

유전자감정결과의 증거사용에 관하여

원 혜 옥*

I. 들어가는 말

과학이 발전하고 인간의 생활양식이 다양해지면서 범죄수법도 날로 다양해지는 추세에 있다. 특히 살인·강도·강간 등의 범죄에 있어서는 첨단기술이나 전문지식을 이용하여 행해지는 사례가 점차 증가하고 있다. 이에 대해 최근 세계 각국에서는 지문감정, 유전자감정 등 각종의 감정기법을 범죄수사에 활용함으로써 과학수사¹⁾를 발전시키고 있다. 이러한 최신의 과학기술을 수사에 응용한 과학수사는 적극적으로 수사단서를 제공하고 신속, 정확한 범인의 식별과 체포를 가능하게 할뿐만 아니라, 과학수사로 수집한 증거는 법정에서 합리적 의심 없는 입증능을 가능케 하여 유죄입증에 중요한 증거로 사용되고 있다. 특히 DNA의 유전자배열방식을 조사하여 용의자와 범인의 동일성을 식별하는 기술은 세계 각국에서 범죄수사와 재판에 유효하게 활용되고 있다. 한국에서도 1991년 이후 유전자감정이 수사실무에 활용되고 있다.²⁾

* 인하대학교 법학과 교수, 법학박사

- 1) 과학수사란 과학기술의 발달에 의하여 초래된 새로운 지식·방법·기술 등을 이용하여 범인을 식별·발견하고 증거를 수집·분석하기 위한 수사방법이다.
- 2) 대검찰청, 과학수사편람, 1993, 21면: 우리나라에서는 종래부터 범죄현장에서 수집한 증거를 형정학적 관점에서 감정하여 그 결과를 용의자 추적 및 범인검거에 이용해 왔다. 그런데 형정학적 지식을 이용하는 방법은 형정을 감정하는 과정에 여러 가지문제점이 내포되어 있어 범죄수사에 활용하는 데 한계가 있다는 지적이 있어 왔다. 이러한 상황을 극복하기 위한 노력으로 최근으로 유전자 다형성(DNA Polymorphism)의 비교를 통하여 유전자의 개인차를 밝히는 방법을 범죄자의 식별에 응용하고 있어 강력범죄수

이러한 과학적 증거는 날로 다양화·지능화 되어 가는 범죄에 대한 효율적인 대처수단이 될 수 있으며, 그 자체가 가지는 신뢰성과 타당성으로 인하여 종래의 자백위주의 수사관행을 탈피할 수 있으며, 효율적인 실체진실 발견에 기여할 수 있다는 장점을 가지고 있다. 그러나 다른 한편으로는 증거의 채취과정이나 검사과정에서 기본적 인권에 대한 침해의 위험이 내재해 있으며, 과학적 증거가 재판의 결과에 미치는 강한 영향력으로 인하여 오판의 위험이 내재해 있다. 이러한 과학적 증거의 본질적 위험을 제거하면서 수사 및 재판과정에 유효하게 활용하기 위한 방법으로서 가장 합리적인 방법은, 과학적 증거의 증거능력 인정을 위해 일정한 조건을 부과하여 제한하는 것이다. 그러나 한국의 법제는 과학적 증거의 증거능력과 증거가치에 관한 명시적 규정을 두고 있지 않다. 이는 수사실무에서 과학수사를 보다 적극적으로 활용하지 않은 것도 한 원인이겠지만, 판례도 이에 대한 명확한 입장을 표명하지 않고 있기 때문이다. 이에 본 논문에서는 과학적 증거의 증거사용에 대한 미국의 판례 및 학설의 견해를 살펴봄으로써 우리나라에서의 과학적 증거에 대한 증거능력에 대해 알아보고자 한다.

II. 유전자감정³⁾의 의의

1. 유전자감정의 개념

유전자감정은 유전자의 본체를 이루는 DNA에 관한 연구결과를 이용하여 사람의 혈액, 체모, 정액 및 신체조직의 일부로부터 DNA를 분리하여 그 형태를 분석한 후 동일인 여부를 식별하는 기법을 말한다. 유전자감정

사에 혁신적인 발전을 이룩할 수 있게 되었다.

- 3) 수사실무에서는 '감정'이라는 용어보다는 '감식'이라는 용어가 더 많이 사용되고 있지만 형사소송법상의 용어로는 '감정'이 타당하다 할 것이다. 이에 대해 감정과 감식의 용어를 구별하여 사용해야 한다는 견해도 있는데, 이에 의하면 감정은 감정인의 주관적인 경험과 지식을 위주로 한 판단이며, 감식은 주관적인 경험보다는 객관적이고 과학적인 결론을 위주로 한 판단이라고 한다(<http://user.chollian.net/~shinss/forensic/fs-1.html>).

은 그 기법의 개발에 따라 지문감정과 마찬가지로 완벽한 개인식별이 가능한 신빙성이 높은 감정기법이다. 또한 유전자감정은 혈액형의 판정과는 달리 혈액, 정액뿐만 아니라 세포가 있는 인간 신체의 모든 부분 즉 손톱과 발톱을 제외한 신체조직과 머리카락, 소변 등도 감정대상으로 하는 과학수사 방법이다.⁴⁾

이러한 유전자감정은 1985년 영국에서 제창된 이래 유전공학과 분자생물학이 발달한 영국, 미국, 독일, 이탈리아, 캐나다, 일본 등 선진국에서 지속적으로 개발되어 범죄수사에 활용되고 있다. 우리나라에서도 1992년 3월 대검찰청과 서울대학교 의과대학 법의학교실이 공동으로 일부 기법을 개발하여 현재 범죄수사에 활용하고 있다.⁵⁾

2. DNA의 구조와 유전자감정

모든 생명체의 기본 단위는 세포이며 세포의 핵(核)안에는 유전에 관계되고 생명현상에 대한 정보를 가지는 염색체가 존재한다. DNA는 이러한 염색체 안에 있는 물질이다.

1985년 영국의 레스터(Leister) 대학교 유전학연구실 소속인 제프레이(A.J.Jeffreys) 교수는 사람의 미오글로빈(myoglobin) 유전자를 연구하면서 DNA의 단편(斷片)인 미니새텔라이트(minisatellite) DNA 부위를 발견하였다. 이 부위는 수십 수백 염기쌍이 수만회 혹은 그 이상 같은 방향으로 반복된 구조로 이루어진 것이 특징이다. 이 부위는 극도로 개인차가 심하여 일란성 쌍생아를 제외하고는 모든 개체에서 검출된 패턴이 완전히 다르다. 이와 같은 DNA의 '미니새텔라이트' 부위의 패턴은 개체에 따라 고도의 특이성을 나타내어, 마치 손가락의 지문과도 같이 천차만별이기 때문에 DNA지문(DNA fingerprints)이라는 용어를 사용하게 되었다.⁶⁾

4) 안대희, 유전자감식의 기본원리, 법조 92/6, 37면.

5) 안대희, 앞의 논문, 36면; 심희기, 유전자감정의 증거능력과 증명력, 고시계 99/11, 125면

6) 안대희, 앞의 논문. 42면 이하; 최상규, DNA지문과 범죄수사, '90 과학수사세미나 자료집, 한국형사정책연구원, 31면 이하; 모든 사람은 각각 고유의 DNA구조를 가지고 있으며, 자신의 생명체를 구성하는 모든 세포는 동일한 DNA를 가지고 있다. 즉 우리 몸

미국이나 영국에서는 DNA지문법의 중요성을 인정하여 각종 법적 문제의 해결을 위해 DNA database 등 여러 제도를 설치, 운영하고 있다.⁷⁾ 그러나 기술적 신빙성에 대한 문제가 거의 해결되었음에도 불구하고 DNA지문법은 윤리적인 문제를 제기한다. 즉 개인에 대한 DNA자료를 무절제하게 사용하게 될 때 이는 새로운 형태의 개인의 사생활침해 문제를 발생시키게 된다.

3. 유전자감정의 시행 및 유의점

가. 유전자감정의 시행

유전자감정은 대검찰청 중앙수사부 과학수사운영과 유전자감식실 혹은 국립과학수사연구소에서 행하며⁸⁾ 피부, 혈액, 정액, 타액, 모발 등 세포를 포함하고 있는 인체의 모든 조직 및 체액에 대하여 실시한다. 유전자감식관 및 그와 관련된 직무에 종사하는 자는 감정결과를 당해 범죄사건의 수사 및 재판이외의 목적에 제공할 수 없다.⁹⁾

을 구성하는 머리카락, 침, 혈액 등은 모두 같은 DNA구조를 가지고 있다. 특히 DNA typing(=DNA fingerprinting)은 최신 생명공학 연구기법을 집약하고 응용하여 사람이 가지고 있는 DNA 중 다형성이 매우 심한 초변이성 일부만을 DNA 증폭기술(Polymerase Chain reaction)을 이용하여 선택적으로 증폭하여 개인식별에 이용하는 신기술이다. 이것은 손가락 지문처럼 사람마다 서로 다른 DNA모양을 형상화하는 기술로서 일관성 쌍둥이를 제외하고는 모든 사람들이 자신만의 유일한 DNA염기서열을 갖기 때문에 이론적으로는 범죄자를 확실히 구별할 수 있다.

- 7) 유전자감정은 대단히 복잡한 단계를 거쳐 수행되는 복잡한 실험절차이므로 여러 단계에서 오류발생가능성을 내포하고 있다. 따라서 이러한 오류를 미연에 방지하기 위한 안전수칙을 규칙화해서 수많은 유전자감정의 확실성과 신뢰성을 높일 필요가 있다. 이렇게 해서 만들어진 일종의 감정규칙을 '실험 프로토콜'이라 할 때, 미국을 비롯한 선진국에서는 유전자감정을 실행하는 실험실마다 '실험 프로토콜'을 반드시 구비하여 고려할 것이 의무화되어 있다.
- 8) 현재 우리나라에서 인체의 유전자감정을 실시하고 있는 기관은 서울대학교 의과대학 법의학실, 대검찰청 중앙수사부 유전자감식실, 국립과학수사연구소, 고려대학교 의과대학 법의학실 4곳이 있다. (이정빈, 유전자감정의 범죄수사응용에 관한 연구, 한국형사정책연구원 연구보고서 92-22, 27면).
- 9) 유전자감식규정 (대검찰청 예규 제202호 1992.8.31).

나. 유의점

DNA지문 전문가의 보고에 의하면, 이 지구상에서 같은 유전자 구조를 가질 수 있는 확률이 100만분의 1 내지 100억분의 1 정도로서 이 지구상에서 오직 유일한 손가락 지문과는 달리 DNA구조가 같은 사람이 미국의 경우 약 2억의 인구 중에서 최대 300여명까지 나올 수 있다고 하는데 비록 확률이 극히 미미하기는 하나 이 점에 관한 위험부담을 어떻게 해소하겠느냐는 점을 들 수 있다. 가령 손가락 지문의 경우에는 지문특징이 적어도 12개 정도가 동일하면 같은 지문으로 판정한다고 하는데, DNA지문 패턴 중 핵산의 길이가 2.3kilobase 이상 관찰되는 band의 수가 과연 몇 개 정도가 일치하면 동일인으로 볼 수 있는가 하는 문제를 유의해야 할 것이다. 일반적으로 어떤 검사결과를 신뢰하려면 그 검사의 타당도, 신뢰도 및 객관도가 높을수록 신빙성 있는 결과로 간주되는 바, DNA지문 식별법에 있어서도 검사결과와 타당도나 신뢰도가 검증된 도구가 마련되어야 할 것이다.¹⁰⁾

III. 유전자감정결과(과학적 증거)의 증거사용

유전자감정결과, 거짓말탐지기검사결과 등의 과학적 증거가 증거로 제출되었을 때, 이미 다른 사건 등에서 증거능력의 인정요건이 충족되었음이 확인되었거나 혹은 신뢰할 수 있는 증거방법이라는 사회일반의 동의가 형성되었다며, 각각의 증거에 대해 엄격한 절차에 의해 증거능력을 인정할 필요는 없을 것이다. 그러나 새로운 과학적 증거의 증거능력을 인정하기 위해서는 일정한 요절차에 의한 건이 충족되어야 할 것이다. 이에 대해 미국의 학설과 판례는 과학적 증거의 증거능력 인정을 위해 과학적 증거가 근거하고 있는 과학적 이론의 타당성(the validity of the underlying theory) 그 과학적 이론을 응용한 기술의 타당성 (the validity of the

10) 최상규, 앞의 논문, 32면 이하.

technique applying that theory) 특정 사건에 그 기술이 적절하게 적용하였을 것(the proper application of the technique on a particular occasion)이라는 세 가지 요건을 제시하고 있다.¹¹⁾

물론 특정한 과학적 이론이나 기술이 구체적 사건에서 적절하게 이용되었는지 여부는 개개의 사건에서 다루어져야 할 것이다. 그러나 과학적 이론의 타당성과 응용기술의 타당성은 사법적 승인,¹²⁾ 입법적 승인,¹³⁾ 당사자의 사전승인,¹⁴⁾ 전문가증인의 증언에 의해 일반적으로 인정될 수 있다. 이 중 전문가증인의 증언은 특히 새로운 과학적 이론에 근거하고 있는 과학적 증거의 증거능력과 관련하여 논의되고 있다. 어떠한 과학적 증거가 근거하고 있는 과학적 이론의 타당성에 대한 논의가 충분히 진행되어 일정한 결론을 내릴 수 있는 때에는 사법적 승인이나 입법적 승인이 이루어

11) P.C. Gianelli & E.J. Imwinkelried, Scientific Evidence, 1993. 1면 이하; 박광민, 앞의 논문, 424면.

12) 사법적 승인이란 제출된 과학적 증거의 증거능력 인정여부를 판단함에 있어, 그 기본되는 과학적 원리가 사회적으로 충분히 확인된 것이라면, 법원이 이 과학적 원리의 타당성에 대하여 확인을 하는 것을 의미한다. 사법적 확인은 과학적 원리와 이를 활용한 기법의 타당성을 인정하는 것이다. 그러나 특정사건에서 이 기법에 의한 검사가 정확하게 이루어졌는지에 관하여는 사법적 확인을 할 수 없다. 왜냐하면 사법적 확인을 한다면 피고인의 배심원에 의해 재판을 받을 권리와 대심에 대한 권리를 침해할 수 있기 때문이다. 이는 검사가 정확하게 이루어졌는지는 본소송에서 대심과정을 통해 다루어져야 하기 때문이다. 사법적 확인은 확인을 요청하는 측에서, 과학적 증거의 정확성이 이미 확립된 것이라는 점을 소명하여야 한다(심회기, 앞의 논문(1994), 96면).

13) 입법적 승인이란 과학적 증거에 관하여 법률로 그 타당성을 승인하는 경우를 말한다. 예로 교통사고 관련 음주측정, 친자확인을 위한 혈액감정 등을 들 수 있다. 이러한 입법적 승인은 과학적 증거를 제출하는 당사자에게 증거의 타당성에 대한 입증책임을 면제해 준다. 입법적 승인을 위해 부가적인 요건이 요구되기도 하는데. 예를 들면 음주측정결과를 과학적 증거로 제출하기 위하여는 음주측정기에 대하여 정기적으로 작동테스트를 하여 그 정확성이 보장되어 있을 것이 요구되기도 한다. 과학기술의 유효성이 법령에 의해 인정되는 경우도 있다. 예컨대 전파탐지기, 약물중독검사, 혈액검사 등은 법령에 의해 승인되는 수가 있다. 입법적 승인과 관련하여서는 초기에는 많은 논쟁을 발생시켰던 거짓말탐지기, 최면술분석, DNA감정, 피강간증상증후군, 매맞는 부인증후군 등의 증거를 승인하는 법률들이 증가하고 있다.(심회기, 앞의 논문(1994), 98면 이하).

14) 당사자간에 과학적 증거에 증거능력을 인정하기로 사전동의가 있었다면, 법원은 과학적 증거의 증거능력을 인정할 수 있다. 예를 들어 검사와 피고인이 공판전에 거짓말탐지기 검사의 결과에 대한 증거능력 인정에 합의하였다면 법원은 거짓말탐지기 검사결과를 증거로 채택할 수 있다(심회기, 앞의 논문(1994), 99면).

질 수 있으나, 새로운 과학적 이론의 타당성은 주로 전문가 증인의 증언에 의존하게 되기 때문이다. 새로운 과학적 이론을 바탕으로 한 과학적 증거의 증거능력에 관해서는 각각 프라이 테스트(Frye test)와 관련성 접근방법(Relevancy approach)이라 불리우는 두 가지 다른 견해가 대립되고 있다.¹⁵⁾ 본 논고에서는 유전자감정이라는 새로운 과학적 증거의 증거능력 인정을 위해 새로운 과학적 이론의 타당성을 결정하는 전문가증인의 증언에 대해 살펴보고자 한다.

1. 프라이 테스트(Frye test)

새로운 과학적 원리에 입각한 과학적 증거가 법정에 제출된다면, 법원으로서 이 증거의 타당성에 대하여 쉽게 사법적 확인을 할 수 없고, 당연히 전문가증인의 증언에 의한 방식을 통하여 그 타당성을 확인할 수밖에 없다. 이러한 경우 과학적 증거는 다른 증거처럼 입증하려고 하는 사실에 대한 관련성과 유용성을 가졌다는 것만으로는 부족하고, 새로운 과학적 기법이 그 원리가 속하는 과학집단에서 일반적 승인을 받고 있다는 점이 아울러 입증되어야 한다. 이러한 과학집단에서의 일반적 승인을 입증하는 기준을 미국에서는 프라이 테스트라고 부르고 있다. 이 개념은 1923년 미 연방항소법원이 Frye v. United States 사건¹⁶⁾에서 처음 채택하여,¹⁷⁾ 그

15) 심희기, 과학적 수사방법과 그 한계, 한국형사정책연구원 1994년, 95면 이하; 박광민, 앞의 논문, 425면.

16) Frye v. United states, 293 F. 1013(D. C. Cir. 1923); 이 사건은 살인죄로 기소된 피고인 Frye가 거짓말탐지기의 전신인 심장수축혈압의 검사결과를 자신에게 유리한 증거로 제출하려고 하였다. 그러나 이 검사결과와 증거능력이 부인되어 피고인은 유죄판결을 받게 되었고, 이에 증거법상 전통적 기준인 관련성과 유용성에 따라 위 검사결과와 증거능력이 인정되어야 한다는 이유로 항소하였다. 이에 대해 콜롬비아 특별구 연방항소법원은 “과학적인 원리 내지는 발견이 어느 시점에서 실험의 단계에서 확정의 단계로 넘어가는지를 정확히 명시하는 것은 곤란하다.··· 제대로 인정된 과학적인 원리 내지 발견에서 연역된 전문가 증언을 허용하는 것은 재판소에 커다란 도움이 되는 것이지만, 그 연역의 근거가 되는 사항은 그것이 속하는 특정의 분야에 따라 일반적인 승인을 얻은 것이 충분히 확정된 것이 아니면 안된다”고 하여 특정한 과학적 이론이나 기술이 관련 과학분야에서 일반적으로 승인되었음이 입증되어야 함 증거로서 허용될 수 있다고 판시하였다.

후 연방법원과 주법원의 다수가 채택하고 있는 지배적 기준이 되었다. 증거의 증거능력을 판단할 때 이 기준이 적용된 사례로는 음성감식, 중성자 방사화분석, 탄흔검사, 치흔감정, 언어심리분석, 마취분석, 혈액분석, 모발 분석, 약물중독검사, 유전자감식, 피강간증상증후군 등을 들 수 있다.¹⁸⁾

프라이 테스트에 의해 과학적 이론 기술의 타당성을 결정할 때에는 다음과 같은 두 단계의 절차를 통하게 된다:

첫 번째 단계에서는 판단의 대상이 되는 과학적 이론·기술이 속한 특정한 과학분야를 결정하여야 한다. 특정한 과학분야의 결정에 대한 선택방법은 Williams판결¹⁹⁾에서 제시되었다. 이 판결에서 법원은 특정한 과학분야는 당해 과학적 이론이나 기술에 익숙한 사람을 기준으로 결정하여야 한다고 하였다. 그러나 그러한 특정영역을 지나치게 한정한다면 실질적으로 프라이 테스트 기준을 인정하는 근거 자체가 소멸될 위험이 있다.

두 번째 단계에서는 일반적 승인이 존재하는가 존재하지 않는가를 결정해야 한다. 그러나 어느 정도의 승인이 있어야 충분한 것인가에 대해서는 그 기준이 명확하게 제시되지 않았다. 이에 관하여 미국 판례는 "넓은 범위에서 인정될 것을 요하지만, 보편적이지 않아도 좋다" 혹은 "다소의 견해차이는 부득이 한 것이다"라고 판시하고 있다. 일반적 승인이 존재하는지의 여부는 주로 전문가 증인의 증언에 의해 판정된다. 이에 최근의 판례경향은 일반적 승인이 존재한다는 것을 제시하기 위해 전문가 증인의 증언에 의한 보강증거의 제시, 증인적격의 제한 등과 같은 요건을 추가하고 있다.²⁰⁾

가. 프라이 테스트의 인정근거

프라이 테스트를 인정하는 논거는 다음과 같다:²¹⁾ 일반적 승인이라는

17) 심희기, 앞의 논문(1994), 99면 이하.

18) Paul C. Gianelli & Edward J. Imwinkelried, 앞의 논문, 10면 이하; 심희기, 앞의 논문(1994), 100면.

19) People v. Williams, 331 P. 2d 251(Cal. 1958).

20) 박광민, 앞의 논문, 426면 이하.

21) 박광민, 앞의 논문, 426면 이하 참조.

기준은 과학적 증거의 신뢰성을 보장하는 가장 적절한 기준이다. 이에 대해 콜롬비아 특별구 항소법원은 “과학집단에서의 일반적 승인을 요구하는 것은 과학적 방법의 신뢰도를 평가할 자격을 가진 사람들이 결정적인 목소리로 긍정한다는 것을 보장할 수 있다”고 판시하였다.

① 프라이 테스트는 과학적 이론·기술의 비판적 검토를 가능하게 한다.

② 과학적 증거에 대한 판단의 통일성을 도모할 수 있다. 판사에 따라 과학적 증거의 타당성에 대한 의견이 다를 수 있으나 타당성의 판단을 관련 과학분야의 전문가들의 상당한 일치에 있는가에 따라 결정하게 함으로써 과학적 증거에 대한 판단의 통일성이 확보될 수 있다고 보는 것이다.

③ 프라이 테스트는 과학적 이론·기술의 타당성에 대한 논쟁으로 인해 심리가 지연되는 것을 방지할 수 있다.

나. 프라이 테스트에 대한 비판²²⁾

프라이 테스트가 새로운 과학적 증거의 증거능력을 판단하는 기준으로 인정되어 왔으나, 최근에는 학계와 법조계에서 많은 비판을 받고 있으며, 이러한 비판자들은 다음과 같은 문제점을 지적한다:

① 프라이 테스트 기준이 선택적으로 적용된다는 것이다. 즉 프라이 테스트는 과학적 증거에만 적용되는데, 어떤 증거들이 과학적 증거로 분류되어야 하는가를 결정하는 판단의 기준이 없다는 것이다.

② 프라이 테스트에 의하면 신뢰할 수 있는 새로운 과학적 증거들이 증거에서 배제되는 경우가 발생한다는 것이다. 새로운 증거가 과학집단으로부터 일반적 승인을 받으려면 상당한 시간을 필요로 하는데, 법원은 이러한 문화적 격차의 극복을 기다려야 하고, 그동안 요증사실을 입증하는데 필요한 중요한 증거들이 배제될 수 있다는 것이다.

③ 프라이 테스트는 과학기술에 문외한인 배심원들이 과학적 증거에 압도될 우려가 있다는 잘못된 가정에서 출발하고 있다. 이에 대해서는 최근

22) Paul C. Gianelli & Edward J. Imwinkelried, 22면 이하; 박광민, 앞의 논문, 427면 이하; 심희기, 앞의 논문(1994), 101면 이하.

의 관찰조사에 의하면 이 가정은 더 이상 입증되지 않고 있다고 한다.

④ 프라이 테스트가 증거의 타당성을 결정하는 권한을 과학집단에 위임하였다는 것이다. 특정 과학적 증거의 증거능력을 결정하는데 있어서 법원이 그 증거의 타당성에 대한 결정의 책임을 과학자들에게 위임해서는 안 된다는 비판이 가해진다. 이에 대해서는 법원이 책임을 과학집단에 위임한 것이 아니라 과학적 증거의 타당성을 판단하는데 가장 적합한 집단의 의견을 고려함으로써 책임을 더욱 신중하게 행사하려는 것이라는 견해도 있다.

다. 유전자감정 : 프라이 플러스(Frye Plus)

1989년 New York주 대법원은 People v. Castro 사건²³⁾ 재판에서, 유전자감정 결과의 체계의 복잡성과 배심원단에게 제출되었을 경우의 커다란 영향력을 고려하여 유전자감정결과에 대한 증거능력을 인정하기 위해서는 ① 과학적 원리가 일반적으로 승인된 것이어야 하며, ② 그 원리를 활용한 기법이 일반적으로 승인된 것이어야 하고, ③ 이 검사를 시행하는 검사실에서 절차를 준수하였어야 할 것이라는 요건이 충족되어야 한다고 판시하였다. 이 판결은 유전자감정결과가 배심원들에게 미치는 강한 영향력을 고려할 때 좀 더 엄격한 요건이 충족되어야 한다는 이유 등으로 지지를 받게 되었다.²⁴⁾

2. 관련성 접근방법(Relevancy approach)

프라이 테스트의 기준이 새로운 과학적 증거의 증거능력 인정을 위해 너무 엄격하다는 비판이 제기됨에 따라 미국에서는 현재 프라이 테스트를 배척하는 법원들이 늘어나고 있다. 프라이 테스트를 대신하여 관련성 접근방법이 주장되고 있는데, 이는 과학적 증거를 다른 증거와 구별하지 않고

23) 144 Misc. 2d 956, 545 N.Y.S. 2d985(Sup. Ct. 1989).

24) 박광민, 428면.

그 증거가치와 그 증거를 채택함으로써 초래될지도 모르는 위험을 비교형량하여 증거능력을 심사하는 방법이다.²⁵⁾ 이에 대해 미국의 증거법 학자인 McCormick 교수는 그의 저서에서 다음과 같이 관련성 접근방법을 주장하였다:²⁶⁾ “‘일반적 승인’이란 과학적 사실에 대하여 법원이 사법적 확인을 하기 위한 조건이지, 과학적 증거의 증거능력 인정에 관한 기준은 아닌 것이다. 자격을 갖춘 전문가 증언에 의해서 지지되는 관련성 있는 증거는 배제되어야 할 다른 이유가 없다면 증거능력을 승인해야 한다. 배심원들을 편견으로 이끌 위험성이 농후하다든지, 불공정하게 기습적으로 제출된다든지, 과도한 시간을 허비하게 한다든지 하는 이유가 이러한 증거배제의 사유가 될 것이다.” 연방증거규칙과 일치하는 이 접근방법은 관련성의 기준에 따라 ① 제출된 증거의 증거가치 판단, ② 반대되는 위험의 확인, ③ 과학적 증거의 증거가치와 위험의 비교형량이라는 세 단계의 분석에 의해 과학적 증거의 증거능력을 판단한다.²⁷⁾ 이러한 관련성 기준에 대해서는 관련성이란 일반적인 증거에 대한 기준일 뿐 과학적 증거의 특수성에 적합한 기준이 될 수 없다는 점, 과학적 기술에 대한 일반적인 승인이 입증되지 않은 경우 그것은 과학적 증거의 증명력의 정도에 영향을 미칠 뿐이지 증명력 자체를 부정하게 되는 것인지 명확하지 않다는 점 등의 비판이 제기되기도 한다.

가. 과학적 증거의 증거가치(Provative Value)

관련성 접근방법의 첫 번째 단계는 과학적 증거의 증거가치를 평가하는 것이다. 연방증거규칙 제401조는 관련증거를 “그 증거가 없을 때보다 그 증거가 있음으로써 더 있을 법한 혹은 덜 있을 법한 행위의 결정에 중요한 어떤 사실의 존재를 추정시키는 경향이 있는 증거”라고 정의하고 있다.

25) 심희기, 앞의 논문(1994), 105면.

26) C. McCormick, Evidence, 363면 이하.

27) Paul C. Gianelli & Edward J. Imwinkelried, 27면; 심희기, 앞의 논문(1994), 105면; 박광민, 앞의 논문, 429면 이하.

과학적 증거의 증거가치는 그 신뢰성에 달려있다. 그런데 대부분의 판사들은 그 신뢰성을 결정할만한 과학적 지식이 부족하므로 증거가치를 확인하기 위해서 주로 전문가의 증언에 의존하고 있다. 따라서 이 접근방법 하에서는 한 전문가증인의 증언만으로도 새로운 기술의 유효성과 그 증거가치가 인정되기에 충분할 수 있다. 물론 과학집단에서의 인정은 그 기법의 타당성에 대한 정확한 증거로 고려될 수 있다. 이때 전문가의 자격과 능력, 적용된 기술, 오차율, 전문분야에 대한 문헌의 존재, 새로운 발명의 혁신 등이 모두 법원의 평가대상이 될 수 있다.²⁸⁾

나. 반대의 위험

관련성 접근의 두 번째 단계는 반대의 위험요인들을 고려해야 한다는 것이다. 연방증거규칙 제403조는 “비록 관련점이 있다고 하더라도 그 증거가치가 불공정한 편견, 쟁점의 혼동, 배심원을 오도할 위험이나 불필요한 소송 지연, 시간의 낭비, 불필요한 중복증거라는 고려가 증거가치보다 우월하면 그 증거는 배제된다”고 규정하고 있다. 즉 과학적 증거의 본질적인 위험은 배심원들을 오도할 가능성에 있다는 것이다. 이는 과학적 증거는 보통사람인 배심원들에게는 “오류의 가능성이 전혀 없는 신비한 증거”로 보여질 수 있기 때문에 특정한 과학기법의 정확성에 대한 과장된 여론은 편견을 낳을 수 있고 배심원들을 오도할 수 있다는 것이다. 또한 배심원단이 전적으로 전문가의 의견을 믿도록 요구되기 때문에 증거평가에 있어 배심원 각자의 독립성과 상식을 희생하도록 강요당할 수가 있다는 것이다.²⁹⁾

다. 증거가치와 확인된 위험의 비교형량

관련성 접근방법에서 마지막 단계는 증거가치와 그에 반대되는 확인된

28) McCormick, 911면 이하; 심희기, 앞의 논문(1994), 106면 이하; 박광민, 앞의 논문, 429면 이하.

29) 심희기, 앞의 논문(1994), 107면.

위험을 비교형량 하여 증거가치가 압도적으로 우위를 차지하는 경우에 그 증거의 사용을 허용하는 것이다. 따라서 과학적 증거는 연방증거규칙 제 403조에 근거하여 확인된 위험이 압도적으로 우위를 차지하면 그 증거를 증거로 사용할 수 없다.³⁰⁾

3. 우리나라의 입장

과학적 증거의 증거사용과 관련하여 우선 거짓말탐지기 검사결과, 지문 감식결과 등의 증거능력에 대한 우리나라 판례를 살펴보면, 판례의 입장은 프라이 테스트보다는 관련성 접근방법에 더 기울어져 있다고 보여진다.³¹⁾ 그러나 관련성 접근방법을 채택한다 할지라도 우리나라에서는 소추측이 제출하는 과학적 증거가 근거하는 과학적 이론의 유효성, 그 이론을 적용하는 기술의 유효성, 그 기술을 특정사건에 적절하게 실행하였는가 여부를 보다 면밀히 검토해야 할 것이다.

다음으로 유전자감정과 관련된 우리나라 판례³²⁾의 입장을 살펴보면, 과학적 증거의 증거능력 인정을 위해 관련성 접근방법과 프라이 플러스 기준을 모두 고려하여 증거사용을 허용하고 있는 것으로 보여진다. 즉 판례의 입장은 궁극적으로 유전자감정결과와 증거사용을 인정하고 있다고 보여진다.³³⁾ 특히 광주고등법원 제주부 1997.12.5. 선고 97노58 판결에서는 유전자감정결과와 증거능력을 인정하기 위해 ① 감정인이 충분한 전문적인 지식경험과 기술수준을 가지고 있어야 하고, ② 감정자료는 적절히 관리되어 보존되어야 하고, 감정에 사용될 정도로 양적으로 충분하여야 하며, ③ 검사기법은 그 당시 일반적으로 확립된 표준적인 검사기법을 사용

30) Paul C. Gianelli & Edward J. Imwinkelried, 28면 이하.

31) 박광민, 앞의 논문, 423면 이하 참조.

32) 대전고등법원 1997.11.4. 선고 97노328 판결; 광주고등법원 제주부 1997.12.5. 선고 97노58 판결; 양 판결에 대한 상세한 내용은 심희기, 유전자감정의 증거능력과 증명력, 고시제99/11, 125면 이하 참조.

33) 대전고등법원 1997.11.4. 선고 97노328 판결; 광주고등법원 제주부 1997.12.5. 선고 97노58 판결; 양 판결에 대한 상세한 내용은 심희기, 유전자감정의 증거능력과 증명력, 고시제99/11, 125면 이하 참조.

하여야 하고, ④ 객관적인 방법에 의하여 조작과 검사결과에 대한 분석이 이루어질 것 등의 요건을 갖추어야 할 것을 제시하였다. 이는 프라이 테스트 기준이 상당한 부분 영향을 미쳤다고 볼 수 있다. 그러나 판례가 제시하고 있는 이러한 요건이 한국의 실정에 비추어 지나치게 엄격하다는 비판이 제기되고 있다. 국립과학수사연구소와 검찰은 이러한 유전자감정의 증거능력 인정요건을 '유전자감정의 요건'으로 삼을 것이 아니라 그 '흠이 특별히 심하지 않는 한 신빙성 판단에 영향을 주는 요인'으로 간주하는 것이 타당하다는 입장을 취하고 있다. 물론 판례가 제시하는 유전자감정의 증거능력 인정요건이 갖추어진 경우에도 감정결과는 개인의 동일성을 인정하는 하나의 정황증거로서 기능을 하는 데 그친다고 보아야 한다. 따라서 유전자감정결과는 검사 및 분석에 참여한 감정인의 자격 및 감식경험, DNA의 추출 및 보존과정, 실험에 사용된 DNA의 양, 검사기법 및 이에 대한 분석과정 등에 비추어 그 증거로 사용할 수 있다 할 것이다.

IV. 유전자감정결과가 증거로 사용된 사례

1. 유전자 감정결과가 유일한 범죄의 증거로 사용된 사례³⁴⁾

甲(男)과 乙(女)는 丙(乙의 남편)의 제소에 따라 간통혐의로 서울지검에서 조사를 받으면서 현장에 같이 있었다는 사실은 시인하면서도 성교의 사실은 부인하였다. 이에 수사기관은 피의자 乙의 질내용물(腔內容物)을 병원에 의뢰, 정자검사를 실시하여 정자가 존재한다는 결과를 토대로 乙의 질내용물에서 발견된 정자가 甲의 것인지 여부를 판단하기 위해 유전자감정을 실시하여 다음과 같은 감정결과를 얻었다.

34) 이정빈, 앞의 논문, 87면 이하.

遺傳子座	乙의 질내용물	乙의 頭毛	甲의 頭毛
D1S80	M18, M24, M30, M31	M30, M31	M18, M24
D17S5	Y1, Y6, Y11	Y1, Y6	Y1, Y11
apoB	A36, A39, A40	A39, A39	A36, A40
HLA-DQ	DQ1.2, DQ1.3, DQ3	DQ1.2, DQ1.3	DQ1.2, DQ3

유전자를 감정하여 乙의 질내용물의 유전자형은 乙자신의 유전자형 이외에 다른 사람의 유전자형을 포함하고 있었으며, 이에는 甲의 유전자형도 포함된 결과를 얻어냈다. 이러한 결과에 근거할 때 乙의 질내용물에 甲의 정자가 포함되어 있음을 배제할 수 없다고 판단하여 유전자감정결과를 피의자 甲과 乙의 성교행위를 위한 증거로 사용하였다.³⁵⁾

2. 유전자감정결과를 유력한 보강증거로 구속기소 혹은 유죄판결을 받은 사례³⁶⁾

1992년 10월 28일 동두천에서 끔찍하게 살해된 위안부 甲에 대한 살해의 피의자로 미육군소속 乙이 체포되었으나, 乙은 甲에 대한 단순 폭행사실만을 인정할 뿐 살인이나 잔혹한 행위에 대해서는 부인하였다. 따라서 이 사건에서는 피의자 乙에 의해 살인과 잔혹행위가 자행되었다는 사실을 입증하는 것이 중요한 면으로 부각되었다. 이에 의정부 경찰서는 22점의 증거물을 수집하여 유전자감정을 의뢰하여 다음과 같은 감정결과를 얻어냈다.

증거물의 종류	D1S80型	D17S5型	apoB型
乙의 양말	M24, M29	Y4, Y11	A37, A39
乙의 구두	M18, M28	Y1, Y6	A36, A40
세제통의 혈흔(血痕)	M18, M28	Y1, Y5	A36, A40
甲의 모발	M18, M28	Y1, Y5	A37, A39
乙의 혈액	M24, M29	Y4, Y11	A37, A39

35) 遺傳子座(D1S80, D17S5, apoB)에 대한 자세한 것은 이정빈, 앞의 논문, 31면 이하 참조.

36) 이정빈, 앞의 논문, 88면 이하.

검사결과에서 피의자의 양말에 묻은 혈흔의 유전자형은 피의자의 것과 동일하므로 피의자의 양말에는 자신의 혈액이 묻어 있고, 피의자의 구두와 세제통에 묻어 있는 혈흔에서는 피해자와 일치하는 유전자형이 확인되었으므로 피해자의 혈액이 현장의 세제통과 피의자의 구두에 묻혀 있는 것으로 판단하였다. 피의자의 구두에 피해자의 혈액이 묻어 있다는 사실은 피의자가 피해자를 살해하였음을 강력히 시사해 주는 자료이며, 세제통의 혈흔이 피해자의 것으로 밝혀짐에 따라 살인 당시 시체에 세제를 뿌리는 등 잔혹행위가 일어났음이 입증된 셈이다. 이와 같은 유전자감정결과는 피의자의 살인죄 인정을 위한 증거로 사용되었다.

이 밖에 유전자감정결과를 보강증거로 구속기소 혹은 유죄판결을 받은 사건들을 살펴보면,

- 피의자 민○○(남)와 남○○(여)의 간통사실을 수사하기 위해 검찰은 남○○의 팬티에서 확인된 정액반응에 대하여 유전자감정을 의뢰한 결과 피의자들의 유전자형인 M30, M31, M31c/m의 MCT118유전자형과 Y4, Y5의 YNZ22 유전자형 및 A39, A41의 apoB유전자형이 혼재되어 있음을 검출하여, 이를 보강증거로 구속기소하였다.³⁷⁾
- 폭력 등 전과 2범인 피의자 박○○가 피해자를 강간한 후, 범행이 발각될 것을 우려한 나머지 동거녀의 목을 졸라 살해하고 사체를 은닉한 사건에서, 검찰은 현장에서 채증한 피해자 음모 3점, 피해자의 음부에서 채취한 음모 5점, 면장갑으로 채취한 질내 정액을 유전자감식한 결과 피의자와 같은 M18, M24의 MCT118유전자형과 Y5, Y7의 YNZ22유전자형 및 A39, A41의 apoB 유전자형이 검출되어, 이를 보강증거로 구속기소하였다.³⁸⁾

3. 유전자감정으로 범죄혐의를 벗게 된 사례³⁹⁾

1993년 11월 피의자는 피해자의 집에 침입하여 현금을 강취하고 피의자를 강간한 혐의로 구속되었다. 그러나 피의자는 무단침입의 부분은 인정하

37) 검찰공보, 1993.3.1. 34면 이하.

38) 검찰공보, 1993.3.1. 33면.

39) 이정빈, 앞의 논문, 89면 이하.

면서도 강도 및 강간에 대해서는 완강히 부인하므로 피의자가 피해자를 강간한 사실이 있었는가를 확인하기 위하여 부산지방검찰청은 유전자감정을 의뢰하였다. 증거물로는 사건발생시 피해자의 음부를 닦은 것으로 보이는 휴지가 의뢰되었다. 유전자형 검사결과는 다음과 같다.

遺傳子座	피의자	피해자	휴지 浮游層(膺分泌物)	휴지 沈澱物(精子)	피해자의 남편
DIS80	M24, M18	M30, M27	M30, M27(M18, M16)	M18, M16(M30, M27)	M27, M24
D17S5	Y6, Y1	Y5, Y4	Y5, Y4(Y6)	Y6(Y5, Y4)	Y8, Y4
TC-11	T2, T2	T5, T3	T5, T3	T5(T3)	T5, T3
vWF	F7, F5	F7, F5	F7, F5(F3)	F3(F7, F5)	F6, F5
MBP	H8, H6	H3, H2	H3, H2	H7, H6	H6, H6
	L5, L5	L4, L1	L4, L1	L6, L5	L5, L5
apoB	A39, A39	A43, A39	A43, A39	A39, A39	
SE33	S16, S14	S15, S8	S15, S8	S17, S14	S20, S12
LA-DQ	A1.2, A3	A1.3, A1.3	A1.3, A1.3	A1.3, A3(A1.2)	A1.3, A3

검사결과를 보면 휴지에서는 질분비물에 포함된 여자의 질상피세포와 정자가 묻어 있다. 질내 정자의 유전자형은 피의자나 피해자 남편의 유전자형과는 다르다. 따라서 피해자의 질내에 있는 정자는 피의자나 피해자의 남편 것이 아니고 제3의 남자 것이어야 한다. 따라서 이 감정결과는 피의자의 강간범죄 인정을 위한 증거사용이 부정되었다

VI. 맺는 말

과학적 증거는 과학이라는 이름 때문에 일단 증거능력이 부여되면 그 증거가치는 다른 어떤 증거보다도 결정적이다. 사람들에게는 과학이라는 이름에 분별력과 상식을 양보하고 맹목적으로 그 결과를 승인하게 되는 경향이 있다. 유·무죄를 다루는 형사소송절차에서도 이와 같은 현상이 생기는 것은 마찬가지이다. 그러나 과학적 증거에 대하여 정확성에 대한 확

실한 담보없이 무한정한 증거능력을 부여한다면 이는 과학의 오류가 주는 폐해로 인권침해와 실체적 진실을 외면하는 위험에 직면하게 될 것이다.

우리나라는 최근 유전자감정기술을 비롯하여 최신 과학적 기술을 수사 기법으로 도입하고 있으나, 그 오류가능성 및 이로 인한 인권침해의 가능성에 대해서는 아직 많은 연구가 이루어지지 않고 있다. 과학자들이 이러한 기술을 도입하고 그 효과를 절대적인 것으로 주장할 때, 법학자들은 과학적 기술이 야기할 수 있는 오류가능성과 과학적 증거의 사용으로 인한 인권침해의 가능성에 대해 문제점을 제기하고 그에 대한 대응방안을 연구하여야 할 것이다. 특히 우리나라의 경우에는 과학적 증거를 연구하기 위한 전문시설과 전문인력이 부족하기 때문에 오류가능성과 인권침해가능성이 더욱 심각하게 제기되고 있으므로 이에 대한 대책수립이 시급하다 할 것이다. 또한 감정의 효율적인 시행을 위해서는 모든 형사절차단계에서 범죄관련자에게 충분한 감정의 기회를 보장할 수 있어야 하며, 과다한 감정료로 인하여 감정의뢰를 포기하는 사례가 많은 실무현황을 고려하여 기존의 감정기관이 아닌 더 많은 국립 혹은 공립감정기관이 설립되어야 할 것이다. 법원 역시 수사기관이 제출한 감정서에만 의존하지 말고 공판단계에서 중립적이고 객관적인 법원의 감정이 가능할 수 있도록 감정료를 현실화하여 기업적인 사설감정기관의 설립을 허가할 수 있어야 할 것이다.

참고문헌

- 박광민, 과학적 증거의 증거능력과 증명력, 오선주교수 정년기념논문집, 2001년
- 심희기, 과학적 수사방법과 그 한계, 한국형사정책연구원, 1994년
- 심희기, 유전자감정의 증거능력과 증명력, 고시계, 99/11
- 안대희, 유전자감식의 기본원리, 법조 92/6
- 이정빈, 유전자감정의 범죄수사응용에 관한 연구, 한국형사정책연구원 (99-22), 1994년
- 최상규, DNA지문과 범죄수사, '90 과학수사세미나 자료집, 한국형사정책연

구원

검찰공보 1993.3.1.

대검찰청예규 제202호 - 유전자감식규정

Paul C. Gianelli & Edward J. Imwinkelried, Scientific Evidence, 1993

C. McCormick, Evidence, 1954

신용카드의 불법사용

유 용 봉*

I. 일반론

1. 배 경

인류는 생활의 도구로써 석기에서 철기, 청동기, 알루미늄, 강철, 합금적인 금속에 이어 현대사회의 대표적인 합성화학물인 플라스틱에 이르기까지 다양한 수단의 이기 속에서 생활을 영위하고 있다. 반면 플라스틱의 혁명은 인류생활의 이기를 한층 더 만끽하게 하지만 환경적인 측면에 있어서 몸살을 앓게 하는 주범으로써 사회문제를 야기하기도 한다. 이러한 플라스틱은 상거래에 있어서 화폐의 형태로 출현하여 전통적인 화폐에 대한 보조 수단으로 역할을 담당하고 있다. 장부상의 금전(Buchgelder oder Giralgelder)을 야기하는 형태로써 신용카드는 화폐를 보조하는 수단으로써 그 지위를 예외 없이 더 잡아 확보하고 있다. 그러한 지위란 국가의 공식화폐로써 현금보다 통용액에서 월등한 지위를 갖고 있고, 거래자들의 선호도 또한 현금보다 더 높다는 점은 현대 각 지구촌의 실상이라 할 수 있다.¹⁾ 전통적인 거래에 있어서 신용카드는 신용카드를 발행하는 금융기관이나 발행사가 신용을 담보로 각 개인이나 회사에게 신용카드를 발급하여 준다.²⁾ 신용카드는 카드의 명의인에게 현금을 지참하여야 할 불편을 없게

* 한세대학교 경찰행정학과 전임강사, 법학박사

1) 안경옥, 신용카드 부정취득·사용행위에 대한 형사법적 고찰, 형사법연구 제11호, 1999, 248쪽 참조.

하며, 플라스틱 카드 한 장은 거의 모든 상거래의 지불수단으로 사용할 수 있는 이점을 제공한다. 반면 카드를 발행한 금융기관이나 발행사가 신용을 담보로 일정액을 대부하여 주며 이자를 확보한다는 점에 있어서 전형적인 영업활동의 측면이란 점도 무시할 수 없다. 이러한 카드 명의인의 수는 국내의 성인수와 비례할 만큼 증가하였다. 현대사회에 있어서 신용카드는 상거래의 중심 지불 수단인 반면 그 수만큼의 부정사용하는 수가 비례하게 된다는 것 또한 부정할 수 없는 현실의 문제로 부각되었다.³⁾ 이 점은 결국 형사법적인 대처가 긴요하게 되었다는 것을 의미한다. 이 부정사용의 전형적인 형태로는 신용카드를 이용하여 상품을 구입하기 위한 또는 서비스를 제공받기 위한 지불수단으로 사용하는 경우가 전통적인 거래에서 발생할 수 있는 범죄 유형이라 할 수 있다. 이러한 신용카드는 최근에 카드 상에 마그네틱테이프나 마이크로 칩이 부착되어 현금자동인출기에서 예금액을 인출할 수 있는 기능을 갖는 수단으로 발전하였다. 나아가 신용카드는 컴퓨터 등에 의한 판독기와 통신망의 발달로 인하여 인터넷상 매매계약이나 서비스를 제공 받을 수 있는 매개체로 발전을 거듭하고 있다. 이러한 다양한 기능은 결국 그 기능에 따른 부정사용의 다양성을 예고하고 있다. 이러한 부정사용의 다양성은 무시할 수 없는 사회문제로써 성격을 갖고 있으며 이에 대한 형법적 대처가 또 긴요하게 되었다.

2. 신용카드 거래에 있어서 참가형태

전통적인 거래에 있어서 지불수단인 신용카드의 참가형태는 신용카드를 사용할 수 있는 명의인, 동 카드를 발행하는 발행사, 동 카드를 지불수단으로 받아 주는 가맹점이란 3당사자로 구성되며 여기에 은행이 개입하게 된다.⁴⁾ 이와 유사한 카드로써 은행에 구좌를 개설한 고객이 현금을 인출

2) 이은영, *크레디트카드에 관한 법적 고찰*, 서울대 법학 23(1982) 정동윤, *크레디트카드의 무단사용시 손실의 부담자*, 사법행정 1984/12, 28, 29쪽; 안경옥, *전계논문*, 247쪽; 여신금융업법 제2조 제3호 참조.

3) 안경옥, *전계논문*, 249쪽 이하 참조.

4) 신용카드의 거래에 있어서 참가형태에 관하여는 김문환, *신용카드이야기*, 한국경제신문

할 수 있는 카드 즉 직불카드(debitcard)도 있으며, 주유소 등에서 고객을 확보하기 위하여 발행하는 주유카드, 백화점이나 대형 슈퍼마켓 등에서 고객을 확보하기 위하여 발행하는 고객카드 등이 있다. 이 후자의 카드는 발행자와 사용자인 명의인이 참가하는 형태를 갖추며 2당사자 카드라고 하기도 한다.

별도로 신용카드와 구별하여야 할 개념으로 현금인출카드란 형태가 있다. 이 카드는 신용카드에 마그네틱 테이프나 마이크로 칩이 부착되어 현금자동인출기에서 현금을 인출할 수 있는 기능을 카드 자체가 갖고 있다. 이 카드 또한 신용카드와 동일하게 상품을 구입하거나 서비스를 제공할 수 있는 지불 수단으로 사용할 수 있다. 이 경우 지불과정이 전자적인 방식에 의하여 결제가 이루어진다는 점에서 전자적인 직불카드의 성격을 갖는다.

