

엄벌주의 현황에 대한 고찰

- 중국의 아동 관련 범죄를 중심으로 -

장 지 화

법무법인(유한) 지평 중국 변호사 / 고려대학교 대학원 법학박사 과정

Consideration of the Current Situation of Harsh Punishment - Focusing on Crimes Against Children in China

ZHANG ZHIHUA

China Lawyer of Jipyong LLC / Ph.D. Course in Law, Graduate School of Korea University

초록 : 강벌주의라고 불리기도 하는 엄벌주의는 1980년대 이후 특별예방설의 실효성에 대한 의문이 던져지면서 신고전주의적 응보 사상 내지 엄벌주의적 경향이 등장하였는데, 특히 9.11 테러 사건 이후 전 세계적으로 대두되고 있다. 최근 몇 년간 한국의 형사정책의 기초를 엄벌주의라 꼽을 수 있을 만큼, ‘경형주의’전개를 논의하고 있던 중국에서도 엄벌주의가 점차 실행되고 있는데, 특히 아동을 대상으로 한 범죄에 대한 엄벌주의 경향은 아주 뚜렷하다.

본문은 중국 형법에서의 이러한 엄벌주의 경향에 대한 정리 및 분석으로, 엄벌주의가 대두되는 원인은 기존의 응보 형법은 물론이고 피해자가 형법에서의 이방인이 되어버린 전통 법치국가의 예방형법이 더는 위험사회와 알갱이 사회(Die Granulare Gesellschaft)에 들어선 인류사회의 전반 요구에 도달하지 못하는 데 있다는 주장을 제시하였다. 따라서 인류사회가 여전히 인간의 존엄 실현과 평온한 인간 사회 연대성을 유지하고자 한다면 일정 정도의 엄벌주의 허용은 필요하다. 다만, 그 허용의 도가 지나쳐 감정으로 연대 되어 있는 인간 사회를 ‘우리’와 ‘적(敵)’으로 갈라놓는 적대적(敵對性)형법으로 나아가는 것은 극히 주의해야 할 것을 호소하고자 한다.

특히 헌법에서 계급투쟁을 인정하고 있고 국가의 안전과 발전을 위해서는 필요하겠지만 권력의 남용 리스크가 전형적인 민주주의 국가보다 큰 일당제 공화 국가를 유지하고 있는 중국에서 엄벌주의 허용이란 살얼음판을 걷는 것과 같다는 것을 항상 염두에 두고, 적대 형법을 금지하고, 사법권의 독립과 국민들의 법치 의식 향상에 부단한 노력을 가한다면 중국도 점차 중형주의에서 벗어나 사회발전에 적절한 형벌 적용의 패턴과 기준을 찾을 수 있을 것이다.

Abstract : With the validity of Criminal Law’s preventive function is facing questions after 1980s, neoclassical Retributive theory and Severe Criminal Punishment Theory came on stage. And advocating harsh punishment, which could call it ‘harsh-punishmentism’ is becoming a trend around the world especially after 911 Terror Attack. It is not an exaggeration to say that the keynote of Korean criminal policies in recent years ‘harsh-punishmentism’, and even in China, who was drawing up light punishment in last few years, the ‘harsh-punishmentism’ is on its way especially in the cases of the crimes against children.

This paper analyzed the trend of harsh punishment in Chinese criminal law system, and claims that our human society had stepped into a new stage which could call it the Risikogesellschaft and Die Granulare Gesellschaft. But the Retributive theory and the Preventive Criminal Law Theory, which ruled by traditional rechtsstaats but making the victims outsider, are no longer adapt to the new stage,

and this is the main reason for the rising of 'harsh-punishmentism'. In new era, for maintaining human dignity and the solidarity between human beings, some crimes should be punished far more severely, but we should also alert Hostile Criminal Law which cut apart the human society into just 'our' and 'enemy'.

For national security and development, China maintains one-party dictatorship so the risk of abuse of power is higher than typical democracies. Furthermore, China recognizes class struggle by its constitution, and it means that allowing 'harsh-punishmentism' to some degree in China is like walking on thin ice. But if we could always alert it in our mind, reject Hostile Criminal Law, insist on judicial independence and raising awareness of the rule of law, China can also get rid of ruling society with severe punishment, then find its own pattern and standards adapt to the development of society.

• 논문접수 : 2020. 1. 16.

• 심 사 : 2020. 3. 16.

• 게재확정 : 2020. 4. 6.

I. 들어가며

최근 몇 년 사이에 한국의 형사정책의 기초를 말한다면 단연 ‘엄벌주의’를 꼽을 수 있을 것이다. 2010년 유기징역형의 상한이 30년으로 크게 상향조정된 것을 시작으로, 13세 미만의 사람 및 장애가 있는 사람에 대한 강간죄를 무기징역으로 처벌하게 하고 이러한 범죄에 대한 공소시효의 적용을 배제하는 내용을 담은 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’ 개정이 2011년에 이루어졌다. 또 이미 이전부터 시행되어 오던 성범죄자의 신상정보 공개제도는 2012년부터 그 범위를 더욱 넓혀 실시하고 있다. 그뿐만 아니라 성범죄자를 포함한 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자감시에 대해서도 그 대상과 감시 시간을 더 늘리고 이미 확정판결을 받은 일부의 사람에 대해서

도 소급적용을 가능하게 하는 개정이 지난 2010년에 이루어졌고,¹⁾ 소아기호증을 포함한 정신성적 장애인으로서 성폭력범죄를 범한 사람으로까지 대상을 확대한 치료감호법의 개정과 성폭력범죄를 저지른 성도착증환자에 대한 약물치료(이른바 ‘화학적 거세’)를 규정한 ‘성폭력 범죄자의 성 충동 약물치료에 관한 법률’의 제정이 2008년과 2010년에 각각 이루어졌다.

반면 중국의 형법학계에서는 ‘경형주의’를 어떻게 전개하는가가 주요 논의대상²⁾이었다가 최근 그러한 소리가 줄었다. 특히 아이가 점점 귀하게 여겨지고 있는 중국에서, 아동이 피해자가 되는 사건들, 특히 교사의 아동 성추행 사건,³⁾ 학교 등교 차량 정원 초과로 인한 참사 사건,⁴⁾ 불량 백신 접종 사건,⁵⁾ 유명 사립유치원 아동 학대 사건⁶⁾ 등 중대한 아동 피해 사건들이

- 1) 전자감시의 대상은 이후 2013년 강도 범죄와 성폭력범죄 및 살인 범죄의 미수범과 상습범을 추가한 것으로 한 번 더 확대된다.
- 2) 예를 들어, 張明楷, “倫理法的謙抑性”, 法商研究中國政法學院學報, 1995年第4期, 第55至62頁,에서 중형주의와 경형주의에 대해 분석을 하고, 중형주의의 제한을 인정하지만, 바로 중형주의를 벗어나는 것은 실제적이지 못하기에 경형주의는 중국에서 점차 실현해야 한다고 주장하였다.
- 3) 우마우둥 아동 성추행 사건(吳茂東猥褻兒童案), 2012년에 발생한 사건, 초등학교 교사인 우마우둥이 몇 년간 여러 명의 초등학교 아이를 성추행한 사건.
- 4) 쑹닝 등교 차량 사고 사건(正寧校車事故), 2011년 11월 16일, 한 유치원 등교용 차량 정원이 9명인데, 동 차량을 개조하여 아동과 교직원을 포함하여 총 64명을 태우고 교통사고가 발생함, 사고 현장에서 4명의 아동을 포함한 5명이 사망하고, 그 후 응급치료 과정에서 14명의 아동과 1명의 유치원교사가 사망한 사건.
- 5) 장춘 장생회사 불량 백신 사건(長春長生疫苗事件). 2018년 7월 15일, 국가약품감독관리국에서 장춘 장생회사의 백신 품질을 검출한 결과 65만 건이 불량으로 발견되어 논란이 된 사건.

빈번히 발생하였고⁷⁾ 이러한 사건들을 모티브로 한 여러 편의 영화 제작과 방영은⁸⁾ 국민들의 불안 정서를 가해주고 있다. 매년 중국에서 전국 인민대표대회가 개최될 때마다 국민들은 중국 소셜네트워크를 통하여 모든 유형의 아동유괴 범죄는 예외 없이 사형에 처해줄 것을 청원하고, 이에 대해 일부 유명인사들도 지지를 표하고 있을 뿐만 아니라, 심지어 일부 학자들과 고위층 관원들도 국민들의 이러한 정서적 불안에 부채질하고 있다.⁹⁾

국민들의 이러한 정서 영향을 받아서인지, 최근 중국 형사법의 수정 내용을 살펴보면 기존에는 형법 위반행위가 아니었던 행위들을 범죄행위로 인정하는 행위 범죄화와 형벌 기준을 상향하는 형벌상향화를 통한 엄벌주의 경향을 보여주고 있다. 예컨대 2017년 형법 수정안(10)¹⁰⁾은 기존 중국 형법 제299조 “국기, 국장 모욕죄(侮辱國旗·國徽罪)” 제2항에 “국가(國歌)모욕죄”를 신설하여, 국가의 가사, 악보 등을 의도적으로 왜곡하여 혈통을 방식으로 국가를 부르거나 기타 방식으로 국가를 모욕하여 그 정황이 엄중한 경우 국기·국장 모욕죄에 준하여 3년 이하 유기징역,

구역(拘役),¹¹⁾ 관제(管制)¹²⁾ 또는 정치권 박탈형을 부여한다고 규정하였다. 또 2015년 형법 수정안(9)¹³⁾ 형법 제133조의 1인 “위험운전죄(危險駕駛罪)”를 대폭 수정하여 기존의 음주 후 사고가 발생하여야만 교통사고야기죄(交通肇事罪)로 인정되고, 구역형이 하한인 형사 처벌을 받던 데로부터 음주 후 운전하기만 하면 사고 발생 여부와 상관없이 “위험운전죄”로 인정되고 구역형과 벌금형을 병과한 형사 처벌을 받게 하였다. 학생 등교용 차량 운송업 또는 여객 운송업을 하는 자가 정원을 엄중하게 초과하여 운전을 하거나 과속운전을 한 경우도 사고 발생 여부와 관련 없이 “위험운전죄”로 인정하여 구역형과 벌금형을 병과한 형사처벌을 받게 된다.

그뿐만 아니라, 만약 차량 소유주 또는 관리인이 이에 대한 책임이 있는 경우, 그들도 “위험운전죄”로 처벌받을 수 있다. 이외에도 형법 수정안(9)는 기존의 14세 미만 유녀에 대한 성매매 행위를 유녀협창죄(嫖宿幼女罪)로 인정하던 조항을 삭제하고 14세 미만 유녀와 성관계가 발생하면 이유를 불문하고 강간죄로 처벌하는 등 범죄화와 엄벌화의 수정이 많이 이루어졌다.

6) 홍란황 유치원 사건(紅藍黃幼兒園). 동 유치원은 미국에서 상장할 만큼 유명하고 교육비도 비싼 유치원임에도 불구하고, 아이들에 대한 관리를 핑계로 바늘로 아이들을 찌르는 등 폭행을 가한 것이 밝혀졌다.

