

〈서평〉

조국 저, 『절제의 형법학』에 대한 서평

李用植*

I. 글을 시작하며

사회 곳곳에서 위험이 상시화되고 증대되는 이른바 위험사회에서는 자연스레 형법에 적극적인 임무부여를 하는 경향이 있다. 사회문제 해결의 수단으로서 형법의 기능이 강조되는 것은 법치주의 원리에 꼭 부합하는 것은 아니다. 법에 의거해 판단한다는 법치주의는 어떠한 법이 어떤 식으로 적용되는가의 문제를 전제로 하고 있다. 형법이 자주 동원된다는 부분에서 어떤 내용의 형법이 어떤 사안에 적용되는가 하는 점이 고찰되어야 하는 이유이다. 단순히 사회문제 해결의 최우선 수단으로 형법이 고려된다면 이는 형벌만능주의에 다름 아니다. 법치주의 국가에서는 다른 수단을 모두 동원한 다음에 최후의 수단으로서 형법이 적용되어야 한다는 보충성의 원칙을 요구하고 있다. 형법이 겸역성을 갖고 개입을 최대한 자제하는 것이 민주주의원리와 법치국가원리에 부합한다는 뜻이다.

그렇지만 만연한 사회문제와 침예하고 복잡하게 대답하는 개인간 갈등을 제어하는 수단으로 처벌이라는 강제수단을 가진 형법을 먼저 떠올리게 되고 또 형법의 강한 규범력에 의지하려는 경향은 점차 늘어나고 있다. 그래서 위험사회에서 형법은 과잉현상을 보이고 있으며, 중형주의 내지 엄벌주의 기조는 각종 특별형법의 남발이라는 구체적인 모습으로 드러나고 있다. 이번에 새로 출간된 조국 교수의 『절제의 형법학』¹⁾은 이러한 상황에서 형법이 과잉화되는 구체적인 모습을 다각도로 진단하면서 형법이 다시금 절제되어야 함을 힘주어 주장하고 있다. 이 책은 체제상 제1부 생명과 신체, 제2부 프라이버시, 제3부 표현, 제4부 성표현과 성매매, 제5부 집단적 표현의 5가지의 대주제를 중심으로 그 아래 18개의 세부 토픽을 나

* 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

1) 조국, **절제의 형법학**, 박영사, 2014.

누어 논의를 진행하는 형식을 취하고 있다. 내용상으로는 군인 간 동성애나 간통 같은 것은 윤리의 영역에 남아야 되는데 형법에 잘못 들어와 있다고 보거나, 명예 훼손죄는 최대한 보장되어야 할 시민의 표현의 자유를 억압하고 위축시키고 있다고 보는 등 개인의 사적 영역에 남겨두고 형법이 개입을 자제해야 할 것들을 분석적으로 검토하고 있다.

본 서평의 대상도서는 다양한 주제에 관한 저자의 논문들을 형법의 ‘절제’라는 테마 아래 모아서 엮은 책이다. 서평자는 저자의 전체 형법관을 관류하는 통찰을 공유하면서 각 세부논점에 조용하는 저자의 견해를 분석하는 작업이 능력 밖의 일임을 잘 알고 있다. 이하에서는 해당 주제의 다양한 논제들에 투영된 저자의 생각을 책의 편철 순서를 따라 쫓아가며, 텍스트의 주요 내용을 중심으로 살펴보면서 약간의 검토를 붙이는 것으로 서평에 갈음하고자 한다.²⁾

II. 형법학에서 절제의 구체적 모습과 방향

1. 생명과 신체

(1) 사형폐지론³⁾

현재 한국 사회에서 사형집행과 구형은 상당 부분 감소하였지만 사형제도 자체의 폐지는 아직 이루어지지 않고 있다. 대법원은 사형제도 자체가 위헌·위법하다고 보지는 않으면서 다만 사형부과의 요건을 엄격히 해석하는 태도를 견지하고 있다. 헌법재판소도 사형제도 자체는 합헌이라고 판시한 바 있다. 이와 달리 형법학계에서는 사형폐지론이 압도적 다수를 점하고 있고 헌법재판소의 소수의견도 이를 표방하고 있다. 국제적 차원에서는 EU회원국을 비롯하여 사형제 폐지가 대세를 이루고 있다. 저자는 1997년 말을 기점으로 사형집행이 사실상 사라진 이후에도 살인죄에 대한 유의미한 증가가 발견되지 않는다는 점에서 사형제도가 살인죄 등 중범죄의 발생을 억지한다는 가설은 근거가 미약하게 되었다고 지적한다. 현대형법의 목적이 ‘응보’에 있지 않다는 점에서 볼 때 사형을 통해 피해자의 감정을 해

2) 본 서평은 대상도서의 목차를 따라가며 내용을 개관하여 단평을 붙인 것으로, 번거로운 피하기 위하여 서평 대상도서의 각각의 인용면수는 생략하기로 한다.

3) 조국, **절제의 형법학**, 3면 이하.

소할 수 있다는 주장도 정당성이 없다고 본다.

이러한 입장에서 만일 단시일 내에 사형제의 폐지가 곤란하다고 하더라도 최소한 사실상 사형제 폐지국가로서의 지위는 유지하는 것이 바람직하며, 사법부는 사형선고에 대하여 엄격한 잣대를 계속 견지해야 한다고 본다. 또한 사형의 집행은 판결확정 후 10년 이후에 하도록 하고 사형집행유예제도를 도입하여 사형집행의 부작용을 최소화하려는 노력도 병행되어야 한다고 보고, 사형제 폐지의 대안으로는 가석방 없는 무기형 도입을 지지하고 있다.

사형폐지론은 다수 국민의 법감정과는 괴리가 있다는 점에서 과감한 주장이라고 할 수 있다. 연쇄살인범이나 엽기적 살인사건 등 강력사건이 빈발함에 따라 시민들의 범죄에 대한 경각심이 높아지고 있고, 악성범죄자들은 과감히 사형에 처하여야 한다는 여론도 거세다. 다소의 차이는 있겠으나 최근의 여론조사에 따르면 60~70%의 국민이 사형 집행에 찬성하는 것으로 나타난다. 이러한 분위기에 불구하고 저자는 이성과 논리의 부름에 따라 비합리적이고 잔혹한 형벌을 폐지해야 한다고 주장한다.

(2) 존속살해죄 비판⁴⁾

전통적으로 효(孝) 사상에 큰 가치를 부여하다보니 형법에서도 존속을 살해하는 행위는 효도의 의무를 거스른 것으로 간주되어 통상의 살해행위보다 중하게 처벌되고 있다. 그런데 존속살해죄 사례를 분석하여 보면 모든 존속살해죄에 패륜성이 존재한다고는 볼 수 없다는 점이 확인된다. 존속살해범은 정신질환을 앓고 있었거나 피해자로부터 지속적인 학대를 받은 경우가 적지 않다. 존속살해범죄에 도덕적 잣대를 들이대면 이러한 사정을 제대로 평가할 수 없는 문제가 발생한다는 것이다. 특히 형법은 직계비속을 살해한 경우에는 가중처벌규정을 두고 있지 않다. 이는 헌법상 사회적 신분에 따른 차별이 아닌지 문제된다.

저자는 현대 형법이 도덕과의 분리를 지향하며 도덕의 영역은 도덕규범으로 해결하도록 하고 형법은 최후의 수단으로 기능하도록 안배되어 있음을 강조한다. 도덕적 다원주의 입장에서는 형법으로 도덕을 강제하는 것은 바람직하지 않다. 그리고 한국 고유의 효 관념이 계승하여야 할 전통이라고 하더라도 그것이 봉건적 가부장제의 고수를 의미하지는 않는다고 한다. 최근 불거지는 아동학대 등 가정폭력 문제에 비추어 볼 때에도 존속에 대하여 무조건적인 복종을 강요하는 것은 지양되

4) 조국, **질제의 형법학**, 37면 이하.

어야 한다. 결국 존속살해죄는 도덕적 관념의 영역인 효도를 형법으로 강요하는 것이 되므로 그 입법목적 자체가 정당하지 않다는 것이다.

존속살해죄의 가중처벌 규정은 비속의 패륜행위만을 문제 삼는 일면적인 입법이며, 설령 범죄에 패륜성이 존재하더라도 살인죄의 양형에 충분히 반영할 수 있으므로, 존속살해죄를 별도로 두는 것은 과잉입법이라고 한다. 법정형 면에서도 패륜성 없는 존속살해의 경우에 집행유예 선고가 불가능하게 되어 평등원칙과 비례원칙에 위반하게 된다. 저자는 존속살해죄 규정은 헌법위반으로서 폐지되어야 하지만, 폐지 이전에도 패륜성이 있는 존속살해죄의 경우에만 가중처벌 규정을 적용하는 방법, 가해자에게 긴급피난의 성립을 넓게 인정해 주는 방법, 자수감경 등을 적극 활용하는 방법 등을 통해 현행 존속살해죄 가중처벌 규정의 위헌성을 감쇄시키는 것이 옳다고 한다.

