

형사정책연구

제14권 제2호(통권 제54호, 2003 · 여름호)

■ 특집 I : 한국의 금융범죄의 실태와 대책

최인섭 · 이천현 / 한국의 증권범죄의 실태 및 대책	5
안경옥 / 한국의 보험범죄의 실태 및 대책	59
김 원 / 은행 · 비은행권 금융사고의 현황 및 대책	105
김동환 / 우리나라 금융부패 발생원인과 대응방안	123

■ 특집 II : 형사사법 개혁의 쟁점

이진국 · 정 완 / 수사권 독립논의에 관한 검토	157
백광훈 · 신동일 · 이천현 / 바람직한 검찰개혁의 방향	203
탁희성 · 도중진 / 형사절차상 고문 방지대책	243

■ 논문

오영근 / 인터넷범죄에 관한 연구	299
최석운 / 형사소송법과 유추금지	333
이성식 / 청소년들의 폭력환경이 상황인지와 분노, 폭력행동에 미치는 영향력: 가정, 학교, 지역환경의 영향 비교	357

KOREAN CRIMINOLOGICAL REVIEW

Vol. 14. NO. 2 (Summer, 2003)

■ Special Theme I : Financial Crime in Korea

- The Current States of Securities Crime in Korea
..... Choi, In-Sub / Lee, Cheon-Hyun 5
- Jetzige Lage des Versicherungsverbrechens
in Korea und ihre Bekämpfung Ahn, Kyong-Ok 59
- Financial Incidents of Banks and Non-banking
Financial Institutions Kim, Won 105
- Fighting against Financial Corruption in
the Perspective of Law and Economics Kim, Dong-Hwan 123

■ Special Theme II : Issues on Criminal Justice Reform

- Überlegungen über die Debatte zur Einräumung von
staatsanwaltschaftlicher Befugnis an die Polizei
..... Lee, Jin-Kuk / Choung, Wan 157
- Issues on Reform of Prosecution
... Paik, Kwang-Hoon / Syn, Dong-Yiel / Lee, Cheon-Hyun 203
- Preventing Mistreatment of Defendants in Criminal
Procedure Tak, Hee-Sung / Toh, Joong-Jin 243

■ Articles

- Bewältigung der Internetkriminalität Oh, Young-Keun 299
- Criminal Procedure Law and Prohibition of Analogy
..... Choi, Seog-Youn 333
- Violence Subculture, Cognitive Mediation, Anger,
and Youth Violence: Effects of Family,
School, and Neighborhood Lee, Seong-Sik 357

한국의 증권범죄의 실태 및 대책

최 인 섭
이 천 현

형사정책연구 제14권 제2호(통권 제54호, 2003·여름호)

한국형사정책연구원

한국의 증권범죄의 실태 및 대책

최 인 섭 *
이 천 현**

I. 들어가며

오늘날 증권시장은 “자본주의 경제의 꽃”이라 할 정도로 중요한 기능을 수행하고 있다. 즉, (i) 소규모 자금을 다수의 투자자로부터 모아 거대한 산업자금을 제공함으로써 국가경제발전에 중요한 역할을 하고(산업자본의 조달), (ii) 투자자 측면에서는 저축 또는 재산증식을 위한 투자의 대상을 제공하며(투자대상물의 제공), (iii) 정부의 통화량 조절이나 금리조절 등과 같은 금융정책을 펴는 수단(재정금융 정책수단의 제공)이 되고 있다. 특히 시세조정이나 내부자거래 등의 증권범죄는 다수의 일반투자자에게는 일반 재산범죄와는 비교할 수 없을 만큼의 막대한 재산상의 손실을 가져오게 하고, 이러한 손실은 증권시장에 대한 신뢰를 손상시켜 산업자본의 조달을 저해하게 되어 결국은 국민경제에 중대한 영향을 미치게 된다.

이에 세계 각국은 증권시장을 비롯한 각종 금융시장의 건전성 확보, 공정한 시장질서 확립 및 금융소비자의 보호 등을 위해 통합적인 금융감독 기관들을 설치하여 운영하고 있다. 우리나라의 경우도 1999년 1월 2일 종래 증권감독원, 보험감독원, 신용관리기금 등 4개 감독기관을 통합한 금융

* 한국형사정책연구원 연구실장, 범죄학박사

** 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

감독원이 설립되어, 증권범죄 등에 대하여 감독하고 있다.

그러나 경제성장에 따른 증권시장의 기능 확대로 인하여 증권범죄는 지속적으로 증가하고 있을 뿐만 아니라 대규모화 되고 있다. 특히 최근에는 인터넷과 같은 과학기술이나 다양한 금융기술의 발달로 인해 해킹에 의한 주가조작, 허위공시에 의한 시세조종 등 불공정거래 수법이 날로 다양화·지능화됨에 따라 그 적발 및 증거확보가 용이하지 않다.

이에 이 글에서는 우리나라의 증권범죄의 실태를 살펴보고(Ⅲ) 이에 대한 대응방안을 강구하고자 한다(Ⅳ). 이를 위해 먼저 증권범죄의 개념과 증권범죄의 억제 및 적발을 위한 현행 감시·처리체계를 개괄한다(Ⅱ).

Ⅱ. 증권범죄의 개념과 그 감시·처리체계

1. 증권범죄의 개념

증권범죄라는 용어는 최근 들어 사용되기 시작한 개념으로, 통상적으로는 ‘증권부조리사범’, ‘불법증권거래’, ‘불공정거래행위’, ‘증권관련범죄’, ‘증권사기’ 등 다양한 용어가 사용되고 있다.

그러나 다음과 같은 점에서 이들 개념들이 “증권범죄”라는 개념과 혼용되어 사용되는 것은 지양(또는 구별)되어야 할 것이다.

먼저, ‘증권부조리사범’³⁾이라는 용어는 “부조리”라는 개념이 이치나 도리에 맞지 않는 일을 의미하기 때문에 너무 포괄적인 용어로서, 처벌의 필요성이나 불법성을 전혀 징표하지 못하기 때문에 ‘증권범죄’의 개념과 혼용되어서는 안될 것이며, ‘불법증권거래’라는 용어 또한 증권거래와 관련하

3) 김용진, “증권거래부조리 요인과 수사상 요령”, 검찰세미나 자료집(Ⅳ) - 경제범죄에 대한 수사상의 제문제, 1987, 331면 이하.

여 발생하는 타인의 재산상의 손해에 대한 민사상의 손해배상이라는 요소와 결부되는 용어로서 이 역시 구별되어 사용되어야 할 것으로 생각된다. 한편, ‘불공정거래’라는 용어는 증권거래법에서 사용하고 있을 뿐만 아니라(제9장 제2절의 표제), 금융감독원, 한국증권거래소, 한국증권업협회 등 실무에서도 가장 많이 사용되고 있는 용어이다.⁴⁾ 그러나 공정거래란 독점거래나 암거래가 아닌 공정한 거래, 즉 경제적 정의를 실현하기 위해 요구되는 질서를 전제로 한다. 따라서 불공정거래는 국가적 개입을 정당화할 수 있는 경제정책이나 시장여건과 불가분의 관계에 있다. 이런 점에서 불공정거래행위는 경제성장과정에서 발생하는 불가분적 행위나 경제정책에 대한 인식부족으로 생기는 행위로 간주되어 단순한 행정적 지도나 계도사항에 대한 위반행위로 인식되어 왔다.⁵⁾ 결국, 이 개념도 그 행위의 불법성이나 형사처벌의 필요성을 징표하지 못하는 매우 포괄적이고 광범위한 개념⁶⁾일 뿐만 아니라 다른 법률 위반행위와의 구별을 어렵게 하는 것으로서 증권범죄와 동일한 의미로 사용되어서는 안될 것이다. 따라서 증권거래법 제9장 제2절의 표제로 사용되고 있는 불공정거래행위라는 용어 사용은 재고의 여지가 있다고 생각된다. 그리고 ‘증권관련범죄’는 증권범죄라는 용어와 큰 차이를 갖지 않는 개념이지만, 증권거래관련범죄와의 개념구별을 전제로 하여 의미를 가질 수 있으므로 증권범죄보다 더욱 더 축소된 개념이라 판단되어 증권범죄와 동일한 개념으로 사용하는 것은 타당하지 않다고 생각되며, “증권사기”라는 용어도 마찬가지로 너무 축소된 개념으로서 혼용되어서는 안된다고 생각된다.

4) 금융감독위원회, 증권시장 불공정거래 판례집, 2002.

5) 이로 인해, 독점규제및공정거래에관한법률, 금융실명거래및비밀보장에관한법률, 물가안정및공정거래에관한법률, 하도급거래공정화에관한법률 등 많은 경제행정법률에서 “불공정거래”라는 개념이 사용되고 있다.

6) 한국증권업협회, 코스닥시장의 불공정거래 유형 및 주식소유보고제도, 2002, 3면. 따라서 증권시장의 불공정거래행위는 불성실공시, 내부자거래, 시세조종행위 등 통상적으로 증권거래법상의 위법행위 전반을 포괄하는 개념으로 이해되고 있다.

따라서 형법이론적 관점에서 연구를 수행하는 입장에서는, 이상과 같은 용어보다는 ‘증권범죄’라는 개념사용이 가장 타당하다고 판단된다.⁷⁾ 다만, 증권범죄의 개념정의를 어떻게 할 것이며 그 범위를 어떻게 한계 지을 것인가가 문제이다.

일반적으로, 증권범죄는 협의의 의미로는 증권거래법을 위반하여 형사 처벌의 대상이 되는 행위라고 정의되며, 광의의 의미로는 증권거래와 관련하여 발생하는 일체의 범죄행위라고 정의된다. 그러나 이러한 개념정의는 단지 “법규를 위반하는 것이 범죄”라는 형식적 개념정의에 불과하여 증권범죄에 대한 실질적 내용을 제시해 주지 못한다. 증권범죄의 불법성이나 사회적 위해성을 징표하는 법익에 기초한 형법이론적 관점에서, 보다 실질적으로 증권범죄를 “투자자의 이익과 공정한 (증권)거래질서를 침해하는 행위”라고 정의하는 것이 타당하다고 생각된다.⁸⁾ 즉, 현행 증권거래법 제1조(목적)의 취지를 고려하여 증권범죄의 보호법익을 “투자자의 재산과 공정한 거래질서”라고 파악하는 것이 타당하다. 증권범죄로 인해 가장 직접적으로 나타나는 피해는 일반투자자의 재산적 침해이기 때문에 제1차적으로 보호할 필요가 있고, 또한 증권시장의 공정한 거래질서의 확립, 즉 증권시장에 대한 신뢰는 투기적인 성향이 강한 증권거래에 대한 투자여부에 중대한 영향을 미치게 되기 때문에 이를 보호할 필요가 있다.⁹⁾

7) 2002년 3월 금융감독원의 증권범죄에 대한 조사권이 강화되면서, 실무에서도 이제는 “증권범죄”라는 용어가 널리 사용되기 시작하고 있다. 즉, 금융감독원의 “인터넷 증권 범죄신고센터”(www.cybercop.or.kr)라는 표현을 그 예로 들 수 있을 것이다. 또한 2002년 3월 19일 제정된 “증권범죄조사사무처리규정”은 규정 이름자체에 “증권범죄”라는 개념을 사용하고 있으며, 동 규정 제2조(정의)는 증권거래법 제188조, 제188조의2, 제188조의4의 규정에 위반하는 행위를 “증권범죄”라고 규정하고 있다. 이 규정은 2002년 3월 증권거래법이 개정되면서 강화된 (강제)조사권에 따라, “일반조사”와 구별되는 개념을 사용할 필요가 있어 이와 구별되는 증권범죄조사라는 개념을 사용한 것으로 생각된다(동 규정 제7조 참조).

8) 동지: 장영민/조영관, 증권범죄에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1996, 23면.

9) 증권범죄의 보호법익에 관한 논의는 그 대표적 유형인 내부자거래와 시세조종행위를 중심으로 각각 논의되는 것이 일반적이다. 즉, 투자자의 재산적 이익이라는 개인적 법

따라서 증권범죄의 범위도 “투자자의 재산과 공정한 거래질서”에 대한 직접적인 침해 또는 중대한 위협이 있는 행위유형만으로 한정하고 이에 대하여만 형벌을 부과하여야 할 것이다.

2. 증권범죄에 대한 감시체계

현재 증권범죄를 인지할 수 있는 기관은 한국증권거래소, 한국증권업협회, 금융감독원, 검찰 등이다. 즉, 증권범죄에 대한 조사 및 처리는 통상적으로 이들 기관에 의한 “감리→조사→수사” 절차를 거쳐 위법행위의 혐의 사실 확인 및 증거확보가 순차적으로 이루어진다(<표 1> 참조).

가. 감 리

제1차적으로 이루어지는 자율규제기관에 의한 시장감시(감리)는 한국증권거래소와 한국증권업협회(코스닥위원회)에 의해 이루어진다. 이 양기관

익과 함께 (또는 이러한 개인적 범익이 아니라), 초개인적 범익으로서 내부자 거래에 대하여는 “증권시장의 기능”, “증권시장의 공평성과 건전성에 대한 투자자의 신뢰” 또는 “증권시장질서”가 보호법익이라는 견해 등이 있고, 시세조종행위에 대하여는 “증권시장의 공정성”, “증권 및 시장가격 형성의 신뢰성과 진실성”, “자본시장의 기능에 대한 신뢰” 또는 “정상적인 가격형성 질서”가 보호법익이라는 견해들이 있다. 이에 관한 논의들은 Rochs, *Strafrechtliche Aspekte des Insiderhandelns in der Bundesrepublik*, November 1990(Symposium), 4면; Dingeldey, *Insider-Handel und Strafrecht*, 1983, 64면; Otto, *Der Missbrauch von Insider-Informationen als abstraktes Gefährdungsdelikte*, in: Bernd Schnemann/Carlos Suárez González(Hrsg.), *Baustain des europäischen Wirtschaftsstrafrecht*, 1994, 450면 이하; Worms, *Anlegerschutz durch Strafrecht*, 1987, 257면 이하; Bröker, *Neue Strafvorschriften im deutschen Börsenrecht*, *wistra* 1954, 133; 神田秀樹 監修, *註解證券取引法*, 1997, 1146면; 神崎克郎, *證券取引の法理*, 1987, 539면; 神山敏雄, *日本の證券犯罪*, 1999, 13, 70면 이하; 西田典之 編, *金融業務と刑事法*, 1997, 225쪽; 岸田雅雄, “인사이드-取引規制”, *法學セミナー*, 第414号(1989/6), 22~23면; 芝原邦爾, “인사이드-取引의處罰”, *法學教室*, 第166号(1994), 92면 등 참조. 또한, 대법원 2001. 1. 19, 선고 2000도444판결 참조(“증권거래법이 이와 같이 사기적 부정거래행위를 금지하는 것은 … 증권거래에 참가하는 개개의 투자자의 이익을 보호함과 함께 투자자 일반의 증권시장에 대한 신뢰를 보호하여 증권시장이 국민경제의 발전에 기여할 수 있도록 함에 그 목적이 있다고 할 것이므로…”).

은, 자율규제기관으로서, 증권범죄 등 불공정거래행위에 대해서 매매심리(주가감시)와 회원감리를 행하고(증권거래법 제73조, 제162조의2), 그 결과 법령에 위반하였다고 판단된 사안이나 추가적인 정밀조사가 필요한 사항에 대해서는 자료를 첨부하여 금융감독위원회(금융감독원)로 통보한다.

<표 1> 증권범죄에 대한 조사 및 처리절차

구 분	특 성	담당기관
감 리	주가감시 및 감리업무지원 전산시스템을 활용, 대상종목의 이상징후 발견·분석·협의 포착	· 한국증권거래소(상장법인주식) · 한국증권업협회(코스닥법인주식)
조 사	모든 혐의자에 대한 자료제출·진술요구 및 자금거래 추적 등에 의한 실질조사 실시	증권선물위원회 (금융감독원장에게 위임)
수 사	최종적으로 위법행위 사실·적용법률 확정 및 기소	검 찰

즉, (i) 증권거래소는 유가증권의 공정한 가격형성과 그 유통의 원활을 기하기 위하여, ① 주식·채권·선물·옵션시장 등에서 이상매매혐의가 있다고 인정되는 매매거래에 관여한 증권회사의 매매거래상황 등 관련자료를 조사하고, ② 거래소 매매거래관련 규정의 준수여부를 확인하기 위해 회원 증권회사의 업무, 재산상황, 장부, 서류 그 밖의 물건을 조사하는, 즉 매매심리(이상매매심리)와 회원감리 실시한다(증권거래법 제73조 제5호, 증권거래소 업무규정 제91조~제100조). 매매심리 및 회원감리 결과, 회원 증권회사 및 그 임직원이 매매거래와 그 수탁 및 결제에 관한 사항이나 공정거래 질서 저해행위의 금지 등 관계법규를 위반한 사실을 알게 된 경우 거래소의 정관 및 업무규정에 의하여 당해회원 또는 관련자를 직접 징계하거나 조치할 수 있다.¹⁰⁾ 그리고 법령에 위반하였다고 판단된 사안이나 증권거래소의 회원 증권회사 및 그 임직원이 아닌 자가 관계법규를 위반한 사안은

10) 징계·조치의 대상 및 종류에 관해서는 한국증권거래소의 정관 제28조, 제29조, 업무규정 제97조를 참조.

거래소에서 분석한 자료를 첨부하여 금융감독위원회(금융감독원)로 통보한다(증권거래법 제206조의3 6항).

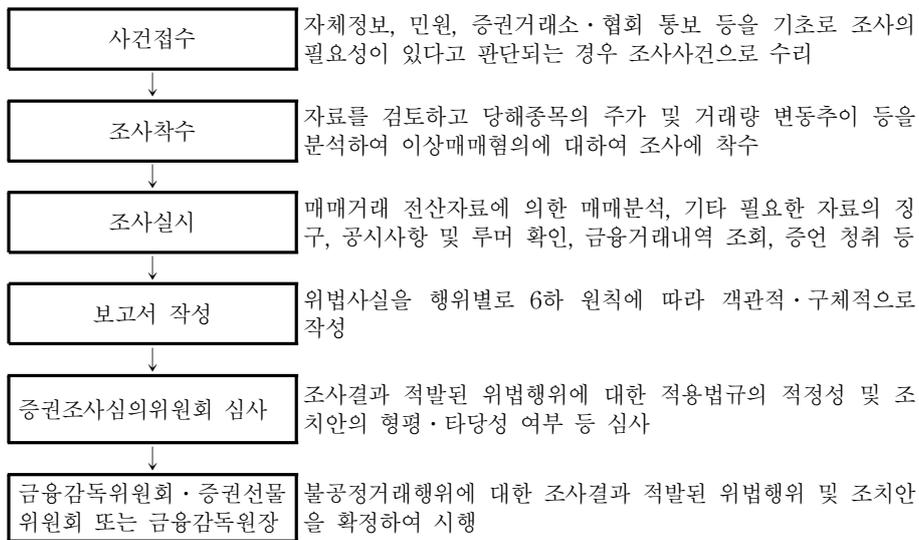
또한, (ii) 한국증권업협회에서도 증권시장의 공정성과 신뢰성을 제고하고 투자자를 불공정 거래로부터 보호하기 위하여, ① 시장감시실에서는 이상매매 혐의가 있다고 인정되는 종목에서의 유가증권의 매매거래, 주문 또는 호가의 상황이나 이와 관련된 제보, 공시, 풍문 또는 보도를 감시, 조사 및 분석하는 시장감시업무와 불공정거래 사전예방활동의 일환으로 조회공시, 불공정거래 사전경고, 소수지점관여 집중종목 공표, 지분변동관리 등의 업무를 수행하고 있으며, ② 감리부에서는 시장감시실의 시장감시업무를 통해 적출된 이상매매종목에 대하여 미공개정보이용여부, 시세조종행위 등 증권거래법 위반 여부 등에 대한 매매심리업무, 매매거래와 관련한 회원의 규정 준수여부를 조사하는 회원감리업무를 수행하고 있다. 매매심리결과, 불공정거래 혐의가 인정되지 않는 경우에는 무혐의로 조사를 종결하고, 불공정거래 혐의가 인정되는 경우나 일반 위탁자의 불공정 거래혐의가 인정되는 경우에는 금융감독원으로 이첩·통보한다. 그리고 매매심리 및 회원감리 결과 회원사 및 그 임, 직원의 불공정 거래혐의가 인정되는 경우에는 회원사 징계조치를 하게 된다(증권거래법 제162조의3, 협회중개시장업무규정 제7장).

나. 조 사

조사는 법률규제기관인 금융감독위원회(증권선물위원회, 금융감독원)가 행한다. 금융감독원은 한국증권거래소·한국증권업협회 통보, 자체정보, 민원 등을 기초로 조사의 필요성이 있다고 판단되는 경우 이상매매혐의에 대하여 조사를 행한다(증권거래법 제206조의3 이하). 금융감독원은 그 조사 결과에 따라 검찰에 대한 고발 또는 통보, 과징금 및 과태료 부과, 시정명

령, 단기매매차익반환을 위한 필요조치, 경고 등의 조치를 취하게 된다(증권·선물조사업무규정 제35조~제60조, 증권범죄조사사무처리규정 제20조).

<그림 1> 일반조사 순서도



현행 금융감독원의 조사권은 크게 두 가지, 즉 일반조사와 증권범죄조사로 나누어져 있다. 종래에는 금융감독위원회 위임에 의해 수행되는 금융감독원의 조사권은 통상적으로 임의조사권에 의해 수행되는 일반조사가 있었을 뿐이었다. 이를 위하여 “증권·선물조사업무규정”에 상세한 내용이 규정되어 있었다. 그러나 2002년 1월 26일 증권거래법이 개정되면서 심문, 압수·수색권과 갖는 강제수사권이 도입되면서 “일반조사”(증권·선물조사업무규정)와는 별개로 “증권범죄조사”(증권범죄조사 사무처리규정)가 마련됨으로써 양 조사를 구별하게 되었다.

일반조사는 상장법인의 주주총회에 대한 해임권고, 유가증권 발행제한 등의 조치(증권거래법 제193조), 시정명령(동법 제206조의3 제5항), 과징금

부과(동법 제206조의11, 제206조의12) 등과 같은 일정한 행정조치를 취하기 위하여 증권거래법이나 금융감독위원회 등의 규정에 위반되는 행위를 조사하는 것을 말한다. 이러한 일반조사는 압수·수색 등의 직접적인 강제력이 없는 출석요구, 진술서제출요구 및 장부·서류·기타 물건의 제출요구 등에 의한 방법, 즉 임의조사권에 의해 조사하고, 출석요구 등 조사에 불응하는 경우에는 형사처벌의 대상이 되도록 함으로써 간접적인 강제력에 의해 실효성이 담보되는 권력적 행정조사라 할 수 있다.¹¹⁾

일반조사는 일반적으로 예비조사→본조사→조사결과보고→조사결과에 대한 조치의 4단계로 진행된다(증권·선물조사업무규정 제35조~제60조).

증권범죄조사는 증권범죄(법 제188조·제188조의2·제188조의4)에 대한 범위반자와 그 범죄사실을 확인하기 위하여, 위반행위의 혐의가 있는 자를 심문하거나 물건을 압수 또는 사업장을 수색하는 조사수단을 활용하여 행하는 조사활동을 말한다(증권범죄조사사무처리규정 제2조 제1호).¹²⁾ 이처럼 형사절차 이행을 위한 전단계로서 검찰 고발 등을 궁극적인 목적으로 한다는 점에서, 단지 임원해임권고나 과징금과 같은 일정한 행정조치를 목적으로 하는 일반조사와 구별된다.

이와 같은 금융감독위원회가 갖는 강제조사권, 즉 심문, 압수·수색권과 같은 증권범죄조사 활동은 2002년 1월 26일 증권거래법이 개정되면서 새로 규정된 내용이다. 이러한 강제조사권은 2002년 개정 이전에 가지고 있던 임의조사권을 강화하기 위한 취지에서 만들어진 것으로,¹³⁾ 일반적으로 사법경찰관리가 갖는 “사법경찰권”보다는 그 권한의 범위가 매우 한정적이다.

또한, (금융감독위원회 소속) 행정 공무원에게 수사행위에 해당하는 심문, 압수, 수색권 등의 강제조사권을 허용할 경우에 사법경찰관리(경무관,

11) 금융감독원, 금융감독 제도, 2002, 221면.

12) 증권거래법 제1조, 증권범죄조사사무처리규정 제2조 제1호, 증권거래법 제206조의3 7항 참조

13) 재정경제위원회, 증권거래법중 개정법률안(정부제출) 검토보고서(2001/12) 참조,

총경 등 경찰관이 아닌 자가 수사활동을 하는 경우에는 특별한 법률에 그 근거를 두도록 하고 있는데(형사소송법 제197조) 이에 대해 “사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률”에는 금융감독위원회 소속 공무원에 관한 규정이 마련되는 입법조치가 이루어지지 않았다. 그러나 이러한 강제조사권은 최근에 발생하는 증권범죄가 날로 다양화·지능화됨에 따라 종래의 조사권만으로는 이의 적발 및 증거확보가 어렵다는 점을 고려하여, 증권감독업무를 수행하고 있고 이에 대한 전문적인 지식을 갖춘 공무원에게 인정된 것이다. 따라서 이 강제조사권 행사는 원칙적으로 검사의 지휘(증권거래법 제206조의3 8항)와 형사소송법상의 규정을 준용(증권거래법 제206조의3 10항)하도록 하고 있다.

<표 2> 증권범죄조사와 일반조사와의 차이

구 분	일반조사	증권범죄조사
근거 법령·규정	증권거래법, 증권·선물조사업무규정	증권거래법, 증권범죄조사사무처리규정
조사의 주목적	행정처분(해임권고, 과징금부과 등)	고발 등 형사처분
조사원	금융감독위원회 조사공무원 또는 금융감독원 조사업무담당부서	금융감독위원회 공무원중 검찰총장의 지명을 받은 자
조사대상	전 법령, 규정 등 위반행위	증권범죄행위(제188조·제188조의2·제188조의4의 규정 등 위반행위)
조사방법	임의조사	임의조사 또는 강제조사
조사결과처리	동 일	

이러한 점을 고려할 때, 금융감독위원회의 증권범죄조사는 강제권을 갖는 단순한 권력적 행정조사가 아닌 일종의 사법경찰활동으로 파악하는 것이 타당하다고 생각된다. 따라서 증권범죄조사는 형사소송법상의 수사의 기본원칙들이 그대로 적용되어야 할 것이다.

다. 수 사

금융감독위원회로부터 위법성이 있다고 판단되어 형사고발되거나 기타 통보(수사의뢰 포함)를 받은 검찰은 금융감독위원회의 고발사항을 심리하거나 자체 인지하여 범죄의 혐의가 있으면 사건을 수사·처리하게 된다.

Ⅲ. 증권범죄의 발생과 처리실태

1. 최근 증권범죄의 경향과 실태 파악

최근 두드러지게 나타나고 있는 증권범죄의 행위경향은 다음과 같다.

첫째, 초단기 매매(Day-Trading)가 성행하고 있다. 전형적인 불공정거래행위는 장기간의 매집 단계를 거쳐 시세조종 후 이득을 취득하였으나 최근에는 2~3 일간 집중 매집 후 시세상승을 견인하고 이득을 취득하는 소위 “번개작전”을 통한 시세조종행위가 이루어지고 있다는 점이다.

둘째, 허수성 호가를 이용한 시세조종행위가 발생하고 있다. 이는 매매 체결 의사가 없는 호가를 제출하여 타인으로 하여금 매매유인 후 본인 또는 공모자로 하여금 이득을 취득하는 방식이다. 허수호가는 허위매수(도)주문→보유물량 매도(수)→이익실현→매수(도)주문취소·정정을 지속적으로 반복하는 방법으로 진행된다.¹⁴⁾

셋째, 다수계좌 이용 및 온라인 증권거래를 통한 시세조종이 발생하고 있다. 현재 증권사의 HTS(Home Trading System) 또는 인터넷 등을 통

14) “허수성 호가”의 실태에 관한 상세한 내용은 증권거래소 보도자료(2001/1), 한국증권업협회 코스닥위원회, 2001년도 코스닥시장백서, 2002, 122면 이하; 주용, “최근 불공정거래행위의 유형·행태 및 대응”, 증권학회 좌담회자료(2000.9), 7면 이하 등 참조.

한 Cyber 매매거래가 급속히 증가하는 추세로서, 어느 PC 에서나 계좌개설 및 주문이 가능함에 따라 다수 분산계좌를 이용하여 가장매매, 통정매매 등 시세조종행위가 발생하고 있다.

이와 같은 특징을 보이고 있는 증권범죄의 발생과 처리실태를 정확히 파악하기 위해서는 제1차 조사기관인 금융감독원의 조사내용과 검찰·법원의 처리실태를 파악하는 것 외에도, 먼저 자율규제기관인 증권업협회와 증권거래소의 감리내용을 파악할 필요가 있다. 앞서 언급한 바와 같이, 이들 기관에 의한 회원에 대한 매매심리와 감리를 통해 많은 범죄행위가 적발되고 있기 때문이다.

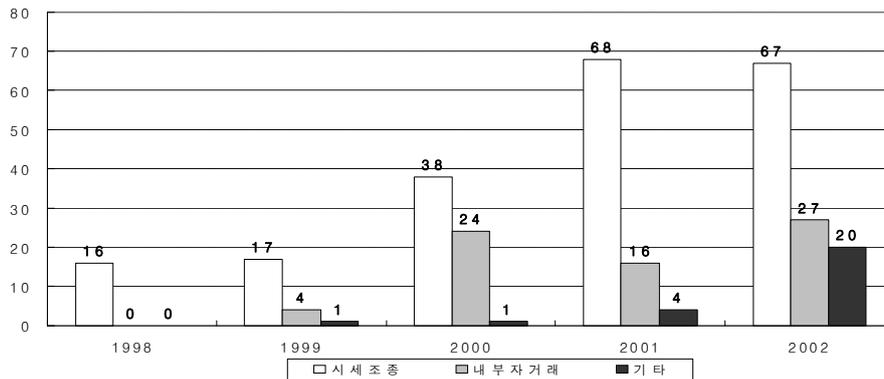
2. 한국증권업협회(코스닥위원회)의 감리실태

한국증권업협회는 2002년 총 147개 종목에 대해 매매심리를 진행하여, 114개 종목(78%)에 대하여 금융감독원에 통보하고 33건(22%)에 대해 무혐의 처리하였고, 2002. 12. 31일 현재 33개 종목에 대해 심리가 진행 중이다(2001년에는 158개 종목에 대해 매매심리를 진행, 감독원 이첩 88개 종목(67.7%), 무혐의 종결 42개 종목(32.3%) 등 130개 종목에 대한 감리를 종결). 총 등록종목수 대비 심리건수는 2001년 18%(130건/721사)에서 2002년 17%(147건/843건)으로 거의 유사한 심리업무 결과를 보이고 있다(한국증권업협회 코스닥위원회, 2002년도 코스닥시장백서, 2003 참조).

<그림 2>에서 보는 바와 같이, 2002년에 금융감독원에 이첩한 종목은 총 114종목으로 2001년의 88종목에 비해 약 30%상승하였다(2001년은 2000년 대비 40% 상승). 이중 시세조종혐의로 이첩한 종목은 2001년에는 38건(2000년)에서 68건으로 약 79%나 상승한 것으로 1998년 이후 대체적으로 지속적으로 증가하고 있다. 반면 내부자 거래는 2000년 24종목에서 2001년

16종목으로 33.3% 감소하였다가 2002년도에 다시 전년대비 약 69%의 증가세를 나타내고 있다. 또한, 신고의무위반 사항 등 기타혐의로 이첩한 건수는 증가하고 있는 추세에 있다. 이와 같이 2002년에 내부자거래가 크게 증가한 것은 2002년 들어 등록기업의 실적악화 및 부도, 최대주주 변경, 신기술 개발 등에 따른 회사내부 중요정보를 이용한 손실회피 및 이익실현을 위한 내부자거래의 증가가 반영된 결과라고 판단된다.

<그림 2> 한국증권업협회의 금융감독원 이첩종목 유형별 분석



※ 자료: 코스닥위원회

2001년에 특히 시세조종혐의가 증가한 것은, 그 이전년도들에 비해 과도한 허수주문을 통하여 타 투자자를 유도하거나, Cyber 트레이딩을 이용하여 지역적 한계 없이 다수의 분산계좌를 이용하거나, 또는 인터넷 증권사이트를 통해 루머를 유포하는 등 신종수법의 개발로 인한 불공정거래발생의 개연성이 증가하였기 때문이며, 또한 코스닥위원회의 매매심리 및 회원감리 업무는 호가·매매데이터 등 수치자료와 회원사로부터 받는 서면자료를 바탕으로 이루어지고 있어 호가·비율분석 및 매매행태 분석을 통하여 입증 가능한 시세조종혐의로 금융감독원에 이첩하는 비율이 높기 때문이다.

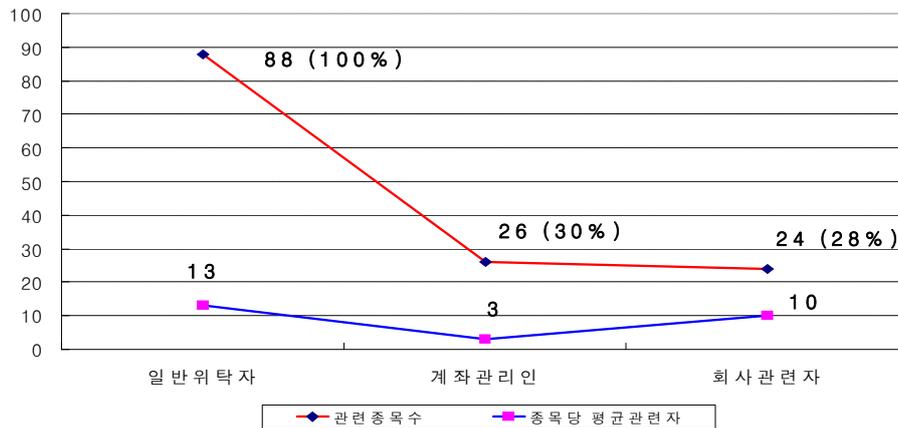
또한, 등록종목대비별 이첩율을 보면(<표 3>) - 2002년의 이첩율은 2001년 대비 1.3%가 증가하여 큰 증가율을 보이고 있지 않지만 - 지난 5년간의 계속 늘어나고 있는 것으로 나타나고 있다.

<표 3> 금융감독원 이첩종목 연도별 현황

구 분		1998	1999	2000	2001	2002
위반행위	시세조종	16	17	38	68	67
	내부자거래	0	4	24	16	27
	신고위반 등 기타	0	1	1	4	20
합 계		16	22	63	88	114
등록종목수		331	457	608	721	843
등록종목수 대비 이첩율		4.8%	4.8%	10.4%	12.2%	13.5%

※ 자료: 코스닥위원회, 코스닥시장백서, 2001-2002.

<그림 3> 금융감독원 이첩종목 혐의자별 분석(2001년)



※ 자료: 코스닥 위원회, 코스닥시장백서, 2001.

한편, 2001년에 이첩한 총 88개의 종목에 관여한 혐의자를 분석해 보면 (자료입수의 한계로 인해 2001년 것을 소개함), 일반위탁자는 전 종목과 관련(100%)되었고 계좌관리인이 관련된 계좌는 약 26종목 (30%)이며 회사관련자들이 관여한 종목은 24종목(28%)으로 나타났다. 일반위탁자의 수치가 높은 이유는 회원감리업무 수행시 계좌관리인 및 회사내부자의 불공정거래 관련 사실 입증은 현실적으로 어려운 점이 존재하는 바, 대부분의 경우 일반위탁자를 불공정거래 혐의가 있는 것으로 추정하여 금융감독원에 조사의뢰하고 있기 때문으로 판단된다(<그림 3>).

3. 한국증권거래소의 감리실태¹⁵⁾

증권거래소의 혐의내용별로 매매심리현황을 보면, 시세조정건수가 증가하고 있는 반면, 내부자거래(미공개정보이용)는 점차 감소하고 있다(<표 4>).

<표 4> 거래소 혐의내용별 매매심리 현황

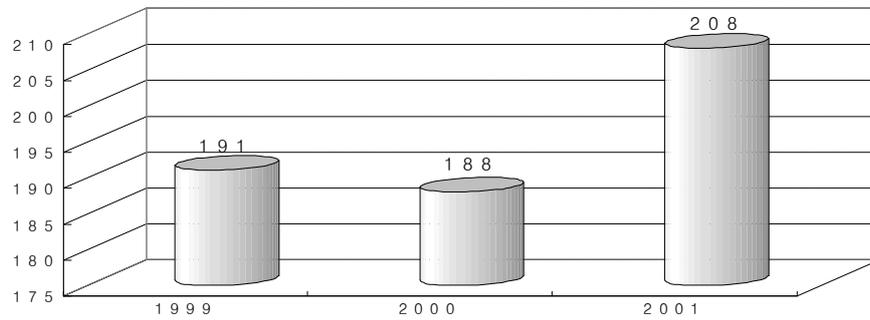
구 분	시세조정	미공개 정보이용	단기매매 차익취득	대량,소유주 식변동보고	파생상품 불공정거래	무혐의 및 기타	계
1998	20	70	16	3	13	63	185
1999	62	56	18	4	20	78	238
2000	57	48	10	6	9	72	202
'01.1~7월	45	26	8	3	4	67	153
계	184	200	52	16	46	280	

※ 자료: 2001년 금융감독원 국정감사자료.

15) 증권거래소는 한국증권업협회나 금융감독원과는 달리 감리실적에 대한 자료를 공개하고 있지 않아 금융감독원의 자료와 국정감사자료에 기초하여 그 실태를 파악하였다. 한국증권거래소의 다각적인 홍보노력과 함께 증권 불공정거래행위를 방지하기 위한 거래소의 활동성과와 위법행위 유형에 대한 공개 및 그에 대한 방지노력 등이 공개되어야 할 것으로 생각된다.

한국증권거래소의 증권범죄 혐의에 대한 감리결과, 금융감독원에 통보한 결과는 다음 <그림 4>과 같다. 2000년에는 1999년에 비해 3건이 감소했으나, 2001년에는 2000년에 비해 20건이 증가하였다.

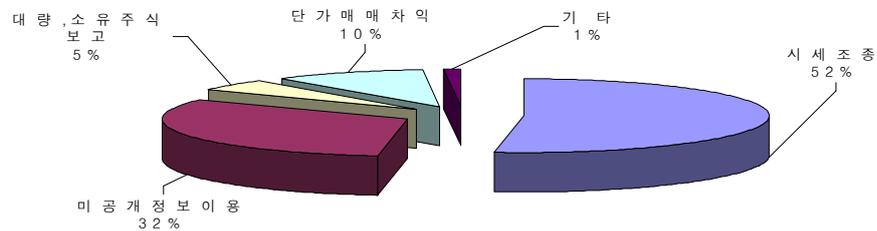
<그림 4> 금융감독원 통보 현황



※ 자료: 금융감독원, 연차보고서, 2002.

이 기간 동안 금융감독원에 통보한 수치를 유형별 살펴보면, 시세조종 혐의가 제일 많은 비중을 차지하고 있어 코스닥종목이 시세조종혐의가 주종을 이루는 것과 유사하다는 점을 알 수 있다(<그림 5>).

<그림 5> 거래소 통보사건의 혐의별 비율



※ 자료: 금융감독원, 연차보고서, 2002.

4. 금융감독원의 조사 및 처리실태

가. 조사대상의 접수현황

2000년중 금융감독원에 접수된 증권범죄 조사대상은 총 463건으로 전년에 비하여 62%(178건)가 증가하였다(<표 5> 참조). 이는 증권시장의 거래규모가 확대되고 금융감독원과 자율규제기관이 시장감시를 강화한 데 기인한 것이다. 조사대상 내역을 보면 증권거래소의 통보건수는 전년대비 11% 감소한 120건이었고 증권업협회의 통보건수는 전년대비 205% 증가한 61건이었다. 한편 금융감독원의 자체인지 건수는 전년대비 265% 증가한 186건으로, 이는 유가증권신고서 미제출건이 대폭 증가한 데 기인한다.

2001년에는 증권시장의 거래규모가 확대되면서 금융감독원에 접수된 증권범죄 조사대상도 총 537건으로 전년에 비하여 16.0% 증가하였다. 조사착수 경위는 증권거래소 통보(140건), 금융감독원 자체인지(120건) 및 증권업협회 통보(88건) 등이다.

이와 같이 불공정거래 조사대상 접수현황을 보면 증권범죄 행위는 최근 3년간 지속적으로 증가하고 있을 알 수 있다.

<표 5> 불공정거래 조사대상 접수현황

구 분	전년이월	증권거래소 통보	증권업협회 통보	금융감독원 자체인지 등	계
1999	79	135	20	51	285
2000	96	120	61	186	463
2001	189	140	88	120	537

※ 자료: 금융감독원

나. 적발현황

1999년 조사결과 자체 적발된 증권범죄는 총 189건으로서 전년대비 17.4% 증가하였다. 2000년에 총 274건으로 전년대비 45%, 2001년에 411건으로 전년대비 50.0% 늘어났다. 이를 유형별로 보면 시세조종이 152건(전년대비 149.2% 증가)으로 가장 많았고 그 다음 유가증권신고서 제출위반이 87건(전년대비 64.2% 증가)이었다.

<표 6> 적발현황

구 분		미공개 정보 이용	단기매매 차익취득	대량보유 및 소유주식 보고위반	유가증권신고서 제출위반	기 타	계
1999	31	22	23	34	4	75	189
2000	61	22	23	18	53	97	274
2001	152	15	25	32	87	100	411

※ 1. 동일사안이 2개 유형 이상의 불공정거래행위에 해당될 때에는 중요도에 따라 1개의 유형으로 집계(1999년 및 2000년도 동 기준으로 집계)
 2. 자료: 금융감독원

다. 조치현황

2000년에는 전년대비 45% 증가한 274건으로 조치건수가 매년 증가하는 추세를 보이고 있다. 조치유형별로 보면 검찰고발, 통보, 수사의뢰 등 검찰이첩조치가 전년대비 10% 증가한 94건이었고 단기매매차익 반환은 28건으로 전면에 비해 별 증가를 보이지 않고 있으며, 증권관계기관 및 그 임직원에게 대한 행정처분은 102건에 이르고 있다. 한편 과징금제도 도입으로 연중 50건에 대하여 과징금이 부과되었다.

2001년에는 검찰고발·통보·수사의뢰 등 수사기관에 이첩한 경우가 160건(전년대비 70.2% 증가)으로 가장 많았고 증권관계회사 및 임직원에게

대한 문책 등이 132건(전년대비 29.4% 증가)으로 그 다음 순으로 나타났다. 또한 발행시장에서 프리코스닥기업이 유가증권 신고서를 제출하지 않고 자금을 조달한 사례가 증가함에 따라 과징금 부과가 79건(전년대비 58.0% 증가)이나 되었다.

이처럼 금융감독원의 조치수치는 최근 3년간 계속 크게 증가하고 있음을 알 수 있다.

<표 7> 조치현황

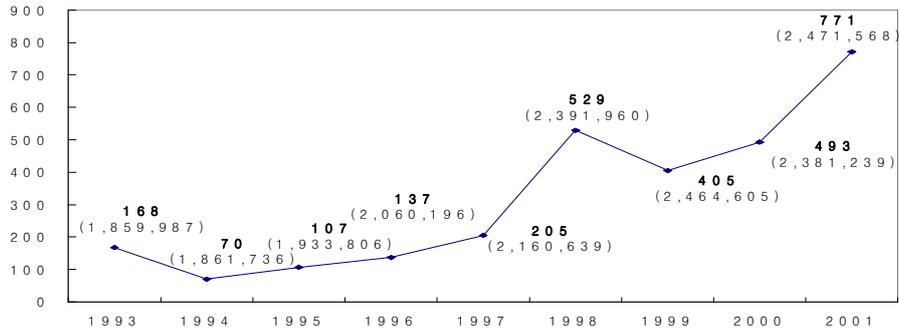
구 분	검찰 고발	검찰 통보	수사 의뢰	과징금	단기매매차익 반환	문책 등 조치	계
1999	26	49	10	0	27	77	189
2000	13	68	13	50	28	102	274
2001	19	121	20	79	40	132	411

※ 1. 동일사안이 2개 유형 이상의 불공정거래행위에 해당될 때에는 중요도에 따라 1개의 유형으로 집계(1999년 및 2000년도 동 기준으로 집계)
 2. 자료: 금융감독원

5. 검찰 및 법원의 처리실태

1993~2000년 사이에 검찰에 의해 수리된 증권거래법 위반행위의 접수 현황을 보면, 1994년에 접수인원이 70명에 불과하였으나 2000년에는 493명으로 약 604%의 증가율을 보여주고 있다(<그림 6>). 2001년에 급격히 771건으로 증가한 것은, IMF 위기이후 기업의 도산 또는 구조조정에 따른 기업환경의 급격한 변화과정에서 각종 증권범죄행위가 자행되어 왔고, 한편으로는 금융감독위원회 등도 금융기관 및 기업구조조정 작업에 적극 개입하여 강도 높은 감독과 조사활동을 전개한 결과로 분석된다(1999년 1월 2일 금융감독원 설립).

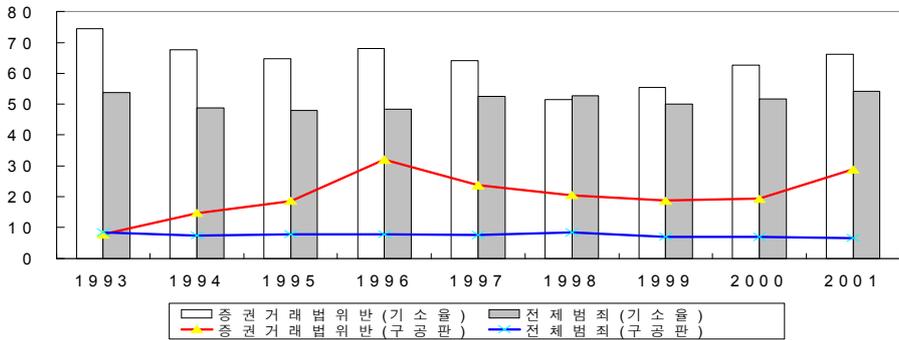
<그림 6> 증권거래법 위반행위의 검찰 접수현황



※ 1. ()은 전체범죄 접수현황
 2. 자료: 대검찰청, 검찰연감(1993-2002)

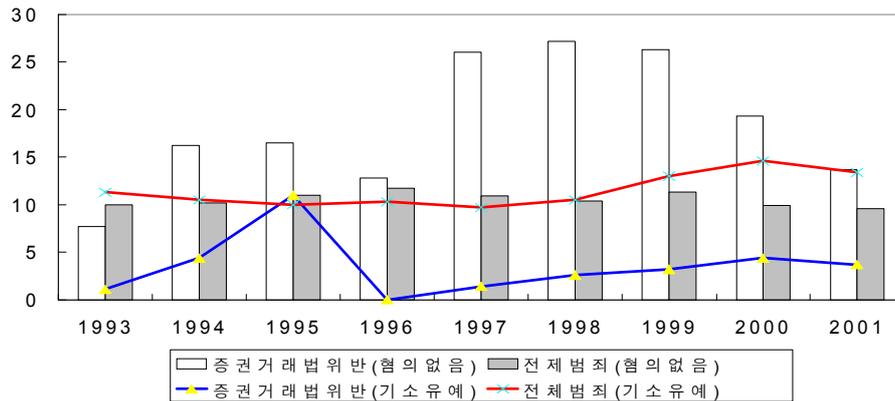
이에 대한 검찰의 처리상황을 보면, 증권거래법 위반행위를 전체범죄처리의 경우와 비교해 보면, ① 1998년을 제외하고 기소율이 전체범죄의 기소율보다 다소 높은 수준을 유지하고 있으며, ② 기소의 경우 구공판율은 전체범죄의 경우보다 매우 높은 반면 구약식율은 상대적으로 낮게 나타나고 있다(<그림 7>)). 그리고 ③ 불기소사유 중 혐의없음 처분율은 전체범죄의 경우보다 상대적으로 높고, 기소유예 처분율은 매우 낮다(<그림 8>).

<그림 7> 증권거래법 위반행위와 전체범죄의 비교(기소율과 구공판율)



※ 자료: 대검찰청, 검찰연감(1993-2002)

<그림 8> 증권거래법 위반행위와 전체범죄의 비교(불기소 내용(%))



※ 자료: 대검찰청, 검찰연감(1993-2002)

지난 증권거래법 위반행위에 대한 9년간의 기소율을 보면, 1997년까지는 60%대를 유지하고 있었는데 1998년과 1999년에는 각각 51%, 56%을 유지하다 2000년 이후에는 다시 1997년 이전의 수준(2000년은 62.7%, 2001년에는 66.2%)을 유지하고 있다. 그리고 이 기간(1998년과 1999년)동안 “혐의 없음”이 27%, 26%로 다른 연도와 비교해서(평균 약 16% 정도를 유지) 상당히 높은 수치를 보이고 있다(<표 8>).

<표 8> 증권거래법 위반행위에 대한 검찰 처리현황(전체범죄와의 비교표)

구 분	처리합계	처 리									
		기 소			불기소					기타**	
		소 계	구공판	구약식	소계	혐의 없음	기소 유예	기소 중지	기 타*		
1993	증권거래법위반	168 (100)	125 (74.5)	13 (7.7)	112 (66.7)	32 (19.0)	13 (7.7)	2 (1.1)	11 (6.5)	6 (3.5)	11 (6.5)
	전체범죄	1,758,832 (100)	946,845 (53.8)	147,253 (8.4)	799,592 (45.4)	799,592 (45.5)	176,505 (10.0)	199,103 (11.3)	171,005 (9.8)	252,979 (14.4)	12,395 (0.7)
1994	증권거래법위반	68 (100)	46 (67.6)	10 (14.7)	36 (52.9)	20 (29.4)	11 (16.2)	3 (4.4)	2 (2.9)	4 (5.9)	2 (3.0)
	전체범죄	1,825,039 (100)	888,942 (48.7)	134,299 (7.4)	754,643 (41.3)	878,460 (48.1)	186,387 (10.2)	191,805 (10.5)	206,073 (11.3)	294,195 (16.1)	57,637 (3.2)

구 분	처 리										
	처리합계	기 소			불기소					기타**	
		소 계	구공판	구약식	소계	혐의 없음	기소 유예	기소 중지	기 타*		
1995	증권거래 범위반	91 (100)	59 (64.8)	17 (18.6)	42 (46.2)	31 (34.1)	15 (16.5)	10 (11.0)	5 (5.5)	1 (1.1)	1 (1.1)
	전체범죄	1,891,824 (100)	906,330 (47.9)	147,704 (7.8)	758,626 (40.1)	931,967 (49.3)	209,338 (11.0)	188,485 (10.0)	243,874 (12.9)	290,270 (15.4)	53,527 (2.8)
1996	증권거래 범위반	125 (100)	85 (68.0)	40 (32.0)	45 (36.0)	24 (19.2)	16 (12.8)	0 (0.0)	7 (5.6)	1 (0.8)	16 (12.8)
	전체범죄	2,017,354 (100)	973,843 (48.3)	156,804 (7.8)	817,039 (40.5)	986,522 (48.9)	236,623 (11.7)	206,299 (10.3)	230,730 (11.4)	312,870 (15.5)	56,989 (2.8)
1997	증권거래 범위반	139 (100)	89 (64.0)	33 (23.7)	56 (40.3)	45 (32.4)	36 (26.0)	2 (1.4)	5 (3.6)	2 (1.4)	5 (3.6)
	전체범죄	2,110,436 (100)	1,104,911 (52.4)	159,482 (7.6)	945,429 (44.8)	943,385 (44.7)	229,386 (10.9)	204,156 (9.7)	204,862 (9.7)	304,981 (14.4)	62,140 (2.9)
1998	증권거래 범위반	463 (100)	238 (51.4)	95 (20.5)	143 (30.9)	196 (42.3)	126 (27.2)	12 (2.6)	46 (9.9)	12 (2.6)	29 (6.3)
	전체범죄	2,328,077 (100)	1,226,716 (52.7)	195,523 (8.4)	1,031,193 (44.3)	1,031,384 (44.3)	243,146 (10.4)	244,782 (10.5)	235,606 (10.2)	307,850 (13.2)	69,977 (3.0)
1999	증권거래 범위반	342 (100)	190 (55.5)	64 (18.7)	126 (36.8)	141 (41.2)	90 (26.3)	11 (3.2)	12 (3.5)	28 (8.1)	11 (3.3)
	전체범죄	2,412,640 (100)	1,205,390 (50.0)	169,238 (7.0)	1,036,152 (43.0)	1,126,587 (46.7)	274,019 (11.3)	312,032 (13.0)	203,372 (8.4)	337,164 (14.0)	80,663 (3.3)
2000	증권거래 범위반	445 (100)	279 (62.7)	86 (19.3)	193 (43.3)	157 (35.3)	86 (19.3)	20 (4.4)	20 (4.4)	31 (6.9)	9 (2.0)
	전체범죄	2,335,868 (100)	1,208,060 (51.7)	160,909 (6.9)	1,047,151 (44.8)	1,046,884 (44.8)	232,939 (9.9)	340,960 (14.6)	155,786 (6.7)	317,199 (13.6)	80,924 (3.5)
2001	증권거래 범위반	708 (100)	469 (66.2)	204 (28.8)	265 (37.4)	218 (30.8)	97 (13.7)	26 (3.7)	47 (6.6)	48 (6.7)	21 (3.0)
	전체범죄	2,428,154 (100)	1,314,275 (54.1)	159,753 (6.6)	1,154,522 (47.5)	1,034,044 (42.6)	231,894 (9.6)	324,533 (13.4)	165,683 (6.8)	311,934 (12.8)	79,835 (3.3)

- ※ 1. ()안은 점유율(%)
- 2. 기타*: 참고인중지, 죄가 안됨, 공소권없음, 각하, 공소권보류
- 3. 기타**: 소년보호사건송치, 가정보호사건송치, 타관송치
- 4. 자료: 대검찰청, 검찰연감(1993-2002)

한편, 동 기간 중 구공판된 증권범죄에 대한 제1심의 판결선고현황을 보면, 이 기간 동안 판결선고상 나타난 두드러진 특징은, 전체범죄의 선고의 경우에 비하여 실행선고율이 매우 낮은 반면 집행유예 및 벌금형의 선고율이 상대적으로 높다는 점이다(대법원, 사법연감, 1993~2002 참조). 1998년

에서는 그 선고인원이 줄기는 하였지만 1997년까지는 선고인원이 꾸준히 증가하는 추세를 보이고 있으며, 반면 실형은 거의 선고되지 않고 주로 집행유예나 벌금형이 선고되었다(<표 9>). 그러나 1998~2001년에는 실형선고수치가 그 이전해 보다 증가하고 있음을 알 수 있다. 이는 1998년 IMF 체제 이후 증권범죄가 시장경제질서의 근간이 되는 주식시장의 자유경쟁과 공정거래질서를 해하는 반사회적 범죄라는 인식이 자리 잡게 되어 이에 대한 엄정한 처리가 이루어지고 있는 것으로 판단된다(항소 및 상고심에서의 처리실태를 보면, 그 상소가 거의 없으며 상소한 경우에도 대부분 기각되기 때문에 분석하지 않음).

<표 9> 증권거래법 위반행위에 대한 제1심 법원 처리현황

구 분	금년 접수	처 리							
		합 계	사 형	징역/금고		벌금형	선고 유예	공소 기각	기 타
				실 형	집행유예				
1993	25	40	-	3	6	19	1	-	11
1994	9	11	-	-	1	9	1	-	-
1995	10	6	-	-	-	5	-	-	1
1996	38	37	-	2	13	15	-	-	8
1997	66	70	-	1	14	18	1	16	20
1998	50	34	-	6	12	14	-	-	2
1999	49	41	-	4	15	19	1	-	2
2000	77	56	-	11	20	20	2	1	2
2001	295	256	-	56	85	101	1	-	3

※ 1. 기타: 무죄, 관할위반, 소년부 송치 등
 2. 기타: 무죄, 면소, 관할위반 등
 3. 자료: 대법원, 사법연감(1993-2002)

7. 종합

이상의 실태를 종합하여 보면 다음과 같다.

첫째, 자율규제기관(증권업협회와 증권거래소)이 적발하여 금융감독원에 통보한 증권범죄의 수치가 지속적으로 증가하고 있다는 점이다. 1997년 말~1998년에는 IMF에 다른 증권시장의 급랭으로 시세조종행위가 다소 감소하였으나, 특히 최근 4년간동안은 증권시장의 부양으로 위법행위 가운데 시세조종행위가 상당한 비중을 차지하고 있다는 점을 알 수 있다.

둘째, 자율규제기관에 의한 통보건수의 증가와 함께 금융감독원이 자체 인지하여 조사에 착수한 증권범죄의 수치도 또한 2000년 이후 급격히 증가하고 있다. 또한, 자율규제기관이 적발하여 금감원에 통보한 것과 마찬가지로, 자체 적발한 위법행위 가운데 시세조종행위가 대부분을 차지하고 있는 것으로 나타났다.¹⁶⁾ 그리고 이러한 조사결과, 검찰고발·통보·수사의뢰 등 수사기관에 이첩한 경우가 가장 많았고 증권관계회사 및 임직원 에 대한 문책 등이 그 다음 순으로 나타났다.

셋째, 최근 9년간 검찰에 의해 수리된 증권거래법 위반행위의 접수현황을 보면, 2001년에는 1993년에 대비하여 약 460%의 증가율을 보여주고 있어, 전체범죄 접수인원수 증가율(32%)보다 월등히 높게 나타났다. 그리고 처리현황에 있어서는, 1998년을 제외하고 기소율이 전체범죄의 기소율보다 다소 높은 수준을 유지하고 있으며, 기소의 경우 구공판율은 전체범죄의 경우보다 매우 높은 반면 구약식율은 상대적으로 낮게 나타나고 있다.

넷째, 최근 9년간 구공판된 증권범죄에 대한 제1심의 판결선고현황을 보면, 두드러진 특징은 전체범죄의 선고의 경우에 비하여 실행선고율이 매우 낮은 반면 집행유예 및 벌금형의 선고율이 상대적으로 높다는 점이다. 반면, 1998~2001년에는 증권거래법 위반행위에 대한 실행선고수치가 그 이전해 보다 상당히 증가하고 있는 것으로 나타났다.

16) 실무에서는 “내부자거래”의 경우가 실제 증권시장에 있어서는 훨씬 많을 것으로 추측되고 있다. 왜냐 하면 시세조종행위와는 달리 내부자거래는 그 적발가능성이 크지 않기 때문이다.

IV. 대응방안

1. 법적·제도적 대응방안

가. 증권거래법상의 처벌규정 정비

1) 구성요건의 명확화 필요

모든 범죄와 마찬가지로 증권범죄 또한 사후적 처벌보다 중요한 것은 사전적 예방일 것이다. 이를 위해서는 증권범죄의 구성요건의 내용이 명확해야 한다. 일반예방효과를 극대화하기 위해서는 일반인들이 어떤 행위가 금지되어 있는지 명확하게 알 수 있도록 해야 할 것이다.

그런데, 현행 우리나라 증권거래법상 형벌규정 제207조의2에서 제211조까지 총 7개 조문에 불과하다. 그런데, 단지 7개 조문에 불과한 형벌규정에는, 핵심적 구성요건이라 할 수 있는 내부자거래행위와 시세조종행위 처벌규정(제207조의2)에서 시작하여 단순한 신고위반, 예를 들어 유가증권모집·매출신고서 허위기재죄(제207조의3 제1호)에 이르기까지 무려 약 70여개의 위반행위가 규정되어 있어 그 위반행위를 명확히 파악하는 것은 결코 용이한 일이 아니다(<표 10> 참조). 특히, 범죄구성요건을 규정하는 형식이 “법 제○○조의 규정을 위반한 자”라는 형태(지시규정)로 되어있어 더욱 더 이러한 어려움을 가중시킨다. 벌칙규정을 정한 그 조문에서 바로 구성요건을 알 수 없고, 위반한 조문을 찾아보아야 할 뿐만 아니라, 위반한 조문을 찾아보면 그 조문에서 다른 조문 또는 명령 등에 위임한 사항들이 많아서 하나의 구성요건을 파악하기 위해서는 몇 개의 조문을 읽어보아야 하는 형식의 벌칙규정들이 너무 많다.¹⁷⁾

17) 이로 인해, 예를 들어 제207조의3 제3호 소정의 제11조 제3항 후단 위반죄는 구성요건

또한, 이들 구성요건에서 사용되는 개념들이 매우 모호한 경우가 많다. 제207조의2 제1항 제1호 소정의 죄에서 ‘투자판단에 중대한 영향을 미칠 수 있는 것’, ‘매매 기타 거래와 관련하여’, ‘이용’, 제207조의3 제2호 소정의 죄에서 ‘중요한 사항에 대해 허위기재를 한 자’, 동 제4호 소정의 죄에서 ‘중요한 사항’ 등의 개념은 해석 여하에 따라서 전혀 다른 결론을 이끌어 낼 수 있어서 예측가능성과 법적 안정성을 해칠 위험성이 있는 개념들이다.

형벌규정의 위하효과를 극대화시켜 일반예방효과를 충분히 발휘할 수 있도록 구성요건을 명확히 할 수 있는 방안이 강구되어야 할 것이다.

이를 위해서 생각해 볼 수 있는 것이 그 불법성이 강하고 반사회적·비윤리성이 강한 증권범죄의 대표적인 유형인 내부자거래, 시세조종 등 일부 범죄, 즉, “투자자의 재산과 공정한 거래질서”에 대한 직접적인 침해 또는 중대한 위험이 있는 행위유형만을 형벌규정으로 남겨 놓고 나머지 유형들(아직 논란의 여지가 많고 그 때문에 좀더 심도있는 연구가 계속되어야겠지만, 예를 들어, <표 10>에서 음영이 있는 행위유형)에 대해서는 과감히 비범죄화하고 과태료, 영업정지, 영업취소 등의 행정처분으로 전환하는 것이다. 벌금이나 과태료는 형벌과 행정벌이라는 차이가 있지만, 법인이나 기타 개인들의 금전적 부담이라는 점에서는 별 차이가 없다. 오히려 영업정지나 영업취소 등은 벌금이나 징역형 보다 사실상으로는 훨씬 더 큰 타격을 줄 수 있다. 보다 유연한 수단을 사용하면서도 강력한 효과를 발휘하는 것이 강력한 수단을 사용하면서 유약한 효과를 발휘하는 것 보다 훨씬

의 중요부분을 재정경제부령에 포괄적으로 위임하고 있는데 이로 인해 구성요건의 내용이 명확하지 않을 뿐만 아니라 헌법상 포괄적 위임입법금지원칙에 반한다. 또한, 증권거래법 제188조의2 2항은 “1항에서 ‘일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보’라 하는 것은 제186조 1항 각호의 1(13가지 경우)에 해당하는 사실 등에 관한 정보 중 투자자의 투자판단에 중대한 영향을 미칠 수 있는 것으로서 당해 법인이 재정부령이 정하는 바에 따라 다수인으로 하여금 알 수 있도록 공개하기 전의 것을 말한다”고 규정함으로써 처벌법규의 구성요건의 일부인 ‘일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보’의 개념을 재정부령에 위임하고 있으므로 그 위헌 여부가 문제되기도 하였다(헌재 1997.3.27, 94헌바24 판결 참조).

바람직한 것은 물론이기 때문이다.¹⁸⁾

<표 10> 증권거래법상 처벌규정

조 문	위반행위
제207조의2 제1항 (10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하 의 벌금)	제1호 - 미공개정보 이용행위
	제2호 - 시세조종등 불공정거래행위
제207조의3(5년 이 하의 징역 또는 3 천만원 이하의 벌 금)	제1호 - 유가증권의 모집 또는 매출신고서 미제출 - 공개매수의 미공고 및 신고서 미제출
	제2호 - 모집 또는 매출의 신고 등에 의한 신고서 등의 중요사항 허위 기재
	제3호 - 유가증권신고서 기재사항의 변경시 정정신고서의 미제출 - 공개매수자의 정정신고서 변경내용 미공고
	제4호 - 공개매수 사항의 미공고 - 공개매수자의 정정신고서 제출시 정정사항 미공고 - 상장법인 등의 공시의무 등의 위반
	제5호 - 임의매매 행위
제209조(2년 이하 의 징역 또는 1천 만원 이하의 벌금)	제2호 - 유가증권의 모집 등 신고규정위반 알선
	제3호 - 모집 또는 매출 신고의 효력이 없는 유가증권의 거래 위반
	제4호 - 공개매수의 적용대상 위반 - 공개매수자의 매수 제한 등의 위반
	제5호 - 증권회사 등의 영업정지등의 명령 위반
	제6호 - 증권회사 등의 일정한 상호사용 위반
	제7호 - 금융감독위원회의 명령 위반 - 협회의 업무 정지등의 명령 위반
	제8호 - 기타 증권관계단체의 무허가 위반
	제9호 - 공매도금지 위반 - 자기주식의 취득 등의 신고 위반 - 법인합병 등의 신고 위반 - 등록된 주식의 의결권 대리행사의 권유의 제한 위반 - 공개매수의 규정에 위반한 후 의결권 제한 등의 위반 - 외국인 유가증권 취득의 제한 등을 위반한 후 의결권 제한 및 시정 명령 위반 - 공공적 법인이 발행한 주식의 소유제한에 대한 시정명령 위반 - 주식의 대량보유 등의 보고 위반 등에 의한 의결권행사 제한의 위반

18) 이철송 외 14인, 한국증권시장 경쟁력 강화를 위한 증권거래법 개편방안, 2002, 한국증권법학회, 613면 이하 참조.

제208조(3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금)	제1호	- 증권업 등의 무허가 - 증권업 등의 법률 등의 위반으로 인한 허가의 취소 및 처분위반
	제2호	- 무허가 외국증권업의 영업 위반 - 증권회사의 합병이나 영업양수의 무인가
	제3호	- 명의대여 위반 - 증권거래소 이외의 유사시설 개설 위반 - 매매거래위약으로 인한 위약손해배상 공동기금의 적립위반 - 일임매매거래의 제한 위반 - 예탁업무영위 등의 위반
	제4호	- 증권회사 임직원의 정보의 제공 또는 누설 - 법률이 정하는 자 이외의 자의 정보제공요구 - 증권회사 임직원의 부당조사의 거부위반 - 금융감독위원회의 조사요구의 불응
	제5호	- 증권거래소 임원 등의 비밀 누설 또는 도용의 위반
제210조(1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금)	제1호	- 법률등에 위반된 유가증권의 발행인이 금감위의 처분권 위반
	제2호	- 정당한 유가증권에 관한 사업설명서의 사용위반 - 임원등의 매매거래의 제한 위반 - 자기계약의 금지 위반 - 법률규정이 없이 투자일임업의 영위 위반
	제4의2호	- 투자자문업등의 무등록 위반 - 투자자문회사의 등록 취소 후 영위
	제5호	- 증권거래행위 등의 위반 - 위약매매의 위반 - 주식소유상황보고 위반 - 감사인에 의한 감사증명 위반 - 주식의 대량보유 등의 보고 위반
	제7호	- 예탁자계좌부 등의 비작성·비치 및 허위 기재 위반
제211조(500만원 이하의 벌금)	제1호	- 증권회사의 법률 등의 위반으로 인한 영업의 정지명령 위반 - 증권금융회사의 법률 등의 위반으로 인한 영업의 정지명령 위반
	제2호	- 상장법인 등의 신고·공시의무 등의 위반 - 법인 등의 사업보고서·반기보고서 등의 제출의무 위반
	제3호	- 주식매수선택권의 결의내용 등에 관하여 신고·비치·열람의무의 위반
	제4호	- 공공적 법인이 발행한 주식의 소유제한 위반
제212조(200만원 이하의 벌금)		- 한국증권업협회에 관한 유사명칭 사용의 위반

2) 과잉형벌화 억제

1997년 1월 증권거래법이 개정(법률 제5254호)되면서 종래 시세조종과 내부자거래에 대하여 “3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금”이 “10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금”으로 징역형의 상한이 대폭 상향조정되었으며, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해

당하는 금액이 2천만원을 초과하는 때에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액이하의 벌금에 처하도록 하였고(제207조의2), 징역형과 벌금형과 벌금형을 병과할 수 있도록 하였다(제214조). 그러다, 2002년 개정시(2002.4.27 법률 제6695호)에 제207조의2 2항과 3항을 신설하여, 이익 또는 회피한 손실액이 50억원 이상인 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에(제2항 1호), 5억원 이상 50억원 미만인 때에는 3년 이상의 유기징역에 처할 수 있도록 하고(제2항 2호), 징역에 처하는 경우에는 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있도록 하였다(제3항). 이와 같은 엄청난 법정형의 상향조정은 그 동안의 증권범죄에 대한 근절대책으로서 엄격한 법정형을 강조한 연구가들의 노력¹⁹⁾(?)과 ‘강력한 처벌규정이 범죄를 예방할 수 있다’는 소박한 관념이 반영된 것이다.

그러나 이러한 형벌은 너무 과중하다는데 문제가 있다. 형법상의 형벌 중 무기 또는 5년 이상의 징역에 처해지는 범죄의 대부분은 사람의 생명, 신체를 침해하는 죄이고, 순수하게 경제적, 재산적 범죄에 대해 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하는 형벌은 없다. 이러한 증권거래법상 형벌은 특경법, 특가법 등 형사특별법상의 형벌과 유사한데 이러한 형사특별법상의 형벌은 지나치게 과중하다는 비판이 많다는 점은 주의할 필요가 있다.²⁰⁾ 과도한 형벌규정은 오히려 법 집행력을 떨어뜨릴 뿐만 아니라 형벌의 적정성 원칙에도 위배된다.²¹⁾ 감독당국의 철저한 수사를 통한 적발 확률의 향

19) 장영민/조영관, 앞의 책, 159면 이하; 류장만, “증권거래법상 시세조종행위에 대하여”, 검찰, 제111호(2000), 438면 이하 등 참조.

20) 또한, 이득액이나 회피한 손실액이 2천만원을 초과하는 경우에는 그 액의 3배까지 벌금을 부과할 수 있게 한 것도 심각한 문제이다. 특히 이러한 과도한 벌금액과 징역형을 병과할 수 있고(제214조), 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있고(제207조의2 제3항), 양벌규정에 의해 행위자 뿐만 아니라 사용자에게도 벌금형을 부과하게 되는 경우 제207조의2 위반행위를 한 경우 총 벌금액은 이득액 등의 6배가 되고 여기에 징역형과 자격정지를 가할 수 있도록 한 것은 지나치다고 할 수 있다.

21) 예를 들어, 내부자거래에 대하여는 일본은 “3년 이하”의 징역(증권거래법 제198조) 독일은 “5년 이하”의 자유형(증권거래법 제38조)으로, 시세조종행위에 대해서는 일본·독

상 및 적발된 사건에 대한 사법 당국의 엄정한 법집행이 보다 효과적일 것이다.

3) 포괄적 사기조항 정비

증권거래법 제188조의4 4항(구 제105조 4항)은 1960년대와 1970년대 증권시장과동의 원인이 되었던 브로커와 딜러 등의 상습적인 조작과 사기적 행위에 대응하기 위하여 1982년 제8차 증권거래법 개정시에 입법적 미비점을 보완하기 위하여 신설된 포괄적 금지규정이다. 종래의 사기적 거래에 대하여는 위장거래, 현실거래 및 허위표시에 의한 시세조종에 국한되어 처벌될 뿐이었으며, 또한 이와 같은 규정으로는 주관적 구성요건, 즉 “거래가 성황을 이루고 있는 듯이 오인하게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적”을 입증하는 데 어려움이 있었기 때문이었다.

그러나 이 규정은 시세조종행위 금지규정인 제188조의4에 규정하고 있어 입법체계상 시세조종행위의 보충적 규정 또는 그 일부로 오인될 소지가 있다. 물론, 제188조의4 제4항을 포괄적 금지조항으로 볼 수도 있지만, 해석상 그렇게 보기에는 한계가 있기 때문에 보다 명료하게 시세조종행위와는 별도로 내부자거래 등을 포함하는 사기적 거래를 포괄할 수 있도록 제188조의4와 별개로 독자적으로 규정할 필요가 있다.²²⁾ 이와 같은 포괄적인 사기금지 조항은 인터넷의 등장 및 시장환경의 변화에 따라 현행 규정으로 규제가 어려운 유형의 불공정거래들에 대한 처벌근거를 마련하기 위해서도 필요가 있다고 판단된다.²³⁾

일은 각각 “5년 이하”의 징역(각각 동법 제197조 1항 7호, 제38조)으로 규정하고 있어, 그 법정형(징역형)이 우리의 절반 수준에도 못 미치고 있다.

22) 이에 관한 상세한 논의는 장영민/조영관, 앞의 논문, 155면 이하를 참조 바람.

23) 최도성, “코스닥시장의 불공정거래 근절방안”, 한국증권학회 2001년도 증권정책심포지엄자료(2001.8), 21면 이하; 김정수, “시세조종 규제의 이론과 실제”, 주식, 제395호

미국(1934년 증권거래법 제10조(b)), 일본(증권거래법 제157조) 등도 시세조종행위와 별도로 포괄적 사기금지 조항을 두고 있다.

4) 시세조종행위의 “목적성” 문제

시세조종행위를 규정하고 있는 제188조의4 제1항~제3항은 시세조종의 주관적 구성요건으로 “목적성”을 규정하고 있다. 이는 시세조정의 목적 없이 대량의 주식을 취득하면서 본의 아니게 주가를 상승시킨 경우와 같은 선의의 투자자를 보호하기 위한 것이다. 그러나 최근 금융거래의 복잡성 및 기업금융의 중요성과 함께 “타인을 오인케 할 목적”이나 “타인을 매매 거래에 유인할 목적” 없이 주가를 조작하는 사례²⁴⁾가 빈번히 발생하고 있어 처벌하기에 많은 어려움이 있어 문제가 되고 있다.

이에 “목적”의 입증책임을 피고인에게 전환시켜야 한다는 견해,²⁵⁾ 상황 증거에 의하여 행위자의 목적을 추정하여야 한다는 견해²⁶⁾ 또는 제188조의4 제1항~제3항외에 목적 없는 시세조종행위를 처벌할 수 있는 조항의 신설을 주장하는 견해 등이 제시되고 있다.

이러한 견해들은 무죄추정의 원칙이나 죄형법정주의에 위배될 뿐만 아니라 선의의 피해자를 양산하고 증권거래를 위축시킬 가능성이 있다. 이러한 문제는 포괄적 금지조항의 신설을 통해 어느 정도 해결이 가능하다고 판단된다.

(2001.7), 3면 이하; 윤봉한, “한국증권시장에 있어서 감독기관의 역할과 증권규제의 방향”, 한국증권학회 증권정책 심포지엄 발표논문집(2000), 9면 이하 등.

24) 예를 들어, 유상증자시 유리한 기준가 산정을 위한 시세조정, 합병 등 기업결합에 있어서 유리한 조건을 유지하기 위한 시세조종, 특정인에게 대량의 주식을 넘기기 위하여 특정한 가격으로의 시세를 상승시키는 행위 등.

25) 장영민/조영관, 앞의 논문, 159쪽.

26) 김건식, 증권거래법, 2002, 297면.

나. 금융감독위원회의 조사권 정비

앞에서 살펴 본 바와 같이, 본래 금융감독위원회에서는 압수·수색 등의 직접적인 강제력이 없는 출석요구, 진술서제출요구 및 장부·서류·기타 물건의 제출요구 등에 의한 방법, 즉 임의조사권만을 가지고 있었다. 그러나 이러한 임의조사권만으로는 증권범죄에 대한 적발 및 증거확보가 어렵다는 지적이 있어 왔다. 이에 2002년 1월 26일 증권거래법이 개정(법률 제6623호)되면서, 심문, 압수·수색권과 같은 강제수사권이 도입되면서, 금융감독위원회의 조사권이 매우 강화되었으며, 이와 함께 금융감독위원회·금융감독원은 “증권범죄조사사무처리규정”을 제정함으로써 강제조사권을 행사하는 “증권범죄조사”의 임의조사권을 수단으로 하는 “일반조사”와 구별하여 그 절차에 관한 상세한 내용을 규정하였다. 그러나 영치 등 임의조사권 강화와 강제조사권 도입에 따라 다음과 같은 문제가 발생할 수 있다.

첫째, 임의조사권을 수반하는 일반조사와 강제조사권을 수반하는 증권범죄조사는 이원적 조사체계를 유지하고 있는데, 이러한 체계는 각 세법 및 조세범처벌법·조세범처벌절차법에 근거한 일반세무조사와 조세범칙조사의 이원적 체계를 급하게 원용하여 마련된 것으로 판단된다. 따라서 조사자의 신분상의 지위와 조사방법 등에서 차이를 두고 있음에도 불구하고, 양자의 절차나 조사결과에 대한 처분 내용이 등에서 차이가 없고 또한 일반조사가 증권범죄조사로 전환 될 수 있는 내용이 명확하지 않는 등 많은 문제점이 산재하고 있다. 증권범죄조사사무처리규정이 그 조사체계나 운영시스템에서 차이가 있는 조세시스템상의 조사내용을 급조하여 상당히 참고해서 만들어진 것으로 판단된 만큼 앞으로 이에 대한 세밀한 검토와 개정이 이루어져야 할 것이다.

둘째, 증권범죄의 조사를 담당하는 자에 대한 명확한 신분상의 지위가 문제된다. 범죄수사는 국민의 자유와 권리를 부당히 침해할 우려가 있기 때문에, 강제수사권을 갖는 사법경찰관 검사의 지휘를 받아 수사를 하고 사법경찰관은 검사 또는 사법경찰관의 지휘를 받아 수사의 보조를 하도록 하고 있다(형사소송법 제196조 1·2항). 따라서 금융감독위원회 공무원이 사법경찰관으로서 증권범죄에 대한 직무를 수행한 때에는 형사소송법에 의하여 검사의 직무상의 명령에 복종해야 할 것이다. 증권범죄를 수사하는 경우에는 금융감독위원회 공무원으로서의 신분과 특별사법경찰관으로서의 신분을 동시에 가지고 있는 것이기 때문이다. 증권거래법 제206조의3 8항도 “조사공무원이 위반행위를 조사하기 위하여 압수 또는 수색을 하는 때에는 검사의 청구에 의하여 법관이 발부한 압수·수색영장이 있어야 한다”라고 규정하고 있다.

그러나 앞으로 검사의 지휘 하에 압수·수색영장을 발부받아 조사를 현실적으로 어느 정도 조사활동을 수행할지 의문이고, 나아가 “사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률”에 금융감독위원회 공무원에 대해서는 사법경찰관리의 권한 및 그 직무범위를 부여하고 있지 아니하여 이들은 형사소송법규상의 사법경찰관리의 직무를 수행할 수 없기 때문에 현행법상 - 증권거래법 제206조의3 8항의 경우는 제외하고 - 이들이 검찰의 지휘를 받아야 할 법적 근거가 없는 상태이다. 따라서 증권거래법에 의해 지명받은 금융감독위원회 공무원은 행정형식상 지명만을 받은 상태이고, 형사소송법상의 사법경찰관으로서의 지위와 권한을 부여받지 아니한 상태이므로 검사와는 직접적인 상명하복관계에 있지 않다고 볼 수 있는 여지도 있다.²⁷⁾

27) 또한, 강제조사권의 법적 성질과 조사공무원의 법적 지위에 대한 논의에 대하여는 박미숙, 금융감독기관의 범죄조사 효율성 제고방안, 한국형사정책연구원, 2002, 49면 이하 참조 바람.

따라서 강제조사권을 갖는 금융감독위원회 공무원의 증권범죄조사활동이 국민의 자유와 권리를 침해할 우려가 있으므로, “사법경찰관리의직무를 행할자와그직무범위에관한법률”의 개정을 통하여 이를 명확하게 할 필요가 있다.

다. 증권집단소송제도 도입

오늘날 증권투자의 대중화에 따라 허위 공시자료를 신뢰하고 투자한 다수의 투자자들이 피해를 입고 있다. 그 피해자 및 피해규모가 엄청나게 대규모화하는 양상을 보이고 있다. 또한, 이러한 분쟁에 있어서는 분쟁당사자의 수가 많은 반면 각 개인의 피해액은 소액인 경우가 대부분이다.

기존의 소송법체계는 1인이 1인을 상대로 하여 하나의 분쟁을 해결하는 양당사자 대립주의를 채택하고 있다. 그러나 기존의 소송법에서 상정하고 있던 양당사자 대립주의는 분쟁의 당사자가 매우 많은 집단적 분쟁의 형태가 나타남으로써 분쟁을 적절하게 해결하기 어렵게 되었다. 한편, 집단 전체의 피해액은 엄청나게 크지만, 각 개인의 손해는 소액에 불과한 경우가 많아 개인의 소송제기가 사실상 어렵다. 승소로 인해 받을 수 있는 이익이 소송비용에 비해 그다지 크지 않기 때문에 소송을 제기할 유인이 적다. 그 외에도 개인은 시간과 비용 측면에서 거대한 대기업에 대항하기가 힘들며, 소송에서 주장을 입증하기 위한 증거수집 등에서 열세일 수밖에 없다. 물론 우리 현행법은 다수의 소액피해자를 구제하기 위한 법적 수단으로서 선정당사자제도 등을 마련하여 두고 있지만, 이러한 현행법 체계로는 집단적인 분쟁을 효과적으로 해결하기 어려운 실정에 직면하고 있다. 이에 1990년 이후 증권집단소송제도를 도입하고자 하는 논의가 활발히 진행되고 있다.²⁸⁾ 이 제도가 갖는 장점을 최대한 살려 이를 도입할 수 있는

방안이 모색되어야 할 것이다.²⁹⁾

라. 제보활성화 추진

고도의 지능적인 수법을 이용하는 증권범죄의 경우 특히 내부자 또는 일정한 관계자로부터의 제보는, 그 적발 및 처벌에 결정적인 역할을 담당할 수 있다. 따라서 증권범죄 제보를 확대하기 위하여 포상금제도를 활성화 할 필요가 있다.

2002년 국정조사자료에 따르면, 금융감독원에는 불공정거래제보자 포상 제도는 2000년 12월에 제정되었고,³⁰⁾ 이후 2002년 9월 현재까지 지급한 액

28) 1999년 11월 국회의원회의 의원입법으로 성립된 ‘증권관련 집단소송에 관한 법률안’이 최초로 국회 법사위에 제출되었다. 이 법안은 법무부의 ‘집단소송법 시안’중 미국식의 손해배상청구를 중심으로 증권거래부문만을 대상으로 하여 작성된 특별단행법이었다. 그러나 이 안에 대하여 법무부·금융감독위원회·재정경제부·법원행정처 등 각 부처와 관계기관이 기업들에게 적지 않은 부담을 주고 증시에도 민감한 영향을 끼치며 특정판결의 효력을 소송당사자가 아닌 자에게도 미치게 하는 것은 당사자 위주의 민사소송원칙에 위배된다는 등의 이유를 들어 도입에 대한 논란이 거듭하다가 제15대 국회의 임기종료와 함께 자동폐기 되었다. 그 이후 2000년 10월 16일에 의원의 소개로 증권관련 집단소송법 제정에 관한 청원이 시민단체에 의해 제기되었고, 2000년 11월 29일에 의원발의에 의한 “증권관련집단소송에 관한 법률(안)”이 제기되고, 2001년 12월 27일에 정부로부터 증권관련집단소송법안이 발의되어 법제사법위원회에 회부되어 심사 중에 증권관련집단소송의 남소 방지장치로서 증권관련소송전문법원이나 전담재판부의 설치 등 제도적 보완장치가 필요하다는 의견 등의 여러 의견이 제시되어 법 내용면에 보완이 필요하다 하여 그 처리가 보류되었다. 현재 당·정간에 한창 논의가 이루어지고 있다(문화일보, 2003-3-21 참조 바람).

29) 증권집단소송제도에 관한 상세한 논의는 정윤모/손영락, 증권집단소송과 투자자보호, 한국증권연구원, 2001, 3쪽 이하; 유병현, “증권관련집단소송법 제정안에 대한 검토”, 상사법연구, 제20권 제4호(2002/2), 113쪽 이하; 박민우, “증권관련집단소송법에 관한 고찰”, 인하대학교 법학연구, 제4호 (2001/12), 353쪽 이하; 정윤모, “집단소송이 증권시장에 미치는 영향”, 증권, 제109호 (2001·가을), 35쪽 이하; 이준섭, “증권관련 집단소송제 도입의 몇 가지 전제와 문제점”, 상장협, 제44호(2001 추계호), 19쪽 이하; 김주영, “증권집단소송제의 운용방식과 이에 따른 긍정적 효과”, 상장협, 제44호(2001 추계호), 8쪽 이하 등 참조. 또한 증권집단소송제도에 관한 문제를 중점적으로 다루고 있는 JURIST, 통권 제380호(2002/5) 참조.

30) 2002.7.12일부터 코스닥위원회에서도 신고자에 대한 포상금지급 제도를 시행하기 시작하였다.

수는 불과 총 6건에 8명, 총액 220만원에 불과하다. 약 3년간의 기간 동안의 운용실적이 이 정도라면 거의 포상금제도가 제 기능을 하지 못한다고 해도 과언이 아닐 것이다. 포상금의 상한선과 그 범위를 확대하고 이에 대한 적극적인 홍보 및 제보자에 대한 신분보장 등 다각도의 개선 노력이 필요하다. 또한 증권회사 임·직원 등 불공정 거래사실을 인지할 경우 감독기관에 대한 제보를 의무화할 필요가 있다. 이러한 사실이 외부에 알려질 경우 회사의 이미지 실추나 여죄의 발각 등을 우려하여 신고를 회피하는 경향이 강하기 때문이다.

마. 비형벌적 제재의 다양화

1) 민사제재금 및 부당이득반환명령제도 도입 검토

현행 규제체계 하에서는 금융감독기관에 증권범죄행위에 대하여 금융감독위원회의 형사고발 이외에는 별다른 제재(또는 처벌)수단이 없어 그 억제 효과가 미약한 상황이다. 행위정도에 비례한 적절한 제재수단을 마련하는 것도 고려해 볼 필요가 있다.

<표 11> 신고자 포상금액 책정표(코스닥위원회)

조치결과		포상금액	비고
금융감독원 통보	미공개정보 이용 혐의	200만원	-
	시세조종	150만원	-
	기타 불공정거래 혐의	50만원	5%를 위반, 단기차익반환규정 위반 등
회원 조치	매매거래정지	150만원	-
	회원제재금부과	100만원	-
	경고·주의 등	50만원	계도 및 현지조치 포함
	임·직원 조치	50만원	회원조치와 임·직원조치 병과시 상위금액으로 지급
기 타	심리(감리)단서가 된 경우	30만원	-

※ 자료: 코스닥위원회(www.kosdaqcommittee.or.kr)

먼저 형벌권의 과잉화를 방지하면서도 이를 효율적으로 단속하기 위하여, 미국에서 인정되고 있는 민사제재금(civil penalty)제도의 도입을 고려해 볼 필요가 있다. 미국에서는 벌금형을 포함한 형사책임과는 별도로 민사적 책임을 불법행위자에게 묻고 있다.³¹⁾ 우리나라에서 실제로 판결되는 벌금의 규모가 부당이득 또는 부당 손실회피금액에 비해 매우 작다는 점을 고려한다면 이 제도의 도입여부를 검토할 필요성이 더욱 있다고 생각된다.

이와 더불어 금융감독위원회에 - 미국에 있어서처럼 - 불법행위에 의한 부당이득(또는 손실회피)금액의 반환을 청구할 수 있는 권한을 부여하는 것도 고려해 볼 수 있을 것이다. 이러한 부당이득의 반환명령은 불법행위로 부당이득을 얻기가 어렵다는 사실인식을 통해 불법행위를 억제하는 효과를 가질 것이다.

2) 금융감독위원회에 거래중지명령권 부여

미국의 증권거래법 제21조에 의하면 특정인의 거래법 위반행위가 투자자에게 손해가 되거나 공익을 해하는 경우 증권거래위원회(SEC)는 무기한 또는 기한부의 거래중지를 명령(cease and desist order)할 수 있게 되어있다.³²⁾ 거래중지명령은 증권시장에서 이익창출을 할 수 있는 기회를 원천적

31) 미국에서는 민간에 의한 손해배상청구로는 범죄에 대한 억제효과가 없다는 판단 하에, 이와는 별도로 예를 들어 증권거래법 제21A조(a)(2)는 내부자 거래자 및 위반자를 지배하는 자(controlling person)에 대하여 SEC가 민사제재금을 구하는 소송을 연방지방법원에 제기할 수 있도록 하였다. 민사제재금의 금액은 위반행위에 의하여 얻은 이익 또는 회피한 손해액의 3배를 초과하지 않은 범위내에서 법원이 정하며, 이 제재금은 국고에 수납되며 직접 투자자의 피해구제를 위하여 사용되는 것은 아니다. 민사제재금은 SEC가 부과하거나, SEC가 법원에 신청하여 법원의 결정에 의해 부과하는 것으로 구분되어 있다(기타 상세히는 석명철, 미국증권관계법 - 미국의 시장원리와 그 운용, 2001, 556면 이하, 911면 이하 참조). 영국의 경우는 미국과 달리 금융감독청인 FSA가 증권업자를 포함하여 일반인에 대하여 직접 민사제재금을 부과할 수 있는 권한을 부여하고 있다(FSMA 제123조(1)항).

32) 상세히는 석명철, 위의 책, 2001, 1262면, 1288면 이하 참조.

으로 박탈하는 제도로 위반행위자에게 심각한 경제적 손실을 입힐 수 있어 금융범죄 억제효과가 있을 뿐만 아니라 투자자의 재산상 손실이나 증권시장의 기능에 대한 사전 예방적 조치로서 기능할 수 있어 위법행위로 인한 피해를 최소화시키는 등 그 실효성이 클 것으로 판단된다.

물론 현행 제도 하에서 특정인의 거래법 위반행위가 계속 진행되거나 반복되는 경우 감사나 일정 지분의 주주가 이사에 대하여 유지명령을 청구하여 이를 중단할 수 있지만(상법 제402조(유지청구권)) 이것은 거의 실효성이 없는 것으로 평가되고 있다.³³⁾ 또한 현행법상으로도 금융감독위원회가 과도한 투기거래의 방지와 공익 또는 투자자보호를 위하여 필요한 명령을 내릴 수 있는 명령권이 규정되어 있으나(증권거래법 제54조) 명령의 대상이 증권회사에 한정되어 있어 증권회사가 아닌 일반 행위자에 대하여는 중지 또는 금지명령을 발할 수 없다. 따라서 보다 신속하고 융통성 있으며 효과적인 법집행을 위해 금융감독위원회에 위반행위자에 대한 무기한 또는 기한부 거래중지명령제도를 도입할 필요가 있다.³⁴⁾

다만, 금융감독기관의 감독대상이 아닌 일반인을 대상으로 하는 직접적인 중지명령은 우리의 사법체계와 충돌을 일어날 수 있기 때문에, 미국 SEC의 중지명령제도의 도입보다는 프랑스나 영국의 입법례에서와 같이 법원의 통제 하에서만 가능할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 프랑스의 경우 법령위반으로 인하여 투자자의 권리를 침해할 경우 증권관리위원회(COB: Commission des Opérations de bourse) 총재가 관할법원에게 당해 위법행위를 중지하도록 가처분 신청을 할 수 있도록 하고 있으며,³⁵⁾ 영국 FSA(Financial Services Authority)도 마찬가지이다.³⁶⁾

33) www.bupdori.com/sanghyunan006.htm 참조.

34) 공정거래법상 공정거래위원회가 가지고 있는 법률위반행위에 대한 “당해 행위중지명령”권 참조(독점규제및공정거래에관한법률 제5조, 제16조, 제21조, 제27조).

35) Jean-Pierre Michau, Grundzüge der Börsenaufsicht in Frankreich - Die Commission des Opération de bourse, WM 1992.

2. 행정적 대응방안

가. 내부통제 강화

증권회사는 증권회사와 고객간에 이익이 충돌되는 것을 가능한 한 최소화하도록 회사 내부를 조직해야 한다. 이를 위해서는 고객(회사나 개인)의 증권거래를 담당하는 증권회사나 은행의 직원을 다른 업무를 담당하는 부서와 가능한 한 장소적으로나 업무상으로 격리시켜 가능한 한 미공개된 정보가 증권거래에 이용되는 것을 사전에 차단하는 정책이 필요하다. 이러한 일종의 정보차단정책을 Chinese Wall정책이라고 하는데, 특히 내부자 거래를 예방하기 위한 조치라고 할 수 있다. 아울러 정보가 불필요하게 이전되는 것을 감시하거나 내부 직원이 정보를 이용하여 증권거래를 하는 것을 감시할 수 있는 내부적 통제절차도 마련되어야 한다.

특히, 현재 증권거래법 제54조의4는 준법감시인 제도를 두고 있는데, 이를 보다 효율적으로 운용하기 위해서는 임·직원의 미공개정보 이용행위가 발생하는 경우 상급자의 감독소홀을 이유로 관리자에게 책임을 물을 수 있는 방안도 검토해 볼 수 있을 것이다. 그래야 회사내부에서의 내부자 거래를 단속하려는 유인력이 커질 수 있기 때문이다.

나. 자율규제시스템의 강화

1) 자율규제기관의 기능의 강화

자율규제기관인 증권거래소나 증권업협회는 시장현장에서 실무를 담당하며 시장정보에의 접근이 뛰어나기 때문에, 증권범죄를 제1차적으로 효과

36) 이중기, “영국의 시장남용 규제체계,” 증권법연구, 제1권 제1호(2000), 309면 이하; 이준섭, 유럽증권시장 감독체계, 1997, 29면 이하 참조.

적으로 적발할 수 있는 기관이라 할 수 있다. 따라서 증권범죄 적발, 조사, 처리과정은 통상적으로 증권거래소나 증권업협회의 감리업무에 의존하고 있는 실정이다.

결국, 이들 기관의 역할에 따라 공정한 증권시장을 유지할 수 있는지 여부에 관건이 될 수 있다. 2002년 1월 증권거래법의 개정을 통해 이들 자율규제기관에게 회원들에 대한 심리권과 감리권이 부여된 만큼(증권거래법 제73조의2 및 제162조의3), 증권거래소와 증권업협회가 시장감시 및 감리기능의 강화를 통하여 증권범죄에 대하여 효과적으로 감시할 수 있도록 하여야 할 것이다. 이를 위하여 사전경고제나 감리종목 지정 및 지정예고제를 활성화하고 매매거래 정지처분 등과 같은 자율적 제재 조치를 강화할 필요가 있다.³⁷⁾ 또한, 자율기관의 시장감독의 효율성 제고를 위해 현재 허용되고 있지 않은 회원 이외의 자에 대하여도 일정한 수준의 감리가 가능하도록 하는 방안도 생각해 볼만 하다.³⁸⁾

2) 감독기관과의 역할분담

자율규제기관에게 독자적인 제재 및 조치를 수행할 수 있는 방안이 마련되어야 한다. 예를 들어 매매심리결과 회원이 관련되어 조치가 필요한 경우, 법률 제206조의3 6항 규정상³⁹⁾ 거래소가 독자적으로 시행하기 어려운 것이 현실이다. 물론, 동 규정이 거래소의 회원조치권을 배제하는 것은 아니지만 통보한 혐의사항에 대하여 거래소의 조치여부에 관계없이 조치를 하게 되

37) 증권거래소의 업무규정 제97조 2항에 따라, 회원감리 결과에 대한 제재조치로서 6월 이내의 매매거래의 전부 또는 일부의 정지, 10억원 이하의 회원제재금 등을 부과할 수 있다. 또한, 동조 3항에 의해, 임·직원에 대하여는 당해 회원의 장에게 면직(해임), 정직, 감봉, 견책, 경고 및 주의에 상당하는 문책처분을 하도록 요구할 수 있다.

38) 예를 들어 독일은 이를 인정하고 있다(독일 증권거래소법 제1조 b 3항).

39) 증권거래법 제206조의3 제6항 “증권거래소 또는 협회는 이상매매에 대한 회원감리 결과 이 법 또는 이 법에 의한 명령이나 금융감독위원회의 규정 또는 명령에 위반한 혐의를 알게 된 경우에는 금융감독위원회에 통보하여야 한다.

