사이버테러리즘의 실태와 대책

이 진 수*)

Ⅰ. 서 론

정보화시대로 불리는 21세기는 컴퓨터와 정보통신기술의 비약적인 발전에 힘입어 국가의 경제·사회·문화·행정 등 각분야에서 인터넷의 이용이 확산되면서 전자상거래가 급증하고, 전자정부가 추진됨에 따라 국가·사회의 주요기만시설과 대규모 생산시설 등이 컴퓨터와 정보통신기술을 바탕으로 하는 정보통신기반에 의해 운영·관리되고 있다.

반면에 이에 따른 정보화 역기능이나 일탈행위도 다양화·지능화되고 있을 뿐만 아니라, 최근에는 해킹·컴퓨터바이러스 유포 등의 기술을 이용하여 국가기밀이나 산업기밀을 절취하거나 정보통신기반을 교란·마비시킴으로써 사회혼란을 야기할 수 있는 폭력적인 전자적 위협도 날로 증가하고 있다. 이에 따라 세계 각국은 정보화사회의 암적인 존재로 대두되고 있는 사이버공간에서의 각종 전자적 위협을 최소화하기 위한 대책 마련에 고심하고 있다.

그러나 다양한 정보통신기반이 상호 연결되어 운용됨으로써 하나의 정보 통신기반의 붕괴나 마비로 인한 피해는 다른 정보통신기반에까지 막대한 영향을 끼치게 된다. 그 피해는 개인프라이버시 침해, 국가경제위기, 사회혼란은 물론 국가안보까지 위협하는 다양한 형태로 나타날 수 있다. 그러므로 일부 기관에만 국한된 예방과 대응활동으로는 날로 증가하는 전자적인 위협에 대해 궁극적인 해결이 불가능 할 뿐만 아니라, 국가 전체로 볼 때 비용 측면에서도 중복투자가 발생할 수 있으므로 사이버공간에서의 위협에 대해 범국가 차원에서 종합적이고 체계적인 대응책 마련이 시급하다.

본고는 이러한 사이버공간에서의 전자적 위협의 특징과 각국의 대응동향 및 우리나라의 대응실태를 살펴보고 이에 대한 대책방안을 제안하고자 한다.

Ⅱ. 사이버테러리즘의 개념과 특징

1. 사이버테러리즘(Cyber Terrorism)의 개념

사이버테러리즘은 정보화시대의 산물이며 테러리즘의 새로운 유형으로 분류된다. 테러리즘이라고 하면 우리는 폭탄, 자동소총, 인질 등을 연상하게 되지만 수천만대의 컴퓨터가 네트워크로 연결된 정보화시대에서는 테러리즘의 수단과 대상이 비트(bit)로 대변되는 사이버세계로 옮겨가고 있다.

---

*) 국제과학문화연구소 연구실장

일반적으로 테러리즘은 '정치적(이념적) 목적을 가진 폭력'으로 이해하고 있으나 아직까지 테러리즘에 관한 보편적인 정의는 존재하지 않고 있다. 그 이유는 테러리즘이란 용어자체가 내포하고 있는 '정치적 목적'과 '폭력'의 범위에 대한 한계를 명확하게 구분하기 어렵기 때문에 동일한 사건을 관점에 따라 테러리즘으로 규정하기도 하고 어떤 경우에는 단순한 일반 범죄로 취급하기도 하며, 다른 시각에서는 애국적인 행위로 평가하기도 한다.

이처럼 '테러리즘'은 학자들과 테러리즘 전문가들의 시각에 따라 달리 정의되기도 하며. 심지어는 한 국가내 부처마다 정의가 서로 다른 경우도 있다. 우리 나라에서는 對테러업무를 주관하는 국가정보원은 테러리즘을 "정치적·사회적 목적을 가진 개인이나 집단이 그 목적을 달성하거나 상징적 효과를 얻기 위하여 계획적으로 행하는 불법적 폭력행위"[1)]

라고 정의하고 있다. 따라서 사이버테러리즘은 사이버공간에서 일정한 목적을 가지고 계획적으로 정보시스템을 공격하는 행위라고 할 수 있다. 즉 이는 단순한 해킹이나 컴퓨터바이러스 유포 행위와는 구별되게 사용되어야 함을 의미한다.

정보화시대에 등장한 새로운 유형의 사이버테러리즘은 정보전(Information Warfare)[2)]

이라고 부르기도 한다. 그러나 사이버테러리즘이라는 용어가 아직까지 우리나라 법령에 사용된 예는 없다. 다만, "국가대테러활동지침(대통령훈령 제47호) 제2조제1호마항에 의하면 '컴퓨터 통신망을 이용한 정보조작 및 전산망 파괴'를 테러리즘 유형의 하나로 규정하고 있다. 이는 정보화사회 도래와 함께 국가·사회의 주요기반시설이 정보통신기반에 의한 의존도가 심화되면서 사이버공간에서 행해지는 전산망 파괴가 물리적인 테러리즘 못지 않게 우리 사회를 혼란에 빠뜨릴 수 있기 때문이다.

근래에 와서 사이버테러리즘은 국가안보 및 국가경제 보호 차원에서 새롭고 중요한 분야로 인식되고 있다. 국가·사회활동의 근간이 되는 통신·금융·전력·국방·행정 등의 업무를 운영관리하는 정보통신기반이 사이버 테러리즘으로 인해 정지되거나 파괴될 경우에는 국가 경제 및 사회활동이 마비되는 결과를 초래할 수 있기 때문이다.

2. 사이버테러리즘의 특징

초기 사이버공간에서의 위협행위는 대부분 10대 중·고등학생들의 호기심과 영웅심, 그리고 아마추어 해커들의 자기실력 과시와 금전획득 등을 목적으로 행해졌으나 최근에는 조직의 이익이나 정치적 목적을 달성하기 위해 국가 주요 정보통신기반을 대상으로 정보유출, 파괴, 시스템마비 등의 심각한 피해를 입히는 사이버테러리즘화하는 양상으로 진전되고 있다.

물리적인 테러리즘에 비해 사이버테러리즘이 각광받는 이유는 물리적인 테러리즘 보다 적은 비용으로 큰 효과를 얻을 수 있다는데 있다. 목적을 달성하기 위해 폭탄을 설치하거나 인질을 납치하기 위해 목숨을 걸어야 하는 테러리스트들과는 달리 사이버테러리스트들은 PC와 모뎀, 그리고 전화선만 있으면 세계 어느 곳에서나. 언제라도, 목표로 하는 정보통신기반에 침투할 수 있다. 고도로 선진화된 사회일수록 주요기반시설이 네트워크화 되어 있고 또한 인터넷으로 전세계와 연결되어 있기 때문에 침투하기가 용이하다.

3. 사이버테러리즘의 증가 요인

정보화사회는 국가 경제·사회활동의 근간이 되는 정보통신기반이 인터넷으로 연결되면서 개방형으로 전환됨에 따라 이를 이용한 사이버테러리즘이 증가하고 있는데 이는 다음과 같은 및 가지 원인으로 분석할 수 있다.

첫째, 정보시스템의 활용도가 높아졌으며 인터넷 등 네트워크를 통하여 서로 연결되어가고 있다. 최근 각 정보시스템들이 내부적으로는 LAN(Local Area Network)으로 연결되어 있고, 또한 인터넷에 연동되어 전세계의 어디에서든지 시간과 공간의 구애를 받지 않고 정보를 교환하고 각종 서비스를 제공받을 수 있게됨으로써 내부 사용자뿐 아니라 전세계의 어느 사용자라 할지라도 내부시스템에 불법적으로 접근할 가능성이 높아졌다. 실제 국내정보시스템 침해사고의 상당부분이 국외 해커에 의해 이루어졌다.

둘째, 인터넷을 통한 해커들간의 자유로운 정보교환이다. 해커들은 자신들의 웹페이지를 만들어서 해킹기술을 인터넷에 자유로이 공개하고 있어 누구나 해킹정보를 쉽게 구할 수 있다. 예전에는 해킹이 인터넷을 이용하는 일부 대학들의 전유물로 여겨졌으나 PC통신과 인터넷 사용이 일반화되고부터는 침해사고로 인한 피해건수와 해커의 수가 계속 증가하고 있다.

셋째, 사이버테러리즘에 대한 인식 부족이다 수많은 해커들은 공격기술에 심취해서 정보시스템을 공격하려고 하지만, 이를 방어해야 할 각 기관의 정보시스템 관리자는 제한된 인원이 많은 시스템을 동시에 관리함으로써 사이버테러리즘에 대한 방어대책을 마련하는데 시간을 할애하기가 쉽지 않을 뿐만 아니라 정보화에 급급한 나머지 사이버테러리즘에 대한 방지대책을 마련하고 정보보호기술개발에 필요한 예산을 투자하는 데는 인색하기 때문이다

Ⅲ. 사이버테러리즘의 유형과 사례

1. 사이버테러리스트

사이버공간에서 불순한 목적을 갖고 전자적인 방법을 이용하여 정보통신기반에 무단으로 침투하거나, 컴퓨터바이러스를 만들어 유포하는 집단은 크게 세가지로 분류할 수 있다.

첫 번째는 단순히 개인적으로 혼자서 활동하는 10대로서 컴퓨터에 탐닉해 사회적으로 소외된 자신의 존재를 알리기 위해 각종 불법행위를 저지르는 경우이다. 아직까지는 이 부류가 가장 많은 것으로 알려지고 있다.

두 번째는 범죄 조직화된 엘리트집단으로서 스웨덴의 '국제해적단' 네델란드의 '트라이던트' 러시아의 '지하해킹마피아'가 대표적이다 이들은 새로운 공격기법을 개발해 불법 지하조직들에게 판매도 하기 때문에 극히 위험한 집단으로 분류된다.

세 번째는 정치적, 민족적 혹은 종교적인 목적을 달성하기 위해 조직된 단체나 주권국가에 의해 움직이는 집단이 있다. 이들의 정체는 즘처럼 드러나지 않고 있으며, 공격대상도 종전에는 주로 대학이나 연구소의 전산시스템이었으나, 최근 들어 국가안보와 일상생활과 직결된

군사기지, 식량관련시설, 발전소. 제약회사 등도 공격대상으로 삼고 있다. 이 중에서 가장 우려가 되는 것은 세 번째 부류의 집단에 의해 행해지는 사이버테러리즘이다.

최근 인터넷 이용이 일상 생활화되면서 지금까지 현실세계에서만 활동하던 테러리스트들이 그 무대를 사이버공간으로 옮겨가고 있다. 더욱이 사이버테러리즘의 수단으로 이용되는 해킹이나 컴퓨터바이러스 기술이 인터넷이나 서적을 통해 공공연히 알려지고 있어 마음만 먹으면 쉽게 배울 수 있고 기존의 해커 중에서도 일부가 자기과시나 자기 만족보다는 정치적 명분을 추구하는 사이버테러리스트로 바뀌어 가고 있다

2. 사이버테러리즘의 수단

인터넷 등 정보통신기술의 발전속도만큼이나 사이버테러리즘의 수단도 나날이 고도화되고 있다. 사이버테러리스트들은 폭발물이나 다이너마이트로 무장하고 우리를 공격하지 않는다. 물리적 방법이 아니라 사이버공간을 무대로 전세계적으로 연결된 정보통신망을 통해 소리없이 공격한다. 사이버테러리스트들이 가장 흔히 사용하는 수단으로는 해킹이 가장 광범위하게 사용되고 있다. 그러나 이제는 단순한 해킹과 컴퓨터바이러스와 같은 기존의 위협형태
와는 다르게 첨단기법을 이용한 새로운 형태의 위협도 나타나고 있다.

가. 해킹(Hacking)

해킹은 정보시스템의 취약점을 이용하여 인가되지 않은 자가 무단으로 정보통신기반에 접속한 후 자료를 유출, 위·변조 및 삭제하거나, 시스템에 장애를 유발시키는 불법행위로서 다양한 기법이 사용된다.

< 해킹 피해 유형 >

해킹유형	피해내용
비인가자의 컴퓨터 이용	○ 비인가자가 불법적으로 컴퓨터시스템에 로그인(Login)하여 타인의 ID를 이용하여 금전적인 피해를 유발한다
자료의 불법 열람·삭제·변조	○ 관리자 권한을 불법취득하여 각종 악성프로그램을 설치, 시스템파일의 구성변경, 패스워드 파일 등 중요자료를 불법열람하거나 유출한다 ○ 홈페이지에 게재한 자료를 다른 내용으로 변경하기도 하고 파괴적인 성향을 가진 해커들은 디스크의 모든자료를 삭제하기도 한다
컴퓨터시스템 이상동작 유발	○ 전자우편폭탄 공격 등 해커의 컴퓨터에서 해킹을 시도하는 원격지 공격방법을 이용, 컴퓨터시스템이 비정상적으로 동작하거나 마비시키기도 한다.

1) 전자우편폭탄(I-mail Bomb)

전자우편폭탄은 상대방 컴퓨터시스템에 e-mail을 반복하여 다량으로 발송함으로써 컴퓨터시스템의 정상적인 동작을 방해하여 결국 시스템을 마비시키는 수법이다. 과거 미국에서 통조림 판매회사가 광고전단을 신문에 마구 끼워넣어 소비자들을 괴롭혔던 것이 지금의 전자우편폭탄과 많았다고 하여 "스팸(Spam)"이라고 부르기도 한다.

2) 서비스거부(Denial of Service)

서비스거부는 컴퓨터통신을 할 때 거쳐야 하는 신호송신, 수신자응답, 송신자 신호전송의 인증과정에서 상대방의 신호를 받고서도 의도적으로 신호전송을 거부해 컴퓨터시스템을 계속 신호대기 상태로 묶어 놓아 시스템을 무력화시키는 방법이다.

3) 논리폭탄(Logic Bomb)

논리폭탄은 특정날짜나 시간 등 일정한 조건을 만족시키면 특수프로그램이 저절로 작동돼 컴퓨터의 정보를 삭제하거나 컴퓨터의 사용을 방해한다.

4) 트로이목마(Trojan Horse)

트로이목마는 정상적으로 보이는 프로그램 내부에 숨어서 시스템이나 네트워크에 피해를 미치는 기능을 하는 코드로 SATAN(System Administrator Tool for Analyzing Network)과 같은 시스템의 보안취약성 점검도구 같은 형태로 위장할 수 있다. 트로이목마는 자신의 존재를 사용자들이 알아보지 못하도록 작성되어 있을 뿐 아니라 쉽게 탐지될 만한 피해를 입히지 않기 때문에 찾아내기가 매우 어렵다

5) 인터넷 웜(Internet Worm)

인터넷 웜은 네트워크에 침입한 뒤 컴퓨터, 네트워크, 그리고 사용자에 대한 정보를 입수한 뒤, 다른 시스템의 소프트웨어적인 취약점을 이용하여 해당 시스템에 침투하고 자신의 복사본을 만들어 또 다른 시스템으로 옮기는 방법으로 컴퓨터의 정상적인 작동을 방해하고 네트워크를 마비시킨다.

나. 컴퓨터바이러스

컴퓨터바이러스는 일반적으로 프로그램을 변형시키거나 삭제하여 주변기기에 오동작을 일으키거나 파일을 손상시키며 자기자신을 복제하는 등의 행위를 하는 프로그램을 말한다. 바이러스의 특징은 일단 전파된 바이러스는 퇴치가 힘들어 컴퓨터와 프로그램이 존재하는 한 바이러스는 계속될 것이라는 것이다. 컴퓨터바이러스 중에는 가벼운 감기처럼 넘어가는 것도 있지만 최근에는 생명을 위협하는 독감같은 치명적인 피해를 가져오는 것도 있다.

또한 바이러스는 강한 전파성을 가진다. 일단 인터넷상에 바이러스가 올려지면 순식간에 기하급수적으로 감염된다. 1970년대에 처음 발견된 이래 최근에는 하루에도 5~10개씩 새로

운 바이러스가 제작 유포되는 것으로 알려지고 있는데 인터넷 e-mail의 사용이 일반화되면서 그 확산속도가 더욱 빨라지고 있다. 불과 5~6년전만 해도 컴퓨터바이러스가 전 세계적으로 확산되는 데는 약 2년정도가 소요되었지만 현재는 불과 몇시간 안에 전 세계적으로 확산된다.

국내에는 1988년 "뇌바이러스"가 처음으로 발견된 이후 지금까지 약 1,200여종이 발견되었으며 현재 100여개의 악성바이러스가 활동하고 있는 것으로 알려지고 있다. 전세계적으로는 약 2만종의 바이러스가 제작 유포되었으며 최근에는 바이러스 제작자들이 바이러스 소스코드 및 제작방법까지 공개하고 있어 앞으로 바이러스에 의한 피해는 날로 늘어날 전망이다.

컴퓨터바이러스가 e-mail을 통해서 전파될 경우 그 파급영향은 매우 크다. 1 지난해 3월 e-mail을 통해 자체 전파기능을 갖는 멜리사바이러스가 국외의 약 5만대의 PC시스템과 100여개의 기업체를 감염시킨 사례가 있었고, 4월에는 CIH바이러스로 인해 국내에 보급된 전체 PC 800만대 중 3%에 해당하는 24만여대가 감염되어 약 20여억원의 재산상 피해가 발생하기도 했다.

또한 지난 5월초에 발생한 러브바이러스는 전세계적으로 수천만대의 컴퓨터를 감염시켰으며 미국의 백악관과 연방수사국(FBI)을 비롯하여 각국 정부 주요기관의 시스템까지 한때 마비상태에 빠뜨린 것으로 보고됐다. 미국 인터넷 보안업체인 트렌드마이크로는 전세계에서 약 300만개 이상의 컴퓨터 파일이 피해를 본 것으로 추정했다.

다. 새로운 위협

1) HERF Gun(High Energy Radio Frequency Gun)

"고출력전자총(Herf Gun)"은 컴퓨터가 전자회로로 이루어져 있어 고출력 전자파를 받으면 오작동하거나 정지된다는 약점을 노린 것이다. 이 무기는 사람에게는 피해를 주지는 않지만 전파체계를 교란시킴으로써 국가 기간전산망을 일시에 무력화시킬 수 있다. 또 컴퓨터통신은 물론이고 전화와 방송, 금융거래 등을 일시에 정지시킬 수 있는 파괴력을 지니고 있다.

2) Chipping

반도체 칩을 제조할 때 칩 내부에 이상기능을 의도적으로 삽입하여 일정한 시간이 흐른 뒤 칩의 고장을 야기시키거나 특정 주파수의 신호를 받으면 칩을 손상케 하는 이상기능을 칩에 삽입하는 것이다.

3) Nano Machine

Nano Machine은 개미보다 작은 로봇으로 목표하는 곳의 정보시스템 센터에 배포되어 목표로 하는 컴퓨터 내부에 침투하여, 전자회로기판작동을 마비시켜 컴퓨터를 불능상태에 이르게 한다.

4) Microbes

원래 기름 공해물질을 제거하기 위해 만들어진 것으로 컴퓨터 주요 구성 부품인 실리콘을 먹어치우도록 개조될 수 있다. 컴퓨터가 많은 곳에 살포되어 집적회로를 파괴시킴으로써 막대한 피해를 끼친다.

5) EMP(Electro-MagneticpuIse) Bomb

EMP Bomb은 전자적 장치를 파괴하는 데 사용하는 것으로, 꽤 넓은 면적내의 모든 컴퓨터 및 통신시스템을 파괴할 수 있다. 전형적으로 단일의 목표물이 아닌 Bomb주변의 모든 장비에 타격을 주는데 사용한다.

6) 전파방해

일반적으로 전파방해는 적 장비의 통신채널을 방해하여 정보를 수신 할 수 없도록 하는데 사용되었으나 잘못된 정보를 전달하여 상대방에게 타격을 주는 형태로 사용될 수도 있다.

3. 사이버테러리즘 사례

1991년 걸프전 개전시 미 해군이 전자기탄두(전자공격무기의 일종)를 장착한 미사일을 사용하여 이라크 남부 국경에 있는 방공망을 마비시킨 바 있고, 걸프전 중에는 독일 해커가 미국 국방부 정보시스템에 단순 해킹기법을 활용·침투하여 입수한 군사정보를 이라크 정보기관에 팔려고 시도한바 있으며, 1997년 2월에는 크로아티아의 10대 해커가 미국 국방부의 정보시스템에 침입하여 약 50만불의 피해를 입힌 사례가 있다.

1999년 3월말 나토(NATO)가 유고에 대한 공습을 시작하자 유고 정부는 국민들이 나토의 무력행위를 비판하고 세르비아의 입장을 호소하는 메시지를 전자우편을 통해 전세계에 띄우도록 지시했다. 유고는 자국의 컴퓨터 사용자와 유고의 지지자들을 이용하여 나토와 미국 국방부, 백악관 웹사이트 등에 집중적인 전자우편을 발송하였다. 나토는 대변인을 통해 "세르비아의 해커들이 5일동안 인터넷의 나토 웹사이트를 전자우편으로 무차별 공습했다. 이로 인해 시스템의 수신용량이 초과하면서 시스템 작동속도가 갑자기 크게 떨어지는 현상이 발생했다"고 밝혔다. 비슷한 시기에 백악관의 웹사이트도 나토의 유고 공습에 반대하는 세르비아계 해커들의 침입으로 하루 종일 접속이 안되는 컴퓨터 다운 현상이 빚어졌다.

1999년 8월 대만해협의 긴장이 고조된 가운데 중국해커들이 대만내 10개 정부기관 컴퓨터에 침입하여 화면을 대만 총통의 양국론 발언 비난성명으로 바꿔놓고 컴퓨터망을 마비시키자, 대만 해커들이 중국 기관내 컴퓨터시스템에 침입하여 철도부 홈페이지를 대만 국기와 중화민국만세′ 등의 구호로 장식하는 한편, 중국 주요기관의 정사이트 목록을 공개하고 대만 해커들에게 효과적인 공격방법까지 제시한 사례가 있다.

지난 2월 7일과 8일, 세계적인 인터넷 포털사이트인 "야후(yahoo)"와 전자상거래 서비스업체인 "바이닷컴(buy.com)" 등이 사이버 공격을 받아 무려 4시간 동안 서비스가 중단된 적이 있다. 야후 사이트는 7일 오전 10시15분부터 오후 1시25분까지 3시간동안 마비되었는데 공격이 절정에 달했을 때 초당 1기가바이트의 데이터가 쏟아져 들어왔는데 이는 대부분 인터 넷

사이트들의 1년 데이터 분량보다 많은 것이었다. 최소 50곳 이상의 인터넷 사이트에서 공격이 들어온 것으로 알려졌다. 또한 바이닷컴 사이트는 2월 8일 오전 10시50분부터 오후 2시까지 거의 4시간동안 마비되었다. 사고당시 바이닷컴 사이트에는 초당 800메가바이트의 데이터가 밀어닥친 것으로 알려졌다.

< 유명사이트 피해 사례 >

2000.2.7	www.yahoo.com	3시간동안 서비스 중단
2000.2.8	www.buy.com	4시간 동안 판매 지연
	www.ebay.com	반나절 동안 중단
	www.amazon.com	1시간 동안 판매 지연
	www.cnn.com	2시간 동안 뉴스 방해
2000.2.9	www.datek,com	1시간 동안 중지
	www.etrade.com	2시간 동안 중지

Ⅳ. 해외각국의 대응동향

1. 미국의 대응동향

인터넷 발상지이며 다양한 분야에서 가장 개방적인 네트워크 시스템을 운영하고 있는 미국에서는 대규모적인 불법침입사건 등으로 인한 피해가 심각하여 1998년 5월 사이버테러리즘과의 전쟁을 선포하면서 급증하는 사이버테러리즘으로부터 자국내 정보통신기반구조를 보호하기 위해 범정부 차원에서 대응체계를 마련하고 이를 시행해 나가고 있다.

가. 주요기반구조보호 대통령위원회(PCCIP)

1996년 7월 미백악관은 행정명령E013010(Executive Order 13010, Critical Infrastructure Protection)을 공표함으로써 대통령 산하에 물리적 및 사이버위협으로부터 주요기반구조를 보호하고 포괄적인 국가전략을 명확히 하기 위해 주요기반구조보호 대통령위원회 (PCCIP : President Commission on Critical Infrastructure Protection)를 설립하였다. 동위원회는 주요기반구조보호 활동에 돌입하였다.

나. 대통령지시사항 63호(PDD63, The Clinton Administration's Policy on Critical Infrastructure Protection)

1998년 5월 미국의 주요기반구조에 대한 물리적 및 사이버공격의 주요 대상인 취약성을 신속히 제거하고 주요기반구조 보호에 필요한 대책을 취하고자 하는 의도로 PDD63호를 제정 시행하고 있다.

PDD63은 컴퓨터시스템과 물리적 시설에 대한 테러리스트의 공격으로부터 주요시스템을 보호하기 위한 프로그램으로 2000년 이전에 초기 대응능력을 갖추고, 5년이내에 통신, 전력, 가스·석유저장 및 수송, 금융, 운송, 수자원, 응급서비스, 정부서비스 등 8개 주요기반구조를 보호하기 위한 연방정부의 능력 향상을 국가적 목표로 설정하고 있다.

다. 국가기반구조보호센터(NIPC : National Infrastructure Protection Center)

FBI는 1996년 7월 국가안보에 위협적인 잠재적 취약요소를 해결하기 위해 컴퓨터 범죄수사·기반구조위협평가센터(CITAC : Computer Investigations and Infrastructure Trea Assessment Center)를 설립하여 하이테크 범죄수사에 대한 기술적 지원, 관계부처간 교류강화 등에 착수하였는데. 동 센터는 PCCIP의 최종 보고서 "Critical Foundations"를 통해 주요기반구조를 보호하기 위한 국가체계를 제시하고 E013010에 따라 유사한 기능을 수행해 오던 CITAC를 확대 개편하여 1998년 2월에 NIPC를 설립하였다.

NIPC는 국가 주요기반구조에 대한 물리적 또는 사이버 공격이나 위협에 대하여 방어, 탐지, 위협평가. 경고, 조사, 법집행, 대응 등을 수행하기 위한 국가적 핵심기관으로서의 기능을 수행하고 있다.

2. 일본의 대응동향

일본은 관방성 주도하에 사회기반 및 생산설비에 대한 사이버테러리즘 대책을 수립 시행중에 있으며 1997년 8월에는 "대규모 공장 설비 네트워크의 보안대책 위원회"를 구성하여 네트워크 보호기술 및 운영체제의 표준화를 추진하고 1999년 9월에는 관방성·경찰청·방위청·금융감독청 등 13개 기관 국장급으로 정보보안 관계부처 회의체인 "정보보안 관련 성청(省廳) 국장회의"를 구성하였다.

2000년 1월 동회의체는 2003년을 목표로 "해커대책 기반정비 행동계획"을 수립 발표하였는데 주요내용은 보안평가제도 도입, 정보수집 및 긴급대응을 위해 정부부처간 연락체계 구성, 2000년 4월 금융·정보통신 등 중요분야 선정, 민·관 정보교환을 위한 연락 회의 설치, 2000년 12월 "사이버테러에 관한 특별 행동계획" 마련 및 각 성청의 종합적이고 체계적인 정보보안대책이 추진 가능하도록 "정보보안정책에 관한 가이드라인" 제정, 2002년까지 각 성청별 세부가이드라인을 제정한다는 내용이다.

3. 유럽의 대응동향

영국은 지난 3월 국가기간시설에 대한 안전·보안대책을 마련하기 위해 정부내 MI-5가 주관하는 "국가기반시설 보안조정기구"를 설립하였고, 독일은 컴퓨터 긴급대응팀인 DFN-CERT(Digital Freedom Network - Computer Emergency Response Team)을 운영하고 있다. EU집행위원회도 오는 8월까지 사이버공간에서의 보안조치강화 및 첨단기술개발 등을 골자로 하는 대책방안을 마련키로 결정하는 등 사이버테러리즘에 대한 대책을 서두르고 있다.

V. 우리나라 정보보안업무 추진체계 및 대응실태

정부조직법 및 국가정보원법, 보안업무규정(대통령령) 등에 의해 국가 보안업무를 기획·조정하고 이를 총괄하는 국가정보원은 국가·사회 주요기반시설을 물리적 및 사이버테러로부터 보호하는 업무를 수행하고 있다.

1. 법·제도 및 대응체제 분야

가, 국가 정보보안업무 수행체계

1) 정부조직법(법률 제2551호/73.3.3)
"정부조직법" 제16조에 "국가안전보장에 관련되는 정보·보안 및 범죄수사에 관한 사항을 담당하게 하기 위하여 대통령 소속하에 국가정보원을 둔다" 라고 규정하고 있다.

2)국가정보원법 (법률 제1510호/63.12.14)
"국가정보원법" 제3조제1항제2호에는 "국가기밀에 속하는 문서·자재·시설 및 지역에 대한 보안업무"를 제5호에는 "정보 및 보안업무의 기획·조정" 업무를 수행하도록 규정하고 있으며, 동 조항에 의해 국가정보원이 국가·공공기관에 대한 정보보안업무를 수행한다.

3) 정보 및 보안업무기획조정규정(대통령령 제10239호/81.3.2)
"정보 및 보안업무기획조정규정" 제3조에 "국가정보원장은 국가정보 및 보안업무에 관한 정책의 수립 등 기획업무를 수행하며 각 정보수사기관의 업무와 행정기관의 정보 및 보안업무를 조정한다" 라고 규정하고 있다.

4) 보안업무규정(대통령령 제5004호/70.5.14)
"보안업무규정"은 국가정보원법 제3조제1항의 규정에 의하여 보안업무 수행에 필요한 사항을 규정하고 있으며 주요내용은 비밀보호, 통신보안, 신원조사, 보안조사 등에 필요한 사항을 규정하고 있다.

5) 보안업무규정시행규칙(대통령훈령 제25호/69.5.30)

"보안업무규정시행규칙"은 보안업무규정의 시행에 관하여 필요한 세부사항을 규정하고 있다.

6) 국가정보통신보안기본지침(국가정보원 지침/2000.1.1)

"국가정보통신보안 기본지침"은 국가 공공기관의 인터넷 사용확대와 날로 증가하는 해킹, 컴퓨터바이러스 등 사이버위협에 대한 보안대책을 효율적으로 추진하기 위해 기존의 국가통신보안활동기본지침 등 7개 지침을 통폐합하여 21세기 정보보안환경에 맞게 신규 제정한 "국가정보통신보안기본지침" 1,400여부를 제작하여 전국가·공공기관. 지방자치단체, 정부투자기관 등에 배포하여 실무지침서로 활용토록 하고 있다.

나. "국가정보기반보호규정(대통령훈령)" 제정추진

국가·공공기관이 운영관리하는 국가정보기반을 사이버테러리즘으로부터 보호하기 위해 대통령훈령으로 "국가정보기반보호규정" 제정을 추진중에 있다. 이 규정은 국가정보기반을 범정부차원에서 체계적이고 효율적으로 보호하고 관리하기 위한 대응체제구축과 각기관별 임무분담, 국가정보기반 보호대상 지정 및 관리 기술개발 및 국제협력 등에 관한 내용을 포함하고 있다.

다. 기 타

2000년 2월 국무총리 주재로 국가정보원·재경·국방·법무·정통부 등 9개부처 장관이 참석한 "사이버테러 방지 관계장관회의"를 개최하여 연내에 가칭 "정보통신기반보호법"을 제정하기로 하는 등 범정부차원의 대응체제를 구축하기로 하였다.

2000년 4월 한국정보보호센터는 해킹·컴퓨터바이러스 상담지원센터를 개설하여 국가·공공기관을 제외한 민간부문의 컴퓨터 침해사고와 컴퓨터 바이러스 피해관련 예방방지 및 대응요령 등에 대해 상담하고 관련사항을 지원하고 있다.

2. 보안관리 분야

가. 해킹 컴퓨터바이러스 예·경보를 위한 "정보보안119" 운영

1999년 8월 국가정보원 홈페이지에 "정보보안119" (www.nis.go.kr//nissc) 사이트를 개설하여 국가 공공기관 정보통신망의 해킹·컴퓨터바이러스에 대한 예·경보를 통해 예방활동과 사고 발생시 대응방법 및 복구기술을 지원하고 있다. 또한 민간분야에서 신고되는 해킹관련 사고는 한국정보보호센터에 이첩하여 처리토록 하고 있다.

나. 정보통신망 보안진단 및 보안대책 지원

날로 증가하는 해킹·컴퓨터바이러스 유포 등으로부터 국가·공공기관 전산망을 보호하기 위해 국가정보원은 1999년 3월 전문요원으로 구성된 "전산망보안관리반"을 편성하여 국가·공공기관 및 비밀취급인가업체 등을 순회하면서 보안진단과 보안측정 등을 실시하여 각급기관 전산망의 보안 취약점을 진단 평가하고 이에 필요한 보안기술을 지원하고 있다.

3. 교육 홍보분야

가, 국가정보대학원내 사이버테러리즘 대응전문가 양성과정 개설

2000.5.15~5.17(3일)간 국가정보대학원에서 국방·행정·금융 등 관련 분야 18개기관 정보보안담당관 20명을 대상으로 사이버테러리즘에 대한 대응방안과 정보통신보안 및 암호기술 등에 대해 실무 차원의 교육을 실시하였다. 이 교육과정은 매년 상·하반기로 나누어 국가·공공기관 정보보안담당관을 대상으로 정기적으로 교육을 실시함으로써 각급기관이 자율적으로 정보보안 및 사이버테러리즘에 대한 대응업무를 수행하는 데 필요한 실무능력을 함양하는데 기여하고 있다.

또한 2000.1~5월간, 서울시, 충남도, 환경관리청 및 순천향대 등 각급 기관의 요청에 따라 해당기관을 방문하여 총 22회에 걸쳐, 사이버테러 예방 및 정보보안, 암호학 특강 등을 실시한 바 있다.

나. 정보보안 및 암호관련 학술세미나 개최

지난 89년부터 국가 공공기관 정보보안업무 담당자를 대상으로 매년 "정보보호와 암호에 관한 학술대회"를 비공개로 개최하고 있으며, 이 학술대회에서는 매년 정보보안 및 암호학 분야와 관련된 새로운 논문들이 많이 발표되고 있어 우리나라 정보보안업무 발전에 크게 기여하고 있다. 또한 지난 96년부터는 정보통신부와 합동으로 매년 "정보보호심포지움"을 개최하는 등 정보보호 기술 발전과 저변화대를 위한 전방위 예방 보안활동을 전개하고 있다.

4. 기술개발 분야

2000년 1월에는 한국전자통신연구원(ETRI)의 부호기술연구부와 국방과학연구소(ADD)의 정보보호부를 통합하여 한국전자통신연구원 부설로 "국가보안기술 연구소"를 설립하고 사이버테러리즘 대응기술을 포함하여 국가정보보안기술, 암호이론, 국가 주요정보화기반구조(National Critical Infrastructure)를 보호하는데 필요한 첨단 보안기술 개발업무를 수행토록 함으로써 미래 사이버전에 대비한 국가 차원의 연구개발업무 수행체제를 구축하였다.

Ⅵ. 대책 방안

21세기 지식·정보화사회에서의 국가 경제 사회 활동의 근간이 되는 통신·금융·전력·국방·행정 등 정보통신기반을 사이버위협으로부터 보호하여 국민들의 삶의 질을 향상시키고 국가경쟁력 및 국가안보 능력을 확보하기 위해서는 범국가 차원의 사이버테러리즘 대응체제 구축이 시급하다.

사이버테러리즘에 대한 효과적인 대응체제를 구축하기 위해서는 다음의 사항들이 우선적으로 고려되어야 한다.

1. 사이버테러리즘 대응을 위한 법적·제도적 기반확보

날로 증가하는 사이버테러리즘의 위협에 효율적으로 대처하기 위해서는 법적·제도적 장치가 우선적으로 마련되어야 한다. 이를 위해 국가 사회활동의 근간이 되는 국가·공공분야의 정보기반을 보호하기 위해 대통령 훈령으로 "국가정보기반보호규정"을 제정하여 우선 시행하고 향후 공공·민간 전 분야에 적용할 수 있는 법률을 제정하여 대처하는 것이 필요하다.

국가·공공기관의 사이버테러리즘에 대한 예방 대응체제 구축을 위해 국가정보원이 제정을 추진하고 있는 "국가정보기반보호규정(대통령훈령)" 내용을 살펴보면 국가정보기반[3)]

보호에 관한 부처간의 의견을 수렴하고 이를 협의하기 위해, "국가정보기반보호실무협의회"를 설치 운영하고 또한 국가정보원장 소속하에 "국가정보기반보호본부"를 설치하여, 국가정보기반보호계획 수립 시행, 국가정보기반별 취약성 평가 및 예방보안활동 수행, 사이버테러리즘의 경보 및 사고발생시 복구기술 지원, 사이버테러리즘 대응기술 개발 및 보급 등에 관한 업무를 총괄 수행하도록 하고 있다.

특히 주요 국가정보기반은 통신·금융·에너지·운송 등 분야별로 이를 보호대상으로 지정하여 중점보호 관리하면서, 사이버테러리즘의 징후와 발생을 탐지할 수 있는 탐지체계를 구축 운영토록 하여, 사이버테러리즘을 조기에 탐지하고 적절한 예방대책을 강구토록 지원하는 한편, 피해가 발생한 경우에는 신속한 복구기술을 지원하는 내용을 포함하고 있다.

2. 범정부 차원의 대응체제 구축

사이버테러리즘에 대해 체계적이고 효율적으로 대처하기 위해서는 범 국가 차원의 대응체제를 구축 운영하는 것이 필요하다. 이 대응기구를 통해서 지금까지 각부처와 연구기관 등에서 분산 수행되어 온 대응전략 및 연구개발 기능을 유기적으로 통합 조정하는 한편 누가. 무엇을, 어떻게 책임있게 수행해야 하는지에 대해 충분한 검토와 협의가 이루어져야 한다.

이를 위해서는 예방대책은 국가·공공분야, 민간분야, 국방분야로 나누어 대응체제를 구축 운영하는 것이 필요하며 검·경을 중심으로 사이버범죄에 대한 수사기능을 확대하는 등 예방대책과 함께 사이버테러리스트에 대한 수사업무의 강화 및 상호공조가 긴요하다.

3. 기술개발 강화 및 정보보호산업 육성

사이버테러리즘으로부터 정보통신기반을 보호하기 위한 정보보호기술은 국가 공공기관용과 민간부문으로 나누어 개발을 추진하되, 산업체가 개발한 우수한 기술은 평가·인증 절차를 거쳐 국가·공공기관에서도 사용할 수 있도록 함으로써 정보보호 산업을 육성 발전시킬 수 있는 기반을 조성해 나가야 한다.

사이버테러리즘에 대응하기 위해 우선적으로 확보가 요구되는 기술로는 정보통신기반의 보안취약성과 사이버 공격에 대한 피해파급 영향 및 기존 보안대책의 적절성을 분석 진단할 수 있는 취약성분석기술과 정보통신기반에 대한 사이버테러리즘 발생시 실시간으로 침입을 방지하여 경보를 발령하고, 탐지된 침입에 대해 대응 및 복구 할 수 있는 침입탐지·대응·복구기술, Secure OS/DBMS·네트워크 보안 등 정보통신기반의 취약성을 제거하여 안전·신뢰성을 강화하는 안전·신뢰성 강화기술 등에 대한 기술 확보가 요구된다.

4. 전문인력 양성 및 대국민 홍보활동 전개

산·학·관 공동으로 대학 및 대학원에 정보보호교육 프로그램을 운영하여 범국가 차원에서 정보보호 전문인력을 양성해 나가야 하며, 국가·공공기관의 사이버테러리즘 대응 전문인력 양성을 위해서는 현행 보안업무규정에 의해 각급기관의 정보보안업무를 주관하고 있는 정보보안담당관을 중심으로 지속적인 실무교육을 강화해 나가야 한다

또한 매년 개최되는 정보보호심포지움, 정보보호 및 암호관련 학술세미나 등을 통해 대국민 인식제고를 위한 프로그램을 개발하여 시행하고. TV·신문 등 언론매체를 통한 적극적인 홍보활동이 요구된다.

5. 국내외 유관기관간 협력체제 강화

국가정보원, 정보통신부, 국방부. 검·경 등 민·관·군간 공조체제 구축 및 정보공유가 필수적이며 국제간 사이버테러리즘에 관한 정보를 공유하기 위해서는 국제해킹사고 대응기구(FIRST) 및 사이버테러리즘 대응기관 등과 협력을 강화해 나가야 한다. 특히 국외 해커들이 우리나라 전산시스템을 경유지로 이용하는 사례가 계속 증가하고 있어 이들 국외해커가 국내 전산망에 침투하는 것을 차단하고 색출하기 위해서는 국제간의 정보공유 및 수사공조가 더욱 강화되어야 한다.

Ⅶ. 결 론

세계각국은 21세기 정보화사회에서 국가경쟁력 우위확보를 위해 초고속 정보통신망을 확충하는 등 국가·사회 전분야에서 정보통신기반을 앞다투어 구축해 나가고 있다. 정보통신기반은 정보통신, 금융 및 전력. 교통, 급수, 국방, 전자정부 등 국가·사회활동에 매우 다양하게

적용되고 있다. 그러나 이러한 정보통신기반이 인터넷이라는 개방형 정보통신망으로 전세계와 연결 운용됨에 따라 사이버테러리즘에 많은 취약성을 내포하고 있어 대응책 마련이 긴요하다.

그러나 사이버테러리즘에 대한 대책을 마련하고 시행하는 것은 단순한 문제가 아니다. 사이버테러리즘에 대한 대책은 범국가 차원에서 民·官·軍이 공동으로 대처해 나가야 한다. 이를 위해 우선적으로 고려되어야 할 사항은 법·제도적 장치 마련, 범정부 차원의 대응체제 구축, 인터넷 등 급격하게 발전하는 정보통신 운용환경에 맞는 한국형 보안기술의 개발 보급, 정보보호 전문인력 양성, 지속적인 교육 홍보를 통한 보안의식 제고 등에 대한 구체적인 대책을 마련하고 이를 시행하여야 한다.

현재 우리나라도 국가정보원과 정보통신부 등 관련부처가 중심이 되어 사이버테러리즘에 대한 대응책을 마련하고 있으나 21세기 지식정보사회에서 국가경쟁력 우위확보와 국가안보를 위해서는, 보다 더 과감한 투자와 적극적인 대책마련이 필요하다. 소 잃고 외양간 고치는 식의 시행착오를 거치지 않기 위해서는 지금부터라도 범국가차원에서 적극적인 대응이 요구된다.

1) 국가정보원 홈페이지(www.nis.go.kr).
2) 정보전 전문가 Winn Schwartau는 "정보전은 상대방의 위협에 대응하여 자신의 정보자산을 보호하기 위한 기술이며 자신의 정보통신기반구조에 대한 비밀을 보장함과 동시에 상대방의 비밀을 절취하는 기술이다. 정보전은 정보를 소유하고 있는 자로부터 정보를 얻어내는 기술이며 상대방이 자신의 기술과 정보를 사용하지 못하도록 하는 것이다" 라고 정의한다.
3) 국가정보기반이라함은 "통신·금융·전력·국방·행정 등 국가경제 및 사회적 활동의 근간이 되는 사회기반시설의 운용과 관리에 필요한 정보 제어시스템 및 정보통신망을 말한다" 라고 가칭 국가정보기반보호규정에서 정의하고 있다

사이버상의 저작권침해

최 경 수*)

Ⅰ. 사이버스페이스와 저작권

사이버스페이스의 등장은 기존 저작권법이 안고 있는 숙제의 난이도를 한층 높이고 있다. 저작권 보호가 사이버스페이스에서 유통되는 각종 정보를 확대재생산하고 이를 토대로 정보사회의 발전을 기약하는 원동력으로 인식되기까지는 그다지 오랜 시간을 필요로 하지도 않았다. 저작권법은 정보 유통과 관련하여 사이버스페이스를 지배하는 가장 중요한 법률로 자리 잡았다고 할 수 있다

인터넷으로 대변되는 사이버스페이스는 그 성격이 기본적으로 열린 네트워크의 개념에서 출발하고 있다. 모든 정보는 자유로이 접근이 가능해야 한다. 또한 접근을 위해 과도한 비용을 들여서도 안 된다. 정보사회에서 정보의 독과점이 중요한 논의 대상으로 등장하는 것도 바로 산업사회에서 보아온 독과점의 폐해가 그대로 정보사회에서도 이어질 수 있기 때문이다.

반면, 정보는 제3자에 의한 무단 이용에 많은 허점을 보이고 있다. 이제까지는 이러한 점이 보다 관심의 대상이 되었다. 이것은 그대로 저작권 문제와 접목을 하고 있다. 저작권법은 저작자의 허락을 받지 않은 정보의 이용(복제, 방송, 전송 등)을 예방하고 금지하는 기본 법률이기 때문이다.

이하에서는 저작권 침해 실태를 중심으로, 필요한 경우 그 대책을 아울러 살펴보는 기회를 갖기로 한다. 먼저, 저작권법에서 보호하는 저작물이 무엇인지 검토하는 것으로 논의를 시작하기로 한다. 이어서 인터넷 홈페이지의 저작권 문제, PC 통신과 인터넷을 통한 저작권 침해 예방을 위한 온라인 사업자의 저작권 책임 문제, 저작물의 전자적 이용을 둘러싼 문제 등을 차례로 짚어보기로 한다.

Ⅱ. 저작권 보호 대상과 독창성 없는 데이터베이스

사이버스페이스에서 유통되는 정보(콘텐트)는 대부분 저작권법에 의하여 보호받는 저작물이다. 그 중 데이터베이스는 정보의 양과 질을 승부짓는 열쇠를 쥐고 있다. 데이터베이스 제작을 위해서는 많은 시간과 인력, 자본을 필요로 한다. 창의력도 빼 수 없는 요소이다. 이러한 데이터베이스는 정보산업의 핵심으로 자리잡고 있으며, 그 보호를 위한 바람직한 방법에 관하여 각국이 촉각을 곤두세우고 있다

---

*) 저작권심의조정위원회 연구실장

저작권법은 독창성 있는 창작물만을 보호대상으로 한다. 데이터베이스는 소재의 선택과 배열에 독창성이 있는 경우 저작권법상 보호됨은 물론이다. 그러나 상당수의 데이터베이스는 독창성 보다는 비용과 시간, 인력의 투입으로 그 질이 결정되고 있다. 이러한 데이터베이스는 법적 보호의 공백으로 실제 피해사례가 발생하기도 한다. 그럼에도 불구하고 데이터베이스의 법적 보호를 위한 국제 규범제정이라든가 국내법의 시행은 더디기만 하다.

유럽연합은 이 분야에서 선도적인 모습을 보이고 있다. 유럽연합이 독창성 없는 데이터베이스의 법적 보호에 관한 지침을 제정한 것은 1996년 3월이다.[1] 그 후 일부 국가는 유럽연합의 지침에 따라 국내법으로 수용하는 작업을 마쳤다. 이 지침은 및 가지 이유 때문에 제정되었다. 첫째는 유럽연합 회원국간에 데이터베이스 보호를 둘러싼 입법 태도가 다르고 국가마다 보호의 방법도 통일되어 있지 않아 유럽연합이 지향하는 공동시장 형성에 장애가 되기 때문에 이를 제거하는 데 있다. 둘째는 경제적인 측면이다. 유럽연합은 미국이 전세계 데이터베이스 시장의 대부분을 장악하고 있는 현실에서, 유럽의 데이터베이스 산업이 이를 따라가기 위해서는 그 법적 보호가 반드시 필요하다고 보았다.

이 지침에 의하면 데이터베이스 제작자는 데이터베이스 내용을 취득, 검증 또는 표현(obtaining, verification or presentation)하기 위하여 질적으로나 양적으로 상당한 투자(substantial investment)를 한 경우 해당 데이터베이스 내용의 전부나 상당 부분을 추출(extraction)하거나 재이용(re-utilization)하는 행위를 금지시킬 수 있는 권리를 가진다.[2]

다시 말해서 저작권이 아닌 독자적인 권리(sui generis right)를 창설하여 제작자를 보호하겠다는 것이다. 이 지침이 중점을 두고 있는 것도 이러한 독자적인 권리부여에 있다 하겠다.

이를 통해서 상당한 투자, 즉 데이터베이스의 구성부분을 취득하여 이를 데이터베이스의 형식에 맞게 검증하고 이를 외부적으로 표현하기 위하여 소요된 비용과 시간, 노력 등을 보전하는 데 있다고 할 수 있다.

이 지침은 일정한 경우(대부분 저작권법상 면책의 대상으로서, 예를 들어 비전자적인 데이터베이스를 사적 목적으로 추출하는 경우: 교육이나 학술목적으로 예시의 방법으로 사용하는 경우: 공공 안전이나 행정적, 사법적인 절차상의 목적으로 사용하는 경우 등) 데이터베이스 제작자의 허락이 없이도 데이터베이스의 재이용과 추출을 허용하고 있다

미국도 사정은 유럽의 경우와 사뭇 다르다. 1991년 Feist사건[3]에서, 미국대법원은 편집물이 보호받기 위해서는 선택 또는 배열의 독창성을 갖추어야 하는 바, 전화번호부가 독자적으로 창작되었다는 이유로 보호받기에 충분한 것은 아니라고 하였다. 대법원에 의하면, 독창성이란 독자적으로 저작물을 창작하고 또한 '적어도 최소한의 창작성을 가져야 한다'고 하였다. 이에 자극을 받은 미국 정부는 독창성이 없는 데이터베이스를 보호하기 위하여 국내법 제정과 국제 규범 제정을 위하여 많은 노력을 하여 왔으나 아직 결론은 끄집어내지 못하고 있다.

데이터베이스의 독자적인 보호는 현실적인 필요성과 아울러 현실적인 망설임이 교차한다고 할 수 있다. 우리에게도 독창성이 없는 데이터베이스가 다수 제작되고 있으나 외국의 데이터베이스가 물밀 듯이 밀고 올 경우 미치는 파장이 겁나기 때문이다.

이와 관련하여 우리나라 판례는 주목할 만하다. 여기서는 단지 법원의 판단만을 소개하기로 한다. 1998년 9월 서울민사법원은 저작권침해금지가처분결정에서 입찰정보에 대한 저작물성을 인정한 바 있다. 법원은 "신청인 한국입찰정보시스템이 제공하는 그 정보 소재의 선택. 배열, 검색조건, 검색화면구성 등에 관하여 최소한도의 창작성이 있다고 할 것이고, 위 신청인이 신청인 일주데이터시스템을 통하여 위 정보를 제공함에 있어서 일정한 수수료를 받고 회원들에게 그 이용을 허락하였다 하더라도 그것은 위 정보를 복제하여 새로운 상업적 이용에 이르게 하는 것까지 포함하는 것은 아니라고 할 것이므로, 피신청인은 자신의 직원들을 통하여 신청인 한국입찰정보시스템의 위 정보를 무단복제하는 방법으로 위 신청인의 저작권을 침해하였다고 할 것이다"라고 하였다.

Ⅲ. 홈페이지의 저작권 문제

기생 사이트(parasitic website)의 등장은 신문사나 방송사에 골칫거리로 등장하고 있다. TotalNews는 프레임 기법을 이용하여 자신의 URL, 로고, 메뉴, 광고 등을 그대로 둔 채 CNN이나 워싱턴포스트, 월스트리트저널 등의 웹 사이트를 자신의 것인 양 행세하였다.[4)]

이에 참지 못한 워싱턴포스트, 타임, CNN, 로이터 등 유수의 언론사들은 1997년 2월 TotalNews를 상대로 상표법, 부정경쟁법, 저작권법 등 동원 가능한 모든 법률을 동원하여 소송을 제기하였다. TotalNews는 이들의 방침에 굴복, 화해를 통하여 재발방지를 약속하였다. 그 후 CNN은 법적 대응과는 별도로 자신의 사이트에 링크할 때 프레임이 사라지는 기술을 채택하였다.[5)]

우리나라 유수 일간지의 경우도 이러한 수난을 겪은 것으로 알려지고 있다.

실제로 이와 유사한 사례로서, 법원의 판단을 얻어낸 경우도 있다. 1996년 10월 스코틀랜드 법원에서는 Shetland Times의 웹사이트 머릿기사를 자신의 정사이트에 실은 Shetland News를 상대로 한 금지명령을 내린 바 있다. Shetland Times는 홈페이지에 광고를 실어 사이트를 운영하는 도중, Shetland News가 Times의 하위 디렉토리에 링크하여 자신의 머릿기사를 읽을 수 있도록 하자 광고 수입 감소를 염려한 나머지 법원에 호소하게 된것이다.[6)] 법원은 일부 머릿기사 또는 웹 링크는 어문 저작물이라 할 수 있고, 웹 링크는 영국 저작권법상 케이블 프로그램[7)]이라 할 수 있다면서 잠정적 금지명령(interim interdict)을 내린 바 있다. 물론 이 결정이 본안 판결은 아니지만 링크 그 자체도 저작권법이나 부정경쟁법상 불법이 될 수 있음을 보여주는 사례로서 의미를 가진다고 할 수 있다.

법원의 판단은 링크를 저작권법상의 문제로 끌어들였다는 점에 주목할 필요가 있다. 그러나 링크는 머릿기사 제목과 같은 텍스트와 URL(경우에 따라서는 하위 디렉토리와 html 문서명)로 이루어진다. 제목이나 슬로건은 예외적인 경우를 제외하고는 저작물성이 인정되지 않는다.[8)] URL도 또한 저작물성이 없다. 그렇다면 링크는 그 어떤 것이든 부정경쟁법이나 불법행위법 적용 여부는 별론으로 하더라도, 저작권 침해를 묻기는 어렵지 않은가 생각한다. 인터넷은 링크를 기반으로 모든 홈페이지를 연결하는 기본 구도를 가지고 있다. 링크의 억제

는 곧 인터넷의 발전을 막는 요인이 될 수 있다.

Ⅳ. 온라인 사업자의 저작권 책임

우리나라에서도 사이버스페이스의 저작권 침해 논란이 끊이지 않고 있다. 1996년 CD-ROM 가속 프로그램인 'CD-BLITZ'(정가 48,000원)가 주요 PC통신망을 통해서 8,000여 건의 접속 횟수를 기록, 개발자에게 3억 8천여만원의 손해를 입혔다고 보도된 바 있다. 이에 따라 보광미디어는 같은 해 6월 PC통신업체 나우콤을 검찰에 고발하는 한편, 민사 구제 절차를 진행한 바 있다. 같은 해 9월에는 통신용 프로그램 '이야기 7.3'은 약 2만 회의 내려받기 기록을 보였다고 한다.[9)]

그런가 하면, 음악용 MP3 파일이 1996년부터 음악 동호인의 사랑을 받으면서 각 통신망에 올라 유통된 적도 있었다. 일부 정보제공자들은 1997년 8월부터는 해당 권리자로부터 허락을 받아 합법적으로 MP3 파일을 유료로 서비스하기도 하였으나 1999년 3월 천리안, 나우누리, 하이텔 등은 일부 권리자의 요청에 따라, 이용자의 거센 항의를 무릅쓰고 MP3 음악파일 서비스를 중단시킨 바 있다. MP3 파일 서비스는 아직도 권리 처리 자체가 곤란하거나 그 비용이 너무 커서 본격적인 사업은 중단 상태에 있다고 할 수 있다.

이른바 온라인 사업자(OSP,OLSP)는 여러 부류로 나누어 생각할 수 있다. 망운영자(network operator), 접근 제공자(access provider), 서비스 제공자(service provider) 및 콘텐트 제공자(content provider) 등을 구별할 수 있다. 온라인 사업자는 어느 한 기능만을 제공하는 경우가 있는가 하면, 다수의 기능을 동시에 제공하는 경우도 적지 않기 때문에 이들을 뚜렷이 구분하는 것도 쉬운 일은 아니다. 망운영자는 대체로 전기통신사업자(common carrier)에 가까운 것이라 할 수 있다. 다른 온라인 사업자는 콘텐트를 모으거나 끌어들여(hosting, acquiring and licensing) 사업을 영위한다. 이 중 접근 제공자(예를 들어 Usenet news group)는 콘텐트를 모으는 역할만을 하기 때문에 서비스 제공자나 콘텐트 제공자와 도 다르다고 할 수 있다.[10)]

서비스 제공자와 콘텐트 제공자를 포괄하는 좁은 의미의 온라인 사업자는 저작자에게 공격의 기회를 여러 측면에서 제공하고 있다.[11)] 첫째, 사이버 스페이스의 특성상 투자자본을 회수하는 데에 최소 6개월 걸리는 소프트웨어가 몇 일 이내에 전세계에 유통될 때 투자 자본의 회수는 불가능하다.[12)] 이러한 소프트웨어 등의 유통을 직접 매개하는 온라인 사업자는 사이버스페이스에서의 저작권 침해를 예방할 수 있는 가장 적절한 주체이다. 둘째, 가입자와의 관계에서 가입자의 신분을 잘 알 수 있고, 그가 언제, 얼마나 온라인망을 이용하는지 어떤 용도로 이용하는지 가장 잘 알고 있다. 네트워크 정책을 직접 세워서 이를 가입자와 계약을 통해서 분쟁이 생길 경우 해결할 수 있는 길을 가지고 있다. 셋째, 일부 방에 대해서는 편집권한(editorial control)을 행사한다.

온라인 사업자의 항변도 이유가 없는 것은 아니다. 첫째, 온라인 사업자는 다루는 정보가 헤아릴 수 없이 많기 때문에 일일이 내용을 검색하고 통제한다는 것이 불가능하다는 것이다.

둘째, 사업자는 자료에 대하여 평가할 수 있는 위치에 있지 않다는 것이다. 셋째, 책임을 묻게 되면 이는 유통되는 자료의 양이 줄게 되고 이는 결국 정보의 확대재생산에 합치하지 않는다는 것이고 이는 결국 정보사회의 발전을 더디게 한다는 것이다. 넷째, 저작물 '배포'(dissemination)의 주체는 온라인 사업자가 아니라는 것이다. 특히, 우리나라의 경우 미국 등에서 논의되는 대위책임, 방조책임 등은 타인의 침해행위를 감독할 권리나 능력이 있어야 하나 우리 온라인 사업자는 그러한 권리나 능력을 가지고 있지 않으며 수많은 자료를 일일이 검색한다는 것도 어렵다고 한다. 일부에서는 온라인 사업자는 전기통신사업자에 지나지 않는다고 주장하기도 한다.

온라인 사업자의 책임 문제는 외국에서도 끊이지 않고 논란을 야기하고 있다. 프랑스와 네덜란드는 아직까지 온라인 사업자의 책임에 관한 법률을 제정하지 않고 있다. 따라서 판례로서 이 문제에 대처하고 있는 바, 접근 제공자에게는 일반적으로 통제의 기술적 난점 등을 이유로 책임을 인정하지 않고 있으며, 호스트 서비스 제공자에게는 일부 책임을 인정하는 태도를 보이고 있다.[13] 프랑스의 한 판례에 의하면, 호스트 서비스 제공자는 기술적으로 가능한 방법을 동원하여 모니터링 의무를 다했음을 입증하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다고 하였다. BBS운영자의 책임 문제를 다룬 네덜란드의 사건에 의하면, 가입자가 소프트웨어를 올리거나 내릴 수 있도록 허용함으로써 저작권 침해를 알 수 있었음에도 불구하고 과실로 알지 못한 데 대한 책임을 묻고 있다.[14]

미국도 온라인 사업자의 책임에 관한 법률을 제정하기 전까지는 정리가 덜 된 판례들을 내놓았다. 국내외적으로 잘 알려진 3개 판례를 여기서 간단히 소개하는 것으로 미국 판례의 태도를 짐작하기로 한다. 초기 판례로 유명한 1993년의 Playboy사건은 BBS를 통한 사진저작물의 업로드와 다운로드에 대한 책임 문제를 다루었다. 피고 Frena는 가입자들간에 사진을 주고 받았다는 점은 인정하였으나 소환장을 송달받은 즉시 해당 사진들을 게시판에서 삭제하였다고 주장하였다.