7) 천롄상(陳蓮香) 아동유괴 대형사건. 범죄자 천롄상은 2009년부터 2010년까지 10개월 동안, 총 46명의 아동을 유괴하였고, 그 과정에서 경찰 수사에 발각될 것이 겁이 나 아동 1명을 익사해 죽이기까지 하였다.
<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1598533812672337356&wfr=spider&for=pc>

8) 영화 《親愛的》는 개봉 2개월 만에 인민폐 3.5억 위안(약 600억 원) 매표액 달성 ; 영화 《找到你》 개봉 첫날 매표액 인민폐 4천만 위안(약 69억원) 달성.

9) 예컨대, 2019년 3월 13일 중국의 전국인민대표대회 소조토론회에서, 해남성 당위서기(海南省委書記)인 류츠꾸이(劉賜貴)는 자신은 애를 찾는 방송 프로그램을 볼 때마다 운다고 하면서 아동 유괴죄 범죄자는 사형에 처하여 범죄자들도 참혹한 불행을 당하게 해야 한다고 발표하였다.

中國經營報, “海南省委書記拐賣兒童需判死刑 讓他們也家破人亡”, 2019. 5. 21. 방문.

<http://news.163.com/19/0313/13/EA5CF7RF0001875N.html>

10) 中華人民共和國刑法修正案(十)(Amendment(X) to the Criminal Law of the People's Republic of China, 中華人民共和國主席令第80号, 2017년 11월 04일부터 시행.

11) 소위 ‘구역’이란 한국의 ‘구치’와 유사한 개념으로, 6개월 이상 인신 자유를 박탈하는 유기징역보다는 짧게, 통상 1개월 내지 6개월 내로 인신 자유를 제한하는 구금형벌을 말한다.

12) 관제처벌이란 3개월~36개월간 피처벌인을 감시하고 거주하고 있는 도시거나 지역을 떠날 시 반드시 공안기관에 신청하여야 하는 인신 자유를 제한하지만 구금하지 않는 형벌이다.

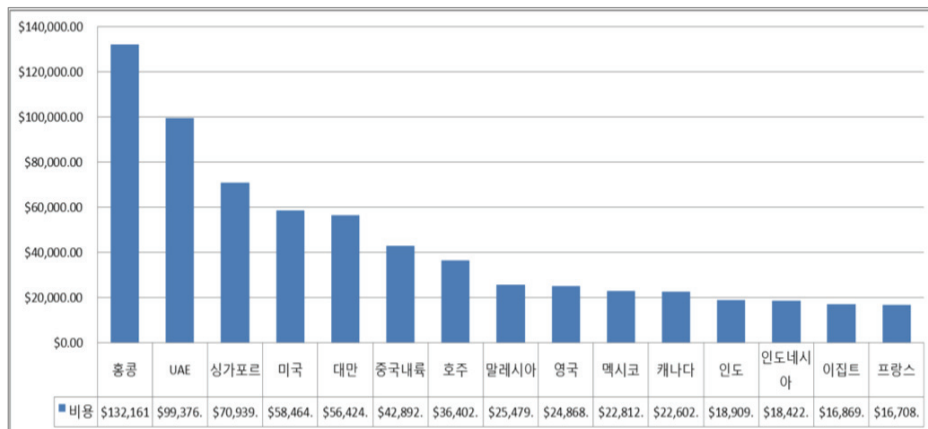
13) 中華人民共和國刑法修正案(九)(Amendment (IX) to the Criminal Law of the People's Republic of China), 中華人民共和國主席令第30号, 2015년 11월 1일부터 실시.

II. 중국 형법에서 아동 관련 범죄의 엄벌주의 경향

2017년 HSBC는 한 자녀가 초등학교로부터 대학교까지 부모가 투자하는 비용 평균 수치에 대한 보고서를 제출하였는데, 연구에 따르면 중국 내륙의 부모는 한 자녀의 교육에 평균 42,892

달러를 투자한다고 밝혔다. 이는 호주와 영국(UK)보다도 훨씬 높은 수치로 전 세계에서 4위를 차지하고 있다.¹⁴⁾ 2017년 중국의 1인당 GDP는 9,481달러로 세계 70위¹⁵⁾ 밖에 안 되는 점을 고려해 볼 때 가정에서 아이들의 성장에 얼마나 정성을 쏟는지 알 수 있다.

[도표1]: 아이에 대한 국가별 투자비용



따라서 이렇게 귀한 아이들을 대상으로 한 범죄는 사회적으로 논쟁거리가 될 수밖에 없고 특히 부모들은 더욱 피해자와 공감을 하면서 피해자의 입장에서 범죄를 바라보게 된다. 국민들은 아동 대상 범죄에 대해 국가에서 무관용으로 처리할 것을 호소하고 그러한 호소는 자연스럽게 처벌 수위가 제일 높은 형법으로 전개되고 있다.

국민들의 이러한 정서가 입법과 법에 대한 해석에도 반영되어서인지 중국 최근 몇 년간의 법

률 수정과 발표한 사법해석¹⁶⁾은 아동 관련 범죄에 관한 행위 범죄화와 형벌상향화를 병행하는 엄벌주의 경향을 뚜렷하게 보여주고 있다.

1. 중국 형법에서의 엄벌주의 경향

아동 관련 범죄에 대한 중국의 엄벌주의 경향은 언급하였던 형법수정안(9)를 분석하면 된다.¹⁷⁾ 본 수정으로 “시험대체참석죄”, “공민정

14) HSBC, “Parents spend USD44,221 on their child’s education, from primary to undergrad”, 29. Jun. 2017.

<https://www.hsbc.com/media/media-releases/2017/the-value-of-education-higher-and-higher>

15) 搜狐, “最新數據: 2017年人均GDP世界排名, 中國排名進步了”, 2018. 1. 4.

http://www.sohu.com/a/214620888_687803

16) 소위 사법해석이란 법률 조항의 내용에 대한 정확한 이해에 분쟁이 있는 경우, 사법기관(최고법원, 최고검찰원)이 주재하여 불투명한 조항에 대하여 해석하는 법률적 문서를 말한다. 물론 입법자가 제정한 법률보다는 효력이 높지 않아 그러한 해석이 법률을 위반한 경우 반드시 법률에 따라야 하지만, 그렇지 않으면 중국의 사법 실무에서는 법률처럼 적용할 수 있다.

17) 근년간 중국은 2015년 형법수정안(9)와 2017년 형법수정안(10)으로 형법을 대폭 수정하였지만, 그중 수정안(10)은 단지 위 문에서 언급하였던 국가모욕죄를 신설한 것 뿐이기에 주로 수정안(9)를 분석하면 된다.

보침해죄”, “허위소송죄” 등을 포함한 무려 32개의 범죄유형이 신설되었다. 그중 아동과 관련되는 범죄에 대한 수정은 아래와 같다.

(1) ‘유녀협창죄(嫖宿幼女罪)’의 폐지

동 죄명은 1997년판 형법에서 기존의 1979년판 형법과 비교하여 신설된 죄명인데, 이에 대해 형법 학계는 끊임없는 비판을 해왔다. 그러다가 동 죄명이 대중들의 인식에 자리 잡은 것은 2009년에 귀주성 습수현(貴州省習水縣)에서 발생한 11명의 여학생이 수개월간 성매매를 당한 사건 때문이었다. 동 사건에서 피고인들은 자신들의 행위는 14세 미만 유녀들과의 성매매 행위라고 주장하였고 법원은 이를 “유녀협창죄”로 판결하였다. 다수의 피고인이 공무원, 인민대표¹⁸⁾ 및 교사인 본 사건에 대해 국민들의 분노는 이만저만이 아니었다. 그들은 이 죄명을 폐지하고 14세 미만 여성과 그 어떤 이유에서든 성관계를 갖게 되면 강간죄로 인정하고 처벌해야 한다는 학자들의 주장을 떠받들기 시작하였다.

그러나 법정형만 보았을 때, 유녀협창죄가 강간죄보다 형량이 낮은 것은 아니다. 그 당시

강간죄의 기본 법정형은 3년 내지 10년, 정황이 엄중하면 10년 이상 유기징역, 무기징역 또는 사형에 처할 수 있다. 유녀협창죄의 법정형은 5년 유기징역과 벌금형을 병과한 형사처벌부터 시작된다. 하지만 유녀협창죄는 무기징역과 사형이 적용되지 않고, 또 14세 미만의 유녀가 성에 대한 자유 선택권이 있다고 하기에는 무리기에, 동 죄명은 범죄자들이 책임의 기피에 이용당하는 무능한 형법 조항일 뿐만 아니라 오히려 피해자들에게 ‘창녀’라는 누명을 쓰게 하여 피해자들에게 2차 피해를 주는 우려도 있었다.

동 죄명은 거의 20년간 논쟁의 대상이 되었다가 형법 수정안(9)에서 폐지되었고, 따라서 14세 미만의 유녀와 성관계를 발생하면 유녀의 주관적 의사와 상관없이, 상대방이 유녀임을 명확히 알고 있는 상황에서 간음한 경우 강간죄가 성립되고¹⁹⁾ 정황이 엄중한 경우²⁰⁾ 무기징역은 물론이고 사형까지 처벌받을 수 있다. 그리고 중국의 형사 실무에서 강간죄 성립 여부에 대해서는 성기 삽입설(挿入說)을 채택하고 있지만, 유녀간음에 대해서는 성기 접촉설(接觸說)을 채택하고 있다.²¹⁾

18) 한국의 국회의원과 유사함.

19) 다만 최고법원의 <법의 의하여 미성년자를 대상으로 한 성폭행 범죄를 징벌하는 것에 관한 의견 (關於依法懲治性侵害未成年犯罪人的意見)> 제19조에 의하면, 12세 미만인 유녀를 간음한 경우에는 ‘상대방이 유녀임을 명확히 알고 있다’고 간주하고, 피해자가 12세 이상 14세 미만인 유녀인 경우, 피해자의 신체 특징, 언어와 행동, 의복 차림, 생활방식 등을 종합적으로 판단하여 유녀일 가능성이 있는 경우, “상대방이 유녀임을 명확히 알고 있다”고 판단해야 한다.

20) 현행 <형법> 제236조: “... 부녀를 강간, 유녀를 간음하여 아래의 정황 중 하나일 경우, 10년 이상의 유기징역, 무기징역 또는 사형에 처한다. (1) 부녀강간, 유녀 간음이 악랄한 경우; (2) 강간한 부녀, 간음한 유녀가 여러 사람인 경우; (3) 공공장소의 대중 앞에서 부녀를 강간한 경우; (4) 2인 이상이 윤간한 경우; (5) 피해자를 중상, 사망에 이르게 하거나 또는 기타 엄중한 결과를 초래한 경우.”

21) 중국 최고 법원이 1957년에 발표하였고 지금도 여전히 유효한 <1955년부터 지금까지 유녀 간음 사건에 대한 검사와 총결>에서는 성침해 사건에서 부녀와 유녀를 명확히 구분하여야 하고 범죄자의 의도가 성기를 유녀의 음부와 접촉하는 것이고 실제로 접촉하였다 하더라도 유녀 간음 성립으로 논한다고 밝혔다. 최고법원은 상기 문서 외에도, 생물학적으로 본다고 하더라도, 유녀는 아직 성 특징이 명확하지 않기에, 간음의 인정에서 부녀와 같은 강간의 접촉설 채택은 타당하지 않다고 밝혀서 영향력이 높고 사회적 관심도가 높았던 사건들에서는 모두 유녀 간음 접촉설을 채택하였다. 참고로 아래의 사건들을 나열한다.

