

형사정책연구

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

제34권 제1호(통권 제133호)

2023 · 봄호

형사정책연구

형사정책연구는 형사정책분야에 관한 논문, 서평, 번역 등을 수록하는 학술지입니다.

본지의 발간목적은 학계와 실무계에서 이 분야에 관심을 가지고 계시는 분들에게 자유로운 발표의 지면을 제공함으로써 연구의욕을 북돋우고 형사정책분야의 학문적 발전을 도모하는데 있습니다.

본지에 수록된 논문의 의견은 한국형사·법무정책연구원의 공식견해가 아니고 필자 개인의 의견입니다. 본지의 내용은 출처 및 집필자를 명시하는 한 자유로이 인용할 수 있습니다.

형사정책연구

제34권 제1호(통권 제133호, 2023·봄호)

[연구논문]

공수처법 운영과정에서의 문제점과 개선방안	
▶ 예상균	1
전자정보의 압수수색과 피의자의 참여권 – 대법원 입장의 비판적 수용 및 독일 논의의 참고	
▶ 박중욱	29
「DNA 집단테스트」 규정 도입 여부에 관한 법적 검토	
▶ 조성용	61
범죄두려움 측정 개선방안에 대한 연구: 정서와 인지적 평가로서의 범죄두려움	
▶ 안재경·최이문	105
독일 통신사실확인자료 보관조항의 EU 법 위반과 형사정책적 시사점 – 2022년 9월 20일 유럽사법재판소 판결을 중심으로	
▶ 박희영	141
집합효율성과 범죄: 집합효율성의 동질성을 중심으로	
▶ 이경아	173
엄벌주의 형사사법정책이 재판 결과에 미치는 영향 – 공무집행방해범죄를 중심으로	
▶ 오윤이·나종민	203
아동방임범죄의 문제점과 개선방안	
▶ 김병수	237

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

Vol. 34, NO. 1 (March, 2023)

[Article]

- The Problems and Improvement Measures in the Operation Process
of the CIO Act
- ▶ Ye, Sangkyun 26
- Beschlagnahme und Durchsuchung elektronischer Daten sowie Teilnahmerecht
des Beschuldigten - Kritische Aufnahme der Auffassung des K-OGH und
Hinweis auf die Diskussionen in Deutschland
- ▶ Park, Joongwook 59
- Rechtliche Zulässigkeit der DNA-Massentests zur Ermittlung des Täters
einer Straftat
- ▶ Cho, Sung-Yong 102
- A Study on the Measurement of Fear of Crime: Fear of Crime as Emotional
and Cognitive Evaluation
- ▶ Ahn, Jaekyung · Choi, Yimoon 139
- German Traffic Data Retention Violates EU law and Criminal Policy Implications
- Focusing on the Judgement of the CJEU on 20.09.2022, C-793/19
and C-794/19
- ▶ Park, Hee-young 170
- Crime and Consensus of Collective Efficacy
- ▶ Lee, GyeongA 202
- Effects of Punitive Criminal Justice Policy on Trial Outcomes
- Focusing on Crimes of Obstruction of Justice
- ▶ Oh, Yuni · Na, Chongmin 235
- Problems and Remedies for Child Neglect Crime
- ▶ Kim, Byung Soo 263

공수처법 운영과정에서의 문제점과 개선방안*

예 상 균**

국 | 문 | 요 | 약

국민의 여망으로 출범한 공수처가 제 역할을 할 수 있으려면 구성원의 자질 등도 필수적이겠지만 사람이 아닌 시스템적으로 작동할 수 있도록 법과 제도의 개선이 뒷받침되어야 할 것이다.

이를 위해 공수처는 상설특검 모델로서 운영될 필요가 있다. 고위공직자범죄에 대한 우선적 관할권을 갖는 공수처가 설치된 이상 개별 특검이 설치될 만한 사안에 대하여는 공수처가 특검의 역할을 할 수 있도록 운영될 필요가 있다. 이는 공수처가 서울중앙지검 반부패수사부서나 개별 특검 정도의 규모를 가질 수밖에 없는 상황에서 이미 제도를 고안할 때 예상하고 있었던 상황으로 보인다.

우선적으로 수사 및 공소 협력을 위한 관련기관 간 협의체 구성이 법적으로 제도화될 필요가 있다. 사건 선정 및 부패범죄에 대한 기관간 협력을 위해서는 검찰, 경찰과 공수처간의 협의를 통해 사건 해결을 위한 원스톱 처리 시스템을 갖출 필요가 있기 때문이다.

이와 더불어 수사 대상과 기소 대상을 일치시키고, 관련 범죄의 재검토를 통한 수사 대상자와 대상 범죄의 효율적 배치 및 기관 간 협의체를 통한 이첩요청권 행사를 담보하고, 정치적 중립성을 지키기 위해 실질적인 독립기관으로 역할을 수행할 수 있도록 신분이 보장된 인력 증원, 의안 제출 및 예산업무 규정을 개선해야 할 것이다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2023.3.31.1.1>.

❖ 주제어 : 공수처, 상설특검, 협의체, 이첩 요청권, 정치적 중립

* 본 논문은 고위공직자범죄수사처의 공식적인 입장과 관련이 없음을 미리 밝혀 드립니다.

** 변호사, 前 고위공직자범죄수사처 부장검사.

I. 글을 시작하며

이제 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」(이하 ‘공수처법’이라고 함)이 제정된 지 3년, 고위공직자범죄수사처(이하 ‘공수처’라고 함)가 출범한 지 2년이 지난 시점이다. 1996년 참여연대가 청원한 부패방지법안으로 시작된 공수처 설치논의는 약 25년의 세월을 걸쳐 지속되다 2020년 1월 14일 공수처법이 제정되어 그 결실을 보게 되었고,¹⁾ 2021년 1월 21일 현재의 처장이 취임함으로써 공수처의 공식적인 업무가 개시되었다.

공수처법이 여·야간의 원만한 합의를 통하여 제정되지 못한 채 일명 ‘패스트트랙’ 정국을 거치다 보니 그동안 법무·검찰개혁위원회 등 여러 경로를 통해 검토되었던 법안들에 비해 많은 변경이 있었고, 이에 대해 반쪽짜리 공수처가 도입되었다든지, 혹은 법조인 수사기구에 불과하다는 비판이 제기되기도 하였으며, 불완전한 입법으로 인해 공수처 운영의 험난함이 예상되기도 하였다.

이러한 예상이 적중하기라도 한 듯, 공수처는 출범 초기부터 수사역량, 정치적 중립성 등의 비판에 직면하였고, 출발 시점부터 조직이 외부의 거센 풍랑에 흔들리는 듯한 모습까지 보이기도 하였다. 비록 공수처가 그 인적 구성원을 다 충원하지도 못한 상태에서 시작한 점을 고려하더라도 그 탄생을 간절히 원한 만큼이나 기대에 부응하지 못하는 모습에 많은 국민들이 실망을 하기도 하였다.

공수처의 이러한 모습은 인적 구성원들의 역량 부족에 기인할 수도 있지만 본질적으로는 공수처가 그 제대로의 역할을 할 수 있도록 법적·제도적 장치가 마련되지 않았다는 점에 있다. 공수처 발족 초기에는 불완전한 제도이지만 일단 운영해 보고 드러난 문제점을 점진적으로 개선하고자 했을 수도 있으나, 실제 운영해 본 결과 현실과 제도 사이에는 괴리가 있어 공수처가 처한 현재의 어려운 현실이 이미 예정되어 있었다는 사실을 다시 확인하는 것에 지나지 않았다.²⁾

1) 공수처법은 2020. 1. 14.자로 제정되어 6개월 후 시행 예정이었으나, 공수처가 신속하게 출범할 수 있도록 공수처장 후보 추천 관련 규정을 정비하고, 공수처가 수사 인력을 원활하게 확보할 수 있도록 공수처 검사의 임용요건을 정비하며, 공수처장의 제정신청에 관한 특례 규정을 삭제하는 내용으로 2020. 12. 15. 일부 개정되어 즉시 시행되었다.

2) 현행 공수처법을 볼 때 공수처에 대한 비난은 공수처 무용론으로 그 중심이 옮겨질 가능성이 높고,

국민의 염원으로 설치된 공수처가 제대로 운영되려면 이제는 그간 제도의 미비로 발생하였던 문제점이 무엇인지 적극적으로 살펴볼 때가 되었다. 첫술에 배부르겠느냐마는 고위공직자의 부패범죄에 대한 엄정 대처라는 공수처 발족의 연혁적 이유를 고려할 때 하루라도 빨리 공수처 제도의 대대적인 개선이 이루어져야 하는 점은 명백해 보인다.

II. 공수처법 운영과정에서 발생한 문제점

1. 취약한 구조의 독립기관

가. 수사에 전념할 수 없는 인력구성

현행법에 따르면 공수처는 처·차장을 포함한 공수처 검사 25명, 수사관 40명으로 이루어진 초미니 사정기관이다.³⁾ 서울중앙지검과 비교해 보자면 제4차장 산하 중의 일부인 반부패수사부 3개 부서를 합친 것보다는 적을 수도 있지만 그래도 유사한 규모라고 할 수 있다. 수사만을 고려한다면 공수처 역시 반부패수사를 진행한다는 점에서 서울중앙지검에 비견할 때 적절한 규모라고 할 수도 있을 것이다.

그런데, 공수처는 대통령이나 국무총리 소속이 아닌 독립적인 중앙행정기관으로 설계되어 있다. 단순히 수사 인력만을 놓고 비교할 것이 아니라 수사, 수사 보조, 기획, 행정 등의 각종 업무까지 고려해야 할 것이다.

정상적인 권한을 갖추지 못한 공수처가 제대로 운영되지 않을 경우 국민들의 공수처를 향한 기대는 조만간 실망으로 바뀔 가능성이 있으며, 입법이 의도한 바인 적정한 형사처벌을 통한 사회정의 실현이라는 과제를 실현하기에는 충분하지 않으므로 제대로 된 기소권을 가진 공수처가 필요하다는 견해는 오병두, “공수처 어떻게 운영되어야 하나? - 공수처의 운영방향에 관한 제언 -”, 『형사정책』 제32권 제2호, 2020, 144면.

- 3) 법무·검찰개혁위원회 법률안에서는 공수처 검사는 30인 이상 50인 이내, 수사관은 50인 이상 70인 이내로 설계되었는데(법무·검찰개혁위원회 보도자료, “국민의 여망을 담은 공수처 설치 반드시 필요”, 2017. 9. 18.), 이를 검토한 법무부 법률안에서는 공수처 검사는 처·차장을 포함하여 25명 이내, 수사관은 30명 이내, 행정직원은 20명 이내로 법무·검찰개혁위원회 법률안을 기준으로 할 때 절반 정도를 감축하였다(법무부 보도자료, “법무부, 고위공직자범죄수사처 설치에 대한 자체 방안 제시”, 2017. 10. 15.).

이는 공수처의 조직도를 살펴보면 쉽게 알 수 있는데, 공수처는 본연의 업무와 관련된 수사부와 공소부가 설치되어 있고, 이를 보조하기 위한 수사기획관실, 인권수사정책관실, 수사과(디지털포렌식팀), 사건관리담당관실, 기록관리실이 배치되어 있다. 이미 본연의 업무인 수사와 공판 이외의 다른 수사 보조업무들에 검사와 수사관 상당수가 배치될 수밖에 없어 수사역량 저하는 필연적이다.

또한 공수처 직제상 대변인실, 인권감찰관실, 기획조정관실, 기획재정담당관실, 운영지원담당관실이 설치되어 있는데 행정직원은 법적으로 20명으로 한정되어 있다. 공수처 스스로 언론, 감찰, 법제, 예산, 국회, 행정심판, 인사, 교육, 인력관리, 총무, 시설관리, 회계, 계약, 급여 등의 각종 대국회, 대정부, 대국민 및 내부 운영을 위한 업무를 담당해야 하는데, 한정된 수의 행정직원으로는 감당하기 어려운 실정이다.

공수처는 검찰 조직과 비교를 하자면, 법무부, 대검, 서울중앙지검 3곳의 역할을 동시에 수행해야 하지만 지금의 인적 구성으로는 수사에 전념할 수 없는 어려운 상황이다.⁴⁾ 검찰 및 경찰은 안정적인 인력구조로 인하여 구성원 중 일부가 퇴직 등으로 결원이 발생하더라도 보직 변경 내지 인력 재배치를 통하여 그 결원을 보충할 여지가 있지만, 공수처는 결원이 발생할 경우 해당 업무는 사실상 마비 상태에 이르게 된다. 결원된 자리는 구성원을 새로 채용해야지만 그 자리를 채울 수 있는데 채용 절차는 주지하다시피 상당한 시일이 소요되고, 새로운 구성원의 업무 적응에도 시간이 걸리게 된다.

나. 출범 당시 설계한 제도조차도 변경해야 하는 초미니 조직

수사 대상 및 범죄의 특성상 정치적 논란의 중심에 설 수밖에 없는 것이 공수처의 현실이다. 이러한 논란으로 인해 공수처 출범 당시 설계한 제도들을 상당수 포기할 수밖에 없었다.

4) 공수처 검사와 수사관의 정원이 한정되어 소수의 인원으로 공수처법에 규정된 고위공직자범죄 전체에 대한 적절한 대응이 가능한지 의문이 든다면서 현행법상의 인적 구성이 공수처 신설 초기의 인원이라는 상징적인 의미를 차지하고서라도 향후 증원의 조치는 불가피해 보인다는 견해는 박찬걸, “고위공직자범죄수사처의 독립성 및 정치적 중립성 확보방안에 대한 검토”, 『형사정책』 제32권 제1호, 2020, 145면. 또한, 공수처는 50명의 공수처 검사, 수사관 100명, 그 밖의 전문직원 등 약 200명의 인원 정도 규모가 타당하다는 견해는 장승혁, “검찰권의 제한 - 개정 형사소송법, 검찰청법 및 공수처법에 대한 평가와 향후 과제 -”, 『형사법연구』 제32권 제2호, 2020, 291면.

대표적인 예로 공수처는 인력구조의 한계상 출범 초기 일명 ‘선별입건제도’를 적극적으로 시행하였다. 즉, 과거 대검 중앙수사부 내지 현재 서울중앙지검 반부패수사부의 운영과 유사한 방식으로 공수처가 반드시 해야 한다거나 혹은 감당할 수 있는 사건들 위주로 수사를 진행하려 하였다.

이는 설계 당시 우리나라의 고질적인 남고소·고발을 억제하는 방안으로서 혁신적인 제도로 소개되었다. 즉 공수처에 쏟아지는 각종 고소·고발 건에 대해 기계적으로 수사에 착수하는 것이 아니라, 사건조사분석관실의 기초조사를 통하여 해당 사건의 수사 필요성 등을 분석·검토한 후 공수처가 공직범죄사건으로 접수하여 직접 수사할 필요성이 인정되는 경우에 국한하여 수사부에서 수사를 착수하는 절차를 거치려던 것이었다. 이는 무분별한 고소·고발로부터 수사대상자에 대한 인권을 보호하는 한편 공수처의 신중한 수사 개시를 위한 제도였다.

그러나 이러한 시도들은 대선정국과 맞물려 공수처의 선별입건에 대한 정치적 편파성 논란을 야기하였고, 결국 제도가 시행된 지 1년도 되지 않아 선별입건제를 폐지하고 전건입건제를 실시함으로써 공수처는 기특이나 부족한 인력을 접수된 모든 사건을 처리하는데 투입하여야 했다.

또 다른 예는 수사부와 공소부의 분리이다. 이는 일명 ‘수사와 기소분리’라는 논의를 공수처에 접목시켜 시행하려 했던 것으로 수사검사의 수사 종결 후 그 결과를 바탕으로 공소담당검사가 기소 여부를 결정하고 공소유지를 수행하는 제도이다. 그런데, 문제는 현재 공수처에는 공소부를 구성할 만한 인적 구성이 되지 않아 ‘수사와 기소분리’를 이행할 방법이 없는 문제가 발생하였다. 현재는 검사 및 수사관 증원을 기약하며 처장이 지정하는 특정 사건에 대하여만 예외적으로 수사와 기소를 분리하도록 사건사무규칙을 개정함으로써 예외적인 수사·기소분리제도를 시행 중이다.

다. 구성원의 신분보장 미약

현행법상 공수처 검사의 임기는 3년이고, 다만 3회에 걸쳐 연임할 수 있다. 수사관의 임기는 6년이고 횟수의 제한없이 연임할 수 있다.⁵⁾ 산술적으로만 따지자면 검사의 임기

5) 법무·검찰개혁위원회 법률안은 공수처 검사의 임기는 6년으로 하되 횟수의 제한없이 연임할 수 있고, 공수처 수사관의 임기 규정은 없었음에 반해, 법무부 법률안은 현행법과 같이 공수처 검사의

는 12년이고, 수사관은 60세의 정년까지 임기가 보장된다. 그런데, 문제는 법상으로 연임이 가능할 뿐이지 실제 운용 과정에서 임기가 종료한 후 연임이 가능하다는 장담을 할 수 없다는 것이다. 즉, 연임 조항이 예외적으로 운용될 가능성이 있음을 배제할 수 없다.⁶⁾

공수처 검사는 7년 이상 경력의 변호사 자격이 있는 사람 중에서 인사위원회의 추천을 통해 대통령이 임명한다. 수사 대상 및 범죄의 성격상 서울중앙지검의 반부패수사부 소속 말석 검사 이상의 경력을 요하도록 규정한 것으로 볼 수 있다. 이 정도 경력을 가진 법조인이 3년의 기간 동안 열정적으로 일하고 공수처를 떠날 것을 예정한 것이라면 이는 일종의 소위 ‘스펙 쌓기’용 임기일 뿐만 아니라 이런 동기로 선발된 검사들은 정치적으로 편향되거나 혹은 외부적으로 드러나는 수사만을 하려는 가능성을 전혀 배제할 수 없다.

임기를 도입한 취지가 공수처 검사에게는 특별검사에 준하는 독립성과 막강한 권한이 부여되어 있음을 감안하여 임기제를 도입하고 연임 횟수를 제한한 것이라면⁷⁾, 동일한 권한을 가진 검찰청 소속 검사에게는 임기제를 도입하지 않은 것과 배치되는 논리라고 할 수 있다. 이러한 임기제 및 연임 횟수 제한은 공수처 구성원이 되기 위한 진입장벽이 되는 상황이다.⁸⁾

임기는 3년에 3회 연임, 공수처 수사관의 임기는 6년에 횟수의 제한없는 연임 가능으로 변경하였다.

- 6) 공수처법은 공수처 검사가 3회에 한하여 연임될 수 있도록 규정하는 만큼 특이사항이 없을 경우 당연히 연임하도록 하는 것이 바람직하고, 고위공직자범죄 수사는 사실상 특수수사에 해당하므로 이에선 상당 기간의 수사경험이 필요하고 또한 공수처 조직의 안정성을 높여야 적은 인원으로 효율적인 수사에 도움을 줄 수 있다는 견해는 오병두, 앞의 논문, 137면.
- 7) 법무부 보도자료, “법무부, 고위공직자범죄수사처 설치에 대한 자체 방안 제시 - 독립성, 정치적 중립성 확보 및 권한남용 우려 해소 등 국민의 신뢰받는 공수처 신설 노력”, 2017. 10. 15.
- 8) 공수처의 수사역량과 관련하여, 공수처가 고위공직자범죄라는 막중한 수사를 감당할 만한 체계적·전문적 수사 능력을 갖출 수 있을지는 의문이라는 견해는 김진환, “사법개혁의 방향”, 「저스티스」 통권 제118호, 한국법학원, 2010, 74면. 이에 반해 어느 정도 시간이 지나 고위공직자범죄에 대한 수사 경험이 축적되면 기존 검찰과는 달리 고위공직자의 부패 관련 범죄 분야에서 고유성과 전문성을 확보할 수 있을 것이라는 견해는 오병두, “독립적 특별수사기구의 도입방안에 관한 연구 - 고위공직자범죄수사처 법안들을 중심으로 -”, 「형사정책」 제24권 제2호, 한국형사정책학회, 2012, 36면. 어떤 견해에 따르더라도 공수처 설립 초창기에는 수사역량과 관련된 문제가 제기될 수밖에 없다는 결론이고, 공수처 구성원이 되기 위한 임기제 및 연임 횟수 제한은 결국 공수처의 인적구성에 대한 걸림돌이 된다.

라. 독립기관의 성질과 반하는 의안제출 및 예산업무 규정

공수처법은 공수처로 하여금 그 권한에 속한 직무를 독립하여 수행하도록 함으로써 독립성 보장을 천명하였을 뿐만 아니라(공수처법 제3조 제2항), 대통령의 공수처 직무수행에 관여하는 일체의 행위까지 금지하였다(공수처법 제3조 제3항).

그런데, 위와 같은 공수처의 독립성 보장 천명과는 모순되게 현행법은 공수처장은 그 소관 사무에 관하여 법무부장관에게 의안의 제출을 건의할 수 있도록 하고(공수처법 제17조 제3항), 공수처의 예산 관련 업무를 수행할 경우에는 국가재정법 제6조 제2항에 따른 중앙관서의 장으로 보도록 규정한다(공수처법 제17조 제6항).

독립기관의 장인 공수처장에게 독자적인 의안제출권 내지 제출건의권을 인정하지 않고 게다가 국가재정법 제40조의 적용을 받지 않는 중앙관서의 장으로 규정하게 된 이유는 처장의 보수와 대우는 차관의 예에 준한다(공수처법 제12조 제1항)는 규정을 살펴볼 때 비로소 이해할 수 있다. 공수처장이 소위 ‘차관급’이기 때문에 ‘법무부장관’에게 의안 제출을 건의할 수 있도록 하고, 독립기관으로 규정하였음에도 국가재정법 제40조를 적용받지 않도록 할 수밖에 없는 구조인 것이다.⁹⁾

2. 공수처 수사환경의 어려움

가. 공수처 수사 대상자와 기소 대상자의 불일치

공수처법은 공수처에 고위공직자에 대한 수사 권한을 부여하면서도 기소 대상은 대법원장 및 대법관, 검찰총장, 판사 및 검사, 고위직 경찰공무원에 국한하였다(공수처법 제3조 제1항). 즉, 법상 규정된 모든 고위공직자가 아닌 사법기관 소속 고위공직자에 대한 기소권만을 인정함으로써 공수처 검사의 지위에 대한 논란이 발생하였다. 수사 대상자와 기소 대상자가 불일치한 관계로 공수처 검사는 기소 권한이 없는 고위공직자에 대한 수사를 종결한 때에는 관계 서류와 증거물을 서울중앙지방검찰청 소속 검사에게 송부하여야 한다(공수처법 제26조 제1항).

9) 예산에 관하여 공수처장을 국가재정법 제6조 제2항의 중앙관서장으로 간주함으로써 공수처의 정치적 중립성과 독립성 확보에 미흡하다는 견해는 장승혁, 앞의 논문, 286면.

헌법재판소는 영장 청구와 관련된 내용이기 는 하지만 공수처 검사나 검찰청법상 검사는 동일한 ‘검사’라는 판단을 하였다.¹⁰⁾ 수사 대상자와 기소 대상자의 불일치로 인하여 공수처와 검찰의 결론이 다르게 된 대표적인 예는 소위 ‘고발사주’ 사건에 있어서 공수처가 기소한 손○○ 검사와 공수처에서 해당 사건을 송부하여 검찰에서 불기소한 김○○ 국회의원의 사례를 들 수 있을 것이다. 하나의 사건에 있어서 동일한 ‘검사’가 다른 처분을 내릴 수 있다는 점은 국가기관 간의 견제와 균형이라는 측면에서는 바람직할 수도 있으나, 공수처의 기소 대상이 국한됨으로 인하여 공수처와 검찰 간의 형사사법 결과가 일치되지 않는 현상이 계속 누적되는 상황이 빈발할 경우 이로 인한 불이익은 국민에게 돌아갈 것은 자명한 일이다.¹¹⁾

나. 실질상 직권남용죄 위주의 대상 범죄

공수처법은 고위공직자범죄를 규정하면서 주된 대상 범죄를 형법 제122조부터 제133조까지의 죄를 규정하였는바, 제122조(직무유기), 제123조(직권남용), 제124조(불법체포 등), 제125조(가혹행위 등), 제126조(피의사실공포), 제127조(공무상 비밀의 누설), 제128조(선거방해), 제129조부터 제133조(뇌물 등)이 그 예이다.

2021년 한 해 동안 공수처에서 수사한 대표적인 사건의 예를 들어보면 조○○ 교육감의 해직 교사 불법 특별채용 사건, 옵티머스 펀드 사기 부실 수사 의혹 사건, 한○○

10) 공수처 검사 역시 검찰청법상 검사와 마찬가지로 검찰권을 행사하는 국가기관인 검사로서 공익의 대표자이자 인권옹호기관으로서의 지위에서 그에 부합하는 직무를 수행하는 것으로, 헌법상 공소권이 있는 검사에게만 반드시 영장신청권이 인정되어야 하는 것은 아니고, 공수처 검사가 공익의 대표자로서 수사대상자의 기본권을 보호하는 역할을 하는 한 공수처 검사가 영장신청권을 행사한다고 하여 이를 영장주의 원칙에 위반된다고 할 수 없으며, 공소권의 존부와 영장신청권의 행사 여부를 결부시켜야 한다는 주장은 직무와 지위의 문제를 동일하게 본 것으로 받아들이기 어렵다고 판시한 내용은 2021. 1. 28. 선고 헌법재판소 2020헌마264,681(병합) 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률 위헌확인 결정 참조.

11) 공수처의 수사 대상과 기소 대상이 양분된 가장 현실적인 이유는 공수처 검사의 인력이 매우 한정되어 있는 측면을 고려하였을 뿐만 아니라 제20대 국회 초반에 제출된 법안들이 공수처에 온전한 기소권을 부여하려고 했던 것에 대한 반대진영의 맹렬한 공격을 방어하기 위한 전략적 판단으로 볼 수 있다는 견해는 박찬길, 앞의 논문, 150면. 공수처 소속 검사가 기소권을 가지는 판사, 검사 등은 비교적 부패범죄에 연루되지 않는 직업군에 속하므로 공수처법안 자체가 공수처의 권한을 의도적으로 축소하였다는 견해는 김성천, “고위공직자범죄수사처의 형사사법체계 정합성에 관한 고찰”, 『중앙법학』 제21권 제4호, 중앙법학회, 2019, 17면.

전 총리 모해위증교사 사건 수사방해 의혹, 부산지검의 엘시티 정관계 특혜의혹 부실 수사 사건, 김○○ 전 법무부차관의 출국금지에 대한 수사방해 사건, 검찰의 고발사주 의혹 사건, 박○○ 국정원장의 제보사주에 의한 정치활동 관여 의혹 등 사건 등을 들 수 있는바, 대부분의 사건이 ‘직권남용’에 집중된 점을 확인할 수 있다.

주지하다시피 직권남용죄는 필연적으로 문제가 된 사안의 권력작용의 전 범위를 들여다보아야 하고, 어떤 사실이 특정되었다고 하더라도 그것이 직권남용에 포섭될 수 있는지는 법리적으로 어려운 검토 과정을 거쳐야 한다. 게다가 정권교체가 이루어졌을 때, 이전 정부에서 재직한 고위공직자들을 처벌하거나 정책적 판단이 비판의 대상이 될 경우에 해당 고위공직자를 상징적으로 처벌하는 데에 남용될 위험성까지 있으므로 해당 법률 조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다는 비판까지 있는 실정이다.¹²⁾

결국, 공수처가 직권남용죄만을 주된 대상으로 수사할 경우 해당 공무원 조직의 전체적인 작용에 간섭을 하게 될 뿐만 아니라 그 순수한 수사 의도와는 달리 결과적으로는 정치권에 예속될 가능성이 있다. 공수처 초창기 때 정치권으로부터 특정인에 대한 사건을 연속적으로 입건한 사실에 대해 지속적인 정치적 중립성 도전을 받아 온 것도 직권남용죄의 특수성에 기인한다고 할 것이다.

결국 공수처의 수사 대상 범위가 다양화되지 않는 이상³⁾ 공수처는 늘 정치적 중립성이라는 도마에 오를 수밖에 없는 상황일 것이다.¹⁴⁾ 이러한 상황은 공수처의 인력상황으로 인하여 독자적인 범죄정보 수집 활동을 할 수 없을 뿐만 아니라 관련 기관과의 범죄정보 공유가 어렵다는 점에 기인하기도 한다.

12) 헌법재판소 2006. 7. 27. 선고 2004헌바46 전원재판부 결정(형법 제123조 위헌소원) 중 재판관 권성의 반대의견

13) 공수처가 본래의 설립 취지에 부합하는 역할을 제대로 하지 못할 우려가 적지 않다면서, 고위공직자의 부패범죄는 기업과의 관계에서 자주 발생함에 있어 공수처가 기업 등 경제범죄에 대한 수사권이 없는 관계로 고위공직자 상대방에 대한 수사를 하는데 장애가 발생하여 관련 범죄를 인지하는데 난관에 부딪힐 수 있다는 견해는 장영수, “검찰개혁과 독립수사기관(고위공직자비리수사처)의 설치에 관한 검토, 『형사정책연구』 제28권 제1호, 한국형사정책연구원, 2017, 133면.

14) 공수처가 수사 및 공소제기를 위해 다른 수사기관으로부터 범죄정보를 어느 정도 받을 수 있는가도 문제되는데, 이와 관련하여 진정, 제보, 고소·고발, 언론보도 외에 청와대, 국무총리실 또는 정보기관의 범죄정보를 확보하여야 실질적·효율적인 수사가 가능하다는 지적도 나와 있어 기존 수사기관이 공수처가 수사하도록 고위공직자 관련 범죄의 정보를 공수처에 제공하도록 할 필요가 있다는 견해로는 오병두, “공수처 어떻게 운영되어야 하나? - 공수처의 운영방향에 관한 제언 -”, 『형사정책』 제32권 제2호, 2020, 139면.

다. 이첩요청권 행사에 따른 기관 간 갈등 발생

공수처법은 공수처장이 다른 수사기관의 범죄수사에 대하여 이첩을 요청하는 경우 해당 수사기관의 사건 이첩의무를 부과하였다(공수처법 제24조 제1항). 이는 공수처에 고위공직자범죄등에 대하여는 우선적 관할권을 인정하는 규정인바, 다만 그 이첩 요청을 위해서는 공수처와 다른 수사기관과의 수사 중복성, 공수처에서의 수사 적절성이라는 두 가지 제한을 두었다. 중복성의 요건은 사건의 중복이라는 객관적인 측면이 강조되는 반면, 적절성의 요건은 가치판단을 전제로 한 주관적인 측면이 강조되는 부분이다.

이첩 요청권 행사와 관련된 지금까지 논의는 공수처장의 적절성 판단이라는 측면에서 문제가 제기되어 왔으나, 현행법상 이첩요청권의 핵심은 적절성의 부분이라기보다는 중복성 문제에 있다고 할 수 있다. 즉, 문제의 핵심은 공수처에 중복되는 사건이 없다면 현행법상으로는 이첩요청권 행사 자체가 불가능하다는 점이다.

2017년 법무·검찰개혁위원회에서 발표한 공수처법안에 따르면 공수처의 이첩요청권은 사건의 중복성을 요구하고 있지 않았다. 그 이유는 공수처에 고위공직자범죄등에 대한 우선적 관할을 법 논리적으로 인정할 수밖에 없지만, 공수처의 이첩요청권은 다른 수사기관의 권한에 대한 침해로 볼 수 있으므로 필연적으로 공수처의 권한 확대를 방지하기 위하여 공수처를 소규모 조직으로 구성할 수밖에 없었기 때문으로 추정된다.

그 결과 조직의 한계상 범죄정보수집 능력이 없는 공수처가 감사원 등 다른 국가기관으로부터 고발 및 범죄정보 등의 수사의 단서를 받지 못하면 사실상 수사기관으로서의 역할을 담당하기 어려운 구조이다. 이를 보완하기 위해 공수처에 타 기관에 대한 이첩요청권을 규정한 것이라고 생각할 수 있는데, 실제로 이첩요청권 행사는 현재로서는 난망한 일이 아닐 수 없다.¹⁵⁾

15) 공수처가 정보기관도 아니고 다른 수사기관의 모든 수사 활동을 감시할 방법도 없는 상황에서 이첩 요청을 한다는 것은 현실성이 없을 뿐만 아니라 공수처의 우선적 관할 사건을 타 수사기관이 이첩없이 그대로 수사하더라도 그것이 불법적인 수사라고 할 수는 없으므로 형사소송법상의 관할 위반이 특별한 법적 효과를 발생시킬 수 없어 다른 수사기관들이 공수처를 무시하고 독자적으로 수사를 한다고 하더라도 이를 막을 수 있는 방법은 없어 보인다는 견해는 김성천, 앞의 논문, 16면.

라. 공수처 파견직원 권한에 대한 다툼

공수처는 그 직무의 내용과 특수성 등을 고려하여 필요한 경우에는 다른 행정기관으로부터 공무원을 파견받을 수 있다(공수처법 제44조). 공수처법상 공수처의 주된 직무는 고위공직자범죄등의 수사 및 공소업무라고 할 것이다(공수처법 제3조 제1항). 그렇다면, 직무상 필요한 경우 파견받을 수 있는 타 행정기관 공무원은 검사 및 검·경의 수사관이 주된 대상일 것이다.

그런데, 공수처법상 명백해 보이는 이러한 파견 규정도 ‘행정기관’으로부터 공무원을 파견받을 수 있다는 내용에 국한하여 타 기관으로부터 파견된 수사관들이 행정업무에 종사할 수 있을 뿐이지 수사업무에 종사할 수 없다는 주장이 제기되었다. 처장은 그 직무를 수행함에 있어서 필요한 경우 대검찰청, 경찰청 등 관계 기관의 장에게 고위공직자범죄등과 관련된 사건의 수사기록 및 증거 등 자료의 제출과 수사활동의 지원 등 수사협조를 요청할 수 있고(공수처법 제17조 제4항), 이에 따라 다른 행정기관으로부터 공무원을 파견받을 수 있음에도 불구하고(공수처법 제44조) 파견 경찰관이 행한 수사활동을 위법한 수사라고 주장하는 것이다.¹⁶⁾

그런데, 공수처법은 검찰로부터 검찰수사관을 파견받은 경우에는 공수처 수사관의 정원에 포함하도록 규정함으로써(공수처법 제10조 제2항), 파견 수사관의 수사행위가 위법이라고 주장하는 입장에서는 파견된 검찰수사관의 수사행위 역시 위법이라고 주장해야 하는 모순이 발생하게 된다.

16) 이와 관련, 공수처 파견 검찰·경찰공무원의 수사 참여가 적법한 행위라는 판단은 2023. 1. 27. 선고 서울중앙지방법원 2021고합1223 직권남용권리행사방해 등 판결, 2023. 2. 1.자 서울중앙지방법원 2022보1 압수·수색집행에 대한 준항고 결정 참조.

Ⅲ. 공수처의 미래지향적인 발전을 위한 공수처법 개정 방향

1. 상설특검 모델로서의 공수처 운영

공수처법의 개정 방향을 논하기에 앞서 우리나라에 공수처를 설치하게 된 이유에 대하여 살펴볼 필요가 있다. 우선 2020. 1. 14. 제정된 공수처법의 제정이유는 고위공직자 등의 범죄는 정부에 대한 신뢰를 훼손하고, 공공부분의 투명성과 책임성을 약화시키는 중요한 원인이 되고 있는바, 고위공직자 등의 범죄를 독립된 위치에서 수사할 수 있는 고위공직자범죄수사처의 설치 근거와 그 구성 및 운영에 필요한 사항을 정함으로써 고위공직자 등의 범죄를 척결하고, 국가의 투명성과 공직사회의 신뢰성을 높이려는 것이다.¹⁷⁾

우리나라에서 공수처를 설립하지는 주장의 이론적 근거는 공직부패척결과 검찰권력의 견제인바, 다른 나라의 반부패기구들은 부패척결이 주된 목적이라고 한다면 우리나라에서는 공직부패 및 비리에 대한 척결 기능과 함께 검찰권 견제라는 정책적 필요가 특별히 강조된다는 점에 특징이 있다.¹⁸⁾ 한편 공수처와 같은 독립수사기관의 설치 이유로서 검찰개혁의 다양한 시도들 내지 대안들과의 연계 속에서 그 의미와 기능이 검토되어야 하는데, 다른 대안들이 실제로 효과적이지 못하거나 적극적으로 추진하기 어려울 경우에는 독립수사기관을 설치해야 한다는 요청이 더욱 탄력을 받게 되었다.¹⁹⁾

연혁적으로 볼 때 공수처는 상설특검, 특별수사청 설치와 같은 선상에서 논의되었

17) 부패방지법에서는 고위공직자비리수사처를 구성하고 여기에 특별검사와 특별수사관을 두어 독립적이고 엄정한 사정 활동이 가능하도록 하였는데 종래 특별검사제를 요구해 온 대다수 국민의 여망을 부패추방에서만이라도 반영하는 것임과 동시에 부패추방에 획기적인 전환을 마련하는 일이 될 것이라는 입법 취지는 1996년 참여연대 입법청원 부패방지법안 참조. 한편, 총체적이고 구조적인 부정부패를 근본적으로 제거하기 위한 제도적 장치를 마련하고자 현행 공직자윤리법, 공무원범죄에 관한 몰수특례법의 미비점을 보완하고 또한 내부고발을 한 자의 보호, 자금세탁 규제, 예산부정 방지 및 고위공직자비리수사처의 설치에 관한 규정을 신설하여 단일·종합적인 부패방지법을 제정하려는 것이라는 입법 취지는 1996. 12. 5. 류제건 등 79명 공동 발의 부패방지법안(의안번호 150386) 참조.

18) 이윤제, “국민의 공수처 vs 검찰의 수사처”, 「형사법연구」 제29권 제4호, 한국형사법학회, 2017, 187면.

19) 장영수, 앞의 논문, 123면.

다.²⁰⁾ 물론 상설특검과 공수처는 제도 취지 및 이론적 배경 등에 비추어 볼 때 별개의 성격을 갖기에 함께 논의되는 것이 부적절하다는 비판도 있으나,²¹⁾ 현재의 공수처법 역시 상당 부분이 특검법과 유사한 구조를 띠고 있다는 점에서 전혀 별개의 논의라고는 할 수 없을 것이다.²²⁾

그런데 지금과 같이 초미니 규모의 공수처가 설치된 이유는 이른바 ‘슈퍼 공수처’ 논란을 감안하여 규모 및 권한을 조정된 것으로 보인다.²³⁾ 이러한 인력구성은 개별특검법에 규정된 인원수에 한참 미달하는 조직으로 특정 개별사건 하나를 겨우 감당할 수밖에 없는 조직이다. 이러한 인력구성으로 공수처는 고위공직자 일반에 대한 수사 전체를 감당해야 하는 것은 아이러니한 상황이라 할 수 있다.

이러한 조직 구성은 결과적으로 공수처의 독자 수사를 전제로 하기보다는 검찰과 경찰과의 협조하에 수사 및 공판을 진행하라는 의미로 받아들일 수 있다. 공수처는 특정한 고위공직자비리사건 등의 수사 및 공소 제기와 유지에 있어서 필요한 경우에는 경찰, 검찰 등 관계 기관과 협력해야 하는 것으로 귀결된다.²⁴⁾

-
- 20) 민주화 이후 검찰이 고위공직자비리 및 대통령과 관련된 권력형 비리에 대해 수사를 미진하게 하거나 오히려 수사를 통해서 사건을 은폐·축소시키고 있다는 비난이 거세게 일고 있고, 검찰이 제대로 된 수사를 하지 않거나 정치적 표적 수사를 하고 있다는 의혹이 제기됨에 따라 (상설)특검이나 특별수사청, (고위)공직자비리수사처 설치 등의 방안을 모색할 필요가 있다는 문제 제기가 계속되었다는 내용은 법제사법위원회 수석전문위원 임중호, “(2012. 12. 3. 이재오 의원 대표발의) 공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안 검토보고”, 2013. 4. 5면.
- 21) 김희균, “상설특별검사 및 특별감찰관제도 도입 방안”, 상설특별검사 및 특별감찰관 제도 도입 방안에 관한 공청회(국회사법제도개혁특별위원회), 2013. 6. 11, 22면.
- 22) 공수처의 존재근거는 정치적 중립과 정치로부터의 독립이라면서 검찰의 정치적 중립성 및 이른바 ‘상설특검법’ 논란을 잠재우기 위하여 공수처가 등장하였으며, 공수처는 검찰을 견제하는 역할과 함께 정치적 사건에서 검찰이 저야 하는 부담을 덜어줄 것으로 기대한다는 견해는 최정학, “검찰개혁과 공수처의 역할”, 인권친화적 수사기구로서의 미래 지향적인 공수처의 발전방안 논의를 위한 공동학술대회 자료집, 2022. 12. 22, 71면.
- 23) 법무부 보도자료, “법무부, 고위공직자범죄수사처 설치에 대한 자체 방안 제시”, 2017. 10. 15. 참고. 한편, 법무부안은 개혁위 공수처안의 골격은 차용하면서도 공수처 구성원의 임기, 규모, 권한 등 일부 규정을 변경함으로써 공수처의 지위와 권한을 약화시켰고, 공수처 TF는 전원 검사로 구성되어 법무부안은 조속한 공수처 설치를 명분으로 검찰보다 열등한 공수처 설립을 목적으로 하였다는 견해는 이윤제, “공수처와 타 수사기관간의 관계”, 인권친화적 수사기구로서의 미래 지향적인 공수처의 발전방안 논의를 위한 공동학술대회 자료집, 2022. 12. 22, 6면.
- 24) 수사대상자가 ‘고위공직자’라는 점에 대해 충분히 고려하지 못했다는 현행 공수처법이 수사권함에 관해 아무런 특례를 고려하지 않은 점은 향후 공수처의 운영에 지장을 초래할 우려가 있으며, 이른바 ‘살아있는 권력’과 연관된 기관이 있을 경우에는 적극적인 협조를 기대할 수 없다는 우려에

이를 위하여는 수사 및 공소 협력을 위한 관련기관 간 협의체 구성을 전제로 수사 대상과 기소 대상의 일치, 수사 대상자와 대상 범죄의 효율적 배치 등을 통해 실질적인 독립기관으로서의 역할을 수행할 수 있도록 제도가 개선되어야 한다.

2. 수사 및 공소 협력을 위한 관련기관 간 협의체 구성

공수처의 이첩요청권과 다른 기관의 통보의무에 대하여 일각에서는 검찰총장보다 상위기관이라고 볼 수 없는 공수처장이 검찰총장을 지휘하는 법체계의 모순이 발생한다는 주장이 있다.²⁵⁾ 그러나 공수처법상 이첩요청권과 통보의무 조항은 공수처와 다른 수사기관 사이의 권한 배분과 관련된 사항을 규정한 것으로서 이러한 규정이 위헌은 아니라는 것이 헌법재판소의 판단이다.²⁶⁾

이첩요청권에 대하여 이러한 찬반 논의가 있지만, 실질적으로 법령상으로 공수처로의 사건이첩을 요청받은 해당기관은 사건을 의무적으로 이첩하도록 규정되어 있음에도 불구하고, 법의 취지와는 달리 공수처가 이첩요청권을 행사하더라도 관련 기관들이 자발적

대해 현행법이 아무런 대비를 하고 있지 않다는 견해는 오병두, 앞의 논문, 133면.

- 25) 공수처법 제24조 제1항에 의하여 공수처장이 가지는 일방적인 이첩요청권한을 통하여 행정부 내 다른 수사기관보다 우위의 입장에서 상호 협력적 견제관계를 훼손할 뿐만 아니라 고위공직자범죄의 경우 공수처가 다른 수사기관에 대해 이첩을 요청할 수 있는 근거를 마련할 필요성이 있다 하더라도, 공수처장의 요청에 정당한 사유가 있는지 또는 다른 수사기관이 공수처장의 이첩요청을 거부하거나 이첩하지 아니하여야 할 특별한 사정이 있는지를 불문하고 다른 수사기관으로 하여금 공수처장의 이첩 요청에 응하여야 한다고 규정하는 것은 정당하다고 할 수 없고, 또한 이첩 여부를 결정하기 전에 공수처장과 다른 수사기관이 수사관할을 협의·조정할 수 있는 절차도 마련되어 있지 않아 다른 수사기관으로서 스스로 해당 사건을 수사하는 것이 적절하다고 판단하더라도 공수처에 사건을 이첩할 수 밖에 없는 공수처와 다른 수사기관이 법률상 서로 대등한 지위에 있음에도 불구하고 공수처법은 편면적인 의무를 부과하고 있는 것은 공수처가 다른 수사기관보다 일방적으로 우위에 있는 것으로 규정하고 있으므로 그 실제적 내용이 합리성과 정당성을 갖춘 적절한 것이라고 보기 어렵다는 견해는 2021. 1. 28. 선고 헌법재판소 2020헌마264,681(법합) 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률 위헌확인 결정 중 재판관 이은애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 반대의견, 67-70면.
- 26) 법률에 설치근거를 둔 행정기관들 사이에 직무범위를 어떻게 나누고 권한을 어떻게 배분할 것인지를 헌법상 권력분립원칙의 문제로 보기 어려우므로 공수처장의 이첩요청권한으로 말미암아 공수처와 기존의 다른 수사기관과의 관계가 문제된다 하더라도 이는 입법정책에 불과하다는 견해는 위헌법재판소 결정 중 재판관 이석태, 재판관 문형배, 재판관 이미선의 범정의견에 대한 보충의견, 104-106면.

으로 협조하지 않을 경우 사건이첩을 강제할 수단이 없어 공수처의 이첩요청권이 사실상 형해화된 것일 수도 있다는 평가를 할 수 있다.²⁷⁾

따라서 공수처의 이첩요청권 행사에 정당성을 부여하고 공수처가 설치된 목적을 달성하기 위하여는 검찰과 경찰 등 관계기관과의 협력이 필수적이고 이에 따라 법령상 협의체 구성을 규정할 필요가 있다.²⁸⁾

최근 형사소송법 개정을 통하여 사법경찰관과 검사는 수사, 공소제기 및 공소유지와 관련하여 서로 협력하여야 하고 이에 따른 수사를 위하여 준수하여야 하는 일반적 수사준칙에 관한 사항은 대통령령으로 정하여야 하므로(형사소송법 제195조) 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정이 대통령령으로 제정되어 시행 중이며, 이에 따라 대검찰청, 경찰청 및 해양경찰청 간에 수사에 관한 제도 개선 방안 등을 논의하고 수사기관 간 협조가 필요한 사항에 대해 서로 의견을 협의·조정하기 위해 수사기관 협의회를 두도록 하고 있다.

이와 유사하게 공수처법에도 공수처, 검찰, 경찰은 고위공직자범죄 등의 수사, 공소제기 및 공소유지 등 적정한 처리를 위하여 서로 협력하여야 한다는 규정을 적시하고, 협의체 구성 등의 필요한 사항을 정하기 위하여 적어도 대통령령으로 그 근거를 두는 방안이 필요할 것이다.²⁹⁾ 그리고 공수처 파견공무원의 권한에 대한 소모적인 논쟁을 종식시

27) 예상균, “고위공직자범죄수사처 이첩요청권 행사 갈등 극복을 위한 수사기관간 협력관계 설정”, 「인권과 정의」 제510호, 대한변호사협회, 2022, 154면.

28) 수사기관 사이에 불필요하게 권한을 다툼으로 인하여 정치적으로 논란을 일으킬 수 있으므로 대공수사에서 국가정보원, 경찰, 검찰이 협조하는 방식처럼 경찰, 검찰과 협의한 후 점수화하여 판단 기준표를 작성하는 등 사전에 가이드라인을 설정함이 필요하다는 견해는 정한중, “고위공직자범죄 수사처법 제정과 운영에 관한 연구”, 「인권과 정의」 제491호, 대한변호사협회, 2020, 80면.

29) 공수처장은 관계 기관의 장에게 고위공직자범죄등과 관련된 사건의 수사기록 및 증거 등 자료의 제출과 수사활동의 지원 등 수사협조를 요청할 수 있다면서 관련 기관과 협의기구를 만들어 협조체계를 구축하여야 한다는 견해는 정한중, 앞의 논문, 78면. 또한 소규모 인원으로 구성된 미니 공수처로서는 공수처법에 규정된 모든 범죄를 공수처 자체 인력만으로 감당하기는 어려울 뿐만 아니라 공수처는 기소권이 없는 사건에 대하여 검찰에 종속적인 지위에 놓일 위험이 있다면서 위 두 가지의 어려움 속에서 공수처가 부여된 역할과 임무를 수행하기 위해서 적어도 공수처법이 개정되기 전까지는 선택과 집중을 통하여 수사력 향상을 제고할 수밖에 없다며, 우선 수사 인력이 부족한 상태에서 제대로 된 수사를 하기 위해서는 경찰, 검찰 등과 수사협의체를 구성하여 관계 기관간의 역할을 배분·조정하는 것이 필수적이고, 수사협의체의 운영과정에서 공수처 주도의 수사와 기소가 이루어지도록 할 필요가 있으며 공수처법이 규정한 이첩제도가 수사 협의나 수사 조율을 위한 수단으로서 적극적으로 활용될 수 있을 것이라는 견해는 오병두, 앞의 논문, 135-136면.

키기 위해서도 파견 검사 및 검·경 수사관에 대한 공수처장의 파견요청권에 대하여도 명확하게 개정되어야 할 것이다.³⁰⁾

3. 수사 대상과 기소 대상의 일치

협의체 구성을 통하여 일단 공수처가 상설특검의 역할을 할 수 있도록 하는 기초가 다져졌다면, 이제 현행법상 수사 대상과 기소 대상의 불일치에 대한 검토가 필요하다.³¹⁾

현행법 이전에 발의되었다거나 논의되었던 공수처 관련 법안들은 공수처에 검사가 배치되는 한 수사 대상과 기소 대상을 이원화한 사례를 발견하기 어렵다.³²⁾ 그런데, 2019년 4월에 발의된 백혜련 의원 등 12인 발의의 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률안(의안번호 제20029호), 권은희 의원 등 10인 발의의 고위공직자부패수사처 설치 및 운영에 관한 법안(의안번호 제20037호)에서 갑자기 공수처는 대법원장 및 대법관, 검찰총장, 판사 및 검사, 경무관 이상 경찰공무원에 대하여만 기소권을 갖는 상황에 이르렀다.³³⁾ 그 경위에 대한 명확한 설명을 찾기는 힘드나 위 두 법안은 사개특위에 회부되

30) 특별검사의 임명 등에 관한 법률 제7조 제4항은 특별검사는 그 직무수행을 위하여 필요한 때에는 대검찰청, 경찰청 등 관계 기관의 장에게 소속 공무원의 파견 근무와 이에 관련된지는 지원을 요청할 수 있다고 규정하고 있다.

31) 이전에는 검사의 수사와 기소에 대한 결정으로 처벌이 가능했었던 일반고위공직자범죄가 이제는 우선적 관할권을 가진 공수처가 수사권을 가지게 됨으로써 공수처와 검찰의 의사가 일치할 경우에만 기소가 가능해지는 매우 지난한 과정을 거쳐야 하는 구도가 되었으며, 공수처를 그 설립 취지에 맞게 정상화시키는 가장 근본적인 방법은 공수처검사에게 일반고위공직자범죄등에 대한 기소권을 부여하도록 공수처법을 개정하여 기소권과 수사권이 일치되도록 하는 것이라는 견해는 이윤제, “공수처와 타 수사기관간의 관계”, 인권친화적 수사기구로서의 미래 지향적인 공수처의 발전방안 논의를 위한 공동학술대회 자료집, 2022. 12. 22, 12면, 37면.

32) 입법자는 검사 등을 제외한 고위공직자 사건에서는 검찰에게 공소제기와 유지를 맡겨도 자의적이고 편파적인 공소권 행사의 우려가 없다고 보았다면서 공수처 검사의 수사결과물 및 검찰청 검사의 불기소처분에 대한 공수처장의 재정신청권이 있는 이상 이상 검사의 부당하거나 위법한 공소권 행사에 대한 통제가 가능하다는 견해는 장승혁, 앞의 논문, 289면. 그러나, 공수처법 개정과정에서 공수처장의 재정신청권이 삭제되어 해당 견해의 논거가 일부 사라지게 되었다.

33) 공직자비리수사처 설치와 관련된 각 법안은 특별검사, 특별수사관 또는 특별조사관으로 명명된 수사기관이 형사소송법상 검사의 직무규정에 따른 압수와 수색, 체포와 구속 등의 수사권한을 행사하도록 하고 있고 수사를 종결한 사건에 대해 직접 공소를 제기할 수 있도록 하여, 검찰의 개입 없이 수사뿐만 아니라 공소제기까지도 가능하도록 하고 있어 검찰이 스스로에 대하여 제대로 수사하고 공소를 제기하지 못한다고 하는 점이 문제의 핵심이라고 보는 관점에서는 공직자비리수사처에 특별검사를 두어 직접 공소를 제기하도록 하는 방안이 설득력이 높다고 할 것이라는 내용은 법제

어 2019년 4월 30일 신속처리대상안건으로 지정된 사정이었다. 이에 대하여 법조계에서는 정권의 입맛에 맞는 수사만 벌이는 자의적인 검찰권 행사의 폐단을 막고, 객관적이고 중립적인 제3의 수사기관을 만들어 고위공직자비리를 엄단토록 하겠다던 제도 도입 취지가 무색할 정도의 반쪽짜리 공수처가 도입될 전망이다. 공수처 기소 대상에서 대통령과 청와대 고위인사, 국회의원 등은 빠짐으로써 사실상 ‘법조비리수사처’라는 지적까지 나오게 되었다.³⁴⁾

공수처는 검경 수사권 조정이 갖는 한계를 극복하기 위한 보충적 제도라면서 공수처는 완벽한 검경 수사권 조정이 가능했다면 불필요한 기구이지만 그것을 기대할 수 없는 상황에서는 부득이 채택할 수밖에 없는 제도라는 견해³⁵⁾에 귀를 기울일 필요가 있다.

수사 대상자와 기소 대상자의 불일치는 현행법상 공수처와 검찰 간의 소모적인 대립 양상을 낳게 되었다. 대표적인 예가 공수처법 제26조와 제27조의 해석상의 갈등이다. 즉 공수처검사는 기소권이 없는 고위공직자범죄등에 관한 수사를 한 때에는 관계 서류와 증거물을 지체 없이 서울중앙지방검찰청 소속 검사에게 송부하여야 하는데(공수처법 제26조 제1항), 이에 반해 고위공직자범죄에 대하여 불기소 결정을 하는 때에는 해당 범죄의 수사과정에서 알게 된 관련범죄 사건을 대검찰청에 이첩하여야 한다고 규정하여(공수처법 제27조), 공수처의 고위공직자범죄에 대한 불기소 권한을 인정하게 된 모순적인 규정 때문이다. 일각에서는 공수처 검사를 헌법상 인정된 ‘검사’로서의 지위가 아닌 ‘사법경찰관’의 지위로 상정하며 검찰에 대한 견제기관으로서의 지위를 약화시키는 논의가 있음은 주지의 사실이다.³⁶⁾

사법위원회 수석전문위원 임중호, “(2012. 12. 3. 이재오의원 대표발의) 공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안 검토보고”, 25면 참조.

34) 법률신문, “입법취지 사라진 공수처 설치안...법조계 거센 비판”, 2019. 4. 29.

35) 박찬운, 매일경제 “[이슈토론] 공수처 설치”, 2019. 5. 16.

36) 이렇게 협소한 범위의 공소제기권은 원래 기대했던 공수처의 방향과는 거리가 멀다면서 공수처 도입이 논의된 이유가 검찰 기소독점주의라는 현행 형사사법 체계에서 오랫동안 바로잡기 어려웠던 부패 고리를 끊어내기 어렵다는 점이었음을 감안할 때 야당의 반대가 극심하였던 상황에서 원칙적인 형태의 모델만을 고수할 수 없었다는 점을 고려하더라도 납득하기 어려울 뿐만 아니라 기소권 없는 공수처에다가 인원마저 적다면 부패방지형 모델로서도 제 역할을 하기 쉽지 않아 공수처의 수사결과는 검찰청 검사의 기소권에 의해 통제받는 구조로서 검찰분권의 관점에서 볼 때 오히려 검찰권 강화의 수단이 될 우려마저 있다는 견해는 오병두, 앞의 논문, 131면. 동일한 취지로, 공수처의 본질적인 기능은 검찰 독립의 영장청구권과 공소제기권을 분산하여 견제와 균형의 원리를 회복하려는 것이므로 공수처에 영장청구권과 공소제기권을 부여하여야 하고, 검찰청

4. 수사 대상자와 대상 범죄의 효율적 배치

법조계에서는 당시 범여권이 동의한 공수처 안이 ‘검·경 길들이기 법안’이라고 비판한다. 기소 대상에 검·경의 고위공직자만 포함한 것은 ‘고위공직자’ 비리 근절이라는 공수처 설립 취지를 벗어났다는 것이다. 공직자 비위 수사는 정보가 들어오면 기업에 대한 압수수색에 들어가고 그 다음 공직자 수사로 이어지는 절차가 통상적인데 이 안을 보면 정보를 수집할 사람이 없으며 결국 정권의 하명수사만 하게 되는 것이라는 비판이다.³⁷⁾

이와 관련하여 사실상 간부급 공무원이라고 할 수 있는 사무관급 이상 공무원이라든가 공공기관 간부급 임원까지 그 적용 대상을 확대하는 방안도 강구할 수 있으나 이에 대하여는 신중한 검토가 필요할 수도 있으므로 여기에서는 공수처법상 ‘관련범죄’에 대한 논의에 국한하기로 한다. 공수처 대상 범죄 중 ‘관련범죄’란 고위공직자범죄 수사과정에서 인지한 그 고위공직자범죄와 직접 관련성이 있는 죄로서 해당 고위공직자가 범한 죄가 그 대상인데, 이러한 규정 형식은 공수처 수사 범위를 극도로 제한함으로써 사실상 공수처의 수사역량을 저해시키는 문제를 발생시킨다.

법무·검찰개혁위원회의 법률안에서는 고위공직자범죄 또는 수사기관공직자범죄의 수사 또는 공소 중에 인지된 범죄, 권은희 의원 법률안에서는 고위공직자들의 부패범죄와 관련성이 있는 형법 제355조부터 제357조까지 및 제359조의 죄(다른 법률에 따라 가중 처벌되는 경우를 포함한다)을 규정함으로써 고위공직자의 범죄행위를 도운 자에 대한 수사 및 공소제기 권한까지 포함하였다.

검사에 의한 기소독점주의의 폐해가 심각한 관계로 기소다원주의를 추구하는 검찰개혁의 일환으로 공수처에 공소제기권을 부여하는 것은 필수적이라면서 공수처에 기소권을 부여하지 않으면 그것은 공수처가 아니고 특별경찰에 다름 아니고 검찰개혁에 전혀 기여하지 못할 것이며 오히려 검찰권의 분산이 아니라 검찰권의 강화와 독점이 강화되어 검찰개혁에 역행하는 결과가 될 뿐이라는 견해는 박준휘·김영중·한상훈·정한중·최유진·문준영, 「고위공직자범죄수사처에 관한 연구」, 형사정책연구원 연구총서, 2019, 377면. 또한 공수처는 경찰의 수사권 한계를 인정한 가운데 검찰의 권한남용을 직접적으로 견제하는 기관으로서 시시때때로 운영해 온 특별검사제도의 상실화나 마찬가지로 공수처가 제 기능을 다하기 위해선 검찰을 직접적으로 견제할 수 있도록 그 권한을 검찰과 동일하게 줘야 하는데 다른 고위공직자에 대해선 공수처는 수사만 하고 기소 여부는 여전히 검찰이 행사하는 상황에서 공수처가 검찰권 남용 방지를 위한 견제기관이 되기 어렵다는 견해는 박찬운, 매일경제 “[이슈토론] 공수처 설치, 2019. 5. 16.

37) 뉴데일리, “공수처가 아니라 쫓수처...이래서 절대 반대한다”, 2019. 5. 2.

한편 개별특검법안을 살펴보면, 박근혜 정부의 최순실 등 민간인에 의한 국정농단 의혹 사건 규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률은 특별검사의 수사대상 사건의 수사과정에서 인지된 관련 사건(법 제2조 제15호), 드루킹의 인터넷상 불법 댓글 조작 사건과 관련된 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률은 특별검사의 수사대상과 관련한 수사과정에서 인지된 관련 사건을 규정함으로써 수사의 효율성을 도모하였다.

관련범죄의 범위는 공수처의 권한을 확대할 수도 있는 문제라서 조심스럽기는 하지만,³⁸⁾ 수사대상자 및 그 관련자들의 법적 안정성 보호를 위해서라도 고위공직자범죄와 관련된 상대방의 범죄(예를 들면 뇌물자금을 마련하기 위한 횡령 등의 범죄 등) 역시 공수처에서 수사 및 기소할 수 있도록 법 개정이 이루어져야 할 것이다.³⁹⁾ 그렇지 않을 경우 그 상대방은 사실상 동일 사실관계에 있는 사건에서 뇌물공여는 공수처에서, 그 자금을 마련하기 위한 다른 범행은 다른 수사기관에서 이중으로 수사받는 문제가 발생할 수 있다.⁴⁰⁾

수사 대상자와 대상 범죄를 제대로 조정하지는 또 하나의 이유는 수사는 살아있는 생물이라 그 진행이 어떻게 흘러갈 것인지 예측할 수 없기는 하지만, 수사는 일정한 방향을 가지고 진행되는 점을 간과할 수 없다는 점이다. 즉 공수처가 타 수사기관의 사건을 이첩받아 수사를 계속 진행할 경우 그 때까지 이어진 흐름에 역행한다는 것은 상당히 어렵다고 할 수 있다. 물론 새로운 관점에서 처음부터 다시 시작할 수도 있지만 그 동안 다른 기관에서 들여온 노력을 부정하는 것일 뿐만 아니라 그렇지 않다면 공수처가 경찰

38) 관련범죄 규정은 수사의 실효성을 확보하고, 수사의 연결성을 보장하기 위한 취지이지만 원칙적으로 고위공직자라고 하여도 일반 수사기관의 관할이지 특별히 공수처법에 규정된 경우에만 공수처에 의한 수사를 받아야 하므로 해당 규정의 확대 해석에는 신중해야 한다는 견해는 정한중, 앞의 논문, 491면.

39) 공직자 비리는 상당한 경우 민간부문의 부패와 연결되는데 이를 양단하여 공수처와 검찰이 무자르듯 나누어 수사를 할 수 있는지는 의문이라면서 이러한 방식은 수사권의 이원화를 초래할 뿐만 아니라 수사의 역동성을 훼손시킴으로써 오히려 부패공직자들이 빠져나갈 기회를 주게 될 가능성이 높다는 견해는 정웅석, “고위공직자범죄수사처법의 해석과 운영방향”, 「형사소송 이론과 실무」 제12권 제1호, 한국형사소송법학회, 2020, 2면.

40) 하나의 사건은 하나의 형사절차에서 처리하는 것이 피고인의 방어권 보장에도 부합하고, 양형상 대체로 피고인에게도 유리하다면서 공수처법 제2조 제4호 라목이 관련범죄의 범위를 고위공직자범죄 수사과정에서 인지한 것만으로 제한하고 있는 것은 형사사건 처리 원칙에 맞지 않으므로 관련사건 개념을 고위공직자범죄와 관련성이 있는 범죄로서 해당 고위공직자가 범한 죄로 개정할 필요가 있다는 견해는 윤동호, “공수처법의 한계와 수사력 향상 방안”, 인권전화적 수사기구로서의 미래 지향적인 공수처의 발전방안 논의를 위한 공동학술대회 자료집, 2022. 12. 22, 44면.

내지 검찰의 결론에 구속될 수도 있다는 사정은 심히 경계해야 할 일이 아닐 수 없다.

결론적으로 공수처에서 고위공직자비리사건과 함께 수사 또는 기소를 하지 않는 경우에 고위공직자비리사건의 수사, 기소 및 공소유지에 장애가 발생하는 경우에는 관련 사건에 대한 수사 및 기소가 가능하도록 법 규정이 정비되어야 한다.⁴¹⁾

5. 실질적인 독립기관으로서의 역할을 수행할 수 있도록 제도 개선

우선 공수처 검사 및 수사관들의 신분보장 강화뿐만 아니라 상당한 정도의 수사인력 증원이 이루어져야 할 것이다. 특히 공수처 검사의 경우 임용된 지 3년 이후에는 자신이 공수처에서 계속 근무할 수 있는지 의문이 든다면 조직의 기반이 흔들릴 것은 자명한 일이다.⁴²⁾

다음으로 독립기관의 성질과 반하는 의안제출 규정을 개선해야 할 것이다. 국가인권위원장 등 독립성이 강조되는 기구의 위원장은 장관급일 뿐만 아니라, 소관 사무에 관하여 국무총리에게 의안 제출을 건의할 수 있는데(국가인권위원회법 제6조 제4항)⁴³⁾, 유

41) 공수처 이외의 타 수사기관의 수사를 통해 고위공직자와 하위직 공무원이 공동으로 범한 부패범죄를 확인한 경우, 하위직 공무원은 타 수사기관이 계속 수사하고 고위공직자의 경우에만 수사를 중단한채 공수처로 사건을 이첩할 경우, 고위공직자에 대한 수사만 지연되어 서로 말을 맞추는 등의 증거인멸을 시도하는 등으로 수사가 방해받게 됨으로써 결국 고위공직자에 대한 처벌만 어려워지는 상황이 발생할 우려는 없는지 문제되며, 더욱이 공직자와 관련된 범죄의 상대방은 상당부분 사기업 등 민간부문일 경우가 많은데, 이 경우 공직자에 대한 뇌물사건과 민간부문의 횡령·배임사건이 얽혀 있을 경우 공직자와 관계된 범죄는 공수처가, 공직자와 관계되지 않은 사건은 타 수사기관이 하게 될 경우, 어느 시점에서 이를 판단할 것인지, 만약 다른 수사기관이 해당 사건을 이첩하지 않으면 어떤 조치를 취해야 할지 의문이라는 견해는 정웅석, 앞의 논문, 29면.

42) 공수처 수사 인력의 규모와 공수처 검사의 자격 및 임기 등 신분보장에 관한 규정을 고려하면, 현행 공수처법은 공수처 조직의 안정성을 확보하기에는 매우 미흡하다고 평가할 수밖에 없다면서, 공수처 조직의 안정성을 위해서는 수사인력의 증원, 수사부와 기소부의 분리 등을 포함하여 공수처 검사의 임기, 연임규정 등과 같은 신분보장에 관한 규정을 개정하지 않으면 우수한 법조인이나 수사인력이 공수처에 지원하기 어려울 것이라는 견해는 조재현, “공수처의 조직과 인사의 개선방안에 관한 고찰”, 인권친화적 수사기구로서의 미래 지향적인 공수처의 발전방안 논의를 위한 공동 학술대회 자료집, 2022. 12. 22, 91-92면.

43) 개인정보보호위원회 위원장(개인정보 보호법 제7조의3 제4항), 국가교육위원회 위원장(국가교육위원회 설치 및 운영에 관한 법률 제4조 제4항), 방송통신위원회 위원장(방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제6조 제2항), 원자력안전위원회 위원장(원자력안전위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제6조 제2항) 모두 국무총리에게 의안 제출을 건의할 수 있도록 규정하고 있다.

독 공수처장만에 국한하여 법무부장관에게 예측되게 할 이유는 없을 것이다.

마지막으로 예산업무 규정을 개정하여 독립기관으로서의 지위가 흔들리지 않도록 해야 한다.⁴⁴⁾ 공수처는 그 설립 취지를 살리려면 적어도 국가인권위원회 정도의 독립성을 보장받아야 할 것인데, 그 이유는 국가재정법 제6조 제2항의 적용을 받는 공수처장과는 달리 국가인권위원장은 국가재정법 제6조 제3항⁴⁵⁾에 따른 중앙관서의 장으로 보고 있기 때문이다(국가인권위원회법 제6조 제5항).⁴⁶⁾ 특히 대통령, 대통령비서실의 공무원은 공수처의 사무에 관하여 업무보고나 자료제출 요구, 지시, 의견제시, 협의, 그 밖에 직무수행에 관여하는 일체의 행위를 하여서는 아니된다며(공수처법 제3조 제3항), 대통령으로부터의 독립을 규정하고 있음에도 예산에 있어서는 정부조직법에 따른 중앙행정기관으로 보게 되는 모순이 생김으로서 예산에 의한 행정부의 예측을 면치 못하는 상황에 이르게 된다.⁴⁷⁾

- 44) 공수처에는 특별한 정도의 독립성이 요구되지만 현재까지 독립성에 대한 논의는 상당부분 공수처장의 임명에만 초점이 있었지, 조직 구성과 예산의 편성에 대해서는 논의가 부족했다면서, 공수처 예산독립성을 확보하기 위해서는 공수처법의 개정을 통하여 “공수처는 국가재정법 제40조의 규정에 의한 독립기관으로 본다.”는 규정을 신설하거나 변경할 필요가 있다는 견해는 조재현, “공수처의 조직과 인사의 개선방안에 관한 고찰”, 인권친화적 수사기구로서의 미래 지향적인 공수처의 발전방안 논의를 위한 공동학술대회 자료집, 2022. 12. 22, 99면.
- 45) 국가재정법 제6조 제2항과 제3항의 차이를 살펴보기 위해 해당 조문을 살펴보면, 제2항은 이 법에서 “중앙관서”라 함은 헌법 또는 정부조직법 그 밖의 법률에 따라 설치된 중앙행정기관을 말한다고 규정하고 있고, 제3항은 국회의 사무총장, 법원행정처장, 헌법재판소의 사무처장 및 중앙선거관리위원회의 사무총장은 이 법을 적용할 때 중앙관서의 장으로 보는데, 제3항은 제40조와 연결되어 정부는 독립기관의 예산을 편성할 때 해당 독립기관의 장의 의견을 최대한 존중하여야 하며, 국가재정상황 등에 따라 조정이 필요한 때에는 해당 독립기관의 장과 미리 협의하여야 하고(제1항), 정부는 그 협의에도 불구하고 독립기관의 세출예산요구액을 감액하고자 할 때에는 국무회의에서 해당 독립기관의 장의 의견을 들어야 하며, 정부가 독립기관의 세출예산요구액을 감액한 때에는 그 규모 및 이유, 감액에 대한 독립기관의 장의 의견을 국회에 제출하여야 한다(제2항)고 규정함으로써 독립기관의 예산독립을 보장하고 있다.
- 46) 다만, 국가인권위원회와는 달리 개인정보보호위원회는 국무총리 소속(법 제7조 제1항), 방송통신위원회는 대통령 소속(법 제3조 제1항)이자 정부조직법 제2조에 따른 중앙행정기관(법 제3조 제2항)으로 보고 있고, 원자력안전위원회는 국무총리 소속(법 제3조 제1항)이자 정부조직법 제2조에 따른 중앙행정기관(법 제3조 제2항)으로 보고 있기 때문에 국가재정법 제6조 제2항의 적용을 받게 되고, 국가교육위원회는 대통령 소속(법 제2조 제1항)이지만 중앙행정기관으로 보는 규정이 없기 때문에 예산업무에 관하여는 별도로 국가재정법 제6조 제2항에 따른 중앙관서의 장으로 본다는 규정을 두었다.
- 47) 공수처를 대법원, 국가정보원과 같이 독립기관으로 하여 예산에 있어서는 독립성을 부여하도록 개정하여야 한다는 주장은, 정한중, 앞의 논문, 74면. 또한, 공수처 예산의 독립성을 위하여 공수처

IV. 글을 마치며

출범한 지 2년이 지난 시점이지만 공수처는 아직 조직의 기틀을 마련하는 중이다. 지금으로서는 현재의 법제도 하에서 구성원들이 각고의 노력을 하여 그 임무를 수행하여야겠지만, 불완전한 법률 규정상 공수처가 독립기관으로서, 고위공직자범죄에 대한 우선적 관할권을 가진 수사기관으로서 그 역할을 담당하기에는 많은 어려움이 산적해 있고, 게다가 권한 행사에 따른 다른 기관과의 갈등도 발생하고 있는 상황이 안타까울 따름이다.

현재 공수처가 처한 현실은 독립적인 중앙행정기관이기에는 너무나도 취약한 구조로서 수사에 전념할 수 없는 인력구성, 출범 당시 설계한 제도조차도 변경해야 하는 초미니 조직, 구성원에 대한 신분보장 미약, 독립기관의 성질과 반하는 의안제출 및 예산업무 규정을 들 수 있고, 공수처 수사환경의 어려움으로서 공수처 수사 대상자와 기소 대상자의 불일치, 실질상 직권남용죄 위주의 대상 범죄, 이첩요청권 행사에 따른 기관 간 갈등 발생, 공수처 파견직원 권한에 대한 다툼 등을 들 수 있을 것이다.

국민의 여망으로 출범한 공수처가 제 역할을 할 수 있으려면 구성원의 자질 등도 필수적이겠지만 사람이 아닌 시스템적으로 작동할 수 있도록 법과 제도의 개선이 뒷받침되어야 할 것이다.

이를 위해 공수처는 상설특검 모델로서 운영될 필요가 있다. 상설특검의 의미 그 자체에 대하여 이견이 있을 수도 있지만, 고위공직자범죄에 대한 우선적 관할권을 갖는 공수처가 설치된 이상 개별 특검이 설치될 만한 사안에 대하여는 공수처가 특검의 역할을 할 수 있도록 운영될 필요가 있다. 이는 공수처가 서울중앙지검 반부패수사부서나 개별 특검 정도의 규모를 가질 수밖에 없는 상황에서 이미 제도를 고안할 때 예상하고 있었던 상황으로 보인다.

이를 위해서는 우선적으로 수사 및 공소 협력을 위한 관련기관 간 협의체 구성이 법적으로 제도화될 필요가 있다. 사건 선정 및 부패범죄에 대한 기관간 협력을 위해서는 검찰, 경찰과 공수처간의 협의를 통해 사건 해결을 위한 윈윈 처리 시스템을 갖출 필요가 있기 때문이다.

는 국가재정법상 독립기관으로 보는 규정을 추가해야 할 것이라는 주장은, 박준휘·김영중·한상훈·정한중·최유진·문준영, 앞의 책, 344면.

이와 더불어 수사 대상과 기소 대상을 일치시키고, 관련 범죄의 재검토를 통한 수사 대상자와 대상 범죄의 효율적 배치 및 기관 간 협의체를 통한 이첩요청권 행사를 담보하고, 정치적 중립성을 지키기 위해 실질적인 독립기관으로 역할을 수행할 수 있도록 신분이 보장된 인력 증원, 의안 제출 및 예산업무 규정을 개선해야 할 것이다.

참고문헌

[논문]

- 김성천, “고위공직자범죄수사처의 형사사법체계 정합성에 관한 고찰”, 『중앙법학』 제21권 제4호, 중앙법학회, 2019
- 김진환, “사법개혁의 방향”, 『저스티스』 통권 제118호, 한국법학원, 2010.
- 박찬걸, “고위공직자범죄수사처의 독립성 및 정치적 중립성 확보방안에 대한 검토”, 『형사정책』 제32권 제1호, 2020.
- 예상균, “고위공직자범죄수사처 이첩요청권 행사 갈등 극복을 위한 수사기관간 협력관계 설정”, 『인권과 정의』 제510호, 대한변호사협회, 2022
- 오병두, “공수처 어떻게 운영되어야 하나? - 공수처의 운영방향에 관한 제언 -”, 『형사정책』 제32권 제2호, 2020.
- 오병두, “독립적 특별수사기구의 도입방안에 관한 연구 - 고위공직자비리수사처 법안들을 중심으로 -”, 『형사정책』 제24권 제2호, 한국형사정책학회, 2012.
- 이윤계, “국민의 공수처 vs 검찰의 수사처”, 『형사법연구』 제29권 제4호, 한국형사법학회, 2017
- 장승혁, “검찰권의 제한 - 개정 형사소송법, 검찰청법 및 공수처법에 대한 평가와 향후 과제 -”, 『형사법연구』 제32권 제2호, 2020
- 장영수, “검찰개혁과 독립수사기관(고위공직자비리수사처)의 설치에 관한 검토”, 『형사정책연구』 제28권 제1호, 한국형사정책연구원, 2017.
- 정용석, “고위공직자범죄수사처법의 해석과 운영방향”, 『형사소송 이론과 실무』 제12권 제1호, 한국형사소송법학회, 2020.
- 정한중, “고위공직자범죄수사처법 제정과 운영에 관한 연구”, 『인권과 정의』 제491호, 대한변호사협회, 2020

[기타]

- 김희균, “상설특별검사 및 특별감찰관제도 도입 방안”, 상설특별검사 및 특별감찰관 제도 도입방안에 관한 공청회(국회사법제도개혁특별위원회), 2013. 6. 11.

- 뉴데일리, “공수처가 아니라 쫄수처...이래서 절대 반대한다”, 2019. 5. 2.
- 매일경제, “[이슈토론] 공수처 설치”, 2019. 5. 16.
- 박준휘·김영중·한상훈·정한중·최유진·문준영, 『고위공직자범죄수사처에 관한 연구』, 형사정책연구원 연구총서, 2019.
- 법률신문, “입법취지 사라진 공수처 설치안...법조계 거센 비판”, 2019. 4. 29.
- 법무·검찰개혁위원회 보도자료, “국민의 여망을 담은 공수처 설치 반드시 필요”, 2017. 9. 18.
- 법무부, “고위공직자범죄수사처 설치에 대한 자체 방안 제시 - 독립성, 정치적 중립성 확보 및 권한남용 우려 해소 등 국민의 신뢰받는 공수처 신설 노력”, 2017. 10. 15.
- 법제사법위원회 수석전문위원 임중호, “(2012. 12. 3. 이재오 의원 대표발의) 공직자비리수사처 설치 및 운영에 관한 법률안 검토보고”, 2013. 4.
- 윤동호, “공수처법의 한계와 수사력 향상 방안”, 인권친화적 수사기구로서의 미래 지향적인 공수처의 발전방안 논의를 위한 공동학술대회 자료집, 2022. 12. 22.
- 이윤제, “공수처와 타 수사기관간의 관계”, 인권친화적 수사기구로서의 미래 지향적인 공수처의 발전방안 논의를 위한 공동학술대회 자료집, 2022. 12. 22.
- 조재현, “공수처의 조직과 인사의 개선방안에 관한 고찰”, 인권친화적 수사기구로서의 미래 지향적인 공수처의 발전방안 논의를 위한 공동학술대회 자료집, 2022. 12. 22,
- 최정학, “검찰개혁과 공수처의 역할”, 인권친화적 수사기구로서의 미래 지향적인 공수처의 발전방안 논의를 위한 공동학술대회 자료집, 2022. 12. 22.

The Problems and Improvement Measures in the Operation Process of the CIO Act

Ye, Sangkyun*

In order for CIO, which was launched with the hope of the people, to play its role, the quality of its members will be essential, but the improvement of laws and systems should be supported so that it can operate systematically, not people.

To this end, CIO needs to be operated as a permanent special prosecutor model. As long as CIO with preferential jurisdiction to corruption of a high-ranking official has been established, it is necessary to operate as special prosecutor on the matter where individual special prosecutor is to be set up. This seems to have already been expected when CIO was devised with the size of anti-corruption investigation department of Seoul Central District Prosecutor office or an individual special prosecutor.

First of all, the formation of a consultative body between related agencies for investigation and prosecution cooperation needs to be legally institutionalized. This is because in order to select a case and cooperate between agencies on corruption crimes, it is necessary to have a one-stop processing system for solving the case through consultation between the prosecution, police and CIO.

In addition, it is necessary to match the subject of investigation with the subject of prosecution, to deploy the subject and crime of investigation through the review of related corruption, to ensure the exercise of transfer requests through consultative body, and to revise the code of the number of members with security of status, submission of a bill, budgetary work to play a role as an independent institution.

* lawyer

- ❖ Key words: CIO, Permanent Special Prosecutor, Consultative Body, Transfer Request, Political Neutrality.

전자정보의 압수수색과 피의자의 참여권 - 대법원 입장의 비판적 수용 및 독일 논의의 참고 -

박 중 욱*

국 | 문 | 요 | 약

2015년의 종근당 결정 이후 지금까지 압수수색 과정에서의 참여권 보장의 정당성 및 참여권의 주체가 논란이 되고 있다. 우선 참여권의 주체가 문제가 된 이유는 대법원이 그 법적 근거로 형소법 제121조를 제시하면서도, 참여권자를 동조의 명백한 문언에도 불구하고 '피의자'가 아닌 불명확한 개념인 '피압수자'라고 표현하고 있기 때문이다. 특히 문헌에서는 3자간 구조의 압수수색 사안에서 누가 피압수자인지가 불명확하다는 점이 지적되었다. 이에 대해 대법원은 "실질적 피압수자인 피의자"라는 표현을 통해 정보의 실질적 소유자인 피의자의 참여권을 인정함으로써 결론적으로는 문제를 해결하였다. 하지만 이런 대법원의 설시는 타당하지 않다. 왜냐하면 형소법 제121조에 따르면 참여권의 주체는 명백히 피의자이기 때문이다. 무엇보다 대법원은 2021도 11170 판결에서 피의자가 실질적 피압수자가 아니라는 이유로 그의 참여권을 인정하지 않았는데, 이는 법률상 인정된 피의자의 권리를 부당하게 제한하는 해석이라는 점에서 적법절차 원칙에 반한다.

다른 한편 일부 문헌에서는 수사의 밀행성(비공개주의)과 실무에서의 실효성 측면에서 압수수색에서의 피의자 참여권 제도 자체의 입법적 정당성에 의문을 제기하면서 종근당 결정을 비판한다. 해당 참여권의 보장은 수사기관에게 과도한 부담을 지우며 효과적인 형사소추라는 법익을 지나치게 침해한다는 견해도 마찬가지이다. 하지만 형소법 제121조의 입법 배경, 피의자의 법적 지위, 전자정보의 증거능력과 증명력, 강제처분의 공개성 원칙과 비례성 원칙의 측면에서 오늘날 피의자에게 압수수색 과정에 참여할 기회를 제공하는 것은 충분히 정당화될 수 있으며, 그 독자적인 절차법적 중요성도 인정된다고 할 것이다. 모든 생활영역이 디지털화되어 있는 오늘날 방대한 양의 정보에 대한 압수수색은 사전영장, 영장제시, 압수목록 교부, 준항고 등과 같은 절차보장책에 더해 피의자와 그의 변호인에게 그 과정에 참여할 기회를 제공함으로써 더 효과적으로 통제될 수 있다. 물론 이런 참여는 절차를 지연시킴으로써 수사의 효율성에 실질적인 영향을 미칠 수 있다. 하지만 별건정보의 의도적 압수 등 수사권의 오남용 행위에 대처하고, 준항고 절차에서 위법한 수사행위에 효과적으로 이의제기할 수 있기 위해서는 피의자와 그의 변호인이 그 집행과정에 참여하는 것이 가장 효과적이다.

* 동국대학교 비교법문화연구원 전문연구원, 법학박사

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR,2023.3.31.1.29>.

- ❖ 주제어 : 열람, 열람을 위한 반출, 형소법 제121조, 피의자, 피압수자, 참여권/출석권, 전자정보의 증거능력과 증명력, 공개성 원칙

I. 서론

최근의 정보통신기술의 여건을 고려할 때 수사상 압수수색의 과정에서 수사기관이 피의자 또는 피의자 아닌 자의 정보에 포괄적으로 접근하는 것은 불가피하다. 이것은 자백보다는 객관적인 증거, 특히 전자정보가 범죄입증의 중요한 증거로서 기능하는 오늘날 더욱 그렇다. 반면 이런 수사상 처분은 거의 언제나 국민의 기본권, 특히 사생활의 비밀과 자유(헌법 제17조) 및 개인정보자기결정권에 대한 중대한 침해로 이어지고, 더 나아가 기본권 보호의 가장 핵심인 인간의 존엄과 가치(헌법 제10조)까지 침해할 수 있다. 왜냐하면 USB와 같은 외부 저장매체뿐만 아니라 개인용 컴퓨터(PC) 및 사실상 작은 PC로서 기능하는 태블릿 PC나 스마트폰에는 보통 혐의와 관련된 정보(이하 “유관정보”)와 그렇지 않은 정보(이하 “무관정보”)가 혼재되어 포괄적으로 저장되어 있기 때문이다.¹⁾ 이는 정보가 기업·기관·단체 등이나 인터넷서비스제공자(이하 “ISP/CP”)의 서버에 저장되어 있는 경우에도 마찬가지이다.²⁾ 따라서 수사기관이 전술한 정보저장매체나 서버에 접근하여 개인정보를 포괄적으로 수집하는 압수수색은 적절히, 즉 비례성 원칙에 따라 필요 최소한의 범위 내로 제한되어야 하고, 이를 위해 절차적으로 감시·통제

- 1) PC, 태블릿 PC, 스마트폰 등 개인용 정보저장매체에 대한 수사기관의 압수수색에서 ‘압수수색의 처분을 받는 자’, 즉 ‘피압수수색 당사자(이하 “피압수자”)’는 일반적으로 피의자, 즉 정보주체이다. 이러한 압수수색은 ‘수사기관-피압수자(= 피의자 = 정보주체)’의 2자간 구조로서 전통적인 형태에 속한다. 참고로 최종적인 압수가 행해지기 전에는 ‘피수색자’라고 표현하는 것이 옳으나, 수색은 압수의 전단계이고 최종적으로 압수를 지향한다는 점에서 일괄하여 ‘피압수자’라고 표현한다.
- 2) 여기서 서버는 일반적으로 인터넷을 통해 e-mail, SNS(Social Network Services, social media), 클라우드 컴퓨팅(cloud computing) 등의 서비스를 제공하기 위한 컴퓨터를 지칭하며, 업무나 영업에 이용되는 대용량의 정보저장매체라 할 수 있다. 이런 서버에 저장되어 있는 정보에 대한 압수수색에서는 앞의 경우와 달리 ‘수사기관-피압수자-피의자(= 정보주체)’의 3자간 구조가 형성된다. 여기서 현실적으로 압수수색의 처분을 받는 자인 ISP/CP나 기업 등은 단지 ‘정보의 보관자’일 뿐이고, 해당 처분과 실질적 이해관계를 가지는 자는 압수되는 정보의 실질적 소유자, 즉 정보주체인 피의자이다. 한편 이와 관련하여 ISP/CP가 정보의 보관자인 동시에 소유자이기도 한 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다. 3자간 구조에서 정보의 소유자가 그 보관자인 ISP/CP인지 정보주체인 피의자인지는 좀 더 자세한 검토가 필요할 것이다. 하지만 피의자 참여권의 정당성이라는 본 논문의 쟁점에서는 정보의 소유자를 ISP/CP로 본다 하여도 논의의 결과에 영향이 없다고 할 것이다. 특히 개인정보보호법 제18조 제2항에 따르면 개인정보처리자는 (범죄의 수사, 공소의 제기와 유지, 형의 집행을 위해 필요한) 경우에는 정보주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있을 때를 제외하고는 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공할 수 있다는 점에서, 정보의 소유자가 누군이든 정보주체의 참여권에 영향을 미치지 않는다고 할 것이다.

될 수 있어야 한다.³⁾

이와 관련하여 우선 형사소송법(이하 “형소법” 또는 “법”) 제106조 제1항, 제107조 제1항, 제109조 제1항, 제215조에는 “피고사건/피의사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여”의 문언이 있고,⁴⁾ 더 본질적으로는 헌법상의 적법절차 원칙, 비례성 원칙, 영장주의 등에 따라 압수수색의 대상과 범위가 유관정보로만 제한되어야 한다는 점은 명백하다(소위 “관련성 제한”).⁵⁾ 이러한 관련성 제한은 형사절차에서 사전적으로는 영장을 통해(법 제114조, 제219조[이하 수사절차상 준용규정인 본조 표기 생략]), 사후적으로는 준항고를 통해(법 제417조) 보장되고 있지만, 이외에 압수수색의 집행 단계에서는 영장의 사전 제시(법 제118조), 참여권 보장(법 제121조 내지 제123조), 압수목록 교부(법 제129조) 등의 절차를 통해서도 보장된다.