므로 이중조치의 위험성도 내재되어 있어 사실상 제약받고 있는 것이다.⁴⁰⁾

한편, 시세조종 등 많은 불공정거래들이 증권시장에서의 모니터링을 통해 적출되기도 하지만 증권회사의 영업활동현장을 직접 검사함으로써 적발되는 유형들도 있다. 따라서 불공정행위가 집중적으로 이루어지고 있는 지점에 대해서는 증권거래소 등의 자율규제기관으로 하여금 적극적으로 검사할 수 있도록 하여 법적규제기구의 감독활동의 부담을 줄이며 보다 중요사건에 감독기능을 집중하여 감독이 효율적으로 이루어질 수 있도록 하는 방안이 필요하다. 현재, 금융감독원장은 필요하다고 인정되는 경우에 한하여 검사업무의 일부를 증권업협회에 위탁할 수 있도록 하고 있을 뿐인데(제53조 6항; 2002.1.26. 신설), 이를 확대할 수 있는 방안이 강구되어야 할 것이다.

3) 절차과정의 신속화

통상적으로 증권범죄에 대한 조사활동은 - 앞서 살펴 본 바와 같이 - 증권거래소·증권업협회 감리→금융감독원 조사→검찰 수사단계로 진행된다. 그런데 금융감독원 자체 내에서만 보아도 검찰에 고발 또는 통보되기까지 걸리는 시간은 약 4~5개월의 기간이 소요되고 있다(<표 12> 참조). 이를 전과정(증권거래소(또는 증권업협회)⁴¹⁾→금융감독원→검찰에 의한 기소)을 통틀어 보면 1년 이상이 소요되게 된다.⁴²⁾

40) 주용, 앞의 논문, 30쪽 이하 참조.

41) 증권거래소의 매매심리를 위한 평균소요시간도 1996년에는 29.26일, 1997년 30.63일, 1996년 38.50일, 1999년 4월 44.57일이 소요되는 것으로 조사되었다. 특히, 1998년과 1999년에는 시장의 거래량이 전년도에 비해 폭증함에 따라 매매심리 평균소요기간이 증가한 것으로 분석되고 있다(증권거래소, 국회답변요청자료(1999.6)).

42) 예를 들어, 1998년 발생했던 현대전자시세조종행위의 사례를 보면, 1998.5.25일부터 동년 7.4일 사이 현대전자의 주가가 거래량의 급증을 수반하면서 주가가 이상급등하자 증권거래소는 동년 7.6일부터 매매심리에 착수하여 그 결과를 동년 8.22일에 금융감독위원회에 통보하였고, 동 감독당국은 1999. 2. 1일에 조사에 착수하여 동년 4.22일에 조사완료 후 검찰에 통보하였다. 검찰은 동년 9. 10일에 사건관련자들을 기소하였다.

<표 12> 금융감독원 조사기간 추이표

구 분	조치건수	평균대기기간 (a)(일)	평균조사기간 (b)(일)	(a+b) (일)
1999	241	83.05	48.77	131.82
2000	298	58.83	61.65	120.78
2001	411	73.06	78.81	151.77
2002.7까지	167	35.98	92.44	128.42

※ 자료: 2002년 국정조사자료

이러한 장기의 조사대기, 조사기간 및 제재과정은 증권범죄에 대한 제재의 실효성은 물론 그 위하력도 감소시키게 된다. 보다 기간을 단축시켜 증권범죄에 대한 신속한 조사와 처리가 이루어져야 할 것이다. 이를 위한 방안으로 다음과 같은 점을 생각해 볼 수 있을 것이다.

첫째, 현재 증권거래소가 금융감독원에 통보한 매매심리결과를 금융감독원에서 전면적으로 재조사함에 따라 시간 및 인력이 낭비되고 있을 뿐만 아니라 조사 및 제재의 효율성을 저해하고 있다. 감독원의 조사도 결국은 관련자 및 자금이동 조사를 통해 혐의사실에 대한 증거수집 후 검찰고발의 절차를 거치므로, 증권거래소가 이상매매종목에 대한 조사결과 사안이 중대하고 증거가 비교적 명료한 경우에는 직접 검찰에 수사를 의뢰할 수 있도록 하는 방안을 생각해 볼 수 있다.

둘째, 자율규제기관의 자율노력이다. 감리·조사기간을 단축하기 위해 매매심리업무의 개선이나 매매심리 업무의 효율성을 높이는 노력이 필요하다. 예를 들어, 추적조사의뢰부터 금융감독원 통보에까지 매매심리업무의 단계별 소요시간이 길기 때문에 소요시간 중 loss time을 최소화 할 수 있는 방안이 연구·마련되어야 할 것이다. 이와 같은 노력은 또한 금융감독기관에게도 역시 요구된다.

셋째, 금융감독원과의 중복되는 업무를 최소화하고 상호협력을 위해 양

기관이 동일한 분석개념 또는 절차를 사용하는 등 상호업무협조가 이루어질 수 있도록 방안이 강구되어야 할 것이다. 현재, “공정거래조사·심리기관 협의회”가 운용 중에 있는데(2002년 3월부터),⁴³⁾ 이 협의회가 그 존속에 대한 불완전성을 제거하고 그 기능을 보다 더 활성화하기 위하여는 명확한 법적 근거를 마련하고 그 기능 및 임무에 대한 범위를 적시해주는 것이 필요할 것이다.⁴⁴⁾ 최근 2003년 1월 검찰에서도 통상적으로 증권업협회 및 증권거래소의 감리·금감원의 조사를 거친 뒤 사건을 넘겨받게 돼 수사의 신속성과 효율성이 떨어진다는 지적에 따라 초동단계에서부터 직접 인지수사를 하도록 서울지검 형사9부 산하에 검찰직원 2명, 금감원 직원 4명 등으로 구성돼 금융비리 등의 초동수사를 전담할 “금융증권범죄분석실”을 신설하였다. 이러한 노력은 매우 긍정적으로 평가된다.

다. 전산프로그램의 개발

독일의 증권거래감독국은 해마다 엄청난 양의 신고건수를 해결하기 위해 적절한 전산프로그램의 개발을 위해 노력해 왔다. 예컨대 2001년에도 증권거래를 신고한 건수가 하루 100만건이 넘었다. 따라서 전산업무를 담당하고 있는 부서는 적절한 컴퓨터 용량을 확보하여 이러한 자료를 저장하려는 시스템(Storage Area Network : SAN)을 개발하였다. 아울러 저장된 자료를 분석하는 프로그램으로 SWAP I과 SWAP II를 사용하고 있다.

43) 협의회 주요기능은 거래소 등 자율규제기관의 매매심리단계(초기단계)에서부터 조직적·체계적인 대응체제 구축하고, 긴급하거나 중요한 사건에 대해서 조사·심리기관간 합동조사를 실시하여 조사지연 방지하며, 감독기관의 조사가 불필요한 경미한 사항은 자율규제기관의 책임 하에 종결처리토록 하여 중복조사 배제하기 위함이다(금융감독원, 보도자료(2002.3.31) 참조).

44) 현행 증권거래법은 금융감독기관이 외국의 증권감독기관과의 정보교환 등 협조체제에 관한 근거규정을 두고 있지만(제206조의4) 자율규제기관과의 협의체에 관한 근거규정은 없다. 그 밖의 내용에 대한 논의로는 최도성, “증권시장의 불공정거래행위 규제 문제점과 개선방안”, 국회 증권시장 불공정거래 개선을 위한 정책토론회 자료(1999.10), 8면 이하도 참조.

이는 신고된 자료 중에 주목할 만한 증권거래나 내부자 거래의 혐의를 찾아내는 프로그램이다. 이러한 전산프로그램을 통해 내부자 거래에 대한 구체적인 혐의를 손쉽게 찾을 수 있어 내부자 거래 등 사기적 증권거래행위를 보다 철저히 소추할 수 있게 된다. 아울러 전산상으로 증권거래가 가능해지므로 더욱 이러한 프로그램의 개발이 필요하다고 하겠다. 따라서 주목할 만한 증권거래행위 등을 파악할 수 있는 전산프로그램의 지속적인 개발이 필요하다.⁴⁵⁾

라. 국제협력강화

최근 증권시장에서의 국제적인 거래의 증가 등에 따라 국내 증권시장의 공정성 확보를 위해서는 국제적 협력과 연대가 중요한 과제가 되고 있다.

이에 우리나라 금융감독원은 1999년 영국 금융감독청과 정례고위급회담 개최협정을 체결하고, 동년 10월에는 서울에서 국제증권위원회기구(IOSCO) 산하 아·태지역위원회(APRC)회의 및 검사국장회의를 개최하였고, 2000년 일본 금융청과 협력서한을 교환한 데 이어 2001년 독일 연방은행감독청 및 중국 증권감독위원회와 업무협력약정을 각각 체결하여 주요 외국금융당국과의 협력체제를 구축하고 있다. 한편 연중 중국 인민은행과 베트남 국가증권위원회 연수단 등에 대하여 총 8기관에 대한 협력과 지원을 하고 있다. 또한, 2003년 5월에는 제28차 국제증권감독기구(IOSCO)⁴⁶⁾

45) 얼마전, 증권사들이 불공정거래를 조기에 발견할 수 있는 '대량매매주문 자동 색출 프로그램'을 강화하고 계좌간 연계성 추적 프로그램을 개발하는 등 추가감시·감리시스템을 대폭 확충키로 했다는 보도가 있었다(매일경제, 2002-9-3)

46) IOC는 증권규제의 국제적인 조화나 규제당국간의 상호협력을 목표로 각국의 증권감독기관으로 구성되어 있는 국제회의체 조직으로써, 정회원 101개국 102개 기관, 준회원 5개국 9개 기관, 관계회원 29개국 60개 기관의 대표로 구성되어 있다. 우리나라 금융감독원은 1984년 정회원으로 가입하였으며, 증권거래소(1992), KOSDAQ증권시장(2000) 등이 관계회원으로 가입하고 있다(이에 대한 상세한 것은 금융감독원, 보도자료(2003-2-21) 참조).

연차총회를 서울에서 개최할 예정이다. 그리고 2002.1.21. 증권거래법 개정시(법률 제6176호) 제206조의4 3항을 신설하여, 외국증권당국과의 조사 등 협력을 위한 법적 근거를 마련하였다.

향후 증권거래의 국제화의 진전에 따라 국경을 초월한 증권범죄의 발생이 계속 증가될 것이기 때문에, 각국의 증권당국과 다양한 양해각서(MOU: Memorandum of Understanding)를 체결할 필요가 있다.

3. 사회정책적 대응방안

가. 홍보 및 교육활동강화

증권범죄는 앞서 지적한 바와 같이, 그 구성요건의 내용 및 처벌한계가 명확하지 않다. 따라서 각종 위반사례, 적용법규, 유의사항, 피해사례 등에 대한 교육 및 홍보활동을 강화하여 일반투자가 및 범죄인에 대한 경각심을 불러일으킬 필요가 있다. 이러한 홍보 및 교육활동은 잠재적 범죄인에게는 - 예를 들어, 협회가 위법행위로 조치 받은 회원사 임직원, 투자상담사 및 자산관리사에 대한 인적사항들을 DB화하여 이들에 대해 정기적·의무적으로 윤리교육을 통해 - 예방기능을 할 수 있고, 일반투자자에게는 범죄에 가담을 피할 수 있게 하고 피해를 사전에 방지할 수 있도록 할 수 있을 뿐만 아니라 나아가 이러한 위반행위에 대해서 그러한 거래를 제안 받았거나 인지도 제보할 수 있도록 하는 밑바탕이 될 수 있다.

이를 위한 방법으로는 증권업협회, 코스닥위원회, 금융감독원, 금융감독위원회, 투신협회가 일반투자자를 상대로 각종 홍보와 교육의 기회를 제공하여야 할 것이다. 현재 증권거래소, 협회, 금융감독원 등에서도 위반행위사례집, 보도자료를 통한 조사결과자료 보도, 연차보고서 등 각종자료

발간, 광고, 인터넷 홈페이지 이용, 세미나 등 여러 가지 수단을 동원하여 홍보활동에 노력을 기울이고 있다.

그러나 예를 들어 일본의 경우 일반 투자자들을 대상으로 하는 여러 가지 교육프로그램을 운영하고 있지만, 우리나라에서는 현재 위반행위에 대한 교육활동은 거의 없다. 홍보활동을 넘어 보다 적극적인 교육활동을 할 수 있는 방안이 강구되어야 할 것이다.

또한, 현재 금융감독원은 매일 3~10개 정도의 보도자료, 2주에 한번의 “금융감독정보” 등을 발간하여 증권범죄와 관련한 사례·통계·대책 자료 등을 발표하고 있으며, 이것을 종합하여 매년 연차보고서를 출간하고 있다. 그러나 이러한 자료들은 매우 산발적으로 사례별로 발표될 뿐, 이에 대한 체계적 자료축적이나 홍보 및 교육활동 등을 위해 체계적인 정리가 전혀 이루어지고 있지 않다. 예를 들어, 가장 많은 자료를 가지고 있는 금융감독원은 1999년 “증권시장 불공정사례”가 한번 출간된 이후, 증권범죄에 대하여 유형별 또는 연도별로 정리한 사례집을 한번도 출간하지 못하고 있다. 단지, 이러한 유형들은 사건별로 보도자료에 의해 가끔씩 나올 뿐이다. 또한, 매일, 매주, 매년 발표된 통계자료를 비롯하여 국회에 제출하는 국감자료에 이르기까지, 예를 들어 “2000년 내부자거래 적발현황”에 대한 그 통계수치가 일치하는 것이 거의 없을 정도이다. 각 자료마다 제각각이다. 이는 금융감독원 내에서의 자료에 대한 체계적인 정리·분석이 이루어지고 있지 못한지를 단적으로 나타내 주는 예이다.

더 나아가 증권범죄 등 불공정거래 행위에 대한 조사내용과 그 결과전반에 대한 투명한 공개는 위와 같은 효과 외에 또한 감독기관의 자의성을 배제할 수 있기 때문에, 시장감독과정(자유기관의 시장감시 활동 포함)의 공표를 의무화할 필요도 있다.⁴⁷⁾

47) 일본의 경우도 금융청설치법 제22조에 따라, “증권거래등감시위원회”는 매년 그 사무의 처리상황을 공표하도록 의무화하고 있다. 즉, 내부자거래나 시세조종 등 불공정거래

나. 사회적 제재 강구

“일본 野村증권의 총회군 그룹에 대한 이익공여·손실보전 사건에 대하여는 野村증권과 거래를 하고 있는 기업으로부터 각종의 반응이 나왔다. 미국에 있어서는 미국 최대 공적연금기금 ‘캘리포니아주 공무원퇴직연금’은 1997년 3월 17일 野村증권과의 전 거래를 무기한 정지한다는 방침을 발표하였다. 국내에서는 京王帝都電鉄이 1997년 4월 3일의 임직원회의에서 사채를 발행하여 300억엔을 조달하기로 결의하였지만, 사채인수 신디케이트단에서 野村증권을 제외하였다. 특히 전력업계에서는 四國전력, 關西전력, 中國전력, 九州전력도 사채인수 신디케이트단에서 野村증권을 제외하였다. 또한 대장성과 자치성은 1997년 5월 14일 정부보증채와 지방채의 인수에서 野村증권을 제외할 방침을 결정하여 자치체 등에 통보하였다.”⁴⁸⁾ 이것은 일본에서 발생한 한 내용을 소개한 것이다.

증권·금융서비스 기업은 신용이 가장 중요한 것으로서, 이러한 유형의 거래중지는 비교적 광범위하게 작용하여 증권회사에게 강력한 경제적 타격을 준다. 野村증권은 이러한 사건으로 경영실적에 상당한 영향을 가져와 1997년 3월 동경증권회원별매매고에서 순위가 전락하여 大和증권이 수위를 점하게 되었다고 한다.

野村증권사건은 자유시장경제시스템에서 자주적인 거래중지가 일시적인 것이 아니라 상당히 큰 역할을 할 수 있다는 것을 보여주는 것이었다. 이러한 사회적 제재의 역할을 중시하지 않으면 안될 것이다.

예를 들어, 증권범죄에 대한 증권감독당국 또는 자율규제기관의 최종적

행위를 방지하기 위하여 매년 실시한 범칙사건조사, 검사 및 거래심사와 이에 따른 처분인 고발, 권고 및 건의 등에 관한 사례 등을 상세히 공표하도록 하고 있다(상세히는 최인섭 외, 한국의 금융범죄 실태와 사회적 대응방안, 한국형사정책연구원, 2002, 212면 이하 참조).

48) 神山敏雄, 日本の經濟犯罪-その實情と法的對應, 日本評論社, 2001, 138-139면.

인 조사 및 조치결과를 적극적으로 공표하는 방안(언론보도, 인터넷 홈페이지 등에)도 있을 수 있고, 증권업협회가 운영중인 증권업 종사자의 경력 조회시스템에 포함되는 대상범위를 확대하고, 비공개로 운영되고 있는 DB를 당해 증권회사의 고객에게 공개하는 방안도 생각해 볼 수 있을 것이다.

4. 인터넷 증권범죄에 대한 대책

1997년 3월 증권거래법시행령 제66조의2가 “증권회사는 고객으로부터 매매거래를 수탁하는 경우에는 법 제109조제2항의 규정에 의하여 문서에 의한 수탁방법 외에 전화·전보·모사전송·컴퓨터 기타 이와 유사한 전자통신의 방법으로 수탁할 수 있다”라고 신설(대통령령 제15312호)함으로써 인터넷을 이용한 증권거래의 법적 근거가 마련되고, 인터넷이 갖는 막강한 장점 때문에 인터넷이나 PC통신 등 전자매체를 이용한 증권거래의 급속한 증가로,⁴⁹⁾ 인터넷 증권거래는 종래의 전통적인 off-line 방식에 의한 증권거래를 보완 또는 대체하는 새로운 증권거래방식으로 확고하게 자리매김을 하고 있다.

이에 따라 종전의 off-line 방식에 의한 증권범죄가 on-line 방식에 의하여 사이버세계에서 재현되거나 인터넷을 이용한 새로운 형태의 증권범죄가 등장하고 있어 문제가 되고 있다. 초기에는 주로 발행시장에서의 공모와 관련하여 시작된 인터넷 증권범죄가 최근에는 유통시장에서 허위사실의 유포 등에 의한 증권범죄로 확산되고 있다.

이에 정부는 금년부터 온라인상의 주식거래에 있어서 송·수신자(투자자와 증권사)의 존재를 인증할 수 있게끔 홈트레이딩 시스템 접속시 별도의 신분확인 번호나 전자서명을 하도록 하는 증권사의 “온라인 주식매매 전자

49) 이정범/이주영, 사이버증권 중개업의 현황과 과제, 한국증권연구원, 1999, 3면, 96면 이하; 강석훈, “온라인 증권거래의 현황과 전망”, 증권, 제103호(2000/6), 82면 이하 참조.

서명제도”를 의무화하는 한편, 금융감독원은 2000.5.2. 조사1국내에 “인터넷 상시감시반”을 설치하여 방문자수가 많은 50개 사이트를 중심으로 모니터링을 실시하고 있으며, 인터넷을 통하여 증권시장에서 일어나는 불공정행위를 신고할 수 있는 “인터넷 증권범죄신고센터(<http://www.cybercop.or.kr>)” 웹 사이트를 구축하는 등의 노력을 기울이고 있다.

증권정보를 제공하는 인터넷 사이트가 엄청나게 증가하면서 인터넷이 허위정보 등을 양산하는 강력한 도구로써 등장하고 있는 만큼, 기업 등과 관련한 인터넷상의 정보에 대한 지속적인 감시활동 강화가 필요하고, 그 행위자 적발의 실효성을 확보하기 위하여 IP 주소 등 주문매체식별 정보를 활용하여 심리·감리에 활용할 수 시스템과 같은 감시시스템 등의 개발도 중요하다.

또한, 투자자에 대한 사전지도가 인터넷 증권범죄에 대한 최선의 방법이 될 수 있다. 따라서 투자자들이 이용하는 증권관련 인터넷 게시판에 증권범죄행위에 대한 경고 문구를 적시하고, 규제기관의 홈페이지 등에 인터넷상의 투자정보에 주의를 기하고 신중한 투자를 하도록 안내할 필요가 있다.

나아가 투자자에 대한 개인 정보보호를 위한 교육도 필요하다. 증권회사 및 규제기관만의 시스템 보안으로 한계가 있는 만큼, 개인 투자자에게 사전에 자신의 정보누출을 방지할 수 있는 교육이 필요하다. 예로 들면 첫째, 화면 창에서 로그인하여 들어간 사이트는 반드시 로그 아웃하여 빠져나올 것, 둘째, 해킹을 위한 툴(tool)이 설치되었는지를 파악할 수 있는 교육, 셋째, 중고 PC 판매시 하드를 완전포맷한 후 판매할 것 등 교육이 필요하다.

그리고 인터넷 브로커 혹은 인터넷 중개인으로 불리는 인터넷 중개사업(Internet Brokerage)이 급성장하고 있다. 이러한 추세에 발맞춰 증권업에 종사하는 회사와 개인의 배경(경력)을 재검토하는 것은 투자자 보호에 있어 매우 중요하다. 인터넷을 이용한 증권거래가 증가하는 추세에서 인터넷

상의 불법적인 투자자문을 하는 사람이나 기업이 생겨날 수 있는데 이에 대한 대처방안이 요구된다. 이를 위해 일정 자격요건의 수립과 인터넷 투자자문업의 등록기관과 감독기관의 지정이 필요하다고 생각된다.⁵⁰⁾

V. 결 론

증권범죄를 자율적으로 혹은 법적으로 규제하고자 하는 가장 주된 목적은 증권시장의 투명성을 보장하여 투자자를 보호하고 동시에 증권시장의 원활한 기능을 도모한다는 데에 있다. 이러한 목적을 위해서는 첫째, 증권범죄를 사전에 예방할 수 있도록, 자율규제기관과 감독기관의 기능적이고 유기적인 감시·감독활동이 필요하고 또한 이들 기관들에 의한 증권시장 관련자와 일반 투자자들에 대한 홍보활동이 중요하다. 둘째, 증권범죄의 의혹이 있는 거래행위에 대해서는 효율적인 조사활동이 가능할 수 있도록 하는 제도적 장치가 마련되어야 한다. 그리고 마지막으로, 증권범죄가 발생한 경우에는 범죄 예방적 효과가 큰 제재가 마련되어야 할 것이다.

증권시장에 대한 효율적인 감시를 위해서는 증권업협회나 증권거래소 등 자율규제시스템의 강화노력이 필요하다. 증권범죄를 제1차적으로 효과적으로 적발할 수 있는 기관이 바로 증권거래가 현실적으로 행해지고 있는 증권거래소나 코스닥시장인 만큼 자율규제시스템의 기능강화가 증권범죄 예방 및 적발을 위한 중요한 방안이 될 수 있다.

아울러 증권범죄를 사전에 예방하기 위해서는 앞서의 감독기관의 효율적이고 신속한 감독활동 이외에 투자자에 대한 홍보 및 교육활동이 강화

50) 이상복, “인터넷 증권사기의 현황과 대응방안”, 증권학회지, 제28집(2001), 321면 이하; 동, 인터넷 증권사기, 매일경제신문사, 2001, 123면 이하; 김성탁, “인터넷을 이용한 증권정보의 유통과 증권사기”, 비교사법, 제7권 2호(2000/12), 212면 이하 등 참조.

되어야 할 것이다. 홍보활동 이외에 현재 거의 이루어지고 있지 않은 교육 프로그램 개발이 시급하고, 규제·감독기관의 활동에 대한 단발적이고 비 통일적인 내용의 공표가 아닌 체계적이고 통일적인 자료를 공표하도록 제도적으로 규율하는 방법이 강구되어야 한다.

한편, 미국, 독일 및 일본은 증권시장을 감독할 수 있는 (연방)감독기관을 통해 증권범죄행위를 감독하고 있으며 이를 위해 강력한 권한이 보장되고 있다. 우리나라도 세계적인 추세에 발맞추어 2002년 1월에 현장출입권과 같은 임의조사권과 심문, 압수·수색권과 같은 강제수사권을 금융감독위원회에 부여하여 그 권한을 강화하였다. 이를 실효성 있게 활용하기 위한 구체적인 방안이 지속적으로 강구되어야 할 것이다. 또한, 제재의 실효성을 제고하고 그 위하력을 증가시키기 위하여 규제·감독기관의 사건처리 과정이 신속히 이루어질 수 있는 방안이 강구되어야 할 것이다.

한편, 증권범죄가 발생한 경우에는 우선적으로는 이에 대한 형사소추가 신속하게 이루어져야 하며 아울러 투자자의 피해가 발생한 경우에는 피해를 배상할 수 있는 효과적인 방법을 모색하여야 한다. 특히, 우리나라는 미국과 달리 증권집단소송제도가 마련되어 있지 않은데, 많은 투자자들이 용이하게 손해를 배상 받을 수 있다는 점에서 집단소송제도를 도입하는 방안도 생각해 볼 수 있다. 아울러 형벌 등의 제재가 장래의 범죄를 방지할 수 있는 효과를 가지기 위해서는 재산형의 강화가 필요하며 민사제재금과 같은 형벌 이외의 다양한 제재방안도 강구되어야 할 것이다.

56 형사정책연구 제14권 제2호(통권 제54호, 2003 · 여름호)

The Current States of Securities Crime in Korea

Choi, In-Sub *

Lee, Cheon-Hyun**

Thanks to the rapid expansion of national economy, increase in gross national income(GNI), liberalization of capital and financial transactions, and etc., financial market in Korea has witnessed a remarkable development in terms of its scope and contents in recent decades. At the same time, unfortunately, various types of financial crime have become more serious and securities crime is no exception.

Given the lack of research on securities crime in Korea, this study is an attempt to review and analyze the current states of securities crime and then to explore proper countermeasures against it in Korea.

Overall, major findings concerning the occurrence and disposition of securities crime can be summarized as follows:

First, the number of securities crime detected by the self-regulatory agencies (e.g., Korea Securities Dealers Association and Korea Stock Exchange) and notified to the Financial Supervisory Service has continued to increase. For example, due to economic depression during the year 1997-1998, the number of stock manipulations cases went down. However, over the recent four years, the cases of stock manipulation have taken up a substantial proportion among various illegal behaviors, accompanied with growing stock markets.

Second, along with the increasing number of cases notified by the self-regulatory agencies, the number of securities crime detected and investigated by the Financial Supervisory Service has also been going

* Senior Research Fellow, Ph.D in Criminology, Korean Institute of Criminology

** Associate Research Fellow, Ph.D in Law, Korean Institute of Criminology

up rapidly since the year 2000. Further, like in the above cases detected by the self-regulatory agencies, stock manipulations have also taken up a majority of the cases.

Third, the number of cases disposed of by the prosecution for violating the Securities Exchange Act in recent 9 years shows that there has been 4.6 times increase between the year 1993 and 2001. It is also found that except the year 1998, the rate of indicted cases for securities crime through prosecution has been somewhat higher than that of all the crime across the board. Then among indicted cases, the rate of cases subject to regular trial has been generally very high.

Fourth, analysis of sentencing outcomes for cases decided in the first trial reveals that as compared to sentencing decisions for overall crimes, the rate of cases imposed upon imprisonment has been rather low, whereas the rate of cases imposed upon suspension of execution and fine penalty has been relatively high.

In conclusion, to secure transparency of stock market, to protect the rights of investors, and to eventually promote the vitalistic function of stock market, it is strongly suggested that systematic and organized monitoring and supervision by the self-regulatory agencies and supervisory agency should be further reinforced to prevent securities crime and that publicity campaigns for informed decisions of people engaged in stock markets and ordinary investors should be constantly conducted. It is also suggested that all the institutionalized devices should be prepared and maintained to allow effective investigative activities for all transactions suspected of securities crime. Finally, for all of securities crime having occurred, sanctions carrying the utmost effect for crime prevention should be imposed.

한국의 보험범죄의 실태 및 대책

안 경 옥

형사정책연구 제14권 제2호(통권 제54호, 2003·여름호)

한국형사정책연구원

한국의 보험범죄의 실태 및 대책

안 경 옥*

I. 문제제기

다양한 위험 속에서 살아가는 현대인들은 보험을 통해 가능한 한 안정된 장래를 보장받기를 원한다. 따라서 보험은 '같은 위험에 놓여 있는 사람들이 하나의 위험단체를 구성하여 통계적 기초에 의해 산출된 금액(보험료)을 내어 기금을 마련하고 그 우연한 사고를 당한 사람에게 재산적 급여를 함으로써 장래의 생활을 안정적으로 담보하고자 하는 제도이다.²⁾ 그러나 '우연한 (보험)사고에 대한 재산의 급여'라는 보험의 특성상 보험범죄라는 역기능, 부작용이 발생하고 있다. 현재 우리나라뿐만 아니라 전 세계적으로 거의 모든 보험분야에서 보험범죄가 증가하고 있는 추세이다.³⁾ 아울러 보험범죄의 수법도 과거의 생계형이나 일회성 범죄에서 점차 조직적이고 전문화되고 있으며 피해규모도 막대하다. 이러한 보험범죄의 빈번한 발생은 보험회사의 경영수지를 악화시켜 결국 다른 보험가입자의 보험료를 높이는 결과를 가져온다는 것은 자명한 일이다. 여기에 보험범죄를 사전에 예방하고 그 처벌을 강화해야 하는 이유가 있다. 90년대에 이르자

* 경희대학교 법학과 교수, 법학박사

2) 이병희, 보험사기범죄의 실태와 방지방안, 한국형사정책연구원(2002), 11면.

3) 조해균/양행승, 범국가적 차원의 보험사기 대처방안에 관한 연구, 2001/9, 168면.

각 보험사와 보험협회는 보험범죄에 대한 심각성을 인식하고 본격적으로 보험범죄를 방지하고 이에 대응하기 위한 다각적인 노력을 하게 되었다.

본 논문에서는 먼저 우리나라의 보험범죄의 발생 현황과 그 특성 등을 살펴보고 이에 대한 보험협회나 보험회사 등의 현행 방지대책을 살펴보고자 한다. 이를 위해서는 보험범죄의 개념과 그 유형 등이 먼저 정리되어야 한다. 다음으로 보험범죄를 방지하거나 처벌하기 위한 국내의 법적, 제도적 내용을 비판적으로 검토하고자 한다. 여기에서는 외국의 제도나 입법정책이 비교법적 논의를 위해 소개될 필요가 있다. 또한 지금까지 국내에서도 보험범죄를 방지하기 위한 많은 법적, 제도적 방안이 논의되어 왔다. 그러므로 본 논문에서는 이러한 논의들을 정리하고 그 타당성 여부를 검토할 필요성도 있다고 하겠다. 그 평가의 기준은 보험 관련 업무를 효과적으로 감독하고 보험범죄를 사전에 예방할 수 있으며 동시에 보험범죄에 대한 처벌의 실효성을 보장할 수 있는 대책인가 하는 점이다. 이러한 기준에서 보험범죄에 대한 법적, 비법적인 대응방안을 모색하고자 한다.

II. 보험범죄의 현황 및 특성

1. 보험업의 팽창과 보험범죄의 발생

우리나라의 보험업은 1960년대의 경제개발과 함께 보험 관련 법인 보험업법, 보험모집단속법 및 외국보험사업자에 관한 법률 등을 제정함으로써 그 제도적 기반을 마련하였다.⁴⁾ 그러나 본격적으로 보험산업이 발전하기 시작한 것은 1970년대 후반부터이다. 그때까지는 보험에 대한 일반인의 인

4) 우선 1962년 1월 20일 신 상법이 제정되어 1963년 1월 1일부터 시행되었는데 구 상법 총칙편에 있던 보험이 제4편으로 독립되었다. 보험업법, 보험모집단속법 및 외국보험사업자에 관한 법률은 각각 1962년 1월 15일에서 20일에 제정되었다.

식부족, 보험회사의 담보부족과 공신력의 취약 등으로 인해 보험업이 부진하였다.⁵⁾ 1980년대에 들어 소득수준이 향상되고 의료기술 등의 발전으로 사회 내 노년인구의 비율이 증가하자 보험에 대한 수요가 높아졌고 일반인의 보험업에 대한 인식도 변화하였다. 그 결과 1985년에는 21개의 보험회사(생명보험 6개회사, 손해보험 15개회사 등)가 있었고 그 수는 꾸준히 증가하여 1997년말에는 국내와 외국 보험회사를 통틀어 생명보험 33개회사, 손해보험 17개회사가 영업하고 있었고 그 후 합병 등의 통폐합을 거쳐 2002년 현재에서는 외국보험회사를 포함하여 42개의 보험회사가 있다.⁶⁾ 아울러 보험업계의 총 자산 규모도 1977년에는 4,328억 원이었으나 2001년도에는 175조 7,607억 원으로 1977년 대비 406.1배가 증가하였으며 수입 보험료는 1977년의 2,697억 원에서 2001년도에는 59조 9,934억 원으로 222.4배가 증가하였다.⁷⁾

이러한 보험업의 양적 팽창은 그에 뒤따르는 부작용을 가져오게 되었다. 특히 1997년의 IMF 경제위기상황 하에서는 소위 ‘생계형 보험범죄’가 심각한 사회문제로 대두되었고⁸⁾ 노숙자를 이용한 보험범죄도 여러 차례 발생하였다.⁹⁾ 최근에는 보험범죄가 자동차보험, 상해보험, 건강보험 뿐만

5) 우리나라 보험산업의 발전에 대한 상세한 내용은 최인섭/이천현/오경식/안경옥/이경렬, 한국의 금융범죄의 실태와 사회적 대응방안, 형사정책연구원, 2002, 479면 이하 참조 (이하에서는 ‘금융범죄’로 인용함).

6) 금융감독위원회/금융감독원, 2001년 국정감사 정무위원 요구자료(III).

7) 보험개발원, 보험동향, 2002년 여름호(통권 제22호), 2면. 아울러 통계청, 보험사업주요 지표(http://www.nso.go.kr/cgi-bin/sws_999.cgi)도 참조.

8) 대표적인 사례로 보험금을 타기 위해 아들의 손가락을 절단한 사건과 자신의 발목을 절단한 사건, 그리고 2000년 초에 2명의 자녀와 2명의 조카를 저수지에 추락시켜 의사케 한 사건을 들 수 있다. 이 사건의 피고인은 사고 직전 5개의보험회사에 생명 및 상해보험에 중복가입한 뒤 교통사고를 위장하여 보험회사에 보험금을 청구하였다. 안병재, 보험범죄의 실태와 대책, 위험과 보험, 2001년 봄호(2001/3), 26면.

9) 1998년 10월 노숙자와 관련된 집단 보험사기 범죄가 발생하였다. 본 사건의 피고인들은 용산역 등에서 만난 노숙자와 실직자 11명에게 단칸방을 제공하여 환심을 산 뒤, 이들을 보험에 가입시킨 후 교통사고를 위장하여 보험금을 청구하였다. 그 외에도 1999년 1월에 발생한 노숙자 살인사건은 피고인이 자신의 명의로 보험에 가입한 후 노숙자를 살해한 후 사체를 자신 명의로 빌린 렌트카에 신고 차에 방화하였고 그 후에도 이러한

아니라 산업재해보상보험 등 모든 보험 분야에까지 확산, 증가하고 있는 추세에 있다.¹⁰⁾ 더구나 보험범죄가 조직화되고 전문화되는 상황도 나타나고 있는데, 그것은 범죄조직 등이 당국의 단속강화로 인해 마약이나 매춘 등으로 조직의 운영비를 조달하기 어렵게 되자 보험범죄를 범하고 보험금을 편취하여 조직운영비로 사용하는 사례를 통해 알 수 있다.¹¹⁾ 이렇게

‘사체 바꾸기’ 수법은 동일년도에 다시 발생하였다. 최인섭 외, 금융범죄, 545, 546면.

- 10) 우리나라의 보험범죄가 심각한 사회문제가 된 계기 중 하나는 탄광지역의 인구가 타 지역으로 이주한데 있다고 본다. 1980년대 말 국내의 각 보험회사는 영업경쟁에 돌입하면서 그 동안 보험업계의 관심 밖이었던 탄광지역에서도 경쟁적으로 영업을 하였으나 이 지역에서 많은 영업상의 손해를 보았다. 보험업계는 1989년부터 1990년 2년 동안 이 지역에서 최소 700억원의 영업 손해를 본 것으로 추정하고 있다. 그것은 상해보험의 경우 다른 지역은 보험료의 34% 정도의 이윤을 남긴 것에 비해 탄광지역에서는 보험료의 세배 정도의 보험금을 지급하였기 때문이다. 그 결과 보험회사들은 보험가입자의 상당수가 보험사기에 가담하였다고 보고 보장성보험의 신규판매를 중단하였거나 심사규정을 까다롭게 적용하였다. 그 이후 탄광지역의 수익성이 크게 악화되고 지역경제가 회복될 기미를 보이지 않자 많은 탄광지역의 주민들이 탄 지역으로 이주하였다. 이들의 이주와 함께 탄광지역의 보험범죄유형이 전국적으로 확산되었다. 그 중 한 사례를 들면, 탄광지역에서 보험모집인을 하던 한 여성이 1993년 교통사고를 일으켰는데, 사고 직전 이 여성은 27개의 보험에 가입하였고 그 이전에 광부인 남편의 사망으로 인해 4억여원의 보험금을 받았는데, 남편의 사망이전에 33건의 보험계약을 남편 명의로 체결하였다. 당시 보험사는 범죄의 구체적인 혐의를 찾지 못해 이 여성에게 보험금이 그대로 지급되었고 그 이후에도 이 여성의 주변에서는 여러 보험사고가 발생하였고 이 여성과 그 가족들은 매달 보험료로 200만원 이상의 돈을 보험회사에 납부하고 있었다. 이에 대해서는 최인섭 외, 금융범죄, 538면 이하; 박일용/안철경, 보험사기 성향 및 규모추정 : 손해보험을 중심으로, 보험개발원, 1997/7, 22면 이하 참조.
- 11) 보험범죄가 조직화되고 있다는 점을 보여준 사례는 1998년에 적발된 ‘도봉·강북지역 보험사기 사건’이다. 주범인 피고인 A, B는 각각 현직 보험회사 대리점 팀장급 설계사와 병원 사무장 출신의 보험 브로커로서 ‘최부장파’, ‘점용이파’, ‘제일기획파’, ‘대관이파’ 등의 조직폭력단과 연계하여 강북 일대를 무대로 교통사고를 위장하여 거액의 보험금을 편취하였다. 사상 최대 규모의 보험범죄인 이 사건은 관련자만 300여명에 달하고 보험업계의 피해액은 검찰 발표액만 20억원에 달하나 그 이상으로 추정되고 있다. 이 사건의 조직적인 보험범죄사기단은 먼저 범죄에 가담할 보험설계사를 포섭하고, 다음으로 피해자와 가해자의 역할을 담당할 사람을 정해 피해자에게는 착수금으로 500만원을 지불하여 10건 이상씩 보장성 보험에 집중·가입하도록 하였다. 다음으로는 소위 ‘사연만들기’라는 위장사고를 유발하는 단계인데, 이는 인적이 드문 지역에서 가해자와 피해자가 미리 짠 각본에 따라 위장사고를 일으키거나 경우에 따라서는 가해자를 따로 두지 않고 초보운전자나 여성운전자의 차를 일부러 충격하여 책임을 전가하는 수법으로 보험금과 거액의 합의금을 받아냈다. 다음은 병원에 입원하는 단계로 사기단의 단골병원을 이용하여 환자임을 입증하는 CT나 MRI 등을 촬영하고 병원에 병원비 외에

보험범죄가 생계형 범죄에 그치지 않고 조직화, 전문화되고, 범행방법도 살인, 자살, 자상, 사망을 위장한 살인행위, 고의적인 차량사고 유발, 방화 행위 등 범행 수법도 점차 잔인해진다는 데에 문제의 심각성이 있다.¹²⁾

2. 보험범죄의 의의 및 발생형태

가. 보험범죄의 의의

현재 우리나라에서 발생하고 있는 보험범죄의 실태나 현황 등을 살펴보기 위해서는 그 출발점으로 먼저 보험범죄 등의 개념을 정리해 볼 필요가 있다. 그것은 보험과 관련된 일탈행위를 논할 때에 ‘보험범죄’ 뿐만 아니라 ‘보험사기’, ‘보험사고’, ‘도덕적 위험’ 등의 용어를 함께 사용하고 있기 때문이다.

보험범죄와 보험사기의 용어는 먼저 이를 구별하지 않고 혼용하여 사용하는 견해가 있다. 이에 따르면 보험사기 또는 보험범죄는 보험금을 사취하기 위하여 보험제도를 악용하거나 남용하는 모든 부당한 행위라고 보아 양자를 동일시한다.¹³⁾ 그 이유는 보험범죄자나 사기 행위자가 취하고자 하는 이익은 궁극적으로 보험회사에 의해 지불될 보험금에 있다는 데에 공통성이 있기 때문이다. 그러나 양 개념을 구별하는 견해에 따르면, 보험범죄란 보험업무와 관련하여 본인 또는 제3자의 재산상의 이익을 위해 보험회사에 대해 행하는 일체의 범법행위, 즉 형사 처벌의 대상이 되는 행위

별도로 50만원 내지 100만원의 추가비용을 지불하였고 일부 병원에서는 운전자가 경미한 교통사고를 내고 승객을 데리고 가 병원에서 진찰을 받게 한 다음 다른 ‘위장 피해자’를 입원시키는 소위 ‘환자 바꾸기’ 수법도 사용하였다. 안병재, 앞의 논문, 26면; 최인섭 외, 금융범죄, 540-541면.

12) 조해균/양해승, 앞의 논문, 174면; 최인섭 외, 금융범죄, 536면.

13) 조해균/양해승, 앞의 논문, 169면; 탁희성, 보험범죄에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2000, 33면.

를 의미한다.¹⁴⁾ 그에 반해 보험사기는 재산적 이익을 얻을 목적으로 보험회사를 직접 기망하는 행위로, 형법상의 사기죄(제363조)의 한 유형을 의미한다. 사기죄는 타인을 기망하여 자기 또는 제삼자가 재물을 교부받거나 재산상의 이익을 취득하는 범죄이다. 예컨대 고지의무 위반,¹⁵⁾ 허위의 사실에 의한 보험금 청구 등 기망을 수단으로 보험금 또는 보험료를 편취하는 것을 목적으로 하는 행위이다. 따라서 보험범죄는 보험업무와 관련된 일체의 범법행위로 사기적 행위를 포함하는 광의의 개념으로 이해하여¹⁶⁾ 다른 범법행위, 가령 살인, 방화, 상해, 보험 관련 문서위조 등도 포함한다.¹⁷⁾¹⁸⁾ 그러나 보험사기를 포함한 이러한 광의의 보험범죄개념은 보험계약자(가입자) 측의 범죄만을 의미하는 것이다. 보험범죄개념은 보험자(보험회사)와 관련된 범법행위도 포괄할 수 있는 개념이어야 한다. 보험자의 범법행위는 예컨대 보험모집인이나 내부직원에 의한 횡령행위 등을 들 수 있다. 따라서 보험범죄는 통상 ‘보험계약자가 보험금이나 보험료를 편취할

14) 이병희, 보험사기범죄의 실태와 방지방안, 한국형사정책연구원, 2002, 16,17면(이하에서는 ‘보험사기범죄’로 인용함).

15) 피보험자가 보험 가입 불과 7일 전에 직장암으로 진단받고 수술을 받은 사실이 있음에도 보험가입 당시 이를 은폐하고 건강한 것으로 고지한 것은 단순한 고지의무위반의 정도를 넘어서 고의적으로 보험회사를 기망하여 착오에 빠지게 한 나머지 승낙의 의사 표시를 하게 하려는 기망의 의사가 있었다고 본다(무지개 保紛判 1988.3.14, 88-8).

16) 이병희, 보험사기범죄, 17면 이하; 탁희성, 보험범죄, 34면, 최인섭 외, 금융범죄, 518면. 기타 보험범죄에 대한 여러 개념정의에 대하여는 이병희, 보험사기범죄, 17면 이하 참조.

17) 최인섭 외, 금융범죄, 519면.

18) 보험사기는 다시금 경성(硬性) 보험사기(hard fraud)와 연성(軟性) 보험사기(soft fraud)로 나누는 견해가 있다. 전자는 보험증권에서 담보되는 재해, 상해, 도난, 방화 기타의 손실을 의도적으로 각색 또는 조작하는 행위를 말한다. 그러나 이러한 보험범죄는 보험회사의 내부직원이 리베이트를 받고 보험회사를 기망하거나 보험대리점이 계약자의 보험료를 보험회사에 송금하지 않고 횡령하는 경우처럼 보험회사의 내부자에 의해 발생하기도 한다. 반면에 후자인 연성 보험사기는 기회성 사기(opportunity fraud)라고도 하는데, 이는 보험계약자나 지급청구권자가 자기 부담액을 감소시키거나 손실금액을 실제보다 과다하게 청구하는 등의 방법으로 합법적인 보험금의 지급을 확대하여 청구하는 것을 말한다(김성태, 보험사기에 대한 법적·제도적 대응방안, 생명보험협회 세미나, 2001, 6면; 이병희, 보험사기죄에서의 실행의 착수와 기수시기, 형사법연구 제11호(1999), 216면; 최인섭 외, 금융범죄, 533, 534면).

목적으로 보험사고를 불법적인 방법으로 야기하거나 보험업자를 직접 기망하는 등의 고의적인 행위'나,¹⁹⁾ 보험사업자(보험회사)가 보험 관련 범죄를 행하는 행위'라고 정의할 수 있다.²⁰⁾

참고로 보험 분야에서는 보험사고라는 용어를 사용한다. 보험사고는 보험의 대상이 되는 우연사고 또는 보험회사의 보험금 지급의무와 연결되는 우연 사고를 의미한다.²¹⁾ 한 예로 화재보험의 화재나 자동차보험의 사람의 사상을 들 수 있다. 보험계약은 보험계약자가 보험료 지급을 약정하고, 보험회사는 보험사고가 발생한 경우에 보험금을 지급할 것을 약정하는 것이다(상법 제638조). 이러한 보험사고의 위험을 높이는 경우로 '역선택'과 '도덕적 위험'이라는 용어를 사용한다. 역선택은 보험계약 전 계산된 위험보다 위험이 높은 집단이 보험에 가입하여 피보험자군의 사고발생률을 증가시키는 것이다. 즉 역선택은 보험계약자 또는 피보험자는 자신의 위험에 대해 잘 알고 있지만 보험자는 이를 잘 모르는 상황에서 발생률이 높은 위험사고를 보유하게 되어 손해를 보게 되는 현상이다.²²⁾ 도덕적 위험(moral hazard)은 보험사고의 발생가능성을 높이거나 손해의 정도를 증대시킬 수 있는 보험계약자나 피보험자의 불성실, 악의 또는 고의성을 말하는 것으로 이를 인위적 위험이라고도 한다. 예컨대 보험계약자 또는 피보험자가 보험금을 노리고 고의로 보험사고를 일으키거나 주의를 태만히 함으로써 보험사고의 발생 가능성을 높게 하는 것이다. 그러므로 도덕적 위험은 위에서 설명한 우연적 보험사고에 인위적인 조작을 가하는 것이다.²³⁾

19) 이병희, 보험사기범죄, 19면.

20) 다만 보험회사에 의한 범법행위는 상법에 의해 규제가 가능하므로 실제 사회문제가 되는 보험범죄는 보험가입자에 의한 보험금사취 목적의 범죄행위라고 하겠다. 본 논문에서도 보험범죄는 보험가입자(계약자)에 의한 범법행위를 중심으로 논의하기로 한다.

21) 최인섭 외, 금융범죄, 520면. 따라서 보험사고는 계약체결 당시에 확정되어 있어야 하지만, 사고의 발생시기와 그 양태는 모두 불확실해야 한다. 손해보험에서는 이러한 세 가지 불확실성을 보험사고의 요건이라 한다. 다만 사망보험의 경우에는 보험사고의 발생시기만이 불확실하다.

22) 박일용/안철경, 앞의 논문, 6면.

나. 보험범죄의 발생형태

보험과 관련된 범법행위는 여러 기준에 의해 분류할 수 있다. 가장 간단하게는 보험의 종류에 따라 생명보험범죄, 화재보험범죄, 자동차보험범죄, 상해 및 질병보험범죄, 해상보험범죄 등으로 분류할 수 있으며, 행위주체에 따라 보험소비자의 범죄와 보험회사의 범죄로, 그리고 범죄의 대상에 따라 보험료에 대한 범죄와 보험금에 대한 범죄로 구분할 수 있다. 그리고 행위자가 행하는 범죄의 태양에 따라 보험범죄를 구분하기도 한다.²⁴⁾ 사회적으로 문제가 되는 행위는 주로 보험가입자(계약자)에 의한 보험금사취를 목적으로 범법행위이다. 이는 앞서 언급한 바와 같이 보험금을 목적으로 직접 보험회사를 기망하는 방법도 있지만 다른 범죄를 수단으로 - 가령 살인, 방화 등- 저질러지는 경우도 있다. 따라서 보험행위자의 행위 태양에 따라 중요 보험범죄의 행태를 다음과 같이 분류할 수 있다.

1) 사기적 보험계약의 체결

이 유형의 행위자는 계약체결 시에 고지의무를 위반하여 특정 사실을 은폐하거나, 여러 보험회사에 중복으로 보험계약을 체결하거나 또는 보험료

23) 이는 보험이 가지는 역기능이며 이러한 역기능을 의도적으로 선택하여 사회 경제적으로 피해를 입게 하는 것이 도덕적 위험이기도 하다. 이러한 도덕적 위험은 다시금 협의의 개념과 광의의 개념으로 나누거나, 내적 도덕적 위험과 외적 도덕적 위험으로 나누기도 한다. 그 중 후자의 구별은 도덕적 행위를 누가 유발하였는가에 따른 구분이다. 즉 내적 도덕적 위험은 보험계약자 또는 피보험자가 직접적으로 보험제도를 악용하거나 남용하는 행위에 의해 야기되는 경우를 의미하는 반면에, 외적 도덕적 위험은 피보험자와 관계가 있는 의사, 병원, 자동차 수리공, 변호사 등이 간접적으로 보험을 악용하거나 남용하는 행위에 의해 야기되는 경우를 말한다(조해균/ 양해승, 앞의 논문, 169면).

24) 박일용/안철경, 앞의 논문, 19면 이하; 탁희성, 보험범죄, 44면; 최인섭 외, 금융범죄, 529면 이하.

를 고액으로 책정하여 계약을 맺는다. 행위자는 이러한 보험계약체결 시에 이미 적은 보험료로 보험의 보호를 받을 의도나 가까운 장래에 보험금을 지급 받을 의도를 가진다. 통상 이 유형의 행위자는 자신의 수입에 비해 상당히 고액의 보험료 지급계약을 맺게 된다.²⁵⁾

2) 보험사고의 고의적 유발

이 유형은 보험금을 사취하기 위해 고의로 사고를 유발하는 경우이다. 방화²⁶⁾와 고의적인 교통사고²⁷⁾가 대표적이고 그 이외 살인 및 자살행위, 자상 행위 등도 있다. 이 유형의 범죄행위자도 통상 고액의 보험에 중복 가입한 후 사고를 일으키며 최근에는 그 수법이 잔인하고 조직화되는 경향을 보이고 있어 피해규모도 커지고 있다.²⁸⁾

3) 보험사고의 위장·날조²⁹⁾

이는 전통적인 보험사기로 가해자와 피해자가 공모하여 사고가 발생한 것처럼 위장한다. 예컨대 보험사고가 발생하지 않았는데 발생한 것처럼 가

25) 김성태, 앞의 논문, 2,3면; 이병희, 보험사기범죄, 57면; 조수용, 보험범죄의 현황과 방지 대책, 수사연구, 95/3, 37면; 최인섭 외, 금융범죄, 529, 530면.

26) 예컨대 건물주 등이 사업에 실패하거나 사업여건이 악화되어 채무에 시달리는 경우 고액의 보험금을 수령할 목적으로 전기합선 등으로 위장하여 방화하거나 해상에서 선박을 고의로 침몰시켜 보험금을 수취하거나 고가품, 귀중품을 미리 옮긴 후 도둑의 침입으로 인한 분실신고를 하여 보험금을 수령하는 경우 등이 있다.

27) 예컨대 밤늦은 시간에 여성 운전자나 음주 운전자 등을 대상으로 고의로 교통사고를 유발하거나, 일방통행로에 대기하고 있다가 위반차량이 나타나면 충돌한 후 보상을 요구하거나 편도 1차선에서 비상등을 켜고 정차하여 뒤따르는 차량이 중앙선을 침범하도록 유도한 후 반대차선에서 공범차량을 이용해 교통사고를 유발하는 방법 등이 있다(이병희, 보험사기 범죄의 실태와 방지방안, 52면).

28) 정재욱, 보험사기 방지를 위한 제언, 주간 국제금융동향, 2002/2, 3면 이하; 최인섭 외, 금융범죄, 530면.

29) 이민중, 보험범죄 유형별 수사기법, 2001, 276-279면 참조.

장하거나 실제로 사고가 발생하였으나 보험자의 보상책임이 없는 사고가 발생한 경우 보상책임이 있는 사고로 가장하거나 보험사고가 발생한 후에 보험계약을 사기적으로 체결하는 경우를 들 수 있다. 예컨대 손해보험의 경우 자신의 자동차를 판매한 후에 보험회사에 도난신고를 하거나 자동차 사고가 발생한 이후에 사고일자 등을 조작·변경하는 방법으로 보험에 가입하는 경우 등을 들 수 있다. 특히 보험사고가 발생함 후에 보험계약을 사기적으로 체결한 경우는 보험회사 직원과의 공모로 이루어지는 경우가 많다.³⁰⁾ 아울러 사고시 현장에 없는 사람을 입원시키는 방법으로 피해자를 바꿔치기 하거나 수를 늘리는 방법도 보험범죄에 많이 이용되고 있다.

이러한 보험사고의 위장은 자동차보험뿐만 아니라 다른 재해나 상해보험 분야에서도 많이 이용되는 범죄수법이다. 예컨대 강도로 위장하거나 안전사고를 위장하는 방법으로 IMF 경제위기 이후 많이 급증한 소위 ‘생계형’ 보험범죄가 여기에 속한다. 아울러 생명보험의 경우에는 사망보험금을 편취하기 위해 피보험자가 보험사고로 사망하지 않았는데도 사망한 것처럼 위장하거나 타인의 시신을 자신의 시신으로 위장하여 사망한 것으로 하거나 타인을 살해한 후 자기가 사망한 것으로 조작하는 경우가 여기에 해당한다.

4) 보험금의 허위·과다 청구

이 유형의 행위자들은 보험사고가 실제 발생하였음을 기화로 보상과정에서 실제 피해보다 가능한 한 많은 보험금을 지급 받기 위해 보험금을 허위·과다 청구하는 경우이다. 예컨대 자동차의 수리 견적을 많이 산출하거나 허위로 병명을 만들거나 경미한 사고임에도 불구하고 퇴원하지 않고 장기간 입원하는 경우 등을 들 수 있다. 따라서 이 유형의 행위는 정액보

30) 최인섭 외, 금융범죄, 531면.

험 분야에서는 발생하지 않으며 자동차보험분야와 상해보험분야에서 빈번하게 발생하고 있다.³¹⁾

2. 보험범죄의 발생현황·처리 및 특성

가. 발생현황³²⁾

먼저 국내 보험범죄의 발생현황을 보면, 국내 보험범죄는 1998년부터 2001년까지 연평균 29%의 증가율을 보이고 있다. 2002년 상반기 현재 적발건수가 전년 동기에 비하여 16.1%가 증가한 2,905건으로 집계되었으며, 보험범죄 관련금액도 전년 동기 대비 25.3%가 증가한 213억원으로 추정되고 있다. 특히 2001년 보험사기 적발건수 및 관련금액은 5,749건, 404억원으로 전년도에 비하여 각각 21.6%, 28.7% 증가하였다. 그 중 생명보험의 경우에는 보험사기 적발건수가 148건으로 전년도에 비하여 42.3% 증가하였으나, 건당 평균금액은 3,250만원으로 전년도 5,930만원에 비해 45.2% 감소하였다. 반면에 손해보험의 경우에는 2001년에 보험사기 적발건수가 5,601건으로 전년도의 4,622건에 비하여 21.2% 증가하였고 건당 평균금액은 636만원으로 전년도의 546만원에 비해 16.5% 증가하였다.³³⁾

31) 최인섭 외, 금융범죄, 532면.

32) 현재 보험범죄의 발생정도를 정확하게 파악하는 것은 어렵다. 그것은 범죄통계상 보험범죄를 따로 분류하지 않고 보험금을 목적으로 한 범죄행위- 살인, 상해, 방화죄 -에서 함께 통계처리하고 있기 때문이다. 또한 보험범죄에도 인지되지 않은 암수범죄가 많을 것으로 추정한다. 그 이유로는, 먼저 보험계약의 인수과정이나 보험사고의 조사에 있어 제도적 미비점과 한계가 있다고 보며, 보험회사가 피해사실을 알고도 신고를 하지 않는 데에도 기인한다고 한다. 그것은 보험금이 많지 않을 경우 보험사기 등으로 신고를 하게 되면 회사의 신뢰나 영업에 지장을 초래하여 영업적 손실이 클 수 있기 때문에 신고를 꺼린다는 것이다(이병희, 보험사기범죄, 86면; 손해보험협회, 보험범죄사례집, 2002, 4면).

33) 금융감독원 보도자료, <http://www.fss.or.kr>, 2002.3; 이병희/탁희성/박형민, 보험범죄의 형사판례분석, 2002, 10면 이하(이하에서는 '보험범죄'로 인용함).

참고로 범죄 유형별 발생현황은 다음의 <표 1>, <표 2>와 같다. 좀 더 구체적으로 살펴보면, 먼저 생명보험분야에서 가장 빈번하게 발생하는 범죄유형은 2000년까지는 고의로 보험사고를 유발하는 경우였으나 2001년에는 보험사고를 위장하거나 날조하는 경우가 더 많았다. 고의로 보험사고를 유발하거나 위장하는 경우는 전체 손해보험범죄의 68%를 차지하고 있다(2001년도). 다음으로 손해보험분야에서 가장 빈번하게 발생하는 범죄유형은 교통사고의 운전자 바꿔치기 수법으로 전체 5601건중 약 44%를 차지하고 있다. <표 2>에서 다른 범죄유형은 큰 차이 없이 비슷하게 발생하고 있음을 알 수 있다. <표 1>과 <표 2>를 통해 보험범죄로 인한 피해규모나 발생건수가 생명보험에 비해 자동차보험 등의 손해보험분야가 더 높다는 것을 알 수 있다. 손해보험분야에서의 보험범죄가 전체 범죄의 97%를 차지하고 있다. 피해규모로는 손해보험분야의 보험범죄가 전체의 88%를 차지하고 있다(2001년도).

<표 1> 연도별 생명보험범죄의 발생 현황 (단위 : 건, 백만원)

구 분	1998		1999*		2000		2001**	
	건수	금액	건수	금액	건수	금액	건수	금액
고의보험사고유발	62	5,425	95	7,768	71	2,696	49	3,304
보험사고가공	5	99	8	143	8	51	52	85
보험사고피해가장	2	6	24	964	15	1,625	24	823
사고발생후 보험가입	2	64	43	548	8	392	5	338
기 타	1	10	23	106	2	1,400	18	269
계	72	5,604	193	9,529	104	6,164	148	4,818

* 탁희성, 보험범죄의 연구, 56면

** 금융감독위원회/금융감독원, 2002년 국정감사 정무위원 요구자료(II)

손해보험의 범죄건수가 전체 발생건수의 대부분을 차지하는 이유는 범행이 상대적으로 용이한 차량을 이용한 보험사기가 많기 때문으로 보고 있다.³⁴⁾ 그리고 생명보험의 경우에는 적발건수는 손해보험분야보다는 적으나 건당 평균 피해금액은 3,250만원으로 손해보험의 경우보다 월등히 높은 것으로 나타났다(2001년도).

<표 2> 손해보험범죄의 발생 현황

구 분	1998		1999*		2000		2001**	
	건 수	금 액	건 수	금 액	건 수	금 액	건 수	금 액
고의보험사고유발	111	958	190	5,150	225	3,466	536	7,511
보험사고 가공	108	1,539	99	1,618	144	1,129	263	2,000
보험사고 피해가장	207	4,305	109	1,493	207	1,367	443	3,434
사고발생후 보험가입	387	1,959	800	3,776	1,016	4,001	840	3,707
운전자 바꿔치기	1,327	10,855	1,849	8,964	2,247	10,665	2,452	11,685
사고차량 바꿔치기	287	2,190	458	2,408	548	2,800	526	3,370
기 타	185	2,177	178	11,335	235	1,829	541	3,914
계	2,612	23,983	3,683	34,744	4,622	25,257	5,601	35,621

* 탁희성, 보험범죄의 연구, 55면

** 금융감독위원회/금융감독원, 2002년 국정감사 정무위원 요구자료(II)

나. 보험범죄의 조사 및 처리

1) 보험업계의 조사 및 처리

개별 보험회사에서 운영하는 보험사기 특별조사팀(SIU)은 보험사기의 의심이 있는 보험금의 지급청구 건에 대해 다음과 같은 조사절차를 통해 사

34) 이병희, 보험사기범죄의 실태와 방지방안, 80면.

건을 처리하고 있다.³⁵⁾ 우선 보험회사의 특별조사팀은 본사 혹은 지역별 보상부서로부터 사기성 클레임에 대하여 조사의뢰를 받고 일차적으로는 자료를 정밀 분석한 후 클레임 청구자 등 관련 당사자들의 신원조회, 집적된 데이터베이스를 통한 조회 등을 통해 사건의 처리방향을 결정하게 된다.

처리방법은 업무의 성격에 따라 다르겠지만 대표적인 보험사기유형인 위장사고의 경우 자료분석 후 당사자 및 주변조사 통해 증거를 수집하여 수사자료를 작성하게 된다. 각종 자료조회, 주변 조사 및 사고발생정황 등을 참작하여 보험사기 혐의가 있는 경우 증거를 수집하여 당사자의 자백을 받기 위해 직접 대화를 나누거나, 보험금 과다청구 사건의 경우 합의금액을 절충하거나 필요한 경우 경찰의 협조를 받는다. 사건에 대한 수사결과나 혹은 자체적인 조사결과가 나오면 이를 보험사기조사 의뢰부서에 통보하고 사기로 판명된 경우에는 이미 지급된 보험금에 대하여 환수절차를 밟게 된다.³⁶⁾

2) 검찰 및 경찰의 처리현황

경찰에서는 2000년도에 총 39,788건에 49,763명을 검거하여 그 중 죄질이 중한 2,439명을 구속하고 47,324명을 불구속처리 하였다. 그리고 지난 2001년 5월 14일부터 6월 30일까지 약 2개월에 걸쳐 보험범죄에 대한 특별단속을 실시하여 395건에 1,113명을 검거하여 234명을 구속하고 879명은 불구속처리하였다. 2001년의 특별단속에 의해 적발된 보험범죄를 유형별로 보면 다음 <표 3>과 같다. 수사기관이나 보험업계 등의 특별단속에 의해 적발된 보험범죄자에 대하여 최근 사법처리한 현황은 다음의 <표 4>와 같다.³⁷⁾

35) 금융감독원 인력개발실, 보험범죄의 현황과 방지시스템, 보험회사 경영 및 내부통제, 2001/7, 255면 이하.

36) 최인섭 외, 금융범죄, 558, 559면. 보험범죄의 조사시 유의사항에 대해 구체적으로는 금융감독원 인력개발실, 앞의 논문, 256면 이하 참조.

<표 3> 범죄유형별 분석

구 분	2000		2001		증감율
		비 중		비 중	
구 속	275	45.5	545	27.2	98.2
불구속입건	145	24.0	734	36.7	406.2
수 배	68	11.2	166	8.3	144.1
수사중	24	4.0	55	2.7	129.2
무혐의 등	88	14.6	339	16.9	285.2
파악불가	4	0.7	162	8.1	3,140.0
계	604	100.0	2,001	99.9	230.7

* 금융감독원 인력개발실, 보험회사경영 및 내부통제, 2001년 7월, 248면.

<표 4> 보험범죄 사법처리 현황

(단위 : 명, %)

유 형	건 수	검거 인원			
			구 속	불구속	비 중
자동차보험사기	283	917	216	701	82.3
상해·질병보험사기	13	18	3	15	1.6
화재보험사기	2	3	1	2	0.2
병원·차량정비업체·보험회사 결탁 보험사기	62	129	11	118	11.6
기 타	35	46	3	43	4.2
계	395	1113	234	879	99.9

* 금융감독위원회/금융감독원, 2002년 국정감사 정무위원 요구자료(I)

37) 보험범죄의 형사처분기록을 통한 분석은 이병희/탁희성/박형민, 보험범죄의 형사판례분석, 2002, 한국형사정책연구원, 참조.

다. 국내 보험범죄의 특성³⁸⁾

소위 경제범죄 중 하나로 볼 수 있는 보험범죄는 경제범죄가 지닌 공통된 특성을 비롯하여 다른 범죄와 구별되는 특성을 지닌다. 그 중 몇 가지 중요한 특성은 다음과 같다.

1) 지능적인 행위수법

다른 경제범죄와 마찬가지로 보험범죄도 보험을 악용, 역이용해야 하므로 보험을 잘 알고 있거나 치밀한 계획 하에 보험사고 등으로 위장해야 한다. 따라서 그 수법이 치밀하고 고도의 지능적 행위를 요구하게 된다. 그러나 이러한 행위수법이 반드시 고학력자나 고도의 지능을 가진 행위자에 의해서만 저질러지는 것은 아니다.

2) 죄의식의 결여

보험범죄자들은 보험살인이나 방화 등을 수단으로 하는 경우를 제외하고는, 다른 범죄와는 달리, 보험범죄에 대한 죄의식이 높지 않다. 그것은 보험금 사취행위는 결국 선의의 다른 보험가입자의 피해를 초래하지만 간접적인 피해이므로 행위자와 피해자가 느끼는 피해의식이 심각하지 않기 때문이다. 그 보다는 행위자는 보험회사를 대상으로 이미 지급한 보험료를 좀 더 되돌려 받는다고 생각한다. 보장성 보험의 소멸성 보험료에 대한 일종의 보상심리가 내재되어 있기도 하다.³⁹⁾ 따라서 이러한 동기에서 사회

38) 이병희, 보험사기범죄, 63면 이하; 조수웅, 보험범죄와 그 방지대책, 보험학회지, 1995/4, 12면 이하; 정재욱, 앞의 논문, 5면; 탁희성, 보험범죄, 36면 이하.

39) 조해균/양해승, 앞의 논문, 170면.

일반인 누구나 보험범죄의 유혹에 빠질 수 있는 소위 연성사기의 경우는 피해규모는 적지만 건수는 많아 보험범죄의 대부분을 차지하고 적발은 어려워면서 그 비용은 과다하게 지출될 수 있다. 보험사도 이를 방지하는 경향이 있다.⁴⁰⁾ 여기에는 보험사기 및 범죄에 대한 사회의 관용적 태도도 그 한 요인이 될 수 있다.

3) 경제적 평가에 의한 범죄대상 결정

보험범죄자들은 범행을 위해 지출하는 비용과 범죄를 통해 얻을 수 있는 보험금액을 경제적으로 비교, 평가한다.⁴¹⁾ 따라서 보험범죄를 일으키기 쉬운 위험업무를 선택하거나 손해사정업무를 소홀히 하는 보험회사들을 대상으로 한다. 아울러 보험상품의 개발 경쟁으로 인해 백화점이나 주유사와의 제휴를 통해 보험가입이나 보험금 지급이 손쉽게 이뤄지는 것도 보험범죄를 부추기거나 범죄의 유혹에 빠지게 하는 요인이 되고 있다. 이러한 경제적 가치의 비교·평가는 일부 경제범죄 외에 다른 범죄에서는 찾아보기 어렵다.

4) 다수인에 의한 범죄 발생

보험범죄는 단독 범행도 있기는 하지만 2인 이상의 공범에 의해 행해지는 경우가 많다. 예컨대 교통사고를 위장하는 경우 피해자와 가해자의 역할을 분담하며, 자신의 가족이나 근친을 피해자로 하거나 참여시켜 재해나 상해사고를 유발하며, 채권자가 채무자의 생명보험금을 노려 사고로 위장하고 청부 살인하는 경우도 빈번하다. 이렇게 공범에 의한 사고는 보험사

40) 탁희성, 보험범죄, 63면.

41) 조해균/양해승, 앞의 논문, 170면.

고를 위장하거나 범인을 범죄혐의로부터 벗어나게 하는데 유리하다.

5) 입증의 곤란성

대부분의 보험범죄의 경우 보험회사는 범죄에 대한 혐의는 가지지만 실제로 사건을 조사할 수사권이 없으며, 더욱이 수사기관과 보험회사간의 정보수집과 공유가 현실적으로 어렵기 때문에 보험사고의 고의나 증과실을 입증하기란 쉽지 않다.

6) 내부 종사자의 공모

보험사기는 보험에 대해 잘 알아야 하고 보상금을 탈 수 있는 범행수법을 사용해야 하므로 보험회사 내부 종사자가 공모하거나 묵인·방조하는 경우가 늘어나고 있다. 아울러 보험대리점간의 실적경쟁과 비용절감은 보험모집인의 경제적 기반을 약화시키고 모집인 등의 도덕적 행위를 부추기게 되어 범죄 유혹에 쉽게 빠져들도록 하고 있다. 이러한 범죄에의 잠재적 가능성이 보험범죄 증가의 한 원인이 될 수 있다.

7) 타 범죄 유발

보험범죄는 보험금을 사취하기 위해 다양한 수법을 사용하게 되고 그 가운데에는 다른 범죄행위를 수단으로 하는 경우가 빈번하다. 즉 보험금을 타기 위해 타인을 살해하거나 자살을 위장하고 고의로 사고를 유발하는 등이다. 아울러 보험금을 취득할 가능성을 사전에 치밀하게 계산하고 은밀하게 범죄를 저지르게 되므로 그 수법이 날로 지능화된다.

Ⅲ. 현행 보험범죄의 방지대책 및 문제점

1. 방지대책의 전개

70년대 후반부터 보험범죄가 본격적으로 사회문제화 되자 대부분의 보험회사들이 개별적으로 이에 대응하여 왔다. 그러나 대응방법은 주로 손해 조사와 손해사정업무를 통해 범법행위가 있는 경우 보험금 지급을 거부하거나 계약을 해지하는 방법을 사용하였기 때문에 보험금의 지연 지급이나 지급거부로 인해 보험회사의 대외 공신력을 약화시키는 결과를 가져오게 되었다. 아울러 각 보험회사의 개별적인 조사는 한계가 있으므로 보험범죄에 대한 공동대응을 위해 2000년 7월 손해보험협회 내에 보험범죄방지대책위원회를 구성하고 그 산하에 보험범죄신고센터와 특별조사반을 두었다. 보험범죄방지대책위원회는 2002년 3월에 보험범죄방지센터로 확대 개편되었다.⁴²⁾

2. 보험범죄방지기구

국내에서 보험범죄방지와 관련된 기구로는 금융감독원, 손해보험협회와 생명보험협회, 각 보험회사와 보험개발원이 있다. 그 주요한 업무를 살펴보면, 먼저 금융감독원 내의 보험조사실이 있다. 보험조사실은 보험범죄 방지 관련 정책을 수립하거나 보험범죄에 대한 기획조사나 조치를 취하고 보험범죄의 조사기법을 개발 연구한다. 다음으로 보험협회 내에는 앞서 말한 보험범죄방지센터, 보험범죄대책팀, 보험범죄 신고센터, 특별조사반, 그리고 보상관리전담반 등의 기구가 있다. 보험범죄방지센터는 보험범죄방지대책

42) 이병희, 보험사기범죄, 94면.

을 수립하고 보험범죄를 예방하는 것이 주요 업무이고, 보험범죄 대책팀은 보험범죄 의심자를 조회·검색하고 그 자료를 모으거나 보험범죄 조사요원을 교육하고 대국민 홍보활동을 한다. 보험범죄 신고센터는 보험범죄의 신고, 접수 및 수사 의뢰를 주요 업무로 하며, 특별조사반은 집단적이고 지능적인 보험범죄를 조사하고 수사를 지원한다. 마지막으로 보상관리전담반은 부재환자, 과잉·허위청구를 점검한다. 보험회사의 보상지원팀(SIU)은 보험범죄를 조사하고 대형사고의 조사를 지원하고 보상과 손해사정 분쟁업무를 지원한다. 보험개발원의 통계기획팀은 보험사고에 대한 정보를 구축하거나 제공하고 보험범죄 혐의자를 분석한다.⁴³⁾

3. 현행 방지대책의 문제점

여기에서는 현행 방지대책이 가지고 있는 문제점을 간략히 언급하고 그 구체적인 내용은 보험범죄의 대응방안을 논의할 때 같이 언급하기로 한다.

현재 보험범죄에 대한 방지책이 가지고 있는 문제점으로는, 첫째 보험회사가 보험계약 단계에서부터 계약이나 손해사정업무를 충실히 수행하고 못한다는 점이다. 그것은 각 보험회사들은 보험계약시에 보험가입자에 대한 심사의 중요성을 경시하고 사고가 발생했을 때 손해사정업무만을 강화하는 방향으로 보험사기에 대응하고자 했기 때문이다. 아울러 대부분의 손해사정인들은 전문적 지식이나 손해사정기술도 부족하여 단지 보험범죄를 발견하는 데에만 업무활동의 역점을 두었다. 더 나아가 손해사정업무중에 보험사기 혐의자를 발견하여도 경찰이나 검찰과의 공조체계가 부족하여 보험범죄를 적발하는 데에 어려움이 있다.⁴⁴⁾

현행 방지대책의 두 번째 문제점은, 생명보험회사와 손해보험회사가 각

43) 이병희, 보험사기범죄, 95면.

44) 조해균/양해승, 앞의 논문, 176면.

자 자기 분야의 정보만을 활용할 수 있기 때문에 효과적으로 보험범죄에 대응하는 데에 한계가 있으며, 보험범죄를 방지하기 위한 조사·연구활동도 각 기관에서 개별적으로 이루어져 조직적이고 체계적이지 못하다는 데에 있다. 이는 데이터베이스 구축과 그 운영에 따른 비용도 중복적으로 지출하게 된다.

마지막으로 보험범죄에 대해 효과적으로 대처하기 위해서는 무엇보다 사전적인 방지대책을 마련하여 보험범죄가 발생하기 전에 범죄에의 유인책을 차단하여야 함에도 불구하고, 주로 사후적 대처방안에 주력하는 것도 문제점으로 지적할 수 있다.

IV. 외국의 방지대책

1. 미 국

가. 보험범죄 현황

미국은 1990년 보험사기액이 900억 달러, 1995년의 보험사기액은 1천2백억 달러를 기록한 것으로 나타난다. 특히 1995년에는 의료보험분야에서 950억 달러의 손실을, 재산·상해분야에서 200억 달러의 손실을, 생명·장애분야에서 50억 달러의 손실이 발생한 것으로 추산하고 있다.⁴⁵⁾ 미국 손해보험업계의 보험사기 관련 지출이 연간 200억 달러 (약 23조)를 넘는 것으로 알려져 있으나, 의료 및 생명보험업계와 장애보험업계에서는 이의 5배 가까이 이를 것으로 추정한다.⁴⁶⁾

45) 이병희, 보험사기범죄, 88면.

46) 이병희, 보험사기범죄, 89면.

나. 방지대책 및 규제⁴⁷⁾

1) 보험범죄 방지기구

미국의 보험범죄 방지기구는 먼저 주 정부차원에서 보험사기 방지활동을 수행하는 주 보험감독청의 보험사기방지국(Insurance Fraud Bureau)을 들 수 있다. 보험사업에 대한 인·허가 및 감독과 검사는 주정부의 보험감독청에서 담당하고 있으며 그 가운데서 보험사기방지국이 보험범죄와 사기행위의 방지, 보험금 부정청구의 방지 및 형사처벌을 위한 조사를 목적으로 주 보험법에 의하여 설치한 법집행기관이다. 보험사기방지국은 다른 법집행기관인 경찰, 검찰, 연방수사국 등과 공조하거나 이에 가담하여 보험범죄 및 사기행위에 대한 조사 및 수사활동을 하게 되며, 보험회사에 대해서는 보험사기 관련 정보를 제공함으로써 보험회사의 사기방지노력을 보완하거나 감독하는 역할을 수행한다.⁴⁸⁾ 반면에 보험사기방지국의 조사원은 사기로 의심되는 보험금 청구사안을 재검토하고 보험계약자, 관련자, 보상담당자 등과 면담을 실시한다. 조사원은 특히 보험사기로 판명되는 사건에 대해 검찰의 체포영장을 발부 받아 직접 혐의자를 체포할 수 있는 권한, 즉 준사법적인 권한을 갖고 있다는 점에 그 특색이 있다.⁴⁹⁾

주 정부차원에서의 보험사기방지국 외에 보험업계 차원에서 보험범죄를

47) 내남정, 미국의 보험사기 적발 및 방지기구와 국내의 보험사기 방지모력, 위험과 보험, 2001 봄호, 20면 이하; 이병희, 보험사기범죄, 89면 이하; 탁희성, 보험범죄, 88면 이하.

48) 내남정, 앞의 논문, 20면; 최인섭 외, 금융범죄, 572면. 한 예로 매사추세츠, 뉴욕 등의 주 검찰당국은 보험사기방지국에 검찰관 1명을 일정기간 파견하거나 담당 검찰관을 지정하는 등으로 보험사기방지에 공동으로 대처한다. 한 편 뉴저지 중에서는 자동차보험 요율의 인하방안의 일환으로 보험사기 진담 검찰국을 설립하여 사법당국과 보험감독청, 보험업계 그리고 소비자 보호국 등과의 공동 대응을 모색하고 있다.

49) 1981년에 설립된 뉴욕 주의 보험사기조사국은 조사원에게 한시적인 수사권을 부여하고 매 10년마다 갱신하도록 하다가 지난 1996년 8월 1일 보험감독청의 수사권을 영구히 존속시키는 법안이 통과되어 보험사기방지국의 조사원은 영구적인 수사권을 갖게 되었다. 이에 대해 내남정, 보험사기조사팀의 활성화를 통한 보험사기 방지방안, 38면.

방지하기 위해 운영하는 기구로는 전미보험범죄방지국(National Insurance Crime Bureau, NICB), 보험사기방지협회(the Coalition Against Insurance Fraud, CAIF), 보험정보연구소, 미국보험자연합(the Alliance of American Insurers, AAI), 미국손해협회(the American Insurance Association, AIA) 등이 있다. 그 중 전미보험범죄방지국(NICB)과 보험사기방지협회(CAIF)를 살펴보면, NICB는 보험사기를 방지하기 위하여 보험업계에서 보험범죄 방지연구소와 자동차도난국을 합병하여 1992년 1월에 설립한 비영리기관으로 약 1,000여 개의 보험회사를 회원으로 두고 있다. NICB는 조사서비스, 정보구축, 입법작업, 보험사기방지 조사원에 대한 연구, 보험범죄예방을 위한 홍보 등을 주된 업무로 하고 있다.⁵⁰⁾ NICB는 1000여개 보험회사가 정부의 데이터베이스를 구축하여 실시간으로 보험사기자 및 도난 차량에 대한 정보를 제공하고 있다. 보험사기방지협회(CAIF)는 보험회사, 소비자, 정부 및 법집행조직의 공동의 노력에 의해 1993년 주로 보험회사가 기부한 50만 불을 초기재원으로 하여 설립되었다. CAIF는 보험사기방지모델법의 초안을 완성하였으며, 주의회에 이 법을 시행하기 위한 작업을 하며 보험사기를 연방범죄로 하는 연방법을 통과시키는 등의 입법관련 활동을 수행할 뿐만 아니라 국민들에게 보험사기에 대한 인식을 제고시키기 위한 홍보를 실시하여 소비자의 사기방지노력을 장려하고 있다.

마지막으로 보험회사 차원에서 보험사기특별조사팀(Special Investigation Unit, SIU)이 있다. 미국내 주요 보험회사는 대부분 회사 내에 보험사기 혐의가 있는 사안을 심도 있게 조사할 수 있도록 보험사기방지기구로서 보험사기특별조사팀을 두고 있다. 이러한 특별조사팀은 보통 보험회사가 자발적으로 설치하지만 특정 주에서는 SIU의 설립이나 이와 유사한 기능을 수행할 수 있는 부서의 설립을 의무화하고 있다.⁵¹⁾ SIU의 기능은 사기

50) 최인섭 외, 금융범죄, 587면.

51) 내남정, 앞의 논문, 22면; 안철경/박일용, 보험사기 적발 및 방지 방안, 보험개발원, 199년, 54면 이하 참조.

성 클레임과 보험청약을 조사하는 것이다. 한편 연방차원에서는 미연방수사국(FBI)의 금융범죄수사단이 보험사기, 증권사기, 부도사기 및 돈세탁과 관련된 사건을 전담하고 있으며, 보험사기에 관련된 업무만을 전담하는 금융범죄수사 인원만도 325명에 달하고 있다.⁵²⁾

2) 보험사기 데이터베이스의 통합 운영

보험인수시 적법한 계약과 사기성 있는 계약의 구별 및 보험사고발생시 적법한 클레임과 보험사기 혐의가 있는 클레임을 신속·정확하게 구별하기 위해서는 모든 계약 및 클레임에 대한 정보를 실시간으로 제공하는 통합된 데이터베이스가 필수적이다. 통합 데이터베이스는 보험금을 지급할 것인지 아니면 추가조사가 필요한 사고인지를 판단하는 데 보조 자료로 활용되며, 보험사고 조회를 통해 보험사기의 혐의가 있는 경우에 조사에 착수하거나 경찰·검찰 등 법집행기관에 수사를 의뢰하기 위한 자료로 사용될 수 있다. 미국의 경우 AISG, NISB 및 ISO가 보험 관련 데이터베이스를 개발하고 운영하는 기구였다. 그러나 정보의 통합 및 비용절감 등의 필요성에 따라 ISO를 중심으로 데이터베이스를 통합하기로 하여 1997년 2월 ISO는 통합 데이터베이스(All-Claims Database)를 구축하였고 1999년 8월에는 ISO와 NISB가 공동으로 통합 데이터베이스를 구축하였다. 이에 따라 NICB와 AISG에서 관리하던 신체상해, 산업재해, 재물 그리고 자동차 관련 클레임 관련 데이터베이스가 All-Claims Database로 통합되게 되었다.

3) 법적 규제

보험사기를 감소시키기 위한 방안으로 미국은 먼저 연방차원에서 1994

52) 내남정, 앞의 논문, 37면.

년 연방보험사기방지법(the Federal Insurance Fraud Prevention Act)을 통과시켰다. 동 법은 보험회사에 대한 횡령이나 부당이득을 연방범죄로 취급하도록 하였으며 사기행위에 대해 징역형과 민사제재를 규정하고 있다. 이외에도 보험사기를 연방범죄를 취급하는 법률로서는 1994년의 폭력범죄규제및처벌법(the Violent Crime Control and Law Enforcement Act)이 있다. 동법은 특히 보험업자인 사기 행위자가 주(洲)간 교역에 영향을 미치는 경우에 연방범죄로 처벌하고 있다. 즉 허위진술을 하거나 고의적으로 그들 사업의 일부를 과대평가 하는 보험업자에게는 벌금이나 장기 15년의 자유형으로 처벌한다. 또한 보험회사의 자금을 횡령하는 대리점 또는 직원도 처벌하고 보험회사의 직원이 회사의 재무상태에 대해 허위의 사실을 작성하는 행위도 범죄로서 처벌하고 있다.⁵³⁾

주 정부 차원에서는 거의 모든 주가 보험사기방지법을 제정하여 시행하고 있으며, 보험사기방지모델법은 보험사기방지협회(CAIF), 전미독립보험자협회(NAII) 등의 보험 관련단체에 의해 제정되었다. 각 주에서 보험범죄를 중죄를 취급하고 있는가는 보험금사기(claim fraud)와 보험료사기(premium fraud)로 구분하여 볼 수 있다. 우선 보험금사기는 거의 모든 주에서 중죄로 규정하고 있다.⁵⁴⁾ 보험료 사기는 주로 산업재해보험 분야에서 많이 발생한다고 한다. 보험료를 산정하는 경우에 보험회사는 근로자의 급여, 직무명세 및 기능, 고용주의 과거 손해실적 등에 관하여 고용주가 제공하는 정보에 의존하여야만 하는데, 여기에 부실고지의 가능성이 상당히 높다. 따라서 애리조나 주를 비롯한 11개 주에서는 산업재해보험료와 관련하여 중요한 사실의 부실고지를 중죄로 취급하는 법을 제정하였다.⁵⁵⁾

보험금 수령 등이 보험사기로 판명되는 경우에는 형사처벌 이외에 민사상의 제재로 그 변상(Restitution)을 사기범에게 요구할 수 있다. 현재 30

53) 최인섭 외, 금융범죄, 581, 582면.

54) 중죄로 처벌하지 않는 주는 4개주 정도뿐이다.

55) 최인섭 외, 금융범죄, 582, 583면.

개 주중에서 보험사기로 확정된 사기범에 대해 그 변상을 규정하고 있다. 한 예로 뉴욕 주의 보험사기방지법에 따르면 사기적 보험행위를 한 자에 대해서는 보험금의 지급(청구)액과 5,000달러 미만의 민사상 제재를 부과할 수 있다고 규정하고 있다.

2. 독일

가. 보험업무의 감독체계

1) 연방금융감독원 내의 보험감독국⁵⁶⁾

독일은 2002년 4월 22일 금융감독기관통합법(Das Gesetz über die integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht)을 통해 기존의 은행감독국(Bankaufsicht)과 보험감독국(Versicherungsaufsicht) 그리고 증권감독국(Wertpapieraufsicht)을 통합하여 연방금융감독원(Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, BaFin)을 신설하였다. 이 들 세 기관을 통합한 목적은 독일 금융시장의 안정과 경쟁력 강화에 있다. 오늘날의 금융상품은 은행, 보험, 기타 금융회사가 혼합되어 있는데, 가령 보험회사가 전통적인 금융업을 하기도 하고 은행이 보험 상품을 취급하기도 한다. 또한 보험이나 예금 등 모든 금융상품을 취급하는 회사도 있기 때문에 점차 보험과 은행 혹은 기타 금융회사가 결합하는 경향을 보이고 앞으로 이러한 경향이 더욱 심화될 것으로 예측하였다. 따라서 종래의 업무에 따라 분리된 감독기관은 시대에 맞지 않으며 여러 감독기관을 통합하여 효율적으로 금융시장을 감독하는 것이 필요하다고 보았다. 이러한 필요성에 부응하기 위해 통합된 연방금융감독원이 Bonn과 Frankfurt에 위치하고 있으며 2700

56) 이 내용은 연방 금융감독원 홈페이지(<http://www.bafin.de>)에서 참조하였음.

개의은행과 700개의 보험회사, 800개의 증권회사를 비롯한 금융기관을 감독하고 있다. 따라서 연방금융감독원 산하의 보험감독국이 현재 보험 관련 업무를 감독하고 있다.

2) 보험업계의 방지대책 및 데이터평가시스템

보험업계도 보험사기 등의 보험범죄를 예방하고 이를 발견하기 위해 자체적으로 특별조사팀을 운영하고 있다. 보험업계에서는 보험사기의 적발과 방지에 기여할 수 있는 자동화된 데이터 평가시스템(Hinweis- und Informationssystem, UNIWAGNIS)을 사용하고 있다. 보험사기의 의혹과는 상관없이 모든 보험사고는 이 정보시스템을 통해 심사를 받게 된다. 그 과정을 보면,⁵⁷⁾ 먼저 보험회사에 보험사고가 접수되면 보험회사는 이 사고가 각 보험분야별로 정해진 특별한 기준에 해당하는지의 여부를 조사한다. 만약 이러한 기준에 해당하는 사실이 있으면 보험회사는 접수된 보험사고를 GDV의 중앙신고센터에 신고한다. 여기서 보험소비자(보험가입자)의 생명, 주소 등의 신상에 관한 사항은 코드화 되어 저장된다. 암호화된 후에는 원래의 데이터는 파괴되고 따라서 관련자의 구체적 신상에 대해서는 어떠한 역추론도 불가능하다. 그 이후에 다른 보험회사에서 보험사고의 접수가 있으면, 이 사고는 이제 UNIWAGNIS에 저장되어 있는 암호화된 위험요소(Wagnisbestand)와 비교되고, 후자의 보험회사는 이 정보시스템이 암호로 보유하고 있는 손해 관련 정보, 즉 손해를 최초로 보고하였던 보험회사에 대한 정보를 제공받는다. 그 후 구체적인 정보의 교환은 이 둘 두 보험회사 간에만 이루어지게 된다. 이는 보험회사의 정보교환을 통해 개인의 정보가 무분별하게 유출되는 것을 막기 위함이다.⁵⁸⁾

57) <http://www.gdv.de/presserservice/16813.htm>.

58) 최인섭, 금융범죄, 603, 604면.

나. 보험범죄의 규제와 현황

1) 법적 규제

독일은 보험범죄를 일찍부터 형법에서 규정하고 있었는데, 최근 1998년 4월 제6차 형법개정법(StrRG)을 통해 종래 형법 제265조의 보험사기죄(Versicherungsbetrug)⁵⁹⁾를 보험남용죄(Versicherungsmißbrauch)로 개정하고 그 적용범위를 확대하였다. 신법의 보험남용죄는 자기 또는 제3자에게 보험금 지급을 위해 보험에 가입된 물건을 훼손·파괴, 그 사용을 침해·제거하거나 또는 타인에게 교부하는 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 보험금을 지급 받기 위한 이러한 사기적 행위를 제외한 다른 범죄-살인, 방화 등-를 저지른 경우에는 해당 관련 범죄에 대한 처벌규정을 통해 처벌할 수 있다. 예컨대 보험금을 목적으로 사람을 살해하는 경우에는 살인죄중 모살⁶⁰⁾로 처벌할 수 있으며 이를 별도로 처벌하는 규정을 두는 것은 아니다.

본 규정은 보험범죄 보다는 보험사기와 관련이 있는 규정이므로 형법의 사기죄와는 보충적 관계에 있다고 할 수 있다. 보험금을 청구하여 지급 받은 경우 보험회사의 재산상의 손해가 발생했기 때문에 사기죄의 구성요건을 충족하며, 이 경우에는 본죄로 처벌하는 것이 아니라 사기죄로 처벌된다. 따라서 본 죄는 사기죄의 전 단계에 해당하는 행위를 처벌하여 보험사기를 이미 사기의 전 단계에서 이미 강력하게 방지하기 위해 마련된 규정이라고 하겠다.

59) 구 형법 제265조(보험사기) : (1) 사기의 의사로 화재보험에 가입한 물건은 방화하거나 선박이나, 그 적재화물 또는 운송료가 보험에 가입되어 있는 선박을 침몰 또는 좌초시킨 자는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. (2) 제1항의 행위가 중하지 아니한 경우에는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

60) 독일은 살인죄를 모살(Mord)과 고살(Todschlag)로 구분하고 있다.

2) 현 황

독일 보험업협회(Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft, GDV)에 따르면 2001년 독일 보험료 수입의 규모는 2000년의 1,318.2억 유로에 비해 2.7%가 증가한 1,353.9억 유로에 이르고, 회원사에 의해 지급된 보험금 총액은 전년도의 1,531억 유로에 비해 2.4%가 감소한 1,485억 유로에 달하고 있다.⁶¹⁾ 이를 주요 보험 분야별로 세분하여 살펴보면, 먼저 생명보험의 경우에 2001년 보험료 수입은 전년도의 612.3억 유로에 비해 1.9%가 증가한 623.6억 유로, 지급보험총액은 전년도의 881억 유로에 비해 6.6%가 감소한 822억 유로에 이르고 있다. 사(私)의료보험분야의 2001년 보험료 수입은 전년도의 207.1억 유로에 비해 4.9%가 증가한 217.2억 유로, 지급한 보험금 총액은 2000년의 241억 유로에 비해 6.9%가 증가한 257억 유로에 달한다. 그리고 손해 및 사고보험 분야의 2001년 보험료 수입은 전년도의 484.1억 유로에 비해 2.7%가 증가한 497.4억 유로, 지급한 보험금 총액은 2000년의 399억에 비해 0.9%가 증가한 402억 유로에 이르고 있다. 이 중에서 특히 자동차 보험의 2001년 보험료 수입은 전년도의 203.6억에 비해 4.8%가 증가한 213.4억 유로, 지급한 보험금 총액은 2000년의 204억에 비해 1.0%가 감소한 202억 유로에 이르고 있다.⁶²⁾

독일의 보험범죄의 현황을 살펴보면, 유럽보험위원회는 독일에서 보험범죄가 매년 증가추세에 있으며 약 20-40억 마르크가 보험범죄로 인해 지출되는 것으로 추정하고 있다. 그리고 손해보험분야에서는 보험금 수입의 약 10-30%가 보험범죄로 유출되고 있다고 보고하고 있다.⁶³⁾ 한편 독일보험업

61) <http://www.bafin.de/bafin/organigramm.pdf>. 이 총액에는 보험금 지출 이에 발생되거나 발생될 보험사고에 대한 예비비 및 생명·건강보험 분야에 있어서의 보험료 환불액이 포함되어 있다.

62) 최인섭 외, 금융범죄, 598, 599면.

63) 탁희성, 보험범죄, 97면.

협회는 2002년 1월의 자료에서 보험범죄가 대규모로 발생하며 일상화된 사회현상이 되고 있다고 보고하고 있다. 이 자료에 따르면 조사 대상자(보험가입자)의 약 25%가 이미 1회 이상 보험금을 사취한 경험이 있으며, 사취금액의 90%이상은 500 유로 이하라고 하였다. 또한 보험업계는 매년 40억 유로 이상이 보험범죄로 인해 지출되고 있다고 추정하고 있다. 보험범죄의 발생빈도는 사(私)책임보험, 가계 손해보험, 자동차보험 순으로 빈번하게 발생하며 사 책임보험분야에서는 매년 8억 유로 규모의 보험사고가 발생하는 데 그 중 25% 정도를 보험사고 조작에 의해 지출되는 것으로 전문가들은 추정하고 있다. 자동차 보험 분야에서는 신고·접수된 사고의 약 8-10% 정도가 고의 야기 및 허위 과장된 보험사기에 해당하고, 그 피해액은 약 10억 유로에 달하는 것으로 추정하고 있다.⁶⁴⁾

3. 일 본

가. 보험업무의 감독체계

1) 금융청

일본은 2000년 7월 기존의 금융감독청과 대장성 금융기획국을 통합하여 새로이 통합 금융감독기구로 금융청을 설립하였다. 금융청의 설립으로 대장성은 재무성으로 명칭을 변경하고 재정부분만을 담당하게 되었으며, 금융부분은 금융청이 총괄하게 되었다. 통합된 금융청의 업무를 살펴보면, 금융 관련 법규와 제도의 기획·입안, 금융기관에 대한 검사 및 감독, 예금자·보험계약자·유가증권투자자 보호와 유가증권의 원활한 유통 등 금융안전의 도모, 증권거래 등 감시위원회를 통한 증권거래 등의 공정성을

64) <http://www.gdv.de/presseservice/16813.htm>.

확보하기 위한 검사·조사 및 증권 거래 관련 범죄조사 등이 있다. 그리고 금융기관의 파산 처리 및 금융위기관리 관련 업무, 예금 보험기구 감독 등의 업무는 재무성과 금융청이 공동으로 담당하고 있다.

2) 보험업계의 방지대책 및 데이터평가시스템

일본의 경우에는 보험범죄를 전문적으로 조사하거나 수사업무를 전담하는 별도의 정부조직은 없으며, 보험업계가 자율적으로 방지기구를 조직하여 보험범죄를 방지하는 활동을 하고 있는 실정이다. 그 예로 손해보험협회의 방법대책협의회를 들 수 있다. 방법대책협의회는 손해보험회사간, 보험회사와 경찰서간 정보교환 및 보험범죄 혐의사건에 대한 수사협조 등을 통해 수사기관과의 공조체제를 유지하며 보험사기에 적극 대처하고 있으며 보험금 부정청구 및 보험폭력을 배제하는 것을 그 설립목적으로 하고 있다. 그 외에도 경찰청에서는 보험범죄를 검거하고 유사한 범죄를 예방하기 위한 방안으로 1980년 이후 생명보험협회, 손해보험협회 및 전국공제협동조합연합회와 연락회의를 수시로 개최하여 방지대책을 추진하고 있다. 그러던 중 보험금을 노린 살인이나 고의·위장사고를 가장한 임원급부금 사취 등 생명보험범죄가 증가하자 이를 우려한 경찰청이 보험범죄방지대책을 협의하기 위하여 생명보험협회에 제의하여 생보경찰연락협의회를 설치하였다. 생보경찰연락협의회는 생명보험범죄방지대책의 협의, 허용범위의 정보제공 및 생명보험범죄의 공동조사 등을 그 주요업무로 하고 있다.

