

2021년
한국형사정책학회·한국형사정책연구원
춘계공동학술대회

최신 형사정책 이슈별 쟁점과 향후 과제

- 일 시 | 2021년 3월 27일 (토) 14:00~18:00
- 방 식 | Zoom을 이용한 비대면 방식

2021년 한국형사정책학회·한국형사정책연구원 춘계공동학술대회

- 주 제 | 최신 형사정책 이슈별 쟁점과 향후 과제
- 일 시 | 2021년 3월 27일 (토) 14:00~18:00
- 방 식 | Zoom을 이용한 비대면 방식

시 간	내 용
전체사회	최호진 교수(단국대)
14:00~14:30	개회사 박미숙 한국형사정책학회 회장 축사 한인섭 한국형사정책연구원 원장
14:30~15:30	[제1세션] 중대재해처벌법의 형사정책적 교훈 사회 김재윤 교수(건국대) 발표 이근우 교수(가천대) 토론 김한균 박사(한국형사정책연구원) 토론 김영중 박사(한국형사정책연구원) 토론 김명준 부장(산업안전보건연구원 정책제도연구부)
15:30~15:45	휴식
15:45~16:45	[제2세션] 스토킹 신고에 대한 경찰의 대응 사회 장다혜 박사(한국형사정책연구원) 발표 한민경 교수(경찰대) 토론 심영주 박사(인하대 법학연구원) 토론 서경남 활동가(한국여성의전화)
16:45~17:00	휴식
17:00~18:00	[제3세션] 낙태와 중절: 입법부작위가 남긴 문제 사회 이인영 교수(홍익대) 발표 이경렬 교수(성균관대) 토론 이상한 박사(한양대 법학연구소) 토론 최현정 변호사(희망을만드는법)
18:00~	폐회 및 행사정리

목 차

[제1세션] 중대재해처벌법의 형사정책적 교훈	4
발표문 이근우 교수(가천대)	5
토론문 김한균 박사(한국형사정책연구원)	28
토론문 김영중 박사(한국형사정책연구원)	33
토론문 김명준 부장(산업안전보건연구원 정책제도연구부)	36
 [제2세션] 스토킹 신고에 대한 경찰의 대응	38
발표문 한민경 교수(경찰대)	39
토론문 심영주 박사(인하대 법학연구원)	55
토론문 서경남 활동가(한국여성의전화)	60
 [제3세션] 낙태와 중절: 입법부작위가 남긴 문제	64
발표문 이경렬 교수(성균관대)	65
토론문 이상한 박사(한양대 법학연구소)	90
토론문 최현정 변호사(희망을만드는법)	93



제1세션

중대재해처벌법의 형사정책적 교훈

사회 | 김재윤 교수(건국대)
발표 | 이근우 교수(가천대)
토론 | 김한균 박사(한국형사정책연구원)
토론 | 김영중 박사(한국형사정책연구원)
토론 | 김명준 부장(산업안전보건연구원 정책제도연구부)

[제1세션]

중대재해처벌법 제정의 형사정책적 교훈

이 근 우(가천대학교 교수, 법학박사)

I. 입법과정 비판

1. 배경

우리나라 산업현장에서 막을 수 있었던 산재사고로 인하여 너무 많은 아까운 생명들이 스러져간다는 점은 아주 오랫동안 지적되어 왔고, 그에 대한 몇몇 대응 조치들은 이루어져 왔다. 많은 비판을 받고 있는 ‘산업안전보건법’(이하 ‘산안법’)도 본래 근로기준법의 안전, 보건에 관한 일부 조항이 모법으로부터 분리되어 독자적으로 발전되어온 것이고, 그래서 여전히 보건복지가 아니라 고용노동부 소관법률로서 근로감독관의 전속관할에 해당하는 법률에 속하는 것이다. 그러나 여러 차례의 개정을 통해 방대한 주의의무체계를 형성하고 형벌을 강화시킨 ‘산안법’조차 형량이 약하다는 비판을 받아왔고, 산재사고 ‘근절’을 위한 대대적 개정 압력이 있었다. 이러한 움직임 중에는 영국에서 신설된 법률에 주목하여 소위 ‘기업살인법’¹⁾ 형태의 법률 제정을 주장하던 움직임도 있었다. 주로 자연인이 아닌 법인기업 자체의 처벌을 입법적으로 해결하려는 시도라고 할 수 있다. 이는 우리의 형사법 체계가 전통적인 자연인 중심의 범죄론 때문에 법인의 처벌은 양벌규정이라는 특별형식을 통해서 가능하다는 한계를 극복하기 위한 노력이었지만, 다른 시각에서 보면 ‘법인’에 대한 형사처벌이 자연인과는 달리 결국 벌금형과 같은 재산형 위주가 될 수밖에 없음을 간과한 것이라고 할 수 있다. 물론 법인해산 등을 포함하는 불이익 부과(제재)도 충분히 형벌적 효과를 가질 수 있는 것이지만, 우리 법체계에서는 이것이 형벌이 아니라 행정제재에 속하는 것이라는 점, 행정기관들이 기업우호적이어서 쉽게 강력한 제재권한을 행사하지 않아 왔다는 점을 고려하여, ‘형사법정’에서 기업을 ‘단죄’한다고 하는 상징적 효과만이라고 추구하겠다는 의도라면 그 또한 충분히 존중할만한 것이기는 하다.

2. 정당한 문제의식과 잘못된 접근, 정략적 입법화

1) ‘Corporate Manslaughter Act’, “Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007” 등의 본래의 법명을 고려하면 좋은 번역이라고는 볼 수 없지만, 강렬한 인상 때문에 한동안 이 명칭이 통용된 바 있다. 제20대 국회에 제출된 다양한 중대재해기업처벌법 법안에 대한 것은 권오성, “소위 ‘기업살인법’ 도입 논의와 노동법적 함의”, 「노동법포럼」 제28호, 노동법이론실무학회, 2019.11., 137쪽 이하 참조. ‘기업살인죄(corporate killing)’라는 용어를 사용하기는 하지만, 김재윤, 영국의 기업과실치사법에 대한 고찰과 시사점, 형사정책연구 제25권 제4호, 2014 는 이를 달리 번역사용하고 있다. 한편 이 글 186-202면에서도 영국에서의 제정 경위를 상세하게 소개하고 있다.

그런데 이러한 정의당과 노동계의 움직임과는 달리 형법학계에서도 이에 호응하는 입장은 극소수였는데, 노동법 분야에 논문을 발표한 연구자가 몇 명되지 않았다는 이유가 큰 것으로 보인다. 기성 정치권에 서의 반응도 부정적인 것이었는데 집권당인 민주당의 움직임은 전면개정이 예상되고 있던 산업안전보건법의 개정으로도 동일한 효과를 거둘 수 있으므로 중대재해기업처벌법 제정에는 부정적이었던 것으로 보인다. 그런데 2020년 중후반에 이르러 국민의 힘이 전격적으로 정의당의 주장에 동조하면서 정치적 상황이 급변하게 되었다. 민주당 일부 의원이 정의당案을 대폭 수용한 법안을 제출하였고, 그제야 관련 정부 부처의 의견을 청취하였고, 2021년 1월 통과를 목표로 급속도로 입법이 추진되어, 代案이 2021년 1월 8일 본회의를 통과하였다. 이 代案에 불만을 품은 정의당은 자신들이 제출한 법안의 취지가 크게 퇴색되었다고 하면서 표결에서 기권하였지만, 결국 『중대재해 처벌 등에 관한 법률』(약칭: 중대재해처벌법)[시행 2022.1.27.] [법률 제17907호, 2021.1.26., 제정]로 공포되었다. 이 법률에 대해서 노동, 시민사회는 실효성 없는 반쪽짜리 법이라는 불만을, 기업측은 여전히 기업주를 범죄인시한다는 불만을 드러낸 바 있다.²⁾

이러한 양측의 불만은 당연한 것이라고 할 수 있다. 원래의 ‘중대재해기업처벌법案’을 입안하면서 산재 사고의 책임을 법인기업 자체가 아니라 자연인 기업주에게 직접 물어야만 한다는 관점을 유지하는 노동계의 입장에서는 이 법안들보다 기업주 등 최고책임자 처벌이 어려워진 ‘중대재해처벌법’에 대해 누더기법이라고 불만을 가지는 것이 당연하다. 반면에 종래 산업안전보건법 체계에서 보건, 안전의무의 주체는 사업주로 규정되어 있어서, 자연인 사업주는 이 규정위반에 따른 벌칙규정의 직접적용을 받지만, 법인 사업주의 경우 벌칙 본조에는 해당하지 않고, 양벌규정으로 처벌하면서 함께 처벌되는 자연인인 행위자를 통상적으로 생각하는 사업주체로서의 대표이사, 사장, 회장인 자연인이 아니라 현장소장, 공장장 등 (중간)관리책임자인 자연인으로 보아 이들을 처벌하였던 것³⁾과 비교하면 직접 경영책임자를 형사책임의 주체로 겨냥한 이 법이 기업주에게 위협적으로 느껴지는 것은 당연한 일이다. 하지만 정의당 ‘강은미案’에서부터 이들 중대재해기업처벌법案들은 형법학적 관점에서는 쉽게 인정되기 힘든 요소들을 다수 가지고 있었다. 졸속한 심의 과정에서조차 관계부처의 의견을 받아들여 적용범위를 축소하고 위헌성이 심각하게 의심되는 규정들을 배제하고 나니, 중대재해 발생시에 원인 여하를 불문하고 직접 기업주를 처벌하고자 하는 본래의 취지가 심각하게 훼손되었다고 본 것이지만 형법학의 시각에서는 부적당하지만 그나마 분명한 위헌적 요소는 제거된 법률로 보인다. 이 법안을 제출하게 된 배경은 충분히 이해가 되지만, 본래 산업안전보건법 적용 사안을 중심으로 형사법적 검토를 세밀하게 수행하였어야 하는 법안이 정치적 상황 변화에 따라 너무 급작스럽게 국회를 통과하게 된 셈이고, 특히 중전에 논의되던 적용범위를 확장하여 가슴기살균

2) 대표적으로 매일노동뉴스, 중대재해기업처벌법, 누더기인가 과잉입법인가, 2021.01.08. 07:30 참조. 이 기사에는 ‘중대재해기업처벌법인가 중대재해책임구명법인가’라는 민변 소속 권영국 변호사의 글과 ‘경영책임자·원청에 대한 과잉처벌, 재논의해야’라는 임우택 한국경총 안전보건본부장의 글이 소개되어 있다. 두 글은 이 법률에 대한 대립되는 시각을 극명하게 보여준다. (<http://www.labortoday.co.kr>)<http://www.labortoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=200767>)

3) 양벌 규정의 독특한 적용례로서 통상적 양벌규정이 자연인 행위자를 벌하면서 그의 고용주 등에 해당하는 법인을 양벌규정으로서 처벌하는 것이라면, 의무주체로서 책임주체가 되는 자가 사업주 등인 법인에 해당하는 경우에는 동일한 형식의 양벌규정이 이중기능을 수행하여 책임주체가 되어야 할 법인책임에 부수하여 명시적 책임주체가 아닌 자연인 행위자에게 역적용되는 것처럼 보이는 현상이다. 상세한 것은 우희숙, 양벌규정과 수범자의 처벌범위에 관한 해석론 - 산업안전보건법상 양벌규정을 중심으로, 법학논고 제40권, 경북대학교 법학연구원, 2012.; 양벌규정에 대한 실무가적 관점에서의 접근은 김용섭, 양벌규정의 입법유형에 관한 법적 검토, 인권과 정의 제375호, 대한변호사협회, 2007.; 일본에서의 양벌규정론에 대한 소개로는 이상천, 일본의 양벌규정론에 대한 비교법론적 고찰, 법학논총 제27권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2014.; 양벌규정과 책임원칙의 충돌 문제에 대한 새로운 해석론으로는 김성돈, 기업행법과 양벌규정의 도그마틱-양벌규정상의 법인에 대한 형벌부와 요건을 중심으로, 형사정책연구 제27권 제2호(통권 제106호), 한국형사정책연구원형사정책연구, 2016.; 김성돈, 양벌규정의 문제점과 한계, 그리고 개선입법의 방향성, 형사법연구 제29권 제2호, 한국형사법학회 2017.; 김혜경, 양벌규정상 처벌되는 행위와 행위자간의 불일치, 그리고 법인의 범죄능력 인정, 형사정책연구 제29권 제1호(통권 제113호), 한국형사정책연구원, 2018.참조

제 피해 등 제조물책임이나 화학물질 피해, 그리고 교통수단, 다중이용공간에서의 화재 등에 의한 인명 사고 등까지 이 법률로 모두 처벌할 수 있도록 형사책임의 대상자 범위를 확장하면서 세밀한 검토가 부족했기 때문에 여전히 그 해석, 적용상의 문제는 남아있는 셈이다. 이하에서는 책임원칙의 관점에서 국회에 제출되었던 중대재해기업처벌법안을 간략히 소개하고 실제로 본회의를 통과한 중대재해처벌법을 검토하면서 비판적 분석을 수행하고자 한다.

3. 종전 ‘중대재해기업처벌법’ 법안의 비판적 검토⁴⁾

1) 검토 대상

- 중대재해에 대한 기업 및 정부 책임자 처벌법안(의안번호 5290, 발의연월일 : 2020.11.12. ‘박주민案’으로 약칭함)
- 중대재해에 대한 기업 및 정부 책임자 처벌법안(의안번호 5421, 발의연월일 : 2020.11.17. ‘이탄희案’으로 약칭함)
- 중대재해에 대한 기업 및 책임자 처벌 등에 관한 법률안(의안번호 377, 발의연월일 : 2020.6.11. ‘강은미案’으로 약칭함)

2) 비판적 검토

가. 적용범위의 포괄성

모든 법안에서 “중대재해”란 “중대산업재해”와 “중대시민재해”를 포괄하는데, “중대산업재해”는 종전의 산재사고에 해당하는 경우를 좀 더 엄격하게 규정한 것이지만, “중대시민재해”란 사망 등 재해 정도가 심하거나 다수의 재해자가 발생한 경우로서 가. 사망자가 1명 이상 발생한 재해, 나. 부상자 또는 질병자가 동시에 10명 이상 발생한 결과를 야기하는 것(제2조 3호)을 지칭하고 있다. ‘박주민案’, ‘이탄희案’의 모태가 되는 강은미案은 사업장, 공중이용시설 및 공중교통수단을 대상으로 하면서 특정법률들의 적용대상이 되는 시설들을 각호에 열거하는 바, 마찬가지로 지나치게 광범위해지고, 중소 상공인에 해당하는 (개인)사업주까지 적용범위에 포함된다. 따라서 공히 사망자 1인 이상이 발생한 모든 재해는 ‘중대재해’로 취급되는 셈이어서 사실상 형법상 (업무상)과실치사를 상당부분 대체하는 규정으로 보인다. 또한 “공중이용시설”등을 정의하면서 「실내공기질 관리법」 제3조제1항, 「시설물의 안전 및 유지관리에 관한 특별법」, 「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법」, 그 밖에 공중을 상대로 교육·강연·공연 등이 행하여지는 대통령령으로 정하는 장소를 열거하고 있어서 그 법률들에 따르면, PC방, 산후조리원 등도 모두 포함하고 있어서 여기에 해당하지 않는 사업장을 찾기 힘들 정도로 광범위한 시설을 포괄하고 있다.⁵⁾

4) 이근우, 중대재해처벌법 경과와 제정 법률에 대한 비판적 검토, 刑事政策 제32권 제4호, 한국형사정책학회, 2021의 해당 부분을 수정한 것임. 인용하실 때에는 이 논문을 인용하시기를 부탁드립니다.

5) 공중이용시설의 적용 범위

실내공기질 관리법 제3조(적용대상)은 지하역사, 지하도상가, 철도역사, 여객자동차터미널, 항만시설 중 대합실, 공항시설 중 여객터미널, 도서관, 박물관 및 미술관, 의료기관, 산후조리원, 노인요양시설, 어린이집, 실내어린이놀이시설, 「유통산업발전법」 제2조제3호에 따른

또한 “공중교통수단”이라 함은 불특정다수인이 이용하는 도시철도차량, 철도차량, 승합자동차, 선박, 항공기 등 시설을 말한다고 하는데, 의문스러운 것은 열거된 교통수단에서 거의 대부분의 유형이 포함되어 지나치게 넓은 것과는 달리 반대로 승합자동차의 경우는 특히 「여객자동차 운수사업법 시행령」 제3조제1호'라'목으로 특정하고 있어서 시내버스, 농어촌버스, 마을버스와 전세버스, 특수여객자동차, 일반택시, 개인택시에는 적용되지 않고 오로지 '시외버스'만 적용대상이 된다는 점이다. 특별한 이유를 찾아볼 수 없는데, 아마도 입법에서 참조한 법률의 해당 규정에서 그대로 붙여넣은 탓으로 보인다.(이는 강은미案부터이다.) 또한 선박안전법 제2조(정의) 1호의 “선박”즉 수상 또는 수중에서 항해용으로 사용하거나 사용될 수 있는 것(선외기를 장착한 것을 포함한다)과 이동식 시추선·수상호텔 등 해양수산부령으로 정하는 부유식 해상구조물을 포괄하는 가장 넓은 개념을 준용하고, 동법 제3조 제1항의 적용범위 제한도 적용하고 있지 않아서 1. 군함 및 경찰용 선박, 2. 노, 상앗대, 페달 등을 이용하여 인력만으로 운전하는 선박, 2의2. 「어선법」 제2조제1호에 따른 어선도 모두 포함하게 된다. 마찬가지로 항공안전법 [법률 제17463호, 2020.6.9., 일부개정] 제2조(정의) 1호의 “항공기”개념을 사용하므로 가. 비행기 나. 헬리콥터 다. 비행선 라. 활공기 등 공기의 반작용(지표면 또는 수면에 대한 공기의 반작용은 제외한다.)으로 뜰 수 있는 기기로서 최대이륙중량, 좌석 수 등 국토교통부령으로 정하는 기준⁶⁾에 해당하는 다음 각 목의 기기와 그 밖에 대통령령으로 정하는 기기⁷⁾를 말하게 된다.

의무주체의 설정도 꽤나 넓은데, 법안에서 의무와 범죄의 주체가 되는 “사업주”란 자신의 사업을 영위하는 자, 타인의 노무를 제공받아 사업을 하는 자이고, “경영책임자 등”이란 가. 법인의 대표이사 및 이사,

대규모점포, 지하에 위치한 장례식장, 실내 영화상영관, 학원, 육내전시시설, 인터넷컴퓨터게임시설제공업의 영업시설, 실내주차장, 「건축법」 상 업무시설, 실내 공연장, 실내 체육시설, 목욕장업의 영업시설과 그 밖에 대통령령으로 정하는 시설

다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법 제2조(정의) “다중이용업”이란 불특정 다수인이 이용하는 영업 중 화재 등 재난 발생 시 생명·신체·재산상의 피해가 발생할 우려가 높은 것으로서 대통령령으로 정하는营业을 말한다. 다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법 시행령[대통령령 제29674호, 2019.4.2., 일부개정] 제2조(다중이용업) 휴게음식점영업·제과점영업 또는 일반음식점영업, 단란주점영업과 유흥주점영업, 영화상영관·비디오물감상실업·비디오물소극장업 및 복합영상물제공업, 학원, 목욕장업, 게임제공업·인터넷컴퓨터게임시설제공업 및 복합유통게임제공업, 다만, 게임제공업 및 인터넷컴퓨터게임시설제공업, 노래연습장업, 산후조리업, 고시원업, 실내권총사격장, 골프 연습장업, 안마시술소, 화재발생시 인명피해가 발생할 우려가 높은 불특정다수인이 출입하는 영업으로서 행정안전부령으로 정하는 영업

6) 항공안전법 시행규칙 [국토교통부령 제775호, 2020. 11. 2., 일부개정] 제2조(항공기의 기준) 「항공안전법」(이하 “법”이라 한다) 제2조 제1호 각 목 외의 부분에서 “최대이륙중량, 좌석 수 등 국토교통부령으로 정하는 기준”이란 다음 각 호의 기준을 말한다.

1. 비행기 또는 헬리콥터

가. 사람이 탑승하는 경우: 다음의 기준을 모두 충족할 것

- 1) 최대이륙중량이 600킬로그램(수상비행에 사용하는 경우에는 650킬로그램)을 초과 할 것
- 2) 조종사 좌석을 포함한 탑승좌석 수가 1개 이상일 것
- 3) 동력을 일으키는 기계장치(이하 “발동기”라 한다)가 1개 이상일 것

나. 사람이 탑승하지 아니하고 원격조종등의 방법으로 비행하는 경우: 다음의 기준을 모두 충족할 것

- 1) 연료의 중량을 제외한 자체중량이 150킬로그램을 초과할 것
- 2) 발동기가 1개 이상일 것

2. 비행선

가. 사람이 탑승하는 경우 다음의 기준을 모두 충족할 것

- 1) 발동기가 1개 이상일 것
- 2) 조종사 좌석을 포함한 탑승좌석 수가 1개 이상일 것

나. 사람이 탑승하지 아니하고 원격조종 등의 방법으로 비행하는 경우 다음의 기준을 모두 충족할 것

- 1) 발동기가 1개 이상일 것
- 2) 연료의 중량을 제외한 자체중량이 180킬로그램을 초과하거나 비행선의 길이가 20미터를 초과할 것

3. 활공기: 자체중량이 70킬로그램을 초과할 것

7) 항공안전법 시행령 [대통령령 제31141호, 2020. 11. 3., 일부개정] 제2조(항공기의 범위) 「항공안전법」(이하 “법”이라 한다) 제2조제1호 각 목 외의 부분에서 “대통령령으로 정하는 기기”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기기를 말한다.

1. 최대이륙중량, 좌석 수, 속도 또는 자체중량 등이 국토교통부령으로 정하는 기준을 초과하는 기기

2. 지구 대기권 내외를 비행할 수 있는 항공우주선

나. 중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장, 「지방공기업법」에 따른 지방공기업의 장, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조부터 제6조까지에 의하여 지정된 공공기관의 장, 다. 법인의 대표이사나 이사가 아닌 자로서, 해당 법인의 사업상의 결정에 상당한 영향을 미치거나 그러한 결정에 실질적으로 관여하는 지위에 있는 자로 규정하고 있어서 사실상의 경영자도 포섭되도록 규정하고 있다. 강은미案은 특징적인 것은 다른 법안과 달리 “사업주”란 자신의 사업을 영위하는 자, 타인의 노무를 제공받아 사업을 하는 자 외에 ‘물건의 수거·배달 등을 중개하는 자와 이에 준하는 자’를 포함하고 있다.

그런데 앞서 검토한 바와 같이 “공중이용시설”, “공중교통수단”의 개념이 지나치게 넓어서 일상에서 접할 수 있는 거의 모든 대중시설이 여기에 포함되므로 그 운영자들 대부분이 처벌대상이 되는 “사업주”에 해당하게 된다. 따라서 이 법안에 의하면 ‘산업안전보건법’의 범주처럼 특히 예외적인 경우에만 적용되는 법이 아니기 때문에 이 법에서 사용되는 개념, 용어 등은 특히 명확성 원칙을 준수할 필요가 있다. 왜냐하면 특별한 위험 사업이어서 ‘인·허가’ 대상이 되는 경우 사업주는 당해 사업을 준비, 수행하기 위해서 해당 분야에 대한 일정한 지식을 알아야만 하고 그에 걸맞은 행위를 할 것을 기대할 수 있지만 그 수범자가 일반 국민, 즉 ‘누구든지’에 근접하는 경우 이는 생활인으로서 자연스러운 습득, 인식이 가능할 때에만 그에 게 그 의무위반에 대한 책임을 물을 수 있을 것이기 때문이다.

고의적인 것으로 평가되지 않는 사상의 결과가 발생한 경우에 우리 형법은 그 원인이 된 과실이 있는 자에게 제266조(과실치상)은 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료, 제267조(과실치사)는 2년 이하의 금고 또는 700만원 이하의 벌금, 제268조(업무상과실·중과실 치사상)인 경우이나 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금으로 처벌한다. 그런데 이 법안은 사업주 등에게 사람을 사망에 이르게 한 경우에는 2년 이상의 유기징역 또는 5억원 이상의 벌금, 사망을 제외한 중대산업재해에 이르게 한 경우에는 3년 이하의 유기징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하는 것이다. 그런데 그 수범자 범위가 우리가 주변에서 볼 수 있는 중소규모 영업시설을 운영하는 자에게 까지 확대되는 만큼, 그만큼 분명하게 (주의)의무를 부과하여야 수범자들이 이를 준수하기 위한 노력을 하고 이로 인하여 결과발생을 방지할 수 있는 것이다. 법안에서 대상으로 하고 있는 영업 형태를 보면 해당 영업과정에서 통상적으로 발생할 수 있는 인명사고에 대해서는 사업주가 업무자로서 결과방지의무를 진다고 하겠지만, 그 밖의 원인에 의한 사고에 대해서까지 그러한 고도의 주의의무를 진다고 보기 힘들어도 형벌은 더 가중되고 있는 것이다. 이는 주로 산업재해를 대상으로 하던 논의에서 세월호 사건, 기습기 살균제 사건, 대형 화재 사건 등으로 적용범위를 넓히려 시도한 결과로 보인다.

나. 책임주체의 포괄성

또한 “경영책임자 등”의 개념에서도 법인의 대표이사 및 이사 전원이 포함되는 것처럼 규정하고 있는 바, 법인의 규모 등에 따라 해당 사업부의 안전을 책임지는 이사로 제한될 필요가 있다. 예를 들어 생산공정에서의 재해에 대하여 생산관리 부서가 아닌 연구, 개발 혹은 마케팅 담당 이사까지도 일률적으로 여기의 이사에 해당한다고 해석하는 것은 ‘연대책임’에 해당하게 된다. 물론 ‘이사회’의 의결사항에 해당하는 사항이라면 그 의사결정에 대한 책임을 묻는 것은 별론으로 하더라도 단지 ‘이사’에 해당한다는 이유만으로 모두 제3조 적용자로 처벌할 수는 없는 것이다. 마찬가지로 중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장, 지

방공기업의 장, 지정된 공공기관의 장에 대해서도 해당 단체의 규모나 조직에 비추어 '해당 업무를 담당하거나 결재하는' 직접 책임자인 중간 간부는 오히려 이 법안에 의하여 가중되는 책임을 지지 않고, 단지 '長'이라는 이유만으로 이렇게 가중되는 형사책임주체가 된다고 보는 것은 古代 관습에서 비가 오지 않는다고 王을 제물로 바치는 것과 다를 바 없어 보인다. 또한 '법인의 대표이사나 이사가 아닌 자로서, 해당 법인의 사업상의 결정에 상당한 영향을 미치거나 그러한 결정에 실질적으로 관여하는 지위에 있는 자'를 처벌대상으로 삼은 것도 기업의 공식적 조직도에 드러나지 않는 배후로서 '회장님' 처벌 규정이라고는 할 수 있지만, 그 규정 형식에 있어서 '~ 지위에 있는 자'라는 이유만으로 처벌하는 것은 결과발생에 전혀 기여한 바 없는 자까지도 형사처벌하려는 것이라는 점에서 책임원칙에 심각하게 위반되는 규정이다. 이러한 규정이 없고, 현행법 체계에서도 수사기관의 의지가 있다면, 사고원인이 된 결정에 기여한 때에는 처벌이 가능하다.⁸⁾ 오히려 이런 거친 규정들이 '중대재해기업처벌법'의 본래 취지를 입법과 처벌의 편의를 위해서 희생제물을 만드는 것으로 비난받게 하는 것이다. 이 규정은 '해당 재해의 원인이 된 결정에 상당한 영향을 미치거나, 실질적으로 관여한 법인의 대표이사나 이사, 단체의 長이나 이었던 자와 이에 준하는 자'라고 보아야 법안 제3조의 의무 위배에 따른 의사결정이 책임의 근거가 됨을 명확하게 보여줄 수 있다. 또한 이렇게 규정하여야 단지 '현직'이라는 이유만으로 자신이 관여하지 않은 의사결정이나 그 집행이 재해의 원인이 된 경우에도 처벌대상이 되는 것을 피할 수 있을 것이다. 즉 지금의 규정에서는 원인된 설비, 장비, 원료의 도입 설치, 사용 결정이 현재의 경영책임자 등이 관여하기 이전에 결정된 것인 경우에도 단지 현직 경영책임자 등이라는 이유만으로 처벌하는 것처럼 구성되어 있다.

다. 의무범위 설정의 모호성

법안에서 처벌의 전제가 되는 의무를 설정하면서 제3조⁹⁾는 종전의 산업안전보건법처럼 사용자의 종사자에 대한 안전보호의무를 부과하고 있다. 제3조 1항은 '종사자의 생명·신체의 안전 또는 보건상의 위험을 입지 않도록 위험을 방지할 의무'라고 하여, 매우 포괄적으로 규정하고 있다. 즉 언어적으로는 위해가 발생하면 의무 위반이 자동으로 인정되는, 무제한적 의무, 통상적인 '安全義務'가 아닌, 이를테면 '萬全義務'를 부과하고 있는 것처럼 해석될 수 있다. 주로 정부 책임자 등이 하는 '萬全을 다 하겠다.'는 관용적 표현은 일종의 수사(修辭)적 표현으로서는 충분히 통용될 수 있고, 각종 법률 제1조 등에서 이러한 선언적, 수사적 의무를 찾는 것은 어렵지 않다. 그러나 이 법안에서 제3조의 의무는 이를 근거로 대단히 중한 형벌을 부과하는 근거가 되는 대단히 핵심적 의미를 가지는 '법적 의무'라는 점에서 그 모호성이 특히 문제가 되는 것이다.

물론 형법상의 과실치사상죄에 있어서 이론적으로 인정되는 '주의의무'도 개별적으로 세세하게 규정된 것은 아니다. 그래서 통상적 주의의무는 사실상 사회생활 과정에서 자연스럽게 습득될 수 있는 것으로 보

8) 물론 형법상 과실범처벌 규정의 범정형에 비추어 충분한 처벌로 받아들여지기는 힘들 것이다. 이 점은 후술하는 업무상과실치사상죄 신설 논의에서 설명한다.

9) 제3조(사업주와 경영책임자 등의 안전조치 및 보건조치의무) ① 사업주(개인사업주에 한한다. 이하 같다) 또는 경영책임자 등은 사업주나 기관 또는 법인이 소유·운영·관리하거나 발주한 사업 또는 사업장에서 종사자의 생명·신체의 안전 또는 보건상의 위험을 입지 않도록 위험을 방지할 의무가 있다.

② 제1항에 따른 사업주 또는 경영책임자 등의 위험방지의무는 「산업안전보건법」 제38조제1항부터 제3항까지, 제39조제1항, 제51조, 제58조제1항, 제59조제1항, 제60조, 제63조, 제64조 제1항 및 제2항, 제65조제1항, 제69조제1항 및 제2항, 제80조제1항부터 제3항까지, 제117조제1항, 제118조제1항, 「근로기준법」 제76조의2에 따른 의무를 포함한다.

아 행위자가 이를 구체적으로 인식할 것을 요구하지는 않는다고 이해되기는 한다. 반면에 그러한 이유로 그 위반으로 死傷의 결과가 발생하는 경우에도 법정형은 고의범에 비하여 매우 낮게 설정되어 있는 것이다. 그러나 제3조, 제4조의 의무는 이를 근거로 제6조 이하의 대단히 높은 법정형으로 처벌하는 핵심적 근거가 될 것이기 때문에 형법상의 단순 과실과는 질적으로 달리 해석될 수밖에 없고, 수범자가 이를 인식하고도 고의적으로 위반하였을 경우에만 적용되어야 한다는 주장이 오히려 힘을 얻게 된다.¹⁰⁾ 그렇다면 이 의무의 안과 밖을 구별할 수 있는 분명한 언어로 표현되어야 수범자가 이를 식별하여 준수할 수 있게 된다. 그렇지 않고 형법상의 통상과실과 동일한 정도로 느슨하게 이해한다면 불행한 결과가 발생하면 의무 위반이 있는 것으로 '간주'하는 꼴이 되어서, 이는 법이 불가능을 요구하는 셈이고, 이때의 주의의무규정이 라는 것은 근대 형법이 극복하려는 '결과책임주의'를 은폐하는 장식적 규정일 뿐이다. 상식적으로도 우리는 모든 불행한 결과를 막을 수는 없기 때문에 업무상 과실의 경우에도 당시의 동일 직업군의 사람들에게 일반적으로 알려진 과학적 지식수준이나 각종 법령에 의해서 구체화된 기준을 준수하면 그의 책임을 다하는 것이다. 알려진 위험에 대해서만 '방지'가 가능한 것이기 때문이다.

라. 사항적, 공간적 관리가능성

제4조는 도급 및 위탁관계에서 안전조치 및 보건조치의무의 귀속을 규정하면서, 임대, 용역, 도급, 위탁 등의 경우에도 원 사업주나 경영책임자 등이 '공동으로' 의무를 부담하는 것으로 규정하고 있다.¹¹⁾ 현실에서의 사업형태는 매우 다양할 것인데, 제4조는 임대, 용역, 도급, 위탁 등에 따라 원 사업주나 경영책임자 등이 해당 위원회와 공간에 대한 관리가능성이 있었는지 여부를 묻지 않고 '공동으로' 책임지도록 규정하고 있는데, 이것이 형사처벌과 관련되어 있으므로 좋게 보아도 형법학계에서는 여전히 비판적인 시각이 우세한 대법원의 '과실범의 공동정범'의 극단적 적용형태를 입법적으로 규정하고 있는 것으로 평가할 수밖에 없다. 설사 해당 관리 의무가 원청과 '제3자 혹은 수탁자'에게 '중첩적'으로 부여되더라도 이들간의 관계는 형법적으로는 '공동정범'이 아니라, '동시범' 관계일 뿐이므로 각각의 원인행위(의무위반)와 결과 사이의 인과관계가 입증되어야만 처벌할 수 있을 뿐이다. 물론 고의범에 대해서와는 달리 과실범의 공동정범 이론에서는 다분히 결과책임사상의 흔적이 남아있지만, 적어도 당해 결과발생을 예견할 수 있고, 방지할 수 있었던 사람에게 형사책임이 귀속되어야 할 것인데, 정상적인 임대, 도급, 위탁 등에서는 그러한 가능성은 원청이라기 보다는 공간적으로나 실제적으로 작업과정을 지배하는 '제3자나 수탁자'에게 있다고 보아야 할 것임에도 원청 사업자 등에게 '공동' 책임을 묻는 것은 사실상 '연대책임'이라는, 적어도 우리 형법학이 극복했다고 믿었던 전근대적 형벌부과 방식을 복귀시키려는 것으로 보인다. 물론 최근의 사업형태에서 '변형된' 혹은 '위장된' 임대, 용역, 도급, 위탁 등의 경우가 빈번하지만 이러한 예외적 경우를 처벌하기 위해 과도한 책임귀속의 확장을 인정하는 것은 본말이 전도된 것으로 보인다. 더구나 법안들은 실제 직접

10) 과거의 행정형법론을 인용하는 것은 아니지만, 이러한 의무위반 자체는 고의로도 과실로도 이루어질 수 있는 것이다. 형법에서는 특별한 규정이 없으면 '고의로' 위반한 때에만 적용되어야 하는 것이므로 명문으로서 과실범 처벌 규정이 없는 경우에 이 규정을 과실로 의무를 위반한 경우에도 적용되는 것으로 볼 수는 없다. 이러한 의미에서도 행위자의 관련행태가 법적 의무의 의도적 무시나 고의에 준하는 법정시적 태도로 이해될 수 있을 때에만 중한 처벌이 긍정될 수 있을 것인데, 이러한 행태는 원인행위에 연결되어야 하지 원인행위와 무관한 범죄 전력이나 사후 조치에 연결되어서는 안된다.

11) 제4조(도급 및 위탁관계에서 안전조치 및 보건조치의무의 귀속) ① 사업주나 법인 또는 기관이 제3자에게 임대, 용역, 도급 등을 행한 경우에는 제3자와 사업주나 경영책임자 등이 공동으로 제3조의 의무를 부담한다.

② 법령에 따라 해당 시설이나 설비 등이 위탁되어 수탁자가 그 운영·관리책임을 지게 된 경우에는 수탁자와 사업주나 경영책임자 등이 공동으로 제3조의 의무를 부담한다.

관여자인 수탁자의 형사책임을 면하는 규정을 두면서, 이를 도급자에게는 인정하고 있지 않아서 결과적으로는 轉嫁責任의 부활처럼 보인다.

마. 명칭 오용 혹은 오류

박주민案 제5조¹²⁾는 인과관계의 추정이라는 표제로 구성되어 있다. 그러나 인과관계의 추정은 원인행위와 결과발생 사이의 인과관계에 있어서 입증 곤란을 극복하기 위한 것으로서 인과관계에 대해 ‘합리적 의심 없는 과학적 입증’에 이르지 않은 상당한 정도로도 입증된 것으로 추정하는 대신, 행위자에게 이러한 입증을 깨는 반증을 허용하는 것이다. 이러한 반증이 성공적으로 이루어지면 다시 검사 측에서 인과관계를 입증할 의무를 지게 된다. 그러나 박주민案 제5조는 표제만 ‘인과관계의 추정’으로 되어 있을 뿐, 그 내용은 인과관계에 관한 것이 아니다. 제1호는 지난 5개년 중 3회 이상의 범위반 사실, 제2호는 결과발생 후 증거인멸 등의 거동을 규정하고 있는 것이어서, 당해 사고에서의 인과관계의 존재의 증명과 관련된 사실이 아니라 결과 발생과 離隔된 시점에서 발생한 事前, 事後의 특정한 사실에 지나지 않는다. 또한 이러한 사실은 행위자에게 반증을 허용하지 않는 객관적, 외부적 사실에 지나지 않는다. 그래서 이 규정은 사실은 ‘인과관계’와는 무관한 처벌의 조건을 설정하고 있는 위헌적 규정으로 판단된다.¹³⁾

또한 박주민案 제5조 1호는 ‘위험방지의무 위반’으로 추정되는 것이 당해 결과발생과 관련된 사실이 아니라 이전에 해당 기업의 위반행위를 표지로 하고 있어서 이는 일종의 ‘성향 책임’을 규정한 것이다. 비유하자면 폭력전과가 있었다고 해서 이번 폭행행위가 피해자의 신체에 물리적 영향을 주었는지조차 불분명한 경우라도 치상, 치사의 결과까지 책임지라는 것이고, 2호는 원인 및 결과 발생 이후의 정황을 발생원인과 동일시하는 것으로 애초에 인과관계 개념에 속하는 것이 아니다. 또한 1, 2호의 사정들은 특정 사실이 있음과 없음이 당해 사고의 원인과 무관하게 정해지는 것인데, 이를 근거로 형사법상 극히 예외적으로만 허용논의가 있는 ‘인과관계 추정’이라는 이름으로 결과책임 부과와 효과를 부여하는 것은 심히 부당하며 위헌의 소지가 크다. 예를 만들어 보면 사업주 등은 산업안전보건법이 규정하는 바 사업장 내 照度 유지의무 규정을 위반하였는데, 당해 사고는 재료불량에 의한 폭발사고였던 경우에, 원칙에 따르면 사업주의 의무위반과 결과발생 사이에 인과관계는 인정되기 힘들어서 그 결과로 인하여 처벌받지 않는 것이 정상이지만, 박주민案에 따르면 이 사업자가 종전에 지난 5개년 중 3회 이상의 범위반 사실이 있다면 이 규정에 의하여 처벌이 되는 것이고, 사업주가 ‘照度가 적정수준이었더라도 재료의 불량을 발견할 수 없었다.’는 점을 입증하여도 처벌을 면할 수가 없는 것이다. 그래서 이 규정은 인과관계와도 무관하고, 추정이 아니라

12) 제5조(인과관계의 추정) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 사업주 또는 경영책임자 등이 제3조에서 정한 위험방지의무를 위반한 행위로 인하여 중대산업재해가 발생한 것으로 추정한다.

1. 당해 사고 이전 5년간 사업주 또는 경영책임자 등이 제3조가 정하고 있는 의무와 관련된 법을 위반한 사실이 수사기관 또는 관련 행정청에 의해 3회 이상 확인된 경우

2. 사업주 또는 경영책임자 등이 당해 사고에 관한 증거를 인멸하거나 현장을 훼손하는 등 사고 원인 규명, 진상조사, 수사 등을 방해한 사실이 확인되거나 다른 사람으로 하여금 이러한 행위를 하도록 지시 또는 방조한 사실이 확인되는 경우

13) 참고로 다른 법률에서의 인과관계 추정은 당연히 당해 사건에 부수하는 사실로부터 추정되는 것이다. **환경범죄 등의 단속 및 가중처벌에 관한 법률** [법률 제16616호, 2019. 11. 26., 일부개정] 제11조(추정) 사람의 생명·신체, 상수원 또는 자연생태계 등(이하 “생명·신체등”이라 한다)에 위해(제3조제3항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 끼칠 정도로 오염물질을 불법배출한 사업자가 있는 경우 그 오염물질의 불법배출에 의하여 위해가 발생할 수 있는 지역에서 같은 종류의 오염물질로 인하여 생명·신체등에 위해가 발생하고 그 불법배출과 발생한 위해 사이에 상당한 개연성이 있는 때에는 그 위해는 그 사업자가 불법배출한 물질로 인하여 발생한 것으로 추정한다. 와 같이 원인사실과 발생사실 사이의 인과성 입증은 완화하는데 사용되는 예외적 입법기술이 본래적 의미의 인과관계의 추정이다.

‘간주’에 해당하는 규정이라고 비난받아 마땅하다.

바. 근거가 모호한 중벌주의

박주민¹⁴⁾ 제6조가 형사처벌의 핵심적 규정인데, 대단히 무거운 형벌로 일관하고 있어서 오히려 그 적용가능성에 의문이 든다. 법관이 자신들의 직업적 양심에 따라 판결한다면, 제3조에서 형법상 통상과실과 다르지 않은 모호한 주의의무가 사실은 ‘萬全義務’처럼 기능하는 耳懸鈴鼻懸鈴의 포괄적 의무위반을 근거로 이렇게 무거운 형벌을 가하기는 힘들 것이다. 오히려 낮은 자유형이나 벌금이 규정되어 있다면 법관도 중한 결과발생을 고려하여 이 조항의 적용을 검토하겠지만, 제3조에 근거하여 거의 ‘運數所關’이나 다름없는 중벌을 과하기는 힘들 것이다. 또한 제4항은 형법 제38조(실체적) 경합범에도 불구하고 각 죄에 정한 형의 장기(長期) 또는 다액(多額)을 합산하여 가중하는 규정을 두고 있는데, 이 규정의 의미 또한 이해하기 힘든 것이다. 사업자 또는 경영책임자 등이 다수인이어서 그들 각각이 의무를 지고 각자의 의무위반이 있다고 하더라도 결과발생에 있어서는 누적적 혹은 병렬적으로 작용할 뿐, 형사법적 의미에서는 1개의 사건에서 다수의 피해자가 발생한 것으로 보아야 하는 것이므로 다수의 인명피해가 발생한 경우라도 실체법적으로는 수개의 죄이지만 1개의 행위로 보아야 하므로 형법 제40조 적용례가 대부분일 것이다. 이 법안의 취지라면 이 규정은 2개 이상의 원인에 의한 별개사건이 발생한 경우에만 적용되는 것으로 해석될 수밖에 없는 것으로 보인다. 강은미¹⁵⁾ 제5조 제3항에서는 사업주와 경영책임자 등이 동시에 또는 순차로 제3조 또는 제4조의 의무를 위반하여 사람을 2명 이상 사상에 이르게 한 때에는 「형법」 제38조 및 제40조에도 불구하고 각 죄에 정한 형의 장기(長期) 또는 다액(多額)을 합산하여 가중한다고 규정하여 ‘상상적 경합’의 경우에도 합산가중 방식을 취하고 있다.

이처럼 피해자의 숫자에 따라 합산가중되는 법안은 이미 법무부가 제안하였다가 사실상 폐기하였던 ‘다중인명피해 가중처벌법안’¹⁵⁾에 그 예가 있는데, 이러한 방식은 2개의 오해를 내포하고 있다. 첫째로 고의의 실체적 경합범의 경우에는 행위자가 고의적으로 각각의 범죄를 저지르고 각 행위가 분리되어 있어서 그 행위나 행위자의 불법, 책임도 누적적으로 평가할 수 있지만, 특히 과실에 의한 상상적 경합범의 경우 피해자의 숫자는 상당 부분 그 행위나 행위자의 불법, 책임에 귀속시킬 수 없는 우연에 기인하는 것이므로 이러한 단순합산 가중은 지나치게 과도한 형벌이라는 비판을 피하기 힘들다.¹⁶⁾ 둘째 이러한 단순 합산처

14) 제6조(사업주와 경영책임자 등의 처벌) ① 사업주 또는 경영책임자 등이 제3조의 의무를 위반하여 사람을 사망에 이르게 한 경우에는 2년 이상의 유기징역 또는 5억원 이상의 벌금에 처한다.

② 제1항의 경우 사업주 또는 경영책임자 등이 사업주, 법인 또는 기관의 종사자에게 사람의 생명, 신체의 안전 또는 보건위생상의 위해, 위험방지의무를 소홀히 하도록 지시한 때에는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

③ 사업주 또는 경영책임자 등이 제1항의 행위로 사망을 제외한 중대산업재해에 이르게 한 경우에는 3년 이하의 유기징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.

④ 사업주 또는 경영책임자 등이 동시에 또는 순차로 제3조의 의무를 위반하여 2명 이상에 대하여 사망자 또는 6개월 이상 요양이 필요한 부상자 또는 직업성 질병자가 3명 이상 발생한 경우에는 「형법」 제38조에도 불구하고 각 죄에 정한 형의 장기(長期) 또는 다액(多額)을 합산하여 가중한다.

⑤ 제4조 제1항의 제3자 또는 같은 조 제2항의 수탁자가 제3조의 의무이행을 위해 사업주 또는 경영책임자 등에게 안전의무 이행 협조를 요청하는 등 필요한 조치를 한 경우에는 제3자 또는 수탁자의 사업주 또는 경영책임자 등을 본조의 처벌에서 면제한다.

15) 이근우, 다중인명피해범죄에 대한 법무부 안에 대한 비판적 검토, 가천법학 제9권 제4호, 가천대학교 법학연구소 2016 참조

16) 쌍방 모두 음주운전인 차량 2대가 쌍방과실로 충돌하여 4인이 타고 있던 경차 탑승자 전원이 사망하고, 1인이 타고 있던 차량 운전자는 살아서 처벌받으면 4개의 형이 누적되는 경우와, 반대로 4인 탑승차량은 전원 생존하고 1인 탑승차량 운전자만 사망한 경우를 비교해보

벌을 규정하는 법안은 영미법계의 형사소송 절차에 대한 무지, 오해에서 비롯된 것이다. 영미법계는 우리와는 공소방식이 달라서 count가 되는 모든 사실은 분리하여 기소, 심리될 수 있고 그에 따라 유죄가 인정된 각각의 count마다 유죄에 따른 형량이 선고되기는 한다. 그러나 판사는 선고의 마지막에 각각의 죄에 따른 형량을 동시에 집행(concurrent sentencing)할 것인지, 순차(누적)적으로 집행(consecutive or cumulative sentencing)할 것인지 선택하여 실제의 형기를 선고한다. 혐의가 인정된 모든 죄를 동시집행 선고하는 경우 우리의 상상적 경합과 실제 집행되는 형기가 동일해지고, 모두 누적 집행을 선고하는 경우에만 단순합산 형기를 복역하는 것이다. 이처럼 전혀 다른 법체제에서의 논의가 느닷없이 들어온 것이고, 형법이론에서의 罪數나 미국의 판결집행 방식에 대한 무지나 오해에 기초하고 있을 뿐이다.

