creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

[UCI]I804:24011-200000267099

2019年 2月

博士學位論文

個人의 自己決定權과 非犯罪化에 관한 研究

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

金 導 炫

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

個人의 自己決定權과 非犯罪化에 관한 研究

A Study on the Individual Self-Determination and Decriminalization

2019年 2月 25日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

金 導 炫

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

個人의 自己決定權과 非犯罪化에 관한 研究

指導教授 金 鍾 九

이 論文을 法學 博士學位申請 論文으로 提出함

2018年 10月

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

金 導 炫

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

金導炫의 博士學位論文을 認准함

委員長	광주대학교	교	수	김 형 만 (印)
委 員	초당대학교	교	수	송 희 진 (印)
委 員	전남대학교	교	수	김 재 윤 (印)
委 員	조선대학교	교	수	이 원 상 (印)
委 員	조선대학교	교	수	김 종 구 (印)

2018年 12月

朝鮮大學校 大學院

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

목 차

ABSTRACT

제1장 서론 1

제1절 연구의 목적 1

제2절 연구의 범위 및 방법 5

제2장 과잉범죄화와 비범죄화 8

제1절 과잉범죄화의 실태 8

1. 과잉범죄화의 원인 8

2. 과잉범죄화의 문제점 10

제2절 과잉범죄화 극복방안 12

1. 비범죄화의 의의 12

2. 비범죄화의 유형 14

가. 사실상의 비범죄화 14

나. 법률상의 비범죄화 15

3. 비범죄화의 형사정책적 필요성 16

가. 음성적 범죄의 창출 17

나. 상징형법으로의 전락 18

다. 예방의 실패 19

제3장 비범죄화의 법리적 근거 21

제1절 비범죄화의 근거로서 개인의 자기결정권 21

1. 개인의 자기결정권 21

가. 자기결정권의 의의 21

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

나. 자기결정권의 근거 ····· 27
다. 자기결정권의 제한과 한계 ····· 30
2. 자기결정권과 비범죄화 ····· 31
가. 범죄화의 한계 ····· 31
나. 자기결정권과 보호법익의 충돌 ····· 33
제2절 법과 도덕에 관한 논쟁 ····· 35
1. 법과 도덕에 관한 논쟁의 의의 ····· 36
2. 법과 도덕에 관한 논거 ····· 38
가. 자유주의 ····· 38
나. 법적 도덕주의 ····· 43
다. 후견주의 ····· 47
라. 비범죄화 근거로서의 시사점 ····· 50
제3절 형법의 당위성 ····· 51
1. 형법의 목적 ····· 51
2. 형법의 자기제한적 속성 ····· 52
가. 법치국가원리 ····· 53
나. 형법의 단편성 ····· 54
다. 형법의 관용성 ····· 54
라. 형법의 보충성 ····· 55
3. 형벌의 목적 ····· 56
가. 응보형주의 ····· 57
나. 목적형주의 ····· 58
다. 절충설 ····· 61
4. 현대형법의 성격 ····· 62
제4절 소결 ····· 63

제4장 자기결정권과 비범죄화 유형 ····· 67

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제1절 사실상의 비범죄화 유형 ····· 67
1. 도박 ····· 67
가. 현행법상 도박죄 관련 규정 ····· 67
나. 판례의 태도 ····· 68
다. 비범죄화 담론 ····· 70
라. 소결 ····· 74
2. 마약류 자기사용 ····· 75
가. 현행법상 마약류 자기사용 관련 규정 ····· 75
나. 판례의 태도 ····· 77
다. 비범죄화 담론 ····· 79
라. 소결 ····· 81
3. 자발적 성매매 ····· 85
가. 현행법상 자발적 성매매 관련 규정 ····· 85
나. 판례의 태도 ····· 86
다. 비범죄화 담론 ····· 89
라. 소결 ····· 92
4. 군형법상 추행 ····· 97
가. 군형법상 추행죄 관련 규정 ····· 97
나. 판례의 태도 ····· 99
다. 비범죄화 담론 ····· 102
라. 소결 ····· 106
5. 낙태 ····· 111
가. 현행법상 낙태죄 관련 규정 ····· 111
나. 판례의 태도 ····· 113
다. 비범죄화 담론 ····· 116
라. 소결 ····· 118
제2절 법률상의 비범죄화 유형 ····· 123
1. 간통 ····· 123

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

가. 폐지 전 간통죄 관련 규정 ····· 123
나. 판례의 태도 ····· 125
다. 비범죄화 담론 ····· 127
라. 소결 ····· 129
2. 양심적 병역거부 ····· 132
가. 현행법상 양심적 병역거부 관련 규정 ····· 132
나. 판례의 태도 ····· 134
다. 비범죄화 담론 ····· 142
라. 소결 ····· 151

제5장 결론 ····· 156
참고 문헌 ····· 164

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

ABSTRACT

A Study on the Individual Self-Determination and Decriminalization

Kim, Do-Hyun
Advisor : Prof. Kim, Jong-Goo, Ph.D.
Department of Law
Graduate School of Chosun University

The modern society in Korea is recognized as having various risk factors due to the rapid development of technology and the change of socio-economic basis. Due to these universal spread of awareness and the uncertainty and unpredictability of social relations, ordinary citizens have been demanding a strong social safety net, and in order to respond to this, the state has taken control of even individual deviant behavior by intervening in society as a whole. As a means of control about that, the criminal punishment with a strong sanctionary nature has been imposed, and in the personal private area, acts that do not involve concrete infringement have been also defined as crimes. As such, the modern society in Korea, which has been under the almighty criminal law, has reached the overcriminalization.

However, the law, especially the criminal law, suppresses the freedom of the individual as the prohibition standards of act, and the punishment as a means of it has an evil character, depriving the individual's life and the freedom of the body. Therefore, the criminal law is justified only in case of protecting important legal interests. Here, the important legal interests are personal legal interests. In order to protect these personal interests, the existence of society and the

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

state is a prerequisite. As the essential value to maintain that function, the criminal law protects in the name of social benefit.

The problem is that the provisions for the protection of social legal interests prohibited even the act of personal area. That's because, the highest law, the Constitution, assures the individual's right to self-determination. In criminal law, self-determination means 'the right of an individual to freely form his or her own life area by self-determination without regard to interference or infringement from the society or the state regarding ones' private sphere'. Thus, conflicted areas have been arisen between the protection of social interests and the assurance of self-determination. The most controversial crimes in these areas are gambling, drug self-use, voluntary prostitution, and molestation on the military criminal law. Abortion is the main protection of the fetus's right to life, but it has included in the discussion because it is a crime with fierce debate in respect of self-determination.

Most of these crimes are characterized by limiting the freedom of the actor, even though there is no victim who is infringed by specific legal interests except the actor oneself. Therefore, it is an important point to evaluate whether the social legal interest that is set as a protection benefit is worth being protected with limitation of the self-determination right of constitutional fundamental right. However, it is not simple to judge whether the protection interests and self-determination are superior. This is because social benefits are abstract and indefinite concepts in its nature.

In this paper, in order to judge whether the logic of "decriminalization for the guarantee of self-determination" and "criminalization for the protection of social legal interests" is valid, as a grounding criterion, the concept of self-determination, the self-imprisonment principle of criminal law, the purpose of punishment, and the debate about the legal compulsion of morality were examined. Based on this, the validity of decriminalization by comparing and analyzing judgments on crimes related to self-determination and decriminalization discourses was ex

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

amined. In this process, the inadequacy of the protection of legal interests, the excessive inequality between the legal interests of protection and the right of self-determination were confirmed, and it was concluded that the state punishment power to the crimes under review was excessive.

In addition, based on the principle of "in dubio pro libertate"='Even after all consideration has been given, if the legitimacy remains questionable, it is right to give up penal control in exchange for individual freedom', which is the basis of the modern criminal law, the desirability of criminal law in Korean society is as follows. First, in the area of morality, the state should be withdrawn by respecting individual autonomy. Second, the intervention type of the paternalism based on individual autonomy should not be criminal punishment. Third, the restriction of self-determination through balancing between social benefit and self-determination should be avoided. Fourth, the authoritarian attitude to regulate and control only by law should be avoided, and find a solution within social base. Fifth, the best crime countermeasures are prevention through education and support.

Above all, emphasizing that the criminal law and the modern ideology of punishment, which have been erected at a great deal of historical cost, should never be faded, this researcher tried to reconsider the zero-tolerance thinking and the tendency of harsh punishment policy of Korean modern society.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제1장 서 론

제1절 연구의 목적

"타인에게 피해를 주지 않는 한, 나는 나를 파괴할 권리가 있다."

이는 '프랑수아즈 사강'이[1] 마약 소지 혐의로 기소되었을 때 법정에서 한 변론으로서, 자유주의를 대변하는 명언이기도 하다. 우리나라에서도 유명 인사들의 마약류 투여 혹은 도박 사건과 관련하여 사회적 이슈로 떠오르는 일이 끊이지 않고 발생해왔다. 한 예로 해외 카지노에서 도박을 하고 돌아온 연예인에 대한 한 평론가의 발언이 한동안 구설에 오르기도 했다. "도박은 남에게 해를 끼치는 '범죄'가 아니라 자기에게 해를 끼치는 '질병'이며, 문제된 연예인이 사과를 해야 한다면 자기 자신에게 해야 한다"고 말한 것이다.

흔히 범죄라고 일컬을 때 생각할 수 있는 대부분의 행위는 가해자와 피해자가 존재하는 범죄로서 분명한 해악을 나타낸다. 그러나 공공의 질서를 해하는 범죄의 경우에는 구체적인 해악이 무엇인지 확정하기 어려울 뿐만 아니라, 누가 피해를 입었는지 명확하지 않으며, 행위자 스스로 피해를 입은 유일한 사람인 경우도 발생한다. 이처럼 구체적인 해악이 명확하지 않고 그로 인해 피해자가 발생하지 않는 범죄를 이른바 '피해자 없는 범죄(victimless crime)'라고 한다.[2]

---

1) 프랑수아즈 사강(Françoise Sagan, 1935. 06. 21. - 2004. 09. 24.)은 프랑스의 문학가로서, 19세에 발표한 소설 '슬픔이여 안녕'으로 데뷔한 이래 '어떤 미소', '브람스를 좋아하세요...' 등을 발표했다. 20대 초반 교통사고로 입원했을 때 모르핀에 중독된 이후 암페타민·코카인 등의 마약에 빠졌으며, 코카인 소지 혐의로 기소된 사건에서 "타인에게 피해를 주지 않는 한, 나는 나를 파괴할 권리가 있다."며 자신을 변호하여 마약에 대한 사회적 이슈가 일어나기도 했다. 또한 거액의 카지노 빚으로 파산하고도 "도박은 삶의 권태에서 벗어나기 위한 정신적인 열정"이라 발언했다고 한다. 당시 프랑스의 극우 정치가 장마리 르 펜(Jean-Marie Le Pen)은 마약 중독의 부도덕성을 이유로 그녀를 단두대에 보내야 한다고 주장하였고, 일평생 각종 마약과 술, 도박에 빠져 많은 비난을 받았음에도 불구하고, 그녀는 자신의 생에 대하여 "지난날을 후회하지 않는다. 오랜 세월 나는 인생을 즐겼다."는 말을 남겼다. 프랑수아즈 사강의 생애에 대한 내용으로는 마리 도미니크 르리에브르/최정수 역, 「사강 탐구하기」, 소담출판사, 2012; 프랑수아즈 사강/최정수 역, 「고통과 환희의 순간들」, 소담출판사, 2009.

2) 김혜정/조상희, "피해자 없는 범죄에 대한 규제에 관한 소고", 「피해자학연구」 제23권 제1호, 한국피해자학회, 2015, 83-86면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

피해자 없는 범죄의 처벌 근거를 찾는 것은 그렇게 단순하지는 않기 때문에 이러한 행위에 대한 국가의 개입에는 모순과 당위가 동시에 존재한다. 일반적으로 민주주의 국가에서는 법을 개인의 자유와 권리를 보장하기 위한 것으로 보고 있다. 다시 말해서 개인의 자유와 권리는 천부불가침의 것으로 국가에 의하여 보장되는 것이다. 그러나 이러한 자유와 권리의 보장은 동시에 공공복리의 원칙과도 합치되어야 한다.[3] 즉 천부불가침의 것이라고 하여도 개인의 자유와 권리가 무제한적으로 보장되는 것은 아니며, 국가의 안전보장과 질서유지 및 공공복리를 위한 경우에는 제한할 수 있음을 그 한계점으로 정하고 있다.

이처럼 개인의 자유는 타인의 자유와 조화를 이루기 위하여 법으로서 그 한계를 설정하는 것이라고 볼 수 있다. 특히 개인의 자유를 가장 강력하게 제한하는 국가권력인 형벌을 수단으로 하고 있는 형법은 보다 본질적으로 더 의미 있는 타인의 자유, 즉 법익이 보호되는 경우에만 정당성을 갖는다.[4] 법이 개인을 지배하는 것, 그 자체가 목적이 아니라 모든 개인이 법의 힘을 빌려 자아실현의 도구로서 기능하는 것이 형법의 근대성이라 할 수 있을 것이다.[5] 그러나 한 개인의 무제한적 자유향유는 다른 개인의 자유향유와 충돌하기 마련이기 때문에 모든 개인들이 자유를 공평하게 누릴 수 있도록, 법이 각 개인의 자유로운 행동의 경계선을 지키는 파수꾼으로서 역할하게 되는 것이다.

인간은 사회 속에서 타인과 더불어 살아갈 수밖에 없고, 사회나 국가는 인간의 실존을 위한 전제조건이 된다. 그러므로 개인의 이익을 보호받기 위하여 사회 및 국가의 존립과 안전은 필수조건이며, 그 기능을 유지하기 위한 필수적인 가치가 인간의 공존조건, 즉 보편적 법익이 된다. 이를 위협하는 행위는 간접적으로 타인의 법익을 위태롭게 하는 행위라고 볼 수 있는데, 이때 보편적 법익의 보호를 위해 형벌을 통하여 행위자의 자유를 제한할 시에도 오직 국민의 자유를 보호하는 데에 필요한 만큼만 그 정당성이 인정된다.[6] 공공의 질서를 해하는 범죄는 이와 같은 보편적 법익을 침해하는 행위라고 평가할 수 있으며, 이 점에서 피해자 없는

3) 최종고, 「법학통론」 제3전정신판, 박영사, 2014, 45면.
4) 전현욱, “중독(中毒)에 대한 정당한 형사정책의 기준과 한계”, 「형사정책연구」 제24권 제2호, 한국형사정책연구원, 2013, 193-194면.
5) 이상돈, 「형법학」, 법문사, 1999, 1/4면.
6) 배종대, 「형법총론」 제13판, 홍문사, 2017, 8/6면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

범죄는 개인의 자유와 권리 보호 혹은 보편적 법익의 보호의 간극 사이에서 논란의 중심에 설 수밖에 없는 것이다.

그런데 보편적 법익, 즉 인간의 공존조건에 대한 위협은 추상적·평가적인 개념이며 결코 실증적으로 완전하게 검증될 수가 없으므로 단지 추정될 수 있을 뿐이다. 따라서 보편적 법익을 논거로 어떠한 행위를 범죄화하려는 것은 언제나 그 정당성이 불명확할 수밖에 없다는 한계를 갖는다.[7]

형법학자들이 금과옥조(金科玉條)로 여기는 법익보호원칙, 명확성원칙, 비례성원칙 등[8] 근대형법의 제원칙이 도그마로서의 기능을 발휘하지 못하고 있는 현대의 우리 시민사회에서는 더욱 많은 신범죄화, 더욱 강하고 엄한 형벌, 그리고 교정·교화 및 재사회화 목적이 아닌 격리 및 보복성의 무조건적인 처벌을 요청하고 있다. 이에 따라 기존 형법법규의 정당성과 필요성 및 실효성에 관하여 충분한 비판적 검토나 성찰 없이 형사제재수단에 과도하게 의존하여 최우선수단으로서 기능하고 있는 것이 오늘날 우리 형법의 실태로 판단된다.

그러나 형법은 다른 법률과는 비교할 수 없는 강력한 법률효과를 그 수단으로 하고 있으므로, 형법의 지나친 확대의 금지가 형사정책의 영원한 요청임을 부정할 수는 없다. 여기에서 주요한 논쟁의 영역이 바로 비범죄화(Entkriminalisierung, Decriminalization)이다.[9] 즉 형벌을 과도하게 사용하면 그 칼날은 무디어질 수밖에 없기 때문에 새로운 범죄화의 이면에 비범죄화에 대한 요구가 절실해질 수밖에 없는 것이다. 이와 같은 견지에서 비범죄화는 형벌구성요건을 필요최소한으로 제한시키기 위한 형법의 보충성요청을 강화시켜주는 수단이 되기도 한다.[10] 더구나 비범죄화가 가능한 영역 중에서도 규제의 필요성에 대해 끊임없이 갑론을박이 벌어지고 있는 범주가 바로 피해자 없는 범죄이다.

피해자 없는 범죄와 관련하여 우리나라에서 논란이 되는 대표적인 사안으로는

---

7) 전현욱, 앞의 논문, 198면.

8) 자유·권리에 대한 침해 없이는 범죄도 형벌도 없으며(법익보호원칙), 개인의 실천이성만으로는 자유의 경계를 모두가 똑같은 내용으로 인식할 수 없기 때문에 자유·권리침해의 내용과 효과를 법률에 미리 명확하게 정해야 하고(명확성원칙), 국가는 개인의 자유·권리를 보호하는데 '꼭 필요한 만큼만' 형법권력을 행사할 수 있다(비례성원칙)는 원칙들이 그것이다(이상돈, 「형법의 근대성과 대화이론」, 홍문사, 1994, 17면).

9) 이재상/장영민/강동범, 「형법총론」 제9판, 박영사, 2017, 1/12면.

10) 배종대, 「형사정책」 제11판, 홍문사, 2017, 15/7면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

도박, 마약류 자기사용, 자발적 성매매, 낙태 등을 들 수 있다. 자기낙태죄의 경우 태아의 생명권이 주된 보호법익이기 때문에 피해자 없는 범죄로 포함하는 것에 의문이 있을 수 있다. 그러나 형법은 사람의 시기에 대하여 진통설(陣痛說)을 취하고 있으며, 따라서 태아는 진통을 수반하면서 분만이 개시되는 시점부터 법적으로 인간의 지위를 인정받는다. 그렇다면 법적인 관점에서 엄격하게 봤을 때, 태아는 성장 중인 인간으로서 아직 완전한 사람이라 할 수 없으므로 명확하게 피해'자(者)'라 일컬어지기에는 다소 어려움이 있다. 이러한 점에서 피해자 없는 범죄로 포함하는 해석도 가능할 것이라 생각된다.

한편, 피해자 없는 범죄는 자기결정권과 관련이 깊다. 행위자 자신 외에는 구체적인 법익 침해를 받는 피해자가 없음에도 불구하고 행위자의 자유를 제한하고 있다는 점에서 그러하다. 따라서 피해자 없는 범죄의 보호법익으로 설정된 보편적·사회적 법익이 헌법상의 기본권인 개인의 자기결정권을 제한하면서까지 보호할 가치가 있는가의 평가적 관점이 중요한 문제가 된다. 자기결정권의 행사로 인하여 타인에 대해서는 아무런 해악을 가하지 않더라도 사회적으로 영향을 끼치는 해악이 되거나 사회가 형성한 도덕적 행동기준에 부합하지 않는 경우를 불법 판단의 기준으로 삼아서 범죄화할 수도 있기 때문이다.[11]

형법상 이러한 행위들에 대해 논의가 치열할 수밖에 없는 이유는 이러한 행위들에 대하여 '자기결정권을 보장하여 비범죄화할 것인가' 아니면 '보편적·사회적 법익들을 보호하여 범죄화할 것인가' 하는 점에 있다. 최근 헌법재판소가 간통죄를 위헌 결정[12]하였을 뿐만 아니라, 낙태죄의 위헌법률심사에서 4:4로 아슬아슬하게 합헌의견[13]을 유지했던 것 또한 이 상황을 반영한 것이라 볼 수 있다.

자기결정권은 법익주체에게 자신의 법익을 스스로 처분할 수 있는 권리를 부여한 것이다. 자신이 선택, 관리, 포기할 수 있는 법익을 어떻게 처분하는가는 법익주체인 스스로의 결정에 달려있다.[14] 여기까지 국가가 개입하여 개개인의 자유로운 생활을 제한하려는 것은 타당하지 않다. 각자의 가치관, 취향, 성격 등이 상이

11) 김혜정/조상희, 앞의 논문, 84면.
12) 헌법재판소 2015. 2. 26. 2009헌바17·205, 2010헌바194, 2011헌바4, 2012헌바57·255·411, 2013헌바139·161·267·276·342·365, 2014헌바53·464, 2011헌가31, 2014헌가4(병합) 결정.
13) 헌법재판소 2012. 8. 23. 2010헌바402 결정.
14) 박기석, "수혈거부 환자에 대한 의사의 책임", 「고려법학」 제78호, 고려대학교 법학연구원, 2015, 8면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하므로 반드시 옳은 삶의 정향을 국가가 획일적으로 정할 수는 없기 때문이다.

이와 관련된 논쟁은 본질적으로는 법과 도덕의 영역에 관한 문제로서 근대형법의 초석이 다져지기 시작한 시대부터 현재에 이르기까지 종식되지 않고 이어져왔다. 즉 도덕적으로 비난가능성이 있는 개인의 자유에 대한 법적 강제력의 행사가 어느 범위까지 정당화될 수 있는가의 문제이며, 이는 크게 자유주의에 기초한 해악의 원리(harm principle)의 테제와 공동체주의에 기초한 법적 도덕주의(legal moralism)의 테제의 대립구도 속에서 논의되고 있다.[15]

기본적으로 법과 도덕의 관계에 대한 논의는 법의 본질에 관한 테마이고, 나아가 법이 사회의 어느 부분까지 개입할 수 있는지에 관한 난제이기도 하다. 따라서 이는 관점의 문제로서 법의 본질에 대한 신념이나 견해에 따라 그 시발점이 판이하게 달라지기 때문에 명확한 합의점을 도출해내기가 어렵다고 할 수 있다. 그러나 오랜 역사를 거쳐 논의되어온 여러 패러다임을 고찰하여 비범죄화 논란의 중심에 놓여있는 피해자 없는 범죄를 다각도로 검토해보고, 그 존치의 필요성과 정당성에 대해 비판적 성찰을 해보는 것은 과잉범죄화로 치닫는 우리 형법규범에 경종을 울릴 수 있는 유의미한 과정이 될 것으로 생각된다. 또한 '모든 고려를 다하고 나서도 정당성에 여전히 의문이 남아있을 경우 개인의 자유를 대가로 하는 형법적 통제는 포기되는 것이 옳다(in dubio pro libertate).'[16] 근대형법의 근간이라 할 수 있는 이 원칙에 입각하여 피해자 없는 범죄의 비범죄화 및 관련된 법규의 재정비 방안을 재고하고자 한다.

제2절 연구의 범위 및 방법

형법을 통한 국가의 제재는 개인의 자유로운 행위에 관하여 어느 부분까지 개입할 수 있는가? 도덕은 법의 타당근거이기도 하고, 동시에 그 목적과 이상으로 작용하기도 한다.[17] 그렇다면 국가는 특정한 도덕관을 법으로서 개인에게 강요할 권

15) 오세혁, "해악원리, 법적 도덕주의, 그리고 후견주의", 「중앙법학」 제11집 제2호, 중앙법학회, 2009, 341면.
16) 전현욱, 앞의 논문, 200면.
17) 최종고, 앞의 책, 29면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

리까지 가지고 있는 것일까. 그 근거를 건전한 도덕관에 기초한 사회존립의 공존조건, 즉 공공질서 보호에서 찾는다면, 구체적인 피해상황 또는 피해자가 발생하지 않는 피해자 없는 범죄의 제재는 무엇으로부터 정당성을 얻을까. 또한 형벌통제권을 수단으로 하는 국가의 제재는 자기손상(自己損傷) 행위에 대해서도 대상화하고 있는 것인지, 그러하다면 헌법상의 기본권인 자기결정권의 범위는 어디까지이고, 그 한계가 되는 보편적·사회적 법익과 충돌하는 상황에서 무엇이 우위로 판단되어야 하는 것인가. 이와 같은 논의는 형법의 역사와 함께 수많은 학자들에 의해서 전개되어 왔지만, 지금에 이르러서도 명확한 결과를 도출해내지 못한 채 여러 견해가 대립하고 있다.

이러한 상황에서 사회경제적 토대의 변화가 불러온 사회관계의 불명확성과 예측불가능성이 안전하지 못한 사회라는 공포심을 유발하였고, 이와 같은 보편적 인식의 확산으로 시민사회의 강력한 사회안전망에 대한 통제의 요청이 높아지자, 국가는 그에 부응하기 위하여 가장 강력한 통제 수단인 형법을 투입하기 시작하면서 오늘날의 형법만능주의 시대에 도달하게 된 것으로 보인다.

그러나 여기서 중요한 것은 '법은 도덕의 필요최소한'이라는 명제이다. 모든 법이 도덕적일 수 있으나 모든 도덕이 법률화 될 수는 없다. 어떠한 비판적 성찰도 없이 지금의 시대적 요청에 따라 계속해서 법을 제정·개정하다보면 결국 그 화살은 법의 수범자인 일반시민에게 돌아갈 수밖에 없다. 그리고 이로 인해 불거진 역기능 또한 간과할 수 없는 문제가 된다.

이 논문에서는 과잉범죄화에서 비롯된 사회적·법률적인 문제점과 그에 따른 비범죄화의 필요성 및 비범죄화가 가능한 영역에서 가장 활발히 논의되고 있는 피해자 없는 범죄에 관한 법이론적 검토를 주된 논제로 하고 있다. 효과적인 논의를 위해서 비범죄화 대상 범죄를 피해자 없는 범죄 중에서도 대표적인 논쟁의 대상이 되는 행위들로 제한하고 있다는 점을 밝힌다.

제2장에서는 과잉범죄화의 실태와 비범죄화의 필요성 및 유형에 관하여 다룬다. 무절제한 특별형법의 입법과 신규범죄화는 과잉범죄화 현상을 불러일으켜 국민 대다수의 전과자 양산을 촉진하고 있으며, 특히 피해자 없는 범죄와 관련하여 풍선효과로 인한 음성적 범죄가 더욱 창궐하면서 실질적인 피해자가 발생하기도 한다. 이에 대한 제문제를 자세히 살펴본 후 그에 따른 비범죄화 방안을 제시한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제3장에서는 비범죄화의 근거로서 개인의 자기결정권, 해악의 원칙, 형법의 당위성에 관하여 탐구해본다. 개인의 자율성 보장을 위한 권리인 자기결정권과 형법의 자기구속원칙 및 형벌의 목적은 피해자 없는 범죄에 대한 제재적 개입 제한의 근거가 된다. 더불어 비범죄화 타당성 검토 기준으로서 개인의 사적영역에 관한 법의 개입에 대하여 오랜 역사를 거쳐 전개되어온 법과 도덕 논쟁을 분석해본다.

제4장에서는 앞서 살펴본 법이론에 근거하여 피해자 없는 범죄 중에서도 대표적으로 논의의 대상이 되어온 도박, 마약류 자기사용, 자발적 성매매, 자기낙태 행위가 비범죄화의 대상으로서 타당성이 있는지 검토한다. 헌법재판소의 위헌 결정으로 폐지된 범죄이지만 성적 자기결정권을 주된 논점으로 하여 비범죄화 대상 범죄로서 오랫동안 논의되어온 간통죄도 다른 범죄와의 비교·분석을 위해 재조명해보고자 한다. 또한 피해자 없는 범죄와 자기결정권의 관련이 깊다는 점에서 최근 사회적 논란이 되고 있는 양심적 병역거부와 군형법상 추행죄에 대해서도 함께 살펴본다. 두 규정의 논점도 사회적 법익과 자기결정권 간의 문제이며, 형사처벌되고 있다는 점에서 논의의 대상에 포함시키더라도 무리는 없을 것으로 보인다.

제5장에서는 이상의 논의를 정리하면서 검토한 결과를 토대로 하여 비범죄화 대상 범죄를 도출한다. 나아가 지나친 형법 의존적 사고(思考)에 대한 경각심을 강조하며 근대형법의 도그마인 기본원칙에 착안한 법규 재정비의 중요성을 확인한다. 이에 따라 일괄적인 형벌 통제보다 당해 범죄의 예방에 있어서 실효성 있는 대체수단을 강구할 것을 제안한다.

본 논문은 형사정책적 관점에서 과잉범죄화의 문제점을 분석하여 비범죄화의 필요성을 확인하고, 자기결정권 및 법과 도덕의 논쟁에 관한 법철학, 법학, 사회학 등의 국내외 문헌분석을 통해 비범죄화의 법리적 근거를 도출하였다. 이를 토대로 현행법상 자기결정권 관련 범죄에 대한 헌법재판소 및 대법원의 결정과 판례, 비범죄화 찬반 담론을 비교 고찰하여 각 범죄의 비범죄화 타당성을 검토하는 방법으로 연구를 수행하였다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제2장 과잉범죄화와 비범죄화

제1절 과잉범죄화의 실태

1. 과잉범죄화의 원인

현대형법의 역사는 곧 그 폐지의 역사라고 말하기도 한다.[18] 그러나 현재 우리 형법은 형사처벌 규정이 지속적으로 확대되어 범죄와 형벌 증대의 역사라고 말할 수 있을 정도로 과잉범죄화 되어 있는 상태이다. 과잉범죄화란 다른 제재수단으로 통제해왔거나 통제할 수 있는 행위에 대하여 형벌을 부과하는 현상으로 정의할 수 있다.[19] 우리 사회에서 필요로 하는 질서가 오로지 형법에 의해서만 유지되는 것은 아니며,[20] 국가의 최후수단인 형벌을 무기로 하는 형법은 다른 사회적·법적 수단들이 사회적 분쟁상황을 완전히 처리하지 못하는 곳에서만 보충적으로 투입될 수 있는 자격이 있다.[21] 따라서 형법의 단편성과 보충성을 위반한 형법은 정당성을 가질 수 없게 되고, 이러한 점에서 과잉범죄화 현상이 문제가 되는 이유 중의 하나로 볼 수 있다.

자본주의체제에 따른 유동 인구 증가 및 가구의 축소화 환경과 도시의 익명적인 특이성, 그리고 배타적·개인주의적인 경향이 더해진 현대사회에서 범죄가 빈발화·흉포화되어 간다는 인식의 확산은 그로부터 강력한 보호망과 통제장치를 구축할 것을 요구하기에 이르렀다. 그렇다면 이렇게 범죄의 증가와 흉포화가 사회적으로 강조되는 숨은 까닭은 무엇일까. 그 이유로는 첫째, 매스컴의 상술의 일종으로 범죄의 과장보도가 이용되는 경우,[22] 둘째, 국민의 안전추구심리를 자극하여 안전

---

18) 배종대, 「형사정책」 제11판, 앞의 책, 15/7면.
19) 김일중/정기상, “과잉범죄화의 극복을 위한 비범죄화에 관한 연구”, 「저스티스」 통권 제140호, 한국법학원, 2014, 315면.
20) 형법 이외에도 민법, 행정법, 상법 등의 법규범이 있고, 각종의 사회규범 또한 사회질서유지를 위한 통제수단이 될 수 있다. 이러한 점에서 형법의 사회질서유지기능은 전체의 일부분, 즉 단편적 성격을 가진다(배종대, 「형사정책」 제11판, 위의 책, 26/4면).
21) 배종대, 「형사정책」 제11판, 위의 책, 26/5면.
22) 특종을 위해 범죄문제를 극적으로 보도하는 방법은 대중을 자극하는 효과적인 유인책이 된다. 이러한 매스컴의 영향을 받은 대중의 수용 반응은 사뭇 부정적으로 보인다. 지속적으로 흉악범죄 위주의 편파적인 보도 및 과장된 범죄보도를 자주 접하게 된다면 가치관과 판단

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

보장 공약을 담보로 얻는 정치적 효과를 위한 수단이 되는 경우 등을 들 수 있다.[23]

앞서 살펴본 바와 같이 시민사회의 범죄에 대한 적대적 경향과 위기의식은 점차 고조되어 정부로부터 효과적인 통제수단과 예방책을 수립할 것을 요청하게 되었고, 가장 강력한 통제력을 가진 형벌을 수단으로 하는 형법을 범죄에 대한 만능 대책 카드로 꺼내 들면서 충분한 연구 과정이나 까다로운 검증 절차 없이 범죄화가 가속되어 왔던 것으로 보인다. 그러나 국회를 통과하여 제정되었다고 하여 어떤 법률의 정당성이 무조건 담보되는 것은 아니라고 한다.[24] 이에 따르면 입법자들만으로는 대중의 맹목적인 이익추구나 정치적, 비합리적 주장을 이성적으로 검토하여 완벽하게 걸러내는 것이 어렵기 때문이라는 것이다.

오늘날의 위험사회는 모든 개인이 거의 모든 생활영역에서 서로 얽혀 있는 잠재적 위험원의 위협 속에서 빠져나올 수 없는 상태에 놓여, 사람들로 하여금 객관적으로 위험이 증대하지 않은 영역에서도 막연한 불안감이나 두려움을 느끼게 만든다. 여기에서 매스컴의 영향이 더해져 사람들 사이에 널리 퍼져 있던 막연한 불안감은 마침내 실제적인 위협감정으로 전환되고, 구체적인 권리의 침해가 없는 부도덕한 일탈행위도 사회적으로 위험한 행위로 인정되기에 이른다. 그러나 이와 같은 위험한 행위는 형법의 입장에서 보면 앞당겨진 추상적 위험이 된다.[25] 이러한 앞당겨진 추상적 위험을 통제하기 위해 형법이라는 대책 카드를 쓰는 것은 정당성을

기준에 부분적으로나마 영향을 미칠 수밖에 없다. 이로 인해 범죄에 대한 적대적 성향이 고조됨에 따라 과잉 불안 감정이 유발되어 보다 강력하고 엄중한 제재 장치를 요구하게 되는 것이다. 그리고 범죄에 대한 적대적 성향은 사회적 변화의 요인이 되고 있는데, 예컨대 호신용 경보기, 너클, 삼단봉, 전기충격기, 최근 몰카 범죄를 대비한 몰카쑤시개 등 '호신용'이라는 단어를 검색하면 쏟아져 나오는 무수한 제품으로도 알 수 있듯이 사적 범죄방지비용이 증가하고 있으며, 범죄 관련 기사의 댓글은 다른 사회 기사와 비교하여 월등히 그 수가 많음을 확인할 수 있다. 그러나 여기에서 발생하는 문제는 비판적 성찰을 내용으로 하는 합리적인 토론이 아닌 남녀 대결 구도의 맹목적 비난이 성행하고 있다는 점이다. 이는 과잉범죄화 현상뿐만 아니라 또 다른 사회문제를 유발하는 역기능으로도 작용하고 있는 것으로 판단된다.

23) 배종대, 「형사정책」 제11판, 앞의 책, 29/4면.

24) 박강우, "사회변화와 형사입법의 정당화조건", 「형사법연구」 제24권 제3호, 한국형사법학회, 2012, 9면; 이와 관련하여 공공선택이론의 명제에 따르면 이익집단들이 자신들의 선호에 어긋나는 행위에 대하여 형벌을 요구한 경우 정치인들은 그 요구를 수용할 가능성이 높아진다는 견해가 있다. 자세한 내용은 김일중/정기상, 앞의 논문, 317면.

25) 이상돈, 「형법의 근대성과 대화이론」, 앞의 책, 40-43면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

가질 수 없다. 왜냐하면 법익을 보호하기 위한 수단인 형벌이 법익침해를 내용으로 사용될 수 있기 때문이다. 즉 형법이 보호하고자 하는 생명, 자유, 재산 등은 사형, 징역형, 벌금형 등의 형벌에 의해 동시에 침해되는 결과를 가져온다. 그러므로 형벌에서는 다다익선(多多益善)의 법칙이 타당할 수 없다는 것이다.[26] 따라서 형벌로서 침해되는 '행위자의 자유이익'이 형법이 보호하려는 '추상적 위험 예방이익'보다 많을 경우에는 정당성을 가질 수 없다는 결론이 나오게 된다.

2. 과잉범죄화의 문제점

우리나라의 범죄화상황은 신규범죄화의 수준을 넘어 과잉상태의 형벌구성요건을 이루고 있는 것으로 보인다. 특별형법의 난무·비대화와 그에 따른 형법각칙의 공동화현상에 대하여[27] 학계에서는 우려의 입장을 표명해왔으나 문제 해결을 위한 전면적 개정 및 폐지 없이 이와 같은 상태가 유지되고 있다.

세계에서 우리나라처럼 특별형법이 많은 나라는 없다고 한다. 200여종에 달하는 특별형법의 종류뿐만 아니라 특별법범의 숫자는 이미 오래 전에 형법범의 숫자를 앞지르고 있다는 것이다.[28]

우리나라에서 형법은 이론·실무를 막론하고 효과적 범죄대책의 기능적 수단으로 이해되고 있으며, 일반인의 형법의식도 같은 수준에 머물러 있다고 보는 견해가 있다.[29] 그런데 입법자들은 그러한 범죄대책의 방안으로 형법각칙을 개정하는 정상적인 방법을 사용하지 않고, 특별법을 제정하는 편법을 사용해왔다. 그 결과 형법각칙의 형벌체계는 특별법에 의하여 완전히 전도되었고, 법정형의 상한선 또한 상상할 수 없을 정도로 강화되었다. 이러한 견해에 따르면 이제 더 이상 형법각칙이 형벌구성요건의 원칙·전형이라고 말할 수 없게 되었으며, 중요한 내용은 대부분 빼앗기고 뼈만 앙상히 남은 모양을 하고 있음을 지적한다.

이처럼 무분별하게 제정된 특별형법의 산재로 인해 하나의 범죄행위를 규제하는

---

26) 배종대, 「형사정책」 제11판, 앞의 책, 26/10면.
27) 진계호, 「형사정책」, 대왕사, 2002, 63면.
28) 법률의 형식적 분류와 상관없이 특별법의 형식으로 되어 있는 대부분의 법률의 제재내용은 형벌로 되어 있으며, 이와 같은 특별법은 해마다 국회에서 제정되고 있으므로 그 숫자 또한 점점 늘어나고 있다고 한다(배종대, 「형사정책」 제11판, 위의 책, 15/5면).
29) 특별형법의 문제점에 대해서는 배종대, 「형법각론」 제10전정판, 홍문사, 2018, 4/1면 이하.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

법조항을 파악하기에 어려움이 따를 뿐만 아니라, 동 행위에 대해 적용되는 법률이 다수인 경우 혼란이 가중되는 것은 자명하다. 나아가 각 법률이 동 행위에 대한 형벌 내용을 달리하고 있다면, 불법의 경중에 따라 제재강도에 차이를 둔 형법의 전체적인 균형성이 무너지게 되고 마는 것이다.

오늘날 시민들은 스스로 개인의 인격적 자율성과 시민사회의 자율성을 포기해서라도 국가형법의 보호 속에 안전한 삶을 살겠다고 한다. 그러나 현대에서의 사회적 위험은 거의 모든 삶의 영역에 퍼져 있기 때문에 시민생활의 모든 영역에 국가권력의 영향이 미침으로서 개인의 자유영역과 시민사회의 자율성을 대단히 협소하게 만들고 있다.[30] 이는 자유보다 안전을, 구체적 인간존엄성의 존중보다 공동체 속에서 인간존엄성의 보호의무에 역점을 두어야 한다는 적대형법적 사고와 그 궤를 같이 하여[31] 여러 주체의 이해관계가 일치하는 방향으로 급격하게 과잉범죄화가 진행될 수밖에 없었다.

이러한 적대형법적 사고에 착안하여 범죄대책의 효과를 우선하기 위해서는 필연적으로 엄벌주의를 지향하게 된다. 가능한 한 금지범위가 넓어야하고 법정형도 높을수록 효과가 있다고 생각하는 다다익선(多多益善)의 논리가 가장 강력한 사회통제수단인 형법에도 작용한 것이다.[32]

사회현실 곳곳의 일상생활에 밀접하게 널리 포진되어 있는 형벌의 가능성 속에서 시민사회를 보호하기 위한 규제의 화살은 동시에 시민사회로 향하게 된다. 이는 "경미한 사건을 형사입건하면 줄일 수 있는 전과자를 양산하는 결과를 초래"한다는[33] 법조계 실무자의 말이 이러한 현실을 대변하고 있는 것으로 보인다. 이처럼 무분별한 형벌의 부과는 법에 대한 경시현상을 낳는다. 형사처벌에서는 억지력 확보를 위해 '낙인효과(stigma effect)'가 중요한 기능을 하는데, 범죄의 영역이 과도하게 확장될수록 오히려 낙인효과는 소진되고 억지력 또한 사라지게 된다.[34] 전과자가 양산되는 사회에서 낙인이라는 불명예스러운 평판은 점차 제 기능을 잃게

30) 이상돈, 「형법의 근대성과 대화이론」, 앞의 책, 48-51면.
31) 김일수, "Punitivistische Grundtendenzen der gegenwärtigen Kriminalpolitik?", 「고려법학」 제56호, 고려대학교 법학연구원, 2010, 548면.
32) 배종대, 「형법각론」 제9전정판, 앞의 책, 4/5면.
33) 이투데이, http://www.etoday.co.kr/news/section/newsview.php?idxno=693798, 최종방문일: 2019. 01. 09.
34) 김일중/정기상, 앞의 논문, 318면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

되는 셈이다. 어떠한 경로로든 사회 전반적으로 형벌에 쉽게 노출될 수 있는 환경에서는 형벌의 경중을 떠나서 그 부여 자체에 잠재적 범죄자가 둔감해지기 때문에 형벌이 태생적으로 갖추어야할 준엄성을 잃기 쉽다.[35]

한편 형벌 부과의 대상이 될 필요가 없는 경미한 사안에 대해서까지 형사처벌 규정이 마련되어 있음에 따라 법집행기관의 과중한 업무부담이 부실한 사건처리로 이어질 수 있다는 측면과[36] 제한된 법집행자원이 적재적소에 배분되지 못함으로써 더 큰 사회비용을 유발하는 범죄에 대해서는 제대로 억지를 못하여 해당 범죄율이 증가된다는 측면[37]은 과잉범죄화가 실무적으로도 여러 문제를 불러오고 있다는 것을 알 수 있다.

요컨대 전통적인 법치국가에서 형법은 최후수단성·단편성·겸억성을 지닐 뿐만 아니라, 이는 형사정책의 뛰어넘을 수 없는 한계이기도 하다.[38] 따라서 신규범죄화는 단순히 그것이 필요하다는 정도로는 충분하지 않고 ① 형법은 법익보호를 위한 최후의 수단으로서의 성질을 갖는다고 하는 형법의 보충성, ② 형법은 시민생활의 구석구석까지 개입하지 않는다고 하는 형법의 단편성, ③ 범죄가 현실로 행하여져도 사회질서유지의 견지로부터 처벌의 필요성이 없는 경우에는 처벌하지 않는다고 하는 형법의 관용성 등을 총괄하는 겸억주의의 정신에 입각한 정당한 근거가 있을 때 비로소 허용된다고 할 것이다.[39]

과잉범죄화가 만연해있는 오늘날 “이념을 회피하는 자는 결국 개념도 파악할 수 없다”는 괴테(J. Goethe)의 말은 시사하는 바가 크다. 형법을 범죄대책의 만능열쇠로 바라보는 현대사회의 시각에 대하여 분명한 변화의 필요성이 대두되고 있다.

제2절 과잉범죄화 극복방안

1. 비범죄화의 의의

35) 김일중/정기상, 앞의 논문, 314면.
36) 김성천, “비범죄화”,「중앙법학」제2호, 중앙법학회, 2000, 313면.
37) 김일중/정기상, 위의 논문, 319면.
38) 김일수, 앞의 논문, 547면.
39) 진계호, 앞의 책, 63면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

비범죄화(非犯罪化, decriminalization)란 범죄로서 처벌되어온 행위를 범죄의 유형에서 제외하여 처벌을 하지 않는 것을 말한다. 그러므로 종래 범죄로서 형벌을 과하던 것을 형벌에 대신하여 다른 비형벌적인 수단을 강구하는 비형벌화(非刑罰化, depenalization)도 넓은 의미의 비범죄화에 포함된다.[40]

형법의 비대화 내지 과잉범죄화는 형사사법제도에 과중한 업무부담을 주어 제대로 기능을 발휘할 수 없다는 실무상의 필요성과 형법의 자유화·인도화·민주화 사상이 더해져, 1960년대 이래 변모하는 사회양상과 시대정신을 기본척도로 하여 세계 각국에서 불필요한 처벌규정을 과감히 제거하는 비범죄화 작업이 일어나게 되었다.[41]

비범죄화론은 형법의 기능을 사회존립에 불가결한 사회적 기능의 보호에 제한해야 한다는 이론으로서, 가치관의 변화와 국가 형사정책의 변화로 말미암아 형법의 보충성의 원칙을 기조로 하는 형법의 탈윤리화, 피해자 없는 범죄의 비범죄화 주장을 그 주된 내용으로 하고 있다.[42]

이러한 비범죄화론의 이론적 기초는 계몽사상을 토대로 한다. 단지 부도덕적이라는 이유를 넘어 사회적 폐단이 극심한 행위라는 객관적이고 합리적인 검증이 이루어지지 않는 한 형사처벌의 대상이 되어서는 안 되며, 형벌은 응보가 아니라 범죄예방이라는 목적을 수행하기 위해서만 부과되어야 한다는 것으로서, 이와 같은 범주를 벗어나는 형벌규정의 폐지를 강조한다.[43]

물론 형법은 도덕의 등뼈로서 범죄의 실질적 성립에 행위불법(行爲不法)이 불가결하지만, 이 요소만으로는 부족하고 형법의 최후수단성이라는 관점에서 다시 법익침해라는 결과불법(結果不法)이 더해져야만 완전한 의미의 법죄성립이 인정되며, 비로소 국가형벌권의 행사가 정당화될 수 있다.[44] 그렇다면 단순히 부도덕적인 행위를 넘어서는 중대한 법익침해 내지 법익위태화를 초래하는 행위만이 범죄로서 국가형벌권의 대상이 될 수 있을 것으로 판단된다.

이와 관련하여 어떤 행위를 범죄로서 처벌해야할 가치, 즉 당벌성(當罰性)은 그

40) 김용우/최재천, 「형사정책」, 박영사, 2006, 255면.
41) 진계호, 앞의 책, 60면.
42) 이보영/이무선, “마약범죄 처벌의 정당성”, 「법학연구」 제47권, 한국법학회, 2012, 230면.
43) 김성천, 앞의 논문, 311면.
44) 임웅, 「비범죄화의 이론」, 법문사, 1999, 15면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

러한 행위에 대한 법공동체의 사회윤리적 비난을 의미하고, 당벌성 여부는 사회가 지향하는 가치와 사회적 유해성 등이 판단의 기준이 된다.[45] 그런데 당벌성이 있는 행위는 곧바로 처벌해야 하는 필벌성(必罰性)이 있는 것으로 생각되지만, 필벌성은 당벌적인 법익침해로부터 사회를 보호하고 법질서를 유지하기 위하여 형벌이 불가결한 수단인 동시에 범죄에 대한 반동으로서 적합하고도 유효한 수단으로 평가되는 경우에 인정될 수 있다.[46] 이에 따르면 당벌성이 긍정되었다고 하더라도, 행위자에게 보다 경미한 침해를 가져오는 비형벌적 수단이 형벌과 비례하거나 더 나은 효과를 거둔다면 이 경우에는 필벌성을 상실하여 비범죄화의 근거가 된다고 한다.

2. 비범죄화의 유형

비범죄화는 두 가지 유형인 '사실상의 비범죄화'와 '법률상의 비범죄화'로 구별하는 것이 일반적이다. 그 밖에도 여러 학자들의 독자적인 분류방식이 있다. 여기에서는 일반적 분류방식을 토대로 하여 대표적인 나우케(W. Naucke)의 분류방식과 여러 학자들의 견해를 종합적으로 살펴보고 비범죄화의 유형을 재정리하고자 한다.

가. 사실상의 비범죄화

사실상의 비범죄화(de facto decriminalization)란 형사사법적 제재규정은 존재하지만 법집행 또는 법적용기관이 범죄로 규정된 일정한 행위에 대해 점차 활동을 축소하여 실질적으로 비범죄화가 이루어진 상태를 의미하며, 광의의 비범죄화라고도 한다.[47] 이는 다시 '단속상의 비범죄화'와 '사법적 비범죄화'로 구별할 수 있다.

수사기관 또는 단속기관이 당해 형벌법규를 적용하지 않는 경우에 단속상의 비범죄화로 볼 수 있으며, 예컨대 단속체제가 약하기 때문에 일부 위반자만 단속한다면 차별적 단속이 될 수 있으므로 단속을 하지 않는 경우이다.[48]

---

45) 이보영/이무선, 앞의 논문, 225면.
46) 임웅, 앞의 책, 17면.
47) 배종대, 「형사정책」 제11판, 앞의 책, 15/11면; 진계호, 앞의 책, 61면.
48) 김용우/최재천, 앞의 책, 260면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

사법심사의 차원에서 이루어질 수 있는 일체의 비범죄화, 즉 형벌법규의 해석·적용을 수정하여 양형요소로 고려하거나 종래 처벌되던 행위를 처벌하지 않는 경우에는 사법적 비범죄화라 할 수 있으며, 재판상의 비범죄화라고도 한다. 이 유형은 가장 원론적이고 현실적인 방법으로 생각될 수 있으나, 어디까지나 형사처벌의 '여부(與否)'가 아닌 '정도(程度)'의 문제에 국한된다는 점에서 비범죄화의 방안으로서는 근본적인 한계를 가진다.[49]

나. 법률상의 비범죄화

법률상의 비범죄화(de jure decriminalization)란 입법작용이나 헌법재판소의 위헌결정과 같은 판결에 의해 형법법규가 무효화됨으로서 이루어지는 비범죄화를 의미하며, 협의의 비범죄화, 입법적 비범죄화라고도 한다. 이 유형은 법률의 폐지 또는 변경에 의한 비범죄화의 전형적인 유형으로서,[50] 그 원인으로는 종래 범죄로 생각되었던 행위에 대한 당벌성이 상실되어 국가가 합법화를 선언하는 경우와 범죄에 대한 당벌성은 있지만 국가역할 및 형법기능에 관한 사상이나 형사정책의 효율성이라는 관점에서 필요성이 소멸하는 경우 등이 있다.[51]

나우케의 세 가지 분류 방식에 따른 선언적·외견상·현실적 비범죄화 유형이 여기에 속한다고 판단된다. 먼저 선언적 비범죄화는 순수한 의미의 비범죄화로서 어떤 형벌법규가 아무런 대체입법 없이 무조건 삭제되는 경우를 말한다.[52] 이는 사람들이 그러한 행위를 더 이상 범죄행위로 보지 않게 된 것이 아니라, 더 이상 그런 행위가 일어나지 않기 때문에 처벌규정의 필요성이 사라진 것이며, 따라서 필요하지 않은 규정을 이제 말소시킨다는 '선언적 의미'만 가진다고 한다.[53]

다음으로 외견상의 비범죄화는 기술적 의미에서 좁은 의미의 형벌은 배제되지만 다른 형태의 제재를 받아야할 필요가 있고 여전히 일탈행위로 규정되어야 하는 행위에 대한 비범죄화를 말한다.[54] 제재의 필요성이 인정되는 대상 행위에 대하여

---

49) 김일중/정기상, 앞의 논문, 325면; 김용우/최재천, 앞의 책, 261면.
50) 배종대, 「형사정책」 제11판, 앞의 책, 15/10; 김용우/최재천, 위의 책, 261면.
51) 진계호, 앞의 책, 61면.
52) 배종대, 「형사정책」 제11판, 위의 책, 15/12면.
53) 김성천, 앞의 논문, 306면.
54) 배종대, 「형사정책」 제11판, 위의 책, 15/12면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

형벌을 대체할 어떠한 유형의 제재를 가할 것인가의 문제로서, 형식적 비범죄화라고도 할 수 있다.[55]

마지막으로 현실적 비범죄화는 문제의 행위유형이 여전히 사회에 존재하지만 형벌을 대체할 수단을 강구하지 않고 국가통제권을 배제하면서 그 문제해결을 사회에 일임하는 경우이다.[56] 이 유형은 일탈행위에 대한 국가의 제재 일체를 배제하여 국가통제권 행사의 범위가 축소되는 것으로서, 개인의 자유이익 영역이 넓어지는 것을 의미하기 때문에 비범죄화론의 이념에 가장 걸맞은 유형으로 볼 수 있다.

그러나 나우케의 비범죄화 삼분법에 대하여 다소간 사변적이라는 견해도 있다. 선언적 비범죄화의 경우는 찾아보기 힘들기 때문이다. 하나의 반사회적 행위가 완벽하게 자취를 감추는 경우는 거의 없을뿐더러, 이러한 현상은 해당 범죄행위에 대한 꾸준한 형사처벌을 비롯하여 여러 가지의 사회적 조치가 매우 성공적으로 작용해서 나타나는 결과이므로 그런 일이 일어나는 것은 불가능에 가깝다는 것이다.[57] 또한 개념적 세분화작업이 현실적 비범죄화를 촉진할 수 있는 것은 아니며, 비범죄화의 문제핵심은 이론에 있는 것이 아니라 실천에 있기 때문에 일반적인 이분법으로도 비범죄화 유형 분류방법에 큰 무리가 없을 것이라고 한다.[58]

3. 비범죄화의 형사정책적 필요성

비범죄화의 형사정책적 의의는 국가의 강한 처벌 요구에 기초한 과잉범죄화의 경향을 시정하고 겸억주의에 입각하여 적정한 범죄화를 유도하고자 하는 점에서 찾을 수 있다.[59] 즉 사회적으로 제재의 필요성이 요구되는 대상행위에 대해 곧바로 형법을 투입한 국가통제 차원의 해결책을 우선시하던 엄벌주의적 사고를 지양하고, 형법의 불가침인 기본이념을 근간으로 하여 당해 형법법규의 정당성 판단과 정책적 효율성 등을 단계적으로 숙고하여 이를 모두 충족하지 못한 형사제재는 제외시켜야 한다. 제재의 필요성은 형사처벌의 필요조건은 될 수 있으나, 충분조건이 되지는 않기 때문이다.

---

55) 김일중/정기상, 앞의 논문, 322면.
56) 배종대,「형사정책」제11판, 앞의 책, 15/12면.
57) 김성천, 앞의 논문, 306면.
58) 배종대,「형사정책」제11판, 위의 책, 15/13면.
59) 김용우/최재천, 앞의 책, 256면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그러나 현대형법의 기능변화로 인한 사회영역 전반에서의 형법의 최우선수단성(prima ratio)은 형법의 본질을 저해하고 있을 뿐만 아니라, 형사정책적으로도 여러 문제를 불러오고 있다. 다시 말해서 사회적으로 비난가능성이 있는 일탈행위에 대해 효율적인 관리대책을 모색하기보다 일원적인 형벌 통제를 관습화함으로서 풍선효과에[60] 따른 음성적 범죄의 발생으로 단속 및 법집행이 더욱 어려워졌으며, 효율적으로 집행되지 못한 당해 형법법규는 상징형법으로 전락하게 되었고, 형법이 태생적으로 지녀야할 위엄성을 잃게 되어 형벌의 목적인 예방의 실패로 이어지고 있는 것이다. 이하에서는 이러한 문제점들에 대하여 자세히 살펴보고자 한다.

가. 음성적 범죄의 창출

종래의 범죄대책은 단속에 치중하거나 일시적인 실적을 중시함으로서, 범죄의 근본적인 해결보다는 임시적인 상황대응에 중점을 둔 경향이 있었다.[61] 이러한 범죄대책은 현실적으로 인력 부족과 집행 비용의 문제로 인하여 단발성을 가질 수밖에 없다. 여기에 실적을 위한 기간을 산정하여 한정적으로 단속을 집행하는 경우가 더해지면 범죄자에게 위하를 주어 범죄로부터 멀어지게 하는 것이 아니라 법망 내지 단속만 피하면 된다는 인식을 심어주게 된다. 이와 같은 인식은 단속을 피하기 위한 음성적 범죄를 부추기게 되고, 이로 인해 범죄의 단속을 더욱 어렵게 하는 악순환이 생긴다. 설령 단속으로 인하여 범죄가 적발되었다고 해도 발생한 범죄 중 극히 일부만 처벌받는 암장범죄화(暗葬犯罪化)가 된 경우에는 다수의 잠재적 범죄자를 양산하고 그들의 기본권을 제한할 뿐이며 실질적인 억지력은 거의 없다고 한다.[62]

이렇게 발생한 모든 범죄가 사람들에게 인지되는 것은 아니며, 특히 피해자가 특정되어 있지 않거나 간접적 피해자만 존재하는 '피해자 없는 범죄'의 경우에 암수

60) 풍선효과(風船效果, Balloon Effect)란 한 쪽을 누르면 다른 쪽이 부풀어 오르는 풍선의 형상을 빗대어서 어떤 현상을 억제하자 다른 현상이 불거져 나오는 현상을 뜻한다. 형사정책적으로는 어떤 범죄의 단속으로 인해 뜻하지 않게 다른 방향으로 범죄가 표출되는 현상을 의미한다고 볼 수 있다(정운하/문혜정, "합법사행산업 규제를 위한 기관차효과 VS 풍선효과 비교", 「한국행정학회 학술발표논문집」, 한국행정학회, 2015.12, 3105면; 최성모/소영진, "사회규제완화와 풍선효과", 「한국행정학보」 제27권 제4호, 한국행정학회, 1994, 1140면).
61) 진계호, 앞의 책, 121면.
62) 조국, 「절제의 형법학」 제2판, 박영사, 2015, 140면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

범죄(暗數犯罪)로 이어지기가 쉽다.[63]

법의 사각지대에 놓인 음성적 범죄는 법의 보호 또한 받지 못하기 때문에 2차 범죄를 유발하는 요인이 되기도 한다. 즉 피해자 없는 범죄의 주체가 폭행 및 협박, 심지어는 살인 등의 강력범죄의 객체로 탈바꿈하게 되는 것이다. 피해자가 특정되어 있지 않거나 간접적 피해자만 존재하던 상태에서 직접적인 피해자가 발생하는 현상은 그 자체로 폐해라고 할 수 있으며 역기능적인 문제가 아닐 수 없다.

나. 상징형법으로의 전락

암수범죄의 존재는 실제로 발생한 범죄의 일부분만이 국가형벌을 다루는 소추기관에 넘어간다는 것을 의미한다. 이렇게 되면 범죄와의 투쟁적 성격을 띠고 있는 형사정책은 정당화되기 어렵다.[64] 형사정책의 궁극적 목적은 범죄원인을 밝히고 이에 대한 적절한 대책을 마련함으로써 범죄를 감소시키는 데에 있기 때문이다.[65]

일정한 법적 규제가 정책적으로 효율성을 갖지 못한다면 그 규제는 정당성을 의심 받을 수밖에 없다. 오늘날 어떤 규범이 효율적으로 집행되지 못하여 그 규범이 무의미한 존재로 전락하였으나, 다만 법이 외관상 상징적 규정을 통한 억지력을 지향함으로써 그 규정 자체로 법질서 회복이나 국가기관에 대한 신뢰를 구축하려는 경우를 일컬어 이른바 '상징입법'이라고 한다.[66] 이러한 상징입법은 특히 정치적 색채가 짙은 경향이 있다. 사회적으로 수용하기 어려운 개인의 일탈행위에 대해 잠재적 위험원으로 인정하여 사회적 유해성을 부과하고 이를 범죄로 규정지어 국가차원에서의 통제권을 발동하겠다는 정책은 국민 다수의 지지를 얻을 수 있는 편리한 수단이 되기 때문이다.