3. 신용카드 거래상 참가자의 법적 성격

가. 신용카드 발행사와 명의인

신용카드를 발급 받기를 원하는 사람은 신용카드의 발행사에 소정의 신청서를 작성하여 제출하면 개인의 신용정도를 검토하여 신용카드를 발급하여 준다. 신청자는 자신이 거래하는 은행의 계좌번호를 이 신청서상에 기입하고 신용카드의 사용상의 약관을 숙지할 것을 내용으로 하는 계약을 체결한다. 경우에 따라서 신청자는 신용카드에 부착되어 있는 마그네틱 테이프 또는 마이크로 칩이 부착된 기능인 데이터 기능사용에 관한 약정을 부수적으로 체결한다. 이러한 일련의 과정에 따라 신용카드의 발행사는 신청자에게 신용카드를 발급하여 주고 명의인은 동 발행사에 카드회원으로 가입되며 신청자는 신용카드상에 신용카드의 회원 즉 명의인의 동일성 여부를 확인할 수 있는 서명을 하여야 한다.

사, 1989, 68쪽 이하 참조.

나. 신용카드 발행사와 가맹점

상품대금이나 서비스대금에 대하여 신용카드를 지불수단으로 받아들이기 원하는 영업소는 신용카드를 발행한 발행사와 동 신용카드를 상품가격이나 서비스 대금에 대한 지불 수단으로 받아 준다는 계약을 체결한다. 동시에 동 업소는 위의 신용카드가 상품대금 또는 서비스 대금에 대한 지불수단으로 사용할 수 있는 인식 스티커를 신용카드의 명의인인 사용자가 인식할 수 있도록 창문 등에 부착한다.

이렇게 신용카드의 발행사와 가맹점 사이에 체결한 계약은 통상 가맹점 계약(또는 협약)이라 말한다. 이 계약의 주요 내용은 상품을 구입하기 위하여 명의인이 신용카드를 가맹점에 사용할 경우 카드발행사가 반대급부인 상품대금이나 서비스대금에 대하여 지불을 보장하며 이행하겠다는 형식상 계약(Rahmensvertrag oder-vereinbarung)의 성격만을 갖고 있다고 할 수 있다.

다. 신용카드의 명의인과 신용카드의 발행자로서 금융기관

별도로 신용카드의 명의인과 신용카드를 발행한 금융기관 사이의 법적인 관계⁵⁾는 첫째, 앞의 양 당사자가 구좌개설 계약을 체결한 후에 신용카드 사용계약을 체결하고 별도로(또는 합성하여) 신용카드상 데이터의 사용계약의 체결을 요한다.⁶⁾ 신용카드를 발행한 금융기관과 가맹점 사이에는 신용영업에 관한 계약을 체결⁷⁾하여 위의 신용카드(또는 데이터)⁸⁾가 상품

5) 당초에 주유소나 중소의 슈퍼마켓 등이 가맹점 계약을 체결한 관계로 거의 모든 계약은 매매계약의 형식임으로 본 연구는 이를 중심으로 하여 검토하였으며 그 밖에 다른 계약의 형태에 따라 검토가 가능할 수 있다.

6) 이를 Giro-, Scheckkarten-, Kreditkarten- Codekartenvertrag 이라 한다.

7) 원래는 Vertrag ueber die Teilnahme am Kreditkarten System des deutschen Kreditgewerbe이며 Haendlervortrag(가맹점계약)이라고 약칭되기도 하며 본 연구에서는 이하 가맹점 계약이라고 한다.

8) 데이터(Codekarte)와 개인의 비밀번호(Persoenliche Identifikationsnummer: PIN)의 법적 성격에 관하여는 Yong Bong Yoo, Codekartenmissbrauch am

대금에 대한 지불 수단(데이터의 경우 전자적인 지불수단)으로 사용할 수 있음을 약정한다. 이 계약을 근거하여 가맹점은 신용카드를 발행한 발행사 또는 금융기관으로부터 민법상의 제3자(신용카드 또는 데이터의 명의인)를 위한 보증계약(Vertrag zugunsten Dritter)⁹⁾을 신뢰하고 이에 따라 명의인은 가맹점에 신용카드(데이터)를 지불수단으로 사용할 수 있도록 허용한다. 신용카드의 명의인이 자신의 신용카드를 이 지불 시스템상 지불수단으로 사용할 경우 반대급부인 상품대금은 장부상의 자금이체방법에 의하여 금융기관으로부터 가맹점의 구좌에 장부상 방식으로 입금된다.¹⁰⁾

이 지불 시스템에 사용되는 매개체인 신용카드는 국가의 공식화폐인 현금에 대한 보조수단으로써 또는 현금에 대한 대체역할을 한다는 점에서 일종의 신용화폐라고 하기도 한다.

4. 신용카드의 법적 성격

신용카드는 명의인이 소지할 수 있는 형체물이며 양도성이 없다는 것이 특징이다.¹¹⁾ 그 이유는 신용카드상에 발행자, 명의인, 카드의 고유번호, 명의인의 서명, 유효기간 등이 명기되어 있어 타인에게 양도할 수 없으며 전통적인 문서처럼 통용성이 있다고 할 수 있다.¹²⁾

가. 형체물적 성격

문제점의 제기는 여기에서 신용카드 자체가 법적 거래에 있어서 타 화폐와 같이 지불수단으로 사용할 수 있는 영득체로서 성격을 갖는가 이다. 물체설(Substanztheorie)의 입장에 따르면, 영득을 물체 자체라고 보며 소

POS-Kassen-System(Strafrechtliche Ueberlegungen zur Computerkriminalitaet), 1997 Peter Lang(FrankfurtM/Germany), 42쪽부터 44쪽 참조.

9) 이 경우 독일이나 한국에 있어서는 다수의 입장이 민법상의 제3자를 위한 보증계약의 형태로 보고 있음.

10) 이에 관하여 상세히는 Yong Bong Yoo, aaO, 153쪽 참조.

11) 이에 관하여는 앞의 각주 참고.

12) 신용카드의 문서성에 관하여는 강동범, 형사정책연구, 1995, 여름호, 115쪽 참조.

유권을 행사할 수 있는 대상체를 의미¹³⁾한다. 이 설에 의하면 신용카드 자체는 형체성을 갖고 있으며, 동 카드상에 소유권자와 사용권자가 명백하게 명기되어 있으므로 영득의 대상이 될 수 있다.¹⁴⁾

나. 가치물적 성격

앞서 본 바와 같이 신용카드 자체는 영득체로써의 성격을 갖는다.¹⁵⁾ 그러나 신용카드는 가치물적 입장에 따르면 영득체라고 할 수 없다. 그 이유는 신용카드는 자체가 제작경비 등의 산출에 따른 소액의 가치물이라 할 수 있는 대상체이지만 특별한 경제적인 가치 또는 이득을 제공하지는 않는다. 다시 말하여 신용카드 자체는 유가증권(Wertpapier)적 성격¹⁶⁾이나 무기명증권적 성격¹⁷⁾을 갖고 있지 않는다는 점이다.

1) 유가증권적 성격

유가증권적 성격이란 신용카드 자체가 상거래에 있어서 지불수단으로 사용하기 전에 확실한 급부가 약속되어 있거나 청구권적 보증 효력을 갖고 있어야 한다.¹⁸⁾ 그러나 신용카드 자체는 확실한 급부의 약속이나 청구권적 보증 효력을 갖지 않기 때문에 유가증권적 성격을 갖고 있지 않다. 또 신용카드가 유가증권적 성격을 갖기 위하여는 양도가 가능하여야 한다. 신용카드는 이러한 특성을 갖고 있지 않고¹⁹⁾ 단순히 지불을 가능하게 하

13) 이 설을 지지하는 입장은 RGSt 4, 414, 415; 5, 218, 220; 10, 369, 371; 24, 22, 35; Binding, StGB(BT-1), 264쪽 참조.

14) 여기에서 말하는 성격은 신용카드 자체가 카드와 분리되어도 하나의 실체물이란 성격을 의미함.

15) 여기에서 말하는 성격은 마그네틱 테이프나 마이크로 칩을 제작할 경우 제작 가격을 갖는 형체물을 말함.

16) 독일 민법 제808조 참조.

17) 독일 민법 제807조 참조.

18) 유가증권의 문서성에 관하여는 Dreher/Troendle. § 151 Rn. 1; Herdegen, LK, § 151 Rn. 1 참조; 이재상, 형법각론, 505쪽.

19) Stecher, WN 1977, 187; AG Muenchen, wistra 1986, 296 참조.

는 수단으로서의 성격을 갖는다.

2) 무기명증권적 성격

그렇다면 신용카드 자체는 무기명증권(Legitimationspapier)적 성격을 갖고 있는가?

무기명 증권은 명의인에 상관없이 동 증권을 지참한 사람에게 동 증권상의 금액을 지불하여 주는 성격이 있다. 이점이 기명증권과 다른점이며 신용카드 자체와 다른점이다. 그 이유는 신용카드상에는 명의인, 발행사의 고유번호, 신용카드의 고유번호, 명의인의 서명 등이 명기되어 있는 점에서 볼 때 소유권자나 명의인의 사용권을 부여하므로 신용카드는 무기명증권적 성격을 갖고 있지 않다.²⁰⁾

끝으로 신용카드는 특수한 무기명증권적(Qualifiziertes Legitimationspapier) 특성을 갖고 있는가? 이 경우란 예금통장과 같은 특성을 신용카드 자체가 갖고 있는가²¹⁾란 의미이다. 이 점에 있어서도 신용카드는 예금통장과 같은 특수성을 갖고 있지 않다. 그 이유는 신용카드 자체에는 예금통장과 같은 액면이 기록되어 있지 않고 또 신용카드를 사용할 경우 그러한 가치 즉 예금통장상 액면가가 감소하지 않기 때문이다.

다. 신용카드의 법적 성격

신용카드 자체는 개인의 서명과 합성하지 않고는 상거래상 지불 수단으로서 역할을 할 수 없는 것이 특징이다. 신용카드 자체는 결국 민법상 거래에 있어서 단순히 지시 또는 지불을 위탁(Anweisung)하는 성격²²⁾만을 갖고 있다 할 수 있다.

20) Wiecher, JuS 1987, 849; Stecher, aaO, 187 이하; Lenckner/Winkelbauer, wistra 1984, 85 참조.

21) 이를 긍정하는 입장은 Schroth, NJW 1981, 731쪽 이하; OLG Duesseldorf, CR 1987, 439쪽 이하 참조.

22) 이에 관하여는 독일 민법 제783조 참조.

II. 전통적인 거래상 지불수단으로서 신용카드 부정사용

이렇게 신용카드가 지불수단으로 사용되는 거래에 있어서 부정사용하는 행태는 권한의 유·무에 따라, 첫째, 행위자가 타인의 카드를 습득²³⁾하여 상품이나 서비스 대금을 지불하는 행태, 둘째, 지불 능력이 없거나 신용 한도액을 초과하여 자기 명의의 신용카드를 상품 구입이나 서비스 대금으로 지불하는 행태와, 셋째, 신용카드에 대한 명의를 없는 제3자가 신용카드를 위조 또는 변조하여 상품구입이나 서비스대금의 지불 수단으로 사용하는 행태로 크게 나눌 수 있다. 첫째의 경우는 신용카드의 무권한 사용, 둘째의 경우를 신용카드의 권한남용, 셋째의 경우를 신용카드의 불법사용이라 할 수 있다.²⁴⁾

1. 문제점의 제기

행위자는 금융기관 또는 발행사가 발행한 타인 명의의 신용카드를 위조하여 모 백화점에 지불 수단으로 사용하여 명의인(또는 발행사)에게 200만원이란 상품 구입대금을 부담하게 하였다.

이 경우 행위자의 행위는 형법상 무슨 죄로 처벌될 가능성이 있는가?

2. 사전 행위

가. 형법 제231조의 사문서위조·변조죄의 성립 여부

금융기관이나 발행회사 소유의 타인 명의의 신용카드를 위조한 행위자

23) 여기에서 말하는 습득이란 행위자가 타인 명의의 신용카드를 절취, 사기, 횡령, 장물, 위조 또는 변조 등의 방법으로 입수하는 경우를 말하며 상거래상 지불수단으로 사용할 수 있다.

24) 한정된 지면 사정으로 인하여 신용카드의 불법사용(위조한 신용카드의 부정사용)에 관하여만 언급하며 신용카드의 무권한 부정사용과 권한남용의 경우는 차후에 더 검토하기로 한다.

의 행위는 형법 제231조상 사문서위조·변조죄로 처벌 될 가능성이 있다. 그러기 위하여 행위자는 사문서를 위조 또는 변조 행위를 하였어야 한다.

1) 구성요건

가) 객관적 구성요건

행위자의 행위가 동조의 객관적 구성요건에 해당하기 위하여는 행위자는 행사할 목적으로 권리 의무 또는 사실증명에 관한 타인의 문서 또는 도화를 위조 또는 변조하였어야 한다. 동조상 객관적 구성요건이 요구하는 규범은 행사할 목적, 타인성, 문서성, 권리 의무 또는 사실증명에 관한, 위조 또는 변조 등이라 할 수 있다.

첫째, 동조가 요구하는 구성요건 요소로써 타인성은 자연인, 법인, 법인격 없는 단체 등을 포함한 개념이라 할 수 있다.²⁵⁾ 따라서 사회단체, 종교단체, 종친회, 외국의 관청 등에서 발행한 문서 등은 동조가 요구하는 규범의 수범 범위에 확정될 수 있다.

일반적으로 신용카드상에는 이를 발행한 발행 금융기관이나 발행사가 명시되어 있으며 약관상 소유권의 주체가 누구인가가 명백하게 규정되어 있다. 또 동 카드상에는 신용을 근거하여 동 카드를 사용할 수 있는 명의인이 명기되어 있어 행위자에 대하여 타인 명의의 신용카드는 타인의 물건이라는 점에 의문의 여지가 없다.

나아가 동조는 문서성을 요구한다. 따라서 타인 명의의 신용카드는 동조가 요구하는 문서의 일종이어야 한다. 문서란 법적 거래에 있어서 증명력을 갖추고 있어야 하며 그 증명력을 확신할 수 있는 형상화된 사상의 표현을 말하며, 발행자를 인식할 수 있어야 한다.²⁶⁾

동조상 요구되는 구성요건 요소로써 권리 의무나 사실증명에 관련성이란 법률관계에 있어서 권리나 의무의 주체나 객체로써 증명할 수 있는 성격을

25) 대판 1975.2.10, 73도2296; 김일수, 형법각론(IV), 282쪽.

26) Nur Samson, SK, § 261 Rn.11; auch Gustafsson, Die scheinbare Urkunde(Zum Begriff der unechten Urkunde im Strafrecht), Baden-Baden, 1993.S. 15; 유전철, 형법상 문서 개념의 재구성, 형사법연구 제11호, 1999, 240쪽 참조.

말한다.²⁷⁾ 동 카드는 가맹점과 매매계약을 체결할 경우 상품 대금에 대한 매수인의 대금을 보증하여 주는 형식상의 효력을 갖고 있는 증서성을 갖고 있다. 이는 즉 법률관계가 성립하는데 제3자인 명의인을 위한 보증이라는 효력을 발생하는 문서성을 갖고 있다고 할 수 있다. 여기에서 말하는 법률관계란 구체적으로 상품대금에 대한 물권적 합치(또는 계약)를 의미한다.

셋째로 동조가 요구하는 구성요건 요소는 위조행위를 전제한다. 위조란 작성 권한이 없는 자가 타인 명의를 모용(冒用)하여 문서를 작성하는 것을 말한다.²⁸⁾ 위의 사례에서 신용카드의 타인성은 전제되었고 행위자는 동 카드를 작성할 권한이 없음에도 불구하고 이를 행하였다. 다음으로 타인 명의의 모용이 필요로 하게 된다. 모용이란 문서상 명의인이 작성한 것처럼 외관을 갖춘 형태를 말한다. 위에서 행위자는 신용카드의 발행자가 명의인의 이름을 명기한 것처럼 동 카드상에 자신의 이름을 갖춘 외형의 카드를 만들었다. 즉 실제의 명의인과 다른 명의인용 카드를 만들었다. 따라서 타인 명의의 모용을 하였고 동조가 요구하는 객관적 구성요건을 이행하였다.²⁹⁾³⁰⁾

27) 김일수, 형각(IV)283쪽; 이와 다른 의견은 정성근, 형법각론, 법지사 1990, 672쪽.

28) 대판 1988.12. 87도2256; 김일수, 형법각론(IV), 285쪽.

29) 별도로 독일 형법상 문서 개념에 일치하는가를 살펴 보면 다음과 같다. 독일의 문서 개념은 문자 또는 이를 대신할 수 있는 부호로써 표현된 형태로써 법적 거래에 있어서 증명력을 갖추어야 하며 그 증명력을 확인할 수 있는 형상화된 사상의 표현을 말하며, 발행자(작성자, 명의인)를 인식할 수 있어야 한다. 이 의미는 문서는 발행자의 사상의 표현을 형상화한 문자 또는 부호로써 법적 거래질서에 있어서 증명력을 확인하여 주고 확실한 신뢰성을 보장하여 주는 것이어야 함을 의미한다. 따라서 여기에서 말하는 문서란 법적 거래질서에 있어서 사상의 표현(Gedankenerklerung), 형체화(Verkoerperung), 증명력을 갖추고(Beweisbestimmung und-eignung), 발행자를 인식(Ausstellererkennungbarkeit)할 수 있어야 한다. 요약하여 말하자면 문서는 유지기능(Perputuierungsfunktion), 증명기능(Beweisfunktion)과 보증기능(Garantiefunktion)을 갖고 있어야 한다. 독일의 경우 위조죄의 객관적 구성요건은 문서를 위조(Herstellen einer unechten Urkunde = Faelschen)하거나 변조(Verfaelschen einer echten Urkunden)할 경우에 성립한다. 따라서 행위자는 문서를 위조하거나 변조행위를 하였어야 한다. 사례에서 첫번째 신용카드는 동죄의 구성요건요소로써 문서 개념과 일치하여야 한다. 앞에서 말한 바와 같이 문서는 법적인 거래질서에 있어서 형체화된 사상의 표현, 발행자를 인식할 수 있어야 하며, 증명력을 갖추어야 한다. 신용카드는 이러한 요소와 상응할 경우에 문서로써 성격을 갖고 동조상의 적용 대상이 될 수 있다. 사례에서 신용카드는 카드 자체상에 카드의 이름, 카드의 고유번호, 유효기간, 발행자 등이 명기되어 있으며 이를 매개체로 하여 가맹점에 상품을 구입할 수 있는 지불수단으로써

위의 사례에서 만약 행위자가 유효기간이 지난 타인 명의의 신용카드를 습득하여 자신의 이름과 서명을 불법적으로 변경하여 사용할 경우는 변조에 해당하는 개념이라 할 수 있다. 변조란 진정한 문서상의 동일성에 관한 내용을 정당한 권한 없이 변경하였을 경우를 말한다. 여기에서 변조란 이미 기존의 진정한 문서의 형태가 존재하고 있고 행위자가 명의인의 이름과 서명만을 변경하여 지불 수단으로 사용하는 형태를 말한다.

나. 여신전문금융업법상 처벌성 여부

또한 행위자의 행위는 여신전문금융업법 제70조상 신용카드의 위조 변조 등의 행위, 동 카드의 사용행위와 함께 신용카드의 부정사용행위로 처벌될 수 있으며 형법과 여신전문금융업법과 특별법 관계상 문제가 제기될 수 있다.³¹⁾

다. 형법 제239조상 사인 등 위조 부정사용죄

동시에 행위자의 행위는 형법 제232조의 제1항상 사인위조 부정사용죄로 처벌될 가능성이 있다. 그러기 위하여 행위자는 행사할 목적으로 타인의 서명 또는 부호를 위조하였어야 한다. 신용카드상 명의인의 서명은 동 카드가 지불 수단으로 사용될 경우 동일성을 확인하여 주는 성격을 갖는다. 이에 인장과 날인 등을 의미하며 법적 거래에 있어서 동일성을 확인하여 주며 법적인 효력을 발생하게 하는 표지라 할 수 있다. 위의 사례에서 행위자가 신용카드상에 행한 자신의 고유한 서명은 신용카드의 명의인의 진정한 서명과 상이하다는 점에서 동조가 요구하는 전통적 개념으로서 행위자의 서명은 문서성을 갖고 있는 가시성과 증명력이 있다는 점은 부인할 수 없다.

법적 거래에 증명력을 갖고 있다. 따라서 신용카드는 동죄상의 문서 개념에 상응한다고 할 수 있으며 동조상 규범의 수범범위에 해당한다 할 수 있다.

30) 이에 대한 대법원의 입장은 대법원 1992.6.9, 선고 92도77; 1993.11.23, 선고 93도604 참조.

31) 여기에서 여신전문금융업법은 1997년 8월에 제정되었으며, 동조상 처벌성은 안경옥, 전 계논문, 255쪽 이하 참조.

사례에서 행위자가 위조 또는 변조한 신용카드를 가맹점에 제시할 경우 행위자는 부정사용이란 개념에 상응한 행위를 하였다고 할 수 있다.

3. 사후 행위로서 불법적인 신용카드의 부정사용 행위³²⁾

가. 형법 제347조상 사기죄의 성립 여부

앞서 검토한 바와 같이 행위자는 타인 명의의 신용카드를 위조 또는 변조하여 지불수단으로 사용하였고 상품의 매도인은 이를 정당한 지불자로 생각하였다.

1) 판매원(또는 가맹점주인)에 대한 사기죄의 성립 여부

가) 객관적 구성요건

① 기망행위

형법 제347조는 객관적 구성요건으로써 진실한 사실에 대한 기망행위를 요구한다.

여기에서 검토하여야 할 것은 행위자가 타인 명의의 신용카드를 상품가격에 대한 지불수단으로 사용한 행위가 동 조상 요구되는 기망행위에 해당하는가이다. 위에서 본 바와 같이 행위자는 타인 명의의 신용카드를 불법적으로 위조하여 지불수단으로 사용함에 있어서 요구되는 명백한 의사표시를 하지 않았다. 이렇게 원칙적으로 요구되는 경우 그 행위는 명시적 기망행위라고 하며 이에 반하여 그러한 명백성이 없더라도 묵시적으로 행위자의 전체 행동이나 또는 그러한 명백한 의사표시를 굳이 요구되지 않을 경우 그 행위는 전자와 동일하게 취급된다. 이는 행위자의 주관적인 내심의 의사(Willen)가 객관적으로 외부에 묵시적으로 표현되는 의사가 표시

32) 한정된 지면 사정으로 인하여 절도죄에 관하여 언급하지 못한 점은 차후에 검토하기로 한다.

가치(Erklaerungswert)를 갖는다는 점에서 묵시적인 의사표시라고 할 수 있다. 이 경우 수취인으로부터 표시자의 의사표시를 수취하거나 거절할 수 있는 선택권을 주는 의미에서 볼 때 이러한 묵시적인 의사표시는 전자와 동일한 법적인 효력을 갖는다고 할 수 있다. 달리 표현하자면 행위자의 묵시적인 표시행위는 수취자로부터 의사표시의 수령에 대한 선택권을 주는 범위 내에 해당하며 그 결과에 따라 표시 행위는 구속력이 있으며 법적 효력을 갖게 되는 것이다. 따라서 이 경우 행위자의 이러한 부작위에 의한 표시행위는 수령자인 매도인(가맹점주인 또는 판매원)으로부터 상응하는 반사적인 승낙을 요하는 표시행위로서 가치를 갖는 것이다. 이 후자의 경우는 현대사회의 상거래상 흔히 볼 수 있다고 할 수 있다.

상품을 구입하기 위하여 타인 명의의 신용카드를 불법적으로 위조하여 상품구입에 대한 지불수단으로 가맹점의 판매원에게 제시하는 행위는 판매원에게 신용카드의 명의 권한을 결정적(konkludent)으로 기망한다는 것은 의심의 여지가 없다.³³⁾ 불법적으로 위조한 타인 명의의 신용카드를 제시한 묵시적인 행위로부터 판매원은 동 신용카드상의 동일성(발행한 금융기관, 명의인, 구좌번호, 신용카드의 고유번호, 개별적인 서명 등)에 대한 진실한 사실을 신뢰하였고 정당한 지불 수단으로 도 신뢰하였다. 그러한 행위자의 표시행위는 외부적으로 표시가치(Erklaerungswert)를 갖고 있으며 이러한 외부적인 표시로 인하여 그 표시의 수취인은 명의인의 동일성을 당연히 신뢰하였다. 이러한 일련의 상황은 행위자가 타인 명의의 신용카드를 불법적으로 위조하여 판매원에게 제시하여 서명함으로 연유하는 반사적인 기망이라 할 수 있다.³⁴⁾

따라서 동조가 요구하는 기망행위는 전제되었다.

33) Grundsatzlich Lackner, LK, § 263 Rn. 28 ff.; aenlich Samson, SK, § 263 Rn.36; Seelmann, NJW 1980, 2546 f.; Tiedemann, Klug-FS, S. 407; ders., Lackner-FS, S. 743; Volk, JuS 1981, 881 f.; Schoenke/ Schroeder-Cramer, § 263 Rn. 15; Vgl. LG Berlin, wistra 1985, 241; LG Hamburg wistra 1986, 227.

34) Vgl. Schoenke/ Schroeder-Cramer, § 263 Rn. 29a; Otto, Zahlungsverkehr, S. 102 ff.; ders., Grundkurs Strafrecht (Die einzelne Delikte), 3. Aufl., 1991, S. 201, 202 f.; Wessels, BT-1, 18. Aufl., 1995 Rn. 738; LG Berlin, wistra 1985, 241; LG Hamburg, wistra 1986, 227; a.A. Steinhilper, Jura 1983, 413 f.

② 착 오

형법 제 347조가 요구하는 착오는 적어도 진실한 사실에 대하여 피기망가 관념(Vorstellung)을 가져야 한다. 이를 다른 말로 표현하면 기망행위를 수취한 피기망자가 그 기망행위를 수취함과 동시에 그 외부적인 사실에 대하여 자신이 어떠한 생각을 갖는가 아니면 그 어떠한 생각 마저도 갖지 않는가(ignorantia facti) 이다. 이는 피기망자가 착오를 원인으로 하여 착오를 하는가 또는 아예 착오를 하지 않는가라는 것을 의미한다. 따라서 후자의 경우는 피기망자가 착오를 하지 않았다고 볼 수 있으므로 이 때에는 동조상의 객관적 구성요건이 이행되지 않았다고 할 수 있으며 결국 사기죄의 성립이 부정된다.³⁵⁾

위의 사례에서 문제가 제기되는 것은 행위자의 묵시적인 태도로부터 판매원은 신용카드의 명이나 위조 등 모든 것에 이상이 없다고 생각을 하였는가이다.³⁶⁾ 이에 반하여 판매원이 행위자의 그러한 태도에 대하여 전혀 생각 또는 관념을 하지 않았을 경우 사기죄가 요구하는 착오에 당초부터 해당하지 않는다. 그 이유는 행위자의 기망행위에 대하여 판매원은 전혀 관심이 없고 관심을 가질 필요가 없기 때문이다. 이러한 경우를 내심의 의도와 외부적인 관념(Vorstellung)과 상치되지 않으며 이는 착오도 아니며 처음부터 생각 또는 관념이라고도 할 수 없기 때문이다. 이러한 예로는 고객이 상품에 대한 가격을 위조지폐가 아닌 현금으로 지불하는 경우이며 이 때에 판매원 또는 가맹점 주인은 고객에 대하여 아무런 의심을 하지 않은 경우를 말한다.

위의 사례와 같이 행위자가 타인 명의의 신용카드를 불법적으로 위조하여 가맹점에 사용할 경우 학설이나 판례는 가맹점 주인 또는 판매원인 피기망자가 착오에 빠졌는가 의 여부에 관하여 전혀 언급을 하지 않고 있다. 그럼에도 불구하고 이 경우에 일부의 학설은 형법 제347조의 사기죄가 적용될 수 있다는 것만을 명백히 밝히고 있다.³⁷⁾ 즉, 착오를 전제한 결론을

35) Vgl. etwa Lackner, LK, § 263 Rn. 75 ff., 79, 81; Schoenke/ Schroeder-Cramer, §263 Rn. 40; Heimann - Trosien, JZ 1976, 549 ff.(552); Bringewat, JA 1984,351.

36) Lactner, aaO, § 263 Rn. 68 ff.; Heimann-Trosien, JZ 1976, 552.

예상하는 것이다.

일반적인 관점에서 볼 때 행위자가 가맹점의 판매원에게 신용카드를 지불수단으로 사용하려고 제시하는 경우 사용자가 제시하는 신용카드를 가맹점의 판매원이 수취하는 순간 가맹점의 판매원은 어떠한 관념을 갖는가이다. 이는 즉 판매원이 신용카드를 발행한 금융기관, 혹은 형식상 인지할 수 있는 신용카드의 명백성과 사용자가 당연히 명의인이라는 것을 생각하느냐 아니면 그에 관하여 아무런 생각을 하지 않는가이다.

위의 사례에서 가맹점 판매원은 신용카드를 지불수단으로 제시하는 행위자가 개인의 서명을 행할 경우 명의인으로 당연히 생각하며 규정에 알맞는 사용이라고 생각한다.³⁷⁾ 이는 즉 명의인 또는 행위자가 신용카드를 상품대금의 지불수단으로 사용할 경우 가맹점의 판매원은 카드상의 서명과 명의인의 서명을 확인하는 과정 즉 동일성 여부에 따라 매매계약상의 지불의무가 이행되었음을 확인한다. 이러한 경우에 판매원은 신용카드의 사용자가 당연히 명의인이란 것을 인정한다. 따라서 판매원은 거래한 고객이 동 신용카드의 명의인임을 신뢰한다. 이러한 결과로써 판매원은 타인 명의의 신용카드의 사용자가 가맹점이 제시한 전표에 서명하는 행위로부터 자신과 거래한 상대방이 정당한 명의인이라고 신뢰한다. 이로부터 추정할 수 있는 것은 판매원 자신은 정당한 명의인과의 거래를 했다는 것을 신뢰하였고, 결국 그러한 행위는 판매원을 기망한 것이다. 그러한 행위 상황으로부터 판매원은 자신과 거래한 고객이 매매계약상 정당한 거래의 상대방이었다는 것을 인정하는 것이다.³⁸⁾

③ 재산처분행위로서 상품의 양도

이러한 착오로 인하여 판매원은 기망자에게 상품에 대한 물권양도를 합

37) Schoenke/ Schroeder-Cramer, § 263 Rn. 29a; Otto, Zahlungsverkehr, S. 102 ff.; ders., aaO, S. 201, 202; Wessels, aaO, Rn. 738; Vgl. LG Berlin, wistra 1985, 241; LG Hamburg, wistra 1986, 227; BGHSt 33, 247; a.A. Steinhilper, Jura 1983, 413 f.

38) Vgl. Schoenke/ Schroeder-Cramer, § 263 Rn. 29a; LG Berlin wistra 1985, 241; LG Hamburg wistra 1986, 227; Otto, Zahlungsverkehr (78), S. 102 ff.; ders., Delikte (91), S. 201, 202 f.

39) Otto, aaO, S. 201, 202; a.A. Steinhilper, Jura 1983, 413 f.

의하여 재산상의 처분을 하게 된다. 그러나 행위자가 상품가격을 자신이 지불하지 않을 경우 이러한 재산처분은 결국 가맹점에게 재산상의 손해를 야기하게 된다.⁴⁰⁾

④ 상품가격에 대한 가맹점의 손해발생

여기에서 문제가 제기되는 것은 행위자가 타인의 신용카드를 지불 수단으로 사용함에 따라 상품가격에 대한 손해가 가맹점의 부담으로 실제 야기되었는가이다. 신용카드의 전표를 발행과 동시에 서명의 확인 과정에 따라 상품에 대한 대금 지불은 변제의 성격을 갖는다. 여기에서 행위자의 행위는 가맹점에 신용카드를 사용함에 따라 상품가격이란 반대급부에 대한 또 다른 재산상의 처분을 야기하는 것이다. 양자간에 합의한 상품대금은 신용카드의 사용에 따라 동 신용카드의 명의인의 은행구좌로부터 변제되는 것이다.

나) 명의인의 구좌상 또는 금융기관에 부담을 주는 삼각사기

따라서 가맹점 주인은 신용카드의 전표를 거래은행에 제시할 경우 상품가격이란 반대급부를 명의인의 구좌로부터 이체를 받기 때문에 상품가격에 대한 손해를 전혀 받지 않는다. 여기에서 재산상의 손해는 첫째로 명의인의 지로구좌로부터 가맹점의 구좌로 장부상 자금(Bhch- oder Giralgeld)의 이체과정을 거쳐 이루어지며 이로 인하여 명의인의 구좌상에는 상품대금이 장부적인 방식으로 기록된다.⁴¹⁾ 이 장부상의 금전(Buch-oder Giralgeld)은 신용카드의 명의인에게 반대급부로서 상품대금이란 명목으로 재산상의 손해를 야기한다.⁴²⁾ 이러한 재산 처분은 행위자가 어떠한 변제가 없이 반대급부의 명목으로 상품대금을 신용카드의 명의인이 부담하는 것이다. 따라

40) 이 경우 가맹점이 피기망자이며 피해자라는 입장은 김우진, 신용카드의 부정사용죄의 기수시기, 형사판례연구(3), 283, 288쪽 참조.

41) Ob ein Schaden des Kreditinstitutes oder des Girokontoinhabers in Betracht kommt, siehe Kreditkarten- Bedienung.

42) Vgl. Schoenke/ Schroeder-Cramer, § 263 Rn. 28.

서 그 반대급부는 가맹점 주인에게 상품대금이란 손해가 발생하는 것이 아닌 제3자의 지로구좌의 부담이란 측면에서 신용카드의 명의인에게 손해가 야기되는 제3자의 손해발생을 야기하는 삼각사기의 문제가 제기된다.⁴³⁾

① 삼각사기의 일반적 전제조건

전술한 바와 같이 여기에서 문제는 삼각사기에 의한 재산처분이다. 일반적으로 삼각사기는 행위자, 착오로 인한 재산처분자(피기망자), 손해자라는 3당사자가 참가한 형태라는 특징을 갖는다. 그러한 일반적 요건에 해당하는 3당사자로서는 여기에서 행위자로서 타인의 신용카드를 불법적으로 위조하여 사용한 행위자, 제3자의 재산을 처분하는 가맹점 주인, 제3자로서 신용카드의 명의인인 손해자의 형태로서 여기에서는 별 문제를 제기하지 않는다. 이러한 삼각사기는 기망자와 처분자는 동일하여야 할 것을 요구하고 피기망자와 재산상의 손해자는 동일하지 않아도 된다는 기본원칙이 요구된다.⁴⁴⁾

② 장부상 자금이체라는 재산처분

장부상 자금이체가 가능하게 전표를 발행하는 가맹점 주인의 행위는 재산상의 손해발생을 제3자인 신용카드의 명의인 또는 신용카드를 발행한 발행회사 또는 금융기관에게 야기한다.

여기에서 장부상 자금은 판매원이 가맹점에 설치된 전표 발행기에 의하여 타인 명의의 신용카드를 복제하여 전표를 발행하고 서명을 확인하는 과정을 거쳐 그 전표를 거래은행에 제시함에 따라 이체된다. 따라서 가맹점의 판매원은 제3자의 재산을 처분하는 입장에 있게 된다. 다수설은 형법 제347조상 사기죄의 재산처분을 작위, 수인, 부작위를 개념적으로 정의하며 이 처분이 재산상의 감소(손해발생)를 직접 야기하여야 한다.⁴⁵⁾

43) 삼각사기로 보는 입장은 안경옥, 전제논문, 261쪽 참조.

44) RGSt 73, 384; BGHSt 18, 223; Hamburg HEST 2, 317.

45) Schoenke/ Schroeder-Cramer. § 263 Rn. 55; Lackner, LK, § 263 Rn. 95; Samson, SK, § 263 Rn. 66; gegen die Einbeziehung des Unterlassens nur Nauke, S. 215.

위에서 본 바와 같이 가맹점의 판매원은 자신이 거래한 은행을 통하여 전표를 제시함에 따라 신용카드의 명의인의 계좌에서 상품대금을 직접 추심한다. 이 경우를 소위 오프라인(off-line)에 의한 이체작업 즉 대금추심이 라고 한다. 가맹점의 판매원은 따라서 신용카드상 명의인의 계좌상 금액이 나 그 신용카드를 발행한 금융기관의 재산(금액)을 처리할 수 있는 상태에 처해 있다. 이러한 의미에서 가맹점의 판매원은 자신이 재산을 처분할 능력이 있다는 것을 부인할 수 없다. 그러나 다수설은 형법 제347조상 사기죄의 재산처분을 작위, 수인, 부작위를 개념적으로 정의하며 그러한 재산처분이 재산상의 감소 즉 손해발생을 직접 야기하여야 한다.⁴⁶⁾

위에서 본 바와 같이 백화점의 판매원은 전표를 발행하는 방식으로 장부상의 금전을 직접 이체할 수 있다. 이러한 관점에서 보면 백화점의 판매원은 신용카드상 명의인의 장부상의 금전을 직접 처리할 수 있는 상태에 처해 있다. 이러한 의미에서 동 판매원은 자신이 재산을 처분할 능력이 있다는 것을 부인할 수 없다. 그러나 처분능력은 언제나 의사표시가 가능한 사람에게 한한다.⁴⁷⁾ 위의 사례에서 백화점의 판매원은 그러한 의사표시를 할 수 있는 사람이라는 점에서 동법 제347조가 요구하는 처분자라 할 수 있다.

따라서 백화점의 판매원이 이러한 처분자의 입장에 있다는 것을 고려할 수 있다. 위에서 본 바와 같이 백화점의 판매원은 신용카드의 사용자가 동 신용카드를 자신에게 제시할 경우 상품가격과 제품의 코드를 읽게 한 후에 자신이 전표를 발행하여 사용자에게 서명을 요구한다. 그러한 과정에 의하여 반대급부인 상품대금은 전표상의 금전 즉 장부상의 금전의 성격을 갖는다. 이러한 과정에 따라 결국 백화점의 판매원은 의사표시가 가능한 사람이며 자신이 제3자의 재산을 처분할 입장에 있다고 할 수 있다.

따라서 가맹점의 판매원은 그러한 의사표시를 할 수 있는 사람이라는 점에서 동 법 제347조가 요구하는 처분자라 할 수 있다.

46) Schoenke/ Schroeder-Cramer, § 263 Rn. 55; Lackner, LK, § 263 Rn. 95; Samson, SK, § 263 Rn. 66: gegen die Einbeziehung des Unterlassens nur Nauke, S. 215.

47) Hier handelt es sich bei der Vermögensverfügung um ein Verhalten der irrenden Person, das den Vermögensschaden herbeifuehrt, siehe Samson, JA 1978, 564.

③ 삼각사기의 전제조건으로써 제3자의 재산을 처분할 수 있는 권한

위의 사례에서 피기망자로서 가맹점의 판매원은 제347조가 요구하는 제3자의 재산을 처분할 수 있는 입장에 있는지의 여부가 의문시된다. 이는 즉 그 판매원의 행동이 제3자에게 손해의 발생⁴⁸⁾을 야기하는 재산처분으로 볼 수 있는가 라는 질문이 제기됨을 의미한다.⁴⁹⁾ 이러한 의문의 제기는 상품대금이 현금인 아닌 장부상의 금전(Buch-oder Giralgeld)을 이체하는 형태 즉 청구권적 성격을 갖고 있기 때문이다.

대물적인 사기죄의 사례에 관하여 학설은 상이한 대립의 양상을 보이고 있다.⁵⁰⁾ 판례와 다수의 학설은 처분개념을 확장해석하는 입장에서 보는 지위설(Die Lagertheorie)⁵¹⁾과 처분개념을 축소해석하여 법적으로 유효한 처분을 할 수 있는 법적 권한설(Die Theorie der rechtlichen Befugnis)⁵²⁾이 대립되어 있다.⁵³⁾ 전설에 따르면 점유자는 처분권한의 유무에 상관 없이 처분자의 지위에 있기만 하면 처분자로 본다.⁵⁴⁾ 삼각사기에 관하여 다

48) 대법원은 피해자의 재산손해가 전체적으로 없는 경우에도 사기죄의 성립에 영향을 미치지 않는다고 보고 있다. 이에선 대법원 1995.3.24. 선고 95도203. 한편 손해가 발생하여야 사기죄가 성립한다는 입장은 이재상, 각론, 310, 311쪽 참조.

49) 피해자를 카드회사라고 하는 입장은 이재상, 불법영득의 의사와 크레딧카드사기, 고시계, 1994.6, 71쪽 참조.

50) Sehr problematisch hierueber siehe Samson, SK, § 263 Rn. 96, 97, 98 ff. mwN.

51) Vertreten von: Gribbohm, NJW 1967, 1897; Preisendanz, §242 Bem. V 5; Wekekind, Ueber die Abgrenzung und das Verhaeltnis von Betrug und Unterschlagung, 1969, S. 54 ff.; ders., NJW 1969, 1129; RGSt 25, 247; BGHSt 18, 221; BayObLG, GA 1964, 82; OLG Hamm, NJW 1969, 620; der Formulierung nach nahestend Blei, BT, 12. Aufl., 1983, § 61 IV 3; ders., PdW, 322 f.; Bockelmann, BT-1, 2. Aufl., 1982, § 11 II 4 c bb; Dreher, JR 1966, 30; ders., GA 1969, 59 f.; Welzel, Lb, § 54 I 3 b; i.E. weitgehend uebereinstimmend Haffke, GA 1972, 232; Dreher/ Troendle, § 263 Rn. 24 unter Relativierung der Bedeutung des Mitgewahrsams. 한국의 대법원은 종래의 법적 권한설에 따른 입장을 바꾸어 지위설의 입장에 따르며 이에선 대법원 1994.10.11. 94도1575 참조.

52) Otto, ZStW 79(1967), 84 f.; Roxin-Schuenemann, JuS 1969, 375; Schuenemann, GA 1969, 46; Samson, SK, § 263 Rn. 92; Backmann, Die Abgrenzung des Betruges von Diebstahl und Unterschlagung, 1974, S. 127 f.; Joecks, Zur Vermoegensverfuegung beim Betrug, 1982, S. 131.

53) 한국의 대법원이 취한 입장으로선 대법원 1981.7.28. 82도529(총람 형법 347-222); 대법원 1982.2.9. 81도994(총람 형법 347-230); 대법원 1982.3.9. 81도1732(총람 형법 347-232).

수설인 지위설은 피기망자가 피해자의 재산을 사실상 처분할 수 있는 관계 즉 단순히 각별한 인접관계에 만 있으면 되며 이는 처분행위 이전에 그러한 관계가 성립되어야 함을 요한다. 따라서 피기망자는 피해자의 재산의 범주에 밀접한 관계에 처해 있기만 하면 되는 것이다.⁵⁵⁾ 이에 반해 법적 권한설은 지위설이 요하는 제3자의 재산을 단순히 처분할 수 있는 사실상의 지위가 아닌 제3자의 재물에 처분할 수 있는 점유권한을 법적으로 갖고 있어야 함을 요한다.⁵⁶⁾ 대물상처분에 관하여 침해하게 대립되는 양설은 피기망자가 행한 재산처분이 피해자와 어떠한 인접관계를 갖고 있을 경우 처분자로 보아야 하는가이며 그 결과로서 어떠한 경우에 사기죄가 요구하는 처분자의 입장에 있는 개념이며 따라서 사기죄상 요구하는 법개념으로 볼 수 있는가란 한계를 설정한다.

그러나 앞서 말한 바와 같이 위의 사례에서 주의하여야 할 것은 가맹점의 판매원이 행한 처분은 대물적인 처분이 아닌 청구권에 관한 처분이라는 점이다. 이는 즉 형체를 갖는 실물적 금전이 아닌 장부상의 자금이체라는 장부에 의한 자료상의 금전이며 소위 장부상의 금전 또는 지랄겔트(Buch-oder Giralgeld)의 성격을 갖고 있으며 판매원은 신용카드상 명의인의 구좌나 동 카드를 발행한 금융기관으로부터 현금이란 실물을 청구할 수 있는 권리만을 단순히 갖는다.

위와 같은 사례에 있어서 문제가 제기되는 것은 대물상의 삼각사기가 아닌 청구권에 기인한 삼각사기의 경우에도 지위설과 법적 권한설이 동일하게 적용될 수 있는가 이다. 이에 관하여 지위설은 이러한 경우를 대처하기 위하여 적절한 해석상의 기준을 제시하지 못하며 해결점을 찾지 못하고 있다. 한편 법적 권한설을 주장하는 다수 또한 청구권에 기인한 삼각사

54) Ausführlich hierueber siehe, Samson, JA 1978, 567 ff., ders., SK, § 263 Rn. 90, 91 ff.

55) Vgl. BGHSt 18, 221; Geppert, JuS 1977, 69; Herzberg, ZStW 1989, 367, 407; Lackner, LK, § 263 Rn. 110, 114; Lenckner, Anm. JZ 1966, 320; Maurach/ Maiwald, BT, § 41 Rn. 80; Schoenke/ Schroeder-Cramer. § 263 Rn. 66; Vessels, BT-2, § 14 II 2.

56) Samson, SK, § 263 Rn. 96 ff; auch Joecks, aaO, S. 132, 133 f.; Offermann-Burckau, Vetmoegensvetgiegungen Dritter im Betrugstatbestand, 1994, S. 207, 208 f.

기를 명확하게 설명하지 못하고 있는 점은 동일하다. 단순히 법적 권한설 중 일설은 이러한 청구권에 기한 삼각사기를 적용할 수 있다는 점 만을 언급하고 있다.⁵⁷⁾ 법적 권한설 중 일설은 이러한 경우에도 동일하게 적용할 수 있는 근거를 다음과 같이 제시한다. 사기죄의 구성요건은 개인의 경제적인 결정권을 보호한다는 점에서 볼때 동 조는 사실상 기망의 전제조건과 더불어 그에 따르는 재산가치라는 이익과 조우하기 때문이고 동조는 이를 보호하여야 한다는 것은 당연하기 때문이라고 한다.⁵⁸⁾ 이설의 주장에 따르면 대물상 또는 청구권에 기인한 삼각사기나 청구권에 기인한 삼각사기의 경우 법적 권한설이 동일하게 적용할 수 있는 필요성이 있다는 것을 강조한다.⁵⁹⁾

따라서 법적 권한설의 입장에 따라 위의 사례를 해석한다면, 가맹점의 판매원은 제3자의 재산에 대한 처분권을 법적인 측면에서 가져야 한다. 이설의 주장에 따르면 삼각사기에 있어서 피기망자는 제3자의 재산을⁶⁰⁾ 처분할 수 있는 권한을 법적으로 가져야 한다. 즉 신용카드의 명의인 또는 신용카드를 발행한 금융기관 또는 발행사에 대하여 제3자인 가맹점의 판매원은 타인재산을 구체적으로 처분할 수 있는 임무(Aufgabe)를 법적인 근거 아래 가져야 한다. 이는 즉 제3자는 경제적 거래상 구체적으로 재산가치가 있는 타인의 재산에 영향을 줄 수 있는 지배 범위권에 있어야 함⁶¹⁾을 의미한다. 그러한 권한은 법률행위에 의하여 주어지거나 법적인 성격에 의하여 주어져야 한다.

위에서 본 바와 같이 처분이란 자기 또는 타인의 재산에 영향을 미치는 것이다.⁶²⁾ 이 의미는 구체적으로 가맹점의 판매원은 신용카드를 발행한 금융기관의 소유인 타인 재산에 영향을 미칠 권한을 법적인 측면에서 구체적으로 갖고 있는가 란 의문을 제기한다. 이는 다시 말하여 가맹점의 주

57) Samson, SK, § 263 Rn. 96 ff; auch Joecks, aaO, S. 132, 133 f.; Offermann-Burckart, Vermögensverfügungen Dritter im Betrugstatbestand, 1994, S. 207, 208 f.

58) Samson, SK, § 263 Rn. 67 iVm Rn. 3.

59) Joecks, aaO, S. 42 ff., 84 ff.; Samson, SK, § 263 Rn. 67a.

60) Samson, SK, § 263 Rn. 98; Joecks, aaO, S. 132, 133 f.

61) Joecks, aaO, S. 133.

62) Samson, Strafrecht-II, 5. Aufl., 1985, S. 154.

인 또는 판매원은 신용카드의 명의인 또는 신용카드를 발행한 금융기관과 어떠한 사법적(私法的) 관계를 갖고 있는가를 의미한다. 즉 신용카드의 명의인 구좌상의 금액 또는 신용카드를 발행한 금융기관의 금액에 대하여 가맹점 주인은 법적으로 어떠한 권한을 부여 받았는가 이다.

④ 가맹점 계약상 지불약속계약의 체결을 근거한 가맹점 주인의 신용카드의 명의인 또는 신용카드를 발행한 발행회사 또는 금융기관의 재산을 지배(점유)할 수 있는 처분권한

㉠ 가맹점계약의 체결에 근거한 처분권한

가맹점 주인 또는 판매원은 가맹점계약의 체결을 근거하여 신용카드상 명의인의 구좌상 금액이나 발행금융기관이나 발행사의 금액을 이체 받을 인접적인 지위를 직접적으로나 간접적으로 갖지 않는다. 이 의미는 첫째, 가맹점은 신용카드를 발행한 금융기관이나 발행 회사와 신용카드를 지불수단으로 받아 들인다는 가맹점계약을 체결한다. 이 계약의 주요내용은 상품을 구입하기 위하여 신용카드를 가맹점에 사용할 경우 신용카드의 발행자가 전표를 발행하는 방식에 의하여 반대급부인 판매대금을 지불약속이란 보장으로 이행하겠다는 형식상의 계약(Rahmensvertrag odervereinbarrung) 일 뿐 이 계약의 체결로 인하여 가맹점 주인이 어떤 신용카드의 소지자에게 직접 재산을 처분할 수 있는 입장에 있지는 않다. 결국 이 가맹점 계약으로부터 가맹점 주인은 제3자의 재산을 처분할 수 있는 법적인 권한을 전혀 갖지 않으며 단순히 신용카드를 가맹점에 사용할 수 있다는 약정에 불과한 것이다. 구체적으로 국가의 공식화폐인 현금을 대신하여 상품가격에 대한 지불수단으로 신용카드를 사용할 수 있다는 합의계약의 성격만을 갖는다고 할 수 있다. 이 의미는 즉 가맹점은 상품가격을 원칙적으로 국가의 공식화폐로서 제1차적인 현금을 지불수단으로 받아들이며 사(私) 금융기관이 발행한 신용카드나 수표 등을 부차적인 지불수단으로 받아들이는 사인간(私人間)의 약정에 불과한 것이다.