저자는 존속살해죄의 여러 행위태양은 하나의 범조문으로 묶을 수 없는 다면성을 지닌다고 분석하고 있다. 다면성을 지닌 여러 행위태양들을 단순히 피해자가 가해자의 존속이라는 이유만으로 동일하게 비난하여서는 안 된다고 본다. 나아가 저자는 존속살해범죄에 대하여 제대로 평가하려면 가해자가 존속살해로 나아가게 된 동기를 반드시 살펴보아야 하고, 그에 따라 형사처벌도 차등화되어야 한다고 보고 있다. 이러한 분석을 통해 존속살해 범죄를 예방하기 위해서는 표면으로 드러난 ‘존속살해 행위’ 자체를 처벌하는 것으로 그쳐서는 안 되고, 가정폭력을 방지하거나 정신질환자에 대한 적절한 조치가 선제적으로 취해져야 할 것이라는 더 큰 담론을 이끌어 내고 있다.

(3) 낙태 비범죄화론⁵⁾

인공임신중절 즉 낙태행위는 형법에서 금지하고 처벌하면서 모자보건법에 허용되는 예외사유를 규정하고 있다. 낙태에 대하여는 비범죄화해야 한다는 주장과 오히려 낙태 단속과 처벌을 강화해야 한다는 주장이 맞서고 있고, 헌법재판소 결정⁶⁾에서도 낙태죄의 위헌 여부에 대하여 팽팽한 대립을 보인 바 있다. 낙태죄에 대한 엄격한 처벌은 자칫 도덕규범을 법으로 강제할 우려가 있고 낙태의 가장 밀접 당사자인 여성의 권리를 도외시킬 수 있다. 물론 태아의 생명이 보호되어야 함에는 이론이 없지만 태아의 생명 자체가 형량이 불가능한 절대적 법익은 아니라고 본

5) 조국, **질제의 형법학**, 61면 이하.

6) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바402 결정.

다. 저자는 태아의 생명은 사람의 생명과 달리 비교형량할 수 있는 법익이며, 여성의 프라이버시와 자기결정권 등을 무시하고 낙태를 전면 금지시키는 것은 여성에게 부당한 고통을 강요하는 결과를 낳게 된다고 한다.

비교법적으로 영미법계에서는 모든 낙태를 범죄화하여 처벌하고 있지는 않다. 미국에서는 *Roe v. Wade* 판결로 인해 낙태에 관한 3단계의 3개월 구분방법이 제시되었다. 독일을 비롯한 대륙법계에서도 많은 나라에서 기간이나 낙태사유 등을 기준으로 한 낙태를 폭넓게 허용하고 있다. 저자는 모자보건법 및 낙태죄에 대하여 개선의 필요성을 강조한다. 우선 낙태허용사유가 있는 경우에도 낙태에 배우자의 동의를 요건으로 하는 점은 삭제할 요한다. 우생학적 허용사유 및 범죄적 허용사유에 대하여도 개선이 필요하며, 더불어 사회·경제적 허용사유를 추가하여야 한다. 미혼모나 미성년모에 대한 지원책이 극히 열악함에도 불구하고 출산을 강제하는 것은 여성에 대한 부당한 억압이기 때문이다. 그 외에 낙태의 허용에 관하여 ‘기간 방식’과 ‘허용사유 방식’을 결합하여 규정하도록 하고 의사 등 전문가의 상담을 필수적인 절차로 하여야 한다고 본다.

저자는 낙태의 감소는 낙태에 대한 처벌로 이루어지는 것이 아니라 지속적인 교육과 사회경제적 뒷받침에 의해 가능하고 본다. 본서에서 다루지고 있는 여러 논의에서 공통적으로 발견되는 것은 저자가 도덕의 과잉화에 대하여 비판적인 시각을 일관되게 견지한다는 점이다. 저자는 도덕이 법조문의 허울을 쓰고 무분별하게 강제력을 행사함으로써 나타날 부작용을 우려하고 있다. 도덕의 과잉으로 오히려 사회적 약자에게 부당한 침해를 가져올 가능성을 배제할 수 없다. 존속의 확대를 견디다 못해 살해하게 된 비속과 마찬가지로 불가피하게 낙태를 선택할 수밖에 없었던 무자력 미혼모를 도덕의 이름으로 단죄하는 것이 그 예이다. 이는 도덕의 강조가 사회정의와 공평을 해하는 역설적인 결과를 낳게 된다는 것에 대한 날카로운 지적이다.

(4) 학교체벌의 허용 여부와 범위⁷⁾

학교체벌에 관하여 저자는 2007년과 2013년에 걸쳐 두 편의 논문을 발표한 바 있다.⁸⁾ 먼저 선행 논문은 여중학교 체육교사 겸 태권도 지도교사가 폭행 및 모욕

7) 조국, **질제의 형법학**, 97면 이하.

8) 저자는 2007년 **서울대학교 법학**, 제48권 제4호에 “교사의 체벌과 정당행위”와 2013년 **서울대학교 법학**, 제54권 제1호에 “학생인권조례 이후 학교체벌의 허용 여부와 범위”

혐의로 기소된 사건에서 체벌의 정당화 요건을 종합적으로 정식화한 대법원 판결⁹⁾에 대한 판례평석으로서, 대상판결의 의미를 초·중등교육법 시행령상 ‘지도’를 ‘징계’와 구분함으로써 그 법적 의미를 분명히 하고 있다는 점, 체벌의 위법성 판단기준과 관련하여 체벌 전 학생에게 교육적 의미를 고지하였는지 여부, 학생의 인격적 존중을 위해 다른 사람이 없는 장소에서 체벌이 이루어졌는지 여부, 비록 언사일지라도 학생에게 모욕감을 주었는지 여부 등 종전 판례에 비하여 보다 구체적이고 종합적인 판단기준 등을 제시했다는 점에서 찾고 있다.

다만 저자는 형법 제20조상 법령에 의한 행위로 정당화될 수 있는 체벌은 도구나 신체를 사용하여 학생의 신체에 직접적인 고통을 가하지 않는 ‘간접체벌’(예컨대 교실 뒤 서있기, 운동장 뛰기, 팔굽혀 펴기 등 ‘얼차려’형태의 체벌)뿐이며, ‘직접체벌’은 매우 엄격하게 금지되고 극히 예외적인 경우에만 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로 정당화될 여지가 있을 뿐이라고 본다. 또한 위 대상판결은 교사의 체벌자격은 법령상 규정이 없지만 교사는 학교장의 위임을 받아 체벌을 할 수 있다는 논리를 제시하지만, 입법취지를 고려하고 초·중등교육법시행령 제31조 제7항을 ‘제한원리 내지 예외조항’으로 합헌적 해석을 추구할 때 체벌자격은 교사에게 위임될 수 없으며 교사의 체벌은 예외적으로 사회상규에 반하지 않을 때 허용될 뿐이라고 하면서 축소해석 차원에서 평석하고 있다.

하지만 2010년 학생인권조례가 제정되고, 2011년 초·중등교육법시행령이 직접체벌을 명시적으로 금지하는 방향으로 개정됨에 따라 저자는 교사의 체벌자격 및 위임 가능 여부와 관련하여 후속 논문에서 자신의 견해를 수정한다. 즉 간접체벌이 교육상 불가피하고, 학생의 성별, 연령, 개인적 사정에 비추어 인격적 모멸감 및 신체적 고통을 주는 수준이 아니고(군대 ‘얼차려’수준 이하의 간접체벌이면 허용된다고 봄), 비체벌적 지도를 선행한 후 시행하고 사후에 학교장에게 보고하는 등의 요건을 충족하는 경우에는 교사에게도 체벌권한이 위임될 수 있고, 따라서 앞의 논문에서 제시한 ‘사회상규에 의한 (정당)행위’가 아니라 ‘법령에 의한 (정당)행위’로서 위법성이 조각될 수 있다고 견해를 변경하였다.

그리고 견해변경의 이유로서 시행령 개정을 통해 직접체벌이 금지된 상황을 든다. 즉 적극적 체벌에 대한 명시적 금지규정이 없었던 개정 이전에 교사에게까지 위임을 통해 체벌을 허용하는 것은 법률이 아닌 시행령으로 신체침해를 허용하는 것

를 각 발표하였다.

9) 대법원 2004. 6. 10. 선고 2001도5380 판결.

으로서 위헌의 소지가 있지만, 개정 이후에는 신체침해를 수반하는 직접체벌이 명시적으로 금지되어 간접체벌만이 허용되고, 따라서 전술한 일정한 요건을 충족하는 한 학교장의 위임형식을 통해서 교사의 체벌자격을 인정하여도 무방하다고 판단하고 있다.