일본에서는 보험범죄를 사전에 예방하기 위한 보험회사 상호간의 정보교환은 한동안 이루어지지 않았다. 그것은 개별 보험회사가 고객의 정보와 고액 계약의 정보노출을 원하지 않았기 때문이다. 따라서 생명보험과 손해보험에 통합된 데이터베이스 시스템은 없었으며 생명보험분야에서 계약내용 등록 제도를 실시하고 있었다. 그러던 중 1970년대에 보험금 사취를 위

한 자해사건이 빈발하자 생명보험협회는 1980년부터 정보교환제도를 도입하였고 1983년에 정보교환제도가 개인의 사생활을 침해할 수 있음이 지적되자 이를 계약내용등록제도로 변경 시행하고 있다.⁶⁵⁾ 이에 따르면 보험회사는 보험계약자에게 등록제도의 목적, 정보에 대한 비밀유지, 계약사정시 참고자료로 활용되는 등의 사정을 알리고 보험계약시 계약내용등록에 대한 사전동의를 받도록 하였다.⁶⁶⁾ 반면에 손해보험분야에서는 정보자료의 상호조회 및 과학적 관리를 위하여 1988년 12월부터 '자동차보험 사고정보교환시스템' 및 1990년 12월 장기보험 및 상해보험에 대한 '인보험 사고정보교환시스템'을 보험회사간 온라인 전산망으로 구축하여 자동차보험과 상해보험에 대한 중복계약, 사고경력, 부정청구 등 보험사기정보를 데이터베이스에 집적·운용하고 있다.⁶⁷⁾

나. 보험범죄의 규제와 현황

먼저 보험업의 현황을 살펴보면, 일본의 생명보험협회에 가입한 생명보험회사는 현재 42개사이며 생명보험분야의 2001년도 총자산 규모는 2000년도에 비해 3.8%가 감소한 184,370,910만 엔에 달하고 있다. 그리고 생명보험분야의 2001년도 보험료 수입은 2002년도에 비해 2.8%가 감소한 26,185,887만엔이며, 지급된 보험료는 2000년도에 비해 11.1%가 감소한 7,611,704만엔에 그치고 있다. 한 편 일본 손해보험협회에 가입한 회사는 현재 26개사이다. 손해보험의 사업실적을 보면 2001년도 총 계약건수가 175,061,043건으로 보험료 수입은 6,927,189,476만엔에 이르고 있다. 이는 2000년에 비해 총계약 건수는 2.9%가, 보험료 수입은 0.4%가 감소한 수치

65) 최인섭 외, 금융범죄, 607-609면; 탁희성, 보험범죄의 연구, 96면.

66) 정요섭, 일본의 생보언더라이팅 현황과 시사점, 생명보험협회, 1996/11, 38면.

67) 권홍구, 보험사기 적발 및 방지대책의 개선방안 연구, 성균관대학교 경영대학원, 2001년 4월, 75면; 최인섭 외, 금융범죄, 611면.

이다. 그에 비해 자동차보험 분야에서는 보험료 수입은 3,676,513만엔으로 전년도에 비해 0.7% 정도 증가한 것으로 드러났다. 자동차보험에서의 보험금 지급 규모는 2001년도에 2,114,951백만엔 정도에 이르고 있다.⁶⁸⁾

V. 보험범죄의 대응방안

1. 보험업계와 관련 기관의 의 예방·방지대책

가. 보험 가입자에 대한 사전 조사의 강화

보험계약자가 보험가입을 원할 경우 보험회사는 가입자의 직업과 소득, 건강상태와 타 보험가입 여부 등을 적극적으로 조사해야 한다. 현재는 보험계약을 할 때에 형식적으로 심사기준을 심사하며 단순히 계약 체결 여부에만 관심을 두는 경우가 많다. 따라서 언제든지 보험범죄가 발생할 가능성이 높다고 하겠다. 실제로 보험범죄의 대부분은 보험 범죄자가 직접 다수의 보험회사를 찾아다니며 별 어려움 없이 고액의 보험계약을 중복으로 체결하는 것으로 나타났다.⁶⁹⁾ 따라서 보험계약시 보험 가입자에 대한 조사를 강화하고 중복보험에 따른 보장한도를 설정한다면 보험범죄를 사전에 예방하는 효과를 기대할 수 있다.

나. 보험사기 조사팀의 활성화 및 보험 전문가 양성

보험사기조사팀을 운영하고 있는 국내 몇몇 손해보험사들은 대체적으로

68) 최인섭 외, 금융범죄, 606면.

69) 박윤일, 보험범죄 방지를 위한 몇 가지 제언, 수사연구, 1999/5, 135면.

1-2명의 전직 경찰이 주축이 되어 조사실무를 맡고 이를 관리하는 소수의 직원으로 운영되고 있다. 따라서 보험사기조사팀이 보다 능동적으로 그 기능을 수행하기가 곤란하다. 따라서 현재 위장사고 등을 중심으로 조사활동을 벌이고 있는 보험사기조사팀의 기능을 보다 강화하기 위해 인력, 시설 및 장비 보강 등 인적 물적 지원이 필요하다.⁷⁰⁾

한편 모든 보험회사가 자체적으로 직접 SIU를 설치하여 운영할 필요는 없다. 대형 보험회사들은 자체적으로 회사 내 사기조사팀에 인력 및 재정적 지원을 보다 강화하는 것이 바람직하지만, 중·소형회사의 경우 이러한 기능을 외부 전문 조사기관 혹은 이미 설치되어 있는 타 보험사의 사기조사팀에 아웃소싱하는 방법도 고려할 수 있다.⁷¹⁾ 물론 조사의 효율성을 위해 관련 사건에 해당하는 보험사들의 사기조사팀간 업무협조 및 공조조사가 이루어지는 것도 바람직하다. 필요하다면 공동의 법률자문, 손해사정인, 공동수사의뢰 등 사기조사팀간의 공조체제의 활용을 검토할 필요가 있다.

그러나 보다 근본적으로 보험범죄를 예방할 것으로 기대되는 방안은 보험모집인-보험설계사-에 대한 전문적인 교육을 강화하는 것이다. 보험모집인들은 보험계약자들을 직접 접촉하기 때문에 그들에 대한 정확한 정보를 수집하여 위험선택업무를 할 수 있기 때문이다.⁷²⁾ 따라서 이들을 보험전문가로 키우기 위한 교육프로그램이 내실있게 마련되어야 한다.

다. 통합된 데이터베이스 체계의 구축과 운영

보험범죄에 적극적으로 대응하기 위해서는 필요한 정보(예컨대 다수계약 조회시스템, 보험사고 피해자 조회시스템 등)를 상호 공유하는 체도를

70) 안철경, SIU를 통한 손해보험사의 보험사기방지책과 효과분석, 보험연구소, 17면; 정재욱, 앞의 논문, 6면 이하 참조.

71) 안철경, 앞의 논문, 18면.

72) 탁희성, 보험범죄, 132면.

확대 시행하여야 한다. 각 보험회사의 정보자료를 공유하지 않는 경우에는 조사의 신속성과 효율성이 떨어지게 되고 각 개별회사는 전산시스템의 운용에 따른 막대한 재정적 지출도 감당해야 된다. 이러한 작업은 보험회사의 영업을 위축시키지 않으면서 집적된 정보를 효율적으로 활용하여 보험계약자를 보호하는 동시에 개인의 신용정보를 남용하여 개인의 사생활이 침해되지 않도록 주의해야 한다. 2000년 2월 29일 금융정보화추진보험소위원회는 DB의 운영기관을, 보험감독기관 및 보험업계의 협의를 거쳐, 보험개발원으로 결정하였다.

그러나 현재 보험사고자료에는 과거 모든 자료들이 집적되어 있는 것은 아니며 실시간 사고정보조회시스템(CPS)의 가동(2001년 6월 1일부터 운용)을 기준으로 하여 과거 3년까지의 자료밖에 집적되지 않아 정보조회 효과의 충분을 기대할 수는 없다. 아울러 이 데이터베이스에는 보험사기적 발사건에 대한 정보도 집적되어 있어야 하지만 보험회사는 이를 공개하거나 유출하는 경우, 회사의 영업정책과 회사 이미지에 부정적인 영향을 줄 것이라는 생각에서 자료공개 및 유출을 꺼리고 있다. 이러한 점은 보험사기와 관련된 실증적 조사·연구에 제약이 되기도 하고 보험범죄 관련 통계를 체계적으로 집적하지 못하는 결과를 가져오기도 한다.

보험범죄 정보의 집적기관으로서 보험개발원은 효율적이고 실질적인 보험사기대책을 위하여 계약정보 및 사고정보, 보험사기 정보 등 모든 보험정보를 보험회사와 보험개발원이 직접 송·수신하는 체계로 전환하여 모든 보험정보를 집중시키는 보험정보집중시스템(Insurance Information Pooling System, IIPS)을 구축할 필요도 있다.⁷³⁾⁷⁴⁾

73) 권홍구, 앞의 논문, 98면; 안철경, 앞의 논문, 13면; 조해균, 한국 금융기관의 Fraud 손실 및 대책, 14면; 최인섭 외, 금융범죄, 770-772면.

74) 데이터베이스의 내용으로는 기본적으로 계약자 정보, 사고 정보, 보험금 청구 등이 있다(이중환, 앞의 논문, 79면).

라. 보험사기지표 및 보험사기인지자동시스템의 개발

보험정보의 데이터베이스의 집적기관으로 선정된 보험개발원은 수집가능한 모든 보험사고 및 사기에 관한 자료를 사고 유형별로 분류·전산입력하고 이를 범죄자의 특성, 범죄수단 및 방법을 분석, 조사하는 방법으로 공통점을 찾아서 보험사기지표(Fraud Index)로 개발될 수 있게 하여야 한다. 이러한 보험사기지표를 개별 보험회사가 위험선별과정과 손해사정과정에서 활용할 수 있다면 보험사기에 대한 효과적인 사전 예방대책이 될 수 있을 것이다.⁷⁵⁾ 단지 보험사기지표에서는 사기성 클레임에 대한 명확한 특성이 결여되어 있는 경우도 많아 고객관리, 계약자 서비스 측면에서 문제점이 발생될 수 있으므로 고도의 훈련된 조사자를 필요로 한다. 아울러 이 보험사기지표는 보험사기를 인지·적발할 수 있는 보험사기인지자동화 시스템을 구축하는 기초 자료로 활용될 수 있다. 보험사기인지자동화 시스템(Automated Fraud Recognition System, AFRS)은 보험사기 및 범죄혐의자의 사기 유형 및 형태를 정형화·표준화한 사기지표를 통계적으로 분석하여 계량화한 사전예방시스템이다.⁷⁶⁾

마. 공동협의체 구성

보험사기와 관련하여 보험회사나 감독당국 그리고 법 집행 당국간에 원활한 업무협조가 이루어지지 않는 것이 현실이다. 그러나 이들 기관간에 공동의 협의체를 구성하여 보험범죄방지대책을 협의하고 서로의 긴밀한 업무협조체제를 구축하는 것이 필요하다.⁷⁷⁾ 특히 보험사기 사건에 대해

75) 김성태, 앞의 논문 21면; 조해균, 앞의 논문, 14면; 조혜원, 테마진단, 보험동향, 2002년 봄호, 49면.

76) 이종환, 앞의 논문, 78, 87면; 탁희성, 보험범죄, 138-140면; 최인섭 외, 금융범죄, 773면.

77) 안철경, 앞의 논문, 19면.

증거를 수집하여 수사하는 단계에 접어들면 보험사로서는 필수적으로 검찰 및 경찰과의 협조가 필요하게 된다. 아직까지는 보험사 및 검·경간에 협의체가 결성되어 있지 않으며 필요한 경우 부정기적인 업무협조를 하고 있는 정도이다. 그러나 보험사기가 보험회사만의 문제는 아니며 사회적으로 파급효과가 큰 범죄임을 감안할 때, 수사기관의 적극적인 협조가 필요하다.⁷⁸⁾ 또한 경찰이나 검찰은 보험범죄 수사 인력을 강화하고 보험사기 전담팀을 구성하여 보험사기 혐의자들에 대한 수사를 확대하여야 한다.⁷⁹⁾

바. 교육 및 대국민 홍보활동의 강화

범죄를 효과적으로 예방하기 위해서는 해당 범죄의 피해나 그 파급효과에 대해 대국민 홍보를 강화할 필요가 있다. 보험범죄가 보험회사 이외에는 직접적인 피해를 느끼지 않기 때문에 보험범죄에 대한 관심이나 인식 정도가 낮다. 따라서 보험범죄가 피해자 없는 범죄라고 느끼는 인식을 전환시키기 위해 언론매체 등을 통한 홍보활동이 강화되어야 한다.

아울러 보험사기조사팀은 회사 내 보상직원을 대상으로 보험사기 적발 및 방지에 대한 지속적인 교육을 실시하여야 할 것이다.⁸⁰⁾

2. 정부의 제도적 방지대책

가. 보험사기조사권의 부여

보험범죄는 보험금 사취를 목적으로 살인, 방화, 자살이나 고의의 사고 유발행위 등이 빈번하게 발생하므로 이러한 범죄에 대해 국가가 적극적인

78) 최인섭 외, 금융범죄, 782면.

79) 조해균/양해승, 앞의 논문, 185면.

80) 김성태, 앞의 논문, 17면. 최인섭 외, 금융범죄, 781면.

로 대처할 필요가 있다. 이를 위해서는 보험범죄만을 전담하는 검찰이나 경찰의 수사인력을 충분히 확보하고 전문적인 수사기법도 교육할 필요가 있지만, 여의치 않은 경우에 보험협회 또는 보험개발원의 조사담당 직원에게 일정한 영역에서 조사권을 부여하는 방법도 고려할 수 있다고 한다.⁸¹⁾

현행 보험업법 제182조 제1항에서는 ‘금융감독원장은 이 법 및 이 법에 의한 명령 또는 지시에 위반된 사실이 있거나 공익 또는 건전한 보험거래 질서의 확립을 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 보험사업자·보험계약자 기타 관계자에 대한 조사를 할 수 있다’고 규정하고 있다. 그러나 보험사기와 관련한 내용이 구체적으로 명시되지 않고 보험범죄 조사자의 조사권에 대한 법적 근거가 명확하지 않아 논란의 소지가 있다. 그러므로 금융감독원장은 보험사기가 발생하였거나 혐의가 있는 경우에 보험업 종사자 및 보험계약자·피보험자·보험수익자 기타 이해관계자에 대한 조사를 할 수 있도록 명시적으로 규정할 필요가 있다.⁸²⁾ 나아가 이 조사를 위하여 필요한 경우에는 금융감독원장에게 보험사기조사자를 임명할 수 있도록 권한을 부여하여 보험사기조사권의 법적 근거를 마련하고 보험사기조사의 대상범위를 명확하게 할 필요가 있다.

나. 보험범죄 전담기구 설립

최근 금융감독원 조직개편에서는 보험사기 적발 및 방지를 위한 전담조직으로 보험검사국내의 보험조사팀을 보험조사실로 확대하여 그 기능을 강화하였다. 그러나 보험사기의 적발 및 방지의 중요성이 점차 증대되고 있는 현 실정에서는 금융감독원내에 보험사기 대책 전담 부서를 설치할 필요가 있다. 보험범죄 대책 전담부서가 보험사기의 적발 및 방지대책의

81) 이종환, 앞의 논문, 88면.

82) 조해균/양해승, 앞의 논문, 184면.

수립, 보험사기 담당 조직의 업무 분담과 협조관계의 조정, 보험사기방지 대책 추진에 대한 감독 및 평가업무 수행 등을 주요업무로 추진할 수 있어야 할 것이다.⁸³⁾

한편 금융감독원의 보험범죄대책 전담부서의 설치 및 보험범죄 조사권 부여와 연계하여 수사기관 내부에 보험범죄전담 부서를 설치하는 방법을 생각할 수 있다. 최근 서울지검 형사9부가 '금융조사부'로 이름을 바꿔 금융범죄를 담당하게 된다는 보도가 있었다.⁸⁴⁾ 금융조사부는 지난 1월에 설치된 금융증권범죄분석실을 통해 축적한 수사 노하우를 활용, 금융·경제 사범들에 대한 인지수사에 수사력을 집중할 계획이라고 한다. 그러나 금융범죄 내에서도 보험범죄만을 담당하는 전문 수사인력이 필요하다고 하겠다. 현재 보험사기에 대한 수사는 일선 검사 차원에서 담당하고 있어 보험사기가 발생한 경우에는 보험사기가 무엇인지에 대한 검토부터 해야 하고 보험범죄에 대한 자료도 제각기 관리해 보험사기를 비롯한 보험범죄의 수법 등에 대한 자료나 정보 수집이 비효율적이다.

3. 입법론적 방지대책

가. 보험 계약 관련 규정의 개선

1) 손해보험 초과 및 중복 계약의 제한

상법은 손해보험의 경우에 제669조에서 보험금액이 보험계약의 목적의 가액을 현저하게 초과하는 경우 보험자 또는 보험계약자가 보험료와 보험금액의 감액을 청구할 수 있게 규정하고 있다. 이 경우에 계약이 보험계약

83) 최인섭 외, 금융범죄, 769면.

84) 법률신문(2003년 4월 14일자), 5면.

자의 사기로 인하여 체결된 때에는 무효로 하고, 보험자에게는 그 사실을 안 때까지의 보험료를 청구할 수 있게 하여 보험계약자의 보험사기 여지를 배제하고 있다(제699조 4항). 또한 상법은 제672조에서 동일한 보험목적과 동일한 보험사고에 대한 중복계약을 제한하고 있다. 나아가 중복초과보험이 계약자의 사기로 인하여 체결된 때에는 이를 초과보험의 경우와 마찬가지로 무효화하고, 보험자에게는 그 사실을 안 때까지의 보험료를 청구할 수 있게 하여 보험계약자의 보험사기 여지를 배제하고 있다(제672조 3항). 다만 이러한 규정은 보험사기를 방지하는 데에 중요한 의미를 가지므로 손해보험에 대해서만 규정되어 있는 이 규정을 전체보험에까지 확대할 필요가 있었다. 따라서 1991년 개정 상법은 수 개의 책임보험에도 중복보험규정(제672, 673조)을 준용하도록 하는 규정(제725조의 2)을 신설하였다.

그러나 중복계약을 제한하는 규정을 모든 보험분야에 적용한다 하더라도 이를 보험 분야별로 구분하여 적용한다면 사실상 중복계약 제한의 의미는 반감될 수 있다. 그러므로 궁극적으로 보험에 중복계약제한규정을 두고자 한다면 금융산업이 전산화되고 통신기술이 고도로 발달한 상황 하에서는 모든 보험분야에 걸쳐 동일한 목적물에 대한 보험금 총액을 정하고 그것을 초과하는 보험에 대해서는 가입 자체가 불가능하도록 하는 방안을 고려해 볼 수 있겠다.⁸⁵⁾

2) 자살면책기간에 관한 조항의 재검토

보험실무에서는 일정 기간이 경과하면 피보험자의 자살이라고 하더라도 보험금을 지불하는 제한적 면책조항을 두고 있다.⁸⁶⁾ 그 이유는 보험을 체결하고 나서 일정기간이 경과한 후의 자살에 대해서는 보험금을 지급하도

85) 탁희성, 보험범죄, 120-122면; 최인섭 외, 금융범죄, 754, 755면.

86) 우리나라의 생명보험 약관의 자살면책기간은 2년으로 되어 있다(이홍무/이미영, 보험과 범죄, 278면).

록 함으로써 생명보험계약에 대한 신뢰를 확보하는 한편, 피보험자가 자살을 전제로 보험에 가입한 후 단기간에 이를 실행하여 수취인에게 보험금을 취득시키려고 하는 사기적 행위를 방지하고자 하는 목적이 있기 때문이다.

그러나 고의적인 자살에 대해 보험금을 지불하는 것은 우연한 사고를 기초로 하여 위험분담을 하는 선의의 계약자에게 결국 손해를 가져오게 된다. 따라서 보험금을 목적으로 자살하는 행위는 사회질서에 반하는 행위이므로 비록 면책기간이 경과했다고 하더라도 고의적인 자살행위에 대해서는 보험금 지불이 거부되어야 한다.

나. 민사제재금(civil penalty)의 도입

보험범죄에 대해서는 형사처벌과 함께 민사상의 제재도 가능하다. 즉 이미 지급된 보험금이 있는 경우에는 이를 몰수하는 것 외에 불법행위로 인한 손해배상책임을 물을 수 있으며 보험료의 환불을 불가능하도록 규정하고 있다. 그러나 이 이외에도 민사제재금(civil penalty) 제도의 도입을 고려해 볼 수 있다. 이는 미국에서 시행되고 있는 제도로 벌금형을 포함한 형사책임과는 별도로 민사제재금을 불법행위자에게 부과하고 있다. 민사제재금은 벌금의 규모가 부당이득에 비해 매우 작다는 점을 생각하면 그 도입의 필요성을 인정할 수 있다. 물론 보험사기 등의 보험범죄가 발각되면 보험회사는 보험금을 환수하게 된다. 그러나 보험범죄에 대한 민사적인 제재가 단순히 이익의 반환에 그친다면 행위자는 보험사기 등이 적발되는 경우 얻은 이익을 반환하는 것에 그치므로 형사제재를 제외하고는 실제적으로 행위자가 재산상 손해를 보지 않는다. 이는 행위자를 다시금 보험범죄로 유인하는 동기가 될 수 있다. 따라서 형사제재 이외에 이익금의 3배 정도의 범위 내에서 민사제재금을 부과한다면 범죄에 대한 유인을

억지하는 효과를 가져 올 것으로 본다. 미국에서 민사제재금 제도는 주로 증권범죄에 사용되며 민사제재금의 금액은 증권범죄행위에 의해 얻은 이익 또는 회피한 손해액의 3배를 초과하지 않는 범위 내에서 법원이 정한다. 민사제재금은 보통 행위자가 반환해야 하는 반환이익에 추가하여 청구, 징수되며 제재금은 국고에 수납된다.⁸⁷⁾ 이러한 민사제재금 제도를 보험범죄에 대응하는 방안 중 하나로 고려해 볼 수 있겠다.

다. 형법상 보험범죄의 신설 ?

보험사기를 비롯한 보험범죄는 단순히 보험금을 사취하는 것에 그치는 것이 아니라 다수의 보험가입자에게 경제적 피해를 주게 되고 사회의 건전한 경제질서도 파괴하므로 이른바 미국처럼 보험사기방지법이나 독일의 경우처럼 형법에서 사기죄와는 별도로 보험사기나 보험남용을 규정하는 방법도 고려해 볼 수 있다. 이에 대해 보험학계는 이른바 보험사기방지법을 제정하는 방안과 그 처벌을 강화하는 것을 선호하는 것으로 보인다.⁸⁸⁾ 그것은 보험사기법을 제정하는 경우 보험사기행위의 정의 및 범위, 보험사기조사국의 신설, 보험사기행위의 처벌 규정과 보험사업자에 대한 규정등을 체계적으로 규율할 수 있기 때문이다. 아울러 보험사기조사국이 법적 근거를 가지고 사기 혐의자들을 조사할 수 있는 조사권을 갖는 것도 필요하기 때문이다.⁸⁹⁾ 그러나 형법학자나 연구자들은 형법이나 보험 관련 법규에 보험범죄에 관한 처벌조항을 신설하는 후자의 방안을 선호한다.⁹⁰⁾ 그것은 형사분야의 특별법이 지나치게 많아 기본 형법을 사문화시키고, 형가중의 특별법을 양산함으로써 다른 범죄의 법정형과 균형이 맞지 않는

87) 최인섭 외, 금융범죄, 132면.

88) 대표적으로 조해균/양해승, 앞의 논문 184면.

89) 안철경/박일용, 앞의 논문, 127면 이하.

90) 이병희, 보험범죄론, 198면; 탁희성, 보험범죄에 관한 연구, 145면 이하.

과잉처벌의 결과를 가져올 수 있기 때문이다.

먼저 보험범죄가 사기 이외에 다른 범죄-가령 살인이나 방화 등-를 수단으로 발생하는 경우에는 타 범죄는 형법의 관련 규정을 통해 처벌할 수 있으므로 별도의 규정을 마련할 필요가 없다고 하겠다. 보험금을 목적으로 한 살인 등의 경우는 통상의 형보다 가중 처벌해야 한다고 주장할 수도 있으나 살인죄는 법정형이 사형, 무기 5년 이상이므로 필요한 경우 사형까지 부과할 수 있으므로 보험목적의 살인 등을 별도로 규정하는 것은 불필요하다고 하겠다.

다음으로 사기죄와 별도로 보험사기를 규정할 필요성이 있는가 하는 점에 대해서는, 독일의 보험남용죄는 앞서 살펴본 바와 같이 사기행위로 인한 재산취득이 있기 이전의 단계, 즉 보험금을 타기 위해 보험 대상의 물건을 훼손하는 등의 행위를 처벌하는 것이다. 이러한 행위는 보험회사의 다른 보험 가입자의 재산을 침해할 수 있는 위험이 크기 때문에 형법의 손괴죄 등의 범죄와는 별도로 규정할 필요성-當罰性-이 있다고 하겠다.⁹¹⁾ 그러나 이러한 보험범죄 규정을 마련하는 경우는 그 구성요건이 명확해야 한다. 즉 보험범죄의 용어와 이에 포함되는 불법행위의 범위를 명백히 하고 보험범죄의 유형을 세분화하여 그 경중에 따라 형사법적 제재에 차등을 두는 것이 바람직하고 혹 형법의 타 범죄와 일부 중복되는 경우에는 기존 범죄의 법정형과 균형을 잃지 않는 범위 내에서 형을 가중·감경하여야 한다.

VI. 결 론

과거 보험회사들은 보험사기나 보험범죄로 인한 손실은 이미 보험료에 반영되어 있기 때문에 어느 정도의 손실은 보험회사의 이미지를 제고하기

91) 이병희, 보험사기범죄, 119면.

위해 수인할 수밖에 없다는 안이한 사고에서 보험사고 내지 보험범죄를 방지하는데 철저한 노력을 기울이지 않았다. 그러나 최근 들어 보험범죄의 발생이 급증하게 되어 회사의 재정적 손실이 커지고 경영수지가 악화되었다. 그리고 시장개방 및 가격 자유화의 영향으로 업계간의 경쟁이 치열할 뿐만 아니라 시장에서의 경쟁적 우위를 확보하기 위해 노력하여야 하는 등 국내 보험업계의 환경이 크게 변화되었다. 그러므로 보험업계는 이미 발생된 보험범죄에 대해 묵인하거나 단순히 보험금의 지급을 거부하는 소극적인 자세에서 탈피하여 보험사기의 의심이 있는 보험금 청구 사안에 대해 철저하고도 합리적인 조사와 필요한 경우 수사기관과의 유기적인 공조체제를 구축하여 보험사기의 방지를 위해 보다 능동적으로 대처하여야 한다. 이러한 관점에서 볼 때 최근에 보험업계에서 보상부서 내에 보험사기를 조사하는 전담부서를 신설하는 등 보험사기 방지를 위한 업계 자체의 노력은 적절한 것으로 평가된다. 그러나 이러한 업계의 노력이 결실을 맺기 위해서는 보험감독당국도 보험범죄의 심각성을 인식하고 적극적으로 보험회사나 협회의 방지노력을 행정적으로 지원하고 방지 대책을 보다 조직적이고 체계화할 수 있도록 지도하여야 할 것이다.

Jetzige Lage des Versicherungsverbrechens in Korea und ihre Bekämpfung

Ahn, Kyong-Ok*

Unter dem Versicherungsverbrechen versteht man alle Versicherungsmissbräuche gegen Versicherungsunternehmen, um sich oder einem Dritten Leistungen aus der Versicherung zu verschaffen. Davon kommen betrügerische Handlungen am häufigsten vor. Wer sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil verschafft, der ist bestraft als Versicherungsbetrüger. Wenn er bezüglich der Versicherungsfälle durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält,

Versicherungsunternehmen bemühen sich erfolglos für die Bekämpfung aller betrügerischer Versicherungskriminalität. Wichtige Gründe dafür sind folgendes ; erstens erfüllen Versicherungsunternehmen Vertragsaufgaben, zum Beispiel Prüfung der Eigenschaft eines Versicherten, nicht sorgfältig. Zweitens arbeiten Versicherungsunternehmen wenig mit der Polizei oder Staatsanwaltschaft zusammen, obwohl sie Verdächtigen eines Versicherungsverbrechens entdecken. Drittens führt jedes Versicherungsunternehmen eigene Informations- oder Untersuchungsprogramm durch, demzufolge tauscht wichtige Information nicht aus und gibt die Kosten dafür doppelt aus. Letztens sind Bekämpfungen gegen Versicherungsmissbräuche keine Vorbeugung

* Professor, College of Law Kyunghee University, Dr. jur.

im Vertragsabschlüsse.

Was effektive Lösungen der oben genannten Problemen angeht, sollen Versicherungsunternehmen betrugsverdächtigen Versicherungsfällen aktiv entgegenwirken, und auch arbeiten eng mit der Polizei oder Staatsanwaltschaft zusammen. Schließlich soll Versicherungsaufsichtsamt sehr bedrohliche Situation dieses Verbrechens anerkennen, Bemühungen der Versicherungsunternehmen verwaltungsmäßig unterstützen. Es ist zweifelhaft, ob eine neue Regelung im Zusammenhang mit diesen Tathandlungen erforderlich ist, denn diese Tathandlungen mit dem jetzigen Betrugstatbestand bestraft werden kann.

은행·비은행권 금융사고의 현황 및 대책

김 원

형사정책연구 제14권 제2호(통권 제54호, 2003·여름호)

한국형사정책연구원

은행·비은행권 금융사고의 현황과 대책

김 원*

I. 금융사고 현황

1. 발생규모

□ 1999년 이후 2002년까지 은행 및 비은행권의 금융사고는 연평균 253건, 금액으로는 2,344억원이 발생

은행·비은행의 금융사고 현황

(단위 : 건, 억원)

구 분		1999	2000	2001	2002	연평균
은행	건 수	149	210	251	229	210
	금 액	437	2,026	1,553	2,564	1,645
비은행	건 수	22	54	42	54	43
	금 액	240	1,909	369	278	699
합 계	건 수	171	264	293	283	253
	금 액	677	3,935	1,922	2,842	2,344

○ 연도별로는 2000년 중 264건, 3,935억원의 사고가 발생한 이후 점차 감소추세

* 금융감독원 검사총괄국 감사지원팀장

- 2000년 중에 사고금액이 특히 많았던 이유는 본격적인 금융구조조정 과정에서 대구 남부신협(565억원), 장항금고 주식부당투자(140억원) 경기코미트 금고 배임사고(110억원) 등 비은행권의 거액 사고가 많았기 때문
- 아울러, 2002년 중 사고건수 및 사고금액이 283건, 2,842억원으로 2001년에 비해 건수는 줄어든 반면 금액이 증가한 것은 1995년 8월부터 2002년 8월까지 7년간에 걸쳐 누적되어 온 (주)쌍용 관련 무역금융부당 수혜사고(7개 은행 1,379억원)발생에 기인

2. 사고유형별 현황

은행·비은행의 금융사고 유형별 현황 (단위: 건, 억원)

구 분		1999	2000	2001	2002	연평균	구성비
횡령·유용	건수	115	180	188	148	158	62.4
	금액	479	2,111	1,336	1,021	1,237	52.8
금품수수 등	건수	30	41	47	53	43	16.9
	금액	103	343	166	301	228	9.7
금융실명제위반	건수	6	11	19	23	15	5.9
	금액	51	10	12	29	26	1.1
도난·피탈	건수	3	8	13	19	11	4.3
	금액	6	35	69	7	29	1.2
기 타	건수	17	24	26	40	27	10.6
	금액	38	1,436	339	1,484	824	35.2
합 계	건수	171	264	293	283	253	100.0
	금액	677	3,935	1,922	2,842	2,344	100.0

□ 횡령 및 유용 사고가 연평균 158건, 1,237억원으로 전체 건수의 62%,

금액의 52%를 차지

○ 연도별로는 2000년(2,111억원)을 고비로 감소 추세

□ 금품수수, 사적금전대차 등 금융부조리성 사고는 평균 43건, 228억원으로 전체건수의 17%, 금액의 10%를 차지

○ 연도별로는 오히려 다소 증가하는 추세

□ 이밖에, 현금지급기 피탈이나 무장 강도에 의한 현금 피탈사고도 연평균 11건으로 계속 증가하는 추세

3. 예상손실규모

□ 한편, 사고발생 이후 사고금에 대한 미회수금액 비율인 손실률은 연도별로 크게 감소

○ 은행권 : 1999년 34.3%에서 2002년 16.2%로 감소

○ 비은행권 : 1999년 83.3%에서 2002년 33.1%로 감소

은행·비은행의 예상손실규모

(단위: 건, 억원)

구 분		1999	2000	2001	2002
은행	사고금액	437	2,026	1,553	2,564
	예상손실금액	150	1,141	598	415
	손실률(%)	34.3	56.3	38.5	16.2
비은행	사고금액	240	1,909	369	278
	예상손실금액	200	1,446	212	92
	손실률(%)	83.3	75.8	57.5	33.1
합계	사고금액	677	3,935	1,922	2,842
	예상손실금액	350	2,587	810	507
	손실률(%)	51.7	65.7	42.1	17.8

II. 은행 및 비은행권 금융사고의 주요특징

1. 내부인에 의한 금융사고가 주류

- 1999년 이후 2002년까지 발생한 금융 사고를 보면 약 90% 정도가 내부직원과 관련한 사고
 - 건수 면에서는 1999년 97.7%에서 2002년 중 86.4%로 11.3%p 감소하였으나
 - 금액 면에서는 98.0% 수준을 유지

⇒ 금융회사 내부의 자체 통제시스템이 잘못되었거나 통제가 제대로 이루어지고 있지 않음을 시사

(단위: 건, 억원)

구분	건수				금액			
	1999	2000	2001	2002	1999	2000	2001	2002
내부인에 의한 사고 (구성비)	167 (97.7)	253 (95.8)	269 (91.8)	246 (86.9)	666 (98.4)	3,896 (99.0)	1,752 (91.2)	2,784 (98.0)
외부인에 의한 사고 (구성비)	4 (2.3)	11 (4.2)	24 (8.2)	37 (13.1)	11 (1.6)	39 (1.0)	170 (8.8)	58 (2.0)
합계	171 (100.0)	264 (100.0)	293 (100.0)	283 (100.0)	677 (100.0)	3,935 (100.0)	1,922 (100.0)	2,842 (100.0)

2. 사고 적발에 장시간 소요

- 2000년 이후 2002년까지 3년간에 걸쳐 적발된 768건의 내부직원 관련사고 중, 359건(46.7%)이 사고발생일로부터 1년 이상이 경과된 시점에서 발견

○ 6개월 이상 1년의 시간이 소요된 경우도 145건으로 전체의 18.9%

⇒ 내부직원에 의한 금융사고의 경우 사고자들이 금융에 관한 전문지식을 바탕으로 전산조작 등을 통하여 지능적이고 치밀하게 사고를 은폐하고 있기 때문

(단위 : 건)

구 분	2000	2001	2002
1년 이상	116	125	118
1년~6월 이상	41	51	53
6월~3월 이상	25	48	18
3월 이하	71	45	57
합 계	253	269	246

3. 사고금액의 거액화 경향

- 금융사고 건당 금액규모는 99년의 4.0억원 수준에서 2000년에는 14.9억원 수준으로 증가하였고, 2002년 중에도 약 10억원 수준으로 집계
- 금융업무가 대부분 전산으로 처리됨에 따라 간단한 전산 조작만으로 대형의 금융사고를 유발할 수 있게 되었기 때문

(단위: 건, 억원)

구 분	1999	2000	2001	2002
건 수	171	264	293	283
금 액	677	3,935	1,922	2,842
평균사고금액	4.0	14.9	6.6	10.0
사고금액 10억원 이상 사고건수	16	52	45	38

4. 영업점 현금피탈 등 강력범죄와 함께 신종지능형 범죄의 등장

□ 2002년 들어 증시침체에 따른 주식투자 실패와 신용카드 연체증가 등으로 금융범죄 유인증가

- 2002년 중 관련 사고내역을 보면 현금지급기 피탈사고가 6건으로 크게 증가하였고, 현송중 피탈사고도 5건이 발생

⇒ 사무자동화기기의 설치가 지속적으로 확대된 데다 모방적 성격의 범죄가 단기간에 연쇄적으로 집중 발생한데 기인

구 분	2000	2001	2002
현금지급기 피탈	1건, 1.5억원	1건, 0.5억원	6건, 1.7억원
영업점내 현금피탈	2건, 0.3억원	6건, 3.6억원	6건, 0.5억원
현송중 피탈	4건, 13억원	6건, 65억원	5건, 4.5억원

□ 또한, 전자금융거래의 증가와 함께 최근 들어 현금카드 위조·복제, 폰뱅킹에 의한 현금인출·이체 등 신종 지능형 금융범죄가 새롭게 등장

- 현금카드 위조·복제 : 2002년중 4건(은행 3건, 비은행 1건)
- 폰뱅킹 사고 : 2003년 1~3월중 1건(은행)

⇒ 위조신분증에 의한 신용카드 또는 보안카드 부당발급 등 신종지능형 범죄에 대한 대책이 시급함을 시사

Ⅲ. 금융사고의 발생원인

1. 부실한 내부통제

- 수익성 위주 경영으로 내부통제에 대한 관심도 저하
 - 금융산업 구조조정과정에서 각 금융회사가 생존을 위한 외형규모와 수익성 위주의 성장전략에 치중하여
 - 금융사고 예방을 위한 노력이나 투자를 손실 방지를 통한 「수익」의 개념으로 인식하지 않고 비수익성 「지출」로 잘못 인식하는 경향
 - 사업부제 도입, 각종 캠페인성 업적신장 강조기간 운용 등으로 영업점 직원들의 내부통제 마인드 저하
- 영업점의 내부통제절차 이행여건 악화
 - 인력감축으로 영업점의 1인당 업무부담 가중
 - 자점감사기능에 대한 인식부족으로 초임 직원 등 부적격 직원을 자점감사자로 배치하거나 자점감사자가 타업무를 겸무하는 사례
 - 특히 영업점의 차장급 중간관리자 감축과 영업점장 세대교체 등으로 업무수행과정에서의 Check and Balance 기능 취약

<내부통제 소홀>

- ○○은행 차장급 직원이 **주식투자손실을 만회**하기 위해 거래처 명의 예금을 담보로 대출 11건, 75억원을 취급하여 횡령하고,
고객예금 3건, 2억원을 중도 해지하여 횡령(예금주 1인의 대출신청 과정에서 발견)
- ⇒ 예금 및 대출취급이 전담자에 의해 단독으로 처리됨으로써 상호견제기능이 무시된 데다, 예금담보대출이 반복 취급되었음에도 상시감시데스크에서 포착 실패

□ 내부통제 자체의 결함

- 금융회사 직원들의 내부통제절차 미준수 뿐 아니라 통제장치 자체의 결함도 사고의 원인으로 작용

<내부통제 시스템 미비>

- ○○은행 계약직 직원이 **전산단말기를 조작**, 거액의 예금을 허위 입금한 뒤 몰래 빼돌리는 수법으로 **18억원 횡령**
- ⇒ 책임자 데스크에서 작동되어야 할 **패스카드**(전산망에 접속하는 권한이 부여된 카드)가 실무자 데스크에서도 작동될 수 있도록 시스템 구성

2. 금융회사 임직원들의 도덕적 해이

□ 구조조정으로 인한 직장에 대한 충성도 감퇴

- 신분 불안, 업무부담 증가 등으로 정상적이고 안정적인 업무수행 분위기가 이완
- 평생직장 인식이 퇴조하고, 조직의 불안정성 증가 등으로 조직에 대한 충성도(loyalty) 저하

□ 주식투자 일반화로 금융회사 직원들의 사고유혹 증대

- 주식투자 인구가 급증하면서 금융회사 직원 중에서도 거액 손실을 입어 이를 일시에 만회하고자하는 심리적 요인과 함께
- 사회적으로도 한탕주의 심리가 확산되어, 금전을 다루는 금융회사 임직원들이 횡령 등의 범죄유혹에 노출
- 무분별한 소비생활에서 비롯된 신용카드 채무 또는 사채상환압박, 유흥경비 과다지출 등도 사고의 한 원인

< 금융회사 직원의 횡령사례 >

- 은행 직원이 기업대출상환금을 정상처리 하지 않는 수법으로 40억원을 횡령하여 주식투자자금으로 사용
- △△은행 직원이 신용카드 결제자금 사용을 위해 본인의 계좌에 23백만원을 무자원 입금후 횡령

3. 금융회사의 사고자에 대한 제재 관대화 경향

- 대부분의 금융회사가 형사처벌대상인 금융범죄사고에 대하여 당해 금융회사의 이미지 훼손 등을 우려하여 사고금의 미회수시 또는 사고금액이 큰 경우에만 형사고발
 - 금융회사의 이 같은 관대한 처리는 금융회사 직원들의 범죄경시 풍조를 유발하고 금융사고의 한 원인을 제공
 - * 대부분의 금융회사가 「특정경제범죄가중처벌등에관한법률」이 적용되지 않는 5억원 미만 금융사고에 대해서는 형사고발 보다는 사고금 회수에 주력하는 경향
 - 또한 금융사고 전력자에 대해서도 사고기록이 금융회사 간에 공유되지 못한 관계로 사고자의 금융회사 재취업을 묵인하는 결과

4. 현금지급이 많은 금융기관 상대 범죄유혹 증대

- 외환위기이후 일부 계층의 생계불안이나 무절제한 카드사용으로 인한 연체증가 등이 한탕주의 심리를 자극하고 있는데 반해 금융회사의 자체방범능력은 아직 취약
 - 대부분의 금융회사가 용역업체에 경비업무를 위탁하고 있으나 사고예방기능으로는 다소 미흡한 것이 현실

- 또한 총기 등으로 무장한 강력범들의 조직적, 계획적인 전문 강도행위에 대해 금융회사 경비인력의 방법능력에는 한계가 있을 수밖에 없는 실정
- 도시지역보다는 농어촌 벽지 소재 점포가 취약
 - 직원 수가 많지 않은 데다 예산문제로 자체경비 능력 불충분
 - 사고발생시 경비회사 또는 경찰관서의 현장출동에도 여건이 좋지 않은 실정

————— <무장강도 사건> —————

□ 포천 ○○농협에 **총기강도**가 침입하여, 실탄 4발을 발사하고, 현금 및 수표 **2,000만원** 탈취후 도주

⇒ 소규모 영업점의 경우 안전관리에 상당한 문제점 노출

5. 신분증 위조 등 지능형 범죄의 등장

- 최근 들어 위조신분증에 의한 예금계좌 개설, 신용카드 발급 등이 빈발하여 사회적 문제로 제기
 - 금융거래에 이용되는 주민등록증, 운전면허증, 여권, 공무원증 등 대부분의 신분증이 위조의 대상
 - 특히, 2002년 이전에 발급된 신분증의 경우 위조방지용 홀로그램이 지워지기 쉬어, 위조사고에 상대적으로 취약하며
 - 주민등록증을 제외한 여타 운전면허증, 여권, 공무원증의 경우 위조여부를 확인할 수 있는 제도가 없는 실정
 - 또한, 금융회사의 본인확인 절차이행 소홀도 사고발생의 한 원인

<위조신분증 이용 신용카드 부정발>

- 신용카드 전문사기단이 ○○요양원 환자 597명의 인적사항을 입수하여 운전면허증 위조 등의 방법으로
 - △△은행 26개 지점에서 총 72명에 대한 카드를 부정발급 받아 264백만원 부정사용
- ⇒ 개인정보 및 신분증의 허술한 관리
- 신원미상의 자가 ○○은행 정기예금고객의 운전면허증을 위조하여 인터넷뱅킹을 개설한 후 인터넷뱅킹에 의한 예금담보대출로 18백만원을 횡령
- ⇒ 인터넷뱅킹 개설시 본인확인 소홀

IV. 금융사고 예방대책 추진상황

1. 지속적인 내부통제 강화 지도

- 횡령·유용 등 상당수의 금융사고가 내부통제 소홀에서 비롯되고 있음을 감안, 내부통제시스템을 강화토록 지도함과 아울러 동 준수상황을 지속 점검
 - 영업점의 일일감사 이행상황
 - 단말기 조작에 따른 책임자카드 운용상황
 - 거래실무자와 확인자의 업무 분리운영 상황
 - 명령휴가제 및 자체내부통제교육 실시상황
 - 내부통제시스템 작동상태에 대한 영업점장의 수시확인 여부 등
- 금융회사 자체적으로도 영업상 이상 징후를 자동 체크할 수 있는 상시감시시스템을 개발 또는 보완 운영토록 지도

- 아울러, 내부통제장치의 미준수 뿐만 아니라 통제장치의 결함에
서 비롯될 수 있는 사고가능성을 배제할 수 있도록 내부통제시
스템 자체를 재검토, 보완토록 지도
- 주식 과다투자, 채무 과다 보유, 사생활 문란 등의 사고 잠재 가능성
이 있는 직원에 대해서는 정밀 감찰을 강화토록 지도
- 직원들의 직업관과 윤리의식, 애사심 고양을 위한 정신교육을 정
기적으로 실시토록 지도

2. 금융사고 제보센터 운영 활성화

- 현재 금융감독원 내에 설치되어 있는 금융사고 제보센터(인터넷 및
전화제보)에 대한 대국민 홍보강화를 통하여 금융범죄 억제 및 조기
적발 도모
 - 제보자에 대한 비밀보장 및 포상금 지급 방안을 추가 검토
- 각 금융회사에 대해서도 사고제보 센터를 접근성이 용이한 인터넷
홈페이지에 설치·운영토록 지도(은행 등 일부 금융회사는 운영중)
 - 현재는 해당 금융회사의 감사부서가 제보센터로 활용되고 있으나
일반인의 접근이 용이하지 않은 실정

금융사고 제보자에 대한 포상제도

인터넷증권범죄신고	인터넷보험범죄신고	보험모집질서위반신고
· 최고 500만원 범위 내에 서 차등 지급	· 사고보험금 규모에 따라 최저 20만원 이상 최고 500만원 까지 차등 지급	· 회사 포상 - 최저 10만원 이상 · 모집 종사자 포상 - 최저 10만원 이상 최 고500만원 이하
(금감원 지급)	(관련협회 지급)	(관련협회 지급)

3. 금융사고자 형사고발 등 제재강화

- 현재 각 금융권역별로 제정하여 각 금융회사 내규에 반영하고 있는 「금융사고자 형사고발기준」의 철저한 시행지도
 - 임점검사시 동 『기준』 제정 및 운영 실태 점검
- 직원채용시 경력조회 등을 통하여 사고관련자의 재취업 사례를 봉쇄토록 지도
 - 금융감독원(검사총괄국) 내에 사고경력 조회 및 확인창구를 설치 운영

4. 사고빈발 금융회사에 대한 MOU 체결 및 감독관 파견

- 금융사고 발생빈도, 사고내용의 심각성 등을 감안하여 문제 금융회사에 대해서는 내부통제에 관한 약정서를 체결하는 등 특별 관리
 - 금융사고가 빈발하였거나 내부통제가 미흡하다고 판단되는 금융회사는 사고내역 등을 재점검하여 MOU를 체결하고
 - 특히 문제가 심각하다고 판단될 경우에는 감독관 파견 추진

<MOU의 주요내용>

- 내부통제시스템 및 운용상의 문제점 분석, 보완대책 및 세부이행 계획 제출
- 일정기간 동안 동 계획 이행상황 정기제출
- MOU 기간 중 중요사고 재발시 경영진 문책 등

5. 무장강도 등에 의한 현금 피탈·도난사고 예방

금융회사의 자체방범 기능 강화 유도

- 현금 및 주요증서 보관 금고의 관리지침 준수상황 점검
- 인력 및 시설경비 운용의 적정성 여부 점검
- CCTV의 디지털화 조기 유도
- 특히, 현금자동입출금기의 안전상태 재점검 및 필요시 보완·이전 지도

현금수송시 안전대책 강구 지도

- 현송처리 절차 준수 및 필요시 외부 경비 호송업체 활용지도
- 가스총, 전자현송가방, 휴대전화 등 방법·통신장비 작동상태 정기 점검 지도

6. 신분증위조, 카드복제 등 지능형 범죄 예방

신규통장 개설 등 일정 금융거래시 본인확인 증표로 가급적 주민등록증을 사용토록 하고, 운전면허증 등 여타 신분증의 경우에는 추가 증빙자료를 통해서 본인여부를 철저 확인토록 금융회사에 권고

- 주민등록증을 본인확인 증표로 제시할 경우에는 ARS를 통하여 위·변조 및 본인여부 철저 확인
- 운전면허증, 공무원신분증, 여권 등을 신분확인증표로 제시할 경우에는 재직증명서, 의료보험증, 전기·전화·수도·가스 요금 영수증 등

본인만이 소지할 수 있는 성격의 2차 증빙자료를 징구하여 본인 여부를 철저 확인

- 다만, 이렇게 할 경우 금융거래시 상당한 불편이 예상되므로 창구에서 본인여부가 의심스러운 경우 등 금융회사가 자율적으로 판단·추진토록 지도

7. 텔레뱅킹 등 전자금융 거래의 안전성 제고

- 전자금융거래의 보안성 강화
 - 공인인증서 사용 의무화
 - 공인인증서 및 보안카드 발급시 본인확인 철저(2차 증빙자료 징구 등)
- 고객정보 유출 방지 대책 강구
 - 영업장 및 현금지급기 사용시 보안라인(1.5m)설치 운영
 - 개인신상 정보 등 관련 자료의 별도 보관 및 보관 장소에 대한 출입통제
 - 고객이 비밀번호를 직접입력하는 「PIN PAD SYSTEM」의 실시
- 현행 신용카드, 현금카드의 보안성 제고를 위하여 중장기적으로 스마트 카드의 도입을 검토
 - 특히 금융감독원은 이와 같은 전자금융거래의 안전성 제고 대책 마련을 위해 현재 Task Force를 구성·운영중

120 형사정책연구 제14권 제2호(통권 제54호, 2003 · 여름호)

Financial Incidents of Banks and Non-bank Financial Institutions

Kim, Won*

From 1999 to 2002, an average of 253 cases of financial incidents had occurred in bank and non-bank financial institutions per year involving an average of 234 billion won per year. Embezzlement and misappropriation of funds by employees of these financial institutions accounted for more than 60% of these financial incidents. Moreover, the number of cases of offering bribery to employees and robbery of financial institutions has increased from 1999 to 2002.

A review of the cases indicates that the weakness of the internal control system of the financial institutions appears to be the primary reason, followed by the lack of ethics among employees and weak sanctions on the employees who committed financial incidents.

In conclusion, financial institutions must furthermore strengthen their internal control systems, activate whistle blowing and impose more severe sanctions on employees who committed financial incidents. It is also recommended that the supervisory authority more closely monitor financial institutions where financial incidents had frequently occurred.

* Deputy Director, Examination Planning & Coordination Team, Examination Planning & Coordination Department, Financial Supervisory Service

우리나라 금융부패 발생원인과 대응방안

김 동 환

형사정책연구 제14권 제2호(통권 제54호, 2003·여름호)

한국형사정책연구원

우리나라 금융부패의 발생원인과 대응방안

김 동 환 *

I. 머리말

일반적으로 부패란 공권력을 오·남용하거나 법령을 위반하여 사적 이득(rent)을 취득하는 행위로써 정의된다(World Bank(2000), Transparency International(1998), Khan(1996) 등). 이와 같은 정의는 공공부문에서 발생하는 부패에 초점이 맞춰져 있는데,¹⁾ 이는 공공부문을 통제하는 것이 민간부문을 통제하는 것보다 선결되어야 한다는 사회 일반의 통념이나 신념을 반영하고 있는 것이라 하겠다. 최근 제정·시행되고 있는 우리나라의 부패방지법(2001.7.24 제정, 2002.1.25 시행) 역시 공공부문의 부패에 초점을 맞추고 있다.²⁾ 그렇지만 공공부문과 민간부문이 뇌물, 정실주의 등과 같은 경제적, 비경제적 부패의 고리로 연결되어 있는 현실을 감안할 때 부패란 반드시 공공부문에서만 발생하는 것은 아니며 척결의 대상이 되는

* 금융연구원 연구위원

- 1) 공공부문의 부패에는 정치적 부패와 관료주의 부패가 있음. 이들의 구분은 다소 모호하며 상호작용을 통해 강화되는 성향이 있음. 관료주의 부패는 행정업무의 말단에서 발생하는 정부부패인 반면 정치적 부패는 시민이 일상으로 경험하는 정부, 병원, 학교 등과 관련된 작은 부패로부터 법을 형성하고 이행하는 정치가, 고위 의사결정자 등에서 발생하는 부패를 모두 포괄함.
- 2) 즉, 동 법은 부정부패의 발생을 예방함과 동시에 부패행위를 효율적으로 규제할 수 있는 제도적 장치를 마련함으로써 청렴한 공직사회와 사회풍토를 확립하기 위한 것으로 부패방지기구의 설치, 부패행위 신고자의 보호 및 보상, 시민의 감시 및 참여기능 강화 등에 관한 기본적인 사항을 정하고 있음.

부패 역시 공공부문에만 한정될 수는 없는 것이다.

사회를 유기체로서 파악했던 케네(Quesnay)는 금융(정확하게는 화폐)이 각 계급을 연결하여 생산과 재생산을 원활히 하는 모습을 인체의 혈액순환에 비유한 바 있다. 이러한 견해에 따르면 공공부문과 민간부문으로 구성된 현실의 사회, 정치, 경제 역시 금융에 의해 연결된 하나의 유기체라 할 수 있다. 다시 말하여 금융은 공공부문과 민간부문을 연결하는 사회, 정치, 경제의 순환기능을 담당한다. 따라서 금융부패는 공공부문-민간부문, 사회-정치-경제를 연결해 주는 순환기구의 부패인 것이며 동 순환기구와 직·간접적으로 관련되어 있는 모든 행위주체의 부패라 할 수도 있다.

본고에서는 금융부패가 자원배분 및 소득분배와 같은 경제적인 측면에서 바람직하지 않을 뿐만 아니라 사회적 연대의식을 상실케 하여 종국적으로는 국가의 존립기반까지 위태롭게 할 수도 있다는 판단을 전제로 하여 이와 같은 부패는 왜 발생하며 이를 방지하기 위해서는 어떠한 대책이 필요한가에 관해 논한다.

II. 금융부패의 원인

1. 금융부패의 정의와 유형

앞에서는 부패나 금융부패가 무엇인지에 관해 개략적으로 기술해 보았다. 그러나 그것만으로는 구체적으로 누가 어떻게 무엇을 하는 것이 부패에 해당하는 것이며, 도대체 무엇을 근거로 하여 이들을 예방 또는 시정해야 할지 알 수가 없다. 따라서 이들을 위해서는 금융부패에 관한 보다 실용적인 정의가 필요하게 된다.

부패에 관한 일반적 정의를 기초로 하여 금융부패를 보다 실용적으로 정의해 보면 다음과 같다. 즉, 금융부패란 1) 금융분야(금융감독당국 포함)의 종사자나 금융업이 주체가 되거나 공모 또는 가담하여, 2) 지위나 권한을 오·남용하거나 법령 등을 위반하여, 3) 자신 또는 특정인의 이익을 도모하여 거래 상대방이나 선의의 제3자에게 피해를 주는 행위를 말한다³⁾. 이와 같은 정의의 첫 번째 카테고리는 금융부패의 주체에 관한 것이고, 두 번째 카테고리는 금융부패의 방법에 관한 것이며, 세 번째 카테고리는 금융부패의 형태에 관한 것으로 이들 3가지는 금융부패를 구성하는 최소한의 요건에 해당한다.

그렇다고 하면 금융부패는 그 주체나 방법 등에 따라 여러 가지 유형을 띠고 나타날 수 있다. 첫째, 금융부패는 주체에 따라 금융감독당국과 금융기관간의 부패, 금융기관과 고객간의 부패, 금융기관간의 부패로 구별될 수 있다. 둘째, 금융부패는 방법에 따라 금융거래의 효율성 및 형평성을 훼손하여 시장질서를 문란케 하는 행위나 실정법을 위반하는 행위 등으로 구별될 수 있다. 셋째, 금융부패는 형태에 따라 피해의 범위는 좁으나 고의적인 것, 피해의 범위는 넓으나 고의성이 없는 것, 피해의 범위가 넓고 고의적인 것 등으로 구별될 수 있다. 한편 자금세탁(money laundering)과 같이 금융분야 종사자가 아닌 자(고객 등)가 금융기관을 이용하여 상기 2), 3)의 행위를 하는 경우 역시 넓은 의미의 금융부패에 속한다고 하겠다.

2. 금융부패의 원인

앞의 정의로부터 알 수 있듯이 금융부패가 발생하게 되는 가장 단순한 동기는 사적 이득이나 지대의 추구에 있다. 그러나 사적 이득을 추구하는

3) 이와 같은 정의는 코리언 엔터프라이즈 인스티튜트 (2001. 12), 「금융분야 부패방지대책」, 국무조정실 연구용역보고서에 기초하고 있음.

것 자체는 부패와 아무런 관련이 없을 수도 있다. 문제는 누가, 어떤 방법으로 이러한 행위를 하는가에 있다. 즉, 금융부패의 본질적인 원인은 그 주체와 방법의 측면에서 찾아질 수 있다. 우선 주체측 원인으로는 금융관련 종사자의 윤리의식이나 업무추진 관행의 취약성 등을 들 수 있을 것이다. 한편 방법상의 원인, 즉 사적이득을 추구하기 위해 권한을 오·남용하거나 법령을 위반하게 되는 원인으로는 불필요한 규제와 과도한 존재, 필요한 규제(예컨대 각종 제재장치나 내부통제)의 부재, 취약성 및 불철저한 집행(forbearance), 정보·교섭력·판단능력의 비대칭 등을 들 수 있을 것이다. 그런데冒頭에서 밝힌 바와 같이 현실의 사회, 정치, 경제는 금융에 의해 연결된 유기체이다. 그런 까닭에 금융부패는 사회, 정치, 경제시스템의 문제와 표리관계에 있다고 할 수 있다. 따라서 금융부패는 위에서 지적한 금융부문 자체의 요인뿐만 아니라 사회, 정치, 경제시스템의 구조적 결함에 의해 발생할 수도 있는 것이다.

이하에서는 각각의 요인에 관해 살펴보기로 하자. 단, 금융부문 자체 요인 중 금융관련 종사자의 윤리의식이나 업무추진 관행의 취약성, 불필요한 규제와 과도한 존재, 필요한 규제의 취약성 및 불철저한 집행 등이 금융부패의 원인이 됨은 부연설명이 필요 없을 정도로 자명하기 때문에 이들에 관한 논의는 생략하기로 하자.⁴⁾ 그렇지만 정보·교섭력·판단능력의 비대칭성 등이 금융부패의 원인이 될 수 있다는 것에 대해서는 부연설명이 필요하기 때문에 조금 자세히 살펴보기로 한다.

가. 不公正 金融去來

금융부패의 원인을 설명하기 위한 한가지 방법은 그와 반대의 경우, 예

4) 이들에 관한 자세한 논의는 코리언 엔터프라이즈 인스티튜트, 「금융분야 부패방지대책」, 국무조정실 연구용역보고서(2001. 12)를 참조할 것.

컨대 부패하지 않은 금융거래나 공정한 금융거래에 관해 생각해 보는 것이다. 롤즈(Rawls, 1971)에 따르면 공정하다는 것은 법적으로는 기회의 평등, 결과의 평등과 같은 정의(justice as fairness)로서 파악된다. 그런데 기회의 평등은 누구도 사전적 제약을 받지 않고 경쟁할 수 있는 상태를 의미하므로 경제학에 있어 (자원배분의) 효율성 개념과 맥을 같이 하며 결과의 평등은 (소득분배의) 형평성과 맥을 같이한다. 따라서 금융부패는 금융시장 내지 금융거래의 효율성과 형평성의 실현을 가로막는 제반 요인의 존재유무에 그 원인이 있다고 할 수 있는데, 이는 앞에서 규정한 금융부패의 두 번째 카테고리, 즉 방법론적 측면에서 금융부패를 정의한 것과 일맥상통하는 것이기도 하다. 여기서 효율성과 형평성의 실현을 가로막는 요인으로 등장하는 것이 바로 금융거래 당사자간 정보·교섭력·판단능력의 격차 내지 비대칭 등이다. 단, 금융부패의 정의에 비추어 볼 때 이러한 요소들은 부패행위의 필요조건에 불과할 뿐이지 충분조건은 아닐 수 있음에 주의할 필요가 있다.⁵⁾

1) 정보의 비대칭

일상적 금융거래는 정보비대칭 상황에서 행해지는 것이 보통이다. 오히려 정보비대칭은 금융기관의 존재의의를 드러내는 것으로 그 자체가 부패의 원인이 되는 것은 아니다. 그러나 다음에 열거하는 경우에는 정보의 비대칭이 금융부패의 원인으로 작용했거나 그러할 가능성이 있다.

5) 즉, 정보의 비대칭, 교섭력의 격차 등은 사적이득의 취득과 같은 도덕적 해이의 원인이 될 수 있을 뿐 그 자체가 부패인 것은 아님. 그러나 사적이득의 내용과 범위 등을 정의하기가 용이하지 않은 현실을 감안할 때, 정보비대칭, 교섭력격차 등을 이용하고자 하는 행위를 넓은 의미의 부패로 간주할 여지는 있음. 왜냐하면 정보비대칭, 교섭력격차 등은 死荷重(dead-weight loss)을 발생시켜 사회 전체의 후생수준을 그만큼 감소시키게 되는데, 이들을 이용하고자 하는 행위의 배경에는 死荷重 부분만큼의 사적 이득 추구(rent-seeking) 의도가 있다고 판단되기 때문임.

(가) 설명책임(accountability)의 결여

이는 금융기관이 금융상품의 구조, 위험의 유무와 정도 등에 관해 사전적으로 납득할만한 설명을 결함으로써 고객에게 손실을 끼치는 경우를 말한다. 여기에는 단순히 객관적 정보를 고지하지 않는 소극적 의미의 불공정성과 주관적이거나 불확실한 정보를 객관적 사실로서 전하는 적극적 의미의 불공정성이 존재할 수 있다. 그런데 고객에게도 어느 정도 정보습득의 의무(즉, 자기책임원칙)가 있음을 고려할 때 전자가 갖는 부패의 정도는 약하다고 할 수 있다. 따라서 설명책임의 결여를 부패행위로 간주할 수 있기 위해서는 미국의 판례에서와 같이 詐欺의 요건을 갖추고 있어야 할 것으로 판단된다. 즉, 이것은 1) 사실과 다른 의사표시(false representation), 2) 의사표시의 중대성(material), 3) 기만의 의도(intend to fraud), 4) 당사자가 동 의사표시를 신뢰하고 있을 것, 5) 손실이 발생할 것 등을 말한다.⁶⁾

<사례> 가정주부 甲은 A증권회사의 XX증권형펀드의 고수익율에 관한 신문광고를 보고 동 회사를 방문함. 직원으로부터 동 상품의 위험에 관해 설명을 듣지 못한 채 권유에 의해 구입함. 그 후 펀드운용실적이 악화되어 甲은 투자원금을 거의 상실함.

(나) 내부자거래(insider trade)

내부자거래는 불공정거래의 전형적인 것으로 증권거래법 등 제반 법규에서 금지하고 있다. 내부자거래를 규제하는 근거는 정보상의 우월적 지위를 이용하여 금융거래를 행함으로써 형평성(부당 이득의 취득)이나 효율성(정상적 시장가격의 형성)을 저해하는 데 있다. 이와 관련하여 은행법 등

6) Restatement (Second) of Torts § 551 (2) (a), Katara v. D.E. Jones Commodities, Inc., 835 F. 2d 966, 970~971 참조.

에서는 금융기관의 임·직원 또는 임·직원이었던 자가 업무상 알게 된 정보를 누설하거나 업무목적 외로 이용한 때에는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금을 물게 되어 있고, 금융기관이 당해 금융기관의 자회사와의 거래에 있어서 일정 한도를 초과하는 신용공여, 당해 금융기관의 자회사의 임원 또는 직원에 대한 대출 등을 못하게 되어 있다. 한편 공무원의 내부거래에 관해서는 부패방지법(2조) 등에 간접적이거나 규정되어 있으나, 금융규제·감독당국이 새로운 법·제도의 도입 및 개정, 시장개입에 앞서 정보를 누설하고 반사이익을 취하는 행위에 대해서는 명시적 규정을 두어 제재를 가함이 타당할 것이다.

그런데 문제는 어느 정도의 정보를 보유하는 경우를 정보상의 우월적 지위라 할 것이며 누가 우월적 정보를 가지고 있는가 등에 대한 기준을 사전적으로 엄격히 정해두고 내부자거래를 규제하는 것이 과연 가능하며 실효성이 있을 것인가에 대한 의문에 있다. 따라서 내부자거래를 규제·단속하는 데 있어서는 정보의 비대칭성을 완화·제거할 수 있도록 신용정보 공유체계 등 금융 인프라를 구축·정비함과 함께 사후감독과 손해배상책임을 강화함으로써 내부자거래의 유인 자체를 줄이려는 노력이 필요할 것이다. 특히 내부자거래에 따른 피해는 대개 불특정 다수의 제3자(시장참가자 등)에게 미치게 되나 이들은 개개인이 직접 나서 피해액, 피해와 불공정행위간의 인과관계를 입증하기가 곤란한 측면이 있으므로 이때에는 집단소송 등을 통해 민사책임을 강력히 추궁할 필요가 있다.⁷⁾

<사례> 금융기관의 임원 甲은 워크아웃신청을 한 거래기업에 대해 조만간 그 결정이 날 것이라는 내부정보를 흘려 동 기업의 주식을 대량 구입한 후 결정소식이 신문지상에 난 며칠 후 매각하여 수익을 챙김.

7) 미국 증권거래법 Securities Exchange Act 1934, Section 20A, 15 U.S.C. § 78t-1(a) (1999) 규정에 따르면 내부자는 내부자거래가 발생한 시기에 자신과 반대 거래를 행한 모든 자에 대해 손해배상의무를 지게 됨.

(다) 제3자에 대한 정보의 미공개

아래 사례와 같이 금융기관이 고객간 금리, 수수료 및 각종 부대서비스 등의 거래조건을 차별적으로 적용하고 있음에도 불구하고 고객에 대해 동 사실을 알리지 않은 채 거래를 행하는 것은 형평성의 측면에서 문제의 소지가 있다. 단, 효율성이나 계약의 자유라는 측면에서 볼 때 이러한 거래가 모두 부패에 해당한다고 보기는 어려운바, 동 문제 역시 설명책임과 동일한 범주에서 해결되어야 할 성질의 것이라 판단된다.

<사례> A은행은 고객 甲에 대해 8%의 1년짜리 정기에금상품을 판매한 반면 고객 乙에 대해서는 동일한 상품이라도 금리가 달리 적용될 수 있음을 알리지 않은 채 6%의 동일 예금상품을 판매함.

2) 교섭력의 격차

이론적으로 완전경쟁(perfect competition)은 자원배분의 효율성을 보장한다.⁸⁾ 그러나 현실은 독과점, 정보비대칭, 각종 세금의 존재 등으로 인해 완전경쟁이 이루어지기 어렵다. 그럼에도 불구하고 시장메커니즘은 (적어도 이론적으로는) 경제적 정의를 실현할 수 있는 가장 완벽한 이념이자 현실적 수단으로 인식되고 있다. 여기에서 특히 주의해야 할 것은 상기의 명제가 민주주의의 가장 중요한 한가지 요소를 암묵적으로 가정하고 있다는 사실이다. 즉, 상기 명제는 모든 시장 참가자(플레이어)가 원자론적 개인(atomic one)이어야 함을 대전제로 하고 있는 것이다⁹⁾. 이를 달리 표현

8) 이는 표준적인 경제학 교과서에 나오는 후생경제학의 제1명제를 말하는 것으로서 시장 메커니즘의 이론적 근간이 됨.

9) 원자론적 개인이란 실체를 가진 평등한 개체를 의미하며 정치학에서는 一人一票, 경제학에서는 가격수용자(price-taker)로 표현되기도 함.

하자면 모든 시장 참가자는 동일한 교섭력을 가져야 함을 의미하는데, 다음에 열거하는 경우는 교섭력의 격차(또는 비대칭)로 인해 발생할 수 있는 부패의 사례들이라 하겠다.

(가) 계약조건의 일방적 변경

이는 예컨대 금융기관이나 대기업 등이 각각 자금공급이나 자금수요상의 우월적 지위를 오·남용하여 대출금리, 상환기간과 같은 용자조건을 일방적으로 변경하는 것으로 독점금지법 등에서 금지하고 있다. 여기서 우월적 지위란 독과점과 같은 절대적 우월성뿐만 아니라 구속적 의존관계(lock-in effect)로 인해 거래처의 일방적 변경을 사실상 곤란케 하는 상대적 우월성을 포함한다. 후자는 예컨대 영세·중소기업과 금융기관, 대기업과 주채권은행간의 용자관계에서 나타날 수도 있다¹⁰⁾. 한편 우월적 지위를 오·남용한다는 것은 대등한 관계(arm's-length relationship)에서는 성립할 수 없는 부당한 거래조건 등을 제시하는 경우를 의미한다. 이에 대해 민법은 우월적 지위의 오·남용에 의해 체결된 계약을 무효로 하고 있다. 단, 계약의 자유(원하지 않는 계약을 파기할 수 있는 자유를 포함)라는 입장에서 판단해 볼 때 계약조건의 일방적 변경을 부패행위로 간주할 수 있기 위해서는 전술한 구속적 의존관계나 이를 통한 착취-이득추구 사실이 존재하는가 등을 살펴보아야 할 것이다.

10) 즉, 일반적으로 신용도가 낮은 영세·중소기업은 자본시장에서 쉽게 자금조달을 할 수 없을 뿐만 아니라 거래은행을 변경하기도 곤란한 관계로 기존 거래은행이 제시하는 용자조건을 받아들이지 않을 수 없음. 한편, 특정 은행에 대한 부채비율이 매우 높은 대기업은 동 은행을 일종의 인질(hostage)로 잡고 있는 측면이 있어 위와는 반대의 현상이 나타날 수도 있음.

<사례> 중소기업 甲에 대해 줄곧 단기운전자금을 제공해 오던 A은행은 최근 대기업 부실채권으로 인해 BIS자기자본비율 및 수익성이 크게 저하됨. 모니터링 결과 甲의 신용상태는 과거와 크게 달라지지 않았음에도 불구하고 A은행은 저하된 수익성을 만회하기 위해 모든 거래기업에 대해 일제히 대출금리를 인상함. 이에 대해 甲이 불만을 토로하자 A은행은 대출만기연장을 거부함.

(나) 항변할 권리의 제한

신용카드를 이용한 할부구매, 구매자금융자 등을 이용하여 상품을 구입한 소비자가 사후적으로 상품 또는 계약상의 하자가 있음을 발견해도 이를 카드회사나 은행 등에 항변하지 못하고 판매대금, 차입금을 지급해야 하는 경우가 있다. 이에 대해 할부거래법에는 소비자가 계약을 철회할 수 있는 기간을 별도로 규정하고 있으나 그럼에도 불구하고 소비자를 속여 계약 철회기간을 넘기고 항변권 행사를 방해하거나 카드회사 등과 판매업자가 담합하여 일방적으로 상품이나 용역을 공급하는 등 피해를 초래하는 경우가 비일비재하다. 또한 카드업자 등은 소비자의 항변권을 인정하더라도 그 부담을 판매업자에게 전가하거나 수수료를 인상하는 등의 경우도 종종 발생한다. 이와 같은 일련의 사기, 담합, 일방적 계약변경 등은 우월적 지위를 오·남용하여 교섭력이 취약한 자를 착취하고 사적 이득을 추구하는 부패행위에 해당한다고 할 수 있다.

<사례> 회사원 甲은 모 잡지사로부터 전화를 받고 우송료만 내면 2년간 무료로 잡지를 보내줄 것이며 우송료는 분할납부해도 좋으니 신용카드번호를 불러달라는 제의에 선뜻 응함. 몇 달 후 우연히 카드대금청구서를 보다가 우송료가 잡지요금보다도 높은 사실을 발견하고 카드사에 할부금지 급증지 신청을 하였으나 카드사는 가맹점(잡지사)에 알아보라고 일축함.

3) 판단능력의 격차

투자나 예금 등을 권유하는 행위, 방문판매원이나 가두판매원 등을 이용하여 보험상품이나 신용카드 등을 신청하게 하는 행위, 기타 전화·인터넷·우편 등을 이용한 금융거래는 일상적으로 경험하는 것으로 특별히 부패행위에 해당한다고 말하기는 어렵다. 단, 이러한 행위들이 사기나 강박을 동반하여 일반적으로 판단능력이 낮은 금융소비자에게 피해를 끼치는 경우에는 설명책임결여의 경우와 마찬가지로 사정이 달라진다. 이와 관련하여 미국, 일본 등에서는 소비자로서 하여금 일정 기간 계약을 무조건 해제할 수 있도록 하는 제도(clean-off 제도)가 마련되어 있으며, EU국가에서는 이러한 제도 이외에 일정 기간 계약조건에 대해 숙고할 수 있도록 하는 제도(warming-up 제도)가 있다¹¹⁾.

<사례> A 보험회사의 모집원 甲은 지속적 방문을 통해 보험가입을 권유하는 바람에 회사원 乙은 마지못해 계약을 하였으나 며칠 후 동일한 종류의 보다 유리한 보험상품을 B, C 보험회사에서 판매하고 있는 것을 알게 됨.

4) 불공정가격의 책정

시장에서 결정되는 가격은 각 경제주체가 자산의 위험관리, 각종 거래 및 경제활동의 실시여부를 결정할 때 필요한 정보를 함축하고 있어 자원배분이 효율적으로 이루어지는가를 판단하기 위해 중요한 메커니즘이다. 따라서 가격메커니즘을 왜곡하여 비효율을 발생시키는 손실보전·보증, 가격조작 등의 불공정가격 책정행위는 부패를 구성하는 한 가지 요건에 해

11) 단, 외환 및 유가증권거래, 선물 및 옵션거래 등과 같이 가격변동을 동반하는 금융상품 거래에 대해서는 특별한 사정이 없는 한 clean-off를 인정하지 않는다.

당할 수 있다. 이들은 주로 증권거래와 관련된 것이라 하겠다.

(가) 손실보전·보증

손실보전·보증은 특정 고객을 우대하는 것으로 그 자체로서 부패행위에 해당하는 것은 아닐 수 있다. 그러나 특정 고객에 대해 재산상의 이익(현금제공, 증권의 고가매입·저가판매 등)을 제공하고 반대 급부를 취득함으로써 투자자의 자기책임원칙을 위반하고 시장의 가격형성기능을 저해하며 자원의 효율적 배분을 왜곡하고 불공정한 소득분배를 초래할 경우에는 부패행위로 간주할 수 있을 것이다.

<사례> A 증권회사는 고객 甲에 대해 특정 주식의 구입을 추천하면서 손실이 발생할 경우에는 보전해 줄 것을 약속함.

(나) 가격조작

이는 반드시 금융분야 종사자나 금융기관이 주체가 되는 부패행위는 아니지만 가격기능의 왜곡을 초래하는 불공정행위일 뿐만 아니라 사기행위에도 해당되는 것일 수 있다. 단, 정상적인 거래를 통해서도 가격은 변동할 수 있는 것이므로 가격조작을 사기와 같은 전형적 부패행위로 간주할 수 있기 위해서는 일정한 요건을 갖출 필요가 있다. 예컨대 증권거래법 제188조의 4에서는 통상적 투자활동과 위법의 시세조작을 구별하기 위한 요건으로서 사기성(동 조문의 ①), 유인목적(동 조문의 ②) 등을 들고 있으며, 동법 188조의 5에서는 시세조작으로 인한 피해에 대해 민사상 손해배상을 청구할 수 있도록 하고 있다. 그러나 이를 위해서는 피해 당사자가 시세조작행위와 피해액간 인과관계를 입증해야 하는 등의 어려운 문제가

남아있다. 이에 관해 미국 최고재판소는 시장에 대한 사기의 이론(fraud on the market theory)을 적용하여 개별 투자자가 시세조작행위와 피해액 간의 인과관계를 증명하지 않아도 부실표시·비공개정보 등에 의해 영향을 받은 가격으로 증권을 매매한 것만을 입증하면 그 인과관계가 추정되는 것으로 인정하고 있다¹²⁾.

<사례> 甲, 乙 등은 작전을 통해 특정 기업의 주식을 대량 구입하여 가격을 올린 후 일반 투자자를 유인하고 매각을 통해 거액의 수익을 챙김.

(다) 장외거래 등

대체거래시스템(ATS; alternative trading system)의 발전으로 거래소간 경쟁이나 장외거래가 늘어나고 있다. 거래소간 경쟁 및 장외거래는 그 자체 불공정거래나 부패행위는 아니다. 다만 거래량의 분산으로 인한 가격조작, 불철저한 정보공개로 인한 위장매매의 가능성을 높여 공정한 가격형성을 저해하는 등 부패의 원인으로 작용할 수도 있음에 주의를 기울일 필요가 있다.

나. 사회·정치·경제시스템의 구조적 결함

1) 정치시스템의 후진성

전통적 정치학은 부패의 원인을 정치시스템의 후진성, 특히 민주적 정치시스템의 결핍에서 찾고 있다¹³⁾. 즉, 권한의 민주적 배분, 견제와 균형,

12) 대표적 판결로서는 Basic Inc. v. Levinson, 485 U.S. 224 (1988) 참조.
 13) 이에 반해 비민주적 정치시스템을 가진 나라에서는 정치와 경제에 대한 권위주의적 통

예측 가능한 제도 등의 결핍이 부패를 야기한다는 것이다. 이들은 사적 이익을 위해 정치제도와 과정을 통제함으로써 국가의 행정원리 및 게임의 규칙을 합법성으로부터 일탈케 하고 제도적이며 체계적(systemic)인 부패를 야기한다. 이에 따라 부패가 생산하는 왜곡과 손실의 비용은 궁극적으로 일반국민들이 부담하게 되며 나아가 정부의 조세능력 및 소득재분배기능을 치명적으로 손상시켜 합리적이고 지속적인 경제발전을 곤란하게 하는 것이다.

2) 관습과 부패

전통적 정치학이 권력에 대한 공식적 측면과 제도에 초점을 맞춰 부패를 연구해 왔던 반면 아프리카 등 저개발국가의 부패연구에 큰 비중을 두어 온 프랑스의 진보적 정치학¹⁴⁾은 관습이나 권력의 세습과 같은 비공식적인 측면에 초점을 두고 있다. 이에 따르면 국가(state)란 단지 철저히 개인주의화된 정치적 고객관계로서 부패한 권력을 덮어주는 허울에 지나지 않는다. 또한 이러한 국가를 지탱해주는 관습은 일체의 공식적 규칙과 제도를 손상시키는 주요한 요인으로서 부패한 관료에 의해 세습된다. 이들에게 있어 부패는 기능적 무질서의 핵심인 동시에 합법적이고 실용적인 일상생활의 습관적인 부분으로서 예측이 가능하다. 단, 정치가의 윤리성과 책임감 부족으로 인해 공익과 사익의 구분이 어려워져 부패행위를 정의하기가 곤란한 측면이 있다.

제는 부패에 대한 엄격한 통제를 의미하며 통제된 부패는 오히려 경제적 피해가 적다고 인식됨.

14) 이는 신 세습주의(neo-patrimonialism)라 불리는 것으로 아프리카, 인도네시아, 필리핀 등을 포함한 몇몇 국가들을 대상으로 하는 정치학의 특징임. 신 세습주의는 이기적 규칙 내지 탐욕의 정치학, 도둑정치(kliptocracy)라고도 불리움.

3) 민주주의와 부패

일반적으로 부패는 민주화가 진전됨에 따라 장기적으로는 감소할 수 있다. 그러나 독재적 통제가 경제자유화 및 정치민주화에 의해 도전 받고 파괴되더라도 견제와 균형, 합법적이고 설명력(accountability) 있는 제도에 의해 대체되지 못하는 한 부패는 (중·단기적으로는) 오히려 민주화의 진전에 따라 증가할 수도 있다(Amundsen, 1999). 이러한 사실은 일반적으로 알려져 있는 민주화의 정도와 부패간의 부(-)의 관계가 그다지 신뢰할만한 것이 아님을 입증하는 것이기도 하다(Paldam, 1999).¹⁵⁾ 최근의 한 연구에 따르면 아시아 각국은 민주화 과정에서 부패가 증가한 것으로 나타나는데(Harris-White and White, 1996) 그중 필리핀과 태국에서 나타난 부패는 소규모 비조직적인 형태의 것이 많았다. 특히 동 연구는 우리나라와 중국의 경우 정치적, 제도적 대항능력을 강화하지 않는 한 민주화는 실질적으로 부패의 원천과 규모를 오히려 증가시킬 수 있음을 지적하고 있다.

4) 공공규제와 부패

늑장행정(bribe-producing delays) 등 공공부문에서 행해지는 광범위한 규제는 뇌물제공을 유도하는 의도적인 전략으로 파악되기도 한다(Myrdal, 1968; Rose-Ackerman, 1978; Tanzi, 1998). 특히 공공지출 부문에서의 부패는 공공투자 프로젝트를 왜곡시키고 공공자원을 배분하는 사람들로 하여금 불법소득을 얻을 수 있는 기회를 제공함으로써 투자의 생산성을 감소시키거나 투자 수준을 과도하게 증가시키며(Tanzi and Davoodi, 1997) 교

15) 빈국이 부국보다 부패가 많고 빈국이 부국보다 훨씬 독재적이라는 사실을 인정한다 하더라도 경제성장이 민주화를 야기하는지 혹은 그 반대인지를 판단하기가 어려운 것처럼 경제성장 내지 민주주의가 부패를 감소시키는지 아니면 그 반대인지를 판단하기도 여전히 곤란함.

육에 대한 공공지출을 낮추는 결과를 초래하기도 한다(Maruo, 1997). 반면 많은 경우에 있어 규제는 부패방지를 위한 순수한 노력의 일환이며 최소한 부분적으로는 성공하였다는 논의도 존재한다. 실제로 관측된 부패와 규제간의 인과관계를 분석해 보면 규제로부터 부패가 발생하는 것이 아니라 부패로 인해 규제가 나타난다는 것이다(Lui, 1985).¹⁶⁾

5) 경제발전과 부패

일반적으로 선진국은 arm's length 원리가 작동하고 신속하고 투명한 거래가 이루어지는 효율적 국가이다. 그러나 부패는 arm's length 원리를 무너뜨리고 거래를 비효율적이고 때로는 그 방향조차 예측할 수 없게 만든다(Schleifer and Vishny, 1993; Myrdal, 1968). 이러한 직관의 근거는 경제가 발전할수록 공정성에 대한 요구가 높아지게 되는 동시에 경제발전을 위해서도 “공정”이라는 시간절약적 장치(time saving device)가 필요하다는 데 있다. 즉, 선진국에서 공정성은 생산요소로 인식되는 반면 부패는 사회적 낙인(social stigma)으로 인식되는 것이다.¹⁷⁾

16) Lui에 의하면 뇌물로 인해 피해를 본 당사자들의 하소연(voices)이나 연명(queue) 등은 공무원에 대해 일종의 평판(reputation) 메커니즘으로 작용하여 뇌물수수과 같은 단기적 일탈행위를 방지할 수 있음. 그러나 Andvig(1991)는 불완전 정보와 수많은 전략적 사유 등으로 인해 이들은 매우 복잡한 양태를 띠기 때문에 Lui의 실증연구 결과는 안정적이지 못할 수 있음을 지적

17) 이러한 이론적 주장과 직관을 근거로 하여 경제발전과 부패간의 상관관계를 분석해 보면 다음과 같음.

- Paldam(1999), Treisman(2000) : 1인당 GDP와 부패는 부(-)의 상관
- Bruntti, Kisunko, Weber(1997), Paldam(1999) : GDP성장률과 부패간의 상관관계는 모호
- Lambskorff(1999) : 자본축적과 부패는 부(-)의 상관성이 있으나 자본생산성과 부패간 상관관계는 모호
- Tanzi and Davoodi(1997) : 공공투자과 부패는 정(+)의 상관을 가지나, 정부세입 및 공공 인프라와 부패간에는 부(-)의 상관
- Wedeman(1996) : 부패의 효과는 양(amount)뿐만 아니라 형태(form)에도 영향을 받음

6) 대외경제관계와 부패

Lambsdorff(1998, 1999)에 의하면 우리나라, 벨기에, 프랑스, 이탈리아, 네덜란드는 부패된 것으로 인식되는 국가와의 거래를 통해 이익을 보고 있으며 오스트레일리아, 말레이시아, 스웨덴은 상대적으로 불이익을 당하고 있다고 한다. 이는 전자의 국가들이 후자에 비해 개방도가 높은 반면 뇌물에 취약한 데에 기인하는 것이다. 한편 Wei(2000) 및 Gatti(1999)는 개방도가 낮고 수입세관 등이 복잡할수록 부패의 기회가 증가하며 역으로 부패관료가 많을수록 관세제도 등을 더욱 복잡하고 다양하게 만들려는 경향이 존재한다고 주장한다.

7) 지하경제와 부패

지하경제와 부패간에는 쌍방향의 연관성이 존재한다. 일정 규모 이상의 불법적 경제활동에는 부패한 관료 및 정치인의 보호가 필요하다는 것은 거의 명확한 사실이다. 따라서 이러한 지하경제 활동은 부패를 야기하는 요인으로 작용하게 된다. 부패는 또한 지하경제를 창출하는 요인으로 작용한다. Friedman(2000)은 69개국의 지하경제를 대상으로 한 실증분석에서 지하경제활동의 규모를 결정하는 주된 요인은 부패이며 한 나라의 부패수준은 지하경제의 규모와 정(+)의 관계에 있음을 주장하고 있다.

며 정부엘리트가 부패활동에 참여할 경우 부패는 성장과 개발을 둔화시킨.

- Campos et al.(1999), Wei(1997) : 1) 부패수준이 높고 그 예측가능성이 낮은 나라는 외국인 투자유치가 곤란하며, 2) 부패수준과 그 예측가능성이 모두 높은 나라는 투자유치에 있어 1)보다 나으며, 3) 부패수준이 낮고 예측가능성이 높은 나라는 최고의 투자유치능력을 가진. 동아시아 국가들은 주로 2)의 분류에 속함.

Ⅲ. 금융부패 방지대책

1. 금융부패 발생메커니즘

금융부패를 체계적으로 예방·방지하기 위해서는 우선 이것이 어떠한 메커니즘을 통해 발생하는지 살펴볼 필요가 있다. 게임이론(game theory)은 부패발생 메커니즘을 이해하는데 있어 매우 편리한 개념적 도구를 제공해 주는데, 이를 위해서는 다시 한번 금융부패의 정의로 되돌아가 문제 상황을 단순한 형태로 재구성해 보는 여유가 필요하다.

게임이론에 따르면 금융부패는 플레이어(I), 전략(S), 이득(U)으로 구성되는 게임 $G \equiv \{I, S, U\}$ 로 단순하게 표현될 수 있다. 금융부패의 정의에 비추어 이들 게임의 각 요소를 설명해 보면 다음과 같다. 첫째, “금융분야의 종사자나 금융업이 주체가 되거나 공모 또는 가담하여 … 거래 상대방이나 선의의 제3자에게 …”라는 문구로부터 플레이어는 최소한 가해자(금융분야의 종사자나 금융업)와 피해자(거래 상대방이나 선의의 제3자)의 두 그룹으로 분류될 수 있음을 알 수 있다. 둘째, “지위나 권한을 오·남용하거나 법령 등을 위반하여”라는 문구로부터 전략은 가해자가 택하는 부패의 방법에 해당하는 것임을 알 수 있다. 셋째, “자신 또는 특정인의 이익을 도모하여 … 피해를 주는 …”이란 문구로부터 이득은 가해자의 이득과 피해자의 이득으로 분류될 수 있음을 알 수 있다. 여기서 가해자를 1, 피해자를 2라고 하면 상기 게임은 $G \equiv \{I = \{1, 2\}, S = \{s_1, s_2\}, U = \{U_1, U_2\}\}$ 로 다시 표현된다. 물론 $U_1 > 0 > U_2$ 이다.

여기서 전략이라고 하는 것은 각 플레이어가 보유하고 있는 정보(θ)에 입각하여 다양한 형태를 띠고 나타나는 데 가해자의 정보를 θ_1 , 피해자의 정보를 θ_2 라고 하면 전략집합 S는 $\{s_1(\theta_1 \times \theta_2), s_2(\theta_1 \times \theta_2)\}$ 로 보다 구체화될

수 있다. 그런데 통상 이와 같은 부패게임에서는 피해자와 가해자간 정보 및 힘의 불균형 내지 비대칭이 심각하게 나타나기 마련이다. 즉, 피해자는 가해자에 대해 아무런 정보도 갖지 못하거나 불충분한 정보밖에 갖지 못한 채 수동적으로 플레이하는 존재인 관계로 자신을 방어하거나 가해자를 선도할만한 전략을 세울 수 없는 반면, 가해자는 피해자에 대한 충분한 정보를 가지고 자신의 이득을 최대화하기 위한 전략을 자유자재로 구사할 수 있다. 달리 표현하자면 피해자가 갖는 가해자에 대한 정보 θ_1 은 공집합(\emptyset)에 가깝기 때문에 피해자의 전략 $s_2(\theta_1 \times \theta_2) \cong s_2(\theta_2)$ 는 자신은 알되(知己) 상대방을 모르는(不知彼) 상태에서 취해지는 것이므로 사실상 전략으로서의 의미를 상실하고 만다. 이때 게임의 형태는 $G \equiv \{I=\{1,2\}, S=\{s_1\}, U=\{U_1, U_2\}\}$ 와 같이 바뀌는데 이것은 가장 단순한 형태의 부패게임 구조로서 다음과 같은 대리인 모형에 의해 설명될 수도 있다.¹⁸⁾

즉, 대리인 모형에 따르면 피해자인 일반 금융이용자는 금융종사자들을 믿고 자산운용 등을 맡기는 정직한 의뢰인(Principal)에 해당하며, 가해자인 금융종사자나 자금세탁과 같은 혐의거래(suspicious transaction)를 행하는 자는 뇌물 등 사적이득을 제공받는 대리인(Agent)과 이를 제공하는 부패고객(Client)에 해당한다. 따라서 이와 같은 부패게임은 의뢰인, 대리인, 부패고객 3자간의 상호작용, 즉 의뢰인과 대리인간의 정보 및 교섭력의 비대칭, 대리인과 부패고객간 사적 이득의 授受로 인해 발생한다고 하겠다(Klitgaard, 1988). 결국 금융부패를 체계적으로 예방하거나 방지한다는 것은 정직한 의뢰인의 입장에서 逆選擇(adverse selection) - 가해자로 변신할 가능성이 있는 대리인의 시장진입 등 - 과 道德的解弛(moral hazard)-대리인과 부패고객의 사적이득 수수 - 를 막을 수 있는 메커니즘을 설계하는 문제로 귀착되는 것이다.

18) 물론 피해자들도 능동적으로 전략을 선택하고 복수의 가해자간에 벌어지는 共謀와 離反 등을 감안한다면 게임은 훨씬 복잡해질 수 있음.

2. 금융부패 방지메커니즘

역선택의 문제는 부패에 연루될 가능성이 있는 금융종사자나 금융기관 등의 시장진입을 막거나 퇴출시킨다고 하는 것이 오히려 그렇지 않은 금융종사자나 금융기관 등의 발전을 저해하는 결과를 초래하는 것을 말하며 惡貨가 良貨를 구축한다거나 빈대 잡으려다 초가삼간 태운다는 속담과도 일맥상통한다. 이는 금융부패방지를 위한 규제가 자칫 정부실패(government failure)를 초래할 수도 있음을 시사하는 것이기도 하다. 그렇다고 하여 구더기 무서워 장 못 담그라 식으로 일체의 규제를 풀어버리는 것은 더욱 곤란하다. 역선택 문제의 근원은 정직한 의뢰인이 惡貨와 良貨를 구별하지 못한다는 데 있으므로 이에 대한 對症療法은 의뢰인으로 하여금 금융종사자 및 금융기관의 건전성·공정성 등에 관한 정보를 공유케 하여 정보비대칭을 최소화하는 등 공정한 게임환경 내지 인프라를 구축하는 것이라 하겠다. 간단히 말하여 이는 의뢰인이 가지고 있는 대리인에 관한 정보가 대리인 자신의 정보와 동일하거나 그다지 차이가 나지 않아야 함을 의미한다.

한편 도덕적 해이의 문제를 효과적으로 해결하기 위해서는 당근과 채찍이라는 유인부합적(incentive compatible) 수단을 사용할 필요가 있다. 이는 정직한 행위에 대해서는 인센티브(당근)를 제공하고 부패행위에 대해서는 감시·감독과 처벌(채찍)을 강화함으로써 대리인 스스로 부패하지 않은 균형전략을 선택하도록 하는 것을 말한다. 굳이 수식을 사용해 표현하자면 이는 의뢰인(피해자)이 대리인(가해자)에 대해

$$U_1(s_1^*, s_2) \geq U_1(s_1, s_2) \quad \forall s_1^*, s_1 \in S_1, \quad s_1^* = \text{Max}_{\{s_1\}} U_1(s_1, s_2)$$

을 만족시킨다는 조건 하에서 자신의 이득(U_2)을 최대로 하는 전략

$$s_2^* = \text{Max}_{\{s_2\}} U_2(s_1^*, s_2)$$

를 선택함으로써 의뢰인 자신 및 대리인 모두에게 최대의 만족을 가져다주

는 금융환경을 조성한다는 것을 의미한다. 이와 같은 조건을 만족하는 균형 전략 $\{s_1^*, s_2^*\}$ 가 부패에 연루되지 않게 됨에 관해서는 두말할 필요가 없다.

금융부패를 예방·방지하기 위해 반드시 고려해야 할 또 다른 요소는 의뢰인과 대리인간 교섭력(힘)의 비대칭 및 대리인 - 부패고객간 사적 이득의 授受행위이다. 의뢰인과 대리인간 교섭력(힘)의 비대칭 문제를 해소하기 위해서는 금융종사자 및 금융기관에 대한 경쟁제한적 규제를 완화·폐지하여 금융시장의 독과점을 방지하고 이들 대리인간의 경쟁을 촉진하는 것이 절대적으로 필요하다¹⁹⁾. 또한 대리인-부패고객간 사적 이득의 授受행위를 예방·방지하기 위해서는 이들 대리인으로 하여금 혐의거래를 철저히 보고하게 하는 등의 조치도 필요하다.

물론 어떠한 경우이든 이미 발생한 부패행위에 대해서는 예외 없이 一罰百戒 원칙을 적용하되 금융부패의 주체, 방법, 형태에 따라 처벌의 종류와 경중은 차별화할 필요가 있다. 예컨대 금융거래의 효율성 및 형평성을 훼손하여 시장질서를 문란케 하는 행위에 대해서는 형사벌보다는 행정상의 과징금이나 민사상의 손해배상책임을 금지적인 수준(prohibitive penalty)까지 높일 수 있도록 하고 이를 통해 환수되는 자금을 정보공유체계의 구축 등 공정게임 환경 및 시장질서를 조성하는 데 사용하는 방안을 도입할 필요가 있다. 한편 고의적으로 실정법을 위반하는 등의 경우에는 형사벌로 대처하되 이때에도 금융부패의 주체, 방법, 형태에 따라 처벌의 종류와 경중을 차별화하는 방안에 대해 적극적으로 검토할 필요가 있다.

그런데 위에서 설명한 금융부패 방지메커니즘에도 한계는 있을 수 있다. 즉, 의뢰인이 불특정 다수의 시장참가자일 경우에는 이들을 대신하여

19) 현실적으로 각종 규제를 완화하거나 폐지할 경우에는 더욱 강력한 힘을 가진 대리인이 시장을 독과점할 가능성도 있으므로 힘의 균형이 자동적으로 달성되는 것은 아님. 또한 규제완화·폐지는 부정직한 대리인의 시장진입을 부추겨 더 한층의 혼란을 초래할 가능성도 있음. 그런데 더욱 강력한 힘을 가진 대리인이나 부정직한 대리인의 존재는 경쟁을 제한하는 요소에 해당하므로 여기서 말하는 경쟁제한적 규제의 완화·폐지는 이들에 대한 재규제(re-regulation)의 가능성을 포함한다고 할 수 있음.

