

형사정책연구

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

제33권 제3호(통권 제131호)

2022 · 가을호

KICJ

한국형사·법무정책연구원

Korean Institute of Criminology and Justice

형사정책연구

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

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

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

형사정책연구

제33권 제3호(통권 제131호, 2022·가을호)

[연구논문]

산업안전법에서 조직화된 무책임성과 조직화책임

- ▶ 임철희 1

학대자 처벌의 윤곽과 방향

- ▶ 정지훈 31

수사권 조정에 따른 수사종결의 쟁점과 대안 – 법해석학적 의미와 입법적 대안을 중심으로

- ▶ 김대근 55

일부 송치사건에 대한 검사의 수사 제한 검토 – 형사소송법 제196조 제2항을 중심으로

- ▶ 박민우 83

국민참여재판의 배심단과 법원의 법적 판단 비교: 2018년부터 2020년까지 선고된 사건을 중심으로

- ▶ 한유화 111

아동학대 사건 집행유예 판결문에 대한 내용분석

- ▶ 강희주 · 성윤희 · 이연지 · 이경은 · 정익중 145

고령(高齡)의 성폭력 범죄 피해자를 위한 형사 정책

- ▶ 이성기 179

Merton의 거시 수준 아노미 이론은 여전히 유효한가? 미국 50개 주의 세 가지 유형의 범죄율을 중심으로

- ▶ 송효종 207

절차적 정의 교육프로그램의 효과성 분석: 성향점수매칭(PSM) 기법을 적용한 준실험적 접근

- ▶ 장재성 · 최낙범 237

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

Vol. 33, NO. 3 (September, 2022)

[Article]

- Organized Irresponsibility and organizational Responsibility in the Criminal Law
of industrial Safety
▶ Yim, Chul Hee 30
- The Outline and Direction of Punishment on Abusers
▶ Jeong, Ji-Hoon 53
- Issues and Alternatives of the Police's Power to Terminate Investigations
after Coordination of Investigative Authority - Focusing on Issues
of Legal Interpretation and Legislative Alternatives
▶ Kim, Dae-Keun 80
- A Discussion on the Limitation of the Prosecutor's Investigation in Police
Investigation Cases - Focusing on Article 196 (2) of the Criminal
Procedure Act -
▶ Park, Min Woo 109
- A comparison of the legal decision between lay-participation trial's jury
and court: Focused on the cases ruled from 2018 to 2020
▶ Yuhwa Han 142
- Content analysis of sentencing on suspension of execution of sentence
for cases involving child abuse
▶ Kang, Hee-Ju · Sung, Yun-Hee · Lee, Yeon-Ji · Lee, Gyeong-Eun
Chung, Ick-Joong 176
- Criminal Justice Policy for the Sexually Victimized Elderly
▶ Lee, Seongki 206
- Is Merton's macro-level anomie theory still valid? Examining
the applicability of Merton's anomie theory to three types of crime
in the fifty states of the United States
▶ Hyojong Song 235
- A study on the effectiveness of procedural justice education program:
a quasi-experimental approach using propensity score matching
▶ Jaeseong Jang · Nakbum Choi 266

산업안전형법에서 조직화된 무책임성과 조직화책임*

임 철 희**

국 | 문 | 요 | 약

대형 산업재해가 지속적으로 발생하고 이에 대한 사회적 관심이 높아지면서 형사입법자가 산업안전보건법의 개정을 반복하고 있지만, 여전히 위험과 책임의 외부화(“위험의 외주화”) 문제가 제기된다. 이 논문은 문제의 발생 경위를 이론적으로 추적하는 작업으로부터 시작하여, 위험의 외주화로부터 생겨나는 법익보호의 우연성 문제는 형사입법자의 처벌 구상에서 최소한 부분적으로, 그리고 산업안전보건법을 해석하는 법원의 판결에서 분명히 확인할 수 있고, 이는 산업재해의 예방이라는 형사정책적 목표의 달성에 역기능적이라는 점을 밝힌다. 이에 대한 대안으로 이 글은 사업주의 조직화책임을 구상하고, 그 유형을 세분화하며, 사업자의 정범성 표지를 조직화책임 및 조직지배의 개념으로 재구성하는 책임의 재내부화를 추진한다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2022.9.30.3.1>.

❖ 주제어 : 기업범죄, 위험의 외주화, 산업안전보건조치, 준법감시, 양벌규정

* 이 논문은 2019년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2019S1A5B5A07107236).

** 독일 Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg 법학박사(Dr. jur.).

I. 사업의 복잡성과 산업안전형법의 난제

‘기업범죄와 형사정책’을 주제로 삼는 논의에 빠짐없이 등장하는 “조직(화)된 무책임성”(organized irresponsibility)¹⁾ 문제는 그 기업이 영위하는 사업의 구조적 복잡성과 연관이 있다. 기업은 역동적으로 변화하는 복잡한 산업 환경 아래에서 분업이라는 조직화 방식을 통해 사업을 영위한다. 분업은 사업의 수행을 효율화하기도 하지만, 이 과정에서 관련된 정보가 하부 조직들과 담당자들에게 산재(散在)되면, 오히려 사업의 수행이 저해될 수도 있다. 만약 기업이 이윤 추구의 과정에서 초래될 수 있는 위험에 대하여 적절한 책임을 지지 않고, 그 기업의 이윤 취득과 위험의 초래에 일정한 기여를 한 그 기업의 내부자들도 사업의 구조적 복잡성을 이유로 책임을 지지 않게 된다면, 이런 무책임은 바로 ‘조직’을 통해 조직되는 것이다. 조직된 무책임성은 결국 위험과 책임의 외부화를 의미한다. 즉 분업에 기초한 기업의 조직화 과정에서, 이윤 실현의 전제가 되는 위험에 대한 책임(영역)이 그 내부관계에서 위계적 질서의 상위에서 하위로 전가되고, 외부관계에서는 ‘갑’으로부터 ‘을’에게로 “외주화”될 수도 있다.²⁾ 여기서 기업이 범하는 범죄는 드물지 않게 “기업문화”(organizational culture)³⁾에 의해 묵인되고 조장된다는 것도 문제이다. 이런 사회적·문화적 환경에서 기업은 위험한 사업을 수행하면서 이윤은 획득하지만 이에 상응하지 않는 비용만을 부담하려는 행동 전략을 의식적으로 추구하려는 동기를 형성하게 된다. 형사입법자가 사업의 복잡성과 행위자들의 이런 “위험차익거래”(risk arbitrage)⁴⁾ 행동 전략에 적절히 대응하지 않으면, 조직화된 무책임은 ‘산업안전형법’이라는 국가 제도로까지 고착화될 우려가 있다.

이 글은 산업안전형법의 핵심이라고 할 수 있는 안전보건조치의무위반치사죄(산업안

1) 이 개념과 관련된 형법 문헌은 Haas, Organisierte Unverantwortlichkeit - wie kann man Kollektive strafrechtlich zur Verantwortung ziehen?, in: Kaufmann/Renzikowski (Hrsg.), Zurechnung und Verantwortung. ARSP Beiheft 134, 2012, 125면 참조.

2) 이 문제를 극적인 형태로 보여주는 사례로는 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016도11847 판결사안(삼성전자 불산 누출 사건) 참조.

3) 범죄의 발생과 그 양태가 “기업문화”에 따라 달라진다는 범죄학적 지적은 Bussmann, Wirtschaftskriminalität und Unternehmenskultur, in: Bannenberg/Jehle(Hrsg.), Wirtschaftskriminalität, 2010, 69면 이하 참조.

4) 자세한 설명은 Curran, The Organized Irresponsibility Principle and Risk Arbitrage, Critical Criminology 26 (2018), 595면 이하의 논문 참조.

전보건법 제167조 제1항 위반죄)를 소재로 삼아 조직(화)된 무책임(성)의 제도화 과정 및 조직화책임의 귀속 구조를 추적한다. 아래에서는 먼저 제도의 두 축인 입법과 사법을 대상으로 책임 귀속의 논리를 비판적으로 분석하고(아래의 II.), 이에 대한 대안으로 책임의 (재)내부화(內部化)를 위한 조직화책임이 어떻게 구성될 수 있는지를 펼쳐 보인다(아래의 III.), 마지막으로 하나의 물음으로 결론을 대신하고자 한다(아래의 IV.).

II. 산업안전형법과 조직화된 무책임성

형사입법자의 산업재해 예방이라는 형사정책적 목표는 산업안전형법의 제정과 법원의 구체적 법적용을 통해 실현된다. 만약 조직된 무책임이 입법과 사법이라는 제도의 행위 차원에서도 확인된다면, 산업안전보건법 제4조가 말하는 국가의(“정부의”) 책무는 제대로 이행되지 않은 것이다.

1. 법익보호 우연성의 입법?

형사입법자는 산업안전보건법을 제정⁵⁾한 이후 - 중대재해처벌법의 제정⁶⁾에 이르기까지 - 줄곧 부수형법, 가중·중형, 백지형법을 수단으로 산업재해에 대한 형법적 통제의 실효성을 높이려고 시도하였다. 이런 태도는 산업재해를 통제하는 데에 형법 제268조만으로는 불충분하다고 보는 시각을 전제로 한다. 사망 또는 상해라는 법익침해가 아니라, 이미 안전·보건조치의무의 위반행위(법익침해를 “예방하기 위하여 필요한 조치”⁷⁾)만으로 형사처벌이 정당화된다고 본다. 불법유형화와 구성요건화에 드러나는 법익보호의 방향과 정도를 가늠하는 표지인 행위 주체, 행위, 피해(자)를 기준으로 산업안전형법의 등장과 변화를 개관하면 다음과 같다:

5) 산업안전보건법(법률 제3532호, 1981. 12. 31.).

6) 중대재해 처벌 등에 관한 법률(법률 제17907호, 2021. 1. 26.).

7) 제정 산업안전보건법 제44조, 제17조, 제18조; 현행 산업안전보건법 제168조 제1호, 제38조, 제39조 참조.

가. 사업주

산업안전형법은 제정 시부터 기본적으로 노동형법의 핵심 개념인 “사업주”(사용자)와 “근로자”⁸⁾라는 (상호대응적) 표지에 기초하고 있고, 구성요건 대부분은 사업주를 의무 규범의 수범자로 한다. 문언은 “사업주는 [...]하여야 한다”라고 규정한다. 산업안전형법의 다양한 범죄구성요건들은 신분범인 것이다.⁹⁾ 산업안전형법에서 말하는 사업주가 법 인인 경우에 조직화책임은 결국 그 ‘기관’에 의해 이행된다. 이윤을 취득하는 기업이 사업 활동으로부터 파생되는 산업재해에 대해 책임을 져야 한다고 보면, 그 기업은 산업재해가 발생하지 않도록 그 사업의 활동을 조직화해야 하고, 이런 기업의 조직화책임은 기업을 경영할 권한과 책임을 지는 경영자의 고유한 의무 가운데 하나이다.

나. 안전보건조치의무와 산업안전보건규칙

제정 산업안전보건법 제44조 위반죄(안전보건조치의무위반죄)는 사업주가 위험예방을 위해 취해야 할 의무를 안전조치(제17조)와 보건조치(제18조)로 나누고, 안전보건조치의 대상인 위험원으로서 설비, 물질, 작업방법, 장소 등을 구분한다. 이 죄는 안전보건조치의무의 위반이라는 구성요건행위만으로 구성요건이 충족되고, 근로자의 사망, 부상, 질병이라는 법익침해는 구성요건결과가 아니다(거동범). 이 안전보건조치의무위반죄는 사업 영위와 관련된 다양한 위험원으로부터 발생될 수 있는 법익침해의 위험을 “예방하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다”라고 규정하고 있었는데, 이는 마치 불법의 실질이 요구규범의 위반으로 이해될 여지가 없지 않다. 이 죄를 사업주에게 작위의무를 부여한 (진정)부작위범¹⁰⁾이라고 보는 것이다. 물론 안전보건조치를 취할 의무는 부작위(예:

8) “근로자”라는 개념 자체는 ‘勤勞’라는 이데올로기를 담고 있지만, 이 글에서는 법률 용어라는 점을 감안하여 그냥 사용하기로 한다.

9) 이와 달리 중대범죄처벌법의 제정을 통해 형사입법자는 제6조·제4조/제5조 위반죄에서 안전보건확보의무의 수범자를 자연인인 (개인)“사업주 또는 경영책임자 등”(제2조 제8호, 제9호)이라고 규정하여, 그 범위를 확장한다. 그렇다고 해서 경영자 등이 준수해야 할 안전보건확보의무가 본래 사업주가 준수해야 하는 조직화책임 가운데 하나라는 점이 바뀔 수는 없다. 이를 뒷받침하는 자세한 논거는 김한균, 안전·보건확보의무의 형법적 부과, 형사정책 제33권 제1호 (2021.4), 104면 이하 참조.

10) 구 산업안전보건법 제67조 제1호(제23조, 제24조) 위반죄와 관련하여 이런 견해를 취하는 글로는 우희숙, 산업재해와 형사책임 - 산업안전보건법 제66조의2를 중심으로 -, 서울대학교 법학 제54권 제1호 (2013.3), 139면 이하; 최정학, 산업안전보건법 제66조의2의 처벌규정에 관한 연구, 일감법

안전장비의 미지급뿐만 아니라 작위¹¹⁾(예: 안전설비를 얹지 않은 기계장치의 지급 또는 사용이 허가된 안전장비가 위험예방에 충분하지 않다는 것을 알면서도 지급)로도 위반할 수 있다(의무범).

이 안전보건조치의무위반죄의 ‘조치의무’ 위반이라는 구성요건행위의 원형은 현재의 산업안전보건법에까지 그대로 유지되고 있지만, 산업안전보건법의 전면 개정¹²⁾의 과정에서 조치의무의 내용(“조치사항”)을 행정기관의 시행령¹³⁾을 통해 구체화하도록 하는 입법기술(제23조 제4항 및 제24조 제2항)이 동원되었다. 이제 사업주가 사업 활동에서 창출한 위험의 허용성과 안전보건조치의무위반죄의 성립 여부는 조치사항의 구체적 내용을 담는 시행령의 규율 강도와 밀도에 의존하게 된다.¹⁴⁾ 시행령을 통한 의무규범의 구체화는 수범자의 규범 이해의 정도를 높여 산업안전형법을 통한 예방의 실효성을 향상시킬 수는 있다.¹⁵⁾ 하지만 시행령에 열거된 조치사항이 사업의 역동성과 복잡성 및 기술의 발전에 적절히 부응하지 못하거나 규율 내용이 매우 기술적 요소에 치중되면, 예방(책임)의 구조는 경직되고, 그 안전보건조치의무의 이행이 단순한 의례로 전락하는 형사정책적 역기능도 발생할 수 있다.¹⁶⁾

학 제36호 (2017.2), 333면 이하도 참조. 같은 관점에서 중대재해처벌과 관련된 논의는 김성룡, 「중대재해 처벌 등에 관한 법률」의 적용을 둘러싼 형사법적 쟁점 검토, 경북대학교 법학논고 제77집 (2022.4), 158면 이하 참조.

11) 산업안전보건기준에 관한 규칙(고용노동부령 제362호, 2022. 8. 10.)에 산재되어 있는 수많은 금지규범들(“...해서는 아니 된다”) 참조.

12) 산업안전보건법(법률 제4220호, 1990. 1. 13.).

13) 예를 들어 산업안전보건기준에 관한 규칙(고용노동부령 제362호, 2022. 8. 10.).

14) 이것이 쟁점이 된 사례로는 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도7030 판결(판례공보 2009, 1051, 1054면 - 비계 해체 작업 시 추락방지망 제거/안전대 지급 사건); 2010. 11. 11. 선고 2009도13252 판결(수직철근 설치작업 시 적절한 철근지지대의 설치 개수나 설치순서 등의 작업방법이 안전보건 규칙에 규정되어 있지 않은 사건) 참조; 최근 판결로는 대법원 2021. 9. 30. 선고 2020도3996 판결 참조.

15) 기업의 준법감시를 예로 하여 법규범의 ‘불명확성’과 수범자 조직 내부의 이행 문제를 지적하는 견해로는 Bergmann, Scheiternde Rechtsnormbildung im Rahmen von Compliance-Kontrolle, Neue Kriminalpolitik 27 (2015), 352면 이하 참조.

16) 유사한 관점에서 비판적인 견해는 우희숙, 산업안전과 형법 : 산업재해의 예방을 위한 형법의 역할, 형사정책연구 제29권 제1호 (2018.3), 379면 이하 참조.

다. 근로자와 법익침해

산업안전보건법 위반죄에서, “산업재해”의 개념 정의 규정¹⁷⁾이 명시하듯(“노무를 제공하는 자가 [...] 사망 또는 부상하거나 질병에 걸리는 것”), 근로자는 (잠재적) 피해자이다. 근로자의 사망 등이 구성요건결과로서 구성요건에 명시되어 있지 않고 단지 산업재해라는 개념에 녹아 들어가 있는 거동범 구성요건에서도, 법익주체인 근로자는 피해자이다.

이렇게 산업안전형법의 입법자는 근로자를 피해자로 상정하지만, 사업주가 자신이 직접 고용한 근로자 이외의 자를 자신의 분업적 사업 활동에 편입시킬 수도 있다는 점을 처음부터 의식하고 있었다. 예를 들어 제정 산업안전보건법은 사업주의 사업이 회사 내부의 분업뿐만 아니라 다른 사업주와의 분업(“도급”)을 통해 영위될 수 있는 가능성을 염두에 두었다(제15조). “동일한 장소에서 행하여지는 사업의 일부를 도급에 의하여 [...] 행하는 사업주는 그가 사용하는 근로자 및 그의 수급인[...]이 사용하는 근로자가 그 동일한 장소에서 작업을 할 때에 생기는 산업재해를 예방하기 위한 업무”¹⁸⁾를 수행해야 하고, 이 업무의 주체를 “안전보건총괄책임자”라고 규정한다. 형사입법자는 위험원의 범위를 자신이 지배하는 일정한 물리적 범위(“동일한 장소”)로 제한하지만, 그 위험이 실현되는 피해자의 범위를 그 자신이 지휘·감독하는 근로자로 제한하지는 않는다. 이는 계약상 서로 다른 사업주에게 고용된 근로자들이 동일한 장소에서 작업을 하는 경우에, 개별 작업들이 기능적으로 연관되어 있어 어느 하나의 개별 작업으로부터 생겨난 법익침해의 위험이 다른 작업을 하는 근로자들에게까지 미칠 수 있다는 점에서 타당한 접근이다. 사업주의 사업이 도급을 통해 분업적으로 수행되면, 사업주의 산업재해에 관련된 조직화책임이 이전되는 것이 아니라, 그 내용이 변화될 뿐이다. 각자의 이익실현을 위해 도급인 사업주와 수급인 사업주가 “사업공동체”(Betriebsgemeinschaft)¹⁹⁾를 형성하면, 도급인의 책임영역은 피해자의 범위와 관련해서는 확장된다. 따라서 제정 산업안전보건법 제44조 제1호(제17조/제18조) 위반죄에 의해 보호되는 피해자 “근로자”에는

17) 제정 산업안전보건법(법률 제3532호, 1981. 12. 31.) 제2조 제1호.

18) 여기서 말하는 “업무”는 안전보건총괄책임자가 담당하는 업무이지만, 이 업무가 사업주가 이행해야 할 안전보건조치의무의 일부라는 점은 제22조에서 확인할 수 있다.

19) 이 개념은 Herzberg, Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb, 1984, 251면 이하, 278면 이하 참조.

도급인 사업주와 근로계약관계에 있는 근로자뿐만 아니라 수급인의 근로자도 포함된다 고 볼 수 있다. 범죄구성요건에서 유일하게 언급되고 있는 제정 산업안전보건법 제17조 제3항의 “근로자”란 범죄주체인 사업주와의 근로관계에 있는 자가 아니라 어느 한 사업주와 근로관계에 있는 근로자이기만 하면 족한 것으로 해석할 수 있는 것이다. 사업주가 영위하는 사업 활동에 수반되는 위험이 자신이 지배하는 사업장에서 발생되어 산업재해에 이를 위험이 있다면, 이에 대한 예방조치를 취하는 것이 사업주의 의무이고, 바로 이 점이 제15조, 제22조 및 제17조/제18조(현행 법 제62조, 제63조 이하, 제38조/제39조)의 입법목적이다.

라. 입법의 형사정책

형사입법자가 산업재해의 예방이라는 형사정책적 목표를 실현하기 위해 법익보호를 추상적 위험의 단계로 전단계화하고, 산업재해의 책임이 사업주에게 있음을 분명히 하는 신분법 형식의 구성요건을 도입한 것은 긍정적으로 평가할 수 있다. 산업재해가 발생하는 행위영역은 일반 과실범의 행위영역과 비교할 때 중대한 법익침해의 발생 가능성이 상대적으로 높고, 예방조치의 실효성이 다른 영역에서보다 높으며, 이런 위험과 예방을 장악할 가능성이 바로 사업주의 사업 영위를 허용하는 전제조건이 되기 때문이다.

그러나 형사입법자가 산업안전법에 의해 보호되는 “근로자”란 문제되는 행위영역에서 일하는 모든 사람이라는 점을 분명히 하지 못하고, 이 개념을 근로기준법으로부터 차용하여 피해자 표지를 구성요건화한 것은 스스로 설정한 법익보호의 실효성을 저하시킬 위험이 있다. 특히 현행 산업안전보건법에서 문언상으로는 사업주 소속 여부를 기준으로 피해자의 범위가 달라지고, 법익보호가 행위의 불법이 아니라 법익주체의 노동법적 지위에 따라 달라지는, 법익보호의 우연성이 제도화된 것으로 보일 여지가 없지 않다. 형사입법자는 사업주가 자기 근로자의 작업과 관련하여 안전보건조치를 실행하지 않은 것(제38조, 제39조, 제168조 제1호)과 자신을 위해 일하는 자기의 또는 타인 소속 근로자의 작업과 관련하여 안전보건조치를 실행하지 않은 것(한편으로 제63조, 제169조 제1호, 다른 한편으로 제64조 제1항, 제2항, 제172조)을 구별하여 법정형을 차등화하고,²⁰⁾ 자

20) 산업안전보건법이 법률 제16272호(2019. 1. 15.)로 전면 개정되기 전에는 원칙적으로 이런 차등화가 존재하지 않았다는 점을 지적해 둔다. 관련된 논의로는 전형배, 산업안전보건법 양벌규정 적용

신에게 속하지 않은 근로자가 사망한 경우에만 비로소 자신에게 속한 근로자가 죽은 경우와 동일하게 평가한다(제167조 제1항). 만일 사업주 행위의 의무위반성이 피해자와의 근로계약관계에 좌우된다면, 근로관계를 맺고 있지 않은 근로자의 사망은 그 해당 사업(장)의 위험을 지배하고 있는 (도급인)사업주의 의무위반에 귀속될 수 없다고 볼 수도 있는, 결국 문언과 입법목적에 반하는 자기모순적인 결론에 이를 가능성도 없지 않은 것이다.

2. 해석에 의한 조직화책임의 희석

산업안전법 입법자가 설정한 산업재해 예방이라는 형사정책적 목표는 사법기관이 해석을 통해 구성요건표지를 얼마나 구체화하느냐에 따라 그 실현이 좌우된다. 아래에서는 법원이 사용한 논증개념(“법리”)에 초점을 맞춘다.

가. 내부적 분업과 사업주의 지휘

대법원은 안전보건조치의무위반죄에서 “규칙상의 안전조치 의무”라는 용어를 사용한다.²¹⁾ 이 범죄구성요건에서 행위를 구성하는 의무의 구체적 내용은 행정부령에 상세히 규정되므로(예: 산업안전보건법 제38조 제4항), 법률의 의무위반이란 곧 시행령 규칙의 위반을 의미한다.

여기서 대법원은 사업주의 행위가 안전보건조치의무위반죄 구성요건을 충족하기 위해서는 단지 안전조치가 실행되지 않은 채 작업이 이루어졌다는 사실 그 자체가 아니라, 사업주가 “안전상의 위험성이 있는 작업을 규칙이 정하고 있는 바에 따른 안전조치를 취하지 않은 채 하도록 지시하거나, 그 안전조치가 취해지지 않은 상태에서 위 작업이 이루어지고 있다는 사실을 알면서도 이를 방치하는 등 그 위반행위가 사업주에 의하여 이루어졌다고 인정되는 경우에 한하여 성립”한다고 본다.²²⁾ 대법원이 사업주의 지시·방

시 위반행위자의 규범적 의미 - 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016도11847 판결 -, 노동법포럼 제26호(2019.2), 176면 이하 참조.

21) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도7030 판결.

22) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006도8874 판결.

치를 언급하는 이유는 사업주가 안전보건조치의무의 수범자이지만, 현실에서는 대부분 사업 활동이 사업주 자신이 아니라 그의 지휘·감독을 받는 다른 사람에 의해 수행되는 분업적 구조(내부적 분업에서 관련자들 사이의 책임영역의 확정)가 문제되기 때문이다. 대법원의 논리에 따를 때, 안전보건조치의무를 위반하는 행위를 직접 실행하지 않은 사업주의 행위를 안전보건조치의무위반으로 평가하기 위해서는 그가 실행자에게 의무위반적 사업 활동을 적극적으로 지시하거나 또는 소극적으로 방치해야 한다는 것이다. 지시나 방치는 내부적 분업관계에서 상급자가 하급자를 지휘하는 것을 의미한다. 대법원은 사업주가 자신의 사업을 영위하기 위해 다른 사람을 사용할 때 그 피용자가 범죄행위로 나아간 것에까지 형사책임을 부담해야 하는 근거는 그가 피용자의 위험한 행위에 결정적 조건을 설정한 것(“지시”나 “방치”로 표현될 수 있는 지휘)에서 찾는 것이다. 그러나 지시나 방치는 적극성과 소극성이라는 사실적 행위의 양태, 즉 대법원의 작위·부작위·도식에 따른 행위양태의 불과하고, 이 양태가 불법의 실질인 의무위반행위의 위험성과 비허용성을 결정한다고 보아서는 안 된다. 객관적 구성요건 해당성을 판단하는 기준은 행위의 의무위반성이지, 그 의무위반성 판단의 대상이 되는 사업주의 행위 양태가 아니다(의무범). 또한 범죄주체인 사업주의 주관적 내면상태(안전보건조치가 취해지지 않은 상태에서 사업 활동이 이루어진다는 점에 관한 인지)는 안전보건조치의무의 위반 여부를 판단할 때 고려되는 것이 아니다. 이런 내면상태는 내부적 분업관계에서 사업주에 대한 주관적 귀속(고의귀속)을 결정하는 표지일 뿐이다.²³⁾

나아가 대법원은 이 법리를 다음과 같은 판결사안에서 위험감수적 사업 영역으로까지 확장하면서, 사업주의 지휘 책임을 형해화하는 이론을 전개한다: 사업주가 다수의 현장에서 동시에 공사를 진행하면서 작업자의 선임 등과 관련된 업무를 “독자적으로 알아서 처리”할 수 있는 현장소장에 맡기고, 자신은 현장에 대한 관리를 부실하게 한 사건.²⁴⁾ 대법원은 이런 사안에서 사업주의 지시나 방치가 없었다고 판단한다. 대법원이 경영자가 자신을 대신해서 사업장을 관리하는 현장소장의 위험예방활동을 적절히 지휘·감독한 것 인지 여부에 대해 판단하지 않은 것이 눈에 띈다. 사업주의 지시·방치가 정범성을 판단하는 근거라면, 그 근거의 실질은 피용자에 대한 사업주의 지휘·감독이다. 사업주가 피

23) 이와 관련된 비판적 검토는 이진국·김성룡·양승국, 산업안전보건법 위반 범죄에 대한 법 적용상 문제점 및 개선방안, 2021, 122면 이하 참조.

24) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도7834 판결.

용자의 위험한 사업 활동을 지시하거나 방치한 것과 그가 처음부터 자신의 안전보건조치 의무를 ‘알아서 처리하라’고 피용자에게 위임한 것은 내부적 분업관계의 양태가 변화된 것에 불과한 것이지, 이를 통해 사업주가 조직지배자라는 점이 달라지지 않는다. 대법원의 관점은 경영자가 사업에 결부된 위험과 관련하여 일부러 정보활동(정보의 수집·분석·활용)을 하지 않는 “의도적 무지”(wilful blindness)²⁵⁾ 사례에서 안전보건조치 의무 위반성과 정범성을 부정하는 결론에 이르게 될 수 있다는 점에서 큰 문제이다. 여기서 사업주는 그의 위임을 받아 사업장을 관리할 때 자신의 사업방침을 잘 이해하고 구체적인 지시가 없어도 그 사업방침을 잘 이행하는 자를 관리자로 선호·선정하는 “경제적 정범”²⁶⁾이라는 점(권한이양을 통한 조직지배의 효율화)이 간과되고, 법인인 사업주의 내부적 의사결정과 분업의 복잡성에 따라 - 특히 대법원처럼 주관적 요소만을 강조하면 - 사업주 자신의 책임영역이 극단적으로 축소된다.

물론 대법원이 이런 조직화책임의 형해화 문제를 어느 정도는 인지하고 있는 것으로 보일 때도 있다. 대법원의 논증 구조를 보면, 사업주나 경영자의 정범성 여부는 지시나 방치와 같은 행위양태가 아니라 이들이 실제행위자의 행위 시에 그 행위의 허용되지 않는 위험성을 인지(“알면서도”)한 경우에 그 정범성을 인정할 수 있다. 대법원은 개별 사안들마다 달라지는 사업의 다양성과 조직화 구조의 복잡성을 고려하여, 사업주가 실제행위자의 행위 시의 위험요소를 제대로 알지 못했더라도 “충분히 알 수 있었음”²⁷⁾을 인정할 수 있는 사례군이 있다고 본다. 즉 대법원은 “사업주가 사업장에서 안전조치가 취해지지 않은 상태에서의 작업이 이루어지고 있고 향후 그러한 작업이 계속될 것이라는 사정을 미필적으로 인식하고서도 이를 그대로 방치 [하였다면...] 사업주가 그러한 작업을 개별적·구체적으로 지시하지 않았더라도” 그 정범성을 인정할 수 있다고 본다. 대법원은 그 법리의 일관성, 즉 의무위반성이란 객관적 귀속의 문제를 사업주의 (잠재적인) 주관적 내면상태²⁸⁾라는 주관적 귀속으로 치환하는 일관성을 여기서도 유지하고, 법률해석의 문제를 사실인정의 문제로 치환한다.

25) 이 개념에 대해서는 Rönnaу/Becker, Vorsatzvermeidung durch Unternehmensleiter bei betriebsbezogenen Straftaten, NStZ 2016, 569면.

26) 이 개념과 비판적인 논의는 Rotsch, Der ökonomischer Täterbegriff, ZIS 2007, 263면 참조.

27) 대법원 2010. 11. 25. 선고 2009도11906 판결.

28) 고의의 인정과 관련된 다양한 인자들의 문제를 언급하는 Rönnaу/Becker, 위의 논문(각주 25), 571면 이하 참조.

나. 외부적 분업과 사업주의 감독

사업으로 이윤을 취득·증가시키려는 사업주는 사업 활동의 “일부”를 외부의 다른 사업주로 이전하거나, 또는 그와 공동으로 진행하여 목표 달성의 효율성을 높일 수 있다. 이런 외부적 분업과 관련된 산업안전행법의 문제는 “도급”이라는 표제 아래서 논의된다.

먼저 외부적 분업과 관련된 산업안전행법의 문제를 이해하기 위한 전제로서, 대법원이 형법상의 과실범 판단에서, 원칙적으로 도급인은 수급인의 산업재해 업무와 관련하여 주의의무가 없지만, 예외적으로 법령에 의한 “구체적인 관리·감독의무”²⁹⁾ 또는 수급인에게 “구체적으로 지시·감독하였다는 등의 특별한 사정”이라는 사실을 기초로 주의의무를 인정할 수 있다고 본다³⁰⁾는 점을 염두에 두어야 한다. 그러나 도급인이 도급계약을 매개로 수급인에게 일의 완성뿐만 아니라 그 일에 수반되는 위험방지조치를 취할 것까지 이전한다고 하더라도, 도급인이 그 일의 완성과 관련된 위험원을 여전히 지배하고 있는 한, 자신과 거래관계에 있는 다른 사람에게 이 위험원으로부터 파생될 수 있는 법익침해가 실현되지 않도록 차단하는 안전조치를 취할 의무(거래안전의무)까지 이전된다고 볼 수는 없다. 이 경우 도급계약에 의한 거래관계에서 위험원의 효과적 관리가 거래 상대방의 안전뿐만 아니라, 자신의 이익취득 가능성에도 영향을 미치기 때문이다. 이익을 위해 위험을 무릅쓰면, 이 위험에 대한 통제도 자신의 의무이고, 이익실현의 과정에 다른 사람도 참여시킬 때에는 자신이 지배하는 위험원이 그 다른 사람에게 파생될 위험과 이 분업적 사업 수행에 의해 새롭게 생겨나는 위험까지 추가로 통제해야 할 의무가 있다. 분업은 관련자들의 책임영역을 분할할 수도 있지만, 경우에 따라서는 책임영역을 확장할 수도 있는 것이다. 이 후자의 경우에 책임(확장)의 근거는 법령이나 계약이 아니라 “지시·감독”으로도 표현될 수 있는 위험원의 지배에 있다.

대법원은 도급관계에서 수급인 사업주에 고용된 근로자에게 발생하는 산업재해와 관련하여, 법문에 충실하게 “일부”(책임인정)-“전부”도급(책임부정)-공식을 사용한 바 있다. 구 산업안전보건법³¹⁾ 제29조 제1항(도급사업 시의 안전·보건조치)에 따르면, “같은 장소에서 행하여지는 사업의 일부를 도급을 주어 하는 사업”의 사업주는 수급인 사업주

29) 대법원 1996. 1. 26. 선고 95도2263 판결.

30) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도7030 판결.

31) 법률 제10968호(2011. 7. 25.)로 개정되기 이전의 법이다.

가 사용하는 근로자의 작업과 관련해서도 안전보건조치를 취해야 할 의무를 부담한다. 판례는 사업의 전부를 도급 주는 경우, 극단적인 예로 건설공사를 수주하여 모든 작업을 가능한 한 세부적으로 나누고 그 작업들 전부를 각각의 다른 건설회사들에게 도급을 주는 경우와 같은 사례에서, 이는 ‘전부도급’에 해당하여, 원도급자는 건설사업의 진행에서 발생할 수 있는 위험에 대한 안전보건조치를 취하지 않아도 된다는 법리를 세운다.³²⁾ 언뜻 보면 문언에 충실한 것처럼 보이기도 한다. 하지만 대법원은 사업의 전부에 속하는 개별 사업 활동은 사업의 성취를 위해 서로 맞물려 있다는 점(개별 사업 활동 간의 기능적 연관성)을 의식하지 못한다.³³⁾ 사실 사업의 전부를 도급 주면 더 이상 사업주가 아닌 것이므로 전부도급이라는 개념은 처음부터 잘못 형성되었다. 구체적 사업의 전부를 다른 사업주로 하여금 수행하도록 하여도 그 개별 사업들 전부를 통제해야 할 사업은 여전히 도급인에 남아 있는 것이고(분업과 조직화 위험에 기초한 사업주의 책임영역), 단지 수행해야 하는 구체적 사업 활동과 그에 수반되는 위험통제의 내용이 달라질 뿐이기 때문이다. 나아가 대법원은 위 문언이 삭제된 이후에 다른 표지인 ‘동일한 장소에서 행하여지는 사업’은 “장소적 동일성 외에 시간적 동일성까지 필요하다고는 볼 수 없”다는 세부적 법리를 세운다. 이는 문언에 부합하기는 하지만, (법원이 제시하지 않은) 그 근거는 동일한 사업장에서 언제 구체적 사업 활동이 이루어지는 여부(위험실현의 시점)가 아니라, 사업장 자체가 위험원이라는 점에서 찾아야 한다.

이와 달리 대법원은 사업주가 외부적 분업에 기반하여 다른 사업주에 속한 근로자를 자신의 사업 활동에 편입시킨 경우에 그의 안전보건조치 의무와 그 의무에 대응하는 잠재적 피해자의 범위를 확장시킬 수 있는 ‘실질적 고용관계’라는 법리를 전개한다. 산업안전행법은 “사업주가 소속 근로자를 보호하기 위하여 안전조치를 취하여야 할 의무를 전제”한다고 보고, 사업주와의 관계에서 “종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하는 사정이 인정되는 경우”에는 형식적인 근로계약이 존재하지 없음에도 산업안전행법에 의해 보호되는 근로자가 된다는 것이다.³⁴⁾ 이는 앞에서 언급한 업무상과실치사상죄의 법

32) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도7030; 2010. 6. 24. 선고 2010도2615 판결.

33) 예를 들어 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007도5782 판결의 사안처럼 엘리베이터 제작·설치 사업을 수급하여 다시 설치작업에 대하여 하도급을 주면서 설치작업과 관련하여 감독자를 파견하지 않은 사건에서 알 수 있듯이, 하도급 수급인 사업주의 설치작업이 제대로 이루어지지 않으면 하도급 도급인인 사업주의 사업이 실패하는 것이다.

34) 예를 들어 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010도2615 판결; 최근 판결로는 대법원 2022. 4. 14. 선고

리에 상응한다. 근로자의 종속성은 사용자의 지시·감독에 대응한다. 그러나 산업안전보건법은 이미 제정 시에 사업주에게 안전보건조치의무를 부과하고(제17조, 제18조), 구체적인 사업 활동이 도급관계를 전제로 이루어지는 경우에 조치를 취해야 한다고 규정하고(제22조 제1항), 이런 분업적 관계에서 발생하는 위험을 총괄 관리할 사업주 내부의 담당자로서 안전보건총괄책임자(제15조)를 두도록 하였다. 사업주의 안전보건조치의무를 규정한 행위규범(제17조, 제18조)은 근로자 자체를 언급하고 있지 않고, 오로지 제17조 제3항에서만 “근로자가 추락할 위험”이라는 표지에서 법의주체인 피해자와 행위상황을 기술하는 개념으로 규정되어 있을 뿐이어서, 사업주의 안전보건조치의무의 위반으로 발생할 위험 또는 법익침해의 (잠재적) 피해자를 오로지 그 사업주에 속한 근로자로 해석해야만 필연적인 근거는 없다. 산업안전법에서 ‘근로기준법에 따른 근로자’를 지시하고 있는 이유는 근로기준법에 의해 보호받는 근로자가 산업안전법이 상정한 피해자라는 의미로, 산업안전법형법의 관할영역은 이 피해자에 국한된다는 의미로 이해하는 것이 타당하다고 본다.³⁵⁾

나아가 대법원이 세운 “구체적·직접적 주의의무”라는 법리는 피해자만 남기고 행위자를 증발시키는 공식으로까지 전락한다. 대법원이 사업주의 생산시설 유지·보수에 관한 업무를 수급 받은 사업주 소속의 근로자가 작업을 하던 중 사망한 사건에서, 수급인 사업주에 대해서는 업무상과실치사상죄 및 산업안전보건법 위반죄를 인정한 반면, 도급인 사업주의 중간관리자들에 대해서는 업무상과실치사상죄만을 인정하고, 안전보건관리책임자 급의 관리자(“Infra기술센터장”)의 형사책임은 전혀 인정하지 않은 사안³⁶⁾이다. 안전보건조치의무의 위반이 문제된 관리자는 회사 내부의 사무분장과 권한을 고려할 때 발생사건과 관련된 “구체적·직접적인 주의의무”가 아니라 단지 “일반적·추상적인 주의의무”만을 부담한다고 보고, 사업주의 “규모, 조직체계, 사무분담 및 피고인 [...]의 지위 등”을 고려할 때 산업안전보건법 위반죄의 “행위자였다고 단정하기 어렵”다고 본 원심 판결이 타당하다는 것이다.³⁷⁾ 본래 구체적 사업 활동에 참여하지 않은 사업(활동) 외부

2019도14416 판결.

35) 이런 관점에서 산업안전보건법은 중대산업재해와 다른 “중대시민재해”를 구분하는 중대재해처벌법과 그 보호영역이 (겹치기도 하지만) 다르다.

36) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016도11847 판결.

37) 자세한 내용은 원심판결인 수원지법 2016. 7. 7. 선고 2014노6828 판결 참조.

자의 형사책임을 배제하는 데에 사용되던 이 법리³⁸⁾가 이제 사업주의 내부적 분업관계를 고려할 때 하급자에 대한 위임과 전결의 범위가 넓은 느슨한 위계적 구조를 띠는 사업주 조직에 속한 최고층 안전보건관리자의 책임을 부정하는 데에 사용되는 것이다. 하지만 그의 안전보건(주의)의무의 이행이 하급자의 이행을 통해서 이루어지는 내부의 수직적 분업관계에 의존하고, 사업주의 규모를 고려할 때 일상적인 사업 활동과 관련된 권한의 위임이 허용될 수 있다고 본다면, 이런 조직구조를 지배해야 하는 것도 안전보건(주의)의무의 내용을 구성한다. 이는 이 사건에서 하급자인 업무 담당자의 주의의무위반 가운데 일부를 부정하는 근거로 (안전경보가 작동되면 생산 활동이 일시적으로 중지되는 센서 운영의 적절성을 결정할 수 있는 권한과 관련하여) “피고인들의 지위에 비추어 기대하기 어렵”다는 점이 고려된 것에서도 분명히 확인할 수 있다.

다. 해석의 형사정책

대법원이 산업안전보건법 위반죄를 해석·적용하면서 형사책임을 (수직적³⁹⁾·수평적⁴⁰⁾으로 외부화시키는 경향을 보인다는 점은 부정하기 어렵다. 이런 문제의식이 부족한 판결의 배후에는 - ‘실질적 고용관계’ 공식이 잘 보여주듯 - ‘사업주-근로자의 계약적 대응관계’ 논리가 자리잡고 있다. 이 논리는 산업안전법령을 제정한 형사입법자의 형사정책적 목표에 반한다. 형사입법자가 산업재해의 예방을 형사정책적 목표로 설정하면서도, 이를 위해 내 근로자/남의 근로자를 구별하여 산업재해의 예방 범위를 제한하려고 한 것이 아니다. 민사법·노동법적 사고를 산업안전법으로 투사하여 형사책임을 범위를 결정하면, 이는 행위의 불법성과 그 정도에 아무런 차이가 없는 행위를 피해자의 계약관계에 따라 다르게 평가하는 것, 즉 법익보호가 법익을 기준으로 해서가 아니라 구성요건요소가 아닌 피해자의 계약법적 지위에 따라 달라지는 결과로 이어진다. 이런 법익보호의 우연성은 사업주의 법익보호의무와 그 책임이 근로관계에서 나오는 것이 아니고, 근로관계에서 발생하는 법익침해의 위험원을 사업주가 지배한다는 점에서 나온다는 점에 관한

38) 예를 들어 대법원 1986. 7. 22. 선고 85도108 판결(회사 업무에 관여하지 않았지만 “회장”의 직함을 가진 자).

39) 예를 들어 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016도11847 판결; 2010. 9. 9. 선고 2008도7834 판결.

40) 도급과 관련된 많은 사례들.

대법원의 무지와 오해로부터 비롯된 것이다. 산업안전형법은 개별적 근로관계에서 사용자의 착취로부터 근로자의 노동력을 보호하는 근로기준(형)법이 아니고, 사업주의 사업 활동에 내재된 위험의 외부화를 통제하기 위한 안전형법이다.

이렇게 법익보호에 충실하지 못한 법원의 해석은 사실 형법에 대한 무시에서 비롯된다. 형법 제8조 제1문은 형법의 총칙이 산업안전형법에도 적용되는 것을 명시적으로 규정하고 있으므로, 산업안전형법을 적용할 때 예를 들어 형법 제18조(부작위범)나 제30조(공동정범)의 이론을 염두에 두면, 책임의 외주화는 사실상 거의 불가능하다. 위험원에 대한 지배를 책임귀속의 거점으로 삼으면, ‘도급’이라는 민사법적·노동법적 관계가 피해자 보호와 아무런 관련이 없다는 점이 분명해지고, 공동정범의 이론은 수평적 분업관계에서 부분실행-전부책임의 책임귀속을 가능하게 하기 때문이다.

Ⅲ. 사업주의 조직화책임과 책임의 내부화

지금까지 살펴 본 입법과 사법에 대한 비판적 분석을 바탕으로, 이제 사업주의 조직화 책임이 어떻게 구체적으로 형성될 수 있는지, 그 방향을 모색해 보기로 한다. 이 시론은 외부화된 사업주의 조직화책임을 다시 그에게 되돌리는 도그마틱을 설계하는 것이고, 그 기본시각은 외부화의 정반대, 즉 조직의 위계적 질서에서 최고위에 위치한 사업주의 책임을 일차적 책임으로 바라보고, 다른 분업관계 참여자의 책임은 이차적이라고 보는 것이다(“하향식 고찰”, Top-down-Betrachtung⁴¹⁾).

1. 지배와 책임의 상응성

사업주의 사업은 이윤을 목표로 하지만, 이 사업의 영위는 다른 사람의 법익을 침해할 수 있는 위험을 내포한다. 사업주가 취득하는 이윤의 원천과 사업으로부터 파생되는 위험의 원천은 동전의 양면과 같다(이윤과 위험의 대칭성⁴²⁾). 사업주가 사업을 통해 이윤

41) 이 개념에 관한 논의와 문헌은 Eidam, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, 327면 이하 참조.

은 획득해도 되지만, 이에 결부되어 발생한 법익침해에 대해서까지 책임을 질 필요는 없다고 보면, 이런 비대칭성은 책임전가를 의미한다. 사업주의 책임전가가 승인될 수는 없다는 점은 자명하다. 사업주는 자신의 이익을 위해 사업을 영위하는 형태로 그 사업을 지배하기 때문에(사업지배), 그 사업의 위험까지 지배해야 할 책임(위험통제책임)을 진다. 사업주는 위험을 지배할 수 있는 힘이 있기 때문에 그는 위험에 대하여 책임을 져야 하고, 이 때 책임귀속의 근거는 사업주가 사업 활동을 위해 투입되는 위험한 인적·물적 자원을 지배한다는 점이다. 산업안전형법에서 말하는 사업주는 생명과 건강을 해칠 수도 있는 수단을 이용하여 사업을 영위하므로, 산업안전형법의 구성요건은 사업주를 위험을 지배할 의무의 주체인 수범자로 상정한 것이다(신분범). 이런 입법기술은 산업안전형법의 입법배경이 되는 위험이 - 생산설비·재료, 장소, 작업방법 등에서 알 수 있듯이 - 일상생활에 등장하는 위험과는 질적·양적으로 다른 가중된 위험(Sonderisiko)이라는 점에서도 이해할 수 있다(위험의 중대성⁴³⁾). 객관적 귀속이론의 말을 빌리면, 위험이 더 커지면 커질수록 그 위험을 감수하고서라도 그 행위를 해도 되는 허용의 조건은 그 증가된 위험을 상쇄할 수 있는 강화된 안전조치이고, 이런 조건을 충족하지 못하면, 그 창출된 위험은 허용되지 않는 것이다(예: 자동차 운전 대 원자력발전소의 운영).

사업주는 자신이 하려는 사업의 종류뿐만 아니라 그 영위의 양태도 선택할 수 있다. 사업주는 사업을 혼자서, 다른 사람을 구체적 사업 활동에 편입시켜서(분업), 아니면 분업적 조직(“법인”)을 설립하여 사업을 영위할 자유가 있다. 사업주는 분업을 통해 이윤 취득·증가의 가능성을 높이도록 사업의 수행 방식을 효율적으로 짜는 것이므로(조직화 지배), 그는 이런 분업적 구조 아래에서도 위험통제가 적절히 이루어지도록 그 분업관계를 효과적으로 구성해야 할 책임(조직화책임)을 진다(자유와 책임의 연관성). 특히 사업주의 사업 활동이 조직을 기반으로 이루어진다면(조직지배), 위험통제도 조직지배의 양태로 이루어져야 한다. 물론 사업주가 조직이라고 해서 그 조직이 스스로 사업을 수행하는 것은 아니다. 사업주의 사업은 그 조직을 구성하는 자연인에 의해 이루어지고, 이 때 그 조직의 ‘기관’이 (위험통제에 관하여) 그 조직을 지배하고 조직화책임을 부담하는 것

42) Hoyer, Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen – Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung, GA 1996, 176-177면; Haas, 위의 논문(각주 1), 136-137면.

43) Jakobs, Strafrecht, 2. Aufl., 1991, 812면.

이다(기관의 조직화책임). 이 때 조직의 ‘기관’이 사업주의 조직화책임을 이행한다는 것은 분업적 위험통제가 그 기피나 실패로 이어지지 않도록 그 조직에 속한 사람들에게 위험통제에 관한 책임과 권한을 적절히 분배하는 조직 내부의 구조를 확립해야 한다는 것을 의미한다. 이 조직화책임을 바로 사업주와 그 기관(‘경영자’)에게 형사책임을 귀속시키는 이론적 거점이다.

2. 분업에 따른 책임영역의 획정과 조직화책임의 구체화

사업주가 분업관계를 기초로 사업을 영위할 때 부담하는 조직화책임의 내용은 그 분업관계의 구조적 특성, 즉 사업주 내부의 분업관계나 사업외부자와의 분업관계냐에 따라 다르게 구체화되어야 한다. 사업주가 외부자를 자신의 사업에 편입시키더라도 이를 통해 그 외부자나 그 외부 조직을 자신의 내부 조직처럼 지배하는 것은 아니기 때문이다.

가. 위험원인 근로자와 준법감시

먼저 내부적 분업관계에서 사업주는 다수의 근로자들(과)의 결합 또는 법인이라는 조직을 기초로 개별 사업 활동을 기능적으로 나누고, 그에 합당한 권한과 관할영역을 분할한다(분장). 사업주가 개별 업무영역을 세분화하고 이에 합당한 권한을 부여하면(수직적·수평적 분업), 원칙적으로 개별 업무 영역에 관한 책임영역도 분할된다. 사업주가 설정한 내부의 업무분장 기준이 책임귀속의 근거가 될 수 있는 것이다.⁴⁴⁾ 그러나 사업주가 자신의 업무를 다른 사람으로 하여금 수행하게 하였다고 해서 그 업무에 관한 자신의 책임이 사라진다고 볼 수는 없다. 과실범 이론에서 확립된 삼분법적 표현을 빌리자면, 자신의 책임을 다른 사람에게 이전하는 것이 허용되는 경우가 있다고 하더라도, 이 경우 합당한 사람을 선별하고 그에게 필요한 지시를 하고, 그의 집행을 감시할 책임은 여전히 위임자의 고유한 책임이다. ‘위임’을 통해 사업주가 이행해야 할 책임의 구체적 내용이 변화될 뿐이지, 책임 그 자체가 수임자에게 전가되는 것은 아니다. 이렇게 수직적 분업관계에서 상급자가 하급자에게 일정한 권한을 부여하고 그의 활동을 감시하는 것은 그가

44) Böse, Die gesellschaftsrechtlichen Regeln über die Geschäftsführung als Grenze von Garantenpflichten am Beispiel der strafrechtlichen Produktverantwortung, wistra 2005, 44면.

이런 분업적 사업 수행을 조직할 수 있는 힘을 갖고 있다는 점, 이런 조직화 권력은 사업주의 경우에 그 최고조에 달한다는 것을 의미하고, 그의 지시·감독을 받는 하급자는 이런 한도 내에서 업무를 스스로 조직화 할 자유가 제한된다.⁴⁵⁾ 특히 산업안전보건법이 규정한 산업안전보건 의무, 예를 들어 제38조의 안전조치의무처럼 법령에 규정된 의무를 이행할 책임이 사법(계약)과 사실적 행위(지시)를 통해 이전될 수는 없다.⁴⁶⁾ 조직화책임은 이렇게 사업주의 사업 내부의 분업관계에서 상급자가 하급자에게 업무를 분장하여 수행하도록 하더라도 최소한 그 업무수행자의 업무수행을 통제할 가능성을 확보해야 한다는 근거가 된다. 사업의 규모가 커서 개별 사업장마다 안전보건 업무의 처리를 위해 ‘관리자’를 별도로 두고 있는 법인사업주의 경우에 - 중대재해처벌법상의 ‘중대재해’가 발생한 경우처럼 - 개별 사업장을 넘어서서 사업주 자체의 이해관계에 영향을 미치는 경우에는, 단지 그 해당 사업장의 관리자를 넘어서서 그 법인사업주의 (최고위)경영자도 조직화책임을 부담해야 하고, 이 때 조직화책임의 내용은 이런 사안을 적절히 감독할 수 있는 체계를 마련하는 것도 포함한다.

이런 감독체계는 - 중대재해처벌법⁴⁷⁾이 새롭게 제정되기 이전에 이미 - 산업안전보건법에 제도화되어 있다. 산업안전보건법은 “안전보건관리책임자” 규정 등⁴⁸⁾을 도입하여 사업주에게 산업재해를 예방하기 위한 계획의 수립, 집행, 감독할 의무를 부여하고, 안전보건관리책임자가 다시 안전보건업무를 담당하는 자를 총괄하여 지휘·감독할 수 있도록 사업주 내부의 조직을 효율적으로 구성해야 한다고 규정한다. 이는 그 사업주가 “안전보건관리체제”를 구축해야 한다는 것을 의미한다. 이런 안전보건관리체제의 구축 의무는 - 기업범죄를 예방하기 위한 준법감시(compliance)와 마찬가지로 - 사업주가 자발적으로 법령에 의해 설정된 안전보건 의무를 “안전보건관리규정”을 통해 사업주 내부의 조직화 과정에 이식해야 할 뿐만 아니라,⁴⁹⁾ 내부의 조직을 통해 그 이행과정을 스스로 통제해야

45) Schlösser, Organisationsherrschaft durch Tun und Unterlassen. GA 2007, 168, 172면.

46) 이런 점에서도 문제가 있는 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016도11847 판결(사업주 회사에 사업장에서 문제되는 사건이 발생하기 이미 이전에 안전보건조치의무의 위반뿐만 아니라, 산업재해에 관한 예방대책조차 제대로 마련되어 있지 않았음에도, 단순히 사업주 내부의 사무분장(회사의 “규모, 조직체계, 사무분담 및 피고인[·]의 지위 등”)을 기준으로 안전보건관리책임자의 산업안전보건법상의 안전조치의무를 부정할 뿐만 아니라 업무상과실도 부정할 경우).

47) 전형배, 중대재해처벌법의 해석상 쟁점, 노동법포럼 제34호 (2021.11), 278면 이하 참조.

48) 산업안전보건법 제2장 제1절 제14조 이하 참조.

49) 양벌규정에서 준법감시의 실효성을 기준으로 사업주의 의무이행 여부를 판단하는 데에 준법감시

할 의무를 의미한다. 이렇게 산업안전형법이 사업주로 하여금 산업안전과 관련하여 사업 내부의 구체적 활동을 감시하도록 하는 것은 사업 영위를 위한 물적 자원(예: 생산설비) 뿐만 아니라 인적 자원⁵⁰⁾도 산업재해의 위험원으로 본다는 점을 분명히 해 준다. 그래서 산업안전보건법에서 위험예방을 위한 사업주의 의무로서 작업환경의 점검과 함께 근로자에 대한 안전보건교육이 규정되어 있고(예: 제29조), 안전보건조치의무를 구체화한 산업안전보건조치에 관한 규칙이 근로자에 대한 교육의무를 포함하고(예: 제89조 제1항), 사업주의 안전보건조치의무위반의 판단에 교육의 실시 여부가 중요한 근거로 원용되는⁵¹⁾ 이유이다.⁵²⁾

나. 위험예방의 복잡성 증대와 조직화책임의 확장

사업주가 다른 사업주와의 협업적 분업관계를 기초로 사업 수행의 효율성을 높이는 방식으로 사업을 조직화하면, 산업재해라는 위험의 예방에 관한 지배 구조도 복잡해진다. 사업주가 단독으로 사업의 영위에 결부된 위험성을 통제할 때 등장하는 조직화책임의 내용과 보호 방향은 협업적 분업관계에서는 매우 다층적인 구조를 띠게 된다. 근로자의 관점에서 조직화책임을 바라보면, 사업주의 안전보건조치의무는 - 부작위범 이론의 용어를 사용한다면 - 자신이 고용한 근로자의 생명과 신체라는 법익을 보호할 의무(보호의무)와 사업을 영위하는 사업장과 근로자가 위험원이라서 이를 지배해야 할 의무(안전의무)이고, 이 의무들은 때때로 중첩된다. 사업주가 안전보건조치를 취하지 않으면, 실제 행위를 한 근로자를 적절히 통제하지 않은 것이 안전의무를 위반한 것이지만, 이를 산업

프로그램의 운영 여부를 고려할 수 있다고 보는 견해(이진국, 기업범죄의 예방수단으로서 준법감시 제도(Compliance)의 형법적 함의, 형사정책연구 제21권 제1호 (2010.3), 81면 이하)는 바로 위험예방적 준법감시 프로그램이 사업주의 조직화책임의 내용이라는 점을 그 전제로 한다.

50) Schall, Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, in: Klaus Rogall (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, 276면.

51) 예를 들어 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도7030 판결.

52) 신분범 형식으로 규정된 산업안전형법 구성요건의 해석에서 사업주와 근로자 사이의 신뢰관계 그리고 (잠재적) 피해자인 근로자의 자기위태화는 큰 의미가 없다는 점에 주의할 필요가 있다. 근로자는 사업장의 물적 위험요소와 마찬가지로 인적 위험원일 뿐만 아니라, 그 인적 위험요소에 대한 통제도 사업주가 이행해야 할 산업안전보건조치의무의 내용이기 때문이다(산업안전보건법 제27조 참조). 산업안전형법은 이런 점에서 ‘후견주의적인’ 형법이라고 볼 수 있다(관련 내용으로는 헌법재판소 2017. 10. 26. 선고 2017헌바166 결정(판례집 29-2하, 84면) 참조).

재해를 입은 다른 근로자를 기준으로 보면 사업주가 그에 관한 보호의무를 위반한 것으로 볼 수 있기 때문이다(보호방향의 이중성).

이런 안전보건조치 의무의 이중성은 사업주가 다른 사업주와의 협업적 분업관계를 기초로 사업을 영위할 때 좀 더 복잡한 양상으로 나타난다. 예를 들어 사업주의 위험지배 영역에서 이루어지는 구체적 사업 활동에 다른 사업주의 근로자가 편입되면, 그 근로관계의 결여를 근거로 외부근로자에 대하여 보호의무를 부정한다고 해도 내부근로자에 대한 보호의무는 외부근로자로부터 파생될 위험에 대한 통제로까지 확장된다. 반대로 사업주의 내부근로자의 위험한 행위를 통제하지 않으면 그 위험은 다른 내부근로자의 법익뿐만 아니라 외부근로자의 법익에도 영향을 미치므로, 이 때 사업주의 안전의무는 피해자의 범위와 관련하여 사업주 외부의 범위로까지 넓어진다. 이를 다시 협업적 분업관계를 기초로 자신의 사업을 영위하는 다른 (수급인)사업주가 원래 (도급인)사업주 소속의 근로자에 대하여 부담하는 조직화책임까지 고려하면, 그 책임영역의 획정은 훨씬 더 복잡해진다. 따라서 외부적 분업관계의 복잡성을 고려할 때, 사업주의 조직화책임을 그 분업의 구체적 형성 상태, ‘갑을관계’라는 사회적·계약법적 의미, 법령에 의한 “특례”⁵³⁾ 등과 같은 개별사안의 특성 또는 산업안전보건법령의 개정 시마다 등장하는 보호범위와 관련된 위험요소의 문구 변경에 초점을 맞추어 고찰하면, 결국 책임귀속이 자의적이고 부당하고, 최소한 전체적인 관점에서 볼 때 부정합적인 결론을 피할 수 없다.

여기서 복잡한 분업관계에서 등장하는 조직화책임의 획정 문제는 그 조직화책임의 인정 근거를 기준으로 결정하는 것이 타당하다는 점을 알 수 있다: 문제되는 안전보건조치 의무의 위반과 관련하여 사업주가 조직(지배)을 바탕으로 한 권력을 지닌 자(“권력적 지위”, *Machtposition*⁵⁴⁾)인 여부. 사업주가 외부적 분업관계에도 불구하고 여전히 이런 권력자임을 뒷받침하는 지배의 양태를 다음의 세 가지로 구분할 수 있다:

- 물리적 지배: 사업주의 조직화책임을 인정하는 핵심 근거는 그가 자신의 사업과 그 사업을 효율적으로 조직하는 과정을 지배하므로 이에 수반되는 위험도 지배해야 할 의무가 있다는 것이다. 산업안전법령은 흔히 시설, 장비, 장소(“도급인의 사업장”)⁵⁵⁾

53) 예를 들어 파견근로자 보호 등에 관한 법률 제35조.

54) Schlösser, Die Anerkennung der Geschäftsherrenhaftung durch den BGH, NZWiSt 2012, 285면.

55) 산업안전보건법 제38조, 제39조, 제63조; 중대재해처벌법 제5조 단서.

- 또는 작업방식(예: 일부 도급⁵⁶⁾, 시간을 나누어 작업 수행⁵⁷⁾)과 같은 위험요소의 물리적 특성에 초점을 맞춘다. 그러나 여기서 말하는 물리적 지배란 위험요소 그 자체에 대한 사실적 의미의 물리적 지배를 말하는 것이 아니고, 위험요소에 대한 물리적 지배가 사업 영위의 기초가 된다는 그 기능성의 관점에서 이해할 필요가 있다.⁵⁸⁾
- 기술적 지배: 사업주가 외부적 분업관계를 기초로 다른 사업주와 “사업공동체”를 형성하면, 그들 사이에 위험요소에 대한 정보가 비대칭적으로 분배될 위험이 발생한다. 예를 들어 도급인 사업주가 사업에 사용되는 생산시설의 정비를 수급인 사업주에게 맡겨 수행하도록 하면서 사업장에 설치된 위험경고 장치가 적절히 설정되어 있지 않았다는 점을 알려주지 않거나 보호장비를 지급하였지만 안전기준에 적합하지 않은 점과 같은 위험관련 정보를 그 외부 사업주에게 알려주지 않았다면(부실한 보호장비를 지급한 것에 대한 판단을 제외하더라도),⁵⁹⁾ 외부적 분업관계에서 도급인 사업주의 정보유보가 이후에 수급인 사업주의 근로자에게 발생한 법익침해에 책임을 져야 할 이유가 된다. 사업공동체에서 외부적 분업관계를 기초로 한 사업의 성패는 그 각자의 사업 기여 부분에 관한 기술(정보)적 우위가 효과적으로 결합되는 것에 좌우되므로, 이런 위험기술적 요소에 관한 정보비대칭성을 낳게 한 사업주는 그로 인해 발생한 법익침해에 대하여 조직화책임을 진다. 2019년 전면 개정된 산업안전보건법 제65조는 이런 관점을 뒷받침한다.
 - 조직적 지배: 사업주가 다른 사업주와 사업공동체를 형성하여 사업과 이윤취득의 효율성을 향상시킬 수 있는 분업의 형태로 개별 사업영역의 실행을 전부 외주화하고 오로지 그 수행에 관하여 관리만을 하는 경우가 없지 않다(예: 건설업). 이런 경우 원래 사업주는 다른 사업주의 사업 활동을 총괄할 수 있도록 자신의 사업을 조직화해야 할 책임⁶⁰⁾이 있다. 이런 위험선평적 사업 방식에서 조직화책임은 다른 사업주

56) 제정 산업안전보건법 제15조 참조.

57) 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015도8621 판결.

58) 책임의 외부화를 차단하기 위해서는 중대재해처벌법 제5조 제2문에 규정된 “시설, 장비, 장소 등에 대하여 실질적으로 지배·운영·관리하는 책임”도 이런 기능성의 관점에서 이해될 필요가 있다.

59) 이런 사례유형으로는 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016도11847 판결.

60) 이에 부합하는 표현을 담은 판결로는 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015도8621 판결(“사업의 전체적인 진행과정을 총괄하고 조율할 능력이나 의무가 있는 사업주”); (“사업의 전체적인 진행과정을 총괄하고 수급인들 사이의 업무를 조율”); 2021. 3. 11. 선고 2018도10353 판결; 2022. 3. 31. 선고 2020도12560 판결(“종합적인 안전관리의무 및 안전조치의무”) 참조.

에게 이전되는 것이 아니라, 그 개별 사업 전체를 총괄해야 하는, 즉 개별 사업 영역의 위험요소에 대한 통제뿐만 아니라, 개별 사업영역의 분업적 결합 과정 전부를 효과적으로 통제해야 할 책임까지 포함한다. 이런 형태의 사업 양태는 사실 외부적 분업이 아니라 내부적 분업에 근접한다.

3. 사업주와 실행행위자 사이의 책임연관성: 조직정범 개념

이렇게 분업과 조직화책임의 문제를 개관하고 나면, 이제 분업적 조직화에 편입된 자들(사이)의 형사책임을 확정하는 문제가 남는다. 이 단락에서는 법인사업주의 조직화책임을 중심으로 설명하지만, 이를 위해서는 먼저 개인사업주에 대한 책임 귀속 구조를 살펴 볼 필요가 있다.

개인사업주가 근로자를 고용하여 사업을 영위하면서 산업재해가 발생하고, 이 때 상이라는 결과에 근접한 근로자의 실행행위가 사업주의 지시에 따라 이루어졌다면, 사업주는 예를 들어 안전보건조치의무위반치사죄(산업안전보건법 제167조 제1항 위반죄)의 정범이 되는 반면, 실행행위를 한 근로자는 신분범인 이 죄의 정범 표지(“사업주”)를 충족하지 못하므로 - 양벌규정의 적용을 배제하면 - 사업주의 범죄행위에 참가한 자(예: 방조범)의 책임 또는/그리고 행위 시에 자신의 주의의무를 위반한 경우라면 업무상과실치사죄(형법 제268조)의 책임을 질 것이다. 사업주는 신분 없는 도구를 이용한 안전보건조치의무위반치사죄의 간접정범이다. 이 때 사업주의 구체적 지시가 없었다면, 신분 없는 도구를 이용한다는 점에 관한 사업주의 간접정범고의를 인정할 수 있더라도 근로자의 실행행위와 관련된 간접정범고의는 문제될 수 있다.⁶¹⁾ 극단적인 경우에는 사업주는 불가별이지만, 근로자는 업무상과실치사죄로 형사처벌되는 결론에 도달할 수도 있다. 그러나 이는 산업안전형법의 고유한 문제가 아니고, 간접정범의 귀속 구조 자체로부터 파생되는 것이다.

사업주가 법인인 경우에 문제의 양상은 유사하지만, 좀 더 복잡한 구조를 띤다. 법원⁶²⁾과 문헌⁶³⁾은 이를 양벌규정(산업안전보건법 제173조)의 해석·적용의 문제로 다룬

61) Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, 32면, 분업관계를 기초로 한 범죄에서 발생하는 입증의 어려움 문제는 41면 이하 참조.

다. 산업안전보건법 위반죄가 그 행위주체로서 “사업주”를 규정하고 있어, 이 사업주성은 정범성을 구성하는 신분으로 이해되고, 따라서 수범자인 사업주를 위하여 실행행위를 한 자가 정범표지를 충족하지 못했다는 이유로 형사처벌되지 않는다면, “벌칙규정의 실효성”이 확보될 수 없을 것인데, 바로 여기서 양벌규정은 “당해 업무를 실제로 집행한 자에게까지 확장”하려는 입법목적으로 규정된 것이라고 본다.⁶⁴⁾ 산업안전보건법 위반죄에서 “행위자나 사업자 쌍방”⁶⁵⁾이 모두 형사처벌되는 것이어서 결국 이 양벌규정은 신분 없는 사업주 내부자도 신분 있는 사업주로 간주하는 것이다. 여기서 법원이 이런 해석을 통해 추구하는 형사정책이 무엇인지는 쉽게 이해할 수 있다. 위에서 설명한 개인사업주 사례군과 비교할 때 법인은 자연인이 아니므로 간접정범고의 자체가 언제나 부정될 수밖에 없고, 법인의 대표이사과 같은 회사‘기관’이 실제로 실행행위자의 행위와 그로부터 파생되는 결과의 발생가능성을 인지하고 나서도 이런 상황을 의도적으로 방치하더라도 그는 사업주가 아니므로 산업안전보건법 위반죄의 정범이 될 수 없는 것이다. 이렇게 법인사업주, 그의 기관, 업무담당자라는 위계적 분업구조로 사업이 조직화되어 있으면 어느 누구도 처벌받지 않게 되는, 따라서 사업주가 복잡한 조직을 기초로 사업을 수행할 때에는 형사처벌의 가능성이 낮아지는 형사정책적 문제가 생기는 것이다(‘거물을 놓치고 피라미만 잡는다’).

그러나 객관적 구성요건의 문언에 반하는 이런 형사정책적 해석⁶⁶⁾이 최소한 산업안전보건법 위반죄의 해석에서 필요한 것인지 의문이다. 산업안전보건법은 사업주를 산업안전보건의무 이행의 수범자로 설정하고, 법인사업자인 경우에는 그가 산업재해를 예방하는 데에 필요한 “안전보건관리체제”를 구축할 의무를 부여하면서, 그 개별적 내용을 매우 상세하게 정하고 있다(제14조 이하). 사업주인 법인은 안전보건의무의 이행을 위해 대표이사로부터 안전보건관리담당자에 이르는 위계적 분업 구조를 사업 내부에 조직화

62) 예를 들어 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도7834 판결.

63) 예를 들어 이근우, 산업안전보건법에서 범죄주체와 책임의 불일치, 형사판례연구 [25], 2017, 126면 이하.

64) 예를 들어 대법원 1999. 7. 15. 선고 95도2870 전원합의체 판결(구 건축법상의 양벌규정)의 다수의견 및 보충의견 참조.

65) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도7834 판결.

66) 이런 논증의 이론적 문제점에 관해서는 변종필, 형법해석에서 법정정책 논거원용의 타당성문제 - 객관적·목적론적 해석카논의 사용과 관련하여 -, 형사법연구 제26호 (2006), 516면 이하 참조.

해야 할 의무가 있다.

여기서 법인사업주 내부의 안전보건관리 업무 담당자들의 의무는 산업안전보건법을 통해 비로소 설정된 것이라는 점이 매우 중요하다. 법인사업주는 회사의 내부적 분업을 조직화할 때 법령에 의해 이미 설정된 의무와 그 내용을 계약이나 업무규칙과 같은 민사법·노동법적 규율을 통해 변경할 수는 없다.⁶⁷⁾ 법령의 규정된 내용은 법인사업주가 조직화책임을 이행할 때 준수해야 하는 최소조건인 것이다. 이는 법인의 준법감시가 바로 법령에 의해 설정된 규범을 법인 내부의 사업구조에 편입시켜 그 법인의 사업 활동이 규범합치적으로 이루어지도록 스스로 통제까지 하도록 함으로써 규범의 내면화 정도와 집행력을 강화하려는 법적 강제⁶⁸⁾라는 점에서도 확인할 수 있다. 따라서 산업안전보건법의 수범자인 법인사업주는 개별 구성요건에 규정된 산업안전보건적의무를 이행할 때 언제나 이 산업안전보건관리체제라는 조직화책임을 통해 이행해야 하는 것이라고 이론구성을 할 수 있다(안전보건관리조직정범 개념). 정범인 법인사업주의 행위는 처음부터 내부조직을 통해 조직화된, 사업주의 산업안전보건관리 “기관”⁶⁹⁾에 의한 집단적 행위인 것이다. 이렇게 보면 산업안전보건법 위반죄의 “사업주”를 해석할 때 법인사업주의 조직화책임에 관여하는 대표이사, 안전보건관리책임자, 관리감독자, 안전관리자, 보건관리자, 안전보건관리담당자와 같은 산업안전보건관리자가 그 의무를 위반하는 경우에는, 해당 개별 범죄구성요건의 사업주성과 의무위반성 표지를 모두 충족한다는 해석 결과를 도출할 수 있다. 안전보건관리체제와 그 조직에 편입되어 있는 내부자들이 안전보건의무를 위반하였다는 것은, 사업주의 안전보건조직이 제대로 작동하지 않은 것으로서 사업주가 조직화책임을 이행하지 않은 것으로 평가될 수 있다. 물론 안전보건조치를 실행하지 않은 자연인은 법인사업주가 아니므로, 양벌규정이 아니면 단지 공범으로만 처벌할 수 있

67) Böse, 위의 논문(각주 44), 44면.

68) 이를 확인하는 최근의 판결로는 대법원 2022. 5. 12. 선고 2021다279347 판결.

69) Jakobs, Strafbarkeit juristischer Personen?, in: Prittwitz (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, 2002, 564면 이하는 기관이 법인의 조직영역에서 자신의 의무를 이행하기 위한 행위는 법인에게 귀속되므로, 자연인 기관의 조직영역과 관련이 없다고 본다. 이와 달리 여기서 문제되는 사례는 사업주의 산업안전보건관리의무를 이행하는 (확장된 의미의) “기관”은 사업주의 조직영역 안에 편입되어 있기는 하지만, 그는 한편으로 사업주에 대하여 의무를 이행해야 하고, 다른 한편으로 이 의무는 법률에 의해 부과된 것, 따라서 이 산업안전보건관리기관은 이중의 의무를 진다는 점에 주의해야 한다. 이런 “이중적 역할”에 대한 지적은 Haas, 위의 논문(각주 1), 137, 138-139면 참조.

다. 그래서 산업안전보건법 제173조가 사업주가 아닌 “행위자”에 대해서까지 - 공범으로 처벌할 수 있는 가능성을 넘어서서 - 형사처벌의 범위를 확장한 것이 정당한 것인지 의문이 남는다. 이 글에서는 단지 양벌규정이 비신분자인 행위자가 실행행위를 한 경우, 실제로 조직을 지배하고 있는 법인사업주는 (개별 구성요건의) 문언상 처벌할 수도 없는데, 양벌규정에 따라 단지 ‘과실’을 근거로 (예외적으로) 처벌한다는 인상⁷⁰⁾을 조직지배의 관점에서 제거한 것에 만족하기로 한다.

IV. 결론을 대신하여

독일 형법학자 록신(Claus Roxin)은 교수자격논문에서 나치정권의 불법을 염두에 두고 발전시킨 자신의 간접정범이론(국가의 기관을 지배한 자에게 조직지배를 근거로 정범성 인정)이 연방법원에 의해 구동독의 고위정치가 사례만이 아니라 거대기업의 사례(BGHSt 49, 147)로까지 확장 적용되는 것을 비판한다. 그렇다고 해서 그가 불만족스런 형사정책적 함의, 즉 정치권력에 비유될 만큼 커다란 사회적 힘을 지닌 기업 또는 경영자의 사회유해적 행위가 형법에 의해 충분히 통제되지 못하는 불합리함에 눈을 감는 것은 아니다. 그는 이 형사정책적 과제를 형사입법자가 신분법과 의무법의 관점에서 구성요건을 정립하는 입법기술을 통해 해결할 수 있다고 본다.⁷¹⁾ 군사독재정권이 최초로 약속하고 또 다른 군사독재정권이 최초로 제정한 산업안전보건법조차 록신이 주장하는 두 가지 입법기술을 담고 있고, 독일 형법에는 없는 양벌규정까지 갖추고 있는데도 여전히 산업안전형법의 입법목적인 산업재해의 예방은 당면한 과제로 남아 있다.⁷²⁾ 오늘도 어떤 근로자는 열심히 일하다가 소리 없이 죽어나가고, 누군가는 뉴스를 듣고는 “희망버스”를 타고 농성장에 응원을 갔다가 경찰에게 두들겨 맞고, 또 다른 누군가는 어디서

70) 이근우, 위의 논문(각주 63), 137면 이하. 또한 김성돈, 기업형법과 양벌규정의 도그마틱. 양벌규정상의 법인에 대한 형벌부과 요건을 중심으로, 형사정책연구 제27권 제2호 (2016.6), 164면 이하 참조.

71) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., 2015, 750면 단락번호 384, 385.

72) 최근의 입법 경향에 대해서는 윤지영 외 8인, 형사입법의 실제와 주요 형사정책별 입법평가(I), 2021, 313면 이하 참조.

공사하다가 또 불이나 사람이 많이 죽었다는 뉴스를 듣고 장례식장에 조문을 가기도 하는 현실을 볼 때마다, 우리는 김훈의 그 “중요한 질문”을 떠올려 곱씹어 보고 또 곱씹어 보다가 밤잠을 설친다: 도대체 “우리는 왜 이런가”?⁷³⁾ 그가 던진 질문에 대하여 이 논문으로 답할 수는 없지만, 이 글에서 산업안전형법의 문제에 관하여 대답은 한 것이라고 이해되기를 희망해 본다.

73) 김훈, 우리는 왜 날마다 명복을 비는가(https://www.hani.co.kr/arti/society/labor/943914.html#csid_x35d95eb321f5c71958958699d2feb0b, 최종접근: 2022. 8. 30.).

참고문헌

- 김성돈, 기업형법과 양벌규정의 도그마틱. 양벌규정상의 법인에 대한 형벌부과 요건을 중심으로, 형사정책연구 제27권 제2호 (2016.6), 129면.
- 김성룡, 『중대재해 처벌 등에 관한 법률』의 적용을 둘러싼 형사법적 쟁점 검토, 경북대학교 법학논고 제77집 (2022.4), 155면.
- 김한균, 안전·보건확보의무의 형법적 부과, 형사정책 제33권 제1호 (2021.4), 95면.
- 변종필, 형법해석에서 법정책적 논거원용의 타당성문제 - 객관적·목적론적 해석카논의 사용과 관련하여 -, 형사법연구 제26호 (2006), 509면.
- 우희숙, 산업재해와 형사책임 - 산업안전보건법 제66조의2를 중심으로 -, 서울대학교 법학 제54권 제1호 (2013.3), 135면.
- 우희숙, 산업안전과 형법 : 산업재해의 예방을 위한 형법의 역할, 형사정책연구 제29권 제1호 (2018.3), 367면.
- 윤지영 외 8인, 형사입법의 실제와 주요 형사정책별 입법평가(I), 2021.
- 이근우, 산업안전보건법에서 범죄주체와 책임의 불일치, 형사판례연구 [25], 2017, 113면.
- 이진국·김성룡·양승국, 산업안전보건법 위반 범죄에 대한 법 적용상 문제점 및 개선방안, 2021.
- 이진국, 기업범죄의 예방수단으로서 준법감시제도(Compliance)의 형법적 함의, 형사정책연구 제21권 제1호 (2010.3), 65면.
- 전형배, 산업안전보건법 양벌규정 적용시 위반행위자의 규범적 의미 - 대법원 2018. 10. 25. 선고 2016도11847 판결 -, 노동법포럼 제26호 (2019.2), 161면.
- 전형배, 중대재해처벌법의 해석상 쟁점, 노동법포럼 제34호 (2021.11), 267면.
- 최정학, 산업안전보건법 제66조의2의 처벌규정에 관한 연구, 일감법학 제36호 (2017.2), 331면.
- Bergmann, Jens, Scheiternde Rechtsnormbildung im Rahmen von Compliance-Kontrolle, Neue Kriminalpolitik 27 (2015), 346면.

- Böse, Martin, Die gesellschaftsrechtlichen Regeln über die Geschäftsführung als Grenze von Garantenpflichten am Beispiel der strafrechtlichen Produktverantwortung, wistra 2005, 41면.
- Bussmann, Kai-D., Wirtschaftskriminalität und Unternehmenskultur, in: Britta Bannenberg/Jörg-Martin Jehle(Hrsg.), Wirtschaftskriminalität, 2010, 57면.
- Curran, Dean, The Organized Irresponsibility Principle and Risk Arbitrage, Critical Criminology 26 (2018), 595면.
- Eidam, Lutz, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015.
- Haas, Volker, Organisierte Unverantwortlichkeit - wie kann man Kollektive strafrechtlich zur Verantwortung ziehen?, in: Matthias Kaufmann/Joachim Renzikowski (Hrsg.), Zurechnung und Verantwortung. ARSP Beiheft 134, 2012, 125면.
- Herzberg, Rolf Dietrich, Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb, 1984.
- Hoyer, Andreas, Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen - Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung, GA 1996, 160면.
- Jakobs, Günther, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991.
- Jakobs, Günther, Strafbarkeit juristischer Personen?, in: Cornelius Prittwitz (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, 2002, 559면.
- Rönnau, Thomas/Becker, Andreas, Vorsatzvermeidung durch Unternehmensleiter bei betriebsbezogenen Straftaten, NStZ 2015, 569면.
- Rotsch, Thomas, Der ökonomischer Täterbegriff, ZIS 2007, 260면.
- Roxin, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., 2015.
- Schall, Hero, Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, in: Klaus Rogall (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, 267면.

- Schlösser, Jan, Organisationsherrschaft durch Tun und Unterlassen. GA 2007, 161
면.
- Schlösser, Jan, Die Anerkennung der Geschäftsherrenhaftung durch den BGH,
NZWiSt 2012, 281면.
- Schünemann, Bernd, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979.

Organized Irresponsibility and organizational Responsibility in the Criminal Law of industrial Safety

Yim, Chul Hee*

This article addresses the criminal law issues regarding the duty of taking safety measures in the industrial context. The main problem and difficulty of criminal political response lies in what can be characterized as organized irresponsibility. This means that a business owner makes profits from risky deals, but does not fulfill his own duty of monitoring the associated risks. He instead shifts control internally to the subordinate employees through the organizational transfer of responsibility and externally to weaker business partners through contracts. However, in the criminal dogmatics it is established that whoever has power over the source of risk must take the criminal responsibility. That person is the business owner. He must actually monitor the source of risk, identify the risk factors, and take effective action to prevent accidents. This paper analyzes the responsibility structure in the context of industrial criminal law based on legislative efforts and judicial decisions. From this, it puts forward the thesis that business owners must take organizational responsibility by virtue of their organizational power which enables them to effectively organize the human resources. The range of the organizational duty of business owners is the core for the criminal dogmatic judging of industrial accidents.

❖ Key words: corporate crime, outsourcing of industrial accidental danger,
industrial safety measures, compliance, corporate -
person-double-penalty regulation

투고일 : 8월 31일 / 심사일 : 9월 27일 / 게재확정일 : 9월 27일
--

* Dr. jur.

학대자 처벌의 윤곽과 방향*

정 지 훈**

국 | 문 | 요 | 약

어떠한 범죄가 학대죄에도 해당하는지에 대한 문제는 단순한 이론적 논쟁의 차원에서 범죄성립에만 머무르는 게 아니라 학대문제 해결을 위한 형사사법체계를 설계하고 운영하기 위한 출발점에 해당한다. 아동·노인·장애인 보호법률에 의하면 이들에게 학대행위를 범한 자에게 「형법」의 학대죄보다 법정형이 무거운 금지행위위반죄가 적용되어 왔다. 그러나 이러한 가중처벌은 특별관계가 될 수 없고 보호법익 역시 다르다고 볼 수 없으므로 이를 근거 삼아 정당화될 수는 없다. 학대죄를 「형법」으로 통합하기 위해서는 우선 학대의 개념과 그에 따른 성립범위를 검토해야 한다. 그 동안 학대가 폭행·협박·상해의 방식으로 행해졌을 때 또는 성적 추행·음란행위를 저질렀을 때는 해당범죄가 성립하므로 학대죄는 문제되지 않는다는 설명이 널리 받아들여져 왔다. 이는 범죄구성요건에 해당하지 않는 행위지만 학대죄로 처벌하는 이유를 보호·감독자의 내적 성향에 의해 발현된 특별한 위험성에서 찾는 일반적 이해를 전제로 하고 있다. 하지만 이와 같은 협의의 학대 개념에 따르면, 범죄의 외부적·객관적 측면의 일부만이 고려될 뿐 학대자와 피해자의 관계성이나 내적 경향이 표출된 이질적 행위태양 등 학대불법의 고유성에 대한 평가가 누락되어 버린다.

학대의 의미는 종래와 같이 협의로만 파악할 것이 아니라 다른 범죄까지 포괄하는 광의로 파악해야 한다. 「형법」의 ‘가혹행위’처럼 일체의 육체적·정신적 고통을 주는 행위로 해석하되, 보호자의 학대성향에 의한 행위라는 성립요건의 차이와 그로 인한 불법의 내용과 성격이 다르다는 점에서 구분된다. 광의의 학대개념을 적용하면 다른 범죄가 성립한 경우에도 이러한 행위가 보호자의 학대성향에 의해 벌어진 것이라면 학대죄와의 상상적 경합으로 처리할 수 있게 된다. 이와 함께 해석상 혼란을 야기하는 복지법률의 신체적·성적·정서적 학대행위는 물론이고 상해·폭행·유기·방임까지 모두 금지행위에서 삭제하고 「형법」으로 통합하면서, 학대죄의 법정형 상한은 폭행·협박이나 유기 등을 포괄할 수 있는 수준인 ‘3년 이하’ 또는 아동학사죄의 ‘5년 이하’로

* 이 논문은 2021년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 인문사회분야 신진연구자지원사업의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2021S1A5A8070942).

또한 이 글은 학문적 공동체를 위한 일에 항상 발 벗고 나서면서도 연구와 강의에 귀감이 되어주셨던故 김슬기 교수의 선행연구에서 많은 도움을 받았음을 밝혀둡니다.