약 6년이라는 시차를 두고 작성된 두 논문은 학생체벌에 관하여 사회적 인식 및 법현실의 변화와 그에 따른 규범적 관점 및 기준의 변천을 조망할 수 있다는 점에서 그 의미를 찾을 수 있다. 한편 이 주제와 관련하여 형법적 시각에서 지속적인 관심과 연구를 진행해 온 저자이기에 개정 이후의 시행령 제31조 제8항이 명시적으로 직접체벌을 금지하고 있다고는 하나, 그렇다고 하여 제한원리 내지 예외조항이라는 동 규정의 규범적 성격이 달라질 수 있는 것인지 그리고 (직접체벌과 간접체벌의 구별을 논리적 전제로 하여) 동 규정을 간접체벌의 허용에 관한 근거규정으로 의미를 부여하고, 이러한 적극적 해석을 토대로 간접체벌의 정당화사유를 법령에 의한 (정당)행위로 파악하는 것이 가능한지에 관한 후속연구도 기대가 된다.

2. 프라이버시

(1) ‘비범죄화’ 관점에 선 간통죄 소추조건의 축소해석¹⁰⁾

간통죄¹¹⁾는 1953년 형법 제정 당시에도 치열한 논쟁 끝에 국회의원 재석원수(110명)의 과반수(56명)에서 한 표차의 찬성으로 범죄화가 되었다. 헌법재판소는 위헌법률심판 제청에 따라 수차에 걸쳐 다시 위헌 심사를 진행하고 있는데, 저자는 간통죄가 위헌이며 폐지되어야 한다는 입장에서 간통죄의 오남용을 막을 수 있는 해석론을 제시하고 있다. 불륜과 혼외사랑의 교집합이라는 간통의 복합적 본질을 고려할 때 일률적으로 불륜이라고 낙인찍고 법적 제재를 가하는 것은 부당하며, 성도덕의 변화 속에서 간통죄는 위하력과 억지력을 가지지 못하는 것이 실정이라고 파악한다.

간통 고소는 혼인이 해소되거나 이혼소송을 제기한 후가 아니면 할 수 없으므로 혼인 회복을 위한 것이 아니라 간통배우자에 대한 사후보복을 위한 것이며, 헌법의 혼인 및 가족제도 보장은 형식적으로 존재하는 또는 한번 맺은 혼인 및 가족관

¹⁰⁾ 조국, **질제의 형법학**, 129면 이하.

¹¹⁾ 헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2009헌바17결정으로 간통죄는 헌법에 위반되는 것으로 최종 결론이 났다.

계에 대한 보장이 아니라 애정을 바탕으로 새롭게 시작하려는 혼인 및 가족관계에 대한 보장임을 강조한다. 응보만을 위한 과잉 형사제재로서 부작용을 가져오고 있는 간통죄는 과잉도덕화, 과잉범죄화, 과잉형벌화의 전형이 된다. 따라서 저자는 간통죄에서 비범죄화의 폭을 넓히는 해석상 기준이 필요하다고 본다.

저자는 친고죄인 간통죄에 있어서 고소 제한 사유인 ‘간통을 중용 또는 유서한 때’를 해석함에 있어서 당사자 간의 명백한 이혼의사가 합치되어 있는 경우에만 간통에 대한 중용으로 해석을 하는 대법원의 입장을 비판적으로 접근하여, 혼인당사자 쌍방이 사실상 더 이상 혼인관계를 유지할 의사가 없거나 혼인관계를 유지할 수 없는 상황 등 혼인이 사실상 파탄이 일어난 경우 설령 ‘명백한 이혼 의사의 합치’가 없다고 하더라도 ‘묵시적 이혼 의사의 합치’가 있는 경우로 보아 간통에 대한 중용이 있는 것으로 보는 해석론을 전개하고 있다. 이러한 해석론을 바탕으로 스스로 부정한 행위를 한 사람이 배우자의 간통에 대해 고소를 하는 것은 고소권의 남용으로 간통에 대한 중용이 있었던 것으로 해석할 수 있다는 입장으로까지 논리적으로 연결시키고 있다. 이러한 해석론은 위헌 논란이 있는 간통죄의 적용 범위를 제한하기 위한 접근방법으로서 일반인의 법감정에도 부합할 것으로 보인다.

또한, 협의이혼 후 이혼소송이 취하되더라도 혼인관계의 부존재라는 고소의 유효요건을 충족시키고 있어서 여전히 간통고소가 유효하다는 대법원의 입장에 대해서는 피고인에게 불리한 확장해석임을 지적하며 ‘이혼소송을 취하한 때는 고소는 취소된 것으로 간주한다’는 형사소송법의 문언해석에 따라 이혼소송을 취하한 때에는 (협의이혼 여부와는 무관하게) 고소는 취소된 것으로 간주하는 해석론을 제시하고 있다. 나아가 간통 피해자가 사망하거나 금치산선고를 받은 경우 그 가족이 간통고소권을 행사할 수 있게 한다면 간통죄가 부부 당사자를 넘어 양측 가족 전체의 복수 도구로 사용될 것을 경계하면서 ‘입법적 해석’일 수도 있음을 인정하면서도 초법규적 형면제사유로 보는 과감한 해석을 시도해 볼 필요가 있다고 제언한다.

저자는 간통죄 위헌성 여부에 대해서 법이론적으로 접근하는 것을 넘어서서 사회학적인 접근을 도모하고 판례와 헌법재판소의 결정례를 입체적으로 분석하여 우리 사회에서 간통죄가 지니는 의미와 문제점에 대해서 명쾌하게 적시하고 있다. 특히 간통죄의 위헌성에 대하여 다양한 근거를 제시하여 새로운 설득력을 얻고 있을 뿐만 아니라, 간통죄를 폐지해야 한다는 입법론적인 주장 이외에도 간통죄가 존속하고 있는 상황에서 판례에서 나타난 구체적인 사안을 바탕으로 간통죄가 제한적으로 적용될 수 있도록 하는 해석론적 대안을 제시하여 실천 학문으로서 법학

의 지평을 여실히 보여주고 있다.

(2) 혼인빙자간음죄 위헌론¹²⁾

혼인빙자간음죄의 위헌을 주장한 부분은 형법 제304조에 대한 헌법소원 사건에서 제출된 저자의 참고인 의견서를 보완한 것이라고 한다. 저본이 된 2009년 논문이 발표된 직후 헌법재판소에서는 이 의견서 등을 바탕으로 하여 혼인빙자간음죄에 대하여 위헌 결정을 하였다.¹³⁾ 이는 항상 헌법을 토대로 한 형법을 고민하는 저자의 노력에 따른 결과로 평가할 수 있겠다. 저자는 2002년도에 헌법재판소가 혼인빙자간음죄에 대해 합헌 결정을 한 근거를 하나씩 논리적으로 비판을 하며 위헌론에 무게감을 한층 더하였다. 기본적으로 남녀 간의 성관계는 사생활에 속하는 문제로 원칙적으로 사적 자치에 맡겨야 하며, 법률상 금지대상이 될 수 없는 혼전 성관계와 관련된 여러 문제는 도덕규범에 의하여 규율되어야 한다는 생각이 깔려 있다. 도덕적 비난과 민사적 책임을 부과할 수 있어 충분히 목적달성의 결과를 가져올 수 있음에도 형사처벌이라는 매우 강한 제재수단을 동원하는 것은 피해의 최소성 원칙에도 반하는 과잉금지입법에 해당한다는 것이다.

저자는 혼인빙자간음죄가 여성의 성적 자기결정권을 보호하기 위한 것이라는 일반적인 인식을 깨뜨리고 오히려 남성과 동일한 사회에 살고 있는 여성은 남성의 구애행위의 특징을 알고 있거나 알고 있어야 하며, 혼인에 대한 약속을 포함한 상대 남성의 인격과 품성, 그리고 그의 구애의 진의를 자기 책임 하에 면밀히 검토한 후 성교 여부에 대한 선택을 해야 하고, 그 결과에 대한 책임은 여성이 부담해야 한다고 주장하면서, 혼인빙자간음죄가 자기 책임 아래 성적 자기결정권을 행사할 수 있는 여성의 능력을 폄하, 부인하고 있다고 지적한다.

아울러 저자는 성적 자기결정권의 침해와 관련된 행위에 대한 현행 형법의 태도를 체계적, 논리적으로 분석하여, 피해자의 동의가 없는 경우에도 비범죄화가 되어 있는 비동의간음 등과 하자 있는 의사에 따른 피해자의 동의가 있는 경우인 혼인빙자간음을 비교·평가하여 현행법 체계 내에서 자신의 주장을 뒷받침하는 논리적 근거를 마련하여 주장의 설득력을 더하고 있다. 특히나 성도덕에 대해서는 이 중기준을 가지고 있는 국민 다수를 의식해야 하는 입법자가 정치적으로 이득은 없고 도덕적 비난만 초래할 수 있는 법개정을 기대하는 것은 비현실적이므로 헌법재

12) 조국, **질제의 형법학**, 161면 이하.