법익보호는 형법의 가장 중요한 기능 중 하나이다. 그리고 형법의 보충성으로 인하여 보호되는 법익은 중요한 이익에 제한되어야 한다. 어떤 법익을 형법에 의하여 보호해야 할 것인가는 입법자에 의하여 결정되는 것이라고 할 수밖에 없다.[67] 현대형법은 자체적 한계 원리인 보충성을 고려하지 않고 보편적 법익으로 개념을

63) 배종대, 「형사정책」 제11판, 앞의 책, 16/2b면.
64) 진계호, 앞의 책, 101면.
65) 배종대, 「형사정책」 제11판, 위의 책, 70/3면.
66) 김혜정/조상희, 앞의 논문, 97면.
67) 이재상/장영민/강동범, 「형법각론」 제10판, 박영사, 2017, 1/2면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

확장하여 사회 전반에 대한 제재를 합리화하고 있는 것으로 판단된다.

형법의 자기구속원칙을 벗어난 상징형법은 사회의 새로운 변화에 효과적이고 탄력적으로 대응하기 위해서라는 미명 아래 ① 강력한 예방목적을 지향하고, ② 형법이 문제해결에 적합하다는 확신에 의거하여 중벌화와 신범죄화를 야기하며, ③ 구체적 법익의 보호보다는 사회적 요구의 충족을 위한 보편적 법익을 내세워서, ④ 추상적 위험범을 이용하여 처벌의 조기화를 이루려하는 문제가 지적되고 있다.[68]

다. 예방의 실패

어떤 행위에 대한 범죄화가 가지는 형사정책적 의의는 특정의 범죄를 행한 자에게 일정의 형을 과한다는 취지를 법률에 예고함으로써 그 위하작용을 통하여 국민의 규범의식을 깨우치고 강화하며, 또한 사회일반인을 범죄로부터 멀어지게 하는 일반예방효과를 목적으로 우선한다고 보고 있다.[69] 이는 형벌의 목적이자 형벌의 정당성과 결부되는 문제이기도 하다. 다시 말해서 국가가 한편으로는 생명, 신체, 재산 등에 대한 침해를 법을 통해 금지하면서, 다른 한편으로는 국가 스스로 법의 이름하에 그러한 침해행위, 즉 형벌부과행위를 자행하는 모순이 어떻게 설명되고 정당화될 수 있는가 하는 문제인 것이다.[70]

형벌은 위하에 의해 일반인이 범행하지 못하도록 하는 소극적 일반예방기능과 일반인의 준법의식을 강화시켜 법질서의 안전을 내면화하는 적극적 일반예방기능을 하기 때문에 예방대책으로서 타당성을 가지며, 그러한 기능이 제대로 작동하기 위해서는 법률내용의 정당성과 법적 적용의 공정성 또한 전제되어야 한다.[71] 그러나 법적 규제의 존재에도 불구하고 음성적 범죄의 공공연한 자행과 정당성 및 효율성을 잃은 상징형법의 문제는 일반예방기능을 현저히 저해하게 된다. 쉽게 말하면 일반인들에게 법이 있어도 무용지물이라는 인식이 생기게 되는 것이다.

또한 형벌을 통해 범죄자를 교화함으로써 형기를 마친 후에 재범하지 않도록 하는 특별예방의 관점에서도[72] 제대로 기능하지 못하고 있는 것으로 생각된다. 앞서

68) 김혜정/조상희, 앞의 논문, 97면.
69) 김용우/최재천, 앞의 책, 254면.
70) 배종대, 「형사정책」 제11판, 앞의 책, 71/1면.
71) 진계호, 앞의 책, 336면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

살펴본 바와 같이 단발적인 단속과 그에 따른 불공정한 법집행이 사법기관 및 법규 자체에 대한 준엄성을 떨어트림으로서 범죄자로 하여금 합당한 처분이라기보다 재수가 없어서 걸린 것이라는 인식을 하게 되기 때문이다.

따라서 일반예방기능과 특별예방기능 모두를 실패한 형벌의 부과는 목적을 잃은 형벌로서 완전무결한 정당성을 가진다고 볼 수 없다. 그러므로 정책적 효율성 및 정당성을 잃은 범죄 규정은 당연하게 비범죄화의 주장으로 귀결될 수밖에 없는 것이다.

72) 배종대, 「형사정책」 제11판, 앞의 책, 71/14면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제3장 비범죄화의 법리적 근거

제1절 비범죄화의 근거로서 개인의 자기결정권

1. 개인의 자기결정권

가. 자기결정권의 의의

(1) 자기결정권의 배경

우리 헌법은 제10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라고 규정하고 있다. 이는 불가침의 기본적 인권으로서 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있는 것이며, 이러한 개인의 인격권과 행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되어 있다.[73]

헌법상 명문의 규정은 없지만 이처럼 우리 헌법재판소는 헌법 제10조의 개인의 인격권과 행복추구권에서 그 근거를 도출하여 기본적 인권으로서 개인의 자기결정권을 보장하고 있다. 여기에서 자기결정권이란 “개인이 자신의 사적영역에 관해서 사회나 국가로부터 간섭이나 침해를 받지 않고 사적인 사항은 스스로 결정하여 자신의 생활영역을 자유롭게 형성할 수 있는 권리”를 의미한다.[74]

오늘날 자기결정권은 개인의 사적영역에 대한 사회 및 국가적 통제의 부당성을 주장하는 데에 주요한 근거로 활용되고 있다. 특히 형법은 행위금지규범의 속성을 띠고 있어 개인의 행위를 직접적으로 제한하는 법률이자 인간 공동체생활의 필수불가결한 가치를 법익이라는 개념으로 보호하고 있는 법률이므로, 형법에 우선적으로 주어진 정당성을 반증하고 대적하기에 자기결정권은 유용한 개념이기 때문이다. 이러한 점에서 자기결정권은 공익적 가치와 사적 자유가 충돌되는 사회 전반의 다양한 영역에서 활발히 논의되고, 나아가 양자 간의 균형적 조정 수단으로서 기능하고 있다.

---

73) 헌법재판소 2012. 8. 23. 2010헌바402 결정.
74) 박진실, “대마사용의 비범죄화 주장에 대한 이론적 검토”, 「법학논문집」 제40집 제3호, 중앙대학교 법학연구원, 2016, 69면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그러나 한국 법제에서 자기결정권이란 용어가 본격적으로 통용되기 시작한 것은 그리 오랜 일이 아니다. 법 영역에서 자기결정권이 중요한 의미로 자리 잡게 된 시발점 또한 지금과 같이 '사적'인 권리로서의 성질이 아니었다.

역사적으로 인간의 자율성이 부정되던 시대에서는 특권화된 집단의 결정이 그대로 준수될 것을 요하는 타율성의 원리가 지배하였다. 이는 불평등한 사회구조에서 기인하여 노예적인 예속과 타율적인 지배가 절대적 원칙으로서 작용하게 하였고, 이에 반대하는 시민혁명이 17~18세기 영국·미국·프랑스 등지에서 일어나며 모든 인간의 이성능력의 동등성이 그 사상적 이념이 되었다.[75]

이후 제1차 세계대전을 계기로 식민지의 독립 또는 영토분쟁의 해결을 위하여 '민족' 또는 '단체'의 자기결정권, 즉 '민족자결권'이란 개념이 등장하였다. 민족자결권은 여러 민족의 독립·자치를 위하여, 그리고 제3국과 강대국 간의 평등을 위하여 등장한 이념이었기 때문에, 최초에는 법적 개념이라기보다 정치적 개념에 가까운 것이었다.[76]

근대사에서는 군사정부 등에 의한 집단적 획일주의에 반대하는 이념으로 변화되었다가, 현대에 이르러 의료기술 및 정보통신기술의 비약적 발전과 복잡다단한 사회상이 그 배경이 되어 1980년대 이후 비로소 법학에서 사적 권리로서의 자기결정권이란 개념이 점차 주목을 받게 된 것이다. 특히 생명윤리, 정보통신, 페미니즘의 관련 영역에서 공적인 가치의 우월성을 타도하는 방법론으로서 각광받게 되었다.[77]

(2) 자기결정권의 요소

자기결정권은 문리적 형태에서 '자기', '결정', '권리'의 세 가지 요소로 구성되어 있음을 알 수 있다. 먼저 첫 번째 요소인 '자기'의 의미는 권리의 주체를 뜻한다. 자기결정권을 행사하기 위해서는 권리의 주체인 자기, 즉 개인이 존재해야하며, 여기에서 개인이란 존재의 독자성이 인정되려면 외부로부터 구별될 수 있는 어느 정

75) 신동일, "자기결정권과 객관적 규칙에 대하여", 「성신법학」 제10호, 성신여자대학교 법학연구소, 2011, 9면.
76) 이얼, "형법상 자기결정권에 관한 연구", 성균관대학교 박사학위논문, 2013.2, 9면.
77) 예컨대 죽음에 대한 자기결정권, 생체정보의 기록·유통에 대한 개인정보자기결정권, 여성의 재생산에 대한 자기결정권 등을 들 수 있다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

도의 독립성을 갖추고 있을 것을 요한다. 이 독립성이 부정될 경우에는 자기결정에 해당한다고 볼 수 없다. 예를 들어, 타인의 최면에 걸린 상태에서 한 결정이나 타인의 강압에 못 이겨 한 결정은 자기의 독립성이 부정되므로 자기결정이 될 수 없을 것이다. 그러나 요구되는 독립성의 정도를 달리 이해한다면 자기결정에 대한 해당 여부 또한 달라질 수 있다. 드워킨은 이러한 독립성의 개념을 '실질적 독립성(substantive independence)'과 '절차적 독립성(procedural independence)'으로 구분하고, 독립성의 개념을 유연하게 해석함으로써 자기결정권의 개념을 보다 확장하였다.[78] 이에 따르면 실질적 독립성을 요구하는 입장은 독립성의 개념을 엄격하게 이해한다. 즉, 개인은 독립적인 판단을 유보(defer)하지 않고, 자신의 결정과 행위에 대한 지배력을 유지하는 경우에만 독립성이 인정될 수 있다. 반면에 절차적 독립성을 요구하는 입장에서는 독립성의 개념을 유연하게 해석하였다. 즉, 개인이 스스로의 판단이나 행위에 대한 지배력이 없이 타인, 문화, 관습, 법규 등 외부로부터 영향을 받고 이에 따르는 것일지라도 그 판단 과정이 적절하게 이루어졌다면 개인의 독립성을 인정한다. 만약 자기결정에 요구되는 독립성을 절차적 독립성의 개념으로 이해하게 된다면 자기결정권 행사에 따른 책임을 개인에게 완전히 귀속시킬 수 없다는 문제가 발생하게 된다. 더욱이 자기결정권의 행사로 인해 타인 혹은 사회에 어떤 해악적인 영향을 끼치게 되었을 경우에는 그 결과에 대하여 개인에게 전적으로 비난을 가할 수 없게 될 것이다. 이는 책임원칙에 위배될 여지가 있으므로 독립성의 개념은 실질적 독립성을 바탕으로 이해하는 것이 옳다고 생각된다.

다음으로 두 번째 요소인 '결정'의 의미는 권리의 대상을 뜻한다. 즉, 결정의 대상이 되는 범주로서 '자기에 관한' 사안의 선택이어야 한다. 여기에서 자기에 관한 사안이 구체적으로 무엇을 의미하는지에 대해서는 인격적 이익설[79]과 일반적 자유설[80]로 나누어지고 있다. 인격적 이익설에 따르면 자기결정권을 생명, 재생산, 가족의 형성, 성적 관계 등 인격적 이익의 핵심적 사안에 한정된 권리로 이해한다. 반면, 일반적 자유설은 인격적 이익의 핵심적 사안 또는 그 관련성의 여부와 상관

78) Dworkin, G.,「The Theory and Practice of Autonomy」, Cambridge Univ. Press, 1988, pp. 16-33.
79) 佐藤幸治,「憲法」第3版, 青林書院, 1995, 444-465面.
80) 山田卓生,「私事と自己決定」, 日本評論社, 1999.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

없이 일반적인 모든 행위가 자기결정권의 대상이 된다고 파악하는 견해이다. 그러나 자기결정권이 인간으로서의 존엄과 가치를 위한 자율성 실현의 보장에 그 의의가 있다고 한다면, 결정의 대상을 인격적 이익의 핵심적 사안에만 국한해야할 이유는 없을 것이다.

마지막으로 세 번째 요소인 '권리'의 의미는 앞의 두 가지 요소에 대하여 법적으로 승인되었음을 뜻한다. 다시 말해서 '자기결정'은 이념으로서, '자기결정권'은 이 이념에 대한 법적 승인인 헌법상의 권리라고 해석할 수 있다. 권리의 개념을 형성하는 데에 큰 기여를 했던 제르송(Gerson, Jean de)에 따르면 "권리(ius)는 누군가에게 고유하게 속하고 정당한 이성의 지시에 합치하는 권능(facultas), 즉 권한(potestas)이다. 자유(Libertas)는 이성의 권능이다."[81] 이러한 점에서 자기결정권은 개인의 본질적인 자유권으로서 헌법상 보장되는 권리로 이해할 수 있을 것이다.

(3) 자기결정권의 주체

자기결정권은 인간의 자유를 최고의 가치로 삼고, 법질서의 목적 또한 개인의 자유와 그 권리를 보장하는 데 있다고 보는 '자유주의' 사상을 기반으로 하고 있다.[82] 이는 우리 헌법이 최고이념으로 삼고 있는 '인간으로서의 존엄과 가치'에 부합하는 권리이기도 하다. 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하기 위하여서는 누구나 자유로이 의사를 결정하고 그에 기하여 자율적인 생활을 형성할 수 있어야하기 때문이다.[83] 다만, 의사를 결정하는 데 있어서 충분한 판단능력을 갖춘 개인을 전제로 한다고 보아야 할 것이다. 이에 대하여 헌법상 자기결정권의 주체를 충분한 판단능력을 갖춘 자에게만 한정할 수 없다는 지적도 있다.[84] 헌법 제10조는 모든 국민 개개인이 인간이라는 이유만으로 기본적인 인격권을 보장하고 있기 때문이라고 한다. 그러나 이 견해 역시 미성년자, 심신장애인 등 판단능력이 결여된 자에 대한 보호의 필요성을 인정하고 있으며, 이러한 자에 대한 자기결정권이 충분한 판단능력을 갖춘 자와 동일하게 보장되는 것은 아니라고 본다.

81) Tuck, R., 「Natural Rights Theories」, Cambridge Univ. Press, 1979, p.26.
82) 오석준, "인격주의 생명윤리 관점으로 본 '자기결정'에 대한 고찰", 「인격주의 생명윤리」 제8권 제1호, 가톨릭생명윤리연구소, 2018, 73면.
83) 헌법재판소 2005. 11. 24. 2005헌바46 전원재판부 결정.
84) 김강운, "헌법상 자기결정권의 의의", 「법학연구」 제20집, 한국법학회, 2005, 172면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

따라서 충분한 판단능력을 갖추지 못한 개인에 대하여는 본인 보호를 위한 법적인 간섭이 정당화 될 수 있을 것이다.

자기결정권이 등장하게 된 이념의 토대가 자연권에서 기인했다는 점에 의미를 둔다면 위의 견해와 같이 모든 개개인은 인간이기 때문에 자연권으로서 자기결정권의 주체가 된다. 그러나 자기결정권의 또 다른 면은 권리를 행사함으로써 발생하는 불이익 또한 권리의 주체가 감수해야 한다는 것이 내재되어 있다. 즉, 자기결정권의 행사에는 그에 대한 스스로의 책임부담이 전제된다. 이러한 자기책임의 원리는 자기결정권의 한계논리로서 책임부담의 근거로 기능하는 동시에 자기가 결정하지 않은 것이나 결정할 수 없는 것에 대하여는 책임을 지지 않고 책임부담의 범위도 스스로 결정한 결과 내지 그와 상관관계가 있는 부분에 국한됨을 의미하는 책임의 한정원리로 기능한다.[85] 이 점에서 미성년자 등의 이성적 판단능력이 충분히 성숙하지 않은 개인은 자기결정권의 주체가 될 수는 있어도, 자기결정권 행사의 주체가 된다고 보기는 어렵다.

(4) 자기결정권의 성격

자기결정권을 "개인이 자신의 사적영역에 관해서 사회나 국가로부터 간섭이나 침해를 받지 않고 사적인 사항은 스스로 결정하여 자신의 생활영역을 자유롭게 형성할 수 있는 권리"라고 정의한다면, 이와 같은 정의에서 자기결정권의 성격을 크게 세 가지로 분류해볼 수 있다. 자기결정권은 ① 포괄적·일반적, ② 자유권적, ③ 청구권적 권리의 성격을 갖는다.

첫째, 자기결정권은 포괄적이고 일반적인 권리이다. 특정 영역에 국한되지 않고 개인의 사적영역에 관한 결정이라면 권리의 대상이 된다는 점에서 보장되는 내용 또한 광범위하고 다양한 영역이 될 수 있다. 또한 많은 개별적·구체적 권리들의 근저에 위치하면서 동시에 이 권리들의 근간을 제시하는 권리이기도 하다. 이처럼 포괄적·일반적인 성격을 가지고 있는 자기결정권은 사적영역 중에서도 어느 특정 영역에 대한 구체적 권리로 도출되기도 한다. 예컨대 성적 영역에 대한 성적 자기결정권, 의료 영역에 대한 환자의 자기결정권, 재생산 영역에 대한 임부의 자기결정권 등을 들 수 있다. 더불어 자기결정권이란 개념의 포괄적 특성상 일반적으로

85) 헌법재판소 2004. 6. 24. 2002헌가27 결정.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

사적영역에서의 모든 행동의 자유를 보장하게 됨으로서, 기존의 개별적·구체적 권리에 의하여 보호받지 못한 사항도 자기결정권에 의한 보호가 가능하다는 점에서 보충적 성격을 갖게 된다. 그러나 이와 같은 자기결정권의 포괄적·일반적·보충적 특성 때문에 자기결정권에 관하여 정확한 개념 정립이 어렵다는 한계가 있다.

둘째, 자기결정권은 자유권적인 권리이다. 개인이 자신의 사적영역에 관한 사항을 스스로 결정하고 이를 행사함에 있어서 타인 또는 사회와 국가의 간섭 및 침해를 받지 않을 것을 확인하는 것이기 때문이다. 특히 형법과 관련해서는 행위자의 자기결정권의 행사가 형법에 의한 처벌의 대상이 되지 않을 것을 의미하며, 이것은 이중적 자유권의 구조를 갖는다고 볼 수 있을 것이다. 즉, 일차적으로 자기결정권 행사의 자유와 이차적으로 국가형벌권으로부터의 자유를 요청하는 것이라 할 수 있으므로, 자기결정권은 형법의 영역에서 보다 자유권적인 성격에 큰 의미를 갖게 된다. 이 점에서 현행법상 금지되고 있는 행위를 비범죄화 하는데 유력한 근거로서 기능할 수 있다.

셋째, 자기결정권은 청구권적인 권리이다. 자유권적 성격을 갖는 자기결정권을 공법적 측면에서 봤을 때 "국가로부터의 자유이고, 국가권력에 대한 방어적·소극적 권리이며, 초국가적 인간의 권리"[86]로 이해될 수 있다. 이에 대한 간섭 및 침해에 대항하여 "권리자가 특정한 상대방에 대해 작위나 부작위와 같은 일정한 행위를 할 것을 요구할 수 있는"[87] 청구권적 성격을 갖게 되는 것이다. 따라서 형법 영역에서의 자기결정권은 공권력에 대한 부작위 청구권으로서 방어적·소극적인 권리를 의미한다.[88] 그러나 자기결정권은 소극적 의미의 권리에 한정되기보다 특정한 작위를 요구할 수 있는 적극적 의미의 권리로 행사되기도 한다. 예컨대, 개인정보자기결정권과 관련하여 개인정보열람청구권이나 개인정보정정청구권 등을 행사할 수 있고, 환자의 자기결정권과 관련하여 의사의 설명의무를 요구할 수 있는 것도 이와 같은 맥락에서 파악될 여지가 있다. 이 점에서 "혼자 있을 개인의 일반적 권리(right of the individual to be let alone)"[89]로서 사적·소극적 의미의 비밀

86) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2007, 402면.
87) 한상수, 「로스쿨시대 법학의 기초」, 인제대학교 출판부, 2008, 308면.
88) 김강운, 앞의 논문, 169면.
89) Warren, S. D./Brandeis, L. D., "the Right to Privacy", 「Harvard Law Review」 vol.4,

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

성을 갖는 프라이버시권과는 구별된다.[90]

나. 자기결정권의 근거

(1) 자기결정권의 철학적 근거

현대적 의미의 자기결정권은 철학적으로 인간의 자율성에 대한 보장 요청을 근간으로 하고 있다. 이러한 인간의 자율성이 인정되기 위해서는 의사를 결정함에 있어 충분한 판단능력을 갖춘 개인일 것을 요한다. 충분한 판단능력은 인간의 합리적 이성을 전제로 한다고 볼 수 있다. 그렇다면 이성이란 개념에 따라 자기결정권의 인정 여부 또한 달라질 수 있을 것이다. 이성에 대한 개념은 대표적인 철학자인 칸트(Kant, I.)와 흄(Hume, D.)에 의하여 정립되었다. 이들은 각각 이성에 대한 개념을 달리 파악하여 상충되는 견해를 표명하였다.

칸트에 의하면 인간에게 있어서 가장 중요한 사실은 의지(will)를 가진 존재라는 것이다. 의지를 가진다는 것은 성향(inclination)에 의하여 좌우되지 않고, 외적 자연법칙으로부터 독립하여 행위 할 수 있는 능력(capacity)을 가진다는 것을 뜻한다.[91] 즉, 특정한 경향(inclination)이나 이익(interests)에 의하여 오염되지 않은 순수한 합리적 원리에 의하여 행위 할 때 인간은 완전한 합리적 행위자가 되고, 이것은 인간이 완전한 자기결정적 존재가 되었음을 의미하게 된다.[92]

반면, 흄에 의하면 이성은 개인의 생존 및 욕망의 실현을 위해 필요한 분석적·계산적 기능을 수행하는 것으로 이해된다.[93] 그는 결코 이성은 혼자서 의지의 행위에 대한 동기가 될 수 없고, 이성은 결코 의지를 결정함에 있어 정념(passion)에 맞설 수 없다고 보았기 때문에, 이성은 정념에 대한 종속적 지위를 갖게 된다.[94]

Harvard Law School, 1890, p.205.

90) 프라이버시가 침해당하는 유형은 네 가지로 분류될 수 있다. 첫째, 개인의 독거(seclusion)나 고독(solitude)에 대한 침입(intrusion), 둘째, 개인에 관한 당혹스러운 사적인 사항(embarrassing private facts)의 공표(Public disclosure), 셋째, 공중에게 오해(false light in the public eye)를 일으키는 개인적 사안의 공표, 넷째, 개인 고유의 특성(attributes of identity)을 이용(exploitation)하는 것이다. 더 자세한 내용은 Prosser, W. L., “Privacy”, 「California Law Review」 vol.48, University of California, Berkeley, School of Law, 1960.

91) Lindley, R., 「Autonomy」, Humanities Press International, 1986, p.16.

92) Ibid., p.20.

93) 데이비드 흄/이준호 역, 「인간본성에 관한 논고」, 산림출판사, 2005, 28면.

94) Lindley, R., op. cit., p.29.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

만약 어떤 목표를 설정하려 한다면 반드시 선호(preference)나 욕망(desire)을 가져야 하고, 이성은 그러한 목표를 달성할 수 있도록 정보를 제공할 뿐이라는 것이다. 따라서 이성은 정념이 설정해놓은 궁극적 목적을 실현하기 위하여 보조적 역할을 수행하는 것에 그친다.[95]

이처럼 이성의 개념에 대하여 칸트는 외적 성향이나 욕망에 좌우되지 않는 것으로 엄격하게 파악하였고, 흄은 경험을 통하여 습득한 관념에 불과한 것으로 유연하게 해석하여 서로 상충되는 견해를 보였다. 그러나 칸트와 흄, 어느 한 견해만을 취하여 자기결정을 위한 이성의 기준으로 삼기에는 당위적이지 못한 측면이 있다. 칸트의 견해에 의하면 자기결정권의 주체가 매우 협소해지고, 흄의 견해에 의하면 성숙하지 않은 이성적 판단에 대해서도 그 주체성을 인정할 여지가 있기 때문이다. 다만, 자기결정권의 보장이 가치 있는 행위만을 대상으로 하는 것은 아니라는 점에서 흄의 견해가 보다 타당해 보인다. 또한, 이들의 견해가 자기결정권의 이념적 토대가 되었다는 것만으로도 철학적 근거로서 의미를 갖는다고 생각된다.

(2) 자기결정권의 헌법적 근거

최근 헌법재판소를 비롯한 대법원 및 각급 법원들이 사회 전반의 영역에서 개인의 자기결정권에 관하여 다양한 개념을 생성·활용하고, 이에 대한 법리를 체계화하려는 노력이 활발하게 진행되고 있다. 헌법재판소는 "인간은 누구나 자기 운명을 스스로 결정할 수 있는 자기결정권"을 가진다고 확인하였으며, "헌법 제10조가 정하고 있는 행복추구권에서 파생되는 자기결정권 내지 일반적 행동자유권은 이성적이고 책임감 있는 사람의 자기 운명에 대한 결정·선택을 존중하되 그에 대한 책임은 스스로 부담함을 전제로" 하는 것임을 밝혔다.[96] 이러한 인식의 변화는 자기결정권을 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권의 실현을 위한 불가침의 기본적 인권으로서[97] 인정하여 적극적으로 보호하고자 한다는 측면에서 긍정적으로 평가될 수 있을 것이다.

---

95) Ibid., p.30.
96) 헌법재판소 1990. 9. 10. 89헌마82 전원재판부 결정; 헌법재판소 2013. 5. 30. 2011헌바360, 2012헌바56(병합) 결정.
97) 김재윤, "여호와의 증인의 자기결정권에 따른 수혈거부와 의사의 형사책임", 「법학논총」 제33권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2013, 200면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그러나 자기결정권의 근거에 관한 이와 같은 헌법재판소의 도출 방식에 대해서는 다소 회의적인 시각이 많다. 헌법재판소는 헌법 제10조를 인용하는 경우 대부분 '인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권'을 함께 언급하고 있지만, 구체적으로 무엇을 내용으로 하는 것인지에 대해서는 확고한 입장을 갖고 있지 않는 것으로 판단되고 있다.[98] 예컨대 헌법 제10조에서 행복추구권 외에 '개인의 인격권'이라는 구체적 기본권을 이끌어내고 있는 점, 이러한 개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 '자기운명결정권'이 전제된다고 하는 점, 이를 바탕으로 '성적 자기결정권' 및 '임부의 자기결정권' 등을 도출하고 있는 점과[99] 달리, 행복추구권은 그의 구체적인 표현으로서 '일반적인 행동자유권'을 포함한다고 하여[100] 해석상 자기결정권의 개념과 용어가 혼재되어 있음을 알 수 있다. 더욱이 일반적인 행동자유권을 도출하면서 "인간으로서의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하기 위하여서는 누구나 자유로이 의사를 결정하고 그에 기하여 자율적인 생활을 형성할 수 있어야" 함을 이유로 설명하고 있는데, 내용상 자기결정권과 일맥상통한 것임에도 불구하고 그 근거를 행복추구권에서만 독자적으로 이끌어내고 있는 해석에 대해서 의문이 생기지 않을 수 없다.

한편, 일반적 자유권으로서의 행복추구권은 개별적 자유권들에 대하여 보충적으로 적용되기 때문에, 자기결정권의 도출근거에 관해 일반조항이 아닌 개별조항을 우선적으로 해석·적용해야한다는 견해가 있다.[101] 이에 따르면 헌법상 이미 규정되어 있는 기본권들의 상세한 분석과 검토를 거치지 않고, 법적 성격이나 보호범위조차 애매모호한 행복추구권을 통하여 사안을 해결하고자 한다면 기존하는 개별적 기본권들의 적용가능성이 배제될 뿐만 아니라, 특정 사안이 행복추구권에 포섭되는지에 관한 헌법재판소의 해석에 따라서 국민의 기본권 보장 여부가 좌우되는 상황으로 내몰려질 수도 있다고 한다. 이러한 점에서 자기결정권과 이에 포함되는 개별적·구체적 기본권들의 존립근거를 일관된 논증으로 확립하기 위한 시도가 필요해 보인다.

---

98) 허영, 「한국헌법론」 전정7판, 박영사, 2011, 333-339면.
99) 헌법재판소 1997. 7. 16. 95헌가6 내지 13(병합) 전원재판부 결정; 헌법재판소 2012. 8. 23. 2010헌바402 결정.
100) 헌법재판소 1991. 6. 3. 89헌마204 전원재판부 결정.
101) 김일환, "자기결정권의 도출근거에 관한 헌법재판소 결정의 비판적 검토", 「미국헌법연구」 제25권 제2호, 미국헌법학회, 2014, 91면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다. 자기결정권의 제한과 한계

자기결정권은 자신의 생활영역을 자유로이 형성할 권리이지만 그 행사가 무제한적으로 허용되는 것은 아니다. 사람이 사회적 존재인 이상 무엇인가의 제한이 있을 수밖에 없는데, 그 제한은 타인의 이익과의 관계에 있어서 설정된다. 더불어 어떠한 질서가 형성된 사회 속에서 살아가고 있는 개개인은 그 사회에서의 모든 가치나 그 총체, 즉 공서(公序)와의 긴장관계를 유지하게 되므로 자기결정권의 행사에 한계를 갖게 되는 것이다.[102] 이에 우리 헌법도 제37조 제2항에서 "국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다."고 규정하고 있다.

이처럼 국민의 기본권 제한에 있어서도 그 한계를 정하고 있는데, 우리 헌법재판소는 법률의 심사 기준으로 과잉금지원칙의 위배 여부를 판단하고 있다. 과잉금지원칙이란 국민의 기본권을 제한하는 법률은 목적의 정당성, 방법의 적절성, 법익의 균형성, 피해의 최소성의 기준을 준수하여야 한다는 것이다. 더욱이 형벌을 수단으로 기본권을 제한하는 경우, 개인에 대하여 회복하기 어려운 심각한 자유 침해를 초래하게 된다는 점에서 보다 엄격한 기준이 요구된다.

국가가 형벌을 통해 개인의 자기결정권을 제한할 수 있는 이유는 자기결정권의 행사가 사회적으로 보호하고자 하는 법익을 침해한다는 점에서 찾을 수 있다. 이러한 제한이 정당화되기 위해서는 보호법익의 명확한 규명이 우선되어야 한다. 만약 어떤 형법 규정의 보호법익이 애초에 형법상 보호하기 어려운 성격의 것이라면 그 규정은 비범죄화 되는 것이 타당할 것이다.[103]

또한 국민의 기본권인 자기결정권을 제한하면서까지 보호하려는 법익이 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 반드시 필요한 것이어야 한다. 양자를 비교형량하여 보호되는 법익이 침해되는 기본권에 비하여 우월한 경우라면 그러한 기본권의 제한은 정당하다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 보호법익과 자기결정권 중 어떤 것이 더 우월한지에 대한 판단은 간단하지 않다. 개인의 자기결정권의 행

102) 오석준, 앞의 논문, 79면.
103) 박진실, 앞의 논문, 71면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

사에 있어서 문제가 되는 경우는 대부분 보편적·사회적 법익을 침해하는 행위로서, 행위자 자신 외에는 구체적인 이익 침해를 받는 피해자가 없기 때문이다. 자기결정권의 제한을 통해 보호하고자 하는 공익이 중요한 가치일지라도, 개인의 자기결정권 역시 헌법상 보호되고 있는 국민의 기본권이므로 양자 간의 우월성을 판단하는 것은 결코 쉽지 않은 일이다.

이 모든 고려를 다하여 자기결정권 제한의 필요성이 인정되더라도 그 제한의 수단으로서 곧바로 형벌을 부과할 수는 없다. 형벌은 국가가 행사할 수 있는 가장 강력한 제재 수단이므로 보충성의 원칙에 의하여 최후의 수단으로 발동될 것이 요청되기 때문이다. 형벌 그 자체로 받게 되는 침해뿐만 아니라 사후 사회적 낙인효과로 인한 재사회화의 어려움이 따르게 됨으로서 개인이 입는 피해는 심대하다. 따라서 사회 내에서의 자율적 해결단계, 손해배상, 원상회복 등 사법적 해결, 행정법이나 기타 규범에 의한 비형법적 해결단계를 거치고 나서도 그 행위를 통제할 수 없을 경우에만 국가의 물리력을 가장 강력하게 행사하는 형법적 단계에 이르러야 할 것이다.[104]

2. 자기결정권과 비범죄화

가. 범죄화의 한계

개인의 자기결정권 행사로 인한 보편적·사회적 법익의 침해를 제재하기 위하여 규정된 범죄는 대부분 행위자 자신 외에는 구체적인 이익 침해를 받는 피해자가 없다는 특성이 있다. 이러한 성격의 범죄를 유형화하여 '피해자 없는 범죄'라 일컫기도 한다. 일반론적인 의미로 피해자 없는 범죄란 오로지 종교 내지 도덕을 보호하기 위한 것으로서 개인의 생활이익과 무관계한 범죄를 말한다.[105] 일상적 의미에서 피해자가 없다는 것은 "형법에 의한 보호를 요청하려는 고소인이 없다"는 의미로서 피해자가 결여되어 있는 경우이다.[106] 즉 구체적으로 자유이익이 침해되는 특정된 피해자가 없다고 할 수 있다. 이러한 유형의 범죄에서 대표적으로 도박, 마약류 자기사용, 자발적 성매매가 그 논란의 중심에 있으며, 이 행위들은 일반적으로

104) 박진실, 앞의 논문, 74면.
105) 김용우/최재천, 앞의 책, 256면.
106) 최종일, 「형사정책」, 법지사, 2000, 248면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

일탈행위에 해당된다.

사회학에서는 형법상의 범죄에 해당되는 것을 일탈행위(逸脫行爲, deviant behavior)라는 말로 표현하는데, 공동체나 사회에서 보편적으로 인정되는 규범에 의해 승인되지 않는 비정상적인 행위 또는 일반적으로 기대되는 행위와 모범적 행위에서 벗어나는 행위를 뜻한다. 범죄학에서는 이러한 일탈행위 가운데 법규범을 위반한 유형을 범죄라고 지칭한다. 그러나 법규범을 기준으로 하는 범죄개념은 입법의지에 종속하므로 일탈행위와 범죄를 구별하는 실질적 기준이 되기는 어렵다. 또한 일탈행위의 개념은 법규범에 의존하지 않는다는 점에서 실질적 범죄개념과 동일하므로 일탈행위도 형사정책적 의미의 범죄와 다를 바가 없다. 일정한 일탈행위를 형식적 의미의 범죄로 법률에 규정할 것인가는 형사정책의 핵심적 문제에 속하기 때문이다.[107]

같은 맥락에서 일탈행위에 관한 범죄의 실질성은 사회질서와 관련하여 판단된다. 범죄는 특정한 세계관이나 도덕관으로 인하여 발생하는 것이 아니라 공동생활의 실존조건을 참을 수 없을 정도로 침해한다는 데에 그 본질적 특징이 있다고 한다. 이때 침해의 대상은 법익이라는 구체적 개념으로 설정되며, 이는 형법이 보호해야 할 이익이라는 의미를 내포하고 있다. 따라서 법익은 정당한 사회질서의 근간이 되는 것을 뜻한다는 것이다.[108]

이처럼 형법의 임무는 법익을 보호하는 데에 있다. 근대형법은 모든 개인이 자유를 공평하게 누릴 수 있게 하는 권리의 체계를 구축하는 제도로서, 생명, 신체, 명예, 재산, 사생활 등 개인의 권리를 법익으로 하며, 책임의 의미를 개인적으로 귀속시킬 수 있는 행위에 의해 권리의 실질인 자유를 남용한 것으로 이해한다. 따라서 개인의 자유이익을 최대한으로 보장하기 위해 사회문제해결의 최후수단(ultima ratio)으로서 기능하게 된다. 반면에 현대사회의 형법은 사회체계의 기능을 위태롭게 하는 위험을 예방하는 정책의 수단으로 변화하게 되었는데, 이러한 목적의 통제는 보편적 법익을 근거로 범죄화하며, 대개 '추상적 위험범'의 형태를 취하기 때문에 처벌을 조기화하게 된다. 이때 보편적 법익의 내용이 특정한 도덕관을 기초로 하고 있다면, 구체적인 침해가 발생하지 않았음에도 형법은 개인의 기본권을

107) 진계호, 앞의 책, 64-65면.
108) 배종대, 「형사정책」 제11판, 앞의 책, 14/8-9면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

과도하게 침해함으로써 그 정당성을 위태롭게 할 수 있다. 이런 윤리화된 형법은 책임귀속도 느낌과 직관에 의존하기 쉽고, 여론이나 법감정에 좌우되기 쉽다는 지적이 있다.[109]

사회적 위험성이 있다고 간주되는 일탈행위란 독자적으로 다른 개인의 자유이익을 침해하거나 현실적으로 위태롭게 하는 것이 아니라, 불특정 다수인에 의해 그 일탈행위가 무수히 반복될 때 모든 개인의 생존을 위협할 개연성이 추상적으로 추정되는 것일 뿐이다. 그러나 여기에서 한 개인의 일탈행위와 모든 사람의 생존을 위협하는 현실적 위험 사이의 구체적 관련성은 입증되기가 어렵다. 설령 입증된다고 해도 모든 사람들의 생존을 위협하는 위험창출에 기여한 '한 개인의 몫'이 산출되는 것은 불가능하다. 따라서 일반적으로 감지되는 사회적 위험성을 토대로 하여 어느 한 개인의 행위 탓으로 위험의 내용을 확정하는 것은 타당하지 않다.[110]

그럼에도 불구하고 형법은 피해자 없는 범죄를 존치시켜 왔으며, 이와 관련된 문제로 형법법규 그 자체의 준엄성을 의심 받고 있다. 같은 견지에서 이것은 피해자 없는 범죄의 비범죄화 주장의 근거가 되기도 한다.

나. 자기결정권과 보호법익의 충돌

피해자 없는 범죄는 대부분 행위자 자신 외에는 구체적인 법익 침해를 받는 피해자가 없다는 점에서 자기결정권과 관련이 깊다. 헌법재판소에서도 마약류 자기사용에 대한 일반적 행동자유권,[111] 낙태에 대한 임부의 자기결정권,[112] 단순성매매 및 간통에 대한 성적 자기결정권[113] 등의 기본권을 제한하고 있음을 인정하고

109) 이상돈, 「형법강론」 제2판, 박영사, 2017, 6-7면.
110) 이상돈, 「형법의 근대성과 대화이론」, 앞의 책, 42-43면.
111) 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하기 위하여서는 누구나 자유로이 의사를 결정하고 그에 기하여 자율적인 생활을 형성할 수 있어야 하므로, 행복추구권은 그의 구체적인 표현으로서 일반적인 행동자유권을 포함한다. …… 개인의 대마를 자유롭게 수수하고 흡연할 자유도 헌법 제10조의 행복추구권에서 나오는 일반적 행동자유권의 보호영역에 속한다(헌법재판소 2005. 11. 24. 2005헌바46 전원재판부 결정).
112) 자기운명결정권에는 임신과 출산에 관한 결정, 즉 임신과 출산의 과정에 내재하는 특별한 희생을 강요당하지 않을 자유가 포함되어 있다. …… 태아의 생명을 보호하기 위하여 태아의 발달단계나 독자적 생존능력과 무관하게 임부의 낙태를 원칙적으로 금지하고 이를 형사처벌하고 있으므로, 헌법 제10조에서 도출되는 임부의 자기결정권, 즉 낙태의 자유를 제한하고 있다(헌법재판소 2012. 8. 23. 2010헌바402 결정).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

있다. 그렇다면 도박에 대해서는 일반적 행동자유권이 인정될 수 있을 것이고, 군형법상의 추행죄가 동의에 의한 성적 행위까지도 처벌 대상으로 포함하고 있다는 점에서 군인의 성적 자기결정권을 제한하고 있다고 볼 수 있을 것이다. 또한 양심의 자유는 인간의 존엄과 가치와 불가분의 관계에 있는 정신적 기본권으로서, 양심적 병역거부자의 대체복무를 규정하지 않은 현행 병역법은 양심에 반하는 행동을 강요당하지 아니할 자유를 제한하고 있다.[114]

오늘날 우리 사회에서 개인이 향유할 수 있는 자유의 가치와 이에 대한 권리의식은 성숙되어 있고, 이와 같은 시대적 요청에서 비롯된 사생활에 대한 비범죄화 경향이 현대 형법의 추세라고 할 수 있다. 그 이유는 형법이 행위금지규범이라는 속성을 띠고 있기 때문이다. 즉 형법은 개인의 자유를 직접적으로 제한하는 형태를 취하고 있으므로 형법 규정의 개폐 또는 해석에 따라 개인의 자유 영역이 축소되거나 확대될 수 있는 것이다.[115] 더욱이 형법은 개인의 자유를 제한하는 형태를 취하고 있을 뿐만 아니라, 그 억지의 수단으로서 형벌을 사용하고 있다. "형벌은 강제수단에 의한 인간 자유의 심각한 제약"을[116] 부과하는 것이므로, 법률 중에서도 특히 형법은 요건과 효과가 모두 개인의 자유를 강력하게 제한하는 성격을 가진다. 따라서 개인의 자유를 이념으로 하는 자기결정권에 대한 논쟁이 가장 치열하게 벌어지는 주요한 영역은 형법의 영역일 수밖에 없다.

그런데 형법은 개인의 주관적 권리인 생명・신체・명예・재산 등의 개인적 법익을 보호할 뿐만 아니라, 국가적 법익과 사회적 법익도 함께 보호하고 있다. 국가와 사회의 존립은 인간의 실존을 위한 전제조건이 되고, 국가와 사회가 안전해야만

---

113) 자기운명결정권에는 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권이 포함되어 있고(헌법재판소 2015. 2. 26. 2009헌바17·205, 2010헌바194, 2011헌바4, 2012헌바57·255·411, 2013헌바139·161·267·276·342·365, 2014헌바53·464, 2011헌가31, 2014헌가4(병합) 결정), 경제적 대가를 매개로 하여 성행위 여부를 결정할 수 있는 것 또한 성적 자기결정권과 관련되어 있다 볼 것이므로 심판대상조항은 개인의 성적 자기결정권을 제한한다(헌법재판소 2016. 3. 31. 2013헌가2 결정).

114) 헌법재판소 2018. 6. 28. 2011헌바379, 383, 2012헌바15, 32, 86, 129, 181, 182, 193, 227, 228, 250, 271, 281, 282, 283, 287, 324, 2013헌바273, 2015헌바73, 2016헌바360, 2017헌바225(병합); 2012헌가17, 2013헌가5, 23, 27, 2014헌가8, 2015헌가5(병합) 결정.

115) 이얼, "자기결정권 법리의 체계화를 위한 형법학의 과제", 「법학연구」 제54권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2013, 262면.

116) 이영록, "유해성원칙・후견주의・자유주의", 「비교형사법연구」 제4권 제2호, 한국비교형사법학회, 2002, 23면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이로부터 개개인의 주관적 이익 보호도 이루어지기 때문이다. 그렇다면 국가와 사회의 기능 유지를 위한 인간의 공존조건이 되는 보편적 법익의 보호가 선행되어야 하는데, 이러한 보호를 위하여 개인의 자유가 제한되는 경우에 양 법익이 충돌하게 되는 것이다. 피해자 없는 범죄의 대부분이 바로 이 경우에 속한다. 따라서 피해자 없는 범죄의 보호법익으로 설정된 보편적·사회적 법익이 헌법상의 기본권인 개인의 자기결정권을 제한하면서까지 보호할 가치가 있는가의 평가적 관점이 중요한 문제가 된다. 이와 관련하여 제4장에서 살펴볼 위헌소원에서도 양 법익간의 이익을 비교형량하여 택일하는 형태의 결정이 다수를 차지하는 것으로 보인다.

그러나 형법 또한 대한민국의 법률로서 그 상위법인 헌법 정신에 따라 개인의 기본권을 최대한 보장하여야 할 의무가 있다. 필요 불가피하게 기본권을 제한해야 하는 경우에도 헌법 제37조 제2항에 의하여 기본권 제한의 한계를 가진다. 즉 형법이 자기결정권을 제한하기 위해서는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없는 것이다.[117] 나아가 이하 제3절에서 살펴볼 형법의 자기구속법리에 관한 엄격한 심사를 통하여 정당성이 인정되지 않는 규정에 대해서는 비범죄화의 노력이 필요하다.

제2절 법과 도덕에 관한 논쟁

형법의 기능은 법익보호에 있다. 특히 개인의 자유와 권리를 보호하기 위한 법률이라는 점에서 정당성을 갖는다. 그러나 형법은 개인의 자유와 권리를 침해할 수 있는 강력한 법률효과인 형벌을 그 수단으로 하고 있기 때문에 '형법으로서 제재할 수 있는 행위의 기준'이 무엇인지가 중요한 관점이 된다. 이와 관련하여 역사적으로 다양한 주장이 제기되어 왔는데, 크게 자유주의, 법적 도덕주의, 후견주의로 나누어볼 수 있다. 피해자 없는 범죄는 대부분 타인에게 직접적으로 해악을 주는 행위가 아니며, 건전한 도덕법칙을 그 보호법익으로 하는 경우가 많다는 점에서 각 관점에 대한 논의를 분석해보는 것은 피해자 없는 범죄의 비범죄화 기준을 도

117) 이얼, "자기결정권 법리의 체계화를 위한 형법학의 과제", 앞의 논문, 10면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

출하는 데 유의미한 과정이 될 수 있을 것이라 판단된다.

1. 법과 도덕에 관한 논쟁의 의의

'법과 도덕'에서 크게 다루어지는 문제는 법과 도덕이 얼마만큼 서로 독자적 영역을 지켜 나가느냐는 것이다. 어느 사회에나 '지배적' 혹은 '건전한' 도덕이라는 것이 존재하는데, 이러한 지배적 도덕은 법적으로 강제될 수 있다고 보는 것을 '도덕의 강제'라고 한다. 그러나 사회가 다원화됨에 따라 법에서 도덕적 요소를 축소해나가는 이른바 법의 탈윤리화(脫倫理化)가 주장되고 있다. 법이 얼마나 윤리적 내용을 강제할 수 있느냐, 얼마나 윤리적 내용에서 해방되어야 하느냐의 문제는 지금도 법학에서, 특히 법철학과 형법학에서 활발히 논의되고 있는 어려운 테마라고 한다.[118]

이러한 법과 도덕에 관한 논의는 오랜 역사를 거쳐 오늘날에 이르러서도 이어져 오고 있으나 도덕의 영역에 대한 법의 개입이 어느 부분까지 이루어져야 타당성을 갖게 되는지, 그 기준과 법리에 관하여 명확한 결론을 내리지 못하고 있다. 생각건대 이 논제에 대한 명확한 결론을 내리는 것은 불가능에 가깝다. 그 사회의 시대적인 상황 및 사회구성원들의 보편적인 의식에 따라 주된 견해가 바뀔 수는 있겠지만, 원론적으로 법의 본질에 관한 가치관의 문제로서 대립되고 있는 견해의 옳고 그름을 판단하기가 매우 어렵기 때문이다. 다만, 구체적인 사안에서 법과 도덕의 문제를 판단함에 있어 법의 근간이자 불가침인 법의 이념과 이를 실현시키기 위해 세워진 원칙들을 주요한 기준으로 삼아야할 것이다.

근대형법이 자유주의의 사상을 기초로 발전해왔다는 것은 주지의 사실이다. 또한 형법의 전통적 법익이 도덕률(道德律)을 내용으로 하고 있다는 것도 자명하다. 이를테면 타인의 생명·신체·재산을 침해하는 행위는 타인의 자유이익에 해악이 되는 행위임과 동시에 도덕률에 반하는 행위로서 마땅히 법적인 금지를 강제해야 한다는 것에 이견이 없다. 왜냐하면 명백히 존재하고 있는 권리가 침해되지 않기를 원하는 것은 정반대의 세계관을 지지하는 사람들조차도 공유할 수 있는 것이 보통이기 때문이다.[119] 그러나 타인의 구체적인 자유이익을 침해하는 행위가 아님에도,

118) 최종고, 앞의 책, 30면.
119) Kurt Seelmann/윤재왕 역, 「법철학」 제2판, 세창출판사, 2010, 99면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다시 말해서 타인에게 해악이 되는 행위가 아닐지라도 도덕률에 반하는 행위라면 법적인 금지를 강제하여 그 행위자의 자유이익을 형벌로써 국가적 차원에서 침해하는 것은 정당성을 갖는가. 이와 같은 문제와 관련하여 서양사회에서는 역사적으로 치열한 공방을 벌여왔으며, 대표적으로 영국에서의 '밀과 스티븐'의 대립된 견해와 '하트와 데블린'의 논쟁이 있다.

도덕의 법적 강제에 대한 영국에서의 논쟁은 1859년 밀(John Stuart Mill)의 저서 『자유론(On Liberty)』에서 시작되었다. 밀은 그의 저서에서 도덕을 법으로 강제함에 있어서 또는 국가가 개인의 생활에 대해 개입함에 있어서 지켜야 할 원칙으로 해악의 원리를 제시하였다. 그러나 밀이 서거하던 해인 1873년 스티븐(James Fitzjames Stephen)은 그의 저서 『자유, 평등, 박애(Liberty, Equality, Fraternity)』에서 밀의 논지를 반박하였다.

그리고 약 1세기 후인 1957년 울펜덴 보고서(The Wolfenden Report)가 발단이 되어 도덕의 법적 강제에 관한 문제는 다시 수면 위로 떠오르게 된다. 1954년 매춘과 동성애에 관한 법과 현실에 대해 검토하여 만약 개정할 것이 있다면 그 방안을 제시하기 위해 울펜덴 위원회가 구성되었고, 이 위원회에 의하여 발표된 보고서가 논쟁의 서막이 된 것이다. 이 보고서는 매춘과 동성애의 비범죄화 권고를 내용으로 하였다. 즉 성인 간의 합의에 따라 사적으로 이루어지는 동성연애의 비범죄화 및 사람들에게 불쾌감을 주는 호객행위는 범죄로서 처벌하되 매춘 그 자체에 대해서는 비범죄화할 것을 권고하였다.[120]

그 근거에 대해서는 밀의 이론인 해악의 원리를 토대로 다음과 같이 제시하였다. "사회와 법은 개인에게 사생활에 관련된 도덕성의 문제에 있어서 선택과 행동의 자유를 주어야 하는 중요함 때문이었다. 법집행기관을 통하여 행동하는 사회가 의도적으로 범죄의 영역과 도덕상의 죄 영역을 동등하게 만들려고 하지 않는다면, 단적으로 말해서, 법이 간섭하지 않는 사적(私的) 도덕성의 영역만이 남게 될 것이다." 또한 "형법의 기능은 공격적이고 침해적인 것으로부터 시민을 보호하기 위하여 공공질서와 예의범절을 유지하고, 특히 다음과 같은 사람들, 즉 어리고 신체와 정신이 연약하며, 사회경험이 없고, 특별한 물리적·공적(公的)·경제적 원조를 받

120) 최봉철, "도덕의 법적 강제에 대한 논쟁과 헌법재판소의 결정", 「성균관법학」 제18권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2006, 662-663면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

고 있는 사람들에 대한 착취나 공격에 대하여 충분한 보호 장치를 제공해주는 것이다. 우리 위원회는 시민의 사적인 생활영역에 간섭하는 것이 형법의 기능이 아니라고 생각한다."고 하여 형법으로부터 개인적인 도덕성의 영역을 배제한 것이다.[121]

이 보고서의 초안에 대한 의견 수렴 과정에서 판사인 데블린(Patrick Devlin)은 법원을 대표하여 찬성의견을 작성하였으나, 이후 1958년 영국 학술원이 주최한 맥카비언 법철학강좌(Maccabaean Lecture in Jurisprudence of the British Academy)에서 의견을 바꾸어 도덕의 법적 강제가 타당하다는 내용의 강연을 하였다. 이에 1959년 하트(Herbert Lionel Adolphus Hart)는 데블린의 입장을 '전형적인 영국 사법부의 논리'라고 매우 강하게 비판하면서 자유주의적 이론으로 데블린의 견해에 대해 반박하게 된 것이다.[122]

밀과 하트는 자유주의에 기반한 해악의 원리를 기준으로 도덕의 법적 강제를 부정하였고, 스티븐과 데블린은 공동체주의에 기반하여 도덕의 법적 강제를 긍정하는 법적 도덕주의의 태도를 취하였다. 그리고 대립되는 이 두 견해로부터 파생되어 중립적이지만 독자적인 이론을 내용으로 하는 후견주의까지 크게 세 영역으로 나누어 볼 수 있다. 이하에서는 도덕의 법적 강제에 대한 자유주의, 법적 도덕주의, 후견주의 이론을 각각 조명해보고자 한다. 이러한 과정은 법과 도덕의 복잡다단한 관계에서 법의 개입이 정당성을 갖는 도덕의 영역이 무엇인가에 대한 척도를 세우는 데에 유의미한 작업이 될 것으로 생각된다.

2. 법과 도덕에 관한 논거

가. 자유주의

(1) 밀의 견해

밀은 개인에 대한 사회의 통제에 대해 강하게 비판하며, 개인에 대한 사회통제의 원칙으로 해악의 원칙을 제시하였다. 해악의 원칙이란 타인에게 해악을 주는 행위

121) Simon Lee/이경재 역, "'하트와 데블린의 논쟁' 논평", 「법학연구」 제18권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2007, 135-136면.
122) 최봉철, 앞의 논문, 664면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

가 아니라면 국가나 사회는 행위자의 행위에 대해 강제력을 행사할 수 없다는 것이다.[123] 밀은 그의 저서 『자유론』에서 해악의 원칙에 관한 저술의 목적을 분명하게 밝히고 있다.

> 이 책의 목적은 법적 형벌이라는 형태의 물리력이든 여론을 통한 도덕적 강제이든 간에 사회가 강제와 통제라는 수단을 동원해 개인을 다루는 태도에 절대적으로 작용하는 지극히 단순한 원리를 주장하는 데 있다. 그 원리란 인간이 개인적으로나 집단적으로 어떤 사람의 자유에 간섭하는 것을 보장받는 유일한 근거는 자위(自衛, Self-protection)라는 것이다. 문명사회의 어느 구성원에 대해 그의 의사에 반하여 권력을 행사하는 데 그 정당성을 획득할 수 있는 유일한 경우란 타인에 대한 피해를 방지하려는 목적에서 권력이 행사되는 경우뿐이다.[124]

또한 사회가 개인을 위한 목적, 즉 개인의 보호와 선(善)을 증진시킬 목적으로 개인의 의사에 반하여 법적 제재라는 물리적 강제이든 공공의 의견과 같은 도덕적 강제이든 수단에 상관없이 어떠한 강제와 통제의 행사 그 자체가 정당하지 않다고 하였다. 따라서 개인의 행위가 타인에게 해악을 끼치는 행위가 아니라면 설령 행위자의 보호 목적으로 제재를 가하는 경우라도 정당성이 없다는 것으로서, 밀은 개인에 대한 국가의 후견주의적인 행사에서도 반대의 입장이었던 것으로 보인다.

> 그 자신의 행복이란 그것이 물질적인 것이든 정신적인 것이든, 정당화의 충분한 근거가 되지 못한다. 그렇게 하는 것이 자신에게 좋다든가, 그렇게 하는 것이 자신을 더 행복하게 할 것이라든가, 그렇게 하는 것이 남들 보기에 현명하다거나 심지어 옳다는 이유로, 어떤 사람에게 그렇게 하도록, 또는 그렇게 하지 말도록 강제한다는 것은 정당화 될 수 없다. 그러한 것들을 그 사람에게 충고하고 이해시키며 설득하고 부탁을 하는 데는 충분한 이유가 되지만, 그를 강제하거나 그가 이와 다르게 행동하는 경우 그에게 위해를 가할 이유가 되지는 못한다. 그것이 정당화되려면 하지 말라는 행동이 타인에게 해를 끼치게

123) 최봉철, 앞의 논문, 665면.
124) 존 스튜어트 밀/김대성 역, 「자유론」, 아름다운날, 2016, 42면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

됨을 명백하게 밝혀야 한다. 개인의 행동 중에 사회의 제재를 받아야 할 유일한 경우는 그것이 타인과 관련되는 경우뿐이다. 반대로 오로지 자신만 관련된 경우 개인의 독립성은 당연한 것이고 절대적인 것이다. 자신에 대해, 즉 자신의 신체와 정신에 대해 각자는 주권자다.[125]

그러나 밀은 해악의 원칙의 적용대상을 성숙한 사람으로 한정시켰다. 즉 미성년자와 미개인에[126] 대해서는 해악의 원칙의 예외로 둔 것인데, 이는 형법이 사물을 변별할 능력과 의사를 결정할 능력을 기준으로 하여 책임능력을 판단하고 책임무능력자와 한정책임능력자를 구별하고 있는 것과 유사한 논리로 생각된다. 다시 말해서 사물변별능력과 의사결정능력을 완전하게 갖추지 못한 사람은 타인과 관련되는 경우뿐만 아니라, 자신에 관해서도 이익이 되는 것과 해악이 되는 것을 구별하여 자신의 복리를 추구하기 위한 판단능력이 부족하기 때문에 그로 인한 결과를 스스로 온전히 감내해야할 책임 또한 없다고 볼 수 있다. 따라서 이러한 경우에는 개인의 의사에 반하더라도 강제적인 보호대상이 된다고 한다.

이러한 이론이 능력이 성숙한 사람에게만 적용되어야 한다는 점은 두말할 필요가 없다. 우리는 어린아이나 법적인 미성년자에 대해 말하고 있는 것이 아니다. 아직도 타인의 감독을 받아야 할 상태에 있는 사람들은, 외부로부터 침해를 받지 않도록 보호되어야 할 뿐 아니라 그들 자신의 행동에 대해서도 보호받아야 한다.[127]

(2) 하트의 견해

하트는 이러한 밀의 자유주의적 교의에 영향을 받아 도덕의 강제가 허용될 수 있다고 보는 법적 도덕주의의 견해를 강하게 비판하였다. 그러나 밀이 성숙한 개인의 해악 없는 행위에 대해서는 목적에 상관없이 국가의 개입을 전면적으로 반대

125) 존 스튜어트 밀/김대성 역, 앞의 책, 42-43면.
126) 이는 제국주의 논리라고 할 수 있는데, 밀은 식민지 지배를 용납하는 입장이었다고 한다. 그의 저서 「자유론」에서도 “야만인을 다스리는 데 전제정치를 취한다 해도, 그 목적이 야만인의 개량에 있고, 동원하는 수단이 목적을 실현하는 데 정당하다면 그것은 합법적인 통치 형태”라고 밝히고 있다.
127) 존 스튜어트 밀/김대성 역, 위의 책, 43면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한 반면, 하트는 견해의 차이가 있었으며 그의 저서에서 그 점을 명시하였다.

> 나는 오해를 막기 위해 단서를 달고 시작하기로 한다. 나는 밀이 말한 모든 것이 옳다고 지지하는 것은 아니다. 왜냐하면 나 자신은 타인에 대한 해악의 방지 이외에도 개인의 법적 강제를 정당화하는 근거가 존재할 수도 있다고 생각하기 때문이다. 그러나 도덕의 강제와 관련된 쟁점에 관한 한 밀의 주장은 타당한 것 같다.[128]

앞서 살펴본 바와 같이 밀은 "그렇게 하는 것이 자신에게 좋다든가, 그렇게 하는 것이 자신을 더 행복하게 할 것"이라는 이유로 개인에게 그렇게 하도록 또는 하지 말도록 강제하는 것을 반대하였다. 이는 밀이 후견주의적인 국가의 개입 또한 배제하고 있음을 알 수 있는데, 이 부분에서 하트는 견해가 달랐다.

도덕의 법적 강제에 대해서는 밀의 자유주의적인 주장에 상당부분 찬동하였으나, 개인을 보호할 목적으로 행하여지는 국가적 개입에는 '온정주의(paternalism)'라는 논거를 들어 '자기 자신으로부터 보호(protection of people against themselves)'에 해당하는 것이므로 정당화될 수 있다고 보았던 것이다.

