

〈논문〉

구결행위금지조항의 위헌성* - 미국 주요판례를 통한 비교법적 고찰 -

金 知 慧**

요 약

빈곤에 기인한 특성이나 행위를 처벌하는 ‘빈곤의 범죄화’가 전 세계적인 문제로 주의를 끌고 있는 가운데, 우리나라는 최근 개정 경범죄처벌법에서 구결행위를 처벌하는 규정을 신설하였고 내년부터 시행을 앞두고 있다. 미국의 경우 이 구결행위금지조항과 같이 빈곤층, 특히 홈리스에게 주요하게 영향을 미치는 규정들이 오랫동안 존재해왔으며 사법심사를 통해 일부 위헌성이 선고된 바 있다. 이에 이 논문에서는 미국 연방법원의 주요 판례를 통해 미국에서 발달한 법리를 살펴보고, 이를 바탕으로 우리 법리에서 구결행위금지조항의 위헌성에 대하여 비교법적으로 논한다.

미국 연방법원에서는 구결, 부랑 등의 행위를 처벌하는 조항들의 위헌성을 판단하는데 모호성에 기한 무효, 표현의 자유, 잔혹하고 이상한 형벌금지 등의 법리를 적용한 바 있다. 즉, 모호한 규정으로 가난한 사람들에 대해 자의적이고 차별적인 법적용을 허용하고 촉진하는 것은 법치주의에 어긋나며, 구결행위가 기부금품모집과 유사하게 필요에 대한 표현행위이므로 개방장소에서의 구결행위는 엄격심사기준에 따라 보호받아야 하고, 사적 공간을 가질 수 없는 이들이 인간으로서 불가피한 행위를 한 경우 이를 처벌하는 것을 잔혹하고 이상한 형벌금지의 원칙에 위배된 것이라고 보았다.

이 논문에서는 우리 헌법상의 죄형법정주의의 명확성원칙과 형법상의 책임원칙에서 미국 판례에서와 유사한 논리를 적용함으로써 구결행위금지조항에 대한 위헌성 논증이 가능하다고 주장한다. 미국 판례에서와 유사하게 우리 구결행위금지조항이 명확성과 행위의 비난가능성에 대한 정당성이 결여된 채 빈곤으로 특정되는 집단에 대한 자의적인 국가권력의 개입을 가능케 하고, 이로써 구결행위자의 표현의 자유 또는 일반적 행동자유권을 침해할 소지가 있어 우리 헌법에서 요구하는 법치주의에 반한다고 본다.

주제어: 구결행위금지, 경범죄처벌법, 빈곤의 범죄화, 법치주의, 표현의 자유

* 이 글을 작성하는 데 귀중하고 유익한 의견을 주신 오영신 헌법연구관과 익명의 심사위원들께 감사드린다. 본고의 내용은 필자 개인의 의견으로 헌법재판소의 공식 입장과는 무관함을 밝혀둔다.

** 헌법재판소 헌법연구원.

I. 서론

‘극빈과 인권에 관한 특별조사관’ 막달레나 세풀베다 카르모나(Magdalena Sepulveda Carmona)는 지난 2011년 8월 4일 제66회 유엔총회에 제출한 보고서에서 빈곤을 범죄화하는 각국의 법과 정책들을 비판하였다.¹⁾ ‘빈곤의 범죄화(criminalization of poverty)’란, 빈곤한 사람들을 표적으로 하거나 빈곤에 기인한 특성이나 행위를 범죄로 규정하여, 처벌 또는 불이익을 주는 조치를 말한다. 구걸행위나 노숙과 같이 빈곤한 사람들이 생존을 위하여 필요에 의해 하게 되는 행위나 인간으로서 하는 자연스러운 활동들을 국가가 형벌로써 규제하는 경우가 여기에 포함된다.²⁾ 위 보고서에서는 이러한 법령들이 빈곤한 사람들을 차별적으로 불리하게 하고, 경찰의 재량남용에 의한 횡포에 노출시키며, 빈곤을 개인의 도덕적 문제로 돌리는 사회적 낙인과 편견을 가중시킨다고 분석하였다.³⁾ 이러한 입법의 배경에는 도시의 미관화와 투자유치를 위해 빈곤한 사람들을 도시에서 배제시키려는 정책적 의도가 있어, 인권의 관점에서 볼 때 정당성을 인정하기 어렵다고 보았다.⁴⁾

세계적으로 이렇게 빈곤의 범죄화 문제가 인권의 관점에서 논의되기 시작하고 있는 동안, 우리나라에서는 지난 2012년 3월 21일 경범죄처벌법을 개정하면서 구걸행위에 대한 처벌조항을 도입하였다. “공공장소에서 구걸을 하여 다른 사람의 통행을 방해하거나 귀찮게 한 사람”을 10만원 이하의 벌금, 구류, 또는 과료로 처벌할 수 있게 한 이 조항(이하 ‘구걸행위금지조항’이라 한다)은, 구걸행위를 처벌해야 할지 여부에 대한 사전 공론이 거의 전무했던 가운데 당시 한나라당 이인기 의원이 발의한 개정안이 반영되며 최종 통과되었다.⁵⁾ 법이 개정된 이후 이에 대한

1) United Nations, Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, 66th session, 4 August 2011, A/66/265.

2) *Ibid.*; United States Interagency Council on Homelessness (USICH), “Searching Out Solutions: Constructive Alternatives to the Criminalization of Homelessness” (2012), available at <http://www.usich.gov/resources/uploads/asset_library/RPT_SoS_March2012.pdf>. ‘빈곤의 범죄화’란 본문에서 논의한 바와 같은 현상을 일반적으로 지칭하는 것으로, 구체적인 정의와 용어사용이 조금씩 다르게 나타난다. 위 유엔보고서에서는 빈곤한 사람들에 대한 ‘처벌조치(penalization measures)’라는 용어를 사용하여 형사처벌뿐만 아니라 다양한 형태로 불이익을 주는 조치를 포괄하고 있고, 위 USICH 보고서의 경우에는 특히 홈리스에 초점을 두어, 형사사법제도를 통하여 홈리스를 통제하려고 하는 조치들을 ‘홈리스의 범죄화(criminalization of homelessness)’라고 하고 있다.

3) United Nations, *supra* note 1, para.29-43.

4) *Ibid.*, para.44-48.

사회적 비판이 이어졌다. 가난하여 생계를 위해 구결하는 사람들에게 벌금을 부과하고, 결국 구류 등의 방식으로 사회와 격리시키는 효과의 부당함과 함께, ‘통행방해’의 의미가 무엇인지 등 법률 규정의 모호함으로 인해 경찰의 권한남용의 우려가 있다는 것 등이었다.⁶⁾

구결행위금지조항과 같이 소위 빈곤의 범죄화로 분류되는 형벌은 일제시대 이후 우리나라에서 나타났다 사라지기도 하였지만, 이에 관한 논의는 지금까지 깊이 있게 다루어진 바가 없다. 반면 미국의 경우는 이러한 형벌조항들에 대한 사법심사가 1970년대부터 비교적 활발하게 이어졌고, 이에 대해 ‘모호성에 기한 무효(void for vagueness)’, 수정헌법 제1조의 ‘표현의 자유’, 수정헌법 제8조의 ‘잔혹하고 이상한 형벌(cruel and unusual punishment)’의 금지 등에 근거하여 위헌을 선고한 주요한 판례들이 있었다. 이런 판결들을 통해 빈곤한 사람들이 주거가 불특정한 처지로 인하여 공공장소에서 하게 되는 행위들을 범죄로 규정하는 것의 정당성에 관한 논의가 발전되었고, 최근에는 연방정부기관인 ‘미국 관계부처 합동 홈리스위원회(United States Interagency Council on Homelessness)’에서 <해결점을 찾아: 홈리스의 범죄화에 대한 건설적 대안>이라는 제목으로 보고서를 발간하기도 하였다.⁷⁾ 이 보고서에서는, 공공장소에서 자고, 앉고, 구결하는 등의 생계를 위한 행위를 범죄화하는 것이 미국 헌법과 국제인권법에 비추어 불합치하다는 해석을 제시하며, 실질적으로도 집행비용이 높으면서 문제해결의 효과가 낮은 이 범죄화를 대체할 ‘건설적인’ 정책적 대안을 제시하려 하였다.

이에 본 논문에서는 미국에서 이러한 논의가 어떻게 발전하였는지 연방법원의 주요 판례들을 통해 살펴보고, 이를 바탕으로 우리 법리에서 구결행위금지조항의 위헌성에 대하여 비교법적으로 논한다. 이를 위해 먼저 제II장에서 개정된 경범죄

5) 개정된 경범죄처벌법은 2009년 4월 박은수 의원, 2009년 12월 정부, 2009년 2월 이인기 의원, 2009년 9월 광정숙 의원, 2010년 6월 이춘석 의원, 2011년 6월 안효대 의원 등이 대표발의했던 6건의 법률안에 대한 대안으로 행정안전위원회가 제안하여 통과된 것이다.

6) 백민경, “‘구결행위도 경범죄 처벌’ 개정안 통과에 논란 확산”, 서울신문 (2012. 3. 5.); 진보신당, “구결행위를 처벌하겠다니, 빈곤문제 해소가 먼저다”, (2012. 3. 6.); 엄기호, “곳간을 줄이고 감옥을 늘려라”, **세상을 두드리는 <사람>**, 제56호 (2012. 5-6.); 이동현, “구결행위 금지가 어떻게 사람을 모욕하는가”, **세상을 두드리는 <사람>**, 제56호 (2012. 5-6.); 해인, “60년 뒤로 후퇴한 경범죄처벌법: 구결행위 금지규정의 법적 문제”, **세상을 두드리는 <사람>**, 제56호 (2012. 5-6.).

7) USICH, *supra* note 2.

처벌법의 구결금지조항에 대해 살펴보고 이 규정이 빈곤을 범죄화하는 성격이 있음을 고찰한다. 다음으로 제III장에서는 미국 법원에서 구결 및 부랑을 규제하는 규정들을 ‘모호성에 기한 무효,’ ‘표현의 자유,’ ‘잔혹하고 이상한 형벌금지’에 근거해 심사했던 법리를 주요 판례를 통해 살펴보고, 마지막으로 제IV장에서는 이러한 미국의 법리와 우리 헌법 상 죄형법정주의, 책임원칙, 표현의 자유, 일반적 행동의 자유 등의 법리와와의 유사성을 바탕으로 구결행위금지조항이 위헌성 판단을 받을 가능성에 대하여 논한다. 결론적으로 이 논문에서는, 구결행위금지조항이 명확성과 가벌성에 대한 정당성이 결여된 규정으로 빈곤으로 특정되는 집단에 대한 자의적인 국가권력의 개입을 가능케 하여 표현의 자유 또는 일반적 행동자유에 대한 권리를 침해하는 것으로서, 헌법에서 요구하는 법치주의에 반한다고 주장한다.

II. 경범죄처벌법 상의 구결행위금지조항과 빈곤의 범죄화

1. 구결행위금지조항의 도입

지난 2012년 3월 21일 전부개정되어 2013년 3월 22일 시행예정인 경범죄처벌법(이하 ‘개정법’이라 한다) 제3조 제1항 제18호에서는, “다른 사람에게 구결하도록 시켜 올바르게 아니한 이익을 얻은 사람 또는 공공장소에서 구결을 하여 다른 사람의 통행을 방해하거나 귀찮게 한 사람”을 처벌하도록 규정하고 있다. 이 조항은 현행 경범죄처벌법 제1조 제23호에서 전단의 규정, 즉 ‘구결부당이익’에 대한 금지조항만 있던 것에서 후단의 규정, 즉 ‘자발적 구결행위’에 대한 금지조항을 추가, 신설한 것이다.⁸⁾

구결행위금지조항에 따라 ‘공공장소에서 구결을 하여 다른 사람의 통행을 방해하거나 귀찮게 한 사람’은 10만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형을 받는다.⁹⁾ 다만, 경찰서장, 해양경찰서장, 제주특별자치도지사 또는 철도특별사법경찰대장이 통고처분할 수 있으며,¹⁰⁾ 위반행위자가 통고처분을 받지 않거나 불이행시에는 즉

8) 경범죄처벌법, 법률 제11401호, 2012. 3. 21. 전부개정, 2013. 3. 22. 시행. (이하 ‘개정 경범죄처벌법’).