압수수색 집행 단계에서의 절차보장과 관련하여 대법원은 최근 일련의 결정/판결에서 참여권 보장의 위반을 위법수집증거배제법칙과 결부시킴으로써 동 절차보장에 큰 비중을 부여하고 있다. 특히 2015년의 종근당 결정(‘영장에 따른 압수의 경우’)과 2021년의 스마트폰 촬영 판결(‘임의제출에 따른 압수의 경우’)이 전원합의체를 통해 내려짐으로써 참여권 보장의 요청은 사실상 법률에 준하는 효력을 갖게 되었다. 결국 현재 임의제출을 포함한 압수수색의 절차에서 피의자 내지 피압수자에 대한 참여권 보장은 압수수색 집행의 적법성 및 압수된 증거의 증거능력 인정을 위한 결정적인 요소가 되었고, 이것은 수사기관의 측면에서 볼 때 압수된 증거가 위법수집증거로서 형사절차에서 그 사용이 배제

3) 대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 (전합) 결정[소위 “종근당 결정”]; 2021. 11. 18. 선고 2016도348 (전합) 판결[소위 “스마트폰 촬영 판결”] 등; 이주원, “디지털 증거에 대한 압수수색제도의 개선”, 안암법학(제37권), 안암법학회, 2012. 1, 151, 161면; 이완규, “디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수방법”, 형사법의 신통향(통권 제48호), 대검찰청, 2015. 9, 90, 97-98면; 구길모, “디지털증거 압수·수색과 참여권보장”, 형사법연구 제34권 제4호, 한국형사법학회, 2022. 12, 219, 221면 등.

4) 해당 문언은 2011.7.18.에 개정되어 2012.1.1.부터 시행된 형소법에 추가되었으나, “관련성” 개념은 종래 해석상 이미 요구되고 있었고(대법원 2004. 3. 23.자 2003도126 결정; 2011. 5. 26.자 2009도 1190 결정[소위 “전교조 결정”] 등), 앞의 개정을 통해 법문상으로 구체화 되었을 뿐이다(이주원, 주 3의 논문, 162면; 전승수, “디지털 정보에 대한 압수수색영장의 집행”, 법조(통권 제670호), 법조협회, 2012. 7, 237, 261면).

5) 대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 (전합) 결정 [이유 1. 가. (1)]; BVerfGE 113, 29, 55 [Rn. 114]; 124, 43, 67 [Rn. 84]; “절차상 중요하지 않은 사적인 정보를 과도하게 획득하는 것은 합리적인 범위에서 회피되어야 한다.” 본 연구에서 “관련성”과 관련된 쟁점은 별도로 다루지 않는다.

되는 것을 방지하기 위해 반드시 준수되어야 하는 절차적 전제가 되었다.⁶⁾ 이러한 대법원의 태도에 대해 문헌에서는 전체적으로 찬성하는 견해도 있지만,⁷⁾ 수사상 압수수색 절차에서의 참여권 보장 제도 자체의 정당성에 의구심을 제기하거나,⁸⁾ 그 실효성에 의문을 제기하는 견해도 있고,⁹⁾ 참여권 보장의 요청에 대해서는 공감하면서도 대법원 판결에 적시된 참여권의 주체와 법적 근거 표기의 부적절함을 지적하는 견해¹⁰⁾도 있다.¹¹⁾

다른 한편, 서류와 전자정보에 대한 압수수색의 집행과정에서 절차통제의 수단으로서 참여권 보장이 요구되는지가 최근 독일에서도 논의되고 있다. 수사기관으로 반출된 서류의 열람에 대한 피압수자의 참여권을 규정하고 있던 독일 형사소송법(Strafprozessordnung, 이하 “StPO”) 제110조 제3항이 2004년에 삭제되었고, 이에 따

-
- 6) 위법수집증거의 증거능력 배제의 효과는 절대적인 것으로서 증거동의를 인정되지 않고 탄핵증거로도 사용될 수 없다(이재상/조균석, 형사소송법(제12판), 박영사, 2020, 596-597면; 이주원, 형사소송법(제5판), 박영사, 2022, 438면: ‘블랙홀’).
- 7) 예를 들어, 오길영, “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방향”, 언론과 법 제14권 제1호, 한국언론법학회, 2015, 33, 59-60면; 이진국, “전자정보의 압수·수색에서 피압수·수색 당사자의 참여권에 관한 일고”, 이주법학 제11권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2018. 2, 330면 이하; 박병민, “디지털 증거 압수수색의 절차적 규제 개선방안”, 디지털 증거 압수수색 개선방안, 2021년 공동 학술대회 자료집, 사법정책연구원/대한변호사협회/한국형사법학회/대법원형사법연구회, 2021. 3, 1, 2면 이하; 이혼재, “제3자 보관 전자정보에 대한 압수·수색영장의 집행과 피의자의 절차적 권리”, 형사법의 신동향(통권 제76호), 대검찰청, 2022. 9, 155, 179면.
- 8) 예를 들어, 이완규, 주 3의 논문, 107-108면; 김대원, “텔레그램 등 익명·비대면 공간에서의 조직범죄 수사절차와 한계”에 대한 토론문, 4차산업혁명에 있어서 정보화 시대의 당면 과제, 2022년 하계 학술대회 자료집, 4차산업혁명융합법학회/한국형사소송법학회, 2022. 7. 1, 105-106면.
- 9) 예를 들어, 이완규, 주 3의 논문, 104면; 박건욱, “수사기관에서의 전자정보 탐색 과정을 압수수색 일환으로 보는 판례 입장에 대한 비판적 검토”, 형사법의 신동향(통권 제50호), 대검찰청, 2016. 3, 191, 202면 이하.
- 10) 예를 들어, 이순옥, “디지털 증거의 압수·수색절차에 대한 비판적 고찰”, 중앙법학 제20집 제3호, 중앙법학회, 2018. 9, 163, 182면; 전치홍, “대법원의 참여권 범리에 대한 비판적 검토”, 형사소송 이론과 실무 제14권 제1호, 한국형사소송법학회, 2022. 3, 1, 11-13면; 구길모, 주 3의 논문, 229-233면.
- 11) 2015년의 종근달 결정 이후 참여권 보장에 대해 학계에서는 상당한 견해의 대립이 있었고, 앞의 각주들에 열거된 바와 같이 관련 논문도 다수 나왔다. 하지만 대법원은 계속해서 동 결정의 범리를 재확인하였고(대법원 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결; 2020. 11. 26. 선고 2020도10729 판결 등), 최근 2021년의 스마트폰 촬영 판결과 2022년의 세월호 카카오톡 결정을 통해 해당 범리의 적용범위를 더 확대시켰다. 한편 이러한 대법원 판결/결정에 의해 학계에서는 참여권 보장의 정당성 및 그 주체와 적용범위에 대한 논쟁이 일단락되기 보다는 오히려 다시 격화되고 있는 듯하다. 2021~2022년의 여러 형사법 관련 학술대회에서 전자정보 압수수색에서의 참여권 보장과 관련된 쟁점이 다수 발제되었다.

라 독일 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht, 이하 “BVerfG”)는 해당 참여권이 반드시 보장되어야 하는 것은 아니지만 비례성 원칙에 따라 요청될 수 있다고 설시하였다. 이후 문헌에서 참여권 보장의 필요성을 강조하는 목소리가 있었지만, 수사 실무에서 그것이 인용된 경우는 없었다. 하지만 Kiel지방법원(Landesgericht Kiel, 이하 “LG Kiel”)이 최근 - 실무상 처음으로 - 해당 참여권을 인정하는 결정을 내림으로써 관련 논의가 다시 촉발되었다.

필자는 형소법 제121조에 따른 ‘피의자’의 참여권이 전자정보의 압수수색 집행과정에서 충분히 보장되어야 한다고 생각한다. 이하에서는 먼저 전자정보 압수수색의 집행 방법과 참여권 보장에 관한 대법원의 입장을 정리한 후(Ⅱ), 참여권 주체에 대한 판례 표현의 부적절성 및 그에 따른 참여권자 범위의 부당한 축소를 비판할 것이다(Ⅲ). 이어서 참여권 보장에 대한 독일에서의 논의를 살펴본 후(Ⅳ), ‘피의자’의 참여권을 인정하는 법 제121조는 그 입법 배경, 피의자의 법적 지위, 전자정보의 증거능력과 증명력, 공개의 강제처분에 대한 감시의 필요성을 고려할 때 오늘날 - 최소한 전자정보와 관련해서는 - 타당하다는 점을 강조하고자 한다(Ⅴ).

Ⅱ. 전자정보 압수수색의 집행 방법과 참여권 보장에 관한 대법원의 입장

대법원은 2011년의 전교조 결정에서 전자정보에 대한 압수수색에서의 집행 방법과 절차보장에 대해 처음으로 설시하였고, 2015년의 종근당 결정에서 위 결정의 내용을 재확인하면서 위법수집증거배제법칙(법 제308조의2)에 기초하여 영장주의와 적법절차 원칙의 측면에서 압수수색에 대한 절차통제의 수단으로서 참여권 보장에 상당한 비중을 부여하였다. 종근당 결정의 내용은 다음과 같이 정리될 수 있다:

- (a) ④ 압수수색의 현장에서 유관정보만을 출력한 문서 또는 그것을 복제한 파일을 압수하는 것이 ‘원칙’이고(소위 “원칙적인 현장 압수”), 이것이 불가능하거나 현저히 곤란한 경우 정보저장매체 자체 또는 그것을 하드카피·이미징한 복제본을 수사기관의 사무실로 반출한 후 유관정보만을 탐색·출력·복제하는 것이 ‘예외’적으로 허

용된다(소위 “예외적인 반출”). ⑤ 예외적인 반출 후 유관정보를 탐색·출력·복제하는 일련의 과정은 전체적으로 하나의 영장에 기한 압수수색의 일환에 해당하고, 따라서 이때에도 탐색 후의 출력·복제는 유관정보로 한정되고 무관정보의 임의적인 출력·복제는 위법하며, 그에 따라 관련성에 대한 구분 없는 탐색 등을 통해 획득된 증거는 위법수집증거이다.¹²⁾ [관련성 제한의 위반과 위법수집증거]

- (b) 위 (a)에 따른 일련의 압수수색 과정, 특히 예외적인 반출 후 탐색 등의 과정에도 ‘법 제121조’에 근거하여 ‘피압수자’에게 참여권이 보장되어야 하며, 이러한 조치가 취해지지 않은 압수수색은 특별한 사정이 없는 한 위법하고,¹³⁾ 이때 해당 압수수색이 종료된 이후라면 그 압수수색 전체를 하나의 절차로 파악하여 그 취소여부를 판단해야 하는데, 참여권 보장 위반의 위법은 압수수색 처분 전체를 취소시킨다.¹⁴⁾ [참여권 보장의 위반과 위법수집증거]
- (c) ① 위 예외적인 반출 후의 유관정보 탐색 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 정보(소위 “별건정보”)가 우연히 발견된 경우라면, 수사기관은 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 별건 혐의에 대한 영장을 발부받아 압수수색을 진행해야 하고, 그렇지

12) 대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 (전합) 결정 [이유 1. 가. (1)]. 나아가 대법원 2022. 1. 14.자 2021모1586 결정에 따르면, “수사기관이 유관정보를 선별하여 압수한 후에도 무관정보를 삭제·폐기·반환하지 아니한 채 그대로 보관하고 있다면 …… 위법하고, 사후에 법원으로부터 압수수색 영장이 발부되었다거나 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하여 그 위법성이 치유된다고 볼 수 없다.”

13) 대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 (전합) 결정 [이유 1. 가. (2)]: “만약 그러한 조치가 취해지지 않았다면 피압수자 측이 참여하지 아니한다는 의사를 명시적으로 표시하였거나 절차 위반행위가 이루어진 과정의 성질과 내용 등에 비추어 피압수자 측에 절차 참여를 보장한 취지가 실질적으로 침해되었다고 볼 수 없을 정도에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 압수수색이 적법하다고 평가할 수 없고, 비록 수사기관이 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력하였다 하더라도 달리 볼 것은 아니다.” 종근당 결정에서 참여권 보장의 위반이 (개별) 압수수색 처분을 위법하게 만든다는 점에 대해서는 이견이 없었다.

14) 대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 (전합) 결정 [이유 1. 가. (3) 및 나.]. 참여권 보장의 위반이라는 위법에 의해 취소되어야 하는 압수수색 처분의 범위에 관한 이 부분이 바로 종근당 결정에서 견해의 대립이 있었던 부분이다. 다수의견은 참여권 그 자체에 강력한 독자적인 적법절차로서의 지위를 부여했다고 할 수 있다(동 결정의 이유 5. 다. (2) 참고 [대법관 김창석, 박상옥의 반대의견]). 반면 대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 (전합) 판결에 따르면, 수사기관 사무실에서 유관정보를 “수집·확보하기 위하여 삭제된 파일을 복구하고 암호화된 파일을 복호화하는 과정도 전체적으로 압수수색 과정의 일환”으로서 이 과정에 피의자의 참여권이 보장되지 않은 것은 위법하나, 해쉬(Hash)값이 보존되어 있는 등의 이유로 해당 압수수색을 통해 획득된 증거는 사용될 수 있다.

않은 경우 해당 별건정보의 획득은 위법하다. ⑤ 나아가 이런 경우 특별한 사정이 없는 한 원래의 피압수자에게 참여권이 보장되어야 한다.¹⁵⁾ [별건정보 압수수색에서의 관련성 제한 및 참여권 보장의 위반과 위법수집증거]

이후 대법원은 2021년 말의 스마트폰 촬영 판결을 통해 영장에 근거한 압수수색의 집행 방법과 참여권 보장 등에 관한 위 중근당 결정의 법리가 유관정보와 무관정보가 혼재된 정보저장매체가 제3자에 의해 수사기관에 임의제출(법 제218조)된 경우에도 적용된다고 판시하였고,¹⁶⁾ 곧이어 2022년 5월의 결정을 통해 정보가 혼재된 서비스이용자의 통신내용 복제본이 ISP/CP에 의해 수사기관에게 전달된 경우에도 적용되어야 한다고 판시하였다.¹⁷⁾ 대법원은 전자의 판결에서 참여권자를 “실질적 피압수자인 피의자”라고 처음 표현한 후, 3자간 구조의 압수수색 사안에서는 계속해서 해당 표현을 사용하고

15) 대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 (전합) 결정 [이유 2. 가.].

16) 동 판결의 설시에 따르면, 정보저장매체의 임의제출에서 압수되어야 하는 대상과 범위는 일단 임의제출자의 의사에 따라 정해져야 하지만, 그것이 불명확하거나 미확인인 경우에는 유관정보로 제한되고, 이때 피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체가 피해자 등 제3자에 의해 임의제출되는 경우라면, 압수범위는 임의제출자인 제3자가 일괄하여 임의제출한다는 의사를 밝혔더라도 특별한 사정이 없는 한 유관정보로 제한된다(대법원 2021. 11. 18. 선고 2016도348 (전합) 판결 [이유 2. 가. 2])). 다만 모텔 객실에 불법설치된 카메라를 모텔업주가 임의제출한 사안에서 대법원은 “수사기관이 임의제출받은 정보저장매체가 그 기능과 속성상 임의제출에 따른 적절한 압수의 대상이 되는 전자정보와 그렇지 않은 전자정보가 혼재될 여지가 거의 없어 사실상 대부분 압수의 대상이 되는 전자정보만이 저장되어 있는 경우에는 …… 피압수자에게 참여의 기회를 보장하지 않고 전자정보 압수목록을 작성·교부하지 않았다는 점만으로 곧바로 증거능력을 부정할 것은 아니”라고 판시하였다(대법원 2021. 11. 25. 선고 2019도7342 판결).

17) 대법원 2022. 5. 31.자 2016모587 결정[소위 “세월호 카카오톡 결정”]. 다만 이 결정에 따르면, 수사기관이 ISP/CP로부터 전자정보를 취득하는 과정은 법 제122조 단서의 ‘급속을 요하는 때’에 근거하여 실질적 피압수자인 피의자에게 사전에 통지되지 않을 수 있다(이에 대해 동등로는 이순욱, 주 10의 논문, 184면; 박용철, “디지털 증거 중 카카오톡 대화의 압수·수색영장 집행에 대한 참여권”, 비교형사법연구 제20권 제4호, 한국비교형사법학회, 2019. 1. 23, 28면; 박병민, 주 7의 논문, 6면). 대법원과 헌법재판소의 기존 결정에 따르면 위 ‘급속을 요하는 때’란 압수수색 집행 사실의 사전 통지로 인한 증거인멸이나 훼손을 통해 압수수색의 목적을 달성할 수 없게 되는 때, 즉 압수수색의 실효를 거두기 어려운 경우를 의미하므로(대법원 2012. 10. 11. 선고 2012도7455 판결; 헌재 2012. 12. 27. 2011헌바225, 판례집 24-2하, 467, 474면), 증거인멸이나 훼손의 염려가 사라진 경우에는 참여권자에게 참여의 기회가 제공되는 것이 타당하다는 점에서 위 대법원 결정은 타당하다. 한편 수사기관이 키워드나 확장자 검색 등을 통해 선별된 유관정보만이 복제된 파일을 제출받아 압수하였다면 이로써 압수수색 절차는 종료된 것이므로, 수사기관 사무실에서 압수된 파일을 탐색·복제·출력하는 과정에의 참여권 보장은 요구되지 않는다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017도13263 판결).

있다.¹⁸⁾ 후자의 결정은 - 전원합의체를 통해 내려지지는 않았지만 - 웹메일(web mail), SNS, 클라우드 컴퓨팅 등과 같이 웹에 기반하는 인터넷서비스가 보편화된 오늘날의 정보통신 환경을 고려할 때, 압수수색 실무에서 실질적으로 중요한 의미를 갖는다.

전자정보 압수수색의 집행 방법 및 참여권 보장과 관련된 대법원 입장은 다음과 같이 요약될 수 있다: 수사기관은 관련성 제한의 요청에 따라 영장에 의해서든 임의제출에 의해서든 피의자나 제3자(피해자, ISP/CP 등)로부터 유관정보와 무관정보가 혼재된 정보 저장매체나 그 복제본을 획득한 경우에는 기관 내부에서 유관정보만을 탐색·출력·복제하는 과정을 거쳐야 하는데, 이 과정은 압수수색 집행의 일환이므로,¹⁹⁾ 피압수자에게는 해당 과정에의 참여권이 보장되어야 하고, 이러한 참여권이 보장되지 않은 압수수색은 절차적으로 위법하여 취소되어야 한다.²⁰⁾

Ⅲ. 참여권의 법적 근거와 참여권자

1. 2자간 구조의 압수수색 사안

전교조 결정과 종근당 결정은 ‘수사기관 - 피압수자(= 피의자)’인 2자간 구조의 압수수색 사안이었는데, 대법원은 앞의 결정에서 참여권의 법적 근거에 대한 명확한 언급 없

18) 대법원 2021. 11. 25. 선고 2019도7342; 2022. 1. 27. 선고 2021도11170 판결; 2022. 5. 31.자 2016도587 결정 등.

19) 소위 “수색설”. 이에 반해 정보저장매체나 그 복제본이 수사기관으로 반출됨으로써 압수수색 영장의 집행은 종료되는 것이고 이렇게 획득된 압수물의 내용을 확인하기 위한 열람·탐색 등은 수사기관 내부의 행위라는 견해가 있다(소위 “압수물 확인행위설”). 수사기관으로 반출된 정보저장매체 등을 탐색하는 행위의 법적 성격에 대해서는 진승수, “형사절차상 디지털 증거의 압수수색 및 증거능력에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2011, 85-86면; 조은별, “디지털 증거의 압수·수색에 대한 참여권의 보장”, 서울대학교 박사학위논문, 2021, 146면 이하; 박종욱, “수사기관 내에서의 범죄혐의 관련 정보 탐색 등 행위의 법적 성격”. 비교형사법연구 제24권 제4호, 한국비교형사법학회, 2023. 1, 347, 354면 이하 참고. 이 쟁점은 본 논문에서 별도로 자세히 다루지 않는다. 다만 뒤에서 보듯이 독일에는 “수색설”에 따른 특별규정, 즉 StPO 제110조가 있다(주 30 참고).

20) 이러한 압수수색의 집행 방법과 참여권 보장에 대한 대법원의 입장은 현재 실무에서 법원이 발부하는 압수수색 영장에 첨부되는 ‘별지’의 내용이기도 하다(안성수, 김희옥/박일환(편), 주석 형사소송법(I)(제5판), 한국사법행정학회, 2017, § 106, 565-566면).

이 단순히 “피압수자나 그 변호인”을 참여권자라고만 언급하였지만, 뒤의 결정에서는 “법 제219조, 제121조에서 규정하는 피압수자나 그 변호인에게 참여의 기회를 보장하고”라고 설시하여, 참여권의 법적 근거가 법 제121조임을 명확히 하고 참여권자로는 피압수자만을 언급하였다.²¹⁾ 이러한 설시는 2자간 구조의 압수수색 사안에서 현재도 유지되고 있다.²²⁾

이에 대해 문헌에서는 비판이 제기되는데, 비판의 핵심은 형소법상 압수수색에서의 참여권을 명확하게 언급하고 있는 규정은 제121조이고 그 문언상 참여권자는 ‘피고인/피의자’인데, 대법원은 참여권의 법적 근거로 동 규정을 언급하면서 - 피고인/피의자가 아닌 - ‘피압수자’만을 참여권자로 언급하고 있다는 점이다. 이와 관련하여 한 유력한 견해는 형소법상 압수수색 과정에서의 참여는 ‘피압수자 지위에서의 참여’와 ‘사건관계인 지위에서의 참여’로 구분되고, 전자는 법 제118조, 제123조, 제129조에, 후자는 제121조에 근거하기 때문에 위 대법원의 설시는 부적절하다고 한다.²³⁾ 나아가 이 견해의 일부는 종근당 결정에 따를 때, 3자간 구조의 압수수색, 즉 현실적으로 처분을 받는 자(= 형식적 피압수자)가 피의자가 아닌 경우 ‘피압수자’가 누구인지가 명확하지 않다는 점을 지적하며, 증거인멸의 위험성이나 실질적 이해관계 등을 고려할 때 중요한 것은 - 피압수자가 아닌 - ‘정보주체인 피의자’의 참여권이라고 한다.²⁴⁾ 타당한 비판이다. 뒤 V의 내용을 고려할 때, 참여권의 보장이 필요한 자는 본질적으로 - 법 제121조의 문언과 같이 - 절차의 당사자인 ‘피의자’이다.

21) 한편, 종근당 결정에서 다수의견에 대한 대법관 3인(이인복, 이상훈, 김소영)의 보충의견은 전자정보 압수수색에서의 참여권의 의미와 중요성을 설시하면서 법 제121조 이외에 제123조도 언급하고 있으며, 참여권의 주체로서 피압수자 이외에 피의자도 언급한다.

22) 대법원 2015. 10. 15.자 2013도1969 결정; 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결; 2020. 11. 26. 선고 2020도10729 판결; 2022. 1. 13. 선고 2016도9596 판결(피의자의 임의제출); 2022. 7. 28. 선고 2022도2960 판결 등.

23) 이완규, 주 3의 논문, 105-109면; 同旨로는 이순옥, 주 10의 논문, 182면; 조은별, 주 19의 논문, 92-94면. 한편 동일한 견해하에 피압수자에 대한 참여권의 법적 근거로 법 제118조, 제123조, 제124조, 제128조, 제129조를 언급하거나(전치홍, 주 10의 논문, 9-10면 및 20면) 제123조만을 언급하는 견해도 있는데(구길모, 주 3의 논문, 233면), 앞의 견해와 동일한 취지라 할 수 있다.

24) 이순옥, 주 10의 논문, 182-184면; 전치홍, 주 10의 논문, 11면 및 19-20면; 구길모, 주 3의 논문, 229면.

2. 3자간 구조의 압수수색 사안

이미 언급하였듯이 대법원은 3자간 구조의 압수수색 사안이었던 스마트폰 촬영 판결과 세월호 카카오톡 결정에서 중근당 결정의 입장을 기본적으로 유지하면서, 참여권자를 “실질적 피압수자인 피의자”라고 적시하였다.²⁵⁾ 이 표현을 통해 현장에서 직접 처분의 상대방이 되지는 않았지만 정보주체이자 절차의 당사자인 피의자의 참여권이 보장되지 못한다는 중근당 결정의 문제점이 결론적으로는 보완되었지만, 참여권의 주체와 관련되어 제기되었던 문제점이 근본적으로 제거되지는 않았다. 왜냐하면 “실질적 피압수자인 피의자”라는 표현에서 알 수 있듯이 대법원은 참여권 주체의 방점을 여전히 ‘피의자’보다는 ‘피압수자’에 두고 있기 때문이다. 이점은 대법원 2022. 1. 27. 선고 2021도11170 판결의 설시를 통해 확실히 드러난다: “정보저장매체를 임의제출한 피압수자에 대하여 임의제출자 아닌 피의자에게도 참여권이 보장되어야 하는 ‘피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체’라 함은, …… 피의자를 그 정보저장매체에 저장된 전자정보에 대하여 실질적인 피압수자로 평가할 수 있는 경우를 말하는 것이다. 이에 해당하는지 여부는 …… 압수수색 당시 외형적·객관적으로 인식 가능한 사실상의 상태를 기준으로 판단하여야 한다. …… 단지 피의자나 그 밖의 제3자가 …… 정보주체에 해당한다는 사정만으로 그들을 실질적으로 압수수색을 받는 당사자로 취급하여야 하는 것은 아니다(밑줄은 필자).”²⁶⁾ 이 판례의 설시에 따르면, 참여권자는 형식적 피압수자와 실질적 피압수자이지만, 형식적 피압수자가 아닌 피의자가 실질적 피압수자도 아닌 경우, 그는 결국 참여권자가 아니다. 이런 해석은 - 법 제121조의 명확한 문언(‘피고인/피의자’)에도 불구하고 - 피의자(= 정보주체)가 참여권자가 아닐 수 있다는 것으로, 대법원은 동 규정의 ‘피의자’ 개념을 축소해석하고 있다.²⁷⁾

25) 대법원 2021. 11. 18. 선고 2016도348 (전합) 판결 [이유 2. 가. 3].

26) 대법원 2022. 1. 27. 선고 2021도11170 판결 [이유 1. 가. 1) 가) (2)].

27) 이와 관련하여 대법원은 피의자를 참여권의 주체에서 제외시키고 있다는 견해로는 구길모, 주 3의 논문, 226-227면. 그는 또한 실질적 피압수자 개념의 추상성은 실무에서 수사의 효율성을 저해하거나, 반대로 참여권 보장을 침해할 수 있다고 한다(229-230면).

3. 판례에 대한 비판

전형적인 강제처분인 압수수색에서 일단 현장에서 처분을 받는 자는 그 집행 방법이 적법절차 원칙에 부합하고 영장의 한계를 준수하는지 및 자신의 기본권이 비례성 원칙의 측면에서 과도하게 침해되고 있는 것은 아닌지를 감시·통제할 수 있어야 하고, 나아가 위법한 집행(처분)은 준항고를 통해 다투어 취소시킬 수도 있어야 한다. 피압수자의 이러한 방어활동을 보장하기 위해 형소법에는 영장의 기재사항(제114조)과 제시·교부(제118조), 책임자 등의 집행과정에서의 참여(제123조), 압수목록의 교부(제129조) 등이 규정되어 있다. 이러한 절차보장은 내용상(형식적) 피압수자만을 대상으로 하지만, 전통적인 2자간 구조의 압수수색 사안에서는 피의자가 피압수자이기 때문에 그의 보호가 별도로 문제되지 않는다. 한편 피압수자와 피의자가 다르지만 압수수색의 대상이 서류나 전자정보가 아닌 일반 유체물인 경우에도 피의자의 보호가 특별히 문제되지 않는다. 왜냐하면 이런 경우에는 유체물의 가시성과 특정성 때문에 피압수자 외에 피의자에게도 별도의 참여권을 보장할 실익이 적기 때문이다. 문제가 되는 것은 방대한 서류나 전자정보를 대상으로 하는 3자간 구조의 압수수색 사안에서는 위 규정들에 따른 절차보장의 효과가 제한적이라는 점이다. 왜냐하면 여기서는 현실적으로 압수수색 처분을 받는 자, 즉 ‘형식적 피압수자’와 그 처분에 실질적으로 이해관계를 갖는 자, 즉 ‘실질적 피압수자’가 구분 되는데, 관련성 제한과 별건정보 수집 등 압수수색 집행절차의 적법성 및 그 취소 가능성에 실질적으로 관심을 갖는 자는 형식적 피압수자라기보다는 절차의 당사자인 피의자이기 때문이다. 그리고 무엇보다, 이 모든 것을 차치하고 법 제219조, 제121조는 압수수색 집행과정에서의 참여권 주체로서 ‘피고인/피의자’를 규정하고 있음이 문언상 명백하다. 따라서 피의자가 참여권 보장의 흠결을 이유로 준항고를 통해 압수수색의 취소를 구하거나 그것을 통해 획득된 증거의 배제를 주장한 사안에서²⁸⁾ 대법원이 참여권의 법적 근거로서 법 제121조를 제시한 것은 타당하지만, 그럼에도 불구하고 참여권자를- 피의자가 아닌- 피압수자라 적시하고, 나아가 피의자가 참여권자이기 위해서는 실질적 피압수자이어야 한다고 해석한 것은 타당하지 않다. 특히 앞의 2021도11170 판결은 법 제121조의 ‘피의자’ 개념의 범위를 부당하게 축소하는 해석을 통해 법률 문언상 명확한

28) 위 1과 2에서 언급된 결정/판결의 사안들이 그렇다.

피의자의 권리를 타당한 이유 없이 제한했다는 점에서 형사절차 법정주의와 적법절차 원칙에 반한다.²⁹⁾

한편 수사상 압수수색, 특히 전자정보에 대한 포괄적 압수수색에서 ‘피의자의 참여권’이 인정되어야 하는지에 대해서는 독일에서의 참여권 논의를 검토한 후 좀 더 자세히 논하고자 한다.

IV. 독일에서의 참여권 논의

1. 참여권 규정과 BVerfG의 결정, 그리고 최근 LG Kiel의 결정

StPO 제110조³⁰⁾는 서류와 정보저장매체(이하 “서류 등”)에 대한 수색의 집행 방법에 대한 특별규정으로서, StPO가 창설되던 때(1879.10.1.)부터 존재하는 규정이다.³¹⁾

29) 유사한 취지로 구길모, 주 3의 논문, 223면. 한편 압수수색 영장의 ‘별지’(주 20 참고)에 따르면 ‘피압수자 또는 참여인’이 참여권자인데, ‘피압수자’는 ‘피의자나 변호인, 소유자, 소지자’를, ‘참여인’은 ‘형소법 제123조에 정한 참여인’을 의미한다(동 별지의 각주 1). 별지의 문언은 압수수색이라는 처분의 상대방을 포괄적으로 적시하고 있다는 점에서 그 정확한 개념 및 범위가 확실치 않지만(조은별, 주 19의 논문, 85-87면), 어쨌든 문언상 ‘피의자’는 특별한 제한 없이 피압수자에 속한다고 할 것이다. 이런 점에서 2021도11170 판결은 영장주의에도 반한다.

30) StPO 제110조 [서류와 정보저장매체의 열람(Durchsicht von Papieren und elektronischen Speichermedien)] ① 수색 당사자의 서류를 열람할 권한은 검찰 및 검찰의 명령을 받은 그의 수사관(법원조직법 제152조)에게 있다.

② 그 밖의 경우 (검찰 및 그의 수사관이 아닌) 다른 공무원은 서류의 점유자가 열람을 허용한 경우에만 발견된 서류를 열람할 수 있다. 그렇지 않은 경우 해당 공무원은 열람이 필요하다고 생각되는 서류를 점유자 입회하에 관인을 찍어 봉인된 봉투로 검찰에게 교부해야 한다.

③ 수색 당사자의 정보저장매체에 대한 열람 또한 제1항과 제2항의 기준에 따라 허용된다. 이 열람은 해당 저장매체와 공간적으로 떨어져 있지만 그것으로부터 접근될 수 있는 저장매체에까지도 확대될 수 있다; 단, 그렇지 않으면 찾고 있는 정보의 상실이 우려되는 경우이어야 한다. 수사에 중요할 수 있는 정보는 확보될 수 있다.

④ 서류가 열람을 위해 반출되거나 정보가 임시로 확보된 경우, 제95조a와 제98조 제2항이 준용된다.

31) 최근의 개정법률(Gesetz zur Fortentwicklung der StPO und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 25. Juni 2021, BGBl. I S. 2099)을 통해 동 규정은 ‘서류’뿐만 아니라 ‘정보저장매체’에도 적용되며(제3항 제1문), 수사기관에서 압수할 유관정보를 탐색하기 위해 현장에서 서류나 정보저장매체를 반출하는 행위, 소위 “열람을 위한 임시확보(vorläufige Sicherstellung)”를 허용한다(제4

창설 시부터 동 규정의 (舊) 제3항에는 수사기관으로 반출된 서류 열람에의 피압수자의 참여권이 규정되어 있었는데, 동 항은 2004년의 제1차 사법현대화법(1. JuMoG)³²⁾에 의해 삭제되었다.³³⁾ 이에 대해 BVerfG는 2005년에 2자간 구조의 압수수색 사안에서 제기된 헌법소원의 결정에서 위 삭제에도 불구하고 ‘피압수자’에게 참여권/출석권 (Teilnahmerecht/Anwesenheitsrecht)이 제공되는 것이 ‘개별적인 경우’ ‘비례성 준수를 위해’ 헌법상 요청될 수 있다고 실시하였고,³⁴⁾ 2009년에 3자간 구조의 압수수색 사안에서 제기된 헌법소원의 결정에서 위 실시를 반복하면서 참여권 보장의 필요성은 효과적인 형사소추와 정보침해의 강도를 고려하여 판단되어야 한다고 전제한 후,³⁵⁾ 피의자 아닌 제3자라는 점만으로 임시확보된 정보에 대한 참여권이 헌법상 도출되지 않는다고 하였다.³⁶⁾

위 BVerfG의 결정 이후 하급심에서는 StPO 제110조에 따른 열람의 과정에서 피압

항). 이는 기존의 통설과 판례에 의해 인정되는 것을 입법적으로 확인한 것이다. 이에 대해서는 박중욱, 주 19의 논문, 358면 이하 참고.

32) 1. Justizmodernisierungsgesetz vom 24. August 2004 (BGBl. I S. 2198).

33) 2004. 8. 31.까지 유효했던 (舊) StPO 제110조 제3항은 다음과 같이 규정되어 있었다: “서류의 소지자나 그의 대리인에게는 (반출을 위해 봉인된 봉투의 관인 옆에) 자신의 인장을 같이 찍는 것이 허용된다; 그 이후 봉인해제와 서류열람이 명령되는 경우, 가능하다면 서류의 소지자나 그의 대리인에게는 참여(Teilnahme)가 요청되어야 한다.”

위 규정의 문언이 피압수자의 참여권을 인정한 것이지는 명확하지 않으나, 독일의 지배적인 견해는 수사기관의 요청 의무에 근거하여 피의자의 참여권이 규정된 것으로 본다.

34) BVerfG, Beschluss vom 12. April 2005 - 2 BvR 1027/02 (= BVerfGE 113, 29, 58 f. [Rn. 126 f.]): “StPO 제110조의 열람은 과도하고 장기간 행해지는 정보수집의 회피 및 통신의 비밀이나 정보자기결정권에 대한 침해 강도의 완화를 목적으로 한다. (기본권) 침해에서의 비례성을 준수하기 위해 확보된 전자정보의 소지자를 절차상 중요성 심사에 참여시키는 것이 개별적으로 헌법상 요청될 수 있다. (舊) StPO 제110조 제3항에 있었던 열람될 서류와 정보 소지자의 출석권에 관한 규정은 2004.8.24.의 제1차 사법현대화법에 의해 - (특별한) 이유 없이 - 대체 규정 없이 삭제되었다. 그럼에도 불구하고 확보된 정보의 절차상 중요성 심사에 정보저장매체의 소지자를 참여시키는 것이 개별적으로 요청될 수 있다. 특히 데이터 구조와 각 정보의 관련성에 대한 피의자 아닌 자의 납득되고 검증될 수 있는 구체적인 진술은 (확보된) 정보의 실질적인 분류를 간소화할 수 있고, 압수되어야 하는 정보의 범위를 감소시킬 수 있다(괄호의 내용 보충과 밑줄은 필자).” 이 결정은 수사기관이 영장에 의해 피의자의 사무실을 수색하여 거기에 있는 서류 및 PC 등에 저장된 전자정보를 확보한 사안에 대한 것이다.

35) BVerfG, Beschluss vom 16. Juni 2009 - 2 BvR 902/06 (= BVerfGE 124, 43, 72 [Rn. 96 a.E.]). 이 결정은 ISP/CP가 영장에 근거하여 메일서버에 저장된 피의자의 약 2,500개의 e-mail 복제본을 수사기관에 전달한 사안에 대한 것이다.

36) BVerfGE 124, 43, 77 [Rn. 112].

수자와 그의 변호인에게 참여권이 인정되어야 하는지가 몇 번 심사되었지만, 현행 StPO에는 참여권의 법적 근거가 없고, 동 권리는 BVerfG의 설시에 의하면 비례성 원칙에 따라 예외적으로만 인정될 수 있다는 이유로 기각되었다.³⁷⁾ 하지만 2021년 6월에 LG Kiel은 - 실무상 처음으로 - 참여권을 인정하는 결정을 내렸다³⁸⁾: “본 사안에서 비례성은 (처분) 당사자(피압수자인 협회)의 변호인에게 열람에 출석하는 것을 허용한다. (피의자 아닌 자인) 피압수자에게서 데이터베이스가 포괄적으로 확보되었는데, 이 확보된 정보의 대부분은 (수사)절차와 관련성이 없는 것으로 추정된다(dürften). 이런 점에서 피압수자는 자신의 권리에 대한 상당한 침해를 감수해야만 했고, 그와 (협회)회원 간의 통신(내용)이 확보된 것인 경우에는 회원의 권리도 침해되었다. (따라서) 피압수자에게는 정보의 열람에 출석할 상당한 이익이 있다는 점이 어려움 없이 납득될 수 있다. …… 한편 출석의 이익은 절차촉진과 소송경제의 뒤에 놓이지 않는다. 변호인의 참여로 인한 열람에서의 일정한 정도의 시간적 제한과 구조적 조치는 그것이 절차자연을 야기하는 것이 명확하지 않는 한 감수되어야 한다. (본 사안에서) 변호인은 예정된 열람에 일정의 연기 없이 나타났다. … 이 모든 것을 고려할 때, 열람 과정에 출석할 이익이 우선한다(괄호의 내용 보충과 밑줄은 필자).”³⁹⁾

현재 위 BVerfG의 설시만으로는 동 재판소가 참여권을 인정했다고 보기는 어렵다.⁴⁰⁾

37) *LG Braunschweig*, Beschluss vom 12. April 2006 - 6 Qs 88/06, 6 Qs 97/06 (= BeckRS 2011, 9575); *LG Bonn*, Beschluss vom 23. August 2011 - 27 Qs 17/11 (= BeckRS 2013, 13669); *OLG Koblenz*, Beschluss vom 30. März 2021 - 5 Ws 16/21 (= NZWiSt 2021, 386). 첫 번째 결정은 피의자의 E-Mail을 그 서비스제공자로부터 제공받은 사안이고, 두 번째와 세 번째 결정은 피의자에 대한 수색에서 대량의 정보가 임시로 확보된 사안이다.

38) *LG Kiel*, Beschluss vom 18. Juni 2021 - 3 Qs 14/21 (= NZWiSt 2021, 408). 이 결정은 실무에서 참여권을 인정한 첫 번째 사례라고 한다(*Buchholz*, NZWiSt 2021, 369, 370 f.; *Doege*, NSTZ 2022, 466, 468). 그 사실관계에 따르면, 수사기관은 피의자에 대한 Kiel구법원(Amtsgericht Kiel, 이하 “AG Kiel”)의 수색영장에 근거하여 그의 사무실, 즉 피의자 아닌 자인 협회(Verein)의 공간과 서버에 있는 정보를 임시로 확보하였고, 이 확보된 정보를 열람할 때 수사기관은 처음에 협회 변호인의 출석을 허용하였으나 2번의 출석 후 소송경제를 이유로 더 이상의 출석을 불허하였다. 이 불허 결정에 대해 해당 변호인은 AG Kiel에 (준)항고를 제기하였고, 동 법원은 출석을 허용하라는 결정을 내렸다. 이에 이번에는 검찰이 해당 AG Kiel의 결정에 대해 항고를 제기하였으나, LG Kiel은 이를 기각하였다.

39) *LG Kiel* NZWiSt 2021, 408. 이 결정의 심사대상은 피의자 아닌 피압수자(협회)의 변호인에게 StPO 제110조에 따른 열람에 대한 출석권이 인정되는지 여부이지만, 동 출석권은 피압수자의 출석권을 전제로 한다는 점에서 법이론적 쟁점은 본질적으로 동일하다.

40) *Hiéramente*, wistra 11/2016, 432, 438: “BVerfG는 …… 당사자에게 열람에의 출석이 허용되어야

왜냐하면 독일 법제에서 비례성 원칙은 기본권 침해의 정당성 및 한계를 심사하는 헌법상 기본원칙 중 하나이며 개별적인 사안에서 구체적 타당성을 기하기 위한 원칙이기 때문이다. 이런 이유로 하급심 결정들에서 참여권 인정 여부가 달랐던 것이며, 다수의 결정에서 오히려 참여권이 부정되었던 것이다.

2. 참여권에 대한 견해의 대립

2004년의 삭제 및 BVerfG의 결정에도 불구하고 독일 문헌에서는 피압수자의 참여권 보장에 대한 견해의 대립이 지속되었다. 우선 참여권을 인정하는 견해는 입법자의 개정 이유서에 그 삭제 이유가 특별히 언급되어 있지 않다는 점을 이유로⁴¹⁾ 해당 삭제를 ‘편집상의 실수(Redaktionsversehen)’라 여기고,⁴²⁾ 헌법적 차원에서는 비례성 원칙으로부터, 형사절차법 차원에서는 StPO 제110조의 열람이 공개의 수사처분인 수색에 속한다는 체계적인 관점으로부터 참여권이 여전히 도출된다고 여긴다.

먼저 StPO의 규정 체계에 따를 때,⁴³⁾ 제110조에 따른 수사기관으로 반출된 서류 등의 열람은 비밀의 수사처분이 아니라 일반적인 공개의 처분인 수색의 한 과정이라는 점에서 그 집행에서는 공개성 원칙이 유지되어야 하는데, 수사기관 내에서 행해지는 서류 등의 열람에 피압수자나 그의 변호인이 참여하지 못하는 것은 동 원칙과 모순된다.⁴⁴⁾

하는지 여부에 대해 충분히 검토하지 않았다.”

41) BT-Drs. 15/3482, S. 21. 이런 이유로 동 삭제에 대해서는 입법자의 의도가 추론조차 되지 않는다거나(Hiéramente, wistra 11/2016, 432, 438), 최소한 StPO 제106조와의 체계적 연관성이 언급되어야 했다(Buchholz, NZWiSt 2021, 369, 372)는 비판이 제기된다.

42) 이를 처음 언급한 것은 Knauer/Wolf, NJW 2004, 2932, 2937; 이에 동조하는 Peters, NZWiSt 2017, 465, 471 [Tz. 2]; Buchholz, NZWiSt 2021, 369, 371 f. 한편 그것이 실수인지는 확실하지 않다는 견해로는 Wohlers/Jäger, SK-StPO, § 110 Rn. 25.

43) StPO 제8절(압수, 통신감청, 컴퓨터 수사, 기술적 수단의 투입, 비밀수사관의 투입, 수색)에는 압수 수색 및 기타 비밀의 수사처분에 대한 범적 근거가 존재하는데, 독일의 통설과 판례에 따르면 그 규정 체계에 따라 압수수색 일반규정(StPO 제94조 이하 및 제102조 이하)에 따른 ‘일반적인 압수 수색’은 StPO 제98조a 이하에 따른 ‘기타 비밀의 수사처분’과 구분되는 공개의 처분이다. 따라서 여기서는 원칙적으로 늦어도 처분의 집행 직전에 압수수색 당사자, 즉 피압수자에게 그 집행사실이 통지되어야 하지만(처분의 공개성 원칙), 그가 피의자가 아니고 해당 통지가 수사목적에 위협하게 만드는 경우, 즉 증거인멸의 우려가 존재한다면, 그 통지는 법원의 명령을 얻어 유예될 수 있다(StPO 제95조a). 이에 대한 자세한 설명은 박중욱, “제3자 보관 정보의 압수수색과 정보주체에 대한 통지”, 원광법학 제38권 제3호, 2022. 9, 원광대학교 법학연구소, 51, 62면 이하 참고.

특히 이는 전 생활영역의 디지털화에 따라 오늘날 그 열람이 사실상 통신감청이나 주거 감청과 유사해졌다는 점에서 더욱 그렇다.⁴⁵⁾ 한편 BVerfG의 판시에 따르면 압수수색에서의 ‘공개성 원칙’이란 “당사자(피압수자)에게 원칙적으로 법적 요건에 흠결이 있는 처분의 집행에 - 경우에 따라서는 변호인의 조력을 받으면서 - 대처하고, 압수지침을 포함한 영장에 기재된 한계의 준수를 감시하며, 영장 집행(방법)의 제한에 대한 위반에 대응할 기회를 제공하는” 것을 의미한다.⁴⁶⁾ 즉 일반규정에 따른 압수수색에서는 피압수자에게 처분의 법적 요건 및 그 집행 방법의 유형과 방식, 특히 영장에 기재된 한계의 준수를 감시할 기회가 제공되어야 하고, 이를 구체화한 규정이 바로 (舊) StPO 제110조 제3항과 제106조 제1항⁴⁷⁾이다. 이때 후자의 규정은 압수수색의 당사자, 즉 피압수자가 직접 처분의 집행을 감시하여 자신을 보호하기 위한 규정으로서 수사기관에 의해 준수되어야 하는 강행규정이고, 그 위반은 처분을 위법하게 만든다.⁴⁸⁾ 이 모든 것을 고려할 때, 참여권을 긍정하는 견해는 2004년의 삭제에도 불구하고 StPO 제110조 의미의 열람이 공개적 성격을 갖는 수색에 속한다는 점, 참여권을 인정하지 않으면 동 열람은 사실상 통신감청 등과 같은 비밀의 수사처분이 된다는 점, StPO 제106조 제1항이 수색에의 참여권을 규정하고 있다는 점을 근거로 수사기관으로 반출된 서류 등의 열람에 대한 참여권은 여전히 유효하다고 주장한다.⁴⁹⁾

44) Buchholz, NZWiSt 2021, 369, 371; 동일한 취지로 Szesny, WiJ 2012, 228, 231; Peters, NZWiSt 2017, 465, 469.

45) Peters, NZWiSt 2017, 465, 473 am Anfang.

46) BVerfGE 115, 166, 104 f. [Rn. 106]; BGH NJW 2007, 930, 931(= BGHSt 51, 211, 215).

47) StPO 제106조 [수색물 점유자의 소환(Zuziehung des Inhabers eines Durchsuchungsobjekts)] ① 수색될 공간이나 물건의 점유자는 수색에 입회할 수 있다. 점유자가 부재중인 경우에는 가능하다면 그의 대리인이나 성년의 친족, 동거인, 이웃이 (입회를 위해) 소환되어야 한다. 참고로 위 규정은 내용상 책임자 등의 참여권을 규정한 우리 형소법 제123조에 상응하는데, StPO에는 형소법 제121조와 같이 ‘피의자’의 참여권에 관한 규정은 없다.

48) BGH NJW 2007, 930 [Rn. 6 f.]. 다만 독일에서는 이러한 위법성이 언제나 획득된 정보의 사용금지물 야기하기 하는 것은 아니며, BVerfG의 판시에 따르면 “절차위반이 최소한 ‘중대하게, 인식 있게, 자의적으로’ 행해진 경우에만 하자 있는 압수수색의 결과로서 증거사용금지가 요청된다”(BVerfGE 113, 29, 61 [Rn. 135]). 지배적인 견해 또한 같다(M-G/Schmitt/Köhler, § 105 Rn. 11; Bruns, KK-StPO, § 105 Rn. 21).

49) Knauer/Wolf, NJW 2004, 2932, 2937 f.: “따라서 삭제에도 불구하고 기존의 법상태는 그대로이다”; Szesny, WiJ 2012, 228, 232 [Tz. 2)]; Wohlers/Jäger, SK-StPO, § 110 Rn. 25; Hiéramente, wistra 11/2016, 432, 438 f.; Peters, NZWiSt 2017, 465, 470: “출석권은 수색의 공개적 성격에서 나온다.” 한편 Hiéramente 박사는 공개의 처분에서 적법성 통제의 가능성은 필수이기 때문에, 수사

한편 위 견해에 따르면 비례성 원칙에 의해서도 참여권이 인정될 수 있는데, 이때 위 BVerfG의 실시처럼 참여권이 개별적인 경우에 인정될 수 있다는 것이 아니라, 원칙적으로 또는 일반적으로 인정된다는 것이다. 즉 포괄적으로 반출된 서류 등의 열람에 피압수자가 출석하는 것만이 수사기관의 과도한 정보수집을 최소한 어느 정도라도 방지할 수 있다는 점에서 그것은 더 이상 임의적일 수 없다는 것이다.⁵⁰⁾ 특히 모든 생활영역이 점차 디지털화되는 오늘날 임시확보되는 정보의 양과 민감성 및 열람에서의 그 오남용 가능성을 고려할 때, 피압수자에게 열람에 대한 감시 가능성 및 이를 위한 출석권이 원칙적으로 주어지는 것이 정당하다고 한다.⁵¹⁾ 나아가 이 견해는 참여권 보장을 통해 StPO 제108조⁵²⁾에 반하는 위법한 수사행위인 ‘별건정보(Zufallsfunde)의 의도적 찾기’의 위험을 최소화할 수 있다고 한다.⁵³⁾ 결국 참여권을 인정하는 견해는 2004년의 삭제가- 의도치 않은 또는 중대한- ‘규제흡결(Regelungslücke)’을 야기했고,⁵⁴⁾ 출석권은 다시 입법화되어야 한다고 주장한다.⁵⁵⁾

반면, 참여권을 부정하는 견해의 핵심 근거는 2004년의 삭제 그 자체에 있다.⁵⁶⁾ 즉 참여권은 현재 법률상 존재하지 않으며, 입법자료에 삭제의 이유가 제시되지 않았다고 하여 그 삭제를 단순히 ‘편집상의 실수’라고 치부할 수는 없다는 것이다.⁵⁷⁾ 그리고 StPO 제106조에 따른 출석권은 수색 현장에서 수색물을 현실로 보관하고 있는 점유자

기관으로 반출된 서류 등의 열람에 참여권이 인정되지 않는 것은 중요한 절차권의 상실이라 여긴다 (a.a.O. 439).

50) *Bruns*, KK-StPO, § 110 Rn. 6; *Peters*, NZWiSt 2017, 465, 471. *Peters* 박사는 *BVerfG*의 입장에 따르면 실무에서의 출석권 인정은 범칙국가 원칙에 근거한 것이 아니고, 단지 수사기관의 호의적인 환대일 뿐이라고 비판한다(a.a.O. 472).

51) *Hiéramente*, wistra 11/2016, 432, 439; *Peters*, NZWiSt 2017, 465, 472.

52) StPO 제108조 [압수물 아닌 물건의 압수(Beschlagnahme anderer Gegenstände)] ① 수색의 기회에 해당 수사와 관련이 없으나 다른 범죄의 범행을 암시하는 물건이 발견된 경우, 이것은 임시로 압수될 수 있다. 이는 검찰에게 통지되어야 한다.

53) *Szesny*, WiJ 2012, 228, 232 [Tz. 2]; *Hiéramente*, wistra 11/2016, 432, 439; *Buchholz*, NZWiSt 2021, 369.

54) *Peters*, NZWiSt 2017, 465, 470 a.E.; *Buchholz*, NZWiSt 2021, 369, 372.

55) *Peters*, NZWiSt 2017, 465, 472.

56) M-G/Schmitt/Köhler, § 110 Rn. 5; *Wenzl*, NStZ 2021, 395, 399; *Doege*, NStZ 2022, 466, 468.

57) *Doege*, NStZ 2022, 466, 468. 특히 입법자가 최근 StPO 제110조에 대한 개정에서 참여권과 관련한 수정을 행하지 않았다는 점을 고려하면 더욱 그렇다(LG Bonn BeckRS 2013, 13669; *Doege*, a.a.O.).

에게 인정되는 것으로 반출된 후 수사기관 내에서 행해지는 서류 등의 열람에는 동 규정이 직접이든 유추로든 적용되지 않는다고 한다.⁵⁸⁾

한편 위 2021년의 LG Kiel의 결정 이후 Kiel지방법검찰청의 Doege 검사는 StPO 제 110조에 따른 열람에의 출석권 인정은 수사기관에게 상당한 부담을 줄 것이므로 일반화될 수 없다고 하면서,⁵⁹⁾ 출석권을 부인하는 논거로 다음 4가지를 언급한다. ㉠ 피압수자는 이미 서류 등의 반출에 대해 알고 있으므로, 수사기관 내에서의 열람에 당사자가 출석하지 않았다고 하여 그것이 비밀의 처분이 되는 것은 아니고 ㉡ 수사기관의 위법한 집행에 대한 감시와 통제는 다른 수단, 즉 준항고(StPO 제98조 제2항 제2문)와 최종적 압수 전의 법적 청문(StPO 제33조 제3항)을 통해 달성할 수 있으므로 그 이외에 출석권까지 인정하는 것은 과도한 것이며, ㉢ 위법수사인 별건정보의 의도적 찾기에 대한 불신은 터무니없고, 열람의 범위와 집행방법을 어떻게 구성할 것인지의는 수사기관(검찰)의 재량이므로, 이에 대한 이의제기는 준항고를 통해 제기하면 충분하고, ㉣ 출석권의 보장은 실무에서 - 데이터베이스 구조를 분석하는 경우를 제외하고는 - 유관정보와 무관정보의 분류에 실질적으로 기여하지 못한다고 한다.⁶⁰⁾

다른 한편, 위 독일에서의 견해 대립은 ‘피압수자’의 출석권/참여권에 대한 것이다. 현행 StPO에는 형소법 제121조와 같은 피의자의 참여권에 관한 규정이 없고, 피의자는 StPO 제106조 제1항 의미의 점유자가 아니기 때문에, 독일에서 피의자와 그의 변호인은, 특히 3자간 구조의 압수수색 사안에서 독자적인 참여권을 갖지 못한다.⁶¹⁾ 다만 일부 견해에 따르면, 피의자는 수색될 공간의 점유자가 자신의 주거권에 근거하여 출석을 허용하는 경우 사실상 수색에 참여할 수 있다고 한다.⁶²⁾ 하지만 실무에서 이러한 승인이 - 가족, 친족, 친구, 회사 등 이외의 - 제3자, 특히 압수수색과 이해관계가 없는 ISP/CP에 의해서 자유로이 제공될지는 상당히 의심스럽다.

58) LG Bonn BeckRS 2013, 13669; Doege, NStZ 2022, 466, 468 f.

59) Doege, NStZ 2022, 466, 468.

60) Doege, NStZ 2022, 466, 470 f. [Tz. V].

61) OLG Jena NJW 2001, 1290, 1294; Bruns, KK-StPO, § 106 Rn. 3; M-G/Schmitt/Köhler, StPO, § 106 Rn. 3; Park, § 2 Rn. 169; Wohlers/Jäger, SK-StPO, § 106 Rn. 11; Peters, NZWiSt 2017, 465, 471 f.

62) Park, § 2 Rn. 169 und 196 f.; Wohlers/Jäger, SK-StPO, § 106 Rn. 11; Peters, NZWiSt 2017, 465, 472.

V. 수사상 압수수색에서 피의자 참여권 보장의 필요성

필자는 오늘날의 정보통신환경에서 수사기관에 의한 과도한 정보수집은 적절히 제한되어야 하고, 이를 위해 형소법 제121조에 따른 피의자의 참여권 보장이 중요한 기능을 할 수 있다고 생각한다. 물론 동 규정은 정보화의 진전에 따라 신설된 것이 아니라 현행 형소법의 창설시부터 존재했었고, 참여권자가 피의자라는 점에서 비교법적으로 일반적인 규정이라 할 수는 없다.⁶³⁾ 하지만 법 제121조의 입법 배경, 우리 형사법제에서의 피의자의 법적 지위, 전자정보의 증거능력과 증명력 등을 고려하고, 비교법적으로 참여권 보장이 명확하지 않은 독일에서의 그 찬성 견해의 근거를 참고할 때, 피의자의 참여권은 오늘날 전자정보의 압수수색 과정에서 과도한 개인정보 침해로 인한 인격침해의 방지에 기여할 수 있는 중요한 수단이 되었다.

1. 형소법 제121조의 입법 배경

기존의 연구에서 알 수 있듯이 압수수색에서의 ‘피의자’의 참여권은 연혁적으로 프랑스의 치죄법(1808)에 있던 예심제도와 관련이 있다. 일제는 근대화 과정에서 위 프랑스 치죄법을 모방한 일본 치죄법(1880년 제정, 1882년 시행)을 통해 당시 프랑스의 형사사법제도를 계수한 후, 명치(明治) 형사소송법(1890년 제정, 시행)을 거쳐 대정 형소법에 이르기까지 예심제도를 운용했었고, 그것을 식민지 조선에서는 식민지 체제의 효과적인 유지를 위해 조선형사령(1912, 1924)을 통해 변질시켜서 운용하였다. 프랑스 치죄법에서 예심제도의 핵심은 수사절차와 재판절차의 분리 및 수사권의 분리, 즉 검사의 기소를 기준으로 한 ‘기소 전 사법경찰관의 수사권’과 ‘기소 후 예심판사의 수사권’의 이원화에 있었다.⁶⁴⁾ 이때 후자와 관련하여 사법경찰관인 검사에게는 임의수사권과 (준)현행범에

63) 앞에서 보았듯이 독일 StPO에는 피의자의 참여권에 관한 규정이 없으며, 일본의 형소법에도 마찬가지이다. 일제의 패망 후 우리나라와 일본은 대정(大正) 형사소송법(1922년 제정, 1924년 시행)을 모델로 하여 각각 새로운 형소법을 제정하면서 모두 예심제도를 폐지하였는데, 이때 일본은 공판절차에서의 영장집행 시 당사자의 입회에 관한 규정(제113조)이 수사절차에 준용되지 않는 것으로(제222조) 입법한 반면, 우리는 제219조에 의해 제121조가 수사절차에도 준용되는 것으로 입법하였다(조은별, 주 19의 논문, 22면).

64) 신동운, “일제하 예심제도에 대하여”, 서울대학교 법학 제27권 제1호, 서울대학교 법학연구소,

대한 강제수사권을 비롯한 사법경찰 지휘·감독권과 기소권이 주어졌으며, 예심판사에게는 증거자료 수집을 위한 장기간 구속, 압수수색 등의 강제처분권과 기소된 사건의 재판(공판) 회부권이 주어졌다.⁶⁵⁾ 즉 예심제도에는 - 규문주의 성격을 갖는 - 예심이라는 형사절차를 통해 형사사건 처리의 효율성을 유지하면서도, 사법기능을 3단계(기소-예심-재판)로 분리하여 상호견제를 통해 인권을 보호하려는 구상이 담겨 있었다.⁶⁶⁾ 일본의 치죄법 및 명치·대정 형소법에서의 예심제도는 이런 구상을 대체로 수용하였지만,⁶⁷⁾ 식민지 조선에서는 그것이 형사령을 통해 변형되어 적용되었는데, 이때 예심제도의 핵심 요소이자 사법경찰관(검사)의 수사권과 기소권을 견제하는 예심판사의 위 권한들이 형사소추의 효율성을 위해 사실상 검찰과 사법경찰에게 이전되어 있었다.⁶⁸⁾ 따라서 본국 일본에서 피의자는 자신의 권리보호를 위해 중립적 위치의 예심판사가 명령·집행하는 압수수색에 입회할 권한이 있었던 반면,⁶⁹⁾ 조선형사령이 적용되던 식민지 조선에서는 수사기관에 의한 강제처분권을 통제하는 예심절차가 검사의 판단에 의하여 사실상 생략될 수 있었고, 중죄사건에서도 예외적으로만 가동되었다.⁷⁰⁾

위와 같은 형소법 제정 전의 상황을 고려한다면, 해방 후 현행 형소법 제정 당시 - 일본과 달리 - 제219조의 준용규정에 제121조가 포함된 것은 당시 입법자가 일제 강점기에서의 자의적이고 억압적인 강제수사의 폐해를 개선하고 장래 피고인이 될 피의자의

1986, 149, 150면; 유주성, “수사와 기소 분리를 위한 쟁점과 과제”, 입법과 정책 제10권 제2호, 국회입법조사처, 2018. 8, 147, 149면.

65) 유주성, “프랑스 예심판사제도 폐지에 관한 논의”, 외법논집 제41권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2017. 11, 223, 226면 이하.

66) 유주성, 주 64의 논문, 149-151면. 이런 점에서 치죄법의 소송구조를 절충주의라 한다(신동운, 주 64의 논문, 150면). 한편 치죄법 초안에는 형사절차의 신속성 및 효율성 강화를 위해 검사가 직접 수사까지 할 수 있도록 하였으나, “소추권자로서 재판 당사자인 검찰에게 규문행위를 하도록 두는 것은 정의에 반할 뿐만 아니라, 시민을 위협하는 폭군을 만들어 낼 것이다.”라는 우려로 철회되었다고 한다(유주성, 주 65의 논문, 227면).

67) 다만 본국 일본도 제국주의 말기 수사의 효율성을 앞세워 검찰 중심의 수사구조를 추구하면서 대정 형소법에서는 ‘요급사건’이라는 개념을 통해 검사의 강제처분권을 확대하고 기소판의주의 등을 도입하여 예심기능을 대폭 축소하였는데, 이 한도에서는 식민지 조선과 동일하였다(신동운, 주 64의 논문, 158-159면; 유주성, 주 64의 논문, 151-152면).

68) 신동운, 주 64의 논문, 154면 및 159면; 유주성, 주 64의 논문, 152-153면. 그 결과 예심은 검사의 수사를 확인하거나 보조하는 위치로 전락하여 수사절차에서 사법기능분리의 원칙이 사라졌고, 검사는 공판 전 절차의 지배자가 되었다(유주성, 같은 논문, 152면).

69) 이훈재, 주 7의 논문, 162면.

70) 유주성, 주 64의 논문, 153면.

방어권 보호 및 처분의 적법성 통제를 위해 수사절차에서의 압수수색 집행과정에도 피의자와 그의 변호인의 참여권이 필요하다고 판단하였기 때문이라고 보아야 하며,⁷¹⁾ 단순히 그것이 입법정책적으로 부적절하다고 볼 것은⁷²⁾ 아니다.

2. 수사구조 및 피의자의 법적 지위

강제처분인 압수수색의 집행과정에 대한 피의자 참여권은 수사구조 및 피의자의 법적 지위에 대한 이해와 밀접하게 관련되어 있다. 이와 관련된 종래의 논의에 따르면 수사기관과 피의자 사이를 불평등한 수직관계로 보면서 수사기관의 고유한 강제처분권을 강조하는 규문적 수사관과 수사절차를 공판의 준비단계로 보면서 강제처분권은 본래 법원의 권한이고 피의자도 독자적인 공판준비 활동을 할 수 있다고 보는 탄핵적 수사관이 대립한다.⁷³⁾ 하지만 법치국가 원칙과 적법절차 원칙에 따라, 기본권을 침해하는 공권력은 법률 또는 독립된 중립의 기관인 법원의 영장에 의해서만 정당화될 수 있고 수사절차에서 일정한 절차적 권리를 갖는 피의자를 단순히 수사의 대상이나 객체로만 볼 수는 없기 때문에 규문적 수사관은 더 이상 타당하지 않다. 또한 수사를 개시하고 신병을 확보하며 증거를 수집하는 행위 등을 하는 수사기관과 그 과정에서 불가피하게 공권력의 대상이 되는 피의자를 당사자주의에 입각해서 대등하게 파악하는 것도 무리라는 점에서 수사구조를 탄핵적 수사관으로만 이해할 수도 없다. 즉 실제적 진실의 발견과 수사의 합목적성을 고려할 때 수사절차에서 피의자의 절차 주체로서의 성격이 약한 것은 사실이지만, 적법절차 원칙과 피의자의 방어권 보장을 고려할 때 그의 지위를 절차의 객체로만 볼 수는 없다. 이런 점에서 헌법과 법률에 따라 피의자에게 개별적으로 보장되는 권리, 예를 들어 진술거부권(헌법 제12조 제2항, 법 제244조의3), 변호인의 조력을 받을 권리(헌법 제12조 제4항, 법 제30조), 접견교통권(법 제34조, 제89조, 제91조, 제209조), 피의자신문에

71) 유사한 취지로 조은별, 주 19의 논문, 25면; 이훈재, 주 7의 논문, 163면

72) 이완규, 주 3의 논문, 107-108면; 김대원, 주 8의 글, 105-106면.

73) 이외에 수사절차를 공판절차와 구분되는 기소 여부를 결정하기 위한 독립된 절차로 보는 소송적 수사관도 있지만, 이 견해는 기본적으로 수사절차에서 검사를 판사와 같은 판단자로 보고 피의자와 사법경찰관리를 대립된 당사자로 본다는 점에서 우리 형소법과는 거리가 있다(최석윤, “수사절차의 구조와 피의자의 법적 지위”, 형사정책연구 제12권 제3호, 한국형사법무정책연구원, 2001. 9, 47, 50).

의 변호인 참여권(법 제243조의2), 증거보전청구권(법 제184조), 참고인에 대한 증인신문청구권(법 제221조의2 제5항) 등을 기존의 소송구조론을 통해 이해하기보다는 기본적인 인권과 적법절차 원칙을 보장하기 위한 수사절차에서의 헌법적 형사소송 이념의 발현으로 이해하는 것이 타당하다.⁷⁴⁾ 헌법재판소 또한 피의자가 절차의 당사자에 준하는 지위가 갖고 방어권의 주체임을 인정한다.⁷⁵⁾

이러한 피의자의 법적 지위 및 적법절차 원칙에 따른 무기 대등의 원칙을 고려할 때, 수사상 압수수색에서의 피의자와 그의 변호인의 참여권(법 제21조) 또한 위에서 언급된 피의자의 다른 권리들과 마찬가지로 그가 절차의 (준)당사자로서 갖는 방어권 중의 하나라고 할 수 있다. 이는 우리의 소송구조가 강화된 당사자주의에 기반한다는 점⁷⁶⁾ 및 아래에서 검토될 공판절차에서의 전자정보의 증거능력과 증명력을 고려할 때 더욱 그렇다.

3. 전자정보의 증거능력과 증명력

오늘날에는 문서뿐만 아니라 도면·사진, 음성·영상자료, 영상녹화물 등 거의 모든 종류의 증거가 정보저장매체에 디지털 형식(파일)으로 저장되어 있는데, 이 정보는 그것이

74) 이재상/조균석, 주 6의 책, 190면; 최석윤, 주 73의 논문, 58-60면.

75) 헌재 2004. 9. 23. 2000헌마138, 판례집 16-2상, 543, 554면: “헌법과 현행 형사법은 ‘무기 대등의 원칙’을 실현하기 위하여 피의자·피고인으로 하여금 절차의 주체로서 자신의 권리를 적극적으로 행사하게 함으로써 국가권력의 형벌권 행사에 대하여 적절하게 방어할 수 있는 여러 가지 수단과 기회를 보장하고 있으며, ……”; 헌재 2005. 5. 26. 2001헌마728, 판례집 17-1, 709, 721면: “피고인에게 형사재판에서 검사와 대등한 대립소송당사자로서의 법적 지위에서 자신을 방어하고 변호할 권리가 보장되어 있듯이, 피의자도 당사자에 준하는 지위를 가지고 있으므로 형사절차에서 자신의 정당한 권리를 방어할 수 있는 권리가 보장되어야 한다.”

76) 우리의 소송구조에 대해 대법원은 “당사자주의와 공판중심주의 원칙 및 …… 직접심리주의와 증거재판주의 원칙 등을 채택”(대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436 (전합) 판결) 또는 “공판중심주의·당사자주의·직접주의를 지향하는 현행 형사소송법의 소송구조”(대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도10412 판결)라고 실시하였다. 반면 문헌에서는 이와 관련하여 견해의 대립이 있는데, 일반적으로 현행 형소법은 직권주의를 기본구조로 하여 출발하였지만, 현재에는 당사자주의 요소가 대폭 도입되어 있는 절충적·혼합적 소송구조라고 한다(이재상/조균석, 주 6의 책, 43면; 이주원, 주 6의 책, 전론의 lii면). 헌법재판소도 “현행 형사소송법은 직권주의 요소와 당사자주의 요소를 조화시킨 소송구조를 취하고 있다”고 실시하였다(헌재 2012. 5. 31. 2010헌마128, 판례집 24-1하, 391, 401면).

공판절차에서 증거로서의 중요성이 인정되고 그 (사후)조작 가능성이 배제되는 경우, 즉 관련성과 성립의 진정성이 인정되는 경우, 증거로 사용될 수 있으며 높은 정확성 때문에 상당한 증거가치를 가진다. 이때 전자정보가 문서인 경우에는 법 제313조 제1항에 따라 진술증거로 취급되어 전문법칙이 적용되는데, 그것이 진술기재서가 아닌 진술서인 경우에는 동조 제2항에 따라 디지털포렌식으로 그 성립의 진정이 증명될 수 있지만, 동 진술서가 피고인 아닌 자에 의해 작성된 경우라면 피고인에게 반대신문권이 보장되어야 할 것이다.⁷⁷⁾ 하지만 해당 문서가 ‘공무원이 직무상 작성한 문서’나 ‘업무상 필요로 작성한 통상문서’인 경우에는 법 제315조에 따라 당연히 증거로 사용될 수 있다.⁷⁸⁾ 그리고 무엇보다 증거로 제시된 전자정보가 범행현장을 촬영·녹음·녹화한 현장사진, 현장녹음, 현장녹화이거나 증거물의 사진, 경험사실의 진술이 아닌 발언의 녹음이나 녹화인 경우에는 실무에서 비진술증거로 취급되어 전문법칙이 적용되지 않는다.⁷⁹⁾ 즉 이러한 전자정보는 그것이 위법수집증거가 아닌 한 반대신문권의 보장 없이 증거로 사용될 수 있다. 결국 현재 실무상 압수된 전자정보는 그것이 진술기재서 또는 피고인 아닌 자에 의해 작성된 진술서가 아닌 한 공판절차에서 피고인에게 반대신문의 기회가 주어질 필요 없이 증거로서 사용될 수 있다. 이런 점을 고려한다면, 법 제121조에 따라 피의자에게 압수수색 과정에 참여할 기회를 보장하는 것은 더욱 필요하다고 할 것이다.⁸⁰⁾

4. 독일 논의에서의 시사점

먼저 본 글의 주제가 압수수색에서의 ‘피의자’ 참여권의 필요성이라는 점에서 ‘피압수자’의 참여권도 제한적으로만 인정하는 독일의 상황에서 어떤 시사점을 얻는 것이 부적절해 보일 수도 있다. 하지만 독일의 논의에서 참여권을 인정하는 견해가 제시한 근거,

77) 입법자는 전자정보 사용이 일상화된 현실을 고려하여, 2016. 5. 29.의 개정을 통해 전자정보인 문서(디지털 서류)에 전문법칙이 적용됨을 명확히 하면서(제313조 제1항, 제314조), 피고인의 진술서에 대한 진정성립의 증명이 디지털포렌식으로 대체될 수 있도록 하였다(제313조 제2항).

78) 이주원, 주 6의 책, 572면. 전자정보가 증거서류의 사진 또는 사인의 진술녹음이나 진술녹화인 경우, 그것은 진술증거로서 취급되어 전문법칙이 적용된다(이주원, 같은 책, 562-563면 및 569면).

79) 이주원, 주 6의 책, 559-561면, 566면, 571면.

80) 구길모, 주 3의 논문, 229면. 나아가 이런 점에서 수사절차의 결과가 공판절차의 결과에 상당 부분 영향을 준다고 볼 수 있다(최석윤, 주 73의 논문, 48면).

특히 BVerfG의 요청이기도 한 강제처분 집행에서의 공개성 원칙 및 비례성 원칙은 우리의 논의에도 유효하게 적용될 수 있다.

우선 일반적인 압수수색이 통신감청이나 주거감청 등 소위 ‘비밀의 강제처분’과 구분되는 결정적인 차이점은 그 집행의 공개성이다. 다시 말해 압수수색은 원칙적으로 공개로, 즉 피의자의 참여와 감시 아래 집행됨으로써 그는 - 경우에 따라서는 변호인의 조력을 받으면서 - 위법하거나 영장의 한계를 벗어난 압수수색의 집행에 대해 현장에서의 즉각적인 이의제기 또는 사후의 효과적인 준항고 등을 통해 대응할 수 있는 기회를 갖는다. 하지만 만약 이러한 참여권이 인정되지 않는다면, 특히 포괄적으로 반출된 전자정보에 대한 수사기관 내에서의 열람/탐색의 과정에 피의자가 참여할 기회가 보장되지 않는다면, 해당 처분은 사실상 - 피의자가 정보의 반출에 대해 이미 알고 있다 하더라도 - 비밀의 압수수색이라 할 것이고, 경우에 따라서는 그 효과가 통신감청이나 온라인-수색(Online-Durchsuchung)⁸¹⁾에 상응할 수도 있다. 이런 점에서 전자정보 압수수색에서의 참여권의 보장은 일반적인 공개의 압수수색이 그 강력한 기본권 침해성 때문에 비례성 원칙에 따라 더 강력한 절차통제가 요구되는 기술적 비밀의 수사처분이 되는 것을 방지한다.

StPO는 비밀의 강제처분으로서 통신감청(제100조a) 이외에 온라인-수색, 주거감청, 주거 외 감청(StPO 제100조b, c, f) 등도 허용하는데, 이 처분들은 처분 당사자(피처분자) 모르게(ohne Wissen der Betroffenen) 집행된다는 점에서 일반적인 압수수색에 비하여 증대된 침해강도를 갖는다.⁸²⁾ 즉 위와 같은 처분들에 의해 수집되는 정보의 범위와 다양성은 기존의 일반적인 압수수색보다 상당히 크지만, 그 집행에 대한 감독기회의 배제 및 이에 따른 위법한 집행행위에 대한 준항고 등 법적 방어어의 어려움 때문에 피처분자는 해당 처분에 의한 과도한 기본권 침해에 영향을 줄 수 없다. 이런 점에서 피처분자 모르게 개인정보에 포괄적으로 접근하는 처분은 독자적인 성격을 갖는 것으로 특별한 정당화가 필요하며,⁸³⁾ 이는 각 처분에 대한 절차법적 통제장치의 법적 형성에 달려 있다.

81) 이에 대한 자세한 설명은 박희영, “보안취약점 이용 온라인수색과 국가의 기본권 보호의무”, 비교형사법연구 제24권 제2호, 한국비교형사법학회, 2022. 7, 149 참고.

82) BVerfGE 124, 43, 62 [Rn. 68].

83) BGHSt 51. 211. 215 [Rn. 10].

VI. 글을 마치며

2015년의 종근당 결정 이후 지금까지 압수수색 과정에서의 참여권 보장의 정당성 및 참여권의 주체가 논란이 되고 있다. 우선 참여권의 주체가 문제가 된 이유는 대법원이 그 법적 근거로 형소법 제121조를 제시하면서도, 참여권자를 동조의 명백한 문언에도 불구하고 ‘피의자’가 아닌 불명확한 개념인 ‘피압수자’라고 표현하고 있기 때문이다. 특히 문헌에서는 3자간 구조의 압수수색 사안에서 누가 피압수자인지가 불명확하다는 점이 지적되었다. 이에 대해 대법원은 “실질적 피압수자인 피의자”라는 표현을 통해 정보의 실질적 소유자인 피의자의 참여권을 인정함으로써 결론적으로는 문제를 해결하였다. 하지만 이런 대법원의 설시는 타당하지 않다. 왜냐하면 법 제121조에 따르면 참여권의 주체는 명백히 피의자이기 때문이다. 무엇보다 대법원은 2021도11170 판결에서 피의자가 실질적 피압수자가 아니라는 이유로 그의 참여권을 인정하지 않았는데, 이는 법률상 인정된 피의자의 권리를 부당하게 제한하는 해석이라는 점에서 적법절차 원칙에 반한다.

다른 한편 일부 문헌에서는 수사의 밀행성(비공개주의)과 실무에서의 실효성 측면에서 압수수색에서의 피의자 참여권 제도 자체의 입법적 정당성에 의문을 제기하면서 종근당 결정을 비판한다. 해당 참여권의 보장은 수사기관에게 과도한 부담을 지우며 효과적인 형사소추라는 법익을 지나치게 침해한다는 견해도 마찬가지이다. 하지만 법 제121조의 입법 배경, 피의자의 법적 지위, 전자정보의 증거능력과 증명력, 강제처분의 공개성 원칙과 비례성 원칙의 측면에서 오늘날 피의자에게 압수수색 과정에 참여할 기회를 제공하는 것은 충분히 정당화될 수 있으며, 그 독자적인 절차법적 중요성도 인정된다고 할 것이다.

모든 생활영역이 디지털화되어 있는 오늘날 거의 모든 개인정보는 정보저장매체에 저장되어 있고 이 전자정보는 수사절차에서 강력한 증거가치를 갖는다. 따라서 수사기관은 범죄규명을 위해 전자정보를 포괄적으로 열람/탐색할 수 있어야 하지만, 이와 동시에 적법절차 원칙의 측면에서 수사기관의 과도한 정보수집 및 위법한 수사행위는 절차법적 안전장치를 통해 통제되어야 한다. 형소법에 따르면 압수수색은 법관의 영장심사, 영장제시, 피의자 내지 피압수자의 참여, 압수목록의 교부, 준항고 등과 같은 절차보장책을 통해 통제된다. 이때 방대한 양의 정보에 대한 압수수색은 피의자와 그의 변호인에게 그

과정에 참여할 기회가 제공되어야 비로소 효과적으로 통제될 수 있다. 물론 이런 참여는 다른 절차보장책과 달리 절차를 지연시킴으로써 수사의 효율성에 실질적인 영향을 미칠 수 있다. 하지만 명백한 무관정보의 압수와 별건정보의 의도적 압수 등 수사권의 오남용 행위에 대처하고, 준항고 절차에서 위법한 수사행위에 효과적으로 이의제기할 수 있기 위해서는 피의자와 그의 변호인이 그 집행과정에 참여하는 것이 가장 효과적이다. 이때 수사행위에 대한 방해금지가 참여권 보장의 한계가 될 것이다. 따라서 압수수색의 집행 과정에서 수사기관의 개별적인 행위 내지 처분이 법률이나 영장의 내용을 명백히 위반하거나 영장에 기재된 압수범위를 명백히 초과하지 않는다면, 피의자나 그의 변호인은 참여권을 이유로 수사를 방해할 수 없다고 해야 한다. 경우에 따라 피의자 등은 검색어나 데이터베이스의 구조 분석에 협력함으로써 효과적인 압수수색과 개인정보 보호에 동시에 기여할 수도 있을 것이다. 다른 한편 실무에서의 참여권 보장의 현실화를 위해 참여한 피의자와 그의 변호인이 개진한 관련성, 무결성, 집행 방법의 적법성 등에 대한 의견을 집행조서 등에 기록하게 할 필요가 있다.⁸⁴⁾ 수사기관에 대한 막연한 신뢰보다는 견제와 균형의 원리에 따라 기본권의 주체이자 형사절차의 당사자인 피의자에게 수사상 압수수색에 제한적일지라도 참여할 기회를 제공하는 것이 타당하다. 요컨대 오늘날 전자정보 압수수색에서의 참여권 보장은 단순히 효과적인 형사소추를 행하는 수사기관에게 부담을 지운다는 측면에서만 평가될 수 없고, 국가에 의한 개인정보의 과도한 침해를 적절히 통제하여 인간의 존엄과 가치에 대한 적절한 보호에 기여한다는 측면에서도 평가되어야 한다.

84) 오길영, 주 7의 논문, 61면; 박병민, 주 7의 논문, 8-11면 이하; 법 제243조의2[변호인의 참여 등] 및 제244조의4[수사과정의 기록]와의 균형. 2020.10.7.에 제정되어 2021.1.1.부터 시행되고 있는 「검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정(대통령령)」 제42조에 따르면 검사 또는 사법경찰관은 전자정보의 복제본을 취득하거나 전자정보를 복제할 때에는 해시값을 확인하거나 압수·수색 또는 검증의 과정을 촬영하는 등 전자적 증거의 동일성과 무결성(無缺性)을 보장할 수 있는 적절한 방법과 조치를 취해야 하고(제3항), 참여한 피압수자나 그의 변호인이 압수 대상 전자정보와 사건의 관련성에 관하여 의견을 제시한 때에는 이를 조서에 적어야 한다(제5항).

참고문헌

1. 국내문헌

- 김희옥/박일환(편), 주석 형사소송법(I)(제5판), 한국사법행정학회, 2017.
- 이재상/조균석, 형사소송법(제12판), 박영사, 2020.
- 이주원, 형사소송법(제5판), 박영사, 2022.
- 구길모, “디지털증거 압수·수색과 참여권보장”, 형사법연구 제34권 제4호, 한국형사법학회, 2022.
- 김대원, “텔레그램 등 익명·비대면 공간에서의 조직범죄 수사절차와 한계”에 대한 토론문”, 4차산업혁명에 있어서 정보화 시대의 당면 과제, 2022년 하계 학술대회 자료집, 4차산업혁명융합법학회/한국형사소송법학회, 2022. 7. 1.
- 박건욱, “수사기관에서의 전자정보 탐색 과정을 압수수색 일환으로 보는 판례 입장에 대한 비판적 검토”, 형사법의 신동향(통권 제50호), 대검찰청, 2016.
- 박병민, “디지털 증거 압수수색의 절차적 규제 개선방안”, 디지털 증거 압수수색 개선방안, 사법정책연구원/대한변호사협회/한국형사법학회/대법원형사법연구회 2021년 공동 학술대회 자료집, 2021. 3. 1.
- 박용철, “디지털 증거 중 카카오톡 대화의 압수·수색영장 집행에 대한 참여권”, 비교형사법연구 제20권 제4호, 한국비교형사법학회, 2019.
- 박중욱, “제3자 보관 정보의 압수수색과 정보주체에 대한 통지”, 원광법학 제38권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2022.
- 박중욱, “수사기관 내에서의 범죄혐의 관련 정보 탐색 등 행위의 법적 성격”. 비교형사법연구 제24권 제4호, 한국비교형사법학회, 2023.
- 박희영, “보안취약점 이용 온라인수색과 국가의 기본권 보호의무”, 비교형사법연구 제24권 제2호, 한국비교형사법학회, 2022.
- 신동운, “일제하 예심제도에 대하여”, 서울대학교 법학 제27권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1986.

- 오길영, “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방향”, 언론과 법 제14권 제1호, 한국언론법학회, 2015.
- 유주성, “프랑스 예심판사제도 폐지에 관한 논의”, 외법논집 제41권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2017.
- 유주성, “수사와 기소 분리를 위한 쟁점과 과제”, 입법과 정책 제10권 제2호, 국회입법조사처, 2018.
- 이순옥, “디지털 증거의 압수·수색절차에 대한 비판적 고찰”, 중앙법학 제20집 제3호, 중앙법학회, 2018.
- 이완규, “디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수방법”, 형사법의 신동향(통권 제48호), 대검찰청, 2015.
- 이주원, “디지털 증거에 대한 압수수색제도의 개선”, 안암법학 제37호, 안암법학회, 2012.
- 이진국, “전자정보의 압수·수색에서 피압수·수색 당사자의 참여권에 관한 일고”, 아주법학 제11권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2018.
- 이훈재, “제3자 보관 전자정보에 대한 압수·수색영장의 집행과 피의자의 절차적 권리”, 형사법의 신동향(통권 제76호), 대검찰청, 2022.
- 전승수, “형사절차상 디지털 증거의 압수수색 및 증거능력에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2011.
- 전승수, “디지털 정보에 대한 압수수색영장의 집행”, 법조(통권 제670호), 법조협회, 2012.
- 전치홍, “대법원의 참여권 법리에 대한 비판적 검토”, 형사소송 이론과 실무 제14권 제1호, 한국형사소송법학회, 2022.
- 조은별, “디지털 증거의 압수·수색에 대한 참여권의 보장”, 서울대학교 박사학위논문, 2021.
- 최석윤, “수사절차의 구조와 피의자의 법적 지위”, 형사정책연구 제12권 제3호, 한국형사법무정책연구원, 2001.

2. 외국문헌

Hannich, Rolf (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*, 8. Auflage, C.H. Beck, München 2018. (인용: *작성 자*; KK-StPO, § ... Rn. ...)

Meyer-Goßner/Schmitt, *Strafprozessordnung mit GVG, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, 62. Auflage, C.H. Beck, München 2019. (인용: M-G/Schmitt/*작성 자*; StPO, § ... Rn. ...)

Park, Tido, *Durchsuchung und Beschlagnahme*, 3. Auflage, C.H. Beck, München 2015. (인용: *Park*, § ... Rn. ...)

Wolter, Jürgen (Hrsg.), *SK-StPO*, 5. Auflage, Carl Heymanns, Köln 2016. (인용: *작성 자*; SK-StPO, § ... Rn. ...)

Buchholz, Momme, *Das Anwesenheitsrecht bei der Durchsicht von Datenbeständen nach § 110 Abs. 1 StPO*, NZWiSt 2021.

Doege, Felix, *Das Anwesenheitsrecht des Betroffenen und seines Rechtsbeistands bei der Durchsicht gem. § 110 StPO*, NStZ 2022.

Hiéramente, Mayeul, *Durchsuchung und „Durchsicht“ der Unternehmens-IT - Betrachtungen zu §§ 103, 110 StPO*, wistra 11/2016.

Knauer, Christoph/*Wolf*, Christian, *Zivilprozessuale und strafprozessuale Änderungen durch das Erste JuMoG - Teil 2: Änderungen der StPO*, NJW 2004.

Peters, Kristina, *Anwesenheitsrechte bei der Durchsicht gemäß § 110 StPO: Bekämpfung der Risiken und Nebenwirkungen einer übermächtigen Ermittlungsmaßnahme*, NZWiSt 2017.

Szesny, André-M., *Durchsicht von Daten gem. § 110 StPO*, WiJ 2012.

Wenzl, Christopher, *Die Datenlieferungsvereinbarung*, NStZ 2021.