메커니즘을 설계해 줄 위임자가 필요한데, 만약 의뢰인 자신이 부패에 연루되어 있거나 동 위임자가 정직하지 못할 경우에는 아무리 이론적으로 훌륭한 메커니즘이라 하더라도 사상누각에 불과한 것이 되고 만다. 특히 그 위임자가 정부나 금융감독기관일 경우에는 문제가 더욱 심각해진다. 이는 금융부패가 의뢰인-대리인-부패고객을 둘러싼 사회·정치·경제시스템의 결합이나 이들 3자간의 집단적 도덕적 해이(collective moral hazard)와 같은 전형적인 後進國 病과 깊이 관련되어 있기 때문이다.²⁰⁾

<표 1>과 <그림 1>은 부패방지를 위해 고려해야 할 요소들을 요약·정리한 것으로 이들 제 요소는 금융부패 방지메커니즘을 구축하는 데 있어서도 핵심적 참고사항이 된다. 특히 <그림 1>은 효과적으로 부패를 방지하기 위해서는 ① 규제완화, 조세제도 간소화, 반독점 및 거시경제의 안정화 등을 통한 불완전경쟁의 지양, ② 능력위주의 개방형인사, 지방분권화 등 행정 및 공공분야 개혁을 통한 자유재량권 축소, ③ 신뢰성이 검증된 감독·회계기관, 사법부, 시민단체 및 국회를 통한 철저한 감시활동 등이 필요함은 물론 부패방지위원회, 재경부, 공정거래위원회, 금융감독위원회, 법무부 등 정부 각 부처간 정책조정, 공공부문-민간부문간 협조가 대단히 중요함을 일목요연하게 보여주고 있다. 여기서 ①과 ②는 부패의 발생을 예방하는 데 효과가 있으며 ③은 부패를 적발해 내는 데 커다란 영향을 미칠 수 있을 것으로 보인다. 한편 구체적으로 금융부패 방지대책에

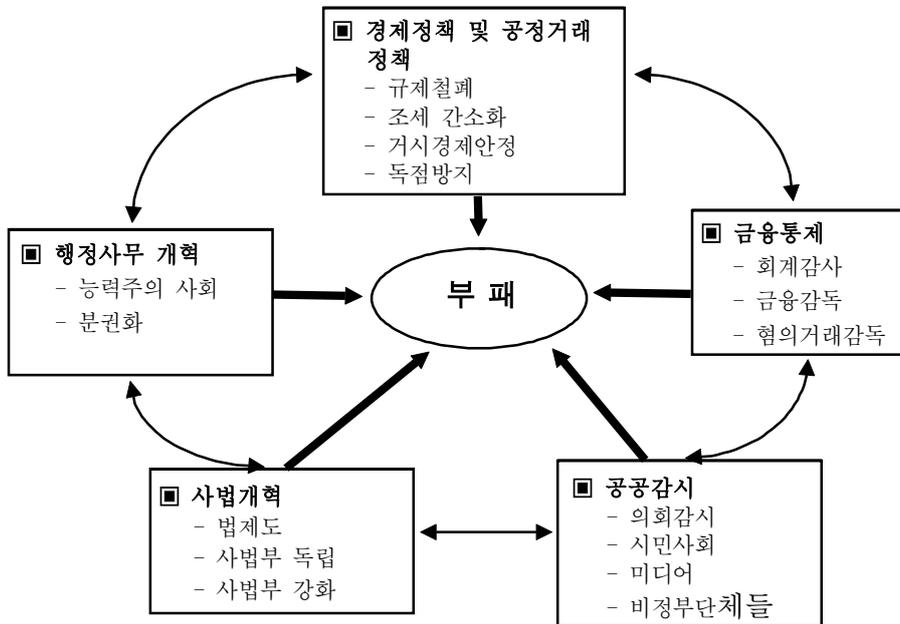
20) “누가 감시자를 감시할 것인가(who monitors the monitor)?”는 이러한 문제를 단적으로 지적하는 것으로 왜 국가별로 상이한 형태의 금융감독체계가 존재하는가에 관한 의문을 제기하는 것이기도 함. Diamond(1996)에 따르면 의뢰인은 수많은 고객을 일일이 감시하는데 따르는 비용이 매우 높을 경우 이들을 감시할 유인이 있는 대리인으로 하여금 위임된 감시자(delegated monitor) 역할을 하도록 함이 효율적일 수 있음을 밝히고 있으며, 이때 대리인이 의뢰인의 의사와 달리 고객에 대한 감시활동을 소홀히 하거나 고객과 결탁하는 등의 도덕적 해이에 빠질 가능성 또한 지적하고 있음. 그는 이와 같은 위임된 감시자의 문제를 해소하기 위해서는 비록 높은 감시비용을 지불해야 하는 문제가 있긴 하나 감독자간 경쟁을 유도함이 바람직할 수 있음을 주장함. 그러나 어떠한 금융감독체계가 보다 바람직한가 하는 데 대한 이론적 결론은 존재하지 않음. 이는 어디까지나 역사적 실증의 문제임.

대해서는 2001년 12월 국무조정실에 제출된 용역보고서가 중요한 역할을 하고 있는데 이에 관해서는 <부록>을 참조하기 바란다.

<표 1> 부패방지를 위해 고려해야 할 제요소

구 분	내 용
보상체계	- 임금, 부대편익(fringe benefit), 연금, 수당, 기타 금전적 편익
감시·감독체계	- 감독 및 통제시스템, 업적평가기준, 채용·선발 등 인사체계 등
내부통제	- 감사의 독립성 및 능력, 준법질서 및 견제-균형장치, 정보공유체계, 사법체계
외부통제	- 처벌(벌금, 재산압수, 징역 등)의 정도
법률적 처벌	- 인허가 등 정부규제, 세법 및 세제(과세표준, 조세투명성 등)
공적규제	- 관료조직의 구조, 공무원 교육, 정치·행정적 리더쉽, 기타 문화적
기타	요소 및 개발지원기구

<그림 1> 세계은행의 반부패 전략



IV. 맺음말

부패방지를 위한 노력의 역사는 부패 그 자체의 역사만큼이나 오래되며 최근의 부패방지 노력은 정부뿐만 아니라 각종 시민단체, 국제기구 등을 통해 꾸준히 증가하고 있다. 그럼에도 불구하고 아직까지 우리들의 생활 주변에서는 끊임없이 부패가 발생하고 있는 것 또한 사실인데, 이는 부패의 원인과 처방 등에 대한 체계적·종합적·전문적 지식이 부족한 것에 크게 기인한다. 금융부패 역시 마찬가지이다. 연일 신문지상을 오르내리는 금융부패 앞에 국민 모두가 무력감을 느낄 수밖에 없는 것도 금융부패가 비단 금융부문 자체의 요인뿐만 아니라 의뢰인-대리인-부패고객을 둘러싼 사회·정치·경제시스템의 구조적 결함에 의해 발생한다는 사실을 간과하거나 이를 체계적·종합적·전문적으로 연구하고 시정하려는 노력이 부족한 데에 기인하는 것이다. 그러나 무엇보다도 우리나라에서 금융부패가 척결되지 않는 가장 큰 이유는 뇌물, 정실주의 등으로 점철되어 온 우리 사회·정치·경제시스템을 근본적으로 개혁하고자 하는 진정한 意志가 우리 사회·정치·경제의 어느 한 구석에서도 보이지 않는 데에 있다. 부패란 썩는다는 것을 의미한다. 자연은 썩어서 좋은 열매를 맺듯, 자연물의 부패는 물질순환의 순기능을 담당하는 신의 섭리이다. 그러나 인간사회가 썩게 되면 좋은 열매를 맺을 수 없듯 인간사회의 부패는 신의 섭리가 아니라 인간 스스로가 만든 사회악이다. 우리 사회에서 부패가 척결되지 않는 가장 큰 이유는 이것이 마치 必要惡인 양 생각되고 있기 때문이다. 부패는 결코 필요악이 아니라 근절되어야 할 암적 존재이다.

<부록> 분야별 금융부패 방지대책

- 은행분야 -

내 용	필요사항
1. 카운셀링 등 전담부서의 설치	1. 은행별 준법감시인 임무 확충, 윤리규범 및 컴플라이언스 매뉴얼 등의 정비
2. 현금취급 및 창구담당자 등에 대한 대책	2. 은행별 업무방법서, 윤리규범 및 컴플라이언스 매뉴얼 등의 정비
3. 직원 윤리강령 등의 구체화	3. 은행별 윤리규범 및 컴플라이언스 매뉴얼 등의 정비
4. 부당한 업무지시의 근절	4. 은행별 인사·복무규정, 윤리규범 및 컴플라이언스 매뉴얼 등의 정비
5. 조직적 부패방지를 위한 유인부합적 대책의 수립	5. 은행별 인사·복무규정, 윤리규범 및 컴플라이언스 매뉴얼 등의 정비
6. 내부고발자 보호·보상제도 도입	6. 금감원 및 은행내 내부고발자 보호·보상 전담조직 설치와 보호대상 및 보호기준 마련. 은행별 윤리규범 및 컴플라이언스 매뉴얼 등의 정비
7. 여신심사조직의 개선	7. 은행별 여신업무방법서 및 조직의 정비
8. 처벌규정 차별화·강화	8. 은행법 제11장 등의 개정

- 보험분야(리베이트) -

내 용	필요사항
1. 집중감독 및 상시감독체제 수립	1. 금감원의 단속기간 설치방침 및 금감원 내 상시조사팀 설치방침 공표 및 시행
2. 협회 내 모집질서 위반 신고대상을 일부종목(자동차보험)에 한하여 전국민으로 확대	2. 보험협회의 “모집질서 위반 신고접수요강”의 신고접수 대상 및 종목 개정
3. 리베이트로 인한 불이익 홍보	3. 협회지, 보험사 사보 및 홈페이지, 고객에 대한 협조서한, 청약서 및 보험증권에 안내문구 삽입
4. 강력한 내부통제시스템의 확립	4. 금감원 주관으로 “표준내부통제매뉴얼”을 작성하여 각 보험사에 배포
5. 내부고발제도 도입	5. 금감원 내 내부고발자 보호 및 보상 전담조직 설치와 보호대상 및 보호기준 마련
6. 제재조치 강화(대표이사 및 담당임원 중징계, 경유처리 가담 대리점 등록취소, 리베이트 수혜자 신원공개 및 관계당국 통보)	6. 「보험업법」 및 「보험업감독규정」에 리베이트 제공 보험사 임직원 및 대리점에 대한 처벌기준 강화 및 리베이트 수혜자 처벌기준 신설
7. 가격담합행위 근절	7. 「보험업감독규정」에 제재조항 신설
8. 보험회계기준 개선	8. 금감원 내 보험회계기준 개선 작업반 설치운영
9. 직급조직의 판매자회사화 유도	9. 「보험업법시행령」 제16조의2 개정
10. 제재조치권 일원화	10. 「금융기관감사및제재에관한규정」 및 「손해보험모집관리위원회운영규정」 개정

- 증권분야 -

내 용	필요사항
1. 내부통제강화	1. 금감원의 내부통제검사매뉴얼 실효성-체크리스트 보완 및 상세화 2. 회사의 법령준수매뉴얼 및 법령준수프로그램 내용보완
2. 내부고발제도	금감원내 내부고발자 보호 및 보상전담조직 설치와 보호대상 및 보상 기준 마련
3. 관리자책임 강화	증권관련법령에 관리자책임 규정 도입
4. 자산관리자 규제강화	투신업감독규정에 부당편익수증자의 신고의무 규정 도입
5. 계열사지원행위 제재	1. 위반자에 대한 제재강화 2. 준법감시인의 요구 불응시 회사나 경영자에 대한 제재규정 설치, 준법감시인에 대한 제재규정 설치
6. 공시제도 강화	1. 회사-자사 인터넷 홈페이지등을 통해 투자관련정보의 동시 공시 2. 신탁재산에 대한 포트폴리오의 공시내용강화→투신업법 시행령 제13조 제3항 개정)
7. 불공정거래에 대한 제재 강화	1. 제재의 다양화, 과징금제도 도입 →증권거래법 제206조의11(과징금) 개정, 증권선물조사업무규정 제22조의2 개정 2. 증선위의 거래중지명령권발동제도 도입→증권거래법에 관련 규정 도입 3. 장기적으로는 불공정행위자에 대한 정보의 집중 및 관리
8. 집단소송제도 시행	집단소송법(안) 적용범위 확대
9. 자율규제시스템 기능 제고	1. 감리기능의 충실화→거래소에 조사권 및 실질적 정계조치권을 부여 하도록 증권거래법 개정 2. 거래소와 금감원의 공조협조방안 구체화 3. 회원에 대한 제재수단 다양화와 제재 한도 조정→업무규정 시행세칙 제100조 개정) 4. 증권거래법에 회원의 이의제기절차와 심판권자에 대한 규정 도입 5. 회원에 대한 반부패교육 강화 6. 자율규제기관에 대한 신뢰확보
10. 윤리강령 및 행동규범의 실효성 강화	1. 윤리강령 및 행동규범 내용의 구체화 2. 개인용 행동지침서 등 비치, 윤리강령 및 행동규범에 대한 교육 3. 인터넷 등을 통한 윤리강령 공개
11. 투자자주의환기 및 교육·홍보	1. 투자자에 대한 투자참고사항 공표 2. 회원·지점·직원에 대한 사전경고제도 도입 3. 투자자에 협회나 금융감독원의 반부패행위에 대한 홍보 및 교육강화 4. 금감원과 협회의 위법행위자명부 정보공유, 정보누락에 대한 제재, 금감원 인터넷을 통한 명부공개
12. 증권산업인프라 재정비	1. 언론사 ① 증권거래법 등에 기사작성과 관련해 대가를 수령했다는 것을 표시하게 하는 규정 설치, 언론사의 주식투자내용 공개 ② 제재규정을 포함한 윤리강령 및 내부통제장치 실효성 제고 2. 회계법인 ① 회계사의 묵인 또는 방조에 의한 중대한 분식회계에 대한 형사 고발 의무화→외부감사및회계규정 제56조 개정 ② 회원에 대한 조치사항의 공시→한국공인회계사회 윤리위원회및 윤리조사심의위원회규정의 확정 ③ 증선위의 회계부정관련자의 위반사실공시 의무화→외감법 제16조의2 개정

- 금융감독당국 -

내 용	필요사항
1. 정치적 中立性과 獨立性 보장	금감원장의 임기, 인사독립성 보장, 감독기관·피감독기관의 임직원 행동강령 및 문서관리규정 정비
2. 전문성 강화를 위한 인사면의 종합적 개선	금감원 인사·보수규정의 정비
3. 접촉보고제도의 도입	금융감독원 복무규정 개정 내지 '금융감독업무수행을 위한 보고준칙 내지 지침(假稱)' 마련 · 보고의무자: 금감원내 상위직(팀장급) · 보고방식: 접촉종료후 48시간내 상급자와 감사에게 on-line 보고 · 보고내용: 부채시 전화메모 수준 · 관리체계: 감사가 시행 및 관리책임
4. 내부고발제도의 도입	감사직무규정 개정 및 조사·처리기준 마련 제보대상 확대 제보방법 다변화 제보처리 전속기관으로서 특별조사국 신설
5. 직원윤리규범의 개선	금감원 직원윤리규범 및 행동규범 정비 금품제공은 직무와 상관없이 신고를 원칙 신고선물 처리시 반송사실을 제공자 소속 기관대표자에게 고지 문서주의 원칙 및 최종결재자 실명명시
6. 감사원과 조사원의 복무수칙 준수 서약제도 도입	감사원 복무수칙과 조사원 복무수칙 정비
7. 피감독기관에 대한 징계관련정보의 공개	금감원 홈페이지(www.fss.or.kr)에 '금융기관 제재조치'란을 신설 및 이를 위한 금감원사무자동화운영규정 정비
8. 금융기관의 자정노력을 위한 인센티브제	윤리강령 정비 및 관리자책임 강화

- 보험사기 분야 -

내 용	필요사항
1. 보험사기 특별조사팀 활성화	1. 보험사 내에 보험사기 전담조직을 설치하도록 감독당국에서 행정지도
2. 보험사기 인식제고 노력	2. 협회지, 보험사 사보 및 홈페이지, 청약서 및 보험증권 상에 안내문구 삽입
3. 보험범죄 신고센터 운영 활성화	3. 「보험범죄 신고센터」 운영지침 상에 제보자에 대한 신분보장 및 포상금 한도 확대 조치
4. 보험사기 데이터베이스 구축	4. 금감원의 지도지침 하에 통계집적기관 또는 협회 내에 데이터베이스 구축
5. 보험사기 적발시스템 개발	5. 금감원의 지도지침 하에 업계가 공동으로 보험사기 지표 및 적발시스템 개발
6. 보험사기 조사권 및 조치권 확보	6. 특별법 제정을 통해 금감위 내에 "금융사기방지국"을 설치 후 조사권 및 조치권 부여
7. 관계기관간 정보공유체제 구축	7. 보험업계, 감독당국, 수사당국 등이 공동 참여하는 가칭 「보험사기방지협의회」를 협회 등 자율규제단체 내에 설치·운영

- 혐의거래분야 -

내 용	필요사항
1. 혐의거래 표준 리스트의 작성	1. 금융정보분석원 주관의 작성 및 배포
2. 혐의거래 관리체계 구축	2. 각 금융회사의 윤리강령 및 컴플라이언스 매뉴얼정비 등
3. 혐의거래 보고체계 구축	3. 특정금융거래보고법, 각 금융회사의 윤리강령 및 컴플라이언스 매뉴얼 정비
4. 전문인력의 양성	4. 각 금융회사 컴플라이언스 매뉴얼 정비
5. 프라이버시의 보호	5. 신용정보의 보호 및 이용에 관한 법률 개정
6. 금융기관의 정보조사·요구권 등의 확대	6. 은행업감독규정시행세칙 제55조, 은행업감독규정 제83조 및 동 시행세칙 제56조 개정
7. 유관기관간 정보의 협조	7. 외국환관리법 제20조 및 제23조, 외감법 제4조 및 제15조 개정
8. 정보조사권 남용방지 및 프라이버시 보호	8. 금융실명법 제4조, 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제15조 개정
9. 신용정보 풀링 및 공유체계 구축	9. 금융권별 협회의 유기적 협력방안 수립 시행, 정보누락·지연 등에 대한 제재 강화
10. 제2금융권정보 및 개인신용정보 등의 집중	10. 금융기관의 신용정보 교환 및 관리규약, 신용정보의이용 및보호에관한법률 제15조, 외국환거래법 제21조 개정
11. 감독기관 모니터링 발동요건·범위 등의 확대	11. 금융실명법 제4조, 증권거래법 제4조, 제17조, 제21조, 금융감독기구의 설치 등에 관한 법률 제19조 개정
12. 정치자금관련 혐의거래 사전통보제도의 보완	12. 특정금융거래보고법 부칙 개정

참고문헌

- 코리언 엔터프라이즈 인스티튜트 (2001. 12), 「금융분야 부패방지대책」, 국무조정실 연구용역보고서
- 神田秀樹 外(1999), “金融取引における公正の概念”, 金融研究, 日本銀行
- Amundsen, Inge (1999), “Political corruption : An introduction to the issues”, Working Paper 99:7, Bergen, Chr. Michelsen Institute.
- Becker, G. S. (1968), “Crime and Punishment : An economic approach”, Journal of Political Economy, no. 76.
- Bruntti, A., G. Kisunko and B. Weber (1997), “Credibility of rules and economic growth : evidence from a worldwide private sector survey”, Background paper for the World Development Report 1997, World Bank.
- Campos, J. Edgardo, Donald Lien and Sanjay Pradhan (1999), “The impact of corruption on investment : Predictability matters”, World Development, vol. 27, n0. 6.
- Diamond, D. (1996), “Financial Intermediation as Delegated Monitoring, a Simple Example”, Economic Quarterly of the Federal Reserve Bank of Richmond.
- Financial Task Force on Money Laundering (2001), Review of FATF Anti-Money Laundering System and Mutual Evaluation Procedures 1992-1999, OECD.
- Gatti, R. (1999), “Corruption and trade tariffs, or a case for uniform tariffs”, World Bank Policy Research Working paper, no. 2216.
- Friedman, E. et al. (2000), “Dodging the grabbing hand : The

determinants of unofficial activity in 69 countries”, *Journal of Public Economics*. Harris-White, B. and G. White (eds) (1996), “Liberalization and the new corruption”, *IDS Bulletin*, 27(2), Sussex.

Jens Chr. Andvig, Odd-Helge Fjeldstad, Inge Amundsen, Tone Sissener and Tina S reide (2000), “Research on Corruption: A policy oriented survey”, CMI and NUPI

Khan, Mushtaq (1996), “A typology of corrupt transactions in developing countries.” *IDS Bulletin*, vol. 8, no. 5.

Klitgaard, Robert (1988), *Controlling Corruption*, Berkeley University of California Press.

Lambskorff, Johann Graf (1999), “The Transparency International Corruption Perception Index 1999 : Framework Document”, Transparency International, Berlin.

Lui, Francis T (1985), “An equilibrium queuing model of bribery”, *Journal of Political Economy*, vol. 93, no. 4.

Maruo, Paolo (1997), “The effects of corruption on growth, investment and government expenditure : A cross country analysis”, in K. A. Elliot (ed), *Corruption and the global economy*, Washington D.C.: Institute for International Economics.

Myrdal, G (1968), “Corruption : Its causes and effects” in *Asian drama : An Enquiry into the Poverty of Nations*, Gunnar Myrdal, vol. II, New York, The Twentieth Century Fund.

Paldam, M (1999), “The big pattern of corruption : Economics, culture and the seesaw dynamics”, Working Paper No. 1999-11,

Department of Economics, University of Aarhus.

Rawls, John, A., *Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

Rose-Ackerman, Rose (1978), *Corruption, A Study in Political Economy*, London/New York: Academic Press.

Schleifer, Andrei and Robert W. Vishny (1993), "Corruption", *The Quarterly Journal of Economics*, 108.

Tanzi, V (1998), "Corruption around the world : Causes, consequences, scope, and cures", IMF Working Paper 98/63, Washington DC.

Tanzi, V. and Hamid Davoodi (1997), "Corruption, public investment, and growth", IMF Staff Papers, vol. 40, no. 4.

Transparency International (1998), "Corruption perception index 1998."

Treisman, Daniel (2000), "The causes of corruption : A cross national study", *Journal of Public Economics*, vol. 76.

Wedeman, A. (1997), "Nooters, rent-scrapers, and dividend-collectors : Corruption and growth in Zaire, South Korea, and the Philippines", *The Journal of Developing Areas*, 31.

Wei, Shang-Jin (1997), "How taxing is corruption on international investors?", NBER Working Paper 6030, Cambridge, MA.

_____ (2000), "Natural openness and good government", NBER Working Paper 7765, Cambridge, MA.

World Bank (2000), "Helping countries combat corruption, Progress at the World Bank since 1997", Operational Core Services & Poverty Reduction and Economic Management Network, Washington DC.

154 형사정책연구 제14권 제2호(통권 제54호, 2003 · 여름호)

Fighting against Financial Corruption in the perspective of Law and Economics

Kim, Dong-Hwan*

Financial corruption in financial institutions and supervisory authorities may occur from a lack of morality or a code of conduct. A lot of unnecessary regulations, absence/lack/forbearance of necessary regulations, and various unfair transactions that exploit the asymmetries of information and bargaining power etc. may incite financial corruption in the private and public sector. Some fundamental defaults in the social, political and economic system may be another important cause of corruption, considering that, in reality, the world as an organic body composed of society, politics, and economy is connected by finance.

Fighting against financial corruption starts from analyzing the corruptive connection between agents(including financial institutions and supervisory authorities) and clients. As such, we should design an incentive compatible mechanism that prevents the honest from being selected adversely and the dishonest from creating moral hazards. Abnormal rent-seeking activities by agents should be re-regulated by competition policy and anti unfair & suspicious transaction policy. The penalty system should be diversified and differentiated according to the principal, method, and type of financial corruption. In particular, an

* Research Fellow, Korea Institute of Finance.

administrative or civil penalty rather than a criminal one should be imposed on corruptive activities that undermine the discipline of the financial market. In conjunction, the penalty should be severe enough to have prohibitive effects, which can help exterminate future financial corruptions, and finance anti-corruption infrastructure, such as financial information sharing system, etc. Most importantly, however, a true and strong will must accompany that reforms our social, political and economic system stained by bribery and nepotism.

수사권 독립논의에 관한 검토

이진국
정완

형사정책연구 제14권 제2호(통권 제54호, 2003·여름호)

한국형사정책연구원

수사권독립 논의에 관한 검토

이진국*
정완**

I. 논의의 배경과 문제해결의 출발점

정권교체기마다 지속적인 논쟁의 대상으로 되었던 사법경찰의 수사권 독립 논의가 최근 들어 다시금 정책가, 실무가 및 학자들의 관심의 대상이 되고 있다. 최근의 수사권 독립 논의는 2003년 1월 15일에 경찰청이 제16대 대통령 당선을 계기로 탄생한 대통령직 인수위원회에 사법경찰의 수사권 독립안을 공식적으로 제출하면서 촉발되었다. 이를 계기로, 수사현실을 중시하여 독자적인 수사권 행사를 관철하려는 경찰 측의 요구와 적법절차의 준수와 인권보장의 관점에서 경찰의 수사권 독립안에 대한 검찰의 반대에 정책결정자는 무거운 입법적 결단의 압력을 받고 있다.

사법경찰의 수사권 독립론이 등장하게 된 현실적인 배경은 상이한 조직체계를 갖추고 있음에도 불구하고 수사현실에서 경찰이 검찰의 지휘를 받아야 한다는 관계에서 나타난다. 현행 형사소송법에 의하면, 검사는 수사절차의 주재자임과 동시에 수사권자로 명시되어 있지만, 수사현실에서 대부분의 수사는 사법경찰이 수행하고 있다. 전체 수사사건의 약 97% 이상을 사법경찰이 수행하고 있다는 통계자료가 이를 뒷받침하고 있다.¹⁾ 그러

* 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사.

** 한국형사정책연구원 연구위원, 법학박사.

므로 경찰의 수사권 독립을 찬성하는 입장에서는 독자적 수사권을 확보함으로써 수사의 능률향상과 책임수사가 가능해지고 수사의 과학화와 공정성 및 국민의 인권보장에 기여할 수 있게 된다고 주장한다.

수사권 독립을 둘러싼 논쟁상황 속에서 사법경찰에게 독자적인 수사권을 인정할 것인지, 이를 긍정한다면 어느 정도로 수사권의 독립을 보장해 줄 것인지를 문제는 그 기초적인 방향설정에 따라서 상이한 결론이 도출될 수 있다.²⁾ 그러나 이 논의에서 본질적으로 고려되어야 할 것은, 사법경찰관의 지위향상이나 검찰과 경찰간의 단순한 권한분배라는 관점에서 수사권 독립이 논의되어서는 안되며, 오히려 ‘수사’가 지니고 있는 잠재적인 인권침해적 성격을 정확하게 인식해야 된다는 점이다. 수사권 독립논의의 기초가 검찰과 경찰간의 이해관계에 우선되게 방향이 설정되는 경우에는 국민의 인권보장을 본질적인 내용으로 하는 법치국가적 형사절차가 의미를 상실하게 될 위험을 안고 있기 때문이다. 수사권 독립 논의가 일차적으로 ‘수사행위의 잠재적 인권침해성’, ‘수사의 司法행위성’ 등의 관점에 중점이 설정되어야 한다는 점에 찬성한다면, 이 논의에서 본질적으로 고려해 보아야 할 점은, 수사권을 - 많은 적든 - 경찰에게 독자적으로 귀속시킴으로써 법치국가원리의 핵심내용인 적법절차 및 기본적 인권의 보장이 수사권 독립 이전보다 더 확고하게 보장될 수 있는지의 여부이다.

-
- 1) 현재 검사가 직접 인지하는 사건은 전체 사건수의 2%에도 미치지 않는다고 한다. 검사는 주요 권력형 부조리, 경제범죄, 정치범 등과 같은 민감한 사건을 주로 취급하고 있으며 이때 검찰은 사법경찰관리를 지휘하거나 검찰수사관을 활용하여 수사활동을 한다. 이에 반하여 경찰에서 입건하는 사건 수는 98%를 상회한다.
 - 2) 예컨대 차용석, 완전독립보다 일정형벌 이하 범죄에 수사권 부여 바람직, 수사연구 1992/3, 36쪽에 의하면, 수사권 독립논의는 국민의 인권보장, 경찰제도 이외에 검찰제도를 탄생시킨 이유, 수사체계에 관한 우리나라의 문화적 특수성 등과 같은 다양한 요소를 고려하는 가운데서 논의되어야 한다고 강조하고 있다; 한편 배영곤, 일반국민의 시각에서 본 경찰수사독립론, 수사연구 1992/10, 7쪽에 의하면, 수사권 독립의 문제는 국가권력의 배분에 관한 정책적 측면, 수사의 효율성을 제고하기 위한 실제적 측면, 기본권 침해의 최소화라는 이념적 측면을 종합적으로 검토하여 결정할 문제라고 한다.

II. 형사절차상 수사권체계에 관한 고찰

정책(Politik)이나 개혁(Reform)은 그 속성상 한계설정이 전제되어 있지 않은 것이 일반적이다. 따라서 수사권 독립과 관련해서도 논자에 따라 독립에 관한 ‘관념’과 ‘범위’가 달라지기 마련이다. 그렇지만 현행 헌법이나 형사소송법상의 수사권 체계를 전면적·급진적으로 부정하지 않는 한, 수사권 독립에 관한 논의는 현행 형사소송법상의 관련규범이 지니고 있는 문제점과 흠결을 밝혀냄으로써 그 본질적인 의미를 찾을 수 있다.

1. 우리나라의 수사권체계

우리나라의 수사권체계는 수사주체자로서 검사와 검사의 수사지휘를 받는 사법경찰관리의 이원적 구조를 이루고 있다. 이러한 구조는 외국제도와 의 관계에서 전혀 낯선 것은 아니지만, 다른 한편 경찰의 수사활동을 너무 제약할 수 있다는 문제점도 안고 있다.

가. 개념의 확정: 수사권과 수사지휘권

현재 학계와 실무계에서 논의되고 있는 수사권 독립론의 내용을 개별적으로 검토하기에 앞서 우선적으로 수사권과 수사지휘권의 개념 및 그 관계를 밝힐 필요가 있다. 양 개념은 수사권 독립론의 실체가 무엇인지를 밝혀주기 때문이다.

일반적으로 수사란 범죄의 혐의 유·무를 명백히 하여 공소의 제기와 유지 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견, 확보하고 증거를 수집, 보존하는 수사기관의 활동을 말한다. 여기서 수사권이란 법률적으로 수사를 행할

수 있는 권한을 말하고 현행법상 이러한 수사권을 행사하는 기관으로는 검사와 사법경찰관리가 있다. 수사권의 개별적인 내용에는 수사개시권, 수사실행권, 수사종결권이 있다. 현행 형사소송법 및 하위 법규들은 산재한 규정들을 통하여 수사권을 사법경찰에게 부여하고 있다.

다른 한편, 수사권의 개념 이외에 수사지휘권의 개념도 수사권 독립의 논의에서 빠트릴 수 없다. 수사지휘권이란 수사기관의 수사활동을 통제·감독하는 것을 말한다. 현행법상 수사지휘권은 경찰조직 내부에서는 사법경찰관이 보유하고 있으며, 경찰과 검찰의 관계에서는 검사에게 귀속되어 있다. 형사소송법의 입법자가 검사에게 수사지휘권을 부여해 주고있는 근본적인 이유에 관하여 학계에서는 다음과 같이 언급하고 있다. 즉, ① 시민의 인권을 보장하기 위하여 수사절차의 전과정을 법률전문가인 검사로 하여금 통괄하게 할 필요가 있다. 약 15만명에 달하는 우리나라 경찰의 실무상 자유로운 수사개시권, 10일간의 구속수사권, 경찰서장의 즉결심판청구권 등 강력한 권한행사는 반드시 통제되어야 한다는 것이다. ② 수사는 공소제기의 준비행위이기 때문에 경찰이 단독으로 혐의유무를 판단하여 사건을 종결할 경우 사건이 은폐되거나 암장되어 실효적 공소권을 행사하기 힘들다. ③ 효율성이 요구되는 범죄수사의 관점에서 검사를 정점으로 하여 여러 형태의 사법경찰관리를 기능적으로 결합할 필요성이 존재한다.³⁾

수사권과 수사지휘권의 관계에서 제기되는 본질적인 문제는, 경찰이 수사권을 가지고 있으나 경찰수사권의 행사에 독자성이 없다는 점이다. 즉 경찰은 수사할 권한은 가지고 있지만, 적어도 형사소송법 제196조의 해석으로부터, 검사의 수사지휘권 하에 있기 때문에 경찰수사에 독자성이 없다는 것이다. 본래 권한의 定型은 특정 사안의 본질적 문제에 대해 의사결정, 기획, 조직 및 평가 등을 할 수 있어야 할뿐만 아니라 그 집행을 명령,

3) 신동운, 형사소송법 I, 제2판, 법문사, 1997, 55쪽; 이재상, 형사소송법, 제5판, 박영사, 2001, 171쪽.

지휘, 통제할 수 있어야 비로소 독자적 권한이 있다고 말할 수 있기 때문이다.⁴⁾ 그렇다면, 경찰의 ‘수사권’ 독립은 구체적으로 ‘수사지휘권’으로부터의 독립을 의미한다.⁵⁾ 따라서 수사권 독립론에 관한 정책적 가치판단의 대상은 검사의 수사지휘권의 행사에 자의적이고 불필요한 부분이 있는지의 여부이며, 이를 긍정한다면 그 정책판단의 기준은 적법절차와 인권보장의 관점이다. 수사지휘권이란 적법절차의 보장과 인권보장의 이유에서 탄생된 것이기 때문이다.

나. 검사와 사법경찰관리의 관계

우리나라 형사사법체계에서 검사는 법관과 동일한 자격과 수준을 갖도록 요구하고 있다. 그러므로 검사는 ① 수사과정에서 피의자의 기본인권과 소송법적 권리를 보호하고, ② 경찰권력을 법치국가적 원리에 따라 통제하는 기능을 부여받고 있다. 이러한 검찰권의 행사에는 강력한 신분보장이 요구되는데, 현행법은 검사에게 법관의 임명자격과 동일하게 준사법관으로서 권한과 신분을 보장하고 있다(검찰청법 제37조).

검사는 범죄의 혐의가 있다고 사료되는 경우에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다(형사소송법 제195조, 검찰청법 제4조 제1항 1호). 형사소송법 제195조는 한편으로는 검사에게 수사의 주체자로서의 지위를 인정하여 수사절차에서 발생하는 모든 책임을 검사에게 귀속시키고 있다. 다른 한편 제195조는 검사가 직접 또는 간접적으로 범죄혐의 사건을 인지한 경우에는 반드시 수사에 착수해야 한다는 소위 수사강제의무를 명시하고 있다. 형사소송법 제195조에 따라서 검사는 독자적으로 수사를 할 수 있을

4) 이영란, 한국의 수사권체제, 형사정책 7호, 1995/8, 196쪽.

5) 신동운, 앞의 책, 56쪽; 백형구, 경찰수사권 독립의 구체적 방안, 수사연구 1992/4, 25-26쪽.

뿐만 아니라 제196조에 따라서 사법경찰관리를 지휘하여 수사하게 할 수 있다. 특히 현행법은 검사가 수사의 주재자임과 동시에 인권옹호의 최후의 보루라는 점을 고려하여, 강제수사에서 영장청구권(헌법 제12조, 형소법 제200조의 2, 제201조, 제215조, 제221조의 4), 판사에 대한 강제처분 청구권(형소법 제184조, 제221조의 2, 제221조의 3), 일반 범죄사건에 대한 수사종결권은 검사에게만 인정하고 있다.

검사의 수사지휘권에 의하여 사법경찰관리는 범죄수사에 있어서 소관 검사가 발한 명령에 복종하여야 하며 이러한 의미에서 검사와 사법경찰관리는 상명하복의 관계에 있다(형사소송법 제196조, 검찰청법 제53조). 검사의 수사지휘는 일반적 수사지휘와 구체적 수사지휘를 포괄하는 개념이다.⁶⁾ 검사의 수사지휘권을 실효적으로 보장하기 위하여 검사장에게 수사 중지명령 및 교체임용 요구권(검찰청법 제54조)을 인정하고 있으며 검사에게 구속장소 감찰권(형사소송법 제198조의 2), 영장집행지휘권(동법 제209조, 제219조), 긴급체포에 관한 사후 승인권(동법 제200조의 3), 압수물의 처분에 대한 지휘권(동법 제219조)을 인정하고 있을 뿐만 아니라 사법경찰관의 사건송치의무(동법 제238조), 사법경찰관의 검사에 대한 각종 수사보고의무(사법경찰관리집무규칙 제11조 내지 제13조)를 규정하고 있다.

현행법상 검사 이외에 사법경찰관리도 수사권을 가지고 있는지에 대해서는 학설에서 논란이 있다. 우선 경사, 순경과 같은 사법경찰관리나 특별 사법경찰관리에게는 수사권이 없다는 점은 제196조 제2항의 규범해석에서 직접 도출될 뿐만 아니라 학설의 견해도 일치하고 있다. 사법경찰관리는 검사 또는 사법경찰관의 지휘를 받아 수사하는 수사보조자의 지위에 머물 뿐이기 때문이다.⁷⁾ 오히려 문제의 초점은 수사관, 경무관 총경, 경감, 경위

6) 일반적 수사지휘란 모든 사법경찰관리가 공통적으로 준수해야 할 범죄수사의 절차와 사용서식, 사건처리기준 등과 같은 사항에 대하여 예규 또는 지침을 시달하는 방법으로 지휘하는 것을 말한다. 이에 반해 구체적 수사지휘란 특정 사건이나 사안에 관하여 사법경찰관리에게 개별적·구체적으로 지시하는 것을 내용으로 한다.

를 지칭하는 사법경찰관이 수사권을 행사할 수 있는지의 여부이다. 이러한 문제제기는 현행 형사소송법이 사법경찰관리에 관하여 주체적인 지위를 명문화하지 않고 있다는 점에 뿌리를 두고 있다. 제195조에 의하면 수사의 주체로서 검사만이 규정하고 있고 제196조에서는 사법경찰관이 검사의 지휘를 받아 수사하여야 한다고 규정하고 있기 때문에 양 규정의 관계에서 보면, 사법경찰관은 수사의 개시에서부터 수사의 개별적인 실행에 이르기까지 오로지 검사의 지휘에 종속되어 있으며 이로써 사법경찰관에게는 수사권이 없다는 결론에 이르게 된다.

그러나 학계의 일부⁸⁾와 수사실무⁹⁾에서는 사법경찰관에게 수사권이 부여되어 있다는 점을 인정하고 있다. 이들 견해가 들고 있는 사법경찰관의 수사권의 규범적 근거는 경찰법과 경찰관직무집행법 및 사법경찰관리집무규칙상의 명시적 규정내용이다. 경찰법 제3조에 규정된 경찰의 임무규정에 의하면, “경찰은 국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사, 치안정보의 수집, 교통의 단속 기타 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 한다”고 규정하고 있다. 또한 경찰관직무집행법 제2조에 규정된 경찰관의 광범위한 직무의 범위 중 범죄의 예방·진압 및 수사(동조 제1호)도 경찰의 수사권을 근거지운다. 나아가 사법경찰관리집무규칙 제2조 제2항에서도 “사법경찰관은 범인, 범죄사실과 증거를 수사함을 그 직무로 한다”고 명시하고 있다.

7) 물론 사법경찰관리는 원칙적으로는 피의자나 참고인에 대한 조서를 작성할 권한도 없지만 수사실제에서는 범죄발생 초기의 대부분의 범죄수사를 담당하고 있다. 이와 관련하여 백형구, 앞의 논문, 27쪽에서는 경찰수사의 실제에서 경찰수사의 대부분을 경사, 경장, 순경 등 사법경찰 리가 담당하고 있으므로 사법경찰관리에 수사주체로서의 지위를 인정하여 독자적인 수사권을 인정해야 한다고 주장한다.

8) 차용석/백형구(대표집필), 주석 형사소송법(II), 제3판, 한국사법행정학회, 1999, 75쪽; 백형구, 앞의 논문, 25쪽; 신양균, 형사소송법, 법문사, 2000, 71쪽; 신동운, 앞의 책, 56쪽; 이영란, 앞의 논문, 187쪽; 이준걸, 한·중·일 3국의 수사체제 비교, 비교법학, 전주대학교 비교법학연구소, 2002, 632쪽.

9) 법무연수원, 수사지휘론, 2003, 136-140쪽.

형사소송법상 사법경찰관이 수사권을 보유하고 있다는 견해가 현행 수사권체계를 오해하고 있다고 보기는 어렵다. 형사소송법에도 명문의 형식으로 사법경찰관의 수사권을 인정하는 규정들이 산재해 있기 때문이다. 즉 사법경찰관은 수사목적 달성을 위하여 필요한 조사를 할 수 있고(형사소송법 제199조), 피의자나 참고인에 대한 출석 요구권(동법 제200조, 제221조), 피의자 신문권(동법 제241조 내지 제243조), 피의자와 참고인과의 대질 조사권(동법 제245조), 10일간의 구속수사권(동법 제202조), 사후 검사 승인조건부 긴급체포권(동법 제200조의 3), 제한된 범위의 영장에 의하지 아니한 강제수사권(동법 제216조 내지 제218조), 고소·고발·자수의 접수·조사·송치권(동법 제237조, 제238조, 제240조) 등과 같이 폭넓은 수사권한이 부여되어 있다. 단지 사법경찰관에게는 영장청구권, 판사에 대한 강제처분청구권, 수사종결권만은 사법경찰에게 부여되어 있지 않다.

다. 검사의 수사지휘권의 내용과 수사실무

수사권 독립론의 현실적인 배경에는 수사규범과 수사현실 간에 깊은 간극이 존재한다는 점이다. 따라서 범죄수사를 시간적 경과에 따라서 수사개시 단계→수사실행 단계→수사종결 단계로 나누어서 현행 수사지휘권에 관한 법체계와 수사현실 간에 어느 정도로 간극이 존재하는지에 관하여 구체적으로 밝힐 필요가 있다.

1) 수사개시 단계

수사개시의 단계에서는 검사가 직접 인지한 사건이나 검사가 고소를 수리한 사건을 직접 수사할 수도 있고 사법경찰관으로 하여금 수사에 착수

하게 할 수 있다. 검사의 이러한 권한은 형사소송법 제196조 제1항에서 도출된다. 그러나 이렇게 되는 예는 실무에서 드물다. 고소권자나 피해자 등은 일반적으로 경찰관서에 고소나 신고를 하기 때문에 범죄수사는 대부분 사법경찰관에 의하여 개시된다.¹⁰⁾ 사법경찰관이 수사에 착수할 때에는 범죄인지보고서를 작성하여야 한다(동 규칙 제21조). 그러나 사법경찰관이 수사에 착수한 경우에는 21개의 중요범죄¹¹⁾와 지방검찰청 검사장과 지청장이 지시한 사항에 한하여 관할 지방검찰청 검사장 또는 지청장에게 수사사무를 보고할 의무를 부담한다(동 규칙 제11조). 수사개시의 단계에서는 수사의 신속성과 증거확보의 긴급성 등을 고려하여 모든 수사에 대하여 검사의 지휘를 받도록 하는 것은 부적절하기 때문이다. 또한 비록 범죄사건이 현실적으로 발생하지 않았다 하더라도 비상사태 또는 이에 준하는 사태가 발생할 염려가 있는 경우에는 그 사실과 경찰조치를 검찰에 보고하여야 한다(동 규칙 제12조). 따라서 사법경찰관이 절도나 상해 및 재산범죄와 같은 일반 민생관련 사건에 대한 수사에 착수한 경우에는 일반적으로 검사에 대한 보고의무가 없으며, 이 한도에서 경찰은 독립적으로 수사권을 행사한다는 것이 현행 법규범의 태도임과 동시에 수사현실이다. 다만, 사법경찰에게 수사개시의 책무가 있는가의 여부에 대하여 현행법은 명시적인 규정을 두지 않고 있다.

10) 경찰청, 범죄분석, 2001, 18쪽에 의하면, 2001년도에 경찰에 접수된 범죄수사의 단서를 보면, 형법범(전체 802,573건)의 경우 신고가 차지하는 비율이 68.4%, 미신고는 6.04%, 현행범이 25.5%였다.

11) 이에 해당되는 죄로는 다음과 같다. 1. 내란의 죄, 2. 외환의 죄, 3. 국기에 관한 죄, 4. 국교에 관한 죄, 5. 공안을 해하는 죄(단, 공무원자격사칭죄는 제외), 6. 폭발물에 관한 죄, 7. 방화·중실화 및 업무상 실화의 죄, 8. 교통방해의 죄, 9. 통화에 관한 죄, 10. 살인의 죄, 11. 상해치사·폭행치사 죄, 12. 강도의 죄, 13. 국가보안법 위반범죄, 14. 각종 선거법 위반범죄, 15. 관세법 위반범죄, 16. 중요한 조세범처벌법 위반범죄, 17. 공무원에 관한 죄, 18. 군사에 관한 죄, 19. 변호사 및 언론인에 관한 죄, 20. 외국인에 관한 죄, 21. 사회의 이목을 끌만하거나 정부 시책에 중대한 영향을 미치는 범죄.

2) 수사실행 단계

수사실행의 단계에서는 강제수사의 필요성과 이와 결부된 인권보장의 문제점으로 인하여 검사의 수사지휘권 발동이 매우 중요한 역할을 담당한다. 그런데 사법경찰관리집무규칙에는 수사실행 단계에서의 수사지휘의 범위에 관하여 단지 특정한 부분에 한해서만 규정해 두고 있다. 즉, 사법경찰관은 구속된 피의자가 구속으로 인하여 현저하게 건강을 해하게 될 염려가 있을 때, 구속된 피의자가 도주 또는 도망하거나 기타 이상이 있을 때, 기소중지된 자를 발견하였을 때에는 즉시 검사에게 보고하여야 한다(동 규칙 제24조, 제30조, 제60조). 또한 구속된 피의자를 석방하고자 할 때, 변사자나 변사의 의심이 있는 死體가 있는 때, 고소·고발사건의 수사를 2개월 이내에 완료하지 못하였을 때에는 검사의 지휘를 받아야 한다(동 규칙 제26조, 제33조, 제39조). 따라서 사법경찰관집무규칙에 규정되어 있지 아니한 사항에 관해서도 검사는 수사실행의 단계에서 언제든지 사법경찰의 수사행위를 지휘할 수 있는지가 문제로 된다. 그러나 사법경찰관집무규칙은 형사소송법을 보충하는 규범이기 때문에 이 경우에는 형사소송법 제196조에 의하여 검사는 수사실행의 어느 단계에서든지 수사에 필요한 일체의 구체적 지휘권을 보유하고 있다고 보아야 하고, 이 한도에서 사법경찰관은 검사의 지휘내용에 따라서 수사하여야 한다.

그런데 수사실행 단계에서 검사의 수사지휘의 실무는 규범과 차이가 난다. 즉 임의수사(불구속수사)의 경우에는 검사의 지휘를 받지 않는 것이 일반적이며 구속사건의 경우에는 사법경찰관이 구속영장을 검사에게 신청한 후 법관에 의하여 영장이 발부되면 사법경찰관은 10일간 수사한 후 검사에게 송치하며 중요사건을 제외하면 검사의 지휘를 받는 일은 많지 않다. 결국 수사실행의 단계에서 검사는 피의자의 인권보장과 수사의 신속성이라는 관점에서 사법경찰관에게 수사지휘를 해야 할 필요성이 현저함에

도 불구하고 실제의 수사실무에서는 한정된 인력과 이로 인한 업무가중으로 수사지휘권이 적절하게 행사되지 못하고 있는 실정이다.¹²⁾

3) 수사종결 단계

수사종결의 단계에서 사법경찰관은 모든 수사를 종결하였을 때 사건기록을 검사에게 송치하여야 한다(형사소송법 제238조, 사법경찰관리집무규칙 제54조). 검사는 송치 후 보강수사를 스스로 진행하여 새로운 범죄사실과 증거를 수집할 수 있을 뿐만 아니라 송치한 사건에 관하여 사법경찰관의 수사가 미진한 경우에 사법경찰관에게 보충수사를 명할 수 있다(형사소송법 제196조). 보충수사의 범위는 불문한다. 또한 공소가 제기된 이후에도 수사를 보강할 필요가 있는 경우에는 사법경찰관리로 하여금 미진한 사항을 보충수사하게 할 수 있다. 그러나 수사종결의 단계에서 사법경찰관이 수사하여 송치한 사건기록이 미흡할 경우에는 원래 그 수사업무를 담당했던 사법경찰관에게 보충수사를 맡겨야 할 것인데도 불구하고 현재의 수사실무에서는 검사가 독자적으로 송치사건을 재수사 내지 보충수사하고 있는 실정이다. 이러한 보충수사는 특히 경찰단계에서 무혐의로 결정된 사건을 검사가 재차 법률적 검토를 수행하는 현실에서 찾아볼 수 있다. 그러나 경찰에서 수사한 내용이 검찰단계에서 다시 한 번 더 수사됨으로써 피의자나 참고인이 이중 수사로 인한 고통과 검찰업무의 과중 등이 문제된다. 또한 국민의 입장에서는 - 특히 경찰단계에서 무혐의 결정이 난 경우 피의자의 입장에서는 - 검찰단계에서 자신에 대한 혐의가 인정될

12) 법무연수원, 앞의 책, 154쪽에 의하면, 검사 1인당 1일 사건처리인원은 1986년 10.3명, 1990년 11.4명, 1995년 11.6명, 1999년 12.0명으로 매년 증가추세를 나타내고 있고, 형사부, 조사부 등 실제 형사사건을 처리하는 검사들을 기준으로 월사건 부담량을 산출한 검사 1인당 월사건 처리인원도 1986년 316명, 1990년 393명, 1995년 370명으로 증가추세를 나타내고 있다고 한다.

위험에 빠질게 될 수도 있다. 그러나 범죄의 배후에는 가해자뿐만 아니라 피해자도 있기 때문에 국민의 입장에서 이중수사라는 논리는 경찰단계에서 잠정적으로 무혐의의 결정을 받은 피의자의 경우에만 타당하다.

2. 수사권체계에 관한 비교법적 고찰

우리나라에서 수사권 독립을 논할 때는 빠짐없이 외국의 수사권체계를 원용하고 이로부터 찬·반론의 근거를 도출하기도 한다. 그러나 특정한 외국의 수사권체계에 관하여 상이한 결론도출이 가능한 것은 무엇보다도 수사권을 거시적이고 체계적으로 이해하지 못한데서 연유한다. 여기서는 지면관계상 비교적 거시적인 관점에서 각국의 수사권체계와 검사와 경찰의 관계를 서술하게 될 것이다.

가. 수사체계에 관한 비교법적 접근의 문제점

일반적으로 ‘수사’(investigation, Ermittlung)란 범죄의 혐의유무를 명백히 하여 공소의 제기와 유지여부를 결정하기 위하여 혐의자를 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동으로 이해된다.¹³⁾ 이렇게 이해된 수사개념은 매우 폭넓은 것이다. 수사를 최초로 개시하는 것에서부터 공소제기까지 포함하기 때문이다. 그러나 우리나라에서 이해되고 있는 이러한 수사개념은 외국의 그것과 반드시 동일하다고 볼 수 없는 부분이 있다. 우리나라의 경우에는 수사활동의 주체로서 검사가 수사의 초기부터 공소제기시까지 모두 개입하고 있는 반면, 외국에서는 검사 이외의 법원이 수사의 주체로서 활동하고 있기 때문이다.

예컨대 영미법계에서 수사는 경찰에 의한 입건(charge)의 단계까지를

13) 이재상, 앞의 책, 169쪽.

말하며 그 이후에 정식으로 공판을 열 것인가를 의미하는 공소제기시까지의 수사는 치안법원이 담당하는 것이 원칙이다. 이에 반해 독일의 수사체계에서는 입건단계를 지나 공판을 개시할 것인가를 의미하는 공소제기시까지의 조사가 수사관사에 의하여 이루어질 수도 있지만, 대부분의 사건은 검사와 사법경찰의 활동으로 이루어진다. 또한 프랑스에서는 독일과 같은 대륙법계 수사구조를 띄고 있으면서도 강제수사는 수사관사에 의하여 행하여지고 있다.

따라서 각국의 수사권 체계에 관하여 비교법적으로 검토할 경우에는 각국의 수사기관이 구체적으로 어떠한 개별적 수사권을 보유하고 있는가를 밝혀내는 것도 중요하지만, 보다 본질적으로는 각국의 수사구조상 수사가 무엇을 의미하며 수사가 어느 단계에까지 가능한지의 여부 및 수사권 행사의 통제유무를 확인하는 것이 매우 중요하다. 그렇지 않고 형식적, 획일적으로 각국의 수사권 구조를 논의하게 되면 수사권 독립에 이해관계를 가지는 주체마다 我田引水식, 牽强附會식의 해석을 도출해 버리는 결과에 이르게 된다.

나. 각국의 수사권체계

여기서는 프랑스, 독일, 영국, 미국, 일본의 수사체계와 각 나라마다 논쟁의 대상으로 되었던 검찰과 경찰간의 수사권 독립 문제를 간략하게 개관할 것이다.

1) 프랑스

프랑스 수사구조에서 볼 수 있는 하나의 특징은 수사직무를 수행하는 기

관이 사법경찰, 검사 및 수사판사(juge d'instruction)의 3가지로 구분되며 수사의 주재자가 검사와 수사판사로 이원화·독립화 되어 있다는 점이다. 여기서 강제수사는 수사판사만 수행한다. 사법경찰의 권한의 범위는 수사판사에 의한 수사가 개시되었는가에 따라서 달라진다. 수사판사의 수사가 개시된 경우에는 사법경찰은 수사판사의 지시사항 및 위임사항을 이행하거나 집행하는 것에만 그친다. 이에 반해 수사판사의 수사가 개시되지 않은 경우에는 사법경찰은 검사의 수사보조자로서 일정한 수사를 한다. 검사는 법정형 5년 이하의 경죄사건¹⁴⁾중 자백사건에 한하여 수사를 종료하고 직접 판결법원에 소추할 수 있고, 중죄사건의 경우에는 검사의 수사판사에 대한 의무적인 수사개시의 청구에 의하여 수사판사가 수사를 진행하는 수사의 이원성을 유지하고 있다. 이처럼 프랑스에서 수사주재자의 분리·독립원칙은 중세로부터 내려온 전통으로서 신분, 직무상 검사에 비하여 법적으로 독립성을 보장받은 판사에게 수사권에서부터 일임하는 것이 인권보장의 견지에서 바람직하다는 것을 그 근거로 하고 있다. 프랑스 수사구조상 검사와 사법경찰관은 엄격한 수사지휘의 관계에 있다. 고등검찰청 검사장(Procureur General)은 관할구역 내에 있는 사법경찰관에 대하여 정보수집 보고 지시권과 감독권을 행사한다(형사소송법 제38조). 또한 사법경찰관의 명령불복종행위나 직무태만행위 등에 대해서는 고등법원 중죄소추결정부에 사법경찰관의 징계를 회부할 수 있(동법 제226조 내지 제229조). 그 이외에 고등검찰청 검사장은 사법경찰관의 자격취소·정지권, 사법경찰관리에 대한 직무능력 평가권을 보유하여 실효적인 수사지휘권을 행사하고 있다.

프랑스 수사구조를 간단하게 요약하자면, 사법경찰은 검사에 의하여 지휘(diriger)되고, 고등검찰청 검사장에 의하여 감독(surveiller)받으며, 고등

14) 프랑스 형사법상 범죄는 법정형이 원칙적으로 20,000프랑 이하의 벌금에 해당하는 위경죄(contravention), 구금형 및 이에 상당하는 벌금형 또는 원칙적으로 25,000프랑 이상의 벌금형에 해당하는 경죄(délit), 유기 또는 무기의 금고형에 해당하는 중죄(crime)로 나누어진다. 여기서 중죄사건의 경우에는 반드시 수사판사의 수사절차를 거치도록 되어 있다.

법원 중죄소추결정부에 의하여 통제(contrôler)된다.¹⁵⁾

2) 독 일

독일 형사소송법상 검사는 수사절차의 주재자로서 독자적으로 수사의 개시여부와 종결 및 공소제기여부를 결정한다. 그러나 독일 검사의 수사활동은 물질·인적 수사수단의 미비로 인하여 일반 경찰과 검찰보조공무원에 대한 지휘를 통하여 이루어지는 것이 일반적이다.¹⁶⁾ 독일 경찰은 초동 ① 수사권에 기한 수사와 ② 검사의 지휘에 의한 수사의 형식으로 범죄사건에 대하여 수사임무를 수행한다. 경찰의 수사권에 기초한 수사는 독일 형소법 제163조에서 찾아볼 수 있다. 즉, 경찰은 범죄의 혐의있는 사안에 대하여 “지체를 허용하지 아니하는 일체의 조치”를 취할 의무를 부담하지만, 초동수사권의 범위는 임의수사에 국한되며 초동수사를 행한 경찰은 그 수사결과를 지체없이 검찰에 송부하여야 한다. 또한 독일 경찰은 검사의 지휘에 따라 수사임무를 수행한다. 검사는 ‘요청’(Ersuchen)의 형식으로 경찰관서에 수사지휘를 할 수 있으며 ‘지시’(Auftrag)의 형식으로 개별 경찰관에게 수사지휘를 할 수 있다. 이 경우 요청을 받은 경찰관서나 지시를 받은 경찰관은 검사의 지휘에 복종해야 한다(동법 제161조 2문).

경찰에 의한 사실상의 독자적인 수사현실을 고려하여 1970년대 독일에서는 검사의 지휘권으로부터 경찰의 독립을 주장하는 목소리가 1971년 8

15) 경찰이 대부분 초동수사의 업무를 처리하고 있는 현실과 관련하여 1970년대부터 프랑스에서도 검찰과 경찰의 관계설정이 논의로 되고 있지만, 그 논의의 방향은 기본권의 확대 및 경찰조직의 광역화, 복잡화, 막대화에 따른 실질적 사법통제의 관점에서 내무부 소속의 사법경찰관리를 법무부에 편입시켜 그 통제를 강화하자는 쪽으로 진행되고 있다. Arpaillage, *La simple justice*, éd. Juillard 1980 참조; 또한 Lemonde, *Police et Justice*, thèse Lyon 1975, p. 142 이하 참조.

16) 이러한 의미에서 독일 검찰의 특징을 “몸체 없는 머리”(Kopf ohne Körper)라고 지칭되기도 한다. 이에 대해서는 Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht*, C.H.Beck·München, 1995, S. 53.; Gerhard Schäfer, *Die Praxis des Strafverfahrens*, 6. Aufl., Kohlhammer·Stuttgart, 2000, S. 107.

월 4일 뮌헨에서 발생한 은행강도 인질사건 계기로 표출되어 학계와 실무에서는 검찰과 경찰의 관계에 대한 활발한 논의가 진행된 적이 있었다.¹⁷⁾ 1971년 8월 4일 München시의 Prinzregenten 가에 있는 독일은행 지점에 2명의 강도가 들어 5명을 인질로 대치하는 상황이 벌어졌는데, 사건현장에서 부장검사가 범인 체포를 위한 경찰의 진입을 지시하였고 경찰이 총기를 사용하여 체포작전을 펼치던 중에 인질 1명이 총격을 당하여 사망하였다. 물론 진입작전 및 총기사용에 대하여 경찰 측과 검찰간에 의견대립은 없었지만 이 사건은 위협예방과 범죄소추가 동시에 추구되어야 하는 현장에서 “검사가 경찰의 작전 및 총기사용에 관한 지휘를 하는 것이 타당한가”하는 논쟁과 함께 경찰권과 검찰권의 한계에 대한 논쟁을 불러 일으켰다.¹⁸⁾ 그러나 경찰수사권 독립 논의의 과정에서 나타난 다수의 의견은 정보화·국제화 사회에서 정보력을 독점한 경찰력의 비대화에 대하여 우려를 표시하였을 뿐만 아니라 오히려 검찰의 경찰에 대한 실질적 통제강화의 필요성을 강조하였다.¹⁹⁾ 그 결과 독일에서 검찰과 경찰의 관계재정립을 입법적으로 개혁하고자 하였던 논의는 무산되고 말았다.

결과적으로 독일의 수사구조상 검찰은 독자적인 수사조직을 갖추고 있지 아니한 ‘몸통없는 머리’이지만, 검사의 수사주재자로서의 지위를 보장하기 위하여 형사소송법은 검사에게 독자적인 수사권과 수사지휘권을 부여해 주고 있다.

17) 이에 관한 상세한 소개에 대해서는, 이완규, 독일에서의 경찰독자수사권 논쟁과 결과, 형사정책연구, 제14권 제1호(통권 제53호), 2003/봄, 352-360쪽 참조.

18) 예컨대 Werner Geisler, Stellung und Funktion der Staatsanwaltschaft im heutigen deutschen Strafverfahren, ZStW 93(1981), S. 110; Hinrich Rüping, Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei, ZStW 95(1983), S. 898.

19) Hans Lilie, Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft in Ermittlungsverfahren, ZStW 106(1994), S. 625 ff.; Claus Roxin, Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals und heute, DRiZ, 1997, S. 109 ff.; Bernd Schünemann, Polizei und Staatsanwaltschaft, Kriminalistik, 1999, S. 74, 146 f.; 또한 경찰에 대한 검찰의 보다 강력한 통제권행사를 강조하는 최근의 견해로는 Britta Bannenberg u.a., Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens(AE-EV), C.H.Beck · München, 2001, S. 108-110.

3) 영 국

영국의 형사절차에서 사건이 법원으로 넘어가게 되는 절차에는 경찰의 입건(charge)으로 형사절차가 개시되는 것과 고발(information)에 의하여 형사절차가 개시되는 것으로 나누어진다.

경찰의 입건에 의하여 형사절차가 시작되는 경우는 경찰의 체포로부터 시작되는데, 영국경찰은 중죄사건에 있어 광범위하게 영장없이 피의자를 체포할 권한(최대 36시간)이 있으며 피의자를 신문하고 증거를 조사할 수 있다. 그러나 경찰은 피의자를 계속 구금할 필요가 있다고 판단하는 경우에는 치안법원의 치안판사 앞으로 사건을 송치하며, 이 이후의 사건규명은 치안법원이 수행한다.²⁰⁾ 치안법원의 임무는 ① 경미범죄에 대한 피고인소환과 유·무죄의 판결, ② 중범죄의 경우 범죄사실에 대한 증거가 있는지의 여부를 확인하기 위한 예비신문을 행하고 어떠한 상태 하에서 누구로부터 재판을 받을 것인가를 결정한다.²¹⁾

고발에 의한 형사절차의 개시(issue of process)는 고발장을 치안판사에게 제출하고, 치안판사의 소환장이 발부됨으로써 개시된다. 영국은 사인소추주의를 채택하고 있기 때문에 사인은 치안법원에 고발장(information)을 제출할 수 있다. 물론 경찰도 고발장을 제출하는 것이 가능하지만, 그러나 이 경우에 경찰은 피해자나 참고인 등의 진술서나 목격서를 고발장에 첨부할 수는 있지만, 독자적인 수사권이 없으며 우리나라의 고소사건 조사와 같이 경찰이 피의자를 소환하여 조사하는 행위는 인정되지 않는다.²²⁾

그러나 영국에서는 전통적인 사인소추가 19세기 이후로 점차 경찰소추로 바뀌어가고 경찰의 고발장 제출행위가 사실상 기소행위의 성격을 가지

20) Inns of Court School of Law, Criminal Litigation & Sentencing, 6. edition, 2001/2002, Blackstone Press · London, pp. 9-19.

21) 김용진, 영국의 형사재판, 청림출판, 1995, 5-6쪽.

22) Inns of Court School of Law, ibid, pp. 22-23.

게 되면서 경찰의 소추행위와 관련하여 그 공정성에 의문이 제기되었고 경찰의 법률에 관한 전문지식이 부족한데다가 지역간의 불균형이 문제로 등장²³⁾하였고 이를 해결하기 위하여 1985년에 범죄소추법(Prosecution of Offences Act, 1879)이 제정되면서 영국에서도 검찰제도와 검사가 탄생하게 되었다. 1985년의 범죄소추법에 따라서 검찰총장은 ① 경찰의 이름으로 제기된 모든 형사소추절차를 인수하고, ② 중요사건, 법률적으로 복잡한 사건 및 검찰의 직접소추가 상당하다고 판단되는 사건의 경우에는 직접 소추절차를 취하며, ③ 형사범죄와 관련된 모든 문제에 관하여 경찰에 조언한다.²⁴⁾ 여기서 검찰총장의 권한에 속하는 사항은 개별 검사도 모두 행사할 수 있다. 또한 경찰최고책임자는 ① 검사의 동의를 필요로 하는 사건, ② 검찰총장의 조언이나 조력이 필요하다고 판단하는 사건, ③ 사형에 처할 수 있는 범죄, 살인죄, 낙태죄, 반란죄 등의 경우에는 검찰총장에게 그 범죄에 관하여 정보보고를 해야 한다.²⁵⁾

영국 형사사법상 수사와 소추의 구조로부터 분명하게 알 수 있는 것은, 영국 경찰의 수사권은 체포가 당연시 될 정도로 중죄사건의 경우 현장성 있게 긴급한 활동이 필요한 경우 초동단계에서의 수사활동을 의미할 뿐이고 그 이상의 범죄혐의의 규명은 치안법원에 맡겨져 있다는 점이다.

4) 미 국

미국의 연방이나 자치단체에서 경찰과 검찰은 상호 독립적이며 역할구분이 뚜렷한 것이 특징이다. 사법경찰은 중죄의 경우 범죄를 범하였고 범인이라고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 경우에는 영장 없이도 체포할 수 있으며 압수·수색, 피의자신문, 증거조사 등을 할 수 있다. 그러나 대부분의 범

23) 이에 관한 상세한 논의는, 김용진, 앞의 책, 37쪽 참조.

24) s. 3 Prosecution of Offences Act 1985.

25) paras. 6 Prosecution of Offences Regulations 1978.

죄사건 수사에서 경찰이 독자적으로 수사를 수행하는 시간은 극히 단기간에 국한된다. 경찰이 피의자를 체포한 이후에는 불필요하게 지체함이 없이 (일반적으로 48시간 내) 치안판사에 의한 심문을 받도록 해야한다. 여기서 경죄의 경우 3/4정도의 범죄들이 이 단계에서 유죄답변협상(plea bargaining)을 통해서 처리된다. 그러나 중죄의 피의자를 기소하려고 할 때에는 그 지역경찰의 검사에게 사건에 대해서 보고하고 이를 검토 받을 것이 요구된다.²⁶⁾ 따라서 경찰은 검사의 관여 없이는 중죄사건을 독자적으로 기소할 수 없다. 검사가 예비심문절차나 기소인부절차에서 충분한 증거로서 유죄를 입증할 수 있다고 확신하는 경우에만 정식의 공판절차로 들어가게 되기 때문이다. 이러한 의미에서 미국에서 경찰의 독자적 수사권이란 초동단계에서의 수사 와 혐의자를 체포한 이후의 단기간에 한정되거나 범죄에 대한 증거를 수집하는 활동에 한정된다고 보아야 한다. 이점은 10일간의 구속수사를 할 수 있는 우리나라의 사법경찰의 수사권과 뚜렷하게 구별되는 것이다.

또한 일부 지방검사들은 전담수사부에 소속되어 조직범죄, 공무원범죄, 뇌물 수수사건이나 기타 고위층 범죄의 수사 또는 마약범죄의 수사에 관여한다.²⁷⁾ 일반적으로 검사가 범죄수사에 관여하는 형식으로는 ① 경찰에게 구체적인 범죄사건의 수사 및 처리에 관한 법률적인 조언제공,²⁸⁾ ② 경찰에 대한 사건의 처리방안 통지, ③ 범죄자 처리에 있어서 첫 단계인 예비심문을 위한 준비에 대한 조력, ④ 경찰을 상대로 구체적인 수사업무에 대해서 교육실시로 나누어 볼 수 있다.²⁹⁾ 수사에 있어서 검사에게 가장 중요한 업무는 범죄의 기소 여부에 대한 결정이라고 할 수 있다. 경죄

26) David W. Neubauer, *America's Courts & the Criminal Justice System*, Brooks/Cole Publishing Company, 1988, p. 27.

27) Joseph J. Senna/Larry J. Siegel, *Introduction to Criminal Justice*, West Publishing Company, 1990, p. 354.

28) Susanne Walther, *The Position and Structure of the Prosecutor's Office in the United States*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 8/3, 2000, p. 288.

29) Joseph J. Senna/Larry J. Siegel, *ibid*, pp. 354-355.

에 해당하는 범죄의 경우 수사가 완료된 때에 검사는 경찰과 그 피의자를 기소할 것인가 여부를 논의하며 검사가 기소 여부를 결정한다. 어떤 지역에서는 범죄기소를 포함한 전체 사건의 종결을 경찰이 처리하기도 하지만, 대부분의 범죄자의 기소여부는 검사에 의해서 결정된다. 대배심에 의한 기소의 경우에도 형식적으로는 시민의 대표인 대배심이 증거들을 심사하는 것으로 되어 있지만 실제로는 검사들이 기소 여부를 결정하고 있다.

결과적으로 미국에서 검사와 경찰은 서로 독립된 별개의 기관이지만, 복잡한 법률문제를 야기하거나 중범죄의 경우에는 검사의 독자적인 수사가 행해지고 있으며 특히 연방검사의 경우에는 독자적인 수사권 뿐만 아니라 연방경찰에 대한 수사지휘권이 부여되어 있다.

5) 일 본

제2차 대전 개혁된 일본의 수사체계에서 사법경찰과 검사는 각각 독자적인 수사권을 가지고 있으며 검사와 사법경찰은 원칙적으로 대등·협력관계에 있다(형사소송법 제192조). 사법경찰은 범죄가 있다고 사료되는 때에는 범인 및 증거를 수사하며(일본 형사소송법 제189조 2항), 검사는 필요하다고 인정하는 때에는 스스로 범죄를 수사할 수 있다(동법 제191조). 이러한 의미에서 일본에서는 경찰이 1차적 수사권을 가진다고 평가된다. 여기서 경찰이 1차적 수사권을 가진다는 의미는 사법경찰이 독립된 수사주체로서 수사에 관한 책임을 진다는 것을 의미한다. 물론 검사에게도 수사권이 부여되어 있으며(동법 제191조), 사법경찰에게 부여되어 있지 아니한 구속청구권(동법 제204조 1항, 205조 1항), 수사절차상 증인신문청구(동법 제226조, 제227조), 변사자검시(동법 제229조 1항)를 행할 수 있는 독자적인 권한을 가지고 있다. 또한 사법경찰은 체포후 48시간 이내에 피의자의 신병과

수사기록 일체를 검사에게 송치하여야 한다(동법 제203조 3항). 그러나 검사의 수사권은 주로 사법경찰이 수사한 결과를 공소권자의 입장에서 부족한 부분, 오류가 있는 부분을 보완하고 정정하기 위한 보충적·2차적 수사를 하는 것으로 이해된다. 그럼에도 불구하고 검사는 사법경찰의 수사가 불충분하거나 사법경찰이 수사하는 것이 불가능 또는 부적당한 경우에는 현재 사법경찰이 수사에 착수했느냐의 여부를 불문하고 독자적으로 수사를 개시할 수 있음과 동시에 사법경찰로 하여금 수사하게 할 수 있다.³⁰⁾

사법경찰직원과 검사는 원칙적으로 협력관계에 있지만, 사법경찰직원이 수사한 사건은 모두 원칙적으로 검사에게 송치되고 사건에 대하여 공소를 제기할 것인가의 여부에 대한 판단은 검사의 전권에 속하기 때문에 검사는 수사상 필요한 경우에는 사법경찰에 대하여 수사지휘권을 발동할 수 있다. 검사의 수사지휘는 ‘일반적 지시’,³¹⁾ ‘일반적 지휘’,³²⁾ ‘구체적 지휘’의 형식으로 발하여 진다(동법 제193조). 이 중에서 구체적 지휘권은 검사가 구체적 사건을 수사하는 경우에 사법경찰을 수사의 보조자로서 활용하는 경우에 발하여진다. 이는 검사가 스스로 수사하는 경우뿐만 아니라 사법경찰로부터 송치된 사건을 수사하는 경우에도 적용된다. 검사의 지시·지휘가 있는 경우 사법경찰은 그에 복종하여야 하며(동법 제193조 제4항), 정당한 이유 없이 검사의 지시·지휘에 복종하지 아니하는 경우에는 검사는 공안위원회 등 그 임면권자에 대하여 징계 또는 파면의 소추를 할 수 있

30) 松尾浩也(監修), 松本時夫/土本武司(代表執筆), 條解 刑事訴訟法, 新版增補版, 弘文堂, 2001, §193 註 7).

31) 일반적 지시는 일반적 준칙의 형식으로 행해지는데, ① 범죄수사를 적정히 수행케 하기 위한 준수사항에 관한 것, ② 공소실행을 위한 서류작성에 관한 것, ③ 송치사건에 관한 것, ④ 공소실행을 위하여 필요한 증거보전에 관한 것, ⑤ 공소실행을 위하여 필요한 중요사항에 대한 보고에 관한 것이 있다. 일반적 지시권은 공소제기 후에 한하지 않고 수사로부터 공소제기 유지를 포함하는 전반에 걸쳐 필요한 사항에 대하여 지시할 수 있다.

32) 일반적 지휘의 내용에는 ① 당해 사건에 대해 수사의 방침 및 계획을 세우고 관계 사법경찰직원에게 대하여 그 방침 및 계획에 근거한 수사의 협력을 구하기 위한 일반적 지휘, ② 이 일반적 지휘에 기초한 각 사법경찰직원의 구체적 수사의 불균형을 시정·조사하기 위한 수사지휘가 있다.

다(동법 제194조 제1항). 이러한 소추절차는 검사의 의사에 의하여 당연히 개시되며 임면권자는 그 소추가 이유 있다고 인정될 때 파면 또는 징계를 해야만 한다(동조 제2항). 이와 같이 검사의 수사지휘권을 실효적으로 보장하기 위한 징계·파면제도는 검사가 수사절차 전반을 주재하던 구법시대에도 없던 것으로 사법경찰에 대한 지시·명령권은 오히려 강화되었다고 볼 수 있다.

결과적으로 일본에서는 경찰이 1차적인 수사권을 보유하고 있지만, 실질적인 수사절차 진행의 주도적 지위는 검사에게 부여되어 있다고 평가할 수 있다.

다. 요약 및 평가

위에서 언급한 비교법적 고찰로부터 하나의 개략적인 특징을 도출하자면, 오늘날 각국의 수사체계에 관한 입법례를 3가지 유형으로 구분할 수 있는데, ① 영국과 미국에서는 경찰이 수사업무를 담당하지만, 일차적인 범죄규명은 경찰 이외에 치안법원에 맡겨져 있기 때문에 수사범위와 시간적 한계가 좁다. ② 독일에서는 경찰은 초동수사권을 보유하고 있지만, 수사절차의 모든 단계에서 검사의 수사지휘권 하에 있고, 프랑스의 경우에도 사법경찰은 검사와 수사판사의 지휘하에 있다. ③ 일본의 수사구조하에서 경찰은 수사주체로서 1차적인 수사권을 가지지만, 다른 한편 검사의 강력한 지휘와 통제를 받도록 규범화해 두고 있다.

각국의 수사권과 수사지휘권 체계 중 어느 나라의 수사체계가 우리나라의 그것에 적합하다고 일의적으로 말하기는 어렵다. 개별 국가의 수사권체계는 그 나라에서 검찰제도가 탄생한 이유, 거대한 경찰에 대한 통제 필요성, 자국의 법문화와 사회현실에 상응하게 구성되어 있기 때문이다. 그렇

지만 수사체계에 관한 비교법적 검토에서 분명하게 알 수 있는 것은, 대부분의 나라에서 검찰이 강력한 수사지휘권을 가지고 있으며, 심지어 영미법계의 수사권체계 하에서도 인권보장의 관점에서 최근에 검사의 독자적인 수사활동과 경찰의 수사활동에 대한 통제가 활성화되고 있다는 점이다. 이러한 결론이 현재 우리나라의 학계와 실무계에서 논의되고 있는 경찰의 수사권 독립논쟁에 시사하는 바가 크다는 점은 재론할 여지가 없다.

3. 우리나라 수사권 관련규범의 문제점

우리나라의 수사권체계는 기본적으로 외국(독일이나 일본)의 그것과 매우 유사하다. 다만, 수사관련 법규와 수사현실에서 나타나는 큰 특징은 사법경찰의 관점에서 볼 때, 사법경찰에게 수사권을 명시적으로 인정하는 형사소송법상의 근거규범이 존재하지 않으며, 단지 형사소송법에 산재해 있는 규정들로부터 사법경찰관의 수사권을 추론할 수 있을 뿐이라는 점이다. 예컨대 형사소송법 제196조에 따르면 사법경찰관리는 오로지 검사의 지휘를 받아서 수사하도록 되어 있는데, 이러한 규범내용은 경찰의 수사실무와 격리된 것이다. 물론 현행 사법경찰관리집무규칙 제21조에는 “사법경찰관이 수사에 착수한 때에는 범죄인지보고서를 작성하여야 한다”라고 규정하여 경찰의 수사개시권을 인정하고 있는 것처럼 보이지만, 그 모법인 형사소송법 제196조는 검사의 수사지휘를 항상 전제로 하고 있기 때문에 경찰의 초동수사권을 적어도 규범적으로는 부정하고 있다는 염려를 지울 수 없다.

검사의 수사지휘권은 경찰수사의 적법성과 이로 인한 국민의 인권보장을 위하여 탄생된 것이다. 따라서 자의적이거나 불필요한 검사의 수사지휘권의 내용을 개혁하는 것은 별론으로 하더라도, 검사의 수사지휘권 자체를 폐기한다는 것은 법치국가적 관점에서 포기될 수 없다. 그렇지만 수사지휘

권확보의 문제와 사법경찰의 수사권은 다른 차원의 것이다. 경찰의 수사과정에서 인권보장과 적법절차준수의 통제를 본질적인 내용으로 하는 수사지휘권이 혐의사건에 대한 경찰의 독자적인 수사개시를 배제하겠다는 의미는 아니기 때문이다. 이러한 의미에서 사법경찰에게 수사권을 명시적으로 인정하여 범죄의 혐의가 발견될 경우 경찰의 독자적인 판단에 의한 수사사무를 규정할 필요가 있다. 그렇다면, 현행 형사소송법 제195조와 제196조는 개정이 불가피하다.

Ⅲ. 수사권 독립논의와 이론적·정책적 검토

수사권 독립에 관한 경찰실무와 학계의 논의상황은 뚜렷한 체계를 갖추고 있지 않을 정도로 매우 다양하다. 따라서 개별적 내용으로 주장되고 있는 경찰의 수사권 독립안을 법치국가적 수사체계의 관점에서 검토하고 이에 대한 합리적인 대안을 제시할 필요가 있다.

1. 수사권 독립에 관한 논의상황

가. '수사권 독립'의 의미에 관한 다양한 견해

현재 수사권 독립론의 개념에 관한 다양한 이해는 다음과 같이 세분화시켜볼 수 있다.

검사에게 독점되어 있는 수사권을 사법경찰관에게도 분점시켜야 한다는 내용을 수사권 독립론으로 이해하는 견해³³⁾가 있다. 이와 같은 맥락에서

33) 서재근, 경찰청에 내재하는 수사권은 보장되어야 한다, 공안행정학논총, 1995, 796-797쪽; 이관희, 경찰수사권의 독자성 확보방안, 수사연구, 1992/2, 25쪽; 박정섭, 경찰수사

예컨대 일본 형사소송법의 태도와 같이 경찰이 1차적인 수사권을 보유하며 검사는 2차적 수사권과 공소권을 가져야 한다는 견해도 있다. 즉 1차적 수사권을 경찰이 행사하되 검찰의 판단에 따라 필요한 경우에는 검사가 2차적·보충적 수사권을 행사하도록 해야 한다는 것이다. 그러나 이 견해는 현행법상 경찰이 아무런 수사권을 보유하고 있지 않다는 잘못된 전제에서 출발하고 있기 때문에 수사권 독립론으로 보기는 힘들다.

보다 급진적인 수사권 독립론은 수사권과 공소권을 엄격히 구분하여 수사권을 사법경찰관에게 전담시키고 검사에게는 공소유지만 담당케 하는 방식이다. 이러한 급진적인 견해 속에는 판사에 대한 검사의 영장청구권(헌법 제12조)을 경찰에게 인정해야 한다거나 현재 검사에게 주어진 수사종결권을 경찰에게 이전시키자는 논의³⁴⁾도 포함된다. 그러나 이러한 급진적인 개혁론은 현재의 수사권 독립 논의의 쟁점이 되지 못할 뿐만 아니라 적절하지도 못하다. 나아가 판사에 대한 영장청구권의 문제는 헌법개정을 필요로 하는 사항이기 때문에 다시금 헌법적 차원의 논의가 필요하다. 이 경우에는 경찰에 의한 영장청구가 법치국가원리와 적법절차의 관점에서 헌법적 정당성을 가질 수 있는지가 문제로 된다.

사법경찰관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력이 검사가 작성한 피의자 신문조서와 차등 없이 인정되어야 한다는 논의도 수사권 독립론의 한 내용에 속한다. 이 논의는 필연적으로 현행 형사소송법 제312조 제2항의 개정문제로 이어지게 되며 따라서 제312조 제2항의 개정이 현재의 형사소송법의 조류에 적합한 것인지, 또한 수사절차상 피의자 인권보장에 어느

의 선진화를 위한 수사권 독립에 관한 연구, 수사연구, 1992.2, 28-29쪽; 서보학, 수사권의 독점 또는 배분? - 경찰의 수사권독립 요구에 대한 검토 -, 형사법연구 제12호, 1999, 414쪽.

34) 손동권, 경찰수사권독립론에 대한 비판적 고찰, 학당 명형식 교수 화갑기념논문집, 1998, 318쪽; 또한 서보학, 앞의 논문, 415쪽 이하에서는 현행 즉결심판청구권의 대상이 되는 경미범죄의 범위를 더 확대하는 선에서 독자적인 수사종결권을 부여하자고 주장한다.

정도로 기여할 수 있는지가 검토되어야 한다.

나. 경찰의 수사권 독립에 관한 논거

경찰에서 주장되고 있는 수사권 독립의 논거는 일반적으로 수사현실에 맞추어져 있다. 즉 수사현실을 고려하여 그것을 규범화하자는 것이다. 개별적인 독립논거를 제시하면 다음과 같다. ① 경찰은 한해 약 95% 이상의 수사를 실제로 처리하고 있는 수사현실³⁵⁾과 사법경찰이 검사의 지휘를 받는 경우에만 수사하여야 한다는 범규범(형사소송법 제196조)의 괴리를 극복할 필요가 있다. 이러한 주장은 결국 경찰의 독자적인 수사권을 법률에 명시하고 현행 범규범상 불필요한 지휘규범의 수정 또는 폐지해야 한다는 요구에 이른다. ② 범죄수사의 현실에서 경찰간부가 대부분의 수사지휘를 하면서도 법적으로는 검사가 수사주체자로서의 권한을 가지고 있기 때문에 책임과 권한이 불일치한다. ③ 거의 모든 사건에서 검사의 검토와 판단을 거치게 되어 있기 때문에 경미범죄의 경우 불필요하게 사건관계자들이 장시간 대기하거나 사건처리가 지연되고 있다. ④ 사법경찰이 작성한 피의자신문조서는 증거능력이 제한적인 반면 검찰조서가 유력한 유죄의 증거로 인정되기 때문에 이로 인한 피의자, 참고인 등이 검찰의 이중조사를 받게되어 관련자의 불편과 심리적 부담감이 가중되고 막대한 시간적, 경제적 손실을 초래하고 있다. ⑤ 검사의 수사지휘와 서장 등 경찰간부의 수사지휘가 중복되어 지휘명령체계가 이원화되고 이 두 수사지휘가 일치하지 아니할 때 이로 인한 수사지연과 업무혼선이 초래될 수 있다. ⑥ 민주주의 국가질서에서 국가기관의 하나인 경찰이 다른 수평적 국가기관인 검찰에 예속되는 것은 그 자체가 모순이며 따라서 정부조직의 원리에 반하며 권

35) 예컨대 경찰청 '범죄분석'에 따르면, 2001년도 전국 총범죄 발생건수는 1,860,687건에 달하였고, 그 중에서 1,642,118건을 검거(검거인원 2,005,476명)하여 경찰의 범인검거율이 92.3%에 달한 것으로 나타났다. 경찰청, 범죄분석, 2001, 1쪽 참조.

력의 적정한 분배를 통하여 검찰권 남용을 방지할 필요가 있다. ⑦ 검찰의 독자적인 수사보조인력의 수가 지속적으로 증가하여 경찰의 고유영역인 행정법규위반단속 등의 분야에도 활동함에 따라 기관간의 업무의 중첩으로 국가인력과 예산이 비효율적으로 배분되는 결과를 초래한다. ⑧ 인권 선진국이라고 할 수 있는 미국과 일본의 경우에도 경찰에게 독자적인 수사권이 부여되어 있다.

다. 수사권 독립에 관한 학계의 절충론

경찰의 수사권 독립과 관련하여 학계에서는 다양한 의견과 대안이 제시되고 있다. 우선 독자적인 영장청구권의 부여를 포함한 모든 사건수사에 경찰의 수사권이 독립되어야 한다는 극단적인 찬성론³⁶⁾이 있다. 이 견해에 의하면, 수사권 독립은 수사기관의 정치적인 중립성을 확보하기 위해서 필요하며 독자적인 수사권의 범위도 일정범죄에 제한해야 할 합리적인 근거가 없으며 또한 현재와 같이 공직자 비리사건, 대형경제사범, 노동 등 공안사범에 대한 수사를 검찰에만 맡긴다면 검찰수사에 대한 견제장치가 마련될 수 없다고 한다.

이에 반하여 검사제도의 탄생이유와 법치국가원리에 근거하여 검사의 수사지휘권은 현행대로 유지되어야 하며 따라서 수사권 독립론을 부정하는 견해³⁷⁾도 있다. 즉 검사는 원래 수사에 있어서 인권침해의 위험을 제거하고 수사에 대한 법적 근거를 제공하기 위하여 탄생된 제도이므로 수사지휘권의 포기는 법치국가성의 포기로 이어진다는 것이다. 또한 법치국가원리는 형벌권의 행사가 법률로 정해진 사법절차에 따라서 이루어져야

36) 서보학, 앞의 논문, 398쪽 이하 및 414-417쪽.

37) 이재상, 앞의 책, 95-96쪽; 하태훈, 경찰수사권독립의 법이론적 문제점, 수사연구 1992. 8., 13쪽.

한다는 것을 핵심적 내용으로 하기 때문에 이러한 형사절차의 일부를 떼내어서 행정기관의 책임 하에 두는 것은 이미 헌법적 차원에서 의문시된다고 한다.³⁸⁾

그러나 학계의 일반적인 견해는 일정한 제도적 보완책을 강구한 이후에만 수사권 독립이 가능하다고 한다(소위 조건부 독립론). 그러나 이들 논의는 어느 범위까지 수사권을 독립시킬 것인가에 대해서는 분명한 해답을 주지 못하고 있다. 현재 논의되고 있는 조건부 독립론 속에는 ① 수사권을 독립할 경우 경찰권력이 집중화가 우려되는데, 이를 방지하기 위하여 경찰 수사권 독립은 즉결심판청구권의 폐지와 자치경찰제가 달성되는 경우에만 가능하다는 견해,³⁹⁾ ② 인적 자질론의 관점에서 사법경찰관에게 독자적인 수사권을 부여하는 것이 이상적이지만 사법경찰의 자질에 대한 국민의 신뢰가 아직 법률전문가인 검사에게 부여되는 정도에 이르지 못하기 때문에 수사권 독립은 시기상조라는 견해,⁴⁰⁾ ③ 현재의 경찰위상이나 제도적 여건 하에서 경찰에게 완전한 수사권을 부여하는 것을 불가능하다는 전제하에 형법각칙상의 법정형을 기준으로 하여 일정한 형벌 이하에 해당하는 범죄라든가 성질에 따른 범죄를 특정하여 이 부분에 한하여 경찰에게 독립수사권을 부여할 것을 제안하는 견해,⁴¹⁾ ④ 경찰중립성이 확보되기 전까지는 경찰청 내에 상설법률자문위원 설치·경찰에 의한 피의자신문시에 변호인의 참여권 보장 등 위법한 경찰수사에 대한 규제장치의 제도화를 전제로 하여 강력범죄나 검찰이 특히 필요하다고 인정하는 사안에 한정해서 검찰이 수사경찰을 지휘할 수 있도록 하고 나머지 범죄사건에 대해서는 경찰에게 1차적인 독자수사권을 부여하자고 제안하는 견해⁴²⁾ 등이 속한다.

38) 하태훈, 앞의 논문, 13쪽 이하.

39) 신동운, 앞의 책, 58쪽 이하.

40) 백형구, 앞의 논문, 27쪽.

41) 차용석, 앞의 논문, 43쪽.

42) 허일태, 제한된 범위 내에서 독자적 수사권 주어야, 수사연구, 1992/7, 29쪽.

2. 경찰의 수사권 독립논거에 대한 비판적 검토

헌법적 형사절차의 이념의 측면과 다양한 개별적인 관점들을 고려하면, 경찰의 수사권 독립논거가 법치국가적 수사체계에 그다지 합치되지 않는다는 점을 확인할 수 있다.

가. 수사구조와 헌법적 형사절차의 이념

수사절차에 관여하는 각 활동주체에는 피의자(변호인), 판사, 검사 및 사법경찰관리가 있다. 여기서 수사절차에 관여하는 각 활동주체간의 관계를 어떻게 설정하여야 할 것인가에 관한 논의를 수사구조론이라고 한다. 수사구조론에는 종래부터 규문적 수사관과 탄핵적 수사관 및 소송적 수사관이 주장되고 있다.

규문적 수사관이란 수사를 수사기관 중심으로 이해하는 견해로서, 수사절차는 법관의 사법적 개입이 없이 수사기관의 독자적인 판단 하에 범인, 범죄사실과 증거를 조사하는 합목적적 절차로서 수사에 필요한 강제처분권은 수사기관의 고유권한이라고 이해한다. 이에 반하여 탄핵적 수사관은 수사절차에 수사기관과 피의자 이외에 제3의 기관인 법관의 개입을 인정한다. 탄핵적 수사관은 대륙법계의 공판중심주의와 영미법계의 당사자주의를 내용으로 하는 것으로서 수사를 법원이 재판하기 위한 준비활동으로 이해하는 프랑스혁명 이후 대륙법계에서 취한 인권옹호적 수사관이다. 탄핵주의적 수사관에 의하면 수사기관의 지위는 약화되고 피의자의 독자적인 방어활동이 폭넓게 인정된다. 따라서 탄핵적 수사관은 수사절차상 강제처분권을 법관의 고유권한으로 이해한다. 규문적 수사관 및 탄핵적 수사관과는 달리 소송적 수사관은 일본 형사소송법상 사법경찰관이 1차적 수사권을 가지고 검사가 예외적으로 수사에 개입하는 규범내용을 설명하기 위

하여 제안된 것으로서 수사절차를 사법경찰관과 피의자의 대립구조 하에 파악하여 검사를 제3의 심판기관으로 설정하고 있다. 따라서 소송적 수사관은 공소제기 자체가 피고인에 대한 현저한 사회적 불이익을 주는 점 및 불기소결정에 의하여 일차적으로 사건을 걸러내는 수사자체의 기능을 고려하여 검사를 판단자로 하고 사법경찰과 피의자·변호인이 대립관계에 있는 소송구조를 수사절차 단계에서 구축하자는 것을 내용으로 한다.

이상에서 언급된 3 가지의 수사구조론 중에서 수사구조에 관한 입법론으로서 어떠한 수사구조론을 채택할 것인가의 여부는 피의자의 인권보장의 관점에서 논의되어야 한다. 그런데 수사구조론은 피의자의 인권보장과 적법절차에 직접적인 관련을 가진다고 보기 어렵다. 물론 피의자의 인권을 고려하지 않고 수사기관에 중심되게 그 내용을 구성하는 규문적 수사관이 오늘날의 수사구조론에 더 이상 적합하지 않다는 점은 분명하다. 그러나 수사구조의 입법론으로서 규문적 수사관을 취한다고 해서 그것이 인권보장과 단절된 것은 아니다. 또한 탄핵적 수사관에서 출발하는 경우에도 피의자의 인권보장의 문제는 이미 헌법의 기본권 보장규범에서 도출되는 것이다. 따라서 수사절차에 관여하는 개별 주체의 관계를 어떻게 설정할 것인가의 문제는 수사구조론이라는 틀 속에서 논의되어야 할 것이 아니라 국민의 입장에서 문제되어야 한다.

여기서 수사의 구조가 국민의 입장에서 문제되어야 한다는 것은 헌법상 보장되고 있는 국민의 기본권이 어떻게 실효적으로 보장될 수 있을 것인가를 고려하는 것이다. 이러한 의미에서 수사절차에 관여하는 각 개별 주체간의 관계설정에만 논의의 중점을 설정한 현재의 수사구조론에 관한 논의는 기본권 보장에 관한 헌법적 가치판단과 그 척도를 달리한다. 수사구조가 헌법적 기본권 보장의 이념에서 형성되어야 한다는 점을 인정할 때 일차적으로 고려되어야 할 것은 소위 헌법적 형사절차의 이념이다. 여기서 헌법적 형사절차란 형사절차의 구성과 운용이 성문의 형사소송법규에 의

해서만 규율되는 것이 아니라 이미 헌법적 기본권보장의 이념에 구속된다는 것을 의미한다. 우리 헌법은 형사피의자, 피고인의 기본적 인권과 형사재판에 관한 다수의 규정을 두고 있다. 이러한 기본권 및 형사재판제도의 보장은 국가 공권력의 남용으로 인한 기본적 인권의 침해를 경험한 우리 국민이 공동된 가치결단에 기초하여 마련된 것이다. 특히 형사절차를 지배하는 기본권 규정으로서 헌법 제12조 제1항 2문에 의하면, “적법한 절차에 의하지 아니하고는” 형벌을 부과할 수 없으며, 헌법 제12조 제3항에서는 특별히 인권침해의 소지가 높은 체포·구속·압수·수색 등 강제처분에 대하여 재차 적법절차를 준수하도록 요구하고 있다.

국민의 가치결단으로서 헌법에 적법절차원칙과 각종 기본권 보장을 명시하고 있는 현행 헌법의 이념에서 출발할 때, 수사의 구조를 입법론적으로 어떻게 형성할 것인가의 문제는 국민의 인권보장의 우선성에 달려있다. 이러한 의미에서 현재의 검사와 사법경찰관리와의 관계는 국민의 인권을 보장하기 위하여 사법경찰관리로 하여금 검사의 수사지휘를 받도록 하고 있다. 이와 반대로 거대한 정보력과 조직력을 갖추고 있는 사법경찰이 검사의 수사지휘로부터 벗어난다면 이는 법치국가적으로 매우 위험한 결단이 아닐 수 없다. 경찰이 거의 모든 수사를 검사의 통제 없이 수행한다면, 예컨대 피의자의 입장에서는 법률전문가인 검사에 의한 심사를 받을 기회를 박탈당한 채 사법경찰관리의 사실상의 수사행위에 따르게 될 뿐이다. 이러한 의미에서 현재 논의되고 있는 경찰의 수사권 독립논의는 형사절차의 이념과 격리된 것이다.

