 위험이 있거나 심각한 부상을 입어서 추가적인 사망에 이를 가능성이 있는가? 사망자의 수가 많을수록, 중상해를 입거나 사망에 이를 가능성이 매우 높을수록 보다 중대한 범죄이다.

그리고 범죄의 심각성 정도에 따라서 A와 B로 범주가 구분된다.

범죄 카테고리 분류

- | |
|--|
| 범죄 카테고리(Offence Category) A: (a)-(d)에 대한 답변이 높은 수준의 위해성 또는 과책을 나타내는 경우 |
| 범죄 카테고리 B: (a)-(d)에 대한 답변이 낮은 수준의 과책을 나타내는 경우 |

Hygiene Offences Definitive Guideline, 2016 의 내용을 최대한 반영하고자 하였다. 이에 대한 출처로는 the guideline(s) on the Sentencing Council website: www.sentencingcouncil.org.uk 참조.

9) Sentencing Council, Health and Safety Offences, Corporate Manslaughter and Food Safety and Hygiene Offences Definitive Guideline, 2016, 22면.

(2) 2단계: 시작 지점(starting point) 및 카테고리 범위(Starting point and category range)

범죄의 범주를 A, B중 결정한 후, 법원은 다음 장에서 범죄자에 대한 관련 표를 구분해야 한다. 여기에는 서로 다른 다양한 규모의 조직을 위한 표가 있다.¹⁰⁾

2단계에서는, 법원은 벌금에 대한 시작 지점에 이르기 위해 연간 매출액 또는 그에 상응하는 금액에 초점을 맞추어야 한다. 그 다음 법원은 양형요소를 악화시키고 완화시키기 위해 카테고리 범위 내에서 추가 조정을 고려하여야 한다.

3단계에서는, 법원은 제시된 벌금이 비례성에 부합하는지 확인하기 위하여 아래의 다른 재정적 요소를 참조하는 것이 필요할 수 있다.

우선 재무정보의 확보이다. 범죄자는 지난 3년간의 총 계좌를 제공함으로써 법원이 재정상태를 정확하게 평가할 수 있도록 할 것이다. 그러한 공개가 안되거나 법원이 충분히 신뢰할 수 있는 정보를 제공받았다고 보지 않을 경우, 법원은 범죄자로부터 청취한 증거나 사건의 모든 정황으로부터 합리적인 추론을 이끌어낼 것이다. 일반적으로 관련있는 조직의 자원이 사용가능하고 적절하게 고려될 수 있다는 것을 범죄자가 법원에 입증하지 않는 한, 법원 면전의 기업과 관련된 정보만 고려될 것이다. 기관의 종류별로 다음과 같은 것들이 고려될 수 있다.

(1) 기업의 경우: 연간 회계, 매출액, 세전 이익, 이사의 보수, 대출계좌, 연금충당금, 대차대조표에 공시된 자산 등.

(2) 합자회사의 경우: 연간 회계, 매출액, 세전 이익, 동업자의 인출금(drawing), 대출액 및 연금규정 등

(3) 지방정부, 소방당국 및 이와 유사한 공공 기관의 경우: 연간 세입 예산(ARB)은 매출액과 동등하게 조직의 규모를 가장 잘 나타낸다. 부적절한 지출이 제시되지 않는 한 특정 지출이나 적립금을 분석할 필요는 없다.

(4) 의료 트러스트(Health Trust)의 경우: 연수입을 확인할 수 있는 보험의 재무강도와 안정성에 대한 분기별 보고서와 연간수치를 www.monitor-nhsft.gov.uk를 통해서 확인할 수 있다.

10) Sentencing Council, Health and Safety Offences, Corporate Manslaughter and Food Safety and Hygiene Offences Definitive Guideline, 2016, 23면.

(5) 자선단체의 경우: 연간 회계감사의 조사를 통해서 확인함이 적절하다.

(위반조직이 매우 대규모여서 위반조직의 연매출액 또는 그에 상당하는 금액이 상당히 초과하는 경우, 적절한 형량을 얻기 위해서 제안된 형량 범위 밖으로 이탈할 수 있다.)

이러한 인자들을 고려하여 우선 대기업의 매출량에 따라 4개의 카테고리를 구분하고 인자의 반영을 통해 각각 구간을 선택하게 된다. 4개의 카테고리는 다음과 같다.¹¹⁾

대기업(Large Organisation) 매출량 £50 million 이상(약 794억 이상)		
범죄 범주	시작 지점	카테고리 범위(category range)
A	£7,500,000 (약 119억)	£4,800,000 - £20,000,000
B	£5,000,000 (약 79억)	£3,000,000 - £12,500,000

중견기업(Medium Organisation) 매출량 £10- £50 million 이상(약 159억-794억)		
범죄 범주	시작 지점	카테고리 범위(category range)
A	£3,000,000 (약 47억)	£1,800,000 - £7,500,000
B	£2,000,000 (약 31억)	£1,200,000 - £5,000,000

소기업(Small Organisation) 매출량 £2- £10 million 이상(약 31억-159억)		
범죄 범주	시작 지점	카테고리 범위(category range)
A	£800,000 (약 12억)	£540,000 - £2,800,000
B	£540,000 (약 8억)	£350,000 - £2,000,000

영세 기업(Micro Organisation) 매출량 £2 million 이하(약 31억 이하)		
범죄 범주	시작 지점	카테고리 범위(category range)
A	£450,000 (약 7억)	£270,000 - £800,000
B	£300,000 (약 4.7억)	£180,000 - £540,000

다음으로, 아래 표에서 제시하는 범죄행위 및 범죄자 관련 요소들을 조합하여 시작 지점에서부터 카테고리 범위에서 상향 조정 또는 하향 조정으로 할 것인지를 판별하게

11) Sentencing Council, Health and Safety Offences, Corporate Manslaughter and Food Safety and Hygiene Offences Definitive Guideline, 2016, 24면.

된다.¹²⁾

양형가중인자
법률상 가중인자 과거 유죄판결로서 a) 유죄판결과 관련된 범죄의 성격 및 현재 대상 범죄와의 관련성 b) 범죄 이후 경과된 시간과 관련하여 판단
그 밖의 가중 인자들 안전을 대가로 한 비용 절감 행위의 불법적 성격을 고의로 은폐 법원 명령의 위반 공무집행방해 부실한 보건 및 안전 기록 문서 또는 라이선스의 위조 당국의 조사를 회피할 목적으로 관련 자격의 취득이나 준수에 관한 고의적인 해태 범행에 취약한 피해자에 대한 공격

범죄의 중대성 감소 또는 양형감경요인
범죄전과가 없거나 관련 또는 최근 전과 없음 문제 해결을 위하여 조치를 취한 증거 일반적으로 예상할 수 있는 정도를 넘은 높은 수준의 수사 협력 충실한 보건 및 안전 기록 작업장 내 효과적인 보건 및 안전 절차의 실행 자체 보고, 협력 및 책임의 수용 범죄자의 책임범위를 벗어난 다른 요인들이 사망에 기여한 경우(단 피해자의 행동은 다른 기여 요인으로 간주되지 않을 듯함. 범죄자는 합리적으로 예측할 수 있는 방법으로 스스로의 안전을 소홀히 하는 근로자 또는 타인을 보호할 것이 요구됨.)

이러한 요인들은 완전한 것은 아니며 추가적으로 가중 또는 감경요인들이 고려될 수 있다.¹³⁾

12) Sentencing Council, Health and Safety Offences, Corporate Manslaughter and Food Safety and Hygiene Offences Definitive Guideline, 2016, 25면.

13) 예컨대 Murray사건에서 법원은 회사의 진지한 반성도 고려하였으며, 이와 같은 법원의 적절한 고려는 양형지침에서도 유효하다.

(3) 3단계: 매출에 기반한 벌금이 범죄자 전체의 자산에 비례하는지 확인

법원은 벌금의 경중을 반드시 반영하고, 범죄자의 재정상황을 고려하도록 요청하는 2003년 형사사법 제164조에 따라 적정 수준의 벌금을 확정하여야 한다.¹⁴⁾

벌금은 사람의 생명을 돈으로 평가하려고 할 수도 없고 시도하지도 않는다. 벌금은 처벌의 목적, 즉 범죄를 범하여 발생하는 이익의 상쇄를 통해 범위반을 감소시켜야 한다. 벌금은 경영진과 주주들이 그들의 활동에 의하여 영향을 받는 근로자들과 대중들을 위한 안전한 환경을 조성할 필요를 느낄 수 있도록 실질적으로 경제적인 타격을 미칠 수 있을 정도로 충분히 상당하여야 한다.

법원은 이를 충족하기 위해서 2단계에서 책정한 벌금을 “한발 물러서서(back step)” 검토하고 필요한 경우 조정을 하여야 한다. 조정은 벌금의 하향 또는 상향 뿐만 아니라 양형범위 이탈을 포함한다.

법원은 판결을 확정할 때 다음의 요소들을 고려하여야 한다. 우선, 조직의 수익성이 관련 요소가 될 수 있다. 매출액 대비 수익률이 작다면 하향 조정이 가능할 수 있고, 반대로 경우 상향 조정이 필요할 수 있다. 다음으로, 비용 회피 또는 영업 절약을 포함하여 범죄로부터 파생된 수량화가 가능한 경제적 이익은 일반적으로 2단계에서 책정한 벌금에 추가되어야 한다. 그리고 벌금이 위반한 기업을 폐업시키는 효과를 가져올지 여부 역시 관련된다. 어떤 경우에는 폐업이 허용가능한 결과일 수도 있다. 마지막으로 위반 기업의 재정적인 벌금납부능력을 고려하여, 법원은 납부에 대한 유예를 허용하거나 필요한 경우 해당 벌금액을 수년에 걸쳐 분할납부하도록 명령할 권한이 있다.

(4) 4단계: 제시된 벌금을 정당화할 수 있는 기타의 요인 고려

법원은 수익성 및 벌금이 범죄자의 능력이 미치는 영향과 같은 요소들을 검토하여 양형지침 이탈을 포함한 벌금의 상향 또는 하향 조정이 가능하다.¹⁵⁾

예컨대 벌금이 공공단체나 자선단체에 부과되는 경우, 위반한 기관이 해당 벌금으로

14) Sentencing Council, Health and Safety Offences, Corporate Manslaughter and Food Safety and Hygiene Offences Definitive Guideline, 2016, 25-26면.

15) Sentencing Council, Health and Safety Offences, Corporate Manslaughter and Food Safety and Hygiene Offences Definitive Guideline, 2016, 26면.

인하여 서비스 제공에 상당한 영향을 받는다는 점을 증명할 수 있다면, 통상적으로 벌금 액은 상당히 감소되어야 한다.

(5) 5단계: 검찰에 대한 협력과 같은 양형감경요소들의 고려

법원은 2005년 중대조직범죄 및 경찰법(the Serious Organised Crime and Police Act 2005) 제73조와 제74조(피고인에 의한 협력: 형의 감형 또는 재심)을 고려하여야 하며, 이로 인하여 범죄자는 검사 또는 수사관에게 제공한 협력으로 인해 감경받을 수 있다.

(6) 6단계: 유죄 인정(Guilty Plea)에 따른 감경

법원은 2003년 형사사법법(the Criminal Justice Act 2003) 제144조와 유죄인정 지침(the Guilty Plea guideline)에 따라 유죄인정에 따른 어떠한 잠재적인 감경요인이든 고려하여야 한다.

(7) 7단계: 배상과 부수적 명령

모든 사건에서 법원은 공표명령이나 배상명령, 시정명령 등을 포함한 부수적인 명령 여부를 결정하여야 한다.¹⁶⁾

(가) 공표명령(Publicity Order)(기업과실치사법 제10조)

기업과실치사의 경우 일반적으로 공표명령이 부과되는데, 다음과 같은 특정한 방법으로 공표될 수 있다.

a) 유죄판결 사실 b) 범죄에 대한 구체적인 사실 c) 벌금 액수 d) 시정명령의 조건
공표명령의 목적은 억제와 처벌이다.

(i) 동 명령은 법 제10조(1)에 따라 공표할 사항을 구체적으로 명시하여야 한다. 범

16) Sentencing Council, Health and Safety Offences, Corporate Manslaughter and Food Safety and Hygiene Offences Definitive Guideline, 2016, 27면.

죄행위에 대한 세부 사항에 대하여는 특히 주의하여야 한다.

- (ii) 명령은 일반적으로 공표하여야 할 장소를 명시하여야 하며, 필요한 공표 또는 광고의 규모를 지시함을 고려하여야 한다. 통상적으로 기업의 주주, 공공기관의 경우 지역주민에게 유죄판결을 알릴 수 있는 항목이 포함되어야 한다. 범죄자의 웹사이트에 판결문을 게재하는 것도 고려되어야 한다. 어떠한 경우든 공판절차가 뉴스 보도가 될 것이 확실하다면 신문발표는 불필요할 수 있지만, 만일 신문에 게재되어야 할 경우에는 신문, 공표의 형태, 필요한 삽입 면수를 명시하여야 한다.
- (iii) 검찰은 선고 공판에 앞서 명령을 법원에 청구하고, 제안된 명령 형식의 초안을 범죄자에게 송달하여야 하며, 판사가 직접 명령의 최종 양식을 승인하여야 한다.
- (iv) 요구되는 공표와 이와 나란히 게재되는 위반자에 의한 어떠한 진술도 공표와 명확히 분리되고 식별되어야 함을 명시하여야 한다.

공표명령은 벌칙의 일부이다. 벌금을 확정할 때에는 예외적 준수 비용이 고려되어야 한다.

(나) 시정명령(Remediation)(기업과실치사법 제9조)

범죄자는 선고시까지 범죄와 관련된 특정 결함을 시정하여야 하며, 그렇지 않은 경우 상당한 감경을 박탈당한다. 반대로 집행가능할 만큼 충분히 구체화될 수 있다면 시정명령을 고려하여야 한다. 검찰은 기업과실치사법에 따라 검찰의 청구에 의해서 가능한 명령의 형태를 고지하여야 하고, 판사는 그러한 명령의 최종 양식을 승인하여야 한다. 이러한 명령의 준수 비용은 벌금산정시 고려되어서는 안된다. 시정명령은 이미 그렇게 수행되었어야만 하는 것만을 요구하게 된다.

(다) 배상명령

범죄로 인한 손실이나 피해가 발생한 경우 법원은 배상 명령의 부과를 고려하여야 한다. 사망이나 중상과 관련된 경우 배상평가는 일반적으로 복잡하며 통상 보험에 의하여 배상된다. 대부분의 경우, 배상은 민사법정에서 판단하여야 하고 따라서 그와 같은 이유로 어떠한 명령이 내려지지도 않아야 한다. 만일 배상이 인정된다면, 가해자의 경제적

수단이 제한적일 경우 다른 어떠한 금전적 벌칙보다도 배상금 지급이 우선되어야 한다. 법원에서 적정하다고 판단되는 전체 경제적 벌금을 납부할 수 있는 방안이 충분하지 않을 경우, 기소비용보다 배상금과 벌금이 우선된다.

(8) 8단계: 총체적 원칙(Totality Principle)

범죄자에게 다수의 범위반에 대하여 형을 선고할 경우, 전체 선고형이 “양형에 고려할 다른 범죄들 및 총체적 원칙에 관한 양형기준(the Offences Taken into Consideration and Totality guideline)”에 따라 위반행위들에 정당하고 비례하는지를 고려하여야 한다.

(9) 9단계: 이유(Reasons)

2003년 형사사법법 제174조는 형량에 대한 이유를 제시하고 그 효과를 설명할 의무를 부과하고 있다. 이와 같은 9단계를 거쳐서 최종 벌금형을 산정하여야 하고, 이 경우 예외적으로 형량범위를 이탈할 수 있음은 물론이다.

Ⅲ. 기업과실치사법 양형기준의 적용사례

1. 2015년 양형기준 설정 전 사례

가. 최초 적용된 2011년 Cotswold Geotechnical Holdings 사건

동 사례는 2008년 9월에 일정 깊이 이상의 시험광구에서 작업하기 위하여는 반드시 2인 이상이 동반하여야 함에도 불구하고, 피고용인이 토양샘플을 채취하기 위하여 단독으로 작업을 하다가 시험광구에 추락하여 사망한 사건으로, 2007년 제정된 기업과실치사법이 최초로 적용된 사례이다. 회사는 기업과실치사죄로 기소되었고, 동시에 피고용인의 보건과 안전에 대하여 주의를 기울여야 하는 산업보건안전법 제2조 제1항 위반죄로 기소되었다.¹⁷⁾ 그러나 이후 검찰은 입증에 있어서 혼란을 줄 것을 우려하여 산업보건안전법 위반죄는 기소를 철회하고 기업과실치사죄로만 공판을 유지하였다.

재판결과 총 385,000파운드에 해당하는 벌금을 매년 38,500 파운드씩 10년간 내도록 부과받았고, 이는 총매출액의 약 116%라고 보고되었으나, 해당 사망사고 이후에 매출액의 급격한 감소로 인하여 실제로는 총 매출액의 250%에 달하는 것이었다. 회사는 소규모였고, 단지 8명의 피고용인과 한 명의 이사가 있었다. 10년간의 분할 납부는 경제적으로 곤란한 상태인 회사가 파산에 이르는 것을 피해가 위함이었지만, 결국은 회사는 2014년 파산에 이르렀다. 회사는 항소하였지만, 항소법원은 이를 기각하였다. 다만 회사의 경제적 곤란을 고려하여 소송비용은 부과되지 않았다. 그 외에 공표명령의 경우, 해당 명령은 2010년 2월 15일부터 발효되었으므로, 동 사건에는 적용되지 않았다.

동 사례는 기업과실치사죄의 벌금이 기업을 파산에 이르게 하는 효과를 가지는 것이 기업과실치사죄 유죄의 수용가능한 결과일 수 있다는 점을 확인시켰다. 양형을 판단함에 있어서는 회사가 이전에도 산업안전청의 권고와 지침을 위반한 전력이 있었다는 점이 고려되었다. 1심 법원은 회사의 위반행위의 심각성과 재정적 상황을 검토하였으며, 상당한 벌금은 회사를 파산시키고 근로자의 직장을 빼앗을 수 있다는 점도 인지하였다. 또한 회사가 파산되면 이사의 가족들에게도 여파가 있을 것임을 인지하였다. 법원은 연 매출액의 250%에 달하는 벌금을 부과하면서, 소규모의 회사에서 그와 같은 규모의 벌금이 위반행위의 심각성을 반영하고 사용자들에게 근로자의 근무장소에 대한 안전배려의무의 준수가 필요하다는 점을 경각시키는데 충분한 금액이라고 판단하였다.

나. 2012년 Lion Steel Equipment Ltd 사건¹⁸⁾

2008년 근로자가 산업 시설의 지붕에 올라갔다가 13미터 아래로 추락하여 사망한 사건으로, 우선 검찰은 기업과 이사들 모두를 기소하였다.¹⁹⁾ 그 결과 회사는 기업과실치사

17) R. v Cotswold Geotechnical Holdings Ltd [2011] EWCA Crim 1337; [2012] 1 Cr. App. R. (S.) 26.

18) R. v Lion Steel Equipment Ltd, July 20, 2012 (Crown Ct (Manchester))

19) 기업은 기업과실치사법위반죄와 산업보건안전법 제2조 위반죄로 기소되었고 2005년의 작업장 고도규정(the Work at Height Regulation 2005) 위반죄의 혐의가 주장되었고 그 결과 산업보건안전법 제33조 위반도 추가되었다. 기업과실치사법 혐의는 혼란을 피하기 위하여 준비 청문회에서 다른 혐의 및 이사들에 대한 혐의와 분리되었다. 사망은 기업과실치사법이 도입된 직후 발생하였고, 동법은 소급효가 인정되지 않기 때문이다. 그리고 각 기업의 이사들 3명(Palliser, Williams, Coupe)은 Berry의 고용주로서 산업보건안전법 제37조 및 보통법상 중과실치사죄로 처음에는 기소

죄 유죄판결에 의하여 3년간 480,000파운드의 벌금을 내야 하며, 소송비용에 관하여는 2년 이내에 84,000파운드를 지불하여야 한다. 법원은 재판준비에 소요된 시간이 과도하고 해당 지연이 일정정도 불필요하였다는 점을 지적하면서 검찰이 주장한 140,000의 소송비용을 84,000파운드로 감액하였다.

그 외에 검찰은 공표명령이나 시정명령을 청구하지 않았고, 배상명령은 민사법원을 통해 다루어져야 한다는 점에서 이를 판결하지 않았다.

법원은 양형기준표를 적용하였고, 섹션 D를 고려하여 위반의 심각성 뿐만 아니라 회사의 재무상태도 고려하였다. 우선 제7항의 가중요소로는 심각한 부상이나 사망위험의 명백성 및 예측가능성, 위험을 해결하기 위해 무언가를 하였으나 충분치는 않았다는 점 등 재판에서 언급한 이외의 다른 가중요소가 없다고 보았다. 반대로 제8항의 감경요소로서 첫째, 기업이 합리적인 건강 및 안전기록을 가지고 있었다는 점, 해당 사고가 발생한 이후에는 지붕 수리를 위해서 기업이 고용한 자체 근로자들을 사용하는 것을 중단하였다는 점, 그리고 이것들이 과거 위험중개인들의 위험평가 부문으로부터 조언을 얻은 것을 고려하였다. 특히 Berry가 사망한 후 4년이 지나도록 재판이 지연되었다는 점도 언급하였다. 12개월의 지연은 당사자의 재판에서의 편의를 위해 발생할 수 있지만, 해당 사건에서의 지연은 대부분 검찰의 신속한 대응이 이루어지지 않아서 발생되었고, 그와 같은 재판 지연 자체가 불합리하다고 보았다.

기업의 규모는 기존의 2개 사건보다 큰 편이어서, 2008년부터 2011년 매출은 약 1000만 파운드 정도이고 약 140명의 직원을 고용하고 있는 상태였다. 해당 기업과 관련하여서는 기업의 유죄인정을 고려하였고, 그보다 많은 벌금이 해당 기업의 사업과 나머지 142명의 직원 고용을 위태롭게 할 가능성을 고려하여 보다 적은 벌금을 부과하였다. 또한 회사가 흑자임에도 불구하고 대출이 많았고, 이사들이 과도한 급여를 지급하지 않았을 뿐만 아니라, 주주들이 3년 동안 배당금을 받지 못한 사실로부터 낭비하거나 사치를 하는 기업도 아니라는 점도 고려하여 원 벌금액의 20%를 감면하였고 그 결과 480,000 파운드의 벌금을 부과하였다.

2. 2015년 개정 양형지침 적용 이후 사례

가. 2016년 Monavon Construction Ltd 사건

Monavon기업은 2013년 10월 아파트 건설과 관련된 부지에 보수 공사를 하고 있었고, 공사 기간동안 부지 주변에는 외곽 가장자리 보호울타리는 설치되었지만, 주위에 아직 금속 난간이 고정되어 있지 않았던 이유로 두명의 근로자가 몸싸움 중에 임시울타리가 무너져 추락하여 즉사하였다.²⁰⁾

동 판결은 2016년 6월 27일 선고됨으로써, 2016년부터 시행되는 2015 양형지침이 적용된 최초의 사례이다. 동 범죄는 카테고리 A범주의 중대범죄로 판단되었으며, 부과된 벌금 총 550,000파운드를 2년 내에 지불할 것을 명령하였다. 범죄의 심각성에 대한 카테고리를 A범주로 한 이유는 경비가 허술한 조명 우물에 의하여 심각한 상해의 위험성이 예측가능함에도 불구하고 두 달 이상 이것이 해결되지 않았고, 현장 부근에 행인들(footfall)이 상당하였다는 점이 고려되었다.

다만 감경요인으로서 회사의 안전관련 기록이 양호하고, 과거의 기소 전력이 없는 점, 사고후에 취한 구제조치 등을 고려하였다.

양형기준 2단계에서 고려해야 하는 회사규모와 관련하여서는 재무상 매출이 2백만 파운드 미만이므로 영세 기업(Micro Organisation)에서 출발하였다. 또한 공판진행 중에 담당 판사(Worsley)는 지속적으로 CPS에 회사재무상태를 평가하기 위한 계정의 신뢰성 확인을 요청함으로써 조정여부가 있는지를 판단하였고, 그 결과 과실치사 건당 50,000파운드를 추가 부과하였다.

나. 2021년 W H Malcolm Limited 사건²¹⁾: 가장 고액의 벌금형 선고 사례

2017년 6월 Rugby 인근의 Daventry 국제철도 화물터미널(Daventry International Rail Freight Terminal) 운영업체인 WH Malcolm Limited가 운영하는 현장에서 축구

20) R. v Monavon Construction Ltd, 27 June 2016 (Central Crim Ct)

21) British Safety Council, Safety Managment, <https://www.britsafe.org/publications/safety-management-magazine/safety-management-magazine/2021/rail-co-fined-65m-after-boy-killed-by-overhead-power-line/> (방문일: 2022. 4. 24)

공을 주우려던 11세 소년 Harrison Ballantyne이 감전으로 사망하였다.

회사는 기업과실치사법 및 산업보건안전법 제3조 제1항 위반죄로 기소되었다. 검찰은 회사가 25,000 볼트의 전압이 통전되는 가공선 장비와 화물이동이 빈번한 장소에 대한 무단 접근을 방지하기 위한 적절한 조치를 취하지 않았다는 점 및 회사가 통전되지 않는 장소가 여러 군데 있음에도 불구하고 장기간 화물칸을 전기선 아래에 배치하여 다른 방법으로는 접근할 수 없는 고압 케이블 근처에 쉽게 접근할 수 있게 하였다고 주장하였다.

철도담당 수석검사인 Ian Prosser은 W H Malcolm이 무단 접근을 방지하지 못하고 완전히 피할 수 있는 결과를 위험관리미비로 인하여 초래된 점에 책임을 지는 것은 정당하며, 철도업계가 무단침입방지와 아동위험교육에 상당한 노력을 기울였음에도 불구하고 철도에 대한 접근이 제대로 통제되지 않을 때 이와 같은 심각한 사건이 발생한다는 사실을 일깨워주기 위하여 유죄판결이 필요함을 강조하였다.²²⁾

회사는 기소된 기업과실치사죄와 산업보건안전법 3(1) 위반죄로 유죄판결을 받았을 뿐만 아니라 1999년 작업장 보건 및 안전관리규정 제3조 위반(피고용인의 보건 및 안전에 대한 위험에 적절하고 충분한 평가를 수행하여야 할 의무)²³⁾도 인정되었고, 6,500,000파운드의 벌금과 241,463.60 파운드의 기소비용 및 120 파운드의 피해자 과징금(surcharge)의 지불을 명령받았다.

해당 벌금액수는 헤트필드 철도 추락사고 이후 밸푸어 비티 레일 인프라 서비스사에 부과된 두 회사의 각각 350만 파운드, 750만 파운드의 벌금²⁴⁾ 이래 최대 규모의 건강·안전 벌금으로 추정된다.

피고 물류회사는 연간 매출이 지속적으로 200,000,000 파운드를 초과하였다. 판사는

22) ORR, Press release, 2021/7/30,

<https://www.orr.gov.uk/search-news/company-fined-after-death-11-year-old-boy-freight-terminal>
(방문일: 2022. 4. 23)

23) the Management of Health and Safety at Work Regulations 1999 (failing to undertake a suitable and sufficient assessment of the risks to the health and safety of persons not in their employment)

24) 2000년 영국 Hatfield 지역에서 열차 충돌사고로 4명이 사망했다. 사고의 책임을 물어 네트워크 유지 및 보수회사인 Balfour Beatty의 경영진에 대하여 기업과실치사에 관한 혐의로 기소를 하였으나 임원 모두가 무죄판결 되었다. 검찰은 ① 기업에 대한 보통법상 과실치사죄, ② 최고 경영진의 보통법상 과실치사죄 ③ 임원의 산업보건안전법 위반죄로 기소하였지만 ①, ②에 대한 기소는 법원에서 인정되지 않았고, ③의 산업보건안전법 위반죄만 인정되어 관련 두 회사가 각각 350만 파운드와 750만 파운드의 벌금형을 선고받았다.

피고의 책임이 높다고 판단하여 최종 양형가이드라인을 적용하면서, 피고의 과책이 높음(the defendant's culpability was High), 피해범주 1(수준 A 해악의 높은 가능성)(Harm Category was 1(a high likelihood of Level A harm))을 적용하고, 위험에 노출된 어린이의 수를 염두에 두어 2단계에서 양형범주를 위로 상향할 필요가 있다고 결론지었다. 또한 바로 직전에 있었던 판결인 2018년의 Whirlpool Appliances 사건²⁵⁾에서 사형선고가 있었음을 고려하여서, 벌금의 시작점을 400만 파운드로 상향 이동시켰고 그 범위도 260만 마운드에서 1,000만 파운드로 상향하여 이동시켰다.

판사는 동 회사가 필요하다고 간주되는 것 이상의 구조 작업을 수행하였음을 인정하였지만, 피해자가 죽기 몇 년 전에 확인된 수준을 수행하지 못한 설명할 수 없는 실패와 저조한 시행 이력, 그리고 피해자의 죽음이 현장에 있었던 적어도 세 명의 아동에게 미치는 심각한 영향도 650만 파운드의 벌금형을 선고하는데 고려하였다.²⁶⁾

3. 평가

가. 2015년 양형기준 개정 전

2015년 양형기준이 개정되기 이전에 대부분의 사건들은 소규모 또는 영세기업에서 발생한 단일의 사망사고로서 피해자가 1명이거나 최대 4명²⁷⁾이었던 산업재해 또는 시민 재해였다. 해당 기업들 자체가 매우 영세하여서 기업과실치사법으로 유죄판결을 하였더라도 벌금액 자체가 기대하였던 것만큼 규모가 크지 않았다. 동법은 기업에 대한 처벌로서 ‘상한없는 벌금’을 규정하였으나, 기존의 산업보건안전법에 의한 처벌보다 유의미하게 중하다고 평가할 수 없었다는 점에서 양형기준의 적용이 경하다는 비판이 많았다.

물론 첫 번째 사례에서 해당 기업이 2011년 유죄판결을 선고받은 후 결국 2014년에 파산하였으나, 이는 기업이 받은 벌금이라는 형벌에 의해서라기 보다는 단독이사의 개인

25) Whirlpool Appliances Ltd [2018] 1 Cr.App.R. (S.) 44.

26) six pump court, 2021/08/02, <https://www.6pumpcourt.co.uk/news/6-5-million-fine-for-logistics-company-after-tragic-death-of-an-11-year-old-boy/> (방문일: 2022. 4. 25)

27) 2014년 R V MNS Mining Limited 사건. 다만 동 사건에서 기업과실치사법위반죄는 무죄가 되었다. <http://www.kennedyslaw.com/files/Uploads/Documents/Health%20and%20Safety/Kennedys%20-%20Defending%20corporate%20manslaughter.pdf>

적인 지병 및 매출감소 등으로 인한 결과로 평가된다.

또한 2건의 무죄판결의 경우²⁸⁾, 사망이라는 결과가 발생하였더라도 기업의 활동이 전부 또는 상당 부분의 실제 관리나 조직되는 방식으로 사망에 이르렀다는 점에 있어서 중대한 위반(gross breach)와 결과 간의 인과관계를 요구함으로써, 그와 같은 인과성이 입증되지 못한 사례라고 할 수 있다.

나. 2016년 개정 양형기준 적용 후

전반적으로 기업과실치사법에 의한 공판절차 자체가 매우 희소하여서, 2016년 2월 개정 양형기준이 적용된 사례 자체가 많지는 않다.

다음은 검찰의 보고서에서 제시된 동법이 도입된 이후 2008년부터 2019년까지 기소건수이다.²⁹⁾

년도	건수	년도	건수
2008	0	2014	6
2009	1	2015	5
2010	0	2016	5
2011	1	2017	1
2012	1	2018	2
2013	5	2019	0

검찰이 공개한 기소건수는 2016년 이후 4년 동안 8건에 불과하였고, 이들 또한 사망자가 1명이거나 소수에 불과한 사건이어서 기업과실치사법의 양형기준으로 인하여 벌금액이 상한되었는지 여부를 명확히 확인하기는 어렵다. 다만, 이후의 판결문들은 양형기준에 따라 제1단계에서 카테고리 A와 B를 우선 결정하여 이로부터 범주를 설정하였고,

28) R. v PS & JE Ward Ltd 2014년 6월 6일(Crown Ct(Norwich)) 및 R V MNS Mining Limited 사건을 의미한다.

29) CPS, Freedom of Information Act 2000 Request, Figures regarding prosecutions of Corporate Manslaughter since Feb 2019, 2020/3/5, 2면.

해당 기업의 규모에 따른 4개군의 선정에 따라 구간을 설정하면서 가중요인과 감경요인에 대한 평가를 구체적으로 적시하고 있음을 알 수 있다.

영국 역시 우리 양형기준과 마찬가지로 권고적 효력에 불과하지만, 각각의 개별 사례들은 양형구간의 설정에 대한 설시를 함으로써 양형기준에 대한 객관성을 담보하고 결과에 대한 예측가능성과 사법신뢰도를 구축하고자 하였다는 점에서 의의가 있다. 특히 양형에 있어서 가중요인과 감경요인을 구체적으로 설정한 양형기준을 반영하여, 개별 사례마다 해당 요인들의 입증 및 인과성 판단 및 적용여부를 적시하고 있다는 점에서 우리 법제의 운영에도 시사하는 바가 크다.

IV. 기업과실치사법 적용상 문제점과 시사점

1. 기업과실치사법의 한계

가. 기업 기소로 인한 경영진 개인의 면책

동법이 제18조에 “개인책임없음(No Individual Liability)”을 통해 고위 관리자와 이사(감독자)에게 보장된 면제규정을 둠으로써 기업을 처벌할 경우 책임있는 개인감독자 또는 경영자의 처벌이 현실적으로 더욱 어려워졌다. 경영자는 대체로 최초에는 중과실치사가 인정되어 기소되었으나, 기업이익을 위해 유죄인정을 함으로써(a guilty plea on behalf of the company) 실제로 재판 전에 기소가 철회되고 있다.³⁰⁾

즉, 기업과실치사법이 적용된 사례에서 거의 대부분 동법을 적용한 기업의 기소와 산업보건안전법 제37조위반을 적용한 이사(감독자)의 기소가 처음에는 동시에 시작되었지만, 기업의 유죄인정(company's guilty plea)에 비추어 개인인 이사(감독자)의 기소는 더 이상 진행되지 않았다. 이로 인하여 기업 기소가 오히려 책임있는 개인(이사)의 면책으로 악용된다는 비판을 면치 못하고 있다고 평가한다.

30) 기업과실치사법 제정 이후 평균적으로 10개의 영국 사건 중 8개의 경우, 이사 개인은 1974년 산업보건안전법 및 보통법(Common Law)상의 중과실치사죄로 회사와 함께 기소되었다.

그러나 반대로 이러한 방식에 대하여 비판하는 견해가 있다.³¹⁾ 이에 따르면 동법 제정 전에는 과실치사죄를 범한 법인격을 찾기 위해서 법원은 동일성이론에 따라 회사의 “지휘하는 마음과 의지(directing mind and will)”의 실체로서 감독자인 이사에게 유죄를 선고할 필요가 있었지만, 동법 제정 이후에는 어떤 개인도 회사의 과실치사 범죄에 대해 책임을 질 필요가 없다는 것이 비판의 요지이다. 10년간의 기업 주체에 대한 유죄 판결률이 상대적으로 높은 반면, 5개의 개인에 대한 중과실치사죄의 기소가 제기되었음에도 불구하고 실제로 중과실치사죄에 대한 개인들의 유죄판결은 없었다.

또한 회사가 기업과실치사죄 유죄판결을 받았을 동안, 13명의 개인 이사가 1974년 산업보건안전법 위반죄로 기소되었지만 2명만이 유죄를 인정했고, 1명은 배심원단에 의해 유죄 판결을 받았다. 가장 높은 형량이 선고된 것은 집행유예였지만, 보건 안전 감독자에게 직장 관련 사망에 따른 산업보건안전법 위반으로 즉시 9개월 형을 선고한 사례가 한 건 있었다.

핵심사항 중 하나는 이러한 무죄 판결 중 14건(4건의 중과실치사죄와 10건의 산업보건안전법위반죄)이 배심원들의 결정이 아니라 검찰이나 판사가 기소 후 기업의 유죄인정에 따라 개인에 대한 기소를 중단시켰다는 점이다.

개인에 대한 성공적인 기소 중 어느 것도 진정으로 고위 경영진의 역할을 제대로 수행하지 못한 결과로 사망에 이른 것은 아니다.³²⁾ 예를 들어, Pyranha Moldings Limited (산업용 오픈 도어가 자동으로 닫힌 후 직원이 사망한 경우)에서 유죄 판결을 받은 개인은 기술 책임자였다. 책임자가 유죄판결을 받은 근거는 안전하지 않은 비준수 설계였다. 개인이 유죄를 인정한 두 사건에서 이들은 아주 작은 회사의 단독 이사 또는 소유주였다. 판사들은 개인의 행위가 집단적인 기업 경영의 실패에 대한 광범위한 그림의 일부인 경우에 개인을 상대로 소송을 진행하는 것을 꺼려하는 듯 하다. 보건 및 안전의 정책과 실천에 있어서도 경영자 또는 개인보다는 기업 주체의 기소를 선호한다. 실무적으로도 개인에 대한 혐의에 대하여는 증인으로 협조할 의향이나 그러한 가능성이 적기 때문에 회사에 대한 기소 사건에 오히려 방해가 될 수 있다고 한다.

31) 이하의 내용은 Jocelyn Ledward, Corporate manslaughter: more and larger companies are due to pay the penalty, 1-2면 참조.

https://www.qebholliswhiteman.co.uk/cms/document/nfdc_corporate_manslaughter.pdf

32) Jocelyn Ledward, 앞의 논문, 2면.

나. 대형 사건에의 적용상 문제점

동법이 대형 산재나 다수인명피해 사건에 대처하기 위함을 제정목적으로 하였으나 실제로 지금까지 적용된 사례들은 매우 소규모이거나 중소기업에서의 단일 사망사건이 대부분이었다는 점에서 입법목적을 달성하지 못하였다.

그러나 Grenfell Tower 사건³³⁾과 같이 다중사망의 대형 사고에 대하여 기업과 실치사죄를 적용함에 있어서는 매우 신중하다 못해서 5년 여의 기간이 지는 동안 기소를 하지 못하는 것과는 달리, 1인 사망의 중소기업에 대하여는 적은 건수이지만 기소가 이루어지고 있다는 점은 비교될 수 밖에 없을 것이다.

다만 동 사건의 경우 수사기관에 사건조사 공식 홈페이지를 운영하면서, 그동안 조사내용과 결과를 투명하게 매일 단위로 업로드 함으로써 사건조사의 투명성을 확보하고 국민들의 알 권리를 보장하고 있다는 점에서는 시사하는 바가 매우 크다.

특히 조사가 지연된다 하더라도, 조사가 성실하게 지속적으로 이루어지고 있음을 국민들이 확인할 수 있도록 모든 정보를 공개하고, 관련자에 대한 조사에 경중이 없음을 제시한다는 점에서 사법에 대한 국민의 신뢰도를 담보할 수 있다는 점에서 그와 같은 조사방법과 정보공개는 우리 중대재해처벌법의 운용에 있어서도 많은 함의를 줄 수 있을 것이다.

우리나라 역시 대법원에서 사건이 확정될때까지는 많은 시간이 소요된다. 그리고 중대재해가 다수 발생할수록 시간의 지연으로 인한 사건의 중대성은 희석될 우려가 있다. 그러나 이와 같이 사건조사 홈페이지를 사건별로 운영하고 해당 조사내용을 공개한다면, 수사와 재판의 지연으로 인한 사법불신을 방어할 수 있는 장치가 될 수 있지 않을까 한다.

다. 저조한 적용 사례

동법이 현재까지 적용된 건수나 처벌의 양만 본다면 실패에 가깝다고 평가된다. 기업

33) Grenfell Tower 화재사건의 경우, 2017년 9월 19일 런던의 23층짜리 그렌펠 타워는 보수공사도중 화재로 전소하였고, 72명이 해당 사건으로 사망하였음에도 불구하고 사건이 발생한지 5년이 지난 2022년 현재까지도 형사기소가 이루어지지 않았다.

과실치사법은 위험형법과 유사하게 상징적인 의미를 가지며, 근로자의 생명과 안전보다 기업이윤을 우선시하는 기업들이 누리고 있는 면책특권을 거의 훼손하지 못한다고 본다. 물론 영국의 산재사망 사고 자체가 절대적으로 우리나라와는 달리 매우 적다. 2020/21년 영국에서 총 142명의 근로자가 직장에서 사망하였으며, 이는 전년보다 31명 증가한 수치이다. 다만 2019/20년(111명)의 사망자 수는 다른 최근 해에 유의미하게 낮았다. 통계적 측면에서, 사망자 수는 최근 몇 년 동안 대략적인 수준을 유지하고 있으며, 2016/17-2020/21년 5년 동안 직장에서 사망한 평균 연간 노동자 수는 136명이다.³⁴⁾ 그러나 한해 130명 이상의 사망자가 발생함에도 불구하고 2008년부터 2019년간 공식적으로 검찰이 기소한 사건이 27건에 불과하여, 연 평균 2건 정도 밖에 되지 않았다.

2. 양형적용 상의 문제점

판결선고 당시 부과된 벌금 수준이 상대적으로 낮았다. CMCHA법의 통과에 따라, 양형지침위원회는 법에 따른 성공적인 기소에 따른 적절한 처벌 수준을 결정하기 위한 결정적 지침을 2016년에 발표하였다. 동 지침은 벌금이 회사 이직률의 백분율 범위 내에서 계산되어야 한다고 제안한 [2007] 지침 초안에서 ‘매우 중요한 후퇴’로 표시되었다. 확정된 지침은 벌금 수준을 정하는 주요 근거는 ‘범죄의 심각성’과 이에 기여하는 요소들과 함께 매출액과의 연관성을 제거하였다. 이런 식으로 계산하면, 벌금은 ‘피고인에게 영향을 미치기에 충분하고 징벌적’이어야 하며, 따라서 ‘적절한 벌금은 대부분 50만 파운드 이하로 되지 않으며 수백만 파운드로 측정될 수 있다’는 것이다. 실제로 Sterecycle [Rotherham] Ltd³⁵⁾ 사건에서는 재판 시작 시점에 실제 관리 중인 회사에 50만 파운드의 벌금이 부과되었다. 이 법에 따른 현행 양형 관행의 빈곤에 대한 인식은 현재 검토 중인 새로운 일련의 지침 초안을 촉발시켰는데, 이 지침 초안은 비록 제안이

34) 영국 통계청, Number of fatal injuries to workers in Great Britain from 1974 to 2021, <https://www.statista.com/statistics/292272/fatal-injuries-at-work-great-britain-by-employment-y-on-y/> (방문일: 2022/6/2)

35) R. v Sterecycle (Rotherham) Ltd, November 7, 2014 (Crown Ct (Sheffield)) 2011년 1월에 직원 50명 정도의 소규모 회사인 해당 기업 내부에서 폭발사고가 일어나서 직원 1명이 사망한 사건으로, 경영진이 유죄인정(Guilty Plea)를 하지 않았던 사건이다.

아직 유죄 판결을 받은 적이 없는 더 큰 규모의 회사에 초점을 맞추고 있지만, 벌금과 이직률 사이에 더 명확한 연관성이 있다고 제안되었다.

영국에서 실제로 기업과실치사법으로 처벌받는 사례는 매우 드물며, 이러한 점에서 CMCHA법에 따른 유죄판결의 비율은 수사와 기소면에서 극적인 실패처럼 보인다고 평가된다. CMCHA법의 또 다른 문제점으로서, 노동자를 사망에 이르게 하는 기업들에게 책임을 부과하려는 상징적 시도로서, 그러나 이는 생명보다 이익을 우선시함으로써 기업들이 누리는 면책특권을 거의 훼손하지 않는다고 비판한다.

또한 동법은 기업에 대한 벌금액을 ‘상한 없는 벌금’이라고 하였으나, 순이익이나 매출액 또는 당기순이익에 비례하지 않는 현저하게 적은 벌금액이 부과됨으로써 기업에 대한 응보나 위하력을 가지기 어렵다. 즉, 상한 없는 벌금의 의미를 최초의 사건처럼 기업과실치사로 인하여 범죄를 범한 기업이 파산할 정도에 이르는 정도라고 해석하지만, 실제 부과되는 벌금액은 그와 같은 입법목적달성하기 거의 불가능한 정도이다. 특히 W H Malcolm Limited 사건에서 650만 파운드의 벌금을 부과한 것 이외에는 매출액에 현저히 미달되는 벌금액이 부과되었으며, Malcolm Limited 사건 또한 벌금액 자체는 규모가 크지만 실 매출액이 2억 파운드 이상임을 고려할 때 전체 매출액의 3%에 불과하다는 점에서 상한 없는 벌금의 의미가 무색해 진다.

3. 중대재해처벌법 양형기준에의 시사점

가. 산업안전보건범죄 양형기준

현재 산업재해와 관련하여서는 산업안전보건범죄 양형기준이 2016년에 설정되어 시행되고 있다. 동 기준은 과실치사상범죄와 같은 범죄군으로 분류되어 대유형 2로서, 도급인 및 사업주의 안전·보건조치의무위반 및 이로 인한 치사의 결과에 대하여 설정하고 있다. 산업안전보건범죄가 과실치사상범죄와 함께 분류된 이유는 해당 의무위반이 과실범에서의 객관적 주의의무위반과 유사한 의미를 가질 뿐만 아니라, 해당 치사의 결과발생이 과실범에 해당하기 때문이다. 즉, 안전·보건조치의무위반은 고의 또는 과실로 발생할 수 있으나 치사의 결과는 과실이어서 하므로 범죄성립구조는 과실범과 같고, 따라서 기본구간과 감경 및 가중구간 역시 과실치사상 범죄와 크게 다를 바 없게 된다.

그리고 산업안전보건범죄는 기본적으로 모든 범죄군에 공통되는 양형기준 이외에, 특별감경요소로서 행위인자에 사고발생경위에 특히참작할 사유가 있는 경우를, 가중인자에 의무위반정도가 중한 경우 및 유사사고의 반복발생을 두고 있고, 일반양형인자중 행위자가중인자로서 사고후 구호조치 미이행을 두고 있을 뿐이다.