Beschlagnahme und Durchsuchung elektronischer Daten sowie Teilnahmerecht des Beschuldigten

- Kritische Aufnahme der Auffassung des K-OGH und Hinweis auf die
Diskussionen in Deutschland

Park, Joongwook*

Seit des Beschlusses des Plenums (K-OHG) von 2015 (2011 Mo 1839) sind die Legitimität des Rechts auf die Teilnahme am Prozess der Beschlagnahme und Durchsuchung und der Inhaber des Rechts umstritten. Zunächst liegt der Grund für die Kontroverse darüber, wer genau der Inhaber der Teilnahmerechts/ Anwesenheitsrechts ist, liegt darin, dass der K-OGH den § 121 K-StPO als Rechtsgrundlage des Rechts anführt, aber trotz des klaren Wortlauts der Vorschrift den Berechtigten nicht als „den Beschuldigten“, sondern als mehrdeutigen Begriff „den von der Maßnahme Betroffenen“ bezeichnet. Diesbezüglich wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass unklar ist, wer der Betroffene ist, insbesondere wenn der Beschuldigte nicht der Inhaber der zu durchsuchenden Räume oder Gegenstände ist. Darüber löste der K-OGH das Problem schließlich, indem er das Teilnahmerecht des Beschuldigten, des tatsächlichen Eigentümers der Daten, durch den Ausdruck „der Beschuldigte, der die tatsächlich durchsuchte und beschlagnahmte Person ist“ anerkannte (2016 Do 348). Diese Ausführung des K-OGH ist jedoch nicht gültig. Denn nach dem § 121 K-StPO ist der Inhaber des Teilnahmerechts eindeutig der Beschuldigte. Vor allem hat der K-OGH im Urteil 2021 Do 11170 das Teilnahmerecht des Beschuldigten mit der Begründung abgelehnt, dass dieser keine tatsächliche durchsuchte und beschlagnahmte Person sei. Dies widerspricht dem Rechtsstaatsprinzip, da es sich um eine enge Auslegung handelt, die das

* Expert Researcher, Dongguk University, Dr. jur.

gesetzlich anerkannte Recht des Beschuldigten unangemessen einschränkt. Andererseits kritisiert einige Literatur den Beschluss von 2011 Mo 1839, indem sie die gesetzgeberische Legitimität des Rechts des Beschuldigten auf Teilnahme an Durchsuchungen und Beschlagnahmen im Hinblick auf die Heimlichkeit der Ermittlungen und seine Wirksamkeit in der Praxis in Frage stellen. Gleiches gilt für die Auffassung, dass die Gewährleistung des Teilnahmerechts eine erhebliche Belastung des Ermittlungsverfahrens wäre und das Rechtsgut einer effektiven Strafverfolgung übermäßig verletzt. Angesichts des rechtshistorischen Hintergrunds von § 121 StPO, des Rechtsstatus des Beschuldigten, der Beweisfähigkeit und Beweiskraft elektronischer Daten und der Grundsätze der Offenheit und Verhältnismäßigkeit der Zwangsmaßnahmen kann es jedoch heute voll gerechtfertigt werden, ihm die Möglichkeit zur Teilnahme am Beschlagnahme- und Durchsuchungsverfahren zu geben, und auch seine eigenständige verfahrensrechtliche Bedeutung wird anerkannt.

<Schlagwörter>

Beschlagnahme und Durchsuchung, Durchsicht, Mitnahme zur Durchsicht, Beschuldigte, der von der Maßnahme Betroffene, Anwesenheitsrecht/Teilnahmerecht, Zulässigkeit und Authentizität elektronischer Daten, Transparenzanforderungen

❖ Key words: Seizure and search, reading, carrying out for reading, suspect, the person concerned by the measure, right to be present/right to participate, admissibility und authenticity of electronic data, transparency requirements

「DNA 집단테스트」 규정 도입 여부에 관한 법적 검토

조성용*

국 | 문 | 요 | 약

DNA 집단테스트는 현행 형사소송법 해석상 허용되지 않는다. 우선 DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 형사소송법 제140조 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제1항의 의미에서 피의자가 아니다. 그리하여 형사소송법 제140조 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제1항은 DNA 대중테스트의 법적 근거가 아니다. 또한 DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제5항의 의미에서 피의자 아닌 자가 아니다. 그리하여 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제5항은 DNA 대중테스트의 법적 근거가 아니다. 요컨대 우리나라 현행법상 DNA 대중테스트의 법적 근거는 없다. 나아가 동의에 의한 DNA 집단테스트 또한 현재의 법적 상황에 의하면 허용되지 않는다. 다만 사인 주도의 자발적 집단테스트는 국가 주도의 DNA 집단테스트와 달리 허용된다.

입법론적으로 DNA 집단테스트를 이용한 수사를 허용할 것인지, 허용한다면 어떠한 범위까지 허용할 것인지 그리고 어떠한 방식으로 통제할 것인지 여부는 본질적으로 사회정책적 물음이다. 여기에서 형사소추의 효율성을 높이기 위하여 어느 정도로 자유의 상실을 감수할 준비가 되어 있는지 그리고 범죄투쟁이라는 목적을 달성하기 위하여 어느 정도로 수사기관과 시민 사이에 연대성을 요구해야 할 것인지 결정해야 한다.

현재의 법적 상황에 비추어 보면 신설되는 DNA 집단테스트 규정은 다음과 같은 목표를 지향해야 할 것이다. 첫째는 과학기술의 발전에 따라 가능하게 된 새로운 수사기법을 활용해 형사절차에서 효율적인 형사소추를 추구해야 한다. 둘째는 DNA 집단테스트 규정 도입으로 인하여 발생하는 관련 대상자들의 기본권 침해를 최소화하는 보호장치를 마련해야 한다. 이러한 의미에서 DNA 집단테스트의 전제조건에 대해 높은 장벽을 세우고 관련 대상자들의 정보보호를 위해 만전을 기해야 한다. 셋째는 실무에서 나타나는 법적 불안정을 해소시켜야 한다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2023.3.31.1.61>.

❖ 주제어 : DNA 집단테스트, 혐의표지, 동의의 자의성, 절대적 법관유보

* 단국대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 서론

『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』(이하 『디엔에이법』이라 함)이 시행된 지 벌써 12년이 경과하였다. 그동안 디엔에이데이터베이스(DNA DB)의 운영 실태를 분석한 결과에 따르면, 동법에 근거해 설치된 DNA DB가 실제로 범죄수사에 있어서 효율성이 있으며, 사건의 신속한 해결을 위하여 필요하다는 점이 입증되었다.¹⁾ 그리하여 범죄현장에서 신원미상의 흔적물질이 발견되면 이를 디엔에이감식²⁾하고 여기서 얻어진 유전자형(디엔에이신원확인정보)³⁾을 구축 중인 범죄현장 등 DNA DB에 수록된 유전자형과 대조하여 일단 동일인에 의한 연쇄범죄인지 확인하고, 그 다음 구속피의자 등 및 수형자 등 DNA DB에 수록된 유전자형과 대조하여 미해결된 과거 여죄 여부를 확인하게 된다.

그런데 이러한 DNA DB에 의해서도 지목된 범인이 없는 경우 경찰은 종종 이른바 ‘DNA 집단테스트’(DNA Massentest)⁴⁾를 통하여 범인을 검거하고 있다. 여기서 DNA 집단테스트라는 것은 수사기관이 통상적으로 수사를 하였으나 끝끝내 범인을 찾지 못하는 경우 지금까지 수사 결과를 토대로 범인과 일치할 것으로 추정되는 일정한 혐의표지(Verdachtsmerkmale)를 설정하고 - 예컨대 성, 나이, 거주지 등 - 이러한 표지를 충족하는 관련 대상자 그룹을 대상으로 디엔에이감식시료를 채취해 디엔에이감식하고 여기서 얻어진 유전자형을 범죄현장에서 발견되거나 피해자에게서 보전된 흔적물질의 유전자형과 대조하는 것을 말한다.

이와 같은 DNA 집단테스트는 영국에서 최초로 실행되었다.⁵⁾ Leicestershire 카운티에서 1983년과 1986년 두 명의 소녀가 잇달아 강간살해되었다. 경찰은 동일범의 소행으

1) 조성용, 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』 시행 10년에 대한 평가와 제언, 형사정책연구, 제32권 제1호, 2021, 160면.

2) 디엔에이감식이란 개인식별을 목적으로 디엔에이 중 유전정보가 포함되어 있지 아니한 특정 염기서열 부분을 검사·분석하여 디엔에이신원확인정보를 취득하는 것을 말한다(『디엔에이법』 제2조 제3호).

3) 유전자형 또는 디엔에이신원확인정보란 개인 식별을 목적으로 디엔에이감식을 통하여 취득한 정보로서 일련의 숫자 또는 부호의 조합으로 표기된 것을 말한다(『디엔에이법』 제2조 제4항).

4) 국내 문헌에서는 “일반대중에 대한 유전자감식테스트”, “DNA 집단검사”, “DNA 대량검색”(DNA Mass Screening) 등으로 번역하여 사용하고 있다. 어떠한 용어를 선택하든 내용상 큰 차이는 없다.

5) Dix, Das genetische Personenkennzeichen, DuD 1989, S. 35.

로 결론지었다. 두 피해자들의 질 속에서 발견된 정액의 유전자형이 디엔에이감식 결과 동일한 것으로 밝혀졌기 때문이다. 정액의 농도로 보아 13세에서 30세 사이의 남자로 추정되었다. 그 남자는 시신이 발견된 장소와 근접한 곳에 살고 있다는 수사학적 전제하에 경찰은 그 지역에 살고 있는 상응하는 나이대의 5,511명의 남성들에게 혈액샘플의 제공을 요구하였다. 두 명을 제외한 모든 남자들이 샘플을 제공하였다. 샘플 제공을 거부한 두 명과 대부분의 남자들은 전통적인 혈액검사를 통해 수사선상에서 배제될 수 있었다. 남아있는 496명의 혈액샘플에 대해 디엔에이감식을 실행하였으나, 그 어떠한 유전자형도 범인의 유전자형과 일치하지 않았다. 범인 검거는 몇 달이 지나야 비로소 이루어졌다. 경찰이 Colin Pitchfork라는 남자가 직장동료에게 200파운드를 주고 그 대신 위조한 신분증으로 혈액샘플을 제공하도록 부탁한 사실을 확인한 것이다. 그는 곧 체포되었고 혈액샘플의 제공에 동의하였다. 디엔에이감식 결과 그의 유전자형은 피해자들의 질 속에서 발견된 정액의 유전자형과 일치하였다. 그는 범행을 자백하였고 1988년 종신형을 선고받았다.

이러한 성과에 힘입어 DNA 집단테스트를 이용한 수사는 “기적의 무기”⁶⁾ 또는 “법의학 사상 가장 위대한 업적 중의 하나”⁷⁾로 칭송되면서 세상 사람들의 이목을 집중시켰다. 앞으로 DNA 집단테스트가 세계 여러 나라에서 빈번하게 애용될 것이라는 점은 의심의 여지가 없다. 우리나라의 경우도 예외는 아니다. ‘디엔에이감식을 통해 장기 미제사건의 범인을 검거하다.’ 이러한 제목의 기사는 이제 우리에게 낯설지 않다.

초창기에는 DNA 집단테스트를 이용한 수사는 주로 남성 범죄, 다시 말해 소녀에 대한 강간죄나 살인죄와 관련하여 이루어졌지만, 최근에는 영아살해죄와 관련하여 여성 범죄로까지⁸⁾ 그 적용영역이 확대되었다. 그리하여 DNA 집단테스트는 그 사이 중대범죄의 범인을 검거하기 위한 표준화된 수사기법으로 자리를 잡은 것처럼 보인다. 수사학적 관점에서 보면 DNA 집단테스트는 확실히 매력적이다. 종전 같으면 대중의 분노를 불러

6) Wagner, Das genetische Fingerabdruckverfahren als Hilfsmittel bei der Verbrechensbekämpfung. Diss. Tübingen, 1993, S. 1.

7) Peter Gill, Der Spiegel, Nr. 36, 1988, S. 61.

8) 우리나라에서 처음으로 여성 범죄에 대해 디엔에이감식을 통해 범인을 검거한 사례로는 서래마을 영아 살해사건, 동아일보, 2006.8.7. 사회면. 독일의 경우 Köln 영아 유기치사사건(1995년), Wilthen 영아 살해사건(1998년), Neuenkirchen 영아 살해사건(1999년), Essing 영아 살해사건(2000년), Kelheim 영아 살해사건(2002년) 등 다수 사례가 있다.

일으키는 중대범죄의 범인을 전통적인 수사기법을 통해 검거했어만 했던 경찰에게 신속하고 명확한 검거의 성과를 보장해 주었으니 말이다. 그러나 과학적 수사기법의 발전과 DNA 집단테스트가 가져다준 수사학적 쾌거의 배후에는 관련 대상자들의 인권과 관련하여 많은 법이론적 그리고 실무적 문제점이 도사리고 있다는 점을 간과해서는 안 된다.

우선 DNA 집단테스트를 실행하려면 경찰이 관련 대상자들에게 DNA 집단테스트에 자발적으로 참여해 줄 것을 요구하고 그들의 동의를 받아야 하는데, 만약 그들이 참여를 거부할 경우 경찰이 강제적으로 관련 대상자들에게서 디엔에이감식시료를 채취할 수 있는지 문제된다. 그것이 가능하다면 그 법적 근거는 무엇인지 찾아보아야 한다. 또한 관련 대상자들이 만약 참여를 거부할 경우 자신이 혐의를 받을 수 있다는 우려에서 마지못해 동의하였다면, 이러한 동의를 과연 自意的이라고 할 수 있을지 문제된다.

더 나아가 우리나라 DNA 집단테스트의 실무 또한 많은 문제점을 내포하고 있다. 무엇보다 실무에서는 관련 대상자들의 유전자형을 구축 중인 범죄현장 등 DNA DB에 수록된 유전자형과 대조하고 있는데,⁹⁾ 이는 수사 중인 범죄사건 이외에 다른 범죄를 확인하는 별건 수사가 아닌지 의문이다. 또한 DNA 집단테스트를 합법적으로 실행하기 위한 핵심 사항인 디엔에이감식시료 채취동의서의 양식이 표준화되어 있지 않을 뿐만 아니라 거기에 기재된 고지사항도 지나치게 광범위하고 형식적으로 나열하고 있어서,¹⁰⁾ 이것이 과연 자발적인 동의를 담보할 수 있을지 의문이다. 마지막으로 DNA 집단테스트를 실행하고 난 후 불일치 판정을 받은 관련 대상자들의 디엔에이감식시료와 유전자형의 처리도 문제이다.¹¹⁾ 디엔에이감식시료를 언제 폐기할 것인지, 확인된 유전자형을 즉각 삭제해야 하는지 아니면 언제까지 보관하고 있어야 하는지 불분명하다.

우리나라의 경우 DNA 집단테스트가 20년 넘게 실행되어왔지만 정작 DNA 집단테스트를 직접적으로 다루고 있는 문헌은 그리 많지 않다.¹²⁾ 최근 들어 독일 형사소송법

9) 이에 대해서는 후술할 IV.2.가. 참조.

10) 이에 대해서는 후술할 IV.4. 참조.

11) 이에 대해서는 후술할 IV.4. 참조.

12) 이상용, 범죄수사목적의 유전자정보은행 설립에 대한 비판적 검토, 형사정책연구, 제15권 제3호, 2004/가을호, 133면, 각주 12; 조성용, 일반대중에 대한 유전자감식테스트의 법적 허용성, 저스티스, 통권 제107호, 한국법학원, 2008, 122면 이하; 한면수, DNA 대량검색의 유용성 및 문제점 고찰, 경찰학연구, 제15권 제2호, 2015, 33면 이하.

제81h조를 소개하면서 우리나라에도 DNA 집단테스트에 관한 규정을 도입할 필요가 있다고 주장하는 논문 몇 편이 눈에 띈다.¹³⁾ 다른 선진국에서는 DNA 집단테스트가 지니는 법적 그리고 사실적 문제점에 대해 이미 오래전부터 논의가 시작되었고 이에 대한 법적 근거까지 마련하였다는 점을 상기할 때, 우리나라에서 DNA 집단테스트에 관한 논의는 아직 초보 단계이고 시기적으로도 너무 늦은 감이 있다.

이 글에서는 위와 같은 점을 염두에 두고 우선 우리나라와 독일에서 실행되었던 DNA 집단테스트의 사례를 선별하여 소개하고자 한다. 이는 한편으로는 DNA 집단테스트가 실제로 어떻게 실행되는지를 살펴 보면서 실무상 잘잘못을 파악하기 위한 것이고, 다른 한편으로는 DNA 집단테스트에 관한 해석론과 입법론에서 이러한 사례들을 적절하게 인용하기 위한 것이다. 그런 다음 DNA 집단테스트가 현행법상 허용될 수 있는지 여부를 검토하고자 한다. 여기에서는 어떤 법적 근거에서 관련 대상자들에 대하여 강제적인 DNA 집단테스트를 실행할 수 있는지 여부와 관련 대상자들의 동의를 사실상 자의적인 것으로 평가할 수 있는지 여부를 중점적으로 다루어 보기로 한다. 나아가 DNA 집단테스트가 만일 현행법상 허용되지 않는다면 입법론적으로 새로운 규정을 마련할 필요가 있는지 살펴보고, 새 규정을 어떻게 구성해야 할 것인지 제안해 보고자 한다.

II. DNA 집단테스트를 이용한 수사 사례

1. 국내 사례

가. 중국동포 피살사건¹⁴⁾

2004년 6월 서울 대림동에서 중국동포가 살해되었다. 당시 범행현장에서 범인이 된

13) 김성룡, DNA 집단검사, 가족 디엔에이 탐색과 디엔에이 표현형 검사의 적법성과 필요성, 「IT와 법연구」 제8집, 2014, 289면 이하; 신상현, 독일 형사소송법상 DNA 집단검사 규정의 도입 필요성에 대한 검토, 과학기술법연구, 제25집 제1호, 한남대 과학기술법 연구원, 2019, 3면 이하; 허황, 독일 형사소송법상 DNA 검사, 비교형사법연구, 제22권 제1호, 2020, 193면 이하.

14) 인터넷한겨레, ‘살인자 찾는다’, 중국동포 무더기 DNA 채취 논란, 2004.7.10. 사회면.

것으로 추정되는 담배꽂초가 발견되었고, 범인이 중국동포 옷차림을 하고 있었다는 목격자의 제보에 따라 경찰은 범행현장을 배회하는 20세 중반에서 30세가량의 불법체류 남자 동포 164명의 머리카락을 뽑았고, 나중에는 면봉을 사용해 18명의 구강 상피조직을 떼어냈다. 경찰 관계자는 “본인의 동의를 받았으며, 당사자들이 자신의 자백을 입증하기 위해 협조한 만큼 큰 문제는 없다”고 말했다. 경찰은 동년 7월 10일 국과수로부터 담배꽂초에서 나온 범인의 유전자형과 일치하는 용의자를 찾을 수 없다는 통보를 받았다.

나. 해남 농촌마을 사건¹⁵⁾

2012년 8월 전남 해남군 한 농촌 마을에서 한 여고생이 들판을 지나 귀가하던 중 괴한에게 성폭행을 당했다. 경찰은 범인의 것으로 추정되는 음모나 체액을 확보해 국과수에 유전자 감식을 의뢰하였다. 전남 해남경찰서는 범행 장소가 농로라는 점에서 범인이 지리를 잘 알고 있는 사람이라고 판단하고 수사를 시작했다. 경찰은 통신, 행적수사 이외에 동종 전과자도 함께 수사했다. 경찰은 목격자가 없어 수사가 어려워지자 사건을 신속히 해결하기 위하여 범행장소 반경 8 킬로미터 내 인근 4개 마을 65세 미만 남성 107명을 대상으로 구강세포 유전자 채취에 나섰다. 이들 마을에는 범인을 조속히 검거해야 한다는 공감대가 형성돼 있었다. 그 덕에 모든 관련 대상자들이 동의서를 쓰고 구강세포 채취에 응했다. 다만 일부 주민은 “범인 검거에 당연히 협조해야 하지만 의심을 받는 것 같아 찝찝하다”는 반응을 보이기도 했다.

다. 제주 서귀포 10대 미성년자 성폭행사건¹⁶⁾

2013년 6월 제주 서귀포의 작은 마을 한 가정집에 괴한이 침입해 방 안에서 혼자 잠을 자고 있던 10대 미성년자를 성폭행한 후 달아났다. 수사는 초기부터 난항을 겪었다. 경찰은 피해 아동 집 주변에 설치된 CCTV를 분석했지만 별 성과를 거두지 못했다. 피해 아동의 진술에서도 뚜렷한 단서를 확보하지 못했다. 게다가 범인은 피임도구를 사용하는 용의주도함까지 보였다. 단서라곤 피해자 의류에서 수거된 모발 10여점 뿐이었다.

15) 해남 농촌마을을 남자 107명 DNA 채취한 까닭은?, 동아일보, 2012.9.13. A12면.

16) 제주 10대 여아 성폭행범 검거. DNA 결정적 역할, <http://news1.kr/articles/1233514> (=2013.7.11.).

경찰은 이를 국과수에 보내 디엔에이감식을 의뢰하였다. 또한 경찰은 용의자를 압축하기 위하여 전과자, 주변인 등 모두 1,300명의 구강세포를 채취하였다. 사건 발생 16일째 경찰은 현장에서 확보한 범인의 DNA와 일치하는 용의자를 찾았다는 국과수의 통보를 받았다. 범인은 피해 아동의 집과 직선거리로 불과 50 미터 떨어진 곳에 살고 있는 이웃 집 남자였다. 한편 범인이 확인될 때까지 관련 대상자들의 유전자형이 구축 중인 범죄현장 등 DNA DB에 수록된 유전자형과 자동 대조되면서 그간 미해결이었던 몇몇 강간사건 등의 유전자형과 일치하는 관련 대상자들의 유전자형이 발견되었다. 그리하여 서귀포경찰서는 주 범죄사건 외에도 별건으로 10여 건의 미해결 과거 범죄를 해결하는 쾌거(?)를 이뤘다.

라. 은행 강도살인사건¹⁷⁾

2001년 12월 21일 두 명의 은행강도가 대전 서구 둔산동 국민은행 지하 1층 주차장에서 현금수송 차량을 훔친 검은색 랜저로 막아선 뒤 저항하던 은행 직원을 권총으로 쏘 숨지게 하고 현금 3억 원을 들고 달아났다. 경찰은 뒤늦게 발견된 범행 차량에서 마스크와 손수건을 확보했을 뿐 별다른 흔적을 찾지 못하였다. 이듬해 제보를 통해 용의자 3명을 검거했지만, 모두 증거불충분으로 풀려나면서 장기 미제사건으로 남게 되었다. 그러던 중 2017년 10월 국과수로부터 범인의 것으로 추정되는 DNA가 검출되었다는 통보를 받으면서 수사는 전환점을 맞았다. 유전자 증폭기술로 범행에 사용한 차량 내부에 있던 마스크와 손수건에 남아있던 극소량의 DNA를 채취해 디엔에이 감식했는데, 2년 전 충북의 한 불법 게임장에서 수거한 담배꽂초에서 나온 유전자형과 일치한다는 것이다. 이에 따라 경찰은 종업원과 손님 등 게임장에 출입했을 가능성이 있는 관련 대상자 그룹을 대상으로 수사를 벌였다. 2001년 당시 목격자 진술 등을 토대로 작성된 몽타주와 얼굴을 비교하고, 시동이 걸린 차량을 훔쳐 간 전력이 있는 전과자들을 추려 나갔다. 최종적으로 1만 5천여 명의 관련 대상자를 추려 디엔에이감식시료를 채취해 디엔에이감식을 하였고 여기서 얻어진 유전자형을 추정되는 범인의 유전자형과 대조한 끝에 5년 만에 유전자형의 주인을 찾았다.

17) 연합뉴스, 과학수사 발전으로 21년 만에 진실 밝혀진 대전 은행 강도살인, https://youtu.be/bP9LflL4_7E (=2022.8.30.).

2. 독일 사례

가. Telgte 연쇄 강간살해 사건¹⁸⁾

1989년 쾰른의 작은 도시 Telgte에서 독일에서 처음으로 DNA 집단테스트가 실행되었다. 1987년 12월 22세의 여점원이 자기 집에서 강간당하고 칼로 목과 배 등을 찔려 사망하였다. 질 속에서 범인의 정액이 발견되어 그 유전자형이 밝혀졌다. 그 후 1989년 2월 Telgte에서 또다시 19세 여학생이 살해되었다. 범인은 공원에서 그녀를 잠복하고 기다렸다. 사인은 이전과 마찬가지로 자상에 의한 사망이었다. 그리하여 경찰은 동일범 소행이라고 결론지었다. 경찰은 통상적인 수사 기준에 따라 - 남성, 초동수사 결과, 범행 장소 체류, 피해자와의 관계, 주거지역, 범행장소와의 근접성 등 - 92명의 남성을 추려 혈액샘플의 제공을 요구하였다. 그중 89명은 이에 동의하여 혈액샘플을 채취하였고, 이를 거부한 나머지 3명에 대해서는 형사소송법 제81a조에 의해 판사의 명령에 따라 강제로 혈액샘플을 채취하였다. 디엔에이감식 결과 23세의 Telgte 출신 군인의 유전자형으로 밝혀졌다. 그는 자백했고 1990년 종신형을 선고받았다.

나. 소방서 축제 사건¹⁹⁾

1992년 하노바의 작은 도시 Hänigsen에서 19세 소녀가 소방서 야간 축제에서 강간당한 후 살해되었다. 범죄현장 인근에서 범인의 유전자가 검출되었다. 경찰은 야간 축제에 참가한 방문객 중에 범인이 있을 것으로 판단하고, 축제에 참가한 138명의 남자들을 대상으로 혈액을 채취하였다. 범인은 34살의 마사지사로 밝혀졌다.

다. 포르샤 운전자 사건²⁰⁾

1992년 바덴뷔텐부르크 주의 Nehren에서 24세의 여인이 자택에서 살해되었다. 피해

18) Sauter, DNA-Massentests im Strafverfahren, Polizeiwissenschaftliche Analysen Band 3, 2003, S. 29 ff.

19) Sauter, 앞의 책, 31면 이하.

20) Sauter, 앞의 책, 32면.

자의 집에서 범인의 정액을 채취하여 그 유전자형을 알아냈다. 그러나 경찰은 오랫동안 범인을 찾을 수 없었다. 그러던 중 인근 주민으로부터 제보를 받았는데, 차량 번호판에 민헨 표지가 부착된 포르샤를 범행현장에서 수차례 목격했다는 것이다. 그러자 수사는 범행 시간대에 민헨 표지가 부착된 포르샤를 소유한 모든 남성으로 확대되었다. 경찰은 이들에게 설문지를 보냈는데, 거기에는 포르샤의 소유자, 그의 주소지 그리고 범행 시각 당시 알리바이 등을 묻는 사항이 적혀있었다. 그들 중 알리바이를 댈 수 있었던 사람들만 수사선상에서 배제되었다. 남아있는 사람들은 대략 750명이었다. 경찰은 이들에게 자발적으로 혈액샘플을 제공하지 않으면 형사소송법 제81a조에 따라 강제적으로 혈액샘플을 채취할 수 있다는 점을 고지하고, 동의한 사람들의 혈액을 채취하였다. 동의하지 않는 사람들은 법관의 명령에 따라 강제로 혈액을 채취하였다. 그러나 디엔에이감식 결과 범인의 유전자형과 일치하는 유전자형은 찾을 수 없었다. 이 사건은 2002년 중순에야 비로소 해결될 수 있었다. 경찰이 다시 한번 피해자의 주변 인물들로 눈을 돌렸다. 피해자가정부의 남편에게서 타액표본을 채취하였는데, 그의 유전자형이 범인의 유전자형과 일치하는 것으로 밝혀졌다.

라. Christina Nytsch 강간살해 사건²¹⁾

1998년 니더작센의 Strücklingen에서 11살 소녀 Christina는 친구와 함께 수영장에 갔다가 자전거를 타고 집으로 돌아오던 중 실종되었다. 며칠 후 인근 숲속에서 시신이 발견되었다. 그녀는 수차례 강간당했고 끈으로 목을 졸려 사망하였다. 범인은 총 17차례 칼로 그녀를 찔렀다. 그 칼은 다음 날 시체가 발견된 장소에서 2 킬로미터 떨어진 곳에서 발견되었다. 시신에 남겨진 정액을 채취해 범인의 유전자형을 알아냈다. 1996년 자전거를 타고 가던 9살 어린 아이를 유괴해 강간했던 범인과 동일인임이 밝혀졌다. 그를 검거하기 위하여 그 당시 독일에서 가장 큰 규모의 DNA 집단테스트가 시행되었다. 그 지역 인근 12개 도시에 살고 있는 18세에서 30살 사이의 18,000명의 남성이 DNA 집단테스트에 초대되었다. 35채의 공공건물에 채취장소가 마련되었다. 막대한 비용을 들어 작업한 끝에 마침내 성공하였다. 30세의 남성 Ronny가 살인범으로 체포되어 종신형을

21) Sauter, 앞의 책, 44면.

선고받았다.

Ⅲ. DNA 집단테스트의 법적 허용성 여부

1. 강제적인 DNA 집단테스트의 허용성

가. DNA 집단테스트의 법적 근거

DNA 집단테스트는 수사기관이 관련 대상자들에게서 디엔에이감식시료를 채취해 국과수에 디엔에이감식을 의뢰하고 여기서 확인된 유전자형을 범죄현장에서 발견된 흔적 물질의 유전자형과 대조하는 방식으로 실행된다. 관련 대상자들이 디엔에이감식시료의 채취를 거부할 경우 수사기관은 강제적으로 이를 채취해 국과수에 디엔에이감식을 의뢰할 수밖에 없는데, 이렇게 되면 관련 대상자들의 신체적 자유와 정보적 자기결정권이 침해된다. 이러한 기본권 침해는 상응하는 법적 근거가 존재하면 정당화된다.

일부 문헌에서는 DNA 집단테스트의 법적 근거를 『디엔에이법』에서 찾고 있다. 그리하여 관련 대상자들에게서 디엔에이감식시료를 강제적으로 채취하기 위한 법적 근거는 『디엔에이법』 제6조 또는 제7조이고, 채취한 감식시료에 대한 디엔에이감식에 관한 법적 근거는 『디엔에이법』 제10조 및 제11조라고 한다.²²⁾ 구체적으로 살펴보면 DNA 집단테스트의 관련 대상자들을 피의자로 본다면 법적 근거는 『디엔에이법』 제6조지만 구속된 피의자에 한하여 적용되는 반면, 관련 대상자들을 피의자가 아닌 제3자로 본다면 법적 근거는 『디엔에이법』 제7조 제1호 또는 제4호라는 것이다.²³⁾

그러나 이러한 견해는 DNA 집단테스트를 이용한 수사와 『디엔에이법』에 의한 수사는 본질적으로 엄격히 구별된다는 점을 간과한 것이다. DNA 집단테스트를 이용한 수사는 수사기관이 당해 형사절차에서 피의자의 유죄를 증명하기 위하여 그의 디엔에이감식시료를 채취해 국과수에 디엔에이감식을 의뢰하는 통상의 수사와 매우 유사하다. 예컨대

22) 신상현, 주13의 논문, 16면 및 17면; 한면수 국과수 연구관은 『디엔에이법』 제11조 제1항 제2호를 확대해석하면 DNA 집단테스트의 법적 근거가 될 수 있을 것으로 본다. 주12의 논문, 37면.

23) 신상현, 앞의 논문, 16면.

수사기관이 어느 소녀의 강간살해 사건에서 유력한 용의자(피의자)를 발견하고 유죄를 입증하기 위하여 그의 디엔에이감식시료를 채취해 국과수에 디엔에이감식을 의뢰하는 경우가 그러하다. DNA 집단테스트를 이용한 수사와 다른 것이 있다면 관련 대상자가 피의자가 아니라 경찰이 설정한 일정한 혐의표지를 충족한 사람들이라는 점뿐이다. 그에 반하여 디엔에이법에 의한 수사는 수사기관이 미래의 형사소추에 대비해 미리 재범의 위험성이 있는 특정범죄의 구속 피의자 또는 수형자의 디엔에이감식시료를 채취해 국과수에 디엔에이감식을 의뢰하고 거기서 확인된 유전자형을 범죄자 DNA DB에 수록, 검색, 회보하는 것이다. 당연히 디엔에이감식시료의 수집목적, 관련 대상자, 유전자형의 처리방식이 다를 수밖에 없다. 특히 DNA 집단테스트에서는 규명하고자 하는 범죄가 이미 저질러진 데에 반하여, 『디엔에이법』에서는 범죄행위가 아직 불확실한 미래에 놓여있다는 점이 극명하게 다르다.²⁴⁾

이런 이유에서 독일 형사소송법은 당해 형사절차에서 증거확보 목적으로 피의자 또는 피의자 아닌 자의 디엔에이감식시료를 채취해 디엔에이감식을 의뢰하는 경우(형사소송법 제81a조 및 제81c조 그리고 제81e조 및 제81f조), 미래의 형사절차에 대비하여 현저한 범죄의 피의자 또는 수형자의 유전자형을 범죄자 DNA DB에 수록, 검색, 회보하는 경우(형사소송법 제81g조) 그리고 DNA 집단테스트(형사소송법 제81h조)를 구분하여 별도로 규정하고 있다. 그리하여 DNA 집단테스트의 법적 근거를 『디엔에이법』에서 찾으려는 시도는 애당초 잘못된 것이다.

이상과 같이 살펴볼 때, DNA 집단테스트의 법적 근거는 일단 당해 형사절차에서 증거확보 목적으로 피의자 또는 피의자 아닌 자의 디엔에이감식시료를 채취해 디엔에이감식을 의뢰하는 경우에서 찾아보아야 한다. 이때 한편으로는 관련 대상자가 피의자인지 아니면 피의자 아닌 자인지에 따라서, 다른 한편으로는 강제조치가 시료의 채취인지 아니면 채취된 시료에 대한 디엔에이감식인지에 따라서 DNA 집단테스트의 법적 근거가 달라지기 때문에 이를 세분화하여 살펴보기로 한다.

24) Wüsteney, Rechtliche Zulässigkeit sogenannter DNA Massentests zur Ermittlung des Täters einer Straftat, Peter Lang, 2003, S. 265.

1) 피의자에 대한 강제조치의 법적 근거

우선 DNA 집단테스트의 관련 대상자들이 피의자라고 가정하고, 당해 형사절차에서 증거확보 목적으로 피의자의 디엔에이감식시료를 채취하는 경우에 적용되는 형사소송법상 근거가 무엇인지 검토해 보자.

실무상 피의자의 디엔에이감식시료를 채취하는 방법은 두 가지다. 하나는 타액이나 모발을 채취하는 것이고, 다른 하나는 혈액을 채취하는 것이다. 참고적으로 『디엔에이법』 시행령 제8조 제1항에 의하면 디엔에이감식시료 채취대상자로부터 디엔에이감식시료를 채취할 때에는 구강점막에서의 채취, 모근을 포함한 모발의 채취, 그 밖에 디엔에이를 채취할 수 있는 신체부분, 분비물, 체액의 채취의 방법으로 하여야 한다. 타액이나 체액 또는 모발의 채취인지 아니면 혈액의 채취인지는 관련 대상자의 기본권 침해 정도와 관련하여 차이가 있다. 전자는 피부와 근육을 둘러싼 신체 내부로 진입하는 조치와는 관련이 없는 단순한 신체검사로서 신체적 완전성에 대한 침해는 거의 발생하지 않는다. 또한 채취할 때 특별한 지식이나 경험을 요구하지 않기 때문에 의사의 참여 없이도 실행할 수 있다. 반면에 후자는 피부와 근육을 둘러싼 신체 내부로 진입하는 조치로서 신체적 완전성을 침해하는(설사 경미한 침해의 경우라도) 신체적 침해행위(körperliche Eingriffe)이다. 그리하여 후자를 위해서는 의사의 참여가 필요하다.

전자는 당해 형사절차에서 범죄사실을 발견하기 위해 필요한 것으로서 단순한 신체검사에 해당하므로 검증으로서 신체검사영장(형사소송법 제140조 및 제219조)에 의하여 허용된다.²⁵⁾ 반면에 후자는 압수·수색영장에 의해 허용된다는 입장(형사소송법 제106조 및 제109조 그리고 제215조).²⁶⁾ 감정처분허가장에 의해 허용된다는 입장(형사소송법 제221조의 4 및 제173조 제1항),²⁷⁾ 검증으로서 신체검사영장에 의해 허용된다는 입장(형사소송법 제140조 및 제219조)²⁸⁾으로 견해가 나누어진다. 우리 형사소송법은 독일의 경

25) 조성용, 주12의 논문, 125면.

26) 심희기, 과학적 수사방법과 그 한계, 한국형사정책연구원, 1994, 124면; 김형준, 형사절차상 혈액·노의 강제채취와 그 한계, 형사법연구, 1996, 314면 이하; 조균석, 과학수사와 영장의 요부, 검찰 93호, 1986, 257면.

27) 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1983, 227면 이하; 신치재, AIDS에 대한 형사법적 법리와 그 대책, 형사정책, 제7호, 1995, 142면.

28) 신체검사영장 및 감정처분허가장설의 입장으로는 이재상, 강제체혈과 강제체뇨, 고시계, 1998/8, 164면; 손기식, 음주측정불응죄에 관한 약간의 고찰, 법조, 1995/10, 68면.

우와 달리 혈액 채취에 관한 규정을 두고 있지 않아 법적 근거와 관련해 논란의 여지가 있다.

우선 압수·수색영장설의 경우 디엔에이감식에 필요한 감식시료는 앞서 언급하였듯이 다양하므로 혈액의 채취를 반드시 증거물의 압수로 이해할 필요가 없으며, 체내를 순환하며 생체를 유지하는 인체의 구성요소인 혈액을 체외로 끄집어내는 것을 신체에 대한 수색으로 보기도 어렵다는 점에서 타당하지 않다.²⁹⁾ 또한 감정처분허가장설의 경우 혈액에 대한 분석에 초점을 맞추어 분석 자체를 감정처분으로 이해하고 혈액의 채취는 단지 감정에 필요한 처분으로 파악하고 있으나, 혈액의 채취와 채취된 혈액의 분석은 서로 다른 기본권을 침해하는 각각 별도의 강제처분이라는 점에서 타당하지 않다.³⁰⁾ 즉, 혈액의 채취는 관련 대상자의 신체적 완전성을 침해하는 조치인 반면, 혈액의 분석은 정보적 자기결정권을 침해하는 조치라는 점을 간과하고 있다.

생각건대 신체적 침해를 수반하는 혈액의 채취를 단순한 신체검사와 같은 범주에 포함시킬 수 있는지 의문이 있지만, 사회통념상 허용될 정도의 경미한 신체적 침해를 수반하는 혈액의 채취는 검증으로서 신체검사영장에 의해 허용하는 것이 타당하다.³¹⁾ 그리하여 당해 형사절차에서 증거확보 목적으로 피의자의 타액, 체액, 모발 또는 혈액을 채취하는 것은 검증으로서 신체검사영장(형사소송법 제140조 및 제219조)에 의해 허용된다.

지금까지 DNA 집단테스트의 관련 대상자들이 피의자라고 가정하고 수사기관이 어떠한 법적 근거하에 감식시료를 채취할 수 있는지 검토해 보았다면, 이번에는 어떠한 법적 근거하에 채취한 시료에 대해 디엔에이감식을 할 수 있는지 살펴보기로 한다.

수사기관이 당해 형사절차에서 증거확보 목적으로 검증으로서 신체검사영장을 발부받아 피의자의 타액을 채취해 국과수에 디엔에이감식을 의뢰한 경우 타액에 대해 디엔에이감식을 하기 위하여 별도의 영장을 발부받아야 하는지 문제된다. 이를 부정하는 입장은 수사기관이 당해 형사절차에서 증거확보 목적으로 관련 대상자들의 감식시료를 채취할

29) 조성용, 형사소송법상 DNA 지문감식의 허용과 한계, 형사정책연구, 제15권 제2호, 2004/여름호, 80면 이하.

30) 조성용, 앞의 논문, 81면 이하.

31) 우리나라의 경우 신체검사와 신체적 침해를 명확히 구분하여 규정하고 있지 않으므로 이와 관련된 논의는 찾아볼 수 없으나, 독일의 경우 일부 견해는 신체검사에 신체적 침해가 포함된다고 보는데 반하여, 다른 견해는 사회통념상 허용될 정도의 경미한 신체적 침해가 아닌 한 신체검사에 포함시키지 않는다.

권한을 부여받았다면 이에 대한 디엔에이감식을 통해서 유전자형을 알아내는 것 또한 당연히 그러한 권한에 포함되는 것이며,³²⁾ 디엔에이감식은 디엔에이 중 유전정보가 포함되지 아니한 특정 염기서열 부분만 분석하기 때문에 전통적인 수사조치(예컨대 혈액검사)보다 질적으로 더 중대한 기본권 침해가 아닐 뿐만 아니라 남용가능성 또한 크지 않다는 근거를 들고 있다.³³⁾ 이에 반하여 긍정히는 입장은 감식시료의 채취와 채취된 감식시료에 대한 디엔에이감식은 서로 다른 기본권을 침해하는 완전히 독립된 수사조치이기 때문에 별도로 취급해야 마땅하고,³⁴⁾ 디엔에이감식은 통상적으로 승인되어 온 지문검사나 혈청검사와는 달리 관련 대상자의 기본권에 대한 새로운 침해 내지 위협을 초래할 수 있는 새로운 수사조치이므로³⁵⁾ 이를 고려하여 별도의 사법적 통제가 필요하다는 근거를 든다.

생각건대 긍정히는 입장이 더 설득력이 있다. 무엇보다 부정히는 입장은 감식시료의 채취는 관련 대상자들의 신체적 완전성을 침해하는 조치인데 반하여, 디엔에이감식은 정보적 자기결정권을 침해하는 조치라는 점을 간과하고 있다.³⁶⁾ 또한 디엔에이감식은 비록 유전정보가 포함되지 아니한 특정 염기서열 부분만 분석하는 것이지만, 오늘날 DNA 분석기술이 나날이 발전해 감에 따라 유전정보가 포함된 영역과 그렇지 않은 영역의 구분이 모호해지고 있는 실정이다. 더구나 일반인은 유전정보가 포함된 염기서열 부분과 그렇지 않은 부분과의 차이를 알기 어려울 뿐만 아니라, 디엔에이에는 유전정보가 포함된 염기서열 부분과 그렇지 않은 부분이 모두 함께 들어있어서 전문감정인이 마음만 먹으면 얼마든지 유전정보가 포함된 염기서열 부분을 분석할 수 있는 위험성이 항상 존재한다.

디엔에이감식은 전문적인 지식과 경험을 필요로 하는 감정의 성격을 띠고 있다는 점

32) LG Heilbronn, NJW 1990, S. 784; Ritter, Genomanalyse und Strafverfolgung, Diss. Tübingen, 1997, S. 95 ff; Oberwetter, Die DNA-Analyse als medizinisch kriminalistischer Sachverständigenbeweis, Hamburg 1997, S. 31.

33) LG Darmstadt, NJW 1989, S. 2338; Sternberg-Lieben, Genetischer Fingerabdruck und §81a StPO, NJW 1987, S. 1244; Lührs, Genomanalyse im Strafverfahren, MDR 1992, S. 929.

34) Keller, Die Genomanalyse im Strafverfahren, NJW 1989, S. 2295; Rademacher, Die Zulässigkeit genetischer Analysemethoden im Strafverfahren, Diss. Frankfurt a.M. 1992, S. 58.

35) Keller, 앞의 논문, 2295면; Rademacher, 앞의 책, 59면 이하.

36) 자세히는 Neuser, Rechtsfragen der DNA-Analyse zum Zwecke der DNA Identitätsfeststellungen in künftigen Strafverfahren, Nomos 2006, S. 78 ff.

을 고려할 때, 검사가 신청하고 지방법원 판사가 발부하는 감정처분허가장(형사소송법 제221의 4조 및 제173조 제1항)이 필요하다고 본다.³⁷⁾

2) 피의자 아닌 자에 대한 강제처분의 법적 근거

그 다음으로 DNA 집단테스트의 관련 대상자들이 피의자 아닌 자라고 가정하고, 당해 형사절차에서 증거확보 목적으로 피의자 아닌 자의 디엔에이감식시료를 채취해 디엔에이감식을 의뢰하는 경우에 적용되는 형사소송법상 근거가 무엇인지 검토해 보자.

당해 형사절차에서 증거확보 목적으로 피의자 아닌 자의 유전자형을 알려내야만 하는 경우가 있다. 우선 강간살해 사건에서 피해자의 질 분비액과 피의자의 정액이 서로 뒤엉켜 있어 피해자의 유전자형을 알아내지 않고는 피의자의 신원을 정확히 밝힐 수 없는 경우가 그러하다.³⁸⁾ 또한 피해자 이외에 증인의 유전자형이 필요한 경우도 있다. 예컨대 강간이 행해지기 전에 나중에 강간 피해자가 된 자와 성교를 한 파트너가 대표적이다. 이때 피해자의 질 분비액에는 피의자의 정액과 파트너의 정액이 서로 뒤엉켜 있어서 범인의 신원을 정확히 밝히기 위해서는 파트너의 유전자형을 알아낼 필요가 있다.³⁹⁾

이러한 경우에 적용되는 규정은 형사소송법 제141조 제2항이다. 거기에 의하면 피의자 아닌 자의 신체검사는 증거가 될만한 흔적을 확인할 수 있는 현저한 사유가 있는 경우에만 할 수 있다고 규정하고 있다. 물론 이 규정은 단순한 신체검사 외에 신체적 침해를 명시하고 있지 않지만, 사회통념상 허용될 정도의 경미한 신체적 침해를 수반하는 혈액의 채취는 형사소송법 제140조와 마찬가지로 신체검사에 포함된다고 볼 수 있다. 그리하여 당해 형사절차에서 증거확보 목적으로 피의자 아닌 자의 디엔에이감식시료를 채취하는 경우는 시료채취의 방법(타액 또는 혈액의 채취 등)과 관계없이 검증으로서 신체검사영장(형사소송법 제141조 제2항 및 제219조)에 의해 허용된다. 이때 여자의 신체를 검사하는 경우에는 의사나 성년의 여자를 참여하게 하여야 한다(형사소송법 제141조 제3항).

물론 채취한 피의자 아닌 자의 디엔에이감식시료에 대하여 디엔에이감식을 하기 위해

37) 조성용, 주12의 논문, 130면.

38) 조성용, DNA 지문감식과 피해자의 권리보호, 비교형사법연구, 제6권 제1호, 2004, 253면.

39) 조성용, 주29의 논문, 92면.

서는 앞서 살펴보았듯이, 검사가 신청하고 지방법원 판사가 발부하는 감정처분허가장(형사소송법 제221의 4조 및 제173조 제5항)이 별도로 요구된다.

나. DNA 집단테스트의 관련 대상자들이 형사소송법 제140조 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제1항의 의미에서 피의자인지 여부

앞서 살펴보았던 형사소송법 제140조 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제1항이 진정으로 DNA 집단테스트의 법적 근거이기 위해서는 관련 대상자들이 형사소송법 제140조 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제1항의 의미에서 피의자이어야 한다. 이하에서는 우선 형사소송법 제140조 및 제219조가 DNA 집단테스트의 법적 근거인지 검토해 보고자 한다.

형사소송법상 피의자의 개념을 어떻게 정의할 것인지 검토하기 전에 일반적으로 형사소송법에서 피의자로 인정되면 어떠한 장단점이 있는지 살펴볼 필요가 있다. 관련 대상자의 입장에서는 한편으로 가능한 빨리 피의자로 취급되는 것이 유리할 것이다. 왜냐하면 그에게 곧바로 피의자의 지위에서 나오는 법적 특권(예컨대 진술거부권)이 부여되기 때문이다. 그에 반하여 다른 한편으로는 가능한 늦게 피의자로 취급되는 것이 유리할 것이다. 왜냐하면 피의자에게는 수많은 형사소송법상의 강제처분을 감수해야 할 의무가 부여되기 때문이다. 이러한 상황에서 관련 대상자에게 유리하게 형사소송법상 피의자 개념을 이분화하여 정의하려는 시도⁴⁰⁾가 나오는 것도 놀라운 일은 아니다. 즉, 형사절차를 수사단계와 공판단계로 나누어 전자와 후자의 피의자 개념을 달리 정의하는 것이다. 다만 이러한 시도는 형사소송법상 피의자 개념이 당사자들의 이익을 극대화하기 위한 자의적인 도구로 이용될 수 있을 뿐만 아니라 피의자 개념의 명확성을 약화시킬 수 있다는 점에서⁴¹⁾ 동의하기 어렵다. 그리하여 통일적인 피의자 개념을 찾을 수밖에 없다.

형사소송법상 피의자 개념에 대해서는 주관설, 객관설 그리고 절충설이 대립한다. 객관설에 의하면 수사상황을 객관적으로 고찰하였을 때 수사절차를 개시할만한 범죄혐의가 존재하는 자가 피의자이다.⁴²⁾ 이때 범죄혐의는 수사단계에서 사용되는 다른 범죄혐

40) Satzger, DNA-Massentests – kriminalistische Wunderwaffe oder ungesetzliche Ermittlungsmethode?, JZ 2001, S. 643 ff.

41) Wüsteney, 주24의 책, 277면 이하.

의와 구분하여 ‘초기혐의’라고 부르는데, 수사기관의 수사학적 경험에 비추어 누군가가 특정한 범죄를 범하였다는 점에 대한 구체적 사실이 존재하면 인정된다. 주관설에 의하면 수사기관이 누군가를 피의자로 취급하고 그에 대하여 수사를 진행할 때, 그를 피의자로 본다.⁴³⁾ 여기서는 수사기관의 소추의사가 결정적으로 중요하다. 절충설에 의하면 피의자의 인정 여부는 일단 수사기관의 소추의사에 의하여 결정되는데, 그러한 의사는 외부적으로 인식가능한 수사행위(예컨대 피의자신문)에서 구체화되어야 한다.⁴⁴⁾ 즉, 피의자로 인정되기 위해서는 구체적 사실에 근거한 범죄혐의와 그러한 범죄혐의를 받고 있는 자에 대한 수사기관의 소추의사가 필요하다.

객관설은 객관적 관찰자의 입장에서 범죄혐의가 인정될 때에만 피의자의 지위를 부여하므로 수사기관의 단순한 혐의 추정이나 자의적인 혐의 인정으로부터 관련 대상자를 보호해 줄 수 있다는 장점이 있다. 또한 수사기관에 대하여 명확한 수사개시의 지침을 제공하므로 수사기관의 이익에도 기여한다. 다만 동적으로 진행되는 현실의 수사절차에서는 수사의 주체인 수사기관의 관점을 배제하고 순수하게 객관적인 관찰자의 입장에서 피의자의 지위를 부여할 수 없을 것이다.⁴⁵⁾ 그러한 한에서 수사기관의 소추의사가 보충적으로 요구된다. 그리하여 모든 상황을 고려할 때 절충설이 가장 무난한 것으로 보인다.

이제 이러한 절충설을 토대로 DNA 집단테스트의 관련 대상자들이 형사소송법 제140조 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제1항의 의미에서 피의자인지 검토해보자. 앞에서 살펴본 바와 같이 피의자로 인정되기 위해서는 무엇보다 구체적 사실에 근거한 범죄혐의가 존재해야 하는데, 이러한 구체적 사실이 항상 특정한 사람과 연결되는 것은 아니다. 그리하여 알려지지 아니한 자에 대해서도 종종 수사가 개시된다. 이는 피의자라고 말하기 위해서는 이러한 초기혐의 이외에 무언가 다른 것이 첨가되어야 한다는 것을 의미한다. 즉, 초기혐의는 개별화된 요소에 의해 보충되어야 한다. 다시 말해 피의

42) Peter, Strafprozess, 4 Aufl., Heidelberg, 1985, S. 200 ff; Grünwald, Beweisrecht der Strafprozessordnung, Baden-Baden, 1993, S. 78; Schulz, Normiertes Misstrauen, Der Verdacht im Strafverfahren, Frankfurt a.M., 2001, S. 554 ff.

43) Arzt, Begründung der Beschuldigten-Eigenschaft, Kriminalistik, 1970, S. 380; Eigenberg, Beweisrecht der StPO, 3. Aufl., München, 1999, Rn. 505.

44) Bannenberg, Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens, München, 2001, S. 97 ff; Beulke, Strafprozessrecht, 5. Aufl., Heidelberg, 2001, Rn. 111 ff; SK-StPO/Rogall, 1995, vor §133, Rn. 31 ff; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., München, 1998, §25, Rn. 10.

45) Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sie selbst, Berlin, New York 1977, S. 26 ff.

자가 되기 위해서는 구체적 사실이 범죄와 연결되어 있을 뿐만 아니라(행위관련적 혐의) 어느 ‘특정한 사람’의 범죄와도 연결되어 있어야 한다(행위자관련적 혐의).⁴⁶⁾

이제 DNA 집단테스트와 관련하여 관련 대상자들의 피의자 속성에 대하여 의문이 제기된다. 앞서 DNA 집단테스트를 이용한 수사 사례에서 보듯이, 관련 대상자들은 대부분 일반적인 통계자료를 기초로 하여 설정된 일정한 혐의표지(예컨대 성, 나이, 주거지 등)를 충족하고 있는 어느 그룹의 구성원일 뿐이다. 그러한 한에서 혐의는 단지 그룹 관련적일 뿐이다.⁴⁷⁾ 이미 DNA ‘집단’ 테스트라는 개념이 말해 주고 있듯이, 관련 대상자들은 더 이상 그 윤곽이 명확하게 드러난 다수인이라고 말할 수 없다. 게다가 범인이 그러한 그룹의 구성원일 것이라는 보장도 없다. 그리하여 피의자로 인정되기 위하여 필요한 개별화된 요소, 즉 행위자관련적 혐의는 존재하지 않는다. 오히려 DNA 집단테스트는 관련 대상자 그룹으로부터 개별화된 혐의자를 찾아내기 위하여 실행되는 셈이다. 요컨대 DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 형사소송법 제140조 및 제219조의 의미에서 피의자가 아니다. 그리하여 형사소송법 제140조 및 제219조는 DNA 대중테스트의 법적 근거가 아니다.

그 다음으로 형사소송법 제221조의 4 및 제173조 제1항이 DNA 집단테스트의 법적 근거인지 검토해 보자. 앞서 살펴보았듯이 관련 대상자들이 형사소송법 제140조 및 제219조의 의미에서 피의자가 아니라면, 형사소송법 제140조를 준용하는 형사소송법 제221조의 4 및 제173조 제1항 또한 DNA 집단테스트의 법적 근거가 아니다. 왜냐하면 이때 검사가 신청하고 지방법원 판사가 발부하는 감정처분허가장은 피의자에 대하여 집행되기 때문이다.

46) Satzger, 주40의 논문, 644면.

47) DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 잠재적으로는 범죄를 저지를 수 있지만, 이들 모두가 범인으로 고려되지는 않는다. 여기에서 독일 연방헌법재판소는 ‘잠재적 범죄혐의자’라는 용어를 사용한다. BVerfG StV 1996, S. 647.

다. DNA 집단테스트의 관련 대상자들이 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제5항의 의미에서 피의자 아닌 자인지 여부

앞서 살펴보았던 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제5항이 진정으로 DNA 집단테스트의 법적 근거이기 위해서는 관련 대상자들이 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제5항의 의미에서 피의자 아닌 자이어야 한다. 이하에서는 우선 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조가 DNA 집단테스트의 법적 근거인지 검토해 보고자 한다.

형사소송법 제141조 제2항에 의하면 피의자 아닌 자의 신체검사는 증거가 될만한 흔적을 확인할 수 있는 현저한 사유가 있는 경우에만 할 수 있다. 여기서 ‘증거가 될만한 흔적’이란 신체에 특정한 흔적이나 범행의 결과가 남아있는 것을 말한다.⁴⁸⁾ 흔적은 직접적으로 범행에 의해 야기된 신체의 변경을 의미하며, 범행이나 범인을 추정케 하는 단서가 된다. 예컨대 피해자 몸에 난 상처나 혈흔의 경우이다. 범행의 결과는 범행으로 인하여 신체에 객관적으로 인식가능한 증거물이 남겨져 있는 것을 의미한다.⁴⁹⁾ 예컨대 피해자의 질 속에 정액이 남아있거나 머리카락에 독극물 성분이 남아있는 경우이다. 또한 ‘현저한 사유’는 피의자의 신체검사(형사소송법 제140조)와 피의자 아닌 자의 신체검사(형사소송법 제141조 제2항)를 구분하고 그 요건을 달리 규정한 입법자의 취지에 비추어⁵⁰⁾ 피의자에 대한 신체검사보다 더 엄격한 해석이 필요하다. 왜냐하면 (범죄혐의가 없는) 피의자 아닌 자에게는 (범죄혐의가 있는) 피의자보다 신체검사나 신체적 침해에 대한 감수 의무를 훨씬 더 적은 정도로만 기대할 수 있기 때문이다.⁵¹⁾ 우리 형사소송법 교과서에는 ‘현저한 사유’가 어떠한 경우인지 명확하게 적시하고 있지 않지만, 우리와 유사하게 규정하고 있는 독일 형사소송법 규정(제81c조 제2항 및 제4항)을 참조하면 다음과 같이 해석할 수 있다. 즉, 피의자 아닌 자에 대한 신체검사는 건강에 대한 불이익이

48) Beulke, 주44의 책, 옆면 번호(Rn) 244.

49) 조성용, 주12의 논문, 131면.

50) 피의자의 신체검사와 피의자 아닌 자의 신체검사를 구분하고 후자에 대해서만 ‘현저한 사유’를 요구하는 것은 입법자가 (혐의 없는) 피의자 아닌 자를 (혐의 있는) 피의자보다 더 낮게 취급하고 있다는 방증이다.

51) Hombert, Der freiwillige genetische Massentest, Cuvillier Verlag, Göttingen 2003, S. 107.

우려되지 않거나 그러한 조치가 진실발견을 위하여 불가피하고, 피의자 아닌 자에게 기대가능할 때에 허용된다.

위에서 언급한 형사소송법 제141조 제2항의 주된 내용을 자세히 살펴보면, 동조에서 규정하고 있는 ‘피의자 아닌 자’는 피해자나 증인과 같이 범행과 직접적 또는 간접적으로 관련이 있는 사람이라는 점을 쉽게 알 수 있다. 그렇다면 DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조의 의미에서 피의자 아닌 자가 아니라라는 점이 명백하게 드러난다.

우선 피의자 아닌 자의 신체에 남아있는 특정한 흔적이나 범행의 결과를 확인하기 위한 조치는 DNA 집단테스트에는 해당되지 않는다. 물론 DNA 집단테스트는 범죄현장에서 발견된 흔적물질의 유전자형과 대조할 목적으로 관련 대상자들에게서 감식시료를 채취해 유전자형을 알아내는 것이 중요하다. 그러나 관련 대상자들의 감식시료를 채취해 유전자형을 알아내는 것이 특정한 흔적은 아니며, 범행의 결과는 더욱 아니다.⁵²⁾ 그들은 단지 수사기관이 설정한 일정한 혐의표지를 충족하고 있는 자일뿐, 피해자가 아니다. 그리하여 그들의 신체에는 아무런 흔적도 없고 증거물 또한 남겨져 있지 않다. 또한 그들은 증인도 아니다. DNA 집단테스트의 목적에 비추어 볼 때 범인에서 배제될 수 있는 관련 대상자들은 전통적인 증인의 지위에 있지 않다. 왜냐하면 그들은 전형적으로 범행과 관련된 경험이나 인식을 전달하는 것이 아니라 오히려 디엔에이감식 결과에 따라 범인에서 배제되는 것이기 때문이다.⁵³⁾ 그리하여 그들은 증인이 아니라 피의자로 고려된다. 그들이 피의자가 아님에도 불구하고 말이다.

그 다음 건강에 대한 불이익이 우려되지 않거나 진실발견을 위하여 불가피하다는 요건은 그다지 문제되지 않는다. 타액이나 혈액의 채취 모두 건강에 불이익을 초래하지 않는다. 진실을 위해 불가피하다는 요건도 일반적으로 관대하게 해석된다. 반드시 다른 모든 수단이 소용없게 될 때에야 비로소 허용된다는 것을 의미하지 않는다. 그러한 조치가 없다면 진실은 추구될 수 없다는 것으로 충분하다. 그에 반하여 기대가능성의 요건은 다

52) Graalmann-Schreerer, DNA-Massentest de lege lata und de lege ferenda, NSTZ 2004, S. 299.

53) Wüsteney, 주24의 책, 276면; DNA 집단테스트의 관련 대상자들이 증인이 아니라 피의자로 고려된다는 사실은 ‘잠재적 범죄혐의자’라는 용어에서도 분명하게 드러난다. Vgl. Kerner/Trüg, DNA-Massentests zwischen Verbrechensbekämpfung und Rechtsstaatlichkeit, FS für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 2004, S. 466.

르다. 거기에 의하면 모든 상황을 종합해 판단해 볼 때 피의자 아닌 자에게 기대할 수 없는 조치는 허용되지 않는다.

형사소송법 제141조 제2항에서 요구하는 기대가능성은 비례성 원칙의 표현이다. 그리하여 DNA 집단테스트를 이용한 수사가 추구하는 공익(형사소추이익)과 관련 대상자들의 이익(신체적 자유 및 정보적 자기결정권) 사이에 교량이 이루어져야 한다. 그런데 이러한 교량은 대개 관련 대상자들의 이익보다는 범죄수사가 추구하는 공익에 유리하게 작용할 공산이 크다. 왜냐하면 타액이나 혈액의 채취와 디엔에이감식으로 인한 신체적 고통이나 정보적 자기결정권 침해는 경미한 반면, 살인죄와 같은 중대범죄를 규명해야 할 형사소추이익은 중대하기 때문이다. 그리하여 기대가능성은 항상 인정될 수 있다.

그러나 이러한 고찰방식은 DNA 집단테스트와 관련하여 상반되는 이익을 교량할 때에는 관련 대상자들의 범행과의 관련성을 고려해야 한다는 점을 간과하고 있다.⁵⁴⁾ 결정적인 물음은 DNA 집단테스트가 다음과 같은 자에게도 기대될 수 있는가에 있다. 즉, 범행과의 유일한 관련성은 아마도 범인도 속해 있을 수 있는 사람들 그룹에 속해 있다는 점뿐인 자 말이다. DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 범행과 직접적 또는 간접적으로 관련되어 있는 피해자 또는 증인과 달리, 범행과 관련이 없는 제3자다. 그럼에도 불구하고 그들을 대상으로 강제로 DNA 집단테스트를 실행한다면, 그들은 애당초 피의자로 취급되는 것이다. 그들이 범행이나 피해자와 아무런 관련이 없는데도 말이다. 이러한 경우 아무리 형사소추이익이 중대하다고 하더라도 이처럼 범치국가적으로 의문스러운 상황에서는 DNA 집단테스트의 관련 대상자들의 이익을 상쇄시킬 수 없다.⁵⁵⁾ 이는 비례성원칙에 반한다. 요컨대 DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조의 의미에서 피의자 아닌 자가 아니다. 그리하여 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조는 DNA 대중테스트의 법적 근거가 아니다.

그 다음으로 형사소송법 제221조의 4 및 제173조 제5항이 DNA 집단테스트의 법적 근거인지 검토해 보자. 앞서 살펴보았듯이 관련 대상자들이 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조의 의미에서 피의자 아닌 자가 아니라면, 형사소송법 제141조를 준용하는 형사소송법 제221조의 4 및 제173조 제5항 또한 DNA 집단테스트의 법적 근거가 아니다.

54) Hombert, 앞의 책, 105면.

55) Hombert, 앞의 책, 106면.

왜냐하면 이때 검사가 신청하고 지방법원 판사가 발부하는 감정처분허가장은 피의자 아닌 자에 대하여 집행되기 때문이다.

라. 소결론

DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 형사소송법 제140조 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제1항의 의미에서 피의자가 아니다. 그리하여 형사소송법 제140조 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제1항은 DNA 대중테스트의 법적 근거가 아니다. 또한 DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제5항의 의미에서 피의자 아닌 자가 아니다. 그리하여 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제5항은 DNA 대중테스트의 법적 근거가 아니다. 요컨대 우리나라 현행법상 DNA 대중테스트의 법적 근거는 없다.

2. 동의에 의한 DNA 집단테스트의 허용성

가. 동의의 자의성 인정 여부

관련 대상자들의 의사에 반하여 강제적으로 DNA 집단테스트를 실행할 법적 근거가 없다면, 그들의 동의를 얻어 DNA 집단테스트를 실행하는 것은 허용되는지 문제된다. 앞서 DNA 집단테스트를 이용한 수사 사례에서 살펴보았듯이,⁵⁶⁾ 실무에서 DNA 집단테스트는 대부분 수사기관이 먼저 관련 대상자들에게 DNA 집단테스트에 참여할 것을 요구한 다음 이들의 동의를 얻어 실행된다. 만약 관련 대상자들 가운데 일부가 DNA 집단테스트에 참여하기를 거부한다면, 이들에 대해 강제적으로 DNA 집단테스트를 실행할 수 있는가? 우리나라 실무에서 이러한 사례는 아직까지 정확하게 알려진 바 없지만, 독일의 경우는 적어도 1990년대까지는 곧바로 형사소송법 제81a조에 의해 판사의 명령에 따라 강제로 DNA 집단테스트를 실행하였다.

여기에서 관련 대상자들이 만약 참여를 거부할 경우 자신이 혐의를 받을 수 있다는

56) I.1 및 2.

우려에서 마지못해 동의하였다면, 이를 과연 ‘자의적’ 동의라고 할 수 있는지 의문이 제기된다. 아시다시피 유효한 동의가 되려면 무엇보다도 관련 대상자들의 자유로운 의사에 기한 동의가 필수적이다. 위에서 언급한 독일의 경우와 같이 참여의 거부가 곧바로 범죄 혐의의 인정으로 이어진다면, 관련 대상자들은 범죄혐의에서 벗어나기 위해서라도 DNA 집단테스트에 응해야만 하는 강제 상황으로 내몰린다. 다시 말해 관련 대상자들은 범죄 혐의에서 벗어나 있다는 점(면책)을 입증해야 할 의무를 진다.⁵⁷⁾ 자신들은 DNA 집단테스트에 참여해야 할 법적 의무가 없는데도 말이다. 아마도 유일하게 잘못된 행위가 있다면 기껏해야 경찰을 도우려고 하지 않았다는 게 전부일 것이다.⁵⁸⁾

이러한 상황은 앞서 소개한 포르샤 운전자 사건⁵⁹⁾에서 극명하게 나타난다. 경찰은 포르샤 운전자들에게 일단 질문지를 보냈다. 거기에는 범행 당시 어디에 있었는지에 대한 물음이 적혀있었다. 그렇게 얻어낸 정보에 힘입어 경찰은 연로한 자나 알리바이를 증명할 수 있었던 자 등을 수사선상에서 배제시켰다. 그런 다음 경찰은 남아있는 포르샤 운전자들에게 자발적으로 혈액샘플을 제공할 것을 요구하였다. 여기에서 주목해야 할 것은 자발적인 참여를 요구하기 전에 경찰이 관련 대상자들에게 알리바이를 통해 그들의 무죄를 증명할 기회를 주었다는 점이다. 그리하여 관련 대상자들은 자신의 무죄를 증명하려고 시도한 것이다. 그러나 이는 사실상 무죄추정을 거꾸로 돌리는 결과를 초래한다.⁶⁰⁾ 관련 대상자들로서는 더 이상 선택의 여지가 없다. 범죄혐의에서 벗어나기 위해서 DNA 집단테스트에 응하던지 아니면 강제적인 DNA 집단테스트를 감수하던지 양자택일을 할 수밖에 없다.⁶¹⁾ 이러한 상황에서는 동의의 자의성을 말할 수 없다.

이는 우리나라의 경우에도 마찬가지로 적용될 수 있다. 앞서 소개한 해남 농촌 마을 사건에서 일부 주민들은 “범인 검거에 당연히 협조해야 하지만 의심을 받는 것 같아 짬짬하다”는 반응을 보였다. 적어도 그들은 범죄혐의에서 벗어나기 위해서 DNA 집단테스트에 응해야만 하는 강제 상황에 내몰린 것이다. 이 사건과 관련하여 동의의 자의성 여부가 논란이 되자 국가인권위원회는 “동의를 받아 구강세포를 채취하는 것은 법에서 허

57) Satzger, 주40의 논문, 647면.

58) Klumpe, Der genetische Fingerabdruck im Strafverfahren, Freiburg im Breisgau 1993, S. 177.

59) I.2.다.

60) Koriath, Ist das DNA-Fingerpinting ein legitimes Beweismittel?, JA 1993, S. 270 ff; Hother, Die DNA-Analyse, Diss. Gießen 1995, S. 51.

61) Klumpe, 위의 책, 189면.

락하고 있다”며 “구체적 상황을 확인해봐야 인권침해 소지가 있었는지 알 수 있다”며 말을 아꼈다.⁶²⁾ 이러한 국가인권위원회의 입장은 DNA 집단테스트의 관련 대상자들의 참여 거부가 곧바로 범죄혐의의 인정으로 이어질 수 있음을 시사한 것이다.

그에 반하여 포르사 운전자 사건과 관련하여 독일 연방헌법재판소는 DNA 집단테스트의 관련 대상자들이 설사 범죄혐의에서 벗어나기 위하여 DNA 집단테스트에 응했다고 하더라도 이것은 동의를 하게 된 동기일 뿐, 동意的 유효성에 영향을 미치지 못한다고 결정하였다.⁶³⁾ 그 논거를 정리하면 다음과 같다. 관련 대상자들은 애당초 DNA 집단테스트에 참여할 의무가 없으므로 수사에 협조할 것인지 여부는 전적으로 그들의 결정에 달려있다. 만약 DNA 집단테스트에 참여하지 않기로 결정했다면, 그러한 참여 거부를 관련 대상자들의 범죄혐의를 근거지우거나 강화시키는 증표로 삼아서는 안 된다. 이제 DNA 집단테스트에 참여하지 않으면 범죄혐의를 받을 수 있다는 우려가 왜 동意的 유효성에 영향을 미치지 못하는지 이해할 수 있다. 왜냐하면 DNA 집단테스트에 응하지 않더라도 범죄혐의와 관련하여 아무런 법적 불이익을 받지 않는다고 믿고 있는 관련 대상자들은 사실상 자유로운 상태에서 DNA 집단테스트에 참여할 것인지 결정할 수 있기 때문이다.⁶⁴⁾

그러나 적어도 DNA 집단테스트와 관련하여 참여 거부가 범죄혐의에 중립적이라는 전제는 환상에 지나지 않는지 의문이다. 물론 중립적인 제3자인 판사에게 참여 거부로부터 부정적인 결론을 추론하지 않을 것을 기대할 수는 있으나, 효율적인 형사소추를 지향하는 수사기관에 대해서는 이러한 기대가 비현실적이다.⁶⁵⁾ 이점은 독일 연방헌법재판소 결정을 지지하는 일부 견해에서도 확인된다. 거기에 의하면 유일하게 거부한 자의 경우는 범죄혐의를 인정할 수 있다고 한다.⁶⁶⁾ 그 이유는 거부행위 그 자체에서 찾는 것이 아니라, 거부자 이외에 다른 관련 대상자들은 범인으로 고려되지 않는다는 사실에서 찾을 수 있다. 예컨대 수사기관이 설정한 일정한 혐의표지를 충족한 관련 대상자들 가운데 한 사람만 DNA 집단테스트를 거부하고 나머지 사람들은 모두 동의하였는데, 디엔에이

62) 동아일보, 2012.9.13. A12면. 나아가 중국동포 피살사건과 관련하여 피검사자들의 동의가 자발적이었는지에 대해 의문을 제기한 견해로는 이상용, 주12의 논문, 133면 각주 12.

63) BVerG NJW 1996, S. 1588.

64) Satzger, 주40의 논문, 648면.

65) Amelung, Anmerkung zu BGH vom 17.Dezember 1988, 1 StR 156/98, JR 1999, S. 385.

66) Kühne, Strafprozessrecht, 5. Aufl., 1999, Rn. 490.

감식 결과 불응자를 제외한 모든 사람들이 불일치 판정을 받았다면, 불응자는 피의자로 간주될 수밖에 없다는 것이다. 수사기관에게서 이러한 추론 가능성마저 빼앗는다면 DNA 집단테스트는 애당초 그 존재 의미를 상실하고 말 것이다.⁶⁷⁾

여기에서 참여 거부가 범죄혐의에 중립적이라는 전제는 DNA 집단테스트의 현실과 기능방식은 정반대의 대척점에 서 있다는 사실을 확인할 수 있다. DNA 집단테스트는 특유의 기능방식을 지닌다. 이른바 ‘폐쇄적 시스템’에 기초하고 있다.⁶⁸⁾ DNA 집단테스트의 목적 내지 기능은 관련 대상자들 가운데에서 적극적으로 범인을 골라내 검거하거나 (적극적 선별작용) 아니면 소극적으로 범인이 아닌 자를 수사선상에서 배제하는 것이다 (소극적 선별작용). 특히 소극적 선별기능에는 DNA 집단테스트에 참여하길 거부하는 관련 대상자들에 대하여 적극적으로 추상적 범죄혐의를 강화시키는 작용이 내재해 있다.⁶⁹⁾ 그리하여 관련 대상자들 가운데 어느 한 사람의 혐의 약화는 곧바로 남아있는 다른 사람들에 대한 혐의 강화로 이어진다.⁷⁰⁾

요컨대 DNA 집단테스트와 관련하여 동의의 자의성을 말할 수 있기 위해서는 관련 대상자들이 참여를 거부하는 경우 그 거부행위 자체를 정당한 것으로 받아들이고 범죄혐의와 관련하여 어떠한 법적 불이익도 부과하지 않을 때에만 가능하다.⁷¹⁾ 그러나 DNA 집단테스트의 현실과 기능방식은 이와 반대로 작동한다. 그리하여 동의에 의한 DNA 집단테스트는 현재의 법적 상황에 의하면 허용되지 않는다.

나. 국가 주도의 DNA 집단테스트와 사인 주도의 자발적 집단테스트의 구별

이상과 같이 살펴볼 때 국가가 주도하는 DNA 집단테스트는 설사 관련 대상자들의 동의를 얻어서 실행한다고 하더라도 허용되지 않는다. 그에 반해 수사기관의 참여 요구

67) Satzger, 앞의 논문, 648면.

68) Satzger, 앞의 논문, 648면.

69) Saliger, Der Massengentest nach§81h StPO, JuS 2008, S. 194.

70) Satzger, 앞의 논문, 648면.

71) 물론 참여 거부의 범죄혐의 중립성은 수사기관이 그 밖의 상황에 근거하여 초기혐의를 인정하고, 경우에 따라서는 법관의 영장을 받아 강제적으로 관련 대상자들에게서 디엔에이감식시료를 채취하는 것을 방해하지 않는다. BT-Dr. 15/5674, S. 14. 그러한 한에서 참여 거부의 범죄혐의 중립성으로부터 거부자에 대한 범죄혐의는 원칙적으로 오로지 DNA 집단테스트 외적인 상황에 힘입어서만 근거지워질 수 있다는 결론이 도출된다. Saliger, 앞의 논문, 198면.

와 관계없이 어느 지역의 다수인 그룹(예컨대 어느 마을 주민들이) 자진해서 상응하는 테스트를 통해 자신의 혐의를 벗으려는 의사를 표명한 경우 이를 허용해야 하는지 문제된다. 이들의 참여 동기가 순수한 사회적 압박이나 진정한 이타적 행위 등에서 비롯된 것이라면 동의를 자의성을 부정하기 어려울 것이다.⁷²⁾ 이와 같은 사인 주도의 자발적 집단테스트는 국가 주도의 DNA 집단테스트와 구별해야 한다. 왜냐하면 오직 국가 주도의 DNA 집단테스트의 경우에만 수사기관이 관련 대상자들에 대한 선택기준을 설정하고, 궁극적으로 국가가 야기한 강제상황에 이르는 폐쇄적 시스템을 만들어 내기 때문이다.⁷³⁾

관련 대상자들의 참여 동기에 따라 다음과 같은 두 가지 유형으로 나눌 수 있다.⁷⁴⁾ 하나는 기존의 혐의에서 벗어나기 위한 참여의 경우이다. 어느 마을에 상호불신 분위기가 만연하고 이러한 불신이 친밀한 영역에까지 미치는 지경에 이른 경우 마을 사람들이 만연된 기존의 혐의에서 벗어나기 위하여 자진하여 테스트에 응할 수 있다. 이는 자신에게 향해진 사회적 압박에서 벗어나기 위한 순수한 주관적 욕구로서 자유로운 선택의 표현이다. 이런 경우는 동의를 자의성을 말할 수 있다. 다른 하나는 범죄수사에 협조하기 위한 참여의 경우이다. 마을 사람들이 범죄수사에 협조해야 할 필요성을 느껴 이타적으로 사회적 행위를 통일한 것이다. 이러한 경우라면 아무런 문제 없이 동의를 자발성을 말할 수 있다.

그러나 수사기관의 입장에서는 이러한 사인 주도의 자발적 집단테스트는 DNA 집단테스트를 대체할 수 없을 것이다. 왜냐하면 수사기관은 DNA 집단테스트의 실행과 범위에 아무런 영향을 미칠 수 없기 때문이다.⁷⁵⁾

다. 소결론

동시에 의한 DNA 집단테스트는 현재의 법적 상황에 의하면 허용되지 않는다. 다만 사인 주도의 자발적 집단테스트는 국가 주도의 DNA 집단테스트와 달리 허용된다.

72) Hombert, 주51의 책, 168면 이하.

73) Satzger, 앞의 논문, 649면.

74) Hombert, 앞의 책, 162면 이하.

75) Satzger, 앞의 논문, 649면.

IV. DNA 집단테스트 입법론

1. DNA 집단테스트 규정 도입의 필요성과 신설 규정의 지향 목표

지금까지 살펴본 바와 같이 DNA 집단테스트에 대한 해석론상 강제적인 DNA 집단테스트뿐만 아니라 동의에 의한 DNA 집단테스트 또한 허용되지 않는다면, 입법론적으로 이에 대한 새로운 규정을 마련할 필요가 있는지 문제된다.

생명이나 신체적 완전성 또는 성적 자기결정권 등을 침해하는 중대한 범죄에 대한 투쟁수단으로서 DNA 집단테스트가 그동안 보여준 수사학적 성과와 일반인의 의식 속에 넓게 자리잡은 그러한 집단테스트에 대한 동참 의지 등에 비추어 볼 때, 그러한 법규정에 대한 현실적 필요성은 진정 의심하기 어려울 것이다.⁷⁶⁾ 게다가 우리 실무에서는 법적 근거도 없는 상태에서 주먹구구식으로 DNA 집단테스트를 실행해 온 결과, 관련 대상자들의 정보적 자기결정권과 관련하여 많은 문제점이 발생하고 있다. 이 또한 DNA 집단테스트에 대한 신설 규정이 시급한 이유이다. 그러나 앞서 살펴보았듯이 DNA 집단테스트는 범죄혐의와 관련 없는 대상자 그룹을 마치 피의자처럼 취급하고 있으며, 자의적인 동의 또한 현재의 법적 상황에 의하면 허용되지 않는다는 점을 고려할 때, DNA 집단테스트에 관한 규정을 신설하는 것은 이질적인 경찰법적 요소를 형사소송법에 이식시켜 자칫 우리 형사소송법 체계 전체를 망쳐놓을 수도 있을 것이다.

기본적으로 DNA 집단테스트를 이용한 수사를 허용할 것인지, 허용한다면 어떠한 범위까지 허용할 것인지 그리고 어떠한 방식으로 통제할 것인지 여부는 본질적으로 사회정책적 물음이다. 이는 우리가 앞으로 어떠한 형사소추의 문화를 지향할 것인지와 관련되어 있다.⁷⁷⁾ 여기에서 형사소추의 효율성을 높이기 위하여 어느 정도로 자유의 상실을 감수할 준비가 되어 있는지 그리고 범죄투쟁이라는 목적을 달성하기 위하여 어느 정도로 수사기관과 시민 사이에 연대성을 요구해야 할 것인지 결정해야 한다.⁷⁸⁾

현재의 법적 상황에 비추어 보면 신설되는 DNA 집단테스트 규정은 다음과 같은 목

76) Graal-Schreerer, 주52의 논문, 299면.

77) Kerner/Trüg, 주53의 논문, 474면; Satzger, 앞의 논문, 649면.

78) Satzger, 앞의 논문, 649면.

표를 지향해야 할 것이다. 첫째는 과학기술의 발전에 따라 가능하게 된 새로운 수사기법을 활용해 형사절차에서 효율적인 형사소추를 추구해야 한다. 설사 범죄에 대한 공포가 정치와 대중매체에 의해 과대 평가된다고 할지라도 범죄에 대한 시민의 우려는 분명 존재하며, 국가는 이에 대해 적절하게 대응해야 한다.⁷⁹⁾ 둘째는 DNA 집단테스트 규정 도입으로 인하여 발생하는 관련 대상자들의 기본권 침해를 최소화하는 보호장치(safeguard)를 마련해야 한다. 안전에 대한 욕구가 강하면 강할수록 자유의 토대는 무너지기 마련이다. 이러한 의미에서 DNA 집단테스트의 전제조건에 대해 높은 장벽을 세우고 관련 대상자들의 정보보호를 위해 만전을 기해야 한다. 셋째는 실무에서 나타나는 법적 불안정을 해소시켜야 한다. 그리하여 법 제정 이전부터 지적되어 온 실무적 폐단을 제거하는 규정을 마련해야 한다. 이러한 목표를 염두에 두고 이하에서는 독일 형사소송법 제81h조를 참조하여, DNA 집단테스트에 관한 규정을 어떻게 구성할 것인지 제안해 보고자 한다.

2. DNA 집단테스트의 실제적 전제조건

가. 목적 제한

DNA 집단테스트는 오로지 관련 대상자들의 유전자형이 범죄현장에서 발견되거나 피해자에게서 보전된 흔적물질의 유전자형과 일치하는지 확인하기 위한 것이다. 그리하여 DNA 집단테스트의 목적은 여기로 한정되어야 한다. 이는 비례성 원칙의 요청이다. 왜냐하면 비례성 원칙에 의하면 범죄혐의와 관련 없는 관련 대상자들에 대한 강제조치는 범죄수사를 위하여 필연적으로 요구되는 바로 제한되어야 하기 때문이다.⁸⁰⁾ 그러한 한에서 앞서 소개한 제주 서귀포 10대 미성년자 성폭행사건에서 관련 대상자들의 유전자형을 구축 중인 범죄현장 등 DNA DB에 수록된 유전자형과 대조하는 실무 관행은 명백히 잘못된 것이다.⁸¹⁾ 왜냐하면 이는 수사 중인 범죄사건 이외에 다른 범죄를 확인하는 별건 수사이기 때문이다.

79) 조성용, 주12의 논문, 136면 이하.

80) Graal-Schreerer, 앞의 논문, 300면.

81) 한면수, 주12의 논문, 34면.

그에 반하여 2017년 개정된 독일 형사소송법 제81h조 제1항 제3문은 이른바 ‘부분 일치자’(Beinahetreffer)의 유전자형을 범죄수사에서 계속 활용할 수 있도록 DNA 집단테스트의 목적을 기존보다 확장하였다.⁸²⁾ 그리하여 흔적물질의 유전자형이 부분 일치자의 직계친족 또는 3촌 이내의 방계혈족의 유전자형과 일치하는지 확인하기 위해서도 DNA 집단테스트를 실행할 수 있게 되었다. 물론 범죄수사를 위하여 부분 일치자의 유전자형을 계속 활용해야 할 실무적 필요성은 진정 의심할 수 없을 것이다. 다만 DNA 집단테스트의 목적을 이와 같이 확장하기 위해서는 별도의 상세한 논의가 필요할 뿐만 아니라 그러한 논의는 일단 DNA 집단테스트 규정이 도입되고 난 이후에 더욱 의미가 있을 것이므로, 이 글에서는 다루지 않도록 한다.

나. 특정범죄군

DNA 집단테스트는 무엇보다 생명, 신체적 완전성, 성적 자기결정권 또는 개인의 자유를 침해하는 중대범죄를 수사하기 위해서만 고려된다. 명확성의 원칙을 고려할 때 DNA 집단테스트의 대상범죄는 불확정 법개념(예컨대 독일 형사소송법 제81g조 제1항의 ‘현저한 의미의 범죄’)을 사용하기보다는 형법 및 특별형법에 규정되어 있는 범죄유형을 열거하는 방식이 더 바람직할 것으로 보인다.⁸³⁾ 거기에 따라 DNA 집단테스트의 특정범죄군을 예시하면 다음과 같다.

- 형법 제24장 살인의 죄 중 제250조 내지 제253조
- 형법 제32장 강간과 추행의 죄 중 제297조 내지 제299조, 제301조 내지 제303조 및 제305조
- 형법 제25장 상해와 폭행의 죄 중 제258조 내지 제259조
- 형법 제38장 절도와 강도의 죄 중 제336조 내지 제340조
- 형법 제13장 방화와 실화의 죄 중 제164조
- 성폭력의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제5조 내지 제8조, 제8조의 2, 제9조

82) 이에 대해 자세히는 김성룡, 주13의 논문, 298면 이하; 신상현, 주13의 논문, 23면 이하; 허황, 주13의 논문, 215면 이하.

83) 조성용, 주12의 논문, 138면.

내지 제11조

- 청소년의 성보호에 관한 법률 제10조
- 군형법 제53조, 제59조, 제83조 및 제84조

다. 일정한 혐의표지

DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 수사기관이 설정한 ‘범인과 일치할 것으로 추정되는’ 일정한 혐의표지를 충족한 자로 국한된다. 그리하여 일정한 혐의표지는 관련 대상자의 인적 범주를 제한하는 중요한 기준이 된다. 수사기관이 일정한 혐의표지를 설정하는 과정은 대개 다음과 같다. 우선 수사기관은 특정한 사실을 근거로 범인에 대한 단서를 최대한 확보한다. 이때 특정한 사실은 구체적인 수사 결과에서 나온 것이다. 예컨대 범행장소에서 발견된 증거물, 증인의 목격담, 사체 해부 소견, 피해자의 진술, 특별한 행위상황 등 말이다.⁸⁴⁾ 이를 통해 충분한 단서가 확보되면 수사기관은 범죄자 프로파일러의 도움을 얻어 일정한 혐의표지를 설정한다. 그러한 혐의표지는 가령 성, 나이, 특정한 지역, 특정한 차량의 운전자, 특정한 유니폼 착용자, 특정한 기업의 직원, 머리카락 및 눈의 색깔, 대머리, 사투리 말투 등일 수 있다.⁸⁵⁾

이해를 돕기 위해 앞서 소개했던 Christina Nytsch 강간살해 사건을 예로 들어 이러한 과정을 설명해 보고자 한다.⁸⁶⁾ 범인은 시신과 범행도구를 길에서 몇 미터 떨어지지 않은 곳에 나뭇가지로 덮여 놓았다는 사실이 밝혀졌다. 이로부터 범인은 통제되지 아니한 자로서 심한 스트레스에 놓여있다고 추정하였다. 그는 범행도구로 조그만 칼을 사용하였고, 범죄 장소 주변을 방황하였으며, 작은 소녀를 급습하였다는 사실로부터 수사기관은 범인은 책임을 떠맡을 처지에 있지 않다고 추정하였다. 범인은 피해자를 교살한 후 배와 가슴을 17차례에 걸쳐 찢었다. 마치 범행을 미친 자의 소행으로 위장하기 위한 것이었다. 거기로부터 그리고 피해자에게서 발견된 정액의 유전자형과 2년 전 범행장소 주변 지역에서 발견해 보관 중인 정액의 유전자형이 일치한다는 사실로부터 범인은 범행장소 근처에 주거하고 있다고 추정하였다. 게다가 범인은 범행장소를 잘 알고 있는 자로

84) Graal-Schreerer, 주52의 논문, 300면.

85) KK-StPO/Senge, 6. Aufl., 2008, S. 411.

86) Hombert, 주51의 책, 170면 이하.

추정하였다. 왜냐하면 범인은 오로지 내부인만이 알 수 있는 외진 길을 사용하였기 때문이다. 범인이 거주하는 장소는 마을 주민들의 진술에 힘입어 범죄장소 주변 20~25 킬로미터 내로 좁힐 수 있었다. 마지막으로 피해자의 집에서 나온 정액의 활동성이 왕성하다는 사실로부터 18세에서 30세가량의 남자로 추정하였다. 그리하여 수사기관은 이러한 사실들을 토대로 혐의표지를 범죄현장에서 25 킬로미터 내 주변에 살고 있는 18세에서 30세까지의 남자로 설정하였다.