밀은 "그것이 그를 위해 더 좋을 것이라는 이유" 또는 "그것이 그를 더 행복하게 만들 것이라는 이유"로 개인의 자유를 간섭하는 것이 부당하다고 비판했다. 이는 온정주의를 배제하는 주장이라고 할 수 있는데, 개개인이 그들 자신의 이익을 가장 잘 안다는 믿음에서 비롯된 것이었다.[129] 그러나 하트는 결과에 대한 적절한

---

128) H. 하트/이영란 역, 「법, 자유, 도덕」, 나남출판, 1996, 20면.

129) 어떤 개인이나 다수의 개인도 다른 성인에 대해 자신의 이익을 위해 스스로 선택한 행동을 해서는 안 된다고 말할 권한은 없다. 자신의 복리에 가장 많은 관심을 갖는 사람은 바로 자신이다. 강한 개인적 애착이 작용하는 관계를 제외하고 말하면, 자신의 이익에 관한 한 타인이 갖는 그 어떤 관심도 그 자신이 갖는 관심에 비하면 하찮은 것에 불과하다. 타인에 대한 개인의 행동에 사회가 갖는 관심을 제외하면 한 개인에 대해 사회가 개별적으로 갖는 관심은 미미하고 또한 전적으로 간접적이다. 반면 가장 평범한 개인도 자신의 감정이나 자신이 처한 상황을 이해하는 데에는 그 어떤 타인보다 월등히 뛰어난 수단을 갖고 있다. 오로지 그 자신만이 관련되는 사항에 대해, 그의 판단과 의도를 좌우하고자 하는 사회의 간섭이란 결국 일반적인 추정에 근거하는 것일 수밖에 없다. 그런데 그러한 추정은 완전히 잘못된 것일 수도 있다. 설령 올바른 것이라 할지라도 개별 사례에는 십중팔구 잘못 적용되기 쉽다. 그 추정을 개별 사례에 적용하는 당사자는 그 사례를 둘러싼 사정에 대해 외부의 방관자 수준 이상으로 더 잘 알 수는 없기 때문이다(존 스튜어트 밀/김대성 역, 앞의 책, 174-

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

평가나 인식 없이 단순한 일시적 욕구의 추구, 내적인 심리적 강요, 판단이 흐려질 것 같은 여러 가지 곤경에 처한 경우, 지극히 미묘한 요인의 압력 하에서도 선택이나 동의가 가능하다고 보았다.[130] 따라서 개인의 신체 내지 생명에 대한 침해에 관해서는 제한적으로 후견적인 개입이 정당화 된다고 하였다.

한편, 하트는 도덕의 법적 강제에 관하여 그 자체가 부도덕한 것임을 주장하며 그 근거를 규명하기 위해 두 가지 측면을 제시하였다. 한 측면은 위반자에 대한 실질적인 처벌이 이루어진다는 점을 들었다. 이것은 위반자에게서 행동의 자유와 재산 또는 가족이나 친구들과의 교제를 박탈하고 신체적으로 고통을 주거나 생명까지 박탈할 수 있는 형벌을 포함하기 때문에, 특별한 정당성이 없다면 타인에 대한 위해이며, 모든 문명사회의 법과 도덕에 의해서도 옳지 못한 것으로 간주된다고 하였다. 즉 정당성을 결여한 제재는 범죄행위이며 비행(非行)이라는 것이다. 두 번째 측면은 법을 위반하지는 않았지만, 법적 처벌의 위협에 의해 준수가 강제된 사람들이 욕구를 억제하는 어려움을 겪는다는 점을 들었다. 개인의 자유로운 선택을 아무런 방해 없이 행사한다는 것은, 개인으로 하여금 그들 자신이나 다른 사람들에게 귀중한 것들을 시행해보고 발견할 수 있도록 하기 때문에 가치 있는 것으로 간주된다고 하였다. 그러므로 개인적 자유에 대한 간섭은 정당성을 갖지 못한다면 그 자체로 해악이 될 수도 있으며, 개인의 정서적 생활, 행복 그리고 인격의 발전이나 균형에 부정적인 영향을 미친다는 것이다. 왜냐하면 처벌의 공포로 인해 욕구가 좌절된 사람들에게 특정한 형태의 극심한 고통을 부과하기 때문이라고 한다.[131]

하트는 원론적으로 인간의 고통과 자유의 제한은 악(惡)이며, 이것이 모든 도덕의 중심이므로 도덕의 법적 강제에 대한 정당성 판단은 반드시 필요하다고 보았다. 이는 처벌의 공포에서 비롯된 도덕적 지배에 대한 외형적인 순응으로 인해 희생자가 없거나 정의를 필요로 하는 상황이 아닌데도 범법자에 대한 혐오감의 충족

175면).

130) 밀의 인간관은 욕망이 상대적으로 고정되어 있고 외부 영향에 의해 인위적으로 자극 받지 않는 중년남성의 심리를 전제하고 있다고 한다. 즉 인간은 원하는 것이 무엇인지, 자신에게 만족과 행복을 주는 것이 무엇인지를 알고, 가능한 경우에만 이것들을 추구한다고 보았다. 그러나 하트가 보기에 밀의 보편적 인간의 본질에 대한 개념은 현재 사실과 부합하지 않는다고 판단하였다(H. 하트/이영란 역, 앞의 책, 46-48면).

131) H. 하트/이영란 역, 위의 책, 37-38면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이나 보복적인 처벌이 강요되기 때문이라고 한다. 또한 도덕적 비난의 상징을 표현하기 위하여 처벌이 부과되고, 억압적이거나 야만적인 사회도덕을 변화시키려는 것에도 비난을 하게 된다는 것이다. 이러한 것들이 인간의 고통이나 자유의 상실을 대가로 할 만큼 가치가 없다는 사실을 확실히 입증하지 못했으나, 이러한 것들은 분명히 대가를 필요로 한다고 하였다.[132] 즉 이러한 것들은 당연하게 시행되어야 하는 것이 아니라, 인간의 고통이나 자유의 상실을 대가로 한다는 것을 유념하고 그에 비견할 만큼의 정당성이 있어야 한다는 뜻으로 생각된다.

나. 법적 도덕주의

(1) 스티븐의 견해

빅토리아 시대의 법관이자 형법사학자였던 스티븐은 도덕의 법적 강제 그 자체가 정당화된다고 보았다. 그는 형법의 목적이 덕을 증진하고 악을 방지하기 위한 것이기 때문에 사회적으로 부도덕한 행위라고 비난받는 행동은 그것이 유해한 것이 아닐지라도 처벌해야 한다고 주장했다.[133]

그는 부도덕을 제약하는 것이 사회의 주된 안전판이며, 자기보호 이외에 종교나 도덕 및 제도를 지지하기 위해서도 강제가 이루어질 수 있다고 한다. 이때 강제의 목적은 선(善)의 획득에 있는데, 대부분의 악행은 잘못인 줄 알면서도 저질러지기 때문에 문명사회에서도 강제적인 확보가 필요하다는 것이다.[134] 다만, 고려해야할 사항으로 '강제의 목적이 정당한지, 강제가 효과적일지, 비용이 너무 많이 들지 않는지'를 기준으로 판단해야 한다고 하였다. 사람들은 서로 아주 긴밀하게 연결되어 있기 때문에, 아무리 개별적으로 보이는 행위라도 그 영향이 미치는 범위를 논하기는 어려움이 따르며, 이런 이유에서 사람들을 보다 낫게 만드는 것이 강제의 목적이 된다고 한다. 그러나 형법은 가장 강력하고 거친 수단이므로 가장 중한 경우에 조심해서 써야할 것이라고 하였다.[135]

---

132) H. 하트/이영란 역, 앞의 책, 104면.
133) 오병선, "자유제한의 원리와 도덕의 법적 강제", 「서강법학연구」 제3권, 서강대학교 법학연구소, 2001, 9면.
134) 안준홍, "도덕의 법적 강제에 대한 일 고찰", 「가천법학」 제9권 제4호, 가천대학교 법학연구소, 2016, 129면.
135) 안준홍, 위의 논문, 133면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

또한 스티븐은 형벌의 목적이 범죄 예방뿐만 아니라 응보에도 있다고 보았다. 그 논거는 어떤 행위의 악한 정도가 형벌을 가중하고 감경하는 데에 영향을 미치게 되며, 그것이 악행에 대한 보복성 때문이라는 것이다.[136]

특히 자유에 관한 스티븐의 견해에서 그의 보수적인 시각이 더욱 드러난다. 그의 견해에 따르면, 자유는 강력하고 질서 있으며 이성적인 정부의 보호를 받을 때만 가능하기 때문에 힘이 자유보다 먼저이고, 자유는 힘에 의존적이라고 한다. 그러므로 성인이라도 방종하고 타락할 자유는 없다고 주장하였다.[137]

(2) 데블린의 견해

'도덕적인 문제를 형법의 기능에 비추어 어떻게 다루어야 하는가?'라는 주제로 영국 학술원이 주최한 맥카비언 법철학강좌에서 발표되고, '도덕의 강제(The Enforcement of Morals)'라는 제목으로 영국학술원회보 제45호(Proceedings of the British Academy, vol. xlv)에 수록된 데블린의 글에서 그가 밝히고 있는 것처럼,[138] 데블린의 견해는 판사의 관점에서 사회의 도덕에 관해 보수적인 태도를 취하고 있는 것으로 보인다.

데블린은 도덕기준이 기독교적 교리에 속하는 것이므로 국가가 종교적인 법을 강제하기 위해서 세속법을 그 수단으로 사용할 수 있다고 하였다. 만약 종교문제를 개인의 판단에 맡긴다면 도덕문제에 대해서도 그렇게 해야 한다는 것이다. 그렇게 될 경우 형법상 어떠한 규정도 도덕법을 근거로 하여 정당화할 수 없으며, 형법의 기능 및 처벌의 정당성을 도덕과는 무관한 다른 방법에서 찾아야한다고 하였다.[139] 그렇지만 이하에서 전개할 데블린의 견해가 기독교적 교리에 근거한 주장은 아니며, 이른바 세속법과 공인된 도덕의 관계를 주된 내용으로 한다. 다만, 데

136) 안준홍, 앞의 논문, 134면.
137) 안준홍, 위의 논문, 135면.
138) 데블린은 그의 글에서 "나는 내가 지금 법철학적으로 탐구하고 있는 것의 결론에 판사로서 관심이 있다고 하는 것을 먼저 털어놓아야 하겠다. 형법을 집행하고 형사법정에서 형벌을 선고하는 일이 잦은 판사로서, 만약 내가 죄의식이 없거나 범죄를 죄악과는 아주 다른 것으로 생각하는 청중을 상대로 하고 있다고 생각한다면 나는 일을 하기가 더 어려워질 것이다"라고 밝히고 있다(패트릭 데블린/안준홍 역, "[번역] 도덕과 형법", 「법철학연구」 제13권 제3호, 한국법철학회, 2010, 287면).
139) 패트릭 데블린/안준홍 역, 위의 논문, 288-289.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

블린의 도덕관이 기본적으로 기독교적 종교관에 기초한 것으로 생각된다.

데블린은 사회의 행위기준 또는 도덕원칙을 어기는 것은 그것으로 인해 침해받는 사람뿐만 아니라 사회 전체에 대한 가해행위라고 하였다. 그 예로 영국 형법이 피해자의 동의를 항변으로 원용하는 것에 대하여 강간 등 범죄의 속성에 따른 일부 범죄를 제외하고는 전혀 허용하지 않아 왔다는 점을 들면서, 살인의 경우 피해자의 동의가 핵심적인 구성요건(an essential element)을 조각하지 않는다는 것이다. 이는 사회가 기초로 삼아 온 중대한 도덕원칙들 중에서 인간생명의 지고(至高)함을 위협했기 때문이라고 설명하였다. 그러나 만약 법이 개인을 보호하기 위해서 존재한다면, 피해자의 동의가 있음에도 불구하고 법이 개입할 이유는 전혀 없다고 한다.[140]

데블린은 "우리가 아는 형법이 도덕원칙에 기초하고 있다는 점은 분명하다. 상당수의 범죄에서 형법의 기능은 도덕원칙을 강제하는 것일 뿐, 다른 아무 것도 아니다."라는 명제를 세우며 이것을 증명하기 위해 스스로 세 가지 질문과 그에 대한 답을 찾았다.

첫째, 사회는 도덕문제에 관하여 판단할 권리를 갖는가? 다시 말해, 공적(公的)인 도덕이 있을 수밖에 없는가, 혹은 도덕은 항상 개인이 판단할 문제인가?

이에 대하여 어떤 종류의 사회든 하나의 사회를 만드는 것은 공통된 생각들인데, 그 구성원들의 행동하고 처신할 방도에 대한 생각들이 그 사회의 도덕이라고 하였다. 예컨대, 간통의 도덕성에 관해 개인들의 판단에 맡기게 된다면 결혼제도가 심각하게 위협받을 것이므로 이와 같은 문제들에 대해서는 공적인 도덕이 필요하다고 한다. 여기에서 결혼제도를 단순히 우리 사회가 선택한 제도이기 때문에 지지해야 한다는 것이 아니라, 그 자체로 좋은 것, 좋은 삶의 방식을 제공하는 것이기 때문에 우리 사회가 채택했으므로 이를 지지하는 것이라고 한다. 이러한 점에서 데블린은 도덕 그 자체가 사회적인 산물이기 때문에, 개인이 각자 판단할 영역이라기보다 당연히 따라야하는 것이라는 견해로 보인다.[141]

---

140) 패트릭 데블린/안준홍 역, 앞의 논문, 289-290면.

141) 이러한 견해는 데블린의 다음과 같은 글에서 더욱 잘 드러난다. "우리들 각자는 무엇이 옳고 무엇이 나쁜지에 대한 생각들을 가지고 있으며, 그런 생각들은 우리가 살고 있는 사회와 떨어져서 개인적인 것으로 따로 있을 수가 없다. 옳은 것과 나쁜 것에 대하여 아무런 기본적인 합의가 없는 사회를 만들기란 불가능하며, 만약 그런 사회를 만들기로 합의하고 그 합의가 지속된다면 그 사회는 무너질 것이다. 왜냐하면, 사회란 물리적으로 결합되어 유지되

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

둘째, 만약 사회가 판단할 권리를 갖는다면, 그것을 강제하기 위해 법이라는 무기를 사용할 권한도 갖는가?

이에 대하여 공인된 도덕은 이를테면 공인된 정부만큼이나 사회에 필수적이기 때문에 사회가 판단권을 가진다면, 사회는 그 존립에 핵심이 되는 다른 무언가를 지키기 위해서 법을 사용하는 것과 동일한 방식으로, 도덕을 지키기 위하여 법을 사용할 수가 있다고 하였다. 따라서 사회는 부도덕 자체에 대항하여 입법할 일응의 권리를 가진다.[142] 그러한 부도덕의 기준이란 '사리에 맞게 판단하는 사람(a reasonable man)'의 사고, 즉 건전하게 사고하는 모든 사람이 부도덕하다고 생각할 것으로 여겨지는 것이라고 한다. 또한, 도덕을 공로(公路)에 비유하여 각자가 전체에 대하여 권리를 갖고 있으므로 각자가 자신의 권리를 최대한으로 행사한다면 싸우게 될 것이기 때문에, 각자의 필수불가결한 필요가 최대한으로 보호된다고 하는 것이 보장될 수 있도록 이를 위하여 각자의 권리가 축소되어야 한다는 것을 인정함으로서 이루어진다고 하였다. 다시 말하면 도덕 그 자체가 공적인 성질의 것이기 때문에 사적인 도덕이라는 것은 사리에 맞지 않다는 것이다.[143]

셋째, 만약 그렇다고 한다면, 사회는 그 무기를 모든 경우에 사용해야 하는가, 혹은 일부의 경우에만 사용해야 하는가? 또한, 만약 일부에 대해서만 사용해야 한다면, 어떤 원칙으로 그것을 구별해야 하는가?

이에 대한 답은 앞서 살펴본 데블린의 주장과는 상이한 측면이 있다. 도덕 그 자체가 공적인 것이고, 공인된 도덕이 사회의 결속과 유지를 위해 필수적인 것이므로 법적으로 강제하는 것이 정당하다면, 공인된 도덕 전부에 대하여 법이 사용되어야 합당하다. 그러나 데블린은 원칙적으로 공적 또는 사적으로 이루어진 행동이나 말이 모두 형법의 범위에 들어오지만, 사적인 영역에서의 생활은 가능한 많이 존중받아야 하기 때문에 법집행과 균형을 맞추어야 한다고 하였다. 즉 어떠한 사적인 행위가 도덕을 침해한 때에는, 도덕질서에 관한 공공의 이익을 판단함에 있

는 것이 아니라, 공통의 생각이라고 하는 눈에 보이지 않는 유대로 유지되는 것이기 때문이다. 만약에 그 유대가 너무 느슨해진다면, 구성원들은 뿔뿔이 흩어져 떠돌 것이다. 공통의 도덕은 그러한 유대의 일부이다. 그러한 유대는 사회를 이루고 사는 데 드는 비용의 일부이며, 사회를 필요로 하는 인류로서는 마땅히 그 값을 치러야 한다." (패트릭 데블린/안준홍 역, 앞의 논문, 293-294면)

142) 패트릭 데블린/안준홍 역, 위의 논문, 295-296면.

143) 패트릭 데블린/안준홍 역, 위의 논문, 300-301면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

어서 사생활 보호 요구에 대한 부분이 고려의 요소가 된다는 것이다.[144] 이는 도덕질서에 대한 공공의 이익과 사생활 보호 요구를 동등하게 비교형량 한다는 것이 아니라, 도덕을 침해함으로써 그에 대한 공공의 이익이 침해된 정도를 판단함에 있어서 사생활 보호의 영역을 참작하는 요소가 되는 것으로 판단된다. 그렇다면 최종적으로 법을 사용하여야 하는 일부의 경우에 대한 규칙이 필요하게 되는데, 데블린은 이 규칙을 개별적으로 탄력 있게 판단해야 한다고 하였다. 다시 말해서 법을 사용하여야 하는 규칙이라 함은 입법권의 작동을 한계지우기 위한 것이라기보다 그것들을 적용해야 하는 사람들을 향도(嚮導)하기 위해 설계되는 것이며,[145] 법원이 결정을 할 때 고려해야할 실체 판단의 기준 또는 양형의 기준이 된다는 뜻으로 보인다. 즉 원칙적으로 공적 또는 사적으로 이루어진 행동이나 말은 구별 없이 형법의 범위 내에 있으나, 개별적인 사안에 있어서 법원이 처벌에 관한 결정을 할 때 이른바 '법을 사용하여야 하는 규칙'에 따라 판단하여야 한다는 것이다. 이때 수인(受忍)의 한도가 그 기준이 되며, 이와 같은 판단은 사회의 상식에 따라 시대적으로 바뀔 수 있다.[146]

다. 후견주의

(1) 파인버그의 견해

1970년대 후견주의에 관해 본격적인 논의를 시작한 파인버그(Joel Feinberg)는 후견주의에 대하여 "개인을 자기침해적인 해악으로부터 보호하거나 또는 극단적으로는 개인의 선호와 무관하게 개인들 자신의 선을 추구하기 위한 국가의 강제"로 이해하였다.[147]

이처럼 후견주의는 개인의 의사에 반하여 행해진다는 측면이 있으므로, 정당한 후견주의에 대한 논리적 시도는 주로 후견주의적 개입이 개인의 사적영역이나 자기결정권을 심각하게 침해하지 않을 수 있는 합리적이고 타당한 자유의 제한 원리

144) 패트릭 데블린/안준홍 역, 앞의 논문, 304-305면.
145) 패트릭 데블린/안준홍 역, 위의 논문, 302면.
146) 패트릭 데블린/안준홍 역, 위의 논문, 302-304면.
147) state coercion to protect individuals from self-inflicted harm or, in its extreme version, to guide them, whether they like it or not, toward their own good(오세혁, "법적 후견주의 - 개념분석적 고찰 - ",「법철학연구」제12권 제1호, 한국법철학회, 2009, 160면).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

를 구축하는 것에 집중되어 있다.[148]

파인버그는 가치 체계에서 기본적으로 개인의 자율성을 최고이념으로 삼았기 때문에, 정당한 후견주의적 개입 또한 자율성을 침해하지 않는 범위 내로 한정하였다. 그는 이러한 자율성의 개념에 관해 사실상의 자유와 법적인 의미의 자율을 구별함으로써 후견주의적 개입에 대한 이론 구성을 시도하고자 했다. 이에 따르면 자율성의 개념은 네 가지로 구분될 수 있다. 첫째, 사실상의 능력(de facto capacity)을 의미하는 것으로서, 개인이 스스로의 가치관에 따라 결정한 것이라면 그 결정이 어리석을지라도 자율성에 해당한다. 둘째, 사실상의 조건(de facto condition)을 의미하는 것으로서, 자기결정·자기규율·도덕성·독립성 등이 이에 포함되며 타인의 개입 없이 스스로 정립한 것이라면 자율성에 해당한다. 셋째, 자율성을 발휘할 수 있는 조건이 이상(ideal)적으로 만족되는 사실상의 상태에서 자율성이 인정된다. 넷째, 법적인 개념의 자율에 대한 권리, 즉 자율권을 의미하는 것으로서, 사회 내에서 개인의 자율권은 부분적으로 인정될 수 있다. 다시 말하면 법적인 자율성은 앞서 살펴본 사실상의 자율성을 법적으로 보장할 수도 있지만 그렇지 않을 수도 있다는 것이다. 생각건대 개인의 자율적 행위에 대한 국가의 후견주의는 대부분 법적인 의미의 자율성 인정 여부에 따라 그 개입 여부 또한 달라질 것으로 이해된다.

파인버그의 견해에 따르면 국가의 후견주의가 정당화되기 위해서는 개인의 자율성을 침해하지 않는 범위 내에서 그의 자유를 제한할 수 있다고 하였다. 이를 연성 후견주의(soft paternalism)라고 한다. 반면에, 경성 후견주의(hard paternalism)는 개인의 선을 위해서라면 그의 자율성을 침해하더라도 그의 자유를 제한할 수 있다고 보는 입장으로서, 자유주의의 원리와 배치되는 것이라 할 수 있다. 이러한 구별은 파인버그에 의하여 처음 도입된 이후 드워킨 등에 의하여 널리 받아들여졌다고 한다.[149]

파인버그는 자기침해적인 해악에 대하여 자발성의 문턱(threshold)을 넘지 않는 수준까지만 국가의 개입이 허용된다고 하였다. 즉, 그러한 행위에 대해서는 비자발성을 원칙적으로 추정하여 후견주의적 개입을 하되, 그 추정을 뒤집을 수 있는 근

148) 장다혜, “성매매처벌법상 단순성매매 처벌 위헌심판제청결정에 대한 비판적 검토”,「이화젠더법학」제7권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2015, 14면.
149) 오세혁, “법적 후견주의 - 개념분석적 고찰 - ”, 앞의 논문, 164면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

거가 있는 경우에는 개인의 자발성을 인정해야 한다는 것이다. 따라서 개인의 자발성에 대한 구체적인 평가가 중요한 관점이 된다. 이에 대하여 파인버그는 각 사안의 구체적인 상황과 조건에 따라 자발성을 인정하기 위해 요구되는 자발성의 정도가 달라진다고 보았다. 다시 말해서 행위의 위험성이 클수록, 그 위해가 돌이킬 수 없는 것일수록, 보다 높은 정도의 자발성이 요구된다는 것이다.[150] 그러나 완전한 자발성이란 이론상으로 가능한 의미이며, 현실적으로는 어떠한 결정을 함에 있어서 그 판단에 영향을 미치는 각종 내적 및 외적 제약조건하에 이루어지기 때문에[151] 결국 자발성이 없는 것으로 추정되어 국가의 개입이 허용된다는 한계가 있는 것으로 보인다.

(2) 드워킨의 견해

파인버그와 함께 후견주의에 대하여 논의를 주도한 드워킨(Gerald Dworkin)은 후견주의를 "강제 받는 사람의 복지, 행복, 필요, 이익 또는 가치와 관련된 근거에 의하여 정당화되어지는 개인의 행위의 자유에 대한 간섭"이라고 보았다.[152]

이는 앞서 살펴본 바와 같이 개인의 의사결정이 결과에 대한 적절한 평가나 인식을 통해서만 이루어지는 것이 아니며, 인지능력과 판단능력의 결여, 편향, 무지, 과실 등으로 인하여 자신의 진정한 의사와는 다른 결정을 내리기도 하기 때문이다. 이러한 경우는 드워킨의 견해에 따르면 의사결정이 비합리적으로 이루어졌으므로 그 행위는 개인의 자유로운 선택이라 볼 수 없다고 한다. 그것은 "사실 우리는 합리성이 결여된 자들이 만약 완전히 합리적이었더라면 행하였을 행위를 하는 것이다. 따라서 우리가 실제로 피후견인의 의사에 반하는 것은 아니며, 그렇기 때문에 실제로 그들의 자유에 간섭하는 것도 아니다."고 하였다.[153] 예컨대, 후견주의의 고전적 사례로 거론되는 그리스로마 신화의 '세이렌을 대비한 오디세우스의 사전약속'이 그러하다.[154] 따라서 자신의 상황을 충분히 이해하고 있는 행위자가 선택을

150) 장다혜, 앞의 논문, 15면.
151) 이영록, 앞의 논문, 36면.
152) 민병로, "헌법상 자기결정권과 후견주의", 「법학논총」 제32권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2012, 158면.
153) 권지혜, "형법정책의 토대로서 자유주의적 후견주의에 대한 비판적 고찰", 고려대학교 박사학위논문, 2016.8, 22면.
154) 오세혁, "해악원리, 법적 도덕주의, 그리고 후견주의", 앞의 논문, 354면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

할 수 있는 자율적 행위능력이 감소된 상황의 경우, 만약 완전히 합리적인 판단을 할 수 있었다면 자신의 이익보호를 위하여 간섭행위에 동의할 것이라 주장한다.[155]

이러한 국가의 후견주의에 대해서는 두 가지의 경우가 있을 수 있다. 이것은 개인의 동의 여부 또는 동의 여부의 추정에 따라 달라진다. 즉 오로지 개인의 보호를 이유로 하여 대상자의 동의 여부와 상관없이 자유를 제한하는 것이 가능한 경우 또는, 개인의 행위가 온전하게 자율적인 선택에 의해서가 아니라 어떠한 요인의 영향 하에서 선택되었다면 대상자의 동의의 존재가 추정될 수 있으므로 후견적 차원에서의 제한적 조치가 정당화되는 경우이다. 결국 두 경우의 차이점은 후견적 제재의 강제성의 정도에 있다고 볼 수 있다.

이와 같은 후견적 개입이 정당화되는 경우의 기준을 살펴보자면, 첫째, 개인에 대한 간섭으로 인하여 대상자에게 해악을 방지해주거나 혜택을 주는 것이 그 간섭으로 인하여 야기된 대상자의 독립성 상실과 침해당한 느낌을 능가하는 경우, 둘째, 개인의 자율적인 선택능력이 심각하게 제한받고 있는 상태에 놓인 경우, 셋째, 유사한 상황에서 그와 같은 간섭행위가 보편적으로 동의 되어지는 경우이다.[156]

후견주의의 대표적인 유형으로는 드워킨에 의한 직접적 후견주의와 간접적 후견주의 분류방식이 있다. 직접적 후견주의는 간섭을 받는 자와 보호를 받는 자가 동일한 경우로서, 순수형 후견주의(pure paternalism)라고도 한다. 그 예로는 이륜자동차 운전자에게 안전모 착용을 강제하는 것을 들 수 있다. 또한 간접적 후견주의는 간섭을 받는 자와 보호를 받는 자가 동일하지 않는 경우이며, 개업의에게 면허를 요구하는 경우나 일정한 약품 사용의 남용을 방지하기 위해 그 약품의 제조나 판매자체를 규제하는 경우 등이 이에 해당한다. 그러므로 비순수형 후견주의(impure paternalism)라고도 불린다.[157]

라. 비범죄화 근거로서의 시사점

형법의 법익보호는 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 기능할 때 비로소 정당성을 갖는다. 그 이유는 형법에 의하여 행동의 자유와 재산, 심지어는 생명까지

155) 오병선, “밀의 자유론과 해악의 원리”,「수행인문학」제36권, 한양대학교 수행인문학연구소, 2006, 54면.
156) 오병선, “자유제한의 원리와 도덕의 법적 강제”, 앞의 논문, 14면.
157) 민병로, 앞의 논문, 158면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

박탈할 수 있는 형벌을 부과할 수 있기 때문이다. 하트의 견해처럼 형벌은 인간의 고통을 야기하므로 정당성을 결여한 법적 제재는 범죄행위가 될 수 있다. 이러한 점에서 시대에 따라 가변적이고 불명확한 관념인 도덕법칙을 강제하기 위하여 형법을 사용한 경우 그 위반자의 자유와 권리를 직접적으로 침해하는 형벌이 과연 정당화될 수 있는지는 의문이 든다. 법적 도덕주의의 관점에서는 도덕이 그 자체로 공적인 것이며 압도적인 다수의 지지에 의한 처벌은 정당하다고 보지만, 이는 한편으로 보면 악용될 수 있는 위험한 논리이기도 하다. 역사적으로 다수에 의한 소수의 박해(迫害) 또한 표면상으로는 그 시대의 공인된 도덕과 정당한 목적에 부합한 것이었다. 이에 대한 반성으로 인간으로서의 존엄과 가치 및 인간의 자율성 보장이 법의 최고이념으로서 자리 잡고 강조되어 왔던 것이다. 요컨대, 타인의 권리를 침해하지 않는 도덕위반행위는 원칙적으로 형벌의 대상이 되어서는 안 된다. 만약 이러한 행위에 대한 국가형벌권의 행사를 당연시하게 된다면 도덕이라는 미명하에 개인의 자유와 권리를 제재하는 수단으로서 오용하게 될 여지가 존재한다. 그렇다면 타인이 아닌 자신의 권리를 침해하는 행위는 처벌의 대상이 될 수 있는가? 후견주의는 이 점과 관련하여 '행위자 자신을 위한' 국가의 개입을 정당한 것으로 보았다. 후견주의를 온정적(溫情的) 간섭주의라 일컫는 것으로도 알 수 있듯이, 이러한 관점에서의 개입은 행위자 자신을 위한, 즉 행위자의 자유와 권리를 위한 것이어야 한다. 판단능력이 결여된 상태에서의 결정은 온전한 자율성이라 할 수 없고, 이러한 결정에 의하여 자신의 권리를 침해하는 행위는 행위자의 자유와 권리를 위하여 제재할 수 있는 이유가 되지만, 그 제재의 방법으로서 형벌을 투입할 수 있는 이유가 될 수는 없다. 행위자를 위한 국가의 개입이 처벌이라는 것은 자기모순(自己矛盾)적이기 때문이다. 따라서 후견주의적인 국가의 제재 수단으로 형법을 사용하는 것은 타당하다고 할 수 없다.

제3절 형법의 당위성

1. 형법의 목적

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

형법은 최고규범성을 지닌 헌법의 가치를 보장하기 위한 법적 수단의 하나로서 금지규범의 성격을 가진다. 헌법은 한 사회의 '공존을 위한 타협의 결과'이므로 그 사회에서 최고의 가치로 존중된다. 동시에 이러한 최고규범성을 가지기 때문에 한 국가사회 내의 모든 법률주체를 기속(羈束)하는 힘을 가진다. 이해관계를 달리하는 여러 사회세력들이 공존하기 위한 절충 내지 타협의 결과로 제정된 것이 헌법이기 때문에, 헌법은 국민의 자유와 권리를 최대한으로 존중하고 보호하기 위한 기본권의 마그나 카르타(Magna Carta)로서 그 궁극적인 목적은 기본권보장을 통해서 가장 효율적으로 사회통합을 달성하는 것이다.[158] 따라서 헌법에 기속되는 형법 또한 국민의 자유와 권리의 보호를 그 목적으로 하고 있다고 볼 수 있다. 그러므로 형법은 사회의 공존을 위해 필수불가결하고 필요최소한의 금지규범으로 사회통제를 함으로써 국민의 자유와 권리를 최대한으로 존중해야 한다.

인간은 '성숙한 개별 인격체'이고 '목적 그 자체'라는 계몽주의철학으로부터 근대법의 이념이 도출되었다는 것은 주지의 사실이다. 이 사상에 따라 개인의 자유로운 자기실현과 개인의 자유영역은 가급적이면 국가의 간섭을 받지 않고 보장되어야 한다는 법의 과제가 도출된다. 그러므로 개인의 행위자유를 가장 강력하게 제한하는 형법규범은 타인의 행위자유를 보호하기 위해서만 정당성의 근거가 주어질 수 있다.[159] 이 점에서 형법의 자기구속의 법리가 당위적으로 요청되는 것이다.

2. 형법의 자기제한적 속성

근대의 형법은 국가형벌권의 '최소한'을 그 이념으로 하고 있다. 죄형법정주의를 구현하여 자의적인 형벌권의 실행을 배척하였을 뿐만 아니라, 형법은 다른 수단을 다 사용하고 나서도 방법이 없을 때 최후수단으로 투입되는 보충성이 요구된다. 이러한 법리로부터 형법은 스스로의 행위를 겸억해야 한다는 원칙에 구속되는 것이다.[160] 이를 형법이 지녀야하는 단편성, 관용성, 보충성 등을 포괄한 겸억주의의 정신이라 한다. 이하에서는 형법의 자기제한적 속성에 대한 이론적 근거를 자세히

158) 허영, 앞의 책, 20-24면.
159) 배종대, 「형법총론」 제13판, 홍문사, 2017, 8/22면.
160) 이승호, "형사제재의 다양화와 형법의 기능", 「형사법연구」 제24권 제3호, 한국형사법학회, 2012, 63면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

살펴보고자 한다.

가. 법치국가원리

법치주의는 법우선의 원칙에 따라 국가공동생활에서 지켜야 할 법규범을 마련하고 국가작용을 이에 따르게 함으로써 인간생활의 기초가 되는 자유·평등·정의를 실현하려는 국가의 구조적 원리를 뜻한다. 우리 헌법은 국민주권의 이념에 따라 통치권을 기본권에 기속시킴으로써 국민의 정치적인 합의에 바탕을 두고 창설된 국가권력이 악용 내지 남용되는 일이 없도록 법치주의원리를 헌법상의 기본원리로 삼고 있다. 그런데 우리 헌법이 채택하고 있는 법치주의원리는 법률의 형식만을 중요시하는 '형식적 법치주의' 내지 '법률만능주의'가 아니라, 자유와 평등과 정의를 실현하는 '실질적인 법치주의' 내지 '법의 국가'이다.[161]

죄형법정주의를 이러한 법치국가원리에서 파생된 개념으로 바라본다면 그 내용은 새로운 의미를 가지게 된다. 법치국가원리는 법적안정성을 요구하는 형식적 법치국가원리와 더불어 실질적 법치국가원리에 따라 그 내용 또한 실질적 정의에 합치될 것을 요구하기 때문이다. 이를 '현대적 의미의 죄형법정주의'라 한다. 이 점에서 현대적 의미의 죄형법정주의는 법관의 자의 및 입법권의 자의로부터 국민의 자유를 보호하는 기능을 가졌다고 할 수 있다.[162]

국가형벌권이 자의적으로 확장되어 국민의 자유와 권리를 필요 이상으로 침해할 수 있는 위험성이 있는 한 죄형법정주의는 끊임없이 새롭게 성찰되어야 한다. 입법·사법을 막론하고 형식적 합법성으로 위장하여 자행될 수 있는 위험성은 여전히 존재하고 있기 때문이다.[163] 따라서 법치국가원리에서 파생된 현대적 의미의 죄형법정주의는 국민의 자유와 권리의 존중을 전제하는 것으로 이해되며, 국가권력을 제한하는 기능으로 작용하게 된다. 이러한 점에서 법치국가원리는 모든 입법, 특히 형벌이라는 법익침해를 수단으로 하여 법익을 보호하는 형법의 자기제한적 속성을 요구하는 기본적 이념이라 볼 수 있다.

---

161) 허영, 앞의 책, 150-151면.
162) 이재상/장영민/강동범,「형법총론」제9판, 앞의 책, 2/11면.
163) 배종대,「형법총론」제13판, 앞의 책, 9/4면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

나. 형법의 단편성

사회통제는 사회규범과 법규범에 의해 이루어진다. 사회통제 전체 체계에서 사회규범과 다른 법규범의 몫을 고려하여 보면 형법이 담당하는 질서유지의 몫은 극히 적은 일부분에 속한다. 이를 형법의 단편적 성격이라 한다. 이는 형법이 사회의 모든 질서를 유지하여야할 임무를 갖는 것이 아니라, 특별히 가벌성이 인정되는 제한된 영역에서 법익보호임무를 담당한다는 것을 의미한다.164)

만약 법규범이 사회의 모든 질서유지를 위하여 적극적으로 개입한다면 공동체의 영역 또는 국가로부터 벗어나 독자적으로 기능하는 영역 자체가 침해당할 위험이 생긴다. 이로 인해 그러한 생활영역에 속하는 국민 개인의 자유까지도 위협받게 될 것이다. 이러한 개입이 늘어날수록 개개의 생활영역에서 법적 규율의 밀도가 높아지게 되고, 나아가 법의 양적 증대로 인한 '법률의 과잉'이 초래되어 결과적으로 국민의 자유와 권리를 위협하게 된다.165) 가장 강력한 사회통제 수단인 형법은 국민의 자유와 권리의 침해를 부과하고 있으므로 이에 대한 위협의 정도는 다른 법규범에 비견할 수 없을 만큼 현저히 크다고 볼 수 있다.

형법의 단편성은 사회통제 전체 체계에서 형법이 갖추어야할 정당성의 조건으로서 형법의 자유·법치국가적 성격을 나타낸다. 이 점에서 형법 이외의 다른 법규범이 담당해야할 영역을 형사법률로서 규제하는 경우에 정당성이 결여된 입법이라 할 수 있으므로 비범죄화 되어야 할 대상에 속한다고 한다.166) 이러한 형법의 단편적 속성은 형법이 지녀야 할 겸억성의 이유이자 형법만능주의적인 사회통제가 지양되어야 하는 하나의 근거인 동시에 비범죄화의 강력한 근거로 작용한다.

다. 형법의 관용성

형법의 관용성 또는 관용주의란 국민의 자유와 권리를 존중함으로서 개인의 이익이 침해되거나 다른 통제수단으로 충분히 효과를 발휘하지 못하더라도 형법은 이를 빈틈없이 처벌할 필요는 없다는 것을 의미한다. 그 이유는 복잡한 현대 생활에 있어서 많든 적든 다른 사람의 이익을 손상하지 않고 살아가기란 불가능하기

164) 배종대, 「형법총론」 제13판, 앞의 책, 7/9면.
165) Kurt Seelmann/윤재왕 역, 앞의 책, 25-26면.
166) 배종대, 「형법총론」 제13판, 위의 책, 7/10면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

때문이다. 그래서 개개인마다 어느 정도까지는 타인의 침해를 감수하게 된다. 이러한 모든 행위를 처벌하려는 것이 오히려 국민의 자율성과 권리를 침해할 위험이 크다고 할 수 있다. 그러므로 형법의 관용성을 고려하여 사회적으로 유해하고 개인 간의 공동생활에서 필수불가결한 법익을 침해하는 행위만을 처벌의 대상으로 삼을 것을 요청하게 된다.[167] 이러한 견지에서 국가권력은 개인의 주관적 권리를 보장하는 데에 자기목적이 있으며 오로지 그 목적의 실현을 통해서만 정당화될 수 있다.

그렇다면 형법은 개개인의 주관적 권리 보장, 즉 모든 사람이 공평하게 자유와 권리를 누리기 위하여 모든 사람들이 지켜야만 하는 자유로운 행위의 한계를 객관화한 것이라 볼 수 있다. 다시 말해 자유로운 행위의 규범적 한계를 개개인의 실천이성 또는 자율적 도덕의 이성에 의하여 설정하도록 두지 않고, 그들의 대표인 의회가 법률로서 정하여 개인과 국가권력 모두가 그에 구속되도록 하는 것이다. 따라서 형법은 자유로운 행위의 규범적 한계를 규제하는 역할 이외에는 어떠한 경우에도 개인의 자유를 침해할 수 없게 된다고 한다.[168]

라. 형법의 보충성

형법은 사회생활에 불가결한 법익을 보호하는 것이 형법 이외의 다른 수단에 의해서는 불가능한 경우에 최후의 수단으로 적용될 것을 요구한다. 이를 형법의 보충성의 원칙이라고 한다.[169]

무엇보다도 형법에 수반되는 법익침해가 정당화되기 위해서는 형법 투입에 앞서 사회통제의 다른 수단을 전제하지 않으면 안 된다. 다른 사회적·법적 통제수단들이 사회분쟁상황을 완전히 처리하지 못하는 곳에서만 형법은 비로소 보충적으로 투입될 수 있는 자격을 가진다. 이와 같은 보충성의 원칙에 구속되지 않고 형법이 사회통제의 중심적인 수단이 되면 사회통제 전체 체계 내의 영역 침범으로 그 정당성이 상실된다고 볼 수 있다.[170] 사회규범과 법규범은 각각의 몫을 가지고 있으

167) 이주일, “형법상 보충성의 원칙에 대한 소고”,「비교법학연구」 제5권, 한국비교법학회, 2005, 177-178면.
168) 이상돈,「형법학」, 법문사, 1999, 6/8-15면.
169) 이재상/장영민/강동범,「형법총론」 제9판, 앞의 책, 1/12면.
170) 배종대,「형법총론」 제13판, 앞의 책, 7/13면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

므로 사회통제수단의 일부로서 형법의 임무 또한 사회적 행위규제의 일부분만을 담당할 수밖에 없다. 따라서 사회적 위험의 방지 및 갈등해소의 모든 영역에서 만능적인 수단으로 투입되는 것은 허용될 수 없기 때문에 형법은 보충성의 원칙을 간과해서는 안 된다.[171] 이는 형벌의 최후수단성으로부터 나오는 형법의 단편성이 동시에 형법의 보충성을 뒷받침하는 근거가 되기 때문이다.[172]

한편 형법이 어떤 법익을 보호할 것인가의 문제와 관련하여서도 보충성의 원칙이 작용한다. 이는 형법의 탈윤리화 요청과 연결된다. 형법은 다른 법률의 수단과는 비교할 수 없는 강력한 법률효과를 포함하기 때문이다. 즉 형법의 기능이 헌법질서가 보장하는 국민의 자유와 권리에 필요한 전제를 보호하는 데 제한되어야 하고, 국가가 형벌을 수단으로 특정한 종교적·도덕적 가치관을 강제하는 것은 그것이 사회생활의 유지에 없어서는 안 될 기능이 되지 않는 한 허용될 수 없다는 것이다.[173] 또한 형법에 의한 특정한 윤리적 관점의 강요는 시민사회의 자율적 문제해결능력을 약화시킬 위험성이 높다. 예컨대, 개인의 법익을 침해하는 바가 없이 단지 사회윤리적 의무를 위반하는 데 그치는 행위를 범죄화하는 것은 장기적으로 봤을 때 그에 대한 관용이나 설득 및 교육을 통한 시민사회의 자율적 문제해결능력을 점차 약화시키게 된다. 뿐만 아니라 그러한 행위를 할 수 있는 개인의 자율성을 박탈하고 동시에 국가형벌권으로써 법익침해를 부과하여 국민의 자유와 권리를 현저히 위협하게 되는 것이다. 그러므로 보충성의 원칙은 어떤 특정한 윤리적 관점에 의해 모종의 이익이 형법의 보호법익으로 되는 것을 금지하여 형법의 한계영역을 설정하고 이를 구속하는 법리가 된다.[174]

3. 형벌의 목적

법규범 중에서도 형법은 가장 강력한 사회적 제재 수단을 가지고 있다. 형법에 수반되는 형벌은 가장 중한 국가제재에 속한다. 경우에 따라서는 사람의 생명까지도 박탈할 수 있는 해악적 성격을 가지고 있는 것이 형벌이다.[175] 그러나 형벌이

171) 이주일, 앞의 논문, 179-180면.
172) 배종대, 「형법총론」 제13판, 앞의 책, 7/13면.
173) 이재상/장영민/강동범, 「형법총론」 제9판, 앞의 책, 1/13면.
174) 이상돈, 「형법학」, 앞의 책, 2/113면.
175) 배종대, 「형법총론」 제13판, 위의 책, 7/11면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이러한 해악적·법익침해적 성격을 가진다고 하여 형벌권을 포기하는 것은 사회의 존립 자체를 포기하지 않고는 불가능하다. 이러한 의미에서 형벌의 필요성을 부정할 수는 없다.[176] 따라서 형벌의 목적과 의미에 대해 통찰하는 과정은 형벌의 해악성에 정당성을 부여하는 근거를 찾는 것이기도 하다. 시대의 변천에 따라 형벌의 본질에 대한 이론이 여러 관점에서 제시되어 왔다. 형벌이론은 크게 응보형주의와 목적형주의 및 이 형벌이론들을 결합하여 형벌의 목적을 파악하는 절충설이 있다.

가. 응보형주의

응보형주의(應報刑主義)란 형벌의 본질을 범죄에 대한 정당한 응보로 이해하는 사상이다. 즉 범죄는 법을 침해하는 악행이므로 그러한 범죄행위에 상응하는 해악을 가하는 것이 바로 형벌이며, 따라서 형벌의 본질은 응보에 있고 형벌의 내용은 악에 대한 보복적 반동으로서의 고통을 의미한다고 한다.[177] 이 이론은 형벌 그 자체에 가치를 두는 입장으로서, 이에 따르면 형벌은 자기목적성을 가지게 되고 응보적인 속성 그 자체로 정당화의 근거가 된다. 이러한 의미에서 응보이론을 절대적 형벌이론이라고도 한다.

이는 인간의 자율성을 최고의 가치로 여기고, 국가의 사명이 개인의 자유를 보호하는 데에 제한되어야 한다는 자유주의적 사상의 산물이기도 하다. 대표적인 고전적 사상가로 칸트(Immanuel Kant)와 헤겔(Georg Wilhelm Friedrich Hegel)에 의하여 주장되었다.

칸트에 의하면 형법은 정의의 명령이며, 형벌은 오로지 범죄인이 죄를 범하였기 때문에 과하여지는 것이라고 한다. 형벌을 통해 위하 및 교화·개선 같은 사회적 이익을 제공하려고 하는 것은 범죄인을 그 이익을 위한 수단으로 취급하는 것이라고 보았다. 그러나 인간은 결코 목적을 위한 수단이 될 수 없으므로 형벌의 목적을 사회적 기능으로 삼는 것을 부정하였다.[178]

헤겔 역시 형벌을 수단으로 사회적 이익을 추구하는 것을 반대하였다. 예컨대, 형벌을 통한 위하에 의하여 범죄를 저지하고자 하는 예방 사상은 인간을 자유와

176) 이재상/장영민/강동범, 「형법총론」 제9판, 앞의 책, 4/4면.
177) 이재상/장영민/강동범, 「형법총론」 제9판, 위의 책, 4/5면.
178) 이재상/장영민/강동범, 「형법총론」 제9판, 위의 책, 4/7면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

명예가 있는 존재로서 대우하지 않는 것이라 한다. 이는 마치 개에게 겁을 주기 위해 막대기를 드는 것과 같다고 비유하였다.[179] 헤겔에 의하면 범죄는 법의 침해이므로 이러한 범죄자의 침해에 대하여 형벌에 의한 침해를 가함으로써 법을 회복시키는 것에 형벌의 본질이 있다고 한다. 이러한 의미에서 형벌은 침해의 침해(Verletzung der Verletzung)이며, 부정의 부정(Negation der Negation)이 된다. 즉 법의 의미를 국가존립에 필연적인 이성이라고 보아, 형벌의 본질을 침해당한 이성의 회복에 있다고 본 것이다. 이에 따르면 범죄인 역시 이성을 가진 책임 있는 인간이기 때문에 범죄에 의한 법의 침해에 대하여 형벌에 의한 침해를 가하는 것이라고 한다.[180] 따라서 범죄자는 형벌에 의해 오히려 완전한 이성적 존재로 존중받게 된다고 보았다.[181]

형벌의 의미를 응보 내지 속죄에서 찾는 것은 그 역사가 오래되었을 뿐만 아니라 일반인들은 아직까지도 이것을 당연한 것으로 받아들이고 있다. 형벌의 종류나 강도가 범죄행위 정도와 상응하는 경우에 정당한 형벌로 이해된다는 것이다. 이것은 '눈에는 눈, 이에는 이'라는 고대의 탈리오법칙(lex talionis, 同害報復法)의 내용과 같은 것으로서 응보이론의 기초가 되고 있다.[182]

나. 목적형주의

목적형주의(目的刑主義)란 형벌의 기능이 장래의 범죄를 예방하는 것에 있다고 해석하는 견해이다. 형벌은 그 자체가 목적이 아니라 범죄를 방지하기 위한 예방의 수단에 지나지 않는다고 보았다. 이런 의미에서 상대적 형벌이론이라고도 한다. 목적형주의의 사상적 배경은 인도주의와 사회주의 그리고 합리주의 및 공리주의의 결합에 있다.[183] 목적형주의는 일반인에 대한 효과를 주요한 관점으로 보는 일반예방이론과 범죄인에 대한 효과를 주요한 관점으로 보는 특별예방이론으로 나누어진다.

179) 배종대, 「형법총론」 제13판, 앞의 책, 4/11면.
180) 이재상/장영민/강동범, 「형법총론」 제9판, 앞의 책, 4/8면.
181) 배종대, 「형법총론」 제13판, 위의 책, 4/14면.
182) 배종대, 「형법총론」 제13판, 위의 책, 4/4면.
183) 이재상/장영민/강동범, 「형법총론」 제9판, 위의 책, 4/12면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(1) 일반예방이론

일반예방이론은 형벌을 사회에 대한 위하적 작용으로 이해한다. 즉 형벌의 목적이 잠재적 범죄인인 일반인의 위하를 통한 범죄예방에 있다는 것이다. 일반예방은 소극적 일반예방과 적극적 일반예방의 두 가지 측면으로 나누어진다.

먼저 소극적 일반예방은 일반예방이론의 전통적인 입장으로서, 대표적으로 19세기 초 독일의 저명한 형법학자인 포이어바흐(Ludwig Andreas von Feuerbach)에 의하여 주장되었다. 포이어바흐가 주장한 심리강제설에 따르면 범죄행위를 결심한 때에 범죄를 행하지 않음으로써 얻는 불이익보다 범죄를 행함으로써 형벌이라는 더 큰 해악이 따른다는 것을 일반인이 알게 하는 것이 범죄예방에 효과적이라고 한다. 형벌에 의한 위하를 인식하여 범죄를 단념하게 된다는 것이다. 따라서 일반인이 알 수 있도록 범죄와 형벌을 형법전에 규정함으로써 심리강제의 효과를 달성할 수 있다고 하였다.[184]

다음으로 적극적 일반예방은 형벌의 존재가 일반인의 준법의식을 강화시켜주는 수단으로 작용함으로써 범죄예방 효과를 거둘 수 있으며, 이로 인해 법질서의 방위에 기여할 수 있는 것으로 파악한다. 이를 분석하여 살펴보면 ① 범죄행위에 대한 반복적 처벌은 일반인에게 해당 행위의 반가치성을 인식·확인시켜 줌으로써 적법행위에 대한 동기를 강화시킨다. ② 일반인이 인식하고 있는 법을 위반하는 행위가 처벌됨으로써 일반인은 앞으로도 계속해서 법이 지켜질 것을 기대하고 신뢰하게 된다. ③ 범죄행위로 인한 규범신뢰에 대한 동요가 형벌로 회복됨으로써 일반인은 범죄자가 일으킨 갈등이 해결된 것으로 본다.[185] 적극적 일반예방이론을 주장한 대표적인 학자는 야콥스(Günther Jakobs)이다. 야콥스는 형벌의 기능이 규범침해에 의하여 문제된 규범의 효력을 실증하는 것에 있다고 보았다. 즉 규범침해가 발생했을 때 범죄자에게 형벌을 부과함으로써 일반인으로 하여금 규범에 대한 자신의 신뢰가 옳았다는 것을 확증시켜주는 기능을 한다는 것이다. 이와 같이 형벌은 규범적 기대의 보장을 통한 규범의 유지를 사명으로 한다고 하였다.[186]

184) 이재상/장영민/강동범,「형법총론」제9판, 앞의 책, 4/13-16면.
185) 배종대,「형법총론」제13판, 앞의 책, 4/31면.
186) 이재상/장영민/강동범,「형법총론」제9판, 위의 책, 4/17면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(2) 특별예방이론

특별예방이론은 형벌의 목적이 범죄자에 대한 위하와 범죄자의 재사회화[187] 또는 격리를 통하여 그 범죄자가 다시 죄를 범하는 것을 방지하는 데에 있다고 본다.[188] 즉 형벌을 통해 범죄자를 교화함으로써 출소 후에 재범하지 않도록 하거나 교화가 불가능한 범죄자는 사회로부터 격리시키는 보안조치를 취함으로써 수용되어 있는 동안 재범하지 못하게 한다는 것이다.[189]

리스트(Franz von Liszt)는 응보형주의를 비판하면서 형법은 범죄자의 재사회화와 범죄자에 대한 사회의 보안에 주력해야 한다고 주장하였다. 리스트는 범죄란 범죄자의 소질과 환경의 산물이며 범죄자 또한 범죄의 원인이 된다고 보았다. 따라서 범죄에 대한 투쟁의 수단인 형벌은 개개의 범죄자에게 영향을 미쳐야 한다는 것이다. 리스트에 의하면 형벌은 맹목적이고 본능적·충동적인 반작용이 아니라 필요성과 합목적성에 의해서만 정당화된다고 한다. 이러한 의미에서 범죄자의 성질에 따라 개선과 위하 및 제거라는 세 가지 형벌목적이 적합하게 작용되어야 한다고 하였다.[190] 즉 ① 범행하지 않을 수 있는 애타적(愛他的)·사회적 동기를 심어주고 강화시켜주는 개선, ② 범행하면 자신이 형벌로 피해를 본다는 이기적 동기에 호소하는 위하, ③ 형벌에 의해 범죄자를 격리시킴으로써 사회로부터 제거조치를 한다. 이것은 범죄자의 유형을 선별하여 이루어지는 것으로서 개선, 위하, 제거 이 세 가지는 형벌의 직접작용에 속한다고 보았다.[191]

---

187) 인도주의적 차원의 재사회화 목적은 판단자의 수중에 범죄자의 운명을 결정짓는 거대하고 자의적인 힘을 부여한다는 점에서 오히려 엄청난 불의를 초래하게 된다는 비판적 견해가 있다. 이 견해에 의하면, 예컨대 중한 죄질의 범죄자보다 경한 죄질의 범죄자에게 높은 범죄위험성이 인정되는 경우에는 경한 죄질의 범죄자가 더욱 오래 교도소에 남겨질 수도 있다고 한다. 재사회화 목적에 따라 중한 죄질의 범죄자라도 빠르게 개선되었다면 출소할 수 있는 가능성이 높아질 것이고, 경한 죄질의 범죄자라도 개선의 여지가 보이지 않는다면 처우를 지속해야 하는 근거가 되기 때문이다. 또한, 재사회화 달성의 객관적 판단 기준 역시 불확실하므로 이러한 목적은 국가형벌권이 판단자의 자의에 의해 확장될 위험성이 높다는 것을 지적하였다(Murray N. Rothbard/전용덕·김이석·이승모 역, 「자유의 윤리」, 피앤씨미디어, 2016, 114-116면).

188) 이재상/장영민/강동범, 「형법총론」 제9판, 앞의 책, 4/19면.

189) 배종대, 「형법총론」 제13판, 앞의 책, 4/37면.

190) 이재상/장영민/강동범, 「형법총론」 제9판, 위의 책, 4/24면.

191) 배종대, 「형법총론」 제13판, 위의 책, 4/42면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다. 절충설

응보형주의와 목적형주의는 모두 일면적이고 불충분하다는 한계를 가지므로 어느 한 이론에 국한되지 않고, 이 이론들을 서로 결합하여 형벌의 의미를 해석하는 이론이다. 절충설에 의하면 형벌은 본질상 해악에 대한 응보적 성질을 가지지만 동시에 일반예방과 특별예방의 목적도 고려해야 한다고 보았다. 즉 일반예방과 특별예방은 정당한 응보의 범위에서만 의미를 가질 수 있다는 것이다. 예방의 목적을 위하여 책임에 상응하는 응보의 범위를 벗어나서는 안 된다고 파악하였다.[192]

예컨대 살인의 죄를 저지른 범죄자는 그가 살인행위를 하였기 때문에 정당한 응보의 차원에서 책임에 상응하는 형벌이 부과되는 것이고, 동시에 일반예방 차원에서 다른 사람들이 살인하지 못하도록 하기 위해 처벌된다고 한다. 또한 특별예방 차원에서 범죄자 자신이 재범하지 않도록 하기 위해서도 처벌된다고 설명한다.[193]

그러나 이것은 이론적 가능성에 불과하며, 응보형주의와 목적형주의가 각각 지향하는 형벌의 목적은 서로 충돌관계에 있기 때문에 이들의 절충을 꾀한다는 것은 사실상 불가능하다는 비판이 제기되고 있다. 응징·비난이라는 부정적 방법을 통하여 동시에 범죄자를 교화·개선한다는 긍정적 결과를 가져오기는 어렵다는 것이다. 그리고 재사회화 목적을 가진 개선은 범죄자에게 일반인과 구별되지 않는 처우를 요구하므로 보안 목적에 상반하게 된다고 한다.[194]

오늘날과 같은 시대상황에서 순수 응보이론을 결단하기는 어렵다. 그러나 사회를 불안하게 하는 범죄가 급증하고 재사회화 이념이 계속해서 실패하게 되면, 그만큼 응보형주의 이론의 입지가 강화될 수밖에 없다. 오늘날 우리나라의 상황이 바로 여기에 해당된다고 한다. 학계에서는 응보상황을 배제하는 특별예방이론이 주류를 이루고 있지만, 현실은 고전적 의미의 응보와 소극적 일반예방이 지배하고 있다는 것이다. 이렇듯 형벌이론은 국가의 문화 내지 법문화상황과 깊은 관련을 맺고 있어서 시대의 흐름에 따라 지지되는 이론은 얼마든지 변화될 수 있다고 한다.[195]

---

192) 이재상/장영민/강동범, 「형법총론」 제9판, 앞의 책, 4/31면.
193) 배종대, 「형법총론」 제13판, 앞의 책, 4/56면.
194) 배종대, 「형법총론」 제13판, 위의 책, 4/61면.
195) 배종대, 「형법총론」 제13판, 위의 책, 4/63면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

4. 현대형법의 성격

우리나라의 형법은 기본적으로 '근대형법'이다. 일본에 의한 대륙형법의 타율적인 계수로부터 그 기초가 형성되었기 때문이다. 그러나 비록 적은 양이긴 하지만 한국의 전통사회에서 효력이 있었던 사회윤리규범을 수용하고 있으며, 특히 산업화가 이루어진 1970년대 이후 각종 사회체계의 기능유지와 효율성향상을 목표로 하는 수많은 부수형법들에 의해 둘러싸여 있다.[196]

역사적으로 수많은 성찰을 거쳐 오면서 국민의 자유와 권리의 보호를 위한 수단으로서 확립된 형법의 근대성이 오늘날 현대사회의 복잡다단한 보호 요청을 포괄하여 수렴하면서 점차 희석되어 왔던 것이다. 동시에 전통사회로부터 수용하였던 사회윤리규범 역시 잔존해있어 실로 형법이 규율하고 있는 사회통제의 범위는 폭넓게 확장되어 있는 것으로 보인다. 이는 법익침해적 성격을 가진 형벌을 제재수단으로 하고 있는 형법이 반드시 지녀야 할 자기구속의 법리를 현저히 벗어난 것이라 생각된다.