13) 헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌바58, 2009헌바191(병합) 결정.

판소의 적극적 개입이 필요하다고 강조한 점은 다른 부문에서도 고려되어야 할 현실적이며 솔직한 표명으로 보인다.

(3) 군인 간 합의동성에 형사처벌 비판¹⁴⁾

저자는 군대라는 특수한 상황에서의 성적 자기결정권의 제한이라는 민감한 문제를 다루면서 그동안 법원과 헌법재판소가 취해왔던 접근 방식을 비판하고, 과거 군내 동성애를 처벌하였던 선진 외국의 입법례가 변화하는 과정을 제시하며, 군내 동성애를 형사처벌 대상으로 하는 현행법의 위헌성에 대해서 다각도로 검토하면서 입법론적인 대안을 제시하고 있다. 미국 연방대법원은 2003년 동성 간의 성행위를 범죄로 규정한 것은 연방헌법의 적법절차조항을 침해한 위헌이라고 판시하였고, 동성애의 비범죄화는 유럽연합의 가입조건이면서 세계적인 추세라고 할 수 있다. 균형법상의 계간을 처벌하는 조항은 이런 점에서 과잉도덕화라고 평가되며, 그럼에도 헌법재판소는 거듭하여 합헌 결정을 내린 바 있다. 저자는 기존의 관련 논문들에서 2011년 헌법재판소의 결정¹⁵⁾에 대한 비판적 분석, 동성애 병사의 복무에 관한 국방부 훈령, 2011년 9월 미국 오바마 행정부가 “묻지도 답하지도 말라”(DADT) 정책을 폐지한 점 등을 근거로 보완하여 구 균형법 제92조의5의 문제점과 대안을 재정리하고 있다. 입법론으로는 위계 또는 위력에 의한 추행으로 개정할 것을 주문한다. 그러나 균형법상 군인 간의 동성애는 ‘계간’이 ‘항문성교’로 변경되었을 뿐 여전히 범죄화된 채 유지되고 있다.¹⁶⁾

균형법상 동성애의 비범죄화라는 저자의 주장은 성적 자기결정권과 관련된 다른 주제(간통죄, 혼인빙자간음 위헌론)에 대한 입장의 연장선에서 파악될 수 있는 것으로, 호모포비아에 기초한 과잉범죄화를 경계해야 함을 상기시켜 준다. 특히 “동성애를 반자연적, 비도덕적인 행위로 보는 특정 종교교리에 따른 편견, 동성애자에 대한 두려움, 경멸, 혐오의 감정이 우리 사회에서 엄존하는 사실”과 “동성애에 대한 이성애의 우월성, 생물학적 성기에 기반한 성역할, 생식 위주의 섹슈얼리티 등을 강조하는 이성애주의가 강력하게 자리 잡고 있는 현실”의 산물이 바로 균형법의 동성애 처벌 조항이라는 신랄한 분석을 통해 그동안 ‘군기의 보호’ 또는 ‘군의 전투력 보존’이라는 다소 막연하면서 추상적인 보호법익에 기대어 균형법상 동성

14) 조국, **절제의 형법학**, 177면 이하.

15) 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정.

16) 2013. 4. 5. 균형법 개정을 통해 제92조의6의 구성요건에서 “계간이나 그 밖의 추행”이 “항문성교나 그 밖의 추행”으로 변경되었다.

에 처벌 조항의 합헌성을 주장하는 이들을 반박하면서, 이를 바탕으로 위 조항이 헌법의 기본권 제한의 원리에 부합하는 형사처벌 규정인지에 대해서 분석적인 접근을 시도하고 있다.

3. 표현

(1) 사실적시 명예훼손죄 및 모욕죄의 재구성¹⁷⁾

‘Je suis Charlie.’ 얼마 전 프랑스에서 발발한 언론사에 대한 테러사건으로 표현의 자유를 어디까지 인정할 수 있을 것인가에 대한 물음이 전세계적인 화두로 다시금 떠올랐다. 본 장에서 저자는 현재까지의 대법원의 입장과 명예훼손죄(특히 사실적시의 경우)와 모욕죄에 대한 형법해석에 대한 비판적인 시각에서 새로운 입법안 제시로 나아가고 있다. ‘공인’과 언론은 ‘사회적 강자’이며 이들에 비하여 사인은 ‘사회적 약자’라는 원론적 도식으로부터 출발하여, 사회적 강자인 언론이 다른 강자인 공인의 명예를 훼손한 경우와 사회적 약자인 사인이 강자인 공인의 명예를 훼손한 경우에는 비형사적 해결방법만을 유지하고, 사회적 강자인 언론이 약자인 사인의 명예를 훼손한 경우에는 민·형사적 해결방법을 모두 유지하자는 정책적·입법적 구상을 보여준다.

명예훼손죄나 모욕죄에 대해 결론적으로 위헌론 내지 폐지론에 그 무게중심을 실으면서, 사실적시 명예훼손죄와 모욕죄에 대하여 자유형을 삭제하거나 자유형을 절반으로 낮추어 유지하는 개정안을 채택하고자 한다. 그리고 이러한 입법적 구상을 하기에 이르는 과정을 규범적으로 사고하여 각 항목별로 분설하여 언급하고 있다. 사실적시 명예훼손죄와 모욕죄를 출판물 등에 의한 명예훼손죄와 동일하게 ‘목적범’으로 변화시켜 초과주관적 구성요건요소로서 “비방의 목적”을 추가한다든지, 공직자와 공적 인물을 포괄하는 ‘공인’ 개념의 사용이라든지, ‘공적 사인’과 관련한 ‘공인’ 대상의 명예훼손의 비범죄화 규정의 신설 등이 그것이다. 특히 저자는 본 장을 비롯하여 제3부에서는 다른 어떠한 법학자보다도 사회의 약자 편에서 실천적인 대안과 해결책을 모색하고 있다.

17) 조국, **절제의 형법학**, 209면 이하.

(2) 공직선거법상 허위사실공표죄 판례 비판¹⁸⁾

본 장에서 저자는 허위의 사실을 표현한 행위에 관한 처벌법규 중, 특히 공직선거법상 허위사실공표죄와 관련된 다수의 판례들을 소개하면서, 동 죄의 적용을 최대한 소극적으로 구성해야 함을 주장한다. 정치인의 경솔하거나 과장된 발언이 한국 현대정치사에서 사법부의 판단을 거친 사례들을 언급하면서, 이에 대한 민사판례와 형사판례 간의 차이 내지 경향을 찾아보고자 하였다. 이를 통하여 민사판결이 오히려 민주주의 사회에서 표현의 자유의 의미와 정치인의 역할을 정확히 파악하고 있는 반면, 형사판결들은 동 죄의 적용에 있어 오히려 민사불법보다 형사불법을 더 쉽게 인정할 수 있도록 요건을 설정하여 후보자 검증을 억제하는 그릇된 판례를 형성해오고 있음을 비판한다.

저자에 따르면 선거라는 민주주의를 지탱하는 핵심절차에서 후보를 검증하기 위한 표현의 자유 행사를 형사처벌로 제약하는 것은 경계되어야 한다. 부분적 오류, 과장, 허위가 있다고 하더라도 공직후보자에 대한 검증을 억제하는 것은 민주주의 원칙에 반한다는 것이다. 특히 대법원이 형사판결에서 공직선거법상의 허위사실공표죄에서 ‘허위’에 대하여 검사의 적극적인 입증책임을 피고인이 제출한 소명자료에 대한 신빙성 탄핵 책임으로 사실상 완화시키고 있는 태도가 공직자후보에 대한 검증과 비판이 “악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 아니된다”는 민사판례의 입장과 대비됨에 착안하고 있다. 요컨대 허위성과 관련한 피고인의 ‘소명부담’은 검사의 ‘입증책임’보다 그 양과 질에 있어서 반드시 가벼워야 하고, 그 판단기준은 균일해야 함을 지적하면서, 그 법리는 법원의 촉구에도 불구하고 소명자료를 제출하지 못하거나 제출된 소명자료가 구체성 없는 막연한 내용에 불과한 경우에만 적용되어야 함을 주장한다. 이러한 주장에서 나아가, 공직선거법상 허위사실공표죄의 구성요건을 엄격하게 개정하고 위법성조각사유를 신설하는 입법안까지 제시함으로써 형사법이 질체를 이루어야 할 영역을 분명히 함과 동시에 해결책까지 제시해내고 있다.

(3) ‘삼성 X파일’ 보도 및 공개사건 판결 비판¹⁹⁾

본 장에서 저자는 이른바 삼성 X파일과 관련하여, 불법선거를 도모한 삼성측 인사와 불법 도청을 행한 안기부 직원 그리고 떡값을 받은 검찰 간부들은 통신비밀

18) 조국, **질체의 형법학**, 249면 이하.

19) 조국, **질체의 형법학**, 281면 이하.