9) 과료는 금액이 2천원 이상 5만원 이하(형법 제47조)의 재산형으로, 구류는 1일 이상 30일 미만 동안(형법 제46조) 경찰서유치장, 구치소 또는 교도소에서 집행된다(즉결집 판결차법 제18조 제2항).

10) 개정 경범죄처벌법, 제7조 제1항. 이때, (1) 범칙행위를 상습적으로 하는 사람, (2) 죄를

결심판을 받게 된다.¹¹⁾ 여기서 ‘철도특별사법경찰대장’에게 통고처분의 권한을 부여한 것도 이번에 새로 추가된 내용으로, “역이나 열차 내에서의 질서위반행위에 대해 효과적으로 대응할 수 있도록” 하려는 취지로 개정되었다.¹²⁾

우리나라에서 경범죄처벌법이 처음 제정된 것은 1954년 4월 1일(1954년 4월 21일 시행)이었고, 그 이후 개정법에 이르기까지 타법개정 포함 총 열 세 차례에 걸쳐 개정이 있었다. 그 중 ‘구결부당이익’ 금지조항은 1954년 제정법안부터 지금까지 계속해서 존재했던 반면, ‘자발적 구결행위’를 처벌하는 내용이 포함된 것은 해방 이후 이번이 처음이다. 다만 일제시대 1912년 조선총독부법령으로 제정되었던 ‘경찰범처벌규칙’에 ‘구결을 하거나 하게 한 자’를 처벌하는 규정이 있었다는 점에서 한반도의 역사에서 볼 때 아주 새로운 것은 아니다.¹³⁾ 경범죄처벌법은 경찰범처벌규칙을 계승하여 해방 이후 대체입법된 것이었는데,¹⁴⁾ 이 과정에서 “결인의 생계를 도모해주지 않고 구결하는 사람을 취체(取締)의 대상에 넣는다는 것은 인권옹호에 모순”이라고 하여 삭제되었던 자발적 구결행위 금지조항이 이번 개정법에서 다시 부활된 것이라 볼 수 있다.¹⁵⁾

한편, 구 경범죄처벌법에서는 ‘구결’의 행위에 대한 규정은 없었지만, 대신 ‘부랑’을 일반적으로 처벌하는 규정이 있었다. 1954년 경범죄처벌법에서는 ‘일정한 주거를 가지지 않고 제방에 배회하는 자(제1조 제3호)’를 구류 또는 과료로 처벌하였고, 이 규정은 1983년 전두환 정권 당시 전면개정된 법률에서 ‘떠돌이’ 즉, ‘일할 능력은

지은 동기나 수단 및 결과를 헤아려 볼 때 구류처분을 하는 것이 적절하다고 인정되는 사람, (3) 피해자가 있는 행위를 한 사람, (4) 18세 미만의 사람에 대해서는 범칙자로 인정하지 않아 통고처분을 하지 아니하며(제6조 제2항), 범칙자에 해당하는 경우라도 (1) 통고처분서를 받기를 거부한 사람, (2) 주거 또는 신원이 확실하지 아니한 사람, (3) 그 밖에 통고처분을 하기가 매우 어려운 사람에 대해서는 통고하지 아니한다(제7조 제1항).

11) 개정 경범죄처벌법, 제9조.

12) 법제처, 경범죄처벌법 제개정이유.

13) 경찰범처벌규칙 (조선총독부법령 제40호, 1912. 3. 25. 제정, 1912. 4. 1. 시행) 제1조 제7호: “다음 각호의 1에 해당하는 자는 구류 또는 과료에 처한다. 7. 구결을 하거나 하게 한 자.”

14) 이선엽, “경범죄처벌법의 역사적 변천: 제도의 경로, 동형화”, **한국행정사학지**, 제25호 (한국행정사학회, 2009. 12.), pp.8-9.

15) 1954년 경범죄처벌법 제정당시 국회 본회의에서는 경찰범처벌규칙과 동일하게 구결을 한 자를 규제대상으로 포함하자는 의견이 있었으나 본문에 언급한 주장이 제기되어 10대 68의 표결로 법에 포함되지 않게 되었다. 헤인, 전개논문; 제2대 국회 제18회 제25차 국회본회의(1954. 2. 24.) 속기록.

있으나 다른 생계의 길도 없으면서 취업할 의사가 없이 여기저기 떠돌아 다니며 사는 곳이 일정하지 않은 사람(제1조 제3호)’에 대한 처벌규정으로 개정되었다. 이 조항은 민주화선언 이후인 1988년 개정된 법률에서 “국민의식수준의 향상으로 현실과 맞지 아니하게” 된 이유로 삭제되어¹⁶⁾ 현재까지 존재하지 않는다.

2. 구걸행위금지조항과 빈곤의 범죄화

이번 경범죄처벌법 개정은 적어도 표면상으로는 “시대변화에 따라 처벌할 필요성이 감소한” 범죄는 삭제하고 “새롭게 처벌할 필요가 있는” 범죄는 추가한다는 취지에서 이루어졌다고 하였다.¹⁷⁾ 그렇다면 구걸행위에 대해서도 ‘새롭게 처벌할 필요’가 있었다는 것인데, 그 입법을 발의한 구체적 의도가 명문상으로 제시되어 있거나 의회에서 토론을 거친 바가 없어 그 새로운 필요가 무엇이었는지는 명확하지 않다.

이번 개정안에 대해 국회 행정안전위원회의 검토보고서에서는, “공공장소에서 위협적이거나 무례한 방법에 의한 구걸행위, 집요한 구걸행위 등에 따른 일반시민들의 불쾌감 등을 고려할 때, 이를 규제할 필요성이 있는 것으로 보이며, 개정안에 따르더라도 타인의 통행방해 등을 초래하지 않는 단순 구걸행위는 처벌대상이 되지 않을 것으로 판단됨”이라고 한 바 있어 이로부터 입법의도를 추론해볼 수 있다.¹⁸⁾ 그런데 행정안전위원회가 말하는 ‘위협적이거나 무례하거나 집요한 구걸행위’는 현행법 제1조 제24호(개정법 제3조 제1항 제19호)의 불안감 조성죄에서 ‘정당한 이유 없이 길을 막거나 시비를 걸거나 주위에 모여들거나 뒤따르거나 몹시 거칠게 겁을 주는 말이나 행동으로 다른 사람을 불안하거나 귀찮고 불쾌하게 한 사람’에 대한 규제에 이미 처벌되고 있다.¹⁹⁾ 그렇다면 결국 개정법의 구걸행위금지조항이 마련된

16) 법제처, 경범죄처벌법 (법률 제4041호, 1988. 12. 31. 일부개정, 1989. 1. 31. 시행) 제 개정이유.

17) 이러한 취지에 따라 이 개정에서는 비밀추출 및 장소제공에 대한 처벌규정을 삭제하고, 지속적 괴롭힘, 거짓인적사항 사용에 대한 처벌조항을 신설, 추가하였고, 출판물의 부당거래, 거짓광고, 업무방해, 암표매매 등에 대한 벌금이 다른 항목과 차별적으로 20만원으로 증가하고, 관공서에서의 술주정에 대해서도 신설하며 60만원으로 벌금형을 부과하였다.

18) 행정안전위원회, “경범죄처벌법 일부개정법률안(김상희 의원, 곽정숙 의원, 이춘석 의원, 유원길 의원), 전부개정법률안(이인기 의원) 검토보고서” (2010. 11.), p.26.

19) 박찬걸, “개정 경범죄처벌법의 내용에 대한 평가 및 향후과제”, **경찰학논총**, 제7호 제1권 (경찰학연구소, 2012), p.16.

이유는 위 ‘불안감조성죄’로 처벌되지 않는 구결행위, 즉 불안감을 조성하는 정도에 이르지 않는 단순 구결행위를 포함하기 위해서라고 보아야 할 것인데, 이는 행정안전위원회의 견해와 모순이 있고 그렇다면 여전히 입법의도를 파악하기 어렵다.²⁰⁾

이 조항이 단순 구결행위든 공격적 형태의 구결행위든 ‘구결’이라는 행위에 처벌을 특정하고 있는 한, 적어도 이것이 빈곤으로 특정되는 집단에 편중된 효과를 가질 것임은 어렵지 않게 파악할 수 있다. 이론적으로는 누구나 구결할 수 있지만, 다른 수입이 있으면서도 구결을 습관적으로 하는 사람은 현실에서 보기 어렵고 일회성 행위를 처벌하기 위해 이 규정을 신설했다고 상상하기도 어렵기 때문이다. 그러므로 사실상 이 조항은 구결행위를 반복적 또는 장시간 하는 사람들, 즉 홈리스²¹⁾와 같은 특정 집단에 귀속된 행위를 규제하는 성격을 가진다고 볼 수 있다. 그렇다면 개정법의 구결행위금지조항은, 빈곤상태의 결과로 하게 되는 어떤 행위를 형벌로써 처벌하는 ‘빈곤의 범죄화’의 양상을 전형적으로 드러낸다.

서두에서 언급하였던 극빈과 인권에 관한 유엔특별조사관은, 빈곤의 범죄화가 선진국과 개발도상국 모두에서 예전부터 존재했었고 현대에 점점 더 가시적으로 드러나고 있는 양상이라고 보고한다.²²⁾ 그리고 그 배경에 도시 미화와 개발을 위한 투자유치에 대한 정부의 이익과, 이러한 목표에 방해가 되는, 즉 도시 미관을 해치고 경제적 번영의 환상을 깨뜨리는 홈리스의 존재, 특히나 구결하는 모습을 규제로써 감추려는 의도가 깔려있는 경우가 많다고 분석한다.²³⁾

이 분석에 따르면, 결국 우리 사회에서 구결행위를 처벌할 ‘새로운 필요’라는 것은, 경제위기로 인해 구결로써 생계를 유지하는 빈민층이 많아졌다는 사회적 현상을

20) 이와 같은 규제대상의 모호성은 죄형법정주의의 명확성원칙에서도 문제가 되며, 이에 대해서는 본문 제IV장 제1절에서 논한다.

21) 여기서 홈리스(homeless)는 일정한 주거가 없는 상태에 있는 자로, 성인과 청소년을 포괄하는 의미로 본문에서 사용한다. 홈리스에 대한 우리 법률상의 용어는 「노숙인 등의 복지 및 자립지원에 관한 법률」에서 사용하고 있는 “노숙인 등”인데, 여기에는 거리에서 실제로 노숙하고 있는 상태인 자나 시설에 생활하고 있는 자 뿐만 아니라 상당기간 동안 주거로서의 적절성이 현저히 낮은 곳에서 생활하는 사람을 포함한다(제2조 제1호). 이러한 의미를 담기에 사실상 ‘홈리스’라는 의미가 적절하여 이 용어로 법안이 발의된 바 있으나, 외래어라는 이유로 채택되지 않고 ‘노숙인 등’이라는 다소 모호한 단어가 채택되었다. 이동희, “외국어와 법령용어: 부랑인·노숙인은 Homeless?” **월간법제**, 2010년 1월호(법제처, 2010). 이 논문에서는 의미전달이 상대적으로 명료한 ‘홈리스’라는 단어를 사용하기로 한다.