나. 경찰작용의 지속적 증대와 통제의 필요성

경찰작용은 행정법상의 개념으로서 원래 공공의 안녕과 질서유지라는 경찰행정작용에 중점이 두어져 있다. 즉 경찰임무의 중점은 사법기능이 아

나라 위협예방이며 그 활동에는 합목적성을 이념으로 한다. 물론 경찰도 헌법과 법에 기속되어 활동해야 하는 것은 당연하다. 그러나 범죄행위를 수사하고 국가와 사회를 범죄자로부터 보호하는 것과 다른 한편으로 피의자의 권리를 보장하는 것의 대립관계는 지속적인 법적 검토와 고려를 요청하는 것으로 경찰이 맡고 있는 임무의 중요성을 감안할 때 경찰의 활동에 대해 지속적인 통제를 할 필요가 있으며 이 법적 통제는 어떠한 경우에도 포기될 수 없다. 특히 오늘날 조직범죄에 대한 대책 등과 같이 예방적 활동과 소추활동이 복합적으로 이루어져야 하는 영역이 증대하면서 수사현실에서 경찰의 권한확대가 주장되고 있다. 그러나 공공의 안녕질서의 유지라는 경찰의 합목적적 예방활동이 포괄적이라는 점에 착안하여 적법절차와 인권보장을 이념으로 하는 범죄수사절차에 까지 침용하려는 태도는 매우 위험스럽다. 만약 경찰작용을 수사절차에까지 허용해야 한다면 그것은 범죄위험을 범죄결과와 동일시하는 것과 다름이 없다. 따라서 범죄예방활동 등의 행정기능에 중점이 두어진 경찰이 검찰의 지휘를 배제한 채 독립적인 수사권을 행사하겠다는 주장은 수사의 본질을 외면한 것임과 동시에 수사의 법률적 측면을 무시한 것이다.

다. 적법절차의 보장과 인권보호에 대한 수사효율성의 후퇴

적절하고 효율적인 소추권행사를 위하여 수사와 소추를 일체화시킬 필요가 있는지, 아니면 검사는 공소권자의 직무에 전념함이 타당한지 문제가 제기된다. 물론 수사와 소추를 동일기관에서 행사하는 것이 효율적인 국가형벌권 행사에 불가결하다는 점은 부정할 수 없다. 그러나 거대한 조직과 정보력을 갖추고 일반국민과 직접 접촉하는 경찰이 일반 경찰기능과 함께 독립된 수사권을 가졌을 때 생기게 될 국민의 인권침해의 문제가 많다. 이 점을 고려한다면, 수사권을 경찰에 완전히 귀속시키는 것은 회의적이다.

경찰에 의한 일원적 수사체계도 중요하지만 그러나 이러한 수사의 효율성은 항상 국민의 인권보장의 배후에 머물러 있어야 하기 때문이다. 나아가 수사 효율성의 극대화는 수사기관을 일체화하는가의 여부에만 의존한다고 볼 수 없다. 법률전문가인 검사의 적절한 수사지휘를 통해서도 수사의 효율성은 달성될 수 있기 때문이다.

마. 수사권 독립의 현실적 필요성에 관한 검토

수사현실을 직시하면서 수사권의 독립성을 주장하는 견해의 대부분은 현행 수사체계의 문제점을 지적한다. 그러나 이와 같은 수사의 현실성이 어느 기관에 수사권을 귀속시키는 것이 타당한가를 판단함에 본질적인 기준이 될 수 없다. 검찰에 일정한 부작용이 있다고 하여 수사권 자체를 경찰에 이전시켜야 한다고 판단하는 것은 나무를 보고 숲을 보지 못하는 잘못을 범할 수 있다. 검찰이 원인이 된 일정한 부작용은 끊임없이 제도적으로 시정해 나가야 할 것이다. 예컨대 재정신청 범위의 확대나 검찰내부의 제도개혁과 같은 입법적 조치뿐만 아니라 누락사건의 자의적인 추가기소 사례에서 공소기각의 법효과를 부여하는 사법적 조치가 있다. 따라서 수사지휘권은 현재와 같이 검사에게 귀속되어 있어야 한다. 그러나 검찰의 한정된 수사인력과 장비 및 이로 인한 수사업무의 과중 등의 면에서 고찰해 볼 때, 검사에게만 수사주체로서의 지위를 인정하는 것은 현실적으로 많은 어려움을 안고 있다. 따라서 적법절차와 인권보장의 관점에서 검사에게 수사권과 수사지휘권을 모두 귀속시키되, 정책적 견지에서 경찰에게도 수사주체로서의 지위를 인정하여 현재 거의 모든 사건이 경찰에 의하여 개시되고 실행되는 수사현실과의 간극을 줄일 필요가 있다.

3. 2003년 경찰청의 수사권 독립모델의 타당성 검토

2003년 1월 15일 경찰청은 대통령직 인수위원회에 소위 ‘경찰 수사권 독립안’을 제출하였다. 이 독립안의 상세한 내용은 알려지지 않고 있으나, 언론매체의 발표⁴³⁾에 나타난 개별적인 내용들을 지금까지 본고에서 전개한 본질적인 내용들에 기초하여 검토할 필요가 있다.

가. 경찰의 수사주체 명문화

사법경찰관은 규범적으로 뿐만 아니라 현실적으로도 수사권을 가지고 있기 때문에 수사주체임에 의문이 없다. 다만 수사주체의 근거규범이 불분명하다는 점은 인정되어야 한다. 이 한도에서 형소법 제195조는 개정되어야 한다.

나. 검찰과 경찰의 상호협력관계 선언

일본 형사소송법 제192조를 전형으로 하여 주장되고 있는 이 내용은 현재의 검사의 수사지휘권을 포기하지 않는 한 상징적인 의미만 가지게 될 것이다. 물론 효율적인 범죄투쟁을 위하여 검·경간의 상호협력관계가 구축되어야 하는 것은 너무나 당연하다. 그러나 수사의 신속한 진행과 일사불란한 수사지휘체계에 비추어 보면 상호협력관계의 문제는 경찰의 사기진작의 관점에서는 나름대로의 의미가 있을지는 몰라도 형사소송법에 명문의 규정을 위치시킬 정도의 규범적 내용을 지닌 것은 못된다. 나아가 검찰과 경찰의 상호관계를 양자에게만 국한시켜서 이해하는 것은 잘못된 것이며, 국민의 관점에서 이 문제는 이해되어야 한다. 그렇다면, 경찰과 검찰

43) 세계일보 2003.1.17, 2면; 경향신문, 2003.1.18, 1면 등

의 관계는 통제관계로 이해되어야 한다. 검찰은 경찰의 인권침해의 위험을 감시하고 통제하는 조직이 되어야 한다. 이것이 수사지휘권의 핵심적인 내용이기 때문이다.

다. 구체적 사건에 대한 검사의 포괄적 지휘의 배제

수사지휘권의 정당성의 근거는 인권보장과 적법절차준수의 보장에 있다. 이러한 수사지휘권의 행사는 구체적 사건에서 비로소 그 효력을 발휘한다. 이러한 의미에서 구체적 사건에 대한 검사의 포괄적 지휘로부터 벗어나고자 하는 시도는 포기할 수 없는 법치주의요청을 의도적으로 외면하는 것과 동일하다. 더구나 간과해서는 안되는 것은, 구체적 사건에 대한 검사의 개별적 지휘를 배제할 경우에는 공소유지 자체가 불가능하다는 점이다. 예컨대 경찰이 주장하는 내용처럼 검사의 구체적 지휘를 배제해 버린다면, 경찰이 품신한 영장을 검사가 검토하여 보강조사나 서류보강 등 구체적 지휘가 없는 경우에는 검사는 영장 자체를 기각해야 하고 이 경우에 경찰은 사건을 원점부터 재조사해야 하는데, 여기서 발생하는 절차의 반복과 이로 인한 절차적 효율성의 의미 상실은 너무나 막대하다.

라. 유치장 감찰의 주체를 검찰에서 국가인권위원회로 변경

국가인권위원회는 기본적 인권을 보호하기 위하여 구금시설을 조사할 수 있다(국가인권위원회법 제19조). 그러나 국가인권위원회의 직무와 수사기관의 직무가 동일하다고 볼 수 없으며 국가인권위원회가 전국의 유치장을 모두 감찰할 정도의 조직체계를 갖추고 있지도 못하다. 또한 국가인권위원회에 의한 통제체계는 사후적·개별사안별 통제에 불과하며 상시적이

고 효율적인 통제가 되기 위해서는 수사지휘권자인 검사에 의한 통제가 더 바람직하다. 나아가 현재의 유치장 감찰의 실무에서 검사는 유치장 자체의 감찰뿐만 아니라 구속된 피의자의 심문과 구속에 관한 서류도 조사한다. 대개의 경우 구속영장의 발부여부, 구속기간의 경과여부, 적법한 절차에 의하지 아니한 체포 등이 감찰사항으로 된다. 수사업무에 수반되는 이 모든 사항들을 국가인권위원회가 통제한다는 것은 기대할 수 없다.

마. 경찰의 일차적 변사자 검시권 보장

변사체는 강력사건 등 중요범죄의 단서가 되는 경우가 많기 때문에 철저하고 신중한 처리가 요구된다. 만약 경찰이 일차적으로 변사자를 검시하여 자연사의 판단을 내리는 경우에는 추후에 있게 될 범죄의 철저한 수사는 이미 처음부터 봉쇄되어 버리고 만다. 이러한 이유에서 독일(형사소송법 제 87조)뿐만 아니라 일본(형사소송법 제229조)에서도 변사자 검시권은 검사에게만 인정되어 있다. 다만 검사는 필요한 경우에 사법경찰관에게 변사자 검시를 지시할 수 있는 바, 이것은 수사지휘권의 일환으로 해결할 수 있다.

바. 범죄발생보고 등의 각종 보고의무 삭제

현행 사법경찰관리집무규칙은 모든 범죄의 발생에 대하여 경찰에게 각종 보고의무를 부과하고 있다(동규칙 제11조 내지 제13조). 그러나 범죄수사보고(동규칙 제11조)는 중요한 범죄에 국한하여 보고의무를 부과하고 있으며 일상생활에서 발생하는 대인적 범죄의 대부분은 보고의 대상에서 제외되어 있다. 국가적 법익과 사회적 법익에 관한 죄는 그 사안의 성질상 수사지휘권자인 검사가 반드시 주지하고 있어야 할 사건이기 때문이다. 범

죄는 위험성의 지속적인 관계에 놓여 있기 때문에 사회교란 행위 등의 중요한 교란행위의 염려가 있는 경우에도 보고 되어야 한다(동규칙 제12조). 나아가 경찰의 정보보고는 우리나라에서만 나타나는 특유한 현상이 아니라 영국과 프랑스, 독일 등에서도 명문으로 규정해 두고 있다.

사. 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력 인정

우리나라의 형사소송법은 검사가 작성한 피의자 신문조서와 경찰 등 타 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력에 차이를 두고 있다. 검사 작성의 피의자신문조서는 피의자였던 피고인이 그 성립의 진정만을 인정하면 증거능력을 갖추게 되는 반면, 사법경찰관 작성의 피의자신문조서는 피고인이 그 내용까지 인정한 경우에 한하여 증거능력이 인정된다(형사소송법 제312조 제2항). 현행 형사소송법 제312조 제2항에서 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 매우 제한적으로 인정하는 이유는 일선 수사기관의 인권침해에 의한 자백편중수사를 방지하려는 것이다.⁴⁴⁾ 이에 반하여 제312조 제1항에서는 검사의 공익의 대표자적 성격, 준사법적 성격에 비추어 사법경찰관리가 작성한 피의자신문조서보다 더 강하게 신용성의 정황적 보장이 인정될 수 있다는 점을 고려하여 원진술자가 공판 준비 또는 공판기일에 출석하여 반대당사자로부터 반대신문을 받으면서 그 조서의 ‘성립의 진정’을 인정한 때에 한하여 그 조서의 증거능력을 인정하고 있다.⁴⁵⁾

44) 대법원 1982.9.14 선고 82도1479; 또한 제312조 2항의 입법취지에 관한 상세한 내용으로는 신동운, 형사소송법, 법문사, 1993, 626-628쪽 참조.

45) 이와 관련하여 헌법재판소 1995.6.29. 선고 93헌바45 결정에(형사소송법 제312조 제1항 단서 위헌소원)에 의하면, “형사소송법 제312조 제1항 단서가 검사 작성의 피의자신문조서에 대하여 그것이 전문증거임에도 불구하고 일정한 요건 하에서 증거능력을 인정할 수 있도록 한 것은 형사소송법이 목적으로 하는 실체적 진실의 발견과 신속한 재판을 위한 것으로 그 목적의 정당성이 인정되고, 검사 작성의 피의자신문조서와 검사이

그러나 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서를 피고인이 공판정에서 그 내용을 부인하는 경우 증거능력이 인정되지 않기 때문에 시일이 경과할수록 경찰의 피의자 수사가 형식에 이르고 그 부담이 검찰에 전가되어 검찰 수사의 업무부담을 가중시켜 검찰의 고급수사나 정책형성기능을 위축시키는 결과를 초래하는 요인이 되고 있다는 우려의 목소리⁴⁶⁾가 나오고 있다. 그래서 이러한 수사력낭비의 방지요청은 경찰 수사권 독립과 결합하여 이제는 경찰 작성의 피의자신문조서에 증거능력을 인정해야 한다는 견해⁴⁷⁾도 있으며 일부에서는 제312조 자체를 폐지하자는 견해⁴⁸⁾도 있다.

경찰 작성의 피의자신문조서에 대한 증거능력을 검사 작성의 그것과 동일하게 인정해야 한다는 경찰청 주장의 배경에는 ‘이중수사의 회피’라는 수사현실상의 문제에 기초하고 있다. 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서에 대하여 피의자였던 피고인이 공판정에서 그 내용을 부인하는 경우에 아무런 증거가치가 인정되지 않게 되는 문제점을 시정하기 위하여 현재 수사실무에서 검사는 범죄의 혐의가 인정되는 한 기소가치가 없는 사건을 물론 기소유예로 처분할 사건까지도 모두 재조사한다는 것이다. 또한 혐의가 없다고 인정되는 사건에 대해서도 그 판단자료를 만들기 위하여 검사의 재조사가 이루어지는 것이 수사현실이라는 것이다. 이와 같은 검사의

외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서에 대하여 증거능력 인정의 요건에 차등을 두어 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력 인정요건을 완화한 것은 피의자의 인권보호와 실체적 진실발견 및 재판의 신속한 진행 사이의 조화를 이루기 위한 것으로 그 합리적 이유가 인정되므로, 이는 재판청구권을 규정하는 헌법 제27조 제1항과 평등의 원칙을 선언한 헌법 제11조 제1항에 위반되지 아니한다”(다수견해)고 판시하였다.

46) 심희기, 형사증거법의 재정비, 2002년도 한국형사법학회 동계학술회의, 2002.12.11.(미발간논문), 28쪽.

47) 송광섭/곽병선, 경찰수사권독립과 수사체계의 문제점, 법학연구, 1995, 76-77쪽.

48) 손동권, 전문법칙과 사법경찰, 형사판례연구(2), 한국형사판례연구회, 1994, 268쪽. 이 견해는 공개주의와 구두주의를 원칙으로 채택하고 있는 형사소송법의 체계에서 출발하여, 공판정에서 피고인에 대한 직접신문을 통하여 범죄사실을 인정하도록 하고 그 신문물 - 그 작성주체가 검사이든, 사법경찰관이든 구별하지 않고 - 피의자신문조서의 낭독으로 대체할 수 없게 해야 한다고 주장한다.

보충수사의 필요성은 한편으로는 공판정에 현출될 사건에 대해서는 유죄 판결을 받기 위한 증거를 확보하기 위하여, 다른 한편으로는 사법경찰관리의 편파적 수사나 수사미진 등 사법경찰관리가 수행한 수사에 대한 불신 요소 때문에 강조되고 있다. 그러나 이로 인하여 피의자나 참고인의 입장에서 이중수사로 인한 고통이 야기되고 있으며, 검사의 입장에서는 업무 과중의 문제가 발생한다는 점은 부인할 수 없다.

그럼에도 불구하고 경찰이 주장하는 이중수사론은 형사소송법 제312조의 입법취지의 관점과 경찰 작성의 피의자신문조서의 시대역행성의 관점에서 용인될 수 없다. 형사소송법의 공판중심주의의 이념에 비추어볼 때, 진실은 공판정에서 구두진술에 의하여 규명되어야 하며, 이러한 요구는 과거의 권위주의적 시대를 벗어나고 있는 현재와 장래의 형사재판에서 더 강조되어야 한다. 그렇다면, 경찰작성의 피의자신문조서의 증거능력을 검사작성의 그것과 동일하게 인정해야 한다는 논리는 시대역행적이다. 오히려 보다 정확하게 말한다면, 검사작성의 피신조서의 증거능력을 검사작성의 그것과 동일하게 하향조정해야 한다.

아. 긴급체포시 검사의 사후 승인제도의 폐지

1995년에 신설된 형사소송법 제200조의 3에 규정된 긴급체포제도의 취지는 개정전의 긴급구속제도의 엄격한 요건을 완화하고 체포필요의 긴급성에 대처함으로써 경찰 수사의 합목적성을 실현하기 위한 제도이다. 그러나 현행법상 경찰이 긴급체포를 함에 있어 사전에 검사의 지휘를 받을 필요도 없기 때문에 사법경찰관이 법관과 같이 중범죄 혐의의 상당성 판단, 도망, 도망의 우려, 죄증인멸의 염려의 판단을 독자적으로 할 수 있게 되었을 뿐만 아니라 이로 인하여 수사효율성만을 강조한 나머지 사법경찰에

의한 긴급체포의 남용도 우려된다. 이러한 위험성을 포착하여 입법자는 긴급체포제도의 남용과 인권보장의 견지에서 사법경찰관이 긴급체포시 사후적으로 검사에게 승인을 받도록 명시해 두고 있다(동조 제2항). 나아가 학계⁴⁹⁾에서는 수사현실에서 사법경찰의 긴급체포에 대한 검사와 영장발부 법관에게 심도 있는 주의가 필요하다는 경고까지 나오고 있다. 이러한 규범적 상황속에서 긴급체포시 검사의 사후 승인제도를 폐지하자는 경찰의 주장은 수사편의의 관점만 중시하고 있을 뿐 강제수사에 대한 통제의 측면은 완전히 무시하는 것이다.

IV. 수사권체계의 합리적 개선을 위한 관련규범의 개정 필요성

수사지휘권을 지금과 같이 검사에게 귀속시켜두되, 사법경찰관의 수사활동의 여지를 인정해야 한다고 판단할 경우에 형사소송법의 개정은 불가피하다. 특히 고려될 수 있는 관련규정으로는 형사소송법 제195조와 제196조이다.

1. 형사소송법 제195조의 개정

범죄수사는 ‘권한’으로 이해되는 측면도 있지만, 본질적으로는 ‘의무’로 이해되어야 한다. 사회구성원의 생명과 재산 등을 보호하기 위하여 일정한

49) 차용석/백형구(대표집필), 앞의 책, 125쪽; 이재상, 앞의 책, 221쪽에서는 입법론적으로 긴급체포의 경우에도 지체없이 체포영장을 받도록 하는 것이 타당하다고 한다. 이러한 입법론의 근거는, 수사기관은 형사소송법 제200조의 2에 따라서 통상체포를 해야 할 경우까지 영장 없는 긴급체포로 만들게 할 위험을 안고 있어서 결국 ‘영장에 의한 체포’라는 소송법적 원칙을 형해화시킬 수 있기 때문이라는 것이다.

범죄혐의가 있는 경우에는 수사기관이 즉시에 개입해야 하는 것은 당연하기 때문이다. 이러한 의미에서 형사소송법 제195조도 ‘수사강제’를 명시해 두고 있다. 그러나 현행 형사소송법의 하위규범들은 경찰의 수사주체로서의 지위에 관하여 분명한 규정을 두지 않고 있다. 수사현실에서 사법경찰이 거의 대부분의 사건을 수사한다는 점을 고려한다면, 현행 제195조를 개정하여 사법경찰의 수사주체로서의 지위를 인정할 필요가 있다. 그렇다면, “검사는 범죄의 혐의 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다”라는 현행 형사소송법 제195조는 “검사와 사법경찰관리는 범죄의 혐의 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다”라는 규정내용으로 개정할 필요가 있다. 이 규정을 통하여 검사뿐만 아니라 사법경찰관도 수사의 주체가 된다는 것이 분명해진다.

2. 형사소송법 제196조의 개정

형사소송법 제195조가 개정되는 한에서 제196조에 대한 손질도 불가피하다. 검사의 수사지휘권의 직접적인 근거규범인 제196조에 의하면, 사법경찰관은 검사의 지휘를 받아 수사하여야 하며, 사법경찰관리는 검사와 사법경찰관의 지휘를 받아 수사의 보조를 하여야 한다. 따라서 제196조의 형식논리적 해석에 의하면, 사법경찰은 검사의 지휘가 있는 경우에 한하여 수사에 착수하여야 한다는 결과로 된다. 그러나 이러한 법문의 해석은 검사의 지휘를 받지 않고 수사에 착수하는 현재의 수사현실과 너무나 동떨어져 있다. 수사지휘규범과 수사현실 사이의 현격한 차이를 메꿀 필요성이 있다. 따라서 “사법경찰관은 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다”고 규정한 형사소송법 제196조 제1항은 “검사는 수사상 사법경찰관리를 지휘할 수 있다”는 내용으로 개정하는 것이 적절하다.

형사소송법 제195조와 제196조가 모두 개정되는 경우에 양 조문의 관계도 분명하게 밝혀져야 한다. 형사소송법 제195조는 검사와 사법경찰관에게 수사의 주체로서의 지위를 인정하고 있는 반면, 제196조는 검사의 수사지휘권을 수사현실에 상응하게 구성한 것이다. 이로써 사법경찰은 제195조에 따라서 수사권을 가진 주체일 뿐만 아니라 제196조에 따라서 독자적으로 수사를 개시할 수 있고 수사실행도 가능하다. 검사는 제195조에 따라서 독자적으로 수사를 할 수 있을 뿐만 아니라 제196조에 따라서 수사상 필요하다고 판단하는 경우에는 언제든지 사법경찰의 수사에 개입하여 사법경찰관리의 수사를 통제할 수 있다.

3. 합리적인 검찰권 통제

최근에 등장하는 경찰의 수사권 독립논의의 배경에는 막대한 검찰권에 대한 견제사상도 깔려있는 것으로 보인다. 즉 권력분립원칙을 고려하여, 경찰에게 독자적인 수사권을 부여함으로써 검찰의 자의적이고 강력한 수사권과 수사지휘권을 통제해야 한다는 것이다. 그러나 민주주의 원리인 권력분립의 관점에서 수사·소추·재판을 입법·행정·사법과 비교하여 수사는 경찰이 행하고 소추는 검사가 수행하며 재판은 판사가 담당함으로써 검찰권을 행사하는 검사를 경찰이 통제해야 한다는 경찰 측의 논리는 적절하지 못하다. 오히려 입법·사법·행정의 삼권분립은 견제와 균형의 원리로서 수사기관·변호인·법관으로 비교함이 타당하고 수사·소추·재판은 국가형벌권행사에 있어서 일련의 절차이지 권력분립이론에 접목시킬 것이 못되기 때문이다.

다만 검찰이 수사권을 독점하고 있으면서도 기소편의와 기소독점의 권한을 가지고 있어 아무도 견제할 수 없는 막대한 권한을 보유하고 있다는

점은 인정되어야 하며 이에 대한 실효적인 통제가 필요하다는 점에 대해서는 의문의 여지가 있을 수 없다. 어쩌면 있을지도 모르는 자의적인 검찰권의 행사를 방지하기 위하여 한편으로는 제정신청의 범위확대 등을 통하여 법원에 의한 사법적 통제의 길을 넓혀나가야 할 것이며, 다른 한편으로는 법무부에 의한 통제체계도 보다 실효적으로 구성되어야 할 것이다. 나아가 최근 논의되고 있는 검찰의 중립화 방안도 자의적 검찰권을 방지하기 위한 하나의 수단이 될 수 있다.

V. 요약 및 결론

현행 형사소송법상 검사뿐만 아니라 사법경찰관도 수사권을 가지고 있다. 그렇지만 사법경찰관의 수사권은 검찰로부터 완전히 자유롭지 못하다. 사법경찰관이 수사권을 행사함에는 검사의 지휘·감독을 받아야 하기 때문이다. 이러한 의미에서 현재 경찰이나 일부 학계에서 주장되고 있는 “수사권 독립론”의 실체는 “수사지휘권으로부터의 독립”을 의미한다. 그러나 검사의 수사지휘권은 적법절차의 보장과 인권보장을 담보하기 위하여 탄생한 것이다. 거대한 조직과 정보력을 갖추고 일반 국민과 직접 접촉하는 경찰이 일반적인 경찰기능과 함께 독립된 수사권을 가졌을 때 발생하게 될 국민의 인권침해문제를 고려한다면, 경찰에 수사권을 독립시키는 것에 회의적일 수밖에 없다.

한편, 현행 수사 관련법규와 수사현실 간에 심각한 간극이 존재한다는 경찰의 주장을 타당하다. 현실에서 경찰은 거의 모든 수사를 독자적으로 착수하는데 반해, 법규정은 이를 정당화하고 있지 않기 때문이다. 이 점에서 검사만 수사주체로 규정하고 있는 현행 형사소송법 제195조는 “검사와

사법경찰관리는 범죄의 혐의 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다”라는 규정내용으로 개혁하여 사법경찰관리에게도 수사주체로서의 지위를 부여해야 한다. 나아가 현재의 수사현실과 너무나 동떨어져 있는 형사소송법 제196조 제1항의 규정내용도 “검사는 수사상 사법경찰관리를 지휘할 수 있다”는 내용으로 개정함으로써 경찰의 독자적인 초동수사를 보장할 필요가 있다. 그러나 제195조와 제196조를 개정하는 범위를 넘어서 사법경찰관리가 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 검사 작성의 그것과 동일하게 인정해야 한다는 주장은 시대상황에 역행하는 경찰의 수사편의만 고려한 것으로서 규범적 정당성을 인정받을 수 없다.

최근에 다시금 등장한 경찰의 수사권 독립논쟁은 최근의 정치권과 국민 여론에서 나타났던 ‘검찰에 대한 불신’과 깊은 관련을 가지고 있다. 그러나 검찰에 대한 불신의 문제는 한편으로는 검찰의 내부적인 개혁을 통하여 민주적·권력중립적 검찰로 재구성하고 다른 한편으로는 자의적인 검찰권의 행사가 법원에 의하여 더 강력하게 통제됨으로써 해결되어야 한다. 이에 반하여 검찰의 수사지휘권을 배제시켜서 경찰에게 독자적인 수사활동을 인정하는 경우에는 인권보장과 적법절차보호의 관점에서 매우 우려된다고 판단하지 않을 수 없다. 검사의 수사지휘권을 배제해 버렸을 경우에 독립적인 신분이 보장되지 않으면서 정보력과 조직력의 면에서 비대한 경찰을 통제하기란 기대하기 힘들기 때문이다.

주제어: 수사권독립, 수사지휘권, 외국의 수사권 체계, Ermittlungsbefugnis

Überlegungen über die Debatte zur Einräumung von staatsanwaltschaftlicher Befugnis an die Polizei

Lee, Jin-Kuk *
Choung, Wan**

Es ist in der koreanischen Strafprozeßordnung eine herkömmliche, anerkannte Sache, dass die Staatsanwaltschaft die polizeilichen Ermittlungen lenken und rechtsstaatlich überwachen muss. Diese rechtsstaatliche Garantie ist anlässlich der gegenwärtigen politischen Machtwechsel nunmehr Reformsgegenstand geworden, in dem man das bisherige Verhältnis zwischen der Staatsanwaltschaft und Polizei grundlegend dadurch ändern versucht, dass die polizeilichen Ermittlungstätigkeiten von der staatsanwaltschaftlichen Sachleitungsbefugnis unabhängig sein soll. Aus dem Rechtsstaatlichkeitsprinzip und dem daraus folgenden Schutzgebot bürgerlichen Grundrechte ergibt sich jedoch, dass die staatsanwaltschaftlichen Lenkungs- und Überwachungsaufgabe bei der polizeilichen Ermittlung noch erhalten bleiben sollen. Auf der anderen Seite soll abder der Polizei die Qualifikation der Ermittlungssubjekt gewährt sein, die mit der staatsanwaltschaftlichen Sachleitungsfunktion keinen Zusammenhang steht. Die jetzige §195 korStPo soll daher folgend geändert werden: “Staatsanwalt und Kriminalpolizei sind verpflichtet, bei dem Vorliegen der Tatverdacht den Verdächtiger, Tatsache und Beweismittel zu ermitteln”. Dieser zu

* Associate Research Fellow of the K.I.C., Ph. D. in Law.

** Research Fellow of the K.I.C., Ph. D. in Law.

änderenden Vorschrift entsprechend bedarf es der Reform auch §196 korStPO. Die mit der Ermittlungswirklichkeit entfernte Vorschrift soll nunmehr folgend geändert werden: “Staatsanwalt darf bei der Erforderlichkeit der Ermittlung die Kriminalpolizei lenken und überwachen.” Damit ist die Kriminalpolizei sowohl als Ermittlungssubjekt anzuerkennen, als auch einen breiten Spielraum für die selbständige Ermittlungstätigkeit unter dem Vorbehalt der staatanwalt-schaftlichen Weisung und Kontroll zu gewähren.

바람직한 검찰개혁의 방향

백 광 훈
신 동 일
이 천 현

형사정책연구 제14권 제2호(통권 제54호, 2003 · 여름호)

한국형사정책연구원

바람직한 검찰개혁의 방향

백 광 훈 *
 신 동 일 **
 이 천 현 ***

I. 서론

최근 검찰개혁과 관련된 일련의 논의를 종합해 본다면 다음과 같은 기본적인 시각이 존재하는 것으로 보인다. 첫째는 현재 검찰조직에 대한 국민의 신뢰가 매우 불안정하고, 둘째로 검찰개혁의 주체는 내부보다는 외부이기를 대다수가 동의한다는 것이다. 그러나 현행 검찰의 위상과 의미에 대한 구체적인 인식 없는 개혁 논의는 위험할 수 있다.

현재 검찰개혁에 대한 중점적 요구는 첫째, 검찰의 중립성 확보, 둘째, 검찰 조직의 합리화, 셋째, 특별검사제도로 구분할 수 있다. 이는 1980년대 말부터 꾸준히 논의된 주제들이다. 상징적인 검찰개혁은 정치적으로 중립적이고 탈권위주의적인 검찰로의 개선을 의미한다. 그만큼 우리 검찰은 과거 권위주의의 산물이었고 반민주적인 독재정치의 과오에 대한 책임을 가지고 있던 것이 사실이다.

현재 검찰개혁의 주장은 검찰내부 개혁과 외부 개혁으로 이원화되어 제기되고 있다. 이미 법무부 및 검찰 내부에서도 자체 개혁안이 발표되었고,

* 한국형사정책연구원 전문연구원

** 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

*** 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

외부에서는 시민단체나 변호사협회 등을 중심으로 요구되고 있다. 생각건대 검찰개혁 논의에서 중심이 되어야 하는 것은 단순히 검찰의 추상적인 역할의 재분배 또는 지위 설정의 문제만은 아니다. 결국 달성되어야 하는 점은 법과 규범의 요구를 검찰이 소중하게 여겨서 스스로 정치적으로 중립되고 법치국가의 이념을 존중하는 기관으로 거듭나는 것을 말하는 것이다.

현재까지 다양한 개혁제안들이 주장되었다. 살펴보면, 검찰인사의 개선, 검사동일체 원칙의 실질적 의미, 검찰총장과 법무부장관의 관계 개선, 검찰총장임명을 위한 청문회, 검찰의 실질적 지위보장, 다른 기관과의 관계성, 검찰의 불기소처분에 대한 통제 등이 중점으로 거론되는 내용들이다. 이 글에서는 이들 주장을 몇 가지의 관련 항목으로 묶어 검토하였다. 이를 위해, 검찰개혁의 핵심적인 내용이라 할 수 있는 검찰의 정치적 중립화와 관련하여서는 검찰인사문제와 검사동일체의 원칙을 중심으로 평가하였으며(Ⅱ. 검찰의 정치적 중립성 확보), 이어서 검찰권의 합리적 행사를 위하여 검찰의 불기소처분에 대한 통제제도를 검토하였다(Ⅲ. 검찰의 불기소처분에 대한 통제). 그리고 이러한 검찰개혁 논의와 관련하여 과연 특별검사제도가 필요한지에 대한 논의를 살펴보았다(Ⅳ. 특별검사제도). 전반적으로 검찰개혁논의의 다른 법률과의 관련 속에서의 타당성, 그리고 현재 상황과의 적합성을 평가하는 작업이 주로 이 연구에서 시도되었다.

Ⅱ. 검찰의 중립성 확보

1. 검찰의 중립성 확보의 진정한 의미

민감한 정치관련 사건마다 축소·은폐·편파수사 시비가 끊이지 않고

있는 검찰의 모습은 검찰을 “정치권력의 시녀”라고 하는 비난에까지 이르게 하고 있다.

검찰이 정치권의 영향으로부터 벗어나지 않고서는 진정한 검찰개혁이란 있을 수 없다. 물론, 검사는 법무부에 소속된 행정기관으로서 국가의 행정 목적을 위하여 활동하지 않을 수 없다. 그러나 검찰은 일반 행정공무원과는 다른 특수한 성격을 가지고 있다. 범죄 수사와 공소제기·유지 및 재판의 집행을 내용으로 하는 검찰권은 그 내용에 있어서 사법권과 밀접한 관계가 있기 때문에, 사법권 독립의 정신은 검사에 대하여도 요구되지 않을 수 없다. 따라서 검사는 행정기관이면서도 동시에 오로지 진실과 정의에 따라야 할 의무를 가지고 있는 준사법기관 내지 법조기관인 것이다. 이와 같이 준사법적 성격을 가지고 있는 검사는 법원과 함께 형사사법에 공동으로 기여해야 하는 특수한 성격 때문에 검사에게는 강력하게 정치적 중립성 확보가 요구되는 것이다.¹⁾

결국, 검찰의 정치적 중립확보가 검찰개혁의 핵심이라 할 수 있다. 검찰개혁은 정치적 중립으로부터 시작되어야 하고, 그 중립성확보는 정치권력으로부터 자유로운 인사제도의 개혁에서부터 찾을 수밖에 없다. 현재와 같은 정치권력에 의한 인사구도로는 검찰이 정치권력에 종속될 수밖에 없다. 검찰의 정치권력으로부터의 독립은 인사에 의해 달성되는 것이 아니다. 이러한 인사는 오히려 정권의 눈치를 더욱 보는 검찰을 만들 수 있기 때문이다. 정치권력에 의한 인적 구성원을 바꾸는 것이 아니라 검찰이 정치적 중립성을 갖추도록 하는 제도를 바꾸는 것이 진정한 개혁일 것이다. 법과 제도의 개선이 뒷받침되지 않는 한 권력의 선의는 독선으로 빛나가기 쉽다는 역사적 교훈이 이를 잘 보여주고 있다.

1) 이재상, 형사소송법, 2002, 84면; 차용석, 형사소송법, 1997, 138면; 신동운, 형사소송법, 1993, 26면; 정영석/이형국, 형사소송법, 1996, 63면; 송광섭, 형사소송법, 1999, 61면; 강구진, 형사소송법, 1986, 131면; 백형구, 형사소송법강의, 1989, 48면; 서일교, 형사소송법, 1979, 76면; 임동규, 형사소송법, 2000, 50면.

2. 검찰의 인사제도

가. 검찰총장의 중립성 확보

검찰총장은 검찰보직의 정점에 있는 위치로서, 법무부 장관과는 달리 검사로서 동일한 신분을 유지하고 있으므로 외부로부터 검찰의 중립을 강하게 실천할 수 있고 검찰 조직을 내부적으로 지휘·감독할 수 있는 위치에 있기 때문에 검찰총장의 역할의 중요성과 함께 다음과 같은 문제점이 지속적으로 제기되어 왔다. 즉, 첫째는, 사찰기관으로서 막강한 권한을 행사하는 검찰총장을 대통령이 아무런 견제 없이 임명함에 따라 청와대 파견 경력이 있는 검사들이 주로 임명되는 등 집권세력의 요구에 충실한 사람들이 주로 임명되어 왔다는 것이다. 둘째는, 검찰총장이 검찰총장직을 역임한 이후에도 법무부장관이나 다른 고위직으로 진출할 기회가 보장되고 있어 취임기간 중 정치적인 중립성과 그 자질에 문제가 있다는 것이다.

이러한 문제점을 바탕으로 검찰총장의 인사와 관련하여, 검찰총장에 대한 인사청문회 도입, 임기 중 보직변경 제한, 퇴임 후 일정기간 공직취임 금지, 법무부장관의 검찰총장지휘권 제한 등 다양한 개혁방안이 제기되고 있다.

1) 임명절차의 개선

종래 검찰총장의 임명은 법무부장관의 제청으로 국무회의의 심의를 거쳐 대통령이 행하였다(검찰청법 제34조, 헌법 제89조 제16호). 이에 시민단체 등을 중심으로 검찰총장의 정치적 중립성을 확보하기 위한 방안으로 그 동안 꾸준히 검찰총장에 대한 인사청문회제도의 도입이 주장되어 왔고, 검찰에서는 이에 대한 반대적 입장을 취해왔다.²⁾ 그러나, 2003년 1월 국회

2) 검찰에서는 인사청문회제도 도입에 대하여, ① 대륙법계에서는 이를 인정하는 입법례

관계법심사소위원회의 제안으로, 2003년 2월 4일 공포·시행된 국회법중개정법률안(법률 제6855호) 부칙 제2조 3항에 의해 검찰청법 제34조 후단에 “이 경우 검찰총장은 국회의 인사청문을 거쳐야 한다.”라고 신설됨으로써, 검찰총장도 인사청문회를 거치도록 되어 이러한 문제가 해결되었다(또한, 인사청문회법 제6조 3항 참조).³⁾

다만, 검찰총장은 국무총리와는 달리 별도의 청문특위가 구성되지 않고 해당 상임위원 행사위가 맡게 되고, 헌법상 국회의 임명동의 대상이 아니기 때문에 표결없이 검증 절차가 끝난다. 이로 인해 검찰총장에 대한 인사청문회의 실질적 역할이 의문시되고 있는 것도 사실이다. 따라서 이를 보완하기 위해 사회 각계 인사들로 구성된 검찰총장 후보 추천위원회를 구성하는 방법을 생각해 볼 수 있을 것이다. 비록 법적으로는 구속력이 없더라도 임명권자에게는 압력으로 작용할 수 있다는 점에서 의미가 있을 수 있기 때문이다(제1안: 검찰총장후보추천위원회의 추천(3~5인)→법무부장관 제청(1인)→인사청문회→대통령 임명). 아니면, 보다 적극적인 방법으로 생각해 볼 수 있는 것은 검찰총장 후보자를 평검사들이 포함된 전국의 모든 검사들이 참여하는 직선제로 선출하여 법무부장관이 제청하는 방법도 생각해 볼 수 있을 것이다(제2안: 직선에 의한 추천(3~5인)→법무부장관 제청(1인)→인사청문회→대통령 임명).

가 없으며, ② 정당간 이해관계에 따른 정치적 갈등으로 임명과정에서 장기간의 업무 공백 또는 국정운영에 막대한 지장을 초래할 수 있고, ③ 정치적 타협에 따라 정치적 인물이 임명될 개연성이 높아져 오히려 검찰의 정치적 중립성을 침해할 우려가 높으며, ④ 헌법상 근거없이 국회가 대통령의 인사권에 개입하는 결과가 되어 삼권분립의 원칙에 어긋나고, ⑤ 헌법상 국회의 동의를 필요없는 다른 중요 직책 임명대상자(예를 들어, 국세청장이나 경찰청장 등)와의 형평성에 문제가 있다고 하는 등의 논거를 제시하며 반대 입장을 취해왔다(사법개혁추진위원회, 사법개혁추진위원회 전문위원보고서(하), 2000, 114-121면 이하 참조).

- 3) 검찰총장에 대한 인사청문회제도는 대륙법계 국가에 있어서는 인정하는 입법례가 없고, 대통령제를 채택하고 있는 국가에 있어서도 이례적으로 미국 등에서만 실시하고 있다. 그러나 미국의 경우는 연방검찰청장이 법무부장관을 겸하고 있고 대통령과 정치적으로 밀접한 관계가 있는 사람이 임명된다는 점에서 인사청문회의 필요성이 인정되고 있다는 점을 유의할 필요가 있다.

2) 임기 중 보직변경 제한 및 퇴임 후 공직취임 제한

현재 검찰청법 제12조 제3항은 “검찰총장의 임기는 2년으로 하며 중임할 수 없다”고 규정하고 있는데, 이 규정은 정치적 영향을 배제하여 검찰총장의 준사법기관으로서 소임완수에 기여하도록 하기 위하여 1988. 12. 31. 신설된 것이다(법률 제4043호). 이러한 임기 보장을 통하여 검찰총장은 정치권 등 외부의 압력에 굴하지 않고 소신 있게 일을 추진할 수 있을 것으로 평가되었기 때문이다. 그런데, 나아가 정작 또한 문제가 된 것은, 임기 중 본인이 다른 직책으로 진출하기 위하여 검찰총장을 그만두는 경우이다. 검찰이 정치적 중립을 잃고 현재와 같이 된 것은 바로 이러한 사례가 수차례 거듭된 것이 주된 이유이기 때문이다.

따라서 임기보장제 도입 이전에, 검찰총장을 떠난 이후에 법무부장관, 국가정보원장 등으로 영전하여 온 현실 때문에 정치권의 눈치를 보지 않고 소신 있게 업무를 할 수 있도록 하기 위하여, 1997.1.13. “검찰총장은 퇴직일부터 2년 이내에는 공직에 임명될 수 없다”(검찰청법 제12조 제4항), “검찰총장은 퇴직일부터 2년 이내에는 정당의 발기인이 되거나 당원이 될 수 없다”(동조 제5항)라고 명문화하였다(법률 제5263호). 그러나 1997년 헌법재판소에서 위 조항에 대하여 직업선택의 자유와 공무담임권을 침해한다는 이유로 위헌판결을 내렸다.⁴⁾

결국, 검찰권 행사의 정치적 중립 확보를 위하여, 임기 중의 검찰총장에게는 다른 보직을 부여할 수 없도록 하고 퇴임 후 일정기간 내에는 다른 공직에 취임할 수 없도록 하기 위한 다른 각도에서 그 방안이 마련되어야 할 필요가 있게 되었다. 인사청문회 대상이 되는 직의 경우는 인사청문회를 통해서 제어하거나, 위헌소지를 없애기 위하여 퇴임 후 일정기간 임명이 금지되는 직종을 구체화시키는 방안(공직자윤리법 제17조 참조)을 생각

4) 헌법재판소 1997.7.16. 선고 97헌마26 결정.

해 볼 수 있을 것이다.

3) 법무부장관의 검찰총장지휘권

현행 검찰청법 제8조는 “법무부 장관은 검찰 사무의 최고 감독자로서 일반적으로 검사를 지휘·감독하고 구체적 사건에 대해서는 검찰총장만을 지휘·감독할 수 있다”고 명시하고 있다.

여기에서 검찰총장에 대한 법무부장관의 구체적인 지휘·감독권은 장관의 정치적 고려 등이 수사에 영향을 미칠 수 있기 때문에 검찰의 정치적 중립성 확보에 문제가 있다고 지적되고 있다. 이에 대한 방안으로는, 프랑스와 같이 법무부장관이 구체적 사건에 대하여 지휘감독권을 행사할 때는 그 이유를 명시한 서면으로 하도록 하며 문서에 의하지 않는 비공식적인 지휘감독 내지 간섭을 금지하는 방향으로의 법제화가 필요하다는 의견과, 개별적 검찰사무에 관하여 법무부장관의 지휘감독을 허용할 이유가 없으므로 이를 폐지하고 오히려 개별적 사건에 대한 관여를 금지하도록 하여 수사 및 기소의 여부결정의 독자성을 보장하도록 하여야 한다는 의견이 있다.

인사청문회를 거쳐 검찰총장이 임명되는 만큼, 그에게 독자적으로 공정한 수사를 할 수 있도록 보장해 줄 필요가 있다고 생각된다. 따라서 법무부장관의 검찰총장에 대한 구체적인 사건에 대한 지휘감독권을 폐지하여야 할 것이다.⁵⁾ 행정부의 검찰에 대한 견제는 법무부가 검찰인사위원회에 참여하고 있으므로 충분히 이루어지고 있으며, 구체적인 사건에 대하여 법률가가 아닌 정치인이 이를 지휘한다는 것은 논리상으로 모순이 있기 때문이다.

5) 이재상, 형사소송법, 90면.

나. 검찰 인사제도의 개선

1) 임명절차개선

검사의 임명 및 보직은 법무부장관의 제청으로 대통령이 행하도록(검찰청법 제34조) 하는 한편, 검사의 임용, 승진 기타 인사에 대한 법무부장관의 자문기구로서 법무부에 검찰인사위원회가 설치되어 있다(동법 제35조 1항). 검찰사무의 최고 책임자로서 법무부 장관이 검찰권행사에 대한 최종적인 정치적 책임을 지고 있기 때문에 책임행정의 원칙상 인사권을 행사하여야 하며, 이로서 법무부 장관의 인사권과 검찰총장의 수사권간의 견제와 균형이 이루어 질 수 있다는 것이다.⁶⁾

이에 대하여는 검사의 인사에 법무부장관과 대통령이 관여하는 구조 하에서는 정치적 요소가 개입되어 검사인사의 정치적 독립을 확보하기 어렵고 특히 검찰 고위직으로 갈수록 정치적 로비가 심각하다는 것이 문제점으로 지적되고 있다.⁷⁾ 따라서 검찰 인사의 공정성, 객관성 및 투명성이 확보될 수 있도록 하기 위해서 다음과 같은 개혁방안들이 제시되고 있다.

첫째는, 법무부의 검찰인사위원회를 의결기구로 격상시키고, 검찰인사는 검찰총장의 추천에 의해서 검찰인사위원회에서 의결하여, 법무부 장관의 제청으로 대통령이 검사를 임명하고 보직을 명하도록 해야 한다는 것이다.⁸⁾

둘째는, 검찰총장 이외의 검사장이나 기타 검사는 검찰인사위원회의 심의, 의결을 거쳐 검찰총장이 임명하도록 해야 한다는 것이다. 즉, 검사의 임명권은 대통령에게 주고 보직권은 검찰총장에게 주어야 한다는 것이다.⁹⁾

6) 하태훈, “검찰권 인사·조직상 독립권 확보방안”, 형사정책, 제14권 제1호(2002), 21면 참조.

7) 하태훈, 앞의 논문, 21면; 민주사회를 위한 변호사모임/참여연대, 검찰개혁의견서, 2001, 5면 이하.

8) 하태훈, 위의 논문, 21면.

9) 민주사회를 위한 변호사모임/참여연대, 검찰개혁의견서, 2001, 4면 이하.

셋째는, 검사의 임명보직권자를 법무부장관으로 하면서, 검찰인사위원회를 의결기관으로 격상시켜 여기서 의결하여 검사를 임명하고 보직을 명하도록 하자는 견해가 있다.¹⁰⁾

모든 견해들은 검찰인사위원회의 성격을 심의 또는 의결기관으로 강화하는 것을 전제로 한다는 점에서 동일하고, 이러한 주장은 타당하다고 생각된다. 그러나 그 임용방법에 있어서, 두 번째 견해는, 검사인사에서 상급관청인 법무부장관의 역할을 완전히 배제한다는 점에서 타당하지 않고, 임명권과 보직권을 이원화하여 전자는 대통령에게, 후자는 검찰총장에게 주자는 것인데, 그럴 경우 검찰총장의 권한이 너무 비대해 질 수 있을 뿐만 아니라 그 견제장치가 검찰인사위원회 밖에 없다는 점에서 - 물론, 인사위원회의 성격이나 운영방법에 따라 다소 차이는 있을 수 있지만 - 바람직한 방향은 아니라고 생각된다. 또한 세 번째 견해는 대통령과 검찰총장의 역할을 배제하고 그 권한이 법무부장관에 집중될 수 있다는 점에서 타당하지 않다고 생각된다.

따라서 현행법의 체제를 기본적으로 유지하면서도 검찰총장에게 어느 정도의 역할(추천권)을 부여하는 방식, 즉 “검찰총장의 추천→검찰인사위원회의 심의→법무부 장관의 제청→대통령 임명”이라는 절차가 가장 타당하다고 생각된다. 기관의 장인 법무부장관과 인사청문회를 통해 선출된 검찰총장의 인사참여를 동시에 보장할 수 있기 때문이다. 일본¹¹⁾과 독일¹²⁾의 경우에는 검사의 인사에 법무부장관만이 역할을 하고 있지만, 그 권한은 매우 제한적이고 검찰총장이 인사청문회를 통해 선출되는 것이 아니라는 점에서, 검찰총장에게 어느 정도 인사권을 부여하는 것에 대하여는

10) 조국, 민변 검찰개혁 토론회 토론문(2003. 1. 28), 4면.

11) 일본에서는 차장검사, 검사장의 임면은 내각이 하고(검찰청법 제15조 1항), 검사 및 부검사의 임면권은 법무대신에게 있다(국가공무원법 제55조 1항).

12) 독일연방검사는 연방법무부장관의 제청과 연방의회의 동의를 거쳐 연방대통령에 의해 임명된다(GVG § 149).

이들 국가와는 다른 차원에서 파악할 필요가 있다.¹³⁾ 또한, 검찰청과 같이 독립청으로 되어 있는 경찰청의 경우 그 인사권은 경찰청장에게 집중되어 있다는 점도 고려할 필요가 있다. 즉, 총경이상은 “경찰청장의 추천 → 경찰공무원인사위원회 자문 → 행정자치부장관의 제청 → (국무총리) → 대통령 임용” 절차에 의해 이루어지고(경찰공무원법 제6조 1항),¹⁴⁾ 경정이하는 경찰청장이 임용하고 있다(동조 제2항).¹⁵⁾

한편, 검찰인사위원회의 성격을 어떻게 확정짓느냐 하는 점이 이 방식의 성공에 결정적인 영향을 미칠 수 있을 것이다. 이점에 대하여는 항을 바꾸어 상론한다.

2) 검찰인사위원회의 강화

현행 검찰인사위원회는 검사의 인사에 대한 법무부장관의 자문기구로서 7~9인의 위원으로 구성된다. 위원장(1명)은 고등검사장인 검사중에서 법무부장관이 지명하고, 위원은 ① 고등검사장 또는 검사장인 검사중에서 법무부장관이 지명하는 자, ② 3급 이상의 검찰청직원중에서 법무부장관이 지명하는 자, ③ 대한변호사협회 또는 법학교수단체가 추천하는 자와 인사행정에 관한 학식과 경험이 풍부한 자중에서 법무부장관이 위촉하는 자(2명) 등으로 구성된다(검찰청법 제35조, 검찰인사위원회규정 제2조). 검찰인사위원회에서는 ① 검찰인사행정에 관한 기본계획의 수립 및 검찰인사관련법령의 개폐에 관한 사항, ② 검사 및 검찰청 직원의 임용 및 승진의 원칙과 기준에 관한 사항 및 ③ 기타 법무부장관이 요청하는 인사에 관한

13) 미국의 경우는 연방검사는 변호사 자격을 가진 자 중에서 상원의 권고와 동의를 얻어 대통령이 임명하고(28 United States Code 541), 지방검사(District Attorney)는 주민들이 직접선출하고 있다. 그리고 연방검찰총장이 법무부장관을 겸하고 있다.

14) 단, 총경의 진보·휴직·직위해제·정직 및 복직은 경찰청장이 행한다(동항 단서).

15) 단, 경정의 신규채용·승진임용 및 면직은 경찰청장의 제청으로 국무총리를 거쳐 대통령이 행한다(동항 단서).

사항 등을 심의한다(검찰인사위원회규정 제7조).

이에 대하여는, 검찰인사의 독립성을 강화하기 위하여 현재 절대 다수의 인사위원이 현직 검사로 구성되어 있어 법무부 장관의 인사 방안에 형식적인 역할만을 해 온 현행 검찰인사위원회의 기능과 역할을 강화하여야 한다는 점에 대하여는 이론이 없다. 다만, 검찰인사위원회를 심의기구로 할 것인가 아니면 의결기구로 할 것인지,¹⁶⁾ 검찰인사위원회의 구성을 어떻게 해야 할 것인지 그리고 그 관할을 어디에 둘 것인지에 대하여는 다양한 견해들이 제시되고 있다.

대통령직 인수위원회는 검찰인사위원회를 의결기구로 격상하여 검찰과 법조계, 시민단체가 3명씩 추천한 9명으로 구성하고 법무부 산하가 아닌 검찰내에 독립적인 기구로 하는 방안을 검토하고 있는 것으로 알려지고 있다.¹⁷⁾ 이에 대해, 법무부는 자문기구에서 심의기구로 격상시킬 수는 있지만 의결기구화에는 반대하고 있으며, 위원회에 참여하는 외부인사를 현재의 2명에서 3~4명으로 늘리고자 하는 입장을 취하고 있다.¹⁸⁾ 또한, 심의기구화 할 경우에도, 검찰 내부사정을 모르는 외부 인사의 참여는 반대하고 있다. 대한변호사협회도 법조계 인사와 법학교수 이외의 인사가 인사위원으로 참여하는 것은 바람직하지 않다는 의견을 내놓았다.¹⁹⁾

검찰인사의 독립성을 강화하기 위하여 인사위원회의 기능을 의결기구화 하자는 주장은, 첫째, 행정조직상 상급기관의 장의 역할을 무력화시키는 것으로써 해당 행정조직을 와해시키는 결과를 초래할 수 있고, 둘째, 인사위원회 위원들이 일정한 검증절차를 거쳐 정치적으로 독립된 인물로 구성

16) 심의기관이 되면 검찰인사위원회에서는 심의안에 따라 심의만 이루어지지만, 의결기구가 되면 구체적인 인사추천권을 갖을 수도 있을 뿐만 아니라 인사안에 대하여 법무부장관(또는 검찰총장)이 이의를 제기하지 못하게 된다.

17) 국민일보 2003-01-06 참조. 서울대 법대 한인섭 교수는 검찰인사위원회를 자문기구에서 의결기구로 격상시키고 인사위원회의 구성과 운영, 심의사항 등을 검찰청법에 신설해야 한다고 주장한다(전국법과대학학장협의회 주최 토론회, 경향신문 2003-02-08 참조).

18) 조선일보 2003-01-09.

19) 동아일보 2003-01-17.

되는 것이 아니기 때문에 오히려 검찰인사의 독립성이 침해될 수 있으며, 셋째, 인사위원회 위원들, 특히 검찰조직의 내부적인 사정을 잘 모르는 외부참여인사들이 과연 인사 대상자들의 자질·능력·도덕성 등에 대한 올바른 판단을 할 수 있을지 의문이며, 넷째, 타 부처의 인사위원회²⁰⁾들을 보면 의결기관으로 되어 있는 경우는 찾아볼 수 없다는 점에서 타당하지 않다고 생각된다. 따라서 검찰인사위원회는 심의기관으로 격상시키는 것이 타당하다고 생각된다.

한편, 검찰총장의 인사참여 확보와 정치적 성격을 띠는 법무부 장관의 인사권 개입의 제한을 위해 검찰청 내에 독립적인 기관으로 조직되어야 할 것으로 생각된다. 검찰총장이 인사청문회를 통해 임명되는 만큼 검찰총장에게 검찰 인사권을 부여하는 것이 타당하다. 과거와 같이 검찰총장에 대한 견제가 불필요하기 때문이다.

그리고 검찰인사위원회의 운영에 있어서는 검찰의 전문성과 특수성을 감안하여 시민단체의 참여는 재고해야 할 것으로 판단된다. 시민단체가 참여할 경우, ① 참여할 시민단체의 범위도 한정하기 어려울 뿐만 아니라, ② 검찰내부 사정을 잘 모르는 사람이 위원으로 될 경우 검찰인사에 실질적으로 관여하지 못하게 됨으로써 실익이 없고, ③ 반대로 내부사정을 잘 아는 경우에는 오히려 인사에 영향력을 행사할 기회를 갖게 됨으로써 인사기밀 누설, 인사청탁 등 부작용을 초래할 위험이 있다.²¹⁾

시민단체가 반드시 참여하지 않더라도 재야 법조인과 법학자 등 전문가들을 통해 객관성과 공정성은 확보될 수 있을 것이다(검찰인사위원회규정 제2조 3항 3호). 다만, 인사의 객관성과 공정성을 보다 확보하기 위해서는

20) 경찰공무원인사위원회(경찰공무원법 제5조), 교육공무원인사위원회(교육공무원법 제3조, 제4조), 법관인사위원회(법원조직법 제25조의2) 등은 자문기관이고, 외무인사위원회(외무공무원법 제7조)와 장교진급선발위원회(군인사법 제25조)는 심의기관이다.

21) 또한 외무부(외무공무원임용령 제4조), 교육부(교육공무원법 제3조, 제54조), 국방부(군인사법 제29조), 경찰청(경찰공무원임용령 제9조), 사법부의 법관인사위원회(법원조직법 제25조의2, 법관인사위원회규칙 제2조) 등도 내부인사만으로 구성되어 운영되고 있다.

외부인사의 구성비율은 50%이상으로 확대되어야 할 것을 생각한다. 한편, 평검사회에서는 검찰인사위원회에 “부장검사와 평검사”의 참여를 주장하고 있다.²²⁾ 그 실질적인 역할에는 의문이 있지만 인사의 공정성 확보를 위한 상징적인 의미는 충분히 있을 것으로 판단된다. 다만, 이러한 참여가 보장되기 위해서는 직급별 검찰인사위원회의 구성이 전제되어야 할 것으로 판단된다. 예를 들어 평검사 인사에 평검사가 참여하는 것은 재고의 여지가 있기 때문이다.

3. 검사동일체의 원칙

검사동일체의 원칙은 범죄수사와 공소의 제기·유지 및 재판의 집행을 내용으로 하는 검찰권의 행사가 전국적으로 균형을 이루게 하여 검찰권행사의 공정성을 도모할 수 있고, 검찰사무의 내용인 범죄수사는 전국적으로 통일된 수사망이 없으면 효과를 거둘 수 없기 때문에 전국적 수사망의 확보를 위하여 필요하다는 데 그 정당성 근거를 갖고 있다.²³⁾ 그러나 검사동일체의 원칙의 내용인 검사의 상명하복관계(검찰청법 제7조 1항)와 이에 근거한 보고제도에 대하여는 여러 가지 비판 및 폐지논의가 이루어지고 있다.

가. 검사의 상명하복관계

검찰청법 제7조 1항은 “검찰은 검찰사무에 관하여 상사의 명령에 복종하여야 한다”라고 하여, 전국적으로 통일적 계층체를 구성하는 조직체인 검찰의 상명하복관계를 규정하고 있다.

22) 대검찰청에서는, 부장검사와 평검사를 인사위원으로 추가하여 다면평가적 모습을 갖추며 현재 2명인 외부인사에 교수나 변호사 등 2명을 더 보충하여 총 4명으로 늘리는 내용의 검찰청법 개정의견을 법무부에 건의하였다(2003.2.25).

23) 이재상, 형사소송법, 87면; 배종대/이상돈, 형사소송법, 79면.

그러나 이에 대하여는, ① 검찰은 조직상 행정부에 속하지만 사법권과 밀접한 관련이 준사법기관으로서 합리적인 사무처리를 위한 독자적인 업무처리를 요구되고 검사 개개인의 전문성과 업무의 공익성이 강하게 요구되는 데, 이러한 검사의 직무상 성격을 도외시 한 채 검찰조직을 행정관료조직으로 엮어내는 것은 타당하지 않고, ② 검찰업무 중 검찰행정사무는 행정조직의 일반원리에 의하여 상명하복관계에 따라 처리되는 것이 당연하지만, 이와는 달리 형사사건의 수사, 공소제기 및 유지, 형집행 등의 검찰사무를 처리함에 있어서도 상명하복관계가 그대로 적용된다면 검사를 단독관청으로 인정한 검찰청법 제4조와도 모순되어 검사의 고유한 업무의 처리가 상관의 의사에 종속될 염려가 있다²⁴⁾는 등의 비판이 제기되고 있다.

그러나 검찰청법에 규정된 검사의 “상명하복관계”는 순수한 의미의 상명하복관계와는 그 의미가 다르다는 점을 이해할 필요가 있다. 법조기관 내지 준사법기관으로서 검사는 진실과 정의에 구속되어야 하므로, 적법한 상사의 명령에만 복종해야 한다는 것을 의미하는 것에 불과하다.²⁵⁾ 또한, 법원의 합의체제도가 있는 것과는 달리, 독립된 청으로서 사건판단을 검사 혼자 결정한다라고 하는 것은 오히려 잘못된 결론에 이를 수 있기 때문에, 상명하복의 실질적 의미는 경험있는 상관의 조언을 제도적으로 보장하는 기능을 갖는다. 따라서 중요한 사건에 검사들이 회의를 통해서 결정할 수 있는 제도(예컨대, 공소심의회 등)를 도입할 수 있다면 상명하복관계 규정의 폐지논의도 가능하겠지만, 현시점에서는 이 규정을 존치할 필요성이 있다고 판단된다.

다만, 이 규정의 문제점을 고려하여 이를 보완할 수 있도록, 법무부 개혁안에서와 같이, 담당 검사가 상사의 부당한 명령에 대해 이의제기를 할 수 있도록 검찰청법에 단서조항(항변권)을 신설하는 방안도 생각해 볼 수

24) 하태훈, 위의 논문, 18면; 조국, 위의 토론문, 6면.

25) 이재상, 형사소송법, 88면.

있을 것이다. 독일도 법원조직법(Gerichtsverfassungsgesetz) 제146조는 “검찰청의 공무원은 상사의 직무상의 명령에 복종하여야 한다”고 규정하고 있다. 다만, 연방공무원법(Bundesbeamtenengesetz) 제56조 2항은 공무원은 직속상관의 직무상의 명령의 적법성에 관한 이의를 제기할 수 있고, 위법하거나 가벌적인 명령에 대하여는 이행하지 않도록 규정하고 있다.

나. 보고제도

검찰사무보고규칙 제3조 1항에 의하면, “1. 법무부소속 공무원의 범죄, 2. 판사 또는 변호사의 범죄, 3. 국회의원 또는 지방의회의원의 범죄, 4. 4급 또는 4급상당 이상 공무원의 범죄 및 5급 또는 5급상당 이하 공무원인 기관장의 직무와 관련된 범죄 …”등에 관하여는 법무부장관에게 보고하도록 하고 있다.

이러한 보고제도도 법무부 장관에게 개별적인 범죄수사에 관여할 수 있는 여지를 마련해 줄 수 있다. 고위공무원, 정치인, 공안사범에 대한 사건을 정치적 공무원인 법무부장관에게 직보하도록 함으로써, 특히 정치관련 의혹사건에 대한 수사가 이루어질 경우 수사 밀행성의 원칙에 반하여 당사자에게 수사 정보가 세어나가는 등 정치적으로 이용될 소지가 있다. 이는 ‘옷로비사건’ 등 고위층 관련 수사의 경우 내사 단계에서 끊임없이 수사 정보 유출과 고위층 압력이 문제되고 있는 현실을 감안할 때 공식적으로 이를 보고하도록 하는 것은 문제가 있는 것이다. 또한 인사권을 행사하는 법무부 장관의 의견을 검사장들이 무시할 수 없다는 현실을 감안할 때, 법무부장관이 직보를 하는 검사장을 통해 일선검사의 구체적인 수사에 개입할 여지를 제공한다는 점에서 검찰의 독립성을 제약할 우려가 있다.

따라서 사건처리에 대한 법무부장관의 영향력을 배제할 수 있도록 보고

제도를 폐지해야 할 것이다. 대안으로, 공소제기 후 검찰총장을 통해 사후 보고 하는 등의 방안을 생각해 볼 수 있을 것이다.

Ⅲ. 검찰의 불기소처분에 대한 통제

1. 문제의 소재

우리의 검찰청법은 “검사는 그 직무를 수행함에 있어서 국민전체에 대한 봉사자로서 정치적 중립을 지켜야 하며 부여된 권한을 남용하여서는 아니 된다”(동법 제4조 제2항)는 규정을 둠으로써 검찰권의 중립성·공정성·합리성이라 함은 철저히 지켜져야 하는 대원칙임을 선언하고 있다. 그러나 한편 이러한 조항이 1997.7.13. 검찰청법의 개정을 통하여 규정되었다는 것은 “그동안 과연 검찰권이 민주적이고 합리적으로 행사되어 왔는가”라는 데 대하여 상대적 관점이 존재한다는 것을 보여주기도 한다. 이에 검찰의 개혁을 논함에 있어 ‘검찰권에 대한 합리적 통제’를 설명할 수밖에 없는 것은 불가피한 논의일 수밖에 없다. 따라서 검찰개혁의 차원에서 따져보아야 하는 검찰권에 대한 합리적 통제를 논함에 있어서는 ‘보다 효과적이고 실질적인 통제제도’를 대상으로 논의를 전개할 필요가 있게 되는 것이다.

위와 같은 배경에서 그 동안 학계 및 시민단체 등에서 ‘검찰권 통제방안’으로서 제기된 주장들을 3가지 범주로 분류해본다면 다음과 같다 : “① 구속수사관행에 따른 수사과정 등의 검찰권 행사과정에서 피고인의 방어권을 충분히 보장해주지 못함으로써 나타나고 있다고 지적되는 인권보장의 문제(피의자·피고인의 방어권 강화를 통한 검찰권에 대한 통제)²⁶⁾, ②

26) 위와 같은 배경에서, 시민단체 측에서는 다음과 같은 주장을 ‘검찰개혁방안’으로서 제안하고 있다 : “㉠ 실무상 벌금예납제도를 폐지한다. ㉡ 구속수사 및 구속재판의 관행

검찰의 공소권이 부당하게 행사된 경우에 있어서 이를 통제해야 한다는 것(검찰의 부당한 공소제기에 대한 합리적 통제), ③ 특검제 상설화에 관한 여러 주장에서 감지될 수 있듯이 일정한 범죄에 대하여 마땅히 행사되어야 할 검찰의 공소권이 형사소송법 제247조 제1항의 기소편의주의에 근거하여 행사되지 않음으로써 발생하는 공소권행사의 불공정성이 개선되어야 한다는 것(검찰의 자의적인 불기소처분에 대한 통제).”

그러나 결론부터 말하자면, 위와 같은 시민단체의 주장들 중 ① 피의자·피고인측의 방어권 강화를 통한 검찰권 통제와 ② 검찰의 부당한 공소제기에 대한 합리적 통제의 문제는 진정한 의미의 ‘바람직한 검찰개혁의 방향’과는 그 개념을 달리한다고 본다.

우선 ①과 관련하여 순수한 이론적 관점에서 생각건대, 위와 같은 형사소송에 있어서의 피의자·피고인측의 방어권 강화 및 적정절차의 준수 등과 같은 지극히 당연한 주장은 -이러한 주장의 실현에 의하여 결과적으로 검찰권을 견제하는 효과를 거둘 수 있다는 점은 수긍하지만- 본 연구에서 문제삼는 ‘검찰개혁방안’과는 차원을 달리하고 있다고 본다. 오히려 이 문제는 ‘검찰에 대한 개혁’의 문제라기보다는 인권보장을 위한 ‘형사사법 전반의 개혁’의 문제라고 보는 것이 마땅하기 때문이다.

또한 ② 검찰의 부당한 ‘공소제기’에 대한 통제와 관련하여서는 현행 형사소송법은 검사의 부당한 공소제기를 규제하는 제도에 관하여는 아무런 규정도 하지 않고 있기 때문에, 최근 피고인의 절차적 부담이라는 소송법

을 획파하여 형사피의자 및 형사피고인의 방어권행사를 실질적으로 보장한다. ㉓ 공판중심주의의 관점에서 검사작성명의를 조서에 대한 증거능력을 제한한다. ㉔ 피의자의 인권보호를 위해 수사단계에서부터 변호인의 실질적 참여권이 제한없이 보장되어야 한다. ㉕ 피의자의 방어권을 보장하기 위하여 최소한 구속된 피의자가 변호인의 참여를 원하는 경우에는 변호인에게 신문기일을 통지하도록 해야 한다. ㉖ 철야수사는 고문에 해당된다는 전제에서 철야수사에 대한 포괄적 금지조항과 철야수사로 인하여 수집한 증거의 증거능력 배제를 위한 근거규정을 마련해야 한다. ㉗ 당해 사건의 고소, 고발인에 한하여 당해사건기록을 열람할 수 있도록 해야 한다. ㉘ 범학자 등 일반인에게 확정된 형사재판기록이 공개되어야 한다.“

적 관점에서 부당기소로부터의 구제를 다루어야 한다는 것이 ‘공소권남용이론’에 의하여 주장되고 있다. 그러나 생각건대, 우선 검사의 과도한 공소 제기(소위 남소)에 대한 통제의 문제는, 전적으로 형사소송법 제327조 제2호의 “공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때”를 어떠한 시각으로 접근하고 해석하는가에 관한 ‘법원’의 제도적 통제 하에 있다는 점에서 진정한 의미의 ‘검찰개혁방안’의 논의대상으로 문제삼을 필요가 없다고 본다. ‘검찰개혁방안’의 문제의 실질은 현행 제도의 해석론의 문제라기보다는 궁극적으로 입법론의 문제에 속하기 때문이다.²⁷⁾

따라서 결국 ‘검찰개혁방안’의 차원에서 논의될 수 있는 검찰권통제의 문제는 위 ③의 ‘검찰의 불기소처분에 대한 통제’의 문제로 귀결된다고 생각한다. 우리의 검찰은 국민적 관심이 집중되었던 사건에 특히 고위직 정치인 등이 관련되었던 경우에는 법률에 의하여 부여된 검찰권을 제대로 행사하지 않았다는 비난에 직면해왔다는 점에서 ‘검찰개혁’의 차원에서 논해야 하는 것은 결국 “검찰의 ‘자의적 불기소처분’에 관한 공소권남용문제에 대하여 이를 어떻게 통제하는 것이 합리적인가”의 문제로 귀결될 수밖에 없게 되는 것이다. ‘제도는 문제가 없고 이를 운용하는 자의 의식만 뜯어고치면 된다’는 식의 발상은 현재 문제되는 검찰개혁의 해법을 찾는 데 아무런 도움이 되지 못한다.

따라서 여기에서는 현행법이 채택하고 있는 기소편의주의의 의미를 살펴봄과 동시에 검사의 불기소처분에 대한 현행법상 통제제도가 충분히 구비되어있는가를 평가해보도록 하며, 검사의 자의적 불기소처분에 대한 통제의 효과적 대안으로써 검찰항고제도와 관련된 일본식 검찰심사회 도입

27) 방법론적 관점에서 보더라도, 검사의 소추재량을 일탈한 공소제기 또는 자의적인 불기소처분에 대한 효과적인 법적 통제방안에 대한 탐구는 후술하는 형사소송법상 기소편의주의에 대한 합리적 통제의 문제와 직결된다는 점에서 검찰의 남소에 대한 통제에 관한 문제(특히 공소권남용이론)를 검찰개혁의 문제와 결부시키는 것은 능률적이지도 못하고 본 연구의 주제의식과는 다소 성격을 달리한다고 생각한다.

여부, 재정신청제도의 확대 및 그 확대의 범위 그리고 마지막으로 헌법소원제도에 관하여 살펴보기로 하겠다.

2. 현행 기소편의주의 및 그 통제제도와 평가

가. 기소편의주의의 의미

수사결과 공소를 제기함에 충분한 혐의가 인정되고 소송조건을 갖춘 때에는 반드시 공소를 제기해야 한다는 원칙을 기소법정주의라고 함에 대하여, 이러한 경우에도 일정한 형사정책적 고려에 기하여 피의자에 대한 공소를 제기하지 않을 수 있도록 허용하는 원칙을 기소편의주의라 하는바, 형사소송법은 제246조에서 “공소는 검사가 제기하여 수행한다”는 ‘국가소추주의’ 내지 ‘기소독점주의’를 규정하고, 동법 제247조 제1항에서는 “검사는 형법 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있다”고 규정하여 기소편의주의를 채택하고 있으며, 기소편의주의의 핵심은 바로 ‘기소유예’를 인정함에 있다.

이러한 기소유예를 함에 있어서 가장 중요한 것은 일정한 憲法的 限界가 준수되지 않으면 안된다는 것이다. 즉, 헌법은 모든 국민의 법 앞에서의 평등을 천명하고(헌법 제11조 제1항), 범죄로부터 국민을 보호하여야 할 국가의 책무에 기초하여 형사피해자에게 재판절차진술권(동법 제27조 제5항)과 범죄피해구조청구권(동법 제30조)을 각각 인정받고 있기에, 검사는 객관적이고 불편부당하게 소추재량권을 행사해야 함을 그 의무로 강제 받게 되는 것이다. 그러므로 검사가 기소유예를 함에 있어서는 가해자와 피해자의 관계 등과 같이 형법 제51조에 규정된 사유 이외에도 특별예방과 일반예방 및 소송경제 등의 관점을 고려하여 소추재량을 행사하되, 이

는 헌법적 한계 내에서 행사되어야 한다는 점에서 형사사법적 정의 실현과 범죄자의 사회복귀 및 범죄 피해자 보호와는 관계없는 '정치적 고려'를 해서는 안된다고 보아야 한다는 점에서 현행 형사소송법상 기소편의주의란 헌법상 인정되는 검사의 소추의무를 기본적 전제로 하면서 제한된 범위내에서 기소유예의 재량권을 인정하는 소위 '起訴合理主義²⁸⁾'를 규정함으로써 해석되어야 할 것이다. 이 점에서 독일식의 기소법정주의와 미국식의 기소편의주의는 그 제도적 형식에 차이는 있으나 실질적 의미에서는 내용을 같이해야 한다.

따라서 기소편의주의가 '기소합리주의'로서 정당화되어야 하기 위해서는 공소의 독점권을 가진 검사의 소추재량을 남용한 자의적 불기소처분이 있을 경우 일반시민이 이에 불복할 수 있는 충분하고도 합리적인 통제방안이 구비되어야 함이 논리적이다. 만일 기소편의주의제도상의 검사의 소추재량을 무제한적 자유재량으로 오해한다면 외부로부터의 정치적·당파적인 지시·압력도 기소편의주의의 그늘에 가려 합법화되는 것으로 오해될 소지가 있기 때문이다. 이는 분명히 사인소추를 금하고 국가소추주의를 확립한 근본목적에 반할 뿐 아니라 효과적인 범죄투쟁이라는 형사정책적 목표와도 배치되게 되어 기소편의주의를 규정한 취지에 어긋나게 된다.

따라서 '과연 현재의 형사소송법 등의 법률이 검사의 불기소처분에 대한 효과적 통제책을 가지고 있는가' 여부가 '기소합리주의'의 관건이 된다.

나. 검사의 불기소처분에 대한 현행법상 통제 및 평가

기소합리주의를 준수하기 위해서는 단지 우리의 검사에게 합리적인 기소책임에 관한 공직자로서의 강직한 양식을 요구하는 데에서 그쳐서는 안

28) 서일교, 형사소송법, 278면; 신동운, 앞의 책, 302면; 신양균, 형사소송법, 2000, 270면; 신현주, 앞의 책, 111면; 이재상, 앞의 책, 326면.

되고 구체적이고 효과적인 통제제도가 필요하다는 것은 기술한 바와 같으며, 이에 우리의 법률들은 여러 통제수단들을 마련해놓고 있다. 현재 검사의 불기소처분에 대한 통제제도로서는 ① 고소인 또는 고발인에게 불기소처분의 취지를 통지하게 하고 청구가 있는 때에는 그 이유를 설명할 것을 요구하는 불기소처분의 취지와 이유고지제도(형사소송법 제258조, 제259조), ② 고소 또는 고발사건에 관한 불기소처분에 대하여 불복이 있는 고소인 또는 고발인이 상급검찰청 검사장에게 항고 또는 재항고하여 검사 자체에 의하여 부당한 불기소처분을 시정하는 검찰청법상의 불기소처분에 대한 항고제도(검찰청법 제10조), ③ 공무원의 직권남용죄에 대하여 불기소처분이 있는 때에 고소인 또는 고발인의 재정신청에 대한 법원의 재판에 의하여 법원의 심판에 부하는 재정신청제도(형사소송법 제260조 이하), 그리고 ④ 헌법재판소법상 헌법소원제도(헌법재판소법 제68조)가 마련되어 있다는 것은 주지의 사실이다.

그러나 결론부터 말하자면 검사의 불기소처분에 대한 위와 같은 현행 통제제도들은 그 실효성에 있어 의심스러운 부분이 적지 않다. ① 고소인 및 고발인 등에게 불기소처분에 대한 통지 및 이유고지제도는 단지 검사에게 적정한 공소권 행사에 일종의 심리적인 억제를 가하려는 소극적인 제도에 불과하며, 굳이 그 의미를 찾자면 이해관계인으로 하여금 검사의 불기소처분에 대한 불복을 용이하게 하기 위한 목적을 가지고 있다고 볼 수 있다. ② 검찰항고제도라 함은 준기소절차의 대상이 극도로 제한되어 있는 결과 기소독점주의 및 기소편의주의를 견제하는 효과적이고 직접적인 제도라고 평가할 수 있는 부분은 있으나, 검찰조직 내부의 스스로의 통제라는 점에서 그 기능에 한계가 있을 수밖에 없다. 또한 현행 검찰항고의 경우 재정신청과는 달리 공소시효정지(동법 제262조의2)의 효력이 없다. ③ 재정신청 제도는 사인소추·공중소추가 봉쇄되어 있는 우리의 경우 검사의 수사종결

처분에 대한 신뢰가 형사사법 전반에 대한 일반국민의 신뢰를 좌우하게 된다는 점에서, 헌법상 신분이 보장되고(헌법 제106조) 직무활동의 독립성이 지켜지는(동법 제103조) 법관으로 하여금 검사의 불기소처분의 불법성 내지 부당성을 판단하게 하는 가장 효과적인 장치로서 기능할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 재판상의 준기소절차의 대상은 공무원의 직권남용죄에 엄격히 제한되어 있다는 점에서 사실상 재정신청제도 본래의 취지를 포기한 것이나 마찬가지라고 생각한다. ④ 마지막으로, 헌법이념 및 원리에 의한 구속을 수반하지 않는 기소편의주의는 더 이상 그 타당성의 근거를 찾을 수 없게 된다는 점에서, 기소편의주의를 앞세운 검찰의 자의적인 소추재량권의 행사는 위헌적인 공권력의 행사로서 헌법소원심판을 통한 통제의 대상이 된다는 것은 지극히 타당한 것이다. 그러나 검찰측에서는 헌법재판소의 헌법소원 인용결정을 기소명령으로 받아들이지 않고 재수사한 연후 결국 또다시 불기소처분을 내리고 있다. 이로 인하여 헌법소원제도의 불기소처분 통제책으로서의 실효성도 보장되지 못하고 있는 것이다.

결론적으로 검사의 공소권행사에 있어서 ‘기소합리주의’의 원칙이 준수되기 위하여는 검사의 불기소처분에 대한 효과적이고도 확실한 통제책이 구비되어야 함에도 불구하고, 기술한 바와 같이 현행법상 통제책은 그 실효성이 의심되고 있다. 따라서 검사의 불기소처분에 대한 통제의 효과적 대안을 제시해야 할 필요가 있다.

3. 검찰항고심사위원회 또는 검찰심사회제도 도입 여부

검사동일체원칙에 기초하여 검찰조직 내부에서 통일적인 수사종결권의 행사를 보장하도록 마련된 장치라고 할 수 있는 검찰항고제도(검찰청법 제10조)는 검찰조직 내부의 통제라는 점에서 그 기능에 한계가 있다는 것

이 보편적 인식이다.²⁹⁾

이에 대부분의 시민단체에서는 현행 검찰항고제도로는 그 실효성을 거두기 어렵다는 전제 하에 항고사건을 심사하기 위하여 일정한 심사기구를 각 고등검찰청에 설치해야 한다고 주장하고 있다. 다만, 구체적으로는 외부전문가가 참여하는 ‘검찰항고심사회’ 안을 제시하는 주장과 일반시민도 참여하는 ‘일본식 검찰심사회’ 안을 도입하자는 주장도 있다.

‘검찰항고심사회’를 두어야 한다는 의견으로서는 2001.11.에 민주사회를 위한 변호사모임과 참여연대가 발표한 소위 ‘검찰개혁의견서’가 있다. 동의견서에서는 위원회의 심사위원은 5인으로 하고 고등검찰청에서 지명한 검사 1인과 관할 지방변호사회가 추천하는 변호사 2인, 각 시도 의회에서 추천하는 2인으로 구성하며, 위원장은 위원 중에서 호선하고 사무를 담당하는 간사를 고등검찰청 사무관 중에서 임명하며, 위 위원회는 신문, 증거 조사를 통해서 과반수 찬성으로 결정을 하되 원 처분청은 위 결정에 따르도록 하여야 한다고 제안하고 있다. 더불어 위 의견서에서는 사건 관련자나 공익을 담보로 한 일정한 사회단체가 검찰의 기록을 열람할 수 있도록 하고, 검찰의 처분에 대하여도 이해관계가 있다고 인정되는 일정한 범위에서 그에 대한 이의제기제도를 도입하는 것도 필요하다고 지적하고 있다. 더불어, 이와 유사한 안으로서 2003.2.24. 대검 검찰개혁안에서도 이와 유사한 ‘항고심사위원회’ 안이 제시되어 있는 바 여기에는 주임검사와 2명의 민간인이 참여하고 민간위원의 선정을 공개하며 합리적인 수준의 수당을 지급하도록 검찰청법 개정의견을 법무부에 보고하기로 했다고 한다.

이에 비하여, 소위 한국판 ‘시민배심원’이라고도 종종 불리는 일본 검찰

29) 또한 후술하는 재정신청제도에 대하여는 공소시효정지규정(형사소송법 제262조의2)을 두고 있으나 검찰항고에 대해서는 이러한 규정이 없기 때문에 정치권력과 관련된 사건의 경우 공소시효가 만료됨으로써 합리적인 검찰권 행사가 어려워지는 경우가 있다는 점에서 검찰항고에 대해서도 공소시효정지를 인정해야 한다는 주장도 있다. 천진호, “특별검사제도에 관한 법이론적 고찰”, 형사정책연구, 제9권 제1호(통권 제33호, 1998·봄호), 14면.

심사회법상 ‘검찰심사회’제도는 검사의 불기소처분의 당부를 심사하는 제도로써, 일본의 검찰민주화의 일환으로 전후 미국의 대배심(Grand Jury) 제도가 변형되어 일본에 정착된 것이다. 이러한 검찰심사회는 지방재판소와 지부의 소재지에 두며, 국회의원(중의원) 선거권자 중에서 추첨으로 선정한 11인의 검찰심사원으로 구성되어 임기 6월동안 활동하게 된다.³⁰⁾ 고소·고발 청구인 또는 피해자의 심사청구가 있으면 반드시 불기소처분의 당부를 심사해야 하며, 과반수 의결로써 직권으로 심사할 수도 있다. 검찰심사회가 검찰관이 내린 불기소처분의 당부에 대하여 심사한 경우에는 ① 기소상당, ② 불기소부당, ③ 불기소상당이라는 세 종류의 판단을 내리게 된다. 이 중 기소상당이라 함은 검찰관의 불기소처분이 부당할 뿐만 아니라 자진하여 기소해야 한다는 판단이므로 8인 이상의 의결로 하며, 불기소부당은 기소해야 한다는 것은 아니지만 검찰관의 불기소처분이 납득할 수 없는 것이기 때문에 재수사를 해야 한다는 요청이고, 마지막으로 불기소상당은 말 그대로 검찰관의 불기소처분이 상당하다는 판단이다. 다만 기소가 상당하다고 의결한 경우에도 이 의결은 구속력이 없기 때문에 검찰은 다시 불기소처분을 할 수 있다. 따라서 검사장은 그 의결을 참고하여 기소할 수 있을 것으로 사료하면 기소절차를 행하여야 한다.³¹⁾

30) 검찰심사회의 개최의결에 전원출석이 필요하기 때문에 미리 11명의 검찰심사원과 같은 수의 보충원을 선출하였다가 검찰심사원이 결원인 때에는 보충원이 임시로 검찰심사원의 직무를 수행하고 있다. 임기는 6개월이지만 매 3개월마다 반수 즉 5명 내지 6명을 새로이 교체한다. 즉 검찰심사회는 무경험한 검찰심사원들로만 구성되는 것이 아니라 11명씩의 회원이 상존하는 구조라고 한다. 寺崎嘉博, 도중진 역, “일본의 형사사법 - 검찰심사회와 배심제도”, 형사정책, 제13권 제1호(2000), 316면.

31) 일본에서도 1999년 검찰심사회가 의결한 피의자수 1,307명 중 75.1%에 대하여 불기소상당을 의결하고 있고, 기소상당은 0.1%에 해당하는 단 1명뿐이며 불기소부당이 6.3%에 해당하는 82명에 불과하다. 즉 기소상당과 불기소부당을 합해도 6.4%에 지나지 않는다고 한다. 이밖에 이의각하, 이송, 심사중지가 남은 18.6%에 해당한다고 한다. 여하튼, 일본 검찰심사회의 의결에서 기소상당과 불기소부당이 의결에서 차지하는 비중은 대단히 적다고 볼 수 있으며 이는 1999년도에만 특유한 수치가 아니라 보편적인 현상이라고 한다. 이러한 상황을 분석한 비판적인 의견이 일본 내부에서도 제기되고 있는 바, 본래 기소배심제도는 사인소추제도와 접목될 때 비로소 그 기능을 충분히 발휘할

위와 같은 일본식 검찰심사회 안에 대하여는, 외부전문가가 참여하는 검찰고심사회 안에 비중을 두고 다소 중립적인 입장을 취하고 있는 의견³²⁾, 그리고 검찰의 불기소처분만을 심사하는 제도로서 중요사건에 대해 우리나라에서도 도입을 검토해 볼 수 있지만, 검찰심사회의 기소상당 결정이 검찰에게 구속력이 없고 수사를 제대로 하지 않은 채 기소를 하게 되는 경우에는 한계가 있다는 점에서 먼저 재정신청대상을 전면 확대하는 것이 바람직하다는 주장³³⁾ 또한 외부전문가의 참여제도 도입에 있어 일반 시민이 참여할 수 있는 방안을 진지하게 고려해야 한다는 전제에서 일본의 검찰심사회제도의 경우처럼 상급심 검사 일부를 포함한 개방형 심사로 시민이 참여하도록 하여 불복심사과정을 투명하게 해야 한다는 견해³⁴⁾ 그리고 합법과 불법의 판단권한을 소수가 전문가라는 미명하에 독점하는 것은 '법의 지배'원리의 구현에 결코 이롭지 못하다는 점에서 일반 시민에 대하여 구체적인 사건을 매개로 한 합법과 불법의 판단기회를 제공함으로써 법의 상식화와 일반화를 도모하여야 한다는 주장³⁵⁾ 또한 검찰의 기소권 행사의

수 있음에도 불구하고 일본에서는 국가소추주의를 유지하고 있기 때문에 충분한 기능을 다하고 있지 못하다는 것이다. 더불어 일본의 검찰심사회는 부당한 불기소만을 사후에 심사하는 데 지나지 않고, 그 의결에 구속력이 없으며, 권한과 조직도 빈약하다는 점이 지적되고 있다. 그러나 위와 같은 통계수치에 대하여는 검찰관이 원래 기소해야 할 사건은 기소했을 것이고 검찰심사회에서는 불기소처분을 내린 사건에 대하여만 그 당부부를 판단하는 것이 때문에 기소상당이나 불기소상당의 판단이 적은 것은 부득이하다고 한다. 여하튼, 일본의 검찰심사회가 의결한 기소상당 내지 불기소부당의 판단을 받아들여 검찰관이 기소한 피의자는 1950년대 이후 50년간 1,048명에 달한다고 하며 1998년에만 하여도 17명이 기소되었다고 한다. 즉 검찰관이 내린 소추제량의 당부 또는 혐의판단의 당부에 대하여 소수이기는 하지만 검찰심사회가 체크기능은 다하고 있다고도 평가할 수 있다는 분석도 있다. 나아가 검찰심사회의 의결 후에 기소된 자의 유죄율은 90% 이상이며 과거 50년간의 누계로는 92.4%라는 점에서 비록 소수이기는 하지만 검찰심사회는 착실히 그 역할을 다하고 있다고 평가할 수 있다고 한다(寺岐嘉博, 도중진 역, 앞의 논문, 318-319면).

32) 민주사회를 위한 변호사모임/참여연대, “검찰개혁의견서”, 2001.11.

33) 김갑배, 앞의 자료, 14면.

34) 조 국, 앞의 자료, 5면.

35) 김진욱, 앞의 자료, 28면.

적정성을 감시·감독할 수 있도록 국민참여의 길을 확대해야 한다는 점에서 사후적 심사의 성격으로 외부전문가 및 추첨에 의해 선정된 일반 시민도 참여하는 검찰심사회제도를 도입하자는 주장,³⁶⁾ 그리고 검찰의 공소권 행사에 대한 국민의 참여라는 관점에서 입법론적으로 일본의 검사심사제도의 도입을 검토할 필요가 있다는 견해³⁷⁾ 등이 제시되고 있다.

생각건대, 민주사회를 위한 변호사모임과 참여연대가 2001년 11월 ‘검찰개혁의견서’에 제시한 외부전문가만이 참여하는 소위 ‘검찰항고심사위원회’案에는 동의하기 어렵다. 왜냐하면 ① 현행 형사소송법의 입법자는 검찰의 수사종결처분을 심사하여 그 불법 및 부당성을 판단하는 자를 어디까지나 法院으로 지정함(동법 제260조 이하의 재정신청제도)으로써 이에 대한 ‘법적 구속력’있는 판단은 사법판단이어야 함을 전제하고 있으며, ② 형사소송법의 체계상 그 결정에 구속력을 인정해주는 것이 의심스러운 ‘외부전문가로 구성되는 검찰항고심사위원회’의 案은 우리의 국가소추주의와 외국의 사인소추주의의 어느 형태도 아닌 소위 ‘엘리트민주주의’의 단면에 불과할 뿐이고, ③ 나아가 현행 재정신청제도와와의 충돌만을 야기시키는 역효과를 가져올 수 있기 때문이다.

오히려, 일본의 검찰심사회제도에 대한 일본 내부의 비판에도 불구하고, ① 형사소송절차에 일반시민이 적극 참여함으로써 자의적 불기소처분을 하려는 검사에게 예방적으로 심리적 압박을 주어 검찰권의 행사를 기소합리주의에 부합되게끔 유도할 수 있다는 점과 ② 검찰심사회제도의 역기능보다는 순기능적 요소가 우리사회의 형사사법 현실에 더욱 필요하다는 점 그리고 ③ 나아가 형사사법제도에 생경한 일반국민에 대한 법치주의의 공교육의 장으로 활용될 수 있다는 점에서 ‘일반 시민이 참여하는 일본식 검찰심사회제도’의 도입은 적극 검토되어야 할 것으로 생각한다. 미국의 경

36) 참여연대, “검찰개혁 촉구 시국선언”, 2002.1.16.

37) 이재상, 앞의 책, 324면.

우 연간 300만명의 일반시민이 배심원으로 동원되는 제도를 운영하고 있는바, 미국의 법치주의 및 민주주의의 정신과 문화가 바로 위 배심에서의 교육 및 형사사범의 중추적인 의사결정에의 참여에서 많은 영향을 받고 있다는 점도 검찰심사회제도 도입 여부를 판단하는 데 시사하는 바가 있다. 다만 검찰심사회제도가 도입될 경우 검찰심사회의 의결에 법적 구속력을 인정하기는 어렵다고 본다.

4. 재정신청제도의 평가 및 대안

우리 헌법은 제27조 제5항에서 "형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다"고 규정하고 있다. 따라서 범죄피해자가 가해자의 범행을 처벌해 줄 것을 법원에 청구할 권리는 소위 '사법행위청구권'이므로, 재정신청제도는 국민의 헌법상 기본권인 재판청구권을 형사절차법상 보장하기 위하여 마련된 제도로 볼 수 있다.³⁸⁾ 재판청구권은 국민에게 실효적·실질적으로 보장되어야 하며, 수인할 수 없을 정도로 법원에의 접근을 어렵게 하여 단지 명목적인 권리가 될 정도로 재판청구권을 제한하여서는 안된다.³⁹⁾ 그럼에도 불구하고 현행 형사소송법상 재정신청제도의 대상은 형법 제123조 내지 제125조의 범죄 등으로 극히 제한되어 있다.⁴⁰⁾

사실 검사의 불기소처분에 대한 법원에 의한 사법적 통제가 헌법상 반드시 요구되는 것은 아니므로 검사의 불기소처분에 대하여 재정신청제도

38) 헌법재판소 1989.4.17, 88헌마3.

39) 헌법재판소 1996.10.4, 95헌가1·4(병합)

40) 재정신청의 대상이 공무원의 직권남용죄 등으로 협소한 이유는 준기소절차가 법원의 제3자적 심판기능에 대한 예외로서의 의미를 가질 뿐만 아니라 검찰청법의 항고제도와 중복되는 것이므로 항고에 의하여 구제를 기대하는 것은 따로 가능성을 열어두고 여기서는 공무원의 직권남용죄에 대하여만 준기소절차를 인정하는 것이 아닌가 생각된다. 하지만 결국 이에 의하여 준기소절차가 담당하여야 할 기소독점주의와 기소편의주의에 대한 견제기능은 무의미하게 되었다는 비판을 면할 수 없다.

를 둘 것인지, 재정신청제도를 둘 경우 그 신청대상범죄를 어느 범위로 정할 것인지 등의 문제는 입법자의 입법정책에 속하는 사항이고 입법자가 재정신청제도를 두면서 그 범위를 제한하는 경우에도 그 제한이 현저하게 불합리하게 설정되어 평등의 원칙에 위배되는 정도에 이르지 않는 한 헌법에 위반되는 것이라고 할 수 없다. 그럼에도 불구하고, 형사소송법상 재정신청의 대상범죄가 극히 제한된 범위로 한정됨으로써 그 범죄 이외의 범죄에 대한 고소·고발인의 재판청구권과 특히 고소인인 경우 범죄의 피해자로서 재판절차진술권 등에서 차별대우를 받는 것이 되므로 이것이 헌법상의 평등의 원칙에 위배되는 것이 아닌지 여부가 문제될 수 있다.⁴¹⁾

재정신청제도 본래의 기능인 기소편의주의에 대한 규제는 무의미하게 되었다는 것은 일반적 인식에 속한다. 이에, 법무부는 2002년말 형사소송법개정안을 통하여 재정신청 대상범죄를 일부 확대하는 안을 제시한바 있다. 동 개정안은 현행 재정신청 대상범죄 외에 피의사실공표죄(형법 제126조), 공무상비밀누설죄(형법 제127조), 선거방해죄(형법 제128조), 국가보안법위반특수직무유기(제11조), 무고, 날조(제12조 제2항 직권남용에 의한 무고, 날조)죄, 폭력행위등처벌에관한법률위반죄사범경찰관리의직무유기(제9조), 경찰관직무집행법위반죄(제12조; 의무위반 내지 직권남용행위)를 대상범죄로 포함시켰다. 이는 재정신청의 대상을 공무원의 직무관련 범죄 전반으로 확대한 것이다.⁴²⁾

그러나 현실적 관점, 범죄피해자적 관점, 헌법상 기본권보장적 관점, 법

41) 그럼에도 불구하고, 헌법재판소는 이에 관하여 합헌이라고 판단하고 있다(헌법재판소 1997.8.21, 94헌바2). 그러나 생각건대, 과연 ‘재정신청 대상범죄 이외의 다른 범죄에 대해서 통상적인 검찰청법상 항고절차를 통하여 불기소처분을 시정할 수 있다고 보아 별도로 재정신청의 대상의 삼지 않은 입법취지’가 정당한 것인가에 대해서는 상대적 관점이 존재한다고 생각하며, 이에 재정신청 대상범죄를 극도로 한정한 것이 ‘합리적 근거가 있는 차별’이라고 판단한 점에 대하여는 의문이 있다.

42) 이에 대하여 대한변호사협회에서는 재정신청의 대상은 행정각부의 장·차관 등 고급공무원의 직무상 범죄로 확대하여야 한다고 주장하고 있다. 대한변호사협회, “검찰개혁 등에 관한 변협의 입장”, 2003.1.9.