따라서 가맹점계약⁶³⁾

의 체결을 근거하여 가맹점 주인은 타인재산인 장부상의 금전인 지랄겔트를 처분할 수 있는 법적인 권한도 또는 사실상 처분할 수 있는 지위도 갖고 있지 않다.

⑥ 지불약속계약의 체결에 근거한 처분권한

앞서 말한 바와 같이 백화점 주인은 타인 재산인 장부상의 금전인 지랄겔트를 처분할 수 있는 법적인 권한도 또는 사실상 처분할 수 있는 지위도 갖고 있지 않다. 따라서 백화점 주인은 가맹점 계약을 기초로 한 지불약속계약의 결과로서 타인 재산인 장부상의 금전인 지랄겔트를 처분할 수 있는 권한을 갖고 있어야 한다.

- 가맹점계약의 약관상 지불약속의 법적 성격

민법상 의사표시는 원칙적으로 사람에 의할 경우에 한하여 효력을 발생한다.⁶⁴⁾ 이러한 관점에서 대인간의 의사표시에 의하여 거래가 형성되는 수표 카드(eurocheque-Karte)나 신용카드(Kreditkarte)의 거래는 별 문제를 제기하지 않는다. 그 이유는 가맹점에서 발행한 전표와 신용카드상 서명 등 동일성의 확인될 경우 동 카드에 관하여 신용카드를 발행한 금융기관이나 발행회사가 보증을 하여 주고 그 과정이 가맹점의 판매원과 사용자란 사람에 의하여 이루어지기 때문이다. 이는 즉 의사표시가 대인간에 의한 경우이기 때문에 민법상 의사표시의 효력을 발생한다는 점에 의문의 여지가 없다.

여기에서 첫째, 신용카드가 발행한 금융기관으로부터 반대급부인 상품대금을 지불할 수 있는 수단이기 위하여는 위의 신용카드는 동 카드를 발행한 금융기관으로부터 지불약속이란 확인을 거쳐야 한다. 이러한 전제조건은 동 신용카드가 그러한 보증을 받는 순간 현금을 보조하는 지불수단으로 인정될 수 있기 때문이다. 가맹점의 판매원의 행동은 수동적인 인간의 의사에 따른 결과를 산출한 상태에 있다고 말할 수 있으며 이 경우 가

63) 가맹점 계약에 있어서 카드발행사와 가맹점과 법률관계를 계속적인 채권관계로 보는 입장은 김문환, 전제서, 69쪽 참조.

64) Dilcher, Staudinger-BGB-Kommentar, 12. Aufl., 1978, Vorm. zu §§ 116-144 Rn. 5.

맹점 주인의 의사를 직접 대신한다고 할 수 있다. 이 점에서 가맹점 주인에 의하여 수동적으로 전표를 발행하는 과정상 이러한 의사표시는 민법상 의사표시로서의 효력을 발생한다고 할 수 있다.

- 가맹점 주인의 제3자의 재산을 점유(Zugriff)할 법적인 권한

가맹점 주인은 신용카드상의 동일성을 확인하는 과정에 따라 전표를 발행하는 방식으로 지불약속이란 계약을 동 신용카드를 발행한 금융기관이나 발행사와 체결하였다. 이로부터 가맹점 주인은 제3자인 신용카드를 발행한 금융기관의 재산인 장부상 자금이체를 가능하게 하는 지탈꺄트를 점유할 수 있는 권한을 가졌다.

가맹점 계약의 법적 성격은 민법상의 제3자를 위한 보증계약의 성격을 갖고 있다. 여기에서 제3자인 신용카드를 사용할 경우 신용카드의 명의인을 의미한다.⁶⁵⁾ 이로부터 가맹점 주인은 반대급부로서 상품대금을 현금인 아닌 다른 수단인 신용카드라는 매개체를 이용하여 장부상의 금전에 의할 수 있으며 동 지탈꺄트를 근거하여 국가의 공식화폐인 현금을 청구할 수 있는 청구권을 갖는다. 가맹점 계약은 이를 명백하게 규정하여야 할 사항이며 구체적으로 장부상의 자금이체를 분명히 규정하여야 할 것이다.

신용카드에 의한 지불의 합의는 본래의 상품가격의 변제 청구권에 대한 구속성을 갖고 그러한 반대급부의 이행권이 성립한다. 민법의 매매계약상 신용카드의 명의인이 변제하여야 할 상품대금은 신용카드를 발행한 금융기관이 가맹점의 구좌에 장부상으로 자금이체를 하기 전까지 가맹점 주인은 그에 대한 청구권만을 갖는다.⁶⁶⁾

⑤ 제3자의 재산을 처분할 수 있는 가맹점 주인의 법률행위에 의한 처분권한

위에서 본 바와 같이 가맹점 주인은 행위자가 전표에 서명하여 지불약속이란 확인을 하는 순간 매매계약의 상대방으로서 확실한 체결자를 확보

65) Gottwald, Muenchener Kommentar zum BGB, Bd. 2: §§ 241-432, 3. Aufl., 1994, § 328 Rn. 14.

66) Vgl. Canaris, Bankvertragsrecht, Bd. 1, Erster Teil, 1. Aufl., 1981, Rn. 1651.

하게 된다.⁶⁷⁾ 상품양도를 위하여 요구되는 합치의사는 가맹점 주인이 법률행위상 요구되는 의사표시를 신용카드를 발행한 금융기관을 대신하여 장부상의 방식에 의하여 직접 지불약속을 하기 때문이다. 이에 따라 가맹점 주인은 매매계약의 확실한 당사자로서 신용카드의 발행 금융기관으로부터 매매대금의 액면가에 대한 청구권을 보장 받는다. 그와 동시에 가맹점은 자신이 거래한 은행의 전표를 가맹점 일련번호를 기입하여 동 전표를 온라인 또는 오프라인의 방식으로 제시하여 금융기관으로부터 청구권의 일 당사자가 누구인가를 확인한다. 이러한 확인은 가맹점 주인이 장부상의 자금을 이체받을 권리를 갖는 동시에 장부상의 금전을 금융기관으로부터 이체할 수 있게 하며 그 가맹점 주인은 따라서 타인의 재산을 처리할 수 있는 권한을 전표를 발행하는 법률행위의 결과로서 취득한다. 이러한 가맹점 주인은 합치의사라는 법률행위에 의하여 타인의 재산에 손해를 가하는 권한을 갖고 있다고 할 수 있다.⁶⁸⁾ 이를 달리 말하면 가맹점 주인은 법률행위에 결과로서 금융기관과 가맹점간에 체결한 가맹점계약의 실제 효력을 발생(지불약속)하게 하는 반대급부의 청구권자이며 반대로 금융기관은 자신이 발행한 신용카드의 사용에 따른 지불을 보장한다.⁶⁹⁾

이 지불약속상 요구되는 반대급부인 상품대금의 이행수속을 위한 법률행위적 의사표시는 전자적인 방식에 의하여 이루어진다. 이는 온라인(on-line) 또는 오프라인(off-line)의 방식에 의할 수 있으며⁷⁰⁾ 카드에 관한 지불약속(또는 불량카드)이란 의사표시는 통화 또는 그 밖의 기기를 이용하여 긍정적 또는 부정적으로 가맹점 주인은 수취할 수 있다. 여기에서 긍정적이란 금융기관으로부터 지불약속을 의미하고, 부정적이란 금융기관이 지불약속을 하지 않음을 말한다. 따라서 후자의 경우 신용카드는 지불수단으로서 성격을 갖지 않는다. 이러한 일련의 과정은 사용자로서 행위자, 신용카드를 발행한 소유자로서 금융기관, 매매계약의 일 당사자로서 가맹점

67) 이를 소위 말하여 Annahme des Angebotes ad certas personas라고 한다.

68) In diesem Sinne Samson, SK, § 263 Rn. 98; Joecks, aaO, S. 132, 133 f.

69) Vgl. LG Berlin, wistra 1985, 242.

70) on-line과 off-line의 방식에 관하여 자세하게는 Yong Bong Yoo, aaO, 29쪽 참조.

이라는 3당사자가 가맹점 계약을 근거하여 의사표시에 의한 매매계약을 성립하게 하는 법적인 요건을 갖추었다고 할 수 있다. 여기에서 결국 가맹점 주인은 제3자의 재산인 지랄깁트를 직접 영향을 미치는 법률행위상의 당사자이며 그 결과로서 타인의 재산을 처분할 수 있는 권한을 법적인 권한설에 의하여 부여 받았다⁷¹⁾고 할 수 있다.

⑥ 소결론

따라서 가맹점 주인은 행위자와 전표를 발행함에 따라 제3자인 신용카드의 명의인의 구좌상의 장부상의 금전을 법률행위의 결과로써 처분할 수 있는 권한을 허락 받았다. 결국 가맹점 주인은 형법 제347조상 사기죄가 요구하는 타인의 재물을 처분할 수 있는 처분자라 할 수 있다.

3) 손해와 이익간의 자료의 질적 동일성

마지막으로 형법 제347조상 사기죄가 성립하기 위하여는 피해자의 손해와 기망자인 행위자가 예상하였던 이익 사이에 자료의 질적 동일성을 다수의 입장은 요한다.⁷²⁾ 위의 사례에서 행위자가 취한 상품에 대한 소유권은 신용카드의 명의인 또는 신용카드를 발행한 금융기관의 재산 즉 상품대금을 장부상의 자금이체라는 과정을 통하여 신용카드를 발행한 금융기관으로부터 가맹점 주인의 구좌로 장부상 자금이 이체되어 제3자에게 손해를 야기하였다. 이는 상품대금에 대하여 가맹점주인에게 손해를 야기한 형태가 아닌 제3자에게 손해를 발생하게 하여 피기망자의 이득은 사기죄의 성립요건인 자료의 질적 동일성을 충족시켜준다. 그 이유는 전술한 바와 같이 삼각사기의 경우 피기망자와 재산처분자는 동일할 것을 요구하고 피기망자와 재산상의 손해자는 동일하지 않아도 된다는 원칙이 요구되기 때문이다. 여기에서 행위자는 이득의 목적을 그 행위자가 상품대금을 절약

71) Zu diesem Sinne siehe Samson, JA 1978, S. 565 f.; ders., SK, § 263 Rn. 78 f.

72) Samson, SK, § 263 Rn. 188 mwN.; ausführlich Mohrbotter, GA 1971, 321; 이재상, 형법각론, 332쪽 참조.

하려는 불가피한 수단을 이용할 경우⁷³⁾

에 그러한 이득의 의사는 인정될 수 있다. 따라서 이득은 가맹점 주인이 전표를 발행하는 방식에 의하여 금융기관과 합치의사를 근거로하여 계약을 체결하고 그 결과로서 가맹점 주인이 금융기관의 지불약속을 수취하여 확인한 순간이다. 이것이 가맹점 주인이 행위자에게 상품대금의 지불이란 손해의 발생을 신용카드의 명의인의 구좌로부터 또는 신용카드의 발행 금융기관의 재산으로부터 야기시켜 자신의 상품을 양도하는 자료의 질적 동일성은 불가피한 중간과정⁷⁴⁾이라 할 수 있다. 따라서 행위자는 제3자를 불가피한 중간과정으로 이용하려는 이득의 의사를 가졌다.⁷⁵⁾

가맹점 주인은 피해자인 신용카드를 발행한 금융기관이나 신용카드의 명의인으로부터 아무런 청구권이 없는 데도 불구하고 그러한 이득을 취하였으므로 이는 위법하다.⁷⁶⁾

따라서 동조가 요구하는 불법이득의 의사도 전제되었다.⁷⁷⁾

4) 결 론

타인 명의의 신용카드를 불법적으로 위조하여 가맹점에서 상품을 구입한 행위는 형법 제347조상 사기죄로 처벌될 수 있다.

73) Siehe Samson, JA 1978, 630; ders., SK, § 263 Rn. 189; Lackner, LK, § 263 Rn. 261; Arzt/ Weber, LH-3(BT), S. 171; BGHSt 21, 384, 386./ Vgl. Mohrbotter, Die Stoffgleichheit beim Betrug, 1965, S. 173 f.

74) Ausführlich zu diesem Sinne, siehe Samson, Strafrecht-1, 7. Aufl., 1988, S. 27 ff., 28 ff.

75) Siehe Samson, SK, § 263 Rn. 189; ders., JA 1978, 630 mit weiteren Ergänzung : BGHSt 21, 384; Lackner, LK, § 263 Rn. 261.

76) Vgl. Samson, SK, § 263 Rn. 191; ders., JA 1978, 630; RGSt 64, 344; BGHSt 3, 162; BGH Beschl. V. 20. Nov. 1981 in: wistra 1982, 68; OLG Bamberg NJW 1982, 778; Schoenke/ Schroeder-Cramer, § 263 Rn. 171 f.; Maurach-Schroeder, BT-1, S. 428; Joecks, aaO, S. 136.

77) 대법원의 경우도 불법이득의 의사를 인정하며, 이에는 대법원 1980.7.8. 79도2734(총합 형법 347-215); 대법원 1984.2.14. 83도2857(공보 726-540).

나. 형법 제247조의 2상 컴퓨터 등 사용사기죄의 성립 여부

불법적으로 위조한 신용카드를 대인간에 사용한 행위자인 행위는 형법 제347조의 2상의 컴퓨터 등 사용사기죄가 요구하는 규범의 수범범위에 해당하지 않는다. 그 이유는 동조는 객관적 구성요건으로서 컴퓨터 등 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 자를 처벌한다고 명시하고 있는 바와 같이 자동적으로 작동하는 컴퓨터 등 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하여 위의 전자자금을 이체하는 컴퓨터가 재산상의 처분을 하여 행위자가 그 이익을 취득하거나 제3자가 이익을 취득하여야 하기 때문이다. 따라서 행위자의 행위는 동조상 요구하는 규범의 수범범위에 해당하지 않으므로 컴퓨터 등 사용사기죄로 처벌될 가능성이 없다.

保險金目的 殺人犯罪의 實態

이 병 희*

I. 序 論

인간사회에서 犯罪는 시대와 제도의 변화에도 불구하고 변함 없이 발생되고 있다. 이러한 범죄 중에서도 殺人罪는 인간의 존엄과 가치의 기초를 침해하는 가장 전형적이고 기본적인 범죄이고, 刑事法은 사람의 生命을 보호함에 있어서 절대적 생명보호의 원칙에서 출발하고 있다. 이러한 사람의 생명은 '우주의 무엇과도 바꿀 수 없는 절대적인 것이며, 全地球보다도 무겁고 尊嚴한 人間存在의 根源'¹⁾이라 한다. 그러나 殺人犯罪는 줄어들지 않고 전통적인 범죄 형태와 더불어 과학기술의 발달과 경제구조의 변화에 따른 신종범죄에 편승하여 계속적으로 발생되고 있으며, 이에 따라 살인범죄의 원인과 예방 및 대책에 대한 많은 연구가 진행되고 있다.

이와 같이 인류문화의 발달과 아울러 살인의 결과를 가져오는 원인이 다양해지고 있는데. 그 중에서 최근 사회적 관심이 되고 있는 保險을 이용하여 殺人을 행하고 보험금을 騙取하고자 하는 犯罪가 빈번하게 발생하고 있다.

保險은 각종 危險속에 살고 있는 현대인에게 필수적인 경제제도의 하나이지만²⁾ 이러한 제도를 범죄적인 행위에 의하여 역기능 측면으로 자기의

* 한국형사정책연구원 연구원, 법학박사

1) 대법원 1963.2.28. 선고 62도241 판결.

2) 우리나라 가구의 86%가 1개 이상의 생명보험에 가입하고 평균 3.6건의 생명보험을 들어 연간 293만원의 보험료를 납입하고 있다(제9차 생명보험성향조사 결과, 생명보험협

이익을 도모하려고 하는 행위에 대하여 모든 수단을 다해서 배제하는 것이 건전한 보험제도의 발전뿐만 아니라 보험범죄로 犠牲될 사람들을 생각해서라도 긴급한 과제라고 하겠다.

보험살인범죄의 발생건수는 전체 살인범죄건수에 비하여 소수에 불과하지만 금전에 연류된 사람의 생명에 관한 범죄라는 점에서 적극적으로 방지되어야만 한다. 그러나 범죄학적이거나 형사정책적인 측면에서도 보험범죄에 대하여 아직까지 깊이 연구된 것이 없는 현실에서 本稿에서는 보험범죄에서도 흉악한 살인범죄가 가장 많이 자행되고 있는 生命保險犯罪를 중심으로 國內에서 1975년부터 2000년까지의 25년간에 발생했던 사건을 중심으로 殺人犯罪實態의 고찰을 통하여 보험금을 목적으로 하는 살인범죄의 원인을 분석하고 방지하기 위한 새로운 방안을 찾고자하는 것이다.

II. 保險殺人犯罪의 動向

1. 保險殺人犯罪의 對象

생명보험은 보험계약자와 보험자가 보험계약을 체결하는 死亡保險과 生存保險 및 生死混合保險으로 구분을 할 수 있는데, 보통 被保險者의 사망을 保險事故로 하는 사망보험과 생사혼합보험이 주 대상이 된다. 그리고 보험계약자와 피보험자가 다른 사람인 '他人의 生命 保險'인 경우가 보험살인의 대상이 된다. '自己의 生命의 保險'인 경우에도 그 보험이 다시 '他人을 위한 生命保險契約'이라면, 즉 보험계약자와 피보험자가 동일인이고 보험수익자가 他人인 경우에도 보험수익자에 의한 피보험자의 살해가 가능할 수 있다.

保險殺人에 대한 이러한 유형은 일반적인 대상이고, 보험살인은 제3자에 의한 피보험자를 살해하는 방법에서 他人을 살해 후 피보험자로 위장

회, 2000.9).

하여 보험살인의 대상으로 하고 있다.³⁾ 따라서 보험살인의 주된 대상은 생명보험에서의 피보험자이고, 그 다음이 불특정 다수인도 보험살인의 대상이 될 수 있다는 것이다.

2. 保險殺人犯罪에서의 加害者와 被害者

보험살인에 있어서 가해자와 피해자는 위에서 살펴본 보험살인의 대상인 사망보험에서의 피보험자로 '他人의 生命의 保險'에서의 보험계약자와 다른 그 他人인 피보험자와 '自己의 生命의 保險'에서 보험계약자와 동일인인 피보험자 자신이 보험살인범죄의 피해자가 된다. 그리고 제3자도 피보험자로서의 위장을 위한 대상으로서의 보험살인범죄의 피해자가 된다.⁴⁾

생명보험에서의 被保險者는 그 사람의 生死가 보험에 붙여진 者를 말한다. 손해보험범죄에서의 가해자와 피해자는 간단하지만 생명보험범죄인 보험살인에 있어서는 가해자와 피해자의 관계가 복잡하다.⁵⁾

보험 계약의 직접적인 당사자는 保險契約者와 保險會社(保險者)로써, 보험계약은 보험계약자의 신청과 보험회사의 승낙에 의해 성립한다. 그리고 피보험자의 生命의 위험을 배제하기 위해 商法은⁶⁾ 보험계약자가 자기가 아닌 다른 사람을 피보험자로 한 경우의 '他人의 生命의 保險'을 계약하는 때 '被保險者의 書面에 의한 同意'를 필요로 한다고 규정하고 있다.⁷⁾

3) 생명보험범죄의 유형과 사례에 대하여는(李秉熙, 보험범죄론, 형설출판사, 2001. 39면) 이하 참고.

4) 李秉熙, 보험범죄론, 57면 이하. '他人을 殺害 후 被保險者로 偽裝하는 경우' 참고.

5) 피보험자의 개념도 생명보험과 손해보험에서 개념의 차이가 있다. 손해보험에서의 피보험자는 보험사고가 발생한 경우 보험자에 대하여 그것으로 인한 損害의 補償을 청구할 수 있는 자를 말하며, 人保險의 경우 保險受益者에 상응한다. 人保險인 생명보험의 피보험자는 보험사고 발생의 客體로서 보험에 붙여진 사람을 말한다. 그리고 상법 제732조에 의하여 死亡保險의 피보험자는 15세 미만자, 心神喪失者와 心神微弱者는 될 수 없다.

6) 상법 제731조 他人의 生命의 保險 제1항 他人의 死亡을 保險事故로 하는 保險契約에는 保險契約 締結時에 그 他人의 書面에 의한 同意를 얻어야 한다. 이에 대하여 보험계약자와 피보험자가 동일인 경우를 自己의 生命의 保險이라 한다.

7) 英美法은 보험금 수취인이 被保險者의 生命에 대하여 '被保險利益'을 가진다는 것을 요건으로 하고 있다. 그러나 어느 방법도 계약 체결시의(보험 계약자 측에 존재하는

보험금을 목적으로 하는 살인의 보통 수범은 加害者인 보험계약자나 보험금수익자가 단독으로 또는 제3자(共犯)와 共謀하여, 여러 가지 위장 수단을 이용하여 피보험자를 살해하고 보험회사에게 보험금을 청구한다.⁸⁾

따라서 보험금 살인의 직접적인 피해자는 일반적으로 살해된 피보험자이고 보험금을 지급하는 보험회사 또한 간접적인 피해자로 볼 수 있다.⁹⁾ 간접적인 보험회사의 손해는 결과적으로 다수의 보험계약자에게 영향이 미친다. 즉 기존의 보험계약자와 장래의 보험계약자에게도 배당금의 축소나 보험료의 인상 등으로 피해자가 된다는 것이다.

3. 保險犯罪에 관한 加害者·被害者論¹⁰⁾

보험범죄에 관한 외국의 주요한 저서와 논점을¹¹⁾ 보험금 목적 살인의

주관적 위험)를 어느 정도 막을 수 있어도, 그 후에 있어서 위험 상황의 변화에 충분히 대응할 수 있는 것이라고 할 수 없다.

8) 생명보험범죄의 行爲 態樣에 대하여는, 李秉熙, 보험범죄론, 40면 이하 참고.

9) 그러나 보험살인이 역선택에 의한 계약이거나 회사의 잘못으로 인한 것이라면, 보험회사가 범죄에 대한 책임도 있음을 인정하여야 할 것이다.

10) 月足一清, "保險金目的夫婦間殺人の被害者學的考察"-1970년~1994年間の發生事件에 의거하여-, 被害者學研究, 日本被害者學會, 1998. 3, 53~55면 참고.

11) (1) Campbell의 '保險과 犯罪' ; 1902년 캐나다의 Campbell, Alexsander Colin은 「Insurance and Crime」 부제로 A Consideration of the Effect upon Society of the Abuses of Insurance together with certain historical Instance of such Abuses를 저술했다. 이것은 세계에서 최초의 「보험 범죄론」으로, 그 배경에는, 19세기의 英美에서 악질의 보험 유사 제도의 난립과 흉악한 보험금 살인의 발생이 있었다. Campbell은 기본적으로 보험사기는 보험회사와 보험계약자의 양자에 의해 행하여지는 것을 지적했다. 그리고 부제 「보험의 남용이 사회에 미치는 영향에 대하여 고찰」이 나타내는 것과 같이, 보험범죄가 사회 전반에 도덕적인 퇴폐를 가져온다는 위기감을 제기했다. (2) Shultz, Karl의 '被害者 有責' : 1956년 독일의 Shultz, Karl의 「Versicherungsmord」은, '보험금살인'을 취급했던 최초의 저서로 피보험자의 대역을 살해하는 경우를 제외하고, 대부분의 보험금살인에 있어서 가해자와 피해자는 近親者, 債權者, 債務者 등 밀접한 관계에 있고, 이것으로 피해자는 가해자에 큰 신뢰를 주고 범인은 그 신뢰를 악용하여 목적을 달성하고 있는 것을 지적하고 있다. (3) König, Waiter '保險會社' 被害者論은 1968년 스위스의 König Waiter는 '보험사기-실제의 형태와 방지'에서 '피해자'를 문제삼고 있다. 보험회사는 경제적인 손해는 있어도 속는 것은 없으므로 실제로 속는 것은 보험계약의 체결이나 보험금의 지불 임무에 있는 담당자이고, 따라서 담당자의 주요한 임무는 보험사기를 회피하는 것에 있다고 강조한다. König는 '보험의 남용

피해자론적 입장에서 보면 대체적으로 그 내용을 다음과 같이 정리할 수 있다. 보험금 목적 살인에 있어서 保險의 目的은 '사람'이고, 損害保險에 있어서는 '財産'으로 본질적으로 다르다. 또한 보험살인은 우선 살인을 행하는 것이고, 살해된 피해자는 피보험자인 것은 명백하다. 물론 제3자를 살해하고 피보험자로 위장하는 경우도 있다.

보험살인의 犯人은 피보험자의 사망을 保險事故로 위장하고 보험회사로부터 보험금을 사취한다. 따라서 보험회사는 경제적인 손해를 받는 피해자이고 피보험자에 이어 제2의 피해자로서 위치를 부여할 수 있다.

그렇지만 보험회사는 보험과 관련한 위험을 전부 알고 있는 전문가이고 保險約款을 작성하며 계약을 선택·체결한다. 그리고 보험금의 지불을 결정한다. 따라서 보험회사를 일반범죄에 있어서는 개인 피해자와 동등하게 취급하지 않는다. 제2의 피해자인 보험회사는 보험제도를 떠맡는 사회적 책임과 '생명보험이 살인을 조장하는 것은 없다'라는 견지에서 피보험자의 생명을 보호하고, 그것을 통하여 스스로의 이익과 함께 선량한 보험계약자나 주주의 이익을 지키지 않으면 안된다.

4. 保險殺人犯罪의 發生現況

은 보험의 본질에서 나오고 있다'라는 Campbell의 입장에 동의하고 Campbell의 영향을 받고 있지만, 전체로서 보면 König는 피해자를 보험회사라 하는 입장에서 보험회사가 보험범죄를 실제로 방지하는 노력을 높게 평가하려고 하고 있다. (4) Wittk mpfer, Gerhard W.의 「保險會社」 피해자론은 100개의 보험회사의 보험 전문가에 대한 앙케이트에 의거하는 것으로 기본적으로 보험회사 被害者論이다. 즉 ① 보험회사는 오늘날 전 생활 영역의 위험을 떠맡고 있기 때문에 거의 모든 범죄행위의 손해에 대하여, 최종적으로 그 보상을 떠맡는다. ② 보험회사는 보험금 사취를 기도하는 '직업적인 보험 사기'와 범죄 의식이 희박한 대량의 '소 보험 사기'의 두 종류 보험사기에 의해 직접 피해를 받는다. 보험회사는 '보험 계약자(加害者)와 보험회사(被害者)'의 관계 속에서 한편으로는 재산을 사취한 피해자이지만 다른 한편에서는 加害者(犯人)으로 보험료를 받는 수익자라는 '보험 회사의 양면성'의 지적이 특징적이다. (5) Niemi Hannu의 '強力한 被害者'는 핀란드의 Niemi Hannu의 논문으로 'A Victimological Aproach to Insurance Fraud : An Example of powerful Victims'가 있다. 이것은 북구에 있어서 최근의 보험사기에 관한 보고와 핀란드의 5개 보험회사 조사자를 포함한 전문가의 인터뷰에 의거한 것으로 보험범죄의 피해자를 보험회사라는 전제에 있다.

보험살인범죄에 대한 통계자료는 保險制度가 보급되어 있는 나라들도 정확한 통계를 갖고 있는 국가를 발견할 수가 없다. 국내에서도 자세한 통계가 없어 保險殺人犯罪에 대한 통계는 아직까지 집계된 바가 없다. 통계가 있다하더라도 暗數의 문제가 있어 보험범죄의 통계는 정확할 수가 없을 것이다.

따라서 본 연구에서는 1975년부터 2000년까지의 국내에서 발생한 사건으로 법원의 判決¹²⁾에 의한 자료와 新聞에 보도된 내용을 중점적으로 정리 분석한 것이다. 지난 25년간 보험금을 목적으로 殺人과 殺人未遂事件은 총 59건이다. 물론 기록을 찾지 못한 사건이 있을 것이고, 보험범죄의 특성상 暗數에 관련하여 정확한 통계는 불가능할 것이다. 그리고 보험살인에 관련하여 최근 수사중인 사건(5건)¹³⁾은 포함을 하지 않았다. 따라서 본 통계보다 보험살인에 관한 범죄는 더 많다고 추정할 수 있을 것이다.

그리고 日本의 보험금살인사건에 관한 자료를 참고로 하였다.¹⁴⁾ 물론 이것도 충분한 자료라고는 할 수 없으며, 각 자료마다 통계연도에 따라서 조금의 차이는 있지만, 우리나라의 보험범죄에 관하여 상황을 비교·추정할 수 있고 보험범죄예방에 참고가 될 것이다.

<표 1>은 우리나라에서의 보험금 목적 살인 건수로 1970년부터 10년 단위로 집계하되 1990년대에 발생한 사건이 많아 5년 간격으로 加害者を男女별로 구분하였다.

日本에서의 보험금 목적 살인 사건으로 1970년부터 1994년까지의 건수는 남자 116건 여자 47건으로 합계 163건이다.¹⁵⁾

12) 대법원 1979.6.12. 선고 79도740 판결 ; 대법원 1980.7.22. 선고 80도977 판결 ; 대법원 1980.11.25. 선고 80도2511 판결 ; 대법원 1984.2.28. 선고 83도3331 판결 ; 대법원 1985.11.12. 선고 85도2056 판결 등이 있다.

13) 예컨대, 심장병 앓는 7세 의붓딸 상습학대로 계모가 떠밀어 숨지게 한 사건도 고액의 보험금에 가입되어 수사중이고(한국일보, 2000.5.22, 31면) ; 수면제 먹인 뒤 딸이 아버지를 살해하고서 사고로 위장한 사건으로 최근에 부친명의 보험 7개 가입한 사건도 수사중(조선일보, 2000.3.10, 31면) ; 보험금 노리고 아들살해 혐의 30대 용의자 출두 앞두고 자살한 사건(조선일보, 2000.7.24, 31면) 등이 있다.

14) 日本에 있어서는 月足一清, 保險金目的夫婦間殺人の被害者學的考察 : 月足一清, 生命保險犯罪, 東洋經濟新報社, 1986 ; 山元泰生, 保險金殺人, 時事通信社, 1987 등 참고.

15) 保險金 目的 殺人 件數

<표 1> 保險金 目的 殺人 件數

연 도	1970년대	1980년대	1990-1994년	1995-1999년	2000년	계
남	1	5	2(1)	16(2)	1	25(3)
여	1	7	2(1)	14(6)	1	24(7)
계	2	12	4(2)	30(8)	2	49(10)

* ()는 살인미수사건

보험금을 목적으로 하는 범죄에 있어서는 일반적으로 被殺者가 被保險者로 犯罪者가 保險受益者로 보험계약을 체결하여¹⁶⁾ 피보험자가 살인에 의하여 사망했다는 의심을 받지 않아야 된다. 그러므로 보험살인을 실행하는 보험계약자나 보험수익자는 피보험자를 다양한 살인방법을 사용하여 自然死, 災害死, 自殺 등을 交通事故로 인한 사고 또는 강도에 의하여 살해된 경우 등으로 위장을 한다.

日本에서의 보험금살인의 위장방법은 제3자에 의한 방법과 교통사고 사망으로 위장한 것이 가장 많다.¹⁷⁾ 또한 보험금 살인의 범인은 피해자의 近親인 경우가 많다. 살해 대상자를 피보험자로 하는 생명보험계약을 이미 체결해 놓은 상태이거나, 범죄를 계획하고서도 가족인 경우에는 생명보험에 쉽게 동의하여 가입하는 경우가 많다. 그리고 범인이 될 보험계약자가 피해자가 될 피보험자 모르게 동의를 위장해서 생명보험에 가입하는 경우

연 도	1970~74	1975~79	1980~84	1985~1989	1990~94	계
남	20	33	32	26	5	116
여	4	9	16	14	4	47
계	24	42	48	40	9	163

16) 그러나 이 경우에 범죄자가 항상 保險受益者가 아니라도 제3자의 教唆 등으로도 범죄의 실행이 가능할 수 있다.

17) 日本 경찰청 조사에 의하면. 1978년부터 1985년까지의 기간 중에 保險金殺人으로 검거된 68건 중에서 제3자에 의한 殺人事件으로 偽裝된 것이 25건(36%), 交通事故死위장이 23건(33%), 익사 위장 7건, 가스중독사 위장 4건, 실화소사 위장 4건, 추락사 위장 3건, 자연사 위장 2건 등이다(月足一清, 生命保險犯罪, 10면) : 다른 통계에 의하면, 日本의 保險金目的殺人事件의 검거건수는 1969년에서 1984년 사이에 105건이 발생하였다(廣畑史朗, "保險金目的犯罪の實態 - 殺人 放火事件を中心に -" 法律のひろば, 1985.4. 5면).

가 있다.

Ⅲ. 保險殺人犯罪의 實態

1. 保險殺人犯罪의 特性

가. 犯行의 動機

생명보험범죄의 범행 동기로서 가장 많은 부분을 차지하고 있는 것은 역시 保險金이라는 金錢에 있다. 돈을 손에 넣고 싶은 강렬한 욕망은 사람으로 하여금 犯行으로 나아가게 만든다.¹⁸⁾ 다른 동기로는 被保險者가 불구라거나 생활능력이 없거나 自己의 다른 애정행각에 방해가 된다는 부수적 이유도 있는 것이 특징이다.

이러한 범죄자들의 범행동기는 대체로 보험사기의 방법으로 시작하는 경우와 살인이나 自殺 또는 自害 등으로 시작하여 保險詐欺로 이어지는 방법으로 볼 수 있는데, 모두가 보험금의 給付를 노리고 있다. 생명보험은 사람의 生死를 保險事故로 하는 보험계약이므로 살인에 의한 방법이 가장 많이 이용되고 있다. 그리고 질문표에 따른 告知義務를 違反하여 보험을 가입한 뒤 사기에 의한 보험금을 給付받고자 하는 방법 등을 들 수 있다.

우리나라의 1999년도 형법범 중에서 범인을 제외한 685,993명에 대한 犯行動機를 분류하면, 利慾 19.5%(생활비 마련 2.8%, 유흥비 마련 1.4%, 허영·사치심 0.4%, 치부 1.3%, 도박비 마련 0.2%, 기타 13.4%), 우발적

18) 月足一淸, 生命保險犯罪, 138면 ; 사건의 예로는 영국 거주 한국 교민이 노름빚을 갚기 위해 보험금을 노려 부인을 살해한 혐의로 영국 법원에서 종신�형판결을 받은 사건("保險金 노려 아내 殺害 在英교민 종신�형 판결", 國民日報, 1998.4.8<www.knib.co.kr>), 최근 충남에서 주부가 남편명으로 생명보험에 가입해 놓고 남편을 독살하려다 경찰에 적발된 사건 및 서울에서 부인 앞으로 4종류 1억 5천만원의 생명보험에 가입한 뒤 부인을 살해한 사건("故意 保險事故 갈수록 기승" 國民日報, 1998. 3. 23 <www.knib.co.>) 등을 들 수 있다.

8.9%, 사행심 2.8%, 부주의 2.8%, 호기심 1.2% 등으로 나타나고 있다.¹⁹⁾ 우리나라의 보험살인범죄의 동기도 전반적으로 생활비 활용의 목적으로 사업자금조달이나 채무변제 및 유흥비 등의 목적으로 범행을 하고 있다.

日本의 1983년 犯罪白書を 참고로 살해의 동기를 보면, 전체 살인 152명중에서 생명보험금 입수목적이 20명(13.2%)을 차지하고 있다.²⁰⁾ 그리고 日本에서의 1978년부터 1985년까지의 68건의 보험금살인을 대상으로 경찰청의 조사결과에 나타난 범행동기가 보험금을 목적으로 살인 후 사기를 위장한 것임을 입증해주고 있다.²¹⁾

나. 保險犯罪人과 被害者의 關係

보험범죄 중에서 특히 보험금을 노린 살인은 보험에 가입한 자를 살해하여 보험금을 騙取하는 것이므로, 가해자와 피해자의 관계가 다른 범죄와 달리 특정되어 있는 것이 보통이다. 가해자, 즉 보험범죄인은 실질적으로 보험금을 취득하는 보험계약자나 보험수익자인 경우가 많다. 피해자는 생명보험계약에서의 피보험자이다.

그러나 생명보험계약은 법률의 규정 등에 따른 일정한 제한 때문에 타인을 피보험자로 하는 계약을²²⁾ 체결하는 것은 쉽지 않다. 따라서 피해자인 피보험자를 살해하는 보험금을 노린 살인의 경우, 加害者와 被害者는 가족관계나 고용관계 또는 채권채무관계라고 하는 특수한 관계로 한정되

19) 2000 범죄분석-통권 130호-, 대검찰청, 2000.9. 14면.

20) "凶惡犯罪の現狀と對策", 犯罪 白書(1996年), 法務省法務綜合研究所, 1996.11, 277면.

21) 月足一清, 生命保險犯罪, 138면; 保險金殺人事件의 犯行動機

범행동기	사업자금조달	유흥비 조달	차입금 변제	용자금 회수	기 타
전수(%)	25(36.8)	16(23.5)	14(20.5)	5(7.4)	8(11.8)

22) 他人의 生命保險契約은 보험계약자가 타인을 被保險者로 한 것을 말한다. 이에 대하여 보험계약자가 자신을 피보험자로 하는 自己의 生命保險과 다르다. 他人의 生命保險契約은 보험계약자 또는 보험수익자, 기타 利害關係人들이 보험금을 취득할 목적으로 피보험자의 생명을 故意로 위협하게 하는 범죄가 발생할 가능성이 있으므로 刑事政策的인 목적의 규정이 필요한 것이다(崔基元, 보험법, 463면).

어 있는 것이 특징이다.²³⁾

이러한 관계는 모든 경우에 적용되는 것이 아니라, 바꿔치기 살인(제3자를 살해하고 그 시체를 이용한 사망사고의 위장)에서는 대부분이 보험계약자이면서 피보험자인 범죄자가 자신의 죽음을 대신할 목적으로 他人을 殺害하는 경우로 일반인이 피해자가 되는 경우도 있다.

<표 2> 保險金殺人事件의 被害者와 加害者의 性別·年度別 現況

연 도		1970	1980	1990~1994	1995~1999	2000~	계
피해자	남	2	10	2(1)	20(6)	1	34(7)
	여	2	6	2(1)	14(2)	1	25(3)
	계	4	16	4(2)	34(8)	2	60(10)
가해자	남	1	5	2(1)	16(2)	1	25(3)
	여	1	7	2(1)	14(6)	1	24(7)
	계	2	12	4(2)	30(8)	2	49(10)

* ()는 살인미수사건

* 성별 미상은 제외(3명)

우리나라에서의 살인범죄에 대한 범죄자와 피해자의 관계에 관한 통계로서, 1999년도 殺人犯罪者 1,080명중에서 피해자와의 관계는 다음과 같다.²⁴⁾ 피해자는 국가 14명, 고용자 2명, 피고용자 6명, 직장동료 25명, 친구 23명, 애인 90명, 동거 친족 225명, 기타 친족 55명, 거래 상대방 25명, 이웃 35명, 知人 121명, 他人 210명, 기타 150명, 미상 99명이다. 가장 많은 피해자는 동거친족, 他人, 知人의 순이다. 여기에는 보험금을 목적으로 하는 살인도 포함되어 있다.

<표 3>은 우리나라와 日本의 보험금 목적 살인사건에서 가해자와 피해자의 관계를 나타낸 것이다. 日本은 제2차 大戰後부터 1986년까지의 164건(이 가운데 살인미수사건이 33건, 살인예비사건이 1건 포함됨)의 보험금 목적살인사건 중에서 가족 및 친족관계(101건)²⁵⁾ 직장 및 업무관계(35건),

23) 月足一清, 生命保險犯罪, 134면.

24) 2000 범죄분석(통권 133호), 242면.

友人이나 知人 및 제3자 관계(28건) 순으로 나타난다. 생명보험범죄의 가해자와 피해자관계에서 가족 및 친족관계가 압도적으로 많다.²⁶⁾

<표 3> 韓·日 保險殺人에서 加害者와 被害者의 關係

	가해자	남 성						여 성					
	피해자	처	자녀	부모	친척	형제	기타	부	자녀	부모	친척	형제	기타
한국	건수	11	4	2	4	2	5	20	1	0	2	1	5
	피해자	처	자녀	부모	애인	형제	기타	부	자녀	부모	애인	형제	기타
일본	건수	26	14	9	3	6	4	31	7	0	2	1	1

日本の 1970년에서 1994년까지의 보험금살인사건 중에서도 가해자의 성별에 따른 피해자의 상황을 보면 加害者인 男女 모두 피해자의 대상이 배우자나 친족 관계에 있는 자와 제3자이다.²⁷⁾ 그러나 1975년 이후 남자 加害者는 친족 이외에 제3자를 살해한 사건이 많이 발생하여 사회문제화 되었으나, 1980년대에 보험회사에서 제3자 관계인 계약에 철저한 査定을 한 결과 1990년 이후 제3자에 대한 살인은 감소하였다.

2. 保險犯罪者의 特性

가. 保險犯罪者의 一般的 特性

25) <표 5>에서 104건은 1사건에 처의 딸, 양친, 妻의 兄을 살해한 3例가 포함.

26) 山元泰生, 保險金殺人, 時事通信社, 1987, 213~217면 : 독일의 '슈르쓰'는 1930년에서 1955년 사이에 알려진 독일 및 외국의 보험살인사건을 대상으로 살인자와 피해자의 관계에 대하여 조사를 했다. 조사에 의하면, 妻에 의한 남편의 살해가 60건이고, 남편에 의한 妻의 살해는 7건에 불과하다. 기타 근친에 대한 살인이 6건, 자기 아이에 대한 살인이 4건 기타 사람에 대한 살인이 3건이었다. 이러한 비율은 남편이 가정의 부양자로서 많은 수가 보험에 付保(付保)되고 있는 점을 설명하였다(金炳哲 譯, 保險犯罪小論 (2), 생협, 생명보험협회, 1977.6. 42면).

27) 加害者의 性別에 따른 被害者의 狀況(이홍무·이미영 공역, 보험과 범죄, 두남, 1997, 226면).

보험범죄행위의 특성은 犯行의 치밀한 계획성에 있다. 범행의 대부분이 故意에 의해 행해지고 있다. 제3자에 의한 살인으로 위장하며, 自然死로 위장한다든지, 災害死로 위장하거나, 自殺로 위장하며, 他人의 시체에 의한 사망으로 위장하는 등의 모든 방법들이 모두 고의에 의해 행해지고 있다. 생명보험에서는 중대한 과실로 인한 경우에는 보험금을 지급받을 수 있는 규정이 있기 때문에 중과실로 인한 문제는 발생하지 않는다.²⁸⁾ 다음은 보험범죄자²⁹⁾의 일반적인 특성으로 보험범죄에 대한 죄의식의 결여와 보험범죄자의 지능범의 여부 및 보험범죄의 비도덕성을 들고 있다.

1) 保險犯罪에 대한 罪意識의 缺如

보험범죄자는 보험회사의 재산을 사취하는 것이라고는 생각하는데, 진정한 피해자가 보험계약자인 것을 인식하지 못한다. 이것은 개인에 대한

연 도	1970~74		1975~79		1980~1984		1985~1989		1990~94	
진 수	24		42		48		40		9	
가해자 소 계	남 20	여 4	남 33	여 9	남 32	여 16	남 26	여 14	남 5	여 4
피 해 자	남 편	3		4		12		11		3
	처	9		5		6		8		
	친 족	4	1	3	3	8	4	6	2	3
	제3자	7		23	2	17		12	1	2
기 타			2		1					

* 기타는 바뀌치기 사건이다.

* 1990년 이후는 감소하고 있지만, 미발각사건이 많을 것이므로 범죄 잠재가능성이 있다.

28) 死亡을 保險事故로 한 보험계약에는 사고가 보험계약자 또는 피 보험자나 보험수익자의 중대한 과실로 인하여 생긴 경우에도 保險者는 保險金額을 지급할 責任을 면하지 못한다(상법 제732조의 2로서 1991년 12월에 신설).

29) 보험범죄자를 '기회성 단순범죄자'와 '고의성 보험범죄자'로 구분하는 경우도 있는데, 전자는 보험계약 체결시에 보험을 악용하거나 남용할 악의적인 의도를 가지고 있지 않지만 보험사고가 발생함으로써 보험금을 사취할 수 있는 우연한 기회가 주어져서 범행을 하는 자를 말한다. 후자는 악의적이며 의도적으로 보험금을 사취할 목적으로 범법행위를 행하는 자를 말한다(趙海均, '生命保險 Moral Risk 管理方案', 보험개발연구(22호), 보험개발원, 1997, 64면); 보험사기 범인의 대다수는 기회범죄인이라고 한다(西原春夫·宮澤浩一 監譯, 經濟犯罪と經濟刑法, 成文堂, 1990, 382면).

少額의 사취도 惡으로 생각하지만 무임승차나 脫稅처럼 범인이나 국가에 대한 사기행위에 대해서는 죄의식을 느끼지 못하는 경우와 같다고 볼 수 있다. 이러한 사회일반의 관념이 보험범죄자의 범죄의식을 조장하고 도덕적 위험을 증대시키고 있다.

2) 保險犯罪者와 知能犯

일반적으로 보험범죄는 다른 범죄보다도 타인의 재산을 교묘한 방법으로 기만하여 탈취하는 사기범과 같이 그 수법이 매우 지능적이다. 보험을 이용하여 범죄에 악용하려면 보험에 대한 일반적인 지식 이상의 보험약관의 적용과 보험법 및 일반 법규정에 대한 이해가 요구되기 때문이다.

지능적인 보험사기로 생계를 이어온 一家의 예가 있는데, 독일의 리히알츠(Richardz)家に 있어서 보험사기 사건에 관한 의학서적과 손해배상법에 관한 많은 서적이 발견되었다. 이들 가족은 이러한 지식에 의하여 20년간 보험을 악용하여 多額의 보험금을 사취하여 생활을 영위하였던 것이다.³⁰⁾ 우리나라에서도 1999년 '일가족 보험사기단'으로 경기도 고양에서 일가족 22명이 26개 보험사 398개 보험상품에 가입한 뒤 교통사고나 도난 안전사고를 당한 것처럼 조작하여 8억4천여만원의 보험금을 편취한 사건 등과 같은 사건이 많이 발생하고 있다.

이와 같은 보험범죄의 지능성에 대하여는 학자의 대립이 있다. 화니(Farny)는 보험범죄자는 일반적으로 사기범의 범죄자 유형과 같은 특성을 가지고 있다고 하는 반면에, 케니히(König)는 사기범은 지능범이지만 반드시 지적인 인간이 문제가 되는 것은 아니라고 한다. 단순한 범행에 있어서는 사기범은 오히려 지적으로 뒤떨어지거나 정신이 박약하다. 범인이 사람을 欺罔하는 것은 지능뿐만 아니라 오히려 연기력이나 허풍, 정확한 기억력, 환상과 냉혹함 등의 여러 종류의 성격의 결합에 의한 것이 크다고 하

30) Vgl. Nelken, Sigismund ; Verbrechen und Versicherung, Berlin 1928, S. 151 ff.(趙海均, 道德의危險管理, 68면 再引用) ; 金炳哲 譯, 保險犯罪小論(1), 생협, 생명보험협회, 1977.3, 67면.

였다. 따라서 보험범죄자는 반드시 지능적이라고 말할 수 없다.³¹⁾

범죄는 인간의 범죄 성향과 이를 자극하는 개인적 환경, 그리고 범죄의 충동을 억제하려는 내적 심리 등의 상호작용에 의하여 유발된다. 따라서 보험범죄자가 반드시 지능적이라고 할 수 없다는 König의 주장도 옳지만, Farny의 주장은 보험범죄자가 일반적으로 매우 지능적이라는 것이지 모든 범죄자가 지능적이라는 것은 아니다. 독일에서의 보험사기에 대한 연구에 의하면 대부분의 보험사기자들이 높은 교육수준을 가지고 있다고 발표한 것을 보면 보험범죄자들의 지능은 나쁘지는 않다고 볼 수 있다.³²⁾

대체로 사기범들이 知能犯이라고 하듯이 보험범죄자들도 범죄자 개개인의 성향에 따라 달리 나타나므로 특별히 보험범죄자들을 지능범이라고 할 수 없고, 일반적인 詐欺犯의 범주에서 파악하면 될 것이라 본다. 그리고 보험살인 범죄자들은 범행전부터 계획적이고 잔인한 범행을 하고 있다.

3) 保險犯罪의 非道德性

보험범죄의 대상은 위의 보험금살인사건의 가해자와 피해자의 관계에서 보았듯이, 대부분 家族이나 近親으로 하고 있다는 점에서 범죄자의 행위의 잔혹성이 다른 범죄보다도 비도덕적이라는 것이다. 따라서 범죄에 대한 가해자에게 비난가능성이 더욱 높고 사회적인 도덕관념에 미치는 악영향도 크다고 하겠다.

나. 正犯의 特性

1) 正犯의 性格的 特性

보험금을 목적으로 살인을 하는 것은 일시적인 흥분에 의한 살인과는

31) 趙海均, 도덕적위험관리, 69면 ; 金炳哲 譯, 보험범죄소론(1), 67면 ; 權相烈, 보험과 범죄, 350면.

32) 독일의 Max-planck 研究所의 연구에 의한 것이다(趙海均, 도덕적위험관리, 70면).

달리 장기적이고 계획적인 범죄이다. 家族間의 보험금살인에서는 범인은 살해 계획을 세운 뒤에도 가족에 대한 애정은 계속 나타내다가 어느 날 냉정하게 계획을 실행한다. 희생자가 된 가족은 범인을 전적으로 신뢰하고 있기 때문에 자신을 보호할 방법이 없다. 고용관계 또는 債權·債務관계에 있는 보험금살인의 경우에는 共犯者를 끌어들이는 경우가 많고, 가족간의 살인에 비해서 더욱 계획적이며, 일종의 비즈니스적인 살인을 동반하는 경향도 나타나고 있다.³³⁾ 이와 같이 자신의 금전욕을 채우기 위해 죄없는 가까운 사람을 살해하는 범인에게 공통되는 성격적 특성은 냉혹함이다.³⁴⁾

보험범죄의 주범으로 가장 과격한 부류는 설새 없이 보험을 악용하는 직업 범죄자이다. 이런 부류의 범인들은 동일 보험분야에 국한되며, 특히 생명보험을 전문으로 하는 범인은 오랜 기간 동안 인내심을 가지고 차례로 사람의 주목을 끄는 사고를 일으키고 있다.