현대사회에서 형법의 실재는 최우선수단(prima ratio)이자 유일한 수단(sola ratio)으로 작용하고 있다. 구체적인 법익침해가 발생하지 않은 곳에서 추상적인 성격을 가지고 있는 보편적 법익보호를 근거로 하여 처벌의 조기화를 이룬다. 또한 다른 제재 수단을 고려하기보다 형벌의 강력한 제재 속성으로 인한 효율성을 도모하기 위해 수많은 특별형법을 제정하여 왔다. 이처럼 형법만능주의에 빠지게 된 이유는 위험사회의 위기에 대처하는 형법에 일반시민들의 기대가 높아졌고 입법자들과 정치인들도 이러한 안전요구를 섣불리 외면할 수 없기 때문이다. 더구나 근대형법의 법치국가적 성격이 새로운 범죄유형, 특히 미래의 안전과 관련된 범죄유형에 대처하는 데 적합하지 않다는 지적을 받기도 했다. 즉, 미래의 안전과 관련된 보호영역에서는 명백하게 윤곽이 드러난 보호법익을 확정하기 어렵기 때문에, 정당한 범죄화의 소극적 기준으로서 그 자리를 굳힌 법익사상을 더 이상 고집하지 말고 대신 문화적으로 각인된 행위규범을 기준삼아야 한다는 것이다. 이에 따라 주창되고 있는 것이 '위험형법'이다. 위험형법에 의하면 ① 보충적 법익보호사상을 실효성 있게 완화하여 보편적 법익개념 및 피해자 없는 범죄의 영역을 확대하고,

196) 이상돈, 「형법학」, 앞의 책, 1/1면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

② 형법의 투입으로 정치적 이익을 얻을 수 있는 곳에서는 즉각 보충성의 원칙을 밀어내고 형법을 투입해야 하며, ③ 추상적 위험범의 영역 및 기수 이전의 미수·예비 처벌범위 확대, ④ 환경형법·여성보호형법 분야에서 국민계몽의 도구화로서 형벌을 활용하는 방안 등 형법을 최우선수단화하는 예방입법·상징입법의 경향을 긍정적으로 평가한다.[197] 특히, 환경형법·마약형법·경제형법·원자력형법·의료생명기술형법·컴퓨터형법 등 미래기술의 발전 및 위험성이 예측되는 분야에서 보다 강력히 적용되고 있다. 그 결과 우리나라의 범죄화 수준은 이미 포화상태가 되어 과잉범죄화에 의한 역기능 현상이 불거져 나오고 있음에도 실질적인 비범죄화 결단은 거의 이루어지지 않고 있는 실정이다.

이처럼 우리나라 형법현실은 정책·이론·실무 어느 분야를 막론하고 '범죄척결'로 대표되는 일반인보호에 중점이 놓여 있다. 범죄자 내지 그 관련자에 대한 법치국가적 보장은 상대적으로 매우 등한시되어 온 것이다. 그러므로 범죄구축이 강조되는 것과 같은 정도로 범죄자에 대한 법치국가적 인권보장이 강조되지 않는다면 그것은 곧 보호를 가장한 침해로서 정당성을 잃게 된다.[198]

독일의 법철학자이자 형법학자인 라드브루흐(Gustav Radbruch)는 법치국가의 본질에 대하여 다음과 같이 말하였다. "법치국가는 우리에게 있어서 하나의 정치적 개념일 뿐만 아니라 문화적 개념이기도 하다. 그것은 질서에 대하여 자유를, 이성에 대하여 생명을, 규칙에 관하여 우연을, 형식에 대하여 실질을 지키는 것, 요컨대 목적과 가치 자체를 단지 목적과 가치를 위한 수단에 대항하여 지키는 것을 의미한다."[199] 이러한 가치들을 지키기 위해 지난한 역사를 거쳐 쌓아올려진 자유주의의 사상을 기초로 발전해온 형법의 자기구속원칙을 등한시하고 형법만능주의에 빠진 현대 한국사회의 형사정책에 대한 반성적 검토가 요구된다 할 것이다.

제4절 소결

우리나라의 수많은 법률 중에서도 특히 형법은 법공동체의 안정 및 질서유지를

197) 김일수/서보학, 「새로쓴 형법총론」 제12판, 박영사, 2014, 60-62면.
198) 배종대, 「형법총론」 제13판, 앞의 책, 8/39면.
199) 최종고, 앞의 책, 198면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

위한 최후의 수단으로서 법공동체의 유지에 있어 필요불가결한 법적 이익을 보호하는 것을 그 사명으로 한다.[200] 여기에서 필요불가결한 법적 이익이란 개인의 주관적 권리를 보호하는 것이라 할 수 있으며, 형법이 국가적·사회적 법익을 보호법익으로 하고 있는 것 또한 개인의 주관적 권리를 보호하기 위한 것이라 이해된다. 개인의 주관적 권리를 보호하기 위해서는 국가와 사회의 존립과 유지가 필수조건이 되기 때문이다. 형법의 규정이 도덕적 내용을 기초로 하고 있는 것은 주지의 사실이지만, 법적 도덕주의의 견해처럼 형법의 목적이 덕을 증진하고 악을 방지하기 위함 그 자체가 될 수는 없다. 그 이유는 형벌을 그 수단으로 하고 있기 때문이다. 형법이 금지하고 있는 행위를 국가가 형벌이란 제도로서 국민 개인에게 가하는 것은 도덕적일 수 있는가. 이처럼 기본권 침해적인 성격을 가진 형벌이 정당성을 갖기 위해서는 필요불가결한 최소한의 영역에서만 이루어져야 할 것이다.

형법은 평화로운 공동생활의 불가결한 조건들을 침해하는 사회유해적인 행위양태만을 범죄로 지목하여 금지하고 처벌할 수 있다. 만약 도덕위반행위까지도 금지하려고 든다면, 다양한 사회계층과 그룹들은 그들 각자의 도덕관을 동원하게 될 것이라고 한다.[201] 그러나 이에 따르면 사회유해성이란 개념은 정향기준으로 사용하기에는 매우 추상적이기 때문에 남용의 소지를 안게 된다. 그러므로 사회유해성의 확인만으로는 독자적으로 불법을 인정할 수 있는 충분한 근거가 될 수 없으며, 법익침해로 파악될 때에만 비로소 불법을 구성할 수 있다는 것이다. 즉 형법의 목적은 법익보호이고, 이러한 법익의 개념이 입법자의 범죄화 내지 비범죄화 대상의 선정기준이 된다고 한다.

그렇다면 형법 규정이 그 정당성을 인정받기 위해서는 개인의 자유를 제한하면서까지 형벌로써 보호되어야 할 '법익'이 무엇인지 명확하게 규명하는 것이 선행되어야 한다.[202] 특히 자기결정권을 제한하고 있는 피해자 없는 범죄의 경우에는 대부분 사회적 법익을 그 보호법익으로 하고 있기 때문에, 이를 명확하게 규명하는 것은 매우 어려울 수밖에 없다. 예컨대, '선량한 성풍속', '건전한 근로정신', '군공동체의 건전한 생활과 군기' 등은 매우 추상적이라는 한계를 내포하고 있으므로 그

200) 황태정, "자기결정의 자유와 한계에 관한 형법적 관점", 「한국사회연구」 제12권 제1호, 경기대학교 사회과학연구소, 2009, 192면.
201) 김창군, "비범죄화의 실현방안", 「형사정책」 제8호, 한국형사정책학회, 1996, 14면.
202) 이얼, "자기결정권 법리의 체계화를 위한 형법학의 과제", 앞의 논문, 270면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

러한 법익을 침해하는 행위 또한 구체화하는 것이 매우 까다롭기 때문이다. 즉 추상적인 관념을 보호법익으로 설정하고 그것을 침해하는 행위를 선별하여, 그 선별한 행위로 인해 추상적인 보호법익이 실질적으로 침해되었는지는 명확히 확인될 수 없는 것으로서, 이를 규명하려는 것은 처음부터 불가능한 것일 수 있다. 그럼에도 불구하고 피해자 없는 범죄에 대한 위헌소원에서 헌법재판소는 대체적으로 이익 형량을 통한 택일적인 결정을 내리고 있는 것으로 보인다. 그러나 추상적 관념에 불과한 사회적 법익과 개인의 기본권인 자기결정권의 명확한 비교형량이 가능한 것인지는 의문이 든다.

이 경우 이익 형량을 통한 택일적인 결정보다는 규범조화적 해석을 지향하는 판단이 필요하다고 생각된다. 왜냐하면 공익을 보호하기 위하여 제한되는 자기결정권 역시 헌법상 보호되는 권리이기 때문이다. 예컨대, 낙태죄는 태아의 생명권을 그 보호법익으로 하고 있다. 헌법재판소는 생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 제한의 대상으로서 인정한 바 있는데,[203] 그렇다면 태아의 생명권도 비례의 원칙에 따라 비교형량이 가능한 대상이라 할 수 있다. 따라서 태아의 독자적 생존능력이 인정되기 이전이나 태아의 발달단계에 따라 임부의 자기결정권을 보호하는 규범조화적인 해석 또한 가능할 것이라 생각된다.

도덕주의에서 탈피하여 자유주의적·인도주의적 정신을 계승한 형법의 근대성은 현대에 이르러 사생활의 영역에서 비범죄화 추세로 이어지고 있다. 그러나 실질적으로 우리나라의 형법적 관념은 도덕주의적·보수주의적 태도가 강하며, 여전히 엄벌주의 경향을 띠고 있다. 이는 대중의 보편적인 인식과 다양한 위험원으로부터의 보호적 요청을 형법이 수행하면서 이중적 면모를 가지게 된 것으로 판단된다. 그러나 대중의 보편적인 인식과 그러한 보호적 요청이 사회적 편견 내지 혐오에서 비롯된 배타적 사고인 것은 아닌지 경계해야만 한다. 특히 형법은 강력한 법률효과인 형벌을 그 수단으로 하고 있다는 점에서 구체적인 법익침해가 확인되지 않음에도 추상적이고 불명확한 사회적 법익을 보호하기 위해 개인의 자유를 직접적으

203) 생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수밖에 없는 것이나 …… 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지 아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, …… 헌법 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수는 없다(헌법재판소 1996. 11. 28. 95헌바1 전원재판부 결정).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

로 제한하는 것은 가급적 지양되어야 할 것이다. 이는 앞서 살펴본 '법과 도덕에 관한 논쟁'과 같이 오랜 역사를 지나며 무수한 성찰을 통해 확고히 다져온 형법의 겸억주의 정신에 부합하는 것이기도 하다.

한편, 사회적 법익의 개념을 차치하더라도 피해자 없는 범죄에서 자기결정권을 행사한 행위자 자신이 곧 실질적인 피해자가 되는 경우가 많다. 자기결정권의 주체인 개인의 주관적 권리를 보호하기 위한 형법 개입의 정당성에 대해서도 생각해 볼 수 있을 것이다. 이러한 경우를 후견주의적 개입이라 한다. 그러나 자기결정권이 법익주체에게 자신의 법익을 스스로 처분할 수 있는 권리를 부여하는 것이라고 한다면,[204] 그러한 개인의 이익에 대한 법적 보호의 필요성은 존재 근거를 상실하게 된다고 볼 수 있다. 자기결정권을 제한하면서까지 후견주의적 개입을 한다는 것은 의사결정에 반하는 강제적 보호와 다름 아니기 때문이다. 그렇지만 자기 스스로 내린 결정에 따라 자기책임 하에 자신의 법익을 처분할 능력이 없는 경우, 즉 자기결정권의 주체가 정신적·신체적으로 성숙하지 못하여 자기결정 능력이 미약하다고 인정되는 경우에는[205] 비록 법익주체의 의사결정에 반할지라도 법적인 보호가 요구된다. 따라서 미성년자 또는 심신상실자·심신미약자 등에게는 후견주의의 개입이 정당화될 수 있을 것이다. 다만, 법질서에 의한 후견적 간섭은 추상적이고 불명확한 사회적 의사에 의해 개인의 자유의사를 제한하게 될 우려가 있다는 점에서 필요최소한의 범위에서만 이루어져야 할 것이다.[206]

---

204) 예컨대 헌법재판소에서 "성적 자기결정권은 각인 스스로 선택한 인생관 등을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자가 독자적으로 성적 관(觀)을 확립하고, 이에 따라 사생활의 영역에서 자기 스스로 내린 성적 결정에 따라 자기책임 하에 상대방을 선택하고 성관계를 가질 권리를 의미하는 것"이라고 정의내린 바 있다(헌법재판소 2002. 10. 31. 99헌바40, 2002헌바50(병합) 전원재판부 결정).

205) 이얼, "자기결정권 법리의 체계화를 위한 형법학의 과제", 앞의 논문, 279면.

206) 황태정, 앞의 논문, 227면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제4장 자기결정권과 비범죄화 유형

제1절 사실상의 비범죄화 유형

현행법상 단순도박, 성인 간의 자발적 성매매, 자기낙태의 경우 사생활의 영역에서 은밀히 이루어지는 행위의 성질상 이에 대한 일률적인 단속은 현실적으로 불가능에 가깝다. 법집행자원은 한정되어 있기 때문이다. 또한 사법적 차원에서도 기소유예 처리되는 사건이 대부분이며, 실형이 선고되는 경우는 드물다. 이러한 점을 고려하여 보면 사실상의 비범죄화에 이른 상태로 판단된다. 더불어 서구 국가에서는 마약류 자기사용에 관해 합법적인 행위로 승인하였거나 사실상 비범죄화 하고 있는 추세이며, 국내에서도 비범죄화 주장이 활발히 제기되고 있다. 그리고 최근 논란이 되었던 군형법상 추행 규정은 동성 군인간의 자발적 합의에 의한 성적 행위를 처벌 대상으로 보고 있지만, 한편으로는 부대관리훈령에서 동성애자 군인의 신상비밀 보장 및 적극적인 동성애자 식별활동을 금지함으로서 사실상 공개되지 않은 동 행위는 음성화될 수밖에 없는 모순적인 구조를 취하고 있다. 그러므로 넓은 의미에서 사실상의 비범죄화 유형에 포함하여 각 범죄에 대한 현행법규정, 헌법재판소 및 대법원의 판단, 비범죄화 찬반 담론을 비교 분석해보고, 이를 참조하여 비범죄화 타당성을 검토하고자 한다.

1. 도박

가. 현행법상 도박죄 관련 규정

도박과 복표에 관한 죄는 우연에 의하여 재물의 득실을 다투는 것을 내용으로 하는 범죄이다. 복표도 도박의 일종이라고 볼 수 있으므로 넓은 의미의 도박죄라고 할 수 있다. 이러한 범죄는 사람의 사행심을 조장하여 건전한 근로생활을 퇴폐시킬 뿐만 아니라 다른 범죄를 유발하는 원인이 되기도 하기 때문에 사회적 법익에 대한 죄로 처벌하고 있다.[207]

---

207) 이재상/장영민/강동범,「형법각론」제10판, 앞의 책, 37/1면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

판례도 도박죄의 보호법익에 대해서 "정당한 근로에 의하지 아니한 재물의 취득을 처벌함으로써 경제에 관한 건전한 도덕법칙을 보호하기 위한 것"이라고 정의하고 있다.[208] 이에 따르면 도박죄의 처벌은 헌법이 보장하는 국민의 행복추구권이나 사생활의 자유를 침해할 수 없다고 한다. 동조의 입법취지가 건전한 근로의식을 배양·보호함에 있기 때문에, 국가정책적 입장에서 보더라도 일반 서민대중이 여가를 이용하여 평소의 심신의 긴장을 해소하는 정도의 오락은 허용된다고 보았다. 따라서 일시 오락에 불과한 도박행위를 처벌하지 않으며, 이는 법조문에도 명시되어 있다. 형법 제246조 제1항에서 "도박을 한 사람은 1천만원 이하의 벌금에 처한다"고 규정하고 있으나, "일시오락 정도에 불과한 경우에는 예외"로 함을 단서조항에서 밝히고 있는 것이다. 또한, 동조 제2항에서는 "상습으로 도박의 죄를 범한 사람은 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다"고 규정하여 상습성으로 인한 책임가중으로 가중처벌하고 있다.

한편, 형법 제248조에서는 복표에 관한 죄를 규정하고 있는데, 제1항에서는 "법령에 의하지 아니한 복표를 발매한 사람"에 대한 처벌규정을,[209] 제2항에서는 "제1항의 복표발매를 중개한 사람"에 대한 처벌규정뿐만 아니라, 제3항에서 "제1항의 복표를 취득한 사람"에 대하여도 처벌규정을 두고 있다. 제3항의 경우 도박죄와 법정형이 동일하다.

나. 판례의 태도

(1) 도박과 기본권

도박죄에 의하여 제한되는 기본권에 대한 헌법재판소의 구체적인 판단은 찾아보기가 힘들다. 다만, 형법 제246조에서 허용하고 있는 일시적 오락에 해당하였으나 도박죄의 혐의로 기소유예 처분한 사건에서 그 취소를 결정하면서 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해한 자의적인 검찰권의 행사라고 언급하였을 뿐이다.[210] 그

---

208) 대법원 1983. 3. 22. 선고 82도2151 판결; 대법원 1984. 4. 10. 선고 84도194 판결; 대법원 1984. 7. 10. 선고 84도1043 판결; 대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도6351 판결.

209) 형법 제247조에서는 "영리의 목적으로 도박을 하는 장소나 공간을 개설한 사람은 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다"고 하여 도박개장죄를 규정하고 있는데, 이와 동일한 법정형을 정하고 있는 것에서 미루어보아 불법의 정도를 동일하게 평가하고 있는 것으로 판단된다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

러나 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동자유권은 모든 행위를 하거나 하지 않을 자유를 내용으로 하고, 그 보호영역에는 개인의 생활방식과 취미에 관한 사항도 포함 된다[211]는 점과 가치 있는 행동만을 보호영역으로 하는 것은 아니라는 점,[212] 이러한 일반적 행동자유권으로부터 사적 자치의 원칙이 파생된다[213]는 점에서 추측컨대, 개인이 도박을 자유롭게 할 자유도 일반적 행동자유권의 보호영역에 속하게 되고, 이러한 행위를 금지하는 도박죄는 개인의 행복추구권을 제한한다.

(2) 도박죄 기소유예처분취소 헌법소원

청구인은 속칭 '훌라'라는 도박을 한 것이 일시오락에 불과하여 죄가 되지 않는데도, 혐의가 인정되는 것을 전제로 기소유예처분을 한 것은 부당하고, 이러한 기소유예처분은 평등권과 행복추구권을 침해하였다는 취지의 헌법소원에서, 헌법재판소는 청구인의 주장을 인정하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 기소유예처분을 취소하는 결정을 내렸다.[214] 이러한 판단을 한 이유는 다음과 같다.

먼저, 청구인 등이 도박한 장소는 누구나 자유롭게 출입할 수 있는 곳인 '기원'으로서, 청구인도 평소 자주 방문하여 바둑을 두거나 다른 사람들의 바둑을 구경하던 곳이다. 그리고 청구인 등은 사건 당일 오후 10시 45분부터 약 30분가량 '훌라' 게임을 하였는데, 기원이라는 곳이 통상 24시간 영업하는 점에 비추어 보면 도박을 한 시간이 범죄와 관련이 있는 은밀한 시간대로 보기는 어렵다.

또한, 청구인과 함께 '훌라' 게임을 한 2인은 기원을 다니면서 알게 된 사람들로서 기원에서 만나면 가끔 같은 건물 1층에 있는 식당에서 소주나 막걸리를 마시는 사이이다. 사건 당일에도 청구인은 오후 9시경 기원에 놀러가서 이들을 만나게 되었고, '훌라'라는 도박으로 인한 이득을 자신에게 귀속시키려는 의도보다는 함께 먹을 막걸리와 안주 값을 마련하는데 주목적을 두고 도박을 하게 된 것이다.

청구인 등은 한 판에 2등과 3등이 각각 1,000원씩을 1등에게 지급하여 그 중

210) 헌법재판소 2013. 12. 26. 2011헌마592 결정.
211) 대법원 2018. 9. 13. 선고 2017두38560 판결.
212) 헌법재판소 2010. 11. 25. 2009헌바246 결정.
213) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2016다35833 전원합의체 판결.
214) 헌법재판소 2013. 12. 26. 2011헌마592 결정.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

1,000원을 고리로 적립하는 방식으로 약 20회에 걸쳐 '홀라' 게임을 하였는데, 청구인을 포함하여 함께 게임한 3명이 가지고 있던 판돈의 총액은 65,000원으로서 사행성이 있다고 평가할 만큼의 액수는 아니다. 뿐만 아니라 청구인의 재산정도에 비추어 보면 이 사건 도박에 건 재물의 액수나 판돈의 규모가 그리 크다고 볼 수도 없다.

위에서 살펴본 바와 같이 "도박의 시간과 장소, 도박을 하게 된 경위, 도박에 건 재물의 액수, 도박에 가담한 자들의 친분관계 및 재산정도, 도박으로 인한 이득의 용도 등 여러 가지 사정을 종합하여 보면, 청구인 등이 한 도박행위는 일시오락정도에 불과하다고 보이므로 도박죄가 성립되지 아니한다. 그럼에도 청구인에게 도박죄가 성립함을 전제로 기소유예처분을 한 것은 형법 제246조 제1항의 도박죄에 관한 법리를 오해한 자의적인 검찰권의 행사라 아니할 수 없고, 그로 말미암아 청구인의 평등권과 행복추구권이 침해되었다고 할 것이다."

다. 비범죄화 담론

(1) 비범죄화 반대론

도박에 대한 국가의 규제와 가벌성을 긍정하는 입장에서는 도박의 중독성과 그에 따른 폐해, 범법의식의 결여 등을 그 이유로 들고 있다. 도박은 피해자 없는 범죄로서 일반범죄에 비해 상대적으로 범법의식이 결여되어 있는 측면이 있다고 한다. 이러한 죄의식의 결여는 도박을 반복적으로 행하는 것을 용이하게 하며, 비록 처음에는 범죄가 아닌 수준에서 시작하였더라도 자신도 인지하지 못한 채 서서히 범죄로 진행되는 경우가 많다는 것이다. 이는 상습적인 도박으로 이어질 수 있고, 행위가 반복되어 중독에 이르게 되면 행위자 스스로의 내적 통제가 어려워지기 때문에 외적통제의 필요성이 있다고 한다. 뿐만 아니라 도박에 중독된 사람은 경제적 파탄상황을 야기하기 쉽고, 과도한 빚으로 가족에게 그 피해를 전이시키거나 다른 범죄행위로 나아갈 가능성도 존재한다. 이처럼 도박죄는 행위 그 자체에 가벌성이 있다기보다는 중독으로 인한 자기 통제력의 약화와 과도한 비용을 충당하기 위하여 기타 범죄유형으로 전환되는 특성, 가족 등 타인에게까지 그 피해가 전이되는 상황을 야기한다는 점에서 규제의 대상이 된다.[215]

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

더욱이 온라인 도박의 경우에는 공간적·시간적 제약의 완화로 인하여 현실에서의 도박에 비해 누구나 쉽게 접근할 수 있다는 특징이 있다. 또한 상대방을 직접 대면하지 않는 '비대면성'과 자신의 신분을 노출시키지 않을 수 있는 '익명성'을 지닌 온라인의 특성상 윤리의식 및 문제의식이 약화되기가 쉽다. 특히 온라인 도박은 도박의 수단으로 사용되는 재물을 전자 화폐로 대체하기 때문에, 행위자가 이익 변동에 대한 현실적 감각을 인지하기 어렵고 적절한 판단을 하지 못할 수 있다. 이와 같은 현실적 감각의 상실은 접근이 용이하다는 온라인의 특성과 결합되어 도박의 중독으로 이어질 가능성이 높다고 한다. 결국 도박죄의 보호법익인 국민의 건전한 근로의식을 고양하는 사회의 경제윤리에 대하여 온라인 도박이 갖는 특성인 높은 접근성과 중독성, 그리고 윤리의식의 약화 등은 보호법익의 침해를 증가시키고 심각한 사회 문제로 나타나게 된다고 주장한다.[216]

(2) 비범죄화 찬성론

입법론상 도박죄가 금지해야할 대상은 사기도박, 직업적 도박 또는 상습도박에 국한하고 단순도박은 형법에서 삭제하여 비범죄화해야 한다는 주장이 제기되고 있다.[217] 그 이유는 국민 사이에 거의 보편화되어 있는 단순도박이 경제에 관한 건전한 도덕법칙 내지 근로정신을 침해한다고 보기는 어렵기 때문이다. 또한 이런 행위에 대한 처벌례도 찾아보기가 힘들다. 따라서 이미 사문화(死文化)된 규정이라 볼 수 있다.

그리고 도박이 일시오락 정도에 불과한 경우에는 처벌의 대상에 포함되지 않는다고 규정하고 있는데, 이처럼 '오락적 도박'을 인정하는 법적 판단은 오락적 도박에 대한 사회적 인정체계가 형성되었음을 확인시켜주는 것이라고 한다.[218] 즉, 이 견해는 '오락적 도박'에 대한 사법 권력의 승인은 사회적으로 도박이 오락으로 인정되었음을 보여주는 것이라고 파악한다. 그러나 도박에서 오락인 것과 도박죄인

215) 김진혁, "도박의 현실적 통제방안", 「한국공안행정학회보」 제52호, 한국공안행정학회, 2013, 20-22면.
216) 강윤석, "온라인 도박의 특성과 형사규제에 대한 고찰", 「KHU 글로벌 기업법무 리뷰」 제11권 제1호, 경희대학교 경희법학연구소, 2018, 179-181면.
217) 배종대, 「형법각론」 제10전정판, 앞의 책, 128/2면.
218) 김윤희, "도박의 근대성, 오락적 도박의 역설", 「아시아문화연구」 제46집, 가천대학교 아시아문화연구소, 2018, 27면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

것을 어떻게 구분할 것인가의 문제는 여전히 모호하며, 이러한 점은 사회적 필요에 따라 권력의 작동 범위를 확장시킬 수 있는 전제가 된다는 것을 지적하였다. 또한 도박죄의 처벌 논거로서 도박이 사람의 사행심을 조장하여 건전한 근로생활을 퇴폐시키게 된다는 것은 타당하지 않다고 한다. 이 견해에 의하면 도박에 대한 권력의 개입은 노동생산성의 제고를 목표로 하고 있는데, 이러한 노동생산성의 제고를 위한 효율적 생산시스템과 노동관리가 반복적인 노동을 양산하고, 반복적인 노동은 일상의 권태를 양산하게 된다는 것이다. 이에 따라 사람들은 일상의 권태를 잊기 위해 도박을 하게 된다고 한다. 즉, 생산적인 노동을 위해 필요한 오락이 도박화되는 원인 중 하나가 효율적 노동시스템에 있다는 점이다. 이와 같은 오락적 도박의 역설은 근대 자본주의 사회에서 도박이 만연하게 되는 원인이 단지 사행심만이 아니었음을 알려주는 것이라 주장한다.[219]

한편 상습도박죄와 관련하여 상습성의 법률적 판단기준을 마련해야 한다는 지적이 있다.[220] 상습은 반복하여 도박행위를 하는 습벽을 말하며, 그것은 도박의 종류·횟수·기간 및 영업성의 유무에도 구애받지 않는다. 상습성 판단은 실무에서 확립된 개념으로서 도박전과·도박의 반복·시간의 간격 등 제반 사정을 고려하여 판단해야 한다고 한다. 전과를 요하는 것이 일반적이지만,[221] 전과가 없어도 상습성은 인정될 수 있다.[222] 이처럼 상습성 판단에 대한 객관적 기준의 결여는 형벌가중 자체가 자의적으로 흐를 위험이 있으므로 그 법률적 기준 마련의 필요성이 요구된다는 것이다.

또 다른 한편, 복표에 관한 죄를 형법에 별도로 규정할 필요가 있는가에 대하여 논란이 있는데, 동죄는 이미 그 사회적 의의를 상실하였고 특별법으로 사행행위 등 규제 및 처벌 특례법이 제정되어[223] 금지해야할 사행행위를 별도로 규정하여

219) 김윤희, 앞의 논문, 31-34면.
220) 배종대,「형법각론」제10전정판, 앞의 책, 129/11면.
221) 상습도박죄에 있어서 도박성과 상습성의 개념은 구별하여 해석하여야 하며, 여기에서 상습성이라 함은 반복하여 도박행위를 하는 습벽으로서 행위자의 속성을 말하는 것이므로 이러한 습벽의 유무를 판단함에 있어서 도박의 전과나 전력유무 또는 도박 횟수 등이 중요한 판단자료가 된다. 도박의 전과가 전혀 없고 당해 사건 외에 도박을 한 전력이 나타나 있지 않은 피고인의 상습성을 인정하기는 어렵다는 판례가 있다(대법원 1990. 12. 11. 선고 90도2250 판결).
222) 피고인에게 아무 전과가 없다 하더라도 2개월 10일 동안 9회에 걸쳐 도박을 하였다면 이는 상습성이 있다고 본 판례이다(대법원 1983. 10. 25. 선고 83도2448 판결).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

처벌하고 있으므로 이를 형법에서 계속 규정할 필요가 없다고 한다.[224]

최근에는 형법상의 도박과 도박개장 및 사행행위관련법률상의 사행행위와 사행행위영업에 대한 획일적인 비범죄화를 주장하는 혁신적인 견해가 제시되기도 했다. 우리나라 도박법제는 원칙적으로 형법에서 도박을 금지하고, 예외적으로 사행행위관련법률에서 도박에 해당하는 사행행위를 광범위하게 허용하는 구조를 취하고 있는데, 이러한 구조는 '합법성'의 형식만 갖추고 있을 뿐이라는 것이다. 이 견해는 현행법상 도박법제에 대하여 ① 도박은 그 본질상 놀이에 바탕을 두고 있는 것으로서 그 자체 반가치성을 가진 행위가 아니기 때문에 억압적 금지대상이 된다고 보기 어렵다는 점, ② 예외적으로 허용되는 영역에 들어오는 행위는 예외의 특성상 질적인 측면에서의 차이와 양적인 측면에서의 이례성 및 소수성을 갖추는 것이 일반적이지만 우리나라 도박법제는 오히려 정반대라는 점, ③ 사행행위규제법상 사행행위영업의 허가 요건이 결국 국가의 재정수입 확충으로 귀결되므로 불법(금지)을 적법(허용)으로 만드는 정당화사유를 충족하지 못하고 있다는 점, ④ 도박에 대한 원칙적 금지는 국가형벌권이 동원됨으로써 국가가 사실상 독점하고 있는 합법적 사행산업에서 꾸준한 영업이익이 유지될 수 있도록 하기 위한 장치로 기능이 왜곡될 수 있다는 점 등을 지적하고 있다. 따라서 도박을 원칙적으로 허용하되 지나친 도박에 이르지 못하도록 필요한 규제와 제한을 가하고 이에 따르지 않는 한도 내에서만 도박을 금지하는 구조를 취할 것을 주장한다. 예외적으로 도박을 금지하는 이유는 중독성 예방, 도박자의 재산상 손해방지, 도박이 가져올 사회적 폐해를 예방하는데 있으며, 주된 이유가 예방에 있기 때문에 예방적 규제뿐만 아니라 치료·재활조치에도 역점을 두게 된다. 이와 같은 모델은 도박의 원칙적 허용을 통해 개인의 행복추구권과 자유를 보장하면서도 예외적 도박금지를 통해 개인의 보호와 사회의 보호라는 공익적 목적도 달성할 수 있는 방안이 된다.[225]

---

223) 사행행위규제법은 "건전한 국민생활을 해치는 지나친 사행심(射倖心)의 유발을 방지하고 선량한 풍속을 유지하기 위하여" 사행행위 관련 영업에 대한 지도와 규제에 관한 사항, 사행행위 관련 영업 외에 투전기(投錢機)나 사행성 유기기구(遊技機具)로 사행행위를 하는 자 등에 대한 처벌의 특례에 관한 사항을 규정함을 목적으로 하고 있다.

224) 이재상/장영민/강동범, 「형법각론」 제10판, 앞의 책, 37/5면.

225) 자세한 내용은 김성돈, "도박에 관한 형사입법정책의 문제점과 그 한계", 「글로벌 경제시대, 형사학의 당면과제」, 2016년도 한국형사학대회, 2016, 1-38면 참조.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

라. 소결

(1) 도박의 금지와 허용의 모순

자본주의 경제도덕의 토대는 스스로의 땀과 노력에 의해서 이루어진 재화의 취득을 바람직한 것으로 본다. 사람들의 건전한 근로의식과 근로활동을 바탕으로 유지, 발전되는 경제구조이기 때문이다. 반면에 재화의 취득여부를 우연성에 따라 결정짓는 도박이나 복표행위는 이러한 경제도덕에 반하는 행위라고 볼 수 있다.[226]

그러나 다른 한편으로는 국가나 지방자치단체가 특별한 정책을 수립하기 위한 재원확보라는 명목으로 여러 종류의 도박이나 복표를 공인하고 있는 것에 주의하지 않으면 안 된다. 예컨대 경마, 경륜, 주택복권, 체육복권, 관광호텔의 카지노 또는 파친코 등이 공영 또는 공인된다는 것이다.[227] 이처럼 특정하여 합법화된 도박과 복표의 존재는 도박과 복표에 관한 죄의 정당성에 대한 의문을 갖게 한다. 동죄의 보호법익이 정당한 근로에 의하지 아니한 재물의 취득을 처벌함으로써 경제에 관한 건전한 도덕법칙을 보호하기 위한 것이라면, 공영 또는 공인된 도박 및 복표 역시 행위 그 자체가 가지는 보호법익에 대한 침해는 같을 것이기 때문이다. 국가가 가장 강력한 법익침해를 수단으로 하는 형법을 투입하여 통제하고 있는 행위를, 국가에 의해 공공연하게 시행하고 있다는 것은 대단한 모순이 아닐 수 없다. 따라서 보호법익의 의미가 상실된 측면이 있으며, 동죄의 행위 그 자체의 불법성 문제라기보다 국가정책과 관련된 선별적 정책 차원의 문제라고 볼 여지가 있다.

(2) 도박의 비범죄화 검토

가령 동죄의 행위에 의하여 경제에 관한 건전한 도덕법칙이 침해되었다고 보더라도, 이것은 개인의 인생관에 대한 자기결정 내지 사생활의 문제이므로 건전한 근로의식을 배양하기 위하여 형법을 사용한다는 것은 지나친 법간섭주의라는 비판이 있다. 또한 도박에 의해 피해자가 발생했다고 하더라도 그 피해는 피해자 자신의 의사에 기해 발생한 것이기 때문에 법이 보호할 이유가 없다는 것이다.[228] 이는 자유주의의 논거와도 같다고 할 수 있다. 비범죄화 반대 담론에서 제기된 후속범

226) 김혜정/조상희, 앞의 논문, 87면.
227) 김용우/최재천, 앞의 책, 259면.
228) 김용우/최재천, 위의 책, 259면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

죄의 문제는 도박행위 그 자체의 불법성 문제라기보다 중독으로 이어진 상황에서 발생할 수 있는 가능성의 문제이다. 후속범죄는 당해 조항으로써 판단해야할 별개의 문제이지, 후속범죄의 발생 가능성을 도박행위의 불법성과 연관시켜 판단하는 것은 개인의 사적 영역에 대한 과도한 제한이라 볼 수 있다. 다만, 규제의 필요성이 인정되는 중독성으로 인한 도박, 즉 병리적(病理的) 도박의 경우에는 형사처벌보다 교육적·치료적 처우에 중점을 두는 방안이 재범 방지를 위해서도 더욱 효과적일 것이다. 반면, 중독에 이르지 않은 단순도박행위는 당사자가 수용할 정도의 재물이라면 사실상 처벌의 필요성은 낮다고 볼 수 있다. 사유재산을 인정하는 사회에서 개인의 재산을 사용·처분할 수 있는 자유가 인정되어야 하기 때문이다.[229] 자신이 선택·관리·포기할 수 있는 법익을 어떻게 처분하는가는 법익주체 스스로의 결정에 달려있다. 그러므로 우리 헌법상의 기본권인 행복추구권의 전제가 되는 자기결정권을 존중하여 타인의 구체적인 법익 침해가 없는 단순도박행위는 처벌의 대상에서 제외하여야 한다.

후견주의의 관점에서 보더라도 단순도박의 경우, 합리성이 결여된 자들의 의사결정에 의해 이루어진 것이라 볼 수 없으므로 국가의 개입이 부정된다. 실질적으로 국민 생활에 거의 보편화되어 있는 행위이기 때문이다. 일시오락과 단순도박을 명확히 구분해내기도 쉽지 않다. 다만, 상습도박의 경우에 '반복하여 도박행위를 하는 습벽'을 병리적인 것으로 보아 인지능력과 판단능력이 결여된 상태라고 판단한다면 국가의 후견적인 개입이 정당화될 수 있다.

반면에 법적 도덕주의의 관점에서 보면 건전한 경제도덕법칙을 침해하는 행위는 처벌되어야 마땅할 것이지만, 단순도박에 한하여, 이와 같은 행위가 사회에 보편적으로 수인되고 있다면 그 자체로 공인된 도덕을 위협한다고 볼 수 없고, 상습도박의 경우에 한해서 처벌이 이루어지면 될 것이라 판단된다.

2. 마약류 자기사용

가. 현행법상 마약류 자기사용 관련 규정

마약이 미치는 해독(害毒)과 위험성에 비추어 이를 단속하기 위한 국내적·국제

229) 김진혁, 앞의 논문, 21면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

적 노력이 필요하다는 점에는 의문이 없다.[230] 이에 우리나라에서는 '마약류 관리에 관한 법률', '마약류 불법거래 방지에 관한 특례법', '특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률', '형법' 등에서 마약사범을 처벌하는 규정을 두고 있다.

이렇듯 형법의 최후수단적 성격에도 불구하고 마약의 엄청난 위험성으로 인해 마약범죄에 대한 처벌은 매우 상향조정되어 있으며, 마약공급행위 뿐만 아니라 그것의 사용행위도 무겁게 처벌하는 엄벌주의를 취하고 있다.[231] 정신적·신체적 의존성을 야기하는 마약의 중독성에서 비롯된 개인의 생명·신체에 대한 침해 문제를 넘어서, 마약범죄 조직의 국제화 현상은 국내외의 현대사회에서 결코 좌시할 수 없는 위험원이 되었다.

주된 법률인 '마약류 관리에 관한 법률' 제1조에서 마약·향정신성의약품·대마 및 원료물질의 취급·관리를 적정하게 함으로써 '그 오용 또는 남용으로 인한 보건상의 위해를 방지하여 국민보건 향상에 이바지함'이 이 법률의 목적임을 명시하고 있다. 그러므로 마약형법의 보호법익은 국민보건 또는 국민건강의 보호라고 볼 수 있을 것이다.

형법에서는 제17장에서 아편에 관한 죄를 규정하고 있다. 아편에 관한 죄는 아편을 흡식하거나 아편 또는 아편흡식기구를 제조·수입·판매·소지함으로써 성립하는 범죄이다. 마약류관리법과 마찬가지로 국민의 건강을 보호하고 국민생활의 퇴폐방지를 위하여 그 보호법익을 공중의 건강으로 정하고 있다. 그러나 특별형법으로서 마약류관리법이 제정된 후에는 본죄가 실무에서 거의 적용될 일이 없었으며, 따라서 이에 관한 판례도 없는 실정이다.[232]

이와 관련하여 입법론상 아편에 관한 죄를 형법에서 삭제하여 특별법으로 규율해야 한다는 견해가 있다. 아편에 관한 죄는 형법에 의하여 처벌해야할 불법인가에 대하여 의문이 있을 정도로 행정단속적 성격이 강할 뿐만 아니라, 마약과 향정신성의약품의 종류가 격증하고 있는 상황에서 유독 아편에 관한 죄만을 형법에 규정해야할 이유는 없다는 것이다. 따라서 이미 형법에서 규정하고 있는 아편에 관한 죄가 무의미하게 된 이상 마약 등에 대한 단속은 특별법에 맡기고 본장의 죄는 형법에서 삭제함이 타당하다고 한다.[233]

---

230) 이재상/장영민/강동범, 「형법각론」 제10판, 앞의 책, 35/5면.
231) 이보영/이무선, 앞의 논문, 220-224면.
232) 배종대, 「형법각론」 제10전정판, 앞의 책, 121/1면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

나. 판례의 태도

(1) 마약류 자기사용과 기본권

'마약류 관리에 관한 법률' 제61조 제1항 제4호의 가목에서는 '대마 또는 대마초 종자의 껍질을 흡연하거나 섭취한 자'에 대하여 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 헌법재판소는 이러한 대마흡연죄 규정으로 인해 개인의 행복추구권을 제한하고 있다고 밝혔다. 즉, 개인이 대마를 자유롭게 수수하고 흡연할 자유도 헌법 제10조의 행복추구권에서 나오는 일반적 행동자유권의 보호영역에 속하며, 이러한 행위를 금지하는 대마흡연죄 규정은 개인의 행복추구권을 제한하게 된다.[234]

(2) 대마흡연죄 헌법소원

마약류관리법상의 대마흡연죄에 관하여 청구된 세 차례의 헌법소원에서 헌법재판소는 재판관 전원의 일치된 의견으로 일관된 합헌 결정을 내린 바 있다.[235]

세 차례의 헌법소원에서 청구인의 주장은 상당부분 동일한 내용으로 제기되었는데, 그 주장을 종합하여 보면 ① 대마초는 중독성, 유해성, 환각성 등에서 마약으로서의 특성이 약하기 때문에 그 흡연 행위를 처벌하는 것은 행복추구권 및 일반적 행동자유권을 침해한다는 점, ② 이처럼 대마초는 가장 약한 마약류에 해당함에도 강한 마약류에 해당하는 향정신성의약품 관련 사범과 동일한 법정형으로 처벌하는 것은 평등원칙에 위반된다는 점, ③ 대마초는 술이나 담배와 비교하여 유해성이 약함에도 불구하고 음주자나 담배흡연자에 대해서는 형사처벌조항을 두지

---

233) 이재상/장영민/강동범,「형법각론」제10판, 앞의 책, 35/5면.

234) 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하기 위하여서는 누구나 자유로이 의사를 결정하고 그에 기하여 자율적인 생활을 형성할 수 있어야 하므로, 행복추구권은 그의 구체적인 표현으로서 일반적인 행동자유권을 포함한다. 일반적 행동자유권은 적극적으로 자유롭게 행동을 하는 것은 물론 소극적으로 행동을 하지 않을 자유도 포함되고, 가치 있는 행동만 보호영역으로 하는 것은 아닌 것인바, 개인이 대마를 자유롭게 수수하고 흡연할 자유도 헌법 제10조의 행복추구권에서 나오는 일반적 행동자유권의 보호영역에 속한다(헌법재판소 2005. 11. 24. 2005헌바46 전원재판부 결정).

235) 헌법재판소 2004. 2. 26. 2001헌바75 전원재판부 결정; 헌법재판소 2005. 11. 24. 2005헌바46 전원재판부 결정; 헌법재판소 2010. 11. 25. 2009헌바246 결정.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

않고 대마흡연자에 대해서는 형사처벌하도록 규정한 것은 합리적인 이유 없는 차별일 뿐만 아니라 평등원칙에 위반된다는 점, ④ 대마초는 정신적, 신체적으로 여러 의약적 효과가 있음에도 일률적으로 대마초의 흡연을 금지하는 것은 '모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다'고 규정한 헌법 제36조 제3항에 위반된다는 점이다.

이에 대한 결정요지를 살펴보면, 먼저 마약류관리법은 대마흡연자와 향정신성의약품의 원료가 되는 식물을 흡연한 자를 동일한 법정형으로 처벌하고 있으나, "대마의 사용자가 흡연 행위를 한 후 그에 그치지 않고 환각상태에서 다른 강력한 범죄로 나아갈" 위험성이 있으므로, 향정신성의약품 원료식물의 흡연 등의 행위보다 사회적 위험성 면에서 결코 약하다고 볼 수 없다는 점, 두 경우를 동일한 법정형으로 처벌하도록 규정하고 있으면서도 그 상한만을 정하여 "죄질에 따라 법원이 적절한 선고형을 정하는 것이 가능하도록" 하였다는 점에서, 단순히 법률규정 자체가 대마와 향정신성의약품이 가진 위험성의 비례관계를 엄격히 지키지 않았다는 이유로 과잉금지의 원칙에 위반하여 행복추구권을 침해하는 것이라고 할 수는 없다고 판단하였다.

다음으로 "대마에 포함된 환각성분 및 발암물질, 대마사용으로 인한 환각상태에서 다른 범죄로 나아갈 위험성, 대마에 관한 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황과 국민일반의 가치관 내지 법감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법익, 그리고 범죄예방효과 등"의 종합적인 측면에서 고려해보면, 술이나 담배와 달리 대마의 흡연을 범죄로 규정하는 것은 합리적인 이유가 있으므로 평등의 원칙에도 위반되지 않는다고 하였다.[236]

마지막으로 대마의 흡연을 금지하는 목적은 "대마의 의약적 효과를 부정하거나 의학적 사용 자체를 금지하려는 것"이 아니며, 대마의 사용이 흡연의 방식으로 오용 및 남용될 위험성을 방지하기 위한 것이므로, 오히려 "국민보건에 관한 국가의 보호의무를 다하고자 하는 것"이기 때문에, 헌법 제36조 제3항에 위반되지 않는다고 보았다.[237]

236) 헌법재판소 2005. 11. 24. 2005헌바46 전원재판부 결정.
237) 헌법재판소 2010. 11. 25. 2009헌바246 결정.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다. 비범죄화 담론

(1) 비범죄화 반대론

앞서 살펴본 바와 같이 우리나라에서는 마약에 대하여 강경한 금지정책을 펴고 있으며, 헌법재판소 결정에서도 알 수 있듯이 마약사범에 대한 사법적 판단 또한 엄중한 태도로 일관되어 있다. 이러한 금지정책의 주된 논리는 불법마약의 단속과 처벌 수준의 강화로 인하여 불법적인 마약거래에 따른 위험을 감수하지 못하고 결국 마약공급업을 포기하도록 하며, 공급 억제에 따른 마약 가격의 상승으로 수요를 위축시키게 되어 마약 관련 범죄를 억지할 수 있다는 것이다.[238] 이에 따라 마약사범에 대해서는 여타의 범죄와 비교하여도 강력하고 엄중하게 처벌하고 있고, 그 법정형 또한 매우 상향조정되어 있다.

이처럼 마약의 엄청난 위험성으로 인해 마약형법은 증대해왔는데 학계에서는 이를 현대 형법의 위기라 우려하는 시각이 다수 존재한다. 특히, 마약류 자기사용행위는 피해자 없는 범죄로서 구체적인 법익침해가 없음에도 불구하고 형사처벌의 대상이 되고 있음을 지적하고 있다. 그러나 마약은 개인의 자유로운 의사결정을 지속적으로 침해함으로써 결국 생명·신체의 법익에 대한 위험을 초래하게 된다. 그러므로 마약형법의 보호법익인 '국민 건강의 보호'라는 보편적 법익은 개인의 자유로운 의사결정능력에 대한 중대한 침해 또는 그 가능성으로 구체화 될 수 있다는 견해가 있다.[239] 이와 같은 견지에서 마약에 대한 형법의 개입도 결국은 인간의 존엄성 보장과 행복추구를 위한 것이기 때문에, 국민 보건이란 법익은 인정되고 정당시 된다고 한다.

마약류는 종류에 따라 정도의 차이는 있으나 그 자체가 신체적·정신적 중독을 유발하여 사용자가 정상적인 사회생활을 영위하기 어렵게 하고, 투약과정에서의 부주의로 인한 에이즈, 간염, 파상풍 등 각종 질병의 감염을 유발하며, 중독자가 약물구입자금을 조달하기 위하여 또는 환각상태에서 각종 범죄를 저지르게 하는 등 공중보건과 건전한 사회질서에 미치는 그 남용의 폐해가 매우 크다.[240] 이처럼

238) 이종인, "마약 관련 형사정책의 법경제학적 함의", 「형사정책연구」 제21권 제1호, 한국형사정책연구원, 2013, 228면.
239) 이보영/이무선, 앞의 논문, 227면.
240) 헌법재판소 2007. 10. 25. 2006헌바50 전원재판부 결정.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

개인적인 문제를 넘어서 사회공공에 위해를 끼칠 우려가 크다는 점을 고려하여 보면 그 처벌의 필요성이 인정된다고 할 수 있을 것이다.

마약 금지주의를 취하는 입장에서는 우리 사회의 법감정상 마약의 사용 및 거래를 비범죄화하거나 행정법적 규율에 맡기는 것이 용인되기 어렵고, 마약범죄를 비범죄화하게 되면 마약을 쉽게 구입할 수 있게 될 것이므로 그만큼 많은 사람들의 접근이 용이해지기 때문에 마약사용의 개인적·사회적 위험성이 가중될 수 있다고 한다. 마약사용은 중독성이 수반되므로 그 사용자의 증가는 단순히 개인차원의 문제를 넘어서 국민보건에 큰 영향을 끼칠 수 있기 때문이다. 따라서 마약류 자기사용행위일지라도 법률적으로 금지하되, 중독에 이르지 않은 경우에는 기소유예·선고유예·집행유예 등의 방법으로 비범죄화하고 치료프로그램으로 대체하는 방법이 바람직하다고 주장한다.[241]

(2) 비범죄화 찬성론

마약의 합법화를 주장하는 입장에서는 마약에 대하여 강경한 금지주의를 취하고 있는 정책이 여러 사회적 부작용을 초래할 수 있다는 것을 지적한다. 첫째, 마약사범에 대한 단속과 처벌을 강화하더라도 마약에 대한 높은 수요가 존재하는 한, 음성적인 거래시장이 발달하게 된다. 둘째, 음성적인 마약시장에서는 불순물이 다량 함유된 마약류나 부작용이 많은 마약류가 유통될 가능성이 높아진다. 이에 대해 사용자가 정확한 정보를 얻기는 어려울 것이므로 신체적·정신적 폐해가 더욱 심화될 수 있다. 셋째, 일반적으로 마약중독자들은 마약의 가격에 비탄력적으로 반응하기 때문에 공급 억제에 따른 마약 가격의 상승으로 수요를 위축시키게 되는 것이 아니며, 오히려 마약 매수 자금을 마련하기 위하여 다른 범죄로 나아갈 가능성이 높아진다. 넷째, 불법적인 마약거래에서 분쟁이 발생될 경우 합법적인 해결이 불가능하므로 불법적인 수단을 동원해서라도 문제를 해결하고자 할 것이며, 그 결과 또 다른 범죄가 발생하는 상황을 초래하게 된다. 다섯째, 마약 관련 범죄율이 높아짐에 따라 이에 한정된 인력을 집중시키게 됨으로써 여타의 범죄에 투입되는 인력이 부족하게 되고, 그 결과 여타의 범죄율이 상승하게 된다.[242]

241) 이보영/이무선, 앞의 논문, 231면.
242) 이종인, 앞의 논문, 240면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그러나 마약 금지정책으로 인하여 위와 같은 사회적 부작용이 초래된다고 하더라도 현실적으로 마약의 합법화가 이를 위한 해결방안이 될 수는 없을 것이다. 앞서 비범죄화 반대론에서 살펴본 바와 같이 한국사회의 보편적 인식은 마약의 합법화를 용인하기 어려울 것이기 때문이다. 또한 마약의 합법화에 따른 마약소비의 증가 및 마약중독자의 수적 증가는 또 다른 사회적 부작용을 초래하게 될 것이라는 점을 쉽게 예상할 수 있다. 다만, 헌법재판소에서도 마약류 자기사용 범죄는 "주로 자신의 신체적·정신적 건강과 사회적 지위를 파괴하는, 스스로가 가장 주된 피해자인 범죄로서 그 불법성의 정도가 아주 크지는 아니하다"는 점을 인정하고 있듯이,[243] 마약류 자기사용자에 대하여 형사처벌의 대상에 포함시키기보다는 일종의 병리적 환자로 간주하여 국가 차원에서 치료적 처우를 하는 것이 탈(脫)마약으로 유도하는 데에 더욱 효과적이고 바람직한 방안이 될 것이라 판단된다.

라. 소결

(1) 마약류 자기사용에 대한 처벌의 부당성

마약류 자기사용에 관해서는 그것이 일종의 자손행위(自損行爲)로서 피해자 없는 범죄이기 때문에 처벌할 필요가 없다는 시각이 존재한다.[244] 특히 유럽이나 미국의 경우 형법적 규제가 사실상 불가능할 정도로 마약 등 향정신성약물이 만연되어 있기 때문에 이러한 물질을 자기사용하는 것을 비범죄화하는 방안이 시도되고 있다.[245]

이처럼 형사정책적인 문제뿐만 아니라 법리적인 관점에서도 마약류 자기사용에 대한 처벌은 그 타당성에 의문을 갖게 된다. 앞서 살펴본 바와 같이 마약형법은 보호법익을 국민보건이라는 보편적 가치임을 명시하고 있는데, 여기에서 보편적

243) 헌법재판소 2011. 12. 29. 2011헌바122 결정.
244) 김용우/최재천, 앞의 책, 258면.
245) 미국에서는 1914년 이전에는 코카인의 거래가 합법화되어왔으나, 1914년 해리슨법(the Harrison Act)이 제정되어 일정한 마약의 사용이나 복용을 규제하였다. 그런데 1970년대부터 일부 주에서 소량의 마리화나 소지와 사용을 합법화하기 시작하다가, 지난 2014년 1월부터 콜로라도주에서는 세계 최초로 오락용(recreational) 마리화나의 합법적 판매를 시작하였고, 같은 해 6월부터는 워싱턴주에서도 합법화되었으며, 11월에는 오리건주와 알래스카주에서도 마리화나의 소유와 판매를 허용하기로 결정하였다고 한다(김혜정/조상희, 앞의 논문, 87면).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

법익의 기본적인 개념이 “인간의 공존조건에 대한 위협”이라는 가치평가적인 측면을 수반하고 있다는 것이다. 이는 실증적으로 확정될 수 있는 개념이 아니므로 마약류 자기사용의 행위가 보편적 법익을 침해하기 때문에 형법으로 금지해야 한다는 명제에는 ① 마약류 자기사용행위를 방치하면 상당수의 국민이 중독될 것이고, ② 중독된 국민들이 늘어나면 인간의 공존을 위협할 정도로 사회의 정상적인 기능이 심각하게 저하될 것이며, ③ 오직 형벌이라는 강력한 최후수단을 통해서만 이를 효과적으로 막아낼 수 있는데, ④ 중독된 자를 처벌함으로써 침해되는 개인의 자유이익에 비해 이를 통하여 보호되는 보편적 이익이 훨씬 크다는 가정을 전제로 하고 있다고 한다. 그러나 이러한 가정들은 결코 완전하게 검증될 수 없는 것으로서 추정에 의할 수밖에 없기 때문에, 마약류 자기사용행위에 대한 범죄화의 정당성은 언제나 불명확한 측면이 있다는 한계를 갖는다고 본다.[246]

하지만 무엇보다도 우선시되는 국민건강이라는 목적 아래 개인의 권리에 대한 국가의 개입과 박탈을 정당화하는 여러 가지 조건과 상황들이 존재할 수 있을 것이다. 역사적으로 마약사용 처벌의 기본적인 설명구도는 ‘중독’론이지만, 이와 같은 신진대사욕망・내성・의존증 등과 같은 특정의 임상적 증상으로서의 중독이란 장기간 동안 마약을 사용해온 사람들에게조차 극히 일부에 대해서만 적용될 수 있을 뿐이고, 시험적으로 한두 번 해보는 것이나 레크리에이션용 사용에 대해서는 해명되지 못한다는 지적이 있다. 이 견해에 따르면 마약사용에 관한 국가의 개입은 동 행위가 타인에게 해악을 끼칠 위험이 있는 것으로 보이는 경우, 다른 정당한 사회적 이익을 지키기 위해 그러한 마약사용자의 권리가 유보될 수 있음을 강조하기 위한 것일 따름이며, 정신에 작용하는 마약의 특징이 있다 하더라도 그로부터 비롯된 타인에 대한 해악의 증거가 전혀 없는 경우에는 성인의 마약사용의 자유에 대해서는 전혀 속박할 수 없다고 한다.[247]

(2) 마약류 자기사용의 비범죄화 검토

자유주의자인 밀도 마약류 판매의 제한은 마약류 물품의 생산자와 판매자의 자유를 침범하기 때문이 아니라, 구매자의 자유를 침범하기 때문에 부당하다고 보았

246) 전현욱, 앞의 논문, 198면.
247) 문성호, 「마약은 범죄가 아니다 (영국편)」, 한국학술정보(주), 2008, 16-17면 및 40-41면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다. 왜냐하면 마약류 판매 제한의 문제는 범죄나 사고 방지를 위해 어느 정도까지 합법적으로 개인의 자유를 속박할 수 있는가에 대한 것으로서, 이미 저질러진 범죄를 수사해서 처벌함은 물론, 사전에 예방조치를 강구하는 것도 분명히 국가가 갖는 직권들 중 하나라고 할 수 있으나, 그러한 국가의 예방적 기능은 처벌적 기능보다 개인의 자유를 침해할 정도로 남용될 가능성이 훨씬 높다고 한다. 합법적으로 자유롭게 행하는 인간의 행위 가운데 어떤 형태로든 범죄 유발 가능성을 높인다는 혐의를 뒤집어씌우지 못할 행위가 거의 없기 때문이라는 것이다. 따라서 사고 예방 목적을 위해서라면 자유를 침해하지 않고도 마약류 물품에 그 위험성을 경고하는 라벨을 붙이는 정도의 조치는 강제될 수 있으며, 범죄 예방 목적을 위해서라면 가령 판매자에 대해 물품을 매매한 정확한 시각, 구매자의 성명과 주소, 매각한 물품의 특성과 수량을 상세히 기록하도록 하고, 나아가 그 물품 구입의 목적을 물어 이에 대한 구매자의 대답도 기록하도록 하여 물품 악용을 방지함과 동시에 훗날 범죄 목적으로 구입한 사실을 입증하는 데에 도움을 줄 수 있다고 한다.[248]

반면에 또 다른 자유주의자인 하트의 견해는 달랐다. 마약류 자기사용을 위한 구입자, 즉 피해자가 자신들에게 유해한 행위임을 알면서도 동의하거나 조력했더라도 마약류 그 자체가 개인에게 해악을 끼치는 것이기 때문에, 이러한 물품을 판매하는 것은 타인을 해롭게 하는 행위로서 형법에 의해 방지되어야 한다는 것이다.[249] 같은 맥락에서 개인의 생명·신체에 대해 중대한 해악을 끼치는 마약류 자기사용행위도 온정주의의 관점에 의하여 국가의 개입이 허용될 것으로 생각된다. 또한, 후견주의적 견해에 따르더라도 결과는 동일하다. 마약사용자들이 단지 마약을 하지 않으면 안 되기 때문에 마약을 한다고 본다면, 다시 말해 마약의 중독성에 의하여 마약을 사용하는 것이라면, 이 경우에 사용자는 명백히 인지능력 및 판단능력의 오류에서 비롯된 비합리적 의사결정에 의하여 행위를 한 것이므로 이에 대한 국가의 개입은 정당화될 것이다.

법적 도덕주의의 관점에서는 요컨대, 마약 판매뿐만 아니라 그러한 물품의 자기사용행위도 당연히 처벌의 대상이다. 우리나라에서 마약사용은 보편적으로 수인된

248) 존 스튜어트 밀/김대성 역, 앞의 책, 215-219면.
249) H. 하트/이영란 역, 앞의 책, 47-48면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

행위가 아니며, 오히려 개인의 부도덕함을 넘어서 사회의 존립에 위협이 되는 위험원으로 인식되고 있기 때문이다. 따라서 마약사용의 제재는 공인된 도덕이라 할 수 있고, 마약범죄가 국제적으로도 문제가 되고 있는 현상임을 고려한다면, 법이 거기에 관여할 수 있다는 데에 여지가 없다.