① 山東省東營市中級人民法院 (2005) 東刑一初字第15号; ② 重慶市第四中級人民法院 (2011) 渝四中法刑終字第113号; ③ 湖北省孝感市中級人民法院 (2015) 鄂孝感中刑監字第00005号; ④ 浙江省杭州市中級人民法院 (2015) 浙杭刑終字第436.

(2) “피유괴매매아동매수죄(收买被拐卖儿童罪)” 양형 기준 상향

중국 <형법> 제241조는 “피유괴매매아동매수죄”를 규정하였고, 동조 제1항에 의하면 유괴당한 아동을 구매했을 경우 3년 이하 유기징역, 구역 또는 관제에 처할 수 있다. 하지만 기존의 동조 제6항은 유괴된 아동을 구매한 후, 구매한 아동에 대하여 학대행위를 하지 않고 구출하는 것을 방해하지 않는다면, 형사책임을 추궁하지 않을 수 있다고 규정하였다. 이는 유괴된 아동을 구제할 때 저항을 줄이고 피유괴자가 구매인으로부터 학대를 받는 것을 방지하고자 하는 데 목적을 둔 규정이었다. 이를 수정안(9)에서 “...아동에 대하여 학대행위를 하지 않고 구출하는 것을 방해하지 않은 경우 경하게 처벌할 수 있다...”²²⁾로 수정하여, 구출에 대한 방해 등의 정황이 있는지를 불문하고 피유괴아동을 구매하기만 하면 형사처벌의 대상이 되었다.

(3) “학대죄”의 공소화(公訴化)와 확대화(扩大化)

중국 <형법> 제260조는 “학대죄”를 규정하였는데, 제1항은 “가족의 구성원을 학대하고 정황이 악질적인 경우, 2년 이하의 유기징역, 구역 또는 관제에 처리한다”고 규정하고 제3항은 “제1항의 죄는 고소가 있어야 처리한다”고 규정하여 자소 사건으로 처리하였었다. 이에 대해 수

정안(9)에서 기존 제3항의 내용 뒤에 “하지만 피해자가 고소능력이 없거나, 또는 제압이거나 위협을 받아서 고소가 불가능한 경우는 제외한다”라고 수정하여,²³⁾ 학대 사건에 대한 자소주의를 변경하였다.

그뿐만 아니라, 수정안(9)는 바로 제260조 뒤에 “제260조의1” 조항을 신설하여²⁴⁾ “미성년자, 노인, 환자, 장애인 등 감독과 보호를 받아야 하는 대상자들에 대하여 감독과 보호책임 또는 직책이 있는 자가 학대를 하였고 정황인 엄중한 경우 3년 이하 유기징역 또는 구역”에 처한다고 하였다. 즉 이는 학대죄의 보호 대상을 기존의 가족구성원으로부터 감독과 보호를 받아야 하는 사회적 약자로 확대하였다. 아동은 학대죄의 주요 피해자군²⁵⁾이기에, 학대죄의 공소화와 확대화도 아동 관련 범죄의 엄벌주의 경향이라고 정리할 수 있다.

(4) 기타 엄벌주의 경향을 보이는 수정

언급한 바와 같이 수정안(9)에서는 “위험운전죄”를 대폭 수정하였는데 학생 등교용 차량 운송업 종사자가 승차 정원수를 초과하거나 과속하여 운전한 정황이 엄중하게 그 기준을 초과한 경우에는 위험운전죄에 해당한다고 규정하여 구역형과 벌금형을 병과 할 수 있다. 그뿐만 아니라 동조 제2항에 의하면 해당 차량 소유자, 관리자가 차량 운전자의 상기 위법 행위에 책임이 있는 경우에도 “위험운전죄”로 처벌하고 그에

22) 중국 형법 제241조: “.....⑥피유괴부녀 또는 아동을 매수한 후 아동을 학대하지 않았고 구출을 방해하지 않은 경우 경하게 처벌할 수 있다.....”

23) 중국 형법 제260조: “①가족구성원을 학대하고 정황이 악렬한 경우 2년 이하의 유기징역, 구역 또는 관제에 처한다.....③ 제1항의 범죄는 고소하여야 처벌할 수 있다. 다만 피해자가 고소능력이 없거나 또는 제압이거나 위협을 받아서 고소가 불가능한 경우는 제외한다.”

24) 중국 형법 제260조의 1: “①미성년자, 노인, 환자, 장애인 등 감독과 보호를 받아야 하는 대상자들에 대하여 감독과 보호책임 또는 직책이 있는 자가 학대를 하였고 정황인 엄중한 경우 3년 이하 유기징역 또는 구역에 처한다.....③제1항의 행위가 있는 동시에 기타 범죄에 해당하는 경우 더욱 중한 범죄의 규정에 의해 처벌한다.”

25) 蘇文穎(聯合國兒童基金會駐華辦事處兒童保護官員), “《刑法修正案(九)》對中國兒童保護的影響, 聯合國兒童基金會, 2015年9月23. <https://www.unicef.org/china/stories/how-ninth-amendment-penal-code-affects-child-protection-china>

대해 구역과 벌금을 병과 할 수 있다. 이는 언급한 바와 같이 등교 차량 정원 초과로 인한 참사 사건 발생 후에 수정된 조항이다.

이외, 수정안(9)에서는 기존의 형법 제37조 뒤에 37조의 1을²⁶⁾ 신설하여, 직무의 편리를 이용하여 범죄를 범하였거나, 또는 직업이 요구하는 특정한 의무를 위배하는 범죄를 범하여 형사처벌을 받은 경우, 법원은 범죄 상황과 범죄 재발의 예방 등을 참작하여 해당 범죄자가 형 집행 만료 후, 또는 가석방 기일로부터 3년 내지 5년 안에 해당 직업에 종사하는 것을 금지할 수 있도록 하였다.

비록 상기 자격형 규정은 2015년에 수정안(9)로 형법 조항 차원에서 볼 때 신설된 제도지만, 이미 2013년에 아동 관련 범죄자들이 아동 관련 업무에 종사하는 것을 금지하는 사법해석을 두고 있어서, 실제로는 아동 관련 범죄 영역에서는 2013년부터 자격형을 적용하고 있었다.

2013년 10월 23일, 최고인민법원, 최고인민검

찰원, 공안부, 사법부는 「법에 따라 미성년자를 대상으로 한 성폭행 범죄를 징벌하는 것에 관한 의견」(關於依法懲治性侵害未成年人犯罪的意見)을 발표하였고, 동 의견 제28조 제3항은²⁷⁾ “집행유예를 받은 자에 대하여 집행유예 기간에 미성년자와 관련된 업무·활동에 종사하거나, 중학교, 초등학교, 어린이집 및 기타 미성년자들이 밀집한 장소에 진입하는 것을 금지할 수 있다”고 규정하고 있다.

2. 중국 형사정책에서의 엄벌주의 경향

현재 중국의 아동 관련 범죄 영역에서 제일 문제가 되는 것은 아동을 대상으로 하는 유괴범죄와 성범죄이다. 아래 정리한 도표는 아동 관련 범죄를 대상으로 발표한 사법해석인데, 매번 대형사건이 발생한 후에야 그에 따른 사법해석이 나오는 것을 볼 수 있다.

26) 중국 형법 제37조의 1: “①직무의 편리를 이용하여 범죄를 범하였거나, 또는 직업이 요구하는 특정한 의무를 위배하는 범죄를 범하여 형사처벌을 받은 경우, 법원은 범죄 상황과 범죄 재발의 예방 등을 참작하여 해당 범죄자가 형 집행 만료 후, 또는 가석방 기일로부터 3년 내지 5년 안에 해당 직업에 종사하는 것을 금지할 수 있다. ②법원의 직업 종사 금지 결정을 위반한 자에 대해 공안국은 처벌을 부과한다. 그 정도가 엄중한 경우 본법 제313조의 규정에 따라 죄를 정하고 처벌한다. ③기타 법률, 행정법규가 직업 종사의 금지 또는 제한에 대한 별도의 규정이 있다면 해당 규정에 의한다.”

27) 「법에 따라 미성년자를 대상으로 한 성폭행 범죄를 징벌하는 것에 관한 의견」 제28조 제3항 “.....집행유예를 받은 자에 대하여 집행유예 기간에 미성년자와 관련된 업무·활동에 종사하거나, 중학교, 초등학교, 어린이집 및 기타 미성년자들이 밀집한 장소에 진입하는 것을 금지할 수 있다. 다만 자신의 재학, 거주 등의 사유가 있어 집행기관의 허가를 받은 경우는 제외한다.”

	명칭	발표부서 실행일자	문서성질	관련사건
1	법에 따라 부녀·아동 유괴매수 범죄 징벌에 관한 의견 ²⁸⁾ (아래 「아동유괴판매의견」이라 함)	최고법원 2010.03.15	사법해석에 해당하는 문서	천래상 아동유괴 대형 사건(2010년)을 비롯한 아동유괴사건 빈번히 발생 (본문 각주 7의 사건)
2	법의 의하여 미성년자를 대상으로 한 성폭행 범죄를 징벌하는 것에 대한 의견 ²⁹⁾ (아래 「아동성폭행의견」이라 함)	최고법원 ; 최고 검찰원 ; 공안부 ; 사법부 2013.10.23	사법해석에 해당하는 문서	우마우동 아동성추행 사건 (2012년 사건) (본문 각주3의 사건)
3	부녀아동 유괴 매수 범죄 사건 심사 중 법률 적용 중 일부 문제에 관한 해석 ³⁰⁾ (아래 「유괴범죄해석」이라 함)	최고법원 2017.01.01	사법해석	2016년, 2010년에 11년 유기징역을 선고받았던 천래상이 가석방되었고, 유괴된 아동을 찾는 과정을 내용으로 한 영화의 제작과 방영. (본문 각주 7의 사건)
4	법에 따라 유치원 아동 대상 범죄를 징벌하고 아동 권익을 전반적으로 수호하는 것에 관한 통지 ³¹⁾ (아래 「유치원 범죄의견」이라 함).	최고검찰원 2017.12.01	사법해석에 해당하는 문서	홍란항 유치원사건 (본문 각주6의 사건)

문제는 상기 사법해석들에서 명시적으로 아동을 대상으로 하는 범죄는 엄중하게 처벌해야 한다고 규정하고 있다는 것이다. 예컨대 「유치원 범죄 의견」 제2조는 “유치원 아동을 대상으로 하는 범죄는 법에 따라 엄중하게 징벌하고 무관용의 태도를 견지한다”고 제시하였다. 이어서 “법에 따라 엄격하고 신속하게 체포 및 공소를 하여 사법의 진섭(震懾)(‘위하’로 이해 할 수 있음)작용을 발휘하여야 한다. 이미 기소한 사건은 엄벌 기준에 따라 양형 건의를 제출하여야 한다. 교사 등 특수신분의 피고인에 대해서는 그들이 미성년자와 관련이 있는 직업에 종사하는 것을 금지하는 자격형 적용을 법원에 제출하

여야 한다”고³²⁾ 규정하였다.