그와 같은 양형인자들은 매우 구체적이지 않고 일반 업무상과실치사상죄 범죄군에서의 양형인자와 구별되지 않는다. 이는 산업안전보건범죄 위반으로 인한 자유형 유죄판결 자체가 매우 적어서 기존의 판례의 축적을 통해 양형인자를 추출하기가 매우 어려웠다는 사실상의 문제점이 있었기 때문이다. 즉, 경험적 요소로서 과거 판결을 토대로한 통계분석을 기초로 하여 규범적 요소를 가미하는 형태로 양형기준을 정립하는 전례의 한계인 것이다.

나. 중대재해처벌법 양형기준

중대재해처벌법상 안전·보건확보의무와 산업안전보건법상 안전·보건조치의무는 외관상 유사해 보이지만 서로 양립가능한 독자적 의무로 구성된다고 보는 견해가 있다.³⁶⁾ 이에 따르면 양 의무는 그 내용상으로 매우 유사한 면이 있으나, 중대재해처벌법상의 의무는 산업안전보건법상의 의무에 대한 이행을 경영 책임자 등이 관리·감독할 의무라고 이해한다.

영국 역시 마찬가지로 기업과실치사법의 적용 이외에 대체로 산업보건안전법상 의무 위반은 거의 대부분의 사건에서 함께 기소되게 된다. 기업과실치사법 제1조는 그 기업의 활동이 고위 관리직(senior management)에 의하여 관리되거나 조직되는 방식이 위반에 있어서 상당한(substantial) 요소일 것으로 요구하며, 고위 관리직이란 “그 활동의 전부 또는 상당 부분이 관리되고 조직되는 것에 대한 의사결정을 하거나 그 활동의 전부 또는 상당 부분의 실제 관리나 조직함에 있어서 중요한 역할을 하는 자”로 정의된다(동조 제4항(c)).

동법 제1조에 따라 기업은 활동이 관리 또는 조직되는 방식으로 사람을 사망에 이르게 하고, 조직이 사망자에 대하여 책임져야 하는 관련 주의의무의 중대한 위반에 해당되

36) 심재진, “중대재해처벌법 제정에 따른 산업안전보건법의 과제”, 노동법연구 제51호, 서울대학교 노동법연구회, 2021/9, 51면 이하.

면 상한없는 벌금형에 처할 수 있다. 이 때의 관련주의의무의 중대한 위반이란 Sec. 2(1)의 규정내용이며, 이는 민법상 발생하는 의무로서 2007년 기업과실치사법이 새로운 법적 의무를 생성한 것은 아니다.

한편 산업보건안전법 Sec 2(1)은 모든 고용주(기업)는 합리적으로 실행가능한 한도 내에서 모든 고용인의 건강과 안전을 보장할 의무를 진다. 이는 매우 광범위하고 넓은 보통법상의 안전주의의무위반으로서, 손해배상이 될 만한 것은 모두 동법상 감독관에 의한 조사 및 형사소추의 대상이 될 수 있다.³⁷⁾ Sec 3(1)은 고용주(기업)는 합리적으로 실행 가능한 한도 내에서 자신의 사업에 의해서 영향을 받을 수 있는 고용된 근로자 이외의 사람들을 보호하기 위하여 안전보건상 유해위험에 노출되지 않도록 해야할 의무가 있다. 근로자 이외의 자의 범위에는 제한이 없어서, 기업에서 일하는 하청업체 사람들, 기업에의 구내 방문자, 서비스를 이용하는 고객이나 일반대중도 포함된다.³⁸⁾ 제2조 및 제3조에서는 모두 “합리적으로 실행 가능한 한도 내에서(so far as is reasonably practicable)”라는 단어가 고용주의 의무를 규정하게 된다.

이 경우 사람이 실제로 위험에 처했을 필요는 없으며, 단순히 위험의 가능성이 존재하고 기업이 그것을 방지하기 위하여 합리적으로 실행 가능한 모든 조치를 취하지 않았다는 것을 의미한다.³⁹⁾

판례는 기업이 실무차원(operating level)에서 모든 합리적으로 실행 가능한 조치가 취해지지 않은 경우, 안전을 보장하기 위한 조치를 취했다는 점을 제시하는 것만으로는 책임을 면할 수 없다고 판시하였다.⁴⁰⁾ 또한 ‘합리적으로 실행 가능한’이란 사고위험을 관련 비용을 포함하여 위험을 제거하기 위하여 배치된 조치와 비교형량하여야 함을 의미하는 바, 위험은 적지만 조치가 큰 경우에는 무죄가 될 수 있다고 판시하였다.⁴¹⁾

이러한 점을 고려할 때, 영국의 기업과실치사법에 대한 양형기준은 중대재해처벌법의 양형기준의 설정 또는 양형기준 설정 전 법원의 양형판단에 시사하는 바가 클 것으로 기대된다. 특히 영국의 양형기준은 기업의 규모를 매출량을 기준으로 하여 대기업, 중견

37) G. Janner, Compendium of Health and Safety Law, Random House Business Books, 1982, 12면 이하.

38) R v Tangerine Confectionery (2011) EWCA Crim 2015

39) R v Board of Trustees of the Science Museum (1993) 1 WLR 1171

40) R v British Steel (1995) 1 WLR 1356

41) Austin Rover Group Ltd v HM Inspector of Factories (1990) 1 AC 619

기업, 소기업, 영세기업으로 구분하여 각각 벌금형 산정구간을 달리하고, 각 기업별로 다시 첫 번째 단계에서 결정된 범죄의 중대성에 따른 A, B 카테고리별로 벌금형의 기본구간을 차별화함으로써 벌금형이 기업의 존립에 미칠 수 있는 영향을 고려할 뿐만 아니라 이로 인한 실질적 평등을 추구하고자 하였다.

다음 단계로 각각 양형가중요인과 감경요인을 구체화하고 있는 바, 가중요인으로는 유죄판결 전력과 안전비용절감, 행위은폐, 법원명령위반, 안전관련 기록의 부실, 고용부조사의 회피나 해태, 범행에 취약한 피해자에 대한 공격 등을 들으로써 해당 구간에서 구체적인 벌금형의 산정에 영향을 미칠 수 있도록 정하고 있다. 또한 감경요인으로는 범죄전력없음, 수사협력, 문제해결을 위한 조치여부, 성실한 보건·안전기록, 책임의 수용정도 및 다른 요인들의 기여정도 등을 고려하도록 요구함으로써 우리의 양형기준에서의 양형인자들보다 상대적으로 구체화되어 있다.

그리고 공표명령, 시정명령 등 부가명령의 부과기준도 구체화하고 있다는 점에서 중대재해처벌법 적용시 부가명령의 부과여부를 결정함에도 차용할 수 있는 점이 있을 것이다. 또한 실제 판결에 있어서도 해당 요소들을 판결문에 명시하여 인정여부를 명확히 함으로써 사법에 대한 예측가능성을 높이고 있다는 점에서도 시사하는 바가 매우 크다.

V. 마치며

중대재해처벌법의 목적은 중형주의가 아니다. 동법은 산업현장에서 고용주 등 고위경영진들의 책임의식을 고취하고 산업재해를 사전에 예방할 수 있도록 안전조치의무를 강화하여 보다 안전한 산업현장의 발전을 도모하고 궁극적으로 사회발전에 기여함을 목적으로 한다. 그럼에도 불구하고 동법의 시행은 여전히 많은 문제점을 내포하고 있을 뿐만 아니라, 동법이 시행되었다고 하여 단기적으로 동법의 효과가 발휘되어 산업재해가 급격히 감소하는 것도 아니다.

그러나 동법의 궁극적인 목적을 고려할 때, 동법의 적용 역시 보다 강한 처벌, 보다 많은 벌금형의 선고만이 해결책이 아니다. 따라서 합리적인 양형기준을 설정하여야 하나, 기존의 전례가 없는 제정법에 대한 양형기준을 설정함도 결코 쉬운 일이 아니다. 또

한 동법과 산업안전보건법 위반을 어떻게 처리할지 여부, 동법의 적용시 인과성 판단의 구체적인 기준, 양형기준이 정립되지 않은 현 시점에서 양형의 구체적 판단 및 고려되는 양형인자의 구체화 등은 여전히 넘어야 할 산이다.

여기에서는 영국의 기업과실치사법의 양형기준을 살펴보고, 그것이 실제 사례에 적용된 결과를 살펴보았다. 물론 영국의 기업과실치사법과 우리나라의 중대재해처벌법이 완전히 같은 구조는 아니지만, 법인처벌을 통한 책임의식의 고취를 목적으로 한다는 점에서는 시사하는 바가 있음은 명약관화하다.

첫 단추를 잘못 끼울 경우 마지막 단추까지의 오류를 잡기란 매우 어렵다. 중대재해처벌법이 시행에 이른 후 아직 1심판결이 선고되기 이전의 시점에서 학계와 실무에서 가장 고민해야 할 점은 사실관계의 판단보다도 양형범위 및 양형인자일 것이다. 중대재해처벌법 위반에 대한 양형의 정도는 산업안전보건법 위반범죄와는 질적으로 차이가 있다. 앞서 언급한 바와 같이 양자의 의무는 양립가능한 독자적 의무들이고, 이에 대한 위반의 정도가 반드시 양형에서 동등하게 평가될 수도 없다. 산업현장에서 발생하는 중대사업재해나 시민재해가 가지는 사회적 여파는 매우 크다. 그리고 우리 사회는 지금까지 급속도의 성장을 하면서 재해로 인한 안타까운 희생을 지켜보아 왔다. 이제는 중대재해처벌법의 합리적이고 예측가능한 양형을 통하여 건전하고 안전한 산업근로현장을 구축하여야 할 시점이라는 점에서, 중대재해처벌법의 적용에도 시중을 기하여야 할 것이다.

참고문헌

(국내 문헌)

- 권오성, “중대재해처벌법의 해석상 쟁점 - 제6조와 제7조를 중심으로 -”, 노동법포럼 제 35호, 노동법이론실무학회, 2022/3
- 김재운, “영국의 기업과실치사법에 대한 고찰과 시사점”, 형사정책연구 제25권 제4호, 한국형사법무정책연구원, 2014/12
- 김혜경/이진국/도종진/차종진, 국외 기업범죄 유형 분류와 법령상 제재수단 규정 등 실태 조사, 산업안전보건연구원 연구보고서, 2021
- 송기동, “영미 기업범죄 형사책임의 전개”, 형사정책 제20권 제2호, 한국형사정책학회, 2008/12
- 심재진, “중대재해처벌법 제정에 따른 산업안전보건법의 과제”, 노동법연구 제51호, 서울대학교 노동법연구회, 2021/9
- 심재진, “중대재해처벌법 제정에 따른 산업안전보건법의 과제”, 노동법연구 제51호, 서울대학교 노동법연구회, 2021/9
- 전형배, “중대재해처벌법의 해석상 쟁점”, 노동법포럼 제34호, 노동법이론실무학회, 2021/11
- 조흡학, “중대재해처벌법에서의 경영책임자의 범위와 의무에 관한 소고”, 노동법논총 제 53권, 한국비교노동법학회, 2021/12
- 최정학, “중대재해처벌법 - 기업 경영자 처벌의 논리 -”, 노동법연구 제51호, 서울대학교 노동법연구회, 2021/9
- 한성훈, “중대재해처벌법상 기업의 형사법적 책임에 관한 연구”, 법과기업연구 제12권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2022/4

(국외 문헌 및 판례)

Austin Rover Group Ltd v HM Inspector of Factories (1990) 1 AC 619

- British Safety Council, Safety Managrment, <https://www.britsafe.org/publications/safety-management-magazine/safety-management-magazine/2021/rail-co-fined-65m-after-boy-killed-by-overhead-power-line/>
- Corporate Manslaughter, Updated: 16 July 2018|Legal Guidance, Violent crime <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/corporate-manslaughter>
- CPS, Freedom of Information Act 2000 Request, Figures regarding prosecutions of Corporate Manslaughter since Feb 2019.
- G. Janner, Compendium of Health and Safty Law, Random House Business Books, 1982
- Health and Safety Executive Northern Ireland v JMW Farms Ltd Unreported May 8, 2012 (Crown Ct (Belfast)) <https://www.orr.gov.uk/search-news/company-fined-after-death-11-year-old-boy-freight-terminal>
- Jocelyn Ledward, Corporate manslaughter: more and larger companies are due to pay the penalty, https://www.qebholliswhiteman.co.uk/cms/document/nfdc_corporate_manslaughter.pdf
- ORR, Press release, 2021/7/30,
- R v Board of Trustees of the Science Museum (1993) 1 WLR 1171
- R v British Steel (1995) 1 WLR 1356
- R. v Cotswold Geotechnical Holdings Ltd [2011] EWCA Crim 1337; [2012]
- R v Tangerine Confectionery (2011) EWCA Crim 2015
- R. v Lion Steel Equipment Ltd, July 20, 2012 (Crown Ct (Manchester))
- R. v Monavon Construction Ltd, 27 June 2016 (Central Crim Ct)
- R. v PS & JE Ward Ltd June, 6, 2014(Crown Ct(Norwich))
- R. v Great Western Trains Company Limited, July, 27, 1999
- R. v Sterecycle (Rotherham) Ltd, November 7, 2014 (Crown Ct (Sheffield))

Analysis of Sentencing Factors of Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 in UK

- In relation to Fatal Industrial Accidents Punishment Act -

Kim, Hyekyung*

Although the existing Occupational Safety and Health Act tried to cope with casualties at industrial sites, including punishment of industrial accidents, Fatal Industrial Accidents Punishment Act was enacted for the purpose of imposing more serious responsibilities and prevent it was difficult to be evaluated as a sufficient legislative measure. In addition to industrial accidents, the Act sought to secure the safety rights of not only workers but also ordinary citizens by targeting serious industrial accidents caused by businesses operated by employers, corporations, or institutions, etc., but also by operating public facilities or handling dangerous materials.

On the other hand, the best example of borrowing in the process of enacting the law is the Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007. With the enactment of the law, the UK establishes a dualization of punishment, and individual punishment applies occupational negligence homicide under the Occupational Safety and Health Act and the Common law, while corporate punishment applies corporate manslaughter.

In addition, the British Sentencing Commission announced the final sentencing guidelines from February 1, 2016, reorganizing the sentencing standards for corporate murder and manslaughter. Since the law legislated an “unlimited fine” for punishment due to the specificity of punishment for companies by sanctioning redial orders and public order for violations, the Sentencing Committee also proposed more

* Ph. D, in Law, Professor, College of Social Science, Keimyung University

specific and reasonable standards for how to apply it.

Here aims to examine in detail the sentencing standards applied to the UK's corporate and manslaughter laws (II), and when such sentencing standards are applied, check through the court's ruling on what sentencing factors are specifically considered and reflected in serious accidents (III). And then analyze the limitations of the application of the Corporate Death Penalty Act and examine the implications for the application of Fatal Industrial Accidents Punishment Act (IV). In the future, it is reasonable to set and implement sentencing standards like the Occupational Safety and Health Act, but considering that the sentencing standards set by the Sentencing Standards Committee are reorganized in consideration of normative factors for the results of the judgment.

❖ Key words: Fatal Industrial Accidents Punishment Act, Industrial Safety and Health Act, Fatal Industrial Accident, Sentencing Criteria, Sentencing Factors, Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act, Sentencing Commission

군형법 제92조의6 추행죄 사건(2019도3047)에 대한 대법원 전원합의체 판결의 의미와 과제*

강 태 경**

국 | 문 | 요 | 약

대법원 2022. 4. 21. 선고 2019도3047 전원합의체 판결의 다수의견은 군형법상 추행죄(제92조의6) 사건에 대하여 유죄로 인정한 원심을 무죄 취지로 파기·환송하였다. 다수의견은 동성 간의 성행위에 대한 법규범적 평가가 달라졌고, 남성 군인들이 사적 공간에서 합의하여 성적 행위를 한 경우예까지 군형법상 추행죄로 처벌할 수 없다고 판단하였다. 이 판결의 주요 쟁점인 규정의 '문언적 의미'와 '보호법익'을 중심으로 각 의견들을 비교·검토함으로써 다수의견의 헌법정향적 법률해석이 법의 통일성이라는 관점에서 설득력 있음을 확인하였다. 그리고 다수의견의 법률해석은 법률문언에 반하는 해석이지만, 법질서의 통일성(integrity)을 제고하기 위한 정당한 해석임을 논하였다. 다만, 헌법정향적 축소해석만으로 군형법상 추행죄 규정에 표현된 차별적 의미를 완전히 제거할 수 없다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2022.6.30.2.67>.

❖ 주제어 : 군형법, 추행(죄), 헌법정향적 법률해석, 법률문언에 반하는 해석, 법의 통일성, 차별

* 이 글은 '군형법 제92조의6 추행죄 관련 국회 토론회'(한국형사·법무정책연구원, 군인권센터, 국회의원 김상희, 국회의원 진선미, 국회의원 박주민, 국회의원 강민정, 국회의원 권인숙, 국회의원 이수진, 국회의원 이탄희 공동주최, 2022. 6. 13.)에서 발표한 원고를 수정·보완한 것이다. 아울러 글의 부족한 부분을 꼼꼼하게 짚어주신 익명의 심사위원님들께 감사드린다.

** 한국형사·법무정책연구원 연구위원, 법학박사.

[사실관계 및 재판의 경과]

1. 사실관계

서로 다른 부대에 속한 남성 군인인 피고인 1과 피고인 2 그리고 공소외인 Y는 성소수자를 위한 온라인 데이팅 애플리케이션을 통해 만났다. 피고인 1은 자신의 독신자 숙소에서 Y와 키스, 구강성교나 항문성교를 하였다. 피고인 2는 자신의 독신자 숙소에서 피고인 1과 서로 키스, 구강성교나 항문성교를 하였다. 각 행위는 휴일 또는 근무시간 이후에 상호 자발적 합의에 따라 이루어졌다. 각 피고인은 위와 같은 행위를 함으로써 군형법 제92조의6(추행)을 위반하였다는 공소사실로 기소되었다.

2. 재판의 경과

1심인 보통군사법원은 군형법 제92조의6은 남성인 피고인들이 합의하여 근무시간 외에 영외의 사적 공간에서 한 성행위에도 적용되고, 피고인들의 동성 간 성행위는 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 군형법 제92조의6의 ‘추행’에 해당한다는 이유로 피고인들에 대하여 유죄를 인정하였다. 항소심인 고등군사법원도 위와 같은 취지로 피고인들에 대하여 유죄를 인정하였다.

[대상판결]

대상판결의 다수의견은, 군형법 제92조의6의 문언, 개정 연혁, 보호법익과 헌법 규정을 비롯한 전체 법질서의 변화를 종합적으로 고려하면, 이 규정은 동성인 군인 사이의 성행위가 사적 공간에서 자발적 의사 합치에 따라 이루어지는 등 군인의 성적 자유를 침해하거나, 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 직접적, 구체적으로 침해한 것으로 보기 어려운 경우에는 적용되지 않는다고 봄이 타당하다는 이유로 무죄 취지로 원심을 파기 환송하였다.

대상판결의 다수의견 외에 해당 규정 문언의 언어적 구조 분석을 바탕으로 해당 규정이 피고인들의 행위에 적용될 수 없다고 본 별개의견 1, 해당 규정의 보호법익을 군기로 한정하면서 피고인들의 행위가 그 보호법익을 직접적, 구체적으로 침해하지 않았으므로 처벌할 수 없다고 본 별개의견 2, 피고인들의 합의에 기초한 성행위는 해당 조항의 추행에 해당한다고 본 반대의견이 있었다.

[연구]

I. 서론: 75여 년 만의 군열

대법원 2022. 4. 21. 선고 2019도3047 전원합의체 판결(이하, ‘대상판결’이라 함)의 사건은 2017년 육군 중앙수사단의 이른바 ‘성소수자 군인 색출 수사’로부터 시작되었다.¹⁾ 수사관들은 23명의 군인을 대상으로 군형법 제92조의6 위반 혐의를 조사한다는 명목하에 성(性)이라는 지극히 사적이고 은밀한 영역을 파헤침으로써 조사 대상자들의 인권을 심각하게 침해했다.

수사팀은 진술을 확보한답시고 성관계 시 성향, 체위, 사정 위치, 콘돔 사용 여부, 사위 여부 등을 집요하게 캐물었고, 수사되는 하등 상관이 없는 야동 취향, 좋아하는 스타일, 민간인과의 항문성교 횟수, 첫 경험 시기, 평소의 성욕 해소 방법, 성정체성 인지 시점, 자주 가는 종로 술집 이름 등의 진술도 강요하는 등 피해자에게 성적 수치심과 극도의 모멸감을 안겨 주었다.²⁾

수사관들은 부당한 수사에서 더 나아가 조사 대상자에게 데이팅앱에 접속하여 군 간

1) 이 사건에 대해서는 김형남, “성소수자 군인 색출 사건과 군형법 상 추행죄 적용의 문제점”, 『군형법 제92조의6 추행죄 관련 토론회 자료집』(2022. 6. 13.), 26-30면; 김민제, “2년전 ‘육군 성소수자 색출 사건’ 군인들 강제전역 내몰렸다”, 『한겨레』 2019. 9. 18.자 기사(https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/909920.html, 최종방문일 2022. 5. 31.) 참조.

2) 군인권센터, “장준규 육참총장, 동성애자 군인 색출 및 처벌 지시 관련 긴급 기자회견”(2017. 4. 13.자 보도자료).

부로 추정되는 사람에게 메시지를 보내 만남을 유도하도록 강요하는 등 불법 수사를 자행했다.³⁾ 수사 결과 9명이 군형법상 추행죄로 기소되었다. 이처럼 부당하고 불법적인 수사를 통해 ‘아무런 문제없이 충실하게 복무하고 있는’ 성소수자 군인의 사생활을 파헤쳐 처벌하는 것이 군 공동생활의 건전성과 군기의 확립과 보호에 기여하리라고 기대하기는 어렵다.⁴⁾

대법원은 대상판결을 통해서 추행죄(군형법 제92조의6 위반)로 기소된 이 사건의 피고인들에 대하여 유죄를 선고한 원심을 무죄 취지로 파기환송하였다. 대상판결의 다수의견은 “동성 간의 성행위가 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위라는 평가는 이 시대 보편타당한 규범으로 받아들이기 어려워졌다.”고 실시하고, 남성 군인들이 사적 공간에서 합의하여 성적 행위를 한 경우까지 군형법상 추행죄로 처벌할 수 없다고 판단하였다.⁵⁾ 그 이유는 이 경우처럼 이 규정의 보호법익인 ‘군인의 성적 자기결정권’과 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’를 침해하였다고 보기 어려운 경우까지 처벌하는 것은 평등권, 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권을 침해하기 때문이다. 최근 검찰도 대상판결의 견해를 수용하여 동일한 혐의로 기소된 다른 사건 피고인에게 무죄를 구형하였다.⁶⁾

대법원의 전향적 태도와 달리, 헌법재판소는 2002년, 2011년, 2016년 세 차례에 걸쳐 군형법상 추행죄 규정이 합헌이라고 결정하면서,⁷⁾ 이 규정이 동성 군인 간의 행위에만 적용되고 강제력 행사를 요구하지 않으며 합의에 의한 것인지 여부나 행위의 시간, 장소 등에 관한 별도의 제한을 하지 않는다고 보았다. 헌법재판소는 이 규정이 ‘동성 사이의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성’이 높은 군대라는 특수한 상황에서 ‘객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는’ 동성 군인 간 성적 만족 행위를 처벌하는 데 그 목적이 있으므로 동성 군인 간 성적 행위를 이

3) 김형남, 앞의 글(주 1), 27면.

4) 같은 취지, 대상판결 별개의견(대법관 김선수).

5) 대법원 다수의견은 ‘대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결, 대법원 2012. 6. 14. 선고 2012도3980 판결 등’을 대상판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 변경하였다.

6) 장예지, “검찰도 잘못 인정…추행 혐의 성소수자 군인에 ‘무죄 구형’, 왜?”, 『한겨레』 2022. 5. 22. 자 기사(https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1044694.html, 최종방문일 2022. 5. 31.).

7) 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 결정; 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정; 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012헌바258 결정.

성 군인 간 성적 행위와 달리 취급하는 것은 합리적인 이유가 있다고 판단하였다.⁸⁾ 여기에서 동성 간 성적 행위가 ‘비정상적’, ‘혐오감을 일으키는’, ‘선량한 성적 도덕관념에 반하는’ 행위라는 표현은 당시 합헌 의견을 낸 헌법재판관들의 동성에 혐오적인 시각을 여과 없이 드러낸 것이라는 비판이 제기된다.⁹⁾

헌법재판소는 인천지방법원이 2016고단4070사건(2017헌가16)을 통해 제정한 군형법상 추행죄 규정에 대한 위헌법률심판을 5년이 넘도록 미루고 있다. 이와 같은 상황에서 대법원은 이 규정의 위헌성을 판단함으로써 1946년 조선국방경비법에 ‘계간죄(鷄姦罪)’가 도입된 지 75여 년 만에 성소수자 차별적 군형법에 결정적인 균열을 일으켰기에 이론적으로나 실무적으로 그 의미가 크다. 아래에서는 대법판결의 주요 쟁점인 규정의 ‘문언적 의미’와 ‘보호법익’을 중심으로 다수의견과 두 별개의견 그리고 반대의견의 타당성을 비판적으로 검토하고자 한다. 그리고 로널드 드워킨(Ronald Dworkin)의 법철학을 바탕으로 대법판결의 또 다른 쟁점이었던 ‘법률해석의 한계’를 검토하고, 죄형법정주의의 명확성 원칙과 성소수자에 대한 차별이라는 관점에서 해당 조항의 폐지를 논하고자 한다.

II. 군형법 제92조의6의 문언적 의미

1. 군형법상 추행죄 규정의 약사(略史)

1962년 제정된 군형법(이하, ‘제정 군형법’이라 함) 제95조(추행)는 “계간¹⁰⁾ 기타 추행을 한 자는 1년이하의 징역에 처한다.”라고 규정하였다. 2009년 제정 군형법 개정으로 강간 등의 규정을 ‘제15장 강간과 추행의 죄’에 신설하면서 제정 군형법 제92조를

8) 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012헌바258 결정.

9) 장서연, “군형법상 추행죄 무죄, 대법원 판결의 의미”, 공익인권법재단 공간 홈페이지, 2022. 5. 10.자 칼럼(https://www.kpil.org/board_column/20220510/, 최종방문일 2022. 5. 31.).

10) 정성조, “한국 군대 내 동성에 ‘문제’의 ‘탄생’”, 『한국사회학회 사회학대회 논문집』(2018), 450면은 17세기 중반 중국에서 남성 간 향문성교를 의미하는 단어로 사용되기 시작한 ‘계간(鷄姦, jījian)’은 서구의 소도미와 동일한 의미는 아니었다고 지적한다.

제15장으로 옮겼고(구 군형법 제92조의5), 법정형을 1년 이하의 징역에서 2년 이하의 징역으로 강화했다. 2013년 구 군형법 개정으로 유사강간을 처벌하는 규정이 신설되면서 제92조의5가 제92조의6으로 옮겨졌다. 그리고 이 개정으로 ‘계간이나’라는 문구가 ‘제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나’로 변경되었다. 이 문언 변경의 목적은 구성요건적 행위에 대한 비하적 표현을 중립적 표현으로 대체하고, 구성요건적 행위의 대상을 명시적으로 규정하여 이 규정이 군인 간 성적 행위에만 적용된다는 점을 명확하게 하는 것이었다.¹¹⁾

군형법으로 동성 군인 간 성행위를 처벌하게 된 역사적 배경은 다음과 같다. 1962년 국가재건최고회의는 법령정비 사업의 일환으로 종전의 ‘국방경비법’과 ‘해안경비법’을 대체하여 육·해·공군에 공통적으로 적용할 군형법을 제정하였다.¹²⁾ 제정 군형법 제92조는 국방경비법 제50조와¹³⁾ 해안경비법 제13조의 여러 구성요건적 행위 중 ‘계간’을 독립된 조항으로 규정한 것이다. 두 경비법의 추행죄 조항은, ‘소도미(sodomy)’¹⁴⁾ 행위를 범죄로 규정한 미국의 ‘1920년 전시군법(The Articles of War of 1920)’ 제93조를¹⁵⁾

11) 이는 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정을 고려한 것이다. 이 결정의 합헌의견은 군형법상 추행죄 규정이 남성 군인 간 성적 행위에만 적용된다고 해석하였지만, 한정위헌의견(재판관 조대환)은 이 규정이 행위 대상의 신분을 특정하지 않았기에 명확성의 원칙에 반한다고 판단하였다.

12) 박안서, “2009년 개정 군형법의 주요내용과 문제점”, 『형사정책연구』 22.4 (2011), 133면.

13) **국방경비법 제50조(기타각종의 범죄)** 여하한 본법피적용자든지 과실살인, 자해, 방화, 야도, 가택침입강도, 절도, 횡령, 위증, 문서위조, 계간, 중죄를 범할 목적으로 행한 폭행, 위험한 흉기, 흉구 기타 물건으로 신체상해의 목적으로 행한 폭행을 범하는 자는 군법회의판결에 의하여 처벌함(밀줄-저자, 해양경비법 제13조 문언도 동일함).

14) ‘sodomy’의 어원은, 라틴어 ‘sodomia’(9세기)와 중세 프랑스어 ‘sodomie’(13세기)이다. 라틴어 sodomia는 구약성서 창세기 19장에 기록된 불경한 도시의 이름인 ‘Sodoma’에 접미사 ‘-ia’가 결합된 것이다. 프랑스어 sodomie는 ‘부자연스러운 것으로 여겨지는 성적 교섭(sexual intercourse considered unnatural)’을 가리키는 단어였다. sodomy의 의미는 처음에 그 어원과 유사하게 부자연스럽거나 부도덕한 것으로 여겨지는 모든 형태의 성적 교섭이었지만, 질을 통한 이성 간 성교(heterosexual vaginal intercourse) 외에 특히 불법적인 것으로 규정된 모든 형태의 성적 교섭으로 변하였고, 현재는 대체로 남성 간 항문성교(종종 더 일반적으로 ‘동성애적 행위’)로 정착되었다(“sodomy, n.”, *Oxford English Dictionary Online*, June 2022, Oxford University Press(<http://www.oed.com/view/Entry/183887>, 최종방문일 2022. 6. 15.).

15) The Articles of War (1920). ART. 93. VARIOUS CRIMES.—Any person subject to military law who commits manslaughter, mayhem, arson, burglary, housebreaking, robbery, larceny, embezzlement, perjury, forgery, sodomy, assault with intent to commit any felony, assault with intent to do bodily harm with a dangerous weapon, instrument, or other thing, or assault with

번역하여 옮긴 ‘조선국방경비법’¹⁶⁾ 제34조를 이어받은 것이다.¹⁷⁾ 한편 1920년 6월 4일 미국 의회의 승인을 받았던 전시군법 제93조는 소도미를 목적으로 한 폭행과 별개로 강제성 유무와 상관없이 소도미 행위 자체를 범죄화하기 위해 만들어진 규정이었다.¹⁸⁾

2000년대 군형법상 추행죄의 적용 현황을 살펴보면 이 규정 위반으로 처벌된 사례는 매우 적었다. 이경환 변호사의 연구(2008)에 따르면 2004년부터 2007년까지 4년 간 군형법상 추행죄 규정이 적용된 사건 176건 중 합의에 의한 동성 간 성행위에 해당하는 경우는 4건(3건 처벌, 1건 기소유예)에 불과했고, 나머지 172건은 강제추행이나 위력 등에 의한 추행에 해당하나 피해자와의 합의가 있어 친고죄가 아닌 군형법상 추행죄가 적용된 경우라고 한다.¹⁹⁾ 이 시기 군형법상 추행죄는 친고죄였던 강제추행이나 위력 등에 의한 추행에 대한 처벌 공백을 메우는 기능을 수행했다.²⁰⁾

그러나 2017년 육군 중앙수사단의 이른바 ‘성소수자 군인 색출 수사’는 군형법상 추행죄 규정의 막강한 힘을 이례적으로 보여주었다. 용혜인 국회의원(기본소득당)에 따르면, 2021년 10월 기준 최근 5년 간 군형법상 추행 혐의로 수사를 받은 사람은 색출 수사 대상자 23명을 포함하여 51명이었다.²¹⁾ 그리고 색출 수사로 기소된 9건의 사건을 포함하여 2017년부터 2021년까지 군형법상 추행죄로 기소가 된 사건은 총 24건이라고 한다.²²⁾

한편 2017년에 발간된 ‘국방법무백서’ 범죄 접수 통계에 따르면, 2014년부터 2016년

intent to do bodily harm, shall be punished as a court-martial may direct(밀줄-저자). 미국 군대 내 ‘소도미’ 금지에 대한 법적 논쟁은 이경환, “군대 내 동성에 행위 처벌에 대하여”, 『공익과 인권』 5.1(2008), 78-83면 참조.

16) 조선국방경비법의 제정 시기는 1946년 6월 15일로 추정된다. 조선국방경비법과 국방경비법의 성립 경위에 대해서는 문준영, “미군정 법령체제와 국방경비법”, 『민주법학』 34(2007), 97-136면 참조.

17) 문준영, 위의 논문(주 16), 109면.

18) Sam LaGrone, “History of U.S. Policy and Law on Gays in the Military”, *USNI NEWS*, 2018. 3. 27(<https://news.usni.org/2013/06/26/a-history-of-gays-in-the-military>, 최종방문일 2022. 6. 8.).

19) 이경환, 앞의 논문(주 15), 73면.

20) 이경환, 앞의 논문(주 15), 74면; 박안서, 앞의 논문, 163면; 추지현, 추지현, “‘강간’과 ‘계간’사이: 군형법상 ‘강간과 추행의 죄’의 법담론”, 『한국여성학』 29.3(2013), 159면.

21) 박고은, “커밍아웃이 범죄가 되는 군대, 국방부는 평등의 문 열어라”, 『한겨레』 2021. 10. 1. 자 기사(https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1014674.html, 최종방문일 2022. 6. 15.).

22) 방혜린, “군형법 92조6 폐지의 의미”, 『여성신문』 2022. 3. 6. 자 기고문(<https://www.womennews.co.kr/news/articleView.html?idxno=220583>, 최종방문일 2022. 6. 1.).

까지 3년 간 접수된 성폭력 범죄 총 2,310건 중 군형법상 추행으로 접수된 사건은 221건(9.6%)이었다.²³⁾ 같은 시기 군형법상 성범죄에 대한 군검찰의 연평균 기소율은 72.1%였다.²⁴⁾ 국방법무백서에서는 군형법 제92조의6 추행죄로 기소된 사건의 수를 알 수 없지만, 앞서 살펴본 현황과 2017년의 이례적 상황을 고려한다면 군형법상 추행의 경우 접수와 기소 간 격차가 상당한 것으로 짐작할 수 있다. 이러한 격차의 원인에 대해서는, 강제추행이나 위력 등에 의한 추행이 비친고죄인 상황에서도 군형법상 추행이 보조적으로 활용되었는지 또는 동성 간 성희롱 등과 같이 징계 대상 행위도 군형법상 추행으로 접수되었는지 등에 대한 분석이 필요하다.

2. ‘제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람’ 및 ‘추행을 한 사람’

군형법 제92조의6은 구성요건적 행위의 객체를 ‘제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람’(이하, ‘군인’이라 함)으로 규정하고 있다. 그리고 행위의 주체인 ‘추행을 한 사람’도 군형법의 적용을 받는 군인이다. 이 규정은 문언상 행위 주체와 객체의 성별을 제한하고 있지 않기 때문에 이성 군인 사이의 추행에도 적용될 가능성이 열려 있다.²⁵⁾ 대상 판결의 반대이견은 이 규정이 남성 군인 간 성행위에만 적용된다고 하면서도 비동성애자의 행위도 구성요건적 행위에 해당할 수 있기 때문에 개인의 성적 지향 또는 성적 자기결정권을 고려할 필요가 없다는 다소 애매한 입장을 취하고 있다.

한편 구 군형법 제92조 위헌제청 사건(2008헌가21)의 변론 과정에서 국방부 대리인은 ‘군인인 이성 간 및 영외에서의 비정상적인 성행위’도 군형법상 추행죄 조항에 해당될 수 있다고 진술하였다.²⁶⁾ 같은 사건에서 국방부는 의견서를 통해 군형법상 추행죄는 군인인 이성 사이에도 적용되기 때문에 동성애자 군인의 평등권 및 성적 자기결정권이 침해되지 않는다는 입장을 밝혔다.²⁷⁾ 그러나 앞서 살펴본 적용 현황과 이례적인 ‘성소수

23) 국방부, 『국방법무백서 2017』(국방부, 2017), 42면.

24) 국방부, 위의 책(주 23), 109면.

25) 육·해·공군 군사법원 편, 『군형법 주해』(육·해·공군 군사법원, 2015), 421면.

26) 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정(재판관 김종대, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대이견 참조).

27) 2008헌가21 군형법 제92조 위헌제청 사건에서 당시 국방부장관이 제출한 의견서 7면, 16면 참조(이자연, “군형법상 추행죄에 관한 연구”, 『원광법학』 34.2(2018), 161면, 각주 29 재인용).

자 군인 색출 수사’에서 알 수 있듯이 이 규정은 합의된 성행위 중 남성 성소수자 군인 간 성행위에만 적용되었다. 국방부가 이런 현실을 무시하고 군형법상 추행죄는 행위자의 성별과 성적 지향에 상관없이 항문성교 등 특정한 형태의 성행위에 일률적으로 적용된다고 주장하는 것은 이 규정이 군 수사기관의 자의에 따라 ‘선택적으로 집행’된다는 점을 자인하는 것이나 다름없다. 법규의 선택적 집행은 공권력 행사와 법규의 불일치를 야기함으로써 법규의 합법성(legality, 법다움)을 저해한다. 다시 말해, 이 조항이 성소수자 군인을 차별하지 않는다고 애써 주장하는 국방부의 태도는 군형법의 합법성을 훼손하고 더 나아가 우리 법체계의 내재적 도덕성(inner morality)을 훼손한다.²⁸⁾

이처럼 군형법 제92조6은 행위 주체와 객체의 성별을 불문하고 추행의 공연성이나 강제성도 요구하지 않아 문언만으로는 그 적용 범위가 매우 광범위하다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 사실상 추행죄로 기소되어 형사처벌 되는 경우는 매우 드물다. 군내에서 발생하는 동성 간 성폭력은 대부분 성적 만족과는 무관하게 가혹행위를 수반한 괴롭힘으로 군형법상 강제추행죄나 성폭력특별법상 기중처벌규정에 의하여 처벌된다.²⁹⁾ 헌법재판소도 구 군형법 제92조의5 위헌소원 사건에서 입법 목적과 현실을 고려하여 군형법상 추행죄 규정이 동성 간 성적 행위에만 적용된다고 보았다.³⁰⁾ 다만, 헌법재판소는 다음과 같이 이 조항은 합리적 차별이므로 성소수자 군인의 평등권을 침해하지 않는다고 판단하였다.

군대는 동성 간의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성이 현저히 높고, 상급자가 하급자를 상대로 동성에 성행위를 감행할 가능성이 높으며, 이를 방지할 경우 군의 전투력 보존에 직접적인 위해가 발생할 우려가 크므로, 이 사건 법률조항이 동성 간의 성적 행위만을 금지하고 이를 위반한 경우 형사처벌한다고 볼 경우에도, 그러한 차별에는 합리적인 이유가 인정되므로 동성애자의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

반면에 국내외 인권기구들은 군형법상 추행죄 조항이 성소수자 군인을 차별한다고 보고 이 조항의 폐지를 지속적으로 권고하고 있다. 2015년 11월 유엔 인권위원회가,³¹⁾

28) 법의 내재적 도덕성으로서의 합법성, 공권력의 행사와 법의 일치 등에 관해서는 론 L. 폴러(박은정 옮김), 『법의 도덕성』(서울대출판부, 2015), 123면 이하 참조.

29) 이호중, “군형법 제92조의5 추행죄의 위헌성과 폐지론”, 『형사법연구』 23.1(2011), 245면.

30) 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012헌바258 결정.

2017년 10월 유엔 사회권규약위원회가,³²⁾ 2017년 11월에는 유엔 제3차 국가별 인권상황 정기검토(UPR)에서³³⁾ 총 6개국이 대한민국 정부에 균형법 제92조의6 폐지를 권고 하기도 하였다. 국가인권위원회는 2008헌가21 사건에 대해서 균형법상 추행죄 조항은 “헌법에 정한 과잉금지 원칙을 위반하여 군인 동성애자들의 평등권 및 성적자기결정권 사생활의 비밀과 자유를 침해하고 죄형법정주의 원칙에 어긋난다.”는 의견을 헌법재판소에 제출하였고, 2016년 7월에는 제3차(2018~2022) 국가인권정책기본계획(NAP) 권고에서 균형법 제92조의6 폐지를 성소수자 인권보호를 위한 핵심 추진과제로 명시하였다. 또한 국가인권위원회는 2020년 7월 전원위원회 의결로 법무부장관에게 자유권규약 제5차 국가보고서(안)에 균형법 제92조의6에 대한 폐지 입장 등을 포함할 필요가 있다는 의견을 표명하였다.³⁴⁾

3. ‘에 대하여’

대상판결 별개의견에서 대법관 김선수는 현행 균형법 제92조의6 중 ‘군인에 대하여’라는 문구에서 ‘에 대하여’는 그 앞에 오는 ‘군인’을 항문성교나 그 밖의 추행의 상대방, 즉 대상으로 한정하고 있으므로 “현행 규정을 행위자뿐만 아니라 행위의 상대방까지 처벌하는 근거규정으로 해석하는 것은 가능한 문언해석의 범위를 벗어난 것으로서 죄형법정주의 원칙에 명백히 반한다.”고 판단하였다. 다시 말해, 조사 상당어 ‘에 대하여’는 구성요건적 행위의 일방향성을 부각시키는 것이므로 대상판결 사건처럼 두 사람이 서로 합의하여 ‘누가 행위자이고 상대방인지 구별할 수 없다면’ 죄형법정주의 원칙에 따라 두 사람 모두 처벌대상이 아니라고 해석해야 한다는 것이다. 이러한 법률해석은 규정의 문장 구조와 형식, 문언의 의미와 내용에 따른 객관적 해석 시도라고 할 수 있다. 이러한

31) United Nations, Human Rights Committee, *Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea*, CCPR/C/KOR/CO/4 (3 December 2015).

32) United Nations, Economic and Social Council, *Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea*, E/C.12/KOR/CO/4 (19 October 2017).

33) United Nations, General Assembly, *Draft report of the Working Group on the Universal Periodic Review: The Republic of Korea*, A/HRC/DEC/37/108 (13 November 2017).

34) 국가인권위원회, “「균형법」 제92조의6(추행) 관련 대법원 전원합의체 판결에 대한 국가인권위원장 환영 성명”(2022. 4. 22.자 보도자료).

참신한 해석이 타당하다면, 군형법상 추행죄 규정은 상호 합의로 이루어진 항문성교나 그 밖의 추행에는 애초부터 적용되지 않을 것이다.

그런데 성행위의 본질과 통상적 맥락에 비추어 이 별개의견의 논증이 타당한지 의문이다. 상호 합의에 기초한 성행위 과정에서도 각 참여자는 호혜적으로 그 상대방의 성적 만족의 대상 또는 수단이 되는 순간이 비일비재하다. 성행위에 수반되는 상대방에 대한 성적 대상화는 성윤리의 중요한 쟁점이기도 하다. 예를 들어, 칸트(Kant)는 섹스의 본질을 인격의 수단화로 보아 섹스가 부도덕한 행위이며, 결혼이라는 호혜적 계약을 전제로 한 섹스만이 부도덕하지 않다고 주장하였다.³⁵⁾ 이에 대해 여성주의 법철학자 마사 누스바움(Martha Nussbaum)은 호혜적인 합의를 전제로 한 성적 활동에 있어서 참여자들이 성적으로 고조되어 있을 때 서로를 성적으로 대상화하는 태도는 쾌락을 위한 일종의 표현 방식이기에 성적 활동의 상대방을 목적적 존재로 대하는 것과 성적 대상화는 양립가능하다고 주장한다.³⁶⁾ 이와 같은 누스바움의 주장은 성적 활동이 이루어지는 구체적인 맥락을 고려한다는 점에서 설득력이 있고, 우리의 경험에도 부합한다. 호혜적인 성행위 과정에서도 상대방에 대한 대상화가 발생한다는 점에서 별개의견처럼 ‘군인에 대하여’라는 문구를 편면적으로 새기는 해석은 설득력이 떨어진다.

4. ‘항문성교나 그 밖의 추행’

군형법상 추행죄 규정은 ‘항문성교나 그 밖의 추행’을 구성요건적 행위로 규정한다. 구성요건적 행위 중 ‘항문성교’는 남성 사이뿐만 아니라 이성 사이에서도 가능한 성행위의 한 형태를 가리키는 것으로서 그 의미가 명확하다. 이는 군형법 제정 당시부터 추행의 예시로 사용되던 ‘계간’이라는 용어가 동성 간 성적 행위를 비하하는 용어이기에 2013년 4월 5일 구 군형법 개정을 통해 중립적 용어로 변경된 것이다. 항문성교는 여성 동성 간에는 적용되기 어렵기 때문에 이와 같은 용어의 변경이 도리어 이 규정이 남성 동성 간 성행위에 적용된다는 점을 더 분명하게 만들었다는 평가가 있다.³⁷⁾ 반면에 대상

35) 이에 대해서는 김은희, “칸트 성윤리의 구조와 재구성 -섹스 본성론, 정언명령, 호혜성을 중심으로-” 『철학사상』 68 (2018), 93-128면 참조.

36) Martha C. Nussbaum, “Objectification”, *The Philosophy of Sex: Contemporary Readings*, 4th ed. edited by Alan Soble (Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2002), pp. 399-403.

판결의 다수의견은 이러한 문언 변경을 동성 간 성행위를 금기시하지 않으려는 취지로 새길 수 있다고 본다. 다수의견에 대해서 반대의견은 단순한 문언 변경으로부터 동성 간 성행위를 금기시하지 않으려는 취지를 도출하는 것은 부당하다고 지적한다.

어떤 행위가 ‘추행’에 해당하는지 판단하는 것은 규범적 평가를 요구한다. 기존 판례³⁸⁾ 따르면 군형법상 추행죄 규정에서 말하는 ‘추행’이란 ‘계간(항문성교)에 이르지 아니한 동성에 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것’이다. 그리고 어떤 행위가 이에 해당하는지는 ‘행위자의 의사, 구체적 행위태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등’에 대한 종합적 고려를 바탕으로 신중하게 결정되어야 한다.

