

‘보다 더’ 확장된 위해의 원칙을 향하여
- 그루밍과 가스라이팅을 중심으로 -
Further Extension of the Harm Principle
- With Regard to “Grooming” and “Gaslighting” Aggressions

김 지 훈

목 차

- I. 들어가며: 형사법의 본질로서의 ‘자유-제한 원리’
- II. 자유-제한 원리들에 대한 기존의 논의들
 - 1. 존 스튜어트 밀의 <자유론>
 - 2. 조엘 파인버그의 <형사법의 도덕적 한계>
 - (1) Harm-to-Others 원리
 - (2) Offense-to-Others 원리
- III. 기존의 원리들의 확장의 필요성
 - 1. 그루밍/세뇌의 경우
 - (1) 논의의 범위
 - (2) 그루밍의 방식
 - (3) 기존 원리들로의 포섭의 불가능성
 - 2. 가스라이팅의 경우
- IV. 새로운 ‘위해’로서의 자율성의 침해와 그 이론적 구성
 - 1. ‘자율성’의 구성과 밀/파인버그와의 차이
 - 2. 사회적 상호작용 규범에 대한 롤즈적 해결: 무지의 베일
 - (1) 롤즈의 방법론: 무지의 베일
 - (2) 현재 사안에의 적용
 - 3. 판례: 대전지방법원 2022. 3. 11. 선고 2020나102561 판결
 - 4. 다른 학자들의 이론과의 구별
 - (1) 칸트와의 차이
 - (2) 라즈와의 차이
 - 5. 자율성의 침해에 대한 구체적 판단기준
- V. 나가며

I. 들어가며: 형사법의 본질로서의 ‘자유-제한 원리’

형사법의 본질이 무엇인지에 대해서는 여러 논의가 있지만 - 예컨대, 범죄에 대한 사회의 응보라는 관점에서 바라볼 수도 있을 것이고, 혹은 추후에 일어날 수 있는 범죄들을 예방한다는 측면에서 바라볼 수도 있을 것이다 - 학설의 대립에도 불구하고 모두의 동의를 얻을 수 있을만한 진술은 “형법이 규율하는 영역은 어떤 행위가 우리 사회에서, 그리고 우리의 법체계에서 받아들여질 수 없는지를 결정하는 ‘비난가능성’의 영역이다”라는 것이다. 형벌에 대한 응보이론의 입장에서 보아도 응보가 정당화되기 위해서는 대상 행위가 비난가능해야 하며, 예방이론의 입장에서 보아도 특정 행위를 예방할 필요성은 궁극적으로는 그것이 비난가능하다는 사실에서 도출되기 때문이다. 그리고 이러한 비난가능성은 결국 “~를 저지르는 것은 *도덕적으로 잘못되었다*”라는 규범적이고 윤리적인 판단이라고 할 것이다.

그렇다면 ‘도덕적으로 잘못’ 된 것과 ‘형법적으로 처벌하는 것’ 사이의 간극은 어떻게 설명할 수 있는가? 이에 대해 미국의 법철학자 파인버그(Joel Feinberg)는 형사법률을 “합법화(legitimize)” 하는 유효한 도덕 원리들과, 그것을 “정당화(justify)” 하는 정치적 고려/유용성 등의 원리들이라는 이분법¹⁾에 기반한 설명을 제시한다. 즉, ‘유효한 도덕 원리들’에 의해서 ‘도덕적으로 잘못된’ 행위라고 판명된 것들 중에서 국가의 정책적 필요, ‘잘못됨’의 정도, 응보의 필요성, 사회적 비용 등을 고려하여 특별히 ‘형사적으로 처벌’ 해야 할 것들을 선별한 후, 거기에 대해 (국가가 독점한 강제력으로써) 적절한 정도의 처벌을 가하는 것이 형사법의 핵심이라는 것이다.

그렇다면 결국 형법의 “한계”는 도덕이 끝나는 지점일 수밖에 없다. 여러 규범들 중 최종적으로 실정법이 될 규범들은 정치적/경제적/정책적 고려들을 거쳐 (하트적 의미에서) ‘승인’ 되는 것이겠지만, 어쨌든 그 승인의 정의역은 ‘특정 행위가 우리 사회에서 도덕적으로 잘못되었다’는 선언들이기 때문이다. 하지만 주지하다시피, 이 ‘도덕적으로 잘못되었다’라는 판단의 근거에 대해서는 수많은 학설들이 난립하고 있는 실정이다. 가장 넓은 차원에서의 대립은 칸트를 필두로 한 의무론적 시각과 벤담을 필두로 한 결과론적 시각의 대립일 것이고, 그 안에서도 자유주의, 공리주의, 후견주의 등 다양한 시각들이 난립하면서 격론이 이어지고 있는 추세이다.

상술한 파인버그는 존 스튜어트 밀과 같은 자유주의자들의 뒤를 이어, 이와 같은 윤리적 시각들은 결국 기본적으로 전제되어있는 자유를 제한하는 원리들(liberty-limiting principles)에 해당한다고 주장하며, 이를 그의 4권에 걸친 저작인 <형사법의 도덕적 한계>에서 구체화한다. 그는 해당 시리즈의 1권에서는 타인에게의 해악²⁾ (harm to others), 2권에서는 타인에게의 혐오유발행위³⁾ (offense to others), 3권에서는 자기 자신에게의 해악 (harm to self), 4권에서는 해악 없는 악행(harmless wrongdoing)을 다루며, 이 중 전자의 두 원리를 ‘확장된 위해의 원칙’으로서 타당한 자유-제한 원리로 받아들이고, 후자의 두 원리를 각각 법후견주의와 법도덕주의라고 하여 배척한다. 즉, 타인에게 해악을 입히거나, 혐오를 유발하는 행위들은 형법상으로 처벌가능한 범위에 속할 수 있다는 것이다.

후술하겠지만 파인버그가 이와 같이 이론을 구성했던 것은 Stanton-Ife⁴⁾가 적절히 지적한 것과 같이, 존 스튜어트 밀이 최초로 주장하였던 위해의 원칙에서 지칭하는 ‘위해’가 무엇인지가 충분히 구체적이지 않기 때문에 그것을 현대의 형법적 상황에 맞도록 적절히 확장 및 정교화할 필요가 있었기 때문이다. 특히나 문제가 되었

1) Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Others(Volume I)*, Oxford University Press(1984). p.6.

2) 혼동의 방지를 위해, 이하 밀이 사용했던 의미에서의 harm은 위해로, 파인버그가 사용했던 의미에서의 harm은 해악으로 번역하기로 한다. 후술하듯, 둘이 지칭하는 harm은 각각 그 외연이 다르기 때문이다.

3) Offense에 대해서, 김은희(2015)의 번역을 따랐음을 밝힌다.

4) John Stanton-Ife. *The Limits of Law*, Stanford Encyclopedia of Philosophy(2022).

“he[John Stuart Mill] seems throughout to think no further explanation is necessary, and to count on any literate speaker of English to accept his application of the word[harm] or of some proxy for it.”

던 것은 ‘정신에 대한 위해’ 등의 물리적/신체적인 범위를 벗어난 위해가 인정될 수 있을지의 여부였는데, 각국의 형법과 판례들에서는 이것이 일찍이 인정되고 있음에도 불구하고⁵⁾ 이것이 밀의 이론에서는 인정되는지, 그리고 인정된다면 어느 정도까지 인정되는지의 여부가 모호하였기 때문이다. 파인버그는 이에 대해서 해악을 명확하게 정의하고, 또 ‘협오유발행위’ 라는 범주를 추가하여 위해의 원칙을 확장함으로써, 형사법상 처벌가능한 행위의 범위가 어디까지여야 하는지를 적절히 설정한 바 있으며, 본고도 기본적으로는 이와 같은 파인버그의 이론적 틀에 동의하는 입장이다.

하지만 본고의 목적은 더 나아가, 그가 구성하고 있는 해악(harm)과 협오유발행위(offense)라는 개념틀 속에 포섭되지 않는 독자적인 유형의 ‘위해(넓은 의미에서)’가 존재한다는 것을 보이고, 이를 자유주의적 형법이론의 틀 속에 포섭하고자 함에 있다. 특히 이를 밝히기 위해 (성인을 대상으로 하는) 그루밍(혹은 세뇌) 행위들, 그리고 가스라이팅이라는 새로운 ‘악행(evil)’의 유형을 제시하고, 이들이 기존의 해악/협오유발행위의 원리로는 완전히 포섭될 수 없음을 확인한 뒤, 이들을 포섭할 수 있는 새로운 유형의 위해로서의 “자율성의 침해”와 이를 판단할 기준을 제시하고자 한다. 자유에 적절한 한계를 설정하는 것은 역설적으로 자유를 더 꽃피울 수 있는 환경을 만드는 것이기에, 이와 같은 새로운 자유-제한의 원리의 발전으로 말미암아 궁극적으로는 더 성숙한 공존의 윤리를 형성하는 데에 기여할 수 있을 것으로 기대한다.

II. 자유-제한 원리들에 대한 기존의 논의들

우선 파인버그의 이론에 들어가기에 앞서, 고전적 저작인 존 스튜어트 밀의 <자유론>을 먼저 짚고 넘어갈 필요가 있다. 파인버그의 이론은 결국 존 스튜어트 밀의 이론에 상당 부분 기대어 그를 구체화하는 데에 머무르고 있기 때문이고, 또한 왜 위해의 원칙이 다른 많은 자유-제한 원리들을 제치고 ‘유일한’ 자유-제한 원리로서 우뚝 서야만 하는지에 대해서도 밀의 입장을 그대로 가져가고 있기 때문이다. 따라서 본고에서는 우선 밀의 이론을 간략하게 서술한 뒤, 파인버그가 그 이론을 어떻게 보다 더 구체화하였는지에 대해서 논하고자 한다.

1. 존 스튜어트 밀의 <자유론>

존 스튜어트 밀은 그의 저서 <자유론>의 서론에서, “나는 공리를 모든 윤리 문제의 판단 근거로 보지만, 그 공리란 진보적인 존재인 인간의 항구적 이익에 근거를 두는 가장 넓은 의미의 공리여야 한다.”⁶⁾라고 명시적으로 밝히고 있다. 즉, 그의 아버지 제임스 밀 및 그의 친구 제러미 벤담이 주창했던 공리주의적 입장을 그의 사상의 기본으로 삼아, “공리”를 그의 논의의 핵심적인 근거로 삼았던 것이다.

하지만 밀은 단순한 공리주의적 입장을 견지하는 데에서 그치지 않고, 이를 보다 확장하여 ‘어떤 행위규칙을 세우는 것이 (문제된 사건에서뿐만이 아니라, 보다 일반적으로) 공리를 극대화할 수 있을까’를 고민하는 규칙 공리주의로까지 나아갔다. 그리고 <자유론>은 바로 이런 규칙 공리주의적인 관점에서, 개인의 자유를 최대한 보장하는 것(물론 위해의 원칙이라는 제한은 주어지지만)이 궁극적으로 최대한의 공리로 이어진다는 것을 주장한 저술이다. 이는 단순히 자유라는 것이 절대적으로 지켜져야 할 자연권이므로 보호되어야 한다는 식의 논변이 아니라, 이를 통해서 공리가 (장기적인 관점에서) 증진되기 때문에 지켜져야 한다는 것으로서, 이를 통해 비로소 자유에 어떠한 ‘제한’이 가해지는 것이 체계적으로 정당화될 수 있는 길이 열렸다는 점에서 획기적이라 할 수 있다.

5) 예컨대 우리 판례(서울중앙지방법원 2018.10.11. 선고 2018고단3213 판결)에서도 지속적 폭언에 따른 우울증의 발병이 상해죄를 구성한다고 본 바 있으며, 그 외에도 여러 ‘협오유발행위’들을 처벌하는 법인(공연음란죄 등)이 존재한다.

6) 존 스튜어트 밀, 박홍규 옮김, “자유론”, 문예출판사(2009). p.44.

그리고 그는 이 ‘제한’의 “유일한” 원리로서, 바로 자기보호(self-protection)의 원리⁷⁾를 제시한다. 즉, 사회가 강제/통제⁸⁾로써 개인을 대하는 것이 정당화될 수 있는 유일한 상황은 바로 타인에 대한 “위해(harm)”를 방지하고자 할 때밖에 없다는 것이다. 주지하다시피 이것이 바로 “위해의 원칙(the harm principle)”이라고 불리는 원칙이며, 이는 특정 개인의 자유에 개입하는 것은 그의 행위가 타인에게 위해를 입힐 때에만 가능하고, 그렇지 않다면 그의 모든 행위에 대해서 자유를 보장하여야 한다는 것을 내용으로 한다.