기타 범인의 성격적 특징으로는 전술한 장기적 계획성과도 관련하여 보험약관을 이해하는 등의 필요에서 어느 정도 지능적이다. 또한 연기력, 거짓말, 공상 등을 열거할 수 있다. 특히 연기력은 거짓말과 관련되는 경우가 많다. 보험 사기꾼은 최후까지 자백하지 않고 법정에서 오만불손한 태도를 보이는 경우가 많다.³⁵⁾

2) 正犯의 環境的 特性

정범의 前歷에 관련하여 게르츠는 보험의 남용에 관해서는 "前科(Vorstrafe)"보다 "동종의 범행력(Vortat)"에 관심을 가져야 한다고 말하고

33) 月足一清, 生命保險犯罪, 136면.

34) 사례로는 1913년 독일에서의 '호프만 사건'으로, 처나 근친의 연속독살사건의 범인 호프만은 재판정에서 '자신이 저장하고 있는 유리병(콜레라균이나 장티푸스균 등의 세균) 중의 한 개가 깨진다면 프랑크푸르트에 어떤 일이 벌어지겠는가'라고 말함으로써 그 잔혹무도함을 드러내고 있다(月足一清, 生命保險犯罪, 54면).

35) 사례로 1932년경 오스트리아에서 '마르타 마레크 사건'으로, 주위의 사람들이 연속적으로 보험에 들고서 사망하는 사건이 발생하였는데, 범인인 마레크부인은 최초의 재판에서 그 연기력과 거짓말로 유럽전체의 동정을 사서 10년후의 재판에서 명백한 유죄임에도 불구하고 당시에 무죄로 만들었다(月足一清, 生命保險犯罪, 56, 104면).

있다. 즉, 이런 종류의 범죄는 미발각 건수가 상당히 많고, 累犯도 실제보다 많다고 推定하고 있다. 그러나 人保險 분야에서도 가끔씩 상습범이 있으나 손해보험에 비교하면 그 수가 적는데, 이는 생명보험사기에 대하여는 범죄를 반복하는 것이 실제적으로는 곤란한 점이 있기 때문일 것이다.

보험범죄를 분석하여 보면 알 수 있듯이, 우리나라에서의 최근의 보험살인 사건도 생명보험과 손해보험에 폭넓게 걸쳐 보험사기의 범행력이 중복되어 있음이 보험범죄의 중요한 체크포인트라 말할 수 있다. 이러한 점이 손해보험과 생명보험간의 업무와 보험사고조사에 대한 정보의 공조가 요구되고 있다.

보험살인에서 정범의 범행당시의 연령과 직업을 분석하는 일은 보험실무 및 보험범죄 예방에 활용될 수 있을 것이다.

우리나라의 살인범죄자들의 연령별 구성비는 1996년(일본과 비교 편의상 사용) 살인범(841명)중에서 20세미만 55명(7%), 20대 292명(34%), 30대 278명(33%), 40대 119명(14%), 50대 64명(13%), 60세이상 20명(4.2%), 미상 23명(2%)로 20대와 30대의 비중이 높다.³⁶⁾

<표 4>는 우리나라의 25년간의 보험범죄자 49名の 연령별과 성별로 구분한 것이다. 보험범죄자는 남성은 30代 여성은 30代에서 40代가 대부분을 차지하고 있다. 이것은 전체 살인범죄자들이 우리나라에서 20代와 30代에 67%를 차지하는 것과 비교가 된다.

<표 4> 保險金殺人事件의 犯人의 性別·年齡別 現況

연령	10~19	20~29	30~39	40~49	50~59	60세 이상	미상
남	0	6	12	2	2	1	2
여	0	3	11	9	1	0	0

日本에서는 戰後 보험범죄의 正犯 182명중에서 남성이 134명으로 여성 48명보다 월등히 많다.³⁷⁾ 그리고 범죄자들은 대부분 30代에서 40代의 범

36) 犯罪分析-통권 130호-, 대검찰청, 1997.9, 190면.

죄가주류를 이루고 있다. 日本의 전체 살인범죄자도 20代와 30代에 71% 이상을 차지하는 것과 비교가 된다.³⁸⁾ 그리고 범행당시의 직업을 남녀별로 살펴보면, 男性犯罪者 중에서 자영업자가 77名으로 전체의 57%를 차지하는 것이 특징이다.³⁹⁾

다. 共犯의 特性

보험금살인은 보통 單獨的으로 수행하지 않고, 2인 이상이 공동으로 수행하는 경우가 많다. 그것은 正犯이 보험계약자 또는 보험수익자이므로 자기 스스로 피보험자의 살해에 가담한 것이 드러나면 계획은 금방 수포로 돌아가기 때문이다. 따라서 범죄의 실행에는 하수인을 이용하고 正犯 자신은 알리바이를 확실하게 하거나, 용의선상에서 벗어나기 위한 수단을 강구한다.

더욱이 바꿔치기 살인의 경우에는 正犯 자신이 被保險者인 경우가 많으므로, 사망사고 발생 후에는 모습을 나타낼 수가 없다. 사정을 잘 아는 공범이 피보험자의 위장사망을 正犯의 지시대로 행하고, 경찰이나 보험회사

37) 保險金殺人事件의 犯人의 性別·年齡別 現況

연령		~19	20~24	25~29	30~34	35~39	40~44	45~49	50~54	55~59	60~
범인	남	1	2	17	21	26	25	21	15	3	3
182名	여	0	1	5	10	5	8	12	6	1	0

38) 日本의 살인범들의 연령별 구성비를 보면, 1996년도 살인범(2,113명)중에서 20세 미만(3.7%), 20대(38%), 30대(33.7%), 40대(16%), 50대(4.6%), 60세 이상(4%)이다. 1996년도 살인범(1,242명)중에서는 20세 미만(8.1%), 20대(21.1%), 30대(20.5%), 40대(22%), 50대(17.1%), 60세 이상(11.3%)로 20대의 비중이 높다(犯罪白書-1997年版-, 法務綜合研究所, 1997.10, 53면).

39) 保險金殺人事件의 犯人의 性別·職業別 現況(山元泰生, 保險金殺人, 200~206면).

직업		농어업	공무원	피고용자	자영업				자유업	폭력 단원	무직	주부
					제조	도매	소매	서비스				
범인	남	11	5	23	14	6	16	30	11	4	14	0
182	여	0	0	3	0	0	3	12	1	0	3	26

등의 관계자에게 진상을 파악할 수 없도록 행동하여 보험금 청구수속을 진행시키지 않으면 안된다. 이미 몇 가지의 사례가 있지만, 이런 종류의 대다수 사건은 남편이 正犯이고 부인이 공범이 되나, 이 경우 공범자에게는 정범 이상의 능력이 요구되므로 이러한 어려운 역할을 연출하여 성공으로 이어지는 예는 흔하지 않다.⁴⁰⁾

이러한 共犯은 보험금살인의 教唆, 보험계약의 체결이나 보험료의 納入의 代行, 피보험자 살해의 실행, 사체의 유기 등 다양한 방법으로 범죄에 협력을 한다.

日本の 경우, 보험금살인의 공범률은 1979년부터 1983년까지 발생한 31건의 보험금살인 중, 단독범에 의한 살인은 8건(25.8%), 공범에 의한 사건은 23건(74.2%)으로, 보험금살인의 공범성이 얼마나 높은가를 실증적으로 보여 주고 있다. 정범과 공범과의 사이의 특징적인 것은, 법무종합연구소의 조사에 의하면, 약 반수인 14건이 피해자와 직접관계가 없는 제3자가 금전적 보수를 받을 약속으로 살인행위의 전부 또는 일부를 맡고 있는 점이다. 이런 종류의 공범자에게는 직업적 범죄자도 포함되어 있으나, 통상적인 일반인이 상당히 포함되어 있는 점은 현대사회의 위험한 일면을 나타내고 있다.⁴¹⁾

그리고 보험살인의 다른 통계자료⁴²⁾에 의하면 제2차 大戰 이후 사건 164건 중 공범 여부를 보면, 單獨正犯으로 실행한 사건은 84건이고, 공범이 가담한 사건은 80건이다.

공범 80件 중에서 사건당 가담한 공범의 수를 살펴보면 共犯 수가 1명과 2명이 각각 사건수가 29건으로 가장 많고, 공범3명(12건), 공범4명(6건), 공범5명(3건), 공범7명(1건)으로 나타난다. 그리고 공범이 가담한 80건의 전체 범죄자가 169名인데, 이들의 직업을 분류하여 보면 피고용자가 43명으로 가장 많고 다음으로 자영업자와 폭력단원이 각각 36명이고, 무직(25명), 여성(14명), 자유업(6명), 미성년(3명), 외국인(2명), 공무원(1명) 등으

40) 月足一清, 生命保險犯罪, 139면.

41) 月足一清, 生命保險犯罪, 140면.

42) 山元泰生, 保險金殺入, 208~210면.

로 나타난다.

또한 日本의 보험금 목적 살인에서 공범 80名이 가담한 이유를 분석하면 다음과 같다. 유혹·생활비를 위해(39건), 부부·친척을 위해(9건), 사업자금을 구하기 위해(8건), 正犯과 애정 관계를 계속하기 위해(6건), 많은 借金を 떠맡기 위해(6건), 회사 경영 위기를 구하기 위해(5건), 자기의 돈을 받기 위해(4건), 正犯에 동정하기 위해(3건) 등으로 유혹과 생활비를 위해서가 공범 이유로 가장 많다.

우리나라의 1996년도 살인범죄의 검거 건수는 687건 중에서 單獨犯은 580건(84.4%)이고, 2인 이상의 共犯은 107건(15.6%)을 차지한다.⁴³⁾

우리나라에서 보험살인범죄 중에서 共犯에 의한 사건은 가해자가 남성일 때는 총 25건 중에서 9건(36%)이, 가해자가 여성일 경우에는 총 29건 중에서 15건(52%)이 공범이 가담한 사건이다. 그리고 女性과 共犯의 身分關係는 공범사건 15건 중에서 10건이 內緣關係의 男子(情夫)로 나타나고 있다.

日本의 경우, 자료에 의하면 일반 살인사건 중에서 共犯에 의한 사건은 9.9%에 지나지 아니하나, 보험살인사건 중에서 공범에 의한 사건은 47.2%를 차지한다.⁴⁴⁾ 1969년에서 1978년까지 10년간의 보험금목적 살인사건 15건의 공범관계를 보면 공범사건이 67%로 대부분을 차지하고 있는데, 이것은 전체 살인사건 1,640건에서 단독범이 91%를 차지하는 것과 대조적이다.⁴⁵⁾

日本의 1997년도 범죄백서에 의하면 실제로 1996년도 殺人犯 1,136명 중에서 單獨犯은 1,033명(90.9%)이고, 共犯은 103명(9.1%)을 차지한다.⁴⁶⁾ 따라서 보험범죄의 공범률은 다른 범죄에 비하여 매우 높다.

43) 犯罪分析(통권 130호), 179면 : 우리나라의 1999년도 살인범죄의 검거 건수는 1,004건 중에서 단독범은 873건(87%)이고, 2인 이상의 공범은 131건(13%)을 차지한다(2000범죄 분석-통권 133호-, 187면).

44) 權相烈, 보험과 범죄(생명), 352면.

45) 石田 滿·板倉 宏·西島梅治·増田高昭·吉田 明, "多發する保險金目的殺人事件" 生命保險と犯罪(保險金目的犯罪の防止策を中心に), 1981.11, 32면.

46) 犯罪白書(1996年版), 法務綜合研究所, 248면.

<표 5> 韓·日 殺人事件과 保險殺人事件의 共犯律 比較

구 분	1996년도 살인사건			보험살인사건		
	계	단독범	공 범	계	단독범	공 범
한 국	687	580(84%)	107(16%)	49	25(51%)	24(49%)
일 본	1,136	1,033(91%)	103(9%)	164	84(51%)	80(49%)

* 한국과 일본의 살인사건은 1996년 통계

* 보험살인사건(한국 1970년~2000년 ; 일본 1965년~1986년)

* 한국 未遂事件 제외(10건 중 공범 8건)

3. 被害者の 特性

가. 被害者の 特性

범죄피해자란 범죄행위로부터 被害를 당한, 被害者로 스스로 인식하고 있는 그리고 피해자로서 비공식적인 또는 공식적인 사회통제절차에 알려진, 自然人 또는 法人을 말한다.⁴⁷⁾ 일반적으로 犯罪에는 피해자가 있기 마련이다. 또한 범죄 피해자의 가족이나 친구는 공동피해자가 될 수도 있다. 피해자 類型에는 개별적 피해자, 집단적 피해자, 국가나 범공동체 그리고 국제질서 등의 조직들로부터의 피해자가 있다.

보험범죄의 피해의 특성은 범죄로 인한 피해자가 다른 범죄와 같이 일차적인 피해자이고, 그 다음으로는 보험회사도 피해를 본다. 그리고 결국은 범죄와 관계없는 다수의 보험계약자에게도 피해의 영향을 미친다는 것이다. 결과적으로 보험범죄로 지급되지 않아야 할 보험금이 확인되지 않고 지급되는 것이 많다는 것이다. 이것을 保險契約者 측면과⁴⁸⁾ 保險者 측

47) 張珪遠, "犯罪被害者の 特性과 그 有責性", 형사정책연구 제9권 제2호(통권 제34호, 1998 여름호), 1998.6, 64면 ; 李炯國, 형법총론(개정판), 법문사, 1997, 115면.

48) 保險詐欺에 있어서 費用의 지불은 누구의 부담인가가 문제가 되는데, 보험회사와 일반 국민들은 새로운 보험계약을 인상된 保險料로 구매를 하여야 한다. 궁극적으로 保險詐欺의 비용은 보험 가입자들에게 돌아가게 되어 있다. NICB에 따르면 美國에서는 한 가구당 보험사기비용을 충당하기 위하여 연간 200달러를 추가 保險料로 지불하는 것으로 추정하고 있고("Insurance Fraud : The \$20 Billion Disaster" Insurance Fraud

면⁴⁹⁾ 및 國家的 측면으로⁵⁰⁾ 으로 나누어 국민경제적 손실 측면을 보험범죄로 인한 피해의 특성으로 볼 수 있다.

보험범죄로 인하여 발생하는 被害者는 보험범죄자와 피해자의 관계에서 살펴본 바와 같이 行爲者와 일정한 관계를 유지하는 경우가 많다는 것이다. 범인과 피보험자간에는 가족관계, 친족관계, 내연관계, 친구관계 등 특수한 신분관계를 형성하는 경우가 많다. 그러나 행위자와 보험계약과 전혀 관계가 없는 他人이 피해자가 되는 경우도 종종 있다.

經濟犯罪의 特徵을 보면 피해자의 被害意識이 희박하다. 경제범죄의 경우에, 교묘하고 지능적인 행위자는 진정한 의도를 숨기고, 그 피해자가 특정되지 않거나 일반 국민인 경우가 많기 때문에 피해자들이 자기가 피해자가 되고 있다는 것을 전혀 의식하지 못한다. 그래서 경제범죄는 被害者의 집합성과 불특정성으로 인하여 피해자는 피해의식이 거의 없다는 것이다.⁵¹⁾

마찬가지로 保險犯罪에 있어서도 다수의 일반 보험계약자도 간접적인 피해자임을 인식하여야 한다. 그리고 다른 일면에서는 보험자 또한 보험사기의 사전 방지를 못한 점에 있어서는 간접적인 가해자이면서도, 결국은 회사에 있는 자금의 손실을 가져오므로 피해자가 된다. 더 나아가 크게는

Facts, 1997 NICB ; <http://www.nicb.org/reportripoff/factpages/insuranceFraudOverview.html>. 미국보험자연맹은 사기의 비용은 연간 미국 가사비용인 167달러와 같다고 한다(Carris, Richard Colin, Michael A, "Insurance fraud and the industry response", p. 92).

49) 保險會社의 입장에서 보면 保險詐欺에 대한 비용을 직접적으로 부담한다고 볼 수 있다. 물론 그 비용의 증대로 인하여 영업에 대한 피해가 존재할 수 있고, 이러한 결과는 경영의 수지악화로 까지 미치는데, 결과적으로는 保險契約者의 保險料를 가지고 충당하게 된다. 이 경우 保險金 奪取를 위한 犯罪者들도 보험회사를 대상으로 犯行을 하고, 나아가서 보험가입자가 보험료를 내고도 보험사고가 나지 않아 돌려 받지 못하는 보험료를 대신하여 받는다는 생각을 가지는 특성이 있다.

50) 生命保險의 資産은 생명보험의 역사가 길수록 자산규모가 커지고, 국민경제에서 차지하는 역할과 비중이 증가하는 특색이 있는데, 이것은 세계적인 추세이다. 이렇게 생명보험은 자본시장에서 생명보험 자금의 역할이 커지고, 각종 산업에 생명보험의 資金이 직접적·간접적으로 영향을 미치고 있다. 생명보험은 국가의 사회보장 측면을 보완하는 기능으로 충실한 역할을 하고 있는 것도 사실이다(金鍾國, 生命保險總論, 형설출판사, 1996, 103면).

51) 姜東汜, 우리나라의 經濟刑法에 관한 研究, 26면.

국민 전체가 피해자가 될 수 있다는 것이다. 범죄로 인하여 보험료의 상승은 국민경제에 미치는 영향을 간과하여서는 아니 된다. 특히 친족간에 많이 발생하는 보험범죄의 특성상 보험범죄로 인한 사회적인 보도는 국민의 도덕적인 기준을 혼동시키게 된다.

<표 6>은 우리나라와 日本의 保險金殺人 사건의 피해자의 연령별 상황을 나타낸 것이다. 우리나라 보험범죄 피해자는 남녀 모두 30대에서 40대가 대부분을 차지하고 있다. 그리고 9세 이하의 어린이들도 피해의 대상이 되고 있다.

日本은 戰後 保險金殺人事件(未遂포함)의 피해자수 172명(男; 117명, 女; 55명)의 연령별 상황을 나타낸 것이다. 日本에서도 보험금살인 사건에서의 피해자는 30~40대의 피보험자가 주류를 이루고 있고, 자기의 의사로 보험을 체결할 수 없는 19세 이하나 9세 이하 어린이도 상당수 있다.

어린이들도 피해의 대상이 되고 있음은 보험범죄에서의 피해자는 연령에 관계없이 범죄의 대상이 될 수 있는 현실을 보여주고 있다. 이러한 범죄에 대하여 아무런 방어를 할 수 없는 어린이들의 보험가입에 대하여 대책이 강구되어야 할 것이다.

<표 6> 韓·日 保險殺人事件의 被害者の 性別 年齡別 現況

연령 피해자		9세 이하	10~19	20~29	30~39	40~49	50~59	60세 이상	미상
한국	남	2	0	3	12	9	4	0	4
	여	4	0	5	7	4	2	0	3
일본	남	3	6	14	33	32	23	4	1
	여	6	7	10	17	9	5	1	0

日本의 172명의 남녀별 피해자의 직업을 분류하면 남자 피해자는 피고용자가 53명으로 가장 많고, 자영업(30명), 무직(15명), 아동과 농어업이 각각 6명, 자영업과 공무원이 각각 2명, 폭력단원과 미상이 각각 1명이다. 여

성 피해자의 직업은 피고용자가 12명, 아동(11명), 무직(4명), 자영업(3명), 가사(2명), 농어업과 공무원이 각각 1명으로 나타난다.⁵²⁾ 그리고 日本에서는 보험범죄 당시의 피해자인 피보험자의 직업으로는 피고용자가 많은 것이 특징이라고 볼 수 있다.

IV. 結 論

本 稿에서 보험금을 목적으로 피보험자를 살해하거나 제3자를 살해해서 피보험자로 위장하는 범죄에 관하여 國內에서 발생했던 보험범죄 사건을 중심으로 보험살인범죄 실태를 분석하면서, 아울러 日本의 보험살인 사건도 비교하여 보았다.

보험범죄를 방지하기 위하여 피해자학적으로 방지 대책을 보면, '他人의 生命의 保險'에 있어서는 被保險者의 同意를 필요로 한다. 각국의 保險法은 보험계약자나 보험금수익자가 피보험자를 故意로 살해한 경우, 보험회사는 보험금 지급의 책임을 면하도록 규정하고 있다. 그러나 이러한 免責 규정만으로 보험금을 목적으로 하는 살인을 방지하기 위한 대책이 아니라는 것을 많은 사건에서 알 수 있다.

예컨대 부부가 서로의 생명보험계약에 동의하였지만, 그 후 시일의 경과와 상황의 변화로 부부간에 불화가 생기는 경우가 있다. 본문에 서술한 살해동기 등과 같이 때로는 남편이나 아내는 경제적인 곤궁, 부부간의 파국적 상황 등을 원인으로 보험금을 목적으로 배우자를 살해하는 범행이 자행된다. 이러한 보험금 목적 살인에 대하여 被害者 즉 被保險者나 保險會社의 입장에서 범죄방지 대책이 연구되어야 한다. 예를 들면 피보험자 자신에게 가입된 보험금액이 신분에 어울리는지 등에 대하여 주의를 하고, 이혼의 경우에도 다른 재산의 처분문제와 같이 보험계약의 변경에 따른 처리를 하여야 할 것이다. 또한 피보험자가 同意 한 契約에서 상황의 변화

52) 山元泰生, 保險金殺人, 218~222면.

에 따라서 피보험자가 동의를 취소할 수 있는 방안도 마련되어야 할 것이다.

그리고 제3자를 살해하여 피보험자로 위장하여 사기로 보험금을 청구하는 사건은 경찰수사과정에서부터 대책을 마련하여야 할 것이다. 예컨대 충북 청원에서 1995년 차량 폭발사고로 운전수가 사망한 사건에서 일반적으로 수사가 종결되어 보험금을 부인이 수령하였는데, 2000년 5월에 사망으로 처리된 피보험자가 생존한 것을 경찰의 불심검문으로 구속된 사건은 많은 문제를 제시하고 있다.

保險犯罪에서도 특히 부부간이나 친척간의 보험계약에서 보험살인은 앞으로 예상되는 범죄이므로 이것에 대한 가해자나 피해자측면에서의 범죄의 방지 대책을 마련하는 것이 급선무라고 본다. 이러한 방지 대책을 마련하여 保險金 目的 殺人犯罪 防止를 사전에 차단될 수 있는 방안이 강구되었으면 한다.

가정폭력관련 법률의 효율성 제고방안

박 미 숙*

I. 문제의식

가정폭력은 가정 내에서 그의 배우자 특히 주로 남성에게 의해서 발생하며, 이는 단지 협박이나 경멸어린 말투, 그리고 강요된 성행위와 신체학대 등에 이르는 온갖 행위가 이에 포함된다. 가정폭력은 여성에 대한 폭력 그 가운데에서도 가정 내에서 일상적으로 일어나는 행위로서, 은밀성·반복성을 그 특징으로 하며, 뿐만 아니라 가정폭력을 경험하면서 자란 청소년들은 비행에 빠질 확률이 매우 커¹⁾ 폭력성향이 대물림되어 지속적으로 문제 된다는 점에서 범죄의 심각성이 매우 크다.²⁾

그럼에도 불구하고 전통적으로 가정폭력은 형사사법체계 즉 법집행, 기

* 한국형사정책연구원 선임연구원, 법학박사

- 1) 김재엽/이익섭/박수경, 저소득층 밀집지역의 가정환경이 청소년비행에 미치는 영향, 한국사회복지정책학회지, 제6집, 김재엽, 한국인의 가정폭력 실태와 양상, 가정폭력 대응 전략 수립을 위한 대토론회, 보건복지부, 2000.
- 2) 최근 국제사면위원회(앰네스티 인터내셔널)의 보고서에 의하면 전세계의 수백만 여성들은 자기 가족이나 지역사회의 구성원, 또는 고용주에 의하여 폭력의 희생자가 되고 있다. 이에 따르면 여성들의 5분의 1이 육체적으로, 성적으로 공격을 당한 경험이 있으며, 미국에서 나온 공식 보고서들에 따르면, 15초마다 여성 1명이 구타당하고 매년 70만명의 여성이 강간당한다. 인도에서는 결혼한 여성들의 40% 이상이 발길질에 차이거나 손 등으로 구타당하거나 성폭행을 당한다고 한다. 특히 사방벽인 가정은 여성에게 '테러의 장소'로 변하고 있다. 가정폭력으로 피해자가 경찰에 신고한 경우에도 이러한 폭력사실을 믿거나 진지하게 다루지 않는다고 한다. 이 보고서는 '가정과 지역사회의 폭력이 개인문제가 아니라 국가적 책임문제이며, 국가가 만약 이 같은 책임을 소홀히 한다면, 고통에 대한 책임도 나누어 질 수 밖에 없다'는 하여 국가의 책임을 강조하고 있다. 한겨레신문 2001.3.6.

소 및 재판단계에서 중범죄로 다루어지지 않을 뿐만 아니라, 피해자들조차도 이들 범죄의 처벌을 원하지 않거나 범죄로 인식조차 하지 않고 제때 신고하지 않은 실정이었다. 더욱이 여성에 대한 폭력문제로서 언급한다는 것 자체가 터부시되었고, 특히 배우자에 의한 폭력은 그 심각성, 원인 및 결과등에 대하여 거의 알려진 바가 없었다. 1975년 세계여성의 해에 이르러서야 각국은 여성에 대한 폭력을 사회문제로 가시화하기 시작하였고, 특히 배우자에 의한 가정내 폭력문제를 공론화하였다. 그 이후 가정폭력방지 모델 프로젝트, 실태조사 및 관련연구가 행해졌으며, 가해자의 엄정처벌을 위한 형사입법이 행해지기 시작하는 등 오늘날 각국의 형사사법체계에 있어서 가정폭력에 대한 대응이 현안으로 떠오르기에 이르렀다.³⁾

이러한 변화의 바탕에는 기본적으로 국가는 시민을 폭력으로부터 보호 배려할 의무를 갖는다는 법치국가이념이 자리하고 있다.

우리나라도 가정폭력의 심각성을 인식하고 법제정비 필요성에 대한 논의 끝에 1998년 7월 1일 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법(이하 처벌법으로 이름) 및 가정폭력방지및피해자보호등에관한법률(이하 보호법으로 이름)의 시행으로 가정폭력범죄유형에 대한 처벌 및 피해자보호가 가능하게 되었다. 이와 같은 가정폭력관련법률의 정비를는 첫째, 가정폭력문제가 개인 차

3) 최근 유엔인구기금(UNFPA)은 성차별과 가정폭력 근절을 주제로 한 연례보고서를 발표하였다. 이에 따르면 전세계 여성 세 명 중 한 명이 배우자에게 폭행 당한 경험이 있으며, 미국은 22%, 캐나다는 29%, 우리나라는 약 30%가량이 가정폭력을 경험한 것으로 나타나, 가정폭력에 관한 한 선진국에서도 심각한 수준인 것으로 나타났다. 자료에 의하면 가정폭력은 미국의 경우에도 현재 가장 심각한 사회적 현안이다. 1994년 검찰총장인 자넷 르노는 이미 미국의 가정폭력 문제의 심각성을 알리면서 오늘날 미국의 가장 심각한 문제인 청소년 비행의 원인중의 하나가 가정폭력이라고 밝힌 바 있다. 미국에서는 매년 4 - 5백만의 여성이 남성에 의한 폭력으로 시달리고 있다(Effective Law Enforcement response to domestic violence, Domestic Abuse Intervention Services, 1999.6.). 독일의 경우에도 3명중 1명이 파트너로부터 폭력에 시달리고 있는 것으로 보고되고 있다(BMFSFJ Nr. 9435, 1998). 이는 다른 폭력범죄, 예컨대 흉기소지상해, 주거침입 또는 강도 등의 폭력범죄보다 더 높은 비율을 차지하고 있다. 1997년 캐나다의 6개 주 경찰국에 신고된 가정폭력 피해여성은 195,975명 이상인 것으로 나타났다. 피해자의 대부분은 25세에서 34세로 나타났다. 이를 통해 캐나다 여성의 4/1 이상이 배우자에 의해 폭행당하고 있는 것으로 추정된다. 폭행 당한 여성의 45% 정도가 상해 등으로 고통받고 있다고 한다.

원이 아닌 사회적인 문제라는 인식을 가져왔으며, 둘째, 가정폭력대응을 위한 주요대책으로서 가정폭력사범에 대한 형사처벌 및 보호처분과 가정폭력으로 인한 피해자보호에 주안을 두고 있다는 점을 천명한 점에 그 의의가 있다. 가정폭력관련법률 시행 이후 1999년 상반기 6개월간 신고건수는 1998년 7월부터 12월까지의 6개월에 비해 66.1%나 증가하였으며, 이 신고건수 중 90%이상이 피해자 본인에 의한 신고였다⁴⁾는 조사결과에 의하면 가정폭력특례법에 대한 인지도는 상당히 높은 것을 알 수 있다.

이처럼 그 법적 의의나 시행 이후의 인지도에도 불구하고 그 입법취지를 제대로 살리지 못한 채 몇몇 조항은 거의 사문화되어 있으며, 무엇보다 법의 실효성을 보장할 수 있는 장치가 결여되어 있을 뿐만 아니라, 법집행 의지도 의문시된다는 점 등에서 문제점이 지적되어 왔다.

이 글은 이상과 같은 문제인식 하에 현행 가정폭력관련법률의 효율성을 제고할 수 있는 몇 가지 방안을 제시하는데 그 목적을 두고 있다. 이를 위하여 먼저 가정폭력처벌법의 주요 목적인 가해자에 대한 형사처벌과 보호처분의 문제점 및 그 개선방안을 살펴보고, 이것이 궁극적으로 가정폭력관련법률이 지향하고 있는 가해자처벌 및 피해자보호를 통한 '건전한 가정의 육성'과 어떻게 조화될 것인가 하는 점을 살펴보기로 한다. 그 다음으로 각국의 가정폭력대응 프로젝트를 살펴봄으로써 가정폭력보호법상의 가정폭력 피해자보호를 위한 효과적인 서비스제공을 위한 방안을 살펴보고, 마지막으로 수사실무상 가정폭력대응 제고방안을 제시하기로 한다.

4) 박경숙, 한국의 가정폭력정책과 서비스전달체계, 통합적 가정폭력 대응 전달체계 수립을 위한 국제회의 - 가정폭력대응 전달체계의 현황과 과제, 보건복지부, 2000.

II. 가정폭력처벌법상의 가정폭력처리절차의 문제점 및 개선방안

현행 가정폭력처벌법상의 처리절차를 살펴보면 경찰의 신속하고 적극적인 개입과 상담·치료·피해자지원 기관과 단체와의 연계 및 법원의 적절한 조치와 검찰의 중재역할이다.

현행 가정폭력 처벌법에 따른 처리절차는 가정폭력사건발생 → 경찰에 신고 → 경찰출동 → 경찰응급조치(법 제5조 ; 폭력행위제지, 범죄수사, 피해자가 원하면 가정폭력 상담소 또는 보호시설로 인도, 긴급치료가 필요한 피해자는 의료기관으로 인도, 현행범 연행·폭력재발시 임시조치 신청) → 경찰, 사건을 검찰에 송치(법 제7조) → 검찰, 법원에 임시조치 청구(법 제8조) 또는 가정보호사건으로 법원에 송치(법 제9조) → 법원의 조사 심리 및 피해자보호를 위하여 가해자에 대한 임시조치(법 제29조 ; 퇴거 등의 격리 조치, 접근금지조치, 의료기관 및 요양소에의 위탁조치 경찰관서의 유치장 또는 구치소에의 유치) → 일반 형사사건으로 처리하기 위해 검찰에 송치(법 제37조 2항)하거나 처벌법에 의한 보호처분(법 제40조 제1항 ; 접근제한, 친권행사제한, 사회봉사 수강명령, 보호관찰, 보호시설 감호위탁, 의료기관에의 치료위탁, 상담소 등에의 상담위탁)의 결정 등의 순서로 진행된다.

1. 경찰단계

경찰의 적극적인 초기대응은 가정폭력방지와 그 갈등해결을 위하여 가장 중요한 사법적 대응이다. 즉 형사사법체계의 초기대응기관으로서 경찰은 가정폭력이나 성폭력 등의 피해자로부터 최초의 긴급구조전화에 응답하는 등 사실상 이들 폭력대응을 위한 형사사법체계의 최일선에 있다.

이처럼 가정폭력에 대한 경찰대응이 중요한 것은 이 단계가 이후 형사절차에 중대한 영향을 미치기 때문이다. 예컨대 경찰은 이들 가정 내 폭력 사건에 대하여 사적인 가족문제로 치부하면서 개입하는 것을 꺼리는 것이

보통이며, 이로 인한 불충분한 수사와 증거확보 그리고 미흡한 조서작성으로 인해 범죄자처벌이 제대로 이루어지지 않을 수 있기 때문이다. 사실상 가정 폭력사건이 법원의 공판절차에까지 이르는 사례는 매우 적고,⁵⁾ 이 경우에도 사건발생시점과 기소 내지 법원의 공판절차에까지는 수개월이 소요되는 등⁶⁾의 문제점은 증거확보를 위한 경찰의 구체적인 행동요령이나 조치와 무관하지 않음을 의미하는 것이다.

현행 가정폭력처벌법은 가정폭력범죄가 실제 현장상황이라는 점과 관련하여 신고시 즉시 출동·개입하여 피해자의 가정폭력관련 상담소 및 보호시설에의 인도, 긴급치료가 필요한 피해자의 의료기관에의 인도 등의 신속한 응급조치를 의무화하고 있다(처벌법 제5조). 그럼에도 불구하고 출동을 하지 않는 경우가 많을 뿐만 아니라, 출동한 경우에도 35% 정도만이 수사에 착수하였을 뿐, 65% 정도의 경찰은 피해자로 하여금 행위자에 대한 고소를 하여야 수사가 진행된다고, 집안문제이니까 알아서 하라는 등의 태도를 보이고 있다.⁷⁾ 가정폭력 피해자들의 80% 이상은 경찰의 초동수사단계에서의 대응태도에 대하여 많은 불만을 갖고 있는 것으로 나타났다.⁸⁾ 경찰의 응급조치에 관한 자료에 의하면 1999년도 전체 신고건수 5,191건에 응급조치는 105건으로서 그 비율이 매우 낮음을 보여주고 있다.

생각컨대 처벌법 제5조에 의한 경찰의 응급조치는 경찰의 폭력행위 제지 및 수사를 규정하고 있을 뿐, 경찰에 의한 훈방조치를 규정한 것은 아니다. 현장상황에서의 즉시수사 등의 조치가 제대로 취해지지 않고 있다는 점⁹⁾은

5) 안영길, 가정폭력행위자에 대한 보호처분, 가정폭력 대응전략 수립을 위한 대토론회, 보건복지부, 2000, 146면.

6) 이옥, 가정폭력사범에 대한 검찰대응방안, 가정폭력 대응전략 수립을 위한 대토론회, 보건복지부, 2000, 166면 이하.

7) 예컨대 출동을 하지 않은 경우가 6%, 늦게 출동한 경우가 23.5%정도로 약 30%정도가 즉시출동을 제대로 이행하고 있지 않은 것으로 나타났다. 김해선, 가정폭력방지법, 그 평가 및 대안 - 1999.7.1.자 가정폭력방지법 시행 1주년 기념토론회 자료집, 한국여성의 전화연합, 9-31면 참조.

8) 표창원, 한국사회의 가정폭력 대응능력 제고방안, 성·가정폭력 피해자 지원을 위한 경찰교육, 서울여성의전화/한국성폭력상담소, 2000, 145면 이하 참조.

9) 이찬진, 가정폭력관련법 입법경위를 통해 본 법시행상의 문제점, 가정폭력방지법, 그 평가 및 대안, 한국여성의 전화연합, 1999, 13면.

현행법이 경찰의 현장에서의 범죄수사요령에 관하여 구체적인 지침을 제시하고 있지 않고,¹⁰⁾ 경찰의 즉시 응급조치 의무 해태에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않은 점 등에도 그 이유가 있음을 부인하기 어렵다.¹¹⁾ 따라서 경찰의 응급조치의무를 이행할 방법을 강구하는 것이 타당하다.¹²⁾

2. 검찰단계

현행 가정폭력처벌법에 의하면 검찰의 처분은 크게 세 가지로 나뉘어진다. 첫째 기소처분이며, 둘째 임시조치로서, 경찰로부터 송치된 가정폭력사건에 대하여 경찰에 의한 응급조치에도 불구하고 가정폭력범죄가 재발할 우려가 있다고 인정할 때에는 법원에 임시조치를 청구할 수 있다(처벌법 제8조).¹³⁾ 셋째 가정보호사건으로서 검사는 가정폭력범죄로서 사건의 성질·동기 및 결과, 행위자의 성행 등을 고려하여 보호처분에 처함이 상당하다고 인정할 때에는 가정보호사건으로 처리할 수 있으며, 이 경우에 사건을 관할 가정법원 또는 지방법원에 송치한다(동법 제9조, 제11조). 이 가운

10) 이찬진, 가정폭력방지법 해설 및 수사절차, 성·가정폭력 피해자지원을 위한 경찰교육, 서울여성의 전화/한국성폭력상담소, 2000. 124면.

11) 검찰의 가정폭력사건 수사지침에 의하면 신고를 한 경우에 현장에 출동하지 않는 사례가 적지 않다는 문제점을 지적하고 이 경우에 필히 가정폭력사건 신고대장을 비치하고 담당경찰관이 신고자, 주소, 전화 또는 휴대폰번호, 가해자, 피해내용 등의 신고내용을 기재하도록 권고하고 있다. 뿐만 아니라 입건기준으로 피해자가 신고를 하였을 경우에 처벌을 원하지 아니하고 사안이 경미한 경우를 제외하고는 원칙적으로 입건하도록 하고 있음은 이런 점에서 타당하다. 독일 베를린(Berlin)의 경우 가정폭력사건에 대한 경찰의 대응이라는 실무교육자료(Polizeiliches Handeln in Fällen hauslicher Gewalt(in Berlin), Leitlinien 참조)에서도 가정폭력사건에 있어서 신체상의 폭력행위의 경우에는 비록 외관상 침해가 명백하지 않은 경우라 하더라도 의사의 치료를 받아 진단서를 발급받도록 하고, 신체상해는 사진촬영을 하고, 조서를 상세히 작성하는 등의 경찰의 구체적인 행동지침을 상세하게 기술하고 있는 것도 모두 이런 실무관행을 개선하기 위한 것이다. 참고로 미국의 가정폭력 모범법률(Model Code on Domestic and Family Violence)은 가정폭력 행위자에 대하여 필요적 체포를 권고사항으로 두고 있다(State Government News Vol.38, N.8, 1995/8, 21면).

12) 이찬진, 앞의 글(주 10), 125면.

13) 가정폭력처벌법상의 검찰의 청구에 의한 임시조치는 피해자 또는 가정구성원의 주거 또는 점유하는 방실로부터의 퇴거 등 격리와 피해자의 주거·직장 등에서 100미터 이내의 접근금지(제29조 제1항 제1호, 제2호) 등이다.

데 임시조치의 경우에는 검사가 직권으로 법원에 청구한 경우가 단 1건도 없다고 한다.¹⁴⁾

그 다음으로 1999년도 검사의 기소처분 및 가정보호사건결정에 의하면 구약식비율은 약 18.5%, 기소유예 비율이 약 32.2%, 보호사건 송치율이 약 40%로 나타나 있다. 보호사건 송치율의 경우 1998년의 비율이 35.4%에 비하여 4.6%가 증가하여 가정보호사건의 활용은 어느 정도 높아진 것으로 볼 수 있다. 그러나 반면 구약식비율은 1998년의 18.4%에 비교하여 크게 달라진 바 없고 또한 그 비율이 지나치게 높다는 비판이 제기되고 있다. 가정폭력사건에 대하여 구약식비율이 높다는 점은 검찰의 가정폭력처리가 어떤 관점에서 행해지고 있는지를 파악하는데 어려움을 던져주고 있다. 즉 첫째, 약식명령이 형사절차라는 점에 비추어 보건대, 검찰은 가정폭력으로 인하여 가정이 더 이상 유지되어야 할 필요가 없다는 인식을 갖고 있는 것인가 하는 점이다. 둘째, 사실상 약식명령에 의한 벌금형부과로 인하여 피해자측에 경제적 부담을 주는 경우가 많아 가정해체로 인한 정신적·신체적 피해뿐만 아니라, 경제적 피해까지 입게 되어, 결과적으로 피해자보호라는 가정폭력보호법 본래의 취지에도 부합하지 않는다는 점이다. 셋째, 검사의 구약식비율이 사실상 가정폭력 사안의 경미성과, 이에 따라 법원에서 벌금형이 선고될 것을 전제로 한 것이라면, 이러한 처리관행이 가정폭력관련법률의 근본취지에 부합하는 것인가 하는 점이다. 생각컨대 가정폭력사범에 대한 검찰의 처리는 가정폭력관련법률의 근본취지, 피해자의 의사 등을 고려하여 행해져야 할 것이다. 따라서 가정폭력사건에 대한 검찰의 구약식청구의 이유에 대한 분석을 통하여 가정폭력관련법률의 효율적인 운영방안을 모색할 필요가 있다.

그리고 기소유예비율도 상당히 높게 나타나고 있는데, 기소유예 활용은 가정폭력사건의 신속처리를 위한 하나의 방안이 될 수는 있다. 즉 가정폭력사건이 발생시점에서부터 법원의 처리에 이르기까지 시일이 지나치게 오랫동안 소요되고 있는 실정에서는 일응 긍정적 기능이 있음은 부인하기

14) 김엘림 외, 성폭력 가정폭력 관련법의 시행실태와 과제, 한국여성개발원, 2000, 122면.

어렵다.¹⁵⁾ 생각컨대 사실상 가정폭력에 대하여 사적인 가정내 문제로 보는 관점이 유지되고 있는 점, 그리고 가정폭력은 고소취하율이 매우 높음으로 형사소추의 이익이 없다고 보는 전통적인 입장이 유지되고 있는 실정 하에서 검찰의 기소유예처분율이 높다는 것은 가정폭력이 경미한 범죄라는 인상을 주기 쉬우며, 따라서 가정폭력의 범죄화라는 형사법적 대응에 중대한 장애를 초래할 수도 있음을 고려해야 할 것이다. 기소유예처분을 활용할 것인가 하는 문제는 사건의 경미성 신속처리보다는 현행 가정폭력 관련법률의 입법취지 즉 건강한 가정의 보호라는 측면을 고려하여 신중하게 접근해야 할 것이다.

3. 법원 단계

법원은 가정보호사건에 대하여는 다른 쟁송에 우선하여 신속히 처리하여야 한다. 이 경우 처분의 결정은 특별한 사유가 없는 한 송치받은 날로부터 3월 이내에, 이송받은 경우에는 이송받은 날로부터 3월 이내에 하여야 한다(가정폭력범죄의처벌등에관한특례법 제38조). 가정폭력사건의 신속처리 필요성을 그 이유로 한다. 또한 현행법은 법원이 가정보호사건을 심리함에 있어서 사생활보호나 가정의 평화와 안정을 위하여 필요하거나 선량한 풍속을 해할 우려가 있다고 인정할 때에는 심리를 비공개로 할 수 있으며(법 제32조), 또한 피해자의 진술권을 구체적으로 보장하고(특례법 제33조) 의견진술시 법원은 필요하다고 인정하면 행위자의 퇴장을 명할 수 있다고 하여(법 제33조 제3항), 공판절차에서의 피해자의 보호가능성을 열어두고 있다.

문제는 재판시의 피해자의 적극적인 참여와 피해자보호장치를 얼마나 활용하여 실질적인 피해자 보호를 도모할 것인가 하는 점이다. 생각컨대 피해자의 진술권을 적극 활용하는 방안으로서 입법적으로는 피해자의 진술을 서면으로 제출하는 방법을 열어둘 필요가 있다.

15) 이옥, 앞의 글, 172면.

III. 보호처분의 문제점과 효율적 운영방안

현행 가정폭력처벌법은 가정폭력범죄자에 대한 환경의 조정과 성행의 교정을 위한 보호처분을 과함으로써 가정폭력범죄로 파괴된 가정의 평화와 안정을 회복하고 건강한 가정을 육성함을 그 목적으로 하며(처벌법 제1조), 피해자보호법 또한 가정폭력예방과 피해자보호를 통한 건전한 가정육성에 그 목적이 있다(보호법 제1조). 즉 가정폭력관련법률은 종국적으로는 형사절차의 개입으로 인하여 야기될 수 있는 이혼 등의 가정해체의 결과를 최소화하고자 하는 바람을 담고 있는 것으로 이해된다. 그리고 이러한 입법취지가 반영된 것이 처벌법상의 보호처분이다.

보호처분과 관련한 문제점과 그 개선방안은 다음과 같다.

첫째, 보호처분을 규정하면서 철저하게 피해자의 의사에 좌우되게 한 점이다. 즉 처벌법 제37조 제1호에 의하면 '피해자의 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있거나 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없는 가정폭력범죄만을 대상으로 하는 가정보호사건에 대하여 고소가 취소되거나 피해자가 처벌을 희망하지 아니하는 명시적인 의사표시를 한 때'에는 보호처분을 하지 아니한다는 결정을 하여야 한다. 가정폭력관련법률상의 가정폭력범죄는 '가정구성원 사이의 신체적 정신적 또는 재산상 피해를 수반하는 행위를 말하며(처벌법 제2조 제1호)', 기본적으로 친고죄도 반의사불벌죄도 아니다. 다만 처벌법 제2조 제3호의 가정폭력범죄의 유형에서 규정한 것처럼 폭행죄(형법 제260조), 협박죄(형법 제283조), 명예훼손죄(형법 제307조) 등의 반의사불벌죄나, 모욕죄(형법 제311조) 등의 친고죄가 포함되어 있기 때문에 피해자의 고소가 있어서야 공소를 제기할 수 있거나 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없을 뿐이다. 공식통계에 의하면 가정보호사건의 99.8%가 상해와 폭행이다.¹⁶⁾ 단순폭행의

16) 사법연감 2000, 대법원.

경우에 피해자의 고소권 행사가 가정폭력범죄 처리에 있어서 중요한 의미를 갖기는 하지만 상해의 가정폭력사건이 상당한 비중을 차지하는 한 피해자의 고소권 행사에 의하여 가해자에 대한 형사소추와 궁극적인 처벌여부가 결정된다고 보기 어렵다. 문제는 친고죄 내지 반의사불벌죄의 경우에 위에서 보는 바와 같이 경찰이 평소 갖고 있는 '가정내 문제'라는 생각을 그대로 드러내면서 합의를 종용, 고소취소를 유도하거나, 피해자 유책을 언급하는 등의 태도를 보여 피해자의 고소권 행사나 피해자의 의사에 영향을 미침으로써 가정폭력처벌법의 실효성이 훼손되는 결과가 될 것이며, 다른 한편으로 특히 신체상해를 수반하는 가정폭력의 경우 친고죄도 반의사불벌죄에도 해당하지 않을 뿐만 아니라, 가정폭력범죄에서 차지하는 비율이 높다는 점을 고려하여 비록 피해자 본인이 처벌을 원하지 않는 경우라 할지라도 가능하면 기소하는 것이 가정폭력에 보다 효과적인 대응이 될 것이다.¹⁷⁾ 중국적으로는 가해자에 대한 처벌과 건강한 가정의 유지라고 하는 양 이념을 절충하고 있는 가정폭력관련법률의 근본목적에 비추어 피해자의 의사를 존중하기는 하되, 피해자의 의사형성에 직·간접적으로 영향을 미치는 개입행위에 대하여는 처벌법 제5조의 경찰의 응급조치의무 등을 기초로 하여 엄격하게 대응해야 할 것으로 생각된다.

둘째, 처벌법은 가해자에 대하여는 감호위탁(제40조 제5호), 치료위탁(제6호), 상담위탁(제7호) 등의 가정보호처분에 의하여 가해자의 가정복귀와 재범방지, 중국적으로 건강한 가정의 육성을 도모하고 있다. 처벌법에 의한 보호처분은 - 그 법적 성격에 대하여는 견해의 대립이 있기는 하지만 - 가정폭력범죄로 파괴된 가정의 평화와 안정을 회복하고 건강한 가정을 육성하기 위한 목적을 달성하기 위한 수단으로서 복지적·행정적 성격을 갖는 처분으로 이해되고 있다. 문제는 가정폭력관련 입법의 기본목적이 이

17) 독일의 경우를 보면 독일 형법상으로 원래 단순상해는 사소범죄로서(독일 형사소송법 제374조) 소추에 대한 공공의 이익이 있어야 기소가 가능하다. 가정폭력에 대한 문제의식이 증대되어감에 따라 1994년 11월 독일 법무부장관 회의에 의해 가정폭력사건에 대하여는 소추에 대한 공공에 대한 이익이 있음을 인정하였고, 이는 베를린 가정폭력 방지개입프로젝트(BIG)에 반영되어 특별한 공공의 이익이 긍정될 때에는 피해여성의 고소없이도 기소하도록 하였다.

러한 보호처분이라는 형태를 통하여 달성될 수 있는가 하는 점이다.