플로리다 중부 연방 지방법원은 공정사용의 요건들을 검토한 결과 본 건 행위가 공정사용에 따른 면책의 범위에 속하지 않으므로 현시권(right of display)과 배포권(right of distribution)을 모두 직접 침해하였다고 판시하였다.[15] 법원은 특히 저작권 침해를 알지 못했다는 것은 중요한 것이 아니며 침해의 고의나 인식은 침해의 요건이 아니라고 하였다.[16]

1994년 Sega사건은 피고 BBS운영자 Maphia가 가입자로 하여금 Sega의 게임 소프트웨어를 업로드하고 다운로드할 수 있도록 한 데 대해, 예비적 금지명령(preliminary injunction)을 내린 사건이다. 이 사건에서 Maphia는 수수료를 내거나 Sega의 카트리지 게임을 복제할 수 있는 특정 하드웨어(일명 "copier")를 구입한 사람들간에 Sega의 비디오 게임을 온라인으로 (카트리지 형태가 아닌) BBS를 통해서 업로드하고 다운로드할 수 있도록 하였다. 이에 대해서 캘리포니아 북부 연방 지방법원은 BBS 운영자는 가입자의 복제 행위에 대하여 그 역할로 인하여 일견(prima facie) 직접 침해와 기여 침해(contributory infringement)에 대한 책임이 있으므로 본안에서의 승소 가능성을 들어 금지명령을 내렸다.[18]

반면, 1995년 Netcom 사건에서 법원은 다른 판단을 보여주었다. 이 사건은 공동 피고 Dennis Erlich가 사설 BBS 운영자의 게시판을 이용하여 사이언톨로지 교회를 비판하기 위하

여 교회 창립자 Ron Hubbard의 저작물을 유스넷 뉴스그룹에 올린 것을 두고 저작권자 Religious Techonology Center가 인터넷 서비스 사업자인 Netcom을 공동 피고로 하여 금지명령을 청구한 사건이다. 이 사건에서 캘리포니아 북부 연방 지방법원은 Netcom이 접근 제공자에 지나지 않는다는 이유로 Playboy 사건에서와 같은 직접 책임은 없다고 보았다. 법원은 저작권법상 저작권 침해 여부는 엄격 책임 이론에 입각하여 판단해야 한다고 하고 있으나 행위와 결과 사이의 인과관계는 존재해야 한다면서 본 건에서는 이러한 인과관계가 결여되었다고 보았다. 따라서 복제권, 배포권 및 현시권 침해가 존재한다면 이는 직접 그러한 행위를 한 가입자가 책임을 져야 할 것이며 Netcom은 책임이 없다고 판단을 내렸다. 법원은 특히 복제권 침해와 관련하여, Netcom이 원고 저작물을 복제하기 위하여 적극적인 행위를 하지 않았으며 단지 가입자들이 Usenet 메시지를 올리기 위하여 시스템을 설치하고 유지한 데 지나지 않으며, 시스템에 복제물을 일시적으로 저장했다고 하여 복제를 야기한 것으로 볼 수 없다고 하였다.[19] 법원은 결론적으로 Netcom은 단순히 접근제공자에 지나지 않으며 통제 능력을 가지고 있지 않기 때문에 책임을 물을 수 없다고 보았다.[20]

법원은 더 나아가 기여 책임과 대위 책임(vicarious liability)에 관해서도 언급하고 있다. 기여 책임의 요건으로서 피고의 인식(인지) 여부가 문제되는 바, Netcom은 원고의 서신을 접하기 전까지 11일 동안 원고의 저작권이 침해되었는지 알았거나 알 수 있었는지 여부에 따라 책임을 가릴 수 있으나 이에 대한 사실 관계의 확정이 필요하다는 입장을 보였다. 대위 책임은 침해자의 행위를 통제할 수 있는 권리와 능력을 가지고 있고 침해로 인하여 직접적인 금전상의 이익이 있는 경우 대위 책임이 인정되는 바, 법원은 이를 인정하기 어렵다고 보아 대위 책임을 인정하지 않았다.

이러한 엇갈린 주장과 태도 속에서 일부 국가에서는 온라인 사업자의 책임을 법에서 분명히 규정하는 예가 생기기 시작하였다. 독일은 1997년 정보통신서비스법(IuKDG; 이른바 멀티미디어법)을 제정하여 이 분야의 선구적인 입법 태도를 보이고 있다. 이 법 제1조 5절은 서비스 제공자의 책임에 관한 규정을 담고 있다. 이에 의하면, "(1) 서비스 제공자는 이용에 제공된 자신의 콘텐트에 대한 일반법상의 책임을 진다. (2) 서비스 제공자는 이용에 제공된 제3자의 콘텐트에 대하여, 자신이 그 콘텐트를 알고 있고 그 이용을 방지하는 것이 기술적으로 가능하고 합리적으로 기대할 수 있는 경우에 한하여 책임을 진다. (3) 서비스 제공자는 제3자의 콘텐트에 대하여 이용을 위하여 단순히 접근 제공을 하는 경우 책임을 지지 아니한다. 이용자의 접근으로 인하여 제3자의 콘텐트를 자동적·일시적으로 저장하는 것은 접근 제공이 된다. (4) 일반법에 따른 불법 콘텐트의 이용을 방지할 의무는 서비스제공자가 통신법 제85절에 따른 통신 비밀의 의무를 따를 것을 전제로 그 콘텐트를 알고 그 방지가 기술적으로 가능하고 합리적으로 기대할 수 있는 경우에는 영향을 받지 아니한다."[21]

여기서 서비스제공자란 자신이나 제3자의 원격송신 서비스를 일반 공중이 이용할 수 있도록 제공하거나 이용할 수 있도록 접근을 제공하는 자연인이나 법인이다. 위 제5절은 서비스 제공자는 자신의 콘텐트에 대하여는 일반법상 책임을 진다는 원칙규정과 제3자의 콘텐트에 대한 특별규정으로 나뉜다.

제3자의 콘텐트 관련 규정은 두 가지 경우를 생각할 수 있다. 첫째는 접근제공자에 관한

규정이다. 접근 제공자는 제2항에 의하여 면책되는 것이 원칙이다. 그러나 제4항에 의하여 불법 콘텐트임을 인식하고 이를 막는 것이 기술적으로 가능한 경우 부담하는 의무는 그대로 존재하므로, 예를 들어 침해정지·예방 청구의 상대방이 될 수는 있다.[22] 둘째로는 호스트 서비스 제공자에 관한 제3항의 규정이다. 이에 의하면, 서비스 제공자가 제3자의 콘텐트를 알고 있고 그 이용을 방지하는 것이 기술적으로 가능하고 합리적으로 기대 가능한 경우 책임을 진다는 것이다.

이 제2항과 4항은 책임의 성격이나 책임 성립요건에 관해서 분명하게 언급하지 않고 있다. 언뜻 보기에 고의·과실을 책임 성립의 요건으로 하는 듯하나, 여기서는 단순히 '인식'(knowledge)이라고만 하여 실제로 알고 있거나 누군가의 통지를 통해서 알게 된 경우에만 책임을 물을 수 있는 것으로 보인다. 따라서 주의 의무를 해태하여 알지 못한 경우, 즉 과실이 있는 때에는 면책된다고 볼 여지도 있다 하겠다.[23] 기술적으로 가능하다 함은 당시의 기술 수준에 비추어 방지하는 것이 가능하다는 것을 의미하는 것으로 보인다.

어쨌든 이 법은 1995년 컴퓨서브사건[24]의 여파로 나온 것으로 입법취지가 저작권침해의 경우를 예정하지 않았다는 점, 고의만을 책임 성립의 요건으로 하고 있다는 점과 이러한 요건은 기존의 책임법 체계와 현저한 불균형을 이룬다는 점, 부당이익에 관한 저작권법상의 규정도 이 법에서는 찾아볼 수 없다는 점, 그리고 접근 제공자는 어떠한 경우에도 책임을 물을 수 없다는 점 등을 들어 비판을 하기도 한다.[25]

미국은 1998년 10월 이른바 디지털천년저작권법(Digital Millennium Copyright Act)을 제정하여 보다 구체적인 접근을 하고 있다. 이 법 제2편은 온라인 사업자의 책임 문제를 다루고 있다. 첫째, 저작물의 송신, 라우팅 및 연결 제공, 또는 이러한 송신 과정에서 발생하는 일시적 저장, 둘째, 네트워크의 성능을 높이고 네트워크의 정체를 줄이기 위한 기술의 일환으로 발생하는 일시적 저장(system caching), 셋째, 이용자의 요청에 따른 서비스 제공자의 정보 저장,[26] 넷째, 인터넷 웹사이트의 링크 등에 대해서 온라인 사업자의 책임을 면제해주는 규정을 담고 있다. 각각의 경우 면책의 요건이 다르다. 첫째의 경우를 보면, 1) 온라인 사업자가 직접 송신, 라우팅 등을 개시하는 것이 아니고, 2) 사업자에 의한 송신이 자료에 대한 선택이 없이 자동적인 기술적인 과정에 의한 것이고, 3) 다른 사람의 요청에 대한 자동적인 응답의 경우를 제외하고는 저작물 이용자를 선택할 수 없고, 4) 예정 가능한 이용자 이외의 사람에게는 복제물이 전달되지 않고 송신, 라우팅 등에 필요한 시간 이상 복제물을 보존하지 않아야 하며, 5) 사업자는 저작물의 내용을 변경해서는 안 된다는 등 5가지 요건을 충족하도록 하고 있다. 둘째의 경우도 첫째의 경우와 마찬가지라 할 수 있으며, 한 가지 요건을 더 추가하고 있다. 즉, 온라인 사업자는 침해의 통지가 있으면 해당 자료를 신속히 제거하거나 그에 접근을 할 수 없도록 하여야 한다. 셋째와 넷째의 경우는 온라인 사업자가 해당 자료가 침해물인지 알지 못할 경우, 이를 알았을 때에는 해당 자료를 신속히 제거하거나 그에 대한 접근을 할 수 없도록 할 경우, 그리고 제3자의 침해행위로 인하여 금전적 이득을 얻지 않은 경우 책임을 지지 않는다.

아직 우리는 온라인 사업자의 책임 문제가 법률로 제도화하지는 않았다. 일부 이를 위한 논의는 상당한 정도 진행되었다.[27] 여기서는 온라인 사업자의 책임 문제를 직접 다루고 있는

판례를 소개함으로써 앞으로의 전개 과정을 짐작해보기로 한다. 이른바 칵테일 사건에서 원고들은 자신의 멀티미디어 저작도구인 칵테일98이 제3자에 의하여 피고 중앙대학교 홈페이지 게시판에 올라 약 400회 조회 건수를 기록하면서 자신에게 피해를 입혔다고 주장하면서 손해배상을 청구하였다. 이 사건에서 서울지방법원은 "…그와 같이 전송이 가능하도록 장소나 시설을 제공한 것에 불과한 자는 이를 통하여 발생하는 불법행위에 관하여 자신이 직접적인 고의를 가지고 있지 아니한 이상 원칙적으로 그러한 장소나 시설의 제공 사실만을 가지고 곧바로 침해에 대한 직접적인 책임을 부담하는 것으로 보아야 할 아무런 근거가 없는 것이며, 다만 예외적으로 이들이 이용자의 침해행위를 적극적으로 야기하였다거나 우연한 기회나 권리자로부터의 고지를 통하여 이용자의 침해물 또는 침해행위의 존재를 인식하고도 이를 방치한 경우 또는 이들이 침해행위를 통제할 권리와 능력이 있고 그 침해행위로부터 직접적인 재산상 이익을 얻는 경우 등과 같이 이용자의 직접적인 침해행위와 동일하게 평가할 수 있을 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 그 책임을 인정하여야 할 경우가 있을 수 있으나 그러한 경우에 해당하는지 여부는 결국 당해 사건에서 제공되는 서비스의 구조나 형태, 범위, 침해행위의 정도 및 태양 등 제반 사정들을 종합하여 구체적으로 판단될 수밖에 없는 것이라 하겠다.[28)]

V. 저작물의 전자적 이용

외국에서도 수많은 사례가 우리의 관심을 끌고 있다. 1990년부터 4년간 뉴욕타임스와 뉴스데이, 뉴욕뉴스데이, 스포츠일러스트레이티드 등 4개 신문 잡지에 글을 실어 왔던 전국작가동맹(National writers union, NWU) 회장 죠나단 타시니 등 6명은 뉴욕 지방법원에 약식 재판을 신청하였다. 뉴욕타임스 등은 데이터베이스업체인 LEXISHEXIS와 온라인 텍스트검색 시스템인 NEXIS에 올릴 수 있도록 계약을 하였고 UMI는 CD-ROM으로 제작할 수 있도록 하였다. NEXIS와 CD-ROM에 담기 위해서는 일부 편집도 필요했다. 신문상에 있는 만화, 사진, 일러스트, 주식시세, 부고, 날씨 정보 등을 전자적인 형태에 적합한 것만 배열하기도 하고, 전자적인 형태에 맞게끔 색인을 넣고. 코드 작업을 하였다.

신청인의 주장은 첫째, 이들은 인쇄 형태로 1회 사용에 대한 권한을 신문이나 잡지에 넘긴 것(이른바 First North American Serial Rights)일 뿐 다른 권리는 여전히 자신들에 귀속된다는 것이었다. 이들은 2차적인 이용, 즉 신디케이트, 번역, 선집물 등에 이용할 때마다 수입을 얻기 때문에 2차적 이용은 자신들에게 매우 중요한 문제라고 주장하였다.

1997년 8월 뉴욕 남부 연방지방법원은 자유기고가들의 신청을 기각하였다. 문제가 된 법원의 판단은 비록 권리의 이전은 없다 하더라도 신문 발행자는 NEXIS와 CD-ROM에 실을 수 있다는 것이었다. 이러한 판결의 배경에는 미국 저작권법상 특이한 배포의 개념과 수집 저작물 규정 때문이었다.[29)]

미국 저작권법 제201조 (c)는 수집저작물(collective work)에 실린 기여분에 대한 저작권은 수집저작물에 대한 저작권과는 구별되며, 그 저작권은 원시적으로 기여분 저작자에게 귀속하

지만, 명시적인 저작권 이전이 없는 경우에는 수집저작물의 저작자가 수집저작물의 일부로서 기여분. 수집저작물의 개정판, 그리고 동일 시리즈물의 추후 수집저작물을 복제하고 배포할 수 있다고 규정하고 있다. 법원은 문제의 데이터베이스는 개정판에 지나지 않는다고 보았으며, 독자가 새로운 방법으로 저작물을 보다 효과적으로 볼 수 있도록 한 것이 문제의 데이터베이스이며 이는 인쇄판으로 보는 것과 목적이 동일하다는 것이다.

따라서 이러한 법원의 결정은 비록 권리의 이전은 없더라도 신문 발행자는 NEXIS와 CD-ROM형태로 저작물을 복제하고 배포할 수 있다는 것에 지나지 않을 뿐, 기고가들은 그들대로 인쇄물의 편집 내용 전부를 다른 온라인매체에 자신의 저작물을 올리는 데 대한 권리를 여전히 가진다는 것이었다. 다시 말해서 신문 발행자와 자유기고가의 권리가 일정 부분 경합을 하는 것을 면할 길이 없게 되었다.

1999년 9월 제2순회 항소법원은 신청인의 항소에 대하여, 저작자의 허락을 받지 않고 해당 저작물을 데이터베이스와 CD-ROM에 수록하는 것은 저작권 침해라고 판시하면서 원심 판결을 뒤집었다. 항소법원에 의하면, 첫째 제201조 (c)에서 수집저작물 저작자에게 부여되고 있는 두 번째 특혜(개정판의 복제·배포)는 다른 특혜(기여분과 동일한 시리즈물의 추후 수집저작물의 복제·배포)와 함께 이해하여야 하며, 둘째, 두 번째 특혜 규정은 같은 날짜 신문의 다른 판(2판, 3판 등)을 제작할 수 있도록 길을 열어놓은 것이라고 보는 것이 가장 자연스러운 해석이라 할 수 있다. 항소법원은 또한 제201조 (c)에서 말하는 특혜는 저작권이 개별 기고자에게 귀속되는 일반 원칙의 예외일 뿐이며, 따라서 이러한 예외를 넓게 해석할 수는 없다고 판시하였다. 이 특례 규정은 신문사나 출판사로 하여금 개별 기고분을 판매하도록 하거나 일반 공중으로 하여금 개별적으로 검색하여 이용할 수 있도록 허용하는 것은 아니라는 것이다.

항소법원은 특히 NEXIS는 개별적으로 검색할 수 있는 기여분을 다량으로 가지고 있는 데이터베이스로서 이를 각 신문이나 간행물의 개정판으로 볼 수는 없다고 하였다. 최종 이용자는 개별 저작자의 기고분에 접근하는 것이지 수집저작물에 접근하는 것도 아니다. 법원은 또한 UMI 데이터베이스는 비록 한 종의 간행물을 담은 것이지만 결론은 마찬가지라고 보았다.[30)]

Ⅵ. 대 책

기술 발전은 우리에게 여러 가지 방법으로 능력을 실험한다. 기술 발전에 발맞추어 지적재산권 관련 법제도를 어떻게 정비하느냐 하는 것도 우리의 능력을 재는 잣대가 될 수 있다. 지적재산권법이 기술의 변화에 적응하지 못할 경우 권리자와 이용자 모두에게 불편한 것으로 인식되고 이것은 법의 존재가치에 대한 회의를 가중시킬 것이다. 특히 저작권법은 모든 국민에게 친숙한 법으로 자리잡아야 한다. 이들 모두가 저작권법의 주체이자 객체이기 때문이다. 저작권법 개정 작업은 계속 진행형일 수밖에 없다. 또 어떠한 이용형태의 등장으로 새로운 권리 부여의 필요성이 제기될 지 모른다. 이점에 관심을 갖고 지켜보고 적극적으로 의

사표시를 하는 것이 이 분야 종사자의 역할일 것이다.

그런가 하면,저작권 제도는 국제 관계 속에서 그 의미가 새롭게 조명을 받고 있다. 우리라고 예외가 될 수는 없다. 따라서 국제 동향에도 관심을 기울여야 할 것이다. 우리는 수 천년의 역사 속에서 '생존'과 '생활'의 멋을 소중히 여기는 이치를 체득해 왔다. 특히 저작권 분야는 국제 조류에 매우 민감하게 반응한다. 그렇다고 하여 국제 질서에 함몰되어서는 안 된다. 한편으로 국제 질서의 변화를 적극 수용하고, 다른 한편으로는 우리의 입장을 정확히 읽고 이에 관한 제도를 세울 수 있는 지혜도 아울러 요구된다.

1) Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Databases,01 No L 77/20.
2) 여기서 말하는 추출이란 데이터베이스내용의 전부 또는 상당 부분을 어떠한 수단이나 형식으로든지 일시적으로나 영속적으로 다른 매체로 옮기는 것(transfer)을 말하며, 재이용이란 복제물의 배포, 대여, 온라인 또는 기타 송신에 의하여 데이터베이스내용의 전부나 상당 부분을 공중에 제공하는 모든 형태를 말한다. 이것은 이용자나 경쟁업자가 데이터베이스 제작자의 경제적, 전문가적 투자(financial and professional investment)에 대하여 상당한 손실을 야기할 수 없도록 하는 것이다.
3) Feist Publications Inc. v Rural Telephone Service Co. Inc., Copyright Law Decisions 1991, CCH, ★26,702. 이 사건에서 법원은 Rural의 인명록 전화번호부에 대하여 독창성이 없다는 이유로 저작권 보호를 부정하였다.
4) 프레임 기법을 사용하는 이유는 무엇보다도 다른 사이트로 넘어가지 않고서도, 동일한 윈도 창에서 다른 사이트의 기사 등을 볼 수 있다는 데 있다. 프레임기법을 사용하면 북마크 등 이용자에게 편리한 기능을 제공할 수 없기 때문에 웹 사이트들이 선호하는 방법은 아니다.
5) 이에 관하여는, www.wired.com/news/business/story/2230.html 참조.
6) 이에 관하여는, www.mediainfo.com/ephome/news/newshtm/stop/st103096.htm 참조. 하위 디렉토리라 하여도 각 기사가 Shetland Times의 것임을 알릴 수 있는 방법(예를 들어 CGI 기법)은 존재하지만 Times는 그러한 방법을 사용하지 않았다.
7) 영국 저작권법상 케이블 프로그램이란 케이블 프로그램 서비스에 수록된 자료를 말한다. 케이블 프로그램 서비스란 2곳 이상의 장소에서 또는 공중이 수신할 수 있도록 전기통신의 방법으로 소리나, 이미지 기타 정보를 송신하는 서비스를 말한다. 1988년 저작권·의장·특허법 제7조.
8) 프랑스 지적재산권법에서는 독창성 있는 제목도 저작권법상 보호대상으로 하고 있으나, 우리 법원의 태도는 제목 등에 관한 한 엄격한 기준을 요구하고 있다.
9) 세계일보, 97. 4. 17. 16쪽.
10) Mark Haftke, "Net Liability: Is an Exemption from Liability for On-Line Service Providers Required?," [1996] Ent.LR 47.
11) 이에 관해서는, 종합 토론 요약. "'96 저작권 심포지엄." 계간 저작권, 1996년 겨울호, 76-81쪽 : Mark Haftke, op. cit.; "Statement of William 1. Cook Before the House of Judiciary Committee Courts and Intellectual Property Subcommittee," The Computer Law and Security Report, May-June 1996, pp.150-156 등 참조.
12) 미국에서 온라인 해적으로 인하여 연간 100억 달러의 손실이 발생한다고 한다. "Online Theft", Information Week, 8/25/95; "Statement of cook," note 3, p. 155.
13) Nils Bortloff, "Internet Service Providers' Liability in the European Union," Copyright World, October 1997, pp. 33-34; Rosa Julia-Barcelo, "Liability For On-line Intermediaries: A European Perpective," [1998]EIPR 453, p.457
14) Julia-Barcelo, op. cit., p. 457.
15) Playboy Enterprises v Frena, 839 F. Supp. 1552(MD Fla 1993) in 1993 Copyright Law Decisions, ★27,228. 미국 법상 배포권과 현시권은 각기 우리 법상의 배포권과 전시권과는 개념상으로나 또는 해석상 다르다고 보아야 할 것이다.
16) 미국 저작권법은 엄격 책임 법리에 따라 고의·과실을 책임 성립 요건으로 하지 않고 있다. 미국 저작권법 제501조(a) 참조.
17) 법원은 "피고들이 게임이 언제 업로드되고 다운로드되는지 정확히 알지 못했다 하더라도 이들이 설비 제공, 지휘, 인식 및 권장 등의 방법으로 복제 행위에 참여한 역할을 볼 때 이는 저작권 기여 침해에 해당한다"고 보았다. 기여 침해란 침해 행위라는 사실을 알면서도 다른 사람의 침해행위를 유인·야기하거나 기타 실질적으로 기여한 경우에 발생한다. Paul Goldstein, Copyright, 2nd Ed., Aspen Law & Business,1998, Chapter 6

"Contributory Infringement and Vicarious Liability".

18) Sega Enterprises v Maphia, 857 F. Supp. 679 (ND Cal. 1994) in 1994 Copyright Law Decisions, ★27,309.

19) 법원은 원고가 Playboy사건을 원용하여 복제권 침해라고 하나 등 사건은 현시권과 배포권에 대해서만 언급하였다고 하였다. 법원은 또한 Sega사건의 중심은 직접 책임에 있는 것이 아니고 제501조에서 말하는 일견 직접 침해가 존재하였느냐 여부라고 하였다. 원고는 또한 현시권 위반에 대한 Netcom의 직접 책임을 주장하였으나 배포권 침해에 대한 주장은 하지 않았다. 법원은 부수의견으로 오로지 배포를 한 이용자가 직접 책임을 진다고 보았다.

20) RTC v Netcom On-Line Communication Services, 907 F. Supp. 1361(ND Cal. 1995) in 1996 Copyright Law Decision, ★27,500. 법원의 결정 및 사건의 전말에 관해서는 http://www.eff.org/pub/legal/Intellectual_Property/Scientology_cases/whyte-netcom-112195.order 참조.

21) 이 법의 내용과 영문 번역본은, www.heise.de/tp/english/inhalt/te/1260/1.html; www.kuner.com/data.reg/multimd3.htm참조

22) Julia-Barcelo, op. cit., p.456.

23) Ibid.

24) 1995년 12월 뮌헨지방법원이 미국 온라인사업자 Compuserve의 독일지사가 미국의 Compuserve에 연결하여 200개 이상의 음란물을 담은 뉴스그룹에 접근할 수 있도록 허용하였다 하여 2년의 금고와 10만 마르크의 벌금을 물린 사건이다.

25) 독일 연방정부 관리도 제5절은 저작권 침해에 대한 책임에 관한 것이 아니라고 고백 하고 있다. Martin Schaefer, Clemens Rasch and Thorsten Braun, "Liability of On-line Service and Access Providers for Copyright Infringing Third-Party Contents,"[1999] EIPR 208. p.209.

26) 이러한 예로는 웹 이용자에게 홈페이지 제작이나 채팅을 위하여 서버의 일정 공간을 제공하는 경우를 들 수 있다.

27) 박익환, "저작물의 온라인 전송에 따른 법적 책임 문제," 계간 저작권, 1996년 겨울호, 63-67쪽: 정찬모·오기석, "통신망사업자의 컴퓨터프로그램 저작권 보호의무: 국내외 동향과 정책방향," 통신정책동향, 96-12-2, 40-61쪽. 이영록, "서비스 제공자의 저작권 침해 책임." 계간 저작권, 1998년 가을호. 31-42쪽 참조.

28) 서울지방법원 제12민사부 판결, 98가합111554 손해배상(기).

29) 판결 전문은. 1997 Copyright Law Decisions, ★27,962 참조.

30) 판결 전문은. http://www.tourolaw..edu/2ndCircuit/September99/97-9181.html 참조

사이버범죄수사에 대한 국제적 협력문제

한 봉 조*)

Ⅰ.개 관

1) 디지털 시대는 과거에는 예상치 못하였던 국제적인 범죄의 발생을 가능하게 하고 있다. 인터넷 사용과 새로운 기술이 증가함에 따라, 전화선이나 데이터 네트워크를 통하여 원격지에서 저지르는 하이테크 범죄가 늘어나고 있고, 불법 복제된 프로그램 코드와 유해한 통신물(미성년자 음란물)이 전 세계적으로 사이버 공간을 통하여 유통되고 있다. 사회적으로 네트워크를 바탕으로 하는 정보 인프라구조가 고도화되고 있고, 은행업무등 금융분야와 전자상거래가 사이버 공간에서 일상화 보편화되고 있는 것처럼 이러한 네트워크 문화와 환경이 급속히 진전됨에 따라 원거리로부터의 사이버 공격도 급증하고 있으며 국가와 사회의 중요한 정보시스템들이 사이버공격에 노출되어 있기도 하다.

사이버공간에서의 컴퓨터 하이테크 범죄는 러브바이러스의 사례에서 보듯이 짧은 시간에 여러 나라에서 걸쳐 많은 사람들에게 막대한 피해를 주고 있으며, 이들 범죄들의 증거는 범행후 즉시 인멸되거나 변경되기도 하고 세계 어느 곳인가에 형태를 바꾸어 숨겨지기도 한다.

그러나 이에 대한 각국의 형사사법기관들의 대응 조치들은 인력과 법적, 제도적, 기술적 제약 때문에 이러한 사이버 범죄에 대한 수사와 법집행을 함에 있어 여러 가지 한계에 부닥치게 되고, 사이버 범죄자들은 각국의 형사사법 기관의 사법권이 자신들만큼 쉽게 국경을 넘나들 수 없다는 것을 잘 이용하기도 한다.

이러한 현상은 형사사법 기관들에게는 과거에는 생각지 못하였던 새로운 도전이며 컴퓨터 범죄수사에 국제적 협조가 긴요한 이유이기도 하다. 사이버범죄 수사를 하는 형사사법관련 기관들은 사이버 공간에서 국경을 넘나들며 네트워크상에서 신속하고도 효과적인 수사를 할 수 있는 기술적, 제도적 환경을 갖추지 않으면 안 되는 상황에 와 있다.

2. 사이버범죄 수사에 대한 국제적 협력의 필요성

글로벌 네트워크 통신을 사용하는 하이테크 범죄자들을 색출하고 신원을 파악하기 위해서는 그들이 여러 나라를 넘나드는 통신망에 나타날 때 수사기관도 그 통신망을 추적할 수 있는 고도의 컴퓨터통신의 기술적 능력을 갖추어야 한다.

현재의 국제형사사법공조절차는 지금과 같은 고도로 발달된 통신환경에서의 특수한 첨단 하이테크 범죄를 상상치 못하였던 시대의 법제도적 장치로서 너무나 오랜 시간을 요하는 구조로 되어있으므로 여러 나라의 즉각적인 도움이 요구되는 네트워크를 이용한 하이테크 범

*) 대검찰청 정보통신과장, 부장검사

죄인 경우에는 관계국간의 긴밀한 협조와 더욱 신속하고 효과적인 기술적 수사방법이 필요하다.

사이버 공간에서 벌어지는 범죄의 수사를 위하여는 외국에 보유된 데이터에 원격지에서 엑세스 할 수 있는 기술적, 제도적 방안이 강구되어야 할 것이고, 순식간에 인멸되거나 변경될 수 있는 전자적 증거의 특징상 전자자료의 압수와 수색, 보존 등에 대한 기술적, 제도적 방안도 강구되어야 할 것이다. 순전히 수사목적이나 법집행의 목적 달성을 위한 것이라면 지금의 최신 정보통신 기술들은 얼마든지 원격지에서의 자료의 무제한적인 접근이나 자료 입수, 보관. 처리가 가능할 것이지만 정보화 사회에 있어서 전자화된 자료들은 개인의 프라이버시와 인권보호. 전자 민주주의, 국가 주권과 국제법적인 관할권 문제등 여러 가지 복잡 다양한 법적, 제도적 문제들을 내포하고 있기 때문에 이러한 문제들도 종합적으로 고려하여 대처하여야 한다.

이러한 문제들은 어느 한 국가의 노력만으로는 해결될 수 있는 것이 아니고 국제적인 협조를 통하여 조약이나 각국의 국내법과 정책 등에 사이버범죄에 대한 종합적인 대책을 반영시켜 시행함으로써만이 해결될 수 있는 문제이다.

Ⅱ. 현행 국제형사사법공조법의 내용

사이버 범죄 수사에 특히 신속하고 효과적인 국제적 협력관계가 필요한 이유를 살펴보기 위하여는 먼저 통상적인 범죄에 있어서의 형사사법 공조절차를 알아보는 것이 도움이 된다.

통상적인 경우의 형사사법 공조절차는 다음과 같다.

외국의 요청에 따른 수사공조에 관하여 공조요청의 접수와 요청국에 대한 공조자료의 송부는 외무부장관이 행하는 것을 원칙으로 하고 있고, 공조요청은 공조요청 사건의 요지와 공조요청의 목적과 내용을 기재한 서면으로 하도록 되어 있다.

이러한 절차를 거쳐 공조를 하는 경우에도 공조는 대한민국의 법률이 정하는 방식에 의하여 실시하고, 다만 요청국이 요청한 공조방식이 대한민국의 법률에 저촉되지 않는 경우에는 요청국이 요청한 방식에 의할 수 있다.

외무부장관은 요청국으로부터 형사사건의 수사에 관한 공조요청을 받은 때에는 법무부장관에게 이를 송부하고, 법무부장관은 공조요청서를 송부받고 공조요청에 응하는 것이 상당하다고 인정하는 경우에는 관할 지방검찰청 검사장에게 공조에 필요한 조치를 취하도록 명할 수 있고, 검사장은 소속검사에게 공조에 필요한 자료를 수집하거나 기타 필요한 조치를 취하도록 명하여야 한다.

검사는 공조에 필요한 자료를 수집하기 위하여 관계인의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있고, 감정·통역 또는 번역을 촉탁할 수 있으며, 서류 기타 물건의 소유자 소지자 또는 보관자에게 그 제출을 요구하거나 공무소 기타 공사단체에 그 사실을 조회하거나 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있다. 검사는 공조에 필요한 경우에는 영장에 의하여 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다.

검사는 사법경찰관리를 지휘하여 이러한 수사를 하게 할 수 있고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 판사가 발부한 영장에 의하여 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다.

이러한 과정을 거쳐 검사장은 공조에 필요한 조치를 완료한 때에는 지체없이 수집한 공조자료등을 법무부장관에게 송부하여야 하고, 법무부장관은 이를 외무부장관에게 송부한다. 또한 법무부장관이 검사장 또는 검사에게 하는 명령·서류송부와 검사장 또는 검사가 법무부장관에게 하는 보고·서류송부는 검찰총장을 거쳐야 한다.

다만 공조요청이 법원 또는 검사가 보관하는 소송서류의 제공에 관한 것일 경우에는 법무부장관은 그 서류를 보관하고 있는 법원 또는 검사에게 공조요청서를 송부한다.

한편, 법무부장관은 국제형사사법공조법이나 관계국과의 공조조약에 의하여 공조할 수 없거나 공조하지 아니하는 것이 상당하다고 인정하는 경우 또는 공조를 연기하고자 하는 경우에는 외무부장관과 협의하여야 한다.

외국의 공조요청에 소요되는 비용은 요청국과 특별한 약정이 없는 한 요청국이 부담한다. 다만, 대한민국의 영역 안에서 발생하는 비용은 대한민국이 부담할 수 있고, 국내법 또는 공조조약에 의하여 요청국이 공조의 실시를 위하여 소요되는 비용을 부담하도록 되어 있는 경우에는 요청국으로부터 그 비용지급에 대한 보증을 받아야 한다.

이와 같이 통상적인 국제형사사법공조관계에 있어서는 실제로 수사공조가 이루어지기까지 상당한 시간이 소요되고, 그 절차와 방식도 국내법이 정하는 한도 내에서 이루어지지 때문에 신속하고도 긴밀한 증거의 수집과 범인의 추적이 요구되는 사이버공간에서 발생되는 신종 하이테크 범죄의 경우에는 적용하기가 용이하지 아니하다. 그러나 아직까지는 기본적으로 국가간의 형사사법공조의 원칙적인 틀은 국제형사사법공조법에 의하여야 할 것이므로 사이버범죄의 국제적 협력관계에서는 이러한 현재의 각국 형사사법공조법의 한계를 보완하는 기술적, 제도적 장치들이 중요한 과제가 될 것이다.

Ⅲ. 국제적 협력체제 구축 현황

1. 국제적 협력을 위한 G8국가의 활동

G8 8개국은 덴버 정상회담에서 각 국민의 개인 및 집단의 안전에 훨씬 더 큰 위협을 제기하고 있는 다국간 조직범죄에 대처하기 위하여 리용 정상회담 40개조 권고안을 이행하기 위한 노력을 강화하기로 합의하고, 이에따라 1997. 12. 9 - 10 워싱턴 D.C에서 G8 법무 및 내무각료 회의가 개최되었다.

여기에서 각국은 컴퓨터범죄등 하이테크 범죄에 대한 수사 및 기소 역량을 강화하는 것과 범죄인 인도와 상호간 국제사법 공조체계를 강화시켜 범죄인은 세계의 어느 곳에서도 안전한 피난처를 가질 수 없도록 한다는 것을 목표로 국제협력관계의 기본원칙과 이를 이행하기 위한 실천방안을 결의하였다. 이는 컴퓨터범죄등 하이테크 첨단범죄에 관하여는 새로운 컴퓨터와 네트워크 통신기술의 발달로 전 세계적인 통신이 용이하게 되었고 이로 인한 피해는

전세계적의 경제 사회적 시스템 전반에 걸쳐 심각한 영향을 미칠 수 있다는 전대미문의 상황을 정확히 인식하고 이에 대한 국제적 협력관계가 어느 때 보다도 긴급하다는 현실적인 필요성을 바탕으로 출발한 것이었다.

2. 워싱턴 각료회의

워싱턴에서 개최된 G8 법무 내무 각료회의에서는 하이테크 범죄에 대한 각국의 준수사항으로 10개 원칙을 선언하였다.

1. 정보기술을 남용하는 사람에게는 절대로 안전한 도피처가 있어서는 안된다.
2. 국제적인 하이테크 범죄의 수사와 기소는 피해 발생지가 어느 곳이든지에 관계없이 모든 관련국가 사이에서 조정되어야 한다.
3. 수사요원(법집행요원)은 하이테크 범죄에 대처하기 위한 교육훈련과 지식을 갖추어야 한다.
4. 전자자료의 비밀성, 무결성, 가용성과 컴퓨터 시스템의 무권한자에 의한 침해로부터의 보호는 법제도적으로 보장되어야 하며 심각한 위법행위는 처벌받도록 규정되어야 한다.
5. 범죄수사에 결정적으로 필요한 전산데이터의 보존과 이에 대한 신속한 접근은 법제도적으로 허용되어야 한다.
6. 국제적인 청단기술범죄와 관련된 사건에서 신속한 증거수집과 교환이 가능하도록 상호 협력체제를 갖추어야 한다.
7. 공개적으로 이용 가능한(open source) 정보에 대한 법집행기관에 의한 국경을 넘는 전자적 접근은 데이터가 존재하는 국가의 승인을 필요로 하지 않는다.
8. 전자적 데이터가 범죄수사와 기소에 사용될 수 있도록 하기 위하여는 전자적 데이터의 검색과 인증에 대한 감정기준이 개발되고 적용되어야 한다.
9. 정보통신시스템은 가능한 한 네트워크 범죄의 방지와 탐지가 가능하도록 설계되어야 하며, 범인의 추적과 증거수집도 용이하게 할 수 있도록 만들어져야 한다.
10. 노력의 중복을 방지하기 위하여 이 분야에서의 연구는 다른 관련 국제포럼의 연구와 서로 조정되어야 한다.

이 내용을 분석해보면, 컴퓨터 하이테크 범죄에 대한 국제적 협력관계의 주요 요소들이 모두 망라되어 있다.

즉, 기술적, 사실적인 측면에서 1) 수사요원(법집행요원)의 하이테크 범죄에 대처하기 위한 교육훈련과 능력 확보 2) 국제적인 청단기술범죄와 관련된 사건에서 신속한 증거수집과 교환이 가능하도록 상호 실질적 협력체제의 구축 3) 네트워크 범죄의 방지와 탐지가 가능하고 범인의 추적과 증거수집도 용이하도록 필요한 장치와 구조를 갖춘 컴퓨터 시스템의 설계와 설치 4) 국제포럼의 연구 등 네트워크 범죄 대책에 관한 국제적인 공동 연구를 들 수 있고. 법적 제도적인 측면에서 1) 피해 발생지가 어느 곳이든지에 관계없이 모든 관련국가 사이에

서 국제적인 하이테크 범죄의 수사와 기소의 관할권 문제에 대한 조정문제, 2) 전자자료의 비밀성, 무결성, 가용성과 컴퓨터 시스템의 무권한자에 의한 침해로부터의 보호와 중대한 위법행위에 대한 처벌 조항등 법적 대응조치의 구비, 3) 범죄수사에 결정적으로 필요한 전산데이터의 보존과 신속한 엑세스에 대한 법적 보장, 4) 공개적으로 이용 가능한(opensource) 정보에 대한 다른 국가의 법집행기관에 의한 국경을 넘는 전자적 접근의 허용 5) 전자적 데이터의 검색과 인증에 대한 감정기준의 개발 등을 들 수 있다.

3. 구체적 행동지침

각료회의는 나아가 위의 10개 기본원칙을 구체화 시키기 위한 행동계획(Action Plan)을 설정하였는데 그 내용은 다음과 같다.

1. 다국간에 걸친 첨단기술범죄 사건에 시기적절하고 효과적인 대응을 하기 위하여 기존 네트워크의 지식을 갖춘 요원을 활용할 것과 24시간 가동할 수 있는 범죄신고연락망(point-of-contact)을 구축할 것
2. 첨단 하이테크 범죄수사 업무와 국제적 형사사법공조 업무에 훈련되고 지식을 갖춘, 충분한 수의 수사관을 배치할 것
3. 통신과 컴퓨터 시스템의 남용을 형사처벌의 대상으로 규정하고 하이테크 범죄에 대한 수사를 촉진시킬 수 있는 법적 제도를 정비할 것
4. 상호 협정이나 조정을 할 때 하이테크 범죄에 관련된 쟁점들을 고려할 것
5. 사법공조요청을 실행하기 전 전자적 증거 보존방법, 국경을 넘는 검색, 자료의 위치가 미확인 상태에서의 증거를 찾기 위한 컴퓨터 자료의 검색 등을 할 수 있도록 실효성있는 해결방안을 강구할 것
6. 모든 통신매치에서 통신도중의 전송 자료를 신속히 획득할 수 있는 방법과 이를 국제적으로 신속히 전송할 수 있는 방법을 강구할 것
7. 첨단 하이테크 범죄에 대처하기 위하여 중요한 증거의 보존과 수집에 신기술을 적용할 수 있도록 산업계와 공동 협력할 것
8. 긴급한 사건의 경우에 하이테크 범죄에 관한 상호협력의 요청과 응답을 신속히 할 수 있는 통신수단(전화, 팩스, 이메일 등)을 강구할 것
9. 국제적으로 정보통신 기술분야에서 표준규격을 선도해 가는 것으로 알려진 업체들로 하여금 공공부문과 민간부문에 신뢰할 수 있고 안전한 통신기술과 데이터 처리기술을 제공해 주도록 할 것
10. 범죄수사와 기소에서 사용할 수 있도록 전자적 데이터의 검색과 인증을 할 수 있는 기준을 개발하고 적용할 것

4. 모스크바 G8 각료회의

G8 각료들은 1997년 워싱턴회의에서 하이테크 및 컴퓨터 관련 범죄에 관한 행동 계획에

합의한 이후. 1998. 12 각국 각료들의 화상회의도 개최하는 등 긴밀한 협력체제를 가동시켜 위와같이 합의된 행동계획들을 구체화하는 노력을 계속하였다. 그리하여 1999. 10. 19 - 20 모스크바에서 개최된 각료 회의에서는 다시한번 이를 확인하고, 나아가 국제적 범죄사건을 수사함에 있어서 화상형식을 이용한 수사를 도입하겠다는 것을 밝히고, 범죄자가 범죄를 저지른 나라에서 재판을 받을 수 있도록 인도하거나, 범죄가 발생한 장소에서의 수사가 효과적으로 진행되도록 하는 규약을 만들 것임을 밝혔다.

또한 하이테크 범죄수사를 지원하기 위한 24시간 네트워크 협력체제에 대하여 이러한 네트워크 수립으로 인해 우리의 삶을 위협하는 심각한 범죄를 비롯한 하이테크 범죄를 성공적으로 수사할 수 있을 것이며, 현재 다른 많은 국가에도 이 체제가 확장되고 있음을 알리고 국제사회의 다른 국가들이 다국적이고 조직화된 범죄에 대한 소위 리용 그룹 40개 권고사항을 받아들일 것을 촉구하고 있다.

모스크바 G8 각료회의에서는 워싱턴 각료회의에서 합의된 구체적인 내용들의 실천을 위하여 보다 세부적인 사항들에 대하여 - 법집행기관 직원들이 형사사건을 수사할 때와 각국의 전산자료에 대한 액세스 또는 복사, 압수수색을 할 때 지켜져야 할 원칙들에 대하여 - 다음과 같이 합의하고 이들 원칙들은 조약이나 각국의 국내법으로 반영되어야 한다는데 합의를 하였다.

가. 컴퓨터 시스템에 저장된 자료의 보존

먼저, 컴퓨터 증거를 확보하기 위한 기본원칙으로 각 국가에 대하여 자국내의 컴퓨터 시스템에 있는 자료의 확보의무를 규정하였다. 전산자료들은 자료의 엑세스, 검색, 복사, 압수를 할 때 자료가 잔류되어 있는 기간이 매우 짧거나 쉽게 변경되거나 삭제될 우려가 있으므로 각 국은 정보서비스 제공자(Service Provider)와 같은 제3자가 보유하고 있는 전자적 자료를 신속히 확보할 수 있는 방안을 강구하여야 하도록 하고, 또한 그것이 자국의 범죄수사를 위한 것이 아니라 단지 다른 국가의 수사를 지원하기 위한 목적인 경우라도 필요한 자료의 보존을 확보하도록 하였다.

이를 위하여 한 국가는 다른 국가에게 그 나라의 컴퓨터 시스템에 저장되어 있는 전산자료를 신속히 확보하여 보존해달라는 것을 요구할 수도 있고, 다른 국가로부터 자료확보와 보존의 요청을 받은 국가는 국내법에 따라 가능한 모든 적절한 수단을 사용하여 신속히 대상자료를 확보하고 보존하도록 하였으며, 이러한 자료 보존은 자료의 엑세스, 검색, 복사, 압수를 위한 공식적인 사법공조 절차를 할 때까지 소요되는 상당한 기간 동안 가능해야 한다고 하고 있다.

나. 형사사법공조 절차의 촉진

공식적인 형사사법공조 절차 이전에 위와 같은 절차에 의하여 보존되고 있던 자료를 포함한 전산 증거자료에 대한 엑세스, 검색, 복사, 압수, 자료공개 등에 대하여 공식적인 사법공

조 요청을 받은 국가는 그들의 국내법에 따라 가능한 한 신속하게 이를 이행해야 하는데, 그 방법은 가) 통상적인 사법공조 절차에 따른 회신을 하거나 나) 사법공조를 요청한 국가에서 인정하는 법적 확인절차와 통상적인 사법공조 절차에 따른 자료의 공개 또는 다) 요청 받은 국가의 법이 허용하는 범위에서의 기타의 방법으로 할 수 있고, 각국은 이러한 원칙에 따라 이루어진 사법공조 요청은 신속하고 안정적인 통신수단을 이용하여(전화, 팩스. e-mail등) 이를 접수하고 회신하여야 한다고 함으로써 형사사법공조 절차의 촉진을 도모하고 있다.

다. 전자적 자료에 대한 국경을 넘은 엑세스

이러한 여러 원clr들에도 불구하고 각 국은 일정한 경우에는 다른 국가의 전자적 자료의 수집과정에 다른 나라로부터의 승인을 받을 필요가 없도록 하고 있는데. 즉 가) 데이터가 지역적으로 어디에 위치하든지 관계없이 공개적인 데이터에 대한 엑세스, 나) 다른 나라에 컴퓨터 시스템이 위치하고 있으나 자료에 대한 권한이 있는 자의 적법하고 임의적인 동의에 의한 자료의 엑세스, 검색. 복사, 압수의 경우에는 상대방 국가의 동의없이 국경을 넘어서 수사적 목적으로 하는 전자적 자료의 엑세스를 허용하고 있다. 다만, 이와 같은 방법으로 자료를 검색하고자 하는 국가는 만약, 그 자료로 인하여 위법행위가 밝혀지거나 국가의 이익에 관한 것이라면 상대방 국가에 통지를 하는 것을 고려하여야 한다고 하고 있다.

5. G8국가들의 추진 방향

G8 국가들은 위와 같은 정상회담과 각료회의를 통하여 첨단 하이테크 범죄와 신종 국제범죄에 있어 국제적 사법공조제도와 범죄인 인도제도가 특히 중요하다는 것에 대한 국제적 공감대를 확산시키고, 범죄인 인도에 관하여도 범죄지 국가에서 재판을 받도록 하기 위해 자국민을 인도하도록 협조하기로 하고, 범죄인 인도가 불가능한 경우에는 그대신 국내에서 재판을 받게 하되 자국의 영토 안에서 행해진 중요범죄의 기소에 들여지는 것과 똑같은 기간과 인원, 비용으로 이를 수행하기로 하는데 의견의 일치를 하고 있다.

국제적 범죄에 대한 협력관계에 있어서도 전통적인 법적 관념을 탈피하여 여러 가지 장애를 제거하려는 노력을 하고 있는 바, 예컨대 여러 나라에 걸쳐 이루어진 범죄에 대하여 이중처벌의 문제도 융통성있게 탄력적으로 접근하고, 컴퓨터범죄에 대한 형량도 범죄인인도제도가 요구하는 정도의 높은 형량의 중요한 범죄로 규정하는 등의 노력을 할 필요가 있다고 하고 있다.

관할이 여러 나라에 걸치는 사건에 있어서는 각 국가 간에 수사와 기소에 있어서의 있을 수 있는 절차의 중복과 갈등을 최소화하고, 기소장소의 결정과 증거의 수집 및 공유에 대한 책임의 배분 등을 국가 간에 긴밀한 협력을 통하여 해결해야 한다고 하고 있다.

또한 자국에서의 형사소송절차에 해외에 있는 증인을 출석시킬 수 있는 방법을 강화해야 할 필요가 있음을 강조하고 한편으로는 해외에 거주하는 증인으로부터 증언이나 진술을 확보하는 수단으로써 화상전송기술(video-link-technology)을 도입하는 방안도 논의되고 있다.

화상증언 시스템에 대하여는 각국은 국제적 사법공조의 한 형태로 화상 전송 시스템의 사용을 인용하고, 화상증언에 대한 위증행위에 대하여도 처벌하는 것을 합의하고 있다.

G8 각료회의에서는 또한 국제적 협력관계에 관한 리용 정상회담의 권고안과 그에 대한 이행조치들을 다른 국가들도 채택할 것을 강력히 촉구하고 있고, 이미 여러 나라에서 이에 동조하는 활동을 하고 있으므로 이러한 G8 각료회의의 협의사항들은 다른 나라들에 있어서도 국제적인 컴퓨터 하이테크 범죄에 대처하기 위한 방안을 강구함에 있어 많은 참고가 될 것이고, 이와 같은 국제적인 협력조치에 대한 각 국내에서의 부수적 이행조치들도 뒤따를 것으로 보인다.

Ⅳ. 국제적 협력관계의 구체적 내용

1. 사이버범죄의 개념정의

컴퓨터 네트워크 범죄에 대한 국제적 협력관계의 출발점은 국제적으로 행하여지는 컴퓨터 범죄의 개념에 대한 개념을 정의하는 것이 될 것이다. 시스템에 대한 부적격 또는 무권한 접속이나 전자자료의 무권한 파괴나 변경 시스템 암호의 무단 사용이나 유출 등이 여기에 포함될 수 있을 것이다. 또한 권한없이 불법적으로 컴퓨터 시스템을 장악하는데 사용되는 장치들을 보유, 사용하거나 거래하는 행위도 같은 범주에 포함될 수 있을 것이다.

각국이 네트워크를 이용한 사이버환경에서의 하이테크 범죄는 인류 공동의 이해관계에 중대한 영향을 미치는 범죄라는데 공동인식을 같이하고 사이버 공간에서의 활동에 대한 규제와 한계에 대한 합의점을 찾아 사이버범죄의 개념과 한계를 정의해 나가야 할 것이다.

2. 주권과 관할권의 문제

국가주권의 원칙상 형사법의 제정과 집행은 각 국가의 고유의 권한과 책임 범위에 속하는 것인데 반면 지금의 고도화된 글로벌 통신 네트워크의 성질상 새로이 부상하고 있는 첨단 하이테크 범죄 문제는 국제적인 연관성을 불가피하게 내포하고 있으므로 이러한 국제적인 문제를 다루기 위해서는 어떤 국가 혼자 만의 조치로는 효과적인 대처가 불가능한 상황에 처하게 되었다.

기본적으로 각 국가의 사법행위는 그 국가의 주권에 관한 문제이므로 대부분의 국가가 외국 수사기관이나 법집행기관이 자국내에서 범죄수사 행위를 하거나 사법행위를 수행하는 것을 용인하지 않고 있으며 국제적 형사사법 조약 등을 통하여 제한된 범위 내에서만 허용되고 있다.

다른 나라의 법집행기관에 대하여 자국 내에서 어떠한 입장을 취할 것이냐는 그 나라에 대한 복합적인 이해관계의 인식 정도에 따라 달라질 것이나, 국제적인 이해관계가 일치하는 범위에서는 각국의 사법행위의 실효성과 현실적인 필요성에 의하여 다른 국가의 사법행위에

대하여 상호 협력해 나가려고 하고 있고, 이러한 차원에서 우리나라도 국제형사사법공조법과 국제민사사법공조법을 제정하였다.

이는 또한 사건의 관할권 및 준거법과도 문제되는데 이에 대한 각국의 입장은 통상적인 경우에는 기본적으로 지역관할이 원칙이나 어떤 나라는 자국민이 세계 어느 곳에서 범죄를 저지르더라도 자국의 법의 적용을 받는 속인주의의 입장을 취하기도 하고, 경우에 따라서는 국익이나 국민에게 영향을 미치는 행위에 대하여 자국법을 적용하기도 하고, 범죄지와의 관련이 있는 범위에서 범죄지 법을 적용하기도 하는 등 입장에 따라 다르다.

인터넷을 통하여 음란물을 제공하는 사이트를 운영하는 경우 어떤 나라에서는 법적으로 허용이 되는 반면 다른 나라에서는 금지되고 있는 것과 같이 국제적인 사이버 환경에서 벌어지는 다양한 형태의 행위들은 각국마다 법적인 취급을 달리 하고 있는 예가 적지 않다.

이와 같이 컴퓨터 네트워크 범죄는 여러 나라에 걸쳐 발생되는 특성을 가지고 있는데 반하여 각국의 실체법과 절차법의 구체적 내용은 매우 다양하므로 컴퓨터 네트워크 범죄에 대하여 공통적인 관할권과 준거법을 인정할 것인가의 문제는 한계가 있을 수 밖에 없고, 현실적인 대처방안은 양국간의 합의 또는 국제적 협의에 의하여 이루어 질 수 밖에 없는 문제일 것이다.

3. 압수수색에 관한 문제

네트워크와 관련된 범죄의 국제적 협력문제에서 가장 중요한 것 중의 하나가 다른 나라에 있는 전자적 자료에 대한 압수, 수색, 보존은 어떻게 할 것이냐 하는 것이 되고 여기에는 여러 가지 고려하여야 할 측면이 있다.

네트워크 범죄에 있어서의 압수수색은 그 대상과 범위에 대하여도 전통적인 범죄와 다른 특색이 있고, 압수수색의 방법도 네트워크를 통하여 전자적 증거자료를 수집할 수 있느냐 하는 등 여러 가지 기술적인 문제점과 법적 제도적인 문제점들이 있다.

네트워크 범죄에 있어서도 전통적인 범죄에서와 마찬가지로 영장주의의 원칙은 그대로 적용이 되어 증거물의 압수수색이나 전화감청은 영장이나 감청허가서가 필요하며, 이러한 강제처분의 범위에 대하여는 대상과 기간이 명확히 특정되어야 한다.

그러나 컴퓨터범죄 수사에 있어서는 대상이 되는 컴퓨터에 저장된 데이터에 대한 압수수색 뿐 아니라 원격지에서 네트워크를 통하여 대상 컴퓨터의 자료에 접속하며 증거를 수집할 수 있는 권한이 필요하기도 하다. 그러나 한편으로 이러한 개념을 확대하면 그 범위가 너무 광범위해질 우려도 있는데, 그것은 인터넷이나 온라인 상에 있는 모든 정보까지도 포함하는 것으로 광범위하게 해석될 수도 있고, 경우에 따라서는 전화선과 모뎀으로 연결된 모든 컴퓨터에 대하여도 같은 개념으로 확대될 수도 있다는 점이 문제되기도 한다. 또한 컴퓨터 통신이 여러 단계의 네트워크 시스템을 거쳐서 이루어진 경우에 영장의 기재 범위를 어떻게 할 것이냐와 여러 나라의 시스템에 이루어 졌을 경우에 다른 나라에 있는 시스템에 있는 자료들은 어떻게 수집할 것이냐가 현실적인 어려움으로 대두된다.

또한 대상 컴퓨터가 특정되더라도 그 컴퓨터에 저장되어 있는 모든 자료와 소프트웨어가

압수수색의 범위에 포함될 수 있느냐는 대상이 되는 컴퓨터가 수사대상인 범죄에 어떠한 역할을 하였느냐에 따라 달라질 수 있는 것이고, 컴퓨터 자체가 범죄의 수단이나 도구로 이용되었을 경우와 단순히 저장매체로 이용되었을 경우와는 달리 취급되어야 할 것이다. 이것은 여러 사람의 네트워크 업무수행에 필수적으로 사용되고 있는 컴퓨터 시스템에 대한 압수수색의 경우에 특히 중요한 문제이다.

또한 처음에는 상상하지 못하였거나 영장에 구체적으로 특정되지 아니하였던 범죄의 증거들이 압수수색의 도중에 발견되는 경우도 있는데 이러한 증거들도 적법한 증거로서 인정될 수 있을 것인지의 여부는 각국의 증거법에 따라 다르다. 일부 국가의 경우에는 압수수색의 과정에서 압수대상인 객체에서 발견된 증거들은 영장에 기재된 범죄와 관련된 증거이거나 중대한 범죄와 관련된 증거인 경우에는 이를 압수하는 것이 허용된다.

또한 증거가 멸실될 위험성이 있는 경우에는 영장없는 압수수색을 허용하는 입법례도 있다.

이와 같이 컴퓨터 범죄에 있어서 압수수색 범위와 방법은 각국의 형사소송절차법에서 구체적인 내용은 달리 규정되고 있고, 이러한 부분에 대하여도 실질적인 국제적 수사공조가 효과적으로 이루어질 수 있도록 하기 위하여는 합리적인 조정과 합의가 이루어져야 할 부분이다.

4. 수사기법에 관한 기술적인 협력

네트워크상에서 일어나는 범죄의 수사에 있어서는 통신망을 이용한 범인의 인적사항과 주소 등을 파악하는 것이 필요하고 이러한 것은 통신회사나 부가통신사업자들의 협조를 받아야 경우도 있는데, 이러한 내용들은 한편으로는 프라이버시의 문제와도 관련되어 있다. 그러나 프라이버시와 압수수색 절차 등에 관한 각국의 통신관련 법규나 형사소송절차법등은 서로 일치하지 않는 부분이 많으므로 구체적인 상황에서 이러한 문제에 대하여 나라마다 법적, 절차적 대응조치들이 다르다.

예를 들어 네트워크 침투행위에 대한 증거를 수집하기 위하여 때로는 네트워크 통신회사에 대하여 통신회사로 하여금 상당기간 동안 전자자료를 보관하도록 하거나, 문제된 네트워크 통신내용을 실시간으로 저장하도록 할 필요성이 있는 경우도 있으며 기술적으로 이러한 것이 가능하도록 통신시설에 특수장치를 부가하도록 할 수 도 있을 것이며 이러한 제도적, 기술적 지원체제가 있느냐에 따라 현실적으로 국제적인 수사공조가 가능한지의 여부가 달려있는 문제이기도 하다.

컴퓨터범죄수사를 하면서 범인의 추적을 하기 위하여 컴퓨터 시스템에 스니퍼나 자바애플릿등 네트워크 상의 특수한 자료들을 수집할 수 있는 추적프로그램을 투입시키는 방법이나 원격지에서 네트워크 내용을 모니터링하는 기술을 사용하는 방법 등은 통신관계 법규와 관련 형사법의 적용을 받아야 한다. 뿐만 아니라 네트워크를 통한 하이테크 범죄수사를 위하여는 전통적인 범죄수사 기법이 아닌 첨단 통신기술을 이용한 수사기법이 필요하고, 여기에는 고도로 훈련된 전문가와 최첨단 통신기술의 응용이 필요하다.

또한 네트워크 범죄는 여러 나라의 수사기관들이 참여하게 되는데 이러한 경우 어떠한 나라의 수사요원들이 사이버 범죄 추적, 증거수집 능력이 부족한 경우 전체적인 수사의 결과나 효율성을 심각하게 저해할 수 있게 된다.

성공적인 국제적 사이버 범죄의 수사를 위하여는 다국적 범죄수사 및 범인추적을 할 수 있는 구체적인 기술적 시스템적 방안들이 협의되어야 하는 바, 여기에는 수사전문가 뿐만 아니라 정보통신회사들과의 협조가 불가피 할 것이다.

5. 24시간 네트워크 연락 체제 구축

컴퓨터 네트워크 범죄 수사에 있어서는 실질적인 국제적 공동수사 협력체제의 구축과 활동이 현실적으로 긴요한 과제이다.

G8 국가의 각료회의에서 합의된 내용중의 중요한 실천적인 내용의 하나로 24시간 상시 연락체제 구축을 들 수 있는데, 그 이후 15개국 이상이 이 연락망에 가입하고 있다.

전자통신의 속도와 전자적인 증거의 소멸성은 네트워크상에서 컴퓨터 시스템에 대한 침투행위 등 범행이 이루어지고 있는 동안 실시간으로 즉각적인 수사를 할 수 있는 체제가 필요하고, 점차 발전되고 있는 범세계적 네트워크망은 하이테크 범죄자들의 범행기술의 향상 뿐 아니라 수사기관의 수사능력과 협조의 효율성도 놀랍게 증대시키고 있다. 컴퓨터 하이테크범죄에 대처하 위하여는 각국의 수사기관 들이 갖고 있는 네트워크 망의 속도와 성능을 가속시키고, 관련된 통신기술들을 수사기관들이 습득하도록 하여 전 세계가 공유하고있는 네트워크 망에 중대한 위협의 조짐이 보일 때 즉시 다른 여러나라에 알릴 수 있도록 하고 네트워크 침투행위에 대한 방어에 나서는 한편 신속한 수사활동이 개시되도록 하여야 할 것이다.

6. 인터넷 사기등 사이버 범죄 관련 자료의 공유

인터넷을 이용한 사이버 금융거래 및 전자상거래가 급속히 확산되면서 전자 상거래를 이용하는 소비자에게 심각한 피해를 입히고 나아가서는 전자 상거래의 성장과 발전을 근본적으로 저해할 수도 있는 여러 가지 형태의 인터넷 사기가 급증하고 있다.

인터넷을 이용한 사이버 사기의 경우는 전통적인 형태의 범죄와 네트워크 환경을 이용한 기술이 결합된 형식의 범행이라고 할 수 있는데 이러한 범죄에 대처하기 위하여는 발생된 범죄에 대한 수사와 피해구제 뿐 아니라 유사한 형태의 범죄 발생을 예방하기 위한 여러 가지 조치들도 필요하다.