여기에서 ‘유일한’ 자유-제한의 원리라고 규정되어있다는 것이, 이것이 유일하게 가능한 (좁은 의미에서의⁹⁾) ‘윤리관’이라는 의미는 아니라는 점은 명확하게 하고 넘어가야 할 것이다. 오히려 이것은 종교에 따른 극심한 이념 갈등이나 민주주의 국가의 발흥(및 프랑스 혁명과 같은 “일탈”) 등의 역사적 사건들을 목도한 결과, 수없이 많은 (개인적인) 윤리관들의 존재를 전제로 하여, 그들이 평화롭게 공존하기 위한 사회의 공적 조건을 설정하고 있는 것이라고 읽어야 할 것이다. 각자가 각자의 윤리관이나 가치관을 자유롭게 가질 수 있도록 열어두되, 그것을 남에게 강요할 수는 없어야 한다 - 심지어 그것이 “틀렸”더라도 - 는 것이 존 스튜어트 밀의 주장의 핵심인 것이고, 이후 파인버그도 ‘자유에 대한 추정’이라는 개념으로써 이를 원용하고 있다. 어쨌든 이를 위해서 밀은 i) “가장 넓은 의미에서의 양심의 자유”, ii) “취향과 탐구의 자유”, iii) “개인들의 단결 자유”라는 세 가지 핵심적인 자유들¹⁰⁾이 보장되어야 함을 책의 나머지 부분에 이어서 역설하고 있지만, 이에 대해서 구체적으로 다루는 것은 본고의 범위를 일탈하는 일이므로 여기에서 줄이도록 한다.

상술하였듯, 존 스튜어트 밀은 이 ‘위해’가 정확히 어떤 것을 의미하는지에 대해서는 명확하게 밝히고 있지 않다. 같은 책의 4장에서 “타인의 권리에 대한 침해, 즉 자신의 권리에 의해 정당화될 수 없는 손실이나 손해를 타인에게 끼치는 경우, 타인과 거래하면서 사기나 배신을 하는 경우, 타인에 대한 자신의 유리한 위치를 부당하거나 무자비하게 이용하는 경우, 심지어 타인을 침해받지 않도록 보호하는 것을 이기적인 이유에서 단념하는 경우¹¹⁾” 등으로 어느 정도 추가적인 설명을 하고 있지만, ‘손실’, ‘손해’와 같은 개념어들이 어느 정도의 외연을 갖고 있는지는 여전히 불명확한 탓이다. 따라서 위해의 원칙은 형법의 도덕적 경계를 확정짓는 데에 있어 하나의 방향성이 될 수는 있겠지만, 그것만으로는 명확하지 않으므로 보충이 필요하며, 이것이 바로 파인버그가 기여한 부분이라 할 수 있을 것이다.

2. 조엘 파인버그의 <형사법의 도덕적 한계>

상술하였듯, 파인버그는 그의 4권에 걸친 저작 중 첫번째 편을 타인에 대한 해악에, 그리고 두번째 편을 타인에 대한 혐오유발행위에 헌정하고 있다. 그리고 그는 이것 두 가지만을 존 스튜어트 밀이 ‘위해의 원칙’이 구체화된 자유-제한 원리들로서 인정하고, 나머지 3권과 4권에 걸쳐서는 자기에 대한 해악(Harm to self. 이것을 금지하는 것은 범후견주의(Legal Paternalism)에 해당할 것이다), 해롭지 않은 악행(Harmless Wrongdoing. 이것을 금지하는 것은 범도덕주의(Legal Moralism)에 해당할 것이다)에 대해서 설명하고 있으며, 이들을 금지하는 것은 타당하지 못하다고 주장하고 있다. 이에 본고에서는 그 중 1권과 2권에서 설정된 해악(harm)과 혐오유발 행위(offense)의 정의에 대해 살펴보고자 한다.

7) Ibid. p.42.

8) 여기서 이 강제/통제의 수단은 “법적 형벌이라는 형태의 물질적 힘이거나 여론이라는 도덕적 강제여도 무방”하다는 점에서 존 스튜어트 밀은 형법의 이론을 구성하고 있는 것은 아니지만, 상술하였듯이 결국 형법의 영역은 도덕의 영역 내에서만 구성될 수 있는 것이기에, 이는 사실상 형법의 ‘경계’를 확정짓는 것에 다름아니다.

9) 물론 이것도 가장 넓은 의미에서 보자면 공리주의와 평등주의를 기반으로 하는 하나의 메타적인 윤리관이기는 하겠지만 말이다.

10) Ibid. p.47.

11) Ibid. p.170.

(1) Harm-to-others의 원리

우선 파인버그는 harm이라는 단어가 일상적으로 사용되는 맥락을 세 가지 측면에서 분석한다¹²⁾. 그 중 첫번째는 ‘사물에 대한 해악¹³⁾’ 이고, 파인버그는 이에 대해서 이는 엄밀한 의미에서의 해악이 아니라 파생적인(derivative) 의미에서의 해악일 뿐이며, 이것을 위해 원칙에서 말하는 해악에 포함하는 것은 타당하지 않다고 설명한다. 사물은 인간에게 특정한 가치로서 연결되어 있을 때에만 ‘해악’ 이 가해질 수 있으며, 이때의 ‘해악’ 을 입는 주체도 그 사물이 아니라 그 인간이라는 것이다.

두 번째 맥락은 이익(interest)에 대한 좌절이다. 여기에서 ‘이익’ 이라고 함은 ‘지분을 갖고 있다(have a stake)’ 라는 뜻으로, 특정 개인의 안녕(well-being, 이에 대해서는 후술한다)이 특정 행위에 의해서 부정적으로 변한다면, 그것은 ‘해악’ 을 구성한다는 것이다.

마지막 맥락은 남의 권리를 부당하게 침해하는 악행¹⁴⁾(wrongdoing)이다. 이것은 물론 두번째 맥락(이익에 대한 좌절)과 겹치는 경우가 대부분이겠지만, 특정인에게 배타적으로 할당되어있는 권리를 침해하는 것 자체로도 하나의 ‘해악’ 을 의미하는 것으로 통상적으로 받아들여진다는 것이다. 파인버그는 그 예로서 사유지에 무단 침입을 드는데, 이것은 아무런 ‘이익’ 도 해하지 않았지만 그럼에도 불구하고 그 사유지의 주인의 권리를 부당하게 침해한 것이기 때문이다.

그리고 파인버그는 이와 같은 세 맥락에서의 위해 가운데에서 자유-제한 원리의 요소로 고려되어야 할 것은 후자의 두 가지이며, 또한 이 모두가 만족되어야 한다고 주장한다. 즉, 객관적 요소로서 ‘이익의 좌절’ 이 존재하고, 또 주관적 요소로서 ‘침해의 부당성’ 이 모두¹⁵⁾ 존재해야만 그것이 사회적으로 비난가능하고, 또 형법이 금지할 수 있는 행위가 된다는 것이다.

1) 이익¹⁶⁾: 여기에서 말하는 (형법적으로 보호될 수 있는) 이익을 파인버그는 복지 이익(welfare interest)와 이면적 이익(ulterior interest)으로 구분하고 있다. 이면적 이익이라 함은 그 사람에게 있어서 인생의 궁극적 목적을 달성하는 것을 의미하며, 복지 이익은 그것을 달성하기 위한 수단 - 일반적으로 건강, 시간, 돈, 등등이 있을 것이다 - 을 의미한다. 특정인의 행위가 타인의 이와 같은 이익들 중 하나를 부당하게 침해한다면, 그것은 형법의 보호대상이 된다.

무언가가 ‘복지 이익’ 에 해당하는지를 판단하는 것은 그다지 어렵지 않은 일이다. 이 이익은 수단적인 의미를 갖기 때문에, 다른 이면적 이익의 성취 여부가 해당 이익의 상태에 따라서 달라질 수 있다면 그것은 수단적 이익이 된다. 반면에, 특정 이익이 ‘이면적 이익’ , 즉 인생의 목표 중 하나가 되기 위해서는 해당 개인의 욕망(want)이 필수적으로 개입되어야 한다. 물론 욕망 자체만으로는 바로 ‘이면적 이익’ 으로 포섭될 수 없고, 그에 대한 현실적 성취가능성이 뒷받침되어야만 한다는 점은 유의하여야 하겠지만, 이 욕망의 차원은 개개인에게 특유한 것으로서, 이를 자유롭게 자신이 원하는 대로 꾸려나갈 수 있다는 것이 바로 “자유” 의 핵심이고, 이에 대한 직/간접적인 부당한 침해는 형법적으로 처벌받을 수 있어야 한다는 것이 파인버그의 주장이다. 매우 투박하게나마 요약해보자면, 한 개인의 자기실현을 직/간접적으로 (부당하게) 방해하는 모든 행위는 그 개인에게 있어서 해악에 해당한다는 것이다.

12) Feinberg(1984), op.cit. pp.32-36.

13) 파인버그는 예로 ‘작물이 냉해를 입는다(frost does harm to crops)’ 등의 문장을 든다.

14) 김은희(2015)는 이를 “위법행위” 라고 번역하지만, 여기에서 파인버그가 의미하는 것은 후술하듯 ‘법에 위반되었는지’ 라기보다는 보다 전(前)-법적인, “권리에 대한 침해” 이기 때문이다. 따라서 본고에서는 이것을 wrongdoing이라는 문언에 충실하게, “악행” 으로 번역하고자 한다.

15) 파인버그는 피해자가 동의한 행위와 같은 “부당하지 않은 이익의 좌절”, 혹은 증여의사의 철회와 같은 “이익의 좌절 없는 부당한 악행” 처럼, 두 요소 중 하나만 있는 경우에는 형법적으로 처벌할 수 없다고 본다.

16) Ibid. pp.37-38.

2) 부당한 침해¹⁷⁾: 파인버그는 이것의 요건으로, i) 고의/과실로 인한 행위(부작위도 포함한다)일 것, ii) 도덕적으로 정당화되거나 면책될 수 없을 것, iii) 상대의 권리를 침해할 것을 꼽는다. 우선 ‘행위일 것’과 ‘고의/과실’의 요건들은 명확하며(일반적인 형법이론에 따라서 이해하면 될 것이다), 또한 도덕적 정당화와 면책도 각각 위법성조각사유와 책임조각사유가 있는지의 여부이다. 따라서 가장 핵심이 되는 요건은 권리에 대한 침해가 있었는지의 여부이다.

여기에서 권리는 개인이 i) 특정 다른 개인에게 유효하게 청구할 수 있는 것(우리 법체계의 용어를 빌리자면 *대인적 청구권*일 것이다)과 다른 모든 개인들에게 유효하게 청구할 수 있는 것(*대세적 청구권*)을 포괄하는 것이기도 하지만, ii) 그것을 법적으로 집행할 것을 국가에게 청구할 수 있을 것이라는 의미를 동시에 가지기도 한다. 파인버그는 i)을 도덕적 권리, ii)를 법적 권리라고 부르며, 둘이 언제나 동일한 것은 아니라고 이야기한다. 그리고 그가 구성하는 위해의 원칙에서 ‘부당한 침해’가 ‘법적 권리’에 대한 침해라고 설정하는 순간, 일종의 순환논증(“형사적으로 처벌가능한 것은 타인의 법적 권리를 침해하는 행위이다”)이 되어 논의가 의미 없게 되므로, i)을 택한다. 즉, 파인버그가 구성하는 harm-to-others 원리에서 문제가 되는 것은 도덕적 권리들이지, 법적 권리가 아니라는 것이다.

그렇다면 다음으로 나올 질문은 당연히 ‘도덕적 권리’라는 것은 어떻게 구성되는가이다. 이는 법 이전에 ‘유효하게 존재하는 권리’로서의 자연법적 권리들을 암시하는 것처럼 보이기도 하고, 파인버그도 이와 같은 우려들에 대해서 충분히 인지하고 있다. 즉, 자연법적인 권리 이론에 대해서 많은 철학자들이 반발한다는 것을 알고 있고, 자연법적인 권리 이론을 받아들인다고 하더라도 그 안에서 타인에게 청구할 수 있는 권리와 그렇지 않은 권리들을 나누는 기준을 마련해야 한다는 어려움이 있기 때문이다.

하지만 파인버그는 이와 같은 것에 대해서 ‘완전한 도덕적 체계’를 만들 필요까지는 없고, 이 기준을 의외로 쉽게 마련할 수 있다 - 추측컨대, 현존하는 도덕의 이론들을 고려하였을 때, 이들 모두가 동의할 수 있을 법한 문장 정도는 쉽게 도출할 수 있으므로 - 고 본다. 예컨대 타인에 대해서 고통을 일으키는 것을 인생의 목표로 삼아서 ‘이면적 이익’으로 삼는다고 해도 그것을 존중해줄 수는 없는 것처럼, 어떤 이익이든 간에 타인의 이익을 침해하는 이익이 있다면 그것은 도덕적으로 정당화될 수 없다는 것이다. 바꿔 말하면, 어떤 이익이 되었던 간에, 그것이 다른 사람의 이익을 침해하는 이익이 아닌 이상 우리는 타인에 대해서 그를 존중하고 간섭하지 말 것을 청구할 수 있다는 것이다.

요컨대, harm-to-others 원리는 i) 고의 혹은 과실로, ii) 위법성이나 책임을 조각할 사유 없이, iii) 타인의 이익을 침해하고, iv) 그에 대해 인과관계가 인정되는 v) 행위(부작위를 포함하여)라면 그것은 도덕적으로 비난가능하고, 따라서 형법적으로 금지할 수 있다는 원리라고 할 수 있다.