그러나 우리 헌법은 제10조에서 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 보장하고 있고, 이와 관련하여 헌법재판소는 행복추구권으로부터 도출되는 포괄적인 의미의 자유권으로서 일반적 행동자유권이 가치 있는 행동만 그 보호영역으로 하는 것은 아니라고 판단하였다.[250] 또한 그 보호영역에는 개인의 생활방식과 취미에 관한 사항도 포함되며, 여기에는 위험한 생활방식으로 살아갈 권리도 포함된다고 한다.[251] 이러한 견지에서 본다면 비록 마약류 자기사용행위는 결과적으로는 자기 자신에게 해악이 되는 것이라 하더라도, 행위자가 스스로 선택한 행위 또는 그 행위의 결과이며, 본인의 판단에 의해 자발적으로 결정한 운명이기 때문에, 개인이 마약류를 자기사용할 자유도 헌법 제10조의 행복추구권에서 나오는 일반적 행동자유권의 보호영역에 속하게 될 수 있을 것이다. 이러한 논리를 근거로 하여 이미 미국이나 독일을 비롯한 많은 나라에서 중독에 빠진 행위 그 자체만을 이유로 행위자를 처벌하는 것은 위헌으로 선언하였고, 나아가 약에 취할 수 있는 권리, 즉 '명정권(酩酊權, Recht auf Rausch)'을 헌법상의 기본권으로 인정한 바 있다.[252]

(3) 마약류 자기사용 대처 개선방안

하지만 마약류가 보편화되어 있는 유럽이나 미국과는 달리, 우리나라의 경우에는 마약류 자기사용에 대한 규제가 우리의 법감정과 시대적 상황에 맞지 않을 정도로 비합리적이라고 볼 수는 없을 것이다. 이때 그 규제의 방안으로 형사처벌을 하기 위해서는 엄격한 기준과 객관적이고 합리적인 근거가 요구되는데, 마약류 자기사용의 경우 이를 충족하지 못하는 것으로 판단된다. 따라서 중독에 이른 마약류 자기사용자에 대해서는 형사처벌이 아닌 치료적 처우를 우선하는 것이 '국민보건 향상'이라는 목적과 재범의 방지 및 재사회화를 위해 효과적인 방안이 될 것이며, 일

250) 헌법재판소 2010. 11. 25. 2009헌바246 결정.
251) 헌법재판소 2003. 10. 30. 2002헌마518 전원재판부 결정.
252) 전현욱, 앞의 논문, 193면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

회성에 그친 마약류 자기사용자에 대해서는 형사처벌의 대상에서 제외하는 것이 바람직하다 할 것이다.

3. 자발적 성매매

가. 현행법상 자발적 성매매 관련 규정

성매매는 '윤락행위 등 방지법'이 1961. 11. 9. 법률 제771호로 제정되면서부터 형사처벌의 대상이 되는 범죄로 규정되기 시작하였다. 윤락행위라 함은 불특정인으로부터 금전 기타 재산상의 이익을 수수 또는 약속하거나 기타 영리의 목적으로 성행위를 하는 것을 의미한다고 정의하여(동법 제2조), 누구라도 윤락행위를 하거나 그 상대자가 되어서는 아니 된다고 규정하고(동법 제4조), 이를 위반한 자는 3만환이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처하도록 하였다(동법 제14조). 그러나 이와 같은 성매매 금지규정이 별다른 규범력을 발휘하지 못하였고 오히려 퇴폐·향락산업의 발달과 인신매매 등의 사회문제가 심각하게 대두되자, 1995. 1. 5. 법률 제4911호로 전부개정을 하면서 윤락행위를 한 자와 그 상대방이 된 자의 법정형을 1년 이하의 징역이나 300만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처하도록 상향조정하였다(동법 제26조 제3항).

이후 2004. 3. 22. 법률 제7196호로 '성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률'이 제정되면서 윤락행위 등 방지법이 폐지되었다. 새로이 제정된 성매매처벌법에서는 '여자가 타락하여 몸을 파는 처지에 빠짐'이라는 의미의 '윤락'이라는 표현 대신 '성매매'라는 가치중립적인 용어를 사용하고, 성매매의 행위태양에 성교행위뿐만 아니라 유사성교행위까지 확대하여 포함시켰다. 또한 성매매 당사자 모두를 처벌하는 전면적 금지주의를 취하였으며, 법정형 또한 그대로 유지하였으나, 강요 등에 의하여 성매매를 한 성판매자는 '성매매피해자'로 규정하여 형사처벌의 대상에서 제외되게 하였다.

이처럼 성매매처벌법에서는 성매매를 강요하거나 권유, 유인, 알선하는 행위 또는 성매매에 사용되는 장소 및 자금 등을 제공하는 행위뿐만 아니라 성을 파는 행위와 그것을 사는 행위도 범죄로서 처벌하고 있다.[253] 동법에 의하면 성매매 행위

253) 제4조에서 1. 성매매, 2. 성매매알선 등 행위(성매매를 알선·권유·유인 또는 강요하는 행

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

란 '불특정인을 상대로 금품이나 그 밖의 재산상의 이익을 수수(收受)하거나 수수하기로 약속하고 성교행위 또는 구강, 항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사성교행위를 하거나 그 상대방이 되는 것'을 말한다.

한편, 성매매처벌법은 제1조에서 "성매매, 성매매알선 등 행위 및 성매매 목적의 인신매매를 근절하고, 성매매피해자의 인권을 보호함"을 목적으로 하고 있음을 명시하고 있는데, 이는 동법에서 규정하고 있는 금지행위를 나열한 것에 불과하여 이 법이 보호법익으로 삼고 있는 가치와 그 이유가 불명확한 것으로 보인다.

이와 관련하여 형법 제242조에서는 음행매개죄를 규정하고 있다. 음행매개죄는 영리의 목적으로 사람을 매개하여 간음하게 함으로써 성립하는 범죄이다. 사회의 선량한 성도덕 내지 성풍속을 보호법익으로 하고 있으며, 부차적으로 개인의 성적 자유도 보호하고 있다.[254] 이는 성매매처벌법에서도 규정하고 있는 금지행위이므로 개괄적인 관점에서 선량한 성풍속을 그 보호법익으로 하고 있다고 볼 수 있을 것이다. 또한 윤락행위 등 방지법이 폐지되면서 성매매처벌법이 제정되었고, 윤락행위 등 방지법에서 "선량한 풍속을 해치는 윤락행위를 방지하고 윤락행위를 하거나 할 우려가 있는 자를 선도함"을 목적으로 하고 있었기 때문에, 동행위에 대해 성매매처벌법에서도 금지주의를 취하고 있는 점에서 미루어보아 보호법익은 동일한 것으로 판단된다.

나. 판례의 태도

성매매를 한 당사자, 즉 성판매자와 성구매자를 형사처벌하도록 규정한 '성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률' 제21조 제1항에 관한 위헌법률심사에서 헌법재판소는 합헌 결정을 내린 바 있다.[255] 그러나 성매매를 알선 또는 권유하는 행위,

---

위, 성매매의 장소를 제공하는 행위, 성매매에 제공되는 사실을 알면서 자금·토지 또는 건물을 제공하는 행위), 3. 성매매 목적의 인신매매(성을 파는 행위 또는 음란행위를 하게 하거나, 성교행위 등 음란한 내용을 표현하는 사진·영상물 등의 촬영 대상으로 삼을 목적으로 위계, 위력, 그 밖에 이에 준하는 방법으로 대상자를 지배·관리하면서 제3자에게 인계 또는 인계받는 행위, 이러한 행위를 위하여 대상자를 모집·이동·은닉하는 행위), 4. 성을 파는 행위를 하게 할 목적으로 다른 사람을 고용·모집하거나 성매매가 행하여진다는 사실을 알고 직업을 소개·알선하는 행위, 5. 이러한 행위 및 그 행위가 행하여지는 업소에 대한 광고행위를 누구든지 하여서는 아니 된다고 명시하여 금지규정으로 정하고 있다.

254) 배종대, 「형법각론」 제10전정판, 앞의 책, 36/1면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

성매매 목적의 건물을 제공하는 행위 등 성매매의 중간매개 행위에 관한 헌법소원에서는 재판관 전원의 일치된 의견으로 합헌 결정을 내린 반면에,[256] 단순성매매에 대해서는 합헌 의견 6인, 일부 위헌 의견 2인, 전부 위헌 의견 1인으로 견해가 나뉘었다. 요컨대 합헌 의견은 성판매자와 성구매자를 모두 처벌하는 전면적 금지주의를 유지하였고, 일부 위헌 의견은 성구매자 일방을 처벌하는 소위 노르딕 모델(Nordic Model)을 지지하였으며, 전부 위헌 의견은 성매매의 비범죄화 견해를 취하였다.

(1) 자발적 성매매와 기본권

헌법 제10조는 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있고, 이는 개인의 자기운명결정권을 전제로 한다. 이러한 자기운명결정권에는 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권이 포함되어 있다. 따라서 경제적 대가를 매개로 하여 성행위 여부를 결정할 수 있는 것 또한 성적 자기결정권과 관련되어 있다 볼 수 있으므로 자발적 성매매 금지 조항은 개인의 성적 자기결정권을 제한한다. 뿐만 아니라 동 조항은 개인의 성생활이라는 내밀한 사적 생활영역에서의 행위에 해당하는 것으로서, 헌법 제17조가 보장하는 사생활의 비밀과 자유도 제한한다.

한편, 헌법 제15조에서는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다”라고 규정하여 직업선택의 자유를 국민의 기본권으로 보장하고 있다. 여기에서 말하는 ‘직업’이란 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위하여 행하는 계속적인 소득활동을 의미한다. 그러므로 성매매는 그것이 가지는 사회적 유해성과는 별개로 성판매자의 입장에서 생활의 기본적 수요를 충족하기 위한 소득활동에 해당하게 된다. 따라서 자발적 성매매 금지 조항은 성판매자의 직업선택의 자유 또한 제한하고 있다.

(2) 합헌 의견

성매매처벌법은 성매매 근절을 그 주된 입법목적으로 하고 있는데, 이러한 목적의 정당성 여부는 “성매매가 근절의 대상이 되어야 할 해로운 행위”인지에 대한

255) 헌법재판소 2016. 3. 31. 2013헌가2 결정.
256) 헌법재판소 2012. 12. 27. 2011헌바235 결정; 헌법재판소 2016. 9. 29. 2015헌바65 결정; 헌법재판소 2017. 9. 28. 2016헌바376 결정.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

판단에 따라 달라질 수 있다. 이에 관한 합헌 의견의 판단은 다음과 같다.

먼저, 개인의 성행위 그 자체는 성적 자기결정권 및 사생활의 내밀영역에 속하게 되지만, "그것이 외부에 표출되어 사회의 건전한 성풍속을 해칠" 경우에는 법률로써 규제할 수 있는 대상이라고 한다. 그런데 성매매는 "인간의 성을 상품화함으로써 성판매자의 인격적 자율성을 침해"하는 행위이며 그 자체로 "폭력적, 착취적"인 성격을 띠기 때문에 "대등한 당사자 사이의 자유로운 거래 행위"로 볼 수 없다는 것이다. 뿐만 아니라 "인간의 성을 상품화하여 성범죄가 발생하기 쉬운 환경을 만드는" 점, 성매매산업의 번창에 의해 "자금과 노동력의 정상적인 흐름을 왜곡하여 산업구조를 기형화시키는 점"에서 성매매의 사회적 유해성을 인정하였다. 따라서 성매매산업의 확대를 방지하기 위해 성매매에 대한 지속적인 수요를 억제할 필요성이 있고, 성판매자 또한 불법적인 조건으로 성매매를 유도할 가능성이 있기 때문에 규제의 필요성이 있다고 한다. 그 규제의 방안으로 재범방지 교육이나 성매매 예방교육 등이 논의되고 있지만, 이러한 방법이 "형사처벌과 유사하거나 더 높은 효과를 갖는다"고 볼 수 없으며, 성매매피해자로 인정되는 경우 "형사처벌의 대상에서 제외"하도록 하고 있고, "형사처벌 외에 보호사건으로 처리"하는 등 여러 법적·제도적 장치가 마련되어 있으므로, 과도한 처벌 규정이라 할 수 없다고 판단하였다. 이러한 점들을 종합하여 고려한 결과 심판대상조항은 개인의 성적 자기결정권, 사생활의 비밀과 자유, 직업선택의 자유를 침해하지 않는다고 보았다.[257]

(3) 위헌 의견

다수의견은 심판대상조항이 헌법에 위반되지 않는다고 해석한 반면, 소수의견은 성판매자의 형사처벌이 국가의 지나치게 과도한 형벌권의 행사에 해당되어 헌법에 위반된다는 해석과 심판대상조항 전부가 과잉금지원칙 및 평등원칙을 위반하여 위헌이라는 해석으로 나뉘었다.

먼저 일부 위헌 의견을 살펴보면, 성매매는 "본질적으로 남성의 성적 지배와 여성의 성적 종속을 정당화하는 수단이자 성판매자의 인격과 존엄을 침해하는 행위"라고 한다. 그럼에도 여성 성판매자가 성매매업에 종사할 수밖에 없는 이유는 "절박한 생존 문제"로서 이는 사회구조적인 요인에 기한 것이기 때문에 개인이 쉽게

257) 헌법재판소 2016. 3. 31. 2013헌가2 결정.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

해결할 수 있는 문제가 아니라는 것이다. 성판매자의 탈성매매를 유도하기 위해서는 "다른 경제활동을 할 수 있는 지원과 보호"를 통한 방안이 바람직하며, "성매매로 인하여 수익을 얻는 제3자에 대한 제재와 몰수, 추징 등의 방법으로 성산업 자체를 억제하는 방법" 등 기본권을 보다 덜 제한하는 방향도 있다는 점을 지적한다. 그러나 현행법상 성판매자에 대한 형사처벌 규정으로 인해 "여성의 성이 억압되고 착취되는 상황을 악화시키고, 성매매 시장을 음성화하여 오히려 성매매 근절에 장해"가 되고 있으므로, 이러한 규정은 과잉금지원칙에 위배되는 과도한 형벌권 행사로 헌법에 위반된다고 판단하였다.[258]

다음으로 전부 위헌 의견을 살펴보면, "성인 간의 자발적 성매매는 본질적으로 개인의 사생활 중에서도 극히 내밀한 영역에 속하는" 것으로서, 이러한 영역에 "국가가 개입하여 형벌의 대상으로 삼는 것은 입법자가 특정한 도덕관을 확인하고 강제하는 것"이라고 한다. 또한, "건전한 성풍속 및 성도덕의 확립은 추상적이거나 모호하여 헌법적 가치에 해당"할 수 없다는 것이다. 성매매의 전면적 금지로 인해 생존을 위협받는 생계형 자발적 성매매 여성들을 형사처벌하는 것은 "또 다른 사회적 폭력"이 되며, 동 규정은 "대향범(對向犯)적 성격"을 가지고 있으므로 성매수자만 처벌의 대상으로 삼는 방안 또한 "처벌의 불균형성과 성적 이중잣대를 강화"하게 된다고 보았다. 한편, 특정인을 상대로 한 성매매와 불특정인을 상대로 한 성매매는 "본질적으로 동일한 성매매"임에도 불구하고, 불특정인을 상대로 한 경우에만 처벌하는 것은 합리적인 이유가 없다고 한다. 따라서 평등원칙과 과잉금지원칙에 위배되어 성매매자의 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다고 판단하였다.[259]

다. 비범죄화 담론

성인 간의 자발적 성매매에 대한 담론은 성매매의 본질 및 대책에 대한 시각 차이에 따라 첨예하게 대립하는 여러 이론들로 나뉜다. 이러한 이론들은 크게 네 가지로 분류되는데, 한국사회에서의 지배적 담론으로서 전면적 금지주의를 취하는

258) 헌법재판소 2016. 3. 31. 2013헌가2 결정문 중 재판관 김이수, 재판관 강일원의 일부 위헌의견.
259) 헌법재판소 2016. 3. 31. 2013헌가2 결정문 중 재판관 조용호의 전부 위헌의견.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

보수적 도덕주의 이론과 성구매자 일방을 처벌대상으로 보는 급진적 여성주의 이론, 그리고 각기 다른 논거를 들고 있으나 성판매자 및 성구매자의 형사처벌을 반대하는 사회주의적 여성주의 이론과 자유주의적 여성주의 이론이다. 이하에서는 성매매 대책방안을 골자로 하여 각 담론들에 대해 살펴보고자 한다.

(1) 비범죄화 반대론

먼저 '보수적 도덕주의'는 도덕, 가족, 사회 안전 등에 대한 전통적·보수적 관념을 토대로 성매매를 비도덕적 행위라 파악하고 이를 묵시적으로도 용인해서는 안된다는 입장이다. 이 견해에 따르면 성매매는 성을 상품화하여 인격과 도덕을 해치는 사회악이자, 성병 및 또 다른 범죄를 확산시키는 원인이 되므로 반드시 근절되어야 할 행위라고 한다. 보수적 도덕주의 시각에서 성판매 여성은 도덕의 타락을 일으키고 가정과 사회에 위험을 야기하는 타락한 인간으로 간주되고 있다. 과거의 '윤락행위 등 방지법'에서 '여자가 타락하여 몸을 파는 처지에 빠짐'이라는 사전적 의미를 지닌 '윤락(淪落)'이라는 용어를 사용했다는 점에서 미루어보건대, 성매매에 대한 우리나라의 법감정 또한 보수적 도덕주의 입장이었음을 알 수 있다. 이 견해는 강요에 의한 경우와 자발적 선택에 의한 경우를 불문하고 성매매 그 자체를 비도덕적인 것으로 보기 때문에 법적인 금지대상이 되며, 성판매자와 성구매자 모두를 처벌하는 전면적 금지주의를 주장한다.[260] 이는 법적 도덕주의 이론과 일맥상통하는 논거를 제시하고 있는 견해로서 성매매의 대책방안 중 가장 강력한 제재방식을 취하는 것으로 이해된다.

다음으로 '급진적 여성주의'는 여성의 종속을 정당화하는 수단이자 여성에 대한 폭력으로서 성매매를 바라보는 입장이다. 이 관점에서는 강간, 가정폭력, 포르노그래피 등과 같이 성매매에서도 여성은 피해자로서 존재한다. 이 견해는 성매매를 남녀사이의 성적 불평등에 따라 남성의 성적 지배와 여성의 성적 복종이 비대칭적으로 제도화된 것이라고 파악하기 때문에, 성매매에서의 '선택'이나 '동의'를 인정하지 않는다. 즉, 모든 형태의 성매매는 제도적으로 강요된 것이며, 인간을 단지 성

260) Alexandra Bongard Stremler, "Sex for Money and the Morning After: Listening to Women and the Feminist Voice in Prostitution Discourse", 7 J. Law. & Pub. Pol'y 189, 1995, p.192; Susan E. Thompson, "Prostitution - A Choice Ignored", 21 Women's Rts. L. Rep. 217, 2000, pp.229-232.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

적 서비스의 대상화된 육체로만 취급한다는 것은 인간의 존엄성을 침해하는 행위로서 그 자체로 정당하지 못하다는 것이다. 따라서 성구매 남성이 경제적 이익을 대가로 성행위를 하였다는 점은 고려의 대상이 아니다. 오히려 남성이 돈을 지불하기만 하면 무조건적으로 여성을 성적 대상으로 이용하도록 허용하는 데에 성매매의 진정한 해악이 있다고 본다. 이러한 견지에서 성매매에 종사하는 여성을 처벌하는 모든 법률을 철폐하고, 포주와 성구매 남성에 대한 처벌을 강화할 것을 주장한다.[261] 이는 앞서 살펴본 헌법재판소 결정에서의 소수의견 중 일부 위헌 의견과 같은 논지를 취하고 있는 것으로 생각된다.

(2) 비범죄화 찬성론

먼저 '사회주의적 여성주의'는 성매매를 자본주의와 가부장제가 결합한 결과로 만들어진 제도라고 본다. 다시 말해 자본주의의 구조 그 자체가 여성을 남성보다 불리한 경제적 지위에 위치시키고, 가부장제는 여성의 노동으로 설정되어 있는 노동을 노동으로 인지하지 않거나 제대로 임금을 지불하지 않도록 조성한다는 것이다. 이로 인해 빈곤한 여성으로 하여금 성매매를 하도록 만든다고 한다. 이 견해에 의하면 성매매는 다른 형태의 노동과 차이가 없다고 보며, 여성에 대한 차별·저임금·실업 등으로 인하여 자본주의 체제 아래 성을 상품화함으로써 생계를 이어갈 수밖에 없다는 것이다. 따라서 성매매는 결코 여성의 온전히 자유로운 선택일 수 없기 때문에, 비난받아야 할 대상은 성매매 그 자체가 아니라 여성을 성매매로 몰아가는 자본주의와 가부장제라고 주장한다. 이러한 시각에서 성매매 근절을 위한 대책방안으로 여성을 위한 노동기회와 사회복지의 증대, 여성 임금의 증가, 가사노동에 대한 평가 제고 등을 제시하고 있다. 반면, 성매매에 대한 국가의 통제적인 개입은 성판매 여성들을 고립시킬 뿐만 아니라, 성구매 남성을 처벌함에 있어 흑인·이민자·다른 피억압자에 대하여 형벌권을 오용할 수 있으므로 자발적 성매매의 쌍방 당사자 모두 처벌하는 것을 반대한다.[262]

---

261) Jody Freeman, "The Feminist Debate Over Prostitution Reform: Prostitutes' Rights Groups, Radical Feminists, and the (Im)possibility of Consent", 5 Berkeley Women's L. J. 75, 1990, pp.94-96; Christine Overall, "What's Wrong with Prostitution? Evaluating Sex Work", 17 Signs 705, 1992, p.717.

262) Holly B. Fechner, "Three Stories of Prostitution in the West: Prostitutes' Groups, Law

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다음으로 '자유주의적 여성주의'는 성매매의 본질을 가장 개방적인 관점에서 이해하고 있다. 한 개인이 돈과 성적 만족을 위한 수단으로서 그들의 몸을 이용할지 여부를 선택할 자유가 있으며, 성매매는 그러한 선택에 따라 개인적 서비스를 제공하는 것이라고 한다. 그 선택을 다수의 도덕적 기준으로 평가하고 경멸하거나 형사제재를 가해서는 안 된다는 것이다. 이는 모든 인간은 자율적이고 개별적인 존재이며, 사적 영역에 대한 국가개입은 최소한에 머물러야 한다는 자유주의 이론에 기초한 것이라 할 수 있다. 나아가 자유주의적 여성주의 입장에서는 성매매가 여성에 대한 남성의 성적 지배의 상징이 아니라, 오히려 여성에게 경제적 독립의 길을 열어주는 여성해방적 시도라고 파악한다. 다시 말해 여성의 성과 몸을 억압하는 사회에서 여성은 성매매를 통하여 여성의 성과 몸에 대한 처분의 자유를 행사하는 것이며, 이로서 여성은 자신의 성의 표현을 제약하는 사회적 장벽을 깨뜨리고 자신의 실체를 반영하는 자아개념을 재구성할 수 있다는 것이다. 다만, 현실에서 성판매 여성이 갖는 문제는 성매매의 존재 때문이 아니라 이에 대한 사회적 낙인과 불법화 때문이라고 한다. 이 입장 또한 인신매매 및 강요된 성매매에 대한 처벌은 동의하지만, 자발적인 선택에 의한 경우에는 단순성매매의 합법화뿐만 아니라 성매매 조장·알선, 포주영업 등의 합법화도 주장한다.[263]

라. 소결

(1) 보호법익으로서 건전한 성풍속의 부적절성

성형법은 성도덕과 동일시되어서는 안 된다.[264] 형벌권은 국가적 제재 중에서도 최후의 수단으로 행사되어야 하므로, 도덕 또는 풍속의 보호라는 목적만으로는 국

---

and Feminist 'Truth'", 4 Colum. J. Gender & L. 26, 1994, pp.43-46; Nina Lopez-Jones, "Workers: Introducing the English Collective of Prostitute", Sex Work: Writings by Women in the Sex Industry 305, 1987, pp271-273.

263) David A. J. Richards, "Commercial Sex and the Rights of the Person: A Moral Argument for the Decriminalization of Prostitution", 127 U. Pa. L. Rev. 1195, 1979, pp.1257-1258; Belinda Cooper, "Prostitution: A Feminist Analysis", 11 Women's Rts. L. Rep. 99, 1989, p.109; Tracy M. Clements, "Prostitution and the American Health Care System: Denying Access to a Group of Women in Need", 11 Berkeley Women's L. J. 49, 1996, p.57.

264) 자세한 내용은 임웅, 앞의 책, 73-75면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

가형벌권의 행사가 정당화되지 않으며, 일정한 법익의 침해 내지 침해위험성이 존재해야 한다는 것이다. 단지 부도덕, 저속, 건전한 성풍속을 해하는 것, 국민 대다수의 윤리의식이나 국민의 기본적인 도덕관념에 반하는 것 등을 행위의 '당벌성'과 동일시해서는 안 된다고 한다. 또한, 필벌성의 관점에서 형벌이 성적 일탈행위에 대하여 적합하고도 유효한 수단인가 하는 점이 항상 검토되어야 하는데, 그 이유는 이러한 행위의 제재 방법으로 투입된 형벌이 그 순기능보다는 더 큰 해악을 가져올 경우에 형벌부과의 정당성이 의문시되기 때문이다.

이러한 점에서 봤을 때, 성인 간의 자발적인 성매매는 건전한 성도덕관에 위배되는 행위이기는 하지만 사회의 기본적 공존질서를 침해하거나 위태롭게 한다고 볼 수는 없다. 그럼에도 전국 안마시술소, 단란주점, 유흥주점 등에서 여전히 음성적으로 성매매가 이어져오고 있는 현실은 성매매처벌법에 따른 처벌만이 적합한 대안이 아니라는 증거일 것이다. 나아가 성매매 목적인 인신매매나 미성년자와의 성매매의 경우는 강하고 분명한 법적 처벌이 수반되고 있지만, 그 외 형태의 성매매에 대한 단속과 처벌은 전시용으로 이루어지는 경우를 제외하고는 제대로 이루어지지 않고 있으므로 '사실상의 비범죄화' 상태라고 볼 수 있다.[265] 그러므로 자발적 성매매는 당벌성과 필벌성 모두 부정될 뿐만 아니라, 이에 대한 국가적 규제도 이미 그 실효성을 상실한 것으로 보인다.[266]

(2) 자발적 성매매 금지의 부당성

한편 성매매가 불건전한 성풍속이라고 하는 점에서 타당하지 않다는 시각이 존재한다. 여러 가지 성관계 유형 가운데 금품을 대가로 하는 경우에만 불건전하다는 이유로 금지의 대상이 되는 것은 편협한 처사라는 것이다.[267] 이러한 견지에서

265) 조국, 앞의 책, 456면.

266) 성매매처벌법 시행 이후에도 여전히 성매매 시장이 음성화되어 존재하고 있으므로 성매매에 대한 형사처벌이 성매매 근절에 기여하지 못한다는 비판에 대하여, 헌법재판소는 현실적인 집행상의 문제라고 판단하면서 이를 규범 자체의 실효성 문제와 직접 결부시킬 수 없다고 한다(헌법재판소 2016. 3. 31. 2013헌가2 결정). 그러나 법규범은 자연히 존재하여 그 자체로 준수되는 것이 아니라 국가에 의한 하나의 제도로서 제도의 이행 또한 그 규범을 평가하는 하나의 요소가 된다고 보아야 한다. 특히 규범의 존치 문제를 평가할 때에는 집행의 실패 역시 중요하게 고려되어야 할 것이다.

267) 김성천, "성매매의 비범죄화", 「중앙법학」 제6권 제4호, 중앙법학회, 2004, 120면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

봤을 때 혼인빙자간음죄와 간통죄가 위헌결정으로 폐지된 오늘날, 금품이나 그 밖의 재산상의 이익을 대가로 한다고 하여 개인의 사생활 중에서도 가장 사적인 영역이라 할 수 있는 성관계 행위를 처벌하는 것은 국가의 과도한 개입이라 생각된다.[268] 개인의 성행위와 같은 사생활의 내밀영역에 속하는 부분에 대하여는 그 권리와 자유의 성질상 국가는 간섭과 규제를 가능하면 최대한으로 자제하여 개인의 자기결정권에 맡겨야 하며, 국가형벌권의 행사는 중대한 법익에 대한 위험이 명백한 경우에 한하여 최후수단으로서 필요최소한의 범위에 그쳐야 하기 때문이다. 따라서 다른 생활영역과는 달리 사생활 특히, 성적 사생활 영역에서 형법적 보호의 필요성과 형벌의 필요성을 판단함에 있어서는 보다 엄격한 기준을 적용해야 하는 것이다.[269] 나아가 우리 헌법상 보장하고 있는 행복추구권은 그의 구체적인 표현으로서 일반적인 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권을 포함하고 있으며, 일반적인 행동자유권은 모든 행위를 할 자유와 하지 않을 자유로서 가치 있는 행동만 그 보호영역으로 하는 것은 아니라고 한다.[270] 그렇다면 성적 자기결정권 역시 일반적 행동자유권이 전제되어 있는 것이므로, 여기에는 성행위의 상대방을 선택하고 성관계를 가질 수 있는 권리만이 아니라 자신의 성을 처분할 수 있는 권리도 포함되며, 성에 대한 처분행위로서 성을 매도 또는 매수하는 거래행위가 포함될 수 있다.[271] 더욱이 성매매 행위의 본질에는 차이가 없음에도 불구하고 특정인에 대한 성판매는 처벌하지 않으면서[272] 불특정인을 상대로 한 성판매만을 처벌의 대상으로 삼는 것은 "여성에 대한 남성우월적 정조관념에 기초한 가부장적·도덕주의적

268) 성매매는 성적 행위와 관련되어 있다는 점에서 성적 영역이긴 하지만, 금품 등 재산상의 이익을 대가로 한 계약 행위라는 점에서 단순히 사생활의 영역으로 볼 수 없다는 견해가 있다. 이에 따르면 경제적 이익의 교환이 이루어지는 거래의 영역은 전통적인 의미에서 개인의 사생활이라는 사적 공간이 아니라 경제영역으로서의 공적 공간에 속한다고 한다. 성매매는 경제적 이익을 대가로 한 성행위이고, 따라서 개인의 내밀한 사적 영역에 속하는 성적 영역에 대한 사생활의 비밀과 자유의 권리가 보장된다고 보는 것은 적절치 않다고 한다(장다혜, 앞의 논문, 9면).

269) 헌법재판소 2009. 11. 26. 2008헌바58, 2009헌바191(병합) 전원재판부 결정.

270) 헌법재판소 2003. 10. 30. 2002헌마518 결정.

271) 장다혜, 위의 논문, 10면.

272) 특정인을 상대로 한 성판매와 불특정인을 상대로 한 성판매를 명확히 구별할 수 있는지도 의문이 든다. 만약 특정인이 일정한 간격을 두고 계속하여 바뀌는 경우에 단지 기간의 문제라고 보아 불특정인을 상대로 한 성판매에 해당되지 않는다고 하기에는 애매한 측면이 있다. 혹은 특정인 여럿과 지속적으로 성매매를 한 경우에는 불특정인을 상대로 한 성판매보다 불법성이 적다고 단정할 수도 없을 것이다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

성 이데올로기"[273]가 투영된 것이라 할 수 있다. 즉 이미 폐지된 혼인빙자간음죄가 다수의 남성과 성관계를 맺는 여성 일체를 '음행의 상습 있는 부녀'로 낙인찍어 보호의 대상에서 제외시킨 것과 같이, 불특정 다수를 상대로 성판매를 한 여성만을 도덕주의적 관점에 기하여 범죄자로 낙인찍고 있는 것과 다름 아니다.

일각에서는 성매매 행위가 그에 종사하는 여성의 인권을 유린하는 것이기 때문에 자발적인 경우라도 금지해야 한다는 주장이 제기되고 있다고 한다. 하지만 성매매가 당사자인 여성의 인권을 유린하는 것이라고 한다면 당사자인 여성은 피해자일 뿐임에도 처벌하고 있는 점에서 의문이 생길 수밖에 없는 것이다.[274] 이와 같은 이유에서 성구매자 일방만 처벌하자는 견해도 있으나, 성매매 행위는 강학상 필요적 공범의 대향범적 성격을 가지고 있으므로 그 중 일방만을 처벌한다는 것은 타당하지 않다.

(3) 성매매피해자 보호제도의 역기능

이러한 비판을 의식하여 성매매처벌법은 제6조에서 성매매피해자에 대한 처벌특례와 보호 규정을 두고 있다.[275] 그러나 동법상 '성매매피해자'는 '강요된 성매매'의 피해자를 의미하므로 자발적 성매매는 포함되지 않기 때문에 처벌대상이 된다. 바로 이 점에서 또 다른 문제가 유발되고 있다. 이 조항이 자발적 성매매의 성판매자로 하여금 처벌을 피하기 위하여 성매매피해자로 둔갑하도록 종용하고 있는 것이다. 또한, 자발적 성판매자가 속칭 '만세'라 일컬어지는 행위를[276] 수단으로 하여 소속된 성매매 업소의 업주를 상대로 돈을 요구하는 등의 협박을 하는 사태가 발생하기도 한다. 이것은 성매매처벌법이 예방하고자 하는 2차 범죄가 그 법으로 인해 유발되고 있는 측면이 존재하며, 순기능보다 심각한 역기능으로서 작용하고 있다는 것은 분명하다.

---

273) 헌법재판소 2009. 11. 26. 2008헌바58, 2009헌바191(병합) 전원재판부 결정.
274) 김성천, "성매매의 비범죄화", 앞의 논문, 120면.
275) 제1항에서 "성매매피해자의 성매매는 처벌하지 아니한다"고 명시하고 있으며, 제2항과 제3항에서는 이와 관련된 실무상의 조치를 규정하고 있다.
276) 자발적 성판매자가 자의에 의하여 성매매 업소 및 업주를 신고하는 행위를 뜻하는 은어이다. 동기는 다양하겠지만 '언니네트워크' 등의 여성단체에서 권유하는 경우도 있고, 심지어는 다른 성매매 업소가 특정 업소의 영업을 방해할 목적으로 그 업소에 소속된 여성을 매수하여 신고하게끔 유도하기도 한다고 한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(4) 자발적 성매매의 비범죄화 검토

밀에 의하면 “어리석은 행동이나 저속하거나 타락한 취향이 어떤 정도를 넘어선다고 해서 그에게 위해를 가하는 것이 정당화될 수는 없다”고 한다. 하지만 이로 인해 그는 혐오의 대상이 될 수 있으며, 극단적인 경우에는 경멸의 대상이 될 수도 있을 것이다. 그러나 어떤 사람이 자신의 이익과는 관련되어 있지만 타인과의 관계에서 타인의 이익에는 영향을 주지 않는 그의 행동으로 인해 어떤 불편을 당해야 한다면, 그것은 타인의 비호적인 판단이 유일하다고 보았다.[277] 그렇다면 자발적 성매매 행위는 건전한 성도덕관을 지지하고 있는 사람에게 혐오 또는 경멸의 대상이 될 수는 있겠으나, 성매매 행위 그 자체가 그 사람의 이익에 영향을 주지는 않으므로 위해를 가하는 것 또한 정당화될 수 없다. 혐오와 경멸의 대상이 된다고 하여 그것이 처벌의 이유가 되지는 않기 때문이다.

도덕의 법적 강제를 인정하는 입장에서는 그러한 행위가 내재적으로 모욕적인 죄악이거나 도착행위라고 판단되기 때문에 정당하게 형사제재를 가할 수 있다고 볼 것이다.[278] 데블린은 모든 성적 부도덕에는 인간의 나약함을 착취하는 면이 있으며, 이러한 점을 특별한 사정으로 여겨 사적인 도덕의 영역으로 정의하고, 그 부도덕 자체에 관여할 수 없다고 하는 것은, 법이 악행을 억압하는 데 고정된 한계를 설정하려고 하는 것으로서 잘못된 일이라고 하였다.[279]

그러나 후견주의 입장에서 본다면 성인 간의 자발적인 성매매는 국가가 개입할 대상행위가 아니다. 성매매 행위 그 자체는 쌍방의 동의하에 이루어지는 것으로서 일방의 생명·신체에 대한 침해라고 할 수 없으며, 그 동의가 자발적인 의사이기 때문이다. 일반적으로 ‘자발적’이라는 것은 모든 관련된 사실과 개연성에 대하여

277) 존 스튜어트 밀/김대성 역, 앞의 책, 176-179면.
278) 오병선, “자유제한의 원리와 도덕의 법적 강제”, 앞의 논문, 8면.
279) 성매매여성은 고객의 욕망을 이용하고, 고객은 성매매여성의 도덕적인 나약함을 이용한다. 인간의 나약함을 이용하는 것을 특별한 사정으로 여긴다면, 실질적으로 도덕의 어떤 영역도 법을 배제하도록 정의될 수 없을 것이다. 나는 그래서, 부도덕에 대항하여 법을 만드는 국가의 권한에 이론적인 한계를 설정하는 것이 불가능하다고 생각한다. …… 악행을 억압하는 것은 반란행위를 억압하는 것만큼이나 법이 해야 할 일이며, 사적인 반란행위의 영역을 정의할 수 없는 것과 마찬가지로 사적인 도덕의 영역을 정의하기란 불가능하다(자세한 내용은 패트릭 데블린/안준홍 역, 앞의 논문, 296-299면).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

충분한 정보를 갖고 있고 어떠한 강압도 없이 이루어진 경우를 의미한다고 한다. 따라서 자발적으로 선택한다는 것은 실제의 사실관계를 모른 채 선택한 것도, 추론상의 과오에 근거하거나 판단을 흐리게 하는 여건 아래에서 선택한 것도, 강제 및 강요에 의한 선택이나 제정신이 아닌 상태 또는 기본적인 인식능력을 결여한 상태에서 선택한 것도 아니라는 것이다.[280] 그러므로 성인 간의 자발적 성매매에 대한 후견주의적인 국가의 개입을 정당화할 수 있는 근거가 없으며, 경우에 따라 강요된 성매매에 대해서는 국가의 개입을 긍정하겠지만, 이는 이미 성매매피해자로서 법이 보호하고 있는 대상이므로 논란의 여지가 없다고 판단된다.

4. 군형법상 추행

가. 군형법상 추행죄 관련 규정

군형법 제92조의6(추행)은 "제1조 제1항부터 제3항까지에[281] 규정된 사람에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다"고 규정하고 있다. 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 적용대상자, 즉 일체의 대한민국 군인은 항문성교 및 성적 만족 행위를 한 경우에는 위 규정에 의하여 처벌받게 된다. 위 규정은 일체의 대한민국 군인에게 적용되는 것일 뿐, 성별이나 시간 및 장소를 한정하고 있지 않다. 또한 강제성의 유무도 불문한다. 따라서 근무시간 외에 영외의 장소에서 합의된 성관계를 한 경우라도 위 규정에 의한 처벌대상이다.

폭행이나 협박이 수반되는 경우에는 제92조의 '강간죄', 제92조의2의 '유사강간죄', 제92조의3의 '강제추행죄'가 적용되며, 심신상실 또는 항거불능 상태를 이용한 간음 및 추행행위는 제92조의4의 '준강간죄' 또는 '준강제추행죄'가 적용된다. 그렇기 때문에 제92조의6의 '추행죄'는 강제성이 있을 것을 요구하고 있지 않다.

구(舊) 군형법은 제92조의5에 "계간(鷄姦)이나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이

280) 오세혁, "해악원리, 법적 도덕주의, 그리고 후견주의", 앞의 논문, 354-355면.

281) 제1조(적용대상자) ① 이 법은 이 법에 규정된 죄를 범한 대한민국 군인에게 적용한다. ② 제1항에서 "군인"이란 현역에 복무하는 장교, 준사관, 부사관 및 병(兵)을 말한다. 다만, 전환복무(轉換服務) 중인 병은 제외한다. ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 대하여는 군인에 준하여 이 법을 적용한다. 1. 군무원. 2. 군적(軍籍)을 가진 군(軍)의 학교의 학생·생도와 사관후보생·부사관후보생 및 「병역법」 제57조에 따른 군적을 가지는 재영(在營) 중인 학생. 3. 소집되어 복무하고 있는 예비역·보충역 및 전시근로역인 군인.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하의 징역에 처한다"고 규정하고 있었으나, '계간'이라는 용어가 동성 간의 성행위를 비하하는 의미를 가지고 있다 하여, 2013년 법률 제11734호로 개정하면서 '항문성교'로 용어를 변경하였다.

군형법 제92조의6 '추행죄'는 군 내부의 건전한 공적생활을 영위하고, 군 조직 전체의 성적건강을 유지하기 위하여 제정된 것으로서, 주된 보호법익은 '개인의 성적 자유'가 아니라 '군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기'라는 사회적 법익이라고 한다.[282] 따라서 '군의 건전한 생활과 군기'라는 보호법익은 성별에 따라 영향을 미치는 것이 아니므로 남자 동성 간, 여자 동성 간, 남녀 이성 간에도 적용대상이 되어야 할 것이지만, 사실상 동 규정에 해당되는 이성 간의 합의된 행위는 전혀 문제가 되지 않으며 형사입건한 경우 역시 없다.

성적 지향을 이유로 한 차별의 금지가 국제인권규범적인 요청임은 주지의 사실이다. 2017년 11월 개최된 제3차 국가별 정례인권검토(Universal Periodic Review) 심의 권고사항 중에서도 이를 지적한 바 있으나, 정부는 군대 내 합의에 의한 동성 간 성관계 처벌 여부와 위헌성에 대하여 사법부의 결정을 따를 예정이라고 하였다. 그러나 하위법률이지만 「국가인권위원회법」 제2조 3호에서 "합리적인 이유 없이 성적 지향을 이유로 한 평등권 침해의 차별행위"를 금지하고 있고, 「부대관리훈령」 제7장에서[283] '동성애자 병사의 복무'와 관련하여 그 기본원칙으로 "병영내 동성애자 병사는 평등하게 취급되어야 하며, 동성애 성향을 지녔다는 이유로 차별받지 아니한다"고 규정하고 있다.[284]

이처럼 국내·외를 불문하고 성지향성을 이유로 한 차별 금지는 가장 기본적인 인권보장의 요청이다. 특히, 국민에게 병역의무를 지우는 징병제를 채택하고 있는 우리나라의 경우 동성애자 병사의 인권을 보호하는 것은 국가의 의무라고 보아야 한다. 동성애자 군인 신상비밀 보장을 위하여 부대관리훈령 제254조 제1항에서

---

282) 대법원 1973. 9. 25. 선고 73도1915 판결; 헌법재판소 2002. 6. 27. 2001헌바70 전원재판부 결정; 헌법재판소 2011. 3. 31. 2008헌가21 결정 등 참조.

283) 제252조(목적) 이 장은 병영내 동성애자 병사의 인권을 보호하고, 동성애자 병사가 다른 병사들과 마찬가지로 군복무를 할 수 있도록 제반 여건을 보장함으로써 군의 전력 향상과 복무수행의 능률 증진을 목적으로 한다.

284) 제253조 제1항에 기본원칙을 두고 있으나, 동조 제2항에서는 "동성애자 병사의 병영내에서 모든 성적행위는 금지한다. 이에 위반한 경우 형사처벌 또는 제4편 제6장에 따른 절차에 따라 징계처분 한다"고 명시하고 있다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

“적극적인 동성애자 식별 활동”을 할 수 없다고 명시하고 있음에도 불구하고, 2017년 4월 이른바 ‘동성애자 군인 색출 사건’이 벌어졌다.

동성애자 군인 색출 사건의 경위는 2017년 초, 동성 군인 간 성관계 맺는 영상이 SNS에 게시되었고, 육군은 게시자를 찾는 수사에 착수했다. 그러나 이것을 이유로 동성애자 군인 색출에 수사망을 넓혀갔다. 군인권센터의 발표에 의하면 전국 육군 부대에서 많게는 50명까지 색출 수사를 벌였으며, 영상과 전혀 관계없는 A대위를 구속하기까지 이르렀다고 한다. 더욱 문제가 되는 것은 게이 데이팅앱을 이용해 함정수사를 하였고, 수사대상자들을 협박·회유했다는 것이다.[285] 근무시간 외에 사적 공간에서 업무상 관련 없는 상대와 합의된 성관계를 가졌던 A대위에게 군형법 제92조의6 ‘추행죄’가 적용되었고, 2017년 5월 24일 육군본부 보통군사법원은 징역 6월에 집행유예 1년을 선고했다. 이에 시민단체가 즉각 규탄의 목소리를 냈으며, 군인권센터는 “군사법원이 동성애자 색출과 불법 수사에 날개를 달아줬다. 동성애란 이유로 국가가 개인의 사생활에 범죄의 낙인을 찍은 것은 10년 넘게 유엔인권이사회 이사국을 역임하고 있는 대한민국의 부끄러운 민낯”이라고 비판하였다.[286]

이처럼 군형법 제92조의6은 동성애를 차별하는 인권침해적인 규정으로서, 동 규정에 대하여 위헌법률심판제청과 헌법소원심판청구가 있었음에도 헌법재판소는 2002년, 2011년, 2016년 세 번에 걸쳐 합헌결정을 내렸다.

나. 판례의 태도

(1) 군형법상 추행죄와 기본권

군형법상 추행죄에 대한 위헌소원이 여러 차례 제기되었음에도 불구하고, 동 규정에 의하여 제한되는 기본권에 대해서는 구체적으로 판단되지 않았다. 다만, 헌법재판소는 동 규정의 대상에 동성 군인간의 자발적 합의에 의한 성적 행위도 포함된다고 해석하고 있으므로, 추측컨대 군형법상 추행죄는 군인의 성적 자기결정권

285) 한국정책신문, http://www.kpinews.co.kr/news/articleView.html?idxno=42699, 최종방문일: 2019. 01. 09.

286) 뉴스1코리아, http://news1.kr/articles/?3002212; 허핑턴포스트코리아, https://www.huffingtonpost.kr/2017/05/24/story_n_16779030.html?utm_id=naver, 최종방문일: 2019. 01. 09.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

및 사생활의 비밀과 자유를 제한한다.

(2) 합헌 의견

군형법상의 추행죄는 예시적 입법형식을 취하는 조항인데, 예시조항인 '계간'이 남성 사이의 항문성교를 의미하고, 동성 간에 폐쇄적으로 단체생활을 하는 군의 특성상 "동성 사이의 비정상적인 성적 교섭행위가 발생할 가능성"이 높으며, 그 주된 보호법익이 '군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기'라는 사회적 법익이므로, 동 규정상의 '그 밖의 추행'은 "동성 군인 사이의 성적 행위에만 적용"된다고 해석하였다. 또한, "다른 법률에 규정된 추행 관련 범죄"의 법정형과 비교하여 동 규정의 법정형이 지나치게 무겁다고 단정하기 어렵다는 점, 단지 동성 군인 사이에 성적 행위가 있었다는 이유만으로 처벌하는 것이 아니라 "군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것만을 처벌"하는 규정이라는 점, 이로 인해 이성 군인과 비교하여 동성 군인이 차별취급을 받게 된다 하더라도 "군의 특수성과 전투력 보존을 위한 제한"이므로 합리적 이유가 인정된다는 점에서 평등원칙 및 과잉금지원칙을 위반하여 군인의 성적 자기결정권, 사생활의 비밀과 자유, 신체의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다.[287]

(3) 위헌 의견

형법과 성폭력처벌법은 강제력에 의하여 성적 자유를 침해하는 '추행'과 강제성을 수반하지 않으면서 선량한 풍속을 침해하는 '음란한 행위'를 엄격히 구별하고 있음에도, 군형법상 추행죄는 강제성 수반 여부에 대해서는 불명확하게 규정하여 "강제성이 없는 자발적 합의에 의한 음란행위와 강제성이 강한 폭행·협박에 의한 추행을 동일한 형벌조항에서 동등하게 처벌하도록 하여 형벌체계상 용인될 수 없는 모순을 초래"하고 있다고 한다. 또한, '그 밖의 추행'이 남성간의 추행만을 대상으로 하는지, 여성간의 추행이나 이성간의 추행도 대상으로 하는지 모호하다는 것이다. 따라서 '그 밖의 추행'의 의미는 "적어도 그 예시조항인 '계간'에 준하는 행위"로 보아야 하며, "동성 군인간 군영 내에서 이루어진 음란한 행위로 한정"되어

287) 헌법재판소 2016. 7. 28. 2012헌바258 결정.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

야 한다고 해석하였다. 그 이유는 '군영 내에서 동성간 집단숙박을 하고 엄격한 상명하복관계에 있어 상관의 지시를 사실상 거역하기 불가능하다는 점'에 있다는 것을 고려한 것이라고 한다. 그러나 동 규정은 "행위의 시간·장소에 관하여도 아무런 규정을 두지 않고 있고, 법원의 판례에 의하여 설시된 보호법익마저 광범위하고 포괄적"이라는 점에서 수범자의 예측가능성을 박탈하고 법 집행기관의 자의적 법해석 가능성을 초래하였으므로, 죄형법정주의의 명확성원칙에 반하여 헌법에 위배된다고 판단하였다.[288]

(3) 대법원 판례

대법원은 군형법상 추행죄를 "군 내부의 건전한 공적생활을 영위하고, 이른바 군대가정의 성적 건강을 유지하기 위하여 제정된 것으로서, 주된 보호법익은 '개인의 성적 자유'가 아니라 '군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기'라는 사회적 법익"이라고 보았다.[289] 그러나 고등군사법원은 군형법상 추행죄가 "군사회의 기강을 문란시키고 나아가 전투력의 약화를 초래하며, 각 개인의 성적 생활의 자유를 침해하는 행위를 벌하기 위하여 둔 법조"라 해석하여 사회적 법익 외에도 개인의 성적 자기결정권을 보호하는 규정으로 판단했다.[290]

대법원에 의하면 군형법상 추행죄에서 말하는 '추행'이란 "계간(항문 성교)에 이르지 아니한 동성애 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것"을 의미한다. 이에 해당하는지 여부에 대해서는 "행위자의 의사, 구체적 행위태양, 행위자들 사이의 관계, 그 행위가 공동생활이나 군기에 미치는 영향과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 할 것"이라고 하였다.[291]

한편, 군형법상의 추행을 민간인에 대하여 한 경우에도 적용되는지 여부와 관련하여 "민간인과의 사적생활관계에서의 변태성 성적만족 행위에는 적용되지 않는

288) 헌법재판소 2016. 7. 28. 2012헌바258 결정문 중 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원, 재판관 조용호의 반대의견.
289) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결.
290) 고등군사법원 2008. 2. 19. 선고 2007노249 판결.
291) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

것으로 해석함이 타당할 것"이라 판단하였는데, 이와 같은 판단의 이유를 "군법 피적용자와 민간인 간에 이루어진 추행행위에도 군법 피적용자에게 본조를 적용할 수 있다면 그 상대방인 민간인의 추행사실이 공개됨으로써 그 명예를 오손하는 부당한 결과를 초래하게 되며 …… 본죄의 입법취지는 원심판결이 판시한 것과 같이 군내부의 건전한 공적생활을 영위하기 위한 이른바 군대가정의 성적건강을 유지하기 위한 것"이기 때문에 이에 해당되지 않는다고 판결했다.[292]

다. 비범죄화 담론

(1) 비범죄화 반대론

군형법 제92조의6 '추행죄'에 대한 합헌 결정을 지지하는 입장은 군의 특성상 엄격한 위계질서와 상명하복관계에 따른 억압에 의하여 추행이 발생할 가능성이 높다는 점, 그로 인한 군기 약화에 의하여 군공동사회가 저해된다는 점, 남자 동성간 항문성교의 보건적 유해성 문제, 사회적 법익 및 공익의 우월성, 형사처벌의 효율성 등을 그 논거로 들면서 위 규정의 정당성을 주장한다.

첫째, 대다수 젊은 남성들로 구성된 군대는 계급에 따른 엄격한 위계질서 속에서 훈련 및 합숙을 하게 되므로, 동성간 성적 행위가 합의의 형식을 취했다 하더라도 사실상 상급자의 억압적 요구에 의한 합의일 가능성이 높다고 한다.[293] 이에 대하여 헌법재판소도 "엄격한 계급구조로 인하여 상급자가 직접적인 폭행이나 위력을 행사하지 않는 경우에도 하급자가 스스로 원하지 아니하는 성적 교섭행위에 연관될 개연성 역시 상대적으로 높다"고 판단한 바 있다.[294]

둘째, 폭행·협박의 수단에 이르지 않았으나 상급자의 억압적인 요구에 의한 성적 행위는 피해를 당하는 하급자에게 성적 수치와 혐오의 감정을 야기한다. 또한 그 피해자가 상급자가 되면 가해자로서 하급자를 추행하는 악순환이 반복되는 경우가 많다는 것이다.[295] 따라서 군형법상의 추행죄를 통하여 폭행·협박이 드러나지 않는 억압적 성범죄를 엄히 처벌하고 건전한 군공동사회의 성적 기강, 즉 군기

292) 대법원 1973. 9. 25. 선고 73도1915 판결.
293) 이상현, "군형법상 항문성교 기타 추행죄 연구", 「법학논총」 제36집, 숭실대학교 법학연구소, 2016, 269면.
294) 헌법재판소 2002. 6. 27. 2001헌바70 전원재판부 결정.
295) 이상현, 위의 논문, 270면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

를 유지하여야 한다.

셋째, 군형법상 추행죄의 구성요건인 항문성교나 그 밖의 추행은 일반인에게 성적 수치와 혐오의 감정을 야기하는 행위이므로 군공동사회에 부정적인 영향을 미친다고 한다. 특히 징병제 및 국민개병제를 취하고 있는 우리나라의 경우에는 징집되는 군인이 동성애를 용인하거나 감수할 의사가 없거나 혐오감 등의 부정적 정서를 가지고 있다하여도 군복무가 불가피하기 때문에, 만약 동성애를 허용한다면 많은 문제를 야기할 수 있다는 것이다.[296]

넷째, 동성간 성행위와 이성간 성행위는 성도덕적·전통윤리적 승인의 차이가 있으므로 형식적 평등 원칙이 적용될 수 없으며, 국방력의 핵심인 군인들에게는 헌법 제37조 제2항의 '국가 안전보장'에 의하여 민간 영역과 다른 수준의 제약이 불가피하다고 한다. 같은 맥락에서 군법 영역은 특별히 한반도의 분단 상황에서 비롯한 국가 안보를 고려하여 보수적 법정책을 선택하여야 한다고 주장한다.[297] 그러므로 차별적 취급이 존재한다고 하더라도 합리적인 이유가 있는 것이며, 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유 등에 대한 공익상의 불가피하고 최소한도의 제한이라고 판단하였다.[298]

다섯째, 남성 동성애의 항문성교는 직장·항문 세포손상, 염증, 성병, 에이즈 감염의 가능성이 큰 것으로 파악되는데, 이는 자손행위(自損行爲)적인 성행위로서 '신체 기능의 완전성'이라는 개인적 법익에 대한 위태화를 야기한다.[299] 따라서 징집된 남성들이 다수를 차지하는 군대에서는 군인들을 유해성 있는 성적 접촉으로부터 보호해야할 필요성이 있다고 한다.

여섯째, 군형법상 추행의 비범죄화 방안으로 징계처분이나 전역 등의 방법이 논의되고 있지만, 군대의 열악한 근무여건과 분단국가로서의 안보현실 등을 고려하면 위와 같은 방법이 효율적인 제재라고 볼 수 없어 부득이 형사처벌할 수밖에 없는 상황을 감안해야 하는 것이라고 한다. 나아가 동성애를 이유로 전역조치를 허용한다거나 병역면제사유로 분류한다면 이를 악용하여 동성애를 가장함으로써 전

296) 정연주, "군형법상 추행죄의 헌법적 문제", 「공법학연구」 제12권 제2호, 한국비교공법학회, 2011, 147면.
297) 이상현, 앞의 논문, 277면.
298) 정연주, 위의 논문, 152면.
299) 이상현, 위의 논문, 275면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

역을 노리거나 군면제를 받고자 하는 병역기피자가 발생할 위험성이 크다고 하였다.[300]

(2) 비범죄화 찬성론

군형법상 추행죄의 비범죄화를 주장하는 입장에서는 동 규정이 성적 지향을 이유로 한 차별적인 제재로서 평등권에 위배되고, 개인의 성적 자기결정권과 사생활의 비밀과 자유를 침해한다고 판단한다. 더욱이 동 규정의 불명확성으로 인해 해석상 동성 군인간의 성적 행위 일체를 금지하게 되어 공익상 필요하고 최소한의 제한의 범위를 현저히 일탈함으로써 심대한 기본권 억압을 가하고 있다고 한다.

첫째, 억압적 요구에 의한 합의는 사실상 강제된 상황으로서, 이는 강제추행의 문제이며, 그중에서도 위력 또는 폭행·협박 등의 강제력 요건에 포함 될 수 있는지가 문제되는 법해석의 문제라고 한다.[301] 이러한 경우 군형법상의 '강제추행죄'에 의율해야 하고, 헌법재판소의 해석론은 동법의 추행죄가 합의에 의한 것인지 여부를 불문하고 있기 때문에, 동 규정에 대하여 "각 개인의 성적 생활의 자유를 침해하는 행위를 벌하기 위하여 둔 법조"라는 고등군사법원의 해석은 타당하지 않은 것으로 볼 수 있다.

둘째, 대법원과 헌법재판소는 군형법상 추행죄의 보호법익을 "군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기"라고 판단하고 있는데, 동성애자의 군복무를 허용하고 있는 국가들에서 기강 및 전투력의 약화가 발생하였다는 연구결과는 아직까지 없다는 것이다. 또한 비강제적 추행으로 처벌된 피고인들은 대부분 범행이 밝혀지기 이전까지는 군생활에 있어 능력을 인정받았으며, 이들로 인해 부대활동에 지장이 있지는 않았다고 한다. 그리고 동 규정은 '군대의 지휘체계 내에서의 부적절한 관계'가 아니라 '성적 행위'를 금지하고 있는 것이므로, 이러한 성적 행위가 있었다고 하여 곧바로 군의 업무나 지휘체계에 해를 입힌다는 결론을 도출할 수는 없다는 것이다. 따라서 '군기' 및 '전투력'을 보존하기 위한 적합한 수단이라고 보기는 어렵다고 한다.[302]

---

300) 정연주, 앞의 논문, 149면.
301) 김명수, "성적 소수자의 법적 차별에 관한 고찰", 「세계헌법연구」 제18권 제1호, 국제헌법학회, 2012, 67면.
302) 김명수, 위의 논문, 68면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

셋째, 헌법재판소는 군형법상 추행죄를 "다른 법률에 규정된 추행 관련 범죄와 비교하여 그 법정형이 지나치게 무겁다고 볼 수 없다"고 판단하였다. 그러나 이는 본질적인 차이점을 간과한 것으로서, 다른 법률에 규정된 추행 관련 범죄는 강제성 또는 공연성 등을 요구하는 반면 동 규정은 이러한 점을 불문하기 때문에 타당하지 않은 판단이라고 한다.[303] 더욱이 개정을 통하여 동 규정의 법정형이 2년 이하의 징역형으로 상향조정되어 구체적인 사안을 고려하여도 선고유예가 불가능하게 된 점에서 침해의 최소성에 위배될 여지가 있다.

넷째, 앞서 본 바와 같이 군형법상 추행죄가 '군공동사회의 건전한 생활과 군기'를 보호하기 위해서라면, 동성간의 성적 행위는 이러한 보호법익을 침해하는 것이고 이성간의 성적 행위는 그렇지 않다고 볼 합리적인 근거가 없다는 것이다.[304] 그렇다면 동 규정이 강제성 수반을 요구하고 있지 않다는 점에서 남녀 군인 간, 남자 군인 간, 여자 군인 간의 합의에 따른 항문성교나 그 밖의 성적 행위가 처벌될 수 있다는 해석이 가능하다. 또한, 장소 및 시간에 대해서도 제한을 두지 않고 있기 때문에 영내·영외를 불문하며, 근무시간 외에 이루어진 성적 행위도 동 규정에 의하여 처벌될 수 있으므로 그 제한이 과도하고 광범위하여 사생활의 비밀과 자유 및 성적 자기결정권의 심대한 침해를 초래하게 된다.