** 법학박사, 서원대학교 경찰학부 조교수.

정하고 벌금형도 그에 맞추어 형사처벌을 선택할 수 있는 폭을 넓힐 수 있도록 개정하면 광의의 학대개념과 「형법」에 의한 학대문제 규율이 선명해 질 수 있다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2022.9.30.3.31>.

❖ 주제어 : 학대범죄, 취업제한, 아동복지법, 노인복지법, 장애인복지법

I. 시작하는 글

학대자를 처벌하라는 사회적 요구는 선명하지만 그 대상이 무엇인지는 뚜렷하지 않다. 입법자는 2000년 이후 사회적인 이슈가 터질 때마다 아동과 노인, 장애인 순서로 이들의 복지를 목적으로 하는 법률에 신체적·성적·정서적 학대행위를 금지행위로 추가하고 학대죄보다 무겁게 처벌하는 조항을 신설하였다. 2010년 이후부터는 학대행위를 상습적으로 범한 자에게 가중처벌을 적용하도록 하는 조항을 빠짐없이 채워 넣었을 뿐만 아니라, 학대죄의 성립 여부와는 상관없이 취업제한의 부과까지 가능하도록 「형법」의 폭행이나 상해 등 개인에게 벌어질 수 있는 대부분의 범죄를 망라하여 ‘학대관련범죄’로 범주해 놓았다.¹⁾

학대범죄가 우리의 현실에서 드물지도 않았건만 언론에 의한 선택적 분노는 매번 입법정치를 부추기고 그 결과 탄생한 새롭고 강한 처벌수단에만 학계와 실무의 관심이 집중되어 왔다. 반면 「형법」이 제정될 때부터 자리를 잡고 있었던 학대죄는 교과서나 연구논문, 법정 어디에서도 제대로 다루어진 적이 없다. 언론을 통해 알려진 심각한 학대사례는 이미 상해죄나 살인죄, 강간죄 등으로 규율해 왔는데, 이 경우 학대죄의 성립을 별도로 인정해야 하는지, 그러기 위해서는 학대의 개념과 성립요건에 대한 기본적인 이해가 바탕이 되어야 하지만, 이러한 논의를 건너뛴 채로 해당사안에 적용될 수 있는 무거운 법정형을 가진 조문을 새로 만들어 선택해 왔을 뿐이다.

그러는 사이 법원은 「아동복지법」 등 복지법률에 규정된 학대행위 처벌조항을 해석·적용함에 있어 최소한의 규범성을 가진 기준조차 정립하지 못한 채로 판결문을 쏟아냈으며, 특히 이 과정에서 동원된 ‘정서적 학대행위’ 개념은 그 불명확성으로 인해 헌법재판소의 심판대상으로 몇 번이나 소환되었다.²⁾ 형사처벌에만 경도된 입법자가 조급하게 동

1) 보호자가 18세 미만 또는 65세 이상이거나 신체적·정신적 장애가 있는 사람에게 「형법」의 폭행·상해·살인·강간 등 다른 법률의 특정한 범죄를 저지른 경우에는 학대죄의 성립 여부와 상관없이 자동적으로 ‘아동학대범죄’ 혹은 ‘장애인·노인학대관련범죄’로 분류된다. 이는 범죄의 종류가 아니라 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조에서 성범죄와 관련된 다양한 처벌조항을 동법의 적용대상인 ‘성폭력범죄’로 범주화해 둬으로써, 그 개념을 통해 간명하게 처벌 및 절차에 대한 특례를 규정하는 것과 같은 입법기술에 해당한다. 「아동복지법」과 「노인복지법」, 「장애인복지법」 모두 이러한 ‘학대관련범죄’ 정의조항을 둔 이유는 각 법률의 보호대상에 대한 특정범죄를 아동·노인·장애인 등에 대한 학대로 간주해 놓는 동시에 이에 대해 취업제한을 부과하기 위해서이다.

원한 취업제한제도는 시행된 지 4년 만에 위헌결정을 받아 다시 개정되는 수순을 겪어왔다.³⁾ 이 글은 위와 같은 학대자 처벌의 현상을 조감해 보고(Ⅱ. 학대행위 처벌체계), 문제해결의 - 유일한 수단은 아니지만 - 중심이 되어야 할 학대개념의 마땅한 의미를 구축하고 학대죄의 위치를 재정립하여 올바른 시작점을 확보하고자 한다(Ⅲ. 학대자 처벌의 재구성적 해체).

Ⅱ. 학대행위 처벌체계

1. 「형법」상 학대죄에 의한 처벌

가. 학대개념과 보호법익

제273조의 범문에 따르면, 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람을 학대한 자에게는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처할 수 있다. 여기에서 ‘몹시 괴롭히거나 가혹하게 대우함’이라는 뜻의 학대(虐待)가 생명·신체에 위협을 줄 수 있는 정도의 육체적 고통을 가하는 행위만을 의미하는지, 그 외에 정신적으로 고통을 주는 경우까지 포함하는지에 대해서는 견해가 일치하지 않는다. 그런데 학대 개념의 범위는 학대죄의 보호법익을 어떻게 파악하는지에 따라 달라진다는 걸 전제로, 생명·신체의 안전이라고 보면 학대의 개념을 협의로 보아야 하지만,⁴⁾ 인격권까지 보호법익으로 포함시켜야 정신적인 고통을 가하는 행위도 학대개념 안에 들어올 수 있다는 설명방식이 공유되는 것으로

2) 헌법재판소 2015. 10. 21. 2014헌바266; 2016. 3. 31. 2015헌바264; 2020. 4. 23. 2019헌바537 등.

3) 헌법재판소 2018. 6. 28. 2017헌마130·405·989(병합). 이러한 위헌결정에 따라 「아동복지법」은 관련조항을 수정하여 2018년 12. 11. 법률 제15889호로 개정되었다. 하지만 그 이후의 취업제한 또한 위헌결정에 나타난 보안처분의 정당화 조건을 충족하지 못하고 있을 뿐만 아니라 이원주의 형사제재 체계의 근본적인 구상에도 어긋나 있다. 이에 관한 자세한 내용은 정지훈, “형사제재로서 취업제한의 정당화 과제”, 「법조」 제68권 제4호, 법조협회, 2019, 318면 이하를 참고.

4) 「형법」상 학대죄의 보호법익이 생명·신체의 안전이기 때문에 생명·신체의 안전을 위태롭게 할 위협을 초래하지 않고 단지 정신적 고통을 주는 행위는 학대에 해당하지 않는다는 이상돈, 「형법강론」(제3판), 박영사, 2020, 474면.

보인다.⁵⁾

하지만 생명·신체의 안전은 차별대우 등의 정신적 고통에 의해서도 위협에 빠질 수 있다는 점에서 보호법익과 학대개념이 논리필연적으로 연결되어야 하는 것은 아니다.⁶⁾ 상해죄와 마찬가지로 정신적 측면을 담당하는 뇌기능 역시 신체에 해당한다는 점에서, 정서적인 고통을 가하는 행위를 학대에 포함시키기 위해서는 인격권을 반드시 보호법익으로 설정해야 한다고 볼 필요는 없기 때문이다.⁷⁾ 피보호·감독자의 인격권을 학대죄의 보호법익으로 설정하는 것이 타당한지에 대한 입법론적 논의와는 별개로, 해석적 측면에서는 생명·신체의 안전이 보호법익인 유기죄(3년 이하 징역 또는 500만원 이하의 벌금)보다·학대의 정도가 유기의 정도에 이를 것을 요구하는데 이견이 없는데도 - 학대죄의 법정형(2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금)이 오히려 낮게 설정된 지금까지의 「형법」 체계 안에서 보호법익을 파악해야 한다.

1940년 ‘일본개정형법가안’의 내용을 그대로 받아들여 제정 「형법」에서부터 유기의 죄와 함께 규정된 이후 오늘에 이르렀다는 연혁과 함께 인격권의 법적 성격을 고려한다면,⁸⁾ 그리고 무엇보다 인격권은 살인죄·상해죄·유기죄 또는 폭행죄 등의 다른 범죄에

- 5) 보호법익을 어떻게 이해하느냐에 따라 학대개념의 해석범위가 달라진다는 명시적인 서술로는 김성돈, 「형법각론」(제8판), SKKUP, 2022, 133면(특히 각주 246); 최호진, 「형법각론」, 박영사, 2022, 106면. 같은 맥락에서 학대행위를 광의로 이해하는 이상 보호법익을 인격권(만)으로 파악해야 논리적이라는 설명으로 임웅, 「형법각론」(제12정판), 법문사, 2021, 131면과 140면.
- 6) 이와 같은 지적으로 오영근, 「형법각론」, 대명출판사, 2002, §6/18. 예컨대 학대죄의 보호법익을 생명·신체의 안전으로 파악하면서도 정신적 고통을 가하는 방식의 학대행위도 인정하는 문헌으로 박상기, 「형법각론」(제5판), 박영사, 2004, 98면; 배종대, 「형법각론」(제13판), 홍문사, 2022, [29]/1; 정성근/박광민, 「형법각론」(제4판), 삼영사, 2011, 110면. 반대로 인격권도 보호법익에 포함시키면서도 육체적 고통을 가하는 학대행위만을 인정하는 견해로 이재상/장영민/강동범, 「형법각론」(제12판), 박영사, §6/25.
- 7) 독일에서는 제225조의 학대죄(Mißhandlung von Schutzbefohlenen)의 보호법익을 신체뿐만 아니라 정신적인 완전성까지로 파악하는 견해가 통설적으로 받아들여지고 있는데[Günther M. Sander, 「Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch/Strafgesetzbuch」(4. Auflage), Band 4, C.H.Beck, 2021, §225 Rn.1], 학대는 신체를 대상으로 한 행위만으로 한정하는 견해가 다수설로 소개되어 있다[예컨대 Adolf Schönke/Horst Schröder, 「Strafgesetzbuch Kommentar」(30. Auflage), C. H. Beck, 2019, §225 Rn.13(Sternberg-Lieben 집필 부분)].
- 8) “일반적 인격권이란 사적 생활형성을 위한 자율적 영역인 사생활영역의 보호를 비롯하여 ‘인간의 존엄성과 밀접한 연관관계를 보이는 자유로운 인격발현의 기본조건’을 포괄적으로 보호하고자 하는 기본권”이라는 설명으로 한수웅, 「헌법학」(제11판), 법문사, 2021, 563면. 헌법재판소는 인격권을 「헌법」 제10조 제1문에서 도출되는 개별적 기본권으로 인정하고 있다(헌법재판소 1990. 9. 10. 89 헌마82 등).

의해서도 침해될 수 있으므로 이를 유독 학대죄의 독자적인 보호법익으로 인정되어야 할 특별한 근거를 찾기 어렵다.⁹⁾ 판례 역시 학대를 “육체적으로 고통을 주거나 정신적으로 차별대우를 하는 행위”¹⁰⁾로 보면서, 그 정도가 “단순히 상대방의 인격에 대한 반인륜적 침해만으로는 부족하고 적어도 유기에 준할 정도에 이르러야 한다”¹¹⁾고 판시함으로써, 학대죄의 성립 여부에 대하여 인격권에 대한 침해가 아닌 생명·신체의 안전을 객관적으로 위태롭게 할 만한(가능성이 있는) 행위였는지를 검토한 바 있을 뿐이다.¹²⁾

나. 학대성향과 죄수

그렇다면 보호·감독자가 학대과정에서(혹은 학대의 수단으로) 폭행·유기·상해·감금·강간 등의 범죄를 저지른 경우에 학대죄는 별도로 성립하는가? 여기서 짚고 넘어가야 할 학대죄의 성립요건이 바로 초과주관적 구성요건요소로서 행위자의 일정한 주관적인 행위경향이다. 학대죄를 경향범(傾向犯, *Tendenzdelikt*)의 일종으로 분류하는데 있어 이를 부정하는 문헌은 보이지 않는다.¹³⁾ 경향범은 구성요건행위가 행위자의 강한 의사방향에 따라 지배될 뿐만 아니라 이 강화된 의사방향이 보호법익에 대한 특별한 위험성을 불러일으키는 특징을 가진 범죄형태라고 설명되어 왔다.¹⁴⁾

이러한 성립요건은 상해나 유기 등과 같이 「형법」의 다른 규정들에 의해서 처벌할 수 없는 생명·신체에 대한 위험행위라도 학대성향을 가진 보호·감독자에 의해 저질러진 경우에는 이를 학대죄로 처벌할 수 있는 근거에 해당한다. 이는 동시에 생명·신체의 안전이라는 법익을 보호하기 위한 더 중하게 처벌하는 다른 범죄가 성립하더라도, 그러한 행

9) 위와 같은 이유로 인격권은 상해죄·유기죄 등에서도 보호법익이 아니라 이들 구성요건에 의해서 보호되는 반사적 이익에 불과하다는 견해로 이정원, 「형법각론」, 신론사, 2012, 116면. 이 밖에 인격권은 학대죄의 독자적인 보호법익이 아니라 부차적인 것에 불과하다는 서술은 이상돈, 앞의 책, 467면.

10) 대법원 1986. 7. 8. 선고 84도2922 판결.

11) 대법원 2000. 4. 25. 선고 2000도223 판결.

12) 「형법」상 학대죄가 ‘생명, 신체를 보호법익’으로 하고 있다는 명시적인 판결로 울산지방법원 2017. 8. 4. 선고 2017노542 판결.

13) 독일 「형법」 제225조에서 두 번째 행위방식인 ‘가혹한 학대’에서는 특별한 주관적 요소로 피해자에 대한 행위자의 무정함(*Gefühllosigkeit*)이 요구된다는 설명이 일반적이다(*Günther M. Sander*, 앞의 책, Rn.27).

14) 김일수/서보학, 「형법총론」(제13판), 박영사, 2018, 160면.

위가 보호·감독자의 학대성향에 의해 행해진 경우에 그러한 고유한 불법을 온전하게 평가하기 위해서는 학대죄도 성립하는 것으로 처리하기 위한 연결고리로 볼 수 있다(다만 학대의 개념을 어떻게 파악하느냐에 따라 경합범 여부가 달라지는데 이에 대해서는 후술한다).

예를 들어 피보호·감독자에게 상해를 가한 경우에 행위자의 그러한 행위가 학대성향의 실현수단으로 행해진 것으로 인정된다면 학대죄도 성립한다고 보고 상해죄와 상상적 경합관계로 처리해야 하는지가 문제된다.¹⁵⁾ 독일연방대법원은 1995년 판결을 통해 학대죄와 상해치사죄의 죄수관계를 범조경합으로 판단해왔던 종래의 입장¹⁶⁾을 변경하여 상상적 경합으로 정리한 바 있다.¹⁷⁾ 가해자와 피해자의 의존적 관계와 그로 인한 행위반가치 같은 학대죄의 독자적인 불법내용을 상해죄나 상해치사죄의 구성요건만으로 파악하기에는 충분하지 않다는 이유를 밝혀 놓았다. 이러한 논리를 반대로 적용하면 보호·감독자가 그 대상에게 상해 등의 범죄를 범하였더라도 해당 사례가 행위자의 학대경향과 무관한 것이라고 판단된 경우에는 학대죄의 성립을 부정해야 할 것이다.

반면 한국의 사법부는 학대행위가 동시에 다른 범죄구성요건에도 해당하는 사례를 판단함에 있어 학대성향을 비롯한 학대죄의 고유성을 어떻게 평가할 것인지나 죄수판단의 기준에 대하여 명시적으로 실시한 적이 없다. 대법원은 일찍이 4세의 아들이 대소변을 가리지 못한다고 ‘닭장에 가두고 전신을 구타한’ 사례를 「형법」상 ‘학대’치사죄로 판단하면서도 기본범죄를 폭행이나 상해가 아닌 학대죄로 설정한 이유를 전혀 제시하지 않았다.¹⁸⁾ 이후 「아동복지법」에서 처벌하는 정서적 학대행위의 인정 여부에 대해서 대법원과 헌법재판소는 판단기준의 하나로 ‘행위자의 평소 성향이나 유사행위의 반복성’ 정도

15) 신체적 학대와 상해는 특별관계로 봐야 하지만, 정신적 학대에 의한 학대죄는 제223조의 상해죄뿐만 아니라 제224조의 특수상해, 제226조의 중상해, 제227조의 상해치사죄와 상상적 경합이 가능하다는 설명으로 Urs Kindhäuser/Ulfried Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen(Hrsg.), 「Strafgesetzbuch」 (5. Auflage), Nomos, 2017. Rn.23(Hans-Ullrich Paeffgen/Martin Böse 집필부분).

16) BGH, 27.3.1953 - 1 StR 689/52.

17) BGH, 30.3.1995 - 4 StR 768/94. 피고인인 모친이 딸에게 약 8개월 동안 폭행을 가하여 학대를 했는데, 어느 날 피고인이 손바닥으로 딸의 뺨을 때려서 넘어진 딸이 가구에 머리를 부딪쳐 수일 후에 사망한 사안이다. 본건에서는 현행 규정의 개정 전인 1994년 독일 「형법」 제223조b가 적용되었다. 원심은 피고인의 행위가 제1항의 “괴롭힘”에 해당한다고 인정하면서도 선례를 원용하여 본죄와 상해치사죄는 범조경합의 관계에 있다고 판단하여 피고인에게 상해치사죄(제226조)를 선고하였다.

18) 대법원 1969. 2. 4. 선고 68도1793 판결.

를 들고 있을 뿐이고,¹⁹⁾ “아동에 대한 정서적 학대의 목적이나 의도가 있어야만 인정되는 것은 아니”라고 보았다.²⁰⁾ 「형법」의 학대죄에 대해서는 침묵하면서 다른 법률에 의한 학대행위 처벌에 있어서는 초과주관적 구성요건을 요구하지 않는다는 입장인 것이다.

그런데 최근에는 기본범죄의 행위유형이 「형법」상 상해행위로 특정된 아동학대치사 사건에서 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 ‘아동학대처벌법’) 제4조의 아동학대치사죄를- 상해치사죄의 가중적 신분범이 아니라- 진정신분범으로 해석함으로써, 상해에 의한 아동학대와 상해를 별개의 구성요건으로 파악하는 입장을 드러낸 바 있지만,²¹⁾ 판결문 어디에도 이러한 결론의 구체적인 근거는 찾아볼 수 없다.²²⁾ 하급심 판결

19) 어린이집 장애전담교사가 장애아동의 팔을 세게 잡는 등의 행위가 「아동복지법」의 신체적 학대행위에 해당한다고 판단한 대법원 2020. 1. 16. 선고 2017도12742 판결. 동법의 정서적 학대행위를 판단함에 있어 “가해자의 평소 성향이나 행위 당시의 태도, 행위의 반복성이나 기간 등”을 고려해야 한다는 헌법재판소 2015. 10. 21. 2014헌바266.

20) 대법원 2015. 12. 23. 선고 2015도13488 판결. 어린이집 원장인 피고인은 피해아동의 머리를 때린 것은 인정하면서도 이는 ‘학대할 의도’로 한 행위가 아니라고 다투어왔으나 항소심(의정부지방법원 2015. 8. 21 선고 2015노492 판결)과 대법원 모두 이를 인정하지 않았다. 물론 ‘학대할 의도’가 학대성향인지는 분명하지 않다. 일반적으로 학대죄와 함께 경향범이라고 소개되어 있는 강제추행죄에 대해서 대법원은 “그 성립에 필요한 주관적 구성요건요소는 고의만으로 충분하고, 그 외에 성욕을 자극·흥분·만족시키려는 주관적 동기나 목적까지 있어야 하는 것은 아니다”고 판시함으로써, 「형법」 제305조 미성년자의제강제추행죄가 성립하려면 경향범의 요건을 갖추었는지를 검토해야 한다는 피고인의 주장을 배척하면서 초과주관적 구성요건요소가 요구되지 않는다고 명시적으로 판단한 바 있다(대법원 2006. 1. 13. 선고 2005도6791 판결).

21) 대법원 2021. 9. 16. 선고 2021도5000 판결[피해아동 甲의 친모인 피고인 乙이 자신과 연인관계인 피고인 丙과 공모하여 甲을 지속적으로 학대함으로써 사망에 이르게 하였다는 공소사실에 대하여 (구)아동학대처벌법 제4조, 제2조 제4호 (가)목, 「형법」 제257조 제1항, 제30조를 적용법조로 공소가 제기된 사안에서, (구)아동학대처벌법 제4조, 제2조 제4호 (가)목 내지 (다)목은 보호자가 같은 법 제2조 제4호 (가)목 내지 (다)목에서 정한 아동학대범죄를 범하여 그 아동을 사망에 이르게 한 경우를 처벌하는 규정으로 「형법」 제33조 본문의 ‘신분관계로 인하여 성립될 범죄’에 해당하므로, 피고인 丙에 대해 형법 제33조 본문에 따라 (구)아동학대처벌법(아동학대치사)죄의 공동정범이 성립하고 같은 법 제4조에서 정한 형에 따라 과형이 이루어져야 한다는 이유로, 이와 달리 피고인 丙에 대하여 「형법」 제33조 단서를 적용하여 「형법」 제259조 제1항의 상해치사죄에서 정한 형으로 처단한 원심판단에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례].

22) 본 판결의 1심인 대전지방법원 2020. 10. 6. 선고 2020고합140, 255(병합) 판결과 피고인 丙에 대한 2심 판결인 대전고등법원 2021. 4. 20. 선고 2020노371-1에서는 모두 피고인 丙이 「아동복지법」 제3조 제3호에서 정한 ‘보호자’에 해당하지 않으나, 신분관계 있는 피고인 乙과 공모하여 범행을 저질렀으므로 아동학대처벌법 위반(아동학대치사)죄가 성립하되, 「형법」 제33조 단서에 의하여 「형법」 제259조 제1항 상해치사죄에서 정한 형으로 처단하였는데, 위 대법원 판결은 이를 파기환송하면서도 결론만 내놓은 것이다.

에서도 별다른 논거 없이 보호·감독자에 의한 신체적 학대행위가 상해에 이른 경우에 상해죄뿐만 아니라 「아동복지법」의 신체적 학대행위 금지위반죄도 인정한 후 양죄를 상상적 경합으로 처리한 사례를 빈번하게 발견할 수 있다.²³⁾

2. 복지법률에 의한 학대행위 처벌

가. 미성년자를 학대한 경우

1961년 「아동복지법」을 제정하면서부터 ‘자기의 보호 또는 감독을 받는 아동을 학대하는 행위’를 금지행위의 하나로 규정해 놓고 이를 위반하면 ‘30만원 이하의 벌금 또는 구류’에 처하기 시작하였다. 1981년 「아동복지법」으로 전부 개정되면서 법정형을 ‘2년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금’으로 올림으로써 1995년 개정되기 전 「형법」의 학대죄보다 무겁게 처벌할 수 있었다(법률 제3438호). 2000년 법률 제6151호 이후부터는 금지행위의 주체를 ‘누구든지’로 확대하고, 아동학대 정의조항²⁴⁾을 신설하면서 그에 맞춰 금지행위로서의 학대행위를 신체적·성적·정서적 영역으로 세분화하고 법정형을 ‘5년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금’으로 대폭 상향하였다.

학대행위를 포함한 금지행위를 상습적으로 범한 자를 가중처벌하는 조항의 신설은 2004년 법률 제7143호를 통해서였고, 학대행위에 대한 처벌강도는 2006년과 2008년에 각각 벌금만 3천만원(법률 제7591호)과 5천만원으로 올린 이후 오늘에 이르고 있다(법률 제14925호). 더 나아가 동법은 2014년 개정 이후부터 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 성적 학대행위를 다른 금지행위보다 2배 무거운 ‘10년 이하의 징역 또는 5천만 이하의 벌금’으로 처벌해왔고(법률 제12361호), 2018년 4월 25일부터 이에 대한 벌금을 1억원까지 가능하도록 고쳤다(법률 제14925호).

23) ① 어린이집 선생인 행위자가 2살짜리 아동의 팔을 깨물어 교상을 가한 사건에서 상해와 아동복지법상 신체적 학대의 상상적 경합을 인정한 수원지방법원 2015. 10. 14 선고 2015노1889 판결.

② 11세인 여자아동이 고집을 부리며 말을 듣지 않는다는 이유로 회초리로 수회 때려 약 2주간의 상해를 입힌 경우에 상해죄와 「아동복지법」상 신체적 학대행위의 상상적 경합을 인정한 대구지방법원 2021. 3. 9 선고 2020고단6591 판결 등.

24) “아동학대”라 함은 보호자를 포함한 성인에 의하여 아동의 건강·복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 신체적·정신적·성적 폭력 또는 가혹행위 및 아동의 보호자에 의하여 이루어지는 유기와 방임을 말한다(제2조 제4호).

그런데 위 「아동복지법」은 피학대자가 18세 미만인 아동의 경우에 적용되도록 설정되었는데, 입법자는 이미 1999년부터 만 19세 미만인 청소년에 대한 학대행위를 더 무겁게 처벌하는 규정을 갖추고 있었다. 「청소년보호법」이 1999년 2월 5일 법률 제18550호로 개정되면서 ‘누구든지 청소년을 학대’하면(제30조) 벌금 없이 ‘5년 이하의 징역’에 처하도록 규정한 이후 오늘에 이르고 있기 때문이다(제57조). 이에 따라 18세인 청소년은 물론이고 18세 미만자에게 일정한 성적 학대행위와 상습학대로 평가된 경우를 제외한 학대행위를 저지른 자에게는 「청소년보호법」이 우선적용될 수 있는 상황이다.²⁵⁾

나. 노인과 장애인을 학대한 경우

1981년 제정된 「노인복지법」은 2004년에 비로소 노인학대의 개념²⁶⁾과 함께 누구든지 처벌되는 금지행위로서 - 성적 학대행위라고 명시하지는 않았지만 - ‘성적 수치심을 주는 성폭행·성희롱 등의 행위’를 신설하고 「형법」의 학대죄보다 무겁게 처벌할 수 있게 되었다(법률 제7152호). 그 외에 노인에 대한 (직계비속과 그의 배우자가 아닌 자의) 폭행·상해·유기를 금지행위로서 「형법」보다 가중처벌할 뿐 학대행위를 따로 규율하지 않았다.²⁷⁾ 2016년 개정을 통해 ‘폭언, 협박, 위협 등으로 노인의 정신건강에 해를 끼치는 정서적 학대행위’를 추가하면서, 금지행위의 법정형을 ‘5년 이하의 징역 또는 5천만 이하의 벌금’으로 벌금만 2천만원 올렸다. 이와 동시에 금지행위를 상습적으로 위반한 자에 대한 가중처벌을 도입한 이후 현재까지 유지되고 있다(법률 제14320호).

1981년 「심신장애인복지법」으로 출발한 「장애인복지법」은 2012년부터 장애인학대 개념을 명시해 두었지만(법률 제11521호),²⁸⁾ ‘장애인에게 성적 수치심을 주는 성희롱·

25) 아동학대처벌법이 아동학대에 대하여 가장 우선적용도록 규정되어 있는 이상, 위와 같은 법정형의 차이와 상관없이 아동학대범죄의 전제가 되는 「아동복지법」의 규정을 「청소년보호법」의 특별규정으로 보는 것이 타당하다는 주장으로 김슬기, “제정 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 검토”, 「법학연구」 제24권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 2014, 208면.

26) “노인학대”라 함은 노인에 대하여 신체적·정신적·성적 폭력 및 경제적 착취 또는 가혹행위를 하거나 유기 또는 방임을 하는 것을 말한다(제2조 제3호).

27) 자기 또는 배우자의 직계존속을 상해하거나 유기한 경우에는 「형법」상 해당조항의 법정형이 ‘10년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금’이기 때문에(제257조 제2항, 제271조 제2항) 「노인복지법」이 적용되지 않지만, 행위자와 피해자가 동일한 관계이더라도 「형법」의 존속폭행죄(제260조 제2항)와 존속학대죄(제273조 제2항)는 금지행위 위반의 법정형인 ‘5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금’보다 가볍기 때문에 특별법으로 처벌받게 된다.

성폭력 등의 행위’ 및 ‘장애인의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위’를 금지행위로 처벌하기 시작한 것은 2017년 법률 제13366호가 시행된 이후부터 가능해졌다.²⁹⁾ 같은 해에 다시 이에 대한 처벌수위를 벌금만 각각 3천만원과 2천만원 증액하여 ‘10년 이하 1억 원 이하의 벌금’과 ‘5년 이하의 징역 또는 5천만 이하의 벌금’으로 올려 놓았으며(법률 제14562호), ‘장애인학대관련범죄’ 개념을 신설하고 이에 대한 상습범을 모두 가중처벌하는 조항은 2021년 6월 30일부터 시행되었다(법률 제17791호).

Ⅲ. 학대자 처벌의 재구성적 해체

1. 학대행위 처벌구조의 난맥상

가. 특별관계에 의한 가중처벌은 정당한가?

형법각론 교과서를 보면 그 이유를 명시적으로 밝혀놓지는 않았지만 18세 미만의 사람에 대한 학대행위는 「형법」의 학대죄가 아니라 「아동복지법」이 적용된다는 설명을 흔히 볼 수 있다.³⁰⁾ 여기에서 「청소년보호법」이나 「노인복지법」, 「장애인복지법」의 우선 적용은 왜 누락되었는지에 대한 문제는 일단 차치하고 본다면, 이러한 서술에는 금지행위 위반죄의 법정형이 더 무거우므로 가중처벌규정에 해당한다거나³¹⁾ 법조경합 중 특별관계에 있다는 이해가 깔려 있는 것으로 보인다.³²⁾

28) “장애인학대”란 장애인에 대하여 신체적·정신적·정서적·언어적 폭력이나 가혹행위, 경제적 착취, 유기 또는 방임을 하는 것을 말한다(제2조 제3호).

29) 2012년 법률 제11977호로 금지행위가 신설되었지만 처벌조항을 두지 않았다. 이에 따라 2015년 12월 23일 개정법률이 시행되기 전까지는 아동이나 노인이 아닌 장애인에 대한 성적·신체적·정신적 학대행위는 「형법」의 학대죄로 규율될 수밖에 없었다.

30) 예컨대 김성돈, 앞의 책, 140면; 김일수/서보학, 「형법각론」(제9판), 박영사, 2018, 93면; 배종대, 앞의 책, [29]/1; 손동권/김재윤, 「형법각론」(제2판), 율곡출판사, 2022, 105면; 이상돈, 앞의 책, 473면; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, §6/23; 최호진, 앞의 책, 107면.

31) 이호중, “학대피해아동의 보호를 위한 법체계의 개선방안”, 「저스티스」 제134호, 한국법학원, 2013, 7면.

32) 「아동복지법」 위반죄가 「형법」의 학대죄에 대해 법조경합 중 특별관계에 있다고 명시적으로 서술하고 있는 신동운, 「형법각론」(제2판), 법문사, 2018, 640면.

이와 달리 「아동복지법」에서 처벌하는 신체적·정서적 학대행위와 「형법」의 학대죄는 불법의 성격과 내용이 다르므로 원칙적으로 경합범의 관계로 처리되어야 한다는 주장도 개진되어 있다. 학대죄가 생명·신체라는 법익을 보호하기 위한 보충적 범죄규정인 데 비해, 아동의 건강·복지 또는 정상적인 발달을 저해할 수 있는 행위를 금지하는 처벌규정은 서로 불법의 취지와 내용이 다르기 때문이라는 것이다.³³⁾ 이러한 논지에 따르면 학대죄와 복지법률에 의한 학대행위 처벌 간의 죄수관계는 행위객체가 장애인이거나 노인인 경우에도 동일하게 처리하게 된다.

그런데 양쪽 주장은 모두 아동 등에 대한 학대행위를 「형법」보다 훨씬 무겁게 벌하는 현행 체계가 정당하다는 것을 전제로 삼고 있다. 우선 특별관계에 의한 가중처벌로 이해하는 견해를 살펴보자면, 「형법」보다 성립범위가 넓은 처벌조항을 학대죄의 특별관계로 해석할 수 없다는 한계부터 직면하게 된다. 아동·노인·장애인에 대해 금지되는 학대행위의 주체가 ‘누구든지’로 명시되어 있기 때문이다.³⁴⁾ 그렇다면 위 교과서 등에서 의 서술이 학대죄에 관한 것이므로 아동 등에 대한 보호·감독자의 학대행위를 전제한 것이라고 선해할 경우에는 문제가 해결될지를 검토해야 한다. 이를 위해서는 행위의 객체뿐만 아니라 그들에 대한 학대행위도 「형법」보다 더 좁게 해석되어야 한다.³⁵⁾

하지만 아동·노인·장애인이라는 학대의 행위객체는 ‘보호 또는 감독을 받는 사람’의 대표적인 예에 해당할 뿐 질적으로 다르다고 보기 어렵다는 점에서, 가해자와 피해자 사이의 특별한 관계는 이미 「형법」에도 반영되어 있는데도 무조건적(획일적)으로 2.5배에서 5배에 이를 정도로 현저하게 처벌의 무게를 무겁게 책정해야 할 만큼(법정형의 차이가 정당화될 만큼) 추가적인 구성요건 표지를 갖췄는지는 의문이다.³⁶⁾ 또한 현행법의 개

33) 류부곤, “아동학대범죄의 개념과 처벌에 관한 법리적 검토”, 「형사정책」 제27권 제1호, 한국형사정책학회, 2015, 145면.

34) 이 뿐만 아니라 법원은 「아동복지법」의 학대행위 처벌조항에 대해서 학대성향을 성립요건으로 요구하지 않는다(각주 20).

35) 「아동복지법」의 학대개념을 좁게 해석하고 이에 미치지 못할 때에는 「형법」상 학대개념에 해당되는지 검토해야 특별법과 일반법의 관계를 합리적으로 파악하는 것이라는 설명으로 오영근, “2016년도 형법판례 회고”, 「형사판례연구」(25), 박영사, 2017, 651면.

36) 더 나아가 보호자인 가해자도 장애인인 경우뿐만 아니라 피학대자의 장애 정도가 심하지 않아서 취약성과 관계없는 사례 등과 같이 피학대자의 특성이 비난가능성을 높이지 않는다고 볼 만한 유형인 경우에도 일괄적으로 가중처벌되어야 하는지 의문이라는 차성안, “장애인학대범죄의 형사법적 쟁점과 개선방안”, 「법학연구」 제32권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2021, 220면과 224면. 이러한 비판은 노인이나 미성년자인 경우에도 제기될 수 있다.

정방향이 학대의 정의에 맞춰 처벌범위를 가시적으로 확대하기 위해서 이들에 대한 학대의 유형을 신체적·성적·정서적 영역으로 나열하면서 보호자 여부와 상관없이 동일하게 처벌되도록 ‘금지행위’위반죄를 입안했다는 사실을 고려한다면, 이를 두고 특별관계로서 피학대자의 특성을 반영한 학대죄의 가중처벌 입법으로서 정당화된다고 단언할 수는 없다. 그뿐만 아니라 복지법률의 금지행위로서의 학대가 「형법」보다 협소하고 무거운 개념이지만 다른 일반범죄와 중복되지 않거나 미치지 못하는 한계선을 확정하기도 현실적으로 어렵다. 따라서 이러한 규정체계는 의미가 동일한 구성요건을 규정하면서 법정형만 상향 조정한 형사특별법에 대하여 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃은 것으로서 평등원칙에 위반된다고 결정한 헌법재판소의 선례들에 저촉될 가능성이 높다.³⁷⁾

나. 학대행위의 처벌을 통해 보호되는 법익이 다를 수 있는가?

한편 전술한 바와 같이 「형법」의 학대죄와 「아동복지법」상 학대행위 금지규정을 특별관계가 아닌 경합범으로 처리해야 한다는 견해는, 두 규정의 보호법익이 서로 다르다는 이유를 내세운다. 다시 말해 ‘생명·신체의 안전’과 ‘아동의 건강, 복지 또는 정상적인 발달’은 불법의 성격과 내용에서 구별되기 때문에 학대라는 동일한 표현에도 불구하고 불법성이 일치하지 않으므로, 예컨대 10살짜리에게 폭언이나 차별적 행위 등의 무형적 학대행위를 하면 「형법」의 학대죄와 별개로 「아동복지법」의 정서적 학대까지 두 개의 범죄가 성립한다고 본다. 마찬가지로 이유에서 「형법」의 상해죄가 성립하더라도 「아동복지법」에서 금지하는 신체적 학대행위와는 상상적 경합범 관계를 인정해야 타당하다고 주장한다.³⁸⁾ 이러한 관점을 노인과 장애인에게 성적·정서적 학대행위가 범해진 사례에도 투영해 보면, 이들에 대한 금지규정 위반죄 역시 복지 등을 보호법익으로 삼는 것으로 이해될 수 있으므로 「형법」의 학대죄를 비롯한 해당범죄와 경합범으로 처리되어야

37) 대표적으로 (구)「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」(2006. 3. 24. 법률 제7891호로 개정되고, 2014. 12. 30. 법률 제12896호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 중 “흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제260조 제1항(폭행), 제283조 제1항(협박), 제366조(재물손괴등)의 죄를 범한 자”부분이, ‘위험한 물건을 휴대하여’라는 구성요건이 포함된 「형법」상 특수폭행(제260조 제1항), 제284조(특수협박), 제369조(특수손괴) 보다 가중처벌되도록 한 규정은 가중적 구성요건의 표지가 전혀 없이 의미가 동일하므로 위헌이라는 헌법재판소 2015. 9. 24. 2014헌바154 등.

38) 류부근, 앞의 논문, 148면.

할 것이다.

이러한 견해에서 말하는 위 3가지 법률들의 공통적인 보호법익을 편의상 복지(권) 정도로 표현해도 무리가 없을 것 같다. 위와 같은 논리를 동원하면 아동·노인·장애인에 대한 학대행위 처벌규정은 「형법」의 학대죄와는 별개의 범죄로서, 복지(권)라는 질적으로 다른 보호법익을 침해하는 행위에 대한 불법성을 규정하고 있으므로 그 보다 법정형이 높더라도 입법의 재량 내지 형성의 자유 영역으로 볼 수 있게 된다.³⁹⁾ 하지만 아동 등에 대한 복지(권)를 「아동복지법」 등이 전유할 수 있는 직접적인 보호법익으로 위치시킬 수 있는지는 비판적으로 검토될 수밖에 없다. 「형법」상 학대죄의 보호법익으로 인격권을 인정할 수 있는지에 대한 논의와 마찬가지로, - 기본권으로서의 성격도 정립하지 못한 - 복지(권)이 그 자체로 형법적 보호법익이 될 수 있는지도 의문일 뿐만 아니라, 아동이나 노인 등에게 폭행이나 상해, 유기와 성폭력 등 다른 「형법」의 규정을 비롯한 여타의 범죄를 저지른 경우에도 그들의 복지(권)는 침해될 수 있기 때문이다.

특히 학대죄와 동일한 행위주체가 똑같은 행위를 아동·노인·장애인에게 가했다고 해서 보호법익이 달라진다는(달라져야 한다는) 논거가 설득력 있게 제시되지 않는 이상, 금지행위로서 학대행위의 고유한 불법성은 인정되기 어려울 것이다. 단지 상이한 입법목적 가진 법률에 규정되어 있다는 형식적 측면에 연유한다거나 중한 법정형을 확보하기 위해 보호법익을 다르게 파악한 것이라면,⁴⁰⁾ 이는 보호법익이 같지 않다는 걸 전제한 뒤 「형법」과 복지법률 처벌조항 간 관계의 정당성을 끼워 맞추는 전도된 해석은 아닌가라는 의심에서 자유롭기 어렵다. 결국 복지법률의 목적에 해당한다고 해서 처벌규정의 독자적인 법익이 되어야 한다고 볼 수는 없으며, 복지(권)는 피보호자에 대한 학대 등 범죄를 금지함으로써 간접적으로 보호되거나 부수적 이익에 불과할 뿐이라고 보아야 한다.

39) 헌법재판소 1995. 4. 20. 91헌바11.

40) 류부곤, 앞의 논문, 145면에 의하면 “학대죄의 학대행위는 살인행위, 살해행위, 유기행위 이외의 생명·신체에 대한 위협행위”라는 소극적인 개념으로 보기 때문에 「형법」의 학대죄는 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 ‘보충적 규정’으로 파악하고 있다. 그런데 「아동복지법」상 학대를 동일한 개념으로 설정하면 폭행죄, 협박죄 유기죄 등이 성립한 경우에는 더 무거운 동법의 금지행위로는 처벌하지 못하게 된다. 이러한 결과를 피하려면 「아동복지법」의 학대행위를 폭행이나 상해 등 기존의 구성요건과는 다른 개념으로 구성해야 하는데, 구체적으로 밝혀놓진 않았지만 이를 위해 보호법익을 복지(권)로 설정한 것으로 보인다.

2. 학대 개념의 재정립을 통한 학대죄의 성립범위 확보

위와 같은 검토 끝에 「형법」의 제273조와 아동·노인·장애인에 대한 학대행위를 더 무겁게 처벌하는 조항이 양립하고 있는 현행 체계는 더 이상 유지되기 어렵다는 중간결론이 도출된다. 그렇다면 학대죄를 새롭게 정립할 필요가 있는데, 이를 위해서는 우선 지금까지의 학대 개념부터 다시 살펴보아야 한다. (구)「형법」에선 규정하지 않았던 학대죄는 제정 「형법」에서 지금과 같은 형태로 입안되었는데, 이는 일본에서 1940년 발표된 ‘개정형법가안’의 각칙을 그대로 들여온 것이지만 정작 일본에서는 범죄목록에서 제외되었다. 이러한 입법적 배경과 가치충전이 필요한 개념의 특성이 어우러졌기 때문인지,⁴¹⁾ 그동안 「형법」의 학대행위는 다른 범죄와의 관계에서 소극적으로 해석·적용되어 왔다.

지금까지 학대의 개념에 정서적 고통을 포함시킬 것인지에 대해서만 논의가 고착되었을 뿐, 학대가 폭행이나 협박, 유기와 상해 등 다른 범죄를 통해 범해졌을 경우에 대해서는 적극적으로 다루어지지 않았다. 학대가 폭행·협박·상해의 방식으로 행해졌을 때 또는 성적 추행·음란행위를 저질렀을 경우에는 해당범죄가 성립하므로 학대죄는 문제되지 않는다는 설명을 광범위하게 볼 수 있는데,⁴²⁾ 이에 반대하거나 경합범으로 주장하는 견해가 보이지 않는다는 점에서 이러한 시각이 널리 받아들여지고 있는 것으로 보인다. 이는 범죄구성요건에 해당하지 않는 행위지만 학대죄로 처벌하는 이유를 보호·감독자의 내적 성향에 의해 발현된 특별한 위험성에서 찾는 일반적 이해를 전제로 하고 있다. 학대행위가 구성요건으로서 정형화되기 어려움에도 불구하고, 적극적 일반예방효과에 의한 규범의식의 창출을 도모하고 이를 통해 국가의 특별예방처우가 개입할 수 있도록 학대를 범죄화하는 전략에 기반한 것이다.⁴³⁾

41) ‘가치충전을 필요로 하는 개념’에 관해서는 이상돈, 「법이론」, 법문사, 1996, 45면.

42) ① 학대행위가 정도를 넘어 폭행·협박·상해에 이르렀을 경우에는 그 자체가 폭행죄·협박죄·상해죄의 죄를 구성할 뿐이고 학대행위는 ‘흡수’된다는 명시적인 서술로는 김일수/서보학, 각주 18의 책, 94면. ② 이러한 행위도 학대의 개념에는 해당하나 다른 범죄가 성립하므로 학대죄는 문제되지 않는다는 설명으로 손동권/김제윤, 앞의 책, 105면; 오영근, 앞의 책, §6/21. ③ 폭행·협박·음란행위 등은 학대의 개념에서 제외된다고 보는 배종대, 앞의 책, [29]2; 정성근/박광민, 앞의 책, 112면. ④ 폭행만 학대에 포함된다는 김성돈, 앞의 책, 141면. 다만 보호·감독자가 학대의 고의와 성향을 가지고 학대행위를 하였는데 상해에 이른 경우에는 상해죄가 아니라 제275조 제1항의 학대치상죄가 성립한다고 보아야 하므로, 위의 학대행위와 상해죄에 대한 서술은 이러한 사례를 제외한 것이라고 받아들여야 할 것이다.

하지만 학대가 다른 범죄에 의해 발생한 경우에 학대죄의 성립을 부정하는 지금까지의 이해에 의하면(이를 편의상 ‘협의의 학대’라 표기한다), 범죄의 외부적·객관적 측면의 일부만이 고려될 뿐 학대자와 피해자의 관계성이나 내적 경향이 표출된 이질적 행위태양 등 학대불법의 고유성에 대한 평가가 누락되어 버린다. 학대문제의 해결을 위해서는 가해자를 처벌하는 범위를 확보하는 작업 못지않게 특별한 절차를 통한 치료와 지원 등 적절한 처우가 필요하다. 일회적이고 획일적인 형벌과 형사절차에 의해서는 학대범죄의 재발을 막고 피해자를 효과적으로 보호하기 어렵다는 반성적 경험은 더 이상 특별하지 않다. 이처럼 어떠한 범죄가 학대죄에도 해당하는지에 대한 문제는 단순한 이론적 논쟁의 차원에서 범죄성립에만 머무르는 게 아니라 학대문제 해결을 위한 형사사법체계를 설계하고 운영하기 위한 출발점인 것이다.

입법자는 세 가지 복지법률의 학대행위를 협의의 학대개념으로 이해하기 때문에 ‘학대관련범죄’를 통해 특별예방적 접근을 도모하고자 한다. 전술한 바와 같이 금지행위 유형으로 상해나 폭행과 별도로 신체적 학대행위 등을 추가하는 방식으로 개정을 진행하였을 뿐만 아니라, 학대자에 대한 특칙을 적용하기 위해서 아동·노인·장애인에 대하여 「형법」의 폭행·상해·강간 등 열거된 특정범죄를 범하기만 하면 학대죄의 성립 여부와는 상관없이 학대·관련 범죄로 간주하고 있기 때문이다.⁴⁴⁾ 문제는 합목적적 취치에도 불구하고 이러한 규정체계가 혼란을 야기한다는 점이다. 예를 들어 학대죄나 학대행위로 인한 금지행위위반죄를 학대범죄가 아닌 학대·관련 범죄로 포섭하고 있으며,⁴⁵⁾ 협의의 학대개념을 고수하게 되면 보호자가 폭행·협박이나 성범죄 등과 같이 금지행위 보다

43) 四條北斗, “子どもの養育環境と刑事法”, 『大阪経大論集』 第69巻 第4号, 2018.11, 64頁.

44) “‘노인학대관련범죄’란 보호자에 의한 65세 이상 노인에 대한 노인학대로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄”(「노인복지법」 제1조의2 제5호), “‘장애인학대관련범죄’란 장애인학대로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄”(「장애인복지법」 제2조 제4항)라고 규정함으로써, 노인이나 장애인에게 열거된 범죄를 범한 경우를 ‘학대’라고 보고 있다. 이와 달리 아동학대처벌법에서 “‘아동학대범죄’란 보호자에 의한 아동학대로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄”로 정의한 후 동법의 특례절차 대상으로 규정하고(제2조 제4호), 「아동복지법」에서 이러한 아동학대범죄와 아동에 대한 살인죄 등을 더하여 ‘아동학대관련범죄’라고 칭하는 방식을 취하고 있다(제3조 제7의 2).

45) ‘특정범죄’(A)와 ‘그 관련범죄’라고 분류할 때는 A범죄에 포함되지 않는 범죄를 관련범죄라는 범주로 포함시키는 게 일반적 이해라는 점에서, 아동학대처벌법의 아동학대범죄가 동시에 「아동복지법」 아동학대관련범죄에도 해당하는 입법은 불필요한 혼란을 야기한다는 지적으로 김솔기, “아동학대범죄의 구성요건 정비 방안”, 『비교형사법연구』 제22권 제4호, 한국비교형사법학회, 5면.

더 가벼운 범죄로 학대를 저지른 경우에도 경하게 처벌할 수밖에 없는 불합리한 결과에 직면할 수 있고,⁴⁶⁾ 그렇다고 법정형을 기준으로 삼아 학대범죄의 성립 여부를 달리 판단하게 되면 학대개념의 윤곽선은 허물어진다.⁴⁷⁾

법원은 학대가 무엇인지 대하여 같지자 행보를 보이고 있다. 전술한 바와 같이 상해의 방법으로 범하여진 아동학대사례에서 신체적 학대행위와의 상충적 경합을 인정하거나 아동학대치사죄에 있어서 기본범죄를 「형법」의 상해죄로 특정했으면서도 상해에 의한 아동학대를 아동학대치사죄의 기본범죄로 판단한 바 있다(각주 21에서 23 참고). 그런데 이러한 입장은 (구)「아동복지법」상 신체적 학대행위로서 ‘신체에 손상을 준다’의 의미를 “상해의 정도에까지 이르지 않더라도 그에 준하는 정도로 신체에 부정적인 변화를 가져 오는 것”⁴⁸⁾이라는 자신의 판결과 충돌을 피할 수 없다. 후자는 상해와 동시에 성립할 수 없는 개념으로 본 것인데 반해, 앞의 판결은 상해를 포괄하는 의미로 해석한 것이라고 읽힐 수 있기 때문이다.⁴⁹⁾ 또한 학대를 협의로 파악한 경우에도 형사처벌을 위해 조과주관적 구성요건이 필요한지도 분명한 입장을 내보인 적이 없다.

결론적으로 학대의 의미는 종래와 같이 협의의 개념으로만 파악할 것이 아니라 다른 범죄까지 포괄하는 광의로 파악해야 한다. 이에 따라 학대죄는 기존의 범죄구성요건에 해당하는 행위뿐만 아니라 그에 포섭되지 않는 경우에도 행위자의 강화된 내적 성향에 의해 범해져서 생명·신체의 안전에 위협이 발생한 경우에는 성립을 인정해야 할 것이다.

46) 예컨대 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」과 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」의 다양한 처벌조항 중에 「아동복지법」의 성적 학대행위의 법정형인 ‘10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금’보다 법정형이 가벼운 범죄로는, 업무상 위력 등에 의한 추행(제10조), 공중밀집장소에서의 추행(제11조), 성적 목적을 위한 다중이용장소침입행위(제12조), 통신매체를 이용한 음란행위(제13조), 카메라 등을 이용한 촬영·반포 등(제14조)이 해당한다.

47) 지금까지의 관행처럼 보호자가 아동·노인·장애인에게 협박죄를 범한 경우에 이를 더 무겁게 처벌하기 위해서 각각의 복지법률상 정서적 학대행위를 적용하면서, 강간죄 등 더 무거운 범죄가 학대행위로 저질러진 때에는 금지행위위반죄의 성립을 인정하지 않는 입장을 취하면 결국 학대개념은 법정형에 따라 달라지게 된다.

48) 대법원 2016. 5. 12. 선고 2015도6781 판결.

49) 한편 “형법상 학대죄는 생명, 신체를 보호법익으로 하여 보호 또는 감독을 받는 자를 보호대상으로 하는 데 반하여, 아동복지법은 아동의 건강과 복지를 보호법익으로 하고(아동복지법 제1조), 18세 미만인 사람만을 보호대상으로 하며(아동복지법 제3조 제1호), 아동의 경우 완전하고 조화로운 인격발달을 위하여 사회적으로 보호받을 필요성에서 성인에 비하여 보호가치가 크므로, 아동복지법상 학대의 개념은 형법상 학대의 개념보다 넓게 해석하는 것이 타당하다”는 하급심 판결도 생산되고 있다(울산지방법원 2017. 8. 4. 선고 2017노542 판결).

「형법」의 ‘가혹행위’처럼 일체의 육체적·정신적 고통을 주는 행위로 해석하되, 보호자의 학대성향에 의한 행위라는 성립요건의 차이와 그로 인한 불법의 내용과 성격이 다르다는 점에서 구분된다. 이와 같은 광의의 학대개념을 적용하면 다른 범죄가 성립한 경우에도 - 복지(권)와 같은 보호법익을 별도로 설정할 필요 없이 - 이러한 행위가 보호자의 학대성향에 의해 벌어진 것이라면 학대죄와의 상상적 경합으로 처리할 수 있게 된다.

아울러 해석상 혼란을 야기하는 복지법률의 신체적·성적·정서적 학대행위는 물론이고 상해·폭행·유기·방임까지 모두 금지행위목록에서 삭제하고, 학대죄의 법정형 상한은 폭행·협박이나 유기 등을 포괄할 수 있는 수준인 ‘3년 이하’ 또는 아동학사죄의 ‘5년 이하’로 정하고 벌금형도 거기에 맞추면 광의의 학대개념과 「형법」에 의한 학대문제 규율이 선명해 질 수 있다. 동일한 취지로 「청소년보호법」의 청소년유해행위 목록에서 ‘청소년을 학대하는 행위’(제6호) 역시 삭제하고, 나머지 유해행위와 「아동복지법」의 금지행위, 그리고 「형법」의 아동학사죄까지 하나의 법률로 통합하는 개정작업도 병행되어야 할 것이다. 이를 통해 특칙의 적용을 위해서 ‘학대관련범죄’를 지금처럼 여러 법률조항을 일일이 열거할 필요 없이 아동·노인·장애인에 대한 학대죄가 성립한 경우를 ‘학대범죄’로 규정짓는 간명한 입법과 법적용이 가능해진다.

IV. 맺는 글

학대개념을 재정립하여 학대범죄의 처벌을 체계적으로 정비하는 입법은 정당하고 효과적인 국가적 개입을 위해 반드시 선행되어야 할 작업이다. 하지만 학대자에 대한 형사 처벌은 최후의 수단으로서 이를 통해 학대문제의 해소를 기대하기에는 극복하기 어려운 한계가 있음을 누구도 부인할 수 없을 것이다. 학대행위의 범죄화를 통해 사회일반의 규범의식이 높아진다고 하더라도 학대의 배후에 있는 다양한 요인이 변하지 않는 한 그 환경에 놓여 있는 보호자와 피학대자의 관계 또는 그 밖의 학대 요인의 개선은 요원할 수밖에 없으므로 근본적인 해결로는 이어지지 않을 것이다. 따라서 우리 사회가 집중해야 하는 지점은 막연히 학대자에 대한 처벌의 범위를 넓히면서 그 수위를 높이는 데만 있는 게 아니라 형사절차의 대안적인 프로세스를 얼마나 촘촘하고 실효적으로 구성할

것인지에 두어야 한다.

그동안 한국의 입법은 학대와 복지는 동전의 양면과 같은 관계가 아니기에 복지에 반한다고 해서 이를 학대라고 단언할 수 없다는 자명한 이치를 간과해왔다. 복지를 위한 지원대상이 아닌 학대의 관점에서 다시 바라보면 피해자는 본질적으로 다르지 않다. 그럼에도 불구하고 현행체계는 피학대자를 아동과 노인, 장애인으로 나누어 이들 각각에 대한 복지법률에 학대문제를 일임하고 있다. 이러한 분열적 관점으로 인해 현실에서 보호처분 등 학대범죄자에 대한 절차상 특칙은 아동학대처벌법에 의해서만 가능할 뿐이고(제3조), 노인이나 장애인의 경우에는 ‘가정폭력범죄’에 한하여 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」이 작동한다(제3조). 가족구성원이 아닌 요양원이나 장애인복지시설 등 관련기관의 종사자가 노인과 장애인에게 학대를 가하는 사례가 늘어나고 있는데도, 가해자의 재사회화는 물론이고 피해자의 보호 역시 제도적 공백상태로 방치되어 있는 것이다.

그뿐만 아니라 취업제한도 피학대자별로 각 법률에 흩어져 있는 탓에 적용법조에 따라 취업 등이 제한되는 시설 또는 기관이 달라질 수밖에 없다. 그 덕분에 우리는 아동을 학대한 자는 노인이나 장애인에게는 그러지 않을 것이라는 맹신 속에서, 노인에게 성적 학대행위를 가한 사람이라도 아동 또는 장애인 관련 시설·기관에 취업 등을 할 수 있는 현실에 살게 되었다. 학대죄를 일신하면서 차제에 가칭 ‘학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법’과 같은 법률을 신설하여 절차와 처우를 통합하는 작업까지 나아가야 할 이유가 여기에 있다.

마지막으로 각각의 복지법률에는, 예컨대 아동복지에 대한 위험행위 혹은 현행처럼 - 하지만 내용은 다르게 - 금지행위 유형을 두고 이를 형사처벌이 아닌 복지와 교육적 처우의 개입근거로 운영할 필요가 있다.⁵⁰⁾ 현행 체계와 같이 학대‘범죄’라는 관점에만 갇히게 되면 범죄의 성립 여부를 두고 지나친 과열과 간극이 발생하게 된다.⁵¹⁾ 보호자의

50) 아동학대를 5가지 유형으로 분류하여 아동학대범죄로서 형사처벌의 대상이 되는 4, 5유형과, 형사처벌의 영역에 포섭되기 어려운 보호자의 행위를 아동학대범죄가 아니라 ‘아동학대’(3유형)와 ‘부당대우’(2유형)로 구분한 후, 3유형은 보호처분 등 형벌 이외의 형사제재의 대상으로 하고, 2유형의 경우에는 아동학대 예방교육 또는 상담서비스를 제공하고 이를 위반하면 과태료를 부과하고 재차 어기면 아동보호사건으로 처리하도록 「아동복지법」을 개정하자는 주장에 대해서는 김희균, “아동학대 관련 법률의 개정의 개정방향 - 보호자의 아동학대에 대한 대응방안을 중심으로 -”, 「서울법학」 제27권 제4호, 서울시립대학교 법학연구소, 2020, 227면 이하를 참고.

언어적 표현이나 방임 등 일반적으로 보이지 않는다고 해서 이를 모두 형사처벌의 기준으로만 나누다보면 학대되는 경직되고 학대문제에 대한 국가의 개입은 소극적일 수밖에 없게 된다. 따라서 학대에는 이르지 않지만 복지에는 반하는 행위유형을 광범위하게 선별하여 임시조치나 응급조치와 같은 피해자 보호를 위한 조치는 물론이고, 가해자에 대한 조사나 상담을 통해 필요한 교육 및 심리적 치료나 경제적 지원을 가능케 한다면, 학대죄 운영에 따른 부담과 사각지대를 최소화할 수 있을 것이다.

51) 한국의 2020년 현실만 예로 들더라도 아동보호전문기관이 아동학대라고 판단한 30,905건 중에서 경찰의 수사 등 법적 조치가 이루어진 경우가 10,455건인데, 그 가운데 검찰단계에서의 보호사건 송치가 889건이고 여기에 법원의 보호처분 1,635건을 더하면 대략 1/4이 특칙의 비형사제재 영역에서 처리된다. 이와 비교해 같은 해 형사처벌을 받은 건수는 276건으로 단 2.5%에 그칠 뿐만 아니라 징역형의 실행선고는 41건으로 0.4%에 불과하다(이상의 통계는 보건복지부 홈페이지에 탑재된 「2020 아동학대 주요통계」, 43~46면). 그렇다면 한 해 약 2만여건의 학대사태는 아무런 조치 없이 방치되고 있는 것이다.

참고문헌

1. 국내 단행본

- 김성돈, 『형법각론』(제8판), SKKUP, 2022.
- 김일수/서보화, 『형법총론』(제13판), 박영사, 2018.
- _____, 『형법각론』(제9판), 박영사, 2018.
- 박상기, 『형법각론』(제6판), 박영사, 2004.
- 배종대, 『형법각론』(제15판), 홍문사, 2021.
- 손동권/김재윤, 『형법각론』(제2판), 율곡출판사, 2022.
- 신동운, 『형법각론』(제2판), 법문사, 2018.
- 오영근, 『형법각론』, 대명출판사, 2002.
- 이상돈, 『형법각론』(제3판), 박영사, 2020.
- 이재상/장영민/강동범, 『형법각론』(제12판), 박영사, 2021.
- 이정원, 『형법각론』, 신론사, 2012.
- 임 우, 『형법각론』(제12정판), 법문사, 2021.
- 정성근/박광민, 『형법각론』(제4판), 삼영사, 2011.
- 최호진, 『형법각론』, 박영사, 2022.
- 한수웅, 『헌법학』(제11판), 법문사, 2021.

2. 국내 논문

- 김슬기, “제정 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 검토”, 『법학연구』 제24권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 2014,
- _____, “아동학대범죄의 구성요건 정비 방안”, 『비교형사법연구』 제22권 제4호, 한국 비교형사법학회, 2021.
- 김희균, “아동학대 관련 법률의 개정의 개정방향 - 보호자의 아동학대에 대한 대응방안을 중심으로 -”, 『서울법학』 제27권 제4호, 서울시립대학교 법학연구소, 2020.

- 류부곤, “아동학대범죄의 개념과 처벌에 관한 법리적 검토”, 『형사정책』 제27권 제1호, 한국형사정책학회, 2015.
- 오영근, “2016년도 형법판례 회고”, 『형사판례연구』(25), 박영사, 2017.
- 이호중, “학대피해아동의 보호를 위한 법체계의 개선방안”, 『저스티스』 제134호, 한국법학원, 2013.
- 정지훈, “형사제재로서 취업제한의 정당화 과제”, 『법조』 제68권 제4호, 법조협회, 2019.
- 차성안, “장애인학대범죄의 형사법적 쟁점과 개선방안”, 『법학연구』 제32권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2021.

3. 외국문헌

- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfried/Paeffgen, Hans-Ullrich(Hrsg.), 『*Strafgesetzbuch*』 (5. Auflage), Nomos, 2017.
- Sander, Günther M., 『*Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*』(4. Auflage), Band 4, C.H.Beck, 2021.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst, 『*Strafgesetzbuch Kommentar*』(30. Auflage), C.H.Beck, 2019.
- 四條北斗, “子どもの養育環境と刑事法”, 『大阪経大論集』第69巻 第4号, 大阪経大學會, 2018. 11.

The Outline and Direction of Punishment on Abusers

Jeong, Ji-Hoon*

Except that the discussion whether emotional pain should be included in the concept of abuse was fixed, there has been no active action on dealing with the cases of abuse committed through other crimes such as assault, threat, abandonment, and injury. It has been widely explained that abuse does not matter in the case that this act is committed in the manner of assault, threat, and injury or when sexual harassment or lewd act is accompanied since those crimes are established.

However, according to the concept of “the abuse in a narrow sense” that denies the establishment of abuse crime in the case that abuse is caused by other crimes, evaluation on the characteristics of illegality of abuse such as relationship between the abuser and the victim or heterogeneous types expressing inner tendencies is left out, with only some parts of external and objective aspects of the crime considered.

The meaning of abuse should be broaden to cover not only its traditional concept based on the narrow sense but also other crimes. It is interpreted as an act that causes physical and mental pain, such as “cruel treatment” in 「Criminal Law」, but distinguished from it in accordance with the requirements for establishment, which is that the abuse derives from the guardian’s inclination to abuse, and the difference in the consequential illegal content. By applying the concept of abuse in a broad sense, the establishment of criminal abuse can be admitted in the event of its occurrence due to the guardian’s inclination to abuse even if other crimes are established.

❖ Key words: criminal abuse, restriction on employment, the Children’s Welfare

* Assistant Professor of School of Police at Seowon University.

Act, the Aged Welfare Act, the Welfare of Disabled Persons Act

수사권 조정에 따른 수사종결의 쟁점과 대안 - 법해석학적 의미와 입법적 대안을 중심으로*

김 대 근**

국 | 문 | 요 | 약

수사권 조정은 권력기관 개혁차원에서 국정과제로 추진되었고, 이에 따라 개정된 현행 「형사소송법」은 경찰의 1차적 수사권을 인정하여 검찰의 직접수사개시권한을 축소하고 경찰의 1차적 수사종결권을 인정하는 내용을 담고 있다. 이는 경찰은 수사에서 자율성을 갖고, 검찰은 사법통제 역할에 더욱 충실함으로써 권력 분립의 원칙에 맞게 수사권을 조정하고자 함에 따른 것이다. 그러나 이번 수사권 조정을 통해 도입된 경찰의 수사종결은 1차적이고 잠정적인 수사종결이라는 점에서 경찰의 권한은 완전한 수사종결권이라기 보다는 제한적 수사종결권이다. 경찰의 수사진행과 수사종결권에 대하여 내외부적으로 다양한 통제장치가 규정되어 있는데, 검찰의 재수사요청을 경찰이 거절할 때를 다루는 규정이 없고, 고소인의 이의신청이 이중수사의 부담으로 작용할 우려 등 이에 대한 여러 한계점이 지적되고 있다. 본 연구는 이를 법해석학적 쟁점과 입법정책적 쟁점을 중심으로 탐구하고 있다. 먼저 법해석학적 문제에 관하여, 수사종지사건에 대한 해석적 문제, 경찰의 불송치 결정에 대한 이의신청권자의 불명료함에 대한 해석적 문제, 직무배제 또는 징계요구에서의 해석적 문제를 지적한다. 또한 입법정책적 쟁점으로 경찰의 불송치결정에 대한 통제장치를 어떻게 입법적으로 보완할 수 있을지에 관한 문제와 송치결정에 대한 검사의 보완수사요구에 임시조치를 포함할 필요성에 대한 문제, 수사심의위원회를 상설화 혹은 전문화 하는 방안을 논하고 있다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2022.9.30.3.55>.

❖ 주제어 : 수사권 조정, 불송치 결정, 보완수사요구, 재수사요청, 이의신청

* 이 글은 2021년 10월 25일 민주사회를 위한 변호사 모임 사법센터와 국회 더불어민주당 서영교 의원실 및 한국형사·법무정책연구원이 공동주최한 「검·경수사권조정 이후 경찰 수사의 문제점과 개선방향」 토론회의 발표문을 토대로 수정 및 재구성한 것입니다.

** 한국형사·법무정책연구원 연구위원.

I. 들어가며

문재인 정부는 권력기관 개혁차원에서 수사권 조정을 국정과제로 선정하여 추진했다. 2018.6.21. 검찰과 경찰의 의견수렴과정을 거쳐 행정안전부장관, 법무부장관이 서명한 ‘검·경 수사권 조정 합의문’은 경찰에 모든 수사에 대한 1차적 수사권과 종결권을 부여하고 검찰은 기소권과 일부 특정사건에 관한 수사권, 송치 후 수사권 등을 갖도록 하는 내용을 담았다. 이에 따라 개정된 현행 「형사소송법」은 경찰의 1차적 수사권을 인정하는 한편 검찰의 직접수사개시권한을 축소하고 경찰의 1차적 수사종결권을 인정하는 것을 주요 골자로 한다.¹⁾ 검사의 수사지휘를 폐지하고 검·경의 협력조항을 신설함으로써 검찰과 경찰 양자의 관계를 명령과 복종의 수직적 관계가 아니라 견제와 균형을 이룰 수 있는 대등·협력의 수평적 관계로 설정한 것이다.²⁾

현행 「형사소송법」에서는 경찰이 수사를 개시·진행·종결할 때 검사의 지휘가 없는 수사권을 행사할 수 있도록 규정하여 경찰의 수사주체성을 강화함으로써 책임 있는 수사를 할 수 있도록 했다. 경찰은 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우에는 사건을 송치하지만 그 외의 경우에는 1차적으로 사건을 종결할 수 있게 된 것이다. 한편 종결 시 사건 기록을 검사에 송부하여 검사가 90일간 검토하여 2차적으로 점검토록 함으로써 수사의 객관성과 공정성을 제고하고자 했다. 수사권 조정을 통해 경찰이 수사에서 검찰의 지휘

1) 2022년 5월 9일 「형사소송법」과 「검찰청법」이 일부개정되었다. 2022년 9월 시행 예정인 개정 「형사소송법」(법률 제18862호)은 “검사는 송치요구 등에 따라 사법경찰관으로부터 송치받은 사건 등에 관하여는 동일성을 해치지 아니하는 범위 내에서만 수사할 수 있도록 하고, 수사기관이 수사 중인 사건의 범죄 혐의를 밝히기 위한 목적으로 합리적인 근거 없이 별개의 사건을 부당하게 수사하는 것을 금지하며, 다른 사건의 수사를 통해 확보된 증거 또는 자료를 내세워 관련 없는 사건에 대한 자백이나 진술을 강요할 수 없도록 하는 한편, 사법경찰관으로부터 수사결과 불송치결정을 받아 이의신청을 할 수 있는 주체에서 고발인을 제외”하는 것을 내용으로 한다. 마찬가지로 같은 날 시행 예정인 「검찰청법」(법률 제18861호)은 “검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위에서 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사 등 4개 범죄를 제외하되, 선거범죄에 대해서는 2022년 12월 31일까지 수사권을 유지하도록 하고, 다른 법률에 따라 사법경찰관리의 직무를 행하는 자 및 고위공직자범죄수사처 소속 공무원이 범한 범죄는 수사를 개시할 수 있음을 명시하며, 검사는 자신이 수사개시한 범죄에 대하여는 공소를 제기할 수 없도록 하는 한편, 검찰총장은 부패범죄 및 경제범죄에 대한 수사를 개시할 수 있는 부의 직제 및 해당 부에 근무하고 있는 소속 검사 등의 현황을 분기별로 국회에 보고”하는 것을 골자로 한다.

2) 최호진, “수사권조정에 있어서 경찰의 송치·불송치 결정에 대한 몇 가지 문제점”, 「형사정책」 제32권 제1호, 한국형사정책학회, 2020, 64쪽.

를 받지 않음으로써 보다 큰 자율성을 갖고, 검찰은 사법통제 역할에 더욱 충실하게 이행케 하려는 것이다. 이로써 범죄로부터 국민의 안전을 담보하고 기본권을 보장하기 위하여 양 기관이 협력하고 수사권을 권력 분립의 원칙에 맞게 효율적으로 행사하게 한다는 점에서 의의가 있다.³⁾

수사권 조정에서 경찰에 수사종결권을 부여한 것은 중대한 의미를 갖는다. 「형사소송법」상의 절차종결은 다음 단계로 나아가거나 나아가지 않겠다는 결정을 의미한다. 만약 이 결정이 종국적인 판단이라면 피고인의 권리 변동, 그리고 그 대척점에 있는 고소인의 권리 변동이라는 관계에 영향을 미치므로⁴⁾ 법적 성격에 대한 심도 있는 고민이 필요하다. 종래의 「형사소송법」 규정을 보건대 수사의 종결권은 검사에게만 있었다고 할 수 있다. 그렇다면 현행 「형사소송법」에서는 수사의 종결 주체가 ‘검사’에서 전적으로 ‘경찰’로 전환된 것인가? 현행 「형사소송법」은 경찰이 사건을 검찰에 송치하지 않을 수 있는 권한을 부여받았다고 하여 경찰의 수사종결권을 규정한다(제245조의5). 그러나 경찰이 불송치 결정을 하였더라도 고소인 등의 이의신청이 있으면 지체 없이 사건을 검사에게 송치하여야 하고 검사의 재수사요청이 있으면 사건을 재수사하여야한다(제245의8 제2항). 또한 현행 「형사소송법」은 보완수사요구권(제197조의2)과 시정조치 요구 및 송치요구권(제197조의3)을 두고 있다. 이를 고려할 때, 경찰이 불송치하겠다는 결정이 종국적인지 아니면 잠정적인 결정에 해당하는지는 수사권 조정에 대한 중요한 법적 쟁점이다.

경찰의 수사종결권의 법적 성격이 잠정적인지 혹은 종국적인지에 대한 논의는 이후 경찰의 수사종결을 어떻게 통제할 것인지에 대한 논의로 이어진다. 본 논의에서는 경찰의 수사종결권을 통제하는 장치의 유형과 그 내용을 분석한 뒤 현행 규정상의 한계와 이를 극복할 방안을 모색한다. 경찰의 송치 결정에 대해 제기될 수 있는 보완수사요구, 불송치결정에 제기될 수 있는 재수사요청과 고소인 등의 이의신청 등은 법리상으로는 실무상으로 여러 문제점을 갖고 있다. 이 같은 쟁점들을 유형별로 분석한 후에는 먼저 법해석학적 쟁점을 검토할 것이다. 이 관점에서는 현행법상 규정의 해석이 위임입법의 한계를 벗어난 법률위반인지의 문제를 다룬다. 한편으로는 통제의 실효성 및 경찰업무의 가중이라는 실무적 관점에서의 관찰도 진지하게 논의될 필요가 있다.⁵⁾ 수사제도 변경이

3) 최호진, 같은 논문, 65-66쪽.

4) 김슬기, “인권보장의 측면에서 본 수사종결체계 검토”, 「형사정책」 제32권 제3호, 한국형사정책학회, 2020, 12쪽.

갖는 효용은 경찰 수사의 책임성을 높이고, 사건처리를 공정히 하며 피의자 신분을 조기에 해소⁵⁾하는 것과 함께⁷⁾, 비실효적인 보완수사와 법정증거능력의 차이로 인해 검찰이 기계적으로 수행하던 이중수사를 줄이는 것이다. 구 수사제도 하에서는 검찰이 보완수사를 할 때 경찰이 행한 피의자신문이 동일한 내용으로 반복적으로 진행되는 등 시민의 부담과 비용이 가중된 바, 이를 감소하는 것이 수사권 조정으로 예측할 수 있는 편익이다.⁸⁾ 그러나 현행 규정상 수사권 조정으로 인해 오히려 실무의 부담을 양산하고 실효성을 저해할 수 있다는 문제점을 발견할 수 있다. 따라서 이 같은 문제를 어떻게 극복해야 할 지 검토할 필요가 있다. 이에 더 나아가 입법적 대안을 모색하는 관점이 요구된다. 이는 현행법상의 규정의 한계를 어떻게 입법적으로 보완할 것인지에 대한 쟁점을 검토하는 일이다.

본 논의는 수사권 조정의 법리적 쟁점 분석과 대안제시에 집중하려고 한다. 먼저 수사종결의 규범적 의미를 탐색하고(Ⅱ) 법해석적 관점에서 분석을 통해 도출된 쟁점(Ⅲ)과 함께 입법정책적 관점과 대안(Ⅳ)을 제시할 것이다.

5) 이에 대한 상세한 논의로는 김대근·강동필·문성준, 「수사권 조정 이후 수사종결의 현황 및 개선방안」, 한국형사·법무정책연구원, 2022 참조. 특히 이 연구의 “수사권 조정에 따른 경찰실무 현황”(제4장)과 “수사권 조정에 대한 경찰 수사관 인식조사”(제5장)에 상세하게 소개되어 있다.

6) 수사권 조정 이후 경찰이 수사결과 ‘혐의없음’ 등으로 불송치결정한 약 15만 7천여건의 피의자 약 22만여명이 피의자신분에서 일찍 벗어났다. 윤상연·정웅·강성용, 수사권 개혁에 따른 국민편의 분석 - 사건처리기간, 경검간 의견 불일치비교-, 경찰청 용역보고서, 2021, 4쪽 인용.

7) 윤상연·정웅·강성용, 「수사권 개혁에 따른 국민편의 분석 - 사건처리기간, 경검간 의견 불일치비교-」, 경찰청 용역보고서, 2021, 4쪽.

8) 이문호·김성균·오정일, “수사권 조정의 편익 측정: 이중 수사를 중심으로”, 「인권과 정의」 제498호, 대한변호사협회, 2021, 11-12쪽.

II. 수사권 조정에 따른 수사종결권의 규범적 의미

1. 수사종결권의 법적 성격

가. 수사종결의 소송법적 의미

형사소송에서의 절차 종결은 ‘이후의 단계로 나아가거나 나아가지 않음에 대한 결정’이라 정의할 수 있다. 물론 절차를 종결하기 위해서는 다음 단계의 진행에 대한 판단을 전제해야 한다. 공소제기에 대한 판단을 포함하는 수사종결은 범죄여부에 대한 확정적인 법적 선언이고 이후 이루어지는 법원의 심리와 판단 범위가 공소제기에 의해 결정된다는 점에서 준사법적인 처분이다. 이처럼 수사종결은 법원의 사법권과 밀접한 관계에 있어 준사법적 처분이지만 본질적으로는 행정기관이 행하는 행정처분이기도 하다. 만약 처분에 종국성이 있다면 이에 대한 불복절차가 마련될 수 있다. 일반적인 종국적 행정처분은 행정소송절차에 의하여 다투는 것이 원칙이지만, 종국적인 수사종결처분의 경우 준사법적 처분의 성격을 가지므로 검찰항고, 재정신청과 같은 불복절차를 두고 있다.⁹⁾

이러한 측면에서 수사권 조정을 통해 도입된 경찰의 수사종결권은 완전한 수사종결권이라기 보다는 제한적 수사종결권이라는 점에서 본래적 의미의 수사종결과는 차이가 있다. 현행 「형사소송법」은 경찰의 불송치 결정에 대해 위와 같은 불복절차를 두고 있지 않고 검사의 불기소 처분에는 불복절차를 그대로 유지하고 있다. 또한 경찰이 사건을 불송치한 경우 이유를 명시한 서면과 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하고 검사가 기록을 검토해야 비로소 수사가 최종적·확정적으로 종결된다고 볼 수 있다. 불송치한다는 결정에 대하여 고소인 등이 이의를 제기한 경우 검사에게 지체 없이 송치하도록 한 점 등을 고려하면, 경찰의 수사종결은 ‘1차적 수사종결’이고 잠정적 결정에 불과하다.¹⁰⁾

9) 김승기, “인권보장의 측면에서 본 수사종결체계 검토”, 「형사정책」 제32권 제3호, 한국형사정책학회, 2020, 11-12쪽.

10) 김현철, “개정 형사소송법상 경찰의 불송치결정의 법적 성격, 통제방법 및 통제방법의 문제점과 개선방안에 대한 고찰”, 「법학논고」 제73집, 경북대학교, 2021, 404-405쪽.

나. 경찰의 불송치결정과 검사의 불기소결정의 차이

이 지점에서 사법경찰관의 불송치결정과 검사의 불기소결정권의 차이를 검토해봐야 한다. 불기소처분은 수사단계에서의 종국적 처분으로 법원으로 넘기지 않겠다는 검사의 결정이다. 현행 「형사소송법」에 따라 경찰의 수사종결권에 대하여 검사가 기록을 검토하고 위법 또는 부당으로 재수사를 요구할 수 있는 것과 달리 불기소 처분에 대하여는 이러한 규정이 없다. 이러한 점에서 검사의 불기소 결정은 종국적이다. 다만 종국성은 처분의 구속력을 인정한다는 뜻은 아니다. 원칙적으로는 불기소처분 이후 사건에 대한 재수사가 가능하다. 기소하지 않겠다는 검사의 결정이 표명된 이상 예외적 사정이 없는 한 이에 대한 재수사를 지양하는 관례와 별개로, 우리 판례와 다수설이 그 구속력을 인정하지 않고 있다. 수사기관의 자의적인 수사재개로 인한 기본권 침해를 방지하기 위하여 불기소처분의 구속력을 인정하여야 한다는 견해도 있으나, 수사종결의 특성상 일반적 행정처분과 동일한 구속력을 인정하기에는 어려움이 있다.¹¹⁾

이러한 맥락에서 경찰의 불송치결정과 검사의 불기소결정은 종국성에서 분명한 차이가 있다. 따라서 수사권 조정을 통해 도입된 불송치 결정권이 법치국가 형사절차의 근간을 흔드는 것이라는 비판은 타당하지 않다. 일부에서는 경찰의 불송치 결정이 검찰권의 본질인 기소권을 행사하는 것이며 사법경찰이 불기소의견으로 송치하던 40%의 사건을 불송치 결정으로 종결하는 것은 경찰의 수사·기소 분리 주장과 명백히 모순된다고 반박한다¹²⁾. 그러나 경찰의 수사종결권은 잠정적·1차적이라는 점에서 수사의 영역에 머물러 있기에, 수사·기소 분리 주장과 모순되지 않는다.

2. 수사종결권에 대한 통제장치와 한계

가. 경찰의 수사에 대한 통제 장치 개관

검찰이 수사를 지휘할 필요성을 주장하는 입장에서는 경찰 수사단계에서 인권이 침해

11) 김슬기, “인권보장의 측면에서 본 수사종결체계 검토”, 「형사정책」 제32권 제3호, 한국형사정책학회, 2020, 12쪽.

12) 윤동호, “사법경찰관의 ‘1차적 수사종결권’의 법제화 방안”, 「형사정책」 제30권 제2호, 한국형사정책학회, 2018, 40쪽.

되는 것을 방지할 수 있다는 점을 주요한 근거로 든다. 그러나 수사기관에 의한 인권침해는 수사절차의 투명성을 확보하고 객관적인 통제장치를 마련함으로써 극복할 수 있으며, 적법절차의 확립과 피의자의 방어권 보장, 수사절차의 투명성을 높일 수 있는 다양한 제도를 통하여 실질적으로 보장된다.¹³⁾

현행 법상 경찰의 수사에 대해서 경찰 내, 외부적으로 다양한 통제장치가 마련되어 있다. 먼저 경찰 외부의 통제장치는 송치를 둘러싼 경찰 수사 단계에 따라 다르다. 수사 중 경찰은 영장청구에 있어서 검사의 영장관련 수사보완요구에 따라야 하며 정당한 이유 없이 불이행 시 검사는 사법경찰의 직무배제 및 징계요구를 할 수 있다. 법령위반, 인권 침해, 수사권 남용의 경우 검사는 사건기록등본 송부를 요구하거나 시정조치를 요구할 수 있으며, 정당한 이유 없이 불이행 시에는 송치요구를 할 수 있다. 이에 경찰은 검사의 송치요구에 따라야 할 법적 의무가 있다. 또한 사건 경합의 경우 원칙적으로 검사가 우선권을 갖는다는 점도 고려해야 한다.

수사종결의 절차 일반에서도 통제장치는 다양하다. 현행법상 경찰이 송치결정, 불송치 결정, 수사중지처분을 내릴 때 수사는 종결된다. 「형사소송법」 제245조의 5항에 따라 경찰은 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우에는 지체 없이 검사에 사건을 송치하고 관계 서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다. 그러나 사건을 불송치할 경우에는 그 이유를 명시한 서면과 함께 관계 서류와 증거물을 지체없이 검사에게 송부하여야 한다. 경찰의 송치 이후에 검사는 송치사건에 대해 보완수사를 요구할 수 있으며, 정당한 이유 없이 불이행 시에는 경찰의 직무배제 및 징계요구를 할 수 있다. 송치에서 가장 본질적 통제장치는 검사의 기소권 행사에 의한 통제일 것이다.

송치사건에 대한 보완수사요구 건수를 살펴보자. <표 1>을 보면 수사권 조정 시행 이후 검찰의 보완수사요청이 증가했음을 확인할 수 있다. 보완수사요구가 증가한 까닭을 두고 경찰청은 다음과 같이 설명한다. 검찰이 '직접 보완수사하지 않고 경찰에 보완수사를 요구'하는 것을 원칙으로 함에 따라 이전에는 검찰이 직접 조치할 수 있던 부분도 경찰에 요구하게 된다. 또한 수사권개혁에 따라 검사가 공소 제기·유지에 더욱 집중하면서 경찰수사 기록을 객관적인 시각에서 더 엄격하게 검토하게 되었기 때문이라는 것이

13) 이동희·최성락, 「수사구조개혁이 국민편익에 미칠 영향에 대한 법경제학적 연구, 경찰청 연구용역 보고서」, 2015, 30쪽. <송치사건에 대한 보완수사요구 건수(경찰/검찰 비교)(2021.6.기준)>

〈표 1〉 송치사건에 대한 보완수사요구 (경찰/검찰 비교) (2021.6. 기준)

항목	경찰청		검찰	
	2020.6.	2021.6.	2020.6.	2021.6.
보완수사요구 (개정전: 기소의견 송치사건에 대한 송치 후 재지휘)	18,074명	31,482건	13,135건	35,098건
전체 송치사건 (개정전: 기소의견 송치사건 전체)	440,397명	323,056건	329,435건	313,503건
전체 송치사건 중 보완수사요구율	4.1%	9.7%	4.0%	11.2%

다.¹⁴⁾ 이와 달리 검찰청은 보완수사요구의 증가를 다소 다른 시각으로 해석한다. 현행 법 시행 이전인 2020년 상반기·기소의견 송치사건에 대한 송치 후 재지휘 결정은 13,135건(기소의견 송치사건 전체 329,435건의 4.0%)에 달하는데 2021년 상반기에는 35,098건에 달하여 수사권 조정 이후보다 증가한 것은 사실이다. 그러나 이를 사법경찰관의 수사에 대한 보완수사방법, 사법통제 등의 체제가 크게 변경된 현재와 단순히 비교하기는 어렵다고¹⁵⁾ 이를 우려할 만한 증가로 보기 어려운 이유는 현행 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정」(이하 ‘수사준칙’이라고 함)에 따라 모든 보완수사를 원칙적으로 사법경찰관의 임무로 규정하고 있기 때문이다. 검찰이 직접 보완수사를 했던 과거와 달리 「수사준칙」에서는 원칙적으로 경찰에 보완수사를 요구하고 있어 수사권 조정이 지향한 수사·기소 분리 원칙을 충실히 반영하고 있다고 평가할 수 있다.¹⁶⁾

경찰의 불송치에 대한 검사의 통제 또한 다양하다. 검사는 불송치 종결한 모든 사건기록을 90일간 검증할 수 있고, 불송치가 위법·부당한 경우 경찰에 재수사요청을 할 수 있으며, 이 경우 경찰은 재수사를 해야 할 법적 의무가 있다. 90일 검증 기간 이후에도

14) 경찰청 브리핑자료, “수사권개혁 입법 시행 6개월 - 국가수사체계의 변화, 국민이 중심입니다.”, 2021.7, 4쪽.