(2) Offense-to-others의 원리

파인버그는 우리가 싫어하는 모든 것들이 (상술한 의미대로의) ‘해로운’ 것은 아니라고 주장하며, 이익을 좌절시키지 않지만 우리에게 부정적인 감정이나 감각을 일으키게 하는 것들이 있다고 본다. 이를 그는 ‘혐오유발행위(offense)’라고 불렀다. 나아가 그는 위의 ‘해악’과 마찬가지로 이 단어가 사용되는 경험들을 다음과 같은 세 종류로 구분한다¹⁸⁾.

첫 번째는 바로 고통이다. 여기에는 물리적 고통도 포함되지만, 우울, 후회, 슬픔과 같은 정신적 고통들도 포함된다고 파인버그는 설명한다. 물론 고통이 너무 심해져서 어떤 후유증이 남게 되거나, 혹은 다른 이익들을 추

17) Ibid. pp.105-115.

18) Ibid. pp.45-50.

구하는 데에 방해가 될 정도라면 그것은 ‘해악’에 포섭될 것이므로 제외해야 하겠지만 말이다.

두 번째 분류는 바로 (협의의) 혐오유발행위(offense)이다. 이 두 번째 분류에서는 이익에 대한 좌절이나 고통을 야기하지는 않지만 그럼에도 불구하고 사람들이 싫어하는 상태들을 다룬다. 즉, 짜증남, 죄책감, 반응적인 분노나 두려움 등이 존재한다. 바로 다음의 분류와 비교하여, 이 분류는 상대가 의도적으로 야기한 것들을 의미한다는 점이 차이점이다.

세 번째 분류는 위의 ‘넓은 의미에서만 혐오유발행위에 해당하는 것(파인버그는 그래서 이것을 “기타(Other)”라고 명명한다)’으로서, 상대가 직접적으로/의도적으로 야기한 것은 아니지만 어쨌든 상대의 행위로 인하여 생겨난 불쾌한 상태들을 포괄한다. 여기에 해당하는 것들은 걱정, 부끄러움, 실망, 지루함 등이 있을 수 있다.

파인버그는 이와 같은 행위들을 통틀어 (넓은 의미에서의) offense라고 통칭하고, 이에 대해서도 처벌이 ‘직관적’으로 요청된다고 보지만, 이에 대해서는 해악의 원리만을 통해서 처벌을 할 근거를 마련하기가 쉽지 않다고 본다. 따라서 별도의 ‘offense-to-others의 원리’를 마련하여 이를 처벌가능한 범위 내에 포섭(물론 파인버그는 이는 해악을 가하는 행위들보다는 훨씬 경한 처벌을 해야 한다고 본다¹⁹)하려는 것이 그의 기획이었다. 이를 위해서도 위의 해악과 마찬가지로 객관적인 요건 - 위의 세 가지 의미의 offense 중 하나를 행하였을 것 - 과 주관적인 요건 - 그것이 타인의 권리를 부당하게 침해할 것 - 을 만족하여야 하며, 다만 피해자가 그 부당한 침해에 대해서 꼭 알아야 할 필요는 없다고 보았다.

하지만 이런 혐오유발행위들을 처벌한다는 것은 반대로 말하자면 이익에 좌절을 가져오지도 않는 행위를 근거로 그 행위자의 자유(이것은 ‘이익’이다)에 대해서 제한을 가하는 것이기 때문에, 비교형량이 필요하다. 즉, 행위자의 행위에 대해서는 i) 그것이 얼마나 사회적으로 가치있는지, ii) 동기가 무엇이었는지, iii) 회피가능성이 있었는지와, 피해자에 대해서도 i) 불편함의 크기, 정도, 지속성과 ii) 그 불편함을 받지 않는 것에 부여되는 사회적 가치, iii) 피해자가 회피할 수 있었는지의 여부, 그리고 이 불편함을 방지함으로써 얻어지는 공익의 정도를 고려해야 한다²⁰는 것이다.

이런 혐오유발행위들의 예시로서, 파인버그는 i) 불쾌한 감각(악취, 소음 등)을 야기하는 것, ii) 역겨움을 유발하는 것, iii) 도덕/종교/애국적 감수성에 대한 충격을 유발하는 것, iv) 부끄러움, 창피함, 불안감을 유발하는 것, v) 짜증, 지루함, 욕구불만을 초래하는 것, vi) 공포, 치욕, 분노를 야기하는 것 등을 꼽고 있다²¹.

또한 중요하게 살펴야 하는 것은, 여기에서 판단의 기준은 피해(이는 해악의 원리와 혐오유발행위의 원리에 걸쳐서 마찬가지로 적용된다)를 받은 그 특정 개인이 아니라는 것이다. 즉, 법이 보호하는 것은 ‘객관적’인 피해이고, 이것은 ‘평균인’을 그 상황에 넣었을 때에 피해를 받았을지의 여부이고, 이 범위를 벗어나는 그 사람만의 특수한 피해(예컨대, 그 사람의 ‘비정상적 민감성’ 등에 의한 피해)에 대해서는 형법적 보호가 아닌 민사적 보호 등의 비형사적 수단을 통해서 스스로 방어해야 한다.

요컨대, 파인버그는 “타인에 대해서 심각한 혐오유발행위를 하는 것을 방지하는 데에 효과적이고, 또 필요한 수단이라면 형사적인 처벌을 하는 것이 정당화된²²”고 주장하며, 혐오유발행위를 타인에게 해를 끼치지 않는지만, 그럼에도 불구하고 수인한도(이는 위의 이익형량으로 구체화될 것이다)를 넘을 정도로 불쾌함/불편함을 유발한다면 그것도 형사적으로 처벌할 수 있다고 하여 존 스튜어트 밀의 ‘위해의 원칙’을 확장하고 있다.

19) Joel Feinberg, *“The Moral Limits of the Criminal Law: Offense to Others(Volume 2)”*, Oxford University Press(1985), p.3.

20) Ibid. pp.7-9.

21) Ibid. pp.10-13.

22) Ibid. p.1.

Ⅲ. 기존의 원리들의 확장의 필요성

상술한 바와 같이, 자유주의 형법이론의 근간이 되는 위해의 원칙은 밑을 거쳐 파인버그에서 ‘해악’ 과 ‘힘 오유발행위’ 로 구체화된 바 있다. 하지만 현대에는 이런 개념틀로는 온전히 파악될 수 없는 새로운 유형의 행위들이 출현하고 있다. 이에 아래에서는 이의 대표적인 예시인 그루밍과 가스라이팅이라는 행위의 전형적인 행태에 대해서 살펴보고, 이것들이 어째서 기존의 원리들에는 포섭될 수 없는지에 대해서 확인할 것이다.

1. 그루밍/세뇌의 경우

(1) 논의의 범위

먼저 그루밍이 무엇인지에 대해서부터 살펴보자. 그루밍(grooming)의 사전적인 뜻은 ‘마부가 말의 털을 빗질 하고 목욕시켜 치장시키는 행위’ 로서, 타인의 마음을 교묘하게 조종하여 취약한 상태로 만든 후 자신이 원하는 바를 은근슬쩍 이뤄낸다는 것을 의미한다. 특히 Anna C. Salter는 아동/청소년을 대상으로 한 성범죄들에서, 성인이 아동의 감정적 취약성을 악용하여 “가해자가 피해 아동을 좀 더 쉽게 성적으로 학대하면서도 자신의 범행이 외부에 알려질 위험성을 낮추기 위하여 피해 아동을 *교묘하게 조종하는 과정[강조는 필자 주]*” 이라고 설명한 바 있으며, 저명한 범죄심리학자인 G. Sinnamon은 이를 성인에 대해 확대하여 ‘피해자가 가해자의 성적인 만족을 위해 *학대 또는 착취를 당할 준비가 된 모든 상황*²³⁾’ 을 그루밍이라고 정의하였다.

우리 법제에서도 현행법상 아동/청소년에 대한 그루밍 성범죄에 대한 명문의 법령은 존재하지 않지만, 아동/청소년의 성보호에 관한 법률 등에서 이를 다루고 있다²⁵⁾. 하지만 이는 일반적으로 아동과 성인 간의 특수한 권력관계나 아동/청소년의 궁박한 상태를 이용하는 것 등에 한정된다는 한계가 있으며, Sinnamon이 제시한 바와 같이 보다 일반적인 상황에서의 그루밍을 다루기에는 부족하다. 따라서 본고에서는 그루밍을 아동/청소년에 한정하기보다는, Sinnamon의 논의와 같이 성인 대상으로 확장(아동/청소년에 대한 그루밍을 배제하는 것이 아니라는 것엔 꼭 유념해야 할 것이다)해서 다루고자 한다는 점을 밝힌다.

나아가, 그루밍이라는 개념은 꼭 성범죄에 한정될 필요도 없다²⁶⁾. Sinnamon도 위의 논문에서 그루밍이 꼭 성범죄에 한정된다기보다는 “가해자가 피해자를 피해자 모르게(unwittingly) 조종하는 것 전체에 적용될 수 있다²⁷⁾” 고 서술하고 있듯이, 사실 그루밍의 결과로 일어날 수 있는 것은 꼭 성적인 폭력만 존재하는 것이 아니며, 그 결과는 재산에 대한 범죄나 피해자에 대한 권력 획득이 목적일 수도 있고, 심지어는 오히려 ‘긍정적인 기회’ 를 가져다주기 위한 그루밍도 있을 수 있다(예컨대, 자식을 의사로 만들기 위해서 노력하는 부모, ‘구원’ 을 얻을 수 있도록 하기 위해 종교에 은근슬쩍 끌어들이려는 종교인 등). 이처럼, 그루밍을 특징짓는 핵심적인 요소는 그 결과로서 나타는 성적인 폭력이 아니라, 그 과정에서 일어나는 교묘한 조종과 통제에 있다.

(2) 그루밍의 방식

Sinnamon은 위 논문에서 그루밍의 7가지 단계를 i) 피해자 선정, ii) 계획 및 정보 수집하기, iii) 개인적 연결고리 형성하기, iv) 욕구를 충족시키고 신뢰를 구축하기, v) 피해자 준비시키기, vi) 성적 접촉 선동하기(해당 논문

23) Anna Salter, “Transforming Trauma: A Guide to Understanding and Treating Adult Survivors of Child Sexual Abuse”, Newbury Park, California: Sage.

24) Grant Sinnamon, “The Psychology of Adult Sexual Grooming”, The Psychology of Criminal and Antisocial Behavior: Victim and Offender Perspectives, Elsevier(2017). p.462.

25) 보다 구체적인 사항들에 대해서는 공정식, “성인 대상 성적 그루밍 방식의 성폭력 평가”, 안전문화연구(2021), p.148를 참조하라.

26) 사실 ‘세뇌’ 라는 단어를 사용하는 것이 더 직관적이긴 할 터이지만, 일반적으로 이야기하는 세뇌는 보통 고문 등의 (복지 이익에 지대한 영향을 가져오는) 행위가 동반되는 일련의 프로세스를 지칭하므로, 논의에 혼선을 줄 것이 우려되어 여기에서는 ‘그루밍’ 이라는 단어를 택했음을 밝힌다.

27) Grant Sinnamon, op.cit., p.461.

에서는 성적 목적을 위한 그루밍으로 논의 범위를 한정하였다), vii) 피해자 통제 유지하기로 모델링하고 있다. 우선 취약한 상태(낮은 자존감/자신감, 성격장애 등)에 있는 사람들을 특별히 선정하여 정보를 모아야 한다. 궁박한 상황에 있을 필요까지는 없지만, 그 사람들이 특히 의존적인 성격이라든지 하는 정보가 있으면 좋다는 것이다. 그런 후에 행동을 개시하면, 처음에는 그 사람들의 필요를 맞춰주고 살살 구슬리며 다가가야 한다. 필요한 것들을 제공해주고, 감정적 필요에 부응해주고, 점차적으로 의지할 곳이 가해자밖에 없도록 상황을 설정하고, 피해자를 조종해나간다.

이 과정에서 일반적으로 피해자는 가해자가 자신을 돕는 고마운 사람이라는 생각을 갖고 가해자의 지시를 하나하나 따라 나가며, 그 과정에서 가해자의 지시를 따르는 것이 ‘당연하다’ 라는 생각을 갖도록 만든다. Simmon의 표현을 빌리자면, “피해자의 역제의 선을 낮추고, 둔감화하고(desensitize), 습관화시키며(habituate), 적절성(appropriateness)의 선을 흐리게 만든다²⁸⁾” 는 것이다. 점점 행위의 수위를 높여가면서 습관화시킨 이후에는 피해자는 ‘사로잡혀(entangled)’ 서 빠져나갈 수 없게 되고, 가해자는 피해자와 그 환경을 계속 통제해나가면서 이와 같은 관계를 유지한다.

(3) 기존 원리들로의 포섭의 불가능성

하지만 위와 같은 상황은, 기존의 ‘확장된 위해의 원칙’ 만으로는 제한적으로만 포섭할 수 있을 뿐이라는 점에서 문제적이다.