다섯째, 헌법재판소는 군형법상의 추행죄가 "동성 사이의 성적 행위를 한 군인과 이성 사이의 성적 행위를 한 군인을 차별하기 위한 목적에서 규정된 것이 아니"라고 판단하였으나, 사실상 차별적 요소가 되고 있다는 것이다. 혼인 관계를 포함한 남녀 군인 사이의 합의에 따른 항문성교나 그 밖의 성적 행위는 형사입건된 경우가 없을 뿐만 아니라 수사대상조차 되지 않는다고 한다.[305] 반면에 동성 군인 사이의 경우에는 앞서 살펴본 '동성애자 군인 색출 사건'과 같이 근무시간 외에 영외의 장소에서 합의에 따른 성교를 했음에도 실형이 선고된다. 따라서 실질적으로 동 규정이 차별적 요소가 되고 있으므로 평등권을 침해한다고 볼 수 있다.[306]

여섯째, 대법원과 헌법재판소는 군형법상 추행죄를 판단함에 있어서 그 추행의

303) 박찬걸, "군형법상 추행죄의 문제점과 개선방안", 「한양법학」 제22권 제3집, 한양법학회, 2011, 94면.
304) 김명수, 앞의 논문, 78면.
305) 조국, 앞의 책, 200면.
306) 그러나 법조항의 위헌여부는 그 법조문 자체에서 찾는 것이 옳고, 그 해당 법조항의 적용 실태에서 찾을 것은 아니라는 견해도 있다(정연주, 앞의 논문, 151면).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의미를 '변태성 성적 만족 행위' 및 '비정상적인 동성 사이의 성적 교섭행위'라고 표현한다. 또한 동 규정이 '군공동사회의 건전한 생활' 및 '군대가정의 성적 건강'을 보호하기 위한 것이라고 해석하고 있는 점, 개정 전 '계간'이라는 비하적인 용어를 사용했다는 점, 동성간 합의에 의한 성적 행위도 '추행'에 해당된다고 판단하고 있다는 점 등을 고려하면 동성애를 '변태적'이고 '비정상적'이며 '사회유해적'인 행위라고 평가하는 것으로 보인다. 이는 동성애에 대한 과거의 잘못된 편견에서 비롯된 것으로서, 성적 지향에 의한 차별을 인정하는 해석론이라는 것이다.[307] 이러한 군형법상 추행죄는 '호모포비아(Homophobia)'[308]와 '이성애주의'의 산물이라는 지적을 받고 있다.[309]

라. 소결

(1) 군형법상 추행죄의 성지향성 차별적 성격

국방부는 군형법 제92조의6 '추행죄'에 관한 사회적·법적 논란이 계속되자, 2011. 10. 11. 개정 국방부 훈령 제1349호 '부대관리훈령'을 만들었다. 동 훈령 제7장의 '동성애자 병사의 복무'에 따르면 성지향성 설문조사 등을 통한 동성애자 식별활동, 성 경험 등 사생활 관련 질문, 동성애자 입증 취지의 관련자료 등 제출 요구, 아웃팅의[310] 제한, 구타·가혹행위·모욕·욕설·성희롱·성폭력 등 성적 지향을 이유로 동성애자 병사의 인권을 침해하는 일체의 행위를 금지하고 있다. 그러

307) 김명수, 앞의 논문, 76면.

308) 호모포비아(Homophobia)란 그리스어 'Homos(같은)'와 'Sexuality'가 결합하여 동성애를 의미하는 'Homosexuality'와 공포증을 의미하는 Phobos의 합성어이다. 호모포비아는 동성애나 동성애자에게 갖는 부정적인 태도와 감정을 말하며, 경멸, 혐오, 편견 등으로 표출될 수 있다. 그 원인으로는 동성애에 대한 비이성적인 공포나 종교의 교의에 어긋나는 죄악으로 판단하는 경우가 많으며, 정치적·사회적인 이유 등 다양한 측면에서 동성애 혐오적인 인식을 조장하기도 한다. 심지어는 성적 지향을 이유로 동성애자를 향한 폭행·살인 등의 범죄까지 저지르는 극단적 동성애 혐오도 발생하고 있다. 이러한 동성애 혐오는 성소수자들에 대한 인권 문제로까지 귀결되면서 현재 세계 곳곳에서 동성애 혐오 반대 운동이 일어나는 추세이다(한채윤, "동성애와 동성애 혐오 사이에는 무엇이 있는가", 「생명연구」 제30집, 서강대학교 생명문화연구소, 2013, 18면; 살림(팀), "군형법 제92조의6 동성애 처벌조항 폐지를 위한 소고", 「인권법연구」 제1권 제1호, 한국방송통신대학교, 2015, 284면).

309) 조국, 앞의 책, 198면.

310) 부대관리훈령 제255조 제1항 "아웃팅(Outing)"이란 타인에 의해 동성애자인 것으로 밝혀지는 것을 말한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

나 동 훈령은 군형법상 추행죄의 존속을 전제로 하고 있으며, 이는 "병영내 동성애를 적극적으로 조사·색출하지는 않겠지만, 어떠한 경로로건 그 사실이 밝혀지면 처벌하고 징계를 내리겠다"는 의미로 판단된다.[311]

이러한 국방부의 태도는 미국의 "DADT(Don't Ask, Don't Tell)" 법정책을 차용한 것이라고 한다. DADT 정책은 1993년 12월 21일 클린턴 행정부가 채택한 것으로서, 동성애자 군인이라고 하더라도 자신의 성적 지향을 공개적으로 밝히지 않으면 복무할 수 있고 지휘관은 부하의 성적 지향을 물을 수 없다는 정책이다. 이후 DADT 정책의 위헌성에 대한 비판이 계속되자, 오바마 행정부는 2011년 9월 20일자로 동 정책을 폐지하였다.[312]

이처럼 서구 국가에서는 기독교 전통이 강하게 자리 잡고 있음에도 불구하고 평등한 인권신장의 방향으로 진일보한 결단을 내린 반면, 오늘날의 우리나라에서는 사회적인 인식뿐만 아니라 법조계·학계에서조차 동성애에 대한 부정적인 편견이 깊숙이 뿌리내리고 있다.[313] 나아가 국방부 부대관리훈령에서 명시적으로 동성애자 식별 활동을 금지하고 있음에도 버젓이 군대 내 '동성애자 군인 색출 사건'이 벌어졌다. 이 과정에서 A대위가 사적 공간에서 동성 군인과 합의된 성관계를 가졌다는 사실이 밝혀지면서, 군사법원은 군형법상 추행죄에 의하여 A대위에게 실형을

311) 조국, 앞의 책, 191면.

312) 오바마 대통령은 이 정책을 폐지하면서 발표한 성명서에서 다음과 같이 말했다고 한다. "오늘자로 'DADT'로 알려진 차별적 법은 최종적으로 그리고 공식적으로 폐지됩니다. 오늘자로 우리 무장병력은 더 이상 수많은 게이 및 레즈비언 구성원의 특별한 기술과 전투경험을 잃지 않을 것입니다. 그리고 오늘 나는 총사령관으로서 이 차별적 법으로 전역된 사람들이 여러분의 나라가 여러분의 봉사를 높이 평가한다는 점을 알기 바랍니다. …… 나는 작년 12월 DADT 폐지법에 자랑스럽게 서명하였습니다. 왜냐하면 나는 이 폐지법이 우리의 국가안보를 신장시키고 우리의 군사적 준비성을 증가시키고 우리를 미국이라고 정의하는 평등과 공정의 원칙에 우리를 더 가까이 가도록 만들 것임을 알고 있었기 때문입니다." (조국, 위의 책, 196면)

313) 간통죄 헌법소원의 합헌 결정문 중 재판관 한병채, 재판관 이시윤의 반대의견은 "간통죄보다 선량한 풍속을 더 크게 해치고 혐오감이 더 크다고 할 근친상간, 동성간의 성교, 수간 등"이라는 표현을 하였으며, 재판관 김양균의 반대의견에서는 "성문제와 관련해서도 근친상간·수간·변태적 성행위·동성연애·혼음 등도 그 도덕적 비난가능성은 간통에 비하여 덜하다고 할 수 없다"고 판단하였다(헌법재판소 1990. 9. 10. 89헌마82 전원재판부 결정). 한편, 동성애에 대한 비범죄화를 주장하는 견해에서도 "물론 동성애가 사회규범을 일탈하는 비정상적 행태이고, 이성애는 자연적이고도 정상적인 성적 행동양식이라는 것을 부정할 수는 없다."고 하였으며, "동성애가 도덕상 유발적이고 파렴치하다고 해서" 곧바로 당벌적인 행위라고 할 수는 없다고 한다(임웅, 앞의 책, 83면).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

선고하기에 이른 것이다. 수사 과정부터 판결에 이르기까지 성적 지향을 이유로 한 차별적이고 반인권적인 행태인 것이 자명함에도, 국가는 '군의 기강'을 명분 삼아 국민의 가장 기본적인 프라이버시에 속하는 성적 영역을 공개화한 것도 모자라 전과자로 낙인을 찍었다. 하물며 오래 전 사건이 아닌 최근 2017년 대한민국에서 일어난 일이다.

(2) 남성 군인간의 성행위 반대론의 모순

앞서 비범죄화 반대론을 살펴본 바와 같이 동성애, 특히 남성간의 동성애를 혐오하는 대표적인 이유로 에이즈, 성병 등의 보건적 유해성을 제기하고 있지만, 이는 기독교 등의 종교계 및 호모포비아 집단의 전형적인 논리이다. 항문성교의 보건적 유해성에 대한 연구보고서만큼이나 항문성교가 이러한 병의 직접적인 유발 요인이 되지 않는다는 연구보고서가 많다는 것은 주지의 사실이다. 설령 항문성교가 보건적 유해성이 있다고 한다면 이성간의 항문성교 또한 문제가 될 것이다. 그렇다면 항문성교라는 특정한 성적 행위를 국가가 금지하고 이를 위반할 시에 처벌하겠다고 하는 것인데, 이러한 성생활 개입은 극도의 기본권 침해라고 볼 수밖에 없다.

(3) 군형법상 추행의 비범죄화 검토

같은 맥락에서 보건적 유해성이 있는 항문성교는 그 자체로 '자손행위'에 해당하기 때문에, 이를 금지하고 처벌하는 것이 '신체 기능의 완전성'이라는 개인적 법익을 보호한다는 주장은 또 다른 문제에 귀착된다. 이것은 형법의 비범죄화 대상 범주에 포함되는 논의로서, 타인의 법익 침해가 없는 자손행위를 형사처벌한다는 것은 국가 후견주의적인 입장으로 볼 수 있다. 그러나 동성간의 성행위는 동성애라는 성적 지향의 외부적 표출로서 동성애자의 성적 자기결정권의 중요한 내용에 해당하며,[314] 동성애 또한 애정이라는 인간의 기본적인 본성을 토대로 한다. 따라서 이러한 인간의 기본적인 본성을 이유로 형벌권을 발동하는 것은 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하는 일이다. 또한 애정에서 비롯한 성행위가 인지능력의 결여나 오류 등으로 발생하는 것이 아니기 때문에, 후견주의가 제시하고 있는 개입 요건

314) 김명수, 앞의 논문, 83면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

에 부합하지 않으므로 국가적 개입 대상이 될 수 없다.

자유주의는 사적 도덕 영역, 특히 성도덕 영역에 관한 국가의 제한과 형벌권의 발동에 대하여 기본적으로 부정하는 입장이며, 이는 같은 견해를 취한 울펜덴 보고서의 '성인 간의 합의에 따라 사적으로 이루어지는 동성연애의 비범죄화' 권고에서도 확인된다. 따라서 자유주의 견해에 의하면 동성 군인간의 사적 공간에서의 합의된 성관계는 처벌 대상이 아닐 것이다.

법적 도덕주의자인 데블린은 남성 간의 동성애는 범죄이지만, 여성 간의 동성애는 그렇지 않다고 하였다. 규제의 필요성에 따라서 양자에 차이를 둘 수 있다는 입장이다. 이러한 규제의 존속이 단순한 혐오감에 휘둘린 것이라면 잘못된 일이지만, 깊이 느껴지고 억지로 만들어지지 않은 혐오라면 사회의 수인(受忍) 한도에 다다랐다는 좋은 표지이기 때문에 무시될 수 없다고 한다. 그러나 범죄의 중대성 또한 마땅히 고려되어야 하는데 동성애의 경우 다소 가벼운 외설과 불법성이 다 실현된 때를 구별해야 한다고 하였으며, 법이란 최대한이 아니라 최소한에 관여한다는 점을 강조했다.[315] 이 점에서 군형법상의 추행죄가 항문성교나 그 밖의 성적 행위를 일률적으로 처벌하는 것은 타당하지 않으며, 특히 그 판단에 있어서 강제성 및 공연성을 요구하지 않고 시간과 장소에 제약을 두지 않는 헌법재판소의 해석론은 법을 최대한으로 관여시키게 되는 결과를 가져올 수 있다.

개인적 법익 차원에서의 논의를 벗어나, 대법원과 헌법재판소의 해석론인 '군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기'라는 사회적 법익의 보호를 위하여 보수적인 법정책을 고수할 수밖에 없다고 해도, 사적 공간에서의 합의된 성관계가 군기를 약화시켜 전투력을 저해하고 나아가 국가의 안전보장에 위협이 된다는 것은 논리의 비약이다. 오히려 이러한 이유로 동성애자 군인을 처벌함으로써 병력자원을 잃는 것이 전투력 저해에 영향을 미친다고 봄이 현실적일 것이다.

또한 군형법은 그 적용대상자로 현역군인뿐만 아니라 '소집되어 복무하고 있는 예비역·보충역·전시근로역인 군인'도 포함하고 있다. 그렇다면 폐쇄적으로 단체생활을 하는 군복무중이 아닐지라도 일체의 병역의무가 종결되기 전까지는 군형법상 추행죄에 의한 처벌대상자가 될 수 있다는 것이다. 더욱이 동 규정에 대하여 헌법재판소가 강제성 여부, 근무시간 내·외 여부, 장소 및 공연성 여부를 불문한

315) 패트릭 데블린/안준홍 역, 앞의 논문, 284면 및 302-308면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다고 판단했기 때문에, 이러한 점을 종합하여 고려한다면 대한민국 동성애자 남성이 성적 지향을 이유로 심대한 기본권 제한을 받고 있음을 알 수 있다.

국방부는 단순히 동성애를 이유로 한 전역조치나 군복무 면제를 인정하지 않고, 징병제 및 국민개병제에 의한 동성애자 군입대를 사실상 허용하고 있다. 동시에 헌법재판소와 사법부는 장소 및 시간을 불문하고 공연성이 없는 합의된 성적 행위일지라도 동성 군인 사이에서 이루어진 것이라면 그 일체를 처벌하겠다고 한다. 이것은 국가가 국민에게 국방의 의무를 강제하면서, 그 국민의 기본권은 공익을 위하여 한계 없이 제한하여도 무방하다는 의미로 보인다. 이러한 점은 특히 헌법재판소의 판단 내용에서 보다 잘 드러난다. 군형법상 추행죄의 주된 보호법익이 '군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기'라는 사회적 법익임을 이유로 하여, 군인의 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유에 대한 판단은 깊이 있게 다루어지지 않았다. 이는 앞서 살펴본 것처럼 사회적 법익을 보호법익으로 하고 있는 다른 범죄들의 위헌소원에서 판단한 것과는 사뭇 다른 해석 방식을 띠고 있음을 알 수 있다. 군공동체의 특성상 민간사회보다 보수적인 제한의 필요성이 인정된다 할지라도, 이와 같은 헌법재판소의 강경한 태도는 자칫 동성애자 군인의 기본권을 경시하고 있는 것으로 비칠 염려가 있다. 그러나 군인도 국가의 한 국민으로서 민간인과 마찬가지로 우리 헌법이 보장하는 기본권을 향유하는 주체이다. 단지 군인이라는 이유로 모든 시간과 장소에서 사생활의 비밀과 자유가 제한되는 것은 타당하지 않다. 특히 개인의 성생활은 가장 내밀한 사적 영역에 해당함에도 불구하고 군형법상 추행죄는 이러한 고려 없이 강제성이 없는 성행위까지도 처벌이 가능하도록 하고 있다는 점에서 군인의 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 과도하게 침해하고 있는 것이다. 군대의 특수성을 감안하더라도 성적 지향은 개인의 기본적 인권으로서 보호되어야 할뿐만 아니라, 당사자의 합의에 의한 성행위는 직접적으로 군기강에 해악을 끼치는 행동이라고 단정할 수도 없다.[316]

(4) 군형법상 추행죄 개선방안

이처럼 국가 안전보장과 직결되는 군의 특성상 기본권 제한이 불가피한 것이라

316) 도중진, "군형법상 추행죄에 관한 소고", 「형사정책연구」 제26권 제3호, 한국형사정책연구원, 2015, 49면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

고 해도, 헌법 제37조 제2항은 “자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 명시하고 있다. 따라서 그 제한은 입법목적과 보호법익을 달성할 수 있는 필요최소한에 그쳐야한다. 그러므로 ① ‘군공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 보호법익에 직접적인 관련성이 없는 ‘동성 군인 간의 영외에서의 합의된 성관계’에 대해서는 비범죄화 하고, ② ‘동성 군인 간의 영내에서의 합의된 성관계’는 형법의 보충성 측면에서 형사처벌이 아닌 행정적 징계처분을 내려야 한다. 이는 실무상 이성 군인 간의 경우에 단순 징계대상이 되고 있는 점에서 차별 없는 제한을 고려한 것이다. ③ 군형법상의 추행죄를 폐지하고 ‘위계·위력에 의한 추행죄’를 신설함이 바람직하다. 대법원과 헌법재판소, 그리고 비범죄화 반대론은 엄격한 위계질서 및 상명하복관계의 군공동사회에서 ‘합의의 형식을 취하고 있지만 사실상 강제되거나 거절하기가 어려운 억압적 요구에 의한 추행’을 우려하고 있다. 이는 폭행·협박의 수단에 이르지 않은 강제성의 문제이기 때문에 위계·위력에 의한 추행죄를 신설함으로써, 군형법상의 강제추행죄로 의율할 수 없는 군대 내 성범죄 처벌의 공백을 메울 수 있을 것이다. 아울러 차별적 조항인 추행죄를 폐지함으로써 동성애자 군인의 인권을 보장하는 방안이 될 것이라고 판단된다.

5. 낙태

가. 현행법상 낙태죄 관련 규정

낙태죄란 태아를 자연분만기에 앞서서 인위적으로 모체 밖으로 배출하거나 태아를 모체 안에서 살해하는 범죄이다. 그러나 태아의 생명에 위험을 주지 않고 모체의 건강을 위하여 조기출산하게 하는 인공출산은 낙태의 개념에 포함되지 않는다.

낙태죄의 보호법익은 태아의 생명이다. 또한 ① 부녀의 동의 유무에 따라 형의 경중에 차이를 두고 있고,[317] ② 낙태치사상죄를 무겁게 벌하고 있는 점에서[318] 부

317) 동의낙태죄는 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있고, 업무상동의낙태죄는 2년 이하의 징역에 처하도록 하고 있으나, 부동의낙태죄는 3년 이하의 징역에 처하도록 형을 가중하여 규정하고 있다.

318) 동의낙태에 의하여 부녀가 상해에 이른 때에는 3년 이하의 징역, 사망에 이른 때에는 7년 이하의 징역에 처하며, 업무상동의낙태 및 부동의낙태로 인하여 부녀가 상해에 이른 때에는 5년 이하의 징역, 사망에 이른 때에는 10년 이하의 징역에 처하도록 규정하고 있다. 또한 부동의낙태의 주체가 의사·한의사·조산사·약제사·약종상인 경우와 업무상동의낙태의

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

녀의 생명·신체도 부차적인 보호법익이 된다.

낙태죄의 기본적 구성요건은 자기낙태죄(형법 제269조 제1항)이다. 업무상동의낙태죄(동법 제270조 제1항)는 동의낙태죄(동법 제269조 제2항)에 대하여 신분관계로 인해 책임이 가중되는 가중적 구성요건이다. 부동의낙태죄(동법 제270조 제2항)는 자기낙태죄에 대하여 불법이 가중되는 가중적 구성요건이다. 낙태치사상죄(동법 제269조 제3항 및 제270조 제3항)는 위의 죄에 대한 결과적 가중범을 무겁게 벌하고 있다.

한편 모자보건법 제14조에서 의학적·우생학적·윤리적 정당화사유가 있는 경우에 의사는 본인과 배우자(사실상의 혼인관계에 있는 사람을 포함)의 동의를 얻어 인공임신중절수술을 할 수 있도록 규정하고 있다.[319] 동 조항은 낙태죄의 특수한 위법성조각사유라고 할 수 있다.

의학적 정당화사유란 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우(모자보건법 제14조 제1항 제5호)를 말한다. 여기에서 모체의 건강이란 육체적·정신적 건강상태를 의미하며, 건강을 심각하게 해치고 있는 경우뿐만 아니라 해칠 우려가 있는 경우도 포함하고 있으므로 모체의 현재의 건강상태 및 미래의 건강상태도 판단의 대상이 된다. 이 사유의 정당성은 태어나지 아니한 태아를 위하여 모체의 생명이나 건강을 희생하도록 요구할 수 없다는 것을 이유로 한다.

우생학적 정당화사유란 모체 또는 배우자의 우생학적·유전학적 정신장애나 신체질환(동법 제14조 제1항 제1호) 및 전염성 질환(동법 제14조 제1항 제2호)에 의하여 태아가 정신적·육체적 손상을 입은 경우를 말한다. 그러나 이 사유에 대해서는 생명존엄에 위반된다는 비판이 제기되고 있다. 장애아동의 생명권을 경시하

경우에는 7년 이하의 자격정지를 병과한다.

319) ① 의사에 의하여 수술이 행해져야 한다. 그러나 반드시 산부인과 전문의에 한하는 것은 아니다. ② 본인과 배우자의 동의가 있어야 한다(모자보건법 제14조 제1항). 중절수술의 의미를 이해할 수 있는 판단능력 있는 자의 자유로운 의사에 의한 동의일 것을 요한다. 그러나 배우자가 사망·실종·행방불명, 그 밖의 부득이한 사유로 동의를 받을 수 없으면 본인의 동의만으로 족하다(동법 제14조 제2항). 본인 또는 배우자가 심신장애로 의사표시를 할 수 없을 때에는 친권자·후견인 또는 부양의무자의 동의로 갈음할 수 있다(동법 제14조 제3항). ③ 인공임신중절수술은 임신한 날로부터 24주 이내에 하여야 한다(동법 시행령 제15조).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

는 사유로 판단될 여지가 있기 때문이라고 한다.

윤리적 정당화사유란 강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우(동법 제14조 제1항 제3호)와 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신된 경우(동법 제14조 제1항 제4호)를 말한다. 따라서 강제추행죄, 미성년자간음죄, 업무상 위력 등에 의한 간음죄 등에 의하여 임신된 경우에는 여기에 해당할 수 없게 되므로 윤리적 정당화사유의 범위가 지나치게 엄격하다는 지적이 있다.[320]

나. 판례의 태도

형법상 자기낙태죄 조항은 출산을 원하지 않는 여성에게 출산을 강요하는 것이며, 특히 임신 초기의 낙태일 경우 태아의 생명권과 임부의 자기결정권간의 가치형량에서 그 불균형이 너무 심각하다. 이것은 임부의 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권, 사생활의 자유 등 기본권을 침해하여 위헌이다. 이와 같이 자기낙태죄 조항이 위헌이므로, 조산사의 낙태행위를 무조건 금지하고 처벌하는 법률조항 또한 같은 이유로 위헌이다.

또한 자기낙태죄 조항이 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처하도록 규정된 반면에 업무상동의낙태죄의 조항은 2년 이하의 징역에 처하도록 징역형만을 규정하고 있어 과잉처벌에 해당한다.

위와 같은 취지로 형법 제270조 제1항에 대한 위헌소원이 2012년에 제기되었다. 당시 헌법재판소는 4인의 합헌 의견과 4인의 위헌 의견으로 위헌정족수 1인이 부족하여 합헌 결정을 내렸다.[321] 그 후, 산부인과 의사인 헌법소원심판 청구인에 의하여[322] 6년만인 2018년 5월 24일 헌법재판소는 낙태죄의 존폐에 대한 공개 변론을 열었다.

이에 법무부 측은 “생명권과 자기결정권에 대한 사회적 논의가 활발히 이루어지

320) 이재상/장영민/강동범,「형법각론」제10판, 앞의 책, 5/1-10면.
321) 헌법재판소 2012. 8. 23. 2010헌바402 결정.
322) 청구인은 2013년 11월부터 2015년 7월까지 69회에 걸쳐 낙태한 혐의로 재판에 넘겨진 후 1심 재판 과정에서 형법 제269조 제1항·제270조 제1항이 헌법에 위반한다고 주장하며 위헌법률심판제청신청을 했다. 6년 전 이미 헌법재판소에서 합헌 판단을 내린 만큼 법원이 이를 기각하자 2017년 2월 해당 조항들이 위헌인지 확인을 구하는 헌법소원심판을 청구했다(뉴스한국, http://www.newshankuk.com/news/content.asp?fs=1&ss=3&news_idx=201805241158591343 참조, 최종방문일: 2019. 01. 09.).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

고 있지만 헌법상 태아의 생명권에 대한 보호는 당연하고, 형사처벌 폐지는 보호조치를 없애는 것으로서 또 다른 위헌적 사태를 부른다"고 하여 낙태죄 합헌을 주장했다. 반면 청구인 측은 "낙태에 대한 형사처벌은 여성이 임신·출산을 할 것인지 여부와 그 시기 등을 결정할 자유를 제한해 여성의 자기운명결정권을 침해한다"고 하여 낙태죄 위헌을 주장했다. 한편 여성가족부는 "낙태죄는 사실상 사문화된 조항"이라며 "낙태를 불법으로 규정한 현행법은 여성의 생명권과 건강권, 재생산권 등을 심각하게 침해한다"는 취지의 공식 의견서를 헌법재판소에 제출했다.[323]

공개 변론 이후에도 헌법재판소의 공식적인 결정은 내려지지 않고 있다. 여성단체에서 헌법재판소의 조속한 판단을 촉구하고 있으나, 헌법재판소 관계자는 "재판관들 사이에서 합의되기가 쉽지 않다. 반대 입장인 재판관들이 상당수인 것으로 안다"고 전했다. 또한 공개 변론 이후 종교계에서 합헌 결정을 해야 한다는 내용의 탄원서를 헌법재판소에 수 십장 제출하는 등 여론 부담 때문에 결정을 미뤘다는 분석도 나온다. 법조계 관계자는 "이번에 선고되지 않으면 새 재판관이 취임한 뒤 기록을 처음부터 다시 검토해야 하기 때문에 언제 선고될지 가늠할 수 없다"고 한다.[324] 이에 법조계·여성계·종교계를 비롯한 학계와 여론에서도 헌법재판소의 낙태죄 판단에 대한 귀추를 주목하고 있다.

그렇다면 헌법재판소의 선고가 유보되고 있는 현재의 시점에서 이전의 2012년 헌법재판소의 결정을 살펴보는 것은 낙태죄의 존폐에 대해 상호 대립되는 견해의 근거를 파악하는 데 중요한 의미를 가질 것이라 생각된다. 당시에도 합헌 의견과 위헌 의견이 4 대 4로 나뉘어 팽팽한 견해 대립이 있었기 때문이다. 이하에서는 2012년 낙태죄 위헌소원에 대한 헌법재판소의 합헌 의견과 위헌 의견에 관하여 자세히 살펴보고자 한다.

(1) 자기낙태죄와 기본권

헌법 제10조는 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 헌법상의 기본권인 개인의 인격권 및 행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제된다. 이러한

323) chosun.com, http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2018/05/24/2018052403652.html 참조, 최종방문일: 2019. 01. 09.

324) 경향신문, http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201808062152025&code=940301 참조, 최종방문일: 2019. 01. 09.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

자기운명결정권에는 임신과 출산에 대한 결정, 즉 임신과 출산의 과정에 내재하는 특별한 희생을 강요당하지 않을 자유가 포함되어 있다. 따라서 자기낙태죄 조항은 태아의 생명을 보호하기 위한 것으로서, 헌법 제10조에서 도출되는 임부의 자기결정권, 즉 낙태의 자유를 제한하고 있다.

(2) 합헌 의견

자기낙태죄 조항은 태아의 생명을 보호하기 위한 것으로서, "태아가 비록 그 생명의 유지를 모(母)에게 의존"하고 있으나 그 자체로 "별개의 생명체"이며, "특별한 사정이 없는 한 인간으로 성장할 가능성"이 크므로 태아에게도 생명권이 인정된다고 한다. 또한, "인간이면 누구나 신체적 조건이나 발달 상태 등과 관계없이 동등하게 생명 보호의 주체"가 되는 것과 마찬가지로 태아의 독자적 생존능력의 여부를 낙태 허용의 판단 기준으로 삼을 수 없다고 보았다. 만약 낙태를 처벌하지 않거나 형벌보다 가벼운 제재를 가하게 된다면 낙태가 만연하게 될 것이라는 점, 성교육과 피임법의 보편적 상용·임부에 대한 지원 등은 불법적인 낙태를 방지할 효과적인 수단이 되기에는 부족하다는 점, 모자보건법상 불가피한 사정이 있는 경우에는 태아의 생명권을 제한할 수 있도록 하고 있다는 점 등을 종합하여 고려한 결과, 임부의 자기결정권에 대한 과도한 제한이라고 볼 수 없으므로 자기낙태죄 조항은 헌법에 위반되지 않는다고 판단하였다.[325]

(3) 위헌 의견

태아에 대한 국가의 보호의무에는 "출산을 방해하는 요소를 제거하는 것"뿐만 아니라 "여성이 임신 중 또는 출산 후 겪게 되는 어려움을 도와주는 것"까지 포함된다고 한다. 태아의 생명을 보호하기 위해서는 "임부의 신체적·사회적 보호를 포함할 때에야 비로소 실질적인 의미"를 가지기 때문이라는 것이다. 임신과 출산은 기본적으로 모(母)의 책임 하에 대부분이 이루어지므로 원하지 않은 임신 내지 출산이 모(母)와 태아 그리고 우리 사회 전체에 불행한 결과를 초래할 수 있다는 점에서 임신기간 중 일정 시점까지는 임부의 자기결정권을 존중해줄 필요가 있다

325) 헌법재판소 2012. 8. 23. 2010헌바402 결정.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

고 보았다. 또한, 착상 전의 수정란은 어떠한 보호도 행하고 있지 않고, 진통시로부터 태아는 사람으로 취급되는 것과 마찬가지로, 국가는 생명을 보호하는 입법적 조치를 취함에 있어 "인간생명의 발달단계에 따라 그 보호정도나 보호수단을 달리할 수 있다"고 한다. 더욱이 형법상 낙태죄 규정이 현재는 거의 사문화되었다는 점 등을 종합하여 고려해보면 자기낙태죄 조항은 임신 초기의 낙태까지 전면적·일률적으로 금지하고 처벌하고 있다는 점에서 임부의 자기결정권을 침해하여 헌법에 위반된다고 판단하였다.[326]

다. 비범죄화 담론

(1) 비범죄화 반대론

낙태반대론의 근본적인 이유에는 종교적 내지 윤리적 색채가 강하게 투영되어 있다.[327] 우선 기독교적 영향 하의 종교적 주장에 따르면 "인간은 수태 순간부터 태아의 생명일지라도 사람의 생명과 동일하게 인정될 수 있으므로 보호받아야 한다"고 한다. 인간은 하나님의 창조물이므로 인간의 출발점이라고 할 수 있는 태아에 대한 낙태행위는 곧 신의 모독이기 때문에 이를 결코 허용할 수 없다는 것이다.

다음으로 성도덕·성윤리의 가치가 상실된 오늘날 "낙태죄가 폐지된다면 더 수많은 낙태행위가 자행될 것이고, 이는 곧 인간생명의 경시풍조의 근원이 되어 사회윤리의 기본마저 파괴될 것"이라고 한다. 따라서 태아의 생명권이 임부의 인격권과 비교형량 될 수 없는 것이므로 모자보건법상의 낙태 허용사유에 대한 엄격하고 제한적인 해석을 요구한다. 또한 이와 같은 낙태 허용사유가 인정될지라도 12주 이내로 제한되어야 하며, 그 이후에는 임부의 생명에 중대한 영향을 끼칠 수 있는 경우에만 낙태가 인정될 수 있다고 한다.[328]

한편 수정란이 자궁 내에 착상하기 전이라도 낙태죄의 객체로 보아 보호해야 한

326) 헌법재판소 2012. 8. 23. 2010헌바402 결정문 중 재판관 이강국, 재판관 이동흡, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대의견.
327) 이재학, "낙태죄의 비범죄화 논란에 대한 소고", 「법학논고」 제59권, 경북대학교 법학연구원, 2017, 131면.
328) 김학태, "형법에서의 낙태죄와 모성보호", 「외법논집」 제3권, 한국외국어대학교 법학연구소, 1996, 388-390면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다는 견해도 있다. 그 이유는 "수정란의 착상 전후를 불문하고 자신의 몸에서 자라기 시작하는 생명체를 인위적인 방법으로 저지하여 생명을 말살하는 행위라는 점에서 본질이 같다"는 것이다.

이 견해에 따르면 모자보건법상의 낙태 허용사유인 혈족 또는 인척간의 임신이나 강간·준강간에 의한 임신의 경우에도 낙태가 정당화될 수 없다고 한다. 이와 같은 사유와 태아의 생명 그 자체는 별개인 것이기 때문이다. 따라서 혈족 또는 인척간의 임신이라는 반윤리적 행위를 한 사람들에게 또 다시 인간의 존엄성을 무시하면서 고귀한 생명을 유린하는 행위를 허용하는 것은 정당화되기 어렵다고 한다. 또한 강간·준강간에 의한 임신의 경우라도 무조건 낙태를 정당화하기보다는 개별적으로 책임단계에서 논해야 한다고 본다. 즉 이 경우 모든 낙태시술 관여자의 행위를 무조건 정당화하기보다는 관여자의 구체적 입장과 제반상황을 고려하여 개별적으로 형사책임을 묻는 것이 타당할 것이라고 한다.[329]

(2) 비범죄화 찬성론

낙태의 비범죄화 찬성론은 낙태죄 규정이 여성의 자기결정권에 대한 이중적 억압을 가하고 있음을 지적하는 것에서부터 출발한다. 낙태한 여성에 대하여 성행위를 즐겨놓고 결과는 책임지지 않으려 하는 무책임하고 비윤리적인 사람이라는 편협한 시각이 한국사회에서 존재하는 데 반해, 실질적으로 낙태가 만연한 원인은 출산 여건이 마련되지 못해서 감행한 경우가 많았다. 예컨대 미성년자의 임신, 미혼 여성의 임신은 경제적인 여건뿐만 아니라 이들 여성에게 따라붙는 한국사회의 부정적인 인식도 크나큰 원인이 된다. 이들을 보호하는 사회적 안전망과 출산 및 양육 여건에 관한 복지는 턱없이 미흡한 데에 비하여, 준비되지 않은 출산에 필연적으로 수반되는 여성의 희생을 강요하는 사회가 이에 따르지 않은 여성에게 낙태죄란 굴레를 씌워 그에 대한 책임을 온전히 여성에게 전가하는 것이다.

여성 자신과 태아의 미래에 대해 종합적으로 고려하여 결국 낙태를 결정하게 된 경우에는 단지 태아의 생명이 종료하는 것뿐만 아니라 여성 자신의 육체적 건강 또한 중대하게 훼손된다. 더욱이 대부분의 여성들은 심한 죄책감에 의하여 정신적

329) 윤종행, "낙태방지를 위한 입법론", 「법학연구」 제13권 제1호, 연세대학교 법학연구소, 2003, 190-193면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

건강마저 위태로워진다.[330] 한국에서 대다수의 낙태행위가 실제로 처벌되지 않는다고 해도 그것이 범죄라는 사실만으로 이러한 죄책감을 더욱 가중시키고 있다.[331]

낙태죄의 규정은 출산과 양육의 여건이 마련되지 않은 여성에게 미래의 고난을 강제할 뿐만 아니라 설령 불법적인 행위일지라도 낙태를 감행해야하는 여성을 열악한 상황에 놓이게 한다. 낙태죄는 대표적인 암수범죄로서 낙태시술 또한 불법적인 것이기 때문에 위험부담에 따른 과도한 수술비용과 열악한 의료 상황마저도 감내할 수밖에 없다.

모자보건법상 낙태의 허용사유를 규정하고 있지만, 이러한 사유에 해당하는 경우는 극히 예외적인 것으로서 사실상 전면적 금지에 가까워 보인다. 낙태의 대부분이 사회적·경제적 이유로 행해지고 있으나, 모자보건법상 인정되는 정당화사유에는 이러한 경우의 낙태를 포함하지 않기 때문이다. 또한 허용사유에 해당된다 하더라도 배우자의 동의를 그 요건으로 하고 있어 여성 스스로 임신 상태의 종결을 결정할 수 없도록 하여 배우자의 통제 하에 두게 하는 것이다. 만약 여성으로 하여금 그와 같은 낙태를 결정하게 된 원인이 배우자의 책임 회피에 있다고 한다면 이러한 규정은 매우 부당하다고 할 수 있다. 이러한 견지에서 임신이란 결과가 발생하기 위해 남성의 존재가 필수적임에도, 낙태에 관한 남성의 책임을 원칙적으로 면제시키고 있는[332] 현행 낙태죄 관련 규정은 여성을 출산의 수단으로 귀속시키려는 가부장적 사고의 잔재로 보일 수밖에 없다.

라. 소결

(1) 태아의 생명권과 임부의 자기결정권의 불균형으로 인한 문제

낙태의 비범죄화에 대한 담론은 여성의 자기결정권과 재생산권의 존중을 그 토대로 한다. 그렇다고 하여 낙태가 아무런 제한 없이 전면적으로 허용되어야 한다고 주장하는 사람은 없다. 다만 태아의 생명권 존중이라는 지고하고 절대적인 가치 앞에서 철저히 경시되고 있는 여성의 자기결정권을 보다 균형적으로 도모하기

330) 조국, 앞의 책, 75면.
331) 양현아, “여성 낙태권의 필요성과 그 함의”,「한국여성학」제21권 제1호, 한국여성학회, 2005, 32면.
332) 최현정, “낙태죄의 문제점 및 개선방향”,「이화젠더법학」제8권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2016, 239면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

위한 주장이라고 할 수 있다.

태아는 생성중인 인간으로서 생물학적으로 모체 내에 종속되어 그 생명의 유지와 성장을 전적으로 모체에 의존하고 있는 불완전한 생명이다. 나아가 임신의 지속을 거쳐 출산과 양육에 수반되는 부담 및 책임은 대부분 여성의 몫이 된다. 가정에서의 양육에 대한 남성의 수행 비율이 과거에 비하여 높아졌다고 하지만, 일차적인 책임은 여전히 여성에게 있으며, 남성은 부차적으로 이를 '도와준다'는 인식이 보편적이다.

그런데 여성이 오로지 홀로 임신과 출산 및 양육을 전적으로 책임져야 하는 상황에서는 사회적·경제적인 부담이 과도하게 집중될 수밖에 없다. 결국 낙태를 감행하게 되는 요인의 저변에는 생명경시 풍조로 인한 것이 아니라 여성 자신과 출산할 아이에게 놓일 절망적인 상황이 압력으로 작용하게 되는 것이다. 같은 맥락에서 배우자가 있는 여성이라 할지라도 이와 같은 상황은 얼마든지 일어날 수 있다. "예컨대 미성년자의 임신과 낙태, 연인과 헤어진 후 발견한 임신과 낙태, 별거 또는 이혼소송 중 발견한 현 남편의 아이의 낙태, 이혼 후 발견한 전 남편의 아이의 낙태 등을 단지 성도덕 문란, 반윤리적 행위라고 비난하고 처벌하는 것이 옳은 것인지 의문"이라는 지적은 절망적인 상황에 놓인 여성의 불가피한 낙태 현실을 투영하고 있는 것이다.[333]

한편, 저출산 극복 정책 측면에서도 낙태죄를 더욱 엄격하게 적용하고 철저히 집행해야 한다는 견해가 있다.[334] 그러나 저출산은 낙태죄의 위하력으로 해결될 수 있는 현상이 아니다. 저출산 경향은 일차적으로 출산과 양육 여건의 미흡에 있다. 이처럼 여건이 미흡한 상황에서 자녀를 출산하고 양육하는 데 따르는 희생과 책임을 감수하기보다는, 자신의 인생에 대한 자기운명결정권과 행복추구권을 존중하고 선택하는 인식이 보편적으로 높아졌기 때문이다. 이러한 인식의 확산으로 비혼주의, 딩크족[335] 등이 늘어나고 있는 것이다. 그렇다면 저출산 극복을 위해서는 개인

333) 조국, 앞의 책, 72면.

334) 출산을 직접적으로 가로막는 '반출산기본법'인 모자보건법을 그대로 둔 채 '저출산기본법'을 제정한다는 것은 전혀 앞뒤가 맞지 않는 아이러니가 아닐 수 없다. 출산을 장려하는 법률을 시행하겠다면 그것에 걸림돌이 되는 법률은 폐지하든가 아니면 최소한 개정이라도 해야 이치에 맞는 일이다(자세한 내용은 배종대, 「형법각론」 제10전정판, 앞의 책, 23/25면 이하).

335) 딩크족(DINK; Double Income, No Kids)은 1986년경 미국을 중심으로 나타난 새로운 가족

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의 인식 변화가 필요하다. 이러한 변화를 위해서는 출산과 양육 여건 마련에 관한 복지정책을 펼쳐 출산을 장려하는 것이 효과적이며, 낙태죄의 위하력만으로는 저출산 문제 해결에 일조하기란 어려워 보인다. 오히려 이러한 위하력으로 인하여 여성을 불법적 낙태시술에서 비롯되는 열악한 상황에 놓이게 하거나, 무리한 출산을 강제하여 선택하게 함으로써 태어날 아이와 여성 혹은 가정의 미래를 더욱 절망적으로 만든다. 현행 낙태죄 규정은 사회적·경제적인 이유로 출산을 할 수 없는 상황의 여성에게 이와 같은 양자택일의 선택밖에 제시하고 있지 않은 것이다. 따라서 현행 낙태죄에 대한 규정을 일률적으로 개정할 필요성이 있을 것이라 판단된다.

(2) 낙태의 비범죄화 검토

물론 생명권은 국가가 보호해야할 최고의 가치이고, 생성중인 태아의 생명권 역시 존중하고 보호되어야할 가치란 점에서는 이견이 없다. 특히 종교적 도덕관을 기본으로 하고 있는 법적 도덕주의의 입장에서 낙태는 의심의 여지없는 중대한 범죄일 것이다. 그러나 이러한 "종교교리를 그대로 형법으로 연결시키는 것은 정교분리의 원칙에 어긋날"뿐만 아니라 "평균적 시민이 감당할 수 없는 매우 높은 수준의 생명윤리를 형사제재의 위협을 통해 실현하려는 것은 규범적 억압"이라 할 것이므로[336] 법적 도덕주의의 입장은 찬동할 수 없다.

자유주의 입장에서는 낙태죄의 객체인 태아의 법적 보호의 정도에 따라 견해가 달라질 수 있다. 태아의 발달단계에 따른 구분 없이 일률적으로 동일한 정도의 보호법익의 대상이 된다면 낙태행위는 태아의 생명권에 대한 해악으로서 처벌이 인정될 수 있다. 그러나 우리 형법이 모체의 자궁 내에 착상하기 전의 수정란에 대해서는 보호규정을 마련하고 있지 않고, 태아를 진통시로부터 사람으로 보고 있는 점에서 미루어보건대, 태아의 발달단계에 따라 보호의 정도나 법적 효과를 달리할

형태이다. 부부가 결혼한 뒤 맞벌이를 하면서 자식을 두지 않는 경우를 말한다. 무자녀 가정이라고 표현한다면 맞벌이가 아닌 경우까지 포함할 수 있을 것이다. 일부 딩크족들은 불임수술을 하기도 한다. 출산을 원함에도 불구하고 만혼이나 건강 문제에 의한 불임으로 아이 낳기를 포기하는 경우에는 딩크족에 포함되지 않는다(최유정/신아름/최샛별, "한국의 다양한 가족 형태에 대한 사회적 인식", 「가족과 문화」 제27집 제2호, 한국가족학회, 2015, 186면).

336) 조국, 앞의 책, 69면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

수 있는 가능성도 충분하다고 생각된다.

더욱이 우리 헌법재판소에서 "생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상"이 될 수 있음을 판단하고 있다는 점에서,[337] 사회적으로 불가피하게 그 필요성이 요구되고 있는 낙태의 경우에는 태아의 생명권과 임부의 자기결정권간의 균형을 도모하는 방안이 강구되어야 할 것이다.

(3) 낙태 규제의 개선방안

임신 초기에 해당하는 임신 1주에서 12주까지의 시기는 여성의 자기결정권을 존중하여 사유에 제한 없이 낙태를 허용하는 방안을 생각해볼 수 있다. 이는 이 시기의 태아가 고통을 느끼지 못하는 반면 낙태로 인한 합병증 및 모성사망률이 현저히 낮다는 것을 이유로 한다. 다음으로 임신 중기에 해당하는 임신 13주에서 24주까지의 시기는 모자보건법 제14조에 규정된 사유에 의한 경우에만 낙태를 허용하되, 우생학적 사유는 삭제함이 마땅하다고 판단된다. 이는 법이 신체적, 정신적 질환이 있는 사람에 대한 재생산권과 그러한 태아의 생명권에 대하여 제한이 정당화될 수 있음을 명시하고 있는 것으로 해석될 여지가 있기 때문이다. 마지막으로 임신 24주 이후에는 태아가 독자적 생존능력을 갖추었다고 볼 수 있으므로 태아의 생명권을 존중하여 이 시기의 낙태를 금지하되, 임신의 지속이 여성의 생명·신체에 현저한 위해가 되는 예외적인 경우에만 낙태를 허용함이 바람직하다.

다만, 임부의 자기결정권 존중에 있어 낙태를 결정한 경우 필연적으로 태아의 생명이 박탈된다는 점에서 태아의 생명권 보호를 위한 제도적 장치가 요구된다. 즉, 낙태 정당화사유에 해당하면 즉시 낙태수술이 가능한 일차원적 구조보다는 단계적

337) 헌법은 절대적 기본권을 명문으로 인정하고 있지 아니하며, 헌법 제37조 제2항에서는 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있도록 규정하고 있어, 비록 생명이 이념적으로 절대적 가치를 지닌 것이라 하더라도 생명에 대한 법적 평가가 예외적으로 허용될 수 있다고 할 것이므로, 생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수밖에 없다. 나아가 생명권의 경우, 다른 일반적인 기본권 제한의 구조와는 달리, 생명의 일부 박탈이라는 것을 상정할 수 없기 때문에 생명권에 대한 제한은 필연적으로 생명권의 완전한 박탈을 의미하게 되는바, 위와 같이 생명권의 제한이 정당화될 수 있는 예외적인 경우에는 생명권의 박탈이 초래된다 하더라도 곧바로 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라 볼 수는 없다(헌법재판소 2010. 2. 25. 2008헌가23 결정).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

절차를 거치게 하여 임부가 보다 신중한 결정을 할 수 있도록 조력해주는 것이 필요하다. 그 방안으로는 첫째, 의무적 상담절차를 도입한다. 단순히 낙태를 위한 형식적인 상담절차가 아닌 임신의 지속이나 중단에 대한 결정에 실질적으로 조력하는 것이어야 한다. 이러한 조력이 지속가능하고 일관되게 수행되기 위해서는 ① 여성가족부 산하의 '임신갈등상담위원회(가칭)'를 구성하여 동 위원회의 관리·감독을 받는 '임신갈등상담센터(가칭)'를 전국적으로 설립한다. 임신갈등상담센터의 구성원은 법조인, 의료인(산부인과 및 정신과), 사회복지사, 상담사를 기본으로 한다. 동 센터에서는 임신 여부의 진단, 의학적 소견, 낙태수술에 관한 의학적 정보, 낙태수술의 신체적·정신적 부작용 발생 가능성 및 위험성 등의 정보를 제공한다. 이와 같은 정보 제공을 통해 낙태수술에 대한 정확한 이해가 선행되어야만 임부의 신중한 자기결정이 가능하기 때문이다. 이는 임부의 건강권 보호를 위한 일이기도 하다. ② 임부가 임신의 지속을 결정한 경우 갈등이 해소된 것으로 보고 조력을 중단하기보다는 출산과 양육에 대한 복지 정보 제공 및 대리 신청 서비스를 수행한다. 낙태의 주된 원인이 사회적·경제적 사유인 점, 여성에게 있어 임신의 지속보다 상대적으로 출산과 양육에 대한 부담이 크다는 점을 고려하면 반드시 필요한 부분으로 생각된다. ③ 일차적 상담과정에서 법적 문제가 발견된다면 별도로 법조인에 의한 법률상담서비스를 제공한다. 단, 임부의 심리적 안정을 위하여 일차적 상담사는 여성일 것을 요하며, 동 상담사가 전담하여 개괄적인 상담을 수행한다. 이처럼 전반적인 원스톱서비스 구조가 마련되어야 임신의 지속과 중단에 대해 이성적이고 합리적인 결정을 할 수 있다. 낙태 여부를 갈등하는 임부에게는 그 원인에 대한 전문적 분석에 의하여 구체적인 대책방안을 제시하는 것이 무엇보다 큰 도움이 될 것이기 때문에, 결과적으로 저출산 문제에 일조하게 되기도 할 것이다.

둘째, 전국 각지에 낙태수술 전문 병원을 지정하고 반드시 의료차트를 작성하게 하여 이를 통한 국가의 관리·감독이 가능하도록 한다. 현행법상에서는 임부와 의사가 공범 관계가 됨으로서, 낙태수술의 후유증이 발생하더라도 이에 대한 문제제기가 불가능하고, 심지어 의료차트조차 작성하지 않는 경우가 많기 때문이다. 또한, 상담기관과 수술기관이 분리되는 구조를 취하게 되어 "낙태를 원하는 부녀와 경제적 관심을 가진 의사의 담합"을[338] 방지할 수 있게 된다. 이처럼 임부의 진정

338) 김재윤, 「생명의 형법적 보호」, 전남대학교출판부, 2014, 82면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한 자기결정과 태아의 생명을 보호하기 위해서는 낙태를 갈등하는 임부에게 그 갈등을 완화하고 실질적인 조력이 될 수 있는 사회적 여건이 마련되어야 한다. 이러한 여건이 마련되지 않은 상황에서 법적으로만 태아의 생명권 존중 및 저출산 문제의 심각성을 강조하는 것은 현실에 와 닿지 않는 공허한 메아리가 될 뿐이다.

제2절 법률상의 비범죄화 유형

헌법재판소는 자기결정권의 보장을 위한 결단으로 간통죄 폐지 및 양심적 병역거부권을 인정하여 대체복무제도의 도입을 결정한 바 있다. 간통죄는 2015년 헌법재판소의 위헌결정에 의하여 이미 폐지된 범죄로서 정책적 측면에서는 연구의 실익이 없다고 볼 여지가 있지만, 비범죄화 대상 범죄로 간통죄가 오랫동안 논의되어 온 점과 건전한 성풍속을 보호법익으로 하고 있었다는 점에서 다시 한 번 간통죄를 재조명해보는 것은 다른 비범죄화 대상 범죄와의 비교 분석을 위한 과정이 될 수 있을 것으로 생각된다. 특히 간통죄의 보호법익과 유사한 성격의 보호법익을 내용으로 하고 있는 자발적 성매매의 경우 비범죄화 근거를 도출해내는 것에 그 의미를 찾을 수 있다. 또한 헌법상의 의무인 국방의 의무와 헌법상의 권리인 양심의 자유가 충돌되는 양심적 병역거부 문제에 있어서, 개인의 자유를 보장하는 방향으로 논의가 흘렀다는 것은 앞서 제1절에서 살펴본 각 범죄와 관련해서도 중요한 의미를 갖는다. 사회적으로 예민한 사안인 만큼 절대 물러서지 않을 듯하던 기존 규제의 고수 대신 소수자의 자유를 인정하고 양립할 수 있는 균형점을 지향했기 때문이다. 따라서 최근 비범죄화 대상이 된 간통과 양심적 병역거부에 관한 각각의 논의를 살펴보는 것은 형법의 정향성을 제시하는 데에 일조하는 과정이 될 것이라 생각된다.

1. 간통

가. 폐지 전 간통죄 관련 규정

형법은 제241조 제1항에서 간통죄와 제2항에서 친고죄 규정을 두고 있었다.[339]

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

간통죄란 배우자 있는 자가 간통하거나 그와 상간하는 것을 내용으로 하는 범죄이다. 배우자 있는 자와 그 상간자는 필요적 공범으로서 대향범의 성격을 가진다. 여기에서 배우자란 법률상의 배우자를 말한다. 따라서 사실혼 관계에 있는 자는 본죄에 포함되지 않으며, 반면에 법률상 혼인관계에 있는 이상 사실상의 동거 여부는 본죄의 성립에 영향을 미치지 않는다. 다만 외국에서 외국법에 따라 유효하게 성립된 혼인을 한 자는 국내에서의 혼인신고가 없을 때에도 본죄의 배우자에 해당한다. 또한 혼인이 무효인 때에는 배우자 있는 자에 해당하지 않는다. 그러나 혼인취소사유가 존재하는 경우에 혼인이 취소될 때까지는 배우자 있는 자에 포함된다. 한편 상간하는 자에게 배우자가 없어도 본죄는 성립한다. 따라서 상간자에게도 배우자가 있는 때에는 이중간통이 성립 가능하다.[340]

간통죄는 친고죄이므로 배우자의 고소가 있어야 한다. 간통죄의 고소는 혼인이 해소되거나 이혼소송을 제기한 후가 아니면 할 수 없다. 이 경우에 다시 혼인하거나 이혼소송을 취하한 때에는 고소가 취소된 것으로 간주한다. 또한 배우자가 간통을 종용 또는 유서한 때에는 고소할 수 없다. 종용(慫慂)은 간통에 대한 사전 동의이고, 유서(宥恕)는 사후의 승낙을 의미한다.[341] 종용과 유서에 대한 판단은 의사주의에 따른 당사자의 진실한 의사표현을 기준으로 한다. 따라서 혼인 당사자가 더 이상 혼인관계를 지속할 의사가 없고 이혼의사의 합치가 있는 경우에는 비록 법률적으로 혼인관계가 존속하더라도 간통에 대한 사전 동의인 종용에 해당하는 의사표시가 그 합의 속에 포함되어 있는 것으로 보아야 한다. 또한 유서는 배우자의 간통사실에도 불구하고 혼인관계를 지속시키려는 의사가 전제되어 있어야 하므로 단순히 용서를 하겠다는 약속을 빌미로 자백을 유도한 것이나 간통사실을 인지한 후에 동침을 했다는 사실만으로 유서에 해당한다고 볼 수 없다.[342]

간통죄의 보호법익에 대해서는 견해가 대립하고 있다. 다수설에 의하면 간통죄의 보호법익은 건전한 성적 풍속으로서 성도덕이라고 한다. 소수설은 일부일처제로서

339) 형법 제241조 제1항에서는 배우자 있는 자가 간통한 때에는 2년 이하의 징역에 처하며, 그와 상간한 자도 같다는 규정을 두고 있었다. 동조 제2항에서 간통죄는 배우자의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다는 친고죄 규정을 두고 있었으나, 그 단서조항에서 배우자가 간통을 종용 또는 유서한 때에는 고소할 수 없다고 규정하여 고소권을 제한하고 있었다.
340) 이재상, 「형법각론」 제9판, 박영사, 2014, 36/9면.
341) 이재상, 위의 책, 36/14면.
342) 배종대, 「형법각론」 제9전정판, 홍문사, 2015, 125/6면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

혼인이라는 견해와 부부간의 성적 성실의무라는 견해, 그리고 대내적으로는 부부간의 성적 성실의무를 보호하며 대외적으로는 혼인 제도를 보호한다고 보는 견해 등으로 나뉘고 있다.[343]

나. 판례의 태도

간통은 1953년 형법 제정 당시 치열한 논쟁 끝에 범죄화되었고, 네 번의 합헌 결정을 거쳐 다섯 번째 위헌법률심판 제청 끝에 위헌 결정으로 인하여 62년 만에 폐지되었다.[344] 이하에서는 헌법재판소의 간통죄 위헌 결정 내용을 살펴보고자 한다.

(1) 간통죄와 기본권

헌법 제10조는 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있고, 인격권과 행복추구권은 개인의 자기운명결정권을 전제로 한다. 이 자기운명결정권에는 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권이 포함되어 있으므로, 간통죄는 개인의 성적 자기결정권을 제한한다. 또한, 간통죄는 개인의 성생활이라는 내밀한 사적 생활영역에서의 행위를 제한하므로 헌법 제17조가 보장하는 사생활의 비밀과 자유 역시 제한한다.

(2) 위헌 의견

다수의견에 의하면 사회구조 및 결혼과 성에 관한 국민의 의식 변화, 성적 자기결정권을 보다 중요시하는 인식의 확산으로 인하여, 간통행위에 대한 국가형벌권 행사가 적정한지에 대해서는 더 이상 국민의 인식이 일치한다고 보기 어렵다고 한다. 더욱이 현대형법의 추세는 “비도덕적인 행위라 할지라도 본질적으로 개인의 사생활에 속하고 사회에 끼치는 해악이 그다지 크지 않거나 구체적 법익에 대한 명백한 침해가 없는 경우에는 국가권력이 개입해서는 안 된다”는 것이므로, 전세계적으로 간통죄는 폐지되고 있다는 것이다. 또한 간통죄의 보호법익인 “혼인과 가정의 유지”는 “형벌을 통하여 타율적으로 강제될 수 없는 것”일 뿐만 아니라, 간

343) 배종대, 「형법각론」 제9전정판, 앞의 책, 124/2면.
344) 헌법재판소 2015. 2. 26. 2009헌바17·205, 2010헌바194, 2011헌바4, 2012헌바57·255·411, 2013헌바139·161·267·276·342·365, 2014헌바53·464, 2011헌가31, 2014헌가4(병합) 결정.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

통으로 처벌되는 비율이 매우 낮다는 점과 간통행위에 대한 사회적 비난 역시 상당한 수준으로 낮아져 있다는 점에서 간통죄의 행위규제규범 기능 및 예방의 효과도 잃었다고 보았다. 한편, 여성 배우자의 보호는 간통한 배우자를 상대로 한 재판상 이혼 청구·손해배상청구 등 민사상의 제도에 의해 보다 효과적으로 달성될 수 있으므로, 간통행위를 형사처벌하도록 규정한 간통죄 조항은 과잉금지원칙에 위배하여 국민의 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 판단하였다.[345]

(3) 합헌 의견

간통은 "일부일처제에 기초한 혼인이라는 사회적 제도를 훼손하고 가족공동체의 유지·보호에 파괴적인 영향을 미치는 행위"이기 때문에 개인의 성적 자기결정권의 보호영역에 포함되지 않는다고 본다. 이러한 간통죄의 폐지는 우리 사회 전반에서 "성도덕 의식의 하향화" 및 "성도덕의 문란"을 초래하여, "혼인과 가족공동체의 해체"를 촉진하는 결과를 가져올 수 있다는 것이다. 또한, 현행 민법상의 제도나 재판실무에 비추어보면, 간통죄를 폐지할 경우 "가정 내 약자와 어린 자녀들의 인권과 복리가 침해되는 사태가 발생"할 가능성이 높다고 한다. 더욱이 "간통으로 인한 가족공동체의 파괴가 자녀에게 심각한 악영향을 미칠 수 있다"는 점에서도 간통행위에 대한 규제가 필요하다고 보았다. 한편, 부부공동생활이 파탄되어 회복될 수 없을 정도의 상태에 이르러 더 이상 배우자에 대한 성적 성실의무를 부담한다고 볼 수 없는 경우의 간통행위는 사회윤리 내지 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각될 여지가 있으므로 과잉처벌의 문제는 발생하지 않을 수 있다고 한다. 따라서 간통죄 조항은 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다.[346]

---

345) 헌법재판소 2015. 2. 26. 2009헌바17·205, 2010헌바194, 2011헌바4, 2012헌바57·255·411, 2013헌바139·161·267·276·342·365, 2014헌바53·464, 2011헌가31, 2014헌가4(병합) 결정문 중 재판관 박한철, 재판관 이진성, 재판관 김창종, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 위헌의견.