이에 관하여는 국가간에 국제적인 인터넷 사기의 전형적인 유형과 사이버 범죄자들의 신상정보, 그들의 범죄수법, 피해자들의 여러 가지 피해상황, 사법기관의 통계 자료들에 대한 정보를 공유하여 여러 국가의 국민들에게 피해를 주는 범죄자들을 수사하고 그들의 범죄행위에 대해 최대한의 형벌을 가할 수 있도록 국제적인 적극적인 공동 대응태세를 단호하게 보여주고 실행할 필요가 있다.

V. 결 론

사이버 범죄에 대한 국제적 협력관계는 글로벌화된 네트워크 환경의 독특한 특성을 다루기 위한 몇 가지의 명확한 요소를 갖추어야 한다.

모든 국가는 각국의 국내법으로 컴퓨터 네트워크를 부적절하게 사용하는 행위는 범죄가 된다는 것을 규정하여야 되고, 첨단 하이테크 범죄의 증거를 적시에 보존하고 수집할 수 있는 법적 절차를 규정하고 있어야 하고, 첨단 하이테크 범죄를 다를 수 있는 충분한 기술적인 지식과 적절한 교육훈련을 받은 수사요원들을 확보하는 것이 필요하다.

또한 이러한 각국의 국내적인 법적, 사실적 노력은 나아가 새로운 국제적 하이테크 범죄에 대처하기 위한 국제협력 관계에 의해 보완되어야만 글로벌 환경에서의 국경을 초월한 국제적인 하이테크 범죄에 대처할 수 있을 것이다.

이렇게 함으로써 각국은 주권의 원칙과 각국민의 인권과 프라이버시의 보호와 상충되지 않으면서도 하이테크 범죄에 대한 신속하고 적절한 정보를 수집하고 교환함으로써 국제적인 첨단 하이테크 범죄에 효과적으로 대처할 수 있을 것이다.

국제적인 하이테크 범죄에 대한 효과적인 해결책을 개발하기 위해서는 정부 뿐만 아니라 정부와 산업부문간의 협력관계도 필요하다. 글로벌 네트워크를 설계하고, 배치하고, 유지 관리하는 것이 바로 산업부문이고 네트워크 기술의 국제적 표준 개발도 산업부문에서 주도하고 있기 때문이다.

따라서 산업부문에서는 컴퓨터 보안이 안전하도록 시스템을 개발하고 이를 배포하여야 할 책임이 있다고 할 수 있고, 컴퓨터 시스템은 컴퓨터의 불법적인 오 남용을 용이하게 발견하고 이에 대한 전자적 증거를 보존하고 범인의 위치와 신원을 쉽게 확인할 수 있도록 하는데 관심을 두고 설계되어야 할 것이다.

최신 기법의 컴퓨터 하이테크 범죄에 대한 효과적인 해결책의 개발은 정부와 정보통신 기업간의 협조가 필요한 것이고, 각 국가의 법집행기관들과 정보통신 기업들의 기술적인 컨설팅은 물론 인터넷을 중심으로 한 사이버 경제환경을 촉진시키고 환산시킬 수 있는 제도적 환경적인 대비책도 논의하는 것이 중요하다.

최신 기법의 컴퓨터관련 범죄에 효과적으로 대항하는 기술적인 방안의 개발과 제시는 인터넷의 성장을 촉진시키는 현실적인 방법이 될 뿐 아니라 하이테크 범죄에 대한 효과적인 방어막을 구축함으로써 여러 나라의 피해자들을 보호할 수 있게 되는 것이다.

사이버 공간에서의 하이테크 범죄는 어느 한 나라에 국한되는 유형의 범죄가 아니라 전세계 모든 나라에 피해를 확산시킬 수도 있고, 미래의 정보통신환경을 마비시키거나 송두리째 뒤흔들어 놓을 수도 있는 전세계 공동체의 공동의 적이라는 인식아래 여러 나라와 정보통신 기업들이 인터넷 범죄에 대한 아이디어와 자료를 공유하고, 인터넷 범죄자들의 색출 및 신상파악이라는 현안에 공동 대처하는 전선을 구축하는 것이 필요하다.

사이버 범죄가 급증하고 있는 지금 우리나라도 여러 가지 방면에서 많은 대비책이 필요한 상황이다.

사이버범죄와 형사법적 대책

강 동 범*)

Ⅰ. 들어가는 말

1. 새로운 범죄의 등장

개인용 컴퓨터(PC)의 보급과 정보통신기술의 결합에 의해 인터넷이 일상생활의 중요한 도구로 등장하면서 사이버세계(cyberspace)가 새로운 생활공간으로 자리잡고 있다. 특히 정부가 10대 정보강국을 목표로 PC보급과 인터넷의 교육·활용에 힘쓴 결과 인터넷 사용인구가 1999년말 기준 568만 8천명으로 세계 10위이었으며,[1] 2000년 3월 현재 1천만명을 넘어섰다.[2]

이러한 인터넷시대, 사이버시대를 맞이하면서 우리의 생활패턴이 크게 변화하고 있다. 컴퓨터만 있으면 인터넷을 이용하여 사이버쇼핑, 사이버금융·주식거래, E메일을 통한 의사소통, 인터넷을 통한 신고·서류신청 등 거의 모든 일을 처리하고 필요한 정보에 대하여 시간적·공간적 제약 없이 용이하게 접근할 수 있게 되었다.

종전과는 전혀 다른 사이버세계라는 새로운 생활공간의 등장은 필연적으로 새로운 형태의 범죄행위를 유발하고 있다. 금년 초 세계 최대의 인터넷 검색사이트인 야후(yahoo)를 비롯하여 BUY.com, e베이, 아마존닷컴, CNN, ZDNet, E트레이드 등 세계의 유명 인터넷사이트가 해커들의 공격을 받아 수시간씩 작동불능상태에 빠져 지구촌을 '사이버대란'의 공포에 떨게 한 바 있었다.[3] 또한 5월 초에는 E메일을 타고 전파되는 컴퓨터 바이러스인 "러브바이러스"가 단 하루만에 지구 한바퀴를 돌며 전세계의 컴퓨터를 감염시키면서 하루 동안 전세계에 50억달러(약 5조 6천억원)의 피해를 입혔다.[4] 국내에서도 한국과학기술원 학생이 인터넷서비스망에 특수프로그램을 설치하여 타인의 계좌로부터 5백여만원을 빼내 갔는가 하면,[5] PC통신을 이용한 음란물판매나 음란사이트의 운영,[6] '우리별 3호'의 자료를 빼내 개인 홈페이지에 띄운 사건,[7] 인터넷을 이용하여 일본전신전화(NT를 통해 일본 외무성 주전산망에 침투한 것을 비롯하여 일본 미국 영국 캐나다 등 4개국의 대학 및 기업체 전산망에 들어가 자료를 열람한 사건,[8] 해킹을 통해 경쟁회사의 회원신상정보를 빼내 영업을 방해하려고 한 사건,[9] 국제전화 통화요금을 계산하는 컴퓨터프로그램을 조작하여 통화료를 부당하게 더 받아 챙긴 사건,[10] 대검찰청 컴퓨터범죄전담수사반의 인터넷 사이트에 침입하여 낙서를 한 사건,[11] PC통신 게시판에 노트북 컴퓨터 등을 시중보다 싸게 팔겠다는 광고를 낸 뒤 이를 보고 물건을 사겠다는 8명으로부터 돈을 입금받아 가로챈 사건,[12] 인터넷 경매사이트에서 음란물과 장물을 판매한 사건[13] 등 크고 작은 사이버범죄가 빈번하게 발생하고 있다. 더구나 금년 초에는 중학생이 '화이트바이러스'라는 사이버테러형 웜바이이러스(wormvirus)를 제작·유포시켜 국

*) 서울시립대학교 법학과 교수, 법학박사

내최초로 "사이버테러 경보 제1호"를 발령하게 만든 바 있다.[14)]

2. 형사법적 문제상황

사이버공간을 이용하는 새로운 범죄의 대부분은 기존의 형벌법규가 전혀 예상하지 못한 불법유형이므로 "처벌법규의 공백"상태가 나타날 수밖에 없었다. 그리하여 세계 각국에서는 사이버범죄에 대처하기 위하여 새로운 처벌법규를 신설하거나 기존의 처벌법규를 보완하는 입법을 한 바 있으며, 우리나라에서도 개별적인 특별법의 제정과 1995년의 형법개정을 통하여 부분적으로 사이버범죄에 대한 처벌규정을 마련한 바 있다.

이러한 실체법적인 보완조치와 더불어 사이버범죄에 대한 수사를 위하여 여러 나라들이 인적·물적 자원을 투입하고 있다. 예컨대 미국에서는 사이버범죄에 대처하기 위해 오래 전부터 연방수사국(FBI)에 컴퓨터범죄수사대를 설치하였으며, 내년 예산에 20억달러를 책정해 사이버범죄의 예방을 위하여 사용하기로 하였다.[15)] 유럽연합(EU)은 정상회담에서 사이버범죄 대응지침을 만들기로 합의하였으며, 일본 경찰청은 해킹이나 사이버테러의 수사를 전담하는 '사이버부대'를 올해 창설한다고 발표하였다.[16)] 또한 1999.10. 러시아에서 개최되었던 G8 법무·내무장관 회의에서는 하이테크범죄에 대처하기 위한 법제도의 강화를 선언하였고,[17)] 이들 G8의 컴퓨터 전문가들이 2000년 5월 15일부터 사흘간 파리에서 '인터넷범죄 대책회의'를 가질 예정인데, 특히 사생활보호와 사이버범죄 단속 및 처벌방안에 초점을 맞출 예정이라고 한다.[18)]

우리나라의 경우에도 검찰에서 1995년 서울지검에 정보범죄수사센터를, 1996년에 대검찰청에 정보범죄대책본부를 설치한 이래 1999년 기준으로 16개청에 컴퓨터범죄전담수사반으로 개칭하여 운영하고 있으며, 2000년에는 일선 5개 청에 컴퓨터범죄전담수사반을 설치할 예정이다.[19)] 한편 경찰에서는 1995년에 경찰청에 '해커수사대'를 창설하였는데, 1997년에 '컴퓨터범죄수사대'로 확대·개편하였고, 인터넷 사용인구의 폭발적 증가와 함께 사이버공간에서의 모든 불법행위에 대응하기 위해 1999년에 '사이버범죄수사대'를 창설·운영하고 있다.[20)]

이와 같이 사이버범죄의 처벌을 위한 입법적인 조치와 수사를 위한 제도적인 보완 그리고 국제적인 공동노력에도 불구하고 사이버범죄는 더욱 증가할 뿐만 아니라 교묘해지고 있다. 이러한 사이버범죄와 관련해서는 실체법적 그리고 절차법적으로 많은 문제가 발생하고 있는데 여기서는 주로 실체법적 문제점에 초점을 맞추어 살펴보고 그에 대한 대처방안을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 사이버범죄의 개념과 유형

1. 사이버범죄의 의의와 특징

가. 의 의

사이버범죄라는 용어는 비교적 최근에 사용되기 시작한 것으로서 그 개념에 대하여 학문적으로 정립된 것은 아니지만 일반적으로 사이버공간에서의 범죄현상을 의미한다고 말하여진다.[21] 얼마 전까지만 하여도 컴퓨터범죄, 정보통신범죄, 하이테크범죄 등의 용어가 사용되었으나 현재에는 사이버범죄라는 용어가 보다 널리 사용되고 있다. 컴퓨터범죄의 개념[22]에 관해 협의설은 전자적 자료처리에서의 자료와 물적 관련이 있는 모든 고의적인 재산침해행위라고 하며, 광의설은 컴퓨터가 행위의 수단이나 목적인 모든 범죄적 현상이라고 하는데, 사견으로 "컴퓨터에 의한 자료처리과정과 관련되는 위법행위"로 파악하고자 한다.[23] 따라서 컴퓨터범죄는 독립적인 컴퓨터시스템에 중점을 둔 용어로서, 인터넷으로 대표되는 오늘날의 상황에서는 핵심적인 범죄현상을 파악하는데 한계가 있다. 정보통신범죄 역시 컴퓨터범죄와 유사한 외연을 갖게 되므로 컴퓨터범죄와 동일한 문제점이 있다. 그리고 하이테크범죄는 고도의 과학기술이나 청단기술을 이용하여 범하여지는 범죄현상을 뜻한다고 보여지는데, 이는 사이버세계에서의 범죄만을 포섭하는 것은 아니다.

컴퓨터와 통신기술의 결합으로 등장한 인터넷이라는 새로운 생활공간을 일반적으로 '사이버공간'이라고 부르고 있으며, 그러한 새로운 생활공간에서 행하여지는 범죄적 현상에 대하여 형사법적 검토를 함에 있어서는 이론적인 관점보다는 현상적인 맥락에서 파악하는 용어가 타당할 것이다. 따라서 사이버공간에서의 범죄현상을 무리 없이 아우를 수 있는 용어로서는 사이버범죄라는 용어가 적절하다고 생각한다. 본 글에서의 사이버범죄는 컴퓨터범죄를 포함하여 사이버공간에서 행하여지는 모든 범죄적 현상을 의미한다.

나. 특 징

1) 비대면성

사이버공간은 컴퓨터를 이용하여 인터넷을 매개로 하여 형성되는 생활공간으로서 불가시적이므로 현실세계와는 달리 행위자들이 자신의 얼굴을 드러내지 않고 행동한다는 특징을 갖고 있다. 따라서 그곳에서의 모든 범죄행위도 행위자가 전혀 모습을 드러내지 않는 상태에서 행하여진다. 사이버범죄의 이러한 비대면성으로 인하여 범죄자들은 보다 과격하고 대담하게 행동하게 되어, 얼굴을 맞대고 있으면 하기 어려운 행동을 하는 경우가 많다.

예컨대 자신이 노출된 상태에서 상대방과 얼굴을 맞대고 있는 경우에는 할 수 없는 성적 표현이나 명예훼손적 발언을 하게 되어 사이버성폭력이나 명예훼손 또는 협박 등을 하기가 용이해진다. 또한 이러한 비대면성은 책임의식의 결여로 이어져 인터넷사기를 유발하는 계기가 될 수 있다.[24] 비대면성으로 인하여 피해자는 행위자를 거의 알 수 없어 범인파악이 어렵게 되고 피해의식이나 공포감이 훨씬 커지게 된다.[25]

2) 익명성

사이버공간에서는 자신의 신분을 노출시키지 않은 채 활동하는 것이 가능하다. 인터넷을 이용하고자 할 때 인적 사항을 적도록 하고 일정한 인증절차를 거쳐 사용자를 확인하기도 하지만, 정확한 인적 사항을 요구하지 않는 경우가 많으며 타인의 인적 사항이나 ID를 도용하면 완벽하게 자신의 익명성을 보장받을 수 있다. 이러한 이유로 사이버공간을 '익명의 바다'라고 부르기도 한다. 이와 같이 자신을 숨길 수 있는 익명성이 보장되면 범죄의 유혹에 쉽게 빠져들 수 있다. 컴퓨터바이러스의 제작·유포, 해킹, 음란물의 유포·전시 판매, 인터넷사기 등은 바로 이러한 익명성으로 인하여 행위자들이 쉽게 빠져들 수 있는 범죄들이다. 이러한 익명성은 수사기관이 범죄자를 발견하는데 많은 어려움을 주고 있다.

3) 전문성과 기술성

사이버범죄 중에는 컴퓨터와 인터넷에 대하여 약간의 지식과 기술만 습득하면 범할 수 있는 것도 있지만, 프로그램조작을 통한 재산취득, 바이러스의 제작·유포, 해킹과 같은 사이버범죄는 고도의 전문적인 지식과 기술을 갖추고 있어야만 가능하다. 물론 최근에는 바이러스를 제작할 수 있는 프로그램을 이용하여 쉽게 만들어진 바이러스가 유포되기도 하지만 여전히 이들 범죄는 상당한 실력을 갖춘 네티즌들만이 범할 수 있다. 사이버범죄의 이러한 전문성과 기술성으로 인하여 수사기관은 고도의 전문적 기술을 가진 전문수사관을 반드시 필요로 하게 된다.

4) 시간적·공간적 무제약성(시공초월성)

사이버공간에서의 생활은 시간과 공간의 제약을 거의 받지 않는다. 누구든지 마음만 먹으면 인터넷을 24시간 내내 이용할 수 있으며, 별다른 어려움 없이 세계 어느 곳에 있는 인터넷사이트에도 접속할 수 있다. 사이버공간의 이러한 시간적·공간적 무제약성은 사이버범죄자들에게 엄청나게 많은 범죄의 기회를 제공하고 있다. 즉 범죄자는 인터넷이 연결된 곳이면 지구 반대편에 있는 나라의 컴퓨터에도 바이러스를 유포할 수 있고 해킹도 할 수 있다. 1998년 한해 동안 우리나라에서 발생한 해킹사건의 78%가 해외에서 국내로 침입한 것이라고 하며, 외국 해커들의 상당수가 우리나라를 경유지로 활용하고 있다고 한다.[26] 사이버범죄의 시공초월성은 사이버범죄 수사에 사실상·법률상의 많은 어려움을 안겨 주고 있을 뿐만 아니라 국제적 공조의 필요성을 던져 주고 있다.

5) 빠른 전파성과 천문학적인 재산피해

수많은 컴퓨터가 네트워크화되고 인터넷을 통해 시공을 초월하는 사이버공간을 형성함에 따라 사이버공간에서는 시간과 장소의 제약을 뛰어 넘어 모든 정보가 매우 빠르게 전파된다. 한 연예인의 정사장면이 녹화된 비디오테이프가 동영상으로 제작되어 인터넷을 통해 상상할 수 없을 정도로 매우 빠르게 전파됨으로써 인터넷의 위력을 실감한 바 있다. 특히 오늘날 보

편화된 E메일에 의한 송수신은 원하지 않는 사람에게도 무차별적으로 정보를 전달하고 있다. 이와 같이 사이버공간에서의 정보의 빠른 전파성은 사이버범죄에 대하여도 그대로 영향을 미친다. 즉 사이버공간에서의 명예훼손적 표현이나 음란물 또는 바이러스는 순식간에 전세계에 널리 유포될 수 있으며 그에 따라 범죄로 인한 피해가 매우 광범위하게 미치게 된다. 이미 알려진 바와 같이 멜리사바이러스, CIH바이러스, 러브바이러스 등의 컴퓨터바이러스가 순식간에 전세계로 전파되어 수백만대의 컴퓨터를 감염시켜 컴퓨터에 저장되어 있던 자료를 날려버리거나 시스템의 작동을 불가능하게 하여 막대한 손해를 끼친 바 있다.[27] 또한 바이러스는 물론 해킹에 의한 시스템의 작동불능은 경우에 따라서는 시스템에 연결된 모든 컴퓨터의 작동을 멈추게 함으로써 업무 전반을 마비시키는 심각한 결과를 초래하게 된다.[28] 그리고 불특정·다수인을 상대로 하는 인터넷사기도 광범위하고도 엄청난 피해를 야기한다.[29] 미국에서는 1999년에 컴퓨터범죄로 생긴 경제적 손실이 100억달러(약 11조원)에 이를 것으로 추정되었다.[30]

2. 사이버범죄의 유형과 현황

가. 사이버범죄의 유형

사이버범죄의 유형을 사이버공간을 이용한 전통적인 범죄와 사이버공간의 등장으로 새롭게 발생하는 범죄로 나누는 입장[31]과, 사이버공간을 합법적으로 이용한 범죄군과 보호되는 사이버공간을 불법적으로 침입하여 이루어진 범죄로 구분하고, 전자를 다시 사이버공간을 이용한 전통적 범죄와 사이버공간에서만 존재하는 재물의 침해나 캐릭터의 인격권침해로 나누는 입장[32]이 있다. 전자는 범죄의 불법내용이 사이버공간 자체의 등장에 의존하고 있느냐의 여부를 기준으로 한 것이라면, 후자는 범죄의 수법이 사이버공간을 합법적으로 이용한 것이냐의 여부를 기준으로 한 것으로 보인다.

사이버공간의 등장과 더불어 나타난 범죄에 대하여 형사법적 관점에서 그 대책을 강구하여야 한다는 본 연구의 취지에 비추어 본인은 사이버범죄를 세가지 유형으로 구분하는 것이 적절하다고 생각한다. 즉 실체법적·소송법적 그리고 형사정책적 대책을 마련하기 위해서, 특히 새로운 구성요건을 마련하여야 한다는 목적론적 관점에서 사이버공간에서의 전통적 범죄유형, 사이버공간에서의 새로운 범죄유형 그리고 사이버공간에서만 특유한 불법유형으로 구분할 필요가 있다.

"사이버공간에서의 전통적인 범죄"는 전통적인 범죄행위가 사이버공간이라는 새로운 생활공간에서 행하여지는 경우를 말하며 사이버도박, 사이버명예훼손,[33] 사이버성추행, 사이버테러 또는 인터넷협박,[34] 인터넷사기, 사이버포주, 인터넷음란물유포 등을 들 수 있다. 이러한 사이버범죄는 전통적인 범죄가 사이버공간이라는 새로운 생활공간을 범죄의 무대로 삼고 있는 것이다. "사이버공간에서의 새로운 범죄유형"은 사이버공간이라는 새로운 생활공간이 등장하면서 비로소 나타나게 된 -즉 전통적인 범죄와는 전혀 다른- 새로운 불법유형으로서 바이러스의 제작과 유포, 해킹 등이 이에 해당한다. 그리고 "사이버공간에서만 특유한 불법유

형"이란 도메인주소를 훔치거나 사이버상에서의 아이템을 훔치거나 사이버캐릭터에 대한 침해행위를 말한다. 첫째와 둘째의 사이버범죄는 현실세계에 관계된 것이지만, 셋째의 사이버범죄는 사이버세계에만 관계된 것이라고 할 수 있다.

나. 사이버범죄의 현황

사이버범죄라는 용어가 극히 최근부터 사용되기 시작하여 수사기관 등에서 아직 이에 대한 자료를 축적하고 있지 않기 때문에 우리나라에서 사이버범죄가 어느 정도 발생하고 있는가를 정확하게 알 수는 없다. 다만 본인이 접근가능한 몇몇 자료와 그간의 언론보도 등을 통해서 살펴보면 우리나라에서도 사이버범죄가 매우 심각한 문제로 되고 있음을 알 수 있다.

<표 1>은 최근 4년간 검찰이 처리한 사건현황이며, <표 2>는 경찰청에 컴퓨터범죄수사대를 설치(1997.8.4)한 이후 최근 3년간 경찰에서 처리한 사건현황이다. 이들 통계에서 알 수 있듯이 사이버범죄 또는 컴퓨터범죄의 유형을 수사기관에서 각자의 기준[35]에 따라 임의로 구분하고 있어 구체적인 유형별 현황을 파악하는 것은 거의 불가능하다. 그러나 전체적으로 사이버범죄가 매우 높은 비율로 증가하고 있음을 알 수 있으므로 그에 대한 적절한 대비책을 마련하지 않으면 앞으로 정보화사회의 발전에 엄청난 장애를 초래할 것이라는 점은 분명하다. 다만 이들 통계에서는 언론 등에서 심각하게 보도하고 있는 해킹이나 바이러스제작·유포사건이 그다지 많지 않은 것으로 나타나고 있는데, 그 이유는 아마도 이러한 사이버범죄의 경우 해킹당한 사실 자체를 모르는 피해자가 대단히 많을 뿐만 아니라[36] 실제로 범인을 발견하여 체포하여 처벌하기가 매우 어렵다는 사실에 기인한 것으로 생각된다.[37]

<표 1> 최근 4년간 우리나라의 컴퓨터범죄 처리사건/인원(구속)

유형별 \ 연도별	1996	1997	1998	1999	계
공용전자기록손상 등	-	-	-	-	-
전자문서관련죄	1/3(3)	10/28(5)	9/19(5)	12/15(3)	32/65(16)
전산업무방해	-	9/16(12)	5/9	7/7(1)	21/32(13)
전자기록비밀침해	-	2/4(3)	2/3	4/10	8/17(3)
컴퓨터사용사기	7/8(4)	62/88(27)	131/206(67)	194/253(49)	394/555(147)
전자기록손괴	-	-	3/5	3/6	6/11
전산망침해(해킹 등)	5/17(1)	21/31(5)	21/27(2)	54/96(7)	101/171(15)
기타 특별법	4/9(1)	29/66(19)	25/86(9)	52/113(4)	110/274(33)
계	17/37(9)	133/233(71)	196/355(83)	326/500(64)	682/1125(223)

* 자료 : 대검찰청 컴퓨터범죄 전담수사반(http://www.dci.sppo.go.kr)

<표 2> 최근 3년간 우리나라의 컴퓨터범죄 검거건수(인원)

유형별 \ 연도별	1997	1998	1999	계
해킹 등 통신망교란범죄	1(2)	16(17)	18(21)	35(40)
컴퓨터바이러스 관련	-	2(4)	3(3)	5(7)
통신사기	64(67)	269(302)	247(300)	580(669)
음란물 등 불법물유통	49(58)	82(109)	1334(1644)	1465(1811)
자료부정조작 등 관련범죄	5(5)	18(23)	33(48)	56(76)
기 타	4(6)	10(12)	58(76)	72(94)
계	123(138)	397(467)	1693(2092)	2213(2697)

* 자료 : 김종섭, 사이버범죄 현황과 대책, 한국형사정책학회 2000년 동계학술회의 자료집, 27면; 경찰청, 2000 경찰백서, 2000.4, 142면.

Ⅲ. 사이버범죄에 대한 형사법적 대책

정부는 정보화사회 내지 디지털사회에 사이버공간에서 나타날 수 있는 각종 새로운 형태의 위법행위에 효과적으로 대처하기 위하여 새로운 법률을 제정하거나 관련법률을 보완하고 있다. 예를 들면, 정보화촉진기본법, 정보통신망이용촉진등에관한법률[38](이하 "정보통신망법"이라 한다), 통신비밀보호법, 공공기관의개인정보보호에관한법률, 신용정보의이용및보호에관한법률, 컴퓨터프로그램보호법, 전기통신기본법. 전기통신사업법, 무역업무자동화촉진에관한법률, 화물유통촉진법, 저작권법 등이 그것이다. 나아가 범죄와 형벌에 관한 기본법 일반법인 형법을 1995년에 개정함으로써 사이버범죄를 처벌할 수 있는 규정을 신설 내지 보완하였고, 보호관찰 등을 형법전에 규정하였다.

1. 사이버범죄와 처벌법규

가. 사이버공간에서의 전통적인 범죄유형

전통적인 범죄가 사이버공간에서 행하여지는 경우에는 대부분 기존의 형벌법규에 의하여 처벌할 수 있다. 이러한 사이버범죄는 전통적인 범죄행위가 사이버공간이라는 생활공간을 이용하여 행하여질 뿐 새로운 불법내용을 갖는 것은 아니어서 기존의 구성요건에 의해 포섭이 가능하기 때문이다. 즉 사이버도박[39]은 도박죄로, 사이버명예훼손은 명예훼손죄로, 사이버포주[40]는 윤락행위등방지법으로, 사이버성추행은 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률[41]로, 인터넷사기는 사기죄로, 인터넷을 통하여 음란한 CD나 비디오테이프를 유포하거나 판매는 행위는 음란물죄로 처벌된다. 따라서 사이버공간에서의 전통적인 범죄에 대하여는 처벌규정의 흠결은 없으나, 사이버범죄의 성격으로 인하여 수사나 증거수집 등에 대하여 어려움이 발생하고 있다.

다만 불법내용은 본질적으로 동일하지만 행위객체나 행위태양이 기존의 형벌법규에 포섭되기 어려운 경우에는 새로운 구성요건을 신설할 수밖에 없다. 예컨대 음란한 동영상을 인터넷게시판에 올려 이를 다운로드 받을 수 있게 하거나 음란인터넷사이트를 개설하여 이 사이트에 접속하게 한 행위를 형법 제243조의 음란물죄로 처벌할 수 있느냐가 문제된다. 왜냐하면 동죄의 객체는 음란한 "물건"이어야 하는데 동영상이나 인터넷사이트가 물건에 해당하느냐에 대하여 의문이 있기 때문이다. 대법원은 피고인들이 컴퓨터통신 정보제공자로 일하고 있는 자와 공모하여, 컴퓨터정보통신회사를 설립하고 사설게시판을 개설하여 수수료를 받고 음란한 영상화면을 수록한 컴퓨터 프로그램파일 73개를 컴퓨터 통신망을 통하여 전송하는 방법으로·판매한 행위에 대하여, "형법 제243조는 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영글 자에 대한 처벌 규정으로서 피고인들이 판매하였다는 컴퓨터 프로그램파일은 위 규정에서 규정하고 있는 문서, 도화, 필름 기타 물건에 해당한다고 할 수 없으므로 피고인들의 위와 같은 행위에 대하여 전기통신기본법 제48조의2의 규정[42]을 적용할 수 있음은 별론으로 하고 형법 제243조의 규정을 적용할 수 없다."고 판시하였다. 따라서 1996년에 전기통신기본법을 개정하여, 전기통신역무[43]를 이용하여 음란물을 반포하는 행위를 처벌하는 제48조의2를 신설하지 아니하였다면 가벌성의 흠결상태를 초래하였을 것이 틀림없다. 그러나 유포하지 않고 개인컴퓨터에 도달하게 하는 행위에 대하여는 성폭력특별법 제14조에 의해 처벌될 것이다.

또한 음란물 사이트를 운영하지 않고 게시판이나 홈페이지에 음란사이트를 링크시켜 놓거나 음란사이트의 주소를 게시해 놓는 행위가 형법상의 음란물반포등의 죄로 처벌될 수 있는가도 해석상 다툼이 있을 수 있다. 나아가 인터넷이나 PC통신을 통한 명예훼손의 경우 "인터넷이나 PC통신"을 출판물에 의한 명예훼손죄의 '기타 출판물'에 해당한다고 볼 것인가도 문제이다.

나. 사이버공간에서의 새로운 범죄유형

사이버공간에서의 새로운 범죄는 해킹과 바이러스의 제작·유포이며, 이들은 기존의 형벌법규가 예정하였던 불법유형이 아니므로 이들을 처벌하기 위해서는 새로운 구성요건을 신설할 수 밖에 없으며, 그에 따라 위에서 언급한 바와 같이 특별법과 형법을 제정하거나 보완하였다.

1) 해 킹

해킹(hacking)이란 타인의 컴퓨터시스템에 무단으로 침입하여 수록된 정보를 빼내거나 시스템을 파괴하는 행위를 말한다.[44] 이러한 해킹에 의한 범죄는 행위유형에 따라, 해킹에 의한 무단침입, 해킹에 의한 비밀침해, 해킹에 의한 자료삭제, 해킹에 의한 자료변경, 해킹에 의한 업무방해, 해킹에 의한 재산취득으로 나누어 볼 수 있다.[45]

① 해킹에 의한 무단침입

해킹의 가장 단순한 유형은 타인의 컴퓨터시스템에 무단으로 접속하여 시스템에 침입하는 것이다. 이러한 무단침입은 타인의 ID를 도용하거나 비밀번호를 사용하거나 시스템의 보호장치를 우회하거나 무력화하는 방법에 의해 행하여진다. 이러한 단순해킹은 그 자체로 그치지 않고 통상 다른 행위를 위한 수단으로, 예컨대 시스템에 수록되어 있는 자료나 비밀을 알아내거나 변경하기 위하여, 또는 자료를 삭제하거나 재산상의 이익을 취득하기 위하여 행하여진다. 형법에는 이러한 행위를 처벌할 수 있는 규정이 없으나 몇몇 특별법에는 해킹에 의한 무단침입을 처벌하는 규정이 있다. 타인의 ID나 비밀번호를 도용하는 경우에는 정보통신망[46]

비밀침해죄(정보통신망법 제28조, 제22조)[47]로, 컴퓨터시스템의 보호장치를 무력하게 하고 침입하는 행위는 컴퓨터시스템의 보안성을 침해한 것으로서 정보통신망법상의 보호조치침해죄(제29조, 제19조 제3항)[48]로 처벌된다. 또한 물류전산망의 보호조치를 침해하거나 훼손하는 행위는 화물유통촉진법 제54조의4[49] 의해 처벌된다. 따라서 해킹에 의한 무단침입에 대하여는 처벌상의 어려움은 없다.

② 해킹에 의한 비밀침해

타인의 컴퓨터시스템에 침입하여 프로그램, 자료 또는 정보를 탐지하는 비밀침해행위가 최근 많이 발생하고 있다. 즉 해커가 자신의 컴퓨터기술을 활용하여 국가기관이나 타인의 컴퓨터에 있는 자료나 정보를 획득하는 것이다.[50]

해킹에 의한 비밀침해행위는 수집한 내용이 무엇이냐에 의하여 처벌법규가 다르다. 즉 국가나 공무소의 비밀을 탐지한 경우에는 형법상의 간첩죄(제98조 제1항)나 기술적 수단에 의한 공무상비밀침해죄(제140조 제3항)에 의하여 처벌되고, 개인비밀침해행위에 대하여는 기술적 수단에 의한 비밀침해죄(형법 제316조 제2항)가 적용된다. 또한 특별법에 이러한 행위를 처벌하는 규정이 있는데, 통신비밀보호법 제16조 제1호(전기통신감청죄), 정보통신망법 제28조(정보통신망비밀침해죄), 화물유통촉진법 제54조의3,[51] 신용정보의이용및보호에관한법률 제32조 제2항 제11호[52]가 그것이다.

해킹에 의한 비밀침해를 직접적인 규율대상으로 예정하고 만들어진 구성요건은 정보통신망비밀침해죄라고 할 수 있다. 동죄는 "정보통신망에 의하여 처리·보관·전송되는 타인의 비밀을 침해·도용 또는 누설"함으로써 성립한다. 그런데 형법상 보호되는 비밀(제317조)은 본인이 비밀로 할 의사가 있어야 할뿐만 아니라 객관적으로도 비밀로 할 이익이 있어야 하므로[53] 정보통신망을 통한 모든 자료나 정보가 정보통신망비밀침해죄에 의해 보호되는 것이 아니라 비밀에 해당하는 자료나 정보만이 보호대상이 된다. 따라서 타인의 ID나 비밀번호를 알아내거나 도용하거나 누설하는 행위는 동죄에 의해 처벌된다. 그러나 정보통신망에 의하여 처리·보관·전송되는 자료나 정보라도 비밀이 아닌 것을 침해·도용·누설하는 행위는 정보통신망법이 아니라 통신비밀보호법에 의하여 처벌된다. 왜냐하면 컴퓨터통신은 통신비밀보호법상의 전기통신[54]에 해당하고, 컴퓨터통신을 이용하여 전송되는 타인의 자료나 정보를 해킹하여 그 내용을 알아내거나 기록하는 행위는 통신비밀보호법상의 감청[55]에 해당하기 때문이다.

형법에 규정된 종래의 비밀침해죄는 외포를 파손하지 않고 기술적 수단을 이용하여 그 내

용을 알아내는 행위를 처벌할 수 없었다. 그리하여 비밀침해의 한 유형에 속하는 기술적 수단을 사용한 비밀침해죄를 신설하였는 바, 이 규정은 해킹에 의한 비밀침해를 직접적인 규율대상으로 한 것이 아니라 기술발달에 따른 비밀침해행위의 새로운 유형을 예상한 것이라고 할 수 있다. 그렇다고 하여 해킹에 의한 비밀침해행위에 대하여 비밀침해죄가 적용될 수 없는 것은 아니고 당해 구성요건에 해당하는 해킹에 의한 비밀침해행위에 대하여는 적용된다. 즉 컴퓨터에 저장된 자료 내지 정보에 대하여 비밀장치를 해 놓은 경우 기술적 수단을 사용하여 비밀장치를 회피하고 그 내용을 알아내는 행위는 형법상의 비밀침해죄에 해당한다. 또한 컴퓨터통신 등과 같은 정보통신망에 의해 처리·보관·전송되는 비밀에 대한 침해행위는 정보통신망법에 의해 처벌된다. 결국 해킹에 의한 비밀침해행위의 경우, 일반적인 자료나 정보를 알아내는 행위는 통신비밀보호법에 의하여, 비밀에 해당하는 자료나 정보를 알아내는 행위는 정보통신방법에 의하여, 그리고 비밀장치가 된 정보통신망의 비밀자료나 정보를 알아낸 행위는 형법상의 비밀침해죄에 의하여도 처벌된다.

③ 해킹에 의한 자료삭제

해킹에 의해 기업·대학·연구기관이나 국가의 컴퓨터시스템에 저장되어 있거나 처리 또는 전송 중인 정보·자료·프로그램을 삭제하는 행위는 통상 바이러스유포행위와 결부되어 행하여진다. 이러한 행위는 형법상의 공용서류등 무효죄(제141조 제1항)나 손괴죄(전자기록손괴죄: 제366조 제1항) 그리고 정보통신망법상의 정보통신망정보훼손죄(제28조, 제22조)[56]

에 의해 처벌된다. 다만 전송 중이거나 처리 중인 자료인 경우에는 형법상의 손괴죄는 적용될 수 없고 정보통신망정보훼손죄만이 성립한다. 왜냐하면 형법상 손괴죄의 객체는 전자"기록"인 바 전송중이거나 처리중인 자료는 기록으로서의 성질, 즉 계속성이 없기 때문이다. 그리고 공공기관의 개인정보를 말소하는 행위는 공공기관의개인정보보호에관한법률 제23조 제1항에 의해, 물류전산망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 물류정보를 훼손하는 행위는 화물유통촉진법 제54조의3에 의해, 신용정보전산시스템의 정보를 삭제 기타 이용불가능하게 하는 행위는 신용정보의이용및보호에관한법률 제32조 제2항 제11호에 의해. 무역업자 등의 컴퓨터화일에 기록된 전자문서 또는 데이터베이스에 입력된 무역정보를 훼손하거나 그 비밀을 침해하는 행위는 무역업무자동화촉진에관한법률 제26조 제3호에 의해 처벌된다.

자료·정보 또는 프로그램을 삭제함으로써 컴퓨터의 작동불능이 초래되어 업무가 방해된 때에는 나아가 컴퓨터손괴등업무방해죄(제314조 제2항)도 성립한다.[57] 따라서 해킹에 의한 자료삭제행위에 대하여는 처벌의 흠결은 발생하지 않는다.

④ 해킹에 의한 자료변경

해킹에 의해 타인의 컴퓨터시스템에 저장되어 있는 자료를 변경할 수 있다. 해킹에 의해 컴퓨터시스템에 저장되어 있는 자료나 정보 중 '권리의무 또는 사실증명에 관한' 전자기록의 변경행위는 형법상의 전자기록위작·변작죄가 성립한다. 그러나 인터넷 등을 이용하여 전송중인 자료나 정보 또는 프로그램을 변경하는 것은 형법상의 전자기록위작·변작죄가 성립하지 않는다. 왜냐하면 전송중인 자료 등은 기록에 해당하지 않으며, 프로그램은 권리 의무 또는

사실증명에 관한 것이 아니기 때문이다. 그리고 특별법으로는 공공기관의 개인정보변경을 처벌하는 공공기관의개인정보보호에관한법률 제23조 제1항, 신용정보전산시스템의 정보변경·삭제 등을 처벌하는 신용정보의 이용및보호에관한법률 제32조 제11호, 무역업자 등의 컴퓨터화일에 기록된 전자문서 또는 데이터베이스에 입력된 무역정보의 위조 변조를 처벌하는 무역업무자동화촉진에관한법률 제25조 제1항,[58] 물류전산망에 의한 전자문서의 위작 변작행위를 처벌하는 화물유통촉진법 제54조의2 제1항[59]이 있다. 전자기록등 위작·변작죄의 위작·변작의 의미에 대하여는 견해가 대립하는 바,[60] 전자기록이 문서보다 중하게 보호받아야 할 이유가 없으며, 컴퓨터범죄에 대한 개정형법의 기본적 태도는 컴퓨터시스템을 특권화하여 보호하려는 것이 아니라 컴퓨터시스템을 이용함으로써 실현되는 개개의 이익 내지 가치를 종래의 법익과 평행하게 보호법익으로 하려는 것이고,[61] 본죄의 보호법익은 정보처리의 정확성이 아니라 전자기록의 증명작용에 대한 공공의 안전과 신용[62]이라는 점을 고려할 때 문서범죄에 대하여 형식주의를 원칙으로 하고 예외적으로 공문서와 의사의 진단서 등에 대하여 실질주의를 취하고 있는 형법의 입장은 전자기록범죄에도 관철되어야 할 것이다. 즉 작성명의를 생각하기 어려운 전자기록의 특질을 고려하되 기본적으로는 문서범죄와 평행하게 해석하여야 하므로, 위작은 권한 없이 전자기록을 만들어 내는 것을 의미하고 변작은 이미 만들어진 전자기록의 내용을 권한 없이 변경하는 것을 의미한다고 해석하여야 한다.

⑤ 해킹에 의한 업무방해

컴퓨터의 보급에 의해 개인의 사무처리는 물론 금융기관이나 행정관청 등등의 사무처리가 급속히 자동화되고, 그 업무범위가 현저하게 확대 복잡해짐에 따라 사람을 대신하여 컴퓨터가 사무의 대부분을 처리하게 되었다. 그 결과 컴퓨터시스템을 파괴하거나 기타 불법적인 방법으로 정보처리에 장애를 발생시키는 행위는 심각한 결과를 야기하는데, 컴퓨터해킹의 상당수가 엄청난 양의 정보를 특정 사이트에 전송하거나[63] 저장되어 있는 정보나 프로그램을 삭제하는 방법으로 이루어진다.

현재 해킹에 의한 업무방해를 처벌할 수 있는 규정은 형법 제314조 제2항의 컴퓨터손괴 등 업무방해죄이다. 물론 이 규정은 해킹에 의한 업무방해만을 염두에 둔 것은 아니지만 일정 부분 해킹을 포섭할 수 있다. 본죄의 업무도 기본적으로는, 경제적 업무는 물론 사회생활상의 지위에 기하여 계속적으로 종사하는 사무이지만 행위객체와의 관계상 컴퓨터 등 정보처리장치 또는 전자기록 등 특수매체기록에 의해서 이루어지는 업무에 국한된다. 위계·위력에 의한 업무방해죄와 마찬가지로 공무가 본죄의 업무에 포함되느냐에 관하여 견해가 대립하고 있으며, 특히 위계·위력에 의한 업무방해죄의 업무에는 공무가 포함되지 않지만 본죄의 업무에는 공무가 포함된다는 견해[64]도 있다. 그러나 형법상 공무집행방해죄와 업무방해죄는 보호법익이 상이한 별개의 범죄이며, 형법은 독일형법[65]과는 입법형태가 다르므로 독일형법과 같이 해석할 수는 없다. 따라서 일반업무방해죄와 동일하게 본죄의 업무에 공무는 포함되지 않는다고 해석하는 것이 타당할 것이다.[66]

⑥ 해킹에 의한 재산취득

해킹에 의해 타인의 PC뱅킹 등 사이버거래에 필요한 비밀번호 등을 알아낸 뒤 이를 이용하여 타인계좌의 예금을 이체하거나 은행의 프로그램을 변경하여 자신의 계좌에 일정액 이하의 이자가 자동으로 이체되도록 하는 방법 등에 의해 재물이나 재산상 이익을 취득할 수 있다. 현재 해킹에 의한 재산취득에 적용될 수 있는 구성요건은 형법에 규정된 컴퓨터사용사기죄(형법 제347조의2)이다.

이 규정의 해석과 관련하여서는 진실한 정보의 권한 없는 사용, 예컨대 해킹에 의해 알아낸 비밀번호 등을 사용하여 예금을 이체하는 행위 또는 습득한 타인의 현금카드를 현금자동인출기에 투입하여 예금을 이체하거나 인출하는 행위가 동죄의 행위태양인 '부정한 명령'에 해당한다는 견해와 이에 해당하지 않는다는 견해가 대립하고 있다. 또한 컴퓨터사용사기죄의 객체는 사기죄와 달리 재물을 포함시키지 않고 재산상 이익에 한정되어 있는바 현금인출이 본죄를 구성하는가의 문제가 있다.

생각건대 부정한 명령의 입력이란 프로그램 자체는 조작함이 없이 명령·자료를 입력(사용)할 권한 없는 자가 명령·자료를 입력하는 것도 포함한다고 해석하여야 할 것이므로 진실한 자료의 권한 없는 사용도 부정한 명령의 입력에 해당한다고 본다.[67]

그리고 형법은 재산죄의 객체를 재물과 재산상 이익으로 나누어 규정하고 있으므로 본죄에 해당하는 행위로 재물을 취득한 경우에는 절도죄가 될 것이다.[68]

2) 바이러스의 제작·유포

바이러스를 제작하여 유포시킴으로써 컴퓨터에 의해 처리되는 타인의 업무를 방해하는 행위도 컴퓨터손괴 등 업무방해죄를 구성한다. 즉 타인의 컴퓨터의 프로그램이나 자료화일을 삭제하게 만드는 바이러스는 '전자적 기록의 손괴'에 해당하기 때문이다. 다만 동 규정은 바이러스의 제작 유포라는 사이버범죄 특유의 불법내용을 염두에 둔 것은 아니므로 이를 고려한 독립적이고 체계적인 처벌규정의 신설을 검토하여야 한다.

2. 사이버범죄 처벌법규의 문제점과 대책

가. 사이버공간에서의 전통적인 범죄유형

전통적인 범죄가 사이버공간에서 행하여지는 경우에는 대부분 기존의 형벌법규에 의하여 처벌할 수 있기 때문에 기본적으로 처별의 흠결은 없으나, 사이버범죄의 성격으로 인하여 수사나 증거수집 등에 대하여 어려움이 발생하고 있다. 따라서 이러한 유형에 범죄를 효과적으로 예방하기 위해서는 형사절차법적인 측면에서의 보완방안을 시급하게 정비하여야 할 것이다.

나. 사이버공간에서의 새로운 범죄유형

1) 해 킹

해킹 가운데 우선 해킹에 의한 무단침입에 대하여는 처벌상의 어려움은 없다. 다만 사이버범죄에 대한 기본적인 법이라고 할 수 있는 정보통신망법에 규정이 있음에도 불구하고 다른 개별 법률에 규정을 둔 것은 재고를 요한다.

해킹에 의한 비밀침해라는 동일한 행위에 대하여 여러 법률이 중첩적으로 적용될 수 있는데 이를 도표로 나타내면 다음과 같다.

비밀 여부 / 비밀장치 여부	비밀자료(정보)인 경우	비밀이 아닌 경우
장치한 경우	비밀침해죄(형법), 정보통신망비밀침해죄(정보통신망법)	전기통신감청죄비밀 (통신비밀보호법)
비밀장치가 없는 경우	정보통신망비밀침해죄(정보통신망법), 전기통신감청죄(통신비밀보호법)	전기통신감청죄 (통신비밀보호법)

그리고 이들의 불법내용을 고려하여 법정형을 정비할 필요가 있다. 예컨대 비밀장치(보호조치)를 해 놓은 컴퓨터에 기록되어 있는 비밀을 알아낸 경우에는 형법상의 비밀침해죄와 정보통신망법의 정보통신망비밀침해죄(제28조, 제22조)에 해당하며, 컴퓨터통신망을 이용하여 전송(송수신)되는 타인의 비밀을 취득하거나 그 내용을 공개 또는 누설하는 경우에는 통신비밀보호법(제16조 제1호)과 정보통신망법이 중첩적으로 적용된다. 그런데 특별히 비밀장치(보호조치)를 해놓은 비밀에 대한 침해행위(형법상의 비밀침해죄 3년 이하의 징역이나 금고 또는 5백만원 이하의 벌금)의 법정형이 보호조치가 없는 자료나 정보(다만 송수신되는 것에 한정됨)에 대한 침해행위(통신비밀보호법등 특별법)의 법정형 보다 낮은 것이나, 일반적인 컴퓨터 자료 내지 정보의 탐지누설(통신비밀보호법: 7년 이하의 징역)이 정보통신망비밀의 탐지누설(정보통신망법: 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금) 보다 중한 것도 검토해야 할 문제라고 생각한다. 또한 비밀의 침해를 정보의 훼손과 함께 하나의 조문에 규정한 것은 적절하지 않다. 왜냐하면 양자는 보호법익이 전혀 상이하기 때문이다. 즉 정보의 훼손은 재화로서의 정보의 가치를 보호하는 재산죄적 성격을 갖지만, 비밀의 침해는 사생활 영역에서의 자유를 보호하는 성격을 갖기 때문이다.

해킹에 의한 자료삭제행위에 대하여는 처벌의 흠결은 발생하지 않는다. 다만 특별법에 처벌규정이 중첩적으로 규정되어 있는 점과 정보의 훼손을 비밀의 침해와 함께 하나의 조문에 규정한 것(정보통신망법과 무역업무자동화촉진에관한법률)은 적절하지 않다. 왜냐하면 양자는 보호법익이 전혀 상이하기 때문이다.

해킹에 의한 자료변경의 경우 전자기록위작·변작죄의 구성요건에는 문제가 있다. 즉 그것의 의미에 관한 어느 견해에 의하더라도 문서범죄와의 처별 불균형이 초래된다는 문제점이 있으며, 전자기록범죄의 경우에 문서범죄와 다르게 행위태양을 규정하여 기록매체가 전자기록인가 문서인가에 따라 실질적으로 동일한 행위에 대하여 그 처벌이 달라지는 것은 타당하

지 않다. 개인적으로는 생소한 용어인 '위작 변작' 대신 '권한 없이 작성하거나 변경'이라고 하는 것이 바람직하고, 그에 따라 특히 공전자기록의 경우에는 공문서와 균형을 맞추어 무형위조적 행위를 처벌하는 규정을 두어야 한다. 磁氣的 방식에 의한 기록을 담고 있는 신용카드 직불카드 선불카드와 데이터베이스에 입력된 무역정보에 대하여는 위조 변조라는 용어가 그대로 사용되고 있다(여신전문금융업법 제70조 제1항 제1호, 무역업무자동화촉진에관한법률 제25조 제1항). 그리고 전자기록(형법)·전자문서(무역업무자동화촉진에관한법률과 화물유통촉진법)·무역정보(무역업무자동화촉진에관한법률)·정보(신용정보의이용및보호에 관한법률·변작(형법과 화물유통촉진법)과 위조·변조(무역업무자동화촉진에관한법률과 여신전문금융업법)와의 관계에 관하여도 검토할 필요가 있다. 또한 정보 등의 변경과 삭제(말소) (공공기관의 개인정보보호에관한법률, 신용정보의이용및보호에관한법률)를 하나의 조문에 규정하고 있는 것은 적절하지 않다. 정보의 변경은 정보의 증명력을 보호하는 규정이고, 정보의 삭제는 재화로서의 정보의 가치를 보호하는 규정이기 때문이다.

해킹에 의한 업무방해행위의 경우 공무방해죄의 성부에 대하여 다툼이 있으므로 컴퓨터손괴 등 업무방해죄와는 별도로 해킹에 의한 공무방해를 처벌할 수 있는 구성요건을 신설하여야 한다.

해킹에 의한 재산취득행위를 처벌하는 컴퓨터사용사기죄와 관련하여서는 진실한 정보의 권한 없는 사용의 포함 여부에 대한 해석의 다툼을 피하기 위해 명백히 규정하는 것이 바람직할 것이다. 그리고 형법은 재산죄의 객체를 재물과 재산상 이익으로 나누어 규정하고 있으므로 본죄의 객체에 재물을 포함시켜야 한다.

2) 바이러스의 제작·유포

컴퓨터바이러스의 제작·유포행위는 컴퓨터손괴 등 업무방해죄를 구성하므로 처벌의 공백은 없지만 해킹에 의한 업무방해에서 언급한 것처럼 바이러스의 제작·유포에 의해 공무를 방해한 경우에는 업무방해죄에 의한 처벌이 곤란하므로 공무방해죄를 보완하여야 한다.

나아가 오늘날 바이러스의 제작·유포에 의한 컴퓨터시스템의 작동불능은 사이버공간의 존립 자체를 위협하는 매우 심각한 영향을 미치게 됨을 고려하여 바이러스의 제작·유포행위는 당해 바이러스가 작동하기 전이라고 하더라도 이를 처벌할 필요가 있다고 본다. 즉 일정한 조건에 도달(예컨대 일정한 날이 되면 활동을 개시하는 미켈란젤로바이러스나 CIH바이러스처럼)하여야 활동하는 바이러스의 경우 그것이 아직 활동하기 전의 단계, 즉 미수범의 단계에서 처벌하여야 한다. 업무방해죄가 위험범이기는 하지만 바이러스의 활동 전에는 동죄의 구성요건을 충족할 수 없기 때문이다.[69] 따라서 컴퓨터손괴 등 업무방해죄에 미수범처벌규정을 신설할 필요가 있다.

다. 보호관찰 등의 적극적 개발·활용

개정 형법은 일반적인 범죄에 대하여도 보호관찰·사회봉사명령·수강명령을 도입하였는데,

사이버범죄자들에게 적극적으로 이러한 제재를 활용할 필요가 있다. 왜냐하면 이들은 컴퓨터와 인터넷을 사용하여야만 범죄를 할 수 있으므로 이들에게는 전통적인 형별보다는 오히려 컴퓨터와 인터넷에 대한 사용을 금지하는 내용의 제재가 훨씬 효과적일 수 있기 때문이다. 예컨대 사이버성폭력을 행하는 자에게는 ID사용을 정지하도록 하거나, 해커나 바이러스제작·유포자에게는 일정기간 동안 인터넷에의 접속을 금하거나 프로그램의 공표를 금지하는 내용을 보호관찰처분의 조건으로 부과할 수 있을 것이다. 또한 수강명령의 내용으로 사이버범죄와 관련된 내용의 교육을 이수하게 할 수도 있다. 아울러 서비스제공자들이 이용불량자리스트를 공동으로 관리하여 일정기간 동안 컴퓨터통신서비스를 이용하지 못하도록 하여야 하는 법적 규율도 필요할 것이다.

Ⅳ. 맺음말

정보화사회의 도래에 따라 기존의 산업사회에서는 전혀 예상하지 못했던 새로운 유형의 범죄적 행위가 나타나고 있어 이를 효과적으로 규제하여야 할 필요성이 있다는 것은 의문의 여지가 없을 것이다. 그리하여 새로운 법률을 제정하거나 기존의 규정을 보완하는 입법이 행하여지고 있다. 그런데 정보화사회에서 새로이 등장한 사이버공간에서의 위법행위를 처벌하기 위한 법규정이 그때 그때의 상황에 따라 각 부처별로 제정 내지 보완됨으로써 동일한 법익을 침해하는 하나의 행위에 대하여 여러 개의 처별법규가 중첩적으로 적용되는 경우가 많다. 또한 동일 내지 유사한 내용의 행위를 규제하는데 서로 상이한 용어를 사용함으로써(전자기록과 전자문서; 위조변조와 위작 변작; 훼손 침해·말소·변경 등) 처벌되는 행위대상을 확정하는데 어려움이 많다. 이러한 상황은 결코 바람직하지 않다. 이는 입법자가 그때그때 개별법령에 대증적(對症的)으로, 더욱이 다른 법률과의 비교검토 없이 구성요건화함으로써 전체적인 체계를 갖추지 못한 점에 기인하는 것이라고 생각한다. 따라서 관련 법률들을 종합적으로 검토하고 형법과의 조화를 이를 수 있도록 정비할 필요성이 있다.

또한 보호관찰 등의 조건으로 사이버범죄자에게는 ID사용을 정지시키거나, 일정기간 동안 인터넷에의 접속을 금하거나 프로그램의 공표를 금지하는 내용을 부과할 필요가 있을 것이다.

그러나 컴퓨터 사이언스와 정보통신기술의 계속적인 발전에 따라 새로운 유형의 사이버범죄가 나타날 것이며, 이에 대하여 효과적인 대응을 위해서는 무엇보다도 적시에 입법조치가 마련되어야 한다. 이러한 형사정책적 필요를 고려할 때 개정이 쉽지 않은 형법에서 사이버범죄를 처벌하기 위한 규정을 신설하거나 보완하는 것은 적절하지 않다. 따라서 가칭 "사이버범죄 처벌을 위한 특별법"을 제정하여 다양한 사이버범죄를 체계적 통일적으로 규정함과 아울러, 이들 범죄의 수사를 위한 적절한 절차를 함께 규정하는 것이 바람직하다고 본다. 그리고 이러한 법률에는 실체적인 구성요건과 더불어 압수 수색의 절차와 방법. 전자기록이나 정보의 증거능력과 증거조사의 요건과 방법 등 절차적인 규정 그리고 사이버범죄에 대한 추적을 가능하도록 하기 위하여 정보통신망에 대한 보안조치와 접속기록유지 보관의무 등을 망

라적으로 규정하여야 한다.

이러한 입법적 조치와 더불어 제도적으로. ① 전문수사조직을 설치·운영하고, ② 수사관에 대한 전문교육을 강화하며, ③ 피해자의 요청이 있는 경우에는 범죄내용을 공표하지 않고 비밀리에 수사할 수 있어야 할 것이다. 또한 사회적으로도 ① 사이버범죄의 심각성과 보안의 중요성에 대한 인식을 확산시켜야 하고, ② 스마트카드의 사용 등 기술적인 보안대책을 지속적으로 연구·개발하고. ③ 수사기관 뿐만 아니라 민간연구소 등 컴퓨터관련 기관 사이의 연계협력이 필요하며, ④ 언론은 국민의 알권리를 침해하거나 제한하지 않는 범위에서 범죄의 수법을 너무 자세하게 보도하는 것을 자제할 필요가 있다.

끝으로 사이버범죄의 국제성에 비추어 국제적인 협력을 강화하는 등 국제형사사법공조를 위한 노력을 강화하여야 한다.

1) 동아일보 2000년 4월 24일: 한겨레신문 2000년 4월 24일.
2) 한겨레신문 2000년 4월 21일. 이에 의하면 한달에 한번 이상 인터넷을 이용하는 사용자는 전체 인구의 30.2%인 1,393만명이며, 연령별로는 20대가 508만명(36.4%), 20대 미만이 478만명(34.3%), 30대가 259만명(18.6%) 등 30대 이하 이용자가 89.3%를 차지하였다.
3) 동아일보 2000.2.10, 11.
4) 동아일보 2000.5.6. 이 러브바이러스와 그 변종 때문에 최초 닷새간 발생한 경제적 피해는 67억달러(약 7조 3,700억원)에 이를 것으로 추정되었다(동아일보 2000.5.11).
5) 동아일보 1996.9.25.
6) 동아일보 1994.12.22. 중앙일보 2000.4.24.
7) 한겨레신문 1999.3.31.
8) 동아일보 1996.4.19.
9) 동아일보 1999.9.4.
10) 동아일보 1999.9.29.
11) 동아일보 2000.2.10.
12) 중앙일보 2000.2.29.
13) 동아일보 2000.6.28.
14) 한국일보 2000.2.18.
15) 동아일보 2000.2.26.
16) 동아일보 2000.2.13, 2.19.
17) 정완. 국제조직범죄 및 하이테크범죄 대책을 위한 G8 장관회의, 형사정책연구소식 제57호(2000·1/2월호), 32면 이하.
18) 동아일보 2000.5.11.
19) http://www.dci.sppo.go.kr/introdci.htm# 김종섭, 사이버 범죄 현황과 대책, 한국형사
정책학회 2000년도 동계학술회의 자료, 22면.
20) 김종섭, 사이버범죄 현황과 대책, 한국형사정책학회 2000년 동계학술회의자료, 22면.
21) 김종섭. 위의 글. 22면; 허일태, 사이버 범죄의 현황과 대책. 동아대학교 법학연구소 세미나 발표논문(2000.4.28), 3면.
22) 이에 관하여 강동범, 컴퓨터범죄에 대한 입법론적 대책, 형사정책 제3호(1988), 71면 이하: 장영민/조영관, 컴퓨터범죄에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993. 31면 이하.
23) 장영민/조영관, 위의 책, 1993, 27면; 강동범, 컴퓨터범죄와 개정형법, 법조 1997.8.108면. 컴퓨터범죄를 광의설을 입장에서 파악하면서도 '범행수법에 컴퓨터기술에 관한 지식이 필수적으로 수반된 것으로 한정'하여 정의하는 견해(이철, 법무부의 정책과제와 입법적 대응 - 컴퓨터범죄를 중심으로 -, 정보화사회의 전개와 입법적 대응 한국법제연구원, 1992, 111면)가 있는데, 컴퓨터조작의 유형에 속하는 컴퓨터 사용사기로서 문제되는 PC 뱅킹 사기가 과연 컴퓨터"기술"에 관한 지식이 필수적인 범행인지는 의심스러우므로 적절한 정의는 아니라고 생각한다.
24) 허일태, 앞의 논문, 4면.