15) 대검찰청, 형사정책담당관실, 한국형사·법무정책연구원 요청자료(II), 2021.9. 참조. 이 자료는 한국형사·법무정책연구원의 과제, 김대근·강동필·문성준, 「수사권 조정 이후 수사종결의 현황 및 개선방안」, 한국형사·법무정책연구원, 2022의 수행을 위해 대검찰청 형사정책담당관실에 요청한 자료이다.

16) 경찰청·한국형사법무정책연구원 공동세미나 자료, 「수사권 개혁 1년의 성과와 미래 발전 방안」, 2022.3, 7-8쪽.

허위증거 발견 등 일정한 요건이 되면 검사는 추가 재수사요청을 할 수 있고, 재수사 이후에도 공소시효 판단 오류 등이 있는 경우 송치요구도 할 수 있다. 경찰의 불송치에 대해서는 사건관계인의 이의신청도 가능하다. 먼저 경찰은 사건을 불송치할 때에는 불송치의 취지와 그 이유를 서면으로 통지해야 하고, 이의신청을 받는 경우 검사에게 의무적으로 사건을 송치해야 한다.

수사에 대한 통제장치는 경찰 내부에도 있다. 경찰 전체에 대한 일반적 감찰을 담당하는 청문감사관과 별도로 국가수사본부에서는 수사 관련 부패, 비위, 인권침해 등에 대해 수사감찰을 한다. 또한 경찰청 내지 시도경찰청은 전 수사부서 대상 영장신청·불송치결정 등 수사단계에서 사건 전반 심사 및 분석하는 수사심사관과, 수사과정, 적정성 등을 종결 후 심사하는 책임수사지도관, 그리고 심의신청·불송치결정 사건 등에 대해 외부 민간위원이 심사하는 경찰수사심의위원회를 두고 있다.

나. 불송치 결정에 대한 통제장치

검찰과 경찰 간의 견제와 균형은 실상 경찰의 불송치 결정에 대해서 두드러진다. 위에서 언급한 것처럼 현행 「형사소송법」에서 경찰이 사건을 검찰에 송치하지 않을 수 있는 권한을 부여함으로써 경찰은 1차적으로 수사를 종결할 수 있는 권한을 갖게 되었기 때문이다.

경찰의 불송치 결정에 대한 통제장치는 크게 두 가지로 분류할 수 있다. 첫째는 재수사요청 혹은 명령이고 둘째는 검찰송치에 관한 것이다. 재수사 요청의 경우 검사의 기록검토권이 규정되어 검사는 사법경찰관이 사건을 송치하지 않은 경우 관련기록을 송부받은 날로부터 90일 이내에 수사의 필요성과 수사의 상당성, 적법절차의 준수여부, 수사결론의 적절성을 검토할 수 있다. 경찰이 재수사를 하고 사건을 기소의견으로 검찰에 송치하거나 재차 불송치 결정을 할 수 있어 재수사 요청에 의한 통제의 경우 사건을 종결한 권한이 여전히 경찰에 유보되어 있다. 반면 검찰송치에 의한 통제의 경우 고소인 등에 대한 송부통지, 고소인 등의 이의신청과 사건송치 등을 규정하고 있다. 이는 사건 자체가 검찰에 송치되는 것이고 사건을 기소하지 않고 종결할 권한을 경찰에서 검찰로 이전시키는 것이다. 따라서 검찰송치에 의한 통제는 재수사 요청보다 훨씬 엄격한 통제라고 할 수 있다.¹⁷⁾

1) 재수사 요청의 한계

현행 재수사 요청의 규정상 문제는 검사의 재수사 요청을 경찰이 거절하는 경우가 있음에도 이에 대한 조치를 규정하고 있지 않다는 점이다. 경찰이 수사결과는 적절했고 불송치 결정 또한 타당했다고 판단하면 검·경간 갈등이 증폭될 수도 있다. 경찰이 부실하게 사건기록을 송부할 경우 검사가 그 위법성·부당성을 적절히 심사하기 어려울 뿐 아니라 경찰의 불송치 결정에 대하여 이의신청을 할 수 있는 사건당사자가 없는 경우 재수사 요청 이외에는 별다른 통제방안이 없다. 심지어 정당한 이유 없이 재수사요청에 따르지 않는 경우 징계를 요구할 수 있는 방안도 없기 때문에 사건을 둘러싸고 경찰과 검찰을 오가는 ‘핑퐁게임’이 발생할 여지가 있다.¹⁸⁾

〈표 2〉 불송치사건에 대한 재수사요청 건수(경찰/검찰 비교) (2021.6.기준)

항목	경찰청		검찰	
	2020.6.	2021.6.	2020.6.	2021.6.
재수사요청 (개정전: 불기소 의견 송치사건에 대한 송치 후 재지휘)	13,148명	5,584건	7,356건	6,623건
전체 불송치사건	265,597명	172,857건	180,785건	165,313건
전체 불송치사건 중 재수사요청률	5.0%	3.2%	4.1%	4.0%

불송치사건에 대한 검찰의 재수사요청 건수를 위 <표 2>를 통해 살펴보자. 경찰청 통계에 따르면 재수사 요청 건수는 6월말 기준 5,584건으로 전체 불송치결정 172,857건의 3.2%를 차지하고 있다.¹⁹⁾ 표를 통해 보건대 수사권 조정 이후 재수사 요청률이 감소한 것을 확인할 수 있다. 이에 대하여 검찰은 사경 수사에 대한 보완수사방법, 사법통제 등의 체계가 크게 변경된 현재와 단순히 비교하기는 어렵다는 입장을 견지하고 있다.²⁰⁾

17) 이재홍, “2018. 6. 21.자 수사권 조정 합의문상 사법경찰관의 불송치결정에 대한 통제 방법에 관한 헌법적 분석-검사의 불기소처분에 대한 통제와의 비교를 중심으로-”, 『형사정책』 제30권 제2호, 한국형사정책학회, 2018, 163쪽.

18) 최호진, “수사권조정에 있어서 경찰의 송치·불송치 결정에 대한 몇 가지 문제점”, 『형사정책』 제32권 제1호, 한국형사정책학회, 2020, 83쪽.

19) 경찰청 브리핑자료, “수사권개혁 입법 시행 6개월 - 국가수사체계의 변화, 국민이 중심입니다.”, 2021.7, 5쪽.

2) 고소인 이의신청의 한계

이의신청의 경우에도 고민해야 하는 쟁점들이 있다. 통상 대법원의 확정판결까지 받기를 원하는 시민들이 많다는 점을 고려하면 종국적 수사종결이 아닌 1차 수사종결에 승복할 고소인이 얼마나 있을지 의문이다. 피고소인들에게는 이것이 이중수사의 부담으로 작용할 것이라는 점에서도 문제가 된다.²¹⁾ 더군다나 이의신청만 있으면 지체 없이 송치하도록 규정하고 있는 「형사소송법」 제245조의 7의 규정에 따라 고소인 상당수가 경찰의 불송치 결정에 대하여 이의신청할 것이 충분히 예상될 것이고²²⁾ 이는 피고소인의 방어권 보장이라는 헌법적 권리와 충돌할 수 있는 문제를 내포하고 있다.

〈표 3〉 이의신청 건수(경찰/검찰 비교) (2021.6. 기준)

항목	경찰청	검찰
고소인 등이 직접 이의신청하여 검찰에 송치한 사건	9,879건	8,700건
전체 불송치사건	172,857건	165,313건
전체 불송치사건 중 재수사요청률	5.7%	5.2% ²³⁾

이의 신청 건수와 관련하여 위 <표 3>을 보면, 전체 불송치 사건 중 재수사 요청률은 5%를 상회한다. 경찰청은 이를 두고 민원인에 의한 외부 통제장치가 정상 작동하고 있다고 볼 수 있다고 설명하지만,²⁴⁾ 검찰청은 상반기 검사의 불기소처분에 대한 항고접수가 전년 대비 감소(17,306건→9,865건)한 것이 이 부분과 관련이 있다고 볼 여지가 있으나, ‘이의신청→검사의 불기소처분→항고’과정으로 항고가 다시 증가할 수도 있어 그 상관관계를 계속 관찰할 필요가 있다고 한다.²⁵⁾

20) 대검찰청, 형사정책담당관실, 형사정책연구원 요청자료(II), 2021.9. 참조.

21) 김현철, “개정 형사소송법상 경찰의 불송치결정의 법적 성격, 통제방법 및 통제방법의 문제점과 개선방안에 대한 고찰”, 「법학논고」 제73집, 경북대학교, 2021, 416쪽.

22) 김현철, “개정 형사소송법상 경찰의 불송치결정의 법적 성격, 통제방법 및 통제방법의 문제점과 개선방안에 대한 고찰”, 「법학논고」 제73집, 경북대학교, 2021, 81쪽.

23) 해당 통계는 앞서 언급한 대검찰청 자료에 나와 있는 수치를 직접 계산한 것이다.

24) 경찰청 브리핑자료, “수사권개혁 입법 시행 6개월 - 국가수사체계의 변화, 국민이 중심입니다.”, 2021.7, 5쪽.

25) 대검찰청, 형사정책담당관실, 형사정책연구원 요청자료(II), 2021.9. 참조.

Ⅲ. 경찰의 수사 통제에 대한 법해석학적 쟁점

1. 수사중지사건에 대한 해석적 문제

「수사준칙」에 따르면 경찰수사 중 피의자등 핵심 사건관계인이 소재불명하여 수사종결이 되지 않는 ‘수사중지’(검사의 기소중지, 참고인중지)는 불송치 대상이 아니다(「수사준칙」 제62조 제1항)²⁶⁾. 대신 검사는 ‘수사중지’ 사건기록을 송부 받아 30일 이내에 시정조치요구를 할 수 있도록 규정되어 있다(「수사준칙」 제51조 제4항)²⁷⁾. 그러나 현행 「형사소송법」 제245조의5는 경찰이 범죄를 수사한 때에는 (i) ‘송치’와 (ii) ‘그 밖의 경우인 불송치’ 만 규정되어 있다고 해석될 여지가 있다.²⁸⁾ 즉, 현행 「형사소송법」 제245조의5의 문언인 ‘수사한 때’의 의미를 ‘수사를 종결한 때’로만 한정하여 「수사준칙」에서 ‘수사중지’ 사건을 불송치 대상에서 제외하는 해석은 위임입법 한계를 벗어나는 것이 아닌가하는 비판이 제기될 수 있는 것이다.

특히 ‘수사중지’ 사건은 피의자나 고소인 등 핵심 사건관계인이 소재불명하여 기소할 증거를 확보하지 못한 사안이므로, ‘증거불충분 무혐의’ 사건과 그 성격이 사실상 동일하다고 볼 여지가 있다. 또한 ‘수사중지’ 사건은 경찰의 1차적 수사종결인 ‘무혐의’와 명확하게 구분하기 어렵다고 보는 입장에서는, 이를 구분하여 피해자의 권익구제 측면에서 절차와 효과를 달리하는 것은 형평에 반할 수도 있을 것이다. 이러한 문제는 검사의 ‘참고인중지’, ‘기소중지’ 처분에 대해서도 다른 불기소처분과 동일하게 취급하여 고소인

26) 「수사준칙」 제62조(사법경찰관의 사건불송치) ① 사법경찰관은 법 제245조의5제2호 및 이 영 제51조제1항제3호에 따라 불송치 결정을 하는 경우 불송치의 이유를 적은 불송치 결정서와 함께 압수물 총목록, 기록목록 등 관계 서류와 증거물을 검사에게 송부해야 한다.

27) 「수사준칙」 제51조(사법경찰관의 결정) ④ 사법경찰관은 제1항제4호에 따른 수사중지 결정을 한 경우 7일 이내에 사건기록을 검사에게 송부해야 한다. 이 경우 검사는 사건기록을 송부받은 날부터 30일 이내에 반환해야 하며, 그 기간 내에 법 제197조의3에 따라 시정조치요구를 할 수 있다.

28) 「형사소송법」 제245조의5(사법경찰관의 사건송치 등) 사법경찰관은 고소·고발 사건을 포함하여 범죄를 수사한 때에는 다음 각 호의 구분에 따른다.

1. 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 경우에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고, 관계 서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다.
2. 그 밖의 경우에는 그 이유를 명시한 서면과 함께 관계 서류와 증거물을 지체 없이 검사에게 송부하여야 한다. 이 경우 검사는 송부받은 날부터 90일 이내에 사법경찰관에게 반환하여야 한다.

등의 항고권을 인정하고 있다는 점과 비교해보아도 보다 확연해진다. 이러한 입장에서는 결국 ‘수사중지’ 사건은 사건관계인의 소재불명으로 혐의유무를 판단할 수 없어 수사를 잠정적으로 종결하는 경우이므로 ‘불송치’대상이 되어야 할 것이다.

그렇다면 ‘수사중지’사건에 대해서도 검사의 재수사요청이 가능하도록 해야 한다. 그러나 언급한 것처럼 현행 「수사준칙」에 따라 ‘수사중지’ 사건에 대해서는 다른 불송치 사건과 달리 검사의 재수사요청이 불가능하다. 대안으로, ‘수사중지’ 사건이 위법·부당한 경우에 다른 사건들과 동일하게 검사의 재수사요청 등을 통한 사법통제가 가능하게 하거나, 「수사준칙」에 명시된 ‘수사중지’ 사건에 대한 ‘시정조치요구’를 통해 국민 권익구제 및 사법통제 측면에서 ‘불송치 사건’과 동일한 효과를 얻을 수 있을 것이다.²⁹⁾

더 나아가 ‘수사중지’사건에 대한 고소인 등이 이의제기를 할 때 법률에 따라 검사에게 송치될 필요도 있다. ‘수사중지’사건에 대한 고소인 등의 이의신청시 법률에 따라 검사에게 송치되는 것이 아니라 「수사준칙」에 따라 경찰에서 자체적인 이의제기 절차가 마련되어 있는데(「수사준칙」 제54조 제1항, 제2항) 이는 법적 근거 없이 고소인 등으로 하여금 검사의 판단을 받을 권리를 제한하고 있다는 비판이 가능하다. 더욱이 이의신청도 법률에 반하여 수사를 한 경찰 소속 관서장이 아닌 ‘상급’ 경찰관서장에게 하도록 규정하고 있다는 점에서 실효성에 의문이 제기된다. 요컨대, 「수사준칙」의 규정은 법률상 보장된 고소인 등의 이의신청권을 박탈하여, 결국 법률상 항고권, 재정신청권과 헌법상 기본권인 ‘형사피해자의 재판절차진술권’을 침해할 수 있는 가능성이 있다.

〈표 4〉 시정조치요구(경찰/검찰 비교) (2021.6.기준)

항목	경찰청		검찰	
	2020.6.	2021.6.	2020.6	2021.6
시정조치요구	1,891명	1,275건	통계자료 없음	1,583건
전체 수사중지사건	81,300명	39,729건		42,125건
전체 수사중지사건 중 시정조치요구율	2.3%	3.2%		3.8%

29) 그러나 ‘부당 수사중지’ 사건이 과연 시정조치요구 대상(법령위반·인권침해·현저한 수사권남용)이 되는지를 둘러싼 검·경 간 불필요한 갈등을 야기할 수 있다는 점과, 시정조치요구는 ‘경찰관’ 상대로 이루어지는 조치로, ‘사건’에 대해 이루어지는 재수사요청이나 송치요구와는 그 규율 평면이 달라 ‘부당 수사중지 사건’을 시정하기에는 부적합하다는 비판이 제기될 수 있다.

현행 체계에서 수사중지사건에 대하여 행할 수 있는 조치로는 ‘시정조치요구’ 있다. 수사과정에 법령위반·인권침해·현저한 수사권 남용이 있는 경우, 검사는 사건기록을 송부받아 검토한 후 ‘시정조치요구’를 할 수 있는데, <표 4>³⁰⁾의 경찰청 통계에 따르면 31) 시정조치 요구는 6월 말 기준 1,275건으로, 수사중지사건 39,729건의 3.2%를 차지한다. 그런데 검찰청에 따르면 피의자를 특정할 수 없거나 소재를 알 수 없어 경찰이 ‘수사중지’ 결정한 사건에 대하여 검사가 ‘소재 추적 추가 수사’를 요구하는 성격의 시정조치요구가 대부분인 것으로 확인된다.³²⁾

2. 이의신청권자의 불명료함에 대한 해석적 문제

현행 「형사소송법」에 따르면 제245조의 6에 따라 통지를 받은 사람(고소인, 고발인, 피해자)이 경찰이 불송치결정에 대해 이의신청을 할 수 있는데³³⁾ 고소인, 피해자가 누구인지 불명료하다는 문제가 제기된다. 고소인은 ‘처벌을 원하는 의사의 표시’라는 형식적인 표시가 있으나 피해자를 ① 당해 형사처벌 법률조항에서 보호법익의 주체만을 의미하는 것으로 볼 것인지, 아니면 ② 보호법익의 주체뿐 아니라 문제된 범죄행위로 말미암아 법률상 불이익을 받게 되는 자까지 포함할 것인지, ③ 법률로 보호되는 이익뿐 아니라

30) 마찬가지로 경찰청 자료는 경찰청 브리핑자료, “수사권개혁 입법 시행 6개월 - 국가수사체계의 변화, 국민이 중심입니다.”, 2021.7, 4-5쪽에서 인용하였고, 검찰청 자료는 한국형사·법무정책연구원의 「수사권 조정 이후 수사종결의 현황 및 개선방안」의 수행을 위해 대검찰청 형사정책담당관실에 요청한 자료를 참조하여 인용한 것이다. 해당 자료는 각각의 통계를 비교하고자 조정한 것으로, 대검찰청 자료에서는 시정조치요구 건수와 관련하여 2개로 나뉘서 언급하고 있는 바, 본 표에서는 하나로 합쳐서 기재하였다(1,495건과 88건을 합친 것으로 이 중 피의자 인적사항 불특정, 수재불명 등을 이유로 시정조치가 1,495건, 사건의 법령위반, 인권침해 등을 이유로 시정조치가 88건이다. 검찰의 “전체 수사중지사건 중 시정조치요구율”은 새로 계산하였고, 소수 둘째자리에서 반올림하였다.

31) 경찰청 브리핑자료, “수사권개혁 입법 시행 6개월 - 국가수사체계의 변화, 국민이 중심입니다.”, 2021.7, 5쪽.

32) 대검찰청 자료에 따르면, ① 피의자 인적사항 불특정, 소재불명 등을 이유로 사정이 수사중지 결정한 사건을 검사가 검토하여 수사중지 사유 유무를 점검하고 필요시 시정조치를 요구하는 건수가 1,495건, ② 그 외에 사건의 법령위반, 인권침해 등이 신고되거나 검사의 기록검토 중 확인되어 시정사건 수리·등록된 사건이 총 88건이라고 언급되어 있다.

33) 종래 제245조의6에서는 통지를 받은 고소인·고발인·피해자 또는 그 법정대리인이 이의신청을 할 수 있었으나 2022년 5월 제245조의7이 개정되어 이의신청을 할 수 있는 주체에서 고발인이 제외되었다.

널리 법상 보호되는 이익 혹은 사실상·경제상의 이익에 해를 입은 사람까지 포함할 것인지 문제인 것이다. ①과 같이 보는 경우 검찰로 송치될 경찰의 불송치결정의 범위가 줄어들게 된다. 현행법은 통지를 받은 자가 이의신청하도록 규정하고 있는데(「형사소송법」 제245조의7) 그 통지를 받을 대상인 피해자 개념을 명료하게 하여야 사법심사의 범위가 결정될 것이라는 논의가 있다.³⁴⁾

3. 직무배제 또는 징계 요구에서 해석의 문제

현행 「형사소송법」은 검사와 사법경찰의 관계를 지휘관계에서 협력관계로 변경하는 등 사법경찰의 권한을 확대하면서 그 권한에 상응하는 책임을 부과한다. 이에 「수사준칙」은 송치사건 및 영장에 대한 검사의 보완수사요구를 사경이 “정당한 이유 없이” 이행하지 않은 경우 검찰총장·검사장은 직무배제 또는 징계를 요구할 수 있도록 하고, 징계 요구의 경우 「공무원 징계령」 등의 절차에 따르도록 규정하고 있다.³⁵⁾ 그런데, 「공무원 징계령」은 사경 소속 기관의 장이 “타당한 이유가 없는 경우” 징계위원회에 징계 의결 등을 요구하도록 규정하고 있어, ‘정당한 이유 유무’ 판단에 대한 이견이 있을 경우 수사 기관 간 갈등이 발생할 수 있다. 즉 “정당한 이유”와 “타당한 이유” 간의 해석이 불일치할 수 있는 것이다.

특히 사법경찰관이 정당한 이유 없이 재수사 요청을 따르지 않을 경우, 경찰의 징계권자에게 징계를 요구할 수 있을 것이나, 정당한 이유가 매우 모호하여 얼마든지 정당한 이유를 만들 수 있고 그 여부를 누가 판단할 것인지도 애매하다. 현행 「검찰청법」 제54

34) 이재홍, “2018. 6. 21.자 수사권 조정 합의문상 사법경찰관의 불송치결정에 대한 통제 방법에 관한 헌법적 분석-검사의 불기소처분에 대한 통제와의 비교를 중심으로-”, 「형사정책」 제30권 제2호, 한국형사정책학회, 2018, 171쪽.

35) 「수사준칙」 제61조(직무배제 또는 징계 요구의 방법과 절차) ① 검찰총장 또는 각급 검찰청 검사장은 법 제197조의2제3항에 따라 사법경찰관의 직무배제 또는 징계를 요구할 때에는 그 이유를 구체적으로 적은 서면에 이를 증명할 수 있는 관계 자료를 첨부하여 해당 사법경찰관이 소속된 경찰관 서장에게 통보해야 한다.

② 제1항의 직무배제 요구를 통보받은 경찰관서장은 정당한 이유가 있는 경우를 제외하고는 그 요구를 받은 날부터 20일 이내에 해당 사법경찰관을 직무에서 배제해야 한다.

③ 경찰관서장은 제1항에 따른 요구의 처리 결과와 그 이유를 직무배제 또는 징계를 요구한 검찰총장 또는 각급 검찰청 검사장에게 통보해야 한다.

조에서는 징계요구권보다 완화된 교체임용요구권이 있음에도 해당 조문이 제기된 적이 없어 경찰의 1차 수사종결권에 대한 통제장치로 규정된 조문의 실효성에 의문이 따른다.³⁶⁾ 현행 「형사소송법」은 보완수사요구에 불응할 때 직무배제 또는 징계요구를 규정하고 있다(제197조의2 제3항). 이처럼 재수사요청의 실효성을 확보하기 위해 재수사 요구 불응시 직무배제 또는 강제요구권을 신설할 필요가 있다는 주장이 제기되는 이유다.³⁷⁾ 더 나아가 ‘정당한 이유’에 대해 사법경찰 - 검사 간, 경찰관서의 장 - 검사장 간 이의제기를 할 수 있는 절차를 마련할 필요가 있다.

4. 불송치결정을 받은 자의 형사보상청구 대상성 해석 문제

경찰 수사단계에서 피의자로 구금되었다가 경찰로부터 불송치결정을 받은 자는 형사보상의 대상이 될 수 있는지가 문제된다. 경찰의 불송치 결정을 잠정적 종결로 본다면 기소중지와 참고인중지처분과 같은 취지에서 보상을 청구할 수 없다고 보는 것이 타당하겠으나, 이의제기에 의한 검찰송치 등의 과정 없이 사건이 종결된 구속피의자의 입장에서 불기소처분과 다르지 않을 수 있다. 따라서 피의자의 권리 보호를 위해 이 부분을 검토할 필요하다는 논의가 있었다.³⁸⁾ 그러나 2021년 3월 「형사보상 및 명예회복에 관한 법률」 개정에 따라 사법경찰관으로부터 불송치결정을 받은 자는 국가에 대하여 그 구금에 대한 보상을 청구할 수 있도록 하여 입법적으로 해결되었다.³⁹⁾

36) 이원상, “수사절차에서 1차 수사종결권에 대한 고찰”, 「형사정책」 제30권 제2호, 한국형사정책학회, 2018, 75쪽.

37) 김현철, “개정 형사소송법상 경찰의 불송치결정의 법적 성격, 통제방법 및 통제방법의 문제점과 개선방안에 대한 고찰”, 「법학논고」 제73집, 경북대학교, 2021, 404-405쪽, 415쪽.

38) 김슬기, “인권보장의 측면에서 본 수사종결체계 검토”, 「형사정책」 제32권 제3호, 한국형사정책학회, 2020, 23쪽.

39) 「형사보상 및 명예회복에 관한 법률」 제27조(피의자에 대한 보상) ① 피의자로서 구금되었던 자 중 검사로부터 불기소처분을 받거나 사법경찰관으로부터 불송치결정을 받은 자는 국가에 대하여 그 구금에 대한 보상(이하 “피의자보상”이라 한다)을 청구할 수 있다. 다만, 구금된 이후 불기소처분 또는 불송치결정의 사유가 있는 경우와 해당 불기소처분 또는 불송치결정이 종국적(終局的)인 것이 아니거나 「형사소송법」 제247조에 따른 것일 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2021. 3. 16.>

IV. 경찰의 수사 통제에 대한 입법정책적 쟁점

1. 경찰의 불송치결정 통제방법에 대한 입법보완의 필요성

가. 재수사요청 횟수 제한 삭제

「수사준칙」 제64조 제2항은 검사의 재수사요청 횟수를 1회로 제한하고 있어, 사법경찰관이 검사의 재수사요청에 따라 재수사를 한 후 기존의 불송치 결정을 유지하는 경우 검사는 이른바 재재수사요청을 할 수 없도록 규정한다.⁴⁰⁾ 이는 검사의 과도한 재수사요청을 막고 피의자의 인권을 보호하기 위한 불가피한 조치라고 할 수 있다. 다만, 현행 「형사소송법」상 검사가 재수사요청을 할 수 있는 횟수에 제한이 없다는 점에서, 대통령령에서 이를 1회로 제한하는 것은 위임입법의 한계를 넘어설 수 있다는 비판이 제기될 수 있다.

나. 재수사요청 미이행에 따른 송치요구 대상 확대 필요성

「수사준칙」 제64조 제2항에서는 원칙적으로 검사의 재재수사요청을 금지하지만, 단서에서는 사법경찰관의 재수사에도 불구하고 불송치 사건의 위법·부당이 시정되지 않는 경우로 (i) 법리 위반, (ii) 명백한 채증법칙 위반, (iii) 공소시효나 소추요건 판단에 오류가 있는 경우를 규정한다. 이에 검사는 30일 이내에 시정조치요구 규정에 따라 ‘사건송치 요구’가 가능하도록 규정하고 있다. 그러나 사법경찰관의 재수사에도 불구하고 ‘부당’이 시정되지 않은 경우, 즉 검사가 사회변화, 과학기술 발달, 신종범죄 등장 등으로 판례변경의 필요성이 높다고 판단하는 경우에는 사건송치를 요구할 필요가 있다. 대법원에서 기존 입장을 변경하여 부부강간죄를 인정한 2013년 판결⁴¹⁾의 경우 검찰에서 기존

40) 「수사준칙」 제64조(재수사 결과의 처리) ② 검사는 사법경찰관이 제1항제2호에 따라 재수사 결과를 통보한 사건에 대해서 다시 재수사를 요청을 하거나 송치 요구를 할 수 없다. 다만, 사법경찰관의 재수사에도 불구하고 관련 법리에 위반되거나 송부받은 관계 서류 및 증거물과 재수사결과만으로도 공소제기를 할 수 있을 정도로 명백히 채증법칙에 위반되거나 공소시효 또는 형사소추의 요건을 판단하는 데 오류가 있어 사건을 송치하지 않은 위법 또는 부당이 시정되지 않은 경우에는 재수사 결과를 통보받은 날부터 30일 이내에 법 제197조의3에 따라 사건송치를 요구할 수 있다.

41) 대법원 2013. 5. 16 선고 2012도14788, 2012전도252(병합) 전원합의체 판결 참조.

대법원 판례에 반하여 기소한 사안이라는 점을 언급할 필요가 있다.

다. 재수사요청의 기간 제한

현행 「형사소송법」과 「경찰수사규칙」에 따라 불송치 결정 통지를 받은 자는 이의신청을 할 수 있으나(「형사소송법」 제245조의 7⁴²⁾, 「경찰수사규칙」 제113조⁴³⁾)의 기한에 제한이 없어 역시 수사관들에게 부담으로 작용한다는 의견이 있다. 따라서 불송치 통지를 받은 경우 일정기간(예) 90일, 120일 등)안에 이의신청을 해야한다는 규정을 마련할 필요가 있을 것이다.

라. 고소인(피해자)의 경찰수사결정 이의사건의 경우 검찰 수사의 필요성

경찰의 불송치 결정에 대해 고소인 등에 의해 이의신청⁴⁴⁾을 받은 경우 사건을 지체없이 검사에게 송치하게 되어 있으나, 이 사건이 다시 ‘보완수사요구’의 형태로 경찰에 다시 내려오게 된다. 보완수사요구 관련 「형사소송법」 규정⁴⁵⁾에는 이의신청에 대한 내용

42) 「형사소송법」 제245조의7(고소인 등의 이의신청) ① 제245조의6의 통지를 받은 사람은 해당 사법경찰관의 소속 관서의 장에게 이의를 신청할 수 있다.

② 사법경찰관은 제1항의 신청이 있는 때에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고 관계 서류와 증거물을 송부하여야 하며, 처리결과와 그 이유를 제1항의 신청인에게 통지하여야 한다.

43) 「경찰수사규칙」 제113조(고소인등의 이의신청) ① 법 제245조의7제1항에 따른 이의신청은 별지 제125호서식의 불송치 결정 이의신청서에 따른다.

② 사법경찰관은 제1항의 이의신청이 있는 경우 지체 없이 「수사준칙」 제58조제1항에 따라 사건을 송치한다. 이 경우 관계 서류와 증거물을 검사가 보관하는 경우(제110조제3항을 적용받는 경우는 제외한다)에는 관계 서류 및 증거물을 송부하지 않고 사건송치서 및 송치 결정서만으로 사건을 송치한다.

③ 사법경찰관은 법 제245조의7제2항에 따라 신청인에게 통지하는 경우에는 서면, 전화, 팩스, 전자우편, 문자메시지 등 신청인이 요청한 방법으로 통지할 수 있으며, 별도로 요청한 방법이 없는 경우에는 서면 또는 문자메시지로 한다. 이 경우 서면으로 하는 통지는 별지 제126호서식의 이의신청에 따른 사건송치 통지서에 따른다.

④ 사법경찰관은 법 제245조의7제2항에 따라 사건을 송치하는 경우에는 기존 불송치 결정을 변경해야 한다.

44) 「형사소송법」 제245조의7(고소인 등의 이의신청) ① 제245조의6의 통지를 받은 사람은 해당 사법경찰관의 소속 관서의 장에게 이의를 신청할 수 있다.

② 사법경찰관은 제1항의 신청이 있는 때에는 지체 없이 검사에게 사건을 송치하고 관계 서류와 증거물을 송부하여야 하며, 처리결과와 그 이유를 제1항의 신청인에게 통지하여야 한다.

45) 「형사소송법」 제197조의2(보완수사요구) ① 검사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에

이 없는 점. 이의신청 시 검사에게 송부하는 취지 등을 고려하여 이의신청 사건의 경우는 직접 검사가 보완수사를 확인하는 것으로 관련 법을 수정할 필요가 있다는 의견이 있다. 즉 보완수사요구 사유를 명백히 하고 그 외의 경우에는 엄격히 검사가 마무리를 하는 것으로 개정하는 것이 필요하다는 주장인 것이다. 현행 보완수사요구 규정은 공소 제기 결정에 필요한 경우나 공소유지에 필요한 경우라고 규정되어 그 범위가 무한정까지 확장될 수 있다. 적어도 공소제기 결정에 필요한 사항에 대해서만 보완수사요구를 할 수 있도록 하고, 공소유지가 필요한 경우에는 검사가 자체적으로 보완수사를 하는 것을 방안일 수 있다.

마. 검사의 송치요구에 대한 사법경찰관의 이의신청제도 필요성

「수사준칙」 제64조 제2항 본문은 불송치와 재수사 요청의 반복을 방지하기 위하여 검사는 사법경찰관이 기존의 불송치결정을 유지하여 재수사결과를 통보한 사건에 대해서 원칙적으로 다시 재수사 요청을 하거나 송치요구를 할 수 없다고 규정한다. 그러면서도 단서에서 관련 법리에 위반되거나 송부 받은 관계 서류 및 증거물과 재수사결과만으로도 공소제기를 할 수 있을 정도로 명백히 채증법칙에 위반되거나 공소시효 또는 형사소추의 요건을 판단하는 데 오류가 있어 사건을 송치하지 않은 위법 또는 부당이 시정되지 않은 경우, 재수사 결과를 통보받은 날부터 30일 이내에 「형사소송법」 제197조의3(시정조치요구 등)에 따라 사건송치를 요구할 수 있다고 한다. 검사가 사법경찰관과의 견이 달라 송치를 요구하는 것은 사법경찰관의 판단보다 검사의 판단이 우월함을 전제하는 것일 수 있다. 이와 같은 재수사결과 통보 후의 송치요구에 대해서 사법경찰관의 이의신청제도를 마련하여야 한다는 의견이 있다.⁴⁶⁾

사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있다.

1. 송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요한 경우
2. 사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부 결정에 관하여 필요한 경우
- ② 사법경찰관은 제1항의 요구가 있는 때에는 정당한 이유가 없는 한 지체 없이 이를 이행하고, 그 결과를 검사에게 통보하여야 한다.
- ③ 검찰총장 또는 각급 검찰청 검사장은 사법경찰관이 정당한 이유 없이 제1항의 요구에 따르지 아니하는 때에는 권한 있는 사람에게 해당 사법경찰관의 직무배제 또는 징계를 요구할 수 있고, 그 징계 절차는 「공무원 징계령」 또는 「경찰공무원 징계령」에 따른다.

46) 김현철, “개정 형사소송법상 경찰의 불송치결정의 법적 성격, 통제방법 및 통제방법의 문제점과

2. 보완수사요구 대상인 영장에 임시조치 포함 필요성

검사는 사법경찰관으로부터 송치받은 사건에 대하여 보완수사를 요구할 수 있다. 「수사준칙」에 제59조는 보완수사요구의 대상과 범위를 정하고 있는데, 특히 제59조 제3항은 사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부를 결정하는데 필요한 경우에 검사가 보완수사를 할 수 있음을 규정한다.⁴⁷⁾ 그러나 사법경찰관이 신청한 임시조치는 검사가 보완수사요구를 할 수 있는 대상인 ‘영장’에 포함되지 않아서 문제가 될 수 있다. 임시조치는 ① 신체의 자유나 주거이전의 자유 등 기본권을 제한하고, ② 형사절차에 따른 법원의 보호처분과 내용이 유사하며, ③ 형사처벌을 전제로 한 법률에 규정되어 있고, ④ 행정경찰관이 아닌 사법경찰관인이 조치의 주체라는 점 등을 고려할 때, 헌법상 영장주의가 적용되는 강제처분에 해당하기 때문이다. 때문에 강제처분인 사법경찰관의 임시조치를 검사의 사법적 통제 대상에서 제외시키는 것은 헌법상 원리인 영장주의와 충돌할 여지가 있는 것이다.

3. 수사심의위원회의 상설화와 전문화

경찰의 불송치결정이 종국적인 결정에 상응하는 경우 검사에 의한 준사법적 판단을 대체할 수 있는 통제장치 마련이 필요하고 이러한 맥락에서 당초 검·경 수사권 조정 합

개선방안에 대한 고찰”, 「법학논고」 제73집, 경북대학교, 2021, 415쪽.

47) 제59조(보완수사요구의 대상과 범위) ③ 검사는 사법경찰관이 신청한 영장(「통신비밀보호법」 제6조 및 제8조에 따른 통신제한조치허가서 및 같은 법 제13조에 따른 통신사실 확인자료 제공 요청 허가서를 포함한다. 이하 이 항에서 같다)의 청구 여부를 결정하기 위해 필요한 경우 법 제197조의 2제1항제2호에 따라 사법경찰관에게 보완수사를 요구할 수 있다. 이 경우 보완수사를 요구할 수 있는 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 범인에 관한 사항
2. 증거 또는 범죄사실 소명에 관한 사항
3. 소송조건 또는 처벌조건에 관한 사항
4. 해당 영장이 필요한 사유에 관한 사항
5. 죄명 및 범죄사실의 구성에 관한 사항
6. 법 제11조(법 제11조제1호의 경우는 수사기록에 명백히 현출되어 있는 사건으로 한정한다)와 관련된 사항
7. 그 밖에 사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부를 결정하기 위해 필요한 사항

의문에서는 수사심의위원회를 통한 통제장치를 모색하였다. 경찰의 중국적인 결정에 외부적 통제가 필요한 이유는 수사오류를 최소화하기 위함이다. 강화된 형태의 내부통제장치 또는 새로운 외부통제장치의 설치에 그 해결책이 될 수 있다. 그러나 현행 법령에는 수사심의위원회의 결정이 준사법적 판단을 갈음할 수 있는 것인지 확인할 만한 어떠한 내용도 담겨있지 않다. 이는 공소권 침해의 위험이 잠재되어 있다고 볼 여지가 있다. 관련하여 수사심의위원회 구성의 객관성과 전문성을 강화하고 이를 상설기구화하여 불송치 결정에 대한 통제기구로서 작동하게 하여야 한다는 의견도 제시된다.⁴⁸⁾

현행 「형사소송법」에서는 ‘수사심의’에 대한 내용은 없지만 정부합의문에 수사심의위원회를 언급한 바에 따르면, 수사심의위원회의 개최에 대하여 ‘반기별’이라는 시간적 규정을 두고 있다. 그러나 심의위원회의를 ‘사안이 발생할 때마다’ 개최할 수 있는지 혹은 합의문에 나타나 있는 바와 같이 ‘반기별’로 1회만 개최하면 충분한지는 불분명하다. 또한 6개월치에 달하는 수많은 불송치 결정사건에 대하여 1회만 개최되는 수사심의위원회가 적절한 심의를 할 수 있을지도 의문이다.⁴⁹⁾ 이러한 점에서 수사심의위원회를 상설기구화하여야 한다는 논의가 설득력을 얻는 지점이다.

물론 수사심의위원회가 상설화되더라도 이는 기본적으로 경찰의 내부적 통제기관이라는 점을 고려할 때 객관성과 공정성, 전문성에 한계가 있을 수 있다. 때문에 장기적으로는 외부 위원의 강화하는 방식으로 위원회의 객관성, 공정성, 전문성을 담보하여야 한다는 방안도 고민할 필요가 있다.⁵⁰⁾

V. 논의를 마치면서

검찰과 경찰의 수사권 조정은 권력기관의 개혁, 특히 사법개혁이라는 시대적 과제의 소중한 결실이다. 2021년 일련의 개혁법안들을 통해 경찰은 수사의 주체로서 권한과 책

48) 김슬기, “인권보장의 측면에서 본 수사종결체계 검토”, 「형사정책」 제32권 제3호, 한국형사정책학회, 2020, 19쪽.

49) 최호진, “수사권조정에 있어서 경찰의 송치·불송치 결정에 대한 몇 가지 문제점”, 「형사정책」 제32권 제1호, 한국형사정책학회, 2020, 86쪽.

50) 김슬기, “인권보장의 측면에서 본 수사종결체계 검토”, 「형사정책」 제32권 제3호, 한국형사정책학회, 2020, 19쪽.

임을 동시에 갖게 되었다. 이에 「형사소송법」 등에서는 경찰의 1차적 수사권을 인정하여 검찰의 직접수사개시권한을 축소하고 경찰의 1차적 수사종결권을 인정하는 것을 내용으로 하였다. 다만 경찰의 송치·불송치결정에 대해서는 다양한 통제장치를 마련하고 있다. 검사는 경찰의 송치사건에 대해 보완수사를 요구할 수 있으며, 정당한 이유 없이 불이행 시에는 경찰의 직무배제 및 징계요구를 할 수 있다. 경찰의 수사종결권한에 있어서 가장 두드러진 부분은 사건의 불송치이다. 검사는 송치사건에 대해 보완수사를 요구할 수 있으며, 정당한 이유 없이 불이행 시에는 경찰의 직무배제 및 징계요구를 할 수 있다.

그러나 이러한 권한과 통제 사이에는 여전히 법이론적으로나 실무상으로 많은 문제가 있다. 본 논의에서는 경찰의 수사종결에 대한 쟁점을 법해석학적 관점과 입법정책적 관점을 바탕으로 검토하였다. 먼저 경찰의 수사종결에 대한 해석학적 관점에서 「수사준칙」에서 수사중지 개념이 위임입법의 한계를 벗어난 것은 아닌지 문제된다. 경찰의 불송치 결정에 대해 이의신청을 누가 할 수 있는지에 대해서도 해석상 다툼이 있을 수 있고 송치사건 및 영장에 대한 검사의 보완수사요구를 사법경찰관이 “정당한 이유 없이” 이행하지 않은 경우에 ‘정당한 이유’에 있어서 「공무원 징계령」과 충돌할 여지가 있다. 경찰의 불송치 결정을 받은 자에 대한 형사보상도 해석학적 쟁점이었지만, 법률개정을 통해 입법적으로 해결되었다.

또한 현행 경찰의 수사 종결에 대해서는 입법정책적 쟁점도 논해볼 수 있다. 경찰의 불송치 결정을 통제할 방법에 대한 고민을 바탕으로 다양한 논의가 전개될 수 있다. 수사심의위원회의 상설화 필요성과 전문화 요청, 재수사 이후 경찰이 불송치 결정을 유지하고 검사가 송치를 요구할 때 사법경찰관에 의한 이의신청제도의 필요성, 검사의 보완수사 대상인 영장에 임시조치를 포함해야 할지 여부, 「수사준칙」에서 검사의 재수사요청 횟수를 1회로 제한한 부분이나 재수사요청 미이행에 따른 송치요구 대상을 확대할 필요성 등의 문제가 그러하다.

제기된 모든 쟁점과 비판을 그대로 수용할 수는 없을 것이다. 다만 수사권 조정 이후 사회적 합의와 법체계의 정합성을 고려하여 우선적으로 시급한 주제에 대해서는 전향적인 검토가 필요하다고 생각한다. 여기에는 검찰과 경찰의 견제와 균형을 이룰 수 있는 대등·협력관계가 중요한 고려사항이 되어야 한다. 물론 이러한 고려는 향후 경찰이 사실

관계 조사의 전담기관이자, 불송치결정의 전담기관으로서 자리매김하고, 검찰은 송치사건에 대한 공소제기관자 및 수사권 남용에 대한 견제기관으로서 역할에 충실할 수 있도록 하기 위한 전제이자 수단일 뿐이다. 결과적으로는 검찰과 경찰이 각자의 역할과 지위를 올바르게 정립해서 시민의 인권보호와 실체적 진실발견이라는 형사사법 이념을 실현하는 일이 궁극의 과제임을 놓쳐서는 안될 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 김대근·강동필·문성준, 「수사권 조정 이후 수사종결의 현황 및 개선방안」, 한국형사·법무정책연구원, 2022.
- 경찰청·한국형사법무정책연구원 공동세미나 자료, 「수사권 개혁 1년의 성과와 미래 발전 방안」, 2022.3.
- 이동희·최성락, 「수사구조개혁이 국민편익에 미칠 영향에 대한 법경제학적 연구, 경찰청 연구용역보고서」, 2015.
- 윤상연·정웅·강성용, 「수사권 개혁에 따른 국민편익 분석- 사건처리기간, 경검간 의견 불일치비교 -」, 경찰청 용역보고서, 2021.

2. 연구논문

- 김슬기, “인권보장의 측면에서 본 수사종결체계 검토”, 『형사정책』 제32권 제3호, 한국형사정책학회, 2020.
- 김현철, “개정 형사소송법상 경찰의 불송치결정의 법적 성격, 통제방법 및 통제방법의 문제점과 개선방안에 대한 고찰”, 『법학논고』 제73집, 경북대학교, 2021.
- 윤동호, “사법경찰관의 ‘1차적 수사종결권’의 법제화 방안”, 『형사정책』 제30권 제2호, 한국형사정책학회, 2018.
- 이문호·김성균·오정일, “수사권 조정의 편익 측정: 이중 수사를 중심으로”, 『인권과 정의』 제498호, 대한변호사협회, 2021.
- 이원상, “수사절차에서 1차 수사종결권에 대한 고찰”, 『형사정책』 제30권 제2호, 한국형사정책학회, 2018.
- 이재홍, “2018. 6. 21.자 수사권 조정 합의문상 사법경찰관의 불송치결정에 대한 통제 방법에 관한 헌법적 분석- 검사의 불기소처분에 대한 통제와의 비교를 중심으로-”, 『형사정책』 제30권 제2호, 한국형사정책학회, 2018.

최호진, “수사권조정에 있어서 경찰의 송치·불송치 결정에 대한 몇 가지 문제점”, 『형사정책』 제32권 제1호, 한국형사정책학회, 2020.

3. 기타

경찰청 브리핑자료, “수사권개혁 입법 시행 6개월- 국가수사체계의 변화, 국민이 중심입니다”, 2021.7.

대검찰청, 형사정책담당관실, 형사정책연구원 요청자료(II), 2021.9.

Issues and Alternatives of the Police's Power to Terminate Investigations after Coordination of Investigative Authority - Focusing on Issues of Legal Interpretation and Legislative Alternatives

Kim Dae-Keun

In 2018, the coordination of investigative authority was promoted as a national task to reform power organizations. The revised current Criminal Procedure Act recognizes the police's primary investigative power and the police's power to terminate investigations while reducing the prosecution's power to initiate direct investigations. One reason for the reform is that the police must have autonomy in the investigation while the prosecution's power to initiate investigations must be abolished in accordance with the principle of separation of powers by remaining firm in the role of judicial control. The police's power to terminate the investigation, introduced through the adjustment of the investigative power, could be viewed as a limited and tentative power, not a complete power to terminate the investigation. Accordingly, various control procedures are stipulated internally and externally for the police's power to proceed with the investigation and terminate the investigation. However, their limitations have been pointed out in various aspects. For example, there are no rules governing in case the police refuse the prosecution's request for a reinvestigation. This study focuses on legal interpretation and legislative policy issues related to the controls on the police's power to terminate the investigation. It points to interpretive issues such as suspension of investigation, ambiguity in who is entitled to submit objections to the police's non-transfer decisions, exclusion of duties, or the dispositions of disciplinary actions. Also, this study reviews legislative policy issues such as how to supplement the controls on the police's non-transfer decision or the need for temporary measures in the prosecutor's request for an investigation of the police's transfer decision, and the suggestion for the permanent

establishment of the investigation deliberation committee.

- ❖ Key word: Coordination of investigative Authority, Non-transfer decisions, request for supplementary investigation, request for re-investigation, objection to the Non-transfer decisions

일부 송치사건에 대한 검사의 수사 제한 검토 - 형사소송법 제196조 제2항을 중심으로

박민우*

국 | 문 | 요 | 약

2022. 9. 10. 시행된 개정 형사소송법과 검찰청법은 입법 과정에서 많은 논란이 있었다. 조문 하나하나에 대한 갑론을박이 치열했던 것과 달리, 수사 실무에서는 시행 법률의 해석 때문에 겪는 혼란이 제한적일 듯하다. 가장 논란이 컸던 검사의 직접수사 범위인 ‘부패범죄, 경제범죄 등’의 해석이 단적인 예이다. 당부는 차치하고 시행령인 「검사의 수사개시 범죄 범위에 관한 규정」에서 비교적 상세히 규정해 실무상 혼란의 소지가 적다. 명백한 위법으로 판명되지 않는다면 수사 실무자들로서는 이를 따를 수밖에 없기 때문이다. 고발인의 이의신청권을 폐지한 것도 마찬가지다. 특별한 쟁점이나 해석이 개입할 여지가 없다.

하지만 검사가 일부 송치사건에 대해 해당 사건과 동일성이 없는 범죄를 수사할 수 없도록 규정한 형사소송법 제196조 제2항은 다르다. 우선 검사가 송치사건과 직접 관련성 있는 범죄를 인지하고 수사할 수 있도록 한 검찰청법 제4조와 충돌한다. ‘직접 관련성’은 ‘해당 사건과 동일성’보다 넓은 개념이기 때문이다. 검사가 직접 수사하지 않고 경찰에 보완수사를 요구하는 것이 허용되는지도 불분명하다. 이뿐만이 아니다. 공소사실의 동일성 논의를 해당 사건과 동일성 해석에서 활용해야 하는데, 전자는 공판 단계이고 후자는 수사 단계라는 차이가 있어 쉽지 않다. 더욱이 판례는 공소장 변경과 기판력의 범위 문제에서 공소사실의 동일성 판단을 각기 달리하는 듯한 모습을 보이기도 한다.

이와 같은 의문을 해소하기 위해 형소법 제196조 제2항이 제한하는 검사의 수사 범위는 어디까지인지, 제한 대상인 ‘해당 사건과 동일성’이 없는 범죄를 어떻게 판단해야 하는지를 검토해 보았다. 덧붙여 형사소송법에 처음 등장한 별건수사 금지 규정과의 관계도 살펴봄으로써 형소법 제196조 제2항의 성격을 보다 분명히 하고자 했다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2022.9.30.3.83>.

❖ 주제어 : 형사소송법 제196조 제2항, 검사의 수사 제한, 송치사건 수사 제한, 해당사건과 동일성, 별건수사, 수사권 조정

* 서울경찰청 경정

I. 들어가며

검사의 수사권을 둘러싸고 세간의 관심을 집중시켰던 검찰청법·형사소송법 개정안이 2022. 9. 10. 시행됐다. 개정안에 대해 권한쟁의심판이 청구되었고 결과를 예단할 수 없어 법률의 내용이 일부 수정될 가능성도 있다. 그렇다고 개정안의 유효한 효력을 전제로 하는 해석을 미뤄둘 수만은 없다. 엄연히 시행되고 있는 법률이기 때문만은 아니다. 설령 법률을 수정해야 하는 상황이 오더라도 새로운 입법을 논의하려면 기존 법률의 쟁점 연구가 선행되어야 하기 때문이다.

개정 법률의 주요 내용은 다섯 가지다. 첫째, 검찰청법 제4조 제1항은 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위를 기존 6대 범죄¹⁾에서 ‘부패범죄, 경제범죄 등’으로 축소했다. 둘째, 검찰청법 제4조 제2항을 신설해 수사검사와 기소검사를 분리했다. 검사가 스스로 수사를 개시한 범죄에 대해 공소를 제기하지 못하게 한 것이다.²⁾ 셋째, 형사소송법 제196조 제2항 신설로 일부 송치사건에 대한 검사의 수사 범위를 제한했다. 넷째, 형사소송법 제198조 제4항 신설로 합리적 근거 없는 별건 수사를 금지했다. 마지막으로 형사소송법 제245의7 제1항을 개정해 사법경찰관의 소속 관서장에게 이의신청을 할 수 있는 주체를 고소인으로 제한했다. 고발인의 이의신청권을 폐지한 것이다.

이 중 형사소송법(이하 ‘형소법’으로 지칭) 제196조 제2항 “해당 사건과 동일성을 해치지 아니하는 범위”는 법 문언만으로는 그 의미가 불분명해 해석이 필요하다. 검사가 일정한 유형의 사법경찰관 송치사건에 대해서는 별건수사를 할 수 없다고 선언한 조문인데, 동일성을 해치는 수사가 무엇인지 선뜻 떠오르지 않는다. 축적된 판례나 논의가 없을 뿐만 아니라 수사 단계에서는 ‘해당 사건과 동일성’이 생소한 표현인 탓에 수사 현장의 혼란도 예상된다. 또, 금지되는 검사의 수사가 정확히 무엇을 의미하는지도 논란이 있을 수 있다. 흔히들 검사의 수사는 직접수사, 보완수사로 나눠 설명하고 경찰에 대한 보완수사 요구도 보완수사의 하나로 인식되는 경우가 많은데, 조문만 보면 과연 어디까지 금지되는 것인지 명확하지 않기 때문이다.

형소법 제196조 제2항은 공소장 변경과 기판력, 즉 공소제기 이후의 형사사법절차에

1) 부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사 등

2) 다만, 사법경찰관이 송치한 범죄는 예외로 공소를 제기할 수 있다.

서 논의되던 ‘동일성’이란 개념을 수사 단계에 처음 도입한 조문이다. 수사 단계와 공판 단계에서 사용되는 ‘동일성’ 개념이 동일해야 하는지, 차이가 있다면 어떠한 이유로 그 래야 하는지 논의가 필요하다. 공소사실의 동일성 해석이 학계는 물론 실무에서도 큰 영 향을 미치는 쟁점이라는 점을 떠올리면 형소법 제196조 제2항의 해석이 가지는 무게를 짐작할 수 있다.

II. 형사소송법 제196조 제2항의 내용과 적용 범위

1. ‘일부 송치사건’에 대한 검사의 수사 제한

형소법 제196조 제2항은 모든 사법경찰관 송치사건을 대상으로 하는 조문이 아니고 3가지 유형의 송치사건에 대해서 적용된다. 첫째, 검사가 수사 과정에서의 범령위반·인 권침해 또는 현저한 수사권 남용을 이유로 사법경찰관에게 시정조치를 요구한 후 정당한 이유없이 시정조치가 이행되지 않는다고 판단해 송치를 요구한 사건이다(형소법 제197 조의3 제6항). 둘째, 검사가 체포·구속장소 감찰 과정에서 적법한 절차에 의하지 아니하 고 체포 또는 구속된 것이라고 보아 사법경찰관에게 송치를 명한 사건이다(형소법 제 198조의2 제2항). 셋째, 사법경찰관으로부터 사건 불송치를 통지받은 고소인·피해자 또 는 그 법정대리인이 이의신청하여 송치된 사건이다(형소법 제245조의7 제2항).

주목할 것은 경찰 송치사건 대부분을 차지하는 기소의견 송치가 제외되었다는 것이다. 이 밖에도 범죄혐의 인정 유무와 관계없이 송치해야 하는 이른바 법정송치 사건에 해당 하는 가정폭력범죄·아동학대범죄 수사 사건³⁾, 즉결심판청구 기각 사건⁴⁾도 제외된다. 즉, 경찰 송치사건 중 아주 일부분을 차지하는 ① 시정조치 미이행에 따른 송치, ② 체포·구 속 감찰 과정에서 위법이 확인돼 이뤄진 송치, ③ 고소인·피해자 및 그 법정대리인의 이

3) 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제7조, 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제24조는 사법경찰관이 범죄를 신속 수사하고 전건 송치토록 하되, 가정보호사건 또는 아동보호사건으로 처 리하는 것이 적절한지에 관한 의견을 제시할 수 있도록 규정했다.

4) 즉결심판법 제5조 제2항은 판사의 즉결심판 청구 기각 결정이 있으면 경찰서장이 지체없이 사건을 관할 검찰청에 송치하도록 규정했다.

의신청에 의한 송치만이 대상인 것이다.

2. 송치사건과 ‘별건범죄’에 대한 ‘검사의 직접수사·직접 보완수사’ 제한

검사의 직접수사와 직접 보완수사⁵⁾와의 관계를 살펴보자. 직접수사와 직접 보완수사를 대립하는 개념으로 이해하는 경우가 많은 듯하다. 통상 검사가 경찰을 거치지 않고 다시 말해 송치사건과 무관하게 수사를 개시·진행·종결하는 경우를 ‘검사의 직접수사’라고 지칭하기 때문이다.⁶⁾ 이를 편의상 ‘협의를 직접수사’라고 지칭하기로 한다. ‘광의의 직접수사’는 용어 그대로 검사가 직접 수사하는 행위이기 때문에 검사의 ‘직접 보완수사’까지 포함한다. 협의의 직접수사는 직접 보완수사와 구분되는 개념이지만, 광의의 직접수사는 직접 보완수사까지 포함한다. 그런데도 구분 없이 ‘직접수사’라고 용어를 사용하면 혼란이 뒤따르기 쉽다. 어떤 경우는 직접 보완수사가 포함되고 어떤 경우는 포함되지 않기 때문이다.

덧붙이자면 협의의 직접수사인지 직접 보완수사인지 명확하지 않은 경우도 있다. 예컨대 검사가 송치사건을 통해 확인한 별건 범죄사실을 인지하고, 직접 수사했다고 가정해보도록 하자. 송치사건에서 파생했다는 점에 주목하면 직접 보완수사라고 볼 수 있다. 보완수사는 송치사건과 관련 있는 별건 범죄에도 가능하기 때문이다. 반면, 검찰청법 제4조에 따른 수사 개시권(송치한 범죄와 관련하여 인지한 해당 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄) 발동이라고 본다면, 협의의 직접수사로 볼 여지도 생긴다.⁷⁾

5) 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정(대통령령)」 제59조(보완수사요구의 대상과 범위) ① 검사는 법 제245조의5제1호에 따라 사법경찰관으로부터 송치받은 사건에 대해 보완수사가 필요하다고 인정하는 경우에는 특별히 직접 보완수사를 할 필요가 있다고 인정되는 경우를 제외하고는 사법경찰관에게 보완수사를 요구하는 것을 원칙으로 한다.

6) 형사소송법 개정(2022. 5. 9. 시행)의 단초가 된 여야 합의문(2022. 4. 22.) 4개 항목 중 첫째가 “1. 검찰의 직접수사권과 기소권은 분리하는 방향으로 한다. 검찰 직접 수사권은 한시적이며 직접수사의 경우에도 수사와 기소 검사는 분리한다.”였다. 당시 야당 원내대표는 합의문에 대한 당내 부정적 여론이 커지자 “검찰의 보완수사권 폐지를 막아낸 데 의미가 있다. 보완수사권은 경찰의 잘못된 수사, 미진한 수사에 대해 검찰이 ‘보완 요구’뿐 아니라 ‘직접수사’를 할 수 있는 권한”이라고 설명했다.; 국회나 법조계도 검사가 직접 하는 수사는 보완수사라는 형식으로 이루어질 수 있음을 알지만, 대중의 직관적인 이해를 돕기 위해 검사의 수사권을 직접수사권과 보완수사권으로 나눠 설명하는 듯하다.

7) 다만, 어떤 결론이든 검사가 광의의 직접수사를 할 수 있다는 점에서는 변함이 없어 이 같은 문제는

이상에서 살펴본 것처럼 만약 형소법 제196조 제2항을 검사의 직접수사 제한 규정이라고만 설명⁸⁾하면 여기서 직접수사가 광의의 직접수사인지 협의의 직접수사인지 선뜻 이해하기 어렵다. 반대로 ‘일부 송치사건의 보완수사 범위 제한’이라고 설명⁹⁾하면 검찰청법 제4조상 수사 개시권을 근거로 하는 협의의 직접수사는 가능한지, 보완수사 요구는 가능하다는 것인지 의문이 생긴다.

따라서, 통상 검사의 직접수사라는 용어가 ‘협의의 직접수사’를 의미하고 있음을 감안하여 형소법 제196조 제2항은 ‘검사의 직접수사와 직접 보완수사’를 제한한다고 설명해야 불필요한 의문과 논란을 줄일 수 있다.

3. 보완수사 요구의 제한 검토

형소법 제196조 제2항이 제한하는 검사의 수사에 보완수사 요구도 포함되는지 확인해야 한다. 물론 보완수사 요구라고 해서 제한없이 이뤄질 수 있는 것은 아니다. 형소법에서는 송치사건의 공소제기 여부 결정 또는 공소의 유지에 관하여 필요한 경우라고 추상적으로 규정했지만¹⁰⁾, 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정(대통령령)」(이하 ‘수사준칙’으로 지칭)에서는 송치사건과 그 관련사건에 대해서만 보완수사 요구를 할 수 있다고 그 대상과 한계를 명확히 했다.¹¹⁾ 보완수사 대상인 ‘관련사건’은 형소법 제196조 제2항의 ‘해당 사건과 동일성’보다 넓은 개념이다. 관련사건에는 1인이 범한 수죄 등 전형적인 별건 범죄사실까지 포함¹²⁾되는데, 동일성처럼 엄격한 관

실무나 학계의 관심을 받지 못하는 듯하다.

8) “형소법·검찰청법 일부 개정안 설명자료”(경찰청, 2022. 5. 3.)

9) 법무법인 세종, “형사소송법·검찰청법 개정안 주요 내용”(2022. 5. 4.); <https://www.shinkim.com/kor/media/newsletter/1801>

10) 형소법은 제197조의2 제1항 제2호에서 송치사건 이외에도 사법경찰관이 신청한 영장의 청구 여부 결정에 관하여 필요한 경우 보완수사 요구를 할 수 있도록 했다.

11) 보완수사의 범위를 송치사건은 물론 송치사건과 관련 사건에까지 적용하는 것에 대해 학계나 실무에서 크게 문제삼지 않고 있다. 송치된 범죄사실에만 한정해 보완수사 요구를 허용하면 실제적 진실을 밝히는데 어려움이 크다는 우려가 작용한 것으로 보인다. 경찰이 송치한 범죄사실이 발생한 사건의 전모를 완전히 담지 못할 수 있고, 실제로 사건의 일부분만 담긴 경우도 있기 때문이다. 덧붙여 검사의 수사 지휘권 폐지 이후 보완수사 요구가 일종의 경찰수사 통제 방안으로 인식된 탓에, 보완수사 요구 범위가 넓어지는 것에 대한 문제 제기가 적었던 것으로 보인다.

12) 형소법 제11조는 관련사건을 ① 1인이 범한 수죄, ② 수인이 공동으로 범한 죄, ③ 수인이 동시에

계일 필요가 없기 때문이다.

그렇다면 형소법 제196조 제2항에 규정된 3가지 유형의 송치사건과 ‘관련사건이지만 (보완수사 대상), 동일성은 없는 사건(검사의 직접수사·직접 보완수사 금지 대상)’이 존재하게 된다. 다음과 같은 가상의 사건을 생각해보자.

사법경찰관은 피의자 甲을 폭행 범죄사실로 수사했으나 증거부족으로 불송치 처분을 했는데, 피해자가 이의를 제기해 형소법 제245조의7 제2항에 따라 검찰에 송치했다. 검사는 수사기록에서 “甲은 평소 지하철에서 여성 신체 부위를 촬영하는 버릇이 있어, 이를 나무라다 다툼이 생겼다.”는 피해자 진술을 확인했다.

여기서 등장한 성폭력처벌법 제14조(카메라 등을 이용한 촬영) 위반 범죄 혐의를 A사건이라고 해보자. A사건은 수사기록에 명백히 현출된 관련사건으로 보완수사 대상이다. 반면, 피의자만 같을 뿐 죄질, 피해자, 일시·장소가 모두 달라 송치사건(해당사건)과 동일성이 없다. 형소법 제196조 제2항이 보완수사 요구를 제한하지 않는다면, 검사는 경찰에 A사건에 대한 보완수사 요구를 할 수 있다. 반대의 경우 검사는 A사건에 대해 보완수사 요구를 할 수 없다.

검사의 수사에는 보완수사 요구도 포함된다고 보고 형소법 제196조 제2항이 보완수사 요구까지 제한한다고 해석할 여지가 있다. 형소법 개정 당시 법제사법소위 논의를 살펴볼 필요가 있다. 당시 법원행정처차장은 형소법 제196조 제2항 입법에 대해 2개 항을 추가하는 보충의견을 제시했다. 제3항에는 ‘검사가 수사 중인 당해 사건과 관련하여 범죄사실의 동일성이 없는 다른 사건을 인지하게 된 때에는 그 사건에 대하여 사법경찰관에게 수사를 요구할 수 있다.’고 규정하고, 제4항에서는 ‘사법경찰관은 제3항의 요구가 있는 때에는 그 사건에 대하여 지체없이 수사를 개시하여야 한다.’고 규정하자는 것이었다.¹³⁾ 제안의 근거에는 형소법 제196조 제2항에 따라 제약되는 검사의 수사에 ‘보완수사 요구’가 포함될 소지가 있다는 생각이 자리 잡았다고 보는 것이 합리적이다. 그런데 논의 과정에서 제시됐던 검사의 ‘보완수사 요구’ 보장이 실제 입법에 반영되지 않았기에,

동일장소에서 범한 죄, ④ 범인은닉죄, 증거인멸죄, 위증죄, 허위감정통역죄 또는 장물에 관한 죄와 그 본범의 죄로 정의한다.; 다만, 수사준칙 제59조 제2항은 형소법 제11조상 ‘1인이 범한 수죄’는 송치된 수사기록에 명백히 현출되어 있는 사건으로 한정하여 무분별한 별건수사 가능성을 제한하고 있다.

13) 제395회 국회 법안심사제1소위원회 회의록, 36면.

형소법 제196조 제2항은 ‘보완수사 요구’도 제한한다는 주장이 일견 가능해 보인다. 하지만 다음과 같은 이유로 형소법 제196조 제2항은 보완수사 요구를 제한하지 않는다고 보아야 한다.

첫째, 보완수사 요구가 수사, 다시 말해 보완수사에 해당한다고 보는 것은 문언의 한계를 벗어난 해석이다. 요구의 사전적 의미는 ‘어떤 행위를 할 것을 청함’이다. 보완수사 할 것을 청하는 행위가 보완수사라는 설명은 모순이다.

둘째, 수사지휘권이 수사권과 별개의 독립된 개념이듯 보완수사 요구도 보완수사의 일부분이 아닌 독립된 개념으로 보아야 한다. 보완수사 요구는 종래 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘권 폐지(2021. 1. 1. 시행 형사소송법)를 대체하며 등장한 개념이다. 송치 전 사건이라도 영장청구와 결부된 경우 보완수사 요구가 가능하다는 점에서 보완수사 요구와 수사지휘는 실질적으로 같은 내용¹⁴⁾이거나 적어도 비슷한 성격이다. 따라서 보완수사 요구권과 수사권의 관계는 수사지휘권과 수사권의 관계와 같거나 유사해야 한다. 과거 검사의 수사지휘권과 수사권의 관계는 어떠했는지 살펴보도록 하자. 검사의 수사지휘권은 1954년 제정 형사소송법에서부터 존재해 왔지만 헌법과 개별법에서 명시적으로 개념 정의를 하지 않았다. 학계에서 다양한 방식으로 설명하기는 했지만 통용되는 정의는 없었다.¹⁵⁾ 그렇다면 수사권과 수사지휘권은 분리 가능한 독립 개념으로 보는 것이 타당하다. 검사의 사법경찰관에 대한 수사지휘권이 폐지되었음에도 검사의 수사권 규정인 형소법 제196조 제1항의 변화는 없었다는 점, 검찰청법 제8조는 수사권이 없는 법무부장관에게 ‘구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘·감독한다’고 수사지휘권을 부여하고 있다는 점이 그 이유다.

셋째, 형소법 제196조 제2항을 신설한 형사소송법 개정안(2022. 5. 9.)의 입법 취지와 방향은 검사의 직접수사를 제한하는 것이었지¹⁶⁾ 경찰에 대한 보완수사 요구를 제한하려는 것은 아니었다.¹⁷⁾

14) 정승환, “검·경 수사권조정 합의안에 대한 평가”, 법조 통권 731호(2018. 10.), 법조협회, 103면.

15) 이정원, “수사지휘 당사자에 관한 헌법적 해석론 - 법제분석을 통한 주체와 객체를 중심으로 -”, 고려법학 제103호(2021. 12.), 고려대학교 법학연구원, 59-61면.

16) 같은 취지에서 수사와 기소 분리 원칙 구현을 위한 전단계로 수사검사와 기소검사를 분리한 검찰청법 제4조 제2항은 경찰 송치사건에 대해서는 적용되지 않는다.

17) 입법 과정에서 송치사건과 범죄의 단일성·동일성을 벗어나는 검사의 수사를 금지하는 조문이 논의되었는데, 수사 공백이 생긴다는 지적에 대해 당시 박주민 법제사법소위원회장은 “인지는 하되 직접

이상과 같이 형소법 제196조 제2항의 문언과 입법 취지에 충실하게 해석하고 수사지휘와 보완수사 요구와의 관계를 고려할 때, 경찰 입장에서는 일종의 수사 단서라고도 할 수 있는 검사의 보완수사 요구까지 형소법 제196조 제2항이 제한한다고 볼 수는 없다.

Ⅲ. 다른 법률과의 관계

1. 별건수사 금지 조문과의 관계

가. 형소법 제198조 제4항의 의의

개정 형소법 제198조 제4항은 “수사기관은 수사 중인 사건의 범죄 혐의를 밝히기 위한 목적으로 합리적인 근거 없이 별개의 사건을 부당하게 수사하여서는 아니 되고, 다른 사건의 수사를 통해 확보된 증거 또는 자료를 내세워 관련 없는 사건에 대한 자백이나 진술을 강요하여서도 아니 된다.”고 규정했다.

이에 대해선 판례상 인정되어왔던 별건수사 금지와 사실상 동일한 내용이기 때문에 수사실무의 변화는 없을 것이라는 견해도 있다. 이미 시행 중이던 수사준칙 제3조 제4항 및 제16조 제2항의 내용을 조합해 법률로 격상했다는 점에 주목하여, ‘지금까지 인정되던 내용이 조문화되었을 뿐’이라고 평가한 것으로 짐작해볼 수 있다.

형소법 제198조 제4항	수사준칙 제3조 및 제16조 ¹⁸⁾
제198조(준수사항) ④ 수사기관은 수사 중인 사건의 범죄 혐의를 밝히기 위한 목적으로 합리적인 근거 없이 별개의 사건을 부당하게 수사하여서는 아니 되고, 다른 사건의 수사를 통하여 확보된 증거 또는 자료를 내세워 관련 없는 사건에 대한 자백이나 진술을 강요하여서도 아니 된다.	제3조(수사의 기본원칙) ④ 검사와 사법경찰관은 다른 사건의 수사를 통해 확보된 증거 또는 자료를 내세워 관련이 없는 사건에 대한 자백이나 진술을 강요해서는 안 된다. 제16조(수사의 개시) ② 검사 또는 사법경찰관은 수사 중인 사건의 범죄 혐의를 밝히기 위한 목적으로 관련 없는 사건의 수사를 개시하거나 수사기간을 부당하게 연장해서는 안 된다.

수사는 하지 말라는 뜻으로, 경찰에 사건을 내려보내면 된다”고 설명했다(제395회 국회 법안심사 제1소위원회 회의록, 31면).; 경찰에 사건을 내려보낸다는 것은 보완수사 요구를 의미한다고 보아야 한다.

하지만 우리 형사사법체계에서 별건수사 그 자체가 금지되어 왔는지 의문이다. 본래 별건수사는 언론이나 사건 당사자들이 수사 과정에서의 인권 침해를 호소하며 종종 사용해왔고 대중에게도 낯익은 용어였지만, 학계나 실무에서 그 개념을 정치하게 정의하지 않았다. 원칙적으로 별건수사가 금지되지 않았기에 개념을 정의할 실익이 적었던 탓이라고 생각한다.¹⁹⁾ 수사기관은 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인과 범죄사실을 수사해야 하는데, 범죄혐의를 인지하는 단서에는 제한이 없었기 때문에 원칙적으로 별건수사는 허용되어왔다고 보아야 한다.

물론 수사기관이 본래 의도하고 있는 사건을 수사하려고 다른 사건을 이유로 피의자를 구속하는 이른바 ‘별건구속’에서는 본건수사와 별건수사를 구별하고 별건구속을 금지해 왔다. 그렇지만 이는 영장주의를 잠탈하고 구속기간 제한과 재구속 금지를 형해화하는 구속수사를 제한하기 위한 것이지 별건수사 자체를 제한하는 것은 아니었다. 구속하지 않았다면 별건수사를 위법으로 볼 근거가 없다. 이 밖에 별건수사가 문제되는 경우는 압수수색이었는데, 획득한 증거물을 영장에 기재된 범죄사실과 다른 범죄 혐의에도 활용할 수 있느냐는 문제였다. 요컨대 별건수사라는 개념이 언급되고 적법성이 논란이 되었던 수사는 구속이나 압수수색처럼 대물적 강제처분이 결부된 경우였던 것이다. 따라서 우리 형사사법체계에서 금지해온 것은 본건수사 목적에 기인한 ‘별건수사 명목의 강제처분’이었지 별건수사 그 자체는 아니었다고 보는 것이 합리적이다.

그런데 형소법 제198조 제4항은 대물적 강제처분 여부를 조건으로 하지 않고, ‘본건수사를 목적’으로 하는²⁰⁾ ‘합리적인 근거 없는’ 별건수사 자체를 금지하고 있다.²¹⁾ 따라서 형소법 제198조 제4항은 종래 ‘별건수사 명목의 강제처분’만을 제한했던 판례의 입

18) 시행령 개정이 있을 수 있으므로, 2021. 1. 1. 시행되고 2022.9. 30. 현재 시행 중인 수사준칙 조문임을 밝힌다.

19) 수사준칙(2021. 1. 1. 시행) 제3조, 제16조에서 조문으로 신설되긴 했지만, 선언적 성격이 강했고 실제 이로 인한 수사 실무상의 변화나 논란은 거의 없었다.

20) 형소법 제198조 제4항에서는 ‘수사 중인 사건의 범죄 혐의를 밝히기 위한 목적’이라고 표현하였는데, 이는 별건구속 등에서 언급되던 통상의 ‘본건수사’와 같은 개념으로 보아야 한다.

21) 형소법 제198조 제4항 후단 “다른 사건의 수사를 통하여 확보된 증거 또는 자료를 내세워 관련 없는 사건에 대한 자백이나 진술을 강요하여서도 아니 된다.”는 이전에도 임의성 없는 자백이나 진술로 평가받고 증거능력이 제한되었던 사안이다. 조문의 핵심은 전단인 “수사 중인 사건의 범죄 혐의를 밝히기 위한 목적으로 합리적인 근거 없이 별개의 사건을 부당하게 수사하여서는 아니 되고”라고 생각한다.

장에서 한발 더 나아가, 강제수사·임의수사를 불문하고 합리적 근거 없는 별건수사를 금지하는 새로운 내용의 조문으로 보아야 한다.

덧붙이자면 형소법 제198조 제4항 입법은 이미 수사 실무에 변화를 가져오고 있다고 생각한다. 법무부는 검찰청법 제4조 제1항 제1호에 따른 검사의 수사 개시권을 확대하는 시행령을 입법예고²²⁾하면서, 제3조에서 “직접 관련성이란 범인·범죄사실·증거 중 어느 하나 이상을 공통으로 하고, 형사소송법 제198조 제4항의 준수사항에 위배되지 않는 경우를 말한다”고 규정했다. 종전보다 수사 개시권 대상인 ‘송치한 범죄와 직접 관련성 있는 범죄’의 해석 범위를 크게 확대했는데²³⁾ 형소법 제198조 제4항을 활용하면 수사 개시권 남용을 방지할 수 있다는 설명이 주요 논리였다. 실제 국무회의(2022. 9. 7.)를 통과한 개정안에서는 입법예고된 내용조차 검사의 수사 개시권을 제한할 수 있다는 이유로 ‘직접 관련성’ 해석 조문이 통째로 삭제되었다. 이로써 더 거세질 ‘직접 관련성의 광범위한 해석’ 논란에서 아마도 ‘형소법 제198조 제4항 준수’가 ‘직접 관련성이 있다’는 주장의 주된 근거 중 하나가 될 것이다.

나. 형소법 제198조 제4항과 형소법 제196조 제2항의 관계

형소법 제196조 제2항은 범조계나 수사 실무자들 사이에서 일부 송치사건에 대한 검사의 ‘별건수사’ 제한 규정이라고 이해된다. 별건수사 제한 내지 금지라는 내용에 주목한다면 일견 형소법 제198조 제4항이 모든 수사에 적용되는 일반원칙이고, 제196조 제2항은 검사의 일부 송치사건 수사에 대해 구체화한 조문이라고 생각할 수 있다. 이에 따르면 형소법 제198조 제4항이 제시한 ‘합리적인 근거’라는 요건을 제196조 제2항에서 ‘해당 사건(송치 사건)과 동일성을 해치지 아니하는 범위’로 구체화했다는 식의 해석이 가능할 것이다. 하지만 다음과 같은 이유로 양자는 ‘일반원칙과 그 구체화 조문’의 관계가 아니라고 생각한다.

첫째, 형소법 제198조 제4항은 ‘수사 중인 사건의 범죄혐의를 밝히기 위한 목적’이라

22) 「검사의 수사개시 범칙 범위에 관한 규정(대통령령)」(2022. 8. 12.~8. 29. 입법예고)

23) 예컨대 개정 전 시행령은 1인이 범한 수죄의 경우, 사법경찰관이 송치한 사건과 직접 관련성 있는 범죄가 되려면 송치된 ‘해당 범죄와 영장에 의해 확보한 증거물을 공통으로 하는 범죄’ 등의 까다로운 요건을 두었다.

는 이른바 본건수사 목적을 전제로 하는 별건수사 금지 규정이다. 반면, 형소법 제196조 제2항은 ‘목적과 관계없이’ 검사의 별건수사를 제한한다. 전자의 판단 기준은 별건수사의 ‘목적’인 반면, 후자의 판단 기준은 본건과 별건수사의 ‘연관성’, 다시 말해 ‘해당 사건과 동일성’이다. 양자는 서로 독자적 영역을 규율하는 가운데 교집합이 있을 뿐이다.

검사가 ① 송치사건 기록을 통해 제3의 별건 범죄 혐의를 인지했고, ② 본건 수사 목적이 없이 별건 자체를 수사하려는데, ③ ‘해당 사건(송치사건)과 동일성’이 인정되지 않는 경우를 생각해보자. 편의상 B사건이라고 하겠다. B사건은 형소법 제198조 제4항(‘별건수사 금지’ 조문)에 저촉되진 않지만, 형소법 제196조 제2항(‘송치사건에 대한 검사의 직접수사·직접 보완수사 제한’ 조문)을 위반하는 사항이다. 만약 두 조문이 일반원칙과 그 구체화의 관계라면, B사건을 수사하는 행위는 일반원칙을 위반하지 않지만 일반원칙을 구체화한 조문을 위반하는 행위라는 모순이 발생한다.

둘째, 양자는 입법 취지가 다르다. 형소법 제198조 제4항은 수사기관이 본건수사에 자신 없을 때 어떻게든 피의자가 처벌받을 상황을 만들어 피의자를 압박하는 행위를 금지한다. 수사권 남용이기 때문이다. 반면, 형소법 제196조 제2항은 수사권 남용보다는 수사와 기소 분리라는 방향성에 따라, 검사의 직접수사·직접 보완수사를 제한하기 위해 입안된 조문이다.

결론적으로 양자는 모두 별건수사를 제한하는 규정이지만, 형소법 제198조 제4항은 ‘본건수사를 목적’으로 하는 경우에 적용되고, 형소법 제196조 제2항은 본건수사와 관계없이 적용되는 각각 독립적인 조문이다.

덧붙이자면 검사의 무분별한 별건수사를 제한하는 데는 형소법 제196조 제2항이 더 큰 실효성을 가질 수도 있다고 생각한다. 수사기관이 형소법 제198조 제4항을 위반했는지의 입증이 쉽지 않을 것이기 때문이다. 별건수사가 본건수사 목적이었는지는 수사기관의 내심을 판단해야 하는데, 실체적 진실주의를 지나치게 훼손하고 피해자의 회복하기 어려운 권리 침해를 가져올 수 있어 미필적 고의처럼 완화된 기준을 적용하기가 여의치 않아 발생하는 문제다.²⁴⁾ 그렇다면 ‘본건수사 목적’이나 ‘합리적인 근거’처럼 추상적인 요건보다는 비교적 명확한 ‘해당 사건과 동일성’을 요건으로 사용하는 형소법 제196조

24) 미필적 고의는 수사기관의 입증부담을 완화하는 효과로 인해 오히려 실체적 진실 발견이나 피해자 구제에 더 적합한 결과를 가져온다.

제2항이 검사의 무분별한 별건수사를 제한하는 데 더 큰 효과가 있을 수 있다.

2. 형사소송법 제196조 제2항과 검찰청법 제4조 제1항 제1호 다목과의 관계

검찰청법 제4조 제1항 제1호 다목(이하 ‘검찰청법 제4조’로 지칭)은 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위 중 하나로 “사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 인지한 각 해당 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄”를 규정하고 있다. 형소법은 검사의 송치사건에 대한 별건수사 허용 범위의 기준으로 ‘동일성’을 제시한 데 반해, 검찰청법은 ‘직접 관련성’을 제시했다.

검찰청법 제4조 제1항 제1호	형소법 제196조 제2항
① 검사는 공익의 대표자로서 다음 각 호의 직무와 권한이 있다. 1. 범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항. 다만, 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위는 다음 각 목과 같다. 가. 부패범죄, 경제범죄 등 대통령령으로 정하는 중요 범죄 나. 경찰공무원(다른 법률에 따라 사법경찰관리의 직무를 행하는 자를 포함한다) 및 고위공직자범죄수사처 소속 공무원(「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」에 따른 파견공무원을 포함한다)이 범한 범죄 다. 가목·나목의 범죄 및 사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 인지한 각 해당 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄	② 검사는 제197조의3 제6항, 제198조의2 제2항 및 제245조의7 제2항에 따라 사법경찰관으로부터 송치 받은 사건에 관하여는 해당 사건과 동일성을 해치지 아니하는 범위 내에서 수사할 수 있다.

앞서 살펴본 것처럼 형소법 제196조 제2항은 검사의 수사 개시권(협의의 직접 수사권)도 제한한다는 점에서 두 조문은 서로 충돌하는 지점이 생긴다. 물론 ‘직접 관련성’과 ‘동일성’이 같은 의미라는 반론이 가능하겠지만 무리한 해석이다.

우선 문언에 충실한 해석을 할 때 양자는 다른 의미다. 같은 의미라면 굳이 다른 표현을 써서 혼란을 줄 필요가 없다. 입법 취지를 고려해도 양자는 다른 의미다. 형소법 제

196조 제2항은 기존에 검찰청법 제4조에서 허용한 직접 수사권을 축소하려는 입법이어서 ‘동일성’이 ‘직접 관련성’보다 축소된 의미라고 파악해야 자연스럽다.

결국 ‘직접 관련성’과 ‘동일성’은 다른 개념이고 ‘동일성’이 더욱 엄격한 기준이기 때문에, 형소법 제196조 제2항은 검찰청법 제4조에 우선하고, 또 이를 제한하는 규정이다. 이 같은 성격은 형소법 제196조 제2항으로 하여금 검사의 수사 개시권이 법률의 허용 범위를 넘어 광범위하게 확대되는 것을 막을 수 있도록 한다는 데 의의가 있다. 실제 사례를 살펴보고자 하자. 앞서 살펴본 것처럼 법무부는 「검사의 수사개시 범죄 범위에 관한 규정(대통령령)」 개정안 입법예고를 통해 ‘사실상’ 직접 관련성의 범위를 확대하는 해석을 내놓았다. ‘직접’ 관련성은 통상의 관련성보다 제한적으로 해석해야 하는 것이 당연한데도 입법예고된 시행령에서는 정도의 차이도 없이 ‘범인·범죄사실·증거’ 중 어느 하나만 공통되면 직접 관련성이 있다고 규정했다. 조금이라도 관련성이 있으면 직접 관련성이 있다는 모순된 해석을 했던 것이다. 여기서 더 나아가 법무부는 입법예고된 내용조차 검사의 수사를 제한할 수 있다는 의견이 있었다며 ‘직접 관련성’ 해석 조문을 통째로 삭제했고, 이렇게 수정된 시행령 개정안은 2022. 9. 7. 국무회의를 통과했다. ‘범인·범죄사실·증거’ 중 어느 하나가 공통되지 않더라도 직접 관련성이 있을 수 있다는 해석이 가능해진 셈이다. 시행령도 아닌 유권해석으로 법률의 내용을 변경한 것과 다를 없다는 비판이 나온다. 그 당부는 차치하고 유권해석이나 시행령 개정으로도 형소법 제196조 제2항의 적용을 받는 송치사건에 대해서는 검사의 수사 개시권을 확대할 수 없다는 점이 중요하다. 형소법 제196조 제2항의 의미를 가볍게 볼 수 없는 까닭이다.