22) United Nations, *supra* note 1, para.30.

23) *Ibid.* at para.35.

지칭할 수도 있지만, 다른 한편으로는 사회의 빈곤계층을 표면상 보이지 않게 억눌러야 할 국가적 이익이 더욱 커졌다는 일면을 반영한다고 볼 수 있다. 문제는 이렇게 빈곤으로 인한 생계유지행위에 대하여 그 수가 많아져 통제가 필요하거나 도시미관이나 투자유치라는 국가적 이익을 위해 처벌을 정당화할 수 있는냐는 것이다. 이에 관하여 신중히 검토할 필요가 있으며, 다음에서 살펴볼 미국의 경험은 우리에게 유용한 시사점을 준다.

III. 구걸행위금지조항의 위헌성에 관한 미국의 법리

미국에서는 14세기 영국법으로부터 기원하는 부랑법(vagrancy law)이 오랫동안 존재했으며,²⁴⁾ 현대에 와서 법원판례나 입법개정을 통해 폐기되기도 하였으나 최근에는 지방자치단체를 주축으로 다시금 구걸, 부랑에 대한 처벌규정이 증가하는 추세이다.²⁵⁾ 이들 규정은 대개 구걸, 배회, 공공장소에서의 앉기, 눕기, 자기 등의 행위를 규제하는데, 규정에 따라서는 구걸행위 중 공격적인 형태만을 제한하거나 규제가 적용되는 범위를 특정지역으로 한정하기도 하기도 한다.²⁶⁾

구걸과 부랑을 처벌하는 이러한 규정들은 미국에서 많은 시민사회단체와 학자들의 비판을 받았다. 그 주요한 논거로서 빈곤의 범죄화 현상을 지적하며, 사실상 경제 위기로 인해 증가한 빈곤층의 문제를 사회가 해소하지 못하면서, 이 규정들을 통해 단순히 인간의 기본욕구충족을 위한 일련의 행위들을 범죄화하고, 이로써 이들의

24) *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972); *Goldman v. Knecht*, 295 F. Supp. 897, 902-03 (D. Colo. 1969).

25) 미국 주요 도시에 대해 주기적으로 포괄적 조사를 시행하고 있는 ‘전국 홈리스와 빈곤 법률센터(National Law Center on Homelessness & Poverty)’의 조사에 따르면, 188개 도시 가운데 2009년에 비해 2011년 조사에서는 구걸금지조항이 7% 증가하였고, 특정 공공장소에서의 배회금지가 10% 증가하였다. National Law Center on Homelessness & Poverty (NLCHP), “Criminalizing Crisis: The Criminalization of Homelessness in U.S. Cities” (2011. 11.), p.8, Advocacy Manual 42.

26) 구체적으로, ‘전국 홈리스와 빈곤 법률센터’에서 2011년에 조사된 234개 주요 도시 가운데 53%가 특정 공공장소에서의 구걸을 금지하고, 53%가 공격적 구걸을 금지하며, 24%가 도시 전체에 걸쳐 구걸을 금지하는 규정을 가지고 있었다. 한편 ‘부랑’과 관련해서는 33%가 특정 공공장소에서 앉거나 눕는 것을 금지하는 규정을 가지고 있고, 56%가 특정 공공장소에서 배회하는 것을 금지하고, 22%가 도시 전체에 걸쳐 배회를 금지하고 있었다. NLCHP, 전제논문, pp.7-8, Advocacy Manual 42.

가시성을 최소화하려고 시도한다고 본다.²⁷⁾ 서두에서 언급한 미국 연방정부 보고서에서도 마찬가지로 ‘홈리스의 범죄화(criminalization of homelessness)’가 문제의 근본적인 원인을 해결하지 못하고 빈곤과 홈리스 인구를 줄이는데 아무런 기여를 하지 못한다고 지적하였다.²⁸⁾ 더구나 이런 형사적 제재는 재정의 측면에서도 바람직하지 않다고 보아, 경찰력, 수용시설 등을 활용하여 이 문제를 처리하는 비용이 홈리스에게 쉼터 등 서비스를 제공하는 것에 비하여 더 크다고 지적하며, 범죄화가 이와 같이 “고비용 회전문”을 만든다고 비판하고 있다.²⁹⁾

이러한 가운데 이 처벌규정들의 헌법적 정당성에 대해 문제를 제기하는 시도들이 여러 번에 걸쳐 제기되었고, 위헌성에 근거하여 규정들이 폐기된 사례들이 있다. 여기에서 모호성에 기한 무효, 표현의 자유, 잔혹하고 이상한 형벌의 금지 등의 원칙이 적용된 바 있다. 다음에서는 이러한 판단을 내린 미국 판례들을 통해 관련 법리가 어떻게 발전되었는지 살펴본다.

1. 모호성에 근거한 위헌판결

1972년 *Papachristou v. City of Jacksonville* 사건³⁰⁾에서 미국 연방대법원은, 당시 영국법에서 기원하여 미국에 오랫동안 존재해오던 부랑법에 대해, 판단에 참여하지 않은 대법관 2인³¹⁾을 제외하고 전원일치로 위헌결정을 내렸다. 이 사건에서 문제가 되었던 조항은 플로리다 잭슨빌 시에서 적용되던 규정으로서, 부랑자, 구걸을 하며 돌아다니는 사람, 상습적 숙취자, 상습적 야간보행자, 무질서한 사람, 근로능력이 있으나 상습적으로 아내나 미성년자 자녀의 수입에 의존하여 사는 사람 등을 벌금이나 구금형으로 처벌한 것이었다.³²⁾

27) 예: Helen Hershkoff & Adam S. Cohen, “Begging to Differ: The First Amendment and the Right to Beg,” *Harvard Law Review*, Vol.104 (1991), pp.896-916; Maria Foscarinis, “Downward Spiral: Homelessness and Its Criminalization,” *Yale Law and Policy Review*, Vol.14 (1996), pp.1-63; Tanene Allison, “Confronting the Myth of Choice: Homelessness and *Jones v. City of Los Angeles*,” *Harvard Civil Rights-civil Liberties Law Review*, Vol.42 (2007), pp.253-258.

28) USICH, *supra* note 2, pp.6-7.

29) *Ibid.* at p.7. 동 기관이 2010년에 발간한 보고서에 따르면, 2004년부터 2009년에 뉴욕, 시카고, 로스앤젤레스, 샌프란시스코, 시애틀 등 주요 도시에서 평균 한 사람을 감옥에 수용하는 비용이 87달러인 것에 비해 쉼터를 이용하게 하는 비용은 28달러였다. USICH, “Opening Doors: Federal Strategic Plan to Prevent and End Homelessness” (2010), p.18.

30) *Papachristou*, 405 U.S. at 156.

31) Justice Powell와 Justice Rehnquist가 판결에 참여하지 않았다.

연방대법원은 이 사건 규정에 대해 ‘모호성에 기한 무효’라고 판단하였는데, 그 이유는 첫째, 일반인들이 이 조항을 통해 무엇이 금지된 행위인지 예측하기 어렵다는 것이고, 둘째, 이 조항을 통해 자의적이고 비정상적인 체포와 유죄판결이 촉진되기 때문이라고 하였다.³³⁾ 즉, 법치주의의 원칙에 따라 무엇이 금지된 행위인지 당사자들이 알아야 하는데, 이 법률에서 규제하고 있는 행위는 현대적인 기준에서 볼 때 일반적으로 범죄라고 볼 수 없는 행위이며 지나치게 포괄적이고 일반적이어서, 경찰의 권위를 위협했다는 것만으로도 처벌을 받을 수 있다는 판단이었다.³⁴⁾ 연방대법원은 이렇게 ‘고지의 부재’와 경찰이 갖는 ‘지나친 재량’을 문제 삼았다. 이 부랑법이 “범죄를 예방하기 위해 필요한 규제”라는 주장에 대해서도, 이와 같이 ‘미래의 범죄성’에 근거한 처벌은 정당화될 수 없다고 판단하였다.³⁵⁾

미국 연방대법원은 이 규정에 대해 묘사하기를, “가난한 사람들, 사회불순응자, 반대자, 떠돌이들에게 잭슨빌 경찰과 법원이 생각하기에 적합한 생활양식에 맞게 살도록 요구하는” 것이며, “가난하고 배제된 사람들에게는 공공거리에 설 수 있는지 여부가 경찰의 손에 달려있게 만드는 법”이라고 하면서, 이렇게 자의적이고 차별적인 법집행을 허용하고 촉진하는 법률은 법치주의에서 받아들여질 수 없다고 하였다.³⁶⁾ 이 결정문을 마치며 연방대법원은 다음과 같이 설시한다.

당연히 부랑법은 경찰에게 유용하다. 당연히 이 규정들은 소위 바람직하지 않은 사람들을 쉽게 소탕할 수 있게 하는 그물망이다. 그러나 법치주의란, 적용에서의 평등과 정의의 의미를 지닌다. 잭슨빌과 같은 형태의 부랑법은 정의의 저울이 한쪽으로 너무 기울어 법을 공정하게 집행하기가 불가능함을 보여준다. 법치주의는 소수에 게나 다수에게나, 가난한 이에게나 부유한 이에게나 똑같이 적용되는 것으로서, 사회를 하나로 모으는 위대한 야교이다.³⁷⁾

이렇게 연방대법원은 부랑 및 구걸행위를 규제하던 일반적이고 광범위한 규정을 폐기하며 가난한 사람들에 대한 경찰의 자의적이고 차별적인 법집행에 대해 경고하였다. 그러나 이러한 판결은 단순히 입법기술상의 모호성을 기준으로 하였기 때

32) *Papachristou*, 405 U.S. at 156-157.

33) *Ibid.* at 162.

34) *Ibid.* at 166-167.

35) *Ibid.* at 169.

36) *Ibid.* at 170.

37) *Ibid.* at 171.

문에, 규정이 명확하게 제정된 한 그 위헌성을 다투기는 어려운 한계가 있었다. 이러한 가운데 구걸행위를 금지하는 구체적인 규정에 대한 다툼이 있었고, 이에 대해 1993년 연방제2항소법원은 아래 *Loper v. New York City Police Department* 사건에서 표현의 자유에 대한 법리를 적용하여 위헌판단을 내리게 된다.³⁸⁾

2. 표현의 자유에 근거한 위헌판결

(1) *Loper v. New York City Police Department*

이 사건에서는 구걸행위에 대한 규제가 직접적으로 문제가 되었다. 당시 뉴욕주 형법에서는, “구걸을 목적으로 공공 장소에서 배회하거나, 머무르거나, 돌아다니는 사람은 배회죄로 처벌한다”고 규정하였다.³⁹⁾ 이 사건에서 청구인은 “뉴욕시의 공공거리나 공원에서 구걸을 하는 모든 궁핍한 뉴욕주민들”이라고 정의된 집단으로, 청구인들은 뉴욕시 경찰을 상대로 이 조항에 대한 집행정지의 소를 제기하였다.⁴⁰⁾ 여기서 “궁핍한 사람”이란, “빈곤으로 인해 음식, 거소, 의복, 의료, 이동 등 생활필수재를 지불할 능력이 없는 사람”을 의미하였다.⁴¹⁾

이 규제의 정당성에 대해 뉴욕시 경찰은, 이 조항이 뉴욕시 거리에서 구걸과 관련하여 일어나는 문제들에 대처하기 위해 꼭 필요한 것이며, 구걸을 하는 사람들이 특정 장소에 몰리고, 그에 따라 폭력적으로 변해가는 경향이 있으며, 주민들이 이로 인해 불안감을 겪고 이는 지역상업인들에게도 피해를 준다고 주장하였다.⁴²⁾ 구걸행위를 금지하지 않으면 이들의 공격적 성향이 증가되고 결국은 더욱 심각한 범죄로 이어지는 경향이 있다는 것이었다.⁴³⁾ 처음에는 평화로운 구걸행위로 시작했더라도 종국에는 지역을 파괴시키는 효과가 있다는 주장이었다.⁴⁴⁾

청구인들은 이 조항이 수정헌법 제1조에서 보장하는 표현의 자유에 위배된다고 주장하였다.⁴⁵⁾ 판단을 위해, 법원은 먼저 구걸이 수정헌법 제1조에서 보호되는 ‘표

³⁸⁾ *Loper v. New York City Police Department*, 999 F.2d 699 (2d Cir. 1993).