25) 김종섭, 앞의 글, 면.
26) 동아일보 1999.2.7.
27) 1999년에 나타난 멜리사바이러스는 불과 나흘만에 미국과 유럽의 수백개 기업 컴퓨터 10만대 이상을 감염시켰으며(한겨레신문 1999.3.31일). 1년중 단 하루(4.26일)만 발생하는 CIH바이러스는 우리 나라에서만 수십만대의 컴퓨터에 피해를 입힌 것으로 추정되었고(동아일보 1999.4.27일). 러브바이러스는 불과 24시간만에 세계 20여개국의 127만대의 컴퓨터가 피해를 본 것으로 추정됐다(동아일보 200.5.6일).
28) 예컨대 해커들이 야후에 대해 사용하였던 '서비스거부'와 같은 공격이 국내 온라인 주식거래 사이트에 집중돼 사이버트레이팅이 전면 중단되면 그 피해규모는 상상을 초월할 정도라는 것이 전문가들의 의견이다(문화일보 2000.2.11일).
29) 미국의 전국소비자연맹에 신고된 인터넷사기는 1999년에 1만 660건으로 그 피해액이 약 32억달러로서. 1996년에 발생한 건수(689건)에 비해 15.5배가 늘었다고 한다(동아일보 2000.4.13일).
30) 동아일보 2000.3.24.
31) 김종섭, 앞의 글. 8면 이하.
32) 허일태, 앞의 논문, 5면 이하.
33) 회사에서 퇴직당한 자가 인터넷음란사이트 자유게시판에 자신을 해고한 석사장의 이름으로 '남성파트너 구함'. '젊은 사람과 만나 색다른 경험을 하고 싶다'는 등 입에 담기도 민망한 글을 올린 사건이 있었고(동아일보 2000.2.18일), PC통신 상품판매 코너에 모 대학 교수의 ID를 사용하여 불법 성인용 음란물CD와 비디오를 판매한다는 게시물이 올려진 사건이 있었다(한국일보 2000.3.22일).
34) 미국와 유럽에서는 주요 금융기관과 기업들을 대상으로 컴퓨터시스템을 붕괴시키겠다고 협박한 뒤 금품을 갈취하는 신종 "사이버테러"사건이 발생하였으며(동아일보 1996.6.4일), 미국에서는 인터넷을 통해 아시아 학생 59명에게 '모두 빠짐없이 찾아내 죽이는 것을 생애 직업으로 삼을 것'이라는 메시지를 띄운 학생이 기소되었다(조선일보 1998.2.4일). 우리 나라에서도 휴대폰 문자메시지 전송서비스를 해주는 벤처기업에 1억원을 내지 않으면 홈페이지와 메일링계정을 모두 파괴하겠다는 협박메일을 보낸 사건이 있었다(한국일보 2000.2.18일).
35) 검찰에서는 적용법조를 기준으로 하고. 경찰에서는 수법을 기준으로 구분한 것으로 보인다.
36) 한국정보보호센터에 따르면 1998.국내에서 발생한 해킹사건 가운데 80% 정도가 피해기관은 전혀 알지 못한 상태였다고 한다(동아일보 1999.2.7.)
37) 한국정보보호센터에 의하면 최근 3년간 우리 나라에서 발생한 해킹피해건수는, 1997년 64건 1998년 158건, 1999년 572건으로 매년 크게 증가하고 있으며, 금년에는 1분기에 접수된 해킹사고가 모두 467건으로 매달 100건이 넘게 발생하였다고 한다(한겨레신문 2000.5.12.).
38) 이 법에 의해 '전산망보급확장과이용촉진에관한법률'은 폐지되었다.
39) 인터넷의 도박사이트에 접속하여 신용카드번호를 입력한 뒤 사이버도박에 열을 올리다 3개월만에 7000달러를 잃고 카드빚에 시달린 끝에 직장을 그만둔 회사원이 있었다(동아일보 1997.7.3.). 경찰 추정에 따르면 인터넷을 통해 사이버도박을 하는 내국인은 100만명을 훨씬 넘고 있으며, 이에 따라 사이버도박을 통해 외국으로 유출되는 외화만도 매년 수백만달러에 이른다(동아일보 2000.1.20.).
40) 서울지검 정보범죄수사센터는, 컴퓨터통신망에 비공개 대화방을 개설한 뒤 채팅에 참여한 20대 여성들에게 속칭 '번섹'으로 돈을 벌 수 있다고 유혹한 뒤 윤락을 회망한 이들을 또다른 비밀대화방을 통해 모집한 남자 고객들에게 윤락행위를 알선하고 소개비 명목으로 1천 6백여만을 챙긴 사람을 구속하였다(동아일보 1998.12.5.).
41) 자기 또는 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화·우편·컴퓨터 기타 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말이나 음향, 글이나 도화, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게 한 자는 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다(성폭력법죄의처별및피해자보호등에관한법률 제14조). 이 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다(동법 제15조).
42) 전기통신역무를 이용하여 음란한 부호 문언·음향 또는 영상을 반포·판매 또는 대여하거나 공연히 전시한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다(전기통신기 본법 제48조의2).
43) "전기동신역무"라 함은 전기통신설비를 이용하석 타인의 통신을 매개하거나 전기통신설비를 타인의 통신용으로 제공하는 것을 말한다(전기통신기본법 제2조 7호).
44) 해킹의 의미와 종류에 대하여는, 최영호. 정보범죄의 현황과 제도적 대처방안. 한국형사정책연구원. 1998, 61면 이하 참조.
45) 해킹의 유형과 관련하여서는, 유인모, 정보형법의 과제와 전망, 한국형사정책학회 2000년 동계학술회의 자료, 6면 이하: 허일태, 앞의 논문, 9면 이하 참조.
46) "정보통신망"이라 함은 전기통신기본법 제2조 제2호의 규정에 의한 전기통신설비를 활용하거나 전기통신설비와 컴퓨터 및 컴퓨터의 이용기술을 활용하여 정보를 수집·가공·저장 검색 송신 또는 수신하는 정보통신체제를 말한다(정보통신망법 제2조 제1호).
47) 정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 타인의 정보를 훼손하거나 타인의 비밀을 침해·도용 또는 누설한 자는 5년이하의 징역 또는 5천만원이하의 벌금에 처한다(정보통신망법 제28조, 제22조).
48) 정보통신망의 보호조치를 침해하거나 훼손한 자는 3년이하의 징역 또는 3천만원이하의 벌금에 처한다(정보통

신망법 제29조).

49) 물류전산망의 보호조치를 침해하거나 훼손한 자는 3년이하의 징역 또는 3천만원이하의 벌금에 처한다(화물유통촉진법 제54조의4).

50) 한 컴퓨터해커(16·영국소년)가 美 공군기지의 컴퓨터를 비롯하여 한국원자력연구소, 미국항공우주국(NASA), 가더드우주비행센터, 캘리포니아 제트연구소 등 1백여 컴퓨터시스템에 침범하여 특히 한국원자력연구소의 모든 자료들을 해내 이 데이터 들을 뉴욕주 소재 롬항공개발센터로 이동한 사건이 있었고(동아일보 1994.11.5.), 한국의 해커가 데이콤통신망을 통해 유럽 암연구센터 전산망에 접속, 암에 관한 임상연구보고자료 3만자를 복사해간 사실을 발견한 벨기에 경찰이 인터폴을 통해 경찰청에 수사협조를 요청해 온 사건(동아일보 1994.11.13), 1995.7.나우콤 전산망을 통해 서울대 전산원에서 운영하는 '서울대 정보광장' 등 4곳의 전산시스템에 접속, 비밀번호 해독프로그램(일명 트로이목마 프로그램으로 2백5십여명의 서울대 교수와 학생들의 비밀번호를 알아내 서울대 전산시스템을 마음대로 드나들며 이들의 전자우편을 열람한 사건이 있었다(동아일보 1996.4.17.).

51) 물류전산망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 물류정보를 훼손하거나 그 비밀을 침해·도용 또는 누설한 자는 5년이하의 징역 또는 5천만원이하의 벌금에 처한다(화물유통촉진 법 제54조의3).

52) 권한없이 신용정보전산시스템의 정보를 변경 삭제 기타 이용불가능하게 하거나 권한없이 신용정보를 검색·복제 기타의 방법으로 이용한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다(신용정보의이용및보호에관한법률 제32조 제2항 제11호).

53) 이재상, 형법각론. 박영사. 1999. 206-207면.

54) "전기통신"은 유·무선·광선 및 기타의 電磁的 방식에 의하여 모든 종류의 음향 문언 부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말한다(통신비밀보호법 제2조 제3호).

55) "감청"이라 함은 전기통신에 대하여 당사자의 동의없이 電子裝置·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·共讀하여 그 내용을 지득 또는 採錄하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다(통신비밀보호법 제2조 제7호).

56) 정보통신망에 의하여 처리 보관 또는 전송되는 타인의 정보를 훼손하거나 타인의 비밀을 침해 도용 또는 누설한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다(정보통신망법 제28조, 제22조).

57) 양죄의 관계에 대하여, 흡수관계설도 있으나 상상적 경합이 된다고 본다.

58) 제1항의 미수법은 처벌한다(제2항).

59) 제1항의 미수범은 처벌한다(제2항).

60) 이에 대한 논의는 강동범, 컴퓨터범죄처벌규정에 대한 비교법적 고찰. 서울시립대학교 법률행정논집 제7권 (1999), 14면 이하 참조.

61) 컴퓨터손괴등 업무방해죄나 컴퓨터 사용사기죄의 형이 업무방해죄나 사기죄의 형과 동일하고. 전자기록등을 문서와 동일하게 취급하고 있음(제366조. 제141조 1항)이 그 근거 이다.

62) 이재상, 앞의 책, 530면.

63) 금년 2월 야후, 아마존, CNN, e베이 등 세계 유명 사이트에 대한 해킹도 엄청난 양의 정보를 이들 사이트에 전송하여 다운(작동불능)되게 한 것이었다.

64) 전지연. 컴퓨터파괴에 대한 형법적 검토, 형사정책 제8호, 273면: 김일수, 형법각론,
164면: 박상기, 형법각론, 193면 및 197면: 백형구, 형법각론, 369면.

65) 독일형법은 공무방해죄만을 처벌하는데(제316조b) 제303조b는 공무 여부를 묻지 않고 '컴퓨터에 의해 처리되는 업무'를 객체로 하고 있다.

66) 배종대, 형법각론, 280면.

67) 법무부, 이유서, 182면.

68) 박상기, 앞의 책. 306면; 백형구, 앞의 책, 185면; 이재상. 앞의 책, 316면. 이에 반하여 현금인출도 본죄에 해당한다는 견해가 있다(배종대, 앞의 책, 440면).

69) 동죄는 "전자계산기로 하여금 사용목적에 맞는 동작을 하지 못하게 하거나 사용목적에 어긋나는 동작을 하게 하여" 사람의 업무를 방해하여야 성립하기 때문이다. 즉 현행법상 동죄의 성립에 필요한 위험은 업무방해에 대한 위험일 뿐 컴퓨터작동 불능에 대한 위험은 아니어서, 작동불능은 현실로 나타날 것이 필요하기 때문이다.

인터넷범죄의 특징과 범죄유형별 처벌조항

원 혜 욱*)

Ⅰ. 들어가는 말

개인용 컴퓨터의 광범위한 보급과 인터넷의 대중화[1] 및 컴퓨터 통신망의 급격한 확산[2]으로 인해 현실세계와는 다른 또 하나의 가상세계인 사이버공간이 만들어지게 되었다. 이러한 사이버공간에서 컴퓨터통신망을 통해 모든 사람이 쉽게 접할 수 있게 됨에 따라 각 개개인은 인터넷을 자신의 개성 및 욕구를 표출하기 위한 수단으로 이용하게 되었으며, 기업에게도 새로운 활동기회를 제공하게 되었다. 그러나 동시에 컴퓨터통신망을 악용하여 반윤리적 행위와 범죄행위[3]를 실현하려는 잠재적인 범죄자도 증가하게 되었다.[4]

컴퓨터에 의한 정보전달 체계가 하나의 기회이자 위험원이라는 양면성을 지니게 된 것이다. 따라서 정보사회는 정보의 자유로운 이용을 보장할 수 있는 방안 뿐만 아니라, 정보를 보호하기 위한 규범적 장치를 필요로 하게되었다.[5] 이러한 사이버공간은 현실사회와 동떨어진 것이 아니라 현실사회의 한 부분임이 분명하기 때문에 현실사회와 마찬가지로 법규범의 테두리에서 벗어날 수는 없다. 다만 그 특징으로 인하여 전통적인 법규범으로는 적절하게 통제할 수 없는 부분이 존재하게 되었다. 이하에서는 그러한 관점에서 컴퓨터통신망의 확산으로 인하여 급속히 증가하고 있는 인터넷범죄의 특징과 그 유형을 알아보고 그에 대한 현행법상 처벌가능성에 대해 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 인터넷범죄의 특징

인터넷범죄를 학문적으로 명확하게 정의하기는 매우 곤란하다. 다만 컴퓨터를 연결하는 것이 네트워크라고 한다면, 인터넷은 네트워크의 네트워크라고 할 수 있으므로 인터넷범죄가 컴퓨터범죄에 포함된다고 할 수 있다. 따라서 인터넷범죄는 컴퓨터범죄의 모든 특징을 포함하고 있으며 그 이외에 인터넷범죄에는 다양하고 고도로 발전된 서비스의 여러 특징으로 말미암아 몇 가지 특징이 추가될 수 있다.

1. 컴퓨터범죄의 특징[6]

컴퓨터범죄의 유형은 관점에 따라서 다양하게 분류될 수 있으나, 지배적인 견해에 의하면 자료의 부정조작, 컴퓨터파괴. 컴퓨터스파이, 컴퓨터의 무권한 사용 등으로 분류할 수 있다.[7]

---

*) 한국형사정책연구원, 선임 연구원

컴퓨터범죄는 대규모 경제적 손해[8]를 야기할 뿐만 아니라 국가안보, 외교 등에 관한 주요정보나 산업정보의 유출, 사회의 혼란과 정보질서의 문란 등을 초래하는 사회적 역기능, 컴퓨터를 통한 도박, 음란물의 유포 등에 의한 문화적 역기능, 완전범죄 가능성에 대한 오신과 새로운 범죄도구에 대한 호기심을 기초로 한 범죄에 대한 유혹 및 다른 사람의 사생활에 대한 침해 등에 따르는 윤리적 역기능을 초래할 수 있다.[9]

이러한 컴퓨터범죄는 일반 범죄와는 달리 정보의 전달 및 처리가 데이터처리시스템에 접속되어 있기 때문에 이러한 네트워크망을 이용한 원격지범행이 가능하게 되어 범죄가 광역화 될 수 있다.[10] 또한 저장된 컴퓨터자료는 폐쇄성, 은닉성, 불가시성으로 인해 그 적발이 대단히 어려우며,[11] 대량으로 입력 처리된 자료를 사후에 검토하는 것이 불가능하고 막대한 경제적 비용으로 인해 검색을 포기하는 경우가 많기 때문에 그 적발이 어렵다.[12]

2. 인터넷범죄의 특징

가. 동시성

인터넷은 의사소통을 매우 빠르게, 때로는 실시간(real time)으로 이루어지게 한다. 이러한 동시성으로 인해 사이버공간에서는 기존의 물리적 공간과 시간에 의한 구속을 받지 않게 되었다. 이에 따라 인터넷 사용자는 자신의 메시지를 동시에 전세계의 이용자들에게 전달할 수 있게 되었으나 동시에 다른 이용자 개인의 사생활을 침해하는 정보, 음란정보, 위험정보 등도 전세계의 이용자들에게 전파시킬 수 있게 되었으며,[13] 인터넷이 연결된 곳이면 지구 어느 나라의 컴퓨터에도 바이러스를 유포시킬 수 있고 해킹도 가능하게 되었다.[14]

나. 즉자성

사이버공간의 기본적인 커뮤니케이션 수단인 인터넷은 단지 한번의 「클릭」만으로 상대방과의 의사소통을 가능하게 하므로 이용자는 별다른 고려없이 즉흥으로 특정 또는 불특정의 상대방에게 직접 정보를 발송할 수 있게 되었다. 이는 사이버공간의 구성원이 현실세계보다 용이하게 상대방과 접촉할 수 있으며, 메시지 전달의 공적 성격이 상대적으로 약하다는 것을 의미한다. 이러한 특성으로 인해 사이버공간에서의 반윤리적 행위나 범죄행위가 현실세계에서보다 더욱 쉽게 발생할 수 있다.[15]

다. 익명성

네티즌들은 현실세계의 모습과는 전혀 다른 모습으로 사이버공간에 나타날 수 있다. 또한 익명성으로 인해 컴퓨터통신을 이용하는 행위자가 누구인지를 쉽게 확인할 수 없고, 다른 사람의 아이디(ID)를 도용할 수도 있으며, 범행을 은폐시킬 수도 있다. 이러한 취약점을 이용하여 다른 사람에 대한 명예훼손이나 모욕, 물품판매를 가장한 사기행위, 경쟁사의 소프트웨어

에 하자를 발생하게 하는 등 지능적인 업무방해행위가 증가하고 있다.[16] 그밖에도 인터넷의 익명성을 악용함으로써 수사기관의 추적을 피하여 마약 등을 불법으로 거래한 다음, 인터넷을 통하여 전자화폐로 대금을 지급하여 거래를 완료함으로써 완전범죄를 기도하는 사례도 가능해졌다.

라. 쌍방향성

인터넷, 특히 월드와이드웹(WWW) 서비스를 이용할 경우에 나타나는 가장 두드러진 특징은 상호대화식 쌍방향 서비스가 가능하다는 것이다. 대화실, 전자우편, 그리고 뉴스그룹 등이 이용자에게 말하고 듣는 기회 모두를 제공하는 커뮤니케이션의 쌍방향적인 형태라고 할 수 있다. 쌍방향성으로 인해 인터넷 사용자들은 일방적으로 정보를 제공받는 것이 아니란 정보를 제공하기도 하고 대화할 수도 있게 되었으며, 이러한 특성은 음란물사이트 혹은 위험정보 사이트의 개설을 가능하게 하고, 채팅을 통한 매매춘을 가능하게도 한다.[17]

마. 국제성

인터넷은 전세계의 네트워크를 실시간으로 연결하고 있기 때문에 국가간의 경계 및 지리적 제약을 해소한다. 더욱이 정보통신기술의 발달과 교역의 증대는 각국간의 정보교환을 급격히 증가시키고 있다.[18] 그러나 이러한 국제성은 외국의 비밀정보나 산업기밀을 쉽게 그리고 아주 적은 비용으로 별다른 통제나 발각의 염려 없이 신속·정확하게 전달할 수 있게 하기 때문에 국경을 초월한 기업과 국가기관에 대한 스파이행위를 가능하게 한다. 이로 인하여 형사재판권의 문제와 같은 절차법적인 문제가 발생하게 된다.

Ⅲ. 범죄유형별 처벌조항

인터넷범죄는 크게 일반범죄의 수단으로 인터넷을 사용하는 범죄와 인터넷의 특성으로 인하여 비로소 출현하는 범죄로 나눌 수 있다. 전자의 경우로는 인터넷 도박, 인터넷몰에서의 사기판매행위, 인터넷을 통한 명예훼손, 저작권침해 및 사이버스토킹, 음란물의 판매·전시행위, 각종 위 변조행위, 사이버테러[19] 등을 들 수 있다. 후자의 경우로는 아이디와 패스워드의 공개행위, 무차별적인 광고메일의 송신, 다른 사이트나 홈페이지의 복사행위 등 을 들 수 있다.[20] 또한 최근에는 인터넷게임의 급격한 증가와 더불어 사이버공간에서 매매가 가능한 「보물」에 대한 절도가 문제로 제기되고 있다.

이러한 인터넷범죄에 대해서는 인터넷의 특성상 기술적인 통일을 위한 규범이 적용되며, 일정한 규범에 대한 침해행위가 있거나, 또는 사이버공간의 관행적인 규범에 대한 파괴행위가 현실세계에 영향을 미칠 때에는 그러한 행위에 대해 제재를 가하게 된다.[21] 정부는 이러한 인터넷범죄에 효과적으로 대처하기 위하여 새로운 법률을 제정하거나 관련법률을 보완하

고 있다. 예를들면, 「정보화촉진기본법」, 「전산망보급확장과이용촉진에관한법률」, 「통신비밀보호법」, 「공공기관의개인정보보호에관한법률」, 「신용정보의이용및보호에관한법률」, 「컴퓨터프로그램보호법」, 「무역업무자동화촉진에관한법률」, 「화물유통촉진법」, 「저작권법」, 「신용카드업법」 등이 그것이다.[22] 나아가 1996년 7월 1일부터 시행된 개정형법에 의해 컴퓨터통신망을 이용하여 다른 기업이나 연구소 등의 컴퓨터시스템에 몰래 침입해서 그 내용을 알아내거나 그 컴퓨터시스템에 손상을 가하는 이른바 해킹행위를 업무방해죄나 비밀침해죄로 처벌할 수 있게 되었으며, 그밖에 컴퓨터사용사기죄, 전자기록위작·변작죄, 공정증서원본 부실기재죄, 전자기록손괴죄 등이 신설되어 형사처벌의 사각지대가 한결 축소되었다. 이러한 상당부분 컴퓨터와 관련된 개정은 입법자들이 인터넷범죄에 대한 처벌도 염두에 두었다고 볼 수 있을 것이다.

1. 인터넷 해킹(컴퓨터스파이행위)

가. 범죄유형

인터넷 해킹이란 컴퓨터를 이용하여 다른 사람의 정보처리장치 또는 정보처리조직에 침입하여 다른 사람의 정보처리장치가 수행하는 기능이나 전자기록에 부당하게 간섭하는 일체의 행위를 말한다.[23] 해킹은 개인용 컴퓨터의 보급확대와 컴퓨터 통신망의 발전에도 불구하고, 주로 호기심이나 경제적인 목적, 그리고 자신의 컴퓨터에 대한 전문기술을 과시하기 위하여 자신이 속한 집단이나 조직과 밀접한 통신망을 공격대상으로 행해져 왔다. 그러나 1990년대에 이르러 해킹의 양상은 단순한 비밀번호의 취득이나 피해대상의 허점을 찾아내는 것에서 벗어나 운영체제에 대한 직접적인 도전 등 복잡한 양상을 띠게 되었고, 통신망의 발달과 인터넷 탐색의 용이성에 따라 기업에 대한 해킹 및 국경을 초월한 국제적인 해킹이 증가하게 되었다.[24]

특히 무한경쟁시대를 맞이하여 날로 치열해지는 기업 사이의 정보수집전쟁으로 인해 기업의 데이터베이스에 수록되어 있는 자료·정보가 해킹행위에 의해 탐지 누설되거나 경쟁기업에게 넘어갈 수 있게 되었으며, 저장되어 있는 정보뿐만 아니라 전송중에 있는 자료나 정보도 컴퓨터통신에 대한 도청에 의해 전송자 모르게 타인의 수중에 들어가기도 한다. 이러한 해킹행위의 피해기업은 엄청난 재산상의 손해를 입게 될 뿐만 아니라 경우에 따라서는 기업의 존립이 위협받을 수도 있게 된다.[25]

나. 현행법상 처벌가능성

국가나 기업의 공공 전산망에 침입해 정보를 파괴하는 행위에 대해서는 개정형법에 근거하여 공전자기록과 사전자기록 위작·변작죄(형법 제227조의 2, 제232조의 2), 전자기록손괴죄(형법 제316조 제1항), 업무방해죄(형법 제314조 제2항) 등으로 처벌할 수 있으며, 전산망에 특별한 피해를 주지 않는 단순 해킹행위도 업무방해죄나 비밀침해죄(형법 제316조 제2항)로

처벌할 수 있다.[26] 그러나 형법상의 비밀침해죄는 특수한 보호조치를 취한 개인의 비밀을 보호하는 규정이므로, 암호조치를 해 놓은 컴퓨터상의 전자기록에 접근하여 그 내용을 알아낸 경우에는 본죄에 해당하지만 별도의 보안대책을 강구하지 않은 데이터베이스에 대한 무단접근행위에는 적용될 수 없다. 또한 내용이 전자"기록"의 형태로 저장된 것이어야 하는데, 전송중인 자료나 정보는 영속성이 없어 이에 해당하지 않으므로 컴퓨터통신에 의해 교환되는 비밀을 해킹에 의해 알아내는 행위에 대해서는 형법에 의하여 처벌할 수 없다. 컴퓨터통신을 이용하여 전송되는 타인의 자료나 정보를 해킹하여 그 내용을 알아내거나 기록한 경우에는 「통신비밀보호법」 제2조, 제3조 및 제16조, 「정보통신망이용촉진에관한법률」 제22조 및 제28조에 의해 처벌될 것이다. 또한 컴퓨터통신은 「전산망보급확장과이용촉진에관한법률」에서 말하는 전산망에 해당하기 때문에 이러한 행위는 「전산망보급확장과이용촉진에관한법률」제30조, 제25조 제1항에 의하여도 처벌될 것이다.[27] 해킹에 의해 타인의 컴퓨터시스템에 저장되어 있는 자료를 변경하는 행위에 대해서는 「공공기관의개인정보보호에관한법률」 제23조 제1항, 「신용정보의이용및보호에관한법률」 제32조, 「무역업무자동화촉진에관한법률」 제25조에 의해 처벌될 것이며, 해킹에 의한 산업스파이행위에 대해서는 「부정경쟁방지법」 제18조의 영업비밀누설죄에 의해 처벌할 수 있을 것이다.

2. 스팸메일

가. 범죄유형

스팸메일은 종래의 광고전단과 같은 것으로 전자우편을 통해 자신의 사이트나 상품을 광고하는 것을 말한다. 그러나 이러한 행위가 인터넷 사용자에게는 통신비 부담, 생활장애, 업무방해[28] 등 많은 피해를 야기하고 있다.[29]

나. 현행법상 처벌가능성

이러한 스팸메일에 대해서는 처벌할 수 있는 근거규정이 없었으나, 「정보통신망이용촉진에관한법률」 제19조 제2항 및 제32조 제1항에 의해 피라미드 방식의 금융메일, 광고, 불법복제물 판매 등에 관한 스팸메일의 발송자에 대해 과태료의 처분을 부과할 수 있게 되었다.

3. 인터넷상의 음란정보

가. 범죄유형

컴퓨터와 정보통신기술의 결합은 사상전파의 지역적 한계를 무너뜨리고 있다. 이러한 문화전파의 무제약성은 전파대상이 무엇이냐에 따라 상당히 부정적으로 작용할 수 있다. 예컨대 음란정보가 컴퓨터통신에 의해 전파되는 경우 전파속도나 범위에 거의 제약이 없기 때문

에 기존의 문서음란물에 비하여 그 피해는 비교할 수 없을 정도로 심각하게 될 것이다. 특히 인터넷에 음란물사이트가 많고 컴퓨터통신을 이용하는 자들은 이 사이트의 주소만 알면 자신을 노출시키지 않고 쉽게 접근하여 이를 시청하거나 복제할 수도 있다.[30] 특히 최근에는 인터넷이 신종윤락의 온상으로까지 변질되어 가고 있다.[31] 무엇보다 인터넷을 통한 성접촉은 청소년 성문화에 매우 위협적으로 작용하고 있다.[32]

나, 현행법상 처벌가능성

음란CD나 음란사이트를 만들어 음란물을 유통시키거나 컴퓨터통신을 통하여 접속할 수 있게 하는 행위에 대하여는 우선 「형법」 제243조, 「미성년자보호법」 제2조의2 제2호에 의해 처벌될 수 있을 것이다. 그러나 음란사이트에의 접속에 대해서도 형법의 규정이 적용되는가에 대해서는 문제가 제기된다. 이는 인터넷사이트가 동죄의 객체인 음란한 "물건"에 해당하느냐에 대해 대법원이 컴퓨터 프로그램파일에 대해 음란죄의 객체성을 인정하지 않았기 때문이다.[33] 형법상의 처벌은 별론으로 하고 음란사이트에 접속하게 하는 행위에 대해서는 음란통신 이용자에 대한 처벌규정을 두고 있는 「성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률」 제14조에 의해 처벌하거나, 혹은 「전기통신사업법」 제53조에 따라 정보통신부장관은 전기통신사업자에 대한 명령에 의하여 규제할 수 있다.[34] 특히 「전기통신사업법」 제53조는 음란물이 아니라 「불온통신」이라는 새로운 개념을 통해 음란정보에 대한 심의의 범위를 넓히고 있다.[35] 특히 전기통신 역무를 이용하여 음란물을 유포하는 행위에 대해서는 1996년 개정된 「전기통신기본법」 제48조의 2에 의해 처벌할 수 있다.[36] 음란정보에 대해서는 이와 같은 실체법적인 대응 이외에도 경찰은 국내 음란사이트의 개설행위가 급증함에 따라 사이버범죄의 전쟁을 선포하여 사이버성범죄의 검거에 총력을 기울이고 있다.[37] 이에 반해 외국의 회사들이 운용하고 있는 각종 음란사이트에 대해서는 단속의 손길이 미치지 못하고 있다.[38] 미국은 이와 같은 음란정보에 대응하여 「통신순화법」을 제정하여 컴퓨터와 관련한 정보는 물론 영화나 TV프로그램까지 음란 및 폭력성 정도에 따라 가시등급을 정하도록 의무화하였다. 독일에서도 1997년 8월 음란물규제를 가능케하는 「멀티미디어법」이 발효되었다.[39]

4. 인터넷상의 절도(사이버절도)

가. 범죄유형

인터넷게임이 급증하면서 인터넷게임의 일종인 전투게임에서 승리하면 사이버공간에서 「보물」을 획득하여 보유할 수 있게 되었으며, 나아가 게임매니아들은 이러한 보물을 사이버공간에서의 매매를 통해 거래할 수 있게 되었다. 이러한 인터넷 게임에서 획득한 「보물」에 대한 재산적 가치의 인정여부와 관련하여 게임에서 타인의 보물을 부당한 방법으로 자신의 소유로 무단 변경하는 소위 「사이버절도」 사례가 증가하고 있다.[40] 이러한 경우 피해를

입게되는 게임숙련자는 보물을 획득하기 위해 투자한 시간적·경제적 가치를 현저하게 침해당하게 된다.

나. 현행법상 처벌가능성

기존의 절도죄의 구성요건은 유체물 및 기타 관리가능한 에너지의 소유나 점유를 보호하기 위한 규정이다. 이러한 보호객체는 개인의 배타적 소유나 점유가 가능하며. 형법은 이러한 객체에 대해 법률적으로 보호하고 있다. 그러나 사이버공간에서의 데이터는 공적 채화의 성격을 갖고 있고 물질적 재화와는 달리 代替 및 이동과 공유가 가능하다.[41] 이러한 데이터는 기존 형벌구성요건인 유체물 혹은 관리가능한 무체물과 같은 배타성이 보장될 수 없다. 따라서 사이버공간에서 데이터의 침해에 대해 형법의 적용이 필요한 경우에도 무형적 재화의 특성을 고려함 없이 기존의 유체물에 대한 형법적 보호규정을 유추하여 적용할 수는 없다 즉 사이버공간에서의 소위 「사이버절도」에 대해서 기존형법의 범죄에 대한 규정이 적응될 수 없다. 형법의 적용과는 별도로 사이버절도에 대해서는 「정보통신망이용촉진에관한법률」 제22조[42] 및 제28조와 「전산망보급확장과이용촉진에관한법률」 제25조 제1항 및 제30조에 의해 처벌할 수 있을 것이다. 이러한 사이버절도에 대해서는 물적 재화와 정신적 채화에 대한 법적 평가의 차이를 토대로 하여 정보의 형법적 보호를 위한 새로운 독자적인 원칙이 제시되어야 한다.[43]

5. 인터넷상의 저작권 침해

가. 범죄유형

네트워크환경의 고도화에 따라 저작권[44]침해행위도 광역성과 신속성을 띠게 되었으며, 개별 홈페이지 이용자가 급증함에 따라 최근에는 다른 사람의 홈페이지에 게시된 자료를 복제하여 자신의 창작물이나 그 소유물인 것으로 위장하려는 행위가 증가하고 있다. 그 이외에도 초고속 인터넷환경으로 인해 가능하게 된 영상물 등 멀티미디어 콘텐츠해킹[45]은 저작권 문제와 맞물리면서 세계적인 「문화전쟁」시대의 최대 난제로 떠오르고 있다.[46]

컴퓨터통신망을 통한 저작물의 이용은 이용자들에게 상당한 편리함을 제공하기도 하지만 권한 없는 자들에 의한 무단이용의 가능성도 매우 높다. 또한 컴퓨터프로그램이나 기타 저작물 또는 유용한 정보가 저장되어 있는 컴퓨터디스켓, CD, 비디오테이프 등을 무단으로 복제하여 이용할 가능성도 많다. 이러한 무단이용이나 무단복제는 과거의 지적재산권침해행위와 비교할 수 없을 정도로 용이하고 광범위하다.[47]

이와 같이 컴퓨터와 정보통신의 결합에 의한 지적재산권침해행위는 당해 저작자에게 커다란 재산상의 손해를 끼칠 뿐만 아니라 잠재적인 저작자들의 저작의욕까지 상실시키게 된다. 나아가 정보사회의 발전에 좋지 않은 영향을 끼칠 것이다. 이처럼 정보사회에서의 지적 재산권침해행위는 일차적·직접적인 재산상의 손해도 크지만, 이차적·간접적인 폐해는 측정할 수

없을 정도로 심각한 것이다.[48]

나. 현행법상 처벌가능성

인터넷상의 저작권 침해와 관련하여서는 기존의 「저작권법」에 의한 처벌이 가능한가가 논의될 수 있다. 「저작권법」 제4조에 의하면 인터넷상의 각 페이지의 글, 그림, 영상 및 프로그램 등은 언어저작물, 음악저작물, 미술저작물, 사진저작물, 영상저작물 및 컴퓨터프로그램저작물에 해당한다고 할 수 있다. 이에 의하면 원칙적으로 인터넷의 개별 홈페이지의 글이나, 사진 등은 저작권법상의 대상이 된다.[49] 그러나 제4조에 의해 저작물에 해당한다고 할지라도 처벌을 위해서는 여전히 해결해야 할 과제가 남는다. 즉 저작권 위반에 대해서는 저작권법 제98조에 의해 형사처벌이 가능하나, 인터넷 등 새로운 통신망을 이용한 저작물 유통방법은 기존의 저작권 침해행위유형과 크게 다르기 때문에 저작권법 적용에 문제가 있다. 예를 들면, 저작권법상의 복제개념은 「인쇄·사진 복사·녹음·녹화 그 밖의 방법에 의하여 유형물로 다시 제작하는 것」을 말하는데, 인터넷상에서 올려진 저작물을 자신의 PC로 내려 받거나 기타 다른 방법으로 복사 전송 받는 경우에는 유형물이라고 말하기 어렵기 때문이다.[50] 이에 저작권법에 대한 개정작업이 이루어졌으며, 1999년 12월 개정저작권법이 제정되었다. 2000년 7월 1일부터 시행될 개정저작권법에는 이른바 온라인 「전송권」을 신설하여 그 침해에 대한 벌칙을 강화하였다. 신설된 「전송권」에 따르면 PC통신이나 인터넷 등을 통해 저작물을 전송하는 경우 사전에 저작자로부터 이용허락을 받아야 한다. 여기서 '전송'이란 1대1, 이시(異時) 송신, 쌍방향성을 특징으로 하되 「일반공중이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 수신하거나 이용할 수 있도록 저작물을 무선 또는 유선송신의 방법에 의해 송신하거나 이용에 제공하는 것」을 의미한다.[51]

인터넷상의 저작권침해에 대해서 유엔의 세계지적재산권기구는 1996년 12월 인터넷 등 가상공간에서의 지적재산권 보호를 위한 2개의 협정안을 채택하여 디지털화한 영화, 연극, 음반 등에 대한 지적재산권 보호는 물론 디지털 정보화와 인터넷을 수용할 수 있는 기반을 마련하였다. 본 협정에 따라 예술가와 공연사업가들은 인터넷상에서도 그들의 작품에 대한 권리를 보장받게 되었다.[52] 미국 역시 이미 1998년 10월 기존법을 디지털 밀레니엄 저작권법으로 개정하고 저작권침해에 빠르게 대응하고 있으며, 일본도 저작권법 개정을 적극추진해 가고 있는 상황이다.

지적재산권의 침해에 대해서는 저작권법 이외에도 「컴퓨터프로그램보호법」, 「전산망보급확장과이용촉진에관한법률」 등에 의하여 처벌할 수 있는데, 「컴퓨터프로그램보호법」 제7조 이하는 프로그램의 불법복제와 컴퓨터통신망을 통한 전송·배포를 처벌하는 규정을 두고 있다. 또한 프로그램저작자 뿐만 아니라 전산망사업을 영위하는 자도 자신의 전산망에 대한 무단침입으로부터 전산망의 안정성과 정보의 신뢰성을 확보하기 위한 보안조치를 취하고 있는데 이를 침해하는 행위는 「전산망보급확장과이용촉진에관한법률」 제22조 및 제30조의2에 의하여 처벌된다. 따라서 이 규정은 소위 해킹행위를 처벌하기 위한 것이지만 간접적으로 전산망에 들어있는 프로그램 등 소프트웨어를 보호하는 기능도 한다.[53]

6. 인터넷상의 도박(사이버도박)

가. 범죄유형

최근 인터넷 사이트에 개장된 해외 사이버도박장에는 사이버도박에 중독된 사람들이 급증하고 있어 심각한 사회문제가 되고 있다. 이 과정에서 거액의 외화가 해외로 유출되고 있으며 여기에 해외도박 사이트들의 사기행각 및 해킹행위까지 가세하여 부작용이 사회 전반으로 확산되고 있다.[54] 그러나 이런 피해사례보다 더 큰 문제는 사이버도박 참여자들이 자신의 행위가 불법이라는 사실조차 모르고 있다는 것이다.[55]

나. 현행법상 처벌가능성

현행 형법은 도박에 대해 현실뿐 아니라 가상에서도 불법으로 규정하여 처벌하고 있으나, 해외 사이버도박과 관련하여서는 각국마다 도박에 대한 처벌규정이 다르고, 단속법규가 없는 나라도 있어 이에 대한 별다른 통제가 행해지지 않는 까닭에 인터넷을 통한 전자도박은 신용카드를 소지한 사람들을 상대로 급속하게 확산되어 가고 있다.[56] 이에 사이버도박에 대한 각국과의 공조연구와 공동대처는 물론, 수사공조와 사이트 개설자에 대한 처벌 등을 포함한 국제협약의 신속한 체결이 요구된다 할 것이다.

7. 전자상거래와 관련된 문제

인터넷을 통하여 전세계로 확산된 통신망의 연결은 의사표시와 전달방법으로 전자법률행위라는 새로운 형태의 법률행위를 창출하였고, 이러한 전자법률행위의 증가는 필연적으로 「사이버공간의 시장」을 개설함으로써 국경을 초월한 다양한 거래가 형성되기에 이르렀다.[57] 국내에서도 「전자거래기본법」과 「전자서명법」이 지난 1999년 7월 1일 발효됨에 따라 본격적인 전자상거래의 서막이 올랐다. 전자상거래 시장이 급속히 증가하면서[58] 단품 판매수준을 넘어 핵심적인 거래환경으로 바뀌고 있다. 전자상거래는 새로운 유통채널[59]로서 각종 거래에 있어 전통적 상거래와 같은 법적 효과와 기술적 안전장치를 전제조건으로 한다. 이 가운데 업무의 전산화가 촉진되고, 서면결재가 전산결제로 바뀌는 기술의 발전에 따라 또 국제간의 신용장도 전자메일로 꾀함에 따라 발생할 수 있는 경쟁업체에 의한 의도적인 상대방업체의 문서에 대한 위·변작에 대한 대응책을 비롯해 전자서명 및 인증, 안전한 통신망에 기반을 둔 전자결제 등이 인터넷전자거래를 위한 필수조건이라 할 것이다.[60]

가. 전자문서의 위·변작에 대한 대응책

전자문서에 대해서는 아직 통일적인 정의가 내려지지는 않고 있지만, 일반적으로 전자문서

는 「네트워크를 이용하여 컴퓨터 기타 정보처리장치간에 전자적인 방식으로 전송·처리 보관되거나 출력된 문서형식의 자료」라고 정의할 수 있다. 최근 서류를 컴퓨터로 작성하여 컴퓨터통신을 통하여 결재하는 기업들이 늘어나고 있으며, 소비자들과의 거래에서도 전자문서에 의해 거래하는 경우가 급속도로 확대되고 있다. 따라서 전자문서를 법적인 문서로 인정하는 것이 매우 중요한 의미를 지니게 되었다 이에 현행법은 「전산망보급확대 및 이용촉진에 관한법률」, 「공업및에너지기술기반조성에관한법률」, 「화물유통촉진법」 등 많은 법률이 전자문서를 현실적으로 인정하고 있다.[61] 또한 이러한 전자문서의 위조·변조에 대해서는 공전자기록위작·변작죄(형법 제227조의2), 사전자기록위작·변작죄(제232조의2)를 통하여 종래의 문서 위조·변조행위와는 별개의 구성요건에 해당하는 범죄행위로 처벌할 수 있으며, 그 외 「전산망보급확장및이용촉진에관한법률」 제25조 제2항 및 제29조에서 전자문서 위작·변작 및 행사를 처벌하는 규정을 두고 있으므로 이 부분에 관하여는 우리 나라의 법체계가 비교적 잘 정비되어 있다고 할 수 있다.

나. 전자서명 및 인증

전자서명이란 전자 법률행위의 안전하고 효율적인 사용을 보장하기 위하여 개인의 고유성과 동일성을 보장하는 기능을 전자기록에 포함시켜 가시적 문서와 동일한 효과를 전자적으로 구현하는 방법을 의미한다. 이와 더불어 전자인증은 거래상 제3자의 입장에서 전자서명기술의 안전한 운영을 가능하게 해준다. 이들 두 요소는 전자상거래의 신뢰성과 안전성을 위해 필수적인 사항이다. 우리나라에서는 「무역업무자동화촉진에관한법률」이 전자문서의 명의인을 표시한 문자와 작성자를 식별할 수 있게 하는 기호 또는 부호를 전자서명으로 정의하고, 무역자동화 전산망에서 전기통신설비를 이용하여 전자문서로 무역업무를 처리하는 경우에 무역업자 또는 무역유관기관이 무역자동화망을 이용하여 신청, 승인 등을 한 전자문서상의 전자서명은 무역관련법령이 정한 문서상의 서명날인으로 간주되며, 동 전자문서상에 전자서명을 한 명의인은 무역관련법령 등이 정한 문서상에 서명 날인하도록 규정된 사람으로 간주함으로써 전자서명의 법률상 효력을 인정하고 있다.[62] 또한 「전자거래법」에서는 인증기관에 대한 등록·허가에 대한 규정을 두고 있다. 앞으로 전자상거래의 규모가 확대될수록 인증서비스를 통해 각종 위험요인을 제거하여 안전하고 신뢰할 수 있는 거래환경을 조성하고자 하는 요구가 급격히 증대될 것으로 전망된다.

다. 전자결제

전자계약이 체결되면 소비자는 상품이나 서비스를 구입한 대가로 일정한 액수를 지급하게 되는데, 이때 직접적인 현금결제를 대체하여 이용할 수 있는 방법이 전자결제이다. 전자결제의 유형으로는 재무정보를 송수신하여 결제하는 방법, 전자적인 자금이체를 통하여 결제하는 방법, 전자화폐를 이용하는 방법 등이 있는데, 전자적인 자금이체와 전자화폐를 이용하는 방법이 많이 개발되고 있다.

전자자금이체는 네트워크에 연결된 컴퓨터를 이용하여 직접 자금이체를 의뢰함으로써 이루어지는 자금의 이동을 말한다. 이에는 홈뱅킹, 펌뱅킹, 현금자동입출금기, 현금자동지급기를 이용한 자금이체 등이 있다. 이러한 전자자금이체는 컴퓨터와 네트워크를 이용하여 누구든지 접속할 수 있기 때문에 무권한자(無權限者)에 의한 자금이체가 일어날 가능성이 높다. 이에 무권한자에 의한 자금이체를 최소한으로 억제하기 위해서는 전자인증제도의 확립이 요구된다 할 것이다.[63]

전자화폐 제도는 암호를 이용하여 전자상거래를 뒷받침하는 제도로서 은행잔고가 있는 사용자가 거래은행의 인증이 되지 아니한 전자화폐에 전자 서명하여 은행의 컴퓨터에 송부하면, 은행은 본인임을 확인하고 전자서명으로 인증하여 사용자의 컴퓨터에 전송하고, 이를 수신한 사용자가 자신이 대금을 결제하여야 할 상대방의 컴퓨터로 전송하면 상대방은 전송된 전자화폐를 인증한 은행에 조회함으로써 정상적인 전자화폐임이 확인되면 대금으로 수령하여 자신의 거래은행에 예금하거나 다른 전자거래에 사용할 수 있도록 하는 방법이다.[64] 전자화폐는 가치의 저장방식에 따라 IC카드형과 네트워크형으로 구분된다. 법적인 측면에서 보면 전자화폐의 소지자는 채무자인 발행자로부터 전자적 가치에 상응하는 자산 또는 결제수단을 수취할 권리를 가진다고 볼 것이므로 전자적 가치에 상응하는 금액을 청구하는 것은 청구권의 행사라고 보아야 할 것이다. 이러한 전자화폐는 공개키 암호를 응용한 전자서명 기술에 디지캐쉬(DigiCash)사의 설립자인 David Chaum이 개발한 무색서명기법을 도입하여 거래 상대방의 신원을 노출시키지 않고 전자 자금이체를 가능하게 함으로써 뇌물의 공여, 마약자금의 지급, 조직범죄의 결제자금 등으로 사용되어 범죄자들의 자금원에 대한 추적을 매우 어렵게 하고 있다. 이처럼 전자화폐의 완전한 익명성은 자금세탁이나 완전범죄의 실현을 가능하게 하므로 개인에 대한 프라이버시 보호와 범죄의 예방을 양립시킬 수 있는 일정한 범위내에서 익명성을 제한하거나 실명을 확인할 수 있는 조건부 승인이 가능한 전자화폐에 대한 연구가 이루어져야 할 것이다.[65] 그 이외에도 전자상거래의 특성으로 인해 발생할 수 있는 일방적인 거래약관, 과대광고에 의한 소비자의 피해 등에 대처하기 위하여 상거래의 약관을 규제하는 법률이나 소비자보호법 등에 대한 재검토도 이루어져야 할 것이다.

Ⅵ. 맺음말

인터넷은 계속하여 급속히 발전하고 있고, 법은 항상 그 뒤를 따르고 있다. 따라서 인터넷범죄는 기존의 법률로 규제하기에 많은 어려움을 나타내고 있다. 즉 현행법에 의해서는 인터넷범죄 전부에 대하여 전반적으로 규제할 수 없음은 물론, 정보사회의 새로운 거래수단이 되고 있는 전자화폐 등에 대한 총괄적인 규제 역시 이루어지지 않고 있는 것이 우리의 법현실이다. 이에 향후 인터넷에 대한 입법자의 이해와 이론적인 뒷받침하에서 인터넷범죄에 필요·충분하게 대응할 수 있는 조치가 필요하다고 할 것이다. 이러한 대처방안과 관련하여, 인터넷 음란사이트 및 통신망을 통한 매매춘의 규제에 역점을 두고, 피해가 급속도로 커지고 있는 사이버범죄에 적절하게 대처할 수 있는 「사이버범죄에대한특별법」의 제정도 생각해 볼

수 있을 것이다. 혹은 인터넷해킹, 암호도용 등의 사이버테러와 음란·폭력물 유통, 마약·총기 매매 등 불법거래행위, 음악, 사진 등 불법지적재산권 유통행위, 전자상거래사기행위 등 사이버공간을 통한 범죄행위를 총체적으로 처벌할 수 있는 특별법의 제정도 고려해 볼 수 있을 것이다. 그러나 이러한 인터넷범죄에 대한 총체적인 형사처벌은 매우 신중을 기해야 한다. 왜냐하면 인터넷이나 온라인 게시판에는 엄청난 양의 정보가 전송되어 그 내용을 일일이 검사할 수 없을 뿐만 아니라. 내용에 대한 검사행위 자체가 파일 소유자에 대한 사생활 침해가 되기 때문이다.[66] 따라서 인터넷범죄에 대해 입법을 통해 대응하기 위해서는 다음의 두 가지 관점이 고려되어야 한다: 첫째, 형법이 정보의 사용과 비밀유지를 위하여 간섭해야 할 것인가, 한다면 어느 범위 내에서 보장이 가능할 것인가, 둘째, 정보의 불가침성, 처분성 및 정확성 등을 어느 범위 내에서 형법적으로 보장할 것인가의 문제이다. 후자와 관련해서는 컴퓨터에 입력한 정보의 내용에 관계되는 자의 인격권보호가 요구된다 할 것이다.

참고문헌

강동범, 컴퓨터범죄와 개정형법, 법조 1997-8

강동범, 사이버범죄와 형사법적 대책, 한국형사정책연구원 제25회 형사정책 세미나 자료집(사이버범죄의 실태와 대책), 2000년 5월

박일웅, 전자상거래, 중외출판사, 1998, 42면

장영민/조영관, 컴퓨터범죄에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993

정진섭, 정보사회의 컴퓨터범죄 동향, 이형국교수회갑논문집, 1998

조두영, 인터넷과 수사에 관한 연구, 법조 1998/5

조병인/정진수/정완/ 탁희성, 사이버범죄에 관한 연구, 한국형사정책연구원 2000

최경진, 전자상거래와 법, 현실과 미래, 1998

최규태, 컴퓨터범죄와 이에 대한 형법적 대응에 관한 연구, 전남대학교 박사학위논문, 1994

최영호, 정보범죄의 현황과 제도적 대처방안, 한국형사정책연구원, 1998

하태훈/강동범, 정보사회에서의 형법의 임무와 대응방안, 정보사회에 대한 일반법 연구(I), 1997, 통신개발연구원

황승흠, 사이버공간의 분쟁해결, 제1회 법학자대회 발표문, (1998 미간행)

1) 1990년대 들어서면서 이제까지의 단순한 텍스트 전달의 수준을 넘어서 멀티미디어데이터의 전달을 가능하게 하는 새로운 프로토콜인 월드와이드웹(WOW)의 등장으로 인터넷의 이용자가 기하급수적으로 증가하게 되었다(대림정보통신(주), 이것이 전자거래의 핵심이다. 전자신문사, 1999, 18면 이하).
2) 정통부에 따르면 지난 5월말 현재 우리나라의 인터넷 이용자는 4백 30만명, PC통신 가입자는 6백 10만명에 이를 정도로 정보통신매체 이용이 보편화돼 있다(문화일보 1999년 7월 14일자 기사 참조).
3) 컴퓨터범죄와 관련하여 '97년 정보통신윤리위원회에 신고접수돼 불건전 정보로 판정된 건수는 8천 2백여건에 지나지 않았으나, 지난해에는 무려 50% 이상이 늘어난 1만2천7백여건으로 집계되는 등 컴퓨터범죄가 해마다 급증추세를 나타내고 있다(문화일보 1999.7.14자 기사 참조).
4) 정진섭, 정보사회의 컴퓨터범죄 동향, 이형국교수회갑논문집, 1998, 534면: 조두영, 인터넷과 수사에 관한 연구, 법조 1998/5. 44면: 최규태, 컴퓨터범죄와 이에 대한 형법적 대응에 관한 연구, 전남대학교 박사학위논문, 1994, 2면: 최영호, 정보범죄의 현황과 제도적 대처방안, 한국형사정책연구원, 1998, 14면.
5) 하태훈/강동범, 정보사회에서의 형법의 임무와 대응방안, 정보사회에 대비한 일반법연구(I), 1997, 통신개발연구원, 243면 이하.
6) 컴퓨터범죄의 특성에 대해서는 정진섭, 앞의 논문: 조두영, 앞의논문; 하태훈/강동범, 앞의 논문: 최규태, 앞의 논문 참조
7) 강동범, 컴퓨터범죄와 개정형법, 법조 1997/8, 108면; 장영민/조영관, 컴퓨터범죄에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993, 32면.
8) 컴퓨터로 인한 경제적 손해와 관련하여 최근 발생한 CIH바이러스로 인한 손해를 정통부는 20억-30억원 정도로 추산했다.(한국일보 1999.5.11자 기사 참조); 컴퓨터범죄에 의해 이처럼 경제적 피해가 큰 것은 컴퓨터가 가지는 영속성과 자동성에 근거한다. 즉 사건이 반복되고 피해액이 누적된다는 것이다. 또한 컴퓨터의 기계적인 특성인 자료의 압축성이 또한 컴퓨터범죄로 인한 피해액을 증대시킨다(장영민/조영관, 앞의 논문. 71면): 미국에서는 1999년에 컴퓨터로 생긴 경제적 손실이 100억달러(약 11조원)에 이를 것으로 추정하였다(강동범, 사이버범죄와 형사법적 대책, 한국형사정책연구원 제25회 형사정책세미나 자료집, 2000.5, 74면).
9) 최영호, 앞의 논문, 41면.
10) 정진섭. 앞의 논문. 522면; 최규태, 앞의 논문, 41면.
11) 장영민/조영관. 앞의 논문, 72면: 정진섭, 앞의 논문, 523면 최규태, 앞의 논문, 41면;미국 FBI가 컴퓨터범죄에 대해 분석한 결과에 의하면,전체 컴퓨터시스템 침입범죄 가운데 침입사실이 적발되지 않은 경우가 85%에서 97%에까지 이르고 있다(http://www.dci.sppo.go.kr/law_exp/justice.htm).
12) 하태훈/강동범, 251면 이하.
13) 황승흠, 사이버공간의 분쟁해결, 제1회 법학자대회 발표문(1998 미간행), 1면.
14) 강동범. 앞의 논문(2000). 73면.
15) 황승흠, 앞의 글, 1면.
16) 최영호, 앞의 논문, 57면 이하: 강동범, 앞의 논문(2000), 72면.
17) 황승흠, 앞의 글, 2면.
18) 최경진, 전자상거래와 법, 현실과 미래, 1998, 18면.
19) 전세계에 퍼져있는 인터넷망을 이용해 특정 국가나 전산망을 마비시키려는 「사이버테러」가 급증하고 있다. 사이버테러는 해커가 자신의 존재를 숨기기 위해 다른 나라의 컴퓨터를 이용, 우회 침투하는 식으로 자행하는 경우가 많다. 그래서 부지불식간에 혐의를 받아 고생하거나 컴퓨터가 망가져 손해를 보는 사람들이 속출하고 있다. 최근의 사이버테러는 목표 컴퓨터의 자료를 직접 파괴하기보다는 한꺼번에 대량의 자료를 보내는 「메일폭탄」이나 계속 접속신호를 보내는 「스퍼팅」으로 상대 전산망을 무력화시키는 방법을 애용하고 있다. 사이버테러의 피해는 그야말로 심각하다(경향신문 1999.5.12자 기사 참조).
20) 조두영. 앞의 논문, 71면.
21) 조두영, 앞의 논문, 45면 이하.
22) 하태훈/강동범, 앞의 논문, 281면.
23) 해킹에 의한 범죄를 그 유형에 따라, 해킹에 의한 무단침입, 해킹에 의한 비밀침해, 해킹에 의한 자료삭제, 해킹에 의한 자료변경, 해킹에 의한 업무방해, 해킹에 의한 재산취득으로 나누어 설명하기도 한다. 이에 대한 자세한 설명은 강동범, 앞의 논문(2000), 80면 이하 참조.
24) 세계적 관심을 모았던 뻐꾸기의 알 사건과 인터넷 집 사건, 시티은행 사건 등이 대표적인 국제적 컴퓨터범죄이다. (문화일보 1999.8.10자 기사 참조): 우리나라의 경우 국제적 컴퓨터범죄로 인한 손해는 주로 해외 해커들이 추적을 피하기 위해 보안시스템이 상대적으로 허술한 국내 전산망을 우회경로로 이용해 미국과 유럽의 중요기관에 침투함으로써 발생 하고 있다(http://www.dci.sppo.go.kr/law_exp/stice.htm).
25) 하태훈, 강동범, 앞의 논문 277면.
26) 정진섭, 앞의 논문, 532면; 인터넷해킹과 관련하여 일본에서는 일본 경찰청, 우정성, 통산성이 공동 제출한 컴퓨터 해킹에 대한 처벌을 강화하늘 법안에 의해 불법 컴퓨터 접속을 형사범죄로 규정, 1년의 실형과 50만엔의 벌금으로 처벌할 수 있도록 하고 있다(한국일보 1999.4.16자 기사 참조).

27) 하태훈/강동범, 앞의 논문, 292면 이하.
28) 스팸메일의 업무방해가능성으로 인해 발생한 범죄로는 1993.1. 영국 증권거래소가 동 거래소의 온라인 전산망을 마비시키겠다는 전자우편을 수신하고, 가능성을 타진한 결과 전산망의 오류를 이용하여 범행이 가능하다는 판단에 따라 범인의 요구대로 1,000만 파운드를 지급함으로써 발생한 세계 최초의 사이버 테러사건과 1997년 8월 특정인에게 10만 통의 전자우편을 한꺼번에 전송하여 "하이텔"의 인터넷 전자우편 기능을 마비시킨 사람과 20여명에게 450메가의 대규모 파일을 동시에 전송하여 "나우누리"의 인터넷 접속망을 마비시킨 국내의 사건을 들 수 있다(최영호, 앞의 논문, 48면 이하).
29) 조두영. 앞의 논문, 72면.
30) 하태훈/강동범, 앞의 논문, 280면.
31) 인터넷 사이버공간에서 매매춘을 목적으로 한 「원조교제」가 공공연히 성행해 충격을 주고 있다. 국내에는 현재 수백여개의 크고 작은 인터넷 채팅사이트가 운영되고 있으며 대화방의 과반수가 이러한 원조교제, 매매춘, 음란대화를 공공연히 벌이고 있다(동아일보 1999.7.27자 기사 참조).
32) 경향신문 1999.4.16자 기사 참조.
33) 강동범, 앞의 논문(2000년). 79면.
34) 하태훈/강동범, 앞의 논문, 297면.
35) 전자신문 1999.6.29자 기사 참조.
36) 「전기통신기본법」의 개정에 의하여 컴퓨터통신 등 전기통신설비를 이용하여 전기등 신역무를 제공하는 자가 음란한 부호·문언·음향 또는 영상을 반포·판매 또는 대여하거나 공연히 전시하면 처벌될 수 있게 되었다.
37) 경찰은 이에 따라 우선 지방경찰청당 4명, 경찰서당 2명의 컴퓨터범죄 수사요원을 선정, 운용키로 하고 매년 120명색 사이버범죄 수사전문요원 교육을 실시키로 했다. 특히 사이버성범죄의 검거를 위해 앞으로 3년간 36억원의 예산을 투입, 각 지방경찰청에 수사를 위한 인터넷 전용시설 등을 확보할 방침이다(동아일보 1999.5.14자 기사 참조).
38) 국민일보 1999.7.11자 기사 참조.
39) 박일웅, 전자상거래, 중외출판사, 1998, 42면.
40) 인터넷게임의 숙련자 김00씨가 초보자인 이00씨로부터 전투게임을 통해 보물을 획득할 수 있는 인터넷게임에 이00씨의 아이디로 접속하여 전투능력을 향상시켜 달라는 부탁을 받고 게임을 하던 중, 이00씨가 미리 1개월간 게임상의 전투를 통하여 획득하였던 보물을 가상인물을 설정하여 그의 아이디로 보물을 주도록 명령어를 입력하여 보물을 가상인물의 소유로 만들었다. 이에 대해 경찰은 형법상의 절도죄를 적용할 수 없어 「정보통신이용촉진등에관한법률」 위반을 적용하였다.
41) 하태훈/강동범, 앞의 논문, 250면.
42) 정보통신이용촉진등에관한법률 제22조에서는 누구든지 정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 타인의 정보를 훼손하거나 타인의 비밀을 침해·도용 또는 누설하여서는 아니된다고 규정하고 있다.
43) 하태훈/강동범, 앞의 논문, 254면.
44) 오늘날 사이버공간에서 접할 수 있는 지적 창작물은 대개 디지털기술을 이용하여 제작된 디지털저작물이고, 이는 컴퓨터프로그램, 데이터베이스, 컴퓨터창작물, 멀터미디어저작물 등으로 나눌 수 있다: 사이버상의 지적 창작물에 대한 자세한 설명은 조병인/정진수/정완/ 탁희성, 사이버범죄에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2000, 97면 이하 참조.
45) 멀티미디어 「콘텐츠해킹」이란 디지털카메라로 감옥같이 극장에서 영화를 녹화한 후 인터넷 초고속망으로 순식간에 유통시키는 범죄를 이른다. 이에 대한 예로써는 헐리우드 영화인 '스타워즈 에피소드 1'이 미국에서 개봉되자마자 인터넷을 타고 중국, 동남아 등으로 확산되었고 CD로 만들어져 판매되기까지 한 사건을 들 수 있다.
46) 경향신문 1999.8.2자 기사 참조.
47) 하태훈/강동범, 앞의 논문. 279면.
48) 하태훈/강동범. 앞의 논문, 280면.
49) 조두영, 앞의 논문. 제74면 이하.
50) 정진섭, 앞의 논문, 536면 이하: 전자신문 1999.6.29자 기사 참조
51) 조병인/정진수/정완/ 탁희성, 앞의 논문. 89면 이하.
52) 최영호, 앞의 논문, 200면.
53) 하태훈/강동범, 앞의 논문, 294면.
54) 29일 국내 7개 신용카드사에 따르면, 올들어 카드사마다 1백건 이상의 사이버 도박 관련 피해사례가 접수됐으며 그 피해액도 건당 1백만원을 웃돌고 있다(문화일보 1999.6.29자 기사 참조).
55) 문화일보 1999.6.29자 기사 참조
56) 최영호, 앞의 논문, 55면.
57) 최영호. 앞의 논문, 111면.
58) 96년도에 인터넷전자상거래가 10억 단위에 불과하였으나 현재는 100억 단위에 이르는 신장세를 보이고 있으며, 우리나라 인터넷 이용자를 상대로 구매희망을 조사한 결과 접속자의 78% 정도가 전자상거래를 통해 상

품을 구매할 의향이 있는 것으로 파악되었다(박일웅, 전게서, 121면).