346) 헌법재판소 2015. 2. 26. 2009헌바17·205, 2010헌바194, 2011헌바4, 2012헌바57·255·411, 2013헌바139·161·267·276·342·365, 2014헌바53·464, 2011헌가31, 2014헌가4(병합) 결정문 중 재판관 이정미, 재판관 안창호의 반대의견.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다. 비범죄화 담론

(1) 비범죄화 반대론

간통죄 존치 필요성에 대한 견해는 크게 세 가지로 나누어 볼 수 있다. 첫째는 간통죄 존치로 인해 잠재적 범죄자에게 가해지는 위하력이고, 둘째는 유책배우자의 간통죄 처벌을 통한 응보이며, 셋째는 간통죄를 존치함으로써 가정 내 경제적 약자인 무책배우자를 보호한다는 취지이다.

헌법재판소의 간통죄 위헌결정에서 반대의견에 의하면 간통죄는 "단순한 윤리적·도덕적 차원의 문제를 넘어서 사회질서를 해치고 타인의 권리를 침해하는 것"이라고 해석하고 있다. 간통죄 규정은 형법이 규정하는 "성도덕의 최소한"인데, 간통죄가 폐지된다면 "우리 사회 전반에서 성도덕 의식의 하향화를 가져오고 성도덕의 문란을 초래"할 수 있으며, 이것은 "혼인과 가족공동체의 해체"로 이어진다는 것이다. 따라서 간통죄에 의한 일반예방 차원에서의 위하력이 필요하다고 본다.

다음으로 간통죄의 처벌은 응보적 성격이 강하다고 한다. 그 이유는 간통죄가 무책배우자의 고소를 소추요건으로 하고 있음에서 알 수 있다. 그 고소권은 혼인관계가 법적 절차에 의해 파탄에 이르고 있어야만 인정이 된다. 이 점에서 "간통죄의 처벌은 깨어진 혼인을 원상회복하기 위한 형사정책적 목적을 가진 것이 아니"라고 한다. 이에 따르면 혼인을 깬 간통행위에 대하여 응보적인 성격을 가진 규정이라는 것이다. 그에 대한 응보로서 이미 깨어진 결혼관계를 법적으로 청산하는 의미를 지닌다고 본다.[347]

마지막으로 여성을 보호한다는 측면에서도 간통죄의 필요성을 논하고 있다. 여성이 남성에 비해 경제적인 약자의 위치에 있으며, 특히 가사를 전담하는 가정주부의 경우에는 남성에게 경제적인 의존도가 높을 수밖에 없다. 따라서 약자의 입장에 있는 여성들이 위자료를 받아낼 수 있는 방편의 하나로서 간통죄에서의 고소권 행사 여부를 이용할 수 있다는 것이다.[348] 이와 같은 현상은 이혼 시에 위자료가 유책배우자의 재산 상태를 고려하여 정해지므로 그 금액이 많지 않을 수 있다는 점과 남성이 혼인 중에 형성한 재산을 아내에게 분할해주지 않기 위하여 다른 사람의 명의로 이전해놓는 경우가 있다는 점에서 발생하는 것으로 보인다. 즉 충분

347) 김일수, 「한국형법」 Ⅳ (各論 下), 박영사, 1997, 368면.
348) 임웅, 앞의 책, 79면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한 위자료를 받기 위한 수단으로서 고소권을 이용하여 유책배우자와 협상을 하는 전략을 택한다는 것이다.[349] 이는 우리나라의 가정 내 경제적·사회적 약자인 여성에 대한 보호장치가 제대로 마련되어 있지 않은 현실이 불러온 필요악적인 방편이었음을 일응 수긍하지 않을 수 없다.

(2) 비범죄화 찬성론

간통죄 폐지론의 논거로는 간통죄의 보호법익에 대한 부당성, 간통죄 처벌로 인한 예방적 효과의 미미함, 가정 내 약자 보호를 위한 목적이 악용 수단으로 변질되거나 오히려 약자로 하여금 수인하게 만드는 점 등을 들 수 있다.

첫째, 간통죄의 보호법익은 형법적 개입 대상이 아니라는 것이다. 헌법재판소는 "선량한 성풍속 및 일부일처제에 기초한 혼인제도를 보호하고 부부간 정조의무를 지키게 하기 위한 것"이라고 간통죄의 입법목적을 밝히고 있다. 그러나 혼인의 순결에 대한 기대를 형법이 보호할 수 있다고 믿거나 형벌적 위하로써 강요하는 것은 터무니없는 발상이라고 한다. 부부간의 애정이란 본질적으로 형벌에 의하여 강제될 성질의 것이 아니라는 것이다.[350] 같은 맥락에서 간통죄가 이혼소송의 제기를 그 소추조건으로 하고 있다는 점에서 이러한 입법목적은 모순적으로 생각된다.

그렇다면 둘째, 간통죄 처벌이 응보사상에서 기인한 것임을 쉽게 추측할 수 있는데, 형벌권이 개인의 복수심을 만족시키기 위한 도구로서 작용한다는 점에서 정당화가 될 수 있는지 의문이 생긴다. 여기에서 형벌의 목적에 정당성을 부여할 예방적 관점이 요구될 수밖에 없다. 그러나 사회구조 및 결혼과 성에 관한 인식이 변화되어 가고 있는 오늘날 혼인 외 정교행위를 부도덕하다고 비난할지언정, 형벌에 처할 만큼 사회적으로 유해한 행위라고 여기는 사람은 드물다. 이러한 인식의 보편적 확산으로 일반인에 대한 위하력을 가지기 어렵고, 간통행위가 인간의 본성과 관련된 것이기 때문에 특별예방의 관점에서는 더욱 효과적이지 못하다. 대부분 애정을 기반으로 형성된 감정에서 비롯된 행위이므로 교정·교화가 불가능하기 때문이다. 따라서 예방적 기능이 상실된 채로 응보적 기능만을 수행하는 간통죄의 처벌은 정당성이 없다고 볼 수 있다.

349) 조국, 앞의 책, 144면.
350) 임웅, 앞의 책, 79면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

셋째, 가정 내 사회적·경제적 약자 보호를 위하여 간통죄의 필요성을 논하는 것은 약자의 간통죄 악용을 용인하는 것과 같다고 볼 여지가 있다. 물론 간통행위를 한 유책배우자는 자신의 배우자에게 법적인 책임을 질 필요가 있다. 그러나 이것은 민사적인 문제로서, 형벌권 발동의 유무가 걸린 일이라면 상황이 달라진다. 이 상황에서 무책배우자는 형벌을 무기로 삼아 유책배우자의 우위에 서게 됨으로써 위자료 확보를 손쉽게 이룰 수 있다는 것이다. 그렇지 않고 유책배우자가 형벌에 처하게 된다고 하더라도 복수심에서 기인한 응보는 이루게 된 셈이다. 이러한 상황은 오히려 도덕의 타락을 가져온다. 이는 법이 추구하는 '평등'과 '선량한 도덕'에 역행하는 것이 아닐 수 없다.

한편, 반대로 유책배우자의 간통행위를 수인하게 만드는 상황도 존재한다. 예컨대 상대적으로 이혼한 남성에 비하여 이혼한 여성에 대한 사회적인 시각이 호의적이지 않고, 여성이 경제적으로 자립하기가 어려운 사회구조적 문제 등으로 인해 여성이나 그 가족은 남편의 간통을 묵인하게 되는 경우가 많다고 한다.[351] 이는 간통죄가 가정 내 사회적·경제적 약자를 보호하기 위한 수단이 되지 못한다는 것을 증명한다. 결국 현실적인 상황에서 약자로 하여금 간통죄상의 고소권을 위자료 협상의 수단으로 악용하거나 간통행위를 묵인하는 선택 외에는 달리 약자를 위한 보호적인 기능이 없다는 것을 알 수 있다.

그렇다면 간통죄는 보호법익 및 형벌의 목적상, 그리고 약자의 보호적 기능상으로도 정당화되지 못하고 있는 것이며, 동시에 개인의 성적 자기결정권과 사생활의 비밀과 자유를 제한하고 있는 것이다. 따라서 간통죄는 비범죄화 되는 것이 합당하다. 간통은 분명히 비난되어야 할 행위이지만 그 비난은 형법이 아닌 도덕이 해야 할 몫이다.[352]

라. 소결

(1) 사적 영역에서의 훈육적인 법 개입 비판

간통행위의 형법적 개입에 대한 형법이론상의 부당성에 대해서는 앞서 살펴보았으므로 이하에서는 간통죄의 위헌결정에서 반대의견에 대한 내용 중 "간통으로 인

351) 조국, 앞의 책, 145면.
352) 배종대, 「형법각론」 제9전정판, 앞의 책, 125/8면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한 가족공동체의 파괴가 자녀에게 심각한 악영향을 미칠 수 있다는 점"을 지적한 것에 대하여 미력하게나마 논하고자 한다. 반대의견에서 제기한 여러 비판에 대하여 다수의견에서 상당 부분 논하고 있지만, 그 부분에 대한 의견은 별도로 다루지 않은 것으로 보인다. 반대의견은 청소년의 비행의 원인으로 부모의 이혼이나 별거 등의 결손가정 환경을 들고 있다. 그러나 결손가정이 되는 원인은 다양하다. 이것을 간통죄의 존치 근거로 들기에는 간통에 의한 결손가정을 일반화시킨 경향이 있다. 나아가 청소년이 비행을 하는 원인 또한 다양하다. 그 시기의 청소년이 교우관계에 특히 영향을 받는다는 점을 감안한다면 부 또는 모의 간통행위를 반드시 그 원인으로 귀결시킬 것은 아니다. 그런데 그러한 이유를 들어 간통죄의 필요성을 논하는 것은 개개인의 인생에 대한 행복추구권을 희생하고 가정을 위하여 모범적인 삶을 살 것을 법이 강제하는 것이나 다름없다.

간통죄의 위하력으로 가정 유지를 선택한다고 해도 그러한 가정이 화목을 유지하기 어렵다는 것은 쉽게 추측할 수 있다. 이러한 환경의 가정에서 청소년인 자녀가 느끼게 될 스트레스 또한 무시할 수 없는 부분이다. 오히려 외국에서는 이혼에 대한 부모의 선택을 존중하고, 부모와 자신의 삶을 독자적으로 판단하는 사고방식을 취하는 경우가 많다. 그런데 한국사회에서는 자녀에 대한 부모의 희생이 당연하게 인식되고, 부모에 대한 자녀의 의존적 성향이 지나치게 강한 경향이 있다. 이것은 장차 자녀가 성장하여 성숙한 사고를 형성하는 데에 긍정적인 영향을 미치지 못한다. 그럼에도 불구하고 오늘날의 현대사회에서 전통적인 부모상 또는 가정상을 추구하여 이를 법이 강제하고, 모범적인 가정생활에서의 일탈을 형벌로써 위하하는 것은 법이 개인의 삶을 평가하고 훈육하는 것과 다름없다고 생각된다.

(2) 간통죄 비범죄화 재조명을 통한 성도덕 법적 강제 타당성 검토

법적 도덕주의 입장에서는 혼인제도가 우리 사회 구조의 일부이며, 또한 간통을 비난하는 도덕률의 기초이기 때문에[353] 이를 파탄에 이르게 하는 간통행위가 처벌의 대상이 될 수 있다. 데블린에 의하면 "간통의 도덕성을 개인들이 판단할 수 있게 한다면 혼인제도가 심각하게 위협받을 것이기 때문에, 이런 문제들에 대해서는 공적인 도덕이 있어야 한다"고 하였다. 그러나 성도덕에 반하는 행위에 대해 법적

353) 패트릭 데블린/안준홍 역, 앞의 논문, 294면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

인 규제를 할 경우, 데블린은 “사회가 가증스러운 악으로 간주해야 한다”고 했으며, 스티븐은 “다수의 압도적인 지지가 필요하다”고 보았다. 이와 관련하여 간통죄의 예방적 기능이 상실되었다는 점에서 데블린과 스티븐이 제시한 기준에 미치지 못한다는 것을 알 수 있다. 또한 두 사람 모두 처벌의 근거로 공분의 해소라는 점을 들고 있는데, 간통에 대한 처벌이 개인의 응보를 대신할 수는 있어도 공분의 해소라고 보기에는 어렵다. 그리고 민사적인 해결방안이 열려 있다는 점에서 간통에 대한 처벌이 없다면 그 분한 마음을 해소할 길이 없을 것이라고 보기도 힘들다.[354]

한편, 자유주의 입장에서는 원칙적으로 성도덕에 대한 형법의 개입을 반대한다. 성도덕은 사적 도덕으로서 국가가 강제할 영역이 아니기 때문이다.[355] 그러나 우리나라의 형법은 건전한 성풍속을 보호법익으로 하고 있는 성도덕에 관련된 범죄가 다수이다. 오늘날의 성에 대한 관념이 개방화되고 자유화되고 있는 현실에서 이러한 보호법익은 타당하다고 볼 수 없다. 이러한 사회에서 성을 금기시하는 전통적 성도덕관을 강제하고 있는 법은 규범력 형성이 어렵기 때문이다. 이 경우 오히려 법이 시민의 행위규범 및 판단규범으로서 작용하기보다, 보편화된 현실적 사고방식과 법이 추구하는 행동양식의 괴리만 더욱 커지게 할 뿐이다. 이는 법이 시민의 자유와 권리를 보호하는 수단이라기보다 시민을 억압하는 제도이자 보수적 이념의 산물이라는 인식을 갖게 함으로써 법 자체에 대한 거부적·경시적인 인식을 갖게 한다. 따라서 형벌의 목적에 정당성을 부여하는 여러 근거 중에 적극적 일반예방의 기능은 상실되고, 이로 인해 정당한 형벌에 대한 완전무결성은 손상되는 측면이 있게 되는 것이다. 따라서 완전한 의사결정의 주체가 될 수 없는 미성년자에 관련된 성풍속 범죄는 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」에 규정하되, 형법에서 건전한 성풍속을 법익으로 하여 성인의 성적 자유를 억압하고 성도덕을 강제하는 것은 지양하는 방향으로 나아가는 것이 바람직하다.

이러한 고려의 결과로 “헌법상 사생활의 비밀과 자유가 보호되고 있음에도 불구

354) 최봉철, “간통죄에 대한 헌법재판소 결정의 다수의견 검토”, 「홍익법학」 제8권 제2호, 홍익대학교, 2007, 113면.

355) 하트는 간통에 관하여 문명국가에서는 범법행위가 되지 않는다고 하였다. 또한 대부분의 사람들은 시행되지 않는 형법 때문에 경찰과 검찰이 강력한 권한을 갖게 되는 것을 바라지 않는다고 하였는데, 암수범죄의 성격이 강할 뿐만 아니라 실무적으로 처벌 기능이 현저히 약화된 간통죄의 경우도 해당된다고 볼 수 있다(H. 하트/이영란 역, 앞의 책, 42면).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하고 내밀한 성생활의 영역에 국가가 개입하여 특정한 행위를 규제하는 것은 결국 입법자가 특정한 도덕관을 확인하고 강제하는 것"이라 하여, 2015년 헌법재판소는 간통죄를 폐지하기에 이르렀다. 이는 개인의 사적 영역, 특히 성생활이라는 내밀한 사적 영역에서의 자기결정권을 존중하고 사생활의 비밀과 자유를 보호하기 위하여 최대한 국가의 개입을 제한하는 추세로 변화해가고 있음을 반영한 것으로서 타당한 입장이라 본다.

2. 양심적 병역거부

가. 현행법상 양심적 병역거부 관련 규정

우리나라 헌법 제39조 제1항에서는 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다"라고 명시하여 국민의 의무 중 하나로 병역의무를 규정하고 있다. 이에 따라 병역법은 대한민국 국민의 병역의무에 관하여 규정하고 있으며, 이 법률에 의하여 일정 연령에 다다른 대한민국 국민인 남성은 병역의무를 수행하여야 한다.[356]

그런데 이러한 병역의무를 지고 있는 대한민국 국민인 남성이 종교적 신념 및 양심적 확신을 이유로 입영 후 집총을 거부하거나 입영 자체를 거부하는 경우가 있다. 이 경우에 입영 후 집총을 거부하는 자는 군형법 제44조의 '항명죄'로[357], 입영 자체를 거부하는 자는 병역법 제88조의 '입영기피죄'로[358] 처벌받게 된다.

---

356) 대한민국 국민인 남성은 헌법과 이 법에서 정하는 바에 따라 병역의무를 성실히 수행하여야 한다. 여성은 지원에 의하여 현역 및 예비역으로만 복무할 수 있다(병역법 제3조 제1항). 대한민국 국민인 남성은 18세부터 병역준비역에 편입되며(동법 제8조), 병역의무자는 19세가 되는 해에 병역을 감당할 수 있는지를 판정받기 위하여 지방병무청장이 지정하는 일시(日時)·장소에서 병역판정검사를 받아야 한다. 다만, 군(軍)에서 필요로 하는 인원과 병역자원의 수급(需給) 상황 등을 고려하여 19세가 되는 사람 중 일부를 20세가 되는 해에 병역판정검사를 받게 할 수 있다(동법 제11조 제1항).

357) 상관의 정당한 명령에 반항하거나 복종하지 아니한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다. 1. 적전인 경우: 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역. 2. 전시, 사변 시 또는 계엄지역인 경우: 1년 이상 7년 이하의 징역. 3. 그 밖의 경우: 3년 이하의 징역.

358) 현역입영 또는 소집 통지서(모집에 의한 입영 통지서를 포함한다)를 받은 사람이 정당한 사유 없이 입영일이나 소집일부터 다음 각 호의 기간이 지나도 입영하지 아니하거나 소집에 응하지 아니한 경우에는 3년 이하의 징역에 처한다. …… 1. 현역입영은 3일. 2. 사회복무요원 소집은 3일. 3. 군사교육소집은 3일. 4. 병역동원소집 및 전시근로소집은 2일.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이처럼 종교적 신념이나 양심적 확신을 이유로 집총을 거부하는 자를 '양심적 병역거부자'라 하며, 이들의 병역거부 문제는 헌법상의 국방의 의무와 양심의 자유가 충돌되는 경우로서 이에 대한 논의가 국내뿐만 아니라 국제적으로도 끊임없이 제기되어 왔다.

우리나라는 헌법 제19조에서 "모든 국민은 양심의 자유를 가진다"라고 명시하여 양심의 자유를 국민의 기본권으로 규정하고 있다. 또한 1990. 7. 10. 우리나라에 대하여 발효된 조약 제1007호인 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights; ICCPR)」 제18조 제1항에서 사상·양심·종교의 자유를 선언하고 있다. 동 규약 제18조는 "사람은 사상, 양심 및 종교의 자유를 향유할 권리를 가진다. 이러한 권리는 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유와 또는 다른 사람과 공동으로 공적 또는 사적으로 예배의식, 행사 및 선교에 의하여 그의 종교나 신념을 표명하는 자유를 포함한다(제1항). 어느 누구도 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유를 침해하게 될 강제를 받지 아니한다(제2항). 자신의 종교나 신념을 표명하는 자유는 법률에 규정되고 공공의 안전, 질서, 공중보건, 도덕 또는 타인의 기본적 권리 및 자유를 보호하기 위하여 필요한 경우에만 제한받을 수 있다(제3항)."고 규정한다.

따라서 양심적 병역거부권은 위 조항들로부터 도출되는 기본권이며, 이러한 경우는 병역법 제88조의 '정당한 사유'에 해당한다는 것이 양심적 병역거부를 긍정하는 입장의 견해이다. 나아가 양심적 병역거부자에 대하여 현역입영을 대체할 수 있는 복무규정을 두지 않고 일괄적으로 병역기피에 해당한다고 보아 형벌을 부과하는 현행법이 과잉금지의 원칙 등에 위반된다고 주장한다.

한편 1987년 '46호 결의'를 통해서 최초로 양심적 병역거부권을 인정한 유엔인권이사회에서는 이후 여러 차례 결의를 거치며 양심적 병역거부자에 대한 차별 금지와 양심적 병역거부권의 수용 및 이에 따른 대체복무제 실시 등을 촉구하였다. 최근에는 2017년 11월 개최된 제3차 국가별 정례인권검토(Universal Periodic Review) 심의 권고사항 중에서도 양심적 병역거부권에 대한 사항이 있었다. 이에 우리 정부가 2018년 2월 유엔인권이사회에 제출한 보고서에서는 "양심적 병역 거부의 처벌 여부에 대해 법원과 헌법재판소에서 심리가 진행 중인 바, 정부는 사법

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

기관의 결정에 따라 관련 사안에 대한 입장을 결정할 예정"이라고 밝혔다. 또한 "입영 및 집총거부자에 대한 대체복무제도의 도입은 한반도의 특수한 안보현실, 병역의 형평성 확보 등을 고려할 때 국민적 공감대를 바탕으로 심도 있는 논의를 거쳐 판단하여야 할 사안"이라고 하여 권고사항을 참조하겠다는 입장이다.[359]

위 보고서에서 밝힌 바와 같이 최근 헌법재판소에서는 양심적 병역거부에 관한 결정을 내렸다. 요컨대 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 규정하고 있지 않은 병역종류조항에 대하여 헌법불합치 결정을 하였으나, 개선입법 이행의 시한을 정하여 기간 내에 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 계속 적용을 명하였다. 이는 대법원도 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유의 범위에 양심의 자유가 포함될 여지가 있음을 부정하지 아니한 점, 양심적 병역거부자에 대한 하급심의 무죄 선고가 점차 늘어나는 추세인 점, 국제사회가 규범적인 차원에서 양심적 병역거부를 인정하는 방향으로 변화하고 있는 점 등이 이와 같은 헌법재판소의 진일보한 결정을 내리는 데 영향을 미친 것으로 생각된다.

이하에서는 양심적 병역거부에 관한 헌법재판소 및 대법원의 판례와 유엔인권이사회의 결의사항을 중심으로 국내·외의 양심적 병역거부권의 담론에 대하여 보다 자세히 살펴보고자 한다.

나. 판례의 태도

(1) 양심적 병역거부와 기본권

최근 헌법재판소는 병역법 제88조 제1항 등 위헌소원 등에서 병역종류조항의 헌법불합치 결정과 처벌조항의 합헌 결정을 내린 바 있다.[360] 여기에서 "일반적으로 양심적 병역거부는 병역의무가 인정되는 징병제 국가에서 종교적·윤리적·철학적 또는 이와 유사한 동기로부터 형성된 양심상의 결정을 이유로 병역의무의 이행을 거부하는 행위"를 의미한다고 정의하였다.

---

359) 법무부, http://hr.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do?strNbodCd=noti9013&strWrtNo=63&strAnsNo=A&strFilePath=hum/&strRtnURL=HUM_5080&strOrgGbnCd=110000, 최종방문일: 2019. 01. 09.

360) 헌법재판소 2018. 6. 28. 2011헌바379, 383, 2012헌바15, 32, 86, 129, 181, 182, 193, 227, 228, 250, 271, 281, 282, 283, 287, 324, 2013헌바273, 2015헌바73, 2016헌바360, 2017헌바225(병합); 2012헌가17, 2013헌가5, 23, 27, 2014헌가8, 2015헌가5(병합) 결정.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이처럼 “자신의 종교관·가치관·세계관 등에 따라 일체의 전쟁과 그에 따른 인간의 살상에 반대하는 진지한 내적 확신을 형성하였다면, 그들이 집총 등 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 거부하는 결정은 양심에 반하여 행동할 수 없다는 강력하고 진지한 윤리적 결정이며, 병역의무를 이행해야 한다는 상황은 개인의 윤리적 정체성에 대한 중대한 위기 상황에 해당한다”는 것이다.

병역법 제5조 제1항에서는 병역의 종류를 현역·예비역·보충역·병역준비역·전시근로역의 다섯 가지로 한정하여 열거하고 있는데, 이 병역들은 모두 군사훈련을 받는 것을 전제하고 있다. 이와 같이 병역종류조항에 대체복무제가 마련되지 않은 상황에서 “양심적 병역거부자에게 병역종류조항에 규정된 병역을 부과할 경우 필연적으로 그들의 양심과 충돌을 일으킬 수밖에 없다”는 점을 인정하였다. 따라서 양심상의 결정에 따라 입영을 거부하거나 소집에 불응하는 경우 처벌조항에 의하여 형벌을 부과하는 것은 양심에 반하는 행동을 강요하는 것이라고 한다. 그러므로 “‘양심에 반하는 행동을 강요당하지 아니할 자유’, 즉, ‘부작위에 의한 양심실현의 자유’를 제한”하고 있음을 밝혔다.

한편, 헌법 제20조 제1항은 “모든 국민은 종교의 자유를 가진다”고 규정함으로써 양심의 자유와 별개로 종교의 자유를 보장하고 있다. 양심적 병역거부 행위가 종교적 신앙에 따른 것일 경우에는 종교의 자유도 함께 제한된다고 볼 수 있으나, “종교적 신앙에 의한 행위라도 개인의 주관적·윤리적 판단을 동반하는 것인 한 양심의 자유에 포함시켜 고찰할 수 있다”는 점에서 양심의 자유를 중심으로 기본권 침해 여부를 판단하였다.

또한, 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해한다는 주장과 관련하여 “양심의 자유는 인간의 존엄과 가치와 불가분의 관계에 있는 정신적 기본권이고, 행복추구권은 다른 개별적 기본권이 적용되지 않는 경우에 한하여 보충적으로 적용되는 기본권”이기 때문에 별도로 헌법 제10조의 침해 여부에 대해서는 판단하지 않았다.

(2) 위헌 의견

양심적 병역거부의 문제는 “국가의 존립과 안전을 위한 불가결한 헌법적 가치를 담고 있는 국방의 의무와 개인의 인격과 존엄의 기초가 되는 양심의 자유가 상충

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하게 된다"는 것에 있다. 현행 병역법상의 병역들은 모두 군사훈련을 받는 것을 전제하고 있으므로 양심적 병역거부자에게 이러한 병역을 부과한다면 그들의 양심과 충돌하게 되기 때문이다. 이처럼 헌법적 가치가 서로 충돌하는 경우, "입법자는 기본권을 제한하는 경우에도 입법목적 실현에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 기본권을 최소로 침해하는 수단을 선택해야 한다"고 하였으며, 이러한 대안으로 "대체복무제"가 논의되어 왔음을 밝혔다.

우리나라의 양심적 병역거부자는 연평균 약 600명 내외일 뿐이므로 "병역자원의 감소"를 논할 정도가 아니며, 이들을 처벌한다고 하더라도 병역자원으로 활용하는 것이 아니므로, 장차 대체복무제를 도입하더라도 "국방력에 의미 있는 수준의 영향"을 미친다고 보기는 어렵다는 것이다. 또한, "국가가 관리하는 객관적이고 공정한 사전심사절차" 및 "엄격한 사후관리절차"를 갖춘다면 양심을 빙자한 병역기피자의 증가 문제를 방지할 수 있을 것이며, 대체복무의 난이도 및 기간과 관련하여 현역복무를 회피할 요인을 제거한다면 "대체복무제를 도입하면서도 병역의무의 형평을 유지하는 것"은 가능하다고 보았다. 이처럼 대체복무제를 도입하여 공익 관련 업무에 복무하도록 한다면 교도소에 수용한 경우보다 "넓은 의미의 안보와 공익실현"에 유익한 효과를 거둘 수 있음에도, 대체복무제를 규정하지 않은 병역종류조항으로 인해 양심적 병역거부자들은 "최소 1년 6월 이상의 징역형"과 그에 따른 막대한 사회적·법적 불이익을 감수해왔다. 이에 대하여 2004년 헌법재판소는 입법적으로 "국가안보라는 공익의 실현을 확보하면서도 병역거부자의 양심을 보호할 수 있는 대안" 마련을 권고하였고, 여러 국가기관에서 대체복무제 도입을 검토 및 권고하였으며, 각급 법원에서도 양심적 병역거부에 대해 무죄판결을 선고하는 사례가 증가하고 있는 등, 이러한 사정을 감안할 때 국가는 양심적 병역거부자의 기본권 침해 상황을 제거할 의무가 있다고 한다. 따라서 대체복무제라는 대안이 있음에도 "군사훈련을 수반하는 병역의무만을 규정한 병역종류조항은 과잉금지원칙에 위배하여 양심적 병역거부자의 양심의 자유를 침해한다"고 판단하였다.

다만, "병역종류조항에 대해 단순위헌 결정을 할 경우 병역의 종류와 각 병역의 구체적인 범위에 관한 근거규정이 사라지게 되어 일체의 병역의무를 부과할 수 없게 되므로 용인하기 어려운 법적 공백이 생기게 된다"는 점을 고려하여 헌법불합치 결정을 선고하되, 입법자의 개선입법이 이루어질 때까지 계속적용을 명하였다.

dCollection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

더불어 입법자는 “늦어도 2019. 12. 31.까지는 개선입법을 이행하여야 하고, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 병역종류조항은 2020. 1. 1.부터 효력을 상실한다”고 결정하였다.[361]

(3) 합헌 의견

앞서 살펴본 바와 같이 대체복무제를 규정하고 있지 않은 ‘병역종류조항’에 대해서는 ‘헌법불합치 결정’이 있었으나, 현역입영 또는 소집 통지서를 받은 사람이 정당한 사유 없이 입영일이나 소집일부터 3일이 지나도 입영하지 아니하거나 소집에 응하지 아니한 경우를 처벌하는 ‘처벌조항’에 대해서는 ‘합헌 의견’과 ‘일부 위헌 의견’ 그리고 ‘각하 의견’이 있었다. 그러나 일부 위헌 의견이 처벌조항 중 양심적 병역거부자의 처벌 부분에 한하여 위헌 판단을 하고 있는 점, 각하 의견이 처벌조항에 대한 본안판단을 헌법에 위반되지 않는다고 생각한다는 점에서, 처벌조항 그 자체에 대해서는 합헌 결정이 내려진 것으로 보인다.

먼저 합헌 의견을 살펴보면, ① “병역의무 이행에 따른 부담이 막중하며, 그러한 부담을 회피하기 위해 병역의무자가 각종 불법행위를 저지르는 경우도 있으므로, 형사처벌 이외에는 병역기피행위를 방지할 수 있는 다른 효과적인 수단을 찾기 어렵다.” ② “양심적 병역거부자에 대한 처벌은 대체복무제를 규정하지 아니한 병역종류조항의 입법상 불비와 양심적 병역거부는 처벌조항의 ‘정당한 사유’에 해당하지 않는다는 법원의 해석이 결합되어 발생한 문제일 뿐, 처벌조항 자체에서 비롯된 문제가 아니다.” ③ 향후 “양심적 병역거부자의 양심의 자유를 침해하지 않는 대체복무제가 도입된다면, 양심적 병역거부자들은 더 이상 대체복무의 이행을 거부하지 않을 것”이므로 ④ “처벌조항이 과잉금지원칙을 위반하여 양심적 병역거부자의 양심의 자유를 침해한다고 볼 수는 없다”고 하였다.[362]

반면에 일부 위헌 의견은 “병역종류조항은 처벌조항의 의미를 해석하는 근거가

361) 헌법재판소 2018. 6. 28. 2011헌바379, 383, 2012헌바15, 32, 86, 129, 181, 182, 193, 227, 228, 250, 271, 281, 282, 283, 287, 324, 2013헌바273, 2015헌바73, 2016헌바360, 2017헌바225(병합); 2012헌가17, 2013헌가5, 23, 27, 2014헌가8, 2015헌가5(병합) 결정.

362) 헌법재판소 2018. 6. 28. 2011헌바379, 383, 2012헌바15, 32, 86, 129, 181, 182, 193, 227, 228, 250, 271, 281, 282, 283, 287, 324, 2013헌바273, 2015헌바73, 2016헌바360, 2017헌바225(병합); 2012헌가17, 2013헌가5, 23, 27, 2014헌가8, 2015헌가5(병합) 결정문 중 재판관 강일원, 재판관 서기석의 합헌의견.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

되고, 처벌조항은 병역종류조항의 내용을 전제로 하므로, 병역종류조항의 위헌 여부는 처벌조항의 위헌 여부와 불가분적 관계에 있다. 따라서 병역종류조항에 대하여 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 규정하고 있지 않다는 이유로 헌법불합치 결정을 하는 이상, 처벌조항 중 양심적 병역거부자를 처벌하는 부분에 대하여도 위헌 결정을 하는 것이 자연스러운 결론"이라고 판단하였다.[363]

마지막으로 각하 의견으로는 "처벌조항에 대하여 본안판단을 한다면 헌법에 위반되지 않는다고 생각하지만, 본안판단을 하기에 앞서 청구인들의 처벌조항에 대한 이 사건 심판청구는 법원의 처벌조항에 대한 해석·적용이나 재판결과를 다투는 경우에 해당하여 부적법하고, 제청법원들의 처벌조항에 대한 위헌법률심판제청은 법원의 합헌적 법률해석 권한이나 위헌법률심판제청의 보충성에 비추어 역시 부적법하므로, 모두 각하하는 것이 옳다"는 것이었다.[364]

(4) 대법원 판례

대법원은 입영기피에 대한 처벌조항인 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 양심의 자유에 따른 병역거부행위는 포함되지 않는다고 판시하였다. 또한, '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약' 제18조에 따른 양심적 병역거부권 보장 역시 부정하는 태도를 일관해왔다.[365] 이는 양심적 병역거부 문제 해결을 위하여 대체복무제도 도입에 관한 논의 및 입법의 필요성을 인정하고 있으나, 헌법재판소의 합헌결정과 병역 특례에 대한 사회의 민감성 등을 고려한 해석이라고 생각된다.

대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결은 양심적 병역거부에 관한 법리적 해석을 참조하는 데 중요한 지표가 되었다. 그 판시사항으로는 ① 병역

363) 헌법재판소 2018. 6. 28. 2011헌바379, 383, 2012헌바15, 32, 86, 129, 181, 182, 193, 227, 228, 250, 271, 281, 282, 283, 287, 324, 2013헌바273, 2015헌바73, 2016헌바360, 2017헌바225(병합); 2012헌가17, 2013헌가5, 23, 27, 2014헌가8, 2015헌가5(병합) 결정문 중 재판관 이진성, 재판관 김이수, 재판관 이선애, 재판관 유남석의 일부위헌의견.

364) 헌법재판소 2018. 6. 28. 2011헌바379, 383, 2012헌바15, 32, 86, 129, 181, 182, 193, 227, 228, 250, 271, 281, 282, 283, 287, 324, 2013헌바273, 2015헌바73, 2016헌바360, 2017헌바225(병합); 2012헌가17, 2013헌가5, 23, 27, 2014헌가8, 2015헌가5(병합) 결정문 중 재판관 김창종의 각하의견.

365) 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결; 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도4522 판결; 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007도7941 판결; 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도7981 판결 등 참조.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

법 제88조 제1항의 '정당한 사유'란 "질병 등 병역의무 불이행자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유에 한하는 것"이지만, "이 사건 법률조항의 입법목적을 능가하는 우월한 헌법적 가치"에 따른 권리를 거부 사유로 내세운 경우에는 "예외적으로 그에게 병역의무의 이행을 거부할 정당한 사유가 존재하는 것으로 봄이 상당하다." ② 내심에 머무르는 양심형성의 자유와 양심상 결정의 자유는 절대적 자유이지만, 소극적 부작위에 의한 양심실현의 자유는 "그 제한을 정당화할 헌법적 법익이 존재하는 경우에는 헌법 제37조 제2항에 따라 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유"라고 할 것이다. ③ 헌법상 국방의 의무를 구체화하기 위하여 마련된 이 사건 법률조항에 의한 "병역의무가 제대로 이행되지 않아 국가의 안전보장이 이루어지지 않는다면 국민의 인간으로서의 존엄과 가치도 보장될 수 없음"은 명확한 것이므로, 양심의 자유가 위와 같은 헌법적 법익보다 우월한 가치라고 할 수 없다. ④ "병역의무의 이행을 확보하기 위하여 현역입영을 거부하는 자에 대하여 형벌을 부과할 것인지, 대체복무를 인정할 것인지 여부에 관하여는 입법자에게 광범위한 입법재량이 유보되어 있다고 보아야 하므로" 양심적 병역거부자에 대하여 대체복무 규정을 두지 않고 있다 하더라도 과잉금지 또는 비례의 원칙에 위반된다거나 종교에 의한 차별금지 원칙에 위반된다고 볼 수 없다. ⑤ 양심상의 결정에 반한 적법행위의 기대가능성 여부를 판단하기 위해서는 "행위 당시의 구체적 상황하에 행위자 대신에 사회적 평균인을 두고 이 평균인의 관점에서 그 기대가능성 유무를 판단하여야 할 것"인 바, 행위자로 하여금 그의 양심상의 결정이 적법행위로 나아갈 동기의 형성을 강하게 압박할 것이라고 보이기는 하지만, 실제로 전혀 불가능하다고 할 수는 없다. "법규범은 개인으로 하여금 자기의 양심의 실현이 헌법에 합치하는 법률에 반하는 매우 드문 경우에는 뒤로 물러나야 한다는 것을 원칙적으로 요구하기 때문이다."

한편, 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007도7941 판결은 '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약' 제18조를 양심적 병역거부권을 보장하는 조항으로서 인정하지 않았다. 그 이유는 ① "제18조는 물론, 규약의 다른 어느 조문에서도 양심적 병역거부권을 기본적 인권의 하나로 명시하고 있지 않으며", 양심적 병역거부권을 포함시키자는 논의에 관해 규약의 제정에 관여한 국가들의 의사는 부정적이었다. ② "규약은 가입국으로 하여금 양심적 병역거부를 반드시 인정할 것을 요구하고 있지 않

dCollection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다.” ③ “규약 제18조 제1항의 양심 표명의 자유의 일환으로 양심적 병역거부를 인정한다 하더라도 대체복무제도를 두지 아니한 것 그 자체가 규약 위반으로 평가될 수는 없고,” ④ “해당 가입국의 역사와 안보환경, 사회적 계층 구조, 정치적, 문화적, 종교적 또는 철학적 가치 등 국가별로 상이하고도 다양한 여러 요소에 기반한 정책적 선택이 존중”되어야 할 것이기 때문에 가입국의 입법자에게 광범위한 재량이 부여되어야 한다. ⑤ 따라서 “남북한 사이에 평화공존관계가 정착되고, 우리 사회에 양심적 병역거부자에 대한 이해와 관용이 자리잡음으로써 그들에게 대체복무를 허용하더라도 병역의무의 이행에 있어서 부담의 평등이 실현되며 사회통합이 저해되지 않는다는 사회공동체 구성원의 공감대가 형성되지 아니한 현재로서는, 대체복무제를 도입하기는 어렵다고 본 입법자의 판단이 현저히 불합리하다거나 명백히 잘못되었다고 볼 수는 없다.” ⑥ 그러나 “장차 여건의 변화로 말미암아 양심의 자유 침해 정도와 형벌 사이의 비례관계를 인정할 수 없음이 명백한 경우에 조약 합치적 해석 혹은 양심우호적 법적용을 통하여 병역법 제88조 제1항 소정의 ‘정당한 사유’에 해당한다고 보아 적용을 배제할 여지가 전혀 없다고는 단정할 수 없겠다”고 하여, 양심적 병역거부권의 정당화 여지를 남겨두었다.

이에 결국 대법원 전원합의체는 14년 만에 기존의 견해를 변경하게 되었다. 양심적 병역거부가 병역법 제88조 제1항 소정의 ‘정당한 사유’에 해당한다는 취지의 판결을 내린 것이다. 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결의 판단 요지는 이러하다. ① 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유는 구성요건해당성을 조각하는 사유로서, 구체적인 사안에서 법관이 개별적으로 판단해야 하는 불확정개념이다. 이는 실정법의 엄격한 적용으로 생길 수 있는 불합리한 결과를 막고 구체적타당성을 실현하기 위한 것이다. 이러한 정당한 사유의 해당 여부를 판단할 때에는 병역법의 목적과 기능, 병역의무의 이행이 헌법을 비롯한 전체 법질서에서 가지는 위치, 사회적 현실과 시대적 상황의 변화 등은 물론 피고인이 처한 구체적이고 개별적인 사정도 고려할 수 있다. 그런데 병역법은 국민의 다양한 사정들을 고려하여 병역 의무의 부과 여부와 그 종류·내용 또는 면제 등을 결정하고 있다. 따라서 병역의무자가 처한 구체적이고 개별적인 사정이 그로 하여금 병역의 이행을 감당하지 못하도록 한다면 정당한 사유에 해당할 수 있다. ② 헌법상 보장하고 있는 양심의 자유는 내면에서 양심을 형성하고 그 양심에 따라 결정을 하는 내심

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의 자유뿐만 아니라, 그와 같이 형성된 양심에 따른 결정을 외부로 표현하고 실현할 수 있는 자유도 포함된다. 다만, 양심을 외부로 실현할 수 있는 자유는 그 양심의 실현 과정에서 타인의 권리나 법질서와 충돌할 수 있으므로 헌법 제37조 제2항에 따라 일정한 제한이 필요하다고 할 것이다. 그러나 양심적 병역거부는 개인이 스스로 자신의 양심을 적극적으로 표출한 것이 아니라, 국가가 그 사람의 양심에 반하는 작위의무를 부과한 것에 대하여 단지 소극적으로 응하지 않은 경우이다. 이러한 소극적 양심실현에 대하여 국가가 형사처벌 등 제재를 가함으로써 의무이행을 강제하는 것은 기본권에 과도한 제한이 되거나 기본권의 본질적 내용에 대한 위협이 될 수 있다. 그 이유는 형사처벌 등 제재를 감수하지 않는 이상 내면적 양심을 포기하거나 자신의 인격적 존재가치를 파멸시켜야 하는 상황이 될 수 있기 때문이다. ③ 자유민주주의는 다수결의 원칙에 따라 운영되지만 소수자에 대한 관용과 포용을 인정해야만 그 정당성을 확보할 수 있다. 따라서 진정한 양심에 따른 병역거부라면 그러한 양심적 병역거부는 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유에 해당한다. 이와 달리 판단한 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결, 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007도7941 판결 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위에서 모두 변경하기로 한다. ④ 정당한 사유에 해당하는 절박하고 구체적인 양심은 그 신념이 깊고, 확고하며, 진실하여야 한다. 여기에서 신념이 깊다는 것은 그의 모든 생각과 행동에 영향을 미친다는 것을 뜻하며, 삶의 일부가 아닌 전부가 그 신념의 영향력 아래 있어야 한다. 또한 신념이 확고하다는 것은 그것이 유동적이거나 가변적이지 않다는 것을 뜻한다. 반드시 고정불변이어야 하는 것은 아니지만, 분명한 실체를 가진 것으로서 좀처럼 쉽게 바뀌지 않는 것이어야 한다. 마지막으로 신념이 진실하다는 것은 거짓이 없고, 상황에 따라 타협적이거나 전략적이지 않다는 것을 뜻한다. 따라서 그 신념과 관련한 문제에서 상황에 따라 다른 행동을 한다면 그러한 신념은 진실하다고 보기 어렵다. ⑤ 이와 같은 진정한 양심의 인정 여부를 심사함에 있어서, 인간의 내면에 있는 양심을 직접 객관적으로 증명할 수는 없으므로 사물의 성질상 양심과 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법으로 판단하여야 한다. 그러한 과정에서 피고인의 가정환경, 성장과정, 학교생활, 사회경험 등 전반적인 삶의 모습도 아울러 살펴볼 필요가 있다. ⑥ 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유에 대한 양심적 병역거부 인정 여부는 대체복무제

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

의 존부와 논리필연적인 관계에 있지 않다. 현재 대체복무제가 마련되어 있지 않다거나 향후 도입될 가능성이 있더라도 병역법 제88조 제1항 위반으로 기소된 피고인에게 정당한 사유가 인정된다면 처벌할 수 없다고 보는 것이 타당하다.

그러나 기존의 법리를 유지하는 관점에서 양심적 병역거부는 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 해당하지 않는다는 4인의 반대의견도 있었다. 즉 병역법의 입법취지와 목적, 체계, 병역의무의 감당능력에 관련된 규정들의 성격에 비추어보면 '정당화 사유'란 당사자의 질병이나 재난의 발생 등 일반적이고 객관적인 사정에 한정되는 것이므로, 개인적인 신념이나 가치관, 세계관 등과 같은 주관적 사정은 이에 해당할 수 없다는 것이다. 더욱이 병역거부와 관련된 진정한 양심의 존재 여부를 심사하는 것은 불가능하다고 판단하였으며, 다수의견이 제시하는 사정들은 형사소송법이 추구하는 실체적 진실 발견에 부합하도록 충분하고 완전한 기준이 될 수 없다고 한다. 이러한 다수의견의 견해는 병역의무의 형평성에 대한 국민의 기대에서 크게 벗어나는 것으로서, 갈등과 혼란을 초래할 것이라는 우려를 금할 수 없다는 입장이다.

한편, 국가의 존립과 안전의 유지는 국민의 기본권 실현과 보호를 위한 전제 조건이므로, 국방의 의무는 개인의 양심의 자유보다 더 우선되는 의무라고 보는 1인의 별개의견이 있었다. 이 견해에 따르면 현실적으로 양심적 병역거부자들을 병력자원으로 활용할 가능성이 없고, 그 수 또한 우리나라의 병력 규모에 영향을 미칠 정도가 아니기 때문에 대체복무를 허용한다고 하여 국가의 안전보장이 우려되는 상황을 초래할 것이라고 보기 어렵다고 한다. 다만, 대체복무의 허용은 국가의 안전보장에 우려가 없는 상황을 전제로 하는 것이며, 향후 국가안전보장에 지장이 생기게 된다면 다시 그들을 현역병 입영대상자 등으로 하는 병역처분을 하는 것도 허용할 수 있다고 보았다.

다. 비범죄화 담론

(1) 비범죄화 반대론

양심적 병역거부권을 인정하여 대체복무제도의 도입을 반대하는 입장은 국방력의 저하, 병역의무의 형평성 저해 등을 근거로 든다. 이는 대체복무제를 규정하고

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

있지 않은 병역법상 병역종류조항에 헌법불합치 결정을 내린 다수의견을 비판하는 소수의견에서 그 내용을 자세히 언급하고 있다.[366]

첫째, 연평균 약 600명에 달하는 양심적 병역거부자들의 인원수는 전체적인 병력 규모에 중대한 영향을 미치지 않을 수준이지만, 대체복무제의 도입으로 인하여 장래에는 그 수가 급격히 늘어날 것이라고 한다. 우리나라는 양심적 병역거부자의 대부분이 '여호와의 증인'이라는 특정 종교의 신도인 경우가 많은데, 병역의무를 면제받기 위하여 이와 같은 특정 종교로 개종하는 현상이 발생하게 될 수 있다는 것이다. 나아가 대부분의 종교가 내포하고 있는 생명존중의 사상을 이유로 하거나 종교와 관계가 없는 경우에도 자신의 가치관과 세계관을 이유로 하여 병역거부를 정당화하고자 하는 현상이 발생하게 된다면, 지금까지와는 달리 양심적 병역거부자의 수가 대폭 증가하여 병역자원의 중대한 손실을 초래할 수 있다고 한다.

둘째, 양심에 대한 심사의 곤란성이다. 헌법이 보호하는 양심은 그 주체의 주관적인 관점에서 판단될 수밖에 없는데, 이는 반드시 종교적인 신념에 기초할 것을 요하지 않으며 윤리적·철학적 또는 이와 유사한 동기로부터 형성된 양심도 보호의 대상이 된다. 따라서 비종교적 양심을 빙자한 병역기피자를 심사단계에서 가려내는 것은 지극히 개인적·주관적인 양심의 형성과정을 추적해야 하는 것이므로 쉽지 않은 일이라고 한다. 이 경우 판단 자료가 부족하다거나 그 판단이 쉽지 않다는 이유로 또는 양심의 형성이 상당기간에 걸쳐 형성된 것이 아니라는 이유로 양심적 병역거부를 인정하지 않게 된다면, 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 도입한 의미가 없어지며, 실질적으로는 특정 종교의 신도만을 보호하는 방편으로 전락하게 될 수 있다는 것이다.

셋째, 병역의무의 형평성을 위해 현역복무보다 복무 기간 및 강도 등을 길고 무겁게 정한 대체복무제는 또 다른 논란을 불러올 수 있다고 한다. 먼저, 대체복무가 너무 무겁거나 어렵다면 그 자체로 징벌적인 성격을 갖게 되어 형평에 어긋날 수가 있다. 또한, 생명과 신체에 대한 위험 속에서 이행하는 병역의무와 등가성이 확보된 대체복무를 설정하는 것은 매우 까다로운 일이다. 뿐만 아니라, 양심적 병역

366) 헌법재판소 2018. 6. 28. 2011헌바379, 383, 2012헌바15, 32, 86, 129, 181, 182, 193, 227, 228, 250, 271, 281, 282, 283, 287, 324, 2013헌바273, 2015헌바73, 2016헌바360, 2017헌바225(병합); 2012헌가17, 2013헌가5, 23, 27, 2014헌가8, 2015헌가5(병합) 결정문 중 재판관 안창호, 재판관 조용호의 병역종류조항에 대한 반대의견.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

거부자의 대부분을 차지하는 '여호와의 증인' 신도들은 군사훈련 및 군사업무지원을 거부하고, 군과 관련된 조직의 지휘를 받거나 감독을 받는 민간영역에서의 복무도 거부하고 있다. 이러한 기준을 충족하면서 병역의무의 형평성을 확보하는 대체복무를 설정하는 것이 가능한 것인지 의문이라고 한다.

넷째, 국가공동체가 양심적 병역거부에 대해 합법성과 정당성을 부여할지 여부, 대체복무제 도입이 국가안보 등에 미치는 영향, 대체복무의 구체적인 내용 등 핵심적 사항에 관하여 아직 국민적 합의가 이루어지지 않았다는 점을 든다. 더욱이 우리나라는 국민개병제도와 징병제를 채택함으로써 병역문제와 관련하여 국민 모두가 직·간접적으로 연관되어 있다는 점에서, 병역부담의 형평에 대한 사회적 요구가 다른 어떤 나라보다 강력하고 절대적이다. 국민적 합의가 전제되지 않는 한, 대체복무제의 도입은 사회통합을 저해하여 국가 전체의 역량에 심각한 손상을 가할 수 있고, 나아가 국민개병제도에 바탕을 둔 병역제도의 근간을 흔들 수도 있다는 것이다. 따라서 대체복무제의 도입여부와 양심적 병역거부자에 대한 처벌문제는 규범적 평가 이전에 국민적 합의가 선행되어야 할 영역이라고 한다.

한편, 입법론적으로 대체복무제 도입 필요성을 긍정하는 것과 실정법 해석론으로서 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 양심적 병역거부가 포함되는 것으로 해석하는 것은 전혀 다른 문제로서, 대체복무제가 도입되지 않은 현재의 상황에서는 양심적 병역거부를 정당한 사유로 인정하는 것은 타당하지 않다는 견해가 있다.[367] 이에 의하면 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 양심적 병역거부가 포함되는 것으로 해석할 경우에는 누구라도 양심적 병역거부임을 주장하면서 병역의무 이행을 거부할 수 있게 되어 이를 통제하기가 곤란해지고, 결과적으로 병역 시스템이 붕괴될 우려가 매우 높아진다고 한다. 최근 헌법재판소에서 병역법 제5조 제1항의 병역종류조항에 대하여 헌법불합치 결정을 내린 반면, 병역법 제88조 제1항의 처벌조항에 대해서는 합헌 결정을 내린 것은 이러한 점을 고려한 결과일 수도 있을 것이다.

이와 같은 견해는 양심적 병역거부를 정당한 사유로 인정한 최근 대법원 판결의 다수의견에 반대하는 보충의견에서도 확인된다. 헌법불합치 결정이 내려진 현행

367) 장영수, "양심적 병역거부와 병역법 제88조 제1항 등의 '정당한 사유'의 해석", 「강원법학」 제55권, 강원대학교 비교법학연구소, 2018, 315면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

병역법 조항을 적용하여 서둘러 판단하기보다 대체복무를 포함하는 개선입법을 기다려 해결하는 것이 마땅하다는 것이다. 또한 양심적 병역거부자에 대하여 대체복무가 아닌 무죄선고를 가능하게 하는 것은 국군의 사기에 악영향을 끼치게 되는 것은 물론, 앞으로 병역법과 형사법 등 국가법질서에 큰 혼란과 폐해를 가져올 우려가 있다. 이러한 역기능을 방지하기 위하여 다수의견은 병역거부와 관련된 진정한 양심의 심사 기준을 제시하고 있지만, 그 기준에 대해서도 소수의견의 여러 지적이 있었다. 먼저 다수의견이 제시하고 있는 '깊고 확고하며 진실한 양심'이란 기준은 특정 종파의 병역거부 문제를 해결하기 위해서 헌법이 보호하는 양심의 범위를 근거 없이 제한한 것이라고 한다. 뿐만 아니라 평소 삶의 과정에서 외부에 드러난 사항을 통해 이를 증명할 것을 요구하고 있는 것은 특정 종교의 독실한 신도인지를 가려내는 기준이 될 수 있을 뿐이라는 것이다. 그 결과 '여호와의 증인' 신도들과 같은 특정 종교에 특혜를 주는 것과 같은 상황이 생길 수 있으며, 이는 양심과 종교의 자유 보장의 한계를 벗어나는 것으로서 정교분리 원칙에 위배되는 것이라 하였다.

(2) 비범죄화 찬성론

양심적 병역거부의 비범죄화를 주장하는 입장의 논거로는 첫째, 병역거부로 인한 처벌 및 그에 따르는 심대한 불이익을 감내하고서라도 자신의 양심상의 결정에 따라 자진하여 국가형벌을 선택하는 양심적 병역거부자에 대하여 형벌의 목적을 달성할 수 없다는 점, 둘째, 양심적 병역거부 행위가 타인의 구체적인 법익을 침해하거나 위협할 가능성이 적기 때문에 최후수단인 형벌권 발동의 대상으로는 타당하지 않다는 점을 들고 있다. 그러나 무엇보다도 우리 헌법이 양심의 자유를 보호하고 있고, 국제적인 흐름 또한 양심의 자유에서 비롯된 양심적 병역거부권을 인정하는 추세로 흘러가고 있다는 것이 주된 논지가 된다.

이처럼 양심적 병역거부권은 국제법적으로 승인된 인권이다. 유엔 차원에서 양심적 병역거부권을 수용한 최초의 결의는 1987년 유엔인권이사회의 '결의 제46호'였다. 이 결의는 "종교적, 윤리적, 도덕적 또는 이와 유사한 동기에서 발생하는 심오한 신념"에 기초한 양심적 병역거부권을 각 국가가 인정할 것을 권고하였다.[368]

368) 조국, 「양심과 사상의 자유를 위하여」, 책세상, 2001, 60면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이후 1989년 '결의 제59호'에서는 세계인권선언 제3조 및 제18조, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조에 기초하여 양심적 병역거부권의 근거를 도출하였고, 1993년 '결의 제84호'에서는 양심적 병역거부권을 인정하지 않은 국가에 대하여 구체적인 사안에서 병역거부가 양심상의 결정에 따른 것인지를 심사하기 위한 "독립적이고 공평한 의사결정기구"를 국내법 체계 속에 둘 것을 호소했다. 또한 1995년 '결의 제83호'에서는 "양심적 병역거부자들은 그들이 가진 신념의 특성을 이유로 차별받아서는 안 되고, 양심적 병역거부자가 병역을 거부하였다는 이유로 차별받아서는 안 된다"는 것을 강력히 주장하였다.[369]

특히 1998년 '결의 제77호'는 이전의 모든 결의를 총괄하는 중요한 결의이다. 이 결의에 따르면 ① 양심적 집총거부권은 "종교적, 도덕적, 윤리적, 인도주의적 또는 이와 유사한 동기에서 발생하는 심오한 신념 또는 양심"에서 유래하는 것이며, 이미 군복무를 하고 있는 사람도 양심적 병역거부를 할 수 있다. ② 양심적 병역거부권을 인정하지 않는 국가는 양심적 병역거부자의 신념의 본성을 차별해서는 안 되며, 구체적인 사안에서 양심적 병역거부가 진지하게 이루어졌는지를 결정하기 위한 독립적이고 공평한 의사결정기구를 마련하여야 한다. ③ 징병제를 채택하고 있는 국가의 경우 비전투적이거나 민간적인 임무를 수행하며 징벌적 성격을 띠지 않는 대체복무제를 도입하여야 한다. ④ 국가는 양심적 병역거부자를 투옥하지 않게 하는 조치를 취하여야 한다. ⑤ 국가는 양심적 병역거부자를 경제적·사회적·문화적·시민적 또는 정치적 권리 등에서 차별해서는 안 된다. ⑥ 병역문제로 영향을 받는 모든 사람들이 양심적 병역거부권에 대한 정보를 이용할 수 있게 하여야 한다.[370]

이후에도 2000년 '결의 제34호'와 2002년 '결의 제45호'에서 양심적 병역거부권에 관한 자국의 현행법과 관행을 점검하도록 촉구하였으며, 2004년 '결의 제54호'에서는 양심적 병역거부자에 대한 사면을 권고하기도 했다.[371]

한편 자유권규약위원회(UN Human Rights Committee)도 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조에서 양심적 병역거부권을 도출하고 있으며, 양심상의

369) 박찬걸, "양심적 병역거부자에 대한 형사처벌의 타당성 여부", 「한양법학」 제38권, 한양법학회, 2012, 71면.
370) 조국, 「양심과 사상의 자유를 위하여」, 앞의 책, 61-62면.
371) 박찬걸, "양심적 병역거부자에 대한 형사처벌의 타당성 여부", 위의 논문, 71면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

결정에 따른 병역거부행위에 대해 처벌을 하여서는 안 된다고 공표하였다. 특히 병역거부로 인하여 유죄확정판결을 받은 여호와의 증인 신도 두 명이 제기한 개인통보에 대해, 2007. 1. 23. 대한민국이 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조 제1항을 위반하였다고 최초로 결정하면서, 대한민국은 피해자에 대한 보상 등 구제조치를 마련하고 유사한 위반의 재발을 방지할 의무가 있다고 하였다.[372]

앞서 살펴본 바와 같이 오늘날 양심적 병역거부는 국제인권법상의 양심의 자유에 포함된다는 견해가 지배적이라고 할 수 있다. 따라서 양심적 병역거부는 국제법과 우리 헌법이 보장하는 양심의 자유의 일환으로서 개인의 법적 권리로 성립한다. 이러한 견지에서 본다면 양심적 병역거부를 의무의 충돌 문제로 판단할 가능성도 있을 것으로 생각된다. 그러나 통설은 확신범의 책임비난을 긍정한다. 즉 일반적 효력을 가지고 있는 법에 대립되는 확신을 가지고, 자신의 도덕적·종교적 또는 정치적 소신 때문에 법에 반하는 것을 알면서도 그러한 행위를 해야 할 권리 또는 의무가 있다고 믿고 행위한 확신범에 대하여 형사책임을 인정하지 않을 수 없다는 것이다.[373] 따라서 객관적인 법질서나 사회윤리적 가치관의 관점에서는 높은 가치의 의무를 이행해야 하지만 행위자의 개인적인 종교 또는 윤리관으로 인하여 낮은 가치의 의무를 이행한 때에는 확신범의 문제로서, 이 경우에 위법성은 물론 책임도 조각되지 않는다고 한다.[374]

여기서 확신범과 양심범의 구분을 통해 양심범은 확신범의 특수한 경우에 해당한다고 하여 양심범에 국한해서 면책가능성을 인정하는 것이 옳다는 시도가 있다.[375] 이에 따르면 확신범은 자기의 내면적 신조와 종교적·정치적·사상적 확신 때문에 법률의 구속력을 무시하고, 법률에 반하는 행위를 한 것으로서 불법과 책임에 아무런 영향을 받지 않는다. 반면에 양심범은 법률을 따르면 비록 적법한 행위는 되지만, 양심의 법정에서 내려지는 가장 혹독한 벌인 가책 때문에 인격의 파괴와 인간실존의 몰락에 이를 수 있다. 이러한 극단적인 양심의 갈등상황에서 모든 사람에게 양심을 저버리고 법률을 따를 것을 기대하기란 불가능하다는 것이다. 즉 실정형법과 충돌하는 신앙상의 계명이나 양심상의 소명이 인격의 파괴를 회피

372) 박찬걸, “양심적 병역거부자에 대한 형사처벌의 타당성 여부”, 앞의 논문, 72면.
373) 이재상/장영민/강동범, 「형법총론」 제9판, 앞의 책, 22/2면.
374) 이재상/장영민/강동범, 「형법총론」 제9판, 위의 책, 26/36면.
375) 김일수/서보학, 앞의 책, 306-307면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하기 위해 형법이 요구하는 일정한 행동양식을 거부하도록 내면적인 힘을 행사했기 때문에 행위자의 의사결정능력의 약화로 책임이 감소된다고 한다. 이처럼 양심범은 본질적인 면에서는 법을 승인하면서도 개개의 현존하는 규범에 대해 양심상의 이유로 저항한 것이므로, 이러한 경우에 국한하여 면책가능성을 인정하는 것이 옳다고 주장한다.