1) 우선 해약의 원칙을 고려해보자. 해약의 원칙에서는 i) 고의 혹은 과실로, ii) 위법성이나 책임을 조각할 사유 없이, iii) 타인의 이익을 침해하고, iv) 그에 대해 인과관계가 인정되는 v) 행위(부작위를 포함하여)를 형법적으로 처벌할 수 있다고 이야기한다. 이 중에서 i), ii), iv), v)의 요건들은 어렵지 않게 인정될 수 있지만, iii)의 요건이 특히 문제가 된다. 다음과 같은 사례들을 생각해보자.

a) 가해자가 피해자로 하여금 특정 사이버 종교집단에 가입하도록 하기 위해서 그루밍을 행해서, 피해자가 이제 온 인생을 바쳐서 그 종교에 헌신하는 경우. 이런 경우에 피해자들은 점차적으로 세뇌를 당하고 사고과정과 가치관 자체가 뒤흔들려서, 아예 ‘이면적 이익’ 의 체계 자체가 변해버리기 때문에 3)의 요건이 충족되지 않을 것이다. 이제는 피해자가 해당 종교에 재산과 시간을 갖다 바치게 되더라도, 그것이 ‘피해자가 원한 것’ 이 되어서 파인버그의 ‘이익’ 이라는 개념들 하에서는 ‘피해’ 로 포섭될 수 없는 것이다.

b) 가해자가 피해자로 하여금 자신의 성노예가 되도록 그루밍했고, 피해자가 그것을 ‘자각’ 하지 못하고, 위의 과정과 같이 당연하게 여기게 된 경우²⁹⁾. 이 경우에는 ‘피해자가 동의한 행위’ 가 되어, 이익의 좌절이 있었다고 볼 수 없게 된다. (마치 연인간의 상호 동의된 성관계에 있어서 ‘이익의 좌절’ 이 존재하지 않는 것처럼) 따라서 3)의 요건이 충족되지 않는다.

달리 말하자면, 파인버그가 구성했던 ‘이면적 이익에 대한 침해’ 가 유효하기 위해서는 그 ‘이면적 이익이 무엇인지’ 자체는 상대적으로 안정된 상태로 고정되어 있다는 것이 전제되어 있어야 한다. 그래야만 외부의 부당한 침해에 의해서 이것이 훼손된다는 것이 가능해지는 것이다. 예컨대 사기를 당하는 경우를 생각해보면, 그 피해자의 이면적 이익 자체는 그대로 존재하고, 단지 그것이 기망에 의거하여 좌절되는 것일 뿐이다. 하지만 특정 악의적 행위가 그 이면적 이익의 체계 자체를 바꾸어버리는 경우에는, 해약의 원칙은 유용하게 적용

28) Ibid. p.474.

29) 당연하게 여기지 않고, 여전히 반발하는 경우에는 당연히 ‘해약’ 을 구성할 수 있으며, 이는 기존의 강간죄로 처벌할 수 있을 것임을 여기서 밝혀둔다. 본고에서 문제삼고 있는 것은 이렇게 “성공” 해버린 그루밍의 경우이다.

될 수 없고 형해화되어버린다. 그 자체로는 이제 그 피해자의 ‘이익’에 부합하는 행위가 되어버리기 때문이다. 물론 예외적으로 그것이 아동/청소년과 같이 자신의 ‘이익’을 제대로 설정하지 못할 것이라고 기대되는 사람들에게 대해서는 이를 참작하여 처벌하기도 하지만(현재의 그루밍 성범죄가 상술하였듯 아동/청소년에 한정되는 이유도 이에 기인한다), 일반적인 성인의 경우에는 아무런 해악도 입하지 않은 것이 되어 처벌할 수 없게 된다.

물론 이에 대해 다음과 같은 반론이 있을 수 있다. 즉, ‘해악’을 산정하는 시점을 ‘모든 그루밍 행위가 시작되기 전’으로 설정한다면, 적어도 그 시점의 이면적 이익의 체계에 기반하여서는 이것을 ‘해악’으로 포섭할 수 있는 것이 아닌가 하는 것이다. 그렇다면 그루밍 과정에서 이면적 이익의 체계가 왜곡된다고 하더라도, 그것을 충분히 ‘해악’으로 구성할 수 있다는 것이다. 예컨대, 위의 종교단체 예시에서는 ‘피해자는 그루밍이 시작되기 이전에 이 결과를 알았다면 그와 친해지지도 않았을 것이고 그 단체에 가입하지도 않았을 것이다’라는 주장을 할 수 있을 것이다.

하지만 이와 같은 논의를 따른다면 ‘정당하게 변화된’ 이면적 이익 체계, 즉 사회생활에서 정상적으로 일어나는 상호작용의 결과까지도 ‘해악’으로 포섭시키게 된다는 점에서 이는 타당하지 못하다. 예를 들어, 위의 종교단체 예시에서 “가해자(행위자)”가 그루밍이 아닌 정상적인 포교 방법과 충분한 정보 제공을 통한 설득을 통해서 “피해자(피행위자)”를 개종시켰다고 상황을 바꾸어보자. 행위자가 행위를 시작하기 직전의 시점을 기준으로 피행위자의 이익 체계를 고정시켜놓고 ‘해악’을 산정한다면, 이런 ‘정상적’인 포교의 결과도 ‘해악’이 되어버리는 것이다. 따라서, 위 반박은 타당하지 못하며, 기존의 해악의 원칙으로는 이런 그루밍을 온전하게 포섭할 수 없다고 결론지어야 한다.

2) 그렇다면 혐오유발행위의 원리로의 포섭은 어떠한가? 위와 같은 행위들은 물론 그 과정에서 죄책감을 실어준다거나, 질타를 하는 식의 (그 자체로는 하나의 해악을 구성하지는 않지만, 부정적인 감정들을 불러오는) 과정을 동반할 수도 있다. 그리고 이런 것은 기존의 확장된 위해의 원칙 하에도 포섭될 수 있을 것이고, 그 혐오유발행위가 비교형량을 통해서 심각한 정도에 이르렀다면 어느 정도 처벌할 수도 있을 것이다. 하지만 그루밍의 과정은 죄책감을 실어준다거나, 질타를 하는 식으로만 이루어지는 것이 아니라는 점에서, 이와 같은 포섭은 불충분할 수밖에 없다. 그루밍의 과정에는 기만적으로 잘해주는 것, 가치관을 바꾸는 것, 조종하고 통제하는 것 등이 다 포함될 것이고, 이런 것들이 필연적으로 ‘부정적 감정’을 야기하는 것은 아니라고 할 것이기 때문이다.

예컨대 죄책감을 부여하고 질타하는 식의 ‘채찍’이 아니라, ‘당근’을 제시하는 방향의 그루밍도 충분히 있을 수 있다. 자신이 원하는 대로 하면 칭찬과 추가적인 보상을 제공하고, 그렇게 함으로써 결국 자신에게 심리적으로 의존하게 하고 ‘적절성의 선을 흐리게’ 만드는 것도 충분히 가능하기 때문이다. 이런 것은 부정적인 감정을 통해서가 아니라 긍정적 감정을 통해서 이루어지는 것이기 때문에, 혐오유발행위의 원리에 포섭되지 않는다.

또한 저런 부정적인 감정들을 유발하는 행위가 ‘혐오유발행위’ 하에 포섭된다고 하더라도, 그것만으로는 그루밍이 가지고 있는 독자적인 비난대상인 ‘타인의 의사를 자신의 마음대로 조종하고자 하는 의사’라는 것을 충분히 포착해낼 수 없다(단순히 타인에 대해 욕설을 내뱉음으로써 불쾌하게 만드는 것과, 그를 장기간 조종하여 가해자의 뜻대로 통제하는 것 사이에는 분명한 차이가 있으므로)는 점에서도, 혐오유발행위의 원리로써 그루밍을 규제하려는 시도는 불충분할 수밖에 없다. 그렇다면 우리는 결국 혐오유발행위의 원리는 그루밍이라는 과정의 아주 일부분만, 그것도 조건적으로 포섭할 수 있을 뿐이라는 결론을 내릴 수밖에 없다.

2. 가스라이팅의 경우

가스라이팅은 1944년 영화인 <가스등(Gaslight)>의 제목에서 비롯된 용어로, 그 영화의 주인공들의 행태가 우리 사회에서 벌어지고 있는 전형적인 심리적 통제 및 조종의 전형을 보여주고 있기 때문에 이런 이름이 붙었다. 해당 영화에서 “가해자인 남편은 끊임없이 주인공인 아내를 스스로 미쳤다고 의심이 들도록 만들어 아내의 현실감각, 판단력, 기억력에 영향을 주고, 스스로에 대한 확신이 약해지도록 정신적인 조정을 하면서 결국은 결혼생활 내내 주인공인 아내가 가해자인 남편에게 당하³⁰⁾” 게 되는데, 이와 같은 행태 전반을 영화의 이름을 따 가스라이팅이라고 부르기 시작한 것이다.

이와 같은 행태는 최근 들어 연인 등의 친밀한 관계 사이에서 쉽게 일어날 수 있는 정서적 가해의 일환으로서 많은 관심을 받아 왔고, 특히 모 배우들 간에 일어난 사건(가스라이팅 가해자가 피해자에게 스킨십이 들어가는 모든 배역을 거절하도록 만든 사건이었다)이 사회적으로 많은 관심과 비난을 받으면서 이것의 처벌가능성에 대하여 많은 관심이 있어 왔다.

오세연과 송혜진은 2021년의 연구에서 이와 같은 범죄의 진행과정을 상세하게 분석한 바 있다. 그들에 따르면, 가스라이팅 범죄는 i) 대상자 물색, ii) 세뇌 및 조작 등의 비정상적 심리통제, iii) 반복적/지속적 정신적 학대 및 2차 가해의 발생이라는 3가지의 단계를 통해 이루어진다. 여기에서 2차 가해의 발생은 물리적/신체적 폭력 등을 가리키고, 이것이 일어나면 그것은 ‘해악’ 으로서 별도의 범죄를 구성하게 되어 당연히 처벌가능한 것이므로 현재 논의에서는 제외하도록 한다.

즉, 현재의 논의에서 문제가 되는 것은 ‘세뇌 및 조작 등의 비정상적 심리통제’ 일 것이다. 연구자들에 따르면 가해자는 주로 “‘네가 잘못된 거야’, ‘네 말이 전적으로 틀렸어’ 등의 반복적인 메시지를 주입하여 피해자가 왜곡된 판단을 하게 하고, 가해자에 대한 의존성을 강화시켜 가해자에 대한 피해자의 신뢰를 서서히 형성하게 만” 들며, “가해자에 대한 의존력을 더욱 강화시켜 절대적인 신뢰와 의존력을 갖게 하여 외부환경과 완전히 차단하고 오직 가해자가 주는 정보에만 의존함으로써 피해자를 외부로부터 완전히 고립시켜 지배복종 등의 불균형한 권력관계로 발전” 시키게 되고, 결과적으로는 “절대적 신뢰형성 및 외부와의 완전한 단절로 고립되어진 상태로 가해자의 세뇌 및 조작적 통제가 가능” 해지는 단계에까지 이르게 만든다.

위의 정의 및 과정을 자세히 읽어보면, 저것은 조금 특수한 형태의 ‘그루밍’ 과 다를 바가 없다는 것을 쉽게 깨달을 수 있다. 즉, 앞서 논한 그루밍의 수단이 “거부, 반박 전환(피해자 생각을 의심하고, 화제를 전환해버리는 것), 경시, 망각³¹⁾” 등이 된 것뿐이고, 기본적인 구조는 완전히 동일하다는 것이다. 가해자는 이런 정서적인 수단들을 통하여 피해자에 대한 통제를 얻고, 피해자가 자신의 ‘이면적 이익’ 의 체계를 전환시키도록 만들어, 자신을 향한 침해에 대해서 기꺼이 동의하도록 만든다.

따라서 앞서 1.(3)에서 확인한 바와 같이, 가스라이팅의 경우도 그루밍의 특수한 경우로서, 기존의 ‘확장된 위해의 원칙’ 에 의해서 충분히 포섭될 수 없다.

IV. 새로운 ‘위해’ 로서의 “자율성의 침해” 와 그 이론적 구성

1. ‘자율성’ 의 구성과 밀/파인버그와의 차이

따라서 우리는 위와 같은 형태의 ‘가해’ 들을 포함하기 위하여 새로운 ‘위해’ 의 유형을 정립할 필요가 있다. 하지만 이를 구성하기 위해서는, 가장 근본적인 질문 - ‘그래서 무엇이 비난가능성이 있는 것인가?’ - 에 답해야 한다. 즉, 위 사례들에서 해악에도 포섭되지 않고, 혐오유발행위에도 포섭되지 않는다고 상정되었던 ‘그 무엇’ 의 정체를 밝히는 작업이 우선 선행되어야 한다.

이를 위해서는 결국 우리는 “자신에 대해, 즉 자신의 신체와 정신에 대해 각자는 주권자다³²⁾” 라고 서술한 밀

30) 오세연, 송혜진, “사례분석을 중심으로 한 가스라이팅 범죄의 진행과정에 관한 연구”, 한국융합과학회지(2021). pp.101-111.