제사적 관점 그리고 검찰항고·헌법소원제도 등 타제도와와의 체계정당성의 관점을 종합하여 생각건대, 재정신청의 대상은 ‘모든 범죄사건으로 전면 확대’되어야 마땅하다고 본다. 왜냐하면, ① 우리 사회에 있어서 기소독점주의·기소편의주의의 폐해는 비단 정치적 사건이나 공무원 직무관련 사건에 제한되어 있지 않고, ② 범죄피해자적 관점에서 볼 때, 공무원의 직권남용죄만이 검사의 자의적이고 불공정한 불기소처분의 가능성이 높고 기타 살인죄 등 다른 범죄에 대해서는 그럴 가능성이 없다는 것은 무리한 분석이고, ③ 범죄피해자로서 보장받아야 하는 재판절차진술권(헌법 제27조 제5항)이 매우 제약된 형태로 입법되어 있는 재정신청절차에 의하여 과도하게 침해당할 여지가 없지 않으며, ④ 법제사적 관점에서 입법자의 강력한 의지에 의하여 마련된 1954년의 전면적인 재정신청제도를 극도로 제한한 것은 1973년 박정희 전대통령의 유신시대에 이루어진 것이고, ⑤ 불기소된 모든 범죄에 대한 검찰항고가 가능하기는 하나 그 실효성이 없으며, ⑥ 현재 직권남용과 관계없는 사건에 대하여도 재정신청이 계속 청구되고 있는 실태를 고려할 필요가 있고, ⑦ 현재 불기소처분에 대한 불복사건의 대부분이 헌법소원으로 헌법재판소에 제기되어 헌법문제에 대한 최종적 판단기관이어야 할 헌법재판소가 그 본래의 기능을 발휘할 수 없으며,⁴³⁾ ⑧ 설사 헌법소원을 통해 불기소처분에 대하여 따질 수는 있다고 하지만 재정신청의 경우에는 고소인뿐만 아니라 고발인도 신청이 가능한 데 비하여 헌법소원의 경우에는 고발인의 헌법소원심판청구는 허용되지 않고,⁴⁴⁾ ⑩ 나아가

43) 전체 헌법소원 사건 중 60% 이상이 검사의 불기소처분에 대한 것일 정도로 헌법소원이 활용되고 있지만(1998. 9. 1.부터 1999. 9. 30.까지의 헌법소원 4,023건 중 2,406건임. 민주사회를 위한 변호사모임/참여연대, “검찰개혁의견서”, 2001.11.), 사실 검찰권 합리화를 위한 불기소처분에 관한 통제의 대안으로서 헌법소원제도에 의존하기에는 이외에도 여러모로 한계가 있다고 본다. 예를 들어, ‘헌법재판소의 인용결정’이 있다 하여도 공소시효완성·증거 등의 문제로 인하여 반드시 공소제기로 이어지는 것도 아니라는 점도 ‘헌법소원제도의 한계’가 아닐 수 없다. 그리고 불기소처분에 대한 헌법소원에 변호사강제주의가 적용된다는 점(헌법재판소법 제25조 제3항)도 재정신청에 비하여 또 하나의 절차적 부담으로 작용하게 될 것이다.

재정신청의 경우는 신청일로부터 재정결정이 있을 때까지는 공소시효의 진행이 정지되나(형사소송법 제262조의2) 헌법소원사건이 헌법재판소에 제기되거나 또는 심판에 회부된 경우라 하더라도 심판대상인 피의사실에 대한 공소시효는 정지되지 않기 때문에⁴⁵⁾ 검찰청법상의 항고 및 재항고를 거친 다음⁴⁶⁾ 제기되는 불기소처분에 대한 불복방법으로서의 헌법소원의 경우 그 공소시효 문제는 상당한 장벽이 아닐 수 없기 때문이다.

그렇다면 ‘전면 확대된 재정신청제도는 어떻게 운용되어야 하는가’라는 현실적 문제가 대두되게 된다. 우선 심판기관에 관하여는, 재정신청 결정 권한은 사법기관이 이를 담당하는 것이 적절하며 현행대로 전국적으로 골고루 설치되어 있는 ‘고등법원’이 담당하는 것이 바람직하다고 생각한다.⁴⁷⁾

다만, 재정신청 전면 확대를 반대하는 입장에서는 이 경우 법원(고등법원)의 업무폭주라는 현실적 이유를 제시할지 모른다. 그러나 재정신청대상의 전면 확대의 취지가 정당하다면 이러한 현실은 극복되어야 할 현상에 불과하므로 차후에 법관 및 법원공무원 인력의 확충을 통하여 해결해나가야 할 것이다. 입법론적으로는 재정신청을 하기 전에 우선 고등검찰청에의 항고를 거친 이후에 고등법원에 재정신청을 청구하도록 하는 방안을 생각해볼 수 있다.⁴⁸⁾ 그리고 재정신청을 전면 확대할 경우에는 검사의 불기소처분에 직면한 피해자(특히 재산범죄의 피해자)의 재정신청권 남용을 방지하기 위한 조치도 뒤따라야 한다.⁴⁹⁾ 현재의 고등법원의 업무부담 정도라면

44) 헌법재판소 1989.12.22. 선고, 89헌마145 결정; 판례집 제1권 413, 416면.

45) 헌법재판소 1993.9.27. 선고, 92헌마284 결정; 판례집 제5권 2집 340, 346면, 1995.1.20. 선고, 94헌마246 결정; 판례집 제7권 1집 15, 42면.

46) 검찰항고에 대하여 공소시효정지의 효력이 없음은 기술하였다.

47) 현실적으로 사실에 대한 인정권이 없고 불기소처분에 대한 실효적 구제수단이 없는 헌법재판소가 아니라 사실인정권이 있고 불기소처분에 대한 실효적 구제수단인 공소제기를 할 수 있는 법원이 이를 맡는 것이 타당하다는 지적도 이를 뒷받침한다. 조 국, 앞의 자료, 5면.

48) 민주사회를 위한 변호사모임/참여연대, “검찰개혁의견서”, 2001.11.

49) 여기에는 일본 형사소송법 제296조에서 정하는 바와 같이 재판부는 청구기각이나 청구 취하지 청구인에게 그 절차에서 발생한 비용의 전부 또는 일부의 배상을 명할 수 있는

약간의 인력확충만 있더라도 재정신청을 담당하는 가칭 ‘재정신청담당부(또는 재정부)’를 별도로 두어 이를 전담케 하는 방안도 고려할 만하다.

IV. 특별검사제도

1. 문제의 소재

검찰개혁논의는 기존의 검찰에 대한 전반적인 불신에서 비롯되며 이는 검찰의 중립성확보와 검찰권행사의 공정성 확보를 그 주요내용으로 하고 있다. 그와 더불어 검찰인사제도의 개선을 통한 검찰권행사의 공정성 확보 방안과 함께 특별검사제도 역시 끊임없이 논의 내지 도입필요성이 제기되어 왔다. 특별검사제도는 이미 검찰개혁에 관한 논의가 본격적으로 등장하기 이전부터 심각하게 논의되던 주제이다. 그 이유는 특별검사제도가 우리 사회에서는 일종의 정치개혁의 한 상징처럼 여겨지기 때문이다. 특별검사는 일반인들의 시각에서는 특별검사제도가 분명하고 효과적인 검찰통제의 방법으로 보일 수 있다. 추측컨대 검찰개혁과 특별검사제도가 지속적으로 병렬적으로 요구되는 주요 이유는 바로 이러한 점에서 비롯되는 것으로 보인다. 그렇기 때문에 어떻게 생각하면 특별검사는 검찰개혁의 결과가 아니라 그 과정일 수 있다.

이미 제안된 검찰개혁안 중에는 특별검사제도를 전면 거부하는 견해를 찾아 볼 수 없다. 그런 면에서 본다면 특별검사제도를 활용하는 점에서는 이견이 없는 것으로 보인다. 세부적인 차이점은 특별검사제도를 상설 기관으로 두느냐 아니면 한시적 임시 기관으로 두느냐의 차이점이다. 다만 지금까지 특별검사제도에 관한 견해들은 대부분 특별검사제도를 통한 정치

비용배상제도를 도입하는 것이 바람직할 것이라고 의견도 있다(위 의견서). 하나의 대안이 될 수 있을 것이라 생각된다.

적 사건 해결 가능성을 중심으로 논의하고 있던 것으로 보인다. 즉, 정치적인 사건에서 조직의 생리상 소극적으로 행동하는 검찰의 대안으로 특별검사제도가 논의되었다.

2. 일반론

가. 특별검사제도

1973년 미국의 워터게이트 사건에서 본격적으로 논의된 특별검사제도는 우리나라의 경우도 두 차례에 걸쳐서 도입되어 시행된 제도이다.⁵⁰⁾ 이 제도는 근본적으로 정치적으로 민감한 사안에서 정치적으로 통제 받지 않고 수사를 할 수 있도록 고안된 제도라고 볼 수 있다. 미국에서 비롯된 특별검사제도는 우리나라의 경우 1999년 소위 옷로비사건에 대한 특별검사와 2000년 이용호사건의 특별검사가 실제로 임명되어 활동하였다. 가장 최근에는 2003년 2월 4일 대북송금의혹사건에 대한 특별검사임명법률이 통과되었다.

나. 특별검사제도의 찬반론

특별검사제도는 도입 시부터 상당히 많은 찬반론이 대립되던 제도였다.⁵¹⁾ 그 주요 골자를 살펴보면 찬성론의 주장은 첫째, 검찰의 기소독점주의 및 기소편의주의에 대한 견제 장치로 필요하며 검찰의 독단적 불기소 처분을 회복하기 위한 제도이고, 둘째, 독립적이고 공정한 수사를 확보할

50) 미국의 특별검사제도에 대한 설명과 그 도입에 관한 논쟁에 관하여는 최석윤, 미국의 특별검사, 한국형사정책연구원 1998; 천진호, “특별검사제도에 관한 법이론적 고찰”, 형사정책연구 제9권 제1호(1998), 5면 이하; 비판적인 접근으로는 오세인, “미국특별검사제도의 기능과 한계”, 법무연구, 5면 이하.

51) 찬반론에 관한 자세한 내용은 김준호, “특별검사제 도입문제 검토”, 사법개혁추진위원회 편, 사법개혁추진위원회전문위원보고서(하), 2000, 148면 이하.

수 있으며, 셋째, 국민의 기본권보장을 위한 제도라는 점이 주로 거론된다.

반대 견해는 첫째, 이 제도가 시작된 미국의 경우 처음부터 정치적인 고려에 의해서 특별검사가 임명되어 정치적 중립성이라는 원칙을 지키기 어렵고, 둘째, 특별검사제도를 활용하는 것은 자칫 여론재판의 가능성을 열어 놓아 공정하지 못한 수사가 될 수 있으며, 셋째, 국민의 기본권을 보장하는 특별검사제도가 남용되는 경우 더 큰 기본권의 침해가 발생할 수 있다는 점을 들고 있다.

생각건대 우리의 특별검사제도는 미국의 특별검사제도와 동일한 것은 아니다. 이미 시행되거나 시행중인 법률에 의하면, 특별검사의 수사대상이 구체적으로 지정되어 있고, 특별검사의 임명에서부터 정치적으로 중립성이 의심되는 인사를 제외하는 등의 안전장치를 두고 있다.⁵²⁾ 그리고 미국의 제도에서 항상 비판적으로 제기되는 과도한 비용과 수사기간의 지나친 장기화의 문제 역시 기존 수사기관의 협조권을 명시하고 수사기간을 한정함으로써 회피하고 있다. 현실적 효과면에서도 우리나라의 특별검사제도는 국민적 기대를 지속적으로 받고 있는 제도이다. 그런 점에서 특별검사제도는 제도적에서 뿐만 아니라 법정책적으로도 기대효과가 높은 제도로 볼 수 있다.⁵³⁾

3. 상설적 특별검사제와 한시적 특별검사제

가. 검토

최근 가장 중요한 정책사항은 특별검사제도를 상설적으로 둘 것이냐 아니면 여전히 한시적으로 둘 것이냐를 결정하는 것이다. 상설적인 특별검사제도의 장점은 정치적 사건을 매우 손쉽게 처리할 수 있다는 점이다. 그러

52) 옷로비 사건과 이용호 사건에 관한 특별검사임명법률은 모두 정당의 당적을 가진 자나 공무원에 임명될 자격을 결한 자를 제외시키고 있다. 각 법률의 제4조 참조.

53) 박연철, “특별검사제의 평가와 개선방안”, 2000.1.24 토론회 자료집. 3면 이하.

나 사안별-한시적으로 활용되는 특별검사제도는 국회의 임명 결정을 기다려야 하고 매번 다시 인적 구성을 해야 하는 번거로움이 있다. 그러므로 상설적인 특별검사를 임명하여 수시로 정치적 관련 사건을 수사할 수 있게 하자는 것이 상설적 특별검사제도를 주장하는 견해들의 주요 취지이다. 현재 이에 의한 법안으로는 시민단체인 참여연대가 청원하고 신기남 의원이 대표발의한 “고위공직자비리조사처설치법안”(의안번호 1904)와 마찬가지로 신기남 의원이 대표발의한 “특별검사임명등에관한법률”이 존재한다. 먼저 고위공직자비리조사처설치법은 특별검사제도와 비리수사국을 혼합한 형태로 이해되며, 특별검사임명등에관한 법률은 기존의 한시적 특별검사제도와 유사하나 사건별 특별검사제도가 아닌 5년 임기제 특별검사를 임명하고 있다는 점이 다른 점이다. 이와 별개로 현재는 폐기되었으나, 2001년 11월 검찰청법개정안의 내용으로 검찰을 대검찰청, 고등검찰청, 지방검찰청, 특별수사검찰청으로 개편하여 정치적 사건을 전담하는 독립청으로서의 특별수사검찰청을 제안하기도 하였다.⁵⁴⁾

반면에 한시적 특별검사제를 찬성하는 견해는 첫째, 특별검사를 상설적으로 두는 경우 특별검사제도 자체가 정치적으로 변질 될 수 있으며, 둘째, 대부분의 경우 특별검사의 업무가 기존의 사정기관과 중복되어 한시적 특별검사제도보다는 훨씬 많은 예산이 소요되며, 셋째, 검찰의 기소독점주의 원칙이 붕괴되고 국가의 소추기관이 이원화되어 기존 형사사법체계가 흔들릴 수 있다는 주장을 하고 있다. 이를 회피하기 위해서는 현재와 같은 사안별 한시적 특별검사제도가 타당하다는 것이다.

특별검사제도를 한시적으로 해야 하는지 상설적으로 해야 하는지의 문제는 결국 검찰개혁과의 관련성속에서 결정되어야 하는 문제로 보인다.

54) 이 개정법안에서는 특별수사검찰청의 독립성을 위하여 특별수사검찰청의 검사는 검찰 총장의 지휘를 받지 않고 독립적으로 수사할 수 있으며, 예산과 관할권에서도 독립적인 집행을 규정하고 있었다. 그러나 검찰청 내부에 특별수사검찰청을 둔다는 점이 지속적으로 문제시되어 자체 폐기되었다.

나. 검찰개혁과의 관련성

현재 검찰개혁에 관한 논의에서 특별검사제도 자체가 검찰개혁과 어떤 관련을 맺고 있는지는 분명하지 못한 것 같다. 일반적으로 생각할 수 있는 특별검사 도입 이유는 현재 검찰에 대한 전반적인 불신이라고 할 수 있다. 그러므로 검찰개혁의 일부로써 특별검사제도는 매우 상징적인 의미를 가지고 있다. 특별검사의 임명은 기존 검찰의 신뢰성에 대한 근본적인 부정일 수도 있기 때문이다. 그렇다면 특별검사제도는 일정 부분에서 검찰을 무력화시키고 그 수사권을 대신 집행하기 위한 목적을 가진다. 이런 경우 제도의 효율성이 중점적으로 평가되어야 한다.

그러나 다른 면에서 바라본다면, 특별검사제도는 검찰개혁과 함께 논의되는 것이 아니라 검찰개혁의 필요성 자극 또는 그 유발요소로 이해할 수 있다. 그 결과 검찰개혁이 완료되어 검찰이 정치적으로 중립화되고 독립적이고 합리적인 체계로 거듭나서 국민의 신뢰를 완전히 회복하는 경우 특별검사제는 불필요할 수 있다. 구체적으로 살펴본다면, 일반적으로 논의되는 특별검사의 정치적 중립성과 기존 검찰의 기소권의 남용에 대한 통제 기능이 처음부터 검찰개혁으로 해결된다면, 특별검사제도를 다시 활용할 필요성이 없어진다. 마찬가지로 검찰개혁을 통하여 검찰총장의 인사권이 합리화되고, 이를 통해서 검찰조직이 새롭게 개편된다면 특별검사제도의 필요성은 그만큼 약화된다.

여기서 두 가지의 다른 결론이 나올 수 있다. 먼저 특별검사제도를 검찰개혁의 목적 중의 일부로 본다면, 특별검사제도는 한시적인 특별검사제도보다는 상설적인 특별검사제도가 타당할 수 있다. 왜냐하면 검찰개혁을 위하여 특별검사가 활용된다면 효율성을 극대화하기 위하여 기존의 검찰을 대체하는 형태의 특별검사제도가 마련되어야 하기 때문이다. 그를 위해서는

보다 효율적이고 강력한 상설적 특별검사제도의 도입이 요구될 수 있다.⁵⁵⁾

그러나 그 반대의 경우, 즉 검찰개혁이 달성되면 당연히 폐지되어야 하는 특별검사제도의 관점에서는, 근본적으로는 특별검사의 무용론이 제기된다. 또 다른 측면에서는 한시적으로 특별검사제도를 주장할 수 있게 된다.

다. 특별검사제도의 보충성

특별검사제도는 근본적으로 기존의 검찰조직을 무력화시키고 새로운 검찰조직을 도입하는 것을 의미하지는 않는다. 만일 이러한 의미의 제도를 의미한다면 특별검사제도보다는 아예 새로운 검찰조직이 필요할 것이다. 현재 제기되는 검찰개혁의 전체적인 논의를 바탕으로 평가할 때, 특별검사제도의 보충적인 성격을 전제하고 있다고 볼 수 있다. 그렇기 때문에 예외적으로 활용되어야 하는 특별검사제도는 효율성의 관점에서가 아니라 대안적 제도의 관점에서 소극적 활용이 모색될 수 있다. 그 결과 상설적 특별검사제도보다는 한시적 특별검사제도가 특별검사의 본래 취지와도 부합할 수 있다.

두 번째로 보충적 특별검사 임명의 주된 근거가 구체적으로는 검찰의 기소독점주의에 대한 통제, 불기소처분에 대한 불복이라는 점을 염두에 둔다면, 이와 같은 의미의 특별검사제도는 현재 진행되는 검찰개혁의 방향성과 대부분 중복된다고 평가된다. 이런 관점에서 볼 때 특별검사제도는 현재 진행되는 검찰개혁으로 종국적으로는 해소되어야 하는 과도기적 제도이다.

55) 비교법적으로 본다면 상설적 특별검사제도는 찾아볼 수 없다. 다만 고위공직자 부패수사에 매우 효율적이라고 평가되는 싱가포르의 '부패행위조사국'(CPIB)이 주요 모델이 되고 있다. 그러나 싱가포르의 부패행위조사국은 엄밀히 말해서 전문수사기관일 뿐이고 우리나라에서 제안되는 고위공직자비리조사처와 같은 형태는 아니다. 싱가포르의 부패행위조사국은 범죄사실이 적발되면 검찰에 기소를 요청하는 수사기관으로 이해된다. 자세한 것은 김광준/신동일, '청치권력 등에 의한 국민적 의혹사건을 독립적으로 수사하기 위한 각국의 제도 및 처리실태', 한국형사정책연구원 2002, 68면 이하.

결론적으로 특별검사제도는 검찰제도를 보완하는 선에서 검토되어야 한다. 그러기 위해서는 한시적-사안별 특별검사제도가 타당하다. 현재 한시적 특별검사제도가 활용되어야 하는 주요 근거는 검찰개혁의 시간적 지체성 또는 순차성이다. 인사개혁의 효과나 제도 정비의 효과는 곧바로 나타날 수 없다. 그러므로 개별적인 검찰개혁이 단기간에 이루어지기는 힘들다는 전제에서 한시적-사안별 특별검사가 도입될 수 있다. 두 번째로는 검찰개혁이 이루어지기 이전에 해결해야 하는 정치적 사건을 해결하기 위해서 사안별로 도입이 검토될 필요성이 존재한다.

V. 결 론

원래 검사가 행사하는 검찰권은 행정권에 속한다. 따라서 검사는 법무부에 소속된 행정기관으로서 국가의 행정목적에 위하여 활동하지 않을 수 없다. 그러나 검사는 그 직무를 수행함에 있어서 국민 전체에 대한 봉사자로서 정치적 중립을 지켜야 하며(검찰청법 제4조 제2항) 행정부의 일반공무원과는 달리 법관에 준하는 신분보장을 받으며(동법 제37조) 심지어 행정조직상 최고책임자인 법무부장관도 검찰사무에 관한한 일반적으로만 검사를 지휘·감독할 수 있을 뿐이다. 하물며 검찰권행사를 통할하는 검찰총장도 그 임기를 보장받고 있는 것(동법 제12조 제3항)은 검사가 담당하는 검찰사무의 합법성을 최종적으로 담보하기 위함이다.

왜냐하면 범죄수사와 공소제기와 유지 및 재판의 집행을 내용으로 하는 검찰권은 그 내용에 있어서 사법권과 밀접한 관계를 맺고 있고, 특히 형사사건의 대부분이 검사의 불기소처분에 의하여 종결된다는 점에 비추어 볼 때 검찰권의 행사는 형사사법의 운용에 중대한 영향을 미치게 되며, 검사

가 행하는 검찰권이 사법권과 밀접한 관계에 있다는 점에서 검찰권에 대한 영향은 직접 사법권에 미치게 되며 결국 사법권 독립의 정신은 검사에 대하여도 요구되지 않을 수 없기 때문이다.

이러한 의미에서 검사는 행정기관이면서도 동시에 사법기관인 이중성격을 가진 기관이며, 엄격히 볼 때에는 사법기관은 아니지만 ‘오로지 진실과 정의에 따라야 할 의무를 가지고 있는 準司法機關 내지 法曹機關이라고 해야 한다. 결국 검사를 준사법기관이라고 부르는 것은 검사의 직무수행에 있어서 법관에 준하는 직무의 독립성이 담보되어야 한다는 것을 의미한다. 여기에서 법률전문가(검찰청법 제29조)로서 검사가 그 직무수행에 있어 절차외적인 정치적 고려나 합목적성의 요청에 좌우되지 않고 합법성이 보장된 권한행사를 할 수 있도록 하기 위하여 우리 현행법은 본 논문에서 서술하였던 각종 제도들을 마련하고 있는 것이다.

이러한 의미에서 ‘바람직한 검찰개혁의 방향’을 정립하는 데 있어서 정당하고 공정한 절차적 보장이 마련되지 못한 상태에서 정치권력에 의하여 검찰의 인적 구성원을 바꾸는 방식보다는 검찰 스스로가 정치적 중립성을 확보하도록 제도적 장치를 마련하는 것이 적절하다고 생각된다. 한편, 검사 개개인도 스스로 정치적 중립성을 지키려는 의식이 없다면 우리가 제시한 검찰개혁방안도 그 실효성을 거두기는 어렵다고 생각된다. 검찰개혁의 이정표를 정함에 있어서 대한민국의 헌법과 법률 그리고 검사 스스로의 양심에 의한 검찰권행사가 이루어질 때, 검찰에 대한 일반국민의 신뢰도 회복될 것이고 공익의 대표자로서의 검찰의 지위도 존중될 것이며 비로소 우리가 제시하는 ‘바람직한 검찰개혁의 방향’도 진정한 의미를 가지게 될 것이기 때문이다.

Emendatio Accusatoris

Paik, Kwang-Hoon *

Syn, Dong-Yie **

Lee, Chun-Hyun***

After the new regime launching its political reform agenda, the political neutrality of prosecution is the top issue among other topics. Tons of debates on this reform have been dealt with by TV, and some symposiums. The government have already reshuffled top prosecutors with reform-minded officers. Several prosecutors fumed at the plan to replace senior prosecutors, which would ignore their tradition-bound organisation's seniority system in promotions. Resistance from prosecutors happen to be taken place in the middle of discussion. Main issues of this reform contain three parts: the political neutrality of prosecutors, the rationalisation of the prosecution system, and the possible adaptation of independent Counsel partly or permanently. It's very unpredictable to foresee that the prosecution's reform would be successfully ended. We, nonetheless, analyse these debates from the bottom with respect to legal understanding.

In principle, the power of prosecutor is legally restricted under due process of criminal law. But Korea has, historically, bad fame for the dehumanised prosecution. Minister of Justice announced that she should get rid of all of these uncontroversial relics immediately.

* Researcher, K.I.C.

** Associate Research Fellow, K.I.C., Ph.D. in Law

*** Associate Research Fellow, K.I.C., Ph.D. in Law

Several different reform agenda are declared. By now we could not predict which agenda would be chosen. As finishing this brief report, we could say that if this reform be in the light, we, hence patiently, let the prosecutors obtain the key of this reform.

형사절차상 고문 방지대책

탁 희 성
도 중 진

형사정책연구 제14권 제2호(통권 제54호, 2003·여름호)

한국형사정책연구원

형사절차상 고문 방지대책

탁 희 성 *
도 중 진**

I. 서론

지난 2002년 10월 조직폭력사건의 피의자를 신문하는 과정에서 가혹행위로 치사케 하여 담당검사가 구속되는 사건이 발생함으로써 고문방지에 대한 논의가 재차 관심의 대상이 되고 있다. 이러한 관심은 수사절차 전반의 개혁문제와 맞물려 최근 법무부가 ‘형사소송법개정초안’¹⁾을 발표하면서 피의자의 인권보장이라는 측면에서 그 중요성이 더욱 부각되고 있다.

학설상 고문은 ‘신체에 危害를 가하는 것’ 또는 ‘사람의 정신이나 신체에 대해 비인도적·비정상적 고통을 가하는 것’ 등으로 정의되며²⁾, 국제협약상 고문은 ‘수사과정에서 뿐만 아니라 형이 확정된 구금시설 수용자에 대한 가혹행위와 비인도적인 행위까지를 포괄하는 개념’이다.³⁾ 고통을 가

* 한국형사정책연구원 부연구위원

** 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

1) 법무부, 2002.12.18자 보도자료, ‘형법·형사소송법개정초안’: 법무부 홈페이지, http://www.moj.go.kr/get_sub_infomation.php?num=384 참조.

2) 이재상, 형사소송법 제6판, 박영사, 2002, 482쪽 ; 배종대/이상돈, 형사소송법 제4판, 홍문사, 2001, 550쪽 등.

3) ‘고문 및 기타 잔혹하고 비인도적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌을 금지하는 협약 (Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman Treatment or Punishment, 이하 ‘고문방지협약’으로 약기)’ 제1조 제1항에 규정된 고문의 정의를 참조: J. Herman

하는 방법은 단순한 육체적 폭력 이외에도 물과 전기를 이용하거나, 심리적으로 굴욕감을 주거나, 불안감과 공포심을 극도로 자극하는 등, 그 방법을 열거할 수 없을 정도로 매우 다양하다. 그리고 그 목적은 고문의 대상자가 알고 있는 진실을 진술하게 하는 것 뿐만이 아니라, 고문자가 의도하는 대로 말하고 행동하게끔, 곧 대상자의 의사와 행동을 지배, 조종하는 것에까지 이른다.

지난 1980년대의 고문행위자들이 검거되고 처벌되는 모습을 지켜보면서 고문이 더 이상 우리 사회에서 발붙일 토대를 잃을 것이라고 전망하였지만, 2002년 10월 검찰청 내에서의 피의자고문치사사건은 그러한 전망이 착각이었음을 여실히 보여준 것으로, 고문이 아직도 우리 현실에 엄연히 존재하고 있다는 사실을 새롭게 각성시키는 계기가 되었다.

이러한 인식 아래 이 글에서는 주로 형사절차에서 발생할 수 있는 고문에 대한 방지방안을 모색해 보고자 한다. 즉 고문방지를 위한 우리나라의 현행법제도 및 각국의 입법례와 현재 제안되고 있는 개선방안들을 종합적으로 검토함으로써 앞으로 국제기준에 맞는 방지대책을 수립함과 아울러, 그것이 실효성을 발휘하여 우리 사회에서 고문이 근절되기 위해 필요한 조건들을 검토하고자 한다. 국제협약상 고문과 가혹행위는 수사절차상의 행위에 한정되지 않지만, 여기에서는 최근에 가장 문제가 되고 있는 형사절차상 - 특히 수사 및 재판절차상 - 고문의 근절문제로 범위를 좁혀 서술하기로 한다.

Burgers/Hans Damelins, *The U.N. Convention against Torture*, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p.115~118.

‘고문방지협약’의 규정취지와 내용은 우리나라의 현행법 체계 속에 만족스러운 정도로 구현되어 있다. 대표적인 법조문으로는, 헌법 제12조 제2항(고문을 받지 아니할 권리), 동조 제7항(자백의 증거능력배제), 이에 대한 실효성을 담보하기 위한 규정인 형법 제125조(특수공무원의 폭행·가혹행위죄) 및 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조의2에 의한 가중처벌, 형사소송법 제34조(변호인과의 접견교통권), 동법 제198조(수사종사자의 인권존중의무), 동법 제309조(고문 등 자백의 증거능력) 등을 참조.

II. 고문의 유발요인과 문제점

현행 형사소송법은 수사절차에서 수사기관에 의한 피의자조사를 인정하는 한편, 진술거부권, 변호권 등에 의한 사전규제 및 자백법칙에 의한 사후규제를 통하여 피의자조사과정에서의 고문 등을 방지하는 제도적 장치를 마련하고 있음에도 불구하고, 오늘날까지 수사기관에 의한 고문은 끊임 없이 발생되고 있다. 이처럼 고문방지를 위한 법제도적 장치가 마련되어 있음에도, 특히 실무운동에서 고문이 근절되지 않는 주된 이유, 즉 고문의 유발요인으로는 다음과 같은 점을 들 수 있다.

1. 자백편중수사

수사절차에서 고문을 유발하는 가장 큰 요인으로는 자백획득에 편중된 수사방법을 들 수 있다. 자백은 피의자가 자신의 범죄사실을 인정하는 진술로서 일반적으로 진실일 가능성이 크다고 여겨지고 있다. 바로 그러한 관념 때문에 수사기관은 항상 고문 등 인권유린행위에 의해서라도 자백을 획득하려는 심리적 유혹에 빠지게 되며 이로 말미암아 허위자백이 이루어질 가능성이 커진다.

자백은 유죄인정의 중요한 증거이며 수사기관의 증거수집도 자백을 바탕으로 할 때 가장 효율적일 수 있다. 또한 자백은 법원으로 하여금 유죄 심증을 쉽게 형성할 수 있게 할뿐만 아니라 일정한 요건을 갖춘 경우에는 법원의 업무부담을 덜어주는 ‘간이공판절차(형사소송법 제286조의 2)’에 따라 심판할 수 있게 한다. 그렇기 때문에 수사기관은 물론 법원도 자백에 의존하고 싶은 유혹을 강하게 받는 것이라 할 수 있다.

수사기관의 수사활동이 객관적·과학적인 증거의 수집보다도 획득이 용

이한 자백을 얻는데 치중하는 경우에는 피의자를 추궁하는데 열중하게 되어 수사기관의 고문 등 가혹행위의 위험성은 그 만큼 높아지게 되고 이러한 과정에서 인권침해의 소지가 많아지게 될 것이다. 우리나라의 경우 적법절차에 의한 수사 및 재판이 강조되고 있지만 지금까지의 수사는 자백 이외의 객관적인 증거확보보다는 우선 용의자나 피의자로 지목된 자에 대한 신문을 중시하고 있고 이 신문을 통하여 다른 관련증거를 수집하는 방법으로 수사가 진행되고 있는 실정이며, 공판 역시 피고인의 신문을 중심으로 행해지고 있는 실정이다.⁴⁾

이처럼 자백에 의존하는 수사 및 공판진행은 결국 자백을 획득하기 위하여 수단방법을 가리지 않는 위법·부당한 방법을 동원하기 쉽다 할 것이므로 자백편중의 수사관행을 탈피하기 위하여 증거수집 등에 과학적인 수사방법을 적극적으로 활용하는 것이 필요하다.

2. 신문과정의 密行性 및 非可視化

우리나라 수사의 실체를 보면 중요사건의 피의자는 밀실(조사실)에서 외부와 연락이 철저하게 차단된 채 조사를 받는다. 이 과정에서 혹독한 고문 등 가혹행위를 받았다는 피의자들의 주장이 끊임없이 제기되고 있지만, 밀실에서 발생하는 일이기 때문에 특별한 경우를 제외하고는 그 고문사실을 입증하기 어려워 고문주장은 공판과정 등에서 묵살되는 경우가 허다하다.

수사관이 피의자의 신체에 대하여 직접적인 위해를 가하지 않는 경우라 할지라도 욕설, 폭언, 협박, 회유 등을 통하여 피의자에게 공포감, 수치심, 자포자기, 객관적 상황에 대한 그릇된 인식 등을 갖게 하여 자백을 유도하는 것이 통용되는 관행이다. 더욱이 이러한 밀실에서 조사기간 동안 밤낮으로 계속되는 조사를 받는 경우 신문실 내에 있는 사람은 수사관과 피의

4) 이삼, 자백배제법칙에 관한 연구, 성균관대학교 박사학위논문, 2001, 231쪽.

자뿐이기 때문에 신문과정의 가시화·객관화되어 있지 않아 고문 등 가혹 행위를 유발시킬 가능성이 매우 높고, 범죄사실이 허위로 자백될 개연성 또한 농후하다. 이는 조사과정에서 진술거부권이 피의자에 대한 고문방지의 안전장치가 될 수 없으며, 수사의 밀행성으로 인하여 고문에 의해서 강요된 자백도 경우에 따라서는 유죄의 증거로 사용될 수 있기 때문이다.

한편, 조사과정의 밀행성 및 비가시화와 관련하여서는 피의자의 진술이 조서에 기재되는 과정에서 오류가 개입될 수 있다는 점을 들 수 있다. 형사소송법 제241조 내지 제245조가 피의자신문과정을 상세하게 규정하고 있는 이유도 다름 아닌 조서기재의 정확성을 보장하기 위한 것이다. 그러나 수사기관이 피의자에 대하여 그의 진술을 기재한 조서를 열람하게 하거나 읽어 주지 않은 채 서명·날인만을 강요하거나, 열람하게 하고 읽어 주는 경우에도 피의자가 증감, 변경을 청구할 경우 이에 성실히 응하지 않고 증감 또는 변경을 하지 않더라도 조서의 내용에 별 차이가 없지 않는다는 식으로 묵살하는 경우도 있을 것이다. 이러한 경우 당초 부정확하게 쓰여진 부분이 많은 조서를 피의자의 청구에 따라 완벽하게 증감, 변경하는 것은 사실상 불가능하며 피의자가 진술에 의하여 표현하고자 한 내용을 그 미묘한 뉘앙스까지 그대로 반영하는 일은 흔치 않을 것이다

이점에서 피의자의 인권보장 내지 적법절차의 보장이라는 견지에서 신문의 밀행성과 신문과정의 가시화, 조서기재의 정확성을 위한, 즉 진술의 임의성과 절차의 공정성을 담보하기 위한 제도적인 장치가 강구되어야 할 필요성이 제기된다 할 것이다.

3. 피의자신문조서의 증거능력 인정

피의자신문에 관한 기본적인 과제는 자백강요로 인한 인권침해의 방지, 즉 진술의 임의성에 관한 실질적 보장이라 할 수 있다. 피의자신문과정에

서 자백강요를 위한 고문이 자행되고 고문에 의한 자백이 유죄의 증거로 사용되는 경우에는 수사의 규문화라는 결과를 초래할 것이기 때문이다.

부족한 사법인력으로 많은 사건을 해결하여야 하는 우리 형사사법에서 피의자신문조서는 공판정에서 피고인이 그 자백내용을 크게 다투지 않는 한 이를 기초로 신속한 재판을 가능케 함으로서 소송경제를 도모하는 역할을 수행하고 있으며, 바로 이점에서 피의자의 인권이 침해될 가능성과 실제적 진실을 발견하는데 장애가 발생할 위험성이 존재한다.

이처럼 수사기관이 작성한 조서가 공판정에서 용이하게 증거로 인정될 수록 피의자신문과정에서 수사기관의 예단에 부합하는 피의자의 진술을 얻어내기 위한 고문 등 가혹행위가 자행될 가능성이 크다. 즉 물적 증거가 충분하지 않은 가운데 피의자에 대한 강한 심증이 형성되는 사건에서, 자백만 획득하면 용이하게 유죄판결을 받을 수 있기 때문에 고문 등 가혹행위의 유혹에서 벗어나기가 쉽지 않은 것이 현재도의 현실이다.

피의자신문조서에 관한 법리가 고문 등 위법수사를 방지하려는 장치로서의 성격을 가진다는 점을 고려할 때, 소송경제적 측면에서 피의자신문조서를 지나치게 사용하는 것은 공판중심주의, 직접주의의 실현을 저해하고 실제적 진실을 발견하는데 장애가 된다는 점에서 피의자신문조서의 증거능력을 규정하고 있는 형사소송법 제312조의 개정에 관한 논의는 시급한 과제라 할 것이다.

Ⅲ. 수사단계에서의 고문방지를 위한 개선방안

수사단계에서 피의자신문시 고문방지를 위한 개선방안으로는 시설적인 면과 법적·제도적인 면으로 나누어서 검토할 수 있다. 여기서 시설적인

면에 대한 검토는 고문을 가능하게 하는 수사환경을 근본적으로 개선하자는 것이며, 법적·제도적인 면에 대한 검토는 피의자신문 절차상 고문을 방지할 수 있는 법규정 또는 제도를 개정 내지 새로이 도입하자는 데 중점이 두어진다.

1. 운용상 개선방안

가. 조사실에서의 CCTV등 전자기록매체의 활용 권장

경찰 또는 검찰단계에서 형사사건으로 피의자를 신문하는 경우에 사방이 외부와 차단되어 있는 별도의 독립된 조사실(특별조사실)에서 행해지는 경우가 있다. 이러한 조사실처럼 외부와 차단된 공간은 피의자에 대하여 강한 심리적인 압박감을 부여할 뿐만 아니라 수사관에 대해서도 자백을 유도하기 위한 폭언, 폭행 등의 가혹행위를 할 수 있는 상황을 제공하기 쉽다.

이처럼 수사관이 고문 등 가혹행위의 유혹을 느낄 수 있는 여지를 근본적으로 차단하기 위해서는 별도의 독립된 조사실을 폐쇄하는 것이 바람직하다 할 것이지만, 예컨대 강력사건 등에서 공범간 분리, 증거보완, 기업형 범죄 등에 있어서 수사의 신속성 등 심도있는 수사의 필요성을 고려할 때 조사실을 완전히 폐쇄하는 것만이 능사라 할 수는 없다. 특히 일선 경찰서의 조사현실은 완전히 공개된 사무실에서 이루어지고 있는 관계로 피의자의 진술모순 등에 관한 심도있는 수사를 기대하기가 어렵다는 점에서는 오히려 별도의 독립된 조사공간이 필요하다고도 할 수 있기 때문이다.

조사실을 그대로 두면서도 조사실 내에서의 고문 등 가혹행위를 예방할 수 있는 방안으로는 조사실에 CCTV를 설치하여 피의자신문절차를 녹화하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 수사관이 피의자를 신문하는 과정을

CCTV로 녹화하는 방법은 일부 수사기관에서는 이미 행해지고 있지만 CCTV 녹화가 의무사항이 아니기 때문에 제대로 활용되지 않고 있다. 즉 서울지검에 따르면 현재 7개의 조사실에 모두 CCTV가 설치되어 있으나 사실상 제 구실을 못하고 있는 상태라고 한다.⁵⁾ 또한 무엇보다 조사상황 녹화 의무규정이 없다는 이유로 실제 녹화는 거의 이루어지지 않고 있다는 점도 문제점이라 할 수 있으며, CCTV가 조사실 천장에만 달려있어 전체적인 내부 상황을 볼 수 없을 뿐만 아니라, 모니터실도 한 곳 뿐이어서 간부진이 수시로 조사상황을 감시할 수 없다는 점도 문제라 할 수 있다. 따라서 조사실 책상과 피조사자만 간신히 화면에 잡히는데다가 모니터링은 물론 녹화도 거의 안 되고 있는 현 시스템으로는 가혹행위 등에 대한 감시가 원천적으로 불가능하다 할 것이다.

미국의 경우 1980년대 초반부터 범집행분야에 있어서의 비디오녹화의 사용은 민주주의 사회에 있어서 피의자의 경찰신문에 내재하는 범죄통제와 적정절차간의 수많은 이율배반의 문제를 해결하기 위한 가장 실행가능한 법적 수단이라는 평가를 내리고 있다.⁶⁾ 구금적 신문은 받는 동안에 비디오테이프를 녹화하는 것은 이미 수많은 미국경찰서에 있어서는 평범한 일상이 되어 있다. 물론 이 경우 경찰이 강제적으로 테이프를 바꾸거나 렌즈 밖에서 강제력을 행사할 가능성을 배제할 수는 없지만 비디오녹화를 사용함으로써 피의자가 경찰의 강제를 주장하는 경우도 감소하였고, 실제로 경찰들이 가혹행위를 사용하지 않으려고 자제함으로써 경찰강제 그 자체도 감소하였다는 결과가 확보될 수 있었다고 한다.⁷⁾ 한편 영국의 경우에는 경찰서 내에 CCTV가 설치되어 있을 뿐만 아니라 경찰서 밖의 길거

5) 한국일보, 2002.11.5, 참조.

6) Richard A. Leo, The impact of Miranda Revisited, Journal of Criminal Law and Criminology, 86/3, 1996, p.681.

7) Paul G. Cassell, Miranda's Social Costs: An Empirical Reassessment, 90 Nw. Uni. Law Review. 387, 1995, p.492.

리에도 CCTV를 설치함으로써 범죄의 예방뿐만 아니라 경찰의 강압적인 행위를 예방하기 위한 방법으로 사용하고 있다.⁸⁾

이와 같이 구속된 피의자를 신문하는 과정을 CCTV로 녹화하게 되면, 수사기관의 입장에서는 법정에서 수사관의 가혹행위를 허위로 주장하여 진술의 임의성을 부정하려는 피의자의 진술의 진위를 명백히 할 수 있을 뿐만 아니라,⁹⁾ 피의자의 입장에서는 가혹행위를 하고서도 이를 부인하는 수사관의 위증도 밝힐 수 있다는 점에서, 양자의 이익을 동시에 보장할 수 있는 상당히 효과적인 고문방지시스템이라 할 수 있다. 또한 피의자 신문시 변호인이 참여하는 것이 수사에 중대한 지장을 초래한다는 이유로 이를 제한하고자 하는 경우에도 최소한 CCTV를 통해 외부에서 변호인이 수사과정을 지켜볼 수 있도록 하게 되면, 피의자의 불안심리를 최소화할 수 있을 뿐만 아니라 수사관의 가혹행위도 방지할 수 있는 훌륭한 차선택이 될 수 있을 것이다.

물론 CCTV의 렌즈가 미치는 범위 밖에서 수사관이 가혹행위를 행사할 가능성을 배제할 수 없고, CCTV 녹화테이프의 보관의무가 규정되지 않는 한 CCTV가 작동된다고 해도 사실상 차후에 수사관의 가혹행위를 입증할 자료로 남지 않게 되기 때문에 무용지물이 될 수 있는 개연성도 부정하기는 어렵다. 그러나 법적으로 허용될 수 없는 경찰의 행동으로부터 피의자를 보호할 수 있는 현실적인 방안으로서 모든 신문과정을 객관적으로 그리고 재심리가 가능하도록 분명한 기록을 남길 수 있다는 장점을 고려해

8) 1990년대 이후부터 설치되기 시작한 CCTV는 영국 전역에 걸쳐 1만개 이상이 설치되어 있고, 매주 500개 이상이 설치되어지고 있다고 한다. 이러한 CCTV는 경찰관이 그들의 권한을 행사하는 방식에 있어서 중요한 변화를 가져왔다고 한다 : Benjamin J. Goold, Public Area Surveillance and Police Work : the impact of CCTV on police behaviour and autonomy, Surveillance & Society, 2003, pp.191-192.

9) 이와 관련하여 대법원 판례는, 검사가 피의자를 신문하면서 나눈 대화내용과 장면을 비디오테이프에 녹화한 경우, 그 테이프를 피의자신문조서로 취급하고 있다 : 대법원 1992.6.23, 92도682 판결.

본다면 CCTV는 민주적인 수사절차확립에 훌륭한 도구로서 기능할 가능성을 충분히 가지고 있는 시스템이라고 할 것이다. 다만 이론적으로는 조사실에서의 피의자신문시 반드시 CCTV를 작동하도록 하고 녹화테이프를 일정기간 보관하도록 하는 것이 타당하지만, 실무상 CCTV 설치 및 운영에 따르는 경제적 문제와 수사기관 실무자들의 현 단계에서는 반감 등을 고려해 볼 때 일정기간 동안 시험적으로 활용해 보고, 그 문제점과 장단점을 분석한 후 그 사용을 의무화하는 것이 타당할 것이다.

나. 테이프녹음제도의 활용

독일에서 피의자신문조서와 그 신문과정을 녹음한 테이프를 비교연구한 결과에 따르면, 경찰의 신문과정에서 신문을 하는 자가 진술내용을 생략하거나 개찬하고 추가함으로써 조서작성에 오류가 발생하고 있으며, 이러한 경우에도 피의자는 그러한 오류가 개입된 신문조서에 서명함으로써 자신의 진술로 인정한다고 한다.¹⁰⁾

영국에서도 1983년부터 피의자신문의 전과정을 녹음하는 제도의 실현을 목표로 대규모 실험조사를 행하였는데, 이 제도를 통하여 첫째 수사관의 피의자에 대한 강압적인 신문방법은 저절로 없어질 것이라는 점, 둘째 부인으로부터 변명을 거쳐 자백에 이르기까지의 신문과 답변의 전과정이 녹음됨으로써 배심원이나 재판관에 의한 자백의 임의성, 신용성의 판단이 용이하게 될 것이라는 점, 셋째 수사관이 혼자서 조사를 할 수 있어 수사기관 전체의 노력을 감소시킬 수 있다는 점, 넷째 수사관은 강압적이지 않은 방법으로 양질의 진술을 획득할 수 있는 신문기술을 연구·체득하게 될 것이라는 점 등이 달성될 수 있다고 한다.¹¹⁾

10) Banscheraus, Polizeiliche Vernehmung : Formen, Verhalten, Protokollierung, Wiesbaden 1977, S.223ff.

다음에서는 외국의 제도를 중심으로 조사과정의 객관성 및 가시화를 담보할 수 있고 조서작성의 불완전성을 보완하기 위한 장치로서 테이프녹음제도에 대하여 살펴보기로 한다.

1) 테이프녹음제도가 수사 및 공판심리에 미치는 영향

① 피의자신문시 위법사태의 방지

영국에서도 수사관이 진범을 검거했다고 생각하는 경우에는 그 사람을 어떻게든 교도소에 보내야한다고 생각하기 때문에 다소간의 불법수단을 사용하여 자백시키더라도 도의적으로 허용된다고 생각하는 경향이 있다고 한다. 이 때문에 피의자에게 이익유도나 협박을 가하여 자백시키려 한다는 것이다. 또한 수사관 중에는 신병구속 중인 피의자에 대하여 단지 질문할 권리뿐만 아니라 답변을 요구할 권리, 나아가 자신이 기대하는 대로 자백을 요구할 권리를 가지고 있다고 믿는 자도 있다. 그 때문에 피의자가 침묵하는 경우에는 그 태도를 오만하다고 간주하고 나아가 수사방해로써 수사관들의 귀중한 시간을 낭비시킨다고 생각하여 결국 피의자에 대하여 폭력을 행사하게 된다는 것이다. 테이프녹음제도는 수사관이 이상과 같은 생각에 빠져드는 것을 방지하는 제도라 할 수 있다.¹²⁾

② 자백조서의 임의성 및 신용성판단의 용이화

영국에서는 수사관이 작성하는 피의자신문조서의 자의적인 기재의 문제성이 지적되고 있다. 테이프녹음제도는 피고인이 공판에서 수사관에 대하여 행한 자백의 신용성을 다투려고 하는 경우에 편의를 제공하는데 테이프재생이 수사관과 피의자간에 교환된 문답의 전체를, 즉 목소리의 역양이

11) John Baldwin, The Police and Tape Records, Crim. L, R. 1985, pp.695-704.

12) John Baldwin, op. cit., pp.695-704.

나 강약 등을 포함한 생생한 내용을 명백히 할 수 있기 때문이다. 또한 신문시에 어떠한 강압이 있었는지도 명백해 진다.

자백조서로는 처음부터 수사관이 피의자의 대답이나 대답하려고 한 내용을 충분히 이해하여 정확히 진술서에 기재했는지 여부를 확인할 수 없다. 무엇보다도 수사관은 진술서를 작성한 후에 이를 읽어주고 피의자의 서명을 받도록 되어 있지만, 처음부터 낭독 자체가 정확한지 여부, 낭독의 내용을 피의자가 정확하게 이해했는지 여부 등도 의심스러워 그러한 경우 서명의 존재는 아무런 보증도 될 수 없다 할 것이다. 요컨대 공판에서 피의자의 수사관에 대한 자백이나 변명 등의 진실성 및 정확성이 다투어지는 경우 테이프녹음제도는 이에 대한 적확한 판단자료의 제공을 보증한다.¹³⁾

③ 자백의 신용성 입증

테이프녹음제도는 자백의 신용성을 입증하는데 유용하다. 신문의 경과가 상세히 녹음되고, 피의자가 당초 혐의사실을 부인하였지만 그 후 수사관으로부터 유력한 증거를 제시받고 그 힘에 굴복하여 자백에 이르게 된 경과가 여실히 밝혀지는 경우에는 그 자백의 증거가치는 긍정될 것이다.

영국 수도경찰지구의 한 경찰관은 '신문시 피의자가 대답한 것을 정확하게 기억하여 신문 후 서면화 하는 것은 용이한 일이 아니다. 또한 서면의 내용에 오기가 있는 경우, 그것이 중요한 사항이 아니더라도 다른 부분에 관한 경찰관의 증언까지 부정되는 경우도 있다. 테이프녹음제도는 이러한 번잡함이나 위험을 제거하는 기능을 갖고 있다'고 한다.¹⁴⁾ 경찰관이 용의자의 집이나 직장에서 自白이나 自認을 획득하는 경우가 있다. 또한 경찰서에 연행하는 자동차 안에서 조사실에 가는 도중에 자백을 획득하는 경우도 있다. 따라서 경찰관은 항상 녹음기를 휴대하여 경찰차 내부에도

13) G. Williams, Questioning by the Police, Crim. L. R. 1960, pp.325-346.

14) John Baldwin, op. cit., pp.695-704.

이를 비치해 두는 것이 바람직할 것이다.

이상과 같이 피의자 등의 조사과정 전반을 녹음하는 경우에는 다음과 같은 효용을 기대할 수 있다. 즉 수사단계에서는 수사관에 의한 가혹한 또는 지나치게 강압적인 신문방법은 저절로 사라지게 될 것이다. 공판단계에서는 공판에서 자백조서의 임의성이나 신용성이 의심스러운 경우, 이에 대하여 용이하고 정확한 판단을 내릴 수 있게 될 것이다. 현재 자백조서의 임의성이나 신용성이 다투어지는 사례에서는 이를 둘러싸고 다수의 증인 등의 조사가 행해져 판결의 확정까지 10년 전후 또는 그 이상의 기간을 요하는 경우도 있다. 테이프녹음제도가 도입되어 자백조서의 임의성이나 신용성에 대한 판단이 용이하게 되면 재판의 지연도 해소될 수 있을 것이다.

2) 테이프녹음제도의 도입시 고려하여야 할 문제점

① 녹음테이프의 편집조작의 위험

테이프녹음제도에 대하여는 수사관에 의해 녹음조작자체가 의도적으로 행해질 가능성이 있을 뿐만 아니라 녹음테이프를 편집할 위험이 존재하는 것도 사실이다.¹⁵⁾ 예컨대 수사관이 가혹한 방법으로 피의자를 조사하거나 과도한 유혹으로 자백시켜 피의자가 압전하게 된 상태에서 비로소 녹음기로 조작된 자백을 복습시켜 이를 녹음하거나 사후에 테이프를 편집했다고 의심할 수 있는 사례가 있을 수 있다.

그러나 영국에서는 본제도에 사용되는 녹음기에 'no play back'기능을 갖추어 동시에 두 개의 채널을 설정하고 그 하나에는 신문과 응답을 다른 하나에는 시간의 경과를 기록함으로써 간단히 개·조작을 방지하는 조치가 강구되었다. 또한 G. Williams는 수사관에 의한 진술조서의 내용에 대한 가공의 위험에 비하면 테이프조작의 위험은 훨씬 작은 것이라고 지적한다.¹⁶⁾

15) Gössweiner/Saiko, Vernehmungskunde, Graz 1979, S.142.

② 변호인참여권과의 관계

수사관의 피의자에 대한 강압적인 조사를 방지하기 위하여는 테이프녹음 제도의 도입보다도 미국의 연방대법원판례상 인정되고 있는 ‘미란다법칙’에 의거하여 변호인참여권의 도입을 실현하여야 한다는 논의도 있을 수 있다.

영국에서도 이에 대한 논의가 있었지만, 이점에 관하여 G. Williams는 피의자신문시 변호인이 참여하게 되면 대부분의 경우 변호인은 피의자에 대하여 완전히 묵비하도록 조언할 것이고 이는 변호인의 직업윤리상 당연한 것이다. 그렇게 되면 사안의 규명에 있어 피의자의 변명 내지 진술을 필요로 하는 사건에서는 수사의 목적을 달성하기 곤란해진다. 따라서 피의자가 조사를 받는 경우 자신의 친구나 사무변호사(solicitor)의 참여를 요구할 권리는 이론상 본질적인 것이라 할 수 있지만 수사의 실제적 필요와의 조화·밸런스 등의 관점에서 피의자의 묵비권 내용 및 변호인의 직업 윤리의 관점 등에서 재고할 필요가 있다고 지적한다.¹⁷⁾

③ 지나친 비용의 소요

테이프녹음제도에 대하여는 주로 실무가 및 반대론자들이 수사단계에서 20일 이상에 걸친 조사의 전과정을 녹음하게 되면 막대한 예산조치가 필요하다는 점을 지적하면서 본제도의 비실용성을 주장하고 있다.¹⁸⁾

물론 피의자신문의 전과정을 녹음하는 경우 상당한 비용이 소요되는 것은 명백하다. 그러나 본제도를 통하여 인권침해적인 조사가 없어지고, 오관을 방지하여 진범인을 처벌할 수 있으며,否認事件에 있어 소송지연이 해소되고, 법관·검사·변호인의 노력을 크게 줄일 수 있다. 이처럼 형사사법의 운영전체에서 비용·노력·효율성을 생각할 때 테이프녹음제도는

16) G. Williams, op. cit., pp.325-346.

17) G. Williams, op. cit.

18) Reiner Gündlach, Die Vernehmung des Beschuldigte im Ermittlungsverfahren, Frankfurt/M 1984, S.207ff, S.211ff.

결코 비경제적인 것이라 할 수 없을 것이다.

테이프녹음제도와 비용과의 관계에서 중요한 것은 테이프를 본래의 말로 되돌리는 녹취의 경비이다. 모든 녹음사건에 대하여 녹취를 하게 되면 막대한 경비가 소요될 것이다. 따라서 공판단계에서 필요한 한도 내에서 녹취를 하는 것이 타당하다. 영국에서도 테이프녹음제도는 이러한 방침 아래 활용되고 있다. 또한 피의자신문시에도 수사관이나 피의자가 항상 발언을 하는 것이 아니라 양자가 침묵을 하는 시간도 있다. 이러한 침묵의 경우까지 테이프를 작동시키게 되면 테이프의 사용량이 많아져 공판에서 재생하는 경우 필요없는 시간이 걸리게 될 것이다. 따라서 본제도에 사용되는 테이프레코더에 침묵시에는 자동적으로 정지하는 장치를 설치하여 사용할 필요가 있다.

3) 소 결

이상에서 살펴본 바와 같이, 녹음테이프로 피의자의 진술을 녹취하는 것은 일련의 장점을 가지고 있다. 우선 녹음테이프의 이용은 신문하는 자가 진술의 완성이나 내용과 관련하여 피의자를 질책하는 것을 막아주고 그러한 질책을 증명함으로써 조서의 증거가치를 높일 수 있다.¹⁹⁾ 그러나 테이프녹음제도를 사용하는 것이 완벽하게 신뢰할 수 있는 피의자신문조서를 보장하는 것은 아니다. 수사단계의 신문과정에서는 시간을 절약한다는 관점에서 녹음테이프를 일정한 기준을 가지고 사용하는 것이 타당할 것이다. 모든 피의자신문과정을 녹음하는 것은 바람직하다 할 수 없지만, 피의자신문조서의 증거가치를 높여야 할 필요성이 있는 때에는 중요하다고 생각되지 않는 진술을 포함해서 모든 신문과정을 녹음할 필요성이 있을 것이다.²⁰⁾

19) U. Eisenberg, a.a.O., S.89f.

다. 철야신문의 제한

1) 논의의 배경

철야신문은 형사소송법상 허용되는 신문방법도 아니지만 그렇다고 위법한 신문방법으로 규정되어 있지도 않다. 따라서 지금까지 철야신문은 수사기관의 수사의 한 방법으로 관행처럼 행해져 왔다. 철야신문이 이루어지는 경우로는 첫째, 야간에 범한 범행의 현행범을 체포하였거나 피의자를 긴급 체포한 후 형사소송법이 정한 48시간 내에 구속영장을 청구하여야 할 경우, 둘째, 사회적 이목이 집중된 사건이 발생하였을 때 범죄의 진상을 신속히 규명하기를 바라는 여론의 요구로 조기에 해결하기 위한 경우, 셋째, 강력범죄, 조직범죄, 마약범죄 등을 수사하면서 가능한 조기에 자백을 받아 공범 검거 및 증거수집을 하여야 할 경우 넷째, 야간업무종사자들에 대하여 조사할 경우 다섯째, 철야조사를 하지 않으면 타인의 신체나 재산 등에 급박한 위해가 발생할 우려가 있거나 피의자의 석방지연이나 조사결과에 불공정한 영향을 줄 우려가 있는 경우 등이 제시되고 있다.²¹⁾

철야신문이 피의자에 대하여 신체적, 정신적 고통을 주기 위한 방법으로 행해져 왔다가 보다는 구속절차의 긴급성이나 기소여부를 결정함에 있어서 시간적 제약이 따르는 경우, 또는 사건부담이 많은 검사들에 있어서 어쩔 수 없는 수사의 한 방편으로 행해져 왔다는 것도 부정할 수 없는 현실이라 할 것이다. 또한 학설상으로도 구속절차의 긴급성이나 기소여부를 결정하는 시간적 제약이 따르는 경우 철야수사에까지 이르는 것은 불가피하므로 철야신문에 의하여 얻어진 자백이라고 하여 반드시 증거능력이 없

20) 우리나라에서 피의자신문과정에서 테이프녹음제도를 활용하여 증거능력을 입증하고 증거력을 제고하자는 주장으로는 임광규, 검사작성소송서류의 증거력, 대한변호사협회지 1982/1, 25-27쪽 참조.

21) 법무부, 수사기법연구, 1998, 131쪽.

다고는 볼 수 없다고 보고 있다.²²⁾

그러나 수사기관에 체포·구금되어 있다는 것만으로도 심리적으로 위축되어 있는 피의자를 잠을 재우지 않고 계속적으로 수사를 한다는 것은 고문과 다를 바 없는 고통을 가하는 것이라고 할 수 있다. 특히 수사관들이 번갈아 가며 장시간 계속하여 신문문을 행하게 되면 아무리 건강한 사람이라고 하더라도 합리적이고 자유로운 의사결정능력을 침해받게 되는 것이 당연하다고 할 수 있다. 또한 이러한 신문방법은 피신문자를 신문자의 의지에 복종시키려는 의도가 명백하며, 이러한 신문분위기는 강압을 수반할 수밖에 없다고 할 것이다. 따라서 철야신문을 용인한다는 것은 적법절차를 통해 인권의 침해를 방지해야 한다는 형사소송의 기본원칙을 침해하는 것이라고 할 것이므로 이를 제한할 필요성이 절실하다고 할 것이다.

2) 철야신문에 대한 우리의 판례 및 실무의 태도

기존의 판례는 철야신문으로 인하여 피의자가 피로에 지친 끝에 정상적인 판단능력을 잃을 정도에 이르렀음에도 불구하고 신문문을 계속하여 얻은 자백인 경우에만 증거로서 사용할 수 없다고 함으로써 일정 범위 내에서의 - 이틀²³⁾ 내지 약 30시간²⁴⁾ - 철야신문을 긍정하고 있는 듯한 태도를 취하여 왔다.

그러나 조직폭력배 고문치사사건에 있어서 철야신문이 문제가 되자 검찰은 ‘인권보호수사준칙’ 제17조에 심야조사의 금지라는 조항을 규정하였다. 동조 제1항은 “검사는 자정 이전에 피의자 등 사건 관계인에 대한 조사를 마치도록 한다”, 제2항은 “검사는 제1항의 규정과 상관없이 조사받는 사람

22) 이재상, 자백의 증거능력, 고시계 1995/5, 200쪽 ; 서희중, 자백의 임의성과 증거능력, 형사증거법(하), 1985, 50쪽.

23) 대법원 1998.4.10, 97도3234 판결.

24) 대법원 1997.6.27, 95도1964 판결.

이나 그 변호인의 동의를 받았을 때, 공소시효의 완성이 임박했을 때, 체포 기간 내에 구속여부를 판단하기 위해 신속한 조사가 필요한 때 등 합리적인 이유가 있을 경우에는 인권보호관의 허가를 받아 자정 이후에도 조사를 할 수 있다”라고 되어 있다. 동조항이 자정 이전까지의 조사를 원칙으로 하되 일정한 수사상 필요에 의한 예외규정을 두고 있는 방식으로 되어 있는 것은 바람직한 방향이라고 생각되어 진다. 즉 당사자 또는 변호인의 동의를 요건으로 한 예외는 피의자진술의 임의성보장을 고려한 것인 반면에, 공소시효완성과 구속여부판단에 따른 예외는 수사의 효율성을 고려한 것이라는 점에서 양자의 이익형량이 적절히 고려된 결과라고 보여지기 때문이다.

다만 실무적인 운영에 있어서 철야신문의 예외요건을 적용하는 경우에 가능한 한 이를 엄격히 판단할 필요가 있다고 본다. 즉 피의자가 자신에게 불이익한 진술을 하지 않을 自己負罪拒否特權을 현실성있게 활용하기 위해서는 정상적인 판단능력 하에서 신문을 받고 진술을 할 수 있어야 한다는 점을 고려해 보면 정상적인 판단능력을 흐리게 하는 철야신문은 극히 예외적인 경우를 제외하고는 인정되어서는 곤란하기 때문이다.

3) 철야신문의 제한적 허용을 위한 제언

수사의 필요상 예외적으로 철야신문을 허용하는 경우에도 일정한 제한조치가 따라야 한다. 즉 휴식없이 12시간 이상 신문을 지속하거나 자정 이후에 일정시간 이상의 수면을 제공하지 않게 되면 피의자의 합리적인 판단에 따른 임의적인 진술이 상당히 침해될 우려가 있다고 할 수 있기 때문이다.

철야신문이 피의자에게 심리적인 압박을 가하여 진술을 강제적으로 얻어내고자 하는 의도에서 비롯된 것이 아니라 단지 수사상 시간적 제약으로 인해 불가피하게 심야에도 조사를 할 수밖에 없는 예외적인 필요성에서 인정되는 한, 피의자의 기본적 인권을 보호하는 범위 내에서의 철야신

문만 허용된다고 해석해야 할 것이다. 따라서 위에서 언급한 법무부 훈령으로서 ‘인권보호수사준칙’에 심야신문금지를 명문화한 취지를 보다 살리기 위해서는 수사에 중대한 지장을 초래하지 않는 범위 내에서, 그리고 피의자의 합리적인 판단을 침해하지 않는 수준에서의 수면 내지 휴식시간을 훈령차원에서 보장하는 것이 보다 바람직하지 않을까 생각한다.

2. 제도적 개선방안

가. 피의자신문시 변호인 참여권 보장

1) 논의의 배경

헌법 제12조 제4항과 동조 제5항에 의하면 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가지며, 변호인의 조력을 받을 권리를 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다”고 규정되어 있다. 즉 체포 또는 구속되는 그 순간부터 변호인의 조력을 받을 권리가 헌법상 기본권으로서 보장되고 있는 것이다. 그러나 현행 형사소송법 제243조에는 “검사가 피의자를 신문함에는 검찰청 수사관 또는 서기관이나 서기를 참여하게 하여야 하고, 사법경찰관이 피의자를 신문함에는 사법경찰관리를 참여하게 하여야 한다”고만 규정되어 있을 뿐, 변호인이 참여할 수 있도록 하는 규정은 존재하지 않는다.²⁵⁾

이와 관련하여 헌법이나 형사소송법에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리로부터 유추하여 피의자신문시 변호인 참여권도 보장될 수 있다고도 볼 수 있지만, 현실적으로는 명문의 규정이 존재하지 않았기 때문에 피의자

25) 다만 한미행정협정의 합의의사록 제22조 제9항 (마)는 형사절차의 전과정에 걸쳐서 ‘변호인의 참여권’을 명문으로 규정하고 있다.

신문시 변호인의 참여권은 불허되어 왔다. 즉 초동수사의 중요성에 비추어 볼 때 피의자 신문단계에서 변호인 참여시 수사기밀이 누설될 수도 있고, 이를 방지할 대책이 마련되어 있지 않다는 점, 체포후 48시간 이내에 피의자에 대한 구속영장을 청구하고 구속 후에도 구속기간이 경찰 10일, 검찰 20일 이내로 제한되어 있는 등 구속기간이 단기라는 점, 현실적으로 피의자 진술 이외의 진술증거 확보방안이 전무하다는 점, 그리고 무엇보다도 명문규정이 없다는 점을 그 이유로 들어 피의자신문시 변호인의 참여권이 인정되지 않고 있는 것이다.²⁶⁾

그러나 현실적으로 피의자신문에 의해 수사방향이 결정되고 피의자신문에 의한 자백 및 진술이 공판에서 중요한 증거자료로 사용되고 있는 현실에서, 피의자신문은 자백을 얻기 위한 수단으로 악용될 위험성이 클 뿐만 아니라 그에 수반하여 인권침해가 발생할 위험성 역시 배제하기 어렵다는 점을 고려해 본다면 이러한 단계에서 변호인의 조력과 충고는 대단히 중요한 의미를 가질 수밖에 없다.²⁷⁾

수사기관의 입장에서는 초동수사의 신속성과 정확성을 기하기 위하여 피의자에 대한 집중적인 조사를 행해야 하기 때문에 체포나 구속단계에서의 변호인의 참여가 오히려 수사진행을 방해할 수 있다는 생각을 가지게 되는 반면에, 피의자의 입장에서는 범죄의 용의자와 범률의 문외한이라는 불리한 위치에서 수사기관이 갖는 위압감에 짓눌려 자신의 의지와는 무관한 진술을 할 우려가 있다는 점에서 볼 때 가장 변호인의 도움이 절실하다고 할 수 있는 단계가 바로 체포나 구속단계라고 할 것인 바, 수사기관과 피의자의 이해관계가 첨예하게 대립할 수밖에 없는 것이 피의자 신문시 변호인의 참여권 보장 문제라고 할 것이다. 헌법상 누구나 체포 또는 구속즉시 변호인의 조력을 받을 권리가 있음에도 불구하고 수사기관에서

26) 백형구, 형사소송법강의 신정3판, 박영사, 1997, 405쪽 ; 이재상/박미숙, 수사절차상 피의자의 변호권에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994, 91쪽 이하.

27) 최석윤, 수사절차의 구조와 피의자의 법적 지위, 형사정책연구 제47호, 2001, 64-65쪽.

신문을 받는 경우에 변호인을 참여시킬 수 있는 명문규정이 없다는 이유로 사실상 변호인의 도움이 가장 절실한 단계에서 변호를 받지 못하여 발생하고 있는 여러 문제점들 - 특히 피의자에 대한 가혹행위 - 을 고려하여 볼 때 피의자신문시 변호인 참여권의 보장은 무엇보다도 시급한 입법 과제라고 아니할 수 없을 것이다.

2) 피의자신문시 변호인 참여권보장의 현황

현행 형사소송법상에는 변호인의 신문참여권이 규정되어 있지 않음에도 불구하고 고문방지 등 피의자신문시 변호인 참여의 필요성에 입각하여 경찰과 검찰은 각각 지침과 훈령에 의하여 이를 규정하고 있다.

경찰의 경우 1999년 6월에, 검찰의 경우에는 2003년 1월에 각각 지침과 훈령을 제정, 시행하게 되었다. 먼저 경찰의 피의자 신문과정 변호인 참여 지침을 살펴보면 사법경찰관은 피의자를 신문하기 전에 피의자에게 신문 과정에 변호인의 참여희망여부를 확인해야 하고, 피의자가 변호인을 선임하고 변호인 참여 하에 신문받기를 원할 때에는 변호인이 참여할 수 있는 상당한 시간을 주도록 하고 있다. 또한 피의자 신문에 참여한 변호인은 피의자의 답변에 조언을 할 수 있고, 작성한 조서를 열람할 수 있으며, 피의자신문조서 작성시 변호인 참여사실을 기재하고 참여 변호인의 서명날인을 받도록 되어 있다. 단, 변호인 참여를 제한할 수 있는 단서조항을 포함하고 있는데 그 가운데 특히 “기타 피의자 신문과정에 변호인을 참여시킴으로써 수사에 중대한 지장을 초래한다고 판단되는 사건”이라고 하는 포괄적인 규정을 포함시킴으로써 변호인 참여를 허가하는 자의 재량에 의한 자의적인 판단이 가능하도록 되어 있다는 점에서 피의자신문시 변호인 참여권 보장의 실질적 의미를 퇴색시킬 수 있는 여지를 남겨두었다고 할 수 있다. 경찰이 수사단계에서 변호인의 참여를 허용한 것은 진일보한 것이기

는 하지만 단서에 의한 예외규정²⁸⁾을 광범위하게 인정함으로써 제도의 취지를 무색케 한 점은 대단히 아쉬운 일이라 할 것이다.

한편 법무부 훈령 474호로 제정된 ‘인권보호수사준칙’에 의하면 “검사는 피의자의 인권보호를 위하여 변호인의 접견 교통과 신문절차 참여를 보장한다”고 하는 원칙적인 선언규정만을 두고 있으며, 세부적인 내용은 규정되어 있지 않다. 이 훈령은 작년에 있었던 조직폭력배 고문치사사건 이후 발표된 것으로 이제 시행된 지 한 달여 정도 밖에 안되어서 어느 정도로 실시되고 있는지에 대해서는 아직까지 검증된 바가 없으며 앞으로 지켜보아야 할 사안이라고 할 것이다. 그러나 경찰의 업무지침이나 법무부 훈령은 모두 실무를 위하여 제정된 것이고, 언제든지 실무상의 필요에 의하여 용이하게 변경될 수 있는 것이라는 점에서 볼 때 가능한 한 빨리 형사소송법상 피의자신문시 변호인의 참여권을 명시적으로 인정함으로써 이를 피의자의 법적 권리로 인정하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

3) 형사소송법 개정초안의 검토

형사소송법 개정초안 【제243조의 2 (변호인의 피의자신문참여)】

① 변호인 또는 변호인이 되려는 자는 검사 또는 사법경찰관의 피의자신문에 참여할 수 있다. 다만, 피의자를 체포하거나 사전 영장에 의하여 구속한 후 48시간 이내인 경우와 변호인의 참여로 다음 각호의 1에 해당

28) 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 경찰관서의 장은 변호인의 참여를 제한할 수 있다. 다만, 변호인의 참여제한사유가 해제된 경우에는 신문과정에 변호인을 참여하게 할 수 있다.

1. 국가보안법위반사건
2. 조직폭력, 마약, 테러사건
3. 공범 등 증거인멸 또는 도주를 용이하게 하거나 관련사건의 수사 및 재판에 중대한 영향을 초래할 우려가 있다고 판단되는 사건
4. 기타 피의자 신문과정에 변호인을 참여시킴으로써 수사에 중대한 지장을 초래한다고 판단되는 사건

하는 사유가 발생하거나 그 염려가 있는 때에는 그러하지 아니한다.

1. 증거의 조작, 인멸 또는 공범의 도주
2. 피해자, 참고인 또는 그 친족의 생명, 신체 및 재산에 대한 위협
3. 신문에 참여한 변호인의 행동으로 인한 신문의 현저한 지장 초래

② 검사 또는 사법경찰관은 변호인 등의 피의자 신문참여로 인하여 제1항 단서에 해당하는 사유가 발생하거나 그 염려가 있는 때에는 변호인 등에게 퇴거를 요구할 수 있고, 변호인 등은 즉시 위 요구에 응하여야 한다.

③ 제1항에 의하여 피의자 신문에 참여하고자 하는 변호인이 2인 이상 있는 때에는 검사 또는 사법경찰관은 피의자 신문에 참여할 대표변호인 1인을 지정할 수 있고, 그 지정을 철회 또는 변경할 수 있다.

○ 제1항의 문제점

형사소송법 개정초안 제243조의2 제1항 단서에 의하면 체포나 구속후 48시간 이내와 각호 1, 2, 3에 해당하는 경우에는 변호인의 참여를 불허할 수 있도록 하고 있다. 그러나 대다수의 범죄가 48시간 내에 수사 종결되는 관례에 비추어볼 때 변호인 참여를 48시간 동안 제한하는 것은 변호인 참여제의 본질을 훼손하는 것일 뿐 아니라 사실상 변호인 참여를 불허하겠다는 것과 다를 바 아니며, 체포 또는 구속 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 규정한 헌법의 취지에도 일치하지 않는 조항이라고 할 것이다. 따라서 피의자신문시 변호인참여권의 취지를 제대로 살리기 위해서는 체포 또는 구속 즉시 변호인 참여를 인정해야 할 것이다. 또한 각호에 규정된 예외사유를 보면 3호를 제외한 1, 2호는 피의자 신문시 변호인의 참여로 인해 특별히 야기되는 문제라고 보기에에는 어려움에도 불구하고 범죄유형의 제한도 없이 모든 범죄에 대해 이러한 단서조항을 적용하게 되면 사실상 변호인의 참여를 불허하겠다는 것과 같다고 할 수 있다.

○ 제2항의 문제점

형소법 개정 초안 제243조의2 제1항의 단서에 의해서 수사기관이 언제든지 변호사의 참여를 불허할 수 있게 해놓았음에도 불구하고 그에 더하여 이미 참석을 허용한 변호사에 대해서까지 수사기관의 판단에 의하여 언제든지 이를 되거시킬 수 있다고 규정해 놓았다는 것은 지나치게 수사위주의 발상에서 비롯된 규정이라 아니할 수 없을 것이다. 이 조항은 인권옹호를 위해 피의자신문시 변호인의 참여권보장 규정을 둠으로써 형식적인 명목은 살리되 현실적으로는 변호인의 참여를 허용하지 않겠다는 수사기관의 의지가 드러나는 부분으로 비판의 여지가 높을 수밖에 없다고 할 것이다.

4) 입법론

○ 형사소송법 개정초안 제243조의2의 수정

형사소송법 개정초안이 피의자신문시 변호인의 참여권 보장을 규정하고자 했던 본래의 취지를 살리고자 한다면 예외를 허용하는 단서조항은 최대한 축소되어야 한다고 보아 다음과 같은 입법안을 제시해 보고자 한다.

형사소송법 제243조의 2(변호인의 피의자 신문참여)

- ① 변호인 또는 변호인이 되려는 자는 검사 또는 사법경찰관의 피의자 신문에 참여할 수 있다. 다만, 다음 각호의 경우에는 예외로 한다.
 1. 조직폭력, 마약, 테러사건
 2. 변호인의 참여로 인하여 공범의 도피 및 수사의 부당한 지연이 초래되는 경우
- ② 검사 또는 사법경찰관은 피의자신문에 참여한 변호인의 행동으로 인하여 정상적인 신문이 불가능한 경우에는 변호인의 참여를 배제할

수 있다.

- ③ 제1항에 의하여 피의자 신문에 참여하고자 하는 변호인이 2인 이상인 때에는 검사 또는 사법경찰관은 피의자 신문에 참여할 대표변호인 1인을 지정할 수 있다.

○ 피의자 신문시 변호인 참여권의 범위

피의자신문시 변호인의 참여를 허용하는 경우 변호인의 역할과 범위를 어느 정도로 허용할 수 있을 것인가에 대해서는 아직 충분한 논의가 이루어진 바가 없다. 즉 변호인의 참여권이 수사기관의 강제, 고문 등을 방지하기 위한 ‘단순한 참여’만을 의미하는 것인지, 아니면 피의자를 대신하여 답변한다든지, 피의자에게 특정답변을 유도한다든지, 신문내용에 대하여 시비를 한다든지, 신문을 제지하거나 중단시키는 것과 같은 ‘신문개입’까지도 의미하는 것인지 등에 관하여서는 앞으로 좀더 구체적으로 논의되어야 할 부분이라고 할 것이다.

이처럼 피의자신문시 변호인의 참여형태는 매우 다양할 수 있고, 그 개입의 정도도 단순참여에서 신문개입 및 방해에까지 이를 수 있지만, 본 제도의 취지를 어떻게 이해하느냐에 따라 변호인의 참여범위가 달라질 수 있을 것이다. 즉 피의자 신문시 변호인의 참여가 피의자의 인권보호의 취지에서 강압적인 수사를 감시 및 저지하고자 하는데 있다고 보게 되면 변호인의 참여는 단순참여에 제한된다고 할 수 있지만, 변호인의 참여가 인권보호와 아울러 피의자의 적극적인 自己負罪拒否特權(privilege against self-incrimination)의 실현과 진술거부권의 행사를 가능하게 하기 위한 것이라고 보게 되면 피의자의 진술을 막거나 피의자 대신 답변하는 등의 유형까지 변호인의 참여범위가 확대될 것이다. 다만 위에서 살펴본 외국의 입법례에 비추어 볼 때 피의자 신문시 변호인의 참여권의 범위는 후자에 더욱 중점이 두어져야 할 것으로 생각한다.

나. 국선변호인제도의 확대

1) 피의자에 대한 국선변호인확대의 필요성

현행 수사단계는 증거물의 확보, 범행현장의 검증, 감식활동 등 객관적인 증거의 수집은 물론, 범행의 객관적·주관적 상황, 배경사정, 범행후의 상황 등에 대한 피의자, 피해자, 목격자 등의 진술을 확보하고, 사안에 따라서는 주변인물, 사실 및 정상에 관한 사실을 포함하여 광범위한 증거자료수집을 행한다. 그 결과 한편으로는 자백을 추구하려는 수사자세가 강화되고, 다른 한편으로는 검사청구의 書證이 동의되어 피고인 질문, 정상입증에 의해 끝나는 사건이 공판청구사건의 상당부분을 점하고 있는 실정이다. 그리고 수사단계에서 피고인의 자백 및 신문조서, 증인신문조서 등이 확보되는 결과 공판에 있어서 그것이 가지는 의미와 비중이 크며, 사실상 공판절차가 수사결과의 확인작업에 불과한 것과 같은 인상을 준다는 것도 어느 정도 부인할 수는 없다.²⁹⁾

이러한 수사단계는 검찰측 뿐만 아니라 피의자측에 대해서 특히 중요한 의미를 가질 수밖에 없다. 즉 피의자 자신의 운명을 결정하는 중요한 증거가 수집될 뿐만 아니라 그에 대해 자신을 방어할 준비를 갖추어야만 하는 시점이 바로 수사단계이기 때문이다.³⁰⁾ 따라서 이 단계에서 피의자의 효과적인 방어와 검사와의 무기대등의 원칙의 실현을 위해서는 변호인의 조력이 무엇보다도 절실하다고 할 수밖에 없다. 그러나 변호인을 선임할 자력이 없는 경제적 약자인 피의자들에게 있어서 변호인의 존재는 아무런 의미를 갖지 못하는 바, 수사절차에 있어서 피의자에 대한 효과적인 방어권을 보장하기 위해서는 변호인을 스스로 선임할 능력이 없는 가난한 피의자에게 국선변호인의 조력을 받을 권리를 보장하는 것이 그 전제가 되

29) 김균보, 기소전 변호의 활성화, 부산대학교 법학연구 제42호, 1993, 86-87쪽.

30) 이재상, 국선변호인제도와 그 개선방안, 고시연구 1989/7, 32쪽.

어야만 하는 것이다.³¹⁾

그런데 현행 형사소송법은 필요적 변호사건(형사소송법 제282조, 제283조)이거나 미성년, 심신장애, 농아, 70세 이상 또는 빈곤 등의 사유가 있는 피고인(형사소송법 제33조)과 체포·구속적부심을 청구한 피의자(형사소송법 제214조의2 제9항)에 한하여 국선변호인을 선정할 수 있도록 규정하고 있다. 즉 국선변호인 제도는 원칙적으로 피고인에 대해서만 인정되고 피의자에게는 인정되지 않고 있으며, 다만 예외적으로 체포·구속적부심사를 청구한 피의자가 동법 제33조의 사유에 해당하는 경우에 한해 국선변호인을 선정할 수 있도록 되어 있는 것이다. 하지만 이것도 직접적으로 수사단계의 피의자에게 국선변호인의 조력을 받을 권리를 보장하기 위한 것이라기 보다는 법원의 심문절차에서 국선변호인의 조력을 받을 권리를 보장한다는 의미로 볼 수 있다.³²⁾

그러나 정작 국선변호인의 도움이 가장 절실한 단계는 수사단계에 있는 피의자라고 할 수 있다. 즉 피의자는 법률적 지식이 부족할 뿐만 아니라 특히 신체가 구속되어 외부와 연락이 차단되어 있는 경우에는 강압적 분위기 내지 불안감을 느끼고 이에 따라 정상적인 판단이 어렵게 되어 헌법에서 보장하고 있는 묵비권마저도 효과적으로 행사할 수 없게 되는 경우가 많기 때문이다.³³⁾ 또한 현실적으로 수사기관은 실체적 진실을 발견하기 위해 피의자보다 우월한 지위에서 신문활동을 전개할 뿐만 아니라 때로는 위험한 신문기술을 사용하기도 하기 때문에 바로 이러한 단계에서 법률전문가인 변호인의 역할이 절실히 필요하고, 이러한 필요성을 평등원칙 하에서 실질적으로 보장해 줄 수 있는 것이 국선변호인 제도이기 때문이다. 즉 피의자에 대한 국선변호제도는 변호권의 실질적 보장 및 인신보

31) 차용석, 현행 형사소송법의 문제점과 개정의 기본방향, 제11회 형사정책세미나자료, 1993, 19쪽.

32) 김성돈, 국선변호제도를 확대하기 위한 전제조건, 형사정책연구 제40호, 1999, 154쪽.

33) 이은모, 수사절차에서의 변호권 보장의 의미와 내용, 한양대학교 법학논총 제14집, 1997, 271-272쪽.

호의 효율성보장을 위한 기능을 갖고 있는 것이다.³⁴⁾

또한 피의자에 대한 국선변호제도의 확대는 국제인권법상의 요청이기도 하다는 점도 고려하여야 할 것이다. 즉 ‘국제인권 B규약’과 ‘미주인권규약’은 빈곤 등의 사유가 있는 경우에 유료 또는 무료로 국선변호를 받을 권리를 보장하고 있을 뿐만 아니라 ‘국제인권 B규약’은 변호인선임권을 고지 받을 권리까지 명시하고 있다.³⁵⁾ 또한 1988년 ‘UN 피구금자보호원칙’ 등에서도 피의자의 국선변호제도가 인정되고 있다. 우리나라는 국제연합가맹국일 뿐만 아니라 B규약 및 그 의정서의 가입국으로서 국제법상 이를 채택할 의무가 있다고 하지 않을 수 없다.³⁶⁾

2) 형사소송법 개정초안의 검토

현행 형사소송법은 원칙적으로 피고인에 대해서만 국선변호인의 조력을 받을 권리를 인정하고 있다. 그런데 피고인에 대해 인정되는 필요적 변호사건의 범위조차도 지나치게 제한하고 있기 때문에 국선변호의 실효성이 떨어질 뿐만 아니라 피고인의 방어권행사에 현저한 지장이 초래되고 있고, 구속피고인의 경우에는 변호인 없이 재판받는 사례가 많다는 문제점들이 누누이 지적되어 왔다. 따라서 형사소송법 개정초안 제282조는 필요적 변호사건의 범위를 모든 구속피고사건까지 확대하는 규정을 제시하였다.³⁷⁾ 즉 국가형벌권의 적정행사 및 ‘유전무죄 무전유죄’라고 하는 사법에 대한 불신을 제거하기 위해서라도 국가가 소요비용을 부담하는 국선변호제도의 확대는 불가피하다고 본 것이다.

34) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2001, 353쪽.

35) 신양균, 미결수용자의 처우에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994, 39쪽.

36) 박찬운, 출발한 한국의 당직변호사제도-운용상황과 충실발전을 위한 과제, 법조춘추 제 142호, 1994, 99쪽.

37) 형사소송법 개정초안 제282조(필요적 변호) : 피고인이 구속중이거나 사형, 무기 또는 단기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건에 관하여는 변호인없이 개정하지 못한다. 단 판결만을 선고할 경우에는 예외로 한다.

그러나 피의자에 대한 국선변호제도의 확대와 관련하여서는 예산 및 업무부담의 증가를 이유로 이를 개정안에서 제외하고 있다. 즉 국선변호제도를 피고인뿐만 아니라 피의자에 대해서도 일시에 확대할 경우 예산 및 업무부담의 대폭적인 증가가 불가피하고 개정안에 포함된 변호인 피의자신문참여제도와 맞물려 검사의 업무가 지나치게 가중될 우려가 있다는 것이 그 이유로서 제시되었다. 하지만 피의자에 대한 국선변호제도의 확대를 제외한 것은 동 초안이 피의자신문시 변호인의 참여를 명문으로 보장하고자 하는 취지에 오히려 부합하지 않는다고 할 수 있다. 즉 피의자신문시 변호인의 참여를 보장해 준다고 해도 피의자에 대해 국선변호인이 인정되지 않는다면 실질적으로 그 혜택은 사선변호인을 선임할 수 있는 소수의 사람들에게만 돌아갈 뿐이고 경제력이 빈곤한 그 밖의 대다수의 피의자들에게는 아무런 도움이 되지 못하는 불평등한 결과를 초래하기 때문이다. 따라서 형사소송법이 국선변호제도의 확대를 도입하고자 하는 본래의 취지를 살리기 위해서는 수사단계의 피의자에 대해서도 국선변호인의 조력을 받을 수 있는 권리를 보장하는 것이 바람직한 개정방향이라고 할 것이다.

3) 소 결

형사절차상 변호인의 조력을 받을 권리는 공정한 재판 내지 무기평등을 보장하기 위한 핵심적인 전제가 된다. 즉 국가권력이라고 하는 강력한 강제력을 배경으로 하고 있는 검사에 대해서 범죄용의자로서 심리적 열등감과 불안상태에서 증거조차 제대로 확보하기 어려운 피의자나 피고인이 적절한 방어력을 행사하기 위해서는 변호인의 조력은 절대적인 필요성을 갖는다고 할 수밖에 없기 때문이다. 하지만 경제적 능력이나 기타 사유로 인하여 사선변호인을 선임할 수 없는 피의자나 피고인에게 있어서는 변호권 보장이란 한낱 법전 속의 미사여구에 지나지 않는다. 이러한 변호권의 보

장이 현실 속에서 제 역할을 다하기 위해서는 변호인선임에 필요한 자력을 갖추지 못한 피의자나 피고인에게 국선변호인을 선정할 수 있는 권리를 인정해야만 하며 그에 의해 수사기관과 대등한 지위에서 형사절차상의 의사소통에 참여할 수 있게 된다고 할 수 있다.³⁸⁾

이와 같은 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차의 초기단계에서 실현되어야 실효성을 거둘 수 있다는 점과 사선변호인의 조력을 받을 권리가 수사단계의 피의자에게 보장되고 있다는 점을 감안할 때 국선변호인의 조력을 받을 권리도 수사단계의 피의자에게 당연히 보장되어야 한다고 할 것이다. 특히 피의자의 대부분은 사선변호인을 선임할만한 자력을 구비하지 못한 경우가 많고, 또한 사선변호인 선임에 따르는 시간적인 경과로 인하여 비교적 길지 않은 체포, 구속단계의 초기에 변호사의 도움을 받을 수 있는 기회를 상실할 우려가 있다는 점에서 볼 때 국선변호인에 의한 즉각적인 도움이 행해질 필요가 절실하다고 할 수 있다.

현행과 같은 국선변호인 규정에 의하게 되면 체포, 구속단계에 있는 피의자는 어떠한 변호인의 조력도 없이 위압적인 수사분위기에서 신문을 받게 되고, 그 결과로 작성된 조서는 특별한 사정이 없는 한 증거능력이 인정되는 바, 사실상 공판단계이전에 피의자가 자신을 방어할 수 있는 가장 중요한 기회를 상실할 우려가 있을 뿐만 아니라 피의자신문시 변호인의 참여권이 명문으로 보장된다고 하더라도 사선변호인을 선임할 자력이 없는 피의자인 경우에는 신문시 변호인의 참여에 의해 일정한 도움을 받고 싶어도 받을 수 없는 불평등한 결과를 초래할 수밖에 없다는 점에서 볼 때 체포, 구속단계에서의 피의자에 대해서도 국선변호인이 선정될 수 있도록 확대하는 입법적인 조치가 필요하다고 할 것이다. 이렇게 하는 것이 스스로 변호인을 구할 수 없는 피의자와 피고인이 국선변호인의 조력을 받을 권리를 유효하게 포기하지 않는 한 그러한 권리를 보장하여 주고자 하

38) 최석훈, 수사절차의 구조와 피의자의 법적 지위, 형사정책연구 제47호, 2001, 67쪽.

는 국선변호제도의 헌법적 이념에도 부합하는 것이라고 할 것이다.

이와 같이 국선변호제도를 피의자에 대해서까지 확대하게 되면 한편으로는 변호인을 선임할 자력이 없는 피의자에게 국선변호인의 조력을 받을 수 있는 기회를 보장해 줌으로써 체포, 구속에 수반되는 피의자의 심리적 불안감을 해소시키고, 수사기관의 신문시 압력을 배제해 줄 수 있으며 또한 수사단계에서의 적절한 법률적 조언을 제공하여 피의자로 하여금 제 권리를 실효성있게 행사하게 할 수 있다는 점에서, 그리고 다른 한편으로 밀행적 수사활동에서 범해지기 쉬운 위법한 수사활동을 감시하여 후일 그 위법을 다룰 수 있도록 준비하는 역할도 국선변호인이 하도록 함으로써 피의자의 정당한 권리와 이익의 침해를 최소화할 수 있는 보장책으로서의 임무를 수행할 수 있게 될 것이다.

IV. 재판단계에서의 고문방지를 위한 개선방안

1. 운용상 개선방안

가. 고문 등에 의한 자백의 증거능력 배제

1) 형사소송법 제309조의 자백배제법칙의 함의

헌법 제12조 제7항을 근거로 형사소송법 제309조는 “피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다”라고 규정함으로써 임의성없는 자백의 증거능력을 부정하고 있다. 즉 이와 같은 사유가 있는 자백의 증거능력을 부정하는 것

이 현대 민주주의의 최소치³⁹⁾라고 할 수 있음에도 우리 형사절차에서는 아직도 이러한 사유를 수반한 강요된 자백이 행해지고 있고 그에 의해 유죄판결이 내려지고 있는 실무가 사라지지 않고 있음은 깊이 숙고해야 할 문제라고 아니할 수 없을 것이다.⁴⁰⁾

자백은 법원으로 하여금 유죄의 심증을 쉽게 형성할 수 있게 할뿐만 아니라 수사기관으로 하여금 보다 용이하게 증거를 수집하여 수사를 종결짓고 기소를 가능케 하기 때문에 수사기관은 물론 법원도 자백에 의존하고 싶은 유혹을 강하게 받기 마련이다. 따라서 이러한 위험성을 방지하기 위해서는 자백의 수집과정에서 고문이나 기타 위법수사가 행해졌을 경우에 해당 자백을 증거로 사용할 수 없도록 하는 것이 수사기관의 자백편중수사나 무리하게 자백을 얻어내려는 인권침해적 위법수사에 제동을 걸 수 있고, 법원이 유죄의 심증형성에 있어서 자백에 의존하려는 경향을 억제할 수 있게 한다.⁴¹⁾ 즉 자백배제법칙은 자백 위주의 수사관행에 있어서 무리하게 자백을 받아내기 위해 행해질 수 있는 위법, 부당한 수사방법에 일정한 가이드라인을 제시함과 동시에 법원으로 하여금 수사기관에 대한 비판적, 감시적 기능을 엄격히 집행하도록 함으로써 적정절차를 통한 인권존중의 형사사법을 실현코자 하는 것이라 할 것이다.

2) 이론적 근거 및 판례의 태도

① 이론적 근거

자백의 증거능력에 관한 법적 규제는 임의성없는 자백의 증거능력을 제

39) 조국, '자백배제법칙'의 근거와 효과 그리고 '임의성' 입증, 서울대 법학 제43권 제1호, 2002, 375쪽.

40) 정치적 민주화가 되었다고 형사사법절차의 민주화가 자동적으로 이루어지는 것은 아니며, 수사기관의 의식과 관행 역시 쉽게 변하지 않는 것이다 : 조국, 앞의 논문, 376쪽.

41) 배중대/이상돈, 앞의 형사소송법, 516쪽.

한하고자 했던 영미에서 유래하였다. 즉 임의성없는 자백은 진실성과 신뢰성이 결여되어 허위일 가능성이 높기 때문에 이를 배제하고자 하였던 것이었다. 이와 같이 임의성이 의심되는 자백에는 허위가 숨어들 위험성이 크고, 이를 증거로 사용하는 것은 실체적 진실발견을 저해하기 때문에 이러한 자백의 증거능력이 부정된다는 보는 견해가 허위배제설이다. 그러나 이 견해에 의하면 자백의 임의성이 자백의 진실성에 의해 좌우되는 결과가 되므로 자백의 증거능력과 증명력을 혼동하게 될 뿐만 아니라 수사기관의 불법행위에 대한 통제가 불가능해지고 자백배제법칙의 적용범위가 현저히 축소되는 결과⁴²⁾를 야기한다는 문제가 있다.

이에 대해 자백배제법칙을 묵비권보장의 증거법적 측면으로 이해하여 그 이론적 근거를 피고인의 인권보호에 있다고 보는 견해가 인권옹호설이다. 이 견해는 허위배제설과 결별을 선언한 미국의 판례에 의하여 주장되어 독일 형사소송법 제136조a의 기초가 된 이론이다.⁴³⁾ 그러나 이 견해는 자백배제법칙의 근거를 진술거부권의 침해에 대해서만 두고 있는 까닭에 그 외의 사유로 자백의 증거능력을 제한해야 할 경우에 대해 대비하지 못하게 된다⁴⁴⁾는 문제가 있으며, 피고인의 주관적 자기결정권 침해여부에 따라 자백배제여부를 판단하므로 증거능력판단기준의 주관화, 내면화를 초래할 우려가 있다.⁴⁵⁾ 따라서 이에 의하면 허용되는 수사기관의 신문방법에 대한 객관적 기준이 도출될 수 없게 된다.⁴⁶⁾

한편 우리나라의 다수설은 자백배제법칙의 이론적 근거를 허위배제설과 인권옹호설의 결합에서 찾고 있는데 이를 절충설이라고 한다. 즉 절충설은

42) 이재상, 앞의 형사소송법, 477쪽 ; 배종대/이상돈, 앞의 형사소송법, 518쪽 ; 신동운, 앞의 형사소송법(1993), 587쪽.

43) 이재상, 앞의 형사소송법, 477쪽 ; 배종대/이상돈, 앞의 형사소송법, 543쪽.

44) 신동운, 앞의 형사소송법(1993), 589쪽.

45) 신동운, 앞의 형사소송법(1993), 588쪽.

46) 조국, 자백배제법칙의 근거와 효과 그리고 임의성 입증, 서울대학교 법학, 제43권 제1호, 2002, 380쪽.