59) 전자상거래는 일반적으로 기업, 정부기관과 같은 독립된 조직간 또는 조직과 개인간의 다양한 전자적 매체를 이용하여 상품이나 용역을 교환하는 방식으로서, 돈의 흐름이 수반되는 일상적인 상거래뿐만 아니라 행정서비스, 대고객마케팅, 광고, 조달 서비스 등까지도 포함한다. 대림정보통신, 전게서, 29, 30면: 현재 전자상거래 사이트는 음반, 컴퓨터하드웨어, 여행상품 등 몇몇 품목에 집중되고 사용자층도 40대 이하가 대부분이지만 2002년까지 세계적으로 1000억달러 규모로 매출규모가 늘어나는 등 급신장할 전망이다(전자신문 1999.6.24자 기사 참조).

60) 6일 국내 주요 인터넷 쇼핑몰 운영업체와 신용카드사들에 따르면 마스터, 비자 등 외국계 신용카드사와 국민, LG, 삼성, 외환카드 등 국내 주요 카드사에는 매달 발생하는 50-60건의 결제사고 중 50정도가 전자상거래와 관련된 것을 추산되고 있다. 이 같은 전자상거래 결제사고는 시중에서 쉽게 구할 수 있는 타인의 신용카드 전표에서 결제정보로 이용되는 카드번호와 유효기간을 알아낸 뒤 인터넷 쇼핑몰에 들어가 물건을 주문하거나 유료사이트를 이용하고 타인명의로 결제하는 방식이 주류인 것으로 확인됐다. 물건 주문의 경우 국내외를 막론하고 신용정보를 도용한 거래가 이뤄져도 물건 배달후 대금청구 시점에서 사고여부가 확인돼 속수무책이다(세계일보 1999.7.6자 기사 참조): 박일웅, 전게서, 42면.

61) 최규태, 앞의 논문, 3면: 최경진, 전게서, 91면.

62) 최영호, 앞의 논문, 101면 이하.

63) 최경진, 전게서, 175면 이하.

64) 최영호, 앞의 논문, 114면

65) 최영호, 앞의 논문, 188면.

66) 최영호, 앞의 논문, 206면 이하.

信用카드體系의 危險分配와 刑法政策 - 자기신용카드의 부정발급과 사용의 범죄화정책에 대한 비판 -

李 相 暾*)

Ⅰ. 문제상황

오늘날 신용카드의 사용은 일상적인 경제생활의 필수적인 수단이 되고 있다. 신용카드에 의한 신용공여와 신용거래 및 결제의 순환적 과정은 단지 '현금없는 사회'(the cashless society)[1]로 가는 발걸음에 머무르지 않는다. 카드회사, 카드회원 및 카드가맹점이라는 거래의 세 당사자가 순환적인 신용의 유기적 관련관계 속으로 편입·통합되어 신용카드거래의 순환적 과정이 일시적인 순환의 고리가 아니라 하나의 사회적 하부체계(soziale Subsysteme)로 성장하게 된다면, 신용카드거래의 일상화는 '신용사회'로 넘어가게 하는 다리가 되어 줄 것이다. 우리사회의 현실을 보면, 비록 다소 불완전하고 취약한 구조를 띠고는 있으나 신용카드거래의 순환적 현상은 이미 '사회적 하부체계'의 차원에 도달한 것으로 보인다. 그러므로 우리 사회에서도 이제 신용카드'체계'라는 말을 사용할 수 있을 것이다. 그런데 위험사회에서 펼쳐지고 있는 형법의 기능변화, 그러니까 위험을 예방·관리하기 위해 형법이 사회체계의 기능을 보호하는 도구로 자리매겨지고 있는 현상은 이 신용카드체계의 영역에서도 예외는 아닌 것으로 보인다. 즉, 형법은 이미 십수년 전부터 - 구 신용카드업법(법률 제3928호)의 제정을 기준으로 보면 1987년부터 - 신용카드체계의 기능에 대한 위험원을 통제하기 시작했다. 예를 들면 신용카드를 위조 또는 변조하거나, 그런 카드를 판매 또는 사용하거나, 분실·도난된 타인의 신용카드를 판매 또는 사용하는 행위(여신전문금융업법 제70조 ①항) 등을 신용카드체계의 기능을 위태롭게 하는 행위로서 범죄화하고 있다. 이들 행위 유형들은 신용카드체계의 치부로부터' 신용카드체계의 기능을 위태롭게 하는 행위에 해당한다. 그러나 체계의 기능을 위태롭게 하는 행위는 체계의 내부에서도 발생한다. 예를 들면 변제할 능력이 없는 사람이 신용카드를 발급받은 후 그 카드를 사용하여 물품과 용역을 제공받거나 현금자동지급기에서 현금서비스를 받는 행위가 그러하다. 이처럼 체계의 내부로부터 발생하는 일탈행위를 범죄화하는 입법은 아직 행해지지 않고 있다. 그러나 최근 대법원은 그런 행위에 대하여 형법상의 사기죄(제347조 ①항)를 적용하여 범죄화하는 해석을 감행한 바 있다.[2] 이 사건을 요약하면 다음과 같다.

甲은 대금결제의 능력과 의사가 없음에도 불구하고 H은행 J지점에서 1992.12.10.경 신용카드 1장을 발부받은 다음, 1993.1.4.부터 같은 해 9.4.까지 10여개의 점포에서 그 카드를 사용하여 합계 1천만원 상당의 물품을 구입하였고, 1993.1.5.부터 같은 해 9.1.경까지 10회에 걸쳐 H은행의 현금자동지급기에 위 신용카드를 투입하고 현금서비스 버튼을 눌러 현금 5백만원을

*) 高麗大學校 法學科 敎授, 法學博士

취득하였다.

이러한 판례에 대해 학계에서도 현재 심도 깊은 논의가 진행되고 있다. 논의의 갈래가 여러 가닥이고 논의의 관점 또한 다양하지만, 이 판결이 제기하는 문제의 핵심은 사기죄의 해석론에 있지 않고 위 사안처럼 신용카드체계의 외부로부터가 아니라 내부로부터 발생하는 일탈행위를 형법의 관할 아래 둘 것인가 하는 형법정책적 판단에 있다. 즉, 신용카드의 절취 사용과 같이 외부로부터 체계의 기능을 위태롭게 하는 행위를 범죄화하는 것은 그 행위들이 고전적인 범죄(예: 형법상의 절도, 사기, 문서위조 등)의 불법유형에 상응하는 행위라는 점에서 적어도 당벌성의 차원에서는 별 문제를 가져오지 않지만,[3)]

이 사안처럼 체계의 내부자가 행한 일탈행위를 범죄화하는 것은 형법이론적으로나 형법정책적으로나 타당성을 갖기가 매우 어렵다는 것이다. 이 글은 바로 이와 같은 점을 다음과 같은 세 단계의 고찰을 통해 해명하고자 한다.

- 위 사안의 행위를 현행법상 (사기죄나 배임죄 등으로) 형사처벌할 수 있는지를 엄격한 법률해석에 의해 분석한 후(아래 Ⅱ),

- 그런 행위를 해석에 의해 범죄화하는 이론의 정책적 지평으로 올라가 그 이론들이 행하는 신용카드체계의 기능에 대한 위험의 왜곡된 분배를 해명 비판하고(아래 Ⅲ),

- 신용카드체계의 내부적 일탈행위에 대한 형법의 후견주의적 통제를 거두어 내고, 신용카드체계의 자율적 조절메커니즘에 내맡기는 것이 합리적인 형법정책임을 근거짓는다(아래 Ⅳ).

Ⅱ. 현행법상 범죄화 가능성

자기신용카드의 부정발급·사용의 현행법상 범죄여부는 - 하나의 가벌적 행위를 독자적으로 구성할 수 있는 요소를 함유하고 있는가를 기준으로 본다면 - ① 대금결제의 능력과 의사가 없이 신용카드를 발급받는 행위, ② 대금결제의 능력과 의사가 없이 신용카드를 사용하여 카드가맹점에서 물품 25조 ①항)의 신용카드부정사용죄를 폐지하고 형법(특히 사기, 문서위조, 절도 등)의 해석에 의해 가벌성을 근거지을 것인지 또는 그런 근거지음에 무리가 있는 행위유형에 한해서 보충적으로 그리고 좀더 세분화시켜 신용카드부정사용죄를 개정·존속시킬 것인지는 여전히 문제로 남아 있다. 이에 관한 입법론적 논의로 김영환, 신용카드 부정사용에 관한 형법해석론의 난점, 형사판례연구 [3], 1995, 297-318쪽 참조.

을 구입하거나 용역을 제공받는 행위, ③ 대금결제의 능력과 의사가 없이 현금자동인출기를 통해서 현금서비스를 받는 행위로 분절하여 검토하는 것이 합리적이다. 또한 각 행위에 대해서 현행법상으로는 주로 사기죄 또는 절도죄의 성립여부가 문제된다.

예를 들어 신용카드를 부정발급받거나 그 카드로 현금서비스를 받는 행위는 배임죄(형법 제355조 ②항)로도 문제될 수 있으나, 배임죄의 업무주체인 "타인의 사무처리를 하는 자"란 다른 사람의 재산을 관리할 의무를 부담하는 사람을 말하는데 신용카드를 발급받은 사람이나 그 카드로 현금서비스를 받는 사람은 그런 재산관리의무를 부담한다고 볼 수 없다.[4)]

또한 카드가맹점에서 물품이나 용역을 제공받는 행위는 '(자기·타인의 신용카드를 불문하고) 신용카드 등을 위조·변조, 위조·변조된 신용카드의 판매사용 그리고 분실·도난된 신용카드등을 판매·사용한 행위'만을 처벌하는 여신전문금융업법 제70조 ①항 위반죄에도 해당될 수 없다. 그 밖에 현금서비스를 받는 행위는 횡령죄로도 문제될 수 있으나 횡령죄의 주체인 "타인의 재물을 보관하는 자"(형법 제355조 ①항)는 보관할 '正當한 權原'을 가진 자에 국한되며, 현금지급기의 관리자인 은행이 자기카드를 부정사용하는 카드사용자에게 그런 권원을 주었다고 볼 수는 없다는 점에서 횡령죄에 해당할 수 없다. 또한 카드회원이 자기신용카드 및 비밀번호를 입력함으로써 현금서비스를 받는 것은 "虛僞의 情報 또는 不正한 命令"에 해당하지 않는다는 점에서 컴퓨터사용사기죄(형법 제347조의 2)가 성립할 수 없다.

1. 신용카드의 부정발급·사용과 사기

대금을 결제할 능력과 의사가 없이 자신의 신용상황에 대한 거짓 정보를 줌으로써 신용카드를 발부받은 경우에 사기죄(형법 제347조 ①항)의 성립여부가 문제된다. 이에 관하여는 현재 다음과 같은 견해의 대립이 있다.

- 긍정설 신용카드는 재산적 가치가 있는 것으로서 신용카드발행인의 소유에 속하는 재물이다. 따라서 대금결제의 능력과 의사가 없음에도 불구하고 그것이 있는 것처럼 신용카드회사를 기망하여 신용카드를 발급받은 경우에는 신용카드 자체에 대한 사기죄가 성립한다.[5)]
- 부정설 신용카드의 취득단계에서 적극적으로 허위의 사실을 고지하여 카드를 취득하는 것은 카드취득 자체에 따른 재산상의 가벌적 손해의 요건에는 충족되지 못하므로 사기죄의 죄책을 지우는 것은 무리이다.[6)]

부정설이 타당하다. 그 이유는 첫째, 허위의 사실을 고지하여 신용카드를 취득하는 행위가 비록 신용카드발급회사의 재산을 침해하는 행위라고 할지라도 - 신용카드의 부정사용행위와는 별개의 행위인 신용카드발급신청행위에 의해 취득한 - 신용카드 그 자체는 단지 미미한 경제적 가치를 지닌 물질에 불과하므로 이 신용카드를 취득하는 행위는 '경미한 법익침해의 원칙'(Geringfugigkeitsprinzip)에 의하여 형사처벌이 필요한 불법 내지 범죄유형성을 갖지 못한다고 보아야 하기 때문이다.[7)] 둘째, 설령 신용카드취득 행위를 가벌적인 행위로 본다고 할지라도 행위자가 신용카드발급회사와의 회원계약을 통해서 포괄적인 신용공여를 받은 것만으로는 (적어도 신용카드를 사용하기 전까지는) 재산상의 손해가 현실적으로 발생하는 것은 아니고 단지 채산상의 손해 발생의 '위험'이 초래될 뿐이라고 보아야 하는 것이다. 따라서 손해의 발생을 사기죄의 성립요건으로 보는 한 사기죄의 기수는 인정할 수 없다고 볼 것이다. 물론 사기죄의 미수로라도 처벌할 수 있는가 하는 점은 문제로 남는다. 이 문제는 뒤에서[8)] 다시 다루도록 한다. 다만 신용카드발급을 신청하면서 회원이 문서위조 등의 범죄를 행하였다면 그런 발급신청행위는 문서위조죄 및 행사죄로 처벌할 수 있다. 그러나 이것은 신용상태를 진실하게 고백하지 않고 신용카드를 발급받은 행위를 사기미수죄로 처벌할 것인가 하는 문제와는 별개의 것이다.

2. 자기신용카드의 부정사용과 사기

다음으로 대금결제의 능력과 의사가 없이 신용카드를 사용하여 카드가맹점에서 물품을 구입한 행위가 사기죄에 해당하는지에 관해서는 더욱 복잡하고 다양한 견해의 대립이 전개되고 있다. 학계의 다수견해는 아마도 사기죄를 인정하는 범죄화이론으로 나아가고 있는 것으로 보인다. 다만 그 이론구성의 논리에서는 차이가 있다.

가. 범죄화이론의 논증구조

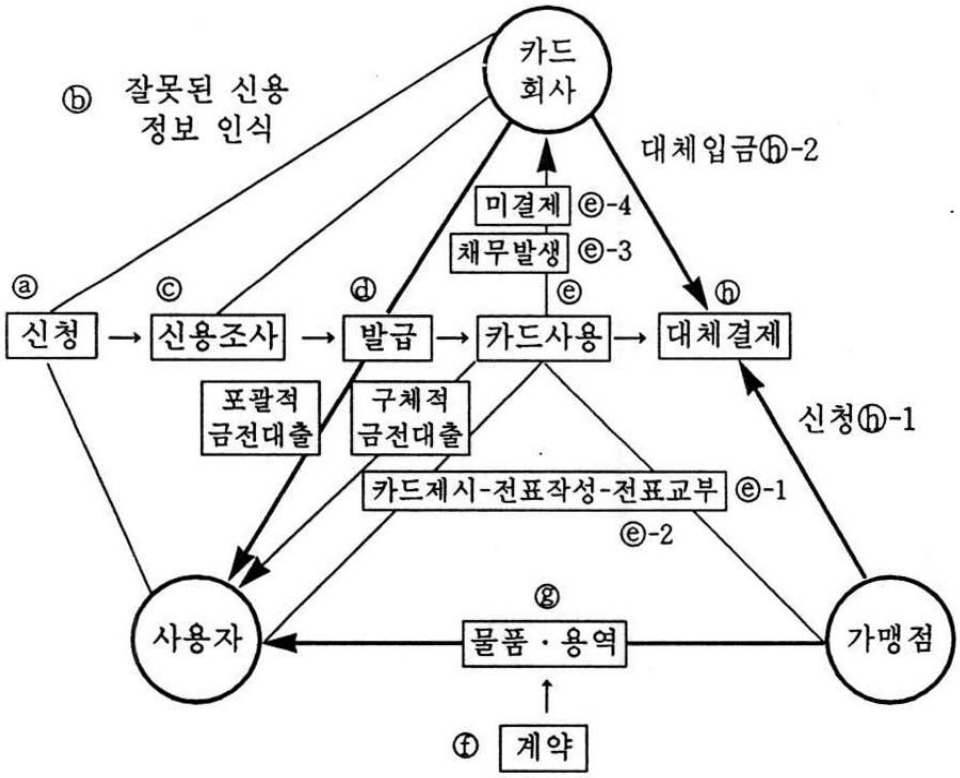
여기서 자기신용카드의 부정사용행위를 사기죄로 구성하는 학설들을 다음과 같은 세 가지 유형으로 정리할 수 있다.

- 제1설(카드회사가 피기망자 및 피해자라는 학설) 지불의사와 능력이 없이 신용카드를 신청한 것(ⓐ)이 기망이며, 이로써 카드회사가 신청자의 신용상황에 대한 잘못된 인식을 갖게 된 것(ⓑ)이 착오이며 이에 기초하여 신용카드를 발급해준 것(ⓓ), 즉 신용공여(포괄적인 대금대출)의 하자있는 의사표시가 재산처분행위이며, 신용카드를 가맹점에서 사용함으로써 카드회사가 가맹점에 대해 대체입금해야 할 채무를 지게 되는 점(ⓔ-3)이 손해이며, 이용자가 가맹점으로부터 물품이나 용역을 제공받은 점(ⓖ)이 재산상의 이득에 해당한다.

- 제2설(삼각사기설) 카드소지자가 가맹점에 지불의사와 능력이 없이 자신의 신용카드를 사용하는 행위(ⓔ-1)가 기망이며 지불의사와 능력이 없음을 가맹점이 인식하지 못한 것(ⓔ-2)이 착오이며, 가맹점이 카드소지자와 거래를 함으로써(ⓕ) 물품이나 용역을 제공한 것(ⓖ)이 재산처분행위이며, 카드회사가 가맹점의 대금결제신청에 대체입금을 한 것(ⓗ-2)이 손해발생이 되며, (분명하지는 않지만) 카드이용자가 물품이나 용역을 제공받고 대금을 지불하지 않은 것(ⓔ-4)이 재산상 이득에 해당한다.[9)]

- 제3설(가맹점이 피기망자 및 피해자라는 설) 카드소지자가 가맹점에 지불의사와 능력이 없이 자신의 신용카드를 사용하는 행위(ⓔ-1)가 (묵시적) 기망행위이며 지불의사와 능력이 없음을 가맹점이 인식하지 못한 것(ⓔ-2)이 착오이며, 가맹점이 카드소지자와 거래를 한 것(ⓕ)이 재산처분행위이며, - 가맹점이 카드회사에 대해 결제가 법적으로 보장된 대금청구권을 갖는다는 것은 단지 민사상의 효과이고 - 가맹점이 물품이나 용역을 제공해준 것(ⓖ)이 손해(발생의 위험)이며, (분명하지는 않지만) 카드이용자가 물품이나 용역을 제공받고 대금을 지불하지 않은 것(ⓔ-4)이 재산상 이득에 해당한다.[10)]

이러한 세 가지 유형의 학설들의 논증구조를 잘 드러내기 위해 자기신용카드의 부정사용을 구조화하고 있는 아래 그림을 활용하기로 한다.



이 그림에 표시된 ⓐ-ⓖ는 각 학설이 사기죄의 성립요소(기망→착오→재산처분행위→재산손해→<손해와 자료동질적인> 재산상 이득)로 파악하는 부정사용행위의 단계적 전개과정의 요소들을 나타낸다. 그러면 다음의 표와 같이 각 학설의 논증구조의 차이를 정리할 수 있다.

구 분	기 망	착 오	재산처분행위	재산손해	재산상이득
제1설	ⓐ	ⓑ	ⓓ	ⓔ-3	ⓖ
제2설	ⓔ-1	ⓔ-2	ⓕⓖ	ⓗ-2	ⓔ-4
제3설	ⓔ-1	ⓔ-2	ⓕ	ⓖ	ⓔ-4

판례는 제1설의 입장을 취하고 있는 것으로 보인다. 즉, '신용카드의 거래는 신용카드회사로부터 카드를 발급받은 사람이 위 카드를 사용하여 카드 가맹점으로부터 물품을 구입하면 그 카드를 소지하여 사용하는 사람이 카드회사로부터 카드를 발급받은 정당한 소지인인 한 카드회사가 그 대금을 가맹점에 결제하고, 카드회사는 카드사용자에 대하여 물품구입대금을 대출해 준 금전채권을 가지는 것이고, 또 카드사용자가 현금자동지급기를 통해서 현금서비스를 받아 가면 현금대출관계가 성립되게 되는 것인 바, 이와 같은 카드사용으로 인한 카드회사의 금전채권을 발생케 하는 카드사용행위는 카드회사로부터 일정한 한도 내에서 신용공여

가 이루어지고, 그 신용공여의 범위 내에서는 정당한 소지인에 의한 카드사용에 의한 금전대출이 카드발급시에 미리 포괄적으로 허용되어 있는 것인 바, 현금자동지급기를 통한 현금대출도 결국 카드회사로부터 그 지급이 미리 허용된 것이고, 단순히 그 지급방법만이 사람이 아닌 기계에 의해서 이루어지는 것에 불과하다. 그렇다면 피고인이 카드사용으로 인한 대금결제의 의사와 능력이 없으면서도 있는 것 같이 가장하여 카드회사를 기망하고, 카드회사는 이에 착오를 일으켜 일정 한도 내에서 카드사용을 허용해 줌으로써 피고인은 기망당한 카드회사의 신용공여라는 하자있는 의사표시에 편승하여 자동지급기를 통한 현금대출도 받고, 가맹점을 통한 물품구입대금 대출도 받아 카드발급회사로 하여금 같은 액수 상당의 피해를 입게 함으로써, 카드사용으로 인한 일련의 편취행위가 포괄적으로 이루어지는 것이다. 따라서 카드사용으로 인한 카드회사의 손해는 그것이 자동지급기에 의한 인출행위이든 가맹점을 통한 물품구입행위이든 불문하고 모두가 피해자인 카드회사의 기망당한 의사표시에 따른 카드발급에 터잡아 이루어지는 사기의 포괄일죄이다'[11]라고 판시하고 있다.

나. 범죄화논증의 비현실성과 불평등성

1) 현실과 동떨어진 논증 그러나 신용카드의 개별사용행위(그림의 ⓔ)에서 기망이나 착오를 인정하는 견해(위의 제2,3설)는 신용카드회원에게 자신에게 지불능력과 지불의사가 없음을 가맹점에게 말해야 할 '信義則'上의 의무, 즉 진실의무(또는 고백의무 Offenbarungpflicht[12])를 부과할 뿐만 아니라 가맹점에게도 카드회사가 카드회원으로부터 나중에 대금을 확실히 납입받을 수 있도록 신용카드회원의 대금지불능력과 의사를 확인해야 할 신의칙상의 의무를 부담시키는 것을 전제로 할 때에만 가능하다.

a) 카드거래의 현실 그러나 그런 의무는 거래의 현실이 아니라 자기신용카드의 부정사용을 사기죄로 구성하기 위한 일종의 '擬制'에 불과하다. 왜냐하면 신용카드의 이용현실을 있는 그대로 보면 카드제시와 함께 묵시적으로 설명되는 내용은 카드의 제시자가 카드의 명의인이고 그 카드는 유효한 카드라는 점일 뿐이며 미래에 대금을 카드회사에 납부하겠다는 내용까지 포함하지는 않고, 또한 가맹점은 카드의 명의인이나 유효여부라는 형식적인 요건 이외에 카드소지자가 카드회사에 실제로 대금지불을 할 능력이 있는가라는 실질적인 요건에는 전혀 무관심하기 때문이다.[13] 이처럼 사기죄의 구성요건 해당성을 실제 존재했던 사실이 아니라 '의제적 사실'에 의해 인정할 수는 없다.

b) 가맹점계약의 현실 또한 그러한 견해는 카드회원의 신용을 조사할 의무의 주체를 설정함에 있어 거래현실과는 동떨어진 인식을 전제로 하고 있다. 왜냐하면 회원의 신용상황을 조사할 능력과 시간이 현실적으로 가맹점에게는 주어지지 않으며, 오직 카드회사에게만 주어지는 것일 뿐이기 때문이다. 물론 그런 현실인식의 당연한 결론이겠지만, 어쨌든 가맹점과 카드회사 사이의 (가맹점)계약에서도 회원의 개별적인 신용조사의 의무를 가맹점에게 부담시키는 경우는 거래현실에서 찾아볼 수 없다. 만일 카드회사가 가맹점계약을 할 때 (약관의 한 내용으로) 비현실적으로 그런 의무를 가맹점에게 부담시킨다면 그런 부분은 일종의 불공정거래로 평가될 수 있고, 그런 계약부분은 보통거래약관법의 법리에 의해 규제됨이 마땅할 것

이다.

c) 사기죄해석론 만일 카드의 개별사용행위에서 기망이나 착오를 파악하려 한다면 기망은 지불능력과 의사가 없음을 가맹점에게 말하지 않은 행위(ⓔ-1)에서, 착오는 그러한 점에 대한 가맹점의 불인식(ⓔ-2)에서, 재산처분행위는 물품이나 용역을 제공받는 대신 신용카드로 대금결제를 행하기로 하는 계약행위(ⓕ)에서, 손해는 이 계약행위에 의해 카드회사에게 발생하는 대체입금의 채무에서(ⓔ-3), 재산상 이득은 카드회사에 카드사용대금을 납입하지 않을 것이면서도(ⓔ-4) 가맹점으로부터 물품이나 용역을 제공받은 것(ⓖ)에서 인정함이 '현실논리적으로' 타당할 것이다(위의 그림에서 ⓔ-1→ⓔ-2→ⓕ→ⓔ-3→ⓔ-4/ⓖ).

2) 실천불가능한 불평등취급의 논증 그러므로 만일 자기신용카드의 부정사용에서 기망과 착오의 요소를 인정하려 한다면 결국 제1설(판례)처럼 신용카드의 신청에서 발급에 이르는 과정에서 찾는 것이 현실에 부합한다고 볼 수 있다.

a) 불평등구조 그러나 이렇게 되면 예를 들어 처음에는 대금결제의 능력과 의사를 가지고 신용카드를 발급받은 후 나중에 결제능력과 의사가 없이 신용카드를 사용하는 행위는 사기죄로 인정할 수 없게 된다. 왜냐하면 카드를 발급받는 과정에는 기망과 착오의 요소가 발견되지 않기 때문이다.

그러므로 그런 경우에는 다시 제2설과 제3설처럼 회원의 개별적인 카드사용행위에서 기망과 착오의 요소를 찾아야 하는데 이렇게 되면 앞에서 분석한 것처럼 다시금 회원에게는 대금결제의 능력과 의사가 없음을 말할 신의칙상의 의무를 인정해야 하고 가맹점에게는 카드이용자의 신용상태를 조사해야 할 의무를 인정해야만 한다. 이러한 의무부과가 현실이 아니라 의제된 이론구성이며, 그런 이론구성에 의해 사기죄를 인정할 수 없음은 앞에서 설명한 바와 같다. 따라서 제1설(판례)에 의하면 당벌성의 정도에서 상대적인 차이가 없는 두 행위가 사기죄에 의한 처벌에서 차별적으로 취급되는 결과가 발생하게 된다. 그러므로 제1설(판례)의 논증 속에는 애당초부터 평등원칙위반이 내재한다고 말할 수 있다.

b) 실천불가능성 만약 두 행위를 평등원칙위반에도 불구하고 형사처벌에서 차별화한다고 하더라도 그런 차별화의 실천적 관철가능성의 문제가 남게 된다. 왜냐하면 자기신용카드를 부정사용한 회원에게 처음부터 대금결제의 능력과 의사가 없었는지 아니면 나중에 비로소 그렇게 되었는지는 그런 사실이 회원의 내면의식상태에 관계되는 사실이라는 점과 그런 사실을 합리적으로 추론하는 데 필요한 간접사실을 충분히 수집하기 어려운 소송현실을 고려해보면 - 소송에서 명확하게 가려내기가 매우 어렵기 때문이다. 소송의 현실이 그러하다면 두 행위를 가벌적 행위와 불가벌적 행위로 날카롭게 구획하자는 논증의 설득력은 결코 오랫동안 지탱될 수는 없게 될 것이다.

3. 자기신용카드로 현금서비스를 받은 행위

다음으로 대금결제의 능력과 의사가 없이 현금자동인출기를 통해서 현금서비스를 받은 행위에 대해 사기죄 또는 절도죄로 처벌할 것인지에 관해서도 견해가 대립된다.

가. 범죄화이론의 논증구조

현재 학계의 다수설과 판례는 자기신용카드로 현금서비스를 받은 행위를 현행법상 범죄로 파악하고 형사처벌하고자 한다. 다만 그 논증구조에서는 다음과 같은 차이가 있다.

- 사기죄설[14)]

은행과 현금자동인출기를 일체로 파악한다면, 즉 현금자동인출기의 작동을 설치자인 은행의 지불의사를 실현하는 활동으로 파악한다면, 변제능력과 의사없이 현금자동인출기에 신용카드를 주입하는 행위는 기망행위에 해당할 수 있고, 변제능력과 의사가 없음을 모르고 현금자동인출기가 작동하는 것은 착오에 해당하며. 인출기가 현금을 사용자에게 지급하는 것은 재산처분행위에 해당한다고 본다. 이와는 달리 判例는 카드사용자가 대금 결제의 의사와 능력이 없으면서도 있는 것같이 가장하여 신용카드를 신청한 것이 (카드회사에 대한) 기망에, 신청자의 대금결제의사와 능력이 없음을 인식하지 못한 점이 착오에 각각 해당하며, 카드회사가 이 착오에 기초하여 카드를 발급해줌으로써 설용을 공여하는 것은 재산처분행위에 각각 해당하고, 이와 같은 하자있는 의사표시에 편승하여 카드회원이 자동지급기를 통하여 현금대출을 받음으로써 그 금액상당의 손해가 카드회사에 발생하는 것이며, 카드회원은 그 금액상당의 이익을 획득하는 것이라고 봄으로써 사기죄의 성립을 긍정한다.

[신용카드부정사용행위에 관한 판례의 입장] 신용카드부정사용행위에 대한 지금까지의 판례의 견해를 요약하면 다음과 같은 표로 나타낼 수 있다.

	물품구입	ATM에 의한 현금서비스이용
자기신용카드[15)]	사기죄	사기죄
타인신용카드[16)]	사기죄	절도죄

15) 대판 1996.4.9. 95도2466.
16) 물품구입에 대해서는 대판 1993.11.23, 93도604; 현금서비스이용에 대해서는 1995.7.28, 95도997 참조.

- 절도죄설 이에 반해 현금자동인출기와 같은 기계에 대하여는 기망이 불가능하다는 인식으로부터 현금서비스받는 행위를 범죄화하려면 절도죄로 구성해야 한다는 견해가 있다.[15)]

이 견해에 의하면 지급의사나 능력이 없이 자기신용카드를 사용하여 현금서비스를 받는 행위는 절취(점유의 배제와 취득)에 해당할 수 있다고 본다. 왜냐하면 현금자동인출기 관리자는 정당한 사용, 즉 지급의사나 능력이 있을 것을 전제로 현금인출을 허용한 것이므로 자기신용카드로써 현금자동인출기를 작동시켜 현금을 취득하였다고 하더라도 그러한 점유취득은 현금자동인출기 관리자의 동의에 의한 것이 아니라는 것이다.

나. 범죄화논증의 의인화전략과 비현실성

1) 자동인출기의 의인화 그러나 신용카드를 사용해서 현금서비스를 받는 행위가 절도죄나 사기죄를 구성한다고 보는 견해는 기계를 사람으로 의제(擬人化)하지 않고서는 이론구성이 불가능하다. 즉. 범죄화이론은 적어도 '현금자동인출기가 지급능력과 의사가 있는 자(正當한 權限이 있는 자)에게만 현금의 점유를 이전시켜 주는 의사활동을 한다'는 기계의 의인화 아래에서만 가능하다. 이러한 의인화관점을 일관되게 관철하려 한다면 당연히 또 다른 단계의 의인화가 행하여지게 된다. 즉 그와 같은 의사활동을 하는 인출기라면 당연히 欺罔도 당할 수 있고, 착오에 빠질 수도 있으며 더 나아가 (하자있는 의사표시인) 재산처분(예: 현금교부)의 의사활동까지도 할 수 있다는 의인화가 불가능할 아무런 이유도 없다. 사기죄로 이론 구성을 하는 것은 바로 이런 지점의 의인화까지 감행한다. 이에 반해 첫 번째 단계의 의인화만을 인정하고 두 번째 단계의 의인화까지는 감행하지 않는다면 자기신용카드로 현금서비스를 받는 행위는 타인의 재물을 '절취' (점유의 배제와 취득)한 행위(절도죄)로만 해석될 수 있게 된다. 그러나 첫 번째 단계의 의인화까지만 허용되고 두 번째 단계의 의인화는 허용되지 않아야 하는 현금서비스기계의 어떤 존재론적 이유도 발견되지 않는다. 그러므로 절도죄설은 사기죄설에 비하여 의인화를 근거없이 제한적으로 선택·사용한다는 점에서 논증의 일관성이 약하다고 볼 수 있다.[16)]

2) 의인화의 비현실성·허구성 그러나 위와 같은 전제(자동인출기의 擬人化)는 결코 현실이 아니며, 대금결제의 의사와 능력이 없이 자기신용카드로써 현금서비스를 받는 행위를 현행법 아래에서도 형사처벌할 수 있게 하기 위한 목적에서 비롯된 허구적 구성일 뿐이다. 왜냐하면 현금자동인출기는 단지 인간이 입력해 놓은 프로그램대로 작동할 뿐이며, 프로그램을 스스로 설정하거나 어떤 의사활동을 자율적으로 행하지는 않기 때문이다. 현금자동인출기에 입력긴 은행의 프로그램은 단지 진정한 카드를 주입구에 삽입하고 비밀번호를 올바르게 입력하면 자동화된 현금인출절차에 따라 카드사용자에게 현금을 지급하도록 하는 것일 뿐이다. 이처럼 의인화의 비현실성을 인식하게 되면 자기신용카드를 이용하여 현금서비스를 받은 행위를 더 이상 절도나 사기로 처벌할 수 없게 된다. 즉, 그런 행위는, 한편으로는 기망은 사람에 대해서만 가능한 것이라는 점에서 사기죄가 성립할 수 없고, 다른 한편으로 은행은 현금자동지급기의 지시에 따라 기계를 조작하는 자에게 현금을 교부하겠다는 의사표시를 한 것이므로 카드와 비밀번호의 소지자가 현금을 인출할 수 있도록 현금자동인출기의 현금인출구를 열어 입력한 액수의 현금을 교부하는 것은 조건없는 점유이전의 의사표시에 해당한다는 점에서 절도죄의 성립요건인 절취에 해당할 수 없는 것이다.[17)]

Ⅲ. 위험분배의 합리성

1 . 기능보호를 위한 계곡

가. 신용카드업의 보호·육성

이상에서 신용이 없는 사람이 신용카드를 발급받아 사용하는 행위를 사기죄(또는 절도죄)로 처벌하는 이론은 비현실적인 의제나 의인화의 무리한 해석을 감행할 때만 가능한 것임을 알 수 있었다. 이러한 해석이 갖는 목표는 (의식적이건 무의식적이건) '신용카드체계의 기능과 효율성'을 유지하고 고양시키는 것이라고 할 수 있다. 바꿔 말하면, 대금결제의 능력과 의사 없이 자기카드로써 물품을 구입하는 행위를 처벌하지 않는다면 신용카드체계가 기능하기 어려워지며, '현금을 사용하지 않는 사회'라는 신용경제의 이상은 점점 더 요원해진다는 것이다. 그러므로 자기의 신용카드라 할지라도 부정하게 발급받거나 그것을 사용하는 행위에 대해서는 當罰性(Strafwrdigkeit)이 인정될 수밖에 없다는 것이다. 그러나 자기신용카드의 부정사용을 사기죄나 절도죄로 구성하는 이론이 갖는 실제적인 목표는 여신금융전문업법(구 신용카드업법) 제1조가 천명하듯 주로 '신용카드업의 보호·육성'에 쏠려 있는 것으로 보인다.

나. 외부위험의 정당한 통제

이러한 입법취지는 얼핏보면 별 문제가 없는 것으로 보인다. 또한 그런 입법취지는 형법에 의해 엄호될 수도 있을 것이라 생각하기 쉽다. 바꿔 말해 신용카드업의 보호·육성이 형법의 정책적 목표가 될 수도 있다는 것이다. 그렇게 정책적으로 기능화된 형법은 신용카드 '체계의 외부'로부터 그 체계의 기능을 위태롭게 하는 행위(예: 타인의 신용카드를 절취 사용)를 차단하고 신용카드 '체계의 내부'에서 발생하는 일탈행위를 단속하려 들 것이다. 물론 체계의 외부로부터 그 체계의 기능을 위태롭게 하는 행위를 형법이 통제하는 것은 일단 정당하다고 판단할 수 있다. 왜냐하면 그런 외부의 침해행위는 형법전상의 범죄들(예: 절도, 사기, 문서위조)과 불법유형에서 별 차이가 없기 때문이다. 또한 그런 형법적 통제는 신용카드체계의 기능에 대한 위험을 왜곡분배하지도 않는다 즉, 타인신용카드의 절취나 사용에서 비롯되는 위험은 오로지 그 행위자 개인의 일탈행위로부터 발생한 것이며, 그 위험의 창출과 유지에 다른 사람이 직접 관여하고 있지는 않다는 점에서 그 행위자 개인에게 전속적으로 귀속될 수 있기 때문이다.

다. 내부위험의 맹목적 통제

이에 반해 신용카드업의 보호·육성 정책에 기능화된 형법이 만일 신용카드 '체계의 내부'에서 발생하는 일탈행위, 즉 내부자들(카드회사, 회원, 가맹점)의 일탈행위를 통제하려고 할 경우에는 체계의 기능에 대한 위험의 왜곡분배가 문제될 수 있다. 신용카드체계가 제대로 '기능'하는 데에는 내부자들의 '공평한' 기능적 역할분담과 그 분담역할의 정상적인 수행이 요구된다. 신용카드체계의 기능장애를 가져오는 다양한 위험의 분배는 이러한 공평한 기능적 역할분담에 대한 과학적 분석 없이는 결코 공정하게 이루어 질 수 없다. 예를 들어 결제능력

이 없는 자가 카드회사로부터 신용카드를 발급받아 사용함으로써 발생하게 되는 위험이 체계기능적으로 어떻게 하면 합리적으로(또는 효율적으로) 분배될 수 있을 것인가 하는 문제에 대한 분석적 논의에 들어감이 없이, 단지 그런 행위가 신뢰파괴적인 일탈행위라는 이유만으로 그 행위와 신용카드체계의 기능위태화 사이의 인과적 연결고리를 맺고 그런 행위를 범죄화하는 형법은 (위험의 합리적 분배에 대해) '맹목적'인 권력이 되기 쉽다. 왜냐하면 그런 사유패턴, 즉 <신뢰파괴적 일탈행위 → 체계의 기능위태화 → 범죄화 및 형사처벌>이라는 높은 '추상성' 밑에는 대개 특정한 실용적 목적에 편향된 개인적 또는 집단적 이익이 아직 충분히 대화적 방식으로 정당화되지도 않은 채 관철된다는 점이 형법의 시야에서 쉽게 사라져 버리고 말기 때문이다. 실제로도 자기신용카드의 부정사용을 범죄화하는 형법권력은 여신금융전문업법 제1조의 선언에서 나타나듯이 신용카드업의 보호·육성, 그러니까 주로 신용카드회사의 보호·육성을 당파적으로 엄호하는 기능을 수행하고 있다.

2. 기능위험의 합리적 분배정책

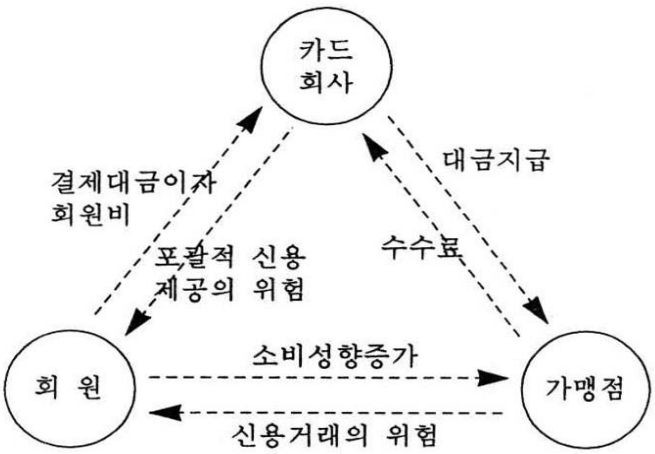
이러한 문제의식만으로도 이미, 자기신용카드의 부정발급·사용을 사기죄로 처벌하는 해석의 '해석론적' 문제점(擬制, 불평등취급)만을 지적하고 그렇기 때문에 새로운 처벌법규를 입법하자는 주장[18]은 결코 합리적인 대안이 될 수 없다.[19] 왜냐하면 범죄화이론들의 근본적인 문제점은, 그 이론들에 따를 경우 신용카드체계의 기능에 대한 위험을 과학적 분석과 비판적 성찰 없이 카드회원에게 편중 분배하게 된다는 점에 있기 때문이다. 그러면 신용카드체계의 기능위험은 어떻게 합리적으로 공평하게 분배될 수 있는 것일까?

가. 신용카드체계의 삼각관계

이 문제에 답하기 위해서는 먼저 신용카드체계의 구조를 이해할 필요가 있다. 세 당사자의 신용카드체계는, 카드발행회사와 카드회원은 회원규약을 통해서 대금지급의 지시라는 형태의 지속적인 채무관계를 형성하는 신용카드회원계약을 맺고, 카드회사와 가맹점은 가맹점규약을 통하여 일종의 제3자를 위한 계약이라는 형태의 가맹점계약을 맺으며, 카드회원과 가맹점은 물품 또는 용역을 거래하는 매매계약 또는 서비스제공계약을 맺음으로써 성립한다.[20] 이 세 가지의 계약관계는 어느 하나만 존재하지 않더라도 신용카드체계에 장애를 일으킬 수 밖에 없도록 유기적으로 결합되어 있다. 이러한 신용카드체계에 의하여 세 당사자가 모두 이익을 얻고 또한 모두 일정한 위험과 부담을 짊어진다. 예를 들어 카드회사는 (회원의) 연회비와 (가맹점의) 수수료라는 이익을 얻는 반면, 회원의 대금미결제로 인한 손실이나 사용한도액 이상의 카드사용으로 발생할 수도 있는 손실의 위험을 부담하고, 카드회원은 (카드회사로부터) 신용을 제공받는 이익과 (가맹점으로부터) 카드결제에 의해 물품·서비스제공을 받는 이익을 누리는 반면, (카드회사에 대해) 연회비 부담과 때로는 (상관행적으로 가맹점으로부터) 수수료를 전가받는 부담을 짊어지고 더 나아가 소비성향의 증대, 즉 소비생활의 비합리성·비경제성의 위험에 빠지게 되는 부담을 진다. 또한 카드가맹점은 (카드회원에 대한) 신용판매

를 통해 매출을 신장시키는 성장의 이익과 (카드회사로부터) 신용판매대금을 결제받는 이익을 누리는 반면, (카드회원에게는) 물품과 용역을 제공해야 하는 신용거래의 부담과 (카드회사에게) 수수료를 지급할 부담을 짊어진다. 물론 카드회사가 가맹점에게 대금지급을 할 의무를 진다[21]는 점에서 가맹점이 회원에 대해 부담하는 신용거래의 부담은 진정한 재산손실의 부담이라고는 볼 수 없을 수도 있다. 그러나 이는 가맹점이 회원여부를 확인하는 의무 등을 준수할 것을 전제로 하기 때문에 적어도 회원확인의무 등은 가맹점이 회원과 신용거래를 할 때 가져야 하는 부담으로 남게 된다.

이와 같은 이익과 위험 또는 부담의 삼각형적인 교환관계는 다음의 그림과 같이 나타난다. 그런데 이러한 교환관계의 모습은 그 구체적 내용에서는 단지 예시적인 '설명적 가치'를 지닐 뿐이다. 왜냐하면 민사법적 이론구성에 따라서는 다른 이익이나 다른 위험(부담)이 선택될 수 있고, 그리고 이익과 위험(부담)간의 교환관계도 위와는 다른 모습으로 설정될 수 있기 때문이다.



나. 기능화된 위험분배의 한계

1) 위험분배의 기능화 그러나 어떤 민사법적 이론구성이건 간에 대강의 공통된 점은 신용카드체계의 성장을 긍정적인 것으로 평가하고 그 체계의 기능적 효율성을 극대화하는 것을 앙가쥬망으로 삼고 있다는 점이다. 이와 같은 점은 예를 들어 카드의 부정사용으로부터 발생하는 위험을 신용카드 체계내에서 '과실책임원칙' (Verschuldensprinzip)에 따라 세 당사자에게 분배하는 것이 설령 민사법적 책임[22]에서뿐만 아니라 형법적 책임에서도 타당하다고 보더라도 여전히 마찬가지이다. 왜냐하면 과실은 일정한 주의의무의 위반을 전제로 하는데, 주의의무의 내용을 어떤 것으로 설정하고 또 누구에게 부담지울 것인지에 관해서 '과실책임원칙'이 말해주는 바는 아무 것도 없기 때문이다. 오히려 주의의무의 설정과 귀속은 신용카드체계의 기능적 효율성을 높이려는 정책(예: 신용카드체계의 형성단계에서 신용카드회사의 육성우선정책)이나 내부자들의 일탈행위에 대한 윤리적 판단(예: 가맹점의 심사의무나 회원의 재정상태에 대한 진실보고의무에 대한 중요성판단)에 의해, 더 나아가 정치적 실행(예: 신용

카드산업과 국회의원간의 정경유착적 입법)에 의해 좌우된다. 다시 말해 주의의무 개념의 '의미론'은 존재론적인 것이 아니라 (정책적, 윤리적, 정치적 목표에 따라 변화하는) '기능적인 것'이다. 그러나 이러한 기능적인 의무의 분배는 그것이 어떤 내용이건 간에 모두 정당화되는 것은 아니다. 숨겨진 정책적 목표, 윤리적 선판단, 정치적 타협의 내용이 정당화될 수 있을 때 비로소 그에 기초한 의무의 분배는 정당화 될 수 있을 것이다. 그러나 신용카드체계 안에 어떤 전승된 윤리나 규범이 있는 것도 아니고 정책의 지표가 되어줄 어떤 공리가 주어져 있는 것도 아니다. 물론 체계참여자들에게 '정직해야 한다'라든가 '성실해야 한다'라든가 하는 윤리적 덕목의 적용을 떠올릴 수는 있으나, 고도로 추상적인 그런 덕목은 체계의 기능적 연관관계의 복잡성 속에서 (행위규범설정과 관련한) 자신의 방향성을 잃어버리게 된다. 여기서 체계참여자들에 대한 일정한 방식의 의무 또는 위험의 분배가 어떻게 정당성을 확보할 수 있을 것인가 하는 의문이 제기된다. 일단 지금까지의 논의를 토대로 하여 판단해보면 거시적이며, 통일적인 체계적 기준을 마련하기는 매우 어려울 것으로 보인다.

2) 기능적 요청과 규범적 요청 그러나 신용카드체계의 성장과 그 결실도 다른 사회적 하부체계의 경우와 마찬가지로 체계 그 자체가 자기목적을 갖는 것이 아니고, 궁극적으로는 개인들의 이익으로 그리고 시민들의 생활세계로 귀속되어야 할 것이다. 이런 관점을 전제로 한다면 신용카드체계와 같은 하부체계의 내부자들 사이의 관계 역시 일방적으로 '체계의 기능을 효율화·극대화하라'는 절대명령에 복속되어서는 안되고, 오히려 정반대로 체계의 절대명령이 내부자들 사이의 관계가 '형평 있는 관계'로 되도록 때로는 수정되고 때로는 폐기되어야 할 것이다. 다시 말해 체계내부자들 사이의 관계는 그들이 모두 '합의가능한 규범'에 의해 정돈될 수 있어야 한다는 것이다. 이런 관점은 하버마스(J.Habermas)의 용어를 빌면 '생활세계의 절대명령'이라고 표현할 수 있다. 그러나 이러한 생활세계적 명령은 체계, 그러니까 여기서는 신용카드의 체계가 기능하기 위한 최소조건의 폐기까지 나아갈 수는 없다. 그런 명령은 오로지 체계의 기능이 자기목적적이며, 자기완결적인 것이 되는 것을 비판하고 체계의 기능적 결과를 생활세계의 개인들에게 공평하게 귀속시키도록 하는 선까지만 유효할 수 있을 뿐이다. 왜냐하면 체계의 기능조건의 최소한이 부정되면 체계는 기능할 수 없고, 체계의 기능마비는 - 체계의 기능이 창출하는 이익을 개인들이 향유할 수 없게 된다는 점에서 - 모든 개인들, 여기서는 신용카드체계에 참여하는 모든 사람들(카드회사, 카드회원, 카드가맹점)의 불이익으로 회귀하게 될 것이기 때문이다. 이런 의미에서 생활세계의 (규범적) 절대명령과 사회체계의 (기능적) 절대명령 간의 조화가 요구된다고 말할 수 있다.

3) 법제화의 발전단계와 의무분배 그러면 신용카드체계의 내부자들 사이의 관계를 형성하는 중요한 요소로서 체계의 기능위험 또는 그런 위험을 막기 위해 내부자들이 부담해야 하는 의무를 어떤 기준(규범)에 의해 각자에게 분배할 것인가? 아직 이 문제에 대해 확실하고 명확하게 대답할 수 있는 구체적인 기준이 개발되지는 않았다. 또한 그런 개발이 가까운 미래에 가능할 것인지도 불투명하다. 왜냐하면 신용카드의 부정사용 현상을 인식하는 학자들의 관심이 앞에서 전개한 바와 같은 문제의 지평 위에 서 있지 못하기 때문이다. 그러므로 나로

서는 실험적인 원칙설정을 일단 감행할 수밖에 없다. 또한 그런 감행에 대한 비판이 이어질 때 더 세부적인 기준들이 개발될 수 있을 것이라는 기대는 그런 감행의 실험적 오류가능성을 보완해준다. 나의 실험적인 기준설정은 법제화의 발전단계, 즉 <근대시민사회에서 개인의 자유와 평등을 보장하는 법제화(①) → 사회적 연대성을 실현하는 법제화(②) → 사회체계의 기능을 공리로 삼는 법제화(③)>[23]라는 축적적인[24] 법제화의 발전단계를 놓고 각 단계에서 법체계의 핵심을 이룬 원칙을 끄집어 내어 신용카드체계의 내부자들 사이의 관계를 설정하는 데 적용하는 방법에 의한다. 이러한 법제화의 발전방향의 문제점과 그 극복방안에 대한 논의[25]를 일단 제쳐놓고 본다면, 먼저 신용카드체계의 법제도는 그 내부자 사이에 권리와 의무를 대칭적으로 형평성 있게 분배하여야 한다(① 근대법적 법제화요청). 물론 그런 분배가 구체적으로 무엇인지는 '일상적인 생활세계의 행위영역'과는 달리 신용카드체계와 같은 '사회적 하부체계의 행위영역'[26]에서는 분명하지 않다. 더욱이 권리와 의무의 대칭적 분배율이 정확하게 판단되어질 수 있다고 가정하더라도 그런 분배가 만일 체계기능의 최소조건마저 탈락시킨다면 그런 분배는 법적으로도 허용될 수 없다. 다시 말해 체계기능화의 최소조건을 유지하라는 요청은 '부분적으로' 권리와 의무의 비대칭적 분배를 감수하도록 만들 수 있다(③ 기능주의적 법제화 요청). 그러나 체계기능의 최소조건을 파괴하지 않으면서도 내부자들 사이에 권리와 의무를 편중 분배함이 명확하게 판단될 수 있는 경우에는 권리와 의무의 비대칭적 분배는 법적으로 허용되어서는 안된다. 또한 이와 같은 권리와 의무의 대칭적 분배의 문제는 장기적으로 보면 체계의 기능조건과 무관할 수 없다. 왜냐하면 권리와 의무의 비대칭적 분배는 (신용카드)체계에 참여할 개인적 동기와 의지를 약화시키며 이는 체계의 기능을 활성화하는데 간과할 수 없는 중대한 장애요소로 작용하게 될 것이기 때문이다. 또한 신용카드체계와 같은 사회적 하부체계의 행위영역에서도 물론 사회적 약자에 대한 배려는 여전히 유효한 요청으로 남아 있다. 체계의 기능유지를 위해 체계참여자 가운데 누군가가 부담해야 할 의무는 될수록 더 많은 행위능력과 조직력을 지닌 자에게 분배될 필요가 있다(② 사회국가적 법제화요청). 사회적 연대성의 도덕은 하부체계참여자들에게도 예외가 될 수 없기 때문이다. 이상의 내용을 다시 요약정리하면 다음의 세 가지 원칙으로 표현된다.

- 권리와 의무의 대칭성(요청 ①) 신용카드체계의 내부자들 사이의 상호관계에서 권리향유와 의무부담이 형평있는 대칭성을 이루도록 짜여져야 한다.

- 사회적 연대성의 실현(요청 ②) 신용카드체계의 내부자들 사이의 경제적 우열관계와 현실을 고려할 때 경제적 약자보다는 경제적 강자에게 더 많은 의무와 부담을 부과하여야 한다.

- 체계기능의 최소조건보장(요청 ③) 신용카드체계의 내부자들에 대한 어떤 의무의 부과분배가 신용카드체계가 '현실적으로' 기능할 수 없는 것인 경우에는 그 의무의 분배는 정당한 것이 될 수 없다.

다. 회원의 신용불량위험의 분배

그러면 신용상태가 불량한 개인이 신용카드를 발급받고 사용하였으나 변제하지 못함으로

써 발생하는 위험을 그 개인을 형사처벌하는 방식으로 분배하는 것이 타당한지를 검토하기로 한다. 이 문제를 바꿔 표현하면, 신용카드회원의 신용상태에 따라 신용카드를 발급·사용함으로써 미결제로 인한 신용카드체계의 위험요소를 방지하는 의무를 '형법적으로' 그 카드회원에게 전속시킬 수 있는가 하는 점이 된다.

1) 카드회원과 카드회사 사이의 위험분배 물론 신용카드거래가 그 신용에 진실하게 상응하는 회원의 재정상태를 전제로 행해지도록 하기 위한 가장 손쉬운 방법은 회원에게 자신의 재정상태에 대한 진실한 정보를 - 카드발급회사에 대해서건 거래가맹점에 대해서건 - 보고할 의무를 부과하는 것이라 할 수 있다.

a) 권리와 의무의 비대칭성 그러나 이런 의무의 부과는 카드회원과 카드회사 사이에 권리와 의무의 대칭적 분배에 중대한 회의를 갖게 한다(요청 ①의 불충족). 먼저 카드회사에 비해 경제적 약자인 카드회원에게는 카드사용을 통해 대금을 뒤늦게 지불할 수 있는 이익(권리)과 카드연회비 및 (할부이용의 경우엔) 할부이자의 부담(의무)이 - 위와 같은 진실의무를 부과하지 않아도 - 이미 서로 대칭적으로 맞서 있다고 볼 수 있다. 이에 반해 카드회원이나 카드가맹점에 대하여 경제적 강자인 카드회사에 있어서는 회원의 재정상태를 조사할 의무를 빼어 놓고 저울질해 볼 때 권리와 의무가 평형을 이룬다고 보기는 매우 회의적이다. 왜냐하면 신용카드가 회원의 재정상태를 실질적으로 반영하는 것이 되도록 할 의무를 빼놓고는 카드회사가 누리는 권리들, 이를테면 연회비징수와 수수료징수의 권리와 평형을 이를 수 있는 의무가 발견되지 않기 때문이다. 이런 판단은 아마도 연회비나 수수료율은 카드회사가 카드의 부정사용으로 인하여 발생하는 (예측불가능한) 손실을 고려하여 산정된다는 점[27]을 고려하면 그 설득력이 더욱 강해진다. 그러므로 회원에게 진실의무(또는 고백의무)를 부과하는 것은 비록 '윤리적으로' - 예를 들면 누구나 '거래에 정직하고 진실하게 임해야 한다'는 윤리적 관점에서 - 타당하다고 할지라도[28] 권리와 의무의 대칭적인 형평분배라는 이념을 일그러 뜨린다는 점에서 '도덕적인 법원칙'[29]에는 반한다고 볼 수 있다. 이와 같은 결론은, 설령 진실의무의 부과가 체계의 기능적 구성요소인 체계 참여자들의 상호적인 신뢰의 가능조건이고 따라서 진실의무의 위반은 체계의 기능에 대한 '신뢰'를 깨뜨리며, 이러한 신뢰배반(Vertrauensmißbrauch)이 바로 경제범죄의 핵심적 표지에 속한다고 하는 관점[30]에 선다고 할지라도 여전히 마찬가지로 타당하다. 즉 그런 진실의무의 부과가 '체계기능적으로' 필요할지라도 권리와 의무의 대칭적인 형평분배라는 이념을 일그러 뜨리는 한 그런 의무의 부과는 도덕적인 법원칙에 반하게 되는 것이다. 여기서 회원의 윤리적 의무를 맹목적으로 강조하면 할수록 그리고 체계기능을 강조하면 할수록 카드회사가 더욱 더 의무없는 권리, 부담없는 이익만을 향유하게 됨을 알 수 있다.

b) 회원에 대한 위협귀속의 역기능성 또한 회원에게 진실의무를 부담시킴으로써 체계의 위험을 방지하는 방안은 거시적으로 보면 오히려 신용카드체계에 대해 '역기능적'이기도 하다(요청 ③의 불충족). 특히 우리나라 신용카드회사의 모럴헤저드(도덕적 해이) 현상, 즉 신용카드회사들이 회원확보전략의 일환으로 신용을 제공받을 만한 재산상태나 거래실적을 갖추고 있지 못한 사람들에게까지 신용카드를 무분별하게 발급하고 있는 현실을 고려해 볼

때,[31]' 신용불량회원의 카드부정사용으로 인한 재산상의 손해는 카드회사의 (재산손해의) 위험부담으로 돌릴 필요가 있다. 바꿔말해 회원의 진실의무위반은 비범죄화되어야 한다. 그 이유는 첫째, 김영환 교수의 주장처럼[32] 피해자(카드회사) 스스로가 분쟁의 원인을 제공했을 뿐만 아니라 그 예방책에도 무심한 경우에는 피해자 스스로에게도 책임을 귀속시키는 것이 합리적인 정책이라는 피해자해석학적인 관점을 들 수 있다. 그러나 회사가 위험을 부담해야 하는 이유는 단지 피해자학적 이유에 머무르지 않는다. 왜냐하면 회사에게 그런 위험을 짊어지지 않게 하는 것은 단지 (회사의) 모럴헤저드 문제에 머무르지 않고 신용카드체계의 기능조건 자체를 위태롭게 하기 때문이다. 즉 모럴헤저드에 빠진 회사들의 신용카드 남발은 이를테면 다음과 같은 연쇄적 과정으로 이어질 수 있다.[33]

신용카드남발 → 신용카드대금 연체의 증가(부실채권의 증가) → 정상적인 신용카드 이용자 및 가맹점의 수수료 증가 → 신용카드를 사용한 거래의 기피 → … (또 다시 회원확보를 위한 신용카드남발의 연쇄적 과정의 악순환) … → 신용카드체계의 기능위축 그러므로 형법정책적으로도 회원의 신용불량으로 인한 위험을 회원에게 전가하는 것보다 신용의 조사 및 관리를 게을리 한 회사에게 귀속시키는 것이 합리적이라고 할 수 있다.

