

형법 일부개정법률안에 대한 반대 의견

1. 서론

이번 형법 일부개정법률안의 인신매매행위 처벌 관련부분은 각종 착취 목적의 인신매매죄를 신설하여 인신매매의 처벌범위를 확대하는 내용으로써 2000. 12. 13. 우리나라가 서명한 ‘국제연합 국제조직범죄방지협약’(United Nations Convention against Transnational Organized Crime) 및 ‘인신매매방지협약’의 국내적 이행을 위한 입법으로 이해된다.

이번 형법개정안은 위 의정서의 이행입법의 성격을 가지므로 위 의정서가 지향하고자 하는 바를 온전히 담아내어 구체화 하는 성격을 띠는 것이 바람직할 것이다. 그렇다면 이번 개정안이 다양한 형태의 인신매매 행위의 근절하고, 인신매매를 사전에 예방하고, 피해자를 보호하고자 하는 위 의정서의 취지를 살릴 수 있는 유효한 방안인지 검토해 보고자 한다.

2. 인신매매 피해자 보호와 지원에 관한 포괄적인 입법의 필요성

인신매매에 관한 의정서는 크게 인신매매에 대해서 3가지를 규정하고 더 넓게는 4가지를 규정하고 있는데, 그 3+1이란 국가의 인신매매 예방/방지, 국가의 인신매매 범죄자 처벌, 국가의 인신매매 피해자 보호와 지원, 그리고 국가 간의 협력으로 정리할 수 있다. 이와 같이 위 의정서가 인신매매에 관하여 포괄적인 접근을 하는 이유는 예방, 처벌, 보호 나아가 협력이라는 프레임워크가 함께 작동할 때 인신매매 문제에 대처할 수 있기 때문이다. 유럽에서도 위 의정서가 만들어진 후 EU차원의 포괄적인 법률이 만들어진 바 있다.

이러한 의정서의 포괄적 접근의 취지에 비추어 우리법의 입법상황, 개정법률안을 검토해 보면 현재 인신매매 피해자에 대한 보호와 지원은 거의 전무한 상황이라 보아도 무방하다. 인신매매 피해자들은 가장 기본적인 체류에 있어서도 보호를 받지 못하여 인신매매 범죄자가 처벌된다고 하여도 인신매매 피해자는 한국에 체류할 수가 없다. 이와 같은 사정으로 인하여 인신매매 피해자가 가해자를 고소하고 수사과 재판에 협력하는 것을 사실상 기대할 수가 없고, 결과적으로 수사과 재판과정에서 인신매매 범죄를 입증하기가 현실적으로 어렵게 되는 것이다.

이번 형법개정안은 인신매매 처벌규정만을 추가하는데 그치고 피해자의 보호에 대해서는 침묵하고 있는데, 의정서의 취지, 인신매매 가해자에 대한 수사와 재판과정에서 피해자 진술의 확보의 필요성을 고려하면 인신매매 처벌규정과 더불어 피해자 보호와 지원에 관하여도 함께 입법이 이루어지는 것이 바람직하다고 본다.

3. 형법 개정안이 의정서상의 인신매매행위에 대응할 수 있는 규정인지 여부

인신매매 행위를 형법개정의 형식을 통하여 입법하는 것은 형사법의 기본법인 형법에 인신매매죄를 규정하여 인신매매행위에 대한 국가의 강력한 처벌의지를 표명하여 보다 강력한 일반예방적 효과를 가져올 수 있다는 점에 의의가 있다. 그러나 형법개정의 방법으로 기존 형법상의 사람에 대한 약취, 유인, 매매죄가 규율하지 못하였던 인신매매 행위들, 예를 들면 형식상 피해자의 동의가 있고, 물리적·실력적인 지배관계는 없으나, 기망, 취약한 지위의 남용, 권력의 남용 등의 방법에 의한 인신매매 행위들에 대해서 유효하게 대처할 수 있는지를 살펴볼 필요가 있다.