대상판결의 다수의견은 현행 규정의 문언 변경과 동성 간 성적 행위에 대한 사회적·법규범적 평가의 변화를 근거로 ‘동성 간 성적 행위 = 추행’이라는 종래의 해석은 유지되기 어렵다고 판단하였다.³⁹⁾ 성소수자 군인 색출 수사 대상자들의 무죄·석방을 요구하는 탄원서 40,000여 통이 국방부에 접수된 점에⁴⁰⁾ 비추어 다수의견의 판단은 현실적 설득력을 가진다. 또한 다수의견은 ① 동성 간 성적 행위 장면이 나온다는 이유만으로 영화를 청소년 관람불가 등급으로 분류한 처분이 부당하다고 본 판결과⁴¹⁾ ② 입양자가 동성 파트너와 동거하는 동성애자라고 하더라도 그의 입양이 선량한 풍속에 반하여 무효라고 볼 수 없다는 판결을⁴²⁾ 동성 간 성적 행위에 대한 법규범적 평가가 변화하였다는 점을 보여주는 적절한 근거로 제시하였다.

그리고 대상판결의 다수의견은 군형법상 추행죄의 ‘추행’ 개념에 ‘피해자의 의사에 반

37) 추지현, 앞의 논문(주 20), 160면.

38) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결.

39) 참고로, “이 규정은 미국 전시군법상 소도미 규정을 대한민국 군사법제에서 상황에 맞게 수용한 것으로 성리학을 통치이념으로 한 조선시대 동성에 형사처벌례 전통과도 연결되어 있다. … 특히 항문성교의 경우 직장과 항문의 염증·궤양 유발, 에이즈 등 성병 감염, 성정체성의 혼란을 야기할 수 있으며, 사회로 확산되는 경우 성도덕 문란이 뒤따를 수 있다.”고 하면서 군형법 제92의6 존치 필요성과 그 합헌성을 주장한 이상현, “군형법상 항문성교 기타 추행죄 연구: 법제사, 법익론 및 판례 비교를 중심으로”, 『법학논총』 36(2016), 249-287면은 동성(남성) 간 성행위 자체를 선량한 성적 도덕관념에 반하는 추행으로 보는 견해를 잘 보여준다.

40) 김형남, 앞의 글(주 1), 28면.

41) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두11266 판결.

42) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012므806 판결.

함’, 즉 ‘피해자의 성적 자유에 대한 침해’를 새로운 표지로 추가하였다. 이는 군형법 외에 형법 등 성폭력 범죄 처벌규정에서 말하는 ‘추행’에 대한 해석을⁴³⁾ 군형법에도 적용한 것이다. 이러한 해석은 보호법익의 차이를 근거로 군형법상 추행죄의 ‘추행’과 형법 등 성폭력 범죄 처벌규정에서 말하는 ‘추행’의 의미를 다르게 해석하였던 종래의 판례와⁴⁴⁾ 대조된다. 다수의견의 새로운 해석론에 따르면, 군형법상 추행죄의 성부 판단에서도 형법 등에서의 마찬가지로 피해자의 의사를 고려 요소의 하나로 삼게 된다. 군인들 사이에서 추행의 대표적 구성요건의 예시인 항문성교가 이루어진 경우 상대방의 성적 자유를 침해하고 군기를 해치는 경우에 한해서만 군형법상 추행죄가 적용된다고 보는 것이 동성 간 성적 행위를 바라보는 변화된 사회적 인식에도 부합한다. 별개의견에서 대법관 김선수도 다음과 같이 다수의견의 해석론에 찬성한다.

다수의견과 그 보충의견에서 설명한 동성애에 대한 우리 사회 인식의 변화에 비추어 볼 때, 성인 사이의 상호 합의에 의한 동성 간의 성적 행위를 지금 이 시대의 성적 도덕관념에 비추어 ‘더럽고 지저분한 행동’으로 평가할 수는 없다. 아무리 군의 특수성을 감안한다고 하더라도 형법상 추행과 같이 현행 규정상 추행도 일방의 의사에 반하여 구체적인 피해를 야기하는 행위만이 ‘더럽고 지저분한 행동’으로 평가하여야 한다. 이는 규범적 개념인 ‘추행’의 의미를 확정하는 법률해석의 과정에서 충분히 가능하고 반드시 필요한 것으로서, 문언해석의 범위를 벗어난다거나 법원의 해석 권한을 벗어나는 것이 아니다.

한편 군형법상 추행죄의 ‘추행’ 개념은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다는 견해도 유력하다. 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012헌바258 결정에서 재판관 김이수, 이진성, 강일원, 조용호는 반대의견을 통해서 군형법상 추행죄 규정이 범죄구성요건을 ‘그 밖의 추행’이라고 규정하면서 강제성 수반 여부, 행위의 정도, 행위의 객체, 행위의 시간·장소에 관한 사항을 규정하지 않고 있으며, 판례에 실시된 보호법익마저 광범위하여 ‘수범자의 예측가능성을 박탈하고 법 집행기관의 자의적 법해석 가능성을 초래하였으므로’ 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다고 판단하였다. 이와 마찬가지로 2001헌바70 결정 중 재판관 송인준, 주선회의 반대의견과 2008헌가21 결정 중 재판관 김종대,

43) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도6980 판결.

44) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결.

목영준, 송두환의 반대의견도 이 규정이 명확성의 원칙에 위배된다고 판단하였다. 헌법 재판소가 세 차례에 걸쳐 합헌결정을 하였지만, 이 규정의 적용범위가 불분명함을 지적하는 재판관들의 수가 증가하고 있다.

Ⅲ. 군형법 제92조의6의 보호법익

대상판결의 다수의견처럼 군형법 제92조의6의 ‘추행’을 형법 등 성폭력 범죄 처벌규정에서 말하는 추행과 같이 피해자의 성적 자유를 침해하는 음란한 행위로 해석하기 위해서는 이 규정도 형법 등의 강제추행죄 규정과 마찬가지로 성적 자기결정권을 보호법익으로 삼아야 한다.

이에 대해서 대법관 안철상과 이흥구는 별개의견을 통해서 다수의견처럼 성적 자기결정권을 현행 규정의 보호법익에 포함시키는 것은 입법이 아닌 법률해석으로 군인에게만 적용되는 비동의추행죄를 신설하는 결과를 만들어낸다고 비판한다. 이 별개의견은 군형법상 추행죄가 친고죄가 아니라는 점으로부터 피해자를 상정할 수 없고, 합의에 의한 성행위에도 적용되기 때문에 성적 자기결정권을 이 규정의 보호법익으로 볼 수 없다고 해석한다. 이러한 해석에 따르면, 군형법상 추행죄의 보호법익은 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’로 한정된다.⁴⁵⁾ 이 별개의견은 군형법상 추행죄 규정을 군인 간 항문성교나 그 밖의 추행이 군기를 직접적이며 구체적으로 침해할 우려가 있는 경우에 한하여 처벌하는 규정으로 해석함으로써 이 규정의 위헌성을 해소하고 사안의 구체적 타당성을 도모한다.

그러나 대법관 안철상과 이흥구가 별개의견에서 제시한 ‘제한적 보호법익론’은 다음과 같은 이유에서 타당하지 않다.

첫째, 군기는 ‘군인이 법규와 상관의 명령을 준수하는 상태’를 의미한다는 점에서 지나치게 광범위한 개념이다. ‘군인복무기본법’(법률 제16584호) 제27조는 금지되는 군기

45) 같은 취지의 연구로는 정연주, “군형법상 추행죄의 헌법적 문제”, 『공법학연구』 12.2(2011), 133-158면; 손수지·김지관, “군인의 역할로 본 군형법 제92조의 6”, 『인문사회21』 7.4(2016), 585-602면 등.

문란 행위로 ‘성희롱·성추행·성폭력 등’, ‘상급자·하급자·동료에 대한 음해나 유언비어 유포’, ‘의견 건의 또는 고충처리 등에 대한 고의적 방해 등’, ‘그 밖에 군기문란 행위’를 규정하고 있다. ‘군인복무기본법 시행령’(대통령령 제32459호) 제3조는 그 밖에 군기문란 행위를 ‘부대 내 파벌 형성·조장 행위’, ‘상관에 대한 비하·모욕’, ‘상관 명령에 대한 불응·불복’, ‘그 밖에 부대의 단결을 저해하는 각종 행위’로 규정하고 있다. 한편 동 시행령 제2조 제1호는 군기를 ‘군대의 기율(紀律)’, 즉 군대에서 행위의 표준이 될 만한 질서로 정의하고, 군기 확립의 목적은 ‘지휘체계 확립, 질서 유지, 방침 준수를 통한 전투력 보존·발휘’이고, 군기 확립은 ‘법규와 명령에 대한 자발적인 준수와 복종’을 통해 성취될 수 있다고 규정한다. 위 규정들을 종합하면 법령이나 상관의 명령에 따르지 않는 모든 행위는 군기문란 행위가 된다.

둘째, 군형법 제92조의6의 보호법익을 군 공동생활의 건전성과 군기로 제한하는 해석은 해당 규정의 체계적 위치와 장·조항 제목이 그 아래 위치한 규정 내용과의 관련성을 가지는 선행 조직자(advance organizers)⁴⁶⁾ 역할을 한다는 점을 무시한 것이다.⁴⁷⁾ 군대 내 성폭력 문제가 사회적으로 관심을 받게 되자 2009년 11월 2일 제정 군형법은 법률 제9820호로 개정되면서 ‘제15장 강간과 추행의 죄’가 신설되었고, 제정 군형법 제92조(추행)가 제15장의 한 조항(제92조의5)으로 옮겨져 규정의 체계적 위치가 달라졌다. 현행 규정의 체계적 위치를 고려한다면 이 규정은 군형법 규정 모두의 공통된 보호법익인 ‘군 공동생활의 건전성과 군기’뿐만 아니라 제15장 고유의 보호법익인 ‘성적 자기결정권’을 함께 보호한다고 해석하는 것이 타당하다. 다수의견과 대법관 김선수의 별개의견은 이와 같은 근거로 군형법 제92조의6의 보호법익에 성적 자기결정권을 포함하는 ‘확장적 보호법익론’을 취하고 있다.⁴⁸⁾

셋째, 군형법 제92조의6의 보호법익을 군 공동생활의 건전성과 군기로 제한하는 해석

46) 심리학자 데이비드 오슈벨(David Ausubel)이 제안한 개념인 ‘선행 조직자’는 ‘학습에 앞서서 소개되고 … 보다 추상적이고 일반적이며 포괄적 수준에서 제시되는, 적절하게 관련되어 있고 포괄적인 도입부의 자료(introductory materials)’(Ausubel, 1968: 148)로서 학습자의 기존 지식과 학습해야 할 내용을 연결 짓는 역할을 한다(Ausubel, 2000).

47) 대법관 김선수의 별개의견 참조.

48) 같은 취지의 연구로는 노기호, “군형법 제92조 “추행죄”의 위헌성 고찰-육군 제22사단 보통군사법원 2008.8.6. 위헌제청결정사건(2008고10)을 중심으로-”, 『헌법학연구』 15.2(2009), 263-300면; 조국, “군형법 제92조의5 제간 그 밖의 추행죄 비판-군인간 합의동성에 형사처벌의 당부-”, 『형사법연구』 23.4(2011), 291-316면.

은 군사법원의 견해에도 부합하지 않는다. 고등군사법원은 구 군형법 제92조 추행죄를 ‘계간 기타 추행을 함으로써 군사회의 기강을 문란시키고 나아가 전투력의 약화를 초래하며, 각 개인의 성적 생활의 자유를 침해하는 행위를 벌하기 위하여 둔 법조’로 보는 입장을 취하고 있다(밑줄 필자).⁴⁹⁾ 이처럼 군사법원은 군형법상 추행죄 규정이 군기와 전투력뿐만 아니라 개인의 성적 자유를 보호하는 규정이라고 해석하고 있다.

군형법 제92조의6의 보호법익을 ‘군 공동생활의 건전성과 군기’ 및 ‘성적 자기결정권’이라고 본다면 각 보호법익 침해의 표지로 ‘공연성’과 ‘강제성’을 고려해야 한다. 군형법상 추행죄의 개념은 마치 형법상 공연음란죄의 ‘공연성’과 강제추행죄의 ‘강제성’을 제거하여 ‘음란’과 ‘추행’ 행위 그 자체만을 형사처벌 하는 것으로 보이는데, 공연성이 없는 음란 행위나 강제성이 없는 추행 행위 자체가 당연히 불법성을 띠다고 보기 어렵다.⁵⁰⁾ 대상판결 사건에서처럼 사적 공간에서 상호합의 하에 이루어진 동성 간 성적 행위는 공연성과 강제성을 인정하기 어렵다. 이처럼 공연성과 강제성이 없는 동성 간 성적 행위가 군 공동생활의 건전성과 군기를 직접적이고 구체적으로 침해할 우려가 있다고 판단하기 어려우며, 성적 자기결정권을 침해하였다고 보기도 어렵다. 이런 점에서 다수의견과 같이 군형법 제92조의6은 동성인 군인들이 사적 공간에서 자발적 의사 합치에 따라 성적 행위를 하는 경우에는 적용되지 않는다고 봄이 타당하다.

IV. 헌법정향적 ‘법률’ 해석을 통한 ‘법’의 통일성(Integrity) 추구

지금까지 대상판결의 다수의견을 중심으로 군형법 제92조의6 문언의 의미와 보호법익에 대한 해석을 살펴보고, 별개의견들과 반대의견의 타당성을 따져보았다. 아래에서는 법률해석의 원칙과 한계라는 관점에서 대상판결의 각 의견을 살펴보고자 한다.

49) 고등군사법원 1990. 3. 3. 선고 99노31 판결, 고등군사법원 2008. 2. 19. 선고 2007노249 판결.

50) 육군종합행정학교, 『군형법』(제6지구인쇄소, 2007), 317면(노기호, 앞의 논문(주 48), 271면 재인용).

1. 대상판결의 다수의견은 법률문언을 넘어서는 해석인가?

다수의견과 두 별개의견은 합헌적 해석을 통해 군형법 제92조의6의 적용 범위를 제한함으로써 대상판결 사건에 대해 구체적 타당성이 있는 결론을 도출하였다. 다만, 구체적인 논증 과정에서 입장을 달리 했다. 반면에 반대의견은 합헌적 해석이 필요한 경우가 있음을 인정하면서도 군형법 제92조의6은 그 문언은 명확하고 강제성과 공연성이 없는 사적이고 자발적인 성적 교섭에 적용하여도 부당하지 않으므로 이 규정에 대해서는 합헌적 해석이 필요하지 않다고 판단하였다. 그러나 반대의견은 해당 규정에 대한 합헌결정과 입법자의 의도를 근거로 해당 규정을 대상판결 사건에 적용하여도 부당하지 않다고 주장할 뿐 대상판결 사건 피고인들의 행위의 결과가 어떤 불법성이 있는지 구체적으로 판단하지 않았다는 점에서 그 결론을 수용하기 어렵다.

그런데 반대의견은 사적인 공간에서의 남성 군인 간 자발적인 성적 행위를 비범죄화할 것인지는 공적 논의와 입법 절차를 통하여 결정되어야 할 문제임에도 불구하고 다수의견이 법률문언을 넘어서는 사법판단을 하고 있다고 지적하였다. 또한 대법관 안철상과 이흥구도 별개의견을 통해서 다수의견이 입법이 아닌 법률해석으로 군인에게만 적용되는 비동의추행죄를 신설하고자 한다고 지적하였다. 이러한 지적은 타당한가? 대상판결의 다수의견이 법률해석을 통해 제도를 창설한 것인지와 별개로 사법부가 법률해석을 통해서 새로운 제도를 창설하는 것은 바람직하지 않다는 일반론의 차원에서는 이러한 지적이 타당하다. 다시 말해, 사법적 판단이란 특정한 구체적 사안을 대상으로 하는 것이기 때문에 법원이 재판에서 법률해석을 통해서 새로운 제도를 창설하는 것은 바람직하지 않다.⁵¹⁾

그러나 다수의견이 새로운 범죄, 즉 제도를 창설한 것은 아니다. 확장적 보호법익론을 취하고 있는 다수의견은 현행 규정에 대한 합헌적 해석을 통해서 그 적용 범위를 설정함으로써 부당한 적용을 막는 것이다. 이는 형법 등 성폭력 범죄 처벌규정에서 말하는 ‘추행’ 개념을 도입하여 군형법상 추행죄 규정의 적용 범위를 제한하는 것이므로 새로운 범죄를 신설하는 것이라고 보기 어렵다.

다음으로 반대의견이 지적하고 있는 ‘법률문언을 넘어서는 해석’은 허용될 수 없는가?

51) 박철, “법률의 문언을 넘은 해석과 법률의 문언에 반하는 해석”, 『법철학연구』 6.1(2003), 233면.

대사판결 주심인 대법관 김재형은 해직자의 조합원 가입을 허용한 노조에 대한 법외노조 통보 처분의 유효성을 다툰 사건에서 별개의견을 통해 법률해석의 범형성적 기능을 언급하면서 법의 문언을 넘어서는(*praeter legem*) 해석과 법의 문언에 반하는(*contra legem*) 해석의 예외적 허용 가능성을 인정하였다.⁵²⁾

법규범이 현실에서 일어나는 모든 사안을 완벽하게 규율할 수는 없다. 법은 그 일반적·추상적 성격으로 말미암아 본질적으로 흠결을 내포할 수밖에 없다. 따라서 법률의 해석은 단순히 존재하는 법률을 인식·발견하는 것에 그치는 것이 아니다. 일정한 경우 유추나 목적론적 추소를 통하여 법률의 적용범위를 명확히 함으로써 적극적으로 법을 형성할 필요가 있다. 이것이 실질적 법치주의의 요청이다. 법원은 ‘법률’이 아닌 ‘법’을 선언해야 한다(밀줄-필자).

법을 해석·적용할 때에는 그 결과를 고려해야 한다. 만일 해석의 결과 심히 불합리하거나 부당한 결론이 도출된다면 그러한 해석을 배제하는 방안을 강구해야 한다. 통상 이를 위하여 문언적 해석 외에 논리적·체계적 해석, 역사적 해석, 목적론적 해석 등 여러 해석방법이 동원된다. 이러한 시도에도 불합리와 부당함이 교정되지 않는다면 법원은 법의 문언을 넘어서는 해석, 때로는 법의 문언에 반하는 정당한 해석을 해야 한다(밀줄-필자).

그렇다면 반대의견의 지적처럼 다수의견의 법률해석은 법의 문언을 넘어서는 해석인가? 법률문언을 넘어서는 해석은 법률문언이 당해 법률문제에 관하여 침묵하고 있을 경우 시도되는 해석이고, 법률문언에 반하는 해석은 법률문언에 따른 당해 법률문제에 관한 일응의 답이 상위의 법체계 또는 법질서의 관점에서 정합적이지 않거나 현저히 불합리한 경우 시도되는 해석이다.⁵³⁾ 균형법 제92조의6은 대사판결 사건에 관해서 침묵하고 있는 것이 아니라, 이 규정을 문언 그대로 적용하면 부당한 결론이 도출되는 경우이므로 이 사건에서는 문언을 넘어서는 해석이 문제되는 것이 아니라 문언에 반하는 해석이 문제되는 것이다.

법률문언을 넘어서는 해석이나 법률문언에 반하는 해석은 ① 법률에 흠결이 있는 경우, ② 법률의 내용이 상호 모순적이거나 충돌하는 경우, ③ 법률에 명백한 실수가 있는

52) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결.

53) 박철, 앞의 논문(주 51), 186-187면.

경우, ④ 법률의 내용이 심하게 비합리적이거나 반도덕적인 경우, ⑤ 사회변화로 규범상황이 변한 경우’에 헌법적 제한 내에서 허용된다.⁵⁴⁾ 다수의견의 이유를 살펴보면 군형법 제92조의6 문언 그대로의 내용은 비합리적이고(④), 구성요건적 행위에 대한 법규범적 평가가 달라졌기(⑤) 때문에 목적론적 축소해석을 한 것으로 평가할 수 있다. 주로 법문에 반하는 해석에 해당하는 목적론적 축소해석은 ‘[사전적 의미에서] 윤곽이 확실한 ‘법문의 가능한 의미’ 안에 들어가는 하나의 적극적인 후보자[positive Kandidat]를 해당법률의 목적에 따라 소극적인 후보자[negative Kandidat]로 만들어 법 적용으로부터 배제하는 것’이다.⁵⁵⁾ 대법판결의 다수의견은 확장적 보호법익론을 바탕으로 군형법상 추행죄 규정의 목적을 설정하고, 그 목적에 따라 ‘항문성교나 그 밖의 추행’의 가능한 의미 안에 있는 ‘동성 간 합의하여 이루어진 성행위’를 이 규정의 적용 범위에서 제외함으로써 법률문언에 반하는 정당한 목적론적 축소해석을 시도한 것으로 평가할 수 있다.

반면에 대법원 김선수의 별개의견은 규정의 문언 구조를 분석함으로써 법률문언의 가능한 의미의 범위 자체를 축소함으로써 법문에 반하는 해석을 회피하고자 했다. 그러나 이러한 해석론이 타당하지 않음은 앞서 살펴본 바와 같다. 또한 대법관 안철상, 이홍구의 별개의견은 제한적 보호법익론을 펼치면서도 법률문언의 적용 범위를 균기를 직접적, 구체적으로 침해하는 행위로 한정하려는 축소해석을 시도하였다.⁵⁶⁾ 축소해석은 법률의 적용 범위를 법률의 의미의 핵(core)인 적극적 후보자로 한정하여 중립적 후보자(neutrale Kandidat)에는 법률이 적용되지 않도록 하는 해석 방법이라는 점에서 목적론적 축소해석과 구별된다.⁵⁷⁾ 그러나 앞서 살펴본 ‘균기’라는 개념으로부터 법규와 명령을 위반하는 일체의 행위가 균기를 문란하게 하는 행위에 해당할 수 있기 때문에, 이 별개의견이 가별성의 기준으로 제시한 균기침해 여부는 군형법 제92조의6에 대한 축소해석의 적절한 근거라고 보기 어렵다. 이러한 비판은 균기에 대한 직접적, 구체적 침해를 가별성의 기준

54) 박철, 앞의 논문(주 51), 232면.

55) 김영환, “한국에서의 법학방법론의 문제점 법발견과 법형성: 확장해석과 유추, 축소해석과 목적론적 축소 간의 관계를 중심으로”, 『법철학연구』 18.2(2015), 133면. 이 논문에서는 국내 법학방법론 논의에서 축소해석과 목적론적 축소해석, 확장해석과 유추가 혼동되고 있다는 점을 지적하고, ‘세 가지 영역이론(Drei-Bereiche-Model)’에 따라 각 개념들의 상이점을 해명한다.

56) 이정환 변호사는 동성 군인 간 합의에 의한 성행위가 균기를 직접적, 구체적으로 침해하는 상황을 상정하기 어렵다고 비판하였다(『군형법 제92조의6 추행죄 관련 토론회 자료집』(2022. 6. 13.), 39면).

57) 김영환, 앞의 논문(주 55), 158-159면.

중 하나로 제시한 부분에서는 다수의견에도 적용된다.

2. 통일성의 사법 원리에서 본 대상판결

대상판결의 다수의견과 두 별개의견처럼 사건의 구체적인 결론은 같지만 서로 다른 합헌적 해석이 가능한 경우 법관은 어떤 결단을 해야 하는가? 이에 대해 다수의견에 대한 보충의견은 ‘헌법정향적 해석’을 해야 한다고 답한다.

법률의 해석은 헌법 규정과 그 취지를 반영해야 한다. 어떤 법률조항에 대하여 여러 갈래의 해석이 가능한 경우에는 우선 그중 헌법에 부합하는 의미를 채택함으로써 위헌성을 제거하는 헌법합치적 해석을 해야 하고, 나아가 헌법에 부합하는 해석 중에서도 헌법의 원리와 가치를 가장 잘 실현할 수 있는 의미를 채택하는 헌법정향적 해석을 해야 한다. 이러한 해석은 국가의 최고규범인 헌법을 법률해석의 기준으로 삼아 법질서의 통일을 기하여야 한다는 법 원리에 기초한 것으로서, 법률의 문언이 갖는 의미가 지나치게 포괄적이어서 그 문언대로 해석·적용하는 것이 헌법에 위반되는 결과를 가져오는 경우에는 입법 취지와 목적, 그 제정·개정 연혁과 함께 헌법규범을 고려하는 합헌적 해석을 통하여 교정할 수 있다(밀줄·필자).

대상판결에서 말하는 헌법정향적 해석이란, “상위규범인 헌법에 따른 체계적인 법률 해석으로서 어떠한 의미귀속이 헌법원리와 가치를 최적으로 실현하는지가 문제되는 상황에서 … 헌법의 기본결정을 존중하면서 헌법의 효력이 최적화되도록 법률의 의미를 확정하라는 해석지침을 말한다.”⁵⁸⁾

헌법정향적 해석은 헌법원리와 가치의 최적 실현이라는 점에서 드워킨이 말하는 법의 통일성(integrity, 또는 통합성)을 지향하는 구성적 해석(constructive interpretation)과 매우 유사하다.⁵⁹⁾⁶⁰⁾ 드워킨의 구성적 해석은 현재의 관점에서 장래의 사회생활을 규제

58) 최규환, 『헌법재판소의 법률해석 - 헌법합치적 법률해석의 유형과 규범통제-』(헌법재판연구원, 2020), 57면.

59) 김도균, “우리 대법원 법해석론의 전환: 로널드 드워킨의 눈으로 읽기-법의 통일성(Law’s Integrity)을 향하여-”, 『법철학연구』 13.1(2010), 89-132면은 ‘성전환자 호적정정 판결’, ‘산재 판결’, ‘제사 주재자 판결’을 드워킨의 법개념과 구성적 해석론의 관점에서 분석하였다.

60) 드워킨의 ‘integrity’ 개념에 대한 번역어로는 ‘통합성’, ‘통일성’, ‘통전성’ 등이 제시되고 있다.

하려는 목적을 위해 과거에 제정된 법률 텍스트를 정치도덕적으로 가장 잘 정당화하는 작업이다.⁶¹⁾ 법원이 수정, 보완, 개선 등을 통해 특정 법실무를 최고의 작품으로 만들어 내려는 노력이 구성적 해석이라고 할 수 있다. 드위킨이 법의 통일성 개념을 통해 말하고자 하는 바는, 한 법체계 내의 법률, 판결, 법원리, 정치도덕원리 등이 내적 일관성과 정합성을 가져야 한다는 것이고, 법의 구성요소들을 관통하는 원리들이 정당해야 한다는 것이다.⁶²⁾ 구성적 해석을 통해서 추구되는 법의 통일성은 ① 과거 결정과의 원리적 일관성(principled consistency; fit) 요청과 ② 해당 원리들의 타당성(moral justifiability)을 핵심요소로 한다.⁶³⁾ 따라서 “[법]체계 전체에 대하여 더 근본적인 것으로 인식되는 원리들에 충실하기 위하여 과거의 결정이라는 좁은 궤도에서 이탈하기도 한다.”⁶⁴⁾

그렇다면 대상판결의 다수의견과 두 별개의견 중에서 어느 것이 더 나은 구성적 해석을 통해서 법의 통일성에 기여하는가? 세 의견 모두 피고인들이 무죄라는 결론에서는 같은 입장을 취하기 때문에 결론의 구체적 타당성에서 우열을 가릴 수는 없다. 각 의견이 시도한 법률해석이 최고규범인 헌법을 해석의 기준으로 삼아 법질서의 통일을 기하여야 한다는 법원리에 얼마나 충실했는지를 기준으로 어떤 의견이 현재 시점에서 장래를 향해 균형법 제92조의6에 대한 최선의 정당화인지 판단해야 한다.

대한민국의 법질서란, ‘인간존엄성을 최고규범 또는 근본규범으로 하고 이로부터 파생되는 각각의 법원리들의 정합적인 체계로 이루어진 원리의 법질서’라고 할 수 있다.⁶⁵⁾ 인간존엄성의 법원리로부터 파생되는 법원리는 평등, 자유, 정의, 민주주의, 법치주의 등이다. 제한적 보호법익론을 취하고 있는 별개의견은 법해석에서 군인의 성적 자유를 중요한 요소로 고려하지 않았다. 반면에 확장적 보호법익론을 취하고 있는 다수의견은 행위자의 의사를 고려함으로써 군인의 성적 자유 보장에 기여할 수 있다. 그리고 군인의 성적 자유를 보장하는 것은 군인에게도 인정되어야 할 인간존엄성 보장에도 기여한다. 문언 구조를 분석한 또 다른 별개의견도 다수의견처럼 군인의 성적 자유를 보호법익으로

이 글에서는 우리 법원이 주로 사용하는 ‘법체계의 통일성’이라는 문구를 고려하여 ‘통일성’을 번역어로 사용한다.

61) 로널드 드위킨(장영민 옮김), 『법의 제국』(아카넷, 2004), 324면.

62) 김도균, 앞의 논문(주 59), 94면.

63) 김도균, 앞의 논문(주 59), 94-95면.

64) 드위킨, 앞의 책(주 61), 313면.

65) 김도균, 앞의 논문(주 59), 129면.

보고 있지만, 과거의 해석 관행과 동떨어진 문언 구조 분석을 전제로 대상판결 사건을 균형법 제92조의6 적용범위에서 제외시켰다는 점에서 어떠한 더 근본적인 원리에 충실하려는 이타적이었는지는 모호하다. 따라서 문언의 축소해석과 보호법익의 확장을 통해 군인의 성적 자유 보장, 즉 자유의 법원리와 인간존엄성이라는 최고의 법원리에 대한 충실을 기한 다수의견이 두 별개의견보다 더 나은 구성적 해석이라고 평가할 수 있다.

V. 남은 문제: 헌법정향적 축소해석은 균형법 제92조의6의 위헌성을 일소하는가?

조선국방경비법 제34조 ‘계간죄’가 도입된 이래로 ‘남성 군인 간 성적 행위를 처벌하는 규정’은 지난 75여 년 간 건재했다. 그러나 대상판결로 균형법상 추행죄에 결정적인 균열이 생겼다. 대상판결 다수의견의 헌법정향적 해석에 따라 군인들이 사적인 공간에서 합의하여 성적 행위를 한 경우에는 균형법 제92조의6이 적용되지 않게 되었다. 그 결과 이 규정의 적용 범위는, 강간 및 유사강간의 수단인 폭행·협박에 이르지 않은 강제성이 수반된 추행으로 제한된다. 그렇다면 균형법 제92조의6은 엄격한 상명하복 관계로 인해 발생할 수 있는 위력에 의한 추행에 주로 적용될 것이다. 이러한 적용 범위의 축소를 균형법상 추행죄를 둘러싼 존폐 논란은 일소될 수 있는가? 이 규정은 그 적용 범위가 목적론적으로 축소되었더라도 죄형법정주의 위반, 균형법과 형법 등의 법정형 체계성 저해와 성소수자 군인에 대한 차별 문제를 여전히 안고 있다.

첫째, 균형법상 추행죄의 ‘추행’ 개념에 공연성과 강제성을 추가한다고 하더라도 이에 해당하는 행위의 시간·장소에 관한 사항과 행위의 정도가 불명확하게 규정되어 있어 이 규정은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다. 균형법상 추행죄 규정의 위헌성을 판단 하였던 헌법재판소의 2002년, 2011년, 2016년 결정의 반대의견들은 공통적으로 이 규정이 강제성 수반 여부, 행위의 정도, 행위의 객체, 행위의 시간·장소에 관한 사항을 규정하지 않고 있으며, 판례에 실시된 보호법익마저 광범위하여 ‘수범자의 예측가능성을 박탈하고 법 집행기관의 자의적 법해석 가능성을 초래하였으므로’ 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다고 판단하였다. 대상판결의 다수의견은 이 사건처럼 합의에 의한 동

성 군인 간 성행위가 ‘근무 시간 외에 사적 공간에서’ 이루어진 경우만 군형법 제92조의6 적용 범위에서 배제되는지, 아니면 시간적 기준과 공간적 기준 중 어느 하나만 충족되는 경우도 적용 범위에서 배제될 수 있는지에 대한 일반론을 명시적으로 실시하지 않았다.

또한 대상판결 다수의견의 해석을 따르더라도 행위의 정도는 여전히 불명확하다. 예시적 입법 형식을 취하고 있는 군형법 제92조의6은 구성요건적 행위로 ‘항문성교’를 예시하고 ‘그 밖의 추행’이라고 기술한다. 이러한 형식을 따르는 규정에서 예시는 해당 구성요건요소의 해석을 위한 판단지침이다. 따라서 ‘그 밖의 추행’은 적어도 ‘항문성교에 준하는 행위’, 즉 유사 성교행위로 봄이 타당하다.⁶⁶⁾ 그러나 군형법상 추행죄 규정에서 말하는 ‘추행’을 ‘계간(또는 항문성교)에 이르지 아니한 동성에 성행위’로 보는 대법원의 해석에 따르면 항문성교는 추행에 해당하는 행위의 정도를 판단하는 기준이 되지 못한다. 예시적 입법 형식에 대한 통상적 해석과 대법원의 해석의 불일치만 보더라도 수범자가 이 규정이 적용되는 행위의 정도를 예측하기 어려울 것으로 보인다.

둘째, 군형법상 추행죄를 강제성이 수반되는 위력에 의한 추행에 적용하는 경우 책임과 형벌 간의 비례원칙에 반할 소지가 있다. 군형법 제15장은 강간, 유사강간, 강제추행, 준강간, 준강제추행 등을 형법 등의 법정형에 비해 가중 처벌하고 있다. 그런데 군형법은 업무상 위력 등에 의한 성폭력 범죄 처벌 조항을 두고 있지 않다. 반면에 형법 제303조는 업무상 위력 등에 의한 간음에 대해 7년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금을 법정형으로, 성폭력처벌법 제10조는 업무상 위력 등에 의한 추행에 대해 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금을 법정형으로 규정하고 있다. 군형법상 추행죄 규정은 2년 이하의 징역만을 법정형으로 규정하고 있기 때문에 성폭력처벌법 제10조에 비해 더 중한 법정형으로 볼 수 있지만, 군형법 제15장의 다른 규정들이 동일한 범죄에 대한 형법 등의 법정형을 가중하는 체계에 부합하지 않는다.

셋째, 군형법 제92조의6 그 자체는 성소수자에 대한 차별적 표현을 담고 있기 때문에 ‘그릇된(wrong)’ 것이라고 평가할 수 있다. 군형법 제92조의6이 영외에서 동성 군인들이 합의하여 성적 행위를 한 경우에 적용되지 않는다면 성소수자 군인의 성적 자유를 차별적으로 제한하는 결과적인 ‘해악(harm)’이 발생하지 않는다고 볼 수 있다. 그리고

66) 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 결정의 반대의견, 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정의 반대의견, 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012헌바258 결정의 반대의견.

어떤 법규정이 특정 집단에 대한 모욕이나 비합리적인 불이익한 대우와 같은 차별적 결과를 야기하는지에 따라 해당 규정이 차별적인지 판단한다면, 적용범위가 축소된 이 규정은 차별적이지 않다고 할 수도 있다. 그러나 특정 행위를 범죄로 규정함으로써 그 행위가 비도덕적이라는 메시지를 전달하는 법의 ‘표현적 기능’을 고려한다면, 어떤 법규정이 차별적인지는 그 규정이 야기한 구체적인 결과적 해악과는 별개로 그 규정의 ‘의미’에 비하와 같은 차별적 요소가 있는지에 따라 결정될 수 있다. 이러한 법적 표현주의(legal expressivism)⁶⁷⁾ 관점에서 차별 문제를 탐구한 대표적 학자인 데보라 헬먼(Deborah Hellman)은 “구별은 구별 과정의 행위 자체 때문에 그르며, 이런 그름(wrongness)은 그로 인해 생길지 모르는 해악으로 환원되지 않는다.”고 주장한다.⁶⁸⁾ 그리고 헬먼은 사회의 맥락과 문화를 관찰함으로써 구별 과정의 행위가 표현된 법규정의 의미를 파악할 수 있다고 본다.⁶⁹⁾

헬먼의 관점에서 균형법 제92조의6은 대상판결에 따라 그 적용 범위가 축소되더라도 차별적 의미로 읽힐 수 있다. ‘계간’을 ‘항문성교’로 바꾼 것만으로 제정 균형법상 계간죄 규정에 내포되어 있던 성소수자에 대한 비하의 의미가 현행 균형법상 추행죄 규정에서 사라졌다고 할 수 없다.⁷⁰⁾ 왜냐하면 균형법상 추행죄 규정은 현실적으로 남성 군인 간 성적 행위에만 적용되어 왔고, 균형법은 ‘항문성교’를 유사강간의 구성요건적 행위와 구별하여 별개의 범죄로 규정하고 있으며,⁷¹⁾ 대한민국 법령에서 ‘항문성교’라는 문구를 사용하는 예는 균형법이 유일하기 때문이다. 또한 한국 군대의 동성애 혐오 분위기와 동성애를 관리의 대상으로 규정한 군의 법령은 여전히 성소수자 군인들이 스스로를 비가시화 하도록 압박하고 있다.⁷²⁾

67) 법적 표현주의를 소개한 연구로는 손제연, “법적 표현주의와 표현적 해악의 본성”, 『법철학연구』, 22.2(2019), 79-124면.

68) Deborah Hellman, *When is discrimination wrong?* (Harvard University Press, 2008), p. 57.

69) Hellman, 위의 책(주 68), 같은 곳.

70) 정성조, 앞의 논문(주 10), 449-467면은 한국 군대 내에서 동성애를 ‘문제’로 규정하게 되는 과정을 균형법상 추행죄에 관한 논의를 중심으로 분석하였다.

71) 균형법 제92조의2는 형법 등 성폭력 범죄 처벌 규정과 마찬가지로 유사강간 행위를 ‘구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위’로 규정하고 있다. 균형법상 추행죄의 ‘그 밖의 추행’을 ‘항문성교에 준하는 추행’으로 해석한다면 추행죄의 구성요건적 행위를 유사강간의 행위 태양으로 보아도 무리가 없을 것이다.

72) 정성조·이나영, “보이지 않는 군인들: 한국 군대 내 동성애혐오와 성소수자 정체성”, 『문화와 사회』

군형법 제92조의6의 적용 현실, 규정 방식, 다른 법령과의 관계 등과 같은 맥락을 고려할 때, 이 규정의 의미는 성소수자에 대한 차별로 파악될 수 있기에 이 규정은 그 자체로 그릇된 것이라고 할 수 있다. 더 나아가 이 규정은, 인간존엄성과 차별 금지를 규정한 헌법을 최고규범으로 두고 동성 간 성적 교섭을 범죄로 규정하지 않는 형법, 성적 지향을 이유로 한 차별을 금지하는 국가인권위원회법, 성소수자 병사의 복무를 허용하는 부대관리훈령 등으로 구성된 대한민국 법체계의 의미적 정합성을 저해한다.⁷³⁾ 또한 이 규정은 이제 사회통념과도 거리가 있다. 우리 사회는 제정 형법에서부터 동성 간 성적 교섭을 범죄화하지 않았다. 형법 제정 당시 이러한 비범죄화가 외국 형법 계수의 우연한 산물이라고 평가할 수도 있지만,⁷⁴⁾ 지난 70년 동안 우리 사회 구성원들은 개인의 성적 도덕관념과는 별개로 동성 간 성적 교섭은 지극히 사적인 영역의 문제로 법이 개입할 수 있는 문제가 아니라는 관념이 사회통념으로 자리 잡았다.⁷⁵⁾

드워킨에 따르면, 국가는 “한결같은 목소리(one voice)로 말해야 한다.”⁷⁶⁾ 국가는 통일성으로서의 법을 통해 하나의 목소리를 낼 수 있다. 드워킨이 말하는 통일성의 원리는 법을 가능한 한 정합한 것으로 보이게 해석하라는 사법(司法) 차원의 통일성 원리와 법 질서를 정치도덕적으로 가장 정합적으로 만들어야 한다는 입법 차원의 통일성 원리로 이루어진다.⁷⁷⁾ 대상판결은 통일성의 사법 원리를 잘 보여준다. 남은 문제는, 입법이 모든 사람에 대하여 그 자신들이 ‘도덕적·정치적 권리’라고 여기는 것을 보호하기 위하여 최선의 노력을 기울여야 한다는 ‘통일성의 입법 원리’를 실천하는 것이다. 이 원리에 따라, 성소수자 군인에 대한 차별적 의미가 있는 군형법 제92조의6을 우리 법체계에서 제

26.3 (2018), 131-133면. 이 연구에서는 군복무 경험이 있는 성소수자를 대상으로 심층면담을 하여 한국 군대 내에서 성소수자 군인들이 반동성애 문화와 제도적 폭력 사이에서 겪었던 경험을 분석하였다.

73) 손제연, 앞의 논문(주 67), 119면은 법체계가 가지는 ‘의미체계의 정합성 유지와 보존의 이익’을 비환원적인 ‘표현적 이익’이라고 명명하고, 의미의 관점에서 이러한 이익의 침해를 ‘표현적 해악’이라고 명명한다.

74) 이상현, 앞의 논문(주 39), 8-9면.

75) 한국리서치가 성인 남녀 1,000명을 대상으로 실시한 ‘성소수자인식지표’ 조사(2021)에 따르면, 남성 동성애자에 대해 적대적이라는 응답은 전체 응답의 39%를 차지하였고, 중립적이거나(50%) 호의적이라는(11%) 응답은 전체 응답의 61%를 차지하였다(<https://hrcopinon.co.kr/archives/18801>, 최종방문일 2022. 6. 1.).

76) 드워킨, 앞의 책(주 61), 318면.

77) 드워킨, 앞의 책(주 61), 255면 이하.

거하는 입법적 결단으로 법의 통일성을 제고해야 한다.

군형법 제92조의6 폐지론에 대한 가장 일반적인 반론은 처벌의 공백이 발생한다는 주장이다. 그러나 대법관 김선수는 대법판결의 별개의견에서 상호 합의한 성행위를 추행죄로 처벌하지 않더라도 공연음란죄나 군무이탈죄 등에 의한 규율 가능하기에 처벌의 공백이 발생하지 않는다고 설명하였다. 이 별개의견과 같이 합의된 성적 행위라도 공연히 이루어진다면 행위자의 성별이나 성적 지향에 상관없이 공연음란죄에 해당할 수 있고, 그러한 행위로 인해서 군무를 이탈하였거나 군무를 태만히 했다면 그 행위 자체가 아니라 그 행위의 결과를 근거로 처벌될 수 있다.

이 별개의견은 “형사처벌을 해야 할 정도로 군기를 구체적, 직접적으로 침해하는 데까지 이르지 않은 경우에는 필요하다면 적절한 징계를 통해 충분히 군기를 확립할 수 있다.”라고 논지를 이어간다. 그런데 동성 군인의 합의에 의한 성행위가 징계 대상이 되는 경우는, 영내 근무 공간에서 합의하여 성행위를 하였던 남녀 군인에 대해서 징계 처분을 한 사례처럼⁷⁸⁾ 합의에 의한 동성 군인 간 성행위가 영내 근무 공간에서 이루어지거나 근무 시간 내에 이루어지는 경우로 제한되어야 한다. 동성 군인이 서로 합의하여 근무시간 외에 사적 공간에서 성행위를 한 경우, 즉 공연성이나 군무태만과 같은 결과적 해악도 없는 행위는 앞서 살펴본 무기문란 행위의 예시에 비추어도 군기를 구체적, 직접적으로 침해한다고 볼 수 없다.⁷⁹⁾

처벌 공백에 대한 우려가 군 공동생활의 건전성과 성적 자기결정권에 대한 침해 행위를 규율해야 한다는 진지한 고민에서 나온 것이라면 군형법에 업무상 위력 등에 의한 추행 규정을 도입하면 될 것이다. 군에서는 엄격한 상명하복관계로 인해 위력 등에 의한 추행이 빈번히 발생할 수 있다는 점을 고려한다면, 군 공동생활의 건전성과 성적 자기결정권을 보호하기 위해 성폭력처벌법과 같이 군형법상 위력 등에 의한 추행죄 규정을 신설할 필요가 있다.⁸⁰⁾

78) 대표적인 사례로는 디지털뉴스팀, “해외 파병부대서 장교간 성행위 적발 징계”, 『경향신문』 2010. 10. 4. 자 기사(<https://www.khan.co.kr/politics/defense-diplomacy/article/201010040938091>, 최종 방문일 2022. 6. 15.) 참조.

79) 같은 취지 이경환, 앞의 글(주 15), 31면.

80) 같은 취지 도중진, “군형법상 추행죄에 관한 소고”, 『형사정책연구』 26.3 (2015), 54면.

VI. 결론

지금까지 대상판결의 주요 쟁점인 규정의 ‘문언적 의미’와 ‘보호법익’을 중심으로 대상판결의 각 의견들을 비교·검토함으로써 다수의견의 헌법정향적 해석이 법의 통일성이라는 관점에서 설득력 있음을 확인하였다. 그리고 다수의견의 법률해석은 법률문언에 반하는 해석이지만, 인간의 존엄성이라는 최고의 법원리와 그로부터 파생되는 자유, 평등, 정의, 민주주의 등의 법원리로 구성된 대한민국의 법질서의 통일성을 제고하기 위한 정당한 해석이라고 할 수 있다. 그러나 군형법상 추행죄 규정의 합헌적·목적론적 축소해석이 이 규정의 차별적 의미를 일소시키지는 못한다. 이 규정은 특정한 성적 행위 유형을 범죄로 규정함으로써 성소수자에 대한 차별을 표현하고 있다. 합헌적·목적론적 축소해석만으로 군형법상 추행죄 규정의 의미를 구체화하는 사회적 맥락을 바꿀 수는 없다.

사법의 통일성 원리를 실천한 것으로 평가할 수 있는 대상판결로 인해 군형법 제92조의6에는 큰 균열이 발생했다. 이 균열이 군 공동체가 성적 지향을 이유로 한 차별이 없는 평등한 공동체로 나아갈 수 있는 ‘법의 문’이 되기 위해서는 입법의 통일성 원리에 따라 군형법 제92조의6이 폐지되어야 한다.⁸¹⁾ 한편 위헌적 법률은 입법에 의해 폐지될 수도 있지만, 헌법재판소의 규범통제를 통해 제거될 수도 있다. 이에 필자는 헌법재판소가 입법적 결단을 기다리기보다 군형법상 추행죄 규정의 위헌성을 판단할 수 있는 네 번째 기회인 2017헌가16 사건에서 이 규정의 위헌성을 확인하고 이 규정을 제거함으로써 입법의 통일성 원리를 회복시켜 주기를 바란다.