2) 카드회사와 카드가맹점 사이의 위험분배 다음으로 회원에게 그런 위험을 전가시키지 않는다면 왜 카드가맹점이 아니라 카드회사에게 그런 위험을 귀속시켜야 하는 것인지를 검토할 필요가 있다. 그런 위험을 카드가맹점이 아닌 카드회사가 짊어져야 하는 이유로 두가지를 들 수 있다. 첫째, 카드회사가 가맹점에 비하여 대체로 - 예를 들면 회원가입계약체결 과정에서 회원의 재산상태와 거래상황에 관한 정보를 손쉽게 갖게 되는 등 - 월등한 정보력과 조직을 갖추고 있기 때문에, 바꿔 말해 신용조사의무의 이행 능력에 있어 카드회사는 가맹점에 대하여 상대적으로 강자의 지위를 누린 다고 보이기 때문이다(요청 ②의 불충족). 둘째, 만일 카드가맹점이 회원과 신용카드거래를 할 때 회원의 신용상태를 일일이 실질적으로 심사해야 하는 부담을 짊어지게 되면 그 번거로움과 시간적 부담으로 인하여 신용카드 거래 자체가 불가능하게 되기 때문이다(요청 ③의 불충족). 다시 말해 회원의 신용조사의무를 가맹점에게 분배하면 결과적으로는 신용카드체계 자체가 기능할 수 없게 될 정도로 신용카드체계의 거래비용(transaction costs)이 '너무' 비합리적으로 증가하게 된다는 점이다. 이런 이유에 의해 거래현실에서도 가맹점은 회원에 대한 형식적 심사의무만 이행하면 언제나 카드회사로부터 그 대금을 환급받을 수 있도록 가맹점계약이 이루어지고 있다. 이런 거래현실은 신용카드제도의 기능조건 가운데 하나라고 보아야 한다. 왜냐하면 신용카드에 의한 (가맹점과 회원간의) 거래는 회원이 카드회사와의 계약관계를 통해서 받은 포괄적인 신용만으로 거래를 할 수 있도록 하는데 그 본래적 기능이 있기 때문이다. 그러므로 카드가맹점이 카드회원의 대금지불의 능력과 의사를 실질적으로 심사해야 한다고 보는 견해[34]는 신용카드제도의 '기능화조건' (형식적 심사의무에 의한 거래비용의 합리화)과 '본래적 기능' (카드회사의 회원에 대한 포괄적 신용공여에 의한 거래)을 외면하고 있다고 말할 수 있다.

Ⅳ. 형법정책의 방향

이상의 비판적 분석으로부터 자기신용카드의 부정사용으로 인한 신용카드체계의 위험은 법이론적으로 뿐만 아니라, 법정책적 및 법경제학적으로도 카드발행회사가 회원의 자산상태를 실질적으로 조사하고 가맹점을 통제하는 방식으로 대처해야 함을 알 수 있었다.

1, 자율적 조절메커니즘과 형법의 보충성

그러므로 예를 들면 자기신용카드의 부정사용을 범죄화하기 위해 독일형법 제226조b[35]나 그와 유사한 범죄구성요건을 만드는 주장[36]은 타당하지 않다. 그런 범죄화는 신용카드남발의 악순환을 끊을 수가 없다. 그런 방향의 형법적 규율의 확대, 즉 형법적 의미의 '법제화'(Verrechtlichung)는 물론 카드회사가 카드회원의 실제 재정상태나 거래실적 또는 연체횟수나 그 금액 등과 같은 경제적 요소를 고려하여 신용카드거래의 여부와 그 조건 및 범위를 자율적으로 조정하는 행동, 바꿔 말해 '경제적인 논리'에 따른 행동을 가로막는다[37]고 까지는 말할 수 없을지 모른다. 그러나 적어도 그런 법제화는 카드회사의 확대지향적이며 이기적으로 카드를 남발하고 부실채권의 축적을 방치하고 그 결과를 다시 카드남발과 부실채권의 축적으로 돌리는 행동, 그러니까 거시적으로 볼 때 '신용카드체계에 기능적으로 통합될 수 없는 불합리한 행동'을 후견인처럼 엄호하는 기능을 수행한다고는 말할 수 있다. 이와 같은 형법의 후견적 엄호 속에서는 신용카드체계가 자율적으로 체계내부자들의 일탈행동을 '예방'하고, 그로 인한 손실을 '조정'하고, 일탈행위자를 포함하여 체계의 구성요소들을 다시 기능적으로 '통합'하는 메커니즘이 성장장애나 발육부진에 빠지게 될 것이다. 그러나 형법은 그러한 성장장애와 발육부진이 가져올 미래의 결과를 결코 끝까지 책임질 수가 없다. 여기서 자기의 신용카드의 부정사용을 막기 위해서는 그것을 범죄화하는 일이 필요한 것이 아님을 알 수 있다. 그보다는 오히려 신용카드체계, 특히 신용카드회사의 도덕적 해이에 대한 형법의 후견적 엄호를 거두어 들이고, 아울러 신용카드체계 속에 (일탈행위에 대한) '자율적 조절메커니증'이 성장하도록 유도하는 '조종적인' 구조개혁, 이를테면 신용카드의 남발을 억제하는 제도의 개혁(예 : 폐쇄형가맹점체제로부터 개방형가맹점체제로의 전환, 대금결제수단으로서 직불카드의 활성화)이 더욱 절실하게 요구된다.[38] 그러므로 이와 같은 자율적 조절메커니즘의 성장과 그것을 뒷받침하는 구조개혁을 해보지도 않은 채, 그저 막연히 형법이외의 다른 수단이 충분하지 않다(보충성원칙의 충족)는 관념적인 판단을 근거로 그리고 신용카드체계의 기능 자체가 아니라 그에 대한 신뢰의 동요라는 인상적 파악으로부터 신용카드체계의 기능이라는 '관념적인 보호법익'[39]을 설정함으로써, 위와 같은 입법제안을 신용카드회원의 부정사용을 막기 위한 '사회정책의 진정한 최후수단' 이라고 바라보는 이론[40]이 확산된다면, 거시적으로 보면 그것은 신용카드체계의 기능에 대한 또 하나의 잠재적인 위험원이 생기는 것임을 인식할 필요가 있다.

2. 트릴레마

또한 그와 같은 구조개혁을 연기하고 도덕적 해이에 빠진 신용카드체계, 특히 카드회사를 형법이 엄호함으로써 초래되는 결과는 단순히 신용카드체계의 발육부진이나 기능장애에 그치지 않는다. 왜냐하면 그런 법제화는 이른바 토이브너(G.Teubner)가 말하는 바와 같이 ① 법과 정책의 상호적 무관심 ② 법에 의한 사회적 통합의 와해 ③ 사회에 의한 법적 통합의 와해라는 '조종의 트릴레마' (regulatorisches Trilemma)[41] 빠지게 될 수 있기 때문이다. 이를 설명하면,

1) 법과 정책의 상호적 무관심 첫째, 신용카드체계의 내부자들의 일탈행위를 체계내부에서 자율적으로 조절하는 메커니즘의 확립을 져버리고 자기신용카드의 부정사용을 형사처벌하는 식의 법제화는 카드회사의 보호 또는 카드산업의 육성 정책의 관철을 위해 법원칙, 여기서는 특히 보충성원칙을 - 즉, 신용카드체계의 자율조절메커니즘을 우선하고 형법은 그런 메커니즘으로 조절되지 않는 일탈행위만을 통제하는 요청을 - 무시하는 것이며 (정책의 법에 대한 무관심), 반면 그와 같은 형법적 법제화가 장기적으로는 오히려 카드남발과 부실채권의 축적과 같은 악순환을 지속시키고 결국 신용카드체계의 기능을 위축시키거나 신용카드산업을 퇴행시키는 결과를 낳게 되는 것은 법이 법규범화될 수 없는 정책에 대해 저항하는 꼴이 된다 (법의 정책에 대한 무관심).

2) 법에 의한 사회적 통합의 와해 둘째, 그와 같이 신용카드회사를 편중적으로 보호하는 법은 신용카드회사로 하여금 (더욱 더) 모럴헤저드에 빠져들게 한다. 즉 회원에 대한 엄정한 신용평가에 따른 신용의 포괄적 공여와 같이 신용카드체계의 기능에 구성적인 행동방식이 (더욱 더) 외면당하거나 아직 남아 있는 신용카드회사의 행위도덕도 흐트러지게 된다. 이런 모럴헤저드의 현상은 신용카드회사-회원-가맹점의 삼각형적인 유기적 관계가 하나의 기능적인 체계로 터잡을 수 없게 한다. 바꿔 표현하면 형법에 의해 신용카드 '체계의 통합' (Systemintegration)이 어려워지게 된다. 체계의 통합은 생활세계의 통합과 함께 사회적 통합의 하나를 이룬다고 볼 때, 이러한 현상은 '법에 의한 사회적 통합의 와해'라고 말할 수 있다.

3) 사회에 의한 법적 통합의 와해 셋째, 더 나아가 그런 식의 법제화는 신용카드남발의 모럴헤저드에 빠진 카드회사들로 하여금 회원의 신용불량으로 인한 부실채권의 회수를 위하여 형사고소하게 만든다. 즉 그런 법제화는 카드회사들의 형사소송에 대한 수요를 폭증시킨다. 이런 수용의 폭증은 그 양의 실제가 어떠하건 간에 적어도 이미 형사사법이 업무마비에 빠질 만큼 과부하에 걸려 소송경제에 편향된 법제도의 변혁을 도모하고 있는 상황에서 또 다른 과부하에 걸리게 하는 셈이다. 왜냐하면 그런 법제화는 신용카드체계의 자율적인 조절메커니즘이 형성된다면 형법이 맡지 않아도 될 일까지 맡도록 강요하기 때문이다. 이처럼 더욱 과부하상태에 빠지게 되는 형사사법은 또 다시 소송 전반을 지금보다도 더욱 경제성원칙에 예속시키는 개혁(입법이나 소송실무변혁)을 감행할 수밖에 없게 될 것이다. 그처럼 경제성원

칙으로 재편된 소송 속에서는 보충성원칙이나 책임원칙과 같은 (형법상의) 법원칙은 관심 밖으로 밀려나게 되고, 주로 정책의 효율적인 집행만이 법관들의 주된 인식관심이 될 가능성이 높다. 왜냐하면 법원칙에 따른 성찰은 때로는 과학적 분석을 통해. 때로는 정책이나 법의식의 현실과 일정한 거리를 둘 때 비로소 가능해지는데, 몰려드는 업무처리의 압박 속에서는 그런 분석과 거리둠이 현실적으로 어려워지게 되기 때문이다. 좀더 구체적으로 말하면 형사사법은 그런 소송현실 속에서 자기신용카드의 부정사용에 대한 형사처벌이 기능적으로 합리적이고, 규범적으로 타당한 것인지를 힘겹게 성찰하기보다는 행정권력적으로 설정된 목표인 신용카드산업의 보호·육성정책의 효율적 집행기구가 되기를 선택할 가능성이 높다. 이런 가정이 현실에서도 들어맞게 된다면 증폭된 소송의 수요는 형법 자체의 규범적 구조를 (더욱더) 허물어뜨리게 될 것이라 예상할 수 있다 여기서 '사회에 의한 법적 통합의 와해'를 말할 수 있다.

이상의 논의로부터 자기신용카드의 부정사용을 범죄화하는 것은 형법의 보충성원칙을 뒤로 한 채 트릴레마의 미궁으로 질주해 가는 눈먼 형사정책이라고 평가할 수 있을 것이다. 그러므로 신용카드회원의 부정사용을 막는 법정책의 합리성은 바로 그와 같이 눈먼 형사정책으로부터 빠져나오는 데에서부터 비로소 싹트기 시작할 것이다.

1) Bergsten. Credit Cards - A Prelude to the Cashless Society, 8 B.C. 1nd. & Com. L. Rev. 485(1967): 신용카드제도의 법제화에 관한 기본이론으로 정동윤, 신용카드에 관련된 법률문제, 법학논집(고려대 법학연구원 간행) 제23집, 1985, 213-251쪽 참조.
2) 대판 1996.4.9. 95도2466.
3) 물론 이 경우에도 입법론적으로 여신금융전문업법 제70조 ①항(구 신용카드업법 제
4) Heinz, Wirtschaftsstrafrecht Ⅱ, Vorlesungsmanuskript SS/1995, 119쪽.
5) 강동범. 자기신용카드의 부정사용에 대한 형사책임, 형사판례연구 [5], 1997, 365쪽; 장영민, 자기명의의 신용카드 남용행위의 죄책(상), 고시연구 1997/5, 66쪽.
6) 오경식, 신용카드범죄의 실태와 법적 문제점, 한국형사정책연구원, 1995, 72쪽.
7) 경미한 법익침해행위가 사회적으로 상당한 행위라는 점에 대해서는 김일수, 한국형법Ⅰ, 463쪽 아래 참조.
8) Ⅲ.2.나,2) B 및 Ⅲ.2.다, 1) 부분을 참조.
9) 장영민, 앞의 글(주 5), 70쪽.
10) 강동범, 앞의 글(주 5), 374. 375쪽: 김문환, 판례로 본 크레디트카드범죄(상), 판례월보, 1988/5, 27쪽: 정영진, 신용카드범죄의 유형과 제재, 재판자료, 제64집(리스와 신용거래 에 관한 제문제 [하]), 248쪽.
11) 대 판 1996.4.9, 95도2466.
12) BGHSt 34, 246.
13) 김영환, 앞의 글(주 3), 308쪽; 독일연방법원(BGHSt 34, 249)도 같은 태도임. 동 법원의 표현을 빌면 신용카드를 사용하는 행위는 '전체적으로 가맹점에 대한 기망행위를 설명해주는 가치'(Erklarunaswert des Gesamtverhalten)를 가지는 것은 아니다.
14) 허일태, 결제능력 없이 신용카드로 현금자동지급기에서 현금인출한 행위가 사기죄에 해당되는가?, 저스티스 1996/9, 120쪽 아래.
15) 강동범, 앞의 글(주 5), 381쪽.
16) 그러므로 현금의 점유배제를 현금의 점유이전에 대한 정당성 여부를 기준으로 판단한다고 해서 자기신용카드를 사용하여 현금서비스를 받는 행위가 정당한 권리자에 대한 '점유배제'(절취)인 동시에 '기망행위'가 된다고 보는 것(김영환, 현금자동지급기의 부정사용에 관한 형법적인 문제점, 형사판례연구 [6], 1998, 262쪽)은 잘못이다. 두 이론은 허구적 구성의 범위에서 위와 같은 차이가 있기 때문이다.
17) 하태훈, 헌금자동인출기 부정사용에 대한 형법적 평가, 형사판례연구 [4]. 1996, 330쪽 아래; 김영환, 앞의 글(주 18), 262쪽.
18) 김영환, 앞의 글(주 18), 310쪽: 오경식, 앞의 책(주 6), 109쪽.
19) 카드회원이 자기신용카드를 부정사용하는 행위의 불법유형은 이미 논의한 바에서 알 수 있듯이 신용카드체계의 '外部로부터의 사기'라기보다는 '내부자의 권한남용'에 속한다고 볼 수 있다(김영환, 앞의 글<주 18>, 298쪽 아래 참조). 따라서 자기신용카드의 부정사용행위를 범죄화하는 구성요건은 사기죄보다는 배임죄(형법 제355조 ②항)의 부류로 설정되어야 할 것이다.
20) 신용카드의 법률관계에 대해서는 김형배, 채권각론, 1997, 809쪽: 김문환, 크레디트카드의 법률문제에 관한 연구, 서울대 박사학위논문, 1989, 65쪽 아래 참조.
21) 카드가맹점은 형식적 심사의무를 제대로 이행하는 한 언제나 카드회사로부터 그 대금을 환급받을 수 있다(여신금융전문업법 제17조 9항 참조).
22) 정동윤, 앞의 글(주 1), 236쪽 아래 참조.
23) 이 발전모델에 대하여 이상돈, 법학입문, 1997. [3]~[6]단락 참조.
24) 이 말은 각 단계의 발전이 불연속적인 단절이 아니라 중첩적으로 누적된 발전임을 표현한다. 그러니까 기능주의적 법모델의 시대에도 법체계의 바탕에는 자유주의적 근대법이 기반으로 남아 있고, 그 위에 사회적 연대성을 지향한 법모델의 요소가 통합적으로 수용되어 있다는 것이다.
25) 이른바 절차주의적 법이론은 사회국가적 법제화과 기능주의적 법제화의 성장으로 인한 자유상실의 위기, 즉 근대법의 자유주의적 기획의 위기를 극복하기 위해 세 단계의 법제화의 의미를 재해석하고, 교정하고, 새로운 방향으로 발전시키는 기능을 수행한다. 이에 관해 자세한 연구는 이상돈, 법이론, 1997 참조.
26) 형사책임의 귀속에 의미있는 이와 같은 행위영역의 구분에 관하여는 이상돈, 형법학 형법이론과 형법정책. 1999, [10]단락 참조.
27) 정동윤. 앞의 글(주 1). 238, 239쪽.
28) 이런 관점에 대해서도 비판적인 견해로 Labsch, Der Kreditkartenmiβbrauch und das Untreuestrafrecht, NJW 1986, 104쪽 아래 참조.
29) 물론 회원의 진실의무(고백의무)가 독일연방법원의 판례(BGHSt33, 244, 246쪽 아래)가 보여주듯 이른바 '신의성실(Treu und Glauben)의 원칙'이라는 실정법원칙의 옷을 입고 나타날 수 있을 것이다. 그러나 그런 법원칙은 도덕적인 법원칙이 아니라 특정한 사회윤리를 수용하는 통로로서 그렇게 수용된 윤리를 적용하여 발생하는 실제결과가 형평이 있는 것인지 여부에 대한 성찰로부터 결코 면제될 수 없다.
30) Tiedemann, Die Verbrechen in der Wirtschaft, 1972, 15쪽 아래 참조.
31) 임양운. 신용카드범죄의 실무상 문제, 저스티스 제29권 제3호, 1996, 193쪽.

32) 김영환, 신용카드부정사용에 관한 형법해석론의 난점, 형사판례연구 [3], 1995, 297쪽.
33) 서근우, 신용카드업의 효율성 재고방안. 한국금융연구원. 1997. 10쪽.
34) 장영민 교수는 카드가맹점은 신용카드가 정당하게 사용되고 있는지를 확인해야 할 의무, 즉 신용카드의 유효여부, 카드회원과 카드사용자의 동일성 여부 이외에 변제할 의사가 없는 경우에는 거래를 거절할 권리와 의무를 갖고 있다고 본다(장영민, 앞의 글<주 5>, 70쪽).
35) 독일형법 제266조b[수표·신용카드의 부정사용] ① 수표 또는 신용카드의 발급에 의하여 발급자로 하여금 사용대금을 지불하게 할 가능성을 남용하고 그로써 발급자에게 손해를 가한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. ② 제248조a[경미한 가치의 재물에 대한 절도 및 횡령]는 준용한다.
36) 오경식, 신용카드범죄의 실태와 법적 문제점, 한국형사정책연구원, 1995. 제3장, 특히 108, 109쪽 참조.
37) Haffke, Symbolische Gesetzgebung, Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland, Kritv1/1992, 167쪽 아래 참조.
38) Volk, Strafrecht und Wirtschaftskiminalitat, JZ 1982, 88쪽
39) Volk. 앞의 글(주 40), 87쪽.
40) 독일학계에서 예를 들면 Baumann, Strafrecht und Wirtschaftskriminalitat, JZ 1983, 937, 938쪽 참조.
41) Teubner, Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Kubler(Hg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidaritat, 1985, 290쪽. 311쪽 참조: 조종의 트릴레마 현상을 의료사고에 대한 과도한 민사책임법적 또는 형법적 규율의 현상에서 응용적으로 설명하는 이론으로 이상돈, 의료형법, 1998, [1] 38-43 참조.

헌법재판소 판례에 나타난 미결수용자의 법적 지위

노 기 호*)

Ⅰ. 序言

1989년 헌법재판소가 출범한 이래 많은 헌법관련 판례들이 축적되었다. 헌법재판소의 판결은 모든 국가기관과 법령을 구속하고, 위헌적인 요소들의 즉각적인 시정과 개폐를 요구한다는 점에서 법원의 다른 판결들보다도 사회에 미치는 파급효과가 크다고 할 수 있다. 따라서 교과서적인 법리의 연구도 중요하지만 일반국민에게 미치는 효력의 직접성을 고려한다면 판례이론의 연구 또한 중요하다고 하지 않을 수 없다. 이제까지의 판례의 연구는 개별적인 사건을 분석하고 논평하는 것에 한정된 것이 대부분이었으나 헌법판례이론의 체계적인 정립을 위해서는 분야별 또는 항목별의 연구가 선행되어야 한다고 본다. 특히 학자들의 관심 밖의 영역에 속하기 때문에 더더욱 체계적이고 논리적인 판례이론의 정립이 요구되는 분야에 대한 연구가 시급하다.

모든 국민은 우리헌법이 보장하고 있는 기본권의 주체에 해당한다. 따라서 헌법상의 모든 기본권을 향유할 수 있으며, 그 기본권이 침해되었을 때에는 법적 절차를 통하여 침해를 배제하고 보호받을 수 있다. 그러나 헌법상의 기본권주체에 해당함에도 불구하고 법리상의 완전한 기본권을 보장받지 못하고 실제에 있어서는 많은 기본권의 제한이 이루어지고 있는 경우가 있다. 특히 인권의 사각지대라고 할 수 있는 교도소에 수감되어 있는 수용자의 경우가 그러하다. 현행 행형법은 수용자를 형의 확정판결을 받고 형집행중인 "수형자"와 확정판결을 받지 않은 형사피의자 또는 형사피고인으로서 구속영장의 집행을 받은 "미결수용자"로 분류하고 있다.[1] 수용자의 인권보장과 관련하여 수형자나 미결수용자나 모두 그 인권이 중요하다고 할 수 있으나, 수형자와 비교하여 볼 때 미결수용자는 형이 확정되기 전까지는 헌법상의 무죄추정의 원칙에 의거하여 무죄로 추정되는 지위에 있으며, 따라서 일반인과 동등한 헌법상의 기본권을 누릴 수 있어야 한다. 또한 일반적으로 수용자들에게 요구되는 기본적 권리인 변호인의 조력을 받을 권리나 외부와의 접견교통권, 그리고 도서의 열람이나 신문구독과 같은 열람의 자유가 현실적으로 절실하게 필요한 자는 미결수용자라고 할 수 있다. 미결수용자는 구치소에 수감된 수용자이기도 하지만 한편으로는 확정판결을 받지 않은 형사사건의 일방당사자의 지위에 있기도 하기 때문에 자신의 무죄를 입증하고 변론하기 위해서는 위의 여러 권리들이 철저히 보장될 필요가 있다. 이러한 이유로 수형자에 비해 미결수용자의 기본권 보장이 중요하다고 할 수 있으며, 헌법재판소에서도 미결수용자의 기본권에 관한 판결을 내놓고 있는 것이다.

미결수용자의 기본권과 관련하여 헌법재판소는 이제까지 5개의 결정을 내린바 있다. 즉,

---

*) 群山大學校 法學科 敎授, 法學博士

변호인 접견에 교도관 등의 참여(헌재 1992.1.28. 91헌마111. 판례집 4, 51), 미결수용자의 재판시 수용자용 수의의 착용(헌재 1999.5.27. 97헌마137, 98헌마5(병합), 판례집 11-1, 653), 무죄 등 판결 선고 후 의사에 반하여 교도소로 연행하는 행위(헌재 1997.12.24. 95헌마247, 판례집 9-2. 806)등에 대해서는 모두 위헌의 결정을 내렸으며, 반면에 서신의 검열(헌재 1995.7.21. 92헌마144, 판례집 7-2, 94), 일간지 기사의 일부 삭제(헌재 1998.10.29. 98헌마4, 판례집 10-2, 637) 등은 합헌으로 판단하였다.

따라서 본 논문에서는 헌법재판소 판례에 나타난 미결수용자의 법적 지위와 그에 대한 기본권보장과 제한의 판례이론이 무엇인가를 검토하고, 헌법상의 이론에 비추어 볼 때 헌법재판소 판례의 문제점은 무엇인가를 지적하여 미결수용자의 기본권보장을 위한 이론적 근거를 제시하고자 한다.

미결수용자의 법적 지위 및 기본권 보장의 문제는 형법과 형사정책의 법리와도 관련하여 논의되어야 할 사항이나 여기에서는 헌법재판소의 판례와 관련하여 헌법이론상의 문제에만 한정하여 논의하고자 한다.

Ⅱ. 未決收容者에 관한 憲法裁判所의 判例

1. 憲法裁判所判例의 分類

가. 辯護人의 助力을 받을 權利에 대한 憲法訴願(1992.1.28. 91헌마111)

1) 사건개요

본 사건 헌법소원심판의 청구인은 1991. 6. 13. 국가보안법 위반 등의 피의사건으로 국가안전기획부에 의하여 구속되어 서울 중부경찰서 유치장에 수감되어 있던 중 1991. 6. 14. 17시부터 그 날 18시경까지 국가안전기획부 면회실에서 그의 변호인 및 처와 접견을 동시에 하게 되었는데, 그 때 국가안전기획부 직원(수사관) 5인이 접견에 참여하여 가까이서 지켜보면서 그들의 대화내용을 듣고 또 이를 기록하기도 하고 만나고 있는 장면을 찍기도 하므로 변호인이 이에 항의하고 변호인과 피의자의 접견은 비밀이 보장되어야 하니 청구인과 변호인이 따로 만날 수 있도록 해 줄 것과 대화내용의 기록이나 사진촬영을 하지 말 것을 요구하였으나 수사관들은 변호인의 요구를 거절하였다. 이에 청구인은 국가안전기획부 수사관들의 위와 같은 행위는 헌법 제12조 제4항이 신체구속을 당한 사람에게 보장하고 있는 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이라고 주장하고 1991. 6. 26. 이 사건 헌법소원의 심판청구를 하였다.

2) 결정 요지

1. 가. 헌법 제12조 제4항이 보장하고 있는 신체구속을 당한 사람의 변호인의 조력을 받을 권리는 무죄추정을 받고 있는 피의자·피고인에 대하여신체구속의 상황에서 생기는 여러 가

지 폐해를 제거하고 구속이 그 목적의 한도를 초과하여 이용되거나 작용하지 않게끔 보장하기 위한 것으로 여기의 "변호인의 조력"은 "변호인의 충분한 조력"을 의미한다.

나. 변호인의 조력을 받을 권리의 필수적 내용은 신체구속을 당한 사람과 변호인과의 접견교통권이며 이러한 접견교통권의 충분한 보장은 구속된 자와 변호인의 대화내용에 대하여 비밀이 완전히 보장되고 어떠한 제한·영향 압력 또는 부당한 간섭 없이 자유롭게 대화할 수 있는 접견을 통하여서만 가능하고 이러한 자유로운 접견은 구속된 자와 변호인의 접견에 교도관이나 수사관 등 관계공무원의 참여가 없어야 가능하다.

2. 변호인과의 자유로운 접견은 신체구속을 당한 사람에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용이어서 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 있는 성질의 것이 아니다.

3. 행형법 제62조가 "미결수용자에 대하여 본법 또는 본법의 규정에 의하여 발하는 명령에 특별한 규정이 없는 때에는 수형자에 관한 규정을 준용한다."라고 규정하여 미결수용자(피의자, 피고인)의 변호인 접견에도 행형법 제18조 제3항에 따라서 교도관이 참여할 수 있게 한 것은 신체구속을 당한 미결수용자에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것이어서 헌법에 위반된다

나. 在所者用 因表着用處分에 대한 憲法訴願(1999.5.27. 97헌마137, 98헌마5(병합)

1) 사건개요

본 사건 헌법소원심판의 청구인은 1997.3.28. 공용물건 손상 및 폭력행위 등 처벌에 관한 법률위반 혐의로 성동구치소에 수감되고, 같은 해 4.4. 서울지방법원 동부지원에 기소되었다. 피청구인 성동구치소장은 수용시는 물론 수사 및 재판을 받을 때에 수용자용 의류(관급의복과 법무부장관이 지정하는 자비부담의 평상복을 포함)를 입게 하였다. 이에 청구인은 피청구인이 청구인으로 하여금 사복을 입지 못하게 하고 수용자용 의류를 입게 한 행위는 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권, 헌법 제27조 제4항의 무죄로 추정될 권리를 침해하는 것이라고 하여 같은 해 5. 8. 이 사건 헌법소원 심판청구를 하였다.

2) 결정요지

1. 행형법 제6조의 청원제도는 그 처리기관이나 절차 및 효력면에서 권리구제절차로서는 불충분하고 우회적인 제도이므로 헌법소원에 앞서 반드시 거쳐야 하는 사전구제절차라고 보기는 어렵고, 미결수용자에 대하여 수용자용 의류를 입게 한 행위는 이미 종료된 권력적 사실행위로서 행정심판이나 행정소송의 대상으로 인정되기 어려울 뿐만 아니라 소의 이익이 부정될 가능성이 많아 헌법소원심판을 청구하는 외에 달리 효과적인 구제방법이 없으므로 보충성의 원칙에 대한 예외에 해당한다.

2. 구치소 등 수용시설 안에서는 수용자용 의류를 입더라도 일반인의 눈에 띄지 않고, 수사 또는 재판에서 辯解·防禦權을 행사하는데 지장을 주는 것도 아닌 반면에, 미결수용자에게 사복을 입도록 하면 의복의 수선이나 세탁 및 계절에 따라 의복을 바꾸는 과정에서 증거인

멸 또는 도주를 기도하거나 흉기, 담배, 약품 등 소지금지품이 반입될 염려 등이 있으므로 미결수용자에게 시설 안에서 수용자용 의류를 입게 하는 것은 구금목적의 달성, 시설의 규율과 안전유지를 위한 필요최소한의 제한으로서 정당성·합리성을 갖춘 재량의 범위 내의 조치이다

3. 수사 및 재판단계에서 유죄가 확정되지 아니한 미결수용자에게 수용자용 의류를 입게 하는 것은 미결수용자로 하여금 모욕감이나 수치심을 느끼게 하고, 심리적인 위축으로 방어권을 제대로 행사할 수 없게 하여 실체적 진실의 발견을 저해할 우려가 있으므로, 도주 방지 등 어떠한 이유를 내세우더라도 그 제한은 정당화될 수 없어 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한에서의 비례원칙에 위반되는 것으로서. 무죄추정의 원clr에 반하고 인간으로서의 존엄과 가치에서 유래하는 인격권과 행복추구권, 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이다.

다. 不法拘禁에 배한 憲法訴願(1997.12.24. 95헌마247)

1) 사건개요

본 사건 헌법소원심판의 청구인은 1994.10.10. 살인혐의로 제주경찰서에 구속되었다. 같은 달 31. 제주지방법원에 구속 기소되어 1995.4.8. 징역 15년의 형을 선고받았다. 청구인은 광주고등법원 제주부에 항소하여 1995.7.27. 10:00 무죄판결을 선고받았다. 이에 청구인의 변호인은 같은 날 12:07경 피청구인 제주교도소장에게 청구인을 지체없이 석방할 것을 요구하였다. 그러나 동 피청구인은 검사의 석방지휘 없이는 미결수용자를 석방할 수 없다는 이유로 거부하였다. 피청구인 제주검찰청 검사의 석방지휘서가 같은 날 15:06경 도착하자, 비로소 청구인을 석방하였다.

법원에서 청구인에게 무죄판결을 선고한데도 불구하고 피청구인들이 청구인을 즉시 석방하지 아니하고 계속 구금한 행위는 청구인의 신체의 자유를 침해한 것이라고 주장하면서 1995.8.18. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2) 결정요지

1. 법무부장관은 1997.11.20. "구속피의·피고인석방절차개선지침시달"을 수립 시행하고, 검찰총장은 1997.12.1. "석방지휘신속처리지침"을 제정·시행하였으므로, 더 이상 법정에서 석방대상 피고인을 교도관이 석방절차라는 명목으로 피고인의 동의 없이 교도소로 연행 내지 구금하는 행위를 계속 반복할 위험이 있는 것으로는 보이지 아니하고, 헌법질서의 수호·유지를 위하여 특히 해명이 필요한 것으로도 인정되지 아니하므로 이 사건 심판은 권리보호의 이익이 없다.

2. 무죄 등 판결 선고 후 석방대상 피고인이 교도소에서 지급한 각종 지급품의 회수, 수용시의 휴대금품 또는 수용중 영치된 금품의 반환 내지 환급문제 때문에 임의로 교도관과 교도소에 동행하는 것은 무방하나 피고인의 동의를 얻지 않고 의사에 반하여 교도소로 연행하는 것은 헌법 제12조의 규정에 비추어 도저히 허용될 수 없다.

라. 書信의 檢閱등에 대한 憲法訴願(1995.7.21. 92헌마144)

1) 사건개요

본 사건 헌법소원심판의 청구인 이수호는 교사로서 전교조 부위원장으로 있으면서 1989.12.11. 명동성당 입구에서 "전교조 합법성쟁취 및 해직교사 원상복직을 위한 결의대회" 등을 주도한 혐의로 1991.6.25. 집회및시위에관한법률 위반죄 등으로 구속·기소되어 1, 2심에서 징역 2년 6월의 형을 선고받고 이에 불복하여 1992.4.25. 상고한 후 진주교도소에 수용 중이었으며, 청구인 박승옥은 변호사로서 위 사건의 1, 2심에서 변호인으로 선임되었고 상고심에서도 1992.5.29. 변호인 선임신고서를 제출하였다.

피청구인은 ① 청구인 이수호가 1992.5.25. 전교조 진주지회 소속 청구외 유경열 앞으로 보내기 위하여 발송 의뢰한 서신을 검열한 다음 그 발송을 거부하였고, ② 청구인 박승옥이 위 이수호에게 보낸 1992.5.25.자 서신 및 같은 해 5.26.자 서신을 각각 같은 해 5.29.과 5.30.에 접수하여 이를 각 검열하고 같은 해 6.2. 오후에 비로소 위 이수호에게 교부하였으며, ③ 위 이수호가 위 박승옥에게 보내기 위하여 발송 의뢰한 1992.6.2.자 서신을 검열하고 같은 해 6.7.에 비로소 발송하였다.

청구인들은 피청구인의 위 ①의 서신검열·발송거부행위, 위 ②의 서신검열·지연교부행위 및 위 ③의 서신검열·지연발송행위로 청구인들의 헌법상 보장된 기본권을 침해받았다고 주장하면서 1992.7.6. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2) 결정 요지

1. 질서유지 또는 공공복리를 위하여 구속제도가 헌법 및 법률상 이미 용인되어 있는 이상, 미결수용자는 구속제도 자체가 가지고 있는 일면의 작용인 사회적 격리의 점에 있어 외부와의 자유로운 교통과는 상반되는 성질을 가지고 있으므로, 증거인멸이나 도망을 예방하고 교도소 내의 질서를 유지하여 미결구금제도를 실효성 있게 운영하고 일반사회의 불안을 방지하기 위하여 미결수용자의 서신에 대한 검열은 그 필요성이 인정된다고 할 것이고, 이로 인하여 미결수용자의 통신의 비밀이 일부 제한되는 것은 질서유지 또는 공공복리라는 정당한 목적을 위하여 불가피할 뿐만 아니라 유효적절한 방법에 의한 최소한의 제한으로서 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

2. 헌법 제12조 제4항 본문은 신체구속을 당한 사람에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리를 규정하고 있는 바, 이를 위하여서는 신체구속을 당한 사람에게 변호인과 사이의 충분한 접견교통을 허용함은 물론 교통내용에 대하여 비밀이 보장되고 부당한 간섭이 없어야 하는 것이며, 이러한 취지는 접견의 경우뿐만 아니라 변호인과 미결수용자 사이의 서신에도 적용되어 그 비밀이 보장되어야 할 것이다.

다만 미결수용자와 변호인 사이의 서신으로서 그 비밀을 보장받기 위하여는, 첫째, 교도소 측에서 상대방이 변호인이라는 사실을 확인할 수 있어야 하고, 둘째, 서신을 통하여 마약 등 소지금지품의 반입을 도모한다든가 그 내용에 도주·증거인멸·수용시설의 규율과 질서의 파괴·기타 형벌법령에 저촉되는 내용이 기재되어 있다고 의심할 만한 합리적인 이유가 있는

경우가 아니어야 한다.

마. 日刊紙購讀 禁止處分등에 대한 憲法訴願(1998.10.29. 98헌마4)

1) 사건개요

본 사건 헌법소원심판의 청구인은 1997.11.5. 국가보안법위반 혐의로 구속되어 같은 달 12일에 서울 영등포구치소에 수용되었고, 같은 달 28일에 기소되었다(서울지방법원 서부지원 97고합269호). 청구인은 피청구인인 영등포구치소장에게 "인권하루소식"(발행처 인권운동사랑방, 발행인 서준식)과 한겨레신문 및 문화일보의 구독을 신청하였으나 영등포구치소장은 1997.11.12. 이후 이 사건의 청구일까지 위 "인권하루소식"의 구독을 불허하였고, 위 신문들의 구독을 허용하였으나 수시로 특정기사를 삭제하였다.

청구인은 이에 불복하여 1998.1.3. 헌법재판소에 영등포구치소장의 위 "인권하루소식"을 구독하지 못하게 한 처분과 청구인이 구독하고 있는 한겨레신문 및 문화일보 기사를 삭제한 처분이 청구인의 알권리 등을 침해하였다하여 영등포구치소장의 일간지구독금지처분 등의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

2) 결정 요지

1. 국민의 알 권리는 정보에의 접근·수집·처리의 자유를 뜻하며 그 자유권적 성질의 측면에서는 일반적으로 정보에 접근하고 수집·처리함에 있어서 국가권력의 방해를 받지 아니한다고 할 것이므로, 개인은 일반적으로 접근 가능한 정보원, 특히 신문. 방송 등 매스미디어로부터 방해받음이 없이 알 권리를 보장받아야 할 것이다 미결수용자에게 자비로 신문을 구독할 수 있도록 한 것은 일반적으로 접근할 수 있는 정보에 대한 능동적 접근에 관한 개인의 행동으로서 이는 알 권리의 행사이다.

2. 교화상 또는 구금목적에 특히 부적당하다고 인정되는 기사, 조직범죄 등 수용자 관련 범죄기사에 대한 신문기사 삭제행위는 구치소 내 질서유지와 보안을 위한 것으로, 신문기사 중 탈주에 관한 사항이나 집단단식, 선동 등 구치소 내 단체생활의 질서를 교란하는 내용이 미결수용자에게 전달될 때 과거의 예와 같이 동조단식이나 선동등 수용의 내부질서와 규율을 해하는 상황이 전개될 수 있고, 이는 수용자가 과밀하게 수용되어 있는 현 구치소의 실정과 과소한 교도인력을 볼 때 구치소내의 질서유지와 보안을 어렵게 할 우려가 있다. 이 사건 신문기사의 삭제내용은 그러한 범위 내에 그치고 있을 뿐 신문기사 중 주요기사 대부분이 삭제된 바 없음이 인정되므로 이는 수용질서를 위한 청구인의 알 권리에 대한 최소한의 제한이라고 볼 수 있으며, 이로서 침해되는 청구인에 대한 수용질서와 관련되는 위 기사들에 대한 정보획득의 방해와 그러한 기사삭제를 통해 얻을 수 있는 구치소의 질서유지와 보안에 대한 공익을 비교할 때 청구인의 알 권리를 과도하게 침해한 것은 아니다.

2. 憲法裁判所判例上의 論點

헌법재판소는 미결수용자의 기본권과 관련된 위의 5개의 판례 중에서 서신의 검열행위와 일간지구독금지처분행위에 대하여 합헌으로 결정을 내리고, 나머지 사건에 대해서는 위헌결정을 내렸다. 헌법이론상 논란의 여지가 많은 것은 합헌결정을 받은 두 개의 판례이며 나머지 다른 판결에서도 미결수용자의 기본권 보장에 관한 일반적인 법이론상의 논쟁거리를 남겨두고 있다.

즉 첫째, 미결수용자의 법적 지위이다. 우리 헌법 제27조 제4항은 형사피고인에 대한 무죄추정의 원칙을 규정하고 있으므로 미결수용자의 경우, 확정판결이 있기 전까지는 무죄로 추정되어 일반시민과 마찬가지의 동등한 헌법상의 자유와 권리를 갖는다고 보아야 할 것이다. 그러나 일정한 수용시설에 구금된 수용자로서 그 법률관계에서 파생되는 기본적 인권의 제한은 불가피하며, 이때 미결수용자는 어떠한 법적 지위에서 자유와 권리가 제한되는가가 문제된다고 할 수 있는데, 헌법재판소는 이러한 미결수용자의 일반적인 법적 지위 및 공법상의 법률관계에 대해서는 언급하지 않고 개별적인 사안의 검토에만 한정하고 있다. 둘째. 미결수용자를 포함한 수용자에게 인정되는 헌법상의 기본적 인권에는 어떠한 것이 있으며, 그 근거는 무엇인가? 또한 수용자의 기본적 인권을 제한하는 경우. 특히 미결수용자의 헌법상의 자유와 권리를 제한하는 경우에 어떠한 법적, 이론적 근거에 의하여 제한이 가능한 것이며, 이때 그 제한의 기준과 한계는 무엇인가? 그리고 이러한 문제들을 판단할 수 있는 국제적인 준칙과 입법으로는 어떠한 것들이 있는가하는 것이다. 셋째, 위의 이론적 근거를 바탕으로 한 미결수용자의 외부와의 접견교통권 및 열람·열독의 자유의 헌법적 근거는 무엇이며, 그러한 권리를 제한하는 경우에 그 기준은 무엇이고 헌법상의 검열금지의 원칙과는 어떠한 관계에 있는가 등이다.

Ⅲ. 憲法上 未決收容者의 法的 地位

1. 未決收容者와 特別權力關係

특별권력관계론이란 국민 또는 주민일반이 특별한 원인에 기합이 없이 국가 또는 지방공공단체의 통치권에 복종하는 법률관계로서 법치주의가 전면적으로 적용되는 「일반권력관계」에 대하여, 일부의 국민 또는 주민이 특별한 원인-법률규정 또는 본인의 동의-에 의거하여 국가 또는 지방공공단체와 특별한 법률관계를 맺는 것을 「특별권력관계」라고 하며, 특정한 행정목적의 능률적이고 효과적인 실현을 위하여 특별권력의 발동에는 법치주의가 적용되지 않는다고 하는 이론이다. 따라서 특별권력관계에서는 ①특별권력의 주체에게 포괄적 지배권이 부여되어 특별권력의 복종자에 대하여 특정한 행정목적의 실현에 필요한 범위 내에서 개별적인 법률의 근거 없이 일방적으로 명령·강제할 수 있으며, ②특별권력의 복종에게 일반국민의 지위에서 보장되던 기본적 인권도 반듯이 구체적인 법률의 근거 없이도 제한이 가능하며, ③특별권력관계 내부에서의 권력주체의 행위는 원칙적으로 사법심사의 대상에서 제외된다. 이러한 「특별권력관계」의 예로서는, 공법상의 근무관계(공무원의 근무관계)와 공

법상의 영조물이용관계(국·공립학교 학생의 재학관계, 국·공립병원 환자의 재원관계. 수용자 등의 수용관계) 등을 들 수 있다.

그런데 종래 국가와 수용자의 관계는 특별권력관계로 설명되어 왔다. 즉, 수용자는 재소관계 또는 수용관계라는 특별권력관계에 내재하는 일정한 행정목적의 실현을 위하여 교도소라는 국가의 구금시설을 이용하는 이용자로서 행정당국과 포괄적 지배복종관계에 있다는 것이다. 우리의 현행 행형법도 제1조에서 「수형자를 격리하여 교정 교화하며 건전한 국민사상과 근로정신을 함양하고 기술교육을 실시하여 사회에 복귀하게 하며 아울러 미결 수용자의 수용에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다」고 규정함으로써 교도소가 수형자와 미결수용자의 자유를 제한하여 교정 교화하기 위하여 설치된 국가의 수용시설임을 밝히고 있다. 따라서 이러한 목적을 달성하기 위하여 교도소는 수용자들에게 일반권력관계에서와는 다른 특별히 가중된 지배·복종관계를 강제하게 되고, 수용자에게는 복종의 의무가 부과된다. 수용자의 복종의무는 형벌의 내용을 이루기도 하지만 동시에 행형목적의 달성을 위하여 내부적 규율로서 특별히 부과되는 것이기도 하다. 이러한 수용자와 행형당국과의 복역관계는 일정한 행형목적의 달성을 위하여. 실정법의 규정에 의하여 성립되는 특수한 법률관계라고 할 수 있으며, 이것은 위에서 언급한 특별권력관계중 「수용자의 수용관계」 또는 「공법상의 영조물이용관계」에 속한다고 할 수 있다.

이와 같이 우리의 행형법과 행형실무는 수용자의 법적 지위와 관련하여 기본적으로 특별권력관계론에 입각하고 있다고 할 수 있다 그러나 오늘날 특별권력관계론은 더 이상 공법상의 지지를 얻지 못하고 있으며, 많은 문제점을 노출하고 있다.

2. 特別權力關係論의 問題點

특별권력관계론은 본래 19세기 독일에서 확립된 이론으로서, 한편으론 「법치행정」의 원리를 인정하면서도 다른 한편으론 공무원의 법률관계를 의회에 의한 통제와 사법적 통제로부터 자유로운 영역으로 남겨둠으로써 관료의 특권확보와 행정권의 우월성을 확보하고자 한 군주통치체제하의 지배원리였다. 즉, 특권적인 행정부의 행정영역을 국민의 의사인 의회제정법에 의한 통제로부터 면책시키고자 하는 원리였다. 이러한 특별권력관계론은 근대 입헌주의 헌법하의 대부분의 국가에서 공법학의 통설적인 지위를 얻었으며, 우리의 헌법 하에서도 통용되어 왔다. 그러나 국회를 유일한 입법기관으로 하며 불가침의 기본적 인권을 보장하고 있는 현행헌법 하에서 이러한 특별권력관계론을 그대로 적용하는 것은 불가능한 일이다. 또한 오늘날에는 특별권력관계론을 원용하는 경우에도 기존의 이론을 수정하여 특별권력의 포괄적 지배권을 당해 특별권력관계가 설정된 목적에 한하여 인정하고, 나아가 사법심사의 가능성도 인정하는 것이 지배적인 견해이다.

특별권력관계론의 문제점은 무엇보다도 이른바 「특별권력관계」를 이루고 있는 각각의 법률관계가 그 내실에 있어서는 전혀 성격이 상이함에도 불구하고 이것들을 일괄적으로 취급하여 특별한 원칙이 공통적으로 지배한다고 설명하는 점이다. 즉 공무원의 근무관계, 국공립학교 학생의 재학관계, 수형자의 재소관계 등에 대하여 이들 모두가 같은 성질을 갖는다

고는 할 수 없다. 물론 이들 특별권력관계에 있어서는 각각의 목적을 달성하기 위하여 일정한 내부 규율적인 규제가 불가피하지만, 여기서 요구되는 내부규율과 명령 및 강제의 구체적인 내용은 결코 동일하다고 할 수 없다. 반면에 이러한 종류의 내부 규율적 규제는 국·공립학교, 병원, 공무원의 경우뿐만 아니라 사립학교와 민간기업에 있어서도 있을 수 있는 성질의 것이다. 즉, 국·공립학교에서도, 사립학교에서도 교육목적의 달성을 위해서는 동일한 형태의 내부 규율적 규제가 필요하다. 따라서 공법상의 관계만을 특별한 권력관계로 취급하여 특별권력관계에 있는 자의 기본권을 제한하는 것은 이론적으로 타당하다고 할 수 없다.

이러한 특별권력관계론의 이론과 현실이 국가의 최고규범인 헌법원리에 합당하지 않음은 당연하다. 특별권력관계를 전제로 하고 있는 행형법의 경우도 '법률'의 이름을 갖고 있지만, 그 실체는 특별권력구조 내에 있어서 권력행사의 기준을 정하는 직무규칙에 지나지 않는 측면을 지니고 있으며, 오늘날 행형영역에서 일반화된 명령·통첩행형 및 규율의 과잉현상은 그 당연한 귀결이라고 할 수 있다.[2] 그 결과 대부분의 서구 민주주의 국가에서는 제2차 세계대전 이후 특별권력관계에서의 법치주의의 보장과 헌법원리의 적용을 강화하려는 움직임이 나타났으며, 이는 곧 실제적인 판례에서 구체화되었다.

일본의 경우, 「구치소장과 수용자와의 사이에는 구금이라는 특정한 설정 목적에 필요한 범위와 한도 내에서 포괄적 지배와 복종이라는 이른바 공법상의 특별권력관계가 성립한다. 그러나 이러한 특별권력관계이론이 수용자의 수용관계에 그대로 타당하다고 하여 관리자가 수용자에 대하여 구금목적을 위하여 필요한 한도·범위 내에서, 구체적인 법률의 근거 없이 명령·강제할 수 있는 것은 아니다. 구금이 법률에 기하여 허용된다고 하여 피구금자의 모든 인권에 대한 제한이 당연히 여기에 포함되고 구체적인 법률의 근거 없이도 인권의 침해가 허용되는 것은 아니다. 이는 인권을 보장하고 존중하는 헌법의 정신에 비추어보더라도 결코 허용될 수 없는 것이다. 신체의 자유 이외의 권리에 침해를 가하는 것도 결코 구금의 목적이라고는 할 수 없지만, 구금의 목적을 달성하기 위한 필요상 필연적으로 제한될 수밖에 없는 한도에서는 기본적 인권도 구금에 수반하여 제약을 받을 수밖에 없으나, 법률에 근거한 그러한 제한도 설정목적에 비추어 필요최소한도의 합리적인 제한외에는 인정될 수 없다」고 한 판례[3]에서도 알 수 있는 바와 같이, 공법상의 특별권력관계가 성립하더라도 피구금자의 모든 인권의 제한은 원칙적으로 법률에 근거하여야만 하며, 그 제한도 구금목적의 달성을 위하여 합리적이고 필요한 최소한도내에 그쳐야 됨을 밝히고 있다.

독일연방헌법재판소도 수용자가 특별권력관계에 있다고 하여 곧 그 기본권을 제한할 수 있는 것은 아니며, 오직 법률에 근거가 있는 경우에 한하여 기본권의 가치질서에 의하여 용인될 수 있고, 공동체와 유관한 목적을 실현하기 위하여 불가피하게 필요한 경우에만 인정되며, 이 경우에도 헌법에서 규정하고 있는 방법으로만 제한될 수 있다[4]고 하여 행형에서의 법치주의원리의 적용을 강조하고 있다. 미국의 판례도, 수형자의 헌법상의 권리는 헌법적 가치의 실현과 행형제도의 목적달성을 위하여 필요한 한도 내에서 법률에 근거하여 합리적인 방법으로 제한되거나 박탈되는 경우를 제외하고는 원칙적으로 일반시민과 동등한 권리를 갖는다[5]고 판시하고 있다.

이와 같이 수용자의 헌법상의 기본적 인권은 특별권력관계의 설정목적상, 즉 행형목적의

달성을 위하여 필요하고 합리적인 범위 내에서 법률에 근거해서만 제한될 수 있는 것이다. 따라서 수용시설 내에서의 시설보안과 내부질서 및 규율유지를 위하여 불가피한 경우에 제한 내지 박탈될 수 있다고 보아야 한다.

3. 特別權力關係에 의한 基本權의 制限

특별권력관계에 의하여 기본권이 제한되는 경우에도 헌법에 직접 또는 간접의 규정이 있거나 헌법유보에 의한 법률의 규정 또는 법률의 근거가 있는 경우에만 가능하다. 오늘날에는 특별권력관계에도 입헌주의, 법치주의와 기본권제한의 일반원칙이 전면적으로 적용된다고 보는 것이 일반적인 견해이다. 따라서 법률의 규정 또는 법률에 근거하여 기본권이 제한되는 경우에도 인간의 존엄과 관련된 절대적 기본권은 당연히 제한될 수 없으며 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 정도의 제한도 불가능하다. 또한 헌법규정에 의한 제한의 경우에도 특별권력관계의 설정목적에 비추어 필요한 한도 내에서 합리적인 정도로만 제한이 가능하다. 즉 헌법의 가치질서와 특별권력관계의 목적실현을 위하여 필요하고 불가피하며 또한 헌법에서 예상하고 있는 형식-법률에 의하여 또는 법률에 근거하여-에 의해서만 기본권제한이 가능한 것이다.[6] 따라서 우리헌법상 특별권력관계에 있어서 기본권이 제한되는 것은 j) 헌법규정에 의하여 직접 제한되는 경우, ii) 법률규정에 의하여 제한되는 경우 등을 들 수 있다.

수용자의 경우, 현행 행형법에 의하여 여러 가지 기본권이 제한되고 있다. 즉 i)인신의 자유(동법 § 10, § 14), ii) 거주·이전의 자유(동법 § 11, § 12), iii) 통신의 자유(동법 § 18), iv) 집회·결사의 자유(동법 § 11), v) 재산권(동법 제9장) 등의 제한을 받는다. 이 외에도 행형법에 직접적인 규정을 두고 있지는 않지만, 행형목적의 실현을 위하여 간접적으로 제한되는 기본권이 존재한다. 그러나 위에서 언급한 바와 같이 수용자라 하더라도 양심의 자유나 사상의 자유 및 종교의 자유 등과 같은 절대적 기본권은 어떠한 경우에도 제한될 수 없다.

Ⅳ. 未決收容者의 權利保障과 制限

1. 未決收容者의 基本的 人權과 制限

미결수용자는 형사피의자 또는 형사피고인으로서 구속영장의 집행에 의하여 구치소, 교도소내의 미결수용실 또는 경찰서의 유치장에 수용된 자를 말한다.[7] 이러한 미결수용자는 헌법과 형사소송법상 무죄추정의 원칙의 적용을 받고 있으며, 다만 증거인멸이나 도주의 우려가 있거나 주거가 일정하지 않아 수사와 공판진행을 위해 신병이 확보된 자에 불과하므로, 구속되었다고 하더라도 그 자유에 대한 제한은 최소한에 그쳐야 한다.[8] 미결수용자는 헌법상 무죄추정의 원칙의 적용을 받는 자이다. 따라서 헌법상의 기본권의 향유에 있어서 일반 시민과 다름없는 제권리와 처우를 받을 자격이 있다. 다만 형사절차상의 필요에 의하여 구금된 것에 지나지 않으므로 미결수용자의 자유와 권리에 대한 제한도 그 목적에 한정되어야 할 것이다.

이 점과 관련하여 헌법재판소도 「무죄가 추정되는 미결수용자의 자유와 권리에 대한 제한은 구금의 목적인 도망·증거인멸의 방지와 시설 내의 규율 및 안전 유지를 위한 필요최소한의 합리적인 범위를 벗어나서는 안되고, 이러한 기본권의 제한은 헌법 제37조 제2항에 따라 구체적인 자유·권리의 내용과 성질, 그 제한의 태양과 정도 등을 교량하여 한계를 설정하게 된다」[9]고 판시하고 있다.

또한 미결수용자는 확정판결을 받은 기결수와는 달리 형사소송절차를 위하여 구금된 것에 불과하므로 확정판결에 의한 형의 집행을 받기 전까지는 교화·교정이라는 행형목적을 위한 어떠한 강제처분도 취해질 수 없다. 현행 행형법도 이러한 점을 분명히 규정하고 있다. 즉 미결수용자의 경우 신청이 있는 경우에 한하여 작업을 과하거나 敎誨를 행할 수 있게 하고 있으며(동법 제67조), 미결수용자로서 사건에 상호관련이 있는 자는 분리수용하고 상호접견을 금지하고 있다(동법 제64조). 또한 미결수용자의 명예와 프라이버시를 보호하기 위하여 구치소와 미결수용실은 일반인의 참관을 금지하고 있으며(동법 제63조), 특히 필요한 경우 이외에 본인의 의사에 반하여 두발과 수염을 짧게 깍지 못하도록 하고 있다(동법 제65조). 그리고 미결수용자를 교도소에 수용하는 경우에는 미결수용실을 별도로 두게끔 하고 있으며(동법 제3조), 필요한 경우 이외에는 독거수용하도록 하고 있다(동법 제11조).

이와 같이 미결수용자는 헌법상 무죄추정을 받는 지위에 있는 자로서 행형법상으로도 수형자와는 다른 처우를 받고 있음에도 불구하고 구금시설에 구금되어 있다는 이유로 여러 가지의 권리들이 구체적으로 제한되고 있다.

즉 i) 미결구금 자체에서 도출되는 제한으로서 인신의 자유, 거주·이전의 자유 및 도주, 폭행, 소요 또는 자살의 방지를 위하여 필요로 하는 제한을 받는다.[10] ii) 미결수용자는 무죄추정을 받는 자인 까닭에, 표현의 자유에 대한 제한은 원칙적으로 허용될 수 없다. 신문·잡지 도서 등을 구독할 자유는 헌법상 절대적으로 보장된 사상의 자유와 밀접한 관계를 맺고 있는 까닭에 제한 없이 보장되어야 한다.[11] 미결수용자의 경우, 특히 알 권리, 읽을 권리, 쓸 권리가 다른 경우보다 더욱 절실하게 요구되므로 서적의 차입이 교도소내의 질서를 해할 위험성이 명백하고 현존하는 경우에 한하여 제한될 수 있다.[12] iii) 통신의 자유의 제한이다. 미결수용자는 타인과 접견하거나 서신을 수발할 수 있도록 하고 있으나 교도소장의 허가를 받도록 하고있다. 단 접견과 서신수발이 교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유가 없는 한 이를 허가하도록 하고 있다.[13] 즉 외부인과의 접견교통권 및 서신수발권을 교도소장의 '허가'사항으로 하고 있는 것이다. 그러나 미결수용자는 형사소송절차상 일방 당사자로서의 지위에 있으므로 자신의 인권보장과 방어권 보장을 위하여 외부인과의 접견교통권은 보장되어야 한다 특히 변호인과의 접견교통권은 우리 헌법에서 보장되는 변호인의 조력을 받을 권리상 당연히 인정되는 권리이므로 절대적으로 보장되어야 하고, 이를 교도소장의 허가사항으로 하는 것은 헌법에 위배된다고 할 것이다. 그리고 변호인과의 접견내용의 비밀이 보장되어야 할 것이므로 변호인과의 접견시 교도관이 참관하거나 그 내용을 청취 또는 녹취할 수 없어야 한다.[14]

2. 未決收容者의 基本權에 관한 國際基準

수용자의 헌법상 기본권 보장을 위하여 국제기구나 서구의 국가들은 법령을 제정하여 시행하고 있다. 국제기구에서 제정한 법령이나 규칙의 경우, 국제법적인 효력을 직접 발휘하지 못하는 경우도 있으며, 서구 국가들의 법령 또한 자국의 고유한 행형질서와 형사소송의 목적을 실현하기 위하여 시행되는 것이 일반적인 경향이다. 따라서 여기서는 미결수용자에게도 적용될 수 있다고 여겨지는 외국의 법률규정을 살펴봄으로색 우리의 행형제도와 헌법재판소의 판결의 문제점을 지적하는데 있어서 하나의 잣대로 삼고자 하며, 그 범위는 앞에서 언급한 헌법재판소판례와 관련된 부분만을 검토하고자 한다.

가. 신문구독 및 도서 열람의 권리

국제 연합의 「피구금자의 처우에 관한 최저기준 규칙 (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, 1955)」

제39조 : 피구금자는 신문, 정기간행물 또는 교도소내의 특별간행물을 열람하고, 라디오 방송을 청취하며, 강연을 들을 수 있다. 또한 당국이 허가하거나 감독하는 그 밖의 유사한 수단에 의하여 비교적 중요한 뉴스를 정기적으로 알 수 있어야만 한다.[15)]

제40조 : 모든 교도소는 오락 내지 교육적인 도서를 충분히 구비하여 모든 종류의 피구금자의 사용에 기여하는 도서실을 설치하고, 피구금자가 충분히 이용할 수 있도록 권고하여야 한다.[16)]

제90조 : 미결수용자에게는 소송의 진행, 교도소시설의 안전 및 질서의 유지에 방해가 되지 않는 한 서적, 신문, 종이 등 그 밖의 여가에 이용할 수 있는 물품을 자비 또는 제3자의 비용으로 구입하는 것이 허용되어야 한다.[17)]

2) 영국의 1964년 교도소규칙 (The Prison Rules 1964, England and Walse)

제41조(수용자의 소유물) ① 내무부장관이 정한 바에 따라 미결수용자는 방문자심의회에서 부적당하다고 인정하거나 방문자심의회에 의하여 고려되고 있고 간수장이 부적당하다고 인정한 것을 제외하고는 도서, 신문지, 필기구 그 밖의 손 수공의 사용에 제공되는 것을 자비로 조달하거나 스스로 사용하기 위하여 소지하는 것은 허용된다.

3) 독일 1953년 미결구금집행령(Untersuchungshaftvollzugsordnung(Uvollzo))

제45조 ① 피구금자가 교도소 내에 구비된 도서를 충분히 이용할 수 있도록 하여야 한다.

② 피구금자는 교도소를 통하여 자기의 비용 또는 제3자의 비용으로 서적을 서점으로부터 구입하거나, 신문 또는 잡지를 발행소, 우체국 또는 취급소를 통하여 구입할 수 있다.

③ 서적, 인쇄물. 신문 또는 잡지로서 발행소 또는 서점으로부터 피구금자에게 직접 도달되거나, 우편구입으로 도달된 것 이외에는 판사 또는 검찰관의 동의가 있는 경우에 한하여 피구금자에게 교부될 수 있다.