제5항은 제4조의 도급 등에 대응하는 규정인데, 상대적으로 열세에 있는 자를 형사책임에서 배제시키는 기능을 하려는 규정으로 보이지만, 이 규정만으로는 제4조 자체의 문제점을 상쇄시키기에는 턱없이 부족하다. 제3자 또는 수탁자의 사업주 또는 경영책임자 등이 (원청)사업주 또는 경영책임자 등에게 '안전의무 이행 협조를 요청하는 등 필요한 조치를 한 경우'에 형사책임을 면제하는 취지는 이해할 수 있지만, 이는 제3자 등이 전적으로 원청에 기속되어 스스로는 안전조치를 수행할 수 없는 경우이나 의미 있는 규정이고 자신의 지배범위의 사업장 등이어서 스스로 필요한 조치를 수행할 수 있는 경우에는 제3자 등이 요청하였다는 사정만으로 형사책임에서 빠져버리고 원청만이 책임을 진다면 그야말로 倭政 시기의 飲食店取締法에나 있던 轉嫁責任에 해당하는 것이다.

사. 인허가 지자체 長의 처벌

강은미案에서 중대재해에 관련된 공무원의 처벌에 대해서 최종책임자라고 할 수 있는 기관장의 책임을 규정하고 있다. 제7조는 1. 사업장이나 공중이용시설 또는 대중교통수단에 대한 위험의 예방 및 안전관리와 보건관리 의무 준수 여부의 감독 2. 사업장이나 공중이용시설 또는 대중교통수단의 건축 및 사용에 대한 인허가 3. 사업장에서 취급하거나 생산·제조·판매·유통 중인 원료나 제조물의 안전·보건조치의무와 관련된 감독·인허가에 대한 권한이 있는 기관의 장 또는 상급자로서 해당 직무를 게을리하거나 의무를 위반하여 사람이 사망 등 중대재해에 이르게 하는 데 기여한 공무원은 1년 이상 15년 이하의 징역 또는 3천만 원 이상 3억원 이하의 벌금에 처한다. 문제는 '기관장의 장 또는 상급자인 공무원'을 범죄주체로 하고 있는데, '사업장이나 공중이용시설 또는 대중교통수단'의 범위가 지나치게 넓고 소규모 사업을 포함하고 있어서 '기관장의 장 또는 상급자인 공무원'이 이를 직접 인식하기 힘든 경우임에도 '해당 직무를 게을리하거나 의무를 위반'하면 처벌하는 것으로 하고 있어서 책임원칙에 위배될 수 있으며, 직접 당해 업무를 담당하는 (하위)자는 위법사실이 있어도 대부분 형법상 직무유기에 해당하는 형벌 대상이 됨에 비하여 행정상의 최상위 관리자에게 지나치게 무거운 법정형을 규정하고 있어서 형평성이 어긋나게 되는 문제가 있다. 물론 하위자가 제131조(수뢰후부정처사, 사후수뢰)에 해당하면 1년 이상의 유기징역이므로 이러한 경우이나 적용하여야 할 조항으로 보인다.

라. 양측의 과실비율이 동일함에도 전자의 경우에 생존한 1인 탑승차량 운전자는 모든 책임을 뒤집어 쓰는 것에 지나지 않는다. 이것이 과연 정당한가? 그 밖에도 사망 여부는 사고발생 장소, 구조에 걸린 시간, 의사의 숙련도 등 행위자에게 귀속시킬 수 없는 사정에도 좌우된다.

아. 법인의 무과실책임?

박주민案 제7조는 법인의 처벌을 규정하면서 그 법정형을 1억원 이상 20억원이상 혹은 제2항에서는 '해당 법인의 전년도 연 매출액 또는 해당 기관의 전년도 수입액의 10분의 1의 범위에서 벌금을 가중'한다고 규정하여 벌금형의 하한, 상한을 높이고, 제3항에서는 (행정)제재의 병과를 규정하고 있다. 이 규정은 첫째 법인의 무과실책임을 규정하고 둘째 형사사건에서 행정제재를 병과한다는 점에서 문제점을 안고 있다.

첫째의 문제점은 제7조 1항 단서가 법인의 면책가능성을 열어두는 것처럼 보이지만 이는 대부분의 경우에 무의미하다고 판단된다. 왜냐하면 '법인'은 스스로 행위할 수 없으므로 결국 그 대표자, 대리인의 행위가 법인의 행위가 되는 것인데, 제7조 제1항 1호는 제6조 즉 사업주, 경영책임자 등의 제3조 의무위반을 전제로 적용되는 것이므로 대표이사, 이사 등 경영책임자가 제3조 의무에 위반한 경우 법인은 자신의 행위로 간주되는 것으로서 언제나 제7조의 책임을 부담하여야 한다. 또한 제7조 제1항 2호 가운데 '대리인, 사용자, 종사자'의 '중과실'의 경우에 법인의 면책가능성이 있는 것 같지만, 이들은 모두 그 신분 자체가 법인의 대리인, 사용자, 종사자이므로 그들 역시 거의 자동적으로 '업무상 과실'이 인정될 수밖에 없는 것이다. 그렇다면 이번에도 법인의 면책 가능성은 희박할 것이다. 또하나 언급하여야 할 것은 제2항의 가중 규정의 모호성이다. 이 규정이 '명시적 또는 묵시적으로 사람의 생명·신체의 안전 또는 보건상의 위험 방지 의무를 소홀히 하도록 지시한 경우에' '전년도 연 매출액 또는 해당 기관의 전년도 수입액의 10분의 1' 제1항에서 20억 이하라는 벌금의 상한만을 가중한다는 것인지 모호하다. 나아가 앞의 다른 규정에서도 나온바 있는 '명시적 또는 묵시적으로 ~ 소홀히 하도록 지시한 경우'에 대해서도 실제 재판에서 입증 혹은 반박이 가능할 정도로 구체적 요건인지는 의문이다. 이렇게 되면 모호한 기준에 의하여 지나치게 높은 벌금형을 무과실로 부과하는 규정이 된다는 문제가 있다. 오히려 강은미案에서는 벌금을 가중할 수 있는 사유에 '~ 소홀히 하도록 지시한 때' 외에 '2. 법인 또는 기관의 경영책임자 등이 법인 또는 기관 내부 사람의 생명·신체의 안전 또는 보건위생상의 유해·위험방지의무를 소홀히 하는 것을 조장·용인·방치한 때'를 포함시킴으로써 '부작위', '방조'의 경우를 포함하고 있음을 분명히 하고 있다.

둘째의 문제점은 형법학에서 보안처분으로 취급하는 제재가 우리 법체제에서는 대부분 행정처분 형식으로 규정되어 있는 것을 그 기본권 침해의 성격에 비추어 법원의 판결로만 부과될 수 있는 형사제재의 일부로 수용하는 것이라면 긍정적으로 평가할만하다. 그러나 우선 문제가 될 수 있는 것은 지금의 체계에서 엄격하게 분리된 서로 다른 성격의 제재를 하나의 재판에서 병과하는 경우에 초래될 혼란에 대한 것이다. 이는 필연적으로 심리기간, 재판기간의 연장을 초래하게 될 것이다. 특히 이 제재들이 법인 사업자 등에게는 어쩌면 벌금형보다 더 중대한 손실을 초래할 수 있는 것이므로 피고인들로서는 제7조 제3항의 적용을 저지하기 위해서라도 혹은 결국 영업허가가 취소될 것이 예상되더라도 재판기간 동안 최대한 사업기간을 연장하기 위해서 무리한 주장을 하여서라도 심리에 집중할 수밖에 없고 이는 필연적으로 장기, 초장기의 재판을 초래할 것이다. 그리고 재판부의 입장에서 이 병과하는 기준이 형성되기 전까지는 적용이 쉽지 않은 규정으로 보인다.

자. 안전이 필요한 시설의 선별가능성?

제9조는 사업, 사업장에서 이용되는 원료, 제조물 등에 대한 위험방지의무 외에 '공중이용시설 등'(공중

이용시설 또는 공중교통시설)의 이용자 등에 대한 위험방지의무도 규정하고 있다. 우리가 일상적으로 활용하는 공간, 시설에서의 안전은 대단히 중요한 문제이고 이것에 대한 신뢰가 없다면 우리는 평안한 일상생활을 유지하기 힘들 것이다. 그런데 이 규정에서도 제10조 제1항 1호가 제3조의 '만전의무'를 규정하고 있어서 무제한적으로 적용범위가 넓어질 우려가 있다. 즉 대상이 되는 '공중이용시설 등'의 범위도 확장성이 너무 넓어서 그만큼 수범자가 되는 사업주 등의 범위도 넓어지고, 건물주가 아닌 사업주의 경우 취할 수 있는 안전조치의무도 제한적일 수밖에 없다. 이 법안이 주로 산업안전과 관련되어 추진되므로 산업계, 경영계 이외에는 큰 관심 밖에 있지만, 이 법의 적용범위는 빵집, 학원, 노래연습장 등에도 미칠 만큼 너무 넓은데, 이들 사업주들은 지금 이러한 법안이 시행되려는 지도 모르는 자들이 대부분인 것이다. 나아가 이러한 시설의 인허가를 담당한 지자체 長 등의 형사책임까지도 더 넓어지기 때문에 오히려 그만큼 입법가능성이 낮은 것은 아닐까 혹은 그것을 의도한 것은 아닐까 혹은 이 부분은 협상과정에서 떼어줄 몫일까하는 의심까지 든다.

차. 작업중지의 범위

제13조(작업중지의 조치) ① 고용노동부장관은 중대산업재해가 발생한 경우에는 중대산업재해가 발생한 작업 및 그 작업과 동일한 작업에 대하여는 지체 없이 그 작업의 중지를 명해야 한다고 규정하고 있는데, '명해야 한다.'는 재량이 아니라 의무에 해당하는 규정이다. 재료나 설비 결함 등 재해의 발생 원인에 따라 동종, 유사사고가 발생할 우려가 있는 경우에는 타당할 수 있지만, 일률적으로 작업중지가 되어야 하는 것은 의문이며, 이것이 긴급한 안전조치가 아니라 작업중단에 따르는 손실액 상당이 사실상 별척으로 기능할 우려를 낳게 한다. 나아가 이 규정에는 '해당 사업장'과 같은 범위제한을 두고 있지 않다는 점에서 의문이 든다. '중대산업재해가 발생한 작업 및 그 작업과 동일한 작업'의 해석 여하에 따라서는 전국의 모든 사업장의 모든 동일작업에 대한 중지를 명하여야만 하는 사태가 되는 것인데, 이 규정대로라면 고용노동부장관이 사고원인을 분석하여 재발우려가 없을 것이라고 판단하는 경우에도 작업중지를 명하지 않는다면 오히려 고용노동부 장관이 직무유기가 되어버리는 사태가 된다.

카. 양형절차 특례

제17조에서는 양형절차의 특례를 규정하는데, '제6조, 제7조 또는 제12조의 형사재판에서 범죄의 증명이 있는 때'에는 별도 양형절차를 두도록 하고 있다. 양형심리를 철저히 한다는 측면에서는 공감할 수 있고, '피해자 측'에 관한 부분도 최근의 트렌드가 반영된 것으로 이해하면 되고, 재판부의 지나치게 온정적 판결을 저지하는 효과는 있겠지만, 양형의 실질적인 충실화의 관점에서 보면 그 전문가들이 건물 붕괴나, 화재 등 해당 사건, 사고 분야의 전문가여서 그 주의의무 위반의 경중을 판단하는 것이 아니라면 공판절차에서 변론의 전취지를 이해하는 재판부보다 유죄인정 후에 서면으로 사건을 접하는 '전문가위원회'가 어떤 더 충실한 양형의견을 제출할지는 의문이다. 이탄회案¹⁷⁾은 일종의 '양형 배심원'처럼 보이는데, 배심제를 실

17) 제17조 제1항에 '「형사소송법」 제321조에도 불구하고'를 두어 보다 명확하게 하고, 제18조(국민양형위원 지정 등)에서 지방법원별로 1. 범죄피해자를 지원하는 단체에서 추천하거나 그와 관련된 분야의 전문가 2. 심리학·사회학·범죄학·빅데이터 등에 관한 전문가 3. 그 밖에 국민의 건전한 상식을 반영한 양형을 실현하기 위하여 대법원규칙으로 정하는 사람 등으로 국민양형위원 지정을 위한 국민양형위원후보자 명부를 작성하여 국민양형위원회의 심의에 회부한 경우 검사, 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 국민양형위원후보자 중에

시하는 나라에서도 배심이 양형에 관여하는 경우는 매우 드문 경우인데, 더구나 해당 사건 관련 분야가 아닌 피해자단체나 범죄학 등 혹은 건전한 상식으로 양형할 수 있는 성질에 부합하는 것인지는 의문이다. 더구나 '빅데이터'가 언급된 것은 양형을 일반인들의 건전한 상식 혹은 직감에 가까운 판단에 맡기려는 것처럼 보이는 우려스러운 대목이다.

타. 징벌적 배상, 형사피해자배상?

제18조는 손해배상 책임을 규정하면서 배상액의 하한을 손해액 5배 이상으로 규정하고 있는데 여기에도 소위 징벌적 배상(배액배상)의 조건이 '고의 또는 중대한 과실'이라는 점에서 경과실 면책의 가능성은 있는 것으로 규정하고 있어서 여기에서 벗어나는 단서 규정을 두고 있지만, '생명·신체의 안전 또는 보건 위생상의 유해·위험방지의무'가 제3조와 동일한 것이라면 그 가능성은 현저하게 축소된다. 또하나 의문이 드는 것은 물론 이 규정은 별도의 민사소송에서 적용될 것을 여기에 규정한 것이겠지만, 형사절차의 규정 뒤에 이어져서 마치 이 규정이 소송촉진법 제25조 소정의 '배상명령'제도처럼 보인다는 것이다. 형사배상 명령의 대상은 엄격하게 제한되어 있고, 배상명령으로 인하여 공판절차가 현저히 지연될 우려가 있거나 형사절차에서 이를 하는 것이 타당하지 않은 경우에는 배상명령을 할 수 없다.

강은미案은 손해배상의 책임에 대해서 제11조는 그 손해액의 3배 이상 10배 이하의 범위에서 배상할 책임을 지는 것으로 규정하면서 제1항과 관련한 분쟁에서 입증책임은 사업주, 법인 또는 기관이 부담한다고 규정하고 있다.

3) 평가

가. 입법주도 세력의 존재

비단 중대재해처벌법만의 문제는 아니지만, 최근에 제정, 개정되는 많은 입법들은 해당 분야에서 관심 있는 혹은 이해관계가 있는 일정한 입법주도 세력이 존재하는 것으로 보인다. 오늘의 민주주의 체계에서 다양한 시민단체의 존재는 긍정할만한 일이고 우리 사회의 많은 부분이 지금과 같은 모습으로 개선되는 데에 많은 기여를 하여왔다. 그리고 이들은 해당 분야의 활동을 통하여 정부 각부에 해당하는 소관 부처와도 밀접한 관계를 맺고 있어서 입법과정에서 해당 부처나 해당 상입위원회에 일정한 영향력을 미치기에 충분한 세력이 될 수 있다. 그런데 문제는 개별 세력들은 자신들의 주요 관심사에만 매몰되어 전체 형사사법 체계와의 균형을 도외시킬 수 있다는 점이다. 법 특히 형법체계는 일시적 경향이나 순간적 분노로만 입법되기에는 고려해야 될 것이 너무 많은 정교한 체계라고 할 수 있는데, 특정 관점에서 특정 문제만을 해결하기 위해 제시되고, 졸속입법되는 대안들이 전체 형사사법체계에서 어떤 영향을 가져올 것인가에 대해 외면하거나 그 부작용을 지나치게 경시할 우려가 있다.

부지불식간에 통과되어버린 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(약칭: 청소년성보호법) 개정안도 법사

서 각 사건마다 7인 이상의 국민양형위원을 지정하여 국민양형위원 대표는 심의가 종료되면 국민양형위원 전원에게 대하여 개개인의 구체적인 제시 형량을 명확하게 확인한 후 양형심의의견서를 작성하여 국민양형위원들의 서명 또는 날인을 받아 즉시 이를 재판장에게 전달하여야 하지만, 양형심의의견은 법적 구속력을 갖지 아니한다고 규정한다.

위에서도 원안대로 가결(의안번호 2108400)하였다가 검사의 영장청구 부분만 뒤늦게 약간의 논란 끝에 수정가결(21대 384회 5차 회의록, 36-37면)되었고, 본회의에서도 2021. 2. 26. 제384회 제7차회에 재석 240인 중 찬성 236인, 기권 4인으로서 가결되어 2021. 3. 12. 정부 이송되었고, 시행 2021. 9. 24. 법률 제17972호로서 2021. 3. 23. 공포된 상태이다. 이 개정안¹⁸⁾에서는 아동·청소년에 대한 디지털 성범죄 수사를 위한 '신분비공개수사'를 허용하고 있다. 용어를 수동적인 느낌이 나도록 바꾸었지만, 그 내용에서는 합정수사를 위한 적극적 신분위장을 허용하고 있다. 최초의 3종류의 의원입법안에 비해서는 검사, 법원의 개입을 인정하는 등 절차적으로 보완된 측면은 있지만, N번방 사건을 계기로 엄벌을 주장하는 측과, 수사권확대를 원하는 수사기관의 이해가 맞아 손쉽게 통과된 것으로 보인다. 그런데 대상범죄 중 청소년정보보호법 제11조는 제6항에서 미수범을 처벌하므로 수사관이 아동성소년으로 가장하는 방식으로 신분비공개수사를 한 대화내용 등을 증거로 대상자를 처벌할 수도 있지만, 소위 '온라인 그루밍'을 처벌하기 위해 신설되는 제15조의 2¹⁹⁾에는 미수범처벌 규정이 없으므로 수사관 본인이 아동청소년이 아닌 한, 아동청소년으로 위장하여 상대방과 나눈 그 대화내용만으로는 대상자를 처벌할 수 없다는 치명적 하자를 내재한 채로 공포되었다.²⁰⁾ 지금 상태라면 이 법률 위반에 대해서는 종전처럼 피해 아동청소년의 자료로는 처벌할 수 있을지 몰라도 신분비공개수사로서는 대화상대방을 처벌할 수 없는 것이 되었다.

초기에 제출되었던 중대재해기업처벌법안도 마찬가지로 결과를 초래할 수 있었다. 집권당의 변호사 출신들까지 대표발의 하였던 초기 법안이 통과되었다면 정부나, 국회, 혹은 이를 주도한 세력이 산업재해예방을 위해 엄청난 법률을 제정한 것처럼 보이는 트로피는 될지 모르지만, 오랫동안 존치되면서 끊임없이 위헌 시비에 시달리면서 법 적용이나, 해석에 장애를 초래하였을 것이다.

나. 정치적 이해관계

현실적인 법률의 통과는 추상적인 입법자가 법의 예지(叡智)를 발휘하는 것이 아니라, 구체적 이해관계를 가지는 정치세력으로서의 국회의원과 그가 대표하는 세력 간의 대립과 물밑 조정절차를 통해서 이루어

18) ◇ 개정이유

최근 발생한 텔레그램 n번방 사건과 같이 아동·청소년대상 '온라인 그루밍'의 경우 성착취물의 제작 및 유포에 따른 파급효과가 극심하고 피해의 회복이 어려우므로 이를 범죄행위로 규정하여 처벌하는 한편, 아동·청소년대상 디지털 성범죄를 사전에 예방하고 증거능력 있는 자료를 확보하기 위하여 사법경찰관리가 신분을 위장하여 수사할 수 있도록 수사 특례 규정을 마련하려는 것임.

◇ 주요내용

가. 아동·청소년의 성을 사기 위해 권유·유인하는 경우의 범정형을 상향함(제13조제2항).

나. 아동·청소년에 대한 성적 착취를 목적으로 성적 욕망이나 수치심 또는 혐오감을 유발하는 대화를 지속적 또는 반복적으로 하는 행위 등의 처벌 규정을 마련함(제15조의2 신설).

다. 아동·청소년성착취물 제작·수입·수출죄의 경우에는 「형사소송법」 상 공소시효를 적용하지 아니하도록 하도록 함(제20조제4항 제2호).

라. 아동·청소년대상 디지털 성범죄에 대한 신분비공개수사 및 신분위장수사를 허용하는 수사 특례 규정을 마련함(제25조의2부터 제25조의9까지 신설). <법제처 제공>

19) 제15조의2(아동·청소년에 대한 성적 착취 목적 대화 등) ① 19세 이상의 사람이 성적 착취를 목적으로 정보통신망을 통하여 아동·청소년에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 경우에는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 성적 욕망이나 수치심 또는 혐오감을 유발할 수 있는 대화를 지속적 또는 반복적으로 하거나 그러한 대화에 지속적 또는 반복적으로 참여시키는 행위

2. 제2조제4호 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하도록 유인·권유하는 행위

② 19세 이상의 사람이 정보통신망을 통하여 16세 미만인 아동·청소년에게 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 경우 제1항과 동일한 형으로 처벌한다.

20) 상세한 내용은 이근우, 아동·청소년 성범죄에서 합정수사 허용의 위험성, 형사소송 이론과 실무제12권 제2호, 한국형사소송법학회, 2020 참조

지게 되는데, 국민 다수의 관심과 분노가 축적된 분야에서의 강벌, 중벌을 지향하는 형사입법에 있어서는 대부분 잠재적 범죄자로 간주되는 자들이 현실에 드러나지 않으므로 법률의 통과에 있어서 반대당사자가 없어서 이해관계의 조정절차와 유사한 절차가 나타나기 힘들고, 해당 상임위의 전문위원 검토보고서도 마찬가지이다. 그나마 현실적으로 동작하는 것은 유관 정부기관의 의견이지만, 그 역시 법안과 관련한 그 기관의 이해가 반영될 수밖에 없어서 신중한 표현, 우회적 반대의견이 제시될 뿐, 적극적 반대를 기대하기 힘들고 그나마도 국회 내부에서 일부 공유될 뿐, 공식적으로는 의견서를 확인하기도 힘들다. 기대할 것은 주로 법률가인 의원들로 구성된 법사위의 심사이나, 이전의 악용 사례도 있어서 정치적 이해관계가 첨예하지 않은 한 충실한 심사를 기대하기는 힘든 것은 아닌가 한다.

다. 숙의의 부존재

한때 숙의민주주의라는 용어²¹⁾가 유행한 적이 있다. 이러한 개념에 따르면 민주주의적 결정은 단지 단순 다수결의 원리를 넘어서 해당 사안에 대한 충분하고 사려 깊은 숙의, 심의를 통하여 이루어져야 함을 의미한다. 물론 이것이 곧 내용적 타당성을 담보해주는 것은 아니지만, 최소한 해당 사안의 문제를 전면에서 드러내고 제시된 해결책의 장단점이 치열하게 논의될 수 있는 장(場)이 형성될 수는 있다. 그러나 현실에서는 국회의 입법절차는 다분히 일련의 요식행위 끝에 정해진 법안이 통과되는 과정을 반복할 뿐이다.

현실의 정치상황을 고려하면 기대하기 힘들겠지만, 형사절차에 관련된 법안을 제출하는 경우에는 의무적으로 외부 기관의 의견조회나 평가서를 첨부하여야 의안 심사에 들어갈 수 있도록 하는 편이 그나마 부실한 입안 절차를 보완하는 방법이 될지도 모른다. 중대재해기업처벌법안은 그것이 최초로 제출된 뒤 오랫동안 방치되다가 정치적 환경변화에 따라 입법이 급속히 추진되다가 입법이 가시화되자 급박하게 제기된 관계부처 등의 의견을 수용하여 약 1주일만에 초기 법안에서 지금의 형태가 되었고, 최종 통과 직전까지도 주요한 부분의 규정들이 변경되어 지금의 형태가 되었다. 숙의 과정이라고는 찾아볼 수 없다고 해도 과언은 아니었다.

III. 제정‘중대재해 처벌 등에 관한 법률’의 검토와 평가

1. 법안과의 비교 검토

1) 적용범위의 축소

‘중대재해 처벌 등에 관한 법률’(이하 ‘법률’로 약칭함)을 기제출되었던 법안과 비교해보면 가장 눈에 띄는 것이 적용범위가 대폭축소된 것이다. 특히 제2조 4. “공중이용시설”에서 「소상공인 보호 및 지원에 관한 법률」 제2조에 따른 소상공인의 사업 또는 사업장 및 이에 준하는 비영리시설과 「교육시설 등의 안

21) 위키백과에서는 “숙의민주주의(熟議民主主義, deliberative democracy)는 심의민주주의(discursive democracy)”라고도 불린다. 숙의민주주의 또는 심의민주주의란 숙의(deliberation)가 의사결정의 중심이 되는 민주주의 형식이다. 이것은 합의적(consensus) 의사결정과 다수결 원리의 요소를 모두 포함한다. 숙의민주주의에서 법을 정당화하는 가장 중요한 요건은 단순한 투표를 넘어서 실제적인 숙의라는 점에서 전통적 민주주의 이론과 다르다.”고 설명하고 있다.

전 및 유지관리 등에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 교육시설은 제외하였고, 「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법」 제2조제1항제1호에 따른 영업장에서도 해당 영업에 사용하는 바닥면적(「건축법」 제84조에 따라 산정한 면적을 말한다)의 합계가 1,000제곱미터 미만인 시설을 제외하였다.²²⁾ “공중교통수단”에서도 참조 법률을 달리하여 「해운법」 제2조제1의2호의 여객선, 「항공사업법」 제2조제7호에 따른 항공운송사업에 사용되는 항공기로 하여 앞서 법안의 비판에서 필자가 제기하였던 문제점을 보완하였다.

수범자인 “경영책임자등” 개념에서도 ‘사업을 대표하고 사업을 총괄하는 권한과 책임이 있는 사람 또는 이에 준하여 안전보전에 관한 업무를 담당하는 사람’으로 하여 그 적용범위를 대폭 제한하였다. 특히 중대산업재해 처벌규정의 적용에 있어서 ‘제3조(적용범위) 상시 근로자가 5명 미만인 사업 또는 사업장의 사업주(개인사업주에 한정한다. 이하 같다) 또는 경영책임자등에게는 이 장의 규정을 적용하지 아니한다’고 규정하였다. 이로써 이 법의 적용범위는 대폭 축소되었는데, 정의당이나 노동계에서는 대다수의 사고가 발생하는 영세사업장이 배제된 점에 대해 반발하고, 이 규정 때문에 영세사업장의 안전조치에 대해 정부가 지원할 근거도 사라졌다고 비판하는데, 후자의 비판은 이 규정을 誤讀한 것이다. 제3조는 분명히 ‘이 장의 규정을 적용하지 아니한다.’고 규정하고 있는데, 정부의 지원 등을 규정한 제16조(정부의 사업주 등에 대한 지원 및 보고)는 법률 제4장 보칙에 규정된 것이므로 제3조 소정의 영세사업장에 대해서도 제16조는 적용되는 것이다. 다만 이러한 일률적 적용제외가 ‘중대재해의 감소’라는 본래의 목표달성에 부합하는지는 의문이고 이 점을 지적하는 정의당, 노동단체의 주장은 타당하다. 산업재해의 통계²³⁾를 원용하자면, 사망자는 거의 매년 건설업에서 가장 많이 발생(500명을 기준으로 증감하는 수준)하였으며, 특히, 5인 미만 건설사업장(2019년: 185명)은 5~49인 건설사업장(2020년 9월까지 167명, 2018년: 231명, 2017년 236명)과 함께 가장 높은 비중을 차지하고 있기 때문이다.

2) 사업주 등의 의무 상대적 명확화

법안에서 포괄적으로 규정되었던 주의의무가 법률 제4조(사업주와 경영책임자등의 안전 및 보건 확보 의무)에서는 보다 구체화하도록 규정되어 제1항 각호에서 1. 재해예방에 필요한 인력 및 예산 등 안전보건관리체계의 구축 및 그 이행에 관한 조치, 2. 재해 발생 시 재발방지 대책의 수립 및 그 이행에 관한 조치, 3. 중앙행정기관·지방자치단체가 관계 법령에 따라 개선, 시정 등을 명한 사항의 이행에 관한 조치, 4. 안전·보건 관계 법령에 따른 의무이행에 필요한 관리상의 조치로 구체화되고 특히 제2항에서 제1항제1호·제4호의 조치에 관한 구체적인 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하여 보다 더 구체화될 가능성을 두고 있다. 그러나 2호, 3호 소정의 사유에 대해서도 보다 구체화될 필요가 있고, 각호 모두 ‘이행’에 소요되는 ‘시간’의 문제가 남아있다.

도급, 용역, 위탁 등 관계에서의 안전 및 보건 확보의무에 대해서도 제5조 단서에서 ‘사업주나 법인 또는 기관이 그 시설, 장비, 장소 등에 대하여 실질적으로 지배·운영·관리하는 책임이 있는 경우에 한정한다.’고 규정하여 법안에 비해서는 도급인의 책임근거가 지배, 관리가능성에 있음을 명확하게 하였다.

22) 이는 주로 중소기업부의 의견을 반영한 것이다.

23) 고용노동부, ‘산업재해 발생현황’의 통계이다.

3) 형사처벌 규정 등

법률은 법안에서 위헌성이 노출되었던 인과관계 규정을 삭제하고, 인허가 관련 지자체 장등의 형사책임 규정도 삭제하여 지자체 장 등은 스스로 '경영책임자 등'에 해당하는 경우에만 책임을 지게 되었다. 제6조 등에서 징역형도 낮추어서 사망사고의 경우 1년 이상으로 그 밖의 경우는 7년 이하로 규정하고 벌금형의 상한도 각각 10억원 이하, 1억원 이하로 하였다. 형사처벌은 아니지만 관심이 높았던 징벌적 배상 규정도 '그 손해액의 5배를 넘지 않는 범위'로 규정되었다.

가장 문제가 되는 것은 동종재범 가중처벌 규정이라고 할 수 있는 제3항이다. 즉 '제1항 또는 제2항의 죄로 형을 선고받고 그 형이 확정된 후 5년 이내에 다시 제1항 또는 제2항의 죄를 저지른 자는 각 항에서 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.'는 규정은 산업안전보건법[법률 제17326호, 2020.5.26., 타법개정] 제167조 제2항의 규정과 같은 방식의 가중으로서 기존 법안들이 규정하였던 단순합산 형태보다는 책임주의에 근접한다고 평가할 수 있지만, 그 취지는 모호한 부분이 있다. 동일 사업을 계속 중인 개인 사업주의 경우 의무위반이 모두 동일인에게 귀속되므로 前犯 이후 後犯에서의 책임 가중을 인정할 수 있을 것으로 보이고, 법인 사업주에서 법인 자체의 처벌에서의 가중은 긍정할 수 있다. 그러나 법인의 경영책임자 등(개인) 행위자 책임'을 묻는 경우 그 개인이 이전 사고에도 책임이 있는 경우에는 타당하나 그렇지 않은 경우, 즉 종전 사고 이후에 해당 법인의 경영책임자의 지위에 취임한 경우나, 전의 사업장의 경영책임자 등으로서 처벌 받은 후 전혀 다른 업종의 법인에 다시 경영책임자로 취임한 경우 뒤의 사업체에서 해당 범죄가 발생한 경우에게까지 가중할 수는 없을 것으로 보인다. 그리고 이 규정의 취지를 '누범'이라고 설명하는 글도 있는데, 그렇게 보기에는 벌금형의 가중까지 인정하는 것이어서 자유형의 집행종료를 기준으로 하는 형법 규정과는 다르고, 동종재범을 가중하는 취지로 보면 일종의 상습범 가중 규정처럼 보이는데, 상습범 규정보다 적용이 지나치게 엄격하기 때문이다. 특히 그 가중의 기준시점을 '그 형이 확정된 후' 5년 이내로 함으로서 형법의 3년 보다는 길어졌지만, 이전 범죄의 재판이 진행 중인 경우에 동종사고가 재발한 경우를 가중할 수 없다는 문제가 있다. 만약 이 법률이 적용되는 형사재판이라면 기업들은 경영책임자 등을 보호하기 위해서 최대한 치열하고 장기적인 법정공방을 벌일 것이 예상되는데, 그 기간 중의 후범에 대해서는 이 규정으로 가중되지 않고, 단지 형법 제38조에 따르는 경합범 가중의 대상이 되기 때문이다. 법정형의 단기가 가중되지 않는다는 차이만 있는 것이 아니라, 불법에 대한 비난의 정도로 보면 '형의 확정'이 아니라 사고발생 시점을 기준으로 하여야 하는 것은 아닌가 하는 의문이 있다. 또한 이 때문에라도 반복 발생의 판단 단위가 다시 한번 중요해진다. 다수 사업단위가 존재하는 경우 법인 전체가 기준인지, 사업장 기준인지에 대해서 문제가 될 수 있다. 특히 다수의 산재 사고가 발생하는 건설업은 수백 군데의 사업이 여러 장소에서 동시에 진행되고, 조선업은 하나의 사업장에서 내용을 달리하는 다양한 작업이 진행되기 때문이다.

아쉬운 것은 제4조, 제9조의 사업주와 경영책임자등의 안전 및 보건 확보의무와 관련하여 이들 조치가 완료되기까지 소요되는 기간 중에 중대재해가 발생하는 경우에는 사업주 등의 안전조치 이행 정도에 상응하여 책임을 감경하는 경과규정도 필요하였던 것은 아닌가 하는 것이다. 이 법률의 형벌규정은 사실상 형법 적용영역에서 종전에는 최대 5년 이하의 징역으로 규율되던 업무상과실치사 사건에 상당 부분 적용될 수 있는 규정이기 때문이다. 물론 5인 이하 사업장에 적을을 제외하고 법률 부칙에서 시행일을 1년 후로 하고, 개인사업자 또는 상시 근로자가 50명 미만인 사업 또는 사업장(건설업의 경우에는 공사금액 50억원

미만의 공사)에 대해서는 공포 후 3년이 경과한 날부터 시행하도록 하면서도 정부의 지원을 규정한 제16조는 공포한 날부터 시행하므로 이를 예방조치를 위한 경과규정으로 볼 수도 있지만, 사업의 성격에 따라서는 설비 변경 등에 상당한 시간이 소요되는 경우도 있을 것이기 때문이다. 다만 이 부칙의 시행일 규정과 관련하여 문제가 되는 것은 시행시에 즉시 적용을 받는 사업주 등이 상시근로자 50인 미만 사업자 등에게 도급하는 경우 수급인은 처벌받지 않는데, 도급인만 처벌받는다라는 불만 섞인 주장이 있으나, 이는 법률에서 공간적 지배가능성을 명확히 하였으므로 수급인의 잘못을 대신 책임지는 것이 아니라, 자신의 고유한 책임 근거가 있으므로 도급인의 관리 책임이 가중되기는 하지만, 책임주의에 반하는 것으로 보이지는 않는다.

4) 심리절차에 관한 특례

법안에서 다양하게 제시되었던 것을 반영하지 않는 대신, 법원은 직권으로 형사소송법 제294조의2에 따라 피해자 또는 그 법정대리인(피해자가 사망하거나 진술할 수 없는 경우에는 그 배우자·직계친족·형제자매를 포함한다)을 증인으로 신문할 수 있도록 하고, 이 법 위반 여부에 관한 형사재판에서 법원은 검사, 피고인 또는 변호인의 신청이 있는 경우 특별한 사정이 없는 한 해당 분야의 전문가를 전문심리위원으로 지정하여 소송절차에 참여하게 하여야 한다고 규정하였다. 다만 '해당 분야'의 범위는 여전히 모호한 채로 남겨져 있다. 그러나 이 규정이 양형에 사고의 원인이 된 분야에서 전문가의 의견을 실질적으로 반영하려는 것이라면 법의 시행과 아울러 안전기준, 설비에 관한 규범이 형성되고, 안전컨설팅 업체나 기관을 통하여 분야별 산업안전에 관한 전문가가 육성되어야 할 것이다.

5) 정부의 사업주 등에 대한 지원 및 보고 신설

법률에서 특징적인 것은 제16조(정부의 사업주 등에 대한 지원 및 보고)를 규정하였는데, 특히 제2항에서 '정부는 사업주, 법인 및 기관에 대하여 유해·위험 시설의 개선과 보호 장비의 구매, 종사자 건강진단 및 관리 등 중대재해 예방사업에 소요되는 비용의 전부 또는 일부를 예산의 범위에서 지원할 수 있다.'고 규정하여 중대재해 예방에 대한 중앙정부의 책임을 분명히 하였다는 점은 높이 평가할 수 있다. 이러한 지원을 통하여 시설개선 등의 여력이 부족한 중소기업의 작업현장의 산업안전조치 등을 지원하고 향후 법적 용범위 확대에도 대비할 필요가 있다.

2. 평가

다른 발표에서 언급한 바 있지만, 지금의 법률도 완성된 형태가 아니라, 일종의 開門發車 상태라고 할 수 있다. 정치적 이해관계 때문에 일단 통과부터 시켜놓고 그 후속조치를 모색해야하는 상황이 된 것이다. 특히 제4조(사업주와 경영책임자등의 안전 및 보건 확보의무)는 법안들에 비해서는 상대적으로 구체화될 가능성이 있지만, 여전히 지나치게 가중된 형벌 부과를 정당화할 정도로 구체적이지는 않다. 이 법의 시행 일 이후에 발생하는 중대산업재해 사건이 발생하면 경찰, 검찰에서는 일단 이 법을 적용해 볼 것이고, 경

영자 단체 등은 해당 사안에 적극적으로 관여하게 될 것이다. 이 상황이 오기 전에 시행령 형태로라도 이를 구체화해야 할 필요성이 크다. 법 제4조 제1호, 제4호에 있어서는 이 의무의 근거법률이 무엇이고 어느 정도까지의 계획과 조치를 취하여야 하는지 그리고 부실하지만 그런 계획과 조치를 취한 시능만 했더라도 일응의 조치는 취한 것으로 보아야 할지가 문제가 될 것이다. 그 후에 이러한 형식적 조치를 보고 받은 중앙행정기관·지방자치단체가 관계 법령에 따라 개선, 시정 등을 명하여야 하고, 그에 따르는 사항의 이행에 관한 조치(제3호)를 하지 않은 때에 비로소 제6조의 처벌이 가능한 것인지도 문제가 될 것이다.

IV. 전통적 형법이론에 따른 대안의 모색

1. 법인과 그 최고책임자 처벌의 문제

중대재해처벌법에서는 (법인)기업의 운영자 등 고위관리자인 자연인의 형사처벌 강화도 의도하고 있는데, 이론적으로는 전통적 형법체계에서도 고위관리자의 형사책임은 물을 수 있지만, 현대 기업의 대규모, 다층화된 운영체제를 고려하면 개별 사고의 불행한 결과발생을 직접 최고관리자에게 책임귀속시키는 것은 용이하지 않다.²⁴⁾ 최고관리자에게 책임귀속을 인정할 사유가 존재한다고 하여도 실제의 수사, 재판에서 이를 수집, 제출, 입증하는 것은 매우 어렵기 때문이다. 수사기관이 적시, 적소의 압수, 수색을 통하여 최고관리자가 사고 발생의 원인이 된 결정에 관여되었다는 점을 입증할 수 있는 기록을 찾는 것이 용이하지 않고, 기업들은 최고관리자를 ‘옹위’하기 위하여 그 기록을 은닉, 파기하거나, 적절한 급(級)의 중간관리자를 책임질 자(=代贖)로 하는 자료를 제출하는 경우 수사기관이 비상한 의지를 가지고 수사를 계속하면 모를까 ‘윗선’까지 수사를 지속하는 것은 대단히 이례적인 일이 될 것이다. 보다 현실적으로는 대규모 사업장 등에서 개별 사고와 해당 기업의 최고책임자를 직접 연결, 책임귀속시킬 근거를 찾는 것은 용이한 일이 아니다. 대부분의 사고는 관행적 사업장 문화, 피해자이기도 하면서 사고원인자이기도 한 작업자의 과실이 상당 부분 개입되어 있기 때문이다.

결국 최고관리자의 책임을 결과발생에 대한 작위법 형식으로 접근하여서는 영화나 드라마에서 나오는 검은 음모와 같은 사정을 폭로하는 식이 아니라면 거의 불가능한 일일지도 모른다. 보다 현실적으로 가능한 것은 작업장의 작업문화, 환경을 사고발생의 우려가 없는 정도로 유지할 구체적 법률적 의무를 부과하고, 사고발생시에 사고의 원인이 그러한 법적 의무 위반에 해당하는 것인 때에는 그 위반을 근거로 결과에 대한 책임까지도 묻는 형식이 될 것이다. 실제 ‘산업안전보건법’도 이러한 형식으로 구성되어 있기는 하다. 그러나 이러한 법률만 만들어두고 실제로 안전의무가 준수되는지에 대한 불시의 지도, 감독은 이루어지지 않는다. 결과발생 이전에 안전의무 위반 자체로도 벌칙이 규정되어 있으므로 감독기관은 얼마든지 해당

24) 한국 형법이론에서는 오래 전에 그 힘을 잃은 정범결정에서 주관설은 이러한 측면에서는 효과적이기는 하다. 이 주제에 관해서는 이근우, 정범론에 나타난 형사실무의 주관주의적 경향 -보라매병원 사건을 중심으로, 안암법학 제31권, 안암법학회, 2010; 최호진, 정범·공범구별기준에 있어서 주관설에 대한 체계적 분석 -독일 연방대법원 판결을 중심으로, 법학논총, 단국대학교 법학연구소, 2009, 제33권 제2호. 그러나 이 경우에도 당해 사업을 영위하는 데에서 이익이 귀속되는 자는 1차적으로는 법인기업이므로 자연인인 이사 등의 책임귀속이 곧바로 도출되는 것은 아니다. 주관설에 속하는 이익설은 오히려 ‘바지사장’ 등을 동원한 불법에서 배후자 처벌에는 그나마 유용한 접근으로 보인다. 그러나 종전 ‘중대재해기업처벌법(案)’에서 ‘경영책임자 등’으로 나열된 자들에 대해서는 일종의 간주규정으로 보일 뿐 주관설로서도 이를 정당화하기는 힘들어 보인다.

사항을 점검할 수 있지만, 그러기에 충분한 인력도 의지도 없어 보인다.

2. 결과적 가중범의 이론

우리의 형법이론에서 과실범, 부작위범에 대한 이론이 아직 세밀하게 정리된 것이 아니다. 극단적으로는 ‘과실거동범’, ‘과실부작위범’이 우리 형법전에는 없다는 점 때문에 본격적으로 검토된 바 없어서 존재론적으로도 불가능한 범죄구성요건인 것처럼 생각되는 것이다. 법적 준수 의무²⁵⁾는 금지의 형식으로도 요구의 형식으로도 구성될 수 있는 것이고, 고의적으로도 과실로도 위반될 수 있는 것이기 때문에 비록 우리 형법전이나 교과서가 ‘고의적 작위범’형식의 범죄를 중심으로 구성되어 있기는 하지만 충분히 검토될 필요가 있다. 물론 중전의 불법론에 따르는 경우에는 고의범에 비하여 과실범이 책임이 가벼운 것이 보통이어서 가볍게 처벌되는 것이지만, 그 법적 의무의 수준에 따라서는 상당한 벌칙을 규정할 수도 있고, 원자력법 등 위험관리의 범주에서 논의되는 법률들에는 과도할 정도로 높은 벌칙이 규정되어 있다. 다만 환경법과 같은 행정법규 위반에서는 별도의 규정 없이도 양자를 동일하게 처벌할 수 있다고 보는 논의가 있는데, 극단적으로 결과를 중심으로 사고하는 바탕에서 행위자의 고의, 과실 여부를 불문하고 동일한 결과가 발생한 경우에는 동일하게 처벌하여야 한다는 요구가 바탕에 깔려 있는 것으로 보인다.

특정범죄가중처벌법의 위험운전치사죄의 논의구조와 유사한 것인데, 이러한 준수 의무위반치사(상)죄에 대한 기존의 설명은 부족해 보인다. 형법에서는 결과적 가중범이 고의의 기본범죄와 중한 결과에 대한 과실(예견가능성)로 구성된다는 점이 확고하게 인정받고 있고, 다만 가중적 결합범의 구성요건이 없는 경우에 이러한 결과적 가중범의 법정형이 중한 결과에 대한 고의범의 법정형보다 중한 경우에는 중한 결과에 대한 고의로서 중한 결과를 발생시킨 경우에도 결과적 가중범을 적용할 수 있다는 부진정결과적 가중범의 논의가 있을 뿐이었다. 그런데 앞서 검토한 준수 의무위반이 고의로도 과실로도 저질러질 수 있는 것이라면, 준수 의무위반치사죄의 경우에도 기본범죄가 고의이든 과실로 저질러졌든지 중한 결과를 초래하였다면, 성립할 수 있게 된다는 점이다. 그런데 산업안전보건법 제167조 제1항²⁶⁾의 죄는 동법 제38조제1항부터 제3항, 제39조제1항 또는 제63조가 규정하는 안전, 보건 의무를 위반하여 근로자를 사망에 이르게 한 자를 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하는 규정임에도 단순 결과적 가중범과 동일한 구성요건 형태로 규정되어 있다. 그래서 동법 제38조제1항부터 제3항, 제39조제1항 또는 제63조를 고의적으로 위반한 경우로 한정된다고 보아 그 적용범위를 축소하는 이론이 학계나 법원의 지지를 받고 있었다.²⁷⁾ 물론 형법이나 형사특별법 이외의 법률에 있어서도 형법 제8조 단서에 따라 특별한 규정이 없다면, 형법총칙 규정의 적용을 받는 것이고, 따라서 형법 제13조(고의)에 따라 단서²⁸⁾에 해당하는 ‘특별한 규정’이 없다면

25) 통상 이를 ‘주의의무’라고 불러도 무방할 것이지만, 이렇게 되면 지나치게 과실범에 가까운 설명처럼 여겨질 수 있어서 잠정적으로는 ‘준수의무’라는 표현을 사용하기로 한다.

26) 산업안전보건법 제167조(벌칙) ① 제38조제1항부터 제3항까지(제166조의2에서 준용하는 경우를 포함한다), 제39조제1항(제166조의2에서 준용하는 경우를 포함한다) 또는 제63조(제166조의2에서 준용하는 경우를 포함한다)를 위반하여 근로자를 사망에 이르게 한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.