이는 처벌법 제40조 5호의 행위자의 보호시설에의 감호위탁처분이 법의 기본목적달성에 효과적인 처분인가 하는 점을 검토해보면 알 수 있다. 이는 두 가지 방향에서 논의할 수 있는데 첫째, 감호위탁처분의 법적 성격이며, 둘째, 원칙적으로 보호시설은 피해자의 보호업무를 위한 시설로서(피해자보호법 제8조, 피해자보호법 시행령 제3조 참조), 행위자의 수용업무에 대한 별도의 규정을 두고 있지 않는 현행법의 태도나, 가정폭력행위자에게 소년법에서와 유사한 성질의 보호처분을 과하는 것이 과연 타당한가 하는 반대의견¹⁸⁾에도 불구하고 행위의 내용이나 피해의 정도가 경미한 사건 또는 피해자와 합의한 사건을 불구속상태에서 가정보호사건으로 송치하는 실무 등에 비추어 행위자에 대하여까지 단지 수용이 아닌 상담, 보호 그리고 교육 등을 하도록 하는 것은 자유형의 집행으로서의 성질을 갖는 것으로서 인권 침해적 요소가 크다는 점이다.¹⁹⁾

현재 가정폭력행위자를 보호시설 감호위탁하거나(제40조 제5호), 의료기관에의 치료위탁(제40조 제6호)을 위한 업무가 제대로 수행되고 있지 않으며,²⁰⁾ 사실상 시설도 턱없이 부족하여 현재 가정폭력행위자에 대한 감호위탁처분 등은 전혀 실효성을 거두고 있지 않다.²¹⁾ 가정폭력처벌특별법의 보호처분을 가정폭력예방과 건전한 가정으로의 복귀라는 관점에서 본다고 하더라도 이러한 문제점으로 인하여 처분 이후 새로운 가정을 원하는 피해자나 가해자의 희망은 무산될 수 밖에 없다. 또한 가정폭력특별법이 철저히 가정폭력의 형사사건화를 지향한 것은 아니라는 비판을 받아가면서까지 가정폭력을 형사처벌위주가 아니라 감호위탁·상담 및 교육 등을 통하여 가정폭력행위자를 교육함으로써 깨어진 가정을 되찾을 수 있지 않

18) 한인섭, 가정폭력법에 대한 법정책적 검토, 피해자학연구 제7호, 한국피해자학회, 1999. 121면.

19) 안영길, 앞의 글, 140-141면.

20) 1999년 가정보호사건 처리내역을 보면 감호위탁이 6건, 치료위탁은 3건에 불과하다.

21) 참고로 '독일 베를린에 있는 가정폭력행위자를 위한 상담소의 경우에 2년 반동안 약 100명의 남성가해자가 상담을 받았으며, 이들은 대부분 재범자였다. 이들은 대부분 그의 배우자와 별거하기를 원하지 않아 그의 태도를 변화시키기 위하여 상담소를 찾다고 한다.

을까 하는 또 다른 입법관점도 유지되지 못할 우려가 있다.

셋째, 가정폭력 보호법상의 피해자에 대한 보호는 사회복지적인 성격의 보호이기는 하지만 일시보호 이상의 고려를 하고 있지 못하다는 점이다. 가정폭력보호법상의 피해자보호를 위한 상담소 및 보호시설은 가정폭력관련 법률의 실효성과 직결되는 문제이다.

넷째, 가정폭력 처벌법에 있어서 가정폭력을 범죄로 하면서 수사와 처벌을 엄정하게 함으로써 일반예방효과를 기대한다고 하지만, 가정폭력 처벌법 자체가 이미 보호처분을 통하여 이중적인 입법의도를 드러내고 있는 이상은 처벌법의 실효성은 오히려 관련 수사기관 및 법원이 가정폭력에 대하여 갖는 근본관념에 좌우될 소지를 남겨두고 있다는 점을 부인하기 어려울 것이다. 법률 제정으로 가정폭력의 형사사건화가 가능하게 되었다고는 하지만, 결국은 형사절차의 적극적인 개입 수사가 아니라, 검찰 및 법원의 조정기능을 강조하게 되는 결과가 초래되는 것은 아닌가 하는 점을 고려해야 할 것이다.

다섯째, 마지막으로 임시조치 및 보호처분 불이행에 대한 제재조치가 미흡하다.

처벌법 제29조의 퇴거 등 격리조치(제1호), 접근금지조치(제2호) 등의 임시조치가 적극적으로 활용되고 있지도 않을 뿐만 아니라, 이들 임시조치와 보호처분결정에 위반한 경우에 그 처분을 취소하도록 규정하고 있지만(처벌법 제46조) 사실상 보호처분 취소와 이에 따른 검찰청 송치결정이 내려진 경우는 1999년 21건에 불과하다.²²⁾ 임시조치 및 보호처분불이행은 종국적으로는 가정폭력행위에 대한 사법적 대응으로서 이의 이행여부가 가정폭력범죄 대응의 효율성을 반증하는 것이라고 할 때 중대한 의미를 갖는다. 무엇보다 가정폭력범죄에 대한 보호처분을 무시 위반하는 행위는 가정폭력을 사소한 일 내지 가정사라고 하는 전통적인 관념에서 비롯되는 것으로서 그 위반에 대한 강력한 제재로서 법의 실효성을 보장하는 것이 필요하다. 미국 매사추세츠(Massachusetts)주의 경우 법원의 접근금지명령

22) 사법연감 2000, 대법원.

에 위반하는 행위는 형사범죄로서 5,000달러의 벌금형에 처하거나 최고 2년 6개월의 구금형에 처하도록 되어 있다.²³⁾

23) State Government News Vol.38, N.8, 1995/8.

IV. 가정폭력대응을 위한 효과적 연계방안

1. 가정폭력의 형사법적 처리의 한계

가정폭력을 심각한 범죄로 인식하고 국가차원의 적극적인 대책을 수립하여 시행하는데 있어서 형사사법제도의 개선은 일차적으로 매우 중요한 의미를 갖는다.

경찰의 적극적인 개입 특히 체포를 통하여 적어도 가정폭력범죄율을 줄일 수 있다는 데 대하여는 이의가 없다. 위에서 살펴보는 바와 같이 우리나라의 경우 가정폭력특례법 제정을 통하여 가정폭력사건의 심각성을 널리 주지시켜 그 신고율이 늘어나 체포가능성이 증가하였다.

경찰은 1998년 7월 1일 가정폭력특례법의 시행 이후 실무에서의 교육 및 훈련지침 이후 이러한 문제의 심각성을 인식하고 이에 효과적이고도 신속하게 개입할 필요성에 따라 적절한 조치를 취하기 시작하였다. 최근의 연구에 의하면 가정폭력특례법 제정 이후에 경찰의 적절한 조치로 인하여 가정폭력이 줄어들었거나 중단되었다고 응답한 사례도 조사대상자의 81.9%에 이르고 있다는 조사결과에 비추어 경찰의 초동수사단계의 적절한 대응조치가 이들 폭력범죄에 대한 대응으로서 가장 효과적인 것으로 나타났다.²⁴⁾ 다만 조사연구에 의하면 '체포가 단기적으로 가정폭력범죄의 재범율을 떨어뜨린다는 데에는 견해가 일치하지만, 과연 체포가 궁극적으로 가정폭력 대응의 효과적인 방안인가 하는 점에 대하여는 사실 분명한 해결책이 나오지 않고 있다.

이는 가정폭력사건의 범죄화를 통해 궁극적으로 피해자보호를 지향할 수 있는가하는 점과 그리고 반드시 처벌을 통해서만 범죄예방 및 피해자보호가 가능한가 하는 점이다. 비록 가해자를 증인으로 강제출석 시킨다 하더라도 피해자가 경찰의 초기개입 후에 가족과 주변의 만류로 소를 취하하는 경우가 빈번하므로 이것이 사실상 효과적인 대응책이 되는가하는

24) 이옥, 가정폭력범죄의처벌등에 관한 특례법 - 시행 1년 6월-, 수사연구, 2000.2, 46면.

점은 의문이다.

최근에 들어와 각국의 가정폭력에 대한 대응노력의 발전과 경험에 의하여 가정폭력에 대한 지원, 예컨대 쉼터, 긴급전화, 상담시설 등의 중요성이 부각되었고, 이들 시설의 전국적 연계망 확립이 앞으로의 가정폭력 대응체계를 확립하는데 매우 중요하다는 인식이 확대되어 국가적 차원에서의 지원이 행해지고 있는 실정이다. 이는 오늘날 가정폭력은 더 이상 경찰이나 법원의 업무 그리고 입법문제에 그치는 것이 아니라, 범죄예방에서부터 처벌을 위한 법률, 기관사이의 협조, 지원기관과의 연계망, 행위자처우, 전문가와 일반인의 의견, 국제협력 등의 영역에서 상호 연계 협력할 문제라는 인식이 중요하며, 이를 위한 구조적인 변화가 필요함을 의미한다.

2. 각국의 가정폭력대응 프로젝트

가정폭력 사건의 경우에 사안의 위급성, 지속성, 반복성이라는 특성은 지원체계의 긴급성과 조기개입을 요구한다. 즉 위급한 상태에 직면한 피해당사자나 이를 접한 사람 누구든지 언제, 어디서나 긴급한 구호를 요청 가능하도록 할 수 있어야 한다. 여기서 가정폭력 피해자보호를 위해서 경찰 및 검찰과 상담소, 의료기관, 기타 사회복지기관과의 연계가 매우 중요하다.²⁵⁾

가정폭력 피해자의 경우에도 일차적으로 접촉하는 1차 지원기관은 주로 상담소, 여성의 전화 1366, 그리고 경찰이다. 피해자를 접촉한 상담소나 여성의 전화, 경찰은 피해자에게 필요한 서비스를 제공하기 위해 2차 지원기관인 쉼터, 학교, 사회복지기관, 법률 지원기관, 의료기관, 검찰과 법원 등과 연계를 한다. 문제는 현재 가정폭력서비스기관 간 연계체계가 정립되어 있지 못하여 가정폭력 서비스가 접근하기 어렵고, 단편적·비지속적이라는 점이다.²⁶⁾ 무엇보다 특히 어려운 점은 서비스 기관간의 협력을 조성하는 경찰 및 검찰과의 연계가 쉽지 않다는 점이다. 이들 수사기관의 권위적

25) 가정폭력 대응전략 수립을 위한 대토론회, 보건복지부, 2000 ; 통합적 가정폭력 전달체계 수립을 위한 국제회의, 보건복지부, 2000 참조.

26) 박영란 외, 여성에 대한 폭력관련서비스연계방안, 한국여성개발원, 2000.

이고 가부장적인 태도, 가정폭력에 대한 낮은 인식, 업무에서 가정폭력사건 비율이 낮은 것 등이 연계를 저해하는 장애요인으로 지적되고 있다.²⁷⁾ 가정폭력 피해자에 대한 지원체계 확립을 위한 경찰과의 연계를 통해 조직, 인력, 전문성이 서로 다른 기관들이 상호 협조하여 폭력의 피해자를 위한 일련의 활동을 한다면 피해자에게 보다 나은 지원을 해줄 수 있을 것이다. 예컨대 피해자를 초기에 접할 수 있는 상담원이나 경찰 등이 적극적으로 상담의 첫 단계에서 효과적으로 개입함으로써 피해자에게 심리적인 도움을 주고 상담 외에 의료, 법률, 일시보호 등에 대한 요구로까지 이어지면 상담소, 경찰서, 병원, 일시보호소, 위탁시설, 쉼터, 법원, 법률구조기관 등과 같이 조직, 인력, 전문성이 상이한 기관들이 가정폭력 피해자를 위하여 동일한 사례에 개입할 수 있게 된다.²⁸⁾

이러한 문제인식 하에서 독일과 미국에서 성공적으로 수행되었거나 수행되고 있는 가정폭력방지 프로젝트를 간단히 살펴보기로 한다.

가. 베를린의 가정폭력방지 개입프로젝트(Berliner Interventionsprojekt gegen häusliche Gewalt : BIG)

독일에서 효과적인 가정폭력방지를 위하여 베를린의 가정폭력방지개입 프로젝트(Berliner Interventionsprojekt gegen häusliche Gewalt : BIG)가 1995년부터 1999년 말까지 4년동안 시행되었다.²⁹⁾ 이 프로젝트는 여성에 대한 폭력은 더 이상 허용되지 않고 이를 위해 총력을 기울여야 한다는 의지가 표현된 것으로서, 독일의 가족·노인·여성 및 청소년부(Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend)의 지원을 받았다.³⁰⁾

27) 박경숙, 앞의 글.

28) 박미옥, 최근 성폭력사건의 수사현황 및 경찰연계시의 유의점, 성폭력사건지원체계 확립을 위한 경찰간담회, 한국성폭력상담소, 1999.12, 26면.

29) wysiwyg://inhalt.center.1/http://www.b...oc/pressemeldungen/1999/pressem113.htm. 구체적인 내용에 대하여는 BIG안내책자 참조.

30) 독일에서 가정폭력방지대책은 가족·노인·여성 및 청소년부(Bundesministerium Für

이 프로젝트의 시행 후 7개 주요영역에서 구체적인 목표가 설정되었다. 즉 경찰의 대응, 형사법적 대응, 민사법적 대응, 피해여성 지원, 이민여성, 행위자 교육프로그램, 아동 및 청소년 영역이 그것이다.

나. 미국의 가정폭력방지 프로젝트(Domestic Abuse Intervention Project : DAIP)

미국의 가정폭력방지 프로젝트(Domestic Abuse Intervention Project : DAIP)는 미네소타주의 Duluth에서 1979부터 시행되고 있으며, 가정폭력방지 프로젝트 가운데 최초이면서 가장 성공적인 프로젝트로 손꼽히고 있다. 이는 Duluth의 여성단체장이 경찰, 법원, 사회기관, 그리고 지원단체와 연계하여 가정폭력행위자에 대한 경찰 및 법적 조치를 위한 공통전략을 개발한 것이다. 그 기본적인 목적은 피해여성의 보호를 위하여 계속적인 폭력행위를 방지하고, 가정폭력에 대한 사회적인 분위기를 조성한다는데 있다. 이 프로젝트의 배경은 이상의 기본적인 목적을 위하여 지역사회 기관과 프로젝트의 공통적인 책임이라는 '공동체적 대응'(community response)이다. 효과적인 피해자 보호를 위하여 4가지 기본전략이 있다. 첫째, 피해여성에게는 독립하고 안전한 쉼터, 법적 조력, 정보제공, 사회적 지원 등이 제공되어야 한다. 둘째, 가해자를 고소하도록 한다. 셋째, 이후 새로운 범죄행위를 행하지 못하도록 적절한 처벌이 부과되어야 한다. 넷째, 당사자 사이에 원활한 정보제공과 연계가 이루어져 이들 절차와 전략을 심사하고 통제할 수 있도록 해야 한다.

이 프로젝트는 20년 동안의 경험을 바탕으로 각 지원단체와 제도들의 효과적인 연계가 이루어지고 있으며, 범죄자들은 보통 체포되며, 재범시에 가중처벌되고, 대부분 구금형을 선고받는다. 이로 인하여 Duluth의 남성 15명 중 1명당 가정폭력으로 인하여 DAIP에 의해 처리되었다. 무엇보다 중요한 것은 Duluth에서 DAIP에 의해 제공되는 서비스를 효과적으로 활용한 여성

Familie, Senioren, Frauen und Jugend)의 관할하에 있다.

의 80%가 더 이상 가정폭력으로 피해를 당하지 않는다는 점이다. 이러한 DAIP의 효과적인 시행은 피해여성의 보호와 행위자에 대한 일관된 처리와 관련한 행정적 사법적 변화를 가져왔다. 현재 이 프로젝트는 사법과 독립한 제도로써 이 기관의 통제 및 연계적 기능이 인정되고 있다.³¹⁾

V. 수사실무상 가정폭력대응 제고방안

1. 수사지침의 적극적인 활용

가정폭력에 대한 대응을 위하여 가장 효과적인 것은 경찰의 적극적인 초기개입이며, 현행 가정폭력 처벌법상의 경찰의 현장출동 및 현장응급조치의 무의 이행 그리고 수사 등은 중요한 의미를 갖는다. 그리하여 경찰 및 검찰 등 일선실무에서는 진작에 가정폭력사범에 대한 수사지침 마련이 적극적으로 요청되어 왔고,³²⁾ 이에 따라서 경찰에서는 가정폭력의 근절을 1999년 주요 과제로 삼고 1999년 4월부터 '가정폭력범죄수사요령'이, 검찰에서는 2000년도 하반기부터 가정폭력사건 수사지침이 시행되고 있다. 또한 경찰은 수사지침 하달 이후에 1999년 한 해동안 5,679회에 걸쳐 교양교육을 실시하였을 뿐만 아니라, 가정폭력관련내용을 정규교과목에 편성·교육함으로써³³⁾ 실무교육의 지속성을 도모하고 있다.

공식통계에 의하면 가정폭력관련법률이 시행된 이후의 1998년의 경우 발생건수는 3,687건, 가정보호사건 송치는 89건으로서 가정보호사건 송치율은 2.4%에 불과하였으나, 1999년에는 가정폭력사건은 전년도에 비하여 뚜렷한 증가현상을 보여 한 해 동안 모두 11,850건이 발생, 990건이 가정보호사건으로 송치되어 약 8.4%의 송치율을 보이고 있다. 이러한 변화는 법률제정 이후 가정폭력사건에 대한 경찰의 적극적인 대응과 일반국민의

31) BIG안내책자 6-7면 참조.

32) 이옥, 가정폭력사범에 대한 검찰대응방안, 170면 ; 표창원, 앞의 글, 160-161면.

33) 2000 경찰백서, 경찰청.

인식변화에서 비롯된 것이라고 하겠다. 앞으로도 적극적인 수사지침의 활용과 지속적인 실무교육을 통하여 가정폭력대응에 대한 일반국민의 불만사항을 적극적으로 수용함과 동시에 가정폭력범죄에 대한 국가의 적극적 대응의지를 강화해나가야 하 것이다.

2. 인적 자원의 확충과 전담반의 설치 운영

가정폭력방지정책이나 수사지침 등이 현실적으로 실효성을 갖기 위해서는 기본적으로 이들 지침의 현실화, 더 나아가 유용성은 여성에 대한 피해조사시 수사기관의 기본적인 성의식과 교육정도에 달려 있다고 말할 수는 있다. 다만 이와 같은 여성관련 범죄에 대한 수사실무의 체계화, 조사기준의 제정 및 성범죄 및 피해자의 특수성 등에 관한 수사담당자의 교육 등은 관련 여성의 직접적·사전적 구제를 도모할 수는 있지만, 현실적으로 여성수사관 인력이 충분하지 않다면 공염불이 될 수밖에 없고, 피해자보호정책 또한 한낱 외침에 불과할 것이다.

특히 입법이나 법집행 영역에서 절대적인 남성 숫자에 비추어 이들 문제를 정면에서 다룰 수 있는 인적 자원이 절대적으로 부족한 현실과 성폭력에 대한 올바른 인식이나 전문지식이 결여된 수사기관은 성폭력상담과 경찰연계의 문제점으로 지적될 정도이다.³⁴⁾ 가정폭력전담반의 설치 및 확충은 이 지원체계의 구축을 위해 중요한 의미를 갖는다. 폭력피해여성을 보호하고 수사상의 어려움을 해결하기 위하여 가정폭력사건을 전담할 전문경찰 및 전담검사제도를 도입해야 할 필요성이 크다³⁵⁾는 점은 오래전부터 지적되어 왔다.³⁶⁾ 특히 초기대응기관으로서 경찰의 경우에 여성경찰관 증원을 통하여 여성경찰관 비율을 높여, 경찰 자체 내에서 경찰개혁의 일환으로서 2002년까지 현재 인원의 두 배까지 늘려 전 경찰력의 4%로 늘릴 계

34) 박영란, 여성에 대한 폭력관련 서비스 연계방안, 성폭력지원체계확립을 위한 경찰간담회, 한국성폭력상담소, 1999.12, 34면, 37면 참조.

35) 한인섭, 앞의 글, 128면.

36) 1996년 베를린 검찰청에 가정폭력전담반이 설치되었는데 설치 후 최초 6개월간 처리건수는 약 1,700건으로 증가하였다고 한다. BIG 안내책자 16면 참조.

획이어서³⁷⁾ 이들을 적극적으로 수사인력으로 활용할 것으로 기대된다.

가정폭력전담반의 경우에는 책임자를 여성으로 하는 것이 가정폭력대응에 보다 효율적일 수도 있음은 사실이다.³⁸⁾ 예컨대 경찰이나 검찰에서 성폭력사건 수사의 경우 특히 여성피해자조사를 훈련된 여성경찰 여성수사관이나 여성검사가 함으로써 여성피해자가 남성 앞에서 진술할 경우 불필요한 오해소지를 막을 수 있다는 점, 그리고 수사의 신속, 효율성 문제 및 불기소처분 비율이 높은 이유가 통념에서 비롯되므로 이는 여성경찰, 여성검사제도의 도입을 통해서 해결하는 것이 타당하다는 것을 그 이유로 한다. 이에 반하여 여성수사관이 피해자 편에서만 수사를 한다는 의혹을 살 여지가 있어 오히려 공정한 수사에 방해가 될 수 있다는 문제점이 제기되기도 한다.³⁹⁾

현행 일선경찰실무에서도 가정폭력을 전담하기 위한 전담여경제도를 도입하겠다는 계획을 갖고 있고, 수사지침에서도 가능하면 여성검사를 배치하도록 방침을 정해두고 있어, 피해여성에게 대한 배려와 이해라는 측면에서 보면 바람직하다고 하지 않을 수 없다. 그럼에도 현실적으로 여성 수사관의 인원이나 충원의 한계 등에 비추어 보면 이는 현실적으로 운영상의 무리가 따를 수밖에 없고, 이로 인해 오히려 수사상의 어려움만을 크게 할 우려가 있음도 부인하기 어렵다. 사실 현재 성·가정폭력 전담여경과 검사들도 일정 영역에 대한 전문성도 물론 중요하지만, 어떠한 종류의 사건도 처리할 수 있는 능력이 요구되는 경우가 더 많으므로 성폭력 또는 가정폭력만 전담하는 여성수사관이나 여성검사를 배치한다는 것은 개인적으로 오히려 제약요건이 될 수도 있다고 한다.

이상으로 살펴본 바와 같이 여성관련 범죄수사를 위한 여성수사관 전담

37) 앞으로 3년간에 걸쳐 현재의 2배 규모인 3,600명 정도로 확충할 계획을 갖고 있다. 대한매일, 2000.7.3.

38) 심영희, 위험사회와 성폭력, 나남출판, 1998, 282면 ; 조희진, 성폭력사건의 법적 처리 현황과 개선방안, 158면 ; 표창원, 앞의 글, 161면.

39) 이명숙, 성폭력·가정폭력 피해여성의 법적 대응과 관련된 제문제, 여성에 대한 폭력의 실태 및 대책 세미나, 법무부, 1998, 70면 ; 같은 취지, 정현미, 성폭력범죄 형사절차상 피해자보호, 한국형사정책연구원, 1999, 140-141면 참조.

반의 문제는 보다 신중하게 접근할 필요가 있다. 수사업무만을 전담할 여성 형사실무가가 절대적으로 부족한 현실에서 여성관련 범죄전담 여성수사관을 둔다는 것은 현실적으로 매우 어렵다. 따라서 우선은 경찰 및 검찰 내 일차적으로 성별에 관계없이 폭력 피해여성에 대한 이해와 수사의 노하우를 쌓은 가정폭력전담반을 확대·설치함이 바람직하다.

사회계급 - 범죄관계에 관한 비판적 고찰

기 광 도*

I. 머릿글

사회계급체계(social class system)는 그 사회에서 희소자원이라고 여겨지는 것에 대한 차별적 분배로 생겨난 불평등체계라고 할 수 있다. 즉 경제적 자산과 소득, 정치적 권력이나 권위, 사회적 위세 등의 차별적인 소유로 인한 위계체계이다. 따라서 특정 사회계급에 속한 사람은 다른 계급의 사람들과는 차별적인 자원(resource), 삶의 기회(life chance)와 생활양식(style of life)을 가지게 되며, 이러한 계급간 삶의 자원 및 조건들은 개인의 기회구조 및 경험, 삶에 대한 가치관 및 사회적 태도, 그리고 행위양상에 영향을 미친다.

범죄학에서도 사회계층체계가 범죄행위에 미치는 영향에 관한 사회계급-범죄관계는 주요 관심거리 중의 하나이다. 따라서 사회계급-범죄관계에 대한 이론적 설명과 경험적 연구들이 시도되었다. 그러나 이러한 연구들은 두 현상간의 관계에 대해서 다양한 견해들을 제시하였고, 아직도 명확한 결론이 나지 않은 상태로 남아 있다. 어떤 범죄학 이론들은 사회계급에 따라 범죄발생의 차이가 있다고 주장하는가 하면, 다른 이론에서는 사회계급과 범죄간에는 관계가 없다고 주장하기도 한다. 그리고 어떤 이론들은 하위계급에서 범죄가 많이 발생한다고 주장하는데 비하여, 다른 이론에서는 오히려 상위계급에서 범죄가 많이 발생한다고 주장하기도 한다. 경험적 연구에서도 사회계급과 범죄간의 관계에 대해서는 두 현상간의 강한 부(-)

* 한국형사정책연구원 연구원

의 관계가 있다든지 또는 아무런 관련도 없다든지, 특정 유형의 범죄에서만 관계를 보인다는 등의 다양한 결과들이 제시된 바 있다.

사회계급-범죄관계에 대한 현재의 주된 쟁점은 각각의 이론에 의해 제시된 서로 대립적이고 모순적인 다양한 주장이 제시되고 있다는 것과 또한 이러한 이론적 주장들이 경험적인 연구결과와 일치하지 않다는 것이다. 이러한 현상은 기존의 사회계급-범죄관계에 대한 연구가 이론적 설명 및 경험적 연구로 분리되어 접근되었다는 사실에 기인하기도 한다. 그러나 근본적으로 이론형성과정에서의 이념적 편향, 용어사용의 혼란, 논리적 비약, 그리고 조사 방법론상의 오류 등에 의한 것이다. 최근에는 사회계급-범죄관계에 대한 문제를 인식하고, 이러한 상황을 해결하기 위한 시도들이 이루어지고 있다.

이 글에서의 궁극적 물음은 사회계급-범죄관계는 이론적으로 설명이 가능하고, 경험적으로 검증이 가능한 것인가이다. 따라서 이 글에서는 미국에서 전개된 범죄학 이론들과 경험적 연구들이 사회계급과 범죄간의 관계를 어떻게 바라보고 있으며, 분석하고 있는가를 고찰하고, 그러한 이론과 경험적 연구의 문제점들을 살펴보기로 한다. 명확하게 말하면, 이 글은 사회계급-범죄관계 자체를 직접적으로 다루기보다는 그 동안 전개된 사회계급-범죄관계에 대한 이론 및 경험적 연구에 대한 비판적 고찰이다. 이러한 고찰을 통하여 사회계급-범죄관계를 어떻게 이론적으로 설명하고 경험적으로 분석해야 할 것인가를 살펴보려는 것이다.

II. 사회계급-범죄관계에 관한 이론

미국의 1930-40년대 범죄학이론들은 기본적으로 특정 지역이나 특정 집단, 특히 하위계급의 높은 범죄발생현상을 설명하기 위한 관심에서 출발하였다고 할 수 있다. 당시의 주된 관심은 왜 하층계급에서 높은 범죄율을 보이는가를 설명하려는 것이다. 대체적으로 이러한 이론들은 범죄가 사회계급에 따라 차등적으로 나타난다는 견해, 즉 사회경제적 지위가 낮을수록 범죄를 저지를 가능성이 높다는 입장을 취하고 있었다. 이러한 이론들은 주로 형사사법기관의 공식통계자료에 나타난 사회계급과 범죄간의 현상을 대상으로 하였다. 대표적인 이론으로는 머튼의 아노미이론, 생태학적 이론, 하위문화이론 등이 있다. 그러나 사회경제적 하위계급에서 범죄가 많이 발생한다는 주장에 대하여 몇몇의 학자들은 비판적인 입장을 취하기도 하였다. 베블렌, 서덜랜드, 소로킨 등은 지배계급의 부도덕성을 강조하며, 사회경제적 상위계급에서 범죄가 더 발생한다는 주장을 제시하기도 하였다. 그러나 이러한 주장은 이론적 수준으로 체계화되지는 못했다고 할 수 있다. 이러한 초기의 범죄이론들은 공식통계와 같은 가시적인 자료에 대한 관찰과 분석을 통하여 특정 사회계급이나 집단의 범죄현상을 설명하는데 치중하였기 때문에, 사후해석적 경향을 띄고 있으며, 경험적 검증도 소홀히 하였고, 따라서 일반적인 사회계급-범죄현상을 설명하는 데에는 한계를 지니고 있었다.

이러한 대립적인 입장에 대하여, 1950-60년대에 전개된 학습이론이나 통제이론, 억제이론들은 사회경제적 하위계급의 범죄에 대하여 노골적인 관심을 보이지 않는다. 이러한 이론들은 주로 자기 - 보고식 조사를 통하여 범죄현상을 분석하여, 사회계급과 범죄간의 부 - 의 관계에 대한 회의적인 입장을 표명하기도 한다. 그러나 이러한 이론들이 사회경제적 지위와 범죄행위간의 관계에 대하여 명확하게 밝히고 있지는 않지만, 사회계급과 범죄간의 관계를 은연중 내포하고 있다고 할 수 있다. 즉 사회계급적 특성들은 개인의 사회화 과정, 사회적 연대, 사회적 통제 등에 영향을 미침으

로써 간접적으로 범죄행위에 영향을 미칠 수 있다는 것이다. 그러므로 이러한 이론들을 논리적 확장을 통하여 사회계급과 범죄간의 관계를 추론할 여지는 남겨주었다.

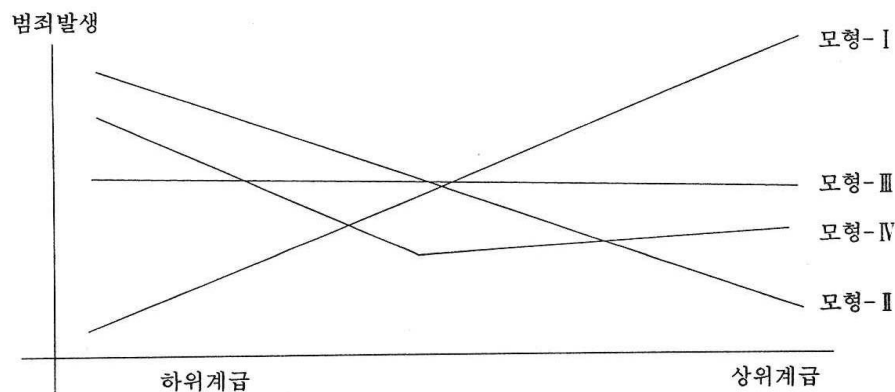
또한 1960-70년대의 낙인이론이나 갈등주의적 범죄이론 등은 마르크스의 견해를 수용하여 전통적 이론에서 제시된 사회계급과 범죄간의 관계에 대하여 비판적 입장을 취하고 있다. 이러한 이론들은 범죄현상을 자본주의 사회구조와 국가권력의 통제의 측면에서 다루고 있다. 비록 이러한 이론들도 사회경제적 하위계급의 높은 범죄율을 인정하지만, 이러한 현상을 범죄자의 사회경제적 특성보다는 국가통제나 사회통제의 차별성에 기인한 것으로 인식하고, 그러한 권력의 작용으로 인한 범죄자에 대한 차별적 낙인, 불평등한 집행 등을 강조한다. 이러한 이론들 역시 하층계급의 높은 범죄율에 대한 또 다른 해명에 지나지 않는다고 할 수 있다. 그리고 1980-90년대에 와서는 사회계급과 범죄간의 관계를 설명하기 위한 다양한 통합이론들이 모색되었으며, 특히 헤이건(Hagen)에 의하여 제안된 권력-통제이론은 상위계급에 범죄가 더 많이 발생할 수 있다는 견해를 제시하기도 하였다. 그러나 전반적으로 사회계급-범죄관계에 대한 연구의 관심은 줄어드는 상황이라고 할 수 있다.

이와 같이 사회계급과 범죄간의 관계에 대하여 다양한 주장들이 제시되고 있지만 몇 가지 유형으로 범주화할 수 있다. 허쉬(Hirschi, 1972)는 사회계급과 범죄간이 관계에 대한 이론적 관점과 경험적 연구를 정리한 바 있다.¹⁾

1) 허쉬(1972)는 사회경제적 하위계급과 교육을 받지 못한 사람들은 범죄발생 및 처리 과정에서 불이익을 받고 있다고 보았다. 사회구조상 하위계급은 법적 특혜를 받을 가능성이 없지만 상위계급은 부나 권력, 그리고 위세, 영향력 등으로 특혜를 받을 가능성이 높다는 것은 인정하였다. 그러나 현재 가용한 자료를 통해서 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 확실한 결론을 내릴 수는 없으며, 다만 다음과 같은 주장은 가능하다고 하였다. 그는 (1) 그 동안 전형적으로 정의되고 측정되었던 사회계급은 전통적으로 주장되었던 수준보다는 범죄에 대한 설명력은 적은 것으로 나타났다. (2) 또한 노동계급, 중간계급, 상위계급간의 범죄의 양의 차이는 적은 것으로 나타났다. (3) 그럼에도 불구하고, 최하위계급(설문조사에 표집되지 않을 가능성이 높은 일시적 취업자)에서의 범죄율은 높은 것으로 나타났다. (4) 계급간 형법에 대한 타당성 및 정당성에 대한 인식의 차이는 적거나 없는 것으로 나타났다. (5) 청소년의 비행에 있어서, 계급기원은 계급목

그의 견해에 근거하여 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 4 가지의 모형을 분류하여 살펴보기로 한다. <그림 1>은 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 모형을 보여준다. 모형- I(bottom hypothesis)은 하위계급의 범죄율이 높다는 가설이며, 모형- II(top hypothesis)는 범죄는 하위계급보다 상위계급에서 높다는 견해이다. 모형- III(independent hypothesis)은 사회계급과 범죄간에는 관계가 없다는 독립관계모형이다. 그리고 모형- IV(top-bottom hypothesis)는 범죄는 하위계급과 상위계급에서 높고, 중간계급에서 상대적으로 낮다는 견해이다.

<그림 1> 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 기본모형



표보다 덜 중요한 것으로 나타났다. (6) 풍요로움과 재화의 분배에서의 민주화의 증가는 범죄율을 감소시키지 못하는 것으로 나타났다. 반대로 단기적으로는 범죄를 증가시키는 것으로 나타났다고 주장하였다.

모형-I과 관련된 범죄이론은 1940-50년대의 아노미/긴장이론, 사회해체이론, 하위문화이론, 1960-70년대의 낙인이론, 갈등주의적 또는 마르크스적 범죄이론 등을 포함하고, 모형-II는 초기 범죄이론을 비판하는 소로킨, 그리고 서덜랜드의 견해, 그리고 권력-통제이론 등을 들 수 있다. 그리고 모형-III은 범죄현상을 사회계급과 연관시키지 않고, 이러한 주제에 대하여 논의를 피하거나 소극적인 입장을 취하는 이론으로서 학습이론, 통제이론, 억제이론 등이 포함되고, 모형-IV는 모형-I과 모형-II를 통합한 변형모형이라고 할 수 있다. 그러면 이러한 분류에 따라 각각의 범죄학이론들이 사회계급과 범죄간의 관계를 어떻게 설명하는지를 간략하게 고찰하기로 한다.

1. 모형- I : 하위계급의 범죄율이 높다는 가설

가. 아노미/긴장이론, 사회해체이론, 그리고 하위문화이론

사회경제적 하위계급의 범죄율이 높다는 가설은 1950년대 이전 전통적인 범죄이론의 전형적인 주장이었다. 이러한 입장은 "빈곤은 범죄의 근원"이라는 관념에 근거한 것이다. 대표적인 이론으로는 머튼(Merton)의 아노미이론, 쇼우와 맥케이(Show and Mckay)의 사회해체이론, 그리고 코헨(Cohen) 등의 하위문화이론이다.

머튼은 사회적 목표와 그러한 목표를 달성하는 합법적 수단간의 불일치 현상을 의미하는 아노미개념으로 범죄현상을 설명하였다(Merton, 1938: 1968). 그의 주장에 의하면, 문화적 목표와 합법적 수단간의 관계가 일치할 때에는 개인들은 순응(conformity)이라는 행위양상을 선택한다. 그러나 목표와 수단이 불일치할 때, 개인은 사회심리적 긴장상태에 놓이게 되고, 이러한 긴장상태에서 벗어나기 위하여 개인들은 다양한 적응활동을 시도한다. 머튼은 '혁신'(innovation), '의례'(ritualism), '은둔'(retreatism), '반항'(rebellion)의 네 가지 유형의 적응활동유형을 제시하였다. 이러한 행위양상 중에서 일탈이나 범죄와 밀접한 관련을 가지는 것은 혁신적 행동이라고 할 수 있다. 혁신은 문화적으로 규정된 목표는 수용하지만, 수단에 대해서

는 거부하여, 대안적인 비합법적인 수단을 사용하는 적응행위이다. 이러한 행위는 사회경제적 지위가 낮은 계급에서 현저하게 나타난다. 즉 미국사회에서 하위계급의 경우, 경제적 부의 획득이라는 문화적 목표는 교육 등의 합법적인 수단으로 획득하기에는 너무 제한되어 있기 때문에, 범죄행위 등의 비합법적인 행위를 통하여 문화적 목표를 얻으려한다는 것이다(Merton, 1968: 185-194). 물론 문화적 목표와 수단간의 불일치가 일탈이나 범죄를 유발시키는 유일한 원인은 아니다. 모든 사회계급의 구성원들은 사회심리적 긴장을 경험하지만, 그렇다고 해서 모두가 일탈적 행위를 하는 것은 아니다. 범죄행위로서의 혁신적 적응은 법에 대한 도덕적 수용정도에 의하여 결정된다. 일반적으로 중하위계급은 혁신적 행위보다는 의례주의적 행위를 따르는 경향이 있다. 그들도 하위계급보다는 상대적으로 덜하지만 긴장을 겪고 있다. 그러나 그들의 부모들은 범죄에 대항하는 도덕적 신념을 갖고 있으며, 그러한 신념을 자녀들에게 내면화함으로써 의례주의적 행위를 하게 한다. 이에 비하여 하위계급은 개인들이 사회의 규범을 준수하도록 하는 사회화가 덜 되었기 때문에 범죄행위를 더 많이 한다는 것이다. 즉 도덕적으로 사회적 규범이 덜 내면화된 개인들이 문화적 목표와 수단간의 긴장을 경험할 때, 혁신적 적응으로서 범죄행위를 저지르게 된다는 것이다. 이러한 도덕적 규범의 내면화의 부재는 하위계급에 팽배해있으며, 이로 인하여, 다른 사회계급보다 범죄를 더 많이 저지른다는 것이다(Merton, 1968: 195-211). 이와 같이 머튼은 사회계급에 따른 적응양상을 구분하는 과정에서, 사회경제적 하위계급의 높은 범죄발생을 주장하였다.

쇼우와 맥케이(Show and Mckay)는 도시에서의 비행의 분포가 도시내부의 하층주거지역에서 가장 높고, 도시 외곽의 상류층 주거지역으로 나아갈수록 감소하는 것으로 밝혀내고, 그러한 현상을 도시하층 주거지역의 사회적, 환경적 특성에 의한 것으로 파악하였다. 그들은 사회적, 환경적 특성과 범죄행위간을 연결하는 두개의 기제를 비인습적 역할모형(unconventional role modeling)과 지역적 사회통제력의 부재(absence of social control)로 보았다. 하층계급 주거지역의 사회통제력 부재와 범죄역할모형이 범죄행위를 유발한다고 주장하였다(Show and Mckay, 1972).

비행하위문화론(delinquent subculture theory)에서는 사회적 지위가 낮은 계급은 범죄행위를 유발하는 문화적 특성을 갖고 있다는 견해를 제시한다. 이러한 이론으로는 코헨의 비행하위문화이론, 밀러의 하위문화이론, 그리고 클라우드와 올린의 차별기회이론 등이 있다. 코헨(Cohen, 1955)은 일탈을 야기하는 사회적 긴장을 유발하는 것은 물질적 성공에 대한 좌절이 아니라, 인습적인 사회에서 인정을 받지 못하는 것과 지위획득에 대한 좌절로 보고 있다. 사회적으로 인정되는 인습적인 규범은 주로 중간계급의 기준에 바탕을 두고 있다. 중간계급의 자녀들은 비교적 쉽게 이러한 기준에 따른 지위와 사회적 인정을 얻게 된다. 그러나 하층의 자녀, 특히 소년들은 이러한 기준에 의한 지위를 획득하지 못한다. 그들의 태도와 행위는 중간계급의 기준에 맞지 않기 때문이다. 결국 기대된 기준에 대한 실패는 '지위좌절'(status-frustration)을 느끼게 한다. 코헨에 의하면, 비행하위문화는 이러한 지위좌절에 대한 대응으로 형성된다고 한다. 하층의 자녀들은 폐쇄된 도시지역에서 활동하게 되고, 그들의 상호작용은 그들의 공통문제에 대해 인식하게 하고, 공동의 해결방법을 모색하게 한다. 또한 그들의 규범과 지위를 정당화하고, 그들이 도달할 수 없는 중간계급의 가치와 규범을 부정하는 비행하위문화를 형성시킨다는 것이다.

밀러(Miller, 1958)도 경제적으로 박탈된 공동체의 하위계급 남성범죄집단의 비행에 관심을 보였다. 그에 의하면, 비행은 하위계급문화에 대한 청소년의 적응양상이라는 것이다. 비행은 하위계급문화에서 기대하는 바를 얻기 위한 방편이다. 하층계급의 문화를 '말썽부리기' (trouble), '거침' (toughness), '교활함' (smartness), '흥분추구' (excitement), '체념' (fate), '자기맘대로' (autonomy)로 특징화하였다. 이러한 문화적 특징을 과시하면서, 그들은 거리의 폭력집단에 속하게 되며 그러한 지위를 얻게 된다. 따라서 그러한 노력은 타인과의 싸움이나 불법 및 일탈행동을 저지르게 된다. 이와 같이 하층이 그들이 속한 가치와 규범 속에서 살아가려는 노력을 할수록 사회법규를 위반하게 된다. 즉 하층의 범죄는 일반문화에 대한 거부나 저항의 결과가 아니라, 자신의 하층문화를 수용하는 결과로 발생하게 된다는 것이다.

클로워드와 올린(Cloward and Ohlin, 1960)은 머튼의 아노미이론과 서덜랜드의 차별적 접촉이론을 종합하여, 차별기회이론(differential opportunity)을 제시하였다. 차별적 기회이론에 의하면, 하층청소년에게 문화적으로 수용된 목표와 합리적 수단간의 불일치가 비행하위문화를 형성시키는 기본적인 조건이 된다. 그러나 범죄는 사회적 목표와 수단간의 불일치만으로 설명될 수 없으며, 개인이 접할 수 있는 합법적이거나 불법적 기회구조에 의하여 영향을 받는다는 것이다. 그들에 의하면, '혁신' 자체는 자동적으로 범죄화되지는 않으며, 범죄는 목표와 수단간의 일치하지 않는 긴장상황에 처한 개인이 합법적 기회구조나 불법적 기회구조에 어떻게 관련되어 있는가에 의하여 결정된다는 것이다. 목표에 대한 합법적 수단의 부재는 분명 일탈행위를 유발시킬 수 있는 긴장상태를 야기한다. 그러나 구체적인 일탈 행위양상은 그들의 공동체에 주어진 불법적인 기회구조에 의하여 결정된다. 그리고 이러한 공동체의 기회구조는 전문화된 일탈 하위문화를 형성하게 하는 바탕을 제공한다. 불법적 기회구조에 의하여 형성된 하위문화유형을 재산범죄를 주로 저지르는 범죄적 하위문화(criminal subculture), 폭력범죄를 특징으로 하는 갈등적 하위문화(conflict subculture), 사회적 목표와 수단은 모두 포기하고 마약과 음주로 보내는 도피적 하위문화(retreatist subculture)로 분류된다. 이러한 이론들은 하위계층이 다른 계급보다 더 많은 범죄를 저지를 것이라는 견해를 명백하게 표명하고 있다. 또한 하위계층 이외에도 소수인종 등의 합법적 기회가 좌절된 사람들에게서 범죄가 많이 발생할 수 있다는 의미를 내포하고 있다.

나. 낙인이론과 마르크스주의 범죄학

낙인이론이나 갈등주의적 또는 마르크스주의 범죄학에서도 하위계층에 범죄가 집중된다는 견해를 제시하고 있다. 이러한 이론에서는 그러한 하위계층의 범죄가 개인적 측면보다는 사회구조 및 과정적 측면을 강조하고 있다. 낙인이론이 사회적 권력에 의하여 범죄행위가 차별적으로 규정되고 처벌된다는 측면을 강조하는데 비하여, 마르크스주의 범죄학은 자본주의적

사회구조에 의한 하위계급의 범죄유발환경을 강조한다.

낙인이론가인 레머트(Lemert)는 일차적(primary) 일탈과 이차적(secondary) 일탈을 구분하고 있다. 그에 의하면, 일차적 일탈은 아주 다양한 사회적, 문화적, 심리적 상황에서 발생하는 것으로 정의된다. 즉 이러한 일차적 일탈은 일시적이고, 다양한 상황에 의하여 발생된다. 그러나 이차적 일탈은 일차적 일탈에 대한 사회적 반응에 의하여 야기되는 문제들을 방어하고, 공격하거나 또는 그러한 문제에 적응하기 위한 수단으로 나타나는 일탈행동이나 사회적 역할 등이다(Lemert, 1967). 법의 적용과정에서의 낙인의 가능성은 그러한 낙인에 저항할 수 있는 개인의 권력 및 자원과 밀접한 관련이 있다. 낙인으로 인한 불이익을 받는 사람은 대부분 소수인종집단과 사회경제적 하위계급이다. 사회적 자원과 권력이 없는 하위계급은 같은 불법적 행동을 하였을 경우라도 다른 계급의 사람보다 범죄자로서 낙인될 가능성이 높다는 것이다. 또한 이러한 낙인의 결과가 미래의 범죄를 촉발한다면, 하위계급의 범죄는 다른 계급보다 더 많을 것이 분명하다. 또한 '이차적 범죄'(secondary deviance)도 상층보다는 하층에서 더 많이 발생할 것이다. 이와 같이 낙인이론은 사회계급에 따른 범죄발생의 차별적 현상을 직접적으로 설명하고 있다. 낙인이론에서는 실제적으로 계급에 따른 범죄분포는 현저한 차이를 보이지는 않지만, 공식통계자료나 현상학적으로 하위계급에서 높은 범죄율이 발견되는 것은 입법이나 법의 집행에서의 차별성에 기인한다는 것이다. 즉 범죄발생에서는 계급간 차이가 없으나, 적발 및 처벌과정에서 계급적 차별로 인하여 '관찰된 차이'를 보인다는 것이다.²⁾

2) 낙인이론의 입장에서 사회계급-범죄관계는 일차적 일탈에 있어서 계급간 차이가 있는가에 대한 문제가 제기된다. 낙인이론은 범죄자로 낙인시키는 사회과정에서 사회 및 국가적 권력의 차별적 행사로 인하여 공식통계상의 하위계급에서 높은 범죄율이 발견된다는 주장을 한다. 그러나 이러한 주장의 주된 쟁점거리는 사회계급간 일차적 범죄발생은 균등한가의 여부이다. 만일 모든 사회계급에서 일차적 범죄가 유사하게 발생한다면, 낙인이론에서 제시한 바와 같이 공식통계에 나타난 사회계급과 범죄간의 관계는 설명될 수 있을 것이다. 그러나 하위계급의 일차적 범죄가 상위계급보다 더 많이 저질러진다면, 낙인이론에 의한 사회계급-범죄관계에 대한 설명은 적절하지 못한 것으로 보인다.

갈등주의적 범죄학과 마르크스주의 범죄학에서는 자본주의 사회체제에서 하위계급에서 범죄가 많이 발생하는 것은 구조적으로 불가피한 현상으로 본다. 이는 자본주의 사회에서 사회경제적 하위계급의 열악한 물질적 자원과 범죄를 규정하는 법제정과정과 범죄의 처리과정에서 하위계급에 차별적이기 때문으로 파악하고 있다. 마르크스주의를 범죄학에 체계적으로 도입한 초기의 대표적인 학자는 봉거(Bonger)라고 할 수 있다. 그에 의하면, 범죄는 "자본주의적 사회조직"에 의하여 만들어진다고 주장한다. 생산소유의 사유와 더불어 자본주의 사회의 이윤동기는 "이기주의적 경향"을 만들고, 탐욕과 이기심을 부추기며, 이러한 이기심을 억제할 수 있는 "사회적 본능"의 형성을 어렵게 한다. 자본주의 사회에서 모든 계급이 이기주의의 영향을 받고 자본주의에 의하여 양산된 탐욕에 빠지지만, 범죄를 규정하는 법률이 부르조아지에 의해 통제되므로 프롤레타리아의 이기적 행위만이 주로 범죄로 규정된다는 것이다(Bonger, 1969:198). 이러한 봉거의 이론은 처음에 별 주목을 받지 못했으나, 1970년대에 새로운 관심을 받기 시작하였다. 퀴니(Quinney, 1977)는 범죄를 자본주의의 물질적 조건에 대한 불가피한 결과로 보는 그의 견해를 지지하였다. 그는 노동계급의 범죄를 "적응범죄"이거나 자본주의체제에 대한 "저항범죄"로 파악하였다. 적응범죄는 침입강도나 일반강도와 같이 타인의 재산을 착취함으로서 자본주의체제의 재산의 획득을 단순히 "재생산"하는 약탈범죄와, 살인, 폭행, 강간과 같은 자본주의체제에 의하여 약탈당한 자들에 의하여 자행되는 폭력범죄로 정의된다. 또한 저항범죄는 착취에 대항하는 비혁명적, 무의식적 저항과 프롤레타리아에 의한 자본주의에 대항하는 혁명행위로서 계획적으로 이루어지는 범죄 양자를 모두 포함하는 것으로 파악하였다. 이와 같이 마르크스주의 범죄학은 경제적 빈곤, 정치적 권력부재, 좌절감, 반항 및 저항 등의 요인 때문에 하위계급이 더 많은 범죄를 저지른다는 것을 인정하였다. 따라서 이러한 범죄를 유발시키는 이기심, 이욕심, 그리고 좌절감 등을 없애기 위한 정책, 이른바 자원의 평등분배 및 사유재산제도의 폐지 등을 통하여 범죄를 없앨 것을 주장하고, 국가권력의 공정하고 평등한 집행을 통하여 사회계급에 따라 차별없는 공권력의 행사를 제안한다.