보호법 제4조의 공소시효기간 도과로 인하여 형사처벌로부터 자유로웠던 반면, 삼성 X파일을 보도한 기자와 이를 공개한 국회의원은 기소되어 유죄를 선고받았던 것에 착안하여 소위 ‘이상호 기자 판결’²⁰⁾과 ‘노회찬 의원 판결’²¹⁾에 대한 비판적 입장을 일관적으로 피력하고 있다. 이상호 기자 판결에 대하여는 통신의 비밀보호와 언론의 자유라는 기본권 충돌의 문제를 헌법적 쟁점으로, 불법감청·녹음에 관여하지 않은 언론이 그 통신 또는 대화의 내용을 보도하는 것이 형법 제20조의 정당행위에 해당하는가를 형법적 쟁점으로 제시하면서 해당 사건의 1심판결과 대법원의 반대이견에 동의하는 입장을 밝히고 있다.

먼저, 대법원 다수의견이 통신의 비밀보호를 언론의 자유보다 중시하는 입장을 취하면서, 불법도청에 관여하지 않은 언론의 도청결과물 보도의 위법성조각의 요건을 엄격히 하고 있음을 지적한다. 특히 대법원이 “불법감청·녹음 등에 의하여 수집된 통신 또는 대화의 내용이 이를 공개하지 아니하면 공중의 생명, 신체, 재산 기타 공익에 중대한 침해가 발생할 가능성이 현저한 경우 등과 같이 비상한 공적 관심의 대상이 되는 경우”에만 위법성조각을 허용할 경우 그 범위가 지나치게 제한적이 될 수 있음을 우려하는 것이다.

한편, 노회찬 의원 판결에서 대법원은 국회의원이 불법도청 결과물의 공개 범위 및 방식을 다룸에 있어, X파일 중 떡값 검사 관련 사항을 보도자료로 만들어 기자들에게 배포한 것은 면책특권의 대상이 되는 직무부수행위로 보았지만, 이를 인터넷 홈페이지에 게재하는 것은 그렇지 않으며, 정당행위로 위법성이 조각되지도 않는다고 판시하였다. 이에 대해 저자는 앞선 판결과 유사한 논지에 더하여, 대법원이 정보화시대의 국회의원의 면책특권을 협소하게 파악하여 국민의 대표기관의 정활동을 과도하게 제약했음을 지적한다.

요컨대 저자의 주장에 따르면 언론기관이 직·간접적으로 도청에 관여하지 않았고, 도청의 내용이 민주적 질서의 근간을 이루는 중대한 공익적 사항이며, 도청내용의 공개를 통해 인격권이 침해되는 인물이 공적인 인물이라면 도청내용의 언론 보도는 ‘정당행위’에 해당하여 위법성이 조각된다고 보아야 한다는 것이다. 저자는 법이 어떻게 정의롭게 적용될 수 있을 것인지의 관점에서, 특히 삼성 X파일과 관련하여 두 가지 구체적 판례 사안을 검토하였다. 이 과정에서 일련의 사건이 ‘재벌 대 반재벌’의 도식이나 특정한 정파적 이해를 기초로 내려져서는 안 될 것임을 언

20) 대법원 2011. 3. 17. 선고 2006도8839 전원합의체 판결.

21) 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009도14442 판결.

급함으로써 자칫 정치적으로 흐르기 쉬운 주제에 대하여, 사안의 핵심을 통신비밀의 자유와 언론의 자유 간의 균형점을 어느 지점에서 어떻게 마련할 것인가의 문제로 좁혀 형법 제20조의 해석론을 전개하고 있다.

(4) 국가보안법상 이적성 판단기준의 변화와 그 함의²²⁾

본 장에서는 표현의 자유를 최대한 보장하려는 입장에서 대법원이 제시한 이적성 기준들의 내용과 변화의 함의를 분석하고 있다. 이와 관련하여 저자는 1992년 판결²³⁾에서 이적표현물에 대하여 정식으로 제시된 ‘적극적이고 공격적인 표현’ 기준은 ‘상징적 위협성’에 의한 ‘실제적 위협성’의 대체로서 추상적이고 모호하다는 점에서 폐기되어야 하며, 소수의견에서 제시한 직접적인 위해행위와 상당한 개연성을 요구하는 ‘구체적이고 가능한 위협’ 기준이 그나마 변화의 단초가 되었다고 평가한다. 1990년 헌법재판소 결정²⁴⁾에서 최초 등장한 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 ‘실질적 해악을 미칠 명백한 위협성’ 기준은 2000년대 이후 대법원 판결에 채택되면서 ‘이적단체’에 대한 엄격한 판단 경향을 가져왔다.

그러나 소수의 사건 외에는 적극적이고 공격적인 표현물 기준을 유지하여 이른바 범민련 남측본부 판결²⁵⁾에서 실질적 해악을 끼칠 위협성 기준을 이적성 확장에 사용했다. 다만 3인의 별개의견에서는 실질적 해악을 끼칠 위협성이 있는 경우는 명백하고 현존하는 위협에 한정한다고 표명함으로써 ‘명백하고 현존하는 위협’ 기준이 등장하게 된다. 이런 과정을 거쳐 대법원은 이적성판단을 위해 ‘적극적이고 공격적인 표현’ 기준에 병행하여 헌법재판소가 제시한 ‘실질적 해악을 끼칠 위협성’ 기준을 사용하지만 이를 통해 가벌성은 확장되는 결과를 내고 있다고 평가한다.

저자는 표현의 자유를 범죄화하는 것을 경계하면서 과잉범죄화의 결과는 대한민국 체제의 모순과 문제점을 근본적으로 성찰하는 기회의 망실을 초래하게 된다고 본다. 심지어 노골적인 중복적 표현행위에 대해서조차도 국가보안법을 적용할 것이 아니라, 표현의 자유를 보장하여 토론과 비판을 통하여 내용의 올바름 여부를 판단하는 것이 민주주의 발전에 기여한다고 확인한다. 그래서 구체적인 체제전복을 시도하지 않는 이상, 표현의 자유를 최대한 보장해야 한다는 것이다. “우리와의견을 같이 하는 사람들을 위한 자유가 아니라, 우리가 증오하는 사상을 위한 자

22) 조국, **절제의 형법학**, 317면 이하.

23) 대법원 1992. 3. 31. 선고 90도2033 전원합의체 판결.

24) 헌법재판소 1990. 4. 2. 선고 89헌가113 결정.

25) 대법원 2008. 4. 17. 선고 2003도758 전원합의체 판결.

유”라던 홈즈 대법관의 언명은 최근에 통합진보당의 해산결정²⁶⁾과 맞물려 다시금 검토의 여지를 주고 있다.

4. 성표현과 성매매

(1) 성 표현물의 음란성 판정 기준 비판²⁷⁾

헌법법은 ‘음란물’과 관련된 여러 행위들을 처벌하는 법률을 가지고 있다. 저자는 현실에서 특히 대법원의 판단들로 인하여 도덕적 보수주의 입장에서 음란물의 음란성 여부가 결정되고 있다고 본다. 특정한 도덕을 강조하여 표현의 자유를 비롯한 헌법적 기본권들이 제약·억압되는 측면이 있다는 것이다. 헌법재판소는 1998년 결정²⁸⁾에서 ‘음란’은 인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성 표현으로 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것으로서, 사회의 건전한 성도덕을 크게 해칠뿐만 아니라 사상의 경제 메커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어려운 것을 의미한다고 보았으며, 2009년 결정²⁹⁾에서는 음란표현도 언론·출판의 보호영역에는 포함된다고 말하고 있다.

이에 반하여 대법원은 대체로 ‘음란성’은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리키는 것으로서, 그 판단은 성에 대한 묘사·서술의 정도·수법, 예술성·사상성의 수준 정도 등을 종합적으로 고려하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 이루어져야 한다는 입장이다. 여기서 대법원이 보호하려는 정도의 성도덕이 ‘실질적 범죄 개념’에 해당하여 형법을 통하여 보호하여야 할 대상인지가 우선 문제되며, 대법원의 판단 기준인 공공의 성적 수치심·도의심, 건전한 성풍속이라고 하는 것은 그 내용이 정확히 무엇인지 확인하고 어렵고 문언상 그 포섭범위가 매우 넓기 때문에 법익침해의 확정이 어려워 음란성의 판단대상이 자의적으로 확장될 수 있는 문제가 있으며, 또한 음란은 규범적인 개념으로서 그 판단의 최종적인 주체는 어디까지나 당해 사건을 담당하는 법관이라고 보고 있다는 문제점이 있다고 평가한다.

26) 헌법재판소 2014. 12. 19. 선고 2013헌다1 결정.

27) 조국, 『질제의 형법학』, 349면 이하.

28) 헌법재판소 1998. 4. 30. 선고 95헌가16 결정.

29) 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2006헌바109 결정.