31) Ibid. p.105

의 근본적 원리로 돌아갈 필요가 있다. 즉, 각 개인에게 ‘그것이 다른 이들의 권리를 부당하게 침해하지 않는 이상’ 최대한의 자율성과 행동의 자유를 보장해주는 것이 장기적으로 볼 때에는 최대한의 사회적 공리를 이룩해낸다는 것이다. 이와 같은 관점에서 볼 때, ‘위해의 원칙’은 행위자의 자유에 한계를 설정함과 동시에, 그 행위자의 행위에 영향을 받을 다른 사람의 자율성을 보장하기 위한 이중적인 성격을 갖는다.

또한 꼭 밀의 자유주의적/공리주의적 이론의 입장에서만 볼 것도 없이, 도덕 이론의 스펙트럼에서 밀의 공리주의적 입장과는 정반대의 지점에 위치해있다고 평가할만한 의무주의의 대표 주자인 칸트에 따르더라도 자율성은 핵심적인 가치로서 기능한다. 칸트에게 있어 실천이성은 스스로에게 행위의 준칙을 부여하는 ‘입법자’이고, 이 행위의 준칙은 다른 어떤 외적 계기에도 근거하지 않고, 오직 그 스스로의 자율에서 기인한 ‘필연성’에만 근거하기 때문³²⁾이다. 이처럼, 어떤 이론적 입장에 근거하더라도 자율성이라는 개념은 보호가치있는 법익으로서 구성될 수 있으며, 이를 파인버그의 개념으로 말하자면 ‘자신의 이면적 이익의 체계를 자기가 원하는 대로 세울 수 있는 것’을 지칭할 것이다. 나아가 이의 침해는 당연하게도 도덕적인 비난가능성이 있다고 할 것이다.

하지만 밀과 파인버그에 따르는 위해의 원칙은 이 부분에 대해서는 의도적으로 침묵을 지키고 있다. ‘위해’나 ‘해악’, ‘혐오유발행위’라는 것을 판정하기 위해서는 하나의 행위 전의 시점과 행위 후의 시점의 상태를 비교할 수 있어야 하고, 이런 전후시점의 비교가 가능하기 위해서는 ‘가치의 축’, 혹은 ‘이면적 이익체계’의 고정성이 전제되어야 하기 때문이다. 그래서 그들은 이면적 이익체계 자체의 변화에 대해서는 판단을 중지하고, 각자가 나름대로의 이익체계를 (적어도 행위의 순간에는) 고정된 상태로 갖고 있다는 전제 하에, 이에 대한 침해가 ‘위해’를 구성한다는 식으로 이론을 전개한다.

그렇다면 보다 포괄적인 위해의 원칙을 세우기 위해서는 이와 같은 이익체계의 변화 자체도 위해의 개념에 포섭할 수 있어야 할 것이다. 그렇지만 ‘어떤’ 변화를 위해로서 포섭해야할지에 대해서는 여전히 응답의 필요성이 있음에도, 밀과 파인버그의 이론적 체계로써는 이와 같은 과제를 적절히 수행할 수 없다. ‘전후시점의 비교’를 통하여 위해를 판정한다는 그들의 방식에서 유일한 가능성은 행위 시작 전의 이면적 이익체계를 토대로 행위 후의 상태를 판단한다는 것인데, 이는 상술하였듯 정상적 사회활동을 통한 가치관의 변화와 같은 ‘정당한’ 이익체계의 변화까지 위해로 포섭할 가능성이 있기 때문이다. 사람이 살아가는 과정에 있어 서로 영향을 주고받는 것은 필연적일 수밖에 없고, 그 상호작용의 과정 속에서 가치관이 달라지고, 인생의 목표와 ‘이면적 이익’이 수정되며, 그에 따라 ‘복지 이익’ 들에도 변화가 생기는 것은 자연스러운 일이다. 이와 같은 것까지 ‘자율성의 훼손’이라고 규정해버린다면, 이것은 사실상 인간의 모든 사회적인 활동을 봉쇄해버리고 개개인을 ‘원자적 개인’으로서 살아가게끔 만드는 것이 되므로, 타당하지 못하다.

따라서, 이 문제를 해결하기 위해서는 궁극적으로 자율성의 침해를 *결과 중심적 개념*이 아닌 *과정 중심적 개념*으로 파악할 것이 요청된다. 즉, 행위의 “결과”가 비도덕성의 근원이라기보다는, 특정한 ‘방식³⁴⁾’으로 타인에게 행위하는 것에서 비도덕성의 근원을 찾아야 한다는 것이다. 이런 식으로 자율성의 침해를 파악해야만 전후상태를 비교할 기준이 모호해진다는 결과 중심적 개념의 문제점을 극복하고, 특정한 방식으로 타인의 이면적 이익체계에 영향을 주는 것을 ‘위해’로 포섭할 수 있는 길이 열리게 된다.³⁵⁾

32) 존 스튜어트 밀, op.cit., p.43.

33) 백종현, “칸트에서 선의지와 자유의 문제”, 인문논총(2014), pp.11-42.

34) 즉, 행위의 결과로 나타난 이익체계가 어떠한 것인지에 대해서는 고려하지 않는다. 오직 그 결과로 가기 위한 ‘과정’에 대한 고려로 한정된다는 것을 꼭 유념해야할 것이다. 그렇지 않고 그 결과로서의 이익체계에 대한 평가를 한다면, 이것은 형사법을 수단으로 한 사상의 통제에 해당할 것이기 때문이다. 예컨대 위 종교단체로의 유인 예시에서는, ‘그 종교단체의 교리는 ~해서 잘못되었다’라고 판단하지 않는다는 것이다.

35) 이와 같은 “자율성의 침해”는 파인버그가 언급했던 하나의 ‘복지 이익’으로서의 “자유”에 대한 침해와는 전혀 다른 차원에서 구성된, 별개의 것이라는 점은 유념할 필요가 있다. 이는 다음 문단을 보면 더욱 명확해진다.

그리고 이렇게 보는 것이 우리의 직관에도 더 부합한다. 위의 그루밍과 가스라이팅이라는 예시에서도, ‘해악’이나 ‘혐오유발행위’로서 충분히 포착되지 않는 ‘그 무언가’는 바로 “누군가가 ‘저런 방식으로’ 나에게 영향을 미치는 것을 용납할 수 없다”라는 분노일 것이다. 예컨대, 자식이 잘 되기를 바라는 마음에, 의대에 진학해서 의사가 되어야 한다고, 그렇지 않으면 인생의 실패자가 된다는 식으로 극단적으로 세뇌/그루밍하는 부모들을 떠올려보자. 이 자녀가 실제로 성공적으로 의대에 진학해서 의사가 된 자신의 삶에 만족한다고 하더라도, 그것을 지켜보는 우리의 마음에는 ‘저런 식으로 자식을 조종하는 것이 진정으로 옳은가?’라는 찝찝함이 남는다. 또한 우리가 단순한 연인 간의 언어적 폭력보다 가스라이팅에 (심지어 ‘가스라이팅’이라는 새로운 개념까지 만들어 명명해가면서) 더 분노하는 이유는, 가스라이팅에는 그런 ‘언어적 폭력’을 넘어서는 무언가 - ‘그런 식의 조종을 용납할 수 없다’ - 가 있기 때문일 것이다.

이에 아래에서는 행위의 ‘방식’이 해악/혐오유발행위와는 별도로 하나의 ‘위해’를 구성할 수 있도록 하기 위한 구분기준에 대해 논의한다. 어떤 방식들이 문제적이고, 어떤 방식들은 문제적이지 않은지에 대해서 구분할 기준이 필요하고, 그 수인한도가 어디까지인지를 파악할 필요가 있기 때문이다. 이에 본고에서는 이를 위하여 아래와 같이 롤즈의 방법론을 차용하여 그 방향을 제시하고자 한다.

2. 사회적 상호작용 규범에 대한 롤즈적 해결: 무지의 베일

주지하다시피, 존 롤즈는 분배적 정의에 대해서 주로 논했던 정치철학자이기 때문에, 그의 <정의론>에서의 논의가 직접적으로 현재의 논의에 100% 적용되는 것은 아니라는 점은 분명히 해야할 것이다. 그가 주로 관심을 가졌던 것은 물질적/분배적 불평등의 문제였고, 현재 우리가 당면해있는 문제는 개인 간의 상호작용의 방식에 대한 문제이기 때문이다.

하지만 롤즈가 해당 저서에서 핵심적으로 던지고 있는 질문은 ‘어떤 물질적/분배적 불평등이 ‘용납가능’한 불평등인가에 대한 것이었고, 본고의 문제도 결과적으로 던지고 있는 질문은 어떤 상호작용방식이 용납가능하고, 어떤 것이 용납가능하지 않은가에 대한 것이기 때문에, 두 질문은 그 내용은 달리할지 몰라도 평행한 구조를 갖고 있다고 할 것이다. 따라서 롤즈가 저 질문을 해결하기 위해서 채택했던 방법론을 참고한다면, 현재의 논의에도 유용한 결실을 맺을 수 있을 것이다. 이에 아래에서는 롤즈의 이론을 (현재의 논의에 필요한 부분에 한해) 간략하게 설명하기로 한다.

(1) 롤즈의 방법론: 무지의 베일

롤즈는 기본적으로 모든 불평등이 나쁘다고 보지는 않는다. 모든 불평등을 제거하기 위해서는 우리는 모든 재능, 재산, 개성 등등을 다 제거해버리고 모든 사람들을 표준화된 클론들과 같이 만들어야 한다는 결론에 이르게 될텐데, 롤즈도 그것이 바람직하다고 보지는 않는 것이다. 이것은 너무 과도한 제한이며, 사회 전체의 이익에도 도움이 되지 않는다고 롤즈는 본다. 따라서 어느 정도의 불평등은 불가피하고, 또 정당할 수 있다는 결론

“[...]자유에 대한 이익은 얼마나 중요한 것인가? 인간은 대안적 행위의 가능성을 통해 ‘안전’과 ‘창조성’을 확보하므로 자유에 대한 이익은 기본적 복지 이익이다. 일반적으로 특정한 행위가 불법이 되면 그러한 행위를 할 자유는 모든 시민에 있어 사라진다. 그러나 다른 행위를 할 자유의 가능성은 열려있기 때문에 자유에 대한 이익은 관용할 수 있는 최소 수준 이하로 떨어지는 경우에만 침해되는 것으로 고려된다.” (김은희, “파인버그의 자유주의적 형법이론”, 서울대학교(2015), 석사학위논문. p.66.)

즉, 파인버그가 구성하고 있는 ‘자유의 침해’는 이면적 이익의 체계는 그대로 있고, 그 이익을 달성하는 데에 있어서 선택할 수 있는 경로의 수를 그 요소로 하고 있다. 하지만 여기에서 구성되고 있는 ‘자율성의 침해’란 그런 이익의 체계를 (용납할 수 없는 방식으로) 뒤흔들어버리는 것이기 때문에, 이에 별개의 차원에서 구성되고 있다는 것을 확인할 수 있다.

이 나오며, 이 정당성의 기준을 마련하는 것이 롤즈가 시도했던 것이 었다.

롤즈의 특유한 이론적 기여는, 이 정당성의 기준을 그 결과가 아니라, 그 ‘절차’ 에서 찾았다는 것이다. 이를 위해서 그는 ‘원초적 입장’, 혹은 ‘무지의 베일’ 이라고도 불리는 일종의 사고실험을 도입한다. 여기에서 사람들 “각자는 사회에 있어서 자기의 지위나 계층을 모르며, 천부적 자산과 능력, 지능과 체력, 기타 등등을 어떻게 타고나는지 자신의 운수를 모른다. 또한 누구든지 선에 대한 자신의 생각, 자신의 합리적 인생 계획의 세목을 알지 못하며, 또는 심지어 모험을 몹시 싫어한다든가 비관적, 혹은 낙관적인 경향과 같은 자기 심리적인 특징까지도 모르고 있다”. 또한 “당사자들은 그들이 속한 사회의 특수 사정도 모른다” 고 가정되며, “그 사회의 경제적/정치적 상황이나 그것이 지금까지 이룩해 온 문명이나 문화의 수준” 도 모르고 있고, 다만 유일하게 아는 것은 “인간 사회에 대한 일반적인 사실들”³⁶⁾ 일 뿐이다. 이를 칸트적 어휘로 표현한다면, 모든 ‘경향성’ 을 소거시켜버린 상태라고도 말할 수 있을 것이다. 나아가, 이런 원초적 입장에서 당사자들은 ‘합리적’ 으로, 상호에게는 무관심한 상태로 판단한다는 것도 가정된다. 이런 ‘원초적 입장’ 에 서있는 사람들이 합의 하에 도출하는 분배의 원칙들은 절차적 정당성을 갖고 있기 때문에, 그 분배가 완전히 평등하지 않더라도 정당화될 수 있다고 롤즈는 설명한다.