27) 이는 동법 제167조 제1항의 죄의 기본범죄라고 할 수 있는 제168조(제63조 위반 없음)가 제168조의 규정형식도 고의범 형식이라는 점은 동일하다. 제168조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. 제38조제1항부터 제3항까지(제166조의2에서 준용하는 경우를 포함한다), 제39조제1항(제166조의2에서 준용하는 경우를 포함한다), 제51조(제166조의2에서 준용하는 경우를 포함한다), 제54조제1항(제166조의2에서 준용하는 경우를 포함한다), 제117조제1항, 제118조제1항, 제122조제1항 또는 제157조제3항(제166조의2에서 준용하는 경우를 포함한다)을 위반한 자

당해 구성요건을 고의범 구성요건으로 해석할 수밖에 없는 것은 당연하다.²⁹⁾ 그러나 과실로 준수의무를 위반한 경우를 처벌하는 것을 입법적으로 명시하는 경우까지도 불가능한 것으로 보이지는 않는다. 물론 고의범과 과실범의 불법의 차이를 어느 정도로 법정형에 반영할 것인가의 여부에 따라 책임원칙 위반의 문제는 남지만, 법률에 명시적으로 고의적 위반과 동일한 내용이지만 과실에 의한 준수의무 위반을 벌하는 벌칙을 규정하는 것³⁰⁾ 자체가 위헌적이라고 보이지는 않는다.

3. 형법에서 과실치사상죄 규정의 재검토

형법은 통상과실에 의하여 死傷의 결과가 발생한 경우에도 형벌을 과하기는 하지만, 과실치상은 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료로, 과실치사는 2년 이하의 금고 또는 700만원 이하의 벌금이라는 중한 결과에 비하여 대단히 낮은 형벌을 규정하고 있을 뿐이다. 단순과실, 통상과실이라는 것은 일상에 내재된 위험이 현실화한 것일 뿐, 대부분의 경우 중한 결과를 초래하지 않는 일상생활의 일부일 수도 있기 때문일 것이다. 반면에 위험을 초래할 수 있는 행위를 업무로서 수행하는 자이거나, 그 의무위반의 정도가 매우 중한 경우에는 별도로 규정을 두어 처벌하고 있다. 그런데 형법 제268조는 원인이 되는 업무상과실 또는 중과실을, (중한)결과로서의 상해와 사망의 결과초래를 하나의 조문에서 병렬적으로 동일한 법정형으로 규정하고 있고, 여기에 의문을 제기하는 견해를 찾아보기는 힘들다. 후자 즉 상해와 사망의 결과초래를 하나의 조문에서 병렬적으로 동일한 법정형으로 규정하고 있는 것은 어쩌면 매우 이성적인 선택이었는지도 모른다. 어떤 사고로 인하여 사망과 상해의 결과가 달라지는 것은 행위자에게만 귀속시킬 수 없는 외부적 요인이 개입될 수 있기 때문이다. 그러나 전자의 경우 즉 업무상과실과 중과실의 경우에는 개념적으로 중과실은 단순과실의 내용과 동일한 주의의무이지만 그 위반의 정도를 기준으로 통상과실에 대응되는 것이고, 업무상과실은 행위자의 '업무자'라는 지위에 의하여 주의의무의 표준이 통상과실에서의 일반인이 아니라 동종 업계의 표준에 해당하는 것으로 보다 상향되어 있는 것으로도 파악할 수 있다.(학설 대립 있음) 이렇게 보면 업무자의 통상과실에 해당하는 업무상과실에도 그 주의의무 위반의 정도가 중한 경우 '업무상중과실' 개념을 설정할 수 있을 것으로 보인다.

이러한 '업무상중과실'에 해당하는 것이 통상과실처럼 일상생활 가운데에 불문(不文)적으로 내재화하여 쉽게 감지하기 힘든 것이 아니라, 법정화된 의무에 해당하는 경우에는 업무자라는 지위에도 불구하고 자신에게 부여된 법적 준수의무를 지나치게 경시 혹은 무시하였다는 점에서 고의론에서 제기되는 '법무관심적 태도' 등 학설을 원용하여 미필적 고의에 준하는 비난가능성 및 그에 상응하는 법정형을 인정할 수도 있지 않을까 하는 이론적 구상을 제시해 볼 수 있다. 물론 형법은 경범죄처벌법의 일부 규정³¹⁾을 제외하

28) 형법[시행 2021.12.9.] [법률 제17571호, 2020.12.8., 일부개정] 제13조(고의) 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다. 다만, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다.

29) 대법원도 종래에 잠시 자동차관리법 위반에 대하여 행정법에 대해 '해석상의 과실범'을 인정할 수 있다고 하였으나 현재에는 이러한 태도를 취하고 있지 않다.

30) 예를 들어 다음과 같은 규정을 추가하는 것이다.

제167조(벌칙) ③ 제168조의 제1항, 제2항의 죄를 범하여 근로자를 사망에 이르게 한 자는 5년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.(단순과실과 중과실치사의 법정형은 분리 가능)

제168조의2(벌칙) 제1항 과실로 제38조제1항부터 제3항까지(제166조의2에서 준용하는 경우를 포함한다), (생략) ...을 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. 제2항 중대한 과실 또는 업무상 과실로 제38조제1항부터 제3항까지(생략) ...을 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

31) 경범죄 처벌법[법률 제14908호, 2017.10.24., 일부개정] 제3조(경범죄의 종류) 제1항

16. (타인의 가축·기계 등 무단조작) 다른 사람 또는 단체의 소나 말, 그 밖의 짐승 또는 매어 놓은 배·뗏목 등을 함부로 풀어 놓거나 자동차 등의 기계를 조작한 사람

면 결과의 초래가 없는 과실행위 자체를 형벌로 처벌하지는 않는다. 그러나 이미 행정법으로 분류되는 수많은 법률에서는 과거에 일반적 통상과실의 범주에 있던 것을 특별한 법률적 의무로 명시하고 있다. 물론 그 위반의 벌칙이 행정상 제재로서의 과태료에 그치는 것도 있고, 형벌인 것도 있다. 비록 거친 기준이기는 하지만, 벌칙이 형벌인가의 여부와 그 형벌의 경중으로 해당 의무의 경중도 추론해볼 수 있을 것이다.

사실은 산업안전보건법 및 중대재해처벌법 등에서 나타나고 있는 높은 법정형도 일률적으로 비난하기 보다는 이런 맥락에서 재구성되어야 한다고 본다. 법포리즘의 발현일 수도 있지만, 그것이 주권자로서의 국민의 정당한 요청이 반영된 것이라면, 형법학자로서는 어떻게든 이를 이론화하는 도그마틱적 과제를 수행하여야 하기 때문이다. 인기에 영합하는 식의 폭력적 입법방식에는 분명히 이의를 제기하지만 그 가운데에서도 존중해야 할 바가 있다면, 존중하고 이론적 검토를 통하여 일정한 제한의 기준을 제시할 필요도 있다. 즉 본격적 검토를 통하여 그 적용상의 부당성을 상쇄할 수 있는 요소를 충분히 검토해볼 수 있는 기회를 가질 수 있을 것으로 보인다. 이렇게 볼 때 현행의 입법방식이 추상적 준수위반에서 곧바로 과다한 형벌을 적용하는 것은 비판되어 마땅하다. 그러나 고의범에 가까운 법적 비난이 정당화될 정도로 책임주체가 되는 특정 분야 업무자(사업주)들에게는 충분히 숙지되고 준수되어야 할 것이 널리 알려져 있는, 생명·신체에 위협을 초래할 수 있는 중대한 의무의 중대한 위반에 해당하는 경우³²⁾는 이들 구성요건이 적용되는 것도 이론적으로 긍정되고, 향후 입법적으로 개선될 것을 요청할 수 있는 것이다. 하지만 지금의 산업안전보건법과 그 하위법령에 의한 의무는 너무 방대하고 상세하여 의무의 경중을 판별하기 힘들다는 점에서, 중대재해처벌법은 특정한 지위에 있다는 이유만으로 통상적 일반과실에 해당하는 ‘安全義務’를 넘어서 ‘萬全義務’같은 포괄적 책임을 지게 되고, 그것이 통상과실에 대한 형법전의 법정형에 비하여 과중한 법정형으로 처벌한다는 점에서 민중의 소박한 법감정에 기대어 형사책임을 運數所關이나 福不福, 혹은 犧牲祭儀의 문제로 만들어 버리는 것은 아닌가 하는 의문을 가지게 한다.

17. (물길의 흐름 방해) 개천·도랑이나 그 밖의 물길의 흐름에 방해될 행위를 한 사람

22. (위험한 불씨 사용) 충분한 주의를 하지 아니하고 건조물, 수품, 그 밖에 불붙기 쉬운 물건 가까이에서 불을 피우거나 휘발유 또는 그 밖에 불이 옮겨붙기 쉬운 물건 가까이에서 불씨를 사용한 사람

23. (물건 던지기 등 위험행위) 다른 사람의 신체나 다른 사람 또는 단체의 물건에 해를 끼칠 우려가 있는 곳에 충분한 주의를 하지 아니하고 물건을 던지거나 붓거나 또는 쏜 사람

24. (인공구조물 등의 관리소홀) 무너지거나 넘어지거나 떨어질 우려가 있는 인공구조물이나 그 밖의 물건에 대하여 관계 공무원으로부터 고칠 것을 요구받고도 필요한 조치를 게을리하여 여러 사람을 위험에 빠트릴 우려가 있게 한 사람

25. (위험한 동물의 관리 소홀) 사람이나 가축에 해를 끼치는 버릇이 있는 개나 그 밖의 동물을 함부로 풀어놓거나 제대로 살피지 아니하여 나다니게 한 사람

26. (동물 등에 의한 행패 등) 소나 말을 놀라게 하여 달아나게 하거나 개나 그 밖의 동물을 시켜 사람이나 가축에게 달려들게 한 사람

27. (무단소등) 여러 사람이 다니거나 모이는 곳에 켜 놓은 등불이나 다른 사람 또는 단체가 표시를 하기 위하여 켜 놓은 등불을 함부로 끈 사람

28. (공중통로 안전관리소홀) 여러 사람이 다니는 곳에서 위험한 사고가 발생하는 것을 막을 의무가 있으면서도 등불을 켜 놓지 아니하거나 그 밖의 예방조치를 게을리한 사람

38. (총포 등 조작장난) 여러 사람이 모이거나 다니는 곳에서 충분한 주의를 하지 아니하고 총포, 화약류, 그 밖에 폭발의 우려가 있는 물건을 다루거나 이를 가지고 장난한 사람

32) 판례 분석을 통하여 시행령 등에서 ‘다수 인명 피해를 초래할 수 있는 중대 의무’와 통상적 안전보건의무를 구별하여 교통법상 12대 중과실처럼 의무의 수준을 구별하여 유형화 할 수는 없을지언정 해볼 수 있는데, 예를 들어 고용노동부 ‘2019년 산업재해 발생현황’등을 보면 주요 원인유형이 나타나고 있는데, 다수 인명피해를 초래하는 것은 주로 화재, 폭발, 파열, 붕괴 등일 것이다. 또한 발생빈도로 보면, 건설업(428명, 50.1%), 5~49인 사업장(359명, 42.0%), 60세 이상 근로자(285명, 33.3%), 떨어짐(347명, 40.6%)이 가장 많이 발생하고 그 원인은 떨어짐(347명, 40.6%), 끼임(106명, 12.4%), 부딪힘(84명, 9.8%), 깔림·뒤집힘(67명, 7.8%), 교통사고(55명, 6.4%), 물체에 맞음(49명, 5.7%) 순으로 많이 발생하고 있다. 이러한 주요 인자별로 의무를 유형화하여 규정하고 이것이 원인이 된 경우에는 지금과 같은 중벌도 정당화될 수 있다고 보는 것이다.

V. 결론에 대신하여

이 발표에서 인용된 이전의 글은 본래 2020년 11월 즈음에 당시 제출된 법안의 문제점을 지적하는 글로 기획되었던 것이다. 그래서 특정한 결론을 제시하기보다 좋은 의도를 가지고 입법되는 법이 또 다른 분란과 원망의 시작이 되지 않았으면 하는 바람에서 중대재해기업처벌법안의 형법적 문제점을 지적한 것이다. 많은 산업안전 분야 전문가들의 제안처럼 사후처벌 중심의 손쉬운 형벌의 입법, 가중처벌이 아니라 비용과 노력이 들어가더라도, 산업안전감독관 제도를 신설, 실질화하면서, 이를 이미 산업계에 치우쳐 있다고 비판받는 고용노동부에서 분리하여 독자적 책임과 판단 하에서 산업현장에서의 안전관리체계를 사전 감독, 검사하는 예방체계의 구축에 보다 많은 노력이 필요하고, 이것이 엄한 형벌의 경고만으로는 막을 수 없는 산업재해를 실제로 줄일 수 있는 길이라고 믿는다. 또 다른 방안으로는 현재 중앙정부 부처인 고용노동부 소속으로만 임명되는 근로감독관 제도를 개편하여, 지방자치단체 소속으로도 임명하거나, 적어도 산업안전 분야에 대해서는 근로감독관의 전속 관할 규정을 배제하고 일반 경찰도 예방, 감독이나 수사할 수 있게 해야 한다. 현재의 근로감독관은 그 숫자도 절대적으로 부족하고 주로 채불임금 관련 사건을 처리할 뿐이다. 그러나 산업현장과 다중이용시설 등에서 중대재해는 해당 지역 사회에서 관심을 가지고, 위험요인을 끊임없이 감시, 감독하여야만 방지할 수 있는 것이다. 사고 발생시에 死後藥方文 격으로 최고책임자에게 강한 형벌만 부과하면 그가 알아서 사고를 방지할 것이라는 것은 지나치게 소박하고 단순한 발상에 지나지 않는다. 산업현장과 일상 생활공간에서의 안전을 누구보다도 소망하지만, 법, 형벌만으로는 세상이 바뀌지 않는다. 지속적으로, 반복해서 예방점검하여 위반사실이 있을 때마다 반복적으로 적정한 액수의 과태료를 부과하는 것이 실제 형사재판에서 적용하기도 곤란한 상징적이기만 한 법률을 제정하는 것보다 더 나은 재해 예방 정책이 될 수 있을 것으로 생각한다.

오늘의 발표에 덧붙여 주제마다 각자의 가치판단이 다를 것이기 때문에 최근의 엄벌주의에 동의하는 경우도 있겠지만, 필자로서는 다수결 민주주의로도 넘을 수 없는 법원칙이 있다는 입장에서 장기적 방안으로서 형벌법규의 국회 입안, 토의 과정에의 전문가 참여과정 제도화와 법교육 활성화를 조심스럽게 제안하고 싶다. 소박한 법감정에 따른 입법은 전근대, 근대의 가혹한 형벌로 회귀하는 것은 아닐까 하는 우려를 낳게 한다. 이는 일정 정도 학교교육이나 대중교육을 통해서 법제도에 대한 이해를 넓힘으로서 완화될 수 있는 것은 아닌가 하는 기대가 있다. 예를 들어 대중의 법감정 속의 양형 기대수준은 상당 부분 미국 등의 판결선고와 집행방법 선고방식에 대한 이해 없이 해외토픽 형태로 소개된 형량만으로 우리 형량 수준을 평가한 것으로 보이기 때문이다.

[제1세션]

“중대재해처벌법 제정의 형사정책적 교훈” 토론문

김 한 균 (한국형사정책연구원 선임연구위원, 법학박사)

1. 개탄과 한탄

중대재해처벌법 제정에 대한 사회적 반응은 상당부분 개탄과 한탄으로 갈린다. 노동자의 안전도 중요하지만...이라는 말꼬리를 애써 달기는 하지만 대중정서에 영합하여 전근대적 형법으로 돌아가자는 것인가 개탄해 마지 않는 태도가 있는가 하면, 어제든 오늘도 떨어지고 끼어서 죽어가는데 처벌법 때문에 기업 못하겠다는 기업주 편들다가 사실상 무용지물인 법이 되어버렸다고 한탄하는 태도도 있다. 어느 태도나 중대재해처벌법은 입법내용과 형식의 잘못이 있어 실제 적용되기도 어려운데다가 적용된다 해도 문제해결보다는 새로운 문제를 낳게 되리라는 비판과 우려라는 점에서는 입장이 별다르지 않은 셈이다.

“중대재해를 예방”하는 것은 국가의 가장 기본적인 책무이며, “시민과 종사자의 생명과 신체를 보호함”(법 제1조)은 또한 형법을 비롯한 법질서의 가장 기본되는 목적일 것인데, 왜 장기간 사회적 관심과 논의에도 불구하고 개탄과 한탄 대상인 법률이 결과된 것일까.

형법연구자들은 대체로 개탄의 입장에 서 있는 것으로 보이지만, 한국사회 현실에서 ‘재해유발자들’이 누구이고, 반면 ‘재해피해자들’은 누구이며, 왜 그 가해와 피해의 구도와 결과가 도무지 변치 않는지를 모르는 것은 아닐까. 이 점에 대해서는 “민중의 소박한 감정”이나 “국민의 상식”과 다름없을 것이다. 따라서 형법연구자들이 할 일은 중대재해처벌법 입법취지와 노력을 기본적으로 존중하면서, 노동자와 시민의 생명과 안전을 보장한다는 법정책과 법제도에 어떤 하자가 있는지, 형법이 그 하자의 일부인지, 아니면 긴요한 보완책일 수 있는지 차분하게 살펴보는 노력이다.

2. 중대재해 현실의 중대성

2021년 2월 10일 고용노동부가 산업안전보건법 제10조 (산업재해 발생건수·재해율 및 순위 공표)에 따라 발표한 자료에 따르면, 2020년중 ‘중대재해’ 발생(사망자 1명 이상, 3개월 이상 진단 부상자 동시 2명 이상, 부상자 또는 직업성 질병자 동시 10명 이상 발생) 사업장은 2019년과 동일한 671개소다. ¹⁾이 가운데

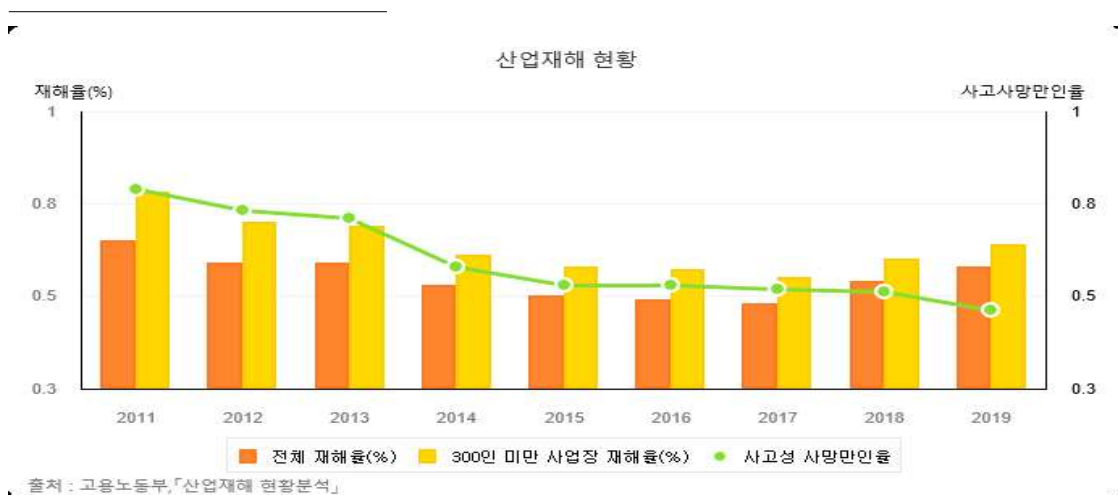
1) 고용노동부 「2019년 산업재해발생현황」에 따르면, 산업재해로 인한 사망자 수는 2,020 명으로 이 중 사고 사망자는 855 명이다. 2018년에 비해 전체 산재 사망자 수도 122명 감소했고, 특히 사고사망자 수가 크게 줄었다. 질병사망만인율은 오히려 증가했지만, 사고사망만인율은 10% 가까이 줄어 0.46이 됐다. 건설업에서도 사고사망자가 감소했지만, 건설업 사고사망만인율은 1.65에서 1.72로 오히려 늘었다. 이는 고용노동부가 홍보하는 대로 산재예방정책 효과라기 보다는, 2019년 건설경기 불황으로 인해 건설업 노동자가 줄어서 사망사고 감소로 보이는 것이다. 고용노동부와 안전보건공단 사망사고 감소 대책의 주요 대상이 건설업이고, 추락사고 예방 중심, 건설업 안전비계 설치 중심의 사고사망재해 예방 정책을 적극 추진했지만, 건설업 사고사망만인율은 줄어들지 않았다. (한국노동안전보건연구소, 2019 산업재해발생현황 평가, www.kilsh.or.kr) 이는 고질적인 중대재해문제 해결 위해 행정적 예방조치를 더욱 지속적으로 강화해야 한다는 정책적 의미로도, 반대로 행정적 조치만으로는 중대재해문제 해결이 더 이상 어렵다는 정책적 의미로도 해석될 수 있다.

50인 미만 소규모 사업장 539개소로 80%인데, 이는 업체 규모가 작을수록 중대재해에 취약하다는 의미다. 업종별로는 건설업이 369개소로 55%에 달한다. 이는 1982년 제정 산업안전보건법 이래 40년이 지나도록 여전히 소규모 건설사업장이 가장 재해에 취약하다는 의미다. 또한 하청 노동자 사고·사망 비중이 높은 원청 사업장 명단에는 LS-Nikko동제련, 고려아연 온산제련소, 동국제강 인천공장, 현대제철주식회사 당진공장, 삼성중공업이 포함되어 있다. 이는 대기업 원청이 하청을 통해 원청이 져야 할 재해위험 방지책임을 중소기업에 전가하면서, 방지에 필요한 비용부담을 회피하고, 방지하지 못한 책임을 면탈하려는 악성재해 구조가 여전하다는 의미다.

이 통계자료 앞에서 1987년 민주화는 산업민주화이기도 했다는 중요한 사실을 상기해본다. ‘산업재해’라는 말은 1987년 겨울 상경해 공장에서 일한지 불과 넉달만에 급성수은중독으로 사망한 열일곱살 노동자로부터 시작되었다. 이 죽음을 정부도 기업도 산재로 인정하지 않았었다. 문송면 사망 직후 원진레이온 공장에서는 이황화탄소 중독으로 230명의 노동자가 사망하였다. 이에 1988년 노동자대투쟁이 전개 되었고, 1990년 산업안전보건법이 전면개정되었다. 그러나 여전히 건설현장에서는 매년 500여명이 죽는다. 매일 한 명 이상 꼴이다. 혼자 지하철 스크린도어 정비를 하던 십대 노동자가 또 죽었다.

생각건대 몇십년동안 법제도의 발전과 안전기술의 발전에도 불구하고 여전히 원시적인 형태의 ‘사고’가 대량으로 지속된다면, 이는 더 이상 개인의 ‘안전불감증’이나 부주의 문제로 돌리거나, 행정지도감독이나 교육으로 해결될 수만은 없는 ‘사건’이라는 의미가 아닐 수 없다. 사고는 처리되는 것이지만, 사건은 처벌을 포함한 조치가 필요한 것이다. 이 고질적인 사건과 그 피해의 지속현상에 대해 우리 사회는 ‘중대재해’라는 의미를 부여한 것이고, 입법자는 그러한 정치적·사회적 각성을 법적으로 구체화한 것이다.

그래서 2017년 ‘재해에 대한 기업 및 정부책임자 처벌에 관한 특별법안’ (노회찬 의원 대표발의안, 의안번호 제6761호) 과 2017년 ‘공중이용시설 등의 안전관리위반범죄 처벌 특별법안’ (박주민의원 대표발의안, 의안번호 제11036호) 이래로 마침내 2021년 1월부터 시행되는 중대재해처벌법은 1987년 민주화의 너무나 뒤늦은 결실이라는 아쉬움이 있지만, 단순한 법률 하나 이상의 역사적 의미가 있는 것이다. 그런데 이 법은 50인 미만 사업장에 대해서는 2024년까지 3년 유예기간을 두고(법 부칙 제1조), 5인 미만 사업장은 아예 적용 대상에서 제외하였다.(법 제3조)



3. 중대재해 규정에서 ‘중대’의 형사정책적 의미

오랫동안 외면받아온 산업재해 현장의 피해는 중대재해처벌법 논의를 통해 통계현실에서 법적 현실로 전환된다. ‘중대재해 처벌’의 법제가 현실화한 ‘중대성’을 다시 외면해서는 안된다. 이러한 중대의 의미는 중한 책임과 중한 처벌의 근거가 아니라 하지 못한다.

사실 “노동현장의 안전문제를 해결하는 데는 많은 재원이나 고난도의 기술이나 정의로운 말이 필요하지 않다. 돈이 없고 기술이 없고 말이 모자라서 못하는 것이 아니다. 문제를 해결할 능력이 넘치되, 그 능력을 작동시킬 능력이 없으니 능력은 있으나 마나다. 능력을 작동시킬 능력이 마비되는 까닭은, 이 마비가 구조화되고 제도화되고, 경영 논리적으로 그리고 법적으로 깔끔하게 설명되어 있기 때문이다.”²⁾

중대재해와 사회적 참사에 대한 정부와 기업의 책임을 형사처벌을 통해 묻기 전에 종래의 안전제도와 장치들을 마비시킨 문제를 살펴서 제대로 작동하도록 법제와 정책을 정비하는 일이 우선되어야 함은 물론이다. 그리고 기업과 기업주에 대한 형사처벌과 강화의 타당성과 효과성에 대한 신중한 검토는 개탄과 한탄이 엇갈리는 지경에서 형법연구자들의 당연한 임무다. 그러나 우선되어야 할 일이나 형법투입 여부와 정도에 대한 검토가 중대재해처벌법의 처벌 형식과 내용 자체에 대한 부인이나 다름없을 정도까지의 비판이 되어서는 안될 것이다. 그야말로 우리가 경험하는 일상화된 산업재해와 사회적 대형참사가 우리 사회가 돈과 기술과 개탄과 한탄이 모자라서, 행정규제가 없어서 되풀이된 것도 사실 아니다. 역설적으로 중대재해처벌법은 중대재해가 되풀이 될 때마다 다짐했던 조치가 실현되지 못했기 때문에 최후수단으로서 중벌을 등장시킨 것으로 이해할 수도 있다. 형벌부과와 가중의 의미는 최후수단으로 투입되어야 한다는 근거가 되는 바로 그 선행 안전조치들을 실제 갖추고 이행할 것을 강제하는 입법적 결단이 된다. 형벌이 실제 최종적으로 나서도 될 만큼 형벌을 피하기 위해 우선적으로 할 수 있는 예방조치를 다 하도록 강제한다는 의미가 되는 것이다. 또한 그 강제의 정책적 필요성은 투입되었던 형벌의 가중으로 실현되는 것이다. 물론 형벌은 최후수단이지 최종수단은 아니어서, 중대재해문제의 최종해결은 예방으로부터 처벌에 이르기까지 종합적 법제와 정책을 통해 가능한 것인데, 그렇다고 중대재해의 현실이 일정하게 요구하는 형벌의 투입과 가중을 “만전의무” 부과라든지 “만능해결책”의 무리수라 단순화할 것은 아니다.

4. 중대재해처벌법에서 ‘사업주·경영책임자 안전·보건확보의무’의 형사정책적 의미

2017년 고 노회찬 의원이 대표발의한 ‘재해에 대한 기업 및 정부책임자 처벌에 관한 특별법안’에서 중대재해에 대한 기업의 형사책임을 묻는 근거는 다음과 같다.

첫째, 대형재해 사건은 특정한 개인의 위법행위 결과가 아니라, 기업 내 위험관리시스템의 부재, 안전불감 조직문화 등이 복합적으로 작용한 결과이기 때문이다. 둘째, ‘현대형 중대재해’를 예방하기 위해서는 기업 등이 조직적·제도적으로 철저한 안전관리를 하도록 유도하는 입법이 필요하다. 셋째, 현행법에 따르면 재해사고가 발생하더라도 안전관리의 주체인 경영자에게 형사책임을 묻기 어렵다. 현대 기업의 특성상 안전관리는 다양한 직급에서 구조적으로 이루어지기 때문에, 형법상 업무상과실치사죄의 적용이 어렵다. 따

2) 김훈, ‘죽음의 자리로 또 밥이 간다’ 경향신문 2019년 11월 25일.

라서 대부분의 재해 사건은 일선 현장 노동자 또는 중간관리자를 가볍게 형사처벌하는데 그친다. 넷째, 법인의 경우, 산업안전보건법 등 과태료나 벌금 부과규정이 존재하기는 하나, 인명피해에 대한 처벌을 예정한 규정이 아니어서 벌금액이 피해에 비해 매우 낮다. 다섯째, 현행 형사법체계는 기업의 안전관리시스템을 관할하고 지배하는 경영자가 재해 위험을 중시하지 않더라도 책임을 묻지 못한다. 결국 사회 전체적으로 재해사고의 위험이 높아지는 결과를 가져온다.

생각건대 중대재해처벌법은 기업과 사업주, 경영책임자 뿐만 아니라 사회전반에 대해 이익산출과 안전비용 교량등식을 다시 생각해 볼 것을 촉구하는 의미가 있다. 즉 안전 및 예방 인력과 설비 비용, 산재보험 비용, 피해자 보상비용, 행정과태료와 형사벌금 등의 좌변과 이윤창출의 우변을 교량해 볼 때, 여전히 우변이 높다면 좌변에 대한 투자에 소극적이어도 우변쪽의 이윤이 확보된다. 기업이란 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 하여 설립한 법인(기업 활력 제고를 위한 특별법 제2조 제1호)이다. 또한 기업 활동이란 법인 또는 개인이 영리를 목적으로 계속적·반복적으로 행하는 모든 행위 및 이에 부수되는 행위를 말한다. (기업활동 규제완화에 관한 특별조치법 제2조 제1호) 기업활력 제고를 위한 기업활동 규제완화도 중요한 정책의제다. 그러나 기업활동이 중대재해유발자일때 붙어 넣어야 할 활력이나 완화되어야할 규제는 없을 것이다.

이윤을 목적으로 비용 대비 효과를 높이되 손실비용을 최소화한다는 점에서는 몹시도 합리적일 기업에 대해서는 첫째, 이윤추구 활동에 뒤따르게 될 위험예방과 안전관리에 대한 책임을 무겁게 지게하는 것, 둘째, 그 책임을 무시하거나 회피함으로써 얻을 수 있는 이윤보다 범죄적 재해를 초래할 경우 감당해야 할 손실(처벌) 비용이 결코 무시할 수 없을 만큼 더 크도록 하는 것, 셋째, 그 이윤의 혜택을 가장 정점에서 누리는 사업주가 최종부담하게 될 처벌비용이 가장 큰 손실비용이 되도록 할 것이 가장 합리적인 형사정책 설계다. 중대재해처벌법은 기업과 사업주, 경영책임자에 대해 그간의 비용산정방식에 확장되고 가중된 형벌비용을 전체 계산 등식에 반드시 고려해서 기업활동의 방향을 중대재해방지 쪽으로 전환하도록 하는 의미가 된다. 다시 말해 사람의 목숨을 비용처리로 계산하려드는 사업주와 기업과 기관을 우리 사회가 더 이상 용납하지 않겠다는 의지를 형법적으로 천명하는 것이다.

5. 중대재해처벌법에서 ‘도급, 용역, 위탁 관계 안전 및 보건 확보의무’의 형사정책적 의미

산업안전보건법 제2조 제6호에 ‘도급’이란 명칭에 관계없이 물건 제조·건설·수리 또는 서비스 제공, 그 밖의 업무를 타인에게 맡기는 계약이며, 제8호에 따르면 ‘수급인’이란 도급인으로부터 제조·건설·수리 또는 서비스 제공, 그 밖의 업무를 도급받은 사업주를 말한다. 중대재해처벌법 제4조 제1항은 ‘사업주나 법인 또는 기관이 실질적으로 지배·운영·관리하는 사업 또는 사업장’을 요건으로 한다. 제5조(도급, 용역, 위탁 등 관계에서의 안전 및 보건 확보의무) 단서는 사업주나 법인 또는 기관이 그 시설, 장비, 장소 등에 대하여 실질적으로 지배·운영·관리하는 책임이 있는 경우로 한정한다.

여기서 ‘실질적으로 지배·운영·관리하는 책임’ 규정은 본 법상 처벌조항이 “전가책임” “연좌책임”이

라거나 “복불복 처벌”이라는 비난을 피하기 위한 조치로 보인다. 그러나 도급을 준 사업주가 실질적으로 관리운영하는 사업장과 도급을 받은 사업주가 실질적으로 관리운영하는 사업장은 별개여서 하도급 수급인의 책임이 도급자에게로 전가되어서는 안된다는 형식논리는 재검토를 요한다. 왜냐하면 ‘위험의 외주화’라는 우리가 경험해온 현실의 관점에서 살펴보면, 하도급은 단순히 타인에게 업무를 맡기고 받는 계약이 아니다. 중대재해처벌법상 사업주와 경영책임자등의 안전 및 보건 확보의무 내용인 ①재해예방에 필요한 인력 및 예산 등 안전보건관리체계의 구축 및 그 이행에 관한 조치, ②재해 발생 시 재발방지 대책의 수립 및 그 이행에 관한 조치, ③ 중앙행정기관·지방자치단체가 관계 법령에 따라 개선, 시정 등을 명한 사항의 이행에 관한 조치, ④ 안전·보건 관계 법령에 따른 의무이행에 필요한 관리상의 조치가 하도급을 통해 수급인에게로 ‘전가’되는 것이다.

즉 재해발생을 방지하기 위한 비용과 재해피해에 대한 책임을 회피하는 수단으로 수급인에게 책임을 떠넘기는 것이다. 실질적 책임을 형식적으로 떠넘기는 책임은 누구에게 어떻게 물을 것인가? 중대재해처벌법이 묻는 책임은 ‘전가책임’이 아니라, 제3자에게 도급, 용역, 위탁을 행한 사업주 또는 경영책임자 고유의 책임이 되는 것이다. 따라서 중대재해처벌법 제6조(중대산업재해 사업주와 경영책임자등의 처벌)가 안전 및 보건확보 의무 위반(제1항)뿐만 아니라 도급, 용역, 위탁 등 관계에서의 안전 및 보건 확보의무를 위반하여 중대산업재해에 이르게 한 사업주 또는 경영책임자(제2항)도 처벌하는 것은 전가책임규정이 아니라, 안전보건확보책임을 경영기술적으로 전가하려는 악의적 술책에 대해 형사정책적으로 명시적 책임을 묻는 규정이다. 따라서 실질적 지배·운영·관리 책임의 문제에서 실질의 판단은 위험업무의 체계적이고 위계 단계적인 외주 도급 여부에 대한 판단의 문제가 될 것이다.

[제1세션]

“중대재해처벌법 제정의 형사정책적 교훈” 토론문

김 영 중 (한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사)

2021년 1월 26일 제정되어 2022년 1월 27일 시행예정인 “중대재해 처벌 등에 관한 법률(이하 ‘중대재해 처벌법’)”에 대해 형사법적으로 세부적으로 고찰하신 발제자님의 발제 잘 들었습니다. 발제를 통하여 우리 사회에서 첨예하게 대립되었던 중대재해에 대하여 입법과정과 제출된 법률안의 상세한 내용을 포함하여 시행 예정인 법률에서 발생할 수 있는 형사법적 쟁점에 대해 많이 배울 수 있었습니다. 발제자가 제시한 의견에 대해 대부분 동의하지만, 다음과 같은 점에 대해서는 의견 또는 질문을 드리고자 합니다.

1. 산업현장에서 중대재해 발생시 처벌의 형평성 문제

중대재해처벌법 중 중대산업재해의 제정필요성이 제기된 주된 이유는 산업체에서 사망사고가 발생한 경우 기업주 또는 사업주는 처벌되지 않았으며, 법인이나 실무상 안전보건관리책임자가 처벌되더라도 그 형벌이 크지 않았다는 점일 것입니다. 발제자가 발제문에서 제시한 바와 같이 산업안전보건법에 의하여 처벌이 이루어졌으나, 실질적 고용관계가 없는 경우라면 무죄가 선고되는 경우도 많았고, 처벌도 업무상과 실치상 또는 치사죄 정도로 처벌되는 경우가 많았습니다. 가장 큰 것은 역시 사망사건이 발생하였음에도 불구하고 처벌이 낮았던 점일 것입니다.

이번에 제정된 중대재해처벌법은 산업현장에서 안전 및 보건 확보의무를 다하지 아니하여 사망사고가 발생한 경우 1년 이상의 징역 또는 10억원 이하의 벌금에 처하도록 하여 기존의 업무상과실치사죄보다 법정형을 다소 높게 설정하여 사업주, 경영책임자 등의 책임을 실질적 안전 책임자보다 크게 설정하였습니다. 기존과는 달리 기업주 등 실질적으로 기업을 경영하는 사람들에게 사망사고에 대한 책임을 물을 수 있게 되었다는 점에서 이 법의 제정목적은 일부 달성하였다는 평가는 가능할 것으로 보입니다.

다만, 징역형을 1년 이상으로 설정할 경우 1년부터 최대 30년, 가중처벌을 할 경우에는 50년까지 부과 가능하며, 제6조 제3항과 같이 형이 확정된 후 5년 이내 재범한 경우 2분의 1까지 가중하는 규정도 있어서, 기존의 업무상과실치사죄와 비교하면 너무 과중한 것이 아닌가 생각이 듭니다. 또한 벌금형의 경우에는 10억원 이하로 되어 있는데, 이렇게 설정된 이유가 무엇인지 분명하지 않습니다. 국회에서 법률안 입법시 제시하는 기준에 따르더라도 징역형의 가중 전 법정형을 기준으로 하면 30년->3억으로 하는 것이 일반적인 것으로 보이는데, 10억이라는 벌금형은 과한 것이 아닌가 생각이 듭니다. 또한 판사가 결정할 수 있는 재량의 범위도 5만원부터 10억으로 그 범위가 너무 넓습니다. 이는 양형기준을 설정할 때도 문제가 됩니다.

다음으로 예를 들어 사망자가 1명 이상 발생하는 중대산업재해가 발생한 경우, 안전보건관리책임자(소

장 등)는 산업안전보건법 위반, 업무상과실치사죄 등에 해당될 것입니다. 이에 반하여 기업주 등 경영책임자는 중대재해처벌법의 적용을 받습니다. 물론 하나의 사고에 대하여 관계자의 주의의무 정도가 달라서 형벌이 달라질 수는 있지만, 그렇다고 하더라도 기업주 등 경영책임자에게 설정된 법정형이 실질적으로 현장의 안전을 책임지는 사람보다 과도하게 큰 것이 아닌가 하는 의문이 듭니다.

2. 과연 시행경과 규정으로 1년, 3년이 필요하였는가?

현재 산업현장의 안전에 대해서는 산업안전보건법이 제정되어 운용중에 있습니다. 산업안전보건법에 따르면 사업주 등은 산업재해 예방을 위한 기준, 근로자의 신체적 피로와 정신적 스트레스 등을 줄일 수 있는 쾌적한 작업환경의 조성 및 근로조건 개선, 해당 사업장의 안전 및 보건에 관한 정보를 근로자에게 제공할 의무가 있습니다. 그 밖에서 기업주는 발주, 설계, 제조, 수입 또는 건설에 사용되는 물건으로 인하여 발생하는 산업재해를 방지하기 위하여 필요한 조치를 할 의무도 있습니다. 정부도 산업재해 예방 지원 및 지도 의무가 있습니다.

이렇듯 현재 산업안전보건법에서도 산업재해 예방을 위한 여러 가지 조치등이 시행되고 있는데, 중대재해처벌법에서 사업주와 경영책임자들에게 부과하는 안전 및 보건 확보의무와 큰 차이가 있는지 의심이 듭니다. 사실상 산업안전보건법에서도 안전보건관리체계 구축과 관련된 규정이 있고, 현재 시행되고 있으며, 일부 규모 및 업종을 제외하면 거의 모든 사업주가 이러한 의무를 부담하고 있습니다.

이와 같은 산업안전보건법상 규정에도 불구하고, 부칙은 시행일을 공포후 1년으로 설정하고 있으며, 개인사업자 또는 상시 근로자가 50명 미만인 사업 또는 사업장에 대해서는 3년이 경과한 날부터 시행한다고 규정하고 있습니다. 이러한 경과규정으로 인하여 사실상 50명 미만인 사업장의 경우 사망자가 1명 이상 발생하는 중대산업재해가 발생하더라도 현재와 같이 기업주에게 책임을 물을 수 없는 상황에 이르게 될 가능성이 있습니다. 오히려 산업현장에서의 재해로 인하여 사망사고까지 발생할 수 있는 사업의 경우에는 사업주에게 조속히 안전보건관리체계 등을 구축하게 하여 사망사고를 예방하게 하는 것이 타당할 것으로 보입니다. 사실상 50명 미만의 사업장은 규모가 크지 않아서 이러한 체계를 갖추는데 설비나 비용이 많이 들것이라 예상되지 않는 면도 있습니다. 그러한 면에서 50명 미만 사업장에 대하여 3년의 경과규정을 두는 것은 타당하지 않다고 생각됩니다.

3. 범죄의 성격

발제자의 발제문에 명확하게 드러나지 않아서 경영책임자들의 안전 및 보건 확보의무 위반에 따라 중대산업재해의 결과를 발생하게 한 경우의 법적인 성격에 대해 살펴보려고 합니다. 우선 우리 형법에서는 업무상과실치사죄를 규정하고 있습니다. 업무상과실치사죄는 일정한 업무를 수행하는 자가 자신의 주의의무를 다 하지 않아 사람의 사망이라는 결과를 발생시킨 경우를 처벌하는 경우입니다. 구조적으로 업무상과실이라는 주의의무위반과 사망이라는 결과가 결합되어 있습니다. 해석상 이러한 범죄를 과실범으로 부른다. 이에 반하여 결과적가중범의 경우에는 기본범죄(고의범)와 중한결과의 발생(원칙적 과실, 고의의 경

우가 포함되는 경우도 있음)의 구조로 되어 있습니다.

제6조 제1항에서 규정하는 범죄는 제4조 또는 제5조(사업주와 경영책임자, 일정한 관계에서의 안전 및 보건확보의무)를 위반하여 중대산업재해(사망자가 1명 이상 발생)에 이르게 한 경우에 처벌하는 규정이다. 규정의 구조상으로 보면 '일정한 의무위반'과 '사망자가 1명이상 발생하게 한(결과에 이르게 한)' 구조라고 볼 수 있습니다. 그렇다면 업무상과실범에서의 일정한 사람에게 주어지는 주의의무 위반과 사망의 결과에 이르게 한이라는 측면에서는 과실범으로 평가할 수 있습니다. 게다가 안전 및 보건확보의무 만을 위반한 경우 동법에서는 처벌규정을 두고 있지 않으므로(산안법은 제외한다), 그것 자체만으로는 범죄가 되지 않으며, 오히려 안전 및 보건확보의무 위반은 사업자 등이 사업장에서 해야 할 주의의무를 구체화하여 제시한 것이라고 볼 수 있을 것이므로, 업무상과실범의 성격을 갖는다는 해석이 타당할 것으로 보입니다.

감사합니다. 이상으로 짧은 토론을 마치겠습니다.

[제1세션]

“중대재해처벌법 제정의 형사정책적 교훈” 토론문

김 명 준 (산업안전보건연구원 정책제도연구부장, 법학박사)

2021년 한국형사정책학회·한국형사정책연구원 춘계학술대회에서 이근우 교수님의 발제문에 대한 토론을 하게 된 것을 매우 영광스럽게 생각합니다. 이러한 기회를 주셔서 감사드립니다.

이근우 교수님의 중대재해처벌법 제정의 형사정책적 교훈의 발제문은 금번 학술대회에 참석하신 모든 분들께서 공감할 수 있는 내용이었으며, 산업안전보건법이 태동되기 전부터 지금까지 진행되어 온 역사를 잘 기술하여 주셨습니다.

입법 과정에 대한 비판에서는 배경부터 정략적 입법화가 진행되는 과정에 대한 여러 가지 입법안에 대해 자세하게 기술해 주셨으며, 자연인과 법인을 처벌하는 강력한 법안을 만드는 준비 과정이 기업체의 사규를 제정하거나 개정하는 과정보다 정교하지 못했다는 느낌을 받았습니다.

인권을 침해할 개연성이 높은 법안의 제·개정 시, 해당 분야의 전문가와 이해관계자의 의견을 충분히 반영해야 하는 것이 마땅함에도 불구하고, 특히 형법학자들의 의견이 반영되지 않고 정치인들이 속한 집단의 입장을 대변하는 수준에서 처리된 점을 강도 높게 지적하신 점은 매우 합당하다고 판단됩니다.

산업안전보건법 위반 사건은 기업범죄이고 고의범임에도 불구하고 대법원 양형기준이나 법원의 판결문에는 형법상의 과실치사상죄로 처벌되고 있는 모순점에 대해서도 잘 지적해 주셨습니다. 이러한 문제점에 착안하여 안전보건공단 산업안전보건연구원에서도 이러한 모순점을 해결하기 위한 방안으로 2021년 연구과제로 “산업안전보건법 위반 범죄에 대한 법 적용상의 문제점과 개선방안”으로 최근 3년간의 산업안전보건법 위반 사건 판례를 분석하여 제도개선에 필요한 시사점을 도출하고자 하고 있습니다.

교수님께서서는 사용자의 근로자 보호의 의무범위 설정에 대한 모호성을 지적해 주셨는데 매우 적절한 지적인 것 같습니다. 사용자는 소속 근로자에 대한 ‘안전의무’가 아닌 ‘만전의무’를 부과한 것처럼 해석될 수 있다고 표현하셨는데, 실제 사용자가 각종 형벌이나 행정조치로부터 자유롭기 위해서는 ‘안전의무’의 이행으로는 부족하고 ‘만전의무’를 추구해야만 각종 제재로부터 자유로울 수 있다는 내용에 전적으로 공감합니다.

발제문의 ‘사항적, 공간적 관리가능성’에서 동법 제4조의 도급 및 위탁관계에서 안전조치 및 보건조치의 무 규정에 대해 비판적인 시각에서 기술해 주셨습니다. 사업형태는 임대, 용역, 도급, 위탁 등에 따라 원사업주나 경영책임자 등이 근로자들이 수행하는 작업공간에 대한 관리가능성을 고려하지 않고 책임을 묻는 내용에 대해 비판하신 점은 당연합니다. 그간 우리나라 산업현장에서 빈번하게 있어왔던 불법파견이나 위장도급 등 편법의 관행에 대한 강한 부정적인 인식에 사로잡혀서 형법의 가장 중요한 원리인 ‘원인과 결과에 대한 인과관계’를 고려하지 않고 처벌할 수 있는 법을 줄속으로 제정하다보니 이런 모순점이 도출된 것이라 판단됩니다.