1) 의정서상의 인신매매의 의미

우선 의정서를 보면 인신매매 정의 규정을 분석해 보면 3가지 요소가 있음을 알 수 있는데, 3가지 요소는 행위와 목적과 수단이다. 어떤 행위가 인신매매가 되기 위해서는 우선 그 행위가 모집, 이송, 운송/전달, 은닉, 수수가 되어야 하고, 그 수단은 위협, 폭력이나 다른 강제력의 사용, 납치, 사기(기망), 기망(기만), 권력의 남용, 취약한 지위의 남용, 다른 사람을 지배하고 있는 사람의 동의를 얻기 위해 benefits이나 payments를 지급하거나 수수하는 것이다. 마지막으로 목적은 ‘착취의 목적’인데, 그 목적으로서 최소한, 성매매, 다른 성적 착취, 강제노동, 강제 서비스, 노예(1926년 관련 협약), 노예와 유사한 행동(1956년 관련 협약, debt bondage, 노예servile 와 같은 형식의 결혼, 예속(servitude, 세계인권선언 4조, ICCPR 8조), 장기 적출을 들고 있다. 이러한 개념 정의에서 지적할만한 가장 중요한 것 중에 하나는 위와 같은 수단과 목적을 갖고 위와 같은 행위를 하였다면 피해자의 동의 여부와 상관 없이 인신매매로 규정하고 있다는 점일 것이다.

2) 현행 형법상 “약취·유인, 매매”의 개념에 관한 판례의 해석

우선 현행 형법상 인신매매행위에 적용가능한 법조문의 해석과 적용실태, 인신매매 처벌실태에 관하여 살펴보면, 형법 제288조 제2항의 부녀매매죄의 부녀매매의

개념에 관하여 대법원은 “부녀매매란 거래 일방인 매도자가 그의 완전한 사실상의 지배하에 있는 부녀를 (추업에사용할 목적으로) 물건처럼 대가를 수수하고 상대방의 사실상의 지배하에 옮기는 것으로서 본죄의 성립여부는 매도인이 매매 당시 부녀자를 실력으로 지배하고 있었는가 여부, 즉 계속된 협박이나 명시적 혹은 묵시적인 폭행의 위협 등의 협박한 분위기로 인하여 보통의 부녀자라면 범질서에 보호를 호소하기를 단념할 정도의 상태에서 그 신체에 대한 인계인수가 이루어졌는가의 여부에 달려있다(대법원 1992.1.21. 선고 91도1402)”라고 해석하여 피해자에 대한 강제력 행사를 그 요건으로 하고 있다. 또한 인신매매행위의 처벌에 활용 가능한 다른 형법상의 조문인 제288조 제1항, 제289조의 약취, 유인의 개념에 관하여도 사람을 ‘사실적 지배’아래로 옮기는 행위, ‘사실적 지배’란 ‘물리적·실력적 지배’를 의미한다고 보아(대법원 2007.5.11. 선고 2007도2318, 대법원 2009.7.9. 선고 2009도3816 판결) 그 요건을 매우 엄격하게 해석하고 있는바, 현재의 처벌규정만으로는 위에서 언급한 바와 같은 다양하고 교묘한 방식으로 형식상 피해자의 동의를 얻어내어 행해지고 있는 인신매매 행위에 대해 사실상 처벌의 공백이 존재한다고 할 만한 상태이다.

3) 형법개정안의 검토

새로운 형법개정안은 ① 약취·유인 행위에 대하여 제288조 제2항에 “노동력 착취, 성매매와 성적 착취, 장기적출을 목적의 약취·유인행위”에 대하여 처벌규정을 추가하고, ② 제289조에 인신매매에 관한 일반적 처벌규정과 보다 구체화된 가중처벌 규정을 두는 것으로 요약할 수 있다. 목적의 범위를 넓혀 처벌 가능한 약취·유인 행위 행위의 범위를 넓히고, 인신매매에 대한 일반적 처벌규정을 둔 것인데 과연 이러한 개정안이 위에서 지적한 바와 같은 현재 처벌이 어려운 인신매매 행위들에 대해 유효한 대응책이 될 지는 심히 의문스럽다. 대법원이 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률에 나오는 인신매매의 개념에 대해서는 형법상의 인신매매개념보다는 넓게 해석하고 있기는 하나, 위 형법 개정안과 같이 입법될 경우 죄형법정주의의 원칙, 다른 형법규정(기존의 인신매매 처벌규정)과의 해석의 균형상 새로 입법된 인신매매 규정의 “약취, 유인, 매매”의 해석에 대해서만 기존의 해석과는 달리 넓게 해석할 리가 없기 때문이다. 지금까지의 인신매매 사건에서 법원은 피해자의 동의여부를 심사하고, 동의가 있다면 “약취·유인, 매매”에 해당하지 않는다는 입장을 보이고 있는데, 판례의 이러한 태도는 인신매매 행위가 ‘강제력, 물리적, 실력적 지배’라는 요건을 갖추어야만 부녀매매, 각종 약취·유인죄로 처벌할 수 있다는 일관된 전제 때문인 것으로 보인다.