「아동 성폭행 의견」 제2조는 “미성년자를 대상으로 한 성침해 사건은 엄중하게 처벌해야 한다”고 규정하였고 제25조의 앞단은 “미성년자를 대상으로 한 강간·성추행 범죄는 반드시 엄중하게 처벌하여야 한다”고 규정하였다. 또 제25조 후단은 “아래 상황이 있는 경우 더욱 엄중하게 처벌하여야 한다”고 규정하여 아래와 같은 7가지 기존 중벌에서 더욱 엄중하게 처벌하는 정황을 제시하였다: i) 미성년자에게 특수한 책임이 있는 인원, 미성년자와 공동으로 가족생활 관계가 있는 인원, 국가 공작 인원이 강간, 성추행 범죄를 범하였거나, 또는 국가 공작 인원을 사

28) 중문명칭: 《關於依法懲治拐賣婦女兒童犯罪的意見》. 문서번호: 法發[2010]7号.

29) 중문명칭: 《關於依法懲治性侵害未成年人犯罪的意見》. 문서번호: 法發[2013]12号.

30) 중문명칭: 《關於審理拐賣婦女兒童犯罪案件具體應用法律若干問題的解釋》. 문서번호: 法釋[2016]28号

31) 중문명칭: 《關於依法懲治侵害幼兒園兒童犯罪全面維護兒童權益的通知》. 문서번호: 高檢發未檢字[2017]5号

32) 「유치원 범죄의견」: “2.유치원 아동을 대상으로 하는 범죄는 법에 따라 엄중하게 징벌하고 무관용의 태도를 견지한다. 아동을 강간, 성추행, 후견인 또는 피후견인을 학대, 고의상해, 고의살인 등의 범죄를 범한 혐의가 있는 어린이집 아동 침해 사건들은, 법에 따라 엄격하면서도 빠르게 체포 및 공소를 하여 사법의 진섭을 형성해야 한다. 이미 기소한 사건은 엄벌 기준에 따라 양형 건의를 제출하여야 한다. 교사 등 특수신분의 피고인에 대해서는 그들이 미성년자와 관련이 있는 직업에 종사하는 것을 금지하는 자격형 적용을 법원에 제출하여야 한다.”

칭하여 강간, 성추행 범죄를 한 경우(즉 특수관계범죄 엄벌). ii) 미성년자의 거주지·학생 기숙사에 진입하여 강간·성추행 범죄를 범한 경우(즉 특수장소범죄 엄벌). iii) 폭력·위협·마취 등 강제수단으로 유녀를 간음하고 아동을 성추행한 경우(즉, 특수수단범죄 엄벌). iv) 12세 미만의 아동, 농촌에 부모가 없이 남겨진 아동, 엄중한 장애 또는 정신 지적 장애가 있는 미성년자를 강간·성추행한 경우(즉 특수대상범죄 엄벌). v) 여러 명의 미성년자를 성추행하였거나, 또는 강간, 성추행 범죄를 여러 번 범한 경우(즉 행위차수에 의한 엄벌). vi) 미성년자 피해자에게 경상, 임신, 성병 감염 등의 피해를 초래한 경우(즉 특수결과 초래에 의한 엄벌). vii) 강간·성추행 범죄 전과가 있는 경우(즉 누범이 아니더라도 전과자 엄벌).

그뿐만 아니라 제28조 제1항은 “미성년자를 강간한 성인 범죄자는 통상적으로 집행유예를 적용하지 않는다”고 규정하였다. 이어서 제3조는 집행유예를 선고받은 경우, 범죄 정황에 근거하여 집행유예를 선고하는 동시에 해당 범죄자가 집행유예 기간에 미성년자와 관련되는 업무·활동에 종사하거나, 초등학교, 중학교, 유치원 등 미성년자 밀집 지역에 진입하는 것을 금지하는 금지명령도 함께 선고할 수 있다고 규정하였다. 제31조는 성 피해를 당한 미성년자가 회복 치료를 받기 위하여 지급된 비용에 대해서는, 법정대리인 또는 친족이 의료비용·간병비용·교통비용·노동보수손실비용 등 합리적인 비용에 대한 배상 청구를 할 수 있다고 규정하여, 범죄자가 벌금형 외에 민사배상 책임도 부담하게 하였다.

3. 평가

아동 관련 범죄에 관하여 중국은 공공연하게 엄벌주의의 길을 걷고 있다고 해도 과언이 아니

다. 중국에서 형법 수정안(9)에서 유녀협창죄를 폐지하고 14세 미만 유녀와 성관계를 갖는 행위에 대해 무기징역 이상의 형벌 내리고, 피유괴 매매아동매수죄의 양형 기준이 상향되었으며, 기존의 철저한 자소(自訴)죄였던 학대죄도 일정한 조건을 만족하면 공소죄로 전환되고, 그 죄명 적용 범위도 기존의 가족 구성원에 대한 학대로부터 모든 사회적 약자에 속하는 피감독보호 대상에 대한 학대로 확대되었다. 이외에도 아동과 관련되는 등교 차량의 불법 운전 및 관리를 범죄화하고, 자격형 도입으로 아동 관련 범죄를 범한 범죄자에게 자격형 선고를 가능하게 하는 등 범죄화와 양형 기준 상향화를 보여주고 있다.

따라서 형사정책으로 간주할 수 있는 사법해석에서의 엄벌주의는 더욱 현저하게 드러나고 있다. 사법해석의 내용에서는 ‘엄중하게 처벌해야 한다’, ‘무관용 한다’ 등 용어를 사용하고, 집행유예의 선고를 제한하는 동시에 자격형을 적용하여 아동을 대상으로 하는 범죄자를 엄벌하고 아동들의 권익을 전면 보호하고자 하는 의지를 보여주고 있다.

하지만 이렇게 엄벌주의 경향을 보여주는 형법 규정과 형사정책들은 사회에서 국민들의 분노를 일으키는 중대한 사건이 발생한 후 이에 대한 충분한 토론과 논의 과정 없이 빠른 시간 내에 제정되었는데, 이는 만민일심(萬民一心)하여 과학적으로 법 제도를 재정비한 시도가 아니라 일시적인 사회의 안정에 목적을 둔 황급한 대응책이라고 본다.

III. 엄벌주의 개요와 엄벌주의가 대두되는 원인

1. 엄벌주의 개요

엄벌주의는 한국 또는 중국에서만 나타난 새

로운 것이 아니라 세계적 추세로 확대되고 있다.³³⁾ 1980년대 이후 특별예방 사조의 실효성에 의문을 던지면서 신고전주의적 응보 사상 내지 엄벌주의적 경향이 등장했다.³⁴⁾ 북구 여러 나라를 중심으로 재사회화 프로그램 대신 응보와 형벌위하를 강화하는 대범죄투쟁에 관한 논의가 나타났고, 미국에서도 형사입법, 형사사법, 형사법학과 사회학 분야에서 점증하는 범죄에 대한 형사정책으로 강벌주의(punitivism)경향이 대두되었고 이 또한 영국을 비롯한 유럽 국가들에 큰 영향을 끼쳤다.

엄벌주의는 강벌주의라고 불리기도 하는데 이는 일반적 용어로 자리 잡힌 개념이 아니라 형벌이 강화되고 있는 흐름을 말하는 것이다. 형벌의 강화 현상에 대해 중형주의(Severe Punishment Principle), 엄벌주의 혹은 강벌주의(Punitivism), 형벌의 대중주의(Pennal Populism),³⁵⁾ 형벌의 정치화(Politisierung des Strafrechts), 외형상 형벌국가(PenalState)등으로 명명된다.³⁶⁾

현대 형법은 이전의 단순한 응보론(Vergeltungstheorie) 형법으로부터 벗어나 국가 강권으로부터 인간의 존엄을 수호하기 위하여 자유를 강조하는 책임 원칙(Schuldprinzip) 형법으로, 나아가 위하력에 의한 일반인의 법의식 안정을 추구하는 일반예방과 범죄인을 재사회화 과정을 통해 법 공동체로 복귀시키려는 특

별예방의 예방목적은 형벌의 의미와 목적으로 확인하고 이에 따라 구체적인 형법규범의 재구성을 꾀하는 데로 나아가고 있다.³⁷⁾ 이렇게 오늘날의 형법은 응보 사상을 추방한 책임주의를 근본으로 하고 있고 책임주의는 책임 없는 형벌일 뿐만 아니라 책임을 초과하는 형벌도 금지한다는³⁸⁾ 이론을 고집하고 있다. 따라서 형벌에서 책임과 예방의 조화는 책임의 범위 내에서 예방의 고려라는 방식을 통하여 이루어지는 것이 타당하다고 보고,³⁹⁾ 일반예방과 특별예방은 정당한 응보의 범위에서만 의미를 가질 수 있고, 예방의 목적으로 인하여 책임주의가 희생될 수 없다는⁴⁰⁾ 주장들이 자신들의 책임주의 형벌의 틀에서는 일리가 맞는 말이다.

따라서 그들은 당연히 자신들이 추방하였던 응보적 성질을 다시 구현하는 것처럼 보이는 현재의 엄벌주의에 대해 비판을 하는데, 그 이유를 살펴보면 대체로 아래와 같다. 첫째, 형벌의 성격상 해악의 성질이니 최후수단(ultima ratio)의 원칙으로 적용해야 한다.⁴¹⁾ 따라서 최우선수단(prima ratio)으로 작동되는 엄벌주의는 형벌 성질에 어긋나는 것이라 한다. 둘째, 엄벌주의자들이 엄벌로 기대하는 범피억지 효과가 실제로 나타나지 않았고 검증이 안 된다는 것이다.⁴²⁾ 급격하고 충분한 검토 없이 이루어지는 단순한 형량의 상향은 재범억제 효과가 거의 없다는 주

33) 김일수, “현대 형사정책의 강벌주의적 기본경향” 『고려법학』 제56권, 고려대학교법학연구원, 2010., 574면.

34) Eser/Cornik(Hrsg.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, 1987, S.15ff.; F. Sack, *Wie die Kriminalpolitikdem Staat Aufhilft*, KrimJ 2004. ; 김일수, 「전환기의 형사정책」, 세창출판사, 2012. 8. 30., 15면에서 재인용.

35) John Pratt, *Penal Populism*:1st Edition, London: Routledge Publishing. 2006.

36) 안나형, “중형주의적 형벌정책에 관한 비판적 연구” 『法學論議』 제23권 제1호, 2016., 306면.

37) 김일수, 전거서, 6면.

38) 정영일, 『형법총론』, 박영사, 2007., 253면 ; Werner Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau*: Verlagsgruppe Hüthig-Jehle-Rehm, 2012S. 3.

39) 이상윤, “형법상 책임과 형벌 목적의 관계” 『형사법연구』 제14호, 2000., 213면 ; 책임과 예방에 관한 자세한 내용은 김일수, “형법상 책임과 예방과의 관계” 『고대법학논집』, 1984. 12., 193~252면 참조.

40) 이재상, 『형법총론』, 박영사, 1999., 55면.

41) 배종대, 『형법총론』, 홍문사, 2013., 423면.