IV. 해당 사건과 동일성 기준의 해석

1. 공소사실의 동일성과 비교

가. 검토 필요성

절차법인 형사소송법상 행위는 실체법인 형법의 행위와 구분된다. 후자는 “가벌성이 있는 것으로 형법전에 정해진 범죄유형에 따라 확인되는 반면에, 전자는 일정한 시공간

에서 행위자가 저지른 역사적, 사회적인 사실로서의 행위를 의미”²⁵⁾한다고 설명되기도 한다. 쉽게 말해 형법상 수죄라도 형사소송법상 1개의 사건이 될 수 있다는 의미다. 이처럼 실체법상 행위와 소송법상 사건이 상이해지는 경우를 설명해주는 개념이 공소사실의 동일성이다.²⁶⁾ 공소사실의 동일성은 주로 공소장 변경이 허용되는 범위 및 기판력이 미치는 범위 문제로 다루어져 왔다.²⁷⁾

공소사실의 동일성을 상세히 언급한 이유는 형소법 제196조 제2항 ‘해당 사건과 동일성’은 공소사실의 동일성에 착안한 개념이기 때문이다. 형소법 개정의 단초였던 당시 여야 원내대표의 검찰개혁 합의안(2022.4.22.)은 ① 기소의견 송치사건에 대해서는 ‘범죄의 단일성과 동일성’을 벗어나는 수사를 금지했고, ② 시정조치 요구나 이의제기로 송치된 사건에 대해서는 ‘당해 사건의 단일성과 동일성’을 해치지 않는 범위에서 수사할 수 있다고 명시했다.²⁸⁾ 이후 여죄 및 진범이나 공범에 대한 수사가 위축되고 경우에 따라선 수사기관이 수사를 회피하는 수단으로 악용될 수도 있다는 각계의 우려를 반영하여 국회는 일부 송치사건의 수사만 제한하도록 조문을 수정했다. 또, ‘단일성’이 전에 없던 표현이어서 해석 논란이 있을 수 있다는 의견도 반영했다. 단일성을 삭제하고 형사소송법 제298조 제1항과 유사하게 ‘해당 사건과 동일성을 해치지 아니하는 범위’라고 조문화한 것이다.²⁹⁾

25) Volk, Grundkurs StPO, 13/1.; 홍영기, “형사소송법상 사건의 동일성 - 이론과 정책 -”, 형사법연구 제19권 제3호(2007. 1.), 한국형사법학회, 697면 재인용.

26) 형사소송은 고정되지 않고 절차 진행과 함께 발전해나가는 동적 과정이어서, 공소제기되지 않은 사실에 대해 법원의 심판 대상인지를 명확히 해야 하는 경우가 생긴다.; 이경렬, “형사소송법상 한 개 사건의 의미”, 비교형사법연구 제6권 제1호(2004. 7.), 한국비교형사법학회, 184면.

27) 형소법 제248조 제2항에서 “범죄사실의 일부에 대한 공소의 효력은 범죄사실 전부에 미친다.”고, 형소법 제298조 제1항은 “(검사의 공소장 변경 신청에 대해) 법원은 공소사실의 동일성을 해치지 아니하는 한도에서 허가하여야 한다.”고 규정했다.

28) 합의문은 총 8개 항으로 구성됐는데 4번 항의 내용이다. ‘별건수사 금지’라는 부연 설명도 명시되어 있다.

29) ‘단일성’은 ‘특정 시점’을 기준으로 사건이 하나됨을 뜻하는 것이고 ‘동일성’은 시간의 흐름을 전제로 사건의 하나됨을 의미하는데, 단일성 개념은 현실적으로 형사소송법 영역에서 독자적인 의미를 갖지 않는다고 설명되기도 한다(배종대·홍영기, 「형사소송법 제2판(2020)」, 홍문사, 251-252면); 통상 공소사실의 동일성은 ‘단일성’과 협의의 ‘동일성’을 포함하는 개념이라는 다수설의 설명 역시 마찬가지로 ‘단일성’의 독자적 의미를 부여하지 않는 견해이다. 그럼에도 단일성 용어를 삭제하지는 논의가 이뤄진 것은, 단일성은 실체법상 죄수 개념에 종속된다고 보는 소수 견해가 있기 때문으로 보인다. 단일성이 조문에 명시되면 경합범 관계는 단일성을 충족하지 않는다고 해석돼 수사 대상이 축소될 수 있다는 우려가 작용한 것으로 추측해볼 수 있다.

따라서 ‘해당 사건과 동일성’을 해석하는 데 있어 기존의 공소사실의 동일성 연구가 출발선이 되어야 한다. 법원행정처차장과 법무부차관이 당시 법안심사소위에서 형소법 제298조 제1항의 축적된 논의를 활용해야 혼란이 줄어들 것이라는 취지로 발언한 점도 이를 뒷받침한다.

나. 공소사실의 동일성 인정 범위에 대한 학설과 판례

죄질동일성·구성요건공통설·소인주요부분공통설 등이 주장되기도 했지만 현재는 기본적인 사실관계 동일성이 통설인데, 판례 역시 기본적인 사실관계 동일성설을 취한다고 보는 견해가 다수다. 학계에서는 기본적인 사실관계 동일성을 “공소사실을 그 기초가 되는 사회적 사실로 환원하여 판단할 때, 공소사실과 기초적인 사회적 사실 사이에 지엽적인 점에서는 다소의 차이가 있더라도 기본적인 점에서 공통되면 동일성을 인정하는 것”³⁰⁾으로 정의한다. 동일성을 판단할 때에는 “시간과 공간 안에서 행위자가 저지른 전법률적·사회적·역사적 사실을 대상으로 정해야 한다.”³¹⁾고도 한다. 다만, 학계에서도 구체적인 판단 기준 설정이 쉽지 않다는 공감대가 있고, 자연히 판단 기준에 대한 견해도 갈리고 있다. 하지만 법률 전문가가 아닌 사회일반인의 관점에서 기본적인 사실관계의 동일성을 판단해야 한다는 점에서는 큰 이견이 없어 보인다.

다음으로 판례의 입장을 살펴보도록 하자. 종래 판례는 ‘일방의 범죄가 성립되는 때에는 타방의 범죄의 성립은 인정할 수 없다고 볼 정도로 양자가 밀접한 관계에 있는 경우’ 기본적인 사실관계의 동일성을 인정했다.³²⁾ 비교되는 두 사실이 시간·장소적으로 ‘밀접관계’이고 ‘비양립성’, 다시 말해 서로 양립할 수 없음이 인정되면 동일성이 인정된다는 것이다.³³⁾ 판례가 밀접관계의 성립 요소로 시간적·장소적 관련성을 제시한 이유는 국가 형벌권의 행사가 피고인의 주관적 의사에 따라 좌우되지 않고, 사회일반인의 관점에서 결정될 수 있도록 객관적인 요소를 도입한 것으로 보인다.³⁴⁾

30) 정웅석·최창호·이경렬·김한균, 「신형사소송법(2021)」, 박영사, 405면; 김인회, 「형사소송법 제2판(2018)」, 피앤씨미디어, 262면

31) 배종대·홍영기, 앞의 책, 253면.

32) 대법원 1982. 12. 28. 선고 82도2156 판결.

33) 이주원, 「형사소송법 제4판(2022)」, 박영사, 292면.

34) 안성조, “공소사실의 동일성 판단기준과 일사부재리의 효력이 미치는 범위”, 형사법연구 제34권 제2호(2022. 3.), 한국형사법학회, 138면.

그런데 대법원 1994. 3. 22. 선고 93도2080 전원합의체 판결은 이른바 ‘규범적 요소’를 추가적인 판단 기준으로 제시했다. “두 죄의 기본적 사실관계가 동일한가의 여부는 그 규범적 요소를 전적으로 배제한 채 순수하게 사회적, 전법률적인 관점에서만 파악할 수는 없고, 그 자연적, 사회적 사실관계나 피고인의 행위가 동일한 것인가 외에 그 규범적 요소도 기본적 사실관계 동일성의 실질적 내용의 일부를 이루는 것이라고 보는 것이 상당하다.”고 판시한 것이다.³⁵⁾ 판결은 ‘행위의 태양이나 피해법익도 다르고 죄질에도 현저한 차이가 있어’ 동일성을 인정하지 않았다. 대법원이 규범적 요소로 ① 행위태양, ② 보호법익, ③ 죄질을 제시하고 있다는 평가다.³⁶⁾ 사회적 사실관계를 기본으로 하되, 규범적 요소도 아울러 고려하는 판례의 입장을 수정된 기본적 사실관계 동일설이라고 설명하기도 한다.³⁷⁾

규범적 요소를 도입한 판례에 비판적인 견해가 많은데 주로 다음과 같은 이유다. 기본적인 사실관계 동일설이 가지는 가치는 동일성 판단을 법 전문가가 아닌 일반인의 시각에서 이루어지도록 하는 것³⁸⁾인데, 법관의 자의적 판단이 개입할 여지가 많아 피고인으로서는 이를 예측할 수 없고 법적 안정성이 저해된다고 본다.³⁹⁾

35) 사실관계는 다음과 같다. 피고인은 A로부터 장물인 신용카드 1매를 교부받은 혐의로 장물취득죄 유죄가 확정됐다. 사실 피고인은 A 등과 함께 강도상해 범행을 하였고, 위 신용카드는 강도상해 범행으로 취득한 재물이었다. 대법원은 장물취득죄와 강도상해죄는 동일성이 인정되지 않는 별개의 범죄여서 일사부재리 효력이 미치지 않는다고 판결했다.

36) 안성조, 앞의 논문, 152면.

37) 이주원, 앞의 책, 292면.

38) 홍영기, 앞의 논문, 710면.; 다만, 홍영기 교수는 폭행, 재물, 강취 같은 법률용어의 사용부터 규범적인 요소가 개입한 것이라고 했다. 형사절차에서 규범적인 관점을 벗어난 ‘전법률적’이고 ‘순수 사회적인’ 판단은 어렵다는 인용 문헌(Neumann, ZStW 1989, 56면; Lüderssen, Erfahrung als Rechtsquelle, 1972, 84면 이하; Mastronardi, Juristisches Denken, 2003, 51면 이하)을 지지하며, ‘규범성 개입의 정도’라는 양적 판단의 문제라고 보았고, 판례가 통설인 기본적 사실관계 동일설을 포기한 것이 아니라고 했다.(홍영기, 앞의 논문, 707면.; 배종대·홍영기, 앞의 책, 255면.)

39) 공소사실 동일성의 이념적 배경인 일사부재리원칙에 위배된다는 비판도 있다. 일사부재리원칙은 “일반인 자신의 생각과 눈에 하나의 행위로 보이는 사건에 대해서 재차 다시 처벌받지 않는다는 ‘이중처벌금지원칙’을 신뢰함으로써 피고인의 법적 안정성을 꾀하는데 그 목적을 두고 있는 것”이기 때문이다.; 홍승희, “공소사실 동일성 판단에서 규범적 요소의 의미”, 형사법연구 제26권(2006. 12.), 한국형사법학회, 800면, 802면.

2. 압수수색 요건인 ‘관련성’과 비교

가. 검토 필요성

2011년 개정 형사소송법은 압수수색 요건으로 ‘관련성’을 추가했다. ‘해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여’ 압수할 수 있도록 한 것이다.⁴⁰⁾ 그간 판례로 인정되어 오던 것을 명문화했다.⁴¹⁾ 법원이 관련성 요건을 심사하고 있음에도 수사기관이 광범위한 압수수색을 벌이는 경우가 많다는 문제의식에서 출발한 입법이었다. 물론 ‘해당 사건과 관련성’과 ‘해당 사건과 동일성’은 문언상 분명 다른 개념이다. 그럼에도 관련성을 동일성 해석에 참고하려는 이유는 다음과 같다.

첫째, 형소법 제215조상 ‘해당 사건과 관련성’ 판단에서 ‘해당 사건’의 범위 설정이 차지하는 비중이 크다.⁴²⁾ 영장에 기재된 범죄사실과 다른 범죄사실에 대해 어디까지 해당 사건으로 인정할 수 있는지가 주로 문제되기 때문이다.⁴³⁾ 이는 송치기록에 기재된 범죄사실과 그렇지 않은 범죄사실과의 관계를 묻는 형소법 제196조 제2항상 ‘해당 사건과 동일성’ 문제와 유사하다.

둘째, ‘해당 사건과 동일성’ 문제는 압수수색의 관련성 논의와 비슷한 양상을 띠 가능성이 높다. 압수수색의 관련성 요건에 대한 연구는 인정 범위를 좁히려는 견해와 확대하려는 견해로 나뉘는데, 후자는 수사 실무자이거나 실무자 출신의 연구가 많은 편이고 이들은 관련성 범위를 축소하는 판례에 대해 ‘수사 현실을 고려하지 않았다’는 취지로 비판적 입장을 취한다.⁴⁴⁾ 해외 주요국에서는 우리와 같은 압수수색 사각지대가 발생하지 않는다는 점을 강조하기도 한다.⁴⁵⁾ 형소법 제196조 제2항 ‘해당 사건과 동일성’ 인정

40) 제215조(압수, 수색, 검증) ① 검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.

41) 법률 개정 전이었던 대법원 2011. 5. 26.자 2009도1190 결정에서도 법원은 ‘영장에 기재된 혐의사실과 관련된 부분’만 압수수색할 수 있다고 했다.; 이주원, 앞의 책, 167면.

42) 신동운, 「간추린 신형사소송법 제13판(2021. 3.)」, 법문사, 222면.

43) 통상 압수수색의 관련성이 문제되는 경우는 수사기관이 영장을 집행하면서 영장에 기재된 범죄사실과 다른 범죄사실의 증거를 획득한 경우다.

44) 이형근, “수사상 압수·수색에 있어 관련성 판단의 준거”, 형사법연구 제33권 제4호(2021. 12.), 한국형사법학회, 333면.

45) 관련성 범위 확장을 위해 영미의 ‘Plain view Doctrine’이나 독일의 ‘독립적 가압수’처럼 수사기관

범위 문제 역시 수사 현실이나 비교법적 연구와 맞물릴 개연성이 커서, 압수수색의 관련성 논의와 비슷하게 흘러가기 쉽다.⁴⁶⁾

나. 학설과 판례

학계에서는 형사소송법 제215조상 ‘해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것’, 다시 말해 관련성의 인정 범위를 확인하기 위해 두 가지 개념을 제시하는 경우가 많다. ‘해당 사건’이 무엇이고 ‘관계가 있는 것’은 무엇인지다.⁴⁷⁾ ‘해당 사건’은 사건과 사건과의 관계를 따지는 것이고, ‘관계가 있는 것’이란 사건과 물건과의 관계를 따지는 것이다.⁴⁸⁾ 후자는 증거로서의 의미라고 설명되기도 한다. 다만, 판례는 “영장에 기재한 혐의 사실과 ‘객관적 관련성’이 있고 영장 대상자와 피의자 사이에 ‘인적 관련성’이 있는 범위에 영장의 효력이 미칠 수 있다”고 판시하며, ‘객관적 관련성’과 ‘인적 관련성’이라는 하위 개념을 도입해 ‘해당 사건과 관련성’을 판단하고 있다. 여기서는 판례가 제시하는 기준과 이에 대한 평석을 중심으로 살펴보려고 한다.⁴⁹⁾

종래 판례는 혐의사실과의 ‘객관적 관련성’은 혐의사실 자체 또는 그 혐의와 기본적인 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론이거니와 범행의 동기와 경위, 수단과 방법, 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거 내지 정황증거로 사용될 수 있는 것이라고 설명했다. 피의자와의 ‘인적 관련성’은 압수수색영장에 기재된 대상자의 공동정범이나 교사범 등 공범이나 간접정범, 필요적 공범 등에 대한 피고사건에 대해서 인정된다고 했다.

하지만 대법원 2019. 10. 17. 선고 2019도6775 판결은 객관적 관련성에 대해 “압수

이 합법적으로 ‘우연히 발견한 증거’를 획득할 수 있도록 하는 해외 법제를 소개하는 경우가 많다.

46) 다만, 수사기관의 입장은 같릴 수 있다. 검찰은 ‘해당 사건과 동일성’ 범위 확대를 지지하고 경찰은 축소를 지지할 가능성이 높다.

47) 김웅재, “압수·수색의 ‘관련성’ 요건에 관한 대법원 판례의 진화”, 법학평론 제12권(2022. 4.), 서울대학교, 17-18면.

48) 김웅재, 앞의 논문, 18면.

49) 해당 사건과 혐의의 관련성을 나눠 설명하는 견해는 특히 해당사건이 무엇인지 규명하는데 주력한다. 1) 형사소송법 제11조가 규정하고 있는 관련 사건을 기준으로 하는 견해, 2) 형소법 제248조 제2항이 규정하는 ‘범죄사실’을 기준으로 하는 견해, 3) 영장에 기재된 범죄사실에 한정하여 ‘압수의 원인이 된 사실’을 기준으로 하는 견해가 있다. 이 같은 논의도 결국 판례가 제시하는 객관적 관련성과 인적 관련성 문제에 포섭될 수 있으므로 간략한 소개로 갈음한다.

수색영장에 기재된 혐의 사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적, 개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정된다고 보아야 하고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있다고 할 것은 아니다.”고 객관적 관련성 인정 범위를 축소하는 판결을 했다. 경찰이 필로폰 투약 사범을 압수수색 하여 획득한 투약의 증거가, 영장에 기재된 범죄사실 ‘이후’ 투약한 행위에 대한 것이어서 별건 압수수색이고 위법하다고 판시한 것이다.⁵⁰⁾ 이후에도 대법원은 “구체적, 개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정된다고 보아야 하고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있다고 할 것은 아니다”는 기준을 유지하고 있다.⁵¹⁾

위 판결은 경찰이 압수수색영장을 발부받고 한 달여 뒤에 집행했다는 사실 등 통상의 압수수색과 다른 이례적인 상황들이 감안된 것 같다. “압수수색영장은 이미 발생한 범죄 사실에 대한 증거를 확보하기 위한 것으로 장래에 발생할 범죄를 미리 예측하여 압수수색영장을 발부받을 수 없어” 당연히 객관적 관련성이 인정되지 않는다⁵²⁾는 평석도 이례적 상황에 방점을 둔 것으로 추측해볼 수 있다.

하지만 위 판결에 비판적인 견해가 문제 삼는 지점은 다른 데 있음을 주목해야 한다. ‘동일한 피의자의 동종 범행’에 대해 관련성을 부정했다는 점이다. 이전까지 압수수색의 관련성이 문제된 사안은 주로 다른 피의자의 동종 범행이거나, 동일한 피의자의 이종 범행이었다.⁵³⁾ 요컨대 마약사범처럼 동일인의 동종 범행이고 상습성이 있어 기본적 사실 관계의 동일성이 인정되는 사안이라도, 압수수색의 관련성을 부정⁵⁴⁾할 수 있는 기준이

50) 다만, 대법원은 이에 앞서 압수수색은 아니지만 통신제한조치에 대해 동일한 취지의 판결을 내린 바가 있었다. 통신사실확인자료 제공요청의 목적이 된 범죄와 ‘관련된 범죄’를 판단하는 기준에 대한 것이었다. 판례는 “허가서에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상 및 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정되고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있는 것은 아니다.”고 판시했다(대법원 2017. 1. 25. 선고 2016도 13489 판결).

51) 대법원 2020. 2. 13. 선고 2019도14341 판결, 대법원 2021. 11. 25. 선고 2019도7342 판결, 대법원 2021. 8. 26. 선고 2021도2205 판결 등.

52) 이순옥, “2021년도 형사소송법 중요 판례에 대한 검토”, 형사소송 이론과 실무 제14권 제1호(2022. 3.), 164면.

53) 장웅혁, “압수에 있어 ‘관련성’ 판단기준의 비판적 검토”, 형사법연구 제32권 제2호(2020. 6.), 한국형사법학회, 239면.

54) 서원익, “압수수색 관련성 범위에 관한 최근 판례의 비판적 검토”, 형사정책 제32권 제3호(2020. 10.), 한국형사정책학회, 84면.

생겼다는 것이다.

3. 소결

형소법 제196조 제2항 ‘해당 사건과 동일성’ 판단 기준은 문언의 유사성이나 입법 과정에서 논의된 참고할 때 ‘공소사실의 동일성’ 해석을 기초해야 한다. 다만, 전자는 수사 단계를 후자는 공판 단계를 다룬다는 점에서 양자를 완전히 동일하게 취급할 수는 없다. 해석의 간극을 좁히기 위해 압수수색의 관련성 요건 해석을 참고해야 한다. 형소법 제196조 제2항처럼 수사 과정상 쟁점인 데다, ‘해당 사건’이라는 동일한 용어를 사용하기 때문이다. 우선 공소사실의 동일성 해석에서 참고해야 하는 사안부터 확인해보기로 한다.

판례가 공소사실의 동일성 인정에서 규범적 요소를 도입한 이유는 동일성 범위를 축소해 기판력을 부정하지 않으면 실제적 정의에 크게 반하는 결과가 발생하기 때문이었다.⁵⁵⁾ 경미한 처벌을 받았다는 이유로 중한 범죄를 처벌하지 못하는 경우를 줄이기 위함이었다.⁵⁶⁾ 자연히 판례는 주로 기판력의 범위를 제한하는 때는 동일성을 좁게 인정하고, 공소장 변경에서는 동일성을 넓게 인정하는 경향을 보이고 있다.⁵⁷⁾ 동일한 사안이라도 기판력의 범위가 문제였다면 동일성이 인정되지 않고, 공소장 변경이었다면 동일성이 인정될 수 있는 경우가 예상된다⁵⁸⁾는 것이다. 그렇다면 형소법 제196조 제2항 해석에서 참고해야 하는 공소사실의 동일성 판례는 기판력이 아닌 공소장 변경을 다룬 판결이어야 한다. 형소법 제196조 제2항은 형소법 제248조 제2항(기판력 규정)이 아닌 제298조 제1항(공소장 변경 규정)과 조문이 유사한 데다, 공소장 변경처럼 검사의 직무상 행위가 어디까지 허용될 수 있는지 문제이기 때문이다. 무엇보다 법원의 규범적 요소 도입 배경인 형사정의 실현에 더 적합하려면 공소장 변경처럼 동일성을 비교적 넓게 보아야 한다.

55) 홍영기, 앞의 책, 254면.

56) 규범적 요소를 도입한 대법원 1994. 3. 22. 선고 93도2080 전원합의체판결에서 피고인은 장물취득죄 유죄 판결에 항소하였는데, 강도상해죄가 드러나자 항소를 포기하고 그 판결을 확정시켰다. 기판력을 이용해 강도상해죄 처벌을 피하려는 불순한 의도가 있었던 것이다.; 홍영기, 앞의 논문, 710면.

57) 이주원, 앞의 책, 294면.

58) 홍영기, 앞의 책, 254면.

형소법 제196조 제2항 ‘해당 사건과 동일성’ 판단에서 따라야 하는 판례를 공소장 변경을 다른 판결로 한정한다면, 기판력 문제에서 동일성을 인정하지 않은 범죄사실들 간에도 형소법 제196조 제2항상 동일성이 인정된다고 판단할 여지가 생긴다. 다만, 검사의 직접수사·직접 보완수사 범위가 광범위하게 확대하는 결과로 이어질 수 있어 일정한 제한이 필요하다.

제한을 위해 최근 압수수색의 관련성 요건에서 법원이 제시한 판단 기준을 참고하고 따를 필요가 있다. 대법원 2019. 10. 17. 선고 2019도6775 판결은 관련성 판단을 영장 집행 당시의 사정을 토대로 하지 않고 ‘사후적으로 판단’했다.⁵⁹⁾ 그간 수사기관에서는 사건의 전모가 밝혀지지 않은 상황에서 수사의 단서를 찾는 압수수색의 특성을 강조하며, 영장을 집행하는 수사기관의 관점에서 관련성을 판단해야 한다고 주장했다.⁶⁰⁾ 다시 말해 사후적으로 관련성이 없다고 밝혀진 증거물이라도 영장 집행 당시 수사관이 관련성이 있다고 판단했을만한 합리적인 사정이 있었다면 관련성을 인정해야 한다는 것이다. 생각건대 압수수색의 관련성 요건을 사후적으로 판단하는 판례를 지지한다면 형소법 제196조 제2항 ‘해당 사건과 동일성’ 인정 역시 법관의 입장에서 사후적으로 판단해야 한다는 결론에 이른다. 설령 위와 같은 판례를 지지하지 않더라도 법관이 사후적으로 ‘해당 사건과 동일성’을 판단해야 함을 부정하기 어렵다고 생각한다. 이유는 다음과 같다.

첫째, 수사기관의 입장에서 압수수색의 관련성을 판단해야 한다는 주장은 영장 집행 단계에서는 범죄사실에 대한 정보가 부족하고, 현장에서 즉각적인 판단을 내려야 한다는 한계를 비중 있게 고려하고 있다. 그렇지만 형소법 제196조 제2항에 따른 송치사건은 경찰의 1차 수사가 완료된 사건이다. 압수수색의 경우보다 범죄사실에 대한 정보 부족이 덜하다. 더욱이 사건을 송치받은 검사는 시간의 제약 없이 기록을 꼼꼼하게 확인할 수 있다. 압수수색처럼 정확한 판단을 방해하는 급박한 현장 상황이나 시간적 제약이 적은 것이다.

둘째, 검사는 법률 전문가이고 공소권자이다. 누구보다 공소장 변경, 압수수색의 법리와 판례를 잘 알고 있다. 더욱이 헌법에 규정된 영장신청권자로 수사 단계에서는 인권옹호기관으로서의 지위에 있다.⁶¹⁾ 수사 당시 검사가 처한 상황을 고려해 ‘해당 사건과 동

59) 서원익, 앞의 논문, 65면.

60) 이완규, “압수물의 범죄사실과의 관련성과 적법한 압수물의 증거사용 범위”, 형사판례연구 제23권 (2015. 6.), 한국형사판례연구회, 547면, 549면.

일성'이 없는 범죄사실에 대해서도 예외적으로 동일성을 인정해준다면, 검사로 하여금 진지한 법률적 검토를 게을리하게 하거나 인권옹호기관으로서의 역할을 소홀히 하도록 할 수 있다.

셋째, 압수수색의 경우 관련성 요건을 너무 엄격하게 판단하면 실체적 진실 발견, 즉 형사정의가 후퇴할 수 있다. 반면 형소법 제196조 제2항은 해당 사건과 동일성이 인정되지 않더라도 검사가 경찰에게 별건 범죄사실에 대한 '보완수사 요구'를 할 수 있다. 압수수색의 경우에 비해 조문의 엄격한 해석으로 인한 형사정의 훼손 가능성이 현저히 낮기 때문에 예외적인 인정요건을 둘 필요성이 적어 보인다.

결국 다음과 같은 결론에 이를 수 있다. 형소법 제196조 제2항 '해당 사건과 관련성' 판단은 공소장 변경에 대한 축적된 판례를 따른다. 이로써 수사 실무상 혼란을 최소화할 수 있다. 공소장 변경 판례가 없는 사안에 대해서는 유사 판례를 참고하고 행위 태양이나 피해법익, 죄질 등의 규범적 요소를 감안하여 판단하되, 압수수색의 관련성 요건처럼 법관이 모든 기록을 참고하여 사후적인 관점에서 판단해야 한다. 다시 말해 수사기관으로서의 논란 소지가 예상되는 경우 인정 범위를 좁히는 보수적인 시각에서 판단해야 한다는 것이다.

V. 결론

형소법 제196조 제2항은 형사소송법의 양대 원칙인 실체적 진실주의와 적법절차의 원리 사이 균형점을 찾아야 하는 조문이다. 조문의 엄격한 해석은 실체적 진실발견을 어렵게 하고, 느슨한 적용은 적법절차를 훼손하게 된다. 올바른 판단을 위해서는 양자의 이익형량이 필요한데, 이는 법률 위반이 수사와 재판에 미치는 영향이 무엇인지를 확인하는 데서 시작해야 한다. 다시 말해 형소법 제196조 제2항을 위반한 수사와 기소는 어떤 평가를 받아야 하는지를 밝혀야 한다. 우선 형소법 제327조 제2호 '공소제기의 절차

61) 헌법재판소 2021. 1. 28. 선고 2020헌마264, 681(병합) 전원재판부 결정; '고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률' 위헌확인 소송에서 종래 헌법재판소 결정에서 유지되어 온 검사의 헌법적 지위에 대해 언급하였다.

가 법률의 규정을 위반하여 무효일 때'에 해당되어 공소기각 판결을 할 수 있다는 견해가 있을 수 있다. 위법수사인 범의유발형 함정수사에 대해 판례가 취하는 입장⁶²⁾이기 때문에 일견 설득력이 있어 보인다. 하지만 함정수사는 수사기관이 '만들어 낸' 범죄라는 점에서 '이미 발생했고 처벌받아야 마땅한 범죄'를 대상으로 하는 형소법 제196조 제2항과는 근본적인 차이가 있다. 덧붙여 물적 증거에 대해서도 위법수집증거배제법칙을 적용하는 형소법 제308조의2 입법 이전에 형성된 판례라는 점도 감안해야 한다. 생각건대 형소법 제196조 제2항을 위반한 수사는 증거능력의 문제로 다루야 한다. 법률을 위반한 수사는 전형적으로 적법한 절차에 따르지 아니하고 증거를 수집하는 행위이기 때문이다. 위법수집증거배제법칙 입법 취지가 실제적 진실 발견에 정도된 수사기관의 위법한 수사 동기를 억제하기 위함임을 상기하면, 형소법 제196조 제2항을 위반한 위법한 수사를 막기 위해 형소법 제308조의2가 적용되어야 함이 더욱 분명해진다.

한편, 앞서 살펴본 바와 같이 형소법 제196조 제2항은 일부 사법경찰관 송치사건에만 적용된다. 아울러 송치된 해당 사건과 동일성이 없는 별건 범죄에 대해 검사의 직접수사와 직접 보완수사를 모두 금지하고 있다. '해당 사건과 동일성' 인정 여부의 판단은 '공소사실의 동일성' 논의를 바탕으로 해야 하는데, 전자는 수사 단계이고 후자는 공소제기 이후 절차를 다룬다는 점에서 완전히 동일하게 생각할 수는 없다. 판례는 이른바 규범적 요소를 도입해 구체적 상황을 고려하여 공소사실의 동일성을 판단하고 있는데, 형사정의 실현을 위해 공소장 변경에서는 동일성을 넓게 인정하고 기판력의 범위에서는 좁게 인정하는 경향을 보인다. 형소법 제196조 제2항 '해당 사건과 관련성'은 1차적으로 공소장 변경에 관한 판례를 참고해야 한다. 공소장 변경처럼 동일성을 넓게 보아야 형소법 제196조 제2항으로 인한 형사정의 훼손이 줄어들 수 있고, 형소법 제196조 제2항은 공소장 변경과 마찬가지로 검사의 직무를 다루는 조문이기 때문이다. 선행 판례가 없는 경우 규범적 요소인 행위의 태양이나 피해법익, 죄질까지 고려해서 동일성을 판단하되, 판단 기준은 사후적인 모든 자료를 종합한 법관의 시각이어야 한다.

지금까지 살펴본 형소법 제196조 제2항은 판례나 학계에서 다루지 않았던 새로운 내

62) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도1247 판결 등은 "본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법함을 면할 수 없고, 이러한 함정수사에 기한 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다."고 판시.

용을 규정한 조문이다. 검사의 수사권을 제한하기 위해 형사정의를 훼손했다는 비판도 있지만, 경찰에 대한 보완수사 요구를 제한하지 않는다고 해석하면 형사정의를 훼손은 기우라고 생각한다. 새로운 쟁점에 대해 학계와 실무에서 다양한 논의가 이뤄지길 기대 해본다.

참고문헌

1. 단행본

- 김인희, 형사소송법(제2판), 피앤씨미디어, 2018
배종대·홍영기, 형사소송법 (제2판), 홍문사, 2020
신동운, 간추린 신형사소송법(제13판), 법문사, 2021
이주원, 형사소송법(제4판), 박영사, 2022
정웅석·최창호·이경렬·김한균, 신형사소송법, 박영사, 2021

2. 연구논문

- 김웅재, “압수·수색의 ‘관련성’ 요건에 관한 대법원 판례의 진화”, 법학평론 제12권, 서울대학교, 2022/4
서원익, “압수수색 관련성 범위에 관한 최근 판례의 비판적 검토”, 형사정책 제32권 제3호, 한국형사정책학회, 2020/10
안성조, “공소사실의 동일성 판단기준과 일사부재리의 효력이 미치는 범위”, 형사법연구 제34권 제2호, 한국형사법학회, 2022/3
이경렬, “형사소송법상 한 개 사건의 의미”, 비교형사법연구 제6권 제1호, 한국비교형사법학회, 2004/7
이순옥, “2021년도 형사소송법 중요 판례에 대한 검토”, 형사소송 이론과 실무 제14권 제1호, 2022/3
이완규, “압수물의 범죄사실과의 관련성과 적법한 압수물의 증거사용 범위”, 형사판례연구 제23권, 한국형사판례연구회, 2015/6
이정원, “수사지휘 당사자에 관한 헌법적 해석론 - 법제분석을 통한 주체와 객체를 중심으로 -”, 고려법학 제103호, 고려대학교 법학연구원, 2021/12
이형근, “수사상 압수·수색에 있어 관련성 판단의 준거”, 형사법연구 제33권 제4호, 한국형사법학회, 2021/12

장응혁, “압수에 있어 ‘관련성’ 판단기준의 비판적 검토”, 형사법연구 제32권 제2호, 한국형사법학회, 2020/6

정승환, “검·경 수사권조정 합의안에 대한 평가”, 법조 제731호, 법조협회, 2018/10

홍승희, “공소사실 동일성 판단에서 규범적 요소의 의미”, 형사법연구 제26권, 한국형사법학회, 2006/12

홍영기, “형사소송법상 사건의 동일성 - 이론과 정책 -”, 형사법연구 제19권 제3호, 한국형사법학회, 2007/1

A Discussion on the Limitation of the Prosecutor's Investigation in Police Investigation Cases

- Focusing on Article 196 (2) of the Criminal Procedure Act -

Park, Min Woo*

Article 196 (1) of Criminal Procedure Act recognizes the prosecutor's investigative power without limitation. However, Article 4 of the Prosecutor's Office Act restricts this, and Article 196 (2) of the Criminal Procedure Act limits the investigative power of the prosecutor. It is not easy to understand what the scope and limits of the prosecutor's investigative power are in the entire legal system.

Especially, Article 196 (2) of the Criminal Procedure Act stipulates that a prosecutor cannot investigate a crime that is not identical to a case investigated by the police. This conflicts with Article 4 of the Prosecutor's Office Act. This is because Article 4 of the Prosecutor's Office Act allows prosecutors to investigate crimes directly related to the criminal cases investigated by the police. It is unclear whether it is possible to request that the police conduct a supplementary investigation without the prosecutor directly investigating the criminal case. Not only this. The discussion of identity with the facts stated in the indictment should be used for the discussion of identity with the case stipulated in Article 198 (2) of the Criminal Procedure Act. However, These two have different personalities. One is the trial stage and the other is the investigation stage. Moreover, The Supreme Court differs in judging identity of the cases indicted with respect to the change of the indictment and the scope of the effect of the judgment.

In order to resolve such doubts, we checked to what cases the prosecutor's investigation scope is limited by Article 196 (2) of the Criminal Act. This article

* Seoul Metropolitan Police Agency, Superintendent

dose not apply to all cases investigated by the police and sent to prosecutors, but only some cases.

We also checked how to judge a crime that does not have ‘identity with the case’. It is reasonable to apply the doctrine and leading cases that the Supreme Court uses as a standard in changing the indictment.

In addition, the relationship with Article 198 (4) of the Criminal Procedure Act, the prohibition of separate criminal investigations that first appeared in this Act, was also examined. Both Article 196 (2) and 198 (4) are regulations that restrict separate criminal investigations. However, the latter applies to cases where a separate crime is being investigated for the purpose of investigating another crime from the outset. The former applies regardless of the purpose of the investigation. Therefore, the two clauses are independent of each other.

In this way, the nature of Article 196 (2) of the Criminal Act was made clearer. It is expected that various discussions will take place in the academic community and in the field of investigation on the new issues surrounding Article 196 (2) of the Criminal Procedure Act.

❖ Key words: Article 196 (2) of the Criminal Procedure Act, Prosecutor’s Investigation Restrictions, Adjustment of investigative authority, Identity of the criminal case

국민참여재판의 배심단과 법원의 법적 판단 비교: 2018년부터 2020년까지 선고된 사건을 중심으로*

한 유 화**

국 | 문 | 요 | 약

본 연구는 2018년부터 2020년까지 선고된 국민참여재판의 판결서 406건을 분석하였다. 총 731건의 범주적 판단과 351건의 양형판단을 자료화하였으며, 배심단에게 요구되는 판단이 병합되어 있는지 여부(판단유형)와 배심단 판단의 만장일치여부에 따라 배심단-법원 판단의 일치율을 비교하였다. 범주적인 법적 판단에는 유무죄 판단과 함께 피고인에게 청구된 처분 또는 명령 등에 대한 인용여부에 대한 판단도 포함되었다. 양형판단은 사건에 따라 다른 배심원들의 양형의 견을 사건 내에서 서열척도 수준으로 측정하고, 법원의 양형판단은 배심원들의 양형판단에 부여된 서열을 기준으로 측정하였다. 연구결과, 배심단과 법원의 범주적 법적 판단 일치율은 96.6%였으며, 불일치한 판단들은 배심단은 무죄취지, 법원은 유죄취지의 판단을 한 경우였다. 배심단-법원의 범주적인 법적 판단 일치여부는 판단유형과 관련이 없었지만, 양형판단 일치여부는 판단유형과 관련이 있는 것으로 나타났다. 배심단-법원의 양형판단 불일치는 배심원들이 다수의 판단을 한 경우에 더 많이 발생하였다. 배심단 판단의 만장일치여부는 범주적인 법적 판단과 양형판단 모두와 관련이 있었다. 배심단이 만장일치로 판단하는 경우보다 다수결로 판단하는 경우에 두 판단주체의 판단이 불일치하는 비율이 더 높았다. 또한, 배심단보다 법원이 더 엄격한 양형판단을 한 사례가 반대의 사례보다 더 많은 것으로 나타났다. 본 연구의 결과는 일반인인 배심원(들)의 판단과 법원의 판단이 다르지 않다는 것을 시사하므로 배심단의 평결(의견)에 기속력을 부여해야 한다는 법학자들의 주장에 실증적인 근거를 제공하였다고 할 수 있다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2022.9.30.3.111>.

❖ 주제어 : 국민참여재판, 배심단, 법원, 법적 판단, 양형판단

* 이 논문은 2022년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임
(NRF-2022S1A5B5A16052802).

** 연세대학교 법학연구원, 학술연구교수

I. 서론

한국에서는 2008년부터 국민참여재판이 시행되어 일반 시민이 형사재판에 참여할 수 있게 되었다. 영미권의 일반적인 배심재판과 달리 국민참여재판에서는 배심단의 평결과 법원의 최종판결이 다를 수 있다. 즉, 배심단의 평결과 의견은 법원을 구속하지 않는다(국민의형사재판참여에관한법률-이하 국민참여재판법- 제46조 5항). 국민참여재판 제도의 도입 당시에 법원 판결에 대해 배심단 평결의 구속력을 부여하지 않은 이유는 법원에 의해 재판받을 피고인의 권리와 형사법 집행의 평등과 법적 안정성을 위한 것이라고 하지만(법원행정처, 2007), 일반인인 배심원이 내리는 법적 판단의 합리성에 대한 우려도 있었다(김병수, 2019). 일반인의 법적 판단에 대한 사람들의 불신은 그들이 일반인과 법관의 전문성과 그에 따른 의사결정 능력 차이를 기대한다는 것을 의미한다.

일반인과 법관의 의사결정에 대한 연구결과는 혼재되어 있다. 인간의 자동적인 인지적 정보처리 과정의 특성이 우세한 판단과제에서는 일반인과 법관 모두 쉽게 오류를 범하지만(예를 들면, Guthrie, Rachlinski, & Wistrich, 2007), 오류율은 과제의 특성에 따라 다르며(박광배, 김상준, 한미영, 2005), 특정한 종류의 과제에서는 법관이 더 편향적이라는 연구 결과도 있다(김정택, 최인철, 2010). 그럼에도 불구하고 법적 판단은 법관이 전문적인 교육과 훈련을 통해 전문화된 판단을 할 수 있는 영역이며, 일반인들에게는 익숙하지 않은 영역이기 때문에 입법자나 법률 전문가, 일반인들이 일반인과 법관의 의사결정에 차이가 있을 것이라고 기대하는 것이 근거 없다고 할 수는 없다. 다만, 법적 판단에서 실체적 진실은 명백한 증거가 있지 않은한, 많은 경우에 판단되는 것이지 주어지는 것이 아니기 때문에 일반인과 법관 중 누구의 판단이 더 합리적이고 실체적 진실에 부합하는 것인지는 확인되지 않는다. 이러한 법적 판단의 특성에 의해 일반인과 법관의 법적 판단 우월성에 대한 논의는 무의미하므로(이완규, 2008; 최대권, 2004), 이 두 판단 주체의 판단은 그 합리성 보다는 일치율을 중심으로 이루어지는 것이 실효성 있을 것으로 생각된다. 특히, 국민참여재판에서 배심단 평결에 구속력을 부여해야 할지에 대한 논의에는 일반인인 배심단과 법률 전문가인 법관(재판부)의 판단일치율 및 그 일치율과 관련된 법적 판단 관련 요인들을 확인하는 연구가 도움이 될 것이다.

본 연구는 2018년부터 2020년까지 선고된 국민참여재판 판결서에 기재된 배심단과

법원의 판단을 비교하되 일반인과 법관의 법적 판단 일치율과 관련된 법심리학적 요소를 파악하고자 하였다. 본 연구는 재판 시나리오나 법적 판단 과정 중 일부를 확인하는 특정한 문제(예를 들면, 확률판단)를 이용한 실험이 아닌 실제 형사사건에 대한 배심단과 법원의 판단을 비교한다는 점과 국민참여재판에서 배심단 평결에 기속력을 부여할지에 대한 입법자들의 논의에 직/간접적인 경험적 근거를 제공할 수 있다는 점에서 선행연구들과 차별화될 수 있을 것이다.

II. 이론적 배경

1. 국민참여재판의 특성과 관련 연구

2008년부터 시행된 국민참여재판은 사법의 민주적 정당성과 투명성의 강화 및 국민의 사법신뢰 제고를 목적으로 도입되었으며 올해로 시행 14년째를 맞는다. 국민참여재판은 일반인이 사실판단자(fact-finder)로서 법적 판단을 한다는 점은 영미권의 배심재판과 다르지 않지만, 큰 차이가 두 가지¹⁾ 있다. 첫째, 배심재판에서는 배심단의 평결이 피고인에 대한 최종판결이 되는 것과 달리, 국민참여재판에서 배심단의 평결은 법원의 판결에 대해 권고적 효력만을 가진다(국민참여재판법 제46조 5항). 둘째, 배심재판의 배심원들(또는 배심단)은 피고인이 유죄인지(guilty) 유죄가 아닌지(not guilty)를 판단하는 반면, 국민참여재판의 배심원들은 피고인이 유죄인지 무죄(innocent)²⁾인지를 만장일치 또는 다수결로 판단한다(국민참여재판법 제 46조 2항과 3항).

배심원(단)의 평결범주에 관해서는 일부 법률가들의 의견이 논설문의 형태로 발표(구자룡, 2021; 이승택, 2017; 전성훈, 2020)되고는 있으나 학문적 논의는 많지 않다(평결범주에 관한 법심리학적 논의는 한유화, 2022 참조). 그러나 배심단 평결의 권고적 효력에 관한 논의는 국민참여재판의 개선방안에 관한 법학연구 논문에서 다루는 주요 내용

1) 본 연구의 내용을 벗어난 차이점들(대상사건, 배심원 수, 평결 방식 등)에 대해서는 다루지 않는다.

2) 법제처의 영문 번역에 따르면, ‘무죄’의 영문 번역은 ‘not guilty’이지만, 우리말의 ‘무죄’와 ‘not guilty’의 의미인 ‘유죄 아님’에는 의미적인 차이가 있으므로, 여기서는 의미적 차이를 반영하기 위해 ‘innocent’로 표기하였다.

중 하나이다. 많은 법학자들이 배심단의 평결 기속력을 인정해야 한다고 주장함에도 불구하고 기속력이 인정되지 않고 있는 이유는 국민참여재판 제도의 도입 초기에 제시되었던 우려들이 아직까지도 유지되고 있기 때문일 것이다. 이 우려는 크게 두 가지이다. 첫째는 배심단 평결의 기속력을 인정하는 것이 헌법 제27조 1항의 ‘법관에 의하여’ 재판받을 권리를 침해할 수 있고, 형사법 집행의 불평등과 법적 불안정성을 초래할 수도 있다는 것이다(법원행정처, 2007). 둘째는 전문가가 아닌 배심원에 의한 재판의 오류 가능성과 배심원이 이해하고 평결하기에 형사사건들이 법률적으로 복잡하다는 점이다(김병수, 2019).

배심단 평결의 기속력에 대한 헌법 차원에서의 논의는 헌법 제27조 1항의 권리가 ‘공정한 재판을 받을 권리’로부터 도출되는 권리이기 때문에 배심단의 판결을 받더라도 침해되지 않고(이성기, 조영일, 이형민, 2014), 배심원은 법관의 설시를 받아 재판하므로 합헌(한인섭, 2009)이라는 입장이 주를 이루는 것으로 보인다. 그밖에도 실증적 근거가 있음에도 국민참여재판의 헌법적 지위를 위 조항의 해석론에만 근거하는 것은 문제라는 주장(한상훈, 2012)과 같은 배심단 평결에 기속력을 부여하지는 입장이 있다. 비전문가인 배심원의 법적 판단 능력과 그로 인한 재판의 신뢰도에 관한 우려에 대해서는 그것이 단지 우려에 지나지 않음을 보여주는 실증 근거들이 있다. 예를 들면, 배심원 중 대부분이 진행되는 심리에 집중할 수 있었고, 재판의 내용을 대부분 이해하였다고 응답한 조사 결과와 배심단 평결과 법원 판결의 높은 일치율(법원행정처, 2021), 국민참여재판으로 재판을 진행하면 ‘보다 공정하게 진행될 것’라는 의견에 동의한 일반 국민의 비율(82%)이 높다는 점과 배심원 평결의 정확성과 공정성이 평균 이상이라고 응답한 비율(67%)이 높다는 연구 결과(박미숙, 서주연, 최이문, 2019)가 있다. 이렇게 국민참여재판이 발전적인 방향으로 변화해야 한다는 것에 학자들 사이에 이견이 없고(윤영석, 2021), 국민들의 인식이 긍정적으로 변화하고 있는 상황에서도 국민참여재판 제도 도입 이후 현재까지 배심단 평결의 기속력에 대한 실질적인 변화는 전혀 이루어지지 않고 있다.

국민참여재판 제도의 개선이 더딘 이유 중 하나는 국민참여재판의 개선을 위한 경험적 연구 부족일 것이다. 국민참여재판의 특성에 대한 법적인 논의는 지속적으로 있어 왔으나(예를 들면, 김대성 2018; 김슬기, 2014; 한상훈, 2012), 경험적 자료를 수집하고 분석한 법심리학 연구는 대부분 국민참여재판의 특성은 무시하고 일반인의 가해자(피고

인)에 대한 처벌(유무죄) 판단에 집중되어 있다(예를 들면, 고민조, 박주용, 2019; 김보경, 김범준, 최종안, 2020). 또는, 개별 판결문을 특정한 관점에서 집중적으로 분석하는 법학적 연구나 많은 판결서의 정보를 간략히 요약하는 체계적인 사회과학적 연구들(예를 들면, 박미숙 등, 2019; 이용구, 2011; 하민정, 2020)이 있다. 국민참여재판의 특성을 직접 언급한 법심리학적 실험연구는 배심단의 평결이 권고적 효력만을 가지기 때문에 발생할 수 있는 상황 즉, 배심단과 법원의 평/판결이 불일치하는 상황에서 법원에 대한 일반인들의 신뢰도가 어떻게 변화하는지 확인한 연구(Park, Han, & Seong, 2010)와 법적 판단에 대한 유죄/무죄의 평결범주와 유죄/유죄아님의 평결범주를 사용하는 것의 효과를 확인한 연구(한유화, 2022)가 전부이다.

2. 일반인과 법관의 판단

국민참여재판 배심단 평결의 기속력과 관련된 논의에 직접적인 도움을 줄 수 있는 사회과학 연구는 일반인과 법관의 법적 판단에 관한 비교연구일 것이다. 비전문가인 일반인의 법적 판단에 대한 불신은 법관과 일반인의 판단이 다를 것을 전제한다. 실제로 일부 사회과학 연구들은 일반인과 법관의 의사결정에 차이가 있음을 보여주어 일반인 판단의 합리성에 대한 의심의 근거를 제공하기도 한다. 그러나 이 차이는 과제의 특성에 따라 다르게 나타나며, 인간의 무의식적인 정보처리 과정과 인지적 한계에 의한 의사결정에서의 오류는 일반인과 법관의 판단 모두에서 관찰된다.

판사 252명을 대상으로 세 문항의 인지반응검사(cognitive reflection test)를 실시한 결과, 판사들의 정확률은 평균 40.9%로 대학생들의 약 36%와 크게 다르지 않았으며, MIT 학생들의 50%보다는 낮아서 판사들도 일반인과 마찬가지로 인지반응검사에서 직관적인 응답을 하는 경향성이 관찰되었다(Guthrie et al., 2007). 또한, 이 연구는 1,000만 달러의 기준을 제시받은 경우와 아무 정보도 제시받지 못한 경우에 원고에게 판사가 부과한 배상금을 비교하였는데, 기준을 제시받은 판사들은 그렇지 않은 판사들보다 기준 금액에 가까운 금액을 부과하는 경향이 있었으며, 더 높은 금액을 부과하였다. 즉, 판사들에게서도 일반인들과 마찬가지로 수치를 이용한 추론에서 제시된 기준점(정박점)의 영향을 받는 정박편파(anchoring bias)가 관찰되었다.

한국에서 158명의 판사들을 대상으로 수행된 한 연구에 따르면 기준금액 즉, 정박점의 수준에 따라 판사들의 편파는 다르게 나타났다. 판사들에게 낮은 정박점을 제공했을 때는 정박편파가 관찰되었지만, 높은 정박점을 제공했을 때는 정박편파가 관찰되지 않았다(박광배 등, 2005). 정박점에 따른 효과 차이는 비교적 최근에 대학생들을 대상으로 수행된 한 연구에서도 관찰되었다. 이 연구에서는 경범죄와 중범죄 사건에서의 정박효과를 비교하였는데 경범죄 사건에서 높은 정박점의 효과가 낮은 정박점의 효과보다 작은 것으로 나타났다(이유미, 조영일, 2020). 현직판사와 사법연수원생, 대학생을 대상으로 성추행 재판 사례에서 배상금액을 결정하도록 한 국내의 연구에서는 정박점의 영향이 판사와 사법연수원생, 대학생 모두에게서 나타났지만 판사는 그 영향을 가장 적게 받는 것을 확인할 수 있었다(김정택, 최인철, 2010). 이 연구에서는 기존 가설을 지지하는 증거들을 선택적으로 취하는 확증편향(confirmation bias)에 대해서도 확인하였다. 연구자들은 판사와 사법연수원생, 대학생에게 강도사건 시나리오를 제시한 후 추가로 필요하다고 생각하는 증거를 적게 하였다. 그 결과 법적 판단을 위한 교육 및 훈련을 받은 판사와 사법연수원생들은 법적 판단을 위해 일반인들보다 더 많은 반증증거를 요구하는 것으로 나타났다. 이것은 전문교육과 훈련을 받은 판사나 사법연수원생들이 대학생보다 편향된 의사결정을 피하기 위해 더 노력한다는 것을 시사하며, 특정 유형의 판단과제에서는 이들이 더 합리적일 수 있음을 보여주는 결과이다.

반면에, 김정택과 최인철(2010)의 또 다른 연구(실험)에서는 강도사건 시나리오를 제시하고 유무죄 판결을 요구하면서 2심의 정보를 제공하였다. 그 결과 대학생과 사법연수원생들은 2심 정보의 영향을 전혀 받지 않은 것과 달리 판사들은 2심 정보의 영향을 크게 받는 것으로 나타났다. 연구자들은 이 결과를 판사들이 2심 재판의 판결을 자신들이 예측할 수 있었다고 생각하는 인지적 편향 즉, 회견편파(hindsight bias)가 나타난 것으로 해석하였다. 다시 말하면, 특정한 정보처리 과정에서는 판사가 사법연수원생이나 학생보다 더 편향에 취약할 수 있음을 보여준 것이다.

일반인과 판사의 의사결정을 비교한 연구들은 그 수도 많지 않을 뿐만 아니라 연구 결과가 혼재되어 있으며, 재현을 시도한 연구들도 거의 없어서 그들의 법적 판단에 차이가 있을지에 대해 확실한 결론을 내리기 어렵다. 더욱이 동일한 판단대상(사건이나 문제)에 대한 일반인과 판사의 판단을 비교한 연구는 국외 문헌에서도 찾기가 어렵고 국내에

서는 김청택과 최인철(2010)의 연구가 유일하다. 그러나 이 연구도 간단한 재판 시나리오 또는 특정한 사안에 대한 간략한 질문을 제시하여 응답을 비교하였다. 즉, 현재까지 일반인과 판사의 법적 판단을 비교한 연구의 결과는 복잡한 실제 사건에 대한 판단에 얼마나 일반화할 수 있을지 추론하기 어렵다.

3. 법적 판단 과제의 특성

피고인의 유무죄와 양형 등에 대한 판단을 포함하는 모든 법적 판단 과제에는 의사결정을 어렵게 만드는 다양한 요소들이 복잡하게 얽혀있다. 법적 판단 과제는 법조항 해석에 전문적인 지식이 필요하다는 점과 해석에 주관(관점)이 개입될 수 있다는 점, 인간의 자동적인 의사결정 과정을 억제해야 하는 규칙을 따라야 한다는 점에서 어려운 과제이다. 사람들이 일반인과 법관의 법적 판단이 다를 것으로 기대하는 이유는 직업 법관은 일반인과 달리 법률에 관한 지식이 풍부하여 법조항에 대한 해석과 적용에 익숙할 것이고 법적 판단에서 주관을 배제하고 무의식적 정보처리 과정의 영향을 덜 받기 위한 훈련을 받아왔기 때문일 것이다.

법심리학적 관점에서 법적 판단을 분석해 보면, 법적 판단을 위해 사실판단자는 1) 비대칭적이며 일상적으로는 잘 사용하지 않는 판단의 기준(무죄추정의 원칙에 따른 피고인에게 유리한 판단기준)을 사용해야 하고, 2) 사후확률(*posterior probability*)에 기초한 판단(제시된 증거가 존재할 때 대상 사건이 일어났을 가능성을 추론하여 사실판단)을 해야 한다. 또한, 3) 사건에 포함된 정보(증거)를 선택적으로 의사결정에 사용해야(증거능력이 있는 정보만 사용하여 판단) 하고, 4) 경우에 따라 관련된 여러 판단대상에 대한 독립적인 판단(피고인이 여러 명이거나 여러 개의 사건에 대한 판단 및 결정을 동시에 해야 하는 경우)을 해야 한다. 의사결정에 관한 경험적 연구들은 법적 판단을 구성하는 이 과제들이 일반인과 법관 모두에게 쉬운 과제가 아니라는 것을 보여준다.

형사재판의 피고인은 유죄판결이 확정되기 전까지 무죄로 추정되며(형사소송법 제275조의2), 범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다(형사소송법 제307조). ‘합리적 의심이 없는 정도의 증명(*beyond a reasonable doubt*)’의 정도를 수량화하기 위해 시도된 다수의 연구에 따르면, 이 기준은 약 90% 전후의 유죄가능

성으로 추정된다(Dhami, 2008). 다시 말하면, 피고인에 대해 합리적 의심이 없는 정도로 유죄가 증명되었다고 판단하기 위해서는 피고인이 실제로 유죄일 가능성이 약 90% 이상이어야 하는 것이다. 이 기준은 민사재판의 의사결정 기준인 ‘증거의 우월성(preponderance of evidence)’과 비교하면 피고인에게 매우 유리한 비대칭적인 기준이다. 국민참여재판의 10년을 평가하며 한국형사법무정책연구원에서 발행한 보고서에 따르면, 일반국민과 배심원의 합리적 의심을 넘어서는 증명은 약 80%의 유죄가능성으로 판사, 검사 및 변호사가 응답한 85%의 유죄가능성보다 다소 낮다(박미숙 등, 2019). 이것은 법적 판단 기준에 대한 해석이 일반인과 법 전문가 사이에 다르다는 것을 시사한다. 문제는 일반인들이 법이 요구하는 법적 판단의 기준을 피고인에게 유리한 수준으로 해석하면서도 실제로는 그보다 더 낮은 의사결정 기준을 사용한다(Han, 2021)는 점이다. 이론적 기준과 실제 기준이 다르다는 것은 이론적 기준이 실제 의사결정에서 지켜지기 어렵다는 의미이며, 곧 법적 판단 과제에서 일반인들이 직면하는 어려움이 될 수 있다.

어떤 사상 b 가 발생했다는 조건하에서 다른 사상 a 가 관찰될 조건확률을 a 의 사후확률이라고 한다. 어떤 증거가 발견되었을 때 그 증거의 원인이 되는 사건이 발생했을 조건확률은 사후확률로 개념화할 수 있다(한유화, 박광배, 2018). 예를 들면, A 라는 피고인의 DNA가 범죄현장에서 발견되었다. 이 경우 A 의 DNA가 발견되었다는 조건하에서 A 가 범행을 저질렀을 확률($P(A|DNA)$)이 A 에 대한 사후확률이다. 사후확률은 A 가 범행을 저질렀을 때 A 의 DNA가 범죄현장에서 발견될 조건부 확률($P(DNA|A)$)과 다르며, 이 확률과 A 가 범행을 저질렀을 사전확률($P(A)$), DNA가 범죄현장에서 발견될 사전확률($P(DNA)$)에 의해 계산된다. 일반적으로 사람들은 사후확률을 추정하는 과제에서 조건부 확률과 사후확률을 혼동한다. 박광배 등(2005)의 연구 결과에 따르면, 연구에 참여한 판사들 중 약 30%만이 사후확률 추론 과제에서 정답을 선택하였다. 일반인들을 대상으로 했던 한유화와 박광배(2018)의 연구에서는 일반인들이 자백, 라인업 결과, 목격자의 증언, 과학적 증거가 존재할 경우 그 증거가 가리키는 피고인이 실제로 범행을 저질렀을 가능성(사후확률)을 통계자료로부터 계산된 사후확률보다 과대추정하는 경향이 있는 것으로 나타났다. 이러한 결과들은 사후확률 추정에 기초하고 있는 법적 판단이 판사나 일반인 모두에게 쉽지않은 과제를 시사한다.

법적 판단의 또 다른 어려움은 법률에 따라 재판에서 허용되는 정보 즉, 증거능력이

있는 증거만을 사용하여 의사결정을 해야 한다는 점이다. 265명의 지방법원 판사를 대상으로 수행된 미국의 한 연구에서는 형사재판에서 제시된 성폭행 피해자의 개인적인 성생활에 관한 정보와 민사재판에서 제시된 원고의 과거 전과사실에 관한 정보가 판사들의 의사결정에 영향을 미친다는 것을 확인하였다(Wistrich, Guthrie, & Rachlinski, 2004). 이 연구에서 판사들은 해당 증거의 증거능력을 높은 비율로 (옳게) 기각하였지만, 이 증거들이 전혀 제시되지 않았던 경우와 비교할 때 피고인과 피고에게 더 유리한 의사결정을 함으로써 증거능력이 없는 증거에 의해 무의식적 영향을 받았다고 할 수 있었다. 한국에서 대학생들을 대상으로 수행된 한 연구는 재판에서 증거능력이 인정되지 않은 피고인의 성격증거가 제시되는 경우 이 증거가 피고인에 대한 유무죄 판단에 영향을 준다는 것을 보여주었다(고민조, 박주용, 2019). 배심원들은 이미 알게 된 정보를 스스로 원하지 않는 이상은 잘 무시하지 못하며(Fein, McCloskey, & Tomlinson, 1997), 판단과제를 해결하는 데 중요하지 않은 요소도 사람들의 판단결과에 영향을 준다(Tversky & Kahneman, 1986). 증거능력이 인정되지 않은 정보는 법적인 이유로 법적 판단에서 배제되어야 하는 것인지 일반적인 의미에서 정보로서의 가치가 전혀 없는 정보는 아니기 때문에 이 정보를 무시하기는 더 어려울 것이다.

일부 재판(특히 유무죄 심리와 양형심리가 구분되지 않는 국민참여재판)에서 사실판단자는 한 사건의 여러 피고인이나 한 피고인에 대한 다양한 결정(유무죄 판단, 치료감호 결정, 양형판단 등)을 해야 한다. 이 상황에서 판사와 일반인의 의사결정이 합리적으로 이루어지는지에 대해서는 연구된 바 없으나, 이 상황은 증거능력 없는 증거가 제시된 것과 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 여러 가지 판단과제를 동시에 해결해야 하지만 각각의 판단과제를 해결하기 위해 사용해야 하는 정보가 다르기 때문이다. 국민참여재판의 배심단은 유무죄 판단과 양형판단을 같은 날에 진행한다. 이러한 절차는 유무죄가 확정되지 않은 상태에서 양형판단을 위한 자료가 제시되는 것을 막지 못하며, 이 자료들은 유무죄 판단에 예단을 심어줄 가능성이 있다(박형관, 2012).

요약하면, 법적 판단은 자동적인 인지적 과정을 억제할 것을 요구하기 때문에 일반인이나 판사 모두에게 어려울 수 있으며, 일반인들에게는 익숙하지 않은 과제라는 점에서 더 어렵게 느껴질 수 있다. 그 이유는 이 판단과제에서 합리적인 결정을 내리기 위해서 사실판단자는 1) 자신이 평소에 잘 사용하지 않는 법적 판단을 위한 특별한 기준을 선택

적으로 적용해야 하며(판단의 이중기준), 2) 오류가능성이 높은 확률추론을 시도해야 하고, 3) 무의식적으로 일어나는 정보처리 과정의 영향을 받지 않아야 하며, 경우에 따라서는 4) 동일한 혐의를 받는 여러 인물이나 동일 인물에 의한 여러 사건, 피고인에 대한 유무죄와 양형판단의 내재적인 관련성을 무시하고 독립적으로 판단해야 하기 때문이다.

4. 연구문제와 목적

일반인과 판사의 법적 판단 차이에 관한 실증연구는 대부분 미국에서 수행되었으며, 실제 재판에서의 판단이라기보다는 법적 판단에 영향을 주는 부수적인 추론이나 일부 인지적 판단의 차이에 관해 실험적으로 검증한 것이고, 배심원 개인 수준의 판단을 비교한 것이다. 그러나 실제 사건에 대한 법적 판단에서는 판단과제에 포함된 다양한 요소들이 상호작용하며 배심원들은 평의를 통해 배심원단으로서 집단 수준의 판단을 내리기 때문에 현재까지의 연구결과를 실제 배심단과 법원의 판단에 일반화하기에 어려움이 있을 것으로 판단된다.

국민참여재판의 판결서에는 배심단 평결과 법원의 판결이 모두 기재되며 배심단 평결과 법원의 판결이 다른 경우, 법원은 그 이유를 피고인에게 고지하고, 판결서에 기재해야 한다(국민참여재판법 제48조 4항과 제49조 2항). 국민참여재판의 판결서에 기재된 배심단과 법원의 판단은 실제 사건에 대한 판단이며 배심단의 집단적 판단이므로 일반화가능성 측면에서 선행연구들의 단점을 잘 보완할 수 있을 것으로 생각된다. 그뿐만 아니라 국민참여재판에서 배심단 평결에 기속력을 부여해야 하는지에 대한 논의에는 실증적인 증거가 부족한바, 국민참여재판의 판결서를 통해 배심단과 법원의 법적 판단을 비교하는 것은 학문적으로나 실무적으로 유용할 수 있다.

본 연구는 2018년부터 2020년 사이에 선고된 국민참여재판의 배심단과 법원의 판단을 비교하였다. 다만, 피고인의 유무죄에 대한 배심단 평결과 법원 판결만을 비교하지 않고 판결서에 제시된 배심단과 법원의 모든 판단을 비교하였다. 이 판단에는 재판에 회부된 피고인의 혐의에 대한 유무죄 판단뿐만 아니라 유무죄 판단을 위해 수반되는 일부 사실에 대한 판단, 해당 사건과 병합된 치료감호청구, 부착명령 등의 인용여부에 대한 범주적 판단과 양형에 대한 판단이 모두 포함된다. 또한, 본 연구는 배심단과 법원 판단

의 비교를 통해 일반인과 법관 의사결정 과정의 차이를 추론하는 데 도움이 될 수 있는 변인을 탐색하고자 분석에 포함하였다. 이 변인은 위에서 법적 판단 과제의 특성 중 네 번째로 소개한 판단의 병합(다수의 판단을 해야 하는지 여부)이다.

추가적으로, 국민참여재판에서 법원이 배심단과 다른 판결을 내리고자 할 때 그 이유를 판결서에 기재하도록 하는 조항은 법원이 배심단 평결을 존중하게 하는 기능을 한다(이동희, 2009). 국민참여재판에서 법원 판결은 배심단 평결의 영향을 받을 가능성이 있는 것이다. 배심단 평결은 만장일치가 원칙이지만 다수결로도 내려질 수 있는데(국민참여재판법 제46조 2항과 3항), 법원은 배심단 평결의 만장일치 여부 또는 다수결의 양상으로부터 영향을 받을 수 있으므로(박미숙 등, 2019) 본 연구는 배심단과 법원의 판단 비교에서 배심단 평결의 만장일치 여부를 추가로 고려하였다.

Ⅲ. 연구방법

1. 판결서의 수집

본 연구는 2018년부터 2020년³⁾ 사이에 선고된 형사재판 중 국민참여재판으로 진행된 사건들의 판결서를 분석하였다. 판결서는 법원의 판결서열람시스템(https://www.scourt.go.kr/portal/information/finalruling/peruse/peruse_status.jsp)을 통하여 수집되었으며, 2018년부터 2020년 사이에 선고된 형사재판의 판결서에 대해 ‘배심원’이라는 검색어를 사용하여 검색된 총 731건의 판결서 중 국민참여재판으로 진행된 사건의 판결서는 412건이었다. 이 중 비공개 결정된 판결서(6건)를 제외한 406건의 국민참여재판 판결서가 분석에 사용되었다. 본 연구는 배심단과 법원의 법적 판단을 비교하는 것을 목적으로 하므로, 배심단과 법원의 유무죄 판단뿐만 아니라 판결서 내에 제시된 피고인에 대한 모든 판단을 대상으로 하였다. 다만, 양형판단의 경우 치료감호 또는 전자기기부착의 기간 등에 대한 배심단 판단의 정보는 그 수가 매우 적어 피고인에 대한 종합적인 양형판단만을 대상으로 하였다. 따라서 본 연구의 분석단위는 판단의 종류에 따라 다르며 범주적 판단

3) 본 연구의 계획 및 판결서 수집 시점에서 최근 3개년 자료를 연구대상으로 선정하여 분석하였다.

(유무죄 판단, 처분, 명령 등에 대한 인용여부)을 위한 사례는 총 765건, 양형판단을 위한 사례는 351건이었다.

2. 변인의 자료화

본 연구에서 자료화한 변인은 배심단의 판단이 병합된 양상을 반영하는 사건유형(4: 단일 사건의 단일 피고인, 단일 사건의 다수 피고인, 단일 피고인의 다수 사건, 다수 피고인의 다수 사건),⁴⁾ 배심단 크기(3: 5인, 7인, 9인), 유죄판단 배심원 수, 배심단 판단(2: 무죄취지, 유죄취지),⁵⁾ 법원 판단(2: 무죄취지, 유죄취지), 배심단 양형 및 법원 양형이었다. 다만, 사건마다 양형의 범위와 유형이 다르기 때문에 각 사건에서 제시된 배심원들 양형의견은 서열적도 수준으로 측정하였다.⁶⁾ 배심단과 법원의 범주적 판단 및 양형 일치여부와 배심단 판단의 만장일치여부 변인은 입력된 배심단 판단과 법원 판단, 배심

4) ‘사건유형’ 변인의 하위범주는 사건명으로부터 확인되는 피고인의 수와 병합된 판단의 수에 따라 결정되었으나, 실제 판결서에는 단일 사건의 단일 피고인에 대한 재판에서도 배심단에 두 개 이상의 판단을 요구한 경우가 있었다. 따라서 자료화 단계에서와 달리 분석단계에서는 사건유형 변인이 배심단에게 부여된 판단의 병합여부를 잘 반영하지 못한다고 판단하여 ‘사건유형’ 변인을 배심단이 단일한 판단을 내린 경우와 다수의 판단을 내린 경우의 두 수준을 갖는 변인으로 다시 생성하였으며 이 변인은 ‘판단유형’으로 명명하여 사용하였다.

5) 배심단의 판단은 다수의견에 따라 결정되었다.

6) 양형의 범위와 유형(징역, 금고, 벌금 등)은 재판의 구체적인 사안에 따라 달라지므로 배심단과 법원의 양형을 비교하기 위해 양형에 대한 배심단과 법원의 판단을 각 재판에서 가능한 양형의 범위와 유형을 고려하여 서열정보를 가지도록 자료화하였다. 구체적인 자료화 방법은 다음과 같다. 우선, 각 판결서에 제시된 배심단의 양형을 강도 순으로 배열하였다. 강도는 집행유예-실형 순, 실형에서는 벌금-금고-징역 순, 기간이 짧은 것에서 긴 것 순으로 평가하였다. 강도 순으로 배열된 배심단의 양형에서 가장 낮은 강도의 양형에 숫자 1을 부여하고, 강도가 높아질수록 1씩 증가하는 숫자를 부여하여 숫자가 커질수록 강도가 증가한다는 의미를 포함하도록 하였다. 법원의 양형판단은 배심단의 판단을 기준으로 하여 배심원들이 제시한 양형 중 법원과 동일한 양형이 있는 경우에는 배심단의 양형에서 해당 양형에 부여된 숫자를 입력하고, 배심원들이 제시한 양형 중 법원과 동일한 양형이 없는 경우에는 배심원들이 제시한 양형 값의 사이에 있는 값 또는 가장 낮거나 높은 서열에 0.5를 더하거나 뺀 값을 입력하였다. 예를 들면, 법원이 배심단의 양형 1과 2 사이에 있는 양형을 결정하였다면 1.5를 입력하는 방식이다. 결과적으로, 배심단과 법원의 양형판단이 동일한 경우에는 두 변인에 같은 숫자가, 다른 경우에는 다른 숫자가 부여되며 법원의 양형이 배심원들이 제시한 양형에 없는 경우 법원의 양형에는 정수가 아닌 값이 부여된다. 이 방법은 양형의 범위와 유형의 다양성에 의해 자료를 선택적으로 사용하지 않으면서 배심단과 법원의 양형에 대한 차이검증을 가능하게 한다.

단 양형과 법원 양형, 유죄판단 배심원 수의 변인에 논리식을 적용하여 생성하였다(모두 2: 일치, 불일치 또는 만장일치, 다수결).

3. 분석자료 및 분석방법

본 연구에 사용된 자료는 총 406건의 국민참여재판 판결서로부터 추출된 판단자료였다. 본 연구의 분석 단위는 배심단의 범주적 또는 양적 판단으로 총 765건의 범주판단(유무죄 판단, 치료감호 청구 및 부착명령 등에 대한 인용여부)과 351건의 양형판단이 분석되었다. 본 연구에서 자료화한 변인들에 대한 빈도 및 비율은 <표 1>에 제시하였다.

<표 1> 자료화한 변인에 따른 빈도(%)

변인	수준	빈도(%)	변인	수준	빈도(%)
사건유형	단일 사건의 단일 피고인	338(44.2)	판단 일치여부	일치	729(95.5)
	단일 사건의 다수 피고인	25(3.3)		불일치	34(4.5)
	단일 피고인의 다수 사건	364(47.6)	양형 일치여부(다수의견)	일치	232(66.1)
	다수 피고인의 다수 사건	38(5.0)		불일치	119(33.9)
배심단 크기	5인	17(2.2)	양형 일치여부(중앙치)	일치	234(67.0)
	7인	621(81.3)		불일치	115(33.0)
	9인	126(16.5)	배심단판단 만장일치여부	만장일치	454(59.3)
배심단 판단	무죄취지	226(29.6)		다수결	311(40.7)
	유죄취지	537(70.4)	배심단양형 만장일치여부	만장일치	69(19.9)
				다수결	278(80.1)
법원 판단	무죄취지	200(26.1)	판단유형	단일	230(30.1)
	유죄취지	565(73.9)		다수	535(69.9)

각 변인의 빈도에 대한 비율은 결측치를 제외한 수치임. 결측치의 수는 배심단 크기에서는 1, 배심단 판단과 판단 일치여부에서는 2, 양형 일치여부(중앙치)에서는 2, 배심단양형 만장일치여부에서는 4임.

본 연구의 목적은 배심단과 법원의 판단을 비교하되, 유무죄 판단뿐만 아니라 판결서에 기재된 모든 범주적, 양적 법적 판단을 비교하는 것이다. 또한, 배심단과 법원의 판단

일치율과 관련된 요인을 찾기 위한 목적으로 배심단이 해야하는 판단의 병합여부(판단유형)와 배심단 판단의 만장일치여부를 고려하였다. 본 연구에서 자료화한 변인들은 배심단 양형판단을 제외하면 모두 범주변인 이었다. 따라서 본 연구에서는 1) 배심단과 법원 판단의 관련성(일치여부), 2) 판단유형과 배심단-법원 판단 일치여부의 관련성, 3) 배심단 만장일치여부와 배심단-법원 판단 일치여부의 관련성, 4) 배심단과 법원 양형판단의 관련성(일치여부), 5) 판단유형과 배심단-법원 양형판단 일치여부의 관련성, 6) 배심단 양형 만장일치여부와 배심단-법원 양형판단 일치여부의 관련성 검증을 위해 교차분석을 사용하였다. 마지막으로 7) 배심단의 양형의견과 법원의 양형판단에 통계적으로 유의한 차이가 있는지 확인하기 위하여 부호검증(sign test)을 실시하였다.

IV. 연구결과

1. 배심단과 법원의 범주적 판단 간 관련성(일치여부)

국민참여재판의 배심단과 법원의 범주적 판단이 서로 관련되어 있는지(일치하는지) 확인하기 위하여 교차분석을 실시하였다(표 2).

〈표 2〉 배심단과 법원 판단의 관련성

		법원 판단		전체	χ^2
		무죄취지	유죄취지		
배심단 판단	무죄취지	196(86.7%)	30(13.3%)	226(100.0%)	607.955***
	유죄취지	4(0.7%)	533(99.3%)	537(100.0%)	
전체		200(26.2%)	563(73.8%)	763(100.0%)	

*** $p<.001$

<표 2>에서 확인할 수 있듯이, 배심단과 법원의 범주적 판단은 통계적으로 유의한 관련성이 있는 것으로 나타났다, $\chi^2(df=1, N=763)=607.955, p<.001$. 구체적으로 배심

단이 무죄취지의 판단을 하는 경우에는 법원도 무죄취지의 판단을 하는 비율이 86.7%였고, 유죄취지의 판단도 배심단과 법원의 판단 일치 비율이 99.3%로 매우 높았다. 전체적으로 배심단과 법원의 판단 일치율은 95.6%였다. 이 교차분석에서 배심단이 무죄취지의 판단을 한 경우 중 13.3%에서 법원은 유죄취지의 판단을 하였고, 배심단이 유죄취지의 판단을 한 경우 중에서는 0.7%만이 법원이 무죄취지의 판단을 한 것으로 나타났다. 요약하면, 배심단과 법원의 판단은 통계적으로 유의한 관련성이 있었으며, 그 일치율이 매우 높았고, 불일치하는 경우에는 배심단은 무죄취지, 법원은 유죄취지의 판단을 하는 경향이 있었다.

2. 판단유형과 배심단 – 법원 범주판단 일치여부의 관련성

국민참여재판으로 진행된 사건에 포함된 판단유형에 따라 배심단-법원 범주판단의 일치여부가 달라지는지 확인하기 위하여 교차분석을 실시한 결과(표 3), 판단유형은 배심단-법원 판단 일치여부와 관련이 없는 것으로 나타났다, $\chi^2(df=1, N=763)=0.009$, $p=.924$.

〈표 3〉 판단유형과 배심단-법원 판단 일치여부의 관련성

		판단일치여부		전체	χ^2
		일치	불일치		
판단유형	단일	220(95.7%)	10(4.3%)	230(100.0%)	0.009
	다수	509(95.5%)	24(4.5%)	533(100.0%)	
	전체	729(95.5%)	34(4.5%)	763(100.0%)	

3. 배심단 만장일치여부와 배심단 – 법원 범주판단 일치여부의 관련성

국민참여재판 배심단의 만장일치여부와 배심단-법원 범주판단 일치여부의 관련성을 확인하기 위하여 교차분석을 실시하였다(표 4).

〈표 4〉 배심단 만장일치여부와 배심단-법원 판단 일치여부의 관련성

		판단일치여부		전체	χ^2
		일치	불일치		
만장일치여부	만장일치	440(96.9%)	14(3.1%)	454(100.0%)	4.959*
	다수결	289(93.5%)	20(6.5%)	309(100.0%)	
	전체	729(95.5%)	34(4.5%)	763(100.0%)	

* $p<.05$

<표 4>에서 확인할 수 있듯이, 배심단 만장일치여부와 배심단-법원 범주판단 일치여부는 통계적으로 유의한 관련이 있는 것으로 나타났다, $\chi^2(df=1, N=763)=4.959, p<.05$. 구체적으로, 배심단의 판단이 만장일치인 경우의 배심단-법원 판단이 불일치하는 비율은 3.1%로 배심단이 다수결로 판단한 경우의 배심단-법원 불일치 비율인 6.5%보다 낮았다. 즉, 국민참여재판 배심단과 법원의 판단은 배심단의 판단이 만장일치가 아닌 경우에 더 불일치하는 경향이 있었다.

4. 배심단과 법원 양형판단의 관련성(일치여부)

국민참여재판의 배심단과 법원의 양형판단이 서로 관련되어 있는지 확인하기 위하여 중앙치를 기준으로 결정한 배심단 양형판단과 법원의 양형판단을 사용하여 스피어만의 서열상관 계수(Spearman's rho)를 산출한 결과 두 양형판단은 높은 정적 상관관계가 있는 것으로 나타났다, $\rho(347)=.789, p<.001$. 다수의견을 기준으로 일치여부를 판단한 결과 66.1%의 양형판단이 일치하는 것으로 나타났으며 배심단의 양형판단을 중앙치를 기준으로 결정한 경우의 일치율은 67.0%로 나타났다(표 1 참조).

7) 배심단 양형의 다수의견이 두 개 이상인 경우, 법원의 양형이 이들 중 하나와 일치하면 일치하는 의견으로 판단하였다.

5. 판단유형과 배심단-법원 양형판단 일치여부의 관련성

국민참여재판으로 진행된 사건의 판단유형에 따라 배심단-법원 양형판단의 일치여부가 달라지는지 확인하기 위하여 교차분석을 실시하였다(표 5). 양형판단의 일치여부 판단을 위해 다수의견과 중앙치를 모두 사용하였다.

<표 5> 판단유형과 배심단-법원 양형판단 일치여부의 관련성

	판단일치여부 (다수의견)		전체	χ^2		판단일치여부 (중앙치)		전체	χ^2
	일치	불일치				일치	불일치		
판단 유형	단일	120 (71.0%)	49 (29.0%)	169 (100.0%)	3.505 ($p=.061$)	단일	123 (72.8%)	46 (27.2%)	169 (100.0%)
	다수	112 (61.5%)	70 (38.5%)	182 (100.0%)		다수	111 (61.7%)	69 (38.3%)	180 (100.0%)
전체	232 (66.1%)	119 (33.9%)	351 (100.0%)			234 (67.0%)	115 (33.0%)	349 (100.0%)	

* $p<.05$

<표 5>에 제시된 바와 같이 중앙치를 기준으로 한 배심단-법원 양형판단 일치여부는 판단유형과 통계적으로 유의한 관련성이 있는 것으로 나타났다. $\chi^2(df=1, N=349)=4.874, p<.05$. 구체적으로 단일판단의 경우 양형 불일치 비율은 27.2%, 다수판단의 경우 양형 불일치 비율은 38.3%로 나타나 배심단이 한 번에 내려야 하는 판단의 수가 많은 경우에 배심단과 법원의 양형판단이 불일치하는 비율이 높은 경향이 있었다. 다수의견을 기준으로 한 경우 배심단-법원 양형판단 일치여부와 판단유형은 유의수준 .1에서 관련이 있다고 판단할 수 있었는데, $\chi^2(df=1, N=351)=3.505, p=.061$, 단일판단의 경우 양형 불일치 비율은 29.0%, 다수판단의 경우 양형 불일치 비율은 38.5%로 나타났다.

6. 배심단 양형 만장일치여부와 배심단-법원 양형판단 일치여부의 관련성

국민참여재판 배심단 양형의 만장일치여부와 배심단-법원 양형판단 일치여부의 관련성을 확인하기 위하여 교차분석을 실시하였다(표 6).

〈표 6〉 배심단양형의 만장일치여부와 배심단-법원 양형판단 일치여부의 관련성

	판단일치여부 (다수의견)		전체	χ^2		판단일치여부 (중양치)		전체	χ^2
	일치	불일치				일치	불일치		
만장일치여부	59 (85.5%)	10 (14.5%)	69 (100.0%)	14.243***	만장일치여부	59 (85.5%)	10 (14.5%)	69 (100.0%)	12.809***
불일치	171 (61.5%)	107 (38.5%)	278 (100.0%)		불일치	175 (62.9%)	103 (37.1%)	278 (100.0%)	
전체	230 (66.3%)	117 (33.7%)	347 (100.0%)		전체	234 (67.4%)	113 (32.6%)	347 (100.0%)	

* $p<.05$

<표 6>에서 확인할 수 있듯이, 배심단 양형의 만장일치여부와 배심단-법원 양형판단 일치여부는 통계적으로 유의한 관련이 있는 것으로 나타났다. 다수의견과 중양치로 판단한 일치여부 각각에 대하여 $\chi^2(df=1, N=347)=14.234, p<.001, \chi^2(df=1, N=347)=12.809, p<.001$. 구체적으로 배심단의 양형의견이 만장일치인 경우에는 배심단-법원의 양형판단이 불일치하는 비율이 14.5%로 배심단의 양형의견이 다수결로 결정된 경우의 38.5%(다수의견)와 37.1%(중양치)보다 낮았다. 즉, 배심단의 양형의견이 만장일치가 아닌 경우에 배심단과 법원의 양형의견이 불일치하는 비율이 높았다.

7. 배심단 - 법원 양형의 차이

배심단과 법원의 양형판단 차이 양상에 통계적으로 유의한 차이가 있는지 확인하기 위하여 중양치를 사용하여⁸⁾ 측정된 배심단 양형의견을 법원의 양형판단과 비교하였다.

본 연구에서 배심단과 법원의 양형판단은 서열척도 수준으로 자료화되었다. 따라서 비모수(non-parametric) 검증을 사용하였고, 국민참여재판의 특성상 배심단의 양형토의는 판사와 함께하며, 법원의 양형판단은 배심단 양형을 존중하기 위해 그 영향을 받을 가능성이 있으므로 관련된 두 표본으로부터 얻은 서열척도 수준으로 측정된 변인의 차이 양상이 다른지 검증하기 위해 사용할 수 있는 부호검증을 실시하였다.⁹⁾ 그 결과, 법원의 양형이 배심단의 양형의견보다 높은 사례가 통계적으로 유의하게 많은 것으로 나타났다, $Z=-2.258$, $p<.05$. 구체적으로, 법원의 양형에서 배심단의 양형을 뺀 결과가 음수(negative sign) 즉, 배심단의 양형이 법원의 양형보다 큰 경우가 44건, 양수(positive sign) 즉, 배심단의 양형이 법원의 양형보다 작은 경우가 69건, 배심단과 법원의 양형이 일치하는 경우가 234건이었다.

V. 논의

본 연구는 2018년부터 2020년까지 선고된 국민참여재판의 판결서를 이용하여 배심단 평결과 법원 판결을 비교함으로써 일반인과 판사의 판단 차이를 유발하는 요소를 탐색하고 배심단 평결의 지속력 부여 여부에 대한 법적 논의에 경험적 근거를 제공하기 위한 목적으로 수행되었다. 본 연구는 피고인에 대한 유무죄 판단뿐만 아니라 피고인에 대해 청구된 명령 등에 대한 인용여부와 같은 모든 범주적인 법적 판단을 함께 비교하였

8) 배심단 양형을 결정하기 위해 다수의견을 사용하는 경우 일치여부는 판단할 수 있지만 동일한 수의 배심원이 찬성한 다수의견이 있는 경우 배심단 양형을 하나로 결정하기 어렵다. 따라서 양형판단의 차이 양상이 다른지 검증하기 위한 분석에서는 중앙치를 기준으로 한 양형의견만 사용하였다. 추가로 법원조직법 제66조 제2항 2호에 제시된 합의의견(과반수에 이르기까지 피고인에게 가장 불리한 의견의 수에 차례로 유리한 의견의 수를 더하여 그 중 가장 유리한 의견)에 대한 부호검증을 실시한 결과에서도 법원의 양형이 배심단의 양형의견보다 높은 사례(94건)가 통계적으로 유의하게 많았다, $Z=-3.874$, $p<.001$.