임의성없는 자백은 허위일 위험성이 클 뿐 아니라 자백강요의 방지라는 인권보장을 위해 그 증거능력이 배제되어야 한다고 보는 것이다.⁴⁷⁾ 우리 대법원 판례가 자백배제의 근거로서 강력하게 제시하고 있는 견해이기도 하다.⁴⁸⁾ 그러나 이 견해에 의하게 되면 임의성의 유무가 전체상황을 고려하여 자백자의 주관을 기준으로 판단되지 않을 수 없다는 문제가 있다.⁴⁹⁾

위의 견해들이 자백배제의 기준으로서 임의성과 불가분의 관련을 가지는 것과는 관점을 달리하여 자백의 임의성과의 관련성을 배제하고 자백획득 절차상의 위법을 자백배제의 기준으로 제시하는 견해가 위법배제설이다. 즉 위법배제설은 자백취득과정에서의 적정절차원리에 입각하여 위법한 절차에 의해 획득된 자백을 법원이 유죄의 증거로 채택하는 것은 법의 청렴성을 침해하는 것이며, 위법한 절차에 의하여 자백을 획득했다라도 증거능력이 배제되어 증거의 제출 자체가 금지된다면 위법수사의 필요성을 상실하게 될 것이라는 정책적인 근거에 입각한 견해이다.⁵⁰⁾ 이 견해는 수사기관의 불법행위를 억지하여 형사절차에서 적정절차의 이념을 온전히 실현하는데 가장 강력한 힘을 갖는 이론이며 또한 자백배제기준을 객관화, 단순명료화하여 위법수사의 억지력을 높이는 이론이라고 할 것이다.⁵¹⁾ 형사절차에서 자백의 기능과 비중을 고려할 때 자백의 증거사용을 가능한 엄격하게 제한하는 법정책이 필요하며, 이러한 요청을 충족시키는 학설이 위법배제설이라고 할 수 있다.

② 판례의 태도

자백의 증거능력을 부정하는 근거에 대한 우리 대법원의 태도는 전통적

47) 이재상, 앞의 형사소송법, 478쪽.

48) 대법원 1998.4.10, 97도3234 판결 ; 대법원 1999.1.29, 98도3584 판결 ; 대법원 2000.1.21, 99도4940 판결.

49) 이재상, 앞의 형사소송법, 479쪽.

50) 이재상, 자백의 증거능력, 경희대학교논문집 제15집, 1986, 124-125쪽.

51) 조국, 앞의 논문, 384쪽.

으로 허위배제설의 입장이었다.⁵²⁾ 그러나 자백의 증거능력과 증명력을 엄격히 구분⁵³⁾함으로써 허위배제설의 입장에서 벗어났으며, 그 이후부터 최근까지 절충설의 입장⁵⁴⁾을 취하고 있음을 분명히 하고 있다. 즉 대법원은 “임의성 없는 자백의 증거능력을 부정하는 취지가 허위진술을 유발 또는 강요할 위험성이 있는 상태 하에서 행하여진 자백은 그 자체가 실체적 진실에 부합하지 아니하여 오관의 소지가 있을 뿐만 아니라 그 진위여부를 떠나서 자백을 얻기 위하여 피의자의 기본적 인권을 침해하는 위법부당한 압력이 가하여지는 것을 사전에 막기 위한 것이므로 그 임의성에 다툼이 있을 때에는 검사가 그 임의성의 의문점을 해소하는 입증을 하여야 한다”⁵⁵⁾고 해석함으로써 절충설의 입장에서 허위에 의한 오판과 인권침해라고 하는 두 가지 기준 하에서 자백의 증거능력을 판단하고 있다. 이러한 태도는 자백이 행하여진 전체적인 정황을 고려하고자 하는 것으로 결국 법관의 주관적인 판단에 좌우된다고 할 수 있고, 따라서 자백의 증거능력을 배제할 수 있는 명백한 기준을 제시하고 있다고는 보기 어렵다.

다만 몇몇 판결에서 대법원이 위법배제적인 관점에서 자백의 증거능력을 배제하고 있음을 볼 수 있는데 위의 위법배제설에서 언급한 판결 외에 즉 변호인 접견권침해를 이유로 한 자백배제판결⁵⁶⁾ 진술거부권 불고지를 이유로 한 자백배제판결⁵⁷⁾ 등이 그것이라고 할 수 있다. 그러나 대법원이 위법배제설을 채택하고 있다고 판단하는 것은 무리이며, 여전히 대법원은 허위배제, 인권옹호 등의 기준에서 벗어나지 못하고 있다고 할 수 있다.

52) 대법원 1954.10.26, 4286형상134 판결; 대법원 1955.6.10, 4288형상111 판결; 대법원 1966.2.28, 65도1118 판결; 대법원 1977.4.26, 77도210 판결; 대법원 1981.10.13, 81도2160 판결.

53) 대법원 1983.9.13, 83도712 판결.

54) 대법원 1998.4.10, 97도3234 판결; 대법원 1999.1.29, 98도3584 판결; 대법원 2000.1.21, 99도4940 판결.

55) 대법원 1998.4.10, 97도3234 판결; 대법원 1999.1.29, 98도3584 판결.

56) 대법원 1990.8.24, 90도1285 판결.

57) 대법원 1992.6.26, 92도682 판결.

3) 제309조의 임의성

현행 형사소송법 제309조는 “임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유”라는 문구가 삽입됨으로 인해 임의성을 자백배제의 기준으로 이해하는 것이 일반적이다. 하지만 이러한 임의성심사가 형사소송법 제309조의 자백의 증거능력 판단시에 반드시 요구되어야 하는가에 대해서는 생각해 볼 필요가 있다고 할 것이다. 즉 임의성이라는 용어 자체가 자백배제의 명백한 기준을 제시하기에는 부정확하며, 임의성유무는 전체적인 상황을 고려하여 판단되지 않으면 안 되는 바⁵⁸⁾ 결국 이를 판단하는 법관의 주관적인 기준에 좌우될 우려가 있기 때문이다. 따라서 임의성의 판단여부와 관련하여 형사소송법 제309조를 해석해 보고자 한다.

먼저 동법 제309조 규정을 「고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화, 기망 기타의 방법」, 「임의로 진술한 것이 아니라고」, 「의심할 만한 이유」로 나누어서 생각해보고자 한다. 즉 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화, 기망 등은 당연히 임의성 없음을 단정케 하는 전형적인 위법, 부당한 수사방법을 열거한 것이며, 기타의 방법은 위에 예시되지 않은 수사방법 중에서 위법, 부당한 수사방법이라고 판단되는 경우만이 이에 해당된다고 볼 수 있다. 여기서 위법, 부당한 수사방법인가의 판단기준은 형사소송 관련규정에 위반하여 행해진 수사방법인가 아닌가로 보아야 할 것이다.

다음으로 임의로 진술한 것이 아니라고 하는 표현은 임의성이 없다는 말로 해석할 수 있으므로, 앞의 예시사유들은 임의성이 없다고 판단되는 자백획득사유를 열거하고 있는 것이며 그것은 바로 위법, 부당한 수사행위를 말하는 것이라고 보아야 할 것이다. 끝으로 의심할만한 이유란 자백의 임의성의 유무를 의심할만한 이유가 아니라 임의성없는 자백이라고 판단

58) 이재상, 사법경찰관 조사과정의 고문과 검사 작성 피의자신문조서의 임의성, 법과 정의, 이회창선생 화갑기념논문집, 1995, 279쪽.

케 하는 위법, 부당한 수사방법이 행해졌다고 의심할만한 이유라고 보아야 할 것이다. 즉 의심할만한 이유란 앞에 예시된 수사기관의 위법, 부당한 수사행위를 동어반복적으로 나타낸 것이라고 할 수 있다. 특히 위법, 부당한 수사방법의 存否에 대한 의심의 정도는 확신의 정도가 아니라 합리적인 의심의 정도만 있어도 당연히 임의성없는 자백이라고 판단케 한다는 점에서 사실상 우리나라의 자백배제법칙은 매우 엄격한 자백의 증거능력 판단기준을 제시하고 있는 셈이라고 할 것이다.

이와 같이 해석하게 되면 자백의 증거능력을 판단함에 있어서 수사기관의 위법, 부당한 수사행위에 의해서 얻어진 자백인 이상 당연히 증거능력이 없다고 보아야 할 것이고 거기에 별도의 임의성판단은 요구될 필요는 없다고 생각한다. 형사소송법 제309조의 취지가 불법적이고 인권침해적인 수사기관의 행위를 방지하고자 하는데 있다고 보는 이상 자백의 임의성 유무의 판단은 중요하지 않으며, 위법, 부당한 수사방법에 해당하는 사유가 있으면 당연히 임의성이 없는 것으로 판단하여 그에 의해 획득된 자백의 증거능력이 부정되는 것으로 보아야 할 것이다.

자백이 임의적으로 행해졌는가의 여부 즉 피고인 스스로 자유롭고 합리적인 선택에 의해 진술을 행했는가의 여부에 대한 판단은 주관적이고 개인적인 문제이므로 그 판단이 매우 어렵다고 할 수 있다. 따라서 이와 같이 명확한 판단기준이 없는 임의성여부를 문제 삼기보다는 위법한 수사가 행해졌느냐 아니냐에 논의의 초점을 두는 것이 자백배제법칙의 취지에 맞는 보다 올바른 방법이라고 생각된다. 만약 전자에 논의의 초점을 두게 되면 자백을 얻기 위한 불법수사라고 할지라도 그것은 어느 범위에서는 인정할 수밖에 없는 사회의 필요악이라는 이유로 그 존재의의를 갖게 하는 뒷문을 만들어주는 결과가 될 것이다.

4) 소 결

현행 형사소송절차상 자백이 차지하는 비중과 그 기능을 고려해 볼 때 자백의 증거사용은 엄격하게 제한되어야 할 필요가 있다. 따라서 수사기관의 위법, 부당한 수사방법이 행해진 경우에는 그에 의해 획득된 자백의 증거능력을 법원이 철저히 부인해야 할 것이다. 특히 고문 등과 같은 수사기관의 가혹행위가 주장되는 자백에 대해서는 예외 없이 그 증거능력을 부인하는 적극적인 태도가 요구된다 할 것이다. 그렇게 되면 지금과 같이 자백에 치중하는 수사관행은 상당히 제약을 받게 될 수밖에 없고, 보다 합법적이고 과학적인 수사방법에 의해 증거를 채택하게 됨으로써 수사의 민주화와 피의자의 인권보호라는 양자의 목적이 달성될 수 있다고 생각한다.

이에 대하여 수사기관의 사소한 위법행위가 있다고 해서 피고인을 방면하게 되면 지나치게 피고인의 권리만을 배려한 것이 아닌가 하는 의문이 생길 수도 있겠지만 현재 우리 현실에 비추어 볼 때 이는 지나친 우려라고 할 것이다. 즉 형사소송법에 명시적으로 규정된 사유에 해당하는 경우에 있어서 조차 제대로 적용되지 않고 있는 자백배제법칙을 확대해석해서 는 안 된다고 말한다는 것은 기우라고 해야 할 것이다.

2. 제도적 개선방안

가. 피의자신문조서의 증거능력 제한

1) 논의의 배경

형사소송법 제312조는 일정한 조건 아래 ‘피의자신문조서’의 증거능력을 인정하고 있다. 형사소송법제정 당시 사법경찰관작성 피의자신문조서에 대

하여 피고인이 공판정에서 내용을 부인하는 경우에는 증거능력을 부정하는 규정을 두었는데, 이는 사법경찰관작성 피의자신문조서에 증거능력을 인정함으로써 일제시대의 경우와 같이 ‘공판중심주의’와 ‘직접주의’가 形骸化하고 書面裁判化될 수 있다는 입법자의 판단에 의한 것이었다.⁵⁹⁾ 다만 검찰작성의 피의자신문조서에 대하여는 사법경찰관작성의 피의자신문조서에 비해 증거능력의 제한을 완화하는 규정을 두었는데, 이는 일제하에 경찰작성의 피의자신문조서에 증거능력을 부여함으로써 ‘書面裁判’의 관행이 굳어진 상황에서, 수사기관의 피의자신문조서에 대한 증거능력을 모두 인정하지 않고 보편적인 기준에 따라 직접주의의 방식으로 재판을 하려 할 경우, 당시 우리 사법현실이 이를 수용하기 어려웠기 때문이다.⁶⁰⁾

이처럼 피의자신문조서에 대한 증거능력의 제한은 피의자에 대한 수사과정에서의 인권보장을 고려한 것이다.⁶¹⁾ 특히 형사소송법 제312조 제2항은 사법경찰관리의 자백강요로 인한 인권침해를 방지함으로써 경찰의 피의자신문과정에서 피의자의 인권보장을 도모하려는데 그 입법취지가 있다.⁶²⁾ 즉 사법경찰관리의 고문 등 강요에 의한 자백은 동법 제309조에 의해 증거능력이 부정되지만, 피고인이 공판기일에서 고문을 받은 사실 등을 입증한다는 것은 거의 불가능하기 때문에, 피의자신문과정에서 자백강요를 위한 고문 등의 위법행위를 억지하기 위해서는 사법경찰관리가 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 부정하여야 한다는 것이다.

이러한 제312조 제2항의 증거능력 제한취지는 논리필연적으로 동조 제1항 검찰작성 피의자신문조서의 증거능력에도 적용될 수 있을 것이다.⁶³⁾ 다

59) 신동운, 일제하 예심제도에 관하여, 서울대학교 법학 제27권 제1호, 1986, 161/162쪽 참조.

60) 신동운, 한국 검찰제도의 현황과 개선책, 서울대학교 법학 제29권 제2호, 1988, 46쪽. 형소법 제312조 제1항의 입법취지에 대하여는, 차용석, 형사소송과 증거법, 한국사법행정학회, 1988, 344쪽 참조.

61) 이재상, 앞의 형사소송법, 514쪽.

62) 백형구, 주석형사소송법(III), 한국사법행정학회, 1999, 442쪽.

만 이에 대해서는, 검사는 행정기관인 동시에 사법기관인 이중의 성격을 가진 기관이며, 오로지 진실과 법령에 따라 직무를 수행하여야 할 의무를 가지고 있는 ‘준사법기관 내지 법조기관’⁶⁴⁾으로서 공익의 대표자라는 지위에서 활동하는 것이므로 검사에 의한 피의자 신문시에는 고문 등의 부당한 인권유린행위가 개입될 가능성이 적기 때문에 검사작성 피의자신문조서에 대해서는 증거능력 인정요건을 완화할 수 있다는 반론이 제기될 수 있다.⁶⁵⁾

그러나 검찰작성의 피의자신문조서는 피고인이 법정에서 그 내용을 부인하는 경우에도 증거능력이 인정될 가능성이 크다. 물론 ‘성립의 진정’이 인정되고 ‘特信情況’의 요건을 충족하여야 하지만, 실무현실상 성립의 진정은 형식적 진정성립으로 실질적 진정성립을 추정하고 있으며,⁶⁶⁾ 특신정황을 부정하여 증거능력을 배제한 사례도 극히 희소하기⁶⁷⁾ 때문에 검사작성 피의자신문조서의 증거능력은 거의 형식적 진정성립만으로 인정되고 있는 실정이다. 이러한 상황 아래에서 형소법 제312조 제1항은 검사가 수사단계에서 객관적 물증을 확보하는 과학수사의 기법개발에 노력하기보다는 강압수사를 통한 자백확보에 주력하게 함으로써 현실적으로 인권침해의 가능성을 높이는 규정이라 할 수 있다. 이 점에서 직접심리주의 및 공판중심주의를 근거없이 형해화하는 제312조 제1항에 대한 전면적인 검토가 불가피하다 할 것이다.

63) 이에 대하여 주목할 만한 판례로는, ‘검사작성 조서의 기재가 사법경찰관작성 조서의 기재보다 그 신빙성에 있어서 항상 우월하다고 할 수 없다’는 판결이 있다 : 대법원 1983.3.22, 82도2494 판결.

64) 이재상, 앞의 형사소송법, 84쪽.

65) 형사소송법 제312조 제1항 단서의 위헌제청에 대한 ‘헌법재판소 1995.6.29, 93헌바45 결정’의 다수의견이 이러한 논지에 입각하고 있다.

66) 대법원 1986.3.25, 86도218 판결; 대법원 1995.5.12, 95도484 판결; 대법원 1998.6.9, 98도980 판결; 대법원 2000.7.28, 2000도2617 판결 등.

67) 현재까지 검사가 작성한 피의자신문조서에 대한 증거능력을 법관이 ‘특히 신빙할 수 있는 상태 하에서’ 이루어진 것이 아니라 하여 배제한 경우는 3-4건에 불과하다 : 대법원 1967.4.25, 67도322 판결; 대법원 1981.3.10, 81도68 판결; 서울고등법원 1997.3.28, 96고합448 판결 등.

2) 입법론 -형소법 제312조의 개정-

형사소송에서 공판중심주의와 직접주의의 핵심은 수사단계에서 작성된 조서나 서류의 증거능력을 원칙적으로 부인하는 것이다. 이는 규문절차에서의 서면주의의 폐해에 대한 반성에서 나온 것으로,⁶⁸⁾ 현재 보편적인 기준은 영미법계(미국)와 대륙법계(독일)를 불문하고 수사기관이 작성한 조서 및 진술서면에 대하여 원칙적으로 증거능력을 부정하는 것이라 할 수 있다.

그런데 우리나라의 형사소송법 제312조는 일정한 조건 아래 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 인정하면서도 검사작성의 피의자신문조서(제1항)⁶⁹⁾와 검사이외의 수사기관, 즉 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서(제2항)의 증거능력에 차이를 두고 있다. 그러나 진술자의 태도증거에 의한 법관의 정확한 심증형성을 목적으로 하는 직접주의의 요청은 양자의 차이를 해명할 수 없다. 즉 피의자신문조서에 기재된 진술은, 그것이 검사작성의 것이든 사법경찰관작성의 것이든, 그 자체로는 모두 다 직접주의의 요청을 충족시킬 수 없으며, 공개심리가 이루어지지 않았다는 점에서도 양자는 동일하기 때문이다.⁷⁰⁾

이처럼 직접주의 및 공판중심주의에 입각하는 한 검사작성 및 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력에 대한 차이를 찾을 수 없음에도 불구하고, 현행법은 검사작성의 피의자신문조서에 거의 절대적인 증거능력을 부여함으로써 신문과정에서 고문 등의 불법행위가 확인되는 길만 차단하면 거의 재판결과를 상당부분 좌지우지할 수 있는 우월적인 지위를 갖게 하고 있다. 따라서 수사과정의 고문 등 불법행위를 근절하기 위해서는 신

68) 이에 대하여 상세하게는, 이재상, 앞의 형사소송법, 10쪽 이하 참조.

69) 형사소송법 제312조 제1항 단서의 합헌결정에 대하여는, 헌법재판소 1995.6.29, 93헌바 45 결정 참조.

70) 황인철, 사법의 민주화, 대한변호사협회지 1985/8, 22쪽 이하; 백형구, 경찰고문과 검찰자백의 증거능력, 대한변호사협회지, 1985/3, 58쪽 이하 참조.

문과정이 전혀 나타나지 않고 결과만이 기재되어 있는 피의자신문조서의 증거능력에 대한 실질적인 제한이 있어야 할 것이다.

형소법 제312조의 개정과 관련하여서는, 현행법규정대로 일정한 조건 아래 피의자신문조서의 증거능력을 인정하면서, 피의자신문과정에 변호인의 참여권을 명문으로 보장(형사소송법개정초안 제243조의2)하여, 이를 형사소송법 제312조 제1항 단서 ‘特信情況’의 실질적인 요건으로 하고, 이를 제2항에도 신설⁷¹⁾하자는 견해가 있을 수 있다. 즉 ‘特信情況’의 보장을 위하여 ‘미란다원칙’에 준하는 ‘변호인의 참여권고지’, ‘무자력자의 국선변호인신청권고지’, ‘검찰조서의 증거능력에 관한 고지’ 등의 절차를 법조문에 규정하여 이에 대한 준수를 입증하도록 함으로써 ‘특신정황’의 요건을 실효성 있게 하는 방안이다.⁷²⁾

그러나 이러한 방안을 취하는 경우, 수사과정에서 고문 등의 가혹행위가 줄어들 가능성이 높은 것은 사실이지만 완전히 근절될 것인지 여부에 대하여는 의문이며, 또한 수사기관 작성의 피의자신문조서가 거의 절대적 증거능력을 갖게 됨으로써 형사재판의 서면재판화를 초래하게 되어 형사소송법의 기본원칙인 공판중심주의, 직접심리주의를 정면으로 부정하는 결과를 초래하게 될 우려가 있다. 나아가 최근 수사결과확인 위주의 재판에서 피고인신문의 충실화 등 법정심리 중심모델로의 전환을 꾀하면서 헌법 제27조 제1항의 개헌을 전제로 배심제나 참심제의 도입을 검토⁷³⁾하여 공

71) 심희기, 형사증거법의 재정비, 2002년도 한국형사법학회 동계학술회의 자료집, 2002. 12.11, 27쪽 및 48쪽 참조.

72) 백형구, 피의자신문과 변호인의 참여권, 사법행정, 1986.2, 6쪽 이하; 신동운, 앞의 한국 검찰제도의 현황과 개선책, 58쪽.

73) 대법원 보도자료, 사법발전을 위한 향후 추진 과제, 2003.1: 대법원 홈페이지, <http://www.scourt.go.kr/main.html#> 참조.

특히 대법원은 참심제도의 도입을 긍정적으로 연구·검토한다고 발표하고 있다. 참심제도는 법원의 권력에 대한 통제수단으로 근대 형사소송에 도입된 중요한 제도로서, 이 제도가 도입되는 경우 참심판사는 공판 전이든 심리종결 후이든 기록을 읽어보고 재판을 할 수 없으므로 공판중심주의와 직접심리주의 방식이 아니면 운영될 수 없어

관중심주의, 직접심리주의의 실현을 추구하려는 사법부의 추진방향과도 정면으로 배치된다는 점에서 바람직하다 할 수 없다.

따라서 피의자신문과정에서 고문 등 가혹행위를 근절시키기 위해서는 공판정에 피고인이 출석하여 진술하는 한 피고인에 대한 직접신문을 통하여 사실을 인정하도록 한다는 공판중심주의 및 직접주의의 본래 취지와 소송경제적 측면을 고려하여 형사소송법 제312조 제1항 및 제2항을 폐지⁷⁴⁾하고, 제312조를 ‘검사나 그 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에서 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다’고 개정⁷⁵⁾하는 것이 입법론적으로 바람직할 것이다.

나. 고문범죄에 대한 공소시효 배제

1) 논의의 배경

고문은 국가공무원이 국가권력을 남용하여 국민의 인권을 침해함으로써 국가의 권위와 도덕성을 해하는 범죄행위이다. 그럼에도 불구하고 국가공무원의 고문행위에 대한 검찰과 사법부는 대단히 소극적인 태도를 취하여 왔다. 법무부가 국회 법사위에 제출한 자료에 따르면 1999년 7월 1일부터

피의자신문조서의 증거능력을 인정하고 있는 형사소송법 제312조의 개정은 불가피하게 될 것이다. 이에 대하여 상세하게는, 사법개혁추진위원회, 사법개혁추진위원회 전문위원보고서(상), 2000, 329쪽 이하 참조.

74) 배종대/이상돈, 앞의 형사소송법, 578쪽 ; 손동권, 전문법칙과 사법경찰, 형사판례연구(2), 박영사, 1994, 268쪽 ; 박주인, 자백재판의 제문제, 대한변호사협회지, 1985.11/12, 42쪽 이하 등.

75) 물론 피의자였던 피고인이나 변호인이 피의자신문조서의 내용을 부정한다고 하여 피의자신문조서가 곧 바로 ‘휴지조각’이 되는 것은 아니다. 피고인이 공판진술에서 이전의 진술을 번복하는 경우, 검사는 피의자신문조서를 피고인의 공판진술에 대한 탄핵증거로 사용할 수 있을 것이기 때문이다 : 이재상, 앞의 형사소송법, 521쪽.

2000년 6월 30일까지 1년간 폭행, 감금, 고문, 직권남용 등 인권침해를 이유로 경찰, 검찰, 국정원직원, 및 교도관 등이 고소, 고발당한 사건은 1,035건인데 그중 7건만 기소되고 나머지 대부분은 불기소되었다.⁷⁶⁾

수사기관의 고문행위를 근절하기 위해서는 “제식구 봐주기식”의 내부적 징계로 끝날 일이 아니라 명백한 범죄행위로서 기소하여 법의 판단을 받도록 해야 하고, 법원도 이에 대하여 엄하게 처벌함으로써 고문근절에 대한 경각심을 갖도록 해야 할 것이다. 그런데 기존의 선례에 비추어 볼 때 고문자들은 문제가 생기면 어디론가 장기간 잠적함으로써 처벌의 칼날을 피하여 왔다. 즉 장기간의 도피를 통한 공소시효의 완성으로 인해 이들을 처벌하는 것이 사실상 불가능하게 되는 법률적 부조리가 행해져 왔다고 할 수 있다. 그러나 국가기관에 의한 인권침해적 범죄행위에 대해서 공소시효라는 면죄부가 주어지는 안될 뿐만 아니라 진실규명과 피해자의 인권 그리고 무엇보다도 정의를 위해서라도 이와 같은 법적 한계를 재검토해볼 필요가 있다고 할 것이다.

다만 수사기관에 의한 인권침해적 행위가 모두 공소시효의 배제대상이 된다고 볼 수는 없다.⁷⁷⁾ 즉 비록 그 처벌의 당위성이 충분히 인정되는 국가권력에 의한 인권침해적 행위라고 할지라도 모든 범죄에 대하여 평등하게 적용되는 시효의 신뢰이익까지 배제할 수 있기 위해서는 국제법상의 반인도적 범죄행위에 준하는 요건을 갖춘 경우에 제한된다고 하지 않으면 안될 것이다. 적어도 공소시효의 근거가 되는 법적안정성보다는 정의실현의 요청이 현저히 우선한다고 판단되는 범죄에 한해서 공소시효배제논의가 이루어져야 할 것이기 때문이다.

76) 장주영, 수사과정의 가혹행위 방지를 위한 제도적 방안, 국가인권위원회 토론회, 2002, 49쪽.

77) 박찬운, 반인도적 범죄의 한국에서의 수용 : 그 내용과 방법, 공소시효 배제입법 토론회, 2002, 18-20쪽.

2) 고문범죄에 대한 공소시효배제에 관한 논거

현행 형사소송법 제249조는 각 범죄의 법정형의 경중에 따라 공소시효 기간을 정하고 이를 모든 범죄에 대해 일률적으로 적용하고 있다. 이러한 공소시효제도는 불법은 여전히 존재하지만 증거가 멸실되어 실체적 진실 발견이 어렵고, 범행후 장기간이 경과하여 사회적인 관심의 약화로 형벌목적의 감소되었으며, 또한 장기간의 도피로 인하여 범인 자신도 형벌에 상응하는 고통을 받았으며, 사실상의 변화를 법률적으로 존중하고 피고인의 사회생활의 안정을 도모한다⁷⁸⁾는 점 등이 그 일반적인 논거로서 제시된다. 이러한 공소시효는 ‘정의’의 이념이 ‘법적 안정성’의 이념에 양보한 결과 생겨난 제도로서 특별한 예외가 없다면 모든 범죄인에게 차별없이 적용된다.⁷⁹⁾ 따라서 수사기관에 의한 고문행위에 대해서도 그 법정형에 따라 형법 제124조, 제125조의 불법체포, 불법감금, 폭행, 가혹행위 등으로 처단되는 경우에는 공소시효를 5년으로 하고 있으며, 특정범죄가중처벌법 제4조의2 제1항으로 처단되는 경우에는 7년, 제2항으로 처단되는 경우에는 10년으로 규정하고 있다.

그러나 자신의 범죄가 법에 정해진 일정한 기간이 경과하면 불가벌이 될 것이라는 데 대한 공소시효에 대한 신뢰는 시민의 권리와 규범의 안정성 보장을 위해 반드시 보호되어야 할 성질의 것은 아니다.⁸⁰⁾ 즉 공소시효의 본질상 시효에 대한 이익이 법률상 보호할 가치가 있는 이익이라고 할지라도, 이는 범인필벌의 실체적 정의의 요청과 필연적으로 충돌될 수밖에 없으므로 인간의 존엄과 가치, 신체의 자유, 양심의 자유 등과 같은 기본권을

78) 헌법재판소 1995.1.20. 94헌마246 결정; 신동운, 앞의 형사소송법 I, 354쪽.

79) 조국, 반인권적 국가범죄의 공소시효의 정지·배제와 소급효 금지의 원칙, 형사법연구 제17호, 2002, 6쪽.

80) 서보학, 형법상 소급효금지원칙의 기능과 한계, 인권과 정의 제251호, 1997, 84쪽.

고려하여 그 보호범위와 정도가 결정될 수밖에 없는 바,⁸¹⁾ 인간의 존엄과 가치라고 하는 기본권의 핵심영역을 침해하는 국가기관의 인권침해행위에 대해서는 보호의 이익을 인정할 여지가 없다고 보아야 할 것이다.

특히 고문과 같이 국가기관에 의한 인권침해범죄에 있어서는 범행후 장기간이 경과했음에도 불구하고 증거가 엄연히 존재하며, 그러한 범죄자에 대한 사회일반인의 처벌욕구 역시 강할 뿐만 아니라⁸²⁾ 범죄자가 도피의 기간동안에 형벌에 상응하는 고통을 받기는커녕 자신의 불법을 조장한 권력이 존속하는 한 자신에 대한 형사소추는 불가능하다는 인식 하에서 자신의 이익을 계속 향유했기 때문에 처벌의 필요성과 당위성은 여전히 남아 있다고 보아야 할 것인바 시효의 이익이 부여되어져서는 안 되는 범죄라고 할 수 있다.

또한 고문은 국가가 위임한 권한을 남용하여 인권을 유린하는 행위로서 다른 어떠한 범죄보다도 그 도덕적 비난의 정도가 강한 범죄행위일 뿐만 아니라⁸³⁾ 범죄의 죄질이 보편적인 가치의 입장에서 볼 때 매우 심각한 경우에 해당한다고 볼 수 있기 때문에, 단지 법정형이 동일하다는 이유로 다른 범죄와 평행선상에서 공소시효를 논하는 것은 너무 안이한 접근방법이라고 할 것이다. 즉 국민을 보호할 의무를 진 국가가 그 의무를 저버리고 오히려 자국민의 인권을 침해하였다는 점에서 다른 범죄와는 차원을 달리 하는 범죄라고 보아야 할 것이기 때문이다.

이와 아울러 국제법과 국제관행은 국가기관에 의한 인권침해행위가 국제법이 금지하는 인도에 반하는 죄를 구성하는 경우에는 명시적으로 공소시효의 적용을 배제하도록 명령하고 있다. 즉 1993년 비엔나 인권선원은 “국가는 고문과 같은 중대한 인권침해행위의 책임자에 대한 불처벌을 이

81) 헌법재판소 전원재판부 1996.2.16, 96헌가2, 96헌바7, 96헌바13(병합) 결정.

82) 조국, 앞의 논문, 13쪽.

83) R. v. Imre Finta(1994) 28 C.R.(4th) 265 (S.C.)(Canada).

끄는 법률을 폐기하고 그러한 침해행위를 처벌해야 한다”고 선포하였으며, 유엔인권소위가 작성한 ‘불처벌과의 투쟁을 통한 인권보호와 신장을 위한 일련의 원칙’은 “국제법상 중대범죄에는 공소시효가 적용되지 않는다. 인간의 존엄성을 엄중하게 손상한 범죄에 대해서도 본질적으로 공소시효가 없다”고 하고 있다.⁸⁴⁾ 그리고 1998년 7월 17일에 로마에서 채택된 국제형사법원규정 제29조에서도 동재판소의 관할권내의 범죄⁸⁵⁾는 시효의 대상이 되지 않는다고 하는 時效不適用의 원칙을 채택하였다.

이 경우 인도에 반하는 범죄란 법의 일반원칙을 해하는 인도주의에 반하는 범죄로서 그 규모나 야만성에서 현대문명에 의하여 용인될 수 있는 한계를 넘어 국제공동체의 관심사로 된 범죄행위를 말한다.⁸⁶⁾ 따라서 반인도적 범죄라고 하기 위해서는 그 행위의 정도가 일반적인 국내형사범죄보다는 좀더 강한 비인도성 내지 도덕적 비난가능성을 가져야만 하는바,⁸⁷⁾ 고문과 같은 국가권력에 의한 인권침해행위가 국가권력의 지원 내지 묵인 하에서 이루어지고 그 수법이 인류사회가 용납할 수 없는 성질의 것인 한 반인도적 범죄에 준하는 것으로 평가될 수 있다고 할 것이다. 즉 고문에 대한 공소시효배제는 바로 이러한 국제법규 내지 국제관습법에 그 근거를 둘 수 있고, 이러한 국제관습법을 헌법 제6조 제1항의 “일반적으로 승인된 국제법규”로 볼 수 있다면 특별한 국내법적 조치없이도 일반 형사법의 규정에 앞서는 형사특별법으로서 국내법적인 효력을 가질 수 있다고

84) 조시현, 국제법으로 본 공소시효문제, 민주법학 제21호, 2002, 210-213쪽.

85) 국제형사재판소규칙 제5조 내지 8조에 법원관할권내의 범죄로서 제노사이드 범죄, 인도에 반하는 범죄, 전쟁범죄, 침략범죄 등이 규정되어 있고, 특히 제7조 인도에 반하는 범죄에 고문을 규정하고 있고, 여기서 고문이란 “구금상태에 있거나 또는 통제상태에 있는 사람에 대하여 고의적으로 육체적 또는 정신적으로 극심한 고통 및 피해를 가하는 행위를 말한다. 다만 합법적인 제재조치로부터 야기되고 이에 고유한 또는 이에 부수적인 고통 또는 피해를 포함하지 않는다”고 정의되어 있다 : 법무부, 국제형사관할권, 법무자료 제231집, 1999, 37-48쪽.

86) Kriangsak Kittichaisaree, International Criminal Law, 2001, p.85.

87) R. v. Imre Finta(1994) 28 C.R(4th). 265 (S.C.)(Canada).

보아 고문범죄에 대한 시효를 원천적인 배제가 허용될 수 있다고 할 수 있다.⁸⁸⁾

공소시효제도가 법적 안정성이라는 이유 아래 인권침해적인 행위를 한 자들에 대한 방패막이가 되어주는 한, 범인필벌이라는 보편적 가치를 통한 형사사법적 정의의 실현은 요원해질 수밖에 없으며, 법질서 자체에 대한 국민의 불신도 심화될 수밖에 없다. 따라서 공소시효의 특혜로 얻는 이익은 기본권과 인권의 차원에서 보호될 수 없고, 진실과 정의의 국가, 사회적 이익 앞에 자리를 내놓아야 할 것이다.⁸⁹⁾

3) 헌법재판소의 공소시효 합헌결정에 대한 검토

1995년 7월 21일 헌법재판소는 이근안 고문수사관에 대하여 공소시효 도과를 이유로 한 검사의 불기소처분의 취소를 구함에 있어서 형사소송법 제124조와 제125조 등의 소위 고문범죄에 대한 공소시효규정에 대한 위헌 심판청구에서 이를 합헌이라고 결정하였다.⁹⁰⁾ 즉 “공소시효를 어떻게 정할 것인가의 판단은 원칙적으로 입법자의 폭넓은 재량에 속한다고 할 것이므로 그 입법재량권이 헌법규정에 위반하여 자의적으로 행사된 경우가 아닌 한 헌법에 위반된다고 할 수 없다. 그런데 형사소송법 제249조는 각 범죄의 법정형의 경중에 따라 공소시효기간을 정하면서 이를 모든 범죄에 대하여 예외없이 일률적으로 적용하고 있으므로 형법 제124조, 제125조의 불법체포, 불법감금, 폭행, 가혹행위 등 이른바 고문범죄에 대하여 공소시효를 배제하지 아니하고 다른 모든 범죄와 마찬가지로 공소시효의 적용대상이 되도록 한 것이 청구인들 주장의 헌법규정에 위반하여 입법재량권을

88) 김선택, 과거청산과 법치국가, 고려대학교 법학논집 제31집, 1995, 131-132쪽.

89) 하태영, 공소시효제도의 문제점과 개선방안, 비교형사법연구 제4권 제1호, 2002, 546쪽.

90) 헌법재판소 1995.7.21, 95헌마 8,9,16,17 결정.

자의적으로 행사한 경우에는 해당한다고 볼 수 없다. 결국 형사소송법 제 249조는 입법자의 형사정책적 결단에 따라 공소시효의 적용범위와 기간을 정한 것으로서 헌법에 위배되지 아니한다고 할 것이고, 따라서 이 사건 불기소처분은 헌법에 위반되지 아니한 형사소송법 제249조에 근거하여 행하여진 처분으로서 이로 말미암아 청구인들의 기본권이 침해되었다고 볼 수 없다”고 그 이유를 밝히고 있다.

다만 헌법재판소는 공소시효문제를 입법재량권의 문제로 이해함으로써 궁극적으로는 입법적인 방법에 의해 공소시효를 배제할 수도 있다는 여지를 남겨두고 있는 것으로 보인다. 즉 공소시효의 적용범위와 기간은 입법자의 형사정책적 결단에 따르는 바, 고문범죄에 관한 공소시효에 대하여 입법자의 형사정책적 결단이 달라져서 시효배제를 규정하게 되면 時效不適用原則의 국제관습법 인정여부 문제나 헌법적인 논란없이도 문제가 쉽게 해결될 수 있는 가능성을 열어놓고 있는 것이라 할 수 있다.

이러한 헌법재판소의 태도는 고문범죄에 대한 공소시효의 배제문제에 대해 비교적 긍정적인 입장을 가지고 있는데서 비롯된 것이 아닌가 생각된다. 즉 기존의 “5.18 민주화운동등에관한특별법”관련 위헌제청 결정문에서도 나타나 있듯이 공소시효란 기본권에 우선할 수 없고, 실제적 정의실현과의 관계에서 그 범위가 결정될 수밖에 없다는 기본적인 입장을 유지한데 따른 것이라고 할 것이다. 따라서 국가적인 관행과 이에 대한 법적 확신의 유무라는 불명확한 개념적 기준에 의존하여 반인도적 범죄에 대한 公訴時效不適用原則을 국제관습법으로 인정함으로써 국내법상 공소시효를 직접적으로 배제하는 방법을 택하기보다는, 국내법상의 법률개정을 통하여 고문범죄에 대한 공소시효배제를 구체적으로 명문화하는 것이 고문범죄자에 대한 처벌을 위한 보다 더 바람직하고도 현실적인 방법임을 제시하고 있는 것이라 생각된다.

4) 고문범죄에 대한 공소시효배제의 입법

국가가 위임한 권한을 남용하여 인권을 유린한 자에 대해서는 반드시 국가가 처벌을 하는 것이 국가권력의 정당성을 회복하는 최선의 방안이라는 것을 감안해 볼 때 고문범죄에 대한 공소시효의 입법적 제고를 요한다고 하지 않을 수 없을 것이다. 즉 고문범죄의 성격이 일반범죄와는 다름에도 불구하고 단순히 형의 경중만을 가지고 공소시효기간을 정하는 방식은 배분적 정의에는 합당할지 모르지만 구체적 정의에는 반하는 것이라고 할 것이기 때문이다.

그러나 위에서 언급한 바와 같이 국가기관에 의한 인권침해적 행위가 전부 공소시효배제의 대상이 된다고는 할 수 없다. 즉 불처벌에 대한 신뢰가 법적으로 보호가치가 없다고 판단될 수 있는 경우에 한해서 시효배제가 논해져야 할 것인 바, 적어도 국제법상의 반인도적 범죄에 준하는 수준의 인권침해행위에 대해서만 공소시효배제가 이루어져야 한다고 할 것이다.

따라서 국가권력기관의 명시적, 묵시적 동의 내지 지시에 의한 인권침해행위가 발생하고 그에 의한 결과가 살인 내지 중상해를 야기한 경우에는 공소시효를 배제해야 한다고 본다. 예를 들어 국가기관에 의한 고문에 의해 살인이 야기된 경우와 신체적, 정신적 중상해를 입은 경우 예를 들어 신체의 주요일부, 시력, 청력, 음력, 생식력 등을 상실케 하거나 영구적으로 훼손시키거나 질병, 신체마비, 정신병의 결과를 야기한 경우에는 공소시효를 배제할 충분한 법적 정당성이 부여된다고 할 것이다.

공소시효배제를 위한 합리적인 법적 해결방안은 현행 형사소송법 249조의 공소시효에 관한 규정을 개정하는 것이라 할 것이다. 현행 공소시효와 관련하여 지적되고 있는 문제점⁹¹⁾들을 고려하고, 특별법상으로 공소시효

91) 공소시효의 예외없는 적용 - 특별법상의 예외적인 시효배제 내지 정지를 제외한 -, 시효기간의 단기, 시효정지사유 범위의 제한 등이 문제점으로 지적되고 있다 : 박상기,

배제를 규정할 수밖에 없었던 근본적인 배경을 감안하여 볼 때, 시효제도가 반인륜적, 반인권적 범죄자들을 정당한 형사처벌로부터 보호하는 제도로 역류하는 현상⁹²⁾을 근본적으로 차단할 수 있기 위해서는 형사소송법상 시효에 관한 규정은 근본적으로 재정립하는 것이 보다 합리적이라고 생각한다. 아직까지도 과거의 수사기관에 의한 고문에 신음하는 사람들의 고통을 진심으로 이해하고, 그리고 고문이란 어느 누구에 의해서도, 어떠한 상황 하에서도 결코 용납되어질 수 없을 뿐만 아니라 앞으로는 있을 수도 있어서도 안 된다는 사실을 분명하게 인식하는 입법자라면 공소시효에 대한 형사정책적 결단을 지금과는 달리하여 법을 개정해야만 할 것이다.

V. 결 론

고문은 국내법적인 문제만이 아니며, 국제사회의 비난과 제재를 불러일으킬 수 있는 중대한 범죄행위로서 수사의 필요성과 효율성이라는 명분으로 정당화될 수 없다. 이러한 인식 아래 본 연구에서는 형사절차상 고문방지대책으로서 다음과 같은 몇 가지를 제시하였다.

다만 이러한 대책과는 별도로 고문을 방지하고 궁극적으로 고문을 근절하기 위해서는 무엇보다도 수사주체의 의식변화가 중요하다. 오늘날 우리 사회는 문민정부에 들어서면서 전 국민의 인권의식이 급속도로 신장되고 있다. 수사기관은 이러한 현실을 직시하여 우리 국민의 인권의식에 상응하는 의식수준을 갖추어야 할 것이다. 이를 위해서는 수사기관의 구성원들에 대한 고문금지 및 인권관련 교육이 필요하며, 수사기관의 고문 등 가혹행위에 대한 인권단체 등의 철저한 감시가 필요하다고 생각된다.

공소시효 배제입법 토론회, 공소시효배제입법 토론회, 2002, 9-13쪽.

92) 서보학, 앞의 논문, 96쪽.

1. 고문방지를 위한 수사환경의 개선방안으로는, 별도의 독립된 조사실(특별조사실)내에 CCTV나 DVR(디지털영상저장장치) 등 전자기록매체나 신문과정에서 테이프녹음제도를 적극적으로 활용하는 방안을 권장하였다.

또한 고문방지를 위한 법제도적 개선방안으로서 피의자신문시 변호인의 참여권은 수사절차에서 피의자에 대한 강압적 신문·회유를 통한 무리한 자백유도, 고문 등에 의한 인권침해시비를 방지할 수 있는 제도로서 전면적으로 보장되어야 할 것이다. 최근 발표된 ‘형사소송법개정초안’ 제243조의2는 피의자신문시 변호인의 참여권을 보장하면서도 그 예외사유로 ‘피의자를 체포하거나 사전영장에 의하여 구속한 후 48시간 이내인 경우’를 변호인참여배제사유로 규정하고 있다. 그러나 이러한 참여배제사유는 대다수의 범죄가 48시간 이내에 수사종결되는 관례에 비추어 볼 때 변호인참여권의 본질을 훼손시킬 우려가 있을 뿐만 아니라 체포 또는 구속 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 규정하고 있는 헌법조항과도 일치하지 않는다. 또한 사전변호인을 선임할 수 있는 자력이 없는 피의자인 경우에는 신문시 변호인의 참여에 의한 조력을 받을 수 없는 현실을 감안하여, 피고인에게 인정되고 있는 국선변호인제도를 체포·구속된 피의자에 대해서까지 확대하는 방안이 적극 검토되어야 할 것이다.

그리고 철야신문에 대해서는, 구속절차의 긴급성이나 기소여부를 결정함에 있어서 시간적 제약이 따르는 경우 등 수사의 필요상 철야신문이 허용되는 경우에도 휴식없이 12시간 이상 신문을 지속하거나 자정 이후에 일정시간 이상 수면을 보장하는 등 피의자의 기본적 인권을 보장하기 위한 수사관행을 확립하고, 일정한 한계를 벗어난 위법과 철야신문에 있어서는 법원에서 증거능력을 배제하여야 할 것이다.

2. 검사작성 피의자신문조서의 증거능력에 대하여 우리 실무현실은 거

의 절대적으로 증거능력을 인정하고 있다. 이러한 형소법 제312조 제1항은 검사가 수사단계에서 객관적 물증을 확보하는 과학수사기법의 개발에 노력하기보다는 강압수사를 통한 자백확보에 주력하게 함으로써 현실적으로 인권침해의 가능성을 높이는 규정이며, 검사에게 신문과정에서 고문 등의 불법행위가 확인되는 길만 차단하면 거의 재판결과를 좌지우지할 수 있는 우월적인 지위를 갖게 함으로써, 형사소송에서 직접주의 및 공판중심주의를 근거없이 형해화하는 규정이라 할 수 있다.

따라서 수사과정의 고문 등 불법행위를 근절하기 위해서는 신문과정에서 전혀 나타나지 않고 결과만이 기재되어 있는 피의자신문조서의 증거능력에 대한 실질적인 제한이 있어야 할 것이다. 또한 최근 수사결과확인위주의 재판에서 피고인신문의 충실화 등 ‘법정심리중심모델’로의 전환 아래 배심제나 참심제의 도입을 통하여 공판중심주의, 직접심리주의의 실현을 추구하려는 사법부의 추진방향을 감안할 때, 현행 형소법 제312조 제1항 및 제2항을 폐지하고 제312조를 “검사나 그 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에서 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다”고 개정하는 것이 바람직하다.

나아가 고문 등 위법행위로 얻은 자백이나 그 자백을 기초로 수집한 제2차적 증거에 대하여 법원은 엄격히 증거능력을 제한함으로써 수사절차에서의 고문을 근절하는 계기를 마련하여야 할 것이다.

고문범죄는 국가가 위임한 권한을 남용하여 인권을 유린하는 행위로서 다른 어떠한 범죄보다도 그 도덕적 비난의 정도가 강한 범죄행위일 뿐만 아니라 범죄의 죄질이 보편적인 가치의 입장에서 볼 때 대단히 심각한 경우에 해당한다고 볼 수 있기 때문에 단지 법정형이 동일하다는 이유로 다른 범죄와 평행선상에서 공소시효를 논하는 것은 바람직하지 않다고 할

것이다. 또한 현실적으로 국가권력을 이용하여 개인의 인권을 조직적으로 유린한 범법자가 공소시효의 도과를 이유로 불기소처분되는 고문범죄의 경우에는 범인의 공소시효에 대한 신뢰보호의 이익이 공소시효의 배제를 통하여 달성될 수 있는 공익보다 적다고 할 수 있기 때문에 고문범죄에 대한 공소시효를 배제하는 것이 바람직하다.

Preventing Mistreatment of Defendants in Criminal Procedure

Tak, Hee-Sung *

Toh, Joong-Jin**

Historically Korea has the humiliated tradition of torture or mistreatment in criminal practice. It is, no doubt, a serious crime which most of countries want to get rid of. We could not justify the torture-caused evidences in any circumstances. With this tiny reportage, we try to policy some working-leveled tactics to handle it rationally. Though the many scheduled policies to prevent able suspects or the accused from the torture flood recently, we can define it as a conscious problem, not certain manipulating game. It depends on the mind, not on the simple policy. But in concrete, we can also implement the systematic conditions which help not to bring about the torture in the process.

Many a report teaches us that it would be very effective to diminish the torture moves and mistreatment when the surveillance camera is installed in the interrogation rooms. And the taping and investigation hansard of the asking process could actually be good devices. Let alone these cutting edge gazettes, the reform of the interrogation procedure will be crucial for the abolition of bad practice. Lately the Korean government announced the draft bill for amendment of 'Korean Criminal Procedure' empowering the human rights of the criminal suspects and

* Associate Research Fellow, K.I.C.

** Associate Research Fellow, K.I.C. Ph.D. in Law

the accused. Subsection 2 of article 243 provides that every suspects should have the right of supporting with counsellor in interrogation without hesitation. This codified entitle allows severe exemption like 'the within 48 hours rule'. At this circumstance, the article based coverage will be ruled out, if the suspect cannot find a counsellor within 48 hours. We do not agree with this exemption at all. In addition, every overnight interrogation will be washed away in the long run. It is the practice against the constitution as well.

On the other hand, we should reconsider the rule of hearsay under the subs. 1 of article 312 in Korean criminal procedure. It makes possible that the protocol before the prosecutor would prevail in the court, even though the suspect or the accused denied it before the judge directly. It could encourage the prosecutor to avoid the burdensome scientific investigation. On this occasion, the prosecutor can simply focus on the mere paper work and the pressable interrogation to obtain the written confession. It could trigger the dehumanisation easily. Every suspicious consequences which would indicate the potentiality with respect to the mistreatment of the suspect or the accused should be exiled out under the exclusionary rule. In the direction of the reform, we recommend to abolish the hearsay exceptions or the priority of the prosecutorial protocols.

The torture and mistreatment of the suspect or the accused are crimes under the international law. It is, say, the systematical mayhem or murder to the human being. The Nuremberg Trials declared it as a crime against the human dignity. It could not be treated like any other civil crimes. It should be recognised as a public crime without time concerns.

인터넷범죄에 관한 연구

오 영 근

이 논문은 2000년도 한국학술진흥재단 공모과제연구비에 의한 것임.

형사정책연구 제14권 제2호(통권 제54호, 2003 · 여름호)

한국형사정책연구원

인터넷범죄에 관한 연구

오 영 근*

I. 서론

1. 인터넷범죄의 개념

컴퓨터범죄나 인터넷범죄라는 용어는 범죄수단에 착안한 용어라고 할 수 있다. 즉, 컴퓨터범죄, 인터넷범죄는 특정한 종류의 범죄를 의미하는 것이 아니라 컴퓨터범죄는 컴퓨터를, 인터넷범죄는 인터넷을 범죄수단으로 사용하는 범죄라고 할 수 있다. 예를 들어 타인의 재물을 절취하는 경우에는 전통적인 절도죄가 되지만, 타인의 현금카드로 권한없이 은행의 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우 판례에 의하면 절도죄가 되는데,¹⁾ 이 경우 컴퓨터로 작동되는 은행의 현금자동지급기를 수단으로 하였으므로 컴퓨터범죄에 속한다고 할 수 있다. 이러한 범죄유형에서는 반드시 인터넷 사용을 전제로 하는 것은 아니므로 컴퓨터범죄라고는 할 수 있지만 인터넷범죄라고는 할 수 없다.²⁾

※ 이 논문은 2000년도 한국학술진흥재단 공모과제연구비에 의한 것임.

* 한양대 법대 교수, 법학박사

1) 대법원 2003.1.10. 선고 2002도2363 판결; 대법원 1995.7.28. 선고 95도997 판결; 대법원 1996.4.9. 선고 95도2466 판결 등.

2) 오늘날 컴퓨터관련범죄는 고립적인 컴퓨터가 아니라 컴퓨터 네트워크나 인터넷상에서

그러나 위의 예에서 만약 인터넷뱅킹을 이용해 권한없이 타인의 계좌에서 현금을 이체시킨 경우에는 컴퓨터등사용사기죄가 되고 이는 컴퓨터범죄임과 동시에 인터넷범죄라고 할 수 있다. 이와 같이 인터넷을 사용하지 않고 컴퓨터범죄를 범할 수 있지만, 컴퓨터를 사용하지 않고서는 인터넷범죄를 범할 수는 없기 때문에 인터넷범죄 보다는 컴퓨터범죄가 좀 더 넓은 개념이라고 할 수 있다.³⁾ 그러나 인터넷의 보편화와 더불어 컴퓨터범죄의 대부분이 인터넷의 사용을 수반하므로 컴퓨터범죄와 인터넷범죄의 개념상의 광협의 차이는 점차 좁아지고 있다고 할 수 있다. 따라서 이하에서는 인터넷범죄라는 용어를 사용하되 컴퓨터·인터넷범죄라는 용어를 혼용하기로 한다.

2. 문제상황

1970년대부터 우리나라에도 기업용 컴퓨터가 설치되기 시작하였고, 1980년대 중반부터는 PC도 일반인들에게 널리 보급되기 시작하였다. 1990

행해지고 있기 때문에 컴퓨터범죄라는 용어는 오늘날 컴퓨터범죄에 관련된 범죄에 대한 논의의 핵심을 포함하지 못한다는 견해는, Rikizo Kuzuhara, "Cyber Crime - Strafrechtliche Bekämpfungsversuche in Japan", 한상훈(역), "사이버범죄 - 일본에서의 형법적 대응의 시도들", 형사정책연구, 2000년 가을호, 39면.

3) 인터넷범죄는 컴퓨터범죄의 모든 특성을 가지고 있다. 또한 컴퓨터·인터넷범죄는 기존의 물리적 공간과 시간에 제한을 받지 않는 동시성, 신중한 고려없이 한번의 클릭만으로 범죄를 범할 수 있는 즉흥성(혹은 즉자성이라고도 한다), 범죄행위자가 누군지 쉽게 알 수 없는 익명성, 상호의사소통을 통한 범죄가 가능하다는 쌍방향성 및 국경에 의한 통제를 받지 않는다는 국제성 등의 특징을 가지고 있다. 허일태, "사이버범죄의 현황과 대책", 동아법학, 제27호, 2000, 68면-72면; 강동범, "사이버범죄와 형사법적 대책", 형사정책연구, 2000년 여름호, 68-72면; 원혜욱, "인터넷범죄의 특징과 범죄유형별 처벌조항", 형사정책연구, 제11권 제2호(2000년 여름호), 94-97면. 인터넷범죄의 국제성과 이로인한 형법적용의 문제를 다룬 논문으로, 전지연, "사이버공간에서의 신중범죄에 대한 형법적 대응", 한림법학FORUM, 제9권, 2000, 46-51면; 하태훈, "인터넷상의 범죄", 한양대학교 법학논총, 제17집, 2000, 280-282면; 원형식, "사이버공간에 있어서 우리나라 형법의 적용범위", 인터넷법률, 제10호, 2002, 39면 이하; 박경식, "사이버범죄의 실태 및 대책 - 경찰수사를 중심으로-", 경대논문집, 제20집, 2000, 1034면-1040면.

년대 초중반에는 PC통신과 인터넷⁴⁾이 사용되기 시작하였고, 1990년대 후반에 이르러서는 PC통신은 별로 쓰이지 않고 인터넷이 일반인에게까지 널리 사용되기에 이르렀다. 그리하여 오늘날에는 인터넷 없는 생활은 상상하기 어려울 정도로 인터넷이 우리 생활에 주요부분을 차지하게 되었다.

그러나 이러한 발전의 부산물로서 컴퓨터와 인터넷을 사용하는 새로운 범죄유형이 생겨나게 되었다. 이러한 신종범죄 중에는 기존의 형법규정으로도 충분히 규율할 수 있는 것도 있지만, 형법해석의 엄격성과 유추의 금지라는 대원칙 때문에 기존의 형법규정으로는 대처할 수 없는 범죄유형들도 많이 생겨났다. 이에 따라 이러한 범죄들에 대처하기 위한 법률을 마련하기 위한 노력도 행해졌다.⁵⁾

최근 약 15년간 한국에서의 컴퓨터·인터넷범죄에 대한 대책은 크게 두 시기로 구분할 수 있다. 1980년대 중반부터 1990년대 중반까지는 인터넷을 통하지 않은 컴퓨터범죄에 대한 대책을, 1990년대 후반부터 현재까지는 인터넷을 통한 컴퓨터범죄에 대한 대책을 마련하는 시기이다. 이는 1990년대 중반부터 우리나라에 인터넷이 널리 사용되었기 때문이다.

1980년대에는 우리나라에 인터넷이 거의 사용되지 않았기 때문에 컴퓨

4) 인터넷의 기원은 1969년 미국 국방성의 지원으로 미국의 4개의 대학을 연결하기 위해 구축한 알파넷(ARPANET)이다. 처음에는 군사적 목적으로 구축되었지만 프로토콜로 TCP/IP를 채택하면서 일반인을 위한 알파넷과 군용의 MILNET으로 분리되어 현재의 인터넷 환경의 기반을 갖추었다. 한편 미국 국립과학재단(NSF)도 TCP/IP를 사용하는 NSFNET라고 하는 새로운 통신망을 1986년에 구축하여 운영하기 시작하였다. NSFNET는 전미국 내의 5개소의 슈퍼컴퓨터 센터를 상호 접속하기 위하여 구축되었는데 1987년에는 ARPANET를 대신하여 인터넷의 근간망(backbone network)의 역할을 담당하게 되었다. 이 때문에 인터넷은 본격적으로 자리를 잡게 되었다. 인터넷과 PC통신의 차이는 인터넷에는 PC 통신처럼 모든 서비스를 제공하는 중심이 되는 호스트 컴퓨터도 없고 이를 관리하는 조직도 없다는 점에 있다. 네이버 백과사전.

5) 미국에서의 컴퓨터범죄의 유형과 그 대책을 소개한 것으로서 Eric J. Bakewell/Michelle Koldaro/Jennifer M. Tjia, "Computer Crimes", American Criminal Law Review, 481-524면; 김준호, "미국 법무부의 컴퓨터범죄에 대한 대책", 검찰, 제111호(2000. 12), 137면-164면; 권현영, "미국정부의 사이버범죄 대응 정책동향", 정책동향, 제252호(2000. 4), 48면-52면. 일본의 형법개정과 기타 대책에 대해서는, Rikizo Kuzuhara, 앞의 논문, 42면 이하.

터범죄는 인터넷을 이용한 범죄 보다는 개인, 기업 혹은 공공기관의 내부 전산망을 통한 범죄가 주종을 이루었다. 즉, 은행의 컴퓨터시스템을 악용한 은행원 등에 의한 허위예금자료의 입력, 금융전산망을 악용한 홈(폰)뱅킹사기, 주민등록과일등 공무소에서 처리·보관되는 자료 또는 사회생활상의 증명을 위해 만들어진 자료의 무단변경, 신용카드·현금카드나 전화카드의 자기띠부분의 부정작성 등이 주된 범죄유형이었다.

이로 인해 1985년부터 1992년까지 진행된 형법전의 전면개정작업을 통해 1992년 완성된 형법개정법률안에는 일반적인 컴퓨터범죄 대한 처벌규정을 두게 되었다. 물론 그 사이 컴퓨터범죄를 규율하는 특별법들이 제정되기는 하였지만, 컴퓨터범죄가 사회 일부분에 국한된 문제가 아니라 사회전체적인 문제라는 인식 때문에 형법전에 컴퓨터범죄 처벌규정을 두게 된 것이다. 동법률안은 국회를 통과하지 못하였으나 동법률안의 컴퓨터범죄에 관한 규정들은 1995년 형법의 부분개정시에 개정형법에 대부분 반영되었다.⁶⁾

1990년대 중반부터 인터넷이 보편화되고 인터넷을 이용할 수 있는 PC방들이 성업을 하게 됨에 따라 인터넷을 통한 범죄도 많이 생겨났다. 특히 PC방은 범죄자의 신분을 노출시키지 않으면서도 인터넷범죄를 저지를 수 있는 좋은 장소가 되었다. 현재 발생하고 있는 인터넷범죄 중 대표적인 것은 전자상거래상의 사기나 저작권침해 등과 같은 경제범죄, 해킹이나 타인을 비방하는 정보의 게시행위와 같이 프라이버시나 명예를 침해하는 범죄, 음란물이나 음란정보를 유통시키는 범죄 등으로 분류할 수 있다.⁷⁾

이 중에서도 현재 가장 사회적 관심을 불러일으키고 있는 것은 청소년들이 인터넷을 통해 음란물이나 음란정보를 접촉하는 현상이라고 할 수

6) 1990년대 중반 이전의 컴퓨터범죄의 유형과 이에 대한 형법개정작업에서의 대책에 대해서, 강동범, "컴퓨터범죄와 개정형법", 법조, 제46권 8호(1997. 8.), 105-106면; 차용석, "컴퓨터와 관련된 범죄와 형법(상)", 고시연구 1988년 5월호, 63면 이하.

7) 이 시기의 인터넷범죄의 유형과 대책을 제시한 것으로서, 강동범, "사이버범죄의 형사법적 대책", 형사정책연구, 2000년 여름호, 65면-92면.

있다. 모든 미디어의 초기단계에서 발생하는 현상이지만, 인터넷은 전세계의 음란정보를 어디에서나 어느 때나 누구나 쉽게 받아볼 수 있도록 하는 통로가 된다. 이것은 한국도 예외가 아니어서, 비교적 보수적이고 이중적 성윤리를 갖고 있는 한국사회에 인터넷상의 음란물이나 음란정보의 범람은 커다란 충격으로 다가왔다. 특히 대학입시공부에 전념해야 할 청소년들이 인터넷상의 음란물이나 음란정보에 탐닉하는 것에 대한 기성세대의 우려 때문에 인터넷상의 음란물이나 음란정보의 홍수 속에서 청소년을 보호하는 문제가 다각도로 논의되고 있다.

따라서 이 글에서는 컴퓨터범죄 및 인터넷범죄가 문제될 수 있는 현행 법규정의 해석론상의 문제점과 입법론상의 문제점을 검토하고 개선방안을 제시하기로 한다.

II. 현행법상의 컴퓨터·인터넷범죄규정

1. 형법전상의 컴퓨터·인터넷범죄규정

1995년 부분 개정된 형법전의 개정내용 중 상당부분은 컴퓨터범죄에 관한 것이었다. 이때의 개정내용은 1985년부터 1992년까지 진행된 형법개정 작업의 소산으로 만들어진 1992년의 형법개정법률안을 그대로 따온 것이다. 1995년 개정형법은 구형법에 의해서는 처벌에 공백이 생길 수 있는 여지를 없애기 위한 것이었다.

예를 들어 구형법상의 문서는 그 개념요소로서 계속적 기능, 증명적 기능, 보장적 기능을 필요로 하는데,⁸⁾ 전자방식 등으로 자료가 기록된 전자

8) 이재상, 형법각론, 박영사, 2001, 530-540면; 임웅, 형법각론, 법문사, 2001, 582-588면; 김일수, 형법각론, 박영사, 2001, 612-620면 등.

기록 등은 계속적 기능의 내용인 가독성·가시성이 없을 뿐만 아니라 그것의 기록과정에 다수인이 관여하는 경우가 많아서 문서와 같은 작성명의를 인정할 수 없는 경우가 많기 때문에 문서에 해당한다고 할 수 없었다. 사기죄의 행위는 사람을 기망하여 재산상의 이익을 취득하는 행위이므로 컴퓨터에 부정한 명령 혹은 허위정보를 입력하는 행위 즉 컴퓨터를 기망하는 행위를 통하여 재물이나 재산상의 이익을 취득하는 경우에는 사기죄의 성립을 인정하기 곤란하였다. 손괴죄의 객체 역시 타인의 재물 또는 문서인데 전자기록등 특수매체기록을 재물이나 문서라고 하는 것은 피고인에게 불리한 유추해석으로서 허용되지 않기 때문에 유체물보다 재산상가치가 훨씬 큰 컴퓨터프로그램이나 전자기록을 손괴한 경우에도 손괴죄로 처벌하기 곤란하였다.

당시 컴퓨터범죄의 유형을 편의상 ① 자료의 부정조작, ② 컴퓨터파괴, ③ 컴퓨터스파이, ④ 컴퓨터의 권한없는 사용으로 나누었는데, 개정형법은 ④에 대한 처벌규정 두지 않고, ①, ②, ③에 대한 처벌규정들을 두었다. 이를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 자료의 부정조작과 관련하여, 공·사전자기록위작·변작죄 및 동행사죄(제227조의2, 제228조, 제229조, 제232조의2, 제234조)와 컴퓨터등사용사기죄(제347조의2) 등의 규정을 두었다. 공·사전자기록위작·변작죄 및 동행사죄는 사무처리를 그르치게 할 목적으로 공무원 또는 공무원의 전자기록등 특수매체기록이나 권리, 의무 또는 사실증명에 관한 타인의 전자기록등 특수매체기록을 위작 또는 변작하는 죄와 위작·변작된 전자기록을 행사하는 죄이다. 컴퓨터등사용사기죄는 컴퓨터등 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 하는 죄이다.

둘째, 컴퓨터파괴와 관련하여, 컴퓨터손괴 등에 의한 업무방해죄(제314조 제2항)와 전자기록손괴죄(제141조 제1항과 제366조 제1항) 등의 규정을

두었다. 컴퓨터손괴 등에 의한 업무방해죄는 컴퓨터 등 정보처리장치 또는 전자기록등 특수매체기록을 손괴 하거나 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하거나 기타 방법으로 정보처리에 장애를 발생하게 하여 사람의 업무를 방해하는 죄이다. 전자기록손괴죄는 전자기록 등 특수매체기록을 손괴 또는 은닉 기타 방법으로 그 효용을 해하는 죄이다.

셋째, 컴퓨터스파이와 관련하여, 기술적 수단에 의한 비밀침해죄(제140조 제3항, 제316조 제2항)의 규정을 두었다. 동범죄는 공무소에서 사용하거나 개인의 전자기록 등 특수매체기록을 기술적 수단을 이용하여 그 내용을 알아내는 범죄이다.

1992년의 형법개정법률안과 1995년의 형법개정당시 우리나라에서 인터넷이 별로 사용되지 않았기 때문에 주로 컴퓨터범죄라는 용어들이 많이 사용되었다. 그런데 형법개정이 이루어진 1995년 이후부터 인터넷이 널리 보급됨에 따라 컴퓨터범죄의 상당부분이 인터넷을 통해 이루어지게 되었다. 인터넷해킹을 통한 자료의 부정조작, 컴퓨터스파이, 권한없는 사용이나 인터넷에서의 컴퓨터바이러스의 유포에 의한 컴퓨터파괴 등을 그 예로 들 수 있다. 따라서 현재에는 컴퓨터범죄의 상당부분을 인터넷범죄가 차지하게 되었고, 이에 따라 인터넷범죄 혹은 사이버범죄⁹⁾라는 용어들도 사용되기 시작하였다.

이러한 특수하게 규정된 범죄 이외에 전통적인 범죄들도 인터넷상에서 이루어지는 경우에는 인터넷범죄라고 말할 수 있다. 예컨대, 사기적 전자상거래는 사기죄에 해당하는 행위가 인터넷에서 이루어지는 것이고, 사이버도박죄는 도박행위가 인터넷상에서 이루어지는 것이다.¹⁰⁾ 이러한 행위

9) 사이버범죄의 개념에 대해서는, 한봉조, “사이버범죄수사에 대한 국제적 협력문제”, 형사정책연구, 2000년 여름호, 56면.

10) 대법원 2002.4.12. 선고 2001도5802 판결은 인터넷 고스톱게임 사이트를 유료화하는 과정에서 사이트를 홍보하기 위하여 고스톱대회를 개최하면서 참가자들로부터 참가비를 받고 입장자들에게 상금을 지급한 행위에 대하여 도박개장죄를 인정하였다. 사이버도박의 처벌가능성에 대해서는, 원혜옥, 앞의 논문, 108면.

들은 종래의 규정에 의해 해결할 수 있지만, 예를 들어 사이버머니를 절취한 경우나 사취한 경우 등은 종래의 사기죄나 절도죄의 규정으로는 해결하기 곤란하고 새로운 입법이 요구된다.

2. '정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률'상의 컴퓨터·인터넷범죄

가. 형법전규정의 문제점

1995년 형법개정 이후 인터넷사용이 보편화됨에 따라 개정형법상의 전형적인 컴퓨터범죄에 해당하지 않지만, 컴퓨터와 인터넷을 통해서 법익을 침해하거나 위태화하는 행위들이 문제되게 되었다. 그런데 1995년 개정형법전상의 규정으로는 이러한 행위들에 대처할 수 없기 때문에 특별법에 일정한 유형의 컴퓨터·인터넷범죄를 규정하게 되었다.

예를 들어 형법 제309조는 출판물 등에 의한 명예훼손죄를 규정하고 있는데 그 구성요건적 행위는 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 명예를 훼손하는 것이다. 따라서 인터넷을 통해 명예훼손을 하더라도 형법 제309조가 적용되지 않고, 형법 제307조가 적용될 수 있을 뿐이다. 그런데 인터넷의 공연성은 신문, 잡지 기타 출판물에 비해 못하지 않거나 오히려 높다고 할 수 있으므로 인터넷상의 명예훼손행위를 단순명예훼손죄로 처벌하는 것은 균형에 맞지 않는다고 할 수 있다.

비밀침해나 손괴죄와 관련하여서도 형법 제316조 제2항 및 제366조는 전자기록 등 특수매체기록을 기술적 수단을 이용하여 알아내거나 이를 손괴하는 행위를 벌하고 있지만, 전자기록 등 특수매체기록이라고 할 수 없는 전송중의 이메일의 내용을 알아내거나 이를 손괴하는 등의 행위는 동 규정들에 의해 처벌할 수 없었다.

이와 같은 처벌상의 공백은 특별법에 의해 메꾸어지게 되었는데, 이러

한 특별법들로는 정보화촉진기본법, 전산망보급확장과이용촉진에관한법률, 통신비밀보호법, 공공기관의개인정보보호에관한법률, 신용정보의이용및보호에관한법률, 컴퓨터프로그램보호법, 저작권법, 신용카드업법 등이 있었으나,¹¹⁾ 현재에는 ‘정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률’이 컴퓨터·인터넷범죄를 규율하는 가장 중요한 특별법이라고 할 수 있다.¹²⁾ 따라서 이하에서는 ‘정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률’을 중심으로 그 내용을 살펴보고자 한다.

나. ‘정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률’상의 컴퓨터·인터넷범죄규정

‘정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률’은 1999년의 ‘정보통신망이용촉진등에관한법률’¹³⁾의 명칭을 변경한 법률로서 동법 제9장 제61조에서 제66조까지에서 벌칙규정을 두고 있다. 그 중 주요한 내용은 다음과 같다.

1) 인터넷을 통한 명예훼손죄¹⁴⁾

동법 제61조는 “① 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공연

-
- 11) 원혜옥, 앞의 논문, 98면; 이준우, “인터넷관련 법률의 정비방안 -인터넷범죄 관련법률 정비방안-”, 국회보, 제407호(2000. 9.), 62-67면.
 12) 인터넷범죄에 대한 현행법규정의 내용, 문제점 및 개선방안을 제시한 것으로서, 김성천, “인터넷과 형사법의 과제”, 법제연구, 제18호, 2000, 58-71면.
 13) 동법은 정보통신망을 통하여 수집·처리·보관·유통되는 개인정보의 오·남용에 대비하여 개인정보에 대한 보호규정을 신설하고, 수신자의 의사에 반하여 광고성 정보를 전송하는 행위를 금지하는 규정을 두었다.
 14) 인터넷을 통한 명예훼손의 유형과 처리법제에 대해서는, 이승호, “사이버 명예훼손의 처리과정에서 제기되는 법적 과제”, 인터넷법률, 제10호, 2002, 6-11면; 이승호, “인터넷 명예훼손의 법적 해결”, 수사연구, 2001년 1월호, 17면-21면; 인터넷을 통한 명예훼손의 실태에 대해서는 정완, “사이버명예훼손에 관한 소고”, 형사정책연구소식, 통권 제76호(2003년 3·4월호), 13-14면; 성동규, “인터넷과 명예훼손”, 수사연구, 2001년 1월호, 10-16면 등. 인터넷을 통한 명예훼손죄의 수사실태에 대해서는, 신주화, “인터넷명예훼손 수사, IP추적부터”, 수사연구, 2001년 1월호, 22-28면.

히 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. ② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공연히 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. ③ 제1항 및 제2항의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.”고 규정하고 있다.

2) 개인정보에 대한 범죄

① 업무상 비밀침해죄(제62호 제1호 내지 제3호, 제63조 제2호)

제62호 제1호 내지 제3호는 인터넷정보통신서비스제공업자, 제63조 제2호는 분쟁조정위원회의 분쟁조정 업무, 정보보호관리체계 인증 업무, 특정한 정보보호시스템의 평가 업무에 종사하거나 종사하였던 자의 개인정보에 대한 범죄에 대해 각각 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금, 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금을 규정하고 있다.

그러나 이는 일정한 업무에 종사하거나 종사하였던 자들이 주체가 되는 신분범의 성격을 띠고 있는 범죄로서 오프라인에서도 이루어질 수 있는 범죄이고 반드시 인터넷을 통하여 행해지는 것은 아니다. 따라서 전형적인 인터넷범죄에 속한다고 보기는 어려운 점이 있다.

② 정보훼손 및 비밀침해죄(제62조 제6호)

본죄는 정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 타인의 정보를 훼손하거나 타인의 비밀을 침해·도용 또는 누설함으로써 성립하는 범죄이다.

형법 제316조 제2항의 비밀침해죄의 객체가 전자기록 등 특수매체기록이어서 전송중인 데이터는 객체가 될 수 없는데, 본죄는 전송중인 데이터도 비밀침해의 객체로 하여 범죄규정을 확장한 것이다. 또한 내용을 알아

내지 않고 정보를 훼손하거나 침해하는 행위는 형법상 비밀침해죄에 해당하지 않는데, 이를 범죄로 규정한 것이다.

③ 전자우편주소에 관한 죄(제65조의2 제3호)

본죄는 전자우편주소의 수집을 거부하는 의사가 명시된 인터넷 홈페이지에서 자동으로 전자우편주소를 수집하는 프로그램 그 밖의 기술적 장치를 이용하여 전자우편주소를 수집·판매·유통 또는 정보전송에 이용함으로써 성립하는 범죄이다.

본죄는 2002년 12월 개정시에 신설된 것으로서 스팸메일을 규제하기 위해 스팸메일 발송을 위한 예비행위로서의 성격을 지닌 행위를 벌하는 것이라고 할 수 있다.

3) 악성프로그램의 전달 또는 유포죄(제4호)

제4호는 정당한 사유없이 정보통신시스템, 데이터 또는 프로그램 등을 훼손·멸실·변경·위조 또는 그 운용을 방해할 수 있는 프로그램(악성프로그램)을 전달 또는 유포하는 행위를 처벌하는 규정이다. 악성프로그램이란 소위 컴퓨터바이러스를 말하는 것이다.¹⁵⁾ 악성프로그램을 전달 또는 유포하여 업무를 방해하는 경우 형법 제314조 제2항의 업무방해죄가 성립할 수 있고, 컴퓨터나 데이터 또는 프로그램을 훼손한 경우에는 형법 제366조의 손괴죄가 성립할 수 있다.

그러나 본죄는 업무방해를 초래하지 않거나 손괴의 결과를 발생하지 않더라도 악성프로그램을 전달 또는 유포하는 행위 그 자체를 범죄로 규정한 것이다.¹⁶⁾

15) 악성프로그램의 개념에 대한 상세는, 류인모, “사이버범죄의 예방과 대책”, 단국대학교 법학논총, 제24집, 2000. 12., 67-68면; 김명주, “스파이웨어, 합법적인 악성프로그램인가”, 인터넷법률, 제9호, 2001, 72면 이하.

4) 정보통신망방해죄(제5호)

본죄는 정보통신망의 안정적 운영을 방해할 목적으로 대량의 신호 또는 데이터를 보내거나 부정한 명령을 처리하도록 하는 등의 방법으로 정보통신망에 장애를 발생케 함으로써 성립하는 죄이다.

업무방해나 손괴의 정도에 이르지 않더라도 정보통신망에 장애를 발생케 하는 행위 그 자체를 벌하는 규정이지만, 업무방해죄나 손괴죄에 비해 형벌이 무거우므로 법정형을 낮출 필요가 있다.

5) 정보통신망침해죄(제63조 제1호)

본죄는 정당한 접근권한 없이 또는 허용된 접근권한을 초과하여 정보통신망에 침입함으로써 성립하는 죄로서 소위 해킹이라고 불리는 행위를 범죄화한 것이다.¹⁷⁾ 단순히 침입함으로써 성립하고 정보통신망을 방해하거나 업무방해의 결과를 발생시킬 필요가 없다.¹⁸⁾

6) 음란 및 청소년유해정보에 관한 죄

이에 대해서는 III. 2.에서 자세히 소개하기로 한다.

16) 해킹 및 바이러스의 특징, 실태와 변화과정 및 향후전망에 대해서는, 임채호, “향후 사이버공간에서의 해킹·바이러스범죄의 전망과 대책”, 검찰, 통권 제111호(2000. 12.), 91면-103면.

17) 해킹의 방법에 대해서는, 류인모, 앞의 논문, 65-67면; 해킹의 실태 및 향후전망에 대해서는, 위의 논문.

18) 일본에서는 1999년 8월 제정되고 2000. 2. 13.부터 발효된 ‘부정한 액세스행위의 금지등에 관한 법률’을 통해 첫째, 접근통제장치가 되어 있는 컴퓨터에 타인의 ID를 무단히 입력하는 행위, 해당 컴퓨터의 접근제한을 회피하는 정보 혹은 명령(ID 제외)을 입력하는 행위, 셋째, 다른 인증서버에 의하여 접근이 통제되는 컴퓨터에 정보나 명령을 입력하는 행위, 넷째, 타인의 ID를 무단히 공개함으로써 부정한 접근을 조장하는 행위 등을 처벌하는 규정을 두었다. Rikizo Kuzuhara, 앞의 논문, 46-49면.

7) 공포심유발정보전달죄(제65조 제1항 제3호, 제2항)

정보통신망법 제65조 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 말, 음향, 글, 화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하게 한 자를 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하되(제1항 제3호), 이를 반의사불벌죄로 규정하고 있다(제2항).

이는 소위 사이버스토킹¹⁹⁾을 범죄화한 것이라고 할 수 있다.

8) 양벌규정

정보통신망법은 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제62조 내지 제64조, 제65조제1항 또는 제65조의2의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과하는 양벌규정을 두고 있다(동법 제66조).

III. 컴퓨터·인터넷범죄규정의 문제점

1. 컴퓨터등사용사기죄의 문제점²⁰⁾

가. 구형법의 문제점과 1995년 개정형법의 취지

이러한 처벌의 난점을 피하기 새로운 규정들을 만들었으나 당시 개정작

19) 사이버스토킹의 유형에 대해서는 정완, “사이버공간에서의 성폭력의 실태와 그 대응책”, 인터넷법률, 제10호, 2002, 66-69면.

20) 컴퓨터사용사기죄와 컴퓨터업무방해죄의 문제점을 다룬 것으로서, 천중철, “컴퓨터범죄의 법적 대응에 관한 연구”, 서원대학교 사회과학연구, 제14집, 2001, 15-17면.

업에 관여했던 대부분의 학자들과 실무자들이 컴퓨터에 문외한이었기 때문에 1995년 개정형법에는 몇 가지 문제점이 있음이 지적되었다. 예를 들어 형법 제347조의2 컴퓨터등사용사기죄는 독일형법 제263a조를 참고하여 만든 것이지만, 구성요건적 행위로서 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하는 행위만을 규정하고 독일형법 제263a조 데이터의 무권한사용이나 기타 무권한의 영향력행사(unbefugte Verwendung von Daten oder sonst unbefugte Einwirkung auf dem Ablauf)를 규정하지 않았다.

입법과정에 참여했던 학자 및 실무자 모두 부정한 명령의 입력이라는 개념에 데이터의 무권한사용이나 무권한의 영향력행사가 포함될 수 있다고 생각하였으나,²¹⁾ 이후 개정형법의 해석 및 적용과정에서 부정한 명령의 입력이란 개념에 이것들을 모두 포함시키는 것은 언어의 가능한 의미(möglicher Wortsinn)을 넘어서는 유추에 해당되므로, 입법적 보완을 필요로 한다는 설득력있는 지적이 있었다.²²⁾

나. 판례의 입장

그러나 타인의 현금카드와 비밀번호를 이용하여 현금을 인출하는 행위가 증가함에 따라 이러한 행위들을 처벌할 필요성이 증가하게 되자 1995년 개정형법 직후의 판례들은 이런 행위들은 절도죄에 해당하고, 현금카드와 신용카드 겸용으로 되어 있는 카드로 현금을 인출하였을 때에는 절도죄와 신용카드업법상의 신용카드부정사용죄의 실제적 경합범이 된다고 하

21) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1992, 제16장 제211조.

22) 김영환, “신용카드부정사용에 관한 형법해석론의 난점”, 형사판례연구, 제3권, 1995, 318면 이하; 하태훈, “현금자동인출기 부정사용에 대한 형법적 평가”, 형사판례연구, 제4권, 1996, 335면; 장영민·조영관, 컴퓨터범죄에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993, 185면 이하; 장영민, “개정형법의 컴퓨터범죄”, 고시계, 1996년 2월호, 49면. 다른 견해를 소개한 것으로서 김형준, “사이버범죄와 현행형법의 대응”, 인터넷법률, 제10호, 2002, 29-31면.

였다²³⁾. 이 판례들이 무권한사용이 부정한 명령의 입력에 포함되는가를 정면으로 언급하여 컴퓨터사용사기죄는 성립여부는 검토하고 있지 않은 데²⁴⁾. 이 판례들에서는 이는 ‘부정한 명령의 입력’에 ‘무권한의 정보입력’은 포함될 수 없다고 해석하였기 때문이라고 생각된다.

이러한 지적으로 인해 2001년 개정형법은 컴퓨터등사용사기죄의 구성요건에 ‘권한 없이 정보를 입력·변경하여’라는 표현을 추가하였다.

그러나 최근 대법원은 “구 형법(2001. 12. 29. 법률 제6543호로 개정되기 전의 것) 제347조의2 규정의 입법취지와 목적은 프로그램 자체는 변경(조작)함이 없이 명령을 입력(사용)할 권한 없는 자가 명령을 입력하는 것도 부정한 명령을 입력하는 행위에 포함한다고 보아, 진실한 자료의 권한 없는 사용에 의한 재산상 이익 취득행위도 처벌대상으로 삼으려는 것이었음을 알 수 있고, 오히려 그러한 범죄유형이 프로그램을 구성하는 개개의 명령을 부정하게 변경, 삭제, 추가하는 방법에 의한 재산상 이익 취득의 범죄 유형보다 훨씬 손쉽게 또 더 자주 저질러질 것임도 충분히 예상되었던 점에 비추어 이러한 입법취지와 목적은 충분히 수증할 수 있으며, 그와 같은 권한 없는 자에 의한 명령 입력행위를 ‘명령을 부정하게 입력하는 행

23) 대법원 1995.7.28. 선고 95도997 판결. 피해자 명의의 신용카드를 부정사용하여 현금자동인출기에서 현금을 인출하고 그 현금을 취득까지 한 행위는 신용카드업법 제25조 제1항의 부정사용죄에 해당할 뿐 아니라 그 현금을 취득함으로써 현금자동인출기 관리자의 의사에 반하여 그의 지배를 배제하고 그 현금을 자기의 지배하에 옮겨 놓는 것이 되므로 별도로 절도죄를 구성하고, 위 양 죄의 관계는 그 보호법익이나 행위태양이 전혀 달라 실제적 경합관계에 있는 것으로 보아야 한다. 기타 대법원 1996.9.20. 선고 95도1728 판결; 대법원 1998.2.27. 선고 97도2974 판결; 대법원 1998.5.21. 선고 98도321 판결 등은 타인의 현금카드를 몰래 가지고 가 현금을 인출한 후 다시 반환한 경우 신용카드나 현금카드 그 자체에 대한 불법영득의사가 없어서 절도죄가 성립하지 않지만, 인출한 현금에 대해서는 절도죄를 인정하고 있다.

24) 대법원 1995.7.28. 선고 95도997 판결; 대법원 1996.9.20. 선고 95도1728 판결; 대법원 1998.2.27. 선고 97도2974 판결; 타인의 현금카드를 무권한사용하여 현금을 인출하는 행위를 절도죄로 벌하게 되자 이어 두 사람이 함께 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우에는 절도죄의 합동범이 된다는 판례도 나오게 되었다. 판례는 합동의 의미에 대해 현장성설을 취하였는데, 두 사람이 함께 현금자동지급기에서 현금을 인출한 경우에는 현장성을 인정할 수 있다는 것이다(대법원 1998.5.21. 선고 98도321 판결).

위' 또는 '부정한 명령을 입력하는 행위'에 포함된다고 해석하는 것이 그 문언의 통상적인 의미를 벗어나는 것이라고 할 수도 없고, 그렇다면 그 문언의 해석을 둘러싸고 학설상 일부 논란이 있었고, 이러한 논란을 종식시키기 위해 그와 같이 권한 없이 정보를 입력, 변경하여 정보처리를 하게 하는 행위를 따로 규정하는 내용의 개정을 하게 되었다고 하더라도, 구 형법상으로는 그와 같은 권한 없는 자가 명령을 입력하는 방법에 의한 재산상 이익 취득행위가 처벌대상에서 제외되어 있었다고 볼 수는 없는바, 이러한 해석이 죄형법정주의에 의하여 금지되는 유추적용에 해당한다고 할 수도 없다²⁵⁾ “형법 제347조의2에서 규정하는 컴퓨터등사용사기죄의 객체는 재물이 아닌 재산상의 이익에 한정되어 있으므로, 타인의 명의를 도용하여 발급받은 신용카드로 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위가 이 범조항을 적용하여 처벌할 수는 없다”²⁶⁾하였다.

이와 같이 타인의 현금카드로 권한없이 현금을 인출한 경우 '부정한 명령의 입력'에 포함될 수 있지만, 이 경우 재산상 이익을 취득한 것이 아니라 재물을 취득한 것이므로 컴퓨터등사용사기죄가 성립하지 않는다고 한 판례의 태도는 2001년의 형법개정이 무의미하거나 개정해야 할 사항을 개정하지 않았다는 것을 지적하는 것이라고 할 수 있다.

다. 판례에 대한 평가 및 개선방안

절도죄를 인정하는 판례의 입장에 대해 찬성하는 견해도 있지만,²⁷⁾ 반대하는 견해도 만만치 않다.²⁸⁾ 반대설에서는 절도죄가 성립하기 위해서는

25) 대법원 2003.1.10. 선고 2002도2363 판결.

26) 대법원 2002.7.12. 선고 2002도2134 판결.

27) 이재상, 앞의 책, 315-316면; 김일수, 앞의 책, 376면; 박상기, 형법각론, 박영사, 2001, 314면; 백형구, 형법각론, 현암사, 2000, 185면; 김우진, “현금카드부정사용죄의 기수시기”, 형사판례연구, 제3권, 1995, 295면; 정영진, “신용카드범죄의 유형과 제재”, 법원행정처, 재판자료, 제64집, 250면.

권리자의 의사에 반하는 재물의 취득이 있어야 하는데 무권한으로 현금을 인출하는 경우에는 권리자의 의사에 반하는 재물에 대한 점유의 취득 즉 탈취 내지 취거를 인정하기 어렵다고 한다. 현금의 점유자는 은행인데, 현금카드를 설치해 놓은 은행의 의사는 누구든지 카드의 비밀번호를 입력하고 현금을 인출해가도록 허용하겠다는 것이진 진정한 권리자의 현금인출만을 허용하겠다는 의사로 해석할 수는 없다는 것이다.

판례 및 찬성설의 입장과 반대설의 입장 중에서 반대설의 의견이 더 설득력이 있음을 부인할 수 없다. 현금자동지급기라는 것 자체가 일정한 과정을 거쳐서 현금을 인출하면 그만이라는 뜻이 강하고 그것을 이용하는 개인의 성격에 대해서 관심을 갖는 것이 아니라고 할 수 있다. 또한 타인이 자신의 현금카드로 현금을 인출해 간 경우에도 은행거래약관상 모든 책임은 예금주에 있고 은행의 책임은 인정되지 않는다. 따라서 은행도 현금카드이용자들이 일정한 과정을 거쳐 예금을 인출해가면 족하다고 생각하고 현금을 인출해가는 사람이 진정한 권리자인지는 관심이 없다고 할 수 있다. 따라서 은행의 의사를 진정한 권리자의 현금인출만을 허용하는 것이라고 해석하는 것은 지나치다고 할 수 있다.

또한 현금을 인출한 것은 재물을 취득한 것이지 재산상 이익을 취득한 것이 아니라는 판례의 논리도 수긍하기 어렵다. 왜냐하면 재물과 재산상의 이익은 특별 대 일반의 관계에 있으므로 재물을 취득하게 되면 당연히 재산상의 이익도 취득하는 것이라고 보아야 하기 때문이다. 만약 그렇지 않다면 타인의 사무를 처리하는 자가 임무에 위배하는 행위로서 현금을 취득하였어도 배임죄가 성립하지 않는다는 논리가 될 수 있는데, 이는 부당하다. 이러한 의미에서 판례가 부당하지만, 입법론적으로 볼 때에는 컴퓨터등사용

28) 임웅, 앞의 책, 353면; 정성근, 형법각론, 법지사, 468면; 김영환, “신용카드 부정사용에 대한 형법해석론의 난점”, 형사판례연구, 제3권, 1995, 318면; 손동권, “1995년도 형법중요판례평석”, 고시연구, 1996년 5월호, 173면; 하태훈, “현금자동인출기 부정사용에 대한 형법적 평가”, 형사판례연구, 제4권, 330면.

사기죄의 객체에 재산상의 이익뿐만 아니라 재물도 규정해야 할 것이다.

라. 인터넷을 통한 무권한사용의 문제

현금자동지급기가 아니라 인터넷뱅킹 등을 통해 타인의 은행구좌에서 자신 또는 제3자의 구좌로 자금을 이체시키는 경우와 같이 인터넷을 이용하는 경우에도 컴퓨터등사용사기죄가 성립 여부가 문제될 수 있다.

특히 위의 행위가 2001년개정형법 이전에 행해진 경우인데, 판례는 권한없는 정보의 입력이 부정한 명령의 입력에 포함된다고 하므로 이 경우에도 컴퓨터등사용사기죄를 인정할 것이다.

인터넷뱅킹에서는 현금을 인출하기에 앞서서 반드시 타인의 은행구좌에서 자신 또는 제3자의 은행구좌로 자금을 이체시키는 과정이 필요하다. 현행법하에서는 부정한 명령의 입력뿐만 아니라 권한없는 정보의 입력, 변경이 규정되어 있고, 이와 같이 자금을 이체시키는 행위는 재산상의 이익을 취득하는 행위라고 할 수 있기 때문에 현행법 하에서는 컴퓨터등사용사기죄를 인정하는 데에 별 문제가 없다.

2. 인터넷상의 음란정보규제상의 문제점

가. 문제상황

컴퓨터·인터넷범죄 중에서는 상표법, 저작권법위반 등 지적재산권 침해사범이 가장 높은 비율을 차지하고 있다.²⁹⁾

29) 대검찰청의 통계에 의하면, 2002년도 컴퓨터범죄로 처리한 사건의 총수는 5,943건이고, 그 구성은 전자문서관련죄 241건, 전산업무방해죄 30건, 전자기록비밀침해죄 8건, 컴퓨터사용사기죄 1,346건, 전자기록손괴죄 16건, 정보통신망법위반죄 4,024건, 개인정보보

그러나 컴퓨터범죄가 일반인들의 관심을 끌게 된 것은 경제범죄 때문이라기보다는 인터넷을 통한 음란 혹은 불건전정보의 유통 때문이었다. 예를 들어 2001년도 전반기에 인기절정 여가수의 정사장면을 담은 동영상은 인터넷을 통해 유통, 판매된 사건, 지방도시 미술교사가 자신의 홈페이지에 자신과 임신한 부인의 나체사진을 올려놓고 학생들로 하여금 조회할 수 있도록 한 사건, 고등학생이 인터넷의 폭발물제조사이트에서 배운 대로 사제폭탄을 제조하여 폭발시켜 2명에게 중화상을 입힌 사건, 인터넷자살사이트에서 만난 남녀 3명의 동반자살사건 등이 잇따라 발생함에 따라 인터넷을 통한 유해정보의 유통과 범람이 일반인들의 관심사로 등장하였다.

이 중에서도 가장 사회적 관심사가 되고 있는 것은 인터넷을 통한 음란물 및 불건전정보의 유통이다³⁰⁾. 한국에서의 음란사이트접속율이 세계최고라고 하는 일부 통계가 있을 정도로 인터넷은 한국인 특히 한국의 청소년들에게는 현실세계에서 억눌린 성적 욕구를 분출할 수 있는 좋은 수단이 되었다. 일부 청소년들은 인터넷을 통해 음란정보를 접촉, 교환할 뿐만 아니라 음란물을 유통, 교환하고 나아가 원조교제의 파트너를 찾는 데에도 이용하고 있다.

한편 원조교제(청소년의 성을 매수하는 행위)가 커다란 사회적 관심사가 되어 있는데, 청소년들이 용돈을 벌기위해 성인들과 성관계를 갖는 원조교제를 한다는 것은 기성세대에는 커다란 충격으로 다가왔다. 이에 따라 청소년보호법 및 '청소년의 성보호에 관한 법률'이 제정되었고, 특히 '청소년의 성보호에 관한 법률'은 청소년을 상대로 한 성범죄자의 신상을 공개할 수 있도록 하는 규정을 두었고, 이 규정의 시행여부를 놓고 많은 논란

호법위반죄 57건, 기타 특별법위반죄 1건 등으로 되어 있다(<http://icic.sppo.go.kr/>). 기타 컴퓨터·인터넷범죄의 실태에 대해서는, 정진섭, "한국 컴퓨터범죄 수사의 실태와 방향", 검찰, 통권 제111호(2000.12.), 105면-123면.

30) 일본의 상황에 대한 소개로서, 塩見 淳, 석창목(역), "인터넷을 이용한 외설범죄", 창원대학교 사회과학연구, 제7집, 2000, 299-305면.

이 있었으나, 청소년보호위원회는 동위원회의 인터넷홈페이지에 성범죄자들의 신상을 공개하고 있다. 이와 함께, 인터넷상의 청소년유해정보를 규제하는 대책들이 모색되고 있다.

나. 인터넷상의 음란정보범죄에 대한 법규정

1) 형법규정의 흠결

형법 제243조 및 제244조는 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대 하거나 공연히 전시 또는 상영한 자 및 이러한 행위를 목적으로 음란한 물건을 제조, 소지, 수입 또는 수출하는 행위에 대해 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있으나, 컴퓨터화 일들을 음란한 물건, 도화, 필름에 속한다고 해석할 수 없었다.³¹⁾

2) 특별법의 제정

그리하여 1993년 제정된 성폭력특별법 제14조에서는 인터넷을 통한 음란물이나 음란정보의 유통에 대해 형벌을 과하는 규정을 두었다.³²⁾ 그러나 동법은 여성보호를 위한 형사특별법이고, 정면으로 인터넷상의 음란물범죄에 대한 것은 아니었다. 또한 1997년에 제정된 청소년보호법은 청소년에게

31) 판례도 마찬가지로 입장이다. 대법원 1999.2.24. 선고 98도3140 판결. 형법 제243조는 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자에 대한 처벌 규정으로서 컴퓨터 프로그램파일은 위 규정에서 규정하고 있는 문서, 도화, 필름 기타 물건에 해당한다고 할 수 없으므로, 음란한 영상화면을 수록한 컴퓨터 프로그램파일을 컴퓨터 통신망을 통하여 전송하는 방법으로 판매한 행위에 대하여 전기통신기본법 제48조의2의 규정을 적용할 수 있음은 별론으로 하고, 형법 제243조의 규정을 적용할 수 없다. 일본에서의 논의에 대해서는, Rikizo Kuzuhara, 앞의 논문, 44-45면.

32) 인터넷음란물에 대한 현행법의 대응에 대해서는, 전지연, 앞의 논문, 52-57면.

인터넷상의 음란정보를 접하도록 하는 행위를 형벌에 처하는 규정을 두었다(동법 제7조 4호, 제50조 이하). 그러나 이 역시 인터넷상의 음란정보 전반을 규제하기 위한 것이 아니라 청소년보호의 목적을 위한 것이었다.