그렇다면 확신범과 양심범의 구별에는 일종의 내재적 한계가 있음을 생각해볼 수 있다.[376] 타인의 자유와 생명, 국가의 존립 등과 같은 내재적 한계를 벗어나지 않는 양심적 행위만이 양심범으로서 법적으로 승인될 수 있는 가능성이 존재한다. 더욱이 양심적 병역거부자의 경우, 종교적 교리나 보편윤리라는 동기에 의해 평화를 지향하는 것으로서 소극적 부작위의 형태로 나타나게 된다. 양심과 적법행위간의 충돌상황에서 양심적 병역거부자들은 그러한 갈등을 완화시킬 수 있는 법제도를 기대하면서도 현행 실정법 아래 양심상의 결정에 따라 국가의 처벌을 감수해왔던 것이다. 최근 대법원의 판결에서도 이러한 점을 고려하여 판단한 것으로 보인다. 국가가 그 사람의 양심에 반하는 작위의무를 부과한 것에 대하여 단지 소극적으로 응하지 않은 경우에, 국가가 그 사람에게 형사처벌 등 제재를 가함으로써 의무이행을 강제하는 것은 소극적 양심실현의 자유에 대한 제한이며, 이것은 기본권에 과도한 제한이 되거나 기본권의 본질적 내용에 대한 위협이 될 수 있다고 판단했기 때문이다.[377] 이는 양심실현의 모습 중에서도 내면적 양심의 자유와 가장 밀접하게 관련되어 있는 것이므로 그 제한에는 더욱 신중한 접근이 필요하다고 한다.

이와 관련하여 의무의 충돌에 대한 통설적 구분을 적절하게 변형한다면 양심적 병역거부는 위법성조각사유, 혹은 최소한 책임조각사유에 해당한다는 견해가 있다.[378] 통설에 따르면 의무의 충돌에서 말하는 의무들은 법적인 것이어야 하는데, 개별 실정법에 명시된 법적 의무뿐만 아니라 관습법이나 전체법질서의 차원에서 지지할 수 있는 의무까지 고려하고 있으므로 재구성의 여지가 존재한다고 본다. 종래의 견해를 고수하는 입장에서는 양심적 병역거부자들이 원용하는 의무가 순전

376) 이재승, “병역법 제88조 제1항의 ‘정당한 사유’의 의미”, 「경희법학」 제53권 제3호, 경희대학교 경희법학연구소, 2018, 177면.
377) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결.
378) 이재승, 위의 논문, 176면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

히 종교적·윤리적 또는 교리상의 의무라고 파악할 것이지만, 이미 국제사회의 차원에서 양심적 병역거부를 국제법상의 인권으로 인정함으로서 종교적·윤리적 의무의 성격을 벗어나 법적인 권리로 그 지위를 확보하게 되었다는 것이다. 이에 한국정부도 각종 결의에 동참하였다는 점, 최근 헌법재판소 및 대법원을 포함한 각급 법원들의 판단이 양심적 병역거부를 인정하고 있다는 점에서 단순히 종교적·윤리적 차원에만 국한되지 않는다는 것을 짐작할 수 있다. 따라서 양심적 병역거부가 양심적 의무에 기반을 둔 법적인 권리라면 의무의 충돌 문제로서 단지 책임조각사유뿐만 아니라 위법성조각사유에 해당할 수 있다고 주장한다.[379]

대법원 또한 양심적 병역거부에 대하여 책임비난의 문제, 즉 양심상의 결정에 반한 병역의무이행의 기대가능성을 판단한 선례가 존재한다.[380] 이때 대법원은 그 기준으로 사회적 평균인을 두고 이 평균인의 관점에서 기대가능성 유무를 판단하는 '평균인표준설'을 취했다. 그러나 양심적 병역거부자와 같이 소수자에 관한 사안에 있어서 평균인의 관점을 대입하게 된다면 소수자들의 행위는 언제나 불법적이고 부도덕한 행위로 판단될 우려가 있게 된다. 그러므로 행위자 개인의 구체적 사정을 표준으로 하여 기대가능성을 판단하는 '행위자표준설'에 입각하여 책임판단을 하는 것이 바람직하다는 주장이 제기되고 있다.[381] 이 경우 행위자표준설에 의하면 적법행위의 기대가능성은 거의 있을 수 없게 되고, 책임판단의 확실성과 균형성을 침해할 뿐만 아니라, 극단적인 개별화로 인하여 형법의 해소를 결과한다는 점에서 타당하지 않다는 비판을 받는다.[382] 물론 법의 보편성을 위한 판단기준을 세우는 것은 매우 중요하다. 그렇지만 상황적 맥락을 고려한 가치판단 또한 필요하다. 그 이유는 법학이 가치관련적 사실을 다루는 학문이기 때문이다. 따라서 법적 판단에는 객관적 사실과 규범적 요소가 모두 고려되어야 타당하다고 할 수 있다. 다만, 다양한 정책적 요소와 가치관련적 요소를 고려할 때는 유형화와 세분화를 통하여

379) 이재승, 앞의 논문, 179면.
380) 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결.
381) 박찬걸, "양심적 병역거부자에 대한 형사처벌의 타당성 여부", 앞의 논문, 91면.
382) 기대가능성의 판단기준으로는 평균인표준설, 행위자표준설 외에도 적법행위를 기대하고 있는 국가가 법질서 내지 현실을 지배하는 국가이념에 따라 기대가능성의 유무를 판단해야 한다는 '국가표준설'이 있다. 이에 대하여 국가는 항상 국민에게 적법행위를 기대하는 것이므로 국가를 표준으로 기대가능성의 유무를 판단하는 것은 기대가능성의 기본사상과 일치할 수 없다는 비판이 제기된다(이재상/장영민/강동범, 「형법총론」 제9판, 앞의 책, 26/17면).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

합당한 판단의 기준을 정립해 나가야 할 것이다.[383]

그렇다면 법의 보편성과 상황적 맥락을 고려한 가치판단을 충족할 수 있는 수정설인 '행위자군표준설(行爲者群標準說)'을 기준으로 하여 기대가능성 유무를 판단하는 방법을 생각해볼 수 있다. 이는 아무런 관련도 없는 무심한 보통사람들을 기준으로 삼을 것이 아니라 특정한 유형의 행위자들, 특정한 상황에 처한 사람들을 집합적으로 표상하여 그러한 상황에서 그들이 평균적으로 어떠한 행동패턴을 보여주는지를 관찰하고 그 패턴에 입각해 기대가능성을 판단한다는 것이다.[384] 행위자군표준설은 본질적으로 법적 세계에서는 일정한 정도 승인받거나 정당화되는 행위유형과 생활형식들이 존재한다는 사실을 전제한다. 예컨대 양심적 병역거부의 경우 세계시민 운동가, 평화교회 참여자, 평화주의자들 속에서 확산된 행동패턴이며, 그러한 행동패턴과 생활형식을 국제사회가 병역거부권의 관념 속에 폭넓게 수용함으로서 규범적으로 보증되었다고 한다. 따라서 양심적 병역거부자의 적법행위에 대한 기대가능성은 일련의 평화주의자들의[385] 행동패턴과 생활형식을 기준으로 판단해야 한다고 주장한다.[386] 이러한 견지에서 본다면 양심적 병역거부자가 자신의 양심상의 결정에 반하면서까지 실정법을 준수하기 위해 병역의무를 이행할 가능성은 없다할 것이므로 결국 적법행위에 대한 기대가능성이 없어 책임이 조각될 여지가 있다고 판단된다.

---

383) 김종구, "형법이론과 대법원 판례에서 본 규범주의에 대한 고찰", 「법학연구」 제41집, 한국법학회, 2011, 242면.

384) 이재승, 앞의 논문, 181면.

385) 양심적 병역거부권 문제를 기독교와 이단 간의 대립구도로 끌고 가는 것은 분명한 오류라는 지적이 있다. 이에 따르면 양심에 의한 병역거부권은 '여호와의 증인' 교파만의 전유물이 아니라고 한다. 서기 295년 막시밀리안은 징집을 거부했다가 총독의 명에 따라 즉각 처형되었으나, 기독교인으로는 처음 병역거부 순교자가 되어 훗날 성인 칭호를 받는다. 이후 종교개혁 그룹 중 '재세례파(Anabaptists)'와 그들의 교리를 이어받은 '모라비안 형제단(Moravian Brethren)', '메노나이트 교도(Men-nonite)', 그리고 영국의 '퀘이커 교도(Quakers)'들도 '기독교 평화주의(Christian Pacificism)'의 원칙에 따라 병역을 거부했다. 그러나 이들은 기독교에서 이단으로 취급받지 않는다. 이처럼 양심적 병역거부는 초기 기독교 시기부터 있었으며, 1872년 미국에서 '여호와의 증인'이 등장하기 전에도 정통 기독교 내에 철저한 평화주의 원칙에 따라 양심적 병역거부를 실행하는 교파가 존재했다(조국, 「양심과 사상의 자유를 위하여」, 앞의 책, 64-67면).

386) 이재승, 위의 논문, 182면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

라. 소결

(1) 양심적 병역거부 문제에 대한 국가의 늦장 대처

앞서 살펴본 바와 같이 국제인권규범은 양심적 병역거부권을 인권의 하나로 승인하고 있으며, 대부분의 민주주의 국가에서 헌법상의 권리로 인정하고 있다.

우리나라도 헌법상의 기본권으로 양심의 자유를 보호하고 있으며, 유엔에서 채택한 '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약'을 제18조에 대한 아무런 유보 없이 가입하였다. 그럼에도 불구하고 국방의 의무를 보다 우월한 가치로 판단하여 양심의 자유를 희생하도록 하거나, 그렇지 않고 양심상의 결정을 따를 경우에는 국가형벌을 택일하도록 강요하는 현행법은 국제사회의 흐름에 정면으로 위배되고 있는 것으로 판단된다. 특히 자유권규약위원회에서 대한민국의 법제가 위 규약에 위배된다는 견해를 명시적으로 채택하였음에도 십 여 년이 지난 오늘날에 이르기까지 양심적 병역거부 문제에 대한 개선입법이 이루어지지 않았다.

국내에서도 대체복무제 도입에 관한 법률안이 국회에 여러 차례 제출되었고, 국가인권위원회 역시 국회의장과 국방부장관에게 양심적 병역거부권과 대체복무제도에 대한 권고를 결정한 바 있다. 뿐만 아니라 학계에서도 양심적 병역거부권의 인정을 주장하는 학자가 대다수를 차지한다. 그러나 입법부와 사법부에서는 대체복무제로 인한 문제점들에만 치중하여 우려를 표하고 국민적 합의가 이루어지지 않았다는 점을 들어 소수의 인권침해적인 처벌이 계속되도록 외면해왔던 것이다.[387]

---

387) 그러나 법원의 하급심에서도 양심적 병역거부자에 대한 무죄 판결이 점차 늘어나고 있다고 한다. 최근 광주지법 2016. 10. 18. 선고 2015노1181 판결에서도 "우리나라가 가입한 '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)' 제18조에서 양심적 병역거부권을 도출할 수 없다는 대법원과 헌법재판소의 판단은 국제사회의 흐름에 비추어 시대에 뒤떨어지고 국제인권규약에 대한 정당한 방법론적 해석으로 보기 어려운 점, 국제사회가 규범적인 차원에서도 급격하게 양심적 병역거부를 인정하는 방향으로 나아가고 있고, 대법원도 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유의 범위에 양심의 자유가 포함될 여지가 있음을 부정하지 아니한 점, 양심적 병역거부를 정당한 사유에 해당하는 것으로 보아 현역입영 대상에서 제외하고 대신 대체복무의 가능성을 열어두는 것이 국민들 간의 실질적 형평을 기하고, 헌법이 추구하는 다양한 가치를 규범조화적으로 해석하는 것으로서 부당하다고 보기 어려운 점 및 갈등을 완화할 국가의 의무(헌법 제10조), 양심적 병역거부자들에 대한 재판과 형 집행의 현실 등 제반 사정을 종합하면, 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 양심적 병역거부가 포함된다"는 이유를 들어 무죄를 선고하였다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(2) 양심적 병역거부자에 대한 국가형벌권 타당성 재검토

생각건대, 이러한 입법부와 사법부의 태도는 법적 도덕주의의 시각과 일맥상통한 측면이 있다. 법적인 규제 요건에 대하여 스티븐이 제시한 '다수의 압도적인 지지'와 데블린이 제시한 '공통의 또는 공인된 도덕'이 그것이다. 여기에서 국민 대다수의 판단이 병역의무를 월등히 우월한 가치로 지지하게 된다면 대체복무제의 도입은 매우 어려울 것이다. 그러나 양심의 문제는 결코 다수결로 결정지을 수 있는 사안이 아니다.[388] 또한 비폭력·불살생·평화주의를 이상으로 하여 일체의 살상과 전쟁을 거부하는 결단에 따른 병역거부를 '악행'이라거나 '부도덕'하다고 비난하기도 어렵다.

한편 헌법상 보호되는 양심은 '어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적인 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리로서 절박하고 구체적인 양심'을 의미한다는 점에서[389] 후견주의에 따른 국가적 개입의 대상이 될 수 없으며, 양심상의 결정에 따르기 위해 자진하여 형벌을 선택하는 양심적 병역거부자에게 개입할 여지가 있다고 보기 힘들다.

양심적 병역거부 문제에 있어서 양심의 자유와 충돌하는 국방의 의무가 국가의 안전보장을 통하여 "궁극적으로는 국민 전체의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하기 위한 것"이라고 할지라도, 양심의 자유보다 우월한 가치라고는 할 수 없다. "모든 기본권의 가치적인 핵심을 존중하고 이를 보장하여야 할 헌법적 의무를 지고 있는 국가로서는 성급한 법익교량이나 추상적인 가치형량에 의하여 양자택일식으로 어느 하나의 가치만을 쉽게 선택하고 나머지의 가치를 버리거나 희생시켜서는 안 되고, 충돌하는 가치나 법익이 모두 최대한 실현될 수 있는 조화점이나 경계를 찾도록 노력하여야 하며 이러한 조화점이나 경계는 구체적 사건에 있어서 개별적, 비례적으로 모색되어야 하는 것"이기 때문이다.[390] 나아가 양심상의 결정에 따른 병역거부행위가 직접적으로 타인의 구체적 권리를 침해하는 것은 아니므로 자유주의의 견해에 따를 때, 이에 대한 국가형벌권은 정당화될 수 없다.

---

388) 조국, 「양심과 사상의 자유를 위하여」, 앞의 책, 59면.
389) 헌법재판소 1997. 3. 27. 96헌가11 전원재판부 결정; 헌법재판소 1998. 7. 16. 96헌바 35 전원재판부 결정 등 참조.
390) 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결문 중 대법관 이강국의 반대의견.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(3) 양심적 병역거부자의 대체복무제 도입 방안

국방의 의무를 강조하는 입장에서는 대체복무제의 도입이 병역의무의 형평성을 저해하는 요인이 되어 국방력의 약화로 이어질 수 있으며, 국민적 합의가 이루어지지 않은 경우 양심적 병역거부권에 대한 합법성과 정당성을 인정할 수 없다고 한다. 그러나 현역복무를 기피하기 위하여 양심의 자유를 빙자한 병역거부자가 늘어날 것이라는 주장 역시 불확실한 우려와 추상적인 예측일 뿐이다. 이는 양심적 병역거부 여부에 대한 1차 판정 후에도 수년에 걸친 후속 심사 과정을 의무화하고, 병역거부 신념이 허위로 드러날 경우 처벌하는 조항을 마련한다면 이 권리가 단순한 병역기피 수단으로 사용되는 것을 막을 수 있게 될 것이다.[391]

그렇다면 양심적 병역거부자의 양심의 자유 보호와 국민의 병역의무 형평성을 양립할 수 있는 대체복무제도의 마련이 관건이 된다. 대체복무제도의 도입이 형벌을 대체하는 제재가 되어서는 안 되기 때문이다. 그렇다고 하여 대체복무제도가 병역의무에 관한 특혜가 되는 것도 옳지 않다. 그러므로 2019년까지 개선 입법되어야할 대체복무제도의 도입은 양심의 자유와 병역의무의 형평성을 균형적으로 도모하는 방안이 되어야할 것이다. 그 방안에 대한 개괄적인 내용은 다음과 같이 제시해볼 수 있다.

첫째, 대체복무는 직·간접적으로 군(軍)이 관련되는 복무방식이어서는 안 된다. 양심적 병역거부자는 전쟁 그 자체를 옳지 않은 것으로 생각하기 때문이다. 따라서 기초군사훈련이 포함된 군 복무는 물론, 전쟁과 직·간접적으로 관련되어 있는 기관 또는 그 기관의 관리·감독을 받는 시설에서의 복무도 제외되어야 한다. 만약 군 체계로부터 분리되어 있지 않은 복무까지도 포함시킨다면 양심적 병역거부자는 또 다시 대체복무를 거부하고 형벌을 선택하게 될 수 있다. 이렇게 된다면 대체복무제도는 개선 입법의 의도와 달리 결국 유명무실한 제도가 될 것이다.

둘째, 대체복무는 현역병 입영 기피 방지 및 병역의무 형평성을 위하여 높은 난이도의 복무일 것을 요한다. 그러나 결코 형벌 대체적인 응보가 되어서는 안 된다. 일반적으로 제시되는 복무의 내용은 크게 '사회복지 관련 업무' 또는 '재난구조 관련 업무'로 구분되고 있다. 조금 더 세분화하여 살펴보면 ① 소방을 비롯한 재난구

391) 조국, 「양심과 사상의 자유를 위하여」, 앞의 책, 73면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

조 보조업무, ② 교도소 계호 보조업무, ③ 치매 환자 등의 요양 보조업무 등이 고려된다. 그런데 이외에 '평화증진업무'라 하여 지뢰의 제거 등 업무 및 전사자 유해 등의 조사·발굴 업무가 제시되기도 했지만, 이러한 업무는 전문적인 군사훈련이나 군 관련 기관의 지휘감독이 수반될 것이므로 대체복무의 내용으로는 부적절하다. 특히 지뢰 제거 업무의 경우 생명·신체에 대한 고도의 위험이 수반된다는 점에서 형벌 대체적 부과와 다름없다고 생각된다.

셋째, 대체복무의 기간 및 형태는 현역복무와 비례해야한다. 먼저 대체복무의 기간과 관련해서는 현역복무 기간을 기준으로 일정 배수만큼 복무하도록 하는 방안과 정기로 고정하는 방안이 있다. 전자의 방안으로는 현역의 1.5배 또는 2배의 복무기간이 제시되고 있으며, 후자의 방안으로는 현행법상 공중보건의 등 최장기 대체복무 기간이 36개월인 점을 감안하여 양심적 병역거부자의 대체복무 기간도 36개월 전후로 제시되고 있다. 그러나 육군 현역병의 복무 기간이 점진적으로 단축되고 있는 추세인 점, 국제인권기준 및 국가인권위원회가 제시하고 있는 기준이 1.5배인 점을 고려하여, 대체복무제도의 도입 초기에는 현역복무 기간의 1.5배를 복무기간으로 설정하되, 이후 시행 성과에 따라 대체복무의 기간 또한 현역복무 기간에 근접한 수준으로 점차 줄여나가는 것이 바람직해 보인다. 다음으로 대체복무의 형태와 관련해서는 현역복무와의 형평성을 위해 합숙형 복무형태를 취하는 것이 타당할 것이다. 앞서 살펴본 대체복무 내용에 의하면 소방보조업무나 교정보조업무의 경우 상주를 요하는 업무의 특성상 합숙시설의 구비에 큰 어려움은 없을 것으로 생각된다. 다만, 요양보조업무 및 사회복지 관련 업무의 경우에는 합숙 복무를 원칙으로 하되, 이러한 복무가 곤란한 사정이 있는 시설은 예외적으로 출퇴근 복무를 허용하는 것이 합리적이라 볼 수 있다. 더불어 합숙 시설의 구비는 병역의무를 부과하고 있는 국가에서 전적으로 부담하는 것이 옳다고 판단된다. 또한, 대체복무자에 대해서도 현역병과 마찬가지로 동일한 수준의 급여가 지급되어야 하는 것은 당연하다고 할 것이다.[392]

이처럼 대체복무제도라는 해결방안이 있음에도 불구하고 절차의 까다로움과 심사의 곤란성을 이유로 양심적 병역거부자의 형사처벌을 방기할 수는 없다. 물론,

392) 양심적 병역거부에 관한 상세한 분석 및 비교법적 연구로는 서울지방변호사회 이광수, 「대체복무 제도의 모델에 관한 연구」, 박영사, 2018 참조.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

민주주의 국가에서는 법제도적인 변화에 국민적 합의가 중요한 요소이지만, 그 보편적 합의가 완전하게 이루어지지 않았다고 하여 소수자의 인권을 배척하는 상황을 정당화할 수 있는 근거가 되는 것은 아니다. 사회에서 주(主)를 이루는 다수의 보편적인 관념이 중요한 것이기는 하나, 보편적이지 않은 소수의 권리를 관용하고 보장하는 것 역시 참된 민주주의의 정신임을 잊지 않아야하겠다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제5장 결 론

이상에서 살펴본 피해자 없는 범죄는 보호법익의 침해성이나 그 불법성에 비하여 부과되고 있는 국가적 처사가 현저히 크다고 볼 수 있다. 피해자 없는 범죄를 규율하고 있는 형법의 보호법익은 건전한 도덕법칙이나 공중의 보건, 또는 선량한 성풍속 등의 사회적 법익을 근거로 하여 추상적 위험범의 형태를 띠고 있는 것이 일반적이다. 그러나 피해자 없는 범죄의 행위는 보편적·사회적 법익의 판단기준이라고 할 수 있는 "사회의 존립에 대한 위협"이 되는 정도에는 미치지 못한다고 평가된다. 이에 대한 논의를 이하에서 종합적으로 재정리해보고, 현행 형법의 문제점과 개선방안에 대하여 재고하고자 한다.

1. 법적 도덕주의에 기인한 보호법익의 부적절성

피해자 없는 범죄의 보호법익의 내용은 특정한 도덕관에 기초한 것이라 할 수 있다. 타인에 대한 구체적인 자유이익의 침해가 발생하지 않았음에도, 단지 부도덕한 행위를 사회적인 위험원이라고 평가하여 범죄로 처벌하고 있다. 이는 사회와 도덕을 동일시하여 국가 전복 행위와 부도덕한 행위를 동일한 억압의 대상으로 파악하고, 이러한 억압을 법이 수행함에 있어서 어떤 이론적 한계도 설정할 수 없으며, 그로 인해 부과되는 형벌은 사회의 보호뿐만 아니라 거대한 형태의 악에 대한 응징으로서 기능한다는 법적 도덕주의자들의 주장과 다름이 없다.

밀은 그의 저서 「자유론」에서 타인에게 직접적 해악이 없는 부도덕한 행위는 연민이나 혐오의 대상이 될 수는 있지만 분노나 원한의 대상이 될 수는 없다고 말한다. 따라서 그와 같은 행위를 한 자에 대하여 마치 사회의 적인 것처럼 취급해서는 안 된다는 것이다.[393] 오늘날 형법의 겸억주의 정신에 근거한 탈윤리화가 강조되고 있다는 점에서 이러한 밀의 견해는 합당하다고 생각된다. 같은 견지에서 피해자 없는 범죄는 사회적 법익이라는 미명 아래 특정한 도덕관을 법적으로 강제한 것이며, 이에 대한 처벌은 사적 영역에서의 부도덕한 행위에 대한 국가의 법익 침해를 합리화한 것에 불과하다.

---

393) 존 스튜어트 밀/김대성 역, 앞의 책, 181면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

어떠한 행위를 범죄화하기 위해서는 여러 단계를 거쳐 신중히 검토하여야 하며, 여기서 형법의 자기구속원칙이 강구될 필요가 있다. 즉 법익의 적격성, 책임원칙의 일반적 관철가능성 및 보충성에 대한 과학적 예측이 확실할 수 없는 경우에는 시민의 자유이익을 존중하여야 한다. 다시 말해 형법적 사회통제는 포기되어야 한다. 이러한 결정은 '의심스러울 때에는 자유를 위하여(in dubio pro libertate)' 원칙에 부합하는 것으로서 현대의 형법만능주의적 정책에 경종을 울리는 이념이라 할 수 있다.[394] 그러나 피해자 없는 범죄는 형법의 자기구속원칙으로부터 현저히 벗어나 있는 것으로 판단된다.

2. 보호법익과 자기결정권 간의 충돌 조정

사회의 특정한 기준과 개인의 자기결정권 간의 충돌은 성인 간의 자발적 성매매를 둘러싼 담론의 대립적인 관점에서 극명하게 확인된다. 헌법재판소의 위헌법률심사에서 성매매의 본질에 대한 의견이 분분하게 나누어진 것 또한 사회적으로 다양한 가치관과 도덕관이 공존하고 있다는 것이 투영된 결과라 할 것이다. 다만, 성매매가 성판매자의 인격과 존엄을 침해하는 행위이기 때문에, 성구매자 일방만을 처벌해야 한다는 일부 위헌 의견에는 의문이 있다. 성판매자와 성구매자가 강학상 대향범이라는 것을 차치하더라도, 일부 위헌 의견에 의하여 성판매자가 피해자라고 본다면 성인 간의 자발적 성매매의 경우에는 성판매자의 동의가 있으므로 형법상 피해자의 승낙에 해당하기 때문이다.[395] 따라서 성구매자 일방만을 형사처벌의 대상으로 하는 것은 부당하다. 특히, 성생활의 영역에 있어서는 헌법상 사생활의 비밀과 자유가 보호되고 있음에도 불구하고 내밀한 이 영역을 국가가 개입하여 그러한 행위를 규제하는 것은 결국 입법자가 특정한 도덕관을 확인하고 강제하는 것이다.

특히 도덕에 관한 영역은 사회 스스로 질서를 잡아야 할 자율적 영역에 속한다. 여기까지 국가가 관여하여 각기 다른 환경에 처한 개인의 삶의 방향을 강제적으로

394) 이상돈, 「형법학」, 앞의 책, 2/127면.
395) 형법은 제24조에서 "처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 법익을 훼손한 행위는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다."라고 규정하여 형사처벌 대상에서 피해자의 승낙이 있는 경우를 예외로 하고 있다. 이는 형법상으로도 자기결정권의 존중을 표현하는 규정으로 이해된다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

유도하려는 것은 결코 타당하지 않다. 더욱이 형벌이라는 수단을 사용하는 형법적 차원에서의 개입은 결국 수범자인 국민 일체의 삶에 대한 억압이라고 볼 수 있다. 최근 사회적 논란이 되고 있는 낙태, 군형법상 추행죄, 양심적 병역거부에 대한 문제를 살펴보면 이러한 점이 보다 잘 드러난다.

모자보건법상의 정당화사유 외 낙태의 전면적·일률적 금지로 인하여 어쩔 수 없이 출산한 후에 영아를 유기하는 사건에 대한 기사를 접하는 것은 흔치 않은 일이 되었다. 또한, 불법 수술에 대한 부담과 국가의 보호로부터 사각지대에 놓인 낙태 수술을 여성은 감수해야만 한다. 그렇지 않더라도 출산과 양육의 준비가 되어 있지 않은 여성이 형사처벌을 피하기 위해 출산을 감행하게 된다면 모(母)와 아이의 삶이 고난에 빠질 수 있다는 것은 쉽게 예견 가능하다. 뿐만 아니라 낙태유도제의 온라인 불법판매 적발 건수가 급증하고 있는 실태는 국가의 엄격한 낙태 규제가 여성의 건강에 대한 위협으로 작용하고 있다는 점을 알 수 있다.[396] 산부인과 전문의들의 낙태 수술 전면 중단 선언에 보건복지부가 낙태 수술을 한 의사의 자격을 1개월 정지하는 행정규칙 시행을 유예한 것은 정부도 이러한 현실적 문제들을 암묵적으로 수용하고 있는 것이라 생각된다.[397] 그러므로 태아의 발달 단계에 따른 시기를 구분하여 독자적 생존능력이 갖춰지기 전이라면 임부의 자기결정권을 존중하는 방향으로의 조율이 필요하다고 본다.

군형법상의 추행죄는 동성애자 군인 색출 사건이 발생하게 된 명분이 되었고, 이로 인해 근무시간 외 사적인 장소에서 서로의 합의 하에 성관계를 했던 대위가 유죄를 선고받았다. 동성 군인이라는 점을 제외하고 보면 인권침해적인 소지가 다분한 이 규정에 대하여 헌법재판소는 장소 및 시간, 합의 여부에도 상관없이 동성 군인 간의 성적 행위 일체를 처벌 대상으로 해석하고 있다. 뿐만 아니라 이성 사이의 성적 행위를 한 군인과 비교하여 어떠한 차별취급이 존재한다 하더라도 합리적인 이유가 인정된다고 판단한다. 이는 사회적 법익이라는 명분으로 동성애자에 대한 사회적 차별과 편견을 법률이 긍정하는 것으로 비칠 수 있고, 공명정대(公明

396) 서울신문, http://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20181012010006&wlog_tag3=naver, 최종방문일: 2019. 01. 09.

397) 자세한 내용은 한국일보, http://www.hankookilbo.com/News/Read/201808271398344877; 미디어SR, http://www.mediasr.co.kr/news/articleView.html?idxno=49332, 최종방문일: 2019. 01. 09.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

正大)해야 할 사법부가 이를 용인하는 것으로 보일 수 있다. 따라서 위 규정을 폐지하고, 위계·위력에 의한 추행죄를 신설하여 군대 내 성범죄 처벌의 공백을 메우는 것이 합리적인 방안이 될 것이다.

양심적 병역거부자들은 헌법상의 기본권인 양심의 자유를 지키는 대가로 형사처벌 및 그에 따르는 법적·사회적인 심대한 불이익을 감내해야만 했다. 이에 대한 국제사회의 지적과 대체복무제도 도입에 관한 양심적 병역거부자들의 지속적인 호소에도 국가는 이들의 처벌이 계속되도록 외면해온 것이다. 그러나 최근 헌법재판소의 위헌법률심사에서 대체복무제도 도입에 관한 개선입법 결정을 내리게 되었다. 이는 국민의 의무와 권리 양자 간의 규범조화적인 해석을 모색한 것으로서 진일보한 결정이라 생각된다. 이에 대법원 또한 14년 만에 전원합의체 판결의 기존 견해를 변경하여 양심적 병역거부가 병역법 제88조 제1항 소정의 '정당한 사유'에 해당한다는 판결을 내렸다. 이와 관련하여 대법원에 계류 중인 200여건의 사건과 수많은 하급심 판결들이 같은 취지의 선고를 할 것으로 보인다. 이러한 대법원의 판결에 대하여 국가인권위원회와 국제앰네스티 한국지부, 군인권센터, 참여연대 등의 시민단체에서는 적극 환영의 의사를 표명하기도 했다.[398]

3. 자기결정권 관련 범죄의 비범죄화

1953년도 형법 제정에 따라 금지행위에 관한 규정은 대부분 동일하지만, 논의의 흐름이 달라지고 있는 것은 지금의 사회적 기반 및 가치관이 달라졌기 때문일 것이다. 그럼에도 개인의 사적인 생활영역은 여전히 국가에 의하여 통제되고, 이에 대해 개인의 자기결정권 존중을 요청하는 목소리가 점차 높아지고 있는 실정이다. 현행법상 단순도박과 성인 간의 자발적 성매매, 그리고 자기낙태의 경우 사실상의 비범죄화에 이른 상태로 판단되지만, 진정한 의미의 비범죄화는 법률상의 비범죄화이므로 법률의 변경 또는 폐지를 통해 온전히 형사처벌의 대상에서 벗어나게 함으로써 법적안정성과 법의 예측가능성을 확보해야할 것이다. 근대 형법의 기본원

398) 법률신문, https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=147898; 한국일보, http://www.hankookilbo.com/News/Read/201811011272795037; 뉴시스, http://www.newsis.com/view/?id=NISX20181101_0000460718&cID=10201&pID=10200, 최종방문일: 2019. 01. 09.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

리인 “법률 없으면 범죄 없고 형벌 없다(nullum crimen, nulla poena sine lege)”의 의미는 바꾸어 말하면 “법률 있으면 범죄 있고 형벌 있을 수 있다”가 된다. 즉, 범죄로 규정하는 법률이 있는 한, 언제든 국가형벌권의 행사는 가능하다. 사실상의 비범죄화가 된 상태라도 법률은 이러한 행위를 범죄로 규정하고 있기 때문에, 법의 수범자인 시민사회는 이로부터 자유로울 수 없다. 따라서 시민의 자유를 보장하기 위해서는 법집행 또는 법적용기관의 처분에 따라 달라지는 사실상의 비범죄화가 아니라 법률의 변경 또는 폐지를 통한 법률상의 비범죄화가 요구된다. 이와 같은 견지에서 헌법재판소는 자기결정권의 보장을 위한 결단으로 간통죄 폐지 및 양심적 병역거부권을 인정하여 대체복무제도의 도입을 결정한 바 있다.

다만, 어떠한 행위를 처벌하지 않는다고 하여 국가와 사회가 그 행위를 긍정적으로 평가하거나 도덕적으로 수용하는 것이라 오해해서는 안 된다. 단지 법리적 차원에서 당벌성 내지 필벌성만을 부정하는 것뿐이다.[399] 그러므로 사회와 국가가 유해하다고 인정하는 영역에서 직접적인 자기 이익을 도모하기 위하여 공공연히 선동하거나 장려하는 권유사범 및 조장사범은 국가의 통제대상이 될 수 있다. 자신의 이익과는 관련되어 있지만 타인과의 관계에서 타인의 이익에는 영향을 주지 않는 행위가 아니기 때문이다. 권유사범과 조장사범은 사회와 국가가 유해하다고 인정하는 영역으로 타인을 유도하고 조력함으로써 비난가능성을 갖는다. 이는 자신의 이익을 위하여 타인에게 스스로 해악이 되는 행위를 하게 하는 것이므로, 타인을 편취하는 것이라 볼 여지가 있다. 따라서 도박장 개설자, 불법 마약류 공급자, 성매매 업주에 대한 공권력의 투입은 정당성이 인정된다. 같은 맥락에서 공공연한 호객 행위 및 광고 행위 또한 국가 제재의 대상이 될 수 있을 것이다. 이는 내밀한 사생활을 벗어나 그것을 외부에 표출하는 행위로서, 원치 않는 타인으로 하여금 그러한 영역에 노출되게 하는 것은 직접적인 해악을 끼치는 것으로 볼 수 있기 때문이다.

4. 후견주의적 개입의 방안

「범죄와 형벌(Dei Delitti e delle Pene)」에서 “형벌은 어떠한 경우에도 일개 시

399) 임웅, 앞의 책, 74면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

민에 대한 일인 혹은 다수의 폭력행위로 되지 않아야 한다. 그러기 위해서 형벌은 본질적으로 공개적이고 신속하며 필요한 것이어야 한다. 또한 형벌은 주어진 사정하에서 가능한 한 최소한의 것이어야 하고, 범죄에 비례하지 않으면 안 되며, 성문의 법률에 의해 규정되어야 한다."는 체사레 베카리아(Cesare Beccaria)의 주장은 근대형법을 관통하는 이념이자, 그 이념을 천명하기 위한 기본원칙들로 뿌리 내리게 되었다.[400] 그러나 이러한 원칙들에 부합하지 않고, 단지 정책적 필요성에 의해 문제되는 사회현상을 해결하기 위한 수단으로서 전락한 상징형법은 그 정당성을 의심 받으며, 실질적으로 사문화된 규정조차 존치하고 있다. 이것은 장기적인 관점에서 국가의 최후 통제수단이자 가장 강력한 통제수단인 형법의 기능을 국가 스스로 저해하고 있는 것이라고 볼 수 있다. 이와 같은 최후의 카드를 꺼내 들었음에도 불구하고 대상범죄가 억지되기보다 오히려 음성화되고 있는 현실로 미루어보면 분명 국가가 선택한 그 수단이 잘못된 것으로 판단된다. 다시 말해서 사회적인 문제 현상의 해결방안으로 처벌이 능사는 아니라는 것이다.

상습도박과 마약류 자기사용의 경우, 그 중독성으로 인한 행위의 반복 현상과 그로부터 발생되는 폐해를 억지하고자 한다면 처벌보다는 치료적 처우가 우선되어야 한다. 당해 행위가 유발요인이 되어 실제로 타인의 자유이익을 침해하는 범죄가 발생하기 전에는 자신의 행위에 대한 피해자이자 합리적인 의사결정을 할 수 없는 책임무능력자 혹은 한정책임능력자일뿐이다. 이에 대한 국가의 후견주의적 개입이 인정될 수 있으나, 이것에 대한 개입의 방법은 처벌이 아니라 보호, 즉 치료적 처우가 되어야 할 것이다. 실질적인 침해가 발생하기도 전에 범죄의 위험원이라는 근거를 들어 처벌하고자 하는 것은 개인의 자유이익에 대한 국가의 심각한 침해를 최우선적으로 동원하는 것으로서, 이러한 처벌의 조기화는 지양되어야 한다.

5. 한국 현대사회에서의 형법의 정향성

앞서 논의한 내용을 종합적으로 고려하여 장차 형법이 나아가야할 방향에 관해 미흡하게나마 몇 가지를 제시해보고자 한다. 첫째, 도덕과 관련된 영역에서 개인의 자율성을 존중하여 국가는 뒤로 물러나야 한다. 인간으로서의 존엄과 가치를 구현

400) 체자레 벡카리아/이수성·한인섭 역, 「범죄와 형벌」, 지산, 2003, 180면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하는 권리인 자기결정권을 보장하면서 동시에 보편적·사회적 법익보호란 명분으로 개인의 자율성을 무시하는 국가의 후견주의적인 태도는 대단한 모순이 아닐 수 없다. 따라서 도덕과 관련된 영역을 보호법익으로 하는 범죄는 개인의 자기결정권을 존중하여 비범죄화 되어야 한다. 자신이 선택·관리·포기할 수 있는 법익을 어떻게 처분하는가는 법익주체 스스로의 결정에 달려있는 것이기 때문이다.

둘째, 개인의 자율성 부정을 근거로 하는 후견주의적 개입 형태가 형사처벌이 되어서는 안 된다. 예를 들어 도박과 마약류 자기사용의 상습성의 주된 원인은 중독에 의한 것이므로 이러한 행위의 반복은 병리적인 현상이다. 그렇다면 이러한 행위는 충분한 판단능력이 결여된 결과이기 때문에 행위자의 자율성이 부정된다. 따라서 자율성이 부정되는 행위자에게 온전히 그 책임을 귀속시킬 수 없다. 결국 이에 대한 형사처벌은 억압을 위한 억압과 응보에 지나지 않는다.

셋째, 사회적 법익과 자기결정권 간에 비교형량을 통한 자기결정권 제한을 지양해야 한다. 사회적 법익의 개념은 그 특성상 추상적이고 불명확한 개념이다. 이에 대한 비교형량은 판단하는 법관의 자의에 따라 달라질 수 있는 위험성을 갖는다. 따라서 사회적 법익을 우월한 가치로 판단하여 자기결정권을 후퇴시키기보다 양립할 수 있는 균형점을 찾는 노력이 필요하다.

넷째, 법률적으로만 규제하고 통제하려는 권위적 태도를 지양하고 사회의 기반 속에서 해결 방안을 찾아야한다. 사회적 법익의 목적이 원론적으로 사회공동체의 공존과 안정에 있다면 법률적 제재로만 해결될 문제가 아니기 때문이다. 특히, 성인 간의 자발적 성매매와 자기낙태의 문제는 성판매자의 탈성매매를 위한 지원정책과 출산 및 양육 여건 향상을 위한 개선정책이 무엇보다 중요하다고 할 수 있다. 더불어 이러한 제재 규정의 이면에는 가부장적·남성중심적 색채가 강하게 투영되어 있는 것으로 생각된다. 따라서 이처럼 페미니즘을 도외시한 법 규정은 성평등을 정향으로 하여 점진적으로 개정해나가야 할 것이다.

다섯째, 최선의 범죄 대응책은 교육과 지원을 통한 예방이다. 엄벌주의적인 처사는 일시적인 효과는 있을지언정, 장기적으로 봤을 때 지속적으로 실효성 있는 결과를 가져올 수 없기 때문이다. 이러한 정책은 형벌을 피하기 위해 행위자로 하여금 암수범죄로 이어지게 만드는 역기능을 낳는다. 오히려 자신의 행위에 가장 효과적인 억지력으로 작용하고, 제동을 걸게 되는 것은 스스로 형성한 가치관일 것

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이다. 이는 비슷한 환경에 처하더라도 사람들 모두가 범죄로 나아가지 않는 이유가 된다. 이러한 가치관의 형성은 무엇보다 지속적인 교육과 안정적인 환경을 제공해주는 국가적 지원을 통해서 쌓아갈 수 있을 것이라 판단된다. 세계 명작 동화 '바람과 해님'에서는 동일한 목표로 각기 다른 방법을 썼지만, 나그네의 행동에 큰 변화를 가져온 것은 강한 바람이 아니라 따뜻한 햇볕이었다. 이와 같은 인도주의적 선도가 우리 헌법이 추구하는 "윤리적 가치에 의해서 징표되는 자주적 인간상"에도[401] 부합하는 방향이 될 것이다.

역사적으로 수많은 대가를 치루며 세워진 형법과 형벌에 대한 근대적 이념은 결코 퇴색되어서는 안 된다. 이를 간과하는 것은 결국 본질을 잃는 것이나 다름없다. 괴테(J. Goethe)는 "인간을 벌할 수도 사면할 수도 있다. 그러나 인간을 인간으로 보지 않으면 안 된다."고 하였다. 오늘날 한국의 현대사회에 만연해있는 무관용적 사고(思考)와 여기에서 비롯한 중형주의적 또는 엄벌주의적 경향에 대하여 깊은 비판적 성찰이 무엇보다 필요한 때이다.

401) 이것은 불가양, 포기불능의 고유한 윤리적 가치의 주체이면서 동시에 사회공동체의 구성원으로서 고유한 인격 내지는 개성의 신장을 통해서 사회공동생활을 책임 있게 함께 형성해 나아갈 사명을 간직한 자주적 인간을 뜻한다(허영, 앞의 책, 331면).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

참고문헌

1. 단행본

권영성,「헌법학원론」, 법문사, 2007.

김용우/최재천,「형사정책」, 박영사, 2006.

김일수,「한국형법」Ⅳ (各論 下), 박영사, 1997.

김일수/서보학,「새로쓴 형법총론」제12판, 박영사, 2014.

김재윤,「생명의 형법적 보호」, 전남대학교출판부, 2014.

Murray N. Rothbard/전용덕・김이석・이승모 역,「자유의 윤리」, 피앤씨미디어, 2016.

문성호,「마약은 범죄가 아니다 (영국편)」, 한국학술정보(주), 2008.

_____,「마약은 범죄가 아니다 (네덜란드편)」, 한국학술정보(주), 2008.

배종대,「형법각론」제10전정판, 홍문사, 2018.

_____,「형사정책」제11판, 홍문사, 2017.

_____,「형법총론」제13판, 홍문사, 2017.

_____,「형법각론」제9전정판, 홍문사, 2015.

_____,「형법총론」제11판, 홍문사, 2013.

서울지방변호사회 이광수,「대체복무 제도의 모델에 관한 연구」, 박영사, 2018.

아르투어 카우프만/김영환 역,「법철학」, 나남, 2013.

이상돈,「형법강론」제2판, 박영사, 2017.

_____,「형법학」, 법문사, 1999.

_____,「형법의 근대성과 대화이론」, 홍문사, 1994.

이재상,「형법각론」제9판, 박영사, 2014.

_____,「형법총론」제7판, 박영사, 2011.

이재상/장영민/강동범,「형법총론」제9판, 박영사, 2017.

_____,「형법각론」제10판, 박영사, 2017.

임 웅,「비범죄화의 이론」, 법문사, 1999.

제시카 발렌티/노지양 역,「처음 만나는 페미니즘」, 교양인, 2018.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

조 국,「절제의 형법학」제2판, 박영사, 2015.
_____,「양심과 사상의 자유를 위하여」, 책세상, 2001.
존 스튜어트 밀/김대성 역,「자유론」, 아름다운날, 2016.
진계호,「형사정책」, 대왕사, 2002.
체자레 벡카리아/이수성・한인섭 역,「범죄와 형벌」, 지산, 2003.
최종고,「법학통론」제3전정신판, 박영사, 2014.
최종일,「형사정책」, 법지사, 2000.
Kurt Seelmann/윤재왕 역,「법철학」제2판, 세창출판사, 2010.
한상수,「로스쿨시대 법학의 기초」, 인제대학교 출판부, 2008.
H. 하트/이영란 역,「법, 자유, 도덕」, 나남출판, 1996.
허영,「한국헌법론」전정7판, 박영사, 2011.
홍양희,「'성聖/性'스러운 국민」, 서해문집, 2017.
Dworkin, G.,「The Theory and Practice of Autonomy」, Cambridge Univ. Press, 1988.
Lindley, R.,「Autonomy」, Humanities Press International, 1986.
Tuck, R.,「Natural Rights Theories」, Cambridge Univ. Press, 1979.
佐藤幸治,「憲法」第3版, 青林書院, 1995.
山田卓生,「私事と自己決定」, 日本評論社, 1999.

2. 논문

강윤석, "온라인 도박의 특성과 형사규제에 대한 고찰",「KHU 글로벌 기업법무 리뷰」제11권 제1호, 경희대학교 경희법학연구소, 2018.
권지혜, "형법정책의 토대로서 자유주의적 후견주의에 대한 비판적 고찰", 고려대학교 박사학위논문, 2016.8.
김강운, "자기결정권과 평등",「원광법학」제22권 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2006.
_____, "헌법상 자기결정권의 의의",「법학연구」제20집, 한국법학회, 2005.
김명수, "성적 소수자의 법적 차별에 관한 고찰",「세계헌법연구」제18권 제1호, 국제헌법학회, 2012.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

김성돈, “도박에 관한 형사입법정책의 문제점과 그 한계”,「글로벌 경제시대, 형사학의 당면과제」, 2016년도 한국형사학대회, 2016.

_____, “형법의 과제, 형법의 한계 그리고 리바이어던형법”,「형사법연구」 제28권 제4호, 한국형사법학회, 2016.

_____, “전통적 법익이론과 체계비판적 법익개념의 한계”,「법학논총」 제35권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2015.

김성천, “성매매의 비범죄화”,「중앙법학」 제6권 제4호, 중앙법학회, 2004.

_____, “비범죄화”,「중앙법학」 제2호, 중앙법학회, 2000.

김윤희, “도박의 근대성, 오락적 도박의 역설”,「아시아문화연구」 제46집, 가천대학교 아시아문화연구소, 2018.

김일수, “Punitivistische Grundtendenzen der gegenwartigen Kriminalpolitik?”,「고려법학」 제56호, 고려대학교 법학연구원, 2010.

김일중/정기상, “과잉범죄화의 극복을 위한 비범죄화에 관한 연구”,「저스티스」 통권 제140호, 한국법학원, 2014.

김일환, “자기결정권의 도출근거에 관한 헌법재판소 결정의 비판적 검토”,「미국헌법연구」 제25권 제2호, 미국헌법학회, 2014.

김재윤, “여호와의 증인의 자기결정권에 따른 수혈거부와 의사의 형사책임”,「법학논총」 제33권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2013.

김종구, “형법이론과 대법원 판례에서 본 규범주의에 대한 고찰”,「법학연구」 제41집, 한국법학회, 2011.

김지영, “법과 도덕 논쟁의 현대적 전개”,「법학논총」 제39권, 중앙대학교 법과대학, 2004.

김진혁, “도박의 현실적 통제방안”,「한국공안행정학회보」 제52호, 한국공안행정학회, 2013.

김창군, “비범죄화의 실현방안”,「형사정책」 제8호, 한국형사정책학회, 1996.

김학태, “형법에서의 낙태죄와 모성보호”,「외법논집」 제3권, 한국외국어대학교 법학연구소, 1996.

김현철, “자기결정권에 대한 법철학적 고찰”,「법학논집」 제19권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2015.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

김혜정/조상희, “피해자 없는 범죄에 대한 규제에 관한 소고”,「피해자학연구」, 제23권 제1호, 한국피해자학회, 2015.

도중진, “군형법상 추행죄에 관한 소고”,「형사정책연구」 제26권 제3호, 한국형사정책연구원, 2015.

류기환, “양심적 병역거부에 대한 비범죄화 가능성”,「법학연구」 제52권, 한국법학회, 2013.

류지영, “구 군형법 제92조의5의 위헌성”,「법학연구」 제64권, 한국법학회, 2016.

문재태, “양심적 병역거부에 관한 법적 검토”,「법률실무연구」 제5권 제1호, 한국법이론실무학회, 2017.

민병로, “헌법상 자기결정권과 후견주의”,「법학논총」 제32권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2012.

박강우, “사회변화와 형사입법의 정당화조건”,「형사법연구」 제24권 제3호, 한국형사법학회, 2012.

박기석, “성매매행위의 비범죄화”,「원광법학」 제34권 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2018.

_____, “수혈거부 환자에 대한 의사의 책임”,「고려법학」 제78호, 고려대학교 법학연구원, 2015.

박진실, “대마사용의 비범죄화 주장에 대한 이론적 검토”,「법학논문집」 제40집 제3호, 중앙대학교 법학연구원, 2016.

_____, “대마의 비범죄화에 관한 연구”, 중앙대학교 박사학위논문, 2015.2.

박찬걸, “양심적 병역거부자에 대한 형사처벌의 타당성 여부”,「한양법학」 제38권, 한양법학회, 2012.

_____, “군형법상 추행죄의 문제점과 개선방안”,「한양법학」 제22권 제3집, 한양법학회, 2011.

_____, “비범죄화의 유형에 관한 연구”,「저스티스」 통권 제117호, 한국법학원, 2010.

박찬운, “양심적 병역거부 - 국제인권법적 현황과 한국의 선택 - ”,「저스티스」 통권 제141호, 한국법학원, 2014.

배종대, “마약범죄와 인간의 존엄”,「안암법학」 제4권, 안암법학회, 1996.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

Brian Bix/권경휘 역, “하트(H. L. A. Hart)와 법이론에 있어서 해석학적 전회”, 「영산법률논총」 제11권 제2호, 영산대학교 법률연구소, 2014.

Simon Lee/이경재 역, “‘하트와 데블린의 논쟁’ 논평”, 「법학연구」 제18권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2007.

살림(팀), “군형법 제92조의6 동성애 처벌조항 폐지를 위한 소고”, 「인권법연구」 제1권 제1호, 한국방송통신대학교, 2015.

신동일, “자기결정권과 객관적 규칙에 대하여”, 「성신법학」 제10호, 성신여자대학교 법학연구소, 2011.

안준홍, “도덕의 법적 강제에 대한 일 고찰”, 「가천법학」 제9권 제4호, 가천대학교 법학연구소, 2016.

양현아, “여성 낙태권의 필요성과 그 함의”, 「한국여성학」 제21권 제1호, 한국여성학회, 2005.

양화식, “드워킨의 자유주의적 중립성론”, 「법철학연구」 제16권 제1호, 법철학연구, 2013.

오병선, “밀의 자유론과 해악의 원리”, 「수행인문학」 제36권, 한양대학교 수행인문학연구소, 2006.

_____, “자유제한의 원리와 도덕의 법적 강제”, 「서강법학연구」 제3권, 서강대학교 법학연구소, 2001.

오석준, “인격주의 생명윤리 관점으로 본 ‘자기결정’에 대한 고찰”, 「인격주의 생명윤리」 제8권 제1호, 가톨릭생명윤리연구소, 2018.

오세혁, “해악원리, 법적 도덕주의, 그리고 후견주의”, 「중앙법학」 제11집 제2호, 중앙법학회, 2009.

_____, “법적 후견주의 - 개념분석적 고찰 - ”, 「법철학연구」 제12권 제1호, 한국법철학회, 2009.

오영인/이얼, “낙태절차에 관한 미국 연방대법원 결정이 우리나라 낙태규제에 주는 시사점”, 「미국헌법연구」 제28권 제3호, 미국헌법학회, 2017.

윤종행, “낙태방지를 위한 입법론”, 「법학연구」 제13권 제1호, 연세대학교 법학연구소, 2003.

이나영, “성판매자 비범죄화를 위한 시론”, 「페미니즘 연구」 제15권 제1호, 한국여

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

성연구소, 2015.
이동욱, “마약과 사회문제”,「고시계」 제34권 제8호, 고시계사, 1989.
이덕인, “성풍속 처벌의 형사법적 한계”,「형사정책연구」 제87권, 한국형사정책연구원, 2011.
이보영/이무선, “마약범죄 처벌의 정당성”,「법학연구」 제47권, 한국법학회, 2012.
이상현, “군형법상 항문성교 기타 추행죄 연구”,「법학논총」 제36집, 숭실대학교 법학연구소, 2016.
이승호, “형사제재의 다양화와 형법의 기능”,「형사법연구」 제24권 제3호, 한국형사법학회, 2012.
이 얼, “자기결정권 법리의 체계화를 위한 형법학의 과제”,「법학연구」 제54권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2013.
이 얼/김성돈, “성적 자기결정권의 형법적 의의와 기능”,「법학논총」 제34권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2010.
이영록, “유해성원칙・후견주의・자유주의”,「비교형사법연구」 제4권 제2호, 한국비교형사법학회, 2002.
이재승, “병역법 제88조 제1항의 ‘정당한 사유’의 의미”,「경희법학」 제53권 제3호, 경희대학교 경희법학연구소, 2018.
이재학, “낙태죄의 비범죄화 논란에 대한 소고”,「법학논고」 제59권, 경북대학교 법학연구원, 2017.
이종인, “마약 관련 형사정책의 법경제학적 함의”,「형사정책연구」 제21권 제1호, 한국형사정책연구원, 2013.
이주일, “형법상 보충성의 원칙에 대한 소고”,「비교법학연구」 제5권, 한국비교법학회, 2005.
이호용, “성매매의 합리적 규제를 위한 법정책적 방향”,「한국공안행정학회보」 제20권, 한국공안행정학회, 2005.
장다혜, “성매매처벌법상 단순성매매 처벌 위헌심판제청결정에 대한 비판적 검토”,「이화젠더법학」 제7권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2015.
장영수, “양심적 병역거부와 병역법 제88조 제1항 등의 ‘정당한 사유’의 해석”,「강원법학」 제55권, 강원대학교 비교법학연구소, 2018.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

전현욱, “중독(中毒)에 대한 정당한 형사정책의 기준과 한계”,「형사정책연구」 제24권 제2호, 한국형사정책연구원, 2013.

정연주, “군형법상 추행죄의 헌법적 문제”,「공법학연구」 제12권 제2호, 한국비교공법학회, 2011.

정운하/문혜정, “합법사행산업 규제를 위한 기관차효과 VS 풍선효과 비교”,「한국행정학회 학술발표논문집」, 한국행정학회, 2015.12.

정재훈, “독일 성매매 합법화 이후 실태와 정책 효과”,「이화젠더법학」 제5권 제1호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2013.

조해현, “도덕의 법적 강제에 관한 소고”,「영남법학」 제40권, 영남대학교 법학연구소, 2015.

채형복, “양심적 병역거부: 권리인가, 도피인가”,「법학논고」 제40권, 경북대학교 법학연구원, 2012.

최봉철, “법실증주의와 그 재판이론”,「법철학연구」 제14권 제3호, 한국법철학회, 2011.

_____, “간통죄에 대한 헌법재판소 결정의 다수의견 검토”,「홍익법학」 제8권 제2호, 홍익대학교, 2007.

_____, “도덕의 법적 강제에 대한 논쟁과 헌법재판소의 결정”,「성균관법학」 제18권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2006.

최성모/소영진, “사회규제완화와 풍선효과”,「한국행정학보」 제27권 제4호, 한국행정학회, 1994.

최유정/신아름/최샛별, “한국의 다양한 가족 형태에 대한 사회적 인식”,「가족과 문화」 제27집 제2호, 한국가족학회, 2015.

최현정, “낙태죄의 문제점 및 개선방향”,「이화젠더법학」 제8권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2016.

패트릭 데블린/안준홍 역, “[번역] 도덕과 형법”,「법철학연구」 제13권 제3호, 한국법철학회, 2010.

한채윤, “동성애와 동성애 혐오 사이에는 무엇이 있는가”,「생명연구」 제30집, 서강대학교 생명문화연구소, 2013.

황경식, “자유와 간섭 - 자율성과 선의의 간섭주의 - ”,「철학사상」 제1권, 서울대학

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

교 철학사상연구소, 1991.

황태정, “자기결정의 자유와 한계에 관한 형법적 관점”,「한국사회연구」 제12권 제1호, 경기대학교 사회과학연구소, 2009.

Alexandra Bongard Stremler, “Sex for Money and the Morning After: Listening to Women and the Feminist Voice in Prostitution Discourse”, 7 J. Law. & Pub. Pol’y 189, 1995.

Belinda Cooper, “Prostitution: A Feminist Analysis”, 11 Women’s Rts. L. Rep. 99, 1989.

Christine Overall, “What’s Wrong with Prostitution? Evaluating Sex Work”, 17 Signs 705, 1992.

David A. J. Richards, “Commercial Sex and the Rights of the Person: A Moral Argument for the Decriminalization of Prostitution”, 127 U. Pa. L. Rev. 1195, 1979.

Holly B. Fechner, “Three Stories of Prostitution in the West: Prostitutes’ Groups, Law and Feminist ‘Truth’”, 4 Colum. J. Gender & L. 26, 1994.

Jody Freeman, “The Feminist Debate Over Prostitution Reform: Prostitutes’ Rights Groups, Radical Feminists, and the (Im)possibility of Consent”, 5 Berkeley Women’s L. J. 75, 1990.

Nina Lopez-Jones, “Workers: Introducing the English Collective of Prostitute”, Sex Work: Writings by Women in the Sex Industry 305, 1987.

Prosser, W. L., “Privacy”,「California Law Review」 vol.48, University of California, Berkeley, School of Law, 1960.

Susan E. Thompson, “Prostitution - A Choice Ignored”, 21 Women’s Rts. L. Rep. 217, 2000.

Tracy M. Clements, “Prostitution and the American Health Care System: Denying Access to a Group of Women in Need”, 11 Berkeley Women’s L. J. 49, 1996.

Warren, S. D./Brandeis, L. D., “the Right to Privacy”,「Harvard Law Review」 vol.4, Harvard Law School, 1890.

Collection @ chosun