물론 대법원은 2008년에 1998년 헌법재판소의 결정을 수용하여 음란성 판단기준을 대폭 수정하고 음란 개념의 범위를 축소·제한하는 판결을 내린 바 있다. 표면적으로는 ‘저속’과 ‘음란’의 개념의 경계를 대폭 상향 조정한 것으로 보인다. 그럼에도 여전히 ‘사회적 평균인’, ‘시대의 건전한 사회통념’ 등을 병렬적으로 나열하고 있는 등 위에서 지적한 문제점을 고스란히 가지고 있다고 본다. 더욱이 실질적으로도 일련의 판례들을 분석하여 보면 ‘하드 코어 포르노그래피’에 미치지 못하는 성표현이 범죄화되는 일이 계속하여 발생될 수 있다고 한다.

이러한 관점에서 인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 것이 아니고 문학성이나 예술성이 있다면 음란성은 부정되어야 한다는 헌법재판소의 요청이 형사사법 현실에 녹아 들어가야 한다는 저자의 목소리는 경청할 만하다. 또한 저자는 ‘하드 코어 포르노그래피’는 형사처벌의 대상이 되나, ‘소프트 코어 포르노그래피’는 형사처벌의 대상이 아니고, 그에 상응하는 행정지도 및 규제으로써 족하며, 중국적으로는 그 평가와 수용을 성인 시민의 판단에 맡기는 것이 타당하다고 지적하고 있다. 동시에 ‘음란성’의 판단에 있어서 남성지배와 여성종속의 표현 여부를 기준으로 포르노그래피에 대한 규제·처벌을 추구하는 ‘급진적 여성주의’와 같은 정치적인 접근은 경계하여야 한다고 주장한다.

형법이 규범학이라는 점에서, ‘음란’의 판단에 있어서 성도덕 수호의 문제로 보는 것도 문제이지만 또 다른 정치적인 관점에서만 접근하여 답을 구하는 것도 문제일 것이다. 헌법의 틀 안에서 무엇이 실질적인 범죄에 해당하는 ‘음란’인가를 고려하여, 표현의 자유 등 개인의 기본권이 침해되지 않는 규범조화적인 해석을 하여야 할 것이라 생각된다. 한편 독일에서와 마찬가지로 형법에 ‘음란’이라는 구성요건을 ‘포르노그래피’ 등으로 보다 구체화하여 규정하는 것도 고려할 수 있겠다.

(2) ‘공연음란죄’의 내포와 외연³⁰⁾

본 장의 논의는 앞의 논의의 연장선상에 있다. 다만 그 규율 대상이 ‘음란한’ 표현물에 관한 행위가 아닌 공연히 ‘음란한’ 행위라는 점이 다를 뿐이다. 한편 경범죄처벌법은 “여러 사람의 눈에 뜨이는 곳에서 함부로 알몸을 지나치게 내놓거나 속까지 들여다보이는 옷을 입거나 또는 가려야 할 곳을 내놓아 다른 사람에게 부끄러운 느낌이나 불쾌감을 준 사람”을 파다노출로 처벌하는 규정을 두고 있다. 대법원은 형법 제245조 소정의 음란한 행위에 대하여, 일반 보통인의 성욕을 자극하

30) 조국, **절제의 형법학**, 393면 이하.

여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리킨다고 보고, 주관적으로 성욕의 흥분 또는 만족 등의 성적인 목적이 있어야 성립하는 것은 아니지만 그 행위의 음란성에 대한 의미의 인식이 있다면 족하다고 판단하고 있다. 또한 공연행위에 있어서 그 판단은 성에 대한 묘사·서술의 정도·수법, 예술성·사상성의 수준 정도 등을 종합적으로 고려하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 이루어져야 한다는 입장으로 ‘음란한’ 표현물에 있어서와 그 기준이 대동소이하다.

그런데 대법원의 일련의 사건들을 살펴보면 경범죄처벌법으로 규율하여야 할 사안들을 공연음란죄로 규율하는 사례들을 어렵지 않게 찾아볼 수 있다고 한다. 대법원의 일련의 판단은 음란물 판단과 같이 보고 있을 뿐만 아니라 공연음란죄와 과다노출죄의 경계를 모호하게 바라보고 있다는 문제점도 지니고 있다. 이러한 관점에서 공연음란죄의 해석과 적용에 있어서는 사회유해성의 정도를 고려하여 형법과 경범죄처벌법의 규율대상을 구분하여야 한다고 지적한다. 이렇게 볼 때 단순한 성기·알몸노출은 경범죄처벌법의 규율대상이며, 성교·자위 등의 성적 행위를 공연히 하는 경우에만 형법이 적용된다. 또한 공연행위의 경우에는 예술적 표현의 자유가 고려되어야 할 것이라고 한다. 한편 공연음란죄와 과다노출죄의 구성요건이 ‘명확성 원칙’과 거리가 있어 보인다는 점을 고려할 때 독일에서와 같이 그 구성요건에 ‘성적행위’ 등의 구체적인 표현을 사용하여 개정하는 것도 고려할 만하다.

(3) 성매매에 대한 시각과 법적 대책³¹⁾

성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률은 ‘성매매’를 “불특정인을 상대로 금품이나 그 밖의 재산상의 이익을 수수하거나 수수하기로 약속하고 성교행위 또는 구강, 항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사 성교행위를 하거나 그 상대방이 되는 것”으로 정의하고 있다. 동법은 성매매 관련자 모두를 처벌할 수 있도록 규정함으로써 성매매에 대한 엄격한 ‘금지주의’와 형사처벌을 표방하고 있다. 현실에서는 많은 경우 성매매에 대한 단속과 처벌은 사실상 이루어지지 않고 있다고 여겨진다. 법규정과 현실에 큰 괴리가 있으며, 한편으로는 다양한 형태의 성매매에서 관련된 모든 자들을 형사처벌하는 것이 과연 타당한 것인가라는 의문도 있다.

성매매의 본질을 바라보는 데에는 다양한 관점이 있다. 도덕적 타락으로서의 성매매로 보는 ‘보수적 도덕주의’ 및 ‘도덕적 여성주의의’ 관점, 선택한 노동으로서

31) 조국, **절제의 형법학**, 411면 이하.

의 성매매로 보는 ‘자유주의적 여성주의’, 자본주의와 가부장제의 모순의 산물로서의 성매매로 보는 ‘사회주의적 여성주의’, 여성에 대한 성적 폭력으로서의 성매매로 보는 ‘급진적 여성주의’ 등이 그것이다. 이러한 각 견해의 성매매에 대한 해결책은 필연적으로 상이하다. 그런데 여러 각 입장들은 성매매의 본질을 다원적으로 판단하지 못하고 단면만 보고 있고, 오히려 성매매는 균질의 단일현상이 아니고, 성매매 여성이 동일한 상황에 처해 있는 것은 아니라 다양한 형태의 구조적 제약 속에 종속되어 있기 때문에 ‘상황적 전략’이 필요하다는 견해를 제시한다.

그러한 의미에서 저자는 ‘성매매 목적의 인신매매’, ‘강요된 성매매’ 등의 경우에는 성매매 여성의 동의 여부를 불문하고 처벌할 수 있도록 보다 엄격한 법률 규정 내지는 실무 운용을 요구하고, ‘성매매 알선 등의 행위’나 ‘권유’ 등의 경우에는 국가형벌권이 개입되지 아니할 수 있는 등의 유연한 규정을 요구하며, 단순 성매매의 당사자의 경우에는 중국적으로 쌍방에 대해 비범죄화할 수 있는 규정을 요구하고 있다. 이와 더불어 현실적인 실효성으로 연결되지 못한 성매매에 대한 형벌 중심적 대책에서 벗어나 비형사적 정책을 수립하고, 성매매 여성이 보유해야 할 구체적인 권리를 확정하고 법제화하는 작업이 필요하다고 한다. 덧붙인다면 성매매 관련 법률규정을 정비할 때에는 각 성매매 관련 행위들이 침해하는 법익은 무엇이고 성매매 행위의 실질적 불법은 어떠한가를 면밀히 분석하는 것이 선제적으로 필요한 일로 보인다.

5. 집단적 표현

(1) 초·중·고등학교 교원 정치활동의 범죄화 비판³²⁾

교육기본법, 정당법, 국가공무원법 등 현행법은 초·중·고 교원의 정당가입 및 정치활동, 노동운동이나 그 밖에 공무 외의 일을 위한 집단행위를 금지하고 있다. 교원 및 교원단체의 정치활동을 엄격히 금지하는 법현실에 대하여 변화의 단초가 필요하다고 한다. 이는 일본을 제외한 미국, 영국, 프랑스, 독일 등 경제협력개발기구(OECD) 소속 주요국가의 입법례와 국제노동기구(ILO)와 UN인권이사회 등 국제기구의 권고에도 부합하는 길이다. 초·중·고등학교 교원의 정치활동 금지가 위헌인가에 대하여 헌법재판소는 교육의 가치중립성을 강조하거나³³⁾ 일반국민에

32) 조국, **질제의 형법학**, 441면 이하.