2. 모형-II 상위계급의 범죄율이 높다는 가설

대체로 사회경제적 하위계급에서 범죄가 많이 발생한다는 견해가 압도적이지만, 한편으로는 그와는 반대의 입장이 제시되기도 하였다. 즉 사회경제적 지위가 높을수록 범죄를 많이 저지른다는 주장이다. 이러한 견해는 베블렌(Veblen, 1934)의 유한계급적 가치, 서덜랜드(Sutherland, 1949)의 화이트칼라범죄, 소로킨과 런던(Sorokin and Lunden, 1955)의 권력과 도덕성, 마짜와 시케스(Matza and Sykes, 1961)의 상위계급의 모험심(task for risk) 등에 의하여 제안된 바 있다. 이들은 자본가와 권력층의 비도덕성과 부패 등을 지적하며, 상위계급의 범죄행위는 발생하지 않는 것이 아니라 은폐되었을 뿐이라고 주장한다. 또한 상위계급은 모험심을 선호하고, 사회적 권력이 많은데 비하여, 통제가 약하고, 그리고 인습적 가치가 낮기 때문에 범죄를 더 많이 저지른다고 주장하였다.

서덜랜드(1949)는 화이트칼라범죄(white collar crime)를 직무수행 과정에서 이루어지는 범위반행위로 파악하면서, 이러한 범죄는 하위계급보다는 중상위계급에서 더 많이 발생한다는 입장을 제시하였다. 그리고 이러한 화이트칼라범죄의 사회적 손실이나 비용, 재정적 손실은 인습적 범죄보다 많고, 이러한 범죄는 사회적 신뢰를 훼손하고, 불신을 조장하고, 사기를 저하시키며, 사회적 관계와 조직을 약화시키며 사회해체를 촉진한다고 보았다. 또한 일상범죄의 경우 죄의식을 지니고 행하지만, 화이트칼라범죄는 죄의식이 없으며, 더욱이 사회적, 조직적 관행으로 합리화하고 죄의식을 중화한다고 파악하였다. 소로킨과 런던(Sorokin and London, 1959)도 사회지도층의 정치적, 경제적 범죄를 분석하면서, 상위계급에서 이러한 범죄가 많이 발생할 조건들을 제시하였다. 그들은 사회지도층의 정치적/경제적 범죄율이 높은 이유를 다음과 같이 제시한 바 있다. (1) 폭력에 대한 지배계급의 통제(독점), (2) 외교적 기능, (3) 지위 유지, (3) 권력 그 자체(범위에 군림), 권력의 도취효과(intoxicating effect of power). (5) 사회적 선택(상류층의 인성적 특성) 등에 의하여 상위계급은 하위계급보다 범죄를 더

많이 저지른다고 주장하였다.

또한 상위계급에서 범죄를 더 많이 저지를 것이라는 주장은 몇몇의 이론에서도 발견되었다. 퀴니(Quinney, 1977)는 프롤레타리아의 범죄 뿐만 아니라, 지배계급에 의해 저질러지는 범죄도 자본주의 체제의 결과로 파악하였다. 이러한 범죄는 지배계급이 자신의 이익을 보호하기 위해 저질러지는 "지배와 억압의 범죄"이다. 예를 들어 기업범죄(특히 담합입찰, 가격 조작, 보안 또는 교환위반)는 지배계급에 의한 "경제적 지배"의 형태이며, 조직범죄 조차도 자본가계급이 사회 내에서 지배를 지속하려는 노력으로 파악되고 있다. 그리고 성범죄와 인종범죄도 법률위반여부와 관계없이 노동계급에 대한 통제를 유지하려는 지배계급의 범죄로 규정하였다. 또한 억제이론의 측면에서도, 사회경제적 상위계급에서 범죄가 더 많이 발생할 것이라는 견해가 제시되기도 하였다. 이러한 주장은 두 가지의 측면에서 제기되었는데, 하나는 상위계급에 속한 사람들은 하위계급보다 처벌위험(risk of punishment)에 대한 인지가 낮기 때문에 범죄를 더 저지른다는 것이다. 다른 하나는 상위계급의 사람들은 처벌위협(threat of punishment)에 대한 인지가 하위계급보다 낮기 때문에 범죄를 저지를 가능성이 더 높다는 것이다(Grasmick, Jacobs, and McCollom, 1983).

이러한 설명은 이론적 수준이기보다는 가설적 수준이며, 경험적으로 검증되기 못한 수준이다. 그러나 1980년대 이후에는 헤이건이 권력-통제이론(power-control theory)을 제안하면서, 상위계급에 범죄가 많이 발생한다는 견해를 이론적으로 체계화하였고, 그러한 이론에 근거하여 많은 경험적 연구가 시도되었다. 권력통제이론은 권력이론과 통제이론을 결합하여 범죄현상을 설명하기 위해 제시한 통합이론이라고 할 수 있다(Hagen et al., 1985, 1987; Jensen and Thompson, 1990). 헤이건은 생산관계에서의 권력양상이 가정의 통제양상에 영향을 미친다는 입장을 바탕으로 계급구조와 가족구조에 따라 계급 및 성별 비행의 차이를 분석하고자 하였다. 그는 기본적으로 권력은 범죄를 유발시키는 요인으로, 통제는 범죄를 억제하는 요인으로 파악하였다. 대부분의 범죄이론은 사회적 지위가 낮을수록 범죄를 많이 저지를 것이라는 견해를 함축하고 있는 데에 비하여, 권력-통

제이론은 반대의 주장을 하고 있다. 즉 사회적 지위가 높을수록 권력은 많고 통제는 약하기 때문에, 하층보다 범죄를 더 많이 저지를 것이라고 한다. 그러나 이러한 권력-통제이론은 청소년의 '사소한 비행'을 대상으로 하는 이론이기 때문에, 심각한 일탈이나 성인의 범죄행위에 적용하기에는 한계가 있다고 할 수 있다.

3. 모형-III: 사회계급과 범죄간의 독립관계가설

모형-III은 사회계급과 범죄간에는 관계가 없다는 입장이다. 이러한 입장을 제시하는 대표적인 이론들은 생물학적 범죄이론이나 심리학적 범죄이론들이다. 그리고 사회학적 범죄이론들 가운데는 사회계급과 범죄의 관계에 대하여 명시적으로 입장을 밝히지 않는 학습이론, 통제이론, 그리고 억제이론 등을 들 수 있다(Sutherland, 1947; Sutherland and Cressey, 1955; Akers, 1973; Hirschi, 1969; Gottfrdson and Hieschi, 1990; Gibbs, 1975; Zimring and Hawkins, 1973).

이러한 입장은 범죄원인으로서 사회계급과 같은 사회구조적 요인에 대해 무관심하고, 사회심리적 요인을 강조한 경향이 강하며, 일반범죄이론을 추구하고, 그리고 경험적 연구방법의 발전과 그 결과에 바탕을 두고 있다. 이러한 이론들은 사회계급-범죄관계를 적극적으로 설명하기보다는 의도적 또는 무의식적으로 회피하고 있다고 할 수 있다. 이러한 이론들은 범죄현상을 이해하는데 있어서 사회계급을 유일한 원인으로 파악하거나, 중요한 원인으로 고려할 필요가 없다는 입장을 취하고 있다. 이는 사회계급들은 서로 유사한 수준의 범죄행위를 저지르며, 사회계급에 따른 범죄분포는 무시해도 될 수준이라는 주장이다. 따라서 이러한 이론들은 범죄행위의 궁극적 원인보다는 범죄행위에 가장 가까운 원인을 규명하는데 관심을 집중하고 있다.³⁾

3) 그러나 허쉬(1972)는 이러한 이론들을 사회계급과 범죄간의 부의 관계로 전환될 수 있는 이론으로 파악하였고, 티틀(Tittle, 1983)은 이러한 입장을 견지하는 이론들은 사회계급과 범죄간의 관계를 주요 쟁점으로 다루고 있지는 않지만, 그러한 이론의 논리적

4. 가설-IV: 하위계급과 상위계급의 범죄율이 높다는 가설

다음은 중간계급의 도덕성을 주장하는 top-bottom hypothesis이다. 중간계급이 하위계급과 상류계급보다 범죄를 덜 저지른다는 것이다. 이러한 가설은 가설-I, 가설-II의 변형 및 통합이며, 주로 경험적 자료에 근거하여 제시된 것이다(Reckless, 1967). 하층계급은 범죄를 통하여 잃을 것보다는 얻을 것이 많아서, 상위계급은 범죄로 얻을 것은 없지만 법적 통제에서 벗어날 수 있기 때문에 적당한 수준의 범죄나 일탈행위는 자유롭게 행한다는 것이다. 이에 비하여 중간계급은 범죄의 비용이나 이득의 균형, 법적 통제도 적절하고, 사회규범의 내면화도 적절하기 때문에 범죄를 다른 계급에 비하여 상대적으로 적게 저지른다는 것이다. 이는 중간계급에게는 범죄유발요인이 상대적으로 적고, 범죄통제요인은 다른 계급보다 많다는 입장이다.

이러한 견해가 함축된 이론으로는 퀴니(1977)와 헤이건(1985)의 범죄이론을 예로 들 수 있다. 퀴니는 자본주의 사회구조에서 하위계급은 약탈범죄나 폭력범죄를 많이 저지르는 경향이 있고, 자본가나 지배계급은 자신의 이해를 지키기 위한 지배와 억압의 범죄 및 기업범죄를 많이 저지를 가능성이 있다고 주장하였다. 헤이건은 권력통제이론을 통하여 상위계급에서 범죄가 많을 수 있다는 입장을 견지하고 있으나, 이러한 범죄행위는 일탈행위 질서위반, 음주, 도박 등의 가벼운 범죄행위에 초점을 두고 있다. 그러나 인습적인 범죄행위에 대하여는 하위계급의 높은 범죄율을 어느 정도 인정하는 입장을 취한다. 또한 억제이론의 측면에서도 하위계급 및 상위계급의 높은 범죄발생의 가능성이 주장된 바 있다(Grasmick, Jacobs, and McCollom, 1983; Tittle, 1983).

III. 사회계급-범죄관계에 대한 경험적 연구

으로 확장할 경우 사회계급과 범죄간에는 정의 관계, 즉 사회계급적 위치가 낮을수록 범죄를 저지를 가능성이 높다는 입장이 도출된다고 주장하였다.

지금까지 살펴본 바와 같이, 대부분의 범죄학 이론들은 명시적으로 또는 묵시적으로 사회계급-범죄관계를 설명하고 있다. 그러한 이론 가운데 대부분은 사회계급에 따라 범죄발생은 차등적으로 나타날 것이라는 점을 함축하고 있으며, 특히 사회경제적 하위계급은 다른 계급보다 더 많은 범죄를 저지를 것이라는 견해를 제시한다. 예외적으로 권력-통제이론 등은 중상위계급에서 더 많은 비행을 저지를 것이라는 입장을 보이기도 하였다.

그러나 사회계급-범죄관계에 대한 이론적 주장과 그러한 주장이 경험적으로 타당한 것인가의 문제는 다른 차원이라고 할 수 있다. 대체로 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 경험적 연구는 크게 두 방향으로 시도되었다. 첫째는 사회계급과 범죄간에는 관계유무, 즉 사회계급에 따라 범죄발생분포에 차이가 있는가에 관한 경험적 분석이다. 두 번째는 이론적으로 제시된 사회계급과 범죄간의 관계양상에 대한 경험적 검증이다. 사회계급체계는 어떠한 과정을 통하여 범죄발생에 영향을 미치는가의 문제이다. 그 동안 수행된 많은 경험적 연구들은 사회계급과 범죄간의 직접적인 관계유무, 즉 계급별 범죄분포에 초점을 맞추고 있었다. 또한 이에 대한 수많은 경험적 연구 결과는 매우 다양하게 나타났으며, 아직도 사회계급과 범죄간의 관계에 대하여 어떠한 명확한 결론도 내려져 있지 않은 해결되지 못한 논쟁거리의 하나로 남겨져 있는 현실이다(Tittle et al., 1978; Clelland and Carter, 1980; Braithwaite, 1981; Tittle and Meier, 1990).

사회계급-범죄관계에 대한 경험적 분석상의 논쟁은 사회계급-범죄관계가 이론적으로는 부의 관계가 제기되는데도 불구하고, 경험적 연구에서는 아주 약한 부의 관계 또는 관계가 없는 것으로 나타나는 현상에 바탕을 두고 있다. 이와 같이 이론적 설명과 경험적 분석간의 모순적인 현상에 대하여 두 가지의 해석이 가능할 것이다. 첫째로 이론적 설명은 타당한데 경험적 조사분석이 잘못되었다는 해석이다. 이는 표본, 측정, 분석방법 등의 조사방법론적 문제점을 보완하면 계급-범죄관계는 이론적 설명처럼 부의 관계로 나타날 것이라는 입장을 견지한다. 둘째로 사회계급과 범죄간의 관계를 설명하는 이론적 설명이 잘못되었다는 입장이다. 경험적 연구결과는

타당하기 때문에 이론적 설명이 잘못되었다는 입장이다. 실제로 이론에서 제시된 바와 같은 사회계급과 범죄간의 강한 부의 관계는 없다는 것이다. 이러한 입장에서 중상위계급에서 범죄를 더 많이 저지른다는 몇몇의 이론적 주장들이 제시되기도 한 것이다.

이러한 논쟁은 기존의 이론적 설명 또는 경험적 분석의 오류 가운데 하나를 선택해야 하는 어려움을 던져주었다. 이론은 논리적으로 추론된 것이기 때문에 논리적으로 부정되어야 한다. 이러한 이론적 오류를 밝히는 것은 어려운 일이다. 따라서 이러한 논쟁의 방향은 경험적 분석의 오류로 흘러갔다. 그러한 이유는 전통적인 이론을 부정하기에는 너무 부담스럽고, 비록 경험적 분석을 통하여 사회계급-범죄의 부의 관계에 대한 검증을 실패하였다고 해서 사회계급-범죄간의 관계가 없다는 것이 반증된 것은 아니기 때문이다. 이는 경험적 연구결과를 통하여 사회계급과 범죄간에는 부의 관계가 있다고는 확인할 수 없지만, 사회계급과 범죄간에 관계가 없다는 주장도 하지 못한다는 것을 의미한다. 이러한 측면에서 사회계급-범죄관계에 대한 경험적 연구상의 다양한 방법론상의 문제들이 제기된 것이다.

최근의 경향은 그 동안 전개된 경험적 연구에 대한 많은 문제점, 즉 이론적 관계설정 및 개념측정, 자료성격, 구체적인 통제요인 등으로 인하여 이론에서 제기된 사회계층과 범죄간의 부의 관계를 제대로 밝히지 못했다는 견해가 제시되고 있다(Simons and Gary, 1989; Farnworth et al., 1994; Ramoutar, 1995; Wright et al., 1999; Dunaway et al., 2000). 그러면 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 경험적 연구를 관련쟁점을 중심으로 고찰하기로 한다.⁴⁾

가. 자료의 성격: 공식통계와 자기-기입식 설문조사

1950년대 이전의 경험적 연구들은 공식자료에 근거하여 사회계급-범죄

4) 미국사회의 사회계급-범죄관계에 대한 경험적 연구는 티틀(Tittle et al., 1978), 브레이스웨이트(Braithwaite, 1981), 티틀과 메이어(Tittle and Meier, 1990)에 의하여 정리되어 논의된 바 있다.

간의 강한 부의 관계를 밝혀냈다. 1950년대 말까지는 사회계급과 범죄간에는 강한 부의 관계가 있다는 것은 의심할 수 없는 사실로 여겨졌다. 비록 공식 통계자료는 사회계급에 따른 차별적 법적용의 결과라는 비판을 받았지만, 하위계급의 높은 범죄발생현상은 "당연한 사실"로 받아들여졌다. 그러나 이러한 견해는 1950년대 말부터 비판을 받게 되었다. 1950년대에 새로운 연구 방법으로 자기-보고식 설문조사가 도입되어 활발하게 수행됨에 따라 공식 통계에 나타난 사회계급과 범죄간의 부의 관계는 의심받게 되었다. 일반적으로 사회계급과 범죄간의 부(-)의 관계에 대하여 처음으로 이의를 제기한 연구는 나이와 쇼트(Nye and Short, 1957)의 연구이다. 이들은 자기-보고식 설문조사를 통하여 두 현상간의 부의 관계는 통계학적으로 유의하지 않다고 주장하여, 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 논쟁을 불러일으켰다. 몇몇의 학자들은 나이와 쇼트의 입장을 지지하였다(Clark et al., 1962; Akers, 1964; Hirschi, 1969). 그러나 이러한 입장에 반박하는 경험적 연구결과들도 제시되었다(Reiss and Rhode, 1961; Robins et al., 1962).

이와 같이 1960-70년대에는 자기-보고식 조사가 활발하게 이용되어, 계급-범죄의 관계에 대한 다양한 논의가 전개되었다. 이러한 논쟁은 티틀과 그의 동료들(Tittle et al., 1978)의 연구에 의하여 더욱 격렬해졌다. 그들은 1978년 이전에 이루어진 35개의 연구결과에 대한 메타-분석을 통하여 공식 자료에서는 약한 관계가 나타났고, 자기보고식 자료에서는 관계가 거의 없는 것으로 나타났다고 주장한 바 있다. 그들은 사회계급과 범죄간에는 관계가 약하다고 주장하여 일반적인 인식에 대하여 비판적 입장을 취하였다. 그러나 콜랜드와 카터(Collend and Carter, 1980)는 티틀과 메이어의 연구의 논리와 분석틀의 오류를 비판하였고, 브레이스웨이트(Braithwaite, 1981)는 이전 연구를 다시 정리분석하여, 자기-보고식 설문조사를 통한 연구에서는 사회계급과 범죄는 부의 관계가 약한 것으로 나타났지만, 공식통계자료를 이용한 연구에서는 두 현상간에는 강한 부(-)의 관계가 나타났다고 티틀의 견해를 반박하였다.

이러한 논쟁은 사회계급과 범죄간의 관계여부에서 자료수집과정에 대한 방법론적 논쟁으로 전환되었다. 이러한 공식통계와 자기-보고식 자료간의

차이에 대한 논쟁은 힌델랑과 그의 동료들(Hindelang et al., 1981)에 의하여 정리된 바 있다. 그들은 공식통계나 자기보고식 자료는 각각 다른 범죄영역을 측정하는 것이라고 주장하면서, 자기보고식 조사는 일반적이고 사소한 범죄행위(minor crime)를, 공식통계는 심각한 범죄(serious crime)를 측정하기 때문에 범죄현상을 이해하는데 서로 대립적이고 모순적이기보다는 각각 유용한 지표라고 주장하였다(Hindelang, Hirschi, and Weise, 1979; Elliott and Ageton, 1980; Elliott and Huizinga, 1983).

그러나 경험적 연구에 의하면, 지속적으로 공식적/자기-보고식 자료에 따라 계급-범죄간의 관계가 다양하게 나타났다. 힌델랑과 그의 동료들(Hindelang et al., 1979)은 자기-보고식 자료나 공식자료나 모두 계급-범죄간의 관계가 없는 것으로 나타났다고 하였다. 그러나 쏰베리나 화른워쓰(Thornberry and Farnworth, 1982)의 연구에서는 모두 유의미한 부의 관계를 발견하였다. 이와 같이 사회계급-범죄관계는 자료의 성격과 관련하여 다양한 양상으로 나타나는 것으로 밝혀졌다.

2. 개념의 측정: 사회계급과 범죄

사회계급-범죄관계에 대한 경험적 연구에서의 또 다른 쟁점거리는 사회계급, 비행 및 범죄개념의 측정상의 문제이다. 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 연구들은 학자들의 지향에 따라 사회계급은 연속적 또는 범주적으로 측정하였고, 비행이나 범죄에 대한 측정도 빈도 또는 심각성(경/중), 범죄유형(재산/폭력) 등으로 다양하게 이루어졌다.

구체적으로 계급의 측정의 경우, 최하위계급(underclass), 사회적 서열(차등적 등급), 마르크스적 계급, 자녀의 지위 등으로 측정되었다. 최하위계급의 개념을 사용한 연구를 살펴보면, 이러한 개념은 사회지위에 대한 단절적이고 범주적인 측정이다. 특히 최하위계급의 개념은 실업, 무직, 빈곤 등의 지속적인 열악한 환경을 반영한다. 따라서 최하위계급은 장기적인 실업자 및 빈곤자, 복지지원 대상자 등으로 측정되었다. 사회계급을 연속적인 수준의 사회적 서열을 파악하는 것은 계층론적 입장이다. 계급은 사

회적 위세에 대한 연속적 서열을 파악하는 것으로서 대표적인 지표로는 던컨(Duncan, 1961)의 사회경제지수(SES: Socioeconomic index)와 홀링스헤드(Hollingshead Index)의 지표이다. 이러한 서열적 계급개념에서는 부모의 교육수준과 직업, 가구소득 등으로 파악하였다. 마르크스적 계급은 생산수단의 소유와 통제정도를 기준으로 구분된다. 라이트(Wright and Parrone, 1977)는 계급분류기준인 생산수단의 통제, 타인의 노동력 통제, 노동의 사거나 파는 경우 등에 따라 계급을 고용주, 관리자, 노동자, 산업예비군(surplus population)으로 구분한 바 있다. 신-마르크스주의적 계급의 개념은 생산수단의 소유여부에 따라 사회적 지위를 범주적으로 구분한다. 기본적으로 자본가, 전문관리직, 사무 및 판매/서비스직, 육체노동자, 산업예비군(surplus population)으로 구분한다. 산업예비군은 실업자, 무직, 롬펜 프로레타리아를 포함한다.

이러한 계급개념과 범죄와의 관계를 비교한 대표적인 연구를 살펴보면 다음과 같다. 엘리엇과 아게튼(Elliott and Ageton, 1980)은 범죄유형을 심각성을 고려하여 3단계의 계급(Hollingshead의 지수)간 차이를 비교하였다. 결과는 일반비행은 비선형관계를 보였고, 대인비행은 선형관계를 보였다. 그는 분석결과 계급을 지위성취모형으로 측정하였을 때에는 계급-범죄관계는 약하거나 유의하지 않는 것으로 나타났으나, 최하위계급으로 측정하였을 때에는 다고 강하고 일관된 부의 관계를 보였다. 그리고 지속적인 최하위계급의 상황에서는 가장 강한 부의 관계를 보였다. 또한 비행의 경우도 전체적인 일반비행에서는 약하거나 비일관적인 관계로 나타났다. 그리고 일반비행의 경우에는 약하지만 정(+)의 관계로, 심각한 거리범죄의 경우에는 강한 부의 관계로 나타났다. 또한 종단적 자료에서 이러한 부의 관계는 강하고 명확하게 나타났다. 브라운필드(Brownfield, 1986)는 신-마르크스주의적 계급과 범죄는 관계가 없고, 빈곤계급(disruptable poor)은 강한 부의 관계가 있는 것을 발견하였다. 또한 서열적 계층측정을 통하여 나타난 결과는 계급-범죄간의 약한 부의 관계나 비일관적인 결과였다. 이러한 결과는 이론에서 제시한 가장 낮은 계급/가장 높은 계급의 범죄현상을 다룬다는 측면에서 당연한 결과로 보인다.

화튼워쓰와 동료들(Farnworth et al., 1994)은 계급-범죄의 관계가 발견되지 못하는 것은 경험적 연구에서 측정방법이 적절하지 못했기 때문이라고 비판하고, 이론에 적절한 계급 및 범죄개념의 조작화 및 측정을 통하여 계급-범죄관계를 분석하였다. 그들은 계급을 지위성취모형 빈곤계급모형으로, 비행을 일반비행, 사소한 비행, 심각한 비행으로 측정하여 분석한 결과 사회계급과 비행간에는 부의 관계가 있음을 재확인하였다. 그들은 자기-보고식 자료와 종단적 자료를 이용함으로써, 사회계급과 범죄간의 관계가 약하거나 거의 나타나지 않은 것은 이론 자체의 문제가 아니라 경험적 조사과정에서의 문제로 인한 것으로 결론을 내리고 있다. 더나웨이(Dunaway et al., 2000)는 최근의 계급-범죄간의 관계에 대한 경험적 연구의 문제점을 보완하고, 성인에 대한 자료를 통하여 계급-범죄간의 관계를 분석하였다. 최근에는 이 영역에 대한 경험적 연구의 문제점, 표본 측정, 방법 등의 문제점을 인정하고, 그러한 문제점을 보완하여 경험적 검증을 시도하려는 경향이 나타나고 있다. 이러한 시도에서는 계급 및 범죄의 다양한 측정, 표집의 대표성 보완, 종단적 자료, 인구학적 요인 및 상황적 조건을 고려하는 시도가 이루어졌다. 그들은 범죄를 일반범죄/폭력범죄, 계급은 등급적 측정/최하위계급/마르크스적 측정으로 시도하였다. 등급적 측정에서는 교육, 개인소득, 가족소득, 직업으로 파악하였고, 최하위계급은 실업, 복지수혜, 식량보조, 공공주택수혜여부로 파악하였다. 마르크스주의 계급은 자본가/자영업자/전문관리직/준 자율적 노동자/노동자 등으로 구분하였다. 그리고 콜빈과 폴리(Colvin and Pauly, 1983)의 분류인 부문1/부문2/부문3으로도 파악하였다. 분석결과 계급과 범죄간의 관계는 강하게 나타나지는 않았다. 그러나 유색인의 경우 백인보다는 강하게 나타나는 것을 발견하였다.

3. 통제요인 및 관계유형

사회계급-범죄관계는 범죄자의 인구학적 요인과 사회적 맥락에 따라 다양하게 나타나는 것으로 밝혀지고 있다. 인종에 따라 백인보다는 흑인의 경우 계급-범죄관계가 강한 부의 관계로 나타났고, 여성보다 남자의 경우 강

한 부의 관계로 나타났다. 연령의 경우, 30대 이하인 경우에는 계급과 범죄 간의 관계는 부의 관계로 나타나고, 50대 이상인 경우에는 정의 관계를 보인다. 즉 연령을 통제할 경우에는 연령별로 상반된 관계가 나타나는 것으로 예상된다. 일반적으로 장년층의 상위계급보다 청년층의 낮은 계급에서 범죄가 많이 발생할 수 있다. 이러한 측면에서 연령별 범죄율을 분석한다면, 50대 이후에서는 상위계급에 범죄가 집중될 가능성이 높고, 50대 이전에서는 하위계급에 범죄가 집중될 가능성이 있다. 또한 도시화 정도에 따라서는 농촌사회보다 도시사회에서, 그리고 집단간 동질성보다는 이질적인 사회에서 계급-범죄관계는 강한 부의 관계로 조사되었다(Hirschi, 1972; Tittle, 1983).

또한 최근에는 사회계급이 범죄에 미치는 상반된 효과에 관심을 보이고 있다. 라이트(Wright et al., 1999)는 계급-범죄의 부의 관계는 이론적으로 부합하지만, 경험적으로는 약한 관계나 이론과는 다른 결과를 보이는 현상을 계급이 범죄에 미치는 두 효과, 즉 부정적 효과(negative effect)와 정적 효과(positive effect)를 모두 고려하지 않았기 때문이라고 해명하였다. 그들은 종단적 자료를 이용하여 사회경제적 지위가 범죄에 미치는 두 효과를 분석하였다. 그들은 사회계급체계가 개인의 삶의 양상과 기회에 영향을 미쳐, 결국 범죄행위에 영향을 미치는 분석모형을 설정하였다. 즉 계급은 가정조건, 또래친구, 이웃, 지역환경, 문화, 경제적 기회 등을 결정하고, 이는 태도, 가치, 인성적 특질 등의 사회심리적 요인을 결정한다. 먼저 계급이 범죄에 미치는 부정적인 효과를 살펴보면, 사회심리적 매개요인으로 경제적 긴장, 공격성, 소외, 낮은 교육 및 직업적 성취욕구, 사회적 고립감, 낮은 자기통제력 등이다. 계급이 범죄에 미치는 정적인 효과는 모험심, 사회적 권력, 검거에 대한 낮은 위험인지, 낮은 인습적 가치 등이다. 이러한 모형에 의한 분석결과, 계급이 범죄에 미치는 효과는 간접적인 부정/정적 효과가 있는 것으로 밝혀졌다. 계급의 두 효과인 부정적 효과와 긍정적 효과가 서로 상쇄되기 때문에 순 효과(net effect)는 약하게 나타났다는 것이다.

Ⅲ. 사회계급-범죄관계에 대한 이론 및 경험적 연구의 문제점

지금까지 살펴본 사회계급-범죄관계의 주된 문제점은 이러한 현상에 대한 이론적 대립 및 모순적 주장과 그러한 이론적 견해가 경험적으로 검증되지 못하고 있다는 것이다. 즉 사회계급-범죄관계에 대한 이론적 주장의 대립과 이론적 주장과 경험적 연구간의 불일치현상으로 정리될 수 있다. 왜 이러한 대립과 불일치 현상이 야기되었는가? 이러한 현상에 대하여 이론형성에 대한 지식사회학적 접근과 이론 자체에 대한 언어분석 및 논리적 분석, 그리고 경험적 연구에 대한 조사방법론적 분석을 통하여 이론적 설명 및 경험적 분석의 문제점을 살펴보기로 한다.

1. 이론적 설명의 대립성

지금까지 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 다양한 이론들과 다양한 주장들을 살펴보았다. 이러한 이론들은 왜 서로 대립적이며 모순적인 것처럼 나타나는가? 어떤 이론은 하위계급에 범죄가 많다고 주장하는데 비하여, 다른 이론은 상위계급에 범죄가 많다고 주장하는 것인가? 이와 같이 이론간의 대립적이거나 모순적인 주장은 이론가의 이데올로기적 편향, 불명확한 용어의 사용, 과도한 일반화 등에 인한 것으로 보인다. 즉 다른 이론에 대한 개방적인 논의를 거부하고, 자신의 이론에 대해서 논리 및 언어분석적 명확함이 부족하고, 단편적 주장을 과도하게 일반화하여, 마치 사회계급-범죄관계에 대한 일반적 주장을 시도하려는 경향에 의한 것이다. 따라서 각각의 이론들이 제시한 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 주장을 정치사회적 이념지향, 이론의 전제, 적용범위, 일반화의 수준 등의 요인들을 고려해서 평가할 필요가 있다. 즉 (1) 이론이 어떠한 정치사회적 이념에 바탕을 두고 있고, (2) 이론에서 제시된 주된 개념, 즉 사회계급 및 범죄들의 적용범위는 어떠한가, (3) 이론적 명제의 일반화 수준에서 어떠한가 등

을 고려하여 살펴볼 필요가 있다.

첫째로 범죄이론은 범죄현상에 대한 논리적 설명틀이다. 이러한 이론은 이론가의 세계관과 범죄에 대한 '이해지평'을 반영한다. 이는 각각의 이론들은 각각의 정치사회적 이념을 바탕에 두고 있다는 것을 의미한다. 이러한 이념적 차이가 사회계급-범죄관계에 대한 대립적이고 모순적인 주장을 야기한 것이다. 초기의 범죄학 이론들은 주된 관심이 하위계급의 높은 범죄율을 설명하려는 것이었다. 이것은 그 당시의 자유주의적인 편견에 의한 것으로 보여진다. 이에 대한 비판으로 한편에서는 상위계급의 높은 범죄가능성이 주장되기도 하였다. 이러한 대립이후 이론들은 특정계급의 범죄현상을 설명하기보다는 범죄행위에 대한 일반이론을 추구하는 경향을 보였다. 이러한 이론에서는 사회계급과 범죄간의 관계는 주된 쟁점으로 다루어지지 않았으나, 범죄현상에서 계급성을 배제 또는 은폐시키고 있다는 비판을 받기도 하였다. 그리고 갈등주의적 입장이나 마르크스적 입장을 취하는 범죄이론에서는 기존의 이론들을 비판하며, 범죄현상에 있어서의 자본주의적 사회구조와 권력집단의 차별적 통제를 강조하였다. 이들은 현 사회에서 범죄가 하위계급에서 높게 나타난다는 것을 인정하고 있지만, 그러한 현상은 사회적 자원의 차별적 소유와 법과 통제권력을 장악한 권력집단의 차별적인 적용의 결과라는 것이다. 이와 같이 대부분의 범죄이론은 사회계급과 범죄간의 관계를 다루면서 정치사회적 이념을 은연중에 반영하고 있다.

따라서 사회계급-범죄관계에 대한 이론적 설명에서 먼저 사회정치적 이념이 무엇인가를 살펴볼 필요가 있다. 이는 사회경제적 불평등체계를 사회계층론적인가 아니면 사회계급론적인가로 구분할 수 있다. 계층론적 입장은 사회의 불평등체계가 경제적 자원 및 소득, 정치적 권력 및 권위, 사회적 위세 등의 다차원적 자원 연속적인 서열체계로 이루어졌다는 입장이며, 계급론적 입장은 생산수단의 소유여부에 의하여 단절적인 위계체계로 파악하고 있으며, 특히 현대 사회에서는 직업구조를 통하여 측정된다. 이러한 두 입장은 서로 대립적인 정치사회적 이념, 보수/진보, 현상유지/현상개혁 등을 바탕으로 하고 있다. 계층론적 견해는 기능주의적 입장에서 사회적 불평등은 사회의 유지를 위하여 불가피한 현상으로 파악하고 있으나,

계급론적 견해는 갈등주의 및 마르크스주의적 입장에서 사회적 불평등은 제거되어야 할 것으로 파악하고 있다. 이러한 대립적인 사회정치적 이념이 사회계급-범죄관계에 대한 이론적 주장을 대립적이고 모순적인 양상을 띄게 한다는 것이다.

둘째로 사회계급-범죄관계에 대한 상반되거나 상이한 주장이 제시하는 또 다른 이유는 각각의 이론에서 언급되는 사회계급이나 범죄행위개념이 서로 다르기 때문이다. 어떤 이론에서의 계급개념은 최하위계급을 의미하지만, 다른 이론에서는 서열적 계층개념이거나 생산수단에 의한 계급개념을 사용하기도 한다. 또한 범죄개념도 마찬가지다. 어떤 이론에서는 인습적 범죄를 다루고 있는데 비하여, 다른 이론에서는 경미한 범죄에 초점을 맞추고 있고, 또한 어떤 이론에서는 범죄발생을 다루는데 비하여 다른 이론에서는 범죄통제를 다루고 있기 때문이다. 이와 같이 각각의 이론에서 정의되는 사회계급과 범죄개념이 다르기 때문에, 표면적으로 사회계급-범죄관계에 대한 이론적 주장이 서로 대립적이고 모순적인 것처럼 보이는 경향이 있다.

따라서 사회계급-범죄관계에 대한 주장에서 사회계급 및 범죄개념에 대한 정의를 명확하게 해야 한다. 그렇게 한다면, 사회계급-범죄관계에 대한 대립적인 주장은 다소 줄어들 것이다. 예를 들어 사회경제적으로 하위계급에서 범죄를 더 저지른다고거나 상위계급에서 더 저지른다고 하는 주장을 범죄개념, 범죄의 유형 및 심각성을 고려하여 이해하면, 이러한 주장은 서로 대립적이고 모순적이기보다는 보완적인 것을 알 수 있다. 경험적 연구에 의하면, 폭력, 강도, 절도 등은 하위계급에 집중될 수 있으며, 사기, 횡령 등은 중상위계급에서 많이 발생하는 것으로 조사되었다. 그러나 하위계급의 높은 범죄율을 제시하는 모형들은 약탈적 재산범죄나 폭력범죄를 대상으로 하고, 중상위계급의 높은 범죄율을 제시하는 모형은 경미범죄, 화이트 칼러범죄, 그리고 기업범죄 및 정치적 범죄를 대상으로 하고 있다. 또한 범죄의 심각성의 경우에도, 모형-I은 하위계급에서는 심각한 범죄에 초점이 있고, 모형-II는 상위계급의 사소한 범죄에 초점을 두고 있다. 따라서 각각의 이론적 주장들을 범죄개념을 명확하게 정의하여 살펴보면,

주장간의 대립적 양상은 줄어드는 것을 알 수 있다.

셋째로 사회계급-범죄관계에 대한 이론적 주장간의 대립 및 모순은 각각의 이론들의 과도한 일반화, 즉 논리전개의 비약에 기인한다. 각각의 이론들은 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 구체적이고 특수한 조건과 상황을 제시하고, 그러한 상황에서 특정한 매개요인을 통하여 사회계급적 특성이 범죄를 유발할 수 있다는 것을 주장한다. 각각의 이론은 사회계급과 범죄개념의 적용범위가 다르고, 사회계급체계가 개인의 범죄행위에 미치는 환경과 조건이 다르다. 이와 같이 각각의 이론의 전제조건, 적용범위 및 대상의 차이에도 불구하고, 그러한 구체적인 현상에 대한 주장을 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 일반적 명제로 주장하는 과정에서 위와 같은 대립적이고 모순적인 주장이 나타나게 된 것이다. 즉 특정 사회계급이나 집단, 그리고 특정범죄유형 등에 적합한 수준의 명제를 사회계급체계 전체 및 범죄전체에 적용시킬 수 있는 명제인 것처럼 일반화하기 때문이다. 각각의 이론이 단편적 명제를 일반화하기보다 자신의 이론의 사회정치적 이념, 전제조건, 그리고 적용대상 등을 명확하게 밝힌다면, 사회계급-범죄관계에 대한 이론적 주장은 지금처럼 대립적인 것으로 보이지는 않을 것이다.

2. 이론적 주장과 경험적 연구의 불일치

사회계급-범죄관계에 대한 이론적 주장과 경험적 연구결과가 다르게 나타나는 이유는 무엇인가? 경험적 연구에서 이론적 주장과 불일치한 것으로 나타나는 이유는 경험적 연구자들의 이론에 대한 편향 및 관심소홀, 이론적으로 제시된 사회계급-범죄관계의 설정과 개념측정에 대한 소홀, 조사방법론상의 오류로 인한 것이다. 이러한 경험적 연구의 문제점을 쟁점별로 정리하면 다음과 같다. 첫째로 이론에서 설정한 사회계급-범죄관계에 대한 모형구성의 문제이다. 이는 이론에서 제시한 관계양상이나 매개요인들의 효과를 분석하고 있는가의 문제이다. 둘째로 사회계급과 범죄개념의 정의 및 측정상의 어려움과 다양성이다. 셋째는 자료의 성격의 문제이다. 즉 범죄행위는 공식자료에 의하여 측정되었는가 또는 자기-보고식 조사에

의하여 측정되었는가의 여부이다. 넷째는 표본이 사회계급을 대표하는가의 문제이다.

가. 사회계급-범죄관계: 정/부적 효과

대부분의 이론에서 제시하는 사회계급-범죄현상은 특정 계급의 높은 범죄율을 밝히는 것이 아니라, 사회계급체계가 범죄행위에 미치는 과정을 설명하고자 하는 것이다. 이는 사회경제적 지위가 범죄행위를 유발하는 과정 및 효과에 관심을 보인다. 또한 각각의 이론들은 구체적인 상황과 조건에서 사회계급과 범죄간의 관계를 설명할 수 있는 부분적으로 적절한 설명을 하고 있다. 따라서 경험적 분석에서 각각의 이론에서 제시하고 있는 전제나 조건들을 고려하여, 사회계급체계가 범죄행위에 미치는 영향을 분석해야 한다. 그러나 경험적 연구에서 이론에서 제시된 전제 및 조건들을 통제하고, 구체적인 관계를 구성하고, 관련된 변인들을 제대로 측정하지 못한다면, 이론과 상반된 결과를 초래할 수 있다.

경험적 연구에서는 복잡하고 다양한 현상을 하나의 명제 및 가설로 단순화하여 분석하는 경우가 대부분이다. 따라서 사회계급-범죄간의 관계를 분석하는데 있어서 복잡하고 간접적인 관계를 단순한 직접적 관계로 환원하여 분석하였고, 다양한 사회계급 및 범죄개념도 연구자의 편향에 의하여 단순하게 측정되는 경향이 강하였다. 이는 대부분의 경험적 연구가 계급간 범죄발생분포에 대한 검증의 대체된 것도 이러한 이유 때문이라고 할 수 있다. 이러한 과정에서 사회계급과 범죄간의 구체적인 관계양상 또는 통제하는 요인 등이 소홀히 되었다.

사회계급-범죄관계가 경험적 연구에서 명확하게 나타나지 않는 것은 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 이론적 개념을 충실하게 측정하지 못하기 때문이다. 그리고 이러한 경험적 연구들의 가장 큰 단점은 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 이론적 관계구성을 소홀히 하였다는 것이다. 그리고 범죄 발생의 계급분포라는 논쟁에서 헤어나지 못하고 있다고 할 수 있다. 따라서 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 이론적 설명과 사회계급이 범죄

에 미치는 간접적인 효과 및 매개요인들에 대한 분석이 필요하다. 또한 사회계급과 범죄간의 관계에 영향을 미치는 성별, 도시화 정도, 공동체의 이질성 등의 인구학적 및 사회적 요인들을 고려할 필요가 있다.

나. 이론적 개념의 측정: 사회계급과 범죄개념

사회계급-범죄관계에서 각각의 이론들은 독특한 사회계급 및 범죄개념들을 정의하고 있다. 대체로 사회계급-범죄관계에 대한 기본적인 주장은 하위계급이 심각한 유형의 범죄를 지속적이고 빈번하게 저지를 가능성이 높다고 주장한다(Thornberry, 1987). 그러나 헤이건(1985)은 경미한 범죄는 하층 자녀보다는 중간계급의 자녀가 더 많이 저지른다고 주장한다. 이러한 다양한 개념에도 불구하고, 경험적 연구에서는 범죄나 비행을 "일반적 수준"으로 측정하는 경향이 강하였다. 이러한 이유로 인하여 경험적 연구에서 이론적으로 제시한 개념을 충실하게 정의하고 측정하기보다는 경험적 분석의 한계로 인하여 단편적이고 용이한 지표를 통하여 사회계급과 범죄를 측정하는 경향으로 이론적 설명과 경험적 분석결과간의 불일치 현상이 야기되는 것이다.

그 동안의 계급-범죄간의 관계에 대한 경험적 연구는 간편한 연구절차와 가용한 자료에 근거하여 이루어졌기 때문에 이론적 명제를 증명하는데 다소 적합하지 못하고, 왜곡하는 경향을 보였다. 이와 같이 이론적 개념의 비 적절한 측정으로 인하여 이론적 명제의 검증 또는 허위화는 이루어지지 못했다. 따라서 이론에 충실한 개념의 정의, 조작화 및 측정이 필요하다.

다. 자료의 성격

사회계급-범죄관계가 지속적으로 쟁점화되는 것은 경험적-분석에 사용되는 자료의 성격의 문제, 즉 공식통계자료(official data)인가 아니면 자기-보고식 조사(self-reported data)에 의한 자료인가와 관련이 있다. 초기의 경험적 연구들은 공식통계자료에 기초하여 하층계급과 소수인종에게 범죄

나 비행이 많이 발생한다는 것을 발견하였다. 그러나 1950년대에 자기-보고식 설문조사가 도입되면서 사회계급과 범죄간에는 강한 부의 관계가 있다는 기존의 주장에 심각한 의문이 제기되었다. 대체적으로 사회계급과 범죄에 대한 경험적 연구에서 공식자료를 이용하는 경우에는 하위계급에서 범죄가 많이 발생하는 것으로 나타났지만, 자기-보고식 자료를 사용하는 경우에는 사회계급과 범죄간에는 부의 관계가 약하거나 관계가 거의 없는 것으로 나타났다.

이러한 현상은 매우 심각한 논쟁을 유발할 수 있다. 만일 사회계급과 범죄간에는 서로 관계가 없다는 입장을 수용한다면, 사회계급에 따라 고르게 범죄가 발생하는데도 불구하고 국가의 공권력이 편파적으로 작용하여 하위계급의 범죄자가 형사기관에 의하여 파악되고 처벌되는 것이라는 주장이 추론된다. 그와는 반대로 공식통계에 나타난 바와 같이 사회계급에 따라 범죄율의 차이가 있다는 것을 수용한다면, 범죄현상을 연구하는 학자들이 경험적 조사연구를 잘못하여 범죄와 사회현상간의 관계가 없는 것으로 나타나는 주장이 도출된다. 이러한 결과는 자료의 속성상 공식자료는 사회적 과정에서 드러난 범죄 및 심각한 범죄유형을 반영하는데 비하여, 자기-보고식 자료는 숨은 범죄 및 사소한 범죄를 반영하기 때문으로 보인다.⁵⁾

그리고 자기-보고식 설문조사에서는 조사의 어려움으로 인하여 빈번하고 심각하고 지속적인 범죄행위보다는 일상적인 비행이 주로 포함되어 있고, 조사대상자의 응답에 영향을 받으며, 조사대상자의 표집과정에서 사회계급적 대표성이 약하기 때문으로 여겨진다.

라. 표 본

사회계급-범죄관계를 제대로 분석하기 위해서는 분석대상이 사회계급적 변량을 골고루 포함하고 있어야 한다는 것이다. 이는 계급크기에 비례하여

5) 공식통계자료를 사용하는 경우, 실제범죄, 숨은 범죄, 인지범죄의 차이를 고려해야 한다. 이러한 연구에서는 범죄인지과정에서 계급적 차별이 없다는 것을 전제해야 한다. 즉 법의 집행에서 계급에 따른 차별적 적용은 없다는 것이다.

표집이 이루어져야 한다. 특히 하위계급 및 상위계급이 적절하게 포함되어야 한다. 특히 자기-보고식 설문조사에서 더욱 문제시되는 것이다. 이는 사회계급-범죄관계에 대한 경험적 분석은 표본의 계급대표성을 확보하여야 한다는 것이다.

그러나 사회계급-범죄관계에 대한 경험적 연구가 공식통계에서 자기-보고식 조사로 전환되었으며, 이러한 자료를 수집하는 장소가 거리(street)에서 학교(school)로 전환되었기 때문에 빈곤층의 표본을 확보하는데 더욱 어렵게 되었다. 학생을 주로 연구대상으로 삼았다는 것은 학교를 다니지 않은 청소년들을 배제하였다는 의미하며, 이는 하층계급의 자녀가 표집될 가능성을 적다는 것이다. 따라서 학교에서의 대상의 선정은 최하위계급이 배제될 가능성이 높기 때문에 계급-범죄관계가 약하게 나타날 가능성이 높다는 것이다.

그러므로 사회계급에 따른 범죄분포는 “계급크기에 따른 범죄발생률”(class-specific crime rate)로 파악하여야 한다. 사회계급의 크기에 따라 범죄발생건수는 다르게 나타날 것이다. 규모가 큰 사회계급에서 범죄발생건수가 많은 것은 너무도 당연한 일이다. 만일 그 사회의 계급구조가 피라미드형의 구조라고 한다면, 하층계급에서 저지르는 범죄건수는 많을 수밖에 없다. 따라서 사회계급의 크기를 통제한 범죄율, 계급규모에 비례한 범죄발생률을 구성하여 사회계급간 범죄발생을 비교·분석해야 한다. 이러한 연구는 범죄학내에서 가능한 것이 아니라 사회계급에 관한 사회학적 연구를 바탕으로 하여야 한다. 한 사회의 계급구조 및 형태, 크기에 대한 파악이 이루어지지 않는 상황에서 계급간 범죄분포에 대한 논의는 무의미한 것이다. 그러므로 이러한 사회의 계급구조와 크기에 대한 논의를 바탕으로 두지 않는 사회계급간 범죄분포에 대한 결론은 유보되어야 한다.

IV. 맺음글

이 글에서 사회계급-범죄관계에 대한 이론 및 경험적 연구에서의 문제점을 이론적 설명의 대립성과 이론적 주장과 경험적 연구간의 불일치현상으로 규정하고, 그에 대한 해답을 찾고자 하였다. 그러한 측면에서 미국에서 전개된 사회계급-범죄현상에 대한 이론적 주장 및 경험적 연구를 살펴보고, 그러한 이론 및 분석의 문제점을 비판적으로 고찰하였다. 먼저 이론적 대립이 야기된 원인을 이념적 편향, 언어사용의 혼란, 논리전개의 비약으로 파악하였고, 경험적 연구와의 불일치현상은 연구자들의 이론에 대한 편향 및 관심소홀, 사회계급-범죄관계의 설정과 개념측정의 문제, 그리고 조사방법론상의 오류 등으로 파악하였다.

이러한 연구를 통하여 우리는 사회계급-범죄관계가 복잡한 문제임을 확인할 수 있었다. 특히 사회계급-범죄관계에 대한 연구에서 이데올로기적 지향의 중요성을 다시 인식할 수 있었다. 이론가나 연구자가 어떠한 사회정치적 이념을 지니고 있는가에 따라 사용하는 개념이 다르고, 해석하는 결과가 다를 수 있음을 알 수 있었다. 그리고 잘못된 언어의 사용과 논리적 비약, 조사 방법상의 오류 등으로 인하여 많은 혼란을 야기하였다는 것도 알 수 있었다.

우리의 궁극적인 관심은 사회계급-범죄관계에 대한 이론과 경험적 연구의 문제점을 밝히려는 것이 아니라, "사회계급-범죄관계 그 자체"를 밝히려는 것이다. 따라서 이러한 연구를 위해서는 먼저 기존의 이론의 이념적 편향 및 이론적 주장의 차이를 명백하게 인식하고, 이론의 적용범위에 대한 한계를 밝히고, 이러한 이론에 근거하여 경험적 연구를 시도해야 한다. 또한 이론에서 제시되는 모든 용어는 언어분석적 접근을 통하여, 구체적으로 어떠한 것을 의미하는지를 엄밀하게 정의하여 사용해야 한다. 그리고 경험적 분석은 조사방법론적 원리에 입각하여 원칙적으로 수행되어야 한다. 이와 같은 사회계급-범죄관계에 대한 연구에서 이론과 경험적 연구간의 통합이 중요하다고 생각한다. 그러한 측면에서 마지막으로 "경험적 연구가 없는 이론은 공허하고, 이론이 없는 경험적 연구는 잡다하다"는 말을 되새겨 본다.

참고문헌

Akers, R.L.

1964. "Socio-economic status and delinquent behavior: a retest."
Journal of Research in Crime and Delinquency 1: 38-46.

1973. Deviant Behavior: A Social Learning Approach. Belmont,
CA: Wadsworth.

1994. Criminological Theories: Introduction and Evaluation. Los
Angeles: Roxbury Publishing Company.

Bonger, W.