그리고 롤즈는 사람들이 이런 ‘무지의 베일’ 하에서 합리적으로 선택한다면, ‘최소 수혜자에게 최대 이익’ 이 보장되는 (그리고 그럼으로써 모든 집단의 이익이 증대되는) 분배의 규칙을 택할 것이라고 논증한다. 이를 최소극대화(minimax)의 원칙이라고도 부르는데, 무지의 베일 하에서는 사람들이 자신의 ‘베일 밖’ 의 지위가 어떨지 모르므로 가장 보수적이고 안전한 선택지 - 가장 불리한 지위가 놓이게 되더라도, 그나마 가장 나올 수 있는 분배의 규칙 - 를 고르게 된다는 것이다.

이와 같은 롤즈의 논의는 분배 규칙의 정당성의 문제를 그 결과가 아니라, 그 절차로 전이시켰다는 점에서 혁신적이라고 평가할 수 있다. 즉, 분배의 내용에 대해서 직접적인 원리를 제시하는 것이 아니라, 그것을 자유롭고 평등한 개인들이(롤즈의 ‘무지의 베일’ 하에 있는 개인들은 자유롭고 평등하다) 자발적으로 선택한 규칙이라는 형태로 정당화하기 때문에, 진정으로 “자유주의적” 인 분배의 원칙을 도출해낼 수 있었던 것이다.

(2) 현재 사안에서의 적용

위의 분배의 문제는 현재 사안에서 우리가 맞닥뜨린 ‘사람들 사이의 상호작용’ 의 문제와 대단히 유사하다. 모든 사람들을 100% 평등하게 만들 순 없고, 어느 정도의 불평등은 필요할 수밖에 없는 것처럼, 사람들이 서로 아무런 영향을 주고받지 않도록 만들 수는 없고, 어느 정도의 상호작용은 필수적으로 존재해야 하기 때문이다. 물론 ‘자원의 분배’ 와 달리 상호작용은 두 개인 간의 일이기 때문에 이를 온전하게 동일시킬 수는 없지만, 그럼에도 불구하고 ‘원초적 입장에서 이 원칙에 동의했을 것인가’ 라는 롤즈의 핵심적인 아이디어는 그대로 가져갈 수 있다.

즉, 롤즈의 분배의 원칙에서 ‘사회적 기본가치’ 가 수행하는 역할을 현재의 사안에서는 ‘자신의 삶을 원하는 대로 꾸려나갈 수 있는 자율성’ 으로, 그리고 필연적으로 존재해야만 하고 또 감내해야 할 ‘분배의 불평등’ 을 ‘타인이 나에게 영향을 미치는 방식’ 으로 유비시킨다면, 우리는 용납가능한 상호작용의 방식과 용납할 수 없는 상호작용의 방식을 구분할 수 있는 적절한 기준을 마련할 수 있게 된다. 달리 말하면, 어떤 상호작용 방식이 아무런 해악이나 혐오를 유발하지 않더라도(그리고 심지어 변화된 이면적 이익 체계 하에서는 ‘이익’ 이 된다 하더라도), 그러한 상호작용 방식/의사소통의 규칙에 대해서 우리가 ‘무지의 베일’ 뒤에서는 용납할 수 없다고 판단했다면 그것은 도덕적으로 비난가능하고, 따라서 형사적으로 처벌가능할 수 있다는 것이다.

36) 존 롤즈, 황경식 옮김, “정의론”, 이학사(2003). p.196.

우리가 원초적 입장에 서서 각자가 서로의 자율성을 존중하면서도 서로에게 영향을 미칠 수 있는 방식들, 즉 사회적 의사소통과 상호작용의 규칙들에 대해서 합의를 하게 된다면, 분배의 규칙들을 정할 때와 마찬가지로 보수적으로 접근할 수밖에 없게 될 것이다. 즉, 사회적 필요에 따라서 서로 필요한 만큼은 상호작용하고 영향을 주고받을 수 있게 하는 선에서, ‘가장 덜 자율성을 누리는 자(최소수혜자)’가 최대의 자율성을 누릴 수 있는 규칙을 선택하게 될 것이다. 이와 같은 ‘최초의 계약’에 위배되는 방식으로 상호작용을 시도하는 것은 그 사람에게 보장하기로 했던 최소한의 자율성을 침해하는 것이 되고, 따라서 해악/협오유발행위와는 별도의 의미에서 하나의 ‘위해’가 될 수 있다는 것이 본고의 주장이다.

이와 같은 방식으로 ‘위해’를 새롭게 확장한다면, 위에서 살펴보았던 그루밍이나 가스라이팅 등을 온전하게 포섭할 수 있는 길이 열리게 된다. 우리가 그루밍과 가스라이팅에 분노하는 이유는, 그것이 어떤 ‘해악’을 가져왔기 때문이라거나, 그것이 해악까지는 아니더라도 그 과정에서 어떤 ‘부정적 감정’을 불러일으켰기 때문이라기보다는, ‘누군가가 나에게 그런 방식으로 영향을 미치고 나의 가치관을 바꾸어놓는 것을 허락할 수 없다’라는 것에 대한 분노인 것이다. 종교단체로의 유인 사례를 다시 가져와보자. 해당 사례에서의 행위자가 단순히 친절을 베풀며, “자신이 요즘 믿고 있는 종교가 있는데 당신도 한번 믿어보는 것이 어떠한가”라고 설득을 통해서 포교를 시도하는 것은 충분히 사회상규상 일어날 수 있는 정상적인 상호작용일 것이다. 하지만 의존적일 것 같은 상대를 탐색하고, 처음에는 점점 잘해주면서 의존하게 만든 뒤에 그 취약성을 악용하여 그에게 스며들어 조종하는 것은 원초적 입장에서 합리적/이성적으로 판단하였을 때에 사회생활을 하는 데에 있어서 필수적으로 허용해야만 하는 상호작용의 영역이 아닐 것이며, 따라서 이를 위반하는 것은 부정의하다고 선언할 수 있다.

이렇게 보는 것은 다음과 같은 장점을 갖는다. 우선, 위와 같이 ‘내용’이 아니라 그 내용을 가져다준 ‘절차’에 방점을 두는 롤즈의 방식은 대단히 유용하다. 형사법은 결국 국가의 공권력의 행사이고, 사람들 사이의 상호작용 방식이라는 영역에서 국가가 나서서 특정 방식을 금지하는 것은 결국 근거가 필요한데, 이와 같은 절차는 그 근거의 역할을 잘 수행할 수 있기 때문이다. 이런 ‘절차적 정당성’이라는 매개작용 없이 특정 상호작용 방식을 금지하는 것은 단순한 법도덕주의³⁷⁾에 불과할 수 있으므로, 이는 과잉제한을 금지하는 자유주의적 형법이론을 구성하는 데에 있어 필수적인 과정이라고 할 수 있다.

또한 이는 단순한 주관적인 비난에서 머무르는 것이 아니라, ‘원초적 입장’이라는 보다 객관적인 기준을 마련했다는 점에서 보편적이어야 할 형사법의 지도 원리로서 적절하게 기능할 수 있다는 장점도 있다. 어느 정도가 ‘용납불가능’한 상호작용인지에 대해서는 원초적 입장/무지의 베일이라는 사고실험을 통해 전(前)-‘경향성(Neigung)’적인 차원에서 이성적으로 정해지는 것이기 때문에, 이는 단순히 특정 개인의 기준에 의존적인 판단이 아니므로 보편성을 가질 수 있으며, ‘나는 현재에 만족한다’라고 하는 피해자의 항변을 우회하여 별도로 가별성을 확보할 수 있게 되는 것이다.

물론 여기에 대해서도 다른 위해의 원칙과 마찬가지로, 주관적인 요건들을 만족시키는 것은 필요할 것이다. 즉, i) 고의/과실, ii) 인과관계, iii) 위법성조각사유/책임조각사유의 부재는 마찬가지로 요구된다는 것이다. 객관적 요건이었던 해악/협오유발행위가 이제는 자율성에 대한 부당한/용납불가능한 침해가 있었을 것으로 대체되는 것이다.

37) 파인버그에게 있어서 법도덕주의는 피해자가 없어서 비난할 수 없는 ‘악행(wrongdoing)’을 형사법적으로 규율하려는 시도들이라고 설명할 수 있다. 하지만 여기에서 구성되고 있는 새로운 ‘위해’는 가해자-피해자의 구도가 존재하기 때문에, 법도덕주의에 포섭되지 않는다.

3. 판례: 대전지방법원 2022. 3. 11. 선고 2020나102561 판결³⁸⁾

상술한 바와 같이 구성된 ‘자율성의 침해’는 아직까지 우리 형사법에 도입되고 있지는 못한 실정이다. 하지만 최근 민사법 영역에서는 위의 ‘그루밍’에 해당한다고 할 수 있을, 종교단체의 모략전도행위에 대하여 위법성을 인정하여, 최종적으로는 민법 750조 소정의 불법행위책임에 기한 손해배상을 인정한 판례 - 속칭 ‘청춘반환소송’ - 가 등장하였다. 이에 해당 판례의 사실관계 및 법원의 판시내용에 대해 살펴보고, 이것이 어떻게 ‘자율성의 침해’의 불법성을 인정한 것인지에 대해 살펴보도록 한다.

(1) 사실관계 및 판단

이 사건의 피고는 S모 종교단체의 특정 지파 소속 교회 및 그 신도 5인(D-H)이다. 원고는 이들에게 전도를 당했던 3인으로, 아래 표와 같이 각자 다른 형태로 전도를 당하였다.

피고 A (*B의 딸)	2012년 초경부터 피고 교회에서 진행하는 M교육 및 센터교육을 수강. 2015. 3. 정식 입교 4년간 전임사역자로 노동. 2018. 9. 탈퇴
피고 B	2014년 말 피고 교회에서 진행하는 M교육 및 센터교육 수강. 2015. 9. 정식 입교 4년간 피고 교회에서 봉사하며, 배우자와의 이혼을 경험. 2018. 9. 탈퇴.
피고 C	2016. 5. 피고 교회에서 진행하는 M교육 및 센터교육 수강. 2017. 4. 정식 입교 3년 이상 피고 교회에서 봉사하며, 사회복지사 공부 중단. 2018. 10. 탈퇴.

이들은 피고 교회 및 나머지 피고들(신도 5인)에 대해서, i) 이들이 S모 종교단체 소속임을 숨긴 소극적 부작용, ii) S모 종교단체 소속이 아닌 것처럼 이름, 신분, 소속 등을 속여 원고들에게 전도한 적극적 “모략” 전도, iii) 원고들이 입교한 후에도 조직적으로 통제 및 세뇌하여 피고 교회에서 탈퇴하지 못하도록 한 탈퇴 방지행위, i v) 허황되고 위법한 교리를 설파한 기망행위라는 네 가지 청구원인으로 불법행위책임에 기한 손해배상을 청구하였다.

법원은 우선 헌법상의 종교의 자유에는 신앙의 자유, 종교적 행위의 자유 및 종교적 집회/결사의 자유라는 세 가지 하위 종류가 있으며, 이 중 절대적 자유인 신앙의 자유와는 달리 종교적 행위의 자유(여기엔 다른 종교 신도에 대해 개종을 권고할 자유 등, 선교의 자유도 포함된다)에는 헌법질서와 타인의 기본권, 그리고 사회 공동체의 질서 유지를 위한 제한이 가해질 수 있다고 보았다.

그리고 i) 소극적 부작용에 대해서는 S모 종교단체가 이단성 시비를 빈번하게 겪고 있고, 사회적 편견 및 좋지 않은 인식 등에 시달리고 있다는 사실 등을 참고할 때, S모 종교단체 소속 신도들이 선제적으로 자신의 신분을 밝힐 작위의무까지는 인정할 수 없다고 보았다. 따라서 원고들의 교육 당시에 S모 종교단체 소속임을 피고들이 밝히지 않았다고 하더라도, 이것만으로는 위법하다고 볼 수 없다고 판시하였다.

반면 ii)에 대해서는 판단이 달랐다. M교육 및 센터 교육 과정은 각각 2주에서 1달, 그리고 6개월 정도의 기간 동안 해당 종교단체 소속 전도사와 강사가 피전도자를 전담으로 맡아 진행하는 교리 교육 과정이다. 하지만 이 교육 과정은 S모 종교단체 전도라는 것을 숨긴 상태로, ‘성경공부(이들은 스스로를 기존 기독교 기성교단으로 소개하였다)’ 또는 ‘문화체험 프로그램’이라는 명목으로 진행되었으며, 나중에 교리에 동화되고 나서야 S모 종교단체 소속임을 밝히는 형태로 진행되었다. 또한 해당 교육 기간동안 피고들은 단체로 텔레그램 등을 통해 공모하여, i)같이 교육을 받는 피전도자인 척 위장하여 분위기를 조성하고, ii) 원고들이 주변사람과 대

38) 해당 사건에 대한 상고심은 현재 진행 중에 있음을 밝히는 바이다.