9) 서열척도 수준으로 측정된 변인의 차이검증을 위해 부호검증과 윌콕슨 부호서열 검증(Wilcoxon signed rank test)을 사용할 수 있고, 윌콕슨 부호서열 검증의 검증력이 더 좋은 것으로 알려져 있다. 그러나 본 연구는 관련된 두 측정치의 ‘중앙치’가 통계적으로 유의하게 다른지 여부에는 관심이 없고, 배심단보다 법원의 양형이 큰 사례(positive sign)와 배심단보다 법원의 양형이 작은 사례(negative sign)의 수가 같은지 다른지에만 관심을 가지고 있으므로 부호검증을 사용하였다. 통계적으로 유의한 차이는 두 부호의 사례 수가 다르다는 것을 의미한다.

으며, 배심단과 법원 양형판단 차이의 양상을 통계적으로 검증하였다. 또한, 배심단과 법원의 판단 불일치를 유발하는 가능한 요소로서 배심단이 내려야 하는 판단의 병합여부(판단유형)와 배심단 판단의 만장일치여부를 분석에 포함하였다.

1. 배심단-법원의 범주적 판단과 양형판단

피고인에 대한 배심단과 법원의 범주적 판단 일치율은 95.6%로 매우 높았다. 이것은 법원행정처에서 발간하는 ‘국민참여재판 성과분석(이하 성과분석)’에 보고된 평/판결의 일치율(2008년부터 2020년까지 약 93.5%, 법원행정처, 2019)과 유사한 수치로, 본 연구의 결과는 유무죄 판단을 포함하는 모든 범주적인 법적 판단에 대해서 배심단과 법원의 판단이 상당히 일치한다는 것을 보여준다. 법적 판단의 일치 및 불일치의 경향성 또한 성과분석에 보고된 것과 다르지 않았는데 배심단과 법원의 불일치된 법적 판단의 대부분은 배심단이 무죄취지의 판단하고, 법원은 유죄취지의 판단을 한 것이었다(88.2%). 반대의 경우는 11.8%에 지나지 않았다.

배심단의 무죄평결과 불일치하는 법원의 유죄판결에 대해서는 유죄판단을 위한 기준 차이 때문일 수 있다는 해석(박미숙 등, 2019)이 있다. 그러나 판단기준에 관한 연구결과들은 이 가능성을 지지하지 않는다. 박미숙 등(2019)의 연구에 따르면 일반국민의 ‘합리적 의심이 없는 정도의 증명’ 수준에 대한 해석(약 80%)은 판사, 검사, 변호사와 같은 법률전문가들의 해석(약 85%)보다 낮다. 이 기준은 법이 정하고 있는 유죄판단의 기준으로, 제대로 충족되었다면 배심단과 법원 판단의 불일치 양상은 반대로(배심단 유죄평결-법원 무죄판결) 관찰되어야 할 것이다. 유죄판단을 위한 기준이 낮을수록 유죄판단 비율은 증가해야 하기 때문이다. 따라서 배심단이 더 관대한 판단을 하는 이 현상은 판단기준 차이에 의한 것이라고 보기 어렵다. 다만, 만약 사실판단자들이 ‘합리적 의심이 없는 정도의 증명’을 실제 유죄판단을 위한 기준으로 사용하고 있지 않고, 실제로는 다른 기준을 사용하고 있다면 판단기준에 관한 해석은 아직 확인해 볼 여지가 남아 있을 것이다. Han(2021)은 ‘합리적 의심이 없는 정도의 증명’을 수량화하기 위해 시도된 연구들(Dane, 1985; Dhami, 2008)에서 수량화된 이 기준과 일반인들의 유무죄 판단 일치율이 약 60-70% 정도로 매우 낮다는 것을 근거로 일반인들이 유죄판단을 위해 실제

로 사용하는 기준은 이론적 기준과는 별개로 존재한다고 주장하였다. 이 연구에서 추정된 유죄가능성과 유죄판단의 관계에 기초하여 추정된 유죄판단 기준은 약 60%의 유죄가능성으로 ‘합리적 의심이 없는 정도의 증명’에 대한 해석인 약 80%보다 낮았고, 이 기준은 일반인들의 유죄판단을 80% 이상의 정확성으로 예측하였다. 추후에 일반인과 법원의 실질적 유죄판단 기준을 비교하기 위한 연구가 수행된다면 일반인과 법원의 유죄판단 기준의 차이가 국민참여재판의 배심단·법원의 범주적 판단 불일치에 기여하는지 확인할 수 있을 것이다.

배심단과 법원의 양형판단 일치율은 약 66%로 범주적 판단의 일치율보다 상대적으로 낮았다. 본 연구의 양형판단 일치율은 성과분석에서 보고된 89.7%의 일치율(법원행정처, 2021)보다 매우 낮았다. 이것은 성과분석에서는 배심단과 법원의 양형 차이가 1년 이내이거나 배심단과 법원의 의견이 모두 벌금이거나 집행유예인 경우에는 일치하는 것으로 판단하였기 때문에 즉, 일치율의 평가 기준이 달랐기 때문인 것으로 판단된다. 양적 판단은 가능한 결정의 범위가 범주적 판단보다 넓으므로 일치율이 더 낮을 수 있고, 이 점에서 양형의 일치여부를 판단하기 위해서 배심단과 법원의 의견이 완전히 일치하지 않더라도 일정한 범위 내에 있다면 일치하는 것으로 판단하는 것은 무리가 아니다. 그러나 피고인의 입장에서는 몇 개월의 형량이라도 매우 큰 차이일 수 있으며, 1년이라는 절대적인 시간을 모든 사건에서 무시할 수 있는 양형의 차이로 간주하기는 어렵다. 예를 들면, 양형의 범위가 2년인 사건과 6년인 사건에서 1년 이내의 기간인 6개월은 각각 전체의 1/4과 1/12에 해당한다. 후자의 경우 (상대적으로) 무시할 정도의 차이라고 할 수 있지만 전자의 경우에는 피고인이 체감하는 양형차이는 매우 클 것이다. 따라서 배심단과 법원의 양형판단 일치율을 판단할 때 이 점이 무시되지 않도록 일치율 판단을 위한 기준을 정교하게 수립할 필요가 있을 것으로 판단된다. 다소 엄격한 판단이 될 수 있지만 본 연구에서는 배심단과 법원의 양형이 완전히 동일한 경우에만 일치하는 것으로 판단하였다. 이 경우 일치율은 약 66%로 매우 낮아지는데, 배심단의 양형토의는 재판부와 함께 진행된다는 점을 고려하면, 이 일치율은 더욱 낮은 수준으로 해석된다.

특히, 본 연구의 부호검증 결과 법원은 배심단보다 통계적으로 유의하게 높은 양형을 선고하는 것으로 나타났다. 이와 같은 결과는 미국의 법관과 배심원의 판단을 비교하였을 때도 불일치 판단의 약 86%에서 배심원들이 더 관대한 판단을 한 것으로 관찰된 것

(Kelven & Zeisel, 1986)과 유사한 것이다. 또한, 배심원들이 범죄자들에게 더 엄격한 처벌을 원할 것이라는 언론보도로부터 추론되는 일반적인 인식(김광현, 2021)과 배치되는 것으로 배심원들이 오히려 피고인에게 더 온정적이라는 것을 보여준다.

법원이 양형기준을 잘 적용했다고 가정한다면(양형기준 준수율은 약 86%, 최형표, 2015), 배심단과 법원의 양형판단 차이는 현행 양형기준과 형사정책의 엄벌주의(punitivism)적 경향성이 실제 국민의 법감정과 일치하지 않을 가능성을 보여주는 것일 수 있다. 양형기준이 도입되면서 양형 관행의 형평성과 객관성이 개선되었다는 평가가 있기는 하지만(예를 들면, 박성훈, 최이문, 2016), 양형기준이 국민의 법감정과 부합하는지는 전혀 다른 차원의 문제이므로 여기에 관한 경험적 연구가 수행된다면, 배심단-법원의 양형판단 차이의 원인을 찾는 것뿐만 아니라 양형기준의 적절한 개선을 위해서도 도움이 될 것으로 생각된다. 특히, 양형판단에는 피고인이 입은 피해의 정도, 범죄의 발생에 기여한 상황적 요인 및 피고인의 범죄 의도(최훈석, 박은영, 2008; Carlsmith, 2006),와 같은 응보관련 요인들이 영향을 줄 수 있다. 응보주의 형벌론은 범죄자가 범죄에 상응하는 처벌을 받아야 한다는 입장으로 “잘못을 저질렀기 때문에 처벌한다.”는 과거지향적인 관점이라고 할 수 있다(변종필, 2015; 이재영, 2018). 이재영(2018)의 연구에 따르면 한국의 대학생들은 다섯 가지 형벌철학(일반억제, 무력화, 응보, 도덕적 분개, 사회복귀) 중 응보철학을 가장 선호하는 것으로 나타난바, 이와 같은 처벌에 관한 철학적 관점이 배심단과 법원의 양형판단에 차이를 유발했을 가능성도 확인될 필요가 있다.

2. 판단유형과 배심단 - 법원의 판단

본 연구는 배심단과 법원의 법적 판단 차이에 영향을 줄 수 있는 요인을 탐색하고자 배심단이 내려야 하는 판단의 병합여부 즉, 판단유형을 고려하여 배심단과 법원의 법적 판단을 비교하였다. 그 결과 판단유형은 배심단과 법원의 범주적 판단과 전혀 관련이 없었지만 양형판단과는 관련이 있는 것으로 나타났다. 양형판단에서의 배심단 - 법원의 불일치 비율은 배심단이 한 번에 내려야 하는 판단이 다수인 경우에 더 높았다(중량치를 사용한 경우 $p < .05$, 다수의견을 사용한 경우 $p = .061$).

범주적 판단에 대하여 판단유형과 배심단-법원 판단 일치여부의 관련성이 없는 것으

로 나타난 것은 배심단이 판단을 이끌어내는 과정과 관련이 있을 수 있다. 판결서를 검토하면서 발견한바, 다수의 판단이 요구되는 재판의 판결서에 기재된 배심단의 의견은 사안 별로 매우 구체적으로 분할되어 있었다. 예를 들면, 배심단은 피고인의 심신상실 여부, 심신미약여부, 유무죄 판단 등을 순차적으로 진행하거나 범죄행위가 있었는지의 여부, 고의성 여부 등을 순차적으로 판단하였다. 다시 말하면 유무죄 판단을 위해 필요한 부수적인 판단들을 순차적으로 수행한 것이다. 이와 같은 의사결정의 과정은 순서도(flowchart)를 이용하는 것과 유사하다. 법적 판단에서 순서도는 배심원들이 비밀관적인 의사결정을 하는 것을 방지할 수 있다(Fang, 2014). 그뿐만 아니라 배심원들의 실시문 이해도를 증진시키기 위한 방법으로 사용되기도 한다(Semmler & Brewer, 2002; 이운정, 조은경, 2014). 실제 국민참여재판의 배심단 의사결정 과정을 판결서로부터 추정하는 것은 한계가 있지만 이것이 다수의 판단이 포함된 복잡한 재판 배심단과 법원의 판단 일치율이 높은 수준으로 유지되는 한 가지 이유일 수 있다.

범주적 판단과 달리 양형판단은 배심단이 한 번에 다수의 판단을 내려야 하는 경우의 불일치 비율이 단일한 판단을 해야 하는 경우의 그것보다 높았다. 국민참여재판 판결서를 이용하여 임의명정에 대한 배심단과 법원의 양형을 비교한 한 연구(홍수민, 이수정, 이정현, 2013)는 배심단과 법원의 양형에 유의한 차이가 없음을 보여주었다.¹⁰⁾ 따라서 양형기준 적용 능력에서 배심원과 법관의 차이를 기대할만한 합리적인 이유는 없다고 보아야 할 것이다. 그러나 배심단-법원의 양형판단이 불일치한 사건들이 다수의 판단이 요구되는 사건에 더 많다는 것은 다수의 범주적 판단으로 인해 누적된 인지적/심리적 부담감 또는 특정한 방향으로의 판단 경향성이 배심단과 법원의 양형판단에 다르게 영향을 주었을 가능성이 있을 수 있다. 양형판단은 유죄판단된 사건에 대해서만 내려지므로 판단유형이 다수판단인 경우 그만큼 유죄취지의 결정을 많이 한 경우이다. 본 연구의 결과 해석을 위해 추가적으로 단일한 판단을 한 경우와 다수의 판단을 한 경우 배심단과 법원의 양형에 대한 부호검증을 시도해 본 결과, 단일한 판단을 한 경우에는 배심단의 관대한 양형이 더 많은 경향성이 확인되었으나($Z=-2.212, p<.05$), 다수판단을 한 경우에는 그러한 경향성이 확인되지 않았고, 배심단이 더 엄격한 양형을 한 사례와 더 관대한 양

10) 이 연구에서 보고된 판단주체(배심단과 법관)와 주취감경 인정여부의 상호작용 효과는 본문에 기재된 내용과 표에 기재된 내용이 불일치하여 그 결과의 타당성을 확인할 수 없지만, 본문과 표에 제시한 모든 결과에서 양형에 대한 판단주체의 주효과는 관찰되지 않았다.

형을 한 사례의 수가 유사하였다. 즉, 본 연구에서 검증된바, 배심단 양형은 일반적으로 법원의 양형보다 관대한 경우가 더 많지만($Z=-2.258, p<.05$), 여러 차례 피고인에 대해 유죄취지의 결정을 많이 한 경우에는 배심단이 법원보다 더 엄격한 양형을 판단하는 사례가 단일한 판단을 한 경우보다 많아지는 것이다. 이것은 유죄취지의 결정 또는 유무죄 판단 과정이 양형판단에 영향을 줄 가능성을 보여주는 결과로 유무죄 판단과 양형판단 절차가 분리되어야 한다는 견해(박형관, 2012; 탁휘성, 최수영, 2011; 한상훈, 2008; 황병돈, 2010)를 지지하는 간접적인 증거가 될 수 있다.

배심단이 내려야 하는 판단이 병합되어 있어서 판단해야 하는 사안의 수가 많아진다는 것은 복잡성이 증가한다는 의미이다. 본 연구의 결과는 배심단의 범주적인 법적 판단이 복잡성이 증가한 상황에서도 법원과 달라지지 않는다는 것을 보여주었다. 또한, 양형 판단에 대한 결과는 법원보다 엄격한 양형을 부여하는 사례가 다수판단이 포함된 재판에서 더 많아지고 이것은 곧 유무죄 판단이 양형판단에 영향을 줄 가능성이 있음을 시사한다.

3. 배심단 판단의 만장일치여부와 배심단-법원의 판단

본 연구는 배심단과 법원의 법적 판단 차이에 영향을 줄 수 있는 요인을 탐색하되, 법원 판결은 배심단의 평결을 존중해야 한다는 국민참여재판의 특성을 고려하여 배심단과 법원의 법적 판단을 비교하였다. 박미숙 등(2019)은 156건의 판결서를 분석하여 배심단의 평결이 만장일치인 경우에 법원 판결과 배심단 평결이 일치하는 비율이 더 높다는 것을 확인하였다. 본 연구는 이들의 연구결과를 모든 법적 판단에 대해 확장한 것으로 생각할 수 있다. 즉, 모든 범주적인 법적 판단을 대상으로 했을 때에도 만장일치여부와 배심단-법원 판단 일치여부의 관련성이 있는 것으로 확인되었다.

배심단의 다수결에 의한 평결은 법원으로 하여금 배심단과 다른 판결을 내리기 쉽게 만들 수 있다. 법원은 배심단의 소수의견으로부터 다수의견과 다른 법원 판결에 대한 지지를 얻을 수 있기 때문이다. 배심단의 판단이 만장일치에 이르지 못했다는 것은 그 사안의 불확실성이 높다는 의미일 수 있다. 만장일치에 이르지 못한 경우 합리적 의심이 남아있는 것으로 보아야 한다는 견해도 있다(지유미, 2017, 관련된 구체적인 논의에 대

해서는 이므로, 박광배, 2006 참조). 불확실성이 높은 상황에서 법원이 배심단과 다른 판결을 내리려고 할 때, 그 평결이 만장일치라면 법원은 외부적으로 그 판결을 지지하는 단서를 찾을 수 없다. 반면에 배심단이 다수결로 평결하여 법원의 판결과 일치하는 소수 의견이 있다면, 법원은 그 의견의 존재 자체를 일종의 확증적 증거로 해석할 수 있다. 한 사회심리학 연구는 불확실성이 높은 상황에서 사람들은 자신의 태도와 일관된 확증적 정보를 찾는 경향이 있다는 것을 보여주었다(Sawicki, Wegener, Clark, Fabrigar, Smith, & Bengal, 2011).

그러나 배심단과 다른 법원의 판단은 배심단 판단이 만장일치일 때도 관찰된다. 본 연구에서 법원이 만장일치 배심단과 다른 판단을 한 경우는 전체 불일치 판단 34건 중 14건으로 전체의 41.1%였다.¹¹⁾ 이 결과는 과연 현행 제도에서 배심단 평결이 법원 판결에 사실상의 구속력을 가지게 할 수 있을지에 대한 합리적 의심의 근거가 될 수 있을 것이다.

배심단의 판단이 만장일치임에도 불구하고 다른 판단을 내리고자 할 때 법원은 국민 참여재판법에 따라 다른 판단의 이유를 판결서에 충분히 설명해야 한다. 그러나 다른 판결을 선고하는 이유에 대해 재판부가 기재한 내용은 구체적이지 않아 법원의 주장이 충분히 설명되었다고 판단하기 어려운 경우가 많다. 예를 들면, 한 사건에서 재판부는 “피고인이 자백했고, 혐의를 받는 행위를 한 사실이 넉넉히 인정되며, 피해자가 처벌을 원하고 있다.”는 이유로 만장일치 배심단 평결과 달리 유죄판결하였다. 피고인이 자백했다면 배심원들도 행위가 있었음을 인정하면서 무죄평결을 했다고 보아야 할 것이다. 그렇다면 배심단이 무죄평결한 이유는 행위가 실제로 있었는지 여부가 아닌 다른 이유일 것임에도 불구하고 재판부는 그 다른 요소에 대한 설명은 전혀 없이 행위 사실이 인정되고 피해자가 처벌을 원한다는 이유만을 들어 다른 판결을 선고하고 있다. 더욱이 이 판결서를 보면, 배심단이 만장일치로 무죄평결을 했음에도 양형의견을 개진하였음을 확인할 수 있다. 무죄평결을 한 배심단에게 피고인이 ‘유죄라면’ 어떤 처벌이 적절할지를 판단하게 하는 것은 법원이 배심단의 평결과 다른 판단을 염두에 두고 있었음을 암시할 수 있다. 따라서 이와 같은 사례는 국민의 사법신뢰를 제고하고 선량한 국민의 법감정과 판단을

11) 다만, 이 판단 중에는 유무죄에 대한 판단이 아닌 법적 판단이 포함되어 있음을 유의할 필요가 있다.

존중하고자 하는 국민참여재판의 도입취지에 부합하는 법원의 태도라고 해석하기 어렵다. 국민참여재판 제도를 도입취지에 부합하는 방향으로의 개선하기 위해서는 배심단의 평결과 다른 판결에 대한 이유를 구체적으로 기재하도록 법관을 독려하여 법원이 국민의 의견을 존중하며 합리적인 이유로 다른 판결을 한다는 사실이 명백히 드러나도록 해야 할 것이다.

4. 연구의 제한점 및 의의

본 연구는 최근 3년 동안 선고된 재판의 판결서만을 대상으로 한 것으로 판단유형과 배심단·법원의 양형판단 일치여부의 관련성과 같은 본 연구에서 처음으로 발견된 결과가 재현되는지 확인하기 위한 후속연구가 반드시 수행될 필요가 있다. 또한, 본 연구에서 제시된 가능성은 정교한 법심리학적 실험연구를 통하여 확인되어야 할 것이다. 무엇보다 본 연구의 결과해석은 법원의 판단과 배심단의 판단이 완전히 독립적으로 이루어지지 않는다는 국민참여재판의 특성을 유념하여 이루어져야 한다.

이와 같은 제한점에도 불구하고 본 연구는 일반인과 법관의 법적 판단을 비교하기 위하여 국민참여재판의 판결서를 활용함으로써 선행연구가 연구방법과 일반화가능성 측면에서 가지는 한계를 보완하였다. 특히, 본 연구에서 사건마다 다양한 범위와 유형을 갖는 양형판단의 차이에 대한 통계적 검증을 시도하기 위해 사용한 자료화 방법은 선행연구들에서는 양형의 유형이 다르다는 이유로 제외되었던 조건의 자료들도 분석에 포함하는 것을 가능하게 하였고, 본 연구는 양형판단 차이에 관한 종합적인 결론을 내릴 수 있었다. 본 연구에서 사용한 방법은 추후에 살인, 강간, 강도와 같은 사건의 유형에 따라 법원과 배심단의 양형판단의 차이 양상을 확인하기 위해서도 활용될 수 있을 것이다. 결과적으로 본 연구는 배심단 평결의 지속력에 관한 논의뿐만 아니라 유무죄 평결과 양형을 위한 토의절차의 분리에 관한 논의에도 실증적 증거를 제공하였다는 것에 큰 의의가 있다.

참고문헌

1. 국내문헌

- 고민조, 박주용. (2019). 피고인의 성격증거 (Character Evidence) 가 사실인정에 미치는 영향. 한국심리학회지: 법, 10(3), 215-235.
- 구자룡 (2021. 6. 11). ‘무죄’ 맞나요?. 법률신문. <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Opinion?serial=170687> 에서 2022. 1. 22에 최종검색.
- 김광현. (2021). 형사사법 신뢰회복을 위한 국민참여재판의 과제. NARS 현안분석 제 228호. 국회입법조사처.
- 김대성. (2018). 국민참여재판 배심원 평결의 효력에 대한 고찰. 법학논총, 40, 41-60.
- 김보경, 김범준, 최종안. (2020). 판단자의 강간통념이 강간사건 피해자와 가해자에 대한 판단에 미치는 영향-강간 사건 전 피해자의 일탈행위 여부의 조절효과. 한국심리학회지: 법, 11(3), 309-327.
- 김병수. (2019). 국민참여재판 시행 10 년의 평가와 과제. 법학연구, 60(2), 275-304.
- 김슬기 (2014). [국민의 형사재판 참여에 관한 법률]의 정부 개정안에 대한 비판적 검토-대상사건 축소와 배제사유 확대를 중심으로. 연세법학, 24, 1-29.
- 김청택, 최인철. (2010). 법정외사결정에서의 판사들의 인지편향. 법학, 51(4), 317-345.
- 박광배, 김상준, 한미영. (2005). 가상적인 재판 쟁점에서의 현역판사의 판단과 모의배심의 집단판단에 대한 인지적 방략의 효과. 한국심리학회지: 문화 및 사회문제, 11(1), 59-84.
- 박미숙, 서주연, 최이문. (2019). 형사정책과 사법제도에 관한 평가연구 (XIII) - 국민참여재판 시행 10 년차 평가와 정책방안 연구. 한국형사법무정책연구원.
- 박성훈, 최이문. (2016). 양형기준제도가 양형에 미치는 영향에 대한 연구: 성범죄와 강도범죄를 중심으로. 형사정책연구, 27(3), 155-188.
- 박형관. (2012). 배심원 양형에 관한 쟁점 검토: 국민참여재판의 개선방안을 중심으로. 형사정책연구. 90, 41-74.
- 법원행정처 (2007). 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 해설. 서울: 법원행정처 사법지

원실.

법원행정처 (2019). 2008-2018년 국민참여재판 성과분석. 서울: 법원행정처 사법지원실.

법원행정처 (2021). 2008-2020년 국민참여재판 성과분석. 서울: 법원행정처 사법지원실.

변종필. (2015). 형벌이란 무엇이며, 무엇을 지향해야 하는가?: 응보, 예방, 그리고 회복과 연계하여. 강원법학, 46, 1-44.

윤영석. (2021). 국민참여재판의 위기와 개선방안. 서울법학, 28(4), 259-294.

이성기, 조영일, 이형민. (2014). [국민의 형사재판 참여에 관한 법률 개정안]에 대한 비판적 검토. 형사법연구, 26(3), 255-280.

이승택. (2017. 5. 24). 형사소송법의 ‘무죄’ 선고 규정의 개정을 바란다. 법률신문. <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Opinion?serial=118284>에서 2022. 1. 22에 최종검색.

이완규. (2008). 현행 국민참여재판제도의 문제점과 개선방향. 한국 형사법학의신전개. 지송이재상교수정년기념논문집, 박영사.

이용구. (2011). 국민참여재판의 배심원 평결과 판결 차이에 관한 분석 - 2008년~2011년 11월 불일치 판결을 대상으로. 형사소송 이론과 실무, 3.

이유미, 조영일. (2020). 사법적 의사결정시 나타나는 배심원 판단편향: 검사구형량의 정박효과. 한국심리학회지: 법, 11(3), 329-347.

이은로, 박광배. (2006). 배심평결규칙의 법심리학적 제 문제 (상): 만장일치규칙과 다수결규칙. 형사정책, 18(2), 459-500.

이운정, 조은경. (2014). “합리적 의심 없는 증명 원칙” 의 지시문 유형과 순서도 사용이 배심원들의 이해도와 평결에 미치는 영향. 한국심리학회지: 사회 및 성격, 28(4), 71-92.

이재영. (2018). 대학생의 형벌척할에 대한 인식 연구. 한국공안행정학회보, 27(4), 119-145.

전성훈 (2020. 8. 4). 골프채가 밝힌 강간치상 사건. 의사신문. <http://www.doctorstimes.com/news/articleView.html?idxno=211855> 에서 2022. 1. 22에 최종검색.

- 지유미. (2017). 무죄추정원칙의 관점에서 국민참여 재판제도의 개선방안에 관한 연구: 미국 배심재판에서 무죄추정원칙 실현기제와의 비교를 중심으로. 법학연구, 28(3), 41-72.
- 최대권. (2004). 국민의 사법참여-무엇이 문제인가. 법학, 45(3), 119-140.
- 최형표. (2015). 양형실무의 변화와 과제: 양형기준제도 및 양형심리를 중심으로. 저스티스, 11-68.
- 최훈석, 박은영. (2008). 응보, 일반인 제지, 및 무력화 목적에 따른 처벌 판단 비교. 한국심리학회지: 사회 및 성격, 22(4), 175-195.
- 탁희성, 최수형. (2011). 형사정책과 사법제도에 관한 연구 (V): 국민참여재판제도의 평가와 정책화 방안. 한국형사정책연구원.
- 하민경. (2020). 국민참여재판사건을 통해 본 정당방위 판단기준 분석. 법학논총, 33(1), 259-291.
- 한상훈. (2008). 국민참여재판제도의 정착방안. 저스티스, 483-534.
- 한상훈. (2012). 국민참여재판에서 배심원 평결의 지속적 효력에 관한 검토. 형사정책, 24(3), 9-38.
- 한유화. (2022). 평결범주와 일반인의 법적판단: '무죄표상'의 역할을 중심으로. 한국심리학회지: 법, 13(1), 1-22.
- 한유화, 박광배. (2018). 유일한 증거와 일반인의 법적 판단: 과대추정된 사후확률과 유무죄 판단의 역치. 한국심리학회지: 법, 9(1), 1-19.
- 한인섭. (2009). 한국의 배심원재판-준비과정과 시행원년의 성과를 검토한다. 법학, 50(2), 681-710.
- 홍수민, 이수정, 이정현. (2013). 국민참여재판에 있어서 임의명정에 대한 배심원단과 법관의 판단 차이 연구. 한국심리학회지: 사회 및 성격, 27(4), 69-87.
- 황병돈. (2010). 국민참여재판 시행 과정상 제기된 문제점 및 개선 방안. 한양법학, 30, 33-61.

2. 국외문헌

- Carlsmith, K. M. (2006). The roles of retribution and utility in determining punishment, *Journal of Experimental Social Psychology*, 42(4), 437-451.
- Dane, F. C. (1985). In search of reasonable doubt. *Law and Human behavior*, 9(2), 141-158.
- Dhami, M. K. (2008). On measuring quantitative interpretations of reasonable doubt. *Journal of Experimental Psychology: Applied*, 14(4), 353.
- Fang, J. J. (2014). 12 confused men: using flowchart verdict sheets to mitigate inconsistent civil verdicts. *Duke Law Journal*, 64, 287.
- Fein, S., McCloskey, A. L., & Tomlinson, T. M. (1997). Can the jury disregard that information? The use of suspicion to reduce the prejudicial effects of pretrial publicity and inadmissible testimony. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 23(11), 1215-1226.
- Guthrie, C., Rachlinski, J. J., & Wistrich, A. J. (2007). Blinking on the bench: How judges decide cases. *Cornell Law Review*, 93, 1-44.
- Han, Y. (2021). Quantifying an implicit legal threshold and mental representations of ‘Innocent:’ a comparison of implicit and theoretical thresholds for a legal decision. *The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*, 32(6), 836-860.
- Kelven, H., & Zeisel, H. (1986). *The American jury*, Ed. University of Chicago, Chicago.
- Park, K., Han, Y. H., & Seong, Y. R. (2010). The effect of double judgments on public confidence in court decisions for the trial by citizen-participation in Korea. *International Journal of Law, Crime and Justice*, 38(4), 166-174.
- Sawicki, V., Wegener, D. T., Clark, J. K., Fabrigar, L. R., Smith, S. M., & Bengal, S. T. (2011). Seeking confirmation in times of doubt: Selective

exposure and the motivational strength of weak attitudes. *Social Psychological and Personality Science*, 2(5), 540-546.

Semmler, C., & Brewer, N. (2002). Using a flow-chart to improve comprehension of jury instructions. *Psychiatry, psychology and law*, 9(2), 262-270.

Tversky, A., & Kahneman, D. (1986). The framing of decisions and the evaluation of prospects. In *Studies in Logic and the Foundations of Mathematics* (Vol. 114, pp. 503-520). Elsevier.

Wistrich, A. J., Guthrie, C., & Rachlinski, J. J. (2005). Can judges ignore inadmissible information? The difficulty of deliberately disregarding. *University of Pennsylvania Law Review*, 1251-1345.

A comparison of the legal decision between
lay-participation trial's jury and court:
Focused on the cases ruled from 2018 to 2020

Yuhwa Han*

This study analyzed 406 trial cases of lay participation trials sentenced from 2018 to 2020. A total of 731 categorical judgments (including decisions for guilty/not guilty, disposition, and order) and 351 sentencing judgments were encoded. The consistency of jury-court judgment was compared in consideration of the two potential factors affecting the disagreement of the decisions: decision type (whether there is one judgment or multiple judgments in the case) and unanimity (whether the jury decides unanimously or not). The jury's sentencing was measured on the ordinal scale in each case, and the respective court's judgment was encoded according to the jury's measurement. As a result, the jury-court agreement rate of the categorical legal judgment was 95.6%. Generally, inconsistent judgments were cases in which the juries made pro-defendant decisions, and the courts were the opposite. Jury-court agreement of the categorical legal judgment was not related to the decision type, but the consistency of the sentencing judgments was. The jury-court sentencing disagreement was observed more frequently when the jury made two or more judgments. The jury's decision unanimity was related to both categorical and sentencing decisions. In the case where the jury could not reach a unanimous decision, the categorical and sentencing judgment disagreement rates were higher than in the case where the jury reached a unanimous decision. Also, the cases in which the court sentenced more severely than the jury appeared more frequently. The implication of this study was to provide empirical evidence for the argument that the jury's verdict (or opinion) should have a binding effect on the

* Institute for Legal Studies, Yonsei University/research professor

court's judgment by showing that the judgments of the jury and court are not different.

❖ key words: lay-participation trial, jury, court, legal decision, sentencing

아동학대 사건 집행유예 판결문에 대한 내용분석

강희주*·성윤희**·이연지***·이경은****·정익중*****

국 | 문 | 요 | 약

최근 아동학대범죄에 대한 적정한 처벌 및 실효성 있는 대응책 마련의 목소리는 높아졌지만 원가정 복귀로 인해 재범에 노출되기 쉬운 집행유예 사건에 대한 분석과 논의는 이루어지지 못하고 있다. 이에 본 논문에서는 2019년 7월부터 2021년 7월까지의 아동학대 판결 중 학대 가해자가 부모나 사실상 보호자이며 집행유예가 선고된 350건의 판결문에 대한 내용분석을 실시하였다. 그 결과 학대 도구로는 식칼, 망치, 쇠파이프 등 위험한 도구가 사용되었고, 6세 이하 피해아동이 23.0%로 전체 아동학대 사건보다 높은 수치를 보였으며, 학대 장소의 91.3%가 집을 포함한 폐쇄된 장소에서 발생하여 집행유예 판결을 받은 아동학대 사건의 아동이 재범에 노출될 경우 생명에 치명적인 위험이 될 수 있음이 사료되었다. 집행유예 양형요인을 분석한 결과 처벌 불원과 진지한 반성이 높은 비율로 나타났으며, 가해자가 동종범죄전력이 있거나 이종 또는 가정폭력 등의 사안이 있었음에도 동종누범에 해당하지 않아 상대적으로 낮은 형사처벌이 이루어지고 있었다. 반면에 보호관찰이 부과된 사건은 37.7%에 불과하고 수감명령이 언급조차 되지 않는 판결문도 있어 집행유예 판결 이후 피해아동이 재학대 위험에 노출될 수 있음을 확인하였다. 이러한 맥락에서 잔혹하고 반복되어 이루어진 아동학대사건에 대한 형사처벌 상향의 필요성, 형사사건 피해아동 보호조치 강화, 판결 결과에 대한 관련 기관 간의 정보공유, 재판 중 피해아동 참여권 보장을 위한 조치 등 법률적·행정적 대안을 제시하였다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2022.9.30.3.145>.

❖ 주제어 : 아동학대, 집행유예, 판례분석, 양형실태, 아동학대 피해아동보호

* 주저자 : 이화여자대학교 사회복지학과 박사수료
** 공동저자 : 이화여자대학교 법학연구소 연구원
*** 공동저자 : 인하대학교 법학전문대학원 임상교수
**** 공동저자 : 이화여자대학교 법학연구소 연구원
***** 교신저자 : 이화여자대학교 사회복지학과 교수

I. 서론

가정 내에서 은밀하게 발생하기 쉬운 아동학대는 다른 범죄보다 외부에 알려지기 어렵고 아동이 자신의 피해 사실을 적절한 언어로 표현하여 주변에 도움을 요청하기가 어렵기 때문에 성인과 동일한 폭행 관련 범죄를 겪는다해도 피해아동이 겪는 신체적·심리적 영향은 성인에 비해 더욱 치명적이다. 이러한 이유로 잔혹한 아동학대 사건이 기사화 될 때마다 아동학대 가해자에 대한 처벌 강화의 목소리가 높아짐과 동시에 양형의 부적정함에 대한 보도가 계속적으로 이어지고 있다.¹⁾ 2021년 양형위원회에 접수된 아동학대 범죄 처벌 강화 요청은 2021년 6월 기준 1,500여 건으로 디지털 성범죄 처벌 강화 요청이 컸던 2020년 양형위원회 전체 접수 의견을 상회하는 수준이다.²⁾ 이는 근절되지 않는 아동학대범죄에 대한 적정한 처벌 및 실효성 있는 대응책 마련에 대한 요구로 해석된다.

아동학대 범죄의 핵심적인 문제는 아동학대 가해자의 대부분이 ‘보호자’인 반면 형사 처벌 비율은 낮고 재범률은 높다는 점이다. ‘2021년 아동학대 연차보고서’에 따르면 2021년 발생한 아동학대 전체 사건 37,605건 중 학대 행위자로 부모가 차지하는 비중은 31,486건으로 전체 사건의 83.7%를 차지하는데³⁾ 형사처벌이 이루어진 사례는 316건으로 전체 사건의 2.0%에 불과하였다.⁴⁾ 그러나 전체 아동학대 사례에서 재학대 비율은 2016년 8.5%, 2017년 9.7%, 2018년 10.3%로 지속적으로 증가하고 있으며⁵⁾ 2021년도의 재학대율은 전체 아동학대 사건(37,605건)의 14.7%(5,517건)를 차지하는 것으로 나타난다.⁶⁾ 이는 2008년부터 2018년까지 신상이 등록된 성범죄자 74,956명 중 3.9%에 해당하는 2,901명이 재범으로 재등록되어 있는 것과 비교했을 때⁷⁾ 더 높은 수치다. 아동학대 범죄의 낮은 형사처벌 비율과 높은 재범률은 아동학대범죄의 처벌 등에

1) 김혜정, 양형기준 준수여의의 재고찰에 기초한 양형기준제도의 발전적 운영방안. 법조, 제67권 제5호, 법조협회, 2018, 127-166면; 양형위원회, 양형연구회 제6차 심포지엄 아동학대범죄와 양형 자료집, 2021, 1-155면.

2) 양형위원회, 아동학대범죄 양형기준 수정안 설명자료, 2022, 1면.

3) 보건복지부, 2021년 아동학대 주요통계, 2022, 20면.

4) 보건복지부, 2021년 아동학대 주요통계, 2022, 36면.

5) 법무부, 아동학대 보호관찰대상자 관리 강화. 2020년 7월부터 아동학대 사범에도 ‘전담 보호관찰관 제도’를 확대 시행합니다: 아동학대 보호관찰대상자 재범률 0.5% 미만 관리, 2020.

6) 보건복지부, 2021년 아동학대 주요통계, 2022, 42면.

7) 법무부, 2020년 성범죄백서, 2020, 135면.

관한 특례법 입법 취지와 다르게 아동학대 가해자에 대한 엄격한 처벌이 잘 이루어지지 않음을 보여줄 뿐 아니라 피해아동 보호를 위한 가해자 분리 및 교화 조치가 잘 이루어지지 않고 있다는 것을 시사한다.⁸⁾

가장 우려되는 점은 아동학대를 저지른 가해자가 집행유예 판결로 인해 원가정으로 복귀할 가능성이 높고 이 경우 피해아동은 재학대 위험에 노출되기 쉽다는 점이다. 이에 대해 유엔아동권리협약 제3조 아동최우선의 이익 조항에서는 ‘아동과 관련한 모든 조치들은 아동의 이익을 최우선으로 고려해야 하며, 부모 등 보호자들이 아동을 보살피지 못할 경우 국가는 아동을 적절하게 보호해야 한다’고 명시하여 아동을 학대하거나 향후 학대할 위험이 있는 경우에는 아동을 부모로부터 분리하여 보호해야 한다는 것을 강조한다.⁹⁾ 따라서 아동학대 사건의 법 집행자는 아동학대 가해자에게 적절한 형벌을 구현하는 형사처벌뿐만 아니라¹⁰⁾ 집행유예 판결을 통해 피해아동이 가해자가 있는 원가정에 돌아갈 경우 아동이 안정적인 가정환경에서 성장할 수 있는 환경이 되는지 신중하게 검토해야 한다. 그러나 최근 큰 사회적 공분을 일으킨 서울 양천구 16개월 입양아동 학대 살인 사건으로 아동학대 처벌을 위한 양형기준의 조정 필요성이 공론화되면서 양형위원회는 아동학대 피해아동 특성에 따른 공통 양형인자를 마련한 바 있지만,¹¹⁾ 원가정 복귀로 인해 아동학대 범죄에 재노출될 위험이 높을 뿐만 아니라, 최악의 경우 피해 아동 사망까지 이어질 수 있는 집행유예 사건의 특성을 반영한 양형요인 분석과 논의는 이루어지지 못하고 있다.

이에 따라 본 연구는 아동학대 집행유예 사건의 특성과 판결 양형실태를 분석하고 집행유예 판결과정에서 법 집행자가 아동이 원가정에 복귀할 경우를 대비한 전제조건을 충분히 고려하고 있는지 확인하기 위하여 유엔아동권리협약, 아동복지법, 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법을 근거로 판결문에 대한 내용분석을 실시하였다. 또한 학대 가해자인 부모와 다시 함께 생활함으로써 재학대 위험에 놓이기 쉬운 아동학대 범죄의

8) 이재연, 황옥경, 안동현, 김영지, 김효진, 이호균, 강현아, 장영인, 정선영, 아동복지 현장에서의 아동 권리 레토릭. 서울: 교육과학사, 2015, 87면.

9) 이재연, 황옥경, 안동현, 김영지, 김효진, 이호균, 강현아, 장영인, 정선영, 아동복지 현장에서의 아동 권리 레토릭. 서울: 교육과학사, 2015, 93면.

10) 이세원, 아동학대범죄에 관한 형사 판결 분석 연구. 한국사회복지학, 제67권 제2호, 한국사회복지학회, 2015. 113-136면.

11) 양형위원회, 아동학대범죄 양형기준 수정안 설명자료, 2022, 10-56면.

집행유예 판결 양형기준을 최초로 검토함과 동시에, 피해아동을 재학대로부터 보호하기 위해 법 집행자가 판결과정에서 고려해야 할 사항을 피해아동 최선의 이익에 근거하여 제안하였다. 본 연구를 통해 형사법적 제재의 양형 실무상의 문제와 집행유예제도의 한계를 분석하고, 나아가 법률적·제도적 측면에서 피해아동의 권리를 향상시킬 수 있는 개선방안을 모색하는 계기가 되길 기대한다.

II. 선행연구

1. 아동학대범죄 양형기준

아동학대범죄란, 아동복지법 제3조 제7호에서 정의하고 있는 ‘아동학대’로 인하여 형법상 상해, 폭행, 유기, 학대, 체포, 감금 등의 범죄 및 아동복지법상 금지행위의 죄에 해당하는 결과를 초래하는 것을 말한다. 아동학대 관련 범죄가 아동에 대한 범죄를 모두 포괄하는 것에 비해 아동학대범죄는 아동학대처벌법 제2조 제4호에 열거된 각목의 해당하는 죄를 의미하는 더 좁은 개념이다. 아동학대범죄는 형법, 아동복지법, 아동학대처벌법상의 범죄를 기본범죄로 하고 있지만 ‘아동학대범죄군’을 별도로 신설하여 양형기준을 마련하고 있지는 않고 기본범죄의 양형인자 및 아동학대범죄의 특수성을 고려한 양형인자를 적용하고 있다.

아동학대범죄에 대한 처벌 강화 요청이 지속됨과 동시에 전체 아동학대범죄에 대한 통일적인 양형기준 요구, 아동학대범죄의 특수성 반영 등의 요청에 따라 대법원 양형위원회는 2022년 새롭게 양형기준을 수정하였다.¹²⁾ 수정된 양형기준(이하 ‘수정 양형기준’)은 ‘유기·학대’ 대유형의 하위 범주에 있는 아동학대범죄 유형을 통합하고 ‘아동학대’를 별도의 대유형으로 분류하여 아동학대 대유형 안에 아동복지법상 아동학대(제1유형 : 신체적·정서적 학대, 유기·방임 등; 제2유형 : 성적학대; 제3유형 : 매매), 아동학대처벌법상 아동학대 중상해·치사·살해(제1유형 : 아동학대중상해; 제2유형 : 아동학대치사; 제3유형 : 아동학대살해) 범죄를 중유형으로 분류하였다. 수정 전 양형기준이 아동학

12) 양형위원회, <https://sc.scourt.go.kr>(최종방문일, 2022.08.21.15시.)

대처벌법상의 아동학대치사 및 아동학대중상해만을 포함하고 있었던 것에 반해 수정 양형기준은 마련되어 있지 않던 아동복지법상 아동학대 및 아동학대살해를 포함하여 일관된 양형기준을 적용하고 있다. ‘체포·감금·유기·학대 범죄군’ 중 아동학대 대유형은 ‘가. 아동복지법상 아동학대’와 ‘나. 아동학대처벌법상 아동학대중상해·치사·살해’의 중유형으로 분류되며, 다음 <표 1>과 같은 양형요소로 구성되어있다.

<표 1> ‘유기·학대’ 범죄군의 아동학대 대유형의 양형기준¹³⁾

구분	아동복지법상 양형인자		아동학대처벌법상 양형인자	
	감경요소	가중요소	감경요소	가중요소
특별 양형인자	행위	○ 미필적 고의로 범행을 저지른 경우 ○ 유기·학대의 정도가 경미한 경우(1, 2유형) ○ 범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우 ○ 참작할 만한 범행 동기	○ 다수의 피해자를 대상으로 하거나 상당한 기간에 걸쳐 반복적으로 범행한 경우 ○ 비난할 만한 범행 동기 ○ 유기·학대의 정도가 중한 경우(1, 2유형) ○ 피지휘자에 대한 교사	○ 미필적 고의로 범행을 저지른 경우 ○ 범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우 ○ 참작할 만한 범행 동기 ○ 사망 또는 중상해의 결과가 피고인의 직접적인 행위로 인하지 않은 경우(1, 2유형) ○ 다수의 피해자를 대상으로 하거나 상당한 기간에 걸쳐 반복적으로 범행한 경우 ○ 비난할 만한 범행 동기 ○ 학대 등의 정도가 중한 경우 ○ 피지휘자에 대한 교사 ○ 사체손괴(2, 3유형)
	행위자/기타	○ 청각 및 언어 장애인 ○ 심신미약(본인 책임 없음) ○ 자수 또는 내부고발 ○ 처벌불원	○ 동종 누범(2유형의 경우 성범죄, 성매매 범죄, 디지털 성범죄 포함) ○ 아동학대처벌법 제7조에 규정된 아동학대 신고의무자의 아동학대범죄에 해당하는 경우 ○ 상습범인 경우(아동복지법 제72조의 가중처벌 규정이 적용되는 경우에 한함)	○ 청각 및 언어 장애인 ○ 심신미약(본인 책임 없음) ○ 자수 또는 내부고발 ○ 처벌불원 ○ 아동학대처벌법 제7조에 규정된 아동학대 신고의무자의 아동학대범죄에 해당하는 경우 ○ 동종 누범
일반 양형인자	행위	○ 소극 가담	○ 계획적인 범행 ○ 6세 미만의 미취학 아동을 상대로 한 범	○ 소극 가담 ○ 계획적인 범행 ○ 6세 미만의 미취학 아동을 상대로 한

13) 양형위원회, <https://sc.scourt.go.kr> (최종방문일, 2022.08.21.15시.)

구분	아동복지법상 양형인자		아동학대처벌법상 양형인자	
	감경요소	가중요소	감경요소	가중요소
		행		범행 ○ 사체유기(2, 3유형)
행위자 /기타	○ 심신미약(본인 책임 있음) ○ 진지한 반성 ○ 형사처벌 전력 없음 ○ 상당한 피해 회복(공탁 포함)	○ 이종 누범, 누범에 해당하지 않는 동종 및 폭력 실행 전과(집행 종료 후 10년 미만)(2유형의 경우 성범죄, 성매매범죄, 디지털 성범죄 포함) ○ 합의 시도 중 피해 야기(강요죄 등 다른 범죄가 성립하는 경우는 제외)	○ 심신미약(본인 책임 있음) ○ 진지한 반성 ○ 형사처벌 전력 없음 ○ 범행 후 구호 후 송 ○ 상당한 피해 회복(공탁 포함)	○ 이종 누범, 누범에 해당하지 않는 동종 및 폭력 실행 전과(집행종료 후 10년 미만) ○ 합의 시도 중 피해 야기(강요죄 등 다른 범죄가 성립하는 경우는 제외)

수정 양형기준은 특별감경요소 중 ‘참작할만한 범행동기’를 정의함에 있어 단순 훈육, 교육 등 목적의 경우는 제외하는 내용을 추가하였으며, 피해회복을 위한 진지한 노력을 포함하여 처벌불원의사를 판단하던 문구를 삭제하였다. 일반감경요소로는 상당한 피해 회복(공탁 포함)을 추가하였고, ‘처벌불원’, ‘진지한 반성’, ‘형사처벌전력없음’ 등에 대해 정의규정을 마련하였다. 가중요소로는 6세 미만의 미취학 아동을 상대로 한 범행 및 합의시도 중 피해 야기를 일반가중요소로 추가하였다.

2. 집행유예제도의 의의와 요건

집행유예는 형의 선고 시에 일정한 기간 형의 집행을 유예하고 그 선고의 실효 또는 취소됨이 없이 그 유예기간을 경과한 때에는 형의 선고의 효력을 상실하게 하는 제도이다. 이는 피고인의 사회복귀를 위한 특별예방제도의 하나로 현대 형사정책적 취지에서 발달하였다.¹⁴⁾ 2021년 사법연감에 따르면¹⁵⁾ 2016년부터 2020년까지 제1심에서 집행유예가 선고된 비율은 약 57%의 수치로 가장 많이 선고된 형의 종류에 속하며 이는 단기형의 폐해를 방지하는 한편 형사정책 개선의 산물로 중요한 기능을 도모하지만, 제도

14) 이재상, 장영민, 강동범, 형법총론. 박영사, 2022, 634-636면.

15) 법원행정처, 2021년 사법연감, 2021, 646-647면.

를 운용함에 있어 사회의 치안 등에 큰 영향을 미치게 되므로 신중하고 합목적적인 운용의 필요성이 강조된다.

이와 같은 집행유예의 결정은 선고형량이 정해진 후에 예방 등 목적에 따라 결정하는 것으로 양형의 최종단계에 속한다. 법관은 형법 제62조에 따라 3년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금의 형을 선고할 경우에 법 제51조의 양형 요건에 따라 “정상에 참작할 만한 사유가 있는 때”에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 집행을 유예할 수 있다. 즉, 법관은 형의 집행유예 여부 결정에 있어 집행유예 참작사유의 존부를 확인한 다음 집행유예 참작사유의 평가원칙을 통해 권고되는 실행 또는 집행유예를 선택하거나 평가원칙에서 어느 쪽도 권고하지 않는 경우 집행유예 참작사유를 종합적으로 비교·평가하여 집행유예 여부를 판단한다. 이때 양형은 양형인자와 별도로 집행유예 결정시 부정적 또는 긍정적으로 참작되어야 할 요소를 구분하여 제시하며, ‘실행’ 또는 ‘집행유예’의 택일적 선택만이 가능한 점 등을 고려하여 긍정적 또는 부정적 주요 참작사유의 개수 차이가 현저한 경우에만 집행유예 여부에 대한 권고적 기준을 설정한다. 이는 양형 기준의 지침적 기능과 양형의 예측가능성을 높이기 위한 것이다. 제114차 양형위원회 회의(2022. 1. 24.)에서 아동학대범죄 양형기준 수정안 중 양형인자, 집행유예 기준에 관한 심의 및 아동학대범죄 양형기준 수정안이 의결되어 시행 중이며, 그 내용은 <표 2>와 같다.

<표 2> 아동학대 집행유예 참작기준¹⁶⁾

구분	부정적	긍정적
주요 참작 사유	• 비난할 만한 범행동기 • 유기·학대 등의 정도가 중한 경우 • 상당한 기간에 걸쳐 반복적으로 범행한 경우 • 아동학대처벌법 제7조에 규정된 아동학대 신고의 무자의 아동학대범죄에 해당하는 경우 • 동종 전과(5년 이내의, 금고형의 집행유예 이상 또는 3회 이상 벌금)	• 범행가담 또는 범행동기에 특히 참작할 사유가 있는 경우 • 유기·학대의 정도가 경미한 경우 • 사망 또는 중한 상해의 결과가 피고인의 직접적인 행위로 인하지 않은 경우 • 처벌불원 • 공범의 범행수행을 저지하거나 곤란하게 한 경우 • 형사처벌 전력 없음

16) 양형위원회, <https://sc.scourt.go.kr> (최종방문일, 2022.08.21.15시.)

구분	부정적	긍정적
일반 참작 사유	• 2회 이상 금고형의 집행유예 이상 전과 • 사회적 유대관계 결여 • 약물중독 또는 알코올중독 • 진지한 반성 없음 • 계획적인 범행 • 다수의 피해자를 대상으로 한 범행 • 공범으로서 주도적 역할 • 범행 후 증거은폐 또는 은폐 시도 • 피해 회복 노력 없음 • 6세 미만의 아동이나 신체적 또는 정신적 장애가 있는 아동을 상대로 한 범행 • 합의 시도 중 피해 야기(강요죄 등 다른 범죄가 성립하는 경우는 제외)	• 사회적 유대관계 분명 • 자수 또는 내부고발 • 진지한 반성 • 상당한 피해 회복(공탁 포함) • 금고형의 집행유예 이상의 전과가 없음 • 피고인의 건강상태가 매우 좋지 않음 • 공범으로서 소극 가담 • 범행 후 구호 후송

그러나 법관은 “3년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금의 형을 선고할 경우”에 해당하는 한 사실상 별다른 제약 없이 집행유예를 선택할 수 있어 재량적 판단의 범위가 넓다고 볼 수 있으므로¹⁷⁾ 집행유예를 통해 달성하고자 하는 형법의 목적과 제재의 필요성에도 불구하고 제도 운용 과정에서 집행유예 결정기준의 합리적 기준개발의 필요성,¹⁸⁾ 사회봉사명령 또는 수감명령 등 사회 내 처우와 결합한 집행유예 선고 시 부과하는 부가처분에 대한 법관의 판단 여부와 적절한 활용¹⁹⁾ 등 집행유예의 한계와 개선 방향에 대한 논의²⁰⁾가 지속되고 있다.

17) 최석윤·이진국, 현행 양형기준상 집행유예기준의 개선방안, 형사법의 신통향, 제37호, 대검찰청, 2012, 111-143면.

18) 이민식, 사기범죄 집행유예 결정기준의 적절성에 관한 경험적 검토, 저스티스, 통권 제165권, 한국법학원, 2018, 233-259면.

19) 최석윤, 집행유예제도의 개선방안에 대한 검토, 형사정책연구 제20권 제1호, 형사정책연구원, 2009, 859-886면.

20) 최이문, 의사결정나무 분석기법을 활용한 성범죄의 집행유예 결정인자 연구, 형사정책, 제30권 제1호, 한국형사정책학회, 2018, 171-201면; 정철우·이상엽, 절도죄 집행유예 결정요인의 가중치 산정, 경찰법연구, 제19권 3호, 한국경찰법학회, 2021, 131-158면; 최호진·백소연, 성범죄의 구조적 특성에 따른 집행유예의 실효성과 한계, 형사정책연구 제32권 제1호, 형사정책연구원, 2021, 69-96면.

Ⅲ. 연구 방법

1. 연구 대상 및 연구 범위

KBS 보도국이 아동학대 범죄에 대한 전수조사를 위해 수집한 ‘2019년 7월에서 2021년 7월까지’의 아동학대 관련 1심 형사 판결 1,406건²¹⁾ 중에서 본 연구는 피해아동이 가정으로 복귀될 경우 재학대에 노출될 확률이 높은 집행유예 사건 전수를 분석하였다. 이를 위해 위 형사판결 건 중 집행유예가 선고된 판결문 688건(48.9%)을 선별하였고, 이를 다시 학대 가해자가 부모나 사실상 보호자인 판결문으로 재선별하였다. 가해자가 2명인 경우 하나의 사건으로 정리하여 최종 350건의 판결문을 분석하였다.

2. 아동학대 집행유예 판결 현황 및 내용분석

가. 아동학대 집행유예 판결 양형기준 분석

아동학대 집행유예 판결 현황을 파악하기 위해 가해자 및 피해아동 특성, 사건장소, 양형과 참작, 보호관찰 명령 및 치료 선고 등과 함께 아동학대 양형기준을 적용하여 판결을 한 경우를 ‘1’로 코딩하여 아동학대 집행유예 사건의 특성 및 양형기준 적용 현황을 양적으로 변환하였다. 양형기준의 적용 여부에 대해 해당 판결문의 판단 내용이 특별/일반, 가중/감경 요소로 명확히 기재되지 않고 불리한 양형요인이나 유리한 양형요인으로 막연히 실시되는 경우에도 ‘1’로 코딩하였다. 연구에서 분석한 ‘아동학대 집행유예 판결 양형기준의 양형인자’는 아동학대 범죄 양형기준과 아동학대 집행유예 참작기준²²⁾을 모두 취합하되, 집행유예 참작기준 중 ‘공범의 범행수행을 저지하거나 곤란하게 한 경우(주요 참작의 긍정적 사유)’, ‘자수 또는 내부고발(일반 참작의 긍정적 사유)’, ‘악물

21) KBS 취재진의 형사 판결문 열람은 법원 인터넷 판결문 열람 서비스를 이용하였으며, ‘아동, 학대’로 검색하였음. 검색 당시 익명화 작업을 마치고 다운로드 가능하도록 업로드된 파일 천오백여건의 판결 파일을 수집하였으며 아동학대 외에도 여러 형사사건이 합쳐져 형이 선고된 경우, 피고인이 범행 당시 소년범인 경우, 아동학대와 연관성이 없는 일반 형사사건인 경우, 무죄인 경우 등은 제외하였음.

22) 2022년 6월 1일부터 시행되고 있는 수정된 양형기준을 반영함.

중독 또는 알코올 중독(일반 참작의 부정적 사유)’이 참작된 경우는 판결문에 실시된 바가 없어 관련 양형요소를 코딩 기준표에서 제외하였다. ‘아동학대 집행유예 판결 양형기준의 양형인자’는 <표 3>과 같다.

〈표 3〉 연구로 분석한 아동학대 집행유예 판결 양형기준의 양형인자

구분		감경요소	가중요소
특별 양형 요소	행위	① 미필적 고의로 범행을 저지른 경우 ② 유기·학대의 정도가 경미한 경우 ③ 범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우	① 다수의 피해자를 대상으로 하거나 상당한 기간에 걸쳐 반복적으로 범행한 경우 ② 존속인 피해자 ③ 비난할 만한 범행동기 ④ 유기·학대의 정도가 중한 경우 ⑤ 피지휘자에 대한 교사
	행위자 /기타	① 청각 및 언어장애인 ② 심신미약(본인 책임 없음) ③ 자수 또는 내부고발 ④ 처벌불원 또는 실질적 피해 회복(공탁 포함)	① 동종누범 ② 아동학대범죄처벌법 제7조에 규정된 아동학대 신고의무자의 아동학대범죄에 해당하는 경우 ③ 상습범인 경우 (아동학대처벌법 제6조의 가중처벌 규정이 적용되는 경우에 한함)
일반 양형 요소	행위	① 소극 가담	① 계획적인 범행
	행위자 /기타	① 심신미약(본인 책임 있음) ② 진지한 반성 ③ 형사처벌 전력 없음 ④ 상당한 피해회복(공탁포함) ⑤ 사회적 유대관계 분명	① 이종 누범, 누범에 해당하지 않는 동종 및 폭력 실행전과(집행 종료 후 10년 미만) ② 합의 시도 중 피해 야기(강요죄 등 다른 범죄가 성립하는 경우는 제외)

추가로 학대 목적으로 훈육과 교육 목적의 사유가 적용된 경우 ‘1’로 코딩하였으며, 아동은 애착을 주고 있는 부모가 폭력을 휘두르는 것에 정신적인 충격을 받기 때문에 가정폭력 혹은 아동학대 상황을 목격하는 것만으로도 어려움에 처할 수 있고²³⁾ 이를 목격하는 것만으로도 정서적 학대를 받는 것과 같이 느낄 수 있다는 근거로²⁴⁾ 사건의 직접 당사자는 아니지만 부모 등 보호자에게 폭행을 당하는 형제자매 모습을 목격하였거나 아동학대 가해자와 함께 거주하고 있어 아동학대 위협에 노출된 아동의 존재 여부도 ‘1’

23) Maxwell, G. M, Children and family violence: The unnoticed victims. New Zealand: Office of the Commissioner for Children, 1994.

24) 박형원, 가정폭력 노출 아동의 공격행동 감소 프로그램 개발을 위한 참여연구. 한국아동복지학, 제17호, 한국아동복지학회, 2004, 101-130면; Wyndham, A. 1998. Children and Domestic Violence: The Need for Supervised Contact Services When Contact with the Violent Father Is Ordered/Desired. Australian Social Work, 51(3), 41-48면.

로 코딩하였다.

나. 아동학대 집행유예 판결 기타 유불리 정상 사유 분석

기타 유불리 정상 사유를 분석하기 위해 코딩란에 법관이 사용하는 해당 문구를 있는 그대로 기록하였고, 일반적인 법 감정과 현저히 차이 나는 판결을 따로 정리하여 그 적합성을 확인하고 수정·보완해야 할 양형요소에 대한 제언 내용을 작성하였다. 연구진은 회의를 통해 사건에 따른 양형요소 적합성 여부를 공유한 후 연구진 전체가 공통적으로 보고하거나 동의한 사항만을 보완 양형요소로 반영하였다. 피해아동의 입장을 최대한 고려한 유불리 참작 판결과 그 반대의 사례도 정리하여 법관의 재량에 따라 나타나는 판결문의 차이를 확인하였다.

다. 아동학대 집행유예 판결 피해아동 최선의 이익 고려 여부 분석

피해아동의 최선의 이익을 고려한 집행유예 판결이 이루어지고 있는지 확인하기 위해서 ‘아동학대 집행유예 판결 피해아동 최선의 이익을 위한 내용분석 기준’을 마련하였다. 이를 위해 첫째, 연구자들은 유엔아동권리협약의 4가지 일반원칙과 함께 아동복지법, 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법, 아동보호전문기관 매뉴얼을 참고하여 집행유예 판결 피해아동 최선의 이익을 위해 판결에서 적용되어야 할 내용과 근거법률을 개별적으로 작성하였다. 그 중에서 연구자들간에 공통적으로 보고하거나 전체가 동의하는 내용만을 ‘아동학대 집행유예 판결 피해아동 최선의 이익을 위한 내용분석 기준’으로 취합하였다. 그 결과, ‘생명·생존 및 발달권 보장’은 피해아동이 경험한 아동학대가 아동의 생명·생존 및 발달에 부정적인 영향을 미치는 것에 대한 인지 내용 등이 포함되었으며, ‘보호권 보장’은 집행유예 판결 이후 피해아동이 가해자가 있는 원가족에 복귀되어 재학대 위험에 노출되거나, 원가족과 분리되어 살아야 할 경우의 보호조치에 관한 내용이 포함되었다. ‘참여권 보장’은 특별 양형요소인 처벌불원 및 합의절차 과정에서 피해아동의 의사에 대한 구체적이고 까다로운 질의가 이루어지고 있는지 확인하는 내용이 포함되었으며, ‘아동 최우선 이익 원칙’은 집행유예(선처)가 최선의 방편이라는 결론에 도달하기까지 법관이 아동의 최우선 이익을 종합적이고 신중하게 고려하였는지, 관련 내용을 재판 과

정에서 실시하였는지에 관한 내용이 포함되었다. ‘차별금지 원칙’은 장애아동에 대한 차별금지원칙에 대한 판시 여부로 확인하였다. 둘째, 연구자들은 공통적으로 합의한 ‘아동 학대 집행유예 판결 피해아동 최선의 이익을 위한 내용분석 기준’을 충분히 숙지한 후 관련된 내용이 판결문에서 발견될 경우 ‘1’로 코딩하였다. 셋째, 연구자들은 코딩 결과에 대해 상호교차 검증을 거쳤으며, 코딩 일치 과정에서 상이하게 보고된 판결문은 논의해 최종적으로 의견을 일치시키는 과정을 거쳐 신뢰도를 1로 일치시켰다.

IV. 결과 및 해석

1. 아동학대 집행유예 사건 특성 분석 결과

가. 아동학대 집행유예 판결 사건 특성 및 학대 방식

아동학대 집행유예 판결 가해자의 특성을 확인한 결과, 피고인 2명이 공동 범행을 한 경우를 포함하여 가해자는 총 376명인 것으로 확인되었다. 가해자 중 부모는 350명(93.1%), 외조부와 조모, 이모부 등 사실상 보호자가 가해자인 경우는 15건(4.0%) 이었다. 아동학대 집행유예 판결사건의 가해자 특성은 <표 4>와 같다.

집행유예 사건의 내용으로는 잠자던 피해아동을 깨워 과도(전체길이 약 19cm, 칼날 길이 약 10cm)를 휘둘러 위협하고 우는 아동의 모습을 핸드폰으로 촬영한 사건, 물을 달라는 피해아동에게 소주를 먹이고 아동의 다리를 묶어 못 움직이게 한 후 그 모습을 핸드폰으로 촬영하였을 뿐만 아니라 침대프레임으로 아동을 폭행해 상해를 입혀놓고도 병원에 데려가지 않은 채 추가로 수차례 폭행한 사건, 성학대를 하려다 아동이 피하자 흥기로 위협하고 두 자녀를 수차례 강제 추행한 사건, 누워있던 피해아동을 강제 추행하고 청소를 안 했다는 이유로 아동을 쫓아내 3일 동안 집에 못 들어오게 한 사건, 10세 피해아동의 팔다리를 다리미, 가위 등의 흥기로 수회 찢러 상해를 입힌 사건, 형제지간인 피해아동끼리 싸우도록 한 뒤 핸드폰으로 촬영하고 5개월간 차량에서 아이를 키웠을 뿐만 아니라 모텔에서 생후 5개월인 둘째 딸이 침대 사이 끼여 숨진 채 발견되자 시신을 암매장하고 이후 생후 9개월된 셋째 이들도 유사한 경위로 암매장한 사건 등이 있었다.

〈표 4〉 아동학대 집행유예 판결 가해자 특성²⁵⁾

관계		빈도(명)	비율(%)
부모	친부	208	55.4
	친모	96	25.5
	계부	31	8.2
	계모	15	4.0
	소계	350	93.1
친인척	외조부, 조모, 이모부, 삼촌, 숙모, 큰엄마, 계모친척	15	4.0
부모의 동거녀 혹은 동거남		7	1.9
친오빠		4	1.1
계		376	192.1

이러한 신체적 학대에서 사용된 학대 도구는 아동에게 학대를 가할 시 생명에 치명적인 위협을 줄 수 있는 식칼, 망치, 사시미칼, 쇠파이프, 야구방망이 등이 포함되었다. 사건 중 7살과 10살인 피해아동들을 불러 아동들이 보는 앞에서 탁자에 식칼을 꽂고 “오늘 다 죽자”고 협박하고 이 과정을 촬영하도록 지시하여 두려움에 떨던 피해아동들이 맨발로 집을 뛰쳐나간 사건도 있었다. 이 밖에도 일상에서 자연스럽게 볼 수 있지만 아동에게는 위험한 무기가 될 수 있는 선풍기, 노트북, 철제의자 등이 학대 도구로 사용되었다. 그 외 아동이 잠을 잘 자지 않는다는 이유로 여러 차례 수면제를 복용시킨 사례에서는 약물이 학대 도구에 포함되었다.

나. 아동학대 집행유예사건 피해자 특성 및 학대 장소

집행유예로 판결된 아동학대 사건은 350건이었지만 한 사건에서 피해아동이 2명 이상인 경우가 있어 전체 피해아동의 수는 421명으로 확인되었다. 판결문에 피해자로 명시되지는 않았지만 아동학대 상황을 목격한 피해아동의 형제자매를 추가로 분석했을 때 84명의 추가피해자가 있을 것으로 나타났다. 아동학대 집행유예 사건 판결문에서 형제

25) 아동학대사례 350건에 아동 한명이 두명 이상의 학대 가해자에게 학대를 받은 경우, 한명의 가해자가 두명 이상의 아동에게 학대를 가한 경우, 단일 학대외에 중복학대가 발생하는 경우가 포함되므로 가해자 수와 학대 유형 건수는 아동학대 건수와 일치하지 않음.

자매 여부가 언급되지 않은 경우도 있기 때문에 피해아동의 수는 실제로 더욱 증가할 것으로 보인다. 피해아동의 성별은 판결문에 기입되지 않은 30건을 제외하면 남자 아동이 192명(45.6%), 여자 아동이 191명(45.4%)이다. 2021년 아동학대로 판단된 37,605건 중 남자 피해아동이 13,940명(50.8%), 여자 피해아동이 13,476명(49.2%)으로 나타난 것과 유사하게²⁶⁾ 집행유예 판결 사례의 피해 아동 성별에는 큰 차이가 없었다.

판결문에 명시된 피해아동의 연령으로는 ‘13세 미만’으로 기입하는 등 아동의 정확한 연령을 확인할 수 없거나 연령이 기재되지 않은 판결문 총 15건을 제외했을 때 13세-15세 121명(28.7%), 10세-12세 104명(24.7%), 7세-9세 84명(20.0%), 4세-6세 45명(10.7%), 1세-3세 31명(7.4%), 1세 미만 21명(5%) 순으로 나타났다. 2021년 아동학대로 판단된 사건들과 비교했을 때에도 만 13-15세가 6,657명(24.3%)으로 가장 큰 비중을 차지하였고, 만 10-12세 6,445명(23.5%), 만 7-9세 5,154명(18.8%), 만 4-6세 3,249명(11.9%), 만 1-3세 956명(3.5%), 1세 미만 480명(1.8%) 순으로 동일하게 나타났다.²⁷⁾ 특히 폭력상황 발생 시 스스로 학대 장소에서 벗어나기가 어려울 뿐만 아니라 자기를 방어하고 외부에 도움을 요청하는데 많은 제한이 따르는 취학 전 연령인 6세 이하 아동은 97명으로 23.0%를 차지하였는데, 이 수치는 2021년 아동학대 사건에서 6세 이하 피해아동이 전체 피해아동 27,416명의 11.9%(3,249명)를 차지하는 것보다 높은 수치이다.

3살 이하 영유아가 사망에 이른 8건의 사건 중 심각하게는 세 명의 자녀 중 두 아동을 사망케 하고 암매장한 사건이 있었는데, 생후 5개월의 피해아동의 경우 우는 소리가 크게 들린다는 이유로 머리 위까지 이불을 덮어두어 침대 사이 끼어 숨지게 한 후 암매장 하였으며, 생후 9개월의 피해아동은 운다는 이유로 목젓을 20초간 누른 후에 방문을 닫고 2시간 방치하여 사망에 이르게 하고 또다시 암매장 하였다. 가해자들은 첫째와 둘째가 각각 만 3세, 생후 4개월 때에도 “파이트, 싸워”라고 말하며 상대방을 주먹과 손으로 때리도록 부추기면서 핸드폰으로 피해자들을 촬영한 바 있었고, 5개월동안 차량에서 아동을 키우며 비위생적인 화장실과 계곡의 찬물로 아동을 씻기는 등 생전에도 피해아동의 복리를 해치는 행위가 다수 있었다. 이 사건은 가해자 부모가 가정에 남겨진 한 명의

26) 보건복지부, 2021년 아동학대 주요통계, 2022, 16면.

27) 보건복지부, 2021년 아동학대 주요통계, 2022, 17면.

자녀에게 재학대를 가할 우려를 남기고 있음에도 불구하고 위 가해자들이 ‘아동의 사망을 예견할 수 없었다’는 이유로 살인의 고의가 부정되어 집행유예를 선고하였다.²⁸⁾

아동학대가 이루어진 장소의 경우, 장소가 미기입된 판결문 6건을 제외하고 2곳 이상의 장소에서 범행이 이루어진 경우를 포함하였을 때 총 353곳에서 아동학대가 발생하였다. 아동학대가 가장 많이 발생한 장소는 피해아동이나 가해자가 거주하는 집으로 총 311건(88.1%) 이었다. 이밖에도 모텔, 펜션 등의 숙박시설, 차량, 베이비박스, 화장실 등 11곳을 포함하면, 아동학대가 주변 사람들에게 발견되기 어려운 폐쇄된 장소에서 발생한 경우는 322건으로 전체 아동학대의 91.3%를 차지하였다. 2021년 아동학대로 판단된 아동학대 사건의 발생장소는 전체 아동학대사례 37,605건 중 가정 내 32,454건(86.3%), 숙박시설 138건(0.4%) 등 폐쇄된 공간에서 발생한 아동학대가 총 32,592건(86.7%)으로 나타나²⁹⁾ 전체 아동학대 사건보다 집행유예로 판결된 사건에서 폐쇄적인 공간에서 아동학대가 발생하는 경우가 더 높은 것으로 확인되었다. 집행유예로 판결된 사건의 아동학대 장소는 <표 5>와 같다.

<표 5> 아동학대 집행유예 사건 아동학대 장소

구분	내용	빈도(건)	비율(%)
폐쇄된 장소	가정내(피해자 혹은 가해자의 집)	311	88.1
	숙박업소(모텔, 펜션 등)	5	1.4
	차량	2	0.6
	베이비박스(영유아유기방지센터)	2	0.6
	화장실(모두 출산후 바로 유기)	2	0.6
	계	322	91.3
공개된 장소	친척 혹은 친정, 지인집	3	0.8
	길거리	6	1.7
	사회복지시설	2	0.6
	야외(화단, 호수공원, KTX, 병원, 장모집앞, 네일샵, 주차장)	9	2.6
	사무실	2	0.6
	식당	3	0.8
	계	25	7.1
미기입		6	1.7
	총 계	353	100

28) 춘천지방법원 원주지원 2020. 8. 13. 선고 2020고합10, 26 판결.

29) 보건복지부, 2021년 아동학대 주요통계, 2022, 22면.

다. 아동학대 집행유예 판결 학대 유형

2021년 아동학대 연차보고서에 따르면, 아동학대 사례 유형은 중복학대가 16,026건(42.6%)으로 가장 높았고, 정서적 학대 12,351건(32.8%), 신체적 학대 5,780건(15.4%), 방임 2,793건(7.4%), 성학대 655건(1.7%) 순으로 나타났다.³⁰⁾ 그에 비해 집행유예 사건은 신체적 학대 150건(42.9%), 정서적 학대 45건(12.9%), 성학대 22건(6.3%), 방임 24건(6.9%), 유기 8건(2.3%), 기타 4건(1.1%) 순으로 나타났으며, 중복학대 건수는 총 97건으로 전체 학대의 27.8%에 불과하였다.

중복학대가 발생할 여지가 높은데도 판결문에서 실시되지 않은 사건의 예로, 아동의 허벅지를 과도로 찌르고, 소리를 지르면서 주먹으로 머리와 어깨를 여러 차례 때린 사건의 경우³¹⁾ 학대 사유가 ‘친부가 피해아동이 거짓말하면서 이혼한 친모와 만났다는 생각이 든다는 이유로’, ‘버스 도착 시간을 거짓말한다는 생각이 든다는 이유로’와 같이 가해자의 주관적인 판단에 의한 것이었다. 이 경우 최초 범행 시점과 마지막 범행 시점이 약 8년의 시간 간격이 있는 것을 미루어 가정 내 학대 범죄에 아동이 지속적으로 노출되었을 것이 예상되며, 피해아동은 언제 어떤 이유로 또 학대를 당할지 모른다는 불안과 공포 속에서 일상을 살았을 것으로 추정된다. 또 사소한 것을 이유로 학대를 가하는 부모가 아동에게 윤리적·도덕적으로 유익한 교육과 돌봄을 제공할 수 있을지 단정하기도 어렵다. 그러나 판결문에는 중복학대가 발생할 여지가 매우 높음에도 불구하고 신체적 학대만을 실시하였으며, 처벌불원과 진지한 반성 및 현재 피해 아동이 시설에 거주 중인 점을 참작하여 징역 8개월, 집행유예 2년을 선고하였다. 현재 피해아동이 가해자와 분리되어 있다 하더라도 아동학대 범죄의 특성상 피해아동이 가해부모를 다시 만나게 됨에 따라 재학대가 발생할 여지가 매우 높다. 그럼에도 이를 염두하지는 않았으며, 가해자에게 40시간의 재범예방 교육이 내려졌을 뿐 올바른 아동양육을 위한 부모교육, 피해아동과 친모의 관계를 지속적으로 의심하는 것에 대한 심리치료, 부모의 이혼과 친부로부터 받은 장기간의 학대로 심리적 외상을 가졌을 피해아동의 회복을 위한 상담 및 심리치료에 대한 설시는 없었다.

30) 보건복지부, 2021 아동학대 주요 통계, 2022, 23면.

31) 광주지방법원 해남지원 2019. 8. 29. 선고 2019고단241 판결.

2. 아동학대 집행유예사건 선고 결과 및 부수처분

아동학대 집행유예 판결을 받은 가해자의 선고 결과 및 부수처분을 살펴보면, 양형의 경우 ‘징역 6개월 이하’ 선고가 145건(41.0%), ‘징역 1년 이상 3년 미만’이 94건(26.6%), ‘6개월 이상 1년 미만’이 82건(23.0%), ‘징역 3년 이상’이 26건(7.30%) 순으로 나타났다. 참작의 경우 ‘집행유예 2년 이상 3년 미만’으로 판결된 경우가 215건으로 전체 판결의 과반수가 넘는 60.7%를 차지하였으며 1년 이상 2년 미만이 63건(17.8%), 3년 이상 5년 이하가 76건(21.5%) 순으로 나타났다.

아동학대 사건으로 집행유예 및 보호처분을 선고받는 경우, 아동학대 가해자는 아동학대처벌법 제8조 3항과 5항에 따라 집행유예와 함께 200시간의 범위에서 재범예방에 필요한 수강명령이나 아동학대 치료프로그램 이수명령, 보호관찰, 사회봉사 중 하나 이상의 처분을 병과할 수 있다. 그러나 350개의 집행유예 판결에서 보호관찰 명령이 이루어진 판결은 132건으로 전체 판결의 37.7%에 불과하였다. 수강명령과 이수명령은 아동학대 치료 혹은 재학대 치료, 성폭력 치료, 정신과 치료, 가정폭력 치료 등으로 구분되어 법관의 재량에 따라 최소 40시간에서 최대 120시간까지 병과되고 있었는데, 수강명령이 언급 되지않은 판결은 40건(6.0%) 이었다.

또 아동 관련 기관 취업제한 명령은 아동복지법 제29조 3항에 따라 아동학대관련 범죄 사건의 판결과 동시에 선고할 수 있는데, 판결문 분석 결과, 10대 두 딸을 6차례 폭행하고 흥기를 겨누며 위협해 상해를 입힐 뿐만 아니라, 성학대 시도 과정에서 아동이 피하자 흥기로 위협하고 두 자녀를 수차례 강제 추행한 사건³²⁾이나 공사장에 자녀인 피해 아동 버리고 달아난 후 경찰에 신고돼 아동을 인계받자 ‘100대 맞을래, 산에서 혼자 살래, 경찰 신고하지 마라’고 말하고 인적 없는 곳에 다시 유기한 사건과 같이 아동학대가 반복해서 이루어져 다른 아동에 대한 재범 위험이 높은 사건³³⁾등에서 각각 40시간의 성폭력 치료와 재범 예방을 위한 수강명령만이 병과되었을 뿐 취업제한 명령은 병과되지 않은 경우가 많았다.

32) 창원지방법원 통영지원 2020. 7. 24. 선고 2020고합7 판결.

33) 창원지방법원 통영지원 2020. 6. 30. 선고 2020고단101 판결.

3. 집행유예 양형요소 분석

집행유예 판결의 특별감경 요소를 분석한 결과 350건의 판결문 중에서 ‘처벌불원’을 특별 감경요소로 참작한 사유가 152건으로 전체 판결문의 43.4%를 차지하였다. 다음으로 ‘범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우’ 23건(6.6%), ‘유기학대의 정도가 경미한 경우’ 19건(5.4%), ‘미필적 고의로 범행을 저지른 경우’ 18건(5.1%), ‘심신미약(본인책임 없음)’ 4건(1.1%), ‘청각 및 언어장애인’, ‘사체손괴’, ‘동종누범’ 각각 0건(0.0%) 순으로 나타났다. 동종누범의 경우 판결문에서 범죄전력 날짜를 확인할 수 없거나, 아동복지법 위반 전력이 있고 재범을 행한 사안이어도 이전 범죄의 집행유예 선고일이 누범의 요건이 되는 기간인 3년을 초과한다는 이유로 동종누범에 해당하지 않아 전체 판결문에서 모두 ‘0’으로 코딩되었다.

일반감경요소로 참작된 ‘진지한 반성’ 217건(62.0%), ‘형사처벌 전력 없음’ 215건(61.4%) 모두 전체 판결문의 과반수가 넘는 수치를 보였으며, 다음으로 ‘상당한 피해회복(공탁 포함)’ 18건(5.1%), ‘심신미약(본인책임있음)’ 13건(3.7%), ‘소극가담’ 3건(0.9%), ‘사회적 유대관계 분명’ 1건(0.3%) 순으로 나타났다. 아동학대 집행유예 판결 양형요소는 <표 6>과 같다.

〈표 6〉 아동학대 집행유예 판결 양형요소

구분		빈도 (건)	비율 (%)
특별 감경 요소	미필적 고의로 범행을 저지른 경우	18	5.1
	유기학대의 정도가 경미한 경우	19	5.4
	범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우	23	6.6
	청각 및 언어장애인	0	0
	심신미약(본인책임 없음)	4	1.1
	자수 또는 내부고발	2	0.6
	처벌불원 또는 실질적 피해회복(공탁포함)	152	43.4
일반 감경 요소	소극가담	3	0.9
	심신미약(본인책임 있음)	13	3.7
	진지한 반성	217	62.0

구분		빈도 (건)	비율 (%)
	형사처벌 전력 없음	215	61.4
	상당한 피해회복(공탁 포함)	18	5.1
	사회적 유대관계 분명	1	0.3
특별 가중 요소	다수의 피해자를 대상으로 하거나 상당한 기간에 걸쳐 반복적으로 범행	25	7.1
	존속인 피해자	6	1.7
	비난할 만한 범행동기	8	2.3
	유기학대의 정도가 중한 경우	72	20.6
	피지휘자에 대한 교사	0	0.0
	동종누범	0	0
	아동학대범죄처벌법 제7조에 규정된 아동학대 신고의무자의 범죄에 해당	0	0.0
	상습범인 경우(아동학대처벌법 제6조의 가중처벌 규정이 적용되는 경우에 한함)	9	2.6
	사체손괴	0	0
일반 가중 요소	계획적인 범행	1	0.3
	이중 누범, 누범에 해당하지 않는 동종 및 폭력 실행전과(집행종료 후 10년 미만)	26	7.4
	합의 시도 중 피해 야기(강요죄 등 다른 범죄가 성립하는 경우 제외)	2	0.6

기타 양형사유에 실시된 양형기준으로는 피고인의 생계부양의 점(피고인이 부양 중, 가족을 계속 부양해온 점을 참작, 구금 이후 부양이 어려운 점 등), 일회적 범죄에 대한 참작(지속적, 반복적 학대는 없었던 것으로 보이는 점, 상습적이지는 않은 점 등), 피고인의 평소 태도를 참작(평소 성실하게 부양한 점, 평소 사이 원만 등), 피해자 의사, 유대관계 등을 참작(피해자가 피고인에게 심리적 의존, 피해자에 애정을 보이는 점, 사회적 유대관계가 확실히 등), 피해자 책임(사춘기 의사소통 어려움, 훈육목적 체벌, 피해자의 거짓말 등을 바로잡기 위함 등) 등의 내용이 있었다.

특별/일반 양형요소, 기타 유불리 정상사유의 적합성을 분석하는 과정에서 피해아동의 입장을 우선적으로 고려하지 못하고 집행유예를 판결함에 따라 피해아동이 재학대 범죄에 노출될 우려가 되는 건은 다음과 같았다. 부모가 13세의 아동을 수차례 폭행한 사건에서³⁴⁾ 가해자가 아동보호처분을 받은 전력이 있고 자신의 행위를 반성하지 않고 훈육의 일환으로 한 폭행이라고 주장하였음에도 법원은 가해자가 훈계 목적으로 범행을 한 것을 인정하는 전제에서 훈계 과정에서 우발적으로 범행을 저질렀음을 유리한 양형 사유

34) 서울중앙지방법원 2019. 11. 15. 선고 2018고단7923 판결.

로 참작하였다. 이 사건의 경우 가해자들은 범죄전력이 있음에도 자신의 반복된 범죄 행위를 전혀 반성하지 않고 있기에 가해자의 습관적인 학대 행위가 지속될 것이 충분히 예상되고, 가해자에게 양육되고 있는 남은 자녀는 또 다른 피해자가 될 수 있다는 점을 고려하면 우려가 되는 판결이었다. 그러나 피해자 외 다른 아동을 양육하고 있음이 형 선고에서는 유리한 요소로 참작하였다. 또한, 친부가 11세 아동에게 약 6년 동안 죽여버릴 수 있다고 협박하고 주먹으로 얼굴을 때려 차이를 부러지게 하고 같이 자자고 하며 가슴과 음부를 만지고 피해아동을 때려 옷을 벗게 하고 씻겨준다고 하며 몸을 문지르는 등의 범죄 행위를 한 사건에서³⁵⁾ 피해자가 심리적, 경제적으로 가해자에 종속되어있는 상황을 고려한다면 피해자가 진정한 처벌불원 의사를 밝혔다고 쉽게 판단하기는 어려움에도 불구하고 가해자의 진지한 반성, 관계의 상당한 회복, 피해자의 처벌불원 의사의 사유를 들어 집행유예를 선고하였다. 이 사건은 보호관찰도 하지 않은 사건으로, 피해자가 가해자와 분리되어 있지 않은 것으로 보여 재범이 상당히 우려된다.

대법원 양형기준위원회의 제115차 회의에서 아동복지법상 아동학대죄 특별감경인자 중 ‘참작할 만한 범행동기’에 ‘단순 훈육, 교육 등의 목적으로 범행에 이른 경우는 제외’ 한다는 내용을 발표하였으나, 개정 이전에 선고된 본 연구의 판결문에서 ‘훈육을 이유로 학대를 하였다’라고 직접적으로 실시되거나 ‘운다는 이유로’, ‘음식을 더럽게 먹어서’, ‘반찬을 골고루 안먹어서’, ‘잠을 자지 않는다.’ ‘학교생활을 성실히 하지 않는다’ 등 훈육목적으로 범행에 이르렀음을 간접적으로 실시한 판결문은 성학대와 방임, 유기, 기타 학대를 제외한 338건 중 69건(20.4%) 이었다. 이와 관련해 법관은 ‘훈육 방법에 관하여 제대로 학습받지 못한 관계로’, ‘장애아동을 기르느라’ 등으로 실시하여 훈육을 명목으로 한 아동학대를 일부 형의 감경으로 참작하는 모습을 보였다.