그러나 수사기관이 수사 결과를 토대로 일정한 혐의표지를 설정했다고 하더라도 아직 그것만으로는 DNA 집단테스트를 실행하기에 충분하지 않다. 오히려 관건은 그러한 혐의표지를 통해 관련 대상자의 인적 범주가 충분히 좁혀졌는가에 있다. 그리하여 수사의 성공 가능성을 높이기 위해서는 무엇보다 관련 대상자의 인적 범주를 최대한 좁힐 수 있는 혐의표지를 선택해야 한다.⁸⁷⁾ 또한 선택한 혐의표지가 많을수록 성공 가능성도 그만큼 높아진다.⁸⁸⁾ 예컨대 남자, 18세에서 30세, 범죄현장에서 25 킬로미터 내 주거라는 혐의표지보다는 남자, 키 170~175 센티미터, 25세에서 35세, 범죄장소 인근 마을 거주자, 화물차 번호판을 부착한 트럭 운전사라는 혐의표지가 더 성공 가능성이 높다. 왜냐하면 전자의 경우 혐의표지를 충족한 관련 대상자들은 18,000명이었던 반면, 후자의 경우는 286명으로 좁혀졌기 때문이다. 마찬가지로 소방서 축제 사건도 성공적인 케이스이다.⁸⁹⁾ 축제에 참가한 138명의 남자는 특정한 시간에 피해자와 같은 장소에 함께 있었다. 아마도 피해자와 얘기를 주고 받았거나 다른 식으로 접촉했을 것이다. 그들의 숫자는 확정되었고 다른 자의 추가 진입은 배제되었다.

나아가 범인이 혐의표지를 충족한 관련 대상자 그룹에 속해 있을 개연성이 높으면 수사의 성공 가능성도 그만큼 높아진다.⁹⁰⁾ 그리하여 앞서 소개한 포르샤 운전자 사건에서 포르샤 소유자를 혐의표지로 설정한 것은 잘못된 선택이다. 왜냐하면 범인이 반드시 포르샤 소유자는 아니기 때문이다. 즉, 포르샤 소유자의 가족이나 친구도 포르샤를 운전할 수 있다는 점을 간과한 것이다. 예컨대 어느 도시 남성 주민 전체라는 혐의표지도 마찬가지로 마땅하다. 물론 그러한 표지는 관련 대상자의 인적 범주를 어느 정도 좁히는데 기여할 수

87) Hombert, 앞의 책, 85면 이하; Saliger, 주69의 논문, 195면.

88) Saliger, 앞의 논문, 195면.

89) Busch, Zur Zulässigkeit molekulargenetischer Reihenuntersuchungen, NJW 2001, S. 1337.

90) Hombert, 앞의 책, 86면 이하.

있으나, 앞서 언급한 축제 참여자의 경우와는 달리 - 외부인의 출입이 자유로운 공간이므로 - 관련 대상자의 인적 범주가 유동성에 의하여 항시적으로 변경될 수 있다는 점을 고려하지 못한 것이다.⁹¹⁾

이상과 같이 살펴볼 때, 수사기관이 설정한 일정한 혐의표지는 실제로 DNA 집단테스트를 실행하기에 충분하지 않은 경우가 많다. 그리하여 이와 관련된 규정을 마련하더라도 법관은 영장을 발부하기 전에 수사기관이 설정한 일정한 혐의표지가 관련 대상자의 인적 범주를 충분히 좁힐 수 있는지 심사해 보아야 한다.

라. 보충성 및 비례성의 원칙

DNA 집단테스트는 기본적으로 표준적인 수사기법이어서는 안 된다. 이 점을 분명히 하기 위하여 DNA 집단테스트는 다른 모든 수사가 현저히 성공을 보장할 수 없거나 본질적으로 어렵게 된 경우에만 실행된다고 규정해야 한다. 이와 같은 보충성 조항을 둬으로써 범죄혐의와 관련 없는 자에 대한 강제조치가 수사상의 편의에 따라 남발되는 것을 방지하고, DNA 집단테스트가 최후수단으로서만 실행될 수 있도록 보장할 수 있을 것이다. 물론 실무에서는 재정적, 행정적, 인력상의 비용으로 인하여 DNA 집단테스트는 실제로 드물게 실행된다고 하지만,⁹²⁾ 효율적인 형사소추를 사명으로 하는 수사기관의 속성을 고려하면 우리 실무상 이러한 보충성 조항은 나름대로 의미가 있을 것이다.

또한 DNA 집단테스트는 특히 관련 대상자들의 수에 비추어 범죄행위의 중대성과 비례관계에서 벗어나서는 안 된다. 이는 비례성 원칙의 요청이다. 그러한 의미에서 앞서 소개한 대전 은행 강도살인 사건과 Christina Nytsch 강간살해 사건에 대해서는 비례성의 관점에서 의문이 제기된다. 전자의 경우 DNA 집단테스트의 관련 대상자들이 1만 5천 명이 넘었고, 후자의 경우는 1만 8천 명 정도 되었다. 설사 강도살인이나 강간살인과 같은 중범죄에 대한 수사라고 할지라도, DNA 집단테스트의 관련 대상자들의 수가 1만 명을 넘었다는 것은 수사기관이 설정한 일정한 혐의표지가 관련 대상자의 인적 범주를 충분히 좁히는데 그다지 기여하지 못했다고 볼 여지가 있다.

물론 DNA 집단테스트의 관련 대상자들의 수가 몇 명 이상이 되어야 비례성의 원칙

91) Busch, 앞의 논문, 1337면.

92) MüKo-StPO/Trück, 1. Aufl., 2014, §81h, Rn. 7.

에 반하는지는 오픈되어 있다. 독일 문헌에서는 대략 1만 이상이면 비례성의 원칙에 반한다는 견해가 일부 존재한다.⁹³⁾ 반면 다수의 견해는 개별적인 사안에 따라 고려해야 할 상황이 달라질 수 있다는 이유에서 반대한다.⁹⁴⁾ 생각컨대 DNA 집단테스트는 기본적으로 개별 사안에 따라 고려해야 할 상황이 달라질 수 있다는 점에서, DNA 집단테스트의 관련 대상자들의 수를 몇 명부터 몇 명까지로 명시하는 것은 바람직하지 않다고 본다. DNA 집단테스트의 규모가 비례성 원칙에 반하는지 여부는 궁극적으로 법관이 판단해야 할 몫이다. 관련 대상자들이 극소수(예컨대 10명 이하)라면 구태여 DNA 집단테스트를 실행할 필요가 없을 것이다. 왜냐하면 수사기관은 그들을 대상으로 계속 수사하여 범죄혐의가 인정되는 자를 피의자로 보고 형사소송법 제140조 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제1항에 따라 디엔에이감식에 필요한 디엔에이감식시료를 채취할 수 있기 때문이다. 다만 DNA 집단테스트는 앞서 살펴본 바와 같이 범죄혐의와 관련 없는 자에 대한 강제조치로서 엄격한 해석이 요구된다는 점에 비추어 볼 때, 1만 명이라는 수치상의 제한은 대략적인 지향점으로 수용할 수 있다고 본다.

마. 서면 동의

DNA 집단테스트는 관련 대상자들의 서면 동의에 의해서만 허용된다. 앞서 살펴보았듯이 강제적인 DNA 집단테스트는 허용되지 않기 때문에, DNA 집단테스트를 실행하기 위해서는 관련 대상자들의 서면 동의가 필수적이다. 비록 동의의 자의성은 현재의 법적 상황에서는 인정되기 어렵지만 말이다. 서면 동의서는 DNA 집단테스트는 관련 대상자들의 사전 동의에 의해서만 실행될 수 있으며, 이때 동의는 서면으로 공증된다는 점을 보장한다.⁹⁵⁾ 대개 이러한 서면 동의서는 관련 법률이 정한 양식에 따른다. 그러나 현재 우리나라에는 DNA 집단테스트에 관한 법률이 없기 때문에, 실무에서는 생명윤리법⁹⁶⁾이나 실종아동법⁹⁷⁾의 동의서를 사용하거나 기타 임의의 채취동의서를 사용하고 있는 실정이다.⁹⁸⁾ DNA 집단테스트에 관한 법률이 제정되기 전까지는 차라리 잠정적으로나마

93) Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 62. Aufl., §81h, Rn. 5.

94) BeckOK-StPO/Goers, 35. Edition, §81h, Rn. 5.

95) Saliger, 주69의 논문, 197면.

96) 생명윤리 및 안전에 관한 법률, 동 시행령 및 동 시행규칙 참조.

97) 실종아동등의 보호 및 지원에 관한 법률, 동 시행령 및 동 시행규칙 참조.

『디엔에이법』에서 정한 디엔에이감식시료 채취동의서를 사용하는 편이 나올 것이다.

서면 동의가 유효하기 위해서는 동의능력 이외에 DNA 집단테스트로부터 나오는 가능한 법적 귀결에 대한 포괄적인 고지를 전제로 한다. 이것은 관련 대상자들이 동의하기 전에 DNA 집단테스트의 목적, 유전자형의 자동 대조 및 결과의 사용 가능성 등을 신중하게 평가할 수 있도록 보장해 준다는 점에서 특별한 의미를 지닌다.⁹⁹⁾ 그러나 위에서 언급한 바와 같이 현재 DNA 집단테스트에 합당한 채취동의서는 존재하지 않기 때문에, 실무에서는 다른 법에서 정한 채취동의서에 따라 필수적인 고지사항은 생략한 채 피상적인 내용만 고지하고 동의를 받고 있다. 예를 들면 다음과 같다. “채취동의서 내용: 1. 저는 시료를 채취하는 이유, 채취할 시료의 종류, 채취하는 방법에 관하여 고지를 받았습니니다. 1. 저는 시료채취에 응하지 않을 수 있음을 고지받았습니다. 1. 저는 시료 채취에 동의합니다/동의하지 않습니다(부동의 사유: ?)”¹⁰⁰⁾ 이제 이러한 잘못된 실무 관행은 사라져야만 한다. 그러한 의미에서 DNA 집단테스트의 관련 대상자들에게 고지해야 할 사항을 다음과 같이 제시하고자 한다.

- 관련 대상자들에게서 감식시료를 채취한다는 점
- 유전자형을 확인하기 위하여 채취된 감식시료에 대해 디엔에이감식을 한다는 점
- 확인된 유전자형을 범죄현장에서 발견되거나 피해자에게서 보전된 흔적물질의 유전자형과 컴퓨터를 통해 자동으로 대조한다는 점
- 이러한 조치들은 오로지 관련 대상자들의 서면 동의를 받아야만 실행될 수 있다는 점
- 관련 대상자들이 동의하지 않는다고 하더라도 그러한 거부행위 자체로 인해 범죄혐의와 관련하여 불이익을 받지 않는다는 점
- 채취한 감식시료는 유전자형의 수집목적을 위해서만 사용되고 이를 위해 더 이상 필요하지 않게 되면 지체없이 폐기된다는 점
- 확인된 유전자형은 흔적물질의 유전자형과 대조 결과 일치 판정을 받지 않는 한 지체없이 삭제된다는 점
- 확인된 유전자형은 『디엔에이법』상의 DNA DB에 저장되지 않는다는 점

98) 한면수, 주12의 논문, 44면.

99) Meyer-Goßner/Schmitt, 앞의 책, 옆면 번호 14.

100) 한면수, 앞의 논문, 48면, 각주 49.

3. DNA 집단테스트의 형식적 전제조건

가. 절대적 법관유보

DNA 집단테스트를 실행하려면 관련 대상자들의 서면 동의 이외에 법관의 영장을 필요로 한다. 일반적으로 강제조치의 관련 대상자가 서면 동의하면 법관의 영장은 필요하지 않다. 그리하여 『디엔에이법』 제8조 제3항은 채취대상자가 동의하는 경우에는 영장 없이 디엔에이감식시료를 채취할 수 있다고 규정하고 있다. 관련 대상자들의 서면 동의에도 불구하고 법관유보를 요구하는 것은 우리 형사소송법에서 선례를 찾아보기 힘들다.

그럼에도 불구하고 법관의 영장을 추가적으로 요구하는 이유는 자명하다. 앞서 살펴 보았듯이, DNA 집단테스트의 관련 대상자들의 자의적인 동기가 사실상 배제되기 때문이다. 물론 국가 주도의 DNA 집단테스트의 경우에도 관련 대상자들의 참여 동기가 순수한 사회적 압박이나 진정한 이타적 행위 등에서 비롯된 것일 수 있다고 반박할 수는 있을 것이다. 특히 조그만 시골 마을의 주민들이 관련 대상자들인 경우에는 지역의 특성상 도시 거주자들에 비해 그러한 동기로 DNA 집단테스트에 참여할 가능성이 더 높을 수 있을 것이다. 그러나 DNA 집단테스트의 규모가 커질수록 이러한 동기에 의한 참여는 현저히 감소할 것이다. 왜냐하면 수사기관이 관련 대상자들에게 DNA 집단테스트에 참여할 것을 요구하는 것 자체가 많은 경우 관련 대상자들에게 그 어떠한 압력으로 작용하고 그 결과 사실상 강제조치의 범주에 근접할 수 있기 때문이다.¹⁰¹⁾ 즉, 관련 대상자들의 자발적 동의를 전제로 이루어지는 DNA 집단테스트가 실제로는 임의수사가 아닌 강제수사로 비추어질 수 있다는 말이다. 더군다나 현행법상 DNA 집단테스트의 법적 근거가 없는 상황에서 국가 주도의 DNA 집단테스트에서 일부 관련 대상자들의 참여 동기가 순수한 사회적 압박이나 이타적 행위 등에서 비롯된 것일 수 있다는 이유만으로 일괄적으로 관련 대상자들의 동의를 자의적인 것으로 간주한다면, 이는 법적 근거없는 DNA 테스트를 우회적으로 정당화시키는 통로로 작용할 수 있다.

나아가 절대적 법관유보는 DNA 집단테스트의 실체적 전제조건인 확인은 법관의 통제하에 놓여있다는 점을 보장한다. 그리하여 절대적 법관유보는 DNA 집단테스트의 예

101) Saliger, 앞의 논문, 194면.

외적 성격 내지 최후수단성의 보장에 기여한다.¹⁰²⁾

법관(지방법원 판사)은 영장을 발부하기 전에 수사기관이 설정한 일정한 혐의표지가 관련 대상자의 인적 범주를 충분히 좁히는지 심사하고, 그 근거를 제시하여야 한다. 나아가 일정한 혐의표지를 충족한 관련 대상자들을 특정해야 한다. 이때 관련 대상자들의 사전 청문은 필요하지 않다. 왜냐하면 법관이 영장을 심사하는 시점에는 단지 수사기관이 설정한 일정한 혐의표지만 기재되어 있을 뿐, DNA 집단테스트가 실행될 관련 대상자들의 이름까지 표기되지는 않기 때문이다.¹⁰³⁾ 이 점에서 관련 대상자들의 사전 청문을 허용하는 『디엔에이법』 제8조 제4항 및 제5항과 구별된다.

나. 항고와 상고

DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 지방법원 판사의 영장 발부에 대하여 항고할 수 없다. 왜냐하면 그들은 DNA 집단테스트의 실행에 대해 이미 서면 동의하였기 때문이다. 반면 검사는 형사소송법 제402조에 따라 항고할 수 있다. 또한 관련 대상자들은 수사기관이 설정한 일정한 혐의표지에 대한 법관의 근거제시가 불충분하다는 이유로 상고할 수 없다.¹⁰⁴⁾ 그러나 수사기관의 불충분한 고지로 인해 동기가 무효라는 이유로는 상고할 수 있다. 법원의 판결이 디엔에이감식 결과를 토대로 해서 나온 것이라면 말이다.

4. 정보보호 조치

DNA 집단테스트의 관련 대상자들의 정보적 자기결정권을 보호하기 위하여 마련해야 할 정보보호 조치는 다음과 같다.

우선 DNA 집단테스트를 실행하기 위하여 채취한 감식시료는 오로지 관련 대상자들의 유전자형이 범죄현장에서 발견되거나 피해자에게서 보전된 흔적물질의 유전자형과 일치하는지 확인하기 위해서만 사용하고, 이를 위해 더 이상 필요하지 않게 되면 지체없이 폐기하여야 한다. 그러나 우리 실무에서는 이러한 규정이 마련되어 있지 않아서, “통

102) Saliger, 앞의 논문, 197면.

103) Saliger, 앞의 논문, 196면.

104) KK-StPO/Senge, 주85의 책, 412면.

상적으로 국과수의 경우 감정기일(15일)동안 시료를 보관하고 있다가 반환 요구가 없으면 시료를 폐기하는” 실정이다.¹⁰⁵⁾

또한 디엔에이감식을 통해 확인한 관련 대상자들의 유전자형은 흔적물질의 유전자형과 대조 결과 일치 판정을 받지 않는 한, 지체없이 삭제하여야 한다. 검사는 삭제 과정을 지휘 감독하고 그 결과를 조서로 남겨야 한다. 그러나 우리 실무에서는 국과수의 경우 불일치 판정을 받은 관련 대상자들의 유전자형을 즉각 삭제하지 아니하고 “단지 시험한 근거로 남기는 수준에서 보관하고 있는” 실정이다.¹⁰⁶⁾

나아가 디엔에이감식을 통해 확인한 유전자형은 『디엔에이법』상의 DNA DB에 저장해서는 안 된다. 그에 반해 디엔에이감식 결과 일치 판정을 받은 관련 대상자의 유전자형은 『디엔에이법』 제5조 및 제6조의 요건을 충족한 경우에는 DNA DB에 저장할 수 있을 것이다.

V. 결론

DNA 집단테스트는 현행 형사소송법 해석상 허용되지 않는다. 우선 DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 형사소송법 제140조 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제1항의 의미에서 피의자가 아니다. 그리하여 형사소송법 제140조 및 제219조 그리고 제221조의 4조 및 제173조 제1항은 DNA 대중테스트의 법적 근거가 아니다. 또한 DNA 집단테스트의 관련 대상자들은 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조 그리고 221조의 4조 및 제173조 제5항의 의미에서 피의자 아닌 자가 아니다. 그리하여 형사소송법 제141조 제2항 및 제219조 그리고 221조의 4조 및 제173조 제5항은 DNA 대중테스트의 법적 근거가 아니다. 요컨대 우리나라 현행법상 DNA 대중테스트의 법적 근거는 없다. 나아가 동의에 의한 DNA 집단테스트 또한 현재의 법적 상황에 의하면 허용되지 않는다. 다만 사인 주도의 자발적 집단테스트는 국가 주도의 DNA 집단테스트와 달리 허용된다.

105) 한면수, 앞의 논문, 43면.

106) 한면수, 앞의 논문, 43면.

입법론적으로 DNA 집단테스트를 이용한 수사를 허용할 것인지, 허용한다면 어떠한 범위까지 허용할 것인지 그리고 어떠한 방식으로 통제할 것인지 여부는 본질적으로 사회정책적 물음이다. 여기에서 형사소추의 효율성을 높이기 위하여 어느 정도로 자유의 상실을 감수할 준비가 되어 있는지 그리고 범죄투쟁이라는 목적을 달성하기 위하여 어느 정도로 수사기관과 시민 사이에 연대성을 요구해야 할 것인지 결정해야 한다.

현재의 법적 상황에 비추어 보면 신설되는 DNA 집단테스트 규정은 다음과 같은 목표를 지향해야 할 것이다. 첫째는 과학기술의 발전에 따라 가능하게 된 새로운 수사기법을 활용해 형사절차에서 효율적인 형사소추를 추구해야 한다. 둘째는 DNA 집단테스트 규정 도입으로 인하여 발생하는 관련 대상자들의 기본권 침해를 최소화하는 보호장치를 마련해야 한다. 이러한 의미에서 DNA 집단테스트의 전제조건에 대해 높은 장벽을 세우고 관련 대상자들의 정보보호를 위해 만전을 기해야 한다. 셋째는 실무에서 나타나는 법적 불안정을 해소시켜야 한다.

다른 선진국에서는 DNA 집단테스트가 지니는 법적 그리고 사실적 문제점에 대해 이미 오래전부터 논의가 시작되었고 이에 대한 법적 근거까지 마련하였다는 점을 상기할 때, 우리나라에서 DNA 집단테스트에 관한 논의는 아직 초보 단계이고 시기적으로도 너무 늦은 감이 있다. 앞으로 이에 대한 심도 있는 논의를 기대해 본다.

참고문헌

〈국내문헌〉

- 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1983
- 김성룡, DNA 집단검사, 가족 디엔에이 탐색과 디엔에이 표현형 검사의 적법성과 필요성, 『IT와 법연구』제8집, 2014
- 김형준, 형사절차상 혈액·노의 강제채취와 그 한계, 형사법연구, 1996
- 손기식, 음주측정불응죄에 관한 약간의 고찰, 법조, 1995/10
- 신상현, 독일 형사소송법상 DNA 집단검사 규정의 도입 필요성에 대한 검토, 과학기술법연구, 제25집 제1호, 한남대 과학기술법 연구원, 2019
- 신치재, AIDS에 대한 형사법적 법리와 그 대책, 형사정책, 제7호, 1995
- 심희기, 과학적 수사방법과 그 한계, 한국형사정책연구원, 1994
- 이상용, 범죄수사목적의 유전자정보은행 설립에 대한 비판적 검토, 형사정책연구, 제15권 제3호, 2004/가을호
- 이재상, 강제채혈과 강제채뇨, 고시계, 1998/8
- 조균석, 과학수사와 영장의 요부, 검찰 93호, 1986
- 조성용, 형사소송법상 DNA지문감식의 허용과 한계, 형사정책연구, 제15권 제2호, 2004/여름호
- 조성용, DNA지문감식과 피해자의 권리보호, 비교형사법연구, 제6권 제1호, 2004
- 조성용, 일반대중에 대한 유전자감식테스트의 법적 허용성, 저스티스, 통권 제107호, 한국법학원, 2008
- 조성용, 『디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률』 시행 10년에 대한 평가와 제언, 형사정책연구, 제32권 제1호, 2021
- 한면수, DNA 대량검색의 유용성 및 문제점 고찰, 경찰학연구, 제15권 제2호, 2015
- 허황, 독일 형사소송법상 DNA 검사, 비교형사법연구, 제22권 제1호, 2020

〈외국문헌〉

- Arzt, Begründung der Beschuldigten-Eigenschaft, Kriminalistik, 1970

- Bannenberg, Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens, München, 2001
- Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, Graf, Jürgen Peter(Hrsg.), 35. Edition
- Beulke, Strafprozessrecht, 5. Aufl., Heidelberg, 2001
- Busch, Zur Zulässigkeit molekulargenetischer Reihenuntersuchungen, NJW 2001
- Dix, Das genetische Personenkenneichen, DuD 1989
- Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 3. Aufl., München, 1999
- Graalman-Schreerer, DNA-Massentest de lege lata und de lege ferenda, NStZ 2004
- Grünwald, Beweisrecht der Strafprozessordnung, Baden-Baden, 1993
- Hombert, Der freiwillige genetische Massentest, Cuvillier Verlag, Göttingen 2003
- Hother, Die DNA-Analyse, Diss. Gießen, 1995
- Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, Hannich, Rolf(Hrsg), 6. Aufl., München, 2008
- Keller, Die Genomanalyse im Strafverfahren, NJW 1989
- Kerner/Trüg, DNA-Massentests zwischen Verbrechensbekämpfung und Rechtsstaatlichkeit, FS für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 2004
- Klumpe, Der genetische Fingerabdruck im Strafverfahren, Freiburg im Breisgau 1993
- Koriath, Ist das DNA-Fingerprinting ein legitimes Beweismittel?, JA 1993
- Kühne, Strafprozessrecht, 5. Aufl., 1999
- Lührs, Genomanalyse im Strafverfahren, MDR 1992
- Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 62. Aufl., 2019
- Münchener Kommentar zur StPO, Kudlich, Hans u.a.(Hrsg.), München, 2014
- Neuser, Rechtsfragen der DNA-Analyse zum Zwecke der DNA Identitätsfeststellungen in künftigen Strafverfahren, Nomos 2006
- Oberwetter, Die DNA-Analyse als medizinisch kriminalistischer

- Sachverständigenbeweis, Hamburg, 1997
- Peter, Strafprozess, 4 Aufl., Heidelberg, 1985
- Rademacher, Die Zulässigkeit genetischer Analysemethoden im Strafverfahren, Diss. Frankfurt a.M., 1992
- Ritter, Genomanalyse und Strafverfolgung, Diss. Tübingen, 1997
- Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sie selbst, Berlin, New York 1977
- Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., München, 1998
- Saliger, Der Massengentest nach §81h StPO, JuS 2008
- Satzger, DNA-Massentests - kriminalistische Wunderwaffe oder ungesetzliche Ermittlungsmethode?, JZ 2001
- Sauter, DNA-Massentests im Strafverfahren, Polizeiwissenschaftliche Analysen Band 3, 2003
- Schulz, Normiertes Misstrauen, Der Verdacht im Strafverfahren, Frankfurt a.M., 2001
- Sternberg-Lieben, Genetischer Fingerabdruck und §81a StPO, NJW 1987
- Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum GVG und EMRK, Hans-Joachim Rudolphi(Hrsg.), Köln, 1995
- Wagner, Das genetische Fingerabdruckverfahren als Hilfsmittel bei der Verbrechensbekämpfung. Diss. Tübingen, 1993
- Wüsteney, Rechtliche Zulässigkeit sogenannter DNA Massentests zur Ermittlung des Täters einer Straftat, Peter Lang, 2003

Rechtliche Zulässigkeit der DNA-Massentests zur Ermittlung des Täters einer Straftat

Cho, Sung-Yong*

Schreckliche und aufsehenerregende Verbrechen, wie zuletzt der Sexualmord an einem Mädchen, rufen in der Bevölkerung wie in der Politik den verständlichen Wunsch nach einer schnellen und effektiven Ermittlung des Täters hervor. In den Vordergrund tritt dabei immer häufiger die Forderung nach DNA-Massentests, mittels derer die genetischen Fingerabdrücke einer Vielzahl von Personen gewonnen und anschließend mit dem Analyseergebnis des am Tatort aufgefundenen Spurenmaterials des mutmaßlichen Täters verglichen werden sollen. Derartige Massentests sind an und für sich nichts Neues. Vielmehr haben sie sich zu einem Standardverfahren kriminalistischer Ermittlungen entwickelt.

Wenn nun aber alle Betroffenen angeblich “freiwillig” an den DNA-Massentests teilnehmen, können dann überhaupt ernsthafte Zweifel an der Zulässigkeit dieser Ermittlungsmaßnahme auftreten? Wenn ein Betroffener die Teilnahme an den freiwilligen Massentests verweigert, darf die Polizei zwangsweise ihm Blutproben entnehmen und genetische Fingerabdrücke erstellen, um diese mit den Tatortspuren zu vergleichen? Und unter welchen Voraussetzungen? Obgleich DNA-Massentests mittlerweile schon zum Standardrepertoire strafprozessualer Aufklärungsmaßnahmen in schwierigen Fällen zu gehören scheinen, wurde die Frage ihrer Zulässigkeit bisher nicht ausreichend behandelt.

Die vorliegende Arbeit erörtert daher, ob die Rechtsordnung für zwangsweise DNA-Massentests eine Rechtsgrundlage zur Verfügung stellt und anschließend problematisiert die Bedeutung einer als “freiwillig” bezeichneten Teilnahme an den

* Professor, College of Law, Dankook University, Ph.D. in Law

DNA-Massentests. Schließlich wird erörtert, ob der Gesetzgeber einer gesetzlichen Regelung von DNA-Massentests in der Strafprozessordnung näher treten sollte.

Nach der Meinung des Verfassers sind DNA-Massentests de lege lata nicht zulässig. Wirkliche DNA-Massentests sind zuerst nicht auf §§ 140, 219 bzw. 221-4, 173 I StPO zu stützen, da der Teilnehmer an den DNA-Massentests noch nicht Beschuldigter ist. Zudem können §§ 141 II, 219 StPO bzw. 221-4, 173 V StPO keine Rechtsgrundlage für den DNA-Massentests sein, da er auch nicht Verletzter ist. Schließlich sind auch die auf angeblicher Freiwilligkeit basierenden DNA-Massentests nach derzeitiger Rechtslage unzulässig. Denn schon allein dadurch, dass eine bestimmte Ermittlungsmethode von den Strafverfolgungsbehörden eingesetzt wird, und dass sie sodann mit der Bitte an den Betroffenen herantreten, daran teilzunehmen, wird dessen autonomen Entscheidung ausgeschlossen. Die Verankerung einer rechtlichen Grundlage für diese Ermittlungsmethode in der StPO erscheint trotzdem nicht von vornherein ausgeschlossen. Dabei geht es darum, zu beurteilen, welche Einbußen an Freiheit wir bereit sind hinzunehmen, um die Effektivität der Strafverfolgung zu erhöhen, und welches Maß an Solidarität zwischen Bevölkerung und Strafverfolgern wir als Grundstock für die Verbrechensbekämpfung realistisch zugrundelegen können und wollen. Dies liegt aber auf einer anderen Ebene. Die weitere Diskussion über die Durchführung von DNA-Massentests muss daher in Zusammenhang der Erörterung der übergreifenden Thematik geführt werden, welche Kultur des Strafverfahrens wir hierzulande künftig wünschen.

❖ Key words: DNA-Massentests, Verdachtsmerkmale, Freiwilligkeit der Einwilligung, Absoluter Richtervorbehalt

범죄두려움 측정 개선방안에 대한 연구: 정서와 인지적 평가로서의 범죄두려움*

안재경** · 최이문***

국 | 문 | 요 | 약

범죄피해를 당할까 봐 두려워하고 걱정하는 심리 상태를 의미하는 범죄두려움은 실제 범죄 발생률과 차이가 있다. 범죄현상과 범죄두려움 간의 차이는 범죄두려움이 현실적으로 높기 때문일 수 있지만, 범죄두려움의 측정이 현실을 반영하기에 불완전하기 때문일 수 있다. 이러한 문제의식에 따라 본 연구는 범죄두려움을 정서(일반적두려움: '지난 1년동안, 범죄피해자가 될지 모를까 봐 걱정된 적이 있습니까?')와, 인지적 평가(구체적두려움: 발생가능성과 피해심각성의 '위험인식'의 문항으로 변경)로 정의하고, 일반인 221명에 대한 설문조사를 수행하였다. 기존 문항과 수정문항의 일반적 범죄두려움 차이를 비교하여 측정값의 변화가 있는지 살펴본 결과 두 유형의 범죄두려움 모두 수정문항에서의 범죄두려움 정도가 통계적으로 유의미한 수준으로 낮았다. 한편 범죄두려움에 영향을 미치는 대표적인 요소인 성별이 미치는 영향의 차이를 살펴본 결과 수정된 문항의 일반적 두려움과 구체적 두려움에서 성별의 효과는 모두 유의미한 영향을 미치지 않았다. 이는 범죄에 대한 두려움이 성별 자체가 아닌 성별이 형성하는 범죄위험에 대한 주관적 수준의 인식과 위험에 대한 평가를 통해 형성된다는 것을 간접적으로 증명한 결과이다. 본 실증연구를 통해 전국 대규모 수준에서 범죄두려움을 조사하고 있는 거의 유일한 연구인 '국민생활안전실태조사'의 관련 문항의 보완과 후속연구의 필요성을 논의하였다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2023.3.31.1.105>.

❖ 주제어 : 범죄두려움, 일반적두려움, 구체적두려움, 위험인식, 국민생활안전실태조사

* 본 논문은 제1저자의 2023년도 박사학위논문을 수정·보완하여 작성한 것임

** 제 1저자, 한남대학교 강사, 범죄학 박사.

*** 교신저자, 경찰대학 행정학과 교수, E-mail: yimoon@police.ac.kr

I. 서론

범죄두러움은 실제 발생하는 범죄현상과 비례하지 않는 것으로 보고된다. 한국의 전체 범죄 발생율은 2010년 인구 십만 명당 1,895건에서 2020년 2,015건¹⁾으로 지속적으로 증가하고 있는데, ‘밤에 혼자 집에 있을 때 두렵다’, ‘밤에 혼자 동네 골목길을 걸을 때 두렵다’ 등과 같은 일반적 두려움의 측정문항에 대한 응답수치는 오히려 감소²⁾하고 있다. 범죄유형별로 살펴보면 사기범죄는 2011년 233,470건에서 2020년 347,675건으로 49%나 증가³⁾했음에도 ‘재산범죄두러움’은 감소⁴⁾하고 있다. 마찬가지로 성폭력(강간 포함)은 2010년 인구 십만 명당 40.2건, 2015년 60.9건, 2020년 58.1건 등으로 절대적인 수치는 다른 형법범죄에 비해 적음에도 불구하고,⁵⁾ 여성에게 있어 범죄두러움이 높은 유형 중 하나로 지속적으로 거론된다(박형민 외, 2021). 이처럼 성별마다, 범죄의 유형마다 범죄증감율과 범죄두러움에 차이가 존재하는 이유는 개인의 표상하는 범죄에 대한 인식과 생각에 따라 범죄두러움이 영향을 받고, 정의나 측정방법에 따라서도 달라질 수 있기 때문이다.

실제 범죄 발생과 범죄두러움이 일치하지 않는 현상, 내지 범죄현상에 비해 범죄두러움이 상당히 높은 현상은 현실적으로 범죄두러움이 갖는 추상적 속성에서 기인하는 것일

- 1) 연도별 전체 형법범죄의 추이는 2010년 1,895건, 2012년 2,069건, 2014년 2,003건, 2016년 1,964건, 2018년 1,916건, 2020년 2,015건으로 증가하고 있다(국가지표체계, 「범죄율」의 형법범죄율 중 ‘전체 형법범죄’에 대한 수치로, 해당 자료는 검찰청의 「범죄분석」 각 연도와 통계청의 「장래인구추계(2020년 기준)」 자료에 기반하여 재구성된 것이다(<https://www.index.go.kr/unify/idx-info.do?idxCd=4262>, 2022. 11. 19. 최종접속).
- 2) 일반적 범죄두러움의 평균을 연도별로 비교분석한 결과에 따르면, ‘밤에 혼자 집에 있을 때 두렵다’, ‘밤에 혼자 동네 골목길을 걸을 때 두렵다’ 모두 2013년 이래 평균이 지속적으로 감소하고 있으며, 2013년~2019년 간 연도별 평균차이는 통계적으로 유의미하다(김민영 외, 2019, 303면, 표 9-4-2 일반적 범죄두러움의 조사연도별 비교; 박형민 외, 2021).
- 3) 경찰청. 주요 경제범죄 발생 및 검거현황 중 ‘사기죄’(<https://www.police.go.kr/www/open/public/publice0202.jsp>, 2022. 11. 19. 최종접속).
- 4) 재산범죄두러움의 조사연도별 비교를 살펴보면, 조사연도 기준 2013년 2.37점, 2015년 2.21점, 2017년 2.17점, 2019년 2.09점으로 점차적으로 감소하는 추세이다(김민영 외, 2019).
- 5) 국가지표체계. 「범죄율」(<https://www.index.go.kr/unify/idx-info.do?idxCd=42622022>. 11. 19. 최종접속)의 형법범죄율 중 ‘전체 형법범죄’ 성폭력(강간 포함)에 대한 수치이다. 2010년 폭력범죄는 인구 십만 명당 221.1건, 2015년 316.8건, 2020년 277.0건이었고, 절도범죄는 2010년 540.8건, 2015년 483.0건, 2020년 347.4건을 기록했다.

수 있다. 그러나 경우에 따라서는 범죄두려움 개념의 측정이 현실을 반영하는데 부족한 데서 기인할 가능성도 존재한다. 즉, 추상적이며 주관적인 속성을 갖는 범죄두려움의 개념 정의와 측정에 있어서 동일성이 확보되지 않고, 현실을 효과적으로 반영하지 못하기에 이와 같은 차이가 발생할 수 있다. 예컨대 일반적 범죄두려움을 측정하기 위한 대표적인 문항인 ‘밤에 혼자 집에 있을 때 두렵다’, ‘밤에 혼자 동네 골목길을 걸을 때 두렵다’의 문항은 범죄피해자가 되는 것에 대한 막연한 두려움의 정도를 측정하는 것이지만, 해당 문항에서 사용하는 ‘밤’, ‘혼자’ 등의 표현은 일반적인 범죄두려움이 아닌 성범죄두려움으로 해석될 수 있다는 비판도 존재한다(Roberts, 2014). 이로 인해, 해당 문항의 타당성과 신뢰성에 대한 비판이 존재한다.

범죄두려움의 측정에는 아직까지도 이견이 존재하고, 국외문헌에서는 범죄두려움의 현상을 보다 정확하고 구체화하기 위한 시도들이 현재까지도 진행되어오고 있다. 그럼에도 불구하고 국내에서 범죄두려움을 조사하고 있는 거의 유일한 조사인 국민생활안전실태조사의 범죄두려움 문항은 비용 효율성과 문항의 간결함으로 인해 과거 개발되었던 조사문항을 여전히 사용하고 있다. 국내의 범죄두려움 관련 선행연구 또한 국민생활안전실태조사의 자료를 재분석하는 등 그대로 사용하고 있어, 측정문항의 개선이나 수정에 대한 연구는 이루어지지 않고 있다.

이러한 문제의식을 바탕으로 본 연구는 범죄두려움 현상을 보다 정확하게 측정하고 평가하기 위해 기존 문항을 개선하고 발전시켜 보다 구체화한 측정을 실시하였다. 범죄가 대부분의 사람들에게 발생하지 않음에도 불구하고 ‘범죄피해를 당할까봐 두려워하고 걱정하는 심리상태’인 ‘범죄두려움’이 범죄의 발생과 일치하지 않는 현상은 해당 개념에 대한 측정의 방법의 오류에서 기인하였을 가능성이 있다.⁶⁾ 이에, 범죄두려움 개념정의에

6) 경찰범죄통계에 따르면 연간 사기 범죄 건수는 최근 4년간 증가추세로, 2017년 23만 1,489건을 기록한 사기 범죄 건수는 2018년 27만 29건, 2019년 30만 4,472건, 2020년 34만 7,675건으로 매년 증가하고 있다. 전체 범죄에서 사기가 차지하는 비중 또한 2017년 13.9%에서 2020년 21.9%로 8%p 증가했다. 반면 2010년부터 2020년까지 범죄두려움은 지속적으로 감소하고 있어 차이가 존재하였다. 폭력범죄의 경우 2010년부터 실제 범죄 발생율은 지속적으로 감소 추세에 있어 2020년 최저 수치를 기록하는 반면 범죄두려움은 2020년 다시 증가하여 차이가 존재했다. 마지막으로, 성폭력범죄의 경우 범죄두려움은 2010년을 기점으로 지속적으로 감소하였으며, 2010년부터 2014년까지 4년간 지속적으로 낮은 수치를 기록했고, 가장 최근인 2020년의 범죄두려움 수치는 지난 10년간의 조사 중 가장 낮았다. 강간·강제추행을 포함한 성폭력범죄 발생율은 연간 2만건 대를 기록해 2014년부터 2020년까지 그 증감율이 3.1%에 불과한 것을 고려하면 성폭력범죄두려움의 수치는

대한 비판을 보완하고, 범죄두려움의 측정을 구체적이며 실증적으로 시도할 것이다.⁷⁾

II. 이론적배경

1. 범죄두려움의 개념

현재까지 실시되어온 범죄두려움 관련 연구들을 종합하면 개념의 정의는 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 첫째는 ‘범죄로부터 발생하는 정서적 반응 또는 범죄와 연관시키는 상징’(Ferraro & LaGrange, 1987)이며, 둘째는 ‘정서적, 행동적, 인지적인 범죄에 대한 반응’(Ferraro & LaGrange, 1987; Ferraro, 1995; Pleysier, 2009)이다. 정서적 측면이 주로 감정, 예컨대 행동 성향(Frijda et al., 2000), 사회와 지역사회의 범죄 문제에 대한 불안, 범죄 위협에 대한 일련의 구체적인 걱정을 포함(Farrall & Gadd, 2004; Garofalo & Laub, 1978; Hough, 2004, Jackson, 2004). 한다면 범죄에 대한 두려움의 인지적 구성요소는 범죄 위협에 대한 평가를 의미한다는 차이가 있다(Jackson, 2011; Warr, 1987). 정서적 차원과 인지적 차원의 가장 큰 차이는 인지적 차원으로서의 범죄 두려움이 실제 정서적 반응에 선행하여 범죄 피해자가 될 가능성에 대한 개인의 평가를 포함하는 반면, 정서적 차원은 이러한 평가를 포함하지 않는다는 데 있다. 인지적 차원으로서의 범죄두려움은 피해가능성, 피해의 결과에 대한 인식을 포함하기 때문에, 범죄 발생을 예방하거나, 범죄상황 발생 시 특정 방향으로 행위하려는 반응과 감정을 포함하는 정서적 차원의 범죄두려움과는 질적으로 다른 개념이다(Warr, 1987; Ferraro, 1995;

일건 직관과 부합한 것으로 보이지만, 정보통신망을 이용한 성폭력범죄는 같은 시기 123% 증가하였고 이를 별도의 범죄두려움 유형으로 측정하지 않고 있다는 점을 고려하면 해당 유형의 성폭력범죄 두려움에 대한 측정이 추가적으로 필요함을 알 수 있다.

- 7) 범죄두려움의 측정 문항은 항목의 간결함과 비용 효율성 측면에서 매우 뛰어나 다수의 연구들에서 오랜시간 반복적으로 사용되어왔다. 무엇보다, 시계열 비교가 가능하다는 장점을 갖고 있다(Farrall & Gadd, 2004; Vanderveen, 2006). 본 단일문항은 지난 15년간 일반적 두려움을 측정해온 국민생활안전실태조사 문항에서도 현재까지 여전히 사용되고 있는 문항이기도 하다. 따라서, 설문 내용을 변경할 경우 과거 조사 내용과 비교할 수 없다는 문제가 발생한다. 이에 본 연구자는 국민생활안전실태조사의 범죄두려움 문항을 수정하기보다, 범죄양상의 변화와 국가통계 설문지 기능의 개선을 위해 측정방안을 추가하는 형태로 실시할 것을 제안하고자 한다.

Jackson, 2011, 2013).

범죄에 대한 심적 근접성을 강하게 느끼고 ‘피해자가 될 가능성’을 판단하는 정서적 평가란 ‘범죄로부터 발생하는 정서적 반응 또는 범죄와 연관시키는 상징’(Ferraro & LaGrange, 1987)으로 설명할 수 있다. 이러한 정의내림은 크게 두 가지의 내용을 포함하는데, 첫째는 ① 여러 사회문제 중의 하나로서 존재하고 있는 범죄가 대중들에게 ‘확산되고 표현된 상태’로서 사회 전반에 걸쳐 존재하게 된다는 범죄두려움(expressive fear of crime; 표현적 범죄두려움)의 일종이라는 것과, ② 해당 두려움을 즉각적이고 임박한 위협으로 인식할 때 개인에게 경험되는 범죄두려움(experienced fear of crime; 경험적 범죄두려움)이라는 것이다(Farrall & Gadd, 2004; Hough, 2004; Jackson, 2004).

한편 인지적 차원에서의 범죄두려움은 범죄라는 현상이 매우 근접하게 느껴지고, 범죄피해자가 될 가능성이 높다고 믿을수록, 미래의 불확실한 사건을 실질적인 위협으로 지각하게 된다(Bar-Anan et al., 2006; Todorov et al., 2007; Trope et al., 2007; Wakslak & Trope, 2009)는데 기반한다. 범죄학 문헌에서 ‘위험’이란 불확실하며 부정적인 현상의 영향과 그것이 일어날 발생 가능성에 의해 결정된다. 위협을 이루는 구성요소는 얼마나 발생가능한지(likelihood), 발생한다면 그 피해는 어느 정도인지(consequences), 해당 현상을 얼마나 통제할 수 있는지(controllability) 등이며, 개인은 이를 종합적으로 고려하여 판단하게 된다(Killias, 1990; Gabriel & Greve, 2003; Farrall et al., 2009; Jackson, 2006, 2011).

위험인식으로 인해 형성되는 범죄두려움은 범죄의 발생가능성과 피해심각성 등을 종합하여 판단되기 때문에(Jackson, 2011), 개인이 얼마나 생생하고, 쉽게, 범죄의 심각성과 발생가능성을 정서적 이미지로서 상상할 수 있는지에 따라 범죄두려움이 결정될 수 있다. 범죄사건에 특히 취약하다고 느끼는 사람이라면 범죄를 심각한 결과와 연관시키고 발생가능성이 높다고 여길 것이다. 즉, 스스로를 방어할 능력이 부족하다고 인식할수록 강도, 폭력범죄, 때로는 성폭력의 표적이 될 수 있다고 믿는다(Jackson, 2011). 범죄의 발생가능성이 높고 그로 인한 피해가 심각하다고 인식될수록, 인식된 위협은 더 높아지게 되고, 마찬가지로 두려움의 수준도 증가한다(Warr, 1987). 그러므로 동일한 범죄현상이더라도 개개인은 그 심각성에 대해 서로 다른 결론을 내릴 수 있다.

2. 범죄두려움 측정

범죄에 대한 평가와 판단은 해당 범죄현상에 대한 정서적 반응과 인지적 평가에 의해 정의내려진다. 선행연구에 따르면, 사람들은 특정 정보에 대한 판단을 내릴 때 개인적인 느낌을 평가의 척도로 활용하는데, 모호하고 복잡한 현상에 대한 판단을 내릴 때 보다 더 과장되게 판단할 수 있다(Ferraro & LaGrange, 1992). 표준적 질문으로 사용해왔던 ‘두려움’이 사용된 문항은 단어 자체가 갖는 모호함 뿐만 아니라, 즉각적인 위협에 대한 감정을 측정하는 것에 가까워 개인의 불안이나 염려를 상세히 측정하기 어렵기 때문이다(Berenbaum, 2010). 이 경우 ‘두려움’이라는 표현은 표현의 모호성으로 인해 응답 시점 당시의 일회적인 감정상태를 반영하게 되고,⁸⁾ 응답자로 하여금 범죄현상을 심리적으로 가깝게 느껴지게 만들며, 따라서 범죄두려움의 수준은 높게 나타날 수 있다. 반면 개인의 정서와 인지적인 평가를 수반하는 표현을 사용하는 경우 범죄현상은 보다 더 구체적이고 객관적으로 인지할 수 있게 된다. 예컨대 ‘불안’이나 ‘걱정’의 용어를 사용하는 경우 응답자는 범죄라는 위협현상에 대해 보다 객관적 평가를 내린다(Sacco 2005). 이 경우, 범죄두려움은 낮게 보고될 것이다.

‘두려움’의 표현을 사용하지 않고 ‘걱정’ 또는 ‘불안’으로 범죄두려움을 측정하는 시도가 있었다. 영국범죄조사(British Crime Survey, 현재는 Crime Survey for England and Wales)는 1984년 이후 ‘[도난/강도/차 도난]에 대해 얼마나 걱정하고 있습니까?’의 표현을 사용하고 있어 일상적인 걱정이나 두려움, 위협에 대한 감정적인 개인의 ‘태도’, 불안(Sacco 2005)을 측정하고 있다(Tourangeau et al., 2000; Jackson 2006; Farrall et al., 2009).⁹⁾ 연구에 따르면 ‘두려움’이 아닌 ‘걱정’이라는 용어는 기존 문항이 갖는 한계를 어느 정도 보완할 수 있다(Gouseti, 2016). ‘밤에 혼자 집에 있을 때 두렵다’,

8) Forgas(1995)가 제시한 정서주입모델(Affect Infusion Model, AIM)에 따르면 모호한 현상은 보다 복잡한 평가를 수반하고, 이로 인해 평가 당시의 감정 상태에 영향을 받아 부정확한 판단이 이루어질 가능성이 있다.

9) 2018~2019년에 이루어진 Crime Survey for England and Wales(CSWE)에서는 ‘당신은 ...행위에 대해 얼마나 걱정됩니까? (How worried are you about)...having your home broken into and something stolen?’의 문항을 사용하고 있으며, 답변은 매우 걱정됨(very worried), 꽤 걱정됨(Fairly worried), 그리 걱정되지않음(Not very worried), 전혀 걱정되지 않음(Not at all worried), 해당안됨(Not applicable)으로 구성되어있다.

‘밤에 혼자 동네 골목길을 걸을 때 두렵다’와 같이 범죄두려움을 측정하는 대표적인 문항들은 범죄피해자가 되는 것에 대한 두려움을 측정하고 있다. 그러나 범죄두려움은 실제로 범죄에 대한 개인의 일상적인 불안이나 염려에 가깝고, 이러한 내용을 포함하여 측정하는 것이 보다 현실적이기 때문에, 기존에 사용하던 대표적인 측정문항들의 사용은 지양해야한다는 주장이다(Berenbaum, 2010).

국내의 경우 일반적 두려움의 측정방법은 ‘귀하는 다음과 같은 상황에서 얼마나 두려움을 느끼십니까?’와 ‘밤에 혼자 집에 있을 때 두렵다, 밤에 혼자 동네 골목길을 걸을 때 두렵다’로 구성되어있고, 본 연구에서 사용할 수정된 측정문항은 ‘지난 1년동안, 범죄 피해자가 될지 모를까봐 걱정된 적이 있습니까?([그렇다] 답변한 경우, 얼마나 자주 그러한 걱정을 하였습니까?)’로 구성하였다. 두 문항의 응답에 차이가 존재한다면, 현재 사용되는 있는 범죄두려움 측정에 변화가 이루어져야 할 필요가 있다는 함의를 이끌어낼 수 있을 것이다. 나아가, 실제 범죄 발생과 범죄두려움이 일치하지 않는 현상을 간접적으로 설명할 수 있을 것이다.

마찬가지로 구체적(유형별) 두려움의 경우에도 ‘인식된 위협’의 구성요소를 바탕으로 범죄유형에 따라 달라지는 개인의 인식을 측정해 기존의 응답과 비교할 것이다. 현재 시행되고 있는 구체적 두려움 문항인 ‘귀하는 (각 항목의 범죄)를 당할까 봐 평소 얼마나 두렵습니까?’는 범죄현상이라는 위협상황에 대해 개인의 인지된 위협성을 반영하지 못할 가능성이 있기 때문에(Farrall & Gadd, 2004; Farrall et al., 1997), 위협인식으로서의 범죄두려움을 측정할 수 있는 문항, 즉 ‘발생가능성’과 ‘결과의 심각성’으로 대체한 측정문항을 사용하여 기존의 응답과 비교하였다.¹⁰⁾

위험인식으로서 구체적 범죄두려움을 측정하는 경우 설문 응답자가 ‘범죄를 당했을 때의 고통’을 상상하기 보다는 ‘범죄를 당했을 때 어느 정도 고통을 느낄 것으로 예상’되

10) 위험인식은 범죄위험에 대한 주관적인 평가를 수반하는 것으로 범죄의 심각성, 발생가능성이라는 일련의 인지적 평가에 따라 형성된다. 만약 범죄로 인해 개인에게 미치는 심각성이 크고(Warr, 1987), 통제하기 어려우며(Jackson, 2011), 발생가능성이 크다고 인식할수록(Jackson, 2013) 그에 대한 범죄두려움도 증가할 것이다. 위험인식의 구성요소 중 하나로 거론되는 통제가능성(controllability) 요인을 포함시켜야하는지에 대한 이견이 존재하지만 본 연구에서는 문항의 명료성을 고려하여 포함하지 않았다. 한편 위험인식과 범죄두려움의 관련성을 제시한 실증연구 중 하나인 Jackson과 Gouseti(2016)의 모형에서는 폭력범죄만을 연구대상으로 하였기 때문에 한계가 존재하므로 본 연구에서는 폭력, 성폭력, 사기범죄 시나리오를 포함해 조사하였다.

는 정도를 측정할 수 있다. 선행연구에 따르면, 사람들은 일반적으로 자신의 감정을 잘 예측하지 못하며 예측한 정서 상태는 실제의 미래 경험과 상당 부분 일치하지 않는 것으로 보고된다(Wilson & Gilbert, 2003). 다시말해, 미래의 정서사건이 자신에게 부정적 일지 혹은 긍정적 일지에 대한 정서의 방향성을 예측하는 일명 ‘정서 예측’(Affective forecasting)에 대한 인간의 정확성은 매우 낮다(안소현 외, 2019). 따라서, 범죄라는 위험현상에 대한 두려움의 수준 또한 개인이 예상(인식)하는 두려움(위험)의 수준과 차이가 존재할 수 있다. 실제 범죄두려움의 핵심이 되는 피해가능성과 결과심각성을 평가하도록 할 경우 기존 표준적 질문으로 사용해왔던 범죄두려움 측정 문항에 비해 위험현상에 대한 객관적인 판단이 이루어지도록 하는 효과를 가지기 때문에, 낮은 수준의 범죄두려움이 나타날 것으로 보인다.

본 연구는 범죄두려움의 측정을 위해 정서와 인지적 차원, 즉 두 가지 차원을 모두 사용함으로써 보다 통합적이고 다각도적인 측정을 실시하고자 했다. 일반적 두려움을 ‘예상되는 걱정’의 정도에 대한 질문으로서 측정하는 것은 정서적 차원으로서의 범죄두려움 측면을 강조한 질문이며, 발생가능성과 피해심각성으로 구성된 ‘인식된 위험’으로서의 구체적 범죄두려움 측정은 인지적 차원으로서의 범죄두려움을 강조한 질문이다(Sheeran et al., 2014). 이를 통해 범죄두려움을 보다 명료하고 구체적으로 측정하고자 했다.

나이가 증가하고 있는 새로운 유형에 대한 범죄두려움을 측정하여 현실을 반영할 수 있는 문항을 사용하고자 했다. 구체적으로, 디지털성폭력범죄와 보이스피싱범죄에 대한 두려움을 함께 측정하였다. 국민생활안전실태조사는 재산범죄, 폭력범죄, 그리고 성폭력범죄 크게 세 가지 유형의 범죄에 대한 구체적 두려움을 측정해오고 있는데, 이들의 실제 범죄 발생율은 감소하고 있는 추세인 반면 디지털성폭력범죄와 보이스피싱범죄는 증가하고 있어 측정할 필요성이 크기 때문이다.¹¹⁾ 경찰통계자료에 따르면 재산범죄에 해당하는 ‘절도’의 경우 양적으로는 높은 수치를 차지하고 있으나, 지난 7년간의 증감율은 32% 감소하여 하락추세에 있다. 마찬가지로, 폭력범죄인 폭력과 강도 또한 각 8%,

11) 경찰청, 경찰통계자료, 「5대범죄 발생, 검거 현황」(<https://www.police.go.kr/www/open/public/public0202.jsp>, 2022. 10. 9. 최종접속); 경찰청, 경찰통계자료 「전체 사이버범죄 발생·검거 현황」(<https://www.police.go.kr/www/open/public/public0204.jsp>, 2022. 10. 9. 최종접속).

58% 감소하여 양적으로 크게 줄어드는 추세에 있다. 강간, 강제추행과 같은 전통적 성범죄 또한 7년간 약 3%만이 증가해 큰 증가추세를 보이지 않고 있다. 반면, 보이스피싱을 이용한 사기등을 포함한 정보통신망이용범죄나 사이버음란물, 사이버스토킹 등을 포함한 불법콘텐츠범죄는 지난 7년간 각 123%, 64% 증가해 큰 폭으로 증가하고 있다(<표 1>). 종합하면, 구체적 범죄두려움 측정시 정보통신망이용범죄와 불법콘텐츠범죄를 포함할 필요가 있고,¹²⁾ 이를 통해 국민생활안전실태조사의 범죄두려움 측정에서 다루지 못한 범죄 유형들에 대한 두려움도 측정가능할 것으로 예상했다.

<표 1> 경찰청, 경찰통계자료 유형별 범죄 발생률

구분	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	증감율
강도	1,586	1,445	1,149	965	818	798	662	-58.3
강간·강제추행 ²⁾	21,045	21,280	22,193	24,106	23,467	23,531	21,702	3.1
절도	266,059	245,121	202,874	183,565	176,613	186,649	179,315	-32.6
폭력 ³⁾	289,460	305,256	308,776	292,524	286,599	287,257	265,148	-8.4
정보통신망 이용범죄	89,519	118,362	121,867	107,271	123,677	151,916	199,594	123.0
불법콘텐츠범죄	18,299	23,163	28,438	21,307	23,039	24,945	30,160	64.8

- 1) 살인은 형법상의 살인, 영아살해, 존속살해, 촉탁·승락살인, 자살교사·방조, 위례·위력·촉탁·승락살인 포함(미수·교사·방조·예비 등 포함)
- 2) 강간·강제추행은 2010년부터 형법상 강간, 강제추행, 준강간, 강간등상해, 강간치사·상, 강제추행치사·상, 강간등살인, 미성년자등간음·추행, 피보호자(감호자)간음, 미성년자의제강간(강제추행강간살인), 유사강간, 유사성행위와 특별법의 성폭력범죄의처벌등에관한특별법(제3조 내지 제11조) 및 아동·청소년의성보호에관한법률(제7조 내지 제10조)을 포함(미수·교사·방조·예비 등 포함)
- 3) 폭력은 형법상의 폭행, 상해, 체포·감금, 협박, 약취·유인, 공갈, 손괴와 특별법의 폭력행위등처벌에관한법률 위반 행위를 합한 것임.

12) 다만 연구수집과정의 한계상 보통신망이용범죄와 불법콘텐츠범죄에 해당하는 세부유형을 모두 측정할 수 없기 때문에 보이스피싱사기, 그리고 불법촬영(유포)만으로 한정하여 질문하였다. 국민생활안전실태조사에서 폭력범죄의 하위문항으로 ‘누군가 나를 쫓아다니거나 전화 등으로 겁오히게 괴롭힐까 봐 두렵다’를 측정하여 폭력범죄 중 ‘괴롭힘’을 측정하고 있다. 그러나 살펴본 바와 같이 증가하고 있는 대표적인 범죄유형으로는 금융사기, 즉 보이스피싱을 활용한 사기범죄이기 때문에 본 연구에서는 사기 범죄에 대한 문항을 보이스피싱 범죄로 한정해 측정할 것이다.

Ⅲ. 연구방법

1. 연구내용

연구목적에 따라 조사할 내용은 다음과 같으며, 이를 정리한 내용은 <표 2>와 같다.

- ① 국민생활안전실태조사의 일반적 범죄두려움 측정문항과 ‘걱정(worry)’의 감정을 고려하여 수정한 일반적 두려움 문항의 응답 차이를 비교한다.
- ② 국민생활안전실태조사의 구체적 범죄두려움과 위협인식을 고려하여 수정한 구체적 두려움 문항의 응답 차이를 비교한다.

<표 2> 범죄두려움 개념의 측정문항

	국민생활안전실태조사	본 연구
일반적 두려움	Q. 귀하는 다음과 같은 상황에서 얼마나 두려움을 느끼십니까? (전혀 그렇지 않다: 1~매우 그렇다: 5) ① 밤에 혼자 집에 있을 때 두렵다 ② 밤에 혼자 동네 골목길을 걸을 때 두렵다	Q. 귀하는 지난 1년동안, 범죄피해자가 될지 모를까봐 걱정된 적이 있습니까? ① 그렇다 ② 아니다 Q. [그렇다 답변한 경우: 얼마나 자주 그러한 걱정을 하였습니까? ① 아주 가끔 ② 가끔 ③ 자주 ④ 매우 자주
구체적 두려움	Q. 귀하는 다음 각 항목의 범죄피해를 당할까 봐 평소 얼마나 두렵습니까? (전혀 그렇지 않다: 1~매우 그렇다: 5) ① 누군가 몰래 내 돈이나 물건을 훔쳐갈까 봐 두렵다 ② 누군가 강제로 내 돈이나 물건을 빼앗아 갈까 봐 두렵다 ③ 누군가 나를 구타(폭행)하여 다치게 할까 봐 두렵다 ④ 누군가에게 속임을 당해 내 재산을 잃을까 봐 두렵다 ⑤ 누군가 나를 성추행하거나 성폭행할까 봐 두렵다 ⑥ 누군가 내 물건이나 재산을 부수거나 못쓰게 할까 봐 두렵다 ⑦ 누군가 내 집에 침입할까 봐 두렵다 ⑧ 누군가 나를 쫓아다니거나 전화 등으로 집요하게 괴롭힐까 봐 두렵다	다음의 상황에 대해 질문하겠습니다. (상황별로 각 네 문항 제시) <누군가 몰래 내 돈이나 물건을 훔쳐감> <누군가 나를 구타하거나 폭행하여 다치게 함> <누군가 나를 성추행하거나 성폭행 함> <누군가 나의 신체, 사생활을 디지털기기로 몰래 촬영함, 또는 이를 유포함> <누군가 전화를 통해 개인정보를 빼내거나 재산을 갈취함> Q. 위와 같은 유형의 범죄피해가 향후 12개월 내 귀하에게 발생할 것이라고 생각하십니까? Q. 위 상황이 발생한다면 그 피해가 심각할 것이라고 생각하십니까? Q. 지난 12개월 동안, 위와 같은 상황에 대해 걱정할 적이 있습니까?

국내에서 직접적으로 범죄두려움 측정을 대규모로 실시하고, 측정방법의 비교를 실시한 연구가 없기 때문에 해외연구의 결과와 비교하여 연구의 효과성을 살펴보았다. 범죄두려움 문항 수정의 효과를 살펴보기 위해 대상자 절반에게는 기존 국민생활안전실태조사 문항을, 나머지 절반에게는 수정문항을 사용하였다.¹³⁾ 구체적인 효과 평가 기준 및 방법은 다음과 같다. 먼저 Gouseti(2016)의 연구에서 ‘얼마나 두렵습니까?’의 문항보다는 ‘얼마나 걱정됩니까?’의 문항으로 질문하였을 때 그 정도가 낮은 것으로 보고되었던 결과를 참고하였다. 실제로 영국범죄피해조사(CSEW)는 ‘얼마나 두렵습니까?’의 문항이 범죄두려움을 제대로 측정하지 못한다는 비판에 따라 사용되어온 ‘걱정’이라는 표현을 사용하였으며, 이 경우 대중들의 범죄두려움 정도는 더 낮아진 것으로 보고되었다.

2. 연구자료

본 연구에서 활용할 자료는 설문조사자료이다. 연구대상자는 전국범죄피해조사의 표본설계를 참고로 하여 20대부터 60세 이상 까지 다양하게 구성하였다. 설문은 수행은 조사전문업체를 통해 온라인 설문조사 형태로 수행되었다. 범죄두려움의 측정 문항과 해석수준에 따라 총 두 가지 버전의 설문지가 제작되었고 참여자에게 무선택당하여 수집하는 방식으로 진행하였다. 연구대상은 ‘미디어리얼리서치코리아’ 패널 가입자 전체이다. 본 연구에 사용된 설문지는 범죄두려움 측정에 관한 두 유형(i.e. 기존 국민생활안전실태조사 문항과 수정된 위협인식으로서의 범죄두려움 문항) 두 유형으로 나뉜다. 이에, 패널 가입자가 무작위적으로 두 조건 중 하나에 할당되도록 설정하였으며 표집(표본)이 응답한 결과 중 불성실한 응답(e.g. 끝까지 조사를 완료하지 않은 응답자, 중복된 응답이 많은 응답자, 불성실한 응답자 등)을 제외하고, 유효 응답 221명에 대한 결과를 얻었다.¹⁴⁾ 사용한 조사방법은 스마트폰 온라인 조사(SOS; Smartphone Online Survey)로 기존

13) 범죄두려움 측정문항의 효과를 살펴보는 본 연구의 목적을 고려한다면, 동일 응답자에게 유사한 문항들을 사용해 두 번 응답을 얻게 되는 경우 순서효과로 인해 ‘두려움’이라는 감정의 응답이 영향을 받게 되고 이로 인해 응답이 정확히 포착되지 못할 수 있다. 나아가, 응답지의 길이로 인해 피로도가 높아져 응답율이 낮아질 우려가 있다고 판단하였다. 이러한 이유로, 응답자 절반을 임의로 나누어 각 버전의 설문지를 무작위 할당하는 형태로 측정하였다.

14) 범죄두려움 측정문항에서 기존 국민생활안전실태조사의 문항에 대한 응답은 116명, 수정문항에 대한 응답은 105명에 대한 응답치를 얻었다.

에 존재하는 스마트폰웹조사(SWS' Smartphone Web Survey)에서 비롯된 방법이다. 구체적으로, 인구학적인 데이터(e.g. 성별, 연령, 지역)에 기반한 패널에서 추출한 표집을 온라인 조사 중 하나인 스마트폰을 사용해 설문조사결과를 얻는 조사방법이다. 연구시작 전 보건복지부 공공기관생명윤리위원회에서 심의승인(승인번호: P01-202208-01-024, 연구수행기간: 2022년 8월 16일~2022년 10월 31일)을 받았으며, 승인 내용을 바탕으로 연구를 구성하고 실시했다.

〈표 3〉 설문대상자 기술통계

(단위: 명, %)

구분		비율
성별	남성	156 (70.6%)
	여성	65 (29.4%)
연령대	20대	16 (7.2%)
	30대	33 (14.9%)
	40대	48 (21.7%)
	50대	70 (31.7%)
	60대 이상	54 (24.5%)
혼인상태	미혼, 비혼	40 (18.1%)
	별거	4 (1.8%)
	사별	5 (2.3%)
	사실혼 (기혼 포함)	140 (63.3%)
	이혼	19 (8.6%)
자녀유무	기타	13 (5.9%)
	있음	168 (92.8%)
	없음	13 (7.2%)
	교육수준	초등학교 졸업미만
초등학교 졸업		6 (2.7%)
중학교 졸업		85 (38.5%)
고등학교 졸업		112 (50.7%)
대학교 졸업		16 (7.2%)
장애여부	있음	15 (6.8%)
	없음	206 (93.2%)
직업유무	있음	181 (81.9%)
	없음	40 (18.1%)
직업유형	사무 종사자	30 (13.6%)
	서비스 종사자	40 (18.1%)
	판매 종사자	6 (2.7%)
	농림어업 종사자	2 (0.9%)
	기능원 및 관련 기능종사자	7 (3.2%)
	장차, 기계조작 및 조립종사자	8 (3.6%)

구분		비율
	단순노무 종사자	10 (4.5%)
	군인	1 (0.5%)
	관리자	37 (16.7%)
	전문가 및 관련 종사자	31 (14.0%)
	기타	9 (4.1%)
	무응답	40 (18.0%)
가족구성원	혼자 살고있음(1인가구)	37 (16.7%)
	가족(배우자, 자녀, 부모, 형제, 자매 등)	180 (81.4%)
	연인 또는 사귀는 사람	3 (1.4%)
	친구 등 아는 사람	1 (0.5%)
총 가구소득	소득 없음	16 (7.2%)
	100만 원 미만	8 (3.6%)
	100만 원 이상 ~ 200만 원 미만	18 (8.1%)
	200만 원 이상 ~ 300만 원 미만	47 (21.3%)
	300만 원 이상 ~ 400만 원 미만	47 (21.3%)
	400만 원 이상 ~ 500만 원 미만	36 (16.3%)
	500만 원 이상 ~ 600만 원 미만	16 (7.2%)
범죄피해여부	600만 원 이상	33 (14.9%)
	있음	115 (52.0%)
피해범죄유형	없음	106 (48.0%)
	폭행, 구타 등	12 (10.5%)
	사기	92 (80.0%)
	성폭행, 성추행 등	6 (5.2%)
지인범죄피해 여부	기타	5 (4.3%)
	있음	144 (65.2%)
범죄피해 경험한 지인과의 관계	없음	77 (34.8%)
	친구 등 아는 사람	103 (46.6%)
	가족(배우자, 자녀, 부모, 형제자매)	36 (25.0%)
	연인 또는 사귀는 사람	5 (3.5%)
무응답		77 (24.9%)
전체		221 (100.0%)

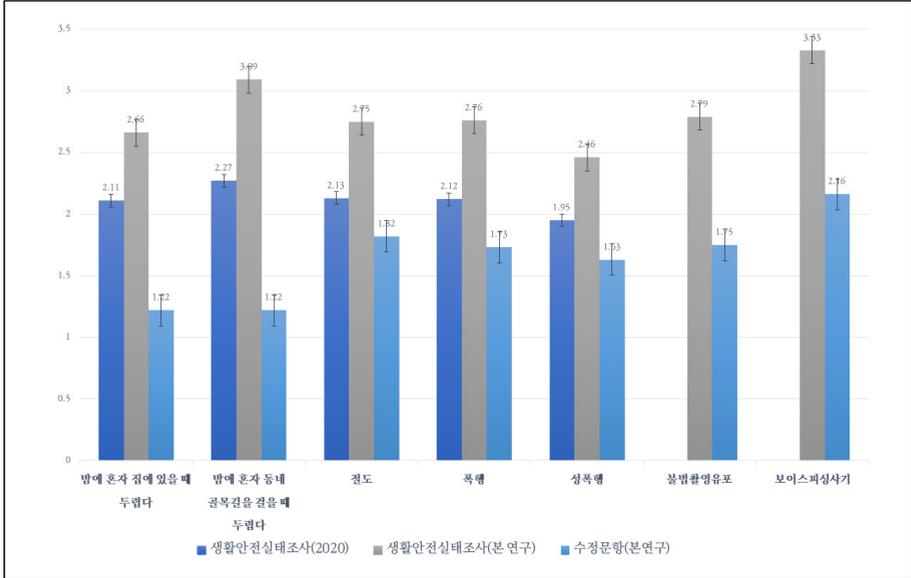
IV. 연구결과

1. 범죄두려움 측정

측정문항에 따른 범죄두려움을 비교하기 위해서 국민생활안전실태조사에서 조사한 일 반적 두려움, 구체적 두려움의 평균 문항값과 본 연구에서 사용된 평균 문항값을 비교하

였다. 표본의 차이로 인해 국민생활안전실태조사와의 직접적인 통계적 비교는 어렵기 때문에 평균 수치만을 비교하였다(그림 1). ‘국민생활안전실태조사(본 연구)’ 문항은 기존 ‘범죄두려움’ 문항을 사용하여 본 연구를 위해 새로 측정된 것이며, ‘수정문항(본 연구)’ 문항의 경우 일반적 두려움을 ‘지난 1년동안, 범죄피해자가 될지 모를까봐 걱정된 적이 있습니까?’로, 구체적 두려움은 ‘위험인식’의 문항으로 변경해 수집한 측정치이다. 본 논문 작성 시점 가장 최근에 공개된 2020년 국민생활안전실태조사의 측정치를 본 연구의 수치와 비교하였다. 그 결과, 본 연구에서 수집한 ‘범죄두려움’ 문항을 사용한 일반적, 구체적 두려움의 수치가 상대적으로 높았다. 반면 수정된 문항을 사용한 경우 2020년 국민생활안전실태조사의 측정치보다 모두 낮았다. 불법촬영유무 두려움과 보이스피싱사기범죄는 국민생활안전실태조사에서 수집하지 않고 있기 때문에 직접적 비교는 할 수 없었으나 절도와 성폭행범죄의 수치와 유사한 수준이었다.

[그림 1] 국민생활안전실태조사와 본 연구의 범죄두려움(일반적, 구체적) 비교



주: 1) 국민생활안전실태조사(본 연구) 문항의 첫 두 문항은 ‘밤에 혼자 집에 있을 때 두렵다’와 ‘밤에 혼자 동네 골목길을 걸을 때 두렵다’ 대신 ‘지난 1년동안, 범죄피해자가 될지 모를까봐 걱정된 적이 있습니까?’로 대체하여 측정한 값임
 2) 불법촬영유무와 보이스피싱사기의 경우 국민생활안전실태조사에서 별도로 수집하지 않아 함께 비교·제시하지 못하였음

2. 일반적 범죄두려움

기존 문항과 수정문항의 일반적 범죄두려움 차이를 비교하여 측정값의 변화가 있는지 살펴보았다. 일반적 두려움을 측정하기 위한 국민생활안전실태조사의 두 문항(‘밤에 혼자 집에 있을 때 두렵다’, ‘밤에 혼자 동네 골목길을 걸을 때 두렵다’)을 ‘지난 1년동안, 범죄피해자가 될지 모를까봐 걱정된 적이 있습니까?’의 수정문항과 각각 비교하여 t-검정을 실시한 결과, 수정문항에서의 범죄두려움 정도가 통계적으로 유의미한 수준으로 낮았다(<표 4>).

〈표 4〉 일반적 두려움 문항비교

	구분	n	Mean	SD	t	p
일반적 두려움 ¹	‘밤에 혼자 있을 때 두렵다’	116	2.66	1.16	12.04	.000***
	지난 1년동안, 범죄피해자가 될지 모를까봐 걱정된 적이 있다	105	1.22	0.42		
일반적 두려움 ²	‘밤에 혼자 동네 골목길을 걸을 때 두렵다’	116	3.09	1.21	15.08	.000***
	지난 1년동안, 범죄피해자가 될지 모를까봐 걱정된 적이 있다	105	1.22	0.42		

* $p < .05$, ** $p < .01$ *** $p < .001$

다음으로 빈도(frequency)적 측정을 위해 ‘지난 1년간 범죄피해자가 될지 모를까 봐 걱정된 적이 있다’고 응답한 경우에 대해 ‘있다’고 응답한 경우를 살펴본 결과 전체 105명 중 23명에 불과했으며, 이 중 ‘아주 가끔’이 5명(21.7%), ‘가끔’이 14명(60.9%), ‘자주’와 ‘매우 자주’가 각 2명(8.7%)으로 지난 1년간 범죄피해에 대해 걱정된 적이 있다고 응답한 경우에서도 매우 적은 수의 응답자만이 범죄피해에 대해 걱정하였던 것으로 나타났다(<표 5>). 이러한 결과는 범죄두려움 측정 시 특정기간(‘지난 12개월 동안’)과 같은 빈도적 측정과, 개인의 정서적 측면(‘걱정’)의 문항을 사용하였을 때 범죄두려움의 수준이 낮아질 수 있음을 시사한다.

〈표 5〉 범죄피해자 가능성의 우려에 대한 빈도측정 결과

지난 1년간 범죄피해자가 될지 모를까봐 걱정된 적이 있다	%
아주 가끔	21.7
가끔	60.9
자주	8.7
매우 자주	8.7
	100

수정된 일반적 두려움 문항에 대한 답변이 더 낮은 수치의 두려움을 보고하였기 때문에, 개선된 문항의 효과를 살펴보기 위해 추가적인 분석을 실시했다. 구체적으로, 범죄두려움에 영향을 미치는 대표적인 요소인 성별과 범죄피해여부가 미치는 영향의 차이를 살펴보았다. 범죄두려움 응답에 각 요인의 효과가 달라지는지 살펴보기 위해 분석한 결과는 다음과 같다(<표 6>).

먼저 일반적 두려움 두 문항 ‘밤에 혼자 집에 있을 때 두렵다’와 ‘밤에 혼자 동네 골목길을 걸을 때 두렵다’ 모두에 성별이 미치는 효과는 통계적으로 유의미한 것으로 나타났다. 구체적으로, 국민생활안전실태조사의 일반적 두려움 측정에 대한 답변(‘두렵다’)에서 여성이 남성에 비하여 두려움의 수준이 높았다. 반면 지난 1년 간 범죄에 대한 우려를 측정한 수정된 일반적 두려움 문항(‘지난 1년 동안, 범죄피해자가 될지 모를까봐 걱정된 적이 있습니까?’)에서 성별의 효과는 발견되지 않았다. 대신, ‘간접적 범죄피해’의 여부는 통계적으로 유의미한 영향을 미치는 것으로 나타났다.

이는 일반적 두려움에 결정적인 영향을 미치는 것으로 알려진 ‘성별’의 효과가 수정된 일반적 두려움 측정문항에서는 나타나지 않음을 시사한다. 대신, 친구, 가족, 연인 등과 같은 지인의 범죄피해가 존재할 수록 범죄두려움에 유의미한 영향을 미치는 것으로 나타나 범죄두려움을 수정하여 측정한 문항에선 간접피해경험이 성별보다 주요한 영향요인임을 시사한다.

〈표 6〉 국민생활안전실태조사의 일반적 두려움과 수정된 일반적 두려움에 대한
성별, 범죄피해여부의 영향

유형	β	t	ρ	confidence interval		R ²
일반적 두려움1						
constant		4.17	0.00	1.17	3.29	0.36
성별	0.32	3.63	0.00***	0.37	1.26	
직접적범죄피해	-0.08	-0.84	0.40	-0.63	0.25	
간접적범죄피해	-0.08	-0.88	0.38	-0.67	0.26	
일반적 두려움2						
constant		3.33	0.00	0.69	2.70	0.52
성별	0.51	6.27	0.00***	0.91	1.75	
직접적범죄피해	-0.02	-0.22	0.82	-0.46	0.37	
간접적범죄피해	-0.06	-0.72	0.47	-0.60	0.28	
지난 1년간 범죄에 대한 우려						
constant		4.51	0.00	0.54	1.40	0.20
성별	0.07	0.74	0.46	-0.11	0.25	
직접적범죄피해	-0.10	-0.96	0.34	-0.26	0.09	
간접적범죄피해	0.20	1.94	0.05 [†]	-0.00	0.36	

*** $p < .001$, [†] $p < .1$ (marginally significant)

3. 구체적 범죄두려움

기존 구체적 두려움 문항은 [(특정유형의 범죄)에 대해 평소 얼마나 두렵습니까?]로 측정하며, 본 연구에서 실시한 위험인식 문항은 특정 범죄현상에 대한 발생가능성과 피해심각성으로 구성된 문항으로 측정했다. 두 측정문항의 차이를 살펴보기 위해 평균분석을 실시하였다. 기존 구체적 두려움의 범죄유형 중 불법촬영과 불법촬영유포는 두 문항으로 측정(‘누군가 동의 없이 나의 신체 및 사생활을 디지털기기로 촬영할까봐 두렵다’ 과 ‘누군가 디지털기기로 촬영한 나의 신체, 사생활 장면이 어딘가에 유포될까봐 두렵다’) 하여 두 응답의 평균치를 사용하였다. 수정된 구체적 두려움 문항은 선행연구의 논의에 따라 발생가능성, 피해심각성 두 요인을 곱한 후 계산의 편의성을 위해 로그화하였다.

분석결과, 재산범죄, 폭행범죄, 성폭행범죄, 불법촬영유포, 보이스피싱사기 다섯 가지의 모든 범죄유형에서 기존 문항에 비해 위험인식 문항의 범죄두려움 수치가 통계적으로 유의미하게 낮은 것으로 나타났다.

〈표 7〉 국민생활안전실태조사의 구체적 두려움과 수정된 구체적 두려움의 비교

구분		n	Mean	SD	t	p
재산	범죄두려움	116	2.74	1.04	7.49	.000***
	위험인식	105	1.82	0.78		
폭행	범죄두려움	116	2.77	1.02	8.11	.000***
	위험인식	105	1.74	0.86		
성폭행	범죄두려움	116	2.47	1.11	6.52	.000***
	위험인식	105	1.63	0.78		
불법촬영 유포	범죄두려움	116	2.79	1.16	7.86	.000***
	위험인식	105	1.75	0.79		
보이스피싱 사기	범죄두려움	116	3.33	1.15	9.35	.000***
	위험인식	105	2.16	0.67		

* $p < .05$, ** $p < .01$ *** $p < .001$

이러한 결과는 단순한 측정문항의 차이로도 구체적 두려움의 수치가 달라질 수 있음을 시사한다. 영국범죄피해조사(CSEW)에서 또한 개인의 정서적, 인지적 판단을 포함한 문항의 사용이 기존 ‘두려움’을 활용한 측정보다 낮은 수준의 범죄두려움이 나타날 수 있음을 보고했으며, 개인의 인식적 차원에서의 범죄두려움 측정이 보다 현실을 반영할 수 있는 측정임을 보고했다.

다음으로 구체적 범죄두려움 간의 관계를 살펴보기 위해 범죄두려움 측정과 위험인식 측정을 나누어 각각의 상관분석을 실시했다. 두 측정에서 모두 구체적 두려움 간 높은 상관관계가 나타났다. 이같은 결과는 특정 범죄유형의 두려움(위험인식)이 높은 응답자는 다른 유형의 범죄에 대한 두려움(위험인식) 또한 높을 수 있음을 시사한다.

〈표 8〉 범죄유형별 상관관계(범죄두려움 측정)

	[1]	[2]	[3]	[4]	[5]
[1] 재산범죄	1				
[2] 폭행범죄	.849**	1			
[3] 성폭력범죄	.728***	.766***	1		
[4] 불법촬영 유포	.709***	.794***	.779***	1	
[5] 보이스피싱 사기	.567***	.664***	.491***	.662***	1

* $p < .05$, ** $p < .01$ *** $p < .001$

〈표 9〉 범죄유형별 상관관계(위험인식측정)

	[1]	[2]	[3]	[4]	[5]
[1] 재산범죄	1				
[2] 폭행범죄	.776***	1			
[3] 성폭력범죄	.518***	.651***	1		
[4] 불법촬영 유포	.504***	.575***	.768***	1	
[5] 보이스피싱 사기	.544***	.727***	.590***	.575***	1

* $p < .05$, ** $p < .01$ *** $p < .001$

한편 개인이 인식하고 있는 범죄에 대한 정서적 반응은 범죄라는 위험성에 대한 평가와 판단에 영향을 미칠 수 있다. 이에 각 범죄유형별로 개인의 ‘범죄에 대한 정서적 우려(걱정)’가 현재 개인이 인지하고 있는 위험인식에 미치는 효과를 살펴보고자 하였다. 범죄에 대한 정서적 우려에 큰 영향을 미칠 것으로 예상되는 직접적 범죄피해경험, 타인의 간접적 범죄피해경험, 성별을 포함하여 회귀분석을 실시한 결과는 <표 10>과 같다.

〈표 10〉 범죄에 대한 지난 1년간의 정서적 우려(‘걱정’)가 위험인식에 미치는 영향

유형	β	t	p	confidence interval		R ²
절도범죄 위험인식						
constant		3.41	0.00	0.49	1.87	
절도에 대한 걱정	0.62	7.79	0.00***	0.33	0.56	
성별	-0.08	-0.98	0.33	-0.41	0.14	0.62
직접적범죄피해	-0.05	-0.55	0.58	-0.34	0.19	
간접적범죄피해	-0.04	-0.43	0.67	-0.33	0.21	
폭력범죄 위험인식						
constant		2.10	0.04	0.04	1.53	
폭력에 대한 걱정	0.65	8.57	0.00***	0.42	0.68	
성별	-0.04	-0.52	0.60	-0.37	0.21	0.65
직접적범죄피해	-0.03	-0.42	0.68	-0.34	0.22	
간접적범죄피해	-0.02	-0.23	0.82	-0.33	0.26	
성폭력범죄 위험인식						
constant		2.53	0.01	0.17	1.43	
성폭력에 대한 걱정	0.63	8.25	0.00***	0.33	0.55	
성별	0.09	1.15	0.25	-0.11	0.42	0.67
직접적범죄피해	-0.08	-0.93	0.35	-0.37	0.13	
간접적범죄피해	-0.04	-0.52	0.60	-0.33	0.19	

유형	β	t	p	confidence interval		R ²
불법유폐찰영범죄 위험인식						
constant		3.75	0.00	0.58	1.89	
불법유폐찰영에 대한 걱정	0.62	7.85	0.00***	0.32	0.53	0.65
성별	-0.04	-0.56	0.58	-0.35	0.20	
직접적범죄피해	-0.17	-2.08	0.04*	-0.53	-0.01	
간접적범죄피해	0.04	0.42	0.67	-0.21	0.32	
보이스피싱사기범죄 위험인식						
constant		3.40	0.00	0.44	1.67	
보이스피싱사기에 대한 걱정	0.59	7.22	0.00***	0.24	0.43	0.59
성별	-0.02	-0.30	0.76	-0.28	0.20	
직접적범죄피해	-0.02	-0.23	0.81	-0.26	0.21	
간접적범죄피해	0.09	1.03	0.30	-0.11	0.36	

* $p < .05$, ** $p < .01$ *** $p < .001$

그 결과 각 범죄에 대해 지난 12개월 간 경험했던 정서적 우려의 정도가 현재의 위험 인식(i.e. 발생가능성과 피해심각성)에 모두 유의미한 영향을 미치는 것으로 나타나 선행연구의 결과(Jackson, 2011)와 일치함을 알 수 있었다. 반면 직접적 범죄 피해, 간접적 범죄피해, 그리고 성별은 현재의 위험인식에 있어 영향을 미치지 않았다.

마지막으로 범죄두려움의 성별, 범죄피해여부 간 차이를 살펴보기 위해 평균비교를 실시하였으며, 집단의 데이터가 등분산 가정을 만족하지 않아 맨위트니 U 검정(Mann-Whitney U test)을 실시했다.¹⁵⁾ 분석결과 기존의 범죄두려움 문항에서 직접범죄피해경험자(<표 11>)와 간접범죄피해경험자(<표 12>) 모두 성폭행, 불법촬영유폐에 대한 두려움의 남녀차이가 통계적으로 유의한 것으로 나타났으나, 수정 문항에선 성별 차이가 존재하지 않는 것으로 나타났다. 또한, 직접범죄피해경험이 있는 응답자 중 일반적 두려움 문항(‘밤에 혼자 동네 골목길을 걸을 때 두렵다’)에서도 남녀차이가 유의미한 것으로 나타났지만 수정된 측정문항(‘지난 1년동안, 범죄피해자가 될지 모를까 봐 걱정된 적이 있습니까?’)로 질문한 경우 차이는 유의미하지 않았다.

15) 맨위트니 U 검정은 두 집단의 데이터가 정규성을 만족하지 않거나 집단의 데이터가 작을 때 두 집단의 차이를 분석하는 방법이다.

(표 11) 직접범죄피해경험자의 일반적 및 구체적 두려움의 남녀차이

구분	문항	직접피해			Mann-Whitney test	
		남성 (n=45)	여성 (n=16)	<i>p</i>	U	Z
국민 생활 안전 실태 조사	일반적 두려움1	2,40±1,21	2,81±0,99	0,10	264,00	-1,65
	일반적 두려움2	2,71±1,20	3,75±0,93	0,00***	183,50	-3,00
	절도두려움	2,67±1,17	2,62±1,02	0,96	357,00	-0,05
	폭행두려움	2,72±1,19	2,87±0,87	0,23	291,00	-1,19
	성폭행두려움	2,13±1,18	2,87±1,15	0,02*	219,00	-2,42
	불법촬영유포두려움	2,39±1,23	3,32±1,11	0,01*	212,00	-2,48
	보이스피싱사기두려움	3,13±1,36	3,43±1,03	0,53	323,00	-0,62
구분	문항	남성 (n=43)	여성 (n=11)	<i>p</i>	Mann-Whitney test	
수정 문항	지난 1년간 범죄에 대한 우려	1,19±0,39	1,27±0,47	0,53	216,00	-0,63
	절도 위험인식	1,73±0,74	1,69±0,92	0,79	224,50	-0,26
	폭행 위험인식	1,72±0,73	1,52±1,06	0,98	235,50	-0,02
	성폭행 위험인식	1,47±0,78	1,78±0,70	0,09	159,00	-1,68
	불법촬영유포 위험인식	1,56±0,91	1,70±0,75	0,60	212,50	-0,52
	보이스피싱사기 위험인식	2,14±0,75	2,18±0,72	0,78	223,50	-0,28

p*<.05, *p*<.01 ****p*<.001

간접피해경험이 있는 응답자의 경우에도 마찬가지로 ‘일반적 두려움’ 두 문항 모두 여성의 두려움이 남성에 비해 통계적으로 유의미하게 높았으나 수정 문항에서는 해당 차이가 나타나지 않았다. 일반적으로 구체적 범죄두려움, 특히 성폭력범죄에 대한 남녀 차이는 유의미한 차이를 갖는 것으로 보고되지만, 측정문항의 측정문항의 수정만으로 성별 차이가 나타나지 않음을 알 수 있었다. 이처럼 기존의 문항과 달리 수정된 문항의 성별 효과가 사라지는 현상은 일반적 두려움과 구체적 두려움 모두에서 관찰되었다.