고용노동부장관의 작업중지 범위의 해석에 대한 문제점에 대해서도 아주 잘 지적해 주셨습니다. 이 문제는 동 법이 제정되기 이전부터 논란이 되어 왔던 문제인데, '중대산업재해가 발생한 작업 및 그 작업과 동일한 작업'의 해석 여하에 따라서는 전국의 모든 사업장의 모든 동일 작업에 대한 중지를 명하여야만 하는 사태가 일어 날수 있다고 지적하신 점은 저도 그 범위의 모호성에 대해 다시 한번 숙고해 볼 수 있는 되었습니다.

교수님께서서는 상대적으로 안전보건조치가 취약한 50인 미만 사업장의 시행 3년 유예와 5인 미만은 제외된 점과 인·허가 관련 지자체장 등의 형사책임이 삭제된 점에 대한 아쉬움을 발제문을 통해 확인할 수 있었고, 사업장의 안전보건업무를 담당하는 기관의 직원으로서도 매우 아쉬움이 많고 전적으로 공감합니다.

결론에서 교수님께서서는 산업재해를 줄이기 위해서는 사업주나 책임자에게 결과에 대한 형벌만 강화하면 해결되는 것처럼 입법이 진행되어 왔다는 점을 지적하셨고, 그중 중대재해기업처벌법도 예외가 될 수 없다고 평가하신 것은 매우 적절한 지적이라고 판단됩니다. 산업재해 발생에 대한 처벌이 목적이 아니라 예방이 가장 우선시 되어야 함에도 처벌이 마치 목적인 것으로 변질된 것 같아 아쉽습니다.

참고로, 대검찰청 범죄분석 자료(2017년)에 따르면, 산업안전보건법 위반으로 검거된 피의자들의 약 93%가 전과를 보유하고 있는 것으로 나타났으며, 기업은 비용과 이익을 비교하여 각종 제재 법률의 위반으로 기소되는 불이익보다 안전보건조치를 이행하지 않아서 얻을 수 있는 이익이 더 크다면 그 이익을 추구하고자 하는 유혹을 버리는 것이 쉽지 않을 것이고, 이미 수개의 전과가 있는 경우라면 전과가 없는 초범보다 더욱더 이익 추구의 유혹에 더 쉽게 빠지게 될 개연성이 높은 상황에서 중대재해기업처벌법의 대상도 거의 동일하다면 형벌이 추구하고자 하는 위하력이 얼마나 담보될 수 있을지 의문입니다.

교수님께서 입법과정에서 정과를 대면하는 방향으로 진행되었다고 하셨는데, 지금 국토교통부에서 산업안전보건법 영역에 포함되어 있는 건설업 재해예방 분야에 대해서는 '건설안전특별법'을 제정하여 국토교통부에서 관할하겠다는 취지로 강력한 처벌이 포함되는 법 제정을 추진하고 있습니다.

아시다시피, 건설안전특별법은 산업안전보건법과의 집행과정에서 관할 문제 등이 대두되는 등 부처 간 조율이 쉽지 않은 상황에서 제가 고용노동부 대책 T.F.T.에 참석해 보니 이 법도 정말 중대재해기업처벌법보다 더 졸속적이고 이해관계자들의 이익을 대변하는 법으로 변질되었구나 하는 생각을 하게 되었습니다.

발제문의 결론에서 지적하신 것처럼 산업재해가 발생한 후 강력한 처벌만 하면 모든 문제가 해결되는 것처럼 진행되는 입법과정이지 아니라 어떻게 하면 정말 귀중한 생명을 위험으로부터 보호할 것인가에 초점을 맞추어야 할 것입니다.

금번, 교수님의 발제문을 통해 저도 지금까지 생각하지 못했던 부분에 대해 고민해 볼 수 있는 기회를 주셨고, 산업재해를 예방하는 기관의 연구원으로서 역할에 대해 많은 고민을 하도록 하겠습니다.

이번, 춘계학술대회에서 교수님의 발제문에 대한 토론을 하게 된 것에 대해 다시 한번 감사드립니다.



제2세션

스토킹 신고에 대한 경찰의 대응

사회 | 장다혜 박사(한국형사정책연구원)
발표 | 한민경 교수(경찰대)
토론 | 심영주 박사(인하대 법학연구원)
토론 | 서경남 활동가(한국여성의전화)

스토킹 신고에 대한 경찰의 대응

한 민 경 (경찰대학 교수, 사회학박사)

I. 서론

시민들은 어려움에 처해 있을 때, 그리고 그 어려운 상황에서 벗어나기 위해 어떠한 조치가 이루어지기를 바랄 때 경찰에 신고한다. 112라는 세 자리 숫자에는 경찰이 현장에 신속하게 출동하여 자신이 당면한 문제를 해소해 줄 것이라는 시민들의 기대가 투영되어 있다.

그러나 안타깝게도 문제상황에 봉착한 모든 사람들이 경찰에 신고하지는 않는다. 2018년 전국범죄피해조사에 따르면 폭력범죄피해를 경험한 사람 중 세 명 중 한 명(32.60%)만이 해당 사건을 경찰에 신고하였다고 응답하였으며, 괴롭힘 피해를 경험한 피해자가 경찰에 신고한 비율은 14.35%로 더 낮아졌다(김민영·한민경·박희정, 2019: 222). 2016년 한국여성의전화가 테이트폭력 피해 실태조사를 실시한 결과에서도 신체적인 테이트폭력을 경험한 응답자 중 8.5%만이 경찰에 신고하였으며, 성적인 테이트폭력이 발생한 경우에는 경찰에 신고한 비율이 1.2%로 더욱 낮게 나타났다(손문숙·조재연, 2016: 20). 범죄피해자들이 경찰에 신고하지 않은 이유에는 여러 가지가 있겠지만,¹⁾ 경찰이 자신의 문제를 해결해 주거나 적절한 도움을 줄 것이라는 기대를 공유하지 못했다는 점은 분명해 보인다.

지난 해 5월 창원에서 발생한 살인사건은 스토킹 피해자들이 경찰에 신고하기를 꺼려하는 이유를 짐작케 하는 대표적인 사례다. 작은 식당을 운영해 온 50대 후반의 여성이 같은 동네에 살던 40대 남성에게 의해 살해되었다. 당초 가해자는 식당서비스에 불만을 품고 화감에 피해자를 살해한 것이라고 주장하였으나, 수사결과 가해자는 피해자에게 이성적 호감을 갖고 수시로 구애하는 문자메시지를 보내고 3개월간 100여 통이 넘는 전화를 걸었으며 퇴근하는 길목에서 지켜보는 등 10년간 스토킹 해 왔음이 드러났다. 살인사건 발생 전날, 가해자가 피해자의 식당에서 난동을 부리자 피해자는 가해자를 처음으로 경찰에 신고했다. 영업방해로 조사를 받은 것 외에 별다른 조치 없이 풀려난 가해자는 피해자의 아파트 입구에서 피해자를 기다리다가 미리 준비해 온 흉기로 피해자를 수차례 찔러 살해하였다. 결과적으로 피해자의 경찰 신고는 가해자가 자신의 구애가 거절되었음을 분명히 인식케 하고 범행을 결심하게 된 도화선(trigger)이 되었다.

위 사건은 피해자가 가해자를 경찰에 신고한 다음 날 살해당했다는 점에서 스토킹처벌법 제정의 필요성을 뒷받침하는 사건으로 언급되기도 하였으나, 엄밀하게 살펴보면 스토킹처벌법이 제정되었다고 하더라도 위 사건 피해자의 신고를 접한 경찰이 스토킹 피해가 재발하지 않도록 적절히 대응하는 것에는 한계가 있었을 것이다. 피해자가 이전에 한 번도 자신의 스토킹 피해사실을 경찰에 신고하거나 알린 바 없었기 때문이다. 피해자의 상황에 대해 참고할 정보를 충분히 갖고 있지 못했던 당시 현장 경찰관은 스토킹 가/피해

1) 2018년 전국범죄피해조사에 따르면 폭력범죄피해를 신고하지 않은 이유로는 가해자가 아는 사람이기 때문(14.44%), 경찰이 가해자를 검거하지는 못하면서 오히려 귀찮게 할 것이라고 생각해서(5.40%), 보복이 두려워서(4.70%), 경찰이 아무 조치도 취하지 않을 것이라고 생각해서(3.25%) 등이 있었다(김민영·한민경·박희정, 2019: 226).

자가 아닌 영업방해 가/피해자로 여기고, 신고내용인 영업방해에 대해서만 충실히 조사하는 데 그쳤다.

창원 살인사건 피해자와 같이 상당수의 스토킹 피해자들은 자신의 스토킹 피해사실이 외부에 알려지는 것을 주저하거나 스토킹 행위가 곧 끝날 것이라고 잘못 생각하고 경찰에 신고하지 않는다. 도움을 필요로 하는 위급한 상황에 이르러서야 신고하고도, 출동한 경찰관에게 가해자의 처벌이나 사건처리를 원치 않는다는 피해자도 많다. 스토킹을 신고한 피해자의 진술과 가해자의 진술이 불일치하기도 한다. 피해자는 같은 사람이라 하더라도 신고현장에 출동하는 경찰관은 매번 다를 수 있다. 때문에 경찰관이 출동하여 처음으로 마주하게 되는 스토킹 신고현장은 “개인에 대한 계속적인 나쁜 행위의 연속된 필름을 잘라서 스냅사진으로 흩어놓은”(김은경, 2003a: 91) 것에 다름 아니다.

그렇다면 현장 경찰관들은 무엇에 근거하여 스토킹 신고를 처리하고 있는가? 또는, 무엇에 근거하여 스토킹 신고를 처리할 필요가 있는가? 나아가, 현장 경찰관이 스토킹 신고에 대해 적극적으로 대응할 수 있기 위해서는 어떠한 점이 고려되어야 하는가? 창원 살인사건 등 스토킹에서 비롯된 강력범죄 사건이 연이어 발생함에 따라 스토킹에 대한 사회적 관심이 높아졌고 스토킹 행위를 처벌하기 위한 법률안이 1995년 이래 20건 넘게 국회에 발의되었으며 경찰 자체적으로도 스토킹 신고 및 행위에 대한 대응을 보다 강화하는 방안을 추진하고 있으나 이 과정에 연속된 필름에서 잘린 스냅사진만을 보고 신고를 처리하여야 하는 현장 경찰관의 고민은 충분히 반영되어 있지 않다.

이 연구는 2019년 7월 1일부터 12월 31일까지 6개월간 112 신고 처리시스템에 입력된 스토킹 관련 신고 자료를 활용하여 즉결심판·체포·통고처분 등 스토킹 신고에 대한 경찰의 형사적인 대응이 이루어지는 데 영향을 미친 요인을 살펴봄으로써 위 질문에 답하고자 하였다. 형사사법기관에서 스토킹 피해 규모를 파악하려는 시도를 시작한 것은 비교적 최근의 일로, 경찰의 경우 2018년 6월부터 스토킹 관련 112 신고를 별도로 집계하기 시작하였다. 112 신고 처리시스템상의 자료는 신고전화를 접수한 경찰관이 작성한 내용(신고내용)과 현장에 출동한 경찰관이 신고 처리 후 작성한 내용(종결내용)을 통해 제한적이거나 사건의 개황을 파악할 수 있다는 장점이 있다.

아래에서는 스토킹과 같은 친밀한 관계에서의 폭력(intimate partner violence)에서 피해자의 의사는 어떻게 고려되어야 하는지를 둘러싸고 전개되어 온 논의와 정책적 흐름을 개관하고 경찰의 스토킹 신고 처리절차를 살펴본 후, 현장 경찰관들이 형사적으로 대응하도록 결정하는 데 영향을 미친 스토킹 신고 관련 특성은 무엇인지를 실증적으로 분석한다. 분석결과를 바탕으로 이 연구는 스토킹에 대한 현장 경찰관의 적극적인 대응이 가능하기 위해서는 스토킹 관련 입법안에 어떠한 점이 고려되어야 할 필요가 있는지를 제언하고자 한다.

II. 스토킹 신고 및 대응에 있어 ‘피해자의 의사’가 갖는 의미

1. 친고죄? 반의사불벌죄?

이 연구에서 고찰하고자 하는 것은 공소제기와 같은 형사절차가 아직 본격적으로 개시되지 않은 경찰 단계의 대응에서 스토킹 피해자의 의사가 어느 정도 고려되어야 하는지에 대한 것이다. 헤어진 여자친구

인 피해자가 싫다고 하는데도 집과 직장을 계속해서 찾아와 다시 만나주지 않으면 무슨 일이 발생할지 모른다고 피해자를 위협하는 스토킹 사건이 있다고 가정해 보자. 귀가할 때마다 자신의 집 앞에서 기다리고 있는 전 남자친구를 보고 불안감을 느낀 피해자는 출동한 경찰관에게 가해자가 처벌받는 것은 원하지 않고 다시는 자신의 집과 직장에 찾아오지 않도록 해달라고 한다. 피해자의 진술을 청취한 경찰관은 피해자의 뜻에 따라 다시는 피해자를 찾아오지 않도록 강력 계도하고 가해자를 귀가하도록 한다. 그런데 다음 날 또다시 가해자는 피해자의 집 앞으로 찾아오고, 경찰에 재차 신고한 피해자는 한 번 더 확실하게 집이나 직장에 찾아오지 말라고 전달해 달라고 하면서 여전히 가해자가 처벌받는 것은 원하지 않는다고 한다. 피해자를 다시 찾아오지 말라고 강력 계도하였음에도 이를 지키지 않고 또다시 피해자를 찾아온 가해자에게 경찰은 어떤 조치를 취하여야 할까? 피해자의 의사를 여전히 존중하여 한 번 더 가해자를 계도 조치하는 것으로 신고를 처리하여야 할까? 전날 강력 계도하였음에도 이를 위반한 가해자에 대해 경찰관 스스로의 판단 및 재량에 따라 통고처분하거나 적용 법조를 적극 검토하는 것이 필요할까?

스토킹 피해자의 의사는 스토킹의 정의, 즉 스토킹 행위의 성립요건으로서 주로 논의되어 왔으며,²⁾ 일부 선행연구는 신고에 대해 경찰의 개입이 요청되는 시점보다 이후 시점에 본격적으로 제기되는 문제인 가해자의 처벌과 관련하여 피해자의 의사를 어떻게 고려하여야 할 것인지에 대해 검토하고 있다. 이들 선행연구의 초점은 스토킹을 친고죄 또는 반의사불벌죄로 규정하여야 하는지 여부에 있다. 정도희(2017: 47)는 스토킹 행위를 처벌함에 있어 사안의 실질적인 당사자인 피해자의 의사가 반영되는 것이 필요하다고 본다. 일본의 스토킹처벌법은 스토킹범죄를 친고죄로 규정하고 있는데, 이에 따른 경우 피해자의 고소가 있어야 공소제기를 하겠다는 입법자의 의지가 명확해진다.³⁾ 그러나 이러한 입법모델은 성폭력범죄가 피해자가 아닌 제3자의 신고에 의해서도 공소제기가 가능해진 우리의 상황에는 맞지 않는 부분이 있고, 친고죄로 규정할 경우 피해자에게 고소라는 적극적인 역할을 수행하여야 하는 부담이 따른다. 이를 고려하여 정도희(2017: 47)은 피해자의 의사를 존중할 수 있는 절충안으로 스토킹을 반의사불벌죄로 규정하는 것이 타당하다고 주장한다. 이와 달리, 심영주(2019: 161)는 스토킹을 반의사불벌죄로 규정할 경우 피해자가 가해자로부터 처벌을 원하지 않는다는 의사표시를 할 것을 강요받게 되는 등 또 다른 추가피해가 발생할 소지가 있게 되므로 스토킹 행위를 반의사불벌죄로 규정하는 것은 좀 더 신중하게 생각해 볼 필요가 있다는 입장을 취한다.

지난 해 말 국무회의에서 의결된 스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률안(이하 정부안)은 스토킹을 반의사불벌죄로 간주하고 있다. 2021년 3월 15일에 있었던 국회 법안심사제1소위원회 제1차 회의에서 법무부차관은 정부안이 스토킹을 반의사불벌죄로 간주하고 있음을 인정하면서,⁴⁾ “고소에 관한 특례 부분은 스토킹범죄의 실태 등을 고려해서 결정할 입법정책적 사항일 것 같다”고 입장을 유보하였다. 그러자 회의에 참석한 한 의원은 “친고죄가 아니면 규정의 의미가 없다”고 하는 반면, 또 다른 의원은 “입법 취지를 감안하면 친고죄든 반의사불벌죄든 하면 안 된다”고 주장하는 등 스토킹을 처벌함에 있어 피해자의 의사가 어떻게 고려되어야 하는지에 대한 관점이 단일하지 않음을 보였다.

2) 스토킹을 ‘피해자의 (명시적) 의사에 반하여’는 행위로 보아야 하는지, 또는 ‘피해자의 동의 없이’ 이루어진 행위로 보아야 하는지, ‘의사에 반하여’ 또는 ‘동의 없이’라는 문구 없이 스토킹의 개념을 정의할 수 있을 것인지에 대한 검토가 이에 해당한다.

3) 한편, 독일의 경우에는 일반적인 스토킹은 친고죄로 규정하여 피해자의 고소에 의해서만 소추가 가능하지만, 형사소추기관이 특별한 공익에 의해서 직권에 의한 형사소추를 하는 ‘변형적 친고죄’가 가능하도록 하고 있다(이원상, 2013: 159, 178).

4) 이와 관련하여 법무부차관은 스토킹을 정의함에 있어 ‘피해자의 명시적인 의사에 반하여’가 되면 너무 좁고 ‘피해자의 의사에 반하여’ 정도가 중간적인 형태로 적절하다고 보았다고 언급하였다(국회 제385회 법안심사제1소위원회 제1차 회의록, 2021. 3. 15.자).

2. 피해자 선택(victim choice)? 체포 우선(pro-arrest)?

스토킹에 있어 피해자의 의사를 이해하는 관점의 차이는 스토킹과 같이 친밀한 관계에서의 폭력에 경찰 내지 국가가 어떻게 대응하여야 할 것인가에 대한 정책적 방향과도 깊이 관련되어 있다. 1970년대 이후 영미권 국가들은 피해자의 의사를 지나치게 강조하여 구속·기소 등 형사절차에서 주요한 역할을 수행하도록 하는 접근과 피해자의 의사와 관계없이 형사사법기관이 주도적으로 개입하는 접근 사이를 오갔다. 피해자가 고소함으로써 가해자에 대한 처벌의사를 명확히 하도록 하는 전자의 방식은 ‘피해자 선택’ 접근(victim choice position/approach)으로 일컬어진다(Hoyle and Sanders, 2000). 영국의 경우 피해자 선택 접근에 따라 가정폭력 피해자들이 가해자를 직접 고소하거나 피해자의 동의를 얻어 가해자를 구속하는 법률을 제정하였는데, 피해자들이 보복에 대한 두려움 때문에 고소를 꺼리거나 철회하고 법정에 출석하지 않는 경우가 빈번하게 발생했다. 또한, 피해자들은 법정에 출석하더라도 가해자 앞에서 진술하기를 거부하거나 가해자를 마주하자 이전 진술을 번복하기도 하였다(Buzawa and Buzawa, 1996; Cretney and Davis, 1995; Hoyle, 1998).

무엇보다 피해자 선택 접근에 비판이 가해진 핵심적인 부분은 피해자들이 스스로 올바른 결정을 내릴 수 있을 것이라는 가정에 있었다. 인간의 자유의지(free will)를 신뢰하는 서구의 오랜 사상적 전통에 근거한 피해자 선택 접근은 합리적 이성의 소유자인 피해자가 가해자에 대한 처벌을 원치 않는다는 의사를 자유롭게 선택(free choice)하는 자유로운 행위자(free agents)라고 가정한다(Stark, 1993). 그러나 이러한 가정은 피해자들이 처한 상황적인 맥락과 특수성을 고려하지 않은 ‘신화’(myth)에 불과하며, 결국 친밀한 관계에서의 폭력을 다른 범죄와 같은 방식으로 다루는 것을 망설이는 형사사법기관의 판단 부담을 피해자에게 전가하는 것에 다름 아니다(Edwards, 1989).

이러한 가운데 경찰관들은 친밀한 관계에서의 폭력을 개인 간의 다툼이나 민사적인 문제로 여겨 온 종래의 인식을 강화하게 되었다(Walker and Katz, 2017: 260). 경찰관은 피해자가 형사적으로 대응하는 것을 거부하기 때문에 신고에 적극적으로 개입하는 것은 불필요하거나 무의미하다고 여기기도 했다. 경찰관에게도 가해자의 인적사항을 확인하고 형사적인 방식으로 신고를 처리하는 것은 때로는 가해자의 반발에 부딪쳐 잠재적으로는 위협에 처할 수도 있는, 피하고 싶은 ‘일’이기 때문이다.

체포 우선 접근(pro-arrest position/approach)은 이와 같이 친밀한 관계에서의 폭력 피해자가 가해자 처벌을 위한 형사사법절차에 적극적인 역할을 수행하기 어려운 한계 및 현실을 개선하려는 목적에서 “정책 혁명”(revolution in policy; Schmidt and Sherman, 1993: 601)과도 같이 등장하였다. 체포 우선 접근은 가정폭력 등 친밀한 관계에서의 폭력 가해자를 의무적으로 체포(mandatory arrest)함으로써 신고를 처리하는 경찰의 재량을 통제하는 동시에 친밀한 관계에서의 폭력 역시 종래 폭력범죄와 다르지 않은 범죄라는 메시지를 강하게 전달하고자 한다.

체포 우선 모델은 1980년대 초 체포와 같은 형사적 대응이 당사자 중재, 분리와 같은 비형사적 대응보다 가정폭력 행위자의 반복된 폭력(repeat violence)을 유의미하게 감소시킨다는 미네아폴리스 가정폭력실험(Minneapolis Domestic Violence Experiment)의 결과가 널리 알려지면서 큰 반향을 일으켰다. 이 실험에서 가정폭력 신고들은 체포, 중재, 분리의 세 가지 대응방식 중 하나에 무작위로 배정되었고, 경찰관들은 배정된 대응방식대로 신고를 처리하였다. 이후 6개월 간 추적조사를 통해 반복된 폭력을 측정한 결과, 신

고에 중재나 분리로 대응한 경우보다 체포로 대응한 경우에 가정폭력 행위자가 재체포(rearrest)된 비율이 낮은 것으로 나타났다(Sherman and Berk, 1984).

미네아폴리스 가정폭력실험에 대해서는 여러 문제점이 제기되었음에도 불구하고⁵⁾ 영미권의 많은 경찰 관서는 가정폭력을 비롯한 친밀한 관계에서의 폭력 전반에 피해자의 의사에 관계없이 가해자를 의무적으로 체포하도록 하는 규정을 도입했다. 신고 처리에 있어 현장 경찰관의 재량을 영으로 수축하게 한 체포 우선 모델이 확산되면서 경찰관의 출동으로 잠시 상황이 진정되기만을 바라는 피해자들은 신고를 한층 주저하게 되었으며(Martin, 1997), 일부 가해자 집단에서는 체포와 같은 경찰의 형사적 대응이 폭력을 증폭(escalate)시키는 결과로 나타났다(Sherman, Schmidt, & Rogan, 1992).

피해자 선택 접근과 체포 우선 접근 모두 피해자의 선택과 의사결정에 영향을 미치는 환경적 맥락을 간과한 것이라는 점에서 모두 비판을 받고 있다(김은경, 2003b: 69). 피해자 선택 접근은 결국 많은 피해자들이 자신의 의사를 형사사법기관에 표명하지 않도록 만들었고, 체포 우선 접근은 피해자의 의사를 형사사법절차에서 무의미한 것으로 만들었다. 유념할 점은 친밀한 관계에서의 폭력에 대한 정책 방향이 피해자 선택 접근과 체포 우선 접근 사이에서 갈피를 잡지 못하는 동안 가장 중요하게 다루어져야 했을 피해자 보호 및 지원을 통한 피해자 강화(victim empowerment) 논의는 뒷전으로 밀렸으며 현장 경찰관들은 나름대로 스토킹 피해자들의 의사를 대응방식 결정에 고려하는 경향을 보이게 되었다는 점이다.

III. 경찰의 스토킹 신고 처리절차

1. 접수

경찰은 긴급신고전화인 112를 통해 접수된 사건을 내용에 따라 중요범죄·기타범죄·질서유지·교통·기타경찰업무·기타(타기관)의 6종으로 나누고(중분류) 다시 57개 코드로 세분화한다(소분류). 스토킹은 2018년 6월에 57개 코드의 하나로 추가되었으며, 기타범죄로 분류되어 있다. 112 신고 처리시스템에 스토킹 코드가 신설된 이래 경찰은 스토킹 신고이력을 1년간 보관·관리하고 있다.

경찰은 스토킹과 관련이 있는 신고라 하더라도 중요범죄, 즉 살인, 강도, 절도, 성폭력 등 강력범죄나 가정폭력, 데이트폭력 등에 해당할 경우에는 중요범죄 접수코드를 우선 적용하는 것을 원칙으로 하고 있다. 예컨대, 가해자가 피해자를 장기간 스토킹 한 끝에 주거침입강간이 발생하여 피해자가 이를 112 신고하였을 경우 해당 사건은 ‘성폭력’으로 접수된다. 마찬가지로, 전 남편의 지속적인 스토킹으로 인해 신변보호대상자로 지정되어 있는 피해자의 집에 전 남편이 침입하여 피해자를 폭행, 피해자가 이를 112 신고하였다면 이 사건 역시 ‘가정폭력’으로 접수된다.

5) 미네아폴리스 실험연구에 대한 비판은 크게 실험 자체에 대한 것과 실험결과의 일반화에 대한 것으로 나뉜다. 실험 자체에 대한 것으로는 당초 무작위 배정된 대로 처리되지 않은 일부 사례가 확인되었으며, 소수의 경찰관이 체포로 배정된 대다수의 사건을 담당한 것이 문제되었다. 그리고 40% 가량의 사례에 대해서는 완전히 추적조사가 이루어지지 못했다. 일반화에 대한 것으로, 다른 지역에서는 미네아폴리스 실험연구와 동일한 결론을 도출하지 못한 점이 지적되었다. 이에 미네아폴리스 가정폭력실험연구를 맡았던 Sherman은 폭력 가해자가 기혼이고 직업이 있는 경우에만 제한적으로 체포가 폭력을 억제하는 효과가 있다고 자신의 입장을 수정하였다.

이에 따라 ‘스토킹’ 코드로 지정되는 사건은 주로 다음의 세 가지 행위에 해당한다. 하나는 경범죄처벌법상 지속적 괴롭힘(제3조 제1항 제41호)에 해당하는 것으로, 상대방의 명시적 의사에 반하여 지속적으로 접근을 시도하여 면회 또는 교제를 요구하거나 지켜보기, 따라다니기, 잠복하여 기다리기 등의 행위를 반복하여 하는 경우다. 또 하나는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(제44조의7 제1항 제3호, 이하 정보통신망법) 위반에 해당하는 것으로, 공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하도록 하는 경우다. 마지막으로, “모르는 사람이 지하철 내릴 때부터 계속 쫓아와요”와 같이 누군가가 지속적으로 접근을 시도하거나 따라다니는 경우다. 세 번째 유형의 행위는 경범죄처벌법상 불안감 조성(제3조 제1항 제19호)에 해당할 개연성이 높는데, 경찰은 많은 사람들이 이러한 행위 역시 스토킹이라고 인식하고 있는 상황을 반영하고, 현장 경찰관에게 구체적인 신고상황을 확인하고 신고자의 안전을 확보하는 적극적인 조치가 필요함을 전달하기 위해 낯선 사람이 따라온다는 신고에 대해서도 스토킹 코드를 적용하고 있다.

“헤어진 전 남자친구가 괴롭힌다”는 신고내용을 청취하고 ‘접수코드’를 데이트폭력으로 지정한 사건에 대해 현장에 출동한 경찰관이 “헤어진 전 남자친구가 집 앞에서 기다리며 대화를 시도한다”는 상황을 파악한 후 데이트폭력에서 스토킹으로 ‘종결코드’를 변경하도록 요청하는 것이 가능하다.⁶⁾ 다만, 행위의 중첩성 및 관련성이 높은 가정폭력 및 데이트폭력과 스토킹을 구분하여 코드를 부여한다는 것은 쉽지 않은 문제다.

2. 종결

많은 사람들은 112 신고를 하면 가해자가 체포될 것이라고 예상하지만, 스토킹과 같이 친밀한 관계에서의 폭력 신고를 처리함에 있어 경찰관이 가해자를 체포하는 경우는 그리 빈번하지 않다. 매스트로프스키와 동료들(Mastrofski, Snipes, & Supina, 1996)의 연구에서 확인한 바와 같이, 체포 우선 접근에 따라 의무적 체포 제도를 도입한 경찰관서가 많은 영미권에서도 친밀한 관계에서 발생한 폭력 신고현장에 출동한 경찰관은 가해자를 체포하기보다는 문제행동을 중지할 것을 요청하는 경우가 더 많다. 이와 관련하여 주지할 것은 피해자가 반드시 가해자가 체포되기를 바라고 경찰에 신고하지는 않는다는 것이다. 체포와 같은 형사적 대응은 피해자가 바라는 것이 아닐뿐더러 신고상황에 가장 적절한 대응이 아닐 수도 있다. 그러나 스토킹과 같은 여성 대상 폭력범죄에 대하여 사회적으로 강력한 대책이 요구될수록 형사적인 대응은 경찰이 신고상황에 적극 대응한 것으로 긍정적으로 평가될 수 있다.

전형적인 범죄사건 외의 신고 처리에 있어 현장 경찰관에게는 넓은 재량이 인정된다. 별도의 처벌법이 마련되어 있지 않은 스토킹 역시 전형적인 범죄사건 외의 신고 처리에 해당한다. 스토킹 신고현장에 출동한 경찰관은 현행 경범죄처벌법상 지속적 괴롭힘(제3조 제1항 제41호)·정보통신망법(제44조의7 제1항 제3호) 위반 등을 적용하여 추가조사를 위해 가해자에게 임의동행을 요구하거나 범칙금 통고처분을 하는 등 형사적으로 대응할 수도 있지만, 가해자에게 피해자를 찾아오거나 연락을 취하지 않도록 엄중히 경고하는 것으로 마무리할 수도 있다.

6) 데이트폭력으로 분류된 사건이 스토킹으로도 분류될 수 없다는 것은 통계분류 및 작성의 원칙상 측정치가 동시에 하나 이상의 범주에 속할 수 없도록 해야 한다는 상호배타성에는 부합하지만, 행위의 중첩성 및 관련성을 살펴볼 수는 없다는 점에서 아쉬운 부분이다.

112 신고의 처리결과는 현장중결·허위오인·인계중결·비출동중결·미처리·계속조사·검거의 7가지 코드로 구분되어 112 신고 처리시스템 상에 입력된다. 스토킹 신고에 대한 처리 역시 위 7가지 구분에 따른다. 이 중 스토킹이 아님에도 신고자가 스토킹이라고 오해하여 신고한 ‘허위오인’, 경찰 외의 기관이 담당할 사안이라고 판단한 ‘인계중결’,⁷⁾ 신고자와 연락이 닿지 않거나 신고를 취소한 ‘비출동중결’ 및 ‘미처리’는 실제 스토킹 사건 발생 여부가 확인되지 않거나 경찰의 개입을 요하는 신고는 아니었다고 볼 수 있다.

그렇다면 구체적인 신고내용과 그에 대한 경찰의 대응을 살펴볼 의의가 있는 것은 현장중결·계속조사·검거로 처리결과가 입력된 신고로 압축될 것이다. 현장중결은 신고를 받고 경찰관이 현장에 출동하여 비형사적인 대응을 통해 신고를 처리한 것으로, 스마트워치 지급을 신청하는 방법이나 법률적인 상담을 받을 수 있는 기관을 알려주는 ‘상담안내’, 가해자를 잘 설득하여 귀가하도록 유도하는 ‘합의해산’ 내지 ‘훈방’, 그리고 가해자에게 추후 유사 행위를 반복하지 않도록 계도하는 ‘현장조치’ 등을 가리킨다. 특히 현장조치는 경찰관이 신고현장에 출동하여 가해자와 피해자의 진술을 청취하는 등 신고내용에 대해 확인한 후 비형사적인 방법으로 대응하는 것을 택한 것이다. 현장조치는 구두의 형태로 이루어질 수도 있고, 가해자에게는 데이트폭력경고장을, 피해자에게는 피해안내고지서를 발부하는 것과 같은 서면을 통해서도 가능하다. 현장조치로 중결처리 하는 경우 경찰관은 데이트폭력사건통보서를 작성하여 형사과에 인계할 수 있으나, 이는 경찰 내부적으로 참고하기 위한 목적으로 기록을 생성해둔 것이고, 가해자에게 발생하는 법적인 효력은 없다는 점에서 계속조사나 검거와는 구분된다.

한편, ‘계속조사’는 신고내용에 대해 보다 상세한 조사가 필요하다고 판단하여 관할 경찰서 여성청소년과나 형사과 등으로 인계하는 ‘타부서인계’⁸⁾ 내지 ‘타청·타서인계’, 가해자가 찾아오는 것을 두려워하여 귀가를 꺼리는 피해자를 지구대로 동행하는 것과 같은 ‘보호조치’를 가리킨다. 가해자의 스토킹 행위에 대한 적용 법률을 적극적으로 검토하게 된다는 점에서 계속조사는 스토킹 신고에 대한 경찰의 형사적인 대응 가능성을 시사한다. 112 중결코드로서의 ‘검거’에는 ‘임의동행’·‘즉결심판’·‘체포’·‘통고처분’이 속한다. 형사소송법적 절차인 체포 등에 비해 통고처분은 엄밀한 의미에서는 형사절차의 사전적인 단계이지만, 스토킹 행위에 대해 법적 제재를 검토하였다는 점에서 통고처분 역시 넓은 의미의 형사적 대응이라고 분류할 수 있을 것이다.

IV. 연구자료 및 연구방법

1. 연구자료

이 연구의 분석에 활용한 스토킹 관련 112 신고자료는 2019년 7월 1일부터 12월 31일까지 6개월간 전국

7) 실제로는 그렇지 않음에도 불특정 다수가 자신을 지켜보고 따라다닌다고 진술하는 등 신고자에게 정신적인 상담이 필요하다고 판단되는 경우 정신건강복지센터 등에 신고자를 인계하는 경우를 가리킨다.

8) 경찰은 2019년부터 피해자의 진술에 중점을 두어 피해자가 가해자와의 연인관계를 부정하는 경우에는 여성청소년(수사) 기능에서, 이전에 연인관계에 있었거나 현재 교제하는 중이라고 인정하는 경우에는 형사 기능에서 사건을 나누어 관할하고 있다. 스토킹 행위태양이 정보통신망법 위반에 해당하는 경우에는 사이버수사팀에, 피해자의 신변보호 조치가 필요한 경우에는 청문감사관실 피해자보호전담경찰관(APO)에게 인계한다.

에서 접수된 112 신고 가운데 신고 처리시스템에 종결코드가 스톡킹으로 입력된 것으로, 총 2,836건이다. 경찰청의 협조를 통해 신고자 및 가해자 성명, 전화번호, 주소 등 개인정보를 비식별화한 원자료를 확보하였다.

주지할 것은 연구자료에 스톡킹과 관련된 모든 신고가 포함되어 있지는 않다는 것이다. 이는 상술한 경찰의 스톡킹 관련 신고 분류체계, 즉 살인, 강도, 절도, 성폭력 등 강력범죄나 가정폭력, 데이트폭력 등에 해당할 경우에는 중요범죄 접수코드를 우선 적용하도록 하는 내부지침과 관련되어 있다. 따라서 연구자료에는 경범죄처벌법상 지속적 괴롭힘(제3조 제1항 제41호), 정보통신망법상 불안감 조성(제44조의7 제1항 제3호), 누군가가 지속적으로 접근을 시도하거나 따라다닌 경우가 주로 포함되어 있으며, 내부지침에 따르면 112 신고 처리시스템상 데이트폭력이나 가정폭력으로 분류되어야 할 것이나 현실적으로 이들 범죄유형과 스톡킹과의 구분이 어려운 문제로 인해 데이트폭력이나 가정폭력과 중첩되는 스톡킹 사건도 일부 포함되어 있다.

[그림 1]은 연구자료에 포함된 스톡킹 신고들의 처리결과를 나타낸 것이다. 전체 2,836건 중 ‘현장종결’ 처리된 것은 1,713건(60.40%)로, 이 중 상당수는 ‘현장조치’에 해당한다(1,340건, 46.92%). ‘계속조사’가 이루어진 것은 188건(6.63%), ‘검거’ 처리된 것은 173건(6.10%)이었다. ‘계속조사’ 또는 ‘검거’ 처리됨으로써 스톡킹 신고에 대해 형사적인 대응이 검토되었던 스톡킹 신고는 전체 스톡킹 신고의 12.73%에 해당한다.



[그림 1] 연구자료에 포함된 스톡킹 신고 처리결과

한편, 허위오인·인계종결·비출동종결·미처리로 입력된 신고는 실제 스톡킹 사건 발생 여부가 확인되지 않거나 경찰의 개입을 요하지 않는 신고임에 따라 최종 분석에 포함하지 않았다.⁹⁾ 이에 따라 최종 분석을 위하여 연구자료로부터 현장조치로 종결된 1,340건과 계속조사 및 검거로 종결된 361건으로 이루어

9) 2019년 7월 1일부터 12월 31일까지 접수된 스톡킹 신고 중 처리결과가 허위오인이었던 경우는 26건(0.92%), 인계종결이었던 경우는 24건(0.85%), 비출동종결이었던 경우는 605건(21.33%), 미처리가었던 경우는 605건(3.77%)로 나타났다.

어진 데이터셋(dataset)을 구성하였다.

2. 연구방법

이 연구는 스토킹 신고를 처리하는 경찰관은 신고현장에서 파악한 정보를 바탕으로 가장 적절하다고 여겨지는 처리결과를 선택하며, 이때 현장 경찰관이 스토킹 신고를 ‘현장조치’로 비형사적으로 처리할지, ‘계속조사’나 ‘검거’로 형사적으로 처리할지를 결정함에 있어 영향을 미치는 요인이 존재할 것이라고 가정하였다. 스토킹 신고의 어떠한 특성이 현장 경찰관의 대응수준 결정에 영향을 미치는지를 실증적으로 분석하기 위하여 신고에 대해 계속조사 또는 가해자를 검거하는 형사적인 대응이 이루어진 경우는 1, 현장에 출동하였으나 계속조사나 가해자 검거로 이어지지 않은 경우(현장조치)는 0으로 측정된 이산형 변수를 종속변수로 하는 이항 로지스틱 회귀분석(binary logistic regression)을 실시하였다. 상술한 바와 같이, 계속조사에는 보호조치·형사과 등 타부서인계 등이, 검거에는 임의동행·즉결심판·체포·통고처분이 포함된다.

분석모형에는 신고내용 및 종결내용에 입력된 비정형 텍스트를 변수화하여 포함하였다. 영향요인으로 고려된 스토킹 신고의 특성은 가해자 성별 및 피해자 성별, 가해자와 피해자 간 관계, 피해자가 신변보호대상자로 지정되어 있었는지 여부, 피해자에게 스마트워치가 지급되었는지 여부, 피해자가 가해자 처벌을 원치 않는다는 의사(처벌불원)를 표시하였는지 여부, 재신고 여부, 대리신고 여부, 신고장소가 집 등 피해자가 거처하는 곳인지 여부,¹⁰⁾ 신고장소가 피해자의 직장(학교 포함)인지 여부 등 총 10개로, 크게 가해자 및 피해자의 인적·관계적 특성, 피해자 보호조치 상황,¹¹⁾ 신고 관련 특성의 세 영역으로 구분된다. 이 중 가해자와 피해자 간 관계는 과거나 현재에 이성적인 교제가 있었던 연인이나 배우자 등 친밀한 관계(intimate partner)에 해당하는지 여부를 의미하며, 당사자 중 한 사람만이 이성적인 교제가 있었다고 주장하는 경우는 해당하지 않는 것으로 간주하였다.

개인정보가 비식별화된 자료를 활용함에 따라 연구자료에서는 주민등록번호나 출생연도로 표시되었을 연령 및 성별에 대한 정보 손실이 대량 발생하였다. 그 중 상당수의 사건에서 파악할 수 없었던 가해자 및 피해자 연령(대) 변수는 분석모형에서 최종 제외하였다.¹²⁾ 분석모형에 포함된 변수들은 [표 1]에 정리되어 있다. 통계적 분석에는 Stata 16을 활용하였다.

10) 피해자가 자신의 집에 가해자가 찾아오는 것을 피하여 부모님, 언니, 친구 등 가족 및 지인의 집에 머무르고 있는 중에 가해자가 그 가족 및 지인의 집까지 찾아와 신고가 이루어진 경우에도 신고장소는 피해자가 거처하는 곳이라고 보았다.

11) 당초 피해자 보호조치 상황으로 신변보호대상자 지정·스마트워치 지급 외에 원터치SOS 가입 여부도 고려하였으나 피해자가 원터치SOS 서비스에 가입한 경우는 전체 신고 중 9건에 불과함에 따라 분석에 포함하지 않았다.

12) 현장조치·계속조사·검거로 종결된 스토킹 신고 1,701건 중 가해자 성별을 확인할 수 있었던 신고는 1,032건(60.67%), 피해자 성별을 확인할 수 있었던 신고는 1,004건(59.02%), 가해자 성별과 피해자 성별을 모두 확인할 수 있었던 신고는 985건(57.91%)이었다. 즉, 분석에 고려한 스토킹 신고 중 절반 가까운 716건(42.09%)에 대해서 가해자 성별과 피해자 성별을 확인할 수 없었다. 후술하는 분석결과에서는 가해자 성별 및 피해자 성별을 변수로 포함한 모형과 그렇지 않은 모형 두 가지를 제시하였다.

[표 1] 변수정의

변수명		세부내용
스토킹 신고에 대한 경찰의 형사적 대응(계속조사 및 검거)		1: 해당, 0: 비해당
가해자 및 피해자의 인적·관계적 특성	가해자 성별	1: 남성, 0: 여성
	피해자 성별	1: 남성, 0: 여성
	가해자와 피해자 간 관계(친밀한 관계)	1: 해당, 0: 비해당
피해자 보호조치 상황	신변보호대상자 지정	1: 해당, 0: 비해당
	스마트워치 지급	1: 해당, 0: 비해당
신고 관련 특성	재신고	1: 해당, 0: 비해당
	대리신고	1: 해당, 0: 비해당
	피해자의 처벌불원 의사	1: 해당, 0: 비해당
	신고장소1(피해자 거주)	1: 해당, 0: 비해당
	신고장소2(피해자 직장)	1: 해당, 0: 비해당

V. 연구결과

1. 기술통계 결과

스토킹 신고의 절반가량은 가해자와 피해자 간의 친밀한 관계에서 발생한 것으로 나타나는 가운데, 경찰이 현장조치로 종결한 스톱킹 신고에서 친밀한 관계에 해당하는 비율이 더 높다. [표 2]는 스톱킹 신고를 형사적 대응 여부를 기준으로 ‘해당(계속조사 및 검거)’(361건)과 ‘비해당(현장조치)’(1,340건)의 두 집단으로 나눈 뒤 분석모형에 포함된 변수들의 기술통계 결과를 비교하여 제시한 것이다.

스토킹 피해가 친밀한 관계에서의 폭력으로 이해되어 온 맥락이 이 연구의 기술통계 결과에서도 재확인된다. 현장조치로 종결된 스톱킹 신고의 46.41%(622건)과 계속조사 및 검거로 종결된 스톱킹 신고의 41.55%(150건)이 친밀한 관계에서 발생한 것으로 나타났다. 다만, 친밀한 관계에서 발생한 폭력에 강력한 대응이 요청되고 있는 사회적인 분위기와는 달리, 계속조사 및 검거로 종결된 스톱킹 신고보다 현장조치로 종결한 스톱킹 신고에서 친밀한 관계에 해당하는 비율이 유의하게 더 높았다. 형사적 대응 여부에 따른 친밀한 관계 비율 차이는 통계적으로 유의한 수준이었다($t=1.65$, $p<0.1$).

형사적 대응이 이루어진 스톱킹 신고들은 그렇지 않은 스톱킹 신고들에 비하여 가해자의 성별이 남성이었던 비율이 유의하게 높았고(87.61% vs. 79.48%), 피해자의 성별이 남성이었던 비율은 유의하게 낮았다(11.79% vs. 20.20%). 스톱킹 가해자는 대부분 남성, 피해자는 대부분 여성이라는 점은 공통되지만, 계속조사 및 검거로 종결된 경우에 남성 가해자의 비율 및 여성 피해자의 비율이 좀 더 높았음을 뜻한다. 그리고 형사적 대응이 이루어진 경우에 스톱킹 신고에 앞서 이미 피해자에 대한 보호조치가 취해져 있던 비율이 높았다. 구체적으로, 현장조치로 종결된 경우에 비해 계속조사 및 검거로 종결된 경우에 피해자가 신변보호대상자로 지정되어 있던 비율(3.32% vs. 1.64%) 및 스마트워치가 지급되어 있던 비율(1.11% vs. 0.60%)이 더 높았다.

신고 관련 특성 중에서는 재신고 여부 및 피해자의 처벌불원 의사 여부에 있어 형사적 대응 여부에 따

른 집단 간 차이가 유의한 것으로 나타났다. 형사적 대응이 이루어진 경우에는 그렇지 않은 경우에 비해 해당 신고가 재신고에 해당한 비율이 높았으며(22.71% vs. 14.02%), 그 차이는 통계적으로 매우 유의한 수준이었다($t=-4.01$, $p<0.001$). 반면, 피해자가 가해자의 처벌을 원치 않는다는 의사를 표시한 비율은 현장조치로 종결된 스톱킹 신고에서 더 높게 나타났다(10.45% vs. 2.77%). 피해자가 아닌 주변 사람이 대신 하여 신고한 비율이나 신고장소가 피해자의 거처 또는 직장에 해당하는 비율에 있어서는 경찰의 형사적 대응 여부에 따른 집단 간 차이가 유의하지 않았다.

[표 2] 스톱킹 신고에 대한 경찰의 형사적 대응 여부에 따른 집단 간 기술통계 결과

구분		경찰의 형사적 대응		t
		비해당 (현장조치) (n=1,340)	해당 (계속조사·검거) (n=361)	
가해자 및 피해자의 인적·관계적 특성	가해자 성별 (남성: 1)	647(79.48%)	191(87.61%)	-2.74 **
	피해자 성별 (남성: 1)	160(20.20%)	25(11.79%)	2.81 **
	가해자-피해자 관계 (친밀한 관계: 1)	622(46.41%)	150(41.55%)	1.65 +
피해자 보호조치 상황	신변보호대상자 지정 (해당: 1)	22(1.64%)	12(3.32%)	-2.03 *
	스마트워치 지급 (해당: 1)	8(0.60%)	4(1.11%)	-1.03
신고 관련 특성	재신고 (해당: 1)	187(14.02%)	82(22.71%)	-4.01 ***
	대리신고 (해당: 1)	119(8.88%)	35(9.70%)	-0.48
	피해자의 처벌불원 의사 (해당: 1)	140(10.45%)	10(2.77%)	4.59 ***
	신고장소1(피해자 거처: 해당: 1)	424(31.64%)	122(33.78%)	-0.78
	신고장소2(피해자 직장: 해당: 1)	128(9.55%)	38(10.53%)	-0.55

*** $p<0.001$, * $p<0.05$, + $p<0.1$

주: 가해자 성별은 이를 확인할 수 있었던 1,032건, 피해자 성별은 이를 확인할 수 있었던 1,004건을 기준으로 함.