³⁹⁾ N.Y.Penal Law § 240.35(1) (McKinney 1989). 원문은 다음과 같다: “A person is guilty of loitering when he: 1. Loiters, remains or wanders about in a public place for the purpose of begging...”

⁴⁰⁾ *Loper*, 999 F.2d at 701.

⁴¹⁾ *Ibid.*

⁴²⁾ *Ibid.*

⁴³⁾ *Ibid.*

⁴⁴⁾ *Ibid.*

⁴⁵⁾ *Ibid.*

현'인지 여부를 결정해야 했다. 이 조항이 '개방장소(public forum)'인 뉴욕시 거리 전체에서 구걸을 금지하므로, 구걸이 표현으로 인정되면 개방장소에서의 표현의 자유에 관한 미국의 법리에 따라 엄격심사기준의 적용을 받아 가장 높은 수준의 헌법적 보호를 받을 수 있었다.⁴⁶⁾ 이 판단에서 연방제2항소법원은, 구걸행위가 "표현의 한 형태"로서 표현적 행위 또는 의사소통 활동이라는 것을 부인할 수 없고, 따라서 수정헌법 제1조에 의한 보호영역에 포함된다고 결정한다.⁴⁷⁾

이 결론에 도달하기 위해 위 법원은, 자선적 기부금품모집 규제조항에 대해 수정헌법 제1조를 근거로 위헌선고하였던 연방대법원 판례 *Village of Schaumburg v. Citizens for a Better Environment*⁴⁸⁾를 인용하였고, 구걸행위가 본질적으로 기부금품모집행위와 다르지 않다고 보고 논증하였다.⁴⁹⁾ 즉, 구걸행위가 언제나 특정화된 사회적, 정치적 메시지를 담고 있는 것은 아니지만 기부금품모집에서와 유사한 내용의 의사소통을 하는데, 주요하게는 식량, 주거, 의복, 의료, 교통 등에의 필요성을 표현하는 행위라고 보았다.⁵⁰⁾ 구걸행위가 기부금품모집행위와 다르게 자기 자신의 개인적 요구에 대한 메시지를 전달하는 것이지만, 이 구분은 의미 있는 것이 아니었다.⁵¹⁾

그러므로 위 법원은 엄격심사기준을 적용하여, 심판대상조항이 내용중립적인 표현에 대한, 시간, 장소, 방법에의 규제로서, 중요한 정부이익을 위해, 세밀하게 재단되었으며, 대안적인 의사소통의 통로를 남겨두고 있는지 여부에 대해 심사하였다.⁵²⁾ 이에 대한 판단에서 법원은 우선, 심판대상조항이 중요한 국가이익을 위해 필요하다는 데 동의하지 않았다. 그 이유는 무엇보다 경찰이 주장하는 구걸관련 위험요인들이 이미 다른 형법조항을 통해 규제되고 있기 때문이었다.⁵³⁾ 그렇다면

46) *Ibid.* at 704.

47) *Ibid.*

48) *Village of Schaumburg v. Citizens for a Better Environment*, 444 U.S. 620 (1980).

49) *Loper*, 999 F.2d at 704.

50) *Ibid.* 나아가, 당사자의 특별한 표현이 없더라도 외연이 초라한 사람의 존재 자체가 "지지와 지원의 요구 메시지"를 전달하는 것이라고 보았다.

51) *Ibid.*

52) *Ibid.* at 702. 이 심사기준은 개방장소에서의 표현규제에 대한 엄격심사 구성요건으로 미국 연방대법원사건 *Perry Educ. Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37, 45 (1983)에서 제시되었다.

53) *Loper*, 999 F.2d at 701-702, 705-706. 예컨대, 뉴욕주 형법에 따라 공공장소에서 사람을 따라다니거나 신체적 상해의 위협을 상당히 주는 행위에 대해서는 괴롭힘죄(harassment)로 처벌할 수 있고, 공공장소에서 모욕적인 행위를 하거나 통행을 막는 행

심판대상조항은 결국 다른 형법조항에 저촉되지 않는 평화로운 구결행위를 제한하는 것인데, 평화롭게 동료 시민에게 구결의 의사소통을 하는 것을 막음으로써 얻어지는 국가이익을 찾을 수 없다는 판단이었다.⁵⁴⁾

나아가, 심판대상조항이 구결이라는 표현행위를 제한하는 것이므로 내용중립적이지 않았다.⁵⁵⁾ 당사자들이 자신의 공핍함에 대한 메시지를 전달할 다른 대안통로를 남겨놓고 있지도 않았다.⁵⁶⁾ 설령 구결과 관련된 위험요인을 방지하기 위하여 심판대상조항이 필요하다는데 동조하더라도 이 조항이 모든 공공장소에서 구결을 완전히 제한하고 있으므로 그 범위가 세밀하게 재단되었다고 보기도 어려웠다.⁵⁷⁾ 결국 이 사건 심판대상조항은 헌법적으로 허용되는 표현의 자유에 대한 한계를 벗어난 지나친 규제로서 위헌으로 판단되었다.

(2) 표현의 자유로 보호되는 범위의 한계

수정헌법 제1조 표현의 자유에 근거한 위헌심사를 적용함으로써 *Loper* 법원은 공공장소에서의 전면적이고 포괄적인 구결행위금지조항을 폐기할 수 있었다. 이렇게 구결이 수정헌법 제1조에서 보호되는 일종의 표현이라는 위 연방제2항소법원의 결정은 이후 1999년 연방제11항소법원의 *Smith v. City of Ft. Lauderdale* 사건과⁵⁸⁾ 2000년 연방제7항소법원의 *Gresham v. Peterson* 사건⁵⁹⁾에서도 채택되었다.

그러나 구결행위에 대한 이러한 헌법적 보호에는 한계가 있었다. *Loper*의 논리에 따르면 규정에서 ‘구결’을 특정하여 금지한다면 그 구결이 공격적인 형태이더라도 ‘내용기반적’인 규제이므로 헌법적 요건을 충족시키기 어렵게 된다.⁶⁰⁾ 하지만 만일 규정에서 구결을 특정하지 않고 다른 형태의 모집행위와 구분 없이 일괄적으로 금지하면서 규제의 범위를 어느 정도 한정한다면 수정헌법 제1조에 의해 위헌될 가능성이 낮아지게 된다.⁶¹⁾ 이런 경우 ‘내용중립적’ 규제라고 주장할 수 있

위는 질서파괴행위(disorderly conduct)로 처벌할 수 있고, 사기를 목적으로 접근하는 행위는 사기적 접근(fraudulent accosting)으로, 물리적 협박으로 신체적 상해의 위협을 주는 행위는 협박(menacing)으로 처벌할 수 있었다.

54) *Ibid.* at 705.

55) *Ibid.*

56) *Ibid.*

57) *Ibid.*

58) *Smith v. City of Ft. Lauderdale*, 177 F.3d 954 (11th Cir. 1999).

59) *Gresham v. Peterson*, 225 F.3d 899 (7th Cir. 2000).

60) Maria Foscarinis, *supra* note 27, p.49.

고, 미국 법리에서 표현이 내용중립적일 때에는 제한이 시간, 장소, 방법적으로 적절히 한정되는 한 헌법적으로 허용될 수 있기 때문이다.⁶²⁾

다시 말해 *Loper* 판결은, 구걸행위만을 특정하지 않는 한, 규제가 너무 광범위하지 않아 다른 공간에서 구걸이 가능하거나 도시미관과 시민편의 등에 대한 국가적 이익이 높을 때 쉽게 정당화될 수 있는 여지를 남겨두었다.⁶³⁾ 물론 판단을 위해 개인의 자유와 국가적 이익을 교량하는 것은 타당할 것이나, 비판컨대 이러한 접근은 구걸행위가 성질상 범죄로 규정될 수 있는 것인지의 근본적인 정당성에 대해서는 다루지 못한 한계가 있었다. 표현의 자유에 기반한 법리는 구걸행위에 대한 개인의 자유권적 측면을 부각하고 빈곤의 범죄화라는 사회현상에 제동을 거는 한 가지 효과적인 우회적 방법이기도 했지만 이 현상 자체의 문제에 접근하지 못한 한계가 있었다. 그런 면에서 다음에서 논의하는 최근 판결이 의미 있다.

3. 빈곤상태의 가벌성 여부에 근거한 위헌판결

(1) *Jones v. City of Los Angeles*

빈곤으로 인한 불가피한 행위를 범죄화할 수 있는지에 대한 쟁점을 직접적으로 다루어 위헌판단한 사건이 2006년 연방제9항소법원에서 있었다. *Jones v. City of Los Angeles* 사건⁶⁴⁾으로, 로스앤젤레스시의 규정에서 “누구도 거리, 인도, 또는 기타 공공도로에 앉거나, 눕거나, 자서는 안된다”라고 하고, 이를 어길 경우 최대 1,000 달러의 벌금 또는 최대 6개월의 구금형에 처하도록 한 것에 대한 다툼이었다. 이

61) *Ibid.*

62) 이런 기준에 따라 본문에서 언급하고 있는 *Smith* 사건과 *Gresham* 사건에서는 구걸을 포함하여 일반적인 모집행위를 제한하는 심판대상조항이 내용중립적이라는 데에 청구인들이 동의하였고, 이들 사건에서 규정은 규제의 장소, 시간, 방법 등이 한정되었기 때문에 합헌결정이 내려졌다. *Smith* 사건에서는 플로리다주의 포트로더데일 해변가 5마일과 인근거리 두 구역에서의 구걸행위를 금지하였는데, 이 조항이 “세밀하게 재단”된 규제로서 수정헌법 제1조에 위배되지 않는다고 보았으며, *Gresham* 사건에서도 일몰부터 일출시까지의 구걸 또는 공격적 구걸을 금지한 조항이 표현의 자유에 위배되지 않는다고 판단하였다.

63) 예를 들어 *Smith* 사건에서 법원은 구걸행위규제조항에 합헌판결을 내리면서, 플로리다 해변이 관광자원으로서 높은 가치를 가지고 있기 때문에, 이 지역에서의 구걸행위를 금지하여 안전하고 쾌적한 환경을 만들고 귀찮은 행위들을 없애고자 하는 국가적 이익이 인정된다고 하였다.

64) *Jones v. City of Los Angeles*, 444 F.3d 1118 (9th Cir. 2006), 당사자 합의로 505 F.3d 1006 (9th Cir. 2007)로 판결폐기 (관련내용 본문이하 및 각주 78 참조).

사건의 청구인들은 로스앤젤레스의 홈리스 밀집지역인 스킨드로우(Skid Row)구역의 거리에서 살고 있는 홈리스들이었다.