4. 피해아동 최선의 이익을 고려한 집행유예 판결 분석

‘아동학대 집행유예 판결 피해아동 최선의 이익을 위한 내용분석 기준’ 틀로 분석한 결과는 <표 7>과 같다.

35) 인천지방법원 2020. 9. 24. 선고 2020고합344 판결.

〈표 7〉 아동학대 집행유예 판결 피해아동 최선의 이익을 고려한 판결 결과

권리	피해아동 최선의 이익을 고려한 내용	빈도	비율
생명·생존 및 발달권	피해아동이 경험한 신체·정서적 고통에 대한 이해	117	33.4
	아동의 생명·생존 발달권 보장을 위한 부모의 1차적 책임 및 가족 기능의 중요성 언급	52	14.9
	피해아동의 회복 및 기타 권리 보장을 위한 사후조치 언급	39	11.1
	계	208	59.4
보호권	원가족 복귀시 아동학대 재범 예방을 위한 신고의무자 명명	0	0.0
	원가족 복귀시 올바른 양육방법에 대한 부모교육 의무화	1	0.3
	원가족 복귀시 재학대 예방을 위한 가정방문과 사례관리 의무화	1	0.3
	피해아동과 가해자가 분리되는 것이 아동에게 안전하다고 판단되는 경우 아동의 거취 및 치료회복에 대한 국가적 책임 명시	2	0.6
	사법의 개입을 가능하게 하는 효과적 절차의 적절한 조치	1	0.3
	계	5	1.5
참여권	피해아동의 임시후견인 선임에 있어 아동의 의견을 존중함	1	0.3
	처벌불원 및 합의절차에 대한 까다로운 질의와 과정 검토	3	0.9
	계	4	1.2
아동 최우선 이익 원칙	판결 과정에서 아동이 가해자와 분리되었는지 확인	50	14.3
	피해아동이 원가족으로 복귀를 하는 경우를 대비한 종합적이고도 신중한 고려	17	4.9
	분리된 아동의 경우 그에 대한 대책을 고려(가해자에 대한 접근 제한, 부모의 책임 명시 등)	10	2.9
	집행유예(선처) 이유가 아동 최선의 이익을 고려한 결과라는 점을 구체적 사유와 함께 언급	9	2.6
	계	86	24.7
차별 금지 원칙	장애아동에 대한 차별금지 원칙에 대한 판시	1	0.3
	계	1	0.3

분석 결과 ‘피해아동이 경험한 신체·정서적 고통에 대한 이해’, 즉 아동학대로 인해 피해아동 씻을 수 없는 신체적, 정서적 고통을 받았고 성장 과정에서도 이러한 폭력의 후유증에 대한 우려가 크다는 내용의 판시가 117건(33.4%)으로 가장 많은 비율을 차지 하였으며, 다음으로 ‘부모의 1차적 책임 및 가족 기능의 중요성’을 설시한 판결이 52건 (14.9%), 판결과정에서 피해아동이 아동복지시설이나 친척집에 머물러 있는지, 혹은 가 해자와 함께 살고 있는지 등 아동학대 ‘가해자와의 분리 여부’를 확인한 판시 50건 (14.3%), 아동학대 가해자에게 보호관찰을 명하거나 피해아동을 위한 상담치료 등 ‘피 해아동의 회복 및 기타권리 보장을 위한 사후조치’를 언급한 판시가 39건(11.1%) 순으

로 나타났다. 처벌불원이 사건의 감경요소로 가장 많이 적용된 본 연구 결과에 비해 피해아동의 처벌불원 및 합의절차에 대한 까다로운 질의와 과정을 검토하고 피해아동의 임시후견인 선임에 있어 아동의 의견을 존중한 참여권 보장은 각각 3건, 1건으로 총 4건(0.12%)에 그쳤다.

아동 최선의 이익이 가장 많이 고려된 판결의 예로 ‘6개월간 12차례 상습학대하고 30분 안에 밥 못 먹으면 때리거나 토한 음식물을 먹게 하였으며, 술을 먹이고 온몸을 폭행하고 줄넘기로 몸을 묶어 찬물에 머리를 넣고 폭행해 앞니를 부러뜨리고 5일간 베란다 가두고 물만 준 사건’이 있었다³⁶⁾. 이 사건은 신체적 학대를 하며 피해아동에게 창문을 열고 “뛰어내려라. 너는 살 이유가 없다”라는 말을 하며 아동의 얼굴을 물 속에 밀어 넣어 숨을 못 쉬게 하는 등 지속적으로 학대하였다. 이 판결은 ‘피고인 계모의 행위를 방관한 친부의 행위를 방임행위로 인정’하고 ‘피해 아동이 원하지 않을 경우엔 만나지 않는다’는 내용과 ‘피해아동의 안정적인 양육 환경 조성을 위해 5,000만 원을 지급하고, 아동이 성장하는 동안 계속적으로 경제적 지원을 하기로 약속’함을 실시하여 아동의 안전하고 행복한 성장을 위한 부모의 지원 책임을 강조함과 동시에, 판결 이후에도 부모가 아동에게 제공해야 하는 기본적인 책무가 지속될 수 있도록 하여 피해아동의 발달권을 보장하였다. 또 가해부모와의 만남에 있어 아동의 의사를 최우선으로 반영함에 따라 아동을 가해부모의 종속된 객체로 보지 않고 자기 자신의 안전을 위해 환경을 스스로 선택할 수 있는 성인과 동등한 권리의 주체임을 판결문에 반영하였다.

‘진지한 반성’ 진위여부를 확인하기 위해 합의서 작성 과정에 아동을 참여시켰을 뿐만 아니라 피고인들이 피해 아동에게 진정한 반성과 사과를 했는지와 함께, 그에 대한 피해 아동의 생각과 감정을 확인하였다. ‘피해아동의 처벌불원 의사에 대해 진지한 고려’를 위해서는 양형 조사관에게 밝힌 피고인 및 친모에 대한 아동의 감정과 의견을 고려하고, 그 의견이 강요 또는 기망에 의한 것이 아닌 자유로운 의사에 의한 것인지 확인하기 위한 방편으로 시간 간격을 두고 여러 차례 그 의사를 확인하였으며, 피해아동의 최종적인 처벌불원 의사를 수용하기 전까지의 법관의 고민과 내용을 판결문에 그대로 기재하였다. 또 앞으로 이와 같은 불행한 일이 반복되지 않도록 하기 위해 집행유예 기간동안 특별준수사항을 부과하여 보호관찰을 받을 것과 아동학대 재범예방강의 수강을 명하였다.

36) 서울남부지방법원 2020. 5. 13. 선고 2019고단3989 판결.

그러나 집행유예가 선고된 350개의 판결문 중에서 생명·생존 및 발달권 보장에 대한 사례가 208건으로 과반수 이상을 차지하는 반면(59.4%) 재범예방을 위한 신고의무자 명령, 부모교육 의무화 명시, 가정방문과 사례관리 의무화 등의 보호권 보장을 위한 사례는 5건에 불과해 1.8%에 그쳤고, 처벌불원 의사를 감경요소로 가장 많이 적용하였음에도 불구하고 피해아동의 처벌불원 및 합의 절차 시 까다로운 질의 및 과정 검토를 하여 아동의 참여권을 보장한 판결은 단 3건(0.3%)에 그쳤다.

V. 논의 및 결론

본 연구의 주요 결과는 다음과 같다.

첫째, 아동학대 집행유예 판결문 350건의 내용을 분석한 결과 2021년 아동학대로 판단된 전체 사건에서 중복학대의 비율이 42.6%인 반면, 집행유예 판결에서 중복학대가 실시된 경우는 27.8%에 불과하여 집행유예 판결 사건에서 아동의 보호권을 위협하는 다양한 학대 상황에 대한 고려가 전체 아동학대 사건에 비해 미흡한 것으로 나타났다. 또한, 아동학대 사유가 훈육목적이었음을 직·간접적으로 실시한 판결문이 성학대와 방임, 유기, 기타학대를 제외한 338건 중 69건(20.4%)으로 상당히 비중이 높았다.

이는 피해아동이 일상 대부분을 가해자인 부모 등 보호자에게 생존을 의지하면서 각종 언어적, 정서적 폭력에 만성적으로 노출되기 쉽고, 이러한 학대 경향이 장기적으로 아동의 건강한 발달을 저해하는 정서적 학대이자 방임행위가 될 수 있다는³⁷⁾ 아동학대 범죄 특성에 대한 법관의 이해가 부족하고, 민법 제915조 징계권 조항이 삭제되어(2021.1) 아동이 어떠한 환경에서도 폭력으로부터 보호받아야 할 권리 주체임을 국가가 천명했음에도 불구하고³⁸⁾ 여전히 아동을 훈육 및 교육 목적으로 체벌하는 것을 인정하고 일부 참작하는 모습을 보여, 아동 인권에 대해 매우 낮은 감수성을 갖고 있다는 것을 방증해 준다.³⁹⁾ 따라서 아동학대 범죄의 특성에 대한 이해와 아동학대에 대한 민감성을

37) 강지영·배화옥. 신체정서중복학대의 예측변인과 피해아동에 미치는 영향. 한국아동복지학, 제63호, 한국아동복지학회, 2018, 1-22면.

38) 보건복지부, 아동기본법 제정 연구, 2021, 219면.

39) 정익중, 최선영, 정수정, 박나래, 김유리, 아동학대 사망사건 판결의 양형 분석. 한국사회복지학,

높여줄 뿐만 아니라 집행유예기간이 종료된 이후에도 아동이 훈육을 이유로 일상적으로 발생하기 쉬운 재학대로부터 보호받고, 더 나아가 성인으로 성장할 때까지 안전하고 건강한 성장 환경을 보장받을 수 있는 구체적 방안이 재판 과정에서 고려되도록 법관을 대상으로 ‘아동학대 및 아동권리 의무교육’을 실시해야 한다.

둘째, 아동학대 집행유예 판결 사건의 특성을 분석한 결과 신체적 학대에 사용된 학대 도구로 식칼, 망치, 사시미칼, 쇠파이프, 야구 방망이 등이 포함되어 있었으며, 자기를 방어하고 외부에 도움을 요청하는데 많은 제한이 따르는 취학 전 연령인 6세 이하 피해 아동이 421명 중 97명으로(23.0%) 전체 아동학대 사건보다 높은 수치를 보였다. 학대 장소는 피해아동이나 가해자가 거주하는 집(311건, 88.1%)을 포함한 모텔, 차량 등의 폐쇄된 장소가 91.3%(322건)를 차지하였다. 이는 집행유예 판결을 받은 아동학대 사건이 실형이 선고된 사건에 비해 훨씬 경미할 것이라는 사회적 인식과는 괴리가 있으며, 아동학대 대부분이 폐쇄된 장소에서 이루어지기 때문에 아동학대 사건 집행유예 판결 이후 피해아동이 원가정에 복귀하여 가해자와 함께 살게되는 경우를 대비한 보호조치가 미흡할 경우 피해아동의 생명에 치명적인 위협이 될 수 있음을 시사한다.

따라서 아동학대 사건 내용이 매우 잔혹하거나 학대가 장기적이고 반복적으로 이루어져 가해자의 재범 가능성이 높은 경우, ‘동종의 전력(접근금지명령, 임시보호조치, 아동 보호처분, 아동보호사건, 가정보호사건, 아동학대 집행유예 전력 등)’이 있었던 가해자가 다시 범죄를 저지른 경우 피해아동에 대한 최선의 이익을 고려하여 가해자에 대한 형사 처벌 수위를 더 높여야 한다. 그러나 상대적으로 형사처벌 수위가 낮은 집행유예 판결로 가해자를 선처하게 되는 배경에는 친권자에 의해 아동이 양육되는 것이 최선이라는 전제 아래 친권자가 구속되어 처벌받는 것보다는 집행유예 선고를 통해 피해아동의 곁으로 가는 것이 더 최선이라고 보는 인식, 즉, ‘나쁜 부모여도 부모가 더 낫다’는 친권 신성 인식이 존재한다⁴⁰⁾. 따라서 아동 최선의 이익이라는 관점에서 판결을 내리기 위해서는 ‘친권’은 부모의 권리라기보다 책임이나 의무라고 보는 인식의 변화가 요구되며⁴¹⁾ 가해

제68권 제2호, 한국사회복지학회, 2016, 131-160면 ; 이세원, 정서학대와 신체학대의 법적 정의와 관계에 대한 연구, 사회복지법제연구, 제10권 제1호, 사회복지법제학회, 2019, 65-95면.

40) 김혁돈·손지아, 재학대 피해아동의 보호에 관한 소고, 피해자학연구, 제28권 제3호, 한국피해자학회, 2020, 93-116면.

41) 이은정, 피해아동의 분리 보호와 친권의 제한, 가족법연구, 제33권제2호, 한국가족법학회, 2019, 291-324면.

자의 처벌은 처벌대로, 피해아동의 보호는 보호대로 구축하고, 필요에 따라서는 아동의 복리를 위해 친권제한 또는 정지, 박탈도 고려할 수 있어야 한다. 이를 위해서는 피해아동을 부모와 분리할 경우 돌봄을 받을 곳이 마땅치 않다는 이유로 친권 제재 관련 선고를 법원이 망설이거나 주저하지 않도록⁴²⁾ 보호가 필요한 아동에 대한 국가의 역할과 책임을 보다 강화할 필요가 있으며, 피해 아동이 부모와 분리되더라도 안정적으로 성장할 수 있는 국가보호체계, 즉, 아동이 가정과 가장 유사한 환경 속에서 성장할 수 있는 치료형 시설과 전문위탁가정의 충분한 확보가 선행되어야 한다⁴³⁾.

셋째, 아동 최선의 이익을 고려한 판결을 분석한 결과, 생명·생존 및 발달권 보장에 대한 사례 중 ‘피해아동이 경험한 신체·정서적 고통에 대한 이해’가 117건(33.4%)으로 가장 많이 언급되었으나 ‘부모교육 의무화’, ‘가정방문과 사례관리 의무화’는 각각 단 1건씩(0.3%)이었고 법원의 재량으로 보호관찰이 부과된 사건은 132건으로 전체 판결의 37.7%에 불과하였다. 수감명령이 언급조차 되지 않는 판결문도 40건(6.0%)이었다. 이는 형사사건으로 송치되어 집행유예 판결을 받은 사건의 피해아동을 재학대로부터 보호하기 위한 법률·행정적 보호체계가 매우 미비하다는 것을 시사한다.⁴⁴⁾

집행유예 판결을 받은 사건의 피해아동에 대한 사각지대 발생은 정부 관계부처가 합동으로 발간한 2021 아동학대 유관기관 공동업무수행지침⁴⁵⁾에서도 발견된다. 검사가 사건을 아동보호사건으로 송치하는 때에는 사건 조사단계에서 행하여진 임시조치는 그 효력을 잃지 않으나(아동보호심판규칙 제10조 제5항) 검사가 사건을 기소, 불기소 또는 소년부에 송치하는 때에는 그 효력을 잃는다. 따라서 검사는 임시조치의 효력이 상실되는 것에 관해 그 취지를 아동학대행위자 및 피해아동, 그 법정대리인, 변호사 또는 피해아동을 보호하고 있는 기관의 장에게 통지하여야 하나(아동보호심판규칙 제10조 제6항), 이후 절차에 대해서는 별도의 지침이 마련되어있지 않아 공동업무수행지침 상 기소된 건에 대해 어떠한 피해아동 조치가 별도로 취해져야하는지는 명확하지 않다. 또한 학대 조사

42) 허민숙, 아동학대 근절을 위한 친권 제재 관련 규정의 한계와 개선과제, 국회입법조사처, 2020.

43) 김혁돈·손지아, 재학대 피해아동의 보호에 관한 소고, 피해자학연구, 제28권 제3호, 한국피해자학회, 2020, 93-116면.

44) 김봉수, 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 학대피해아동의 보호를 위한 제도개선방안, 아동보호연구, 제1권 제2호, 한국아동보호학회, 2016, 119-142면; 김혁돈·손지아, 재학대 피해아동의 보호에 관한 소고, 피해자학연구, 제28권 제3호, 한국피해자학회, 2020, 93-116면.

45) 법무부, 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 매뉴얼, 2016.

를 하는 과정에서는 아동보호전문기관과 경찰은 필요범위 내 정보를 신속하게 공유하도록 하나, 수사 완료 후 검찰 송치된 건에 대해서는 정보 공유에 관한 지침이 마련되어있지 않고⁴⁶⁾ 기소된 건 일부는 아동복지법 제15조에 따른 보호조치가 취해질 수 있으나 해당 보호조치를 결정하는 아동복지심의위원회가 행위자의 형사처벌 단계, 즉 집행유예 등을 고려하여야 한다는 내용은 지침상 규정되어 있지 않아 아동보호전문기관이 가해자가 있는 원가정으로 복귀할 수 있는 집행유예 판결을 받은 사건의 피해아동 보호를 위한 조치에 공백이 발생할 수 있다. 피해아동보호명령제도는 신청에 의해 가능하기 때문에 학대 사건 처리 진행 단계에서 어느 주체도 집행유예 판결을 받은 사건의 피해아동에 대해 고려하지 않는다면 피해아동보호명령 절차는 별도로 진행되지 못한다.

따라서 형사사건으로 송치되는 모든 아동학대 사건의 피해아동들에게 피해아동보호명령제도가 필수적으로 적용되는 절차적 규정을 마련함과 동시에 피해아동이 처한 환경, 즉, 가해 부모의 집행유예 선고 및 징역형 선고 여부, 피해아동의 발달수준 및 생애주기에 따라 관련 책임자들의 역할을 구체적으로 명시하는 개별법령(가칭 ‘형사사건 피해아동 보호 법률’) 제정이 필요하다. 집행유예 판결 이후 피해아동이 원가정으로 복귀된 모든 사례에 대해서는 아동이 안전하게 양육되고 있는지 확인하는 등 충분한 사후관리 체계가 필요하며, 암수범죄라는 아동학대 범죄 특성을 고려하여 보호관찰 대상에 대한 전담 인력을 강화하고 보다 철저하게 피보호관찰자를 관리해야 할 것이다. 또한 피해아동 보호를 신속하고 원활하게 수행할 수 있도록 법원, 지자체 내 아동학대 전담공무원, 아동보호전문기관 등 관련 기관이 판결 결과를 공유할 수 있도록 해야 한다.

넷째, 특별 감경요소 참작사유를 분석한 결과 350건의 판결문 중 ‘처벌불원’이 참작된 경우가 152건으로 전체 판결문의 43.4%를 차지하여 처벌불원이 사건의 감경요소로 가장 많이 적용되었으나, ‘피해아동 최선의 이익을 고려한 판결 결과’에서 ‘피해아동의 처벌불원 및 합의절차에 대한 까다로운 질의와 과정을 검토’하고 ‘피해아동의 임시후견인 선임에 있어 아동의 의견을 존중한’ 참여권 보장은 각각 3건, 1건으로 총 4건(0.12%)에 그쳤다. 「대한민국 헌법」 제27조 제5항은 “형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다”라고 천명하고 있다. 통상 양형단계에서 이루

46) 보건복지부 외, 아동학대 대응체계, 예방 및 회복지원까지 촘촘히 보완한다. - 8.19(목) 국정현안점검조정회의, 「아동학대 대응체계 보완방안」 논의 - : ‘사전 예방 - 신고 후 조사·보호 - 사후 회복지원’ 등, 2021.

어지는 피해자진술권은 진술의 기회부여라는 절차적 참여의 권리뿐만 아니라 형벌부과 기준의 적정성 즉, 법률의 내용적 정당성과 관련된다.⁴⁷⁾ 이는 아동이 사건 당사자가 되는 아동학대 범죄에도 동일하게 적용됨이 마땅하다. 그러나 아동학대 범죄의 가해자-피해자 관계는 보호자와 피보호자 관계로 권력상 위계가 존재하여 처벌불원 의사표현이 가해자인 보호자로부터의 강요에 의해 이루어질 수 있다. 또한 일반 성인에 비해 제한적인 의사능력을 가진 아동이 재판절차에 대한 충분한 이해를 토대로 자신의 견해를 밝히기란 매우 어려울 수 있다.

따라서 아동학대 범죄는 피해자와 가해자 간의 권력관계가 가정이라는 특정 사적공간에서 지속되고 있다는 사안의 특수성, 아동의 의사능력을 고려하여 재판과정에서 별도의 필요적절한 의사 표명의 수단과 절차를 구체적으로 마련할 필요가 있다.

그러나 2021 아동학대 유관기관 공동업무수행지침 상에도 수사과정에서의 아동의 진정한 의사를 묻는 매뉴얼만이 존재하며⁴⁸⁾ 형사재판에서의 피해 아동의 의견표명 및 참여권 보장을 위한 지침은 부재하다. 이러한 점을 고려하면 현재 형사재판 과정에서 피해자의 처벌불원 의사는 오히려 가해자의 형사처벌 수위를 낮추는데 악용될 수 있다.⁴⁹⁾ 아동의 참여권을 보장하면서 ‘피해자 또는 그 법정대리인의 의사표시가 진실한 것인지 여부를 세밀하고 신중하게 조사, 판단한 결과 이에 해당되는 경우만을 포함’ 한다는 수정된 양형기준의 처벌불원 정의 규정을 충실히 지키기 위해서는 모든 재판 절차 과정에서 아동의 참여권이 보장되도록 피해아동의 발달 및 정서, 인지수준을 고려한 진술조력인 등의 법률 조력을 보장하는 등 재판 절차와 결과에 대해 아동 눈높이에 맞게 설명하고, 이에 따라 아동의 의사표현이 이루어질 수 있는 아동중심의 참여권을 보장하려는 노력이 필요하다.

한편, ‘진지한 반성’의 경우⁵⁰⁾ 해당 범죄에 대한 경각심을 불러일으키고 범죄자가 다

47) 윤영미, 형사피해자의 재판절차진술권에 대한 헌법적 고찰. 헌법학연구, 제15권 제4호, 한국헌법학회, 2009, 397-420면.

48) 법무부, 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 매뉴얼, 2016, 194-220면.

49) 아동학대처벌법 제정 이후인 ‘2014년 10월부터 2019년 12월까지 발생한 아동복지법 또는 아동학대처벌법 위반 사건’ 1,197건 중 감경요소로서 ‘처벌불원’이 고려된 사건은 223건으로 18.6%에 해당함(양형위원회, 2021b)

50) 사기 관련 혐의에서 ‘진지한 반성’이 인정된 경우가 22.2%, 중범죄(합의부) ‘작량감경’ 대상 피고인 비율은 54.9%, 성범죄자 경우 57.3%인 것(정다운, 윤준호. 2021.6.16.)과 비교하면 아동학대 집행유예 사건에서 진지한 반성이 참작된 비율은 한참 높은 수치임.

시 범죄에 빠지지 않도록 재사회화하는 것을 목표로 한다는 점에서 범죄자의 형벌의 수위를 결정할 때 중요한 잣대이다⁵¹⁾. 그러나 반성의 개념 자체가 불명확해 그 존부를 객관적으로 판단할 수 없다는 점, 반성하는 경우 정말로 재범 위험성이 낮아지는지 상관관계가 입증된 적이 없고 피고인이 반성을 꾸며낼 여지가 충분하다는 점에서⁵²⁾ 판결문에 ‘진지한 반성’을 서술하기까지 더 깊은 고민이 필요하며 ‘진지한 반성’을 심리하는 기준과 이를 평가하기 위한 사후검증 연구가 필요하다. 이밖에도 기타 감경사유로 ‘생계부양’, ‘피고인의 평소 태도’, ‘피해자와의 유대 관계’ 등을 빈번하게 참작한 바 있으므로 법관 재량의 통제 장치 역시 요구된다. 즉 기타 감경사유 서술을 의무화함으로써 판결에 적절한 통제가 가해질 수 있도록 하는 조치가 수반되어야 한다.⁵³⁾ 집행유예 판결 시 피해 아동의 관점에서 재학대 위험성 및 예방 대책을 한번 더 특별하게 고려하는 내용도(예: 가해자와의 접촉 혹은 재동거의 가능성 여부, 아동의 거취, 재범을 방지하기 위해 어떤 교육과 치료를 받아야 하는지 등) 판결서에 기재하도록 보완할 필요가 있다. 아동 학대 범죄에 있어 집행유예의 판결은 결과적으로 피해아동이 학대 가해자인 부모와 다시 생활하도록 하여 재학대 위험에 노출되기 쉬운 환경을 만든다는 점에서 이러한 다양한 보호조치들을 통해 아동을 보호하고 아동권리를 강화해야 재학대를 예방할 수 있다.

51) 정다운, 윤준호, 피고인 엄마 사죄에 ‘작량감경’ ... ‘진지한 반성’ 맞나. CBS 노컷뉴스. <https://www.nocutnews.co.kr/news/5570593>, 2021. 6.16.

52) 김웅재, 이른바 ‘합의’가 양형에 미치는 영향에 관한 소고, 법학논총, 제38권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2021, 89-124면.

53) 김지수, 임의적 감경 사건에 관한 판례평석 - 대법원 2021. 1. 21 선고 2018도5475 전원합의체 판결 -. 법학연구, 제24권 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2021, 45-78면.

참고문헌

- 강지영, 배화옥. 신체정서중복학대의 예측변인과 피해아동에 미치는 영향. 한국아동복지학, 제63호, 한국아동복지학회, 2018. 1-22면.
- 관계부처 합동, 보건복지부 아동학대대응과, 경찰청 아동청소년과, 아동권리보장원 아동학대예방본부, 2021 아동학대 유관기관 공동업무수행지침, 2021.
- 김봉수, 『아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법』상 학대피해아동의 보호를 위한 제도개선방안. 아동보호연구, 제1권 제2호, 한국아동보호학회. 2016. 119-142면.
- 김용재, 이른바 ‘합의’가 양형에 미치는 영향에 관한 소고. 법학논총, 제38권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2021, 89-124면.
- 김지수, 임의적 감경 사건에 관한 판례평석 - 대법원 2021. 1. 21 선고 2018도5475 전원합의체 판결 -. 법학연구, 제24권 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2021, 45-78면.
- 김혁돈, 손지아, 재학대 피해아동의 보호에 관한 소고. 피해자학연구. 28(3), 2020. 93-116면.
- 김혜정, 양형기준 준수의미의 재고찰에 기초한 양형기준제도의 발전적 운영방안. 법조, 제67권 제5호, 법조협회, 2018, 127-166면.
- 박형원, 가정폭력 노출 아동의 공격행동 감소 프로그램 개발을 위한 참여연구. 한국아동복지학, 제17호, 한국아동복지학회, 2004, 101-130면.
- 법무부, 『아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법』 매뉴얼, 2016, 194-220면.
- 법무부, 2020년 성범죄백서, 2020.
- 법무부, 아동학대 보호관찰대상자 관리 강화. 2020년 7월부터 아동학대 사범에도 ‘전담 보호관찰관 제도’를 확대 시행합니다 - 아동학대 보호관찰대상자 재범률 0.5% 미만 관리 -, 2020.
- 법원행정처, 2021년 사법연감, 2021.
- 보건복지부, 2021년 아동학대 주요통계, 2022, 16-36면.
- 보건복지부 외, 아동학대 대응체계, 예방 및 회복지원까지 촘촘히 보완한다. - 8.19(목) 국정현안점검조정회의, 『아동학대 대응체계 보완방안』논의 - ‘사전 예방 - 신고

- 후 조사·보호-사후 회복지원’ 등, 2021.
- 보건복지부 외, 아동기본법 제정 연구, 2021, 219면.
- 사법연수원, 형사판결서작성실무, 2019.
- 양형위원회, 양형연구회 제6차 심포지엄 아동학대범죄와 양형 자료집, 2021.
- 양형위원회, 아동학대범죄 양형기준 수정안 설명자료, 2022, 1-56면.
- 윤영미, 형사피해자의 재판절차진술권에 대한 헌법적 고찰: 헌법학연구, 제15권 제4호, 한국헌법학회, 2009, 397-420면.
- 이민식, 사기범죄 집행유예 결정기준의 적절성에 관한 경험적 검토: 저스티스 통권 제165권, 한국법학원, 2018, 233-259면.
- 이세원, 아동학대범죄에 관한 형사 판결 분석 연구: 한국사회복지학, 제67권 제2호, 한국사회복지학회, 2015, 113-136면.
- 이세원, 정서학대와 신체학대의 법적 정의와 관계에 대한 연구, 사회복지법제연구, 제10권 제1호, 사회복지법제학회, 2019, 65-95면.
- 이은정, 피해아동의 분리 보호와 친권의 제한: 가족법연구, 제33권제2호, 한국가족법학회, 2019, 291-324면.
- 이재상, 장영민, 강동범, 형법총론: 박영사, 2022.
- 이재연, 황옥경, 안동현, 김영지, 김효진, 이호균, 강현아, 장영인, 정선영, 아동복지 현상에서의 아동권리 레토릭. 서울: 교육과학사, 2015, 87-93면.
- 정숙희, 양형기준에서 일반양형인자의 실효성 검증 및 효율성: 형사법의 신동향: 통권 62호, 대검찰청, 2019, 69-104면.
- 정익중, 최선영, 정수정, 박나래, 김유리, 아동학대 사망사건 판결의 양형 분석: 한국사회복지학, 제68권 제2호, 한국사회복지학회, 2016, 131-160면.
- 정철우·이상엽, 절도죄 집행유예 결정요인의 가중치 산정, 경찰법연구, 제19권 3호, 한국경찰법학회, 2021, 131-158면.
- 천진호, 최호진, 최초 양형기준의 문제점 및 개선방안: 대검찰청, 연구보고서, 2009.
- 최석윤, 집행유예제도의 개선방안에 대한 검토, 형사정책연구 제20권 제1호, 형사정책연구원, 2009, 859-886면.
- 최석윤·이진국, 현행 양형기준상 집행유예기준의 개선방안, 형사법의 신동향, 제37호,

- 대검찰청, 2012, 111-143면.
- 최이문, 의사결정나무 분석기법을 활용한 성범죄의 집행유예 결정인자 연구, 형사정책, 제30권 제1호, 한국형사정책학회, 2018, 171-201면.
- 최호진·백소연, 성범죄의 구조적 특성에 따른 집행유예의 실효성과 한계, 형사정책연구 제32권 제1호, 형사정책연구원, 2021, 69-96면.
- 허민숙, 아동학대 근절을 위한 친권 제재 관련 규정의 한계와 개선과제. 국회입법조사처, 2020.
- Evans, J. L., Meyers, R. G., & Ilfeld, E., Early childhood counts: A programming guide on early childhood care for development. World Bank Publications, 2000.
- Maxwell, G. M, Children and family violence: The unnoticed victims. New Zealand: Office of the Commissioner for Children, 1994.

– 온라인 자료 –

- 김중호, 정다운, 판사 견제하라 만든 양형위, 작량감경 부추기나. CBS 노컷뉴스 <https://www.nocutnews.co.kr/news/5572142>, 2016.6.18.
- 정다운, 윤준호, 피고인 엄마 사죄에 ‘작량감경’...‘진지한 반성’ 맞나. CBS 노컷뉴스 <https://www.nocutnews.co.kr/news/5570593>, 2021. 6.16.
- 최지영, 문화일보, “아동학대 처벌 40%가 집유... 실효는 16% 불과”, <http://www.munhwa.com/news/view.html?no=2020112301071221340001> (최종방문일 2022.08. 10., 13시), 2020. 11. 23.
- 국가법령정보센터. <https://www.law.go.kr>
- 보건복지부. www.mohw.go.kr
- 양형위원회. <https://sc.scourt.go.kr>

Content analysis of sentencing on suspension of execution of sentence for cases involving child abuse

Kang, Hee-Ju* · Sung, Yun-Hee** · Lee, Yeon-Ji*** ·
Lee, Gyeong-Eun**** · Chung, Ick-Joong*****

Recently, voices have been raised for appropriate punishment and effective countermeasures for child abuse crimes, but analysis and discussion have not been conducted on the characteristics of a suspended sentence for child abuse and sentencing factors that are prone to re-offending child abuse due to the return to the family of origin. Accordingly, among the suspended sentences for cases involving child abuse from July 2019 to July 2021, content analysis was conducted on 350 rulings in which the abuser was a parent or de facto guardian.

As a result, knives, hammers, and iron pipes were used as abuse tools, and 23.0% of children under the age of 6 were abused, higher than all child abuse cases, and 91.3% of the abuse sites were closed, including homes, confirming that probationary child abuse cases could pose a fatal threat to children's lives. As a result of analyzing the factors of suspended sentence for child abuse, relatively low criminal punishment was carried out for child abuse due to victims' expressing unwillingness to punish offenders, sincere remorse, high consideration of mitigation, and low consideration of aggravation on the perpetrator's criminal history. In addition, only 37.7% of cases were subject to probation at the discretion of judges, and in some rulings, where the order of lecture was not even mentioned, the victim child could be exposed to the risk of repeated abuse after the ruling.

* Graduate student, Department of Socialwelfare. Ewha University

** Researcher, Ewha of Legal Science Institute, Ewha university

*** Clinical Professor, Inha Law School

**** Researcher, Ewha of Legal Science Institute, Ewha university

***** Professor, Department of Socialwelfare. Ewha University

In this context, legal and administrative alternatives have been proposed such as the need to raise criminal punishment for cruel and repeated child abuse cases; the enactment of individual laws to protect children affected by criminal cases; information sharing among child abuse officials in local governments, child protection agencies and probation offices; and guaranteeing legal support of intermediaries and guardians to guarantee the right to participate in children affected by child abuse.

❖ keywords: Child abuse, Suspension of Execution of Sentence, Judicial Precedent Analyses, Actual State of Sentencing, Protection of Child Abuse Victim

고령(高齡)의 성폭력 범죄 피해자를 위한 형사 정책*

이 성 기**

국 | 문 | 요 | 약

고령자 증가와 함께 고령의 여성을 대상으로 하는 성폭력범죄가 계속 증가할 것으로 예상되지만 고령자를 대상으로 하는 성폭력범죄나 성착취대에 관한 실태조사가 제대로 실시되지 않고 있다. 정확한 실태조사를 바탕으로 고령자 대상 성폭력 범죄의 예방 및 근절대책이 정부차원에서 종합적으로 마련되어야 한다. 고령자 대상 성폭력 범죄는 신고율이 매우 낮다는 점이 가장 큰 문제이다.

노인 대상 성폭력 범죄의 가중 처벌의 문제는 우리 사회에 강력한 메시지를 전달한다는 순기능이 있지만 고령자 대상 성폭력 문제를 형사처벌에만 의존하는 형벌 포퓰리즘의 부작용을 고려할 때, 가중처벌 방식의 입법보다는 특별 양형인자로 고령을 명시함으로써 개별 사건에서 구체적 타당성을 확보하는 것이 합리적인 방안이라고 생각한다. 이보다는 낮은 신고율을 높이기 위한 방안에 보다 집중할 필요가 있다. 이를 위해서는 수사기관 중심의 형사정책에서 수사기관, 노인학대 전담기관, 노인복지 담당 행정기관, 의료기관의 통합적 협력모델로의 전환이 필요하다. 구체적으로, 노인학대 신고요건 및 신고의무자의 범위를 확대하고, '노인학대정책조정위원회'를 설치하여 노인학대방지 정책을 총괄하도록 할 필요가 있다. 또한, 수사기관, 노인보호전문기관, 노인복지부서의 유기적 협력이 가능한 '노인학대법과학센터'를 설치할 필요가 있고, 수사기관에 대한 체계적인 교육 및 훈련이 이루어져야 한다. 노인의 성에 대한 심층 상담에 있어서 의료기관의 적극적인 역할을 통해 신고율을 제고하기 위한 제도적 뒷받침도 필요하다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2022.9.30.3.179>.

❖ 주제어 : 노인, 노인학대, 고령자 성폭력, 성폭력 범죄, 고령자 범죄피해

* 이 논문은 2022년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임
(NRF-2021S1A3A2A02089039).

** 성신여자대학교 법학부 교수(법학박사).

I. 시작하는 글

영화 ‘69세’¹⁾는 젊은 간호조무사로부터 성폭력 피해를 입은 69세 노인의 관점에서 고령자의 성(性)에 대한 사회적 편견과 수사기관의 물이해를 고발한다. 비단 영화 속의 이야기만은 아니다. 고령자에 대한 성폭력 범죄는 방어 능력이 부족한 노인을 목표로 하는 기회성 범죄일 수도 있고, 친밀한 관계에서 발생하는 권력형 범죄일 수도 있다. 2022. 7. 28. 통계청이 발표한 ‘2021년 인구주택총조사 인구 부문 집계 결과’에 따르면 현재 65세 이상 고령자가 인구의 16.8%를 차지하는 우리사회는 초고령 사회로의 진입을 목전에 두고 있다.²⁾ 이에 따라 고령자를 목표로 하는 성폭력 범죄가 계속 증가할 것으로 예상되는데, 정확한 실태조사가 진행되지 않아 실효적인 대책이 어렵다. 고령자를 대상으로 하는 성폭력 범죄는 신고율이 일반 성범죄보다 낮은 것으로 알려져 있다. 따라서 「노인복지법」에서 성적학대 등 노인학대를 엄중하게 처벌하고 일정한 종사자에게 노인학대 신고를 의무화하고 있지만 성폭력 범죄를 효과적으로 처벌하고 예방하기 위한 제도적 장치로서 효과적인지 검토할 필요가 있다. 이 글은 고령자 대상 성폭력 범죄를 예방하기 위한 형사 정책적 개선방안을 검토한다. 특히, 이러한 문제가 노인학대방지라는 종합적인 제도의 틀 속에서 이루어지는 미국 사례를 중심으로 우리와 비교·검토하고자 한다. 미국은 노인학대의 개념, 신고의무, 학대전담기관 운영 등에 있어서 우리나라와 유사한 점이 많으면서도 통합적인 컨트롤 타워 운영, 관련 기관 간의 실질적인 협업체계 구축 등의 점에서 시사점을 얻을 수 있을 것으로 생각한다. 구체적으로, 고령자 대상 성폭력 범죄에 대한 가중처벌의 필요성, 신고의무제도, 그리고 노인학대방지 차원에서의 성폭력 범죄 대응을 위한 몇 가지 개선방안을 제시한다.

1) 감독 임선애(2020. 8. 20. 개봉).

2) 연합뉴스, 지난해 인구 5천174만 명…정부 수립 후 72년 만에 첫 감소, 2020. 7. 28. 기사 (<https://www.yna.co.kr/view/AKR20220728089300002?input=1195m>)(2022. 8. 8. 최종 검색).

Ⅱ. 고령자 대상 성폭력 범죄의 특징

1. 용어의 정리

가. 노인(고령자)의 연령

「노인복지법」은 ‘노인’에 대한 연령기준을 명확하게 규정하지 않고 있다. 다만, 같은 법 제39조의9에서 65세 이상 노인을 대상으로 하는 일정한 금지행위를 처벌할 수 있도록 규정하고, 제1조의2 제5호에서는 ‘노인학대관련범죄’를 보호자에 의한 65세 이상 노인에 대한 일정한 범죄라고 규정하고 있다. 반면에 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」에 따른 시행령 제2조에서는 고령자를 55세 이상의 사람으로 정하고 있다. 한편, 경찰 및 검찰 범죄통계에서 분류하는 고령범죄자의 연령은 65세 이상, 피해자는 61세 이상으로 집계하고 있다.³⁾ 노인 또는 고령자의 기준이 각 법률마다 다르지만 이 글에서의 노인 또는 고령자는 특별한 경우가 아니면 경찰·검찰이 고령 피해자의 기준으로 삼는 61세 이상의 사람을 말한다.

나. 성폭력범죄와 성적학대

「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 성폭력특별법) 제2조에 따른 “성폭력범죄”는 「형법」 상의 일정한 범죄 및 그 범죄로 성폭력특별법에서 가중처벌하는 범죄를 말한다. 반면에, 「노인복지법」 제1조의2 제4호에서 규정하는 ‘성적인 학대’는 ‘성적 폭력’으로서,⁴⁾ 처벌 대상인 성적학대는 “노인에게 성적 수치심을 주는 성폭행·성희롱 등의 행위”로 규정(제39조의9 제2호)⁵⁾하고 있다. 성폭력 범죄도 「노인복지법」 상 ‘노인학대’에 해당하므로 이 글에서 성적학대는 성폭력범죄를 포함하는 개념으로 사용한다.

3) 법무연수원, 2021 범죄백서, 148면.

4) 보건복지부는 성적 폭력(성적학대)을 “성적 수치심 유발행위(기저귀 교체 시 가림막 미사용 등) 및 성폭력(성희롱, 성추행, 강간) 등 노인의 의사에 반(反)하여 강제적으로 행하는 모든 성적행위”로 정의한다. 보건복지부·중앙노인보호전문기관, 2021 노인학대 현황보고서, 10면(<https://www.korea.kr/archive/expDocView.do?docId=40008>)(2022. 8. 13. 최종검색).

5) 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다. 동법 제55조의3 제1항 제2호.

2. 고령자 대상 성폭력 범죄 현황

가. 고령대상 전체 성폭력범죄 발생 현황

대검찰청 자료에 의하면, 성폭력범죄 피해자 중 61세 이상이 차지하는 비율은 2021년 3.3%, 2020년 2.7%, 2019년 2.6%, 2018년 2.3%, 2017년 2.2%, 2016년 2.0%, 2015년 2.8%를 차지함으로써 일정한 증가세를 보이고 있다.⁶⁾ 다만, 대검찰청 분류에 따른 성폭력범죄는 「형법」 상 강간, 유사강간, 강제추행 뿐만 아니라 「성폭력특별법」 상의 성폭력범죄를 포함하므로 강간, 강제추행 등 중대 성폭력 범죄에서 고령자의 피해 현황을 파악하기 위해 경찰청 범죄통계 자료를 분석하였다.

나. 여성 고령자 대상 중요 성폭력 범죄 발생 현황

카메라 이용촬영죄 등 「성폭력특별법」 상의 범죄를 제외한 강간, 유사강간, 강제추행, ‘기타 강간·강제추행’⁷⁾ 범죄에서 여성 고령자 피해 현황은⁸⁾ <표 1>과 같다. 유사강간 죄가 2012년 12월에 신설되었기 때문에 2012년과 2013년은 강간, 강제추행으로 통합 분류하였다. 2012년에는 61세 이상 여성 고령 피해자가 304명(1.6%)에 불과하였으나 2020년에는 743명(3.7%)으로 약 3배 증가하였다. 이와 같은 추세로 볼 때, 고령 인구가 증가할수록 고령 성폭력범죄 피해자도 계속 늘어날 것으로 예상할 수 있다.

6) 대검찰청 홈페이지(<https://www.spo.go.kr/site/spo/crimeAnalysis.do#n>)(성폭력 범죄란에서 연도별로 검색 가능)(2022. 8. 10. 최종 검색).

7) 강간, 강제추행 여부를 구분할 수 없는 사례를 경찰청에서 별도 분류한 것이다. 경찰청 홈페이지(https://www.police.go.kr/www/open/public/public03_2020.jsp), 2020 경찰범죄통계, 2. 일러두기 11면, 7번 참조.

8) 경찰청 홈페이지(https://www.police.go.kr/www/open/public/public03_2020.jsp)(2022. 8. 7. 최종 검색) 경찰청 범죄통계 자료 발생 건수에 따른 인원수를 의미하며, 피해자 불상이나 미상자의 경우는 제외하였다.

〈표 1〉 여성 고령자 중요 성폭력 범죄 피해 현황(자료출처: 경찰청 범죄통계)

(단위: 명)

연도	유형	여성 피해자 60세 초과(%)	강간	유사강간	강제추행	기타 강간· 강제추행 등
2020		20,051	5,248	739	13,835	229
		743(3.7)	166	29	526	22
2019		21,547	5,245	686	15,303	313
		692(3.2)	152	14	503	23
2018		21,413	5,206	669	15,205	333
		668(3.1)	160	26	462	20
2017		22,279	5,176	553	16,257	293
		618(2.8)	131	12	461	14
2016		20,567	5,090	481	14,603	393
		527(2.6)	128	16	357	26
2015		20,021	5,117	434	13,938	532
		499(2.5)	128	10	327	34
2014		19,936	5,026	317	13,631	962
		419(2.1)	96	7	268	48
2013		21,287	5,706	110	13,866	1,605
		394(1.9)	107	1	241	45
2012		18,841	강간·강제추행			
		297(1.6)				
2012		18,725	강간·강제추행			
		304(1.6)				

한편, 강간범죄자의 성별 구성비는 2020년 총 검거인원 7,047명 중 남성이 6,901명(97.9%), 여성은 16명(2.1%)인데, 61세 이상 고령 성폭력 범죄자의 경우, 남성이 482명(6.8%), 여성은 13명(0.18%)이다.⁹⁾ 강제추행도 총 검거인원 16,382명 중 남성이 15,727명(96%), 여성은 655명(4.0%)인데, 고령 성폭력 범죄자의 성별 구성비는 남성이 2,321명(7.1%), 여성은 74명(0.45%)에 해당한다.¹⁰⁾ 남성보다 여성의 성범죄 피해비율

9) 경찰청 홈페이지(https://www.police.go.kr/www/open/public/public03_2020.jsp), 2020 경찰범죄 통계, 범죄개요>5.2020년 주요 지표범죄 분석 69면(2022. 8. 10. 최종 검색).

10) 경찰청 홈페이지(https://www.police.go.kr/www/open/public/public03_2020.jsp), 2020 경찰범죄 통계, 범죄개요>5.2020년 주요 지표범죄 분석 71면(2022. 8. 10. 최종 검색).

이 압도적으로 높고, 여성 고령자의 성범죄 가해 비율보다 여성 고령자의 성폭력 피해 비율이 훨씬 높다.

3. 문제점

가. 낮은 신고율

고령자에 대한 성폭력 피해 신고율은 매우 낮은 것으로 알려져 있지만 국내의 실증연구는 찾아보기가 힘들다. 보건복지부의 ‘2021 노인학대 현황보고서’¹¹⁾에 따르면 2021년 전국 노인보호전문기관에 접수된 노인학대 신고 건수는 19,391건으로 2020년 대비 약 14.2% 증가하였고 이중 성적학대는 2.4%를 차지하였는데, 2020년 대비 약 12.6%(231 → 260건)가 증가한 수치이다.¹²⁾ 노인학대 유형으로는 가정 내 학대가 5,962건(88.0%)으로 가장 많았고,¹³⁾ 가해자는 배우자(29.1%), 아들(27.2%), 기관(25.%) 순으로 나타났다.¹⁴⁾ 이를 통해 가정 내 배우자에 의한 성적학대가 많을 것으로 추정할 수 있다. 그러나 학대피해 노인의 가구형태가 노인부부(34.4%), 자녀동거(31.2%), 노인독거(17.6%) 순으로 나타나는 것을 고려할 때 독거노인의 성폭력 범죄피해 발생 가능성이 높을 수도 있음을 배제할 수 없다.

세계보건기구가 28개국 노인학대 연구를 분석한 결과에 따르면, 노인학대 중 약 3.5%가 성적학대에 해당하는 것으로 나타났다.¹⁵⁾ 2021년 우리나라 노인학대 중 성적학대가 2.4%이므로 실제 발생 건수가 낮은 것인지 아니면 신고가 저조한 것인지는 정확히 알 수 없다. 유럽 15개국에 대한 14개 연구논문을 분석한 결과에 따르면, 60세 이상 고령자를 대상으로 하는 성폭력 범죄 발생 신고율이 대략 0%~3.1%인 것으로 나타났다.¹⁶⁾

11) 각주4) 참조. 노인학대 현황분석 자료는 2017년부터 2021년 12월 31일까지 전국 37개 노인보호전문기관에서 집계된 노인학대 통계자료를 분석한 것이다.

12) 2021년 노인학대 유형은 신체적 학대(41.3%), 정서적 학대(43.6%), 성적학대(2.4%), 경제적 학대(3.8%) 등으로 나타났다. 보건복지부·중앙노인보호전문기관, 위 보고서, 25-26면.

13) 보건복지부·중앙노인보호전문기관, 위 보고서, 24면.

14) 보건복지부·중앙노인보호전문기관, 위 보고서, 32면.

15) World Health Organization 홈페이지 Newsroom, Abuse of older people, 13 June 2022. (<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/abuse-of-older-people>)(2022. 8. 11. 최종검색).

16) Nobels A, Vandeviver C, Beaulieu M, Cismaru Inescu A, Nisen L, Van Den Noortgate N, Vander Beken T, Lemmens G, Keygnaert I. "Too Grey To Be True?" Sexual Violence in Older

대체로 경찰청 통계분석과 비슷한 수준이다. 고령 성폭력 피해자들의 특징을 보면, 대다수가 여성 피해자이며, 학력과 소득이 낮은 여성일수록, 물리적, 정신적 질병이 있거나 의존성이 강한 여성 고령자일수록 성폭력 피해위험이 높은 것으로 나타났다.¹⁷⁾ 미국 캔터키주 법무부장관(the Attorney General) 매뉴얼에 따르면 강간피해를 당하는 여성의 약 18%가 60세 이상이고, 성폭력 피해를 당하는 65세 고령자의 30%만 경찰에 신고를 하는 것으로 나타났다.¹⁸⁾

신고율이 낮은 이유는 대체로 다음과 같이 설명한다. 가장 큰 원인은 성범죄 피해를 별것 아닌 것으로 여겨온 과거의 관습과 경험으로 인해 자신의 성범죄 피해 사실을 인정하지 않거나,¹⁹⁾ 피해사실을 주위 사람들에게 알려도 믿지 않을 것이라는 걱정과 두려움 때문인 것으로 보인다.²⁰⁾ 이는 경제적 여건이 좋은 고령 피해자에게서도 나타난다는 점을 고려할 때 일반적인 현상이라고 볼 수 있다.²¹⁾ 신고를 해도 치매 또는 정신질환자로 여겨질 것이라는 걱정이나 두려움에 신고를 하지 못할 수 있고, 가해자와의 경제적·정서적 의존 관계로 인해 신고를 두려워할 수도 있다.²²⁾ 배우자 등에 의한 성폭력범죄는 고령자가 되기 이전부터 지속되어왔을 가능성이 크며, 보호시설 종사자에 의한 성폭력 피해도 비슷한 양상을 보일 수 있다.²³⁾ 이외에도 피해 여성 스스로가 잘못해서 성폭력 범죄가 발생한 것이라는 등의 교육을 받은 세대이기 때문이거나 가해자인 젊은 남성의 인생을 망칠 수도 있다는 죄책감도 낮은 신고율의 원인이라는 주장이 있다.²⁴⁾

Adults: A Critical Interpretive Synthesis of Evidence. Int J Environ Res Public Health. 2020 Jun 9;17(11).

- 17) Hannah Bows, Sexual Violence Against Older People, Trauma, Violence & Abuse, December 2018, Vol. 19, No.5, 567, 572면.
- 18) Jennifer Leibson, Sexual abuse, 23 Ky. Prac. Ky. Elder Law §14:8(2d)(Westlaw 2022)(Office of the Attorney General, Manual for Prosecution of Crimes Against the Elderly, at p. 211 (Dec. 2005), “재인용”).
- 19) Stacey Sriver, Elaine Mears, Ingrid Wallace, 위 논문, p.311.
- 20) Jennifer Leibson, 위 자료.
- 21) The Pennsylvania Coalition Against Rape, Technical Assistance Manual for Pennsylvania’s Sexual Violence Centers, 6면(https://www.nsvrc.org/sites/default/files/Elder_Sexual_Assault_Technical-Assistance-Manual.pdf)(2022. 8. 11. 최종 검색).
- 22) Office of the Attorney General, Prosecution Manual for Crimes Against the Elderly, 2020, 63, 157-158(https://ag.ky.gov/AG%20Publications/Elder%20Abuse%20Prosecution%20Manual%20w_letter.pdf)(2022. 8. 10. 최종 검색).
- 23) Stacey Sriver, Elaine Mears, Ingrid Wallace, 위 논문, p.303.
- 24) 이은경, [목요시선] 여성 노인 성폭력 피해자는 충격이 적다고요?, 영남일보, 2019. 8. 15. 기고

나. 물리적·심리적 장애가 있는 여성 고령자의 피해

아일랜드 15개 성폭력 위기 센터(Rape Crisis Center, RCC) 자료를 분석한 결과에 따르면, 성폭력 피해상담을 한 55세 이상의 여성 중 약 17%의 여성이 청각 등 신체적 또는 학습능력의 장애가 있는 것으로 나타났는데, 이러한 장애 여성이 전체 인구 중 6%에 불과하다는 점을 감안할 때 장애가 있는 고령 여성의 성폭력 피해가 심각한 것으로 나타났다.²⁵⁾ 치매 증세가 있는 여성 고령자의 경우 가해자가 근처에 있다는 사실만으로도 심리적으로 성 행위에 쉽게 강요되기 때문에 물리적 장애가 있는 고령자보다 성적학대 피해의 위험성이 더 높고, 말보다는 행동으로 스트레스를 나타내기 때문에 이들의 의사표현이 혼동되거나 왜곡되기 쉽다.²⁶⁾ 한편, 고령 여성 성폭력 피해자는 친구, 배우자 등 친밀한 사람보다는 의사, 상담자 또는 조금 더 먼 친척에게 피해사실을 호소할 가능성이 더 크고, 젊은 사람보다 피해 이후 신고에 이르기까지의 시간이 더 오래 걸리는 경향이 있다.²⁷⁾

다. 가해자·피해자 관계

대체로 가해자 유형은, (1) 지인이나 전혀 모르는 사람, (2) 근친, (3) 친밀한 이성, (4) 건강센터 등 직원, (5) 요양보호시설 내 거주자로 구분된다.²⁸⁾ 프랑스의 한 고령자 대상 성폭력 범죄 연구결과에 따르면 성적 욕망, 분노, 기회성 범죄뿐만 아니라 호기심이나 실험삼아 범죄를 저지르는 경우도 있는데 이 경우 범죄자가 젊으며 잔혹한 폭력이

(<https://www.yeongnam.com/web/view.php?key=20190815.010260808310001>)(2022. 8. 20. 최종 검색).

25) RCC를 방문한 사람은 2,036명, 이중 142명(8%)이 55세 이상이었다. Stacey Scriver, Elaine Mears, Ingrid Wallace, Older women and sexual violence: recognising and supporting survivors, the Journal of Adult Protection, Vol. 15, 2013, p.303.

26) Ann W. Burgess, Elderly Victims of Sexual Abuse and Their Offenders, report to the U.S. Department of Justice, 2006, p.5.

27) Stacey Scriver, Elaine Mears, Ingrid Wallace, 위 논문, p.307(이 연구에서 젊은 여성의 경우 약 48%가 1년 이내에 피해사실을 호소하는 반면에 대체로 고령피해자는 5년이 넘어서 피해사실을 털어놓았고, 이중 45%는 10년 동안 전혀 피해사실을 말하지 않았다).

28) Myrna Dawson & Amy Peirone, Sexual Assault against Older Adults, CNPEA, 19면 (https://cnpea.ca/images/eldersexualassault_revised_literature_review_final_submitted_august_23_2018.pdf)(2022. 8. 10. 최종 검색).

동원되기도 한다.²⁹⁾ 실제 고령자 대상 성폭력범죄가 전혀 면식이 없는 젊은 사람에 의해 발생한다는 것은 예외적인 사례가 아니다. 테네시주의 한 성폭력 센터가 55세 이상 여성의 상담 내용을 분석한 결과에 따르면, 72%의 범죄가 피해자의 거주지에서 발생했으며 그 중 80%의 가해자가 전혀 모르는 사람인 것으로 나타났다.³⁰⁾ 이처럼 독거노인 등 신고가 어려운 고령 환자의 주거지에 침입하여 벌이는 성폭력 범죄가 우리나라에서도 다수 발생할 것으로 추정할 수 있다.³¹⁾ 이와 같은 성폭력 범죄는 고령 피해자의 인지능력 저하로 인해 가해자의 특징이 어렵기 때문에 피해자가 또다시 범죄의 목표가 되는 등 악순환이 반복될 수 있다. 정확한 실태 파악이 안 된다는 것도 문제이다.

Ⅲ. 고령자 대상 성폭력 범죄의 처벌과 예방 정책

1. 고령자 대상 성폭력 범죄의 가중처벌의 필요성

21대 국회에서 노인대상 성범죄를 가중 처벌하는 법안은 김민석의원이 발의하였다.³²⁾ 「노인복지법」에서 성폭력범죄를 노인학대에 포함하고 있지만 65세 이상의 노인에 대한 강간, 강제추행, 카메라 이용 촬영 등의 성폭력범죄를 「성폭력특별법」에서 가중처벌하지 않기 때문에 이를 가중 처벌하는 내용³³⁾을 담고 있다. 이 같은 법안은 노인에 대한 성폭력범죄를 일반 성인 대상 성범죄와 달리 가중처벌하고 있기 때문에 입법의 정당성이 인정되어야 한다. 미국, 영국, 캐나다, 호주, 뉴질랜드, 아일랜드 등 대다수 커먼로

29) Julien Chopin & Eric Beauregard, Sexual Abuse of Elderly Victims Investigated by the Police: From Motives to Crime Characteristics, Journal of Interpersonal Violence Vol. 36, 2018.

30) The Pennsylvania Coalition Against Rape, 위 자료, 15면(해당 분석은 테네시주의 Memphis Sexual Assault Resource Center에서 1987년부터 1990년까지 상담에 참여한 52명 여성의 상담 내용을 분석한 것이다).

31) 머니투데이, “수치심에”... 성폭행 당하고도 말 못하는 노인들, 2022. 1.1. 기사 (<https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2021123014380036686>)(2022. 8. 11. 최종 검색).

32) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안(의안번호: 2113659, 발의일자: 2021. 12. 1.)

33) 예컨대, 형법 297조의 강간죄의 법정형이 징역3년 이상의 유기징역이지만 성폭력특별법 제6조의2를 신설하여 무기징역 또는 5년 이상의 유기징역으로 처하도록 규정하고 있다.

(common law) 국가는 증오범죄(hate crime)를 입법화하였는데, 이중 미국 일부 주(州), 캐나다³⁴⁾, 뉴질랜드³⁵⁾, 스코틀랜드³⁶⁾는 고령자 대상 범죄를 증오범죄에 포함하여 가중처벌하고 있다. 반면, 영국은 최근 여성과 노인에 대한 범죄를 증오범죄에 포함시킬지 여부를 검토한 뒤, 포함시키지 않기로 결정하였다. 이하에서는 서로 대비가 되는 미국, 영국의 사례를 검토하고자 한다.

가. 미국의 노인 · 여성에 대한 증오범죄(Hate Crime)

미국 연방법(18 U.S.C.A. §249)은 인종, 종교, 민족, 성(gender), 성적 성향(sexual orientation), 성적 정체성(gender identity), 장애로 인해, 또는 그와 같은 인식하에 폭력이나 성적학대 행위 등을 하는 경우 증오범죄로 10년 이상 구금형 등에 처한다고 규정하고 있다.³⁷⁾ 그러나 고령은 증오범죄에 포함되지 않아서 양형위원회 가이드라인을 통해 가중 처벌하도록 하고 있다.³⁸⁾ 반면에, 일부 주는 증오범죄에 연령을 포함하고 있다. 미국 50개 주 중에서 조지아주를 제외한 모든 주가 증오범죄를 입법화하였는데 인종, 종교, 민족이 공통으로 포함되며, 연령까지 포함하는 주는 뉴욕, 플로리다 등 대략 10여개 주이다.³⁹⁾ 여성 고령자 대상 성범죄는 성(gender) 또는 연령을 이유로 하는 증오범죄에 해당하므로 대략 32개 주가 여성 고령자를 대상으로 하는 성범죄를 증오범죄로 가중 처벌한다고 볼 수 있다.⁴⁰⁾ 미국의 증오범죄는 죄명과 달리 고령자에 대한 증오, 적대적인 감정이 수반될 것을 요하지 않으며, 고령을 이유로 성범죄 대상으로 삼은 경우 증오범죄가 성립할 수 있다. 특정 집단에 대한 차별적인 범죄가 그 피해자뿐만 아니라 해당 집단 전체를 피해자로 만든다는 점을 사회 전체가 공유한다는 점에서 증오범죄로 처벌하는

34) Canada Criminal Code s 718.2.a.i.

35) Sentencing Act 2002, s9(1)(h).

36) Hate Crime and Public Order(Scotland) Act 2021, S 1(2)(a)(스코틀랜드는 2021년 연령을 증오범죄에 포함하였다).

37) 18 U.S.C.A. § 249(a).

38) 18 U.S.C.S. Appx. §3A1.1(b).

39) Irene Byhovsky, Financial Crimes against the Elderly as a Hate Crime in New York State, 81 Alb. L. Rev. 1139, 1142, 2018.

40) 예컨대, 뉴욕주법 참조(N.Y. Penal Law, §485.05.(1)-(3)). 특정 범죄가 증오범죄에 해당하면 그 범죄보다 한 단계 더 높게 처벌하도록 규정하고 있는데, 정기형 또는 부정기형 선고에 따라 선고 최저형을 규정하고 있다(N.Y. Penal Law, §485.10(4)(5)).

의의가 있다.⁴¹⁾

그러나 증오범죄로 실제 기소되는 비율은 그리 높지 않다. 증오범죄의 신고비율 자체가 낮고(약 0.02%), 신고가 되더라도 범죄 동기를 입증하기 쉽지 않기 때문이다.⁴²⁾ 따라서 증오범죄의 처벌이 일반예방효과가 있는지 여부에 대하여는 논란이 있다. 2011-2015년 미국 국가범죄피해조사(National Crime Victimization Survey) 분석 자료에 의하면 증오범죄 피해자 중 약 50%가 범죄 신고를 하지 않았는데, 1/4정도는 수사 기관에 대한 불신 때문이며, 신고로 인한 2차 피해의 두려움도 주요 원인으로 나타났다.⁴³⁾

나. 영국의 증오범죄 입법 논의

영국(잉글랜드 및 웨일즈)은 인종, 종교, 성적 성향, 성 정체성, 장애를 이유로 하는 범죄를 증오범죄로 처벌한다. 2021. 12. 사법위원회(the Law Commission)⁴⁴⁾는 성(gender)과 연령을 증오범죄에 추가할 것인지를 검토한 뒤 최종 보고서를 의회에 제출하였다. 사법위원회는 연령과 성을 증오범죄에 추가하지 않을 것을 권고하였는데, 그 이유로 인종, 종교 등과 달리 연령을 이유로 하는 직접적인 증오나 편견이 존재하는 것을 입증할 증거가 부족하다는 점을 들었다.⁴⁵⁾ 의도적으로 고령자를 범죄대상으로 하는 범죄가 발생하고 있으며 증오범죄와 같은 유사성을 갖고 있음은 인정하면서도, 증오나 편견과 같은 동기보다는 고령자의 취약성을 이유로 하는 기회성 범죄의 특성을 갖고 있다고 분석하였다.⁴⁶⁾ 연령을 증오범죄에 포함시키더라도 고령자에 대한 편견을 입증하기 어렵고, 연령을 증오범죄에 포함할 경우 다양하게 발생하는 노인학대나 고령자 대상 범죄의 원인을 오히려 파악하거나 이해하기 어렵게 된다고 설명하고 있다.⁴⁷⁾ 따라서 고령

41) LISA CAMPO-ENGELSTEIN, Rape as a Hate Crime: An Analysis of New York Law, Hypatia, Vol. 31, No.1, 2016, p.93.

42) LISA CAMPO-ENGELSTEIN, 위 논문, p.100-102.

43) Stanford Law and Policy Lab & Brennan Center For Justice, Exploring Alternative Approaches to Hate Crimes, 2021, p.11(https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2021/06/Alternative-to-Hate-Crimes-Report_v09-final.pdf)(2022. 8. 14. 최종 검색).

44) 사법위원회법(the Law Commission Act of 1965)에 의해 설립된 독립된 위원회로서, 법률 개정, 심사·권고를 담당하는 법률기관이다.

45) Law Commission, Hate crime laws: Final Report, 2021, p.211.

46) Law Commission, 위 보고서, p.242.

자 대상 범죄는 중오범죄보다는 양형기준에 의해 가중 처벌하는 것이 타당하다고 권고하였다.⁴⁸⁾

다. 검토

우리나라에서 외국인, 여성, 다문화를 대상으로 하는 범죄가 중오범죄의 특성을 띠는 연구⁴⁹⁾가 있기는 하지만, 고령자를 대상으로 하는 중오범죄 발생에 관한 입증자료는 부족하다. 또한 현재 중오범죄나 차별금지에 관한 입법 자체가 사회적으로 논란이 되고 있는 만큼 고령자를 대상으로 하는 범죄를 중오범죄로 입법화하는 것은 당분간 어려울 것으로 보인다.

김민석의원 입법안과 같이 65세 이상 노인을 대상으로 하는 성폭력 범죄를 가중처벌하는 입법 방식은 고령자에 대한 성폭력 범죄를 용납하지 않겠다는 강력한 메시지를 전달함과 동시에 신고를 주저하는 고령 피해자에게 신고의 동기를 부여할 수 있다는 점에서 긍정적인 측면이 있다. 다만, 성폭력범죄와 같이 신고율이 낮은 범죄에 있어서는 가중 처벌보다 처벌의 확실성에 의한 예방효과가 훨씬 크다는 일반적인 연구결과⁵⁰⁾를 고려할 때, 가중처벌을 통한 일반예방효과가 크다고 볼 수 있을지 장담하기 어렵다. 국회 논의를 통해 사회적 경각심을 고취하고 사회적 협의를 바탕으로 제도적 개선을 추진할 동력이 필요하다는 점에서 가중처벌 입법은 어느 정도 긍정적인 요소가 있기는 하다. 그러나 강력한 처벌 메시지에 의한 착시효과로 실질적인 예방정책을 소홀히 하는 형벌 포퓰리즘의 부작용을 고려하지 않을 수 없다. 성인을 연령에 따라 달리 처벌하는 입법방식이 우리나라에서 얼마나 국민적 지지를 받을 수 있을지도 의문이다. 오히려 영국 사법위원회의 권고안과 같이 고령자 대상 성폭력 범죄의 원인을 면밀히 파악하고 신고율을 높이기 위한 정책 방안에 집중하는 것이 바람직해 보인다.

입법의 대안으로, 성폭력 범죄의 특별양형인자로서 고령 피해자를 포함시키는 방안도 검토할 필요가 있다. 대법원 양형위원회는 성폭력범죄의 특별양형인자로서 ‘범행에 취약

47) Law Commission, 위 보고서, p.243.

48) Law Commission, 위 보고서, p.244.

49) 김중곤, 중오범죄에 대한 탐색적 연구: 인터넷 기사에 나타난 중오범죄 사례분석, 한국공안행정학회보 제77호, 2019, 184, 208면.

50) Stanford Law and Policy Lab & Brennan Center For Justice, 위 자료.

한 피해자’를 “범행 당시 피해자가 신체 또는 정신 장애, 연령, 군대 등 조직이나 단체 내 계급, 서열 또는 지휘감독관계 등으로 인하여 범행에 취약하였고, 피고인이 이러한 사정을 알았거나 알 수 있었던 경우”로 정하고 있다.⁵¹⁾ 범행에 취약한 연령에 고령자가 포함될 수 있지만 보다 명확하게 고령자를 추가할 필요가 있으며, 적절한 연령은 향후 고령층의 증가를 생각할 때 65세 이상이 적절할 것으로 보인다.

2. 신고의무자 범위 확대 여부

가. 「노인복지법」 상 신고의무

「노인복지법」 제39조의6 제1항은 “누구든지 노인학대를 알게 된 때에는 노인보호전문기관 또는 수사기관에 신고할 수 있다.”고 규정하고 제2항에서는 일정한 직업 종사자에게 65세 이상 사람에 대한 노인학대에 대하여 노인보호전문기관 또는 수사기관에 신고하도록 신고의무를 부과하고 있다.⁵²⁾ 그리고 신고의무자가 소속된 기관의 장은 신고의무자에게 노인학대 예방 및 신고의무에 관한 교육을 실시하고 그 결과를 보건복지부장관에게 제출하여야 한다.⁵³⁾ 신고의무자(사회복무요원 제외)가 신고의무를 이행하지 않은 경우 500만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있다.⁵⁴⁾

2021년 신고 건수 중 신고의무자에 의한 신고건수는 860건으로 12.7%를 차지하였는데, 비신고의무자의 신고 비율(87.3%)보다 훨씬 낮다.⁵⁵⁾ 신고의무자의 신고비율은 사회

51) 양형위원회(https://sc.scourt.go.kr/sc/krsc/criterion/criterion_03/sex_01.jsp)(2022. 8. 22. 최종 검색).

52) 2004년 제1호부터 제5호까지만 규정하였다가 2021. 12. 21.까지 계속 확대해왔다. 2004년 처음 규정된 신고의무자는 1. 의료인, 2. 요양서비스 종사자 및 노인복지시설의 장, 노인복지 상담원, 3. 장애노인 상담·치료·훈련 또는 요양업무 수행자, 4. 가정폭력 관련 상담소 및 가정폭력 피해자 보호시설의 장과 그 종사자, 5. 사회복지전담공무원 및 사회복지시설의 장과 그 종사자이다. 이후 6. 장기요양기관의 장과 그 종사자, 7. 119구급대의 구급대원, 8. 건강가정지원센터의 장과 그 종사자, 9. 다문화가족지원센터의 장과 그 종사자, 10. 성폭력피해상담소 및 성폭력피해자보호시설의 장과 그 종사자, 11. 응급구조사, 12. 의료기사, 13. 국민건강보험공단 소속 요양직 직원, 14. 지역보건의료기관의 장과 종사자, 15. 노인복지시설 설치 및 관리 업무 담당 공무원, 16. 사회복지시설에서 복무하는 사회복지요원(노인을 직접 대면하는 업무에 복무하는 사람으로 한정)을 추가하였다.

53) 「노인복지법」 제39조의6 제5항.

54) 「노인복지법」 제61조의2 제2항 제2호.

55) 보건복지부·중앙노인보호전문기관, 위 보고서, 22면.

복지관 전담공무원(4.8%), 노인복지시설의 장과 종사자(3.6%) 순으로 높고, 의료인·의료기관의 장(0.3%), 성폭력피해상담소 등 종사자(0.1%)의 신고비율은 매우 낮았다. 비신고의무자의 경우 관련기관(경찰관, 사회복지시설종사자 등)에 의한 신고가 4,799건(70.8%)으로 가장 높았고, 친족(8.1%), 피해노인 본인(5.3%)순으로 나타났다.

나. 미국의 노인학대 관련 신고의무 제도

미국은 우리보다 훨씬 일찍부터 노인학대 방지 대책을 적극적으로 시행하여왔다. 1975년 미국 의회는 「사회보장법(Social Security Act)」⁵⁶⁾을 개정, 모든 주에 노인보호 서비스부서(Adult Protective Service, APS)를 설치, 자해 노인 등을 보호하는 제도를 시행해왔고, 2010년 「고령자 정의 법(the Elder Justice Act)」을 제정,⁵⁷⁾ 연방 및 각 주에 노인학대 관련 기구를 설치하도록 강력한 재정 및 연구지원을 하고 있다. 현재 미국 모든 주는 노인학대 신고의무 규정을 두고 있는데, 1) 일정 종사자에게만 신고의무를 두는 주와 2) 학대사실을 안 모든 사람에게 신고의무를 부과하는 주로 나눌 수 있다. 1)의 경우는 주로 의료인, 노인보호서비스에 종사하는 기관 및 종사자에게 의무를 부과한다. 예컨대, 뉴저지주는 헬스 케어(health care) 종사자, 법집행 공무원, 소방관, 응급 의료 전문가가 노인학대가 있다고 믿을 합리적인 이유가 있는 경우에는 카운티 노인보호 전문기관에 신고하도록 규정하고 있다.⁵⁸⁾ 신고 기간은 즉시 또는 1-2주일 이내에 신고하도록 규정하고 있다.⁵⁹⁾ 주에 따라서는 약사, 소방관, 변호사, 약물중독 상담원, 학교 공무원, 성직자, 동물통제관, 우체국 직원 등을 포함하며 신고의무를 위반하는 경우 형사 처벌을 하고 있다.⁶⁰⁾ 2)의 경우 특정 종사자뿐만 아니라 노인학대를 알고 있거나 있다고 의심할만한 합리적인 이유가 있는 사람은 모두 신고의무가 있고,⁶¹⁾ 이를 어길 경우 2급 경죄로 형사처벌 할 수 있도록 규정하고 있다.⁶²⁾

56) Title XX of the Social Security Act.

57) Subtitle B of Title XX of the Social Security Act.

58) N.J.S.A. 52:27D-409.a.

59) 예컨대, 네브라스카주(Neb.Rev.St. § 28-372).

60) 예컨대, 캘리포니아주(Cal.Welf. & Inst.Code § 15630), 아리조나주(A.R.S. § 46-454).

61) F.S.A. § 415.1034(1); 테네시주(T. C. A. § 71-6-103(b)(1)).

62) F.S.A. § 415.111(2급 경죄는 60일 이하의 구금형 또는 벌금형으로 처벌할 수 있다(F.S.A. § 775.082(4)(b))); 테네시주는 A급 경죄로 처벌하고 있다(T. C. A. § 71-6-110).

강력한 신고의무 제도에 대한 비판적 견해는 고령자의 자율성을 침해하고 고령자의 사생활을 감시하게 하는 부작용 가능성을 지적한다.⁶³⁾ 또한, 다수의 주는 의사, 변호사, 성직자를 포함하면서 이들의 비밀준수의무와 상충되지 않도록 비밀준수의무를 해제하고 있는데, 이들에 대한 고령자의 신뢰를 약화시킬 수 있다는 비판도 제기된다.⁶⁴⁾ 신고의무 불이행자에 대한 처벌 규정이 있어도 실제 처벌되는 사례는 많지 않다는 점도 비판의 대상이 된다.⁶⁵⁾ 노인학대 관련 법률이 아동학대방지법을 본받아 제정되었지만 아동과 달리 프라이버시와 자율성을 보호받아야 할 노인에게는 적용하기 어렵고, 이러한 제도가 오히려 고령자에 대한 편견을 초래할 수 있다는 비판도 제기되고 있다.⁶⁶⁾ 그럼에도 불구하고 노인학대를 적극적으로 방지하기 위해 각 주는 신고의무 제도를 확대해 나가는 추세에 있다. 다른 효과적인 대안이 없기 때문인 것으로 보인다.

다. 검토

성폭력범죄는 노인학대에 포함되는데도, 2020년 기준 61세 이상 노인을 대상으로 한 강간 등 성폭력 범죄 발생 신고 건수가 743명(3.7%)인데 비해 노인보호전문기관에 신고된 건수는 240건(2.4%)에 불과한 것을 감안하면, 노인학대의 일환으로 신고되는 성폭력 범죄의 신고 건수가 수사기관에 대한 신고보다 훨씬 낮은 것으로 보인다. 앞서 살펴본 바와 같이 경찰 등 관련기관에서 신고되는 건수가 가장 많은 신고비율을 차지하는 것을 보아도 알 수 있다. 반면에 미국 법무부 연구결과에 의하면 284건의 성적학대 신고유형을 볼 때 고령자 보호서비스기관에 신고된 비율(53.9%)이 수사기관에 신고된 비율(46.1%)보다 더 높았다.⁶⁷⁾ 노인학대의 한 유형인 성적학대가 성폭력 범죄보다 넓은 개념이고, 신고를 주저하는 고령피해자의 특성을 감안하면, 수사기관에 대한 신고 건수보

63) Benjamin Pomerance, Finding the Middle Ground on a Slippery Slope: Balancing Autonomy and Protection in Mandatory Reporting of Elder Abuse, 16 Marq. Benefits & Soc. Welfare L. Rev. 439, 462(2015).

64) Benjamin Pomerance, 위 논문, 468.

65) Richard Bernal, Do I Really Have to?: An Examination of Mandatory Reporting Statutes and the Civil and Criminal Penalties Imposed for Failure to Report Elder Abuse, 25 Elder L.J. 133, 147(2017).

66) Richard Bernal, 위 논문, 154; Nina A. Kohn, Outliving Civil Rights, 86 Wash. U. L. Rev. 1053, 1061, 1066(2009).

67) Ann W. Burgess, 위 보고서, p.6.

다 노인보호전문기관에 대한 신고건수가 많아야 함에도 그렇지 않은 것은 특이한 점이다. 배우자 등 면식범에 의한 성착탈의 사건 처리에 있어서도 전문보호기관이 피해자에게 더 폭넓은 선택을 제공될 수 있다는 점에서 고령 성폭력 피해자가 수사기관보다 전문보호기관에 신고하는 것을 선호하는 것이 바람직하다. 그럼에도 수사기관에 대한 신고율이 더 높은 것을 보면, 우리나라 노인학대 대응 시스템이 성폭력 범죄 사건을 통합하여 처리하기에 미흡한 현실을 보여주는 것으로 보인다.

개선방안으로 우선, 제39조의6 제2항이 ‘노인학대를 알게 된 때’로만 규정하고 미국과 달리 ‘노인학대의 의심이 있는 경우’를 신고의무에서 제외하고 있는 것을 개선할 필요가 있다.⁶⁸⁾ ‘노인학대를 알게 된 때’에만 신고의무가 있다면 노인학대가 의심되는 상황에서 신고의무자가 더 이상의 확인 노력을 중단할 수 있기 때문이다. 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제10조 제2항이 “아동학대범죄를 알게 된 경우나 그 의심이 있는 경우”로 규정하는 것과 동일하게 규정할 필요가 있다. 신고의무자의 범위와 관련해서는 미국 다수의 주와 같이 약사, 지자체 공무원, 소방공무원,⁶⁹⁾ 학교 공무원, 우체국 직원 등 독거노인과 친밀한 관계를 유지할 수 있는 공무원 또는 직업 종사자를 추가하는 것을 고려할 필요가 있다. 격지의 고령자나 독거노인 등과 관련한 직군에게는 신고의무의 부과와 더불어 일정한 인센티브를 부여하는 방안도 고려할 필요가 있다. 다만 미국과 같이 신고의무 위반자에게 형사처벌을 하는 것은 구성요건의 명확성 문제, 소송법상 입증문제로 실효성이 크지 않을 것이므로 현재와 같이 과태료를 부과하는 것으로 족하다고 생각된다.

68) 같은 논지로는, 강동욱, 「노인복지법」 상 노인학대 신고제도와 그 개정안, 홍익법학 제19권 제4호, 2018, 395, 405.

69) 미국의 경우 노인학대가 방화나 실화 등과 밀접한 관련이 있어 소방관을 신고의무자로 추가하고, 우체국 직원의 경우 독거노인 등과 밀접 접촉할 가능성이 있기 때문에 신고의무 대상자로 포함할 필요성이 있다고 본다.

3. 성폭력 범죄를 포함한 노인학대 컨트롤 타워 운영

가. 필요성

고령자 대상 성폭력 범죄는 매우 복잡한 양상을 띠므로 피해자의 신고율 향상 방안은 노인학대 방지를 위한 통합적인 관점에서 검토해야 한다. 고령의 성폭력 피해자가 자발적으로 의료서비스를 방문할 수 있도록 해야 하며, 이 단계에서 노인보호 및 형사사법서비스가 함께 제공되어야 한다. 그러나 현재 이러한 제도적 뒷받침은 미흡하다. 국무총리가 위원장이 되는 사회보장위원회가 2014년에 노인학대방지 종합대책을 발표한 바 있으나 노인학대방지를 위해 관계기관을 총괄할 수 있는 컨트롤 타워로서 기능하지 못하고 있다. 성폭력 범죄의 주관부서는 여성가족부, 노인학대 주관부서는 보건복지부로 이원화된 것도 문제이다. 노인을 대상으로 하는 성적학대에 대하여는 보건복지부가 주관하여 종합적인 대처가 가능하도록 제도적 개선을 할 필요가 있다. 이를 위해서는 법적 근거에 따른 컨트롤 타워의 설치가 필요하다.

나. 미국 ‘고령자 정의 조정위원회’의 역할

미국의 2010년 노인학대방지법은 노인학대 방지제도를 총괄할 수 있도록 ‘고령자 정의 조정위원회(the Elder Justice Coordinating Committee, EJCC)’를 설치하였다. EJCC는 2018년 기준으로 노인학대 방지와 관련이 있는 14개 연방기관(법무부, 노동부, 농림부, 재무부, 증권감독위원회 등)의 협의체로 구성되어 있고, 보건복지부장관이 당연직 의장이다. EJCC는 보건복지부장관에게 노인학대방지 정책에 관한 권고를 하며, 2년마다 의회에 활동보고서를 제출한다. 2016-2018년 위원회 활동보고서를 보면, 노인학대 사건에 대한 관계 기관의 대응을 강화하는 전략과 노인학대에 대한 대중의 경각심을 높이는 전략으로 나누어 노인학대 방지를 위한 입법 및 실무개선 권고안 제시, 법률지원 등과 같이 미국 전역에서 노인학대 방지를 위한 컨트롤 타워의 역할을 담당하고 있다. 관계 기관은 1년에 2회 공개 및 비공개 미팅에서 기관별 노인학대 방지대책 효과를 공유하고 협의결과에 따라 전략을 수정하며 차 년도 활동방향을 논의한다.⁷⁰⁾ 주요 역할은

70) 위 EJCC보고서, p.8.

관계기관의 협력과 정책 발굴에 있지만 노인학대와 관련한 다양한 조사 및 연구지원, 이를 바탕으로 수사기관 등 관련기관 종사자에 대한 현실적인 교육 및 훈련지원을 담당하는 것도 중요한 역할에 해당한다. 2년마다 그 활동내역을 의회에 보고하도록 되어 있다는 점에서 사후관리도 적절하게 이루어진다는 평가를 받고 있다.

다. 가칭 ‘노인학대방지정책조정위원회’ 설치

「노인복지법」을 개정하여 노인학대를 방지하기 위한 종합적인 제도장치를 마련할 필요가 있다. 이를 위해 「노인복지법」 상 노인학대를 방지하기 위한 국가의 책무를 명확하게 규정할 필요가 있다. 특히, 「아동복지법」 제10조의 국무총리 소속의 ‘아동정책조정위원회’와 같이 가칭 ‘노인학대방지정책조정위원회’를 설치할 근거를 마련하고, 제7조의 ‘아동정책기본계획의 수립’ 규정과 같이 노인학대방지정책기본계획의 수립, 제11조의 아동종합실태조사와 같은 노인학대방지종합실태조사, 제22조의 아동학대의 예방과 방지의무 규정과 같이 국가의 노인학대방지 예방과 방지의무규정, 제22조의4의 피해아동보호계획의 수립과 같이 피해노인보호계획의 수립 등 종합계획수립 및 실태조사 등에 대한 규정을 추가하여, 노인학대방지정책조정위원회가 이를 통합적으로 관리·운영하도록 할 필요가 있다.

4. 노인학대 전담 협업체제 구축

가. 필요성

고령 피해자의 신체적 특징으로 인해 수사기관은 성폭력 피해에 대한 명백한 증거를 적시에 수집하기가 어렵다.⁷¹⁾ 또한, 고령 피해자는 물리적, 경제적 의존도가 높기 때문에 정상적인 생활을 영위하기 위해 피해사실을 감추어야 하는 현실과 성폭력으로 인한 수치심, 당황스러운 감정으로 극심한 내적 스트레스를 겪는다.⁷²⁾ 때문에 수사기관이나

71) 성폭력 피해의 근거가 될 수 있는, 회음부 출혈이나 염증, 반항과정에서 나타나는 멍자국 등이 고령에 의한 신체적 특징으로 혼동될 수 있기 때문에 이에 대한 의학적 또는 법과학적 연구가 필요하다.

72) Ruthy Lowenstein Lazar, Me Too? The Invisible Older Victims of Sexual Violence, 26 Mich.

법원이 고령 피해자의 이러한 특성을 고려하는 성인지 감수성을 갖지 않으면 피해자의 진술을 간과하거나 무시하기 쉽다. 친밀한 사람에 의한 성폭력 범죄사건에서 수사기관이 가해자-피해자 사이의 경제적 이해관계 등을 이유로 고령자의 성폭력 피해 사실을 잘 믿지 않는다는 해외 연구 결과는, 수사 담당자가 고령 성폭력 피해자에 대하여 갖는 편견이 실제 수사결과에 영향을 미칠 수 있음을 보여준다.⁷³⁾

「노인복지법」 제39조의5 제1항은 노인인권보호 관련 정책제안이나 연구 및 프로그램 개발 등의 업무를 위하여 중앙노인보호전문기관을 설치하도록 하고, 제2항은 노인학대 신고 접수 및 현장조사, 상담 및 법률지원 요청 등 업무를 위한 지역노인보호전문기관을 특별시·광역시·도·특별자치도에 설치하도록 규정하고 있다. 지역노인보호전문기관이 노인학대와 관련한 옴부즈만 역할을 수행하도록 규정하고 있지만 조사에 관한 근거 규정이 불명확하고 노인보호를 위한 조사에 국한되는 등 노인학대를 적극적으로 대처하기에 미흡하다는 비판이 있다.⁷⁴⁾ 따라서 조사에 한계가 있는 지역노인보호전문기관이 수사기관, 지방자치단체 복지부와 실질적인 협업을 할 수 있도록 통합제도를 운영할 필요가 있다.