33) 헌법재판소 1992. 11. 12. 선고 89헌마88 결정; 헌법재판소 2004. 3. 25. 선고 2001헌마

대한 봉사자로서 교원의 지위를 확인하면서³⁴⁾ 합헌결정을 내린 바 있다. 헌법재판소는 그 밖에도 미성숙한 학생에의 영향이나 학생의 수업권 침해, 대학 교원과의 차이 등을 근거로 들고 있다. 이에 대해 저자는 교육과 정치는 반드시 분리되어야 하는 것은 아니며, 시민의 일원으로서 교육자의 지위를 인정할 필요가 있고, 가치 지향적 논의가 청소년에게 가치판단과 비판적 사고력을 도와주며, 수업권을 침해하지 않고, 대학교수와 공통점이 더 크다는 점에서 전면적·포괄적 정치활동금지는 위헌성을 갖는다고 지적한다.

그러면서 초·중·고등학교 교원의 ‘시국선언’에 대한 유죄판결을 비판적으로 검토한다. 먼저 2004년 초중고 교원들이 노무현 대통령 탄핵을 비판하는 시국선언에 대해 선거에서 특정정당을 지지 또는 반대하는 정치운동으로서 유죄를 선고한 것에 대하여,³⁵⁾ 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시를 유죄로 판단한 것은 과잉범죄화라고 비판한다. 2009년 국정쇄신요구를 위한 제1, 2차 시국선언에 대하여 ‘정치적’ 의도를 가진 공무 외 집단행위 해당한다고 보아 유죄를 선고한 것은,³⁶⁾ 금지되는 공무 외의 일을 위한 집단행위에 대한 해석문제를 따지면서 모든 집단적 행위 금지가 아니라 공익에 반하는 목적을 위하여 직무전념의무를 해태하는 등으로 축소해석한다는 점에서 비판하고 있다. 이러한 논의의 밑바탕에는 교원이 교원이기 전에 정치권 기본권의 주체로서 지위를 갖는다는 점과 이러한 기본권이 다른 공익과 상충하는 방향에서 결부될 때 비교형량을 어떻게 할 것인지의 문제를 안고 있는 것으로 보인다.

(2) 쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용 비판³⁷⁾

위력적 요소를 내재하는 노동쟁의행위를 업무방해죄로 의율할 수 있는지, 할 수 있다면 어떠한 기준으로 의율할 것인가가 문제되어 왔다. 판례는 노동쟁의행위가 업무방해죄의 구성요건을 충족시킨다는 전제 하에서 위법성조각사유가 존재하는지 여부로 범죄성립을 조각하여 왔다. 경영권 관련 사항을 목적으로 하는 쟁의행위에 대하여는 목적의 정당성을 부정하였고, 준법투쟁이나 집단적 노무제공거부에 대하여도 수단의 정당성을 부정하였다. 그 외 피케팅이나 직장점거에 대하여도 제

710 결정.

34) 헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정.

35) 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도2209 판결; 대법원 2006. 5. 12. 선고 2005도4513 판결.

36) 대법원 2012. 4. 19. 선고 2010도6388 전원합의체 판결.

37) 조국, **질제의 형법학**, 473면 이하.

한적으로만 그 적법성을 인정하였다. 이러한 판례의 태도에 대하여는 비판적인 입장이 많았고 저자도 같은 입장을 취하고 있다.

먼저 근로조건이 아닌 경영권 관련 사항을 목적으로 하는 쟁의행위에 대하여 목적의 정당성을 부정하는 것이 맞느냐의 문제에 관하여 본다. 근로조건도 넓게 보면 경영권 관련 사항이다. 본질적으로 쟁의행위가 경영권과 무관한 경우는 없다. 즉 근로조건에 관한 것과 경영권에 관한 것은 상호배타적인 것이 아니다. 이러한 이분법적 사고에 기초하여 목적의 정당성을 판단할 것이 아니라, 쟁의행위의 대상이 근로조건과 전연 무관한 것인가를 기준으로 판단하여야 할 것이다. 저자는 이 점을 적절히 지적하고 있다.

수단의 정당성과 관련하여서는, 집단적 노무제공거부행위에 대하여 이를 업무방해죄로 의율하는 것에 대하여 형사법계와 노동법계 모두에서 비판이 제기되고 있었고, 저자의 논문이 2010. 7. 발표된 이후 대법원은 근래 이러한 학계의 입장을 일부 반영하는 판결을 하였다. 즉 “근로자는 원칙적으로 헌법상 보장된 기본권으로서 근로조건 향상을 위한 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가지므로(헌법 제33조 제1항), 쟁의행위로서 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 비로소 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다.”³⁸⁾라고 판시하여, 쟁의행위가 업무방해죄의 위력으로 평가되기 위하여는 전격성과 심대한 손해 발생을 요구하고 있다.

또한 준법투쟁과 관련하여서도 시간외 근로의 거부 등에 관하여 종래 업무방해죄가 성립한다고 본 기존 판례에서 위 전원합의체 판결을 기점으로 전향적으로 바뀌고 있다. 즉 KTX 안전운행투쟁이 업무방해행위인지 문제되었던 사안에서 “안전운행투쟁으로 말미암아 한국철도공사의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해가 초래될 위험이 있었다고 하기는 어렵고, 그 결과 한국철도공사의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에는 해당하지 아니한다고 볼 여지가 충분하다. 그럼에도 원심은 이와 달리 위와 같은 사정을 전혀 살피지 아니한 채 안전운행투쟁의 주된 목적이 정당하지 않다는 이유만으로 업무방해죄가 성립한다고 단정하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였으니, 이러한

³⁸⁾ 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결.

원심의 판단에는 업무방해죄의 위력에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.”³⁹⁾고 판단하였다. 이와 같이 저자는 쟁의행위에 대한 업무방해죄의 성립 여부에 관하여 선도적 안목으로 기존 판례를 비판하였고, 이러한 비판적 시각은 현재 대법원 판례에 수용되고 있는 것으로 평가된다.

(3) 소비자 불매운동 형사처벌 비판⁴⁰⁾

2008년 ‘언론소비자 주권캠페인’은 조선일보·중앙일보·동아일보에 대한 폐간운동의 일환으로 당해 신문의 광고주들에게 항의전화를 걸어 광고중단을 요구하고, 응하지 않는 광고주의 상품에 대한 불매운동을 전개하여 업무방해죄의 성부가 문제되었던 사안에서 법원은 광고중단을 요구하는 시민단체(피고인)의 행위를 (‘집단적인 전화걸기’를 넘어선) ‘집단적 괴롭히기’ 또는 ‘집단적 공격’으로 평가하고, 이는 형법 제314조 업무방해죄의 ‘위력’에 해당한다고 보았다. 그리고 2009년 조·중·동의 광고주인 광동제약에 대해 광고중단을 요구하고, 한겨레 및 경향신문에도 광고를 하도록 요구한 사안과 관련하여 법원은 시민단체의 행위가 광동제약의 의사결정 및 의사실행의 자유를 침해한 것으로 강요죄에서의 협박 및 공갈죄의 수단으로서의 협박에 해당한다고 판시하였다.⁴¹⁾

저자는 위 두 사건에 대한 법원의 판결에 대해 ‘과잉친기업적 해석’이라고 비판하면서 논지의 출발점을 ‘사회적 기본권으로서의 소비자보호운동권’에서 찾고 있다. 즉 현대 독점자본주의체제 하에서 독과점기업의 횡포나 독주를 시정한다는 의미에서 소비자보호운동은 헌법상의 ‘사회국가성’의 근본적인 요청이고, 헌법 제124조를 근거로 기본권성이 인정된다는 것이다. 그리고 이를 근거로 문제상황을 “소비자보호운동권(기본권) vs 기업의 자유 및 재산권(기본권)”으로 읽는다. 특히 저자는 (본문에서 소개하고 있는 미국의 판례와 마찬가지로) 1차불매운동과 2차불매운동(제3자 대상)을 구분하지 않고, 소비자불매운동은 본질상 ‘합헌적 위력’ 사용을 예정하고 있는바, 폭행·협박을 사용하지 않는 한 애초에 업무방해죄의 ‘위력’에 해당하지 않아 구성요건해당성이 부정되거나 적어도 정당행위로 위법성이 조각되어야 하고, 설사 제3자의 의사결정 및 실행의 자유에 대한 침해가 있더라도

³⁹⁾ 대법원 2014. 8. 20. 선고 2011도468 판결.

⁴⁰⁾ 조국, 『질제의 형법학』, 507면 이하.

⁴¹⁾ 대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도410 판결; 대법원 2013. 4. 11. 선고 2010도13774 판결.