이 사건에서 법원은 수정헌법 제8조의 잔혹하고 이상한 형벌금지의 원칙에 근거하여 구결행위의 가벌성에 대한 위헌심사를 했다. 국가가 범죄화할 수 있는 것의 한계가 어디까지인가에 대한 판단에서 위 법원은 미국 연방대법원 판례인 1962년 *Robinson v. California* 사건⁶⁵⁾에서 발전된 행위론과 관련된 법리를 인용하여, 국가는 개인의 정신장애나 질병 등의 상태와 같이 행위가 아닌 “존재(being)”에 대해 처벌할 수 없으며, 애초의 발단이 자발적 행위든 비자발적 전과 또는 감염에 의해서든, 결과적으로 발생한 상태나 이에 연유한 불가피한 행위를 처벌할 수 없다고 설시하였다.⁶⁶⁾

이 사건에서는 청구인들이 ‘홈리스’라는, 개인의 책무 없이 비자발적으로 얻어진 만성상태에 있으며, 따라서 사적 공간을 가질 수 없는 이들이 공공장소에서 앉고, 눕고, 자는 것은 인간으로 존재하기 위한 보편적이고 피할 수 없는 결과라고 보았다.⁶⁷⁾ 물론 앉고, 눕고, 자는 것이 ‘상태’가 아닌 ‘행위’라고 주장할 수 있지만, 법원은 이런 ‘행위’들이 비자발적이며 홈리스라는 상태로부터 분리할 수 없다는 성질에 주목했다.⁶⁸⁾ 홈리스로서 비자발적이며 불가피한 행위를 할 때 이를 범죄화하는 것은 홈리스라는 상태 자체를 범죄화하는 것이라는 판단이었다.⁶⁹⁾

여기서 비자발성 또는 불가피성에 대한 판단을 위해 법원은 해당 지역에 살고 있는 홈리스의 인구와 홈리스가 이용할 수 있는 시설의 구체적인 숫자를 비교하고, 또 홈리스가 받는 복지급여액 대비 저가호텔에 드는 비용과, 공공주택을 위해 기다리는 기간 등을 구체적으로 고려함으로써, 사건 당시 홈리스가 길거리에서 머무르지 않고 선택할 만한 다른 대안이 없었다는 결론에 이른다.⁷⁰⁾ 노숙의 원인에

65) *Robinson v. State of California*, 370 U.S. 660 (1962).

66) *Jones*, 444 F.3d at 1133.

67) *Ibid.*

68) *Ibid.*

69) *Ibid.* at 1136-1137.

70) 판결문에 따르면 사건 당시 Skid Row에 살고 있는 홈리스의 숫자가 11,000~12,000명 정도 되는데 저가호텔, 쉼터, 기타 임시거소의 수용가능인원은 9,000~10,000명에 지나지 않았다. 카운티 전체로서는 전체 수용가능한 인원보다 50,000명 이상 많은 홈리스가 있었다. 한편 저가호텔에 드는 비용이 월 379달러에 이르는데 복지수급으로 받는 돈은 겨우 월 221달러에 지나지 않았으며, 공공주택을 위해 기다리는 기간은 3년에서 10년까지 된다는 점에 유의하였다. *Ibid.* at 1122.

대해서도 정신장애, 약물남용, 가정폭력, 저소득직업과, 저가주택공급의 만성적 부족이 주요하다는 연구결과에 주목한다.⁷¹⁾

다시 말해서 법원의 판단으로 볼 때, 이 사건 당시의 상황은 홈리스 개인이 통제할 수 없는 상황이었다. 홈리스가 된 상황 자체에 대해서는 개인이 통제할 수 있었다고 할지라도, 홈리스가 된 원인 행위를 심판대상조항으로써 처벌하기에는 근접성이 충분하지 않았다.⁷²⁾ 결국 법원은 이 규정이 액면적으로 위헌은 아니나, 로스앤젤레스시에 충분한 시설 및 주택이 없는 결과 비자발적으로 공공장소에서 앉거나 눕거나 자게 된 사람에 대하여 처벌하도록 적용될 때 수정헌법 제8조에 위배된다고 결정한다.⁷³⁾

(2) Jones 판결의 한계와 의의

위 *Jones* 판결에서 심각한 규정은 앉고, 눕고, 자는 등 공공장소에서 나타날 수 있는 행위 중 매우 소극적인 형태로 ‘상태’ 그 자체에 준한다고 보는 것들이어서,⁷⁴⁾ 구결행위와 같이 조금 더 적극적인 행위에 대해서도 마찬가지로의 결과가 도출될지 분명하지 않다. 이러한 제한점에도 불구하고 이 판결은, 특정 행위의 가벌성을 단순한 사회적 바람직함이나 규범성의 차원에서 판단한 것이 아니라, 그러한 행위를 하는 당사자들이 처한 구체적인 상황을 보아 행위의 비자발성과 불가피함을 고려하였다는 점에서 의의가 있었다. 이러한 논거는 법원이 ‘빈곤의 범죄화’라는 현상에 대한 민감성을 드러낸 것으로서, 전술한 *Papachristou* 사건에서 연방대법원이 실시한 바와 같이,⁷⁵⁾ 법치주의가 있는 자, 가진 자에게만 유리한 것이 아니라 가난한 자에게도 공평정당하게 적용될 수 있어야 한다는 기본원칙에 가까이 간 것으로 평가된다.

71) *Ibid.* at 1122-1123. 판결문에서는 로스앤젤레스 홈리스의 33~50%가 정신장애를 가지고 있고, 약 14%가 가정폭력피해자라는 조사결과를 인용하고 있다.

72) *Ibid.* at 1137.

73) *Ibid.* at 1138.

74) 이 사건에서 판단하고 있지는 않지만, *Jones* 법원은 보행자나 차량의 통행을 고의로 막는 공격적 형태의 구결에 대한 규정이거나, 규제를 적용하는 시간이나 장소를 한정하는 경우에는 합헌으로 판단될 수 있다는 여지를 남겨두고 있다. *Ibid.* at 1123. 참고로, *Young v. New York City Transit Authority*, 903 F.2d 146 (2d Cir. 1990)에서는 뉴욕 지하철 내에서의 구결행위를 금지한 규정에 대해 이것이 비공개장소(non-public forum)에서의 표현행위로서 규제의 장소가 한정되어 있고 구결을 할 수 있는 다른 곳이 있다는 등의 이유로 합헌판결을 내린 바 있다.

75) 본문 제III장 제1절 참조.

이 판결이 가지는 또 다른 중요한 측면은, 이로써 로스앤젤레스시의 홈리스 관련 정책에 실제적인 변화가 촉발되었다는 것이다. 이 결정이 내려진 후 패소한 로스앤젤레스시는 결정에 불복하며 재심을 청구하고 법원의 전원합의체 심사를 요청하였는데, 이에 연방제9항소법원은 중재를 명령했고, 로스앤젤레스시가 몇 가지 의무를 수행할 것을 약속하면서 합의에 이르게 되었다.⁷⁶⁾ 합의에 따라 로스앤젤레스시는 1,250개의 영구지원주택을 추가 건축 - 적어도 절반은 스키드로우나 로스앤젤레스 다운타운에 위치 - 하기로 하고, 그때까지는 경찰은 오후 9시와 오전 6시 사이에 해당 조항을 집행하지 않기로 하며,⁷⁷⁾ 경찰이 규정을 집행할 때에는 반드시 먼저 구두경고를 하고 이동을 위해 충분한 시간을 주기로 약속하였다.⁷⁸⁾

IV. 우리나라 구결행위금지조항에의 함의

미국의 경우 법치주의에서 도출되는 ‘모호성에 기한 무효’, 수정헌법 제1조에서 보장하는 ‘표현의 자유’, 수정헌법 제2조에서 보장하는 ‘잔혹하고 이상한 형벌의 금지’의 법리로부터 구결 또는 부랑 규제에 관한 입법형성을 제한하는 논리를 도출하였다. 우리 헌법에서는 아직까지 구결행위에 관하여 직접 판단한 바 없지만 미국에서와 유사한 법리가 발전되어 있어 개정법 구결행위금지조항의 위헌성에 대하여 시사하는 바가 크다. 위의 미국의 법리들은 우리 헌법에서 죄형법정주의의 명확성 원칙과 형법상의 책임원칙, 기본권으로서 표현의 자유 등의 법리에서 유사점을 찾을 수 있으며, 유사한 논거를 적용할 때 구결행위금지조항이 위헌적이라고 판단될 가능성이 있어 보인다. 이에 대해 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

1. 죄형법정주의의 명확성 원칙

우리 헌법에서 입법자는 광범위한 형벌형성의 자유를 가진다.⁷⁹⁾ 하지만 입법자의

⁷⁶⁾ NLCHP, *supra* note 25, Advocacy Manual 81-82.

⁷⁷⁾ 단, 빌딩의 입구나 출구, 차량이 다니는 통로 등 인근 10피트 내에서는 해당 규정을 집행할 수 있도록 예외를 두었다.

⁷⁸⁾ NLCHP, *supra* note 25, Advocacy Manual 81-82. 이러한 합의사항에 따라 로스앤젤레스시는 제9항소법원의 의견을 철회하도록 요청하였고 원고가 이에 동의함으로써 법원은 *Jones*, 444 F.3d 1118 (9th Cir. 2006)의 의견을 폐기하여 사건을 하급심으로 이송시켰다. *Jones v. City of Los Angeles*, 505 F.3d 1006 (9th Cir. 2007).

형벌형성의 자유는 헌법의 기본원칙인 법치주의에 의해 제한된다. 이 때 ‘법치’란, 형식적인 면과 실질적인 면을 모두 포괄하는 것으로, 국가권력의 행사가 자의성이 아닌 법률에 의해야 할뿐 아니라 법률이 내용적으로 정의로워야 함을 의미한다.⁸⁰⁾

국가권력이 형벌권으로써 개인의 자유와 권리를 제한하게 될 때 법치주의의 요구는 더욱 커진다. 우리 헌법은 제12조 제1항에서 “누구든지… 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌, 보안, 처분 또는 강제노역을 받지 않는다”라고 하여 법치의 요구를 죄형법정주의의 원칙으로 구체화하고 있다.⁸¹⁾ 죄형법정주의는 ‘법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다’는 원칙으로, 여기에는 “무엇이 처벌될 행위인가를 국민이 예측가능한 형식으로 정”해야 한다는 명확성이 요구되는데, 이는 궁극적으로 “국가형벌권의 자의적 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장”하려는 것을 지향한다.⁸²⁾

구결행위금지조항이 죄형법정주의의 명확성원칙을 만족하려면 처벌하고자 하는 행위가 무엇인지 예견하고 그에 따라 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건이 명확해야 한다. 이 원칙은 앞에서 살펴본 *Papachristou* 사건에서 적용한 ‘모호성에 기한 무효’와 동일하다. 그런데 *Papachristou* 사건에서 위헌판결이 되었던 심판대상조항이 구결, 부랑 등을 포함해 무질서한 행위, 상습적 숙취자 등을 처벌한 매우 광범위한 것이었던 것에 비해, 우리 개정법에서 구결행위금지조항은 “공공장소에서 구결을 하여 다른 사람의 통행을 방해하거나 귀찮게 한 사람”에 대한 규제에 상대적으로 범위가 제한되어 있다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 이 조항이 죄형법정주의의 명확성원칙을 충족하는지에 대해서는 논쟁의 여지가 있다.

우선 ‘구결’이 어떤 행위까지 포괄하는지 논쟁의 여지가 있다. 구결의 사전적 정의는 “돈이나 곡식, 물건 따위를 거저 달라고 뵙”인데,⁸³⁾ 여기에는 사정에 의해 일시적으로 돈이나 음식이 없어서 주위의 도움을 구하는 행위까지 포괄할 여지가 있고, 이 경우 지나치게 광범위한 과잉입법이라는 비난을 받게 된다.⁸⁴⁾ 만일 그러한 소위

79) 헌재 2001. 10. 25. 선고, 2000헌바60, **헌재판례집**, 제13권 제2호, p.486.