〈표 12〉 간접범죄피해경험자의 일반적 및 구체적 두려움의 남녀차이

구분	문항	간접피해			Mann-Whitney test	
		남성 (n=56)	여성 (n=21)	p	U	Z
국민 생활 안전 실태 조사	일반적 두려움1	2,32±1,16	3,14±1,15	0,00***	351,50	-2,83
	일반적 두려움2	2,64±1,15	3,90±0,94	0,00***	246,00	-4,04
	절도두려움	2,60±1,04	2,90±1,22	0,38	515,50	-0,88
	폭행두려움	2,64±1,08	3,14±1,06	0,07	436,50	-1,82
	성폭행두려움	2,20±1,08	3,19±1,25	0,00***	318,50	-3,22
	불법촬영유포두려움	2,48±1,15	3,40±1,17	0,00***	337,50	-2,93
	보이스피싱사기두려움	3,14±1,23	3,67±1,15	0,12	457,50	-1,54
구분	문항	남성 (n=50)	여성 (n=17)	p	Mann-Whitney test	
수정 문항	지난 1년간 범죄에 대한 우려	1,24±0,43	1,35±0,49	0,37	-0,90	377,00
	절도 위험인식	1,81±0,73	1,82±0,83	0,68	-0,41	397,00
	폭행 위험인식	1,79±0,76	1,59±0,99	0,71	-0,37	399,50
	성폭행 위험인식	1,51±0,82	1,86±0,63	0,05	-1,93	292,00
	불법촬영유포 위험인식	1,73±0,87	1,83±0,70	0,82	-0,23	409,00
	보이스피싱사기 위험인식	2,19±0,63	2,24±0,66	0,57	-0,57	385,50

*p<.05, **p<.01 ***p<.001

이러한 결과는 범죄두려움 문헌에서 지속적으로 제기되고 있는 현상인 ‘남성에 비해 일반적으로 범죄의 피해자가 될 가능성이 낮음에도 불구하고 높게 보고되는 여성의 높은 범죄두려움’(Ferraro, 1995; Fisher & May, 2009; Franklin & Franklin, 2009; LaGrange & Ferraro, 1989; Skogan & Maxfield, 1981; Snedker, 2010; Warr, 1984)에 대해 시사점을 제시할 수 있을 것으로 보인다. 범죄두려움 문헌이 공식범죄율과 여성의 범죄두려움 사이의 불일치현상을 설명하기 위해 제시해왔던 이론들에 따르면 여성 스스로 느끼는 전반적인 취약성에 의한 것이거나(Goodey, 1994), 성폭력범죄에 대한 여성의 두려움이 다른 범죄에 대한 두려움으로 전이, 확대될 수 있다거나(Warr, 1984), 여성이 남성에 비해 일상에 만연한 폭력들에 노출되어 있기 때문(Sacco, 1990) 등으로 설명되고 있다. 그러나 이러한 설명은 여성의 범죄에 대한 두려움 형성의 과정이 근본적으로는 남성의 두려움 형성과정과 다르다는 것을 전제로 하고 있고, ‘성별’이라는

요소만으로는 범죄두려움 형성과정에 기여하는 바를 설명하지 못한다는 비판을 받는다 (Madriz, 1997).

이러한 이유로 범죄두려움에서의 성별차이를 설명하기 위해선 성별 자체가 아닌 성별이 형성하는 범죄위험에 대한 인식(Cobbina et al., 2008)과 위험에 대한 평가가 중점적으로 설명되어야한다는 논의가 등장하였다.¹⁶⁾ 이에 따르면, 특정 유형의 범죄(e.g. 성폭력 범죄)에 대한 여성의 두려움이 다른 유형의 범죄두려움에 영향을 미치는 요인이라고 단언할 수 없고, 성별이라는 요소 자체만으로는 범죄두려움을 형성하는 핵심적인 요소, 즉 피해자가 될 가능성에 대한 높은 인식(Ferraro, 1995)을 설명할 수 없다. 마찬가지로 본 연구에서 일반적 두려움과 구체적 두려움 모두 성별의 효과가 사라진 결과는 범죄에 대한 두려움이 주관적 위험을 통해 형성된다는 것을 간접적으로 증명하고 있으며, 범죄두려움이 범죄피해자가 될 수 있다는 인지된 가능성과 그 심각성으로 측정된다는 Ferraro(1995)의 논의를 지지하는 것이다.

V. 결론 및 논의

범죄두려움은 형사 사법 제도를 평가하고 설계하는데 매우 중요한 자료이다. 국가의 핵심적인 인프라인 형사사법제도를 구성할 때 범죄두려움은 활발히 활용되는 자료이지만, 실제 범죄율과 범죄두려움 간의 간극이 발생한다면 범죄두려움과 관련된 다양한 정책수립의 정당성에 대한 문제가 제기될 수 있다. 범죄두려움이 정책적으로, 그리고 이론적으로 활용도가 높은 자료가 되기 위해선 시민들의 범죄에 대한 인식과 태도가 정확하게 측정되어야 할 필요가 있다(김은경 외, 2009). 그동안의 범죄두려움의 측정은 연구자들의 설문 편의성에 따라 단일적인 문항으로 측정되어왔고, 개인 연구자들 또한 범죄두

16) 예컨대 Snedker(2011)에 따르면 여성인 경우에도 이웃과 그 환경, 사람들에 대해 더 잘 알고 있다고 느끼는 경우라면 남성에 비해 범죄에 대한 두려움이 적다. 마찬가지로, 여성이라도 위험 평가와 지역 지식, 이웃에 대한 정보들이 구체적으로 제공될수록 범죄두려움이 감소함을 보고했다. 또한 범죄두려움에서 나타나는 성별의 차이에서 강간에 대한 두려움의 차이는 압도적이지 않았다. 저자에 따르면, 강간에 대한 두려움은 성별로 인한 두려움보다는 ‘강간이라는 범죄’에 대한 사회화 과정의 결과물이다.

려움을 실증하기 위해 경험적으로 살펴보려는 노력은 매우 부족해왔다(Cheliotis, 2013; Cheliotis & Xenakis, 2011; Hough, 2002; Langworthy & Whitehead, 1986). 국내 범죄학의 학문적 생태계의 확대에도 불구하고 범죄두려움 연구들은 매우 소수의 연구자와 학술지 주도로 이루어져 연구의 틀은 다소 정형화되어 있다(한민정, 2019). 나아가, 현존하는 대표적인 범죄두려움 조사연구인 국민생활안전실태조사에선 스토킴범죄나 보이스피싱사기 등 신종 범죄에 대한 두려움을 측정하고 있지 않아 사회환경 변화에 능동적으로 대처한 연구가 진행되고 있지 않다.

이러한 문제의식에 따라 본 연구는 범죄두려움에 관한 선행연구에 근거한 범죄두려움의 새로운 측정방안을 활용해 설문조사의 방법으로 연구를 수행하였다. 범죄두려움 측정 문항의 수정효과를 보기 위해 실시한 설문조사 연구 결과 크게 두 가지의 함의가 도출되었다. 첫째, 범죄두려움을 보다 구체적이고 객관적으로 포착하기 위해 측정문항의 추가 내지 수정이 이루어져야 한다. 동일 표본에서 국민생활안전실태조사의 일반적 범죄두려움 문항과 이를 수정한 문항을 비교한 결과 수정된 문항에서 두려움의 수치가 전반적으로 낮은 것으로 나타났다. 이러한 연구결과는 기존 선행연구에서 지적해온 범죄두려움 측정문제에 대해 시사점을 제시할 수 있을 것으로 보인다. 기존 범죄두려움 측정이 현실을 반영하지 못한다는 비판은 범죄현상의 증감여부와 두려움간의 불일치 현상 뿐만 아니라, 범죄라는 위험현상을 포착하기 위해 사용되어왔던 ‘두려움’이라는 표현이 갖는 단어의 모호성과 추상성에서도 기인한다. 즉, 범죄두려움이라는 현상을 포착하기 위한 현실적이고 효율적인 방안은 보다 구체적이고 객관적인 문항을 사용하는 것에 있다.

구체적으로, 기존에 실시해온 일반적 범죄두려움 측정을 위해 사용된 문항은 범죄에 대한 개인의 정서적 반응과 상태를 반영하지 못하고 있다는 점(Farrall et al., 2009; Gray et al., 2006), 그리고 정서로 경험되는 범죄두려움의 빈도측정이 결여되어있다는 점이 가장 큰 한계로 지적되어왔다(Farrall & Gadd, 2004; Gray et al., 2008, 2011). 본 연구에서 나타난 바와 같이 개인이 경험하는 실질적인 범죄두려움의 정도는 상대적으로 낮았고, 빈도 또한 드물게 경험되는 것으로 나타났다. 범죄두려움을 포착하기 위해 사용되어왔던 ‘두려움’이라는 표현은 역설적으로 범죄라는 위험현상을 구체적으로 판단하지 못하게 할 뿐만 아니라, 단어 자체가 갖는 모호성으로 인해 개인의 인지적 평가를 어렵게 한다. 이를 통해 실제 범죄 발생과 범죄두려움이 일치하지 않는 현상, 또는 범죄

현상에 비해 범죄두려움이 상당히 높게 나타나거나 낮게 나타나는 현상이 범죄두려움의 측정이 현실을 충분히 반영하지 못하기 때문일 수도 있음을 간접적으로 증명하였다.

둘째, 실질적인 범죄두려움은 낮은 빈도로 경험되고 있음을 알 수 있었다. 지난 1년간 범죄피해자가 될지 모를까봐 걱정된 적이 있다고 응답한 경우에 한정하여 그 빈도(frequency)의 수치를 응답을 하도록 한 결과 80% 이상의 응답자가 ‘아주 가끔’ 또는 ‘가끔’ 범죄피해자가 될지 모를까 봐 걱정된 적이 있다고 응답하였고, ‘(매우) 자주’ 걱정된 적이 있다고 응답한 경우는 18%에 못 미친 것으로 나타났다. 이는 범죄피해자가 될지 모르는 두려움이나 공포가 실제로는 매우 적게 경험되는 현상임을 암시하고, 일반적 범죄두려움을 빈도로 측정하여 그 수치가 경미하였음을 보고한 선행연구의 결과와 일치한다(Jackson, 2013). 이러한 결과를 통해 Farrall 등(1997)이 제안한 바, 즉 범죄에 대한 두려움에 대한 이해는 대체로 범죄현상 자체에 대한 것이라기보다는 범죄두려움이 측정되는 방식에 기반을 두고 있음을 검토하였다.

범죄에 대한 구체적(유형별)두려움을 위험인식의 문항으로 측정한 조사결과 두 가지의 연구함의가 도출되었다. 첫째, 현존하는 구체적 두려움의 측정이 현실을 충분히 반영하지 못할 가능성이 있다. 각 범죄유형에 대한 발생가능성과 피해심각성을 판단하도록 한 문항에서 응답자의 범죄두려움(위험인식)은 국민생활안전실태조사의 범죄유형별 구체적 두려움 측정에 비해 낮은 수치인 것으로 나타나 일반적 두려움과 마찬가지로 기존의 국민생활안전실태조사의 측정과 차이가 존재했다. 선행연구에 따르면 이상적인 범죄두려움에 대한 측정방식은 응답자 스스로가 경험하는 범죄에 대한 감정을 포착하는 질문과 범죄현상에 특정되어있는 질문¹⁷⁾으로 이루어져야함이 보고되고 있다(Britto, 2011). 이에 본 연구에서 구체적 두려움을 측정하기 위해 범죄에 대한 인식(risk perception)을 측정하였고, 기존 구체적 두려움의 수치보다 전반적으로 낮은 것으로 나타나 선행연구의 결과를 지지하는 것으로 나타났다. 이같은 결과는 현재 사용되고 있는 구체적 두려움의 문항에 수정이 필요함을 시사한다. 마찬가지로 범죄유형 중 특히 성폭력범죄에서 성별의 차이가 존재하지 않았던 것은 범죄두려움의 가장 강력한 예측요인으로 알려졌던 성별의 영향보다 범죄에 대한 개인의 해석과 평가가 범죄현상 판단에 있어 오히려 더 큰 영향을

17) 범죄현상에 특정되어있는 질문이란 유형별 범죄를 추상적으로 묘사하는 방식의 질문이 아닌 구체적인 범죄명을 제시하는 형식을 의미한다(Britto, 2011).

미칠 수 있음을 시사한다.¹⁸⁾

셋째, 범죄에 대한 두려움 측정을 위해 인식된 위협으로서의 평가 문항이 필요함이 나타났다. 일찍이 두려움이라는 감정을 포착하는 가장 정확한 측정치는 ‘위험’(risk)과 ‘안전도’(safety)라는 주장이 존재해왔으나(Ferraro, 1995), 현존하는 연구는 범죄에 대한 두려움과 피해에 대한 인지된 위협을 구분하지 않고 실증해왔다(Lim & Chun, 2015). 마찬가지로 구체적 두려움을 측정하기 위해 사용된 ‘두려움’이란 표현은 특정범죄에 대한 개인적 인식을 개별적으로 측정하지 못하고 단순한 하나의 일반 지표로 측정하여(Alper & Chappell, 2012), 범죄의 유형별 평가를 반영하지 못한다는 비판이 존재한다(Miethe & Lee, 1982). 선행연구에 따르면 사람들은 범죄를 그 발생가능성과 이로 인한 개인적인 영향을 바탕으로 예상하며, 상대적으로 발생가능성이 높고 범죄로 인한 심각한 결과가 예상될 때 더욱 빈번하게 범죄에 대한 두려움을 인식하게 되는 것으로 나타난다(Jackson, 2011). 따라서, 범죄에 대한 개인의 정서적, 감정적 반응을 살펴보기 위해선 이러한 요소들을 종합한 인지된 위협평가를 살펴보는 작업이 필요하다. 이에 본 연구는 범죄에 대한 두려움과 지각된 위협의 차이를 구분하고, 선행연구와 마찬가지로 범죄에 대한 정서적 우려가 위협인식으로서의 범죄두려움을 예측하는 요인임을 검토하였다. 이러한 결과는 구체적 두려움을 보다 정확하게 측정하기 위해 위협인식의 문항 사용이 필요함을 시사한다.

한편 본 연구는 자료상와 연구설계상 한계가 존재한다. 대표적으로는 본 연구에서 사용한 스마트폰 온라인 조사 상 수집된 표본의 대표성과 신뢰성 문제이다. 국민생활안전 실태조사에서 사용하는 표본조사의 방법인 층화 추출 및 계통 추출의 방식은 조사대상의 일부분(e.g. 500명 등)을 대상으로 하여도 조사대상 전체(e.g. 우리나라 성인 전체)와 조사결과가 크게 차이나지 않는 등 대표성과 신뢰성이 확보되었다는 장점을 갖는다. 반면 본 연구에서 활용한 온라인 조사는 불특정 다수가 아닌 패널에 가입한 회원을 대상으로 하여, 그 중 실제 응답에 성실하게 참여한 대상자의 응답만을 포함시켜 분석하였기 때문

18) Levitin(2015)에 따르면, 특정 경험을 직접 겪었다는 이야기를 듣거나, 해당 경험이 한 번의 경험이라 해도 매우 생생하면 해당 경험이 통계적인 예외임에도 불구하고 사람들은 해당 경험의 발생가능성을 매우 과장하여 판단할 수 있다. 즉, 사안의 판단 과정에서 인지적 편향으로 인한 오류가 발생할 수 있다. 본 연구결과는 범죄에 대한 판단 시 이러한 인지적 오류의 영향이 성별의 영향보다 클 수 있음을 시사한다.

에 불특정 다수 대상의 조사방식에 비해 대표성과 신뢰성이 떨어질 수 있다는 한계를 가진다(이윤석 외, 2008). 즉, 엄격한 확률표집의 절차를 거치지 않았다. 나아가 스마트폰 온라인 조사는 대체로 온라인 기기에 익숙하고 인터넷을 상대적으로 많이 이용하는 응답자들(e.g. 대도시 거주층, 저연령층, 고학력층 등)이 주로 참여하기 때문에 상대적으로 연령이 높고 학력수준이 낮은 계층들에게 접촉을 하기 어렵다는 한계점을 가진다. 또 다른 자료상의 한계로는 대상자의 주택유형(e.g. 단독주택, 아파트, 연립/다세대 주택 등), 주거형태(e.g. 자기 집, 전세, 월세 등), 지역 사회의 특성(e.g. 이웃관계, 이웃참여 물리적·사회적 무질서, 경찰활동)에 대한 정보를 수집하지 못하였다는 점이다. 범죄두려움은 개인이 거주하고 있는 거주지의 유형과 지역사회에 대한 개인적 인식의 수준에 영향을 받을 수 있으나, 본 연구에서는 설문길이의 한계상 해당 정보들을 충분히 수집하지 못하였다.

연구설계상 한계로는 두려움 측정 시 기존문항과 수정·개선된 문항간의 비교를 위해 임의적으로 전체 참여한 응답자를 절반으로 나누어 설문응답을 수집했기 때문에 단순한 평균분석 이상의 통계적 방법을 실시하지 못한 한계를 갖고 있다. 마지막으로, 국민안전실태조사의 문항 중 강도범죄 유형을 제외하였다는 한계가 있다. 설문지 길이의 한계와 수집절차상의 제한점으로 인해 국민생활안전실태조사에서 다루는 범죄유형을 모두 파악하지 못하였다. 후속연구에서는 제외한 범죄유형들을 모두 포함한 연구가 이루어질 필요가 있다.

그럼에도 불구하고 본 연구는 국민생활안전실태조사의 기존 자료를 그대로 이용하거나 재분석하여 사용해왔던 범죄두려움 선행연구의 형식을 탈피하여 경험적인 자료의 수집과 분석을 진행하였다는 점에서 의의를 지닌다. 나아가 본 연구는 국민생활안전실태조사의 범죄두려움 측정문항과 이 문항이 갖는 한계를 보완하고 이를 기존 문항과 직접 비교함으로써 동일 표본 내의 비교를 실시해 직접적인 문항개선의 효과를 살펴보았다는 점에 의의가 있다. 후속 연구에서는 분석방법과 자료상의 한계를 보완한 연구의 수행이 필요하다. 이를 위해 조사표본의 대표성을 확보하기 위해 확률 추출방식으로 추출하여 응답자를 추출하고, 설문응답을 온라인을 통해 응답하도록 하는 방안이 있다(이희준, 2020). 또한, 온라인패널의 편향을 보정하기 위해 성향조정가중법(propensity adjustment weighting)¹⁹⁾과 같은 방식을 활용할 필요가 있다. 이를 위해선 대표성 있는

준거조사와 온라인조사를 함께 반복적으로 실시하여 분석하는 연구가 수행되어야 할 것이다. 덧붙여, 후속연구에서는 본 연구에서 다룬 범죄유형외에 증가하고 있는 기타 유형의 범죄도 포함하여 분석할 필요가 있다. 본 연구는 성폭력범죄 유형 중 불법촬영유포범죄를 다루었으나, 최근 증가하고 있는 디지털 성범죄의 유형 중에는 가해자의 강요에 의해 피해자가 직접 영상물을 촬영, 제공하는 형태 등과 같은 형태 또한 적지않다(최이문, 안재경, 2020). 불법영상촬영 행위보다 한 단계 진화된 형태의 디지털 성범죄에 관한 추가적인 자료수집과 분석이 필요할 것이다.

19) 성향조정가중법이란 Rosenbaum와 Rubin(1983, 1984)에 의해 처음 제안된 것으로 관측연구에서 집단 간에 존재하는 성향적 차이를 제거하는 방안으로 집단 간 공정한 비교를 가능케 한다. 이를 위해선 확률적 표본추출에 의한 충분한 규모의 준거조사(reference survey)가 요구된다(허명희, 조성겸, 2010).

참고문헌

- 김찰청. 「범죄분석」. 각 연도
- 김민영, 한민경, 박희정. (2019). *전국범죄피해조사 2018*. 한국형사정책연구원.
- 김은경, 최수형, 박정선. (2009). *2008년 한국의 범죄피해에 관한 조사연구(VI)*. 한국형사정책연구원.
- 박형민, 최수형, 김남희, 이선형, 조제성. (2021). *전국범죄피해조사 2020 분석보고서*. 한국형사법무정책연구원
- 안소현, 김근영, 양재원. (2019). 정서예측 및 회상의 정확성에 있어 특질불안의 효과. *한국심리학회지: 일반* 38(3), pp.401-417.
- 이윤석, 이지영, 이경택. (2008). 온라인 조사의 응답오차에 대한 연구: 설문 응답 시간과 응답 성실성의 관계. *조사연구* 9(2), pp.51-83.
- 이희준. (2020). *KIPA 조사포럼* 34, 한국행정연구원.
- 최이문, 안재경. (2020). 조직적 디지털 성범죄자의 특성과 유형에 대한 심리학적 분석: 문헌연구를 중심으로. *한국범죄학* 14(3), pp.185-210.
- 한민경. (2019). 범죄두려움 연구에 정식이 존재하는가?: 범죄두려움 관련 국내 연구동향 분석. *한국범죄학* 13(2), pp.33-56.
- 허명희, 조성검. (2010). 자원자 패널에 의한 인터넷 조사의 성향조정 검증. *조사연구* 11(2), pp.1-28.
- Alper, M., & Chappell, A. T. (2012). Untangling Fear of Crime: A Multi-theoretical Approach to Examining the Causes of Crime-Specific Fear. *Sociological Spectrum*, 32(4), pp.346-363. doi:10.1080/02732173.2012.664048
- Bar-Anan, Y., Liberman, N., & Trope, Y. (2006). The association between psychological distance and construal level: Evidence from an implicit association test. *Journal of Experimental Psychology: General*, 135(4), pp.609-622. doi:10.1037/0096-3445.135.4.609
- Berenbaum, H. (2010). An initiation-termination two-phase model of worrying.

- Clinical Psychology Review*, 30(8), pp.962-975. doi:10.1016/j.cpr.2010.06.011
- Britto, S. (2011). 'Diffuse anxiety': the role of economic insecurity in predicting fear of crime. *Journal of Crime and Justice*, 36(1), pp.18-34. doi:10.1080/0735648x.2011.631399
- Cheliotis, L. K. (2013). Neoliberal capitalism and middle-class punitiveness: Bringing Erich Fromm's "materialistic psychoanalysis" to penology. *Punishment & Society*, 15(3), pp.247-273. doi:10.1177/1462474513483692
- Cheliotis, L. K., & Xenakis, S. (2011). Crime, Fear of Crime and Punitiveness. In *Crime and Punishment in Contemporary Greece: International Comparative Perspectives* (pp.1-41). Peter Lang. Retrieved from Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1963504>
- Cobbina, J. E., Miller, J., & Brunson, R. (2008). Gender, neighborhood danger, and risk avoidance strategies among urban African American youth. *Criminology*, 46, pp.501-538.
- Farrall, S. & Gadd, D. (2004). The frequency of the fear of crime. *British Journal of Criminology*, 44, pp.127-132.
- Farrall, S. B., Ditton, J., & Gilbhris, E. (1997). QUESTIONING THE MEASUREMENT OF THE 'FEAR OF CRIME': Findings from a Major Methodological Study. *British Journal of Criminology*, 37(4), pp.658-679. doi:10.1093/oxfordjournals.bjc.a014203
- Farrall, S. D., Jackson, J., & Gray, E. (2009). *Social Order and the Fear of Crime in Contemporary Times*. Oxford University Press.
- Ferraro, K. F. (1995). *Fear of Crime: Interpreting Victimization Risk*. State University of New York Press.
- Ferraro, K. F., & LaGrange, R. L. (1987). The Measurement of Fear of Crime. *Sociological Inquiry*, 57(1), pp.70-97. doi:10.1111/j.1475-682x.1987.tb01181.
- Ferraro, K. F., & LaGrange, R. L. (1992). Are older people most afraid of crime? Reconsidering age differences in fear of victimization. *Journal of*

- Gerontology*, 47(5), pp.277-287.
- Fisher, B. S., & May, D. (2009). College student's crime-related fears on campus: Are fearprovoking cues gendered? *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 25, pp.300-321.
- Forgas, J. P. (1995). Mood and judgment: The affect infusion model (AIM). *Psychological Bulletin*, 117(1), pp.39-66.
- Franklin, C. A., & Franklin, T. W. (2009). Predicting fear of crime: Considering differences across gender. *Feminist Criminology*, 4, pp.83-106.
- Frijda, N., Manstead, A., & Bem, S. (2000). The influence of emotions on beliefs. In N. H. Frijda, A. S. R. Manstead, & S. Bem (Eds.), *Emotions and Beliefs: How Feelings Influence Thoughts*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gabriel, U., & Greve, W. (2003). The psychology of fear of crime. conceptual and methodological perspectives. *British Journal of Criminology*, 43(3), 600-614. <https://doi.org/10.1093/bjc/43.3.600>
- Garofalo, J., & Laub, J. (1978). The fear of crime: Broadening our perspective. *Victimology: An International Journal*, 3, pp.242-253.
- Goodey, J. (1994). Fear of Crime: What Can Children Tell Us?, *International Review of Victimology*, 3(3), pp.195-210. doi:10.1177/026975809400300302
- Gouseti, I. (2016). *Fear of crime as a way of thinking, feeling and acting: An integrated approach to measurement and a theoretical examination of psychological distance and risk construal*. A thesis submitted to the Department of Methodology of the London School of Economics and Political Science for the degree of Doctor of Philosophy, London.
- Gray, E., Jackson, J., & Farrall, S. (2006). *Reassessing the Fear of Crime: Frequencies and Correlates of Old and New Measures*. SSRN Electronic Journal. doi:10.2139/ssrn.996314
- Gray, E., Jackson, J., & Farrall, S. (2008). Reassessing the Fear of Crime.

- European *Journal of Criminology*, 5(3), pp.363-380. doi:10.1177/1477370808090834
- Gray, E., Jackson, J., & Farrall, S. (2011). Feelings and Functions in the Fear of Crime: Applying a New Approach to Victimisation Insecurity. *British Journal of Criminology*, 51(1), pp.75-94. doi:10.1093/bjc/azq066
- Hough, M. (2002). Populism and Punitive Penal Policy. *Criminal Justice Matters*, 49(1), 4-5. doi:10.1080/09627250208553483
- Hough, M. (2004). Worry about crime: mental events or mental states?, *International Journal of Social Research Methodology*, 7(2), pp.173-176. doi:10.1080/1364557042000194559
- Jackson, J. (2004). *Experience and expression : social and cultural significance in the fear of crime* [online]. London: LSE Research Online. Available at: <http://eprints.lse.ac.uk/archive/00000804> Available online: June 2006
- Jackson, J. (2006). Introducing fear of crime to risk research. *Risk Anal*, 26(1), 253-264. doi:10.1111/j.1539-6924.2006.00715.x
- Jackson, J. (2011). Revisiting Risk Sensitivity in the Fear of Crime. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 48(4), pp.513-537. doi:10.1177/0022427810395146
- Jackson, J. (2013). Cognitive closure and risk sensitivity in the fear of crime. *Legal and Criminological Psychology*. Wiley-Blackwell. Retrieved from <http://eprints.lse.ac.uk/52629/#.UygRHnSja7Q.mendeley>
- Killias, M. (1990). Vulnerability: Towards a better understanding of a key variable in the genesis of fear of crime. *Violence and Victims*, 5, pp.97-108.
- LaGrange, R. L., & Ferraro, K. F. (1989). Assessing age and gender differences in perceived risk and fear of crime. *Criminology*, 27, pp.697-719
- Langworthy, R. H., & Whitehead, J. T. (1986). Liberalism and Fear As Explanations of Punitiveness. *Criminology*, 24(3), pp.575-591. doi:10.1111

/j.1745-9125.1986.tb00391.x

- Levitin, D. J. (2015). *The organized mind: Thinking straight in the age of information overload*. Plume, an imprint of Penguin Random House LLC.
- Lim, H., & Chun, Y. (2015). The Limitations and Advancements in Measuring Fear of Crime. *Journal of Public Administration and Governance*, 5(2), pp.140-148. doi:10.5296/jpag.v5i2.7727
- Madriz, E. (1997). *Nothing bad happens to good girls: Fear of crime in women's lives*. University of California Press.
- Miethe, T. D., & Lee, G. D. (1982). Fear of Crime Among Older People: A Reassessment of the Predictive Power of Crime-Related Factors. *Sociological Quarterly*, 25, pp.397-415.
- Pleysier, S. (2009). *'Angst voor Criminaliteit' Onderzocht*. De Brede Schermerzone Tussen Alledaagse Realiteit en Irrationeel Fantoom. Faculty of Law, Research Unit Criminal Law and Criminology, Leuven Institute of Criminology. Leuven: Catholic University of Leuven. PhD Thesis
- Roberts, B. (2014). Fear of Walking Alone at Night. In: Michalos, A.C. (eds) *Encyclopedia of Quality of Life and Well-Being Research*. Springer, Dordrecht. https://doi.org/10.1007/978-94-007-0753-5_1023
- Rosenbaum, P., & D. B. Rubin. (1983). The Central Role of the Propensity Score in Observational Studies for Causal Effects. *Biometrika*, 70, pp.41-55.
- Rosenbaum, P., & D. B. Rubin. (1984). Reducing Bias in Observational Studies Using Subclassification on the Propensity Score. *Journal of the American Statistical Association*, 79, pp.516-524.
- Sacco, V. F. (1990). Gender, fear, and victimization: A preliminary application of power control theory. *Sociological Spectrum*, 10(4), pp.485-506. doi:10.1080/02732173.1990.9981942
- Sheeran, P., Harris, P. R., & Epton, T. (2014). Does heightening risk appraisals change people's intentions and behavior? A meta-analysis of experimental

- studies. *Psychological Bulletin*, 140(2), pp.511-543. doi: <https://doi.org/10.1037/a0033065>
- Skogan, W. G., & Maxfield, M. G. (1981). *Coping with crime : individual and neighborhood reactions*. Beverly Hills, CA, Sage Publications.
- Snedker, K. A. (2006). Altruistic and Vicarious Fear of Crime: Fear for Others and Gendered Social Roles. *Sociological Forum*, 21(2), pp.163-195. doi:10.1007/s11206-006-9019-1
- Todorov, A., Goren, A., & Trope, Y. (2007). Probability as a psychological distance: Construal and preferences. *Journal of Experimental Social Psychology*, 43(3), pp.473-482. <https://doi.org/10.1016/j.jesp.2006.04.002>
- Tourangeau, R., Rips, L. J., & Rasinski, K. (2000). *The Psychology of Survey Response*. Cambridge University Press.
- Trope, Y., Liberman, N., & Wakslak, C. (2007). Construal Levels and Psychological Distance: Effects on Representation, Prediction, Evaluation, and Behavior. *Journal of Consumer Psychology*, 17(2), pp.83-95. doi:10.1016/S1057-7408(07)70013-X.
- Vanderveen, G. (2006). *Interpreting Fear, Crime, Risk and Unsafety: Conceptualisation and Measurement*. Eleven International Publishing.
- Wakslak, C., & Trope, Y. (2009). The Effect of Construal Level on Subjective Probability Estimates. *Psychological Science*, 20(1), pp.52-58. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9280.2008.02250.x>
- Warr, M. (1984). Fear of victimization: Why are women and elderly more afraid?, *Science Quarterly*, pp.681-702.
- Warr, M. (1987). Fear of victimization and sensitivity to risk. *Journal of Quantitative Criminology*, 3(1), pp.29-46.
- Wilson, T. D., & Gilbert, D. T. (2003). Affective forecasting. In M. P. Zanna (Ed.), *Advances in experimental social psychology*, 35, pp.345-411. Elsevier Academic Press. [https://doi.org/10.1016/S0065-2601\(03\)01006-2](https://doi.org/10.1016/S0065-2601(03)01006-2)

A Study on the Measurement of Fear of Crime: Fear of Crime as Emotional and Cognitive Evaluation*

Ahn, Jaekyung** · Choi, Yimoon***

The fear of crime, which is defined as the psychological state of being afraid and worried about becoming a victim of crime, is distinct from the actual crime rate. This difference may be attributed to the fact that fear of crime is often high in reality, but also due to incomplete measurement of fear of crime that fails to reflect the actual circumstances. In light of this, the present study defined fear of crime as both an emotional aspect (general fear: “Have you ever been worried about becoming a victim of crime in the past year?”) and a cognitive evaluation (specific fear: modified to ‘risk perception’ questions regarding the likelihood and severity of the occurrence). A survey of 221 general population was conducted using both the original and modified fear of crime questions to compare the two types and determine if there was a difference in the measurement value. The study found that the level of fear of crime was significantly lower in both types of modified questions. The author then investigated the impact of gender, a key factor affecting fear of crime, on both general and specific fear of crime and found that gender had no significant effect on fear of crime in the modified questions. This indirectly suggests that fear of crime is formed through subjective risk assessment of the crime risk associated with gender, rather than gender itself. Based on the findings of this empirical study, the author argues for the need to supplement the relevant questions

* This manuscript written based on the revised version of the first author's doctoral thesis from 2023.

** Instructor at Hannam University, PhD in Criminology.

*** Corresponding Author, Professor, Dept. of Administration, Korean National Police University, yimoon@police.ac.kr.

of the “National Survey on Public Safety,” one of the few studies that examines fear of crime on a nationwide scale.

❖ Key words: fear of crime, general fear, specific fear, risk perception,
National Survey on Public Safety

독일 통신사실확인자료 보관조항의 EU 법 위반과 형사정책적 시사점*

- 2022년 9월 20일 유럽사법재판소 판결을 중심으로 -

박 희 영**

국 | 문 | 요 | 약

구체적인 범죄혐의나 공공안전에 대한 위험이 없음에도 불구하고 이용자의 동의없이 통신사실확인자료(=트래픽데이터)를 사전에 '보관'하여 수사기관의 요청에 따라 제공하도록 전기통신사업자에게 '의무'를 부과하는 것(보관의무)은 개인정보자기결정권, 통신비밀 및 사생활의 비밀, 표현의 자유와 같은 헌법상 기본권을 제약한다. 이러한 보관의무가 정당화될 수 있는 제한인지 아니면 정당화될 수 없는 침해인지 문제가 제기된다.

지난 2022년 9월 20일 유럽사법재판소는 이유없이 거의 모든 국민의 트래픽데이터를 사전에 보관하여 국가기관에 제공하도록 전기통신사업자에게 의무를 부과한 독일 전기통신법 조항들은 유럽연합 기본권 헌장의 관련 기본권을 위반한다고 판결하였다. 다만 유럽사법재판소는 엄격한 조건에서 예외를 인정하였다. 하지만 이러한 예외는 기존의 트래픽데이터 보관의 유형이나 성격과는 전혀 다르다. 따라서 범죄혐의와 무관하게 모든 국민의 트래픽데이터를 사전에 보관하는 것은 이제 더 이상 허용될 수 없게 되었다.

우리 통신사실확인자료 보관의 법적 근거와 법적 성질은 개인정보보호법과 통신비밀보호법의 체계적 분석에서 도출될 수 있다. 이에 따르면 전기통신사업자는 모든 국민의 통신사실확인자료를 아무런 이유없이 보관할 법적 의무를 부담한다. 이러한 법적 의무는 독일 전기통신법의 보관의무와 본질적으로 동일하다. 따라서 유럽사법재판소 판결의 관점에서 보면 우리의 보관조항은 헌법상 사생활의 비밀 및 통신비밀, 개인정보자기결정권, 표현의 자유를 침해할 가능성이 있다. 보관조항이 위헌이라면 당연히 제공조항도 위헌이 될 것이다. 이제 통신사실확인자료 '보관조항'의 위헌 여부가 논의되어야 한다. 만일 위헌가능성이 확실하다면 유럽사법재판소가 제시한 대상 특정 보관제도와 신속보관명령제도가 형사정책적 관점에서 논의되어야 할 것이다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2023.3.31.1.141>.

❖ 주제어 : 통신사실확인자료(트래픽데이터), 대상 특정 보관, 신속보관, 개인정보보호, 통신비밀, 표현의 자유

* 이 논문은 2019년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2019S1A5A2A03053654).

** 독일 막스플랑크 범죄와 안전 및 법 연구소(구 국제형법연구소) 연구원, 법학박사.

I. 머리말

구체적인 범죄혐의나 공공 안전에 대한 위험이 없음에도 불구하고 이용자의 동의없이 통신사실확인자료(=트래픽데이터)¹⁾를 사전에 ‘보관’하여 수사기관의 요청에 따라 제공하도록 전기통신사업자에게 ‘의무’를 부과하는 것(보관의무)이 과연 정당화될 수 있는가 하는 문제는 개인정보자기결정권, 통신비밀보호 및 사생활의 비밀, 표현의 자유 등 헌법상 기본권 제약과 밀접한 관련이 있다. 통신사실확인자료는 1차적으로 수집 및 보관의 관점에서, 2차적으로 제공의 관점에서 기본권이 이중적으로 제약된다. 특히 아무런 이유 없이 통신사실확인자료가 수집되어 보관되기 때문에 모든 국민이 잠재적 범죄자로 간주될 수 있다는 점에서 기본권 제약의 정도가 상당히 높다. 따라서 이러한 ‘보관’이 정당화되는 기본권 제한인지 아니면 정당화될 수 없는 기본권 침해인지 문제가 제기된다.

우리 헌법재판소는 2018년 6월 28일 통신비밀보호법의 통신사실확인자료 제공요청 조항에 관한 결정에서 통신사실확인자료의 ‘보관조항’의 위헌성 문제는 다루지 않았다. 또한 이 헌법재판소의 결정을 전후하여 발표된 선행연구도 주로 요청조항과 관련한 법적 인 문제를 다루었다.²⁾

지난 2022년 9월 20일 유럽사법재판소는 이유없이 거의 모든 국민의 트래픽데이터를 사전에 보관하여 국가기관에 제공하도록 전기통신사업자에게 의무를 부과한 독일 전기통신법 조항은 유럽연합 기본권 헌장의 관련 기본권과 전자프라이버시지침을 위반한다고 판결하였다.³⁾ 다만 유럽사법재판소는 엄격한 조건에서 예외를 인정하였다. 하지만 이러한 예외는 기존의 트래픽데이터보관의 성격이나 유형과는 본질적으로 다르다. 따라서 범죄혐의와 무관하게 모든 국민의 트래픽데이터를 사전에 보관하는 것은 이제는 허용될 수 없게 되었다.

이러한 유럽사법재판소의 기본권 판결은 비교법적 관점에서 우리 통신사실확인자료

1) EU 전자프라이버시지침(2002/58/EC)은 ‘트래픽데이터’(Traffic data)로, 이 지침을 국내법으로 이행한 독일은 전기통신법(TKG)과 전기통신 및 텔레미디어 데이터보호법(TDMSG)에서 페어케어스daten(Verkehrsdaten)으로 표현하고 있다.

2) 이러한 문제점을 지적하고 있는 문헌으로는 다음 참조: 박소현(a), “개인정보보호적 관점에서의 통화자료요청제도”, 형사법연구 제34권 제2호(2022 여름), 187-214; 박소현(b), “전기통신사업자에 의한 통화자료저장에 대한 법적 제한의 필요성”, 성균관법학 제34권 제3호(2022.9), 221-246.

3) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19 and C-794/19, Spacenet und Telekom Deutschland.

보관조항의 논의에 중요한 계기를 제공하고 있다. 통신비밀보호법도 독일 전기통신법과 유사하게 범죄혐의나 공공안전에 대한 위험과 상관없이 모든 국민의 통신사실확인자료를 제공하도록 전기통신사업자에게 요구하고 있기 때문이다. 더구나 범죄의 경중이나 범죄의 혐의와 상관없이 모든 국민의 통신사실확인자료가 제공되고 있다. 통신사실확인자료가 ‘제공’되기 위해서는 사전에 ‘보관’되어 있어야 한다. 따라서 통신사실확인자료 보관이 단순한 권고규정인지 아니면 법적 의무인지가 중요한 쟁점이 된다.

따라서 이 글은 유럽사법재판소의 판결을 분석하고 우리에게 주는 시사점이 무엇인지 밝힌다. 우선 유럽사법재판소의 판결을 이해하기 위해서 판결대상인 독일의 관련 조항의 유형과 법적 성질을 개관하고(II.), 유럽사법재판소 선결재판을 제정한 독일 법원의 입장을 소개한 다음(III.), 이에 대한 유럽사법재판소 판결을 분석하고(IV.), 평가한다(V.). 끝으로 우리 통신사실확인자료 보관조항의 법적 근거와 법적 성질을 검토한 후 유럽사법재판소 판결의 관점에서 형사정책적 시사점을 도출한다(VI.).

II. 독일의 통신사실확인자료 보관조항의 유형과 법적 성격

독일은 통신사실확인자료(=트래픽데이터)⁴⁾를 두 가지 유형으로 구분하여 법적 성격을 달리하고 있다. 하나는 전기통신사업자가 자신의 영업 목적과 관련하여 수집하여 보관하는 트래픽데이터(영업목적 트래픽데이터)이고, 다른 하나는 범죄수사와 공공 안전에 대한 위험방지 등 공익목적으로 수집하여 일정 기간 보관해야 하는 트래픽데이터(공익목적 트래픽데이터).

영업목적으로 보관되는 트래픽데이터는 이용자의 동의가 필요하지 않다. 영업목적이 종료되었을 때는 지체없이 삭제해야 한다. 영업목적의 트래픽데이터의 보관기간은 별도로 정해져 있지 않다. 이 데이터의 보관여부는 기본적으로 전기통신사업자의 자율에 맡겨져 있다.⁵⁾ 이런 점에서 이 조항은 임의규정으로 볼 수 있다. 이러한 데이터는 영업목

4) 전기통신법에 의하면 트래픽데이터의 개념은 “전기통신서비스의 제공에 있어서 수집, 처리, 이용되는 데이터를 말한다(TKG 제3조 제70호).

5) 다만 요금정산을 위한 트래픽데이터는 6개월간 보관할 수 있다. 이 기한이 도래하기 전에 요금정산과 관련하여 법원에 소송이 제기된 경우 그 기간은 연장될 수 있다.

적이 종료된 후 지체없이 삭제되어야 하기 때문에 범죄수사나 위협방지기관이 제공을 요청하는 경우 제공받지 못할 수도 있다. 그리하여 특정한 트래픽데이터는 일정 기간 보관하도록 의무를 부과하는 규정이 필요하게 되었다. 그것이 바로 전기통신법에 규정된 공익목적 트래픽데이터보관이다. 따라서 이 조항은 데이터를 의무적으로 보관해야 하는 강제규정이다.

최근까지 트래픽데이터는 모두 전기통신법(TKG)에 규정되어 있었다. 2021년 6월 23일 전기통신현대화법(TKMoG)⁶⁾에 의해서 전기통신법이 전부 개정되어 2021년 12월 1일부터 발효되었다. 이에 따라 전기통신사업자가 의무적으로 보관해야 하는 트래픽데이터는 기존의 전기통신법 제113a조 내지 제113g조에서 현재의 제175조 내지 제181조⁷⁾⁸⁾로 조문의 위치가 변경되었다.

이에 대해 전기통신사업자의 영업목적 트래픽데이터는 전기통신법 제96조에 규정되어 있었으나, 현재는 새로 제정된 전기통신 및 텔레미디어 데이터보호법(TTDSG) 제9조⁹⁾에 규정되어 있다. 한편 통신으로 생성되는 위치데이터는 트래픽데이터에 해당되지만, 통신과 상관없이 생성되는 위치데이터의 처리는 TTDSG 제13조에 규정되어 있다.

Ⅲ. 독일 연방행정대법원의 유럽사법재판소 선결재판 제청

1. 사실관계

공중에게 인터넷서비스를 제공하는 인터넷접속제공자(SpaceNet AG)와 전화서비스도 함께 제공하는 전기통신사업자(Telekom Deutschland GmbH)는 통신가입자 또는 이용자의 전기통신과 관련한 트래픽데이터와 위치데이터를 사전에 보관하도록 의무를

6) BGBl. I 2021 S.1858.

7) 보관의무자 및 보상 의무(제175조), 보관될 트래픽데이터의 종류 및 기간(제176조), 보관데이터의 사용(제177조), 데이터의 보안(제178조), 기록의무(제180조), 보관의무 이행 시 준수사항(제180조), 의무자의 안전구상(제181조).

8) 개별 조문은 다음 사이트 참조(https://www.gesetze-im-internet.de/tkg_2021/).

9) 조문 내용은 다음 사이트 참조(<https://www.gesetze-im-internet.de/ttdsg/>).

부과하고 있는 전기통신법 제113b조와 제113a조 제1항¹⁰⁾에 대해서 쾰른 행정법원에 이의를 제기하였다. 이러한 이의제기에 대하여 쾰른 행정법원은 2018년 4월 20일 SpaceNet과 Telekom은 인터넷 접속과 관련한 트래픽데이터를 저장할 의무가 없고, Telekom은 또한 고객의 전기통신과 관련한 트래픽데이터를 보관할 의무가 없다고 판결하였다.¹¹⁾ 쾰른 행정법원은 유럽사법재판소의 2016년 12월 21일 판결¹²⁾의 법리를 적용하여 이러한 보관의무는 EU법에 위반된다고 판단한 것이다. 전기통신사업자의 직무를 관할하는 연방망규제청(BNetzA)은 이러한 행정법원의 판결에 대하여 연방행정대법원에 상고를 제기하였다.

2. 선결 재판 제청 내용

연방행정대법원은 전기통신법 제113b조와 제113a조 제1항에 의한 트래픽데이터의 보관의무가 EU법에 위반되는지 여부는 전자프라이버시지침의 해석에 달려있다고 보았다. 연방행정대법원은 유럽사법재판소의 2016년 12월 21일 판결에 따르면 트래픽데이터와 위치데이터의 보관 및 이에 대한 국가기관의 접근에 관한 규정들은 기본적으로 이 지침의 적용 범위에 해당된다고 전제한 뒤, 전기통신법의 이러한 보관의무가 지침 제5조 제1항(통신비밀보호), 제6조 제1항(트래픽데이터), 제9조 제1항(트래픽데이터가 아닌 위치데이터)의 권리를 제한하는 한, 지침 제15조 제1항에 의해서 정당화될 수 있다고 한다. 이러한 점에서 연방행정대법원의 견해는 원심인 쾰른 행정법원의 견해와 다르다.

따라서 연방행정대법원은 상고 절차를 중단하고 유럽사법재판소에 선결재판을 제청하였다.¹³⁾ 이 제청에서 연방행정대법원은 전기통신법의 트래픽데이터 보관조항의 내용을 7가지로 정리하여 설명하고 있다. 첫째, 트래픽데이터는 장소적, 시간적 또는 공간적 관점에서 특정한 원인을 요건으로 보관되지 않는다.¹⁴⁾ 둘째 및 셋째, 전화서비스 제공 및

10) 유럽사법재판소의 판결 대상인 전기통신법 규정들은 2021년 개정되기 이전의 것이다.

11) VG Köln, 20.04.2018 - 9 K 3859/16

12) EuGH, Urteil vom 21.12.2016, C-203/15, C-698/15, Tele2 Sverige und Watson ua.

13) BVerwG, Beschluss vom 25.09.2019 - 6 C 12.18 - und - 6 C 13.18. 이에 대해서는 이상학, EU개인정보보호와 권리구제, 공법연구 제48집 제4호, 2020.6, 361-365 참조.

14) 이것은 뒤에서 검토할 유럽사법재판소가 예외사유로 요구하는 대상 특정 보관이 아니라는 의미이다.

인터넷 서비스 제공의 경우 보관될 데이터를 한정적으로 열거하고 있다. 넷째, 일정한 트래픽데이터는 보관이 금지되어 있다(통신내용, 호출되는 인터넷사이트에 관한 데이터, 전자우편 서비스 데이터, 교회의 성직자 등 특정인의 회선과 관련하여 접속한 데이터). 다섯째, 모바일 전화 통신 및 인터넷접속 시 무선기지국의 위치데이터는 4주, 기타 데이터는 10주 동안 보관된다. 여섯째, 보관된 데이터는 남용의 위험 및 무권한 접근으로부터 효과적으로 보호조치가 되어 있다. 마지막으로 보관데이터의 이용과 관련하여 특별히 중대한 범죄를 소추하기 위해서, 개인의 생명, 신체 또는 자유에 대한 구체적 위험과 연방 및 주의 존립에 대한 구체적 위험을 방지하기 위해서만 이용될 수 있으나 인터넷 이용 시 통신가입자에게 부여되는 IP주소는 모든 범죄의 소추, 공공의 안전과 질서에 대한 위험 방지, 정보기관의 직무 수행을 위해서 이용될 수 있다(전기통신법 제113c조 제1항 제3호와 제113조 제1항 제3분).

연방행정대법원은 전자적 통신서비스 제공자에게 이용자의 트래픽데이터 및 위치데이터를 보관하도록 의무를 부과하고 있는 트래픽데이터 규정이 유럽연합 기본권 헌장 제7조(사생활 존중권과 통신비밀), 제8조(개인정보보호), 제11조(표현의 자유), 제52조 제1항(법정주의)과 기본권 헌장 제6조(자유 및 안전에 대한 권리) 및 유럽연합조약(EUV) 제4조를 고려하면 지침 제15조에 위배되는 것으로 해석해야 하는지의 문제를 판단해 달라고 요청하고 있다.

지침 제15조에 따르면 특히 국가안전, 국방, 공공 안전을 위해서 그리고 범죄의 예방, 수사, 확인 및 소추를 위해서 이 지침의 제5조, 제6조, 제9조의 권리와 의무를 제한하는 입법 조치를 할 수 있다. 연방행정대법원은 독일의 트래픽데이터 보관조항이 지침 제15조에 일치한다고 보고 있다.

IV. 유럽사법재판소 판결 분석

유럽사법재판소는 독일 연방행정대법원의 견해와 달리 독일의 트래픽데이터 보관조항은 지침 제15조 제1항의 해석에 의해서 기본적으로 정당화될 수 없다고 판결하였다. 하지만 엄격한 요건으로 트래픽데이터의 보관과 접근에 관한 예외를 허용하였다. 이러한

예외로서 대상을 특정하여 트래픽데이터를 보관할 수 있는 대상 특정 데이터 보관과 이러한 데이터를 신속하게 보관하도록 명령하는 신속보관명령을 제시하고 있다. 아래에서 독일의 관련 규정들이 EU법과 일치할 수 없는 이유와 유럽사법재판소가 제시한 예외를 분석한다.

1. 판결과 관련한 EU법 규정

트래픽데이터는 민감한 개인정보이다. EU에서 개인정보는 기본적으로 EU일반개인정보보호법(GDPR)이 규율한다. 하지만 트래픽데이터와 개인정보는 특별법인 전자프라이버시지침(2002/58/EC)이 적용된다.¹⁵⁾ 이 지침은 회원국의 규정들이 전자적 통신분야에서 개인정보의 처리와 관련하여 기본적 권리와 자유 그리고 특히 프라이버시 및 비밀의 권리를 동등한 수준으로 보호하고 공동체 내에서 이러한 데이터와 전자적 통신기기 및 전자적 통신서비스의 자유로운 이동을 보장하도록 조정하기 위한 것이다(지침 제1조 제1항).

전자프라이버시지침은 제5조에서 통신가입자와 이용자의 통신비밀을 보호하고 있고, 제6조 제1항에서 전자적 통신서비스 제공자가 통신가입자 및 이용자와 관계된 트래픽데이터의 처리 및 보관과 관련하여 통신전달을 위해서 더이상 필요하지 않는 경우 이를 즉시 삭제하거나 익명으로 처리하도록 규정하고 있다. 제6조 제2항에서 요금 정산 등에 필요한 트래픽데이터는 정산이 법적으로 불복될 수 있거나 요금 정산의 청구가 주장될 수 있는 기간이 경과될 때까지 처리될 수 있다고 규정하고 있다. 또한 지침 제9조 제1항에 의하면 ‘트래픽데이터가 아닌 위치데이터’¹⁶⁾는 오로지 특정한 요건에서 그리고 익명으로 처리되거나 이용자 또는 통신가입자가 이에 동의한 경우에만 처리될 수 있다.¹⁷⁾ 이러한 조항들은 앞서 언급한 TTDSG 제3조(통신비밀), 제9조(트래픽데이터), 제13조(위치데이터) 등에 이행되어 있다.

하지만 지침 제15조 제1항은 지침 제5조(통신비밀), 제6조(트래픽데이터), 제9조(위

15) GDPR 제95조는 전자프라이버시지침과의 관계를 명확히 하고 있다.

16) 박희영, 이용대기상태의 휴대전화 위치정보 수사의 허용과 입법방향, 형사정책연구 제31권 제2호(통권 제122호, 2020·여름), 96.

17) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 55.

치데이터)에 의한 권리와 의무를 제한하는 입법을 회원국에게 허용하고 있다. 이러한 제한은 국가안보, 국토방위, 공공 안전 그리고 범죄의 예방, 수사, 확인 및 소추를 위해서 민주사회에서 필요하고, 적합하고, 비례적이어야 한다.¹⁸⁾ 회원국은 이러한 목적을 위해서 특히 열거한 사유에서 ‘제한된 기간 동안 데이터 보관’에 관한 입법 조치를 할 수 있다. 나아가서 이러한 입법조치는 유럽연합조약(EUV) 제6조 제1항과 제2항에 언급된 기본원칙과 EU의 일반적인 기본원칙들에 상응해야 한다. 지침 제15조는 전기통신법 제113a조 내지 제113g조(현재 제175조 내지 제181조)에 이행되어 있다.

2. 공익목적의 위계질서에 따른 트래픽데이터 보관 기준

유럽사법재판소는 독일의 트래픽데이터 보관조항이 EU법과 일치할 수 없다는 점을 논증하기 위해서 지침의 기본권 제한조항(제15조 제1항)에서 일정한 기준을 도출하였다. 즉 기본권 제약을 정당화할 수 있는 공익목적들 사이에 일정한 위계질서가 존재하고, 이러한 위계질서에 따라 트래픽데이터의 보관기준도 달라야 한다고 한 것이다.¹⁹⁾ 사법재판소가 분류한 위계질서는 첫째, 국가안보, 둘째, 중대한 범죄에 대한 대응 및 공공 안전에 대한 중대한 위협에 대한 대응, 셋째, 일반 범죄에 대한 대응 및 공공 안전에 대한 일반적 위협에 대한 대응이다.²⁰⁾

18) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 68.

19) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 71.

20) 이러한 위계질서에서 특별히 중대한 범죄는 국가안보와 동일할 수 있지 않는가 하는 의문이 제기되었다. 이에 대해 유럽집행위원회는 지지견해를 밝혔으나, 사법재판소는 이 판결에서 양자를 명확히 구분하였다. 국가안보의 목적은, 헌법, 정치 또는 경제의 영역에서 또는 사회적 영역에서 국가의 전통적인 구조를 중대한 방법으로 혼란스럽게 하고, 특히 공동체, 국민 또는 국가 그 자체를 직접 위협하기에 적합한 활동, 가령 테러 행위와 같은 활동을 예방 및 진압하여 국가의 본질적인 기능과 사회의 기본적인 이익을 보호하는 주된 관심과 일치한다고 하였다. 하지만 (특별히 중대한) 범죄와 달리 국가안보에 대한 위협은 실제로 그리고 현재, 적어도 예견될 수 있어야 한다고 한다. 국가안보에 대한 위협은 일반적이고 구별없는 트래픽데이터와 위치데이터의 보관 조치를 제한된 기간 동안 정당화하기 위해서, 충분히 구체적인 상황의 발생을 요건으로 한다. 따라서 국가안보에 대한 위협은 그 종류, 중대성 그리고 이를 근거짓는 상황의 특수성에 의해서 공공 안전의 긴장 또는 장해가 발생하는 일반적이고 상시적(중대한) 위협이나 중대한 범죄와 구별된다. 따라서 (특별히 중대한) 범죄는, 국가안보의 위협과 동일하게 취급될 수 없다. 양자를 동일시하는 것은 국가안보의 요건을 공공의 안전에 적용하기 위해서, 국가안보와 공공 안전 사이에 중간 범주를 생성할 가능성이 있다 (EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 92, 93, 94).

가. 국가안보를 위한 보관 기준

지침의 기본권 제한조항(제15조 제1항)은 국가안보, 국방, 공공 안전, 범죄 대응 등을 공익목적으로 열거하고 있다. 사법재판소는 이러한 공익목적 중에서 국가안보가 가장 중요하다고 보았다. 따라서 이 제한조항에 의해서 기본권 헌장 제7조(사생활존중권, 통신 비밀), 제8조(개인정보보호), 제11조(표현의 자유) 및 제52조 제1항(법정주의)을 고려하여 ‘국가안보’를 위해서 전자적 통신서비스 제공자에게 트래픽데이터와 위치데이터를 ‘일반적이고 구분없이’(generally and indiscriminately) 보관하는 것을 회원국의 의무로 부과하는 입법조치는 허용될 수 있다고 하였다.²¹⁾

하지만 여기에는 다음 세 가지 조건을 요구하였다. 회원국이 일반적이고 구분없이 트래픽데이터를 보관하기 위해서는 첫째, 해당 회원국이 실제로 그리고 현재 또는 예견할 수 있는 국가안보에 대한 중대한 위협에 직면하고 있어야 한다. 둘째, 법원이나 구속력을 가진 독립적 행정관청이 심사를 통하여 그러한 상황이 존재하고 규정된 조건과 보장이 준수되고 있음을 확인함으로써 그 보관 명령이 효과적으로 통제될 수 있어야 한다. 셋째, 트래픽데이터의 보관 명령은 오로지 절대적 필요성으로 제한되는 기간에만 내려지고 위협이 지속하는 경우 기간을 연장할 수 있어야 한다.

따라서 이러한 기준으로 보관된 트래픽데이터는 위계질서에서 하위의 목적을 위해서는 제공될 수 없다.²²⁾ 예를 들어 중대한 범죄를 수사하기 위해서 국가안보 목적으로 보관된 데이터가 제공되어서는 안 된다.

나. 중대한 범죄 및 공공 안전의 위협에 대응하기 위한 보관 기준

사법재판소는 또한 중대한 범죄에 대응하고 공공안전에 대한 중대한 위협을 방지하기 위해서만 트래픽데이터와 위치데이터의 보관으로 야기되는 사생활존중권과 개인정보보호의 제한을 정당화할 수 있다고 보았다.²³⁾

하지만 사법재판소는 중대한 범죄에 대응하기 위해서 트래픽데이터와 위치데이터를 ‘일반적이고 구분없이’ 보관하고 있는 독일 국내 법규정은 절대적 필요성의 한계를 넘어

21) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 72.

22) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 91.

23) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 73.

서고 민주주의사회에서 정당화될 수 없다고 하였다.²⁴⁾ 트래픽데이터와 위치데이터에서 발생할 수 있는 정보의 민감성을 고려하면, 그 비밀성은 사생활존중권에서 결정적인 의미를 가진다. 따라서 이러한 데이터 보관이 사생활존중권(헌장 제7조)과 표현의 자유(헌장 제11조)의 행사에 미치는 위축효과(chilling effects)와 이와 관계되는 제약의 비중을 고려하면, 그러한 데이터 보관은 민주주의사회에서 ‘예외’여야 하고, ‘원칙’이 되어서는 안 되며, 그러한 데이터는 또한 체계적이고 지속적인 보관의 대상이 되어서도 안 된다고 하였다. 이것은 중대한 범죄의 대응 목적과 공공의 안전에 대한 중대한 위협의 방지 목적을 고려하더라도 마찬가지라고 한다.

하지만 사법재판소는 트래픽데이터를 보관할 수 있는 예외를 인정하고 그 기준을 제시하였다.²⁵⁾ 따라서 중대 범죄 및 공공 안전에 대한 위협에 대응하기 위해서 트래픽데이터의 보관이 완전히 불가능한 것은 아니다. 기본권 헌장 제7조, 제8조, 제11조 및 제52조 제1항을 고려하면 지침 제15조 제1항에서 중대한 범죄에 대응하고 공공안전에 대한 중대한 위협을 방지하기 위해서 다음 5가지의 입법조치가 예외적으로 허용될 수 있다고 본 것이다.²⁶⁾

첫째, 객관적이고 차별없는 기준(objective and non-discriminatory factors)을 근거로 대상자를 범주화하거나 지리적 기준을 이용하여 절대적 필요성으로 제한되는 기간동안 대상이 특정된 트래픽데이터와 위치데이터의 보관(the targeted retention)을 규정하고, 그 기간의 연장을 가능하게 하는 입법조치.

둘째, 절대적 필요성으로 제한되는 기간 동안 통신접속의 출처(발신지)에 할당되는 IP 주소를 일반적이고 구별없이 보관하는 입법조치.

셋째, 전자적 통신수단 이용자의 신원확인과 관련한 데이터를 일반적이고 구별없이 보관하는 입법조치.

넷째, 법원의 효과적인 통제를 받는 관할기관의 결정에 의해서 특정된 기간 동안 전자적 통신서비스 제공자가 보관하고 있는 트래픽데이터와 위치데이터를 신속하게 보관하

24) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 74.

25) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 75.

26) EuGH, Urteil vom 6.10.2020, C-511/18, C-512/18, C-520/18, La Quadrature du Net ua/Premier ministre ua, Rn. 168; EuGH, Urteil vom 5.4.2022, C-140/20, Commissioner of the Garda Síochána ua, Rn. 67.

도록(the expedited retention, quick freeze) 의무를 부과하는 입법조치.

마지막으로 명확하고 간결한 규정을 통해서 통신데이터의 보관 시 이에 적용되는 실체적, 절차적 요건들이 준수되고, 당사자가 남용 위험으로부터 효과적으로 보장되는 보호조치를 확보하는 입법조치.

이러한 기준에 의해서 보관된 데이터에는 위계질서상 상위의 목적인 국가안보를 위해서 제공될 수 있지만, 하위의 목적인 일반범죄를 수사하기 위해서는 제공될 수 없다.

다. 일반 범죄 및 공공 안전에 대한 일반적 위협에 대응하기 위한 보관 기준

일반 범죄의 방지, 수사, 확인 및 소추의 목적이 정당화되기 위해서는 기본권의 제약이 중대하지 않아야 한다.²⁷⁾ 따라서 일반 범죄에 대응하기 위해서는 중대한 범죄 대응 기준에서 제시된 전자적 통신수단 이용자의 신원확인과 관련한 데이터를 일반적이고 구별없이 보관하는 입법조치만 할 수 있다.

3. 독일 통신사실확인자료 보관조항의 EU법 위반

유럽사법재판소는 이러한 기준들에 따라서 독일의 트래픽데이터 보관조항들이 EU법과 일치할 수 없다고 판단하였다.

가. 보관데이터의 범위

독일의 트래픽데이터 보관조항은 통신내용 및 방문한 인터넷사이트에 관한 데이터를 보관의무에서 배제하고 있고, 통신의 시작 시 무선기지구 표지만 보관하도록 규정하고 있다. 하지만 보관된 트래픽데이터를 통해서 대상자의 사생활(가령 일상생활 습관, 상시 또는 일시적 체류지, 매일 또는 간혹 발생하는 장소변경, 수행 중인 활동, 대상자의 사회적 관계 및 그가 교류하는 사회적 환경)이 매우 정확하게 추론될 수 있고, 특히 대상자의 프로필이 작성될 수 있다는 점을 분명히 하였다.²⁸⁾

27) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 73.

28) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 78.

또한 방문한 인터넷사이트에 관한 데이터는 보관되지 않지만, IP 주소가 보관되고 있다는 점도 지적하고 있다. IP 주소는 특히 인터넷 이용자가 방문한 인터넷사이트와 그의 온라인 활동을 포괄적으로 추적하는데 이용될 수 있으므로, 이 데이터는 이용자의 상세한 프로필 작성을 가능하게 한다는 것이다. 따라서 그러한 추적에 필요한 IP 주소의 보관과 분석은 기본권 헌장이 규정한 인터넷 이용자의 사생활존중권(제7조)과 개인정보보호권(제8조)의 중대한 제약이라고 보았다.²⁹⁾ 또한 이메일 서비스는 보관의무규정에 포함되지 않는다 하더라도, 전체 트래픽 데이터 중 일부에 지나지 않는다고 한다.³⁰⁾

또한 데이터 보관에서 제외되는 종교적 사회적 영역에서 상담 등의 업무에 종사하는 사람의 대상은 단지 1,300 곳에 불과하며, 이는 독일 전체 전기통신서비스 이용자 중 경미한 부분에 해당된다고 한다. 특히 업무상 비밀을 준수해야 하는 사람들(예컨대 변호인, 의사, 언론인 등)의 트래픽데이터가 보관에서 제외되지 않고 있다는 점도 지적하였다.³¹⁾ 심지어 트래픽데이터 보관조항은 간접적으로도 형사소추의 원인을 제공할 수 있는 상황에 있지 않는 거의 모든 사람들이 관련되어 있다고 한다. 이러한 규정은 또한 이유없이, 인적, 시간적 그리고 지리적 구분없이 대부분의 트래픽데이터와 위치데이터가 일반적으로 저장되고 있다고 한다.³²⁾

이러한 이유에서 독일의 트래픽데이터 보관 의무는 독일 정부의 주장이나 연방행정대법원의 견해와 달리 사법재판소가 예외로 제시한 ‘대상 특정 데이터 보관’으로 간주될 수 없다.³³⁾

나. 데이터의 보관기간

지침 제15조 제1항 제2문에서 일반적이고 구분없는 데이터보관의무를 부과하는 국내 입법조치의 보관기간은 제한되어야 한다.³⁴⁾ 독일 전기통신법 제113b조에 의해서 위치데이터의 경우 4주, 기타 데이터의 경우 10주로 규정하고 있다. 그런데 이 기간들은 그동

29) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 79.

30) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 80.

31) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 82.

32) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 83.

33) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 84.

34) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 85.

안 사법재판소가 다른 국가의 판결³⁵⁾에서 다른 기간보다 훨씬 짧다.³⁶⁾

하지만 사법재판소는 전자적 통신수단 이용자의 통신에 관한 정보 또는 그가 사용한 단말기의 위치에 관한 정보를 제공할 수 있는 트래픽데이터 또는 위치데이터의 보관은, 전체 데이터가 관련된 자의 사생활을 정확하게 추론하게 하는 한, 보관기간의 길이와 보관된 데이터의 양과 종류에 상관없이 기본권 제약은 중대하다고 하였다.³⁷⁾

그러한 점에서 보관된 트래픽데이터의 양이 제한적이거나 보관기간이 짧더라도 이러한 보관자체는 전자적 통신수단 이용자의 사생활에 관한 매우 정확한 정보를 제공할 수 있다고 한다. 또한 보관된 데이터의 량과 이로부터 도출되는 매우 정확한 관련자의 사생활에 관한 정보는 문제의 데이터를 조사한 후 비로소 판단될 수 있다. 하지만 데이터의 보관에서 나오는 기본권 제약은, 필연적으로 데이터와 이로부터 도출되는 정보가 조사되기 이전에 행해진다. 따라서 보관에 존재하는 기본권 제약의 비중의 판단은 반드시 보관되어 있는 데이터의 범주와 일반적으로 관계되는 당사자의 사생활의 위험을 근거로 행해지고, 게다가 이로부터 도출되는 사생활에 관한 정보가 실제로 민감한 성격을 가지는지는 중요하지 않다³⁸⁾고 한다.

따라서 10주 내지 4주간 보관되는 전체 트래픽데이터와 위치데이터는 자신의 데이터가 저장되는 사람의 사생활에 대한 정확한 추론과 특히 이 사람의 프로필의 작성을 가능하게 할 수 있다³⁹⁾고 판단하였다. 이러한 이유로 독일의 트래픽데이터 보관조항들이 EU 법과 일치할 수 없다.

4. 중대한 범죄의 대응과 공공안전의 중대한 위험 방지를 위해 허용되는 입법조치

사법재판소는 형사소추의 실효성은 일반적으로 일부의 수사절차에 달려있지 않고, 관찰 국내 관청이 이러한 목적을 이용하는 모든 수사수단에 달려있다고 전제한 다음,⁴⁰⁾

35) EuGH, Urteil vom 21.12.2016, C-203/15, C-698/15, Tele2 Sverige und Watson ua; EuGH, Urteil vom 6.10.2020, C-511/18, C-512/18, C-520/18, La Quadrature du Net ua/Premier ministre ua; EuGH, Urteil vom 5.4.2022, C-140/20, Commissioner of the Garda Síochána ua.

36) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 86.

37) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 88.

38) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 89.

39) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 90.

지침 제15조 제1항은 기본권 헌장 제7조, 제8조, 제11조 그리고 제52조 제1항의 관점에서 해석하는 경우 중대한 범죄의 대응과 공공안전의 중대한 위협을 방지하기 위한 일정한 입법조치는 허용될 수 있다고 하였다. 사법재판소는 허용되는 입법조치로서 우선 대상이 특정된 트래픽데이터의 보관과 특정한 데이터의 신속 보관 명령을 제시하였다. 또한 전자적 통신수단의 이용자의 신원확인과 관련한 데이터와 통신접속의 발신지에 할당되는 IP주소는 일반적이고 구분없이 보관할 수 있다고 하였다.⁴¹⁾

가. 이용자의 신원확인 관련 데이터의 일반적 보관

이용자의 신원확인과 관련한 데이터의 일반적인 보관은 허용된다. 즉 전자적 통신수단 이용자의 신원과 관련한 데이터가 중대범죄에 속하는 범죄의 예비 또는 실행과 관련하여 그러한 통신수단을 사용한 자를 식별하는 것을 가능하게 하는 경우에는, 이러한 데이터의 보관은 중대 범죄의 대응에 기여할 수 있다⁴²⁾는 것이다. 이 경우 중대 범죄가 아닌 ‘일반 범죄’에 대응할 목적으로 신원확인과 관련한 데이터의 일반적 보관도 인정한다. 예를 들어 선불 심카드와 같이 전자적 통신수단의 취득 시 판매자가 구매자의 신분을 증명하는 공문서를 검토하고 판매자는 경우에 따라서 관할 국내 관청에 구매자의 정보를 제공할 의무가 있다.⁴³⁾

나. 발신지 IP주소의 일반적 보관

통신접속의 출처(발신지)인 IP주소의 일반적 보관은 기본권 헌장의 사생활존중권(제7조)과 개인정보보호권(제8조)의 중대한 제약이다. 왜냐하면 IP주소는 해당 전자적 통신수단의 이용자의 사생활을 정확하게 추론할 수 있고, 기본권 헌장 제11조에 규정된 표현의 자유의 행사와 관련하여 위축효과를 초래할 수 있기 때문이다.

하지만 사법재판소는 발신지 IP주소의 일반적 보관을 허용하고 있다. 서로 충돌하는 권리와 정당한 이익 사이에 균형을 유지하기 위해서 인터넷에서 범해지고 있는 범죄의

40) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 96.

41) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 97.

42) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 98.

43) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 99.

경우, 특히 인터넷에서 아동포르노의 취득, 배포, 전달, 제공⁴⁴⁾의 경우 IP주소는 범죄가 범해졌을 때 이 주소가 할당된 자의 신분을 수사하는 것을 가능하게 하는 유일한 근거가 될 수 있기 때문이다.⁴⁵⁾

따라서 사법재판소는 통신접속의 출처(발신지)인 IP주소의 일반적이고 구분 없는 보관을 정하고 있는 법규정은, 기본적으로 기본권 헌장 제7조, 제8조, 제11조 및 제52조 제1항을 고려하면 지침 제15조 제1항에 위반되지 않는다고 판단하였다. 다만, 이러한 법규정은 이러한 데이터의 이용을 규율하는 실제적 절차적 요건을 엄격히 준수해야 한다.⁴⁶⁾

이러한 데이터 보관과 관계되는 기본권 헌장의 사생활존중권과 개인정보보호의 제약의 중대성을 고려하면, 국가안보, 중대한 범죄의 대응, 공공의 안전에 대한 중대한 위협의 방지에 한해서는 이러한 제약이 정당화될 수 있다. 또한 저장기간은 추구되는 목적과 관련하여 절대적으로 필요한 범위를 넘어서는 안 된다. 끝으로 이러한 입법조치는 관련자의 온라인 통신 및 온라인 활동과 관련하여 이러한 데이터의 사용에 관한, 특히 추적의 형태에 관한 엄격한 요건과 보장을 규정해야 한다.⁴⁷⁾

다. 대상 특정 보관(targeted retention)

사법재판소는 중대 범죄의 대응과 공공 안전의 중대한 위협 방지를 위해서 일반적이고 구분없는 트래픽데이터를 보관할 수 없지만, 절대적으로 필요한 기간 내에 특정한 사람 또는 지리적 장소를 대상으로 하는 데이터 보관 조치는 지침 제15조에서 허용될 수 있다고 하였다.

(1) 인적 기준

객관적 기준에 근거하여 특정된 자의 트래픽데이터와 위치데이터가 적어도 중대한 범죄와 간접적인 관계를 드러내거나 중대 범죄의 대응에 원인을 제공하거나 공공의 안전에

44) 지침 2011/93/EU 제2조c (ABl. 2011, L 335, S. 1, 개정: ABl. 2012, L 18, S. 7.).

45) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 100.

46) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 101.

47) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 102.

대한 중대한 위협이나 국가안보에 대한 위협을 방지하기에 적합한 경우 이 자의 트래픽 데이터를 보관하는 입법조치는 지침 제15조 제1항에 의해서 허용된다.⁴⁸⁾

이 경우 객관적 기준은 중범죄의 예방, 수사, 확인, 소추를 위해서 관련되는 각 조치의 성격에 따라서 다양할 수 있지만, 예를 들어 특히 이전에 관련 국내 절차에서 그리고 객관적이고 차별 없는 기준에 의해서 해당 회원국의 공공 안전이나 국가안보에 위협을 가한 것으로 확인된 자는 이 조치의 대상이 될 수 있다.⁴⁹⁾

따라서 회원국은 특히 이러한 확인을 근거로 현재의 수사나 다른 감시조치의 대상이거나 재범 위험성이 높은 중대 범죄의 전과자로서 국내 범죄등록부에 기록되어 있는 자를 특정하여 이들의 데이터를 보관하는 조치를 할 수 있다. 그러한 확인은 물론 국내법에서 정해진 객관적이고 차별없는 기준에 근거하고 있어야 정당화될 수 있다.⁵⁰⁾

(2) 지리적 기준

대상 특정 보관 조치는, 국내 관할기관이 객관적이고 차별없는 근거에서 하나 또는 다수의 지리적 영역에서 중대 범죄의 예비 또는 실행의 위험이 높아진 정황이 존재하는 경우에도 국내 입법자의 선택에 따라 그리고 비례성원칙을 엄격히 준수하여 지리적 기준에 근거할 수도 있다. 이러한 장소에는 특히 중대한 범죄의 발생률이 높은 장소나 중대 범죄가 발생할 위험이 특별히 높은 장소가 속한다. 후자의 경우에는 일반적으로 많은 사람들이 방문하는 장소나 시설과 같은 곳으로서 공항, 항구, 기차역 또는 톨게이트와 같은 전략적 장소가 포함된다.⁵¹⁾

또한 국내 관할기관은, 위에서 언급한 장소에서 지리적 기준을 토대로 특히 어떤 지리적 영역의 평균 범죄율을 토대로 대상 특정 보관 조치를 할 수도 있다. 이 경우 국내 관할기관이 해당 영역에서 중대 범죄의 예비나 실행을 위한 구체적인 근거를 반드시 가지고 있어야 하는 것은 아니다. 그러한 기준에 근거하는 대상 특정 보관은, 관련 중범죄와 개별 회원국의 독자적인 상황에 따라서 중대 범죄의 발생률이 높은 장소와 관련될

48) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 105.

49) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 106.

50) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 107.

51) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 108.

뿐만 아니라 그러한 범죄의 실행에 특별히 취약한 장소도 관련될 수 있기 때문에, 대상 특정 보관은 기본적으로 차별을 야기하지 않을 수 있다고 한다. 왜냐하면 중대 범죄의 평균 발생률 기준 그 자체는 잠재적으로 차별하는 요소와 전혀 관련이 없기 때문이다.⁵²⁾

그리고 특히 정기적으로 매우 많은 사람들이 왕래하는 장소 및 시설과 관련한 대상 특정 보관이나 공항, 기차역, 항구 또는 통제이트와 같은 전략적 장소와 관련한 대상 특정 보관의 경우 관할 관청은 특정 시점에 이 장소에서 전자적 통신수단을 이용한 모든 사람들의 트래픽데이터와 특히 위치데이터를 수집할 수 있다고 한다. 그러한 대상 특정 보관 조치를 통해서 관할 관청은 보관 데이터에 접근할 수 있고 그리하여 이러한 조치와 관련되는 장소나 지리적 영역에 이러한 사람이 있었다는 정보나 이러한 장소나 지리적 영역 내에서 또는 사이에서 이 사람의 이동에 관한 정보를 확보할 수 있고, 나아가서 이로부터 중대 범죄의 대응 목적으로 보관기간 동안 특정 시점에 이 장소 또는 이 지리적 영역에서 그 사람이 있었다는 사실과 그의 활동에 관한 추론을 할 수 있다⁵³⁾고 한다.

대상 특정 보관과 관계되는 지리적 영역은, 그 선택을 정당화하는 조건들이 변경되는 경우에는 변경될 수 있고 사정에 따라서 변경되어야 한다. 그리하여 특히 중대한 범죄의 대응에서 새롭게 전개된 국면에 대처할 수 있다. 따라서 대상 특정 보관 조치의 기간은 추구하는 목적 및 이를 정당화하는 상황을 고려하면 절대적으로 필요한 한도를 넘어서는 안 된다. 하지만 그러한 보관의 요건이 계속 존재하는 경우 연장할 수 있다.⁵⁴⁾

(3) 기타 기준

언급한 인적, 지리적 기준 외에도 대상 특정 보관의 범위가 절대적 필요성으로 제한되는 것을 확보하고 중범죄와 데이터가 보관되는 자 사이에 적어도 간접적 관계를 생성하기 위해서 다른 객관적이고 차별없는 기준도 고려될 수 있다. 이러한 기준을 정하는 것은 지침 제15조 제1항에 의해서 회원국의 업무이다.⁵⁵⁾ 하지만 대상 특정 보관이 수행될 수 있는 사례와 조건을 정확하게 규정하는데 어려움이 존재한다고 해서 회원국이 예외를

52) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 109.

53) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 110.

54) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 111.

55) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 112.

원칙으로 하여 일반적이고 구분없는 트래픽데이터와 위치데이터의 저장을 규정하는 것은 정당화될 수 없다⁵⁶⁾고 한다.

라. 신속 보관(the expedited retention)

보관된 트래픽데이터는 기본적으로 법률상 보관 기간이 지나면 삭제되거나 익명으로 처리되어야 한다. 하지만 해당 트래픽데이터가 처리되어 보관되는 동안 중대한 범죄나 국가안보의 침해를 규명하기 위해서 이 기간을 넘어서 보관될 상황이 발생할 수 있다. 사법재판소는 이와 같은 기간이 초과된 경우에도 보관을 인정하고 있다. 이것은 범죄나 국가안보침해가 이미 확인될 수 있었던 경우는 물론 모든 관련된 사정을 객관적으로 검토하여 범죄나 안보침해가 존재한다는 근거있는 혐의가 존재하는 경우에 가능하다.⁵⁷⁾

이런 상황에서 충돌하는 권리와 정당한 이익이 서로 균형을 이루어야 한다는 점을 고려할 때, 회원국은 지침 제15조 제1항에 의해서 효과적인 법원의 통제를 전제로 관할 관청이 전기통신사업자에게 정해진 기간 동안 그가 보유하고 있는 트래픽데이터를 신속하게 보존하는 것을 의무로 부과하는 입법조치를 할 수 있다.⁵⁸⁾

이러한 신속 보관의 목적은 해당 데이터가 원래 수집되어 저장된 목적과는 더 이상 상응하지 못하고, 기본권 헌장 제8조 제2항에 의해서 모든 데이터는 정해진 목적으로 처리되어야 하기 때문에, 회원국은 입법조치에서 어떤 목적으로 데이터의 신속한 보존이 행해질 수 있는지를 정해야 한다. 기본권 헌장 제7조와 제8조의 기본권은 그러한 보관과 관계될 수 있어서 이로 인한 기본권 제약의 중대성을 고려하면, 이러한 조치와 보관데이터에 대한 접근이 절대적 필요성의 한계를 준수하는 경우, 오로지 중대한 범죄의 대응과 특히 국가안보만이 이러한 제약을 정당화할 수 있다⁵⁹⁾고 한다.

이러한 보관 조치는 이전에 해당 회원국의 공공안전 또는 국가안보에 위협적인 것으로 확인된 자 또는 중대 범죄를 범했거나 국가안보를 침해하였다는 구체적인 혐의가 있는 자의 데이터로 제한할 필요는 없다고 한다. 그러한 조치는 입법자의 선택에 따라서

56) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 113.

57) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 114.

58) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 115.

59) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 116.

절대적 필요성의 한계를 준수하여 중대한 범죄나 국가안보의 침해를 계획하고 있거나 계획하였다는 혐의가 있는 자가 아닌 자로 확대될 수 있다고 한다. 다만 이러한 데이터가 객관적이고 차별없는 기준을 토대로 그러한 범죄의 규명이나 국가안보의 침해를 규명하는데 기여할 수 있어야 한다. 여기에는 그러한 범죄 피해자의 데이터나 그의 사회적 또는 직업상 환경에 관한 데이터가 해당된다.⁶⁰⁾

따라서 입법조치는, 특히 피해자가 공공 안전에 대한 중대한 위협이 발생하기 전에 또는 중대 범죄가 범해지기 전에 그의 전자적 통신수단을 사용하여 접촉을 한 자의 트래픽데이터와 위치데이터를 신속하게 보관할 것을 전자적 통신서비스 제공자에게 명확히 기록 허용할 수 있다.⁶¹⁾

그러한 신속보관은 또한 범죄의 실행 및 예비 장소 또는 해당 국가안보의 침해 장소와 같은 특정한 지리적 영역으로 확대될 수 있다. 그러한 조치의 대상은, 예를 들어 중대 범죄의 피해자가 사라진 장소와 관련되는 트래픽데이터와 위치데이터일 수도 있다. 다만, 이 조치 및 이러한 방법으로 보관된 데이터에 대한 접근은, 중대 범죄의 대응 또는 국가안보를 위해서 절대적 필요성의 한계를 준수해야 한다.⁶²⁾

또한 지침 제15조 제1항에 의해서 관할 국내 관청은 공공 안전의 중대한 위협이나 가능한 중범죄와 관련하여 이미 수사의 첫단계에서, 즉 이 관청이 국내법의 관련 규정들에 의해서 그러한 수사를 수행할 수 있는 시점부터 신속한 보관을 명령할 수 있다.⁶³⁾

트래픽데이터와 위치데이터의 다양한 보관 조치는 국내 입법자의 선택에 따라 그리고 절대적 필요성의 한계를 준수하여 함께 사용할 수 있다. 이러한 상황에서 지침 제15조 제1항은 기본권 헌장 제7조, 제8조, 제11조 및 제52조 제1항을 고려하여 이러한 조치의 결합을 배제하지 않는다.⁶⁴⁾

마. 조치의 비례성 준수

지침 제15조 제1항에 의한 입법조치는 적합성, 필요성, 균형성을 모두 갖추어야 한

60) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 117.

61) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 118.

62) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 119.

63) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 120.

64) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 121.

다.⁶⁵⁾ 따라서 중대한 범죄의 대응은 공공 안전의 보장에 상당히 중요하고 그 실효성은 대부분 현대 수사기술의 이용에 달려있다고 하지만, 그러한 공익 목적 자체가 트래픽데이터와 위치데이터의 일반적이고 구분없는 보관 조치의 필요성을 정당화할 수는 없다.⁶⁶⁾ 그뿐만 아니라 범죄에 실효적으로 대응하기 위한 규정을 제정하는 회원국의 적극적 의무라고 하더라도, 관련된 자의 데이터가 추구하는 목적과 적어도 간접적인 관계도 드러내지 않는 상황에서 거의 모든 국민의 트래픽데이터와 위치데이터의 보관을 규정하고 있는 국내 법규정은 기본권 헌장 제7조와 제8조의 기본권의 중대한 제약을 정당화할 수 없다.⁶⁷⁾

V. 유럽사법재판소 판결의 평가 및 전망

유럽연합은 통신데이터보관지침(2006/24/EC)을 통해서 전기통신사업자의 트래픽데이터 보관의무를 처음으로 도입하였다. 하지만 이러한 트래픽데이터 보관의무는 독일을 비롯한 유럽연합 회원국 내에서 기본권 침해와 관련하여 최근까지 지속적으로 문제가 되었다. 독일 입법자는 트래픽데이터 보관의무를 ‘2007.12.21의 전기통신감시의 새로운 규정을 위한 법률’⁶⁸⁾을 통해서 이 지침을 전기통신법에서 이행하였다. 독일 연방헌법재판소는 2010.3.2 이 법률의 트래픽데이터 보관의무 조항들이 기본법(헌법)에 위반되어 무효라고 판결하였다.⁶⁹⁾ 유럽사법재판소도 2014.4.8. 이 지침은 EU법에 위반되어 무효라고 선언하였다.⁷⁰⁾ 사법재판소는 이 판결에서 세계평화와 국제적 안전보장을 위하여 국제테러 대응 및 공공안전 보장을 위한 중대한 범죄의 대응은 EU의 공익목적이지만, 이 자체가 트래픽데이터의 보관을 정당화할 수는 없다고 선언한 것이다.

그럼에도 불구하고 독일 입법자는 ‘2015.12.10. 트래픽데이터 보관의무 및 최고보관

65) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 122.

66) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 123.

67) EuGH, Urteil vom 20.09.2022 - C-793/19, C-794/19, Rn. 124.

68) BGBl. I 2007, S. 3198.

69) BVerfG, Urteil vom 02. März 2010 - 1 BvR 256/08 -.

70) EuGH, 08.04.2014 - C-293/12 und C-594/12; 민영성/박희영, 유럽사법재판소의 통신정보보관지침의 무효 판결과 그 시사점, 법학연구 제56권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2015, 53-82.

기간의 도입 법률'을 통하여 연방헌법재판소와 유럽사법재판소의 판결을 참조하여 트래픽데이터 보관의무를 다시 도입하였다.⁷¹⁾ 이 법률을 통해서 전기통신법에 도입된 트래픽데이터 보관의무는 그 기간을 종전의 6개월에서 위치데이터의 경우 4주, 나머지 트래픽데이터는 10주로 줄였고, 성직자 등과의 상담에 관한 데이터를 제외하였으며, 이메일 및 웹이용의 URL 주소의 수집도 제외하였다. 그뿐만 아니라 데이터를 사용할 기관의 권한을 분명히 하였고, 보관된 데이터에 대한 특별한 보호조치도 마련하였다. 2019.6.23. 전기통신현대화법(TKMoG)에 의해서 전기통신법이 개정되었으나 트래픽데이터보관조항은 기존의 제113a조 내지 제113g조에서 현재의 제175조 내지 제181조에 내용 변경없이 그대로 유지되었다. 이번 유럽사법재판소의 심판 대상은 개정 전 전기통신법 제113a조 내지 제113g조이지만, 개정된 제175조 내지 제181조에도 적용된다.⁷²⁾ 따라서 개정된 규정들은 EU법에 위반되므로 더 이상 적용될 수 없다.

한편 유럽사법재판소가 2014년 통신데이터보관지침을 무효라고 판결하였지만, 이 지침을 국내법으로 이행한 트래픽데이터 보관조항은 여전히 회원국 내에서 집행되고 있다. 그 근거는 전자프라이버시지침 제15조 제1항이다. 앞서 살펴본 바와 같이 지침 제15조 제1항은 통신내용이나 트래픽데이터의 보호를 일정한 경우 제한할 수 있는 입법조치를 회원국에 허용하기 때문이다. 하지만 이러한 입법조치가 구체적인 이유나 구분없이 전체 국민의 트래픽데이터를 포괄적으로 사전에 저장하여 보관하는 것도 허용하는지 문제가 되었다. 특히 보관의무를 이행해야 하는 전기통신사업자들은 이러한 입법조치가 허용될 수 없다는 입장이었다. 그리하여 다수 회원국에서 트래픽데이터의 보관의무와 관련한 법적 분쟁이 제기되었고, 결국 유럽사법재판소의 선결재판을 받게 되었다. 회원국 내에서 EU법의 적용이 문제된 사안에서는 EU법이 우선 적용되기 때문이다.