화하거나 혼자 화장실에도 가지 못하도록 통제하였으며, iii) 필요하다면 (S모 종교단체가 아니냐는 명시적인 질문이나 의심에도) 적극적으로 거짓말을 함으로써 교리를 전파하였다. 법원은 이와 같은 전도형태에서는 원고들이 피고들과 친밀한 인적관계를 형성한 결과 중간에 탈퇴하기 곤란한 상태(탈퇴하면 인적관계를 단절하는 부담을 갖게 되므로)가 되고, 또 종교 선택 과정에서는 해당 종교가 구체적으로 어느 교단인지, 그리고 그 교리의 구체적인 내용도 중요하다는 이유로 이런 적극적 모략전도의 위법성을 인정하였다.

한편 iii)의 세뇌를 통한 탈퇴 방지행위에 대해서는 원고들의 진술에서 반대되는 진술이 보이고, 또한 세뇌의 증거도 달리 없어서 인정하지 않았으며, iv) 허황된 교리를 통한 기망 주장에 대해서는 신앙의 자유는 절대적이고, 교리 내용 자체에 대해서 실체적 판단을 하는 것은 법원의 역할이 아니라고 하며 판단하지 않았다.

(2) 분석: ‘자율성의 침해’의 적용

위와 같은 ‘적극적 모략 전도’는 Sinnamon식의 그루밍의 정의에 완벽하게 부합한다. 즉, 이들은 ‘성적 접촉’을 ‘교리 전파’로만 바꾼다면 Sinnamon이 제시한 7단계를 온전하게 밟아 피해자인 원고들에 대해 통제를 획득한 것이다. 일반적으로 S모 종교단체는 피해자를 선정하고 그에 대한 정보를 수집한 후, 살펴본 바와 같이 본인도 ‘M교육/센터교육’의 수강자인 척 기망하여 개인적인 연결고리를 형성하고 신뢰를 구축한다. 나아가 이들은 교육의 과정에서 피해자를 해당 종교의 교리를 받아들일 수 있도록 준비시키고 교리를 전파하여 입교시킨 후, 여러 방안으로 통제를 계속하는 것이다.

여기에서 법원이 ‘해당 교리 내용의 위법성’에 대해서는 판단하지 않은 채, 해당 교리를 설파한 ‘방식’에만 한정하여 위법성을 인정하였다는 것에 주목해야 한다. 이는 파인버그 식의 확장된 위해의 원칙으로는 온전히 포섭될 수 없는 위법성이기 때문이다. 파인버그의 해악의 원칙에 따르면, 모략 전도가 위법하기 위해서는 그것이 원고들이 원래 가지고 있던 이면적 이익의 체계가 고정되어있다는 전제 하에, 그 이익의 실현을 좌절시키는 것이어야 한다. 하지만 누차 반복하였듯 이런 사례에서는 이면적 이익의 체계가 근본적으로 변하므로, 전후시점의 비교가 무의미해진다. 또한 이를 혐오유발행위로도 포섭할 수 없는 것은 마찬가지인데, 모략전도의 과정이 별다른 불쾌한 감정을 유발하였다는 내용은 드러나있지 않으며, 오히려 친밀한 관계에서 호의를 베푸는, 긍정적인 경험에 가깝기 때문이다.

또한 원고 B와 원고 C에 대한 판단이 다르다는 점에도 주목해야 한다. 원고 B와 C는 똑같은 과정을 통해서 S모 종교단체에 입교하였지만, B의 청구는 기각된 반면, C의 청구는 인용되었던 것이다. 이 차이는 B의 경우에는 그의 전도를 담당했던 피고 F가 (교회의 방침과는 달리) S모 종교단체가 맞다고 시인하였으며, 따라서 B에 대한 전도는 그의 종교 선택의 자유를 침해하지 않았다는 판단으로 이어진 점에 결정적으로 기인했다. 이 두 원고의 ‘시작 지점(S모 종교단체와 전혀 상관없는 인생을 살고 있던 상황)’과 ‘끝 지점(S모 종교단체에 인생의 일부를 헌납하고, 가족관계/커리어 등에서 지대한 손실을 입은 상황)’이 거의 동일하다는 점에서, 파인버그 식의 해악의 원칙이나 혐오유발행위의 원칙에 근거한 ‘전후시점의 비교’로는 이와 같은 차이를 온전히 포섭할 수 없다.

마지막으로 C의 ‘손해’의 내용이 ‘정신적 고통에 대한 위자료’가 아니라 ‘종교선택의 자유를 침해한 것에 대한 정신적 보상으로서의 위자료’라는 점에도 주목할 필요가 있다. 즉, 법원은 해당 손해(혹은 위해라고 말해도 좋을 것이다)가 ‘이익’의 좌절이나 혐오유발행위로 인해 야기된 결과로서의 정신적 고통에 대한 보상이라기보다는, 종교선택의 자유에 대한 침해 자체가 전보되어야 할 위해라고 판단한 것이다.

따라서 모략전도의 위법성을 도덕적으로 비난하기 위해서는 본고에서 구성한 것과 같은 ‘자율성의 침해(여기에서는 ‘종교를 자유롭게 선택할 자유’로 표현되었다)’의 개념을 따를 수밖에 없다. 물론 해당 판례에서 명백하게 롤즈를 인용하며 그 기준을 제시한 바는 없지만, 전도에 있어서 ‘소극적 부작위’ 정도는 용납할 수 있지만 ‘적극적 모략전도’는 안된다라고 기준을 설정하는 행위 자체가 우리 사회가 요구하는 ‘최소한의 자

울성’, 그리고 우리 사회가 용납할 수 있는 ‘최대한의 침해’가 어디인지에 대해서 하나의 판단을 제시하고 있는 것이다.

물론 이는 민법 영역에서의 위법성이라는 점에서, 형사법상의 위법성을 다루고 있는 본고의 논의와는 영역을 달리하고 있다는 비판이 있을 수 있다. 하지만 민법 750조에서 고의 또는 과실을 그 요건으로서 요구하고 있는 것은 결국 그것을 가해자의 귀책사유라고 ‘비난’할 수 있는 가능성을 포함하고 있다고 할 것이라는 점³⁹⁾과, 또한 해당 판례에서도 ‘그 목적과 방법에서 사회적으로 정당한 범위를 일탈하는 경우’에 위법하다고 하여, 도덕적 비난가능성을 암시하고 있다는 점에서 이는 타당한 비판이 아니라고 할 것이다.

4. 다른 학자들의 이론들과의 구별

이제 이 이론과 다른 학자들의 이론들과의 차이점을 간략하게만 짚고 넘어감으로써, 혹시라도 있을 수 있는 혼동을 방지하고자 한다.

(1) 칸트와의 차이

위의 서술을 읽은 사람이라면 결국 칸트의 ‘보편적 입법의 원리’를 떠올릴 수밖에 없을 것이다. 이는 롤즈의 ‘원초적 입장’이라는 사고실험이 상술한 바와 같이 모든 개인적 성향, 취향, 지위, 경험 등을 괄호에 넣고, 순수한 이성으로 말미암아 판단하는 것을 전제로 하고 있기 때문에, 칸트의 실천이성의 작용과 유사한 면을 갖고 있기 때문이다. 칸트의 실천이성은 모든 이성적 존재자에게 필연적일 수밖에 없는 의무를 도출함에 있어서, 조건이 붙어있는 가언명령이 아니라 언제나 지켜져야 할 정언명령의 형태를 가져야 함을 주문한다. 따라서 칸트의 ‘의무’는 모든 경험적인 조건들 - 칸트는 이것을 ‘경향성(Neigung)’이라고 명명한다 - 을 배제하고, 순수히 이성의 형식적인 요청을 따를 것을 명령하며⁴⁰⁾, 이는 다음과 같은 정식으로 구체화된다. “그 준칙을 통해서 내가 그것을 동시에 보편적인 법칙으로 삼으려고 할 수 있는 그런 준칙에 따라서만 행위하라”⁴¹⁾

롤즈도 이와 같은 유사성에 대해서 충분히 파악하고 있었다. 그렇기에 그도 <정의론>의 40절을 원초적 입장에 대한 칸트적 해석에 바치고 있는 것일 것이다. 여기에서 그는 스스로 행위 준칙을 ‘입법’하는 자율성을, 원초적 입장에서 ‘최초의 계약’을 맺는 자율성과 유비시킴으로써 두 이론이 유사하다고 보고 있다. 하지만 서운발이 지적하였듯, 이는 덕 이론과 법 이론을 혼동하고 있는 롤즈의 오해(혹은 의도적 혼동)라고 할 수 있을 것이다. 그에 따르면 “롤즈에게 있어서 자율성은 경향성과 욕구로부터 이성이 자기 통제를 가하는데 있기보다[필자 주: 칸트의 입장은 원초적 입장에 참여한 당사자가 자신만이 아닌 모두의 이익을 합리적으로 고려하는 이타적 합리성에 근거한다고 할 수 있는 것⁴²⁾]이다. 이를 달리 표현하자면 칸트는 개개인이 모든 행위를 함에 있어 적극적으로 그것의 ‘보편화가능성’을 테스트해야 했다면, 롤즈에 있어서는 소극적으로 그것이 ‘규칙’에 위반되었는지를 확인하는 것에 머무른다는 것이다.

마찬가지로 원초적 입장을 통해 의사소통과 상호작용의 ‘규칙’을 정립하고자 하는 본고의 입장도, 칸트의 ‘적극적’ 입법의무와는 다른 실질을 갖는다고 말할 수 있다. 즉, 규칙에 위배되지 않는 범위 내에서는 자유가 보장된다는 점에서 큰 차이를 갖는 것이다.

39) 이동건, “우리 불법행위제도의 목적에 관한 소고 - 일본에서의 논의를 단서로 하여”, 강원법학(2018), pp.537-578.

40) 임마누엘 칸트, 이원봉 옮김, “도덕 형이상학을 위한 기초 논기”, 책세상(2002), p.71.

“정언적 명령법은 법칙과 이 법칙을 따르라고 하는 준칙의 필연성만을 담고 있는데 그 법칙은 자신을 제한할 조건을 전혀 담고 있지 않아서, 남아 있는 것은 법칙 전부의 보편성뿐이기 때문이다.”

41) Ibid.

42) 서운발, “J. 롤즈의 칸트적 해석에 대하여”, 철학논총(2012), p.203.

(2) 라즈와의 차이

또한 ‘자율성’ 과 ‘자유주의’ 라는 측면에서, 라즈의 이론과도 키워드가 겹치기에 이와의 차이점을 간단히 논하도록 한다. 라즈의 이론은 기본적으로는 자율성을 존중하는 자유주의자의 입장이지만, 국가의 철저한 중립성을 요구했던 기존의 이론들과는 달리 국가가 법을 설정함에 있어서 “그 어떤 유효한 도덕적 원리도 받아들일 수 있다” 라고 제한을 두지 않았다는 점에서 큰 차이를 보인다. 이를 통해서 국가는 특정 가치관들을 다른 가치관들보다 더 우월하다고 평가할 수 있으며, “법은 그 영향이 미치는 사람들의 삶의 질(도덕적 질을 포함한다)을 향상시킬 수 있는 기능⁴³⁾” 을 보유하게 된다. 나아가, 라즈는 이를 통해서 개인의 자율성을 제고하고자 한다. 즉, 국가라는 공동체가 설정한 ‘ 좋음’ 에 대한 가치관 속에서, 개인들은 자율적으로 자신이 원하는 바를 이루어나간다는 것이다.

그리고 여기에 ‘위해의 원칙’ 이 국가의 권력 행사 방법에 대한 통제수단으로서 들어오게 된다. 국가는 법을 통해서 “가치 있는 선택지들의 적절한 범위” 를 설정할 수는 있지만, 강제적인 수단을 통해서 이를 개인들에게 적용하는 것은 그들의 자율성에 어긋나기 때문에, 그들의 행위가 위해의 원칙을 위배했을 때에만 강제력을 행사할 수 있다는 것이다.

하지만 본고에서는 국가가 특정 가치관을 더 우월한 것으로 선언할 수 없다는 밀/파인버그 계통의 자유주의적 입장을 그대로 고수하고 있다는 점에서 라즈와는 차이를 보인다. 또한, 결국 개인의 행동의 자유를 형사법으로 제약하는 데에 있어서는 기존의 ‘위해의 원칙’ 을 그대로 고수하고 있는 라즈와는 달리, 본고는 자율성의 침해라는 측면에서 보다 더 확장된 위해의 원칙으로 나아갔다는 점에서도 구별된다. 라즈가 파악하고 있는 자율성이란 국가와의 공법적 관계에서, 국가가 얼마나 선택의 가짓수를 보장해주는가 - 즉, 파인버그가 파악했던 ‘자유’ 와도 같이, 이면적 이익의 체계는 그대로 유지된다 - 의 차원에 머물러있지만, 본고에서 파악하고 있는 자율성은 개인과 개인 사이의 관계에서 서로 영향을 주고받는 방식에 대한 것이므로 본질적 차이가 있다고 하겠다.