④ 도서로서 피구금자가 공공도서관으로부터 또는 직접 발행소, 우체국 혹은 취급소를 통

하여 구입한 것은 판사 또는 검찰관이 검열하는 것을 명시적으로 유보하지 않는 한 교도소장 또는 그가 지정한 직원이 교부하기 전에 검열하도록 한다.

⑤ 피구금자는 교도소내의 규율에 지장이 없는 한 도서를 자기 방에 소지하거나 신문 또는 잡지를 구입할 수 있다.

나. 외부와의 접견교통권

1) 국제연합의 「피구금자의 처우에 관한 최저기준 규칙 (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners,1955)」

제37조 : 피구금자는 필요한 감독하에 일정 기간마다 가족 또는 신뢰할만한 친구와의 통신 및 접견이 허용되어야 한다.[18)]

제38조 ① 외국인 피구금자에게는 소속 국가의 외교대표 또는 영사와 교통하기 위한 상당한 편의가 허용되어야 한다.

② 외국대표나 영사가 없는 국가의 국적을 가진 피구금자와 망명자 또는 무국적자에게는 이들의 이익을 대변하는 국가의 외국대표 또는 이러한 자의 보호를 임무로 하는 국가기관 또는 국제기관과 교통할 수 있는 전항과 동일한 편의가 허용되어야 한다.[19)]

2) 모든 형태의 억류·구금하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙(Body of Principles for the Protection of all Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, 1988)

제15조 : 제16조 4항, 제18조 3항에 규정된 예외의 경우라도 억류 또는 구금된 자와 외부(특히 가족과 변호사)와의 교통은 수일간 이상 거부되어서는 안된다.[20)]

제19조 : 억류 또는 구금된 자는 특히 가족의 방문을 받고 가족과 통신할 권리를 가지며, 외부사회와 교통할 충분한 기회를 부여받아야 한다. 단, 법률 또는 법률에 따른 규칙에 의하여 정해진 합리적인 조건과 제한에 따른다.[21)]

제20조 : 억류 또는 구금된 자가 요구하는 경우에 통상 주거에 상당한 정도로 인접한 억류 또는 구금시설에 유치되도록 해야 한다.[22)]

3) 유럽형사시설규칙(Recommendation No. R(87)3of the Committee of Member States on the European Prison Rules, 1987)

제43조 ① 피구금자는 그 처우, 보안 및 시설의 적정한 질서를 위하여 필요하다고 인정되는 제한과 감시하에서 가능한 한 자주 모든 개인 또는 단체의 대표자와 통신하고 그들로부터 방문을 받도록 허용되어야 한다.

② 외부와의 접촉을 장려하기 위하여 이 규칙 제4장에 규정하는 처우목적과 양립하는 출감제도가 있어야 한다.[23)]

다. 의류 및 침구

국제연합의 「피구금자의 처우에 관한 최저기준 규칙 (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, 1955)」

제17조 ① 자기의 의류를 입도록 허용되지 아니하는 피구금자에 대하여는 기후에 알맞고 건강유지에 적합한 의류가 지급되어야 한다. 이러한 의류는 결코 저급하거나 수치심을 주는 것이어서는 안된다.[24)]

3. 憲法裁判所判例 論據의 檢討

기본적 인권의 불가침성을 천명하고 있는 우리의 현행헌법 하에서 미결 수용자에 대한 특별한 인권제한이 인정되는 것은 헌법자신이 미결구금제도의 존재를 인정하고 있기 때문이라고 할 수 있으며(헌법 제12조 제1항),[25)]이 목적을 달성하기 위해서는 일정범위의 특별한 인권제한이 요구된다. 따라서 미결수용자의 인권에 대한 제한은 이러한 구금목적을 달성하기 위한 필요최소한도의 것에 그쳐야 할 것이며, 이를 초월한 포괄적 지배권이 권력주체에게 인정되어서는 안된다.

헌법재판소는 미결수용자의 경우, 다른 일반 기결수와는 달리 헌법상 무죄추정의 원칙의 적용을 받고 있으며, 한편으로는 형사피의자 및 형사피고인으로서 일방소송당사자의 지위에 있기 때문에 특별한 경우에만 최소한의 기본권제한이 가능하다고 보고 있다. 그 결과 변호인의 조력을 받을 권리의 철저한 보장, 즉 변호인 접견시의 교도관 배석의 금지 및 변호인과의 서신검열의 금지 등이 인정되었으며, 무죄확정판결 후의 교도소로의 임의동행의 금지와 재판 및 수사시의 수의작용금지 등이 또한 인정되었다.

그러나 변호인 이외의 일반인과의 서신교환과 접견교통 및 일간지의 구독 등에 대해서는 여전히 교도소장의 허가사항으로 하고 있으며, 구금제도의 특별한 목적달성을 위하여 제한될 수 있는 것으로 보고 있다.

헌법재판소가 들고 있는 미결수용자의 기본권 제한의 논거의 문제점을 지적하면 다음과 같다.

첫째, 헌법재판소는 미결수용자의 서신의 검열 및 도서 등의 열람의 자유의 제한 근거로 "구치소내의 질서유지와 보안유지"를 들고 있다. 그러나 본래 미결수용이란 형사소송법에 근거하여 도망 또는 증거인멸을 방지하기 위한 목적으로 필요 불가피하게 취하여진 조치로서 일정한 범위에서 개인의 자유를 구속하는 것이며, 이로 인해 수용된 자는 당해 수용관계에 수반된 제약의 범위 외에서는 원칙적으로 일반시민으로서의 자유를 보장받는 지위에 있으므로, 구치소내의 질서 및 보안유지를 위하여 이들 미결수용자의 서신의 수발 및 접견·교통과 신문·도서 등의 열람의 자유를 제한하는 경우에는 위의 구금목적을 달성하기 위하여 진실로 필요하다고 인정되는 한도 내에 그쳐야 할 것이다. 따라서 이러한 제한이 허용되려던 당해 사항을 허용함으로써 구치소내의 질서 내지 보안의 유지가 침해될 일반적이고 추상적인 우려가 있다는 것만으로는 부족하며, 미결수용자의 성향, 행태, 구치소내의 관리·보안 상태, 당해 신문, 도서 등의 내용, 그 밖의 구체적인 사정 하에서 그 열람을 허가함으로써 구치소내의 질서 내지 보안의 유지가 방치할 수 없을 정도의 명백하고 현존하는 위험이 발생할 개연

성이 있다고 인정되는 경우에 한하여야 하며, 이 경우에도 그 제한의 정도는 위험발생의 방지를 위하여 필요하고 합리적인 범위에 그쳐야 할 것이다.[26]

둘째, 헌법재판소는 구치소의 질서유지와 보안을 어렵게 할 위험성이 있는가의 여부를 판단함에 있어, 과거에도 빈번하게 타 구치소 수용자들이 동조농성 및 단식 등을 행함으로서 소내 내부질서를 해하고 부족한 수용시설과 인력을 효율적으로 사용하지 못하게 되었던 사례들이 있었다는 점을 들고 있다.[27] 그러나 헌법재판소가 판시하고 있는 바와 같이, 신문기사를 미결 수용자가 읽을 수 있게 한다고 하여 구치소내의 질서유지와 보안을 극히 어렵게 할 일이 발생할 가능성이 있다고는 여겨지지 않으며, 일반적으로도 수용자가 어떤 기사에 자극되어 실제로 불온한 행동을 일으키는 경우는 쉽게 상정하기가 어렵다. 또한 미결수용자의 열람의 자유를 제한하기 위해서는 앞에서도 언급한 바와 같이 미결수용자의 성향이나 행태, 구치소내의 관리·보안 상태등 구체적인 사정을 고려하여 합리적이고 필요한 범위 내에서 제한하여야 하며, 이 경우에도 기본권제한의 기본원칙인 비례의 원칙 및 과잉침해금지의 원칙에 따라 당해 제한이외의 다른 경미한 제한으로 구금의 목적을 달성할 수 있을 때에는 그 제한을 먼저 취하여야 한다.

셋째, 헌법재판소는 현재 우리나라의 구치소에는 다른 나라와는 달리 국가의 예산·재정상의 문제와 수용시설 관리인력의 부족으로 수용자가 과밀하게 수용되어 있으며, 근무교도관의 수도 극히 부족한 실정이라는 점을 들어 미결수용자의 열람·열독의 자유의 제한을 정당화하고 있으며,[28] 미결수용자에게 구치소에서 사복을 입지 못하게 하는 이유로는, 사복을 입도록 할 경우 면회객 등과 구별되지 아니하며 의복의 수선이나 세탁과정에서 증거인별 또는 도주의 염려가 있고 사회적 신분이나 빈부의 차이가 의복을 통해 드러나 이로 인해 수용자간에 위화감이 생길 수 있다는 점등을 들고 있다.[29]

그러나 구치소시설의 불비와 인력부족이 미결수용자의 헌법상의 기본권 제한의 근거가 될 수는 없다. 즉, 수용시설이나 관리인력의 부족은 어디까지나 행형제도와 정책상의 문제점이며, 사복의 착용으로 인한 증거인멸 또는 도주의 염려도 또한 구치소 관리상의 문제로 보아야 할 것이므로, 교도행정을 위한 국가의 예산이나 재정의 확보를 통하여 해결해야 할 제도적 불비의 문제이지 이를 근거로 국민의 헌법상의 기본권을 제한할 수는 없다 할 것이다. 헌법재판소의 논리대로 한다면 헌법상 보장되고 있는 모든 국민의 기본권도 국가의 예산이나 재정이 확보되지 않으면 언제든지 그 실현을 유보할 수 있고 제한할 수 있다는 것이 된다. 이는 우리 헌법상의 기본권 보장의 원리에도 합치되지 아니한다

넷째, 미결수용자의 서신의 수발 및 도서의 열람을 구치소장의 허가사항으로 하고 있어 그 권리의 상당성과 관련하여 재량의 범위의 일탈 또는 재량권 남용의 여부가 문제된다. 현행 행형법은 수용자의 도서열람 과 타인과의 접견 및 서신수발에 대해 당해소장의 허가사항으로 하고 있다. 그리고 이에 근거한 '수용자 교육 교화운영지침'에서는 미결수용자의 도서의 열람과 관련하여, 구금목적에 특히 부적당하다고 인정되는 기사의 경우에는 삭제후 열람케 한다고 규정하고 있다. 즉, 우리의 현행 행형법은 수용자에게 타인과의 접견과 서신수발 및 열람의 자유를 허용함으로써 교도소의 질서유지와 보안을 어렵게 할 염려가 있는가의 여부 및 그 위험을 방지하기 위하여 어떠한 내용과 정도의 제한이 필요한가 등의 문제에 대한 결

정권을 전적으로 교도소장의 재량에 위임하고 있으며,[30] 헌법재판소도 구치소장의 이러한 권한들은 법령에 근거한 것이므로 합헌이라고 설명하고 있다. 아마도 행형법이나 헌법재판소는 구치소 실정을 잘 알고 있으며, 직접 현장에서 근무하고 있는 당해 소장에게 개개의 구체적인 경우에 판단할 수 있는 재량권을 부여하는 것이 합리적이라고 전제하고 있는 것 같다. 그러나 이러한 법률규정이나 헌법재판소의 태도는 행정권에게 많은 재량의 여지를 부여하는 것이 되며, 그 운용면에 있어서도 수용시설 내에서의 서신의 수발 및 열람의 자유의 제한기준으로 설정된 엄격한 기준을 무의미하게 만드는 것이 되고, 나아가 사법 심사자체를 형해화하는 것이 되어 결과적으로는 교도소장에 의한 인권침해의 가능성을 제공하는 것이 된다고 할 것이다. 특히 신문기사 삭제의 경우, 이는 교도소장에 의한 자의적인 사상통제로서 헌법에서 보장하는 표현의 자유 및 사상의 자유를 침해하는 위헌적인 처분행위에 해당하며, 피구금자의 처우에 관한 국제기준에도 합치되지 않는 전근대적인 관행이라고 할 수 있다. 그리고 아무런 합리적인 기준도 없이 단지 교도소장의 재량적 판단에 위임되어 자행되는 행위로써 헌법상 재량의 한계를 일탈한 행위라고 하겠다.

마지막으로, 미결수용자의 알 권리의 실현과 관련하여 정보에의 접근가능성의 보장여부가 문제된다. 일반적으로 알 권리는 자기가 정보를 얻고자 하는 곳에 자유로이 이동하여 타인과 접촉할 자유를 당연한 전제로 하지만, 미결수용자의 경우 그 전제 자체가 결여되어 있기 때문에 국가(구치소장)를 통하여 알 권리에 대한 욕구를 충족할 수밖에 없다. 알 권리가 자유권의 성격을 넘어 청구권과 생존권적 성격을 갖는다고 해석되는 요즈음의 이론에 근거하여 보더라도 수용자의 국가에 대한 정보제공물 급부청구권은 당연히 인정되어야 할 것이며, 따라서 미결수용자의 서신수발 및 외부와의 접견권이나 도서열람의 자유는 구치소내의 제한기준에 해당하지 않는 한은 반드시 허용되어야 할 것이다. 특히 도서의 경우, 구입하고자 하는 도서의 사회적 가치와 필요도에 따라 구입허가 여부가 결정되어야 할 것이다.

결론적으로, 미결수용자의 경우에 구금목적 달성을 위한 필요최소한도의 기본권 제한은 인정될 수밖에 없다. 그러나 이 때에도 구체적인 경우에 있어서의 당해 제한이 없다면 구금목적의 달성이 불가능하다는 것이 입증되지 않으면 안된다. 그리고 그 제한대상인 기본권이 정신적 자유와 같은 절대적 기본권에 해당하는 경우에는 더욱 엄밀한 입증이 요구되며, 장해발생의 위험성이 명백하고 현존하는 것이 필요하다.

4. 憲法裁判所決定의 影響

모든 국가기관과 법령은 헌법재판소의 결정에 구속된다. 따라서 위헌결정이 난 제도나 법령은 반드시 개폐되어야 한다. 위에서 언급한 미결수용자의 기본권에 관한 헌법재판소의 결정은 행형법의 개정과 행형제도의 개선을 가져 왔다.

미결수용자와 변호인의 접견시 교도관이 참여하는 행위에 대한 헌법재판소의 위헌결정으로 행형법의 관련규정이 개정되고 폐지되었다. 즉, 특별한 규정이 없는 한 미결수용자에 대하여 행형법상의 수형자에 대한 규정을 준용하도록 규정한 구행형법(1995.1.5. 법률 제4935호로 개정되기 전의 것)제62조가 폐지되었으며, 제18조 제3항에 "제66조의 규정에 의한 변호인

접견의 경우를 제외한다"는 단서조항을 첨가하여, 제66조에서 미결수용자와 변호인과의 접견에는 교도관이 참여하거나 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못하도록 개정하였다.

미결수용자의 외부와의 서신검열행위 대한 헌법소원심판에서 헌법재판소는 모든 서신검열행위를 위헌으로 판단한 것은 아니지만, 변호인과의 서신검열에 대해서는 위헌으로 판결하였다. 그 결과 미결수용자와 변호인과의 서신은 특별히 도주나 증거인별 또는 수용시설의 규율과 질서의 파괴 등을 목적으로 하는 내용이 게재되어 있다고 의심할 만한 이유가 없는 한 검열을 할 수 없게 되었으며, 관련법규인 구행형법 제62조와 제18조 제3항이 폐지되거나 개정되었다.

무죄판결 선고 후의 피고인에 대한 감금행위에 대해 헌법재판소는 헌법 제12조에서 보장하고 있는 신체의 자유규정에 위반된다고 판결하였다. 따라서 무죄판결 후 피고인은 즉시 석방될 수 있게 되었으며, 설사 교도소에서 지급한 각종 지급품의 회수, 수용시의 휴대금품 또는 수용중 영치된 금품의 반환 내지 환급문제 때문에 교도소로 연행한다 하더라도 반드시 피고인의 동의를 얻어야만 가능하게 되었다.

미결수용자의 재소자용 의류의 착용과 관련하여, 헌법재판소는 구치소 등 수용시설 안에서의 착용은 일정한 수용목적의 달성을 위하여 필요한 조치로서 인정될 수 있으나, 수사 및 재판단계에서 유죄가 확정되지 아니한 미결수용자에게 수용자용 의류를 입게 하는 것은 미결수용자의 인격권과 행복추구권, 공정한 재판을 받을 권리를 침해하여 위헌이라고 판결하였다. 그 결과 미결수용자는 수사나 재판과정에서는 사복을 입을 수 있게 되어 보다 자유롭고 대등한 입장에서 재판을 받을 수 있게 되었다. 그러나 헌법재판소의 이러한 결정에 대해, 실제로 미결수용자들 중에 수사나 재판단계에서 사복을 입을 경제적 형편이나 여건이 되지 않는 사람들은 사복을 입는 것이 불편하고 번거로울 뿐만 아니라 다른 미결수용자와의 사이에 위화감이 생길 수도 있으며, 특히 사복으로 갈아입는 과정에서 흉기의 반입이나 탈주의 가능성이 있을 수 있다고 지적하는 교도관계자의 비판이 있기도 하다.

V. 結 論

미결수용자는 헌법상 무죄추정을 받는 자이다. UN의 "피구금자 처우에 관한 최저기준규칙"도 제84조 제2항에서 '유죄판결을 받지 아니한 피구금자는 무죄로 추정되고 무죄인 자로서 처우되어야 한다'고 규정하여 미결수용자가 무죄로 추정되며, 그에 합당한 처우를 받아야 함을 밝히고 있다. 따라서 미결수용자는 원칙적으로 일반시민과 동등한 헌법과 법률상의 권리를 향유할 수 있다고 보아야 한다. 다만 행형목적과 질서유지 및 규율유지를 위하여 불가피한 경우에 필요 최소한의 범위에서 합리적인 수단과 정도로, 법률에 근거하여 그 자유와 권리를 제한할 수 있을 뿐이다.

그러나 그간의 우리의 교정현실에서 피구금자의 권리에 대한 인식은 정착되지 않았으며, 피구금자는 기본권의 주체라기 보다는 질서유지와 규율대상으로만 인식되어 왔다. 또한 교도소는 특수한 권력이 지배하는 장소로서 군대식 통제방식이 일상화되어 왔으며, 피구금자는 일반시민과 다른 존재로서 차별취급을 받았고 자유의 전적인 제한의 원리가 관철되었다.[31)]

특히 피구금자의 서신교환 및 외부접견권과 도서의 열람·열독의 권리의 제한과 관련된 우리나라의 현행법규와 구금시설의 실태를 보면 그 문제의 심각성을 알 수 있다.

면회 및 서신교환과 관련하여 현행 행형법은 제18조 제3항 및 동법 시행령 제58조 제1항에서, 수용자의 접견은 교도관의 참여 하에 이루어지며 접견시의 면담요지를 기록하도록 규정하고 있다. 이러한 규정은 수용시설의 감독범위를 지나치게 넓게 해석하여 수용자의 프라이버시권을 침해하는 요소가 되고 있으며, 서신의 수발과 관련하여서는 "교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유"가 있으면 서신의 수발을 불허할 수 있도록 규정함으로써 교도소장 등 수용시설의 감독기관에게 과다한 재량권을 부여하고 있다. 특히 서신의 교환은 수용자의 외부 교통권의 중요한 요소일 뿐만 아니라 수용자가 자신의 의견을 교도소 외부로 표현할 수 있는 유일한 방법이라는 점에서 불허사유를 구체적으로 명확하게 규정할 필요가 있다고 하겠다.

또한 수용자의 도서열람의 권리와 관련하여, 구금시설의 도서관의 규모나 내용 면에서 불충분하고 피구금자들이 이용하기도 쉽지 아니하다. 특히 미결수용자의 경우에 형사소송과 관련된 정보, 즉 법률서적이나 법전의 비치 및 행형법규상의 수용자의 권리 등에 관한 정보가 효과적으로 제공되고 있지 않다. 또한 차입되는 잡지의 경우에 내용 중 일부가 삭제되는 일이 자주 발생하며, 특히 신문삭제의 경우는 대부분의 피구금자가 경험할 정도로 빈번히 발생하고 있다고 한다.[32)]

그러나 미결수용자의 경우, 형사소송절차상 일방 당사자의 지위에 있으므로 특히 형사소송과 관련된 자료 및 자신의 사건과 관련된 정보에 대한 알 권리가 그 누구보다도 강하게 요구된다. 따라서 정보의 모집, 제공, 수령권 등이 보장되어야 하며, 정보제공자로부터 방해 없이 정보를 수령할 수 있는 자유가 더욱이 보장되어야 할 것이다. .

미결수용자의 열람의 자유를 비롯한 모든 피구금자의 헌법상의 기본권제한의 근거가 되는 법률은 물론 현행 행형법이다. 피구금자의 인권보장과 관련하여 우리 행형법은 많은 문제점을 지니고 있다. 즉, 현행 행형법은 수용자의 권리보장을 위한 규범으로서의 성격보다는 교도소라는 공공영조물의 관리규정 내지 교도관의 직무지침으로서의 성격을 강하게 띠고 있는데, 이는 수용자의 교정·교화 및 사회복귀라는 행형법 자체의 목적에도 일치하지 않을 뿐만 아니라 인간의 존엄성 존중과 인권보장이라는 국제적 기준에도 못 미치는 것이다 또한 위에서 본 바와 같은 실제의 행형제도상 빈번히 발생하는 인권침해행위, 예컨대, 도서열람의 금지, 외부와의 접촉제한, 잔혹한 징벌조치 등은 인간의 존엄과 가치의 존중, 정신적 자유의 보장, 잔혹한 형벌의 금지, 기본권제한에 있어서의 비례의 원칙 및 과잉침해금지의 원칙 등을 규정하고 있는 우리 헌법원리에도 위배되는 행위이다.[33)] 이러한 법률규정이나 행위는 우리 헌법에서 보장하고 있는 기본권 실현제도를 통하여 시정되고 구제되어야 한다. 즉 기본권침해 법령에 대해서는 위헌법률심판제도를 통하여, 그리고 국가기관(교도소)의 기본권침해 행위에 대해서는 헌법소원제도를 제도를 통하여 인권침해에 대한 구제가 이루어져야 할 것이다.

1) 현행 행형법에서는 징역형, 금고형 및 노역장유치와 구류형을 맡은 자를 "수형자",로 형사피의자 또는 형사피고인으로서 구속영장의 집행을 받은 자를 "미결수용자"로 칭하고 있으며(제1조), 수형자 또는 미결수용자를 통털어 "수용자"라고 칭하고 있다(제6조). 본 논문에서는 행형법상의 이러한 정의에 따른다.
2) 한인섭, "재소자의 인권과 처우" 법과 사회. 제3호, 창작과 비평사, 1990. 149면
3) 大阪地裁 1958. 8. 20 判決, 行裁例集 第9卷 8號 1662面, 判例時報 第159號 6面, 그밖의 수용자의 법적 지위와 관련한 문헌으로는 石川才顯, 受刑者の法的地位, 刑事政策講座 第2卷. 成文堂,1973. 芦部信喜, 在監者の人權, 憲法演習所收. 有裴關, 1988, 阿附照哉, 未決拘禁者の人權制限, 演習憲法, 成文堂, 1985 참조.
4) BVerfGE 33, S. 1 ff, ; 28. S. 56[63 ff.] ; 15. S. 288[293 ff.].
5) Coffin v. Reichard. 143F. 2d 443 (6th Cir. 1944) ; Wollf v. McDonnell, 418 U.S. 539, 71 Ohio Op. 2d 336 (1974), John W. Palmer, Constitutional Rights of Prisoners, 4th ed., Anderson Publishing Co., pp.110-111,210.
6) BVerfGE 33, 1, 11. 독일연방헌법재판소는 교도소 수용관계에 있어서 특별권력관계 복종자의 기본권제한과 관련하여, 수형자의 기본권도 법률 또는 법률에 의거해서만 제한될 수 있다고 판시하고 있다.
7) 행형법 제1조, 제2조, 제3조, 제68조 참조.
8) 한인섭, 전게논문, 152면.
9) 헌법재판소 1999.5.27 97헌마137. 98헌마5(병합) 판결, 헌법재판소판례집 제11권 1집, 652면.
10) 행형법 제10조, 제11조, 제12조, 제14조 참조.
11) 이 점과 관련하여 현행 행형법은 제33조에서 「수용자가 도서의 열람을 신청하는 때에는 특히 부적당하다고 인정되는 사유가 없는 한 당해 소장은 이를 허가하여야 한다」고 규정함으로써 수용자의 신문·잡지 도서 등을 구독할 자유를 인정하고는 있지만 그 허용여부를 전적으로 교도소장의 재량으로 하고 있어 문제시된다.
12) 한인섭, 전게논문, 153면.
13) 행형법 제18조 참조.
14) 행형법도 이점을 명확히 밝히고 있다. 동법 제18조. 제66조 참조.
15) 39 : Prisoners shall be kept informed regularly of the more important items of news by the reading of newspapers, periodicals or special institutional publications, by hearing wireless transmissions, by lectures or any similar means as authorized or controlled by the administration.
16) 40 : Every institution shall have a library for the use of all categories of prisoners, adequately stocked with both recreational and instructional books, and prisoners shall be encouraged to make full use of it.
17) 90 ; An untried prisoner shall be allowed to procure ar his own expense or at the expense of a third Party such books, newspapers, writing materials and other means of occupation at are compatible with the interests of the administration of justice and the security and good order of the institution.
18) 37. Prisoner shall be allowed under necessary supervision to communicate with their family and reputable friends at regular intervals, both by correspondence and by receiving visits.
19) 38. ① Prisoners who are foreign nationals shall be allowed reasonable facilities to communicate with the diplomatic and consular representatives of the State to which they belong.0 Prisoners who are nationals of State without diplomatic or consular representation in the country and refugees or stateless persons shall be allowed similar facilities to communicate with the diplomatic representative of the State which takes charge of their interests or any national or international authority whose task it is to protect such person.
20) 15. Notwithstanding the exceptions contained in principles 16, paragraph ④, and principle 18, paragraph ③, communication of the detained or imprisoned person with the outside world, and in particular his family or counsel, shall not be denied for more than a matter of days
21) 19. A detained or imprisoned person shall have the right to be visited by and to correspond with, in particular, members of his family and shall be given adequate opportunity to communicate with the outside world, subject to reasonable condition and restriction as specified by law or lawful regulation.
22) 20. If a detained or imprisoned person so request, he shall if possible be kept in a place of detention or imprisonment reasonably near his usual place of residence.
23) 43. ① Prisoners shall be allowed to communicate with their families and, subject to the needs of treatment, security and good order, persons or representatives of outside organization and to receive visits from these persons as often as possible. ② To encourage contact with the outside world there shall be a system of prison leave consistent with objectives in Part Ⅳ of these rules.
24) 17 ① Every prisoner who is not allowed to wear his own clothing shall be provided with an outfit of clothing suitable for the climate and adequate to keep him in good health. Such clothing shall in no manner be degrading or humiliating
25) 현행 헌법은 제12조 제①항에서 「모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포 구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또

는 강제노역을 받지 아니한다」고 규정하고 있다.

26) 同旨 : 日本廣島地方裁判所 1967. 3. 15 判決, 判例時報, 제478호. 53면 : 그러나 이러한 견해에 대해, 명백하고 현존하는 위험의 기준은 위험의 중대성, 절박성, 규제수단의 필요불가 결성이라는 지극히 엄격한 조건을 요구하는 기준으로서 재감관계에 적용하기에는 적절하지 않으며, 위험의 고도의 개연성만으로 충분하다는 비판이 있다. 內野正辛, 法學基本セミナ(憲法), 法學セミナ, 제392호. 1987/8. 86면

27) 헌법재판소 1998.10.29. 98헌마4. 헌법재판소판례집. 제10권 2집. 647-648면.

28) 상게판례집, 647면.

29) 헌법재판소 1999.5.27. 97헌마137, 98헌마5 결정. 헌법재판소판례집, 제11권 1집, 663-664면.

30) 현행 행형법 제18조 제1항, 제2항, 제33조 참조.

31) 한인섭, "한국 교정의 딜레마와 당면과제", 법학, 제40권 제1호(통권 제110호), 서울대학교 법학연구소 1999. 5. 312면

32) 이승호·박찬운외, 한국감옥의 현실-감옥 인권실태 조사보고서-, 사람생각, 1998, 190 - 201면 참조.

33) 한인섭, "수용자의 인권과 처우". 163면.

Dickerson사례를 계기로 본 Miranda규칙의 재조명

박 미 숙*)

I. 들어가는 말

최근 들어 TV나 영화에서 경찰이 용의자를 체포하면서 '당신은 묵비권을 행사할 권리가 있으며, 변호인의 조력을 받을 권리가 있고, …' 등의 장면은 국민들에게 그 말의 구체적인 법적 의미는 몰라도 이제 익숙한 장면이 되었다. 더욱이 형사절차에서의 적정절차의 보장이 현행 형사사법계의 화두로 떠오르면서, 체포·구속중의 형사피의자·피고인의 권리고지와 관련하여 지금까지의 수사관행에 쇄기를 박는 획기적인 판결이 등장하면서부터 점차 우리나라 국민에게도 이들 고지가 중요한 법적 의미를 갖는 것이라고 하는 인식이 광범위하게 퍼지기 시작하였다. 이처럼 체포시에 혐의자에게 고지되는 헌법상 권리의 내용이 미란다고지이며, 이는 미란다 판결의 핵심적인 내용이다.

소위 미란다규칙(Miranda Rule)은 1966년 미국연방대법원에 의해 체포·구속된 형사피의자·피고인신문에 있어 그들의 헌법상 권리를 보장하기 위한 강력한 인권보장장치로서 확립된 이래, 지금까지 경찰에게조차 피의자 인권존중행동강령으로 인권신장에 크게 기여한 사법제도로서 인정되어 왔다.[1)]

그런데 최근 미국의 제4 순회항소법원에서는 경찰 앞에서 한 자백이 미란다 규칙을 고지받기 전에 한 것으로서 증거로 채택할 수 없다고 하는 피고인의 주장에 대하여, 1968년 미국연방의회가 제정한 연방범죄 및 형사절차법 '제3501조'를 들어 '자백이 자유로운 상태에서 행해졌는지 여부는 미란다 규칙을 고지했는지 여부가 아니라 종합적인 상황을 검토해 판단할 문제'라는 내용의 판시가 있었다. 이 항소심 판결 이후 미란다 규칙의 폐기여부를 둘러싸고 열띤 논란이 전개되었고, 현재 이에 대한 미국 연방대법원의 심사가 진행되고 있다.

미란다 규칙의 준수를 유지한다는 입장에서는 미란다 규칙만큼 자백의 임의성을 보장해준 제도가 없으며, 경찰의 강압적인 수사를 막기 위해서도 미란다 규칙은 준수되어야 한다고 주장하고 있다. 반면 경찰 등 사법관련 기관에서는 미란다 판결이 나온 당시 인권유린이 자행됐던 1960년대와는 달리 지금은 인권의식이 보편화되었고, 미란다 규칙으로 인해 흉악한 범죄자가 빠져나갈 구실만 주었을 뿐, 정말 억울한 피의자·피고인에게는 도움이 되지 못한다고 주장하고 있다. 미란다 규칙의 폐기를 주장하는 입장은 오늘날 미국 형사사법계의 위기, 즉 날로 흉악해지는 강력범 체포와 공소유지에 애로를 겪고 있는 실정을 반영한 것으로 이해된다.

한편 우리나라에서는 1990년대에 들어와 강압 및 고문에 의한 수사관행에 대한 반성과 문제의식으로 인하여 학계에서는 특히 미란다 규칙의 중요성이 강조되어 왔고, 이에 따라 판례

*) 韓國刑事政策硏究院 先任硏究員, 法學博士

를 통하여 '미란다 고지'를 이행하지 않은 상태에서 행한 체포의 위법성을 문제삼기 시작하였으며,[2] 실무에서도 미란다 규칙의 중요성을 인식하고 이의 준수를 위한 지침을 내려놓고 있다. 이러한 점에서 현재 미국에서 논의중인 미란다 규칙의 폐기 여부는 기존의 수사관행의 복귀를 우려하는 입장에서 상당한 관심의 대상이 되지 않을 수 없다.[3]

이하에서는 먼저 미란다 규칙의 의의와 그 내용을 개관하고, 그 다음 이글의 핵심주제인 미국 연방범죄 및 형사절차법 제8장 제3501조에 대한 검토와 아울러 제4순회항소법원의 판결내용 및 분석을 통해 미란다 판결이 갖는 역사적 의의를 재조명해 봄으로써 미란다 규칙의 장래를 그려보고자 한다.

Ⅱ. 미란다 규칙의 역사적 의의

미란다 판례의 헌법상 쟁점은 구금중 또는 기타 자유가 박탈된 상태에서 행해진 피의자신문으로부터 얻은 진술의 허용성 여부이다. 미란다 판결시 연방대법원장인 얼 워렌(Earl Warren) 판사가 지적한 것처럼 당시 가장 문제되었던 것은 구금중 피의자·피고인에게 가해지는 심리적·물리적인 강압 사용이 증가하고 있다는 점이었다. 그리하여 연방대법원은 연방대법관중 5대4로 미란다에 대한 주대법원의 유죄판결을 파기함과 아울러, 경찰이 구금중인 피의자로부터 진술을 얻기 전에 취해야 할 특별한 절차적 보장장치를 확정했다. 즉 '구금중이거나 다른 방법으로 자유박탈중인 피의자·피고인에게는 그의 권리를 고지해야 하며, 이는 미국 연방헌법 수정 제5조의 자기부죄거부 특권에 의해 요구된다. 그리고 만일 미란다 고지의 포기 없이 구금중 신문[4]동안에 얻은 진술은 임의성이 없다'는 확정적인 추정을 확립하였다.[5]

이처럼 미란다 판결이 나오게 된 이유는 모든 인신체포·구속하의 신문은 본래 강압적이며, 따라서 미란다 고지에 열거된 권리를 '충분히 이해하고 자발적으로(knowing, intelligent and voluntary)' 포기하지 않은 이상 임의성 있는 진술일 수 없다는데 있다.[6]

여기서 미란다 규칙의 핵심적인 쟁점은 비록 강력범죄의 형사피의자·피고인이라 하더라도 재판과정에서 피고인에게 미란다 고지가 행해지지 않은 채 체포된 사실이 드러나면 그 자백 및 진술의 임의성여부가 문제되어 이를 증거로 허용할 것인가 하는 점이다. 이 경우에 그 입증책임은 검사에게 있으며, 검사는 증거의 우월성에 의해 피의자가 구금 중 신문 이전에 미란다 규칙에 의한 권리를 포기했다는 것을 입증해야 한다.

미란다 판례에 의하여 경찰이 신문중인 자에게 고지해야 할 형사피의자·피고인의 권리, 즉 미란다 고지의 내용은 첫째 형사피의자·피고인은 변호인을 선임할 권리를 가지며, 구금동안에 그에게는 변호인이 선임되어 있어야 하고, 둘째 묵비권을 가지며, 그가 행한 어떤 진술도 그에게 불리한 증거로 사용될 수 있으며, 셋째 자력이 없는 피의자에게 변호인을 선정해주어야 하고, 넷 피의자가 변호인을 선정할 수 없다면 주에 의하여 피의자에게 변호인을 선정해준다는 것 등이다. 이들 미란다 규칙상의 권리는 분명히 고지되어야 하며, 형사피의자·피고인이 이들 권리를 요구하는 이상 그 즉시 모든 신문은 중단되어야 한다. 이러한 미란다 고지

의 내용은 보통법(common law)과 미란다 판결 이전의 판례법의 기본입장, 즉 자백은 변호인과 상담하지 않은 피의자로부터 획득될 수 있다는 것과는 전혀 다른 성질을 갖고 있는 것으로서, 획기적인 판결로 평가되고 있다.

다만 미란다 판례는 피의자가 구금중에 있지 않거나, 단지 신문이 비규문적 성질을 띤 경우에 한하여. 경찰이 피의자·피고인을 미해결의 범행을 목격한 증인으로 신문하는 것은 부정하지 않는다. 뿐만 아니라, 미란다 고지가 행해진 후 피의자가 임의로 자백을 할 수 있음은 물론이다.

Ⅲ. 미란다 규칙의 헌법적 근거

경찰구금중의 피의자신문에 있어서 미란다 고지는 원칙적으로 미국 연방헌법 수정 제5조에 기초하고 있다. 미국 연방대법원이 미란다 판결에 의해서 경찰구금중 권리를 고지받지 못한 피의자의 자백의 증거배제를 인정한 중요한 동기는 경찰의 수사행위의 특성을 인식했다는 점이다. 즉 경찰구금은 본질적으로 강요상황이며, 이러한 강요상태를 제거하기 위한 적절한 보호장치가 사용되지 않을 경우에는 연방헌법 수정 제5조의 자기부죄거부특권을 침해당한 것으로 보았다.

그럼에도 불구하고 미란다 판결에 대하여 미국 연방헌법 수정 제5조와 관련된 것인가, 아니면 변호인의 조력을 받을 권리에 관한 수정 제6조와 관련된 것인가 하는 점이 다투어진다. 원칙적으로 경찰구금중 신문동안에 피의자에게 변호인의 조력을 받을 권리를 부여하는 것은 자기부죄를 당하지 않을 권리를 적절하게 보호하기 위한 것이다. 그러나 적절한 미란다 고지를 한 경우에도 연방헌법 수정 제6조의 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되었다면 증거는 증거능력을 갖지 못한다. 이런 점에서 연방헌법 수정 제5조의 자기부죄거부특권과 제6조의 변호인의 조력을 받을 권리는 서로 밀접하게 연결되어 있다는 것을 알 수 있다.[7)]

Ⅳ. 미란다 판례 이후의 실무 및 판례의 입장

1. 미란다 판례의 영향에 대한 조사결과분석

이미 살펴본 바와 같이 미란다 판결은 당시 미국 연방대법원 대법관중 5대4의 다수의견으로 판시된 것이다. 이로써 어쩌면 미란다 판례의 험난한 앞길은 예고된 것인지도 모른다.

당시 미란다 판례에 대하여는 법실무가 및 입법부에 의해 많은 비판이 제기되었다. 그 가운데 주요비판은 미국 연방대법원이 범죄자들을 무죄방면 함으로써 효과적인 법집행을 방해한다는 점이다. 수사기관 입장에서도 미란다판례로 인해 전반적으로 법집행에 혼란이 야기되고 있을 뿐만 아니라, 자백을 얻기 위한 지금까지의 노력들이 이제 더 이상 사용될 수 없게 되어 실체진실발견을 위해 값비싼 대가를 치루어야 한다는 등의 효율적 형사사법실현이라는

관점에서 집중적으로 비난이 제기되었다.

미란다 판결 때문에 대부분의 체포된 피의자는 변호인이 출석하지 않은 상태에서는 계속 묵비권을 행사하려고 할 뿐만 아니라, 피의자가 자발적으로 진술을 하였다고 해도 언제든지 이를 중지하거나 거부할 수 있기 때문이다.

사실 미란다 판결 직후 행해진 몇몇 조사결과에 의하면 이와 같은 우려를 확인시켜주고 있다. 예컨대 주변호사인 알렌 스펙터(Arlenn Specter)의 보고서에 의하면 (필라델피아의 경우)미란다 판결 이전에는 체포자의 약 90%가 경찰에서 진술하였으나, 미란다 판결이후에는 41%만이 진술할 뿐이라고 한다. 또 다른 보고서에 의하면(피츠버그에서의 연구) 미란다 이후 경찰에 자백하는 살인 및 강도범죄자의 수가 절반으로 줄어든 것으로 나타났으며, 이는 미란다 판결 이전의 60%에서 30%로 감소한 것이라고 한다. 또 주변호사인 프행크 호간(Frank Hogan)에 의하면 미란다 판결 이전 6개월 동안 중죄사건의 49%가 대배심 절차에서 유죄의 시인을 하였지만, 미란다 판결 이후 6개월 동안에 유죄의 시인을 한 중죄사건은 15%에 불과하다고 한다.[8)]

이러한 실정은 1986년 미국변호사협회 의장에 의해 보다 구체적으로 적시되기에 이르렀다. 미란다 규칙이 형사사법 체계를 위태롭게 할 뿐만 아니라, 극악무도하고 사실상 유죄인 범죄자들을 무죄방면하는데 이용되고 있다고 하면서, 범죄자들이 미국 헌법에서 보장된 기본권을 악용하고 있다고 주장하였다. 이러한 주장이 사실인가 여부를 심사하기 위해 설치된 미국 변호사협회 산하의 특별위원회는 미란다원칙의 효과와 관련한 통계자료를 분석하고, 초기 연구결과들을 재검토하였다. 그러나 형사사법 실무가들에 대한 설문조사와 대규모 전화인터뷰 조사를 통해 나타난 결과는 어느 입장도 분명히 입증해주지 못했다. 단지 형사사범체계가 많은 문제점을 안고 있기는 하지만, 이것이 헌법상 보장된 기본권을 이행하는데서 비롯되는 것은 아니지 않는가 하는 정도만이 알 수 있었을 뿐이었다. 예컨대 경찰은 증거법상의 기본원칙과 미란다 규칙에 대하여 상당히 교육을 받았으며, 규칙을 준수하지 못한 것을 이유로 한 불기소 또는 무죄판결이 내려지는 것은 아닌 것으로 나타났다. 단지 중범죄자의 0.6%에서 2.35% 정도만이 불법수색을 이유로 하여 무죄방면 되었을 뿐이었다. 또한 특별위원회에서는 공설변호인이 과도한 업무부담을 안고 있다는 사실을 발견했다.[9)]

그러나 조사결과에 의하면 당시 이러한 일부의 우려와 비판은 경찰신문으로부터 얻는 자백 빈도나 유죄율에 거의 또는 전혀 영향을 미치지 않는 것으로 나타났다.[10)]

결국 미란다 판례가 법집행에 치명적인 영향을 끼친다는 증거는 거의 발견하지 못했다. 이제 자백편중의 수사는 더 이상 피의자·피고인의 유죄입증 방법으로 사용되지 못한다는 사실이 명백해졌을 뿐이다. 오히려 피의자·피고인의 유죄입증을 위해서는 증인의 증언, 물적 증거, 전문가의 .감정 등이 더욱 쓸모있는 것으로 나타났다.[11)]

2. 판례의 변화

미란다 판례 이후 일련의 판례를 통해 미국 연방대법원은 미란다 판례상의 위법수집증거배제법칙을 제한하기 시작하였다. 첫째 Harris v. New York판례[12)]에서 미국 연방대법원은

미란다 규칙을 침해하여 얻은 진술은 재판에서 피고인의 신용성을 다투기 위한 증거 즉 탄핵증거로 사용될 수 있다고 판시하였다. 둘째, Oregon v. Haas 판례[13]에서도 연방대법원은 피고인의 진술은 비록 구금중 신문동안에 변호인선임을 요청한 이후에 행해진 것이라 할지라도 피고인을 탄핵하기 위해 사용될 수 있다고 판시하였다. 셋째, New York v. Quarles판례에서 미란다 규칙은 타인의 현재하는 위험이 존재하는 경우에 형사피의자·피고인을 즉시 신문할 필요성이 있는 경우에 미란다 고지는 필요하지 않다[14]고 판시하여 공공의 안전(public safety)이라는 예외 하에 미란다 규칙이 제한될 수 있음을 분명히 하였다. 즉 공공의 안전에 대한 현재의 중대한 위협이 존재한다고 생각될 때에는 예방적 규칙으로서의 미란다 규칙의 필요성은 공공의 안전을 보호할 필요성에 우선할 수 없다는 것이다. 이에 따라 연방대법원은 미란다 고지를 하기 전의 신문에 의해 확보된 진술 또는 변호권을 포기한 이후에 얻은 진술은 증거로 사용할 수 있다고 하였다.

넷째, Michigan v. Tucker판례[15]에서 미국 연방대법원은 미국 연방헌법 수정 제5조의 자기부죄거부특권을 침해한 경우와 미란다의 예방적 규칙에 대한 침해를 명확히 구분하였다. 즉 연방헌법 수정 제5조는 진정한 의미에서의 강압에 대한 헌법상 보호장치인 반면, 미란다 규칙 그 자체는 헌법에 의해 보호되는 권리가 아니라, 단지 자기부죄거부특권의 보장을 위하여 법원에 의해 확립된 예방적 수단에 불과하다는 점을 분명히 하였다. 이러한 기본전제에 터잡아 연방대법원은 이 판례에서 피의자·피고인에 대하여 어떠한 진술 강요도 없었다는 점을 인정하면서 미란다 규칙상의 권리를 고지하지 않은 것은 연방헌법 수정 제5조를 침해한 것이 아니라, 미란다 판례의 규칙을 침해한 것에 지나지 않는다고 보았다. 다만 진술이 비임의적으로 행해지지 않은 이상 미란다 고지를 하지 않은 경우에도 이로부터 얻은 신문결과인 증거의 증거능력이 반드시 배제되는 것은 아니라고 판시함으로써 이차적인 파생증거에 대하여 증거능력을 인정하였다. 이런 점에서 이 판례는 적절한 미란다 고지를 한 경우에도 미국 연방헌법 수정 제6조의 변호인의 조력을 받을 권리가 침해되었다면 그 증거는 증거능력을 갖지 못한다고 본 미란다 판례의 기본입장에 반한다고 하겠다.

3. 입법적 제한

미란다 판례에 대한 비판은 실무에서만 제기된 것이 아니라, 의회에서도 제기되었다.

물론 이미 미란다 판례에서 미국 연방대법원은 의회와 주법률로써 미란다 규칙을 대체할 독자적인 보장장치를 자유로이 발전시킬 수 있음을 분명히 한 바 있다.[16] 다만 이 경우에 미란다 규칙을 대체할 입법은 자기부죄거부특권을 보호하는데 있어서 미란다 규칙만큼 효과적이어야 한다[17]는 한계를 갖는다. 이러한 미란다 판례의 기본입장 맞이었는지, 판례와 달리 의회는 애초부터 미란다 규칙을 파기하려고 하였다.

그 결과 1968년 미국 의회는 미란다 결정을 번복하고 자백이 임의성 있는지 여부에 대하여 사안별 심사를 하도록 하는 미국 연방범죄 및 형사절차에 관한 제18장 제3501조[18]를 입법화하였다. 이에 따르면 미란다 판결에 의해 절차상의 위법 내지 인권침해가 있었다고 인정되는 경우에도 피의자의 자백에 임의성이 인정되는 경우에는 그 자백의 증거능력을 인정한다

고 규정하여 임의성심사를 자백의 증거능력 배제를 위한 실질적 기준으로 인정하였다. 이 규정은 1975년 United States v. Clocker판례[19]에 의해 그 합법성을 인정받기에 이른다.

이하에서는 연방범죄 및 형사절차법 제18장 제3501조의 의의, 합헌성 여부 그리고 판례태도를 살펴보고 최근 미란다 규칙의 파기 논쟁을 불러일으킨 제4순회항소법원의 디커슨 판례를 검토하기로 한다.

V. 연방범죄 및 형사절차법 제18장 제3501조(18 U.S.C. 3501)

1. 의 의

미국 연방범죄 및 형사절차법(이하 연방법이라 이름) 제3501조에 의하면 미란다 판례에서와는 달리 경찰구금은 본래 강압적이라는 추정을 하지 않는다. 그리고 연방법원은 진술이 자발적인지 여부를 결정함에 있어서 "전체상황을 검토"해야 하며, 만일 자백이 임의적으로 행해진 것으로 결정하면 증거로 채택될 수 있다는 것을 명문화하였다.[20] 이에 따라 연방법 제3501조는 자백의 임의성심사를 위한 다섯 가지 요인을 제시하고 있다. 다만 미란다 규칙과는 달리 이들 요인이 흠결되었다고 하는 점은 자백이 비임의적이라는 추정을 만들어내는 것은 아니다. 제3501조에 의해 법관은 이들 다섯가지 요인을 포함하여 자백이 주어진 상황을 모두 고려해야 한다. 자백의 임의성 여부에 대한 심사는 개별 구체적인 사안에 따라야 하며, 미란다 규칙에 의한 진술의 비임의성 추정은 무효화된다. 즉 미란다 판례의 이유를 배제하고, 미란다 판례의 절차적 보장장치를 자백이 임의적으로 행해졌는지 여부를 결정하는데 법원이 고려해야 할 요소로 대체하였다.[21] 만일 법관이 자백의 임의성을 인정하면, 배심원으로 하여금 자백과 관련한 증거와 정황증거를 심리할 것을 지시하고, 이들 자백의 중요성에 대한 그들 나름대로의 독자적인 결정을 내릴 수 있도록 하였다.[22]

결국 미국 연방법 제3501에 의해 임의성 있는 자백 및 진술은 연방사건에서 증거로 채택될 수 있고, 미란다 고지가 있었는지 여부는 자백의 임의성 여부에 관한 심사를 함에 있어서 단지 한 요인이 될 수 있을 뿐이므로 그 효과는 제한된다. 그리고 미란다 판례와는 달리 연방법 제3501조에 의하면 형사피의자·피고인이 미란다 권리를 포기한다는 의사를 명시적으로 표현할 것을 요하지 않는다.

2. 미국 연방법 제3501조의 합헌성

경찰구금중 피의자신문과 관련하여 연방법 제3501조의 헌법성 여부에 관하여 연방대법원의 심사대상이 된 적은 한 번도 없었으며, 제3501조는 연방 하급심에서만 제한된 효력을 가질 뿐인 것으로 인식되어 왔다.[23]

이 법률이 통과된 이후에도 1975년 제10순회항소법원의 United States v. Clocker판례에 의해 미란다 고지에 따라 행해진 자백은 제3501조하에 유효하다는 입장이 있기까지는 연방

법 제3501조가 판례 및 실무에서 적용된 예는 없었다.[24]

3. 미국 연방법 제3501조와 판례의 입장

Davis v. United States 판례[25]

에서 미국 연방대법원은 변호인의 선임을 받을 권리와 관련하여 미란다 규칙의 엄격성을 약간 완화하는 내용의 판시를 하였다. 즉 피의자·피고인은 미란다 규칙상의 변호인의 조력을 받을 권리를 효과적으로 주장하기 위해서는 변호인선임요청을 명확하게 해야 한다는 것이다. 이 판례에 따르면 미국 연방헌법 수정 제6조의 변호인의 조력을 받을 권리는 당사자절차개시시에 부여되는데 반하여, 미란다 규칙은 구금 중 신문동안에 인정되지만 헌법적으로 명문화되어 있지 않다는 점에서 양자는 명백히 구분된다고 보았다.

그리고 연방사건에 있어서 구금 중 자백의 임의성과 관련한 문제는 미란다 규칙이 아닌 연방법 제3501조에 의해 결정되어야 한다고 판시하였다.

다만 위에서 언급한 바와 같이 연방법 제3501조는 연방 하급심에서만 제한적으로 적용되는 것으로 인식되었기 때문에, 위 Davis 판례에서도 법무부는 이 법률의 적용가능성에 대하여 명확히 적극적인 입장을 취하지 않았다.

Ⅵ. 디커슨 판례(United States v. Dickerson)[26]의 의의

1. 사 안

이 사안은 1997년 1월 24일 찰스 디커슨(Charles Dickerson)이라는 버지니아주 알렉산드리아 은행의 은행강도범을 잡은 버지니아 경찰이 그에게 미란다 규칙을 고지하지 않은 채 범행 일체를 자백받았으나, 원심법원이 이를 토대로 유죄를 인정하였고 항소심에서도 이를 인정한 사례이다.

구체적인 사안은 다음과 같다.[27]

강도가 은행을 떠나 차에 타는 것을 보았다는 목격자의 증언에 따라 경찰은 차량번호를 이용하여 차의 소재를 확인한 결과, 차량의 소유자가 찰스 디커슨임을 확인하였다.

1997년 1월 27일 약 10명의 FBI요원과 지방경찰이 디커슨의 집으로 갖으며, 차가 있는 것을 확인하고 디커슨의 집 문을 두드려 신원을 확인하였다. 디커슨은 잠시 후 문을 열었고, 이들은 은행강도를 조사중이라고 그에게 말하였다. 이들은 디커슨이 집안으로 들어올 것을 허락했는지도 분명하지 않은 상태에서 집안으로 들어갔다.

이후 디커슨은 워싱턴에 있는 FBI 사무실까지 동행해달라는 이들의 요청에 동의하였다. 그리고 그의 자켓을 가져와도 되는지를 묻고 경관들은 그의 침실까지 그를 따라가 보니, 거기서 침대에 놓여 있는 다량의 현금을 발견했다. 디커슨은 그의 주머니에 현금을 넣었고, 그

의 아파트에 대한 경찰의 수색요청을 거절하였다. 이때 디커슨은 체포된 상태가 아니었으며 더구나 FBI 사무실까지 동행하는 동안에도 수갑을 채우지 않은 채였다.

FBI사무실에서 디커슨은 강도 당일의 소재에 대한 질문에 대하여 그는 강도를 당한 은행이 있는 구시가지에 있었다고 시인하였다. 그는 강도에는 가담하지 않았지만, 한 친구를 만나 메릴랜드(Maryland)에 있는 슈트랜드(Suitland)까지 태워다 주었다고 진술하였다. 이에 경관은 그의 가택수색을 위한 영장발부를 치안판사에게 요청하였고, 치안판사는 강도상황과 관련한 특수요원의 진술과 디커슨의 침실에 있었던 현금 그리고 강도가 행해지던 당시에 구시가지에 있었다는 시인 등을 근거로 하여 영장을 발부하였다. 영장발부 시간은 저녁 8시 50분이었다.

영장발부 이후에 몇몇 요원이 디커슨의 집을 수색하였고, 한 특수요원이 디커슨에게 질문하기 위해 돌아왔다. 잠시 후에 디커슨은 진술하기로 결정하였다. 진술내용에 따라 그가 강도범행 당시에 운전을 하였다는 점과, 은행강도인 지미 로체스터(Jimmy Rochester)의 신원이 확인되었다. 또한 디커슨은 로체스터가 그에게 권총과 돈을 주었다는 것을 시인하였고, 이는 디커슨의 가택수색에서 발견되었다.

디커슨 사례에서 쟁점은 디커슨이 '신문중에' 변호인을 선임할 수 있다는 고지를 받았다는 점이었다.

2. 원심의 결정

이상에서 본 바와 같이 원심 심리의 중요 쟁점은 디커슨이 그의 권리를 고지받은 시기였으며, 이 점에 관하여 디커슨의 전술과 특수요원의 증언은 달랐다. 특수요원은 디커슨이 자백 이전에 미란다 권리를 고지받았고, 이를 포기했다고 증언하였다. 반면 디커슨은 권리를 고지받고 포기하기 전에 자백하였다고 증언하였다. 기록에 의하면 디커슨이 그의 권리를 고지받은 시각은 오후 9시 45분이었다.

이 사안에 대하여 1997년 7월 원심은 디커슨의 자백은 연방헌법 수정 제5조하에 임의성이 인정되고 따라서 증거능력이 있다고 판시하였다.[28)]

다만 지방법원은 디커슨에 의한 자백의 결과로서 획득한 증거의 배제신청을 받아들이지 않았다. 지방법원은 디커슨의 자백은 연방헌법 수정 제5조에 따라 임의성이 있으며, 따라서 증거는 배제되어서는 안 된다고 하였다. 한편으로 지방법원은 디커슨의 가택수색에 의해 획득한 증거는 증거로서 허용되지 않는다고 결정하였는데, 이는 경찰이 영장에 수색대상을 구체적으로 기술하지 않았기 때문이었다.

한편 검사는 지방법원에 증거배제에 대한 재심사신청을 하였다. 검사는 제1차 심리에서 증언하지 않은 두 명의 형사의 진술서와 FBI사무실에서 행한 디커슨의 진술서를 제출하였다. 여기에는 디커슨이 미란다권리를 고지받은 후에야 자백을 한 점, 그의 가택수색에서 그에게 불리한 증거가 발견되었음을 들은 후에야 비로소 자백을 한 점, 그리고 권리포기와 강도사건과의 관련성을 부인한 진술, 그리고 미란다권리 포기와 더불어 부인한 시간이 오후 7시 30분으로 기록되어 있었다는 점 등을 들어 검사는 디커슨이 강도가담을 자백하기 전에 그의 권

리를 고지받았다는 사실을 증명하는 것이라고 주장하였다.

이상과 같은 검사의 주장에 대하여 원심은 검사의 재심사요청을 기각하였으며, 이 기각결정에 대하여 검사는 제4순회항소법원에 항소하였다

3. 제4순회항소법원의 결정

가. 판결요지

제4순회항소법원은 원심 판결을 재심사한 결과, 디커슨의 자백의 임의성여부는 연방법 제3501조에 의하여 규율되며, 이에 따라서 디커슨의 자백에 임의성이 인정된다고 판시하였다. 이는 연방법에 따라 디커슨의 자백이 증거로서 허용된다는 의미이다.

나. 쟁 점

먼저 항소법원은 검사의 증거배제에 관한 재심사요청을 기각한데 대하여 잘못이 있는가를 심사하였다. 검사의 재심사 신청이유는 두가지인데. 첫째, 증거배제에 관한 제1차 심리에서 고려되지 않았던 새로운 증거를 제출했다는 점, 둘째, 비록 적절한 미란다 고지가 용의자에게 주어지지 않았다고 할지라도 연방법 제3501조 하에 자백이 허용될 수 있다고 주장한 점이다.

제4순회항소법원에서 심사된 것은 첫째, 의회가 자백의 임의성 여부를 결정하기 위해 미란다 규칙보다 연방법 제3501조를 적용할 목적으로 한 것인지, 둘째, 의회가 미란다 판례의 결정을 대체할 권한을 갖는지 하는 점이다. 먼저 제4순회항소법원은 임의성 추정과 관련하여 미란다 판례와 연방법 제3501조 사이에 결정적인 차이를 발견했다. 즉 연방법 제3501조는 절차적 보장장치 없는 자백은 비임의적이라고 추정하는 미란다 규칙을 무시하였다는 점이다. 무엇보다 항소법원은 미란다 규칙 그 자체는 헌법에 의해 보호되는 권리가 아니라, 단지 자기부죄거부특권의 보장을 위하여 법원에 의해 확정된 수단에 불과하다는 점을 분명히 한 미란다 판례 이후의 미국 연방대법원 판례의 입장을 재확인하였다.

그 다음으로 미란다 판결을 유지할 것인가 하는 점은 헌법에 명문으로 보장되어 있는 것이 아니므로 의회는 미란다 규칙을 번복할 권한을 가지며, 이를 위한 입법적 권한을 갖는다고 결론지었다.

결국 항소법원의 판결(다수의견)에 따르면 자백의 임의성 여부를 결정짓는 것은 미란다 규칙이 아니라 연방법 제3501조이며, 이에 따라 법원은 자백이 증거로서 허용되는지 여부를 결정한다. 이러한 항소법원의 결정은 디커슨의 자백이 미국 연방헌법 수정 제5조의 자기부죄거부특권을 침해하지 않는다는 원심 판결에 근거한 것이다.

다. 반대의견

연방법 제3501조를 적용하는데 광범위한 지지를 보낸 다수의견과는 달리 반대의견은 이 경우에 연방법 제3501조를 적용하는 것은 나쁜 선례를 남기는 것으로서, 이 사안에서 연방법 제3501조가 쟁점이라고 하는 법원의 해석은 잘못된 것이라고 반박하면서 법원이 연방법 제3501조를 적용해서는 안 된다고 하였다.[29)]

Ⅶ. 미란다 판결의 폐기여부에 대한 전망 - 기존 판례의 입장과 범죄통제 관점으로부터

1. 미란다 규칙의 확인판결로부터

미란다 판결이 등장하게 된 것은 1960년대에 들어 와서 형사사건의 수사 및 조사에 대한 기본적인 판례법을 확립하고자 하는 미국 연방대법원의 개혁 의지에 기인한다.[30)]

미란다 판결은 당시 미국 연방헌법 수정 제5조의 자기부죄거부특권을 경찰신문단계에까지 확장하였다는 점에서 피의자의 헌법적 보호를 존중하도록 하였고, 법집행에 광범위한 변화를 불러왔고, 법집행가들에게는 거의 혁명적인 판결로 받아들여졌다. 지금까지 미란다 판례는 법집행 및 법원실무에서 확립되어 있는 원칙으로서 경찰의 피의자신문에 대한 예방적 규칙으로 기능해 왔다.

미국 연방대법원의 판례를 검토해보면 미란다 판결을 둘러싼 끊임 없는 비판과 미국 연방대법원의 반대입장에 따라 미란다의 증거배제원칙에 대한 수많은 예외를 통하여 구금중 신문이 본래적으로 강압적이라는 미란다 판례상의 입장에 상당한 변화를 보이고 있는 것도 사실이다.