유럽사법재판소가 전자프라이버시지침 제15조 제1항과 관련하여 트래픽데이터 보관 의무규정을 처음으로 다룬 사건은 2016.12.21 스웨덴 및 영국의 통신데이터 보관에 관한 법률이다. 사법재판소는 이들 국가의 트래픽데이터 보관조항들이 일반적으로 모든 통신가입자 및 등록된 이용자에 적용되고 모든 전자적 통신수단 및 전체 트래픽데이터를

71) BGBl. I 2015, S. 2218; 민영성/박희영, 독일에서의 통신정보보관제도의 제도입에 대한 평가와 시사점, 부산대학교, 법학연구 제57권 제2호, 통권 88호, 2016.6, 89-109.

72) Roßnagel, Vorratsdatenspeicherung - was geht noch und was nicht mehr?, ZD 2022, 650.

포함하고 추구하는 목적에 따라서 구분이나 제한 또는 예외를 규정하지 않아 절대적 필요성의 한계를 넘어서므로 지침 제15조에 위반된다고 판결하였다.⁷³⁾ 하지만 이 판결에서 지침 제15조 제1항에서 허용되는 예외를 전혀 언급하지 않았다.

그 후 사법재판소는 2020.10.6 프랑스, 벨기에 및 영국의 통신데이터보관에 관한 법률의 판결에서 일반적이고 구분없는 트래픽데이터 및 위치데이터의 보관은 기본권 제약이 절대적 필요성으로 제한되지 않았기 때문에 기본적으로 EU법과 일치하지 않는다고 판결하였다.⁷⁴⁾ 하지만 사법재판소는 이러한 원칙에서 엄격한 요건으로 허용되는 예외를 지침 제15조 제1항에서 처음으로 도출하였다. 이러한 예외는 그 후 2021.3.2 에스토니아 통신데이터보관법 판결⁷⁵⁾, 2022.4.5 아일랜드 통신데이터보관법 판결⁷⁶⁾에서 확인되었으며, 이번 독일 판결에서 이러한 예외를 더욱 구체화하여 재확인하였다. 이러한 사법재판소의 입장은 2022.11.17. 불가리아 통신데이터보관법에 관한 판결에서 다시 한번 확인되었다.⁷⁷⁾

이러한 일련의 판결로 이제 EU내에서는 일반적이고 구분없이 모든 국민들의 트래픽 데이터를 포괄적으로 보관하는 규정은 법적으로 허용되지 않게 되었다. 다만, 사법재판소가 기본권 헌장의 여러 기본권과 지침 제15조의 해석을 통해서 엄격한 요건에서만 예외적으로 가능하게 되었다. 이러한 예외적 허용은 기존의 트래픽데이터 보관제도와는 완전히 다른 성격과 유형을 가지게 된 것이다.⁷⁸⁾

73) EuGH, Urteil vom 21.12.2016, C-203/15, C-698/15, *Tele2 Sverige und Watson ua.*(이에 대한 소개는 박희영, 통신사실확인자료의 일반적인 보관의무는 EU법과 일치하지 않는다, 최신독일판례 연구, 2017.12, 로앤비, 1-9).

74) EuGH, Urteil vom 6.10.2020, C-511/18, C-512/18, C-520/18, *La Quadrature du Net ua/Premier ministre ua.*(이에 대한 소개는 박희영, 프랑스 국가안전법: 통신사실확인자료의 ‘일반적’ 보관의무는 EU법에 위반되지만, ‘예외적’으로 허용, 독일법제동향, 2020.10, 로앤비, 1-6).

75) EuGH, Urteil vom 2.3.2021, C-746/18, *Vorabentscheidungsersuchen des Riigikohus Estland* (이에 대한 소개는 박희영, 통신사실확인자료는 중대한 범죄나 공공의 안전에 대한 진지한 위협이 있는 경우에만 보관될 수 있다. 독일법제동향, 2021.3, 로앤비, 1-8).

76) EuGH, Urteil vom 5.4.2022, C-140/20, *Commissioner of the Garda Síochána ua* (이에 대한 소개는 박희영, 유럽사법재판소: 중대범죄에 대응하기 위해서 일반적이고 구분없는 통신사실확인자료의 보관은 EU법에 위반됨(아일랜드 통신사실확인자료 사건), 독일법제동향, 2022.4, 로앤비, 1-7).

77) EuGH, Urteil vom 17.11.2022, C-350/21, *Spetsializirana prokuratura u.a.*

78) 특히 대상 특정 트래픽데이터 보관이나 신속보관명령은 사실상 입법행위나 다름없어 보인다. EU 지침은 그 대강만을 정하고 구체적인 내용은 회원국의 국내법에서 정하도록 되어 있다. 이러한

독일 정부와 유럽사법재판소에 선결재판을 제청한 연방행정대법원은 독일 규정의 경우 보관기간이 다른 국가와 비교하여 상대적으로 매우 짧고, 이메일 서비스나 인터넷 이용 데이터는 보관에서 제외되며, 성직자 등 일정한 범위의 사람의 데이터도 제외되며, 중대한 범죄 등으로 이용이 제한되어 있고, 데이터 보관 및 접근에 대한 보호조치가 되어 있다는 점에서 EU법과 일치한다는 판결을 기대하였다. 하지만 유럽사법재판소는 이러한 기대와 달리 일반적이고 구분없는 데이터 보관 자체가 EU기본권 헌장이 규정하고 있는 기본권을 침해한다는 점에 방점을 두고 있다. 유럽사법재판소는 비례성원칙에 따라 비교형량을 한 다음 유럽시민의 기본권 보호가 우선되어야 한다고 천명한 것이다.

이번 사법재판소가 자신의 기존 입장을 재확인함으로써 EU 내에서 전기통신사업자가 트래픽데이터를 일반적이고 구분없이 예방적으로 보관할 수 없게 되었고 엄격한 요건에서 예외적으로만 허용되게 되었다. EU 회원국은 이제 사법재판소가 허용한 예외기준에 따라서 새로운 트래픽데이터 보관제도를 도입해야 한다.

특히 사법재판소 판결은 독일의 관련 규정에 직접 효력을 가지므로 독일 연방법무부는 그 후속조치로서 ‘형사소송에서 트래픽데이터의 보존명령 도입 법률안 초안’⁷⁹⁾을 이미 제안하였다. 이 초안은 트래픽데이터의 보관 및 이용 등에 관한 규정인 전기통신법 제175조 내지 제181조와 범죄수사를 위해서 이에 접근할 수 있는 규정인 형사소송법 제100g조 제2항을 폐지하고, 이미 존재하는 트래픽데이터와 장래에 생성되는 트래픽데이터의 수집과 신속보존명령제도(초안 제100g조 제5항)를 도입하는 것을 주요 내용으로 한다. 이 법률안 초안에는 연방내무부의 위험방지기관의 접근 권한이 보완될 것으로 예상된다. 따라서 연방정부 법률안으로 확정되어 연방의회에 제출되기까지 상당한 시일이 걸릴 것으로 보인다.

배경에서 사법재판소의 지침에 관한 해석권한의 범위는 때로는 입법행위와 구분하기 어려운 경우가 있다. 대표적인 사례가 이용자의 저작권 침해에서 플랫폼 제공자의 책임을 전통적인 국내법 이론에 따르면 과실 방조책임에 해당되는 사례를 행위자책임으로 인정한 것이다. 형법적 관점에서 보면 불가별인 과실방조자를 정범으로 격상시킨 것이다. 이후 이 관례의 범리는 EU DSM 지침으로 제정되었다. 유럽사법재판소의 EU법 해석의 한계는 중요한 법적인 연구주제이지만 여기서는 다루지 않는다.

79) Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Sicherungsanordnung für Verkehrsdaten in der Strafprozessordnung (<https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/10/refE-quick-freeze.pdf>)(2023. 2.22. 방문). 이에 대한 소개로는 박희영, 연방법무부: 형사소송에서 통신사실확인자료의 보존명령 도입 법률안, 독일법제동향, 2022.11, 로앤비, 1-9.

한편 사법재판소도 인정하였듯이 예외적 허용 기준들을 구체적으로 입법하는 것은 상당히 어려울 수 있다. 이러한 점에서 EU에서 새로운 트래픽데이터 보관제도의 도입을 추진하고 있는 독일의 입법조치는 다른 회원국에 입법모델로 작용할 것으로 보인다. 그렇다 하더라도 허용된 예외에 따라 도입된 회원국의 입법조치가 EU법에 일치하는지에 대해서 앞으로 사법재판소에 선결재판을 제청할 것도 예상된다.

한편 EU는 현재 전자프라이버시 ‘지침’(Directive) 대신 전자프라이버시 ‘규칙’(Regulation)⁸⁰⁾을 제정하기 위한 입법절차를 진행하고 있다. 집행위원회가 제출한 전자프라이버시규칙안에는 트래픽데이터 보관과 관련한 구체적인 조항은 포함되어 있지 않지만, 전자프라이버시지침 제15조의 본질적인 내용을 유지하고 있다(규칙안 제11조). 규칙안은 사법재판소의 판례와 일치하는 경우 특히 대상 특정 보관제도를 도입하는 것은 회원국에 허용하고 있다.⁸¹⁾

Ⅶ. 통신사실확인자료 보관조항의 법적 성질의 관점에서 본 형사정책적 시사점

유럽사법재판소는 아무런 이유없이 전체 국민의 트래픽데이터를 포괄적으로 보관하여 국가기관이 제공할 수 있도록 의무를 부과한 독일의 트래픽데이터 보관조항은 유럽연합 기본권 헌장이 보장하고 있는 사생활존중권(제7조), 개인정보보호(제8조), 표현의 자유(제11조)와 일치할 수 없다고 판결하였다. 따라서 이러한 보관의무규정은 더이상 효력을 가질 수 없게 되었다.

유럽사법재판소의 판결 대상인 독일 전기통신법의 트래픽데이터 보관조항은 우리 통신비밀보호법의 통신사실확인자료 보관조항과 거의 유사한 방식으로 규정되어 있다. 따라서 유럽사법재판소의 판결은 우리 통신비밀보호법의 통신사실확인자료 보관조항의 위

80) Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications), COM(2017) 10 final 2017/0003(COD).

81) 앞의 전자프라이버시규칙안(각주 80), 3.

현성 여부를 논의할 수 있는 계기를 제공하고 있다. 보관조항의 위헌성은 보관을 전제로 한 제공조항의 위헌성도 당연히 문제된다.

독일의 트래픽데이터 보관조항의 핵심은 아무런 이유없이(특히 범죄혐의도 없이) 거의 모든 국민의 전체 트래픽데이터를 의무적으로 보관하여 수사기관 등에 제공할 수 있다는 점에 있다. 그렇다면 우리 통신사실확인자료 보관조항이 독일과 마찬가지로 전기통신사업자에게 보관의무를 강제로 부여한 것인가?

그동안 통신사실확인자료의 보관의 법적 근거와 법적 성질이 무엇인지에 대한 선행연구는 거의 존재하지 않는다.⁸²⁾ 헌법재판소도 2018년 실시간 위치정보의 제공에 대한 요청조항의 위헌성만을 다루었다. 통신비밀보호법은 통신사실확인자료, 이의 제공요청조항 그리고 이와 관련하여 전기통신사업자의 협조의무로서 보관기간을 정하고 있고, 이의 법적 근거나 법적 성질을 직관적으로 알 수 있는 조항들을 두고 있지 않다.

하지만 통신사실확인자료는 민감한 개인정보라는 점에서 개인정보보호법과 통신비밀보호법의 관계를 연혁적, 체계적으로 고찰해 보면 그 해답을 찾을 수 있다. 1999년 정보통신망법⁸³⁾에 정보통신서비스제공자의 이용자 개인정보보호조항이 처음 도입되었다. 이 조항의 도입으로 전기통신사업자는 이용자의 동의없이 개인정보를 수집할 수 있게 되었다. 이러한 예외사유는 세 가지로 규정되어 있다. 첫째, 이 법 또는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우, 둘째, 정보통신서비스 이용계약의 이행을 위하여 필요한 경우, 셋째, 정보통신서비스의 제공에 따른 요금정산을 위하여 필요한 경우이다. 통신서비스 이용계약의 이행과 요금정산은 통신사실확인자료의 수집과 관련된다. 통신서비스의 제공으로 통신사실확인자료는 자동으로 생성되고 요금정산을 위한 근거가 된다. 전기통신사업자는 이러한 통신사실확인자료를 이러한 목적으로 수집하여 보관할 수 있다. 이 조항은 여러 번 개정되면서 내용이 보완되었지만, 본질적 내용은 변경되지 않았다. 마침내 이 조항은 2020년 정보통신망법이 개인정보보호법에 통합되면서 개인정보보호법 제39조의2에서 다시 규정되었다. 이 통합으로 정보통신망법에만 적용될 수 있는 조항들은 개인정보보호법 제6장(정보통신서비스 제공자 등의 개인정보 처리 등 특례)의 특례조항에 규정되

82) 통신비밀보호법 제15조의2 및 동법 시행령 제41조의 보관기간이 법적의무라는 견해로는 최호진, “저장된 데이터의 보전명령제도 도입을 위한 시론(試論)”, 형사정책 제31권 제2호(통권 제58호: 2019.7.), 304면; 박소현(a), 앞의 논문(각주 2), 196.

83) 정보통신망 이용촉진 등에 관한 법률 [시행 1999. 7. 1.] [법률 제5835호, 1999. 2. 8., 전부개정].

었고, 나머지 조항들은 개인정보보호법의 일반조항에 규정되었다.⁸⁴⁾

전기통신사업자는 이렇게 수집한 통신데이터를 수집목적이 달성된 경우 지체없이 파기해야 한다(1999년 정보통신망법 제17조 제3항, 개인정보보호법 제21조). 만일 수집 목적을 달성하였음에도 불구하고 개인정보를 파기하지 아니한 경우에는 제재를 받게 된다(1999년 정보통신망법 제32조 제1항 제5호의 과태료 처분, 개인정보보호법 제73조 제1호의2의 형사처벌). 그러나 개인정보가 다른 법령에 따라 보존되어야 하는 경우에는 이를 파기해서는 안된다(제21조 제1항 단서). 개인정보처리자가 개인정보를 파기하지 아니하고 보존하여야 하는 경우에는 해당 개인정보 또는 개인정보파일을 다른 개인정보와 분리하여서 저장 관리하여야 한다(개인정보보호법 제21조 제3항). 이를 위반한 경우 과태료 처분을 받게 된다(제75조 제4항 제1호).

이러한 법적 상황에서 통신비밀보호법의 통신사실확인자료 제공요청조항들을 대입해 보면 법적 근거와 법적 성질의 퍼즐이 완성된다. 2001년 통신비밀보호법에 통신사실확인자료 제공요청조항이 도입되면서, 1999년 정보통신망법에 의해서 이미 수집되어 보관되어 있는 통신사실확인자료 중 통신비밀보호법 제2조 제11호에 열거된 통신사실확인자료는 수사기관 등의 요청에 제공될 수 있고, 이러한 제공을 위해서 전기통신사업자의 협조 의무와 통신사실확인자료의 보관기관이 명시되었다. 특히 보관기간을 명확히 함으로써 전기통신사업자는 영업목적으로 수집한 통신사실확인자료를 삭제하지 못하고, 이 기간 동안 강제로 보관해야 할 법적 의무를 지게 되었다. 따라서 통신사실확인자료보관의 수집 및 보관의 법적 근거는 개인정보보호법이며 보관의 법적 의무는 통신비밀보호법 제15조의2 및 동법 시행령 제41조의 보관기관과 개인정보보호법 제21조의 보존의무에서 나온다.⁸⁵⁾ 통신비밀보호법과 개인정보보호법의 관련 규정이 결합함으로써 개인정보 수집의 목적변경을 통하여 모든 국민의 통신사실확인자료가 아무런 이유없이(즉 범죄혐의도 없이) 체계적이고 지속적으로 보관되고 있다는 것을 알 수 있다. 이러한 형태는 유럽사법재판소가 EU법 위반이라고 판결한 독일 전기통신법의 트래픽데이터 보관조항과 그 성격이 동일하다. 따라서 유럽사법재판소 법리의 관점에서 보면 우리 통신사실확인자

84) 개인정보보호위원회, 개인정보 보호 법령 및 지침·고시 해설, 2020.12, 405.

85) 이에 대한 자세한 설명은 박희영, 통신사실확인자료 보관의 법적 근거와 성질, 형사법연구 제35권 제1호(2023년 봄호) 참조.

료 보관조항은 헌법상 사생활의 비밀 및 통신비밀, 개인정보자기결정권, 표현의 자유를 침해할 가능성이 있다. 보관조항이 위헌이라면 제공조항도 당연히 위헌이 된다. 따라서 통신사실확인자료 보관조항의 위헌성 논의를 시작해야 한다. 만일 위헌가능성이 확실해 진다면 유럽사법재판소가 제시한 대상 특정 보관과 신속보관명령이 그 대안으로써 형사정책적 관점에서 논의되어야 할 것이다.

Ⅶ. 맺음말

유럽사법재판소는 아무런 이유없이 전체 국민의 트래픽데이터를 포괄적으로 보관하여 국가기관이 이에 접근할 수 있도록 한 독일의 트래픽데이터 보관조항은 유럽연합헌장이 보장하고 있는 사생활존중권(제7조), 개인정보보호(제8조), 표현의 자유(제11조)와 일치할 수 없다고 판결하였다. 따라서 EU에서는 이유없이 모든 국민의 트래픽데이터를 포괄적으로 보관하는 규정은 허용되지 않게 되었다.

우리 통신사실확인자료보관의 수집 및 보관의 법적 근거는 개인정보보호법에서 도출할 수 있고, 보관의 법적 의무는 통신비밀보호법 제15조의2 및 동법 시행령 제41조의 보관기관과 개인정보보호법 제21조의 보존의무에서 나온다. 통신비밀보호법과 개인정보보호법의 관련 규정이 결합함으로써 모든 국민의 통신사실확인자료가 아무런 이유없이(즉 범죄혐의도 없이) 체계적이고 지속적으로 보관되고 있다. 따라서 우리 통신사실확인자료의 보관의 법적 성질은 독일 전기통신법의 트래픽데이터 보관의 법적 성질과 본질적으로 동일하다. 따라서 유럽사법재판소 법리의 관점에서 보면 우리의 보관조항은 헌법상 사생활의 비밀 및 통신비밀, 개인정보자기결정권, 표현의 자유를 침해할 가능성이 있다. 보관조항이 위헌이라면 당연히 제공조항도 현이 될 것이다. 이제 통신사실확인자료 보관조항의 위헌성을 논의해야 한다. 만일 위헌가능성이 확실해진다면 유럽사법재판소가 제시한 대상 특정 보관과 신속보관명령이 그 대안으로써 형사정책적 관점에서 논의되어야 할 것이다.

참고문헌

- 민영성/박희영, 독일에서의 통신정보보관제도의 재도입에 대한 평가와 시사점, 부산대학교, 법학연구 제57권 제2호, 통권 88호, 2016.6.
- 민영성/박희영, 유럽사법재판소의 통신정보보관지침의 무효 판결과 그 시사점, 법학연구 제56권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2015.
- 박소현, 개인정보보호적 관점에서의 통신사실확인자료요청제도, 형사법연구 제34권 제2호(2022 여름).
- 박소현, 전기통신사업자에 의한 통신사실확인자료저장에 대한 법적 제한의 필요성, 성균관법학 제34권 제3호(2022.9).
- 박희영, 이용대기상태의 휴대전화 위치정보 수사의 허용과 입법방향, 형사정책연구 제31권 제2호(통권 제122호, 2020·여름).
- 박희영, 통신사실확인자료 보관의 법적 근거와 성질, 형사법연구 제35권 제1호(2023년 봄호).
- 이상학, EU개인정보보호와 권리구제, 공법연구 제48집 제4호, 2020.6,
- 최호진, 저장된 데이터의 보전명령제도 도입을 위한 시론(試論), 형사정책 제31권 제2호(통권 제58호, 2019.7.)
- Roßnagel, Alexander, Vorratsdatenspeicherung - was geht noch und was nicht mehr?, ZD 2022, 650-655.
- BVerfG, Urteil vom 02. März 2010 - 1 BvR 256/08 -.
- BVerwG, Beschluss vom 25.09.2019 - 6 C 12.18 - und - 6 C 13.18.
- EuGH, Urteil vom 08.04.2014 - C-293/12 und C-594/12
- EuGH, Urteil vom 2.3.2021, C-746/18, Vorabentscheidungsersuchen des Riigikohus Estland.
- EuGH, Urteil vom 20.09.2022, C-793/19 and C-794/19, Spacenet und Telekom Deutschland.
- EuGH, Urteil vom 21.12.2016, C-203/15, C-698/15, Tele2 Sverige und Watson

ua.

EuGH, Urteil vom 5.4.2022, C-140/20, Commissioner of the Garda Síochána ua.

EuGH, Urteil vom 6.10.2020, C-511/18, C-512/18, C-520/18, La Quadrature du

Net ua/Premier ministre ua.

VG Köln, 20.04.2018 - 9 K 3859/16

Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Sicherungsanordnung für
Verkehrsdaten in der Strafprozessordnung.

German Traffic Data Retention Violates EU law and Criminal Policy Implications*

- Focusing on the Judgement of the CJEU on 20.09.2022, C-793/19 and C-794/19 -

Park, Hee-young**

The question is whether imposing an “obligation” on telecommunications providers to “retain” traffic data without the user’s consent in advance and provide it upon the request of an investigative agency, even if there is no specific criminal suspicion or risk to public safety, is a justifiable restriction or an unjustifiable infringement of constitutional fundamental rights such as the right to self-determination of personal information, protection of communication secrets and privacy, and freedom of expression.

On September 20, 2022, the CJEU (=EuGH) ruled that a provision of the German Telecommunications Act that obliges telecommunications providers to retain and make available to state authorities the traffic data of almost all citizens without any justification(Vorratsdatenspeicherung) violates the relevant fundamental rights of the Charter of Fundamental Rights of the EU. However, the CJEU recognized an exception under strict conditions. These exceptions are inherently different from the type and nature of the existing traffic data retention. It is now impermissible to retain the traffic data of all citizens, regardless of criminal suspicion.

The legal basis and legal nature of the retention of our traffic data can be derived from a systematic analysis of the Personal Information Protection Act(PIPA) and the Protection of Communications Secrets Act(PCSA). According to this,

* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea (NRF-2019S1A5A2A03053654)

** Researcher, Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law, Ph.D. in Law

telecommunications providers are legally obliged to systematically and continuously store the traffic data of all citizens without any reason. This legal obligation is essentially the same as the retention obligation under the German Telecommunications Act(TKG). Therefore, in the light of CJEU's judgement, our retention provisions are likely to violate the constitutional rights to privacy and secrecy of communications, the right to self-determination of personal data, and freedom of expression. If the retention clause is unconstitutional, then of course the provision clause will also be unconstitutional. The constitutionality of the retention clause should be discussed. If the unconstitutionality of the retention clause is clear, the targeted retention and expedited retention(quick freeze) proposed by CJEU should be discussed from a criminal policy perspective.

- ❖ Key words: Traffic Data Retention (Vorratsdatenspeicherung), targeted retention, expedited retention(quick freeze), the right to self-determination of personal information, protection of communication secrets and privacy, the freedom of expression

집합효율성과 범죄: 집합효율성의 동질성을 중심으로

이 경 아*

국 | 문 | 요 | 약

본 연구에서는 그동안 간과되어왔던 집합효율성 인식에 대한 지역 구성원들의 동질성 (consensus)의 개념을 조명하고, 이것이 지역의 범죄 수준에 어떠한 영향을 미치는지 살펴보았다. 동질성을 측정하기 위한 분석 방법으로, 지역 내 이질성(또는 동질성)을 살펴볼 수 있는 MELS(a mixed effects, location-scale model) 모형으로 1차 분석을 실시한 후, 집합효율성과 동질성이 지역의 범죄피해 여부에 미치는 영향을 로지스틱 회귀분석을 통해 알아보았다. 분석 결과는 다음과 같다. 첫째, 교육수준이 낮을수록, 그리고 동네 무질서 인식과 가구소득이 높은 지역일수록 집합효율성의 동질성이 높게 나타났다. 둘째, 교육수준과 동네 무질서 인식이 높고, 가구소득과 1인가구율이 낮은 지역일수록 집합효율성 인식에 대한 지역 수준의 평균값들이 동질성을 보였다. 셋째, 집합효율성 인식이 지역의 범죄피해 여부에 미치는 부(-)적 영향은 동질성 변수를 투입하자 통제되었다. 넷째, 모든 변수를 투입한 최종 모델에서는 집합효율성 인식에 대한 동질성이 높은 지역일수록 지역의 범죄피해 가능성이 95% 감소하는 것으로 나타났다. 본 결과는 집합효율성과 범죄의 관계를 설명함에 있어 '동질성'이 중요하게 작용하며, 후속 연구를 통해 집합효율성의 인식 정도와 동질성의 관계를 면밀히 살펴볼 필요가 있음을 시사한다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2023.3.31.1.173>.

❖ 주제어 : 집합효율성, 동질성, consensus, MELS, a mixed effects location-scale model

* 경찰대학 치안대학원 범죄학과 박사과정

I. 서론

지역별 범죄율 차이를 설명함에 있어서, 거시적 차원의 범죄원인론은 개인적 요인만으로는 설명하기 부족했던 범죄 원인에 관한 추가적인 가능성을 제시하였다. Sampson, Raudenbush와 Earls(1997)은 범죄를 유발하는 다양한 사회구조적 환경 속에서 궁극적으로 범죄를 촉발하는 요인으로서 집합효율성 개념을 제시하며 집합효율성과 범죄의 관계를 설명하였다. Sampson 등(1997)에 따르면, 집합효율성은 비공식적 사회통제에 대한 지역 구성원들이 공유하고 있는 공통된 기대와 같다. 집합효율성이 높은 지역일수록 범죄를 목격하였을 때 개입할 가능성이 높아지고, 이는 곧 지역 내 범죄율을 감소시킨다.

집합효율성에 관한 연구는 국내외에서 다양하게 이루어졌지만, 집합효율성의 측정에 있어서는 여전히 이견이 존재한다. 집합효율성은 개인의 특성이 아닌 지역의 특성을 나타내는 개념이므로, 지역 수준에서 측정되고 분석되어야 한다고 봄이 타당하다. 그러나 현실적으로 지역의 집합효율성 정도를 측정하고 양화하는 것은 매우 어렵다. 이러한 이유로 통상적으로 수행되었던 방식은 개인 수준에서 측정된 집합효율성 인식 정도를 지역 단위에 따라 평균값을 산출하여 지역 수준의 변수로 활용하는 것이었다(Sampson, Raudenbush, & Earls, 1997; Wells et al., 2006; Zhang, Messner, & Liu, 2007; Bruinsma et al., 2013; 박정선·이성식, 2010; 윤우석, 2012; 박윤환·장현석, 2013; 황의갑, 2015; 안기남·안황권, 2021). 그러나 이러한 측정방식에 대하여, 지역의 평균값이 실제로 그 지역의 집합효율성 정도를 대표할 수 있을 것인가에 대한 의문을 제기해볼 수 있다. 이는 합산척도를 사용할 때에 보편적으로 발생하는 문제이기도 하지만, 특히 집합효율성 개념을 측정함에 있어서는 보다 신중하게 접근해야할 필요가 있다. 사회 응집력 개념이 포함되어 있는 집합효율성의 경우, 지역 수준의 합산 점수가 높게 나타난다고 하더라도 지역 내 이질성이 크게 나타난다고 한다면, 그 지역을 집합효율성이 높은 지역이라고 보기에는 무리가 있을 것이다.

집합효율성 인식에 대한 지역 내 이질성에 관한 문제는 Browning, Dirlam과 Boettner(2016)와 Brunton-Smith, Sturgis와 Leckie(2018) 등의 연구에서 다뤄진 바 있다. 그러나 두 연구에서는 지역 내 이질성과 지역의 범죄 수준 간의 직접적인 관계를 살펴보지는 않았다. 국내에서는 집합효율성 인식에 대한 지역 내 이질성을 논의한 사례

는 없었으며, 지역수준의 집합효율성과 범죄 간의 관계에 관한 연구도 많지 않았다. 따라서 본 연구에서는 국내 읍면동 단위에서의 집합효율성 인식 정도가 지역의 범죄율에 어떠한 영향을 미치는지 살펴보고, 이들의 관계에 대한 집합효율성의 ‘동질성’의 조절효과까지 확인해보고자 한다. 아울러, 기존의 다층 모형의 한계를 보완한 MELS 모형(a mixed effects, location-scale model) 분석을 실시하여, 개인 및 지역 수준 변수가 집합효율성 인식 그리고 집합효율성의 동질성에 어떠한 영향을 미치는지 살펴보고자 한다.

II. 이론적 고찰

1. 집합효율성과 범죄

Sampson 등(1997)은 범죄를 유발하는 것으로 알려진 다양한 사회·구조적 환경 아래에서도 실질적으로 범죄를 촉발하는 요인이 따로 있다고 주장하며, 집합효율성(Collective Efficacy)의 개념을 제시하였다. 집합효율성은 지역 구성원 간의 신뢰(mutual trust)를 바탕으로 한 공공의 이익을 위해 개입하고자 하는 의지(willingness to intervene)를 의미한다(Sampson et al., 1997). 집합효율성이 범죄와 연결되는 매커니즘은 다음과 같다. 구성원 간에 신뢰가 없고 무질서가 만연한 지역사회 내에서는 어떠한 사건이 일어났을 때 사람들이 개입하려고 하지 않는 경향이 높지만, 반대로 구성원 간 신뢰가 두텁고 사건에 개입하려는 의지가 강한 지역사회에서는 사회통제가 효율적으로 이루어져 범죄에 대응할 수 있는 것이다. Sampson 등은 이러한 사회통제의 모습을 비공식적 사회통제라고 일컬으며, 집합효율성은 곧 비공식적 사회통제(informal social control)와 사회 응집력(social cohesion and trust)이 결합된 모습이라고 하였다. 이때의 비공식적 사회통제는 싸움을 말리거나, 비행 청소년들을 훈계하는 등 직접적으로 문제 상황에 개입하는 행위뿐만 아니라, 공식적 통제를 요청하는 행위(예를 들면, 경찰에 신고하는 것)도 포괄하는 ‘개입하려는 태도’를 의미한다. 사회 응집력은 보다 관계적 차원의 개념으로, 지역 구성원들 간의 친밀감, 정서적 유대감 등을 의미한다.

집합효율성이 높은 지역일수록 범죄는 통제될 수 있다. Sampson 등(1997)은 실증적

연구를 통해 이러한 주장을 뒷받침하였다. 그들은 1995년에 시카고 지역의 343개의 마을 군집을 대상으로 면접조사를 진행하였고, 집합효율성(비공식적 사회통제, 사회 응집력)이 지역의 폭력 범죄율을 예측하는 요인임을 확인하였다. 이외에도 다수의 연구에서 집합효율성이 높은 지역일수록 범죄율이 낮다는 결과를 나타냈으며(Oberwittler, 2007; Odgers et al., 2009; Mazerolle, Wickes, & McBroom, 2010), 집합효율성과 범죄두려움과의 부적(-) 관계를 뒷받침하는 선행연구도 다수 있었다(Sampson, 2009; Brunton-Smith, Sutherland, & Jackson, 2014).

국내 연구 중에서는 윤우석(2012)의 연구에서 집합효율성이 지역사회 범죄피해 경험에 부적(-)으로 유의미한 영향을 미친다는 결과가 나타났다. 하지만 이외에 국내에서는 집합효율성과 범죄 피해의 관계를 살펴본 연구가 많지 않았으며, 집합효율성과 범죄 두려움의 관계에 관한 연구가 대부분이었다(박정선·이성식, 2010; 이성식·박정선·이정환, 2012; 박윤환·장현석, 2013; 손다래·박철현, 2019; 안기남·안황권, 2021; 박신의·최형근·황의갑, 2022).

2. 집합효율성의 측정: 집합효율성의 동질성

집합효율성 관련 연구들에는 집합효율성의 측정과 관련된 논쟁이 뒤따른다. 집합효율성은 비공식적 사회통제에 대한 지역 구성원들의 공통된 기대와 같다. 이는 지역 구성원들 간 공유하고 있는 지역의 고유 특성에 해당하므로, 변수의 측정 및 분석 단위를 지역 수준으로 설정하여야 한다고 보는 것이 타당하다. 그러나 현실적으로 지역 단위에서 구성원들이 공유하고 있는 주관적 인식을 측정하기란 매우 어렵고 모호한 부분이 있다. 이러한 이유로 다수의 연구에서는 개인 수준에서 측정된 집합효율성 인식 정도의 값을 지역 단위에 따라 평균값을 산출하여 지역 수준의 변수로 활용하였다(Sampson et al., 1997; Wells et al., 2006; Zhang, Messner, & Liu, 2007; Bruinsma et al., 2013; 박정선·이성식, 2010; 윤우석, 2012; 박윤환·장현석, 2013; 황의갑, 2015; 안기남·안황권, 2021). 더욱이 국내의 경우, 공식 범죄통계나 범죄피해조사 등에서 미국의 census tract 단위에 준하는 정도의 세분된 지역 단위의 정보를 제공하지 않기 때문에 지역 단위의 집합효율성 정도를 측정하는 것에서 한계가 존재한다. 이에 따라 일부 국내 연구에서

는 개인 수준에서의 집합효율성 인식 정도를 집합효율성 변수로 활용하기도 하였다(이성식 외, 2012; 황의갑, 2015; 손다래·박철현, 2019; 박신의 외, 2022). 그러나 전술한 바와 같이, 집합효율성은 개인의 특성이 아닌 지역의 특성을 의미하고 있는 개념으로서 지역 단위 변수로써 활용되는 것이 적합하다고 볼 수 있다.

개인 수준에서 측정된 값들의 평균을 지역 수준의 변수로 활용하는 것과 관련하여, 개인들의 평균값이 그 지역의 특성을 대표할 수 있는가에 대해서도 의문을 제기해볼 수 있다. 이는 구체적으로 방법론적인 측면과 이론적 측면에서 살펴볼 수 있다. 먼저 방법론적인 관점에서, 개인 측정값들을 합산 혹은 평균을 낸 것이 집단을 대표하는지 확인하기 위한 통계적인 검증 방법이 있다. 일반적으로 다층 모형에서 이러한 검증이 이루어지며, 대표적인 검증 방법으로는 집단 내 일치도 지수(r_{wg}), η^2 , ICC(Intraclass correlation coefficient)가 이에 해당한다. 하지만 이러한 계수들은 기본적으로 집단 간 분산을 통해 개인 수준의 합산척도가 통계적으로 타당한지를 파악하는 기준을 제시해 주기 때문에, 집단 내 분산에 관해서는 관심을 두지 않는다는 한계가 있다.

이는 이론적 측면에서의 한계로도 이어진다. 집단 내 분산에 관심을 가지지 않는다는 것은 동일 집단 내의 이질성을 ‘설명할 수 없는 잔차의 영역’으로 본다는 것을 의미한다. 이러한 점은 합산척도를 사용할 때의 보편적인 한계점에 해당하는 내용이기도 하다. 하지만 집합효율성 개념을 측정하는 데에 있어서 집단 내 이질성 문제는 보다 더 신중하고 중요하게 다루어져야 할 필요가 있다. 예컨대, 어느 한 지역사회 구성원 50명을 대상으로 그 지역의 집합효율성에 대한 인식을 개인 수준에서 측정한다고 가정해보자. 전체 응답자 50명 중 25명이 ‘높음’ 수준으로 응답하고, 나머지 25명이 ‘낮음’ 수준으로 응답하였다고 할 때, 그 지역의 집합효율성 정도를 개인 측정값들의 평균으로 하면 중도(中道)의 값이 나오게 될 것이다. 그러나 이와 같이 지역사회 구성원 간 인식 차이가 극명하게 나타나는 지역을 과연 집합효율성이 ‘중도’ 정도에 머무르는 지역으로 볼 수 있을지에 대해 의문을 가져볼 수 있다. 다시 말해, 이와 같은 지역을 과연 지역 구성원 간 신뢰와 사회적 응집력이 높은(혹은 적정한 수준의) 지역으로 볼 수 있을 것이냐는 것이다.

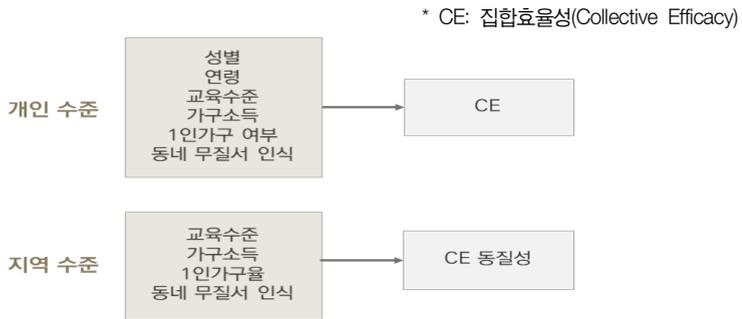
집합효율성 인식에 대한 지역 구성원들 간의 이질성 문제는 Browning 등(2016)의 연구에서 다루어진 바 있다. Browning 등(2016)은 라틴계 이주민이 집중된 지역에서의 집합효율성 정도와 구성원 간 일치도(agreement)의 비선형관계를 발견하였는데, 집합효

율성 정도가 낮은 수준에서는 라틴계 이주민이 집중된 지역일수록 구성원 간 일치도가 감소했지만 집합효율성 정도가 특정 한계치에 도달한 이후로는 그 관계가 역전된다는 결과를 드러냈다. Brunton-Smith 등(2018)의 연구에서는 지역 수준의 집합효율성 정도(개인값들의 평균)가 지역 구성원들 간의 일치도(consensus)와 상호작용하여, 개인 수준에서의 범죄 두려움, 범죄예방적 태도, 폭력 범죄 경험에 미치는 영향을 확인하였다. 이 연구에서는 집합효율성이 낮은 지역일수록 집합효율성 인식에 대한 지역 구성원들 간 이질성이 세 가지 종속변수에 미치는 정적(+) 영향이 증가하는 결과를 보여주었다. 두 연구 모두 집합효율성의 ‘동질성’과 지역 수준에서의 범죄 간의 관계를 직접적으로 설명하지는 않았으나, 동질성 개념에 중점을 두었다는 데에 의의가 있었다.

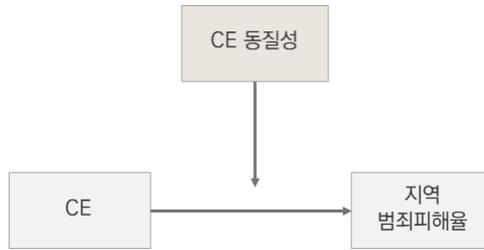
그러나 국내에는 여전히 분석자료와 분석단위의 문제로, 집합효율성 그리고 범죄 간의 직접적인 관계에 관한 연구가 활발하게 수행되지 못하고 있다. 아울러, 집합효율성 인식에 대한 지역 구성원들 간의 동질성에 중점을 둔 연구도 없었다. 이에 따라 본 연구에서는 이상의 해외 선행연구들의 내용을 바탕으로 집합효율성과 지역의 범죄피해율의 관계를 집합효율성의 동질성을 중심으로 살펴보고자 한다.

3. 연구 모형

[그림 1] 연구 모형



1) 본 연구에서 집합효율성의 동질성은 집합효율성 인식에 대해 지역 구성원들 간 동질적인 정도를 의미한다. 해외 선행연구에서 “agreement”(Browning et al., 2016), “consensus”, 또는 “homogeneity” (Brunton-Smith et al., 2018) 등으로 사용되는 점을 참고하여 그 의미를 직관적으로 나타낼 수 있는 용어로 ‘동질성’이라고 표현하기로 한다.



- 가설 1-1) **성별**은 개인의 **집합효율성 인식**에 유의미한 영향을 미칠 것이다.
- 가설 1-2) **연령**은 개인의 **집합효율성 인식**에 유의미한 영향을 미칠 것이다.
- 가설 1-3) **교육수준**은 개인의 **집합효율성 인식**에 유의미한 영향을 미칠 것이다.
- 가설 1-4) **가구소득**은 개인의 **집합효율성 인식**에 유의미한 영향을 미칠 것이다.
- 가설 1-5) **1인가구 여부**는 개인의 **집합효율성 인식**에 유의미한 영향을 미칠 것이다.
- 가설 1-6) **동네 무질서 인식**은 개인의 **집합효율성 인식**에 유의미한 영향을 미칠 것이다.

- 가설 2-1) 지역의 **교육수준**은 지역의 **집합효율성의 동질성**에 유의미한 영향을 미칠 것이다.
- 가설 2-2) 지역의 **가구소득**은 지역의 **집합효율성의 동질성**에 유의미한 영향을 미칠 것이다.
- 가설 2-3) 지역의 **1인가구율**은 지역의 **집합효율성의 동질성**에 유의미한 영향을 미칠 것이다.
- 가설 2-4) 지역의 **동네 무질서 인식**은 지역의 **집합효율성의 동질성**에 유의미한 영향을 미칠 것이다.

- 가설 3-1) **집합효율성 인식**이 높은 지역일수록, **범죄 피해율**이 감소할 것이다.
- 가설 3-2) **집합효율성의 동질성**이 높은 지역일수록, **범죄 피해율**이 감소할 것이다.
- 가설 3-3) **집합효율성의 동질성**이 높은 지역일수록, **집합효율성 인식**이 **범죄 피해율**에 미치는 영향이 증가할 것이다.

[그림 1]은 연구 모형을 도식화한 것이다. 분석은 크게 두 가지 방법으로 실시하였다. 1차 분석인 MELS 분석에서는 개인 수준 변수가 개인의 집합효율성 인식에 미치는 영향과, 지역 수준 변수가 지역의 집합효율성 인식에 대한 동질성에 미치는 영향을 살펴보았다. 이때 집합효율성과 관련된 선행연구(Markowitz et al., 2001; Gibson et al., 2002; Twigg et al., 2010; Gainey et al., 2011; Mennis et al., 2013; 이성식 외, 2012)의 결과들을 바탕으로, 개인 수준 변수로는 성별, 연령, 교육수준, 가구소득, 1인가

구 여부, 동네 무질서 인식을 포함시켰고, 지역 수준 변수로는 교육수준, 가구소득, 1인 가구율, 동네 무질서 인식을 포함시켰다. MELS 분석을 바탕으로 변수들을 통제한 상태에서의 집합효율성의 동질성 변수를 생성해준 후, 2차 분석으로 회귀분석을 실시하여 집합효율성 인식과 집합효율성의 동질성, 그리고 둘의 상호작용항이 지역의 범죄 피해율에 미치는 영향을 알아보았다. 구체적인 분석 방법에 대해서는 아래 연구 방법에서 후술하도록 한다.

Ⅲ. 연구 방법

1. 분석 방법

개인 수준의 변수와 집단 수준의 변수가 각각 집합효율성 인식과 집합효율성 동질성에 미치는 영향을 확인하기 위하여 1차적으로 MELS 모형(a mixed effects, location-scale model)으로 분석을 실시하였다. MELS 모형은 Hedeker, Mermelstein 과 Demirtas(2008)가 제안한 혼합효과 다층 모형으로, 임의 계수(random coefficient)의 분산과 잔차의 분산에 대한 추정을 시도하였다는 점에서 기존 혼합 다층 모형의 확장된 형태의 모형이라고 볼 수 있다. 본래 Hedeker 등(2008)이 제안한 모형은 시계열 자료에 대한 다층 모형으로, 시간에 따라 반복 측정된 개인들의 값들을 개체에 따라 군집화하여 분석하는 형태였다. 하지만 다수의 선행연구들을 통해 MELS 모형이 횡단 분석에도 적용 가능하다는 것이 입증되었다(Brunton-Smith et al, 2018; Jackson et al., 2021; Leckie et al., 2014).

$$Y_{ij} = X'_{ij}\beta + v_j + \epsilon_{ij}$$

$$v_j \sim N(0, \sigma_u^2)$$

$$\epsilon_{ij} \sim N(0, \sigma_\epsilon^2)$$

MELS의 기본 모형은 기존의 혼합 다층 모형과 유사하다. 종속변수 Y_{ij} 는 개인(i)과 집단(j)에 따라 각각 영향을 받고, $X'_{ij}\beta$ 는 Y_{ij} 에 대한 독립변수 벡터를 의미한다. 기존의 혼합 다층 모형과의 차이점은 MELS 모형에서는 집단 간 차이(Between-Group)의 분산과 집단 내 차이(Within-Group)의 분산에 해당하는 부분을 로그 선형 함수의 형태로 확장 시켰다는 점이다. 집단 간 차이를 의미하는 v_j 는 집단 간의 이질성을 나타내는 것으로, 집단 간 평균값이 얼마나 상이한가를 의미한다. 집단 간 평균값이 동질적인 경우, v_j 는 평균과 분산이 0에 근접한 값을 가지며, 집단 간 평균값이 이질적일수록 v_j 의 평균은 0과 멀어지며 분산 또한 커진다. v_j 는 기존 다층 모형에서 의미하는 임의 효과(random effect)와 동일하며, MELS 모형에서는 이하에 다루어질 random scale effect와 구분하기 위해 *random location effect*라고 정의되었다.

ϵ_{ij} 는 기존의 혼합 다층 모형에서 설명되지 않는 잔차(error)에 해당하는 부분으로, 집단 내 개체들이 얼마나 이질적인가를 의미한다. 집단 간 차이의 내용과 마찬가지로, 집단 내 개체들이 동질적일수록 평균은 0에 근접하고 분산은 작아지며, 이질적일수록 평균은 0이 아닌 값을 가지고 분산 또한 커진다.

MELS 모형에서는 집단 간 차이 v_j 와 집단 내 차이 ϵ_{ij} 의 각 분산에 대하여 로그 선형 모형을 제시한다. 로그 선형 모형을 취하는 것은 분산 값을 양(+)의 값으로 도출해 내기 위함이다(Hedeker et al., 2008). 집단 간 차이와 집단 내 차이에 대한 각 모형은 다음과 같다.

$$\sigma_{v_i}^2 = \exp(u'_i \alpha)$$

$$\sigma_{\epsilon_{ij}}^2 = \exp(w'_{ij} \tau + \omega_i)$$

집단 간 차이의 분산 $\sigma_{v_i}^2$ 과 집단 내 차이의 분산 $\sigma_{\epsilon_{ij}}^2$ 는 각각 u'_i 와 w'_{ij} 가 변화함에 따라 함께 변화한다. α 는 u'_i 에 대한 회귀계수로서, α 가 유의미하게 0보다 큰 경우, u'_i 가 증가함에 따라 집단 간 차이의 분산 $\sigma_{v_i}^2$ 또한 증가하고, 유의미하게 0보다 작은 경우, u'_i 가 증가함에 따라 $\sigma_{v_i}^2$ 이 감소함을 의미한다. 이는 집단 내 차이의 분산에 대한 회귀계

수 τ 에도 동일하게 적용된다. 한편, 집단 내 차이 분산 $\sigma_{\epsilon_{ij}}^2$ 에는 추가적인 임의 효과 ω_i 가 투입된다. ω_i 는 $\sigma_{\epsilon_{ij}}^2$ 의 잔차를 나타내며 이는 *random scale effect*로 정의된다.

이러한 과정에 따라, MELS 모형에서는 전체 분산 대비 집단 간 분산의 상대적 비율을 나타내는 급내 상관관계수 ICC(*intraclass correlation coefficient*)는 아래의 계산식으로 도출된다. 이로써 ICC 역시 공변량 u_i 와 w_{ij} 에 따라 변화한다는 것을 알 수 있다.

$$ICC = \frac{\exp(u'_i \alpha)}{\exp(u'_i \alpha) + \exp(w'_{ij} \tau + \frac{1}{2} \sigma_{\omega}^2)}$$

ICC 값이 크다는 것은 집단 내 차이의 분산($\exp(w'_{ij} \tau + \frac{1}{2} \sigma_{\omega}^2)$)이 작다는 것을 나타내므로, ICC 값이 높을수록 집단 내 개체들이 동질적임을 의미한다. 따라서 본 연구에서는 집합효율성 인식에 대한 지역 내의 동질성을 ICC 산출식에 따라 측정하였다.

MELS 모형은 기존의 다층 모형에서 파악할 수 없었던 집단 내 차이, 즉 집단 내 이질성에 대한 회귀 분석과 유의도 검증이 가능하다는 장점이 있다. 통계패키지 STATA를 통해 MELS 분석을 실시할 경우, 분석 결과가 1단계(stage 1)부터 3단계(stage 3)로 구분되어 제시된다. 1단계 분석에서는 기존의 무선 상수 모형(*the mean function*)에 집단 간 분산에 대한 회귀모형(*the between-group variance function*)을 추가한 형태이다. 2단계는 1단계 모형에 집단 내 분산에 대한 회귀모형(*the within-group variance function*)을 추가한 것이다. 3단계는 MELS의 최종 모형으로, 2단계 모형에 *random-location effect*와 *random-scale effect* 간의 상호작용항과 집단 내 분산을 나타내는 *random-scale effect* 항을 추가한 모형이다. 전자(상호작용항)는 집단 간 평균값의 크기와 집단 내 분산의 크기 간에 선형 상관관계를 나타내며, 양(+의 값을 가질 경우 양의 상관관계가, 음(-의 값을 가질 경우에는 음의 상관관계가 있음을 의미한다. 후자(*random-scale effect* 항)에서는 해당 모형에서 집단 내 표준편차의 크기가 통계적으로 유의미한지를 나타내는 항으로, p 값이 0.05보다 작을 경우 집단 내 이질성이 통계적으로 유의미하다는 것을 의미한다.

본 연구에서는 1차적으로 MELS 모형을 통해 집합효율성 인식에 대한 개인 간 차이와 지역 내 차이에 영향을 미치는 요인들을 살펴보았다. Mean function에는 개인 수준의 변수를, between-group variance function과 within-group variance function에는 지역 수준의 변수를 투입하고, 해당 변수들을 통제된 상태에서 ICC 값을 산출하여 집합효율성의 동질성 변수를 생성해주었다. 1차 분석(Model 1 ~ Model 3)을 통해 생성된 ICC 값과 동질성 변수는 2차 분석(Model 4 ~ Model 6)인 616개의 지역의 범죄율을 대상으로 한 회귀분석에 활용되었다. 2차 분석에서는 지역의 범죄율에 집합효율성 인식이 미치는 영향을 동질성의 조절효과를 중심으로 살펴보았다.

2. 분석 자료

한국형사법무정책연구원에서 실시한 2014년 전국범죄피해조사(최수형 외, 2015)의 자료를 2차 자료로써 활용하였다. 2014년 전국범죄피해조사는 2015년 5월, 조사 대상 시점을 2014년도로 하여 전국의 만14세 이상 가구원과 일반가구를 대상으로 실시되었다. 총 14,976명의 가구원과 6,660가구의 일반가구가 표본으로 추출되었으며, 조사의 방식은 면접조사와 자기기입식 방법을 통해 이루어졌다.

전국범죄피해조사는 국내 범죄피해 현황 및 실태를 파악하기 위한 조사로 2년을 주기로 하여 실시하고 있다. 연구 시점을 기준으로 현재 한국형사법무정책연구원에서 제공하는 전국범죄피해조사의 가장 최신 자료는 2018년 조사 자료이다. 하지만 그럼에도 본 연구에서 2014년 자료를 분석 자료로 활용한 이유는, 2016년 이후의 자료에서는 조사 응답자의 거주지역 정보가 세밀하게 포함되어 있지 않기 때문이다. 집합효율성을 지역 수준 변수로 사용하기 위해서는 미국의 census tract이나 영국의 MSOA(Middle Layer Super Output Area)와 같이 세분된 지역 정보가 필요하지만, 국내의 자료에서는 이에 준하는 지역 단위의 자료를 확보하는 것이 매우 어렵다. 따라서 현재 시점에서 가장 세분된 지역 정보에 해당하는 읍, 면, 동 단위를 지역 단위로 설정하였다. 2016년 이후의 공개자료에서는 자치도 단위의 정보만 제공하고 있기 때문에 읍, 면, 동 단위의 정보가 포함되어 있는 2014년 자료를 분석 자료로 선정하였다.

최종 분석에는 원자료에서 결측값을 제외한 14,973개의 케이스가 포함되었다. 전체

14,973명의 가구원은 6,959개의 가구로 구분되며, 이는 616개의 읍, 면, 동 단위의 지역으로 군집화되어 있다. 읍면동당 평균 조사가구 수는 약 11가구로 구성되어 있다.

〈표 1〉 조사지역 요약

지역 구분	조사지역 수	조사가구 수	읍면동 단위당 평균 조사가구 수
동	447 (72.6%)	5,079	11.36
읍	65 (10.6%)	800	12.31
면	104 (16.9%)	1,080	10.38
전체	616 (100.0%)	6,959	11.30

3. 변수의 측정(부록 2 참조)

지역의 범죄피해율은 개인 수준에서의 범죄피해 경험을 읍, 면, 동 단위로 합산하여 지역별 조사가구 수 대비 읍·면·동 전체 피해 건수를 산출하여 활용하였다. 범죄피해 항목으로는 1) 속임(사기)으로 인한 재산 피해 경험, 2) 물건을 도둑맞거나 빼앗긴(또는 그걸 뺏힌) 경험, 3) 재산이나 물건을 부수거나 못 쓰게 한 경험, 4) 폭행·위협(협박) 또는 도둑을 맞았거나 당할 뻔한 경험, 5) 강제로 원치 않는 성적인 접촉을 당했거나 당할 뻔한 경험 등 다섯 가지의 항목이 포함되었다. 이때, 범죄피해 사례는 응답자의 거주 지역과 동일한 시군구에서 발생한 피해 사례로 한정하였다.

집합효율성 인식은 Sampson 등(1997)이 제시한 비공식적 사회통제와 사회 응집력을 측정하는 척도의 내용을 참고하여, 2014년 연말을 기준으로 우리 동네 사람들에 대해 느낀 점을 물어보는 문항을 활용하였다. ‘서로서로 잘 알고 지내는 편이었다’, ‘동네에서 일어나는 일에 대해 자주 이야기했다’, ‘어려운 일이 있으면 서로 잘 도왔다’, ‘동네의 각종 행사와 모임에 적극적으로 참여했다’, ‘동네 아이가 낯선 아이들에게 괴롭힘을 당하면 도와줄 것 같았다’, ‘범죄사건이 발생하면 경찰에 신고할 것 같았다’, ‘범죄예방을 위해 순찰을 해야 한다면 이 활동에 참여할 것 같았다’, 이상의 7가지 문항을 Likert 5점

척도로 측정하여 평균값을 산출하였다.

통제변수로는 성별, 연령, 교육수준, 가구소득, 1인 가구 여부, 동네 무질서 인식 등을 포함시켰다. 성별은 남성을 '1', 여성을 '0'으로 코딩하였다. 연령의 경우, 응답자의 생년월을 만 연령으로 환산하여 '10대', '20대', '30대', '40대', '50대', '60대', '70대 이상'으로 분류한 연령 변수를 생성해주었다. 교육수준의 경우, 응답자의 최종학력에 대해 '안받았음(무학력)'부터 '대학원 이상'까지로 구성된 연속형 변수를 사용하였고, 가구소득에 대해서는 2014년 한 해 동안 응답 가구의 세금 공제 전 월평균 소득을 측정하여, 최소 '100만 원 미만'부터 최대 '1,000만 원 이상'으로 분류하였다. 1인 가구 여부의 경우, 응답자의 세대 구성을 물어보는 문항을 활용하여 1인 가구인 경우 '1', 아닌 경우 '0'으로 코딩하였다. 동네 무질서 인식의 경우에는 2014년 연말을 기준으로 우리 동네 주위 환경에 대해 느낀 점을 물어보는 문항을 활용하여 '주변에 쓰레기가 아무렇게나 버려져 있었고 지저분했다', '주변에 방치된 차나 빈 건물이 많았다' 등이 포함된 물리적 무질서 환경에 대한 3가지 문항과 '기초 질서를 지키지 않는 사람들이 많았다', '큰소리로 다투거나 싸우는 사람들을 자주 볼 수 있었다' 등이 포함된 사회적 무질서 환경에 대한 3가지 문항을 합산하여 평균값을 산출해주었다.

위의 과정을 통해 개인 수준의 변수들을 생성하였고, 그 중 집합효율성 인식, 교육수준, 가구소득, 1인 가구 여부, 동네 무질서 인식은 읍, 면, 동 단위에 따라 합산 및 평균값을 산출하여 지역 수준 변수로 생성해주었다.

집합효율성의 동질성은 MELS 모형(Model 1부터 Model 3) 분석결과로 도출된 집단 간 분산과 집단 내 분산의 값을 활용한 ICC 산출식을 통해 도출해냈다. 생성된 변수는 로지스틱 회귀분석(Model 4부터 Model 6)에서 집합효율성 인식이 지역의 범죄피해에 미치는 영향을 조절하는 조절변수로 투입되었다.

IV. 연구 결과

1. 기술통계 분석결과

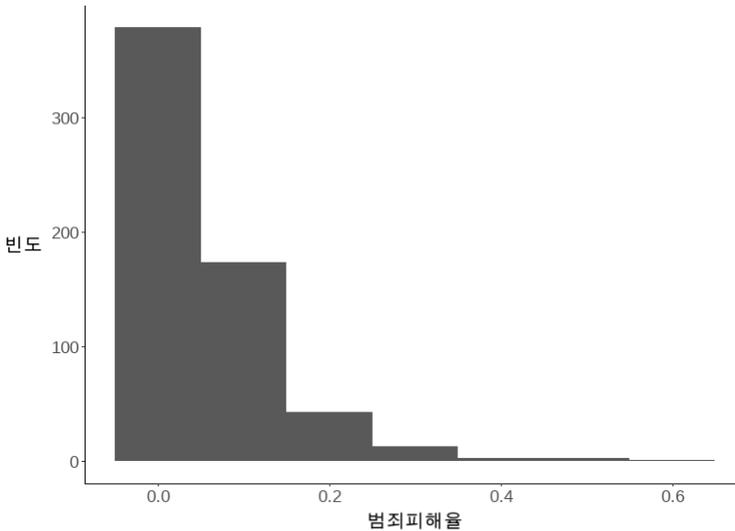
<표 2>는 분석에 투입된 변수들의 기술통계 분석결과를 표로 나타낸 것이다. 개인 수준에서의 집합효율성 인식의 경우에는 최솟값이 1, 최댓값이 5, 평균이 3.01($SD=0.78$) 이었고, 지역 수준에서는 평균이 3.06($SD=0.58$)으로 중간 수준에 해당하는 것으로 나타났다. 통제변수들을 살펴보면, 개인 수준의 변수들의 경우, 전체 14,973명 중 47%가 남성이었고, 연령의 평균은 4.34($SD=1.79$)로 대략 40대 수준인 것으로 나타났다. 교육수준은 평균 4.13($SD=1.43$)으로 최종학력이 고등학교 이상이었고, 가구소득의 경우 평균 3.81($SD=1.85$)로 월평균 200만 원에서 300만 원 이상임을 확인할 수 있었다. 1인 가구 여부의 경우, 전체 중 10%가 1인 가구에 해당하였다. 동네 무질서 인식에 대해서는 평균이 2.33($SD=0.69$)으로, 다소 낮은 수준으로 나타났다. 지역 수준에서 살펴보면, 교육수준과 가구소득의 경우 각각 평균이 4.01($SD=0.91$), 3.61($SD=1.24$)이었고, 지역별 1인 가구 비율은 평균 12%, 동네 무질서 인식은 평균 2.24($SD=0.51$)로 나타났다. 그리고 MELLS 모형 분석을 통해 생성된 집합효율성의 동질성의 경우에는 최솟값이 0.11, 최댓값이 0.86, 평균이 0.43($SD=0.14$)이었고, 값이 높아질수록 집합효율성 인식에 대한 지역 내 동질성이 높다는 것을 의미한다.

한편 지역 수준의 범죄피해율의 경우, 가구 수 대비 범죄피해 경험 수가 평균 5%인 것으로 나타났다. 이에 대해 빈도분석을 실시한 결과, 전체 지역 중 과반수가 범죄피해율이 0%로 나타났고 지역별 범죄피해율에 대한 정규성이 확보되지 않았다(그림 2). 범죄피해율 변수를 지역의 범죄피해 여부(0 = 피해 없음, 1 = 피해 있음)로 변환하였을 때에는 전체 중 42%가 범죄 피해 사례가 있는 것을 확인할 수 있었다. 이에 따라 범죄피해율 변수는 일반선형회귀분석을 실시하기에 적합하지 않다고 판단한바, 본 분석에서는 지역의 범죄피해 여부를 종속변수로 한 로지스틱 회귀분석을 실시하기로 하였다.

〈표 2〉 변수들의 기술통계 분석결과

개인 수준 변수 (n=14,973)				
	최솟값	최댓값	평균	표준편차
집합효율성 인식	1,00	5,00	3,01	0,78
성별(1=남성)	0,00	1,00	0,47	0,50
연령	1,00	7,00	4,34	1,79
교육수준	1,00	7,00	4,13	1,43
가구소득(월평균)	1,00	9,00	3,81	1,85
1인가구 여부	0,00	1,00	0,10	0,30
동네 무질서 인식	1,00	5,00	2,23	0,69
지역 수준 변수 (n=616)				
	최솟값	최댓값	평균	표준편차
범죄피해율	0,00	0,60	0,05	0,08
범죄피해지역여부	0,00	1,00	0,42	0,49
집합효율성 동질성	0,11	0,86	0,43	0,14
집합효율성 인식	1,70	4,64	3,06	0,58
교육수준	1,23	5,96	4,01	0,91
가구소득(월평균)	1,00	6,83	3,61	1,24
1인가구율	0,00	1,00	0,12	0,16
동네 무질서 인식	1,00	3,97	2,24	0,51

[그림 2] 지역의 범죄피해율 빈도 분포



2. 상관관계 분석결과

개인 수준 변수들의 상관관계를 살펴본 결과, 모든 변수들이 개인의 집합효율성 인식과 유의미한 상관관계가 있는 것으로 나타났다. 구체적으로 여성일수록, 연령이 낮을수록 그리고 1인가구에 해당할수록 집합효율성 인식은 높게 나타났다. 그리고 교육수준과 가구소득, 동네 무질서 인식은 개인의 집합효율성 인식과 음(-)의 상관관계를 가지는 것을 확인하였다.

지역 수준 변수들의 경우, 범죄피해지역 여부와 유의미한 상관관계가 있는 변수는 집합효율성의 동질성, 집합효율성 인식, 교육수준, 동네 무질서 인식인 것으로 나타났다.

〈표 3〉 변수들의 상관관계 분석결과

개인 수준 변수 (n=14,973)							
변수	1)	2)	3)	4)	5)	6)	7)
1) 집합효율성 인식							
2) 성별(1=남성)	-.049***						
3) 연령	.357***	-.048***					
4) 교육수준	-.319***	.163***	-.587***				
5) 가구소득(월평균)	-.206***	.066***	-.404***	.509***			
6) 1인가구 여부	.037***	-.099***	.188***	-.215***	-.358***		
7) 동네 무질서 인식	-.034***	-.015	-.101***	.042***	-.015	.011	
Mean	3,013	0,471	4,336	4,128	3,814	0,104	2,234
(SD)	(0,778)	(0,499)	(1,787)	(1,428)	(1,854)	(0,305)	(0,690)
지역 수준 변수 (n=616)							
변수	1)	2)	3)	4)	5)	6)	7)
1) 범죄피해지역여부							
2) 집합효율성 동질성	-.207***						
3) 집합효율성 인식	-.097*	.449***					
4) 교육수준	.133***	-.682***	-.614***				
5) 가구소득(월평균)	.049	-.166***	-.394***	.741***			
6) 1인가구율	-.064	.307***	.099*	-.330***	-.535***		
7) 동네 무질서 인식	.154***	-.444***	-.088*	.071	-.002	.071	
Mean	0,424	0,431	3,058	4,013	3,610	0,130	2,237
(SD)	(0,495)	(0,144)	(0,583)	(0,910)	(1,237)	(0,157)	(0,505)

* $p < .05$, *** $p < .001$

집합효율성의 동질성이 낮을수록, 집합효율성 인식이 낮을수록, 그리고 교육수준과 동네 무질서 인식이 높은 지역일수록 범죄 피해 사례가 발생한다는 것이다. 집합효율성 인식과 집합효율성의 동질성의 경우, 모든 변수들에 대해 유의미한 상관관계가 있음이 나타났다. 특히, 집합효율성 인식과 동질성의 상관관계를 살펴보면, 집합효율성 인식이 높은 지역일수록 집합효율성의 동질성이 높다는 것을 알 수 있다.

3. MELS 모형 분석결과(Model 1 ~ Model 3)

집합효율성 인식과 동질성에 대해 MELS 분석을 실시하였고, 그 결과는 <표 4>와 같다. Model 1은 개인의 집합효율성 인식과 지역 간 집합효율성 인식의 차이에 영향을 미치는 요인을 살펴본 것이다. 개인의 집합효율성 인식에 영향을 미치는 요인으로는 가구소득과 동네 무질서 인식을 제외한 변수들이 모두 통계적으로 유의미한 영향을 미치는 것으로 나타났다. 여성일수록($b=-0.05, p<.001$), 연령이 높을수록($b=0.10, p<.001$), 교육수준이 낮을수록($b=-0.01, p<.01$), 그리고 1인 가구가 아닐수록($b=-0.10, p<.001$) 집합효율성 인식이 높게 나타났다.

집합효율성 인식에 대한 지역 간 분산 즉, 지역 간 차이에 있어서는 교육수준($b=-0.73, p<.001$)과 동네 무질서 인식($b=-0.62, p<.001$)이 낮을수록, 그리고 가구소득($b=0.40, p<.001$)과 1인가구율($b=1.63, p<.001$)이 높은 지역일수록 지역 간 집합효율성 인식의 정도의 편차가 커지는 것으로 해석할 수 있다. 다시 말해, 교육수준과 동네 무질서 인식이 높고, 가구소득과 1인가구율이 낮은 지역일수록 집합효율성 인식에 대한 지역 수준의 평균값들이 동질성을 보인다고 해석할 수 있다.

위와 같은 결과는 최종 모형인 Model 3에서도 동일하게 나타났다. 지역 내 분산의 크기, 즉 집합효율성 인식에 대한 지역의 동질성에 영향을 미치는 요인으로는 교육수준, 가구소득, 동네 무질서 인식이 있었다. 교육수준($b=0.14, p<.001$)이 높을수록, 그리고 동네 무질서 인식($b=-0.13, p<.001$)과 가구소득($b=-0.12, p<.001$)이 낮은 지역일수록 집합효율성 인식에 대한 동질성은 낮게 나타났다. random-location effect와 random-scale effect의 상호작용에 대한 결과로는, 집합효율성 인식과 지역 내 이질성의 정도가 음(-)의 상관관계를 보였는데, 집합효율성 인식이 낮은 지역일수록 지역의 동질

성 또한 낮은 것으로 나타났다($b=-0.09, p<.001$). 지역 내 이질성의 분산(random-scale SD)에 대해서는 지역별로 동질성의 정도가 통계적으로 유의미하게 다른 것으로 나타났다($p<.001$).

〈표 4〉 집합효율성 인식과 동질성에 대한 MELS 모형 분석결과(Model 1~Model 3)¹⁾

변수	Model 1				Model 3			
	<i>b</i>	<i>S.E.</i>	[95% C.I.]		<i>b</i>	<i>S.E.</i>	[95% C.I.]	
Mean (개인 수준 변수)								
(상수)	2.62 ***	0.04	2.53	2.70	2.64 ***	0.04	2.56	2.73
성별(1=남성)	-0.05 ***	0.01	-0.07	-0.03	-0.05 ***	0.01	-0.07	-0.03
연령	0.10 ***	0.00	0.09	0.10	0.09 ***	0.00	0.08	0.09
교육수준	-0.01 **	0.00	-0.02	0.00	-0.01 **	0.00	-0.02	0.00
가구소득(월평균)	0.00	0.00	0.00	0.01	0.00	0.00	0.00	0.01
1인가구 여부	-0.10 ***	0.02	-0.13	-0.07	-0.10 ***	0.02	-0.13	-0.07
동네 무질서 인식	0.00	0.01	-0.02	0.02	0.00	0.01	-0.02	0.02
Between (지역 수준 변수)								
(상수)	1.27 ***	0.37	0.56	1.99	1.16 ***	0.36	0.45	1.86
교육수준	-0.75 ***	0.11	-0.95	-0.54	-0.73 ***	0.11	-0.94	-0.52
가구소득(월평균)	0.40 ***	0.08	0.24	0.55	0.40 ***	0.08	0.25	0.55
1인가구율	1.58 ***	0.48	0.64	2.52	1.63 ***	0.47	0.70	2.56
동네 무질서 인식	-0.64 ***	0.11	-0.85	-0.43	-0.62 ***	0.10	-0.82	-0.41
Within (지역 수준 변수)								
(상수)	-1.20 ***	0.01	-1.23	-1.18	-1.17 ***	0.18	-1.52	-0.81
교육수준					0.14 ***	0.05	0.04	0.23
가구소득(월평균)					-0.12 ***	0.03	-0.18	-0.05
1인가구율					-0.23	0.21	-0.65	0.19
동네 무질서 인식					-0.13 **	0.05	-0.23	-0.03
Association								
location × sacle effect					-0.09 ***	0.03	-0.15	-0.03
Random Scale Effect								
random-scale SD					0.55 ***	0.02	0.51	0.60
Log Likelihood								
X ² (Model 1 vs Model 3)								

1) Model 2의 분석결과는 [부록 1] 참조

* $p < .05$, ** $p < .01$, *** $p < .001$

4. 로지스틱 회귀분석 결과(Model 4~Model 6)

MELS 분석의 Model 3 분석결과를 통해 여타 변수들이 통제된 상태에서의 ICC 값을 도출하였고, 이를 집합효율성의 동질성 변수로 생성하였다. 변수들에 대한 기술통계 분석 결과, 지역별 범죄율의 정규성이 확보되지 않았으므로, 지역의 범죄 피해 여부에 대한 로지스틱 회귀분석을 실시하였다. Model 4부터 Model 6은 지역 수준의 집합효율성 인식이 동질성과 상호작용하여 범죄 피해 지역 여부에 미치는 영향을 살펴본 것이다. Model 4의 경우, 집합효율성 인식이 높은 지역일수록 범죄피해의 가능성이 29% 감소하는 것으로 나타났다($\exp(b)=0.71, p<.05$). 하지만 이러한 영향은 집합효율성 Model 5에서 동질성 변수를 투입하자 사라졌고, 집합효율성 인식에 대한 동질성이 높은 지역일수록 범죄피해의 가능성이 95% 감소한다는 결과가 나타났다($\exp(b)=0.05, p<.001$). Model 6에서 집합효율성 인식과 동질성의 상호작용항을 투입했을 때에는, 둘의 상호작용 효과는 통계적으로 유의미하지 않는 것으로 나타났지만($\exp(b)=0.62, p>.05$), 집합효율성 인식에 대한 동질성은 여전히 부적(-)으로 유의미한 것으로 나타났다($\exp(b)=0.05, p<.001$). [그림 3]은 Model 6의 분석결과를 그래프로 나타낸 것이다. 집합효율성 인식과 동질성 간의 상호작용효과는 통계적으로 유의미하지 않은 것으로 나타났지만 그래프를 살펴보면, 집합효율성 인식에 대한 동질성이 높은 지역일수록 범죄피해 가능성이 낮아짐을 알 수 있다. 또한 동질성이 높은 지역($M+SD$)의 경우, 집합효율성 인식이 높을수록 범죄피해 가능성이 낮아지는 것을 확인하였다. 그러나 동질성이 중간(M) 수준인 지역에서는 그 효과가 미미하게 나타났고, 동질성이 낮은 지역($M-SD$)에서는 집합효율성 인식이 높아질수록 범죄피해 가능성 또한 높아지는 모습을 보인다.

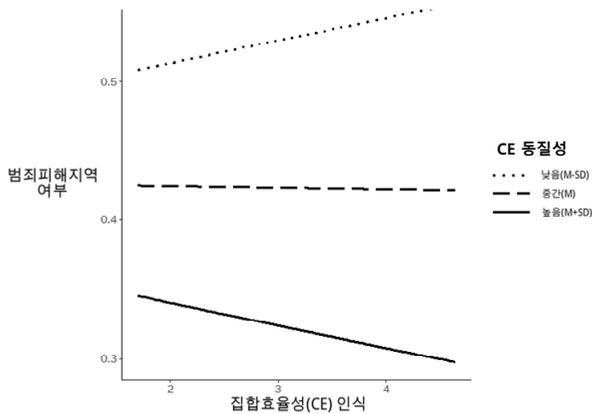
로지스틱 회귀분석 결과를 앞선 상관관계 분석과 MELS 분석의 결과들과 종합하여 보면, 집합효율성 인식과 집합효율성의 동질성이 서로 음(-)의 상관관계가 있는 것으로 나타났다. 이는 집합효율성 인식이 낮은 지역일수록 집합효율성 인식에 대한 지역 구성원들 간 인식의 편차가 크다는 것을 의미하고, 이들 값의 평균이 집합효율성 변수로서 유효하지 않을 수 있음을 시사한다. 그리고 이러한 특징으로 인해 로지스틱 회귀분석에서 집합효율성 인식이 지역의 범죄피해 여부에 통계적으로 유의미한 영향을 미치지 않는 것으로 나타났을 것으로 해석할 수 있다.

〈표 5〉 지역의 범죄피해 여부에 대한 로지스틱 회귀분석 결과(Model 4~Model 6)

변수	Model 4			Model 5			Model 6		
	exp(b)	S.E.	Coef.	exp(b)	S.E.	Coef.	exp(b)	S.E.	Coef.
(상수)	0.73 ***	0.08	-0.31	0.72 ***	0.08	-0.33	0.73 **	0.09	-0.31
집합효율성 인식	0.71 *	0.14	-0.34	0.97	0.16	-0.03	1.00	0.17	0.00
집합효율성 동질성				0.05 ***	0.68	-3.07	0.05 ***	0.69	-3.00
집합효율성 인식 × 집합효율성 동질성							0.62	1.02	-0.48
-2 Log Likelihood	833,702			812,048			811,822		
χ^2 (Chi-square)	5,855*			27,509***			27,735***		
Cox and Snell R^2	.009			.044			.044		

* $p < .05$, ** $p < .01$, *** $p < .001$

[그림 3] Model 6 분석결과 그래프



5. 지역 유형별 ANOVA 분석결과

로지스틱 회귀분석 결과와 [그림 3]의 결과를 종합하여 보면, 지역의 범죄피해 여부는 집합효율성 인식에 대한 지역 내 동질성이 중요한 요인으로 작용함을 알 수 있다. 이에 대한 추가분석으로 집합효율성 인식의 정도와 동질성의 정도에 따라 지역별 유형을

나누어 범죄피해 지역의 비율을 비교하는 ANOVA 분석을 실시하였다. 지역별 유형은 네 가지로 구분된다. 유형 1은 집합효율성 인식의 정도가 낮으면서 동질성이 낮은 지역이고, 유형 2는 집합효율성 인식의 정도가 낮으면서 동질성이 높은 지역이다. 유형 3은 집합효율성의 인식의 정도가 높으면서 동질성이 낮은 지역, 유형 4는 둘 다 높은 지역이다.

가장 이상적인 형태로 보이는 유형 4에 해당하는 지역은 전체 중 157 지역이며, 이 유형의 범죄피해 지역의 비율은 29.3%로 네 개의 유형 중 가장 낮게 나타났다. 반면 집합효율성 인식과 동질성이 모두 낮은 유형 1에 해당하는 지역의 경우, 범죄피해 지역의 비율이 49.8%로 네 개의 유형 중 가장 높게 나타났다. 유형 2와 유형 3을 비교해볼 때, 범죄피해 지역의 비율이 각각 40.4%, 47.3%로 동질성이 낮은 유형 3에 해당하는 지역의 범죄피해 지역의 비율이 더 높았다. 위와 같은 차이는 통계적으로 유의미하였고, 구체적으로는 유형 1과 유형 4, 그리고 유형 3과 유형 4의 차이가 통계적으로 유의미한 것으로 나타났다($F=5.98, p<.001$). ANOVA 분석결과를 전체적으로 살펴보았을 때, 대체적으로 집합효율성의 동질성이 낮은 지역이 높은 지역보다 범죄피해지역의 비율이 높게 나타나는 것을 알 수 있다.

〈표 6〉 ANOVA 분석결과

	지역 유형 분류(n=616)				
	유형 1 (n=235)	유형 2 (n=114)	유형 3 (n=110)	유형 4 (n=157)	
집합효율성 인식	-	-	+	+	
집합효율성 동질성	-	+	-	+	
범죄피해지역 비율	0.498	0.404	0.473	0.293	
사후검정(Tukey)					
	contrast	estimate	conf.low	conf.high	F
범죄피해지역 비율	유형2 - 유형1	-0.094	-0.238	0.049	5.98***
	유형3 - 유형1	-0.025	-0.171	0.120	
	유형4 - 유형1	-0.205 ***	-0.335	-0.075	
	유형3 - 유형2	0.069	-0.099	0.237	
	유형4 - 유형2	-0.111	-0.265	0.044	
	유형4 - 유형3	-0.180 *	-0.336	-0.023	

* $p < .05$, *** $p < .001$

V. 결론

본 연구에서는 그동안 집합효율성 연구에서 간과되었던 집합효율성 인식에 대한 지역 구성원들의 동질성 즉, 집합효율성의 동질성에 중점을 두고, 이것이 지역 수준의 범죄 수준에 어떠한 영향을 미치는지 살펴보았다. 먼저 MELS(a mixed effects, location-scale model) 모형을 적용한 1차 분석에서는 개인 수준 및 지역 수준 변수들이 각각 집합효율성 인식 정도와 집합효율성의 동질성에 미치는 영향을 확인하였다. 지역 수준 변수들과 관련된 주요 결과는 다음과 같다.

교육수준이 낮을수록, 그리고 동네 무질서 인식과 가구소득이 높은 지역일수록 집합효율성의 동질성이 높게 나타났다. 또한, 교육수준과 동네 무질서 인식이 높고, 가구소득과 1인가구율이 낮은 지역일수록 집합효율성 인식에 대한 지역 수준의 평균값들이 동질성을 보였다.

동네 무질서 인식이 높은 지역에서는 지역 내의 동질성과 지역들 간 집합효율성 인식의 평균값의 동질성이 모두 높게 나타났다. 다시 말해, 지역 내와 지역 간 모두의 경우에서 집합효율성 인식에 대해 일치된 의견을 보인다는 것이다. 이러한 결과는 동네 무질서가 지역의 집합효율성 정도를 판단하는 데에 영향을 미치는 대표적인 척도임을 뒷받침한다. 특히 동네의 사회적 무질서를 자주 목격하는 지역 구성원들은 동네의 사회 응집력과 비공식적 사회통제 정도를 낮게 인식할 가능성이 높을 것이다.

한편 교육 수준과 가구소득의 경우, 교육 수준이 낮고 가구소득이 높은 지역에서는 집합효율성 인식에 대한 동질성이 높게 나타나지만, 지역들 간 집합효율성 인식의 평균값에서는 큰 차이가 있는 것으로 나타났다. 동일지역 내에서는 집합효율성 인식 정도에 대해 일치된 의견을 보이지만, 그 인식의 정도가 어떠한지는 지역마다 편차가 크다는 것이다. 이는 교육 수준과 가구소득 이외에 지역의 집합효율성 인식의 정도에 영향을 미치는 다른 요인이 있음을 시사한다.

MELS 모형 분석결과를 바탕으로 실시한 로지스틱 회귀분석과 ANOVA 분석 결과는 다음과 같다. 첫째, 집합효율성 인식이 지역의 범죄피해 여부에 미치는 부(-)적 영향은 동질성 변수를 투입하자 통제되었다. 모든 변수를 투입한 최종 모델에서는 집합효율성 인식에 대한 동질성이 높은 지역일수록 지역의 범죄피해 가능성이 95% 감소하는 것

으로 나타났다.

둘째, 지역의 범죄피해 여부에 대한 집합효율성 인식 정도와 동질성 간의 조절효과는 통계적으로 유의미하지 않은 것으로 나타났다. 두 변수의 조절효과가 통계적으로 유의미하지 않게 나온 이유로는 앞선 MELS 모형의 분석결과(Model 3)와 연관 지어 생각해 볼 수 있다. 집합효율성 인식과 집합효율성의 동질성이 서로 음(-)의 상관관계가 있는 것으로 나타났으므로, 집합효율성 인식이 낮게 나타난 지역에서는 동질성이 낮기 때문에 집합효율성 변수로서 유효하지 않았을 가능성이 있다. 둘의 음(-)의 상관관계는 Browning 등(2016)의 연구 결과와도 일부 일치하는 결과이다.

셋째, 로지스틱 회귀분석 결과와 함께 살펴본 조절효과 그래프와 ANOVA 분석 결과에서는 동질성이 높은 지역에서 집합효율성 인식 정도가 높을수록 지역의 범죄피해 가능성이 낮아짐을 확인할 수 있었다. 이는 집합효율성이 지역의 범죄를 감소시킨다는 선행 연구의 결과들을 일부 뒷받침하는 결과이다(Sampson et al., 1997, Oberwittler, 2007; Odgers et al., 2009; Mozerolle, Wickes, & McBroom, 2010).

본 연구는 기존 국내외 연구에서 다루어지지 않았던 집합효율성 인식에 대한 동질성과 지역 수준의 범죄 간의 관계를 살펴봄으로써, 지역 수준의 범죄 예방 관점에서 새로운 시각을 제시하였다는 점에서 의의가 있다. 후속 연구를 위한 제언과 연구의 결과에 대한 함의로 다음과 같이 제시해 볼 수 있다. 먼저, 집합효율성 인식 정도와 동질성의 관계에 대해 추가적으로 살펴볼 필요가 있다. 특히, 동질성이 낮은 지역은 범죄 가능성이 높게 나타났으므로, 궁극적으로 이 지역 구성원들의 집합효율성 인식에 영향을 미치는 요인이 무엇인지, 이 지역의 집합효율성 인식과 동질성을 동시에 제고할 수 있는 방안을 고민해 볼 필요가 있을 것이다. 또한, 후속 연구에서는 보다 작은 단위의 지역으로 연구가 이루어지는 것이 바람직할 것이다. 본 연구에서는 국내에서 수집이 가능한 최소한의 단위인 읍·면·동 단위로 지역을 구분하였지만, 이보다 세분된 단위로 지역을 구분하여 집합효율성을 측정해 볼 필요가 있다. 마지막으로, 본 연구에서는 표본 지역들의 범죄 피해 사례가 많지 않아 모든 종류의 범죄를 포함하여 지역의 범죄피해 여부를 종속변수로 살펴보았다는 한계가 있었다. Sampson 등(1997)이 제시한 집합효율성은 지역의 폭력 범죄를 설명하는 데에 더 적합한 개념이므로, 후속 연구에서는 범죄의 종류를 구분하여 분석을 실시하는 것도 의미 있는 연구가 될 것이다.

참고문헌

- 박신의, 최형근, 황의갑. (2022). “한국적 맥락에서의 집합효율성과 범죄두려움의 비선형 관계에 대한 연구”. 『한국범죄학』, 16(2), 145-167.
- 박윤환, 장현석. (2013). “지역 수준 범죄피해 두려움의 결정요인에 대한 연구: 공식범죄 통계, 무질서, 집합적 효율성, 경찰에 대한 신뢰도를 중심으로”. 『한국경찰학회보』, 15(6), 59-88.
- 박정선, 이성식. (2010). “범죄두려움에 관한 다수준적 접근: 주요 모델들의 검증”. 『형사정책연구』, 173-203.
- 손다래, 박철현. (2019). “집합효율성, 무질서 그리고 범죄의 두려움*: Collective efficacy VS. Broken windows”. 『공공정책연구』, 36(1), 49-71.
- 안기남, 안황권. (2021). “집합효율성, 무질서 및 범죄두려움의 구조적 관계 - 예방중심경찰활동의 조절효과를 중심으로”. 『한국경찰학회보』, 23(6), 71-94.
- 윤우석. (2012). “지역사회의 집합적 효율성과 범죄피해의 관계검증: 대구지역을 중심으로”. 『형사정책연구』, 319-354.
- 이성식, 박정선, 이정환. (2012). “지역무질서, 집합효율성, 범죄두려움의 관계: 세 모델의 검증”. 『피해자학연구』, 20(1), 487-509.
- 최수형, 김지영, 황지태, 박희정. 2015. 『전국범죄피해조사, 2014』. 연구수행기관: 한국형사정책연구원. 자료서비스기관: 한국사회과학자료원. 자료공개년도: 2016년. 자료번호: A1-2015-0066.
- 황의갑. (2015). “지역사회의 거시환경, 무질서, 범죄피해, 사회통제가 범죄에 대한 두려움에 미치는 영향: 집합효율성의 매개효과”. 『한국경찰연구』, 14(1), 271-294.
- Browning, C. R., Dirlam, J., & Boettner, B. (2016). “From heterogeneity to concentration: Latino immigrant neighborhoods and collective efficacy perceptions in Los Angeles and Chicago”. *Social Forces*, 95(2), 779-807.
- Bruinsma, G. J., Pauwels, L. J., Weerman, F. M., & Bernasco, W. (2013). Social disorganization, social capital, collective efficacy and the spatial

- distribution of crime and offenders: An empirical test of six neighbourhood models for a Dutch city. *British Journal of Criminology*, 53(5), 942-963.
- Brunton Smith, I., Sturgis, P., & Leckie, G. (2018). "How collective is collective efficacy? The importance of consensus in judgments about community cohesion and willingness to intervene". *Criminology*, 56(3), 608-637.
- Brunton-Smith, Ian, Alex Sutherland, and Jonathan Jackson. (2014). "Bridging structure and perception: On the social ecology of beliefs and worries about neighborhood violence in London". *British Journal of Criminology*, 54: 503-26.
- Gainey, R. M. Alper, and A.T. Chapell. (2011). "Fear of crime revisited: Examining the direct and indirect effects of disorder, risk perception and social capita"l. *American Journal of Criminal Justice* 36: 120-137.
- Gibson, C.L., J. Zhao, N.P. Lovrich, and M.J. Gaffney. (2002). "Social integration, individual perceptions of collective efficacy, and fear of crime in three cities". *Justice Quarterly* 19(3): 536-563.
- Hedeker, D., Mermelstein, R. J., & Demirtas, H. (2008). "An application of a mixed effects location scale model for analysis of ecological momentary assessment (EMA) data". *Biometrics*, 64(2), 627-634.
- Jackson, J., Brunton-Smith, I., Bradford, B., Oliveira, T. R., Pösch, K., & Sturgis, P. (2021). "Police legitimacy and the norm to cooperate: using a mixed effects location-scale model to estimate the strength of social norms at a small spatial scale". *Journal of Quantitative Criminology*, 37(2), 547-572.
- Markowitz, F.E., P.E. Bellair, A.E. Liska and J. Liu. (2001). "Extending social disorganization theory: Modeling the relationships between cohesion, disorder and fear". *Criminology* 39(2): 293-320.
- Mazerolle, Lorraine, Rebecca Wickes, and James McBroom. (2010). "Community variations in violence: The role of social ties and collective efficacy in

- comparative context”. *Journal of Research in Crime and Delinquency* 47: 3-30.
- Mennis, Jeremy, Suzanne Lashner Dayanim, and Heidi Grunwald. (2013). “Neighborhood collective efficacy and dimensions of diversity: A multilevel analysis”. *Environment and Planning A* 45: 2176-93.
- Oberwittler, Dietrich. (2007). “The effects of neighborhood poverty on adolescent problem behaviours: A multi-level analysis differentiated by gender and ethnicity”. *Housing Studies* 22: 781-803.
- Ogders, Candice L., Terrie E. Moffitt, Laura M. Tach, Robert J. Sampson, Alan Taylor, Charlotte L. Matthews, and Avshalom Caspi. (2009). “The protective effects of neighborhood collective efficacy on British children growing up in deprivation: A developmental analysis”. *Developmental Psychology* 45: 942-57.
- Sampson, R. J., Raudenbush, S. W., & Earls, F. (1997). “Neighborhoods and violent crime: A multilevel study of collective efficacy”. *science*, 277(5328), 918-924.
- Sampson, Robert J. 2009. “Disparity and diversity in the contemporary city: Social (dis)order revisited”. *The British Journal of Sociology* 60:1 - 31.
- Twigg, Liz, Joanna Taylor, and John Mohan. (2010). “Diversity or disadvantage? Puntnam, Goodheart, ethnic heterogeneity, and collective efficacy”. *Environment and Planning A* 42: 1421-38.
- Wells, William, Joseph A. Schafer, Sean P. Varano, and Timothy S. Bynum. (2006). “Neighborhood residents’ production of order: The effects of collective efficacy on responses to neighborhood problems”. *Crime & Delinquency* 52: 523-50.
- Zhang, L., Messner, S. F., & Liu, J. (2007). A multilevel analysis of the risk of household burglary in the city of Tianjin, China. *The British Journal of Criminology*, 47(6), 918-937.