81) ‘법의 문’에 대해서는 강태경, “양심적 병역거부의 ‘정당한 사유’해석론 비판: ‘길’로서의 법 vs. ‘문’으로서의 법”, 『형사정책연구』 29.3(2018), 86-88면 참조.

참고문헌

1. 국내 문헌

가. 단행본

국방부. 『국방법무백서 2017』. 국방부, 2017.

육·해·공군 군사법원 편. 『군형법 주해』. 육·해·공군 군사법원, 2015.

최규환. 『헌법재판소의 법률해석 - 헌법합치적 법률해석의 유형과 규범통제 -』. 헌법재판
연구원, 2020.

나. 논문

강태경. “양심적 병역거부의 ‘정당한 사유’ 해석론 비판: ‘갈’로서의 법 vs. ‘문’으로서의 법”. 『형사정책연구』 29.3 (2018): 25-101.

김도균. “우리 대법원 법해석론의 전환: 로널드 드워킨의 눈으로 읽기 - 법의 통일성 (Law’s Integrity)을 향하여 -”. 『법철학연구』 13.1 (2010): 89-132.

김은희. “칸트 성윤리의 구조와 재구성 - 섹스 본성론, 정언명령, 호혜성을 중심으로 -”. 『철학사상』 68 (2018): 93-128.

노기호. “군형법 제92조 “추행죄”의 위헌성 고찰 - 육군 제22사단 보통군사법원 2008.8.6. 위헌제청결정사건(2008고10)을 중심으로 -”. 『헌법학연구』 15.2 (2009): 263-300.

도중진. “군형법상 추행죄에 관한 소고”. 『형사정책연구』 26.3 (2015): 33-59.

박안서. “2009년 개정 군형법의 주요내용과 문제점”, 『형사정책연구』 22.4 (2011): 131-189.

박 철. “법률의 문언을 넘은 해석과 법률의 문언에 반하는 해석”, 『법철학연구』 6.1 (2003): 185-236.

문준영. “미군정 법령체제와 국방경비법”. 『민주법학』 34 (2007): 97-136.

손수지·김지관. “군인의 역할로 본 군형법 제92조의 6”. 『인문사회21』 7.4 (2016):

585-602.

- 손제연. “법적 표현주의와 표현적 해악의 본성”, 『법철학연구』, 22.2 (2019): 79-124.
- 이경환. “군대 내 동성에 행위 처벌에 대하여”, 『공익과 인권』 5.1 (2008): 73-99.
- 이상현. “군형법상 항문성교 기타 추행죄 연구: 법제사, 법익론 및 판례 비교를 중심으로”. 『법학논총』 36 (2016): 249-287.
- 이자연. “군형법상 추행죄에 관한 연구”. 『원광법학』 34.2 (2018): 153-167.
- 이호중. “군형법 제92조의5 추행죄의 위헌성과 폐지론”. 『형사법연구』 23.1 (2011): 229-264.
- 정성조. “한국 군대 내 동성에 ‘문제’의 ‘탄생’”. 『한국사회학회 사회학대회 논문집』 (2018): 449-467.
- 정성조·이나영. “보이지 않는 군인들: 한국 군대 내 동성애혐오와 성소수자 정체성”. 『문화와 사회』 26.3 (2018): 83-145.
- 정연주. “군형법상 추행죄의 헌법적 문제”. 『공법학연구』 12.2 (2011): 133-158.
- 조 국. “군형법 제92조의5 계간 그 밖의 추행죄 비판 - 군인간 합의동성에 형사처벌의 당부 -”. 『형사법연구』 23.4 (2011): 291-316.
- 추지현. “‘강간’과 ‘계간’사이: 군형법상 ‘강간과 추행의 죄’의 법담론”. 『한국여성학』 29.3 (2013): 147-180.

다. 판결 및 결정

- 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결.
- 대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두11266 판결.
- 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012므806 판결.
- 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도6980 판결.
- 대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결.
- 대법원 2022. 4. 21. 선고 2019도3047 전원합의체 판결.
- 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 결정.
- 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정.
- 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2012헌바258 결정.

고등군사법원 1990. 3. 3. 선고 99노31 판결.

고등군사법원 2008. 2. 19. 선고 2007노249 판결.

라. 기타 자료

국가인권위원회. “『군형법』 제92조의6(추행) 관련 대법원 전원합의체 판결에 대한 국가인권위원장 환영 성명”. 2022. 4. 22.자 보도자료.

군인권센터. “장준규 육참총장, 동성애자 군인 색출 및 처벌 지시 관련 긴급 기자회견”. 2017. 4. 13.자 보도자료.

김민제. “2년전 ‘육군 성소수자 색출 사건’ 군인들 강제전역 내몰렸다”. 『한겨레』 2019. 9. 18.자 기사, https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/909920.html, 최종방문일 2022. 5. 31.

디지털뉴스팀. “해외 파병부대서 장교간 성행위 적발 징계”. 『경향신문』 2010. 10. 4.자 기사, <https://www.khan.co.kr/politics/defense-diplomacy/article/201010040938091>, 최종방문일 2022. 6. 15.

박고은. “커밍아웃이 범죄가 되는 군대, 국방부는 평등의 문 열어라”. 『한겨레』 2021. 10. 1.자 기사, https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1014674.html, 최종방문일 2022. 6. 15.

방혜린. “군형법 92조6 폐지의 의미”. 『여성신문』 2022. 3. 6.자 기고문, <https://www.womennews.co.kr/news/articleView.html?idxno=220583>, 최종방문일 2022. 6. 1.

장서연. “군형법상 추행죄 무죄, 대법원 판결의 의미”. 공익인권법재단 공감 홈페이지, 2022. 5. 10.자 칼럼, https://www.kpil.org/board_column/20220510/, 최종방문일 2022. 5. 31.

장예지. “검찰도 잘못 인정…추행 혐의 성소수자 군인에 ‘무죄 구형’, 왜?’. 『한겨레』 2022. 5. 22.자 기사, https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1044694.html, 최종방문일 2022. 5. 31.

2. 외국문헌

가. 단행본

Ausubel, David P. *Educational Psychology: A Cognitive View*. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1968.

_____. *The Acquisition and Retention of Knowledge: A Cognitive View*. Boston : Kluwer, 2000.

Dworkin, Ronald. M. *Law's Empire*. Oxford: Hart Pub, 1998. [역서] 드워킨, 로널드, 장영민 옮김. 『법의 제국』. 아카넷, 2004.

Fuller, Lon L. *The Morality of Law*. New Haven: Yale Univ. Press, 1969. [역서] 풀러, 론 L., 박은정 옮김. 『법의 도덕성』. 서울대출판부, 2015.

Hellman, Deborah. *When is discrimination wrong?* Cambridge: Harvard University Press, 2008.

나. 논문

Nussbaum, Martha C. "Objectification." *The Philosophy of Sex: Contemporary Readings*, 4th ed. Edited by Alan Soble. Lanham: Rowman & Littlefield, 2002.

다. 유엔 문서

United Nations, Human Rights Committee. *Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea*. CCPR/C/KOR/CO/4 (3 December 2015).

United Nations, Economic and Social Council. *Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea*. E/C.12/KOR/CO/4 (19 October 2017).

United Nations, General Assembly. *Draft report of the Working Group on the*

Universal Periodic Review: The Republic of Korea. A/HRC/DEC/37/108
(13 November 2017).

라. 기타 자료

LaGrone, Sam. "History of U.S. Policy and Law on Gays in the Military." *USNI NEWS*, 2018. 3. 27. <https://news.usni.org/2013/06/26/a-history-of-gays-in-the-military>, 최종방문일 2022. 6. 8.

Oxford English Dictionary Online. June 2022. Oxford University Press.
<http://www.oed.com/>, 최종방문일 2022. 6. 15.

The Meaning and Task of the Supreme Court en banc Decision 2019Do3047 on the Violation of the Article 92-6 (Indecent Act) of the Military Criminal Act

Gahng, Taegyung*

The majority opinion of the Supreme Court en banc Decision 2019Do3047 Decided on April 21, 2022 reversed and remanded the lower judgement of guilty which was convicted in the case of the indecent act under the Article 92-6 of the Military Criminal Act to the effect of innocence. The majority opinion judged that the legal and normative evaluation of sexual behavior between the same sex was changed, and that the Military Criminal Act cannot punish male soldiers for indecent act if they commit sexual acts under agreement in private spaces. By comparing and reviewing each opinion, focusing on the ‘literal meaning’ and ‘benefits and protections’ of the provision, which are the main issues of this Decision, it was confirmed that the constitution-oriented interpretation of the majority opinion was persuasive in terms of the law as integrity.

In addition, it was argued that the interpretation of the majority opinion was an interpretation *contra legem*, but it is a legitimate interpretation to improve the integrity of the legal order. However, the discriminatory meaning expressed in the provision of indecent act under the Military Criminal Act cannot be completely removed only with a teleological reduction.

❖ Key words: Military Criminal Act, Indecent act, Constitution-oriented interpretation, Interpretation *contra legem*, Law as integrity, Discrimination

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

피고인의 사회경제적 지위 및 피해자와의 관계에 따른 아동학대 사건 판단

이예림* · 박지선**

국 | 문 | 요 | 약

본 연구에서는 아동학대 사망사건에 있어 피고인의 사회경제적 지위 및 피해자와의 관계에 따라 피고인에 대한 판단에 차이가 나타나는지 살펴보았다. 즉, 아동학대 사건에서 피고인이 친부일 때와 양부일 때, 더불어 피고인이 변호사일 때와 무직일 때, 피고인 비난과 반성의 진정성, 개선 가능성에 대한 판단이 달라지는지 조사하였다. 또한, 판단자의 사회지배경향성 수준이 피고인에 대한 판단에 미치는 영향을 피고인의 사회경제적 지위가 조절하는지 알아보았다. 20-50대의 총 240명(남성 112명, 여성 128명)을 대상으로 연구한 결과, 피고인이 친부일 때보다 양부일 때 범행 고의성을 더 높게 판단하여 피고인을 더 비난하고, 반성의 진정성 및 개선 가능성은 더 낮게 평가하였다. 또한, 피고인이 변호사일 때보다 무직일 때 상황 영향력을 더 높게 판단하여 피고인 반성의 진정성과 개선 가능성을 더 높게 평가하였다. 더불어, 피고인이 변호사인 경우에는 판단자의 사회지배경향성이 강할수록 피고인을 덜 비난하였다. 마지막으로 본 연구의 한계 및 시사점에 대해 논의하였다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2022.6.30.2.101>.

❖ 주제어 : 아동학대, 사회경제적 지위, 가-피해자 관계, 사회지배경향성, 피고인 비난

* 한국형사·법무정책연구원 인턴연구원

** 교신저자, 숙명여대 사회심리학과 교수

I. 서론

2021년 1월 양천 아동학대 살인 사건이 보도되고 양부모에 의한 아동학대 사망 사건에 이목이 쏠리며 사회적 공분을 불러일으켰다(배소은·곽대훈, 2021). 당시 뉴스 기사의 댓글을 통해 나타난 사회적 인식은 ‘입양’이 학대와 관련이 높은 키워드로 드러나며 해당 사건이 입양 가정에서 발생했다는 사실에 주목하였다(배소은·곽대훈, 2021). 이러한 현상은 위 사건뿐만 아니라 사회의 이목이 집중되었던 다른 아동학대로 인한 사망사건들의 보도에서도 두드러지는데, 이러한 보도들의 절반 가량에서 가해자는 피해자와 비혈연 관계인 부모였다(김지혜 외, 2013). 그러나 실제 2020년 아동학대 현황을 살펴보면, 피해 아동이 사망한 사건의 가족 유형 중 친부모 가정은 44.2%로 가장 높은 비율을 차지하는 것에 비해, 입양가정은 단 한 건으로 2.3%에 불과하였다(보건복지부, 2021). 이러한 실정과는 달리 언론보도는 현실성 있는 문제 집단보다 소수 일탈자에 초점을 맞추어, 가해자의 다수가 친부모인 실제 아동학대 사망사건의 현실을 왜곡시켜 전달하는 경향을 보인다(김지혜 외, 2013). 아동학대 관련 기사의 댓글에서도 나타나는 비혈연 가정에 대한 사회적 편견은 입양 가정에 큰 상처를 주며, 추후 입양 결정에까지 영향을 줄 수 있다(배소은·곽대훈, 2021). 그러나 이러한 비혈연 가정에 대한 사회적 편견이 아동학대 사망 사건 판단에 미치는 영향을 실증적으로 조사하고 살펴본 연구는 매우 드물다.

학대가 발생한 가정의 유형뿐만 아니라 피고인의 사회경제적 지위 역시 아동학대 사망사건에 대한 판단에 영향을 미칠 수 있다(정익중 외, 2016). 가정 내 아동학대로 인한 사망의 경우, 그 배경으로 집안의 생활고와 경제능력 부족이 언급되는 경우가 적지 않다(김지혜 외, 2013). 실제 아동학대 사망사건 판결문을 분석한 결과, 생활환경이나 경제 형편이 언급된 경우 실형 비율이 70% 정도로, 다른 양형요소에 비해 실형을 처분받는 비중이 낮게 나타났다(정익중 외, 2016). 하지만 아동학대 사건에 대한 사회적 인식은 가해자를 비롯해 관대한 처벌을 내리는 재판부와 국가에 대해 강력한 분노를 드러내고 있다(배소은·곽대훈, 2021). 이처럼 일반인의 법감정과는 다른 판결과 이에 대한 비난이 존재하는 상황에서, 피고인의 사회경제적 지위와 가족 형태, 즉 피해자와의 관계에 따른 일반인의 아동학대 인식에 대한 실증적인 연구가 필요한 실정이다.

일반인의 판단을 살펴봄에 있어 주의를 기울여야 하는 부분은 개인이 지니고 있는 태

도이다. 그간 범죄 사건에 대한 판단에 영향을 미치는 개인의 태도를 살펴보기 위한 여러 선행연구가 진행되어 왔다(조은경·박지선, 2021; Sidanius et al., 2006; Yamawaki et al., 2012). 그중에서도 사회지배경향성(social dominance orientation)은 사회 집단 간 불공평과 위계에 대한 태도로, 소수집단이나 약자에 관한 다양한 태도 및 편견과 연관되어 있다(Zhao et al., 2020). 특히 사회지배경향성이 강할수록 범죄자에 더 엄중한 처벌을 내리는 것을 선호하는 경향이 나타난 바(Hess et al., 2012; Perkins & Bourgeois, 2006), 본 연구에서는 아동학대 피고인을 판단하는 데 있어 사회지배경향성이 어떠한 영향을 미치는지 알아보고자 한다.

아동학대 사건을 비롯하여 범죄사건에 대한 판단 중 하나인 처벌에 대한 형사사법 체계의 관점에는 응보적 관점과 함께 미래지향적이며 예방적 관점이 함께 작용한다(김재희, 2020). 형법 제51조에서는 양형에 있어 범행 후의 정황을 참작하여야 한다고 명시되어 있으며, 대법원 2016.2.19. 선고 2015도12980 전원합의체 판결에서는 이를 반성의 유무, 재범의 우려 등을 통해 고려해야 함을 서술하고 있다. 실제 아동학대범죄 판결의 양형 인자를 살펴본 연구에서는 피고인의 반성 여부와 이에 대한 진정성, 그리고 피고인의 개선 가능성에 대한 기대와 같은 요인들을 판결문에서 주요하게 언급한다는 사실이 나타난 바 있다(이세원, 2017; 정익중 외, 2016). 따라서 본 연구에서는 응보적 관점에서 사건을 인식할 때 살펴볼 수 있는 요소인 피고인 비난뿐 아니라, 미래지향적 관점에서 범죄를 인식하고 양형 판단을 내릴 때 고려해야 하는 요소인 피고인의 반성에 대한 진정성과 개선 가능성 평가를 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 이론적 배경 및 선행 연구

1. 이야기 모델

이야기 모델(the story model)은 배심원들로 참여하는 일반인의 의사결정을 설명하기 위해 적합한 이론으로 인정받고 있는 모형이다(김은영, 2013). 이야기 모델에서는 의사결정이 이루어지는 과정을 세 단계로 나누어 설명한다. 사람들은 제시된 증거를 평가하며

해당 사건에 맞는 이야기를 구성하고, 판결을 위해 양형선택 사항을 고려하며 대안적 판결에 대해 숙고한 뒤, 피고인에게 가장 적절한 양형을 결정하는 단계에 도달한다(김은영·윤민우, 2013; Pennington & Hastie, 1986; Pennington & Hastie, 1993).

이야기 모델에서 가장 핵심적인 단계로 여겨지는 부분은 이야기를 구성하는 첫 번째 단계이다(김은영·윤민우, 2013). 평결에서 차이를 나타내는 배심원들은 다른 단계에 비해 구성하는 이야기에서 두드러지는 차이를 보이기 때문이다(Pennington & Hastie, 1986). 이러한 이야기는 주어진 정보, 즉 증거뿐만 아니라 유사한 사건에 대해 판단자가 기존에 지니고 있던 지식이나 정보를 바탕으로 한 개인적 추정을 이용해 만들어진다(김은영·윤민우, 2013; Pennington & Hastie, 1993). 즉 판단자들은 증거를 있는 그대로 받아들이기보다는, 원본 증거를 해석하고 개인적 지식이나 추론을 더하여 일관성이 있으며 완성된 이야기 형식으로 사건을 구성한다(Pennington & Hastie, 1986).

이와 같이 이야기를 구성하는 과정에서, 다른 태도, 다른 경험, 사회적 세상에 대한 다른 믿음을 가진 판단자는 다른 결론에 도달할 것이다(Pennington & Hastie, 1986). 판단자의 태도, 고정관념이나 사회적 편견 등 기존에 지니고 있던 사고 및 태도를 바탕으로 증거로 제시되지 않은 내용이 이야기를 구성하는 데 영향을 미칠 수 있기 때문이다(김은영·윤민우, 2013; Pennington & Hastie, 1986). 만일 판단자들이 아주 적은 요소의 차이만으로도 다른 이야기를 구성한다면 이는 피고인을 다르게 인식하는 데 영향을 줄 수 있다. 따라서 본 연구에서는 아동학대에 대한 사회적 편견과 관련된 가해자-피해자 관계(친/양부모 가정) 및 피고인의 사회경제적 지위가 사건에 대한 판단의 차이를 가져오는지 알아보고자 한다.

2. 피고인-피해자 관계에 따른 판단

피고인과 피해자의 관계는 범죄 사건을 판단하는 데 영향을 미치는 요인 중 하나로 여러 차례 연구가 진행됐다(Davies et al., 2013). 그 결과, 가해자와 피해자의 관계는 성범죄부터 스토킹, 가정폭력에 이르기까지 광범위한 범죄 관련 판단에 영향을 미친다(박연주 외, 2017; Yamawaki et al., 2012). 예를 들어 혼인 관계에서 폭력을 당한 피해자보다 연인 관계에서 폭력을 당한 피해자들이 더 비난받고(Yamawaki et al., 2012),

피해자와 연인이었던 성범죄 가해자는 지인이거나 낯선 사람인 가해자에 비해 덜 비난받는다(Bieneck & Krahe, 2011).

아동을 대상으로 한 성범죄 사건에서도 가해자와 피해자 간 관계에 따른 판단의 차이가 관찰된다(박연주 외, 2017; Davies et al., 2013). 아버지에 의한 아동 성범죄 사건은 지인에 의해 발생한 사건에 비해 더 심각하다고 여겨지지만, 낯선 사람에 의해 성범죄가 발생한 경우에 비해서는 가해자가 덜 비난받고, 피해 아동의 진술신빙성이 더 낮게 평가되기도 한다(Davies & Rogers, 2009). 이러한 결과는 국내 아동·청소년 대상 성범죄 사건의 판결문을 분석한 연구에서도 살펴볼 수 있는데, 가해자가 친권자나 양육자라는 것이 판결에서 감경요소로 작용하기도 한다(박연주 외, 2017). 이러한 연구들은 아동을 대상으로 한 범죄에서 피고인과 피해자의 관계에 따라 범죄 사건에 대한 판단이 달라질 수 있다는 점을 시사하므로, 아동학대 사건에서도 이러한 영향이 나타나는지 살펴볼 필요가 있다.

아동학대 유형 중 하나인 성적 학대 가해자에 대한 인식은 가해자와 피해자가 생물학적으로 연결되어 있는지 아닌지에 따라 달라지는 것으로 나타났다(Davies et al., 2013). 즉, 친부에 비해 계부가 성학대를 저질렀을 때 사건의 심각성 및 피해자의 신뢰도가 더 높게 평가되었다(Davies et al., 2013). 그러나 이처럼 아동학대 가해자를 생물학적 부모나 계부, 혹은 양부로 나누어서 가해자와 피해자의 관계가 범죄 사건 판단에 미치는 영향을 살펴본 연구는 매우 드물며, 특히 신체 학대로 인한 사망사건에 대한 판단 차이를 알아본 연구는 찾아보기 힘들다. 따라서 본 연구에서는 아동학대 사망사건에서 양부모에 대한 사회적 편견이 주요한 문제로 지적되는 현 시점에서(배소은·곽대훈, 2021), 친/양부모에 의한 아동학대 사건에서 피고인과 피해자의 관계에 따라 피고인 비난 등 판단 차이가 존재하는지 살펴보려고 하였다.

특히 양부모에 대한 사회적 편견이 피고인에 대한 판단에 영향을 미치는 과정에서 피고인의 범행 고의성에 대한 판단이 중요한 역할을 할 수 있다. 판단자들이 피고인을 부정적으로 평가할 때, 상해 및 치사 사건에서 피고인의 범행에 대한 고의를 더 높게 평가하며(최승혁·허태균, 2020; Nadelhoffer, 2006), 고의에 대한 평가는 피고인에 대한 비난으로 이어질 수 있을 뿐만 아니라 처벌 판단에 있어서 중요한 역할을 하기 때문이다(Malle & Nelson, 2003). 즉 피고인이 범행이 더 고의적이었다고 판단할수록 피고인에

게 더욱 엄중한 처벌을 내린다는 것이다(홍세은 외, 2018; Darley & Pittman, 2003). 따라서, 피고인에 대해 부정적인 시각을 지니고 있다면 범행에 대해 피고인이 더 고의적이었다고 판단할 수 있으며(Nadelhoffer, 2006; Uhlmann et al., 2015) 고의에 대한 판단은 피고인에 대한 비난과 엄중한 양형 판단으로 이어질 수 있다(홍세은 외, 2018). 그럼에도 불구하고 이러한 범행 의도, 즉 범행의 고의성에 대한 판단이 아동학대 사건에서 피고인에 대한 비난이나 개선 가능성을 판단하는 데에 미치는 영향을 살펴본 연구는 드물기 때문에 본 연구에서는 이를 살펴보고자 하였다.

3. 사회경제적 지위에 따른 판단

피고인의 사회경제적 지위에 따라 범죄에 대한 판단이 달라지는지에 관한 여러 연구가 국내외를 막론하고 실행됐다(홍세은 외, 2018). 이러한 연구들은 비교적 일관되지 않은 결과들을 도출하였다(박혜경, 2015). 즉, 피고인의 사회경제적 지위가 낮을수록 피고인이 유죄라고 판단할 가능성이 높아진다는 가설이 메타 분석과 실험 연구를 통해서 지지된 바 있다(Devine & Caughlin, 2014; Farnum & Stevenson, 2013). 그러나 이후 연구들은 피고인의 사회경제적 지위가 사형 선고에 영향을 미치지 않으며 형량을 결정하는 데도 영향력이 없다는 결과를 보고하였다(Espinoza & Willis-Esqueda, 2015). 국내 연구에서는 국외와는 반대로 행위자의 사회경제적 지위가 높을수록 처벌이 더 강해지기도 하였으나, 범행 의도가 불확실할 때만 그 영향이 나타났다(홍세은 외, 2018). 이와 같이 피고인의 사회경제적 지위가 처벌 판단에 미치는 영향은 그 방향성뿐만 아니라 영향력의 유무에 있어서도 연구 결과들이 혼재되어 있다.

피고인의 사회경제적 지위는 피고인의 특성과 범죄 원인, 재범 위험성 등의 판단에 관여하기도 한다(Farnum & Stevenson, 2013). 사회경제적 지위가 높은 피고인에 비해 사회경제적 지위가 낮은 피고인은 신뢰도, 도덕성, 지성, 호감도와 같은 긍정적인 특성이 낮게 평가되고, 게으르거나 공격적인 특성이 더 높게 평가되었다(Espinoza et al., 2015). 그러나 아직 아동학대에서 피고인의 사회경제적 지위가 범죄사건 판단에 미치는 영향을 살펴본 연구는 찾아보기 힘들다. 특히 피고인의 생활고나 가정형편이 아동학대 사망사건 판결문에서 자주 언급되고 실행 비율에도 차이가 있는 것으로 나타나므로(정익

중 외, 2016), 본 연구에서는 아동학대 사망사건에서 피고인의 사회경제적 지위에 따라 피고인에 대한 비난과 피고인의 반성에 있어서의 진정성 등에 대한 평가가 달라지는지 살펴보고자 하였다.

특히 국내 한 연구에서는 범죄자의 사회경제적 지위가 높을 때보다 낮은 경우 범죄자의 성격보다 범죄자가 처한 상황이 범죄에 더 큰 영향을 미쳤을 것이라고 판단하였으며, 더불어 범죄자를 덜 비난하고 재범 위험성이 더 낮다고 평가하였다(최승혁·허태균, 2012). 이러한 결과는 사회경제적 지위에 따른 범죄자에 대한 비난 등의 평가에 범죄자를 둘러싼 상황에 대한 판단이 매개 역할을 할 가능성을 시사한다. 즉 피고인의 특성에 따라 해당 사건의 발생 원인을 유추하는 데에 있어 차이가 나타날 수 있으며(Uhlmann et al., 2015), 이것이 피고인을 판단하는 데 영향을 미칠 가능성을 추론할 수 있다. 따라서 본 연구에서는 피고인의 사회경제적 지위에 따른 피고인에 대한 판단 차이에 있어 피고인이 처한 상황의 영향에 대한 평가가 이를 매개하는지 알아보하고자 한다.

더 나아가, 사회경제적 지위가 높은 피고인을 판단할 때는 사회가 공정해야 한다고 믿는 사람들일수록 형량을 더 높게 판단하였으나, 피고인의 사회경제적 지위가 낮을 때에는 이처럼 공정한 세상에 대한 신념 등 개인의 태도가 양형 판단에 영향을 미치지 못하였다(최승혁·허태균, 2012). 이러한 결과는 피고인의 사회경제적 지위가 피고인에 관한 판단에 미치는 판단자의 태도의 영향력을 조절하는 효과가 나타날 수 있음을 시사한다. 따라서 본 연구에서는 범죄사건 판단에 영향을 미칠 수 있는 개인의 태도 가운데 특히 소수집단이나 약자에 대한 사회적 편견과 엄중한 처벌에 대한 선호와 관련이 높은 것으로 알려진 사회지배경향성(Crawley & Suarez, 2016)을 중심으로 접근하고자 한다.

4. 사회지배경향성에 따른 판단

사회지배경향성은 사회 집단 간에 위계가 존재한다고 믿으며 이러한 위계에 따라 불공정이 필연적이라 보고 이를 선호하는 태도를 의미하며(Pratto et al., 1994), 특히 소수 집단에 대한 편견이나 범죄자 처벌 판단에도 영향을 미치는 것으로 알려져 왔다(Heering & Leone, 2019; Kimmelmeier, 2005). 사회지배경향성이 높은 사람들은 집단 간 위계를 유지하고 집단에 대한 위협으로부터 자신을 보호하기 위해 처벌을 사용하

는 것을 선호하는 경향이 있다(Heering & Leone, 2019). 따라서 사회지배경향성이 높을수록 공권력의 행사부터 사적인 체벌까지 다양한 처벌을 정당화하는 경향을 보인다(Perkins & Bourgeois, 2006). 일례로 아동학대 사건 판단에서 벨트나 빗과 같은 도구를 이용하여 아이를 때린 사건을 학대가 아니라 벌이라고 판단하는 경우가 사회지배경향성이 낮은 사람들에 비해 높은 사람들에게서 더 많았다(Hess et al., 2012). 사회지배경향성은 범죄자에 대한 공권력 행사 관련 판단과도 연관되어 있는데, 사회지배경향성이 높을수록 경찰의 총격으로 인한 용의자의 사망에서 용의자의 책임을 더 높게 평가하고(Perkins & Bourgeois, 2006), 전반적으로 가혹한 처벌을 더 선호하였으며, 처벌이 범죄를 예방할 가능성을 더 높게 평가하였다(Sidanius et al., 2006). 또한 사회지배경향성이 높은 사람들은 피고인에 적절한 처분으로 불구속에 비해 구속을 선택할 가능성이 더 높았다(Crawley & Suarez, 2016; Taillandier-Schmitt & Combалbert, 2017).

이때 사회지배경향성은 피고인의 특성에 따라 그 효과가 달라지기도 한다(Kemmelmeier, 2005; Taillandier-Schmitt & Combалbert, 2017). 피고인이 백인일 때에는 사회지배경향성이 높을수록 덜 심각한 형량을 부과하며 재범 위험성이 낮다고 평가하였지만, 피고인이 흑인일 경우에는 이와 정반대로 사회지배경향성이 높을수록 형량을 더 무겁게, 재범 위험성은 더 높게 판단하였다(Kemmelmeier, 2005). 또한 프랑스에서 흑인 피고인을 판단하더라도 피고인이 주류 문화인 프랑스 문화를 받아들였을 때는 사회지배경향성이 강한 사람들이 감경 사유를 고려할 가능성이 높았지만, 원형 문화를 유지하고 있을 때는 감경 사유를 덜 참고하였다(Taillandier-Schmitt & Combалbert, 2017). 이처럼 사회지배경향성의 영향은 위계질서를 기반으로 한 집단의 속성에 따라서 달라질 수 있으며, 사회지배경향성과 다른 요인들의 상호작용을 고려하지 못한다면 사회지배경향성의 효과에 대해 잘못된 판단을 할 수 있다(Heering & Leone, 2019). 따라서 본 연구에서도 사회지배경향성의 영향을 위계질서를 기반으로 한 다른 피고인의 특성이 조절하는지 살펴보고자 한다. 즉, 피고인의 사회경제적 지위에 따라 사회지배경향성이 피고인에 대한 판단에 미치는 효과가 달라지는지를 함께 살펴보고자 하였다.

Ⅲ. 방법

1. 연구 대상

본 연구는 20세부터 59세까지의 성인 남녀 240명을 대상으로 온라인 설문조사를 통해 진행되었다. 연구 참여자 중 여성은 53.3%를 차지하는 128명이었으며, 남성은 46.7%를 차지하는 112명이었다. 참가자들의 성별에 따른 연령의 차이는 존재하지 않았으며($t(238) = -.22, p = .82$), 여성의 평균 연령은 39.21세($SD = 10.79$), 남성의 평균 연령은 39.53세($SD = 11.16$)였다.

2. 연구 절차

연구 참여자들은 연구 안내문을 읽고 참가 동의서를 작성한 뒤 네 가지 조건 중 한 가지 조건에 무선으로 배정되었다. 네 가지 조건은 제공받는 시나리오를 제외하고 모두 동일하게 구성되어 있었다. 시나리오는 2×2 (피고인-피해자 관계: 친부 vs. 양부; 피고인의 사회경제적 지위: 변호사 vs. 무직)로 조작하였으며 시나리오의 내용을 연구 참가자가 적절하게 이해하였는지 확인하기 위해 피고인의 성별, 직업과 피해자와의 관계에 대해 질문하였다. 이후 참가자들은 매개변인인 피고인의 범행 고의성과 피고인을 둘러싼 상황 영향력에 대해 응답한 뒤, 종속변인인 피고인 비난, 피고인 반성/후회의 진정성, 피고인 개선/변화 가능성을 평가하였다. 다음으로 사회지배경향성을 묻는 16개의 문항에 대해 응답하였다. 마지막으로 연구 참가자들은 성별과 연령을 질문하는 문항에 대해 답변하였다.

3. 연구 변인

가. 독립변인: 피고인-피해자 관계, 피고인의 사회경제적 지위

본 연구는 총 네 가지 조건으로 피고인-피해자의 관계와 피고인의 사회경제적 지위를 다르게 한 시나리오에 차이가 있었다. 피고인과 피해자의 관계는 친부와 양부인 경우로

나누어 구성하였으며, 사회경제적 지위는 피고인의 직업이 변호사와 무직인 경우로 각각 구성하였다. 시나리오는 국내에서 실제 발생한 아동학대 사망사건 판결문을 참고하여 구성하였으며, 독립변인 관련 부분을 제외한 나머지 부분은 모두 동일하게 작성하였다. 연구 참여자는 네 가지 시나리오 중 한 가지를 무작위로 제공받았으며 사용된 시나리오는 아래와 같다.

피고인(35세, 남성)은 [변호사로 직장 내 업무 관련 문제로/ 실직으로 인한 경제적 궁핍과 취업을 하지 못해] 스트레스를 받고 있는 상태에서, [친아들/ 입양한 아들]인 생후 10개월째의 피해자가 소리를 지르며 울음을 그치지 않자 우는 버릇을 고친다고 하면서 피해자의 어깨를 밀어 넘어뜨리고, 피해자가 울면서 발버둥을 치자 일으켜 세운 다음 다시 피해자의 어깨를 밀어 수회 넘어뜨리다가 침대에 피해자의 머리를 부딪치게 하였다. 이어 울음을 그친 피해자를 목욕시킨 다음 잠을 재우려 하던 중 피해자가 경련을 일으키는 것을 발견하고 피해자의 몸을 주무르고 부채질을 해주다가, 약 한 시간 반 후 인근 병원 응급실로 데려갔으나 피해자는 결국 뇌출혈로 사망하였다. 피고인은 극심한 스트레스 상황에서 우발적으로 발생한 일로 [친아들/ 아들]을 잃게 되어, 한없이 가슴이 아프고 슬프다며 뉘우치는 모습을 보였다.

나. 사회지배경향성

연구 참가자들의 사회지배경향성을 측정하기 위해 Pratto 외(1994)가 개발한 사회지배경향성 척도 16문항을 번안하여 사용하였다. 해당 척도는 7점 리커트(1 = *전혀 동의하지 않는다* - 7 = *전적으로 동의한다*) 척도를 이용하여 응답하도록 되어있다. 본 연구에서는 전체 문항의 평균 점수를 자료 분석에 활용하였다. 해당 척도의 신뢰도(Cronbach's α)는 본 연구에서 .666이었다.

다. 매개변인: 범행 고의성, 상황 영향력

범행 고의성은 “이 사건에서 피고인이 얼마나 고의적으로 범죄를 저질렀다고 생각하십니까?”라는 문항에 대해 7점 리커트(1 = *전혀 고의적이지 않다* - 7 = *상당히 고의적이다*) 척도를 이용하여 평가하게 하였다. 상황의 영향력은 “이 사건 발생에 피고인을 둘러

싼 상황이 얼마나 영향을 미쳤다고 생각하십니까?”에 대해 7점 리커트(1 = 전혀 영향이 없다 - 7 = 상당한 영향을 미쳤다) 척도를 이용하여 응답하게 하였다.

라. 종속변인: 피고인 비난, 피고인 반성 진정성, 피고인 개선 가능성

종속변인은 다음과 같이 측정하였다. 우선 피고인 비난은 “이 사건에서 피고인이 어느 정도로 비난받을만하다고 생각하십니까?”라는 질문을 통해 측정하였다. 피고인 반성의 진정성은 “이 사건 피고인이 반성하고 후회하는 부분에 있어 그 진정성이 어느 정도라고 생각하십니까?”를 통해 판단하게 하였다. 피고인 개선 가능성은 “이 사건의 피고인이 앞으로 개선되거나 변화할 가능성은 얼마나 된다고 생각하십니까?”라는 문항을 이용하였다. 모든 문항은 앞의 문항들과 마찬가지로 7점 리커트 척도를 활용하였다. 따라서 높은 점수에 응답할수록 각각 피고인을 더 비난하고, 피고인 반성의 진정성과 개선 가능성을 높게 판단했음을 의미한다.

4. 분석 방법

본 연구의 자료는 SPSS 25.0과 PROCESS macro 3.5 버전을 이용하여 분석하였다. 먼저 각 변인의 특징을 알아보기 위해 기술통계 분석을 실시하였으며 변인들의 관계를 살펴보기 위해 상관분석을 하였다. 다음으로 PROCESS macro 3.5 버전의 model 4를 이용하여 피고인-피해자의 관계가 피고인에 대한 판단에 미치는 영향을 범행 고의성에 대한 판단이 매개하는지를 살펴보았다. 피고인의 사회경제적 지위와 피고인에 대한 판단 사이에서 피고인을 둘러싼 상황의 영향력의 매개효과 역시 model 4를 이용하여 분석하였다. 마지막으로 사회지배경향성이 피고인 판단에 미치는 효과를 피고인의 사회경제적 지위가 조절하는지 살펴보기 위해서 PROCESS macro 3.5 버전의 model 1을 활용하였다.

IV. 결과

1. 기술통계 및 상관분석

각 변인들의 기술통계 및 Pearson 상관분석의 결과를 <표 1>에 제시하였다. 상관분석 결과를 살펴보면, 우선 피고인이 고의적으로 범죄를 저질렀다고 지각할수록 피고인을 둘러싼 상황이 범행에 미친 영향력을 낮게 판단하였으며, 피고인을 더 많이 비난하였고, 피고인의 반성에 대한 진정성과 개선 가능성을 더 낮게 판단하였다. 사건 발생에 있어 피고인을 둘러싼 상황이 미친 영향력을 크게 판단할수록 피고인의 반성에 대한 진정성과 개선 가능성을 높게 평가하였다. 또한 피고인을 강하게 비난할수록 피고인의 반성에 대한 진정성과 개선 가능성을 낮게 평가하였으며, 피고인의 반성에 진정성이 있다고 지각할수록 피고인의 개선 가능성을 높게 판단하였다. 마지막으로 사회지배경향성이 높을수록 피고인을 덜 비난하였다.

<표 1> 주요 변인 간의 상관 및 기술통계

	1	2	3	4	5	6
1. 범행 고의성	-					
2. 상황 영향력	-.13*	-				
3. 피고인 비난	.51***	.02	-			
4. 피고인 반성 진정성	-.54***	.25***	-.49***	-		
5. 피고인 개선 가능성	-.37***	.17*	-.39***	.58***	-	
6. 사회지배경향성	-.11	-.09	-.18**	.05	-.00	-
평균	4.73	5.27	6.27	3.43	3.55	2.99
표준편차	1.55	1.45	1.01	1.64	1.53	.87

* $p < .05$, ** $p < .01$, *** $p < .001$

2. 피고인-피해자 관계와 피고인 판단 사이 범행 고의성의 매개효과

피고인-피해자의 관계와 피고인에 대한 판단 사이에서 범행 고의성 판단이 매개효과가 있는지 살펴보기 위해 PROCESS macro의 model 4를 이용하여 분석한 결과를 <표

2>에 제시하였다. 먼저 피고인과 피해자의 관계가 피고인 비난에 미치는 영향을 범행 고의성 판단이 매개하는지 살펴보았다. 그 결과([그림 1] 참조), 피고인이 피해자의 친부일 때보다 양부일 때 범행에 대한 고의성을 더 높게 지각하였으며($b = .450, SE = .199, p < .05$), 피고인이 범행에 더 고의적이었다고 지각할수록 피고인을 더 강하게 비난하였다($b = .333, SE = .037, p < .001$). 그러나 매개변인인 범행 고의성을 통제하자 피해자와의 관계가 피고인 비난을 유의하게 예측하지 못하였다($b = -.117, SE = .114, n.s.$). 즉, 피고인이 피해자의 친부 혹은 양부인지가 피고인 비난에 직접적으로 영향을 미치기 보다는, 피고인이 친부일 때보다 양부일 때 범행에 대한 고의성을 더 높게 판단하여 피고인을 더 강하게 비난하는 결과가 나타나 간접효과가 검증되었다.

다음으로 범행 고의성에 대한 판단이 피고인-피해자의 관계와 피고인의 반성/후회의 진정성 판단을 매개하는지 살펴보기 위한 매개효과 분석을 실시하였다(<표 2> 참조). 그 결과, 피고인이 피해자의 양부인 경우 친부일 때보다 피고인의 고의성을 더 높게 지각하였으며($b = .450, SE = .199, p < .05$), 범행 고의성을 높게 지각할수록 피고인의 반성/후회에 대한 진정성을 낮게 평가하였다($b = -.562, SE = .058, p < .001$). 피고인-피해자 관계가 피고인의 반성/후회에 대한 진정성에 대해 직접적으로 미치는 효과는 매개변인인 범행 고의성 판단이 미치는 영향을 통제하자 더 이상 유의하지 않았다($b = -.081, SE = .181, n.s.$). 즉, 피고인이 피해자의 친부 혹은 양부인지가 피고인의 반성에 대한 진정성을 판단하는 데 직접적으로 영향을 미치지 않는 반면, 피고인이 친부일 때보다 양부일 때 범행에 대한 고의성을 더 높게 판단하여 이로 인해 피고인의 반성과 후회에 대한 진정성이 더 낮다고 평가되는 범행 고의성의 매개효과가 나타났다.

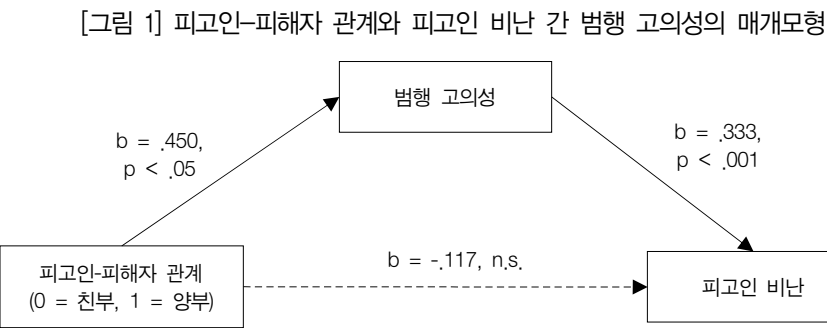
이번에는 피고인-피해자의 관계와 피고인의 개선/변화 가능성에 대한 판단 사이에서 범행 고의성에 대한 판단의 매개효과가 나타나는지 살펴보았다(<표 2> 참조). 피고인의 피해자와의 관계가 범행 고의성 판단에 미치는 영향은 정적으로 유의하였으며($b = .450, SE = .199, p < .05$), 피고인의 범행 고의성이 상당하다고 판단할수록 피고인의 개선이나 변화 가능성을 낮게 평가하였다($b = -.364, SE = .060, p < .001$). 피고인과 피해자의 관계는 범행 고의성에 대한 판단을 통제하자 피고인의 개선/변화 가능성을 예측하지 못하였기 때문에($b = -.028, SE = .186, n.s.$), 직접적인 영향이 없는 것으로 나타났다. 즉, 피고인이 피해자의 양부일 때 친부일 때에 비해 피고인이 더 고의적으로 범죄를 저질렀

다고 지각하고, 이로 인해 피고인의 개선/변화 가능성을 더 낮게 판단하는 매개효과가 유의하게 나타났다.

〈표 2〉 피고인-피해자 관계와 피고인 판단 간 범행 고의성의 매개효과

경로	Effect	Boot SE	LLCI	ULCI
총효과				
피고인-피해자 관계 → 피고인 비난	.033	.130	-.224	.290
피고인-피해자 관계 → 피고인 반성 진정성	-.333	.210	-.748	.081
피고인-피해자 관계 → 피고인 개선 가능성	-.192	.198	-.581	.197
직접효과				
피고인-피해자 관계 → 피고인 비난	-.117	.114	-.341	.108
피고인-피해자 관계 → 피고인 반성 진정성	-.081	.181	-.436	.275
피고인-피해자 관계 → 피고인 개선 가능성	-.028	.186	-.395	.339
간접효과				
피고인-피해자 관계 → 범행 고의성 → 피고인 비난	.150	.072	.023	.301
피고인-피해자 관계 → 범행 고의성 → 피고인 반성 진정성	-.253	.116	-.491	-.034
피고인-피해자 관계 → 범행 고의성 → 피고인 개선 가능성	-.164	.074	-.313	-.020

피고인-피해자 관계(0 = 친부, 1 = 양부)



3. 사회경제적 지위와 피고인 판단 사이에서 상황 영향력의 매개효과

해당 사건에서 피고인을 둘러싼 상황의 영향력에 대한 판단이 피고인의 사회경제적 지위와 피고인에 대한 판단 사이를 매개하는지 알아보기 위해 PROCESS macro의 model 4를 활용하여 분석을 실시하였다(<표 3> 참조). 이때 피고인에 대한 비난은 피고인을 둘러싼 상황의 영향력과 유의한 상관성이 나타나지 않아 매개분석에서 제외되었다.

먼저 피고인의 반성/후회의 진정성을 판단하는 데 있어 피고인의 사회경제적 지위의 영향을 피고인을 둘러싼 상황 영향력에 대한 판단이 매개하는지 살펴보았다(그림 2 참조). 피고인이 변호사일 때에 비해 무직일 때 상황의 영향을 더 많이 받았을 것이라 판단하였으며($b = .542, SE = .184, p < .01$), 피고인을 둘러싼 상황 영향력이 더 크다고 생각할수록 피고인의 반성이나 후회에 있어 진정성이 높다고 판단하였다($b = .274, SE = .072, p < .001$). 그러나 매개변인인 상황 영향력을 통제하자 사회경제적 지위는 피고인의 반성에 대한 진정성의 판단을 유의하게 예측하지 못하였다($b = .118, SE = .209, n.s.$). 즉, 피고인의 사회경제적 지위가 피고인의 반성에 대한 진정성 판단에 직접적으로 영향을 미치기보다는, 피고인이 무직일 경우 피고인을 둘러싼 상황의 영향력이 더 크다고 판단하여 피고인의 반성이나 후회에 대한 진정성을 더 높게 판단하는 상황 영향력의 매개효과가 유의하였다.