42) 형벌이 범죄방지에 효과가 있다고 보는 제어 효과 가설(deterrence hypothesis)은 Issac Ehrlich가 통계기법을 활용하여 검증하였는데, 유죄판결의 확률이 높아짐에 따라 범죄의 발생률은 명백히 줄어드는 반면 처벌의 강도가 범죄 발생에 영향을 미치는 명백한 자료는 발견되지 않았다.

장이다.⁴³⁾ 셋째, 범죄자의 재사회화에 불리하여 역효과가 있다는 것이다. 즉 범죄자라는 낙인은 사회복귀를 방해하고 인간성이나 자존심이 파괴되어 더욱 위험한 범죄예비군으로 확대 공급되는 부작용을 지적하고 있다. 넷째, 엄벌주의는 일반인들이 분풀이하는 도구로 전락되고⁴⁴⁾ 정치가들이 여론을 잠재우거나 선거투표를 얻는 정치수단으로 타락될 우려가 있다는 것이다.

궁극적으로 최후수단으로서의 형법, 단편적 성격과 보충적 성격을 지닌 형법, 겸손성과 한계 지움의 형법 질서관은 물러가고, 타도 대상으로서의 범죄자만 남게 되며, 자의적인 처벌 욕구로부터 시민을 보호해야 할 관점과 법익 보호의 관점 사이에서 균형을 깨뜨리면서 결국 엄벌주의는 형법의 한계선을 무너뜨리는 결과로 나아갈 위험에 직면하게 된다는 것이다.⁴⁵⁾

2. 엄벌주의가 대두되는 원인

언급한 바와 같이, ‘한 개인의 법익을 최소한으로 침해하면서 타인의 법익을 최대한으로 보호’를 주장하고, 불필요한 과도한 법률은 자유의 적일 뿐만 아니라 궁극적으로 인간의 존엄에 기초한 자유롭고 평등한 법질서, 평화공존의 사회 질서에도 반하는 것이라고 여기는 전통적인 법치국가 이론에⁴⁶⁾ 의하면 엄벌주의는 허용해서는 안 된다. 하지만 **엄벌주의가 지금과 같은 후기 현대사회에서 대두되는 것은 원인이 있기 마련이다. 본문을 그 원인을 아래와 같이**

정리하고자 한다.

(1) 안전에 대한 갈망과 고범죄 위험사회

인간의 삶에 원초적인 두 가지 갈망이 있다면 자유와 안전일 것이다.⁴⁷⁾ 강자의 억압과 착취를 당하면서 사는 삶에는 인간의 존엄이 없다 하지만, 반면 안전이 보장되지 않아 기본적인 생명의 유지도 힘든 상황에서 자유를 논하는 것은 사치라고 할 수 있다. 따라서 인류의 발전사는 안전과 자유 간의 조화와 극대화를 위하여 부단한 노력을 하는 역사라 할 수 있다. 압제의 시대에는 더 많은 자유를 갈망했고, 불안의 시대에는 더 많은 안전을 갈망했다. 이러한 엇갈림 속에서 오늘날의 우리는 어찌 보면 불안의 시대에 온 것이라 할 수 있다.

후기 현대의 사회적 변화들은 새로운 수준의 범죄위험과 불안을 일으켜, 소위 고범죄 위험사회(high crime society)보다 고범죄 친근사회(high crime-adapted society)라고 하는 것이 더 정확하다는 주장이 나타날 정도이다.⁴⁸⁾ 세계적인 금융위기, 생태학적 위기, 초국가적인 테러활동, 조직범죄증대, 악성 범죄들의 부단한 증가, 재범·누범 비율 증가 등은 우리가 현재 사는 사회이고 심지어 일상생활의 행동에서 일상(routine)의 일부를 형성하고 있다. 그러한 일탈 행동들을 통제하기 위하여 더 많은 사회적 안전 보장 조치들이 투입되거나 기존의 보장조치가 강화된다.⁴⁹⁾

43) 이인석/임정엽, “개정형법상 유기징역형의 상한조정에 관한 고찰” 『형사법연구』 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010. 2. 5, 41면; 범죄심리학에서도 처벌의 엄격성은 행동에 거의 영향을 미치지 않는다고 한다(김상균, 『범죄심리학』, 청목출판사, 2008, 429면 이하 참조).

44) 이기현, “범죄학적 선입견에 관한 고찰” 『이수성 선생 환갑기념 논문집』, 2000., 411면.

45) Gerlinda Smaus, Das Strafrecht und die gesellschaftliche Differenzierung: Nomos, 1999.S.307

46) 김일수, 『범죄 피해자론과 형법 정책- 어느 실정법의 안락사』, 세창출판사, 2010., 서문면.

47) 김일수, 『공정사회로 가는 길』, 세창미디어, 2010., 20면.

48) D. Garland, High Crime Societies and Culture of Control, KrimJ 9. Beiheft 2007, S.239. ; 김일수, 『전환기의 형사정책』, 전개서 54면에서 재인용.

49) 예를 들면 미국은 9-11 이후 2001년 10월 26일에 애국법(US Patriot Act)으로 언론법과 정보통신법의 규정들을 변경하여

이러한 입장에서 출발하여 ‘안전을 통한 자유(Freiheit durch Sicherheit)’가 제시되었다. 이 명제는 Goll과 Wulf가 처음 사용하였는데, 그들은 “자유국가의 임무는 시민의 자유를 확립하는 것이다. 자유권은 국가에 대한 방어권일 뿐만 아니라 동시에 국가에 보호 의무를 과한다”라고 하였다. 국가는 더는 시민들에게 권력, 집행력 독점, 강제권한 등으로 인해 위험한 존재가 되지 못하고, 도리어 국가는 보호자의 역할 속에서 자신을 나타낸다. 시민은 이제 국가에 대해 자신을 방어할 필요가 없고, 국가에 자신의 자유권, 인권과 이익의 보존을 맡길 수 있다.⁵⁰⁾

자유와 안전이란 조화하여야 하는 두 가지 대상이지 타협 불가능하여 반드시 하나를 선택하여야 하는 것이 아니다. 안전이 없는 자유란 육체적 존재도 보장 못 해주기에 공허한 구호일 뿐이고, 자유가 없는 안전이란 인간의 정서를 담지 않아 이 또한 인간으로서는 수긍할 수 없다. 따라서 ‘더 많은 안전을 통하여 더 많은 자유(Mehr Freiheit durch mehr Sicherheit)’가 확보될 수 있다는 사실은 의심할 여지가 없고, 고범죄 위험사회에서는 안전이 중심축으로 되어 더 바람직하다.

(2) 피해자학적 관점의 형벌론과 알갱이 사회화

국가형벌권이 확립된 이래 지금까지 모든 범죄의 제1차적인 피해자는 바로 공권력을 독점하

고 있는 국가 자신으로 간주하였다. 따라서 피해자가 형법 위반에 대한 사사로운 복수나 사적인 해결은 오히려 국가권력에 대한 도전으로 간주하였다.⁵¹⁾ 범죄피해자가 형사사법 절차에서 배제되고,⁵²⁾ 형사정책으로도 범죄피해자에 대한 배려가 등한시된⁵³⁾ 결과, 사법적 정의에 대한 피해자의 기대는 점점 약화하고, 사법 정의 실현에 대한 사회적 신뢰도 감소하였다. 재사회화 노력에도 불구하고 범죄비율과 범죄 흉포화 점증하고 있는 것도 이에 원인이 있다.⁵⁴⁾

기존 형법의 국가와 범죄자와의 국면에서 벗어나, 피해자를 당사자로 포함시킨 피해자학적 형벌론의 타당성 및 이유는 「범죄 피해자론과 형법 정책」에서 명확하게 밝혔는데, 이를 요약 정리해 보면: i) 피해자는 범인의 처벌을 요구할 권리가 있다. 이것은 일종의 정의감정(Gerechtigkeitsempfinden)의 발로이다.⁵⁵⁾ ii) 피해자의 법 감정의 만족도 형벌의 예방작용에서의 만족효과(Befriedigungseffekt)에 속하기에, 사회공동체 구성원들의 이익에 정당한 이익조절을 통해 만족감을 줄 수 있어야 하는데, 국가적 이익을 위하여 과도한 형벌을 과하여서는 안 되는 동시에, 가해자인 범인의 개선과 사회복귀를 위한 사회적 연대성에만 중점을 둔 나머지 범죄피해자의 처벌 요구를 외면한 채 결과적으로 불법을 두둔하거나 조장하는 인상을 주어서도 안 된다는 것이다. 이런 경우, 형벌의 신뢰효과(Vertrauen Effekt)가 떨어지게 된다.⁵⁶⁾ iii) 범죄피해자도 재사회화가 필요하다. 그들도 사

전자적 수단으로써 감시하거나 전화 통화를 감청할 수 있는 권한을 수사기관에 부여하였다. 즉 사회 주류는 일탈 행동자들을 배제하고 통제하는 동시에, 그들 역시 그들 자신에게 새로운 통제를 부과하게 된다. 엄벌적 수요모델은 그것이 타자의 범죄학이건 적대 형법이건 그 명칭이 무엇이든 되었든 후기 현대사회의 고범죄 위험사회에서 시민 생활의 안전을 위해서는 엄벌주의의 지평으로 나가야 한다는 태도인 것만을 틀림없다. 김일수, 「전환기의 형사정책」, 전계서 60면.

50) 김일수, 「전환기의 형사정책」, 전계서 45면.

51) 김일수, 「범죄 피해자론과 형법 정책」, 전계서 78면.

52) 범죄피해자는 소송 절차상 제2선으로 몰려나게 되었고, 예외적으로 고소권자 또는 참고인 또는 증인으로만 참여할 뿐이었다.

53) 재사회화 형법에서 형벌의 주요 목적은 범죄자와의 사회적 연대성 회복에 한하였다.

54) 김일수, 「범죄 피해자론과 형법 정책」, 전계서 79면.

55) 김일수, 「범죄 피해자론과 형법 정책」, 전계서 98면.

회적 연대감 속으로 편입할 수 있게 도움이 필요하다. 범죄피해자에게는 범인의 처벌이 단순히 원상회복의 의미가 아니라 트라우마의 악화, 즉 정신적 피해의 확산을 차단하고 개선하는 의미를 지닌다. 만약 형벌을 통하여 범죄피해자의 이 같은 정신적 고통을 제때 보듬어주지 않는다면, 범죄로 인한 개인적 피해가 또 다른 사회적 피해로 전이될 수 있다는 점을 유념해야 할 것이다. 피해자는 자신이 홀로 감당할 수 없는 내면의 정신적 고통 때문에 기회가 있으면 다른 사회적 약자를 범죄의 대상으로 삼아 그 고통을 전가할 수 있기 때문이다.

즉, 국가와 범죄인을 축으로 한 채 범죄피해자를 형사 절차의 바깥에 위리안치시킨 형사사법의 틀은 현대의 경험적인 사회체계의 틀과 맞지 않는다. 권위주의 국가에 맞서 범죄인의 인권 보호에 초점을 맞추었던 자유주의 철학과 법치주의 국가관은 형사 절차를 국가와 범죄인의 상호작용으로 보았을 뿐 가해자와 피해자의 대화 구조로 바라보지 못했다. 그 결과 피해자는 형사 절차에서 오히려 사회적 연대감에서 탈퇴된 느낌을 받게 된다.⁵⁷⁾

따라서 우리는 기존 범죄자의 재사회화에만 초점을 두는 형벌론으로부터 피해자학적 관점의 형벌론으로 이전되어야 한다. 또 더 중요한 것은, 이렇게 이전하는 것은 우리의 선택이 아니라 부득이하게 그 시점에 맞부딪치게 되었다는 것이다. 알갱이 사회(Die granulare Gesellschaft)가 왔기 때문이다.