부록 1. 변수의 측정

변수	측정 문항	요인 적재치	Chronbach's α	
범죄피해율	(범죄피해율 = 지역 내 범죄피해건수/지역 내 조사가구 수) 2014년 한해 동안 동일지역 내 범죄피해 경험 건수 1 속임(사기)으로 인한 재산 피해 경험 2 물건을 도둑맞거나 빼앗긴(또는 그럴 뻔한) 경험 3 재산이나 물건을 부수거나 못 쓰게 한 경험 4 폭행·위협(협박) 또는 도둑을 맞았거나 당할 뻔한 경험 5 강제로 원치 않는 성적인 접촉을 당했거나 당할 뻔한 경험			
집합 효율성 인식	(2014년 연말 기준) 우리 동네 사람들에 대해 느낀 점		.871	
	사회 응집력	1 서로서로 잘 알고 지내는 편이었다		.835
		2 동네에서 일어나는 일에 대해 자주 이야기했다		.882
		3 어려운 일이 있으면 서로 잘 도왔다		.858
		4 동네의 각종 행사와 모임에 적극적으로 참여했다		.839
	비공식적 사회통제	5 동네 아이가 낯선 아이들에게 괴롭힘을 당하면 도와줄 것 같았다		.818
		6 범죄사건이 발생하면 경찰에 신고할 것 같았다		.890
7 범죄예방을 위해 순찰을 해야 한다면 이 활동에 참여할 것 같았다		.581		
성별	1 응답자 성별(0=여성, 1=남성)			
연령	응답자 연령(만)			
	1 14세 이상 19세 이하			
	2 20세 이상 29세 이하			
	3 30세 이상 39세 이하			
	4 40세 이상 49세 이하			
	5 50세 이상 59세 이하			
	6 60세 이상 69세 이하			
7 70세 이상				
가구소득	2014년 가구의 세금 공제 전 월평균 소득			
	1 100만 원 미만			
	2 100 ~ 200만 원 미만			
	3 200 ~ 300만 원 미만			
	4 300 ~ 400만 원 미만			
	5 400 ~ 500만 원 미만			
	6 500 ~ 600만 원 미만			
	7 600 ~ 700만 원 미만			
	8 700 ~ 1,000만 원 미만			
9 1,000만 원 이상				

변수	측정 문항	요인 적재치	Chronbach'α
교육수준	응답자 최종학력		
	1 안 받았음		
	2 초등학교		
	3 중학교		
	4 고등학교		
	5 대학(교)(4년제 미만)		
	6 대학교(4년제 이상)		
	7 대학원 이상		
1인가구 여부	1 1인가구 여부(0=해당하지 않음, 1=해당함)		
동네 무질서 인식	(2014년 연말 기준) 우리 동네 주위 환경에 대해 느낀 점		
	1 주변에 쓰레기가 아무렇게나 버려져 있었고 지저분했다	.769	.847
	2 어둡고 후미진 곳이 많았다	.772	
	3 주변에 방치된 차나 빈 건물이 많았다	.706	
	4 기초 질서(무단횡단, 불법 주·정차 등)를 지키지 않는 사람들이 많았다	.727	
	5 무리 지어 다니는 불량 청소년들이 많았다	.764	
	6 큰소리로 다투거나 싸우는 사람들을 자주 볼 수 있었다	.783	

부록 2. MELS 모형 분석결과(Model 1~Model 3)

변수	Model 1			Model 2			Model 3		
	<i>b</i>	<i>S.E.</i>	[95% C.I.]	<i>b</i>	<i>S.E.</i>	[95% C.I.]	<i>b</i>	<i>S.E.</i>	[95% C.I.]
Mean (개인 수준 변수)									
(상수)	2.62 ***	0.04	2.53 2.70	2.62 ***	0.04	2.54 2.71	2.64 ***	0.04	2.56 2.73
성별(1=남성)	-0.05 ***	0.01	-0.07 -0.03	-0.05 ***	0.01	-0.07 -0.03	-0.05 ***	0.01	-0.07 -0.03
연령	0.10 ***	0.00	0.09 0.10	0.10 ***	0.00	0.09 0.10	0.09 ***	0.00	0.08 0.09
교육수준	-0.01 **	0.00	-0.02 0.00	-0.01 **	0.00	-0.02 0.00	-0.01 **	0.00	-0.02 0.00
가구소득(월평균)	0.00	0.00	0.00 0.01	0.00	0.00	0.00 0.01	0.00	0.00	0.00 0.01
1인가구 여부	-0.10 ***	0.02	-0.13 -0.07	-0.10 ***	0.02	-0.13 -0.07	-0.10 ***	0.02	-0.13 -0.07
동네 무질서 인식	0.00	0.01	-0.02 0.02	0.00	0.01	-0.02 0.02	0.00	0.01	-0.02 0.02
Between (지역 수준 변수)									
(상수)	1.27 ***	0.37	0.56 1.99	1.24 ***	0.36	0.53 1.96	1.16 ***	0.36	0.45 1.86
교육수준	-0.75 ***	0.11	-0.95 -0.54	-0.76 ***	0.11	-0.97 -0.55	-0.73 ***	0.11	-0.94 -0.52
가구소득(월평균)	0.40 ***	0.08	0.24 0.55	0.40 ***	0.08	0.25 0.56	0.40 ***	0.08	0.25 0.55
1인가구율	1.58 ***	0.48	0.64 2.52	1.57 ***	0.48	0.62 2.52	1.63 ***	0.47	0.70 2.56
동네 무질서 인식	-0.64 ***	0.11	-0.85 -0.43	-0.62 ***	0.11	-0.82 -0.41	-0.62 ***	0.10	-0.82 -0.41
Within (지역 수준 변수)									
(상수)	-1.20 ***	0.01	-1.23 -1.18	-1.06 ***	0.09	-1.24 -0.88	-1.17 ***	0.18	-1.52 -0.81
교육수준				0.13 ***	0.02	0.09 0.18	0.14 ***	0.05	0.04 0.23
가구소득(월평균)				-0.07 ***	0.02	-0.11 -0.04	-0.12 ***	0.03	-0.18 -0.05
1인가구율				0.23 *	0.12	-0.01 0.46	-0.23	0.21	-0.65 0.19
동네 무질서 인식				-0.20 ***	0.03	-0.25 -0.15	-0.13 **	0.05	-0.23 -0.03
Association									
location × scale effect									
Random Scale Effect									
random-scale <i>SD</i>									
Log Likelihood		-13122.949			-13073.372			-12561.247	
χ^2					(Model 1 vs Model 2)	99.154***			
					(Model 1 vs Model 3)	1123.405***			
					(Model 2 vs Model 3)	1024.251***			

p* < .05, *p* < .01, ****p* < .001

Crime and Consensus of Collective Efficacy

Lee, GyeongA*

The current study has focused on the concept of consensus of collective efficacy(CE) and figuring out how it impacts on crime level in neighborhood. As a means of measuring consensus of CE, MELS model(a mixed effects, location-scale model), which is used for examining heterogeneity within neighborhood, has been conducted for primary analysis. A logistic regression analysis was then conducted as a secondary analysis, in order to find out the effects of CE and consensus of CE on crime. The results reveal that low education level and high level of disorder and income increases the consensus of CE. Also, In neighborhoods with high levels of education and disorder, and low levels of income and single-person households, there is homogeneity in the average levels of CE among the neighborhoods⁰. Lastly, the negative effect of CE on crime has been controlled by a variable of consensus of CE. In the final model including all variables, consensus of CE has 95% declined the probability of victimization of neighborhood. These imply the importance of consensus of CE for explaining connection between CE and crime, and also further study for figuring out the relation between CE and consensus of CE would be needed.

❖ Key words: collective efficacy, consensus of collective efficacy, MELS, a mixed effects location-scale model

투고일 : 2월 28일 / 심사일 : 3월 27일 / 게재확정일 : 3월 27일

* Student of Ph.D, Department of Criminology, Korean National Police University

엄벌주의 형사사법정책이 재판 결과에 미치는 영향

- 공무집행방해범죄를 중심으로

오윤이* · 나종민**

국 | 문 | 요 | 약

본 연구는 2014년 3월 대검찰청에서 시행한 공무집행방해 사범에 대한 엄벌주의 정책이 실제 재판 결과에 어떠한 영향을 미쳤는지를 해당 사건에 대한 법원 판결문의 내용을 근거로 실증적으로 분석하고자 하였다. 계층적 구조를 가진 데이터의 특성을 고려하여 다수준 일반 선형회귀모형(multi-level generalized linear regression model)을 사용하여 분석한 결과, 동 정책 시행 이후 약식명령에 비해 정식재판으로 처리될 가능성, 벌금형보다는 징역형이 선고될 가능성, 그리고 선고된 형량이 모두 통계적으로 유의미하게 증가하여 해당 정책은 법원의 재판 결과에 실질적인 영향을 미치는 것으로 파악되었다. 또한 그러한 개별사건의 재판 결과가 관할 법원소재지에 따라서도 달라질 수 있는지에 대해 분석한 결과, 동 정책의 시행 여부에 관계없이 수도권에 비해 비수도권에 위치한 법원에서 보다 엄격하게 판결하는 경향이 있는 것으로 파악되었으며 동 정책의 효과는 수도권에 비해 비수도권에서 오히려 덜 두드러지게 나타났다. 이러한 재판 결과의 지역적 편차에 대한 주요 결과들은 일부만이 통계적으로 유의미한 것으로 드러났고 여러 제약하에서 도출된 결과이므로 후속연구들을 통해 보다 정교한 검증이 이루어지기를 기대한다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2023.3.31.1.203>.

❖ 주제어 : 엄벌주의, 형사사법정책, 재판 결과, 양형, 공무집행방해범죄

* 주저자: 서울대학교 행정대학원 BK사업단 박사후연구원(ratemail@snu.ac.kr)

본 연구는 주저자의 박사학위논문의 연구문제에서 출발하였고 이를 수정, 보완, 발전시킨 논문임을 밝힌다.

** 교신저자: 서울대학교 행정대학원 부교수, 한국행정연구소 겸무원(chongmin20@snu.ac.kr)

I. 서론

형사사법에서 엄벌주의 경향은 1970-80년대 이래 미국을 시작으로 2000년대 이후에는 유럽 대부분의 국가에서도 보편적인 현상이 되었다. 특히 9·11 테러 이후 미국 이외 여러 유럽 국가에서도 테러 위협과 범죄에 대한 공포로 인하여 인간의 존엄성과 자유보다는 다중의 안전과 범죄 억제 및 예방을 보다 중시하며 최후수단성(ultima ratio), 체계 정합성, 지식기반성 등의 원칙이 제역할을 하지 못하고 형법은 확장의 길을 걷게 되었다(하태훈, 2022: 9).

한국도 미국, 유럽 등지에 비하여 출발이 늦은 감이 있으나 예외가 아니었다. 1953년 형법 제정 이래 50년 이상 유지되던 유기징역과 유기금고의 상한이 2010년, 15년에서 30년으로 두 배 상향조정되었고 가중시의 상한 또한 50년으로 개정되었다(형법 제42조). 이를 기점으로 우리 형사법에서의 엄벌주의 트렌드는 특히 성범죄 관련 입법으로 강력하게 이어지고 있다.¹⁾ 각종 법정형도 크게 상향되었고 위치추적 전자장치 부착, 성충동 약물치료, 취업제한제도, 신상정보 공개·고지제도 등 각종 사회내처분도 적극적으로 도입·시행되고 있다.

특히 잔혹한 살인이나 아동 성폭력 범죄, 음주운전으로 인한 아동 사망과 같이 대중적 공분을 불러일으킬 만한 사건이 발생할 때마다 신속하게 관련 법률이 제·개정되거나 양형기준이 상향 조정되고 있다.²⁾ 이러한 입법 활동은 국가의 재정 부담 없이도 손쉽게 국민의 마음을 사는 유효한 득표 전략이 될 수 있다는 점에서, 많은 정치인들이 여기에 적극적인 입장이라고 볼 수 있다. 형법의 확장 또는 팽창, 형사처벌의 전치화 등으로도 이해되는 엄벌주의적 형사사법정책의 도입 배경에는 정치인들의 ‘형벌 포퓰리즘(penal populism)’ 행태가 놓여 있다는 분석과 그 위험성에 대한 경고가 우리 학계에서도 지속적으로 제기되고 있다(김한균, 2008; 김일수, 2010; 이덕인, 2011; 이호중, 2013; 최정학, 2014; 추지현, 2017a; 하태훈, 2022).

1) 2013년 6월, 성폭력 범죄 관련하여 무려 6개 법률, 150여개의 신설·개정 조문이 시행되었는데 모든 성범죄에 대한 친고죄 및 반의사불벌죄 조항이 전면 폐지된 것이 특징적이다.

2) ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의13 조항’, 일명 ‘민식이법’은 2019년 9월 어린이보호구역(스쿨존)에서 김민식 군이 교통사고로 사망한 지 불과 3개월 만인 12월에 국회를 통과하였고 2020년 3월 25일부터 시행되었다.

그러나 다른 한편으로 처벌을 보다 강화하고 범죄자들을 사회로부터 격리시킴으로써 시민의 안전을 담보하라는 대중의 요구도 간과할 수 없는 상황으로 이해된다. 공무집행 방해죄와 관련하여 심각하게 훼손된 우리 사회의 공권력을 강화하기 위해서는 일단 형량을 강화해야 한다거나 실형을 선고해야 한다는 등 엄벌을 요구하는 경찰학계의 논의도 적지 않다(정우일, 2009; 차훈진, 2009; 박상용, 2010; 이진국, 2014).

2017년, 공무집행방해죄의 양형기준상의 기본 영역 처벌 범위가 기존 ‘6월~1년4월’에서 ‘6월~1년6월’로 상향조정된 바 있다. 공무집행방해에 대한 최초의 엄벌주의적 입법 시도로 볼 수 있는데 그 상향폭이 타범죄에 비하여³⁾ 상당히 소폭으로 진행된 것으로 보인다. 또한 형법 제136조 제1항의 ‘5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금’이라는 처벌은 1995년 이후 현재까지 개정된 적이 없다. 술에 취해 경찰관에게 침을 뱉고 막말을 하고 상해를 입히는 공무집행방해 사범에 대한 대중의 엄벌 요구가 반영되었다고 하기에는 충분치 않다.

그런데 실상 우리 정부는 2014년에 검찰 조직 내 정책으로 ‘정복착용 경찰관에 대한 공무집행방해 사범 엄정 대처 지시’를 시행한 바 있으며, 이 엄벌 정책으로 인한 검찰 기소처분에서의 행태 변화는 뚜렷하게 드러난다([그림 2] 참조). 정책의 주요 내용은 다음과 같다. 첫째, 원칙적으로 구공판할 것, 둘째, 동종전과 없고 추중범행이며 피해 정도가 경미하더라도 원칙적으로 구속수사할 것, 셋째, 각 구간 최고형을 구형할 것이다. 이 정책 시행 전까지 검찰은 공무집행방해 사범 중 70% 이상을 정식재판이 아닌, 약식명령으로 처리해 왔다. 또한 형사소송법상 피의자에 대한 수사는 불구속이 원칙이며(제198조 제1항) 현행 검찰사건처리기준의 구속 기준⁴⁾에 대비해 보아도 동종전과 없거나 피해가 경미한 사건에서도 원칙적으로 구속수사하라는 방침은 상당히 이례적이다.

본 연구는 이렇듯 검찰이라는 형사사법기관의 정책 변화가 실제 법원의 재판 결과에 미치는 영향에 주목하고자 하였다. 대부분의 엄벌주의적 정책 변화는 관련법 제·개정이든 각종 사회내처분 도입이든 입법이라는 단계를 거친다는 공통점을 지닌다. 특히 입법

3) 아동 성범죄자에 대한 양형기준은 2009년 ‘조두순 사건’ 이후 시행 1년 만에 권고형량을 50% 상향 조정하고 그 이후에도 매년 총 네 차례 수정한 바 있다.

4) ① 흉기 또는 위험한 물건을 사용하거나 2인 이상 공동폭력 행사자, ② 3주 이상 상해, 중요 공용물손상 경합시, ③ 5년 내 동종전과자, ④ 의도적인 범인체포·면탈·방해목적인 경우 구속하도록 규정하고 있다.

부나 양형위원회를 통한 실정법상 형량 조정이 양형에 영향을 미치는 것은 자명하다. 그러나 물론 실정법이 부여한 권한 행사이기는 하나, 어떠한 입법 과정 없이 진행된 검찰의 구형 강화 정책이 실제 법원의 재판과정에서 이루어지는 양형에 어떠한 영향을 미치는지에 대해 실증 분석을 시도해보는 것도 그 의의가 작지 않다고 판단하였다. ‘검사의 구형은 양형에 관한 의견진술에 불과하여 법원이 그 의견에 구속된다고 할 수 없다.’⁵⁾는 것이 우리 법원의 일관된 입장이며 검찰의 구형과 법원의 양형 간의 관련성에 대한 실증적 접근을 찾아보기 어렵다. 그럼에도 불구하고 기본적으로 우리 형사사법시스템 내에서 경찰, 검찰, 법원이라는 행위자들은 매우 긴밀히 연계되어 있으며 그 상호의존도 또한 상당히 높은 것으로 알려져 있으므로(이완규, 2005; 문준영, 2010) 검찰의 엄벌주의적 형사사법정책의 효과를 법원의 재판 결과를 통해 직·간접적으로 분석해 보는 것은 우리 형사사법시스템을 보다 체계적으로 이해하기 위한 의미있는 초석이 될 것이다.⁶⁾

이하에서는 먼저 엄벌주의와 형벌 포퓰리즘을 둘러싼 기존 논의들을 상세히 살피고 법원의 지역적 특성에 관한 법원 커뮤니티 관점의 논의들을 함께 검토함으로써 본 연구의 대상이 되는 엄벌 정책과 양형에 대한 이해도를 높이고자 하였다. 이상의 논의를 종합하여 법원소재지의 영향력을 고려한 분석 모형을 제시하고자 한다.

II. 이론적 배경 및 선행연구 검토

1. 엄벌주의와 형사사법정책

본 연구가 주목하는 검찰 정책의 엄벌주의라는 본질적 속성을 이해하는 것은 이후 분석 결과에 대한 해석의 폭과 깊이를 담보한다는 측면에서 엄벌주의 및 형벌 포퓰리즘을 중심으로 한 기존 논의들을 충실히 검토할 필요가 있다. 먼저 엄벌주의(강벌주의, 중형주

5) 대법원 2001.11.30. 선고 2001도5225판결 등.

6) 검찰의 엄벌주의적 정책 변화는 구체적으로 검사의 구형이라는 과정을 거침으로써 양형에 영향을 미치게 된다. 따라서 구형과 관련된 자료와 양형 자료를 통합하여 분석할 때 보다 엄밀한 실증 분석이 가능할 수 있으나 현재 검사의 구형 정보에 접근할 수 있는 방법을 찾기 어렵다. 결국 본 연구는 판결문 자료만을 확보함으로써 형사재판의 결과에 한정하여 분석한다는 점에서 한계적임을 밝혀둔다.

의, punitiveness, punitivity, punitivism)란 범죄나 일탈 행동에 대하여 가혹한 형벌 부과를 지지하는 태도라고 정의할 수 있다. 범죄자의 사회복귀나 재사회화보다는 엄격한 처벌과 격리를 주장하는 입장으로 이해된다(Tonry, 2007; Garland, 2002; 추지현, 2017b). 엄벌주의를 둘러싼 논란은 형벌 포퓰리즘과 맞물려 있다.

형벌 포퓰리즘은 대중의 인기에 영합하는 정치 행태를 일컫는 ‘포퓰리즘’이라는 용어가 범죄자에게 중벌을 내리는 것을 지지하는 대중 여론에 영합하여 형벌 강화를 정치적이슈로 삼는 현상에 사용된 것으로(Pratt, 2007: 9-12), 어떠한 형벌 정책이 범죄 발생을 감소시킬 수 있는지⁷⁾ 혹은 사법 정의를 증진시킬 수 있는지에 대한 고려보다는 선거 승리를 위해 활용하는 경향이다(Roberts et al., 2003). 형벌 포퓰리즘은 Cohen(1972)의 ‘모럴 패닉(moral panic)’ 연구에서 출발한 것으로 이해된다. 모럴 패닉이란 성매매, 마약 등 사회의 지배적인 도덕적 가치를 훼손하는 행위에 대한 사회적 공분 등의 집단적 반응을 뜻하는데, 특히 언론이 범죄자들을 ‘사회악(folk devil)’으로 간주하고 매우 선정적으로 대중에게 소개하면서 결국 정치가, 종교인 등은 도덕적 장벽을 설정하고 범죄자들에 대한 엄벌주의적 처방을 내놓게 된다는 주장이다.

이후 이러한 논의는 Jakobs(1985)의 ‘적대형법(Feindstrafrecht)’, Siehr(2005)의 ‘상징형법(Symbolisches Strafrecht)’과 같은 유사한 개념으로 전개되는데 이들 연구는 형벌 포퓰리즘의 위험성을 구체적으로 이해하기에 유용하다. 적대형법이란 ‘시민과 적’을 구별하여 형법은 법질서를 준수할 의지가 있는 시민에게만 적용되고(시민형법), 범죄자는 사회의 적이므로 기본권조차 보장하지 않고 위험 제거만을 목표로 그들에게 적용하는 형법을 의미한다.⁸⁾ 적대형법의 위험성은 오직 사회방위라는 명분을 내세워 법치주의의

7) 엄벌주의 형사사법정책이 실제 범죄를 억제하는 효과가 있는지는 그 자체로 증거기반정책 설계의 핵심이겠으나 형법 포퓰리즘과 관련하여도 매우 중요한 논의가 된다. 현대의 억제이론에 기반을 둔 연구들이 체포율, 기소율, 사형제도 등을 활용하여 범죄 억제 효과를 광범위하게 분석하고 있다. 다만 형벌의 강도를 높이면 범죄율이 감소한다는 결론을 얻어낸 연구도 다수 있으나(Reynolds, 1997; Cole, 2011; Spelman, 2000 등), 그에 반하여 엄벌주의 정책의 범죄 억제 효과를 인정하기 어렵다는 연구 또한 다수 존재하고 있다(Chiricos&Waldo, 1970; Briscoe, 2004; Sorenson et al., 1999 등). Donohue&Wolfers(2005)는 사형제도와 살인범죄 발생률 간의 관련성에 대한 연구에서 현재 사용가능한 데이터를 이용하여 어떠한 방법론으로도 통계적으로 명확하게 입증할 수 없다고 주장한 바 있다. 다른 어떤 분야보다도 형사사법에서 증거기반정책을 구현하기 위해서는 보다 양질의 데이터와 보다 엄밀한 분석방법이 전제되어야 할 것으로 판단된다.

8) 이호중(2013: 278)에서 재인용.

주요 원칙에 반하는 입법을 정당화한다는 점에 있는데, 이호중(2013)의 연구는 한국 형법에서 국가보안법과 같은 법률을 적대형법으로 파악하고 있다.

상징입법이란 겉과 속이 다른 입법으로서, 범죄나 환경오염 등 사회문제에 대한 공포에 대한 응답으로 입법이 이루어지지만 실상 그러한 문제해결 효과는 거의 없고 단지 사람들을 진정시킬 의도만 가진 입법을 의미하는데,⁹⁾ 이러한 개념이 형사사법의 영역에서 특히 상징형법의 문제로 다루어진다. 홍준형(2020)의 연구에서는 아동·청소년성폭력 범죄와 전자감시장치 부착법 사례에 대하여 이러한 입법은 심도있는 연구 결과에 근거한 것이 아닌 일종의 상징형법으로 분석하고 있다.

이와 유사한 맥락에서 최정학(2014)의 연구는 엄벌주의가 책임주의 원칙에 반한다는 점을 지적하고 있고, 김일수(2010), 정재준(2011)은 보수 정치세력 혹은 권위주의 정부가 주도하는 엄벌주의적 치안 정책의 배경에 형벌 포퓰리즘이 놓여 있다고 보고 특히 2012년 박근혜 정부의 ‘4대 사회악 척결’ 기획을 1980년대의 삼청교육대 운영 등과 본질적으로 동일하다고 비판하고 있다.

한편 이러한 비판적인 연구 경향과 달리 형벌 포퓰리즘과 엄벌주의에 대하여 개념 범위를 확장하여 긍정적인 시각에서 접근하는 논의 또한 이어지고 있음에 유의할 필요가 있다(Bottoms, 1995; Pratt, 2007; Dzur, 2010). 대표적으로 Pratt(2007)은 ‘권위주의적 포퓰리즘’과 ‘형벌 포퓰리즘’은 구별되어야 한다고 주장하며, 권위주의 정부의 방식은 실질적으로는 대중의 의사를 무시하는 방식이고 실제 엄벌에 대한 대중의 요청을 능동적으로 수용하는 형벌 포퓰리즘은 오히려 절차적 민주주의의 확대에 받아들일 수 있다고 보고 있다. 국내에서도 이와 유사하게, 잔혹한 범죄에 대한 법원의 미온적 판결에 대해 비판적인 태도를 취하면서 특정 현안에 대한 엄벌적 대응은 국민의 상식과 법감정을 반영한 정책으로 보아야 한다는 주장이 있다(김한균, 2019). 즉 고강도 형벌 정책이 곧 과잉 형벌을 의미하는 것이 아니며 적정 양형에 대한 고민이 필요하다는 것이다.

이와 관련하여 추지현(2017b)의 역사적 제도주의 연구는 형벌 포퓰리즘에 대하여 가치중립적인 관점에서 한국의 엄벌주의 현상을 다음과 같이 분석하고 있다. 한국 사회는 군사독재정권이라는 권위주의 시기의 자의적이고 탈법적인 처벌 제도 운용의 역사적 경험으로 인하여 사법부의 독립성과 양형 재량이 보장되는 등 이른바 사법민주화의 기초가

9) 홍준형(2020: 18-19)에서 재인용.

설정되었고 그 결과 상대적으로 온정적인 형량과 함께 처벌 제도를 우회하는 방식으로 과도한 보안처분들이 형벌을 대체하게 되었다는 분석이다. 또한 아동 및 청소년과 여성 등 사회적 약자를 보호해야 한다는 가부장적 규범이 강한 한국사회의 특수성이 이들을 피해자로 하는 범죄에 대한 엄벌주의 입법이 손쉽게 제도화되는 배경이 되었다고 주장하고 있다.

이러한 발견은 공무집행방해죄에 대한 엄벌을 요구하는 대중의 목소리가 결코 낮지 않음에도 쉽사리 입법적 형벌 강화가 이루어지지 못하고 있는 상황에 대하여 설득력 있는 논리를 제공한다. 공무집행방해죄의 피해자는 ‘직무를 집행하는 공무원’으로서 대부분 경찰관이다. 경찰관은 아동, 여성 등과 같은 사회적 약자가 아닐 뿐더러 권위주의 정부 시기 공권력에 의하여 국민의 기본권이 과도하게 제한되거나 침해되었던 한국사회의 특수한 역사적 경험을 고려할 때 여전히 집회·결사의 자유를 억압하는 이미지를 가지고 있기 때문이라고 이해할 수 있겠다.

지금까지의 논의를 종합하면 엄벌주의와 형벌 포퓰리즘에 대한 상반된 시선은 본 연구가 주목하고 있는 검찰의 공무집행방해 사범에 대한 엄정 대응 정책에 대하여 의미 있는 함의를 제공한다. 요컨대 검찰의 정책 변화로 인하여 양형 단계에서 상당한 엄벌 효과를 이끌어낸다는 것은 권위주의적인 정권이라 평가받는 당시 박근혜 정부의 포퓰리즘적인 정책이라는 비판적인 시각에서 접근할 수도 있다. 즉 입법부를 통하지 않고 형사 사법기관이 어떤 특정한 범죄에 대하여 자의적으로 처벌의 수위를 높일 수 있다는 위협으로 이해될 수도 있는 것이다. 그러나 엄벌에 대한 사회적 요구가 거센에도 사법부는 줄곧 국민의 법감정에 부합하지 않는 관대한 양형으로 일관하고 있고 입법적 형벌 강화 또한 진행되지 않는 상황에서 구형 강화를 통해 양형에 영향을 미치는 것을 긍정적으로 평가할 수도 있다. 형사사법기관이 합법적으로 부여된 권한을 행사함으로써 스스로에게 부여된 역할을 적극적으로 수행하는 것으로 볼 수도 있기 때문이다.

2. 양형 편차와 법원 커뮤니티 관점

형사재판과 양형을 대상으로 하는 연구에서 ‘양형 편차(sentencing disparity)’ 개념은 논의의 출발점 혹은 전제가 된다. 유사한 범행, 유사한 사례임에도 법관별, 법원별

불합리한 양형 편차가 존재한다는 문제의식에서 한국은 대륙법계 국가 중 최초로 2009년 7개 범죄군에 대하여 양형기준제도를 도입하였고 2023년 현재까지 지속적으로 대상 범죄군을 확대해가고 있다. 유사한 범죄에 대해서는 유사한 형량이 선고되도록 하는 것이 형사재판의 공정성과 직결되는 문제임에도 사실상 법관의 재량(judicial discretion)을 제한할 수 있다는 측면에서 현행 양형기준제도는 법적 구속력이 없는 권고적 기준이며(법원조직법 제81조의7 제1항 단서)¹⁰⁾, 한국 양형기준의 설정방식 또한 양형 요소의 통계적 계량화를 받아들이지 않고 질적으로 구분하는 개별적·접진적 방식(partial sentencing guidelines)을 선택하였다고 이해된다(박형관, 2011; 박성훈 외, 2015). 요컨대 법관의 재량권 행사를 통한 ‘형벌의 개별화’와 형사재판의 공정성과 신뢰를 확보하기 위해 필수적인 ‘형벌의 객관성’ 사이의 균형이라는 문제에서 양형 편차 논의가 배태되었다고 볼 수 있다.

미국에서는 이러한 양형 편차에 대한 문제의식으로 양형기준제도를 도입한 80년대 이후 특히 관련 연구가 광범위하게 진행되어 왔고 2005년 Booker 판결 이후 연방양형기준이 권고적(advisory)으로 전환되면서 양형기준 이탈 요인에 대한 연구가 활발히 진행 중이다(Kaiser&Spohn, 2018). 여기에서는 그 중에서 본 연구의 분석모형과 관련이 깊은 법원별, 법정별 편차에 관한 ‘법원 커뮤니티 관점(the courtroom community perspective)’의 논의를 간단히 검토하고자 한다. 즉 만약 어떤 사람이 받는 형량이 어느 지역에서 재판을 받았는지에 따라 달라진다면, 대부분의 서구 법률 체계가 기초하는 평등이라는 정의가 약화될 수 있다는 근본적인 문제가 제기되는 지점이다(Ulmer&Johnson, 2004).

이들의 논의에 따르면 법관은 자신의 사회적, 정치적, 조직적 환경에 영향을 받을 수밖에 없으며 특히 법원을 둘러싼 이러한 사회적 맥락이 법관의 양형 판단에 영향을 미칠 수 있다. 무엇보다 법원의 ‘규모(size)’와 ‘위치(location)’는 가장 중요한 요인으로 분석되고 있다(Eisenstein et al., 1988; Ulmer, 1997; Ulmer&Johnson, 2004, Johnson, 2005). 법원의 위치는 해당 지역의 연령 구조(Kramer&Steffensmeier, 1993), 인종 구

10) 물론 대법원은 “법관은 양형 과정에서 양형기준을 존중하여야 한다.” 라고 밝히고 있고(대법원 2009.12.10. 선고 2009도11448판결) 양형기준을 벗어난 판결을 하는 경우 판결서에 양형의 이유를 기재하도록 하는 조항을 두고 있다(법원조직법 제81의7조).

성(Crawford et al., 1998; Johnson, 2003), 도시화 정도(Britt, 2000; Hagan, 1977), 정당 성향(Helms&Jacobs, 2002), 실업률(Myers&Talarico, 1987), 범죄율(Crawford et al., 1998) 등 양형에 영향을 미치는 다양한 요소들과 직접적인 관련성을 갖기 때문이다. 또한 법원의 규모는 법원 내 행위자들의 상호작용 정도와 관료주의의 수준 등의 차이로 인하여 법원별로 차별적인 조직문화를 만들어내며 시간이 지나면 이러한 문화적 규범이 ‘양형기준 이탈률’, ‘평균적인 처벌 수준’과 같은 법원의 구조적 특성으로 굳어질 가능성이 높다고 본다(Kautt, 2002). Eisenstein et al.(1988)의 연구는 더 큰 관할 구역을 가진 법원일수록 처벌은 덜 가혹할 것이라고 예측하고 있다.

법원 커뮤니티 관점은 법원의 규모와 위치 이외에 추가적으로 사건 처리 부담(caseload pressure)이나 재판율과 같은 업무 강도, 해당 법원에 배당되는 사건의 유형, 법원자원의 가용성 등도 중요한 요인으로 분석하고 있다. 예컨대 상대적으로 흉악범죄 배당률이 높은 법원에서 근무하는 법관들은 그러한 범죄를 쉽게 접하지 못하는 법관들에 비하여 흉악범죄를 덜 심각하게 판단할 가능성이 높기 때문이라는 주장이다(Eisenstein et al., 1988). 또한 수감시설의 수용률이 높아진다면 법관들은 범죄자를 구속하기에 주저할 수 있고 이러한 요인이 양형에 영향을 미치리라는 예측이다(Johnson, 2005).

한편 국내에서는 양형에 대한 실증적 접근도 충분치 않으며 이러한 법원의 사회적 맥락을 고려한 연구를 찾아보기 어렵다. 다만 최근 박미랑(2017)의 연구는 법원의 업무량 부담, 위치 및 도시화를 고려하여 살인범죄의 양형 편차를 분석한 바 있다. 분석 결과 이러한 법원 특성 변수의 유의미한 영향력을 확인하지 못하였는데, 이 연구의 분석모형에서는 피고인의 범죄전력 관련 정보는 통제하고 있으나 가장 중요하다고 할 수 있는 범행 자체의 심각성(offense severity level)이 누락되어 있어 추정의 신뢰도가 크게 훼손된 것으로 보인다. 요컨대 법원 커뮤니티 관점이 한국 법원의 상황에 부합하지 않는다고 판단하기에는 이르며, 양형 연구에서 법원의 조직적, 사회적 특성에 주목하고 분석모형에 반영하는 연구들이 더욱 활발히 수행되어야 할 필요성이 제기된다.

Ⅲ. 연구방법

1. 분석모형

본 연구에서는 앞서 검토한 관련 이론과 선행연구를 바탕으로 아래 [그림 1]과 같은 분석모형을 설정하였다. 즉 공무집행방해 사범에 대한 검찰의 엄벌주의적 형사사법정책은 형사재판의 결과에 영향을 미치며, 그 영향력은 법원의 지역적 위치에 따라 다르게 나타날 것이다. 전술한 바와 같이 본 연구의 대상이 되는 엄벌주의 정책은 2014년 검찰의 ‘정복착용 경찰관에 대한 공무집행방해 사범 엄정 대처 지시’로서 원칙적 구공판, 원칙적 구속수사, 각 구간 최고형 구형을 핵심 내용으로 하고 있다. 따라서 수사 단계에서의 구속 여부를 제외하고 구체적으로 다음 가설을 분석하고자 한다.

H1 : 검찰의 공무집행방해 사범에 대한 엄벌주의 형사사법정책의 시행은 형사재판의 결과에 영향을 미칠 것이다.

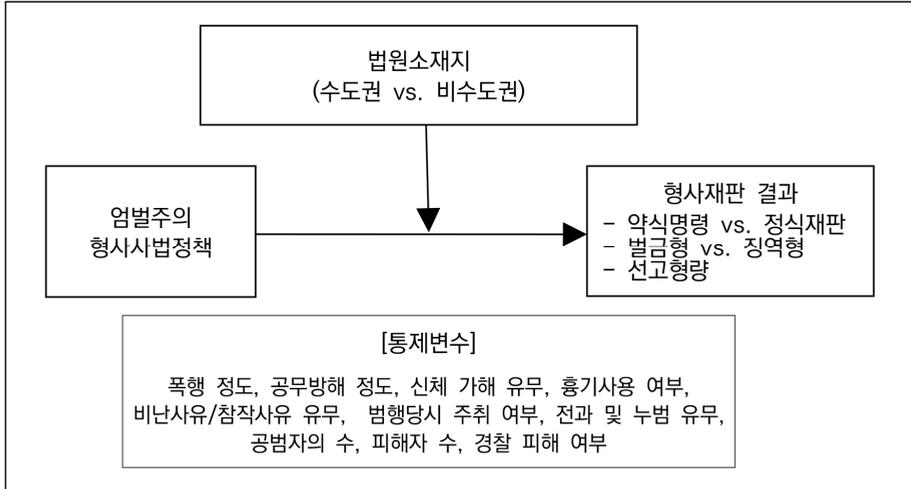
H1-1 : 검찰의 엄벌주의 형사사법정책의 시행 이후 약식명령보다 정식재판으로 처리되는 사건이 증가할 것이다.

H1-2 : 검찰의 엄벌주의 형사사법정책의 시행 이후 형사재판 1심에서 벌금형보다 징역형을 선고하는 사건이 증가할 것이다.

H1-3 : 검찰의 엄벌주의 형사사법정책의 시행 이후 형사재판 1심에서 징역형의 선고형량이 증가할 것이다.

H2 : 검찰의 공무집행방해 사범에 대한 엄벌주의 형사사법정책이 형사재판의 결과에 미치는 영향력은 법원소재지에 따라 다르게 나타날 것이다.

[그림 1] 엄벌주의 형사사법정책, 법원소재지와 형사재판 결과 간의 관계 모형



2. 분석자료

본 연구는 공무집행방해죄에 대한 전국 지방법원의 형사재판 1심 판결문과 약식명령문을 원자료로 데이터셋을 구축하여 분석자료로 활용하였다.¹¹⁾ 독립변수가 되는 검찰의 엄벌주의 형사사법정책이 2014년 3월 시행되었으므로 정책 전후로 2013년 10~12월, 2014년 10~12월에 선고된 사건으로 기간을 한정하였다.¹²⁾ 분석단위는 ‘개별사건’인데, 사법연감 등 여러 공식 통계자료와 동일한 방식으로, 판결문 자료의 사건번호가 아닌 행위자인 ‘피고인’을 기준으로 총 1,519건의 데이터를 분석하였다. 다만 비교대상이 되는 사건의 동질성을 확보하여 추정의 정확도를 높이기 위해 경합범 등을 모두 제외하고 단순공무집행방해 사건으로 분석대상을 한정하였다.

11) 판결문 자료를 양적으로 변환하는 구체적인 절차와 과정, 방법 등은 제1저자의 이전 연구에서 상세히 설명한 바 있다(오윤이, 2020). 판결문에서 특히 ‘범죄사실’ 및 ‘양형의 이유’가 적시된 부분을 활용하기 위해서는 텍스트에 대한 심층적 이해가 필수적이다.

12) 검사는 고소 또는 고발을 수리한 날로부터 3개월 이내에 공소제기 여부를 결정하여야 한다는 형사소송법 규정(제257조)을 감안하여 최소 3개월 이상의 시차를 두고자 하였다. 다만 약식명령과 벌금형 선고 사건의 수가 다른 종류에 비하여 지나치게 많으므로 해당 기간 중 사건 수가 가장 많은 11월에 한정하여 분석하였다.

양형에 영향을 미치는 요인은 사실상 범행과 관련된 거의 모든 사정이라 말할 수 있으므로 양형 연구에 있어 통제변수의 설정은 상당히 까다로우면서도 매우 중요한 과정이며, 본 연구에서는 특히 범죄의 심각도와 피고인의 범죄전력을 가장 핵심적인 주요 통제변수로 활용하였다.¹³⁾ 양형에 대한 기존의 실증분석들은 대부분 양형기준상의 인자를 기준으로 통제변수를 설정하고 있는데,¹⁴⁾ 사실상 이 두 가지 핵심 변수를 누락하는 경우가 적지 않다. 즉 공무집행방해죄의 경우 객관적 구성요건요소인 범행 당시 폭행의 정도와 범행의 결과로 볼 수 있는 공무방해의 정도, 또는 신체 가해 유무가 가장 기본적인 통제변수가 되어야 하며 전과 및 누범 유무 변수 또한 필수적이다. 무엇보다 폭행의 정도와 공무방해의 정도, 누범 이외의 범죄전력 유무 등은 판결문에서 쉽게 추출할 수 있는 정보가 아니므로 법이론과 양형기준상의 인자 정의 등을 활용하여 분명한 기준을 세워 코딩하는 작업을 거쳤다.

구체적으로 ‘폭행 정도’ 변수의 경우 강/약의 두 단계로 구분하였는데 이때 기준은 법조 전문가의 자문을 받아 ‘적극적인 폭행/소극적인 폭행’ 및 ‘계획적인 폭행/우발적인 폭행’으로 설정하였다. 즉 방어하는 과정에서 발생한 소극적인 폭행이나 우발적인 폭행은 약한 것으로 코딩하였다.¹⁵⁾ ‘공무방해 정도’ 변수는 양형기준상의 인자 중 ‘공무방해의 정도가 중한 경우’의 정의를 그대로 활용하여 코딩하였다. 양형기준에 따르면 첫째, 공무방해행위로 인하여 초래된 공무수행의 지장 또는 마비가 상당한 정도 또는 기간에 이르게 된 경우, 둘째, 인명구조, 화재진압, 범죄수사, 치안유지 등을 위해 긴급한 임무를 수행하고 있는 공무원을 대상으로 범행한 경우, 셋째, 그밖에 이에 준하는 경우이다. 끝으로 ‘신체 가해 유무’ 변수는 공무집행방해를 구성하는 폭행과 협박이 실제 신체의 접촉

13) 종합적 설정방식(comprehensive sentencing guidelines)을 선택한 미연방 양형기준의 경우 수평축에 ‘행위자 점수(criminal history points)’를 두고 수직축에는 ‘행위 점수(offense level)’를 두어 두 축의 결합을 통해 추정적 양형수준(presumptive sentencing level)을 계산한다는 점은 양형에 있어 이 두 가지가 가장 필수적인 요소임을 단적으로 보여주는 것으로 이해할 수 있다.

14) 우리 양형기준은 양형 요소의 통계적 계량화를 받아들이지 않고 질적으로 구분하는 방법을 선택한 것으로 알려져 있으므로(박성훈 외, 2014) 사실상 양형기준상의 인자들을 그대로 분석모형에 사용하는 것은 한계가 있다.

15) 폭행의 정도를 판단하는 과정은 폭행의 유무에 비하여 주관적인 작업이나 실제 양형 과정에서 법관은 가장 중요한 구성요건요소로서 폭행의 ‘정도’를 필수적으로 판단한다고 볼 수 있다. 따라서 실증분석의 통제변수 설정에서도 이러한 과정을 제외할 수 없으며 다만 코딩 단계에서 최대한 일관성이 확보되도록 최선의 노력을 다할 필요가 있다. 본 연구는 법조 분야 전문가의 자문을 통하여 일정한 기준을 설정한 후, 크로스코더를 통하여 코딩 작업의 신뢰도를 높이고자 하였다.

없이 욕설만으로 이루어지는 경우도 있으므로 이런 사건의 경우 신체 가해가 발생하지 않은 것으로 코딩하였다. 또한 공무집행방해죄에 대한 현행 양형기준제도가 피고인의 범죄전력을 모두 포괄하지 못하므로 누범 외 양형인자로 포괄하지 못하는 모든 기타 범죄 전력을 추출하여 변수로 활용하였다. 이렇듯 양형기준상의 인자 외에 추가로 구성한 통제변수들의 중요도는 후술할 분석결과에서 비교적 명확하게 확인할 수 있다.

그밖에 판결문을 통해서 추출할 수 있는 다양한 피고인 관련 정보 및 피해자 관련 정보를 통제변수로 활용하였다. 특히 엄벌정책이 구체적으로 ‘정복착용 경찰관’에 대한 범행을 특정하고 있으므로 피해자 정보에서 경찰공무원인지 여부를 피해자의 수와 함께 추출하였다.¹⁶⁾

3. 분석방법

본 연구에 사용된 데이터의 특성상 개별사건들($n=1,519$)이 상호 독립적이라고 가정하기보다는 동일한 관할법원 내에서 처리되는 사건들 간에는 재판과정이나 재판결과에 영향을 미치는 요인 등에 상당 부분 공통점이 있다고 가정하는 것이 더 타당할 것이다. 따라서 일반적인 회귀모형이 전제하는 핵심 가정 중 하나인 오차항의 독립성이 위배되어 추정된 회귀계수의 표본오차에 오류가 존재할 가능성이 크며, 그러한 경우 대부분 표본 오차가 과소 추정되어 가설 검증시 1종 오류를 범할 가능성이 높아지게 된다. 특히 법원 단위에서 측정되는 다양한 특성들이 종속변수인 개별 사건처리 결과에 직·간접적인 영향을 미치는 경우 추정된 회귀계수들의 불편성(unbiasedness)까지도 의심될 수 있다.

따라서 이러한 계층적 구조를 가진 데이터의 특성을 분석모형에 구체적으로 반영할 수 있는 다수준 일반 선형회귀모형(multi-level generalized linear regression model)을 사용하여 회귀모형 주요 가정의 위배를 최소화하며 본 연구의 주요 목적인 1차원(개

16) 독립변수인 엄벌정책의 내용을 고려할 때 정복착용 경찰관이 피해자인 사건만 추출하여 분석하는 것이 더 적절할 수 있으나, 피해자에 대한 특정 없이 일반적인 공무집행방해 사범에 대하여 엄정하게 대처하도록 하는 검찰의 정책이 이전에도 여러 차례 시행되어 왔던 것으로 확인되므로(2001년, 2006년, 2011년) 피해자가 경찰 이외에 복지공무원이나 소방관 등인 경우에도 엄벌정책의 영향력이 미칠 수 있다고 판단하였다. 따라서 나머지 사건들을 모두 제외하기보다는 피해자가 정복 착용 경찰공무원인지 여부에 대한 변수를 설정하여 분석하는 방식을 선택하였고 실제 95% 이상의 사건이 이에 해당하여 분석 결과에서 큰 차이는 발생되지 않음을 확인할 수 있다.

별 사건)과 2차원(관할 법원) 분석단위에서 측정된 설명변수들이 종속변수에 미치는 주 효과(main effect)는 물론, 개별 사건 단위에서 도출된 엄벌주의적 정책의 효과가 법원의 소재지에 따라 어떻게 달라지는지를 검증하는 교차수준 상호작용 효과(cross-level interaction effect)에 대한 가설들까지도 추가로 검증하고자 한다(Raudenbush&Bryk, 2002). 분석에 이용된 통계패키지는 STATA 17(StataCorp, 2022)이다.

IV. 분석결과

1. 기술통계량

<표 1>은 분석에 이용된 모든 변수들의 특성을 기술통계량을 통해 요약하고 있다. 우선 종속변수를 살펴보면 표본에 포함된 전체 공무집행방해 사건들 중 27%가 약식명령, 73%가 정식재판을 통해서 처리되었으며 동 사건들에 대해 벌금형은 47%, 집행유예를 포함한 징역형은 53%가 선고되었다.¹⁷⁾ 이분형으로 측정된 앞선 두 가지 종속변수들과는 달리 연속형 변수로 측정된 피고인들의 실제 형량은 평균 3.35개월(최솟값: 0, 최댓값: 18)인 것으로 파악되었다.

주요 독립변수인 정책변화는 2013년에 처리된 사건이 39%, 2014년에 처리된 사건은 61%를 차지하고 있음을 보여주고 있다. 즉 검찰의 엄벌주의적 정책 시행 이후 단순공무집행방해죄로 선고받은 사람의 수가 동일 기간으로 한정할 때 약 50% 이상 증가하였음을 알 수 있다.¹⁸⁾

17) 다만 본 연구가 수집한 자료는 판결문 수집의 어려움과 양적 자료로의 변환의 어려움으로 인하여 모든 사건에 대하여 동일 기간으로 추출할 수 없었음을 밝혀둔다. 단순공무집행방해범죄 사건에 한정하면 징역형이 선고되는 경우가 벌금형에 비하여 훨씬 적으므로 사건의 중요도를 감안하여 추출 기간을 달리하는 선택을 하였고 이는 후속 연구에서 보완되어야 할 지점이다. 실제 형종별 선고 비율은 동일 기간에 한정하여 요약한 자료인 [그림 3]을 통해 확인할 수 있다.

18) 법원의 『사법연감』 자료에 따르면, 공무방해에 관한 죄의 접수건수 또한 2013년도 5,242건에서 2014년도 10,396건으로 폭등한 것으로 나타나고 있다.

〈표 1〉 기술통계량

변수명	평균	표준편차	최솟값	최댓값
Level 1				
종속변수				
정식재판 여부(약식명령=0, 정식재판=1)	.73	.44	0	1
징역형 여부(벌금형=0, 징역형=1)	.53	.50	0	1
형량-집행유예 포함 (개월)	3.35	3.43	0	18
독립변수				
정책변화(2013=0, 2014=1)	.61	.49	0	1
통제변수				
폭행 정도*(약=0, 강=1)	.37	.48	0	1
공무방해 정도*(약=0, 강=1)	.11	.31	0	1
흉기사용*(무=0, 유=1)	.10	.30	0	1
비난사유*(무=0, 유=1)	.04	.21	0	1
참작사유*(무=0, 유=1)	.19	.39	0	1
주취 여부*(무=0, 유=1)	.64	.48	0	1
공범 (명)	.06	.29	0	3
피해자 (명)	1.26	.50	0	4
피해자경찰*(무=0, 유=1)	.95	.21	0	1
신체 가해 유무*(무=0, 유=1)	.96	.21	0	1
전과 유무*(무=0, 유=1)	.42	.49	0	1
누범 유무*(무=0, 유=1)	.03	.16	0	1
Level 2				
법원소재지*(수도권=0, 비수도권=1)	.45	.50	0	1

* 표시된 변수들은 이분형으로 측정되었으므로 평균은 비율을 나타냄

통제변수들의 경우 피고인이 범행 당시 주취상태였던 경우(64%), 피해자가 경찰인 경우(95%), 그리고 범행으로 인해 피해자의 신체에 가해가 있었던 경우(96%)가 대부분이었다. 그 외에 폭행의 정도가 상대적으로 강했던 경우는 37%, 공무방해의 정도가 상대적으로 중했던 경우는 11%, 흉기 등 위험한 물건을 사용한 경우 10%, 비난할 만한 범행동기가 있는 경우 4%, 참작할 만한 범행동기가 있는 경우 19%, 공범이 있는 경우 6%, 전과가 있는 경우¹⁹⁾ 42%, 그리고 동종 또는 이종 누범인 경우는 3%인 것으로 요

약되었다. 마지막으로 법원 수준에서 측정된 변수인 법원소제지의 경우 전체 법원 중 45%가 비수도권²⁰⁾에 위치하고 있는 것으로 파악되었다.

[그림 2]와 [그림 3]은 2014년 3월에 시행된 공무집행방해 사범에 대한 엄벌주의 정책 전후로 검사의 기소처분과 법원에서의 양형이 어떻게 달라졌는지를 보다 구체적으로 보여준다. 먼저 [그림 2]는 공무방해에 관한 죄²¹⁾에 대한 검찰 기소처분의 변화 추이를 나타낸다. 2001년 이후로 줄곧 검찰은 구공판보다는 구약식을 선호하여 왔다. 구약식률은 매년 70~79% 수준이었는데 2014년 이후 33% 정도로 급감하고 이후 16%까지 낮아졌다. 검찰 단계에서의 구속률 또한 2010년 이후 6~7% 수준이었으나 2014년 12% 정도로 두 배 정도 크게 상승하였다. 즉 2014년 3월 검찰의 엄벌주의 정책에서 ‘원칙적 구공판’과 동종전과 없고 취중범행이며 피해 정도가 경미하더라도 ‘원칙적 구속수사’라는 두 가지 주요 내용이 현실에서 구현되었음을 짐작케 하는 그림이다.

[그림 3]은 엄벌주의 정책이 판사의 의사결정에 미치는 영향이 법원소제지에 따라 다소 다르게 나타남을 보여주고 있다. 각 연도별 11월 한 달 간의 사건 수 자료이며, 수도권과 비수도권으로 구분하여 비교하였다. 우선 정책 전후, 선고 형종에 있어서 상당한 변화가 초래되었다는 점, 또한 각 선고 형종별 변화의 방향성이 동일하게 나타나고 있다는 점은 공통적이다. 즉 실행 선고 사건과 집행유예가 부가된 징역형 선고 사건, 정식재판을 통한 벌금형 선고 사건은 크게 증가한 반면 약식명령을 통해 종결된 사건은 크게 감소하였다.

그러나 그 변화의 폭은 소재지에 따라 매우 상이하게 나타나고 있다. 특히 약식명령의 경우 수도권에서는 정책 시행 이전 195건에서 17건으로 현격히 감소하였는데, 비수도권

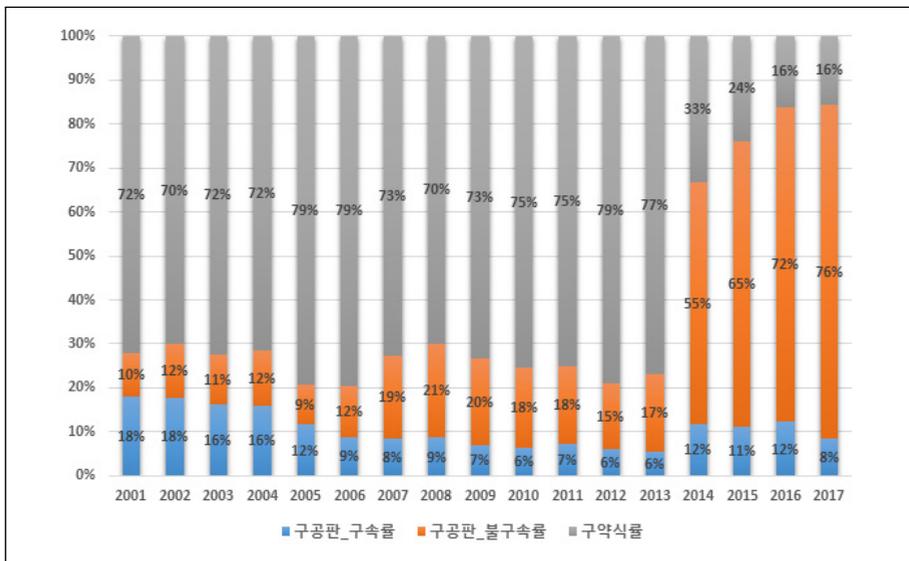
19) 본 연구의 분석대상이 되는 단순공무집행방해 사건의 경우 양형기준상의 범죄전력 관련 인자들 중 ‘동종누범’, ‘이종누범’, ‘누범에 해당하지 않는 동종 실행전과’에 한정한다면 범죄 전력 정보를 거의 누락시키게 되는 심각한 문제가 발생하게 된다(누범에 해당하는 경우, 3%). 따라서 이들 외에 다른 모든 범죄전력 유무를 포괄하는 변수를 새로 구성하였다.

20) 수도권에는 서울 및 의정부, 인천, 수원 등 경기 지역의 법원을 모두 포괄하였다.

21) 현행 형법은 각칙 제8장에서 ‘공무방해에 관한 죄(Widerstand gegen die Staatsgewalt)’를 규정하고 있다. 본 연구의 분석대상이 되는 공무집행방해죄(형법 제136조 제1항)를 기본적 구성요건으로 두고, 직부강요죄, 위계에 의한 공무집행방해죄, 특수공무방해죄 등 여러 수정적, 가중적 범죄들을 포괄하고 있다. 장기간에 걸친 기소처분의 변화 추이를 살피기 위해서 『범죄분석통계』 자료를 활용하였고 여기에서는 각칙상의 범죄 분류에 맞추어 통계자료를 발표하므로 본 연구의 분석대상이 되는 ‘단순공무집행방해’에 한정된 변화 추이를 파악하기는 어렵다. 다만 ‘단순공무집행방해’ 사건이 전체 공무방해에 관한 죄에서 약 85% 이상을 차지한다는 보고가 있다(이민식, 2018: 58).

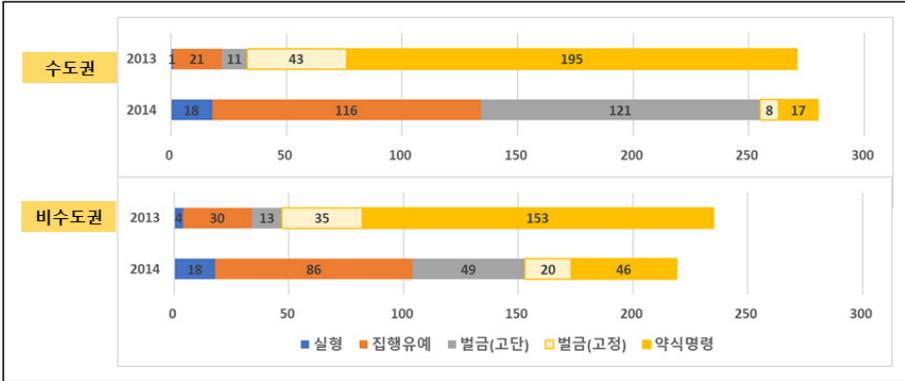
에서는 153건에서 46건으로 감소하는 데 그쳤다. 더 나아가 정식재판에서 벌금형이 선고된 사건 중 사건번호가 ‘고단’으로 시작하는 사건과 ‘고정’으로 시작하는 사건의 분포 또한 파악해 볼 필요가 있다. 즉 ‘고정’ 사건의 경우 출발은 약식명령이었으나 당사자가 그에 불복하여 정식재판을 청구한 사건이므로 담당검사가 구약식과 구공판 중 어느 쪽을 선택했는지 보다 구체적으로 파악할 수 있다. 물론 ‘고단’ 사건에는 구약식 사건이 포함될 가능성이 있음에 주의하여야 하나, 대체로 수도권에서는 정책 이전, 총 238건을 약식명령으로 처리하고자 하였는데 정책 이후 25건으로 약 1/10로 감소한 것으로 나타나고 있다. 비수도권에서는 정책 이전, 188건에서 66건으로 약 1/3로 감소하였으므로 ‘원칙적 구공판’이라는 정책 내용에 대한 검사들의 순응도가 지역에 따라 차이를 엿볼 수 있다.

[그림 2] 공무방해에 관한 죄에 대한 검찰 기소처분의 변화 추이



* 출처: 검찰청, 『범죄분석통계』

[그림 3] 정책 전후 선고 형종에 대한 지역별 비교(사건 수)



* 출처: 본 연구의 분석 자료를 재구성함

2. 다수준 회귀분석

우선 다수준 분석의 타당성을 판단하기 위하여 개별사건 수준에서 측정된 종속변수의 전체 변동량 중 법원 수준에서 설명될 수 있는 변동량의 비율을 나타내는 계층 내 상관 계수(ICC: Intraclass correlation coefficient)를 계산한 결과 .105(정식재판 여부), .049(징역형 여부), .096(형량)로 각각 나타났다. 이는 다수준 분석의 일반적인 기준으로 는 그다지 크지 않다고 볼 수 있지만 법원의 양형에 대한 해외의 선행연구들에 비추어 볼 때²²⁾, 그리고 개별사건 수준에서 측정된 설명변수들의 영향력이 상대적으로 매우 클 수밖에 없는 형사재판 데이터의 속성상 위와 같이 도출된 ICC만으로도 유의미한 결과를 도출할 수 있는 수준이라고 판단하고 개별사건과 법원 수준에서 측정된 설명변수들을 단계별로 추가한 모형들에 대한 검증을 진행하였다.

<표 2>부터 <표 4>까지 보고된 결과들은 모두 해당 모형의 절편값은 56개 법원별로 (즉, level 2에서) 자유롭게 변동할 수 있도록 지정한 후(= random intercept model),

22) 예를 들어 Johnson(2006)은 설명변수를 전혀 포함하지 않은 기본모형(unconditional model)에서 측정된 ICC가 .05(종속변수: 실형여부)와 .06(종속변수: 형량) 수준에 불과함에도 불구하고 법원 수준에서 측정된 설명변수들의 유의미한 주 효과(main effect) 및 수준간 상호작용 효과(cross-level interaction effect)를 도출해 내었다. 또 다른 연구에서 Johnson(2014)은 종속변수별로 각각 .04에서 .08 정도의 ICC를 가지고도 유의미한 다수준 분석의 결과를 찾아내었다.

모형 1과 모형 2에서는 개별사건 수준(level 1)에서 측정된 설명변수들의 고정효과(fixed effect)에 대한 추정치를, 모형 3에서는 절편값(intercept as an outcome model)과 개별사건 수준(level 1)에서의 주요 설명변수인 ‘엄벌주의 정책 시행 여부’의 기울기 값(slope as an outcome model)이 법원 수준(level 2)의 설명변수인 법원 소재지에 따라 통계적으로 유의미한 차이가 있는지를 검증한 결과를 보여준다.

가. 약식명령 대 정식재판

<표 2>의 모형 1의 결과는 통제변수들을 전혀 고려하지 않은 상태에서의 검찰의 공무집행방해 사범에 대한 엄벌주의 정책 시행의 효과가 정(+)의 방향으로 통계적으로 유의미하게 나타났음을 보여주고 있다. 즉, 동 정책의 시행 이전인 2013년에 비해 시행 이후인 2014년에 법원이 약식명령보다 정식재판으로 처리할 확률이 통계적으로 유의미하게 증가한 것이다(3.15, $p < .001$).²³⁾ 회귀계수 추정치를 오즈비(odds ratio)로 환산하면 23.32이며 이는 동 정책의 시행 전후를 비교하면 법원이 정식재판을 할 확률은 약식명령으로 재판할 확률에 비해서 23배 이상 증가했음을 말해준다.

<표 2>의 모형 2의 결과는 이러한 패턴이 법원이 공무집행방해 사범에 대해 약식명령 대신 정식재판으로 진행하는 데 영향을 미치는 개별사건 수준(level 1)에서 측정된 주요 요인들을 최대한 모형에 반영하여 통제한 이후에도 지속되어 가설이 지지됨을 보다 설득력 있게 보여주고 있다. 특히 공무집행방해죄의 주요 구성요건과 직접적으로 관련된 공무원에 대한 폭행의 정도(.59, $p < .001$)와 신체 가해 유무(1.25, $p < .01$), 공범 수(2.09, $p < .01$)는 정(+)의 방향으로, 범행 당시 주취 상태였는지 여부(-.41, $p < .05$)와 참작할 만한 사유가 존재했는지 여부(-.43, $p < .05$)는 부(-)의 방향으로 정식재판으로 처리될 가능성에 영향을 미치는 것으로 드러났다. 하지만 이러한 다양한 요인들을 고려한 이후에도 엄벌주의 정책의 시행 이후 정식재판으로 처리될 확률은 여전히 증가하였음이 드러났다.

23) 약식명령과 정식재판 여부는 통상 검찰이 구약식으로 기소했는지 또는 구공판으로 기소했는지에 상당 부분 좌우된다고 볼 수 있으므로 이러한 분석을 통해 엄벌주의 정책이 검사의 처분에 어떠한 영향력을 미쳤는지 가늠할 수는 있다. 그러나 본 연구는 판결문 자료를 활용한 분석이므로 직접적으로 검사의 처분에 대한 분석을 수행하였다고 단정하기 어렵다. 이러한 점을 지적해 주신 익명의 심사자의 고견을 받아들여 여기서의 분석 또한 재판 결과의 하나라는 차원에서 기본적으로 법원과 판사에 한정하여 해석하고자 하였음을 밝혀둔다.

데(3.18, $p < .001$, 오즈비: 24.47) 이는 동 정책의 핵심 내용인 ‘공무집행방해 사범에 대해서는 구공판을 원칙으로 할 것’을 요구한 사항이 실제 검사 및 판사들의 의사결정에 많은 영향을 미치고 있음을 보여주는 결과이다.

<표 2>의 모형 3은 개별사건의 수준을 넘어 법원 수준에서 추정된 변수들 간의 관계를 다수준 로지스틱 회귀분석 결과를 통해 보여주고 있다. 우선 개별 사건 수준에서 측정된 통제변수들의 영향력을 조정한 이후 추정된 법원 단위의 절편값들($n=56$)의 변동을 종속변수로 하는 모형(‘intercept as an outcome’ model)에서는 법원의 소재지가 법원 별 평균 정식재판 청구 비율에 미치는 영향이 예상과는 달리 통계적으로 유의미하지 않은 것으로 드러났다(.33, $p=.23$). 하지만 1차원과 2차원에서 측정된 설명변수들 간의 교차수준 상호작용형(cross-level interaction)을 추가로 투입한 결과 모형 2에서 이미 도출된 엄벌정책의 유의미한 효과는 법원의 소재지에 따라 통계적으로 유의미한 차이가 있는 것으로 드러났다. 보다 구체적으로는 비수도권 소재 법원일수록 수도권 소재 법원에 비해 엄벌주의 정책이 미치는 효과가 더 미미한 것으로 드러났다(-1.74, $p < .01$).

이는 수도권 법원에 비해 비수도권 법원이 엄벌주의 정책의 시행 이후 약식명령보다 정식재판으로 처리할 확률이 상대적으로 덜 증가한다는 것을 나타낸다. 즉, 수도권 소재 법원일수록 엄벌주의 정책에 보다 민감하게 반응하고 적극적으로 순응하고 있음을 보여 준다. 실제로 [그림 3]에서 나타난 기술통계량만을 단순 비교해보아도 수도권 소재 법원에서는 동 정책의 시행 이후 약식명령이 2013년에서 2014년 1/10 수준으로 대폭 감소한 반면 비수도권 소재 법원의 경우 1/3 수준으로 수도권 소재 법원에 비해 상대적으로 소폭 감소하였다. 이러한 패턴은 보다 정교한 분석모형인 다수준 로지스틱 회귀분석을 이용한 교차수준 상호작용 효과의 검증결과에서도 지속되는 것으로 밝혀져 비슷한 공무 집행방해 사건일지라도 피고인이 수도권 소재 법원에서 재판을 받을 경우 정식재판으로 처리될 확률이 비수도권에 비해 상대적으로 높다는 점에서 개별사건의 특성뿐만 아니라 관할 법원의 특성에 따라서도 다른 패턴을 보일 수 있음을 시사한다.

<표 2> 다수준 로지스틱 회귀분석 결과(종속변수: 정식재판 여부)

변수명	약식명령 (=0) 대 정식재판 (=1)		
	모형 1	모형 2	모형 3
	회귀계수(표본오차)	회귀계수(표본오차)	회귀계수(표본오차)
엄벌주의정책 시행 여부 (2013년=0, 2014년=1)	3.15*** (.17)	3.18*** (.18)	4.38*** (.48)
통제변수			
폭행 정도 (약=0, 강=1)		.59*** (.17)	.58** (.17)
공무방해 정도 (약=0, 강=1)		-.01 (.26)	.08 (.26)
흥기사용 (무=0, 유=1)		.32 (.27)	.44 (.27)
비난사유 (무=0, 유=1)		.57 (.41)	.42 (.41)
참작사유 (무=0, 유=1)		-.43* (.19)	-.50* (.19)
주취 여부 (무=0, 유=1)		-.41* (.17)	-.44* (.17)
공범 (명)		2.09** (.74)	2.14** (.75)
피해자 (명)		-.08 (.16)	-.10 (.16)
피해자-경찰 (무=0, 유=1)		-.40 (.56)	-.35 (.37)
신체 가해 유무 (무=0, 유=1)		1.25** (.37)	1.39*** (.40)
법원소재지 (수도권 =0, 비수도권=1)			.33 (.30)
정책변화 X 법원소재지			-1.74** (.57)
상수항	-.33* (.16)	-1.00*** (.53)	-1.24* (.57)
Log Likelihood	-619.29	-590.31	-573.40
ICC	.174	.144	.129
Level 1(피고인)	1,519	1,519	1,519
Level 2 (법원)	56	56	56

+p<.10, * p<.05, ** p<.01, *** p<.001

나. 벌금형 대 징역형

앞서 <표 2>에서 관측된 패턴과 매우 유사하게, 종속변수를 달리한 <표 3>의 결과도 동 정책은 공무집행방해죄에 대한 엄벌주의를 실제로 강화하였음을 보여준다. 우선 통제 변수들을 전혀 고려하지 않은 모형 1의 결과는 동 정책의 시행 이후 법원이 비교적 가벼운 형벌인 벌금형에 비해서 집행유예를 포함한 징역형을 선고할 확률이 통계적으로 유의미하게 증가하였음을 보여준다(2.11, p<.001). 이를 오즈비(odds ratio)로 환산하면 8.24이며 이는 동 정책의 시행 이전과 비교할 때 시행 이후 피고인이 징역형을 선고받을

확률이 벌금형을 받을 확률에 비해 8배 이상 증가하였음을 보여준다.

이렇게 추정된 정책효과는 다양한 통제변수들을 모형에 반영한 이후 그 크기가 다소 감소하였을 뿐 여전히 통계적으로 유의미함이 입증되었다. 우선 <표 3> 모형 2에 포함된 통제변수들에 대한 회귀계수 추정치들을 살펴보면 <표 2>의 모형 2의 결과와 유사하게 범행시 폭행의 정도(.48, $p < .01$), 신체 가해 유무(.76, $p < .05$)가 종속변수와 정(+)의 상관관계를 보이며, 추가로 전과(2.60, $p < .001$) 및 누범(1.20, $p < .05$) 유무²⁴⁾도 정(+)의 방향으로 징역형을 선고받을 가능성에 유의미한 영향을 미치는 것으로 나타났다. 하지만 이러한 다양한 통제변수들의 영향력을 조정한 이후에도 엄벌주의정책의 시행 이후 법원이 벌금형보다는 징역형을 선고할 확률이 여전히 통계적으로 유의미하게 증가하였음이 드러났다(1.58, $p < .001$, 오즈비: 5.09). 이는 <표 2>에서 논의된 바와 같이 동 정책에서 ‘공무집행방해 사범에 대해서는 구공판을 원칙으로 할 것’을 요구한 결과 실제 정식재판이 증가함에 따른 결과라고도 볼 수 있다. 약식재판의 경우 벌금형 선고에 불과하지만 정식재판으로 이어질 경우 벌금뿐만 아니라 집행유예를 포함한 징역형을 선고할 가능성이 커지기 때문이다.

하지만 <표 3> 모형 3의 결과는 법원의 소재지에 따라 양형 결과에 유의미한 차이가 없음을 보여준다. 수도권 소재 법원과 비수도권 소재 법원 간에 공무집행방해죄를 범한 피고인이 징역형을 받을 확률은 통계적으로 유의미한 차이가 없으며(.30, $p = .21$), 모형 2에서 추정된 엄벌정책이 징역형을 선고할 확률에 미치는 유의미한 영향력 또한 법원의 소재지에 따라 통계적으로 유의미한 차이가 없는 것으로 드러났다 (-.16, $p = .60$). 실제로 [그림 3]의 기술통계량을 비교해 보면 수도권 소재 법원에서는 동 정책의 시행 이후 징역형이 2013년 22건에서 2014년 134건으로 대폭 증가하였고 비수도권 소재 법원에서도 2013년 34건에서 2014년 104건으로 역시 큰 폭으로 증가하였다. 이는 결국, 추정된 상호작용항 회귀계수의 방향에서도 보여지듯이 정책 시행 이후 수도권에 비해 비수도권에서 징역형이 상대적으로 덜 증가하기는 하였지만 그러한 차이는 통계적으로 유의미하지 않음을 보여준다.

24) 전과유무와 누범유무는 <표 2>의 약식명령 대 정식재판을 종속변수로 하는 분석모형에는 포함되지 않았었는데, 그 이유는 약식명령 판결문의 경우 피고인의 범죄 전력에 관한 설명이 전무하므로 관련 정보를 추출할 수 없어 종속변수의 변동을 설명할 설명력이 부재하였고 그 결과 해당 회귀계수의 추정이 불가능하였기 때문이다.

<표 3> 다수준 로지스틱 회귀분석 결과(종속변수: 징역형 여부)

변수명	벌금형 (=0) 대 징역형 (=1)		
	모형 1	모형 2	모형 3
	회귀계수(표본오차)	회귀계수(표본오차)	회귀계수(표본오차)
엄벌주의정책 시행 여부 (2013년=0, 2014년=1)	2.11*** (.13)	1.58*** (.15)	1.54*** (.32)
통제변수			
폭행 정도 (약=0, 강=1)		.48** (.15)	.52** (.15)
공무방해 정도 (약=0, 강=1)		.39+ (.24)	.43+ (.24)
흥기사용 (무=0, 유=1)		.28 (.24)	.31 (.25)
비난사유 (무=0, 유=1)		-.09 (.35)	-.20 (.36)
참작사유 (무=0, 유=1)		-.24 (.18)	.19 (.19)
주취 여부 (무=0, 유=1)		.08 (.15)	.05 (.15)
공범 (명)		.12 (.24)	.25 (.25)
피해자 (명)		.14 (.15)	.13 (.15)
피해자-경찰 (무=0, 유=1)		-.24 (.33)	-.25 (.35)
신체 가해 유무 (무=0, 유=1)		.76* (.36)	.83* (.38)
전과 유무 (무=0, 유=1)		2.60*** (.16)	2.73*** (.17)
누범 유무 (무=0, 유=1)		1.20* (.60)	1.25* (.60)
법원소재지 (수도권 =0, 비수도권=1)			.30 (.24)
정책변화 X 법원소재지			-.16 (.43)
상수항	-1.11*** (.12)	-2.81*** (.51)	-3.00*** (.55)
Log Likelihood	-878.26	-688.05	-676.18
ICC	.062	.077	.016
Level 1 (피고인)	1,519	1,519	1,519
Level 2 (법원)	56	56	56

† p<.10, * p<.05, ** p<.01, *** p<.001

다. 선고형량

마지막으로 <표 4>는 공무집행방해 사범에 대한 엄벌정책의 시행 전후에 평균적인 형량의 차이가 실제로 발견되는지를 비교 분석한 결과를 보여주고 있는데, 앞선 <표 2>와 <표 3>에서 발견된 패턴과 유사하게 동 정책의 시행 이후 공무집행방해죄를 저지른 피고인의 형량은 유의미하게 증가한 것으로 나타났다. 모형 1의 결과는 동 정책의 시행

이전에 비해 시행 이후 평균 2.77개월 형량이 증가한 것을 보여주며(2.77, $p < .001$), 다양한 통제변수들을 반영한 모형 2에서도 회귀계수의 크기만 다소 감소했을 뿐 정책효과는 여전히 기대한 방향으로 통계적으로 유의미하게 추정되었다(1.49, $p < .001$). 이는 동정책의 핵심 내용 중 하나인 ‘양형기준의 산정시 각 구간 최고형을 구형하도록’ 지시된 사항이 판사들의 양형에도 반영된 결과를 보여주는 것이다.

통제변수들에 대한 결과도 이전 분석 결과들과 유사한 패턴을 보였는데, 범행시 폭행의 정도(.64, $p < .001$), 피해자의 수(.33, $p < .05$), 전과(3.02, $p < .001$) 및 누범 유무(2.63, $p < .001$)가 종속변수와 통계적으로 유의미한 정(+)의 상관관계를 보였다. 다만 공무방해의 정도(.66, $p < .05$)는 선고형량에 대한 분석에서 그 영향력이 가장 크게 나타났다. 이는 범행 당시의 폭행의 정도와 함께 범행이 초래한 피해의 정도가 형량 산정에 있어 중요한 영향을 미친다는 법이론과 부합하는 결과이다.

2차원 변수인 법원소재지의 주효과와 조절효과도 <표 2>와 <표 3>과 유사한 패턴을 보였는데 한 가지 차이점은 주효과가 유의수준 0.1 하에서 통계적으로 유의미하게 도출되었다는 것이다. 즉, 비수도권의 경우 수도권에 비해 평균 .65개월 정도 형량이 높게 부과되었다는 것이며(.65, $p = .062$), 이는 엄벌정책의 시행 여부와 관계없이 비수도권이 수도권에 비해 공무집행방해죄에 대해 보다 엄중하게 판결하고 있음을 보여준다. 이러한 결과 역시 피고인의 형량이 주로 피고인과 사건의 특성이라는 1차원적 변수에 의해 주로 결정됨에도 불구하고, 매우 유사한 사건들일지라도 어느 지역에 소재한 법원에서 재판이 이루어지는지에 따라 양형에 차이가 발생할 수 있다는 가설을 지지하여, 후속 연구들이 재판결과를 결정하는 요인들에 대한 연구시 법원의 특성과 법원을 둘러싼 환경적인 요인들까지도 고려하여 연구를 한층 더 확장해 나아가야 할 필요성을 보여주고 있다.

〈표 4〉 다수준 선형 회귀분석 결과(종속변수: 선고형량)

변수명	모형 1	모형 2	모형 3
	회귀계수(표본오차)	회귀계수(표본오차)	회귀계수(표본오차)
엄벌주의정책 시행 여부 (2013년=0, 2014년=1)	2.77*** (.16)	1.49*** (.16)	1.49*** (.33)
통제변수			
폭행 정도 (약=0, 강=1)		.64*** (.15)	.64*** (.15)
공무방해 정도 (약=0, 강=1)		.66** (.24)	.71** (.24)
흥기사용 (무=0, 유=1)		.30 (.24)	.33 (.24)
비난사유 (무=0, 유=1)		-.29 (.34)	-.36 (.34)
참작사유 (무=0, 유=1)		.27 (.18)	.22 (.18)
주취 여부 (무=0, 유=1)		-.02 (.15)	-.05 (.15)
공범 (명)		-.27 (.24)	-.16 (.25)
피해자 (명)		.33* (.15)	.31* (.14)
피해자경찰 (무=0, 유=1)		-.03 (.34)	-.05 (.34)
신체 가해 유무 (무=0, 유=1)		.47 (.36)	.51 (.35)
전과 유무 (무=0, 유=1)		3.02*** (.16)	3.03*** (.16)
누범 유무 (무=0, 유=1)		2.63*** (.45)	2.59*** (.44)
법원소재지 (수도권 =0, 비수도권=1)			.65+ (.36)
정책변화 X 법원소재지			-.23 (.43)
상수항	1.89*** (.21)	-.09* (.52)	-.26 (.55)
Log Likelihood	-3878.62	-3665.78	-3657.13
ICC	.115	.118	.094
Level 1 (피고인)	1,519	1,519	1,519
Level 2 (법원)	56	56	56

+p<.10, * p<.05, ** p<.01, *** p<.001

V. 결론

1. 분석결과의 요약

본 연구는 경찰공무원이 공무수행 중 상해를 입는 사건이 급증함에 따라 2014년 3월 대검찰청에서 시행한 공무집행방해 사범에 대한 엄벌주의정책이 실제 법원의 재판 결과에 어떠한 영향을 미쳤는지를 해당 사건에 대한 법원 판결문의 내용을 근거로 실증적으

로 분석하였다는 점에서 의의가 있다. 주요 연구결과로는 동 정책 시행 이후 약식명령에 비해 정식재판으로 처리될 가능성, 벌금형보다는 징역형으로 선고될 가능성, 그리고 선고된 형량이 모두 통계적으로 유의미하게 증가하여 해당 정책은 법원의 재판 결과에 영향을 미치는 것으로 파악되었다.

특히 그러한 정책의 효과는 관할법원의 소재지에 따라 일부 지역적인 편차가 존재하는 것으로 파악되었다. 예를 들어 동 정책 시행 이후 정식재판으로 처리되는 건수의 증가는 비수도권에 비해 특히 수도권에서 상대적으로 더 두드러지게 나타났으며, 실제 선고된 형량의 경우는 정책의 시행 여부에 관계없이 비수도권에서 평균적으로 높게 나타났다. 물론 이러한 다수준 회귀분석에서 발견된 주요 패턴들은 일부만이 통계적으로 유의미한 것으로 드러났지만 2차원(level 2)에 해당하는 전국 법원의 수가 56개에 불과하여 통계적 검증력(statistical power)이 다소 떨어지는 제약 하에서 도출된 결과이며, 그럼에도 불구하고 각기 다른 종속변수를 활용한 세 가지 분석모형에서 가설과 일치하는 동일한 방향성을 보이는 회귀계수가 일관되게 추정되었다는 점에서 나름대로 의미 있는 결과라고 할 수 있다.

비수도권에 비하여 수도권에서 비교적 관대하게 처벌받고 있음을 보여주는 결과는 앞서 살펴본 법원 커뮤니티 관점에서 해석해볼 수 있다. ‘수도권’이라는 지역의 다양한 특성이 해당 법원에 소속되어 있는 법관들의 개별적 양형 판단에 영향을 미쳤을 것이라는 예측이 가능한 것이다. 더 구체적으로는 수도권 법원의 경우 폭행과 협박이라는 구성요건이 요구되는 공무집행방해죄의 특성상 그와 동종범죄라고 할 수 있는 폭력범죄 중 보다 중한 범행을 상대적으로 자주 접하기 때문에 단순공무집행과 같은 경한 범행에 대하여 더 온정적으로 평가할 가능성이 있다. 추후 관련 실증분석을 더욱 확장하여 진행할 필요가 있겠다.

정식재판의 증가는 수도권에서 더 두드러지게 나타났는데, 이에 대한 명확한 해석을 위해서는 추가적인 자료와 분석이 요구된다. 다만 정책집행론에서의 논의가 일부 설명력을 가질 수 있다. 정책집행에서 집행활동을 담당하는 조직이나 기관이 무수하게 많은데 집행체계가 복잡할수록 집행은 어려움에 부딪히게 되며, 이는 특히 수직적으로 볼 때 상하 조직들 간의 체계가 느슨하게 연계되어 있으므로 정책내용이 집행 과정에서 변질되는 문제로 이해된다(정정길 외, 2022; 유훈, 2016). 즉 정보착용 경찰관에 대한 공무집행방

해 사범을 엄청 대처하라는 중앙정부에서 기획한 정책이 전국의 일선 검찰청으로 전달되면서 사실상 해당 정책이 통과해야 하는 연계점은 모두 정책집행을 중단하거나 왜곡할 수 있는 ‘거부점(veto point)’으로 작용할 가능성이 있다고 추론해볼 수 있다.

2. 연구의 한계 및 시사점

본 연구와 같이 엄벌주의 형사사법정책과 실제 재판 결과의 관련성을 분석함에 있어 가장 근본적인 한계는 범행과 형사재판에 영향을 미치는 요인들에 대한 양질의 정보에 접근할 수 없다는 점이다. 우선 현실적으로 검사의 구형량 정보에 접근할 수 없으므로 구형과 양형의 관계에 대한 엄밀한 분석이 매우 제한적이다. 또한 현재로서는 최선의 원자료이지만 공개된 판결문 자료에는 성별, 연령, 직업 등의 피고인 특성이 모두 삭제되어 있으므로 양형 편차에 대한 분석에서 상당히 핵심적인 정보를 활용할 수 없다는 한계가 있다.

아울러 법관이 범죄자와 피해자 또는 현재의 양형기준과 사법제도에 대하여 개인적으로 갖는 견해 또한 양형 편차의 주요 요인임에도 그러한 판사 개인의 특성과 관련한 정보를 통제하지 못하였고 이는 향후 연구에서 보완되어야 할 사항이다. 또한 좀 더 다양한 법원 특성(2차 수준)의 변수가 모형에 반영되지 못한 점도 아쉬운 부분이나 본 연구에서는 양형에 대한 실증 분석모형의 엄밀성을 높이는 데 집중함으로써 법원 특성과 관련된 분석은 탐색적으로 수행된 측면이 있다.

결론적으로 검사와 판사의 재량을 축소하는 방향의 엄벌주의 정책을 통해 처벌의 확실성과 엄중성을 동시에 높여 일반인들을 대상으로 한 일반 억제효과(*general deterrence*)와 범죄자에 대한 특별 억제효과(*specific deterrence*)를 극대화하려는 노력은 우리나라와 같이 상하관계가 명확한 관료적 조직구조 하에서 비교적 잘 집행되고 있는 것으로 보여진다. 하지만 그러한 정책효과가 법원소재지와 같은 법원의 특성에 따라서 다르게 나타날 수 있다는 점은 후속연구에서 양형에 미치는 요인을 연구함에 있어 분석모형에 이를 최대한 반영하여야 함을 시사한다. 즉 법원의 조직적, 사회적 특성 중 앞서 살펴보았던 법원별 업무강도와 재판율, 교정기관의 수용률, 배당되는 사건의 종류 등을 함께 고려할 필요가 있다. 무엇보다 법원의 ‘규모’를 고려한 분석이 후속연구로 진행된다면 보다 심층적인 이해가 가능해질 것으로 기대한다.

참고문헌

- 대법원 양형위원회, 홈페이지. (<https://www.scourt.go.kr/sc/krsc/main/Main.work>)
- 법무부. 범죄분석통계. (<https://kosis.kr/statisticsList/statisticsListIndex.do?publicatio>
[nYN=Y&statId=1976029&outLink=Y#C_9.2](https://kosis.kr/statisticsList/statisticsListIndex.do?publicatio))
- _____. 법무연감. (<https://www.moj.go.kr/moj/422/subview.do>)
- 법원. 사법연감. (<https://lawclerk.scourt.go.kr/portal/news/NewsListAction.work?gub>
[un=719](https://lawclerk.scourt.go.kr/portal/news/NewsListAction.work?gub))

〈단행본〉

- 문준영. (2010). *법원과 검찰의 탄생: 사법의 역사로 읽는 대한민국*. 경기: 역사비평사.
- 박성훈, 최이문, 강우예. (2015). *형사정책과 사법제도에 관한 평가 연구(IX): 양형기준 제 시행 이후 운용 및 적용에 대한 실증적 분석 및 평가*. 형사정책연구원 연구총서, 1-459.
- 박성훈, 김한균, 김영규, 박철현. (2014). *형사정책과 사법제도에 관한 평가 연구(VIII): 범죄의 심각성 및 형벌의 적정성에 관한 국민의식 연구*. 형사정책연구원 연구총서, 1-570.
- 유훈. (2016). *정책집행론*. 서울: 대영문화사.
- 이완규. (2005). *검찰제도와 감사의 지위*. 서울: 성민기업.
- 정정길, 이시원, 정준금, 김성수, 최종원, 정광호, 권혁주, 문명재. (2022). *정책학원론*. 서울: 대명출판사.
- 홍준형. (2020). *상징입법*. 서울: 한울아카데미.