1969. Criminality and Economic Conditions. Indiana University
Press.

Braithwaite, J.

1981. "The Myth of Social Class and Criminology
Reconsidered." American Sociological Review 46: 36-57.

Brownfield, D.

1986. "Social class and violent behavior." Criminology 24:
421-471.

Clelland, D., and T.J. Carter

1980. "The New Myth of Class and Crime." Criminology 18:
319-336.

Cloward, R.A.

1959. "Illegitimate Means, Anomie, and Deviant Behavior."
American Sociological Review 24: 164-176.

Cloward, R. A., and L. E. Ohlin

1960. Delinquency and Opportunity. N.Y.: The Press Press.

Cohen, A.K.

1955. Delinquent Boys: The Culture of the Gang. Free Press.

Dunaway, R.G., F.T. Cullen, V. S. Burton, Jr., and T.D. Evans

2000. "The Myth of Social Class and Crime Revisited: An Examination of Class and Adult Criminality." *Criminology* 38: 589-632.

Duncan, Otis D.

1961 "A Socioeconomic Index for All Occupations." Pp. 109-138 in Albert J. Reiss, Jr., *Occupation and Social Status*. New York: Free Press.

Elliott, D., and S.S. Ageton

1980. "Reconciling Race and Class Differences in Self-Reported and Official Estimates of Delinquency." *American Sociological Review* 45: 95-110.

Elliott, D.S., and D. Huizinga

1983. "Social Class and Delinquent Behavior in a National Youth Panel: 1976-1980." *Criminology* 21: 149-177.

Farnworth, M., T.P. Thornberry, M.D. Kroth, and A.J. Lizotte

1994. "Measurement in the Study of Class and Delinquency: Integrating Theory and Research." *Journal of Research in Crime and Delinquency* 31: 32-61.

Gibbs, J.P.

1975. *Crime, Punishment, and Deterrence*. New York: Elsevier.

Gottfredson, M., and T. Hirschi

1990. *A General Theory of Crime*. Palo Alto, CA: Stanford University Press.

Grasmick, H.G., D. Jacobs, and C.B. McCollom

1983. "Social Class and Social Control: An Application of Deterrence Theory." *Social Forces* 62: 357-374.

Hagen, J., A.R. Gillis, and J. Simpson

1985. "The Class Structure of Gender and Delinquency: Toward a Power-control Theory of Common Delinquent Behavior." *American Journal of Sociology*

90: 1151-1178.

Hagen, J., J.H. Sampson, and A.R. Gillis

1987. "Class in the Household: A Power-Control Theory of Gender and Delinquency." *American Journal of Sociology* 92: 788-816.

Hindelang, M., T. Hirschi, and J.G. Weis

1979. "Correlates of Delinquency: The Illusion of Discrepancy between Self-Report and Official Measures." *American Sociological Review* 44 :995-1014.

1981. *Measuring Delinquency*. Beverly Hills, Calif.: Sage.

Hirschi, T.

1969. *Causes of Delinquency*. Berkeley: University of California Press.

1972. "Social class and crime." In Gerald W. Thiebar and Saul D. Feldman(eds.), *Issues in Social Inequality*. Boston: Little, Brown.

Jensen, G.F., and K. Thompson

1990. "What's class got to do with it? A further examination of power-control theory. *American Journal of Sociology* 95: 1009-1023.

Lemert, E.M.

1967. *Human Devience, Social Problems, and Social control*. Englewood Cliffs: Prentice-hall.

Matza, D., and G.M. Sykes

1961. "Juvenile delinquency and Subterranean Values." *American Sociological Review* 26: 712-719.

Merton, R.K.

1938. "Social structure and anomie." *American Sociological Review* 3: 672-682.

1958. *Social Theory and Social Structure*. N.Y.: The Free Press.

Miller, W.B.

1958. "Lower Class Culture as Generating Milieu of Gang Delinquency." *Journal of Social Issues* 14: 5-19.
- Nye, F.I., and J.F. Short
 1957. "Scaling delinquent behavior." *American Sociological Review* 22:326-331.
- Quinney, R.
 1977. *Class, State, and Crime*. New York: Longman.
- Ramoutar, K.M.
 1995. "Social Class and Crime in a Caribbean Community." *International Journal of the Sociology of Law* 23: 273-293.
- Reckless, W.
 1967. *The Crime Problem*. New York: Appleron-Century-Crofts.
- Reiss, Jr. A.J., and A.L. Rhodes
 1961. "The Distribution of Juvenile Delinquency in the Social Class Structure." *American Sociological Review* 26: 720-732.
- Robins, L.N., H. Gyman, and P. O'Neal
 1962. "The Interaction of Social Class and Deviant Behavior." *American Sociological Review* 27: 480-492.
- Show, C.R., H.D. McKay
 1972. *Juvenile Delinquency and Urban Areas*. Chicago: The University of Chicago Press
- Short, Jr., J.F.
 1979. "On the Etiology of Delinquent Behavior." *Journal of Research in Crime and Delinquency* 16: 28-33.
- Short, J.F., and F.I. Nye
 1957. "Reported Behavior as a Criterion of Deviant Behavior." *Social Problem* 20: 499-514.
- Simons, R.L., and P.A. Gray
 1989. "Perceived Blocked Opportunity as an Explanation of

Delinquency among Lower-Class Black Males: A Research Note.”
Journal of Research in Crime and Delinquency 26: 90-101.

Sorokin, P.A., and W.A. Lunden

1959. Power and Mobility. Boston: Poster Sargent.

Sutherland, E.H.

1949. White Collar Crime. New York: Holt, Rinehart and
Winston.

Sutherland, E.H., and D.R. Cressey

1955. Principles of Criminology. Chicago: J. B. Lippincott
Company.

Thronberry, T.P.

1987. “Toward an Interactional Theory of Delinquency.”
Criminology 25: 863-891.

Thornberry, T.P., and M. Farnworth

1982. “Social Correlates of Criminal Involvement: Further
Evidence on the Relationship Between Social Status and Criminal
Behavior.” American Sociological Review 47: 505-518.

Tittle, C.R.

1983. “Social Class and Criminal Behavior: A Critique of
Theoretical Foundation.” Social Forces 62: 334-358.

Tittle, C.R., and R.F. Meier

1990. “Specifying the SES/Delinquency Relationship.”
Criminology 28: 271-299.

1991. “Specifying the SES/Delinquency Relationship by Social
Characteristics of Contexts.” Journal of Research in Crime and
Delinquency 28: 430-455.

Tittle, C.R., W.J. Villemez, and D.A. Smith

1978. “The Myth of Social Class and Criminality: An empirical
Assessment of the Empirical Evidence.” American Sociological Review

43: 643-656.

Veblen, T.

1953. *The Theory of the Leisure Class*. New York: Mentor.

Wright, E.O., and L. Perrone

1977. "Marxist classcategories and income inequality." *American Sociological Review* 42: 32-55.

Wright, B.R.E., A. Caspi, T.E. Moffitt, R.A. Miech, and P.A. Silva

1999. "Reconsidering the Relationship Between SES and Delinquency: Causation But Not Correlation." *Criminology* 37: 175-194.

Zimring, F., and G. Hawkins

1973. *Deterrence*. Chicago: University of Chicago Press.

수사절차상 피의자의 법적 지위

최 석 윤(역)*

오늘날 수사절차는 형사소송과 관련된 분야에서 관심의 초점이 되어 있다. 수사절차는 여러 면에서 공판절차에 결정적인 영향을 미치기 때문에 수사절차단계에서 피의자가 차지하는 법적 지위에 대한 검토가 필요하다. 이와 관련하여 입장을 표명할 때에는 헌법과 형사소송의 전체적인 맥락을 고려하여야 한다. 이와 같은 배경에서 수사절차상 피의자의 권리에 대한 (개정)목록을 제시하고자 한다.

I. 시작하는 말

公訴準備段階 - 독일 형사소송법에서 통용되고 있는 용어로 표현하자면 수사절차 - 는 국제적으로도 그렇듯이¹⁾ 국내에서도 관심의 초점이 되어 있다. 이와 같이 수사절차가 형사소송과 관련된 분야에서 관심의 초점이

* 이 글은 Dr. Heike Jung(Professor, Saarbrücken), Zur Rechtsstellung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren - eine Positionsbestimmung, JuS 1998, Heft 12, 1136면 이하의 내용을 번역·정리한 것임.

* 한국해양대학교 해양경찰학과 교수, 법학박사

1) 예컨대 Commission Justice Pénale et Droits de l'Homme, La mise en état des affaires pénales, 1991 ; Aswonh, The Criminal Process, 1994; Moos. ÖJZ 1996, 886; [Öst.] Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Diskussionentwurf zur Reform des strafprozessualen Verfahrens, 1998 참조.

되고 있는 이유는 매우 다양하다. 즉 검찰의 불확실한 지위,²⁾ 검찰과 경찰의 관계, 새로운 수사방법의 가능성과 한계에 관한 논쟁, 강제처분에 대응한 법적 보호의 문제, “지속적으로 논의되고 있는” 未決拘禁 등이 그와 같은 현상에 기여하고 있다. 특히 얼마 전부터 구조적인 문제가 전면에 등장하였다. 기소편의주의의 관점에 따른 절차의 종결은 다이버전(Diversion)으로 인하여 일찍이 예상하지 못했던 중요한 의미를 가지게 되었다. 다이버전은 단순히 검찰활동원칙으로서의 기소법정주의와 기소편의주의에 관한 익히 알려진 논쟁에 영향을 미치는 데 그치지 않는다. 보호관찰 등과 같은 조건이 붙는 기소유예(독일 형사소송법 제153조의 a)를 비공식적 제재로 이해하는 사람들이 많은데, 이와 같은 견해는 실체법과 절차법의 관계에 관한 원칙적인 문제를 제기하기도 한다. 수사절차에 의해 공판절차의 진행과 결과가 상당부분 미리 결정된다는 인식이 수사절차의 구조와 원칙에 관한 논쟁을 야기하였으며, 그러한 논쟁은 아직도 진행 중에 있다. 이것은 결코 순수한 소송이론적 관심에 관한 추상적인 문제제기가 아니다. 이러한 논쟁의 결과는 소송참여자의 지위와 활동범위 및 특히 피의자의 법적 지위에 직접적인 영향을 미친다. 그 동안 피의자의 법적 지위에 관한 연구가 적지 않게 이루어졌지만,³⁾ 이제 논의의 중심이 수사절차로 이동됨으로써, 이 단계에 대한 좀더 구체적 연구가 요구되고 있다.

수사절차에서 피의자가 누릴 수 있는 권리에 관한 규율은 별개의 독자적인 것이 아니라 규율체계의 일부분이기 때문에 특정한 전제와 조건에 달려 있다. 참여인의 역할을 중심으로 형사소송에 대해 살펴본다면 피의자의 권리를 다른 참여인들의 권한에 대한 상호관계 속에서 파악하지 않을 수 없다. 수사절차에서 국가기관이 행사할 수 있는 강제처분권의 예에서 극명하게 드러나듯이 피의자의 법적 지위는 다른 참여인의 권한에 의해 영향을 받게 된다. 더 나아가 피해자의 법적 지위를 어떻게 구성하는가에

2) 이에 대해서는 Lüderssen, in: ders., Abschaffen des Strafen?, 1995, 362면.

3) 예컨대 Rieß, in: Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz, 1977, 373면; Giehring, in: Hassemer/Lüderssen (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts III, StrafR, 1978, 181면; Müller-Dietz, ZStW 93(1981), 1177면.

의해서도 피의자의 법적 지위가 영향을 받을 수 있다. 요컨대 형사소송은 어떤 참여인의 권리를 인정하는 것이 동시에 다른 참여인의 법적 지위에 영향을 미치는 그러한 관계구조이다.⁴⁾

피의자의 권리에 관해 논하자면, 피의자의 개념과 관련을 맺게 된다. 그러나 여기서 피의자의 개념은 자세히 다루어지지 않는다. 오히려 그것은 피의자의 개념과 관련하여 현재 불확실한 것들이 피의자의 특성을 분명히 그리고 문헌을 통해 선언적으로 확정하는 것에 의해 적어도 부분적으로 밝혀질 수 있을 것이라는 사실이 전제되는 것과 마찬가지로 전제된다.⁵⁾ 또한 이하에서 소추기관과 관계되는 다른 사람들의 역할, 즉 증인의 권리와 아직 피의자가 아닌 용의자의 권리도 자세히 다루어지지 않는다.

II. 소송이론적 전제와 개혁정책적 전제

바로 피의자의 지위는 소송절차모형을 평가하고 분류하기 위한 기준들 가운데 하나이다. 주지하다시피 사람들은 영미의 형사절차를 - 정확한 표현은 아니지만 - 당사자주의소송이라고 한다. 직권주의적 바탕을 가지고 있는 독일 형사소송의 전개과정을 역사적으로 회고해 본다면 소송객체로서 취급되어 왔던 피의자의 지위가 극복된 것은 매우 중요한 의미가 있다.⁶⁾ 독일에서는 오늘날에도 여전히 對抗的(kontradiktorisch) 要素들을 강화하기 위해 영미의 소송모델에서 지원세력을 찾으려는 경향이 있다. 확실히 대항적 요소는 피의자측의 참여와 어느 정도의 수궁도 고려할 수 있는 소송모델과 관련이 있다는 것은 옳다. 더 나아가 유럽인권협약이 대륙의 소송모델보다는 영미의 소송모델과 결부되어 있다는 것도 논쟁의 여지가 없

4) Müller-Dietz, ZStW 93 (1981), 1198면 참조.

5) Jung, Straffreiheit für den Kronzeugen?, 1974, 74면; Müller-Dietz, ZStW 93 (1981), 1224면; Fincke, ZStW 95(1983), 919면; Moos, ÖJZ 1996, 893면 참조.

6) Rieß (앞의 주3) 참조, 그리고 피의자의 역할양립성에 관해서는 Müller-Dietz, ZStW 1981, 1216면 참조.

다. 그럼에도 불구하고 당사자주의적 소송구조와 직권주의적 소송구조를 관용적으로 대립시키는 것은 지나친 것으로 보인다.⁷⁾ 오래 전부터 혼합적 소송구조가 논의되고 있는데, 이것은 기본법적 전통과 인권적 전통이라는 공통적인 기초에서 유래하였고 유럽인권협약과 오늘날의 법치국가관에 내포되어 있다. 마찬가지로 우리는 상이한 출발점에 대해 평가할 때 우선 인정하였던 것보다 양자의 모델이 실무차원에서는 훨씬 더 유사하다는 것을 알고 있다.

당사자주의적 절차모델을 출발점으로 선택할 것인가 아니면 직권주의적 절차모델을 선택할 것인가에 대한 결정이 전혀 의미가 없는 것은 아니다. 게다가 그러한 결정은 각각의 국가구조와 행정구조에 대한 이해를 판단할 때 많은 도움이 된다.⁸⁾ 그러나 그러한 결정이 피의자가 절차에 참여할 수 있는 범위와 내용에 미리 영향을 미치는 것은 아니다. 법치국가적 형사소송은 피의자의 유효한 권리와 항변권을 전제로 할 때에만 생각할 수 있다.⁹⁾ 따라서 이러한 권리와 항변권을 구체화하는 것이 관건이다. 그러므로 예컨대 Rieß의 입장과 같은 것도 단순히 그가 수사절차를 자유롭게 구성하자고 주장한다는 사실에 의해서만 판단될 수는 없다. 오히려 당연히 그에 의해서도 요구된 법치국가적 균형이 어떻게 이루어져야 하는가가 중요하다.¹⁰⁾

피의자의 권리와 항변권에 대한 구체적인 입장과 개혁요구는 특히 방향을 결정할 때 형사소송의 목적에 관한 특정한 기본입장에 의해 미리 결정된다. 형사소송의 목적에 관한 논의는 Packer가 처음으로 구분하였던 “범죄통제모델”과 “적정절차모델”의 대립을 둘러싸고 이루어지고 있다.¹¹⁾ “절차의 효율성”과 “피의자의 절차적 권리”를 대립시키는 것도 소송목적의 대립과 어느 정도 일치한다. 어느 누구도 효율성만 주장하거나 피의자에 대한 절차적 보장만을 주장하지는 않기 때문에 이러한 대립도 과장된 측

7) 자세한 내용은 Goldstein, Stanford Law Review 26(1974), N°5, 1009면 참조.

8) Damaskos, The Faces of Justice and State Authority, 1986.

9) Weigend, ZStW 104(1992), 503면 참조.

10) Rieß, in: FS für Rebmann, 1989, 398면 이하 참조.

11) 자세한 내용은 Ashworth (앞의 주1), 26면 이하 참조.

면이 있다. 게다가 기본적인 절차적 보장을 인정하는 형사절차모델만이 받아들여지기 때문에 효율성의 관점과 절차적 보장의 요청은 비교적 광범위하게 서로 절충될 수 있다.¹²⁾ 물론 피의자의 구체적 권리와 그 한계를 설정하는 영역에서는 그러한 광범위한 절충이 동요된다. 여기서 개별적 형량의 영역이 나타난다. 따라서 수사절차에 관한 한 오늘날 개정상황에 대한 평가가 일치하지 않는다는 점에 대해서는 논쟁의 여지가 없다. “도청”에 관한 논의에서 나타나듯이 일부에서는 - 조직범죄에 대한 현실적 대응필요성과 잠재적 대응필요성을 배경으로 - 형사소추기관의 권한을 강화해야 한다고 주장하는 반면, 다른 일부에서는 피의자의 권리를 강화해야 한다고 주장한다.¹³⁾ 타협적인 중간입장이 일상적인 형사정책을 결정한다.

그 경우 적절한 개정제안들이 원칙적인 信條를 그럴듯한 외관상의 합리적 논거로 은폐하는 것이 아니라 분명하게 보여준다는 것을 기대할 수 있어야 한다. 이러한 의미에서 이하의 제안들은 의심스러울 때에는 수사절차상 피의자의 법적 지위를 강화하려는 동기에서 도출될 수 있다.

여기서 세 가지 서로 연관된 고려들이 기준이 될 수 있다. 즉 헌법과 인권의 관점에서 고찰할 때 한 사람의 죄 없는 자를 벌하는 것보다 열 사람의 죄인을 놓치는 편이 더 낫다는 격언에 따라 의심스러울 경우에는 무죄추정을 인정하는 것이 타당하다. 일정한 입증조건을 구두로 알리고 확인하는 것만으로 무죄추정의 보장기능이 충분히 고려되는 것은 아니다. 오히려 무죄추정의 보장기능은 소송절차의 결과에 영향을 미칠 수 있고 처음부터 유리한 관점을 제시할 수 있는 피의자의 활동조건을 요구한다.¹⁴⁾ 이러한 헌법적 전제는 수사절차의 의미변화에 직면하여 한층 더 중요한 의미를 갖는다. 수사절차를 절차의 독자적인 정점으로 보고¹⁵⁾ 수사절차가

12) 자세한 내용은 Hassemer, FS für Lange, 1976, 501면, 518면 이하; Tyler, Why People Obey the Law?, 1990, 174면; Jung, ZStW 105 (1993), 212면 참조.

13) 이러한 현상은 독일에서 논란의 대상이 되고 있는 “대규모 도청”의 예에서 분명히 드러난다. 자세한 내용은 Richter, StV 1985, 382면 참조.

14) 같은 취지로 Egon Müller, NJW 1976, 1067면 이하; Wolter, Aspekte einer Verfahrensreform bis 2007, 1991, 80면.

15) Wolter (앞의 주14), 35면.

공판절차의 틀을 미리 결정한다고 볼¹⁶⁾ 경우, 이러한 관점은 필연적으로 수사절차에서 피의자의 법적 지위에도 변화를 초래하게 된다. 끝으로 대다수 피의자들의 경우 방어능력이 부족하다는 Giehring의 주장은 과거와 마찬가지로 앞으로도 타당할 것이다.¹⁷⁾ 주지하다시피 이와 같은 결함은 단순히 피의자에게 권리를 인정하는 것만으로 극복될 수는 없다. 그러나 이러한 권리가 수사기관의 고지의무 및 수사절차의 재구성과 결합될 경우에는 아마도 그러한 결함을 해결하는 데 기여할 수 있을 것이다.

III. 헌법적 평가기준과 인권적 평가기준

헌법적 평가기준과 인권적 평가기준은 익히 알려져 있다. 우선 독일 기본법 제20조의 법치국가원칙을 그러한 기준으로 들 수 있는데, 연방헌법재판소는 이 원칙으로부터 공정한 재판의 원칙과 무기평등의 원칙을 도출하였다.¹⁸⁾ 인간의 존엄에 대한 보장(기본법 제1조)과 인격의 자유로운 전개에 대한 기본권(기본법 제2조 1항)도 그러한 기준에 속한다. 이 경우 공정한 재판의 원칙은 그의 측면에서 특히 음소와 진술의 자유, 무죄추정, 변호권, 법적 청문권 및 사생활보호와 같이 피의자에게 유리한 일련의 보호보장에 대한 寶庫에 해당한다.¹⁹⁾ 유럽인권협약(EMRK)의 인권보장도 헌법상의 원칙들과 일치하며, 부분적으로는 더 분명하고 더 구체적이다. 예컨대 무죄추정(유럽인권협약 제6조 제2항), 대면권(동조 제3항 d) 및 무료로 통역인의 도움을 받을 권리(동조 제3항 e) 등은 헌법상의 원칙보다 더 분명하고 구체적으로 명시되어 있다. EGMR의 판례는 인권의 보호는 실제로 효과가 있어야 한다는 사상을 연방헌법재판소가 판결하였던 것보다 훨씬 더 분명하게 강조하였다.²⁰⁾ 그와 유사한 맥락에서 사회국가조항으로부

16) 이것은 Schunemann(in: FS für Pfeiffer, 1988, 477면)의 주장과 일치한다.

17) Giehring (앞의 주3), 198면 이하.

18) Müller-Dietz, ZStW 93 (1981), 1206면; Jung, in: FS für G. Läche, 1997, 323면.

19) Müller-Dietz, ZStW 93 (1981), 1208면.

터 피의자의 법적 지위를 평가하려는 노력도 이루어지고 있다.²¹⁾ 그러나 이와 같은 헌법규범으로부터 일정한 실정법적 결과가 손쉽게 추론될 것으로 기대할 수는 없다. 그와 같은 결과에 도달하기 위해서는 복잡한 논증과정을 거쳐야 한다. 이것은 단순히 효율성관점에 따른 衡量의 필요성과만 관계되는 것이 아니다. 오히려 그것은 헌법규범의 내용이 본질적으로 소송이론의 상식에 의거하여 규정되고 따라서 논증은 - 어느 정도까지 - 미리 상정한 것을 도출하는 방식으로 이루어진다는 것에서 나온다. 아무튼 형사절차에서 인권보호가 효과적으로 이루어지려면 인권보호원칙이 공판절차에서 비로소 적용될 것이 아니라 원칙적으로 처음부터 적용되어야 한다.²²⁾

IV. 수사절차 변경의 체계적 의미

우리는 수사절차를 형사소송절차로부터 분리한 채 고찰할 수도 없고 개정할 수도 없다. 오히려 수사절차는 전체적인 형사소송절차를 통합하는 구성요소이다. 이로부터 한편으로 수사절차에서도 원칙과 형사소송의 기본전제들이 지켜져야 한다는 결론이 나온다. 다른 한편으로 그것은 적어도 수사절차의 구조에 대한 본질적인 변경은 공판절차에도 영향을 미칠 수 있다는 것을 의미한다. 따라서 수사절차를 변경할 경우 전체적인 소송절차의 구조를 염두에 두어야 한다.²³⁾

공판절차를 형사절차의 핵심으로 파악하는 형사소송법적 관념과 수사절차가 점차 핵심적인 기능을 차지하고 있는 현실 사이의 괴리로 인하여 그때그때마다 형사소송법을 개정하는 주체가 형사절차의 구조결정과 그 후속적 결정에 앞서 어려움을 겪게 된다. 공판절차의 구조에 중대한 영향을

20) 예컨대 Artico, Serie A Nr. 37 참조.

21) Giehring(앞의 주3) 201면 이하; Müller-Dietz, in: FS für Dunnebier, 1982, 75면.

22) Tiedemann, ZRP 1993, 107면.

23) 그와 같은 본보기로 프랑스 위원회 Delmas-Marty의 보고서(앞의 주1)가 있는데, 이에 대해서는 Jung, ZStW 105 (1993), 205면 참조.

미치지 않는 범위 내에서 피의자의 법적 지위를 수정하고 교정하는 것을 생각해 볼 수 있다. 그에 반해 공판절차의 구조뿐만 아니라 그것의 역할도 새로운 관점에서 조명할 수 있도록 완전히 형태를 바꾸는 것도 생각해 볼 수 있다. 이 경우 형사소송의 구조를 역할의 특수성뿐만 아니라 단계의 특수성이라는 관점에서 조정하여야 한다. 피의자가 사안에 대한 자신의 의견을 개진할 수 있고 그것을 논의의 대상으로 제시할 수 있는 경우에 수사절차의 단계에서 조기에 “사안구성”에 협력할 때에는 어쨌든 오늘날 공판 단계에서 사건을 규명하기 위해 요구되는 정도의 노력은 더 이상 필요하지 않을 것으로 보인다.²⁴⁾

“중복적”인 공판절차는 고려되지 않는다는 것은 확실하다. 중복적인 공판절차는 유럽인권협약 제6조 제1항의 신속한 재판의 원칙에 반한다. 공판절차를 완전히 “공동화”하는 것도 근본적인 구조변경이 없는 한 주장하기 어렵다. 적어도 - 프랑스의 본보기에 따라 - 잠정적인 법원의 예심 이후에 공판절차를 진행하여 왔던 경험에 비추어 볼 때 이러한 길로 나아가는 것이 무조건 바람직한 것은 아니다.

이와 같은 생각은 개혁의 행진에 제동을 걸고 그저 현상을 유지하려는 의도에서 나온 것이 아니라 피의자의 법적 지위에 대한 본질적인 개혁이 가져올 체계적 후속효과와 부수효과를 주목하도록 하려는 것일 뿐이다.

V. 피의자와 그의 변호인

피의자에게 인정되는 변호인의 조력을 받을 권리는 변호인의 권리에 직접적으로 종속되어 있다. 이러한 의미에서 수사절차상 변호인의 지위에 관한 논쟁과 변호의 개념에 관한 논쟁은 필연적으로 피의자의 권리에 영향을 미친다. 수사절차상 변호인의 권리는 당연히 피의자의 권리로 파악될 수 있고 바뀔 수 있다. 특히 적절한 변호에 대한 (헌법적) 권리가 구체적

24) 이에 대해서는 Weigend, ZStW 104(1992), 505면 참조.

으로 무엇을 의미하는지가 관건이다.²⁵⁾

효과적인 변호의 구조적 조건에 해당하는 두 가지 측면을 생각해 볼 수 있다. 우선 독일의 현행 형사소송법이 “필요적 변호”라는 개념을 통해 변호인의 조력을 보장하고 있다는 사실을 고집할 수 있다. 이러한 착안점은 이론의 여지가 없는 것은 아니다. 변호인선임에 대해 찬성할 것이지 반대할 것인지 여부를 피의자의 자율적인 결정에 맡기는 모델도 생각해 볼 수 있다. 이러한 모델은 피의자의 자기책임에 바탕을 둔 참여사상을 강화한다. 그에 반해 필요적 변호라는 개념은 국친사상의 특징과 절차의 안전과 관련된 특징을 더 강하게 지니고 있다. 두 가지 모델의 장단점을 여기서 자세히 따질 수는 없지만,²⁶⁾ 원칙적인 관점에서 볼 때 자율적 모델을 출발점으로 삼는 것이 바람직한 것으로 보인다.

변호의 구체적 보장에 관한 두 번째 측면은 그와 같은 構造的 先決定과 별 상관없이 없는 것이다. 여기서는 변호를 받을 수 있는 실질적인 가능성이 문제된다. 왜냐하면 어떤 권리를 가지고 있다는 것과 그것을 실제로 행사할 수도 있다는 것은 별개의 문제이기 때문이다. 이와 같은 처분가능성은 가난한 사람들을 위한 다양한 변호인제도가 존재할 경우에만 보장될 수 있고 증대될 수 있다. 이러한 제도가 원칙적으로는 인정되고 있지만,²⁷⁾ 실제로 잘 실현되지는 않고 있다. 처분가능성은 또한 경제적인 지불능력의 문제이기도 하다. 여기서 두 가지 사실에 대해 주목할 필요가 있다. 한편으로 변호수수료가 지나치게 공판절차와 그 기간에 의해 결정된다는 것이다. 다른 한편으로 필요적 변호제도를 통해 피의자에게 결국 그가 스스로 비용을 지불해야만 하는 변호인을 강제로 선정하는 것은 문제가 있는 것으로 보인다.²⁸⁾ 그러한 한에서 소송비용부조의 새로운 모델을 강구할 필요가 있다. 끝으로 처분가능성은 변호인이 피의자와 접견하고 교통하는 문

25) Spaniol, Das Recht auf Verteidigerbeistand im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1990.

26) Bohlander, Verteidigernotdienst im strafprozessualen Ermittlungsverfahren, 1992, 42면 이하; Hermann, SrV 1996, 396면 참조.

27) 예컨대 BGH, NJW 1996, 1547면 = JuS 1996, 1037면.

28) 이에 대해서는 Jung, StV 1990, 515면 참조.

제와도 관련되어 있다. 왜냐하면 피의자가 형사절차의 모든 상황에서 변호인의 조력을 받을 수 있도록 규정하고 있는 독일형소법 제137조는 접견교통에 대한 장애물에 의해 현저히 상대화되기 때문이다. 특히 실무에서 변호인이 미결구금상태에 있는 피의자와 접견 교통하는 것을 너무 지나치게 제한하고 있다.²⁹⁾

VI. 구체적 권리의 목록

피의자의 지위는 다종다양한 권리들에 의해 드러난다. 여기서는 피의자의 고유한 참여적 형성력을 나타내는 것으로 파악될 수 있는 권리들만 다루고 자 한다. 다시 말해서 형사소추기관 또는 법원을 위한 (제한적) 수권 범위에서 나오는 피의자의 보호는 법률이 피의자에게 인정하고 있는 이의 제기권한과 마찬가지로 논의에서 제외하고자 한다.

1. 진술거부권

피의자는 불이익을 감수할 필요 없이 광범위하게 절차에서 “벗어날” 수 있다. 그것은 부분적인 진술거부의 경우에도 마찬가지이어야 한다. 이 점은 자기부죄금지라는 오래된 원칙을 약화시키고 있는 영미법의 경향에도 불구하고 타당하다.³⁰⁾

2. 변호인의 조력을 받을 권리

비록 수사절차에서 판결이 선고되는 것은 아니지만 구조적으로 판결이

29) 주지하다시피 변호인들은 일반적으로 방문시간을 엄수하도록 지시를 받는데, 이로 인하여 특히 주말에는 변호인의 방문이 무용지물이 된다. 미결구금의 진행에 대한 형사 변호의 영향에 대해서는 Schöch의 연구(1997) 참조.

30) Huber, in: Arnold u.a.(Hrsg.), Grenzüberschreitungen, 1996, 137면 참조.

미리 결정되는 수사절차단계에서 변호권이 가장 취약하게 되어 있다는 사실은 법치국가적 관점에서 볼 때 도무지 납득하기 어려운 일이다. 그러한 한에서 필요적 변호제도는 지나치게 법원의 절차 중심으로 운영된다.³¹⁾ 필요적 변호는 법원의 절차 이전에 최초의 피의자신문에서 인정되어야 한다.³²⁾ 모든 사건에서 피의자를 구속영장전담판사 앞으로 구인할 때에는 변호인의 선임이 반드시 전제되어야 한다. 왜냐하면 구속으로 인하여 행위능력이 추가적으로 제한되기 때문이다.³³⁾

3. 참여권

오늘날 참여권은 경찰의 신문이 가능한 한 “방해받지 않고” 진행될 수 있도록 규율되고 있는 경향이 있다. 변호인이 그의 의뢰인에 대한 경찰의 신문에 참여하는 것을 거부하는 것은 부당하며, 그러한 실무는 오래 지속되기 어려운 것으로 보인다.³⁴⁾ 이제 변호인의 참여를 허용하지 않으면 피의자가 경찰에 “협력”하지 않음으로써, 다시 말해서 피의자가 경찰에서 전혀 진술하지 않음으로써 이미 피의자신문에 변호인의 참여가 실현될 수 있다.³⁵⁾ 경찰이나 검찰에 의한 증인신문에서도 변호인에게 참여권과 질문권을 인정하여야 하고, 피의자에게 적어도 참여권을 인정하여야 한다.³⁶⁾ 개정된 형사소송법 제255조의 a 제1항이 증인신문의 과정을 “비디오 촬영”한 것을 나중의 공판절차에서 확인할 수 있는 가능성을 열어주고 있는데, 이러한 가능성은 피의자신문에 변호인의 참여권보장을 한층 더 절실하

31) Müller-Dietz, ZStW 93 (1981), 1241면.

32) Arbeitskreis Strafprozeßreform. Die Verteidigung. Gesetzentwurf mit Begründung, 1979, S. 3 Abs. 3 Satz 1.

33) 이에 대해서는 Jung/Müller-Dietz(Hrsg.), Reform der Untersuchungshaft, 1983, 19면의 “형법 및 행형법” 전문위원회의 제안; Rieß, in: FS für Sch fer, 1979, 203면; Roxin, in: Fs für Jauch, 1990, 191면 이하 참조.

34) Rieß(앞의 주3), 203면; Müller-Dietz, Zstw 93(1981), 1231면 이하; Wolter (앞의 주14), 85면; Weigend, ZStW 104 (1992), 508면 참조.

35) Herrmann, in: FS für Moos, 1997, 236면 이하 참조.

36) Müller-Dietz, ZStW 93(1981), 1232면 참조.

게 만든다. 그러한 참여권을 인정하지 않는 한 대등한 변호지위에 관해 언급할 수 없다.³⁷⁾

4. 기록열람권

오늘날 기록열람권의 보장은 대부분 형사소추기관의 재량에 달려 있는 실정이다. 지당하게도 Weigend는 수사절차에서 극히 예외적인 특별한 사유가 있는 특정한 시기에만 기록열람권을 제한할 수 있도록 개정하여야 한다고 주장하였다.³⁸⁾ 무엇보다 먼저 기록열람의 거부에 대해 법원이 심사할 수 있어야 한다.³⁹⁾ 기록열람허용을 꺼리는 실무는 지나치게 공모위험을 강조하고 있다. 기록열람은 피의자의 자백을 이끌어내는 긍정적 작용도 할 수 있다.

변호인의 조력을 받지 못하고 있는 피의자에게도 독자적인 기록열람권이 인정되어야 한다. 변호인의 조력을 받고 있는 피고인은 변호인의 기록열람을 통하여 많은 정보를 얻을 수 있기 때문에 변호인의 조력을 받지 못하고 있는 피의자에게 독자적인 기록열람권을 인정하지 않는 것은 이해하기 어렵다.⁴⁰⁾ 이것은 결과적으로 변호인의 조력을 받지 못하는 피고인에 대한 결코 정당화될 수 없는 차별대우를 인정하는 꼴이 된다.

5. (증거)신청권

수사절차에서 증거신청권을 어떻게 구성할 것인가 하는 문제는 가장 어려운 문제임에 틀림이 없다. 적어도 그것은 후속적인 공판절차에 체계적인 파급효과를 미친다. 게다가 그것은 변호인의 독자적 조사권과 관련하여 논쟁되고 있는 권리의 항목과 세부적인 내용에 관한 문제와도 결부되어 있

37) Roxin (앞의 주33), 193면; Weigend, ZStW 104 (1992), 507면.

38) Weigend, ZStW 104(1992), 507면.

39) Wolter (앞의 주14), 89면.

40) 자세한 내용은 Beulke, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., 1998, 70면 이하 참조.

다.⁴¹⁾ 독일 형사소송법 제163조의 a 제2항을 전반적인 증거신청 권으로 확대하고자 하였던 법률안에 따르면 공판절차를 상당부분 앞질러 들어가게 되고 근본적으로 법원에 의한 예심모델로 넘어가게 될 것이다.⁴²⁾ 이것은 대체적으로 Wolter의 모델에 대해서도 마찬가지이다. 즉 그는 증거신청에 대한 기각을 법적으로 항변할 수 있는 決定으로 구성하고 기각사유로 독일 형사소송법 제244조 3항 내지 6항을 준용하게 하려 하였다.⁴³⁾ 그와 같은 문제점을 고려한다면 수사절차에서 피의자의 법적 지위를 개선하기 위한 충분한 推進力은 참여권과 질문권에서 나온다는 기대를 가지고 본질적으로 현행법의 규율에 맡기는 것이 바람직한 것으로 보인다. 물론 나는 항상 수사종결에 앞서 피의자에게 (증거)신청의 기회를 부여하고 신청을 기각할 경우에는 서면으로 그 이유를 제시해야 할 검사의 의무를 인정하는 것이 필요하다고 본다.⁴⁴⁾ 이러한 생각은 신청한 증거가 “피의자에게 유리하게 후속적인 사안조사의 방향과 범위에 영향을 미칠 수 있는” 경우에 피의자는 증거수집권을 갖는다는 견해와 일치한다.⁴⁵⁾

6. 대면권

유럽인권협약 제6조 3항은 피의자에게 증인과 대면하고, 증인에게 질문을 하거나 증인으로부터 질문을 받을 권리를 인정하고 있다. 영미법의 구조에 뿌리를 두고 있는 이러한 피의자의 권리는 참여권이 더 확대된 것이라고 볼 수 있다. 수사절차가 공판절차에 결정적인 영향을 미친다는 사실과 소송을 결정하는 신문이 시기적으로 점점 더 앞당겨지고 있다는 사실에 비추어 볼 때 수사절차의 단계에서 이미 대면권이 보장되어야 할 상황들이 빈번해 질 것으로 보인다.

41) 자세한 내용은 Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl.,(1998), 143면 이하 참조.

42) 대략적인 내용은 Weigend, ZStW 104(1992), 506면 참조.

43) Wolter (앞의 주4), 90면.

44) Wolter (앞의 주14), 90면.

45) Nelles, StV 1986, 77면.

7. 감정인선정에 대한 참여

감정인의 선정은 독일 형사소송법 제73조의 명백한 규정에도 불구하고 동법 제161조의 a에 의하여 검찰의 관할에 “속하게” 되어 있다. 여기서 원래의 상태로 환원시킬 필요가 있다. 감정인의 감정은 사전에 소송의 결과에 결정적인 영향을 미친다는 점을 감안한다면 감정인의 선임은 오로지 법원의 결정을 통해서 이루어질 수 있어야 한다.⁴⁶⁾ 피의자의 협력에 관한 요청은 사전의 청문을 통하여 또는 피의자의 제안권을 인정하고 그러한 제안에 법원이 구속되지 않도록 하는 형태로 고려할 수 있다.

VII. 맺는 말

나의 입장을 표명하자면 - Roxin이 주장한 - “對質的”(konfrontativ) 節次를 지지한다. 수사절차에서 협력적인 요소를 피하는 것이 피의자의 법적 지위에 어떠한 결과를 초래할 것인가 라는 문제에 대해서는 여기서 자세히 언급하지 못하였다.⁴⁷⁾ 그 밖의 점에서는 이러한 입장표명은 비교적 일반적인 것이다. 물론 피의자의 권리를 위한 구체적인 개별제안들은 무엇보다 절차의 구조에 대한 관련성을 규명하지 않으면 그 근거가 제시될 수 없다. 다시 한번 강조하자면 수사절차에서 피의자의 법적 지위를 강화해야 할 필요성은 수사절차가 공판절차에 결정적인 영향을 미친다는 사실에서 비롯된다. Weigend는 이러한 상황을 규문절차의 도입이전 상황과 비교하였다.⁴⁸⁾ 모든 구조적 차이점들에도 불구하고 오히려 역사적 규문절차와 비교하는 것이 더 나을 것이다. 왜냐하면 규문절차는 바로 판결이 공판에서 결정되지 않는다는 특징을 가지고 있었기 때문이다. 오늘날 구두공판에

46) Egon Müller, in: FS für Lüke, 1997, 501면.

47) 이에 대해서는 Jung, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 1997, 112면 참조.

48) Weigend, ZStW 104(1992), 504면.

서 충분한 변호가 이루어질 수 있다는 점에서 확실히 핵심적인 차이가 있다. 그렇지만 그러한 변호는 대체적인 내용이 참여자들의 머리 속에서 그리고 서면으로 이미 상당부분 확정되어 있는 사안에 대응하여야 한다. 이것은 사안구성이 시기적으로 앞당겨지는 상황에서 필연적으로 피의자를 그러한 사안구성에 미리 참여하게 하는 것으로 반응하게 한다. 이러한 참여의 시점, 형태 및 정도에 대해서는 논쟁의 여지가 있을 수 있다. 그러나 현행법의 내용으로는 충분하지 못하다는 사실은 확실하다. 피의자에게 더 많은 권리가 부여될수록 공판절차와 관련된 새로운 구성형태에 관한 문제가 더 심각하게 제기된다. 더 나아가 중간절차도 시험대에 오르게 된다. 그에 반해서 이 글에서 제안한 개정안은 - 전체적으로 고찰할 때 - 결코 공판절차의 구조변경을 초래하지는 않는다. 공판절차에서 증거신청권을 남용할 가능성에 대해서 격렬한 논쟁이 벌어진 바가 있는데 그러한 문제⁴⁹⁾ 및 그에 대한 대응방안은 다른 맥락에 속하는 것이다.

49) Kühne, StV 1996, 684면 참조.

문제지향적 경찰활동의 기본요소

박 철 현(역)*

I. 문제의식

문제지향적 경찰활동(problem-oriented policing)은 이전의 전통적 경찰 활동에 대한 비판에서 출현하게 되었다. 좁은 의미에서, 그것은 직접적으로 경찰활동의 실체 - 경찰의 직무를 조직하는 문제 그리고 그러한 문제를 어떻게 취급할 것인지 - 에 초점을 맞춘다. 이것의 요지는 경찰활동의 사후대응적(reactive) 측면과 사전대응적(proactive) 측면들 사이에 보다 나은 균형을 확립하는 것이다. 그것은 또한 경찰업무에서, 지역사회와 일선 경찰관들을 보다 효과적으로 이용할 수 있게 만든다. 넓은 의미에서, 문제지향적 경찰활동은 경찰을 이루고 있는 실질적인 문제들(substantive problems)을 다루는데 우선권이 주어지도록 경찰활동을 개선하고, 직원, 조직, 그리고 절차 모두를 변화시키기 위한 어떤 포괄적 계획이다. 이와 같이 문제지향적 경찰활동은 단지 현재 이루어지고 있는 개선노력을 초월하는 정도로 경찰활동을 변화시키려는 것만이 아니라, 이러한 노력들의 지향점에서의 중요한 변화를 또한 요구한다.

이 글에서는 문제지향적 경찰활동의 기본요소들에 대해 서술하고자 한다. 우리는 경찰의 직무에 대해 생각하는 방식의 변화에서 핵심요소들로서 이 요소들을 함께 고려해야 할 것이다.

* 이 글은 문제지향적 경찰활동의 고전이라고 할 수 있는 Herman Goldstein, 1990. Problem Oriented Policing, New York: McGraw-Hill, Inc.의 4장을 번역한 것임.

* 한국형사정책연구원 선임연구원, 범죄학박사

I. 문제로서 사건들을 분류하기

오늘날 경찰관에게 일반적인 순찰업무로 할당된 경찰의 주된 직무단위는 사건이다. 일상적으로 경찰관은 보통 여러 개의 사건들을 다룰 것이다. 예를 들면 자동차절도, 심하게 쫓는 개, 이웃간의 분쟁, 강도, 정보의 요청, 수상한 상황보고, 또는 자동차사고 등의 사건들을 다룰 것이다.

경찰활동의 전문직업적 모델(professional model)은 사건을 다룰 때의 효율성을 증가시키는 것을 목표로 한다. 경찰관의 성취는 대부분 얼마나 신속하고 효율적으로 사건을 다루었는가에 의해 판단된다.

사건을 다룰 때, 경찰관은 보통 사건의 보다 가장 눈에 잘 띄고 피상적인 면을 다룬다. 그러나 이것은 보다 깊은 곳에 있는 문제 그 자체가 아니라 문제가 겉으로 드러난 현시물(manifestations)일 뿐이다. 경찰관은 싸움을 중단시킬 수 있지만, 그러한 싸움이 발생하는데 공헌한 요소들을 찾지는 않는다. 또 그들은 제멋대로 구는 청소년 무리를 해산할 수 있지만, 첫 번째 예에서와 같이 그 청소년들이 함께 모이게 된 이유를 찾을 아무런 의무를 느끼지 못한다. 경찰관들은 어떤 범죄를 수사할 수는 있지만, 그 범죄의 발생에 기여했을 수 있는 원인들을 찾는 것이 진범을 찾는 데 도움이 되지 않는 한 곧 수사를 중단한다. 사건을 다룰 때, 경찰은 일반적으로 문제 그 자체가 아니라 문제의 파괴적이고, 용납할 수 없는 결과를 다룬다. 그것은 보다 근본적인 상황이나 문제를 다루는 것과는 매우 다른 대응 방식을 요한다. 분명히 몇몇 경찰관들은, 보다 나아가서, 문제 그 자체를 다룬다. 그러나 대부분의 경찰활동은 어떤 문제의 공공연하고 불쾌한 징후를 개선하는데 한정된다. 그러한 한계를 넘어설 필요가 있다.

보통 사건들은 고립되고, 독립적인 것으로서 다루어진다. 만약 사건들이 동일한 패턴으로 발생하여 범인을 가려내기에 도움이 되는 예외적인 경우가 아니라면, 사건들 사이에 어떤 체계적인 연계는 이루어지지 않는다. 이

것은 심지어 사건들이 동일한 행동, 동일한 주소, 또는 동일한 사람들과 연루된 경우에서, 그리고 자주 재발할 수 있는 경우에서조차 체계적 연계 없이 다루어진다. 사후대응적 경찰활동에 강하게 집착하는 경찰은 체념 속에서 사건들을 고립된 것으로 다루며, 사건의 근본적인 문제를 다루라는 어떤 힘이 작용하기 전까지는 아마 계속 그러할 것이다. 이것은 아마도 경찰파견담당자(police dispatcher)가 새로 고용된 신참에게 침입절도 경보에 대응하도록 지시한 한 일화에서 가장 잘 설명될 것이다. 그 지역에 익숙하지 않은 신참 경찰관은 지시를 필요로 했다. 그의 상관은 이 지역에서의 오랫동안 계속된 거짓경보를 알고 있었기 때문에, 신참에게 다음과 같이 충고했다. “그것에 익숙해져, 그건 시도 때도 없이 울린단 말이야.”

문제지향적 경찰활동에서의 첫 단계는 사건을 다루는 것 자체를 초월해야 한다. 사건은 종종 문제의 외적 징후라는 것을 인식할 필요가 있다. 이것은 경찰을 다음의 두 가지 방향으로 지향하게 한다. 하나는 경찰관들이 사건들 사이의 관계들(행동의 유사성, 지역의 유사성, 연루된 사람들의 유사성 등등)을 인식하게 하는 것이며, 다른 하나는 사건을 발생하게 한 몇몇 상황과 조건들에 익숙해짐으로서 사건들에 대해 보다 깊이 이해하게 되는 것이다.

II. 경찰활동의 핵심으로서 실질적 문제를 주목하기

대중은 경찰이 어린이 성학대, 광범위한 약물거래, 상점강도, 그리고 공공기술의 파괴와 같은 다양한 문제들을 다루길 기대한다. 대중은 또한 경찰이 주점에서 일어나는 싸움, 부부싸움, 미아, 지나친 소음에 대한 불평, 혼란을 일으키는 청소년들의 집회, 그리고 불량자, 정신병자, 그리고 알코올중독자와 같은 골치 아픈 상황과 같은 문제들을 다루어주기를 기대한다. 이것들은 경찰업무를 이루고 있는 많은 실질적 문제들, 즉 다시 말해서 자주 일어나는 사건들 중의 하나이다.

이러한 실질적인 문제들은 다른 차원에서 그리고 다른 방식에서 정의될 수 있다. 예를 들어 상점절도는 전체 도시의 문제로 보여 질 수 있는데, 이것은 어떻게 전체 경찰이 이 문제에 대응할 것인지 하는 문제를 제기한다. 그렇지 않으면 그것은 특정 쇼핑지역내의 문제로 보여 질 수 있거나, 심지어 특정상점의 문제로 보여 질 수 있다. 이것은 상점절도에 직접적으로 관련된 상인과 경찰들이 그것을 어떻게 다룰 것인가 하는 문제를 제기한다. 유사하게 주거지절도를 전도시적인 문제로서 유익하게 탐구할 수도 있고, 그렇지 않으면 주어진 관내 이웃, 또는 주택단지 안에서 주거지절도를 탐구할 수도 있다. 만약 특정 가정에서 절도가 계속 발생한다고 신고가 들어 온다면, 특정 아파트나 심지어는 하나의 개인주택을 목표로 하는 것이 오히려 더 유익할 수도 있다. 가장 적당한 수준의 선택은 문제의 초기 분석에 달려있다.

그러나 모든 실질적 문제들을, 행동적 용어에서 범죄를 발생시키는 것으로 묘사할 필요는 없다. 그들은 다양한 사건들이 밀집할 수도 있는 문제지역(예를 들어 공원이나 주택단지), 특수업소(예: 주점), 특정인(예: 행인을 괴롭히는 정신이상자), 또는 특수집단(예: 청소년 갯)으로도 보다 유익하게 정의될 수도 있다. 예를 들어 만약 초기의 분석에서 술을 파는 시설과 성인유흥업소가 도시블록에 집중된 것에 관심이 집중된다면, 그렇지 않았다면 무질서행동, 폭행, 매춘, 음주, 가출, 주차위반, 그리고 술 판매 면

허위반으로 일상적으로 분류될 수도 있는 사건들을 함께 연관시켜 처리할 수도 있다.