나. 미국의 노인학대법과학센터의 역할

수사기관이 노인 성폭력 범죄에 대처함에 있어서 노인보호기관과 유기적인 협력체계를 갖추도록 제도화할 필요가 있다. 학대예방경찰관 등 경찰이 지방자치단체, 노인보호전문기관과 협력하고는 있지만 실질적이고 통합적인 협력 체계를 갖추었다고는 보기 어렵다. 미국 노인학대방지법에 따라 설치된 노인학대법과학센터(the Elder Abuse Forensic Center)를 벤치마킹할 필요가 있다. 노인학대법과학센터는 2003년에 캘리포니아-어바인 의과대학(the University of California-Irvine School of Medicine)에 최초로 설치되었다. 노인보호전문기관직원, 노인보호시설 옴부즈만 직원, 지자체 사회복지 공무원, 검찰청 직원, 경찰관 등 10여개의 관계기관 직원이 매주 오후 1회 이상 노인보호전문기관 본부에 모여서 접수된 사건에 대하여 논의하고 사건 해결을 위한 의료, 법률

J. Gender & L. 209, 255(2019).

73) Ruthy Lowenstein Lazar, The Vindictive Wife: The Credibility of Complainants in Cases of Wife Rape, 25 S. Cal. Rev. L. & Soc. Just. 1, 3(2015).

74) 박태정, 옴부즈맨 관점에서 본 노인보호전문기관의 법적 쟁점과 개선 방향, 인문사회 21, 제12권 제5호, 2021, 2037.

상담, 복지 서비스, 수사, 노인학대 관련 연구에 관하여 협업하고 있다.⁷⁵⁾ 일반 성폭력범죄나 아동학대에 비해 상대적으로 부족하고 파편화된 노인학대 관련 정보를 관계 기관이 공유하고, 서로의 역할을 이해함으로써 복잡한 양상을 띠는 노인학대 범죄 대응에서 괄목할만한 성과를 거두는 것으로 나타났다.⁷⁶⁾

이 모델은 우리나라 성폭력, 가정폭력, 성매매피해자에 대한 상담, 의료, 법률, 수사 및 심리치료 지원을 원스톱으로 제공하는 해바라기센터와 유사하다. 다만, 노인학대법과 학센터는 노인의 학대범죄만을 전문으로 의료, 상담, 수사 및 법률지원은 물론이고, 노인 복지와 관련된 사안을 종합적으로 협의하고 처리하기 위해 노인복지관련 공무원이 참여하며, 상담 및 진료를 통한 자료의 분석과 심층적인 연구도 병행한다. 특히, 성폭력피해자를 위한 전담 지원기관이라는 해바라기센터의 이미지는 성폭력 범죄 신고를 주저하는 고령자에게 현실적인 부담이 될 수 있다. 여기서 고령의 성폭력피해자의 해바라기센터 이용률이 다소 낮다는 점을 주목할 필요가 있다. 한국여성인권진흥원이 분석한 2017년, 2018년 60세 이상 성폭력범죄 피해자의 해바라기센터 이용률은 1.5%, 1.9%⁷⁷⁾에 해당하는데, 2017년, 2018년 61세 이상 강간, 강제추행 등 중대 성폭력범죄의 피해자 비율이 각 2.8%, 3.1%이라는 점을 고려할 때, 고령의 중대 성폭력 범죄피해자의 해바라기센터 이용률이 상대적으로 낮은 이유를 분석할 필요가 있다.

다. 가칭 ‘노인학대법과학센터’ 설치

고령자 대상 성폭력 범죄에 대응하기 위해 해바라기센터를 개선하는 것을 고려할 수도 있다. 그러나 노인 학대 피해신고가 노인보호전문기관, 수사기관 등 다양한 경로를 통해 접수된다는 점, 고령자의 경우 대체로 성폭력범죄피해 신고를 꺼린다는 점을 고려

75) University of California, Irvine·School of Medicine, Center of Excellence on Elder Abuse & Neglect 홈페이지(<https://www.centeronelderabuse.org/E AFC.asp>)(2022. 8. 14. 최종 검색).

76) Navarro A.; Wilber K.; Yonashiro J.; Homeier D. (2010). "Do We Really Need Another Meeting? Lessons from the Los Angeles County Elder Abuse Forensic Center." The Gerontologist: v50(5), 702-711. 전반적인 운영현황에 대하여는 Schneider D., Mosqueda L., Falk E., Huba G. (2010). "Elder Abuse Forensic Centers." Journal of Elder Abuse and Neglect: vol 22(3-4), 255-74 참조.

77) 한국여성인권진흥원 누리집, 2017-2018년 해바라기센터 이용 현황 분석 자료(https://www.stop.or.kr/cardnews/cardNewsUsrView.do?srch_menu_nix=czt8k027&seq=72&nownm=11)(2022. 8. 20. 최종 검색).

할 때, 해바라기센터와는 별도로 고령자의 신고가 통합적으로 운영될 수 있도록 노인학대법과학센터를 설립할 필요가 있다. 「아동복지법」 제29조의7 제1항은 보건복지부장관 등은 피해아동의 치료를 위한 전담의료기관을 지정할 수 있도록 규정하고, 제2항은 전담 의료기관은 아동학대 피해에 대한 상담, 신체적·정신적 치료 등을 담당하도록 규정하고 있다. 이 전담의료기관을 「노인복지법」에도 규정하여 이를 중심으로 해바라기센터의 확장된 모델로서 노인학대법과학센터를 운영하면서, 의료인, 노인보호전문기관 직원, 지방자치단체 사회복지공무원, 검찰 및 경찰 공무원 등이 개별 사건마다 유기적으로 협력하도록 제도화할 필요가 있다. 노인법과학센터가 고령자 대상 성 상담, 성폭력 예방교육, 피해발생 시 노인복지 관점에서의 의료적, 경제적 지원, 노인대상 학대 및 성폭력범죄 피해의 원인과 재발방지책 등을 심층적으로 연구하는 역할을 담당하도록 할 필요가 있다.

5. 수사기관에 대한 체계적인 교육 훈련

가. 필요성

고령자에 대한 성범죄를 예방하고 효과적인 수사·기소가 이루어지기 위해서는 수사기관의 적극적인 역할이 필요함에도 「노인복지법」에는 수사기관의 역할이나 책무가 별도로 규정되어 있지 않다. 효과적인 수사 및 기소를 위해서는 수사기관의 노인에 대한 성폭력 범죄에 관한 이해가 매우 중요하다. 이들에 대한 교육·훈련과 함께 사건 유형별 데이터 분류 및 분석도 중요하다. 그러나 고령자 대상 성폭력 범죄의 정확한 실태조차 분석되어 있지 않은 것은 문제이다.

나. 전담 전문 책임자 지정 및 실무 가이드라인 마련

미국 연방의회가 2017년 「노인학대 방지 및 기소에 관한 법」을 제정하고 수사기관에 대한 훈련 및 지원을 강화한 것을 참조할 필요가 있다. 주요 내용을 보면, 법무부장관은 각 연방 관할 지역별로 최소 1명 이상의 ‘노인정의조정관(the Elder Justice Coordinator)’을 임명하여 이로 하여금 노인학대와 관련한 법적 조언 및 기소 업무를 지원하고 노인학대와 관련한 경각심을 제고하기 위한 대외 활동, 노인학대와 관련한 데이

터 수집을 책임지도록 규정하고 있다.⁷⁸⁾ 법무부장관은 연방수사국 국장과 협의하여 연방수사국요원을 대상으로 노인학대 피해자와의 대화전략, 노인학대와 관련한 법과학 훈련에 대한 정기적이고 종합적인 훈련프로그램을 개발·실시하여야 하고, 전국 법집행기관에 필요한 정보, 훈련 및 기술적 지원을 하도록 규정하고 있다.⁷⁹⁾

우리의 경우 실무적으로, 「노인복지법」상 형사처벌의 대상이 되는 “노인에게 성적 수치심을 주는 성폭행·성희롱 등의 행위”가 무엇인지에 대한 명확한 기준 설정, 수사담당자들을 대상으로 하는 교육훈련이 필요할 것으로 보인다. 지방경찰청별로 성폭력범죄를 포함한 노인학대 사건에 대한 법적 조연과 수사에 필요한 가이드라인을 마련하고 유관기관과 협력할 책임자를 지정할 필요가 있다. 이 책임자로 하여금 수사기관이 노인대상 성폭행 등 수사·기소 과정에서 고려해야할 사항을 노인학대 관련 전문기관과 협력하여 제작·배포·공유하는 것이 필요하다. 미국 ‘전국 주 법원을 위한 센터(National Center for State Courts)’의 ‘노인학대에 관한 효과적인 협력을 위한 기소 가이드라인(Prosecution Guide to Effective Collaboration on Elder Abuse)’과 자료를 예로 들 수 있다.⁸⁰⁾

6. 의료기관의 적극적 역할 제고

가. 의료기관 역할의 중요성

고령자 대상 성폭력 가해자는 배우자, 아들 등 친족이나 노인보호시설 종사자와 같이 피해자가 의존적인 관계에 있는 경우가 다수를 차지한다. 독거노인을 대상으로 하는 침입형 성범죄 발생도 무시할 수 없다. 전자의 경우 의존적인 관계나 보복에 대한 두려움으로 인해 처벌을 꺼린다는 점,⁸¹⁾ 후자의 경우 때 늦은 신고, 고령자의 인지, 지각능력의 저하로 인한 적절한 증거수집이 어렵다는 것이 문제이다.

이러한 문제를 해결하기 위해 의료기관의 역할을 강화할 필요가 있다. 독거노인과 같

78) 34 U.S.C.A. § 21711(a)(1).

79) 34 U.S.C.A. § 21711(b).

80) 미국 법무부 홈페이지(<https://www.ojp.gov/library/publications/prosecuting-elder-abuse-cases-basic-tools-and-strategies>)(2022. 8. 23. 최종 검색).

81) Ann W. Burgess, 위 보고서, p.83.

이 사회적으로 고립된 고령자의 경우 의료진이 거의 유일하게 성적학대의 흔적을 발견할 수 있다. 가정 내 배우자 등으로부터 성적학대를 당하는 고령 피해자들의 경우에도 친족 등을 제외하면 의사 등 전문기관이 학대 흔적을 발견할 가능성이 가장 높다. 그러나 살펴본 바와 같이 우리나라에서 신고의무자인 의료인의 학대 신고 비율은 0.3%로 매우 낮게 나타났다. 의료인들이 고령자의 성에 대하여 갖는 편견이 원인일 수 있다는 연구결과를 참고할 필요가 있다. 의료인들은 노인의 성적 문제를 고령으로 인한 질병 또는 기능장애로 인식하는 경향이 있고, 진료 시 고령자의 성에 대한 질문이 부적절하다는 편견을 갖고 있어 이에 관한 대화를 꺼리는 경향이 있다.⁸²⁾ 이러한 편견을 제거할 수 있도록 의료인 등 신고의무자에 대한 교육 및 홍보가 실질적으로 이루어질 필요가 있다.

나. 전담의료기관 지정을 통한 통합적 관리 체제

의료기관 종사자들에 대한 인식조사를 바탕으로 내실 있는 교육이 실시될 필요가 있다. 이를 위해서는 앞서 설명한 노인학대법과학센터를 운영하는 전담의료기관을 중심으로 정부 또는 지방자치단체의 보조금 등 인센티브 제공을 고려할 필요가 있다. 또한, 「노인복지법」 제39조의6 제4항 또는 제5항의 신고의무자에 대한 교육프로그램을 의료인 등 전문분야에 맞게 개발·운영할 필요가 있다. 이는 담당부처인 보건복지부에서 적극 추진해야 할 사항으로서 앞서 제안한 노인학대방지정책조정위원회, 노인학대법과학센터 설치와 함께 종합적인 관점에서 준비할 필요가 있다.

IV. 마치는 글

고령자 증가와 함께 고령의 여성을 대상으로 하는 성폭력범죄가 계속 증가할 것으로 예상되지만 고령자를 대상으로 하는 성폭력범죄나 성적학대에 관한 실태조사가 제대로

82) Saunamäki, N.; Engström, M. Registered nurses' reflections on discussing sexuality with patients: Responsibilities, doubts and fears. J. Clin. Nurs. 2014, 23, 531-540; Gewirtz-Meydan, A.; Ayalon, L. Physicians' response to sexual dysfunction presented by a younger vs. An older adult. Int. J. Geriatr. Psychiatry 2017, 32, 1476-1483.

실시되지 않고 있다. 정확한 실태조사를 바탕으로 고령자 대상 성폭력 범죄의 예방 및 근절대책이 정부차원에서 종합적으로 마련되어야 한다. 고령자 대상 성폭력 범죄는 신고율이 매우 낮다는 점이 가장 큰 문제이다.

노인 대상 성폭력 범죄의 가중 처벌의 문제는 우리 사회에 강력한 메시지를 전달한다는 순기능이 있지만 고령자 대상 성폭력 문제를 형사처벌에만 의존하는 형벌 포퓰리즘의 부작용을 고려할 때, 가중처벌 방식의 입법보다는 특별 양형인자로 고령을 명시함으로써 개별 사건에서 구체적 타당성을 확보하는 것이 합리적인 방안이라고 생각한다. 이보다는 낮은 신고율을 높이기 위한 방안에 보다 집중할 필요가 있다. 이를 위해서는 수사기관 중심의 형사정책에서 수사기관, 노인학대 전담기관, 노인복지 담당 행정기관, 의료기관의 통합적 협력모델로의 전환이 필요하다. 구체적으로, 노인학대 신고요건 및 신고의무자의 범위를 확대하고, ‘노인학대정책조정위원회’를 설치하여 노인학대방지 정책을 총괄하도록 할 필요가 있다. 또한, 수사기관, 노인보호전문기관, 노인복지부서의 유기적 협업이 가능한 ‘노인학대법과학센터’를 설치할 필요가 있고, 수사기관에 대한 체계적인 교육 및 훈련이 이루어져야 한다. 노인의 성에 대한 심층 상담에 있어서 의료기관의 적극적인 역할을 통해 신고율을 제고하기 위한 제도적 뒷받침도 필요하다.

참고문헌

- 강동욱, 「노인복지법」 상 노인학대 신고제도와 그 개정안, 홍익법학 제19권 제4호, 2018.
- 김중곤, 증오범죄에 대한 탐색적 연구: 인터넷 기사에 나타난 증오범죄 사례분석, 한국공안행정학회보 제77호, 2019.
- 박태정, 옴부즈맨 관점에서 본 노인보호전문기관의 법적 쟁점과 개선 방향, 인문사회 21, 제12권 제5호, 2021.
- 법무연수원, 2021 범죄백서, 2022.
- 보건복지부·중앙노인보호전문기관, 2021 노인학대 현황보고서, 19면, 대한민국 정책브리핑(<https://www.korea.kr/archive/expDocView.do?docId=40008>).
- Ann W. Burgess, Elderly Victims of Sexual Abuse and Their Offenders, report to the U.S. Department of Justice, 2006.
- Benjamin Pomerance, Finding the Middle Ground on a Slippery Slope: Balancing Autonomy and Protection in Mandatory Reporting of Elder Abuse, 16 Marq. Benefits & Soc. Welfare L. Rev. 439(2015).
- Gewirtz-Meydan, A.; Ayalon, L. Physicians' response to sexual dysfunction presented by a younger vs. An older adult. Int. J. Geriatr. Psychiatry, Vol. 32(12) 2016.
- Hannah Bows, Sexual Violence Against Older People, Trauma, Violence & Abuse, December 2018, Vol. 19, No.5.
- Human Services Elder Justice Coordinating Council 2016-2018 Report to Congress (https://acl.gov/sites/default/files/programs/2020-08/EJCC%20Report%20to%20Congress_2016-2018.pdf).
- Irene Byhovsky, Financial Crimes against the Elderly as a Hate Crime in New York State, 81 Alb. L. Rev. 1139(2018).
- Jennifer Leibson, Sexual abuse, 23 Ky. Prac. Ky. Elder Law §14:8(2d)(Westlaw

2022).

Julien Chopin & Eric Beauregard, Sexual Abuse of Elderly Victims Investigated by the Police: From Motives to Crime Characteristics, *Journal of Interpersonal Violence* Vol. 36, 2018.

Law Commission, Hate crime laws: Final Report, 2021.

LISA CAMPO-ENGELSTEIN, Rape as a Hate Crime: An Analysis of New York Law, *Hypatia*, Vol. 31, No.1, 2016.

Myrna Dawson & Amy Peirone, Sexual Assault against Older Adults, CNPEA, 2018 (https://cnpea.ca/images/eldersexualassault_revised_literature_review_final_submitted_august_23_2018.pdf).

Navarro A.; Wilber K.; Yonashiro J.; Homeier D. (2010). "Do We Really Need Another Meeting? Lessons from the Los Angeles County Elder Abuse Forensic Center." *The Gerontologist*: v50(5).

Nina A. Kohn, Outliving Civil Rights, 86 *Wash. U. L. Rev.* 1053, 1061, 1066(2009).

Nobels A, Vandeviver C, Beaulieu M, Cismaru Inescu A, Nisen L, Van Den Noortgate N, Vander Beken T, Lemmens G, Keygnaert I. "Too Grey To Be True?" Sexual Violence in Older Adults: A Critical Interpretive Synthesis of Evidence. *Int J Environ Res Public Health*. 2020 Jun 9;17(11).

Office of the Attorney General, Manual for Prosecution of Crimes Against the Elderly(Dec. 2005).

Office of the Attorney General, Prosecution Manual for Crimes Against the Elderly, 2020, 63, 157-158(https://ag.ky.gov/AG%20Publications/Elder%20Abuse%20Prosecution%20Manual%20w_letter.pdf).

Richard Bernal, Do I Really Have to?: An Examination of Mandatory Reporting Statutes and the Civil and Criminal Penalties Imposed for Failure to Report Elder Abuse, 25 *Elder L.J.* 133(2017).

- Ruthy Lowenstein Lazar, Me Too? The Invisible Older Victims of Sexual Violence, 26 Mich. J. Gender & L. 209(2019).
- Ruthy Lowenstein Lazar, The Vindictive Wife: The Credibility of Complainants in Cases of Wife Rape, 25 S. Cal. Rev. L. & Soc.Just. 1(2015).
- Saunamäki, N.; Engström, M. Registered nurses' reflections on discussing sexuality with patients:Responsibilities, doubts and fears. J. Clin. Nurs. 2014.
- Schneider D., Mosqueda L., Falk E., Huba G. (2010). "Elder Abuse Forensic Centers." Journal of Elder Abuse and Neglect: vol 22(3-4).
- Stacey Sriver, Elaine Mears, Ingrid Wallace, Older women and sexual violence: recognising and supporting survivors, the Journal of Adult Protection, Vol. 15, 2013.
- Stanford Law and Policy Lab & Brennan Center For Justice, Exploring Alternative Approaches to Hate Crimes, 2021(https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2021/06/Alternative-to-Hate-Crimes-Report_v09-final.pdf).
- The Pennsylvania Coalition Against Rape, Technical Assistance Manual for Pennsylvania's Sexual Violence Centers, 2005 (https://www.nsvrc.org/sites/default/files/Elder_Sexual_Assault_Technical-Assistance-Manual.pdf).

Criminal Justice Policy for the Sexually Victimized Elderly

Lee, Seongki*

This article discusses on the criminal justice policy in a way to effectively deter sexual crimes against the elderly. Currently, the sexual abuse against the elderly which is included in the definition of elder abuse has attracted some attention from media. Its prevention policy, however, has not been much discussed due to social prejudice against elderly sexuality. Not only people but also law enforcement officers such as crime investigators tend to see old people as asexual.

This paper aims to devise some strategies to enhance the reporting rate of the elderly who are sexually assaulted by strangers in some cases or intimate persons such as spouses or health care professionals. To this end, this article reviews the systematic approach the U.S. has taken where sexual abuse cases are dealt in the scope of elder abuse and suggests some developmental measures as follows. First, punishment for perpetrators who sexually abused the elderly must be strengthened in a way to send out strong messages to society. Second, the scope of mandatory reporting must be extended to include officials or professionals such as law enforcement officers, postal officers, and fire-fighters. Third, a consolidated approach must be adopted based on a control tower such as ‘the Elder Justice Coordinating Committee’, and a coordinated response team such as ‘the Elder Abuse Forensic Center’ in the U.S. Finally, there must be a guideline and training manual for investigation and prosecution authority specialized in elderly sexual abuse cases.

❖ Key Words: Elder, Elder Abuse, Elder Sexual Abuse, Sexual Violence, Elderly Victimization

투고일 : 8월 22일 / 심사일 : 9월 27일 / 게재확정일 : 9월 27일
--

* Professor at College of Law, Sungshin Women's University(J.S.D).

Merton의 거시 수준 아노미 이론은 여전히 유효한가?

미국 50개 주의 세 가지 유형의 범죄율을 중심으로*

송 효 중**

국 | 문 | 요 | 약

본 연구는 Robert K. Merton(1938, 1968)의 거시 수준 아노미 이론에서 제시된 범죄발생의 메커니즘이 실제로 거시 수준에서의 범죄율 변이를 설명할 수 있는지 검증하고자 하였다. 이를 위해 미국 50개 주를 분석단위로 하여 이론의 핵심 개념인 문화 및 사회구조를 경험적으로 측정하였고, 이들의 조합을 통해 분류된 사회의 유형이 범죄율과 어떤 관계를 맺고 있는지를 살펴보았다. 분석 결과 범죄의 유형에 따라 이론이 제시한 전망들에 일부 부합하거나 상반되는 패턴을 확인할 수 있었다. 경제적목표지향범죄와 폭력범죄의 경우, 이론의 전망과는 반대로 불평등한 사회구조에서 아노미적 문화의 경향이 약한 주에서 오히려 높은 범죄율이 나타나는 결과를 보였다. 반면 사이버범죄의 경우, 이론의 전망과 유사하게 불평등한 사회구조에서 아노미적 문화의 경향이 강한 주에서 대체적으로 높은 범죄율이 나타났다. 이러한 결과는 Merton이 전망한 거시 수준의 범죄발생 메커니즘이 오늘날 전통적 범죄보다 사이버범죄를 설명하는데 더 잘 적용될 가능성이 있음을 보여준다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2022.9.30.3.207>.

❖ 주제어 : Merton, 아노미, 긴장이론, 경제적목표지향범죄, 폭력범죄, 사이버범죄

* 이 연구는 2020학년도 고려대학교 문과대학 특별연구비 지원을 받아 수행되었음.

** 고려대학교 사회학과 부교수

I. 머리말

일탈 및 범죄의 발생 원인과 과정을 설명하려는 여러 이론적 접근들 중 Merton (1938, 1968)의 이론은 거시적 조건들의 상호작용이 만들어 내는 사회적 힘과 이에 대한 개인의 다양한 대응 방식의 유형들을 제시하면서 일탈 및 범죄가 발생하게 되는 특정한 거시 및 미시적 과정들을 구분해서 설명한다는 점에서(Cullen 1983; Featherstone & Deflem 2003; Messner 1988) 다른 이론들과 구별되는 독특한 관점을 가지고 있다. 먼저 거시 수준에서 범죄는 사회적으로 널리 강조되는 문화적 목표의 성취에 비하여 그것이 합법적인 수단을 통해 이루어져야 한다는 규범적 가치가 얼마만큼 강조되는지와 관련된다. 즉, 전자의 중요성이 후자의 그것에 비해 더욱 강하게 강조되는 경우 높은 범죄율이 나타나게 될 조건이 갖추어지게 되고, 이러한 조건속에서 실제로 한 사회가 제공할 수 있는 합법적인 수단이 충분하지 않을 때, 높은 범죄율은 더욱 분명하게 나타날 수 있다. 한편 이러한 거시 수준에서의 문화적/구조적 불균형은 개인에게 긴장을 불러일으키는 사회적 힘으로 작용하게 된다. 미시적 수준에서 이론은 이러한 사회적 힘에 개인이 어떻게 대응하는지 설명하려고 하며, 개인의 범죄 및 일탈행동 역시 이러한 사회적 힘과 개인의 긴장에 대한 대응 방식 중의 하나로써 설명되고 있다. 즉, 범죄 행위는 개인이 사회적으로 널리 강조되는 문화적 목표를 받아들이면서도 합법적인 수단을 사용하여 이를 성취해야 한다는 문화적 규범을 거부하는 혁신(innovation) 유형인 경우에 주로 해당된다(Merton 1938). 이렇듯 Merton 이론은 범죄율이라는 집합적/사회적 수준의 현실과 범죄행위라는 개인적 수준의 현실을 구분하여 접근하고 있지만, 그동안 Merton의 이론을 검증했던 연구들은 대부분 개인의 범죄행위에 대한 이론의 적용가능성에 대해 집중해 왔고, 반면 거시 수준에서의 범죄 발생 메커니즘에 대한 이론의 설명에 대해서는 충분한 검증이 이루어지지 못했다(Burton & Cullen 1992).

이에 본 연구는 Merton 이론에서 제시된 거시 수준에서의 범죄발생 메커니즘이 실제 범죄 현상을 설명할 수 있는지 확인해 보고자 한다. 구체적으로 본 연구는 Merton 이론에서의 주요 개념인 문화 및 사회구조를 경험적으로 측정하고, 이 두 변수들의 조합으로 만들어지는 각기 다른 사회 유형들이 범죄율과 어떤 관계를 맺고 있는지 살펴볼 것이다. 거시 수준의 이론에 대한 경험적 분석을 위해 미국 50개 주(state)를 분석 단위로 하여

각 주별 문화 및 사회구조의 상태를 여러 거시적 지표들을 통해 측정하였고, 이들의 조합을 바탕으로 만들어진 범주에 따라 세 가지 유형의 범죄율(경제적목표지향범죄, 폭력범죄, 사이버범죄)이 어떻게 달라지는지 비교하였다. 구체적인 분석방법과 연구결과의 소개에 앞서, 먼저 본 연구의 기반이 되는 Merton 이론에 대한 개요와 문화 및 사회구조 간의 상호작용에 대한 논의들, 그리고 Merton 이론을 검증했던 선행연구들을 살펴보고자 한다.

II. 이론적 배경 및 선행연구 검토

1. Merton의 사회구조와 아노미

Merton(1938, 1968)은 한 사회의 일탈 및 범죄의 수준을 결정하는 구조적 메커니즘을 제시하며 문화 및 사회구조의 두 영역 간 조합에 의해 일탈 및 범죄가 설명될 수 있음을 역설하였다. 먼저 문화의 영역은 가치중심적인 도덕과 규범에 관한 영역으로써, 한 사회에서 문화적으로 정의된 목표의 성취에 대한 부분과 이를 합법적인 수단을 통해 달성해야 한다는 규범에 대한 부분으로 구성된다. 즉, 한 사회에서 흔히 경제적 성공이라고 정의되는 문화적 목표의 성취가 얼마나 강하게 강조되고 있는지 여부와 함께, 합법적인 수단을 통해 그것을 달성하는 과정이 얼마나 강하게 강조되고 있는지 여부가 일탈 및 범죄에 영향을 미칠 수 있다는 것이다. 만일 어떤 사회에서 문화적 목표의 달성이 매우 중요하게 강조되면서도 적법한 수단을 통해 이를 성취하는 과정의 중요성은 상대적으로 덜 강조된다면, 이 사회에서는 목표의 성취를 위해 비합법적인 수단을 사용하는 현상이 빈번해 질 것이고, 이것이 결국 그 사회의 높은 범죄율과 연결될 것이다.

Merton은 이러한 문화적 가치와 규범의 역할과 함께 사회구조의 역할, 즉, 한 사회에서 제도화된 수단이 얼마나 충분하게 제공되고 있는지 여부 또한 중요하다고 지적하였다. 경제적 성공이라는 사회 구성원들 사이에서 보편적으로 받아들여지는 문화적 목표가 존재하더라도 이를 달성하기 위한 제도화된 수단 혹은 적법한 기회의 총량은 필연적으로 제한적이기 때문에 모든 사회 구성원들이 제도화된 수단을 통해 문화적 목표를 성취하는

것은 불가능하다. 만일 한 사회에서 문화적 목표를 성취하기 위한 합법적 수단이 충분하게 제공되지 못한다면, 이는 비합법적인 수단을 통해 목표를 추구할 가능성을 높이게 되고, 특히 합법적 수단 사용에 대한 규범적 강조가 상대적으로 약한 사회에서 이러한 경향은 더욱 분명하게 나타나게 될 것이다. Merton은 이러한 문화 및 사회구조 조건들의 조합이 한 사회의 높은 일탈 및 범죄 현상과 관련될 수 있다는 점을 지적했다.

여기서 문화와 사회구조의 조합이란 이 두 거시 수준의 영역이 각각 일탈 및 범죄라는 현상을 설명하는데 독립적인 역할을 한다기보다 두 영역 간의 상호작용을 통해 그것이 설명될 수 있음을 의미한다(Merton 1938; Cullen & Messner 2007). 즉, 문화적 목표의 성취에 대한 열망, 제도화된 수단을 통한 성취의 강조, 합법적 기회의 충분한 제공 여부 등의 세 가지 요소들이 각각 독립적으로 일탈 및 범죄 현상을 설명하는 것이 아니라 이 요소들이 특정한 형태로 결합했을 때 높은 범죄율을 이끌 수 있다는 것이다. 앞서 언급했듯이 누구나 경제적으로 성공할 수 있다는 문화적 목표가 강하게 공유되는 사회에서 이를 달성하기 위한 합법적 기회가 충분하지 않으며 또한 공평하게 분배되지 않을 때, 그리고 나아가 합법적 기회를 통한 목표의 달성보다 목표의 달성 그 자체만을 중요하게 여길 때, 이러한 문화 및 사회구조적 조건들은 개인에게 비합법적 수단을 통한 목표의 성취를 대안으로 고려하게 만들고, 이것은 결국 궁극적으로 그 사회 전체의 범죄율을 높이는데 영향을 미치게 된다는 것이다.

Merton의 이론은 1960년대까지 일탈 및 범죄 행위를 설명하는 문화와 사회 구조의 역할을 설득력있게 제시함으로써 많은 사회학자 및 범죄학자들의 주목을 받았다(Messner & Rosenfeld 2012; Snipes, Bernard, & Gerould 2019). 하지만 이후 주요 통제이론가들에 의해서 그 이론적 가정들에 대한 비판이 이루어졌고(Hirschi 1969; Kornhauser 1978), 이론을 검증했던 여러 경험적 연구들에서도 이론의 전망을 지지하지 못하는 결과들이 보고되면서 1970년대 이후 이론에 대한 관심은 점차 약해져 갔다(Messner & Rosenfeld 2012; Snipes et al 2019). 예를 들어 통제이론가들은 Merton 이론의 검증에 있어서 개인 수준에서의 문화적 목표에 대한 열망과 기대 간의 격차, 이로 인해 발생하는 긴장, 그리고 이러한 긴장과 일탈 행위 간의 관계에 주로 주목했고 많은 연구들에서 개인 수준에서의 이러한 열망과 기대 간의 격차는 일탈 행동에 유의미한 영향을 미치지 못한다는 점을 확인하였다(Burton & Cullen 1992).

그러나 이러한 이론에 대한 비판과 부정적인 연구 결과들이 과연 Merton의 이론에서 제시되었던 부분들에 대한 올바른 이해를 바탕으로 하고 있으며, 적절한 연구방법을 통해 얻은 결과였는지에 대한 비판 역시 제기되었다(Bernard 1984; Burton & Cullen 1992; Farnworth & Leiber 1989). 일부에서는 Merton 이론은 개인의 일탈 및 범죄 행위를 설명하는 미시 수준의 이론에 국한되는 것이 아니라, 구조적 수준에서의 집합적 범죄율을 설명하는데 적용될 수 있는, 사실상 두 개의 서로 다른 메커니즘에 대한 이론이며, 따라서 이 두 메커니즘이 별개로 다루어져야 한다는 주장이 제기되었다(Cullen 1983; Featherstone & Deflem 2003; Messner 1988). 나아가 Merton 이론은 미시 수준보다 거시 수준에서의 인과 메커니즘에 관한 이론이라는 주장도 제기되었고(Bernard 1987), Merton 본인 또한 자신이 미시 수준에서의 긴장 대응의 메커니즘에 대해 언급했음을 인정하면서도, 자신의 이론이 미시 수준에서의 심리학적 과정에 초점을 맞추고 있다는 부분은 사실상 부인하고 있다(Cullen & Messner 2007).

앞서 언급했듯이 Merton 이론에 대한 검증은 주로 개인을 분석단위로 한 연구들, 특히 개인의 목표에 대한 열망과 기대의 차이에 초점을 맞춘 연구들에 의해 이루어졌기 때문에, Merton이 제시했던 거시 수준에서의 문화와 사회구조의 상호작용이 집합적 수준에서의 일탈 및 범죄율 변화에 미치는 영향은 충분히 검증되지 못했다. 따라서 이론이 제시하는 거시 수준에서의 범죄발생 메커니즘을 검증하기 위해서는 거시 수준의 분석단위를 사용한 경험적 연구들이 더 많이 필요하다고 할 수 있다.

2. Merton 이론을 검증한 거시 수준의 연구들

이제까지 거시 수준의 분석단위를 사용한 연구가 많지 않았던 이유로는 먼저 어떤 수준이 분석 단위로써 적절할 것인지에 대한 부분과 어떻게 문화와 사회구조의 상태를 측정할 것인지에 대한 부분, 그리고 거시 분석단위를 택할 때 발생하는 종속변수 사용에 대한 제약을 어떻게 극복할 것인지 등에 대한 고민이 복합적으로 작용했기 때문으로 짐작된다. 이런 어려움들은 최근 Merton 이론을 다수준(multi-level) 메커니즘으로 해석하고(Baumer 2007), 다수준분석을 통해 이를 검증하려는 노력(Hughes, Antonaccio, & Botchkovar 2018) 등과 무관해 보이지 않는다.

그럼에도 불구하고 비록 소수지만 몇몇 선행연구들에 의해 거시 수준에서의 Merton 이론의 검증이 이루어졌다. 먼저 Baumer와 Gustafson(2007)은 미국의 총 77개 메트로 폴리탄 지역 및 비(非) 메트로폴리탄 카운티(county)의 경제적목표지향 범죄율(instrumental crime rates)이 이들 지역의 문화 및 사회구조의 특성과 이 특성들 간의 상호작용에 의해 설명이 되는지 검토했다. 먼저 지역의 문화에 대해서 저자들은 1) 경제적 성공이라는 문화적 목표를 얼마나 중요하게 받아들이는지, 그리고 2) 경제적 성공을 위해 합법적 수단을 이용해야 한다는 문화적 규범을 얼마나 중요하게 받아들이는지를 일반사회조사(General Social Survey: GSS)에 포함된 설문 문항들을 활용하여 측정하였다. 또한 저자들은 지역사회가 얼마나 충분하게 적법한 기회를 제공해 주고 있는지를 측정하기 위해 직업 기회, 교육 및 경제적 수준, 불평등 정도 등 여러 지표를 이용하였고 이를 변수로 활용하였다. 저자들은 경제적 성공에 대한 중요성의 인식이 높은 지역에서 합법적 수단을 통한 경제적 성공에 대한 중요성의 인식이 낮을 때, 혹은 이들 지역에서 적법한 기회가 충분하게 주어지지 못했을 때 높은 범죄율이 나타나는 경향을 확인했다. 그러나 이론에서의 전망과는 달리 두 문화 변수들과 하나의 사회구조 변수, 이들 세 변수들 간의 상호작용은 유의미하지 않게 나타나 Merton 이론이 부분적으로만 지지되고 있음을 확인하였다.

Chamlin과 Sanders(2013)는 43개 유럽 국가를 대상으로 국가 간 연구를 통해 Merton의 이론이 이윤추구형 범죄인 마약밀매(drug trafficking) 범죄율의 변이를 설명할 수 있는지 검증하였다. 저자들은 문화적 목표의 성취에 대한 강조를 측정하기 위해 유럽인가치조사(European Value Survey: EVS)에서 물질적 성공의 중요성을 묻는 문항을 이용하였고, 이에 대한 동의의 비율이 높은 국가일수록 높은 마약밀매 범죄율과 관련이 있었다는 점을 발견했다. 또한 저자들은 사회구조적 제약을 나타내는 절대적 빈곤(영아사망률로 측정) 및 상대적 빈곤(지니계수로 측정) 수준이 강할수록 물질적 성공을 강조하는 문화로부터 비롯된 범죄유발효과가 더욱 강화된다는 점 역시 확인하였다. 즉, 빈곤율이 높거나 불평등의 정도가 높은 국가에서는 경제적 성공을 위한 합법적 기회가 충분하지 않을 가능성이 높고, 이러한 사회구조적 제약이 경제적 성공에 대한 강한 열망과 상호작용하여 결과적으로 경제적 성공을 위한 수단으로써 저질러지는 마약밀매 범죄율을 높일 수 있다는 것이다.

한편 Schanible과 Altheimer(2016)는 Merton이 언급한 문화의 두 요소, 물질적 성공에 대한 열망과 합법적 수단 사용의 강조가 상호 독립적으로 형성될 수 있고, 이 두 요소 각각의 수준에 따라 사회의 유형을 나눌 수 있다는 점에 주목하였다. 구체적으로 저자들은 사회의 유형을 1) 물질적 성공에 대한 열망이 강하지만 합법적 수단에 대한 강조가 약한 아노미적(demoralized 혹은 deinstitutionalized) 사회, 2) 물질적 성공에 대한 강조는 약하지만 합법적 수단의 사용 및 전통적 규범의 역할을 더 강조하는 의례적(ritualist) 사회, 그리고 3) 이 두 요소가 적절하게 균형을 이룬 안정적(stable) 사회로 구분하여, 이러한 사회 유형의 차이가 범죄율의 변이를 설명할 수 있는지 확인하였다. 저자들은 안정적 사회와 의례적 사회에 비해서 아노미적 사회에서 합법적 기회의 부족, 즉, 사회구조적 제약이 범죄율을 더욱 크게 증가시키는 역할을 할 것이라고 예측했다. 이 연구에서 문화적 요소들은 세계가치관조사(World Value Survey: WVS)의 관련 문항들을 통해 측정되었고, 총 35개국의 살인범죄율을 종속변수로 하여 각각의 사회 유형에 따른 범죄유발의 직접효과와 이러한 효과가 불평등으로 측정된 사회구조의 제약이 심할수록 증대되는지를 살펴보는 상호작용효과를 함께 검증했다. 연구결과는 예측했던 것처럼 사회의 유형에 따라 살인범죄율에 차이가 나타났다. 즉, 아노미적 사회로 분류된 국가에서는 높은 살인범죄율이, 안정적인 사회로 분류된 국가에서는 낮은 살인범죄율이 나타나는 것이 확인되었다. 그러나 저자들이 예측했던 아노미적 사회에서 높은 불평등이 보다 높은 살인범죄율을 이끌어낼 것이라는 문화와 사회구조 간의 상호작용효과는 발견되지 않았고, 오히려 일부 경우 예측과는 반대로 아노미적 사회에서 불평등이 심할수록 낮은 살인범죄율이 관찰되기도 하였다.

한편 국내에서는 신동준(2004)이 Merton의 이론적 논의를 기반으로 살인과 자살의 문화적, 사회구조적 원인을 탐색하였다. 저자는 세계가치관조사(WVS) 데이터를 이용하여 국가 간 경제적 성공의 강조에 대한 문화적 수준을 측정하고 이것이 높은 살인범죄율과 관계가 있음을 발견했다. 또한 불평등한 사회 구조를 나타내는 지표로써 소수인종에 대한 경제적 차별을 사용하여, 그 정도가 심한 국가일수록 높은 살인범죄율이 나타난다는 사실도 확인하였다. 반면 상호작용효과의 경우 이론적 예측과는 일치하지 않는 결과가 나타났다. 경제적 성공에 대한 열망의 효과는 불평등 수준에 의해 유의미하게 조절되지 않았고, 소수인종에 대한 경제적 차별은 경제적 성공에 대한 열망의 효과를 유의미하

게 조절했으나, 그 방향이 예측했던 것과 정반대로 나타났다. 즉, 앞서 살펴보았던 Schanible와 Altheimer(2016)의 연구결과처럼, 경제적 차별은 오히려 경제적 성공의 열망이 살인범죄율을 높이는 효과를 감소시켰다는 것이다. 이에 대해 저자는 불평등이 높은 사회에서는 오히려 경제적 성공에 대한 기대 수준이 낮기 때문에, 경제적 성공에 대한 압박감이 덜할 것이고, 이것이 경제적 성공에 대한 강조가 범죄를 유발하는 효과를 낮출 수 있다고 해석하였다.

거시 수준의 분석단위를 통해 Merton의 이론을 검증한 연구들을 종합해 보면 대체적으로 문화 영역에서의 아노미적 특징이 높은 범죄율과 유의미하게 관계된다는 것을 알 수 있으며, 불평등한 사회구조 역시 높은 범죄율과 연결된다는 것을 확인할 수 있다. 다만 Merton이 강조했던 문화와 사회구조 간의 상호작용 부분에 대해서는 아직 경험적 근거가 충분하다고 하기에는 어려울 것으로 보이며, 이러한 혼재된 연구결과와 관련하여 다음과 같은 부분들이 고려될 필요가 있다.

먼저 분석단위와 관련해서 보다 다양한 거시 수준의 분석단위를 적용한 연구들을 통해 이론을 검증할 필요가 있어 보인다. 현재까지 이론을 검증한 대부분의 연구들이 국가를 분석단위로 하였다(Baumer & Gustafson 2007 예외). 국가는 거시 수준 연구들에서 대표적으로 사용되는 분석단위이지만, 한 국가 내에서도 문화와 사회구조의 차이가 상당히 하게 나타날 가능성이 있다는 점에서 국가 이외의 다양한 거시 수준의 분석단위들이 연구에 활용될 수 있다면 더욱 다양한 가능성들을 살펴볼 수 있을 것이다.

두번째로는 종속변수에 대한 부분이다. 국가 간 비교 연구의 경우, 공식범죄통계에서 상대적으로 암수범죄 비중이 적을 것으로 예상되는 살인범죄율이 주로 활용되며, 앞서 살펴본 일부 선행연구들에서도 국가별 살인범죄율이 종속변수로 활용되었다(신동준 2004; Schanible & Altheimer 2016). 그럼에도 불구하고 Merton의 이론은 목표의 성취에 대한 압력이 비합법적인 수단의 활용으로 이어지는 점에 주목하고 있기 때문에, 주로 감정적이고 우발적으로 발생하게 되는 일부 폭력범죄보다는 뚜렷한 범행목표, 특히 경제적, 금전적 목적을 달성하기 위해 저질러지는 경제적목표지향범죄(instrumental crime)에 대해 더 나은 설명력을 보여줄 가능성이 있다. Chamlin과 Sanders(2013)의 연구가 마약밀매라는 경제적목표지향범죄를 종속변수로 사용했듯이 여러 유형의 경제적 목표지향범죄들을 종속변수로 활용하여 이론을 검증하는 노력이 더 필요해 보인다.

세번째로는 이론의 핵심 개념들에 대한 다양한 측정 방식이 고려되어야 할 필요가 있다. 앞서 살펴본 선행연구들에서는 분석단위의 문화 수준을 측정하는데 주로 가치관 조사(GSS, EVS, WVS)의 설문문항들이 활용되었는데, 예를 들어, 돈이나 물질적 소유가 얼마나 중요한 가치인지 묻거나(문화적 목표의 강조), 열심히 일하는 것이 얼마나 중요한지(합법적 수단의 강조) 등의 문항들이 이용되었다. 물론 이러한 측정 방법은 충분히 유용한 방법이지만, 그럼에도 불구하고 이러한 설문문항을 통한 측정 이외에 분석단위의 문화적 수준을 더욱 잘 포착할 수 있는 다른 측정 방법이 있는지 고민할 필요가 있다.

마지막으로 양적 분석과 관련하여 이전에 시도되지 않았던 다양한 방법들이 고려될 필요가 있다. 특히 거시 수준의 양적 연구에서는 가용한 표본의 크기가 크지 않은 경우가 많기 때문에, 추리 통계 분석 시 통계적 파워가 약해져 2종 오류(Type II error) 가능성이 높아지게 되고, 이에 따라 변수 간 유의미성을 파악하는데 어려움이 생기게 된다. 이러한 맥락에서 변수의 유의미성을 검증하는 추리 통계에만 의존하는 것보다는 분석단위 등의 특수성을 고려하여 기술 통계를 활용, 개체 및 집단별 특징들에 대해 확인해 보고 이에 대한 해석에 중점을 두는 분석 방법이 고려될 필요가 있다. 특히 Merton 이론에서의 문화와 사회구조의 조합이 단순히 선형적인 상호작용효과로 나타나는 것이 아니라 비선형적인 패턴으로도 나타날 수 있다는 점에서 이러한 기술 통계 분석은 다양한 형태의 상호작용의 패턴들을 탐색해 보는데 유용한 방법이 될 수 있을 것이다.

Ⅲ. 본 연구의 초점

이러한 이론적 전망과 선행연구들의 결과를 바탕으로 본 연구에서는 Merton의 이론이 거시 수준에서 범죄율을 설명하는데 유효한지를 살펴보고자 하며, 구체적으로 다음과 같은 부분들에 초점을 맞추고자 한다.

첫째, 분석단위와 관련하여 본 연구에서는 그동안 거시 수준의 분석에서 잘 이용되지 않았던 미국의 50개 주(state)를 분석단위로 하여 Merton의 이론을 검증하고자 한다. 미국은 50개 주들의 연합으로 구성된 국가로 각 주는 연방으로부터 완전히 독립된 정부를

가지며 입법, 사법, 행정의 영역을 독자적으로 운영하고 있기 때문에 (함성득 2002), 각 주별로 고유한 구조적, 문화적, 제도적 특징이 존재하며 이러한 주 수준에서의 특징들이 여러 사회적 결과들의 차이와 어떻게 연결되는지에 대하여 지속적으로 많은 관심이 있었다 (Boyce et al. 1999; Harrington & Gelfand 2014; Nadarajah, Atif, & Gull 2022; Neill, Yusuf, & Morris 2015; Rentfrow, Mellander, & Florida 2009; Vandello & Cohen 1999). 따라서 분석단위로서 미국의 주는 Merton의 거시 수준 이론을 검증하기에 적합한 분석단위라고 볼 수 있다.

둘째, 종속변수와 관련해서는 폭력범죄, 전통적인 경제적목표지향범죄, 사이버범죄 등 범죄 유형을 총 세 가지로 구분하여 분석에 활용하고자 한다. 특히 사이버범죄의 경우, 대체적으로 금전적인 성취 동기에 기반한 범죄라는 점에서 기존의 전통적인 재산범죄, 경제적목표지향범죄와 유사하다고도 볼 수 있으나, 정보통신기술과 밀접하게 관련된 비교적 최신 유형의 범죄이며 최근 급속하게 증가하고 있다는 점에서 전통적 재산범죄와 그 메커니즘에 있어서 차이가 있을 수 있다. 따라서 종속변수로써 사이버범죄를 활용하게 되면 전통적인 경제적목표지향범죄만을 분석했을 때 놓칠 수 있는 다양한 가능성들을 읽어내는데 도움이 될 것으로 기대한다.

셋째, 측정과 관련해서 본 연구는 문화영역의 두 차원을 측정하는데 있어서 새로운 방식으로 접근하고자 한다. 문화적 목표의 강조 부분은 기존처럼 가치관 조사(WVS)에서의 설문 항목을 이용하여 측정하되, 합법적인 수단 사용에 대한 강조 부분은 문화적 엄격성/유연성(cultural tightness/looseness) 개념(Gelfand, Nishii, & Raver 2006)과 이를 미국 주 수준에서의 문화적 엄격성 점수로 환산했던 선행연구(Harrington & Gelfand 2014) 자료를 이용하여 측정하였다. 이 문화적 엄격성/유연성 개념은 한 사회가 규범에 있어 문화적으로 얼마나 엄격한지 혹은 유연한지를 의미하며, 문화적으로 엄격한 사회의 경우, 법과 제도에 대해 더욱 강하게 강조하고 그 위반에 따른 처벌 역시 보다 강한 경향이 나타난다. 반면 문화적으로 유연한 사회의 경우, 법과 제도를 준수하는 것보다 자율성과 관용에 대한 강조가 강하고, 규범 위반에 대한 처벌 역시 상대적으로 약하게 나타나는 경향이 있다(Gelfand et al. 2006). 따라서 이러한 개념과 지표는 한 사회에서 합법적 수단을 통해 문화적 목표를 성취하는 것을 얼마나 강조하는지를 측정하는데 있어서도 적용될 수 있을 것이다. 즉 문화적 엄격성이 강한 사회에서는 문화적 유

연성이 강한 사회보다 경제적 성공을 이루기 위해 합법적인 수단을 사용해야 한다는 점이 더 강하게 강조될 것이라고 예상할 수 있다. 따라서 본 연구에서는 각 주별 문화적 엄격성/유연성 수준에 대한 인덱스 점수를 활용하여 각 주별 합법적 수단에 대한 강조 수준을 측정하여 분석에 활용하고자 한다.

넷째, 분석과 관련하여, 본 연구는 추리 통계를 통해 모수를 추정하고 변수의 통계적 유의미성을 따지기보다, 기술 통계 결과를 바탕으로 이에 대한 해석에 초점을 맞추고자 한다. 앞서 언급했듯이 본 연구의 분석단위가 미국의 50개 주이고 분석단위 모집단 전체에 대한 필요한 정보를 모두 알 수 있기 때문에 모수 추정 과정에서 발생하는 여러 오차들과 비현실적 가정들을 감내할 필요가 적다고 할 수 있다. 따라서 전체 모집단에 대한 관련 정보들을 잘 기술하고 그것이 갖는 의미가 무엇인지를 살펴보는 데 역점을 두고자 하였다.

이러한 주안점들을 바탕으로 본 연구는 미국 50개 주의 문화 및 사회구조의 수준을 측정하여 유형화하고 각 유형들의 조합별로 폭력범죄, 경제적목표지향 범죄, 사이버범죄의 비율이 각각 어떻게 다르게 나타나는지 살펴봄으로써 문화와 사회구조, 그리고 범죄율 간의 관계를 확인해 보고자 한다. 문화의 경우, 문화적 목표에 대한 강조와 제도화된 수단의 강조 간의 격차를 중심으로 강한 아노미(평균 이상), 평균적 아노미(평균), 약한 아노미(평균 이하) 사회로 구분하였고, 사회구조 역시 마찬가지로 측정 변수인 불평등 수치를 기준으로 강한 불평등(평균 이상), 평균적 불평등(평균), 약한 불평등(평균 이하) 사회로 구분하였다. 이러한 유형화 작업을 바탕으로 최종적으로는 강한 문화적 아노미 사회이면서 강한 구조적 불평등 사회일수록 가장 높은 범죄율이 나타날 것으로 예상하였고, 이러한 경향은 특히 경제적목표지향범죄 및 사이버범죄에서 강하게 나타날 것으로 예측된다.

IV. 연구방법

1. 변수 및 측정

범죄율: 앞서 언급했듯이 본 연구에서는 미국의 주 수준에서 각각 폭력범죄, 경제적목표지향범죄, 사이버범죄의 공식통계 범죄율이 종속변수로 사용되었으며, 세 유형의 범죄율 모두 워싱턴 DC를 제외한 미국 50개 주의 2008년에서부터 2010년까지의 3년 평균 값이 사용되었다. 먼저 폭력범죄와 경제적목표지향범죄의 경우, 미국 연방수사국 공식범죄통계인 UCR (Uniform Crime Report)에서 제공되는 인구 10만명당 범죄율을 사용하였다. 본 연구에서 폭력범죄율은 UCR에서 폭력범죄(violent crime)로 분류되는 범죄들 중 금전적 목적과 관련이 높은 강도(robbery) 범죄를 제외한 살인(murder), 강간(rape), 가중폭행(aggravated assault) 등 총 세 범죄 유형의 범죄율이 합산된 값이 사용되었다. 한편 본 연구에서 경제적목표지향범죄율은 UCR에서 분류하는 범죄 유형 중 금전적 목적과 직접적으로 관련된, 강도(robbery), 빈집털이(burglary), 일반절도(larceny-theft), 자동차절도(motor-theft) 등 총 네 범죄 유형의 범죄율이 합산된 값이 사용되었다. 마지막으로 사이버범죄율의 경우, 미국 연방수사국 산하의 Internet Crime Complaint Center에서 발표하는 미국 주별 인구 10만명당 사이버범죄 가해자의 비율이 사용되었으며, 온라인쇼핑 및 거래 관련 사기, 신분위조, 경매 및 신용카드 사기 등의 온라인 경제범죄들이 주로 포함된다.

이/노미적 문화: 각 주별 문화의 특징을 측정하기 위해 Merton 이론에서의 문화적 목표에 대한 강조와 합법적 수단을 통한 목표 달성의 강조, 이 두 하위 차원을 각각 측정하고, 이들의 조합으로 변수를 구성하였다. 먼저 첫 번째 차원인 ‘문화적 목표 강조’의 수준을 측정하기 위해 6차(Wave 6) WVS 데이터를 사용하였고(Inglehart et al 2014), 해당 데이터는 2011년에 조사가 실시되었다. 측정에 활용된 문항은 ‘부자가 되는 것이 얼마만큼 중요한지’에 대한 것으로 응답 중 다소(somewhat), 상당히(quite), 아주(very)라고 응답한 비율을 합산하여 변수 측정에 활용하였다. 다만 이 응답 비율은 모든 50개 주에 대해 전부 제공되지 않고 각 주들이 속해 있는 9개 센서스 지역(census divisions)¹⁾에 대한 비율만이 제공되기 때문에, 같은 센서스 지역으로 분류되는 주들은 모두 동

일한 값을 갖는 것으로 간주하였다. 또한 발표된 응답 비율 값은 표본오차의 가능성이 포함되어 있으므로, 이 수치를 그대로 사용하지 않고 표준화 과정을 통해 각 지역별로 해당 지역이 평균을 상회하는지 혹은 하회하는지를 구분하여 이를 변수 측정에 사용하였다. 즉, 표준점수가 1 이상일 경우(‘상,’ 2로 코딩), 표준점수가 1과 -1 사이에 해당하는 경우(‘중,’ 1로 코딩), 그리고 표준점수가 -1 이하일 경우(‘하,’ 0으로 코딩)로 구분하여 각 주별로 값을 부여하였으며, 이 값이 클수록 다른 주들에 비해 상대적으로 경제적 성취가 강조되는 문화를 가지고 있음을 보여줄 수 있도록 하였다. 한편 두번째 차원인 ‘합법적 수단을 통한 목표 달성 강조’의 경우, 앞서 언급했듯이 문화적 엄격성/유연성(cultural tightness/looseness) 개념에 기반하여 Harrington & Gelfand (2014)가 산출한 미국 50개 주의 문화적 엄격성 점수(cultural tightness score)를 측정에 이용하였다. 합법적 수단 사용에 대한 약한 강조가 문화적 아노미 개념과 관련되기 때문에 본 연구에서는 이 문화적 엄격성 점수를 그대로 사용하지 않고, 여기에 -1을 곱해서 문화적 유연성을 나타낼 수 있도록 하였고, 이 문화적 유연성 점수를 기반으로 표준화를 통해 ‘상’(표준점수 1이상; 2로 코딩), ‘중’(표준점수 1과 -1 사이; 1로 코딩), ‘하’(표준점수 -1 이하; 0으로 코딩)로 나누고 각 주에 해당되는 값을 부여하였다. 즉, 이 값이 클수록 다른 주들에 비해 상대적으로 합법적 수단의 사용을 약하게 강조하는 문화를 가지고 있음을 나타낸다. 최종적으로 이 두 차원의 코딩값들의 합산을 통해 아노미적 문화 변수를 산출하였다. 따라서 이론적으로 변수의 최대값은 $4(2+2)$ 이며 최소값은 $0(0+0)$ 이 되고, 변수의 값이 클수록 경제적 성공에 대한 열망과 비합법적 수단 사용에 대한 허용의 수준이 평균 이상일 가능성이 높고, 이것이 높은 범죄율과 연결될 가능성이 있다고 볼 수 있다. 본 연구에서는 이 변수의 최대값인 4를 가진 주는 나타나지 않았으며, 최소값인 0을 가진 주는 4개에 불과하였다. 따라서 최소값 0을 가진 4개의 주들을 합산값 1을 가진 주들과 통합하였고, 이에 합산값 3을 가진 주($N=16$), 2를 가진 주($N=19$), 1을 가진 주($N=15$) 빈도의 분포가 대체적인 균형을 이루어 이러한 분류를 최종적으로 아노미적 문화 변수로 사용하였다.

불평등한 사회구조 사회구조의 수준은 한 사회에서 문화적 목표의 성취를 위한 기회

1) New England, Middle Atlantic, South Atlantic, East South Central, West South Central, East North Central, West North Central, Rocky Mountain, Pacific

가 얼마나 폭넓고 균등하게 제공되고 있는지를 통해 측정될 수 있다. 관련 선행연구들처럼 본 연구에서도 경제적 불평등의 정도를 나타내는 지표를 통해 미국 50개 주의 불평등한 사회구조 수준을 파악하고자 하였고, 불평등을 나타내는 대표적인 지표들 중 하나인 지니계수(Gini coefficient)를 이용하여 변수를 구성하였다. 미국커뮤니티조사(American Community Survey) 자료를 바탕으로 2005년부터 2009년까지 5년간의 주별 지니계수의 평균값이 발표되었으므로(Weinberg 2011), 아노미적 문화 변수의 경우처럼 이 지니계수 값을 표준화하여 ‘상’(표준점수 1이상; 2로 코딩), ‘중’(표준점수 1과 -1 사이; 1로 코딩), ‘하’(표준점수 -1 이하; 0으로 코딩)의 범주로 분류하였다. 따라서 높은 값을 가질수록 높은 소득 불평등, 즉, 합법적인 기회를 구조적으로 충분하게 제공하지 못하는 사회라는 것을 의미하게 된다.

이상의 주별 범죄율, 아노미적 문화 및 사회구조 수준의 현황은 아래 <표 1>에서 확인할 수 있다.

2. 분석방법

본 연구는 종속변수인 세 유형의 미국 주 수준에서의 범죄율이 아노미적 문화 및 사회구조 변수 각각의 유형과 이들 유형 간의 조합에 의해 어떻게 다르게 나타나는지를 확인해보고자 하는 목적을 가진다. 구체적인 분석방법으로 먼저 변수들 간의 상관관계를 확인해 본 후, 아노미적 문화 및 불평등한 사회구조 변수의 유형별로 (상, 중, 하) 범죄율이 각각 어떻게 나타나는지 확인해 볼 것이다. 또한 아노미적 문화와 불평등한 사회구조 유형의 총 아홉가지 조합²⁾에 따라 범죄율이 어떻게 나타나는지 역시 확인해 볼 것이다.

2) 상-상, 상-중, 상-하, 중-상, 중-중, 중-하, 하-상, 하-중, 하-하

〈표 1〉 기술 통계: 주별 범죄율 및 문화/사회구조 유형별 빈도

	평균	표준편차	최소값	최대값	빈도(N)	%
경제적목표지향범죄율	3072.16	653.25	1801.4	4145.4	-	-
폭력범죄율	287.21	120.74	91.63	549.93	-	-
사이버범죄율	29.62	15.46	11.12	88.95	-	-
문화적 목표 강조						
상					7	14
중					31	62
하					12	24
비합법적 수단을 통한 목표달성 용인						
상					10	20
중					32	64
하					8	16
아노미적 문화						
상					16	32
중					19	38
하					15	30
불평등한 사회구조						
상					9	18
중					31	62
하					10	20

V. 분석결과

먼저 변수 간 상관관계를 확인하기 위해 서열상관분석을 실시하였다. <표 2>는 Spearman 상관계수를 나타낸다. 먼저 아노미적 문화 관련 변수들을 살펴보면, 문화적 목표 강조의 측면, 즉, 물질주의적 요소는 세 유형의 범죄율과 모두 유의미한 상관관계를 갖지 않았다. 반면 문화적 유연성으로 측정된 비합법적 수단을 통한 목표달성의 용인 측면은 세 유형의 범죄율과 모두 유의미한 상관관계를 보였으나, 경제적목표지향범죄 및 폭력범죄와는 부적인 상관관계를, 사이버범죄와는 정적인 상관관계를 보였다. 즉, 문화적 유연성이 높은 곳에서 경제적목표지향범죄율과 폭력범죄율이 낮게 나타나는 경향이 있고, 사이버범죄율은 높게 나타나는 경향이 확인되었다. 한편 이 두 문화적 측면들을 조합하여 만든 아노미적 문화 변수에 대해서는 경제적목표지향범죄만이 유의미한 부적

상관관계를 나타냈다. 즉, 아노미적 문화의 정도가 강한 주일수록 경제적목표지향범죄율이 낮게 나타나는 경향이 확인되었다. 한편 불평등한 사회구조의 경우, 경제적목표지향범죄와 폭력범죄 모두에서 유의미한 정적 상관관계를 보였고, 사이버범죄의 경우 유의미한 관계가 발견되지 않았다. 즉, 불평등의 정도가 높을수록 높은 경제적목표지향범죄율 및 폭력범죄율이 나타나는 경향이 있음을 확인할 수 있었다.

〈표 2〉 변수 간 Spearman 상관관계

	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)
(1) 경제적목표지향범죄율	1,000						
(2) 폭력범죄율	.583*	1,000					
(3) 사이버범죄율	-.033	-.006	1,000				
(4) 문화적 목표 강조	-.204	-.049	-.121	1,000			
(5) 비합법적 수단을 통한 목표달성 용인	-.344*	-.304*	.465*	.182	1,000		
(6) 아노미적 문화	-.366*	-.277	.145	.758*	.719*	1,000	
(7) 불평등한 사회구조	.337*	.337*	-.024	-.104	-.316*	-.205	1,000

* $p < .05$

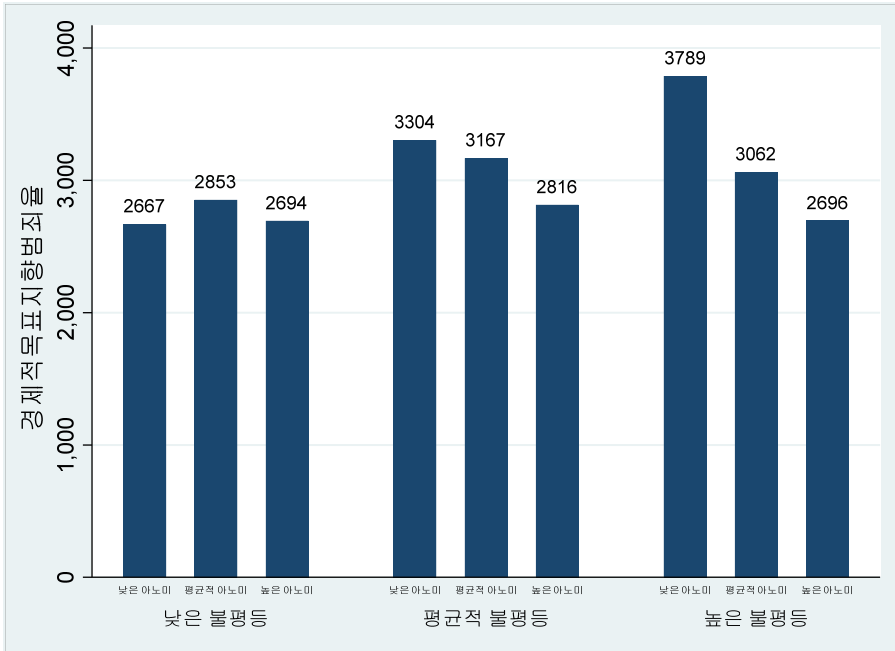
〈표 3〉 문화 및 사회구조 유형별 범죄율 평균

	경제적목표지향범죄율	폭력범죄율	사이버범죄율
문화적 목표 강조			
상	2658.06	259.41	24.08
중	3129.40	287.33	28.67
하	3165.83	303.11	35.33
비합법적 수단을 통한 목표달성 용인			
상	2892.01	227	38.49
중	2989.07	289.18	29.72
하	3629.69	354.58	18.16
아노미적 문화			
상	2762.65	225.69	29.03
중	3122.78	311.89	31.81
하	3338.18	321.56	27.48
불평등한 사회구조			
상	3384.58	333.41	28.91
중	3095.84	294.52	30.11
하	2717.55	222.96	28.76

문화 및 사회구조 각각의 유형에 따라 나타나는 범죄율의 변화를 살펴보기 위해 변수에서의 수준에 따라 경제적목표지향, 폭력, 사이버범죄 범죄율의 평균값이 어떻게 나타나는지 확인해 보았다. <표 3>에서 볼 수 있듯, 먼저 문화적 목표 강조 변수에 대해서는, 그 수준이 강해질수록 세 유형의 범죄 모두에서 범죄율 평균이 낮아지는 결과를 확인할 수 있었다. 즉, 경제적 성공에 대한 문화적 열망이 강하게 공유되고 있는 사회에서 범죄율은 대체적으로 낮게 나타나고 있음을 알 수 있다. 한편 비합법적 수단을 통한 목표달성 용인 변수에 대해서는 경제적목표지향범죄 및 폭력범죄의 패턴과 사이버범죄의 패턴이 상반되게 나타났다. 전자의 경우, 비합법적 수단 용인의 수준이 높아질수록 범죄율이 감소하는 반면, 후자의 경우 범죄율이 증가하는 것을 확인할 수 있었다. 이 두 측면의 조합인 아노미적 문화 변수에 대해서 경제적목표지향범죄와 폭력범죄는 그 수준이 높아질수록 범죄율이 낮아지는 패턴이 나타났으나, 사이버범죄의 경우 선형적 증감 패턴 대신 평균 수준에 있을 때 가장 높은 범죄율이 나타났다. 불평등한 사회구조 변수의 경우, 마찬가지로 경제적목표지향범죄 및 폭력범죄는 동일한 패턴을 보였는데, 불평등의 정도가 높을수록 범죄율이 증가하는 패턴을 보였다. 반면 사이버범죄의 경우, 불평등의 수준이 평균적일 때 가장 높은 범죄율이 나타났다.

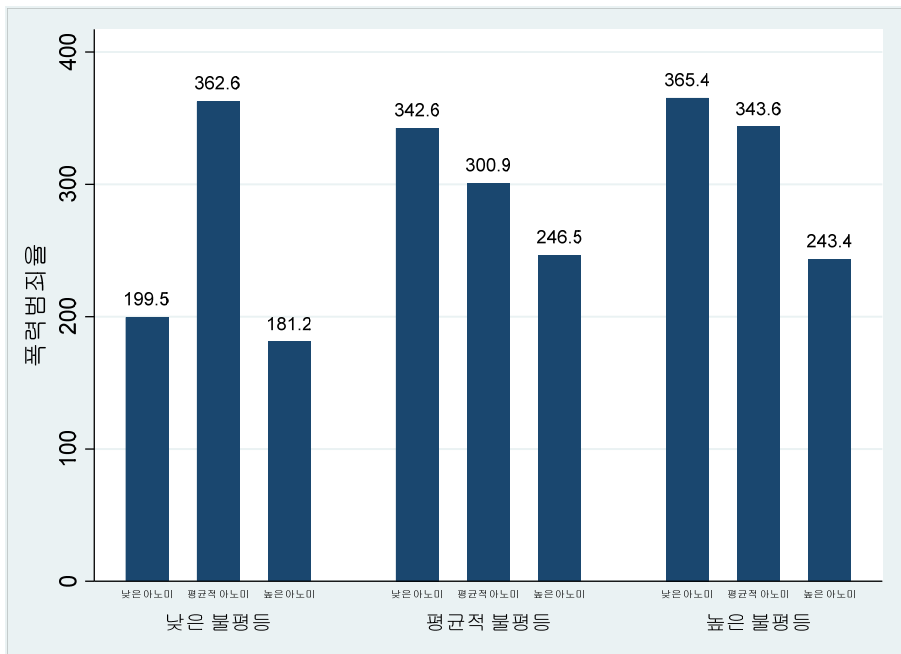
마지막으로 문화와 사회구조의 조합을 통해 사회의 유형들을 구분하고 각각의 유형에서 범죄율이 어떻게 나타나는지 확인하였다. 먼저 [그림 1]은 아홉가지 유형의 문화 및 사회구조의 조합에 따라 경제적목표지향범죄율이 어떻게 달라지는지를 보여주고 있다. 범죄율은 평균적인 불평등 정도와 높은 불평등 정도를 보였던 주들에서 아노미적 문화의 수준이 낮아질수록 높은 범죄율을 보였다. 특히 이론적 전망에 따르면 가장 높은 범죄율을 나타낼 것으로 예상되었던 높은 불평등과 높은 아노미적 문화의 유형을 가진 주들의 경제적목표지향범죄율(10만명당 2,696건)은 전체에서 두 번째로 낮은 정도로 예측과 달리 상당히 낮은 수준을 나타냈다. 한편 높은 불평등 구조와 낮은 아노미적 문화를 가진 주들에서 가장 높은 수준의 경제적목표지향범죄율(10만명당 3,789건)을 확인할 수 있었다.

[그림 1] 문화 및 사회구조의 조합과 경제적목표지향범죄율



[그림 2]는 아홉가지 유형의 문화 및 사회구조의 조합에 대한 평균 폭력범죄율의 차이를 보여주고 있다. 경제적목표지향범죄와 마찬가지로 폭력범죄에서도 범죄율은 평균적인 불평등 정도와 높은 불평등 정도를 보였던 주들에서 아노미적 문화의 수준이 낮아질수록 높게 나타났다. 높은 불평등과 높은 아노미적 문화의 유형을 가진 주들의 폭력범죄율(10만명당 243.4건)은 전체에서 세 번째로 낮아서 이 또한 앞선 경제적목표지향범죄에서의 패턴과 유사하게 이론적 전망과 상당히 상반되는 결과를 나타내고 있음을 알 수 있다. 또한 경제적목표지향범죄와 마찬가지로 높은 불평등 구조와 낮은 아노미적 문화를 가진 주들에서 가장 높은 수준의 범죄율(10만명당 365.4건)을 확인할 수 있었다. 한가지 특기할만한 부분은 낮은 불평등 수준에서 중간 수준의 아노미적 문화구조를 가진 주들의 범죄율이 상당히 높게 나타났다는 사실이다 (10만명당 362.6건). 이는 전체에서 두 번째로 높은 수치로 앞선 경제적목표지향범죄와 차이가 나타나는 부분이다.

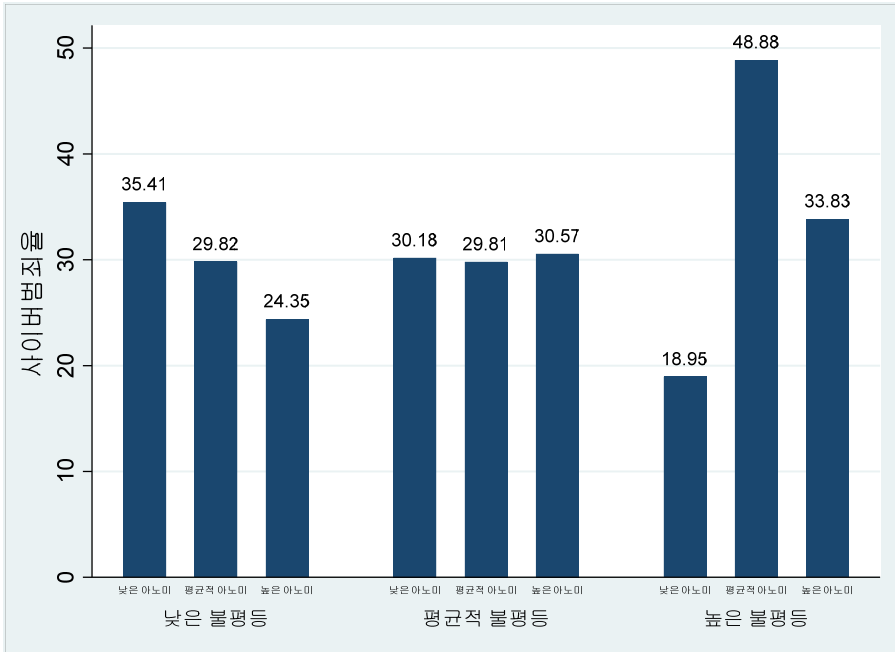
[그림 2] 문화 및 사회구조의 조합과 폭력범죄율



[그림 3]에서는 사이버범죄와 아홉가지 유형의 문화 및 사회구조의 조합에 대한 결과를 보여주고 있다. 앞선 두 유형의 범죄들과는 다르게, 사이버범죄율은 상당히 불규칙한 패턴을 보여주고 있다. 다만 선형적 관계라고는 할 수 없지만 높은 불평등 구조를 가진 주에서 평균 이상의 아노미적 문화를 가진 경우, 상대적으로 높은 범죄율을 나타내고 있음을 확인할 수 있다(10만명당 48.88건 & 10만명당 33.83건). 이는 사이버범죄가 앞선 두 유형의 범죄들에 비해 상반된 패턴을 보여주고 있음을 말해주고 있다. 또한 경제적목표지향범죄 및 폭력범죄에서 공통적으로 가장 높은 범죄율을 보였던 ‘높은 불평등-낮은 아노미적 문화구조’ 유형에서 사이버 범죄율이 가장 낮게 나타남으로써(10만명당 18.95건), 두 전통적 유형의 범죄와 사이버 범죄 간에 대조적인 속성들이 존재하고 있음을 알 수 있다. 특히 높은 아노미적 문화를 가진 주들만 대상으로 했을 경우, 불평등의 정도가 증가할수록 사이버 범죄율이 높아지는 경향을 확인할 수 있었고 (24.35건 → 30.57건 → 33.83건), 이러한 부분은 특정 사회적 조건에서 Merton의 이론적 전망이 유효하게 작동

될 수 있음을 보여주고 있다.

[그림 3] 문화 및 사회구조의 조합과 사이버범죄율



VI. 논의 및 결론

본 연구에서는 Merton이 제시했던 아노미적 문화와 불평등한 사회구조 간의 조합이 거시 수준에서 높은 범죄율로 나타날 수 있다는 주장을 미국 50개 주에 대한 양적자료를 이용하여 검증하였다. 연구결과를 요약하면, 먼저 경제적목표지향범죄와 폭력범죄의 경우, 대체적으로 불평등한 사회구조를 가진 주에서 높은 범죄율을 나타냈고 반대로 아노미적 문화의 정도가 높을수록 낮은 범죄율을 나타냈다. 사이버범죄의 경우는 문화 및 사회구조 모두 평균적인 주에서 가장 높은 범죄율을 나타내어 구조적 조건들과 범죄율 간의 선형적인 관계는 확인할 수 없었다.

문화 및 사회구조의 조합과 범죄율 간의 관계에 대해서는 범죄 유형과 이들의 조합 유형에 따라 다양한 패턴들이 확인되었다. 경제적목표지향범죄와 폭력범죄에 대해서는 불평등 정도가 높은 주들 중 문화적 아노미 수준이 낮은 곳에서 오히려 가장 높은 범죄율이 나타남으로써 이론적 전망과 부합하지 않는 결과를 확인할 수 있었다. 반면 사이버 범죄의 경우, 불평등 정도가 낮은 주에서는 아노미적 문화의 수준이 높아질수록 범죄율이 낮아졌지만, 불평등 정도가 높은 주에 한해서는 아노미적 문화의 수준이 평균 이상의 주에서 높은 범죄율을 나타냈다. 나아가 아노미적 문화 수준이 가장 높은 주들에서는 불평등의 수준이 높아질수록 높은 범죄율을 나타냈다. 이와 같이 Merton이 제시했던 문화와 사회구조간의 상호작용 효과는 이론에서 예측하는 방향으로 작동된다고 보기 어려우며 범죄의 유형에 따라서도 다르게 나타나는 것으로 보인다. 이러한 본 연구의 결과는 상호작용 부분에 있어서 이론적 전망의 경험적 근거를 발견하지 못했던 선행연구들의 결과와 맞닿아 있는 부분이다(신동준 2004; Schanible & Altheimer 2016).

특히 앞서 언급했던 것처럼, 경제적목표지향범죄와 폭력범죄의 경우, 이론적 전망과 상반되게 높은 불평등 구조에서 상대적으로 높은 문화적 아노미가 오히려 낮은 범죄율과 관련되는 결과가 나타났는데, 이에 대한 적절한 설명이 필요해 보인다. 먼저 문화적 아노미를 구성하는 두 측면 중 문화적 목표 성취의 강조, 즉, 물질주의에 대한 부분은 범죄와 직접적인 관련이 적은 것으로 판단된다. 본 연구에서 확인된 변수간 상관관계의 크기와 유의미성에서도 이를 확인할 수 있을 뿐만 아니라, 이론적으로도 앞서 논의했듯 목표의 성취에 대한 강조 자체가 범죄에 대해 독립적인 효과를 갖는다고 여겨지지는 않았다(Merton 1938; Cullen & Messner 2007). 다만 이러한 목표 성취에 대한 문화적 열망이 적법한 수단을 통한 성취의 강조와 결합될 때 과연 그것이 범죄를 억제할 수 있는지 여부에 대해 재고해 볼 필요가 있다. 즉, 이론의 전망에서처럼 적법한 절차를 통한 성취를 강조하는 문화가 규범으로써 범죄를 통제하는 역할을 하는 것이 아니라, 오히려 개인의 범죄행위를 동기화시킬 가능성이 있다는 것이다. 어느 정도의 비정상성이 용인되는 문화적으로 유연한 사회에 비해 문화적으로 엄격한 사회일수록 목표 성취를 위해 개인에게 요구되는 윤리 및 절차 등의 수준이 높을 수 있고, 이에 따라 개인이 느끼는 압력과 스트레스의 수준 역시 더 높아질 가능성이 있기 때문이다. 특히, 이러한 문화적 엄격성이 높은 사회에서 합법적인 기회의 접근이 제한적일 때, 이러한 범죄유발적 메커니즘은 더

욱 강하게 작용될 것으로 예상할 수 있고, 이것이 결국 높은 수준의 경제적목표지향범죄와 폭력범죄로 이어질 수 있다.

한편 사이버범죄의 경우 경제적목표지향범죄 및 폭력범죄와 다른 패턴이 나타났다. 비록 완전하진 않지만 Merton의 이론적 전망, 즉, 높은 수준의 사회구조적 불평등과 높은 수준의 문화적 아노미가 높은 범죄율과 연결될 수 있다는 부분은 사이버범죄에서 일부 적용될 수 있음을 확인했다. 이는 사이버범죄라는 비교적 최신의 범죄 유형이 약 100여년 전 Merton이 제시했던 범죄발생 메커니즘에 의해 설명될 수 있다는 것을 보여주고 있으며, 특히 현 시대에서 전통적 유형의 범죄들 보다 Merton의 이론에 더 부합하는 메커니즘을 가질 가능성이 있음을 보여주고 있다. 즉, 경제적 성공이 중요하면서도 상대적으로 합법적인 수단을 통한 성취는 덜 중요하게 여겨지는 문화를 가진 사회에서, 합법적 기회의 접근이 제한적일 때, 다른 전통적 유형의 범죄들보다 사이버범죄가 대안으로 선택될 가능성이 높다는 것이다. 이것은 최근 미국 범죄 흐름에서 전통적 유형의 범죄 규모가 줄어드는 반면 사이버 재산범죄의 피해 규모가 증가하고 있고, 이것이 전통적 재산범죄의 피해 규모를 상회할 수 있다는 연구결과(Tcherni et al., 2016)와 무관해 보이지 않는다. 다시 말해, 금전적 목적, 특히 경제적 성취가 동기로 작용하는 부분은 이제 전통적인 경제적목표지향범죄들을 수단으로 삼기보다, 기대수익이 보다 높고, 잠재적 목표물로의 접근이 보다 용이하며, 인지된 처벌의 확실성이 보다 낮은 사이버범죄를 통해 시도될 가능성이 더 높다는 것이다. 따라서 과거 Merton이 전망했던 아노미적 문화와 모순적 사회구조의 조합으로 나타나는 범죄발생 메커니즘은 현 시대에 들어서 전통적 길거리 범죄들보다 사이버범죄에 의해 발현되고 있을 가능성이 있고, 따라서 이에 대한 지속적인 관심과 추가적인 연구가 필요하다고 생각된다.

이와 같은 연구결과에 함께 본 연구의 한계 역시 살펴볼 필요가 있다. 먼저 본 연구는 분석단위와 데이터의 특성을 고려하여 주요 변수들을 유형화하는 전략을 취했고, 변수별 수준에 따라 상(평균 이상), 중(평균), 하(평균 이하)로 구분된 각각의 유형들이 종속변수인 범죄율과 어떻게 연결되어 있는지를 살펴보았다. 이 경우 유형화를 위해 어떤 기준을 적용할 것인지에 대한 판단에 따라 연구결과가 달라질 가능성이 있다. 따라서 이러한 유형화의 방법에 따라 발생될 수 있는 결과의 차이를 염두에 두고 그 의미를 읽어야 할 필요가 있다. 또한 본 연구에서는 각 주의 범죄 수준을 파악하기 위해 공식적으로 수사

기관에 보고된 인구 10만명당 범죄율을 종속변수로 사용하였다. 따라서 이러한 공식범죄통계의 한계 또한 공유하게 되며(MacDonald 2002; Mosher, Miethe & Hart 2011), 이 역시 연구의 결과를 해석하는데 고려되어야 한다. 즉, 공식적으로 보고되지 않은 범죄들의 총 규모와 이에 대한 지역 간 차이 및 범죄유형별 차이 등은 왜곡된 연구결과와 잘못된 결론으로 이어질 수 있다. 이러한 단점을 보완하기 위해 범죄피해조사를 이용하여 거시 수준의 범죄피해율을 추정하고 이를 이용하여 연구를 재현해 보는 것도 이러한 왜곡을 최소화하는데 도움이 될 것으로 보인다.

이러한 한계들에도 불구하고 본 연구는 다음과 같은 부분들을 통해 그 의의를 찾을 수 있다. 먼저 미국의 50개 주라는 분석단위를 통해 Merton 이론의 적용가능성을 평가해 보았다는 점에 의미가 있다고 생각된다. 그동안 Merton의 거시 수준 이론을 검증한 연구들이 매우 드물었고, 이들 연구들도 대부분 국가 수준의 연구들이었기 때문에 국가 이외에 다른 거시분석 단위에서도 이론이 평가되어야 할 필요가 있었다. 본 연구에서는 한 국가내에서 지역간의 문화적 차이, 구조적 기회의 정도 차이와 이들 간의 조합이 지역간 범죄율 변이와 관련될 수 있는지 살펴보고, 비록 이론적 전망과 완전하게 일치하는 근거를 찾지는 못했으나 특정 문화 및 사회적 조건과 이들의 조합에 따라 여러 형태의 범죄율의 패턴들이 나타나고 있음을 확인했다는 점에서 의의가 있다.

또한 본 연구는 세 유형의 서로 다른 범죄율을 이용하여 이론적 전망이 각 유형의 범죄를 얼마나 잘 설명하는지, 범죄유형별로는 어떤 차이점이 나타나고 있는지 살펴보았다는 점에서도 의의를 찾을 수 있다. 비록 완벽하게 Merton의 이론적 전망에 부합하는 결과는 아니지만, 이론에서의 설명처럼 사이버범죄가 높은 불평등과 상대적으로 높은 문화적 아노미 구조에서 더 높게 나타난다는 점을 확인했고, 이것이 경제적목표지향범죄와 폭력범죄의 패턴과는 상반되게 나타남을 발견했다. 이는 각 범죄유형의 범죄발생 메커니즘이 서로 다를 수 있다는 것을 의미하며, 만약 Merton 이론이 사이버범죄에 좀 더 잘 적용될 수 있다면 사이버범죄의 어떤 특징들이 이러한 차이를 만들어 내는지 후속 연구를 통해 확인해 볼 필요가 있다.

나아가 본 연구에서는 합법적 수단을 통한 성취의 강조라는 문화적 측면을 이전에 시도되지 않았던 새로운 개념과 방법(문화적 엄격성/유연성)을 통해 측정하고 분석에 활용했다는 점에서 의의를 가질 수 있을 것이다. 보다 다양한 방식으로 문화적 차원을 측정

하고 이를 실증분석에 활용하려고 했던 시도는 이론의 평가에 있어서 조작화된 변수의 특성에 따라 달라질 수 있는 여러 가능성을 검토해 볼 수 있다는 점에서 의미가 있다. 또한 문화적 엄격성/유연성 지표는 국가 수준으로도 측정될 수 있는 만큼 후속 연구에서는 이러한 접근을 통해 국가 간 비교 분석을 시도해 볼 수 있을 것이다.