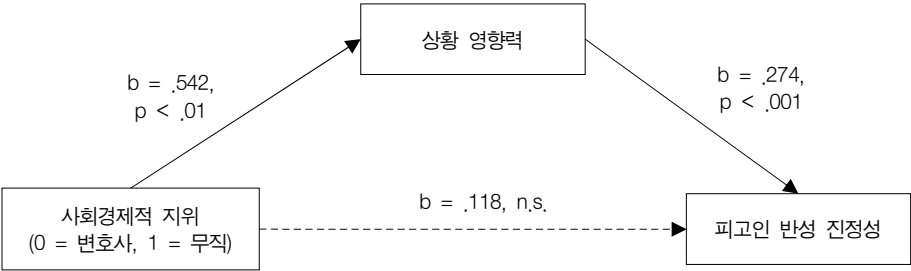
피고인의 개선/변화 가능성을 평가하는 데에 있어 피고인의 사회경제적 지위가 미치는 영향에서 피고인이 처한 상황 영향력에 대한 판단의 매개효과가 나타나는지 살펴보았다. 그 결과, 피고인이 변호사일 때에 비해 무직일 경우 피고인이 범행을 저지르는데 피고인을 둘러싼 상황이 미쳤을 영향력을 더 크게 판단하였고($b = .542, SE = .184, p < .01$), 상황 영향력을 더 크게 판단할수록 피고인이 개선되거나 변화할 가능성을 높게 평가하였다($b = .164, SE = .069, p < .05$). 이때 피고인의 사회경제적 지위가 개선 가능성을 판단하는 데 미치는 직접효과는 매개변인인 상황의 영향력에 대한 판단을 통제하자 더 이상 유의하지 않았다($b = .486, SE = .199, n.s.$). 즉, 피고인의 사회경제적 지위가 피고인 개선/변화 가능성 평가에 직접적으로 영향을 미치기보다는, 피고인이 무직일 경우 사건 발생에 피고인을 둘러싼 상황의 영향력을 더 크게 지각하고, 이를 통해 피고인의 개선/변화 가능성을 더 높게 평가하는 상황 영향력의 매개효과가 유의한 것으로 드러났다.

〈표 3〉 사회경제적 지위와 피고인 판단에서 상황 영향력의 매개효과

경로	Effect	Boot SE	LLCI	ULCI
총효과				
사회경제적 지위 → 피고인 반성 진정성	.267	.211	-.149	.682
사회경제적 지위 → 피고인 개선 가능성	.275	.197	-.113	.666
직접효과				
사회경제적 지위 → 피고인 반성 진정성	.118	.209	-.293	.530
사회경제적 지위 → 피고인 개선 가능성	.186	.199	-.205	.578
간접효과				
사회경제적 지위 → 상황 영향력 → 피고인 반성 진정성	.149	.064	.038	.288
사회경제적 지위 → 상황 영향력 → 피고인 개선 가능성	.089	.053	.007	.208

사회경제적 지위(0 = 변호사, 1 = 무직)

[그림 2] 사회경제적 지위와 피고인 반성의 진정성 간 상황 영향력의 매개모형



4. 피고인 비난에 대한 사회지배경향성의 영향에서 사회경제적 지위의 조절효과

사회지배경향성과 피고인 판단 간 관계를 피고인의 사회경제적 지위가 조절하는지 알아보고자 PROCESS macro model 1을 이용해 분석을 실시하였다. 이때 사회지배경향성이 피고인의 반성 진정성과 개선 가능성에 미치는 영향에 대한 피고인의 사회경제적 지위의 조절효과는 나타나지 않았다.

<표 4>의 회귀분석 결과를 살펴보면, 사회지배경향성이 강할수록 피고인을 비난하는 수준이 더 낮아지는 것으로 나타났다. 이러한 사회지배경향성의 효과는 사회경제적 지위

에 따라 달라지는데, 이는 통계적으로 상호작용항이 유의한 것을 바탕으로 하여 해석할 수 있는 결과이다. 즉 사회지배경향성이 피고인 비난에 미치는 영향을 피고인의 사회경제적 지위가 조절하는 것으로 나타났다.

피고인의 사회경제적 지위에 따라 피고인 비난에 미치는 사회지배경향성의 영향을 구체적으로 살펴보면 <표 5> 및 [그림 3]과 같다. 피고인이 변호사인 경우 사회지배경향성이 피고인 비난에 미치는 영향이 유의하였으나, 피고인이 무직인 경우에는 사회지배경향성이 피고인 비난에 미치는 영향이 유의하지 않았다. 다시 말해서 피고인이 무직인 경우에는 사회지배경향성에 따라 피고인 비난에 차이가 나타나지 않지만, 피고인이 변호사인 경우에는 판단자의 사회지배경향성이 강할수록 피고인을 덜 비난한다는 것을 의미한다.

<표 4> 피고인 비난에 대한 회귀분석 결과

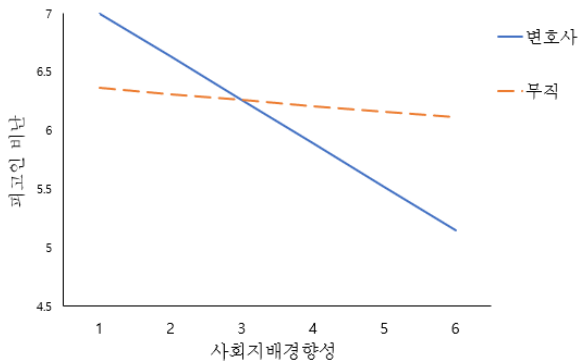
준거변인	예측변인	<i>b</i>	<i>SE</i>	<i>t</i>	<i>p</i>	95% 신뢰구간(CI)	
						<i>LLCI</i>	<i>ULCI</i>
피고인 비난	사회지배경향성(A)	-.213	.074	-2.884	.004	-.358	-.067
	사회경제적 지위(B)	-.005	.128	-.038	.970	-.257	.247
	(A) × (B)	.318	.148	2.152	.032	.027	.608

사회경제적 지위(0 = 변호사, 1 = 무직)

<표 5> 사회경제적 지위에 따른 조건부 효과

사회경제적 지위	경로 : 사회지배경향성 → 피고인 비난					
	<i>b</i>	<i>SE</i>	<i>t</i>	<i>p</i>	95% 신뢰구간(CI)	
					<i>LLCI</i>	<i>ULCI</i>
변호사	-.372	.107	-3.474	.001	-.582	-.161
무직	-.054	.102	-.531	.596	-.254	.146

[그림 3] 사회경제적 지위에 따른 단순 회귀선



V. 논의

본 연구는 아동학대로 인한 사망사건의 피고인을 판단하는 데에 있어 피고인과 피해자의 관계와 피고인의 사회경제적 지위, 판단자의 사회지배경향성이 미치는 영향을 살펴 보았다. 먼저 친부보다 양부일 때 범행 고의성을 더 높게 지각함으로써 피고인에게 더 강한 비난을 하며 피고인의 반성과 후회에 대한 진정성과 개선 가능성을 낮게 평가하는 것으로 나타났다. 이러한 결과는 언론이나 기사 댓글에서 살펴볼 수 있는 양부모에 대한 사회적 편견(김지혜 외, 2013; 배소은·곽대훈, 2021)을 실증적으로 보여준다. 특히 이러한 양부모에 대한 사회적 편견은 피고인을 판단하는 데에 있어 직접적으로 영향을 미치기보다는, 피고인의 고의성을 높게 지각하게 만들어 이를 통해 피고인에 대한 부정적 평가로 이어지기 때문에 그 영향력을 간과하기 쉽다. 따라서 본 연구는 아동학대 사건에서 양부모에 대한 편견이 피고인에 대한 판단에 부정적 영향을 미칠 위험성을 강력하게 시사한다.

피고인이 변호사일 때보다 무직일 때 피고인을 둘러싼 상황이 사건 발생에 미친 영향력을 더 크게 지각하며 이로 인해 피고인의 반성에 대한 진정성과 개선 가능성이 높게 평가되는 피고인의 사회경제적 지위의 간접 효과가 관찰되었다. 이는 실제 법원 역시 아동학대 사망사건 판결문에서 피고인의 생활고나 가정형편을 언급하며 온정적 태도를 보

이는 것과 일맥상통하는 결과이다(정익중 외, 2016). 본 연구에서 나타난 피고인의 사회경제적 지위가 상황의 영향력에 대한 판단을 거쳐 긍정적 판단으로 이어지는 결과는 이야기 모델을 통해 이해해 볼 수 있다. 즉, 판단자들이 피고인의 사회경제적 지위에 따라 구성하는 이야기가 다르며, 그 과정에서 상황의 영향력이 중요한 역할을 할 수 있음을 시사하는 것이다. 피고인이 무직일 때 판단자들은 자신이 기존에 지니고 있던 경험이나 지식을 이용해 피고인이 둘러싼 환경에 의해 더 영향을 많이 받았을 것이라는 이야기를 구성하고, 이에 맞게 피고인의 반성이나 후회에 대한 진정성과 개선 가능성을 높게 평가하는 결과를 도출하였을 것이라 해석할 수 있다. 이처럼 피고인의 사회경제적 지위에 따라 범죄사건 발생 상황과 피고인에 대한 판단이 달라진다는 본 연구 결과는, 국민참여재판 시 배심원으로 참여하는 일반인의 의사결정과정과 판단에 영향을 미치는 사회적 편견과 태도에 대해 경계해야 할 필요성을 시사하며, 이에 대한 배심원 교육의 필요성 등 형사정책적 함의를 제시한다.

더불어, 피고인의 사회경제적 지위는 판단자의 사회지배경향성이 피고인 비난에 미치는 영향을 조절하는 효과를 나타내기도 하였다. 피고인이 무직일 때에는 판단자의 사회지배경향성에 따른 피고인 비난 차이가 나타나지 않았지만, 피고인이 변호사일 때 판단자의 사회지배경향성이 높아질수록 피고인에 대한 비난이 약해졌다. 이러한 결과는 집단 간 사회적 위계를 바탕으로 사회에서 권력을 지니고 있는 집단에 소속되어있는 개인을 판단할 때 판단자의 사회지배경향성이 높아질수록 관대한 처벌을 내린다는 선행연구 결과와 일맥상통한다(Kemmelier, 2005). 즉 기존에 사회 소수집단에 대한 가혹한 판단과 함께 연구되었던 사회지배경향성이, 사회 지배층에 대한 관대한 판단에도 영향을 미칠 수 있는 가능성을 시사하는 연구 결과이다.

다만 본 연구는 사회경제적 지위를 두 가지 유형으로 나누어 구성하였기 때문에 이 결과를 사회 집단 전체에 적용하기에는 한계가 있다. 사회경제적 지위는 물질적 자원을 기초로 정의되는데, 이는 수입과 같은 경제적인 내용뿐만 아니라 교육과 같은 다른 요인들을 포함해 측정되고 인식되는 변인이다(Kraus et al., 2012). 따라서 향후 보다 다양한 방식을 통해 사회경제적 지위를 조작하여 그 역할을 살펴볼 필요가 있다. 또한 후속 연구에서는 가정폭력과 같이 아동학대 외 다른 유형의 범죄에서도 판단자의 사회지배경향성이 영향을 미치는지 살펴볼 필요가 있다. 본 연구에서는 강한 사회지배경향성이 사회

경제적 지위가 높은 피고인에게 관대한 판단으로 이어졌으나, 국외에서 뺑소니 사건이나 폭행 사건의 피고인을 판단할 때는 사회지배경향성이 강한 판단자들이 오히려 피고인에게 엄중한 판단을 내린다는 연구 결과들이 보고된 바 있으므로(Crawley & Suarez, 2016; Taillandier-Schmitt & Combalbert, 2017), 후속 연구들을 통해 본 연구 결과를 재차 검증해 볼 필요성이 제기된다.

위와 같은 제한점에도 불구하고, 본 연구는 양부모에 의한 아동학대 사건을 바라보는 사람들의 시각에 있어서의 위험성에 대해 생각해 볼 점을 시사한다. 앞서 살펴본 바와 같이 실제 아동학대 사망 사건에서 양부모에 의한 사망 사건은 매우 적지만(보건복지부, 2021), 본 연구는 피고인이 피해자의 양부라는 이유로 피고인을 더욱 비난하며 피고인의 반성에 대한 진정성이나 개선 가능성을 낮게 평가하는 결과를 보여주었다. 즉, 본 결과는 10년 넘게 국민참여재판이 시행되어 온 현 시점에서 피고인에 대한 편견 어린 시선이 피고인에 대한 비난과 개선 가능성 등의 판단에 영향을 미칠 위험성에 대해 시사하고 있으며, 특히 가정의 형태에 따른 사회적 편견이 사건 판단에 부적절하게 영향을 미치는 것을 방지하기 위한 방안의 필요성을 촉구한다. 더불어, 본 연구는 피고인의 사회경제적 지위가 판단자들이 범죄사건을 판단하기 위한 이야기를 구성하는 데에 있어 차이를 불러오는 요인이 될 수 있음을 시사한다. 이는 추후 범죄사건 판단 과정을 연구하는 데에 있어 사건의 행위자, 즉 피고인 특성이 구체적으로 어떠한 이야기를 구성하도록 만드는지 연구하기 위한 단서를 제공할 수 있다. 마지막으로, 사회경제적 지위가 높은 피고인에 대한 판단에서 사회지배경향성과 같은 개인의 태도가 영향을 미칠 수 있음을 확인함으로써, 본 연구는 형사정책 분야에서 추후 개인의 태도가 범죄사건 판단에 미치는 영향을 고려할 때 피고인의 사회경제적 배경 등의 특성을 함께 살펴볼 필요성을 드러낸다는 점에서 그 의의가 있다.

참고문헌

1. 단행본

보건복지부 (2021). 2020년 아동학대 주요통계.

2. 논문

김은영 (2013). “이야기모델을 적용한 배심원들의 판단결정과정의 검증연구”. *형사정책연구*, 24(1), pp.361-392

김은영·윤민우 (2013). “배심원들의 살인사건재판평결에 관한 경험적 실험연구-이야기 모델의 적용을 중심으로”. *성균관법학*, 25(4), pp.633-655.

김재희 (2020). “피해의 회복과 회복적 책임 - 양형인자로써 회복의 의미”. *형사법연구*, 32(1), pp.33-62.

김지혜·정익중·이희연·김경희 (2013). “아동학대 사망사건에 대한 신문기사 분석”. *한국사회복지학*, 65(2), pp.131-154.

박연주, 한창근, 조원희 (2017). “한국의 아동청소년대상 성범죄 양형분석연구”. *한국아동복지학*, (58), pp.47-76.

박혜경 (2015). “도덕판단과 처벌판단에서 사회경제적 지위의 역할에 대한 개관”, *한국심리학회지: 법정*, 6(1), pp.53-69.

배소은·곽대훈 (2021). “의미연결망 분석을 활용한 아동학대에 대한 대중의 인식 연구”, *한국범죄학*, 15(2), pp.31-62

이세원 (2017). “아동학대범죄 판결의 양형 인자에 대한 연구”. *사회복지법제연구*, 8(2), pp.125-157

정익중·최선영·정수정·박나래·김유리 (2016). “아동학대 사망사건 판결의 양형분석”. *한국사회복지학*, 68(2), pp.131-160.

조은경·박지선 (2021). “살인 사건 판단에서 피고인의 민족성과 성별에 따른 차이”, *형사정책연구*, 32(4), pp.63-90.

- 최승혁·허태균 (2012). “잘난 사람의 범죄는?: 처벌판단에서 사회경제적 지위의 역할과 그 심리기제”, *한국심리학회지: 사회 및 성격*, 26(4), pp.127-140.
- 최승혁·허태균 (2020). “그들이라면...그럴만하지: 범죄 고의성 판단에서 도덕적 특성과 범죄 전형성의 역할”. *한국심리학회지: 사회 및 성격*, 34(2), pp.55-74.
- 홍세은·이현정·허태균 (2018). “처벌판단에서 행위자의 사회경제적 지위와 의도 불확실성의 역할”, *한국심리학회지: 사회 및 성격*, 32(3), pp.101-118.
- Bieneck, S. & Krahé, B. (2011). “Blaming the victim and exonerating the perpetrator in cases of rape and robbery Is there a double standard”. *Journal of interpersonal violence*, 26(9), pp.1785-1797.
- Crawley, D. & Suarez, R. (2016). “Empathy, social dominance orientation, mortality salience, and perceptions of a criminal defendant”. *SAGE Open*, 6(1), 2158244016629185.
- Darley, J. M., & Pittman, T. S. (2003). “The psychology of compensatory and retributive justice”. *Personality and Social Psychology Review*, 7(4), pp.324-336.
- Davies, M. & Rogers, P. (2009). “Perceptions of blame and credibility toward victims of childhood sexual abuse: Differences across victim age, victim-perpetrator relationship, and respondent gender in a depicted case”. *Journal of Child Sexual Abuse*, 18(1), pp.78-92.
- Davies, M., Patel, F., & Rogers, P. (2013). “Examining the roles of victim-perpetrator relationship and emotional closeness in judgments toward a depicted child sexual abuse case”. *Journal of Interpersonal Violence*, 28(5), pp.887-909.
- Devine, D. J. & Caughlin, D. E. (2014). “Do they matter? A meta-analytic investigation of individual characteristics and guilt judgments”, *Psychology, Public Policy, and Law*, 20(2), pp.109-134.
- Espinoza, R. K. & Willis-Esqueda, C. (2015). “The influence of mitigation evidence, ethnicity, and SES on death penalty decisions by European

- American and Latino venitre persons”. *Cultural Diversity and Ethnic Minority Psychology*, 21(2), pp.288-299.
- Espinoza, R. K., Willis-Esqueda, C., Toscano, S., & Coons, J. (2015). “The impact of ethnicity, immigration status, and socioeconomic status on juror decision making,” *Journal of Ethnicity in Criminal Justice*, 13(3), pp.197-216.
- Farnum, K. S. & Stevenson, M. C. (2013). “Economically disadvantaged juvenile offenders tried in adult court are perceived as less able to understand their actions, but more guilty”, *Psychology, crime & law*, 19(8), pp.727-744.
- Heering, M. S. & Leone, L. (2019). “Power moderates the effects of social dominance orientation on punishment an experimental analysis”. *Psychological reports*, 122(1), pp.201-218.
- Hess, C. A., Gray, J. M., & Nunez, N. L. (2012). “The effect of social dominance orientation on perceptions of corporal punishment”. *Journal of interpersonal violence*, 27(13), pp.2728-2739
- Kraus, M. W., Piff, P. K., Mendoza-Denton, R., Rheinschmidt, M. L., & Keltner, D. (2012). “Social class, solipsism, and contextualism: how the rich are different from the poor”. *Psychological review*, 119(3), pp.546-572.
- Kemmelmeier, M. (2005). “The effects of race and social dominance orientation in simulated juror decision making”. *Journal of Applied Social Psychology*, 35(5), pp.1030-1045.
- Malle, B. F. & Nelson, S. E. (2003). “Judging mens rea: The tension between folk concepts and legal concepts of intentionality”. *Behavioral sciences & the law*, 21(5), pp.563-580.
- Nadelhoffer, T. (2006). “Bad acts, blameworthy agents, and intentional actions: Some problems for juror impartiality”. *Philosophical explorations*, 9(2), pp.203-219.
- Pennington, N. & Hastie, R. (1986). “Evidence evaluation in complex decision

- making”. *Journal of Personality and Social Psychology*, 51(2), pp.242-258.
- Pennington, N. & Hastie, R. (1993). “Reasoning in explanation-based decision making”. *Cognition*, 49(1-2), pp.123-163.
- Perkins, J. E. & Bourgeois, M. J. (2006). “Perceptions of police use of deadly force”. *Journal of Applied Social Psychology*, 36(1), pp.161-177.
- Pratto, F., Sidanius, J., Stallworth, L. M., & Malle, B. F. (1994). “Social dominance orientation A personality variable predicting social and political attitudes”. *Journal of Personality and Social Psychology*, 67(4), pp.741-76
- Sidanius, J., Mitchell, M., Haley, H., & Navarrete, C. D. (2006). “Support for harsh criminal sanctions and criminal justice beliefs A social dominance perspective”. *Social Justice Research*, 19(4), pp.433-449.
- Taillandier-Schmitt, A. & Combalbert, N. (2017). “Influence of acculturation strategies on the judgement and punishment of an offender of North African descent”. *Psychology, Crime & Law*, 23(9), pp.859-873.
- Uhlmann, E. L., Pizarro, D. A., & Diermeier, D. (2015). “A person-centered approach to moral judgment”. *Perspectives on Psychological Science*, 10(1), pp.72-81.
- Yamawaki, N., Ochoa-Shipp, M., Pulsipher, C., Harlos, A., & Swindler, S. (2012). “Perceptions of domestic violence: The effects of domestic violence myths, victim’s relationship with her abuser, and the decision to return to her abuser”. *Journal of Interpersonal Violence*, 27(16), pp.3195-3212.
- Zhao, K., Faulkner, N., & Perry, R. (2020). “Social dominance orientation, right wing authoritarianism, and willingness to carry out three domains of socially inclusive behaviors in a public campaign”. *Analyses of Social Issues and Public Policy*, 20(1), pp.264-286.

Judgment of Child Abuse by Offender's Socioeconomic Status and Relationship to the Victim

Yerim Lee · Jisun Park

The study explored if judgment of child abuse differed by offender's socioeconomic status and relationship to the victim. We investigated if judgment of offender blame, sincerity of regret, and possibility for improvement differed by offender's socioeconomic status and relationship to the victim. We also examined if the effect of social dominance orientation on the offender judgment was moderated by offender's socioeconomic status. Based on a sample of 240 people(112 males, 128 females) aged between 20 and 59, the study revealed that the effect of offender-victim relationship on offender judgment was mediated by the people's perceived level of offense deliberateness, and the effect of offender's socioeconomic status on offender judgment was mediated by the people's perceived level of power of situation. Additionally, for people with strong social dominance orientation, judgment of offender blame was less for an offender with high socioeconomic status. Finally, limitations and implications of the study were discussed.

❖ Key words: child abuse, socioeconomic status, offender-victim relationship, social dominance orientation, offender blame

시간의 경과가 아동진술에 미치는 영향: 미성년 성폭력 피해자 영상진술 조항 위헌결정에 대한 법심리학적 고찰

안재경* · 최이문**

국 | 문 | 요 | 약

2021년 12월 23일 헌법재판소는 아동청소년 피해자의 영상녹화 진술을 증거로 인정하는 성폭력 피해자에 대한 영상진술 특례규정이 피고인의 방어권을 침해한다며 위헌결정을 내렸다. 이 결정으로 인해 미성년자인 피해자라도 사건 발생 1년이 지난 시점에 증인으로서 법정에 출석해 반대신문에 답해야 하는 상황이 발생할 수 있다. 성인과 달리 미성년자들은 급격한 인지·정서적 발달을 겪기 때문에 시간의 간격으로 인해 진술의 구체성과 신빙성에 영향을 받을 수 있다. 본 연구에서는 헌법재판소의 결정요지를 살펴보고, 시간의 경과가 아동진술의 변화에 미치는 영향에 관한 선행연구들을 중심으로 문헌연구를 실시했다. 연구 결과 아동은 사건의 발생 순서나 시기를 구체적으로 지각하지 못하나, 사건 내용은 비교적 정확하게 기억한다. 둘째, 시간의 경과 후에도 아동이 신빙성 있는 기억을 해내기 위해서는 전문가의 도움이 필요하다. 셋째, 아동의 연령에 따라 기억의 정확성은 크게 차이가 나지 않지만, 법적인 상황이나 용어에 대한 이해도는 유의미하게 달라질 수 있다. 따라서 최초 조사시부터 아동들에게 자유회상과 개방적 질문을 사용하는 것이 필요할 것이다. 그리고 사건과 재판간 시간 간격이 길어질수록 기억의 왜곡과 망각이 생길 수 있으므로 신속한 수사와 재판이 필요한 것으로 나타났다. 본 연구의 의의, 시사점, 그리고 후속 연구 방향에 대하여 논의하였다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2022.6.30.2.127>.

❖ 주제어 : 아동진술, 아동진술의 신빙성, 반대신문권, 전문진술, 사회과학적 증거

* 주저자: 경찰대학 치안대학원 범죄학과 박사과정

** 교신저자: 최이문, 경찰대학 행정학과 교수. E-mail: yimoon@police.ac.kr

I. 서론

2021년 12월 23일 헌법재판소는 미성년 성폭력 피해자의 경우 공판준비기일이나 공판기일에 조사과정에 동석했던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인이 진술하는 경우 피해자 영상진술의 증거능력을 인정한 성폭력처벌법 제30조 6항에 대해 헌법재판관 6(위헌)대 3(합헌)으로 위헌결정했다. 같은 조항에 대해 이미 2013년 합헌결정¹⁾을 내렸던 헌재는 이를 뒤집고 이 조항 가운데 ‘19세 미만 성폭력범죄 피해자의 진술이 수록된 영상물을 조사과정에 동석했던 신뢰관계인의 인정만으로 재판에서 곧바로 증거로 쓸 수 있도록 한’ 부분이 헌법에 위반된다고 판단하였다. 헌재에 따르면, “진술증거에 대한 탄핵의 필요성이 인정됨에도 심판대상조항은 그러한 주요 진술증거의 왜곡이나 오류를 탄핵할 수 있는 반대신문권을 보장하지 않고 있으며, 이를 대체할 만한 수단도 마련하고 있지 못하다”고 지적하였다. 이 판결은 피고인의 공정한 재판을 받을 권리와 방어권 보장이라는 기본권을 통해 피고인의 반대신문권 행사를 최대한 보장하여야 한다는 것에 방점을 둔다.

이번 결정으로 인해, 미취학 피해 아동까지 법정에 출석하여 자신의 피해에 대해 진술해야 하며 피해자의 권리가 침해될 수 있다는 주장이 제기되고 있다.²⁾ 이러한 우려를 해소하기 위해, 수사 초기 증거보전절차를 적극적으로 실시하여 공판 단계에서의 증인 소환을 최소화하고, 증인지원제도를 통한 비공개 심리·비디오 중계를 통한 증인 신문 방법 등을 통해 법정에서의 2차 피해를 최소화 할 수 있는 대안입법 등이 논의되고 있다. 아쉬운 점은 제시되고 있는 대안들이 피해자의 2차 피해 방지를 주된 목적으로 하고 있으며, 이번 위헌결정의 핵심인 피고인의 방어권을 보장하면서 실체적 진실을 찾기 위한 방법은 명확하지 않다는 것이다. 특히 발달시기의 아동들이 사건 발생이후 상당시간이

-
- 1) “성범죄 피해 경험에 대한 반복적 회상과 이차 가해의 위험으로부터 피해아동을 보호해야 한다는 공익의 중요성에 비추 보았을 때, 영상녹화 제도로 인한 피고인의 반대신문권 제한이 부당하지 않고, 필요에 따라서는 피해자 소환이 가능한 만큼 피고인의 공정한 재판을 받을 권리가 형해화되었다고 볼 수 없다”(헌재 2013.12.26. 선고 2011헌바108 결정).
 - 2) 한국아동단체협의회와 회원단체 등 32개 단체는 이번 헌법재판소의 결정에 대해 규탄하는 성명서를 냈다(출처: 초록우산 어린이재단. [성명서] 미성년 성폭력 범죄피해자 진술녹화 증거능력 위헌결정을 규탄한다. <https://www.childfund.or.kr/news/noticeView.do?bId=20027620&bmlId=10000023>, 2022. 3. 28 검색).

지난 시점에 기억에 의존해 진술을 하게 되는데, 실제적 진실을 확보하기 위해 아동에게 던질 수 있는 질문이나 진술신빙성 판단기준 등과 같은 문제들은 살펴보지 못하고 있다.

이러한 문제의식을 바탕으로 본 논문은 크게 두 가지의 연구목적으로 관련된 법심리학 연구들을 검토하고자 한다. 첫 번째 목적은 미성년 성폭행 아동의 기억이 시점에 따라 왜곡되거나 변화될 수 있는지 살펴보는 것이다. 아동은 최초 사건 발생 이후로 최소 1년 이상이 흐른 후 법정에서 기억을 회상하게 된다. 이로 인해 기억의 변형이 생겨 사실관계에 대한 새로운 진술이나 왜곡된 진술이 등장해 실제적 진실 파악에 어려움을 줄 수 있다.

두 번째 목적은 피고인의 방어권 보장과 피해자 보호의 두 가지 공익적 목적의 실현을 최대한 조화시키기 위해 법원이 취할 수 있는 방법이 무엇인가를 살펴보는 것이다. 피고인의 방어권 보장을 위해서는 피해자 진술의 비밀관성을 지적할 수 밖에 없는데, 미성년 피해자의 특성을 감안할 때 어떻게 심문하는 것이 피해자의 추가적인 피해를 줄일 수 있을 것인가에 대한 기존의 연구들을 종합해 볼 필요가 있다.

이를 위해 본 연구에서는 먼저 헌법재판소의 이번 위헌결정의 내용과 그 의의를 살펴보고, 시간경과에 따른 진술이 어떻게 변화될 것인가에 대해 검토할 것이다. 다음으로, 본 위헌 판결 이후 법정에서 피고인의 방어권을 보장하고, 미성년 피해자를 보호하며, 실제적 진실을 찾기 위한 심문 방법에 대해서 실증적인 법심리학 연구들을 통해 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 미성년 피해자의 영상진술 특례규정 위헌결정(2018헌바524)의 내용과 의의

1. 판결의 내용

이번 위헌결정의 대상이 된 규정은 ‘제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있는’

성폭력처벌법 제30조 6항이다.

해당 규정이 위헌이라며 헌법소원을 낸 A씨는 지난 2010년부터 11년까지 13세 미만 아동을 수 차례 위력에 의해 강제추행한 혐의로 기소돼 1·2심에서 징역 6년을 선고받았다. 재판 과정에서 A씨는 피해자의 진술이 녹화된 영상녹화물의 증거사용에 부동의하였으나, 1·2심 재판부는 모두 피해자를 증인으로 소환하여 신문하지 않고 영상녹화물을 유죄 판결의 증거로 채택했다. A씨는 상고심 진행 중 ‘19세 미만 성범죄 피해자의 진술이 담긴 영상녹화물에 대해 피해자나 조사과정에 동석한 신뢰관계인 등이 인정하면 증거능력이 부여되는 성폭력처벌법 제30조 제6항 등은 헌법에 위배된다’고 주장했다. 법원이 상고 및 위헌법률심판제청신청을 기각하자, 2018년 12월 A씨는 헌법소원을 냈다. 성폭력 범죄에서 피해자의 진술은 사건을 입증하는 가장 중요한 증거인데, 영상물로 이 증거가 대체되었기 때문에 반대신문을 할 수 없었다는 것이 A씨 주장의 요지였다.

2021년 12월 23일, 헌법재판소는 최종적으로 A씨의 주장을 받아들였다. 그 이유는 아동·청소년 성폭력 피해자의 영상녹화 진술을 증거로 인정하는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(성폭력처벌법) 제30조 6항이 피고인의 반대신문권을 보장하지 못한다는 것이었다. 현재가 ‘헌법불합치’가 아닌 ‘단순 위헌’을 결정함에 따라 해당 법 조항은 즉시 효력을 상실하게 되었다.

주요 판결취지는 미성년 피해자의 영상진술을 조사과정에 동석한 신뢰관계인 등의 진술에 의해 성립의 진정이 인정되면 증거능력이 인정되는 예외규정 때문에 피고인의 반대신문권이 실질적으로 제한된다는 것이다. 피고인의 반대신문권 행사는 피고인이 반박할 수 있는 실질적 기회가 보장됨으로서 이루어질 수 있는데,³⁾ 기존 미성년피해자에 대한 예외규정은 원진술자에 대한 피고인의 반대신문권을 실질적으로 배제하므로 피고인의 기본권을 침해한다는 것이다. 나아가 헌법재판소는 피고인의 반대신문권을 보장하면서도 미성년피해자를 보호할 수 있는 조화적 방법을 찾을 수 있는데도 불구하고 예외규정으로 인한 방어권 제한은 피해의 최소성 요건을 갖추지 못한 입법이라고 지적하고 있다.⁴⁾

3) 강우예. (2020). 피고인에 불리한 아동 진술의 신빙성에 대한 전문가 의견진술의 증거법적 성격과 의미. *형사법연구*, 32(4), 171-205.

4) 헌법재판소 2021.12.23. 선고 2018헌바524, 공보 제303호, 86-87면.

2. 진술 신빙성 판단의 관점에서 판결의 의의

이번 판결로 인한 변화 중 특히 사건 발생과 법정에서의 증인신문시점의 시간차로 인해 발생할 수 있는 문제와 피고인의 방어권 보호라는 측면을 살펴보아야 한다. 크게 두 가지로 볼 수 있는데, 첫째는 시간의 경과에 따라 아동의 진술이 변화될 것을 고려해야 한다는 것이다. 통상적으로 성폭력 사건이 접수되면 경찰수사(신고 및 초동조치)-검찰조사(기소여부 판단 및 진술녹화 등)-법원재판(가해자 처벌 및 피해자 보호 조치 등)의 절차를 거치고 각 기관의 결론에 따라 사건이 처리된다. 검사가 신고·고발에 의해 범죄를 수사할 경우 고발을 수리한 날로부터 3개월 이내에 수사를 완료해 공소제기여부를 결정하고(「형사소송법」 제257조), 법원에서 일반적으로 기소 후 구속사건은 1달, 불구속사건은 2-3달을 기준으로 공판기일이 정해져 재판이 열린는데, 피고인이 혐의를 모두 인정하여 재판이 1심에서 종료되는 경우라 하더라도 최소 4개월 이상의 시간이 소요된다고 볼 수 있다. 결국 불구속사건이라도 경찰과 검찰 단계를 모두 합해 절차상 약 1년 이내의 수사·조사기간을 거친다고 볼 수 있다. 이전에는 해바라기센터나 경찰서에서 피해자 및 법정대리인의 동의하에 영상녹화를 실시함으로써 피해시점과 진술시점 간의 시간차가 크지 않았다. 그러나 이번 위헌결정으로 미성년 성폭력 피해자는 신고 이후 최소 1년 이상이 지나서 법원에 증인으로 참석해야 할 상황에 놓이게 됐다.⁵⁾ 성인의 경우에도 1년이라는 시간동안 기억의 변화를 경험할 수 있는데, 미성년자들의 경우 기억의 변화와 재구성과정을 거칠 수 있다. 이 경우 피고인의 방어권 보장과 실체적 진실의 발견이라는 이번 현재 판결의 목적을 피해자의 법정진술을 통해 이룰 수 있는지 살펴보아야 한다.

둘째, 시간의 경과에 따른 미성년 피해자의 특성을 이해하고 실체적 진실의 발견을 위한 방법은 무엇인지 살펴볼 필요가 있다. 일정 시간이 지난 후 피해자가 기존의 진술과 일관되지 않게 진술하거나 새로운 진술을 하는 경우 신빙성을 따져 보아야 하는데, 초기 수사나 재판과정에서의 질문이나 피고인 측의 신문과정에서 아동의 기억이나 진술에 변화가 생겨날 수 있다. 반대로 피고인이나 변호인의 경우 피해자에게 2차 가해를

5) 형사공판사건의 확정시까지의 평균처리기간(2020년 확정된 사건의 확정심급별 1심 접수일부터 최종 심급 중국일까지의 기간으로 심급별 선고일부터 상급심 접수일까지의 기간이 포함)은 제 1심의 경우 합의부 156일, 단독부 146.4일, 항소심의 경우 고등법원 395.7일, 지방법원 413.7일, 상고심의 경우 합의부 408.5일, 단독부 441.8일이다(출처: 2021 *사법연감*, 법원행정처, p.651, 표 104).

했다는 비난을 감수하면서도 피해자에 대해 증인신문을 하게 되는데, 어떤 방법에 기초하여 방어해야 할지 판단하기 어려울 수 있다. 헌법상의 권리는 피고인의 반대신문권만큼이나 중요하지만, 이는 실체적 진실을 찾기 위함이지 이를 통해서 피해자 진술의 신빙성을 무조건적으로 탄핵하는 것이 그 목적이 아니다. 따라서 법정에서 피고인의 방어권 보장과 피해자의 보호를 위해 사용할 수 있는 방법을 연구할 필요가 있다.

Ⅲ. 시간의 경과에 따른 미성년 피해자 진술 신빙성에 대한 실증 연구 검토

1. 성폭력피해 아동의 기억

성폭력 피해를 경험한 아동은 다른 신체적 학대보다도 기억의 발달에 부정적인 영향을 받는다. 일반적으로 사람들은 특정한 경험에 대한 기억을 할 때 자신의 삶의 경험을 회상하는 고유의 방식을 갖고 있다. 이를 감각 기관과 뇌의 작용을 통해서 시간을 심리적으로 지각하게 되는 시간지각(time perception)이라고 한다.⁶⁾ 성적학대는 아동의 신체 내부에 대한 침해로 매우 독특하고 극단적인 형태의 외상이기 때문에,⁷⁾ 시간을 심리적으로 지각하는 능력인 시간지각능력에 악영향을 미친다. 어린시절의 트라우마적 사건의 경험은 개인으로 하여금 이러한 지각을 주로 ‘학대 당하는 것’에 집중시킨다. 즉, 학대적 상황이 마치 주된 삶의 경험으로 반복되는 것처럼 지각되는 현상을 만든다.⁸⁾

이처럼 ‘학대당하는 시간에 갇히는 현상’으로 인해 성폭력피해아동은 몇가지 독특한

6) Di Lernia, D., Serino, S., Pezzulo, G., Pedrolì, E., Cipresso, P., & Riva, G. (2018). Feel the time. time perception as a function of interoceptive processing. *Frontiers in Human Neuroscience*, 12, 74-74. <https://doi.org/10.3389/fnhum.2018.00074>

7) Lev-Wiesel, R. (2008). Child sexual abuse: a critical review of intervention and treatment modalities. *Children and Youth Services Review*, 30, 665-673. doi: 10.1016/j.childyouth.2008.01.008

8) Otgaar, H., Howe M. L., and Muris, P. (2017). Maltreatment increases spontaneous false memories but decreases suggestion-induced false memories in children. *British Journal of Developmental Psychology*, 35, 376-391. doi: 10.1111/bjdp.12177

형태의 기억을 갖는다. 첫째, 과잉일반화된 자전적 기억(Overgeneral autobiographical memory[OGM])다. 과잉일반화 현상은 특정하고 구체적인 세부사항보다도 일반적이고 광범위한 내용을 기억하게 기억하는 것을 의미한다.⁹⁾ 이러한 현상은 외상경험에 대한 구체적이고 세부적인 사항을 떠올리게 될 때 고통스러운 감정이 발생하기 때문에, 이를 방지하고 조절하기 위한 인지전략에 의해 발생한다. 따라서 아동은 학대사건에 대한 구체적인 날짜나 장소보다 더 긴 기간(예: ‘방학 기간’)이나 상황(예: ‘여행을 갔을 때’), 사건을 떠올리는 매개체(예: ‘집’, ‘차’)를 떠올린다.¹⁰⁾ 어린나이에 트라우마적 상황을 경험한 아동은 어린시절 뿐 아니라 성인이 되어서도 자신에게 발생한 사건들에 대해서 이 같은 기억형성의 양상을 보인다.¹¹⁾

둘째, 구체적인 기억을 회상해내려는 기억이 오히려 해당 기억을 망각시키는 결과를 낳는다. 구체적인 기억을 회복하기 위해서는 해당 경험과 관련된 정보를 기억해내야 하지만, 오히려 기억하고자 했던 내용이 억제될 수가 있다. 이처럼 관련된 정보를 이끌어내는 행위 자체가 해당 정보를 망각하도록 유발하는 것을 인출유발망각(Retrieval-induced forgetting[RIF])이라고 한다. 이러한 현상은 성인보다 아동에게,¹²⁾ 일반적인 사건보다 트라우마적 사건을 경험한 개인에게서¹³⁾ 더 자주 발생한다. 문제는 인출유발망각 현상으로 인해 성폭력 형사재판에서 필요한 미성년 성폭력 피해자의 특정 세부사항에 대한 기억이 손상될 수 있다는 것이다.¹⁴⁾ 미성년 성폭력 피해자가 재판에 출석하게 되는 경우

9) Williams, J. M., Barnhofer, T., Crane, C., Herman, D., Raes, F., Watkins, E., & Dalgleish, T. (2007). Autobiographical memory specificity and emotional disorder. *Psychological bulletin*, 133(1), 122-148. <https://doi.org/10.1037/0033-2909.133.1.122>

10) 또는, 아예 기억을 떠올리지 못할 수 있다(출처: Crane, C., & Duggan, D. S. (2009). Overgeneral autobiographical memory and age of onset of childhood sexual abuse in patients with recurrent suicidal behaviour. *British Journal of Clinical Psychology*, 48(1), 93-100. doi:10.1348/014466508x370600)

11) Brennen T, Hasanovi M, Zotovic M, Blix I, Skar AMS, Prelic NK, Mehmedovic I, Pajevic I, Popovic N, Gavrilov-Jerkovic V. (2010). Trauma exposure in childhood impairs the ability to recall specific autobiographical memories in late adolescence. *Journal of Traumatic Stress*. 23, 240-247.

12) Aslan, A., & Bäuml, K.-H. T. (2010). Retrieval-induced forgetting in young children. *Psychonomic Bulletin & Review*, 17(5), 704-709. doi:10.3758/pbr.17.5.704

13) Blix, I., & Brennen, T. (2012). Retrieval-induced forgetting after trauma: A study with victims of sexual assault. *Cognition & Emotion*, 26(2), 321-331. doi:10.1080/02699931.2011.570312

14) Phenix, T. L., & Price, H. L. (2012). Applying Retrieval-Induced Forgetting to Children's

이들은 주로 사건과 관련된 세부사항에 대해 진술하도록 요청받고, 그 중에서도 성폭력 범죄가 발생한 구체적인 시기나 방법, 주변 상황에 대한 진술을 하도록 요구받는다. 그런데 인출유발망각 현상이 발생하게 되는 경우 특정한 질문이 집중되다 보면 다른 부분의 기억이 억제되어 미성년피해자가 잘 증언하지 못하게 될 가능성이 있다.

피고의 반대신문권의 일환으로서 이루어지는 특정 세부 정보에 대한 질문이 이루어질 때 미성년피해자의 인출유발망각 현상이 발생한다면, 아동증인은 관련 세부 정보를 기억하기 어려울 수 있다. 이로 인해 아동증언의 일관성은 낮아질 수 있고 결과적으로 신빙성을 의심하게 하여 피해자의 진술만으로 실제적 진실을 찾는 데 어려움을 겪을 수 있다.

2. 시간경과와 이동진술

가. 아동의 시간에 대한 인식틀

시간의 경과에 따른 아동 기억의 변화를 살펴보기 위해선 아동의 시간흐름에 대한 고유의 인식틀을 이해할 필요가 있다. 일반적으로 시간에 대한 인식은 사회적 사건에 대한 질서와 패턴을 확립하면서 발달한다.¹⁵⁾ 시간 흐름의 인식은 외부에서 발생하는 변화와 밀접하게 연관되어 있고, 이러한 인식은 연령대가 증가하면서 발달하기 때문에 성인에 비해 더 낮은 수준의 작업기억, 주의력, 실행기억을 갖고 있는 아동은 특정정보를 기억하는 능력이 성인과 다를 수 있다.

아동이 성인과 다른 시간에 대한 인식틀을 갖고 있기 때문에 보이는 특징은 크게 두 가지로 요약된다. 첫째, 아동은 기억하고자 하는 사건의 발생 순서를 구체적으로 지각하지 못한다. 시간이 ‘하루’보다 더 길 수 있다는 지식을 갖는 일반적인 평균 연령은 5세인데,¹⁶⁾ 이 이하의 연령대에서는 특정 사건이 언제 일어났는지(예: 몇 주 전, 몇 달 전,

Testimony. *Applied Cognitive Psychology*, 26(5), 796-801. doi:10.1002/acp.2861

15) Michel, F., Harb, F., & Hidalgo, M. P. L. (2012). The concept of time in the perception of children and adolescents. *Trends in Psychiatry and Psychotherapy*, 34(1), 38-41. <https://doi.org/10.1590/S2237-60892012000100008>

16) Friedman, W. J. (1978). Development of time concepts in children. In H. W. Reese & L. P. Lipsitt (Eds.), *Advances in child development and behavior*, 12, 267-298. New York: Academic Press.; Friedman, W. J. (1982). Conventional time concepts and children's structuring of time. In W. J. Friedman (Ed.), *The developmental psychology of time* (pp. 171-208). New York:

특정 계절 등)는 정확히 알 수 있어도 그 사건이 다른 사건보다 선행하는지, 선행한다면 얼마나 먼저 발생했는지에 대해 가늠하지 못한다.¹⁷⁾ 이는 어린 아동일수록 시간 단위에 대한 개념이 만들어지지 않았기 때문이다.

구체적인 시간 단위에 대한 정보가 제공되더라도 어린 아동은 해당 개념을 이해하지 못하기 때문에, 선후판단에 대해 어려움을 겪는다.¹⁸⁾ 나아가 시간 단위에 대한 개념이 발달한 5세 이상의 아동일지라도, 사건 발생 선후의 판단은 비교적 최근에 발생한 사건들에 한하여 가능하다는 것이 주요 연구결과이다. 1년 이상 전에 발생한 개별적 사건들에 대한 선후 판단을 요구받는 경우 10세의 아동조차도 이를 명확히 구분하는데 어려움을 겪는다는 것이 보고된다.¹⁹⁾ 연구에 따르면, 사건 선후 판단의 능력은 초등학교 연령대(8세~13세)에 걸쳐 점진적으로 발달하기 때문에 연령별로, 그리고 개인별로 선후판단에 대한 능력이 달라질 수 있다. 이러한 현상은 특히 다수의 성폭력학대 사건을 경험한 아동이 사건의 전후 순서를 명확히 기억해내도록 요청받을 때 아동이 기억의 어려움을 겪을 수 있다는 것을 시사하고 있다.