알갱이 사회란 독일 사회학자 Christoph Kucklick가 2014년 출판한 책 『알갱이 사회(The Granular Society)』에서⁵⁸⁾ 제시한 용어인데, 그 취지는 우리가 기대했던 과학기술로 인해 사람과 사람 간의 연대가 더 쉽게 이루어지

는 사회 대신, 현재의 사회는 오히려 개개인이 알갱이처럼 하나하나씩 분리된 개체가 되어, 때 알갱이 하나가 서로의 연대를 기대하는 것보다 자신의 시야에만 고집하여 세계를 보고 자신의 소멸은 바로 세계의 소멸로 의식을 갖추게 되는 사회가 되어 버렸다.

일리가 있다고 본다. 독일 제국의 첫 수상인 비스마르크(Bismarck)가 1883년과 1884년에 질병보험과 재해보험을 추진할 수 있었던 근거는 모든 국민이 통계학적으로 볼 때 모두 평등하다는 것이다. 즉 동 제도 실시에서 중요한 것은 개개인이 질병과 건강에 대한 책임 부담 여부와 관련이 없다. 평등을 추진할 수 있는 원인은 무지의 베일(veil of ignorance)에 두고 있는 것이 복지국가를 형성할 수 있는 기반이고, ‘사회의 일정한 불투명’은 모든 국민이 단결하고 개체의 책임을 묻는 대신 상호 이해를 하는 것의 전제라고 한다. 무지가 사람을 단결시킨다는 것이다. 반면, 개개인에 대한 이해가 많아질수록 단결에 문제가 된다. 사회연대공동체란 의식이 더욱더 디테일하게 ‘나의 편’과 ‘나의 편’이 아닌 분류로 나누어지게 된다. 사람들은 더는 단결로 상호 보험작용을 발휘하는 ‘대중’이 되지 않고, 매개 개인이 자신만의 세계를 갖게 되고, 서로의 책임을 더 묻게 되는 동시에, 자신의 세계에 속하는 사람들, 그중에서도 자신을 누구보다 더 중하게 여기게 된다.

따라서 알갱이 사회에 있는 피해자는 범죄가 자신한테 주는 피해를 더욱더 두려워할 것이고, 또 그러한 범죄에 대한 권리 실현 호소가 더욱더 높을 것이다. 그들은 분명히 사회의 안전과 연대 때문에 자신의 생활을 유지하고 있지만, 감정적으로는 공동체적 감정보다는 자아 세계의 유지와 감정 만족을 노릴 것이다. 이러한 알갱이 사

56) 김일수, 『범죄 피해자론과 형법 정책』, 전개서 100~101면 참조.

57) 김일수, 『범죄 피해자론과 형법 정책』, 전개서 102~103면 참조.

58) The granular society. How the digital dissolves our reality. Ullstein Verlag, Berlin 2014.

회에서, 오직 범죄자의 재사회화에만 초점을 두는 기존의 형법은 신뢰 효과(Vetraunseffekt) 부족을 초래하게 된다.

3. 평가

현대 형법은 단순한 응보주의로부터 책임을 기본원칙으로 하는 재사회화형법으로 발전해왔다. 재사회화는 형법의 기능에 대한 평가를 강조한 것이고, 전통적 법치국가에서, 더욱더 중요한 것인 책임 원칙이다. 범죄를 법익에 대한 침해라고 여기고, 일반예방과 특별예방을 주요 내용으로 하는 형법 목적설에서 형법에 접근하였다. 또 현대 형법은 사회 안전성을 추구는 하지만 국가라는 맹수를 견제하는 데 더 많은 힘을 기울여 인류의 두 가지 갈망인 안전과 자유 중, 자유에 대한 갈망을 더 많이 담아준 형법이라 할 수 있겠다. 따라서 현대 형법에서 제일 많이 강조되는 형법 기본원칙도 죄형법정의 원칙, 무죄 추정의 원칙, 죄와 벌의 비례원칙 등이고, 형벌에서는 국가와 범죄자의 양립 관계만 논하게 되어, 결론적으로는 책임을 벗어나는 형벌 금지와 범죄자의 재사회화를 목적으로 하는 형벌정책의 적용이 현대 형벌의 주요 흐름이라고 할 수 있다.

따라서 이러한 책임을 기본으로 하는 형법의 시야에서 엄벌주의란 단지 일반인이 범죄에 대해 분풀이를 하는 도구로, 정치가들이 여론을 잠재우거나 선거투표를 얻는 정치수단으로 되기 쉽고, 형법이 지켜야 하는 한계선을 무너뜨리는, 원시적인 응보 사상으로 다시 타락하게 하는 형법 사상이라고 비판할 수 있다.

하지만 현재 엄벌주의가 전 세계적으로 퍼져가고 있는 상황에서, 이에 대한 논리적인 비판만으로는 문제의 해결에 도움이 되지 않는다. 따라서 단순한 비판보다는 엄벌주의가 대두되는 원인을 분석하고 이는 발전하고자 하는 인류

로서 불가피하게 직면하여야 하는 트렌드인지 아니면 우리가 여전히 고집하던 것들을 더욱 돈독하게 견지해 나가면 이겨나갈 수 있는 일시의 폭풍인지를 판단해야 하는데, 본문은 엄벌주의란 일종의 불가피한 트렌드라고 판단한다.

그 원인은 현재 우리는 국가의 권력 남용이 아니라 테러범죄 등 개개인 또는 국가 외 조직의 범죄로 인하여 모든 것이 파괴될 수 있는 고범죄 위험사회에 들어서게 되어, **이러한 불안에서 우리는 자유에 대한 갈망보다 안전에 대한 갈망이 더 크기에**, 형벌의 강화로 범죄를 위협하고 사회의 안전을 보장하는 전제로 범죄자의 재사회화 실현을 해야 하는 요구를 제출하게 된다.

또한, **알갱이 사회의 알갱이가 되어버린 우리는, 나를 비롯한 나의 편을 더 중하게 여겨 범죄로 받은 감정적 고통이 더 크게 느껴질 것이다.** 따라서 오늘날 범죄로 파괴된 사회 상처의 치유, 즉 진정한 재사회화에는 피해자의 재사회화도 포함되어야 하는데, 기존의 재사회화 형법에서 피해자는 자신의 권리와 주장이 반영되지 못하는 이방인이어서 이들이 기존 형법에 대한 만족감이 떨어지고, **사회적 연대에서 만족감을 얻지 못한 이들은 심지어 사회 이탈로 나갈 수도 있다.** 따라서 사회공동체 유지의 목적에서 형벌의 강화는 필요하고 타당하다고 본다.

IV. 엄벌주의에 대한 일정한 허용과 제한

우리가 안전에 대한 갈망이 인간으로서의 기본적인 갈망인 상황에서, 현재 고범죄 위험사회와 알맹이 사회는 매개인의 그러한 갈망을 그 어느 때보다 더 확대하고 있다. 이러한 사회적 배경에서 기존의 형법 이론을 고집하는 것은 단지 형법을 위한 형법일 뿐, 사회질서의 안전성을 유지하고 인류의 번창을 위해 존재하는 법의

초심에서 벗어나는 것이라고 생각한다. 따라서 현재의 사회발전에 일정한 엄벌주의는 허용하는, 소위 위험대처를 위한 형법 체계의 재수립이 필요하다. 하지만 이러한 재수립 과정에서 특히 주의하고 그의 만연(蔓延)을 막아야 하는 것이 있다면 바로 적대형법이다.

1. 위험대처를 위한 형법 체계의 재수립

전통적인 법치국가 형법은 소극적 기준으로 굳어진 법의 사상을 고집하기에 새로운 범죄유형, 특히 미래의 안전과 관련된 범죄 유형 대처에는 적합하지 않다고 생각하는 사람들은 위험사회에서 새로운 위험을 대처할 수 있는 이른바 위험 형법의 등장을 주장한다. 21세기의 문제를 18세기 정신적 도구를 가지고 해결할 수는 없다는 인식 때문이다.⁵⁹⁾

하지만 법치국가의 고전적 형법 관념을 고집하면 안전의 갈망을 무시하는 것처럼, 위험 형법사고 방식은 또 자유에 대한 갈망 무시를 초래할 수 있기에 인권보장을 경시할 수 있다.⁶⁰⁾ 이러한 딜레마 해소를 위해 제안된 것이 간섭법(Interventionsrecht)인데, 이는 현대 형법을 핵심형법으로 축소하고, 형법과 질서위반법, 사법과 공법 사이에 간섭법을 위치시킨 뒤 현대사회의 난제 중에서 핵심형법으로 해결할 수 없는

것은 신축성 있는 위험 형법을 통해서가 아니라 오히려 형법보다 작은 보장, 작은 절차규율, 작은 제재력을 갖는 간섭법으로 해결할 것을 제안하고 있다.⁶¹⁾

더 구체적으로, 지금의 형법 과제 풀이에 필요한 형법 정책은: i) 형법이 직면한 현대적 생활 사실에 대한 분석으로부터 출발해야 할 것이다. 즉 핵심형법 분야, 경제 분야, 환경 형법 분야, 의료생명기술형법 분야 등 특수한 생활 사실 속에서 나타나고 있는 위험요인과 그 대책을 분석하여 각 주제에 맞는 문제 해결 방식을 모색하는, 이른바 문제 변증론적 사고가 필요하다; ii) 형법의 개입을 즉각적으로 요구하는 분야, 형법적 개입보다 행정조치 또는 자율적 윤리위원회 규율만으로도 충분히 통제할 수 있는 분야 등을 세분하여야 한다; iii) 같은 분야의 생활 사실에 대한 형법적 규제도 범죄의 질에 따라 그 경중을 달리하여 형법적 대응과 경범죄적 대응 중 어느 것이 실효성 있고 충분한 수단인지를 검토해야 한다.⁶²⁾

즉 형법은 보통의 생활 사태에 대해서는 부드러운 최후수단의 법으로, 특별한 위험 상황에 직면해서는 강한 우선 수단의 법으로 신축성 있게 접근해야 한다.⁶³⁾

59) 김일수, 『전환기의 형사정책』, 전개서 88~89면.

60) Claus Roxin. Strafrecht Allgemeiner Teil I, Munich: Beck C. H. Veröffentlichung. 2005 §2 Rn.120ff. ; 김일수, 『전환기의 형사정책』, 전개서 90면에서 재인용.

61) 김일수, 『전환기의 형사정책』, 전개서 90면.

62) 김일수, 『전환기의 형사정책』, 전개서 91면.