2. 스톱킹 신고에 대한 경찰 대응에의 영향요인

가해자 및 피해자의 인적·관계적 특성, 피해자 보호조치 상황, 신고 관련 특성이 경찰의 대응수준 결정에 미치는 영향의 정도를 살펴보기 위하여 이항 로지스틱 회귀분석을 실시하였다. 가해자 성별 및 피해자 성별을 변수로 포함할 수 있었던 스톱킹 신고 985건에 대한 분석결과(모형1)와 현장조치 및 계속조사·검거로 종결된 스톱킹 신고 1,701건에 대한 분석결과(모형2) 두 가지를 제시하였으며, 독립변수의 변화에 따른 종속변수와의 영향을 보다 간명하게 설명하기 위하여 회귀계수(coefficient: β)의 값을 승산비(OR, Odds Ratios: 기댓값 $\exp(\beta)$)와 함께 나타냈다.¹³⁾ 분석결과는 [표 3]과 같다.¹⁴⁾

13) 오즈비, 교차비 등으로도 불리는 승산비는 독립변수와 종속변수 발생 간의 관련성을 배수(倍數)로 제시하며, 해석의 용이성으로 인해 이항 로지스틱 회귀분석의 경우 분석결과를 회귀계수보다 승산비를 통해 설명하는 것이 일반적이다. 즉, 승산비가 1보다 크면 독립변수가 증가함에 따라 종속변수 발생 확률이 증가하고, 1보다 작으면 독립변수의 증가에 따라 종속변수 발생 확률이 감소함을 의미한다.

14) 우도함수(likelihood function)를 최대화함으로써 추정되는 로지스틱 회귀분석에서는 선형회귀분석모형에서와는 달리 모형의 적합도를 측정(measures of fit)함에 있어 합의된 R^2 값이 존재하지 않는다. 이 연구에서는 로지스틱 회귀분석을 적용한 연구에서 가장 많이 보고되는 Cox-Snell (ML) R^2 과 Nagelkerke (Cragg-Uhler) R^2 를 함께 제시하였다.

스토킹 가해자와 피해자 간 관계가 경찰의 형사적 대응 결정에 미치는 영향은 다른 신고 특성들의 영향력을 통제하였을 때에도 유의하게 나타났다. 구체적으로, 스톱킹 가해자와 피해자 간 관계가 과거 또는 현재 연인이나 배우자 관계였던 경우, 그렇지 않은 경우에 비해 경찰이 계속조사나 임의동행, 즉결심판, 체포, 통고처분 등의 형사적인 방식으로 대응할 가능성은 0.64배(모형1)/0.71배(모형2)로 낮아졌다.

해당 신고 이전에 동일한 피해자가 신고한 이력이 있는지 여부는 경찰이 형사적 대응을 고려하는 데 매우 유의하게 영향을 미치는 요인으로 나타났다. 재신고에 해당할 경우에 경찰이 계속조사나 검거로 신고를 처리할 가능성은 재신고에 해당하지 않는 경우의 2배가량(모형1: 2.04배, 모형2: 1.98배) 높아졌다. 피해자가 가해자를 처벌하지 않는다고 의사를 표현한 경우 또한 경찰의 형사적 대응 여부 결정에 있어 매우 유의하게 작용하는 요인이었다. 피해자의 처벌불원 의사가 있는 경우, 그렇지 않은 경우에 비해 경찰이 계속조사나 검거로 신고를 처리할 가능성은 약 0.2배로 낮아졌다(모형1: 0.23배, 모형2: 0.22배). 현장 경찰관이 신고처리에 있어 피해자의 처벌불원 의사를 유의하게 고려하고 있는 것으로 나타난 분석결과는 피해자의 의사를 존중하였다는 측면에서 긍정적으로 해석될 수 있는 여지도 있지만, 대응수준 결정이 어려운 신고상황에서 처벌을 원치 않는 피해자의 의사에 지나치게 의존하고 있는 것은 아닌지 재고해 볼 필요가 있다고 생각된다.

[표 3] 스톱킹 신고에 대한 경찰 대응에의 영향요인: 이항 로지스틱 회귀분석 결과

구분	경찰의 형사적 대응(계속조사 및 검거)									
	모형1 (가해자 및 피해자 성별 변수 포함)					모형2 (가해자 및 피해자 성별 변수 미포함)				
	coef.	(S.E.)	OR	(S.E.)	z	coef.	(S.E.)	OR	(S.E.)	z
가/피해자 인적·관계적 특성										
가해자 성별	0.134	(0.713)	1.143	(0.815)	0.19					
피해자 성별	-0.577	(0.712)	0.562	(0.400)	-0.81					
가해자-피해자 관계(전/현 연인/배우자)	-0.446	(0.183)	0.640	(0.117)	-2.44*	-0.348	0.138	0.706	0.098	-2.52*
피해자 보호조치 상황										
신변보호대상자 지정	0.836	(0.484)	2.307	(1.118)	1.73+	0.759	0.462	2.136	0.987	1.64
스마트워치 지급	-1.252	(0.933)	0.286	(0.267)	-1.34	-0.404	0.770	0.668	0.514	-0.52
신고 관련 특성										
재신고	0.711	(0.178)	2.036	(0.362)	4.00***	0.684	0.159	1.982	0.314	4.31***
대리신고	-0.066	(0.228)	0.936	(0.214)	-0.29	0.072	0.210	1.074	0.226	0.34
피해자의 처벌불원 의사	-1.458	(0.343)	0.233	(0.080)	-4.24***	-1.521	0.338	0.218	0.074	-4.50***
신고장소1(피해자 거주)	0.132	(0.170)	1.141	(0.193)	0.78	0.229	0.145	1.257	0.183	1.58
신고장소2(피해자 직장)	-0.034	(0.236)	0.966	(0.228)	-0.14	0.102	0.205	1.108	0.227	0.50
상수항	-1.154	(0.745)	0.316	(0.235)	-1.55	-1.299	0.087	0.273	0.024	-15.01***
n			985					1,701		
Log likelihood			-478,297					-851,768		
Wald chi ²			56.30***					54.94***		
R ² (Cox-Snell/Nagelkerke)			0.056 / 0.086					0.032 / 0.049		

*** p<0.001, * p<0.05, + p<0.1

가해자와 피해자 간의 관계가 과거나 현재의 연인, 배우자, 동거인, 데이트 상대 등의 친밀한 관계였는지 여부는 경찰이 비형사적인 방식으로 신고를 처리하는 데 유의하게 영향을 미치는 요인으로 분석되었다. 가해자와 피해자가 친밀한 관계에 있었던 것이 확인되는 경우 현장 경찰관이 형사적인 방식으로 종결처리할 가능성은 0.64배(모형1)/0.71배(모형2)로 낮아졌다. 이는 친밀한 관계에서 발생한 스토킹에 대해 가중 처벌할 필요가 있다는 주장(최선헌 등, 2018: 13)과는 배치되는 것으로, 현장 경찰관 사이에 친밀한 관계에서 발생한 폭력을 개인 간의 '사소한' 다툼이나 민사적인 영역으로 여기는 시각이 잔존하고 있을 가능성을 보여준다고 하겠다.

신변보호대상자로 지정되어 있거나 스마트워치가 지급되었는지 등과 같이 피해자에게 취해진 보호조치가 있는지 여부는 경찰의 신고처리 방식에 유의한 영향을 미치는 요인이 아닌 것으로 분석되었다. 모형1에서 신변보호대상자로 지정되어 있는 경우, 경찰관이 형사적 대응을 고려할 가능성이 약 2.31배 높아지는 것으로 분석되었으나 통계적으로 크게 유의하지는 않았으며, 가해자 및 피해자 성별을 변수에서 제외한 모형2에서는 신변보호대상자가 종결처리에 미치는 영향이 통계적으로 유의한 수준은 아닌 것으로 나타났다. 스토킹은 가해자 중에는 남성이 차지하는 비율이, 피해자 중에서는 여성이 차지하는 비율이 높은 성별화된(gendered) 범죄이지만, 가해자 및 피해자 성별은 현장 경찰관이 종결처리 방식을 결정함에 있어 통계적으로 유의한 영향을 미치는 요인은 아니었다. 신고할 엄두를 내지 못하는 피해자를 대신하여 가족, 친구 등 주변인이 피해자를 대신하여 신고한 대리신고 역시 경찰관이 가해자를 계속조사 및 검거하는 방식으로 스토킹 신고를 처리하는 데 유의한 영향을 미치지 않는 것으로 나타났다.

Ⅵ. 논의 및 시사점

이 연구는 2019년 7월 1일부터 12월 31일까지 6개월간 112 신고 처리시스템에 입력된 스토킹 관련 신고 자료를 활용하여 즉결심판·체포·통고처분 등 스토킹 신고에 대한 경찰의 형사적인 대응이 이루어지는데 영향을 미친 요인을 분석하였다. 이항 로지스틱 회귀모형에 따른 분석결과, 경찰이 계속조사나 검거로 스토킹 신고를 처리할 가능성은 과거 신고 이력이 있는 경우에 2배가량 높아졌으며, 피해자의 처벌불원 의사가 있는 경우에는 그렇지 않은 경우의 0.2배 수준으로 낮아졌다. 스토킹 발생 및 대응실태를 파악할 수 있는 자료나 실증적 연구가 부족한 가운데 경찰의 112 자료를 토대로 스토킹 신고에 대한 경찰의 대응과 그 영향요인을 살펴보았다는 점은 이 연구가 가지는 의의 중 하나다. 그럼에도 불구하고, 비정형화·비식별화된 자료를 활용한 관계로 분석모형에 포함할 수 있는 변수가 많지 않았던 점은 아쉬운 부분이다.

경찰에 신고하는 스토킹 피해자가 모두 가해자가 형사적으로 처벌되기를 바라는 것은 아니며, 경찰이 모든 스토킹 신고에 형사적인 방식으로 일괄 대응하는 것도 분명 적절치 않다. 스토킹 피해자들이 경찰에 신고하는 것은 통상 가해자 처벌보다는 안전에의 욕구에 기인하며, 처벌을 원하는지 여부는 그 다음의 문제다. 그러나 경범죄처벌법상 지속적 괴롭힘으로 보아 통고처분하거나 즉결심판을 청구하는 형사절차의 사전적인 단계에 진입한 비율이 전체 스토킹 신고의 12.73%에 그친 점은 스토킹처벌법이 제정된다고 하더라도 현장 경찰관들이 그 입법취지를 이해하고 적극 적용하는 데까지는 상당한 시일이 걸릴 수 있음을 시사한다. 분석결과에서 나타난 바와 같이 친밀한 관계에서 발생한 경우 경찰관들은 향후 중한 범죄로 발

전할 위험성이 높은, 경찰의 개입이 필요한 사안이라고 여기기보다는 개인 간에 잘 해결할 분쟁 내지 다툼이라고 보아 비형사적인 방식으로 종결처리하는 경향이 매우 유의한 것으로 나타난다.

스토킹 피해자의 의사를 경찰의 대응과 처벌수준 결정에 어느 정도 고려할 것인가는 입법정책적으로 판단할 몫이라고 볼 수도 있다. 피해자 선택 접근과 체포 우선 접근 사이에서 고민했던 서구의 경험에 비추어 보면, 스토킹 피해자의 고소가 있어야만 스토킹이 성립하는 것은 아니며 피해자가 가해자의 처벌을 원치 않는다는 의사를 표시한다 하더라도 스토킹을 처벌할 수 없는 것은 아니라는 점은 적어도 명확해 보인다. 그렇다면 스토킹은 친고죄로도, 반의사불벌죄로도 규정할 필요가 없을 것이다. 현재 정부안과 같이 스토킹을 반의사불벌죄로 규정할 경우, 이미 스토킹처벌법이 제정되기도 전에 스토킹을 반의사불벌죄와 유사한 것으로 간주하여 가해자의 처벌을 원치 않는다는 피해자의 의사가 있는 경우에 비형사적으로 대응하고 있는 현장 경찰관들의 신고처리 방식은 한층 굳어질 것이다. 피해자의 처벌불원 의사를 들어 형사적 대응으로 나아가는 것을 주저하는 것은 피해자가 합리적 이성을 가지고 자유롭게 선택하는 자유로운 행위자라고 가정하는 피해자 선택 접근에 따른다. 한편, 오랜 기간 가해자의 폭력과 애정에 노출된 피해자가 적절한 판단을 할 수 없는 상황에 놓여 있음을 이해하고 스토킹 신고에 경찰 내지 국가의 적극적인 개입과 강력한 형사적 처벌을 요청하는 것은 체포 우선 접근에 기반한다. 분석결과에서 나타난 바와 같이 무성화된(gender-blinded) 반의사불벌죄로 스토킹을 바라보는 현장 경찰관들의 인식을 전환할 수 있는 방향으로 스토킹처벌법이 마련될 필요가 있다.

한편, 영미권의 피해자 선택 접근 및 체포 우선 접근에 입각한 정책 시행 경험은 가해자 처벌에 초점을 두면서 정작 친밀한 관계에서 폭력을 경험한 피해자들의 지원과 보호를 강화하는 것에는 소홀하였다는 교훈을 남겼다. 경찰은 112 신고를 통해 폭력이 발생한 직후 가장 먼저 피해자를 만나게 되는 제3자다. 이러한 맥락에서 경찰에게는 피해자가 스토킹 피해에서 벗어나도록 하는 데 가장 도움이 되는 조언을 제공하는 위기개입과 신속한 임시조치를 통해 피해자를 지원하는 적극적인 역할이 기대된다. 최초 신고에서 경찰의 신중하고 유효한 대응을 경험한 피해자는 다시 피해를 경험하게 되었을 때 경찰에 재신고할 것이다. 그리고 경찰은 재신고를 통해 분절된 스토킹 피해를 보다 입체적으로 이해할 수 있게 되며 형사적인 대응을 비중 있게 고려할 수 있을 것이다. 이 연구의 분석결과는 단편적인 정보만을 토대로 스토킹 신고를 처리하여야 하는 현장 경찰관에게 가해자와 피해자 간의 관계, 과거 신고기록, 피해자의 처벌불원 의사 등이 중요하게 고려될 수밖에 없음을 실증적으로 확인하였다. 피해자가 가해자를 자극하게 될 것을 우려하여 경찰에의 신고를 망설이는 동안 범죄피해 위험은 점증할 수 있으며, 경찰은 적절한 개입시점을 놓칠 수 있다.

참고문헌

- 김민영 · 한민경 · 박희정 (2019) 「전국범죄피해조사 2018」, 한국형사정책연구원.
- 김은경 (2003a) “스토킹 피해실태와 그 쟁점들”, 「형사정책연구」 제14권 제3호, 91-140.
- 김은경 (2003b) “가정폭력범죄 대응정책에 대한 비판적 검토: 피해자 선택으로부터 피해자 권한강화로”, 「여성연구」 제65호, 57-81.
- 손문숙 · 조재연 (2016) 「데이트폭력 피해 실태조사 결과와 과제」, 한국여성의전화.
- 심영주 (2019) “피해자 보호를 위한 스톱킹 행위 규제 방안 - 20대 국회 입법안 분석을 중심으로”, 「피해자학연구」 제27권 제3호, 145-171.
- 이원상 (2013) “스토킹 처벌규정 도입에 관한 고찰”, 「형사정책연구」 제24권 제2호, 147-186.
- 정도희 (2017) “스토킹의 개념과 처벌에 관한 몇 가지 제언”, 「법과 정책연구」 제17권 제3호, 31-55.
- 최선헌 · 신상희 · 조재연 · 최나눔 (2018) 「데이트폭력·스토킹 피해자 지원을 위한 안내서」, 한국여성의전화.
- Buzawa, E. S., & Buzawa, C. G. (1996) *Domestic Violence: The Criminal Justice Response* (2nd ed.). Sage.
- Cretney, A. & Davis, G. (1995) *Punishing Violence*, Routledge.
- Edwards, S. S. M. (1989). *Policing 'Domestic' violence: Women, the Law and the State*. Sage.
- Hoyle, C. (1998) *Negotiating Domestic Violence - Police, Criminal Justice and Victims*, Oxford Univ. Press.
- Hoyle, C., & Sanders, A. (2000) Police Response to Domestic Violence: From Victim Choice to Victim Empowerment? *British Journal of Criminology* 40(1), 14 - 36.
- Martin, M. E. (1997) Double Your Trouble: Dual Arrest in Family Violence. *Journal of Family Violence* 12, 139-157
- Mastrofski, S. D., Snipes, J. B. & Supina, A. E. (1996) Compliance on Demand: The Public's Response to Specific Police Requests, *Journal of Research in Crime and Delinquency* 33(3), 269-305.
- Schmidt, J. D. & Sherman, L. W. (1993) Does Arrest Deter Domestic Violence? *American Behavioral Scientist* 36(5), 601-609.
- Sherman, L. W., & Berk, R. A. (1984). The Specific Deterrent Effects of Arrest for Domestic Assault. *American Sociological Review* 49(2), 261 - 272.
- Sherman, L. W., Schmidt, J. D., & Rogan, D. P. (1992) *Policing Domestic Violence: Experiments and Dilemmas*. Free Press.
- Stark, E. (1993) Mandatory Arrest of Batterers: A Reply to Its Critics. *American Behavioral Scientist* 36(5), 651-680.

Walker, S. & Katz, C. M. (2017) *The Police in America: An Introduction* (9th ed). McGraw Hill.

국회 제385회 법안심사제1소위원회 제1차 회의록(2021. 3. 15.자)

[제2세션]

“스토킹 신고에 대한 경찰의 대응” 토론문

심 영 주 (인하대학교 법학전문대학원 초빙교수, 법학박사)

I. 토론을 시작하며

먼저 부족한 저에게 형사정책학과 관련한 명망있는 한국형사정책학회에서 토론자로 참여할 기회를 주셔서 감사 말씀드리며, 스토킹과 관련한 경찰 대응 부분에 대해 실증적 연구 결과를 토대로 현실적인 문제들에 대해 생각해 볼 수 있도록 발표문을 준비해 주신 한민경 교수님께도 감사 말씀 드립니다. 교수님의 발표문을 통해 많은 생각들을 다른 관점에서 해 볼 수 있었습니다.

경찰업무와 역할에는 이중적인 부분이 있기 때문에 이 부분에 대한 고려가 필요하다고 생각합니다. 행정작용과 사법작용이 그것인데, 위험방지를 위해 예방적 역할을 하는 의미에서는 행정경찰기관으로의 의미가, 이미 행해진 범죄에 대한 소추와 관련하여서는 사법작용과 연관된 수사기관으로의 의미가 있는 것입니다. 법리적 관점에서 사법경찰의 목적은 예방이 아닌 이미 발생한 위험 특히 입법을 통해 부과하는 범죄로 규정된 위험한 행동이나 그 결과에 대해 구성요건 뿐 아니라 유책성을 고려하는데 초점이 있고, 행정경찰은 개별적 사안에 있어 공공의 안녕과 질서에 대한 위험의 여부가 고려되고, 이를 사전에 효과적으로 방지하려는 데 목적이 있다고 할 수 있습니다.¹⁾

스토킹 행위의 경우, 그 행위 결과의 정도를 고려하면 조기 대응으로 예방을 하는 것이 관련 법정책과 제도의 과제라고 할 수 있겠고, 그렇기 때문에 예방을 위한 경찰의 대응과 역할에 큰 의미가 있다고 할 것입니다. 이러한 관점에서 발표자님의 발제문을 토대로 하여 통과된 법의 내용과 연결하여 궁금한 부분들에 대해 발표자님께 질문드리는 것으로 토론을 갈음하고자 합니다.

II. 질의 내용

1. 경찰 대응과 관련하여

스토킹 행위와 신고에 대한 경찰의 대응과 관련한 논의는 스토킹 신고 등에 대한 처리절차와 관련하여 어떤 조치를 할 수 있을지에 대한 부분이라고 생각합니다. 응급조치의 경우 신고를 받은 경우 현장에 나가 사법경찰관리가 할 수 있는 조치이며, 잠정조치는 재발우려가 있을 시에 행하는 조치라고 할 수 있습니다.

1) 박병욱·황문규, “위험예방을 위한 경찰법과 범죄진압을 위한 형사법의 목적: 수단상 몇 가지 차이점: 경찰의 활동을 중심으로”, 형사정책연구, 제23권 제3호, 201면 ; 이성용, 「스토킹 방지를 위한 선제적 행정경찰작용에 관한 연구」, 치안정책연구소, 2013, 123면.

통과된 법 제2장은 스토킹범죄 등의 처리절차에 대해 규정(제3조~제17조)하고 있습니다.²⁾ 이 장의 규

- 2) 제3조(스토킹행위 신고 등에 대한 응급조치) 사법경찰관리는 진행 중인 스토킹행위에 대하여 신고를 받은 경우 즉시 현장에 나가 다음 각 호의 조치를 하여야 한다.
1. 스토킹행위의 제지, 향후 스토킹행위의 중단 통보 및 스토킹행위를 지속적 또는 반복적으로 할 경우 처벌 경고
 2. 스토킹행위자와 피해자등의 분리 및 범죄수사
 3. 피해자등에 대한 긴급응급조치 및 잠정조치 요청의 절차 등 안내
 4. 스토킹 피해 관련 상담소 또는 보호시설로의 피해자등 인도(피해자등이 동의한 경우만 해당한다)
- 제4조(긴급응급조치) ① 사법경찰관은 스토킹행위 신고와 관련하여 스토킹행위가 지속적 또는 반복적으로 행하여질 우려가 있고 스토킹범죄의 예방을 위하여 긴급을 요하는 경우 스토킹행위자에게 직권으로 또는 스토킹행위의 상대방이나 그 법정대리인 또는 스토킹행위를 신고한 사람의 요청에 의하여 다음 각 호에 따른 조치를 할 수 있다.
1. 스토킹행위의 상대방이나 그 주거등으로부터 100미터 이내의 접근 금지
 2. 스토킹행위의 상대방에 대한 「전기통신기본법」 제2조제1호의 전기통신을 이용한 접근 금지
- ② 사법경찰관은 제1항에 따른 조치(이하 “긴급응급조치”라 한다)를 하였을 때에는 즉시 스토킹행위의 요지, 긴급응급조치가 필요한 사유, 긴급응급조치의 내용 등이 포함된 긴급응급조치결정서를 작성하여야 한다.
- 제5조(긴급응급조치의 승인 신청) ① 사법경찰관은 긴급응급조치를 하였을 때에는 지체 없이 검사에게 해당 긴급응급조치에 대한 사후승인을 지방법원 판사에게 청구하여 줄 것을 신청하여야 한다.
- ② 제1항의 신청을 받은 검사는 긴급응급조치가 있었던 때부터 48시간 이내에 지방법원 판사에게 해당 긴급응급조치에 대한 사후승인을 청구한다. 이 경우 제4조제2항에 따라 작성된 긴급응급조치결정서를 첨부하여야 한다.
 - ③ 지방법원 판사는 스토킹행위가 지속적 또는 반복적으로 행하여지는 것을 예방하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 제2항에 따라 청구된 긴급응급조치를 승인할 수 있다.
 - ④ 사법경찰관은 검사가 제2항에 따라 긴급응급조치에 대한 사후승인을 청구하지 아니하거나 지방법원 판사가 제2항의 청구에 대하여 사후승인을 하지 아니한 때에는 즉시 그 긴급응급조치를 취소하여야 한다.
 - ⑤ 긴급응급조치기간은 1개월을 초과할 수 없다.
- 제6조(긴급응급조치의 통지 등) ① 사법경찰관은 긴급응급조치를 하는 경우에는 스토킹행위의 상대방이나 그 법정대리인에게 통지하여야 한다.
- ② 사법경찰관은 긴급응급조치를 하는 경우에는 해당 긴급응급조치의 대상자(이하 “긴급응급조치대상자”라 한다)에게 조치의 내용 및 불복방법 등을 고지하여야 한다.
- 제7조(긴급응급조치의 변경 등) ① 긴급응급조치대상자나 그 법정대리인은 긴급응급조치의 취소 또는 그 종류의 변경을 사법경찰관에게 신청할 수 있다.
- ② 스토킹행위의 상대방이나 그 법정대리인은 제4조제1항제1호의 긴급응급조치가 있는 후 스토킹행위의 상대방이 주거등을 옮긴 경우에는 사법경찰관에게 긴급응급조치의 변경을 신청할 수 있다.
 - ③ 스토킹행위의 상대방이나 그 법정대리인은 긴급응급조치가 필요하지 아니한 경우에는 사법경찰관에게 해당 긴급응급조치의 취소를 신청할 수 있다.
 - ④ 사법경찰관은 정당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 직권으로 또는 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 신청에 의하여 해당 긴급응급조치를 취소할 수 있고, 지방법원 판사의 승인을 받아 긴급응급조치의 종류를 변경할 수 있다.
 - ⑤ 긴급응급조치(제4항에 따라 그 종류를 변경한 경우를 포함한다. 이하 이 항에서 같다)는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에 그 효력을 상실한다.
1. 긴급응급조치에서 정한 기간이 지난 때
 2. 법원이 긴급응급조치대상자에게 다음 각 목의 결정을 한 때
 - 가. 제4조제1항제1호의 긴급응급조치에 따른 스토킹행위의 상대방과 같은 사람을 피해자로 하는 제9조제1항제2호에 따른 조치의 결정
 - 나. 제4조제1항제1호의 긴급응급조치에 따른 주거등과 같은 장소를 피해자(스토킹행위의 상대방과 같은 사람을 피해자로 하는 경우로 한정한다)의 주거등으로 하는 제9조제1항제2호에 따른 조치의 결정
 - 다. 제4조제1항제2호의 긴급응급조치에 따른 스토킹행위의 상대방과 같은 사람을 피해자로 하는 제9조제1항제3호에 따른 조치의 결정
- 제8조(잠정조치의 청구) ① 검사는 스토킹범죄가 제발될 우려가 있다고 인정하면 직권 또는 사법경찰관의 신청에 따라 법원에 제9조제1항 각 호의 조치를 청구할 수 있다.
- ② 피해자 또는 그 법정대리인은 검사 또는 사법경찰관에게 제1항에 따른 조치의 청구 또는 그 신청을 요청하거나, 이에 관하여 의견을 진술할 수 있다.
 - ③ 사법경찰관은 제2항에 따른 신청 요청을 받고도 제1항에 따른 신청을 하지 아니하는 경우에는 검사에게 그 사유를 보고하여야 한다.
- 제9조(스토킹행위자에 대한 잠정조치) ① 법원은 스토킹범죄의 원활한 조사·심리 또는 피해자 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 결정으로 스토킹행위자에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치(이하 “잠정조치”라 한다)를 할 수 있다.
1. 피해자에 대한 스토킹범죄 중단에 관한 서면 경고
 2. 피해자나 그 주거등으로부터 100미터 이내의 접근 금지
 3. 피해자에 대한 「전기통신기본법」 제2조제1호의 전기통신을 이용한 접근 금지
 4. 국가경찰관서의 유치장 또는 구치소에의 유치
- ② 제1항 각 호의 잠정조치는 병과(併科)할 수 있다.
- ③ 법원은 잠정조치를 결정한 경우에는 검사와 피해자 및 그 법정대리인에게 통지하여야 한다.
 - ④ 법원은 제1항제4호에 따른 잠정조치를 한 경우에는 스토킹행위자에게 변호인을 선임할 수 있다는 것과 제12조에 따라 항고할 수 있다는 것을 고지하고, 다음 각 호의 구분에 따른 사람에게 해당 잠정조치를 한 사실을 통지하여야 한다.

정들 중 피해자 보호를 위한 예방 조치나 대응과 관련한 것은 응급조치와 긴급응급조치, 잠정조치입니다. 통과된 법은 스토킹행위와 스토킹범죄를 구별하여 정의하고, 그 대상이 되는 자를 구별하여 정의³⁾ 하면서, 스토킹 '행위' 신고와 관련하여서는 '응급조치'나 '긴급응급조치'를, 스토킹 '범죄'에 대해서는 '잠정조치'를 하도록 구별하여 규정하고 있습니다. 이에 따르면 사법경찰관은 스토킹행위 신고와 관련하여 스토킹행위가 지속적 또는 반복적으로 행하여질 우려가 있고 스토킹범죄의 예방을 위해 긴급을 요할 경우에는 신고자 등의 요청에 의하거나 직권으로 정해진 조치를 할 수 있습니다. 이때 긴급응급조치대상자나 그 법정대리인은 긴급응급조치의 취소 또는 그 종류의 변경을 사법경찰관에게 신청할 수 있습니다.

발표자께서는 스토킹 신고 및 대응에 있어 피해자 의사가 가지는 의미에 대해 말씀하시면서, 헤어진 여자친구인 피해자가 싫다고 하는데도 집과 직장을 계속 찾아와 다시 만나주지 않으면 어떤 일이 발생할지 모른다면 피해자를 위협하는 스토킹 사건을 가정하여 공소제기와 같은 형사절차가 아직 본격적으로 개시되지 않은 경찰 단계의 대응에서 스토킹 피해자의 의사를 어느 정도 고려해야 하는지에 대한 여러 경우의 수에 대한 의문을 제기해 주셨습니다. 또한 미국의 사례연구에 대한 문헌적 분석을 통해 경찰의 스토킹 신고처리 절차에 있어서의 종결 부분에서 피해자가 반드시 가해자가 체포되기를 바라고 경찰에 신고하지 않는다는 점을 주지시켜 주셨는데, 통과된 법의 이러한 긴급응급조치의 변경 등과 관련하여 대상자 등의 취소 또는 변경요청에 관한 규정은 조치 이후에도 피해자의 의사를 고려하여 조치가 변경될 수 있는 근거를 두고 있기 때문에 우려하고 계시는 점을 해결할 수 있는 방안이 되지 않을까 하는데, 이 부분에 대한 발표자님의 의견이 궁금합니다.

한편, 일본의 입법례를 보면, 경고를 구하는 뜻의 신청과 원조를 받고 싶다는 뜻의 신청을 고려하여 행

1. 스토킹행위자에게 변호인이 있는 경우: 변호인
2. 스토킹행위자에게 변호인이 없는 경우: 법정대리인 또는 스토킹행위자가 지정하는 사람
- ⑤ 제1항제2호 및 제3호에 따른 잠정조치기간은 2개월, 같은 항 제4호에 따른 잠정조치기간은 1개월을 초과할 수 없다. 다만, 법원은 피해자의 보호를 위하여 그 기간을 연장할 필요가 있다고 인정하는 경우에는 결정으로 제1항제2호 및 제3호에 따른 잠정조치에 대해 2회에 한하여 각 2개월의 범위에서 연장할 수 있다.
- 제10조(잠정조치의 집행 등) ① 법원은 잠정조치 결정을 한 경우에는 법원공무원, 사법경찰관 또는 구치소 소속 교정직공무원으로 하여금 집행하게 할 수 있다.
- ② 제1항에 따라 잠정조치 결정을 집행하는 사람은 스토킹행위자에게 잠정조치의 내용, 불복방법 등을 고지하여야 한다.
- ③ 피해자 또는 그 법정대리인은 제9조제1항제2호의 잠정조치 결정이 있은 후 피해자가 주거등을 옮긴 경우에는 법원에 잠정조치 결정의 변경을 신청할 수 있다.
- 제11조(잠정조치의 변경 등) ① 스토킹행위자나 그 법정대리인은 잠정조치 결정의 취소 또는 그 종류의 변경을 법원에 신청할 수 있다.
- ② 검사는 수사 또는 공판과정에서 잠정조치가 계속 필요하다고 인정하는 경우에는 법원에 해당 잠정조치기간의 연장 또는 그 종류의 변경을 청구할 수 있고, 잠정조치가 필요하지 아니하다고 인정하는 경우에는 법원에 해당 잠정조치의 취소를 청구할 수 있다.
- ③ 법원은 정당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 직권 또는 제1항의 신청이나 제2항의 청구에 의하여 결정으로 해당 잠정조치의 취소, 기간의 연장 또는 그 종류의 변경을 할 수 있다.
- ④ 잠정조치 결정(제3항에 따라 잠정조치기간을 연장하거나 그 종류를 변경하는 결정을 포함한다. 이하 제12조 및 제14조에서 같다)은 스토킹행위자에 대해 검사가 불기소처분을 한 때 또는 사법경찰관이 불송치결정을 한 때에 그 효력을 상실한다.
- 3) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
 1. "스토킹행위"란 상대방의 의사에 반(反)하여 정당한 이유 없이 상대방 또는 그의 동거인, 가족에 대하여 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여 상대방에게 불안감 또는 공포심을 일으키는 것을 말한다.
 - 가. 접근하거나 따라다니거나 진로를 막아서는 행위
 - 나. 주거, 직장, 학교, 그 밖에 일상적으로 생활하는 장소(이하 "주거등"이라 한다) 또는 그 부근에서 기다리거나 지켜보는 행위
 - 다. 우편·전화·팩스 또는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호의 정보통신망을 이용하여 물건이나 글·말·부호·음향·그림·영상·화상(이하 "물건등"이라 한다)을 도달하게 하는 행위
 - 라. 직접 또는 제3자를 통하여 물건등을 도달하게 하거나 주거등 또는 그 부근에 물건등을 두는 행위
 - 마. 주거등 또는 그 부근에 놓여져 있는 물건등을 훼손하는 행위
 2. "스토킹범죄"란 지속적 또는 반복적으로 스토킹행위를 하는 것을 말한다.
 3. "피해자"란 스토킹범죄로 직접적인 피해를 입은 사람을 말한다.
 4. "피해자등"이란 피해자 및 스토킹행위의 상대방을 말한다.

위를 두 단계로 나눈 개념 설정을 통해 행정적 개입과 형사처벌이라는 단계적 개입이 가능하도록 하고 있습니다.⁴⁾ 이러한 일본 법제를 고려할 때 경찰의 대응과 관련하여 통과된 법의 내용에 이러한 부분이 반영되어 있는 것으로 볼 수 있을 것 같은데, 이에 대한 발표자님의 생각이 궁금합니다.

또한 발표문의 실증적 연구 결과에 따르면, 형사적 대응이 이루어진 경우 스토킹 신고에 앞서 이미 피해자에 대한 보호조치가 취해져 있던 비율이 높았고, 형사적 대응이 이루어지지 않은 경우에 비해 해당 신고가 재신고에 해당하는 비율이 높았으며, 피해자가 가해자의 처벌을 원치 않는다는 의사를 표시한 비율은 현장조치로 종결된 스토킹 신고에서 더 높게 나타났습니다. 이러한 결과를 토대로 살펴볼 때, 통과된 법 시행 과정에서 경찰 대응 시 발생할 수 있는 문제는 없을지에 대한 발표자님의 의견을 듣고 싶습니다.

2. 전담조사제 관련

통과된 법 제17조는 스토킹 범죄의 피해자에 대한 전담조사제를 규정⁵⁾하고 있는데, 이에 따르면, 특별한 사정이 없는 한 수사기관인 검찰과 경찰 모두 각 전담자를 지정하여 이들이 피해자에 대해 조사하도록 되어 있고, 이들은 이에 필요한 전문지식과 피해자 보호를 위해 필요한 수사방법이나 절차 등에 대해 교육을 받도록 되어 있습니다.

발표자께서는 단편적 정보만을 토대로 스토킹 신고 처리를 해야 하는 현장 경찰관의 고충에 대한 부분을 언급해 주셨고, 그 이유 중 하나로 “피해자가 같은 사람이라 하더라도 신고현장에 출동하는 경찰관은 매번 다를 수 있다.”는 점을 제시하셨습니다. 그런데 통과된 법의 전담조사제 규정에 따를 경우 현재 시스템보다는 그 처리에 있어 조금 도움이 되지 않을까 하는 생각이 드는데, 이와 관련한 발표자님의 의견을 듣고 싶습니다.

3. 논의 및 시사점 부분 언급 내용 관련

발표자께서는 해당 부분에서 “무성화된 반의사불벌죄로 스토킹을 바라보는 현장 경찰관들의 인식을 전환할 수 있는 방향으로 스토킹처벌법이 마련될 필요가 있다.”고 하셨습니다. 현재 통과된 법에서는 반의사불벌죄로 규정하고 있습니다. 이 경우 발표자님께서 우려하시는 것처럼 피해자의 의사 때문에 경찰들이 적극적으로 대응하기가 어렵다는 문제가 있을 수 있을 것 같은데, 언급하신 ‘현장 경찰관들의 인식을 전환할 수 있는 방향’에 관한 구체적인 방안에 대한 발표자님의 의견을 청하고 싶습니다.

한편, 사용하신 용어와 개념 사용 관련하여 궁금한 부분이 있습니다. 발표자께서는 “경찰은 112신고를

4) 김혁, “일본의 데이트폭력 대응법제에 관한 고찰”, 경찰학연구, 제6권 제2호, 92~93면 참조 ; 이봉한, “스토킹피해자의 인식과 대응실태에 따른 경찰활동방안”, 한국경찰연구, 제10권 제3호, 135면 참조.

5) 제17조(스토킹범죄의 피해자에 대한 전담조사제) ① 검찰총장은 각 지방검찰청 검사장에게 스토킹범죄 전담 검사를 지정하도록 하여 특별한 사정이 없으면 스토킹범죄 전담 검사가 피해자를 조사하게 하여야 한다.

② 경찰관서의 장(국가수사본부장, 시·도경찰청장 및 경찰서장을 의미한다. 이하 같다)은 스토킹범죄 전담 사법경찰관을 지정하여 특별한 사정이 없으면 스토킹범죄 전담 사법경찰관이 피해자를 조사하게 하여야 한다.

③ 검찰총장 및 경찰관서의 장은 제1항의 스토킹범죄 전담 검사 및 제2항의 스토킹범죄 전담 사법경찰관에게 스토킹범죄의 수사에 필요한 전문지식과 피해자 보호를 위한 수사방법 및 수사절차 등에 관한 교육을 실시하여야 한다.

통해 폭력이 발생한 직후 가장 먼저 피해자를 만나게 되는 제3자”라 하시면서, “경찰에게 피해자가 스토킹 피해에서 벗어나도록 하는 데 가장 도움이 되는 조언을 제공하는 위기개입과 신속한 임시조치를 통해 피해자를 지원하는 적극적인 역할이 기대된다.”고 하셨습니다. 이 대목에서 언급하신 ‘임시조치’가 통과된 법상 응급조치에 해당하는 것으로 생각해도 되는지 그렇지 않다면 용어상 차이가 있는지에 대해 설명해 주시길 부탁드립니다.

III. 토론을 마치며

저는 개인적으로는 별도 입법이나 특별법 제정을 통한 범죄예방에 대해서는 다소 부정적인 생각을 견지하고 있습니다. 그러나 스토킹에 대해서는 그 행위 속성상 별도의 처벌 규정을 두는 입법의 필요하다고 생각합니다. 스토킹 처벌과 관련한 법 제정에 대한 논의는 15대 국회에서 처음 발의되었던 1999년부터 시작되었고, 20대 국회에서도 많은 법안들이 발의되었으나 통과되지 못하고 임기만료로 폐기된 바 있으며, 21대 국회에서도 정부안을 비롯한 많은 안들이 발의되었고 논의 끝에 법이 통과된 점에서 의미가 있다고 생각합니다.

그럼에도 불구하고 반의사불벌죄 규정 도입 등 통과된 법의 내용 일부에 대해 개인적으로는 아쉬운 점이 있습니다. 특히 반의사불벌의 경우 발표자께서도 지적하고 계시는 바와 같이 현장에서 경찰이 대응하는데 어려움을 만들 수도 있다는 점에서 제정법의 향후 시행 추이와 스토킹 범죄 예방에 대해 실증적 연구가 지속적으로 필요할 것 같다고 생각합니다. 스토킹 신고에 대한 경찰의 대응과 관련하여 실증적 연구를 해 주신 발표자님께서 향후 해당부분에 대한 실증적 연구를 해 주시면 좋을 것 같습니다.

부족한 토론 들어주셔서 감사드리며 이상 토론을 마치도록 하겠습니다.

[제2세션]

“스토킹 신고에 대한 경찰의 대응” 토론편

스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률안의 한계 및 스톱킹범죄 경찰의 초기 대응 방안

서 경 남(한국여성의전화 사무처장)

발제문은 ‘스토킹 범죄의 처벌 등에 관한 법률’(이하 스톱킹처벌법)이 제정되기 전 스톱킹 신고에 대한 경찰의 대응에 관한 연구자료를 토대로 스톱킹처벌법이 현장 경찰관들의 인식 전환 및 적극적인 피해자 지원을 위한 방향으로 입법이 필요함을 제시하였다.

하지만 지난 24일 국회 본회의에서 가결된 ‘스토킹 범죄의 처벌 등에 관한 법률 제정안’(이하 법률안)은 피해자에 대한 협소한 정의, 피해자 지원제도 미비, 국가 책무성 명문화 조항 부재 등 법의 실효성 및 피해자 보호에 의의가 많은 채로 통과되었다. 스톱킹을 범죄로 규정하고 형사처벌이 가능하게 했다는 점에서 분명히 의미가 있다. 하지만 1999년 스톱킹처벌법이 처음 국회에 발의된 이후 너무나도 미흡한 스톱킹처벌법을 얻기 위해 22년의 시간을 기다려야 했다는 사실이 안타까울 뿐이다. 스톱킹범죄 행위에 맞게 가해자를 제대로 처벌하고 피해자 인권의 관점에서 피해자를 보호하고 지원할 수 있을지 많은 의문이 들 수밖에 없다.

이 토론편에서는 스톱킹 피해자 및 여성폭력 피해자를 지원하는 현장에서 바라보는 스톱킹처벌법의 한계를 짚고 경찰의 초기 대응력 강화 방안을 발제문에 더 붙여 발표하고자 한다.

법률안에 따르면 상대방의 의사에 반하여, 정당한 이유 없이, 불안감 또는 공포심을 일으키는 스톱킹 ‘행위’가 지속적 또는 반복적으로 행해질 때만 스톱킹 ‘범죄’로 인정받을 수 있다. ‘상대방의 의사에 반하여’는 피해자가 얼마나 거부, 거절 했는지 입증해 내야 할 것이다. 가해자에게 가해 행위 조사 및 책임을 묻어야 함에도 다른 여성폭력과 마찬가지로 피해자가 피해를 입증해야 하는 상황을 초래하고 2차 피해로 이어질 수 있다.

스토킹 ‘행위’ 유형은 접근하거나 따라다니거나 진로를 막아서는 행위, 주거 등에서 기다리거나 지켜보는 행위, 정보통신망을 이용하여 물건 등을 도탈하게 하는 행위, 직접 또는 제3자를 통하여 물건 등을 도탈하게 하거나 주거 등 또는 그 부근에 물건 등을 두는 행위, 주거 등 또는 그 부근에 놓여져 있는 물건등을 훼손하는 행위로만 규정하고 있다.

스스로 진화하는 스톱킹 범죄 특성을 고려하여 피해자의 개인정보를 이용해 피해자를 괴롭히는 행위, 피해자와 생활상 밀접한 관계에 있는 사람의 안전, 자유의 침해로 피해자를 위협하는 행위, 기타 이에 준하는 행위를 포함하는 포괄적 정의가 필요하지만 매우 협소하게 스톱킹 행위를 규정하였다. 스톱킹 피해는 단순 지켜보는 행위에서 실제 살해위협에 이르기까지 그 행위 양태의 범주가 넓은 범죄이지만 범죄 유

형에 규정되지 않은 스토킹 행위는 스토킹범죄로 처벌하기 어렵게 되었다. 이로써 피해자 보호의 사각지대가 발생하는 상황을 목격할 수밖에 없는 상황에 놓이게 되었다.

그리고 “피해자”란 스토킹범죄로 직접적인 피해를 입은 사람을 말한다고 명시했는데 동거인, 친족, 직장동료 등 피해자와 생활상 밀접한 관계에 있는 사람까지 스토킹범죄로 인한 피해를 입을 수 있다는 점을 간과하고 있다. 실제로 다수의 사례에서 피해자를 괴롭힐 목적으로 가족, 동료 등도 괴롭히는 스토킹이 빈번하게 발생하고 있다. 따라서 ‘직접적인’ 피해를 입은 사람만 피해자로 한정하는 것이 아니라 피해자 범위가 확대될 필요가 있다.

한국여성의전화 2020년 상담통계에 의하면 가해자와 피해자의 관계가 89.2%가 아는 사이에서 스토킹이 발생하고 있는 것으로 나타났다. (전)에인 36.5%, (전)배우자 13.5%, 직장 관계자 12.3%, 그 외 26.9%였다. 이처럼 스토킹범죄의 주요한 특성은 첫째, 주 피해자는 여성이며, 둘째 가해자는 대부분 애인이나 배우자와 같이 친밀한 관계에 있거나 있었던 사람이다. 발제문을 비롯하여 스토킹 관련 모든 연구 결과에서도 위와 같은 결과임을 확인할 수 있다.

경찰청 스토킹처벌법 제정 관련 설명자료에 의하며 2020년 기준 스토킹·데이트폭력 신고 건수는 23,460건이고 입건은 8,982명(살인(미수포함) 31건)으로 괴롭힘 또는 단순폭행·협박 수준의 스토킹·데이트폭력에 시달리다 목숨을 잃거나 잃을 뻔한 여성이 연간 30여 명에 달했다.

2019년 대법원 사건검색 시스템을 통한 전국 157개 1심 법원에서 선고한 판결문 중 2017년 1월1일부터 2019년 12월 31일까지 살인, 살인미수, 살인예비죄로 판결이 선고된 총 1,185건을 분석한 결과, 친밀한 파트너 관계에서 발생한 일명 ‘친밀한 파트너 살인’ 사건 중 친밀한 파트너 간 살인 사건은 176건, 스토킹이 있었던 친밀한 파트너 살인사건은 136건으로 분류되었다. 이 자료에 의하면 스토킹 피해자의 대다수는 여성으로 나타났다.¹⁾

발제문의 연구 결과에서도 스토킹 신고의 절반가량은 가해자와 피해자 간의 친밀한 관계에서 발생한 것으로 나타나는 가운데 경찰이 현장조치로 종결한 스토킹 신고에서 친밀한 관계에 해당하는 비율이 더 높게 나타났다. 현장조치로 종결된 스토킹 신고의 46.41%, 계속조사 및 검거로 종결된 스토킹 신고의 41.55%이 친밀한 관계에서 발생한 것으로 나타났다. 스토킹 가해자는 대부분 남성, 피해자는 대부분 여성이라는 공통점이 있었다. 가해자와 피해자 간의 관계가 과거나 현재의 연인, 배우자, 동거인, 데이트 상대 등의 친밀한 관계였는지 여부는 경찰이 비행사적인 방식으로 신고를 처리하는 데 유의하게 영향을 미치는 요인으로 분석되었다. 가해자와 피해자가 친밀한 관계에 있었던 것이 확인되는 경우 현장 경찰관이 형사적인 방식으로 종결처리할 가능성은 0.64배로 낮아졌다.