두 번째 특징은 아동이 사건의 발생 순서를 구체적으로 기억하지 못하더라도 회상 기억의 내용은 정확성이 높다는 것이다.²⁰⁾ 이는 아동의 기억에 대한 정확성과 회상해내고자 하는 기억의 구체적인 시간대(예: 연도, 월, 일 등)가 독립적이라는 것을 시사한다. 즉, 아동이 사건 발생 시기를 단지 대략적으로만 기억해내더라도, 또는 그 시기가 부정확하더라도 사건의 내용에 대해 상당히 정확한 정보를 생산할 수 있다는 것을 보여준다.²¹⁾ 일례로 실제 발생한 사건 이후 사건 다음날, 6주 이후, 1년 이후에 기억해내도록 요청받았을 때 아동은 정확한 발생시기를 기억해내지는 못하였으나 기억해낸 정보들의 정확성

Academic Press

- 17) Friedman, W. J. (1993). Memory for the time of past events. *Psychological bulletin*, 113(1), 44.
- 18) 시간에 대한 개념이 발달되어 과거 사건의 발생 순서를 인식하기 위해선 오직 연령이 증가함으로써 가능하다(출처: Friedman, W. J. (1991). The Development of Children's Memory for the Time of Past Events. *Child Development*, 62(1), 139-155. doi:10.1111/j.1467-8624.1991.tb01520.x)
- 19) Friedman, W. J., Reese, E., & Dai, X. (2011). Children's memory for the times of events from the past years. *Applied Cognitive Psychology*, 25(1), 156-165. doi:10.1002/acp.1656
- 20) Friedman, W. J., Reese, E., & Dai, X. (2011). Children's memory for the times of events from the past years. *Applied Cognitive Psychology*, 25(1), 156-165. doi:10.1002/acp.1656
- 21) Friedman, W. J., & Lyon, T. D. (2005). Development of temporal-reconstructive abilities. *Child Development*, 76, 1202-1216.

과 구체성은 세 조건에서 모두 높은 수준이었다.²²⁾

아동의 시간에 대한 인식들로 인해 형사재판에서 아동이 사건의 발생 시기를 정확하게 기억하지 못한다면 이를 진술 신빙성을 탄핵하는 근거로 사용될 개연성이 있다. 아동이 일관되게 사건에 대한 구체적인 정보를 진술하고 있음에도 불구하고, 구체적인 시기를 기억하지 못한다는 이유로 신빙성을 의심받을 수 있거니와, 처음 진술 후 시간이 흐른 뒤에도 확고한 진술을 하고 있다면 신빙성을 의심받을 수 있다. 이미 대법원도 이러한 문제점을 지적한 바 있다.²³⁾ 피고인 측에서도 사건 발생의 정확한 시기를 기억해내지 못해내는 아동에 대해 진위 신빙성을 공격하는 등 아동 진술의 증명력을 감쇄시키는 근거로서 사용할 가능성도 충분히 존재한다.

나. 시간의 경과에 따른 아동의 기억

법원이 우려하는 문제는 아동이 오랜 지연 후에 사건에 대해 신뢰할 수 있는 수준의 정보를 제공할 수 있는지에 달려있다. 이를 위해 시간과 아동의 기억간의 관련성을 두 가지로 나누어 살펴보고자 한다. 첫째는 아동의 장기기억 능력이다. 일반적으로 상당한 시간이 흐른 이후의 기억은 장기기억에 저장된다. 제한된 자원으로 하루 정도의 시간 내에 사라지게 되는 단기기억과 달리 장기기억은 평생 기억에 남을 수도 있는 유형의 기억으로 개인의 정체성을 이루는데 큰 역할을 수행한다.

연구의 윤리적 한계로 인해 트라우마적 사건에 대한 아동기억에 대한 실증연구는 많이 이루어지지 않았다. 대신, 트라우마적 사건과 같이 강한 정서적 효과를 유발하는 경험, 예컨대 의료처치나 수술 경험에 대한 기억을 실험적 조건으로서 사용하고 있다.²⁴⁾

22) Fivush, R., Hudson, J., & Nelson, K. (1984). Children's long term memory for a novel event. An exploratory study. *Merrill-Palmer Quarterly*, 30, 303-316.

23) 사람이 목격하거나 경험한 사실에 대한 기억은 시일이 경과함에 따라 흐려질수는 있을지언정 오히려 처음보다 명료해진다는 것은 이례에 속하는 것이므로 목격자인 증인의 각 진술이 특별한 이유없이 시간이 흐름에 따라 공소사실에 부합되도록 반복되고 있다면 그 신빙성이 의심스럽다고 보지 않을 수 없다(대법원 1984. 11. 13. 선고 84도22 판결).

24) 예컨대, 예방접종이나 수술 전 배뇨요도방광조영술 VCUG(Voiding CystoUrethroGram) 검사를 받은 경험이 있는 아동을 대상으로 한다(출처: Bruck, M., Ceci, S. J., Francoeur, E., & Barr, R. (1995). I hardly cried when I got my shot! Influencing children's memories about a visit to their pediatrician. *Child Development*, 66, 193-208.; Merritt, K. A., Ornstein, P. A., & Spicker, B. (1994). Children's memory for a salient medical procedure: Implications for

선행연구에 따르면, 어린 아동의 장기기억과 높은 관련성을 갖는 요소는 사건을 기억해 내는 당시의 연령보다도 사건 이후 얼마나 빠른 시간 내에 기억해내는지와 관련되어있다. 고통스러운 의료절차를 경험한 3세에서 13세 사이의 아동의 장기기억을 조사한 연구에서 최대 3년 전까지의 의료경험에 대해 기억해내도록 한 결과, 아동 연령대에 따른 기억의 정확성에 큰 차이가 없음이 나타났다. 유일한 차이는 오랜 기간이 흐른 이후 기억한 경우 비교적 적은 정보만을 회상했다는 것이었으며, 긴 시간의 지연으로 인한 정보의 부정확성은 없었다.²⁵⁾

다만 고통스러운 경험에 대한 장기기억에는 개인차가 존재한다. 불안, 개인의 기질, 고통의 출처, 과거 경험 등이 개인차에 기여하는 요소들이고 이에 따라 장기기억의 정확성과 구체성이 달라질 수 있다.²⁶⁾ 연구들에 따르면 과거에 고통스럽고 부정적인 경험을 한 아동은 민감성이 높아져 추후에 발생한 사건을 더 고통스럽게 기억하고,²⁷⁾ 기질 자체가 민감한 아동일수록 동일 경험에 대해 더 고통스러웠다고 과장되게 기억할 확률이 높다.²⁸⁾ 반면, 불안한 아동은 더 정확한 기억을 보고하는 것으로 알려져있다.

둘째, 아동 기억의 망각과 왜곡 현상이 있다. 오랜 시간이 흐른 후 발생한 사건을 기억해낼 때 사건 자체를 기억하지 못하거나(망각), 경험하지도 않은 사건에 대해 경험한 것으로 기억(왜곡)할 수 있기 때문이다. 먼저 높은 스트레스적 사건을 경험하고 오랜 기간이 지난 후 아동이 망각하는지에 대한 경험연구들에 따르면 아동의 기억과 시간의 경과에 대해 혼재된 결과가 보고된다. 고통스러운 개인적 경험(예: 재난으로 인한 가정의 붕

testimony. *Pediatrics*, 94, 17-23.

- 25) Quas, J., Goodman, G., Bidrose, S., Pipe, M., Graw, S., & Ablin, D.S. (1999). Emotion and memory: Children's long term remembering, forgetting, and suggestibility. *Journal of Experimental Child Psychology*, 72, 235-270. <https://doi.org/10.1006/jecp.1999.2491>
- 26) Rocha, E. M., Prkachin, K. M., Beaumont, S. L., Hardy, C. L., & Zumbo, B. D. (2003). Pain reactivity and somatization in kindergarten-age children. *Journal of Pediatric Psychology*, 28(1), 47-57. <https://doi.org/10.1093/jpepsy/28.1.47>
- 27) 이때 과거의 고통스러운 경험은 양이 아닌 질적인 측면으로 과도하게 높은 스트레스적 상황을 한 번 경험한 아동이 적은 스트레스적 상황을 여러번 경험한 아동보다 더 민감해진다(출처: Von Baeyer, C. L., Marche, T. A., Rocha, E. M., & Salmon, K. (2004). Children's memory for pain: overview and implications for practice. *The Journal of Pain*, 5(5), 241-249. doi:10.1016/j.jpain.2004.05.001)
- 28) Scheschter, N. L., Bernstein, B. A., Beck, A., Hart, L., & Scherzer, L. (1991). Individual differences in children's response to pain : Role of temperament and parental characteristics. *Pediatrics (Evanston)*, 87(2), 171-177. <https://doi.org/10.1542/peds.87.2.171>

괴와 사망 등)을 겪은 아동에게 사건 발생 6년 이후에 사건에 대한 기억을 측정한 결과, 중간수준의 스트레스를 보고한 아동보다 극심한 스트레스를 겪었다고 응답한 아동이 대체로 적은 정보만을 기억해내었다. 그러나 자유회상시에만 이 같은 차이가 있었던 것으로 나타났고 면담가의 도움이나 구체적인 질문이 수반된 경우라면 높은 수준의 스트레스를 경험한 아동 또한 구체적이고 정확한 정보를 회상할 수 있는 것으로 나타났다. 즉, 기억을 증진시키기 위한 적절한 질문이 수반된다면 오랜 시간이 지난 후에도 아동은 비교적 구체적인 기억을 해낼 수 있다는 것을 시사한다.²⁹⁾ 반면 고통스러운 경험을 겪었다면 일정 시간이후의 아동 기억은 정확하지 않고, 구체적인 정보가 결여되어있다는 연구 결과도 존재한다.³⁰⁾

마지막으로, 기억의 왜곡 현상을 측정하기 위해 경험하지 않은 사건에 대한 질문³¹⁾을 한 결과 아동들은 실제 겪은 일이 아님에도 불구하고 ‘해당 사건에 대해 말해달라’는 요청만으로도 실제 발생한 것처럼 답변하는 것으로 나타났다. 3세에서 14세의 40명의 아동 중 절반 이상이 해당 경험이 ‘있었다’고 보고했고, 이 중 13명은 경험에 대한 새로운 정보를 제공하기도 했다. 특히 경험하지 않은 사건에 대해 더 자세하고 풍부한 진술을 하는 아동일수록, 사건에 대해 ‘모른다’고 대답할 확률이 적었다. 이는 발생하지 않은 사건에 대해 스스로 답변하지 못한다는 것을 아동이 인정하지 않을수록, 거짓기억으로 진술할 확률이 높다는 것을 의미한다. 즉, 기억과 진술의 취약성이 아동의 성향에 따라 달라질 수 있음을 시사한다.

종합하면 스트레스적 경험을 한 아동의 기억력은 시간이 지날수록 감쇄하지만 기억 자체의 정확성은 연령대에 관계없이 모두 어느 정도 높은 수준을 유지한다. 그러나 최초

29) Fivush, R., Hazzard, A., Sales, J., Sarfati, D., & Brown, T. (2003). Creating coherence out of chaos? Children's narratives of emotionally negative and positive events. *Applied Cognitive Psychology*, 17, 1-19.; Fivush, R., Sales, J. M., Goldberg, A., Bahrick, L., & Parker, J. (2004). Weathering the storm: Children's long-term recall of Hurricane Andrew. *Memory*, 12, 104-118.

30) Merritt, K. A., Ornstein, P. A., & Spicker, B. (1994). Children's memory for a salient medical procedure: Implications for testimony. *Pediatrics*, 94, 17-23.

31) 상당한 통증을 유발하는 의료시술에 대한 질문을 사용하였다. 다만 이 질문은 애초에 일어나지 않은 사건들을 제시한 것이므로 시간의 경과를 고려되지 않았다(출처: Quas, J. A., Goodman, G. S., Bidrose, S., Pipe, M., Craw, S., & Ablin, D. S. (1999). Emotion and memory: Children's long-term remembering, forgetting, and suggestibility. *Journal of Experimental Child Psychology*, 72(4), 235-270. <https://doi.org/10.1006/jecp.1999.2491>)

사건의 발생과 그에 대한 기억의 회복 간 간격이 길수록, 자유회상적인 답변을 할수록, 기억은 왜곡되거나 망각될 수 있다. 더불어, 아동 개인마다의 감정상태, 기질, 경험사건의 스트레스 수준 등에 따른 개인차가 시간에 따른 아동기억에 영향을 미친다.

IV. 아동진술 신빙성 판단

성폭력범죄 미성년 피해자 진술 증거능력 위헌결정으로 인해, 피해자는 상당한 시간이 흐른 후에 법정에서 진술할 가능성이 있으며, 이로 인해 변화 가능성이 있는 아동의 기억에 대한 진술 신빙성 판단은 도전적인 일이 될 것이다. 사건에 대한 아동의 최초 진술이 공판정의 환경에서도 일관되고 정확하게 진술된다는 보장이 없고, 사실관계에 대한 새로운 진술이나 정보가 등장할 수 있기 때문이다.

1. 아동진술과 피고인의 방어권 보장

본 위헌결정은 아동의 영상 진술 녹화로는 반대신문이 불가하기 때문에, 피고인의 반대신문권을 과도하게 제한한다는 것을 요지로 한다. 그러나 미성년 피해아동의 법정 출석이 피고인의 기본권을 보호하고 피고인이 방어권을 행사하기에 유리한 것인지 살펴보아야 한다. 앞서 살펴본 바와 같이 어린 아동은 사건의 발생 순서를 판단하지 못하거나, 사건 발생의 시간대를 근사치로 추정하는 등 시간의 인식에 대한 틀이 일반 성인과는 다르다. 또한 공판정에 출석하게 되는 시점이 사건 발생 이후 상당한 시간이 흐른 후에 이루어진다면 아동의 기억은 왜곡되거나 망각될 수 있다. 아동의 진술은 상당히 복잡한 형태로 제시될 수 있기 때문에, 반대신문에 의한 검증 필요성이 높아질 수 있다. 예컨대 진술내용이 특정부분에서는 구체적이지만 일관되지 않을 수 있으며, 특정 부분에 대한 일관된 진술을 제시하더라도 정확성이 현저히 낮을 수 있고³²⁾, 여러 수사기관에 걸쳐

32) 실제로 목격자진술 연구에서도 진술의 일관성-정확성간의 평균적인 상관관계(CA relation)은 0.3 이하로 매우 약하다(출처: Penrod, S. (1980). Confidence, accuracy, and the eyewitness. Unpublished manuscript, University of Wisconsin-Madison.; Wells, G. L., & Murray, D. M. (1984). Eyewitness confidence. In G. L. Wells & E. F. Loftus (Eds.), *Eyewitness testimony*:

반복적으로 증언을 하게 됨으로써 편향적이고 암시적인 효과에 따라 잘못된 진술을 하게 될 가능성이 있다.

이처럼 아동의 진술이 다양한 형태로 제시될 수 있기 때문에, 피고인의 반대신문권 측면에서는 오히려 사건의 생생한 진술을 그대로 보전한 영상녹화물을 과학적 방법으로 분석하는 것이 실체적 진실을 밝히는 데 더 효과적일 수 있다. 실제로 이는 과거 성폭력 범죄 피해아동 영상녹화물에 대해 현재가 합헌이유의 요지로서 지적한 바이다.³³⁾ 나아가 아동의 진술이 공판정에서 새롭고 다양한 형태로 제시된다면 피고인 측 변호인으로서 자신의 알리바이를 어디에 기초하여 방어해야 할지에 대한 어려움도 존재하고, 경우에 따라서는 피고인의 불이익으로 돌아갈 가능성이 존재할 수 있다고 할 것이다.³⁴⁾

마찬가지로 형사재판절차에 대한 아동의 이해도 부족도 실체적 진실의 발견에 어려움을 줄 수 있다. 사용되는 어휘의 생소함이나 낯선 환경으로 인해 피해자가 신문에 대해 제대로 답변하지 못하거나, 절차 자체를 이해하지 못하는 경우³⁵⁾가 존재하고, 재판절차에 대한 이해도를 담보할 수도 없기 때문이다. 형사재판절차에 대한 아동의 이해도는 일반적으로 최소 10세이상 시작해 연령에 비례하여 높아지는 것으로 보고되는데,³⁶⁾ 이는 법적 용어나 절차에 한정된 것이다. 피고인-변호인의 관계, 판사의 의사결정 과정, 법정 증언의 의미 등에 대한 이해에는 해당되지 않는다.³⁷⁾ 또한 아동은 각 법률전문가들의 역할에 대한 이해능력이 부족하며, 일반적으로 법정에서 아무도 거짓말을 할 수 없다고

Psychological perspectives (pp. 155-170). New York: Cambridge University Press.; Bothwell, R. K., Deffenbacher, K. A., & Brigham, J. C. (1987). Predicting eyewitness accuracy from confidence: The optimality hypothesis. *Journal of Applied Psychology*, 72, 691-695.).

33) 당시 헌법재판소는 영상녹화물은 진술장면이 기계적으로 그대로 재현되기 때문에 다른 증거방법에 비하여 반대신문에 의한 검증의 필요성이 상대적으로 적다고 판시하였다(헌재 2013. 12. 26. 2011헌바108, 공보 제207호, 86 [전원재판부]).

34) 권순민. (2012). 형사절차에서 아동의 증언능력과 신빙성 판단에 대한 연구. *형사정책연구*, 23(4), 123-151.

35) 한 사람의 질문에 대해 다른 사람을 보면서 답변해야 한다(예컨대 변호인으로부 터의 질문에 대해 법관을 향하여 답변하여야 한다). 그리고 그들은 질문에 대해 필요한 답변만을 하도록 요구받는다 [형사정책연구원. (2000). *아동증언에 관한 연구*, 연구총서 00-20 p.27.]

36) Flin, R. H., Stevenson, Y., & Davies, G. M. (1989). Children's knowledge of court proceedings. *The British Journal of Psychology*, 80(3), 285-297. <https://doi.org/10.1111/j.2044-8295.1989.tb02321.x>

37) Peterson-Badali, M., Abramovitch, R., & Duda, J. (1997). Young children's legal knowledge and reasoning ability. *Canadian Journal of Criminology*, 39(2), 145-170.

믿는 경향이 있기 때문에, 공판정의 변호사, 판사, 검사와 같은 법률전문가와 피고인이 자신의 증언을 믿을 것이라고 기대하는 오류를 보이기도 한다.³⁸⁾ 이처럼 아동이 실제 공판정에서 출석하여 반대신문권이 행사되더라도 미성년 피해자의 진술 신빙성이 보장된다고 볼 수 없다. 아동을 대상으로 한 경험이 별로 없는 법률가들이 아동이 이해할 수 있도록 질문을 하는 것 또한 매우 어려운 일일 것이다.

2. 증거능력 위헌결정 이후의 대응방안

미성년 성폭력범죄 피해자 진술에 대한 증거능력 위헌결정 이후 법원은 공판정에 출석한 아동진술에 대해 종합적인 판단을 해야하는 상황에 놓이게 되었다. 공판정에 출석한 아동증언의 특성을 고려하여 진술 논리성이나 반대신문 과정에서의 일관성 등에 대한 판단을 해야한다. 뿐만 아니라, 신문 과정에서 발생할 수 있는 아동 피해자의 인격권 침해를 즉시 판단하고 이를 최소화할 수 있도록 노력해야한다. 이하에서는 법원 입장에서 공판정에 출석한 아동에 대해 숙지해야할 태도, 재판과정 시 이루어져야 할 구체적 유형의 질문에 대해 서술하겠다.

가. 아동피해자에 대한 이해

1) 기억력

먼저 범죄피해로 인해 정신적, 신체적 고통을 경험한 아동피해자라 하더라도 일반적 인 아동과 마찬가지로 과거에 자신에게 일어난 사건에 대한 정확한 장기기억을 가지고 있다.³⁹⁾ Jones 등(1986)이 보고한 만 3세의 아동의 범죄피해 사례에 따르면 납치, 폭행, 유기가 발생한 지 5일이 경과한 이후 아동이 증언한 내용이 추후 납치범이 자백한 내용

38) Department of Justice Canada. (2002). *The Interaction Between Children's Developmental Capabilities and the Courtroom Environment: The Impact on Testimonial Competency*. (출처: https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/ccs-ajc/rr02_6/rr02_6.pdf, 2022. 03. 04 검색).

39) Goodman, G. S., Rudy, L., Bottoms, B. L., & Aman, C. (1990). Children's concerns and memory: Ecological issues in the study of children's eyewitness testimony. In R. Fivush & J. Hudson (Eds.), *Knowing and remembering in young children*. (pp 249-289). New York: University Press.

과 매우 유사한 것으로 나타났다.⁴⁰⁾ Peterson과 Bell(1996)은 또한 외상성 부상에 대한 아동의 기억이 신뢰할 수 있는 수준이며, 3살 아이들도 부상과 병원 방문에 대해 매우 정확한 정보를 제공할 수 있다고 주장했다.

다만 정확한 장기기억이 회상되기 위해선 기억회상을 위한 적절한 환경, 예컨대 증인 신문 과정에서의 고통과 부담을 경감시키는 환경이 조성되어야 하고, 이에 따라 기억력에 차이가 존재할 수 있다. 특히 구체적인 질문이나 세부사항에 대한 질문보다는 자유롭게 회상할 수 있는 환경에서 아동은 잘 기억해낼 수 있다.⁴¹⁾ 그러나 아동에게 지식이 없는 정보에 대해선 주변의 도움이 필요하다. 아동은 구체적인 수치단위(예: 시간, 거리, 연령, 키), 가해자와의 관계(예: 사촌 지간, 낯선 사람), 신체부위 명칭 등의 정보들에 대한 지식이 없기 때문에,⁴²⁾ 이를 목격했거나 경험한 것을 설명하고 해석할 수 있도록 별도의 도움이 필요하다.

살펴본 바와 같이 연령대에 따라 기억해낸 정보의 양은 다를 수 있지만, 정확성에는 큰 차이가 없음을 알 수 있었다. 이는 연령대가 높은 아동인 경우 오랜 시간이 흐른 후에도 비교적 더 많은 정보를 기억해낼 수 있는 반면 어린 아동은 어떤 정보를 바탕으로 기억을 해내야 하는지에 대한 지식이 발달되지 않기 때문이다.⁴³⁾ 이야기의 중심이 되는 세부 사항들은 3세 이상인 아동이면 대부분 기억해낼 수 있고, 기억한 내용은 대체로 정확하다.⁴⁴⁾

심리적으로 불안하거나 긴장된 경우 단편적인 기억만을 회상하도록 할 수 있으나 동

40) Jones, D. P. H., Psych., M. R. C., & Krugman, R. D. (1986). Can a three-year-old child bear witness to her sexual assault and attempted murder? *Child Abuse & Neglect*, 10(2), 253-258. doi:10.1016/0145-2134(86)90086-4

41) Peterson, C., & Bell, M. (1996). Children's memory for traumatic injury. *Child Development*, 67, 3045-3070.

42) Saywitz, K. (1995). Improving children's testimony. The question, the answer and the environment. In M. Zaragoza, G. Graham, G.N. Hall, R. Hirschman, & Y. Ben-Porath (Eds.), *Memory and testimony in the child witness* (pp. 113-140). Thousand Oaks, CA: Stage.

43) Ornstein, P.A. (1995) Children's long term retention of salient personal experiences. *Journal of Traumatic Stress*, 8, 581-604.; Ornstein, P. A., Gordon, B. N., & Larus, D. M. (1992). Children's memory for a personally experienced event. Implications for testimony. *Applied Cognitive Psychology*, 6, 49-60.

44) Department of Justice Canada. (2002). *The Interaction Between Children's Developmental Capabilities and the Courtroom Environment: The Impact on Testimonial Competency*. (출처: https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/ccs-ajc/rr02_6/rr02_6.pdf, 2022. 03. 18 검색).

시에 기억에 과장되게 남아있는 사건의 중심적 세부 사항에 대한 정보가 촉진되기도 한다. 이는 성인과 마찬가지로 개인적으로 경험한 일이 아동에게 가장 두드러지게 기억되기 때문인데, 이 같은 기억의 기능에는 성별 차이가 없다. 다만 앞서 살펴본 바와 같이 아동 기억의 내용은 대체로 정확하지만 기억해낸 경험의 구체적인 시간대가 부정확하거나 실제 사실과 상이할 수 있고, 아동 개인마다의 성향에 따라 기억회상능력이 달라질 수 있다. 따라서, 아동 진술 내용 중 사건에 대한 세부적 내용을 판단할 때에 이를 구분하여 접근할 필요가 있다.

2) 암시성

아동 기억 정확성과 별개로 이들은 암시성에 취약하기 때문에, 정확한 기억을 증언하지 못하기도 한다. 아동은 성인들이 항상 ‘옳다’고 생각하는 경향이 있기 때문에 아동은 주변 사람들의 사회적 행동을 해석하기 위해 주변 성인의 행동을 참조한다.⁴⁵⁾ 공판정 환경에서 진술 신빙성에 대해 집요하게 이의를 제기하고 범죄혐의를 부인하게 하는 시도에 의해 압력을 받을 수 있다. 마찬가지로 단순히 아동의 증언을 이끌어내기 위한 시도에서도 질문의 어조, 방향성, 그리고 태도에 따라 아동 답변은 달라질 수 있다.

진술 정확성을 담보하면서 암시성을 최소화하기 위한 방법은 자유회상적이면서 육하원칙적 질문(누가, 무엇을, 어디서, 언제, 왜, 어떻게)을 사용하는 것이다. ‘왜’, ‘무엇을’, ‘언제’, 및 ‘어떻게’로 질문을 시작하고 자유회상을 하도록 하는 것이다. 실제로 3-4세와 5-7세 아동을 대상으로 실험한 결과 자유회상적 답변과 함께 면접관이 육하원칙적 질문을 사용하고 ‘더 말해달라’는 질문을 하였을 때 두 연령대 모두 3배이상의 세부정보를 제공했고, 답변의 정확도 또한 높았다.⁴⁶⁾

아동은 성인보다 질문 내용 자체에 의해 암시되기 쉬울 뿐 아니라 암시에 대한 영향력을 크게 받는다. 이에는 질문의 내용 뿐 아니라 질문의 스타일(예: 개방적, 반복적, 탐색

45) Ceci, S. J., Toglia, M. P., & Ross, D. F. (1988). On remembering.... more or less: A trace strength interpretation of developmental differences in suggestibility. *Journal of Experimental Psychology: General*, 117, 201-203.

46) Poole, D. A., & Lindsay, D. S. (1995). Interviewing preschoolers: Effects of non-suggestive techniques, parental coaching, and leading questions on reports of non-experienced events. *Journal of Experimental Child Psychology*, 60, 129-154.

적, 강제적, 선택적: 예-아니오, 등)과 어조(예: 위협적, 판단적, 지지적), 그리고 질문자의 외형이나 태도 또한 영향을 미치기 때문에, 암시 가능성을 최소화할 수 있도록 하는 방법이 고려되어야 한다. 종합하면, 개방적, 자유회상적, 육하원칙적, 지지적인 어조 등이 사용되어야 한다. 적절한 질문이 이루어져야만 아동이 자신의 삶에서 일어난 사건에 대해 정확한 설명을 할 수 있고, 이를 통해 진실발견에 기여할 수 있게 된다.

3) 법적상황에 대한 이해

앞서 살펴본 바와 같이 아동은 법정에서 아무도 거짓말을 할 수 없다고 믿는 경향이 높기 때문에,⁴⁷⁾ 공판정의 변호사, 판사, 검사와 같은 법률전문가와 피고인이 자신의 증언을 믿을 것이라고 기대한다. 마찬가지로, 피해아동의 가족(e.g 학대자의 부모)이 피고인인 경우에도 아동은 법정에서 피고인이 진실을 말할 것이라고 믿는다.

아동과 가까운 사이의 인물이 범한 행위에 대한 아동의 진술 연구에 따르면 가까운 친척의 범법 행위에 대해 6세에서 10세 사이의 21명 남아 아이 중 약 절반이 친척의 절도를 숨기기 위해 거짓말을 했고,⁴⁸⁾ 이보다 어린 3세-6세의 연령대의 총 48명의 아동을 대상으로 한 연구에서는 부모의 위반 행위에 대한 정보를 숨기라는 요청을 받을수록, 나이가 많을수록, 해당 정보를 숨기는 경향이 존재하였다.⁴⁹⁾ 즉, 아동과 가까운 관계에 있는 인물에 대해 아동은 정확한 진술을 하지 못할 가능성이 높다.

아동이 친척 이상의 관계인 가해자와 물리적으로 동일한 공간에 존재하게 되는 경우 이들의 진술 변화에도 주목할 필요가 있다. 위반행위를 한 인물과 동일한 공간에 있을 경우 어린 아동은 진실을 말하길 꺼려한다. 그러나 연령대가 높은 아동은 가해자의 존재 유무와 관계없이 진실을 말하는 경향을 보였고,⁵⁰⁾ 마찬가지로 3세-11세를 대상으로 한

47) Department of Justice Canada. (2002). *The Interaction Between Children's Developmental Capabilities and the Courtroom Environment: The Impact on Testimonial Competency*. (출처: https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/ccs-ajc/rr02_6/rr02_6.pdf, 2022. 03. 04 검색).

48) Tye, M. C., Amato, S. L., Honts, C. R., Devitt, M. K., & Peters, D. (1999). The willingness of children to lie and the assessment of credibility in an ecologically relevant laboratory setting. *Applied Developmental Science*, 3(2), 92-109. https://doi.org/10.1207/s1532480xads0302_4

49) Bottoms, B. L., Goodman, G. S., Schwartz-Kenney, B. M., Thomas, S. N. (2002). Understanding children's use of secrecy in the context of eyewitness reports. *Law and human behavior*, 26(3), 285-313. doi: 10.1023/a:1015324304975. PMID: 12061620.

실험연구에서도 연령대가 높은 아동은 어린 아동에 비해 가해자의 물리적 존재유무와 관계없이 진실을 말하는 경향이 있다.⁵¹⁾ 다만, 몇 가지 실험적 조건에 따라 진술 경향이 달라질 수 있다. 아동에게 증언능력조사(competence examination)⁵²⁾를 실시할수록, ‘진실을 말할 것에 대한 약속’을 할수록, ‘거짓을 말하는 것에 대한 비난’을 하지 않겠다고 지시할수록 아동은 친척이상 관계의 가해자 위반 행위에 대해 진실을 말할 경향이 높았다.

종합하면, 아동의 연령대가 높고, 판사로부터 증언능력에 관한 검증절차를 겪고, 진실을 말할 것에 대한 요구를 받고, 이에 대해 비난받지 않을 것이라는 약속을 받는 경우 아동은 자신과 가까운 관계의 가해자가 저지른 위법행위에 대해서도 가해자의 존재와 관계없이 진실을 말할 경향이 높아진다.

나. 아동피해자의 특성을 고려한 실체적 진실을 찾기 위한 신문기법

마지막으로, 선행연구를 토대로 공판정에 출석하는 아동증인신문에서 이루어져야 할 질문의 구체적인 유형들을 살펴보고자 한다. 법원은 여러 증인지원 절차를 마련해 법원의 소송지휘권에 대한 가이드라인(예: 증인지원관 제도, 비공개심리, 증언 중 피고인 접촉차단, 피해자 신뢰관계인 동석 등)을 마련해 실시해오고 있으나, 앞선 연구결과에서 나타난 바와 같이 성폭력피해 미성년자의 특성과 성향을 고려한 질문들의 유형은 고려되고 있지 않기 때문이다. 아동이 이해할 수 있는 내용의 질문을 하고 아동이 말하는 내용을 법원이 이해할 수 있어야 한다. 재판과정에서 법원이 미성년피해자에 대해 숙지해야

50) Bussey K., & Grimbeek E J. (1995). Disclosure processes: issues for child sexual abuse victims. In: Rotenberg K, J., editor. *Disclosure processes in children and adolescents*. (pp. 166-203). Cambridge University Press; Cambridge.

51) Talwar, V., Lee, K., Bala, N., & Lindsay, R. C. (2004). Children's lie-telling to conceal a parent's transgression: legal implications. *Law and human behavior*, 28(4), 411-435. <https://doi.org/10.1023/b:lahu.0000039333.51399.f6>

52) 증언능력조사(competence examination)란 진실과 거짓말에 대한 아동의 개념적 지식과 법정에서 진실을 말하는 것의 중요성에 대한 아동의 이해를 평가하는 능력 시험이다. 아이가 증언할 자격이 있는 것으로 판명되면 이후 아이는 진실을 말할 것을 약속하는 절차를 거치고 진술을 하게된다[출처: Evans, A. D., & Lyon, T. D. (2012). Assessing children's competency to take the oath in court: The influence of question type on children's accuracy. *Law and Human Behavior*, 36(3), 195-205. doi: 10.1037/h0093957. PMID: 22667809; PMCID: PMC3353005.].

할 태도에 근거한 질문의 사용과 표현은 다음과 같다.⁵³⁾

1) 아동시간개념에 대한 고려

사건의 발생시기와 이에 대한 진술시점에 따라 아동이 기억해낼 수 있는 정보들이 달라질 수 있기 때문에 사건의 발생시기를 가늠할 수 있도록 하는 개인적 기억의 지표(예: 생일과 같은 기념일이나 가족여행 등)를 기점으로 질문하는 것이 필요하다. 연구에 따르면 아동은 개인적으로 친숙한 사건을 기준으로 하여 시간을 인식할 수 있다.⁵⁴⁾ 따라서, 개인적 경험을 기준점(reference point)으로 한 질문이 보다 정확한 답변을 이끌어 낼 수 있을 것이다.

주의할 것은 평균 10살 이전의 아동은 개인적 경험과 피해경험의 발생 순서를 선행적으로 이해하여 진술하는 경향이 있다는 것이다. 예컨대, 4월이 생일이고 사건이 3월에 발생했다면 아동은 생일을 기점으로 1달 ‘전’이라고 생각하지 못하고 11달 ‘후’에 발생한 것으로 표현한다.⁵⁵⁾ 그러므로 아동이 기준으로 삼는 기억의 시기(즉, 사건 발생이 10번째 생일부터 얼마 전인지, 11번째 생일부터 얼마 전인지와 같이 사용)를 명확히 할 필요가 있다.⁵⁶⁾ 중요한 것은 아동 기억에서 사건 발생시기에 대한 오류가 존재한다고 해서 사건 발생의 여부가 부인되거나, 사건의 구체적 내용까지 오류가 있는 것을 의미하

53) 이하의 내용은 미국 애리조나 주 판사 Samuel A.가 미국변호사협회(American Bar Association)에 기고한 “법정에서 판사가 아동과 효과적으로 의사소통할 수 있는 방안”과 더불어 관련문헌들을 토대로 재구성한 것이다(출처: https://www.americanbar.org/content/aba-cms-dotorg/en/groups/judicial/publications/judges_journal/2019/winter/ten-tips-how-judges-can-more-effectively-communicate-children-court/, 2022. 03. 19 검색).

54) Droit, S. (1995). Learning by doing in 3- and 4 1/2-year-old children: Adapting to time. *Cahiers de Psychologie Cognitive*, 14, 283-299.; Droit-Volet, S., Clement, A., & Wearden, J. (2001). Temporal generalizations in 3- to 8-year-old children. *Journal of Experimental Child Psychology*, 80, 271-288.

55) Benchmark. Questioning children. (출처: <https://www.benchmark.org.nz/guidelines/questioning-children/#FN12>, 2022. 03. 18 검색)

56) 연구에 따르면 초등학교 고학년 아동이라하더라도 가장 최근에 발생한 것이 아닌 경험, 특히 사건 이후 1년 이상이 지나면 사건이 언제 일어났는지(예: 요일, 월, 연도 등)에 대한 기억은 현저히 떨어지고, 12세 이후가 되어서야 성인과 비슷한 수준의 시간추정 능력이 지속적으로 발달한다는 것이 보고된다(출처: Jack, F., Friedman, W., Reese, E., & Zajac, R. (2016). Age-related differences in memory for time, temporal reconstruction, and the availability and use of temporal landmarks. *Cognitive Development*, 37, 53-66. <https://doi.org/10.1016/j.cogdev.2015.12.003>).

는 것은 아니라는 것을 숙지할 필요가 있다.

10세 미만의 아동에게 시간적 판단을 요구하는 경우라면 사건들의 순서를 재구성하고 상대적 시기(즉, 얼마나 더 일찍 일어났는지, 나중에 발생하였는지 등)를 판단하는 능력이 최소 4세부터 10세까지 꾸준히 증가한다는 것을 인지할 필요가 있다.⁵⁷⁾

사건의 순서와 연속적인 사건들의 구성요소에 대한 아동기억연구들에 따르면 이러한 정신적 시간의 표상 능력은 7세 미만의 아동이라면 대체적으로 발달하지 않고, 특히 순서 가역성에 어려움을 겪는다.⁵⁸⁾ 7세 이전 어린이라도 시간 간격의 상대적인 차이를 이해할 수 있다는 연구들이 존재하지만, 구체적인 간격의 차이를 이해하지 못하고 진술에 오류가 발생할 수 있다는 사실도 보고된다. 예컨대, ‘1분이 1시간에 비해 얼마나 짧은지’ 이해하지 못하는 경우가 있다.⁵⁹⁾ 따라서 아동이 사건에 대해 자세하고 명료한 진술을 할 수 있다하더라도 이들의 시간 간격에 대한 진술은 정확하지 않을 수 있음을 이해해야 한다. 연구들을 종합하면, 최소 9세 이상이 되어야 시간 간격(예: 초, 분, 시간)의 개념을 바탕으로 진술이 가능하다.

반복적인 사건이 발생한 경우 가장 처음의 경험과 마지막 경험(즉, 최근에 발생한 경험)에 대한 질문이 보다 정확한 답변을 이끌어낼 수 있다. 반복적 사건을 경험한 아동은 초반의 사건과 가장 최근에 발생한 마지막의 경험에 대한 기억의 정확성이 그 사이에 발생한 개별적 경험들에 대한 기억의 정확성 보다 더 높은 것으로 알려져있기 때문이다.⁶⁰⁾

57) Friedman, W. J. (1977). The development of children's understanding of cyclic aspects of time. *Child Development*, 48, 1593-1599.; Friedman, W. J. (1990). Children's representations of the pattern of daily activities. *Child Development*, 61, 1399-1412.; Thompson, L. A., Gomez, R. L., & Schvaneveldt, R. W. (2000). The salience of temporal cues in the developing structure of an event knowledge. *American Journal of Psychology*, 113, 591-619.

58) Carni, E., & French, L. A. (1984). The acquisition of before and after reconsidered: What develops? *Journal of Experimental Child Psychology*, 37, 394-403.

59) Friedman, W. J., & Laycock, F. (1989). Children's analog and digital clock knowledge. *Child Development*, 60(2), 357-371. <https://doi.org/10.2307/1130982>

60) Roberts, K. P., Brubacher, S. P., Drohan-Jennings, D., Glisic, U., Powell, M. B., & Friedman, W. J. (2015). Developmental differences in the ability to provide temporal information about repeated events. *Applied Cognitive Psychology*, 29(3), 407-417. <https://doi.org/10.1002/acp.3118>

2) 언어의 사용

공판정에 출석한 아동에게 사용되어야 할 언어는 기본적으로 간단한 단어와 구문을 사용하는 일일 것이다. 일상생활에서 대부분의 성인은 아동과 이야기할 때 이들이 질문이나 사용표현을 이해할 수 있도록 언어를 수정하지만, 실제로 법정에서는 그러하지 않은 경우가 많다.⁶¹⁾ 아동은 자신이 질문을 이해하지 못했음을 깨닫지 못하거나 이해하지 못한다는 것을 인정하지 않을 수 있다. 따라서 이해하지 못한 질문이나 용어에 대해 설명을 요청하지 않은 상태로 답변할 수 있기 때문에, 간단한 언어와 구문을 사용하는 일이 필요하다.

문장의 단순성은 사용하는 문장의 길이가 아닌 듣는 사람이 문장을 빠르게 처리할 수 있는데 달렸다.⁶²⁾ 간단한 문장을 사용하는 핵심은 각 문장마다 하나의 주어와 하나의 동사를 사용하고 적절한 위치에 주어와 동사를 배치하는 것이다. 예를 들어, “당시 아버지는 어디에 있었나요?”가 이 일이 일어난 후 아버지가 어디 있는지 알았나요?”보다 아동이 더 잘 이해할 수 있는 문장이다.⁶³⁾ 이는 첫 번째 문장에서 아동이 답해야 하는 내용(‘어디에’)를 더욱 명시적으로 드러내고 있기 때문이다.

명확성과 이해도를 높이기 위해 직설적 표현을 사용하고 이중부정의 문장을 지양해야 한다. 예컨대, “그가 당신을 때렸을 때 기분이 어땠나요?”는 이해하기 쉬운 뚜렷한 문장의 형태를 지니지만, “당신이 그에게 맞았을 때 다치지 않았나요?”는 부정의 형태이기 때문에 진술의 정확성이 떨어질 수 있다.⁶⁴⁾

61) 대부분의 사람들은 복잡한 문장을 만드는 요인이 ‘길이’라고 생각할 것이지만, 실제로는 처리시간을 늘리는 모든 요소들이 복잡한 문장에 기여하는 요소이다[출처: Anne, G. Walker. (2013). *Handbook on Questioning Children: A Linguistic Perspective* (3d ed) (pp. 11-12)].

62) Anne, G. Walker. (2013). *Handbook on Questioning Children: A Linguistic Perspective* (3d ed) (pp. 11-12).

63) 영어과 한국어간 기본 어순이 다르기 때문에 직접적인 비교는 어렵지만 문장의 핵심 기본단위인 주어와 동사로 이루어진다는 점은 공통된다. 따라서 한 문장 당 주어와 동사를 하나씩 사용하고, 아동이 대답해야 하는 주요 질문을 서두에 배치하며, 가능한 문장의 길이를 짧게 사용하는 것은 국내 아동을 대상으로 하는 질문에도 적용될 수 있는 방안일 것이다.

64) 연구에 따르면 단일 부정 또는 이중 부정을 사용하는 질문에 대답할 때는 아동의 대답이 50%만 정확하지만 질문에 긍정적인 언어가 사용된 경우에는 70~100% 정확한 것으로 나타났다[출처: Perry, N. W., McAuliff, B. D., Tam, P., Claycomb, L., Dostal, C., & Flanagan, C. (1995). When lawyers question children. *Law and Human Behavior* 19, 609-629. <https://doi.org/10.1007/BF01499377>].

마지막으로 아동이 질문을 이해하지 못했음에도 불구하고 이를 표현하지 못한 상태로 진술할 수 있기 때문에 특히 약어와 법률 용어를 주의해서 사용해야한다. 법적환경에서 일상적으로 사용하는 언어는 아동의 연령대에 따라 이해되지 못할 수 있으므로, 달리 표현하거나 연령대에 맞추어 사용해야한다. 예를 들어, 10-14세 아동은 ‘증거’, ‘기소’와 같은 단어들을 제외하고 법률전문가나 피고인을 지칭하는 용어 대부분을 이해하는 반면 9세 이하 아동은 ‘변호사’, ‘피고’, ‘검사’의 용어를 이해하지 못한다.⁶⁵⁾ 대신 이들을 지칭할 수 있는 실명을 사용하여 이해를 높일 수 있다(예컨대, ‘면접관’이 아닌 OOO(실제 이름) ‘면접관’ 등). 마찬가지로 신체접촉여부 판단 시 쟁점이 되는 아동이 입고 있던 옷의 위치에 대한 질문은 전치사적 표현(예: ‘위’, ‘안’, ‘아래’ 등)보다 육하원칙적(예: ‘무엇을’, ‘어디서’)이고 개방형적인 질문(예: ‘어디에 있었는지 더 말해달라’ 등)이 답변의 정확성을 높인다. 왜냐하면 6세 이하 아동은 물체의 위치와 같은 추상적인 개념을 이해하지 못할 가능성이 높기 때문이다. 마찬가지로 옷의 세부 부분에 대한 개념(예: 소매, 카라)이나 신체 부위(예: 허리, 엉덩이 등)에 대한 개념이 정립되지 않은 아동은 질문을 이해하지 못할 수 있다.

V. 논의 및 결론

이번 성폭력범죄 미성년 피해자의 영상진술 특례규정 위헌결정은 피고인의 헌법상 기본권을 위한다는데에 방점이 있다. 피고인의 반대신문은 행사는 공정한 재판을 받을 권리를 보장함과 동시에, ‘실체적 진실을 발견하는 유력한 수단’⁶⁶⁾인 진실 발견의 수단이 자 절차로서 기능하기 때문이다. 다만 미성년 성폭력 전문증거의 증거능력이 배척됨으로써 피고인의 정당한 반대신문권 행사가 진실로 이루어질 수 있는지에 대한 의문이 있다. 미성년 성폭행 피해자가 공판정이라는 특수한 환경에서 격렬한 탄핵의 과정을 거치는

65) Schuman, J. P., Bala, N., & Lee, K. (1999). Developmentally appropriate questions for child witnesses. *Queen's Law Journal*, 25(1), 251-302.

66) ‘피고인의 반대신문은 법관이 피해자의 진술태도를 눈으로 보는 가운데 주신문 속에 숨어 있거나 은폐된 정황과 동기를 이끌어낼 수 있고, 실체적 진실을 발견하는 유력한 수단’ 이다(헌재 2021.12.23. 선고 2018헌바524 소수의견 중).

것은 범죄행위만큼이나 피해자에게 강한 정신적 충격을 주는 것이라는 점을 차치하고서라도, 상당히 오랜 기간이 지난 후 기억을 피해를 복기하게 되어 기존진술과 반대되거나, 사실관계에 대한 새로운 증언을 할 가능성이 있기 때문이다. 이러한 점에서, 미성년 성폭력 피해자의 법정출석 시 ‘아동진술’의 취약성 뿐 아니라 시간에 따른 ‘아동기억’의 취약성이 고려되지 않았다는 것은 아쉬움이 남는다.

본 연구는 이러한 문제의식에 기반하여 시간의 변화에 따른 아동진술의 변화 현상을 살펴보고, 이를 통해 재판과정 시 이루어져야 할 질문의 구체적 유형은 무엇인지에 대해 검토하였다. 연구결과를 요약하면 첫째, 아동은 성인과 달리 기억하고자 하는 사건의 발생 순서나 시기를 구체적으로 지각하지 못하고 사건들의 선후발생시기를 정확히 회상하지 못할 수 있다. 대신, 기억해낸 사건 내용의 정확성은 비교적 높다. 둘째, 사건이 발생한 후 오랜 시간 후에도 정확한 내용을 회상해내기 위해선 기억을 증진시키기 위한 면담가 등 진술조력인의 도움이 필요하다. 셋째, 연령대에 따라 회상해낸 기억의 정확성은 큰 차이가 없지만 연령대에 따른 법적인 상황이나 용어에 대한 이해도는 달라진다. 따라서, 개방적이고 자유회상적이며, 육하원칙적 질문의 사용이 정확성을 높일 수 있다. 무엇보다 최초사건의 발생과 그에 대한 기억의 회복 간 간격이 길수록 기억은 왜곡되거나 망각될 수 있다. 이 경우 기억이 왜곡되거나, 어떠한 시도로도 기억이 회복되지 않는 사태가 발생할 수 있다. 따라서, 최대한 빠른 시간 내에 기억 회복 과정이 이루어질 수 있도록 신속한 수사와 재판과정이 필요하다고 할 것이다.