시민의 “머슴(hired hands)”으로서 경찰은 지역사회내의 궂은일을 하는데 이용될 수 있기 때문에, 시민들은 실질적 문제들을 경찰이 다루어야 할 문제로서 정의하는 경향이 있다. 지역사회에 대한 강조는 두 가지 함의를 갖는다. 그것은 지역사회에 대한 경찰의 관심사의 문제로 그것을 정의하기 보다는, 지역사회가 경찰에 대해 어떤 관심을 가지고 있는지를 생각하게 한다. 그리고 그것은 경찰이 전체 지역사회내의 모든 차원의 문제들에 대한 이해할 수 있게 한다. 경찰이 보고 있는 것은 종종 단지 전체 문제의 한 부분에 불과하다. 예를 들면, 음주운전자의 연구에서, 검사, 판사, 알코올치료전문가, 보험회사간부, 주점운영자, 술 판매 면허당국, 피해자, 생존 피해자, 내과의사, 간호사, 운전면허학원 강사, 차량개조 기술자에게 자문을 구하는 것이 도움이 될 것이다(Goldstein and Susmilch, 1982a:93) 이 결과로 나타난 그림은 한 사람이 운전자를 구속하고 기소하는 데만 초점을 맞추어서 음주운전문제에 접근해서 얻을 수 있는 그림과는 전혀 다른 것이 될 것이다.

일반적으로, 경찰이 경찰활동에서의 문제라고 말할 때는 보통 경찰의 내부관리문제를 말한다. 예를 들면 충분한 인력의 부족, 제한된 승진기회, 제대로 작동하지 않는 장비, 빈약한 사기, 또는, 다소 차원을 높인다 할지라도, 피의자의 기소에서 느끼는 좌절과 같은 정도를 말한다. 그러나 심지어 경찰이 “실질적” 문제의 의미에서 지시받고 그것들에 관심을 집중할 것이 요구될 때도, 그들은 너무나 조직의 문제 차원에 집착해서 자주 뒷걸음질쳐서 경찰의 내부관리문제에 대한 관심만 확인하게 될 것이다. 이와 같이 실질적인 문제에 관심을 집중시킬 때, 경찰이 다루어야 하는 지역사회 문제는 그것이 초기에 제시될 때보다는 훨씬 급진적인 단계를 거친다. 왜냐하면 그것은 경찰이 자기의 조직의 원활한 작동에서 얻는 만족을 초월할 것을 요구하기 때문이다. 또한 그것은 경찰의 존재이유가 되는 문제들을 효과적으로 처리하는 데까지 경찰의 관심사를 확대하는 것을 의미한다.

이러한 관점에서 보면, “문제”는 경찰업무의 단위가 된다. 그것은 경찰

활동이란 업무가 범죄와 형법을 집행하는 것 이상의 훨씬 많은 것으로 구성되어 있다는 전제를 되새기게 하는 유용하고 변함없는 기준이다. 경찰업무를 문제들을 다루는 것으로 묘사하는 것은 경찰의 기능에 대한 보다 정확한 정의이다. 그것은 경찰이 그의 임무에 '대응할 수도' 있다는 안일한 태도를 취하는데서 나타나는 혼동을 피하게 하는 부가가치를 가진다. 그것은 경찰의 업무가 법의 집행으로 묘사될 때 나타나는 혼동과 유사하다. 문제는 경찰활동의 단위를 묘사하는 보다 중립적인 방식이다. 또한 그것은 경찰이 그것을 다룰 수 있는 방식에 대한 성급한 판단의 가능성을 지양하게 하기 때문에, 추가적인 분석을 진행하는데 도움이 된다.

III. 궁극적 목표로서의 효율성

사건을 다루는 차원을 넘어서고 경찰이 다루어야 할 실질적인 문제들에 보다 관심을 갖게 될 필요성은 직접적으로 이러한 문제들을 다룰 때의 효율성에 대한 관심을 이끌어낸다. 효율성에 대해 관심을 가지지 않는 것은 과거 수십년간의 경찰활동에서 경험했던 큰 좌절이 한 원인이다. 이러한 좌절은 경찰활동에서의 많은 변화에 기인하는데, 대부분의 변화들이 주로 조직의 운영에 관련되어 왔기 때문에, 그들의 충격을 평가하는 것은 힘들었다. 만약 평가할 수 있다고 하더라도 실질적인 문제의 차원에서 평가하기는 어려웠었다. 종종 어떤 큰 변화 속에서의 거대한 투자를 한 후, 우리는 경찰서비스의 질에 대해서 어떤 가치들이 변화되었는지 어리둥절하면서 방향을 헤 왔다.

경찰의 효율성에 대해 관심을 집중하려고 하는 것은, 이 용어가 경찰이 다루는 실질적인 문제에 적용될 때, "효율성"의 의미에 대한 난해한 문제를 제기한다. 많은 이러한 문제들은 그들의 속성상 다루기가 힘들다. 그러므로 효율성과 문제를 해결하는 것을 동일시하는 것은 사리에 맞지 않다. 왜냐하면 문제는 거의 제거되지 않기 때문이다.

엑크와 스펠만(Eck and Spelman)은 "문제지향적 경찰활동"의 맥락에서 "효율성"이란 용어의 의미에 대해 논쟁하면서 유용한 분류를 개발했는데, 그것은 경찰이 문제에 대해 미칠 수 있는 영향을 정도에 따라 다섯 가지로 나눈 것이다. 그것은 첫째, 문제를 완전히 제거함, 둘째, 문제가 만들어내는 사건들을 감소시킴, 셋째, 문제가 만들어내는 사건들의 심각성을 감소시킴, 넷째, 사건들을 보다 잘 다루는 방법을 고안하기, 그리고 마지막으로 경찰의 고려사항에서 문제를 제외하기의 다섯 가지로 구성된다(Eck and Spelman et. al., 1987:5-6). 다섯 번째는 만약 경찰이 건드리지 않는 것이 더 효과적인 경우를 제외하면 명백히 불만족스러운 것이라고 할 수 있다.

몇몇 문제들은 제거될 수 있다. 만약 이것이 달성될 수 있고, 또 대부분의 경찰업무에 체화된다면, 경찰과 지역사회는 위대한 의미의 성취를 이룬 것이다. 그러나 많은 경찰업무에 있어서, 보다 현실적인 목표는 문제가 발생시키는 사건수를 감소시키는 것이며, 이 사건들의 심각성을 감소시키는 것이다. 그것은 경찰의 역할을 일탈을 관리하는 것으로 한정하고, 이 관리 역할을 보다 효율적으로 수행하기 위해 경찰이 장비를 갖추는 데에 힘을 집중시키는 이유이다. 그러나 이것은 경찰이 그들이 다루는 사건들의 가장 피상적이고 범죄적인 측면만을 개선하는 역할만을 해야 한다는 것을 의미하지는 않는다.

IV. 체계적인 조사의 필요성

일단 경찰이 유사하거나 관련된 사건들을 분류함으로써 문제를 명확히 파악하게 된다면, 문제를 다루는데 있어서 그것에 대한 정보의 체계적 수집과 분석이라는 추가적인 과정이 필요해 진다. 이것은 어떤 문제의 모든 특성들과 사건에 기여한 요인들을 심층적으로 조사하는 것을 의미한다. 예를 들어 가해자, 피해자, 그리고 관련될 수 있는 다른 사람들에 관한 자세한 정보를 수집하는 것이다. 그리고 발생시간, 장소, 그리고 물리적 환경에

관한 다른 특이한 점들을 수집하며, 문제의 발달사를 살펴본다. 또한 모든 관련된 당사자들의 행위의 동기, 이득, 그리고 손실에 관한 사항들을 수집하며, 명백한 (너무 명백하지는 않은) 원인과 상충되는 이해관계와 관련된 사항들, 그리고 현재의 대응으로 나타난 결과들을 수집한다.

경찰은 그들이 다루는 사건유형들에 대하여 많은 것을 안다. 경험적으로 이러한 많은 지식들은 보다 효과적인 대응책을 만들어 내는 데 크게 가치가 있다. 그러나 경험적으로 볼 때, 경찰은 문제에 대한 그들의 결론과 문제를 다루는 그들의 방식이 타당하다는 것을 보여줄 힘이 없다. 또한 그들은 가장 적절한 대응책이 무엇인지를 결정하기 전에 대답되어지길 원하는 많은 질문들에 대해 답을 가지고 있지 않다.

전문직업적 경찰활동모델의 한 중요한 부분이었던 범죄분석(crime analysis)은 문제지향적 경찰활동에서 훨씬 넓고 깊은 조사에 대한 욕구를 충족시키기 위해 경찰이 의지할 수 있는 토대이다. 개별 경찰관들이 그들의 관할지역 외부에서 일어나는 사건과 그들이 근무 중이 아닐 때 일어나는 사건들을 알 수 없는 경찰체제에서, 범죄분석은 범죄를 해결하는데 도움을 줄 수 있는 정보를 수집하는 주된 수단이 되어 왔다. 초기에, 범죄분석은 유사범죄에 대한 보고들을 정리한 것인데, 이것들은 많은 보고서들로부터 모인 정보들을 요약, 정리하는 것이 경찰로 하여금 진범을 보다 잘 식별하고 검거할 수 있도록 할지도 모른다는 희망에서 작성되며, 동일한 개인이나 집단에 의해 저질러졌을 수 있는 사건들을 판별할 수 있게 한다. 만약 진범이 검거된다면, 유사한 분석은 그 범죄자가 연루된 다른 범죄를 해결하고 그에 대한 소송의 설득력을 증가시킨다. 범죄분석이 개발되었을 때, 관심의 초점은 범죄행동의 유형을 발견하고, 분석가들이 순찰경관에게 특정 유형의 범죄를 범하는 용의자와 그들이 범죄를 범할 지도 모르는 지역을 경계하도록 조언하는 것이었다. 범죄자가 범행을 하기 쉬운 곳을 예측하는 것은 또한 경찰이 범죄를 감시하고 해결하는 것을 가능하게 한다.

기껏해야 범죄분석은 범죄행동을 설명하는 지식과 통찰력 같은 것들을 얻기보다는, 진범을 판별하고 유사한 범죄패턴을 중단시키는데 이용되어 왔다. 법집행지원청(Law Enforcement Assistance Administration)이 거액

을 투자해 만든 통합범인검거프로그램(Integrated Criminal Apprehension Program, ICAP)은 (프로그램의 일부 부분에서는) 기본적인 범죄분석기법들을 실질적인 문제들을 보다 효과적으로 분석하는데 이용될 수 있는 수준까지 거의 향상시켰다(Gay et. al., 1984). (보통 컴퓨터에 기초한) 보다 광범위한 관리시스템으로서, 통합범인검거프로그램(ICAP)은 수사의 효율성과 같이 전문직업적 경찰활동모델의 몇몇 주요 특성에 대해 새롭게 강조하지만, 몇몇 부서들은 이 글에서 상술된 것과 같은 실질적 문제의 분석에 크게 공헌했던 연구들을 수행했다.

문제지향적 경찰활동은 실제로 일반적으로 범죄분석의 부분으로서 수집되는 자료를 훨씬 효율적으로 이용할 수 있게 만들며, 현행의 가장 발전된 범죄분석모델의 제한적 목적들을 뛰어넘을 수 있도록 한다. 문제지향적 경찰활동은 먼저 관심의 초점을 전통적인 범죄 유형들보다는 경찰이 다루는 모든 범위의 문제로 확대할 것을 요할 것이다. 또한 그것은 조사를 수사의 목표로만 제한하기 보다는, 경찰 대응을 비판적으로 살펴보게 하고 문제들의 속성에 대해 이해할 것을 요할 것이다. 그것은 경찰관에 의해 작성된 보고서들에 한정되기 보다는, 보다 많은 정보의 원천들을 이용할 것이다. 문제의 모든 측면을 이해하기 위해서, 경찰은 문헌을 찾고, 전화조사와 가구방문면접조사의 달인이 되어서 어떤 문제에 대해 가장 직접적인 지식을 갖고 있는 사람들(시민, 경찰, 다양한 정부기관과 민간부문의 대표 그리고 전과자들을 포함)을 인터뷰할 것이며, 다른 정부기관과 민간부문에 의해 수집된 자료들을 이용할 것이다. 결국, 문제지향적 경찰활동의 부분으로 기대되는 그러한 체계적 조사는 사용된 자료와 도출한 결론에 있어서 경찰 내에서 수행된 조사보다는 훨씬 더 정확하고 정밀할 것이다.

각 조사의 범위와 깊이는 분명히 조사되는 문제의 규모와 수준에 달려 있을 것이다. 물론 수사수준에서 일하는 인력에 의해 행해진 조사는 보다 많은 자원과 연구기술을 갖고 수행되는 보다 야심적인 연구에서 얻을 수 있는 조심성과 정확성을 다루는 조사에는 부적합하다. 그러나 심지어 조사의 가장 낮은 수준에서조차, 만약 경찰이 체계적 조사의 가치를 적절한 대응을 위해 필수불가결한 것으로 신뢰하며, 경찰관이 범죄수사에 대해 교

육받을 때만큼, 어떤 문제에 관련된 사실을 가능한 한 객관적으로 수집할 필요성에 민감하게 된다면 발전은 가능할 것이다.

V. 문제들을 분해하고 정확히 이름붙이기

고립된 사건들을 함께 모으고 그들을 문제로서 함께 볼 필요성을 논의하다가, 문제가 분리된 것이라고 주장하는 것은 얼핏 보기에 모순적인 것으로 여겨진다. 그러나 실제로 그것은 문제지향적 경찰활동의 중요한 요소이며 문제를 분석하는 중요한 단계이다. 이것은 한편으로 문제의 측면에서 생각할 것이 요구되는 경찰이, 너무나 법적이거나 지나치게 넓은 정의를 갖고 있거나, 또는 체계적 조사로 얻어지는 정보를 이용하지도 않고, 다른 한편으로 어떤 문제에 대한 지역사회의 시각을 받아들이는 경찰의 경향에서 기인한다. 지나치게 넓거나 부정확한 명칭을 붙이는 것은 개별 문제들에 대해 보다 효과적이고 바람직하게 대응하기 어렵게 만든다.

가장 초보적인 수준에서, 시민들은 경찰과 형사사법기관 내에서 일하는 다른 사람들과 마찬가지로 "범죄", "거리범죄", "무질서", "비행" 그리고 "폭력"과 같은 잡다한 용어들을 남용한다. 놀랍게도 많은 경찰기관들은 그들의 업무를 분류하는 포괄적인 용어들을 계속 사용한다. 특수한 경찰업무에 관심 있는 학자들은, 정교한 컴퓨터능력이 이용되는 시대에, 아직도 정규적인 경찰업무량의 상당 부분을 점하는 그러한 유형의 사건들을 수작업으로 "조사"하는 것이 종종 요구된다는데 흥미를 느꼈다. 사건을 지나치게 넓게 범주화하는 것은 각각의 실질적 문제들에 대한 통찰력을 얻을 수 없게 만든다.

경찰은 보통 사건들을 범주화하기 위해서 강도, 침입절도, 그리고 절도와 같은 형법전에 따른 명칭을 사용한다. 그 용어들은 지역사회에서 법에 의해 부여된 의미 이상의 의미를 가진다. 많은 경찰의 업무들이 이러한 일상적인 문제들을 다루는 것이기 때문에, 그 용어들의 사용은 경찰이 그러한 범죄에 대한 대응을 준비하는 데 있어서 요긴하다. 그러나 법전상의 명칭을 실질적 문제에 대해 사용하는 것은 중요한 차이점을 가릴 수가 있는데, 특히 그것의 궁극적 사용목적이 특수한 행동에 대해 보다 적절한 대응책을 개발하려고 할 때 나타난다. 예를 들어 "성폭행"이라는 명칭하에 사

건들을 수집하고, 성폭행의 다른 세부 유형들을 구별하지 않고 성폭행의 문제를 다루는 것은 별 도움이 되지 못한다. 거리에서의 낯선 사람에 대한 공격은 가정 내에서의 성폭행과는 완전히 다르며, 또한 가정내에서의 성폭력은 청소년들 사이의 성적인 접촉과는 다르다.

형법전의 명칭을 사용하는 것의 또 다른 약점은 경찰이 관심을 가지는 문제가 체포와 기소에 제한된 것이라는 인상을 끊임없이 계속하게 만든다는 것이다. 실제로, 침입절도나 거리매춘이라는 명칭이 붙여진 문제를 담당하는 경찰은 범죄자를 체포하고 기소하는 것을 넘어서 그 이상의 것을 한다. 그는 그의 행동이 만들어내는 많은 부작용과 결과들을 생각한다. 거리매춘의 사례에서, 문제는 경찰이 그것을 범죄로 볼 것인지 아닌지에 따라 나타날 것이다. 이와 같이 경찰의 업무를 법적인 관점에서 침입절도와 매춘을 다루는 것으로 좁게 말하는 것과 지역사회에 존재하는 문제로서 침입절도나 매춘을 다루는 것은 큰 차이가 있다.

경험적으로 문제지향적 경찰활동을 발전시키기 위해서는 문제에 대해 초기에 붙인 명칭을 (그것이 대중이 붙인 것이건 경찰이 붙인 것이건 관계없이) 받아들이는데 또한 주의해야한다는 것이다. 조사를 통해 문제는 처음에 묘사된 것과는 크게 다르다는 것이 밝혀질 수도 있다. 문제지향적 경찰활동의 궁극적 목적은 보다 효과적인 대응책을 개발하는 것인데, 우선 문제를 분해하는 것이 중요하다. 같은 명칭을 갖는 문제들은 실제로 극단적으로 다른 대응책을 요할 수도 있다. 쇼핑몰과 호텔에 세워둔 차에 대한 계획적인 절도는 주거지에 세워둔 차의 장비를 무작위적으로 절도하는 것과는 극단적으로 다른 문제이다. 청소년들에 의한 방화는 보험금을 탈 의도로 행해지는 방화와는 전혀 다른 대응책이 요구된다. 이웃의 아파트에서 나는 소음에 대한 불평은 경주용 차량이나 공장에서 나는 소음에 대한 불평과는 완전히 다른 문제를 제기한다.

VI. 문제에 대한 복합적 이해관계의 분석

과거에는 경찰이 왜 특정문제에 관심이 있는지에 대해 질문 받았다면, 그들은 그 행동이 법에 반하기 때문이라고 종종 설명했을 것이다. 이러한 대답은 경찰의 주된 업무가 법을 집행하는 것이고 경찰이 법이 어떻게 집행되어야 하는지에 대한 아무런 재량권을 갖고 있지 못한 과거의 개념에 집착하는 한 불만족스럽지는 않을 것이다. 그러나 경찰의 업무가 보다 넓어지고 필수적으로 경찰이 지역사회의 문제들을 다루기 위해 법을 이용할 때 재량권을 행사해야 한다는 인식이 증가함에 따라, 경찰이 다룰 것으로 기대되는 각각의 문제에 관여하는 경찰의 속성을 보다 비판적으로 살펴봐야 한다. 어떤 문제에 대한 보다 통찰력 있는 분석은 어떤 행동을 불법적인 것으로 만드는 데 기여하는 몇몇 이해관계들을 조사할 것이 요구된다. 그리고 그 행동이 법률적으로 금지되지 않는다고 할지라도, 어떤 문제를 통제할 때 나타나는 다양한 이해관계를 식별할 유사한 필요성이 존재한다. 어떤 문제에 있어서 지역사회의 관심과 이해관계의 속성은 그 문제에 어떻게 대응할 것인지를 결정하는 데 있어서 결정적으로 중요하다.

이것은 명백히 불법인 거리매춘과 같은 평범한 문제에서 작용하는 복잡한 이해관계를 통해서 잘 설명될 수 있다. 좁게 말해서 경찰은 거리매춘을 다루는 일을 한다. 왜냐하면 그것이 불법이기 때문이다. 그러나 많은 남녀의 거리매춘부들은 보통 우리의 도시지역에서 발견될 수 있다. 경찰은 여러 다른 문제들을 위해 그들의 시간을 쪼개어 쓴다. 법의 시행은 매우 어렵다. 단지 이런 행동을 불법으로 보는 것은 대응책을 강구하는데 있어서 도움이 못된다. 경찰의 난제는 매춘의 가장 어려운 측면을 가장 공정하고 가장 효율적으로 다룰 프로그램을 개발하는 것이다. 합리적 계획을 세우기 위해서는 어떤 특수한 문제에 대한 신중한 분석과 대답을 요한다: 왜 지역사회에 관심을 갖는가? 사회적 비용은 무엇인가? 누가 피해를 어느 정도로 입는가? 이 문제들에 대답하기 위해, 다음과 같은 13가지의 상이한, 그리고 종종 상충되는 이해관계들을 분류할 수 있다.

1. 매춘은 지역사회의 어떤 분파의 도덕적 기준에 따라서 범죄로 규정된다.

2. 그것은 행인과 인접한 주거 및 업무시설에 대해 성가신 존재이다.
3. 그 지역에 자주 가는 관련없는 사람들도 만약 그들이 유혹을 받는다면 기분을 상한다.
4. 청소년들이 매춘부가 될 수도 있다.
5. 매춘부는 그(녀)의 고객에 의해 피해를 당할 수도 있다.
6. 매춘부의 단골손님이 되는 사람들이 폭행당하고, 강도당하고, 또는 사기당할 수도 있다.
7. 매춘부는 그들의 포주에 의해 금전적으로, 신체적으로 착취당할 수도 있다.
8. 거리매춘은 지역사회에서 조직화된 범죄적 이익의 온상이 될 수 있다.
9. 매춘은 보통 약물과 연결되어 있는데, 이것은 매춘부들이 광범위하게 약물을 사용할 가능성을 높인다.
10. 시민으로서 매춘부는 보호받는데 필요한 권리를 가진다.
11. 거리매춘부는 그들이 활동하는 지역에 주차 및 교통문제를 만들어 낸다.
12. 매춘부의 존재는 지역경제에 해로운 영향을 끼치는데, 이것은 지역의 빌딩 가치와 이들의 효용가치를 떨어뜨린다.
13. 매춘부는 매독, 헤르페스, 그리고 에이즈와 같은 성병을 전염시킬 수도 있다.

조사결과는 이해관계의 근거를 양적으로 켈 수 있도록 만들어서 그 중요성이 보다 잘 평가될 수 있게 체계적으로 제공되어야 한다. 청소년은 얼마나 종종 참여하는가? 조직화된 범죄적 이익에 대한 어떤 증거가 있는가? 매춘부는 얼마나 자주 상해를 당하는가? 그 지역에서 재산가치는 변화하고 있는가? 그리고 다양한 질병을 퍼뜨리는데 있어서 매춘부의 역할에 대해 우리는 무엇을 알고 있는가? 이 문제들에 대한 대답은 문제에 대한 훨씬 날카로운 이해를 제공하고, 필요한 정책을 보다 명확히 가려 범으로서, (문제를 가린) 숲의 일부를 제거하는 데 도움을 줄 것이다.

경쟁하고 있는 사회적 이해관계들을 가려내고 각각의 이해의 상대적 중요성을 평가할 수 있는 사실들을 수집한 후, 그들의 중요성을 평가할 때는 가치판단이 필요하다. 이상적으로 (이것은 매우 어려운 단계다) 경찰은 지역사회 내에서 합의를 이루도록 할 것이다. 경쟁하는 이해당사자들의 개방된 토론회에 참여하는 것은 그 자체로 지역사회를 위해 유익한 행사이다.

그리고 시민이 각 이해의 중요성을 평가하는데 도움을 줄 수 있는 사실들을 수집하는 것은 그러한 논의를 크게 진전시킨다. 경찰에게 있어서, 왜 이해당사자들이 특정 문제를 염려하는지에 대해 분명히 결정하는 것은 그것을 다루는 현명한 전략을 만들어 내기 위해 본질적인 필수요소이다.

VII. 현재의 대응책을 파악하고 비판하기

실질적 문제를 다루는 보다 새롭고 효율적인 방식들을 살펴보기 전에, 경찰이 현재 문제를 구성하고 있는 사건들을 다루는 방식을 확인하는 것이 필수불가결하다. 현재 행해지고 있는 것이 비효율적인지 아닌지를 추정하는 것은 분명히 주제 넘는 일일 것이다. 그 반대도 사실일 수 있다. 현재의 대응이 효과적이지 않다고 할지라도, 그러한 발견을 문서화하는 것은 대안에 대한 지지를 호소하는데 있어서 중요하다. 그러나 아마도 가장 중요한 현재의 대응책들은 다양한 개인적으로 정교화된 경험들로 구성되어 있는 것 같다. 또한 이러한 경험으로부터 대안을 모색하는데 한발 앞선 출발을 하도록 해주는 다양한 성공사례에서 사용된 풍부한 지식을 발견할 수 있을지도 모른다.

기존의 경찰경험을 문서화하는 것은 생각하는 것보다는 훨씬 어려운 일이다. 경찰은 넓고 포괄적인 수사의 어투로 그들이 한 것에 대해 조사에 응답하는 경향이 있다. 이와 같이 처음 경찰은 그들의 주의를 끌게 된 사건을 조사함으로써 그리고 법을 위반한 사람들을 체포하고 기소함으로써, 예방적 순찰을 통해 주어진 문제를 다루고 있다는 것을 보여주려는 경향이 있다. 그러나 앞에 언급한 바와 같이 조사, 순찰, 그리고 기소는 다양한 다른 문제들을 동일한 방식으로 다루는 경찰수사의 큰 구성요소를 묘사하는 것이다.

이러한 피상적 차원을 넘을 것이 요구될 때, 행정경찰들은 경찰이 대중의 기대와 법규범, 형식적인 지침을 따라서 주어진 문제에 대응한다고 묘

사하는 경향이 있다. 그러나 이들 행정경찰들은, 특히 큰 경찰서의 행정관리들은 현장 및 개별 사건들로부터 매우 유리되어 있다. 따라서 그들은 현행의 일선경찰의 대응을 정확히 묘사할 능력이 종종 없다. 같은 경찰서 내에서도 행정경찰이 묘사하는 것과 일선에서 일어나는 것은 매우 다를 수 있다.

개별 경찰관은 필시 사건 수준에서의 현재의 대응에 대해 가장 정확히 묘사할 수 있는 사람이지만, 그들은 적어도 그렇게 잘 하지 않는 경향이 있다. 이것은 부분적으로는 형식적인 지침과 상충할 수 있는 관행을 인정함으로써 질책을 받을까 두려워하는 탓이다. 그러나 이러한 방해물이 제거된다고 할지라도, 가장 낮은 직급의 직원인 개별경찰관들은 그들의 관찰과 통찰력이 현저히 타당하지는 않다고 믿을 수밖에 없다. 우리는 현장에서 경찰활동을 문서화하려는 다양한 노력을 통해서 다른 경찰관들이 같은 유형의 사건에 대해서 대응하는 방식이 엄청나게 변했다는 것을 안다. 경찰관의 수만큼 사건을 다루는 많은 방식이 있을 수 있다. 다른 한편으로, 많은 대응들은 매우 일상화되는데, 이것은 (어떤 관찰구역과 같은) 어떤 단위에서 또는 전체 경찰수준에서 다소 동일한 패턴들이 변화 속에서 출현했다는 것을 보여준다. 한편으로 경찰관은 감독관의 명령이나 널리 공포된 판사의 말, 또는 부정사(assistance prosecutor)나, 또는 고위경찰관의 공식적인 이야기에 의해 영향을 받을 수도 있다.

현재의 관행을 이해하기 쉽고 정확하게 포착하는 것이 어렵다고 하더라도, 경찰관들이 상이한 대응방식에 관해 아는 것은 충분히 이점이 있다. 복잡한 문제들을 즉석에서 임시변통으로 해결하기 위해 경찰관들은 특수한 문제들을 다루는 매우 효과적인 방식을 개발한다. 경찰관은 자주 그들의 관심을 끌게 되는 문제들에 대해 독특한 이해를 갖게 되며, 동일한 문제의 상이한 표현형태들을 구별하는 법을 배우며, 그리고 종종 제기되는 매우 복잡한 요인들과 익숙하게 된다. 그리고 그들은 그러한 상황 하에서 가장 효과적인 대응책을 선택하는 일에 대한 감각을 갖게 된다. 이 대응책에 대한 평가가 좋다면, 이러한 형태의 대응은 전체 경찰의 표준으로서 유익하게 채용될 수도 있다.

VIII. 정형화된 대응에 대한 무제한적인 탐색

경찰이 자기 자신들을 주로 범죄를 통제하는 일을 하고 아무런 재량이 없는 존재로 생각하는 한, 공식적으로 그들의 업무가 달성될 수 있는 유일한 방법은 범죄를 범한 사람을 체포하고 기소하는 것이었다는 것은 이해할 만했다. 그러나 경찰은 단지 범죄를 통제하는 것 이상의 훨씬 많은 것을 항상 하기 때문에, 그들은 비공식적으로 많은 다른 수단들을 이용했다. 그러나 그 대안들에 대한 공식적 규정이 없었기 때문에, 그들은 종종 그들의 목적을 달성하기 위해 형사사법체계에 이것을 적용하는 것을 결국 포기한다. 그러므로 경찰관은 우스꽝스럽게도 술주정뱅이, 정신병자, 그리고 부랑자와 같은 사람들을 체포한 다음, 형법과 시조례의 “병기창고”에서 행위가 적절한 것으로 보일 때 신축적으로 적용할 수 있는 조항들을 뽑아서 적용한 경험을 갖고 있을 것이다. 예를 들면 부랑, 침입, 그리고 무질서 행위에 관련된 법 등을 이용했을 것이다.

보다 넓은 경찰의 기능과 재량이 필요하다는 인식의 증가는 상황을 극적으로 변화시켜 왔다. 최근에, 경찰은 사건에 대응하는 많은 새로운 자원들을 이용해 왔는데, 예를 들면 고유관청에 조언을 구하는 것이 대표적이라고 할 수 있다. 그리고 몇몇 동일한 유형의 사건들을 보다 즉시 합당하기 위해 새로운 형태의 권한이 경찰에 부여되었는데, 예를 들면 알코올중독자들을 붙잡아 그들을 알코올치료시설로 보내는 권한이 대표적이다. 그럼에도 불구하고 우리는 정기적으로 전통적 법집행에 호소하려는 경향을 목격한다. 예를 들어, 뉴욕시 경찰국은 의무적 안전벨트법이 거리매춘부가 자주 출현하는 지역에 있는 운전자들에게 특히 많이 적용되고 있다는 것을 발견했다. “우리가 이용할 수 있는 도구가 무엇이건 우리는 이용한다”고 담당경찰관은 말했다(The New York Times, 1985년 3월 3일자). 그리고 배우자 학대, 약물거래, 그리고 이웃의 거주자들에게 폭력과 협박을 하

는 갯들과 같은 문제를 다루기 위해 형사사법체계의 간소화된 형태(기소 없는 체포)를 이용하는 사례들이 새롭게 나타나고 있다.

실질적 문제에 대한 높아진 관심은 최근에 몇몇 경찰업무를 다루는 데 형법보다 보다 적당한 권한과 대응책을 개발하도록 노력하게 했다. 이것의 목적은 문제를 보다 명확히 파악한 후 정형화된 대응책을 개발하는 것인데, 이렇게 함으로써 특수한 문제를 제거하거나 감소시키는데 큰 잠재력을 가진 대응책을 만들어 낼 수 있다. 일단 경찰이 사건해결을 위한 형사사법체계 내에서만 사고하는 틀에서 탈출한다면, 보다 넓은 영역의 탐험이 가능해질 것이다. 문제지향적 경찰활동은, 중요 요소들 중의 하나로서, 일상적으로 자주 되풀이되는 문제에 대한 대응책을 광범위하고 창조적으로 찾도록 함으로서 이 기회들을 충분히 이용할 수 있도록 한다. 문제지향적 경찰활동에서의 초기 실험에서, 가능성의 범위가 개별 경찰관들의 상상력과 창조성에 의해서만 제한되었다는 것은 자명하다. 물리적, 기술적 변화들도 가장 일반적인 실례들 중의 단지 몇 가지에 지나지 않는데, 이러한 변화는 오래된 프로그램을 지속하고 새로운 것을 창조하며, 그리고 세련된 형태의 중재기술을 개발함으로서, 가장 일반적인 설명들 중의 단지 몇 가지에 지나지 않는다. 문제지향적 경찰활동이 훌륭할수록, 그리고 흥미를 크게 끌수록 출현하는 대안들은 다양한 형태를 띠게 될 것이다.

정형화된 대응이 어떤 하나의 대안으로 구성되어 있는 것 같지는 않다. 물론 하나로 구성될 수도 있다 하더라도 그것은 예외적이다. 오히려 그것보다는 상이한 대안들이 융합되어 있는 것 같다. 예를 들어 저소득층 공공주택가에서 침입절도가 자주 발생하는 것을 해결하기 위해, 분석결과에 따라서는, 다음 중 몇 가지 또는 모두가 시도될 수 있다.

- 침입절도를 저지른 사람들을 검거하려는 노력
- 조명시설, 잠금체계, 침입절도에 대해 장소를 가리는 역할을 하는 조경, 울타리, 건물과 땅의 모습 등에 대한 관리의 상담
- 건물감사관, 지역당국, 또는 위생당국에 범위반이 되는 미수정 사항들을 통보
- (예를 들어 다가구 거주나 단기간의 임대)에 있어서) 임차인과의 계약에 관한

상담

- 임차인과 함께 일하면서, 그들에게 임대인에 대한 그들의 권리와, 그들이 이용가능한 다양한 정부서비스, 그리고 범죄를 방지하기 위해 그들이 취할 수 있는 수단을 알리는 것이다.
- 학교당국과 협조하여 침입절도와 관련될 수 있는 무단결석 문제를 주목하고, 레크레이션 및 공원 당국과 협조하여 빈둥거리는 청소년들의 문제를 논의하기
- 노인에 대한 서비스를 제공하는 기관과 협조하여 주민들 사이에 존재할 수 있는 두려움의 문제를 다루기

정형화된 대응으로 개발된 가장 일반적인 수단들에는 지역사회를 동원하려는 노력이 있는지가 먼저 점검되어야 한다. 앞에 언급한 바와 같이, 지역사회는 문제를 다루는 경찰이 이용가능한, 아직 이용되지 않은 주요자원들 중의 하나이며, 지역사회와 연계하는 것은 경찰 자신이 수행할 수 있는 어떤 수단보다도 더 영구적이며 효율적인 비공식적 통제에 호소할 수 있는 능력을 갖는 것이다.

새로운 대응책을 개발하는 데 강조점이 있다고 하더라도, 경찰이 항상 그들의 기능을 수행할 때는 법률체계에 크게 의존할 것이라는 것을 인식해야 한다. 문제지향적 경찰활동은 형사사법체계를 포함하여 다양한 형태의 법적 통제들을 훨씬 효율적으로 이용하는 능력을 제공한다. 과거에는 범죄행동을 넓은 용어로 정의하고, 그 다음으로 법을 넓은 범위의 문제에 적용시키려는 경향이 있었다. 이것은 서로 매우 상이한 것을 끼워 맞추려는 것이며, 경찰과 관련당사자 모두에게 어려움을 만들어 내었다. 그러나 만약 어떤 문제가 주의 깊게 분석되고 법적 통제의 몇몇 형태가 그것을 다루기 위해 특별히 만들어진다면, 경찰은 훨씬 더 직접적으로 문제를 접할 수 있을 것이며, 또한 경찰대응이 불필요하게 포괄적이며, 아마 힘까지 과도하게 가졌을 때 항상 나타나는 불공정과 남용의 가능성을 줄일 수 있을 것이다. 문제지향적 경찰활동은 의회, 시위원회, 그리고 법적 통제를 따로따로 분리된 것으로 사용하려고 법을 만드는 사람들에게 도전함으로써, 의학분야의 미세수술(microsurgery)에 상당하는 큰 진전을 이룰 수 있을 것이다.

IX. 사전대응적 자세를 취함

경찰은 가장 힘 있는 정부기관들 중의 하나이다. 개별경찰관들은 정부의 권한을 직접적으로 행사한다. 경찰의 권한은 쉽게 통제되지 않는다. 상당한 남용의 역사를 배경으로, 경찰의 권한이 부적절하게 사용되는 새로운 사례들이 항상 나타난다. 그러므로 많은 대중들이 경찰을 통제하는데 큰 중요성을 부여하고 있는 것은 이상하지 않다. 그리고 또한 대중과 경찰관들이 경찰이 성인직장의 어린애같이 "듣기만하고 말하지 마라"고 자주 충고를 듣는다고 생각하는 데는 상당한 이유가 있다. 우리는 경찰이 우리의 삶에 영향을 미치는 정책결정을 하는 것을 원하지 않는다.

그러므로 경찰이 그들의 임무와 관련된 결정을 하고 그들의 책무를 이행할 결정을 내리는데 보다 단호해야 한다고 말하는 것은 이상하다. 그럼에도 불구하고 문제지향적 경찰활동은 적절한 책임을 동반한 경찰의 사전대응적 역할을 보다 장려한다. 이것은 문제지향적 경찰활동 하에서 경찰이 보다 크게 관여할 수록 권한남용을 증가시킨다기보다는 오히려 감소시킬 것이라는 강한 믿음이 있기 때문이다.

경찰은 다음의 세 가지 점에서 보다 큰 주도권을 쥐는 것이 필요하다. 첫 번째는 초기에 문제를 파악하는 것이다. 그것은 경찰이 지역사회에서 일어나는 문제들을 파악하고, 과거에 비해 보다 신중하고 사려 깊은 조사에 기초하여, 지역사회가 미래에 그러한 문제를 보다 효과적으로 다룰 수 있도록 하는 것은 합리적임에 틀림없다. 경찰이 지역사회의 사회학과 상대하는 최첨단의 위치에 있기 때문에, 그들은 지역사회의 문제를 해결하는데 이용될 수 있는 많은 양의 자료와 통찰력을 얻는다. 문제가 지역사회의 관심을 불러일으킬 만큼 충분히 커지기를 기다려서 (필연적으로 불합리하고, 종종 방어적인 태도로) 단지 여기에 대응하기 보다는, 경찰은 문제를 파악하고, 지역사회와 그들의 지식을 공유하는데 그들이 초기에 입수한 자료들을 이용할 수 있어야 한다. 몇몇 경찰이 과거 관례의 총체적 불합리성, 즉 예를 들어 만성 알코올중독자, 성폭행 피해자, 배우자학대 피해자 (그리

고 그들의 행동을 통해서 문제를 심화시킬 수 있는) 등의 문제들을 다룰 때 나타나는 총체적 불합리성을 망각한다고 하더라도, 다른 경찰들은 그 문제가 그토록 광범위하게 확산되기 오래 전에 심각했었다는 것을 안다.

경찰자원을 잘 관리하는 것은 또한 경찰이 보다 솔직해질 것을 요한다. 경찰이 사려깊지 못하게 그들의 자원들을 단지 경찰서비스를 원하는 모든 시민에 대응하는데 이용하거나, 포괄적으로 범죄를 예방하는 데만 이용하는 것은 바람직하지 않다. 경찰의 서비스유형에 대한 궁극적 결정은 분명히 서비스가 제공되는 지역사회에 의해 결정되어야하지만, 경찰은 지역사회 앞에 선택지를 내놓는 데 훨씬 더 적극적이어야 할 필요가 있다. 그들은 체계적 분석에 기초하여 명확하게 목표를 가진 대응책이 결국 현행의 방식보다 지역사회의 문제를 다루는데 얼마나 큰 잠재력이 있는지에 대해 입증해야 한다.

마침내, 거리수사의 수준에서, 경찰은, 그들이 효과적일 수 있다면, 지역사회를 옹호하는 역할을 해야한다. 명백히 옹호자로서의 경찰의 역할은 위험을 내포한다. 우리는 확실히 경찰이, 예를 들면 정치적 후보자를 지지하거나 자유로운 발언을 막거나, 또는 가끔 어떤 지역을 압도하는 런치를 가하는 식의 히스테리를 지지하는 것을 원하지 않는다. 그러나 범죄, 무질서, 그리고 이웃의 물리적 외관들 사이에 발전되어 온 관계를 가정할 때, 만약 쓰레기가 치워지지 않거나, 화재로 완전히 파괴된 건물이 복구되거나 헐리지 않을 때, 깊은 구멍이 메워지지 않을 때, 또는 심각한 범죄가 완전히 수사되지 않을 때, 우리는 경찰관이 지역사회의 관심을 대변하기를 원한다.

경찰이 취할 수 있는 자세 중에는 지역사회의 문제들을 다룰 때 크게 주도권을 쥌 수 있는 여지가 매우 많다. 경찰이 그들 자신을 단지 일상적으로 발생하는 문제들을 다루는 데 한정할 때, 문제지향적 경찰활동은 경찰이 다른 공공단체에 대해 보다 진취적인 협력자일 것을 재촉한다. 경찰의 큰 주도권은 단지 경찰이 그들이 일하는 지역사회의 훨씬 적극적인 역할을 하도록 하는 것만이 아니라, 그것은 또한 경찰청 내에서의 근무환경 - 전에 언급한 바와 같이 경찰에 남겨져 있는 너무나 많은 문제들이 해결될 수 없거나, 다른 것들에 의해 무시되기 때문에, 종종 경찰의 사기를 저

하시키는 어떤 환경 - 을 크게 개선하도록 할 것이다. 결국 개선된 작업 환경은 자질있는 인력을 충원하고, 유지하며 그리고 요구되는 조직적 변화를 가져올 잠재력을 증가시킬 것이다.

X. 의사결정과정을 강화하고 책임감을 증진시키기

경찰의 재량권에 대한 보다 확산된 인식을 통해, 과거 수 십 년 동안의 많은 노력들은 그러한 재량권을 조직화하고 통제하는 방법을 발전시켰다 (Goldstein, 1967, 1977; Davis, 1969; Walker, 1986). 이들 중 가장 중요한 것은 문서화된 정책과 규제들의 사용이 증가된 것, 선출된 경찰관들의 책임감이 증가되었고, 그리고 민간검열위원회, 사법적 검열과 같은 경찰을 통제하는 다양한 방식을 이용하게 된 것, 그리고 경찰이 쉽게 형사적, 민사적 책임을 지기 쉽게 된 것과 같은 것들이 있다. 이러한 통제가 경찰의 외부로부터 부과되는 한은, 그것들은 경찰과 지역사회간의 관계에 긴장을 가져왔고 경찰을 보다 방어적으로 만들었다.

지역사회의 문제를 다루는 절차가 확대되고 보다 투명해진다면, 정책결정은 바람이 통하게 될 것이고, 이것은 정책결정에 지역사회의 참여를 더욱 증진시킬 것이며, 경찰관을 움직이는 보다 정확한 지침들을 만들어 내게 할 것이다. 이들은 모두 바람직한 것이다. 특히 1970년대에 벌어졌던 이웃통제를 위한 다소 실행 불가능한 요구들을 거슬러 올라가 생각해 볼 때 매우 바람직하다고 할 수 있다.

문제지향적 경찰활동은, 벌써 언급한 몇몇 요소들에 의해, 경찰이 보다 책임감을 많이 느끼도록 만든다. 그것은 경찰이 문제에 어떻게 대응할 것 인지를 생각하게 하며, 그들의 대응이 최상위 경찰청의 검열을 받도록 만든다. 이것은 불법적이거나 부적절하거나 또는 단지 지역사회의 요구와 상치할지도 모르는 가치판단의 가능성과 독단의 가능성을 낮춘다. 경찰이 내리는 결정의 원리는 적절한 사실에 의해 만들어지고 지지된다. 만약 중요

한 정책이 선택되어야 한다면, 지역사회를 대표하는 사람들이 최종적인 결정에 참여하게 된다. 그리고 일단 결정이 되고, 정책이 채택된다면, 문서화된 정책들의 형태로 특정한 지침이 수사인력에 제공될 수 있다.

이 과정은 양면의 이익을 가진다. 하나는 그것의 교육적 가치이다. 지역사회의 평범한 시민들은 경찰이 그들이 실제로 갖고 있는 것 보다 훨씬 많은 권한과 능력을 갖고 있다고 자주 생각하게 된다. 경찰과 함께 문제를 조사하는 것은 지역사회가 가능한 제한된 대안들, 그리고 경찰수사의 제약점을 알게 만들고, 결과적으로 경찰에 대한 몇몇 압력을 완화시킨다. 그것은 또한 경찰이 독자적으로 제안한다면 즉시 거절될 행위들을 가능하게 만든다. 예를 들어 시민을 감시하는 경찰에 대한 제안은 거의 즉각적인 비난을 불러올 것이다. 그러나 만약 법적 감시에 대한 제안이 사려깊게 문서화되었던 어떤 특수문제에 대한 대응책으로 지지된다면, 그것은 폭넓은 지지를 얻는 경향이 있다(예를 들어 만약 폭력적 성범죄의 높은 비율이 이전의 성범죄로 인하여 보호관찰이나 가석방에 있는 사람에 의해 저질러졌거나, 어느 주점이 이미 취한 사람에게 계속 술을 파는 경우).

보다 열린 의사결정이 가져오는 다른 하나의 이익은 경찰이 (그들의 잘못이 아닌) 위험을 떠맡아야한다는 폭넓은 인식이다. 경찰이 하는 일의 너무나 많은 것들이 효율성에 주된 강조점을 두는 것이 아니라, 오히려 그렇게 하도록 요구되었을 때의 그들의 행동을 정당화하기 위해 마련된 것이다. 이것은 미친 짓이다. 어떤 행동을 정당화하고 법적 근거를 제공하려는 욕심은 심지어는 행동을 한 이후에 조차 행동을 효과적인 것으로 규정하며 빠질 구멍을 찾아내게 만든다. 문제지향적 경찰활동에서, 대응책과 정책을 개발할 때 몇몇 위험이 존재하며, 지역사회는 이러한 위험을 함께 알게 된다. 경찰이 다루어야 하는 엄청난 많은 문제들을 다루는 것은 항상 위험을 내포한다. 결국 경찰이 전지전능한 체 한다면 솔직해 지기 어려울 것이다. 이 상황에서는 구속복(straight-jacket)을 입고 수사하느니 차라리 위험을 인정하고 실패에 대한 비난을 받아들이는 것이 더 낫다.

XI. 새롭게 수행된 대응책의 결과를 평가하기

효율성에 대한 관심은 자연스럽게 평가에 대한 관심을 내포한다. 한 비효율적인 대응책을 또 다른 비효율적인 것으로 바꾸지 않도록 조심하며, 새로운 대응책에 대한 제안들이 실현될 수 있도록 보장하는 것은 분명히 중요하다. 또한 특정 시기, 특정 장소에 있었던 대응책의 효율성을 주기적으로 재평가하는 것은 중요하다. 적절한 관심을 가지지 않는다면, 어떤 대응책은 보다 오래되거나 덜 효율적인 형태로 다시 되돌아 갈 수도 있고, 또는 상황이 변했다면 적절했던 대응책이 처음에 만들 때만큼 더 이상 효율적이지 않을 수 있다.

문제지향적 접근은 되도록 경찰서 안에서 문제를 분석하고, 관리의 어떤 통합적인 계속되는 한 부분으로서 경찰의 효율성을 평가하기 위해 기술, 절차, 그리고 조사기법들을 개발할 것을 요한다. 만약 문제가 유형, 수준, 그리고 크기에서 폭넓은 다양성을 띠는다면, 이것을 평가하는 방식도 동일하게 다양해야 할 것이다. 몇몇 문제에 대한 새로운 대응책의 효율성을 측정하는 것은 상대적으로 쉬울 것이다. 다른 문제들은 보다 복잡한 절차를 요할 것이다. 조사방법론에서 경찰인력에 지침을 제공하려는 실질적 노력들이 있어왔고, 이것에 의해 경찰관들은 그들의 행동이 그들이 다루는 문제에 미치는 영향을 측정하는 것이 과거에 했던 것보다는, 알맞고 확실한 방식으로 보다 잘 측정할 수 있게 되었다. (경찰에 대한 조사의 가장 좋은 소개는 Eck, 1984를 볼 것) 중요한 변화의 효율성에 대해 정밀하게 평가하는 것은 어려운데, 이것은 평가결과에 많은 다른 변수들이 영향을 줄 수 있고, 따라서 통제된 실험을 마련하려면 엄청난 노력과 비용이 들기 때문이다. 이점에서 경찰은 요구되는 기술과 시간 그리고 독립성을 가진 학계와의 새롭고 보다 생산적인 관계를 발전시켜야 한다. 그리고 학자들은 필요한 재정지원을 위해 재단과 정부당국에 나아가야 한다. 그것은 전체적으로 일련의 발전을 가져올 것이다. 이것은 연구방법론, 프로그램의 효과에 대한 선전, 그리고 출판전의 동료들에 의한 비평체제 등을 잘 갖춘 참

모들 통해서 가능할 것이다. 이러한 발전은 경찰분야를 제도적으로 확립하게 할 것이며, 그렇게 함으로써 그것의 최종산물은 수시로 그리고 신뢰성 있게 평가될 수 있을 것이다.

참고문헌

- Davis, Kenneth Culp. 1969. *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*. Baton Rouge, La.: Louisiana State University Press
- Eck, John E., William Spelman, Diane Hill, Darrel W. Stephens, John R. Stedman, and Gerard R. Murphy. 1987. Problem Solving: Problem-Oriented Policing in Newport News. Washington, D. C.: Police Executive Research Forum
- Eck, John E. 1984. *Using Research: A Primer for Law Enforcement Managers*. Washington, D. C.: Police Executive Research Forum
- Gay, William G., Thomas M. Beall, and Robert A. Bowers. 1984. *A Four-Site Assessment of the Integrated Criminal Apprehension Program*. Washington, D. C.: University City Science Center
- Goldstein, Herman. 1967. "Police Policy Formulation: A Proposal for Improving Police Performance." *Michigan Law Review*(65):1123-1146
- Goldstein, Herman. 1977. *Policing a Free Society*. Cambridge, Mass.: Ballinger.
- Goldstein, Herman and Charles E. Susmilch. 1982. "The Drinking-Driver in Madison: A Study of the Problem and the Community's Response." the Project in Development of a Problem-Oriented Approach to

Improving Police Service. Madison, Wis.: University of Wisconsin Law School. Photocopy

The New York Times. 1985. "Police to Round up Homeless When Cold Grips New York." Jan. 23, p.1; "Seat-Belt Law Is Used to Battle Prostitution." Mar. 8, p. 2

Walker, Samuel. 1986. "Controlling the Corps: A Legislative Approach to Police Rulemaking." *University of Detroit Law Review*(63):361-391