스토킹범죄와 마찬가지로 친밀한 관계에서 발생하고 피해자 대부분이 여성인 대표적인 폭력이 가정폭력이다. 가정폭력 피해자 중 1.7%만이 경찰에 신고²⁾ 한다. 2018년 한 해 동안 가정폭력으로 112에 신고된 248,660건 중 입건 처리된 건수는 41,720건에 불과하다.³⁾ 단 16.7%만이 입건 처리되는 것이다. 입건 처리된다고 해서 모두 처벌로 이어지는 것도 아니다. 2011년부터 2018년 7월까지의 가정폭력 기소율은 7.1%에 불과하다. 참고로 2017년 폭력 범죄 기소율은 25.8%⁴⁾인 데 반해 2017년 가정폭력 사건 기소율은 9.6%에

1) 스토킹범죄처벌법 제정 촉구 토론회_친밀한 파트너 관계 살인의 특징에 관한 연구, 이수정, (2020, 7.7)

2) 여성가족부, 2016년 가정폭력 실태조사(2017)

3) 경찰청 인권침해 사건 진상조사위원회, ‘가정폭력 권고문’ (2019, 7.11)

머물고 있다. 가정폭력 범죄는 사실상 형사처벌되지 않는다는 것을 의미한다. 상담을 조건으로 가해자의 처벌을 면제하고 있는 ‘상담조건부 기소유예’, 가해자 처벌의 책임을 피해자에게 떠넘기는 ‘반의사불벌’ 조항은 가정폭력처벌법을 무력화시키고 있다. 가정폭력과 마찬가지로 친밀한 관계 내에서 주로 발생하는 스토킹범죄의 경우도 친밀한 ‘관계성’ 및 ‘반의사불벌조항’으로 가정폭력처벌법처럼 무력화될 가능성에 대한 우려가 크다.

피해자에게 가해자의 처벌 의사를 묻는 반의사불벌조항은 피해자의 의사를 존중한다는 명분이지만 ‘친밀한 사이’, ‘아는 사이’에서 발생하는 범죄의 특성상 피해자가 처벌 의사를 제대로 밝히기 어렵고 가해자의 합의 종용, 협박 등 추가 피해 발생 가능성으로 인해 피해자는 가해자 처벌 의사를 쉽게 밝힐 수 없다. 이러한 상황적인 맥락과 특수성을 고려하지 않은 채 친밀한 관계에서의 폭력을 다른 범죄와 같은 방식으로 다루는 것을 망설이는 형사사법기관의 판단 부담을 피해자에게 전가하는 것과 마찬가지다. 친밀한 관계에서 발생한 폭력을 개인 간의 ‘사소한’ 다툼, 분쟁의 문제 정도로 여기고 형사적인 적극적인 개입을 주저하는 상황에서 스토킹 가해자의 처벌을 원치 않는다는 피해자의 의사가 있는 경우에는 비형사적으로 대응하고 있는 현장 경찰관들의 신고처리 방식은 한층 굳어질 것이다. 가해자를 처벌하고 피해자를 지원하고 보호하고자 하는 스토킹처벌법의 목적이 반의사불벌조항으로 인해 실효성을 담보하기 어려울 것은 너무나도 자명하다.

‘피해자 의사 존중’은 유독 ‘처벌’ 관련해서만 피해자의 의사를 묻는 것이 아니라 피해자 인권 보호의 측면에서 사법처리 전반에 걸쳐 존중되어야 하는 원칙이다. 피해자의 처벌불원 의사는 피해자와 가해자가 맺고 있는 관계 및 상황 등을 고려해 진정한 피해자의 의견인지 판단되어야 한다. 친밀한 관계에서 발생하는 폭력에는 피해자 처벌불원의사를 물을 것이 아니라 가해자를 가중처벌하는 제도가 마련되어야 한다.

스토킹처벌법이 가지고 있는 한계가 분명한지만 기존에 경범죄(지속적 괴롭힘)에 해당되어 10만 원 이하의 벌금형에 불과했는데 스토킹을 범죄로 규정하고 형사처벌이 가능하게 되었다는 점은 분명 의미가 있다. 스토킹은 가해자 중에는 남성이 차지하는 비율이, 피해자 중에는 여성이 차지하는 비율이 높은 성별화된 범죄이다. 그래서 무성화된(gender-blinded) 반의사불벌죄로 스토킹을 바라보는 현장 경찰관들의 인식 전환이 최우선으로 필요하다. 또한, 스토킹은 피해자에 대한 생명, 신체를 침해하는 중대범죄로 확대될 수 있는 심각한 범죄로 인식할 수 있어야 한다. 그래야만 스토킹 신고 시 경찰관이 할 수 있는 응급조치, 긴급 응급조치(100미터 이내의 접근금지, 전기통신을 이용한 접근금지) 직권 조치, 잠정조치(서면 경고, 100미터 이내의 접근금지, 전기통신을 이용한 접근 금지, 국가경찰관서의 유치장 또는 구치소에의 유치)청구를 통한 적극적인 초기대응을 할 수 있기 때문이다. 경찰관이 스토킹범죄 현장에서 취하는 적극적인 조치들은 스토킹 가해자로부터 피해자를 보호하고 가해자에게는 스토킹 행위가 범죄 행위이며 사회적으로 처벌받을 수 있는 범죄임을 분명히 하여 스토킹 범죄의 재발을 방지할 수 있을 것이다.

발제문에서도 언급했듯이 괴롭힘 피해를 경험한 피해자가 경찰에 신고한 비율은 14.35%로 매우 낮다. 지난해 5월 창원에서 발생한 스토킹 피해자의 사례처럼 대부분의 피해자들은 스토킹 사실이 외부에 알려지는 것을 주저하거나 스토킹 행위가 곧 끝날 것으로 생각하고 바로 경찰에 신고하지 않는다. 피해가 심각하고 위급한 상황에 이르러서야 신고하는 경우가 많다. 스토킹 신고 시 경찰은 계속적인 나쁜 행위의 연속된 장면중에서 한 장면만을 보고 신고를 처리해야하는 어려움이 있다. 하지만 경찰에 신고한 비율이 매우

4) e-나라지표, 검찰청 「범죄분석통계」 분석 (2020.1.6.)

낮고, 그 신고마저도 심각하고 위급한 상황에 이르러서야 비로소 경찰에 신고한다는 사실을 인지하고 스토킹범죄의 속성상 예측되는 마지막 장면을 마주하지 않도록 적극적인 대응이 필요하다. 스토킹범죄에 대한 경찰의 초기 대응은 향후 스토킹범죄의 지속 및 발전 여부에 강력한 영향을 미치기 때문이다.

평소 자신이 스토킹해오던 여성의 집 앞에서 사제폭탄을 터트린 사건, 유명 뮤지컬 배우 겸 가수인 여성에게 2년간 24개의 아이디를 이용해 수백 개의 악성 댓글을 게시한 사건, 일방적으로 자신이 호감을 느끼던 여성에게 7개월간 문자를 800번 이상 보내며 접근을 시도한 사건, 70대 남성이 30대 여성을 스토킹하다 성관계를 거부당하자 피해자에게 염산을 뿌린 사건, 정의당 전남도당 간부가 20대 당원을 스토킹한 사건까지 이는 모두 최근 몇 개월 내에 실제로 일어났던 사건들이다. 위의 사건들 모두 언론에 보도되기 전까지도 스토킹이 지속적이고 반복적으로 있었고 위험하고 심각한 범죄의 수준에 이르러서야 언론에 보도되었다. 하지만 언론에 보도되지 않은 수많은 스토킹 피해자가 현재도 고통받고 있다.

스토킹 상담 및 피해자 지원 현장에서는 먼저 경찰에 신고하여 도움을 요청할 것을 권유한다. 스토킹범죄 현장에서 반의사불벌조항 및 경찰이 직권으로 피해자 보호를 위해 할 수 있는 조치들이 제한적이어서 경찰 대응에 한계가 있어 보인다. 그럼에도 불구하고 처음 만나는 경찰이 스토킹을 어떤 관점으로 바라보고 처리하는지에 따라 스토킹 피해가 단절될 수도 있고 더 심각하고 위험한 피해로 이어질 수도 있다. 그렇기 때문에 스토킹신고 시 경찰이 이를 명백한 범죄행위로 인식하고 초기 대응을 강화하는 것이 중요하게 요구된다. 이를 위해 젠더폭력으로서의 스토킹범죄 인식 및 수사 과정에서 엄정하게 대응할 수 있는 체계를 시급히 마련해야 할 것이다.

여성폭력 피해자를 지원하는 본회를 비롯해 시민사회는 스토킹처벌법의 현장 적용을 꼼꼼하게 모니터링하여 정책을 제안하고자 한다. 더불어 스토킹범죄의 본질과 피해자의 인권보장, 국가의 책무성이 반영된 제대로 된 스토킹처벌법 마련을 위해 끝까지 목소리를 높여나갈 것이다.

■ 참고문헌

송란희 (2018) ‘스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률’ 제정안 “이의 있습니다”, 한국여성의전화, 한국여성정책연구원.

최선헌 (2020) ‘친밀한 관계는’ 어떻게 폭력을 지우는가?, 한국여성의전화.

22년만의 스토킹처벌법 제정, 기꺼이 환영하기 어려운 이유, 한국여성의전화 화요논평.



제3세션

낙태와 중절: 입법부작위가 남긴 문제

사회 | 이인영 교수(홍익대)
발표 | 이경렬 교수(성균관대)
토론 | 이상한 박사(한양대 법학연구소)
토론 | 최현정 변호사(희망을만드는법)

[제3세션]

낙태와 중절: 입법부작위가 남긴 문제

이 경 렬(성균관대학교 법학전문대학원, 법학박사)

I. 들어가는 말

1. 낙태 관련 새로운 문제의 부상

낙태시술과 관련하여, 일찍이 아니 최근에 헌법재판소의 [헌법불합치] 결정이 있었다.¹⁾ 2019년 4월 11일, 헌법재판소는 형법 제270조 제1항 중 ‘조산사’낙태 부분에 대한 기존의 합헌 결정²⁾과 달리, 형법 제269조 제1항 및 제270조 제1항 중 ‘의사’낙태죄에 대해 헌법불합치결정을 하였다.

헌법재판소는 2019년 4월 11일 재판관 4(헌법불합치) : 3(단순위헌) : 2(합헌)의 의견으로, 임신한 여성의 자기낙태를 처벌하는 형법 제269조 제1항, 의사가 임신한 여성의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 경우를 처벌하는 형법 제270조 제1항 중 ‘의사’에 관한 부분은 모두 헌법에 합치되지 아니하며, 위 조항들은 2020. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다는 결정을 선고하였다. [헌법불합치] 이에 대하여, 위 조항들은 헌법에 위반되지 않는다는 재판관 조용호, 재판관 이종석의 합헌의견이 있다.³⁾

헌법재판소의 판단에도 불구하고 국회는 개정입법의 요구시한(2020.12.31.)까지 입법을 완료하지 못했다. 이제 헌법재판소의 불합치결정의 효력에 따라 대법원의 선고처럼 임신한 여성의 ‘자기낙태’ 및 ‘의사’의 동의낙태는 무죄인가?⁴⁾

그렇다면, 여성계의 주장처럼 낙태는 법적으로 허용되는가? 나아가 의료계의 우려처럼 낙태시술을 거부한 의사는 과연 의료법상의 ‘진료거부 금지 등’(제15조 제1항)위반죄로 처벌(제89조 제1항)되어야 하는가? 헌법재판소·정부·국회의 3자합1(三者合一) 실패에 의한 강호법계에 미증유의 사회적 혼란과 법해석의 문제⁵⁾가 초래되었다.

* 이 연구는 2021. 3. 27. 개최되는 형사정책학회·한국형사정책연구원 춘계공동학술대회 발표를 위해 작성한 것으로 추후 학술지에 투고하려는 논문의 ‘미완의 버전’이므로 그 인용은 학술지 출간시기까지 제한함.

1) 헌법재판소 2019.4.11.자 2017헌바127 결정 [헌법불합치]: 헌법불합치 의견(재판관 유남석, 서기석, 이선애, 이영진), 단순위헌의견(재판관 이석태, 이은애, 김기영), 합헌의견(재판관 조용호, 이종석).

2) 헌법재판소 2012.8.23.자 2010헌바402 결정 [형법 제270조 제1항 위헌소원] 합헌. 재판관 이강국(재판장) 김종대, 민형기, 이동흡, 목영준, 송두환, 박한철, 이정미 중 반대의견(재판관 이강국, 이동흡, 목영준, 송두환), 반대의견에 대한 보충의견(재판관 이동흡)이 있었지만, 위헌결정에 필요한 “재판관 6인 이상의 찬성”에는 미달하였다(헌법 제113조 제1항 참조).

3) 헌법재판소 공보관실, “형법 제269조 제1항 등 위헌소원(낙태죄 사건)”, 법제소식 6월호, 2019.06, 46면 재인용.

4) 대법원 2021.1.28. 선고 2017도18271 판결: 대법원 2021.3.15. 선고 2020도12108 판결.

5) 조선일보 2021.01.09. 기사: 낙태죄 사라지고 낙태거부죄 생긴다? 무법 상태 의사들 (<https://www.chosun.com/national/weekend/2021/01/09/JDQHQR4IWFEUBDAYHLQJLV4YYU/>; 최종검색일: 2021.02.20.) 참조. 관련 학문을 전공한 연구자로서는 위와 같이 법적 판단에 혼란이 있다면, 그 해답을 제시해야 할 책무가 있다고 본다.

- 상세한 판시로 기존의 ‘규범과 현실 괴리’ 혼란에 새로운 법률규정(안)으로 ‘규범일치의 사회질서를 부여’하고자 했으나 결과적으로 원인제공자가 된 헌법재판소의 [헌법불합치] 결정의 취지대로, 정부는 헌법재판소가 정해진 개선입법마련 기한 안에 과제를 완성하여 국회에 제출하였다.⁶⁾
- 헌법재판소의 결정취지에 합당한 법률개정의 답안을 제출하였으나 그 합당성의 판단에는 각계각층의 이견이 있었던 것으로 보인다.⁷⁾ 먼저 법무부는 기존의 모자보건법에 규정되어 있던 낙태 허용요건(모자보건법 제14조)을 확대하여 이를 형법 제270조의2(낙태의 허용요건)로 신설하고 자기낙태 및 의사동의낙태를 금지하는 원칙을 견지하였고, 이런 방향의 개정안에 대하여는 보건복지부와 합의가 있었다.⁸⁾ 하지만 헌법재판소 2017헌바127 [헌법불합치] 결정을 환영하는 진보진영에서는 형법 제27장 낙태의 죄, 즉 제269조(낙태), 제270조(의사 등의 낙태, 부동의낙태)를 전면 삭제하고자 하였다.⁹⁾

2. 1개의 보도, 2개의 대법원 판결

1) 현장의 혼란: “낙태죄 사라지고 낙태거부죄 생긴다?”

- 헌법재판소는 위 법률조항을 단순위헌 결정하는 경우에 생기게 될 혼란을 막기 위하여 그 형벌조항의 효력을 2020년 12월 31일까지 유지하면서 개선입법을 마련하라고 주문했지만, 정부와 국회는 이 입법시한을 준수하지 못했다. 이에 관련 규정이 전무한 ‘법적 공백’상태에서 낙태가 허용된 것이라고 회자되고 있다.¹⁰⁾
- 여성계는 대체로 “2021년은 낙태죄 폐지 원년”이라며 반기고 있다.¹¹⁾
- 실제로 낙태죄는 헌법재판소 결정 이후에 사실상 사문화된 상태이다. 검찰이 2019년 6월 임신 12주 이내에 낙태를 한 경우에는 기소유예처분을 내리기로 내부지침을 마련했기 때문이다.¹²⁾
- 2021년 1월 1일부터 낙태시술 처벌 관련 상황이 역전되었다. “이전까진 의사가 낙태 수술을 할 경우 처벌을 받았지만, 이제 의사가 낙태 수술을 거부했다는 이유로 처벌받을 수 있게 돼버렸다. 의사가 낙태수술을 안 하면, 현행 의료법상 진료거부 행위에 해당된다. 따라서 1년 이하의 징역 또

6) 의안번호: 2105733, 형법 일부개정법률안(제출일 2020.11.25.). 이 개정법률안에 대하여 법제처는 2020.10.07. 법제처 홈페이지, 법제정보 업무, 입법예고(공고번호 제2020-307호) 하였다(<https://www.moleg.go.kr/lawinfo/makingInfo.mo?mid=a10104010000&lawSeq=60959&lawCd=0&lawType=TYPE5¤tPage=1&keyField=lmNm&keyWord=%ED%98%95%EB%B2%95&stYdFmt=&edYdFmt=&lsClsCd=&cptOfiOrgCd=>; 최종검색일: 2021. 03. 20.)

7) 법률신문 2020.10.12.자 기사: ‘낙태죄 개정안’ 모두가 반대(<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=164811>; 최종검색일: 2021.03.20.)

8) 같은 날 같은 장소에 입법예고된 모자보건법 일부개정법률안(보건복지부공고 제2020-708호)에는 “인공임신중절수술의 허용한계”를 규정하고 있는 제14조가 〈삭제〉제안되어 있다(<https://www.moleg.go.kr/lawinfo/makingInfo.mo?mid=a10104010000&lawSeq=60963&lawCd=0&lawType=TYPE5¤tPage=1&keyField=lmNm&keyWord=%EB%AA%A8%EC%9E%90%EB%B3%B4%EA%B1%B4%EB%B2%95&stYdFmt=&edYdFmt=&lsClsCd=&cptOfiOrgCd=>; 최종검색일: 2021.03.20.).

9) 의안번호: 2104979, 형법 일부개정법률안(이은주의원 대표발의 2020.11.5.); 의안번호: 2105847, 형법 일부개정법률안(박주민의의원 대표발의 2020.11.27.) 참조.

10) 조선일보 2021.01.09. 기사(낙태죄 사라지고 낙태거부죄 생긴다? 무법 상태 의사들).

11) 조선일보 2021.01.09. 기사(낙태죄 사라지고 낙태거부죄 생긴다? 무법 상태 의사들) 참조.

는 1000만원 이하의 벌금형을 받고 의사면허도 일정 기간 정지된다.”¹³⁾

- 이에 대한산부인과 의사사회 등 의사단체에서는 “돌려보낸 여성들이 보건복지부에 신고라도 하면 진료거부로 조사받고 자격정지를 받을까 봐 두렵다”며 “뭘든 좋으니 의사가 믿고 따를 수 있는 법적 기준이 어서 나왔으면 좋겠다.”, “의사 개인의 상황이나 종교적 신념에 따라 낙태수술을 거부할 수 있는 진료거부권을 허용해 달라.”고 요구하고 있다.¹⁴⁾
- 언론의 보도에는 사실주의에 입각하여 팩트 체크 및 전달을 하고 있으나 그 판단에는 위의 문제 제기와 같이 이견이 있다.

2) 대법원의 응답이 주는 신호(signal)

헌법재판소 2017헌바127 [헌법불합치] 결정이후에 2개의 대법원판결이 있었다. 하나는 2019년 4월 위 헌법불합치 결정 이전에 광주에서 산부인과 의사가 2013년 9월 임신 약 5주된 태아를 낙태시킨 피고사건에 대해, 대법원이 유죄선고한 원심판결¹⁵⁾과 제1심판결을 모두 파기하고 헌법재판소의 결정을 이유로 무죄 선고한 것이다.¹⁶⁾

다른 하나는 서울에서 2013년 4월부터 2019년 3월까지 산부인과를 운영한 원장의사가 2019년 3월 내원한 임신 34주된 임부의 낙태시술 요청을 받고서 제왕절개의 방식으로 낙태시술을 하고, 살아 있는 태아를 물속에 담가 익사시킨 피고사건에 대해, 업무상축타낙태죄로 처벌할 수 있다는 제1심 판



[2020년 12월 31일 '모두를 위한 낙태죄폐지공동행동' 관계자들이 서울 여의도 국회 앞에서 열린 '낙태죄 없는 2021년 맞이' 기자회견에서 구호를 외치고 있다. / 연합뉴스]

12) 조선일보 2021.01.09. 기사(낙태죄 사라지고 낙태거부죄 생긴다? 무법 상태 의사들) 참조.

13) 조선일보 2021.01.09. 기사(낙태죄 사라지고 낙태거부죄 생긴다? 무법 상태 의사들). 의료법([시행 2021.3.5.] [법률 제17069호, 2020.3.4., 일부개정]) 제15조, 제89조 제1호.

14) 조선일보 2021.01.09. 기사(낙태죄 사라지고 낙태거부죄 생긴다? 무법 상태 의사들) 참조.

15) 광주지방법원 2017.10.25. 선고 2017노825 판결.

16) 대법원 2021.1.28 선고 2017도18271 판결 [업무상축타낙태]: (재판장 대법관 박상옥 대법관 안철상 주심 대법관 노정희 대법관 김상환).

단¹⁷⁾과 달리, 헌법재판소의 헌법불합치 결정을 이유로 업무상촉탁낙태 피고사실에 대하여 무죄로 판단한 원심판결¹⁸⁾을 유지·확정하였다.¹⁹⁾

그러나 위의 대법원 판결에는 헌법재판소 변형결정에 따른 ‘법률조항의 효력 상실(실효)과 형의 폐지’ 및 형법 제1조 제2항 “법률의 변경” 등에 관한 의문이 있다. 헌법재판소 위헌결정의 즉시효와 형벌조항에 대한 소급효를 규정하고 있는 헌법재판소법 제47조는 위와 같은 변형결정에도 준용되는가? 헌법재판소 2017헌바127 헌법불합치 결정의 주문 내용 중 “2020.12.31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다”는 선고와는 그 효력의 우선순위가 어디에 있는가? 이 사건 조항의 한시적 적용(한시법?)과 대법원의 동기설적 법률변경의 의미해석에는 무슨 관련이 없는가?

3) 헌법불합치 결정의 성격과 소급효 여하

헌법재판소 2017헌바127 [헌법불합치] 결정의 ‘주문’내용과 같이 이 사건 형벌조항이 2020년 12월 31일까지 효력이 있는가 아니면 형벌조항에 관한 위헌결정의 효력(헌법재판소법 제47조 제2항)에 따라 소급하여 효력을 상실하는가? 변형결정에도 위헌결정과 마찬가지로 소급효가 인정된다면, 형벌조항의 효력 상실이 소급되는 날은 어디까지일까? 이 사건 형벌조항에 근거한 유죄의 확정판결을 받은 사건에 대해서는 재심청구의 시간적 범위가 결정되기 때문에 후자는 유의미한 문제제기이다(헌법재판소법 제47조 제4항).

2014년 5월 20일 신설(법률 제12597호)된 제47조 제2항 단서에서는 위헌결정의 소급시한이 “종전에 합헌으로 결정된 사건이 있는 경우에는 ‘그 결정이 있는 날의 다음 날’로 소급”한다고 규정되어 있다. 그런데 문제는 헌법재판소 결정주문에서 명시된 것처럼, 2012. 8. 23.자 2010헌바402 결정은 형법 제270조 제1항 중 “‘조산사’에 관한 부분”이 합헌이라는 취지였고, 2019. 4. 11.자 2017헌바127 결정에서는 특히 형법 제270조 제1항 중 “‘의사’에 관한 부분”이 헌법불합치라고 판단한 것에서 찾을 수 있다.²⁰⁾ 즉, 형법 제270조 제1항 전부가 아니라 그 중 ‘의사’에 관한 부분만 효력 상실한다는 말인가(헌법재판소법 제45조 참조)?

이상과 같은 모든 의문에 답하기 전에 먼저, 참고로 이 사건 낙태죄 관련 형벌조항에 관한 중요한

17) 법률신문 2020.04.13.자 기사: ‘낙태 수술 중 태어난 아기 살해 혐의’ 의사, 1심서 징역 3년 6개월 (<https://academynext.lawnb.com/Info/ContentView?sid=N00060186B03E61E>; 최종검색일: 2021.03.20.): 서울중앙지법 형사25-1부(재판장 김선희 부장판사)는 최근 살인 등의 혐의로 기소된 모 산부인과 의사 A씨에게 징역 3년 6개월과 자격정지 3년을 선고했다(2019 고합919).

18) 연합뉴스 2020.08.27.자 기사: 낙태수술 중 태어난 아기 살해한 의사, 2심도 징역 3년 6개월 (<https://academynext.lawnb.com/Info/ContentView?sid=N000061613F89F5D#>; 최종검색일: 2021.03.20.). 1심은 살인과 업무상촉탁낙태, 사체손괴 등 혐의를 모두 유죄로 인정했으나, 항소심 재판부는 이 가운데 업무상촉탁낙태 혐의를 무죄로 판단하였다.

19) 법률신문 2021.03.15.자 기사: [판결] ‘34주 태아’ 낙태 의사, 업무상촉탁낙태죄 무죄 (<https://lawtimes.co.kr/Legal-News/Print-News?serial=168563>; 최종검색일: 2021.3.16.)

20) 형법 제270조 제1항에 대한 헌법재판소 결정들은 동조 제1항 중 ‘조산사’에 관한 부분과 ‘의사’에 관한 부분을 명시적으로 구별하고 있다. 위 대법원판결은 헌법불합치 결정된 형벌조항의 효력 상실 소급규정설의 입장에서 이른바 “의사낙태죄”가 무죄라고 판단한 것이다. 이 경우 그 형벌조항의 실효시기가 헌법재판소법 제47조 제3항 본문에 따라 1953년 10월 3일(형법시행일)로 또는 동조 제3항 단서에 따라서 이 헌법불합치결정 직전의 합헌결정이 있었던 2012년 8월 24일로 소급될 것이다. 위의 구체적 사건 자체에서는 소급시한이 어디 이든 크게 문제가 되지 않는다. 하지만 헌법재판소 2017헌바127 결정 [헌법불합치]의 ‘주문’에서 명시된 대로 2020년 12월 31일까지 계속 적용되는 때에는 그 법률변경의 의미가 중요하다.

법적·사회적 사정을 정리하여 논의에 편의를 기하고자 한다. 나아가 헌법재판소 2017헌바127 헌법 불합치 결정이후에도 여전히 효력이 있는 형법상 ‘낙태의 원칙적 금지’와, 모자보건법상 예외적 허용인 인공임신중절에 감추어진 낙태행위 처벌의 잔존 시그널의 양상은 어떠한지를 분석하고자 한다.

4) 낙태죄의 일생

구 분	주요 내용	비 고
1953.09.18.	-형법 제27장 낙태의 죄	단기4286.10.3. 시행
1973.02.08.	-모자보건법에서 예외적으로 낙태 허용 사유 규정 - 제8조(인공임신중절수술의 허용한계)	1973.5.10. 시행; 1986.5.10. 전부개정
1976.07.13.	-대법원 75도1205 판결: 산부인과 의사의 낙태수술행위 정당방위 내지 긴급피난에 해당	21)
1985.06.11.	-대법원 84도1958 판결: 낙태시술 사회상규 아니다	22)
2010.10.17.	-낙태시술한 조산사가 헌법 소원 청구	23)
2012.08.23.	-헌법재판소 2010헌바402 결정: 낙태죄 합헌 판단	24)
2017.02.08.	-낙태시술 혐의 의사가 헌법소원 제기	25)
2018.03.30.	-여성가족부, 헌법재판소에 낙태죄 폐지의견서 제출	26)
2018.05.24.	-낙태죄 폐지 헌법소원 재판 공개변론	27)
2019.20.25.	-국가인권위원회, “낙태죄, 여성 기본권 침해” 의견서 제출	28)
2019.40.11.	-헌법재판소 2017헌바127 결정: 낙태 헌법불합치	
2020.10.07.	-정부, 형법(법무부) 및 모자보건법(보건복지부) 개정법률안 입법예고	
2020.11.17. 2020.11.24.	-정부, 형법(법무부) 및 모자보건법(보건복지부) 개정법률안 국무회의 의결	29)
2021.01.01.	-국회, 낙태죄 관련 법률개정안 기한내 미처리	
2021.01.28.	-대법원 2017도18271 판결: 2013.9.17. 산부인과 의사의 업무상촉탁낙태 피고사건 무죄 선고	
2021.03.15.	-대법원 2020도12108 판결: 2019.3.경 임신 34주의 태아를 낙태한 의사의 업무상촉탁낙태 피고사건 무죄 선고	단, 살인 등 피고사건에 대해서는 유죄

21) 대법원 1976.7.13. 선고 75도1205 판결(대법관 민문기(재판장), 이영섭, 김윤행, 김용철): “임신의 지속이 모체의 건강을 해칠 우려가 현저할 뿐더러 기형아 내지 불구아를 출산할 가능성마저도 없지 않다는 판단하에 부득이 취하게 된 산부인과 의사의 낙태 수술행위는 정당행위 내지 긴급피난에 해당되어 위법성이 없는 경우에 해당된다.”고 판시하고 있다. 원심판결(서울형사지방법원 1974.12.17. 선고 74노1405 판결)의 선고일자로 판단하면, 모자보건법상의 예외적 허용사유에 해당하는 정당행위로 위법성이 조각되는 것으로 분석된다.

22) 대법원 1985.6.11. 선고 84도1958 판결: “인간의 생명은 잉태된 때부터 시작되는 것이고 회임된 태아는 새로운 존재와 인격의 근원으로

II. 낙태와 중절의 개념과 함의

1. 현행법의 규정체계

2021년 1월 1일 이전까지 낙태행위에 대한 법규범의 규정체계는 형법과 모자보건법의 이원적 규율체계였다. 낙태금지 원칙으로 형법은 제269조와 제270조에서 태아의 생명을 보호법익으로 하고서 그 보호법익을 침해하는 낙태의 위법으로 구성하고 그 행위를 처벌하고 있다. 형법의 구성요건규정 체계를 요약하면, 먼저 부녀와 부녀이외의 자로 범죄주체를 1차구별하고, 부녀의 촉탁 또는 승낙의 여부에 따라 2차구분하여 낙태죄의 행위주체를 설정하고 있으며, 태아를 행위객체로 정하고 있다.³⁰⁾ 그리고 법정형에는 (의사 등의 직업윤리 위반을 고려한) 업무상 가중처벌, 촉탁 또는 승낙의 부재에 처벌의 경중, 부녀에 대한 상해 또는 사망의 결과발생에 따른 가중처벌을 하고 있다. 과실범이나 미수범에 대한 처벌규정은 존재하지 않는다.³¹⁾

예외적 허용의 모자보건법에서는 태아의 생명을 직접 침해하는 낙태행위에 대해 태아를 모체 밖으로 배출시키는 ‘인공임신중절수술’이라는 용어를 사용함으로써, 생명윤리적 또는 도덕적 색채를

서 존엄과 가치를 지니므로 그 자신이 이를 인식하고 있든지 또 스스로를 방어할 수 있는지에 관계없이 침해되지 않도록 보호되어야 한다 함이 헌법 아래에서 국민일반이 지니는 건전한 도의적 감정과 합치되는 바이므로 비록 모자보건법이 특별한 의학적, 우생학적 또는 윤리적 적응이 인정되는 경우에 임신부와 배우자의 동의 아래 인공임신중절수술을 허용하고 있다 하더라도 이로써 의사가 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받으면 일체의 낙태행위가 정상적인 행위이고 형법 제270조 제1항 소정의 업무상촉탁낙태죄에 의한 처벌을 무가치하게 되었다고 할 수는 없으며 임신부의 촉탁이 있으면 의사로서 낙태를 거절하는 것이 보통의 경우 도저히 기대할 수 없게 되었다고 할 수도 없다.”

23) 부산지방법원 2010.9.14.자 2010초기2480 결정(위헌법률심판제청신청 기각).

24) 헌법재판소 2012.8.23. 자 2010헌바402 결정 [형법 제270조 제1항 위헌소원] 합헌: “형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제270조 제1항 중 ‘조산사’에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.” 여기서 헌법재판소는 임부의 자기낙태의 위헌여부에 대해서도 “자기낙태죄 조항이 임신 초기의 낙태나 사회적·경제적 사유에 의한 낙태를 허용하고 있지 아니한 것이 임부의 자기결정권에 대한 과도한 제한이라고 보기 어려우므로, 자기낙태죄 조항은 헌법에 위반되지 아니한다.”고 전체판단을 하였다.

25) 광주지방법원 2017.1.25.자 2016초기1322 결정(위헌법률심판제청신청 기각).

26) 중앙일보 2018.05.23.자 기사: [단독]여가부, “낙태죄 폐지해야” 헌재에 의견 제출...정부 부처 처음 (<https://news.joins.com/article/22645945>); 서울신문 2018.5.23.자 기사: 여가부 “강간범 아이도 낳아야 한다는 낙태죄 제검토 필요”...헌재 의견서 제출(<https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20180523500143>; 최종검색일: 2021.03.21.).

27) 서울경제 2018.05.24.자 기사: [낙태죄 헌법소원 공개변론] “女 결정권 침해” vs “태아 보호는 국가 의무” (<https://www.sedaily.com/NewsView/1RZNP005UQ>; 최종검색일: 2021.03.21.).

28) 동아일보 2019.03.17.자 기사: 인권위 “낙태죄 처벌은 여성 기본권 침해”...헌재 의견서 제출 (<https://www.donga.com/news/Society/article/all/20190317/94602135/1>; 최종검색일: 2021.03.21.).

29) 보건복지부 보도자료 2020.11.17.자: 「모자보건법」 일부개정법률안 국무회의 의결 (11.17) (https://www.mohw.go.kr/react/al/sal0301vw.jsp?PAR_MENU_ID=04&MENU_ID=0403&page=1&CONT_SEQ=361054); 아주경제 2020.11.24.자 기사: ‘낙태죄 존치’ 형법 개정안, 오늘 국무회의 통과(<https://www.ajunews.com/view/20201124161001965>; 최종검색일: 2021.03.21.).

30) 통상적으로 ‘태아’는 수정이 이루어져 생성된 배아가 약 2주 후 자궁점막에 착상된 때부터 분만개시 전까지의 인간 생명체를 말한다. 헌법재판소는 “태아가 비록 그 생명의 유지를 위하여 모(母)에게 의존해야 하지만, 그 자체로 모(母)와 별개의 생명체이고 특별한 사정이 없는 한 인간으로 성장할 가능성이 크므로 태아에게도 생명권이 인정되어야 하며,”(헌법재판소 2012.8.23.자 2010헌바402 결정) 대법원도 “태아는 새로운 존재와 인격의 근원으로서 존엄과 가치를 지니므로 그 자신이 이를 인식하고 있든지 또 스스로를 방어할 수 있는지에 관계없이 침해되지 않도록 보호되어야 한다 함이 헌법 아래에서 국민일반이 지니는 건전한 도의적 감정과 합치되는 바”(대법원 1985.6.11. 선고 84도1958 판결)라고 판단하여 왔다.

31) 독일형법은 자기낙태죄를 예외로 하고 낙태미수를 처벌하고 있다(제218조 제4항). 오스트리아형법은 낙태미수 자체를 처벌하지 않지만, 낙태미수가 태아의 조기출산으로 이어지고 이 출생태아(Kind)를 추가적 행위로 살해한 때에는 낙태미수의 가벌성이 살인(제75조)과 영아살해(제79조)에서 부가적으로 고찰하고 있다(제96조 제3항 및 Tipold, PK-StGB (2018) § 96 Rz. 17). 낙태미수를 처벌하지 않는 우리 형법에서도 오스트리아의 논의와 동일한 입장이다(대법원 2005.4.15. 선고 2003도2780 판결 참조).

지우고 의과학적 표현으로 ‘금지’의 어감(nuance)에 ‘허용의 물 타기’를 하고 있다.³²⁾ 본인과 배우자의 동의하에 모자보건법 제14조 및 동법 시행령 제15조에서는 인공임신중절수술로 표현되는 낙태죄 구성요건행위의 정당화요건을 규정하고 있다. 모자보건법 제14조 제1항의 인공임신중절수술 허용사유로는 유전학적 사유(제1호), 감염학적 사유(제2호), 윤리적 사유(제3호, 제4호) 그리고 보건의학적 사유(제5호)를 규정하고 있다.

요컨대, 낙태행위에 관한 규정체계는 한마디로 형법상의 원칙적 금지, 모자보건법에 의한 특정한 사유가 있는 경우 예외적 허용이라 하겠다.

2. 낙태와 인공임신중절의 간극

낙태의 의미에 대해 통설은 태아를 자연 분만기에 앞서 인위적으로 모체 밖으로 분리·배출(협의의 낙태)하거나 태아를 모체 안에서 살해하는 행위(광의의 낙태)로 파악하는 반면에(보호법익에 대한 위법범설의 입장),³³⁾ 소수설은 태아를 모체 밖으로 분리·배출하는 것만으로는 부족하고 그로 인해 태아의 생명이 종료될 필요가 있다고 한다(침해범설의 입장).

낙태와 구별되는(?) 개념어로서 인공임신중절수술에 대해서는 모자보건법에서 정의하고 있다. 즉, “인공임신중절수술”이라 함은 태아가 모체 밖에서는 생명을 유지할 수 없는 시기에 태아와 그 부속물을 인공적으로 모체 밖으로 배출시키는 수술을 말한다.³⁴⁾

모자보건법 시행령 제15조에 의하면, 허용되는 인공임신중절수술은 임신 24주일 이내의 사람에 대해서만 할 수 있으며 낙태행위는 태아가 모체 밖에서 생명을 유지할 수 ‘있는’ 시기에도 행해질 수 있다는 점 등을 감안하면, 낙태행위가 시간적으로 광의의 개념이다. 또한 인공임신중절수술은 분리·배출을 필요적 개념요소로 하고 있으나 (광의의) 낙태의 경우에는 모체 안에서의 태아 살해를 포함하므로 장소적으로도 더욱 넓은 개념어이다. 이러한 개념의 광협에 관한 생각은 원칙적 금지가 광의이고 예외적 허용이 협의여야 하는 원칙과 예외의 관계에도 일치되는 설명이다.

3. 헌법재판소 2017헌바127 결정의 내용

1) 사건의 개요

- 청구인은 1994. 3. 31. 산부인과 의사면허를 취득한 사람으로, 2013. 11. 1.경부터 2015. 7. 3.경까지 69회에 걸쳐 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 하였다는 공소사실(업무상승낙낙태) 등으

32) 인공임신중절의 필연적 후과가 태아의 생명침해라는 결과 이미지를 은폐하는 환유이다. 환유의 은폐기능에 대해서는 김문정, “환유로서 법해석, 은유로서 정의”, 고려법학, 제91호, 고려대학교 법학연구원, 2018, 121~123면.

화용론의 측면에서 낙태처벌 긍정설의 입장은 ‘낙태’개념의 지속적 사용을, 반대로 부정설의 입장은 ‘인공임신중절수술’ 또는 ‘임신중단’ 등 개념의 사용변화를 주장한다. 특히 “임신중단”의 사용은 김정혜, “낙태죄 폐지를 말하는 이유, 임신중단권 보장의 법적 쟁점과 방향”, 페미니즘연구 제19권 제1호, 한국여성연구소, 2019, 8~10면.

33) 판례는 낙태의 결과 태아가 사망하였는지의 여부가 낙태죄의 성립에 영향이 없다고 판시하여 광의설의 입장이다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2003도2780 판결 참조).

34) 모자보건법 제2조 제7호 참조.

로 기소되었다(광주지방법원 2016고단3266).

- 청구인은 제1심 재판 계속 중, 주위적으로 형법 제269조 제1항, 제270조 제1항이 헌법에 위반되고, 예비적으로 위 조항들의 낙태 객체를 임신 3개월 이내의 태아까지 포함하여 해석하는 것은 헌법에 위반된다고 주장하면서 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2017. 1. 25. 그 신청이 기각되었다(광주지방법원 2016초기1322). 이에 청구인은 2017. 2. 8. 위 조항들에 대하여 같은 취지로 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.³⁵⁾

2) 결정의 요지

가. 자기낙태죄 조항에 대한 판단

헌법재판소는 위헌법률심판에서 위헌결정권을 행사하는데 그간 축적·형성된 판단기준, 즉 입법목적의 정당성, 수단의 적합성, 형사처벌과 침해의 최소성, 법익의 균형성 등을 사용하여 “자기낙태죄 조항은 모자보건법이 정한 일정한 예외를 제외하고는 태아의 발달단계 혹은 독자적 생존능력과 무관하게 임신기간 전체를 통틀어 모든 낙태를 전면적·일률적으로 금지하고, 이를 위반할 경우 형벌을 부과하도록 정함으로써, 형법적 제재 및 이에 따른 형벌의 위하력(威嚇力)으로 임신한 여성에게 임신의 유지·출산을 강제하고 있으므로, 임신한 여성의 자기결정권을 제한하고 있다.”고 판단하였다.³⁶⁾

즉, 임신한 여성의 자기결정권에 기한 임신상태의 유지와 종결 여부 등 낙태결정의 특성, 태아의 생명 발달 단계와 임신한 여성의 자기결정권의 행사를 고려한 인간생명의 법적 보호에 관한 수단 및 정도, 임신한 여성과 태아의 특별한 관계를 고려한 태아 생명보호 수단 및 정도, 자기낙태죄 조항의 형법적 제재 및 형벌위하의 실효성 여부, 사회적·경제적 사유로 인한 낙태 갈등상황의 중대성 등을 종합적으로 검토해 보면, 모자보건법에 해당하는 경우를 제외하고서 예외 없이 전면적·일률적으로 임신한 여성에게 임신의 유지 및 출산을 강제하고, 이를 위반하여 낙태한 경우 형사처벌하고 있는 것은 그 입법목적에 달성하기 위하여 필요한 최소한의 정도를 넘어 임신한 여성의 자기결정권을 과도하게 제한하는 것이므로, 생명보호의 입법목적 달성을 위한 최소한의 불가피한 수단이라고 볼 수 없다는 것이다.³⁷⁾

“결국, 입법자는 자기낙태죄 조항을 형성함에 있어 태아의 생명 보호와 임신한 여성의 자기결정권의 실제적 조화와 균형을 이루려는 노력을 충분히 하지 아니하여 태아의 생명 보호라는 공익에 대하여만 일방적이고 절대적인 우위를 부여함으로써 공익과 사익간의 적정한 균형관계를 달성하지 못하였다.”³⁸⁾

“따라서 자기낙태죄 조항은 입법목적에 달성하기 위하여 필요한 최소한의 정도를 넘어 임신한 여성의 자기결정권을 제한하고 있어 침해의 최소성을 갖추지 못하고 있으며, 법익균형성의 원칙도 위

35) 헌법재판소 2019. 4. 11. 자 2017헌바127 결정 중 “[이 유] 1. 사건개요” 재인용.

36) 헌법재판소 2019. 4. 11. 자 2017헌바127 결정 중 “재판관 유남석, 서기석, 이선애, 이영진의 헌법불합치의견” 참조.

37) 헌법재판소 2019. 4. 11. 자 2017헌바127 결정의 “재판관 유남석, 서기석, 이선애, 이영진의 헌법불합치의견 중 ‘아) 소결’ 부분” 참조.

38) 헌법재판소 2019. 4. 11. 자 2017헌바127 결정의 “재판관 유남석, 서기석, 이선애, 이영진의 헌법불합치의견 중 ‘아) 소결’ 부분” 인용.

반하였다고 할 것이므로, 과잉금지원칙을 위반하여 임신한 여성의 자기결정권을 침해하는 위헌적인 규정이다.”³⁹⁾

나. 의사낙태죄 조항 부분에 대한 판단

의사의 “업무상동의낙태죄와 자기낙태죄는 대항범이므로, 임신한 여성의 자기낙태를 처벌하는 것이 위헌이라고 판단되는 경우에는 동일한 목표를 실현하기 위해 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 의사를 형사처벌하는 의사낙태죄 조항도 당연히 위헌이 되는 관계에 있다.”⁴⁰⁾

→하지만 위 헌법불합치 결정에서 간과한 것은 형법이 자기낙태죄와 필요적 공범관계에 있는 동의낙태죄(제269조 제2항)를 처벌하고 있으며, 의사낙태죄 조항은 동의낙태죄에 비하여 신분관계로 인하여 형이 가중되는 부진정신분법인 업무상동의낙태죄 중 일부라는 사실이다.⁴¹⁾

→헌법재판소의 헌법불합치 결정에 따라 의사가 업무상동의낙태죄로 처벌되지 않는다고 한다면, 제270조 제1항 중 ‘의사’를 제외한 한의사, 조산사 등 다른 신분자에게도 헌법불합치 결정의 효력이 미쳐야 하는 것은 아닌지, 헌법재판소의 명시적 표현처럼 “의사낙태죄 조항”부분만 헌법불합치 결정의 법적 성격에 따라 그 형벌조항이 소급하여 효력을 상실하는 것인가를 분명히 해야 한다. 헌법재판소법 제45조에서 위헌결정은 “제정된 법률 또는 법률 조항의 위헌 여부만을 결정한다. 다만, 법률 조항의 위헌결정으로 인하여 해당 법률 전부를 시행할 수 없다고 판단될 때에는 그 전부에 대하여 위헌결정을 할 수 있다.”고 규정하기 때문이다.

→헌법재판소의 판시대로라면, ‘의사’낙태죄 조항 부분만 효력이 상실되는 것으로 해석되어야 한다. 여기서 2020.12.31.까지 업무상동의낙태죄로 동일하게 가중처벌되어 왔던 의사 등 부진정신분자의 동의낙태와, 2021.1.1.부터 ‘의사’의 동의낙태 사이에는 형사처벌에 차등이 생겨 ‘법 앞에 평등’ 원칙⁴²⁾에 위배되는 처사는 아닌가, 나아가 ‘의사’는 제269조 제2항의 “낙태하게 한 자” 즉 사람이 아닌가라는 의문도 생긴다.

다. 단순위헌 의견의 당위성

한편 재판관 이석대, 이은애, 김기영의 단순위헌의견에 따르면, 전술한 헌법불합치결정의 지적과 같이 낙태를 전면적·일률적으로 금지하고, 이를 위반한 경우 형사처벌하는 것은 임신한 여성의 자기결정권을 침해한다는 점에 대하여 헌법불합치의견과 견해를 같이 한다. 하지만 “이른바 ‘임신 제1삼분기(first trimester, 대략 마지막 생리기간의 첫날부터 14주 무렵까지)’에는 어떠한 사유를 요구함이 없이 임신한 여성이 자신의 숙고와 판단 아래 낙태할 수 있도록 하여야 한다는 점”에서는 자기낙태죄 조항 및 의사낙태죄 조항에 대해 단순위헌결정을 선언해야 한다고 보고 있다.⁴³⁾ 그 이유는 다음

39) 헌법재판소 2019. 4. 11. 자 2017헌바127 결정의 “재판관 유남석, 서기석, 이선애, 이영진의 헌법불합치의견 중 ‘5) 결론’ 부분” 인용.

40) 헌법재판소 2019. 4. 11. 자 2017헌바127 결정의 “재판관 유남석, 서기석, 이선애, 이영진의 헌법불합치의견 중 ‘(2) 의사낙태죄 조항에 대한 판단’ 부분” 인용.