〈논문〉

- 김일수. (2010). 현대 형사정책에서 엄벌주의 등장. *대검찰청 용역연구보고서*.
- 김한균. (2008). 법질서정치와 형사사법의 왜곡. *민주법학* 37, 311-344.
- _____. (2019). 고강도 형벌정책과 적정한 양형. *형사정책* 31, 161-189.
- 박미랑. (2017). 살인 범죄 양형 편차, 누구의 영향력인가?: 사건 당사자와 법정형위차

- 집단, 그리고 법원조직 특성의 영향력 비교. *형사법의 신동향* 55, 238-282.
- 박상용. (2010). 공무집행방해사범 처리개선방안. *경찰연구논집* 6, 51-81.
- 박형관. (2011). *종합적 양형기준 설정 방안에 관한 연구- 최초 양형기준의 성과와 한계에 관한 비판적 고찰*. 서울대학교 법학전문대학원 박사학위논문.
- 오윤이. (2020). 공무집행방해범죄의 새로운 양형요인 탐색: 판결문 자료의 양적 변환 과정을 중심으로. *한국범죄학* 14(2), 219-246.
- _____. (2021). *엄벌주의 형사정책이 양형에 미치는 영향에 관한 연구*. 서울대학교 행정대학원 박사학위 논문.
- 이덕인. (2011). 강벌주의 형사제재에 대한 비판적 고찰: 성범죄 처벌과 재범방지정책을 중심으로. *형사법연구* 23(3), 261-284.
- 이민식. (2018). 공무집행방해범죄 양형에 영향을 미치는 요인. *한국범죄학* 12(3), 51-68.
- 이진국. (2014). 공무집행방해·무고 등 사법교란 사범 엄단 방안(외국사례 연구 등). 대검찰청 연구용역보고서.
- 이호중. (2013). 사회안전과 형사실체법의 변화, 과제와 전망 - 신자유주의 안전담론을 중심으로. *형사법연구* 25(3), 269-309.
- 정우일. (2009). 민사적 접근을 통한 경찰의 공권력 확보 방안. *한국경찰학회보* 11(3), 139-168.
- 정재준. (2011). 정부의 성향에 따른 형사사법의 통계적 수치 비교. *고려법학* 60, 317-354.
- 차훈진. (2009). 깨진 창 이론과 공권력침해 범죄. *한국범죄심리연구* 5(2), 237-255.
- 추지현. (2017a). 엄벌주의 보편성에 대한 비판적 검토: 연구의 동향과 쟁점. *형사정책연구* 28(2), 155-179.
- _____. (2017b). *사법민주화와 엄벌주의*. 서울대학교 사회학과 박사학위 논문.
- 최정학. (2014). 엄벌주의와 범죄예방 - 아동 성범죄의 사례. *민주법학* 54, 211-242.
- 하태훈. (2022). 증거기반 형사정책과 형사입법. *형사정책* 34(3), 7-34.

- in *The Politics of Sentencing Reform* (Clarkson, C. & Morgan, R. (eds.)): 17-50. Oxford: Clarendon Press.
- Briscoe, S. (2004). Raising the bar: can increased statutory penalties deter drink-drivers?. *Accident Analysis & Prevention*, 36(5): 919-929.
- Britt, C. L. (2000). Social context and racial disparities in punishment decisions. *Justice Quarterly*, 17(4), 707-732.
- Chiricos, T. G., & Waldo, G. P. (1970). Punishment and crime: An examination of some empirical evidence. *Social Problems*, 18(2): 200-217.
- Cohen, S. (1972). *Folk Devil and Moral Panics*. New York: Routledge.
- Cole, D. (2011). Turning the corner on mass incarceration. *Ohio State Journal of Criminal Law*, 9: 27-52.
- Crawford, C., Chiricos, T., & Kleck, G. (1998). Race, racial threat, and sentencing of habitual offenders. *Criminology*, 36(3), 481-512.
- Donohue, J. J., & Wolfers, J. (2005). Uses and Abuses of Empirical Evidence in the Death Penalty Debate. *Stanford Law Review*, 58(3), 791-845.
- Dzur, A. W. (2010). The myth of penal populism: Democracy citizen participation, and American hyperincarceration. *Journal of Speculative Philosophy*, 24(4), 354-379.
- Eisenstein, J., Flemming, R. B., & Nardulli, P. F. (1988). *The contours of justice: Communities and their courts*. Boston, MA: Little, Brown.
- Garland, D. (2002). *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Hagan, J. (1977). Criminal justice in rural and urban communities: A study of the bureaucratization of justice. *Social Forces*, 55(3), 597-612.
- Helms, R., & Jacobs, D. (2002). The political context of sentencing: An analysis of community and individual determinants. *Social forces*, 81(2), 577-604.
- Jakobs, G. (1985). *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*. ZStW.
- Johnson, B. D. (2003). Racial and ethnic disparities in sentencing departures

- across modes of conviction. *Criminology*, 41(2), 449-490.
- _____. (2005). Contextual disparities in guidelines departures: Courtroom social contexts, guidelines compliance, and extralegal disparities in criminal sentencing. *Criminology*, 43(3), 761-796.
- _____. (2006). The multilevel context of criminal sentencing: Integrating judge and county level influences. *Criminology*, 44(2), 259-298.
- _____. (2014). Judges on trial: A reexamination of judicial race and gender effects across modes of conviction. *Criminal Justice Policy Review*, 25(2), 159-184.
- Kaiser, K., & Spohn, C. (2018). Why do judges depart? A review of reasons for judicial departures in federal sentencing. *Criminology, Crim. Just. L & Soc'y*, 19, 43-62.
- Kautt, P. M. (2002). Location, location, location: Interdistrict and intercircuit variation in sentencing outcomes for federal drug-trafficking offenses. *Justice Quarterly*, 19(4), 633-671.
- Kramer, J., & Steffensmeir, D. (1993). Race and imprisonment decisions. *The Sociological Quarterly*, 34(2), 357-376.
- Kramer, J. H., & Ulmer, J. (2002). Downward departures for serious violent offenders: local court 'corrections' to Pennsylvania's Sentencing Guidelines. *Criminology*, 40, 601-636.
- Myers, M. A., & Talarico, S. M. (2012). *The social contexts of criminal sentencing*. Springer Science & Business Media.
- Pratt, J. (2007). *Penal Populism*. Routledge Taylor & Francis Group.
- Raudenbush, S. W., & Bryk, A. S. (2002). *Hierarchical linear models: Applications and data analysis methods*(Vol. 1). sage.
- Reynolds, M. O. (1997). *Crime and punishment in America: 1997 update*. Dallas, TX: National Center for Policy Analysis.
- Roberts, J., Stalands, L., Indermaur, D., & Hough, M. (2003). *Penal Populism*

- and Public Opinion: Lessons from Five Countries*. Oxford University Press.
- Siehr, A. (2005). Objektivitaet in der Gesetzgebung? Symbolische Gesetzgebung zwischen Rationalitaetsanspruch des Gesetes und demokratischem Merhheitsprinzip. *Archiv fuer Rechts-und Sozialphilosphie*, 91(4), 535-557.
- Sorensen, J., Wrinkle, R., Brewer, V., & Marquart, J. (1999). Capital punishment and deterrence: Examining the effect of executions on murder in Texas. *Crime & Delinquency*, 45(4), 481-493.
- Spelman, W. (2000). What recent studies do (and don't) tell us about imprisonment and crime. *Crime and justice*, 27, 419-494.
- StataCorp. (2022). Stata Statistical Software: Release 17. StataCorp LP.
- Tonry, M. H. (Ed.). (2007). *Crime, Punishment and Politics in Comparative Perspective*, Chicago: The Unversity of Chicago Press.
- Ulmer, J. T. (1997). *Social worlds of sentencing: Court communities under sentencing guidelines*. SUNY Press.
- _____. (2012). Recent developments and new directions in sentencing research. *Justice Quarterly*, 29(1), 1-40.
- Ulmer, J. T., & Johnson, B. (2004). Sentencing in context: A multilevel analysis. *Criminology*, 42(1), 137-178.

Effects of Punitive Criminal Justice Policy on Trial Outcomes

- Focusing on Crimes of Obstruction of Justice

Oh, Yuni* · Na, Chongmin**

This study aimed to empirically analyze the impact of the punitive policy for obstruction of justice implemented by the Supreme Public Prosecutor's Office in March 2014 on the trial outcomes based on the contents of court judgments. Given the hierarchical nature of the data, we used a multi-level generalized linear regression model and found that the policy had a substantial impact on trial outcomes, with statistically significant increases in the likelihood of a formal trial compared to a summary judgment, the likelihood of a prison sentence compared to a fine, and the length of the sentence imposed. We also analyzed whether the outcomes of these individual cases varied by court location and found that courts in non-metropolitan areas tended to sentence more harshly than those in metropolitan areas, regardless of whether the policy was in place, and that the effect of the policy was less pronounced in non-metropolitan areas than in metropolitan areas. These key findings on regional variation in trial outcomes are limited by the fact that only some of them are statistically significant and are subject to a number of limitations, so we look forward to further research to test them more rigorously.

❖ Key words: punitiveness, criminal justice policy, trial outcomes, sentencing,

* The 1st Author, Post-doctoral Researcher, BK21FOUR Center, Graduate School of Public Administration, Seoul National University (ratemal@snu.ac.kr)

** Corresponding Author, Associate Professor, Graduate School of Public Administration, Seoul National University (chongmin20@snu.ac.kr)

obstruction of justice

투고일 : 2월 28일 / 심사일 : 3월 27일 / 게재확정일 : 3월 30일

아동방임범죄의 문제점과 개선방안

김 병 수*

국 | 문 | 요 | 약

현행 아동복지법상 학대행위로서 방임행위에 관한 규정이 너무 추상적이다. 무엇이 '기본적인 보호·양육·치료 및 교육'인지 그리고 '소홀히'라는 의미가 어느 정도인지 그 범위가 너무 모호하다. 이 때문에 아동방임으로 의심되는 사건이 발생하더라도 현장에 출동한 사법경찰관리와 아동관련 종사자들이 아동방임사건인지 분별하는데 어려움을 주고 있다. 결국 방임피해아동을 실효성 있게 보호하지 못할 뿐만 아니라, 아동방임에 대한 효율적인 예방과 대처를 어렵게 한다. 이를 해결하기 위해서는 죄형법정주의의 명확성의 요청에 따라 형사처벌되는 금지행위의 유형을 아동복지법에 더욱 구체적으로 설정할 필요가 있다. 이를 위하여 아동복지법상 방임행위의 '기본적 보호·양육·치료 및 교육'이 무엇인지 시행령이나 시행규칙에 명시하여 보호, 양육, 치료 그리고 교육의 유형별로 구체적으로 어떠한 행위가 포함되는지를 제시하여야 한다. 또한 '기본적' 보호·양육·치료 및 교육에서 어느 정도가 '기본적'인지 구체적 방임행위와 장소 그리고 아동의 연령에 따라 정확한 기준을 제시하는 것이 필요하다. 그리고 현행 아동복지법의 금지행위들의 형벌을 감소하고 행위유형에 따라 다양한 형벌을 적용할 필요가 있다. 징역과 벌금 이외에 사안이 경미할 경우에는 과태료의 부과도 고려하여야 할 필요가 있다. 방임의 위험을 판단하거나 아동의 방임상태를 정확하게 판별할 수 있는 표준화된 매뉴얼을 개발하여야 한다. 그리고 아동방임 판단기준과 개입기준을 시민과 학자 그리고 실무자들의 충분한 논의를 거쳐 마련하여 학대로 인하여 위기에 처한 아동들을 보호하여야 할 것이다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2023.3.31.1.237>.

❖ 주제어 : 아동방임, 아동학대, 명확성의 원칙, 형벌 포플리즘, 아동학대 매뉴얼의 개발, 아동복지법

* 동덕여자대학교 경찰경호행정과 교수/법학박사.

I. 문제의 제기

최근 15개월 된 아픈 딸을 방임 속에 숨지게 하고, 그 시신을 김치통에 2년 넘게 보관한 부모가 구속된 사건이 발생하였다.¹⁾ 정인이 사건²⁾을 비롯하여 학대로 인하여 아동의 목숨을 앗아가는 사건들이 끊이질 않고 있어 모든 이들을 안타깝게 하고 있다. 이러한 아동학대를 막고자 ‘아동복지법’³⁾과 ‘아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법’(이하 ‘아동학대처벌법’이라 한다)⁴⁾이 제정되고 피해아동의 이름을 딴 법률안들⁵⁾이 만들어지고 있어도 아동학대사건은 지속적으로 발생하고 있다. 이에 대처하기 위하여 아동복지법과 아동학대처벌법이 개정되고 많은 아동학대 관련 법안들이 쏟아져 나오고 있지만, 정작 현장에서는 어떤 법을 적용하고 어떻게 대처하여야 하는지 제대로 파악조차 못하고 있다. 이러한 현실을 야기하게 된 원인 중의 하나는 아동복지법과 아동학대처벌법에서 아동학대에 관한 개념 정립이 명확하지 않기 때문이다. 특히 아동방임죄를 규정하고 있는 아동복지법 제17조 제6호는 ‘자신의 보호·감독을 받는 아동을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호·양육·치료 및 교육을 소홀히 하는 방임행위’라고 규정하고 있는데, ‘기본적 보호·양육·치료 및 교육’이 무엇인지 그리고 ‘소홀히’라는 것이 구체적으로 어떠한 행위를 의미하는지 알 수가 없다. 이처럼 아동방임에 대한 규정이 불명확하다보니 아동방임사건에 대처하는 수사기관이나 아동보호기관 등이 현장에서 어떤 경우에 법을 적용하고 대응조치를 하여야 하는지 어려움이 발생할 수밖에 없다. 게다가 불명확한 법률을 보완할 제대로 된 매뉴얼이나 대처기준도 없는 상황이다. 상황이 이러하다 보니 생

-
- 1) ‘15개월 딸 방치 사망, 시신은 김치통에 은폐’ 친부모 구속기소, 연합뉴스, 2022. 12. 29.
출처: <https://v.daum.net/v/20221229182302798>
 - 2) 2020년 서울시 양천구에서 발생한 아동학대사건으로 입양한 당시 8개월의 여자 아이를 입양부모가 장기간 심하게 학대하여 16개월이 되었을 때 죽음에 이르게 한 사건이다. 2023년 1월 20일 위키백과사전 참조. 출처: https://ko.wikipedia.org/wiki/%EC%A0%95%EC%9D%B8%EC%9D%B4_%EC%82%AC%EA%B1%B4
 - 3) 시행 2022. 7. 1. 법률 제17784호, 2020. 12. 29., 일부개정
 - 4) 시행 2022. 1. 27. 법률 제17906호, 2021. 1. 26., 일부개정
 - 5) 소위 ‘정인이법’이라는 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안(의안번호 2107251호)이 2021년 1월 8일 국회 본회의를 통과하였다. 이외에도 2021년부터 현재까지 제안된 의안들이 57여개나 된다. 의안정보시스템 2023년 1월 20일 방문. 출처: <http://likms.assembly.go.kr/bill/BillSearchResult.do>

명의 위협에 처한 학대아동에 대한 긴급한 조치가 지체될 수밖에 없고, 이로 인하여 제대로 조치를 받지 못한 아동이 중상해나 사망에 이르는 경우도 발생할 수 있다. 정인이 사건도 세차레나 신고가 있었지만 그때마다 경찰과 아동보호기관은 증거가 없다는 이유로 아이를 부모에게 돌려보냈다고 한다.⁶⁾ 게다가 일반인들에게 충격적인 아동에 대한 성학대나 신체학대에 비해 방임행위는 무엇이 방임인지, 방임이 왜 문제가 되는지, 처벌 대상이 되는지에 대해서 일반인들의 인식과 관심도 낮은 편이다.

따라서 본 논문에서는 아동방임범죄의 문제점을 살펴보고(Ⅱ) 그 개선방안을 모색하고자 한다(Ⅲ).

Ⅱ. 아동방임범죄의 문제점

1. 아동학대에서 방임행위의 중대성 간과

〈표 1〉 최근 5년간 아동학대 유형별 발생 현황⁷⁾

(단위: 건)

구분	2015년	2016년	2017년	2018년	2019년	2020년
합계	11,715	18,700	22,367	24,604	30,045	30,905
중복	5,347	8,980	10,875	11,792	14,476	14,934
신체	1,884	2,715	3,285	3,436	4,179	3,807
정서	2,046	3,588	4,728	5,862	7,622	8,732
성	428	493	692	910	883	695
방임	2,010	2,924	2,787	2,604	2,885	2,737

아동방임은 신체적 학대, 정서적 학대, 성적 학대 등과 같이 아동학대행위의 한 유형으로서 자신의 보호·감독을 받는 아동을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호·양

6) 뉴스1, 2021년 2월10일, “경찰, ‘정인이 사건’ 출동 경찰관 5명 전원 중징계”, 출처: <https://www.news1.kr/articles/?4208739>

7) 보건복지부, 2020년 아동학대 연차보고서 발간, 2021년 8월 31일. https://www.mohw.go.kr/react/al/sal0301vw.jsp?PAR_MENU_ID=04&MENU_ID=0403&CONT_SEQ=367066

육·치료 및 교육을 소홀히 하는 행위이다. 최근 발생한 15개월 된 딸이 열이 나고 구토를 하는 등 아팠지만 병원 진료 등의 조치를 하지 않아 끝내 숨지게 방치한 경우가 방임의 대표적인 사례이다. 최근 5년간 아동학대유형을 보여주는 <표 1>에서처럼 다른 아동학대행위의 유형들과 마찬가지로 아동방임도 아동학대의 상당 부분을 차지하고 있으며 지속적으로 증가하고 있다. 하지만 아동방임은 일반인들에게 다른 유형의 아동학대들보다 덜 관심을 받는다. 왜냐하면 신체학대처럼 눈에 띄는 상처나 멍 등이 아동방임에는 잘 나타나지 않고 방임행위의 결과가 외부로 잘 드러나지 않기 때문이다. 실제로 아동방임사건이 발생하여도 심각한 피해가 발생하지 않는 한 언론에서도 잘 보도가 되지 않는다. 게다가 전문가들조차 다른 아동학대유형들보다 아동방임에 덜 관심을 가져왔다.⁸⁾ 사망이나 중상해와 같은 심각한 결과를 야기한 신체적 학대나 성학대의 경우에는 많은 사람들이 관심을 가지는 반면, 아동방임은 상대적으로 가볍게 여겨져 시민들의 인식과 관심이 낮은 편이다.⁹⁾

그러나 아동방임은 피해아동에게 치명적인 결과를 야기할 수 있다. 연구결과들에 따르면 아동의 초기 뇌 성장에 방임행위가 신체학대나 성학대보다 더 해로운 결과를 야기할 수 있다고 한다.¹⁰⁾ 또한 아동방임은 아동의 성장 및 발달을 지연시킬 수 있으며 각종 안전사고를 유발하고 경우에 따라서는 사망에까지 이를 수 있는 치명적인 결과를 야기할 수도 있다.¹¹⁾

그럼에도 불구하고 법원은 신체적 손상여부를 학대를 인정하는 결정적인 판단기준으로 보며¹²⁾ 신체적 학대는 징역형의 선고도 가능한데 비해 신체적 손상이 없는 아동방임

8) Erickson, M. F. & Egeland, B.(2002) Child neglect, In J. E. B. Myers, L., Berliner, J. Briere, C. T. Hendrix, C. Jenny, & T. A. Ried (Eds.). *The APSAC handbook on child maltreatment* (2rd ed., pp.3-20), Thousand Oaks. CA: Sage.

9) 예비 신고의무자(대학생)가 인식하는 심각도 수준을 아동학대 행위유형으로 보면, 성학대> 신체학대> 정서학대> 방임의 순이다. 정선영·박보은, “예비 아동학대 신고의무자의 아동학대에 대한 인식과 아동학대 현황보고서 및 언론보도에 나타난 학대현황과의 차이”, 아동과 권리 제23권 제1호, 한국아동권리학회, 2019, 53면.

10) Garbarino, J., & Collins, C. C.(1999). Child neglect: The family with a hole in the middle. In H. Dubowitz(Ed.), *Neglected children: Research, practice and policy*(pp.1-23), Thousand Oaks. CA: Sage.

11) Hildyard & Wolfe(2002), Child neglect: development issues and outcomes, *Child Abuse & Neglect*, 26, 679-695.

12) 이세원, “정서학대와 신체학대의 법적 정의와 관계에 대한 연구 - 우리나라 정서학대에 대한 최초

은 벌금형을 주로 선고하여 왔다.¹³⁾ 이것은 대법원이 아동학대 중 신체적 학대를 아동방임보다 결과불법의 차원에서 중하게 보기 때문이다.¹⁴⁾

〈표 2〉 최근 5년간 아동학대 사망사고 발생 현황¹⁵⁾

(단위: 명)

구분	2015년	2016년	2017년	2018년	2019년	2020년
사망자 수	16	36	38	28	42	43

2. 아동방임범죄의 법률적 문제점

가. 아동복지법상 아동방임행위의 객관적 기준의 부족

우리 사회가 방임이 아동에 미치는 영향을 간과하고 있는 원인 중에 하나가 아동방임에 대한 관심과 인식이 부족하기 때문이다. 특히 일반인들은 아동방임이 구체적으로 어떠한 행위인지 제대로 인식하지 못하고 있는데 그것은 현행법상 아동방임행위에 대한 규정이 모호하기 때문이다. 즉 아동방임을 아동복지법 제17조 제6호에서 ‘자신의 보호·감독을 받는 아동을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호·양육·치료 및 교육을 소홀히 하는 방임행위’라고 정의하고 있다. 그런데 이러한 아동복지법의 방임행위에 관한 규정으로는 실제 아동방임으로 의심되는 사건이 발생하더라도 아동학대사건인지 분별하기 곤란하다. 이것은 현행법의 아동방임규정은 아동방임에 대한 객관적인 기준을 제시하지 못하기 때문이다. 이와 같은 아동방임행위에 대한 객관적인 기준이 부족하다는 문제점이 드러나게 된 것은 2005년 11월에 발생한 ‘의왕시 사건’이 마스크를 통해 알려지면 서부터 시작되었다. 이 사건은 이혼한 부모 때문에 외가에 맡겨졌으나, 외조부마저 시골에서 농사일을 하는 바람에 혼자서 비닐하우스에 살던 초등학교생이 기르던 개에게 물려

대법원 판결을 중심으로 -”, 사회복지법제연구 제10권 제1호, 2019, 80면.

13) 이세원, “정서학대와 신체학대의 법적 정의와 관계에 대한 연구 - 우리나라 정서학대에 대한 최초 대법원 판결을 중심으로 -”, 사회복지법제연구 제10권 제1호, 2019, 73면.

14) 김슬기, “아동학대범죄의 구성요건 정비 방안”, 비교형사법연구 제22권 제4호, 2021, 14면 참조.

15) 보건복지부, 2020년 아동학대 연차보고서 발간, 2021년 8월 31일.

https://www.mohw.go.kr/react/al/sal0301vw.jsp?PAR_MENU_ID=04&MENU_ID=0403&CONT_SEQ=367066

숨겨있는 것을 담임교사가 발견해 경찰에 신고함으로써 세상에 알려지게 되었다. 이 사건으로 인하여 아동방임의 심각성과 함께 양육·보호의 최소 기준이 무엇이며, 아동방임 행위에 대한 객관적 기준이 없다는 문제점이 제기되었다. 그러나 현행 아동복지법의 아동방임행위에 관한 규정은 2000년 1월 12일 아동복지법 전부개정(법률 제6151호, 2000. 1. 12. 전부개정, 시행 2000. 7. 13.)을 통하여 아동학대에 대한 정의와 금지유형으로 규정된 것으로 20년이 지난 지금도 그대로 사용되고 있다. 2014년에 제정되고 여러 차례 개정을 거쳐 지금 시행되고 있는 아동학대처벌법도 아동복지법의 아동학대에 대한 정의와 금지유형을 그대로 사용하고 있다.

아동방임행위는 아동복지법 제71조 1항의 벌칙규정에 의하여 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하는 범죄행위에 해당한다.¹⁶⁾ 하지만 ‘기본적 보호·양육·치료 및 교육을 소홀히 하는 방임행위’는 범죄구성요건 행위로서 너무 추상적이다. 즉 무엇이 기본적인 보호·양육·치료 및 교육인지 구체적으로 제시하고 있지 않다. 즉, ‘보호·양육·치료·교육’을 방임의 대상으로 정하고 있지만 유형별로 어떠한 행위가 구체적으로 포함되는지는 제시되어 있지 않다. ‘기본적’이 어느 정도를 의미하는지 구체적으로 가늠하기가 쉽지 않다. 가정마다 경제적 수준이 다르고 양육태도가 다른데 어느 정도가 기본적인지 알 수가 없기 때문이다.

형법상 범죄의 구성요건은 죄형법정주의 원칙에 의하여 국민이 예측할 수 있도록 명확하게 법률에 규정하는 것이 원칙이고 입법기술상 그 구체적인 내용을 법률에 포함할 수 없을 경우 시행령이나 시행규칙 등에 금지되는 행위의 유형이나 내용을 위임하여 형벌권의 범위를 국민이 예측할 수 있도록 하여야 한다. 그런데 아동복지법상 방임행위는 범죄구성요건에 해당함에도 아동복지법 시행령 및 시행규칙 그 어디에도 구체적인 방임

16) 제71조(벌칙) ① 제17조를 위반한 자는 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.

1. 제1호(「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제12조에 따른 매개는 제외한다)에 해당하는 행위를 한 자는 10년 이하의 징역에 처한다. 1의2. 제2호에 해당하는 행위를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.
2. 제3호부터 제8호까지의 규정에 해당하는 행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
3. 제10호 또는 제11호에 해당하는 행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
4. 제9호에 해당하는 행위를 한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

행위의 유형이나 내용을 규정하고 있지 않다. 이러한 방임행위의 유형이나 내용을 가늠해 볼 수 있는 것은 보건복지부(2017)의 ‘아동 분야 사업안내’에서 겨우 살펴볼 수 있다.¹⁷⁾ 이처럼 범죄구성요건으로서 아동방임행위의 구체적인 유형과 내용을 법률이나 아동복지법 시행령도 아닌 보건복지부의 지침에서나 겨우 찾아볼 수 있다는 것은 “사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단”¹⁸⁾ 또는 “통상의 판단능력을 가진 사람의 의미 이해가능성”¹⁹⁾을 벗어나는 것으로 일반인 또는 보통인으로서 무엇이 금지된 행위인가를 예견하는 것을 어렵게 한다.

나. ‘소홀히’의 모호성

아동복지법 제17조 제6호의 방임행위가 ‘자신의 보호·감독을 받는 아동을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호·양육·치료 및 교육을 소홀히 하는 행위’라고 규정되어 있기 때문에 작위인지 부작위인지 모호하다. 그러나 형법 제271조의 유기죄와 아동복지법의 아동유기죄가 작위와 부작위를 모두 포함한다는 점에서 아동방임죄도 작위와 부작위를 모두 포함한다고 볼 수 있다. 한편 아동복지법 제17조 제6호의 ‘소홀히’라는 문언에 치중하면, 금지되는 아동학대의 다른 유형들(신체적 학대, 성적 학대 등)과 달리 방임은 기본적으로 제공해야 하는 것들을 소홀히 하는 행위이므로 아동복지법상 아동방임죄는 진정부작위범으로 보는 볼 수도 있다.²⁰⁾ 이처럼 아동방임죄를 진정부작위범으로 본다면 진정부작위범의 부작위가 처벌되기 위해서는 행위자에게 부과되는 작위의무의 근거가 분명하여야 하고 부작위행위 그 자체의 불법이 현저해야 입법의 정당성과 필요성이 인정될 수 있다. 그런데 아동방임행위의 개념이 추상적이어서 방임행위에 포섭되는 상황이 다양하고 그 범위가 광범위하여 그 행위 자체가 불법이 현저하지 않은 경우가 많다. 이 경우 진정부작위범 형식의 현행 아동복지법상 방임행위규정은 입법의 타당성을 유지하기 어렵다.²¹⁾ 즉 아동의 보호자로서 해야 할 일을 인지하고도 고의적으로 또는 해를

17) 보건복지부, 2017년 아동분야 사업안내(보건복지부지침), 2017, 197-198면.

18) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2002도 6844 판결.

19) 헌법재판소 1992. 9. 25. 선고 89헌가104 결정.

20) 김혜경, “아동복지법상 금지규정의 형사법적 검토”, 형사정책연구 제21권 제1호, 2010, 51면.

21) 류부곤, “아동학대범죄의 개념과 처벌에 관한 법리적 검토”, 형사정책 제27권 제1호(통권 제45호: 2015.4), 150면.

끼칠 적극적인 의도에서 ‘소홀히’ 한 것인지, 예상하지 못한 부주의함에서 해야 할 일을 ‘소홀히’ 한 것인지, 현행 아동복지법상에서는 구분할 수 없다. 그리고 ‘소홀히’하는 행위라고 했을 때 그 ‘소홀’의 정도에 따라 그 상황이 다양해질 수 있다. 생활습관이나 양육방식의 차이 그리고 경제적 능력에 따라 ‘소홀히’의 상황은 다양하고 그 범위가 광범위할 수 있기 때문이다. 그런데 아동복지법은 단순히 ‘소홀히’하는 방임행위도 처벌대상으로 규정하고 있기 때문에 보호를 전혀 하지 않는 경우뿐 아니라 대강의 보호만을 하는 경우도 범죄행위에 포함된다. 예를 들어 경제적 빈곤 등을 이유로 불가피하게 의식주를 제대로 챙겨주지 못하거나 의료적 치료를 소홀히 하는 경우도 아동복지법상 처벌할 수 있는 방임행위에 포섭할 수 있게 된다. 기본적 보호·양육·치료 및 교육을 ‘소홀히’하는 방임행위도 아동의 건강한 성장과 발달에 직접적으로 영향을 줄 수 있다는 점에서 처벌의 필요성은 인정되지만, ‘소홀히’를 형사처벌의 대상으로 규정하기에는 명확성의 원칙에 문제의 소지가 있다.²²⁾

다. 형벌가중화의 문제점

‘칠곡계모사건’²³⁾과 ‘평택 원영이사건’²⁴⁾과 같이 아동학대로 인하여 심각한 피해가 발생하고 아동이 죽음에 이르는 사건들이 언론을 통해 보도되면서 아동학대의 심각성이 사회에 알려지기 시작했다. 이에 아동학대 예방에 대한 사회적 공감대가 형성되어 아동학대 예방교육을 실시하고 아동학대의 조기발견과 신속한 보호조치를 위하여 기관 간

22) 김민성, “아동학대범죄에서 정서적 학대와 방임의 기준에 관한 검토”, 부산대 대학원 석사학위논문, 2017, 13면.

23) 2012년 5월부터 2013년 8월까지 의붓어머니 임씨가 의붓딸 A양(사망 당시 만 8세)을 발로 밟고 주먹으로 때린 뒤 복통을 호소하는 데도 병원에 데리고 가지 않아 장간막 괴혈에 따른 복막염으로 숨지게 한 사건으로 최근 영화 <어린 의뢰인>으로 만들어졌다. 오마이뉴스, 2019. 5. 31.

http://star.ohmynews.com/NWS_Web/OhmyStar/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002541196&CMPT_CD=P0010&utm_source=naver&utm_medium=newsearch&utm_campaign=naver_news

24) 2013년 8월부터 2016년 2월 말까지 대한민국의 경기도 평택시에서 발생한 아동 학대 사망 사건으로 피해자 신원영(당시 7세)이 계모의 상습적 학대로 사망하고, 시신이 야산에 암매장된 사건이다. 암매장된 사실이 밝혀지기 전에 피해자를 찾기 위해 실종 경보가 내려지면서 피해자의 실명과 얼굴이 알려졌으며, 피해자의 이름을 따 원영이 사건 또는 신원영 사건이라고도 한다. 위키백과사전. https://ko.wikipedia.org/wiki/%ED%8F%89%ED%83%9D_%EC%95%84%EB%8F%99_%EC%82%B4%ED%95%B4_%EC%95%94%EB%A7%A4%EC%9E%A5_%EC%82%AC%EA%B1%B4

정보를 공유하는 등 학대피해아동에 대한 법률 및 의료 지원을 강화하고 있다. 이와 함께 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법이 제정되는 등 아동학대범죄의 처벌수위도 높아지고 있다.²⁵⁾ 형법상 학대와 유기의 죄는 생명, 신체를 그 보호법익으로 하고 있고 보호 또는 감독을 받는 자를 보호대상으로 하고 있는 반면에, 아동복지법은 아동의 건강과 복지를 그 보호법익으로 하고 있고(아동복지법 제1조)²⁶⁾ 그 보호대상을 18세 미만인 사람으로 하고 있다. 아동의 경우 완전하고 조화로운 인격 발달을 위하여 사회적으로 두텁게 보호할 필요성이 있으므로 성인에 비하여 보호가치가 더 크다고 할 수 있다. 이러한 규제의 필요성 때문에 아동복지법의 방임행위는 형법상 학대와 유기에 관한 죄보다 가중처벌하고 있다. 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람을 학대한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다(형법 제273조 제1항). 노유, 질병 기타 사정으로 인하여 부조를 요하는 자를 보호할 법률상 또는 계약상 의무 있는 자가 유기한 때에는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다(형법 제271조 제1항). 아동복지법은 “자신의 보호·감독을 받는 아동을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호·양육·치료 및 교육을 소홀히 하는 방임행위”를 하는 경우에는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다(제17조 제6호, 제71조 제1항 제2호). 그러나 형법 이론적으로 방임행위는 통상 작위보다는 불법의 정도가 낮다고 평가되는 소극적 부작위행위가 많은데 적극적인 학대나 유기에 비해 소극적인 방임행위를 학대나 유기보다 가중처벌하거나 학대나 유기에 준해서 처벌하는 것은 입법의 형평성에 문제가 있다.

그리고 아동복지법의 문제점 중의 하나는 모든 행위를 일률적으로 형벌로만 규율하고 있다는 데 있다.²⁷⁾ 이는 제3호 내지 제6호의 경우 특히 문제가 되는데, 아동을 신체적·

25) 아동학대범죄에 대한 처벌을 강화하고 아동학대범죄가 발생한 경우 긴급한 조치 및 보호가 가능하도록 제도를 마련함으로써, 아동학대에 대한 강력한 대처와 예방을 통해 아동이 건강한 사회 구성원으로 성장하기 위하여 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법을 2014년 1월 28일 법률 제12341호로 제정하여 2014년 9월 29일부터 시행하였다. 그리고 2017년 10월 24일 아동복지법 일부개정(법률 제14925호, 시행 2018. 4. 25.)으로 제71조 제1항 제1호의2 중 “5천만원”을 “1억원”으로 하고, 같은 항 제2호 중 “3천만원”을 “5천만원”으로 하며, 같은 항 제3호 중 “2천만원”을 “3천만원”으로 하고, 같은 항 제4호 중 “500만원”을 “1천만원”으로 하며, 같은 조 제2항 각 호 외의 부분 중 “500만원”을 “1천만원”으로 하였다.

26) 이 법은 아동이 건강하게 출생하여 행복하고 안전하게 자랄 수 있도록 아동의 복지를 보장하는 것을 목적으로 한다.

27) 제71조(벌칙) ① 제17조를 위반한 자는 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.

1. 제1호(「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제12조에 따른 매매는 제외한다)에 해당하는 행위

정신적으로 확대하고, 유기하고, 방임하는 행위는 그 행위태양의 관점에서 볼 때 그야말로 천차만별이다. 피해의 정도가 아주 경미한 행위에 대해서는 가해자에게 경고만 하거나 행정벌인 과태료를 부과할 수도 있다. 아동학대처벌법의 친권상실 선고처럼 가해자와 피해자를 영구히 분리시키는 결정을 해야 할 경우도 있다. 처벌도 마찬가지다. 가해자를 징역형에 처할 경우도 있고, 보호관찰이나 사회봉사, 수강명령을 선고할 경우도 있다. 그런데 아동복지법은 그런 섬세한 구분법을 알지 못한다. 전부 일률적으로 징역형 또는 벌금형에 처하도록 하고 있는 것이다.²⁸⁾ 이는 아동복지법이 형벌이 사회의 모든 문제를 해결할 수 있다는 형벌만능주의의 대표적인 모델인 것이다. 또한 이것은 아동학대행위에 대한 강력한 처벌을 원하는 대중의 여론에 떠밀려 정치인들이 곧바로 반응하는 형벌포퓰리즘(Penal Populism)²⁹⁾의 모습을 아동복지법이 보여주는 것이다.

아동학대행위에 형벌로만 대처하는 아동복지법에 비해 아동학대처벌법은 형벌과 수감

를 한 자는 10년 이하의 징역에 처한다. 1의2. 제2호에 해당하는 행위를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제3호부터 제8호까지의 규정에 해당하는 행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

3. 제10호 또는 제11호에 해당하는 행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

4. 제9호에 해당하는 행위를 한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 정당한 사유 없이 제51조제2항에 따라 다른 아동복지시설로 옮기는 권익보호조치를 하지 아니한 사람

2. 삭제

2의2. 제28조의2제5항을 위반하여 피해아동관련 정보를 요청 목적 외로 사용하거나 다른 사람에게 제공 또는 누설한 사람 2의3. 제46조의2제5항을 위반하여 비밀을 누설하거나 부당한 이익을 취한 사람

3. 제50조제2항에 따른 신고를 하지 아니하고 아동복지시설을 설치한 자

4. 거짓으로 서류를 작성하여 제54조제1항에 따른 아동복지시설 전문인력의 자격을 인정받은 자

5. 제56조에 따른 사업의 정지, 위탁의 취소 또는 시설의 폐쇄명령을 받고도 그 시설을 운영하거나 사업을 한 자

6. 제65조를 위반하여 비밀을 누설한 자

7. 제66조제1항에 따른 조사를 거부·방해 또는 기피하거나 질문에 대하여 답변을 거부·기피 또는 거짓 답변을 하거나, 아동에게 답변을 거부·기피 또는 거짓 답변을 하게 하거나 그 답변을 방해한 자

28) 권술지·이경주·김희균, “아동학대 판단척도의 활용에 관한 연구”, 형사법의 신동향 통권 제59호 (2018·6), 286-287면.

29) 송문호, “보안처분과 형벌 포퓰리즘”, 형사법연구 제26권 3호, 2014, 119면.

명령(제8조), 친권상실청구(제9조), 보호처분(제27조), 과태료(제63조) 등을 규정하고 있어 처분의 다양성을 도모하고 있다. 하지만 심한 아동학대의 경우에도 보호처분을 부과할 수 있도록 하여 입법의 형평성에 의구심을 주고 있다.³⁰⁾

3. 실무상 문제점: 매뉴얼의 부재

아동복지법 제17조 제6호에서 방임행위에 관하여 규정하고 있지만, 무엇이 ‘기본적인 보호·양육·치료 및 교육’인지 그리고 ‘소홀히’라는 의미가 어느 정도인지 그 범위가 너무 모호하고 추상적이어서 어떤 것이 아동학대에 해당하는 행위들인지 명확하게 분별하는 것이 곤란하다는 데 문제가 있다. 실제로 방임 의심 사례가 발생했을 때 법 규정만으로는 아동학대사건인지를 분별하기가 어렵다는 것이다. 불명확한 규정은 아동학대로 의심되는 사건을 발견하고 신고하여야 할 신고의무자로 하여금 해당 행위가 아동학대에 해당하는지를 판단하는 것을 어렵게 만든다.³¹⁾ 또한 아동학대신고로 현장에 출동한 사법경찰관리와 아동복지관련 종사자 등이 아동학대사건인지를 판단하기 곤란하게 한다. 이는 결과적으로 학대로 인해 고통을 받고 있는 아동을 제대로 보호하지 못할 뿐만 아니라, 아동학대에 대하여 실효성 있는 예방과 대처를 어렵게 한다.³²⁾

피해아동에게 직접적 피해를 가하는 아동학대와 달리 아동방임은 보호자가 양육과 보호를 소홀히 하는 것이기 때문에 최소한의 양육인지 방임인지 구분하기가 쉽지 않다. 그리고 아동방임행위는 능동적이기보다는 수동적이고 의도적이기보다는 비의도적인 경우가 많다.³³⁾ 그래서 아동 관련기관의 종사자들조차도 어디서부터 사회적·법적 개입이 가능한 방임인지 잘 모르고 있는 경우가 많다. 또한 사례가 방임인지 아닌지를 판단하기 위한 표준화된 매뉴얼이 없어서 아동보호전문기관들도 기관마다 방임 판정의 기준에 조

30) 권솔지·이경주·김희균, 앞의 논문, 296-298면 참조; 강동욱, “2020년 개정 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법에 대한 비판적 검토”, 법학연구 제23권 4호, 2020, 459면.

31) 關東辯護士連合會編, 「子どもの虐待-その豫防と救済のための提言-」, 關東辯護士連合會, 1998, 27면; 아동학대를 인지하였다더라도 학대사실 조사과정에서 느끼는 부담감, 신변보호에 대한 우려, 착오에 의한 허위신고에 대한 부담감 등을 이유로 하여 아동학대를 신고하지 않는 경우가 많다.

32) 정웅석, “「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」의 의의 및 향후과제”, 피해자학연구 제22권 1호(2014.4), 203면.

33) Erickson, M. F. & Egeland, B.(2011) Child neglect, J. E. B. Myers (Ed.). The APSAC handbook on child maltreatment (3rd ed.)(pp.103-124), Thoyand Oaks. CA: Sage.

금씩 차이가 있는 등 일선 실무자들이 개입의 첫걸음부터 어려움을 겪고 있다.

이처럼 아동복지법상 방임행위에 해당하는지 여부에 대한 객관적 판단기준이 없어서 아동학대에 대한 효율적인 예방과 대처가 어렵다는 점은 아동학대처벌법에서도 마찬가지이다. 개정된 아동학대처벌법 제12조 제1항³⁴⁾에서는 응급조치의 대상을 피해아동 뿐만 아니라 학대위험이 있거나 학대로 인한 피해가 예상되는 아동으로 확대하고, 그 요건을 학대현장 뿐만 아니라 학대피해가 확인되고 재학대의 위험이 급박·현저한 경우로 확대한 것은 학대피해를 최소화할 수 있으면서 사전에 학대를 예방할 수 있는 기회를 제공한다는 점에서 긍정적으로 판단된다.³⁵⁾ 하지만 아동학대처벌법에서도 위기에 처한 학대아동을 위한 응급조치가 어떠한 경우에 필요한지를 구체적으로 제시하지는 못하고 있다. 즉, ‘재학대의 위험이 급박·현저한 경우’가 어떠한 경우인지 현장에서 필요한 것은 응급조치가 필요한 상황을 판단할 구체적인 기준이나 매뉴얼인데 현행법은 아무런 기준을 제시하고 있지 않다.

34) 제12조(피해아동 등에 대한 응급조치) ① 제11조제1항에 따라 현장에 출동하거나 아동학대범죄 현장을 발견한 경우 또는 학대현장 이외의 장소에서 학대피해가 확인되고 재학대의 위험이 급박·현저한 경우, 사법경찰관리 또는 아동학대전담공무원은 피해아동, 피해아동의 형제자매인 아동 및 피해아동과 동거하는 아동(이하 “피해아동등”이라 한다)의 보호를 위하여 즉시 다음 각 호의 조치(이하 “응급조치”라 한다)를 하여야 한다. 이 경우 제3호의 조치를 하는 때에는 피해아동등의 이익을 최우선으로 고려하여야 하며, 피해아동등을 보호하여야 할 필요가 있는 등 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 피해아동등의 의사를 존중하여야 한다. <개정 2016. 5. 29., 2020. 3. 24.>

1. 아동학대범죄 행위의 제지
2. 아동학대행위자를 피해아동등으로부터 격리
3. 피해아동등을 아동학대 관련 보호시설로 인도
4. 긴급치료가 필요한 피해아동을 의료기관으로 인도

35) 강동욱, “2020년 개정 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법에 대한 비판적 검토”, 법학연구 제23권 4호, 인학대 법학연구소, 2020.12., 105-106면.

Ⅲ. 개선방안

1. 법적 개선방안

가. 구체적인 아동방임행위의 유형을 아동복지법상 시행령과 시행규칙에 제시

현행 아동복지법상 학대행위로서 방임행위에 관한 규정이 너무 추상적이다. 무엇이 ‘기본적인 보호·양육·치료 및 교육’인지 그리고 ‘소홀히’라는 의미가 어느 정도인지 그 범위가 너무 모호하다. 이 때문에 아동방임으로 의심되는 사건이 발생하더라도 현장에 출동한 사법경찰관리와 아동관련 종사자들이 아동방임사건인지 분별하는 데 어려움을 주고 있다. 결국 방임피해아동을 실효성 있게 보호하지 못할 뿐만 아니라, 아동방임에 대한 효율적인 예방과 대처를 어렵게 한다. 이를 해결하기 위해서는 죄형법정주의의 명확성의 요청에 따라 형사처벌되는 금지행위의 유형을 아동복지법에 더욱 구체적으로 설정할 필요가 있다. 그러나 사회현상의 복잡다기화와 국회의 전문적·기술적 능력의 한계 및 시간적 적응능력의 한계로 인하여 형사처벌에 관련된 모든 법규를 예외 없이 형식적 의미의 법률에 규정한다는 것은 사실상 불가능하다.³⁶⁾ 하지만 처벌대상인 행위가 어떤 것인지 이를 예측할 수 있을 정도로³⁷⁾ 아동복지법 시행령이나 시행규칙에 금지되는 방임행위의 유형이나 내용을 위임하여 정하는 것은 가능하다. 형벌법규에 대한 일반인의 예측가능성과 법적 안정성을 위하여 아동복지법의 방임행위에 관한 구체적인 유형을 아동복지법 시행령이나 시행규칙에 열거하는 방안을 고려하여야 한다.

이와 관련하여 미국의 방임행위에 관한 유형을 참조할 필요가 있다. 미국의 아동학대 및 방임 매뉴얼은 방임의 수준을 아동에게 가해지는 피해 정도를 기준으로 가벼운 수준(mild), 중간 수준(moderate), 심각한 수준(severe) 등 세 가지로 구분하고 있으며, 방임의 유형도 신체적 방임(방치), 의료적 방임, 부적절한 보호(감독), 환경적 방임, 정서적 방임, 교육적 방임, 신생아 약물 중독(혹은 노출) 등으로 더욱 포괄적이며 세부 유형도 구체적으로 제시되고 있다.³⁸⁾ 우리나라도 보건복지부의 지침에서 이와 유사한 방임행위

36) 김혜정·박미숙·안경옥·원혜옥·이인영, 형법총론(제2판), 피앤씨미디어, 2019, 19면.

37) 대법원 200. 10. 27. 선고 2000도1007 판결.

38) DePanfilis, D. (2006). Child Neglect: A Guide for Prevention, Assessment, and Intervention.

의 유형을 제시하고 있다. 보건복지부의 ‘아동 분야 사업안내’(2017)를 살펴보면 방임의 유형을 유기, 기본적 의식주의 물리적 방임, 양육적 방임, 교육적 방임 및 의료적 방임 등으로 나누고 있다. 물리적 방임에는 ‘기본적 의식주를 제공하지 않는 행위’ 이외에도 ‘불결한 환경이나 위험한 상태에 아동을 방치하는 행위’ ‘출생신고를 하지 않는 행위’가 포함되며, 교육적 방임에는 초등학교부터 중학교까지의 ‘의무교육에 보내지 않거나 무단 결석(정당한 사유 없이 계속해서 2일 이상 결석)을 방치하는 행위’, ‘특수교육이 필요한 아동에게 특수교육을 제공하지 않는 행위’ 등이, 의료적 방임에는 ‘필요한 의료적 처치, 개입을 하지 않는 행위’, ‘예방접종이 필요한 아동에게 예방접종을 실시하지 않는 행위’, ‘장애아동에 대한 치료적 개입을 거부하는 행위’가 포함됨을 알 수 있다. 유기는 아동을 보호하지 않고 버리는 행위를 말한다.³⁹⁾ 이러한 보건복지부의 자료를 통하여 ‘기본적 보호·양육·치료 및 교육’에서 ‘기본적’이 어느 정도를 의미하는지 가늠해 볼 수가 있다. 예를 들어 방임행위의 대상이 되는 기본적 교육이란 초등학교부터 중학교까지의 의무교육을 의미하며, 이러한 기본적 교육을 방임하는 유형에는 정당한 사유 없이 2일 이상의 결석(무단결석)을 방치하는 행위와 특수교육이 필요한 아동에게 특수교육을 제공하지 않는 행위가 포함됨을 알 수 있다.

이처럼 방임행위의 대상이 되는 기본적 보호·양육·치료 및 교육의 구체적 기준을 미국의 아동학대 및 방임 매뉴얼은 구체적 행위, 장소, 아동의 연령 등을 법규에 규정함으로써 - 예를 들면 집이나 자동차 안에(장소) 만 7세 미만(연령)의 아동을 보호자 없이 홀로 방치(행위)하였을 경우 미국의 여러 주에서 방임으로 인식될 수 있으며, 미국 일리노이주(만 14세 미만), 메릴랜드주(만 8세 미만) 및 오리건주(만 10세 미만) 등에서는 방임으로 처벌받을 수 있는 방치를 불허하는 아동 연령을 명기함 - 더욱 명확한 아동방임의 인식과 실천이 가능하도록 하고 있다.⁴⁰⁾

아동복지법상 방임행위의 ‘기본적 보호·양육·치료 및 교육’이 무엇인지 시행령이나 시행규칙에 명시하여 보호, 양육, 치료 그리고 교육의 유형별로 구체적으로 어떠한 행위

pp.9-16.

39) <https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/neglect.pdf> 보건복지부. (2017). 2017년 아동분야 사업안내 (1), 아동학대 유형 및 구체적 행위. pp.197-198.

40) <https://www.childwelfare.gov/pubpdfs/homealone.pdf>에서 2017. 9. 30. 인용. Child Welfare Information Gateway. (2013). Leaving your child home alone.

가 포함되는지를 제시하여야 한다. 또한 ‘기본적’ 보호·양육·치료 및 교육에서 어느 정도가 ‘기본적’인지 구체적 방임행위와 장소 그리고 아동의 연령에 따라 정확한 기준을 제시하는 것이 필요하다. 이렇게 세부적 유형의 제시와 함께 구체적인 방임행위와 장소 그리고 아동의 연령에 따른 구체적 기준을 제시한다면 현행법상 방임행위에 대한 정의에서 제시할 수 없는 ‘소홀’함의 범주를 구체화할 수 있을 것이다.

나. 아동방임행위의 정의에서 ‘소홀히’를 삭제하는 방안

범죄구성요건으로서 ‘소홀히’라는 모호한 개념 때문에 아동의 보호자로서 해야 할 일을 인지하고도 고의적으로 또는 해를 끼칠 적극적인 의도에서 ‘소홀히’ 한 것인지, 예상하지 못한 부주의함에서 해야 할 일을 ‘소홀히’ 한 것인지를 구별하기가 곤란하다. 그리고 예상하지 못한 부주의함에서 해야 할 일을 ‘소홀히’ 한 것과 경제적 빈곤 등으로 기본적인 보호·양육·치료 및 교육을 ‘소홀히’ 한 것도 처벌대상에 포함할지 여부가 문제가 되고 있다. 이를 위하여 국제기구의 방임행위에 관한 규정을 살펴볼 필요가 있다.

세계보건기구(WHO)는 방임을 “보호자(부모)가 아동의 발달을 위해 건강, 교육, 정서적 발달, 영양, 주거 및 안전한 주거 환경 등을 제공하는 것에 실패함이며, 가족이나 보호자가 적절한 자원을 보유하고 있는 경우에 한해 방임이 일어날 수 있다”고 정의하였으며,⁴¹⁾ 유니세프(UNICEF)는 “방임은 아동의 건강이나 신체적, 정신적, 영적, 도덕적 혹은 사회적 발달을 저해할 가능성이 높은 행위이며, 아동을 위해로부터 가능한 한 많이 보호하고 감독하는 것에 실패함을 포함한다”고 하였다.⁴²⁾ WHO의 방임 정의는 ‘가족이나 보호자에게 적절한 자원이 있는지 여부’가 방임을 판단하는 잣대로 활용되므로 방임 판단에서 보호자(부모)의 고의성을 살피도록 하며, 유니세프는 아동 발달의 영역을 영적 또는 도덕적 영역까지로 확장하여 문화적 측면과 사회적 측면에서의 아동 발달의 중요성을 지적하면서 방임행위의 결과로서 정상적 발달을 저해할 가능성 즉 위험성을 중요한 판단요소로 보고 있다. 따라서 아동복지법에서도 방임행위의 고의성과 아동의 정상적 발달을 저해할 가능성 또는 위험성을 고려할 필요가 있다. 하급심 판결에서도 여성이 남성

41) WHO. (2002). World Report on Violence and Health, p.60.

42) UNICEF. (2012). Child Maltreatment: Prevalence, Incidence and Consequences in the East Asia and Pacific Region: A Systematic Review of Research. p.5.

이 송금하는 양육비 명목의 돈으로 아이들을 양육하기로 하였으나, 이를 이행하지 않고 아동들을 열악한 환경에 방치하여 아동이 질병에 걸리고 중퇴나 상급학교 진학포기 등의 피해를 입게 된 것에 대하여 방임죄로 판단하였고,⁴³⁾ 부가 경제적으로 충분한 능력이 있음에도 불구하고, 미성년자녀의 도움요청을 묵살하여 떠돌게 하고 충격적 언사로 자녀가 자살시도하게 한 행위에 대해 방임 및 정서학대로 판단하였다.⁴⁴⁾ 방임에 대한 법원의 태도는 고의에 의한 방임을 범죄로 처벌하고 있으며, 행위의 고의성이 강하거나 이로 인한 아동의 피해가 명백할 경우 처벌하고 있다. 그렇지만 부주의에 의한 소홀함으로 인해 아동이 해를 입은 것에 대해서는 방임죄가 아니라 과실에 의한 상해죄로 적용하고 있어 과실에 의한 소홀함은 방임죄로 판단하지 않는 경향이 있다.

아동방임행위에 대한 국제기구나 법원의 판결들을 살펴보면 방임행위의 고의성과 정상적 발달을 저해할 가능성을 중요한 판단기준으로 삼고 있으며 여기에 보호자(부모)의 경제적 능력 등을 고려하고 있다. 따라서 아동복지법상 방임행위에 관한 정의도 이렇게 구성해 볼 수 있을 것이다. ‘경제적 능력 등이 있음에도 불구하고 기본적 보호·양육·치료 및 교육을 하지 않는 방임행위’로 하고 아동복지법 시행령과 시행규칙에 기본적 보호·양육·치료 및 교육의 구체적 유형들을 예시하면 방임행위의 구성요건에서 ‘소홀히’와 같은 모호한 개념을 삭제할 수 있을 것이고 고의에 의한 방임행위만을 형사처벌할 수 있게 된다. 그리고 기본적 보호·양육·치료 및 교육의 조치를 할 경제적 능력 등이 없는 상황에서 국가나 지방자치단체 그리고 민간단체에 구호를 요청하는 방법이 있음에도 아무런 조치를 취하지 않는 경우에도 처벌을 명시할 필요가 있을 것이다. 아동복지법의 시행령과 시행규칙에 구체적으로 제시된 기본적 보호·양육·치료 및 교육을 하지 않는 것만으로 아동방임행위가 됨으로써 아동의 복지수준을 향상시킬 것이다.

다. 입법적 제안

아동복지법 제3조(정의) 7호의 개정을 다음과 같이 제안한다.

43) 의정부지방법원 제1형사부 2013. 12. 3. 선고 2013노1111 판결, 참조.

44) 서울중앙지방법원 2013. 7. 25. 선고 2013고단2619 판결, 참조.

개정 전	개정 후	비고
<p>제3조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.</p> <p>7. “아동학대”란 보호자를 포함한 성인이 아동의 건강 또는 복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 신체적·정신적·성적 폭력이나 가혹행위를 하는 것과 아동의 보호자가 아동을 유기하거나 방임하는 것을 말한다.</p>	<p>제3조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.</p> <p>7. “아동학대”란 보호자를 포함한 성인이 아동의 건강 또는 복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 신체적·정신적·성적 폭력이나 가혹행위를 하는 것과 아동의 보호자가 아동을 유기하거나 방임하는 것을 말한다.</p> <p>가. ‘신체적 학대’란 나. ‘정신적 학대’란 다. ‘성적 학대’란 라. ‘방임’이란 부모나 아동을 돌볼 법적 책임이 있는 자가 기본적 보호·양육·치료 및 교육 등의 조치를 할 수 있음에도 고의로 필요한 조치를 취하지 않거나 기본적 보호·양육·치료 및 교육 등의 조치를 취할 능력이 없는 상황에서 다른 조치를 취하지 않는 것을 말한다. 기본적 보호·양육·치료 및 교육 등의 조치는 시행규칙에서 정한다.</p>	<p>연구의 범위상 ‘신체적 학대’ ‘정신적 학대’ ‘성적 학대’는 구체적 설명을 생략함.</p>

아동복지법의 방임행위에 관한 구체적인 유형을 아동복지법 시행령이나 시행규칙에 열거하는 방안을 고려하면 다음과 같다. 아동복지법 시행규칙 제3조의2(아동학대의 판단기준)를 신설하여,

제3조의2(아동학대의 판단기준) ① ‘신체적 학대’는

② ‘정신적 학대’는

③ ‘성적 학대’는

④ ‘방임’은 유기, 기본적 의식주의 물리적 방임, 양육적 방임, 교육적 방임 및 의료적 방임 등으로 나눌 수 있다. 물리적 방임에는 ‘기본적 의식주를 제공하지 않는 행위’ 이외에도 ‘불결한 환경이나 위험한 상태에 아동을 방치하는 행위’ ‘출생신고를 하지 않는 행위’가 포함되며, 교육적 방임에는 초등학교부터 중학교까지의 ‘의무교육에 보내지 않거나 무단결석(정당한 사유 없이 계속해서 2일 이상 결석)을 방치하는 행위’, ‘특수교육이 필요한 아동에게 특수교육을 제공하지 않는 행위’ 등이, 의료적 방임에는 ‘필요한 의료적 처치, 개입을 하지 않는 행위’, ‘예방접종이 필요한 아동에게 예방접종을 실시하지 않는 행위’, ‘장애아동에 대한 치료적 개입을 거부하

는 행위가 포함된다. 그리고 기본적 보호·양육·치료 및 교육의 조치를 할 경제적 능력 등이 없는 상황에서 국가나 지방자치단체 그리고 민간단체에 구호를 요청하는 방법이 있음에도 아무런 조치를 취하지 않는 경우도 포함한다. 유기는 아동을 보호하지 않고 버리는 행위를 말한다.

라. 방임행위에 대한 형벌 감소와 형벌의 다양화 모색

형벌은 현행법상의 제재 중에서 가장 강력한 수단이므로, 최후의 수단으로서 사용되어야 하며, 형벌은 가하는 경우에도 필요최소한도의 범위에 그쳐야 한다는 것은 근대 형사법상의 가장 기본적인 요청이다. 그럼에도 불구하고 최근에 발생한 몇몇 아동학대 사건을 계기로 하여 현재 우리나라의 사회분위기는 아동학대행위자에 대한 엄중한 처벌을 요구하고, 이러한 여론은 반영한 것이 아동복지법상의 처벌규정이다.⁴⁵⁾ 이 때문에 아동복지법의 방임행위는 형법상 학대와 유기에 관한 죄보다 가중처벌하고 있다. 적극적인 작위보다 상당수가 소극적 부작위인 방임행위를 적극적 작위행위인 학대나 유기보다 가중처벌하는 것은 입법의 형평성에 문제가 있다. 그리고 방임행위는 그 형태가 다양함에도 불구하고 아동복지법은 모든 행위를 일률적으로 형벌로만 처벌하고 있다. 이는 아동복지법이 형벌만능주의 또는 형벌포퐁리즘(Penal Populism)의 대표적인 모델인 것이다. 따라서 현행 아동복지법의 금지행위들의 형벌을 감소하고 행위유형에 따라 다양한 제재 수단을 모색할 필요가 있다.

제71조 제1항 제2호는 제17조의 금지행위⁴⁶⁾ 중에서 “제3호부터 제8호까지의 규정에

45) 강동욱, “아동학대행위의 처벌 및 이에 관한 법제의 검토”, 법학논총 제21권 1호(2014), 466면.

46) 제17조(금지행위) 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 아동을 매매하는 행위
2. 아동에게 음란한 행위를 시키거나 이를 매개하는 행위 또는 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 성적 학대행위
3. 아동의 신체에 손상을 주거나 신체의 건강 및 발달을 해치는 신체적 학대행위
4. 삭제 <2014. 1. 28.>
5. 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위
6. 자신의 보호·감독을 받는 아동을 유기하거나 의식주를 포함한 기본적 보호·양육·치료 및 교육을 소홀히 하는 방임행위
7. 장애를 가진 아동을 공중에 관람시키는 행위
8. 아동에게 구걸을 시키거나 아동을 이용하여 구걸하는 행위

해당하는 행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다”고 하여 유기 및 방임행위(6호)와 함께 신체적 학대행위(3호), 정서적 학대행위(5호), 장애를 가진 아동을 공중에 관람시키는 행위(7호), 아동에게 구걸을 시키거나 아동을 이용하여 구걸하는 행위(8호)를 모두 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금으로 같은 형을 규정하고 있다. 여기서 유기와 신체적 학대행위(3호), 정서적 학대행위(5호)는 제71조 제1항 2호에 그대로 두고 방임행위와 장애를 가진 아동을 공중에 관람시키는 행위(7호), 아동에게 구걸을 시키거나 아동을 이용하여 구걸하는 행위(8호)는 제71조 제1항 제3호에 넣어서 “3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에” 처하는 것이 타당할 것이다.

방임행위의 종류에 따라 그 방임행위의 위험성과 재범가능성을 고려하여 징역과 벌금 이외에 제재수단도 고려할 필요가 있다. 방임행위의 종류에 따른 제재수단의 다양화는 구체적 타당성의 측면에서도 필요할 것이다. 경우에 따라서는 사안이 경미할 경우 사회봉사, 수강명령 그리고 과태료의 부과도 고려하여야 할 필요가 있다. 예를 들면 아동이 손에 화상을 입어 치료하지 않을 경우 손이 오그라들어 정상적인 활동을 하는 데 지장이 생김에도 불구하고 가정형편 때문에 부모가 치료를 하지 못하고 있는 상황을 발견하고도 교사가 조치를 취하거나 신고하지 않은 경우처럼 이런 방임행위를 한 교사에게는 과태료의 부과도 고려하여야 할 필요가 있다.

마. 재범의 위험성을 고려한 단계별 취업제한의 설정

(구)아동복지법 제29조의3은 아동학대관련범죄전력자가 형이나 치료감호의 집행이 종료된 후 등부터 일률적으로 10년 동안 아동관련기관을 운영하거나 아동관련기관에 취업 등을 제공할 수 없도록 하고 있으나,⁴⁷⁾ 헌법재판소가 이에 대해 2018년 6월 28일

9. 공중의 오락 또는 흥행을 목적으로 아동의 건강 또는 안전에 유해한 곡예를 시키는 행위 또는 이를 위하여 아동을 제3자에게 인도하는 행위

10. 정당한 권한을 가진 알선기관 외의 자가 아동의 양육을 알선하고 금품을 취득하거나 금품을 요구 또는 약속하는 행위

11. 아동을 위하여 증여 또는 급여된 금품을 그 목적 외의 용도로 사용하는 행위

47) (구) 아동복지법 제29조의3(아동관련기관의 취업제한 등) ① 아동학대관련범죄로 형 또는 치료감호를 선고받아 확정된 사람(이하 “아동학대관련범죄전력자”라 한다)은 그 확정된 때부터 형 또는 치료감호의 전부 또는 일부의 집행이 종료(종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 10년까지의 기간 동안 다음 각 호에 해당하는 시설 또는 기관(이하

위헌결정을 내림에 따라 해당 규정은 효력을 상실하였다. 즉, 아동학대관련범죄전력자를 10년 동안 아동관련기관인 체육시설 및 ‘초·중등교육법’ 제2조 각 호의 학교에 취업을 제한하는 (구)아동복지법 제29조의3은 아동학대관련범죄전력만으로 그가 장래에 동일한 유형의 범죄를 다시 저지를 것을 당연시하고, 형의 집행이 종료된 때부터 10년이 경과하기 전에는 결코 재범의 위험성이 소멸하지 않는다고 보며, 각 행위의 죄질에 따른 상이한 제재의 필요성을 간과함으로써, 아동학대관련범죄전력자 중 재범의 위험성이 없는 자, 아동학대관련범죄전력이 있지만 10년의 기간 안에 재범의 위험성이 해소될 수 있는 자, 범행의 정도가 가볍고 재범의 위험성이 상대적으로 크지 않은 자에게까지 10년 동안 일률적인 취업제한을 부과하고 있는데, 이는 침해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙에 위배된다. 따라서 이 사건 법률조항은 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한다.⁴⁸⁾ 이에 따라 헌법재판소의 위헌결정 취지를 반영하여 법원이 아동학대 관련범죄로 형 등을 선고할 때 최장 10년의 기간 범위 내에서 아동관련기관에의 취업제한 명령을 선고하는 등의 조치를 아동복지법 부칙 제3조에 마련함으로써 위헌성을 해소하고 있다.⁴⁹⁾ 하지만 위헌결정 후 변경된 아동복지법과 부칙에서도 역시 재범의 위험성은 고려하지 않고 부칙 제3조에 의해 범행의 경중만을 고려하여 획일적으로 3년, 5년, 10년 등으로 규정되어 있다(부칙 제3조).⁵⁰⁾ 조속히 아동복지법의 취업제한 규정에 재범의 위험성에 따른 요건

“아동관련기관”이라 한다)을 운영하거나 아동관련기관에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없다.

18. 「초·중등교육법」 제2조 각 호의 학교 및 같은 법 제28조에 따라 학습부진아 등에 대한 교육을 실시하는 기관

48) 아동복지법 제29조의3 제1항 위헌확인 등. 2018. 6. 28. 2017헌마130·405·989(병합)

49) 아동복지법 일부개정 [시행 2019. 6. 12.] [법률 제15889호, 2018. 12. 11., 일부개정]

50) 부칙 [법률 제15889호, 2018.12.11., 일부개정] 제3조(중전의 규정에 따라 아동학대관련범죄를 범하고 확정판결을 받은 사람의 취업제한기간 등에 관한 특례) ① 중전의 규정에 따라 취업제한을 받는 사람(이하 이 조에서 “취업제한대상자”라 한다)의 취업제한기간은 중전의 규정에도 불구하고 다음 각 호의 구분에 따른 기간으로 한다. 다만, 중전의 규정을 적용하는 것이 아동학대관련범죄를 범하고 확정판결을 받은 사람에게 유리한 경우에는 중전의 규정에 따른다.

1. 3년 초과와 징역 또는 금고형이나 치료감호를 선고받아 확정된 사람: 그 형 또는 치료감호의 전부 또는 일부의 집행이 종료되거나 집행이 유예·면제된 날부터 5년
2. 3년 이하의 징역 또는 금고형이나 치료감호를 선고받아 확정된 사람: 그 형 또는 치료감호의 전부 또는 일부의 집행이 종료되거나 집행이 유예·면제된 날부터 3년
3. 벌금형을 선고받아 확정된 사람: 그 형이 확정된 날부터 1년

② 이 법 시행 후 취업제한대상자 또는 그 법정대리인은 제1심판결을 한 법원에 제1항에 따른 취업제한기간이 현저히 부당하거나 취업제한을 하여서는 아니 되는 특별한 사정이 있음을 이유로 제1항에 따른 취업제한기간의 변경 또는 취업제한의 면제를 신청할 수 있다.

을 설치하여야 할 것이다.

2. 정책적 개선방안

가. 효율적인 아동학대 예방과 대처를 위한 표준적 매뉴얼 개발

피해아동에게 직접적 피해를 가하는 아동학대와 달리 아동방임은 보호자가 의무적으로 하여야 할 양육과 보호를 하지 않는 부작위이기 때문에 최소한의 양육인지 방임인지 구분하기가 쉽지 않다. 그리고 아동방임행위는 능동적이기보다는 수동적이고 의도적이기보다는 비의도적인 경우가 많다.⁵¹⁾ 그래서 아동관련기관의 종사자들조차도 어디서부터 사회적·법적 개입이 가능한 방임인지 잘 모르고 있는 경우가 많다. 또한 사례가 방임인지 아닌지를 판단하기 위한 표준화된 매뉴얼이 없어서 아동보호전문기관들도 기관마다 방임 판정의 기준에 조금씩 차이가 있는 등 일선 실무자들이 개입의 첫걸음부터 어려움을 겪고 있다. 방임문제를 정확하게 파악하는 것은 치료나 예방에 있어 매우 중요하다. 이러한 측면에서 방임의 위험을 판단하거나 아동의 방임상태를 정확하게 판별할 수 있는 표준화된 매뉴얼의 개발이 절실하다. 특히 이러한 매뉴얼은 국내의 사회문화적 특성, 빈곤가정의 일반적 특성은 물론 방임의 종류, 심각도, 아동의 연령 등도 반영되어 개발되어야 할 것이다. 이를 통해 신속한 사회적 개입이 필요한 심각한 방임문제를 선별해내는데 보다 정확한 판단을 할 수 있어야 한다. 모든 성적 방임은 아동의 연령, 지속기간, 횟수에 상관없이 사회적·법적 개입에 들어가야 한다. 낮은 수준의 방임은 인식의 전환이 필요한 수준의 방임으로 아동양육에 대한 교육을 단계적으로 실시한다. 중간수준의 방임은 지역사회기관에서 적극적인 개입이 필요하며 부모교육 외에 아동에 대한 적극적인 보호가 요청된다. 심각한 수준의 방임은 전문적인 치료와 개입이 요구되며 사회적 개입도 고려되어야 하고, 아동보호전문기관에 도움을 요청해야 한다.⁵²⁾

51) Erickson, M. F. & Egeland, B.(2011) Child neglect, J. E. B. Myers (Ed.). The APSAC handbook on child maltreatment (3rd ed.)(pp.103-124), Thousand Oaks, CA: Sage.

52) 정익중, “아동방임의 재조명: 방임의 사회적 방임을 넘어서”, 동광 제107호, 2011, 14-15면.

나. 아동방임 개입기준의 제안

최근 미국, 영국, 캐나다 등에서는 인공지능(AI)을 활용하여 빅데이터에서 일정한 패턴을 찾아내고 이를 근거로 범죄를 예측하는 범죄예측시스템을 활용하여 범죄율을 줄이는 등 가시적인 성과를 거두고 있다. 이러한 AI를 활용한 범죄예측시스템을 아동학대범죄에도 적용하면 아동학대의 예방과 대처에 도움이 될 것이다. 앞에서 아동복지법이나 아동학대처벌법 그리고 그 시행령이나 시행규칙에서는 아동방임행위에 대한 처벌기준을 제시하였다면, 이제는 아동학대로 추정되는 사건이 신고되거나 접수되면 아동학대사건으로 개입할 것인지에 대한 개입기준이나 매뉴얼을 마련하여야 한다. 아래와 같은 아동방임 판단과 그 개입 가능성을 판단하는 개입기준이나 매뉴얼을 제시하고자 한다.

〈표 3〉 동일점수부여방식-아동방임 판단과 개입 가능성 판단

번호	아동방임을 판단하는 요인들	O(1점)	X(0점)
1	사안이 중요한(행위의 위험성과 피해 결과의 심각성)?		
2	아동의 연령이 6세 이하인가?		
3	다수의 아동을 대상으로 하였는가?		
4	상당기간에 걸쳐 반복적으로 방임하였는가?		
5	누범 또는 상습범인가(전과 유무)?		
6	가해자가 계획적이었는가?		
7	진지한 반성이 없는가?		
8	훈육의 목적이 없는가?		
총점	1~2점: 방임의 가능성 미약- 미개입 또는 교육 조치 3~6점: 방임의 가능성 있음- 필요적 수사 / 재량적이고 예방적 개입 7점 이상: 방임의 가능성 높음- 필요적 수사 / 필요적 개입		

<표 3>과 같이 동일점수 부여방식은 아동방임을 판단하는 요인들을 나열하고 동일한 점수를 부여하는 방식이다. 7번 진지한 반성이 없다면 1점, 진지한 반성이 있다면 0점의 점수를 부여한다. 이렇게 점수를 산정하여 1~2점이면 방임의 가능성 미약하므로 수사기관이나 아동보호기관의 개입은 하지 않는다. 교육이 필요하다고 판단될 때에는 교육적 조치만 한다. 그리고 3~6점이면 방임의 가능성 있어서 수사기관이 수사에 들어가고 아동보호기관이 예방적 개입을 할지 여부를 재량 판단한다. 그리고 7점 이상이면 방임의

가능성이 높아 수사하고 아동보호기관이 필요적 개입을 한다. 그러나 이러한 방법은 1번 사안처럼 사안이 중요한가에서 문제점이 발생한다. 왜냐하면 1회의 방임으로 생명이나 신체에 중대한 손상이나 위험을 발생하였다면 수사와 개입이 필요적임에도 불구하고 다른 방임 판단 요소들과의 점수가 3점을 초과하지 못할 경우 수사는 물론이고 아동보호기관의 개입조차 하지 못하는 불합리한 상황을 초래하기 때문이다. 이것은 모든 방임 판단 요소들에게 동일한 점수를 부여하기 때문에 나타나는 문제점이다. 따라서 이러한 동일점수 부여방식은 아동방임 판단 및 개입의 기준으로서 적합하지 못하다.

따라서 아래 <표 4>와 같이 차등점수 부여방식으로 판단하는 것이 타당할 것이다. 예를 들어 아동방임으로서 사안이 중요한가?는 2번 사안처럼 아동의 연령이 6세 이하인 경우는 3점, 7세에서 14세까지는 2점, 15세 이상은 1점의 차등점수를 부여하는 방식이다. 이러한 방임 판단요소들간의 점수의 우열은 시민, 학계, 실무자 간의 합의로 조율할 수 있다. 예를 들어 부모가 아동을 추운 겨울에 집 밖에 방치하여 생명이나 신체에 심각한 손상을 입었다면 7점(3+4 심각), 생명이나 신체에 손상은 없으나 밤에 1시간 이상 방치하였다면 2점(위험), 훈육의 목적으로 1시간 이내에 집밖에 있도록 하였다면 1점(경

<표 4> 차등점수부여방식-아동방임 판단과 개입 가능성 판단

번호	아동방임을 판단하는 요인들	심각 (3점)	위험 (2점)	경미 (1점)
1	사안이 중요한가(행위의 위험성과 피해 결과의 심각성)? 단 아동의 생명 또는 신체에 중대한 손상이나 위험을 초래한 경우는 4점을 추가한다.			
2	아동의 연령이 6세 이하인가?			
3	다수의 아동을 대상으로 하였는가?			
4	상당기간에 걸쳐 반복적으로 방임하였는가?			
5	누범 또는 상습범인가(전과 유무)?			
6	가해자가 계획적이었는가?			
7	진지한 반성이 없는가?			
8	훈육의 목적이 없는가?			
총점	1~3점: 방임의 가능성 미약- 미개입 또는 교육 조치 4~6점: 방임의 가능성 있음- 필요적 수사 / 재량적이고 예방적 개입 7점 이상: 방임의 가능성 높음- 필요적 수사 / 필요적 개입			

미)로 차등 점수를 부여할 수 있다. 방임의 지속기간, 전과의 종류와 횟수 등도 시민과 학계 및 실무자들의 진지한 논의를 거쳐 해당 방임판단 점수의 차별화를 합의할 수 있을 것이다.

이러한 아동방임 판단기준과 개입기준은 최종적인 것이 아니고 어디까지나 앞으로 시민과 학자 그리고 실무자들의 충분한 논의를 거쳐 보다 구체적이고 현실적인 기준으로 발전할 수 있을 것이다.

IV. 나가며

현행 아동복지법상 학대행위로서 방임행위에 관한 규정이 너무 추상적이다. 무엇이 ‘기본적인 보호·양육·치료 및 교육’인지 그리고 ‘소홀히’라는 의미가 어느 정도인지 그 범위가 너무 모호하다. 이 때문에 아동방임으로 의심되는 사건이 발생하더라도 현장에 출동한 사법경찰관리와 아동관련 종사자들이 아동방임사건인지 분별하는데 어려움을 주고 있다. 결국 방임피해아동을 실효성 있게 보호하지 못할 뿐만 아니라, 아동방임에 대한 효율적인 예방과 대처를 어렵게 한다. 이를 해결하기 위해서는 죄형법정주의의 명확성의 요청에 따라 형사처벌되는 금지행위의 유형을 아동복지법에 더욱 구체적으로 설정할 필요가 있다. 이를 위하여 아동복지법상 방임행위의 ‘기본적 보호·양육·치료 및 교육’이 무엇인지 시행령이나 시행규칙에 명시하여 보호, 양육, 치료 그리고 교육의 유형별로 구체적으로 어떠한 행위가 포함되는지를 제시하여야 한다. 또한 ‘기본적’ 보호·양육·치료 및 교육에서 어느 정도가 ‘기본적’인지 구체적 방임행위와 장소 그리고 아동의 연령에 따라 정확한 기준을 제시하는 것이 필요하다. 그리고 현행 아동복지법의 금지행위들의 형벌을 감소하고 행위유형에 따라 다양한 형벌을 적용할 필요가 있다. 징역과 벌금 이외에 사안이 경미할 경우에는 과태료의 부과도 고려하여야 할 필요가 있다. 방임의 위험을 판단하거나 아동의 방임상태를 정확하게 판별할 수 있는 표준화된 매뉴얼을 개발하여야 한다. 그리고 아동방임 판단기준과 개입기준을 시민과 학자 그리고 실무자들의 충분한 논의를 거쳐 마련하여 학대로 인하여 위기에 처한 아동들을 보호하여야 할 것이다.

참고문헌

- 강동욱, “2020년 개정 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법에 대한 비판적 검토”, 법학연구 제23권 4호, 2020.
- 강동욱, “아동학대행위의 처벌 및 이에 관한 법제의 검토”, 법학논총 제21권 1호, 2014.
- 권솔지·이경주·김희균, “아동학대 판단척도의 활용에 관한 연구”, 형사법의 신통향 통권 제59호, 2018.
- 김혜경, “아동복지법상 금지규정의 형사법적 검토”, 형사정책연구 제21권 제1호, 2010.
- 길민성, “아동학대범죄에서 정서적 학대와 방임의 기준에 관한 검토”, 부산대 대학원 석사학위논문, 2017.
- 류부곤, “아동학대범죄의 개념과 처벌에 관한 법리적 검토”, 형사정책 제27권 제1호(통권 제45호), 2015.
- 성희자, “아동복지법상 아동학대 처벌규정에 대한 연구”, 사회과학연구 제29권 4호, 경성대 사회과학연구소, 2013.
- 송문호, “보안처분과 형벌 포퓰리즘”, 형사법연구 제26권 3호, 2014.
- 이호중, “학대피해아동의 보호를 위한 법체계의 개선방향”, 저스티스 통권 제134호, 2013, 한국법학원.
- 이천현, “아동학대 처벌규정에 관한 검토- 아동복지법을 중심으로”, 소년보호연구 제27권, 2014.
- 정웅석, “『아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법』의 의의 및 향후과제”, 피해자학연구 제22권 1호, 2014.
- 정익중, “아동방임의 재조명: 방임의 사회적 방임을 넘어서”, 동광 제107호, 2011.
- 최준혁, 아동학대에 대한 대응수단으로서의 형법 - 2020년의 아동복지법과 아동학대범죄 처벌 등에 관한 특례법의 개정을 중심으로 -, 비교형사법연구 제22권 제4호, 2021.
- Child Welfare Information Gateway. (2013). Leaving your child home alone. <http://www.childwelfare>에서 2017. 9. 30. 인용.

- DePanfilis, D. (2006). *Child Neglect: A Guide for Prevention, Assessment, and Intervention*.
- Erickson, M. F. & Egeland, B.(2011) *Child neglect*, J. E. B. Myers (Ed.). *The APSAC handbook on child maltreatment* (3rd ed.)(pp.103-124), Thousand Oaks. CA: Sage.
- Erickson, M. F. & Egeland, B.(2002) *Child neglect*, In J. E. B. Myers, L., Berliner, J. Briere, C. T. Hendrix, C. Jenny, & T. A. Ried (Eds.). *The APSAC handbook on child maltreatment* (2rd ed., pp.3-20), Thousand Oaks. CA: Sage.
- Garbarino, J., & Collins, C. C. (1999). *Child neglect: The family with a hole in the middle*. In H. Dubowitz(Ed.), *Neglected children: Research, practice and policy*(pp.1-23), Thousand Oaks. CA: Sage.
- Hildyard & Wolfe(2002), *Child neglect: development issues and outcomes*, *Child Abuse & Neglect*, 26.
- UNICEF. (2012). *Child Maltreatment: Prevalence, Incidence and Consequences in the East Asia and Pacific Region: A Systematic Review of Research*.
- WHO. (2002). *World Report on Violence and Health*.
- 關東辯護士連合會編, 『子どもの虐待-その豫防と救済のための提言-』, 關東辯護士連合會, 1998.

Problems and Remedies for Child Neglect Crime

Kim, Byung Soo*

The regulations for child neglect of the Child Welfare Law is too abstract. Even if there are suspected cases of child neglect, judicial police management and child workers are having difficulty discriminating between cases of child neglect. As a result, it not only fails to effectively protect neglected children, but also makes it difficult to prevent and cope with child neglect. In order to solve this problem, it is necessary to more specifically define the types of prohibited acts punishable by criminal punishment in accordance with the clarity of the criminal statutory state. To this end, it is necessary to specify in the Enforcement Ordinance or the Enforcement Regulations what kind of basic protection, child care, treatment and education. It is also necessary to reduce the penalties for the prohibited acts of the current Child Welfare Act and apply various penalties according to the type of behavior. In addition to imprisonment and fines, it is also necessary to consider imposing penalties if the matter is minor. Standardized manuals should be developed to judge the risk of neglect or accurately determine the state of neglect of the child.

❖ Key words: child neglect, child abuse, principles of clarity, penal populism, development of child abuse manual, the Child Welfare Law

투고일 : 2월 28일 / 심사일 : 3월 27일 / 게재확정일 : 3월 27일

* Professor, Dept. of Police & Security Administration, Dong-eui Institute of Technology/ Ph.D. in Law

형사정책연구 여름호 논문투고 안내

형사정책연구 '여름호' 원고를 모집합니다. 원고접수 마감일은 2023년 5월 31일(수)까지입니다. 관련분야 전문가 여러분의 많은 참여와 투고를 바랍니다.

1. 원고내용

- 제목(한글 및 외국어)
- 성명, 소속 및 직위(한글 및 외국어)
 - ※ 저자가 2인 이상인 경우 책임저자와 공동저자를 구분하여 명시
- 초록(한글 및 외국어)
- 주제어(한글 및 외국어)
- 본문(항목번호는 I, 1, 가, 1, 가) 순으로 구성하며 제목위, 아래 한행씩 띄어준다)
 - ※ 원칙적으로 국문으로 작성하고 번역문인 경우 원문 별도 첨부
 - 외국어는 단일언어 표기시에 반드시 영문으로 작성하고 국문번역본을 첨부
- 참고문헌(국내, 구미, 일본의 순으로 저자별 가나다 및 알파벳순으로 하되 단행본, 논문의 순으로 정리, 단 구미문헌의 경우 저자의 성을 먼저 기록한 후 이름을 기록하고 책명, 발행연도 순으로 구성)
- 각주(논문 하단에 위치하되 일련번호를 명시)
- 제목, 성명, 소속 및 직위, 초록 주제어의 외국어 작성시, 반드시 영문을 포함하여 작성

2. 원고작성

- 용지종류 및 여백 : A4, 위쪽 35mm, 오른쪽 및 왼쪽 30mm, 아래쪽 30mm
- 글자모양 및 크기 : 신명조체 11포인트(각주는 10포인트)
- 줄 간격 : 180%
- 분량 : A4 20매 내외(최대 25매 초과 불가)
- 작성 : 한글 프로그램 사용

3. 투고자격 및 심사

- 원고 투고자의 자격은 학계의 대학교수, 실무계의 변호사, 판사, 검사 등 형사정책 관련 분야의 박사학위 취득자 또는 연구경력자로 한다.
- 제출된 원고는 형사정책 관련분야의 학술적 독창성이 있어야 하며 발표되지 않은 것이어야 한다.
- 제출된 원고는 관련규정에 따라 심사를 하여 게재여부를 결정하며, 원고 내용의 수정요청이 있을 경우 필자는 이에 응하거나 거부할 수 있다.

4. 원고접수 마감 및 제출처

- 원고접수 마감일 : 2023년 5월 31일(수)
- 제출처 : <https://kic.jams.or.kr>
- 전 화 : 02) 3460-5184
 - ※ 투고논문은 투고자의 신분이 노출되지 않도록 사전에 성명, 소속 등 신상정보를 반드시 삭제하여 주시고, 신분 노출에 따른 불이익은 투고자에게 있습니다.
 - ※ 논문투고 시 발생하는 심사료 및 게재를 포함한 모든 비용은 한국형사·법무정책연구원에서 부담합니다.

CALL FOR PAPERS

International Journal of Criminal Justice

AIM AND SCOPE

The International Journal of Criminal Justice (IJCJ), a biannual and peer-reviewed English journal published by Korean Institute of Criminology and Justice (KICJ), facilitates comprehensive analysis and evidence-based research on crime trends in order to make a contribution to crime prevention and criminal justice policies.

The IJCJ will share academic and practical views from home and abroad and play a pivotal role as an international academic arena for criminal justice polices.

SUBMISSION DETAILS

- Manuscripts should be written in English and should be no more than 10,000 words in MS word.
- Please provide an abstract which should be no more than 200 words in length and a maximum of 5 key words.
- All papers should identify all authors and provide their contact information such as phone numbers, full postal addresses, email addresses, affiliations and so on.
- Authors should ensure that they have written entirely original works, and should not publish manuscripts describing essentially the same research in more than one journal.
- Honorarium (USD 2,000 or KRW 2,000,000) will be paid when papers are accepted for publication.
- All manuscripts must be submitted to the managing editor Ms. Hyewon KWON at ijcj@kicj.re.kr

AREAS

The International Journal of Criminal Justice (IJCJ) invites papers from many different realms of criminology and criminal justice at both regional and global levels. Any issues related to criminology and criminal justice will be welcomed such as:

Community Sanction, Corrections, Corruption & White Collar Crime, Crime Prevention & Protection, Crime Trends, Crime & Deviance, Criminal Investigation, Criminal Law & Policy, Criminal Procedure, Cybercrime, Drug, Terrorism & Organized Crime, Economic & Corporate Crime, Information, Technology & Forensic Science, Juvenile Delinquency, Juvenile Justice, Penology, Police & Policing, Violent Crime.

간행물출판위원회

위원장 : 홍 영 오 (한국형사·법무정책연구원 범죄분석·조사연구실 선임연구위원)

위 원 : 강 지 현 (울산대학교 경찰학전공 교수)

김 한 균 (한국형사·법무정책연구원 형사정책연구실 선임연구위원)

유 진 (한국형사·법무정책연구원 범죄분석·조사연구실 연구위원)

이 동 원 (원광대학교 경찰행정학과 교수)

이 동 희 (경찰대학 법학과 교수)

전 현 옥 (한국형사·법무정책연구원 형사정책연구실 선임연구위원)

최 준 혁 (인하대학교 법학전문대학원 교수)

탁 희 성 (한국형사·법무정책연구원 형사정책연구실 선임연구위원)

황 지 태 (한국형사·법무정책연구원 범죄분석·조사연구실 선임연구위원)

(가나다 순)

간 사 : 구 교 원 (한국형사·법무정책연구원 기획조정실 선임행정원)

형사정책연구

제34권 제1호(통권 제133호, 2023·봄호)

발행인 : 하 태 훈

발행처 : 한국형사·법무정책연구원
서울시 서초구 태봉로 114
전화 (02)3460-5184

등 록 : 1990년 4월 3일 바-1360

발행일 : 2023년 3월 31일

인 쇄 : 고려씨엔피
전화 (02)2277-1508

본 학술지 내용의 무단전재를 금함

[정가 : 10,000원]