그럼에도 불구하고 미국 연방대법원은 계속해서 미란다 판결에 의해 확립된 기본원칙을 완전히 파기하지 않고 있는데, 미란다 판결을 제한하는 내용의 일련의 판결과 더불어 1980년의 Rhode Island v. Innis 판결[31)]에 이르기까지 사실상 미란다 판결상의 구금중 신문의 의미를 계속 유지하였다. 이 판결에서 미란다 판결상의 구금중 신문이 수사기관의 '명백한 신문'에 한정하지만, 그러나 구금중 신문은 명백한 신문뿐만 아니라, 피의자로부터 진술을 얻기 위한 말이든지 행동도 포함된다고 하였다.[32)]

나아가 1981년의 Edwards v. Arizona판결을 통해서 미란다 고지에 의한 피의자보호범위를 결정적으로 확대하였다.[33)]

미란다 판례에 의하면 원칙적으로 구금중 피의자가 일단 변호인의 조력을 요청한 경우에는 경찰은 피의자가 그의 변호인의 조력을 받을 권리를 포기하지 않는 한 피의자를 신문 할 수 없다. 그런데 이 사안에서 변호인의 조력을 받지 못한 피의자가 경찰과 이야기하기를 원하지 않는다고 말했음에도 불구하고 경찰이 그에게 부죄의 진술을 하도록 하였다.

이 판결에서 주요쟁점은 피의자가 변호인의 조력을 요청한 이후에도 경찰이 계속 피의자를 신문한 점이다. 여기서 연방대법원은 피의자가 변호인의 조력을 요청한 이후에도 경찰이 신문을 계속하는 것은 연방헌법 수정 제5조에 반하는 강요에 해당하며, 경찰은 피의자로 하여금 변호인의 조력을 받을 권리를 포기하도록 유도해서도 안 되고, 피의자가 구금중 신문에

서 미란다 고지상의 권리를 요청한 이후에도 경찰에 의해 계속되는 신문에 응하였다는 사실만으로 피의자가 그의 권리를 유효하게 포기하였다고 볼 수 없다고 하였다. 피의자가 변호인을 통해서만 경찰과 협상하겠다는 의사를 명백히 표시한 경우에는 피의자 스스로 먼저 경찰과의 대화, 의견교환 등을 시작하지 않는 한, 변호인이 그에게 조력할 때까지는 수사기관의 계속되는 신문에 응할 필요가 없다고 판시하였다.

그 후 Minnick v. Mississippi판결[34]에서도 미국 연방대법원은 피의자가 일단 변호인을 요청한 이상, 피의자가 변호인과 접견교통을 하였는지 여부를 불문하고 신문을 중단해야 한다고 하였다.

이처럼 미란다 규칙은 일부 판결들의 거센 저항에도 불구하고 미국 형사사법에서 형사피의자 피고인을 위한 강력한 인권보호장치로서 확고히 자리잡고 기능해 온 제도 -심지어는 법으로까지 인정되고 있을 정도로 -임을 다시 한번 확인할 수 있었다. 현재 미국의 대법원의 주류입장에서 보아도 완전히 파기될 가능성을 점치기가 어렵다.

다만 미란다 규칙에 대한 도전은 계속될 것이며, 이로 인해 법집행은 언제나 긴장 속에서 좀더 정당한 모습을 보여줄 것을 기대하면서 행해질 것이고, 이것만으로도 미국 형사사법체계에 스며들어 있는 미란다 규칙은 충분히 그 의의를 가질 수 있을 것이다.

2. 범죄통제관점으로부터

다른 한편으로 미란다 규칙이 점증하는 범죄에 대한 결정적인 요인이 된다고 하는 점에서 미란다 규칙을 폐기하자는 주장이 제기되고 있음은 주지의 사실이다. 미란다 규칙으로 인해 흉악한 범죄자가 빠져나갈 구실만 주었을 뿐, 정말 억울한 피의자 피고인에게는 도움이 되지 못하고 있다는 점, 그리고 인권유린이 자행됐던 1960년대와는 달리 지금은 인권의식이 보편화 된데다 무엇보다 미국 형사사법계의 위기, 즉 날로 흉악해지는 강력범 체포와 공소 유지에 애로를 겪는 실정 등을 그 이유로 한다. 이에 대하여 미국에서 범죄통제가 실패한 것이 과연 이처럼 헌법상 권리보장 장치 때문인가? 아니라면 범죄통제의 실패에 대한 진정한 원인이 무엇인가 라는 점이 우선적으로 논의되어야 한다고 반박한다.[35] 즉 오히려 오늘날 미국의 형사사법의 위기는 마약문제의 급증과 그 심각성에서 찾아야 한다는 것이다. 마약문제해결을 위해 투입되는 자원으로 인해 다른 범죄문제에 투입될 수 있는 자원은 더욱 부족하게 되기 때문이다. 따라서 효과적인 범죄통제정책의 확립을 위해서는 자원의 재분배와 활용이 오히려 요구된다고 한다.

3. 여 론

현재 진행되고 있는 미란다 규칙의 존폐논쟁은 현재 미국 형사사법의 위기에 대응할 필요성에서 정책적으로 제기되고 있으며, 미란다 규칙의 폐기로써 형사사법에서의 인권보호막이 제거될지도 모른다고 하는 점등에서 비단 우리나라 뿐만 아니라 미란다 규칙의 직·간접적 영향권내에 있는 각국의 형사사법 관련자로부터 우려의 목소리가 커지고 있는 것으로 이해

된다. 그러나 마란다 판결의 폐기를 통해 편의주의적인 수사관행으로의 복귀는 범죄정책의 효과적인 수립과 이행을 위해서도 바람직하지 않다. 이미 미란다 규칙은 단지 미국의 형사사법체계내에서 정책적으로 해소하기에는 너무나 확고해버린 자연법적 장치는 아닐까.

본 학술지가 발간되기 직전인 2000년 6월 26일 미국 연방대법원은 7대 2의 다수결로 미란다 규칙이 건재함을 재확인하였다. 동시에 미국 연방대법원은 연방 범죄통제법 제3501조는 미란다 규칙에 위반하는 것으로서 위헌이라고 판시하였다. 이로써 1968년 통합범죄통제와 안전거리법(Omnibus and Safe Streets Act)이 의회에서 통과된 지 34년만에 미란다 규칙의 폐기여부를 둘러싼 오랜 동안의 논쟁은 막을 내리게 되었다.

1) 【사실관계】 사건 당시 24세이던 어네스토 미란다(Ernesto Miranda)는 아리조나주 피닉스에 있는 자신의 집에서 체포된 후, 경찰서로 연행되어 강간과 유괴혐의로 신문을 받았다. 경찰은 그를 2시간 동안 신문하여 자백과 그의 서명을 받아냈다. 법원은 이 자백을 증거로 인정하여 강간과 유괴의 공소사실에 대하여 징역 20년과 30년을 각각 선고하였다. 아리조나 주대법원에서도 이것이 확인되었고, 이에 대하여 미란다는 미국 연방대법원애 상고하였다.
2) 특히 우리나라의 경우에 1990년대에 들어와 특히 폭행·협박에 의한 공무집행방해 사례가 많이 문제되었고, 이들 대부분 사안은 시민이 일상적인 생활 중에 공권력 집행자와 대면하는 상황에서 발생한 것으로서, 임의동행의 거부 또는 도로교통상황실 경찰관의 음주측정이나 면허증제시요구와 관련한 것들이다. 조준현/이상용, 공무집행방해죄에 관한 연구, 형사정책연구 제30호, 1997, 62-63면.
3) 미란다 규칙의 역사적 의의와 이후 미국 연방대법원의 판례 입장변화 등에 관하여는 조국, 미란다 규칙의 실천적 함의에 대한 소고-미국 연방대법원의 입장변화를 중심으로-, 형사법연구 제10호, 1998, 409면 이하 참조.
4) 미란다 규칙은 형사피의자 피고인이 구금 또는 신문중일 경우에만 적용된다. 구금은 체포 또는 그에 준하는 자유박탈상태를 의미하며, 신문은 보통의 형사피의자·피고인이라면 그에게 불리한 답변을 유도할지도 모르는 말 또는 행동을 의미한다.
5) 미란다 판례는 미연방대법원에 의해 동시적으로 심리된 Vignera v. New York(1966), Westover v. United States(1966), California v. Stewart(1966)과 더불어 경찰이 구금중 피의자로부터 획득한 자백의 정당성에 관한 사건이었다. 이들 4개의 사건은 모두 피의자가 외부세계와 차단된 채 경찰에 의해 신문을 당했으며, 또한 피의자들에게 그들의 구금중 기본권보장장치들에 대해 완전하고도 효과적으로 고지되지 못했고, 나아가 신문은 모두 구두자백을 얻어내기 위해 행해졌으며, 세 사건 모두 피의자의 서명에 의한 진술은 재판에서 증거로 사용되었다.
6) 미란다 관례에서 당시 미국 연방대법원은 피고인인 미란다의 진술은 전통적인 의미에 있어서의 임의성 없는 진술이라고 할 수 있는 어떠한 강압도 없었다는 점은 인정하였다. 384 U.S. at 457.
7) 김성돈 옮김, 미국 형사소송법, 1999, 367면.
8) 박미숙. 피의자에 대한 변호권의 보장, 경희대학교 박사학위논문, 1995, 104면 참조.
9) Washington Post, 1988.12.2, A26면 ; Senna/siegel, Criminal Justice, 1990, 308면.
10) Michael Wald et al., Interrogation in New Haven : The Impact of Miranda Yale Law Journal 76, 1967, 1519면.
11) Senna/siegel, 앞의 책, 307면.
12) 401 U.S. 222(1971).
13) 420 U.S. 714(1975).
14) 467 U.S. 649 (1984).
15) Michigan v. Tucker, 417 U.S. 433, 94 S. Ct. 2357, 41L.Ed.2d(1974).
16) 의회는 체포·구속원에서 증거의 배제 또는 사용에 관한 규칙을 정할 초월적 권한을 갖는다. 미국 연방헌법 art.Ⅲ

17) 384 U.S. 490.
18) 18 U.S.C. 3501(1994). 이 법률은 통합범죄통제와 안전거리법(Omnibus Crime and Safe Streets Act) 제2장의 일부로서 제정되었다.
19) 410 F.2d 1129. 1138(10th Cir. 1975).
20) 18 U.S.C. 3501(a).
21) 18 U.S.C. 3501(b).
22) 18 U.S.C. 3501(a).
23) 미국 법무부의 법정책보고서에 의하면 18U.S.C.3501은 미란다 결정의 번복을 의미하며 미란다 판례 이전의 임의성 심사기준을 회복하는 것으로 보았다. 따라서 제3501조는 미란다에 대한 직접적인 도전이라고 하였지만, 법무부는 아직 그에 대하여 적극적인 입장을 취한 적은 없다.
24) 제10 순회항소법원은 제3501조의 합헌성 여부에 관하여 밝힌 유일한 법원이다.
25) 512 U.S.452. 114 S.Ct.2350. 2354(1994). 이 판례에 의하면 피고인은 클럽에서 위조통화를 사용한 이후에 체포되었다… 피의자는 12:30분부터 저녁 7시까지 붙잡혀 있었고, 이미 그때에 피의자는 미란다 권리를 고지받았으며, Secret Service에 의해 신문받았다. 피의자는 이후에도 12시간 이상 두 번이나 신문받았으며, 매번 신문 전에 미란다 권리를 고지받았다. 원심은 피고인으로 얻은 자백은 신문동안에 획득된 진술이기 때문에 허용된다고 판시하였다. 제10 순회항소법원도 원심이 제3501조를 적용하여 자백을 허용된다고 판시한 것은 정당하며, 또한 그 자백은 미란다 규칙에 따라서 허용된다고 판시하였다.
26) United States v. Dickerson, 166 F.30 667(1999).
27) Brooke B. Grona, United States v. Dickerson : Leaving Miranda and Finding a Deserted Statute, American Journal of Ciminal Law, Vol.26, 1999. 372면 이하.
28) United States v. Dickerson. 166 F.3d 676.
29) Id. at696-97(Michael,J., 반대의견) 참조.
30) S.J.Markman, The Law of Pre-Trial Interrogation, U.S. Department of Justice, 1986, 32면.
31) 446 U.S.291, 297(1980).
32) Id. at 300-301.
33) 다만 이 판결도 미란다 판결과 마찬가지로 법집행기관에 대하여 형사피의자·피고인의 헌법상 권리보장을 위하여 명확한 가이드라인을 제시해주었다는 점에서 예방적 규칙으로서의 성격을 갖는다.
34) 111 S.Ct.486(1991).
35) Don't Blame Miranda, Washington Post 1988.12.2. A26면 : Senna/Siegel, 앞의 책, 308면 참조.

전통법에 있어서 죄형법정주의에 반하는 규정의 재해석

진 희 권*)

I. 서 론

唐律은 춘추전국시대 이후의 중국의 형률을 집대성한 유교적 형률이다. 이 법은 그 이후 중국의 형법전의 모태가 되었으며 한국, 일본 베트남 등 동양제국들의 형법에도 영향을 끼쳤다.

당률은 일찍이 고려시대에 高麗律의 모태가 되었으며 조선시대에도 커다란 영향을 끼쳤다. 經國大典의 형률 용률조에서는 大明律을 형법으로 의용한다고 밝히고 있다. 대명률은 당률의 구성요건을 간략히 하고 법정형을 완화하는 정도의 차이가 있을 뿐, 전체적인 내용과 그 정신은 당률과 대동소이하다. 그래서 明律을 수용한 조선에서도 당률은 여전히 고려에 이어 우리 나라의 법생활을 지배하였다고 할 수 있다.

그러나 전통법을 연구한 논문이나 비판한 글을 보면 동양은 왕조에 의하여 이루어졌던 나라로서 전제군주의 자의에 의하여 법이 집행되었기에 인간의 권익을 법으로 보호하지 못한 것으로 평가하고 있다. 특히 이러한 논의에서 집중공격을 당하는 것 중의 하나가 전통법규에는 죄형법정주의사상이 발붙일 곳이 없다는데 있다

그 근거로 들고 있는 것으로 동양의 전통법에는 유추해석을 허용하고 있으며, 법률로 금지하지 아니한 행위일지라도 사회적으로 유해한 행위를 처벌하도록 하고 있다는 것이다.[1] 물론 이러한 내용을 규정한 조문들이 당률이나 명률에서 나타나고 있으며 우리도 이러한 중국의 형법을 차용하거나 의용하여 사용하였으므로, 근·현대적 의미의 죄형법정주의원칙에 의거하여 판단하였을 때, 그러한 비난을 피할 수는 없을 것이다. 그러나 동양의 형벌이 가지고 있는 기본적인 사상이나 법률의 규정유형 그리고 집행의 방법 등을 면밀히 검토해본다면 이러한 비난은 동양의 전통법에 대한 어느 정도의 이해에 터잡고 있기는 하지만 몇 가지를 간과하고 있음을 알 수 있다.

그래서 여기서는 당률과 대명률의 규정 중에서 소위 유추해석을 인정한다고 평가되는 몇 가지 규정에 대하여 당률의 주석집인 唐律疏議를 검토해 봄으로서 기존의 주장과는 다른 해석을 하고자 한다.

Ⅱ. 당률소의에 대한 이해

당률소의는 12편 502개조의 규정이 편과 조항별로 배열되어 있다. 각 조항은 여러 개의 사

*) 제주대학교 법학부 강사, 법학박사

안별로 나누어서 따로 기재하고, 나누어진 사안별로 조문의 해석인 소의문을 첨부하는 형식으로 되어 있다. 또 법조문에는 종종 작은 글자로 된 주가 부기되어 있는데 부기된 작은 글자와는 별도로 律注文을 기재하고 그것에도 각각 소의문을 첨가하였다. 이러한 소의는 당률을 해석하기 위한 것으로서 長孫無忌가 서문에서 밝혔듯이 전대의 법률을 주석한 경험을 광범위하게 채용하였다.

한대 이후에는 이른바 儒法合一이 정치의 기본방향이었기 때문에 법률에 대한 해석과 적용도 이념적으로는 유교질서를 토대로 하는 것이었다. 그러므로 주석은 유교경전에 제시되어 있는 유교적 질서와 그 속에 내포되어 있는 정신을 바탕으로 하여 편찬되었다.

이 편찬의 목적은 다음과 같다.

법에 밝은 사람을 매년 천거하지만 각자 조문에 대한 이해가 달랐기 때문에 기준이 될만한 해석이 필요하였으며, 또한 각급 사법기관이 형법을 집행하는 데 있어서 법조문에 대한 이해가 일치하지 않아 형평을 잃는 사례가 많아서 법의 해석에 표준이 될 수 있는 일정한 권위있는 해석이 요청되었다. 당률소의는 이러한 필요에 응할 목적으로 제정된 것이다.

당률소의에는 법에 대한 주석과 더불어 그 각각에 대하여 구체적인 사안의 죄명과 형량에 대한 문의와 그에 대한 답이 부기되어 있는 데 이는 해석을 명확하게 하기 위하여 첨가한 것으로 보인다.

이와 같은 주석과 문답은 비록 법조문을 해석한 것이지만 그것은 황제의 재가를 얻은 것이기에 법률과 같은 효력을 가지고 있다 즉 구당서 형법지에서 "소송사건을 판결하는데 모두 소를 분석하고 그것을 인용하였다."고 한 바와 같이 법의 집행에 준거로서 기능하였다.[2)]

Ⅲ. 반죄형법정주의조항

1. 문제의 규정

가. 단죄무정죄(斷罪無定罪)

동양의 전통법에 있어서 유추해석을 전면적으로 인정하고 있다는 사실을 증명하기 위하여 인용되는 규정이 바로 단죄무정죄이다. 당률에는 무릇 단죄해야 하는데 그 처벌조문이 없지만, 죄를 감면해야 할 때에는 바로 무거운 것을 들어 가볍다는 것을 밝히며, 그러나 죄를 주어야 할 경우에는 곧 가벼운 경우를 들어 무거운 쪽을 밝힌다[3)]

라고 규정되어 있으며, 조선조에 우리나라에서 기본 형법으로 사용하였던 대명률직해에는 다음과 같이 규정하고 있다.

무릇 율령에 기재된 것이 사리를 다하지 못하였거나 또는 죄를 결정하는데 형률에 조문이 없는 것은 율문내에 가장 가까운 것을 의준하여 가할 것은 가하고 감할 것은 감하여 죄명을 가정하고, 형조에 보고하여 왕에게 주문한다.[4)]

이러한 단죄무정죄는 어떤 범죄를 처리하는데 있어서 율령조문에 해당하는 명문의 규정이

없을 때 형량을 결정하는 방법아 대하여 규정해 놓은 것이다. 이런 경우에는 유사한 율문과 비교하여 가할 것은 가하고 감할 것은 감하여, 적용할 죄명을 정하여서 형부에 상신하고, 형부에서는 이를 토의를 거친 뒤 결정하여 왕에게 아뢰어 처리하도록 하고 있다.

근대 이후의 형법의 가장 기본적인 원칙으로 꼽히는 죄형법정주의사상에 의하면 범죄는 반드시 행위당시 존재하고 있는 법률에 의하여 처벌하여야 한다. 즉 행위당시에 그 행위가 형법에 의하여 범죄의 구성요건에 해당하는 경우에 한하여 처벌할 수 있으며, 그러하지 않은 경우에는 범죄로 구성되지 않기 때문에 어떠한 이유로도 처벌되서는 안된다는 것이다.[5] 이러한 죄형법정주의의 의의를 근본적으로 흔들리게 하는 것이 바로 합치하는 조문이 없을 때에 율문내의 가장 유사한 규정과 비교하여 죄를 정한다는 '비부(比附)'의 허용이라는 것이다.[6]

나. 불응죄(不應罪)

죄형법정주의의 요청 중의 하나는 어떠한 행위가 국가 형벌권에 의하여 처벌되는가를 명확하게 규정하여야 한다는데 있다.[7]

이러한 요청이 충족되지 못할 때에는 수범자에게 어떠한 행위가 허용된 것이며, 어떠한 행위가 금지된 것인지를 알 수 없게 된다. 그래서 법률확정성의 원칙 또는 명확성 원칙이 되는 것이다.

그러나 당률의 규정에 의하면 이에 완전히 반하는 조문이 있다.

모든 당연히 하여서는 아니 될 것을 한 자는 태형 40대에 처하며 - 율령에 정한 조문이 없으나 사리상 당연히 해서는 안되는 것을 범하였으면 장형 80대에 처한다.[8] 즉 율령에 금지규정이 없더라도 소위 사회적으로 위해한 행위에 대하여 처벌을 가능하게 하는 규정을 두고 있는 것이다.

2. 전통법에 대한 비판

이와 같은 이유로 비록 재판은 원칙적으로 법조문의 규적용에 의하여 행하는 것을 원칙으로 삼고 있다 하더라도, 예외적으로 해당규정이 없을 경우에는 '비부' 즉 유추해석을 하여 재판하는 것을 허용하고 있다. 이것은 비록 과형의 근거를 조문의 정문 이외에서 구할 수 없게 하여 외관상 죄형법정주의를 취하고 있지만 유추해석의 한계가 모호하고 거기에 개괄적인 처벌규정인 불응죄 등을 고려할 때에, 전단주의가 완전히 배제되어 있다고 볼 수 없기 때문에 형식적인 죄형법정주의에 불과하다는 것이다.[9]

Ⅳ. 비부에 대한 검토

1. 비부의 의미

당률소의에 의하면 「단죄무정죄」에 대하여 다음과 같이 기술하고 있다. 단죄해야 하는데 그 처벌조문이 없다는 것은 일부 법조문에 범행에 대한 죄명과 형량이 없는 경우이다. 그런데 罪 주어야 할 경우라는 것은 賊盜律에 의하면 '밤에 이유 없이 타인의 집에 들어갔는데 주인이 그 때에 죽인 경우에는 논죄하지 않는다'고 하였으니, 가령 상해를 입혔다면 처벌하지 않는 것이 분명하며. 또 다른 조문에 '시마[10] 이상의 재물을 절취한 경우 차등에 따라 일반 절도의 죄에서 감면한다'고 하였으니[11] 만약 사기나 坐贓罪,[12]와 같은 것을 범하였다면 법률에는 비록 감면한다는 글은 없으나. 절도죄도 역시 감경하여 줄 수 있으므로, 나머지 범죄도 감경하는 법에 따라야 한다는 것이 분명하다. 이것이 모두 무거운 것을 들어 가벼운 것을 밝히는 경우 등이다. 賊盜律을 살펴보면 '期親의 존장을 謀殺한 자는 모두 참수형에 처한다'고 하여, 이미 살해한 것과 이미 상해한 것에 대해서는 율문이 없으나, 만약 살상한 경우에는 애초에 모의하여 이미 상해를 입힌 것은 무거운 것이므로 모두 참수형에 처한다는 것을 밝힌다 또 명례에 '대공의 존장과 소공의 존속을 구타하거나 고발한 경우에는 蔭庇[13]

로써 논할 수 없다'고 하였으니, 만약 기친의 존장을 구타하거나 고발하였다면, 대공이 가볍고 기친은 무거운 것을 들어, 역시 蔭庇를 적용할 수 없다는 것을 밝힌다. 이것이 가벼운 것을 들어 무거운 쪽을 밝히는 경우이다.[14]

이 해석을 둘로 나누어서 자세히 살펴보면 다음과 같다.

가. 무거운 것을 들어 가벼운 것을 밝히는 경우

1) 형벌을 면제하는 경우

이 경우는 범죄행위가 있는데 범죄의 성질상 죄를 면제해야 하는데도 불구하고 해당규정에 면제규정이 없을 경우에 이를 면제하기 위한 근거를 찾기 위한 규정이다.

예를 든 규정이 바로 야간무단침입자에 대한 주인의 방어행위에 대한 책임조각규정이다. 당률에는 야간에 타인의 집에 무단침입한 경우에 침입자에게는 태형 40대(명률에는 장형 80대)에 처하는데 침입당시 현장에서 집주인이 침입자를 죽인 경우는 처벌하지 않도록 규정하고 있다.[15] 그런데 이러한 상황에서 단지 집주인의 방어행위가 침입자에게 상해에 그쳤을 때에 어떻게 처리하는가가 문제였다. 어찌했든 상해의 결과를 가져왔지만 상해죄로 처벌하기에는 그보다 침해가 더 큰 살인의 경우도 처벌하지 않는 것에 비하면 형평이 맞지 않는 것이다.

그러나 상해에 대한 감면규정이 없는데 감면해줄 수도 없는 형편인 것이다. 당시의 법률의 운용은 조금은 탄력이 없어 보일 정도로 반드시 법률의 규정을 구체적으로 적용하여 처별하고 감면해야 하며, 이를 어기면 형집행을 담당하는 관리 역시도 책임을 면치 못하였던 것이다.[16] 결국 법률의 탄력적인 운영을 위하여 이러한 '비부'에 대한 규정을 둔 것으로 보인다.

당시 법은 오직 왕의 이름으로 발하는 것으로 관료들이 자의대로 법을 해석하고 적용하는 것이 사실상 금지되었기 때문에 법에 대한 다양한 해석방법이 발달하기가 어려웠을 것이다. 비록 한나라 이래 법률을 해석·적용하는데 있어 유교경전이 중추적인 역할을 한다고 할 지라도 경전에 의한 섣부른 해석은 또 다른 법의 창조로 나타나 법적 안정성에 나쁜 영향을

끼칠 수도 있는 것이다.

이러한 상황 속에서 여기서는 법해석이라기 보다는 법적용의 기술을 규정하고 있는 것이다. 그것이 바로 죄를 면제해야 할 필요가 있으나 해당규정이 구체적으로 존재하지 않을 때에 동일한 행위에 의하여 더 큰 침해를 준 규정이 면제하고 있으면 이에 의거하여 면제하도록 하고 있는 것이다.

2) 형벌을 감경하는 경우

유사한 법익을 보호하는 범죄의 경우에는 형벌을 감경하는데 있어서 유추적용을 하도록 허용하고 있다.

당률에서 인용하고 있는 범죄의 형량을 보면 먼저 일반 절도죄의 경우는 절도한 재물의 정도에 따라 태형 50대에서 유형까지 처할 수 있게 하고 있다. 즉 절도행위를 하였으나 재물을 얻지 못한 경우에는 태형 50대에 처하고 재물의 가치가 비단 1척에 해당하는 경우에는 장 60대, 비단 1필에 해당할 경우마다 1등급을 가하도록 하고, 5필에 해당하는 경우에는 도형 1년을 가하고 매 5필마다 1등급을 가산하고, 50필에 해당하는 경우에는 사면에서 제외되는 유형(가역류)에 처하도록 하고 있다.[17)]

사기죄의 경우는 '계략을 써서 관청이나 개인을 사기하여 재물을 취한자는 장물을 계산하여 절도에 준하여 논죄한다'고 되어 있어서 절도죄의 규정을 준용하도록 하고 있다.[18)]

좌장죄의 경우는 받은 재물의 정도에 따라 태형 20대에서 도형 3년까지 처하도록 하고 있다. 즉 약간의 이득을 얻은 자는 태형 20대에 해당하고, 1필마다 1등급을 가산하고, 10필의 경우 도형 1년에 처하며, 매 10필마다 1등급을 가하고, 최고 도형 3년으로 처벌할 수 있다.

이러한 범죄는 절도죄를 중심으로 절도죄를 준용하는 재산범죄와 절도죄 보다는 경하게 처벌하는 재산범죄에 대한 법적용의 문제점을 해결하고 있다. 우선 절도죄를 준용하도록 규정된 범죄의 경우 절도의 본래 조항인 형량규정만을 준용하는 것이 아니라, 형량규정에 이어 다른 조항으로 되어 있는 감경조항도 규정하게 하는 것이다. 당연한 규정을 기술하고 있다고 볼 수 있지만 사기죄를 규정하면서 구성요건만을 기술하고 형량을 절도죄에 준용한다는 규정은 단지 범죄행위에 따른 기계적인 형량결정만을 규정한 것이라고 보아서 단지 처벌하기 위한 형량만을 준용할 우려가 있는 것이다. 그러기에 간과할 수 있는 감형규정에 대한 준용을 기재하고 있다. 사실 절도죄가 권19(283조)에 규정된 반면 친족간의 절도는 권을 달리하여 권20(287조)에 규정되어 있으므로 적용하는 것을 간과할 우려가 있었던 것이다.

그리고 절도죄보다 법정형이 경한 재산범죄인 경우는 비록 법률에 구체적인 감경조항이 없더라도 절도죄의 감경조항을 유추적용하여 형을 감경시키도록 하고 있다. 그것이 바로 좌장죄중 친족간의 범죄에 대하여 감형규정이 없는데도 불구하고 보다 중한 범죄인 절도죄의 규정을 유추적용하여 감형하도록 하고 있는 것이다.

3) 가벼운 것을 들어 무거운 쪽을 밝히는 경우

이 규정은 죄를 주어야 할 경우에 보다 가벼운 구성요건을 들어서 처벌하고자 하는 경우로, 적도율에 기친의 존장을 모살한 경우에 참수형이라는 극형에 처하도록 하는 규정을[19)] 적

용하는 예를 들고 있다.

우선 당률에서 말하는 모살에 대한 이해가 선행되어야 할 것으로 보인다. 모살이라 함은 현 형법을 공부하는 사람에게는 독일의 형법에서 살인죄의 한 유형인 계획적인 살인행위를 칭하는 것으로 떠올릴 것이나 당률에서의 의미와는 거리가 멀다. 당률에서 모살의 의미는 살인에 대한 예비음모에 해당하는 것이라 볼 수 있다.

가족내의 질서와 평화를 주된 보호법익으로 하는 유교형벌에서 직계존속에 대한 살해행위는 결코 간과할 수 없는 중대한 범죄이다. 그러한 이유로 직계존속에 대한 살해를 모의하는 것 자체를 중대한 범죄로 규정하여 참형에 처하도록 하고 있는 것이다.

그러나 당률에는 직계존속에 대해 살해의 모의에서 실행단계로 넘어가 상해 내지는 살해에 이르게 되는 경우에는 규정을 두고 있지 않다. 결국 그러한 행위는 이 조항에 대한 유권해석을 통하여 해결하고 있다. 즉 직계존속에 대한 살인모의에 대하여 극형인 참수형에 처하고 있기 때문에 그보다도 더 중한 범죄인 살인행위에 의하여 살인이나 상해에 이르게 되는 때에는 253조의 규정에 의하여 참수형에 취하도록 하는 것이다.

현직관리이거나 전직관료는 그 직책에 따라 형을 감경해주는 규정(蔭庇)을 두고 있으나 대공친이나 소공친에 해당하는 친족어른을 구타하거나 고발하는 경우에는 예외조항을 두고 있다.[20] 그러나 직계존속에 대한 구타나 고발에 대하여 처벌하는 규정을 따로 두고 있지 못하기 때문에 이러한 범죄행위가 발생한 경우에 범죄정도가 경한 규정인 15조를 적용하도록 하고 있다.

나. 전통법의 형식에서 비부의 성격

1) 비부의 검토

비부에 대하여 형을 면제하는 경우나 형을 주어야 하는 경우를 살펴보면 전혀 다른 구성요건을 들고 있는 것이 아니다.

먼저 형을 면제하는 경우를 살펴보자. 형을 면제하는 범죄구성요건에서 단지 해당 구성요건에 속하는 요소중 행위결과가 경하게 나타난 경우에 법률을 적용하는 문제인 것이다. 이러한 경우는 오늘날도 형을 면제하는 데는 이론이 없을 것이다.

또한 형을 가중하는 경우의 예를 살펴보자. 범죄행위는 고의범의 경우 특히 계획에 의한 범죄인 경우는 예비음모행위와 실행행위로 구분해 볼 수 있다. 이 경우 예비음모가 처벌되는 경우에 있어서 범죄의 실행행위가 처벌되는 것은 현대 형벌에 있어서도 너무도 당연한 것이다. 위에서 예를 든 살인행위와 상해행위는 일반인과의 관계에 있어서도 당연히 범죄가 되는 범죄행위인 것이다. 즉 비부라는 규정을 통하여 새로운 범죄유형을 만들어낸 것은 아니라는 것이다.

사례의 경우 일반인에 대한 상해죄나 살인죄를 준용할 수도 있을 것이고 직계존속에 대한 살인계획을 처벌하는 범죄를 준용할 수도 있다. 법률의 충돌의 문제가 생겨날 수 있는 것이다.[21] 그러나 양 범죄의 보호법익을 살펴보면 후자의 법을 적용하는 데에는 아무런 어려움이 없을 것으로 보인다.

그리고 또한 먼 친족어른을 구타한 경우에 적용규정을 가지고 가까운 친족 어른을 구타한 경우에도 적용하고자 하는 것이다. 범죄의 구성요건 중에서 범죄의 객체에 대하여 가벌성이 가중되는 경우에 적용하는 규정인 것이다. 이 경우 더욱 가중하여 처벌하는 것이 아니라 가벌성이 적은 규정을 적용하고 있기 때문에 역시 위에서와 마찬가지로 문제삼을 이유는 없을 것으로 보인다.

이러한 법률의 해석과 적용이 유추해석이라고 평가하는 것은 문제가 많으리라고 본다 오히려 물론해석이나 확대해석의 일종으로 보는 것이 무난할 것으로 보인다

유추해석의 외관을 가지는 감경하는 경우를 살펴보자. 이 경우 유추해석의 일종으로 보여지는 것은 사실이다. 그러나 과연 죄형법정주의에 반하는 유추해석인가에 대한 의문이 충분히 생기리라 생각이 든다. 유추해석을 현대의 형법에서 금지하는 이유는 새로운 범죄의 구성요건을 만들 위험성이 크기 때문에 금지하는 것이다. 바로 범죄인에게 불리하게 적용되는 유추해석을 금지하는 것이다. 그러나 반대로 유추해석도 범죄인에게 유리하게 적용되는 경우도 금지하는가에 대해서는 반론이 있으며, 오히려 범죄자들에게 유리한 유추해석을 허용한다는 것이 일반적인 견해이다.[22] 결국 이 경우도 오직 형을 감경하는데 있어 유추해석을 적용하고 있기 때문에 논리적으로 죄형법정주의에 반한다는 것은 그 실질을 제대로 살펴보지 못한 평가라고 밖에 볼 수 없다.

2) 전통법에 있어서 비부의 필요성

전통법에 있어서 그 규정방식을 이해하게 된다면 비부가 왜 필요한가를 알 수 있을 것이다

현행 형법 : 329조(절도) 타인의 재물을 절취한 자는 6년이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

당률 : 282조(절도) 절도행위를 하였으나 재물을 얻지 못한 경우에는 태형 50대에 처하고 재물의 가치가 비단 1척에 해당하는 경우에 장 60대, 비단 1필에 해당할 경우마다 1등급을 가하도록 하고, 5필에 해당하는 경우 도형1년을 가하곤 매 5필마다 1등급을 가산하고 50필에 해당하는 경우는 사면에서 제외되는 유형(가역류)에 처한다.

위에서 예를 든 절도죄를 가지고 비교를 해보면 먼저 절도에 대한 범죄 구성요건에 대하여는 큰 차이를 찾아볼 수 없지만 법정형의 규정방법에는 큰 차이가 있음을 알 수 있다. 즉 현행형법에는 법정형에 대하여 구체적인 범위설정만 규정하고 있는데 비하여 당률의 경우는 범죄의 결과에 따른 선고형을 구체적으로 규정하고 있다는 것이다.

그리고 현행형법에는 그 이외의 절도조항에 대하여 야간주거침입절도와 특수절도 등을 규정하고 있으며 그 외 상습범에 대한 특별조항을 두고 있다. 그러나 당률에는 절도에 대하여 절도의 객체에 따라(우마, 초목, 문서, 병기 등등) 다르게 규정되어 있고, 심지어는 현행법상 '타인'에 대하여도 필요한 경우 구체적인 규정을 두고 있다.[23]

당시는 지금과 달리 형사소송에 있어서 국가 일방에 의한 수사와 판결 집행이 이루어지던 시기였다. 즉 규문주의에 의한 형사절차가 이루어지던 시대였던 것이다. 이러한 시대에 지금 우리와 같은 형벌규정이 존재한다면 과연 형벌의 공정성을 논할 수 있을 지 의문이다. 법정

형이 비록 정해져 있지만 그 범위가 넓다는 것은 누구라도 인지하는 것이다. 그래서 형의 집행에 대한 남용을 막기 위하여 형량에 대한 표준을 만들어야 한다는 논의가 있어 온 것도 사실이다. 그러나 최소한 권력분립을 통하여 행정권으로부터 사법권이 독립되었다는 관념적인 믿음 하에서 우리는 그래도 법관은 법과 양심에 따라 판결할 것이라는 믿음을 가지고 판결에 대하여 인정하고 있는 것이다. 그러나 규문주의적인 형사소송이 행하여지는 왕조국가에 있어서 재판이 재판관의 자의를 배제하고 국민에게 신뢰를 얻기 위해서는 범죄유형과 거기에 따르는 형벌에 대하여 가능한 한 구체적으로 규정할 필요가 있는 것이다. 또한 현실적으로도 동양의 법은 관료제를 구현하면서 각 부서에서 일어나는 많은 일을 처리하는 과정에서 축적된 것이기도 하기 때문에 모든 규정은 子체적일 수 밖에 없었다.

결국 이러한 이유에서 범죄유형은 한 두 조문의 법률조항에 의한 규정이 불가능하였고 결국 방대한 법전을 가질 수 밖에 없었다. 그러나 사실상 모든 객체와 주체에 대한 규정은 불가능하기 때문에 이러한 객체와 주체에 관하여 흠결이 있을 수 밖에 없었다.

이러한 흠결을 보충하고자 하는 것이 바로 비부의 규정이라고 할 수 있다. 비부를 통하여 구체적인 구성요건을 가진 형벌규정을 기준으로 삼아서 구성요건 중 피의자나 피해자에 대하여 구체적으로 언급이 되지 않은 범죄행위가 발생하였을 때 흠결을 보충하도록 하고 있다. 그리고 구체적인 범죄유형에 감면규정이 있는 경우 그와 유사한 법익을 보호하는 범죄행위도 또한 감면토록 하고 있는 것이다. 물론 앞의 예에서 보았듯이 비부에 의한 적용으로 기존에 존재하지 않는 범죄행위를 새로이 구성하지는 않았으며, 구체적인 법 규정이 없으면 보다 위법성이 적은 법규정을 적용하여 처벌하였던 것이다.

V. 불응죄의 성격과 형량

법을 지켜야하는 수범자의 입장에서 보면 무엇이 범죄행위가 되는지 명확한 규정이 있어야 한다. 어떠한 행위가 범죄가 되는지 정확한 규정 없이 즉 구성요건에 대한 확정성 없이 사회적으로 위해한 행위를 처벌한다는 것은 수범자를 법적 불안정성에 빠뜨리는 역할을 하는 것이다. 그러나 당률에는 앞에서 보았듯이 범죄의 구성요건에 대하여 구체적인 규정없이 '당연히 해서는 안될 행위를 한 자'에 대하여 형별을 부과하고 있다. 이러한 규정을 현대의 형법적인 관점에서 바라본다면 죄형법정주의원칙에 대하여 정면적으로 어긋난 규정이라고 할 수 있다.

그러나 이 규정을 그 당시 유교적 문화 속에서 탄생된 것이라는 사실 하에 살펴볼 필요가 있다.

유교에서는 인간의 성품에 대한 판단을 선과 악을 불문하고 교육을 통하여 사회에 적합한 인물로 키울 수 있다는 믿음을 가지고 있었기 때문에 법에 의한 통제보다는 예에 의한 교육을 우위에 두고 있다.[24] 그러므로 범죄자에 대하여도 형벌에 의한 응보보다는 교화를 중시하고 있다.

이러한 유교의 형벌관은 다음과 같은 孔子의 말에 잘 나타나고 있다. 백성을 법으로써 인

도하고 형벌으로서 다스리면, 그들은 법망을 들고 형벌을 피함을 수치로 여기지 아니한다. 그러나 덕으로써 인도하고 예로써 다스리면 수치심을 갖게 되고 질서도 바로잡히게 된다.[25)]

그러나 유교의 형벌관이 도덕적 교화를 중시한다고 해서 형벌이 필요 없다는 형벌배제주의는 아니다. 단지 중형에 의한 공포정치를 비난하며 범죄와 형별이 적정하게 조화되어야 함을 주장하고 있다.[26)]

이것은 유교국가에서의 법의 성질을 잘 나타내고 있는 규정이라고 할 수 있다. 유교국가에서 기본적인 사회규범은 바로 예이며, 법은 사회의 안전과 평화를 위한 최소한의 예인 것이다. 즉 법은 사회유지를 위하여 사회의 구성원들이 지켜야할 최소한의 예이다. 그러므로 법을 해석적용하는 데 있어서 예는 기준이 된다. 결국 예는 사회규범의 최대한이라고 할 수 있다.

그러므로 유교국가에서 백성들에게 단지 형률에 의하여 금지되는 행위만 처벌하는데 그치지 않고, 비록 형률에 규정은 되지 않았더라도 예에 어긋나는, 즉 사회의 풍속을 해치는 행위를 다스릴 필요가 있었던 것이다. 그러나 당시 당률의 규정형식으로 보면 이러한 행위에 대하여 일일이 구성요건을 만들고 거기에 따르는 형벌을 규정하여야 하겠지만 사실 그러한 작업은 거의 불가능할 뿐 아니라, 만약 시도한다면 형법전의 분량이 예측하기 어려울 정도로 막대할 것이라는 것은 불을 보듯 뻔한 일인 것이다.

이러한 이유로 당률에는 포괄적인 불응죄를 두었던 것이다. 즉 비록 율령에 구체적인 금지규정이 없더라도 소위 사회적으로 위해한 행위에 대하여 처벌을 가능하게 하는 규정을 두었던 것이다. 이러한 행위에 대한 형량의 정도도 법령으로 제한하고 있다. 위반행위에 대하여 형률에 일정한 죄명이 없는 경우에 태형 50대에 처하는 것에[27)] 비하면 비교적 가벼운 형벌로 처벌한다고 할 수 있을 것이다.

또한 이러한 장형과 테형은 일정한 벌금(속죄금)을 납부함으로서 사건을 종결지울 수도 있는 당시에는 다른 형벌에 비교하여 비교적 가벼운 형벌인 것이다.[28)]

이러한 행위유형들은 오늘날 범칙금으로 가면을 쓴 기초질서위반행위에 대하여 국가 형벌권이 투입되는 모습을 통해서 현재의 형별에 남아있다고도 볼 수 있을 것이다. 특히 경범죄위반행위는 거의 도덕적으로 문제있는 행위유형으로 그 구체적인 행위에 대해서는 해석의 문제로 남겨두고 있는 형편이다.[29)] 결국 법적 안정성을 해치는 법규정으로서의 불응죄와 비교한다면 시간적인 간격을 고려할 때에 그리 차이가 있다고 평가하기 어려울 것이다.

당률은 18,9 세기의 법률이 아니다. 그보다 11세기 전의 법규정인 것이다. 그리고 당률의 법규정상 특징과 유교문화를 그 나라의 정치·경제·문화 전반에 걸친 기본질서로 여기고 있는 당시의 여건을 살펴본다면 오늘날의 죄형법정주의원칙을 기준으로 당시 법규정의 타당성을 평가한다는 것은 무리가 아닌가 한다.

Ⅵ. 그 외 죄형법정주의 관련 형벌규정

서구에 있어서도 죄형법정주의와 관련된 법규정의 연원은 18세기 후반의 미국의 버지니아

권리선언 8조, '누구든지 국가의 법률 또는 재판에 의하지 아니하고는 자유를 박탈당하지 아니한다.' 미국헌법 제1조 제9절 3항, '어떠한 형사소급입법도 허용되지 않는다.' 그리고 프랑스 인권선언 제8조, '누구든지 범죄 이전에 제정·공포되고 적법하게 적용된 법률에 의하지 않고는 처벌되지 않는다.'라는 규정을 들고 있다. 연원을 그 이전으로 소급한다고 하더라도 왕에게서 귀족과 성직자 등 자유인들이 법과 동일신분에 의한 재판권을 보장받았던 영국의 대헌장(1215년) 이상을 올라 갈 수 없다.

그러나 7세기에 편찬된 당률에서 죄형법정주의의 내용을 담고 있는 규정들을 살펴볼 수 있다. 당률 485조에 의하면

죄인을 판결함에 있어서는 마땅히 율령격식의 바른 조문을 구체적으로 인용하여야 한다. 이를 위반한 자는 태형 30대에 처한다 관련조문이 여러 개이면 해당 범죄에 적합한 조문만을 인용하는 것을 허용한다.[30)]

이 조문은 판결을 하는데 있어서 해당 범죄에 대한 법조문의 기재 없이 판결하는 경우에 그 책임을 물어서 해당 관리에게 태형을 집행하도록 한다는 것이다. 이는 재판을 현행 법률에 의하여 집행을 하도록 관료들에게 강제하는 규정으로 일종의 죄형법정주의적 규정이라고 볼 수 있을 것이다.

그리고 동법 469조에 의하면 감금하지 아니할 자를 감금하며, 형구를 사용하지 아니할 자에게 형구를 사용한 자는 각각 장 60의 형에 처한다.

고 규정되어 있다. 이 규정은 범죄의 정도가 미약하여 감금할 정도가 아닌데도 불구하고 감금하거나 죄질에 따라 형구가 정해 있는데 불구하고 해당 범죄의 형구보다 무거운 형구를 사용한 경우에 옥을 관리하는 관원과 옥졸에게 장 60대에 해당하는 장형을 집행하도록 하고 있다.

명률에 와서는 더 일층 발전하여 다음과 같은 조항을 두고 있다. 무릇 관리가 사사로이 원한을 품고 고의로 무죄한 사람을 감금한 자는 장 80의 형에 처하며 그로 인해 무죄인 사람을 치사하게 한 자는 교형에 처한다. 옥을 맡은 관원과 옥졸이 이를 알면서 적발하지 아니한 자는 같은 죄로 처벌하되 치사하는 경우에는 한 등급을 감한다. 다만 그 사정을 알지 못하는 경우에는 처벌하지 아니한다.[31)]

이 조문은 죄가 없는 사람을 관원이 사사로이 감금하는 경우(故禁)와, 심문권을 가진 관리가 고의로 죄가 없는 자를 심문하는 경우(故勘)에 해당 관료와 그 사정을 아는 관원을 처벌하도록 하는 규정이다. 당나라의 형률에 없던 조항이 명률에 등장한 것으로 보아서 관료들의 형률을 남용하는 일이 많았음을 간접적으로 보여주는 조항이라 할 수 있다. 그러한 형벌권의 남용이 있는 경우에 해당관료에게 최고 사형인 교수형으로 처벌할 수 있게 중형을 규정함으로써 위법적인 권력남용을 금지하고 있으며, 또한 옥의 업무를 맡는 동료관리들에게도 연대책임을 지움으로서 위법행위를 서로 견제하게 하고 있다.

이러한 규정들은 직접 형법을 적용하고 시행하는 실무관료들을 법률에 의하여 통제함으로써 국가형벌권이 법률에 기하여 발동되도록 제도화하고 있는 것이다.

Ⅶ. 결 론

중국은 고대로부터 법전의 공포에 대한 기록이 보이고 춘추전국시대에 이르러서 이미 법률에 규정되어 있지 않은 행위를 범죄로서 처벌할 수 없다는 사상이 중시되었기 때문에 서양의 계몽주의시대와 같은 관심을 끌지 못했다고 한다.[32)]

그러나 중국에 있어서 성문법에 대한 공은 아무래도 춘추전국시대에 법가에게 돌려야 할 것이다. 법가의 사상을 정리했다는 한비자에 의하면 그림과 책으로 엮어서 관부에 설치하여 백성에게 널리 알린 것만을 법으로 인정하게 해야 한다고 하였다.[33)]

이러한 법의 공포의 의미는 수범자인 백성에게는 우선 신뢰를 가지고 무엇이 합법이고 불법인지를 알아서 피할 바와 해야 할 바를 알게 되는 것이며, 통치자에게는 백성을 속이고 은폐함을 막는 역할을 한다고 하였다.[34)]

이러한 형법의 성문의 요구는 진나라의 통일을 기초지운 상앙에 와서 극에 달하게 된다.

법령은 명백하고 알기가 쉬워야 하며 법률가를 배치하여 (백성들이) 스승으로 삼아 배워서 바르게 알게 한다. 그래서 모든 사람이 취할 바와 피할 바를 알게 하여 화를 피하고 복을 취하니 모든 것이 스스로 다스려진다.[35)]

관리와 백성이 법령을 명백히 알기 때문에 관리가 법이 아닌 것으로 백성을 대우하지 않게 하고 백성이 감히 법관 앞에서 법을 범하지 못하게 한다.[36)]

상앙은 또한 법규의 명확성과 성문법규의 자의적을 해석을 엄금하고 있어서 그의 법사상 속에는 죄형법정주의적인 사상을 찾아볼 수 있다고 한다.[37)]

이러한 법사상은 素의 형률을 만드는데 커다란 영향을 끼쳤으며 한나라가 건국되고서도 진나라의 법인 법가의 형률을 거의 답습하게 되었다. 한나라는 유교를 국교로 정함에 따라 형률에 유가적인 신분질서 및 가족중심의 법규를 첨부하여 유교형률이 만들어지게 되었다.

법가의 죄형법정주의적인 정신은 진의 역사서인 晉書의 刑法志에도 나타나서 다음과 같이 기록하고 있다. 律은 죄를 다스리는 것이니 모두가 마땅히 율령의 正文에 의해야 한다. 만약 해당하는 정문이 없으면 (총칙인) 名例의 附에 의하여 벌한다. 죄가 정문과 명례에 이르지 않으면 논할 수 없다.

여기서 비부가 처음 등장하는 것으로 보인다. 사실 법가의 형률은 신분이나 양 당사자(피해자와 가해자)간의 관계에 상관없이 일률적으로 효과를 미친다. 그러나 유교적 관점 하에서는 신분이라든가 양당사자간의 관계는 형량을 결정하는 중요 부분이 되기 때문에 신분이나 당사자의 관계에 따라 구체적으로 규정되어야 했다. 그러므로 법가의 법률에 비하여 복잡해질 수 밖에 없었다. 이러한 복잡성을 줄이는 역할을 했던 것이 비부라고 보는데는 별다른 의의가 없을 것으로 본다. 그러나 법의 해석을 법의 집행자에게 각각 맡겨버린다면 왕조를 정점으로 하는 관료국가에서 수미 일관된 정책을 펴기가 어려웠을 것이다. 그러므로 법의 해석에 통제를 가한 것이 바로 당률소의라고 할 수 있을 것이다.

앞에서 보았듯이 일반적으로 유추해석으로 평가를 받던 비부가 오히려 당률의 주석인 당률소의에 의하면 물론해석이나 피의자에게 유리한 유추해석이라고 볼 수 있다. 그러므로 비부를 가지고 당률을 평가하는데 있어서 유추해석을 인정하므로 죄형법정주의 사상을 찾아볼

수 없다는 비판은 이제는 그만두어야 할 것이다. 오히려 비부는 당시의 모든 범죄를 반드시 율령격식의 조항을 인용하여 처벌하려는, 국가형벌권을 법률에 구속시키려는 노력에서 필연적으로 생겨난 산물이라 평가하는 것이 보다 정확한 평가라는 생각이 든다.

그리고 불응죄 역시도 당시의 사회질서의 유교적 풍속을 지켜나가는데 있어서 필요악이라 볼 수 있다고 할 수 있다. 비록 그 구성요건이 형법전에 기술되지 않았다는 점은 인정되지만 사실 유교국가를 지탱하던 규범은 형률이 아니라 여러 유교경전이었던 것이다. 유교국가에서 형률은 타 제도에 있어서 주도적인 위치를 차지하는 것이 아니라 보충적인 역할만을 부여받은 것이다. 결국 유교적인 도덕국가를 만드는데 있어서 형률은 도구인 것이며 도덕국가가 이룩되면 결국에는 없어져야할 수단인 것이다.[38)]

비록 불응죄의 구성요건을 형률에서 찾을 수 없다고 하여 존재하지 아니하는 것이 아니라 그것은 바로 유교경전에 존재하는 것이라 할 수 있을 것이다. 앞에서도 밝혔듯이 유교경전은 단지 학문의 교재로서 생활의 규범으로서 작용한 것이 아니라 법의 한 존재형식으로 존재하였던 것이다. 이것은 중세에 성경이 자연법의 근거로서 작용하던 것과 큰 차이는 없을 것이다. 그러나 중세에 성경적인 가치관과 다르다는 이유로 수많은 사람들이 마녀라는 이름으로 화형당한 것에 비하면 당률의 규정형량은 무거운 것으로 보기 어려울 것이다. 당률의 위령에 대한 규정도 마찬가지 이유에서 문제를 제기할 만큼 심각한 정도의 중형은 아닌 것이다.

이러한 전통법에 대한 재검토는 사실 전통법률에 죄형법정주의 사상이 존재한다는 사실을 증명하고자 하기보다는 만죄형법정주의 규정이라고 평가를 받는 조항에 대한 바른 이해를 통하여 전통법규를 보다 잘 이해하기 위한 것이다. 이 글을 통해서 표면적인 몇몇 단어 때문에 생긴 전통법에 대한 오해를 바로잡는데 도움이 되었으면 한다.

1) 서일교, 조선왕조 형사제도연구, 한국법령편찬위원회, 1968, 81면 이하.
2) 『당률소의』 해제, 당률소의, 27면.
3) 『당률소의』 권제6, 명례 50조(단죄무정조).
4) 『대명률직해』, 권제1 명례율 단죄무정조.
5) 김일수, 형법총론, 박영사(1996), 76면 이하; 배종대, 형법총론, 홍문사(1999), 77면 이하.
6) 서일교, 조선왕조 형사제도연구, 한국법령편찬위원회, 1968, 81면.
7) 김일수, 형법총론, 박영사(1996), 72면 이하: 배종대, 형법총론, 홍문사(1999), 65면 이하.
8) 『당률소의』 권제27, 450조 불응득위(不應得爲). 명률에도 이와 동일한 조문이 있다. 『대명률직해』권제28 형률 잡범 불응위조.
9) 서일교, 조선왕조 형사제도연구, 한국법령편찬위원회, 1968, 83면.
10) 상이 났을 때 상복을 3개월간 입어야 하는 친족을 말한다. 상례에는 촌수의 가깝고 (부모) 먼 것(8촌)에 따라 상복입는 기간을 다섯으로 구분한다. 이중 시마는 가장 기간이 짧은 친족으로 종증조, 삼종형제, 중증손, 중현손 등 8촌까지를 일컫는다.
11) 이는 친족상도례에 대한 규정으로 당률에는 일반적인 절도에 대하여 절도한 재물의 정도에 따라 태형 50대에서 유형에 처하고 있다. 그리고 별도의 조문을 두어서 친족간의 절도에 대하여 기친(조부모, 부모, 백숙부모. 형제자매 등)의 물건을 훔친 경우는 3등급의 감하게 하고, 대공친(남편의 조부모, 남편의 백숙부모, 종부, 종형, 종매, 등)의 물건을 훔친 경우는 2등급을 감하고 시마와 소공(증조부모·고모, 종조, 백숙부모 고모, 외조부모 외숙 이모 등)의 경우는 1등급을 감하게 하고 있다(『당률소의』권제20 적도 289조 인도과실살상인). 이 규정을 대명률에 와서는, 더욱 구체화되어 기친의 경우는 5등급을 감하고, 대공친이면 4등급을, 소공친이면 3등급을, 시마친이면 2등급을, 그 외의 친족간에는 1등급을 감하도록 규정하고 있다(『대명률직해』 권제18 형률 친족상도).
12) 장물죄로 유사하게 취급하는 범죄로 (가해자로부터) 절도의 피해자가 잃은 재물 이상의 것을 받거나, 상해의 피해자가 치료의 목적 이외의 재물을 받는 경우, 그리고 관리가 함부로 세금을 징수하거나 정해진 액수 이상

의 세금을 징수하였을 때에 받은 재물이나 차액에 따라 태형 20대에서 도형 3년에 처하도록 하고 있다(『당률소의』 권제26 잡률 389조 좌장치죄(坐贓致罪)).

13) 신분과 관련된 양형의 하나로 관직에 있거나 있었던 자가 범죄를 저지른 경우 일반 범죄인의 형량을 기준으로 관직에 따라 형을 감경해주는 제도.

14) 『당률소의』 권제6 명례 50조 단죄무정죄.

15) 『당률소의』 권제18 적도 269조 야무고입인가. 『대명률직해』권 제18 형률 야무고입인가. 그러나 당률에 의하면 침입자가 집을 잘못 알아 왔거나, 술에 취했거나 어린이, 노인, 환자, 여자인 경우는 이에 대한 집주인이 인식이 있는 한, 이들은 범죄불능자로 취급되어 이를 살상한 경우는 싸움에 의해서 살상한 죄에서 2등급 감하여 처벌하도록 하고 있다. 그리고 명률의 경우는 침입자를 포박한 후 상해를 입히는 경우에 위와 같이 처벌하고 상해치사에 이른 경우는 장형 100대에 도형 3년을 병과하고 있다.

16) 법률(律令格式)을 인용하지 않고 범죄인을 판결하는 경우에 장형30대에 처하도록 하고 있다(『당률소의』 권제30 단옥 484조 단죄불구인율영격식. 『대명률직해』 권제28 형률 단옥 단죄인율영조).

17) 『당률소의』 권제19 적도 283조 절도.

18) 『당률소의』 권제25 사기 373조 사기관사취물.

19)『당률소의』 권제17 적도 253조 모살기친존장.

20) 『당률소의』 권제2 명례 15조 이리거관.

21) 사실 당률소의를 만든 이유가 법을 집행하는데 있어서 관료들의 정확한 법이해가 없었기 때문에 법은 있으나 구체적인 행위유형에 어느 정도 정형화된 법을 제대로 적용하지 못하여 잘못 판결되는 일이 많았기 때문이라고 한다. 『당률소의』 서문.

22) 김일수, 앞의 책, 79-80면: 배종대, 앞의 책 77면, 이재상, 형법총론 24면.

23) 당률에 있어서 절도에 대한 규정은 일반 절도에 대한 규정 이외에도 행위유형에 따라 별도 규정을 두고 있으며 또한 절도물품이 군사와 관계있는 물건인 경우에는 따로 조항을 두고 있고, 또한 누구의 재물인가에 따라서 몇 개의 별도 규정을 두고 있다. 『당률소의』 권제19 적도 283조 절도 이하.

24) 단적으로 유교의 국가 조직의 모범이 되는 6조는 이·호·예·병·형·공조의 순서를 두고 있어서 국가에서는 법의 집행보다는 교육을 우선함을 간접적으로 보여주고 있는 것이라 하겠다. 사실 성악설을 주장한다고 평가되는 순자도 그의 저서 첫편에 「권학편」을 두어서 교육의 중요성을 역설하고 있으며, 인간의 성품이 착하다는 데서 출발하는 맹자에게 있어서 조차 그러한 성품은 자그마한 실마리로 교육을 통하여 확충시켜야 한다고 하여 교육의 중요성을 역설하고 있다. 성선설과 성악설에 대해서는 본인의 석사학위논문인 『순자의 법사상(1991)』 참조.

25) 『논어』, 위정.

26) 『논어』, 자로.

27) 『당률소의』 권제27 잡률 449조 위령.

28) 우리나라 조선시대의 보은지방의 향약을 보면 향약 위반자에 대하여 40대의 태형에 처하는 것을 보아, 지방관료가 주민을 통제하기 위하여 중앙에서 위임받은 형벌의 한도가 태형 40대에 해당한 것으로 파악할 수 있을 것으로 보인다. 자세한 것은 박경하. '충청지방의 향약과 동계' 「한국의 향약 동계」 『향촌사회연구회』 1997.2. 참조.

29) 경범죄 처벌법에 규정된 행위유형들은 다의적인 해석이 가능한 규정들이며 도덕률을 강제하기 위한 규정이라 판단할 수 있을 것이다. 1983년 전문개정된 이후에 1988년과 1994년 두 차례에 걸쳐 애매모호한 조항 들을 손질하였지만 여전히 모호성으로 말미암아 문제있는 규정이 있다. 대표적인 예로 과다노출(경범죄처벌법 제1조 41호)에 대한 경범죄 규정을 들 수 있다. 몇 년전 이 규정에 의하여 가려야 할 곳을 가리지 않았다는 이유로 배꼽티에 대한 재판회부는 3공화국때 미니스커트 단속의 망령이 다시 나타난 듯 하였다.

30) 『당률소의』 권제30 단옥 484조 단죄불구인율령격식. 대명률에도 이와 같은 조항이 있다(『대명률직해』 권제28 형률 단옥 단죄인율령조).

31) 「대명률직해」 권제28 형률 단옥 고금고감평인조.

32) 채돈명,『당률여근세형사입법지비교연구』, 대만상문인서관(중화민국57년), 14면: 재동웅, 종법실증주의지관점론중국법가사상(5), 『준화문화부흥월간』, 제4권 제7기, 24면.

33) 『한비자』 난삼.

34) 채동웅, 앞의 논문, 24면.

35) 『상군서』 정분편.

36) 앞의 글.

37) 이재룡, 『상앙의 법사상』, 고려대(1985). 119면.

38) 진희권, 조선조 초기의 유교적 국가이념과 국가질서, 고려대 학사학위논문(1995), 138면 이하 참조.