63) 이처럼 일견 모순되는 듯한 현대 형법의 성격을 김일수 교수는 델타모델(Delta model)로 쉽게 설명하고 있다. 삼각주(Delta)는 끊임없이 흘러내려 오는 강의 하구에서 생성되고, 그것은 강물이 들어갈 수 없는 경계선을 지닌 섬과도 같다고 한다. “현대의 위험사회에서 법치국가 형법은 원칙적으로 전통적인 자유 보장책 안에서 흘러가는 강물과 같지만, 파도와 부딪치는 하류(下流)에서는 이미 그 흐름의 영향에서 벗어난 새로운 델타영역과 마주치고 만다.” 따라서 “근대 법치국가 형법을 강의 물길을 타고 흘러내려 온 강물에 비유할 수 있다면, 델타는 후기 현대사회의 새로운 위험, 새로운 범죄 현상들과 동일시 할 수 있다. 이 델타의 가장자리로 끊임없이 새로운 위험은 모래알처럼 흘러들어와 쌓인다. 비록 강물과 델타 사이의 경계선은 흘러내려 온 민물과 새로운 파도의 부딪침 사이에서 역동적이고 신축성 있게 형성될 수밖에 없지만 그런 데도 불구하고 양자 사이의 경계선은 분명하다. 그러므로 잠정적일지라도 어느 정도 안정된 경계선이 형성되어 식별이 가능해진 일부 제한된 범위 안에서만 우리는 전통적 법치국가 형법 질서의 변증론적 발전을 파악할 수 있을 것이다.” 김일수, 『전환기의 형사정책』, 전개서 91~92면.

2. 적대 형법 만연 주의보

적대 형법이란 일정 분류의 범죄자군을 시민과 분리해 시민 형법의 적용대상 밖에 둔 단순한 적으로 상정하여, 적이란 단지 미봉책이나 경찰력을 동원한 정도의 수단으로 현재의 위험을 해결하지 못하니, 이러한 적과 전쟁 할 수 있는 성질을 갖는 형법을 말한다. 이는 독일학자 야콥스(Jabos)의 주장으로, 여기서 적이란 시민이 아닐 뿐만 아니라 더 나아가 결코 인격을 지닌 사람으로 취급할 수 없는 비인간(Unperson)적인 존재이다. 이러한 적은 야수와 같이 묵과할 수 없는 위험원이며, 그 위험원으로부터 사회적 안전을 확보하려면, 범죄통제와는 성격이 다른 한바탕 전쟁과 소탕 작전을 벌여야 한다는 주장이다.⁶⁴⁾ 따라서 형벌의 강화, 전통적인 형사소송 절차법상의 인권보장 규정 무시 등 모든 가능한 수단들을 동원해도 좋다는 것이다.⁶⁵⁾ 예컨대 9·11 테러사건과 같은 상황에서 무고한 승객의 죽음을 감수해야 할 사정을 상정한 것이라면, 테러리스트를 고문하거나 살해하는 것도 만약 그것이 보다 더 많은 무고한 사람들의 생명을 구조하기 위한 유일한 수단일 때에는 역시 허용되어야 한다는 것이다.⁶⁶⁾

이러한 적대 형법론에 대해서 ‘나치사건의 부활’,⁶⁷⁾ ‘현재 또는 미래의 불법정권의 정당성 부여’,⁶⁸⁾ ‘심각한 남용위협성과 특정 범죄자군을 악마로 둔갑시키는 행위자형법(Täterstrafrecht)’

이라는⁶⁹⁾ 비판이 제기되고 있다.⁷⁰⁾

법은 질서유지에 목적을 두지만, 최상위의 근본적 목적은 여전히 인간의 존엄성 보장이라는 법의 초심을 돌이켜 보면 적대 형법은 위험한 형법론임이 틀림없다. 어떤 범죄자도 고립된 개체로 간주하지 말고, 사회적 관계 속에 있는 인격으로 간주한다면, 어떤 범죄자나 범죄인군도 완전히 법 공동체로부터 배제되어야 할 존재는 아니다.⁷¹⁾ 적대 형법은 형법과 전쟁법(계엄법)의 한계, 사법적인 통제모델과 경찰법적인 위험예방모델 사이의 한계가 모호해지게 하며, 극히 예외적으로 적용되어야 할 비상입법상황을 통상적이고 일반적으로 적용하는 원칙으로 보고 있다. 이는 국가형벌권을 사회통제의 일부로서 범죄통제의 필요불가결한 수단이 아닌 기본수단으로 이용하는 것을 허용하게 되어 그 자체가 변질된 테러수단일 수 있다.⁷²⁾

하지만 유감스럽게 적대 형법은 만연의 기미를 보이고 있다. 옳고 그름의 평가를 떠나, 단지 청와대 국민청원 사이트에서 ‘무관용’을 키워드로 검색하면 2019년 5월 29일까지 117건의 청원 결과가 나온다. 청원의 제목을 살펴보면 “진주 방화 및 살인 범죄자에 대해서 무관용 원칙이 필요합니다” 등이거나, 그 내용은 주로 “……에 대한 무관용 원칙과 과하다 싶을 정도의 양형 기준이 세워져야 합니다” 등⁷³⁾ 감정에 치우친 엄벌주의 행진이 이루어지고 있는데, 이는 ‘나’와 ‘적’을 엄연히 구별하는 감정을 전제로 하는

64) Günther Jakobs, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck: Verlag Ferdinand Schöningh, 2004. S.41.

65) 김일수, 『전환기의 형사정책』, 전개서 95면.

66) Jakobs, Terroristen als Person im Recht?, Zstw 117, 2005, S.839ff.; 김일수, 『전환기의 형사정책』, 전개서 96면에서 재인용.

67) 김일수, 『전환기의 형사정책』, 전개서 96면.

68) Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt, Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende: Rückbesinnung und Ausblick: C.H. Beck, 2000.S.444.

69) Roxin, AT I, §2 Rn.129.

70) 김일수, 『전환기의 형사정책』, 전개서 97면.

71) Il-Su Kim, Punitivistische Grundtendenzen der gegenwärtigen Kriminalpolitik, 『고려법학(제56호)』, 2010., 542면.

72) Vgl. Dombos, Mensch und Strfe, 1957, S.163. 김일수, 『전환기의 형사정책』, 전개서 99면에서 재인용.

73) 청와대 민원청원 사이트. 2019년 5월 29일 방문. <https://www1.president.go.kr/petitions/579927>

행진이다. 현재 이에 대해 우리는 아직은 그래도 “그래, 이것은 일부 사람들의 감정적인 호소야”하고 생각하여, 과분한 형벌은 피해야 한다는 그나마 ‘이성적’인 판단을 할 수 있다. 하지만 만약 이것이 주관적인 감정보호소가 아니라, 즉 그 호소의 대상은 엄연히 ‘우리’와 다른 ‘적’임을 증명해줄 수 있는 객관적인 증거 또는 평가 기준이 존재한다면 우리는 과연 잔존한 이성을 유지할 수 있을지 의문스럽다.

Dave Eggers가 2013년에 출판한 소설 『The Circle』에서는 이름이 ‘The Circle’이라는 회사를 묘사하였다. 이 회사는 데이터를 이용하여 전 세계를 지배하는 능력이 있다. 이 회사는 사용자의 소셜네트워크, 은행 송금 정보, 신용카드 사용 기록, CCTV에 기록된 행위 등 데이터를 수집하여 그 사람의 신용등급, 구매 경향, 도덕적 평가, 위험 정도 등을 종합적으로 평가한다. 따라서 사람들의 신뢰도는 물론이고 사회 위험성 평가까지 되어, 위험성이 적은 자는 청색으로 표기되고, 일반 경범죄자는 황색, 폭력범죄자는 적색으로 표기된다.

이는 터무니없는 천일야화는 아니라고 생각한다. 실은 중국에서는 이미 이런 체계에 진입했다고 볼 수 있다. 2014년 6월 14일 중국 국무원은 「사회 신용체계 건설 계획 강령(社會信用體系建設規劃綱要)(아래 “신용체계 계획”이라 함)」을 발표하였다. 이에 따르면 중국은 2020년까지 모든 중국 국민들이 생활과 생산에서 반영되는 신용 관련 데이터를 수집하여 사회 신용체계를 구

축하고, 신용 우수자는 격려하고 신용 불량자는 각종 불이익을 받게 하여 사회의 신의성실 의식과 신용 수준 향상에 목적을 두고 있다.⁷⁴⁾ 현재 사회 신용체계의 구축은 중국 전역에서 이루어지고 있다.⁷⁵⁾ 비록 이러한 신용체계 구축이 개인 권리에 대한 침해가 아닌지에 대한 논의는 여전하지만 중국의 전국적인 사회 신용체계는 단기간에 구축될 것으로 예상된다. 이러한 체계가 구축되면 개인의 신용 상황과 주요 재산 상황도 모두 대체로 반영될 수 있다고 예측한다.⁷⁶⁾

언급한 대로, 중국의 사회 신용체계란 한 사람의 신뢰 가능성을 판단하는데 사용될 수 있지만, The Circle 회사처럼 사람들의 위험성까지 판단할 수 있다면, 청색의 ‘우리’는 적색의 그들을 과연 어떻게 볼 것일까? 다시 청색이 될 수 있는 ‘우리’의 일원으로 보아 그들이 ‘우리’와 같이 밥먹고 여행하거나 근처에서 산책하는 것을 허용할 할 수 있을까? 아니면 일단 그들과의 연동을 끊고, 두려움 때문에 항상 거리를 두다가, 그들이 진짜 범죄를 범하였을 때, 쌓여 있던 두려움과 분노가 터져서 “이에 대해 무관용의 원칙과 과도한 양형, 아니, 무조건 사형에 처하여야 한다!”고 고래고래 외치지 않을까? 이러한 ‘우리’들의 외침에 대해, 국가는 또 어떻게 대응할까? 국가의 권위와 엘리트들의 지혜로 이성의 끈을 잡아줄 수 있을까, 아니면 ‘우리’들의 불안감과 동요를 잠재우려고 적색의 그들에 대한 전면 전쟁을 선포할까? 옳고 그름의 판단을 떠나, 미국의 애국법 통과, 영국이 유럽연합에서

74) 예를 들면 신용 우수자는 공무원임용이나 임대 및 승진 심사에서 특별대우를 받거나 낮은 이자 대출이 가능하지만, 신용 불량자는 공무원임용에서 제한을 받을 뿐만 아니라 심지어 여행도 제한받을 수 있다. 신용평가에 반영되는 항목들은 주로 신상 안정성(주민등록 여부), 금융 기록(카드 사용 및 대출 여부), 지급이행 능력(통장 잔고, 재산 상황), 신용불량 기록 및 범죄기록 등이다.

75) 상하이시는 이미 2017년 10월부터 「상하이시 사회 신용조례」를 실시하였고, 베이징은 지난 2018년 5월부터 <베이징시 공공 신용 정보 관리방법>을 실시하였다. 11월에 발표한 「베이징시 상업경영환경 최적화에 관한 행동계획(2018년~2020년)」에 따르면 2020년까지 베이징시는 사회 신용조례 관련 입법을 완성하고, 전시 상주인구에 대한 ‘개인 신용점수’평가 시스템을 구축한다고 하였다.

76) 장지화, “미국의 임시제한명령(Temporary Restraining Order)제도와 한중 양국에서의 도입에 대한 고찰” 『인권과정』, 2019(6), 87면.