80) 한수웅, **헌법학** (법문사, 2011), p.221; 헌재 1991. 7. 8. 선고, 91헌가4, **헌재판례집** 제3권, pp.340-341.

81) 한편 헌법 제13조 제1항에서도 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니”한다고 명시하고 있다.

82) 헌재 1991. 7. 8. 선고, 91헌가4, **헌재판례집** 제3권, p.340.

83) 국립국어원, 표준국어대사전.

84) 박찬걸은 이 규정이 담배 한 개피를 빌리는 행위까지도 포괄할 수 있어 과잉입법이라고 비판한다. 박찬걸, **전계논문**, p.16.

‘일반인’의 행위는 문제삼지 않고 ‘생계를 위해 구결하는 자’의 행위만을 처벌의 대상으로 본다면, 이는 평등원칙에 반한 차별적 법적용으로서 더더욱 비난을 면할 수 없다. 이러한 해석은 결국 ‘행위’를 처벌하는 것이 아니라 ‘빈곤’상태를 이유로 국가가 형벌권을 행사하는 것으로 실질적 법치주의에서 요구하는 법률의 정의로움에 있어 그 정당성을 찾기 어렵다.

이 같은 문제는 ‘통행방해’나 ‘귀찮게 함’의 의미를 해석하는 경우에도 일어날 수 있다. ‘통행방해’의 구성요건을 충족하기 위해 어느 정도의 방해가 있어야 하는지 헌법재판소가 요구하는 대로 “건전한 상식과 통상적인 범감정을 가진 사람”⁸⁵⁾이 예견할 수 있을지 판단하기 어렵다. 특히 ‘귀찮게 함’만으로도 범죄가 성립될 수 있는데, 이에 대해서는 어느 정도의 침해가 발생할 것을 요구하는지 짐작하기 어려워 ‘귀찮게 했다’는 이유로 자의적인 법집행의 가능성이 있다.

다만 ‘통행방해’에 대해서는 형법 제185조의 일반교통방해죄에서 ‘교통방해’는 ‘교통이 불가능하거나 현저히 곤란한 상태’의 위험을 요구하므로⁸⁶⁾ 이에 준한 해석을 누구나 짐작할 수 있다고 주장할 수는 있다.⁸⁷⁾ 그러나 이 경우에도 여전히 법의 정의 면에서 문제가 제기된다. ‘일반교통방해죄’에서의 해석에 준하여 통행방해의 요건을 적용한다면 ‘통행이 불가능하거나 현저히 곤란한 위험을 초래하는 경우’로 처벌이 제한되어야 하는데, 일반적인 구결행위가 이 구성요건을 만족할 만큼 위해를 끼치는 수준에 이르리라고 예상하기 어렵다. 이와 관련하여 대법원에서는 일반교통방해죄와 관련하여 피고인이 혼자 “도로를 가로막고 앉아서 차량의 통행을 일시적으로 방해한 행위가 교통을 방해하여 통행을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 하는 행위라고 보기 어렵다”⁸⁸⁾라고 판시한 바가 있어, 국회 행정안전위원

85) 헌재 1998. 7. 16, 97헌바23, **헌재판례집** 제10권 제2집, p.245.

86) 대법원 2007. 12. 14. 선고2006도4662; 대법원 1995. 9. 15. 선고95도1475; 헌재 2010. 3. 25, 선고 2009헌가2, **헌재판례집** 제22권 제1집(상), p.407.

87) 한편 헌법재판소도 ‘업무방해’를 처벌하는 규정의 명확성원칙 위배에 대해 심사하면서 ‘방해’란 “업무에 어떤 지장을 주거나 지장을 줄 위험을 발생하게 하는 것”으로 건전한 상식과 통상적인 범감정을 가진 일반인에게 불명확한 개념이 아니라고 한 바 있어, ‘방해’의 요건을 법률로써 더욱 구체화할 것을 요구하지 않는 경향이 있다. 헌재 1998. 7. 16, 97헌바23, **헌재판례집** 제10권 제2집, pp.244-45. 그러나 이 판결은 업무상황에 관련된 것으로 통행방해에 대해서도 여전히 ‘방해’의 개념이 명확하다고 직접 유추하기는 어렵다. 본문에 언급하듯이 교통방해의 경우 훨씬 더 엄격한 수준의 방해를 요구하는 것으로 보아, 상황에 따라 ‘방해’를 구성하는 현상이 서로 다를 수 있기 때문이다.

88) 대법원 2009. 1. 30. 선고, 2008도10560 판결.

회가 이야기했듯이 개정법 구결금지조항을 근거로 단순구결행위를 처벌하기는 어렵다고 볼 수 있다.⁸⁹⁾ 실제로 법의 직접적인 적용을 받는 구결행위자들이 규정을 보고 이런 해석을 예측할 수 있을지를 차치하고라도, 그렇다면 이 조항은 법의 중복성⁹⁰⁾으로 인해 그 의도와 효과의 정당성에 의심이 제기된다.

그렇다면 구결행위금지조항을 신설함으로써 금지하려는 행위가 무엇이며 이로써 보호하고자하는 법익이 무엇인지 모호하게 된다. 이러한 법률은 결국 경찰의 자의적인 권력행사 앞에 사회적 약자들을 무력하게 두기 쉬워, *Papachristou* 사건에서 미국 연방대법원이 경고하듯, “소위 바람직하지 않은 사람들을 쉽게 소탕할 수 있게 하는 그물망”⁹¹⁾으로 작용할 우려가 있다.

2. 형법상의 책임원칙

책임원칙은 어떤 행위를 형벌로써 처벌할 것인지에 대한 입법자의 권한을 제한하는 또 하나의 주요 원칙이다. ‘책임 없이 형벌 없다’는 이 책임원칙은 과잉금지원칙이 형법의 영역에서 구체화된 것으로, “죄형법정주의와 함께 법치국가적 형법의 양대 원칙”으로, 책임이 형벌의 근거이자 양형의 기준이 되어야 함을 요구한다.⁹²⁾ 이 원칙에 따라 두 가지 요건이 만족되어야 하는데, 먼저 형벌이 비난가능성을 전제로 해야 하며 — 즉 범죄에 대한 귀책사유가 인정되어야 하며 — 다음으로 형벌이 책임에 비하여 과하지 않아야 한다.⁹³⁾

(1) 비난가능성과 기본권으로서의 구결행위

책임원칙에 따라 먼저 구결이 본인의 귀책사유가 인정되어 형벌로써 비난받을

89) 본문 제II장 제2절 참조.

90) 제II장 제2절에서 전술하였듯이 “정당한 이유없이 길을 막거나 시비를 걸거나 주위에 모여들거나 뒤따르거나 몹시 거칠게 겁을 주는 말이나 행동으로 다른 사람을 불안하거나 귀찮고 불쾌하게 한 사람”은 경범죄처벌법 상에 ‘불안감조성죄’로 처벌근거가 이미 마련되어 있다(현행 제1조 23호; 개정 경범죄처벌법 제3조 18호).

91) *Papachristou*, 405 U.S. at 171.

92) 한수용, 전게서, pp.278-279.

93) 한수용, 전게서, p.278; 현재 2007. 11. 29, 선고 2005헌가10, **헌재판례집** 제19권 제2집, p.528 (재판관 이공현, 조대현, 김희욱, 송두환의 위헌의견)(“귀책사유로서의 책임이 인정되는 자에 대해서만 형벌을 부과할 수 있다는 것은 법치주의 국가의 원리에 내재하는 원리인 동시에 인간의 존엄과 가치 및 자유로운 행동을 보장하는 헌법 제10조로부터 도출되는 것이고, “책임의 정도에 비례하는 법정형을 요구하는 것은 과잉금지원칙을 규정하고 있는 헌법 제37조 제2항으로부터 도출되는 것”이다).

수 있는 행위인가를 심사할 필요가 있다. 무엇보다 구결행위가 국가권력의 개입이 필요할 정도로 해악적인 것인가에 대해 고찰이 필요하다. 구결행위는, 다른 형벌로 이미 처벌되는 수준의 위협이나 폭력이 동반되지 않는 한, 요청을 받는 상대가 두려움 없이 동의하거나 거절할 수 있는 성질의 것이다. 지하철 입구에 앉아 구결행위를 하는 사람으로 인하여 보행자가 통상적으로 위협을 느낀다고 보기 어려우며, 이로 인해 진로를 몇 걸음 변경해야 하는 보행자들의 ‘귀찮음’에 대한 보호법익이, 생계에 필요한 돈이나 물건이나 음식을 얻으려는 사람의 법익에 비해 크다고 보기도 어려운 문제가 있다.

더욱이 구결행위가 헌법상 기본권으로서 보호되는 행위라면 이에 대한 처벌은 더더욱 정당성을 잃는다. 이에 관해서는 *Loper* 사건에서와 같이 표현의 자유의 법리에서 ‘구결을 할 자유’를 끌어낼 여지가 있다. 구결을 표현행위로 본다면, 구결이 ‘사회적으로 바람직하지 않은’ 표현이라고 하더라도 헌법적으로 보호할 수 있게 된다.⁹⁴⁾ 우리 법리에서 표현의 자유로 보장되는 영역 가운데에는 상업적 표현까지도 포괄되는데, 영리를 목적으로 한다는 이유로 표현내용에 따라 보호에 있어 차별을 할 수 없다고 보고 있다.⁹⁵⁾ *Hershkoff & Cohen* (1991)이 주장하듯, 구결행위를 개인적인 곤궁이나 필요를 표현하는 것인 동시에 적극적인 사회적, 정치적 표현 행위, 즉 사회문제로서 빈곤의 현실을 가시적으로 드러내는 것이라고 본다면,⁹⁶⁾ 그 내용이 공익을 포함한다고 보아 더욱 적극적인 보호를 받게 된다.

미국의 경우 *Loper*에서는 기부금품모집행위와의 유사성 속에서 구결에 대한 헌법적 보호논리를 이끌어냈는데, 마찬가지로 논증이 우리 법리에서도 가능할 수도 있다. 미국과는 달리 우리나라의 경우에는 기부금품모집행위가 표현의 자유로서 다루어진 바 없다. 대신 우리 헌법재판소에서는 기부금품모집행위를 행복추구권에서 파생하는 일반적인 행동자유권에 의하여 보장된 자유라고 하여, 이를 바람직하지 않고 유해한 것으로 원칙적으로 간주하여 예외적으로만 허용했던 규정의 위헌성을 인정한 바 있다.⁹⁷⁾ 만일 우리 법원도 미국 법원처럼 구결과 기부금품모집행위의

94) 우리 헌법 제21조 제1항에서 “모든 국민은 언론, 출판의 자유...를 가진다”라고 하여 표현의 자유를 보장하고 있는데, 이는 국가의 간섭이나 방해 없이 자유롭게 자신의 의견을 표현할 권리로서, 의견의 내용에 의한 차별 없이 보장되며, 개인의 인격발현에 중대한 의미를 가지거나 공적 기여가 높을수록 보호의 수준이 높아진다. 한수웅, 전게서, pp.701, 703-704.

95) 한수웅, 전게서, p.704; 헌재 2000. 3. 30, 선고 97헌마108, **헌재판례집** 제12권 제1집, p.390.

96) Helen Hershkoff & Adam S. Cohen, *supra* note 27, p.915.