소비자불매운동의 헌법적 의미를 고려하여 이 정도의 의사침해와 손해발생에 대해서는 형사책임은 물론 민사책임도 묻지 않아야 한다고 주장한다. 이러한 맥락에서 저자는 2001년 ‘마이클 잭슨 내한 공연 반대운동’과 관련하여 대법원이 제시한 ‘소비자불매운동의 합법성 요건’,⁴²⁾ 즉 소비자불매운동에서 제3자에 대한 불매나 불협력의 설득은 최종결정을 제3자인 상대방의 자유로운 판단에 맡겨야 하고, 제3자에 대한 불매운동으로 계약과기가 이루어져 원고의 채권이 침해되었다면 불매운동의 공익성이 있더라도 민사책임을 진다는 법리도 합법적 소비자운동의 범위를 지나치게 축소한다는 점에서 함께 비판하고 있다.

이러한 필자의 강력한 주장은 거대한 대기업 및 독과점 기업들에 의해 좌지우지되고 있는 우리의 경제·사회적 현실 속에서 자칫 위축될 수 있는 소비자운동에 큰 힘을 실어준다는 점에서 의미를 가진다. 다만, 상품을 직접매개체로 하여 생산자(기업)와 소비자 간에 이루어지는 1차불매운동과 목적달성을 위해서 제3자를 수단으로 활용하는 2차불매운동을 구분하지 않고 동일한 논리선상에서 소비자보호운동권 및 그 기본권성만을 강조한다면 제3자에게는 지나치게 가혹한 것은 아닌지, 특히 불매운동으로 침해되는 제3자의 권리를 단순히 ‘재산권’으로만 볼 것이 아니라 ‘의사결정 및 실현의 자유’로서 이해하고 문제상황을 기본권의 충돌문제로 접근해야 하는 것은 아닌지, 그리고 (유동적인 경제현실을 고려해 봤을 때) 만약 제3자 대상 불매운동에 있어서 3자간 역학구조가 변동 내지 역전된 상황(예컨대 궁극적 대상 및 제3자가 ‘대기업’ 또는 ‘거대언론’이 아니라 ‘중소·영세기업’이나 ‘소수언론’인 경우)에서도 동일한 논리가 성립할 수 있는 것인지에 대하여 비판적 의문이 제기될 수 있다고 보여진다.

(4) 2008년 ‘국가경쟁력강화위원회’의 “집회·시위 선진화방안”과 제18대 국회에 제출된 집회·시위 규제법안 비판⁴³⁾

집회·시위의 자유는 일차적으로 개인의 자기결정과 인격발현에 기여하는 기본권이면서 집회를 통하여 국민들이 자신의 의견과 주장을 집단적으로 표명하여 여론 형성에 영향을 미친다는 점에서, 표현의 자유와 더불어 자유민주적 기본질서라는 체제의 근간을 유지하고 민주적 공동체가 기능하기 위한 불가결한 근본요소에 속하는 권리이다.⁴⁴⁾ 그러나 한편, 집회·시위의 자유는 일반 공중이나 타인에게

42) 대법원 2001. 7. 13. 선고 98다51091 판결.

43) 조국, **절제의 형법학**, 535면 이하.

불편함을 초래한다. 즉 집회·시위의 자유 행사의 반대 방향에는 법익침해의 위험이 항존할 수밖에 없다. 문제는 여기에서 비롯되는 듯하다. 집회·시위의 자유를 신장시키면 일반 공중이나 타인의 법익침해 위험도 함께 증가될 수밖에 없는 것이다. 그런데 제18대 국회에 제출된 집회·시위 관련 법안들은 후자의 측면에 과도하게 편향된 사고에 기초를 두었던 것으로 보인다.

우선 ‘평화시위구역’을 설정하고 그 이외의 구역에서는 법적 보호의 정도를 낮추겠다는 사고는, 집회가 주로 항의의 대상과 근접한 장소에서 이루어진다는 집회의 본질을 간과한 것이다. 그리고 저자는 집회·시위 참가자가 신원확인을 어렵게 할 목적으로 복면 등의 도구를 휴대하거나 착용하는 것을 금지하는 규정을 신설하는 것은, 물론 같은 규정이 독일 집회법(Versammlungsrecht)에 존재하기는 하지만, 집회의 자유 보장 내용 중 참가의 형태와 정도, 복장을 자유로이 결정할 수 있다는 것과 충돌되며, 독일에서 그러한 제도를 마련하게 된 데에 그만한 역사적 이유가 있다는 점을 간과하고 있음을 지적하고 있다.

또한 저자는 유명집회의 규제에 대하여 찬성을 하고 있는바, 최근 대법원의 “집회의 신고가 경합할 경우 특별한 사정이 없는 한 관할경찰관서장은 집시법 제8조 제2항의 규정에 의하여 신고 순서에 따라 뒤에 신고된 집회에 대하여 금지통고를 할 수 있을 것이지만, 먼저 신고된 집회의 참여예정인원, 집회의 목적, 집회개최장소 및 시간, 집회 신고인이 기존에 신고한 집회 건수와 실제로 집회를 개최한 비율 등 먼저 신고된 집회의 실제 개최 가능성 여부와 양 집회의 상반 또는 방해가능성 등 제반 사정을 확인하여 먼저 신고된 집회가 다른 집회의 개최를 봉쇄하기 위한 허위 또는 가장 집회신고에 해당함이 객관적으로 분명해 보이는 경우에는, 뒤에 신고된 집회에 다른 집회금지 사유가 있는 경우가 아닌 한, 관할경찰관서장이 단지 먼저 신고가 있었다는 이유만으로 뒤에 신고된 집회에 대하여 집회 자체를 금지하는 통고를 하여서는 아니되고, 설령 이러한 금지통고에 위반하여 집회를 개최하였다고 하더라도 그러한 행위를 집시법상 금지통고에 위반한 집회개최행위에 해당한다고 보아서는 아니 될 것이다.”⁴⁵⁾라는 판단과 맥락을 같이한다고 볼 수 있다.

그리고 저자는 프라이버시권 등 헌법상의 기본권과의 충돌을 우려하여 경찰관서장의 집회·시위 주최자에 대한 통보 후 이루어지는 영상촬영을 반대하고, 집회·

44) 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바67, 83(병합) 결정; 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2007헌바22 결정; 헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2008헌가25 결정 등 참조.

45) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2011도13299 판결.

시위의 자유를 과도하게 제한하는 형벌만능주의 사고를 경계하고 있다. 또한 집단 소송제도 자체의 본질과 맞지 않는 ‘불법시위에 대한 집단소송법’에 대해 우려를 나타내고 있다. 이를 통하여 저자는 자유민주주의의 근간을 이루는 집회·시위의 자유를 최대한 보호하여야 한다는 태도를 견지하고 있다.

Ⅲ. 글을 마치며

법치주의의 위기는 법의 제정에서부터 해석과 집행이라는 법의 적용에 이르기까지 법을 둘러싼 전 과정에서 발생하는 위기이며, 국가는 어떤 일탈행위에 대하여 형사처벌이라는 최후의 강력한 수단을 동원함으로써 마치 행위자만을 처벌하게 되면 모든 문제가 해결될 것이라고 사회 구성원들을 호도할 위험이 있다. 이는 국가(그리고 사회)의 책임을 방기하는 것이고 문제의 근본적 해결을 저해한다. 사회의 여러 문제점을 해결하려면 먼저 그 문제로 나타난 현상을 치밀하게 분석하는 것이 선행되어야 할 것이다. 『절제의 형법학』에서 저자는 현상에 대한 치밀한 분석을 거쳐 해석상 대안 도출이나 입법적 해결책 제시로 나아가고 있다.

서평도서에 수록된 전 편의 글에 걸쳐 저자는 법 적용의 불평등함을 지양하려는 가운데 냉철하면서도 따뜻한 휴머니즘 형법학을 지향하고 있으며, 그 핵심적 본체로서 ‘절제의 형법학’을 강조하고 있다. 저자에게서 ‘앎과 실천’이 분리되지 않는 학자이자 행동하는 지성인의 모습을 발견하게 되는 것도 이 지점에서이다. 저자는 헌법 정신이 투영된 형법의 모습에 대해 끊임없이 연구하고, 이러한 저자의 고민에 따른 결과물을 현실 세계에 적극적으로 적용하는 노력을 게을리하지 않는 실천하는 법학자의 모습을 보여주고 있다.

서평도서는 소수자와 약자를 배려하면서 법학의 엄정함을 지키려고 애쓰는 학문적 고뇌가 녹아있는 책이다. 그러면서 과잉되지 않은 절제의 형법만이 법치주의 국가의 법의 영역에 자리할 수 있음을 설득력 있게 확인하고 있다. 대상도서에서 다루고 있는 논제들의 다수는 아직 논쟁이 종결되었다고는 할 수 없으며 여전히 우리 사회에서 더욱 심화된 논의가 필요한 문제임을 상기시키고 있다. 『절제의 형법학』은 이와 같은 형법을 둘러싼 사회적 문제들의 지점을 확인하고 다음 단계로 논의를 진행시켜 나가는 데 훌륭한 준거로 자리매김할 것으로 확신한다.