피고인의 반대신문권은 증인을 상대로 반대신문을 할 수 있도록 그 가능성 즉, 반대신문의 기회를 보장하는 것이지, 피고인이 실제로 증인을 대상으로 하여 반대신문을 해야만 한다는 뜻은 아니다.⁶⁷⁾ 피고인의 반대신문권이 과도하게 제한되지 않으면서도, 미성년 성폭력 피해자에 대한 2차 가해를 방지하고 이들을 보호하는 방안이 마련되어야 한다. 헌법재판소의 판결문에서 증거보전절차를 실시한다거나 증인 보호를 위한 소송지휘권을 행사할 수 있음을 보완책으로 강조한 것은 이러한 측면을 고려한 지적일 것이다. 그러나 이 또한, 아동의 정확한 기억의 회상이 이루어질 수 있도록 아동 기억의 특성을 고려한 것이어야함을 간과해선 안된다. 기억의 소실로 인해 제대로 기억하지 못하는 아동이 공판정에서 진술하지 못하거나 왜곡된 진술을 한다면, 이는 공정한 재판과 사법 정의 실현

67) 법무부, 개정형사소송법, 238면; 법원행정처, 형사소송법 개정법률 해설, 137면

에도 지장을 초래할 수 있는 일이기 때문이다.

마지막으로, 아동진술의 신빙성을 확보하기 위해 법정에서 친아동환경을 구축하고 아동의 심리를 안정시키기 위한 방안이 마련되어야 할 것이다. 이미 오랜기간에 걸쳐 일부 국가는 법정에 출석한 아동인권을 보장하기 위해 다양한 방안들을 도입·시행하고 있다.⁶⁸⁾ 이를 통해 아동은 법정에서 효과적으로 질문을 이해하고 정확하게 신속한 답변을 할 수 있다는 점이 보고되고 있다. 따라서, 트라우마를 경험한 아동이 추가적인 피해를 받지 않도록 방지하고 시간의 경과로 인한 기억상실이나 왜곡의 문제를 방지하기 위한 대책이 마련되어야 할 것이다.

본 연구의 한계는 아동진술과 관련된 해외문헌에 의존하여 관련된 현상을 개관하여 서술하였다는 점이다. 아직 국내 아동을 대상으로 한 실증적 연구가 매우 부족하기 때문에, 추후에는 시간의 경과에 따른 아동의 기억이 얼마나 정확하게 기억되는지, 연령대에 따른 기억력은 어떠한지, 나이가 기억 회상에 기여하는 추가적인 개인적 변인들은 무엇인지에 대한 실증적이고 경험적인 연구가 이루어질 필요성이 있다.

68) 예를 들어, 남아프리카 공화국은 아동과 법원간의 효과적인 의사 소통을 촉진하는 ‘중개자(intermediary)’역할을 도입했다. 중개자의 역할은 별도의 방에서 법원의 질문을 아동이 이해할 수 있도록 바꾸어주는 것이고, 이 ‘중개’는 실제 아동이 질문을 이해하는 데 도움이 되는 것으로 보고되었다[(출처: Collins, K., Harker, N., & Antonopoulos, G. (2016). The Impact of Registered Intermediary Presence on Adults’ Perceptions of Child Witnesses: Evidence from a Mock Cross Examination. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 23, 211-225. <https://doi.org/10.1007/s10610-016-9314-1>)].

참고문헌

1. 국내문헌

- 강우예. (2020). 피고인에 불리한 아동 진술의 신빙성에 대한 전문가 의견진술의 증거법적 성격과 의미. *형사법연구* 32(4), 171-205.
- 권순민. (2012). 형사절차에서 아동의 증언능력과 신빙성 판단에 대한 연구. *형사정책연구* 23(4), 123-151.
- 형사정책연구원. (2000). *아동증언에 관한 연구*, 연구총서 00-20
법무부, 개정형사소송법
법원행정처. 형사소송법 개정법률 해설
2021 사법연감. 법원행정처
대법원 1984. 11. 13. 선고 84도22 판결
헌재 2013.12.26. 선고 2011헌바108
헌재 2021.12.23. 선고 2018헌바524

2. 국외문헌

- Anne, G. Walker. (2013). *Handbook on Questioning Children: A Linguistic Perspective* (3d ed) (pp. 11-12).
- Aslan, A., & Bäuml, K.-H. T. (2010). Retrieval-induced forgetting in young children. *Psychonomic Bulletin & Review*, 17(5), 704-709. doi:10.3758/pbr.17.5.704
- Blix, I., & Brennen, T. (2012). Retrieval-induced forgetting after trauma: A study with victims of sexual assault. *Cognition & Emotion*, 26(2), 321-331. doi:10.1080/02699931.2011.570312
- Bothwell, R. K., Deffenbacher, K. A., & Brigham, J. C. (1987). Predicting eyewitness accuracy from confidence: The optimality hypothesis. *Journal*

of Applied Psychology, 72, 691-695.

- Bottoms, B. L., Goodman, G. S., Schwartz-Kenney, B. M., Thomas, S. N. (2002). Understanding children's use of secrecy in the context of eyewitness reports. *Law and human behavior*, 26(3), 285-313. doi: 10.1023/a:1015324304975. PMID: 12061620.
- Brennen, T., Hasanovi, M., Zotovic, M., Blix, I., Skar, AMS., Prelic, N. K., Mehmedovic, I., Pajevic, I., Popovic, N., & Gavrilov-Jerkovic, V. (2010). Trauma exposure in childhood impairs the ability to recall specific autobiographical memories in late adolescence. *Journal of Traumatic Stress*. 23, 240-247.
- Bruck, M., Ceci, S. J., Francoeur, E., & Barr, R. (1995). I hardly cried when I got my shot! Influencing children's memories about a visit to their pediatrician. *Child Development*, 66, 193-208.
- Bussey K, Grimbeek E J. (1995). Disclosure processes: issues for child sexual abuse victims. In: *Rotenberg KJ, editor. Disclosure processes in children and adolescents* (pp. 166-203). Cambridge University Press; Cambridge.
- Carni, E., & French, L. A. (1984). The acquisition of before and after reconsidered: What develops? *Journal of Experimental Child Psychology*, 37, 394-403.
- Ceci, S. J., Toglia, M. P., & Ross, D. F. (1988). On remembering.... more or less: A trace strength interpretation of developmental differences in suggestibility. *Journal of Experimental Psychology: General*, 117, 201-203.
- Collins, K., Harker, N., & Antonopoulos, G. (2016). The Impact of Registered Intermediary Presence on Adults' Perceptions of Child Witnesses: Evidence from a Mock Cross Examination. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 23, 211-225. <https://doi.org/10.1007/s10610-016-9314-1>

- Crane, C., & Duggan, D. S. (2009). Overgeneral autobiographical memory and age of onset of childhood sexual abuse in patients with recurrent suicidal behaviour. *British Journal of Clinical Psychology*, 48(1), 93-100. doi:10.1348/014466508x370600
- Department of Justice Canada. (2002). *The Interaction Between Children's Developmental Capabilities and the Courtroom Environment: The Impact on Testimonial Competency*. https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/ccs-ajc/rr02_6/rr02_6.pdf
- Di Lernia, D., Serino, S., Pezzulo, G., Pedroli, E., Cipresso, P., & Riva, G. (2018). Feel the time. time perception as a function of interoceptive processing. *Frontiers in Human Neuroscience*, 12, 74-74. <https://doi.org/10.3389/fnhum.2018.00074>
- Droit, S. (1995). Learning by doing in 3- and 4 1/2-year-old children: Adapting to time. *Cahiers de Psychologie Cognitive*, 14, 283-299.
- Droit-Volet, S., Clement, A., & Wearden, J. (2001). Temporal generalizations in 3- to 8-year-old children. *Journal of Experimental Child Psychology*, 80, 271-288.
- Evans, A. D., & Lyon, T. D. (2012). Assessing children's competency to take the oath in court: The influence of question type on children's accuracy. *Law and Human Behavior*, 36(3), 195-205. doi: 10.1037/h0093957. PMID: 22667809; PMCID: PMC3353005.
- Fivush, R., Hazzard, A., Sales, J., Sarfati, D., & Brown, T. (2003). Creating coherence out of chaos? Children's narratives of emotionally negative and positive events. *Applied Cognitive Psychology*, 17, 1-19.
- Fivush, R., Hudson, J., & Nelson, K. (1984). Children's long term memory for a novel event. An exploratory study. *Merrill-Palmer Quarterly*, 30, 303-316.
- Fivush, R., Sales, J. M., Goldberg, A., Bahrick, L., & Parker, J. (2004).

- Weathering the storm: Children's long-term recall of Hurricane Andrew. *Memory*, 12, 104-118.
- Flin, R. H., Stevenson, Y., & Davies, G. M. (1989). Children's knowledge of court proceedings. *The British Journal of Psychology*, 80(3), 285-297. <https://doi.org/10.1111/j.2044-8295.1989.tb02321.x>
- Friedman, W. J. (1977). The development of children's understanding of cyclic aspects of time. *Child Development*, 48, 1593-1599.
- Friedman, W. J. (1978). Development of time concepts in children. In H. W. Reese & L. P. Lipsitt (Eds.), *Advances in child development and behavior*, 12, 267-298. New York: Academic Press.
- Friedman, W. J. (1982). Conventional time concepts and children's structuring of time. In W. J. Friedman (Ed.), *The developmental psychology of time* (pp. 171-208). New York: Academic Press.
- Friedman, W. J., & Laycock, F. (1989). Children's analog and digital clock knowledge. *Child Development*, 60(2), 357-371. <https://doi.org/10.2307/1130982>
- Friedman, W. J. (1990). Children's representations of the pattern of daily activities. *Child Development*, 61, 1399-1412.
- Friedman, W. J. (1991). The Development of Children's Memory for the Time of Past Events. *Child Development*, 62(1), 139-155. doi:10.1111/j.1467-8624.1991.tb01520.x
- Friedman, W. J. (1993). Memory for the time of past events. *Psychological bulletin*, 113(1), 44.
- Friedman, W. J., & Lyon, T. D. (2005). *Development of temporal-reconstructive abilities*. *Child Development*, 76, 1202-1216.
- Friedman, W. J., Reese, E., & Dai, X. (2011). Children's memory for the times of events from the past years. *Applied Cognitive Psychology*, 25(1), 156-165. doi:10.1002/acp.1656

- Goodman, G. S., Rudy, L., Bottoms, B. L., & Aman, C. (1990). Children's concerns and memory: Ecological issues in the study of children's eyewitness testimony. In R. Fivush & J. Hudson (Eds.), *Knowing and remembering in young children*. (pp. 249-289). New York: University Press.
- Jack, F., Friedman, W., Reese, E., & Zajac, R. (2016). Age-related differences in memory for time, temporal reconstruction, and the availability and use of temporal landmarks. *Cognitive Development*, 37, 53-66. <https://doi.org/10.1016/j.cogdev.2015.12.003>.
- Jones, D. P. H., Psych., M. R. C., & Krugman, R. D. (1986). Can a three-year-old child bear witness to her sexual assault and attempted murder? *Child Abuse & Neglect*, 10(2), 253-258. doi:10.1016/0145-2134(86)90086-4
- Lev-Wiesel, R. (2008). Child sexual abuse: a critical review of intervention and treatment modalities. *Children and Youth Services Review*, 30, 665-673. doi: 10.1016/j.childyouth.2008.01.008
- Merritt, K. A., Ornstein, P. A., & Spicker, B. (1994). Children's memory for a salient medical procedure: Implications for testimony. *Pediatrics*, 94, 17-23.
- Michel, F., Harb, F., & Hidalgo, M. P. L. (2012). The concept of time in the perception of children and adolescents. *Trends in Psychiatry and Psychotherapy*, 34(1), 38-41. <https://doi.org/10.1590/S2237-60892012000100008>
- Ornstein, P. A. (1995) Children's long term retention of salient personal experiences. *Journal of Traumatic Stress*, 8, 581-604.
- Ornstein, P. A., Gordon, B. N., & Larus, D. M. (1992). Children's memory for a personally experienced event. Implications for testimony. *Applied Cognitive Psychology*, 6, 49-60.

- Otgaar, H., Howe M. L., and Muris, P. (2017). Maltreatment increases spontaneous false memories but decreases suggestion-induced false memories in children. *British Journal of Developmental Psychology*, 35, 376-391. doi: 10.1111/bjdp.12177
- Perry, N. W., McAuliff, B. D., Tam, P. et al. (1995). When lawyers question children. *Law and Human Behavior* 19, 609-629. <https://doi.org/10.1007/BF01499377>
- Penrod, S. (1980). Confidence, accuracy, and the eyewitness. Unpublished manuscript, University of Wisconsin-Madison.; Wells, G. L., & Murray, D. M. (1984). Eyewitness confidence. In G. L. Wells & E. F. Loftus (Eds.), *Eyewitness testimony: Psychological perspectives* (pp. 155-170). New York: Cambridge University Press.
- Peterson-Badali, M., Abramovitch, R., & Duda, J. (1997). Young children's legal knowledge and reasoning ability. *Canadian Journal of Criminology*, 39(2), 145-170.
- Peterson, C., & Bell, M. (1996). Children's memory for traumatic injury. *Child Development*, 67, 3045-3070.
- Phenix, T. L., & Price, H. L. (2012). Applying Retrieval-Induced Forgetting to Children's Testimony. *Applied Cognitive Psychology*, 26(5), 796-801. doi:10.1002/acp.2861
- Poole, D. A., & Lindsay, D. S. (1995). Interviewing preschoolers: Effects of non-suggestive techniques, parental coaching, and leading questions on reports of non-experienced events. *Journal of Experimental Child Psychology*, 60, 129-154.
- Quas, J. A., Goodman, G. S., Bidrose, S., Pipe, M., Craw, S., & Ablin, D. S. (1999). Emotion and memory: Children's long-term remembering, forgetting, and suggestibility. *Journal of Experimental Child Psychology*, 72(4), 235-270. <https://doi.org/10.1006/jecp.1999.2491>

- Roberts, K. P., Brubacher, S. P., Drohan-Jennings, D., Glisic, U., Powell, M. B., & Friedman, W. J. (2015). Developmental differences in the ability to provide temporal information about repeated events. *Applied Cognitive Psychology*, 29(3), 407-417. <https://doi.org/10.1002/acp.3118>
- Rocha, E. M., Prkachin, K. M., Beaumont, S. L., Hardy, C. L., & Zumbo, B. D. (2003). Pain reactivity and somatization in kindergarten-age children. *Journal of Pediatric Psychology*, 28(1), 47-57. <https://doi.org/10.1093/jpepsy/28.1.47>
- Saywitz, K. (1995). Improving children's testimony. The question, the answer and the environment. In M. Zaragoza, G. Graham, G. N. Hall, R. Hirschman, & Y. Ben-Porath (Eds.), *Memory and testimony in the child witness* (pp. 113-140). Thousand Oaks, CA: Sage.
- Scheschter, N. L., Bernstein, B. A., Beck, A., Hart, L., & Scherzer, L. (1991). Individual differences in children's response to pain : Role of temperament and parental characteristics. *Pediatrics (Evanston)*, 87(2), 171-177. <https://doi.org/10.1542/peds.87.2.171>
- Schuman, J. P., Bala, N., & Lee, K. (1999). Developmentally appropriate questions for child witnesses. *Queen's Law Journal*, 25(1), 251-302.
- Talwar, V., Lee, K., Bala, N., & Lindsay, R. C. (2004). Children's lie-telling to conceal a parent's transgression: legal implications. *Law and human behavior*, 28(4), 411-435. <https://doi.org/10.1023/b:lahu.0000039333.51399.f6>
- Thompson, L. A., Gomez, R. L., & Schvaneveldt, R. W. (2000). The salience of temporal cues in the developing structure of an event knowledge. *American Journal of Psychology*, 113, 591-619.
- Tye, M. C., Amato, S. L., Honts, C. R., Devitt, M. K., & Peters, D. (1999). The willingness of children to lie and the assessment of credibility in an ecologically relevant laboratory setting. *Applied Developmental Science*,

3(2), 92-109. https://doi.org/10.1207/s1532480xads0302_4

Von Baeyer, C. L., Marche, T. A., Rocha, E. M., & Salmon, K. (2004). Children's memory for pain: overview and implications for practice. *The Journal of Pain*, 5(5), 241-249. doi:10.1016/j.jpain.2004.05.001

Williams, J. M., Barnhofer, T., Crane, C., Herman, D., Raes, F., Watkins, E., & Dalgleish, T. (2007). Autobiographical memory specificity and emotional disorder. *Psychological bulletin*, 133(1), 122-148. <https://doi.org/10.1037/0033-2909.133.1.122>

The Effect of time on child statements:

A Forensic psychological study on the Constitutional Court Judgment on the rule of video evidence of sexual violence victims against minors

Jaekyung Ahn* · Yimoon Choi**

The Korean Constitutional Court ruled unconstitutional on the special provisions for Video evidence of sexual violence victims against minors in December 2021. From now on, child victims of sexual violence need to attend and testify at least one year after the traumatic memories. In addition, if an appeal trial is to be held, the statement is likely to be made after a fairly long period of time. Unlike adults, children experience the greatest rate of development, so it is necessary to investigate the effect of time on the credibility of child statements.

In this study, the author investigated changes in child statements over time and examined whether the defendant's right of defense could actually be guaranteed. Prior research represents that the children cannot recount past events in a sequential form yet they remember the details of the incident fairly accurate. Second, experts help to improve memory is needed to remind the exact content over time. Third, the accuracy of recollected memories does not differ greatly depending on the age, but the degree of understanding of legal situations and terms differs. Therefore, open-ended free-recall cues, and the use of Wh Questions produce accurate responses. Above all, the longer the interval between the occurrence of the traumatic incidents and the recovery of memory, the more the memory can be distorted or forgotten. Therefore a quick investigation and trial process are essential, so that the memory recovery process can be accomplished at the earliest. The legal and theoretical implications of the results and future directions for research are discussed.

* Graduate student, Department of Criminology, Korean National Police University

** Professor, Department of Public Administration, Korean National Police University

- ❖ Key words: child testimony, credibility of child statement, right to cross-examination, hearsay, social scientific evidence

수사경찰관의 상대적 박탈감이 조직몰입에 미치는 영향

- 공직봉사동기와 재량권의 조절효과를 중심으로 -*

이상진** · 정지수***

국 | 문 | 요 | 약

본 연구는 수사경찰관의 상대적 박탈감이 조직몰입에 미치는 영향을 분석하였다. 또한, 상대적 박탈감과 조직몰입의 관계에 있어서 공직봉사동기와 재량권의 조절효과를 분석하였다. 선행 연구의 이론과 변수를 기반으로 하여 설문을 실시하였으며, 부산지역 15개 경찰서의 형사과와 수사과에 근무하는 수사경찰관 330명을 대상으로 비례층화하여 표본을 추출하여 다중회귀분석을 실시하였다. 분석결과는 첫째, 수사경찰관의 상대적 박탈감과 공직봉사동기는 규범적 몰입에만 영향을 미쳤다. 둘째, 수사경찰관의 공직봉사동기는 규범적 몰입에 긍정적인 영향을 미치지만, 재량권은 규범적 몰입에 긍정적인 영향을 미치지 않았다. 셋째, 수사경찰관의 상대적 박탈감이 규범적 몰입에 미치는 부정적 관계에서 재량권은 긍정적 조절효과를 나타냈다. 본 연구는 분석결과에 기반하여 조직관리와 정책적 대안을 제시하였다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2022.6.30.2.163>.

❖ 주제어 : 경찰공무원, 상대적 박탈감, 조직몰입, 공직봉사동기, 재량권

* 본 연구는 제1저자의 석사학위논문을 수정 및 발전시킨 것이며, 2019년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2019S1A5A8038640)

** 부산지방경찰청, 제1저자(36879@naver.com)

*** 경찰대 행정학과, 치안대학원 공공안전학과 부교수, 교신저자(jisu@police.ac.kr)

I. 서론

현직 경찰공무원과의 인터뷰를 통해서 알 수 있는 사실은 특수한 경우를 제외하고 의식주의 결핍에서 오는 절대적인 박탈감보다는 외부와 비교를 하면서 발생하는 상대적인 박탈감이 많은 상황이다. 다른 조직에 비해서 상대적으로 업무의 강도가 높는데 그에 대한 대우는 부족하다고 느끼는 것이다. 상대적 박탈감을 느끼게 되면 이직의사나 조직몰입 등에 영향을 미칠 수 있고, 개인의 부정적인 감정은 결국 국가치안에도 영향을 미칠 수 있다는 점에서 조직적 차원의 관리가 필요한 부분이다. 2021년 7월 14일 자 중앙일보 기사¹⁾에 따르면 수사경찰관의 43%가 내년에는 수사부서에서 근무할 의사가 없다고 답해 수사 업무의 기피 현상이 심화하고 있음을 알 수 있다. 수사경찰관의 업무가 많고 일가정양립이 어려운 근무특성이 반영되고 있는 것이라고 볼 수 있다.

조직몰입에 관한 많은 선행연구 중 경찰공무원을 대상으로 한 것이 많은 것은 긴장감 높은 업무환경으로 다른 직렬보다 조직몰입에 관한 연구의 필요성이 크기 때문일 것이다. 경찰공무원의 부정적 감정과 관련된 조직몰입에 대한 세밀한 관리가 필요하다고 할 수 있다. 이와 함께 공공조직 구성원의 업무수행 동기를 연구하는데 내재적동기인 공직 봉사동기는 사명감이나 봉사정신이 필요한 경찰공무원의 업무수행 시 다른 조직의 구성원보다 더 많이 요구된다고 할 수 있다. 그리고 다양하고 복잡한 업무 환경 속에서 경찰공무원들은 법을 고려한 재량적 판단을 요구하는 경우가 많다. 적절한 재량은 조직에서 중요한 사람이라는 인식이 생기게 되어 긍정적인 직무 태도를 유발하기도 한다.

본 연구에서는 수사경찰관의 상대적 박탈감과 조직몰입의 관계를 파악하고 공직봉사동기와 재량권의 조절효과에 관하여 알아보고자 한다. 이를 위해서 연구자들은 경찰관을 대상으로 설문조사를 실시하였으며, 분석결과를 바탕으로 이론 및 정책적 대안을 제시하였다. 치안조직이 조직관리를 통해서 상대적 박탈감을 느끼는 경찰관의 조직몰입 저하에 대해 적절한 대응을 해야 한다는 점에서 본 연구의 분석결과가 의의가 있을 것이다.

1) 중앙일보, ‘수사권 독립만세’소리는커녕...수사부서 탈출하는 경찰, 왜[이슈추적], 중앙일보

II. 이론적 배경과 선행연구 검토

1. 수사경찰관의 상대적 박탈감

상대적 박탈감에 대해서 Crosby(1976)는 인간관계에서 나타나는 것으로 비교를 통해서 발생하는 상대적 열등감으로 정의하고, 이로 인해 개인의 직무수행에 부정적 영향을 미친다고 한 바 있다(강동현·손승연, 2020 재인용). 많은 연구에서 설명하고 있는 상대적 박탈감은 자신의 상황에 대해서 준거집단과의 비교와 평가를 통해서 발생하는 사회적 비교라고 정리할 수 있다(윤유나, 2020). 본 연구에서는 사회비교이론의 측면에서 준거 집단과의 분배공정성의 측면을 고려하여 상대적 박탈감을 분석하고자 한다.

상대적 박탈감에 관한 초기 연구에서 인간의 감정적 측면에 초점을 둔 연구(Crosby, 1982)는 결과에 대한 차이에 대한 지각의 측면을 고려한 연구(Cook, Crosby & Hennigan, 1977)로 확장되었다(김신원, 2016 재인용). 황덕웅(2003)의 연구에서도 상대적 박탈감의 원인, 생성, 행동과 같은 순차적 접근의 필요성을 제시하기도 하였다. 상대적 박탈감을 인지, 감정, 행동의도의 박탈과 구분하여 연구를 수행하기도 하였다(박군석, 2002; 이용재, 2008). 공무원을 대상으로 한 상대적 박탈감에 관한 연구에서는 보수, 후생복지, 역량의 측면을 고려하여 이직의사와 조직몰입에 미치는 영향에 관한 연구를 수행하기도 하였다(허성욱·조일형, 2018; 허성욱, 2019).

사전인터뷰를 진행하는 과정에서 수사경찰관의 경우 경찰공무원으로써 필요한 형법, 형사소송법 등의 법학지식과 수사전문성에 대한 역량으로 업무역량에 대한 상대적 박탈감은 적고, 법 집행 공무원으로서 부패에 대한 민감도는 높을 것이라는 의견이 있었다. 본 연구에서는 공무원의 특성이 반영된 허성욱·조일형(2018)과 허성욱(2019)의 연구를 바탕으로 보수와 후생복지 박탈감을 활용하여 경찰공무원의 상대적 박탈감의 연구를 수행하고자 한다.

최근의 경향은 일선 경찰관들이 수사부서를 기피하고 있다는 점이다. 현장의 어려움으로 수사부서의 기피 현상이 심화하고 있는 것과 관련하여 신문 기사 등에서도 쉽게 접할 수 있었다. 수사권 조정 후 업무 부담이 늘어 불송치 같은 무혐의 종결사건이 상당수인데도 경찰 단계에서 자체 종결하면서 서류 작업이 많아졌다.²⁾ 수사경찰관의 43%가

내년에는 수사부서에서 근무할 의사가 없다고 답했으며³⁾, 수사권 조정 이후 최근 4년 동안 처음으로 경찰 수사경과자가 줄어든 것으로 나타났다.⁴⁾

수사경찰관은 일과 삶의 균형 잡힌 후생복지가 이루어지기 힘든 상황인 것이다. 공무원의 보수가 민간기업에 비교하여 낮은 수준인 것(김상목, 2005)도 상대적 박탈감을 향상시킬 수 있을 것이다. 본 연구에서 수사경찰관의 상대적 박탈감을 논의하기 위해 수사경찰의 개념은 경찰서의 수사부서에서 근무하는 수사경과자로, 사후적인 범죄진압·범인 검거를 주로 하며, 범죄 사건을 해결하기 위하여 범죄의 물증을 확보하고 범죄사실을 증명하는 활동을 하는 것을 업무로 하는 경찰로 정의한다. 또한 소년·교통·보안·외사기능의 수사활동을 제외한 일반 범죄수사활동을 하는 형사과와 수사과에 근무하는 수사경찰관으로 범위를 한정하고자 한다.

준거집단 설정은 대기업 직원으로 설정했다. 유능한 경찰관들이 대기업으로 이직하는 사례도 확인할 수 있었다.⁵⁾ 우수한 경찰들이 대기업 로펌에 이직⁶⁾ 하는 경우가 많고, 법학전문대학원⁷⁾에 진학하는 사례도 늘고 있다. 따라서 비교 대상의 기준을 대기업에 근무하는 변호사로 설정하였다. 변호사는 법률전문가로서 사건 당사자의 의뢰를 받고 소송을 위한 서류를 만드는 것에서 고소·고발을 받고 소송서류를 만드는 수사경찰관과 업무의 공통점이 있기 때문이다.

2. 조직몰입

조직몰입(organization commitment)에 관한 다양한 연구를 정리하면 조직에 대한 충성과 조직에 대한 노력 의지, 자신을 조직과 동일시하는 특성으로 볼 수 있다(정두환, 2019). 이러한 조직몰입은 조직의 효과성과 성과를 향상하게 시키고, 이직의사나 결근

2) 연합뉴스, 업무 과중에 인력 이탈 경찰 경제팀...“보상책 필요”, 연합뉴스 TV, 2021. 07. 23.

3) 중앙일보, ‘수사권 독립만세’소리는커녕...수사부서 탈출하는 경찰, 왜[이슈추적], 중앙일보, 2021. 07. 14

4) 조선일보, [단독]수사권 조정 이후 경찰 수사경과자 줄었다... 수사부서 기피 현실화, 조선일보, 2021.

5) 이데일리, “대기업으로, 로스쿨로”...조직 등지는 엘리트 경찰들, 이데일리, 2020. 05. 07.

6) 연합뉴스, 수사권 조정에 로펌들 ‘경찰관 모시기’...올들어 32명 이직, 연합뉴스, 2021. 10. 02.

7) 세계일보, 로스쿨 재적 경대 졸업생 163명 “현직 경찰 진학 시 복무의무 위반, 감사제보서 제출”, 세계일보, 2021. 07. 25.

등의 부정적 요소를 감소시킨다는 선행연구들이 존재한다(Meyer, 1997; Meyer & Allen, 1991; Mowday, 1999; 고종욱·장인봉, 2004; 신재현·김상운, 2018).

수사경찰은 다른 공무원보다 많은 외근업무라는 특성이 있다. 경찰공무원 개인의 내적동기를 유발하고 조직 내의 의무와 규범을 내재화하여 효율성을 높이기 위한 부가적인 역할행동으로 이어질 수 있도록 하는 조직몰입의 수준을 높이는 것은 경찰공무원의 조직 관리에 있어서 중요하다(강영철·최낙범, 2019).

조직몰입의 다차원성에 관해 Allen & Meyer(1991)는 정서적 몰입은 조직 구성원의 목표에 대한 몰입과 심리적 애착심으로 볼 수 있으며, 근속적 몰입은 조직 구성원으로 남아있는 것이 이익일 때 보다 강하게 나타나며, 규범적 몰입은 도덕적 의무감으로 구분하여 설명하였다. 경찰공무원의 규범적 몰입의 대표적인 예로는 국민에 대한 봉사의식이 나 직업적 사명감을 들 수 있다(최낙범, 2013).

본 연구는 조직몰입을 다차원적으로 제시한 Allen & Meyer(1991)의 조직몰입 중 근속적 몰입과 규범적 몰입을 연구대상으로 하였다. 정서적 몰입과 규범적 몰입은 내재적 동기나 심리적 상태로 볼 수 있어 구별하기 힘들다는 단점이 있기 때문이다(김진희, 2008). 의무감이나 책임감과 관련되어 직업적 사명감이나 봉사정신을 높일 수 있는 규범적 몰입과 공무원의 일반적인 특성인 연금과 고용안정성에서 오는 근속적 몰입을 조직몰입의 하위요인으로 보았다.

경찰공무원의 조직몰입에 관한 조직적 영향요인을 규명한 많은 연구가 존재한다. 이에 리더십(송병호, 2005; 강제상·임재강, 2007; 신호식·윤대근, 2013), 조직문화(이환범·이수창, 2006; 장석현·이강훈, 2007), 조직공정성(박종주·류지원, 2006; 윤병섭 외, 2010; 최낙범, 2013; 최낙범·엄석진, 2013)중심으로 조직몰입과의 연관성을 규명한 연구가 활발하게 이루어지고 있는 것을 알 수 있다. 각각의 연구에 따라 영향요인의 전부나 일부가 조직몰입에 긍정적 영향을 미치고 있다. 그리고 수사경찰을 대상으로 한 조직몰입에 관한 연구도 살펴볼 수 있는데, 직무만족, 리더십, 조직효과성, 조직공정성이 조직몰입에 긍정적 영향을 미친 것으로 나타났다(박영주, 2008; 백현인·황의갑, 2011; 고현규·이윤환, 2017; 한진태·곽대경, 2020).

의미있는 선행연구들에서 긍정적인 조직특성의 변수들이 조직몰입에 미치는 영향을 분석한 연구들이 많다. 하지만 경찰공무원의 경우 다른 조직에 비하여 스트레스와 감정

노동이 비교적 높은 업무를 하므로 부정적 감정상태와 관련된 조직몰입에 대한 관리가 필요해 보인다.

3. 상대적박탈감과 조직몰입

상대적 박탈감이 건강, 스트레스, 부정적인 태도, 직무만족에 부정적인 영향을 미친다는 선행연구가 다수 존재한다(Buunk & Janssen, 1992; Crosby, 1976, 1984; Martin, 1981). 허성욱·조일형(2018)은 공무원의 업무역량·보수·부정부패와 관련된 상대적 박탈감이 높아질수록 이직의도가 높아진다는 연구결과를 제시하였으며, 허성욱(2019)은 공무원의 보수·업무역량과 관련된 박탈감은 조직몰입에 부정적 효과를 나타낸다고 분석하였다. 상대적 박탈감은 부정적인 결과를 초래하며 조직몰입에도 부정적인 영향을 미치는 것을 알 수 있다.

상대박탈이론은 상대적 박탈감이 개인의 태도와 행동에 영향을 미친다는 이론으로 선행연구의 결과에서 알 수 있는 것처럼 상대적 박탈감이 조직몰입에 부정적인 영향을 미칠 것을 유추할 수 있다. 사회정체성이론에 따르면 조직 구성원의 정체성과 조직의 가치가 일치될 때 조직몰입이 증가할 수 있다(Mummendey et al., 1999; O'Reilly & Chatman, 1986). 하지만 다른 대상과 비교를 하여 불균형 현상이 발생하면 정체성이 낮아지고 문제가 발생하게 된다(De Moura et al., 2009). 따라서 상대적 박탈감으로 인해 조직구성원이 가진 고유한 정체성이 다른 조직과의 비교를 통하여 상대적 박탈감을 느끼게 되면 구성원과 조직의 유대감이 낮아지고, 이는 부정적 조직몰입으로 이어지게 되어 업무 효율성 저하와 이직 등의 부정적 행태로 나타날 수 있다.

정서적사건이론에 따르면 조직 내 개인들은 조직에서의 여러 사건을 통해서 정서가 형성되고 이러한 정서가 종업원의 행동에 영향을 미친다고 할 수 있다(김동현·손승연, 2020). 따라서 경찰공무원의 업무가중, 낮은보수, 위험한 직무환경 등의 부정적 경험은 준거집단과의 비교를 통해 부정적 정서인 상대적 박탈감이 유발되고, 이는 부정적 조직몰입을 유발할 수 있다. 이에 선행연구와 이론적 논의를 바탕으로 할 때 수사경찰관의 상대적 박탈감은 조직몰입에 부정적인 결과를 영향을 미칠 것이라는 아래의 가설을 설정하게 되었다.

가설 1-1) 수사경찰관의 상대적 박탈감은 근속적 몰입에 부정적 영향을 미칠 것이다

가설 1-2) 수사경찰관의 상대적 박탈감은 규범적 몰입에 부정적 영향을 미칠 것이다

4. 공직봉사동기와 조직몰입

공직봉사동기는 공공부문에서 나타나는 특유의 내재적 동기이다. 내재적 보상은 국가를 위해서 봉사한다는 공익에 의미를 두는 직무동기로 볼 수 있다(최낙범·이수영, 2016). Perry와 Wise(1990)는 공직봉사동기를 합리, 규범, 정서적 차원으로 구분하고 하위범주를 제시하였다. 합리적 차원은 정책형성에의 참여, 공공정책에의 동일시, 특정 이해관계에 대한 지지 등으로 구성하고 있으며, 규범적 차원은 공익봉사의 욕구, 정부와 의무에 대한 충성심, 사회적 형평성 추구 등으로 구성된다. 정서적 차원과 관련된 하위요소는 자기희생과 동정심이다.

선행연구들은 Perry와 Wise(1990)가 제시한 하위항목들을 축약하여 사용하는 경우가 많다(김가은 외, 2020; 이영균, 2014; 김소희 외, 2020; 박재풍 외, 2018; 박순환, 2017; 이지혜, 2017). 다만, 공직봉사동기의 하위 구성 차원의 개념과 측정에 있어서 국가·사회의 환경·문화의 요소에 따라 차이를 보일 수 있다는 문제점이 제기되기도 하였다(Perry & Hondenghem, 2008; Kim, 2012; Kim & Vandenabeele, 2010). 본 연구에서는 공직봉사동기의 하위개념이 보편적으로 적용될 수 있도록 정서적 차원의 동정심과 자기희생을 활용하고자 한다.

경찰공무원은 일반 공무원과 비교해서 스트레스가 높은 직업임에도 항상 직업적 사명감과 봉사정신이 필요하다(최낙범·전대성, 2016). 개인-조직 적합성 이론에 의하면 개인과 조직 사이에서 나타나는 적합성이 개인의 행동에 영향을 미칠 수 있다고 본다(Kim, 2012). 개인의 가치관이 조직목표와 일치할 경우에 조직의 성과에 긍정적이라는 연구도 존재한다(Kristof-Brown, Zimmerman, & Johnson, 2005). 내재적동기이론의 관점에서도 개인의 가치가 조직목표와 유사한 경우에 내적동기를 향상시켜 조직몰입을 증가시킬 수 있다(Jin, McDonlad, & Park, 2018). 공무원의 봉사에 대한 의지는 사회에 대한 기여와 공익에 대한 봉사에 큰 가치를 부여하고 이를 통해서 조직몰입이 증가하는 것이다(김상묵, 2005).

공직봉사동기와 관련한 선행연구에서 공직봉사동기가 성과나 조직몰입, 직무만족 등에 긍정적인 영향을 미치는 연구가 많이 존재하며 이에 경찰공무원을 대상으로 한 공직 봉사동기의 효과성에 관한 연구가 많다. 특히, 공직봉사동기가 직무만족, 성과, 이직의사 등에 미치는 영향에 관한 연구(이영균, 2014; 최낙범·전대성, 2016; 전만권·김종범, 2015; 이지혜, 2017)가 많다. 이론과 선행연구를 바탕으로 공직봉사동기는 수사경찰관의 조직몰입에도 긍정적인 영향을 미칠 것으로 보고, 아래와 같은 가설을 설정하였다.

가설 2-1) 수사경찰관의 공직봉사동기는 근속적 몰입에 긍정적 영향을 미칠 것이다

가설 2-2) 수사경찰관의 공직봉사동기는 규범적 몰입에 긍정적 영향을 미칠 것이다

선행연구에 의하면 공직봉사동기는 조직성과, 조직몰입, 직무만족, 리더십에 전체적으로 혹은 부분적으로 양(+)의 조절효과(왕태규, 2018; 장봉진 2020; 최유진·도명록, 2020)가 있었다. 반대로 이직의도와 직무소진에는 음(-)의 조절효과(이준환, 2020; 박현욱·이인원, 2020)가 있었다.

그리고 개인-조직 적합성이 높은 사람들은 내재적 동기부여로 인해 부정적인 경험을 하더라도 조직몰입에 미치는 영향을 상쇄할 수 있을 것이다(박현욱, 2020). 이러한 공직 봉사동기는 상대적 박탈감을 느낀 수사경찰관의 부정적 조직몰입을 완화할 것으로 유추할 수 있다. 따라서 수사경찰관의 상대적 박탈감과 조직몰입의 관계를 알아보는 연구에 공직봉사동기가 긍정적인 조절효과가 있을 것으로 보고, 공직봉사동기의 조절효과에 관한 다음의 가설을 설정하였다.

가설 2-3) 공직봉사동기는 수사경찰관의 상대적 박탈감이 근속적 몰입에 미치는 부정적인 영향을 완화할 것이다

가설 2-4) 공직봉사동기는 수사경찰관의 상대적 박탈감이 규범적 몰입에 미치는 부정적인 영향을 완화할 것이다

5. 재량권과 조직몰입

립스키가 제시한 일선관료는 업무수행 중에 직접 시민과 접촉하며 상당한 재량권을 가지는 공무원을 의미한다(Lipsky, 1980). 여기서 재량권은 법률에 규정된 권한 범위 내에서 여러 대안 중 공무원에게 한 가지를 선택할 수 있는 자율적 권한이 부여된 상황이다(Davis, 1969). Lipsky(1980)는 복잡하고 동태적인 업무상황, 상황적응적이고 인간적 측면에 대응, 재량권 행사로 인한 자부심 때문에 일선 공무원은 상당한 재량권을 가질 수밖에 없다고 한다(유훈, 2016 재인용).

업무효율성을 위한 재량권의 조건은 불확실한 환경에서 복잡한 직무를 수행해야 하며, 유기적 조직에서 적절한 통제를 받고 있어야 한다(박성환, 2001; 류수진, 2019). 수사경찰관의 경우 전문성이 높고, 다양한 사건들로 많은 민원인과 상담을 하며, 같은 사건을 수사하더라도 고소·고발자와 피고소인과 사실관계가 사건마다 달라서 매번 새로운 환경에 적절하게 대응하며 업무를 수행하고 있다. 본 연구에서는 재량권을 수사경찰관이 스스로 목표를 설정하고 업무수행에 있어 시기의 통제 가능성과 절차 및 방법을 선택할 수 있는 자율성의 정도(조태준, 2019)로 정의하고자 한다.

경찰공무원의 재량권에 관련된 선행연구는 재량행위를 발생시키는 원인변수를 찾는 것에 중점을 둔 연구(나현민·하태수, 2015; 주성빈, 2015; 이태경, 2021)와 재량행위와 고객지향성이나 조직신뢰의 변수에 미치는 영향을 분석한 연구(박주상, 2014; 이수창, 2014)가 존재한다. 기존 연구에서 수사경찰관의 재량권은 긍정적인 영향을 주는 것으로 볼 수 있다. 수사경찰관은 전문성과 새로운 환경대응에 유연해야 하므로 재량권이 업무효율성을 높이는 중요한 요소가 될 것으로 보인다. 이상의 논의를 바탕으로 다음과 같이 가설을 설정하였다.

가설 3-1) 수사경찰관의 재량권은 근속적 몰입에 긍정적 영향을 미칠 것이다

가설 3-2) 수사경찰관의 재량권은 규범적 몰입에 긍정적 영향을 미칠 것이다

김지운 외(2019)는 상장된 제조업 101개 기업을 대상으로 경영자 재량권의 조절효과와 긍정적인 결과를 분석한 바 있으며, 출입국관리공무원을 대상으로 한 박길남(2018)의

연구에서도 재량권이 조절변수로 역할을 한 것으로 확인되었다. 재량권의 조절효과가 있는 연구의 대상들을 보면 수사경찰관과 같이 업무범위가 다양하고 전문성이 높은 집단으로 보인다. 선행연구와 Lipsky(1980)의 일선관료제 이론을 기반으로 하여 재량권은 수사경찰관의 상대적 박탈감이 조직몰입에 미치는 영향을 완화할 것이라는 조절효과에 관한 가설을 설정하였다.

가설 3-3) 재량권은 수사경찰관의 상대적 박탈감이 근속적 몰입에 미치는 부정적 영향을 완화할 것이다

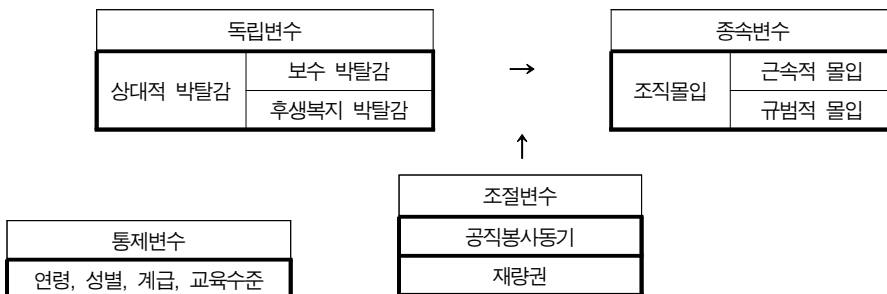
가설 3-4) 재량권은 수사경찰관의 상대적 박탈감이 규범적 몰입에 미치는 부정적 영향을 완화할 것이다

Ⅲ. 연구설계

1. 연구모형과 분석방법

수사경찰관의 상대적 박탈감이 조직몰입에 어떠한 영향을 미치는지에 대해 알아보고, 공직봉사동기와 재량권의 조절효과를 분석하기 위해서 SPSS와 STATA 프로그램을 활용하여 다중회귀분석을 실시하였다.

[그림 1] 연구모형



2. 자료수집과 변수의 정의

이 연구는 부산경찰청 소속 15개 경찰서에서 수사과·형사과에서 근무하는 수사경찰관을 모집단으로 하였다. 지리적·환경적 요소로 치안 수요와 범죄 발생의 위험이 큰 지역에 근무하는 부산지역의 수사경찰관의 역할이 매우 중요하다고 생각하였으며, 다양하고 많은 사건을 접하고 있어 전국의 수사경찰관을 대표하기에 적합하다고 판단했다. 부산경찰청은 올해 정기인사에서 수사관 183명이 비수사부서로 이동하기도 하였다.

표본추출은 비례층화표본추출 방법을 사용하였으며, 조사기간은 2021년 10월 18일부터 30일까지 총 12일에 걸쳐 진행되었다. 각 경찰서의 경찰관 인원⁸⁾을 고려하여, 모집단을 경감 이상의 관리자를 제외한 순경에서 경위까지 계급별 비율에 맞게, 형사과와 수사과에 근무하는 직원을 최대한 균등하게 표본을 추출하여 각 경찰서에 직접 설문을 배부한 후 회수하였다. 모두 330부를 배부하여 회수하였고, 이 중 불성실한 답변 30부를 제외한 총 300부를 최종적으로 통계분석에 사용하였다.