그렇다면 새로운 형법개정안으로 형식상 피해자의 동의가 있고, 물리적·실력적인 지배관계는 없으나, 기망, 취약한 지위의 남용, 권력의 남용 등의 방법에 의한 인신매매 행위들은 처벌 대상이 될 것인가? 부정적이라고 본다. 피해자의 형식상의 동의가 있으면 강제력, 물리적·실력적 지배가 인정되지 않게 되고, “약취·유인, 매매”에 해당하지 않게 되기 때문에, 아무리 새로 추가된 “노동력 착취, 성매매와 성적 착취, 장기적출의 목적”이 인정된다고 하더라도 처벌이 불가능하다. 위 개정안은 현재 처벌하지 못하고 있는 인신매매 행위에 대해 실효성 없는 대책이 될 가능성이 크다.

4) 소결

이러한 결론이 도출되는 까닭은 형법개정안의 형식으로 인신매매죄에 대한 입법이 이루어지기 때문인데, 형법개정안의 형식으로는 법체계상, 다른 규정과의 해석과의 균형상 새로운 의미의 인신매매 행위들을 포괄하는 개념을 만들기가 쉽지 않다. 따라서 형법개정안과 같이 인신매매 처벌규정을 신설하는 것과 별도로 단일한 법을 제정 하거나, 형법개정안의 형식이 아닌 단일한 법 제정을 통해 다양한 인신매매 행위들을 포괄할 수 있는 개념정의 규정을 두어 인신매매 행위에 대해 실질적인 처벌범위를 확대하는 것이 바람직한 대응책이 될 것으로 본다.

5. 결론

인신매매방지 의정서는 다양한 형태의 인신매매 행위를 방지하기 위하여 인신매매 행위의 개념을 포괄적으로 규정하여 처벌하고, 인신매매 예방, 피해자 보호와 지원을 통하여 인신매매에 대하여 유효하게 대처하고자 하는 취지를 담고 있다. 이번 형법 일부개정 법률안은 제안이유에서 의정서의 이행입법을 위한 것이라 밝히고 있으나, 기존의 인신매매 개념정의에서 탈피하지 못한 인신매매 처벌규정을 신설하고 있을 뿐, 인신매매 피해자 보호, 인신매매 예방에 대해서는 침묵하고 있다. 의정서의 이행입법이 그 취지를 살려 인신매매에 유효하게 대처하기 위하여는 특별법 제정을 통하여 인신매매 행위에 대하여 포괄적이고 구체적인 개념정의 규정을 두어 인신매매 행위를 처벌하고, 인신매매 피해자 보호, 예방에 대한 규정을 두어 인신매매 행위자에 대한 처벌 못지않게, 인신매매 피해자의 보호가 중심이 된 입법이 필요하다고 본다.

단일한 인신매매에 관한 법을 제정하기 전에 형법 개정을 통해 인신매매를 처벌한
다고 하더라도 의정서 수준의 인신매매 행위에 관한 정의 규정이 없는 한 죄형법정
주의 때문에 기존의 협소한 인신매매 해석이 여전히 적용되어, 형식적으로는 인신
매매 처벌 규정을 두었다고 자랑할 수 있을지는 몰라도 실질적으로는 의정서의 이
행 입법으로서는 전혀 기능을 하지 못하게 될 것이다.