41) 여기서는 특히 김성돈, 형법각론, 제6판, SKKUP, 2020.02, 126면 참조.

42) 헌법 제10조 참조.

43) 헌법재판소 공보관실, 앞의 법제소식, 52면 참조.

과 같이 실시되어 있다.⁴⁴⁾

○ 첫째, “자유권을 제한하는 법률에 대하여, 기본권의 제한 그 자체는 합헌이나 그 제한의 정도가 지나치기 때문에 위헌인 경우에도 헌법불합치결정을 해야 한다면, 법률이 위헌인 경우에는 무효로 선언되어야 한다는 원칙과 그에 기초한 결정형식으로서 위헌결정의 존재 이유가 사라”지기 때문이다.

○ 둘째, 현실적으로 자기낙태죄 조항은 사문화되었고 심판대상조항들이 예방적 효과가 제한적일 뿐만 아니라 형벌조항으로서의 기능을 제대로 수행하지 못하고 있으므로 다고 이를 ‘폐기’된다고 하더라도 헌법불합치건의 지적처럼 “극심한 법적 혼란이나 사회적 비용이 발생한다고 보기 어렵다.” 오히려 “헌법불합치결정을 선언하여 심판대상조항들에 따른 기소를 일단 가능하게 한 뒤, 사후입법으로 이를 해결하는 것은 형벌규정에 대한 위헌결정의 효력이 소급하도록 한 입법자의 취지에도 반할 뿐만 아니라, 그 규율의 공백을 개인에게 부담시키는 것으로서 가혹하다.”

○ 끝으로, “심판대상조항들 중 적어도 임신 제1삼분기에 이루어진 낙태에 대하여 처벌하는 부분은 그 위헌성이 명확하여 처벌의 범위가 불확실하다고 볼 수 없고, 또한 임신 제1삼분기에 이루어지는 낙태의 처벌 여부에 대하여는 입법자의 입법재량이 인정될 여지도 없다.”

○ 결론적으로, 심판대상조항들은 과잉금지원칙에 위배되어 임신한 여성의 자기결정권을 침해하여 헌법에 위반된다고 한다.

→여기서 임신 제1삼분기의 낙태를 처벌하는 것은 위헌성이 명백하여 형사처벌의 여부에 관한 입법자의 입법재량조차도 인정하지 않아야 한다는 단순위헌의견에 근거하게 되면, 심판대상조항들 중 적어도 임신 제3삼분기⁴⁵⁾에 이루어진 낙태에 대하여 모자보건법의 제한 없이 전면 허용되는 것으로 받아들이는 것은 헌법재판소의 2017헌바127 헌법불합치 결정의 취지에도 반할 뿐만 아니라 태아의 생명 보호에 필요한 최소한의 조도를 넘어 임신한 여성의 자기결정권을 과잉되게 보호하는 것으로 읽혀질 수 있다. 이제 형사처벌 여부 즉, 범죄화·비범죄화 형사정책의 근본원리 = 비례성 원칙(과잉금지원칙)의 비례 대상을 정확히 할 필요가 있다. 그 대상으로서의 사람(임신한 여성)과 태아, 자기결정의 자유와 생명은 어떤 관계(대립, 상관 내지 공생관계)에 있는 것인지도 분명히 해야 할 것이다.

라. 헌법불합치결정의 필요성과 잠정적용의 필요성

○ 태아의 생명을 보호하기 위하여 낙태를 금지하고 형사처벌하는 것 자체가 모든 경우에 헌법에 위반된다고 볼 수는 없다. 그런데 자기낙태죄 조항과 의사낙태죄 조항에 대하여 각각 단순위헌결정을 할 경우 임신기간 전체에 걸쳐 행해진 모든 낙태를 처벌할 수 없게 됨으로써 용인하기 어려운 법적 공백이 생기게 된다.⁴⁶⁾

○ 입법자는 위 조항들의 위헌적 상태를 제거하기 위해 낙태의 형사처벌에 대한 규율을 형성함에 있

44) 헌법재판소 공보관실, 앞의 법제소식, 56면 참조.

45) 모자보건법 시행령 제15조 제1항에서 말하는 “임신 24주일 이내”를 벗어난 기간으로 이해된다.

46) 헌법재판소 공보관실, 앞의 법제소식, 51면 참조.

어서, 결정가능기간을 어떻게 정하고 결정가능기간의 종기를 언제까지로 할 것인지, 태아의 생명 보호와 임신한 여성의 자기결정권의 실현을 최적화할 수 있는 해법을 마련하기 위해 결정가능기간 중 일정한 시기까지는 사회적·경제적 사유에 대한 확인을 요구하지 않을 것인지 여부까지를 포함하여 결정가능기간과 사회적·경제적 사유를 구체적으로 어떻게 조합할 것인지, 상담요건이나 숙려기간 등과 같은 일정한 절차적 요건을 추가할 것인지 여부 등에 관하여 앞서 우리 재판소가 실시한 한계 내에서 입법재량을 가진다.⁴⁷⁾

- 따라서 자기낙태죄 조항과 의사낙태죄 조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 대신 각각 헌법불합치 결정을 선고하되, 다만 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 계속적용을 명하는 것이 타당하다.⁴⁸⁾

3) 소결: 결정의 의미 평가 및 분석

헌재결정에 의하여 자기낙태가 비범죄화되고 형사처벌하지 않는다고 낙태행위가 전면 허용되고 권장되는 것은 아니다. 국가적 형법규제에서 성숙한 시민의 자율규제·자기통제로 이행된 것으로 이해되어야 한다.

또한 헌법재판소의 결정대로 2021년 1월부터 임신한 여성의 ‘자기낙태죄’ 조항이 무효라는 것이며, 의사의 업무상동의낙태죄가 완전히 비범죄화된 것은 아니라고 본다. 의사에 대한 가중처벌 규정은 헌법재판소의 헌법불합치 결정과 국회의 개선입법 부작위로 인해, 2021년 1월 1월부터 처벌규정으로서의 효력을 상실하였다. 위 헌재결정에 의하더라도 의사동의낙태의 적용법조가 제270조 제1항에서 동의낙태의 제269조 제2항으로 달라진 것으로 해석될 여지도 있기 때문이다. 물론 임신한 여성이 자기결정권을 행사하여 안전하고 숙련된 의료 환경에서의 낙태시술을 보장하기 위하여 의사에 대해서는 업무상동의낙태죄(제270조 제1항) 및 동의낙태죄(제269조 제2항)의 적용마저 배제되어야 한다는 것이 헌법재판소의 결정취지라고 본다면, 그렇지 않다.

→ 나아가 임신한 여성의 자기낙태행위의 법적 성격은 헌법재판소 불합치결정을 통해 ‘가벌적 대향범에서 불가벌적 대향범으로’ 그 성질이 변형된 것으로 보인다. 형법 제27장의 낙태의 죄가 전면 비범죄화되지 않는 한, 모자보건법의 예외적 허용한계 사유에 해당되지 않는 경우에는 임신한 여성의 자기낙태시술을 의사가 행하든, 의료인 아닌 자를 통하든 낙태시술한 행위자에 대하여는 동의낙태죄 등이 성립하고, 임신한 여성 자신은 형법 제269조 제2항 또는 제270조 제1항에 대한 제31조로 동의낙태죄의 교사범으로서의 죄책이 문제될 수 있다.

필요적 공범의 내부가담 중 불가벌적 대향범에 대해서는 총칙상 공범규정의 적용여부에 관한 견해의 대립이 있지만, 판례는 내부가담의 그 불가벌적 대향범에게는 공범에 관한 형법총칙규정의 적용을 배제하고 있다.⁴⁹⁾ 하지만 판례의 입장이 일관되게 유지되고 있는 것 같지는 않다. 이른바 처벌되지 않는 정범이 타인의 불법을 적극적으로 조장하는 경우, ‘자기결정권의 남용’으로 처벌될 여지

47) 헌법재판소 공보관실, 앞의 법제소식, 52면 참조.

48) 헌법재판소 공보관실, 앞의 법제소식, 52면 참조.

49) 대법원 2001.12.28. 선고 2001도5158 판결; 대법원 2007.10.25. 선고 2007도6712 판결 등 참조.

가 남아있기 때문이다. 예컨대, 대법원 판례는 본법의 자기도피 교사에 대해 범인도피죄의 교사범 성립을 긍정하고 처벌하고 있다.⁵⁰⁾ 검찰도 위 2017헌바127 헌법불합치 결정이후에 낙태시술에 대해 기소유예처분의 내부지침을 마련한 것이다. 기소유예는 무죄가 아니라 유죄라는 취지이다.

참고로 모자보건법에서는 “이 법에 따른 인공임신중절수술을 받은 자와 수술을 한 자는 「형법」 제269조제1항·제2항 및 제270조제1항에도 불구하고 처벌하지 아니한다.”고 규정함으로써 허용되는 인공임신중절수술에 대해서는 제269조 제2항의 적용배제를 명시하고 있다.⁵¹⁾ 이에 반해 헌법재판소 2017헌바127 헌법불합치 결정에는 주문, 이유, 결정요지 그 어디에도 형법 제269조 제2항의 위헌 내지 헌법불합치에 관한 판단이 없었다.⁵²⁾

→그래서 법률의 효력 상실과 형의 폐지에 관한 논의와 형법 제1조 제2항에서 말하는 “법률의 변경” 의미에 관한 논의가 필요한 것이다. 대법원이 견지하고 있는 동기설의 입장에서 판단하여 ‘법률의 변경’에 해당한다고 하더라도 전단의 “그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게” 된 경우인지, 후단의 “형이 구법(舊法)보다 경한 때에” 해당하는지가 문제된다. 대법원은 2개의 판결에서 산부인과 의사의 업무상동의낙태의 피고사건에 대하여 무죄를 확정된 것으로 보아 형법 제1조 제2항의 전단의 의미로 받아들이고 있다. 하지만 이와 같은 해석은 헌법재판소 결정의 기속력 범위를 일탈한 것으로도 여겨진다.

Ⅲ. 이 사건 낙태 관련 공론을 위한 판단 기재

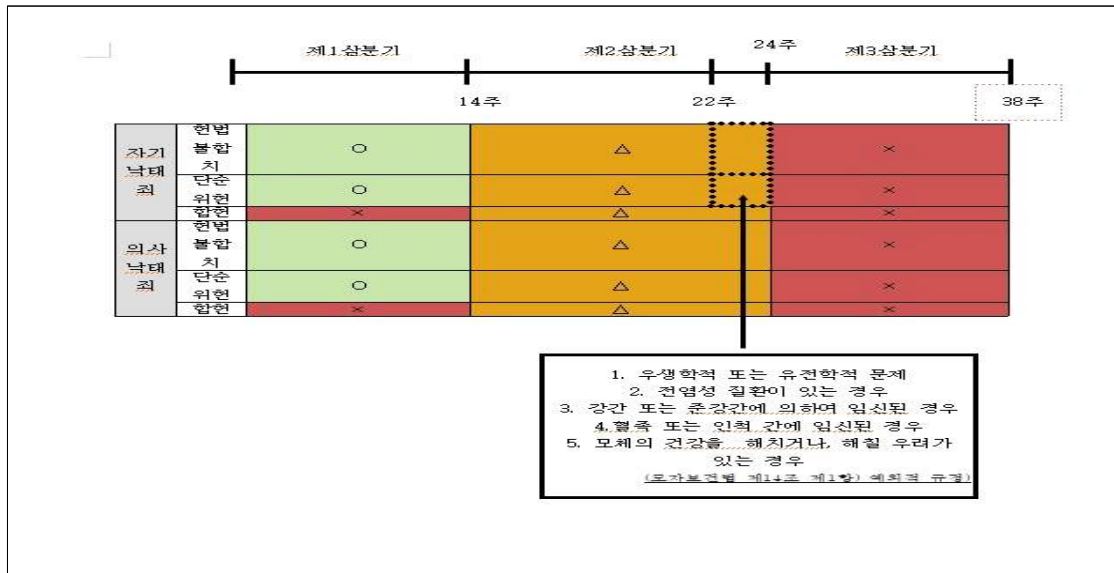
1. 헌법재판소 결정의 도식화

헌법재판소 2019년 결정 중 낙태 허용여부에 관한 취지를 금지(x)와 허용(o), 예외적 허용(△)으로 유형화하여 임신기간별로 도해화하면 다음과 같이 표시된다.

50) 대법원 2000. 3. 24. 선고 2000도20 판결.

51) 모자보건법 제28조 참조.

52) 헌법재판소의 단순위헌의견의 내용에서도 임신한 여성의 자기낙태행위 전체가 헌법위반이라는 취지는 아니고, 이른바 ‘임신 제1삼분기’에 이루어진 낙태까지 처벌하는 부분이 자기결정권에 대한 과도한 제한이기 때문에 과잉금지원칙에 위배되어 위헌이라는 취지로 밝혀진다.



다음으로 2012년 합헌 결정과 2019년 헌법불합치 결정을 선고하는데 종합적으로 고려한 과잉금지 원칙의 하부 판단기준에 대한 긍정과 부정을 표시하여 심판대상의 차이에도 불구하고 의사낙태의 처벌조항의 소급적 효력 상실시기를 판단하는데 사용한다.

구분	과잉금지 판단기준	12년 합헌 결정	19년 불합치 결정
자기 낙태죄	목적의 정당성	○	○
	최소침해의 원칙	○	×
	수단의 적합성	○	○
	균형성의 원칙	○	×
조산사낙태죄 부분	목적의 정당성	○	-
	최소침해의 원칙	○	-
	수단의 적합성	○	-
	균형성의 원칙	○	-
의사낙태죄 부분	목적의 정당성	-	○
	최소침해의 원칙	-	×
	수단의 적합성	-	○
	균형성의 원칙	-	×

○ 헌법재판과 형사입법정책의 관계성

2. 헌법재판소 헌법불합치 결정에 따른 형법·모자보건법 개정안의 주요내용 정리

1) 정부안

구분	발의자	법률· 의안 번호 발의일자	주요내용	비고
	정부	형법 5733 2020.11.25.	헌법재판소의 결정취지를 반영하여 의사에 의하여 의학적으로 인정된 방법으로 임신 14주 이내에 이루어진 낙태행위를 처벌 대상에서 제외하고(안 제270조의2제1항), 임신의 지속이 사회적 또는 경제적 이유로 임신한 여성을 심각한 곤경에 처하게 하거나 처하게 할 우려가 있는 경우로서 「모자보건법」에 따른 임신의 유지·종결 등에 대한 상담을 받고 24시간이 지난 후에 의사에 의하여 의학적으로 인정된 방법으로 임신 24주 이내에 이루어진 낙태행위 등을 처벌 대상에서 제외하려는 것임(안 제270조의2 제2항, 특히제3호 참조).	처벌 완화 및 낙태금지 유지 방향
		모자보건법 5459 2020.11.18.	가. 인공임신중절의 방법 확대(안 제2조제7호) 인공임신중절의 방법으로 수술 외에 약물 투여 등 의학적으로 인정된 방법을 추가함.	정책적 지원 방향
			나. 종합상담기관의 설치 등(안 제2조제13호, 제7조의3 및 제7조의4 신설)	
			다. 임신·출산 지원기관의 설치·운영(안 제7조의2 신설)	
			라. 생식건강 증진 사업의 실시(안 제12조제3항 신설)	
			마. 인공임신중절수술의 허용 한계 등의 삭제 및 인공임신중절 시 서면 동의 등 절차 마련(안 제14조, 현행 제28조 삭제)	
			3) 임신한 여성이 심신장애로 의사표시를 할 수 없거나 만 19세 미만인 경우에는 그 법정대리인에게도 인공임신중절에 따라 발생할 수 있는 정신적·신체적 합병증 등을 설명하고 서면 동의를 받도록 하되, 만 19세 미만인 여성이 법정대리인으로부터 학대를 받은 경우 등에는 상담사실확인서를 제출하면 법정대리인의 서면 동의 없이 인공임신중절을 할 수 있도록 함. 바. 인공임신중절 요청에 대한 거부(안 제14조의2 신설) 1) 의사는 개인의 신념에 따라 인공임신중절 요청을 거부할 수 있고, 이를 거부하는 경우에는 요청한 사람에게 임신·출산 종합상담기관 등에 관한 정보를 안내하여 임신의 유지·종결에 필요한 정보를 제공받을 수 있도록 하여야 함. 2) 인공임신중절 요청의 수락 또는 거부를 이유로 의사를 해고하거나 그 밖에 불리한 처우를 하는 행위를 금지함.	

2. 국회의원 제안 개정법률안

구분	발의자	법률· 의안 번호 발의일자	주요내용	비고
	권인숙의 원등 11인	형법 4483 2020.10.12.	제2편제27장(제269조 및 제270조)을 삭제한다.	삭제
		모자보건법 4484 2020.10.12.	‘인공임신중절수술’을 ‘인공임신중단’으로 변경하고 수술뿐만 아니라 약물에 의한 방법으로 인공임신중단이 가능하도록 함(안 제2조제7호).	
			국가와 지방자치단체가 모든 국민에게 피임, 월경, 임신·출산, 인공임신중단 등에 대한 안전하고 정확한 보건의료 정보와 서비스를 제공할 책무를 신설함(안 제3조제3항 신설).	
			모성 등의 의무 조항을 삭제함(안 제4조).	
			임신·출산, 인공임신중단 등과 관련된 보건의료 정보 및 서비스 제공, 상담 지원을 위한 체계를 구축하기 위하여 중앙·지역재생산건강지원센터를 설치함(안 제7조의2 신설).	
			임산부가 충분한 정보 및 상담을 토대로 인공임신중단 여부를 스스로 판단·결정할 수 있는 권리를 보장하고, 임산부가 인공임신중단을 결정한 경우 의사가 정당한 사유가 없는 한 임산부의 요청에 따라 인공임신중단을 하도록 규정함(안 제14조의2제1항부터 제4항까지 신설).	
			의사는 인공임신중단에 대한 정보를 임산부의 연령, 심신 상태, 그 밖의 사정을 고려하여 이해할 수 있는 방식으로 충분히 설명하되, 의사가 설명한 정보의 이해와 임산부의 의사결정 과정에 조력이 필요하다고 판단할 경우 의사 또는 임산부가 신뢰관계자의 조력 지원을 요청할 수 있는 규정을 신설함(안 제14조의2제5항 신설).	
			국가와 지방자치단체가 임산부의 경제적인 능력을 고려하여 의료비를 지원할 수 있는 규정을 신설함(안 제14조의3 신설).	
			인공임신중절수술의 허용한계 및 형법 적용배제 규정을 삭제함(안 제14조 및 제28조 신설).	
1	이은주 의원등 10인	형법 4979 2020.11.5.	제2편제27장(제269조 및 제270조)을 삭제한다.	삭제
		모자보건법 4983 2020.11.5.	모자의 보건을 관리하는 법에서 임산부 등의 권리를 보장하고, 지원을 강화하는 법으로 전환함을 명확히 하기 위하여 「모자보건법」을 「임신·출산등과 양육에 관한 권리보장 및 지원법」으로 제명을 변경함.	제명 변경
			‘임신·출산등’에 대한 정의를 임신·출산·유산·사산·인공임신중단으로 규정함(안 제2조제2호).	정의 확대
			‘인공임신중절수술’을 ‘인공임신중단’으로 변경하고, 수술만이 아니라 약물에 의한 임신중단도 포함하도록 함 (안 제2조제7호).	수단 확대

구분	발의자	법률· 의안 번호 발의일자	주요내용	비고
2	조해진의 원등16인	형법 5295 2020.11.13.	누구든지 부녀로 하여금 낙태를 하게한 때에는 낙태와 같은 형에 처함(안 제269조제4항 신설).	확대
			헌법재판소의 결정취지를 감안하여 심박동이 감지되기 이전인 임신 6주 미만의 태아에 대한 낙태는 처벌하지 아니하고, 헌법재판소의 결정에서 나타난 여성의 자기 결정권과 태아의 생명권에 대한 조화로운 보호를 위하여 의사의 낙태에 대하여 기간별로 다른 위법성 조각사유를 규정함(안 제270조의2 신설).	
		모자보건법 5311 2020.11.13.	약물에 의한 인공임신중절이 가능하도록 정의규정을 개정함(안 제2조).	보완 (정의규정 개정)
			모자보건기구에서 임신·출산과 관련하여 모성 및 영유아 건강에 대한 교육과 홍보, 임신의 유지·종결에 대한 상담을 담당하도록 기능을 추가함(안 제7조).	신설
			임신·출산 관련 상담의 목적을 규정함(안 제7조의2).	신설
			임신의 유지·종결에 관한 상담원의 자격을 의료인으로 한정함(안 제7조의3)	보완
			인공임신중절수술의 허용한계에 대한 제14조를 삭제함.	삭제
			인공임신중절에 관한 의사의 설명의무 및 서면동의를 명시화 (안 제14조의2).	
			보건복지부가 인공임신중절시술을 하고자 하는 의료기관의 신청을 받아 이를 지정함으로써 낙태를 하고자 하는 자를 위하여 정보를 제공하고, 인공임신중절시술을 시행하지 않는 의료기관과의 불필요한 마찰을 최소화 함(안 제14조의4).	
3	박주민의 원등11인	형법 5847	제27장 ‘낙태의 죄’ 전 조항을 삭제함 (제269조 및 제270조 삭제).	삭제
		모자보건법 5854 2020.11.27.	제2조 제7호 ‘수술’을 ‘인공임신중단’으로 하고 수술뿐만 아니라 약물·수술 등의 의학적 방법으로 임신을 종결하는 것으로 규정함(안 제2조제7호)	용어 변경
			임신의 유지 또는 종결에 대한 임신부의 자기결정권을 원칙적으로 보장함(안 제12조).	
			인공임신중단을 허용할 수 있는 범위를 규정함(안 제14조).	

구분	발의자	법률· 의안 번호 발의일자	주요내용	비고
4	서정숙의 원등11인	형법 6017 2020.12.1.	(형법 제269조제2항, 제270조제1항 통합) 의사 등 낙태죄의 주체를 누구든지로 변경하여 낙태에 있어 이 법과 모자보건법에 정한 이외에는 제3자의 개입에 의한 낙태를 배제하고 동의낙태에 관한 규정이 중복되는 것을 고려하여 이를 통합함(안 제269조 및 제270조).	보완
			형법 제270조의2 기존 모자보건법에 규정되어 있던 낙태 허용요건을 현실화하고, 상담을 거치도록 절차를 정비하되 임신의 지속이 임부의 생명을 위태롭게 하는 경우에는 임신기간에 제한 없이 의학적 방법에 의하여 이루어지도록 하고, 그 이외의 사유로 인한 낙태 허용기간은 낙태로 인한 여성의 건강권 침해를 막을 수 있는 최소 기간인 10주로 제한함(안 제270조의2).	보완
			낙태를 권고하거나 조장할 수 있는 알선 및 광고행위를 금지함(안 제270조의3).	신설
		모자보건법 6020 2020.12.1.	임신·출산 관련 모성 및 영유아 건강에 대한 교육과 홍보, 임신의 유지·종결에 대한 상담 등을 담당하는 임신·출산 종합상담기관을 신설	신설
			임신의 유지·종결에 대한 상담의 목적을 정함(안 제7조의4).	
			임신의 유지·종결에 관한 상담원의 자격에 관한 사항을 정함(안 제7조의5).	보완
			인공임신중절수술의 허용한계에 대한 제14조를 삭제함.	삭제
			인공임신 중절에 대한 의사의 설명의무를 규정하고, 만 18세 이상의 경우에는 불가피한 경우 상담사실확인서만으로 낙태시술이 가능하도록 하고, 만 18세 미만인 경우에는 법정대리인의 부재 또는 법정대리인의 학대사실 입증 시 상담사실확인서로 낙태시술을 할 수 있도록 함(안 제14조의2).	보완
			의사의 시술 거부권을 규정함(안 제14조의3).	신설
			인공임신중절시술을 시행할 의료기관의 경우 미리 신청을 받아 지정·고시하도록 하고, 지정기관 이외의 의료기관에서 인공임신중절시술이 이루어지는 경우 벌칙을 부과하도록 함(안 제14조의4 및 제26조).	신설

3. 여성계의 주장내용 - 낙태 법적 허용, 전면 비범죄화

- 1) 여성 단체들은 정부 입법예고안에 대해 여성의 목소리가 반영되지 않았고 현재 결정에서 퇴행한 법안이라고 비판했다.

○ 기본골자

- 처벌조항을 유지하는 개정안은 허울뿐인 낙태죄를 유지하겠다는 시대착오적 관성

- 부정확한 주수(추정치)를 기준으로 허용, 처벌, 범죄를 나누는 것은 부당
- 여전히 모든 책임을 여성에게만 전가하고 있는 낙태죄
- 청소년에게 '제3자' 동의를 요구하고, 상담을 강조하며, 폭력을 입증하라는 정부⁵³⁾

- 김예은 '모두의페미니즘' 대표는 "낙태죄 입법은 공론장에서 논의가 전혀 안 됐다. 정부는 여성 단체의 입장도 듣지 않았다. 자기들끼리 밀실에서 합의하고 발표한 게 문제"라고 말했다.
- 김민문정 한국여성단체연합 공동대표는 "국가의 책무를 방기하고 여성에게만 책임을 돌리려는 인식은 1953년 형법 낙태죄 제정 때와 같다. 1953년으로의 퇴행이다. 역사적으로 사문화됐던 낙태죄 처벌을 실질적으로 부활시키겠다는 것"이라고 말했다. 그는 "임신중단 비범죄화가 임신 중지율을 높이지 않는다는 사실은 역사적으로, 여러 나라 사례에서 확인됐다"며 "형사 처벌 방식이 얼마나 여성의 기본권을 침해하고, 여성의 삶과 생명을 더 심각한 위협에 빠뜨릴 수 있는지는 이미 현재조차 확인했지만 정부는 이에 눈감고 있다"고 말했다.⁵⁴⁾
- 한국여성민우회 등 20여개 여성단체가 모인 '모두를 위한 낙태죄 폐지 공동행동'⁵⁵⁾은 "낙태죄 유지하는 어떻게든 법에 여성을 처벌하는 조항을 남기겠다는 것"이라고 주장한다.

2) 여성단체들은 임신 주수에 따른 낙태 제약은 오히려 사회경제적 약자에게 더 나쁜 영향을 준다고 주장한다. 어려운 경제 형편으로 낙태 시기를 놓쳐 낙태죄 처벌 대상이 될 가능성이 커진다는 지적이다.

- 산부인과 전문의인 고경심 인도주의신천의사협의회 이사는 "임신 14주면 일반 여성이 임신 사실을 인지하기에도 짧은 시간이다. 정신지체 장애가 있거나 의료 취약 지역에 거주할 경우엔 처벌 대상으로 내몰릴 가능성이 더 높아진다."고 주장한다.
- 여성의당도 "임신 14주를 낙태죄 처벌 기준으로 한다면 낙태죄의 비범죄화가 아닌 일종의 절충안 이기에 현재 결정과 맞지 않는다. 산모의 안전과 같은 이유로 낙태죄를 존속시키는 것은 여성의 재생산권과 임신, 출산에 대한 자기결정권의 침해"라고 비판한다.

3) 여성계는 정부가 낙태죄 처벌 여부와 범위에만 초점을 맞출 뿐, 정작 여성 건강권을 위한 후속 조치에는 무관심하다고 비판한다. 국가적 차원에서의 의료보험 확대, 유산유도제 도입, 성교육 개선과 같은 폭넓은 대비책은 논의조차 하지 않고 국가와 남성의 책임은 뻔해 임신출산양육의 전과정에서 여성에게만 책임을 전가한다고 지적하였다.

53) https://blog.kakaocdn.net/dn/IL1Qn/btqLschB8mj/1eGUeNFR7QAKoKnhVtP521/%EC%97%AC%EC%84%B1%EC%97%B0%ED%95%A9_%EA%B8%B4%EA%B8%89%ED%86%A0%EB%A1%A0%ED%9A%8C_%EC%A0%84%EB%A9%B4%ED%95%B4%EB%B6%80_%EB%82%99%ED%83%9C%EC%A3%84_%EC%A0%95%EB%B6%80%EA%B0%9C%EC%A0%95%EC%95%88_%EC%9E%90%EB%A3%8C%EC%A7%91%EC%B5%9C%EC%A2%85.pdf?attach=1&knm=tfile.pdf

54) <https://news.v.daum.net/v/20201006163237242>

55) <https://blog.daum.net/fairmedia/16783350>

- 권인숙 더불어민주당 의원(비례대표)이 낙태(인공임신중단) 전면 비범죄화를 골자로 한 관련법 개정안을 대표 발의했다.⁵⁶⁾ 권 의원은 개정안 발의 이유로 △여성 자기결정권을 보장해야 하고 △낙태 기준인 임신주수 특징이 사람마다 다르며 △음성적 임신중단으로 여성 건강·생명이 위협 받는 점을 내세웠다.
- 이은주 정의당 국회의원도 입장문⁵⁷⁾을 내고 “정부의 입법예고는 여성의 안전과 권리훼손을 지속 하겠다는 것”이라며 “임신 기간과 상관없는 낙태죄 완전 폐지로 여성에 대한 차별과 폭력의 고리를 끊어야 한다”고 말했다.

4. 천주교/기독교의 낙태 반대 주장의 요지

- 한국천주교 주교회의는 법무부의 ‘낙태죄 완전 폐지’ 방향의 입법 추진을 강력히 반대합니다. 국가의 ‘낙태죄 완전 폐지’는 현안을 해결하는 방법이 아닙니다. 여성이 안심하고 임신하고 출산할 수 있는 정책과 입법 활동, 낙태의 위험성과 부작용에 대한 다양한 상담 지원, 환자와 의사의 낙태 거부 권리 인정, 사회 문화 개선 활동, 사회 복지 지원 활동 등에 혼신의 힘을 기울여야만 합니다.
- 헌법 재판소의 결정에 따라 법률 개정을 앞둔 현시점에서, 우리 사회가 임신과 출산에 대하여 공동 책임을 지는 공정한 제도를 마련하고, ‘더 나은 대한민국’으로서 ‘생명 존중’의 토대와 생명 문화 건설에 매진하기를 원합니다.

○ 한국 천주교 주교단 성명서⁵⁸⁾

1. 양성평등 정책 위원회의 권고안은 여성의 자기 결정권을 토대로 임신 주 수와 상관없이 모든 형태의 낙태를 합법화, 비범죄화하고 처벌 조항을 완전히 삭제하는 데 기반합니다. 그러나 여성의 행복과 자기 결정권이 태아의 생명권보다 앞설 수 없습니다. 태아와 산모는 엄연히 서로 다른 존재이며, 태아는 여성의 자기 결정권의 범위 안에 포함되지 않기 때문입니다.
2. ‘낙태죄 완전 폐지’는 ‘태아의 생명권을 보호’해야 하는 헌법 정신에도 위배됩니다. 이미 국가는 다수의 헌법 재판소 판결을 통하여 “모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 되며, 형성 중의 생명인 태아에게도 생명에 대한 권리가 인정되어야 한다. 태아가 비록 그 생명의 유지를 위하여 모(母)에 의존해야 하지만, 그 자체로 모(母)와 별개의 생명체이고, 특별한 사정이 없으면, 인간으로 성장할 가능성이 크기 때문이다. 따라서

56) http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002683422&CMPT_CD=P0010&utm_source=naver&utm_medium=newsearch&utm_campaign=naver_news

57) 정의당은 당론으로 낙태죄 완전 폐지를 위한 관련 3법을 발의했습니다. 「형법」 상 낙태죄 처벌 규정을 폐지하고, 현행 「모자보건법」의 인공임신중절수술 허용한계 규정을 삭제했습니다. 허용 주 수나 사유 제한 없이 충분한 정보제공과 지원을 통해 임신부의 판단과 결정으로 임신 중단이 가능하도록 개정했습니다. 또한, 인공임신중단의 경우에도 유산·사산에 준하는 휴가를 주도록 하여 여성 노동자의 건강권을 보다 효과적으로 보호할 수 있도록 하는 「근로기준법」 개정안을 함께 발의했습니다. 임신중단 여성과 의료인에 대한 처벌을 완전히 폐지하여 임신 중단이 더이상 범죄의 영역에서 다루어지지 않도록 해야 합니다. ‘처벌’이 아닌 ‘권리’를 보장하는 정책으로 전환해야 합니다. 이를 위해 충분한 정보제공과 상담 및 교육으로 안전한 임신·임신 중단·출산 및 양육에 필요한 환경을 갖추고, 이에 필요한 사회적 지원체계를 구축해야 합니다. 현재의 판결에 따라 우리 국회는 낙태죄의 비범죄화 여부에 대한 중대한 결정을 내려야 할 때입니다. 향후 국회의 법안 심사가 차별의 과거를 연장하는 것이 아니라 여성의 권리가 정당하게 보장되는 미래를 향해 열려있어야 한다는 점을 다시 한번 강조하고 싶습니다
출처: <https://stoprape.or.kr/1089?category=123656> [원다! 한국성폭력상담소]

58) <https://cbck.or.kr/Notice/20201195?page=2&gb=K1200>

태아도 헌법상 생명권의 주체가 되며, 국가는 헌법 제10조 제2문에 따라 태아의 생명을 보호할 의무가 있다.”라고 명백하게 선언하였습니다(헌재 2008.7.31. 2004헌바81; 헌재 2008.7.31. 2004헌마1010 등; 헌재 2010.5.27. 2005헌마346; 헌재 2012.8.23. 2010헌바402 참조).

3. 2019년 4월 11일 헌법 재판소는 형법상 낙태죄의 헌법 불합치 결정을 내리면서도 당시 판결문에서 태아의 생명 보호를 “공익”으로 인정하였고, 임신 기간 전체에 걸쳐 이루어진 모든 낙태를 처벌할 수 없게 되는 것을 “용인하기 어려운 법적 공백”으로 간주한 바 있습니다. 그런데도 국가가 양성평등 정책 위원회의 권고안을 받아들여 낙태죄 완전 폐지를 입법화하고 태아의 생명권을 포기한다면, 그것이야말로 헌법 재판소를 통하여 스스로 선언한 국가의 책무를 포기하는 행위가 될 것입니다.

4. 우리는 이미 낙태를 합법화한 여러 나라에서도 대체로 임신 주 수를 엄격하게 제한하고, 그에 앞서 상담 절차를 거친다는 사실에 주목해야 합니다. 또한 임신 주 수가 길어질수록 낙태에 따른 여성의 건강이 더욱 위험해질 수 있다는 사실을 간과할 수 없습니다. 흔히 안전하지 않은 낙태가 모성 사망과 질병의 주요 원인이라는 관점에서 낙태죄 폐지를 말하지만, 임신 주 수와 상관없이 모든 형태의 낙태를 허용하게 된다면 이것 또한 여성의 건강에 치명적인 일이 될 것입니다.

여성 임신과 출산의 문제는 ‘낙태죄 완전 폐지’로 해결되는 것이 아니라, 임신과 출산을 오로지 여성에게만 책임 지우는 사회 문화를 개선해야만 해결되는 일입니다. 이에 국가는 ‘낙태죄 완전 폐지’가 해결책이 아님을 직시하고, 남성과 여성이 공동 책임을 지고, 개인만이 아니라 국가와 사회가 공동 책임을 지는 환경을 만들어 나가야 할 것입니다.

5. 가톨릭 교회는 개인의 행복과 자유를 내세워 생명을 거스르는 범죄들을 옹호하고 변호하는 언론, ‘과반과 다수’에 기반한 법의 제정, 이를 승인하는 국가의 정책 방향에 단호히 반대합니다. 이는 생명의 초기 단계에서 이루어지는 공격들을 더 이상 ‘범죄’로 여기지 않고 오히려 ‘권리’로 주장하며, 특권층의 이익이나 다수의 논리를 반영하기 때문입니다. 이에 교회는 국가 정책이나 법은 다수결의 논리가 아닌, 인간 생명의 존엄성을 바탕으로 한 인권, 공동선과 연대성, 사랑과 정의 등과 같은 인류의 보편적 가치와 자연법에 근거하여 제정되기를 촉구합니다.

6. 가톨릭 교회는, 인간 생명은 수정되는 순간부터 인간이며, 하나의 인격체로서 존중받아야 함을 일관되게 천명하고 있습니다. 실제로 수정 이후 21-22시간이면 부계와 모계의 유전 형질이 조합되고, 3주에 들어서면 심장이 박동하며, 8주째에는 뇌의 활동이 시작된다고 합니다. 따라서 인간으로 태어날 배아와 태아도 온전한 ‘인격’으로서 생명의 절대적 권리를 인정받아야 하고, 국가는 인간 생명의 발달 과정에 상관없이, 모든 생명을 소중한 한 인간이며 인격으로서 인정해야 할 것입니다. 그때야 비로소 한국 사회는 인간 생명을 존중하고 생명 문화를 이끌어 가는 나라가 될 것입니다.

7. 국가는 생명권 보호와 약자 보호의 책무를 다해야 합니다. 여성의 행복과 자기 결정권을 존중한다는 그럴듯한 말로 태아의 생명권을 박탈한다면, 그것은 인간 생명의 불가침성과 약자 보호의 국가 책무를 저버리고, 나아가 사회 질서를 무너뜨리는 결과를 낳을 것입니다. 그동안 임신과 출산에서 남성보다 힘겹게 살아온 여성을 보호해야 할 뿐만 아니라, 여성보다 더 연약한 태아를 보호하는 것 또한 국가가 저버릴 수 없는 중대한 책무입니다. 임부에게 의존하는 태아는 임부보다 더 약한 존재이며, 더구나 무죄한 존재이기 때문입니다. 이런 태아의 생명을 국가마저 보호하지 않는다면, 국가의 의무를 완전히 포기하는 불의한 일이 될 것입니다.

- 한국기독교 공공정책협의회는 “낙태는 태아의 생명권을 빼앗는 죄”라는 기독교적 가르침을 지시한다. 하지만 법으로 여성의 자기결정권을 존중하는 차원에서 낙태를 허용해야 하는 지금의 상황에서 “법은 부도덕한 행위를 비범죄화 할 수는 있어도 부도덕한 행위를 비도덕화 할 수는 없다.”는 점을 천명하는 한편 사회적 또는 경제적 사유 등으로 인하여 불가피한 낙태를 허용해야 할 경우 6주⁵⁹⁾ 이내로 제한하여야 할 것이다. 특히 신앙과 양심의 자유에 따라 의사가 인공임신중절시술을 원치 않을 경우 거부권을 갖도록 명시적으로 규정해야 한다.

59) 임신과 출산 전문 의료인들에 따르면 “임신 후 6주가 되면 태아가 뼈가 형성된다”고 한다. 따라서 6주 이후의 낙태는 여성의 불임, 정서적 후유증 등 여성의 건강에 심각한 악영향을 끼칠 수 있다고 한다.

○ 천주교광주대교구 생명운동본부측은 낙태죄 완화에 대한 반대 입장을 분명히했다. 낙태죄 완화와 폐지는 태아의 생명권을 보호해야 하는 의무를 포기 하는 것으로 헌법에 위배된다는 게 핵심 주장이다. 생명운동본부 측은 “인간생명의 불가침성은 그 무엇보다 중요한 가치로 반드시 지켜야 할 의무”라며 “낙태죄가 완화돼 태아의 생명을 저버리는 것은 인간 생명의 불가침성을 침해하는 것”이라고 강조했다.⁶⁰⁾

○ 낙태에 대한 가톨릭의 교리와 그 구조

- 낙태 금지와 관련하여 가톨릭 성경, 교황 회칙, 가톨릭 교회 교리서를 관통하고 있는 절대적 가치는 생명의 존엄성이다. 하느님의 형상에 따라 창조된 인간에게 필연적으로 내재된 신성 또는 신성성에 계보학적인 준거를 두고 있다. 교황청에서 공식적으로 편찬한 교리에 대한 체계적 교과서 가톨릭 교회 교리서(Catechismus Catholicae Ecclesiae)의 내용을 요약하면 다음과 같다.⁶¹⁾

1. 성경과 인간 생명의 신성성

탈출기장에 있는 낙태를 규율하는 규정: 성경은 정자와 난자가 수정되는 순간부터 독립된 인간 생명이 시작된다고 보고 있고, 인간의 생명에는 하느님으로부터 계보학적으로 도출되는 신성성이 언제나 보장되며, 이 신성성은 정자와 난자가 만나 수정된 때부터 배아, 태아, 출산 이후의 인간까지 구분 없이 동일하게 유지되는 것이다.

2. 교황 회칙과 인간 생명 가치의 절대성

제262대 교황 요한 바오로 6세의 “인간생명”, 제264대 교황 요한 바오로 2세의 “생명의 복음”을 토대로 생명에 대한 가톨릭의 기본적인 입장을 교회 역사상 가장 중요한 공의회라고 평가받는 제2차 공의회에서 재천명하였다. 인간 생명의 절대적 존엄성 유지와 생명 현상에 대한 인공적인 개입의 일절 금지를 호소하고 있다.

3. 가톨릭교회 교리서

태아도 규범적으로 공동체의 구성원으로서 이웃인 한명의 사람이다. 교리서는 인간 생명의 존중이라는 가르침을 필두로 하면서도, 자기 또는 다른 사람의 생명권 존중을 위한 정당방위를 불가피하게 인정하고 있다. 즉, 위법성 조각사유의 일환으로 성경이나 교황 회칙에서의 가르침이 제도적 차원에서 원칙-예외라는 전형적인 근대법적 사유방식으로 재현되었다.

하지만 정당방위를 생명에 대한 의도적인 공격으로부터 생명의 보존 차원에서 행하는 비의도적인 자기 방어라고 한정함으로써 여러 양태의 살인들에 정당방위의 적용가능성을 원천적으로 봉쇄하고 있다는 점을 간과하면 안된다. 이렇게 원칙-예외 부분의 근대법적 요소를 지니고 있음에도 **낙태와 관련해서 만큼은 여전히 성경 및 교황 회칙과 같은 입장을 취하며 정당화 여지가 절대적으로 없는 중대한 도덕률 위반으로 보고 있다.**

60) <http://www.kwangju.co.kr/read.php3?aid=1602082800705641006>

61) 김문정·신효성, “낙태죄에 대한 가톨릭 관점의 제언”, 성균관법학 제32권제3호(2020.9), 171~208면 참조.

IV. 법리적 검토

1. 헌법불합치결정의 성격과 형벌조항의 소급효 범위
2. 법률의 변경과 대법원 동기설의 실무 적용
3. 자기낙태 교사의 가벌성 여하
4. 의료인의 양심적 진료거부 문제

○ 의료인의 진료거부 금지 등은 「의료법」 제15조제1항, 제2항 그리고 제89조에 따른다. 제15조제1항과 제89조에 따른 의료인은 '정당한 사유' 없이는 진료나 조산요청을 '정당한 사유' 없이는 진료나 조산요청을 거부할 수 없고 거부하는 경우 1년 이하의 징역이나 1천만원 이하의 벌금을 받을 수 있다.

- 법원은 진료거부 당시 의료인 측에는 어떠한 사정이 있었는지, 환자 측에는 어떠한 사정이 있었는지, 기타 참고할만한 정황이 있었는지 등을 종합하여 진료거부금지 의무 위반을 판단하고 있다. 하지만 의료인에게 진료거부금지 위반죄가 인정된 사례는 찾기 어렵다. 실제로 의료현장에서 의료기관을 방문한 환자에 대해 진료를 거부하는 경우 진료를 거부당한 환자는 다른 의료기관을 방문하여 필요한 의료서비스를 제공받을 수 있기 때문에 진료거부의 문제가 발생할 가능성이 현저히 낮을 것으로 추정되기 때문이다.⁶²⁾

- 진료거부가 가능한 사유를 다음과 같이 구체화하는 의료법 개정안에는 '의료인의 양심과 전문지식에 반하는 진료행위를 요구하는 경우' 문구가 포함되어 발의되기도 하였다.⁶³⁾ 이 법률안은 정신건강의학과 환자의 피습에 의한 의사사망사건이 발생함에 따라 안전한 진료환경을 조성하고 의료인의 보호권을 보장하고자 의료법 제15조2를 추가하여 보건복지부 유권해석 8가지를 현행 법률상 정당한 사유의 구체적인 사항으로 법에 명시하는 내용이다.⁶⁴⁾

62) 이열, 임지연, 강태경, 진료거부금지 의무의 현황과 과제, 대한의사협회 의료정책 연구소 연구보고서, 2019, i면

63) 김명연의원등10인 의료법 일부개정법률안(의안번호 19070), 2019.3.11.발의(2020.5.29. 임기만료 폐기) 안 제15조의2 신설 참조 (http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_R1J9K0T3J1W1Y1T3E0W0V4K4Z4N6Q0).

64) 의료법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제15조의2를 다음과 같이 신설한다.

제15조의2(정당한 진료거부) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제15조제1항의 정당한 사유가 있는 것으로 본다.

1. 의료인이 질환 등으로 진료를 할 수 없는 경우
2. 의료기관의 인력·시설·장비 등이 부족하여 새로운 환자를 진료할 수 없는 경우
3. 예약된 진료일정으로 인하여 새로운 환자를 진료할 수 없는 경우
4. 난이도가 높은 진료행위에서 이에 필요한 전문지식 또는 경험이 부족한 경우
5. 다른 의료인이 환자에게 이미 시행한 치료(투약, 시술, 수술 등) 내용을 알 수 없어 적절한 진료를 하기 어려운 경우
6. 환자가 의료인의 진료행위에 따르지 않거나 의료인의 양심과 전문지식에 반하는 진료행위를 요구하는 경우
7. 환자나 환자의 보호자가 위력으로 의료인의 진료행위를 방해하는 경우
8. 의학적으로 해당 의료기관에서 계속적인 입원치료가 불필요한 것으로 판단되어, 환자에게 가정요양 또는 요양병원·1차 의료기관·요양시설 등을 이용하도록 권유하고 퇴원을 지시하는 경우

○현행법은 환자가 연명의료중단을 결정하는 경우, 담당의사는 양심에 따라 그러한 결정의 이행을 거부할 수 있는 장치를 갖추고 있다. 즉, 「호스피스·완화의료 및 임종과정에 있는 환자의 연명의료결정에 관한 법률(이하 ‘연명의료결정법’)」 제19조 제3항은 “담당의사가 연명의료중단등결정의 이행을 거부할 때에는 해당 의료기관의 장은 연명의료중단등결정의 이행 거부를 이유로 담당의사에게 해고나 그 밖에 불리한 처우를 하여서는 아니 된다”고 규정하고 있다.

- 그러나 임신한 여성이 「모자보건법」에서 허용하는 인공임신중절수술을 의사에게 요구하는 경우, 의사가 이를 거부할 수 있는지에 대한 명시적인 규정이 없다. 낙태 금지와 인공임신중절수술의 예외적 허용에 관한 논쟁의 옳고 그름을 뒤로 하고, 의사의 양심에 따른 결정권도 최대한 존중받아야 할 성격의 문제라는 관점에서 본다면, 의사는 양심 또는 종교에 따라 인공임신중절수술을 거부할 수 있다고 보아야 한다는 주장⁶⁵⁾도 있다.