5. 자율성의 침해에 대한 구체적 판단기준

물론 이와 같은 자율성의 침해는 굉장히 모호한 개념이고, 이론적으로도 ‘우리가 사회를 구성하고 활동하기 위해서 최소한도로 필요한 간섭의 선을 넘은 침해’ 라는 추상적인 개념으로 구성되었기 때문에, 사법권의 남용을 막고 현실성이 있는 원칙이 되기 위해서는 보다 구체적인 판단기준이 존재해야 한다. 이를 위해서 앞서 혐오유발행위의 원칙에서 파인버그는 행위자의 자유와 피해자의 자유를 적절히 조화시키기 위해 요청된 비교형량의 항목들을 참조할 수 있을 것이다.⁴⁴⁾ 해당 비교형량에서는 i) 혐오유발의 정도, 지속성, 성격, ii) 보호법익의 가치, iii) 피해자 및 가해자의 회피가능성, iv) 가해의 동기, v) 가해자의 최종 목적의 사회적 가치의 5가지가 고려되었는데, 이는 결국 혐오유발행위에 대한 ‘수인한도’ 를 정하는 과정에 해당하기 때문이다.

마찬가지로 롤즈적 ‘무지의 베일’ 뒤에서 무엇이 우리 사회의 유지에 있어서 필수불가결한 간섭이고, 또 무엇이 (규칙들의 가능한 선택지 중에서) 최소로 자율성을 누릴 자에게 최대한의 자율성을 보장해주는 상호작용의 규칙인지에 대해서 판단해야 하는 본 논의도 결국은 위와 비슷한 구조를 갖는다. 앞서 혐오유발행위의 원리 부분에서 상술했듯, 혐오유발행위에 대한 수인한도를 정하는 것은 그 특정 개인을 기준으로 하는 것이 아니라, 사회의 보편적인 기준에서의 수인한도를 정하는 것이고, 이 판단은 결국 개인을 괄호 안에 넣은 채

43) John Stanton-Ife, op.cit.

44) 물론 ‘혐오유발행위’ 는 그 자체로 도덕적으로 비난가능하고, 해당 비교형량은 ‘그 중에서 어떤 혐오유발행위를 법적으로 처벌할 것인가’ 를 결정하기 위한 형량이라면, 여기에서는 ‘어떤 자율성의 간섭이 도덕적으로 비난가능인가’ 를 결정하는 형량이므로 층위가 다르다는 점에는 유의하여야 한다.

‘무지의 배일’ 뒤에서 하는 판단이기 때문이다. 따라서 자율성의 침해에 대한 판단에서도, 아래와 같은 요소들을 기준으로 판단할 수 있을 것이다.

- i) 자율성 간섭의 정도: 자율성 간섭의 방식이 기만적일수록, 그리고 가해자가 피해자에게 미치는 영향력이 강대할수록 침해의 정도가 크다고 보아야 한다.
- ii) 해당 자율성의 가치: 예컨대 점심메뉴를 고르는 것에 있어서의 자율성보다는, 종교를 선택하는 것에 있어서의 자율성이 더 가치있을 것이다.
- iii) 회피가능성: 가해자에 있어서는 ‘다른 방식으로 영향력을 행사할 수 있었는지’의 여부, 피해자에 있어서는 ‘주의의무’를 다하였는지의 여부를 살펴야 할 것이다.
- iv) 가해행위의 동기 및 목적: 예컨대 자녀가 ‘잘 되길’ 바라서 (안타깝지만) 그루밍을 행한 부모의 경우와 같이 ‘긍정적인 목적’을 위한 그루밍과 같은 경우에는, 성적인 목적이나 금전 갈취 등의 ‘부정적인 목적’을 위한 그루밍보다는 수인한도가 높아질 것이다.
- v) 반면 해당 간섭의 내용에 대해서는 원칙적으로 판단을 삼가야 할 것인데, 이는 위 S모 종교단체 판례에서 법원이 해당 교리가 위법한지에 대해서는 판단을 자제한 것과 같은 이유인데, 일상생활에서 있을 수 있는 모든 사회생활에 대해서 법원이 그 목적/동기가 정당한지 아닌지를 판단할 권한이 있다고 하는 것은 사실상의 법후견주의이자 사상에 대한 통제와 다름아니기 때문이다. 즉, 자율성의 침해의 핵심은 그 ‘내용’이 아니라 ‘방식’에 있는 것이다.

V. 나가며

상술한 바와 같이 위해의 원칙을 보다 더 확장하는 것은 지금까지는 별할 수 없었던 여러 악들에 대해서 가별성을 확장하고, 공존의 윤리를 한층 더 정비하였다는 점에서 의의를 갖는다. 기존의 법체계와 ‘확장된 위해의 원칙’ 만으로는 제한적으로밖에 포섭할 수 없었던 그루밍/세뇌, 가스라이팅 등에 대해서 처벌의 근거를 마련한 것이다.

하지만 기존의 위해의 원칙에서도 마찬가지였듯이, 이를 실정법상의 처벌규정으로 이식하기 위해서는 추가적인 고려들이 더 필요하다는 것은 당연하다는 점은 밝혀두고자 한다. 파인버그도 서술하였듯이, 무언가를 도덕적으로 비난가능하다고 선언하는 것과 그것을 형사적으로 처벌하여야 한다고 선언하는 것 사이에는 큰 간극이 존재하고, 특정 도덕 규범이 실정법상의 규범이 되기 위해서는 그 ‘형사법의 도덕적 한계’ 내에서 여러 가지 정책적 고려들을 거쳐, 이것은 ‘실제로 처벌해야 한다’라고 ‘선별’되어야 하기 때문이다. 달리 말하면, 규범적으로는 잘못되었다고 선언할 수 있지만 실제로는 현실적 이유상으로 처벌하지 못하는 악행들도 있을 것이라는 것이다.

하지만 이는 각국이 각자의 현실적 사정을 고려하여 추가적인 입법과 지혜로운 정책 수립으로 헤쳐나가야 할 문제에 해당하고, 본고의 목적은 애초에 형사법의 ‘외연’을 확장하는 데에 있었지 구체적인 입법안을 제언하는 데에 있지 않았으므로, 이는 후속 연구들에 의해서 해결되어야 할 문제라고 생각한다. 이에 아래에서는 몇 가지 쟁점들에 대해서만 간략하게 이야기하고, 글을 마무리하고자 한다.

우선적으로, 이와 같은 ‘세뇌’의 문제에서는 결국 당사자는 자신의 현재 상태에 대해서 만족하고 있거나, 별다른 문제점을 느끼지 못하고 있는(이면적 이익의 체계 자체가 바뀌어버렸으니) 경우가 대부분일 것이므로 고발을 제3자가 해야 할 것이다. 이런 상황에서는 증거를 모으는 것이 굉장히 어려울 것이라는 난점이 예상되고, 또 위의 청춘반환소송과 같이 본인이 ‘돌아온’ 상황이 아니라면 당사자에게 증인으로서의 진술도 기대할 것이 못된다는 점에서 어려움이 예상된다. 이때 어떻게 정황증거 등을 활용하여 이를 입증할 수 있을지, 그리고 한편으로는 무고를 방지할 수 있을지에 대해서 논의가 필요할 것이다.

나아가, 형사절차를 진행할 수 있는 국가의 자원은 한정되어있기 때문에, 기존에 처벌되던 ‘해악’이나 ‘협

오유발행위' 들과 비교하여 볼 때 이들을 처벌할 우선순위는 뒤로 밀릴 수 있다. 따라서 기존에 처벌되던 범죄들과 비교하여 어떤 것이 더 형사법을 통한 처벌 및 예방의 필요성이 큰지, 그리고 적절한 처벌 수위는 어느 정도가 되어야 비례의 원칙에 어긋나지 않을지에 대하여도 많은 숙고가 필요할 것이다.

물론 위와 같은 쟁점들 이외에도 여러 난관이 따를 것이다. 하지만 이를 각 국가의 상황과 현실에 부합하도록 입법과 관례들을 통해 잘 정비한다면 개인들 간의 부당한 자율성의 침해를 막고, 건전한 사회적 상호작용과 의사소통 속에서 각자의 자율성을 꽃피울 수 있는 성숙한 사회를 건설할 수 있을 것을 기대해볼 수 있을 것이라고 생각한다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

- 공정식, “성인 대상 성적 그루밍 방식의 성폭력 평가”, 안전문화연구(2021)
- 김은희, ‘과인버그의 자유주의적 형법이론’, 서울대학교(2015), 석사학위논문.
- 백중현, “칸트에서 선의지와 자유의 문제”, 인문논총(2014).
- 서운발, “J. 롤즈의 칸트적 해석에 대하여”, 철학논총(2012).
- 오세연, 송혜진, “사례분석을 중심으로 한 가스라이팅 범죄의 진행과정에 관한 연구”, 한국융합과학회지 (2021).
- 이동진, “우리 불법행위제도의 목적에 관한 소고 - 일본에서의 논의를 단서로 하여”, 강원법학(2018).
- 임마누엘 칸트, 이원봉 옮김, “도덕 형이상학을 위한 기초 놓기”, 책세상(2002).
- 존 롤즈, 황경식 옮김, “정의론”, 이학사(2003).
- 존 스튜어트 밀, 박홍규 옮김, “자유론”, 문예출판사(2009).

2. 외국문헌

- Feinberg, Joel. ‘*The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Others(Volume 1)*’, Oxford University Press (1984).
- Feinberg, Joel. ‘*The Moral Limits of the Criminal Law: Offense to Others(Volume 2)*’, Oxford University Press(1985).
- Salter, Anna, “Transforming Trauma: A Guide to Understanding and Treating Adult Survivors of Child Sexual Abuse”, Newbury Park, California: Sage(1995).
- Sinnamon, Grant, “The Psychology of Adult Sexual Grooming”, The Psychology of Criminal and Antisocial Behavior: Victim and Offender Perspectives, Elsevier(2017).
- Stanton-lfe, John. ‘*The Limits of Law*’, Stanford Encyclopedia of Philosophy(2022).

3. 판례

- 서울중앙지방법원 2018. 10. 11. 선고 2018고단3213 판결
- 대전지방법원 2022. 3. 11. 선고 2020나102561 판결

초 록

형사법의 본질이 무엇인지에 대해서는 여러 논의가 있지만, 학설의 대립에도 불구하고 모두의 동의를 얻을 수 있을만한 진술은 “형법이 규율하는 영역은 어떤 행위가 우리 사회에서, 그리고 우리의 법체계에서 받아들여 질 수 없는지를 결정하는 ‘비난가능성’의 영역이다”라는 것이다. 그렇다면 결국 형법의 “한계”는 도덕이 끝나는 지점일 수밖에 없다.

이에 대해 미국의 법철학자 파인버그는 존 스튜어트 밀과 같은 자유주의자들의 뒤를 이어, 밀의 ‘위해의 원칙’에 대해 ‘해악’을 명확하게 정의하고, 또 ‘혐오유발행위’라는 범주를 추가하여 확장함으로써, 형사법상 처벌가능한 행위의 범위가 어디까지여야 하는지를 적절히 설정한 바 있다. 본고도 기본적으로는 이와 같은 파인버그의 이론적 틀에 동의하는 입장이다.

하지만 본고의 목적은 여기서 더 나아가, 그가 구성하고 있는 해악(harm)과 혐오유발행위(offense)라는 개념들 속에 포섭되지 않는 독자적인 유형의 ‘위해(넓은 의미에서)’가 존재한다는 것을 보이고, 이를 자유주의적 형법이론의 틀 속에 포섭하고자 함에 있다. 특히 이를 밝히기 위해 (성인을 대상으로 하는) 그루밍(혹은 세뇌) 행위들, 그리고 가스라이팅이라는 새로운 ‘악행(evil)’의 유형을 제시하고, 이들이 기존의 해악/혐오유발행위의 원리로는 i) 파인버그적 ‘이면적 이익 체계’의 변동을 설명할 수 없으며, ii) 또 해당 행위들을 ‘정상적’ 상호작용과 구별해낼 수 없다는 이유에서 완전히 포섭될 수 없음을 확인할 것이다.

이에 본고는 궁극적으로는 위와 같은 새로운 현상들을 포섭할 수 있는 새로운 유형의 위해로서의 “자율성의 침해”를 구성해야 함을 주장한다. 그리고 이와 같은 개념이 i) 결과 중심적 개념에서 과정 중심적 개념으로의 전회를 통하여, ii) 롤즈의 ‘무지의 베일’ / ‘원초적 입장’ 방법론의 차용을 통하여 상기한 각각의 난점을 설명할 수 있음을 확인한다. 나아가, 이와 같은 개념이 (형사법은 아니더라도) 민법의 불법행위책임에서 적용된 예시로, 최근 문제된 S모 종교단체의 모략전도의 불법성에 대한 ‘청춘반환소송’ 판례를 검토한다. 마지막으로, 파인버그가 혐오유발행위의 수인한도를 비교형량할 때 사용하였던 판단기준들을 참고하여, 어떤 ‘자율성의 간섭’이 비로소 수인한도를 넘어 ‘침해’로서 도덕적으로 비난가능하다고 구성될 수 있는지에 대해서 구체적인 판단기준을 제시한다.

자유에 적절한 한계를 설정하는 것은 역설적으로 자유를 더 꽃피울 수 있는 환경을 만드는 것이기에, 이와 같은 새로운 자유-제한의 원리의 발전으로 말미암아 궁극적으로는 더 성숙한 공존의 윤리를 형성하는 데에 기여할 수 있을 것으로 기대한다.