유사성을 인정한다면, 구결에 대해서도 일반적 행동의 자유권을 인정하여 보호하는 법리를 끌어낼 수 있을 것이다.⁹⁸⁾

이와 같이 구결이라는 행위의 사회적 유해의 불확정성과 기본권적 측면을 볼 때 이를 형벌로써 처벌할 수 있는 정당성은 매우 약하다. 이에 대해 사회적으로 바람직하지 않은 행위라는 도덕률을 제시할 수는 있겠으나, 그렇다고 하여 형벌이 정당화되는 것은 아니다.⁹⁹⁾ 더구나 구결행위를 해로운 행위라고 확정하더라도 그 귀책사유를 행위자에게 돌릴 수 있는지 의문이다. 앞에서 살펴본 *Jones* 판결에서는 홈리스가 이용할 수 있는 충분한 시설 및 주택이 없는 결과로서 법규정을 어기는 경우에 이는 비자발적인 행위로서 이를 처벌하는 것은 위헌이라고 하였다. 우리도 유사한 논리를 적용하여, 다른 생계수단이 없는 자가 구결행위를 하는 것은 불가피한 비자발적 행위로써 이를 처벌하는 것은 위헌이라고 논증할 수 있다. 이렇게 구결행위의 비자발성을 판단하기 위해서는, 구결 이외에 현실적으로 생계를 위해 어떤 대안이 있는지가 관련 있는 질문이 될 수 있다. 사회적 기회나 보장 수준이 충분하지 않거나 현실적으로 접근을 막는 장애들이 있을 때, 그럼에도 불구하고 구결행위를 범죄로 처벌하는 것을 정당화할 수는 없을 것이다.

(2) 구결행위에 대한 형량의 실질적 효과와 과잉여부

앞에서 구결행위를 형벌로 처벌할 정당성이 결여되어 있다고 주장하였는데, 형

97) 헌재 1998. 5. 28, 선고 96헌가5, **헌재판례집** 제10권 제1집, pp.541-559. 한편, 최근 관련 헌법재판소 판례에서는 기부금품모집행위에 대하여 여전히 일반적 행동자유권에 의하여 기본권으로 보장된다고 제시하면서도, 기부금품의 모집에 허가를 받도록 하고 이를 위반할 경우 형사처벌하도록 한 법률이 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 결정하였다. 이에 대해 조대현 재판관은 기부금품모집행위가 사회적으로 유해한 행위가 아니라는 점, 이 과정에서 발생할 수 있는 위법행위는 다른 법률로 규제되는 점 등을 이유로 위헌의견을 제시하였다. 헌재 2010. 2. 25, 선고 2008헌바83, **헌재판례집** 제22권 제1집(상), pp.229-246.

98) 표현의 자유이든 일반적 행동의 자유이든, 구결행위를 헌법적으로 보장되는 기본권으로 인정하는 것은 중요한 의의가 있다. 구결행위가 사회적으로 바람직하지 않지만 사회 유해성이나 명백한 법익의 침해가 없기 때문에 규제하지 않는다는 소극적인 철회에서 나아가, 사회적으로 바람직하지 아닌지 국가적 판단이 미칠 수 없는 개인의 자유의 영역이라고 보는 적극적인 보장으로 접근의 변화를 가져오기 때문이다.

99) 우리 헌법재판소는 “개개인의 행위가 비록 도덕률에 반하더라도 본질적으로 개인의 사생활에 속하고 사회유해성이 없거나 법익에 대한 명백한 침해가 없는 경우에는 국가권력이 개입해서는 안된다”는 “비범죄화” 경향을 인식하여 판단에 고려하고 있다. 헌재 2009. 11. 26, 선고 2008헌바58, **헌재판례집** 제21권 제2집(하), p.521.

량의 측면에서도 구결행위금지조항은 정의롭지 못한 결과를 초래하게 된다. 책임 원칙에 따라 원칙적으로 형벌이 책임에 비하여 과하지 않아야 한다. 앞에서 논의한 바와 같이 구결행위자의 귀책을 인정하는 것 자체에 근본적인 문제가 있으나, 이를 인정하고 들어가더라도 그 처벌강도가 - 비록 형벌 가운데에서는 경미한 수준이기는 하지만 - 과잉하지 않다고 할 수 없다.

우선 개정법에 따라 구결행위 시 10만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형을 받게 되는데, 이를 대신해 범칙금을 부과하는 행정처분의 길을 마련하고는 있지만 흠리스의 경우 범칙금의 절차적 혜택을 받지 못하기 쉽다. 이 법률에서는 상습적 행위자나 주거 또는 신원이 확실하지 아니한 사람에 대해서는 범칙금을 부과하지 않고 즉결심판으로 바로 처리할 수 있도록 하고 있기 때문이다.¹⁰⁰⁾ 범칙금을 부과하더라도 여전히 문제가 되는데, 이미 빈곤하여 구결로써 생계를 유지하는 사람들이 범칙금을 부담할 수 있으리라고 기대하기 어렵기 때문이다. 결국 구결행위에 관하여 범칙금 조항은 실질적 효력이 없다고 볼 수 있다.¹⁰¹⁾

벌금이나 과료가 부과되더라도 구결행위를 할 정도로 빈곤한 사람들이 이를 납입하기 어려운 것은 마찬가지이다. 그렇다면 실질적으로 구결행위금지 위반에 대한 형벌은, 벌금이나 과료를 납입하지 못한 결과로 인한 노역장 유치나¹⁰²⁾ 혹은 구류라는 자유형인 셈이 된다. 이는 마치 가장 가난한 자를 선별하여 유치장으로 보내는 울가미와 다를 바 없다.¹⁰³⁾

물론 이론적으로는 구결행위를 형벌로써 처벌하더라도 법원에서 구제받을 가능성이 있다고 주장할 수 있다. 우리 형법에서는 “행위자에게 적법행위를 기대할 수 없을 때에는 책임이 조각”된다는 기대가능성이론을 통설로 인정하고 있고,¹⁰⁴⁾ 생명,

100) 개정 경범죄처벌법, 제6조, 제7조.

101) 물론 이론적으로는 이 법률이 빈곤하지 않으면서도 구결하는 사람들, 범칙금을 부담할 능력이 있는 사람들에게도 적용되어 억제효과를 가질 수 있지만, 이때에도 이를 통해 얻어지는 법익을 정당화하기 어렵다. 고의적으로 괴롭히거나 사기 치려는 정황이 발견되지 않는 이상 (이 경우에는 다른 법에 의해 처벌이 가능하다), 일시적으로 돈이나 음식이 없어서 다른 사람에게 요청하는 행위를 국가가 벌하는 것을 과잉하지 않다고 보기 어렵다.

102) 형법 제69조. ① 벌금과 과료는 판결확정일로부터 30일내에 납입하여야 한다. 단, 벌금을 선고할 때에는 동시에 그 금액을 완납할 때까지 노역장에 유치할 것을 명할 수 있다. ② 벌금을 납입하지 아니한 자는 1일 이상 3년 이하, 과료를 납입하지 아니한 자는 1일 이상 30일 미만의 기간 노역장에 유치하여 작업에 복무하게 한다.

103) 더구나 이러한 자유형은 노동형태가 불안한 빈곤층의 직업 연속성을 더욱 불안하게 만들어, 빈곤을 더욱 심화시키게 된다.

신체에 대한 긴급피난의 경우 위법성조각사유로 인정하고 있어,¹⁰⁵⁾ 개별 사안에 따라 홈리스가 처한 상황을 고려하여 위법성을 부인하는 판결이 내려질 가능성이 있다. 그러나 *Loper* 사건에서도 실시하듯이, 홈리스들이 이러한 법적 방어를 알고 있거나 변호인을 두고 이를 다투리라 기대하기는 사실상 어렵다.¹⁰⁶⁾ 공익변호사 체제가 갖추어져 있지 않은 우리 현실과 위반의 적발 후 즉결심판으로 넘어가는 짧은 시간을 고려하면 더더욱 실질적 의미가 없는 구제책이다.

결국 구결행위금지조항은 빈곤 때문에 구결하는 사람들을 더욱 가난하게 만들고 범죄자로 만드는 효과를 초래한다. 이 규정은 가난한 사람에게 특정되는 행위를 겨냥해 만들어져, 이들을 구결행위가 아닌 다른 방법으로 빈곤에서 빠져나오게 유도하지도 못하면서, 불명확한 규정과 위협적인 처벌로 경찰에 의한 자의적인 권한 남용을 가능케 한다. 누구에게나 똑같이 공정하고 정의롭게 법에 의한 통치가 이루어져야 한다는 법치주의의 원리에 부합하지 않는 결과이다.

V. 결 론

개정된 경범죄처벌법의 구결행위금지조항은 아마도 지하철이나 길거리에서 구결하는 사람을 사라지게 하는 가장 빠른 수단이 될 수는 있을 것이다. 홈리스들을 거리에서 사라지게 하는 ‘비가시화 정책’은 우리나라에서 그 동안 주요한 행사 때마다 효과적으로 집행되어 온 것도 사실이다. 서두에서 언급한 유엔특별조사관 보고서에서도 대표적인 인권침해사례로 언급하고 있듯이, 우리 정부는 1988년 올림픽게임 때 홈리스들을 대규모로 이동시켜 도시 외곽 시설에 수용하였고, 2002년 월드컵 때에도 도시의 특정 장소에 머무르지 못하게 금지한 바 있었다.¹⁰⁷⁾ 또

104) 이재상, **형법총론** (박영사, 2011), pp.343-345.

105) 상계서, pp.237-238.

106) 미국의 경우에도 자신이 초래하지 않은 위험 상황에서, 다른 적절한 대안이 없을 때 더 큰 위험을 형성하지 않고, 필요에 대한 신의성실하고 객관적으로 합리적인 믿음이 있을 때 상당한 해악을 예방하기 위해 하는 행위에 대해서는 긴급피난에 의한 방어(necessity defense)를 인정한다. *Jone* 사건에서 법원은 이를 인정하면서도 본문에서 기술한 바와 같이 홈리스들이 실제로 변호사를 선임하여 이에 대한 법정다툼을 하리라 기대하기 어렵다고 하며 실질적인 구제효과를 인정하지 않았다. *Jones*, 444 F.3d at 1130-31.

107) United Nations, *supra* note 1, para.48.

2010년에는 G20를 개최하면서 ‘G20 정상회의 경호안전을 위한 특별법’¹⁰⁸⁾을 근거로 홈리스 단속을 강화한 바 있다.¹⁰⁹⁾

그러나 홈리스의 존재나 구결행위는 눈앞에서 사라지게 한다고 해결되는, ‘소탕’할 성질의 문제가 아니라, 부유함이라는 스펙트럼의 다른 끝에 있는, 빈곤이라는 우리 사회의 모습을 정책적으로 진지하게 고찰하며 시간을 두고 해결해야 할 국가적 과제이다. 우리나라의 경우, 2011년 8월 기준 거리홈리스의 수는 전국 총 2,689명이었고¹¹⁰⁾ 이 중 서울지역에서 거리노숙을 하는 사람이 1,395명으로 인구 1만명 가운데 1.42명이었으며, 거리노숙인 이외에 부랑인시설이나 홈리스쉼터에 있는 인구 규모도 각각 8,160명과 2,636명이었다.¹¹¹⁾ 이들 가운데 절반 이상이 무직상태로, 직업이 있더라도 대다수가 일용직 임금근로자이거나 자활근로, 공공근로에 의존하고 있었으며, 이들의 월평균소득은 2010년 기준 약 285,000원으로 보고되었다.¹¹²⁾ 이들이 수입이 없는 어느 날 구결행위를 하는 것까지 국가가 처벌한다는 것은 이미 벼랑 끝에 몰린 이들을 국가가 낙락으로 떨어지게 함에 다름 아니다. 경찰이 실제로는 이 법률을 집행하지 않는다고 하더라도 경찰 권력의 자의적 행사를 인정하는 것일 뿐 의미 있는 설명은 아니다.¹¹³⁾

이 조항이 홈리스 청소년에게 미치는 영향에 대해서도 간과하지 않아야 한다. 청소년의 경우에는 노동시장이 더욱 제한되어 있기 때문에 구결행위를 하는 것이 유일한 생계의 수단이 되기 쉽다. 이때 구결행위금지조항은 이들을 범죄자로 만들거나, 혹은 청소년들이 구결행위 대신 아예 다른 종류의 불법행위를 하게끔 유도할 가능성이 있다. 청소년의 경우 가출의 원인은 많은 경우 가정폭력, 빈곤 등과 관련이 있는데,¹¹⁴⁾ 구결행위의 범죄화로 인해 이들이 도움을 요청하기보다 더더욱

108) G20 정상회의의 경호안전을 위한 특별법 (법률 제10362호, 2010. 6. 8. 제정, 2010. 10. 1. 시행).