탈퇴하고, 트럼프의 당선 등을 돌이켜 보면 아마도 후자의 확률이 더 높을 것이다.

3. 평가

자유에 대한 갈망이 일정하게 채워진 반면 후 현대사회에서 공포와 불안에서 떨고 있는 우리에게 사회적 안정과 사회연대성 유지에 도움이 되는 엄벌주의는 일정한 범위 내에서 허용되어야 하기에, 위험대처를 위한 형법 체계를 보통의 생활 상태에 대해서는 부드러운 최후수단의 법으로, 특별한 위험 상황에 직면해서는 강한 우선수단의 법으로 신축성 있게 접근하는 형법 체계로 재수립해야 한다. 즉, 법치국가 형법의 기본 원칙들은 지켜야 하지만, 사회의 발전에 의한 일정한 변화는 있어야 한다. **법학이란 일종의 과학이다. 과학은 일종의 방법론이지 진리가 아니다. 과학에서 기존의 ‘진실’이 부단히 새로운 과학기술의 발전으로 새롭게 발견된 진실에 대체 되는 것처럼, 법조인들도 기존의 법 원칙이 반드시 변하지 않는 진리로 고수하는 것은 과학의 속성에 부합하지 않는다. 다만 유일하게 변하지 말아야 하는 원칙은 바로 인간의 존엄성 보장과 인류의 번창이다. 이러한 관점에서 본다면, 일정한 범위 내 엄벌은 허용되어야 하고 또 적절하게 적용될 수도 있다.**

하지만 일정한 엄벌의 허용 한계를 특히 유의하여야 하고, 적대 형법의 적용은 금지하여야 한다. 적대 형법은 특정한 범죄자군을 마치 인간이 아닌 야수가 한 것처럼 보고, 형벌의 적용은 물론 전반 형법의 기반을 적과의 전쟁을 전제로 하고 있다. 이는 인간 사회가 낳은 범죄자를 천성적인 악마로 보고, 범죄자들은 사회와

연대해서는 안되는 야수로 취급하여 사회에서의 철저한 배제를 허용한다. 이는 사회를 ‘아군’과 ‘적’, 또는 ‘인간’과 ‘비인간’으로 구분하여, 사회의 연대성을 끊어버리는 위험한 이론이다. 따라서 일정한 엄벌을 허용하는 형법 체계의 재수립 과정에서, 그 한계의 설정에 유의하여 적대 형법으로 넘어가지 않게 극히 신중해야 한다.

V. 결론 - 여이박빙(如履薄冰)

본문은 아동 관련 범죄를 중심으로 최근 중국 형법에서의 엄벌주의 경향을 살펴보고, 아동 관련 범죄에서 엄벌주의가 이루어지는 원인을 분석을 통해 한국과 중국뿐만 아니라, 전 세계적으로 형벌의 강력화가 이루어지고 있는 원인을 분석해 보았다. 그 원인에 대해, 본문은 지금과 같은 위험 사회와 알맹이 사회(Die granulare Gesellschaft)에서,⁷⁷⁾ 기존의 응보 형법은 물론이고 피해자가 형법에서의 이방인이 되어버린 전통 법치국가의 예방형법도 이미 사회발전의 전반 요구에 도달하지 못하고 있으며, 현재의 사회에서 여전히 인간의 존엄 실현과 평온한 인류사회 연대성을 유지하고자 한다면 기존의 응보성과 책임성만 고집할 것이 아니라, 일정한 정도 내에서의 엄벌주의는 허용해야 한다고 본다. 하지만 일정한 정도의 엄벌주의를 허용한다고 하더라도 그 정도가 지나쳐 감정으로 연대되어 있는 인간 사회를 “우리”와 “적”으로 갈라놓는 적대적 형법으로 가는 것은 극히 주의해야 한다.

특히 중국처럼 i) 헌법에서 계급투쟁을 인정하고 있고,⁷⁸⁾ ii) “문화대혁명(文化大革命)”이라는 사회계층 적대화 역사가 있었고, iii) 국가의 안전과 발전을 위해서는 필요하겠지만 권력을

77) Christoph Kucklick著, 黃昆, 夏柯譯, 《微粒社會》, 2018年, 中信出版社.

78) 중화인민공화국 헌법 서문: “우리나라에서 착취계급은 계급으로서 이미 소멸했지만, 계급투쟁은 아직 일정한 범위에서 장기간 존재할 것이다. 중국 인민은 우리나라 사회주의 체도를 적대시하고 파괴하는 국내의 적대 세력 및 적대분자와 반드시 투쟁해야 한다.

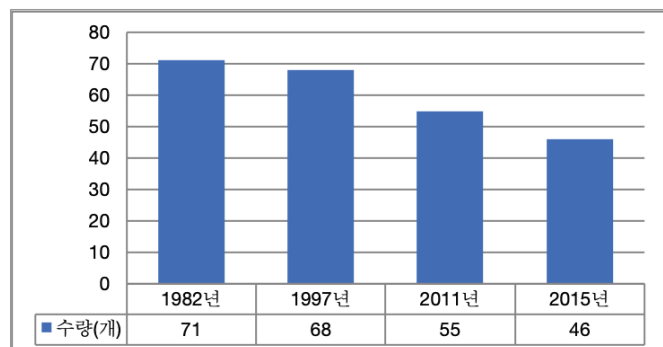
남용하는 리스크가 전형적인 민주주의 국가보다 큰 일당제 공화주의를 유지하고 있는 상황에서, 특히 적대형 형법으로 나가지 않도록 더욱 더 신중해야 한다. 중국에서 엄벌주의 허용이란 여이박빙, 즉 살얼음판을 걷는 것과 같다는 것을 중국의 법조인들은 항상 명기해야 한다.

하지만 중국의 사법은 여전히 희망을 빛을 뿜어주고 있다. 특히 사형의 신중한 처리에 관하여 중국은 많은 심혈을 기울이고 있다. 2007년 1월에 중국은 기존의 법원조직법을 수정하여 사형 집행의 동의권을 최고인민법원에 부여하였다. 이로써 모든 2심 법원의 사형 판결은 최고인민법원의 심사와 동의를 받아야만 집행이 가능해졌다. 또 최고법원의 심사는 단지 서면심사가 아니라 반드시 피고인에 대한 심문을 전제로 하는 실질적인 심사를 진행해야 하고, 2012년이 되어서야 형사소송법에 대한 제2차 수정으로 도입된 비법증거배제 규정은 이미 사형사건에서 2007년부터 적용되고 있다. 그리고 2011년 형법 수정안(8)에서 절도죄, 귀금속 밀수죄 등을 비롯한 13개 죄명의 사형적용을 폐지하고, 형법 수정안(9)에서 사기죄, 위폐제조죄(偽造貨幣罪) 등을 비롯한 9개 죄명의 사형적용을 폐지하였다.

이외에도 중국은 2018년 10월 26일, 2012년 이후 6년 만에 <형사소송법>을 전면 개정한 형소법 수정안(3)을 통과하였는데, 본 수정안으로 “인죄인벌(認罪認罰)”제도를 도입하였다. 소위 “인죄인벌”제도란 범죄피의자, 피고인이 사실대로 자신의 범죄행위를 진술하고, 고발한 범죄사실을 승인하며 처벌의 수락에 응할 경우, 관대한 처리를 받을 것을 기대할 수 있다는 제도를⁷⁹⁾ 말하는데, 이는 중국에서 형벌의 구체적인 집행에 있어서 엄벌 적용에 대한 한계를 두고자 하는 노력을 보여주고 있다. 그리고 중국 형사법 제170조에 의하면, 인죄인벌의 적용은 피해자 또는 소송대리인의 의견을 청취하여 기록하여야 하며, 변호인, 피해자 또는 소송대리인이 서면 의견을 제출한 경우 사건 파일에 부착하여야 한다고 규정하여 피해자의 권리도 보장해 주고 있다.

엄벌은 허용하되 남용의 방지하고, 적대 형법의 적용은 금지하며, 사법권의 독립을 위해 노력하고 동시에 국민들의 법치 의식 향상에 부단히 힘을 기울인다면, 중국 형법도 점차 중형주의에서 벗어나 사회발전에 적절한 형벌 적용의 패턴과 기준을 찾아갈 것이라 믿는다.

[표 2]: 중국에서 사형이 적용되는 죄명의 수



79) 개정 후 형소법 제15조: 범죄피의자, 피고인이 사실대로 자신의 범죄행위를 진술하고, 고발한 범죄사실을 승인하며 처벌의 수락에 응할 경우, 관대하게 처리할 수 있다.

< 참고문헌 >

단행본

- 김일수, 『범죄피해자론과 형법정책-어느 실정법의 안락사』, 세창출판사, 2010.
- 김일수, 『공정사회로 가는 길』, 세창미디어, 2010년.
- 김일수, 『전환기의 형사정책-패러독스의 미학』, 세창출판사, 2012.
- 배종대, 『형법총론』, 홍문사, 2013.
- 이재상, 『형법총론』, 박영사, 1999.
- 정영일, 『형법총론』, 박영사, 2007.
- Christoph Kucklick著, 黃昆, 夏柯譯, 『微粒社會』, 中信出版社, 2018.
- Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt. Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende: Rückbesinnung und Ausblick, Munich: C.H. Beck Veröffentlichung, 2000.
- Gerlinda Smaus. Das Strafrecht und die gesellschaftliche Differenzierung, Sinzheim: Nomos Veröffentlichung, 1999.
- Günther Jakobs. Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Paderborn: Verlag Ferdinand Schöningh Veröffentlichung, 2004.
- Claus Roxin. Strafrecht Allgemeiner Teil I, Munich: Beck C. H. Veröffentlichung, 2005
- Werner Beulke. Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau: Verlagsgruppe Hüthig-Jehle-Rehm, 2012.
- John Pratt. Penal Populism:1st Edition, London: Routledge Publishing, 2006.

논문

- 김일수, “형법상 책임과 예방과의 관계” 『고대 법학논집』, 1984.
- 김일수, “현대 형사정책의 강벌주의적 기본경향” 『고려법학』 제56권, 고려대학교 법학연구원, 2010년.
- 안나형, “중형주의적 형벌정책에 관한 비판적 연구” 『法學論議』 제23권 제1호, 2016.
- 이기현, ‘범죄학적 선입견에 관한 고찰’, 이수성선생 환갑기념 논문집, 2000.
- 이상운, “형법상 책임과 형벌목적의 관계” 『형사법연구』 제14호, 2000.
- 이인석/임정엽, “개정형법상 유기징역형의 상한조종에 관한 고찰” 『형사법연구』 제22권 제3호, 2010.
- 장지화, “미국의 임시제한명령(Temporary Restraining Order)제도와 한중 양국에서의 도입에 대한 고찰” 『인권과정의』, 2019.
- 張明楷, “倫刑法的謙抑性” 『法商研究中國政法學院學報』, 1995年第4期.
- Il-Su Kim, Punitivistic Grundtendenzen der gegenwärtigen Kriminalpolitik 『고려법학』 제56호, 2010.

주제어 : 엄벌주의, 아동 대상 범죄, 적대 형법, 중국 형법, 알갱이 사회

Keywords : harsh punishment, crimes against children, hostile criminal law, Chinese criminal law, Die Granulare Gesellschaft