○대법원의 양심적 병역거부에 관한 인정 판단(대법원 2018.11.1.선고 2016도10912 판결)

- 헌법 제19조는 “모든 국민은 양심의 자유를 가진다.”라고 정하여 양심의 자유를 보장한다. 양심의 자유는 우리 헌법이 최고의 가치로 상정하고 있는 도덕적·정신적·지적 존재로서 인간의 존엄성을 유지하기 위한 기본조건이고 민주주의 체계가 존립하기 위한 불가결의 전제로서 다른 기본권에 비하여 고도로 보장되어야 한다.(대법원 2010.4.22.선고2008다38288 전원합의체 판결 등 참조).

- 양심의 자유에는 양심을 형성할 자유와 양심에 따라 결정할 자유 등 내심의 자유뿐만 아니라 위와 같이 형성된 양심에 따른 결정을 외부로 표현하고 실현할 수 있는 자유도 포함된다. 양심실현의 자유도 헌법 제37조 제2항에서 정한 대로 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있고, 제한하는 경우에도 본질적인 내용을 침해할 수 없다. 양심이 외부적으로 표출되더라도 이를 제한할 때에는 위와 같은 헌법상 원칙에 위배되지 않는지 엄격하게 평가하여야 한다.

- 양심은 이른바 ‘착한 마음’ 또는 ‘올바른 생각’을 뜻하는 것이 아니라, 옳고 그른 것에 대한 판단을 추구하는 가치적·도덕적 마음가짐을 뜻한다. 이것은 개인의 소신에 따른 다양성이 보장되어야 하고 그 형성과 변경에 외부적 개입과 억압에 의한 강요가 있어서는 안 되는 윤리적 내심영역이다. 이러한 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단할 때 그렇게 행동하지 않고서는 자신의 인격적 존재가치가 파멸하고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리로서 절박하고 구체적인 것이어야 한다. 양심의 자유는 내심에서 우러나오는 윤리적 확신과 이에 반하는 외부적 법질서의 요구가 서로 회피할 수 없는 상태로 충돌할 때 침해될 수 있다.

- 하지만, 국가가 개인에게 양심에 반하는 작위의무를 부과하고 그 불이행에 대하여 형사처벌 등 제재를 함으로써 의무의 이행을 강제하는 경우에는 상황이 다르다. 이러한 강제는 결국 내면적 양심을 포기하고 국가가 부과하는 의무를 이행하거나, 아니면 내면적 양심을 유지한 채 의무를 이행함으로써 자신의 인격적 존재가치를 스스로 파멸시키는 선택을 강요하는 것과 다르지 않다.

- 일방적인 형사처벌만으로는 규범의 충돌 문제를 해결할 수 없다. 그 신념에 선뜻 동의할 수는 없다고 하더라도 이제 이들을 관용하고 포용할 수 있어야 한다. 일방적 형사처벌은 양심의 자유를 비롯한 헌법상

65) 이일, 임지연, 강태경, 진료거부금지 의무의 현황과 과제, 대한의사협회 의료정책 연구소 연구보고서, 2019, 53면

의 기본권 보장체계와 전체 법질서에 비추어 타당하지 않을 뿐만 아니라 소수자에 대한 관용과 포용이라는 자유민주주의 정신에도 위배된다. 따라서 진정한 양심에 따른 병역거부라면, 이는 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 해당한다.

5. 임신한 여성의 자기결정권 보장과 태아의 생명권 보호 원칙에 관한 단상(斷想)

○ 인간의 생명, 생존, 생활

구분	생명	생존	생활
인간 '삶'의 성격	인간의 존엄과 본질	사람으로서의 = 사람이다.	사람다운 = 사람답게 살다.
인간의 권리	생명권 / 영속	생존권 / 시각	생활권 / 시간
비교형량(?)	임신한 여성/태아 ≡	≤	≥

- 사람의 '살다(生)' 권리(인권)이라는 테두리 안에서 생명은 인간의 존엄·본질적인 것으로 여성과 태아의 동등한 지위를 나타낸다. 생존은 여성과 태아의 지위에서 태아의 독립된 인격체를 존중하고자 하는 것이며, 생활은 생활권적인 측면에서 여성의 삶을 태아로부터 분리시켜 그들의 사회적·경제적 지위를 보장하고자 하는 측면이 반영되어 비교·형량되어야 할 것이다. 생명의 존폐여부와 관련하여 우열의 문제가 아닌 국가적인 차원에서 조화로운 방법이 모색되어야 한다.

- 자기 결정의 대상은 사후적 '낙태'가 아니라 사전적 '임신'에 맞추어져 있어야 하는 것은 아닌가 한다. 원칙 아니한 임신의 중단이나 불가피한 낙태는 인공임신중절로서 예외적으로 허용되고 있다.

- 사회의 다양한 목소리를 종합적으로 고려하여 마련한 국가 주무부처의 법률개정안마저 여성계에서 주장되는 '유산유도제 도입'이나 '보험 등 사회적 보호조치'에는 미흡한 측면이 있고, 전적으로 금지의 틀 속에서 책무를 전가하는 방향으로 유지되고 있는 것을 보며 낙태죄 전면 폐지를 주장할 수밖에 없는 절박함 심정을 이해할 수 있다. 하지만 임신한 여성의 경우는 태아의 생명권 말살이라는 사망의 길에 의사결정이 정향될 것이 아니라 생명의 길을 찾아야 한다.

- 국가의 책무는 낙태죄 처벌이라는 편이한 수단·방법을 사용할 것이 아니라 생명의 길에 등불을 밝혀야 한다. 생명의 문제에 관한 한 정답은 없지만 적어도 홀로 아이를 양육할 수 없는 상황에 처한 여성의 삶(생활)에 관심을 기울이고, 낙태를 하지 않을 수 있는 자기결정할 수 있도록 권리 행사의 여건을 마련하는 법적·제도적 정비에 노력을 하는 것이 국가의 책무라 할 것이다.

- 여성계는 낙태죄 전면폐지라는 자기결정의 주장만을 내세우지 말고, 모자보건법에 장해진 임신중절수술이라는 허용의 범위를 현실화하는 주장을 하는 전향적인 태도의 변환을 기대한다.

V. 나가는 말

국회가 헌법재판소의 입법개선시한을 존중하지 않아 입법부작위한 경우에 이로써 기본권 침해가 발생하게 되면 헌법소원이 대상이 된다. 대법원 판결과 같이 헌법불합치 결정이 위헌결정과 동일한 효력을 지닌 것이라면, 법원과 기타 국가기관 및 지방자치단체 그 전부에 대하여 기속력이 있기 때문이다(헌법재판소법 제47조 제1항).

모자보건법 제14조에 의하여 허용되는 중절행위에 해당하여 위법성이 조각되는 경우(낙태의 예외적 인정)를 제외하고서 낙태는 여전히 허용되지 않고, 경우에 따라서는 형사처벌될 수 있다. 형법 제270조 제1항 의미의 “의사”는 제269조 제2항에서 정하고 있는 촉탁승낙낙태죄의 “낙태하게 한 자”에 포함되므로 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처해질 수 있다.

모자보건법 제14조 및 동법 시행령 제15조에 해당하지 않는 중절수술을 거부하더라도 의사는 의료법상의 ‘진료거부 금지 등’ 위반으로 처벌되지 아니한다. 태아의 생명 보호를 진정한 양심으로 형성하고 있는 의사라면, 모자보건법상 허용되는 중절수술을 거부하더라도 진료거부를 이유로 의료법 위반으로 처벌하지 말아야 한다. 자기결정권을 지닌 임신한 여성은 모자보건법 등 현행법에 의해 예외적으로 허용되는 중절수술을 행하는 병원·의원을 진료 및 수술기관으로 자기결정하고 선정해야 한다. 양심에 따른 낙태를 거부하는 의사를 의료법위반의 진료거부죄로 고소·고발하지 말아야 한다.

[제3세션]

“낙태와 중절: 입법부작위가 남긴 문제” 토론문

이 상 한(한양대학교 법학연구소, 법학박사)

낙태에 대한 부분은 생명권 보호와 임부자기결정권의 문제로 첨예한 대립이 되어온 논쟁거리였습니다. 생명은 형법상 보호법익 중 가장 중요한 보호대상으로 인식되어 있고, 이 때문에 중절을 하는 것에 대해 범죄화하여 처벌규정을 두고 있었습니다. 그런데 시대변화에 따라 개인의 권리가 중요하게 인식되면서 이러한 흐름에 변화가 있게 되었습니다. 그러나 그럼에도 불구하고 생명에 대한 권리는 포기될 수 없는 가치이기 때문에 헌법재판소에서는 자기결정권이 중요하지만 생명에 대한 부분도 고려하여 단순위헌결정이 아닌 헌법불합치결정을 내린 것으로 보입니다. 다시 말해, 2019년 헌법재판소의 결정은 태아의 생명권과 임신한 여성의 자기결정권 사이의 관계를 서로 대립하는 갈등의 관계가 아니라 서로 조화시키는 방향에서 해결방안을 찾은 것으로 볼 수 있습니다.

하지만 2020년 12월 31일 이후 입법개선을 하지 못하여 형법 제270조 ‘의사’낙태죄 조항 부분만 효력이 상실되는 것으로 해석되는 점에서 의사를 제외한 한의사, 조산사 등 다른 신분자와 형평성 문제가 제기될 수 있고, 헌법재판소의 결정으로 2021년 1월부터 임신한 여성의 ‘자기낙태죄’ 조항이 무효가 되었지만, 의사가 행하든, 의료인 아닌 자를 통하든 낙태시술한 행위자에 대하여 동의낙태죄 등이 성립하고, 임신한 여성은 동의낙태죄의 교사범 성립할 수 있다는 문제 등 헌법재판소 헌법불합치 결정 후 잠정적용 시한 경과로 인한 입법공백의 문제가 발생할 수 있습니다. 발표자께서도 바로 이 점을 우려하고 있는 것으로 생각됩니다.

이러한 문제는 사법기관에 의한 입법권이 행사되는 결과가 되어 권력분립의 원칙에 반할 뿐만 아니라 법률이 위신을 잃어버리게 되거나 애매한 법률의 존재로 인하여 국민의 인권이 침해되는 경우가 발생할 수 있다는 점에서 입법공백을 빠른 시일 내 해결해야 할 것입니다.

발표자는 낙태와 중절을 둘러싼 여러 가지 쟁점들에 대해 논의를 전개하고 있는데, 토론자는 그 중에서도 입법방식과 내용에 대한 토론자의 견해를 간단히 밝히면서 발표자의 의견을 묻는 것으로 토론을 대신하고자 합니다.

낙태법제에 대한 헌법재판소의 헌법불합치 결정에 따라 여성과 태아에 대한 보건정책의 패러다임이 바뀔 것으로 전망됩니다. 낙태규정의 헌법불합치 결정은 단순히 낙태 자유화와 여성의 절대적 권리 확장이기보다는 여성의 생애 전 기간에 걸친 성과 건강, 가족계획, 임신, 출산이라는 전 과정을 유기적으로 구성하여 지원할 국가의 책무를 새롭게 제기하는 계기가 되어 이를 실현하기 위한 보건정책이 수립되게 될 것이기 때문입니다.

헌법재판소의 헌법불합치 결정 내용을 보면, 태아의 생명 보호라는 명제가 강력한 법적 보호로부터 해제되지만, 단순히 태아 생명 보호의 폐지나 낙태의 자유화를 의미하는 것은 아니라고 생각됩니다. 즉, 정부

가 임신 및 출산에 관하여 능동적이고 적극적으로 지원할 수 있는 체계를 갖추어야 할 것입니다. 산전, 산 후 우울증 검사지원 강화나 산후조리업자의 준수사항 강화, 난임 부부를 위한 심리치료 근거 마련, 청소년 임신부 지원 강화 등을 내용으로 하는 등을 규정하는 입법안을 관련 부분과 같이 논의하는 것은 바로 이러한 맥락에서일 것입니다. 이러한 측면에서 모자보건법의 내용은 개정될 필요가 있습니다. 그런데 모자보건법은 그 태생 목적상 인구 정책 시행을 위한 산물이라고 할 수 있습니다. 제정 당시에는 임신중지를 합법화하고 용이하게 하기 위한 법적 근거로 만들어졌으나 인구 변화에 따라 출산억제에서 출산장려로 변환되는 시기에 가족계획사업의 조항이 삭제되고 인공임신중절예방사업이 신설되는 등의 과정에서 이러한 부분이 두드러집니다. 따라서 모자보건법은 단순한 부분적 개정이 아니라 전면적인 재검토를 할 필요가 있다고 생각합니다.

한편, 독일 입법례를 보면 독일의 경우 원칙적으로 낙태를 처벌하지만 임신 후 일정한 기간에 상담을 거쳐 의사에 의해 행해진 낙태를 구성요건에서 배제하고 특별한 상황에서 행해진 낙태에 대해 위법성을 조각하는 방식을 취하고 있습니다. 형법상 낙태죄 규정을 임신갈등상황에서의 상담과 비용 전반에 관한 내용을 규정하는 것을 내용으로 하는 법률¹⁾을 통해 보완하는 구조를 취하면서 이 법률에 진료 거부와 관련한 규정을 두고 있습니다.

내용상 형법에 의한 일원화적 규제는 어려울 것으로 보이고, 모자보건법상 규정 개정의 이원화된 방식으로 그 태생적 한계가 있다고 생각되므로, 독일 입법례와 모자보건법의 본래 제정 목적 개정과정 및 사회환경의 변화를 고려하여 형태의 새로운 입법 방식이 한 방안이 될 것이라고 생각합니다. 이에 대한 발표자의 의견을 듣고 싶습니다.

추가로

의료인의 양심적 진료거부 문제와 관련하여 임신한 여성이 모자보건법에서 허용하는 인공임신중절을 의사에게 요구하는 경우, 의사가 이를 거부할 수 있는지에 대한 명시적인 규정이 없다고 합니다. 하지만 모자보건법 정부 개정안에서 보면 인공임신중절 요청의 수락 또는 거부를 이유로 의사를 해고하거나 그 밖에 불리한 처우를 하는 행위를 금지하여 양심적 진료거부행사에 대한 불이익을 금지하고 있습니다. 하지만 법안을 보면 이를 어길 시 제재할 수 있는 실효성 확보 수단이 마련될 필요가 있을 것입니다.

또한 응급의료 상황에서는 양심적 진료거부행사가 제한될 수밖에 없을 것이고, 기본권으로 인정될 수 있는 양심의 자유에 따른 진료거부를 인정하게 되면 임부의 자기결정권 행사나 안전한 낙태 환경이 담보되기 어렵게 될 것입니다. 특히 진료거부를 행사하는 의료인이 많은 경우 더욱 문제가 될 수 있는데, 이는 낙태 가능한 의료기관 지정과 의료인 지정을 통해 보완할 수 있을 것으로 보입니다. 여러 의료기관들은 의료서비스를 제공하는 공간이라는 점은 공통되지만 국가에서 운영하는 기관과 민간에서 운영하는 기관으로 구분하여 민간기관에 양심과 종교적 신념에 반하는 것을 강제하는 것은 의료영역의 특성을 고려하더라도 과도한 부분이 있으므로 공공의료기관을 중심으로 운영하되 민간의료기관의 경우 신청을 받아 일정 규모나 시설을 갖춘 것을 전제로 하여 운영할 수 있도록 하는 방안에 대해서 생각해 봅니다.

1) 임신갈등 예방 및 관리에 관한 법률(Schwangerschaftskonfliktgesetz - SchKG).

또한 형법 정부안의 경우 임신초기 상담과 대기기간을 통해 임신 중단에 대해 신중한 결정을 할 수 있게 도와주고 있다고 봅니다. 그런데 임신을 중단할 것인지 유지할 것인지를 결정은 오직 임신한 사람 본인이 결정할 영역인데 상담절차를 의무적으로 거치게 함으로써 임신한 사람의 자유로운 의사결정에 어느 정도 영향을 미칠 우려가 있는데, 이에 대한 의견이 있으시면 말씀해 주시면 감사하겠습니다.

이상 토론기회를 주시고 들어 주셔서 감사합니다.

[제3세션]

“낙태와 중절: 입법부작위가 남긴 문제” 토론문 : 낙태죄 조항 실효 후, 과제 도출을 위한 제언

최 현 정 (공익인권변호사모임 희망을만드는법 변호사)

헌법재판소는 2019. 4. 11. 형법 제269조 제1항 및 제270조 ‘의사’ 부분(이하 ‘낙태죄 조항’)에 대해 헌법 불합치 결정을 함(헌법재판소 2019. 4. 11.자 2017헌바127 결정, 이하 ‘2017헌바127 결정’). 헌법재판소는 2020. 12. 31.까지 낙태죄 조항을 개정하도록 하였으나, 국회가 시한 내 법을 개정하지 않음으로써 낙태죄 조항은 실효되었음. 지금의 상황에서 향후 과제를 살펴보는 것은 매우 중요함.

발표자께서는 낙태죄 조항 실효 후 남은 문제들을, 형벌조항의 소급효 범위, 형법 제269조 제2항 동의낙태죄의 효력 유지 여부, 자기낙태 교사의 가벌성 여하, 의료인의 양심적 진료거부 등 형사 처벌과 관련된 쟁점을 중심으로 검토하였음. 또한 여전히 임신중지하는 여성을 형사 처벌하는 것을 전제로, 그 범위 설정을 과제로 두고 있음.

이 토론에서는 발표자께서 제시하고 있는 세부 과제 각각에 대해 의견이나 질문을 드리기보다는, 과제 설정 자체에 집중하여 토론자의 의견을 말씀드리고자 함. 향후 과제를 도출할 때는, 2017헌바127 결정이 2012년 헌법재판소 결정으로부터 진일보했던 실시 내용과 헌법재판소가 입장을 바꾸는 데 영향을 미친 실증적 근거들, 그 근거들을 포착했던 낙태죄 폐지 운동의 흐름과 운동이 추동한 시민 인식의 변화를 충분히 반영할 필요가 있다고 생각하기 때문임. 더 나아가, 헌법재판소 결정 이후에도 외국의 낙태 관련 입법례는 계속 변화하고, 여성의 재생산권을 보장하는 방향으로 ‘진화’하고 있음. 이미 32년 전 비범죄화를 이룬 캐나다의 사례는, 2019년 헌법재판소 결정이 나온 후에야 비로소 국내에 자세히 소개되어 현재 주목받고 있음. 캐나다는 임신중지와 관련하여 어떠한 형사 처벌도 없는 국가임. 한국의 경우 낙태죄 조항 실효로부터 불과 3개월 정도가 지났을 뿐이어서 체감하는 변화는 크지 않으나, 이미 실무적으로는 임신중지 접근성을 높이기 위한 실질적이고 실무적인 논의가 이루어지고 있다는 점도 고려할 필요가 있음. 이런 변화를 기초로 한다면, 향후 임신중지와 관련한 정책은 형사정책이 아니라 보건의료·교육·노동·복지 등의 정책에 반영되어야 할 것이라고 생각함.

1. 2012년 헌법재판소 결정 이후 실증적 자료 축적, 모낙페 운동과 시민 인식의 변화

헌법재판소는 2012년, 형법 제269조 제1항 및 제270조 제1항 ‘조산사’ 부분에 대하여 위헌이 아니라고 판단하였음(헌법재판소 2012. 8. 23.자 2010헌바402, 이하 ‘2010헌바402 결정’). 그 결정 후 사회적 논의는 이전과 달라지기 시작. 특히 2016년 9월, 보건복지부는 ‘불법’ 인공임신중절수술을 한 의사들에 대해 행정

제재를 강화하고자 하였는데, 산부인과 의사들이 집단적으로 수술을 거부함. 이로 인하여 한국에서도 ‘검은 시위’와 ‘낙태죄 폐지’ 운동이 본격화됨. 2017년 2월 낙태죄 조항에 대하여 헌법소원심판이 청구되었고, 같은 해 9월 28일 ‘모두를위한낙태죄폐지공동행동’(이하 ‘모낙페’)이 발족하였음. 모낙페는 시민사회단체와 정당 등의 연대단위임.

가. 장애여성·의료인·민주노총 등, ‘모두를 위한’ 낙태죄 폐지 요구

발표자는 ‘여성계’가 낙태죄 전면 비범죄화를, ‘천주교/기독교’의 경우 낙태 반대를 주장한다고 정리하였는데, 이는 실제와 다름. 이 부분은 2016년 이후 ‘낙태죄 폐지 운동¹⁾’의 주요한 동력이자, 시민 인식의 변화와도 연결되므로 언급하고자 함. 모낙페에는 한국여성민우회·한국여성의전화처럼 규모가 큰 여성인권운동단체 외에도, 장애여성인권운동단체인 장애여성공감, 건강사회를위한약사회·인도주의실천의사협의회·참의료실현청년한의사회와 같은 의료인 단체, 녹색당과 같은 정당, 민주노총이 모두 참여함. 다양한 단체들이 ‘낙태죄 폐지’에 목소리를 모았고, 현재 모낙페는 입법 대응을 위해 지속적으로 활동하고 있음.

종교인들의 입장도 단일하지 않음. 2020. 10. 7. 정부가 형법 및 모자보건법 각 일부개정법률안을 입법예고한 후, 기독교인들은 성명을 내고 “교회 안에는 임신중절을 정죄하는 사람들만 있는 게 아니다”라면서 입법예고안의 철회를 요청함.²⁾ 헌법재판소 심리 중이던 2017. 12. 14.에는 생명윤리학·의료윤리학·윤리학·신학 등 관련 연구자들이 ‘낙태 반대만이 생명윤리에 부합하는 것은 아니다. 생명윤리 관련 연구자로서 낙태죄 폐지에 찬성한다’는 제하의 성명 발표.³⁾

나. 실증적 자료⁴⁾ 및 분석의 축적

점차 쌓여오던 실증적 자료들은 2016년 이후 시민사회에도 폭넓게 공유되기 시작함.

1) 형사 처벌이 낙태율을 줄이지 못한다는 사실

* 국가별 비교 (World Abortion Policies 2018, UN)

- 여성 요청에 의한 낙태 금지 : 한국 추정치 15.85⁵⁾(2010) / 뉴질랜드 18.2(2010)
- 여성 요청에 의한 낙태 허용 : 독일 6.1(2010), 스위스 7.1(2010), 네덜란드 9.7(2010)

* 통시적 비교

- 네덜란드 6.1(1971) → 비범죄화(1984) → 6.0이하로 감소(1980~1990) → 9.7(2010)⁶⁾

1) 이 시기 낙태죄 폐지 운동에 대한 전체적인 개괄은 박종주, 「낙태’는 죄였던 적이 없다 - 오늘의 낙태죄 폐지 운동」, 『여/성이론』, 통권 제37호, 2017.에 잘 정리되어 있음.

2) 경향신문(2020. 10. 28.자), 「기독교인들도 ‘낙태죄 완전 폐지’ 성명... 일부 종교계 반대 앞세워 여성 삶 억압 말라」

3) 연합뉴스(2017. 12. 14.자), 「의료윤리·법·철학 등 연구자 115명 “낙태죄 폐지해야”」

4) 이하 인용 논문 자료들은 2017헌바127 사건 청구인의 변론요지서에 인용된 것으로서, 본 토론의 목적 범위 내에서 발췌함.

5) 15~44세 여성 1,000명 당 낙태율, 이하 동일

6) 정진주, 「유럽 각국의 낙태 접근과 여성건강」, 『페미니즘연구』, 제10권 1호, 2010, 139쪽

1990년대 후반부터 2010년까지의 증가는 낙태 규제의 문제가 아니라 이민자 대상의 예방정책이 효과적으로 실행되지 못하면서 부분적으로 나타난 결과로 분석됨.⁷⁾

- 한국(기혼여성) 71.5(1970) → 모자보건법 제정(1973) → 113.3(1981) → 63.6(1990)

1981년 이후 낙태율 감소는 낙태 규제가 아니라 피임 실천율에 의존⁸⁾

* '해외 원정 낙태'

- 아일랜드 낙태율 4.5(1010)/그러나 연간 2,000명이 원정 낙태(6,000명이라고도 함.)⁹⁾

- 프랑스 1975년 임신 10주, 2001년 12주로 낙태 허용 확대/그러나 2001년 이전 매년 약 5,000명이 원정 낙태¹⁰⁾

* 국제적 추세

UN이 선진국으로 분류하는 국가들, 모든 사유에서 낙태 허용 비율 상승¹¹⁾

2) 형사 처벌 원칙이 모성 사망률을 증가시킨다는 사실

미국의 경우 로 대 웨이드 판결 선고(1973년) 전인 1970년 백만명 당 40명이 낙태의 결과로 사망. 1976년에는 백만 명 당 8명으로 감소.¹²⁾

3) 낙태죄가 실제로 작동하는 상황에 대한 상담 증가, '태아 생명 보호'와 무관

헤어진 애인이나 배우자, 시집식구 등에 의한 고발, 민사소송 과정에서 유리한 카드로 활용하기 위해 고발하는 사례들이 접수됨.¹³⁾

4) 보조생식기술과 선택적 유산

보조생식기술로서 체외수정. 난자와 정자를 시험관에서 수정시켜 2~6일간 배양한 후 그 배아를 이식관을 이용해 자궁 속에 넣어주는 기술. 한국에서 전체 출생아의 1% 이상이 체외수정에 의한 임신.¹⁴⁾ 체외수정의 성공률을 높이기 위해 여러 개의 배아를 이식함. 이때 2개 이상의 배아가 착상하는 다태아 임신의

7) 정진주, 위의 글, 139쪽

8) 홍문식 외, 「인공 임신중절의 변동추이」, 한국보건사회연구원, 1992, 조영미, 「여성의 재생산권에서 본 낙태와 모자보건 정책」, 양현아 편, 『낙태죄에서 재생산권으로』, 2005, 49쪽에서 재인용

9) 정진주, 위의 글, 128쪽

10) 이미정 외 2, 「낙태행위의 사회경제적 사유 분석과 관련 정책 개선방안」, 한국여성정책연구원, 2010, 37쪽

11) 2017헌바127 결정에도 언급됨[“국제연합(UN)이 이른바 선진국 권역(Developed Regions)으로 분류하는 유럽 전 지역, 북미, 호주, 뉴질랜드, 일본에서의 각 사유별 낙태 허용 국가의 비율을 조사한 결과, 2013년을 기준으로 ‘임신한 여성의 생명 구조’는 96%, ‘임신한 여성의 신체적 건강 보호’는 88%, ‘임신한 여성의 정신적 건강 보호’, ‘강간 또는 근친상간’ 및 ‘태아의 장애’는 각각 86%, ‘사회적·경제적 사유’는 82%, ‘임신한 여성의 요청’은 71%로 나타났다고 한다. 이는 1996년과 비교하여 위 일곱 가지 사유 중 여섯 가지 사유에서 낙태 허용 국가의 비율이 상승한 것이고, 나머지 한 가지 사유인 ‘임신한 여성의 신체적 건강 보호’에서는 그 비율이 동일하게 나타난 것이다.”].

12) 오승이, 「범여성학 상의 낙태권 이론」, 『공익과 인권』 제4권 제2호, 서울대학교 공익인권법센터, 2007, 74쪽

13) 서울신문(2013. 11. 8.자), 「여성만 처벌하는 낙태죄... 악용하는 남친들 급증」, 수원지방법원 안산지원 2013. 9. 13. 선고 2012드단11854

14) 대한산부인과학회, 『산부인과학 지침과 개요(4판)』, 2015, 503쪽

경우 1개의 배아만 남기고 나머지 배아를 낙태하는 선택적 유산이 이루어짐.¹⁵⁾ 착상 후의 배아는 낙태의 객체인 ‘태아’이고 선택적 유산은 낙태죄의 ‘낙태’에 해당.¹⁶⁾

5) 합의

위 자료들이 드러내듯이, 임신중지한 여성을 형사 처벌하는 경우 적절한 시기에 의료적 개입이 이루어지지 않아 여성 건강권 및 생명권 침해 위험이 높아짐. 이런 경향성은 이른바 ‘22주 이후의 임신중지’의 경우에도 유사하게 나타날 가능성이 있음. 물론 95% 이상의 임신중지는 12주 이내에 일어나지만, 여러 가지 상황으로 인하여 임신 사실을 뒤늦게 알게 되는 경우가 발생함.

다. ‘태아 생명 보호’ 주장의 허구성을 드러내며 문제 재설정

2016년 낙태죄 폐지 운동은 문제를 재설정하면서, ‘낙태죄 조항이 태아 생명을 보호’한다는 전제 자체에 의문을 제기함.¹⁷⁾ 거칠게 요약하면, 그 주요 질문은 다음과 같은 것들이었음.

① 낙태죄 조항은 한국 역사 속에서 일관되게 작동했는가? - 국가 인구정책에 좌우되었던 역사. 출산율과 맞물린 낙태죄 조항의 적용.

② 형법은 낙태를 전면적으로 금지하고 모자보건법은 그 위법성 조각 사유를 규정하고 있는데, 그 기준이 옹호되는 이유는 무엇인가? 예를 들어, 모자보건법은 성폭력을 당하여 임신한 경우, 본인 또는 배우자가 ‘우생학적’ 장애나 전염성 질환 등이 있는 경우 인공임신중절수술이 가능하다고 규정하는데, ‘생명의 보호’라는 측면에서 본다면 그 기준 설정이 정당화될 수 있는가?

③ 장애가 있거나, 나이가 어리거나 혹은 너무 많거나, 경제적 여건이 어렵거나 등등의 이유로 낙태가 권장되는 경우에도, 낙태죄 조항은 작동하는가?

④ 다태아 임신 후 이루어지는 선택적 낙태는 낙태죄 논의에서 왜 ‘처벌해야 할 낙태’로 인식되지 않는가?¹⁸⁾ 처벌되는 낙태 행위의 상대성.

⑤ 낙태죄는 언제 수사기관에 인지되는가? 누가, 언제 낙태 사실을 수사기관에 고발하는가? 임신중지를 한 여성과 시술을 한 의사 등은 대항범이므로 서로를 고발하지 않음. 상담 사례에서 드러난 사례는 헤어진

15) 이수윤 외 7, 「쌍태임신에서 임신 제2삼분기에 시행된 맞춤형 선택적 유산에 관한 연구」, 『Korean Journal of Obstetrics and Gynecology』, 50(12), 2007, 1661쪽

16) 다소 극단적이지만, 미국의 나디아 슬먼이라는 여성은 1차 체외수정을 통해 6쌍둥이를, 2차 체외수정을 통해 8쌍둥이를 출산하여 화제가 되었음.(김선혜, 「보조생식기술시대에 낙태논쟁」, 『성과재생산포럼 자료집』, 2016) 모자보건법 제14조 제1항 제5호 “임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우” 인공임신중절수술을 할 수 있다고 규정하는데, 대법원은 이를 매우 좁게 해석함. “임신의 지속이 모체의 생명과 건강에 심각한 위협을 초래하게 되어 모체의 생명과 건강만이라도 구하기 위하여 인공임신중절수술이 부득이하다고 인정되는 경우를 말한다.”(대법원 2004. 4. 15. 선고 2003도2780 판결). 다태아 임신이 그렇지 않은 경우보다 산모에 대한 위험 및 저체중아와 조산아 출생으로 이어질 가능성이 있지만, ‘모체의 생명과 건강만이라도 구하기 위하여 인공임신중절수술이 부득이한 경우’라고까지 말하기는 어려움.

17) 특히 성과재생산포럼은 이와 관련하여 다양한 영역과 층위의 문제의식을 가지고 접근하고 있음. 자세한 내용은 이유림 외 11, 성과재생산포럼 기획, 『배틀그라운드 - 낙태죄를 둘러싼 성과 재생산의 정치』, 후마니타스, 2018 참조.

18) 김선혜는 위 글에서, 나디아 슬먼은 출산 사실이 알려지면서 오히려 논란이 일어났던 지점을 설명하고 있음. 나디아 슬먼이 싱글맘이며, 직장이 없어 정부 보조금으로 생활하고 있다는 사실이 알려지면서 논란이 커졌다는 것임. 김선혜는 위의 예를 들어서 기존 낙태에 대한 규범이 얼마나 편향적이며, ‘생명권’ 또는 ‘선택권’이라는 개념이 그동안 얼마나 제한적으로 이해되어 왔는지를 지적하고 있음.

애인이나 배우자, 시집 식구 등에 의한 고발임. 이러한 고발에 의하여 수사하고 임신중지한 여성을 처벌하는 것은 '생명의 보호'를 실현시키는 조치인가?

이는 '낙태죄 조항이 태아 생명을 보호한다'는 전제와는 달리, 실제로는 그 법률의 규정 내용이나 적용 양태가 일관성이 없다는 지점을 드러내는 것임. 결국, "왜 임신·출산의 주체인 여성이 스스로 결정하여 임신중지를 했을 때는 처벌하는가?"의 문제. 이에 모낙페는 "낙태가 죄라면 범인은 국가다"라는 구호로, 위헌 결정을 촉구하는 다양한 활동 전개.

2. 위 1.의 변화에 비추어 본 2017헌바127 결정의 의미

가. 여성의 임신중지 결정의 의미를 정확히 파악하여 실시

"임신한 여성이 자신의 임신을 유지 또는 종결할 것인지 여부를 결정하는 것은 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 자신이 처한 신체적·심리적·사회적·경제적 상황에 대한 깊은 고민을 한 결과를 반영하는 전인적 결정이다."¹⁹⁾

나. 태아 생명권과 여성 자기결정권이 충돌하는 구도로부터 일정 부분 선회

"자기낙태죄 조항의 존재와 역할을 간과한 채 임신한 여성의 자기결정권과 태아의 생명권의 직접적인 충돌을 해결해야 하는 사안으로 보는 것은 적절하지 않다."

"특별한 예외적 사정이 없는 한, 임신한 여성의 안위가 곧 태아의 안위이며, 이들의 이해관계는 그 방향을 달리하지 않고 일치한다. ... (중략) ... '가해자 대 피해자'의 관계로 임신한 여성과 태아의 관계를 고정시켜서는 태아의 생명 보호를 위한 바람직한 해법을 찾기 어렵다."

다. 형사 처벌이 실효성 없고, 그 입법 목적과 무관하게 작동함을 인정

"- 형법적 제재 및 이에 따른 형벌의 위하의 한계와 문제점

자기낙태죄 조항이 모자보건법이 정한 일정한 예외에 해당하지 않는 한 모든 낙태를 전면적·일률적으로 범죄행위로 규율하고 있는 이상 국가가 마음만 먹으면 언제든지 모든 낙태에 대한 단속을 강화하여 수사 및 처벌을 할 수 있다. 실제로 보건복지부는 몇 해 전 '불법 인공임신중절수술을 시행하거나 광고하는 의료기관'에 대한 신고를 접수하기도 하였다. 그러나 인구 억제정책을 시행하던 시기에는 국가가 낙태를 묵인하기도 하였다. 국가의 인구정책 여하에 따라 자기낙태죄 조항의 실제 가동 여부가 좌우되는 것이다. ... (중략) ... 자기낙태죄 조항은 태아의 생명 보호를 위한다는 본래의 목적과 무관하게 헤어진 상대 남성의 복

19) 2010헌바402 결정 합헌의견은 임신이나 출산 과정에서 여성이 신체적으로나 사회적으로 어떠한 변화를 거치게 되는지를 전혀 언급하지 않았고, 반대의견은 "태아는 생성중인 인간으로서 생물학적으로 모체 내에서 모체에 종속되어 있어 생명의 유지와 성장을 전적으로 모체에 의존하고 있는 불완전한 생명이며, 임신과 출산은 기본적으로 모의 책임 하에서 대부분이 이루어지므로, 원하지 않은 임신 내지 출산이 모와 태아 그리고 우리 사회 전체에 불행한 결과를 초래할 수 있다는 현실(미혼모 문제, 해외입양문제, 영아유기·치사 문제, 고아 문제 등)을 감안"할 뿐이었음.

수나 괴롭힘의 수단, 가사·민사 분쟁의 압박수단 등으로 악용되기도 한다. 자신으로 인해 임신한 여성이 병원에서 낙태를 한 후 자신을 만나지 않으려 할 때 상대 남성이 자기낙태죄로 고소하겠다는 위협을 하는 경우, 배우자가 이혼소송 과정에서 재산분할이나 위자료청구에 대한 방어수단으로 낙태에 대하여 고소를 하는 경우 등이 그러하다.”

라. 재판관 3인의 단순위헌의견

마. [참고] ‘의사’낙태죄 조항 부분만 효력이 상실된다는 의견에 대하여

2017헌바127 결정으로 인하여 ‘의사’낙태죄 조항 부분만 효력이 상실된다고 해석되기는 어려움.

2017헌바127 사건에서 의사인 청구인은 형법 제270조 제1항으로 기소되자 헌법재판소법 제41조에 따라 당해 사건 법원에 위헌법률심판제청신청을 하였고, 그 신청이 기각되어 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였음.

헌법재판소법 제41조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 당해 사건을 담당하는 법원...은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청한다.”고 규정하고, 같은 조 제2항 이하에서는 당사자의 신청 방법 등에 대하여 규정함. 같은 법 제68조 제2항은 위 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정함. 즉 “헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판청구는 그 적법요건으로 문제된 법률규정의 위헌여부에 대하여 재판의 전제성이 요구되는 바, 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 된다고 하려면 첫째 그 법률이 법원의 재판에 적용되는 것이어야 하고, 둘째 그 법률의 위헌여부에 따라 당해 사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우이어야 한다”는 것(헌법재판소 2010. 6. 24.자 2008헌바169 전원재판부 결정).

2010헌바402 결정에서 헌법재판소는 형법 제270조 제1항 ‘조산사’ 부분의 위헌 여부를 판단하면서, 그 논리적 전제로서²⁰⁾ 형법 제269조 제1항의 위헌 여부를 판단하였음(이 청구 역시 헌법재판소법 제41조, 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판 청구로서, 심판 대상 조항의 재판의 전제성이 요구됨). 자기낙태를 한 여성과 낙태시술을 한 조산사가 필요적 공범(대항범) 관계에 있으므로, 형법 제269조 제1항의 자기낙태죄가 위헌이라면 제270조 제1항 ‘조산사’ 부분도 위헌이 되는 관계에 있기 때문임.

2017헌바127 사건의 청구인이 기소될 때 적용된 법률조항은 형법 제270조 제1항 ‘의사’ 부분임. 따라서 2017헌바127 결정에서 청구인의 당해 사건 재판에 적용되는 법률조항은 형법 제269조 제1항, 제270조 제1항 ‘의사’ 부분임.

20) “업무상동의낙태죄와 자기낙태죄는 대항범이고, 이 사건은 낙태하는 임부를 도와주는 조산사의 낙태를 처벌하는 것이 위헌인지 여부가 문제되는 사안이므로, 임부의 낙태를 처벌하는 것이 위헌이라고 판단되는 경우에는 동일한 목표를 실현하기 위해 임부의 동의를 받아 낙태시술을 한 조산사를 형사처벌하는 이 사건 법률조항도 당연히 위헌이 되는 관계에 있다고 봄이 상당하다.”(헌법재판소 2012. 8. 23.자 2010헌바402 결정)

즉, 2010헌바402, 2017헌바127 두 사건의 청구인이 모두 제270조 제1항의 신분법에 해당하므로, 제269조 제2항은 각각의 당해 사건에서 재판의 전제성이 없음. 즉 2017헌바127 결정 주문에 제269조 제2항이 포함되지 않은 것은 위 조항이 각각의 당해 사건에 적용되지 않는 법률조항이었기 때문임(절차적 요건 구비의 문제).

오히려 헌법재판소가 형법 제269조 제1항에 대하여 헌법불합치 결정을 하고, 현재 위 조항이 개정되지 않은 채 입법시한 도과로 실효된 이상, 형법 제269조 제1항의 존재를 전제로 한 형법 제269조 제2항도 유지될 수 없음. 형법 제269조 제2항 동의낙태죄는 그 자체로(형법 제270조 제1항과 관계 없이) 제269조 제1항의 자기낙태죄와 대항범 관계에 있기 때문임.

발표자께서는 헌법재판소법 제45조(“헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률 조항의 위헌 여부만을 결정한다. 다만, 법률 조항의 위헌결정으로 인하여 해당 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌결정을 할 수 있다.”)도 근거로 들고 있으나, 이 또한 근거가 될 수 없음. 헌법재판소법 제45조 단서는 법률 조항의 위헌결정으로 인하여 **“해당 법률 전부”**를 시행할 수 없을 때에 관한 것이므로 이 사안에 적용할 수 없음. 헌법재판소가 제45조 단서를 들어 해당 법률 전부에 대하여 위헌결정을 했던 사례는 택지상한법에 관한 위헌결정이 있는데, 택지상한법의 주요 조항들이 모두 위헌으로 결정되면서 사실상 유지될 수 있는 실질적인 법률조항이 없는 경우였음[헌법재판소 1999. 4. 29.자 94헌바37외66건(병합) 전원재판부 결정].

3. 낙태죄 조항 실효 경과

- 2020. 10. 7. 법무부와 보건복지부의 형법과 모자보건법 각 개정안의 입법 예고로 인한 시민들의 반발
- 이후 발표자께서 정리한 것처럼, 권인숙 의원, 이은주 의원, 박주민 의원 등이 각각 형법과 모자보건법 일부개정법률안을 대표발의. 형법 제27장 삭제하고, 모자보건법에 약물에 의한 임신중지 포함시키는 등의 내용.
- 2020. 12. 8. 국회 공청회. 다수 의원이 비범죄화 입장 밝힘.
- 2020. 12. 31. 개선입법 없어 낙태죄 조항 실효

4. 현재 참고할 만한 사례와 사회적 논의

가. 캐나다의 사례²¹⁾

21) 이하 이 부분 본문과 각주 출처는 별도 표기 없는 한 모두 김동식 외 3, 「낙태죄 헌법불합치 결정 이후 여성의 재생산 건강 및 권리 보장을 위한 정책 방향」, 한국여성정책연구원, 2019에서 인용.

- 1988년 R. v. Morgentaler 사건에서 낙태죄 위헌 결정

그 후 현재까지 여성, 의사를 비롯하여 어떠한 형사 처벌 규정도 없음

인공임신중절은 일반적 의료서비스, 보편적 의료 보장 체계에서 무상 제공이 원칙.

2017. 1. 미페프리스톤(임신중지약물) 공급. 현재 산부인과 의사 외에도 가정의, 임상간호사도 처방 가능. 복용 장소는 여성이 결정.

병원 및 클리닉에서 상담 서비스 등에 접근 가능하나 의무화 아님.²²⁾

: 임신한 여성의 자발적이며 정보에 입각한 동의(informed consent)를 보장하기 위함.

: 주 정부 & 병원, 클리닉에서 제공. 특정 방향의 상담은 지양.

본인 외의 제3자 동의 불요.²³⁾ 스스로 이해하고 동의할 능력이 있으면 본인이 직접 결정하도록 보장. 미성년자,²⁴⁾ 지적장애인도 마찬가지. 퀘백주²⁵⁾를 제외하면 결정 가능한 연령에 제한 없음.²⁶⁾ 보호자에게 고지하면 비밀 누설.

온타리오 주는 의사의 “실질적 연계” 의무 / 간호사의 고지 의무 등

인공임신중절 건수 : 연간 10만 건 넘는 수준 → 9만 건 수준(2016)

: 90% 이상이 1삼분기(2017)

: 20주 이상의 경우 대부분 태아 사유, 전체 인공임신중절의 0.75% 수준(2017)

→ 즉 형사 처벌하지 않아도 임신한 여성은 당연히 가능한 초기에 임신중지.

나. 한국에서 제약사, 산부인과 의사 등의 대응

국내 제약사, 임신중단 의약품(미프진) 국내 도입 추진²⁷⁾

임신중절수술에 건강보험 적용 논의²⁸⁾

다. 시민사회의 논의

22) 세계보건기구(WHO)는 임신중단 방법에 대한 포괄적인 지식과 경험을 갖춘 훈련된 보건 전문가로부터의 상담 중요성 강조. 여성 자신의 선택을 고려하여 어떠한 압력 없이 자유로운 결정을 내리기 위한 것. 그런데 “의무 부과 없이” 제공되어야 한다고 권고.[장다혜, 「해의 임신중단 관련 법률을 통해 본 성과 재생산 건강 정책의 쟁점」, 『낙태죄 폐지 이후 성평등 재생산권 실현을 위한 법정정책의 설계』, 서울대학교 법학연구소, 여성연구소, 공익인권법센터 공동주최 국제공동학술행사 자료집, 2019]

23) 세계보건기구(WHO)는 제3자 동의 요건의 경우, 안전한 낙태 접근을 제한하는 법적 또는 행정적 규제의 부정적인 장애 요인이라고 지적. 여성의 의료접근권과 사생활 침해, 동의나 확인을 받아 위한 본인의 협상을 요구하기 때문에 취약성을 가진 사람들에게 과도한 부담. 빈곤한 여성, 청소년, 가정 내 갈등이나 폭력을 겪고 있는 사람들 등. (장다혜, 위의 글)

24) 성관계에 동의할 수 없는 연령(16세 미만)이더라도 임신중지는 결정 가능

25) 만 14세 미만 아동의 경우 부모, 교사 동의 필요.

26) 이와 관련한 규정도 변화하는 추세임. 참고로, 호주 타스마니아주는 2013년 재생산 건강법 특별 규정으로 “모든 연령대 여성”은 스스로 결정 가능하고, 에스토니아는 2015년 법 개정으로 미성년자의 부모 동의 규정 삭제.(김동식 외 3, 위의 글)

27) 청년의사(2021. 3. 3.자), 「임신중단 의약품 ‘미프진’ 국내 들어온다」

28) 의학신문(2021. 2. 17.자), 「“낙태죄 폐지 따른 임신중절, 의료행위로서 논의해야”」, 다만 산부인과의사회는 수가가 낮다는 이유로 건강보험 적용을 반대하고 있어, 아직 현실화되지는 못하고 있음. 현행뉴스(2021. 1. 26.자), 「산부인과의사회 “낙태수술에 건강보험급여 적용 반대...대상아냐”

성적권리와 재생산정의를 위한 센터 셰어(SHARE)의 「성·재생산권리 보장 기본법(안)」 제안함.²⁹⁾

：성·재생산건강 권리의 목록을 구체화하고, 권리 보장을 위한 기본적인 지침·방향과 그것을 추진하기 위한 체계 등을 정하기 위한 것.

：단지 임신중지에 국한하지 않고, 월경, 피임, 성별 확정 및 성별 정정, 보조생식기술, 임신·출산과 임신중지와 관련한 자기결정권, 건강권, 정보접근권 등 성·재생산 권리 실현을 위한 대표적 권리를 선언.

：포괄적 성교육을 받을 권리, 학습권, 노동권 보장을 위한 권리, 차별금지의 원칙 등을 규정.

：의료인·의료기관, 상담자·상담기관, 통역 등 지원인력, 교육기관종사자, 복지시설종사자의 차별금지 의무 등.

29) 셰어(SHARE) 홈페이지에서 법안과 법안 해설서를 볼 수 있음(<http://srhr.kr/2020/1801/>).