참고문헌

- 신동준. 2004. “살인과 자살의 문화적 사회구조적 원인: 머튼의 아노미이론 검증을 위한 국가간 비교 연구.” *한국사회학* 38(4): 33-71.
- 함성득. 2002. 미국정부론. 나남출판.
- Baumer, Eric P. 2007. “Untangling research puzzles in Merton’s multilevel anomie theory.” *Theoretical Criminology* 11(1): 63-93.
- Baumer, Eric P., and Regan Gustafson. 2007. “Social organization and instrumental crime: Assessing the empirical validity of classic and contemporary anomie theories.” *Criminology* 45(3): 617-63.
- Bernard, Thomas J. 1984. “Control criticisms of strain theories: An assessment of theoretical and empirical adequacy.” *Journal of Research in Crime and Delinquency* 21(4): 353-72.
- Bernard, Thomas J. 1987. “Testing structural strain theories.” *Journal of Research in Crime and Delinquency* 24(4): 262-80.
- Boyce, James K., Andrew R. Klemmer, Paul H. Templet, and Cleve E. Willis. 1999. “Power distribution, the environment, and public health: A state-level analysis.” *Ecological Economics* 29(1): 127-40.
- Burton Jr, Velmer S., and Francis T. Cullen. 1992. “The empirical status of strain theory.” *Journal of Crime and Justice* 15(2): 1-30.
- Chamlin, Mitchell B., and Beth A. Sanders. 2013. “Falsifying Merton’s macro-level anomie theory of profit-motivated crime: A research note.” *Deviant Behavior* 34(12): 961-72.
- Cullen, Francis T. 1983. *Rethinking Crime and Deviance Theory: The Emergence of a Structuring Tradition*. Totowa, NJ: Rowman & Allanheld.
- Cullen, Francis T., and Steven F. Messner. 2007. “The making of criminology revisited: An oral history of Merton’s anomie paradigm.” *Theoretical*

Criminology 11(1):5-37.

- Farnworth, Margaret, and Michael J. Leiber. 1989. "Strain theory revisited: Economic goals, educational means, and delinquency." *American Sociological Review* 54(2): 263-74.
- Featherstone, Richard, and Mathieu Deflem. 2003. "Anomie and strain: Context and consequences of Merton's two theories." *Sociological Inquiry* 73(4): 471-89.
- Gelfand, Michele J., Lisa H. Nishii, and Jana L. Raver. 2006. "On the nature and importance of cultural tightness-looseness." *Journal of Applied Psychology* 91(6): 1225-44.
- Harrington, Jesse R., and Michele J. Gelfand. 2014. "Tightness - looseness across the 50 United States." *Proceedings of the National Academy of Sciences* 111(22): 7990-5.
- Hirschi, Travis. 1969. *Causes of Delinquency*. Berkeley, CA: California University Press.
- Hughes, Lorine A., Olena Antonaccio, and Ekaterina V. Botchkovar. 2018. "Neighborhoods, Individuals, and Instrumental Crime in Russia and Ukraine: A Multilevel Test of Merton's Anomie Theory." *Journal of Quantitative Criminology* 34(4): 1019-46.
- Inglehart, Ronald, Christian Haerpfer, Alejandro Moreno, Christian Welzel, Kseniya Kizilova, Jaime Diez-Medrano, Marta Lagos, Pippa Norris, Eduard Ponarin, and Bi Puranen. 2014. "World Values Survey: Round Six-Country-Pooled Datafile Version." Madrid: JD Systems Institute. www.worldvaluessurvey.org/WVSDocumentationWV6.jsp
- Kornhauser, Ruth Rosner. 1978. *Social Sources of Delinquency: An Appraisal of Analytic Models*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- MacDonald, Ziggy. 2002. "Official crime statistics: their use and interpretation." *The Economic Journal* 112(477): F85-F106.

- Merton, Robert K. 1938. "Anomie and Social Structure." *American Sociological Review* 3(5): 672-82.
- Merton, Robert K. 1968. *Social Theory and Social Structure*. New York: The Free Press.
- Messner, Steven F. 1988. "Merton's "social structure and anomie": The road not taken." *Deviant Behavior* 9(1): 33-53.
- Messner, Steven F., and Richard Rosenfeld. 2012. *Crime and the American Dream*. 5th ed. Belmont, CA: Wadsworth.
- Mosher, Clayton J., Terance D. Miethe, and Timothy C. Hart. 2011. *The Mismeasure of Crime*. 2nd ed. Thousand Oaks, CA: Sage.
- Nadarajah, Sivathaasan, Muhammad Atif, and Ammar Ali Gull. 2022. "State-level culture and workplace diversity policies: Evidence from US firms." *Journal of Business Ethics* 177(2): 443-62.
- Neill, Katharine A., Juita-Elena Yusuf, and John C. Morris. 2015. "Explaining dimensions of state-level punitiveness in the United States: The roles of social, economic, and cultural factors." *Criminal Justice Policy Review* 26(8): 751-72.
- Rentfrow, Peter J., Charlotta Mellander, and Richard Florida. 2009. "Happy states of America: A state-level analysis of psychological, economic, and social well-being." *Journal of Research in Personality* 43(6): 1073-82.
- Schaible, Lonnie M., and Irshad Altheimer. 2016. "Social structure, anomie, and national levels of homicide." *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* 60(8): 936-63.
- Snipes, Jeffrey B., Thomas J. Bernard, and Alexander L. Gerould. 2019. *Vold's Theoretical Criminology*. 8th ed. New York: Oxford University Press.
- Tcherni, Maria, Andrew Davies, Giza Lopes, and Alan Lizotte. 2016. "The dark figure of online property crime: Is cyberspace hiding a crime wave?." *Justice Quarterly* 33(5): 890-911.

- Vandello, Joseph A., and Dov Cohen. 1999. "Patterns of individualism and collectivism across the United States." *Journal of Personality and Social Psychology* 77(2): 279-92.
- Weinberg, Daniel H. 2011. *U.S. Neighborhood Income Inequality in the 2005–2009 Period (ACS-16)*. Washington, DC: U.S. Department of Commerce, U.S. Census Bureau.

Is Merton's macro-level anomie theory still valid? Examining the applicability of Merton's anomie theory to three types of crime in the fifty states of the United States*

Hyojong Song**

The present study aims to examine whether the criminogenic mechanism proposed by Robert K. Merton (1938, 1968) is applicable to explain a variation in macro-level crime rates. Using the fifty states in the U.S. as the units of analysis, I measured the core theoretical concepts of the theory, cultural and social structures, and examined whether the categories of society based on the combinations of both types of structures can predict state level crime rates. As a result of the analysis, I found different outcomes depending on type of crime, which includes a partial support for the theory as well as evidence conflicting with the theory. In both instrumental crime and violent crime, crime rates tend to be higher in the states where the level of the anomic cultural structure is low and that of the unequal social structure is high, which is contrary to the propositions of the theory. In cybercrime, in contrast, rates of cybercrime tend to be higher in states with stronger anomic cultural structure and unequal social structure, which is consistent with the theory. The research findings suggest the possibility that the macro-level mechanism of crime proposed by Merton is better applicable to explain cybercrime than traditional forms of crime today.

❖ Keywords: Merton, anomie, strain theory, instrumental crime, violent crime, cybercrime

투고일 : 8월 31일 / 심사일 : 9월 27일 / 게재확정일 : 9월 27일
--

* This study was supported by a faculty research grant from the College of Liberal Arts at Korea University in 2020.

** Associate Professor, Department of Sociology at Korea University

절차적 정의 교육프로그램의 효과성 분석: 성향점수매칭(PSM) 기법을 적용한 준실험적 접근

장재성* · 최낙범**

국 | 문 | 요 | 약

경찰활동의 정당성을 확보하는 수단으로 절차적 정의의 실현이 주목받고 있다. 절차적 정의는 경찰이 시민들에게 보여주는 참여, 중립성, 신뢰, 존중의 태도를 통하여 경찰활동의 정당성을 확보하는 것에 목적을 두고 있다. 최근 이 분야에서 경찰관의 관점에서 절차적 정의의 구성요소에 대한 인식수준을 살펴보는 시도가 이루어지고 있다. 또한 절차적 정의를 실현하기 위해 교육 프로그램을 마련하고 교육효과성을 검증하는 연구가 이루어지고 있다. 하지만 한국적 맥락에서 절차적 정의의 교육효과성을 검증하는 연구는 아직까지 시도되지 못하였다.

본 연구는 경찰 인재개발원에서 시행중인 절차적 정의 교육 프로그램의 효과성을 검증하는 것을 목적으로 시행되었다. 교육과정을 이수한 교육생과 그렇지 않은 경찰관을 대상으로 절차적 정의에 대한 인식수준을 비교분석하였다. 성향점수 매칭을 통한 준실험적 방법을 통하여 두 집단의 평균차이를 검증하고 회귀분석을 통하여 교육효과성을 추가적으로 검증하였다. 분석결과에서 교육 프로그램의 단기적 효과성이 입증되었으며, 이를 바탕으로 이론적, 정책적 시사점에 대하여 논의하였다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2022.9.30.3.237>.

❖ 주제어 : 경찰, 절차적 정의, 교육효과성, 성향점수매칭, 준실험연구

* 주저자 : 경찰대학 경찰학과

** 교신저자 : 서원대 경찰학부 조교수(nb.choi@daum.net)

I. 서론

형사사법체계 내의 ‘권력기관 정당성(power-holder legitimacy)’을 어떻게 확보할 것인지에 대한 논의는 탈권위 시대의 민주적 경찰활동에 대한 요청에 따라서 지속적으로 이루어져왔다. 여기에는 민주행정의 지도원리로서 제시되는 민주성, 합법성, 능률성과 같은 규범적 행정가치 뿐만 아니라 참여, 협력, 정보공개, 절차준수 등의 실천적 대안에 대한 논의를 포함한다. 정당성은 권력작용에 대한 시민들의 경험으로부터 인정되는 것으로서 경찰활동의 결과적 측면뿐만이 아니라 집행상의 과정적 측면을 통해서도 인식된다. 이 중에서 과정을 중시하는 입장은 높은 과정통제(process control) 조건에서 당사자들은 결과에 대한 공정성을 높게 인식한다는 공정이론(equity theory)의 발전된 논의와 궤를 같이 하며(Thibaut & Walker, 1978), 영미법계의 당사자주의와도 일치한다.

이에 따라 경찰 정당성 이론은 처벌에 따른 심리적 강제를 통한 시민들의 순응보다는 경찰활동의 정당성 확보를 중시한다(Tyler, 2004). 그중에서 절차적 정의는 경찰 정당성을 확보하는 가장 효과적이고 중요한 수단으로서 인정되고 주목을 받고 있다(Tyler & Sunshine, 2003). 절차적 정의는 경찰이 보여주는 참여(participation), 중립성(neutrality), 신뢰(trust), 존중(respect)의 태도를 통하여 경찰활동의 정당성을 확보하기 위한 과정적 목적(process objective)을 달성하는 것에 초점을 맞춘다. 서구사회를 중심으로 발달된 경찰정당성 이론은 경찰활동의 절차적 공정성이 시민들의 법준수 의사, 경찰에 대한 협력의사 등에 긍정적인 영향을 미친다는 실증연구를 통해서 검증되고 지지되어왔다(Tyler & Huo, 2002; Reisig et al., 2007).

최근 이 분야에서 새롭게 주목받고 있는 연구경향은 경찰관들의 관점에서 절차적 정의의 구성요소에 대한 인식수준을 살펴보는 시도이다(Dai et al, 2020; Skogan, et al., 2015; Rosenbaum & Lawrence, 2017). 경찰관들의 일상적인 업무처리 과정에 내재되어 있는 절차적 정의를 실천하고자 하는 의식은 시민들에 대한 태도를 결정하고, 실천의 지가 높을수록 공정한 경찰활동으로 이어짐으로써 시민들의 경찰에 대한 협력의사로 이어진다는 인과기제를 가정한다(Tyler & Huo, 2002). 이와 같은 논리적 구조에서 절차적 정의에 대한 인식은 경찰의 정당성(legitimacy)을 높이는 핵심변수로 작용하므로 경찰관 스스로 그것을 부여된 의무(obligation)와 실천적 원리로서 수용하게 만드는 것이

핵심과제가 된다. 이러한 필요성에 따라서 절차적 정의에 대한 교육의 실행과 효과성에 대한 연구도 새롭게 주목받고 있다.

Skogan et al.(2015)은 절차적 정의의 실천을 유도하는 방안으로써 경찰관을 대상으로 한 교육의 효과성을 강조하였으며, Dai et al.(2020)은 절차적 정의 교육의 단기적, 장기적 효과성을 검증한 바 있다. 실무적으로 미국경찰의 경우, 2012년부터 시카고 경찰에서 절차적 정의 훈련 프로그램을 마련하여 시행하고 있으며, 한국경찰은 2020년도에 절차적 정의를 경찰활동 전반에 내재화시키는 전략을 수립하고(경찰청, 2020). 경찰인재개발원에 ‘절차적 정의 교육과정’을 신설하여 운영하고 있다. 그렇다면 과연 절차적 정의에 대한 교육을 통해서 경찰관들의 실천의지를 높일 수 있을까?

이러한 문제의식에 따라서 본 연구는 절차적 정의 교육과정의 효과성을 검증하는 명확한 연구목적을 갖고 설계, 수행되었다. 현재 경찰청에서 시행하고 있는 절차적 정의 교육과정이 의도한 교육효과를 발휘하고 있는지를 준실험적(quasi-experimental) 설계를 통해 확인하고자 하였다. 교육효과성 검증을 위해서 교육을 받은 집단(treatment group)과 그렇지 않은 집단(control group)을 대상으로 자기기입식 설문조사를 실시하였고(n=441) 교육효과 이외에 제3의 요인을 통제하기 위해 성향점수를 이용한 매칭 방식(PSM)을 활용하였다. 이를 토대로 실험군과 대조군의 인식 차이 및 절차적 정의에 영향을 미치는 관련 변수들을 투입하여 변인들 간의 관계를 살펴보았다. 마지막으로 결론에서는 연구의 시사점과 한계에 대하여 논의하였다. 본 연구는 절차적 정의 이론의 실천적 과제로서의 현실적용 가능성과 한국경찰 맥락에서의 이론적 확장, 경찰청 교육정책에 대한 평가를 시도한 점에서 선행연구와 차별되는 이론적, 정책적 기여를 할 수 있을 것이라고 기대한다.

II. 이론적 논의

1. 절차적 정의와 경찰활동

경찰활동에 있어서 절차적 정의(procedural justice)는 Tyler(1990)에 의해 본격적으

로 논의되기 시작하였다. Tyler(1990)는 기존의 억제이론적 관점의 효과에 의문을 제기 하면서 ‘사람들이 법을 준수하는 이유는 처벌에 대한 두려움이 아니라 법을 집행하는 제도·기관으로서의 경찰이 정당하다고 인정하기 때문’이라고 강조하였다. 이에 근거하여 Tyler(1990)는 강제력을 활용한 처벌 위주의 전략보다는 경찰활동의 정당성(legitimacy)을 인정받음으로써 시민들의 자발적 순응과 법 준수를 유도하는 것이 더욱 효과적인 치안전략이라고 주장하였다.

Tyler와 Sunshine(2003)은 경찰 정당성에 가장 크게 영향을 미치는 요인으로 ‘절차적 정의’를 지목하였으며, 경찰관이 절차적 정의에 기반한 경찰활동을 할 때, 시민들은 경찰의 권위가 정당하다고 인식하며, 이는 곧 시민들의 준법의식과 경찰에 대한 협조로 연결된다고 역설하였다. 이후 Tyler(2004)는 절차적 정의를 실천적 개념으로 재구성하면서, 그 하위 개념요소로 참여(participation), 중립성(neutrality), 신뢰(trust), 존중(respect)을 제시하였다. 즉, 경찰관이 현장에서 시민의 의견을 귀 담아 듣고, 의사결정에 참여할 기회를 부여하며, 시민에 대해 중립적이면서 존중하는 태도를 취하며, 상세한 설명 등으로 시민들이 업무처리 과정을 신뢰할 수 있도록 할 때 시민들은 경찰활동이 절차적으로 정당하다고 인식한다는 것이다. Tyler의 4요인 모델은 이후 다양한 실험적 연구에서 타당성이 검증되었으며, 절차적 정의 및 경찰 정당성과 관련된 실증연구에서 널리 활용되고 있다(Tyler & Huo, 2002; Hinds & Murphy, 2007; Murphy et al., 2008; Mazerolle et. al., 2012; 장재성·최낙범, 2021).

절차적 정의 이론에 관한 기존의 실증연구들은 주로 시민들의 인식을 중심으로 절차적 정의와 경찰 정당성, 시민들의 법 순응과 신뢰, 협조와 관계를 규명하는데 초점을 두고 있다. 이러한 맥락의 연구는 다양한 국가에서 시행된 바가 있는데, 일반적으로 절차적 정의 인식이 경찰 정당성 인식에 유의한 긍정적 영향을 미치며, 경찰 정당성 인식은 다시 시민들의 법순응, 협력과 지지, 신뢰에 긍정적 영향을 미치는 것으로 나타났다(라광현, 2018).¹⁾ 최근 국내에서도 이 모델과 관련된 연구들이 진행되고 있는데, 대체로 위의 이론적 모델을 지지하는 결과들이 도출되고 있다(류준혁, 2015; 최대현, 2017; 임창호, 2020; 임창호 2021; 전용재, 2021).

시민들의 인식에 주안점을 두었던 기존의 연구들과는 달리, 최근 일부 연구들은 절차

1) 일부 연구에서는 유의한 영향을 미치지 않는 것으로 나타났다(장재성, 2020).

적 정의의 실천자인 경찰관의 인식으로 연구의 초점을 전환하고 있다. Bottom과 Tankebe(2012)은 경찰관의 인식이 절차적 정의 실현에 매우 중요한 요소라고 지적하며, 경찰관과 시민을 모두 중시하는 대화적 접근을 역설하였다. 이어 학자들은 경찰관의 절차적 정의 인식을 형성하는 요인들을 연구하였는데, Haas et al.(2015)은 경찰관들이 조직 내부에서 감독자로부터 공정한 대우를 받는 것이 업무구직 준수로 연결된다고 하였으며, Van Craen과 Skogan(2017)은 사회적 학습이론에 기반하여 경찰관들이 현장에서 시민을 대하는 태도는 그들이 감독자로부터 어떤 대우를 받았는지에 따라 결정된다고 주장하였다. 또한 이들은 시민지 모델을 통해 시민들로부터 지지를 받고 있는지 여부 역시 경찰관들의 절차적 정의 실천에 영향을 미친다고 주장하였다. 이후 여러 학자들이 Van Craen과 Skogan의 모델을 실증적으로 테스트하였는데, 대부분의 연구에서 경찰 조직 내부의 공정함²⁾은 경찰관들의 절차적 정의 인식에 직간접적으로 긍정적 영향을 미치는 것으로 분석되었으며, 그 과정에서 대응성, 시민 또는 조직의 지지가 매개 역할을 하는 것으로 나타났다(Wu et al., 2017; Sun et al., 2018; Sun et al., 2019; Ivković et al., 2020). 또한, 국내에서 경찰관의 인식을 중심으로 절차적 정의를 연구한 장재성·최낙범(2021)의 연구에서는 경찰관의 절차적 정의 인식이 경찰의 대응성에 유의한 영향을 미치는 것으로 나타났다.

한편, 경찰관들의 절차적 정의 실천을 유도할 수 있는 가장 현실적인 방법으로 교육의 중요성이 강조되는데, 일부 연구들은 경찰관을 대상으로 하는 절차적 정의 교육프로그램의 효과성을 평가하고자 하였다. Skogan et al.(2015)은 시카고의 경찰관 2,681명을 대상으로 교육을 받기 전, 후의 단기 교육 효과(short-term effects)를 평가하였고, 714명의 경찰관을 대상으로 교육 10개월 경과 후의 장기 교육 효과(long term effects)를 평가하였다. 그 결과 단기적으로 교육 종료 후에 경찰관들의 절차적 정의 인식이 높아지는 것으로 나타났으며, 장기적으로는 절차적 정의 교육 프로그램 경험 여부가 경찰관들의 절차적 정의 인식에 긍정적 영향을 미치는 것으로 나타났다. Antrobus et al.(2019)는 퀸즐랜드 신임 경찰관 중 56쌍을 임의로 선정하여 절차적 정의 교육 이후 교육 대상 경찰관의 절차적 정의 역량을 효과성 인식, 상호작용, 커뮤니케이션 스킬, 시민에 대한 행

2) 여기서 경찰 내부의 공정함은 주로 감독자들이 현장 경찰관들에게 조직 내 의사결정에 있어 의견 진술의 기회를 부여 하였는지, 상호작용 시 경찰관들을 존중하고, 공정하게 대우하였는지를 의미한다.

동 등으로 나누어 비교 평가하였다. 그 결과 일부 영역에서 교육 받은 경찰관이 그렇지 않은 경찰관에 비해 통계적으로 유의한 수준의 높은 역량을 보이는 것으로 나타났다. Dai et al.(2020)은 531명의 Norfolk시 경찰관을 대상으로 절차적 정의 교육의 단기 효과와 장기 효과를 분석하였다. 연구결과 절차적 정의 교육은 단기적으로 경찰관들의 절차적 정의 인식을 향상시켰을 뿐만 아니라, 약 18개월 후에도 교육 효과가 유지되고 있는 것으로 분석되었다.

이처럼 서구권에서는 절차적 정의 교육 프로그램의 중요성을 인식하고, 그 효과성을 측정·평가하는 연구들이 발표되고 있음에도 불구하고 국내에서는 이러한 시도를 찾아볼 수 없었다. 이에 본 연구에서는 2020년 경찰인재개발원에 도입된 ‘절차적 정의 교육 과정’을 대상으로 교육 프로그램이 경찰관들의 절차적 정의 인식에 유의한 영향을 미치는지 분석하고자 한다. 임의 할당에 의한 실험 연구가 어려운 사회과학 분야의 한계상 여러 가지 연구방법적 제약이 있겠지만 이론적 논의를 넘어 실제 국내에서 진행된 절차적 정의 교육 프로그램 대상으로 그 효과성을 평가해보려는 본 연구의 시도는 학술적으로 중요한 의미가 있을 것이라 생각된다.

2. 한국 경찰의 절차적 정의 교육프로그램

경찰청에서는 법집행의 정당성을 강화하고 경찰활동에 대한 국민의 지지와 신뢰를 확보하기 위한 전략으로서 절차적 정의에 기반한 공감 받는 경찰활동의 내재화를 추진하고 있다(경찰청, 2020). 이와 관련, 2020년 경찰인재개발원에 ‘절차적 정의 교육과정(이하 절차적 정의 과정)’을 신설하였으며, 2022년에는 각 시도청으로 관련 교육을 확산하기 위해 절차적 정의 강사를 양성하는 교육과정(공감받는 경찰활동 강사과정)³⁾도 신설되었으며, 양성된 강사들을 활용하여 각 시도청으로 교육을 확산할 예정이다(경찰청, 2022). 본 연구의 분석 자료는 2020년 경찰인재개발원에서 운영된 ‘절차적 정의 교육과정’에서 수집되었으므로 이하에서는 2020년 경찰인재개발원 ‘절차적 정의 교육과정’에 대해서 살펴보기로 한다.

3) 경찰청에서는 ‘절차적 정의’라는 용어가 학술적이며 적법절차 개념과 혼동된다고 판단하여 2021년부터 내부의견 수렴을 거쳐 절차적 정의 교육과정 명칭을 ‘공감받는 경찰활동’으로 변경하여 운영하고 있다.

절차적 정의 과정은 전국 경정 이하 경찰관을 대상으로 하는 과정으로, 교육기간은 1주이며, 2020년에 총 6회, 약 180명(1회 30명 내외)을 대상으로 실시되었다. 절차적 정의 과정은 시카고 경찰에서 개발하여 뉴욕주 Zone 5 Regional Law Enforcement Training Academy⁴⁾에서 운영 중인 절차적 정의와 경찰 정당성 교육과정(Procedural Justice and Police Legitimacy)을 토대로 설계되었다.⁵⁾

먼저 절차적 정의 과정의 모태가 된 시카고 경찰의 Procedural Justice and Police Legitimacy 과정을 간략히 살펴본다. 이하의 내용은 Skogan et al.(2015) 및 시카고 경찰의 Instructional Design and Quality Control Section Education and Training Division에서 제작한 Procedural Justice and Police Legitimacy Facilitator Guide의 내용을 요약한 것이다. 먼저 Procedural Justice and Police Legitimacy 과정은 총 5개의 교육 모듈(Module)로 구성된다. 모듈1은 The Interactive nature between Procedural Justice, Legitimacy, and Goals in Policing으로 절차적 정의의 기본적 내용을 교육 대상에게 소개하며 절차적 정의가 경찰의 목적달성에 어떤 작용을 하는 것인지 이해하도록 한다. 모듈2는 Expectations and Legitimacy로 경찰관의 고정관념, 특히 냉소주의를 주로 다루고 있다. 범죄자를 상대하는 경찰관은 자신도 모르게 모든 시민을 부정적이고 냉소적인 태도로 바라보기 쉬운데, 이러한 관념을 극복하고 시민들과 함께 범죄에 대응하기 위한 방안 등을 토론한다. 모듈3은 Procedural Justice를 상세하게 설명한다. 절차적 정의의 태도와 절차적 정의의 구성요소(참여, 중립, 존중, 신뢰)를 설명하며, 절차적 정의의 실천이 경찰관의 안전 확보에 도움이 되며, 시민들의 지지와 순응을 이끌어 내어 경찰활동을 원활하게 할 수 있도록 한다는 사실을 역설함으로써 교육생들이 절차적 정의를 긍정적으로 인식하도록 돕는다. 모듈4는 경찰활동의 세대효과와 역사적 효과를 다루는 Historical and Generational Effects of Policing이다. 이 섹션에서는

4) 미국 뉴욕주 Schenectady 카운티에 소재한 비영리 법집행 훈련센터이다. 뉴욕주 소재 10개 카운티 및 인접주 65개 경찰관서의 교육을 담당하고 있으며, 신임경찰관, 경찰 감독자 등을 대상으로 여러 실무교육 프로그램을 운영하고 있다.

5) 한국형 절차적 정의 과정 개발을 위해 2019년 경찰청 교육기획단이 뉴욕주 Zone 5 Regional Law Enforcement Training Academy를 방문하여 약 1주간 실제 교육과정에 참여하였다. 동 Academy에서는 시카고 경찰에서 개발된 Procedural Justice and Police Legitimacy 과정을 운영하고 있었으며, 이 교육 프로그램을 참관 후 한국 실정에 맞게 일부 수정하여 2020년 경찰인재개발원 절차적 정의 과정을 개발하였다.

경찰활동의 역사적 효과로써 인종차별(특히 흑인에 대한 부정적 인식)의 문제를 다루며, 절차적 정의의 실천이 미래 세대를 위한 공공의 저축⁶⁾이라는 점을 강조한다. 마지막으로 모듈5는 Procedural Justice at its Finest로 전체 교육과정을 마무리하며 교육소감과 교육 중 알게 된 내용, 생각 등을 공유하는 시간이다. 이 시간을 활용하여 교육생들은 절차적 정의와 관련된 영상들을 보면서 교육에서 배운 것들을 팀별로 상호토론하게 된다.

〈표 1〉 경찰인재개발원 절차적 정의 과정 커리큘럼

과목명	주요내용	시간	진행 방식
시민과의 거리	· 시민과 경찰, 서로를 바라보는 상반된 시각 · 경찰관의 편견과 고정관념, 냉소주의의 문제	3	강의
2. 경찰 정당성과 절차적 정의	· 경찰정당성 이론의 이해 · 절차적 정의 - 경찰정당성 - 시민 신뢰의 관계 · 절차적 정의와 구성요소	6	강의
3. 함정 피하기	· 절차적 정의 실천이 어려운 이유 · 빠른 함정과 느린 함정 / 각 함정의 사례 공유 · 함정 극복을 위한 조직적·개인적 노력	3	강의 토론
4. 경찰 영화토론	· 영화속 경찰관의 경찰활동 관찰 · 절차적 정의에 입각한 평가 및 토론	3	토론
5. 신뢰받는 대화법	· 절차적 정의 요소가 반영된 대화기법 · 현장 사례를 적용한 대화법 실습	3	강의 실습
6. 절차적 정의 특강	· 명사 초청 절차적 정의 강연	3	강의
7. 사례 실습 및 비전선언	· 내가 겪은 절차적 정의 사례 발표 · 절차적 정의 실천을 위한 비전선언문 작성 및 공유	5	토론 실습

경찰인재개발원 절차적 정의 과정은 시카고 경찰에서 개발한 위 교육과정을 대부분 반영하면서 한국 실정에 맞지 않는 교육 내용을 일부 수정하였다.⁷⁾ 절차적 정의 과정은

- 6) 절차적 정의에 입각한 경찰활동은 시민들의 준법지지와 경찰협력 의사 강화로 연결되며 경찰에 대한 신뢰를 향상시킨다. 이러한 관점에서 Police Legitimacy Facilitator Guide는 절차적 정의 실천을 위한 오늘의 노력은 미래 후배 경찰과 시민을 위한 저축(deposits)인 반면, 절차적 정의에 반하는 경찰활동은 시민들의 신뢰와 지지를 약화시키는 인출(withdrawals)에 해당한다고 설명하고 있다.
- 7) 예를 들어, Procedural Justice and Police Legitimacy 과정에서는 인종차별 문제, 흑인에 대한 편견 극복 등을 매우 강조하고 있으나, 이는 한국적 맥락에는 맞지 않다. 한국 과정에서는 해당 내용을 외국인, 노숙자 등 편견을 가질 수 있는 사람들에 대한 고정관념 극복 등의 내용으로 대체되었다. 또한 Historical Effect는 한국 우리 실정에 맞게 일제 및 군사정권 시대의 부정적 경찰 이미지 등의 내용으로 대체되었다.

5일 과정으로 총 7개의 직무교육과 3개의 소양과목으로 구성되었다. 소양과목은 응급처치 교육, 체육활동, 교육과정 운영을 위한 행정시간 등으로 여기서는 절차적 정의와 관련된 7개 직무과목에 대해서만 살펴본다. 이하의 내용은 2020년 경찰청 교육훈련계획을 참고하였다. <표 1>은 7개 직무과목의 명칭과 주요 내용을 나타낸 것이다.

첫 번째 과목은 ‘시민과의 거리’로, 여기에서는 경찰관의 냉소주의와 고정관념을 살펴보면 이러한 편견이 경찰활동에 미칠 수 있는 영향과 극복 방안에 대해 토의한다. 두 번째 과목은 ‘경찰 정당성과 절차적 정의’이다. 이 시간에는 절차적 정의와 경찰 정당성 이론이 등장하게 된 배경과 주요 내용을 다룬다. 절차적 정의가 시민들의 지지와 협조, 신뢰에 미치는 긍정적 영향 등에 대한 학계의 연구결과도 설명한다. 그리고 절차적 정의를 구성하는 4가지 요소의 개념과 실제 경찰활동에서의 접목 방안 등도 안내된다. 세 번째 과목은 ‘함정 피하기’이다. 이 과목은 실제 경찰활동에서 절차적 정의의 실천이 어려운 대표적 이유로 빠른 함정과 느린 함정을 설명한다. 빠른 함정은 고정관념에 의한 오해(상대방의 의견 묵살, 오인 체포 등)이며, 느린 함정은 과도한 권위 의식에 의한 부정적 행동(과잉장구 사용, 과격한 언사, 불친절한 설명 등)을 의미하는데, 각 함정의 의미와 실제 사례 등이 제시된다. 네 번째 과목과 다섯 번째 과목은 실습형 과목으로, ‘경찰 영화 토론’에서는 영화에 묘사된 경찰활동 상황을 절차적 정의 원칙에 입각하여 평가하고 토론하는 과정이며, ‘신뢰 받는 대화법’은 다양한 사례를 통해 참여, 중립, 존중, 신뢰를 실제 대화에 적용하는 방법을 설명하고 이를 분임별로 실습하는 시간이다. 여섯 번째 ‘절차적 정의 특강’은 경찰 외부 전문가를 초빙하여 시민의 입장에서 절차적 정의에 대한 인식을 제고하는 과정이다. 마지막 ‘사례 실습 및 비전선언’은 교육 마무리 및 확인 과정으로 교육 참가자들이 일선 현장에서 겪은 사례를 절차적 정의 시각에서 평가하여 발표하게 되며, 다른 참가자들은 이에 대해 토론, 평가한다. 마지막으로 교육 중 배운 사항과 스스로의 다짐을 비전선언문으로 작성하여 공유하는 것으로 교육과정이 마무리된다.

Ⅲ. 연구설계와 방법

본 연구의 목적은 절차적 정의 과정의 교육 효과를 검증하는 것이다. 교육 효과를 검증하기 위해 절차적 정의 과정을 수료한 집단과 수료하지 않은 집단을 대상으로 절차적 정의 인식을 측정하여 비교하였다. 또한, 교육 수료 여부 외에 절차적 정의 인식에 영향을 미칠 수 있는 요인들을 통제하기 위해서 본 연구에서는 성향점수매칭(P propensity score matching, PSM) 기법과 회귀분석을 활용하였다. 본 연구에서 사용된 자료와 분석 전략, 변수 측정에 대한 구체적 내용은 다음과 같다.

1. 자료수집과 특성

본 연구에서 사용된 데이터는 경찰인재개발원에 개설된 각 교육과정에 입교한 전국 경찰관을 대상으로 설문조사한 자료이다. 경찰인재개발원 교육과정 중 공감힐링과정 등 일부 과정은 특정한 요건을 가진 경찰관들을 별도로 선발하지만, 절차적 정의 교육과정을 포함한 대부분의 교육과정은 경정 이하 경찰관 전체를 대상으로 하고 있다. 교육생 선발은 경찰인재개발원에서 시도청별 인원을 고려하여 시도청에 교육수요를 배당하면, 각 시도청에서는 이를 다시 경찰서로 배정하며, 각 경찰서에서 배당된 인원만큼 교육생을 선발하는 방식으로 이루어진다. 이와 같은 과정을 통해 각 시도청 및 경찰서별 인원 비에 따라 교육생이 무작위로 선발되고, 선발과정에서 절차적 정의에 관한 사전 지식이나 태도, 유사한 교육 이수 여부 등은 고려되지 않으므로 연구자의 주관적 판단이 개입되거나 표본의 편향이 발생할 가능성은 크지 않다고 볼 수 있다.

데이터 수집과정은 다음과 같다. 연구의 자료 수집을 위해 연구자가 각 교육과정에 참여하여 교육 대상자들에게 연구의 목적을 설명하고 연구 참여에 대한 동의를 받았다. 동의를 받은 후 대상자들에게 온라인 설문조사 링크를 배포하였다. 조사는 절차적 정의 과정이 개설된 2020년 3월부터 12월에 걸쳐 이루어졌다. 약 9개월간 총 449명에게 설문지를 배부하여 446부를 회수(응답률 99.3%)하였으며, 이 중 결측치가 있는 5건을 제외하고 441부를 최종 분석하였다.⁸⁾ 경찰인재개발원은 교육생 선발 시 전체 시도청의 정

8) 일반적으로 온라인 설문조사의 경우 응답률이 저조한데, 본 연구의 경우 먼저 참여자에게 연구에

원을 고려하여 교육인원을 할당하고 있기 때문에 <표 2>와 같이 전국 경찰관들의 표본이 고루 분포되어 있다.

<표 2> 표본의 지역별 분포 및 모집단과의 비교

항목	구분	연구표본(N=441)	
		인원(명)	백분율(%)
시도경찰청	서울	70	15.9
	부산	34	7.7
	대구	21	4.8
	인천	22	5
	광주	12	2.7
	대전	17	3.9
	울산	11	2.5
	경기	92	20.9
	강원	17	3.9
	충북	25	5.7
	충남	27	6.1
	전북	16	3.6
	전남	21	4.8
	경북	20	4.5
	경남	22	5
	제주	8	1.8
	기타	6	1.3

그 외 표본의 인구통계학적 특성은 다음 <표 2>와 같다. 먼저 실험군에 해당하는 절차적 정의 과정을 이수한 표본이 175명, 대조군에 해당하는 절차적 정의 과정 외 다른 과정을 이수한 표본이 266명이었다. 성별은 남성이 323명(73.2%), 여성이 118명(26.8%)이었으며, 연령은 20대가 87명(19.7%), 30대 146명(33.1%), 40대 88명(20.0%), 50세 이상이 120명(27.2%)이었다. 재직기간별로는 5년 이하가 170명(38.5%)으로 가장 많은 비중을 차지하였고 6년 이상 10년 이하가 56명(12.7%), 11년

대한 동의를 받은 이후 설문지를 배포하였기 때문에 대부분의 참여자가 설문결과를 제출하여 높은 응답률을 기록하였다.

이상 15년 이하가 30명(6.8%), 16년 이상 20년 이하가 35명(7.9%), 21년 이상이 150명(34.0%)으로 나타났다. 계급의 경우 순경 89명(20.2%), 경장 108명(24.5%), 경사 46명(10.4%), 경위 174명(39.5%), 경감 이상 24명(5.4%)으로 구성되었다. 근무부서는 크게 지역경찰, 경찰서 수사, 경찰서 수사 외 기능, 시도청, 본청(부속기관 포함)으로 구분하였으며, 지역경찰(지구대·파출소) 244명(55.3%), 경찰서 수사 112명(25.4%), 경찰서 수사 외 기능 50명(11.3%), 시도청 29명(6.6%), 본청 및 교육기관 6명(1.4%)으로 나타났다.

〈표 3〉 응답자의 특성(N=441)

구분	범주	빈도(명)	비율(%)
절차적 정의 교육 여부	교육 이수	175명	39.7
	교육 미이수	266명	60.3
성별	남성	323	73.2
	여성	118	26.8
연령	20대	87	19.7
	30대	146	33.1
	40대	88	20.0
	50세 이상	120	27.2
재직기간	5년 이하	170	38.5
	6년-10년	56	12.7
	11년-15년	30	6.8
	16년-20년	35	7.9
	21년 이상	150	34.0
계급	순경	89	20.2
	경장	108	24.5
	경사	46	10.4
	경위	174	39.5
	경감 이상	24	5.4
근무부서	지역경찰(지구대·파출소)	244	55.3
	경찰서(수사)	112	25.4
	경찰서(수사 외)	50	11.3
	지방청	29	6.6
	본청 및 교육기관	6	1.4

2. 분석 전략

본 연구의 목적은 절차적 정의 과정의 교육 효과성을 평가하는 것이다. 교육 효과성을 평가하는 가장 단순한 방법은 교육을 받은 경찰관과 그렇지 않은 경찰관의 절차적 정의 인식을 측정하여 비교하는 것일 것이다. 하지만 이러한 방법이 학술적으로 타당성을 인정받기 위해서는 실험군인 교육 받은 집단과 대조군인 교육 받지 않은 집단 사이에 절차적 정의 교육 여부 외에 다른 특성의 차이가 없어야 한다. 하지만 인간을 대상으로 하는 사회과학 연구에서 양 집단의 특성을 완벽하게 일치시킨다는 것은 거의 불가능하다. 이러한 경우 대안적으로 활용되는 방법이 PSM기법이다(안화연·임희정, 2020). PSM은 Rosenbaum과 Rubin(1983)에 의해 개발된 방법으로 실험설계에 있어 실험대상의 무작위 할당이 불가능한 경우, 사후적으로 무작위 할당이 이루어진 것과 유사하게 데이터를 구축해주는 방법이다. PSM을 통한 실험군과 대조군의 재구축은 통상 다음과 같이 3단계로 이루어진다. 먼저 로지스틱 회귀분석을 통해 실험군과 대조군을 나누는 기준에 대한 성향점수를 계산한다. 두 번째로 성향점수를 활용하여 실험군과 대조군을 매칭시켜 새로운 분석대상 집단을 구성한다. 마지막으로 재구축된 자료를 활용하여 각 연구별 목적에 적합한 분석을 실시하게 된다.

성향점수를 이용한 매칭의 방식에는 최근접 이웃 매칭(Nearest neighborhood matching), 반지름 매칭(Radius matching), 최적 매칭(Optimal matching) 등이 있는데, 본 연구에서는 최적 매칭방법을 활용하였다. 최근접 이웃 매칭의 경우 성향점수가 유사한 대조군 중에 가장 가까운 개체를 매칭 대상으로 선정하는 반면, 최적 매칭은 전체 대조군을 계층화한 뒤 전체 대조군에서 가장 특성이 유사한 매칭 대상을 결정하기 때문에 좀 더 효율적인 매칭이 가능하다(안화연·임희정, 2020). 일반적으로 정책이나 프로그램의 효과성 평가를 위해 PSM과 이중차이분석(Difference in Difference)이 연계되어 활용되고 있다. 하지만 본 연구의 분석자료는 1회 설문조사를 통해 형성된 횡단적 자료이므로 시계열 자료가 필요한 이중차이분석을 적용하기 곤란하다. 일부 연구에서는 이와 같이 횡단적 데이터의 경우 PSM 기법과 회귀분석을 연계하여 다양한 변수들을 통제하는 방법을 사용하고 있다(김홍균·박승준, 2014; 주은수, 2015). 본 연구에서도 PSM과 회귀분석을 활용하여 경찰관의 절차적 정의 인식에 영향을 줄 수 있는 요인들을

최대한 통제한 후 절차적 정의 교육 여부에 따라 절차적 정의 인식이 달라지는지 분석하고자 한다. 구체적인 분석절차는 다음과 같다.

먼저 전체 실험군 175명과 대조군 266명을 대상으로 성별, 연령, 재직기간, 계급, 근무부서 등에 유의미한 차이가 있는지 t검증 또는 교차분석으로 확인한다. 이후 PSM을 통해 대조군을 실험군과 유사한 인구통계학적 특성을 가지도록 재구축한 뒤 t검증과 교차분석을 통해 양 집단의 인구통계학적 특성에 유의한 차이가 있는지 살펴보고, 양 집단의 절차적 정의 인식에 유의미한 차이가 있는지 t검증을 통해 검증한다. 다음으로 인구통계학적 특성 외에 절차적 정의 인식에 영향을 줄 수 있는 요인들을 통제하기 위해 회귀분석을 실시한다. 회귀분석에는 앞서 선행연구들을 검토한 결과를 토대로 절차적 정의 인식에 영향을 줄 수 있는 변수로 조직 내부의 절차적 공정성, 대응성, 사회적 지지를 선정하여 투입하였다. PSM과 회귀분석을 통해 최대한 통제변수들의 영향력을 제거하였을 때에도 교육 여부가 경찰관들의 절차적 정의 인식에 유의한 영향을 미치는지 확인한다.

3. 변수의 측정

본 연구의 실험군은 절차적 정의 과정을 이수한 경찰관들이며, 대조군은 절차적 정의 과정 외의 교육을 이수한 경찰관들이다.⁹⁾ 변수들의 측정을 위한 설문조사는 실험군과 대조군 모두 교육 종료 직후(통상적으로 금요일 오후)에 1회에 걸쳐 이루어졌다. 선행연구들은 단기 교육 효과 측정을 위해 동일 경찰관을 대상으로 교육 전 사전 측정을 실시하고, 교육 종료 후 사후 측정을 실시하여 이를 비교하는 방법을 주로 사용하였다 (Skogan et al., 2015; Dai et al., 2020). 하지만 본 연구의 연구대상인 절차적 정의 과정의 교육 기간은 1주일이며, 교육 대상의 선정이 교육 실시 1~2일 전에 확정되는 관계로 사전 측정을 실시하게 된다면 교육 첫날 실시할 수밖에 없었으며, 사전 측정일로부터 4일 이후(교육 종료일) 사후 측정을 실시할 경우 오히려 단기간의 반복 측정으로 인한 편향이 발생할 가능성이 크다고 판단하였다. 또한, 잦은 설문에 대한 교육생의 불만이 누적되면 불성실한 응답을 가능성도 크다고 판단하여 교육 직후 1회만 설문조사를

9) 절차적 정의에 대한 교육은 전문교육과정인 절차적 정의 과정에서만 이루어지며, 다른 과정에서는 절차적 정의와 관련된 교육이 전혀 포함되지 않았다.

실시하고, 교육받지 않은 대상과의 비교를 통해 교육 효과를 평가하는 방식으로 연구를 설계하였다.

이 연구에서 사용하는 종속변수는 경찰관들의 절차적 정의 인식이다. 일반적으로 절차적 정의 연구에 사용되는 문항들은 시민을 대상으로 경찰관의 절차적 정의 정도를 측정하는 것이다(Tyler & Huo, 2002; Hinds & Murphy, 2007; Murphy et al., 2008; Mazerolle et. al., 2012; 류준혁, 2015; 최대현, 2017; 임창호, 2020; 임창호 2021; 전용재, 2021). 본 연구에서는 시민이 아닌 경찰관의 절차적 정의 인식을 측정하여야 하므로 위 문항들을 사용하지 않고, Skogan et al.(2015)이 개발한 경찰관 대상 절차적 정의 측정 문항을 기초로 Tyler(2004)의 연구결과를 접목하여 우리나라 실정에 맞게 재구조화한 설문 문항을 사용하였다. 설문문항은 참여, 독립성, 존중, 신뢰의 4가지 구성요소를 모두 고려하여 총 16개 문항으로 구성되었는데, 요인분석을 통해 뚜렷한 요인구조를 형성하지 못하거나 기준값에 미달하는 일부 문항(참여 2문항, 독립 1문항, 존중 1문항)들은 최종분석에서 제외하였다.

본 연구의 독립변수는 절차적 정의 교육의 이수 여부이다. 절차적 정의 교육을 이수한 경우에는 '1', 그렇지 않은 경우에는 '0'으로 코딩하였다. 인구통계학적 요인 외에 경찰관의 절차적 정의 인식에 영향을 미칠 수 있는 요인을 통제하기 위해, 선행연구에 근거하여 통제변수로 경찰 내부의 절차적 공정성, 대응성, 사회적 지지를 선정하였다. 경찰 내부의 절차적 공정성은 Greenberg(1990), Sun et al.(2018)에 근거하여 '경찰 조직 내 감독자가 의사결정 시 경찰관의 의견을 고려하여 독립적인 태도로 결정하며, 경찰관을 존중하고 친절하게 대응하는 정도'로 정의하고 총 4개의 문항을 통해 측정하였다. 대응성은 Che와 Cha(2009), Hambilton(1988)의 정의를 참고하여 '경찰활동에 있어서 시민의 요구와 선호를 반영하는 수준'으로 정의하고, 정책적 측면과 시민과의 관계적 측면을 모두 고려하여 총 3개의 문항으로 측정하였다. 마지막으로 사회적 지지의 경우 한국 정책지식센터에서 실시하는 '공무원 인식조사'와 전대성·최낙범(2015)의 연구에서 타당성이 검증된 문항을 활용하여 3가지 문항으로 측정하였다. 이상에서 살펴본 본 변수들의 구체적인 측정도구는 <표 4>에 제시하였다.

〈표 4〉 변수의 측정

변수		측정문항	출처
종속 변수	참여	사건처리 시 시민 의견 청취	Tyler(2004), Skogan et al. (2015)
		정책과정에 시민들의 의견을 반영	
	종립성	사건처리 절차를 충실히 안내	
		법 적용 시 중립적인 입장	
		현장에서 이해당사자들에 대한 중립적 태도	
	존중	경찰관이 시민을 존중하는 태도	
		법집행 과정에서 시민들의 기본적 권리 존중	
		사건처리 과정에서 당사자 권리에 대한 충분한 고지	
	신뢰	경찰조직에 대한 시민들로부터의 신뢰 중시	
		경찰활동 결과에 대한 시민들로부터의 신뢰 중시	
		시민의 신뢰를 통한 경찰-시민 간 협력의 효과성 증진	
		시민의 신뢰를 통한 경찰활동의 정당성 제고	
통제 변수	내부 절차 공정성	조직 내 의사결정 시 현장 경찰관의 의견을 고려	Greenberg(1990), Sun et al.(2018)
		조직 내 의사결정 기준과 방침의 일관성	
		상관의 태도는 친절하다고 생각	
		상관이 업무처리 시 구성원에게 설명하고 이해를 구함	
	행정 대응성	경찰업무에 있어서 시민의 이익을 반영	Che & Cha(2009), Hambilton(1988)
		경찰업무의 정책결정에서 시민의 요구를 반영	
		경찰업무에 있어서 시민들과 긴밀한 협력	
	사회적 지지	시민들로부터 지지	한국정책지식센터 전대성·최낙범(2015)
		시민들로부터 존중	
		시민들로부터 적절한 대우	

IV. 분석 결과

1. 타당도 및 신뢰도 분석

본 분석에 앞서 본 연구에서 사용된 변수들의 타당도와 신뢰도를 분석하였다. 먼저 타당도 분석을 위해 탐색적 요인분석을 실시하였으며, 주성분분석 방식과 베리맥스

(varimax) 회전 방식을 적용하였다. KMO(Kaiser-Meyer-Olkin) 및 Bartlett 검정결과 KMO 측도는 0.912로 나타났으며, Bartlett 구형성 검정 결과 p값이 0.000으로 나타나 투입된 자료들이 요인분석에 적합하다고 볼 수 있다(Hair et al., 2010). 요인분석 결과, 앞서 언급한 참여 2문항, 중립 1문항, 존중 1문항을 제외한 문항들은 이론적 가정에 일치하게 추출되었다. 개별 요인들의 요인적재량은 0.876~0.525로 나타났다. 신뢰도 확인에 사용되는 크론바흐 α 는 최대 0.913에서 최소 0.738로 나타나 일반적으로 적용되는 기준치 0.7을 모두 충족하였다. 구체적인 요인분석 및 신뢰도 분석 결과는 <표 5>에 제시하였다.

<표 5> 요인분석 및 신뢰도 분석 결과

변수	측정항목	1	2	3	4	5	6	7	α
신뢰	신뢰4	0.837	0.101	0.123	0.107	0.218	0.217	0.162	0.913
	신뢰3	0.815	0.071	0.135	0.241	0.251	0.164	0.044	
	신뢰2	0.786	0.1	0.113	0.265	0.19	0.134	0.151	
	신뢰1	0.754	0.131	0.069	0.307	0.058	0.207	0.165	
내부 절차 공정	공정4	0.086	0.89	0.157	0.112	-0.02	0.026	0.076	0.894
	공정2	0.061	0.854	0.176	0.14	-0.027	0.029	0.062	
	공정3	0.108	0.772	0.243	0.027	0.308	0.104	0.005	
	공정1	0.119	0.759	0.31	0.002	0.28	0.041	0.08	
사회적 지지	지지2	0.092	0.286	0.876	0.1	0.129	0.056	0.047	0.904
	지지3	0.05	0.261	0.834	0.152	0.187	0.017	0.098	
	지지1	0.227	0.277	0.808	0.014	0.145	0.131	0.098	
존중	존중3	0.28	0.088	0.121	0.777	0.229	0.113	0.14	0.866
	존중4	0.368	0.118	0.067	0.754	0.249	0.158	0.164	
	존중1	0.311	0.155	0.115	0.61	0.212	0.22	0.337	
대응성	대응성2	0.172	0.123	0.237	0.233	0.782	0.076	0.287	0.864
	대응성1	0.25	0.183	0.215	0.218	0.749	-0.003	0.155	
	대응성3	0.376	0.133	0.113	0.31	0.674	0.197	0.054	
중립	중립4	0.177	-0.016	0.136	0.248	0.09	0.837	0.01	0.774
	중립3	0.335	0.156	-0.009	0.027	-0.001	0.784	0.243	
	중립2	0.209	0.063	0.09	0.502	0.213	0.525	0.198	
참여	참여2	0.196	0.144	0.148	0.299	0.314	0.14	0.736	0.738
	참여1	0.351	0.064	0.128	0.31	0.183	0.266	0.646	

2. PSM의 적용을 통한 교육 효과 분석

PSM을 활용하여 실험군과 대조군의 특성을 통제하기에 앞서, 실험군과 통제군의 인구통계학적 특성에 이질성이 있는지 분석하였다. <표 6>에 나타난 바와 같이 모든 변수에 있어서 양 집단의 차이가 통계적으로 유의하였다.

<표 6> 실험군과 대조군의 인구통계학적 특성 차이

변수	구 분	실험군	대조군	t o χ^2
		빈도(%)	빈도(%)	
성별	남	114(65.1)	209(78.6)	9.713**
	여	61(34.9)	57(21.4)	
연령	20대	47(26.9)	40(15.0)	-4.815***
	30대	62(35.4)	84(31.6)	
	40대	42(24.0)	46(17.3)	
	50대 이상	24(13.7)	96(36.1)	
재직기간	5년 이하	81(46.3)	89(33.5)	-4.215***
	6~10	26(14.9)	30(11.3)	
	11~15	14(8.0)	16(6.0)	
	16~20	19(10.9)	16(6.0)	
	20년이상	35(20.0)	115(43.2)	
계급	순경	47(26.9)	42(15.8)	16.922**
	경장	46(26.3)	62(23.3)	
	경사	23(13.1)	23(8.6)	
	경위	52(29.7)	122(45.9)	
	경감 이상	7(4.0)	17(6.4)	
근무부서	경찰서 수사	28(16)	84(31.6)	7.189*
	경찰서 수사외	48(27.4)	54(20.3)	
	지역경찰	99(56.6)	128(48.1)	

이러한 이질성을 해소하기 위해 PSM을 통해 실험군과 유사한 대조군을 매칭하여, 전체 대조군 266명 중에서 175명을 선별하였다. 매칭결과 선정된 대조군과 실험군의 인구통계적 특성을 비교한 결과는 <표 7>에 제시하였다. <표 6>의 결과와 비교하여 볼 때 모든 변수에 있어 양 집단의 차이가 감소하였으며, 모든 차이는 통계적으로 유의하지 않

았다. 이는 곧 매칭이 성공적이며, 매칭 이후 실험군과 대조군의 인구통계적 특성이 적절하게 통제되었다고 가정할 수 있다(주은수, 2015).

〈표 7〉 PSM 적용 이후 실험군과 대조군의 특성 비교

변수	구 분	실험군	대조군	t or χ^2 (p-value)
		빈도(%)	빈도(%)	
성별	남	114(65.1)	125(71.4)	1.596 (0.206)
	여	61(34.9)	50(29.6)	
연령	20대	47(26.9)	40(22.9)	-1.090 (0.276)
	30대	62(35.4)	68(38.9)	
	40대	42(24.0)	30(17.1)	
	50대 이상	24(13.7)	37(21.1)	
재직기간	5년 이하	81(46.3)	77(44.0)	-0.776 (0.438)
	6~10	26(14.9)	25(14.3)	
	11~15	14(8.0)	15(8.6)	
	16~20	19(10.9)	12(6.9)	
계급	20년이상	35(20.0)	46(26.3)	2.461 (0.652)
	순경	47(26.9)	36(20.6)	
	경장	46(26.3)	52(29.7)	
	경사	23(13.1)	22(12.6)	
	경위	52(29.7)	55(31.4)	
근무부서	경감 이상	7(4.0)	10(5.7)	3.931 (0.140)
	경찰서 수사	28(16)	56(32.0)	
	경찰서 수사외	48(27.4)	38(21.7)	
	지역경찰	99(56.6)	81(46.3)	

이어서 실험군과 대조군의 절차적 정의 인식 차이를 살펴보기 위해 t검증을 실시하였다. 그 결과는 아래의 <표 8>과 같다. 절차적 정의 교육을 받은 실험군의 경우 평균값은 중립(4.717), 존중(4.575), 신뢰(4.643), 참여(4.379) 순으로 나타났으며, 대조군의 경우 중립(4.377), 신뢰(4.27), 존중(4.219), 참여(3.975) 순으로 나타났다. 양 집단 모두 중립에 대한 인식이 가장 높은 반면, 참여에 대한 인식이 가장 낮았다. 모든 요소에서 절차적 정의 교육을 받은 집단이 그렇지 않은 집단에 비해 높은 인식을 나타내었으며, 통계적으로 유의미한 것으로 나타났다. 4가지 하위요소를 모두 포함한 통합적 관점에서의 절차적

정의에 대한 인식의 경우 실험군의 평균값이 4.579, 대조군 평균값이 4.210으로 나타나 실험군이 높은 것으로 분석되었으며 그 차이는 통계적으로 유의하였다($p<0.001$).

〈표 8〉 실험군과 대조군의 절차적 정의 인식 차이 검증

범주	표본	평균	표준 편차	평균차이	t	p-value
참 여	실험군(175)	4.38	0.596	0.40	5.697	0.000
	대조군(175)	3.98	0.724			
중 립	실험군(175)	4.71	0.388	0.33	6.312	0.000
	대조군(175)	4.38	0.597			
존 중	실험군(175)	4.58	0.481	0.36	6.087	0.000
	대조군(175)	4.22	0.606			
신 뢰	실험군(175)	4.64	0.490	0.37	5.536	0.000
	대조군(175)	4.27	0.742			
절차적 정의 전체	실험군(175)	4.59	0.032	0.38	6.937	0.000
	대조군(175)	4.21	0.043			

3. 통제변수를 투입한 회귀분석 결과

다음은 인구통계학적 변수 외에 절차적 정의 인식에 영향을 미칠 수 있는 인식 요인의 영향력을 통제하기 위해 다중회귀분석을 실시하였다. 회귀분석의 독립변수는 절차적 정의 교육 여부이며 통제변수는 대응성, 사회적 지지, 조직 내부의 절차 공정성이 투입되었다. 회귀분석은 절차적 정의의 4가지 요소들을 각각 종속변수로 한 모델과 절차적 정의 전체(4 요소의 평균값)를 종속변수로 한 모델로 나누어 각각 실시하였다. <표 9>에 나타난 바와 같이 절차적 정의 교육 여부는 모든 모델에서 종속변수에 유의한 정적 영향을 나타내어, 절차적 정의 교육이 경찰관들의 절차적 정의 인식을 강화하는 것으로 분석되었다(단, ‘참여’를 종속변수로 한 모델에서는 90%의 신뢰수준에서만 유의미한 것으로 나타났다. $p=0.059$). 통제변수 중에서는 대응성이 절차적 정의 인식에 정적 영향을 미치는 것으로 나타났으며, 사회적 지지와 조직 내부의 절차적 공정성의 경우 절차적 정의 인식에 직접적 영향은 미치지 않는 것으로 분석되었다.

〈표 9〉 통제변수를 투입한 회귀분석 결과

독립변수 \ 종속변수	참여	중립	존중	신뢰	절차적 정의
	β (S.E.)	β (S.E.)	β (S.E.)	β (S.E.)	β (S.E.)
교육여부 (실시=1)	0,109* (0,058)	0,195*** (0,052)	0,129*** (0,049)	0,129** (0,059)	0,133*** (0,042)
대응성	0,509*** (0,042)	0,254*** (0,038)	0,438*** (0,036)	0,447*** (0,043)	0,599*** (0,031)
사회적 지지	0,07 (0,036)	0,024 (0,033)	0,004 (0,031)	0,035 (0,037)	0,033 (0,026)
절차공정	0,048 (0,037)	0,034 (0,033)	0,039 (0,031)	0,033 (0,038)	0,039 (0,027)
모형요약	$R^2=0,464$ Adj $R^2=0,458$ $F=74,637^{***}$ $N=350$	$R^2=0,261$ Adj $R^2=0,252$ $F=30,460^{***}$ $N=350$	$R^2=0,439$ Adj $R^2=0,433$ $F=67,608^{***}$ $N=350$	$R^2=0,375$ Adj $R^2=0,367$ $F=51,644^{***}$ $N=350$	$R^2=0,515$ Adj $R^2=0,510$ $F=47,819^{***}$ $N=350$

*** $p<0.001$, ** $p<0.01$, * $p<0.05$, + $p<0.1$

마지막으로 본 연구에서 표본의 인구통계학적 특성을 통제하기 위해서 적용한 PSM 기법에 따른 결과의 엄정성을 높이고자 추가적으로 전체 표본(441명)을 대상으로 인구통계학적 요인까지 투입한 회귀분석을 실시하였다. <표 10>에 나타난 바와 같이, 전체 표본을 대상으로 인구통계학적 요인을 통제변수로 투입하였을 경우에도 PSM 사용하였을 경우와 유사한 결과가 도출되었다. 종속변수를 신뢰로 한 모델을 제외한 모든 모델에서 절차적 정의 교육은 절차적 정의 인식에 유의한 정적 영향을 미쳤으며, 통제변수 중 대응성이 유의한 영향을 미치는 것 역시 동일하였다.

〈표 10〉 인구통계학적 특성을 통제변수로 투입한 회귀분석 결과(N=441)

독립변수 \ 종속변수	참여	중립	존중	신뢰	절차적 정의
	β (S.E.)	β (S.E.)	β (S.E.)	β (S.E.)	β (S.E.)
교육여부 (실시=1)	0.105* (0.054)	0.155*** (0.048)	0.117** (0.045)	0.073 (0.054)	0.109** (0.038)
대응성	0.497*** (0.04)	0.264*** (0.035)	0.43*** (0.033)	0.437*** (0.039)	0.589*** (0.028)
사회적 지지	0.049 (0.033)	0.014 (0.029)	0.014 (0.027)	0.046 (0.032)	0.058 (0.023)
절차공정	0.058 (0.033)	0.048 (0.03)	0.038 (0.028)	0.031 (0.033)	0.078 (0.024)
나이	-0.004 (0.053)	0.039 (0.047)	-0.012 (0.044)	0.075 (0.053)	0.053 (0.037)
성별	0.119* (0.061)	0.124* (0.055)	0.06 (0.05)	0.156** (0.061)	0.101** (0.043)
계급	0.022 (0.039)	0.019 (0.035)	0.012 (0.032)	0 (0.039)	0.034 (0.028)
재직기간	0.024 (0.039)	-0.01 (0.035)	0.026 (0.032)	-0.012 (0.039)	0.024 (0.028)
모형요약	$R^2=0.420$ Adj $R^2=0.410$ $F=49.187^{***}$ $N=441$	$R^2=0.240$ Adj $R^2=0.226$ $F=17.046^{***}$ $N=441$	$R^2=0.423$ Adj $R^2=0.413$ $F=39.659^{***}$ $N=441$	$R^2=0.348$ Adj $R^2=0.336$ $F=28.870^{***}$ $N=441$	$R^2=0.515$ Adj $R^2=0.510$ $F=91.656^{***}$ $N=441$

*** $p<0.001$, ** $p<0.01$, * $p<0.05$

V. 논의 및 결론

1. 분석결과의 요약 및 해석

본 연구는 경찰청에서 실시하고 있는 절차적 정의 교육과정이 경찰관들의 절차적 정의 인식에 미치는 효과성을 검증하고자 준실험적 방법으로서 성향점수매칭(PSM)과 평균차이검증(t-test), 다중회귀분석을 활용한 실증분석을 실시하였다. 분석결과를 요약하면 다음과 같다. 먼저, 성향점수매칭을 적용한 실험군과 대조군 사이의 절차적 정의에 대한 인식차이에 있어서 교육을 받은 집단(실험군)의 평균값이 참여, 중립, 존중, 신뢰

및 절차적 정의 전체에서 모두 상대적으로 높게 나타났다. 즉, 교육프로그램은 경찰관들의 개인적 수준에서 절차적 정의에 대한 단기적 인식(short-term)에 긍정적인 효과를 미친다는 점을 검증하였다.

실험군과 대조군의 평균값 차이에 있어서는 ‘중립’의 차이가 가장 낮게 나타나고 있으며, 대조군의 평균값도 상대적으로 가장 높았다(4.38). 이는 법집행과 수사절차의 정치적 중립성 확보에 대한 지속적인 강조와 법령 등을 통한 대내외적 통제장치의 마련에 따라서 경찰관들에게 내재된 높은 인식수준을 보여주는 결과라고 할 수 있다. 반면, ‘참여’에 대한 인식의 경우 ‘정책과정에 시민들의 의견을 반영’ 문항의 전체 평균값(4.11)은 여타 항목에 비해서 상대적으로 낮고 대조군의 평균값도 3.98로 가장 낮게 나타나고 있다. 이는 정책결정은 주로 상급기관을 통해서 이루어지는 경찰조직 의사결정 과정의 특성이 반영된 결과로 판단된다. 일선경찰관들의 경우에는 주로 사건처리와 법집행 과정에서 시민들과의 접촉이 이루어지므로 실질적인 정책결정에 대한 참여에 대해서는 상대적으로 그 중요도를 낮게 인식한 것에서 기인한 것으로 볼 수 있다. 이러한 분석결과를 바탕으로 추후 교육과정에서는 ‘참여’에 대한 인식이 상대적으로 낮은 경찰관들의 인식을 제고하는 노력에 보다 집중할 필요가 있다.

실험군과 대조군의 평균차이 검정에서 주목할 만한 부분은 교육을 받지 않은 집단의 중립성, 존중, 신뢰의 평균값이 각각 4.38, 4.22, 4.27로 비교적 높게 나타나고 있다는 점이다. 앞서 논의한 민주적 경찰활동과 권력기관 정당성의 확보수단으로써 절차적 정의의 실현이 갖는 의미와 중요도를 고려한다면 일선 경찰관들에게서 나타나는 높은 인식수준은 매우 긍정적인 현상으로 평가할 수 있다. 이러한 분석결과에서 추가로 주목할 점은 일반적으로 높게 인식되고 있는 절차적 정의의 요소들도 단기간의 교육이수를 통해서 더욱 향상될 수 있다는 것이 확인되었다는 점이다. 비록 이것이 단기적 효과성일지라도 일정 수준 절차적 정의에 대한 인식을 높이는 결과로 이어질 수 있다는 것은 절차적 정의에 대한 교육의 중요성과 필요성을 지지하는 부분이다.

다음으로 위 분석결과의 엄밀성을 확보하기 위하여 추가적으로 연구모형을 마련하여 실시한 다중회귀분석 결과에서도 교육실시 변수는 중립, 경청, 존중, 신뢰에 모두 긍정적인 영향을 미치는 것으로 나타나 평균차이 검증의 결과를 지지하였다. 개인의 특성과 대(對)시민적 관계에 있어서 시민지향적 행동으로서의 대응성, 시민으로부터의 사회적지

지, 조직 내부적 절차공정(internal procedural justice)을 통제한 모델에서도 신뢰를 제외한 절차적 정의의 모든 항목의 통계적 유의미성이 나타났다. 이러한 분석결과는 교육 프로그램을 통해서 경찰관들의 절차적 정의에 대한 인식의 향상을 어느 정도 기대할 수 있다는 점을 시사한다.

본 연구를 통해서 제시한 실증분석 결과는 절차적 정의 교육 프로그램의 장단기적 효과성을 검증한 Dai et al.(2020), Antrobus et al.(2019) 등의 연구결과와도 일치하며, 절차적 정의에 대한 인식수준은 교육을 통해서 높일 수 있다는 이론적 가정을 지지하는 경험적 결과를 제시하였다는 측면에서 의미를 갖는다. 비록 절차적 정의에 대한 인식이 경찰관들이 실제 시민들을 대하는 태도나 행동에 직접적으로 연결될 것인지는 후속연구를 통하여 추가적인 검증과 논의가 필요한 문제이나, 다른 국가에서 시행된 교육사례나 선행연구를 통해서 단기적 교육효과의 지속성과 행동변화가 보고되고 있다는 사실에서 해당 교육과정의 유지와 확대의 필요성은 인정된다.

2. 연구의 한계 및 시사점

이상에서 제시한 연구결과를 해석함에 있어서는 다음과 같은 한계점을 고려해야 한다. 첫째, 비록 성향점수매칭(PSM)을 활용하여 사전효과를 통제하였지만 무작위 동등대조군을 대상으로 하는 사전-사후 설계(pretest-posttest design)를 통한 순수한 사회실험이 이루어지지 않았다는 점이다. 둘째, 실제 시민들에 대한 태도와 행동이 아닌 경찰관들의 자기기입식 설문조사 자료를 분석하였으므로 응답자의 사회적절성 편향(social-desirability bias)에서는 완전히 자유로울 수 없다는 한계를 갖는다. 셋째, 절차적 정의의 실현의도에 대한 인식에 근거한 자료이므로 실제 행동으로 이어질 것인지에 대해서는 검증할 방법이 없다는 한계가 있으며, 향후 연구를 통해서 보완되어야 할 부분이다. 넷째, 교육 프로그램의 단기적 효과성을 검증하였으나 교육효과의 지속성과 장기적 효과에 대해서는 추정할 수 없다는 한계가 있다.

이와 같은 연구의 한계점에도 불구하고 본 연구결과를 바탕으로 얻을 수 있는 이론적, 정책적 시사점을 제시하면 다음과 같다. 첫째, 절차적 정의에 관한 선행연구들의 접근방법이 주로 시민들의 관점에서 이루어지고 있는 반면, 본 연구는 경찰관의 관점에서 접근

함으로써 그들이 어떻게 절차적 정의를 인식하고 있으며, 어떤 수단과 조건을 통해서 강화되고 변동될 수 있는지에 대한 대안을 제시하였다. 특히, 교육 프로그램이라는 정책적 실험환경 내에서 이루어진 인식조사이므로 절차적 정의를 실현하기 위한 보다 직접적이고 실천적인 대안을 제시할 수 있다는 장점을 갖는다. 구체적으로는 경찰청의 교육 프로그램은 절차적 정의 인식의 부족한 내용(본 연구에서는 참여와 존중)을 제고하는 교육기법과 내용을 보완하고 지속적인 진단을 통하여 한국의 치안상황과 법집행 환경에 맞는 요소들을 추가적으로 발굴하여 교육과정에 반영해야 할 것이다.

둘째, 본 연구는 과거 합법성과 적법절차를 중심으로 논의가 이루어져오던 경찰정당성의 실천방안에서 벗어나 집행자 중심으로 행정서비스 전달방식과 그것에 대한 교육에 초점을 맞추고 있다. 경찰활동에서 경찰과 시민의 접촉(police-citizen contact) 상황을 가정하고 절차적 정의의 실천의지를 강조하는 입장은 법령과 표준업무절차를 통해서 사전적으로 경찰활동을 통제하고 사후적인 적발 중심으로 정당성을 확보하려는 노력에서 진일보한 처방적 접근이라고 할 수 있다. 향후 교육과정에서는 경찰활동과 관련된 특정 이슈, 예를 들면 한국적 맥락에서는 외국인, 노숙자와 같은 인구집단, 또는 지역, 범죄유형, 법집행 환경과 현장상황을 고려한 교육프로그램을 마련할 필요가 있다. 또한 본 연구의 직접적인 목적은 아니었지만 통제변수로 투입된 대응성의 영향이 유의미하게 나타난 점을 고려한다면 절차적 정의의 실현과 교육효과성의 유지에 있어서 요구되는 조직문화, 업무환경(Dai et al., 2020) 및 시민의 이익을 고려하는 교육 콘텐츠 등의 요소를 반영한 교육과정의 고도화가 이루어져야 할 것이다.

셋째, 경찰관을 대상으로 하는 절차적 정의 교육 프로그램의 효과성을 준실험적 연구방법을 적용하여 분석한 연구는 한국경찰의 맥락에서는 최초로 시도되었다. 연구방법론 측면에서 과거 선행연구와 다른 새로운 시도를 하고 있다는 점에서 한국의 경찰학 연구 발전에 기여하는 측면이 있다. 또한 경찰관의 관점과 행정서비스 전달과정 측면에서 절차적 정의를 다룸으로써 관련 분야 연구의 외연확장 측면에서도 의미를 갖는다. 향후 연구과제로는 본 연구에서 제시한 방법론적 한계점을 보완하기 위하여 보다 통제된 실험환경에서의 교육효과성을 검증하고 교육의 장기적 효과성뿐만 아니라 실제 행동과의 연계성을 검증하는 연구가 이루어질 필요가 있다.

참고문헌

- 경찰청. (2020). 2020년 주요 업무 추진계획.
- 경찰청. (2020). 2020년 경찰교육 훈련계획.
- 경찰청. (2022). 2022년 경찰교육 훈련계획.
- 김홍균·박승준. (2014). “과잉교육의 임금손실 효과 분석: PSM 및 OLS를 중심으로”, 『응용경제』, 16(2): 171-202.
- 라광현. (2018). “범죄의사결정과 법집행 전략 절차적 정의 이론의 법집행 상의 함의를 중심으로”. 『형사정책연구』, 29(2): 1-23.
- 류준혁. (2015). “절차적 공정성과 정당성 확보가 시민의 법준수 인식에 미치는 영향”. 『치안정책연구』, 29(1): 133-165.
- 안화정·임희정. (2020). “치의학 연구에서 R program을 이용한 성향점수매칭의 단계적 안내”, 『대한치과의사협회지』, 58(3): 152-168.
- 임창호 (2020). “시민의 법률준수 및 경찰협력에의 영향요인: 경찰 정당성 이론을 중심으로”. 『경찰학연구』, 20(1): 165-199.
- 임창호. (2021). “절차적 공정성이 시민의 경찰협력 의도에 미치는 영향: 법률 정당성과 사회적 정체성의 매개 효과”, 『경찰학연구』, 21(1): 161-192.
- 주은수. (2015). “성향점수분석 방법을 활용한 Head Start 프로그램의 장기적 소득증대 효과 분석”, 『사회복지정책』, 42(1): 293-317.
- 장재성. (2020). “경찰 청렴도 제고 방안으로서의 절차적 정의에 대한 검토”, 『경찰학논총』, 15(1): 7-33.
- _____. 최낙범. (2021), “절차적 정의와 행정대응성의 관계에 관한 연구: 일선 경찰관의 재량권을 중심으로”, 『한국행정학보』, 55(4): 163-199.
- 전대성·최낙범 (2015) “경찰공무원의 직무스트레스가 직무만족에 미치는 영향: 사회적 지지의 조절효과를 중심으로”, 『사회과학연구』, 31(4) 1-22.
- 전용재. (2021). “경찰 정당성이 법의식에 미치는 영향에 관한 연구”, 『한국경찰학회보』, 23(1): 27-52.
- 최대현. (2017). 범죄수사에서 절차적 공정성과 업무성고가 시민들의 만족도에 미치는

영향 연구. 경찰학연구, 17(1): 113-136.

- Antrobus, E., Thompson, I. & Ariel, B. Procedural justice training for police recruits: results of a randomized controlled trial, *Journal of Experimental Criminology*, 15:29-53.
- Bottoms, A. & Tankebe, J. (2012). Beyond procedural justice: A dialogic approach to legitimacy in criminal justice. *Criminology*, 102(1): 119-170.
- Che, J. H. & Cha, Y. J. (2002). Administrative Responsiveness in South Korea: Focusing on Local Government. *Pacific Science Review*. 4: 95-101.
- Dai, M., Hu, X., Thomas, L. & Kenter, R. The short-term and long-term impacts of the procedural justice training, *Policing: An International Journal*, 43(5): 689-705.
- Greenberg, J. (1990). Employee theft as a reaction to underpayment injustice, *Journal of Applied Psychology*, 76: 845-855.
- Haas, N. E., Van Craen, M., Skogan, W. G. & Fleitas, D. M. (2015). Explaining officer compliance: The importance of procedural justice and trust inside a police organization, *Criminology & Criminal Justice*, 15(4): 442-463.
- Hair, J. F., Black, W. C., & Babin, B. J. (2010). RE Anderson Multivariate data analysis: A global perspective. New Jersey: Pearson Prentice Hall
- Hambilton, Rotin, (1988). Consumerism, Decentralization and Local Democracy, *Public Administration*, 66: 125-147
- Hinds, L. & Murphy, K. (2007). Public satisfaction with police: using procedural justice to improve police legitimacy, *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 40(1): 27-42.
- Ivković, S. K., Peacock, R. & Mraović, I. C. (2020). The role of organizational Vanjustice and community policing values in the model of external procedural justice in Croatia, *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 44:47-62

- Mazerolle, L., Bennett, S., Antrobus, E. & Eggins, E. (2012). Procedural justice, routine encounters and citizen perceptions of police: main findings from the Queensland Community Engagement Trial (QCET), *Journal of experimental Criminology*, 8(4): 343-367.
- Murphy, K., Hinds, L. & Fleming, J. (2008). Encouraging public cooperation and support for police. *Policing and Society*, 18(2): 136-155.
- Rosenbaum, D.P. and Lawrence, D.S. (2017), "Teaching procedural justice and communication skills during police - community encounters: results of a randomized control trial with police recruits", *Journal of Experimental Criminology*, Vol. 13 No. 3, pp.293-319.
- Rosenbaum, P. R., & Rubin, D. B.(1983). The central role of the propensity score in observational studies for causal effects. *Biometrika*, 70(1): 41-55.
- Sun, I. Y., Wu, Y., Van Craen, M. & Hsu, K. K. (2018). Internal procedural justice, moral alignment, and external procedural justice in democratic policing, *Police Quarterly*, 21(3): 387-412.
- Sun, I. Y., Wu, Y., Liu, J. & Van Craen, M. (2019). Institutional procedural justice and street procedural justice in Chinese policing: The mediating role of moral alignment, *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, 52(2): 272-290.
- Thibaut, J., & Walker, L. (1978) A Theory of Procedure, *California Law Review*, 66, pp.541-566.
- Tyler, T. R. (1990). Why people obey the law: Procedural justice, legitimacy, and compliance. New Haven, CT: Yale University Press.
- Tyler, T. R. & Huo, Y. (2002). Trust in the law: Encouraging public cooperation with the police and courts, New York, NY: Russell Sage Foundation.
- Tyler, T. R. & Sunshine, J. (2003). The role of procedural justice and legitimacy in shaping public support for policing, *Law & Society Review*, 37: 513-547.

- Van Craen, M. & Skogan, W. G., (2017), Achieving Fairness in Policing: The Link Between Internal and external Procedural Justice, *Police Quarterly*, 20(1): 3-23.
- Skogan, W. G., Van Craen, M., & Hennessy, C. (2015), Training police for procedural justice, *Journal of Experimental Criminology*, 11:319-334.
- Wu, Y., Sun, I., Chang, C. & Hsu, K. (2017). Procedural justice received and given: Supervisory treatment, emotional states and behavioral compliance among Taiwanese police officers. *Criminal Justice and Behavior*, 44: 963-982.

A study on the effectiveness of procedural justice education program: a quasi-experimental approach using propensity score matching

Jaeseong Jang · Nakbum Choi

A considerable literature has grown up concerning procedural justice as a practical means for strengthening police legitimacy. Procedural justice focuses on strengthening police legitimacy by expressing attitude of participation, neutrality, trust and respect towards citizens during police-citizen contacts. Recently, greater attention is now paid to alternative approaches that focuses on officers' perceptions of their own procedural justice. In addition, many police agencies has launched procedural justice educational programme, and many researchers have tried to assess its short-terms and long-term effectiveness. However, little effort has been devoted to this literature by most of the policing researchers in the context of South Korean police.

This study attempts to analyse the effectiveness of procedural justice education program which is conducted by Police Human Resources Development Institute (PHRDI). A quasi-experimental approach using propensity score matching (PSM) is adopted to compare and analyze the difference between treatment-group (who carried out education programs) and untreated control-group. Results show that education program has its short-term effectiveness. The average perception on procedural justice of treatment group is higher than that of control-group. Based on the results, theoretical and practical implications are discussed.

❖ Key words: police, procedural justice, effectiveness of education program,

* Department of police science, Korean National Police University

** Assistant professor, School of Police, Seowon University

propensity score matching, quasi-experimental design

형사정책연구 겨울호 논문투고 안내

형사정책연구 '겨울호' 원고를 모집합니다. 원고접수 마감일은 2022년 11월 30일(수)까지입니다. 관련분야 전문가 여러분의 많은 참여와 투고를 바랍니다.

1. 원고내용

- 제목(한글 및 외국어)
- 성명, 소속 및 직위(한글 및 외국어)
 - ※ 저자가 2인 이상인 경우 책임저자와 공동저자를 구분하여 명시
- 초록(한글 및 외국어)
- 주제어(한글 및 외국어)
- 본문(항목번호는 I, 1, 가, 1), 가) 순으로 구성하며 제목위, 아래 한행씩 띄어준다)
 - ※ 원칙적으로 국문으로 작성하고 번역문인 경우 원문 별도 첨부
 - 외국어는 단일언어 표기시에 반드시 영문으로 작성하고 국문번역본을 첨부
- 참고문헌(국내, 구미, 일본의 순으로 저자별 가나다 및 알파벳순으로 하되 단행본, 논문의 순으로 정리, 단 구미문헌의 경우 저자의 성을 먼저 기록한 후 이름을 기록하고 책명, 발행연도 순으로 구성)
- 각주(논문 하단에 위치하되 일련번호를 명시)
- 제목, 성명, 소속 및 직위, 초록 주제어의 외국어 작성시, 반드시 영문을 포함하여 작성

2. 원고작성

- 용지종류 및 여백 : A4, 위쪽 35mm, 오른쪽 및 왼쪽 30mm, 아래쪽 30mm
- 글자모양 및 크기 : 신명조체 11포인트(각주는 10포인트)
- 줄 간격 : 180%
- 분량 : A4 20매 내외(최대 25매 초과 불가)
- 작성 : 한글 프로그램 사용

3. 투고자격 및 심사

- 원고 투고자의 자격은 학계의 대학교수, 실무계의 변호사, 판사, 검사 등 형사정책 관련 분야의 박사학위 취득자 또는 연구경력자로 한다.
- 제출된 원고는 형사정책 관련분야의 학술적 독창성이 있어야 하며 발표되지 않은 것이어야 한다.
- 제출된 원고는 관련규정에 따라 심사를 하여 게재여부를 결정하며, 원고 내용의 수정요청이 있을 경우 필자는 이에 응하거나 거부할 수 있다.

4. 원고접수 마감 및 제출처

- 원고접수 마감일 : 2022년 11월 30일(수)
- 제출처 : <https://kic.jams.or.kr>
- 전 화 : (02) 3460-5184
 - ※ 투고논문은 투고자의 신분이 노출되지 않도록 사전에 성명, 소속 등 신상정보를 반드시 삭제하여 주시고, 신분 노출에 따른 불이익은 투고자에게 있습니다.
 - ※ 논문투고 시 발생하는 심사료 및 게재를 포함한 모든 비용은 한국형사·법무정책연구원에 서 부담합니다.

CALL FOR PAPERS

International Journal of Criminal Justice

AIM AND SCOPE

The International Journal of Criminal Justice (IJCJ), a biannual and peer-reviewed English journal published by Korean Institute of Criminology and Justice (KICJ), facilitates comprehensive analysis and evidence-based research on crime trends in order to make a contribution to crime prevention and criminal justice policies.

The IJCJ will share academic and practical views from home and abroad and play a pivotal role as an international academic arena for criminal justice policies.

SUBMISSION DETAILS

- Manuscripts should be written in English and should be no more than 10,000 words in MS word.
- Please provide an abstract which should be no more than 200 words in length and a maximum of 5 key words.
- All papers should identify all authors and provide their contact information such as phone numbers, full postal addresses, email addresses, affiliations and so on.
- Authors should ensure that they have written entirely original works, and should not publish manuscripts describing essentially the same research in more than one journal.
- Honorarium (USD 2,000 or KRW 2,000,000) will be paid when papers are accepted for publication.
- All manuscripts must be submitted to the managing editor Ms. Hyewon KWON at ijcj@kicj.re.kr

AREAS

The International Journal of Criminal Justice (IJCJ) invites papers from many different realms of criminology and criminal justice at both regional and global levels. Any issues related to criminology and criminal justice will be welcomed such as:

Community Sanction, Corrections, Corruption & White Collar Crime, Crime Prevention & Protection, Crime Trends, Crime & Deviance, Criminal Investigation, Criminal Law & Policy, Criminal Procedure, Cybercrime, Drug, Terrorism & Organized Crime, Economic & Corporate Crime, Information, Technology & Forensic Science, Juvenile Delinquency, Juvenile Justice, Penology, Police & Policing, Violent Crime.

간행물출판위원회

위원장 : 이 천 현 (한국형사·법무정책연구원 형사정책연구실 선임연구위원)

위 원 : 강 지 현 (울산대학교 경찰학전공 교수)

강 태 경 (한국형사·법무정책연구원 법무정책연구실 연구위원)

김 지 선 (한국형사·법무정책연구원 범죄예방·교정정책연구실 선임연구위원)

김 한 균 (한국형사·법무정책연구원 형사정책연구실 선임연구위원)

이 동 원 (원광대학교 경찰행정학과 교수)

이 동 희 (경찰대학 법학과 교수)

최 영 신 (한국형사·법무정책연구원 범죄예방·교정정책연구실 선임연구위원)

최 준 혁 (인하대학교 법학전문대학원 교수)

탁 희 성 (한국형사·법무정책연구원 형사정책연구실 선임연구위원)

황 지 태 (한국형사·법무정책연구원 범죄분석·조사연구실 선임연구위원)

(가나다 순)

간 사 : 구 교 원 (한국형사·법무정책연구원 기획조정실 선임행정원)

형사정책연구

제33권 제3호(통권 제131호, 2022·가을호)

발행인 : 하 태 훈

발행처 : 한국형사·법무정책연구원
서울시 서초구 태봉로 114
전화 (02)3460-5184

등 록 : 1990년 4월 3일 바-1360

발행일 : 2022년 9월 30일

인 쇄 : 고려씨앤피
전화 (02)2277-1508

본 학술지 내용의 무단전재를 금함

[정가 : 10,000원]