상대적 박탈감을 측정하기 위하여 허성욱·조일형(2018)의 연구에서 사용한 상대적 박탈감의 하위요인 중 보수 박탈감, 후생복지 박탈감을 본 연구에 맞게 수정하여 사용하였다. 독립변수의 각 문항은 역코딩하여 분석에 활용하였다. 조직몰입을 측정하기 위하여 Allen, & Meyer(1990)에 의해 개발된 조직몰입 중 근속적 몰입과 규범적 몰입의 두 가지 척도를 활용하여 연구하고자 한다. 이에 선행연구 주재진(2016)의 설문 문항을 참고하여 본 연구에 맞게 수정 보완하여 활용하였다. 공직봉사동기를 측정하기 위해서 Perry & Wise(1990)가 공직봉사동기의 하위개념으로 제시한 정서적 차원의 동정심과 자기희생을 조절변수로 활용하였다. 이에 공직봉사동기의 대표적인 설문 문항인 Kim(2012)의 문항을 참고하였고, 2013년 공직생활에 대한 인식조사에서 활용하였던 설문 문항을 이용하여 공직봉사동기를 분석하였다. 그리고 재량권은 일선관료의 재량여부를 판단하는 기준을 제시한 Lipsky(1980)의 기준을 토대로 강영철·최낙범(2019)의 연구에서 활용하였던 척도를 활용하고자 한다. 독립변수와 종속변수 및 조절변수에 대한

8) 부산진경찰서 845명, 남부경찰서 726명, 해운대경찰서 722명, 사하경찰서 588명, 연제경찰서 553명, 동래경찰서 531명, 사상경찰서 519명, 금정경찰서 510명, 북부경찰서 474명, 동부경찰서 398명, 영동경찰서 364명, 서부경찰서 348명, 기장경찰서 331명, 강서경찰서 329명, 중부경찰서 319명; 부산광역시경찰청 정보공개청구 답변자료(접수번호: 8293894, 2021. 09. 29)

설문에 대한 응답은 모두 평균값으로 측정하였고, 리커트 5점 척도를 활용하였다. 통제 변수는 경찰공무원의 상대적 박탈감 이외에 조직몰입에 영향을 미칠 수 있는 변수를 활용하고자 하는데, 선행연구에서 공통으로 사용되고 있는 개인적 특성의 통제변수를 활용하고 한다. 이에 본 연구의 통제변수로는 연령, 성별, 교육수준(김병섭 외, 2002; 최재환, 2006)과 경찰조직의 특징 잘 반영된 계급(최재환, 2006)을 설정하고자 한다.

〈표 1〉 설문지 측정 문항 구성

구분	측정변수		설문항목
독립 변수	상대적 박탈감(R)	I	1 경찰공무원의 보수는 대기업직원(대기업에 근무하는 변호사)에 비해 우수하다.
			2 경찰공무원의 후생복지제도는 대기업직원(대기업에 근무하는 변호사)과 비교할 때 만족할 만한 수준이다.
종속 변수	조직 몰입	II	1 만약 내가 지금 조직을 떠난다고 결정한다면 내 인생이 매우 혼란스러울 것이다.
			2 가까운 미래에 나의 직장을 떠나는 것은 큰 손실일 것이다.
			3 지금은 나의 조직에 남는 것이 원하는 것만큼이나 필요한 일이다.
			4 만약 내가 이 조직에 내 자신을 집중하지 않았다면 나는 다른 곳에서 일할 것을 고려했을 것이다.
	규범적 몰입	II	5 나는 지금 이 조직을 떠난다면 죄책감을 느낄 것이다.
			6 이 조직은 내가 충성할 만하다.
			7 나는 나의 조직의 사람들에게 의무감을 가지고 있기 때문에 지금 이 조직을 떠나지 못한다.
			8 나는 나의 조직에 큰 빛을 지고 있다.
조절 변수	공직 봉사동기 (동정심, 자기희생)	III	1 나는 사회적으로 혜택 받지 못한 사람들에게 동정심을 느낀다.
			2 나는 국민들이 불공정한 취급을 받으면 기분이 좋지 않다.
			3 나는 사회의 이익을 위해 희생할 준비가 되어 있다.
			4 나는 사회를 돕기위해 개인적 손실을 기꺼이 감수하겠다.
인구 통계 변수	재량권	IV	1 업무 담당자의 재량권이 높다.
			2 상관이 부하에게 권한을 위임하는 경우가 많다.
	성별		1 ① 남자 ② 여자
	연령		2 ① 20대 ② 30대 ③ 40대 ④ 50대 이상
	혼인상태		3 ① 배우자 있음 ② 배우자 없음
	최종학력		4 ① 고졸이하 ② 전문대 졸업 ③ 4년제대학 졸업 ④ 대학원 석사 이상
	계급		5 ① 순경 ② 경장 ③ 경사 ④ 경위
	근무연수		6 ① 5년이하 ② 6-10년 ③ 11-15년 ④ 16-20년 ⑤ 21년 이상
	근무부서		7 ① 형사 ② 수사

* 상대적 박탈감 1), 2) 문항은 역 코딩함

IV. 분석결과 및 논의

1. 표본의 일반적 특성

성별은 남자가 257명(85.7%) 여자가 43명(14.3%)이고, 이는 전국의 여경의 비율이 10~15% 사이인 것을 고려하면 성별의 비율이 적절하다고 할 수 있다. 연령은 20대가 17명(5.7%), 30대가 149명(49.7%), 40대가 80명(36.7%), 50대 이상이 54명(18%)으로 나타났다. 계급구성은 경위 121명(40.3%), 경사 84명(28%), 경장 76명(25.3%), 순경 19명(6.3%)이다. 이는 부산경찰청 정보공개청구⁹⁾에 의한 수사과·형사과에 근무하는 경찰관의 계급별 비율인 경위(47.57%), 경사(30.41%), 경장(19.33%), 순경(2.70%)과 비교할 때, 설문 표본의 각 계급이 부산의 수사경찰관을 대표한다고 할 수 있다. 근무연수의 경우에는 5년 이하가 58명(19.3%), 6년에서 10년 사이가 95명(31.7%), 11년에서 15년 사이가 50명(16.7%), 16년에서 20년 사이가 32명(10.7%), 21년 이상 근무한 자가 65명(21.7%)으로 나타나 고르게 분포되어 있다.

근무부서는 형사 147명(49%), 수사 153명(51%)이다. 그리고 소속 경찰서 별로는 해운대·남부·부산진경찰서는 각각 40명(13.3%), 연제·사하경찰서는 각각 20명(6.7%), 금정·동래경찰서는 각각 18명(6%), 북부·사상경찰서는 17명(5.7%), 동부·영도경찰서는 각각 15명(5%), 중부경찰서는 12명(4%), 서부·강서경찰서는 10명(3.3%), 기장경찰서는 8명(2.7%)으로 나타났다. 이러한 차이는 경찰서별로 설문 배부에 있어 경찰서의 경찰관 인원에 차이를 두어 배부하였고, 배부된 설문을 형사과와 수사과에 균등히 배부하여 회수하였기 때문이다. 따라서 표본은 부산의 수사경찰관을 대상으로 성별, 연령, 교육 수준, 근무연수가 대표성을 가지기에 충분하다. 그리고 경찰서별·부서별로 계급별 비율에 맞게 고루 분포된 점 등에서 전반적으로 높은 대표성이 확보되었다고 볼 수 있다.

9) 부산광역시경찰청 정보공개청구 답변자료(접수번호: 8322920, 2021. 10. 08)

2. 측정도구의 타당도와 신뢰성 및 상관관계 분석

요인분석을 위한 요인추출방법으로는 주성분 요인분석(principal component factor analysis)을 사용하였다. 요인회전방법은 직각회전방식 중 배리맥스(Varimax) 방식을 사용하였다. 신뢰도(reliability)를 확인하기 위해 Cronbach's alpha(α) 계수를 이용했다. 독립변수, 종속변수, 조절변수 모두 요인적재량은 모두 0.6 이상으로 나타났고, 신뢰도 분석을 실시하여 상대적 박탈감의 Cronbach's α 계수를 확인한 결과 0.6 이상으로 나타나 척도의 신뢰성이 확보되었음을 확인했다.

<표 2> 독립변수와 조절변수의 타당도 및 신뢰도 분석결과

문항	요인분석			신뢰도
	PSM	상대적 박탈감	재량권	Cronbach's α
III-1	.662	.459	-.072	.775
III-2	.730	.348	-.117	
III-3	.834	-.070	-.177	
III-4	.758	-.148	-.208	
I-1	-.111	.890	.114	.825
I-2	-.230	.832	.194	
IV-1	.320	-.288	.750	.641
IV-2	.313	-.020	.814	
KMO의 표본적합도 검정	.641***			
고유값	2,506	1,927	1,370	
분산비율	31,321	24,088	17,120	
누적분산비	31,321	55,409	72,529	

* $p < .05$, ** $p < .01$, *** $p < .001$

〈표 3〉 종속변수의 타당도 및 신뢰도 분석결과

문항	요인분석		신뢰도
	조직 몰입		Cronbach's α
	근속적 몰입	규범적 몰입	
II-1	0,853	0,258	,892
II-2	0,939	0,109	
II-3	0,863	0,215	
II-5	0,273	0,698	,771
II-6	0,383	0,710	
II-7	0,124	0,760	
II-8	0,038	0,808	
KMO의 표본적합도 검정	,797***		
고유값	3,576	1,385	
분산비율	51,092	19,525	
누적분산비	51,092	70,617	

*p<.05, **p<.01, ***p<.001

상관관계를 파악하기 위하여 피어슨(Pearson)의 상관관계 분석을 시행하였으며, 상관 계수가 0.8 이상의 변수는 없었다.

〈표 4〉 변수 간 상관관계

	1)	2)	3)	4)	5)
1) 근속적몰입	1				
2) 규범적몰입	,462**	1			
3) 상대적 박탈감(R)	-,128*	-,292**	1		
4) PSM	,142*	,195**	-,043	1	
5) 재량권	,095	,053	-,081	,154**	1

** 0.01 수준(양쪽)에서 유의, * 0.05 수준(양쪽)에서 유의

3. 회귀분석

〈표 5〉 근속적 몰입에 대한 공직봉사동기와 재량권 회귀분석 결과¹⁰⁾

구분			근속적 몰입							
			모형1		모형2		모형3		모형4	
			β	t(p)	β	t(p)	β	t(p)	β	t(p)
상수				16.896***		10.497***		6.533***		6.718***
통제 변수	성별		.082	1.389	.088	1.483	.074	1.246	.058	.969
	연령	20대	-.145	-1.977*	-.141	-1.925	-.128	-1.732	-.153	-2.050*
		30대	-.081	-.757	-.084	-.788	-.050	-.468	-.100	-.912
		40대	-.031	-.358	-.033	-.385	-.016	-.190	-.054	-.618
	계급	순경	.142	2.059*	.137	1.998*	.125	1.811	.126	1.819
		경장	.000	.001	.023	.266	.014	.160	.039	.459
		경사	.144	1.878	.159	2.065*	.144	1.855	.166	2.134*
	교육수준		.169	2.882**	.145	2.407*	.133	2.200*	.145	2.392*
독립 변수	상대적 박탈감(R)		-	-	-.091	-1.512	-.087	-1.449	-.085	-1.420
조절 변수	재량권		-	-	-	-	.042	.719	.017	.283
	공직봉사동기		-	-	-	-	.099	1.697	.113	1.921
상호 작용항	상대적박탈감 × 재량권		-	-	-	-	-	-	.118	1.900
	상대적박탈감 × 공직봉사동기		-	-	-	-	-	-	.024	.404
통계량	$R^2(Adj\ R^2)$		.071(.046)		.079(.050)		.091(.056)		.104(.064)	
	F(p)		2.790**		2.745**		2.607**		2.561**	
	Durbin-Watson		2.049		2.039		2.034		2.061	

*p<.05, **p<.01, ***p<.001

reference group : 성별*여자, 연령*50대 이상, 계급*경위, 교육수준*대졸이상(1=고졸, 0=대졸이상)

<모형1>에서는 성별, 연령, 계급, 교육수준의 개인적 특성이 근속적 몰입에 차이를 발생시키는지 살펴보기 위해 분석을 실시하였다. 그 결과 모델의 적합성은 F=2.790,

10) 상호작용항을 구성하는 각 변수에 평균중심화(mean-centering)방법을 활용해 상호작용항에 반영하여 모든 변수의 분산팽창계수(VIF)는 10보다 낮았고 공차한계도 0.1 이상으로 다중공선성의 문제는 없었다.

$p < .01$ 로 나타나 통계적으로 유의한 모형임을 알 수 있다. 통제변수 중에서 연령의 20대 ($\beta = -.145$, $p < .05$)가 50대보다 근속적 몰입에 부(-)적으로 유의한 영향을 미치고 있으며, 계급에서 순경($\beta = .142$, $p < .05$)이 경위보다 정(+)의 방향으로 영향이 있음을 나타낸다. 그리고 교육 수준에서 고졸 이하($\beta = .169$, $p < .01$)가 대졸 이상보다 정(+)의 관계가 있음을 알 수 있다.

<모형2>는 인구통계학적 변수를 통제한 상태에서 상대적 박탈감과 근속적 몰입에 대한 다중회귀분석을 실시하였다. 결과를 보면 ($F = 2.745$, $p < .01$)로서 회귀모형이 통계적으로 유의한 모형임을 알 수 있다. 독립변수인 상대적 박탈감이 근속적 몰입에 미치는 영향이 통계적으로 유의하지 않았다. <모형3>은 공직봉사동기와 재량권을 조절변수로 <모형2>에 포함시켜 다중회귀분석을 실시한 결과이다. 회귀모형의 적합성($F = 2.607$, $p < .01$)이 있다. 그리고 상대적 박탈감과 공직봉사동기 재량권 모두 $p > .05$ 로 통계적으로 유의하지 않았다. <모형4>는 조절변수인 공직봉사동기 뿐만 아니라 상대적박탈감과 공직봉사동기의 상호작용항을 <모형3>에 추가하여 다중회귀분석을 실시하였다. 모형의 적합성($F = 2.561$, $p < .01$)이 있다. 상대적박탈감과 공직봉사동기의 상호작용항과 상대적박탈감과 재량권의 상호작용항 모두 유의수준 $p > .05$ 로서 통계적으로 유의하지 않아, 공직봉사동기와 재량권은 조절효과는 없는 것으로 나타났다. 이러한 분석결과를 바탕으로 가설 1-1), 2-1), 2-3), 3-1), 3-3) 모두 기각되었다.

<표 6>은 수사경찰관의 상대적 박탈감과 규범적 몰입의 관계에서 공직봉사동기와 재량권의 조절효과를 살펴본 결과이다. <모형1>에서는 개인적 특성이 규범적 몰입에 차이를 발생시키는지를 살펴보기 위해 인구통계학적 변수인 성별, 연령, 계급, 교육 수준을 설명변수로 설정하여 분석을 실시하였다. 그 결과 모델의 적합성($F = 1.860$, $p > .05$)이 통계적으로 유의한 모형이 아님을 알 수 있다.

<모형2>는 인구통계학적 변수를 통제한 상태에서 상대적 박탈감과 규범적 몰입에 대한 다중회귀분석을 실시하였다. 모형의 적합성 ($F = 4.247$, $p < .001$)을 보면 회귀모형이 통계적으로 유의한 모형임을 알 수 있다. 분석결과 상대적 박탈감($\beta = -.278$, $p < .001$)이 통계적으로 유의하게 나타나 상대적 박탈감은 규범적 몰입에 음(-)의 방향으로 영향력이 있음을 알 수 있다.

〈표 6〉 규범적 몰입에 대한 공직봉사동기와 재량권 회귀분석 결과

구분			규범적 몰입							
			모형1		모형2		모형3		모형4	
			β	t(p)	β	t(p)	β	t(p)	β	t(p)
상수				15.134***		12.500***		7.581***		7.865***
통제 변수	성별		.045	.759	.062	1.075	.046	.798	.025	.438
	연령	20대	-.009	-.126	.003	.041	.034	.483	.003	.043
		30대	.177	1.640	.168	1.608	.229	2.199*	.166	1.572
		40대	.002	.024	-.005	-.057	.027	.324	-.021	-.255
	계급	순경	-.008	-.113	-.021	-.317	-.051	-.759	-.050	-.756
		경장	-.177	-2.076*	-.107	-1.288	-.129	-1.563	-.096	-1.168
		경사	-.066	-.858*	-.019	-.258	-.035	-.468	-.007	-.088
	교육수준		.138	2.331	.067	1.132	.049	.837	.064	1.105
독립 변수	상대적 박탈감(R)		-	-	-.278	-4.718***	-.279	-4.791***	-.276	-4.790***
조절 변수	재량권		-	-	-	-	-.011	-.187	-.041	-.705
	공직봉사동기		-	-	-	-	.196	3.467**	.213	3.777***
상호 작용항	상대적박탈감× 재량권		-	-	-	-	-	-	.147	2.469*
	상대적박탈감× 공직봉사동기		-	-	-	-	-	-	.035	.611
통계량	$R^2(Adj\ R^2)$		.049(.022)		.116(.089)		.152(.120)		.174(.137)	
	$F(p)$		1.860		4.247***		4.697***		4.638***	
	Durbin-Watson		1.845		1.894		1.950		1.943	

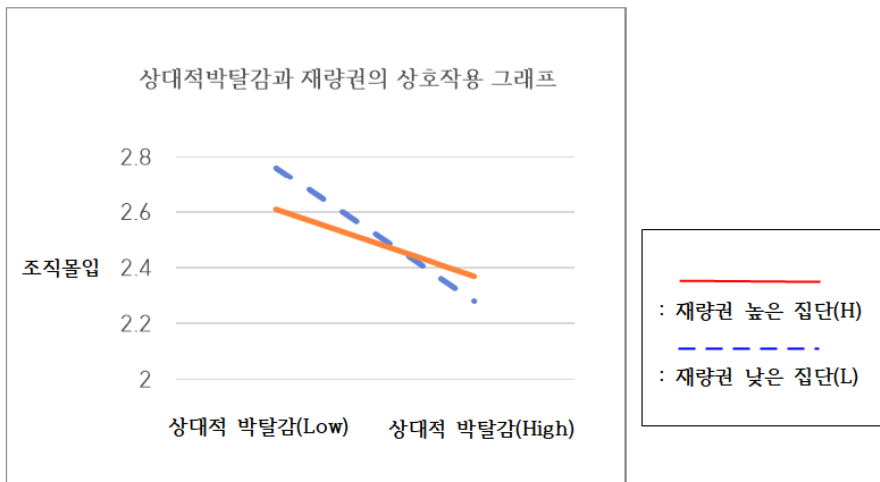
*p<.05, **p<.01, ***p<.001

reference group : 성별*여자, 연령*50대 이상, 계급*경위, 교육수준*대졸이상(1=고졸, 0=대졸이상)

<모형3>은 공직봉사동기를 조절변수로 <모형2>에 포함시켜 다중회귀분석을 실시한 결과이다. <모형3>도 <모형2>와 마찬가지로 모형의 적합성($F=4.697$, $p < .001$)이 있다. 그리고 상대적 박탈감($\beta=-.279$, $p < .001$)은 <모형2>와 마찬가지로 음(-)의 방향으로 영향력이 높아지며 유의한 결과가 나타났고, 조절변수인 공직봉사동기($\beta=.196$, $p < .001$)도 양(+)의 방향으로 통계적으로 유의하게 영향력이 높아진다. 하지만 조절변수인 재량권은($\beta=-.011$, $p > .05$)로 통계적으로 유의하지 않는 것을 보여준다.

<모형4>는 조절변수인 공직봉사동기 뿐만 아니라 상대적박탈감과 공직봉사동기의 상호작용항을 <모형3>에 추가하여 다중회귀분석을 실시하였으며, 모형의 적합성 ($F=4.638$, $p < .001$)이 있다. 상대적박탈감과 공직봉사동기의 상호작용항은 유의수준 $p > .05$ 로서 통계적으로 유의하지 않아, 상대적 박탈감과 규범적 몰입의 관계에서 공직봉사동기의 조절효과는 없는 것으로 나타났다. 하지만 상대적박탈감과 재량권의 상호작용항($\beta=.147$, $p < .05$)은 양(+)의 방향으로 유의성이 있고, 통계적으로 유의한 것을 알 수 있어 상대적 박탈감과 규범적 몰입의 사이에서 재량권이 양(+)의 방향으로 조절효과가 있음을 알 수 있다. 결과적으로 가설 1-2), 2-2), 3-4)는 채택되고, 가설 2-4), 3-2)는 기각되었다.

[그림 2] 상대적 박탈감과 재량권의 상호작용 그래프



회귀분석의 상호작용항 분석결과에 대한 그래프는 [그림 2]와 같다. 재량권이 높은 집단과 낮은 집단을 평균치를 기준으로 구분하여 분석한 결과 재량권이 낮은 집단(점선)의 기울기는 재량권이 높은 집단(실선)에 비해서 더 크게 나타났다. 즉 재량권이 높은 집단과 낮은 집단 모두 상대적 박탈감이 높아질수록 조직몰입이 낮아지는 것을 알 수 있으며, 재량권이 낮은 집단이 재량권이 높은 집단에 비해 상대적 박탈감이 증대될수록 조직몰입

이 큰 폭으로 줄어든다. 결론적으로 재량권이 높은 집단은 상대적 박탈감이 조직몰입에 미치는 영향에 대해 재량권 낮은 집단보다 더 적게 영향을 받는 것을 알 수 있다.

V. 결 론

분석결과에 대해서 다음과 같은 논의가 가능하다. 첫째, 상대적 박탈감과 공직봉사동기는 근속적 몰입에는 유의한 영향이 없고, 규범적 몰입에만 영향을 미친 것을 알 수 있다. 또한, 재량권은 근속적몰입과 규범적몰입 모두 통계적으로 유의미한 관계가 도출되지 않았다. 통계적으로 유의미하지 않은 결과가 도출된 것에 대한 원인을 해석하는 것은 본 연구의 결과만으로는 단언하기 어렵다. 다만, 상대적 박탈감과 공직봉사동기가 근속적 몰입과 규범적 몰입에서 모두 영향의 방향성이 일치한다는 점은 주목할 수 있다. 계량경제학적 관점에서 본 연구의 표본이 현재보다 커진다면 근속적 몰입에 대한 영향도 통계적으로 유의미한 결과가 도출될 가능성도 있기 때문이다. 따라서, 본 연구의 결과만으로 독립변수와 조절변수의 영향이 근속적 몰입과 규범적 몰입에서 차이가 나타난다고 단정하기는 어렵다고 연구자들은 판단하였다.

둘째, 상대적 박탈감과 규범적 몰입에서 조절효과는 상대적 박탈감과 재량권의 상호작용항에서만 긍정적인 조절효과를 나타내고, 상대적 박탈감과 공직봉사동기의 상호작용항에서는 유의한 결과를 도출하지 못하였다. 이는 재량권은 조직 관리적 차원의 변수이고 공직봉사동기는 개인적 차원의 변수로서, 수사경찰관의 상대적 박탈감을 느끼는 상황에서는 조직적 차원의 변수인 재량권이 긍정적인 상호작용을 한다. 이 결과는 상대적 박탈감이 조직몰입에 미치는 영향에 대해서 개인적 차원에서 형성되는 공직봉사동기를 향상시키는데 초점을 맞추기보다는 조직관리 차원의 변수라고 할 수 있는 재량권을 활용하는 것이 더욱 효율적인 대안이라는 점을 알 수 있다.

본 연구가 갖는 이론적 시사점은 다음과 같다. 첫째, 사회비교이론, 상대박탈이론, 사회정체성이론, 정서적 사건이론, 개인-조직 적합성이론, 내적동기이론 등을 적용하여 논의를 진행하였으며 실증분석 결과를 제시하였다. 둘째, 조직몰입의 하위요인인 근속적 몰입과 규범적 몰입을 구분하여 결과를 분석하여 독립변수와 조절변수가 미치는 영향의

차이를 분석하였다. 상술한 것처럼 영향의 차이를 단정하기는 어렵지만 향후 연구를 통해서 보완한다면 보다 깊은 논의가 가능할 것으로 판단하였다. 셋째, 경찰공무원을 대상으로 조직몰입을 연구한 기존의 국내 논문들은 많지만 수사경찰관의 조직몰입 연구는 많지 않다. 수사부서에 대한 기피현상이 나타나고 있는 상황에서 조직몰입을 향상시키기 위한 방안을 고려하는데 기초연구가 될 수 있을 것이다.

이를 바탕으로 한 정책적 시사점은 다음과 같다. 첫째, 상대적 박탈감을 조직차원의 관리방법으로 낮추는 방안이 필요하다. 전문성과 업무량에 비례하는 추가수당이나 인센티브 등을 고려할 수 있지만, 성과관리의 역설이 발생할 수 있는 만큼 경찰공무원을 대상으로 한 직무분석과 후속연구를 바탕으로 구체적인 대안을 검토해야 할 것이다. 둘째, 공직봉사동기의 긍정적 영향을 활용할 수 있는 조직관리와 인사정책적 방안이 마련되어야 한다. 공직봉사동기는 쉽게 변화하기 어려운 고정적 특성(전대성·이수영, 2015)을 가지므로 채용과정에서 공직봉사동기가 높은 사람을 선발할 필요가 있다(최낙범·전대성, 2016; 이지혜, 2017; 김상목, 2013; 정태운, 2019). 경찰의 인·적성검사나 면접 과정에서 공직봉사동기가 높은 인재를 선발하는 것을 고려할 수 있다. 공직봉사동기는 내재적 가치이므로 교육·훈련과정 제공과 Brewer & Walker (2013)의 연구에서 제시하였던 프로그램의 개발과 운영 및 목표설정(왕태규 외, 2018)도 좋은 방안이다. 셋째, 수사경찰관의 상대적 박탈감이 규범적 몰입을 감소시키는 문제에 대해서는 조직관리 차원의 재량권을 활용할 수 있는 정책적 대안과 재량권의 확대방안도 마련되어야 한다.

본 연구는 연구대상이 부산경찰청 산하 15개 경찰서의 수사경찰관으로 한정하였으므로 연구결과를 전체 경찰공무원으로 일반화하는 데 한계가 있다. 또한, 조직몰입에 대한 이론적 근거에 따라서 설문을 진행하였지만, 인식지표의 특성이 있어서 실제행동을 측정하는 것은 어려움이 있다. 본 연구의 사전인터뷰 과정에서 행태에 대한 의견을 수렴하였고 이를 분석과정에서 고려하도록 노력하였지만 보다 정지한 연구설계를 하지 못한 것은 한계라고 할 수 있다. 또한 본 연구에서의 상대적 박탈감은 보수와 후생복지의 측면이라는 점에서 박탈감이 발생하는 여러 요인을 모두 고려하지는 못하였다. 이 부분은 향후 연구를 통해서 보다 체계적인 분류와 원인분석이 필요할 것이다.

참고문헌

- 강동현·손승연 (2020). 권위주의적 리더십이 조직침묵에 미치는 영향: 상대적 박탈감의 매개효과와 성장욕구 강도의 조절효과. 리더십연구, 11(3): 67-93.
- 강영철·최낙범 (2019). 경찰의 행정책임성이 조직몰입에 미치는 영향분석: 재량권과 사회적 지지의 매개효과를 중심으로. 한국경찰학회보, 21(6): 26-52.
- 강제상·임재강 (2007). 경찰중간간부의 리더십이 조직몰입에 미치는 영향. 사회과학연구, 33(1): 87-104.
- 고종욱·장인봉 (2004). 조직에 대한 정감적, 지속적 및 규범적 몰입의 결정요인에 대한 비교연구. 한국행정학보, 38(5): 327-349.
- 고현규·이윤환 (2012). 수사경찰의 조직역량이 조직몰입에 미치는 영향에 관한 연구. 디지털융복합연구, 10(9): 59-72.
- 김가은 외 (2020). 신입경찰관의 공공봉사동기에 영향을 미치는 요인에 관한 연구. 한국공안행정학회보, 78: 11-43.
- 김규식 (2014). 경찰공무원의 리더십, 참여와 분권요인이 조직몰입에 미치는 영향- 혁신문화의 매개효과를 중심으로 -. 동국대학교 대학원 경찰행정학과 박사학위논문.
- 김동현·손승연 (2020). 권위주의적 리더십이 조직침묵에 미치는 영향: 상대적 박탈감의 매개효과와 성장욕구 강도의 조절효과. 리더십연구, 11(3): 67-93.
- 김병섭 외 (2002). 조직의 이해와 관리. 대영문화사.
- 김상묵 (2005). 공직 선택 동기와 공무원의 행태. 한국행정연구, 14(2): 297-325.
- 김상묵 (2013). 한국인의 공공봉사동기. 집문당.
- 김소희 (2020). 동기이론에 대한 비교분석: 공공봉사동기, 업무특성이론, 내재적 동기이론. 한국행정학보, 54(1): 37-75.
- 김신원 (2016). 호텔 비정규직의 상대적 박탈감이 직업정체성과 고객지향성에 미치는 영향: 정체성관리전략의 조절효과를 중심으로. 호남대학교 호텔관광학과 박사학위논문.
- 김지윤·박종훈·김창수 (2019). 최고경영자의 해외경험과 기업 국제화: 경영자 재량권의 조절효과. 국제경영연구, 30(2): 61-93.

- 김진희 (2008). 변혁적 리더십이 조직시민행동에 미치는 영향과 팀웍의 매개효과에 대한 연구. HRD 연구, 10(3): 175-194.
- 나현민·하태수 (2015). 일선경찰의 재량행위와 재량행위 요인에 관한 연구: 수원시 지구대 및 파출소를 중심으로. 공공정책과 국정관리, 9(2): 37-71.
- 류수전 (2019). 종업원재량권과 성과보상이 생산성에 미치는 영향. 부산대학교 대학원 석사학위논문.
- 문광수 (2014). 임금만족이 조직몰입에 미치는 영향. 한국심리학회지 산업 및 조직, 27(3): 585-615.
- 박근석 (2002). 사회구조 요인과 사회정체성에 따른 상대박탈 경험 및 집합행동: 영호남인의 지역간 갈등을 중심으로. 성균관대 대학원 심리학과 박사학위논문.
- 박길남 (2018). 정책집행과정에서 출입국관리공무원의 직무조건이 고객지향성에 미치는 영향 연구 - 재량행위 조절효과를 중심으로 -. 서울시립대학교 대학원 박사학위논문.
- 박성환 (2001). 기업의 자율성과 통제의 적합성이 성과에 미치는 영향. 사회과학연구, 8: 139-155.
- 박순환 (2017). 공공봉사동기와 개인-조직 적합성의 영향 요인과 효과에 관한 연구. 울산대학교 대학원 행정학과 박사학위논문.
- 박영주 (2008). 수사경찰의 직무만족과 조직몰입에 관한 연구. 시큐리티연구, 15: 139-163.
- 박재풍 외 (2018). 신임경찰관 입직동기와 공공봉사동기 사이에 대한 인과성 분석. 한국경찰학회보, 20(5): 126-151.
- 박종주·류지원 (2006). 공무원의 조직공정성 지각이 조직유효성과 행정서비스 품질에 미치는 영향: 전라북도 일반직 공무원과 경찰공무원의 비교를 중심으로. 지방정부연구, 10(1): 25-48.
- 박주상 (2014). 해양경찰공무원의 재량행위가 고객지향성에 미치는 영향. 치안정책연구, 28(2): 229-258.
- 박현욱 (2020). 진성 리더십이 혁신행동에 미치는 영향: 개인-조직 적합성의 매개효과와 혁신 지향 조직 분위기의 조절효과를 중심으로. 한국행정학보, 54(1): 1-35.

- 박현욱·이인원 (2020). 감정노동과 직무소진과의 관계: 공공봉사동기의 조절효과를 중심으로. 한국조직학회보, 17(1): 35-62.
- 백현인·황의갑 (2011). 수사경찰관의 직무만족과 조직몰입에 영향을 미치는 요인. 한국사회과학연구, 14(1): 105-132.
- 송병호 (2005). 경찰서장의 리더십이 경찰관의 조직몰입에 미치는 영향에 관한 연구. 한국경찰학회보, 7(2): 69-112
- 신재현·김상운 (2018). 경찰의 인적네트워크 수준이 조직몰입에 미치는 영향. 경찰학논총, 13(4): 41-64.
- 신호식·윤대근 (2013). 변혁적 리더십이 조직몰입에 미치는 영향. 해양환경안전학회지, 19(6): 621-628.
- 왕태규 외 (2018). 공무원의 역량, 동기, 기회가 조직성가에 미치는 영향: 공공봉사동기의 조절효과를 중심으로. 한국행정연구, 27(2): 83-113.
- 유훈 (2016). 정책집행론. 대영문화사.
- 윤병섭·이영한·이홍재 (2010). 성과급에 대한 공정성 인식이 직무만족과 조직몰입에 미치는 영향: 경찰공무원들의 인식을 중심으로. 한국정책연구, 10(3): 219-238.
- 윤유나 (2020). 청소년의 상대적 박탈감이 진로성숙도에 미치는 영향: 자아정체감의 매개효과. 숙명여자대학교 대학원 석사학위논문.
- 이수창 (2014). 일선 경찰관 재량행위가 경찰조직의 신뢰에 미치는 영향 분석. 한국조직학회보, 11(1): 83-103.
- 이영균 (2014). 경찰공무원의 공공봉사동기가 조직성가에 미치는 영향 연구. 한국경찰연구, 13(3): 211-238.
- 이용재 (2008). 지역사회 정체성과 상대적 박탈감이 스포츠팀 정체성에 미치는 영향. 서울대학교 대학원 박사학위논문.
- 이준환 (2020). 보상인식이 공무원의 이직의도에 미치는 영향: 공공봉사동기의 조절효과를 중심으로. 서울대학교 행정대학원 석사학위논문.
- 이지혜 (2017). 경찰공무원의 공공봉사동기가 직무태도와 개인성가에 미치는 영향- 개인- 직무 적합성(P-J Fit)의 조절효과를 중심으로-. 연세대학교 행정대학원 석사학위논문.

- 이태경 (2021). 주취자 조치에 있어서 현장 경찰관들의 재량권 행사에 대한 인식 연구. 서울대학교 행정대학원 석사학위논문.
- 이환범·이수창 (2006). 경찰조직문화 유형별 특성과 조직몰입간의 영향관계분석. 한국정책과학학회보, 10(4): 137-157.
- 장봉진 (2020). 공무원의 승진영향요인이 직무태도에 미치는 영향에 관한 연구: 공공봉사동기의 조절효과를 중심으로. 한국조직학회보, 17(3): 69-94.
- 장석현·이강훈 (2007). 경찰조직문화가 조직몰입에 미치는 영향에 관한 연구. 한국공인행정학회보, 16(1): 41-64.
- 전만권·김종범 (2015). 중앙부처 공무원의 직무몰입과 직무관여 영향요인 연구. 한국거버넌스학회보, 22(3): 43-66.
- 정두환 (2019). 조직문화와 조직공정성이 직무만족과 조직몰입, 조직시민행동에 미치는 영향에 관한 연구. 위덕대학교 대학원 박사학위논문.
- 조태준 (2019). 재량권과 성과 간 관계에 대한 심리적 임파워먼트의 매개효과 연구: 중화위직 공무원을 중심으로. 한국인사행정학회보, 18(1): 211-244.
- 주성빈 (2015). 경찰 재량행위의 영향요인에 관한 다수준 연구 - 불심검문을 중심으로 -. 동국대학교 대학원 박사학위논문.
- 주재진 (2016). 경찰공무원의 조직문화인식과 조직몰입이 사회적 태만에 미치는 영향. 한국콘텐츠학회논문지, 16(1): 438-444.
- 지성권 외 (2011). 종업원 재량권과 성과보상이 생산성에 미치는 영향. 국제회계연구, 37: 359-392.
- 최낙범 (2013). 조직공정성 인식이 조직몰입에 미치는 영향에 관한 연구 : 경찰조직을 중심으로. 서울대학교 행정대학원 석사학위논문.
- 최낙범·엄석진 (2013). 조직공정성 인식이 조직몰입에 미치는 영향: 경찰조직에서의 상호작용공정성을 중심으로. 한국행정연구, 47(3): 181-212.
- 최낙범·이수영 (2016). 공무원의 공공봉사동기(PSM)가 조직몰입에 미치는 영향 -직무특성의 조절효과 검증을 중심으로. 한국행정연구, 25(1): 169-215.
- 최낙범·전대성 (2016). 경찰관의 공공봉사동기(PSM)와 직무만족에 관한 연구 - 직무특성에 관한 연구 - 직무특성의 조절효과를 중심으로. 한국정책학회보, 25(1):

129-158.

- 최유진·도명록 (2020). 윤리적 리더십이 공공·민간 조직구성원의 업무열의에 미치는 영향: 공공봉사동기의 조절효과를 중심으로. *한국행정연구*, 29(1): 59-87.
- 최재환 (2006). 기업통합에 따른 조직몰입의 결정요인에 관한 탐색적 연구. 중앙대학교 대학원 경영학과 박사학위논문.
- 한국행정연구원 (2013). 2013년 공직생활에 대한 인식조사. *한국행정연구원*, 1-546.
- 한진태·곽대경 (2020). 수사경찰의 조직공정성이 조직몰입에 미치는 영향 - 상사신뢰의 매개효과를 중심으로 -. *시큐리티연구*, 62: 159-184.
- 허성욱 (2019). 공무원의 상대적 박탈감과 진성 리더십 인식이 조직몰입에 미치는 영향: 진정리더십의 조절효과 탐색. *한국행정연구*, 28(3): 121-141.
- 허성욱·조일형 (2018). 공무원의 상대적 박탈감과 이직의도 관련성에 대한 연구. *한국행정연구*, 27(3): 39-66.
- Allen, N. J. & Meyer, J. P. (1984). Testing Side-Bet Theory of a Organizational Commitment: Some Methodological Consideration, *Journal of Applied Psychology*, 69(3): 372-378.
- Becker, H. S. (1960). Notes on the concept of commitment. *American J ournal of Sociology*. 66(1), 32-4.
- Buunk, B., & Janssen, P. (1992). Relative deprivation, career issues, and mental health among men in midlife. *Journal of Vocational Behavior*, 40(3): 338-350.
- Crosby, F. (1976), A model of egoistical relative deprivation. *Psychological review*, 83(2), 85.
- Davis, K. C. (1969), *Discretionary Justice*, Baton Rouge: Louisiana State University Press.
- De Moura, G. R., Abrams, D., Retter, C., Gunnarsdottir, S., & Ando, K. (2009). Identification as an organizational anchor: How identification and job satisfaction combine to predict turnover intention. *European Journal of*

Social Psychology, 39(4): 540-557.

- Jin, M. H., McDonald, B., & Park, J. (2018). Does Public Service Motivation Matter in Public Higher Education? Testing the Theories of Person-Organization fit and Organizational Commitment through a Serial Multiple Mediation Model. *The American Review of Public Administration*, 48(1): 82-97.
- Kanter, R. M. (1979). Differential access to opportunity and power. In R. Alvarez (Ed.), *Discrimination in organizations*, 52-68. San Francisco: Jossey-Bass.
- Kim, S. (2012). Does Person Organization Fit Matter in the Public Sector? Testing the Mediating Effect of Person Organization Fit in the Relationship between Public Service Motivation and Work Attitudes. *Public Administration Review*, 72(6): 830-840.
- Lipsky, M. (1980). *Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services*. N.Y.: Russell Sage Foundation.
- Meyer, J. P. & Allen, N. J. (1991). A Three-Component Conceptualization of Organizational Commitment. *Human Resource Management Review*, 1(1): 61-89.
- Mummendey, A., Kessler, T., Klink, A., & Mielke, R. (1999). Strategies to cope with negative social identity: Predictions by social identity theory and relative deprivation theory. *Journal of Personality and Social Psychology*, 76(2): 229.
- O'Reilly, C. A. & Chatman, J. (1986). Organizational Commitment and Psychological Attachment: The Effects of Compliance, Identification and Internalization on Prosocial Behavior. *Journal of Applied Psychology*, 71: 192-499.
- Perry, J. L. & L. R. Wise (1990). The Motivational Bases of Public Service. *Public Administration Review*, 50(3): 367-373.
- Perry, J. L. & Hondeghem, A.(2008). Motivation in public management. The call

of public service. New York: Oxford University Press.

Rainey, H. G. (1982). Reward preferences among public and private managers: In search of the service ethic. *The American Review of Public Administration*, 16(4), 288-302.

The effect of the relative deprivation of investigative police officers on organizational commitment

- Focusing on the moderating effect of public service motivation and discretion -

Lee, Sangjin* · Jeong, Jisu**

This study analyzed the effect of relative deprivation of investigative police officers on organizational commitment. In addition, the moderating effect of public service motive and discretion was analyzed on the relationship between relative deprivation and organizational commitment. A questionnaire was conducted based on theories and variables of previous studies, and multiple regression analysis was conducted by sampling proportionally stratified samples from 300 investigative police officers working in the criminal and investigation divisions of 15 police stations in Busan Metropolitan City. First, the relative deprivation and motive of public service officers had only an effect on normative commitment. Second, the motive for public service of investigative police officers had a positive effect on normative commitment, but discretion did not have a positive effect on normative commitment. Third, in the negative relationship of relative deprivation of investigative police officers on normative commitment, discretion showed a positive moderating effect. This study presented organizational management and policy alternatives based on the analysis results.

❖ Key words: Police officer, relative deprivation, organizational commitment, public service motivation, discretion

* Pusan Metropolitan Police (36879@naver.com)

** Corresponding Author, Associate Professor, Department of Public Administration at Korean National Police University (jisu@police.ac.kr)

형사정책연구 가을호 논문투고 안내

형사정책연구 '가을호' 원고를 모집합니다. 원고접수 마감일은 2022년 8월 31일(수)까지입니다. 관련분야 전문가 여러분의 많은 참여와 투고를 바랍니다.

1. 원고내용

- 제목(한글 및 외국어)
- 성명, 소속 및 직위(한글 및 외국어)
 - ※ 저자가 2인 이상인 경우 책임저자와 공동저자를 구분하여 명시
- 초록(한글 및 외국어)
- 주제어(한글 및 외국어)
- 본문(항목번호는 I, 1, 가, 1), 가) 순으로 구성하며 제목위, 아래 한행씩 띄어준다)
 - ※ 원칙적으로 국문으로 작성하고 번역문인 경우 원문 별도 첨부
 - 외국어는 단일언어 표기시에 반드시 영문으로 작성하고 국문번역본을 첨부
- 참고문헌(국내, 구미, 일본의 순으로 저자별 가나다 및 알파벳순으로 하되 단행본, 논문의 순으로 정리, 단 구미문헌의 경우 저자의 성을 먼저 기록한 후 이름을 기록하고 책명, 발행연도 순으로 구성)
- 각주(논문 하단에 위치하되 일련번호를 명시)
- 제목, 성명, 소속 및 직위, 초록 주제어의 외국어 작성시, 반드시 영문을 포함하여 작성

2. 원고작성

- 용지종류 및 여백 : A4, 위쪽 35mm, 오른쪽 및 왼쪽 30mm, 아래쪽 30mm
- 글자모양 및 크기 : 신명조체 11포인트(각주는 10포인트)
- 줄 간격 : 180%
- 분량 : A4 20매 내외(최대 25매 초과 불가)
- 작성 : 한글 프로그램 사용

3. 투고자격 및 심사

- 원고 투고자의 자격은 학계의 대학교수, 실무계의 변호사, 판사, 검사 등 형사정책 관련 분야의 박사학위 취득자 또는 연구경력자로 한다.
- 제출된 원고는 형사정책 관련분야의 학술적 독창성이 있어야 하며 발표되지 않은 것이어야 한다.
- 제출된 원고는 관련규정에 따라 심사를 하여 게재여부를 결정하며, 원고 내용의 수정요청이 있을 경우 필자는 이에 응하거나 거부할 수 있다.

4. 원고접수 마감 및 제출처

- 원고접수 마감일 : 2022년 8월 31일(수)
- 제출처 : <https://kic.jams.or.kr>
- 전 화 : (02) 3460-5184
 - ※ 투고논문은 투고자의 신분이 노출되지 않도록 사전에 성명, 소속 등 신상정보를 반드시 삭제하여 주시고, 신분 노출에 따른 불이익은 투고자에게 있습니다.
 - ※ 논문투고 시 발생하는 심사료 및 게재를 포함한 모든 비용은 한국형사·법무정책연구원에 서 부담합니다.

CALL FOR PAPERS

International Journal of Criminal Justice

AIM AND SCOPE

The International Journal of Criminal Justice (IJCJ), a biannual and peer-reviewed English journal published by Korean Institute of Criminology and Justice (KICJ), facilitates comprehensive analysis and evidence-based research on crime trends in order to make a contribution to crime prevention and criminal justice policies.

The IJCJ will share academic and practical views from home and abroad and play a pivotal role as an international academic arena for criminal justice policies.

SUBMISSION DETAILS

- Manuscripts should be written in English and should be no more than 10,000 words in MS word.
- Please provide an abstract which should be no more than 200 words in length and a maximum of 5 key words.
- All papers should identify all authors and provide their contact information such as phone numbers, full postal addresses, email addresses, affiliations and so on.
- Authors should ensure that they have written entirely original works, and should not publish manuscripts describing essentially the same research in more than one journal.
- Honorarium (USD 2,000 or KRW 2,000,000) will be paid when papers are accepted for publication.
- All manuscripts must be submitted to the managing editor Ms. Hyewon KWON at ijcj@kicj.re.kr

AREAS

The International Journal of Criminal Justice (IJCJ) invites papers from many different realms of criminology and criminal justice at both regional and global levels. Any issues related to criminology and criminal justice will be welcomed such as:

Community Sanction, Corrections, Corruption & White Collar Crime, Crime Prevention & Protection, Crime Trends, Crime & Deviance, Criminal Investigation, Criminal Law & Policy, Criminal Procedure, Cybercrime, Drug, Terrorism & Organized Crime, Economic & Corporate Crime, Information, Technology & Forensic Science, Juvenile Delinquency, Juvenile Justice, Penology, Police & Policing, Violent Crime.

간행물출판위원회

위원장 : 이 천 현 (한국형사·법무정책연구원 형사정책연구실 선임연구위원)

위 원 : 강 지 현 (울산대학교 경찰학전공 교수)

강 태 경 (한국형사·법무정책연구원 법무정책연구실 연구위원)

김 지 선 (한국형사·법무정책연구원 범죄예방·교정정책연구실 선임연구위원)

김 한 균 (한국형사·법무정책연구원 형사정책연구실 선임연구위원)

이 동 원 (원광대학교 경찰행정학과 교수)

이 동 희 (경찰대학 법학과 교수)

최 영 신 (한국형사·법무정책연구원 범죄예방·교정정책연구실 선임연구위원)

최 준 혁 (인하대학교 법학전문대학원 교수)

탁 희 성 (한국형사·법무정책연구원 형사정책연구실 선임연구위원)

황 지 태 (한국형사·법무정책연구원 범죄분석·조사연구실 선임연구위원)

(가나다 순)

간 사 : 구 교 원 (한국형사·법무정책연구원 기획조정실 선임행정원)

형사정책연구

제33권 제2호(통권 제130호, 2022·여름호)

발행인 : 하 태 훈

발행처 : 한국형사·법무정책연구원
서울시 서초구 태봉로 114
전화 (02)3460-5184

등 록 : 1990년 4월 3일 바-1360

발행일 : 2022년 6월 30일

인 쇄 : 고려씨엔피
전화 (02)2277-1508

본 학술지 내용의 무단전재를 금함

[정가 : 10,000원]