109) “G20 누구를 위한 안전인가”, **세상을 두드리는 <사람>**, 제46호 (2010. 9-10.).

110) 이 숫자는 ‘거리홈리스 일시집계조사,’ 즉 특정한 날에 거리에 있는 홈리스의 수를 측정한 숫자이다.

111) 보건복지부, “2011년 부랑인홈리스 현황보고서” (2011), pp.12-13; 서종윤 외, “주거취약계층 전국실태조사” (보건복지부, 2011. 12.), p.4.

112) 서종윤 외, 전계논문, pp.4, 79.

113) *Loper* 사건에서 경찰 측은 사실상 이 조항을 적용하여 구결행위자를 소환하는 경우는 거의 없으며, 경고를 주기 위한 용도로 사용한다고 하였는데, 우리나라에서도 구결행위 금지조항이 이와 같이 이용될 가능성이 높다. 999 F.2d at 701.

114) 백혜정·방은령, “청소년 가출 현황과 문제점 및 대책 연구” (한국청소년정책연구원, 2009).

사회로부터 숨어들고, 결과적으로 불법적으로 이루어지는 노동착취에 희생되거나 불법적 생존방식을 습득하게 되는 효과가 예상된다.¹¹⁵⁾

그렇다면 구걸을 사라지게 한다는 궁극적인 지향에는 동의하되 이를 이루는 방법은 형사처벌이 아닌 사회보장적인 접근이어야 할 것이다. 우리 헌법은 제34조 제1항에서는 모든 국민이 인간다운 생활을 할 권리를 가진다고 하여 사회국가적 이념을 채택하고 있고, 제2항에서 국가의 사회보장, 사회복지 증진의무를 규정하고 있으며, 제5항에서는 ‘신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다’고 명시하고 있다. 이러한 헌법에 따르면 생활능력이 없다는 데서 파생되는 행위는 처벌의 대상이 아니라 국가의 보호가 필요함을 알리는 사회적 증상으로 보아야 할 것이다. 억압과 처벌이 아닌 자활과 자립을 위한 사회보장적 접근은 이와 같이 헌법적으로 요청될 뿐만 아니라 홈리스라는 인간의 곤궁 상태를 궁극적으로 해결하는데 더욱 효과적이기도 하다.¹¹⁶⁾

이런 맥락에서 지난 2011년 6월에 제정되어 2012년 6월부터 시행되고 있는 「노숙인 등의 복지 및 자립지원에 관한 법률」¹¹⁷⁾의 의의가 크다. 이 법률은 그 동안 홈리스에 대한 사회서비스가 행정부 운영규칙으로 형성되어 서비스의 안정성이 떨어지고 행정작용에 의한 인권침해의 가능성이 컸었던 문제를 일부 해소하면서¹¹⁸⁾ ‘적절한 주거와 보호’에 대한 홈리스의 권리를 법적으로 인정한 데에 중요한 의의가 있다.¹¹⁹⁾ 이 법률에서는 주거, 급식, 의료, 고용지원과 노숙인복지시설, 홈리스를 위한 종합계획 등에 대한 법률적 틀을 제시하여, 장기적으로 더욱 체계적인 서비스를 마련할 수 있는 기초를 마련하였다. 다만, 이 법률은 이와 같은 복지서비스 제공이나 시설설치 등에 관하여 임의규정으로만 정해놓고 있어 그 실효성에는 여

115) 우리나라 소년법에서는 가출 청소년을 우범청소년으로 보아(제4조 제1항 제3호 나목) 그 자체를 범죄화하는 경향이 있어 이미 문제가 있는 것도 사실이다.

116) United Nations, *supra* note 1; USICH, *supra* note 2; 서종윤 외, 전게논문 참조. 이 주거취약계층 전국실태조사는 한국도시연구소, 한국보건사회연구원, 홈리스 및 빈곤에 전문가인 교수 등 20명이 연구원으로 참여하여 시행된 것으로, 이 보고서에서는 주거지원, 의료, 고용 등에 관한 사회복지서비스의 예와 대안을 제시하고 있다.

117) 노숙인 등의 복지 및 자립지원에 관한 법률 (법률 제10784호, 2011.6.7. 제정, 2012. 6. 8. 시행).

118) 김지혜, “홈리스의 주거권: 법적 근거와 구성요건”, **사회복지정책** 제38권 제2호 (한국 사회복지정책학회, 2011), pp.123-129.

119) 노숙인 등의 복지 및 자립지원에 관한 법률, 제4조.

전히 문제가 있는 것이 사실이다. 실질적인 사회보장과 생존권 보장을 위해서는 추후 법률적 보완이 필요하며, 입법자가 관심을 가져야 할 것은 바로 이 부분이다. 고비용이며 억제효과를 기대하기 어려운 구결행위금지조항을 유지하면서 예산을 이유로 사회서비스를 유예하는 것은 더욱 설득력이 떨어질 것이다.

결국 이번 개정 경범죄처벌법의 구결금지조항은 빈곤에 대한 이해와 전문성이 결여된 편협한 입법이란 비난을 면치 못할 것이다. 역사적으로 그러했듯이 빈곤층, 특히 홈리스와 같은 소수자이자 사회적 약자의 의견이 대변되기 어려운 틈을 타서, 이와 같이 빈곤을 범죄화하는 법안이 나타나기 쉽다. 다수결로 통과되어 법률의 형식만을 갖추었다고 법치주의가 실현되는 것이 아니라는 것에 대한 경각심을 특히 소수자, 사회적 약자에 관한 법안을 마련할 때 높이 가져야 한다는 교훈을 준다.

투고일 2012. 8. 7

심사완료일 2012. 8. 27

계재확정일 2012. 8. 31

참고문헌

- 김지혜, “홈리스의 주거권: 법적 근거와 구성요건”, **사회복지정책** 제38권 제2호, 한국사회복지정책학회 (2011).
- 박찬걸, “개정 경범죄처벌법의 내용에 대한 평가 및 향후과제”, **경찰학논총** 제7호 제1권, 경찰학연구소 (2012).
- 백혜정·방은령, “청소년 가출 현황과 문제점 및 대책 연구”, 한국청소년정책연구원 (2009).
- 보건복지부, “2011년 부랑인홈리스 현황보고서”, 보건복지부 (2011).
- 서종윤 외, “주거취약계층 전국실태조사”, 보건복지부 (2011. 12.).
- 이동희, “외국어와 법령용어: 부랑인·노숙인은 Homeless?”, **월간법제** 2010년 1월호, 법제처 (2010).
- 이선엽, “경범죄처벌법의 역사적 변천: 제도의 경로, 동형화”, **한국행정사학지** 제25호, 한국행정사학회 (2009. 12.).
- 이재상, **형법총론**, 박영사 (2011).
- 한수웅, **헌법학**, 법문사 (2011).
- Allison, Tanene, “Confronting the Myth of Choice: Homelessness and Jones v. City of Los Angeles,” 42 *Harvard Civil Rights-civil Liberties Law Review* 253 (2007).
- Foscarinis, Maria, “Downward Spiral: Homelessness and Its Criminalization,” 14 *Yale Law and Policy Review* 1 (1996).
- Hershkoff, Helen & Adam S. Cohen, “Begging to Differ: The First Amendment and the Right to Beg,” 104 *Harvard Law Review* 896 (1991).
- National Law Center on Homelessness & Poverty, “Criminalizing Crisis: The Criminalization of Homelessness in U.S. Cities” (2011. 11.).
- United Nations General Assembly, Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, 66th session, 4 August 2011, A/66/265.
- United States Interagency Council on Homelessness (USICH), “Searching Out Solutions: Constructive Alternatives to the Criminalization of Homelessness” (2012).
- United States Interagency Council on Homelessness (USICH), “Opening Doors: Federal Strategic Plan to Prevent and End Homelessness” (2010).

<Abstract>

Constitutionality of the Ban on Begging in South Korea - A Comparative Look at U.S. Jurisprudence on Vagrancy and Begging Laws -

Kim, Jihye*

While the phenomenon of “criminalization of poverty,” which punishes the acts of people in poverty, especially homeless people, to sustain their life has become an international issue, the National Assembly of Korea introduced a provision that punishes begging in public places in the amended Punishment of Minor Offenses Act of 2012. The Act will take in effect in March 2013. In the United States, provisions that similarly regulate behaviors of homeless people have existed from the colonial period and been challenged for its unconstitutionality. In this regard, this article uses a comparative approach to consider the constitutionality of the ban on begging under the amended Punishment of Minor Offenses Act by looking at several notable U.S. cases.

In the federal courts of the United States, some of the constitutional challenges against vagrancy and begging laws have succeeded under the principles of void for vagueness, freedom of speech, and cruel and unusual punishment. The U.S. Supreme Court in *Papachristou* (1972) concluded that the vagrancy law in the City of Jacksonville was void for its vagueness, as the law, by allowing and promoting arbitrary and discriminatory enforcement of law on people who are poor and excluded, failed to uphold the rule of law principle. The Second Circuit Court of Appeals in *Loper* (1993) decided that the ban on loitering for the purpose of begging in the City of New York infringed on the freedom of speech, which in public forums is protected at the highest standard, strict scrutiny, because begging,

* Constitutional Court of Korea, Constitution Researcher.

similar to charitable solicitation, was recognized as a form of speech expressing the need for food, housing, clothes, medical services, and transportation. Additionally, the Ninth Circuit Court of Appeals in *Jones* (2006) decided that the Los Angeles ordinance that prohibited sitting, lying, and sleeping violated the prohibition of cruel and unusual punishment under the Eighth Amendment when the punishment was applied to people who, as a result of being in the status of homelessness and unable to afford private spaces, involuntarily took a course of acts that were essential and unavoidable to a human being.

The U.S. jurisprudence on vagrancy and begging laws provides useful perspectives for Korean courts to consider in dealing with the ban on begging in the amended Punishment of Minor Offenses Act. This article argues that by adopting the U.S. approach when applying the principle of *nulla poena sine lege* and the principle of responsibility under the Korean jurisprudence, a successful argument can be made for the unconstitutionality of the ban on begging in South Korea: The provision at issue lacks clarity required under the principle of *nulla poena sine lege*, as in *Papachristou*; and the principle of responsibility may not be satisfied because, as in *Jones*, the prohibited conduct, begging, lacks blameworthiness. In applying these principles, courts may recognize begging as a constitutionally protected activity as it concerns freedom of expression, as in *Loper*, and/or general freedom of action, which are fundamental rights under the Korean Constitution. In essence, a provision of this type punishing poverty requires attention as it would permit arbitrary governmental interference on socially disadvantaged groups, thereby undermining the rule of law.

Keywords: ban on begging, Punishment of Minor Offenses Act, rule of law, criminalization of poverty, freedom of expression