현재 인터넷상의 음란정보를 전반적으로 규율하는 법률은 앞서 언급한 정보통신망법이다. 동법 제65조는 인터넷상의 음란정보배포등죄를 제64조는 청소년유해매체정보에 관한 죄를 규정하고 있는데 이를 살펴보면 다음과 같다.³³⁾

① 음란정보배포등죄(제65조 제1항 제2호)

정보통신망법 제65조 제1항 제2호는 정보통신망을 통하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공연히 전시한 자를 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다.

형법 제243조는 “음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있다. 인터넷사이트의 80% 정도가 음란사이트라고 할 정도로 인터넷상에 음란정보가 널리 퍼지게 되었고 이것이 음란한 문서, 도화, 필름, 물건 등에 비해 해악이 적다고 할 수 없다. 인터넷상의 음란정보는 기존의 음란문서 등에 비해 그 양이나 질적인 면에서 뒤질 것이 없고, 전파성은 더 강하다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 형법해석의 엄격성, 유추해석금지원칙에 따라 인터넷상의 음란정보는 형법 제243조의 음란문서, 음란도화, 음란필름 또는 음란물에 속한다고 해석할 수 없다는 것이 통설, 판례³⁴⁾의 입장이다.

33) 사이버음란물의 개념과 그에 관한 현행법상의 대응책을 소개한 것으로서, 박희영, “사이버음란물에 대한 형법적 대응방안”, 부산대학교 법학연구, 제41권 제1호, 2000. 12. 249면 이하.

34) 대법원 1999.2.24. 선고 98도3140 판결은 “형법 제243조는 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자에 대한 처벌 규정

본죄는 위와 같은 형법전상의 처벌규정 흠결을 보완하기 위해 규정된 것이라고 할 수 있다.

② 청소년유해매체정보³⁵⁾에 관한 죄(제64조)

청소년보호법은 청소년보호를 위해 청소년유해매체물에 대해 규정하고 있고, 인터넷상의 정보도 청소년유해매체물에 포함될 수 있다(동법 제3조, 제7조, 제8조, 제12조). 청소년유해매체물은 청소년보호위원회가 청소년에게 유해한 것으로 결정하거나 확인하여 고시한 매체물, 정보통신윤리위원회등과 같은 각 심의기관이 청소년에게 유해한 것으로 의결 또는 결정하여 청소년보호위원회가 고시한 매체물, 매체물의 제작·발행자, 유통행위자 또는 매체물과 관련된 단체가 자율적으로 청소년유해여부를 결정하고 청소년보호위원회 또는 각 심의기관에 그 결정한 내용의 확인을 요청할 수 있는데 이에 의해 청소년에게 유해한 것으로 확인하여 청소년보호위원회가 고시한 매체물 등을 말한다.

정보통신망법 제42조는 “전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 일반에게 공개를 목적으로 정보를 제공하는 자(이하 “정보제공자”라 한다)중 청소년보호법 제7조제4호의 규정에 의한 매체물로서 동법 제2조제3호의 규정에 의한 청소년유해매체물을 제공하고자 하는 자는 대통령령이 정하

으로서 컴퓨터 프로그램파일은 위 규정에서 규정하고 있는 문서, 도화, 필름 기타 물건에 해당한다고 할 수 없으므로, 음란한 영상화면을 수록한 컴퓨터 프로그램파일을 컴퓨터 통신망을 통하여 전송하는 방법으로 판매한 행위에 대하여 ... 형법 제243조의 규정을 적용할 수 없다.”고 한다.

35) 인터넷을 통해 성인에게 음란물 및 음란정보를 유통시키는 행위도 금지되지만, 음란정보라고까지는 할 수 없어 청소년의 교육과 덕성형성에 악영향을 끼칠 수 있는 인터넷물건전정보로부터 청소년을 보호해야 한다는 것이 강조되었다. 결국 현행법상 인터넷상의 성표현물은 세 가지로 나눌 수가 있는데, 성인이건 청소년이건 모두에게 허용되는 성표현물, 성인에게는 허용되지만 청소년에게는 허용되지 않는 청소년유해매체적 성표현물, 성인과 청소년 모두에게 허용되지 않는 음란물이 있다. 청소년유해매체물의 경우 청소년보호위원회나 기타 심의기관에서 지정하게 되고(청소년보호법 제8조), 청소년보호위원회가 이를 고시하도록 되어 있다(청소년보호법 제2조 제3호, 제7조 제4호, 제8조, 제22조, 제27조).

는 표시방법에 따라 당해 정보가 청소년유해매체물임을 표시하여야 한다.”고 규정하고 있다. 동법 제64조 제1호는 이에 위반하여 청소년유해매체물임을 표시하지 아니하고 영리를 목적으로 제공하는 경우 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

정보통신망법 제42조의2는 정보통신서비스제공자가 인터넷상의 청소년유해매체물을 광고하는 내용의 정보를 전자우편·전화·모사전송 그 밖에 대통령령이 정하는 매체를 이용하여 청소년에게 전송하는 행위를 금지하고 있다. 동법 제64조 제2호는 이에 위반하여 청소년유해매체물을 광고하는 내용의 정보를 청소년에게 전송한 자에 대해 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

다. 현행대책상의 문제점 및 개선방안

1) 음란기준의 문제

그러나 인터넷상의 음란정보의 개념을 둘러싸고 많은 논란이 있다. 보수적 입장에서는 인터넷상의 음란개념도 다른 법률에서와 동일하게 정해야 한다고 한다. 예를 들어 정보통신윤리위원회에서 정하는 음란기준에 의하면 성기나 체모가 노출된 영상도 음란에 해당하게 된다. 청소년보호위원회에서도 비슷한 기준을 만들려고 하였으나 아직 완성이 되지 않은 상태이다.³⁶⁾

그러나 이러한 음란기준은 국가의 보호능력을 넘어서는 과잉범죄화로서 음란정보를 줄이는 효과 보다는 오히려 법의 적용·집행상의 불균형성이라는 부작용만을 초래할 것이라는 지적이 많다. 예를 들어 위와 같은 엄격한

36) 청소년보호위원회는 2000년도에 인터넷음란물기준을 마련하기 위한 작업을 진행하였으나 인터넷음란기준을 너무 엄격하게 설정하였을 경우에는 실효성이 없다는 문제가 있고, 음란기준을 너무 완화할 때에는 음란물을 광범위하게 허용하게 되는 결과를 초래할 수 있다는 것 때문에 그 기준에 대한 합의가 잘 이루어지지 않았다.

음란기준을 그대로 적용한다면 인터넷사이트의 대부분이 음란사이트에 해당되어 폐쇄대상이 될 것이므로 인터넷을 유명무실한 것으로 만들거나 아니면 많은 음란사이트 운영자 중 극소수의 사람들만을 단속·처벌하는 부작용을 초래할 것이라는 비판이 제기되고 있다.

현재 형법학계에서는 지극히 적은 범위의 음란물이나 음란정보 예를 들어 아동포르노, 수간, 집단성행위, 폭력적 성행위를 묘사한 하드포르노그래피에 대해서만 형사처벌을 하고 나머지 소프트포르노그래피에 대해서는 비범죄화하자는 입장³⁷⁾이 설득력있게 제시되고 있다. 이와 함께 일부에서는 인터넷이용자들이 자율적으로 등급을 정해서 자신이 원하는 정보를 접촉할 수 있도록 하는 등급제 등을 실시할 것을 주장한다.³⁸⁾ 그러나 성표현에 대한 규제를 완화하면 성범죄가 증가할 것이라고 생각하는 일반인들, 엄격한 성윤리를 고수하려는 유림과 보수적 기독교인 및 성표현물에 대한 규제완화가 여성의 상품화를 가속할 것이라고 우려하는 여성단체의 반대로 음란기준의 완화는 현실화되지 않고 있다. 또한 인터넷등급제는 인터넷에 대한 정부의 개입을 정당화하여 결국 표현의 자유를 침해할 것이라는 우려 때문에 반대하는 견해가 많은 형편이다.

2) 현행대책의 문제점 및 개선방향

현재까지 우리나라에서 인터넷범죄에 대한 가장 주요한 대책은 전통적 규제방법, 그 중에서도 강력한 처벌을 통한 규제방법의 고수이다. 예를 들어 자살사이트나 폭발물제조사이트에 대해서는 사이트를 폐쇄하고 사이트

37) 임웅, 앞의 책, 678-679면; 임웅, 비범죄화에 관한 연구, 법문사, 2000, 90-99면; 이경재, “성과 법, 자유와 규제 : 성표현물을 둘러싼 문제점”, 형사정책연구소식, 제39호(1997. 1·2월호) 12면 이하 등 참조.

38) 인터넷음란물에 대한 민간의 자율규제정책에 대해서는, 라봉하, “인터넷상의 음란물의 행정적 규제”, 남효순/정상조, 공편, 인터넷과 법률, 법문사, 2003, 622-629면.

의 운영자를 형법상의 자살방조죄나 폭발물에 관한 죄의 방조죄로 처벌하는 방법을 택했다. 인터넷음란정보에 대해서는 형사처벌이나 사이트의 폐쇄, 이용정지, 내용삭제, 경고, 청소년유해매체물지정 등 인터넷상에서 음란정보를 소멸, 감소시키는 방법이 주된 방법이라고 할 수 있다. 자살사이트는 자살을 시도하려는 사람들이 많이 모이는 곳이니 오히려 이런 사람들을 구하기 좋은 기회이므로, 자살사이트를 폐쇄하기 보다는 정신의학전문가나 상담전문가들이 자살사이트에서 대화로써 자살하려는 사람들을 구하는 것이 더 낫다는 의견들은 별로 받아들여지지 않았다.

그러나 이러한 강경일변도의 대책으로서는 인터넷음란범죄에 대해 효과적으로 대처할 수 없음이 명백하고, 좀더 유화적인 대책들이 필요하다고 생각된다.³⁹⁾ 예를 들어 우리나라에서도 인터넷음란기준을 완화하고 기존의 인터넷에 의한 음란범죄를 대폭 비범죄화 해야 한다는 것은 피할 수 없는 시대적 경향으로 보인다.⁴⁰⁾ 왜냐하면 기존의 대책들은 다음과 같은 심각한 문제점을 지니고 있기 때문이다.

첫째, 종전의 매체물에 대해 판례가 제시하고 있는 음란기준이나, 정보통신윤리위원회 등이 정한 엄격한 음란기준이 있지만 실제 이것이 인터넷에 적용되는 예는 거의 없다. 만약 이러한 음란기준을 그대로 적용한다면 인터넷상의 대부분의 사이트들이 음란정보를 제공하는 것이 될 것이고 모두 폐쇄 조치되어야 하기 때문이다.

둘째, 현실적으로도 이러한 엄격한 기준이 실효성이 있다는 증거 보다는 부작용이 많다는 증거가 훨씬 많다. 예를 들어 과거 영화나 비디오 등에 대해 지나치게 엄격한 음란기준을 적용함으로 인해 기성세대는 문제장면이 삭제된 영화를 관람하지만, 청소년들은 삭제된 장면만을 모아놓은 영화를 감상하는 현상이 있었는데, 이것은 인터넷에 대해서도 그대로 발생

39) 엄격한 기준의 국제적 적용상의 문제점을 지적한 것으로서, 전지연, 앞의 논문, 58면.

40) 같은 취지로, 김성전, “인터넷상의 범죄와 형법의 적용”, 인터넷법률, 제9호, 2001, 50-51면.

하고 있다. 즉, 미술교사가 자신과 부인의 나체사진을 홈페이지에 올려놓은 사건을 놓고 언론이나 공식기관들이 음란 여부의 논쟁을 벌이고 있지만, 실제 음란정보를 원하는 청소년들은 그 정도의 사진은 거들떠보지도 않고, 훨씬 더 강도가 높은 음란정보에 마음대로 접하고 있다.

셋째, 형법의 보충성원칙은 단순히 정당성 차원에서 주장되는 것이 아니라 기술적 차원에서 주장되는 것이라고 할 수 있다. 형벌을 동원할 수 있는 국가의 능력이 어차피 제한적인 것이라면 이를 가장 효율적으로 사용해야 하고 이를 위해서는 유해성이 심각한 범죄를 우선적으로 처벌해야 한다는 것이 형법의 보충성원칙의 또 다른 존재이유이다. 유해성의 심각정도에 대해서 사람마다 생각하는 바가 다를 수 있지만 일반적으로 소프트한 음란물이나 음란정보는 다른 사람의 법익을 직접적으로 침해하는 성격은 지니고 있지 않은 경우가 많다.

넷째, 청소년보호를 위해 음란정보나 음란물을 규제해야 한다고 하지만, 이러한 정책의 많은 부분이 왜곡된 청소년관에서 비롯된 것이기 때문이다. 이중적 성윤리 즉, 공식적으로는 엄격한 성윤리를 주장하고 배후에서는 자유분방한 성윤리를 가진 기성세대가 자신들에게는 관대한 성윤리기준을, 청소년에 대해서는 지나치게 엄격한 기준을 적용하는 대표적 예가 청소년보호의 사고에 나타나 있다.

일반적으로 이중적 기준이 적용될 때에는 사회적 강자에게는 유리한 기준이, 사회적 약자에게는 불리한 기준이 적용된다. 이것이 사회적 강자가 사회적 약자들을 억압하고 통제하는 전형적 방법이다. 청소년보호를 위한 음란물 혹은 청소년유해매체물의 규제는 사회적 강자인 기성세대가 청소년을 보호한다는 미명하에 사회적 약자인 청소년을 억압하고 통제하는 전형적인 예라고 할 수 있다. 그러나 청소년에게도 더 이상 성은 금지의 대상이 될 수 없고, 오히려 교육의 대상이 되어야 한다.

다섯째, 현재의 청소년보호를 위한 인터넷음란물규제는 이러한 주장과 운

동을 통해 이익을 받게 되는 도덕사업가(moral enterpriser)들에 의해 이용당하는 경향이 있다. 한국의 청소년을 가장 억압하고 고통스럽게 하는 것은 청소년기를 인생의 한 단계가 아니라 대학입시준비를 위해 모든 것을 유보할 것을 요구하는 사회제도 내지 기성세대의 요구라고 할 수 있다. 이런 제도로 인해 성적을 비판하여 자살하는 청소년, 엄격한 통제 속에서 합숙하며 입시공부를 하던 수십 명의 청소년이 화재로 사망하는 사건들도 있었다.

이러한 우리사회에서 청소년보호의 최우선과제는 청소년들을 이런 억압적 교육제도에서부터 해방시켜 인생의 한 단계로서의 청소년시절을 인간다운 생활을 하면서 지내도록 하여 주는 것이고, 인터넷음란물이나 유해매체물로부터 보호하는 것은 그 다음 해결할 과제라고 할 수 있다. 음란물이나 유해매체물 때문에 사망하는 청소년은 아직 없기 때문이다. 그러나 ‘청소년의 성보호에 관한 법률’은 제정되었지만, ‘청소년의 생명보호에 관한 법률’이나 ‘청소년의 자유보호에 관한 법률’들은 제정되지 않고 있다.

따라서 엄격한 성윤리를 일반인이나 특히 청소년들에게 강요하고 이를 그대로 집행하려고 하는 무모하고도 시대착오적인 대책들을 더 이상 유지하여서는 안되고, 인터넷음란물이나 음란정보의 유통현실, 국가의 형벌권 동원능력, 단속상의 기술상 문제 등을 종합적으로 고려하여 새로운 음란기준을 설정하고 공개의 범위도 정해야 할 것이다. 이 때에는 인터넷과 다른 매체 즉, 영화, TV, 서적, 연극 등의 접근가능성, 공연성, 영향력 등에 있어서의 공통점과 차이점을 충분히 고려하여야 할 것이다.

3. 기타의 문제점 및 개선방안

가. 인터넷상의 명예훼손죄의 문제

정보통신망법 제61조 제1, 2항은 형법 제309조 제1, 2항의 내용을 보완

한 것으로서 정보통신망을 통한 것이라는 점을 제외하고는 구성요건의 내용은 형법의 내용과 같고 제61조 제3항은 형법 제312조 제2항의 규정과 같다. 징역형의 내용도 형법과 같다.

그러나 벌금형을 보면 형법 제309조 제1항이 700만원 이하, 제2항이 1,500만원 이하의 벌금임에 비해 본죄의 벌금형은 각각 2천만원 이하, 5천만원 이하의 벌금으로서 형법에 비해 현저히 높다. 인터넷을 통한 명예훼손이 신문, 잡지, 라디오, 기타 출판물에 의한 명예훼손 보다 명예침해의 가능성이 월등히 높다고 할 수는 없기 때문에 벌금형을 형법에 비해 현저하게 높인 것은 바람직하지 않다.

또한 출판물 등에 의한 명예훼손은 형법, 인터넷을 통한 명예훼손은 특별법에 두기 보다는 이를 형법에 통합하여 규정하는 것이 바람직할 것이다.

나. 과잉범죄화 내지 과잉형벌화의 문제

대부분의 행정형법과 마찬가지로, 정보통신망법에도 과잉범죄화 내지 과잉범죄화 규정들이 존재한다.

1) 과잉범죄화의 문제

동법상의 과잉범죄화 규정들로 다음의 것들을 들 수 있다.

첫째, 동법 제65조 제1항 제3호는 사이버스토킹을 범죄화하였는데, 먼저 현실세계의 스토킹을 범죄화하지 않은 상황에서 사이버스토킹을 범죄화하는 것은 과잉범죄화라고 할 수 있다. 사이버스토킹과 현실세계의 스토킹 중 아무래도 후자가 전자보다 해악이 크다고 할 수밖에 없는데 후자는 처벌하지 않으면서 전자를 처벌하는 것은 형법의 보충성원칙에 맞지 않기

때문이다. 또한 사이버스토킹을 범죄화하더라도 범죄구성요건이 명확해야 하는데, ‘공포심이나 불안감을 유발하는’이라는 개념은 매우 불명확하다고 할 수 있다.

따라서 이 규정은 삭제되어야 할 것이고, 만약 범죄화하는 경우에도 충분한 의견수렴을 거쳐서 다시 규정해야 할 것이다.

둘째, 2002년 12월 개정된 동법 제65조의2는 영리목적으로 광고성 정보를 전송하는 자가 수신자의 수신거부를 회피하거나 방해할 목적으로 기술적 조치를 하는 행위, 숫자·부호 또는 문자를 조합하여 전화번호·전자우편주소 등 수신자의 연락처를 자동으로 생성하는 프로그램 그밖의 기술적 장치를 이용하여 영리목적의 광고성 정보를 전송하는 행위, 전자우편주소의 수집을 거부하는 의사가 명시된 인터넷 홈페이지에서 자동으로 전자우편주소를 수집하는 프로그램 그 밖의 기술적 장치를 이용하여 전자우편주소를 수집·판매·유통 또는 정보전송에 이용하는 행위들을 범죄로 규정하고 있다. 이는 스팸메일을 규제해야 한다는 의견을 반영한 것이라고 할 수 있다.

그러나 현실세계에서도 수신자가 원치않는 여러 가지 우편물들이 배달되고 있지만 이를 범죄화하지 않고 있는 상황에서 스팸메일을 범죄화하는 것은 과잉범죄화라고 할 수 있다. 그리고 이러한 행위들은 형벌에 처할만큼 반윤리적 성격을 띠고 있다기보다는 질서위반적인 성격을 띠고 있는 것이므로 형벌에 처하기 보다는 과태료에 처하면 충분하다고 생각된다.

2) 과잉형벌화의 문제

정보통신망법상의 형벌규정 중 다음의 것들은 과잉형벌화의 문제가 있다.

첫째, 동법 제62조 제4호와 제5호는 컴퓨터바이러스유포죄와 정보통신

망에 장애를 발생케 하는 죄에 대해 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금으로서 형법 제314조 제2항의 컴퓨터 등에 의한 업무방해죄의 형벌인 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 비해 징역형은 같으나 벌금형은 더 무겁다. 동죄들은 업무방해나 손괴의 정도에 이르지 않는 정보통신망에 장애를 발생케 하는 행위 그 자체를 벌하는 규정이므로 업무방해나 손괴의 결과를 발생시킨 경우에 비해서는 형벌이 가벼워야 할 것이다. 따라서 컴퓨터바이러스를 유포시키거나 정보통신망에 장애를 발생시켜 업무방해의 결과를 발생시키면 5년 이하의 징역 또는 1,500만원 이하의 벌금에 처해지는데 비해 업무방해의 결과를 발생시키지 않고 정보통신망에 장애만을 발생시킨 경우에는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처해지는 이상한 결과가 초래된다. 따라서 동범죄의 법정형을 낮출 필요가 있다.

둘째, 제62조 제6호는 비밀침해죄에 대해 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하고 있다. 이는 형법 제316조의 비밀침해죄의 법정형인 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 비해 지나치게 높다고 할 수 있다. 인터넷상의 비밀침해죄와 현실세계에서의 비밀침해죄 중 전자가 후자에 비해 반드시 그 해악이 크다고 말할 수는 없고, 오히려 후자가 전자보다 해악이 클 가능성이 많다. 따라서 인터넷상의 비밀침해죄에 대해 이렇게 높은 형벌을 규정한 것은 과잉형벌화라고 할 수 있으므로, 법정형을 하향조정할 필요가 있다.

또한 동규정상 '정보통신망에 의해 보관되는 타인의 정보'란 결국 전자기록 등 특수매체기록에 해당하여 이를 도용 또는 누설하는 경우에는 동규정에 위반될 뿐만 아니라 형법상의 비밀침해죄에도 해당하게 되므로 양범죄규정이 중복되지 않도록 조정할 필요가 있다.

IV. 결 어

이상 컴퓨터·인터넷범죄에 대한 현행법규들을 분석해 보았다. 현재 상당부분의 컴퓨터·인터넷범죄들은 형법 보다는 특별법에 의해 규율되고 있다고 할 수 있다. 그런데 컴퓨터와 인터넷은 우리 생활의 핵심적 부분을 이루고 있다. 컴퓨터를 이용한 작업, 인터넷쇼핑, 인터넷을 통한 정보검색, 인터넷을 통한 사무처리 등 컴퓨터와 인터넷을 이용하는 생활들은 점차 증가하고 있을 뿐만 아니라 경우에 따라서는 오프라인에서의 생활 보다 더 중요한 위치를 차지하고 있는 형편이다. 예를 들어 과거에는 오프라인에서 음란소설이나 음란물 등을 구매하여 음란정보에 접근하는 것이 전부였지만, 현재에는 성인이건 청소년이건 인터넷을 통해 음란정보에 쉽게 접근할 수 있고 나아가 과거와는 비교할 수 없을 정도로 훨씬 다양한 양적, 질적 접근방법이 생겨났다. 따라서 현재에는 음란정보에 대한 대책이라고 할 경우 오프라인의 음란물 내지 음란정보 보다는 인터넷상의 음란정보에 대한 대책이 훨씬 더 논의의 핵심이 되었다고 할 수 있다.

이와 같이 컴퓨터와 인터넷이 우리 생활의 필수적 부분을 이루고 있음에도 불구하고 오프라인상의 범죄들은 기본법인 형법에 규정되어 있고, 인터넷상의 범죄들의 상당부분은 특별법에서 규정하고 있는 것은 문제라고 할 수 있다. 특별법들은 형법에 비해 사회 각계각층의 사람들의 의견이나 이해관계가 반영되기 보다는 사회의 일부계층의 의견이나 이해관계가 반영될 위험성이 있다는 점을 고려한다면 특별법으로 국민 전부의 이해에 관련되어 있는 사항들을 규정하는 것은 더 큰 문제라고 할 수 있다. 이러한 문제점은 앞에서 살펴본 바와 같이 정보통신망법상의 과잉범죄화나 과잉범죄화규정들에서도 잘 나타나고 있다.

물론 컴퓨터와 인터넷은 하루가 멀게 빨리 발전하고 있고 이 때문에 형

법보다는 특별법에 의해 신속하게 대응하는 것이 더 합리적일 수도 있다. 그러나 특별법에 의한 대응은 임시적인 것이지 영구적인 것이라고 할 수 없으므로, 어느 정도의 기간이 경과한 때에는 특별법의 규정들을 형법에 수용하는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 그래야만 다수 국민들의 지혜를 모아 컴퓨터·인터넷범죄에 대한 대책을 수립할 수 있고, 우리 생활에 직결되어 있는 컴퓨터·인터넷 범죄에 대한 국민들의 규범의식을 높일 수 있게 된다. 이와 같이 컴퓨터·인터넷범죄의 대책에 다수 국민들이 관심을 갖고 참여해야 좀더 효과적으로 컴퓨터·인터넷범죄를 예방, 진압, 처벌할 수 있기 때문이다.

Bewältigung der Internetkriminalität

Oh, Young-Keun*

Seit 15 Jahren kann die Bewältigung Koreas der Computer- und Internetkriminalität in zwei Zeiträume eingeteilt werden. Einer davon ist von Mitte 1980 bis zur Mitte 1990, in dem die Computerkriminalität ohne das Internet begangen wurde. Der andere davon ist von der letzten Hälfte 1990 bis heute, in dem diese Computerkriminalität durch das Internet begangen wurde.

Heutzutage ist die Rede von Internetkriminalität. Die Ursache dafür liegt darin, dass pornographische und sonstige schädliche Darstellungen durch das Internet weitergreifend verbreitet werden. Bis heute in Korea wird das starke Strafrecht als die wichtigste Bewältigung dieser Internetkriminalität aufgefördert.

Aber gibt es folgendes Probleme in dieser Bewältigungswiese.

Erstens: Der Maßstab des pornographischen Begriffs ist zwar strikt, aber dieser Maßstab ist gar nicht anwendbar. Zweitens: Tatsächlich bestehen viele Beweise, dass dieser Maßstab viele Nebenwirkungen veranlasst. Dies beweist, dass dieser strenge Maßstab nicht erfolgreich ist. Drittens: Unter dem Subsidiaritätsprinzip versteht man die Einschränkung des staatlichen Strafrechts. D.h. das Strafrecht soll das wirksamste Mittel sein, und auch das schädlichste Verbrechen soll zuvörderst bestraft werden. Aber einfache Pornographie oder

* Professor, College of Law, Hanyang University

pornographische Darstellungen haben üblicherweise gar keine Eigenschaft, die das fremde Rechtsgut unmittelbar verletzt. Viertens: Die meiste Jugenschutzpolitik beruht auf dem verdrehten sittlichen Gesichtspunkt, z.B. doppelte Sexualmoral. D.h. man, dessen Maßstab der Sexualmoral flexibel ist, zwingt öffentlich die Jugend, die strenge Sexualmoral zu haben. Aber die Sexualität ist m.E. für die Jugend auch kein verbotener Gegenstand, sondern nur ein Erziehungsgegenstand. Fünftens: Zur Zeit könnte die Regelung für den Jugenschutz manchmal vom moral enterprise ausgenutzt werden. Moral enterprise behaupten, dass die Pornographie im Internet sehr gefährlich für die Jugend ist, so dass die Regelung und der Maßstab dafür sehr strikt sein soll. Aus dieser Propaganda kann moral enterprise viel Nutzen ziehen.

Also erscheint mir die Maßstabs-erleichterung am pornographischen Begriff im Internet sowie die Entkriminalisierung zutreffend.

형사소송법과 유추금지

최 석 윤

형사정책연구 제14권 제2호(통권 제54호, 2003·여름호)

한국형사정책연구원

형사소송법과 유치금지

최 석 윤*

I. 시작하는 말

형사소송법 제103조는 “보석된 자가 형의 선고를 받고 그 판결이 확정된 후 집행하기 위한 소환을 받고 정당한 이유없이 출석하지 아니하거나 도망한 때에는 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 보증금의 전부 또는 일부를 몰수하여야 한다”고 규정하고 있다. 이것은 유죄판결확정과 보증금의 몰수에 관한 규정으로서 보증금의 전부를 몰수할 것인가 아니면 그 일부만 몰수할 것인가는 법원의 판단에 속하지만 법원이 반드시 보증금의 전부 또는 일부를 몰수하여야 하기 때문에 일반적으로 보증금의 필요적 몰수에 관한 규정으로 이해되고 있다.

이와 관련하여 대법원은 2002년 5월 17일에 선고한 판례¹⁾에서 “원래 보석보증금이 소송절차 진행 중의 피고인의 출석을 담보하는 기능 외에 형 확정 후의 형 집행을 위한 출석을 담보하는 기능도 담당하는 것이고 형사소송법 제102조 제2항의 규정에 의한 보증금몰수결정은 반드시 보석취소결정과 동시에 하여야만 하는 것이 아니라 보석취소결정 후에 별도로 할 수도 있다고 해석되는 점(대법원 2001.5.29. 2000도22 전원합의체 결정 참조)

* 한국해양대학교 해양경찰학과 조교수, 법학박사

1) 대법원 2002.5.17. 선고 2001도53 결정.

에 비추어 보면, 위 법 제103조에서 규정하는 ‘보석된 자’란 보석허가결정에 의하여 석방된 사람 모두를 가리키는 것이지, 판결확정 전에 그 보석이 취소되었으나 도망 등으로 재구금이 되지 않은 상태에 있는 사람이라고 하여 여기에서 제외할 이유가 없다”라고 하였다.²⁾ 즉 대법원은 형사소송법 제103조에 규정된 ‘보석된 자’의 의미를 제102조 제2항의 취지에 비추어 ‘보석허가결정에 의하여 석방된 사람 모두를 가리키는 것’으로 해석하고, 따라서 ‘판결확정 전에 보석이 취소되었으나 도망 등으로 재구금이 되지 않은 상태에 있는 사람’도 포함하는 것으로 보고 있다. 여기서 대법원이 형사소송법 제102조 제2항의 취지를 고려하여 제103조의 ‘보석된 자’가 ‘판결확정 전에 보석이 취소되었으나 도망 등으로 재구금이 되지 않은 상태에 있는 사람’도 포함하는 것으로 해석하는 것은 유추에 해당하는지 여부와 형사소송법에서도 유추금지원칙이 적용될 수 있는지 여부의 문제가 제기될 수 있다.

이하에서는 바로 그와 같은 문제제기와 관련하여 먼저 해석과 유추의 관계(Ⅱ) 및 형사소송법과 유추금지의 관계(Ⅲ)에 관한 일반적인 내용을 살펴본 후 대법원의 판례에 대해 비판적 검토(Ⅳ)를 시도하고자 한다.

Ⅱ. 해석과 유추의 관계

1. 법률해석 방법론

일반적으로 사비니(Savigny) 이래 ① 법문의 언어학적·문법적 의미에 따른 해석인 문리해석, ② 법조문의 논리적·체계적 연관관계에 입각한 논리적·체계적 해석, ③ 역사적인 입법자의 의사를 토대로 한 주관적·역사적 해석 및 ④ 법규범이 실제로 추구하는 객관적 목적에 입각한 객관적·

2) 판례공보 제158호.

목적론적 해석이 전통적인 법률해석의 방법으로 제시되고 있다.³⁾ 그 밖에 “법률을 해석할 때 법관은 헌법의 가치결단을 벗어나는 위헌적 해석을 해서는 안 된다”는 합헌적 해석방법과 “법관이 자신이 내리려는 결정에 의해 발생할 ‘실제결과’를 예측하고 평가하여 긍정적이라고 판단되면 그대로 그 결정을 내리고 부정적이라고 판단되면 그 결정을 내리지 않는다”는 결과지향적 해석방법이 제시되고 있다. 그런데 합헌적 해석은 헌법적 가치결단의 한계를 넘지 말라는 부정의 내용이기 때문에 적극적 기준을 제시하지 못하는 문제점이 있고, 결과지향적 해석방법은 죄형법정주의의 요청으로 인하여 형법에서는 적용되기 어렵다.⁴⁾

전통적인 해석방법의 경우에도 문리해석은 형법개념의 다양성과 - 그로 인한 불가피한 - 불명확성 때문에 실무상 제한적 의미를 가질 수밖에 없고, 논리적·체계적 해석은 법률의 체계적 배열이 완벽하다는 전제하에서만 가능하다는 문제점이 있고, 주관적·역사적 해석은 역사적인 입법자의 의사를 확인하기 어려운 경우가 있고 - 확인이 가능한 경우에도 - 시간적 간극으로 인해 현실에 부합하지 못한다는 한계가 있으며, 객관적·목적론적 해석은 다분히 법률문언의 의미를 벗어날 위험성을 내포하고 있기 때문에 입법과 해석의 한계가 불분명하게 된다는 문제점이 있다. 더 나아가 이러한 개별적 문제점 이외에도 전통적인 해석방법은 일반적인 문제점을 안고 있다. 즉 전통적인 해석방법은 각각 나름대로 합리적 근거와 장점을 가지고 있고 해석방법의 우선순위를 가릴 수 있는 기준이 없기 때문에 - 비록 객관적·목적론적 해석이 가장 광범위한 지지를 받고 있기는 하지만 - 어떤 상황에서 어떤 해석방법이 사용되어야 하는가 라는 문제를 해결할 수 없다. 따라서 법관은 자신의 결론을 뒷받침할 수 있는 해석방법을 언제든지 임의로 선택할 수 있게 되고, 해석방법은 기껏해야 판결결과를 정당

3) Larenz/Canaris(허일태 역), 법학방법론, 2000, 183면.

4) Hassemer, Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze, FS für Coing, 1982, 493면 이하 참조.

한 것으로 보이게 하는 ‘언어적 도색기능’을 하는 것에 지나지 않게 된다.⁵⁾ 이러한 관점에서 본다면 대법원의 판례에 대한 평가도 어떠한 해석 방법을 동원하는가에 따라 달라질 수밖에 없을 것이다.

그런데 형법에서는 형법의 예측가능성을 보장함으로써 국가형벌권의 남용으로부터 개인의 자유와 권리를 보호하고자 하는 죄형법정주의의 취지 때문에 형법해석은 법률‘문언의 가능한 의미’한계에 구속되어야 한다는 것이 학자들의 일반적인 견해⁶⁾인 동시에 대법원의 입장이기도 하다. 즉 대법원은 “형벌법규는 문언에 따라 엄격하게 해석·적용하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 안 되며, 법률의 입법취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석도 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나서는 안 된다”⁷⁾는 입장을 취하고 있다. 요컨대 형법해석은 문리해석, 논리적·체계적 해석, 주관적·역사적 해석 또는 객관적·목적론적 해석 가운데 어떠한 해석방법에 의하더라도 ‘문언의 가능한 의미’ 또는 ‘법률문언의 통상적인 의미’의 한계에서 벗어날 수 없다는 것이다.⁸⁾ 따라서 ‘문언의 가능한 의미’ 또는 ‘법률문언의 통상적인 의

5) 예컨대 배종대, 형법총론, 2002, 85면 참조.

6) 예컨대 김일수/서보학, 형법총론, 2002, 40면; 박상기, 형법총론, 2002, 32면; 손동권, 형법총칙론, 2001, 30면; 오영근, 형법총론, 2002, 65면 이하; 이재상, 형법총론, 2000, 26면; 임웅, 형법총론, 2002, 24면 이하; 정성근/박광민, 형법총론, 2001, 15면.

7) 예컨대 대법원 2003.1.10. 선고 2002도2363 판결 참조.

8) 다만 명백히 입법자의 의사를 그르친 誤記 등을 의미하는 ‘인쇄상의 과오(Druckfehler)’ 또는 입법자가 조문을 정리하는 과정에서 실수로 형벌법규의 규율대상을 빠뜨리거나 미처 앞으로 진행될 사회변화를 예측하지 못한 경우를 의미하는 ‘편집상의 과오(Redaktionsfehler)’에 대해서는 ‘문언의 가능한 의미’를 벗어나는 ‘보정적 해석(die berichtigende Auslegung)’을 인정하는 견해도 있다. 인쇄상의 과오의 경우에 입법자의 의사를 그르친 것이 명백히 밝혀진다면 이를 정정하는 것은 범치국가의 관점에서 허용될 수 있다고 보는 것이 일반적이다. 그러나 편집상의 과오의 경우에 입법자가 조문을 정리하는 과정에서 실수로 형벌법규의 규율대상을 빠뜨린 것에 대해서는 예외적으로 보정적 해석을 인정하지만 앞으로 진행될 사회변화를 예측하지 못한 것에 대해서는 보정적 해석을 인정하지 않는 견해와 전자든 후자든 편집상의 과오의 경우에는 범치국가 내지 죄형법정주의의 관점에서 보정적 해석이 허용될 수 없다는 견해가 대립되고 있다. 편집상의 과오에 대해서는 전자든 후자든 보정적 해석을 인정하지 않는 것이 죄형법정주의의 취지에 부합하며, 이 경우 보정적 해석을 인정하는 것은 민주적 정당성을

미'가 형법해석의 한계로 등장하게 된다. 물론 형법해석을 “법조문의 내용을 문언의 일상적인 의미로부터 시작하여 문언의 가능한 의미에 이르기까지 파악해 가는 과정을 말한다”⁹⁾고 이해하는 입장에서 보면 문언의 통상적인 의미와 문언의 가능한 의미는 구분되는 것이라고 볼 수도 있다.

2. 법률해석의 한계

이처럼 대다수 형사법학자들은 일반적으로 ‘문언의 가능한 의미’라는 기준을 통해 형법해석의 한계, 즉 해석과 유추를 구분하고 있다.¹⁰⁾ 이에 따르면 형법해석이 ‘문언의 가능한 의미’ 내에서 이루어지면 허용되는 해석이고 그러한 한계를 벗어나면 금지되는 유추가 된다. 그러나 구체적으로

확보하기 어려운 것으로 보인다. 이와 관련된 자세한 논의는 예컨대 김영환, “형법상 해석과 유추의 한계”, 법률해석의 한계(신동운 외 4인 공저), 2000, 105면 이하; 신동운, “형법법규의 흠결과 해석에 의한 보정의 한계”, 법률해석의 한계(신동운 외 4인 공저), 2000, 12면 이하; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT., 4. Aufl., 1988, 142면 이하; Krey, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977, 168면 이하 참조.

- 9) 예컨대 김영환, “형법해석의 한계 - 허용된 해석과 금지된 유추와의 상관관계”, 법률해석의 한계(신동운 외 4인 공저), 2000, 35면 이하; 김일수/서보학, 앞의 책, 34면 참조.
- 10) 독일에서는 이미 오래 전부터 형법해석의 한계에 관한 활발한 논의가 진행되어 왔지만, 국내에서는 비교적 최근에 이르기까지 주목할 만한 논의도 없었을 뿐만 아니라 대다수의 학자들이 별다른 이론적 성찰도 없이 독일의 다수설을 수용하였던 것이 사실이다. 그러나 1994년 12월 20일에 선고된 대법원의 전원합의체결정(94도32결정)을 계기로 국내에서도 형법해석의 한계에 관한 활발한 논의가 진행되고 있다. 이에 관한 최근의 자료를 소개하자면 예컨대 구모영, “형법해석의 한계에 관한 방법적 성찰”, 비교형사법연구 제4권 제1호, 2002, 353면 이하; 김대휘, “형법해석의 한계와 방법론”, 법률해석의 한계(신동운 외 4인 공저), 2000, 127면 이하; 김선복, “형법상 해석과 유추”, 비교형사법연구 제3권 제2호, 2001, 61면 이하; 김영환, “형법해석의 한계 - 허용된 해석과 금지된 유추와의 상관관계”, 법률해석의 한계(신동운 외 4인 공저), 2000, 21면 이하; 김영환, “형법상 해석과 유추의 한계”, 법률해석의 한계(신동운 외 4인 공저), 2000, 91면 이하; 변종필, “공직선거법상 기부행위로서의 ‘제공’의 의미와 죄형법정원칙”, 비교형사법연구 제4권 제2호, 2002, 553면 이하; 신동운, “형법법규의 흠결과 해석에 의한 보정의 한계”, 법률해석의 한계(신동운 외 4인 공저), 2000, 1면 이하; 이상돈, “형법해석의 한계”, 법률해석의 한계(신동운 외 4인 공저), 2000, 41면 이하; 정승환, “형법상 유추금지에 관한 고찰”, 안암법학 통권 제12호, 2000, 139면 이하; 최봉철, “문언중심적 법해석론 비판”, 법률해석의 한계(신동운 외 4인 공저), 2000, 149면 이하 참조.

어떠한 것이 ‘문언의 가능한 의미’ 내에 있는지에 대해서는 견해가 달라질 수 있다. 따라서 ‘문언의 가능한 의미’라는 기준은 이론적 측면에서 너무나 모호한 형식적 기준에 불과하다는 비판이 제기된다.¹¹⁾

예컨대 삭스(W. Sax)는 ‘문언의 가능한 의미’라는 기준은 너무나 형식적이기 때문에 해석과 유추의 한계에 대해 아무런 내용적 척도도 제공할 수 없다고 한다.¹²⁾ 카우프만(Arthur Kaufmann)도 유추는 모든 해석에 내재하는 필연적인 논리적 구조이기 때문에 양자의 구별은 단지 허용되는 유추와 허용되지 않는 유추의 구분에 불과하고, ‘문언의 가능한 의미’라는 기준으로는 해석과 유추를 구분할 수 없다고 한다.¹³⁾ 그러나 그는 아직도 ‘불법유형(Unrechtstypus)’을 통해 양자를 구별할 수 있다고 보고 있다. 즉 유추적 법발견 내에서 허용되는 법 적용과 허용되지 않는 법 적용의 한계 기준은 불법유형이며, 이러한 불법유형에 포섭될 수 없는 법 적용만이 법률의 목적설정으로부터 완전히 동떨어진 자유로운 법발견에 해당하기 때문에 죄형법정주의의 관점에 의해 금지된다는 것이다. 더 나아가 하세머(W. Hassemer)는 해석과 유추는 구분할 수 없으며, 양자는 법해석 이전에 확정되어 있는 것이 아니라 해석과정에서 해석자의 반성적 성찰에 의해 확인될 수밖에 없다고 한다.¹⁴⁾

이와 같이 ‘문언의 가능한 의미’라는 기준은 너무나 모호한 형식적 기준에 불과하고 “해석과 유추는 구조적으로 동일하다”¹⁵⁾고 보는 입장에서 허

11) 예컨대 변종필, 앞의 논문, 564면 이하; 배종대, 앞의 책, 78면 이하; 이상돈, 법이론, 1997, 139면 이하.

12) Sax, Das strafrechtliche Analogieverbot, 1953, 79면 이하 참조.

13) Kaufmann, Analogie und “Natur der Sache”, 1965, 37면 이하 참조.

14) Hassemer, Tatbestand und Typus, 1968, 162면 이하 참조.

15) 이와 같은 입장에서는 “법의 적용은 유추적일 수밖에 없기 때문에 ‘유추금지’, ‘유추해석금지’ 및 ‘유추적용금지’라는 말은 적합하지 않다”고 보고, 유추금지의 문제도 결국 ‘해석과 유추의 한계’가 아니라 ‘허용되는 해석과 허용되지 않는 해석의 한계’에 관한 문제로 본다(배종대, 앞의 책, 79면). 한편 ‘문언의 가능한 의미’를 ‘허용되는 해석과 금지되는 유추의 한계’로 보는 입장에서는 ‘문언의 가능한 의미’를 넘어가지 않는 확장해

용되는 해석과 허용되지 않는 해석의 구별기준으로 해석의 ‘근거지움’을 주장하는 견해가 있다.¹⁶⁾ 이러한 견해에 따르면 “법률해석의 한계는 그 해석의 근거지움(Begründung)이 더 이상 가능하지 않은 곳에서 비로소 시작한다”는 것이다. 여기서 ‘근거지움’이란 법관이 법률텍스트를 자기 앞에 놓인 사안과 관련하여 ‘그렇게’ 이해하는 합리적 근거를 대고, 모든 사람들이 그의 그러한 의미이해를 납득할 수 있게 하는 것을 말한다.¹⁷⁾ 이러한 입장에서는 해석의 ‘근거지움’을 판단하기 위한 ‘외재적 기준’을 인정하지 않기 때문에 법관에게 그가 자신의 법률해석에 대하여 제시한 근거가 다른 어떤 근거보다도 ‘더 나은 근거’로서 더 나은 설득의 힘을 갖는 것인지에 대하여 끊임없이 성찰할 것을 요구한다. 더 나아가 법관의 자기성찰 이외에도 법관의 법규범은 법률전문가 사이에서는 물론이고 때로는 일반인 사이에서도 활발한 비판과 토론의 대상이 됨으로써 법관의 법률해석이 근거지워진 것으로 판명되기도 하고 근거지워지지 않은 것으로 판명되기도 한다는 것이다. 요컨대 이러한 입장에서는 유추금지를 ‘근거지움’의 요청, 즉 ‘입법자의 의사소통상황’과 ‘형법의 규범적 맥락(보충성원칙, 책임원칙, 법익보호원칙 등)속으로 들어가라는 요청’으로 이해한다. 그리고 이러한 요청들은 법관의 형법해석을 반증하는 외재적 기준이 아니기 때문에 “유추금지는 법치국가적 형법을 실현하려는 법관의 직업에토스일 뿐이다!”라고 한다.

지금까지 살펴본 내용에 따르면 한편으로 ‘문언의 가능한 의미’라는 기준은 너무나 모호하고 형식적인 기준이기 때문에 그것으로 형법의 해석한계

석(확대해석)은 허용되는 해석으로 이해하고 ‘문언의 가능한 의미’를 넘어가는 확장해석(확대해석)은 금지되는 유추로 이해한다(예컨대 오영근, 앞의 책, 66면). 대법원의 반대의견도 후자의 견해와 유사한 입장에서 ‘문언의 가능한 의미’를 넘어가는 확대해석을 유추해석과 동일한 의미로 사용하고 있는 것으로 보인다. 그러나 허용되는 해석과 금지되는 유추라고 표현하든 허용되는 해석과 허용되지 않는 해석이라고 표현하든 그것은 용어상의 문제일 뿐이고 죄형법정주의의 취지에 비추어볼 때 형법해석에서 중요한 것은 어떠한 방법으로 해석의 한계를 설정할 것인가라는 문제이다.

16) 이상돈, 앞의 논문, 77면 이하 참조.

17) 이상돈, 앞의 논문, 78면.

를 설정하기에는 문제점이 있다는 주장은 설득력이 있는 것으로 보인다. 바로 이러한 사정으로 인하여 ‘문언의 가능한 의미’라는 기준을 통해 허용되는 해석과 금지되는 유추를 구별하는 입장에서도 ‘문언의 가능한 의미’를 해석의 출발점이 아니라 결과라고 보고 있다.¹⁸⁾ 즉 ‘문언의 가능한 의미’라는 기준은 결코 법해석 이전에 미리 확정되어 있는 것이 아니라 법의 해석 과정을 통해 비로소 형성되는 것이라고 한다. 그러나 다른 한편으로 유추금지를 ‘근거지움’의 요청으로 이해하는 견해는 나름대로 장점도 있지만, 모든 것을 법관의 직업에토스에 맡겨 버림으로써 죄형법정주의의 근본취지를 무색하게 할 우려가 있는 것으로 보인다.¹⁹⁾ 즉 이러한 견해가 “법관에게 자신의 판결을 성실하게 근거지우고 공적 비판에 자신을 개방하도록 요구하며 그에 따라 다시금 법관에게 자신의 판단을 성찰하도록 요구한다”는 측면은 높이 평가할 만하지만, 형법해석의 한계를 법관의 직업에토스에만 맡기는 측면은 죄형법정주의의 근본취지에 반한다. 더 나아가 해석의 ‘근거지움’이라는 기준도 ‘문언의 가능한 의미’라는 기준에 못지않은 형식적인 기준으로 보인다. 왜냐하면 매우 그럴듯한 주장과 참신하다 못해 생소하기조차 한 용어로 치장을 하였지만 결국 핵심적인 내용은 전통적 해석방법론에서 논의되어 왔던 것과 크게 다른 것이 없어 보이기 때문이다. 이러한 사실은 - 객관적·목적론적 해석론을 의미하는 - ‘목적중심적 법해석론’을 주장하는 입장에서 ‘해석한계로서의 근거지움’이나 ‘유추금지의 프로젝트’와 같은 용어를 목적중심적 해석론과 유사한 것으로 평가하고 있다는 점²⁰⁾에서 쉽게 확인할 수 있다. 게다가 유추금지를 ‘근거지움’의 요청으로 이해하는 견해는 근거지움을 ‘입법자의 의사소통적 상황의 맥락’과 ‘형법의 규범

18) 예컨대 구모영, 앞의 논문, 359면; 김영환, “형법해석의 한계 - 허용된 해석과 금지된 유추와의 상관관계”, 28면 이하.

19) 해석의 ‘근거지움’을 법률해석의 한계로 보는 견해에 대한 비판으로는 예컨대 구모영, 앞의 논문, 375면; 김대휘, 앞의 논문, 143면 이하; 김선복, 앞의 논문, 80면 이하; 김영환, 형법상 해석과 유추의 한계, 116면 이하 참조.

20) 최봉철, 앞의 논문, 177면.

적 맥락'속에 들어가는 것으로 이해하고 있다. 그런데 전자의 맥락은 바로 주관적·역사적 해석, 객관적·목적론적 해석 및 논리적·체계적 해석이라는 전통적 해석방법에서 고려되는 요소들을 의미하거나 약간의 추가적인 요소를 가미한 것에 불과하며,²¹⁾ 후자의 맥락도 형사입법이나 해석에서 전통적으로 고려되어왔고 고려되고 있는 형법의 일반원칙들에 지나지 않는다. 이렇게 본다면 유추금지를 '근거지움'의 요청으로 이해하는 견해는 나름대로의 장점에도 불구하고 기존에 논의되어왔던 내용을 새로운 용어나 형식을 빌어 '신장개업'한 것에 불과하다는 비판을 면하기 어려운 것으로 보인다. 특히 형법해석의 한계를 법관의 직업에토스에 일임하는 것은 "객관적·목적론적 해석이라는 전통적 해석방법에서 법률의 객관적 목적을 지나치게 강조한 나머지 형법의 법률문언을 벗어나는 해석도 가능하다고 주장함으로써 입법과 해석의 한계를 무시하고 죄형법정주의의 근본취지를 망각하였던" 치명적인 어리석음을 답습하는 것이라고 볼 수 있다.²²⁾

따라서 형법해석의 한계를 '문언의 가능한 의미'로 볼 것인가 아니면 해석의 '근거지움'으로 볼 것인가가 중요한 것이 아니라 죄형법정주의의 취지에 비추어볼 때 관건이 되는 것은 "해석이 법률문언을 무시하거나 법률문언을 벗어나서는 곤란하다"는 사실이다. 물론 이렇게 주장하는 것에 대해서는 다시금 법률문언의 다의성과 불명확성을 들어 반론이 제기될 수 있을 것이다. 그러나 이러한 반론에 대해서는 "언어의 일상적인 의미와 지배적인 가치의식이 존재한다"는 사실을 부인할 수 없는 한²³⁾ 법률문언은 - 서술적 개념이든 규범적 개념이든 - 그것의 일상적인 언어관용에 따라

21) 이상돈, 앞의 논문, 84면 이하 참조.

22) 물론 그렇다고 해서 해석의 한계를 해석의 '근거지움'으로 보는 견해의 장점, 즉 법관에게 그의 해석을 논증하고 성찰하도록 요구하고 있는 측면을 과소평가하는 것은 아니다. 오히려 '모든 것을 법관의 직업에토스에 맡기고 있는 측면'을 비판하기보다는 '법관에게 논증과 비판적 성찰을 요구하고 있는 측면'을 부각시키는 것이 해석의 '근거지움'을 해석의 한계로 보는 견해의 진가를 제대로 파악하는 것이라고 볼 수도 있을 것이다.

23) 언어의 일상적인 의미와 지배적인 가치의식이 존재하지 않는다면 애당초 사람들 사이의 '의사소통'조차 불가능할 것이다.

해석될 수 있다는 주장이 가능하다.²⁴⁾ 이렇게 되면 결과적으로 일종의 ‘외재적’ 기준을 인정하는 셈이 될 것이다. 아무튼 형법해석에서는 문리해석, 논리적·체계적 해석, 역사적·주관적 해석 및 객관적·목적론적 해석이라는 전통적인 해석방법론과 합헌적 해석 등 모든 해석방법이 모두 동원될 수 있지만, 죄형법정주의라는 법치국가적 요청에 비추어볼 때 어떠한 해석에 의하더라도 반드시 법률문언의 일상적인 언어관용에 따라야 한다. 그러므로 형법에서는 역사적·주관적 해석이나 객관적·목적론적 해석에 따른 결과가 법률문언의 일상적인 언어관용과 일치하는 한 허용되는 해석이 될 수 있지만, 일치하지 않을 때에는 금지되는 유추가 되기 때문에 해석론이 아니라 입법론에 의한 해결에 맡길 수밖에 없다. 그렇지 않고 역사적·주관적 해석이나 객관적·목적론적 해석을 강조한 나머지 법률문언의 일상적인 언어관용을 벗어날 수 있다고 한다면 형법이 재판규범과 평가규범으로는 충분히 작용할 수 있겠지만 행위규범과 의사결정규범으로는 작용할 수 없게 된다. 이러한 결론은 ‘범익보호라는 형법의 적극적 임무’에는 부합할지 몰라도 죄형법정주의의 근본취지 내지 ‘인권보장이라는 형법의 소극적 임무’에 반하게 된다. 이와 같이 법관의 해석이 ‘입법자의 의사소통상황’과 ‘법관의 의사소통상황’이라는 모든 관련요소를 고려하였다는 사실과 그 결과가 법률문언의 일상적인 언어관용과 일치한다는 사실에 대한 논증이 가능할 ‘때’ 그것을 두고 “‘문언의 가능한 의미’라는 기준의 한계 내에

24) 이와 같이 문언의 일상적인 언어관용을 중시하는 입장으로는 예컨대 변종필, 앞의 논문, 566면 이하; 신동운, 앞의 논문, 20면 참조. 다만 신동운 교수님은 ‘법전편집상의 과오’를 ‘입법자가 조문성안과정에서 착오로 지나치게 좁은 의미의 표현을 사용한 경우’와 ‘새로이 전개될 사회현상을 예측하지 못한 경우’로 나누어 후자의 경우에는 입법론적 해결에 맡기고 전자의 경우에는 우리말의 보통의 표현방법을 넘어서는 해석을 시도할 수 있다고 본다. 이러한 태도는 역사적·주관적 해석에 따를 경우에는 ‘법문의 일상적인 언어관용’을 벗어나는 것을 예외적으로 인정하고, 객관적·목적론에 따를 경우에는 ‘법문의 일상적인 언어관용’을 벗어나는 것을 인정하지 않는 것이라고 볼 수 있다. 그러나 앞에서 언급한 바와 같이 죄형법정주의의 근본취지에 비추어볼 때 전자의 경우에도 ‘법문의 일상적인 언어관용’을 벗어나는 것을 인정하지 않고 입법론적 해결에 맡기는 것이 타당한 것으로 보인다.

있다”고 할 수도 있고²⁵⁾ ‘근거지워진 해석’이라고 할 수도 있을 것이다. 그러므로 법관의 형법해석이 ‘논증’²⁶⁾될 수 있고 논증되었다는 내용이 중요한 것이지, 그것을 어떻게 표현하는가는 각자의 이론적 입장이나 기호에 따른 형식적인 문제에 불과할 것이다.

3. 중간결론

앞에서 검토한 내용을 종합하자면 “죄형법정주의의 취지에 비추어볼 때 형법해석은 법률문언을 해석의 출발점과 한계로 삼아야 하고 법률문언의 일상적인 언어관용에 따라야 하며, 그것이 논증되어야 한다”는 것이다. 그리고 해석의 한계로 제시한 ‘근거지움’ 내지 ‘논증’도 “법관의 해석이 ‘입법자의 의사소통적 상황’과 ‘법관의 의사소통적 상황’을 고려하면서도 법률문언의 일상적인 언어관용에 따른 것이다”는 사실에 대한 입증이어야 한다. 그런데 이와 같은 검토결과에 따르더라도 형법해석이 법률문언의 일상적인 언어관용과 일치하는 범위에서도 입법자의 의사소통상황과 법관의 의사소통상황이 충돌하는 경우 내지 역사적·주관적 해석의 결과와 객관적·목적론적 해석의 결과가 충돌할 때²⁷⁾ 어떻게 할 것인가라는 문제가 남는다. 이

25) 예컨대 록신(C. Roxin)은 죄형법정주의와 형법의 일반예방적 기능을 강조하면서 ‘문언의 가능한 의미’를 해석과 유추의 구별기준으로 인정하고, ‘문언의 가능한 의미’를 ‘문언의 일상적인 언어관용’으로 이해한다. 자세한 내용은 Roxin, Strafrecht, AT I. 3. Aufl., 1997, 104면 이하 참조.

26) 논증은 ‘Bgründung’이라는 독일어를 번역한 것이데, ‘근거지움’이라는 표현보다는 훨씬 덜 생소할 뿐만 아니라 전하고자 하는 의미를 충분히 잘 전달할 수 있다고 생각한다.

27) 입법자의 의사소통상황에 대한 고려는 역사적·주관적 해석과 대체로 일치하고 법관의 의사소통상황에 대한 고려는 객관적·목적론적 해석과 대체로 일치한다고 볼 수 있다. 물론 역사적·주관적 해석을 단순히 ‘입법자의 의사’를 확인하는 것으로만 이해한다면 역사적·주관적 해석보다 입법자의 의사소통상황을 고려한 해석의 범위가 훨씬 더 넓게 파악될 수 있을 것이다. 그러나 역사적인 입법자의 의사를 확인하기도 어렵겠지만 역사적·주관적 해석에서는 입법자의 개별적인 의사보다 ‘개괄적인 입법취지’가 더 중요하다고 볼 수 있다. 이와 같은 전체적인 입법취지를 확인하기 위해서는 입법이유서에 나타나 있는 상황뿐만 아니라 입법당시의 사회현실, 입법동기, 정치적 역학관계, 당

러한 문제와 관련하여 “입법자의 의사’에 근거를 두는 것이 죄형법정주의의 명확성원칙에 부합한다”는 주관설과 “법률문언은 죽어 있는 문자가 아니라 살아서 발전하는 정신이라고 보고 ‘법의 목적’에 근거를 두는 것이 구체적 타당성에 부합한다”는 객관설이 대립되고 있다.²⁸⁾ 그리고 제한적 객관설은 주관설과 객관설을 절충하는 입장에서 원칙적으로 객관적·목적론적 해석의 우위를 인정하지만, 역사적·주관적 해석을 통하여 객관적·목적론적 해석방법에 따른 확대해석을 제한하여야 한다는 것이다.²⁹⁾ 결론적으로 제한적 객관설의 입장과 유사하게 법률문언의 일상적인 언어관용과 일치하는 범위에서는 모든 해석방법이 동원될 수 있지만, 원칙적으로 객관적·목적론적 해석의 우위를 인정하고 그 밖의 해석방법은 제한요소로 이해하는 것이 타당하다고 본다. 왜냐하면 형법해석은 개별적인 형법규정들을 통해 현실의 문제를 합리적으로 해결하는 데 본질적인 목표를 두어야 하지만, 그와 동시에 죄형법정주의의 근본취지에 비추어볼 때 입법자의 입법취지나 법률규정의 논리적·체계적 의미를 벗어나는 것은 곤란하기 때문이다.

Ⅲ. 형사소송법과 유추금지의 관계

앞에서 살펴본 바와 같이 대법원이 형사소송법 제103조의 ‘보석된 자’를 제102조 제2항의 취지에 비추어 ‘판결확정 전에 보석이 취소되었으나 도망

시의 여론, 법학계와 법조계의 형사정책적 평가, 법조문간의 체계적 관계 등 수많은 요소를 고려하여야 하는데, 바로 이러한 요소들이 입법자의 의사소통상황에 해당한다. 한편 객관적·목적론적 해석과 법관의 의사소통상황에서 고려되는 요소로 입법당시와 달라진 사회현실, 처벌이나 제재를 통한 법적 규율의 필요성 또는 법적 규율의 강화를 요구하는 정책적 상황, 이러한 상황에 대한 법학계와 법조계의 형사정책적 평가, 현재의 여론 등을 들 수 있을 것이다.

28) 자세한 내용은 김영환, “형법해석의 한계 - 허용된 해석과 금지된 유추와의 상관관계”, 33면 이하 참조.

29) 자세한 내용은 이정원, 앞의 책, 16면; Krey, 앞의 책, 182면 이하 참조.

등으로 재구금이 되지 않은 상태에 있는 사람'도 포함하는 것으로 해석하는 것은 의문의 여지가 있는 것으로 보인다. 왜냐하면 대법원의 이러한 태도는 “형사소송법에서는 피고인에게 불리한 유추가 허용된다”는 것을 의미하는데, 이것은 형사소송법에서는 “피고인에게 불리한 유추가 허용된다”는 원칙이 적용된다면 특별한 문제가 없겠지만 형사소송법에서도 “피고인에게 불리한 유추가 금지된다”는 원칙이 적용된다면 심각한 문제가 제기될 수 있기 때문이다. 따라서 형사소송법과 유추금지의 관계에 대해 좀더 자세히 검토할 필요가 있는 것으로 보인다.

이하에서는 ‘죄형법정주의와 관련된 관점’ 및 ‘법치국가원칙의 인권보장이념 내지 형사절차법정주의와 관련된 관점’에서 형사소송법과 유추금지의 관계에 대해서 검토하고자 한다.

1. 죄형법정주의와 관련된 관점

일반적으로 대다수 형사법학자들은 - 대법원판례와 마찬가지로 - 유추금지원칙이 범죄의 성립과 형벌에 관한 실체법에 대해서만 적용되고 절차법인 형사소송법에 대해서는 적용되지 않는 것으로 이해하고 있다. 즉 죄형법정주의는 국가형벌권의 발동요건과 발동한계에 관한 실체적 (범)죄형(벌)법규에만 적용되고 국가형벌권의 구체적 실현절차에 관한 절차법인 형사소송법에는 적용되지 않기 때문에 죄형법정주의의 ‘내용’ 또는 ‘파생원칙’인 유추금지원칙도 실체형법에만 적용되고 절차법인 형사소송법에는 적용되지 않는다는 것이다.

그러나 형법과 형사소송법의 관계에 비추어볼 때, 법치국가헌법의 인권보장이념과 법치주의의 형사법적 표현인 죄형법정주의의 근본취지를 제대로 실현하려면 유추금지원칙의 적용대상으로 실체형법뿐만 아니라 절차법인 형사소송법도 함께 고려해야 할 것으로 보인다. 왜냐하면 형법과 형사

소송법의 관계를 종래와 같이 ‘목적과 수단의 관계’로 파악하지 않고 ‘상호 의존적인 관계’로 이해한다면 형사절차의 실무현실에 따라 실체형법의 실현가능성이 좌우되고 이러한 현실은 장기적으로 실체형법의 형성에도 얼마든지 영향을 미칠 수 있기 때문이다.

따라서 형사소송법 가운데 순수한 절차법적 성질의 규정에는 유추금지 원칙이 적용될 여지가 없지만, ‘친고죄에서 피해자의 고소’나 ‘반의사불벌죄에서 피해자의 명시적 의사’ 또는 공소시효 등과 같이 행위 또는 행위자에 대한 당벌성이나 형벌필요성을 고려한 규정에 대해서는 유추금지 원칙이 적용될 여지가 있다.³⁰⁾ 이와 유사하게 형사소송법에서는 원칙적으로 피고인에게 불리한 유추가 금지되지 않지만,³¹⁾ 객관적 처벌조건 또는 형벌배제사유와 매우 근접한 소송조건들의 경우에는 법치국가의 이념에 비추어 유추금지 원칙이 개별사례에 따라 ‘유추’ 적용될 수 있다는 견해도 있다.³²⁾ 이러한 견해는 ‘죄형법정주의와 관련된 관점’에서 형사소송법과 유추금지의 관계를 검토한 것이라고 볼 수 있다.

이러한 견해에 따를 경우에는 형사소송법에서 유추금지 원칙을 적용할 수 있는 영역이 극히 제한적일 수밖에 없을 것이다. 왜냐하면 형사소송법에서 ‘행위 또는 행위자에 대한 당벌성이나 형벌필요성’과 관련된 규정과 ‘객관적 처벌조건 또는 형벌배제사유와 매우 근접한 소송조건’과 관련된 규정은 그리 많지 않기 때문이다.

2. 법치국가원칙의 인권보장이념 내지 형사절차법정주의와 관련된 관점

앞에서 살펴본 견해와는 조금 다른 맥락에서 “형사소송법규정에 대해서는 원칙적으로 유추적용이 인정되지만, ‘당사자의 참여권’을 보장하는 (형

30) 이정원, 앞의 책, 19면 참조.

31) RGst 53, 226.

32) 예컨대 Roxin, 앞의 책, 114면 참조.

사)소송법규정에 대해서는 유추금지가 적용되어야 한다”는 견해도 있다.³³⁾ 이러한 견해는 반드시 ‘죄형법정주의와 관련된 관점’에서 형사소송법과 유추금지의 관계를 검토한 것은 아니라고 볼 여지가 있다. 왜냐하면 당사자의 참여권은 법원의 구성에 관여할 권리, 공판정출석권, 증거조사참여권, 강제절차참여권, 상소권과 같은 불복수단 등을 의미하므로 ‘당벌성이나 형벌필요성에 대한 고려’와 무관하고 ‘객관적 처벌조건이나 형벌배제사유와 매우 근접한 소송조건’과도 무관하기 때문이다.

따라서 이러한 견해는 - 그 이유를 자세히 언급하고 있지 않기 때문에 매우 조심스럽게 접근하여야 하겠지만 - ‘죄형법정주의와 관련된 유추금지’가 아니라 ‘죄형법정주의와 다소 거리가 있는 유추금지’의 관점, 즉 ‘법치국가원칙의 인권보장이념 내지 형사절차법정주의와 관련된 유추금지’의 관점에서 나오는 결론이라고 볼 수 있다. 다시 말해서 유추금지원칙은 반드시 죄형법정주의와 관련해서만 주장할 수 있는 것이 아니라 ‘법치국가원칙의 인권보장이념’이나 ‘형사절차법정주의의 근본취지’로부터도 주장할 여지가 있는 것이다. 이와 같이 ‘법치국가원칙의 인권보장이념 내지 형사절차법정주의와 관련된 관점’에서 형사소송법과 유추금지의 관계를 검토한다면 ‘죄형법정주의와 관련된 관점’에서 검토할 때보다 형사소송법에서 유추금지원칙이 적용될 수 있는 영역이 훨씬 더 광범위하게 확대된다.

이렇게 본다면 이미 주장되고 있는 당사자의 참여권 이외에도 형사소송법에서 유추금지원칙이 적용될 수 있는 영역이 확대될 가능성이 있는 것으로 보인다. 예컨대 피의자나 피고인의 방어권 또는 기본권을 제한하는 규정이나 증거법에 대한 예외규정 등에 대해서는 유추금지원칙의 적용범위를 확대할 수 있을 것으로 보인다. 물론 ‘피의자 또는 피고인의 방어권 내지 기본권을 제한하는 규정’과 ‘증거법에 대한 예외규정’이라고 해서 무조건 유추금지원칙의 적용대상으로 보는 것은 문제가 있을 것이다. 따라서

33) 배중대, 앞의 책, 78면.

형사소송법에서도 피고인에게 불리한 규정의 경우에는 원칙적으로 유추가 금지되지만, 예외적으로 그러한 규정들의 개별적 취지에 비추어 피의자 또는 피고인의 인권보장보다 국가형벌권의 실현이라는 공익적 측면이 더 큰 비중을 차지할 경우에는 유추가 허용될 수 있다고 보아야 할 것이다.

3. 중간결론

앞에서 살펴본 바와 같이 “형사소송법에서는 원칙적으로 피고인에게 불리한 유추가 금지되지 않는다”는 것이 대다수 형사법학자들과 대법원판례의 일치된 견해이며, 이러한 견해는 죄형법정주의와 관련된 관점에서 형사소송법과 유추금지의 관계를 파악한 것이라고 할 수 있다. 그러나 죄형법정주의와 관련된 관점에서도 예외적으로 형사소송법에서 ‘행위 또는 행위자에 대한 당벌성이나 형벌필요성’과 관련된 규정과 ‘객관적 처벌조건 또는 형벌배제사유와 매우 근접한 소송조건’과 관련된 규정에 대해서는 유추금지원칙이 적용될 여지가 있다. 더 나아가 법치국가원칙의 인권보장이념 내지 형사절차법정주의의 관점에서 본다면 형사소송법에서 예외적으로 유추금지원칙이 적용될 수 있는 것에 그치지 않고 피고인에게 불리한 규정의 경우에는 원칙적으로 유추금지원칙이 적용될 수 있다.

그런데 형사소송법에서 ‘행위 또는 행위자에 대한 당벌성이나 형벌필요성’과 관련된 규정과 ‘객관적 처벌조건 또는 형벌배제사유와 매우 근접한 소송조건’과 관련된 규정은 그렇게 많지 않기 때문에 형사소송법과 유추금지의 관계를 죄형법정주의와 관련된 관점에서 검토할 경우에는 형사소송법에서 유추금지원칙이 적용될 수 있는 범위가 극히 제한적일 수밖에 없다. 따라서 형사소송법과 유추금지의 관계를 검토할 때 이제 더 이상의 기존의 ‘죄형법정주의와 관련된 관점’에 연연할 것이 아니라 ‘법치국가원칙의

인권보장이념 내지 형사절차법정주의와 관련된 관점'에 따르는 전향적인 태도가 필요하다고 생각한다.

IV. 대법원판례에 대한 비판적 검토

앞에서 살펴본 바와 같이 대법원은 “원래 보석보증금이 소송절차 진행 중의 피고인의 출석을 담보하는 기능 외에 형 확정 후의 형 집행을 위한 출석을 담보하는 기능도 담당하는 것(명제 ①)이고 형사소송법 제102조 제2항의 규정에 의한 보증금몰수결정은 반드시 보석취소결정과 동시에 하여야만 하는 것이 아니라 보석취소결정 후에 별도로 할 수도 있다고 해석되는 점(명제 ②)에 비추어 보면, 위 법 제103조에서 규정하는 ‘보석된 자’란 보석허가결정에 의하여 석방된 사람 모두를 가리키는 것이지 판결확정 전에 그 보석이 취소되었으나 도망 등으로 재구금이 되지 않은 상태에 있는 사람이라고 하여 여기에서 제외할 이유가 없다(명제 ③)”고 하였다. 따라서 대법원의 판결이유는 세 가지 명제로 구성되어 있으며, 명제 ①과 명제 ②로부터 명제 ③이라는 결론을 끌어내고 있다.

그런데 ‘해석과 유추의 관계’에서 검토한 내용의 결론은 다시 한번 상기 하자면 “죄형법정주의의 취지에 비추어볼 때 형법해석은 법률문언을 해석의 출발점과 한계로 삼아야 하고 법률문언의 일상적인 언어관용에 따라야 하며, 그것이 논증되어야 한다”는 것이다. 여기서 해석의 한계로 제시한 ‘근거지움’ 내지 ‘논증’도 “법관의 해석이 ‘입법자의 의사소통적 상황’과 ‘법관의 의사소통적 상황’을 고려하면서도 법률문언의 일상적인 언어관용에 따른 것이다”는 사실에 대한 입증이어야 한다. 그리고 ‘형사소송법과 유추금지의 관계’에서 검토한 내용의 결론은 “법치국가원칙의 인권보장이념 내

지 형사절차법정주의의 관점에서 볼 때 형사소송법에서도 피고인에게 불리한 규정의 경우에는 원칙적으로 유추금지원칙이 적용될 수 있다”는 것이다.

따라서 ‘해석과 유추의 관계’ 및 ‘형사소송법과 유추금지의 관계’에서 살펴본 내용을 토대로 대법원판례를 비판적 관점에서 검토하고자 한다.

1. 명제 ①과 명제 ②에 대한 검토

첫째, “원래 보석보증금이 소송절차 진행 중의 피고인의 출석을 담보하는 기능 외에 형 확정 후의 형 집행을 위한 출석을 담보하는 기능도 담당하는 것이다”라는 명제 ①은 설득력이 있는 것으로 보인다. 왜냐하면 형사소송법 제102조 제1항 각 호에 규정된 보석취소사유와 보석제도의 의의로부터 “보석보증금이 소송진행 중의 피고인의 출석을 담보하는 기능 외에 형 확정 후의 집행을 위한 출석을 담보하는 기능도 담당한다”는 것을 추론할 수 있기 때문이다. 우선 형사소송법 제102조 제1항 각 호에 규정된 보석취소사유를 살펴보면 보증금은 피고인 또는 피의자의 도망이나 증거인멸을 방지하고, 출석을 담보하고, 피해자 등에 대한 가해행위를 방지하는 등의 기능을 하는 것으로 볼 수 있다. 더 나아가 보석은 구속의 비례성 원칙을 실현하는 제도이기 때문에 보석보증금은 구속의 목적에 해당하는 기능을 수행할 수 있어야 한다. 따라서 보증금은 수사단계 또는 공판단계에서 피의자 또는 피고인의 도망이나 증거인멸을 방지하고 출석을 담보할 수 있어야 할뿐만 아니라 유죄판결확정 후에는 형벌집행을 위한 출석도 담보할 수 있어야 한다.

둘째, “형사소송법 제102조 제2항의 규정에 의한 보증금몰수결정은 반드시 보석취소결정과 동시에 하여야만 하는 것이 아니라 보석취소결정 후에 별도로 할 수도 있다고 해석된다”는 명제 ②도 설득력이 있는 것으로 보인다.

다. 왜냐하면 형사소송법 제102조 제2항³⁴⁾의 ‘보석을 취소할 때에는’이라는 법률문언은 일상적인 언어관용에 따를 경우 반드시 시기적 제한의 의미를 나타내는 것으로만 해석할 수 없으며,³⁵⁾ 보증금의 일반적인 기능에 비추어 볼 때 보증금은 보석취소 후의 재구금도 담보한다고 해석할 수 있기 때문이다. 따라서 보석취소결정과 보증금몰수결정은 반드시 동시에 하여야만 하는 것이 아니라 보석취소 후에 별도로 보증금을 몰수할 수 있다고 보아야 한다. 이렇게 본다면 “보석취소 후에 보증금을 몰수할 수 있다는 명문 규정이 없고 보증금몰수라는 불이익을 부과할 경우에는 엄격한 해석이 요구되므로 보증금몰수와 보석취소결정은 동시에 해야 한다”는 형사법학자들의 다수견해³⁶⁾도 설득력을 상실하게 된다. 왜냐하면 바로 형사소송법 제102조 제2항이 “보석취소 후에 별도로 보증금을 몰수할 수 있다”는 명문 규정이 될 수 있으며, 그렇게 해석하는 것은 ‘보석제도의 취지 내지 보석보증금의 일반적인 기능’과 ‘일상적인 언어관용’에 따른 해석이기 때문에 허용될 수 없는 유추가 아니라 엄격한 해석이라고 보아야 하기 때문이다.

한편 대법원은 1970년 3월 13일 “보석취소와 보증금몰수의 결정은 동시에 하여야 한다”는 취지의 결정(65모4 결정)을 내린 이래 30여 년 동안 형사법학자들의 다수견해와 같은 입장을 유지하여 왔지만, 2001년 5월 29일

34) 형사소송법 제102조 제2항은 “보석을 취소할 때에는 결정으로 보증금의 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다”라고 규정하고 있다.

35) ‘때’라는 단어의 사전적 의미는 ‘시간상의 일정한 점이나 부분’, 시기·시대·연대의 뜻, 좋은 기회나 운수, 끼니 또는 끼니를 먹는 시간, ‘어떤 경우’, 운이 트여 누리는 행복, 몸이나 물건에 묻어서 끼이는 더러운 물질 등을 나타낸다. 그런데 일상적인 언어관용에 따르면 형사소송법 제102조 제2항의 ‘때’라는 단어는 ‘시간상의 일정한 점이나 부분’과 ‘어떤 경우’라는 두 가지 의미로 사용될 수 있을 것이다. 따라서 ‘때’를 ‘시간’으로 이해할 경우에는 형사소송법 제102조 제2항이 시기적 제한을 나타내는 것으로 해석될 수 있지만, ‘때’를 ‘경우’로 이해할 때에는 형사소송법 제102조 제2항이 반드시 시기적 제한을 나타내는 것으로만 해석될 수 없다.

36) 박상열/박영규, 형사소송법, 2002, 269면; 배종대/이상돈, 형사소송법, 2002, 283; 신동운, 형사소송법 I, 1997, 501면; 신양균, 형사소송법, 2000, 437면; 이재상, 형사소송법, 2002, 268; 임동규, 형사소송법, 2000, 377면; 진계호, 형사소송법, 2000, 309면; 차용석, 형사소송법, 1997, 473면.

전원합의체 결정³⁷⁾을 통해 “보석취소 후에 별도로 보증금몰수결정을 할 수 있다”는 소수견해³⁸⁾와 같은 입장으로 판례를 변경하였다. 그런데 대법원의 전원합의체결정에서 다수의견이 형사소송법 제102조 제2항의 법률문언과 보석제도의 취지로부터 “보증금은 보석취소 후의 재구금도 담보하는 것이기 때문에 보석취소결정과 보증금몰수결정은 반드시 동시에 하여야 하는 것은 아니다”는 해석이 가능함에도 불구하고, 그렇게 해석하지 않고 - 반대의견이 지적한 바와 같이 - ‘보석된 자’에 관한 규정인 형사소송법 제103조의 취지를 확대해석하여 ‘보석취소결정을 받은 자’에 관한 형사소송법 제102조 제2항에 적용할 수 있다고 해석하는 것은 문제가 있는 것으로 보인다. 왜냐하면 그것은 형사소송법에서는 피고인에게 불리한 유추가 허용된다는 것을 의미하기 때문이다.

2. 명제 ③에 대한 검토

앞에서 검토한 바와 같이 명제 ②가 형사소송법 제102조 제2항의 해석에서 제103조의 취지를 준용한 것이라는 문제점을 접어둔다면 명제 ①과 명제 ②는 특별한 문제점이 없는 것으로 보인다. 그에 반해 “형사소송법 제103조에서 규정하는 ‘보석된 자’란 보석허가결정에 의하여 석방된 사람 모두를 가리키는 것이지 ‘판결확정 전에 그 보석이 취소되었으나 도망 등으로 재구금이 되지 않은 상태에 있는 사람’이라고 하여 여기에서 제외할 이유가 없다”는 명제 ③은 몇 가지 문제점을 내포하고 있는 것으로 보인다.

우선 명제 ③에서 ‘보석된 자’라는 법률문언이 ‘보석취소결정을 받은 자’를 포함할 수 있다고 보는 것은 일상적인 언어관용과 너무나 동떨어진 억지해석으로 보인다. 왜냐하면 보석취소는 ‘보석의 효력을 소급하여 소멸시

37) 대법원 2001.5.29.자 2000모22 전원합의체 결정.

38) 김희옥, 형사소송법의 쟁점, 1999, 61면; 백형구, 형사소송법강의, 2000, 287면.

키는 것'을 의미하므로 '보석취소결정을 받은 자'는 결국 '보석되지 않은 자'를 뜻하기 때문이다. 그럼에도 불구하고 '보석된 자'가 '보석취소결정을 받은 자'를 포함한다고 해석하는 것은 '보석된 자'가 '보석되지 않은 자'를 포함한다는 기이한 결론이 된다. 그리고 명제 ①과 명제 ②로부터 명제 ③이라는 결론을 끌어내는 것은 결국 형사소송법 제102조의 취지를 제103조의 해석에 준용하는 것을 의미한다. 이것은 해석이 아니라 바로 유추에 해당한다.³⁹⁾ 이와 같이 "형사소송법에서는 피고인에게 불리한 유추도 허용된다"는 대법원의 입장을 명확하게 드러내고 있는 명제 ③의 태도는 '법치국가원칙의 인권보장이념 내지 형사절차법정주의의 관점'에서 볼 때 비판의 소지가 있는 것으로 보인다. 왜냐하면 앞에서 살펴본 바와 같이 '법치국가원칙의 인권보장이념 내지 형사절차법정주의의 관점'에서 볼 때 형사소송법에서도 피고인에게 불리한 규정의 경우에는 원칙적으로 유추금지원칙이 적용될 수 있기 때문이다.

V. 맺는 말

지금까지 '해석과 유추의 관계' 및 '형사소송법과 유추금지의 관계'를 중심으로 형사소송법 제103조의 해석과 관련된 대법원의 판례를 비판적 관점에서 검토하였다. 앞에서 검토한 내용을 간략히 요약하면서 결론을 맺자면 다음과 같다.

첫째, 구속의 비례성원칙을 실현하는 보석제도의 취지와 보석보증금의

39) 더 나아가 "대법원의 판례는 일종의 순환논증에 빠져 있다"는 문제점을 지적할 수 있다. 왜냐하면 대법원은 2001년 5월 29일 판례(2000도22 전원합의체 결정)에서 형사소송법 제102조 제2항을 해석할 때에는 제103조의 취지를 빌려오고, 역으로 2002년 5월 17일 판례(2001도53 결정)에서 제103조를 해석할 때에는 제102조 제2항의 취지를 빌려오는 방식으로 논증하고 있기 때문이다.

일반적 기능에 비추어볼 때 “원래 보석보증금이 소송절차 진행 중의 피고인의 출석을 담보하는 기능 외에 형 확정 후의 형 집행을 위한 출석을 담보하는 기능도 담당하는 것이다”라는 대법원의 견해는 설득력이 있는 것으로 보인다.

둘째, 형사소송법 제102조 제2항의 ‘보석을 취소할 때에는’이라는 법률문언은 일상적인 언어관용에 따를 경우 반드시 시기적 제한의 의미를 나타내는 것으로만 해석할 수 없을 뿐만 아니라 보증금의 일반적인 기능에 비추어볼 때 보증금은 보석취소 후의 재구금도 담보한다고 해석할 수 있기 때문에 “형사소송법 제102조 제2항의 규정에 의한 보증금몰수결정은 반드시 보석취소결정과 동시에 하여야만 하는 것이 아니라 보석취소결정 후에 별도로 할 수도 있다고 해석된다”는 대법원의 견해도 설득력이 있는 것으로 보인다.

셋째, “형사소송법 제103조의 ‘보석된 자’는 ‘보석취소결정을 받은 자’를 포함한다”고 해석하는 것은 “‘보석된 자’가 ‘보석되지 않은 자’를 포함한다”는 기이한 결론이 될 뿐만 아니라 형사소송법 제103조의 해석에 제102조의 취지를 준용하는 것은 해석이 아니라 바로 유추에 해당하기 때문에 “형사소송법 제102조 제2항의 취지에 비추어 제103조의 ‘보석된 자’라는 법률문언이 ‘보석취소결정을 받은 자’를 포함할 수 있다”고 보는 대법원의 견해는 심각한 문제점을 내포하고 있는 것으로 보인다.

결론적으로 ‘법치국가원칙의 인권보장이념 내지 형사절차법정주의의 관점’에서 볼 때 형사소송법에서도 피고인에게 불리한 경우에는 원칙적으로 유추금지원칙이 적용될 수 있다고 보아야 한다. 왜냐하면 인간의 존엄과 가치를 근본규범으로 삼고 있는 법치국가의 형사소송법과 형사정책은 ‘형사사법의 효율성이나 일반인의 법익보호 내지 범죄예방’뿐만 아니라 ‘피의자 또는 피고인의 인권보장’도 함께 고려하여야 하기 때문이다.

Criminal Procedure Law and Analogy Prohibition

Choi, Seog-Youn*

This study addresses "the relationship between Criminal Procedure Law and Analogy Prohibition", and a precedent of the Supreme Court which is related to "Settlement of Guilty Decision and Forfeiture of Bail Money"(Criminal Procedure Law § 103). The core ideas of this study are that the interpretation of criminal law has to conform to "ordinary words common use" of the words in the law due to the principle of "nulla poena[nullum, crimen] sine lege", and that "the principle of analogy prohibition" has to apply not only to Criminal Law but also to Criminal Procedure Law in order to agree with the idea of human rights guarantee of constitutionalism. The results of this study are as follow.

First, The determinations on Annulment of Bail and Forfeiture of Bail Money need not to be simultaneously fixed. The reasons of this conclusion are that Criminal Procedure Law § 102 ② following the interpretation to conform to "ordinary words common use" of the words in the law doesn't prohibit to seize bail money after the annulment of bail, and that the bail money has to cover the custody after the annulment of bail from the viewpoint of the functions of bail money.

Second, The interpretation of Criminal Procedure Law § 103

* Professor, Department of Maritime Police, Korea Maritime University, Ph.D. in Law

conforming to the intent of Criminal Procedure Law § 102 ② comes under prohibited analogy. Because in order to agree with the idea of human rights guarantee of constitutionalism, the principle of analogy prohibition has to apply not only to Criminal Law but also to Criminal Procedure Law.

In conclusion, there are some weak points in the precedent of the Supreme Court. Because the Supreme Court doesn't properly prove the decision, and maintains undesirable authoritative attitude about the relationship between criminal procedure law and analogy prohibition. Consequently, it is desirable that the Supreme Court has a progressive and developmental point of view about the relationship between criminal procedure law and analogy prohibition.

청소년들의 폭력환경이 상황인지와 분노,
폭력행동에 미치는 영향력: 가정, 학교,
지역환경의 영향 비교

이 성 식

이 연구는 송실대학교 교내연구비 지원으로 이루어졌음.

형사정책연구 제14권 제2호(통권 제54호, 2003 · 여름호)

한국형사정책연구원

청소년들의 폭력환경이 상황인지와 분노, 폭력행동에 미치는 영향력: 가정, 학교, 지역환경의 영향 비교

이 성 식*

I. 서 론

폭력은 대인 상호관계에서의 사소한 갈등이나 말다툼에서 비롯되는 경우가 많다. 또한 이때 경험하는 우발적인 화와 분노는 폭력의 주요 동기요인이 된다고 주장된다. 서로의 놀림과 격한 언쟁에서 모욕감을 느끼게 되고 울분에 의해 상대를 폭행하거나 심지어 상대방을 살해하는 경우를 우리는 매스컴에서 간혹 접하곤 한다. 이처럼 폭력상황에서 화는 폭력의 원인으로 중요하다. 그렇지만 그러한 대인갈등의 상황에서 누구나 분노하는 것은 아니며, 누구나 폭력을 선택하지는 않는다. 어떤 아이들은 똑같은 상황에서 화를 내지 않지만 어떤 아이들은 그 상황에서 더욱 분노하여 결국 폭력을 행사한다. 심리학자들은 그러한 개인차를 설명하려고 했다.

그러나 사회학적 설명에서는 과연 어떠한 사회환경의 아이들이 그 상황에서 다른 집단의 아이들보다 폭력을 더욱 행사하는 것일까 하는 환경의 영향력을 강조한다. 그러한 사회학적 논의로는 폭력하위문화이론이 대표적이라 할 수 있다. 폭력하위문화이론은 어떠한 집단의 아이들이 다른 집단보다 폭력을 거부감 없이 받아들이고 수용하는 문화와 가치체계의 환경에 있

※ 이 연구는 숭실대학교 교내연구비 지원으로 이루어졌음.

* 숭실대학교 정보사회학과 조교수, 사회학박사

음으로 해서 폭력의 가능성이 높다고 본다(Wolfgang and Ferracuti, 1967).

폭력하위문화이론은 집단간의 폭력범죄 차이를 설명하는 데 유용하지만, 그럼에도 보다 미시적인 과정을 다루지는 않아 개인의 폭력범죄행위를 설명하는 데에는 소홀했다. 그렇지만 폭력하위문화이론은 보다 최근에 대인관계에서의 분노, 울분에 의해 이루어지는 폭력의 역동과정을 설명하는 이론으로 발전되고 있다(Luckenbill and Doyle, 1989).

이 연구는 주변 폭력하위문화환경에 노출되어 있는 아이들이 과연 폭력의 가능성이 높은지, 그리고 그러한 아이들이 분노하고 폭력을 사용하게 되는 그 미시적 과정은 무엇인지를 밝히려는 데에 주목한다. 폭력하위문화이론과 같은 사회학적 논의는 어떠한 사회환경의 아이들이 대인갈등상황에서 더욱 폭력적이 되는지를 환경요소의 차이로 설명하기 때문에 환경적 영향을 간과하고 있는 심리학적 설명을 보완할 수 있다. 이 연구는 폭력환경이 청소년들의 폭력행동에 미치는 영향력을 다룸에 있어 그것을 가정, 학교, 지역사회의 환경으로 나누어 그 영향력을 비교하기로 한다. 여기서는 이처럼 가정, 학교, 지역사회의 폭력환경이 청소년에게 미치는 미시적 과정을 다루는 연구모델을 구성하여 청소년폭력의 원인과 발생과정을 경험적으로 검증하려는 것에 목적을 갖고 있다.

II. 이론적 논의

1. 폭력하위문화이론에서 본 폭력비행

폭력하위문화이론가들에 따르면 폭력적 하위문화의 환경에 있는 아이들은 폭력이 적절한 행동으로 평가받는 문화에서 폭력에 거부감이 없이 폭력을 당연하고 자연스럽게 생각하기 때문에 다른 환경의 아이들보다 폭력

의 가능성이 높다고 본다. 즉 폭력은 일종의 문화, 규범의 동조행위이며, 적절한 행위로서 학습되고, 강화되기 때문에 그러한 문화 속에 위치해 자라는 아이들은 폭력의 가능성이 높다고 주장한다(Wolfgang and Ferracuti, 1967; Curtis, 1975).

Wolfgang과 Ferracuti(1967)는 그 대표적 연구자로 미국 남부의 흑인, 특히 젊은 남성들은 대담성을 과시하고, 자신의 지위를 보존하며, 대인갈등의 문제해결에 있어서 그 수단으로 폭력을 사용하는 것이 지배적인 문화에 살고 있기 때문에 폭력의 가능성이 높다고 보았다. 폭력하위문화이론가들은 이처럼 어떠한 지역, 집단의 아이들, 예컨대 미국의 경우 남부지방의 아이들, 그리고 흑인 아이들이 폭력하위문화 환경에 있게 됨으로 해서 다른 층의 아이들보다 폭력관련 태도를 더욱 학습하고 폭력을 거부감 없이 용인하여 폭력을 저지르게 될 가능성이 높다고 보았다.

이후 경험연구에서 거시연구에서는 지역별 폭력범죄율의 차이에 주목했는데, 미국 남부지방이 폭력범죄율이 높은 것은 아니며(Loftin and Hill, 1974; Bailey, 1984), 또한 흑인의 구성율이 높은 지역이 폭력범죄율이 높다는 결과가 있더라도 그것은 하위문화가 아니라 하층들의 빈곤 혹은 구조적 불평등 문제에 기인한다는 주장이 제기되어(Loftin and Hill, 1974; Blau and Blau, 1982; Parker, 1989), 폭력하위문화이론의 논의가 크게 지지받지는 못한 것으로 평가받고 있다.

거시연구에서는 남부지방 혹은 흑인비율 등이 지표로 사용되었고 폭력용인관련 하위문화 지표가 직접적으로 사용되지는 않아 폭력하위문화이론이 정확히 검증되었다고 보기는 어렵다. 그러나 개인단위의 연구에서는 계층, 인종 등 사회인구학적 특성과 폭력태도와의 관련이나, 폭력용인태도와 폭력과의 관계를 살펴봄으로써 경험적으로 연구되었다. 그 연구들에서는 흑인이 폭력에 더 우호적이라는 결과도 있지만(Hartnagel, 1980), 흑인이

백인보다 폭력을 더욱 용인하는 것은 아니라는 것이 밝혀지고 있듯이(Earlanger, 1974; Shoemaker and Williams, 1987; Cao et al., 1997), 일관되고 합의된 결과는 없었고, 계층에 있어서도 하층에게서 보다 폭력용인의 태도의 특성이 발견된다는 결과가 있지만(Hartnagel, 1980; Cao et al., 1997), 하층이 더 그런 것은 아니라는 결과도 있어(Erlanger, 1974) 일관된 연구결과는 없었다.

앞서 연구들이 계층, 인종에 따른 폭력용인의 태도에 있어서의 차이에 주목했다면, 계층, 인종에 따라 폭력용인의 태도에 차이가 있고, 그러한 이유로 계층, 인종별로 폭력도 다른가의 경험연구는 보다 최근에 이루어졌는데, 보다 최근 연구를 보면 특히 계층에서 그 관계가 나타나, 하층인들은 폭력에 다소 우호적이고 용인하여 폭력가능성이 높다는 주장이 발견되고 있다(Cao et al., 1997; Heimer, 1997). 예컨대 Heimer(1997)는 하층아이들이 폭력비행의 가능성이 높은 이유를 하층가정에서의 강압적인 양육방식에 있다고 보았다. 즉 하층가정일수록 권위에 복종하고, 윗사람에 순응하도록 권력지향적이고 강압적인 양육방식을 선택할 가능성이 높는데, 그러한 가정의 아이들은 강압적 방법을 문제해결의 가장 적절한 방법으로 학습한다고 했다. 그리고 그러한 하층아이들은 일반화 과정을 통해, 여러 문제상황에서 폭력과 강압으로 문제를 해결할 가능성이 높다고 주장되고 있다. 또 다른 연구에서 Markowitz와 Felson(1998)에 따르면 하층은 용기와 남성다움을 표현하는 수단으로 폭력을 사용하고 자신에게 모욕을 준 사람에게 정당하게 응징해도 된다는 폭력용인의 태도를 지닐 가능성이 높음으로 해서 폭력을 더욱 사용한다고 주장하고 있다.

이처럼 폭력하위문화의 논의는 거시연구보다는 미시연구에서 더 지지를 받아 왔으며, 기존의 연구에서는 일관된 결과를 찾기 어려우나, 보다 최근의 연구를 보면 비록 많은 연구가 이루어지지 못해 단정적으로 말하기는

어려우나 계층에 따라 폭력비행은 차이가 있는 것으로 나타나며, 하층아이가 폭력을 용인하는 태도를 갖게 되고 그러한 연유로 폭력비행의 가능성은 높다는 것으로 나타나고 있다.

2. 폭력비행과 분노에 있어 인지이론의 입장

폭력비행을 설명함에 있어 사회환경적 요소를 다루는 사회학자들의 입장과는 달리 심리학자들은 개인의 측면, 예컨대 지능, 뇌신경체계, 성격 등의 요소를 강조했다. 그 중에서도 인지적 측면을 강조하는 입장에 따르면 상황에 대한 행위자의 인지적 평가가 폭력 혹은 공격행동에 있어 매우 중요하다고 보았다. 즉 대인갈등의 논쟁에서 상대의 언행을 더욱 공격적인 의도적 행위로 해석하는 사람들은 더욱 흥분하게 되고 상대를 더욱 응징할 필요가 있다고 생각한다는 것이다.

사회정보처리 모델에 따르면 사람들이 외부의 단서를 어떻게 해석하여, 상대의 의도를 어떻게 파악하는가에 따라 행동이 공격적일 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다고 보았다. 정보를 적절히 합당하게 처리하는 아이는 부적절한 반사회적 행동을 피할 수 있지만 정보처리와 의사결정이 부적절하거나 정확치 못한 아이들은 옳은 결정이 어렵다고 본다.

Dodge(1986, 1993)는 공격행동의 인지과정을 1) 단서의 부호화, 2) 단서 해석, 3) 반응조사, 4) 반응결정, 5) 행동의 다섯 단계로 나누어 설명하고 있다. 즉 공격적인 아이들은 1) 외부상황이나 자극의 단서에 극히 적은 단서만을 상정하던가 선별적으로 주의를 기울이고, 2) 그 단서를 해석함에 있어 그 원인이 상대의 고의나 적대성에 기인한 것이라는 귀인편향이 있고, 3) 갈등상황에 대처함에 있어 여러 다른 행동반응과 해결대안들을 생각해내지 못하고, 4) 또한 그 대안들 중 선택하려는 행동반응이 실행 가능

한지를 판단하고, 그리고 이후 있게 되는 여러 부정적 결과들을 생각하지 못하여, 5) 결국 부적절한 공격행동을 한다고 보았다. 즉 공격적이고 폭력적인 아이들은 외부 단서의 의도를 부적절하게 적대적이고 고의적으로 해석하는 경향이 있고, 다른 적절한 대안을 선택하지 못하고 자신이 선택한 폭력의 부정적 결과도 생각지 못한 채 폭력과 같은 잘못된 선택을 하게 되는 것이라고 주장한다(Dodge, 1993; Crick and Dodge, 1996).

이처럼 인지이론가들은 폭력비행의 아이들이 인지적 결함이 있음을, 문제해결에 있어 부적절함을 지적해 왔다. 공격적이고 폭력적인 아이들은 문제해결능력이 부족하여 대인관계에서 문제의 원인에 대한 인과적 사고, 자신이 선택한 행동의 결과를 생각하는 결과적 사고, 여러 행동대안들에 대한 생각인 대안적 사고, 그리고 상황을 다른 사람의 관점에서 보는 사회관점 담당능력에 문제가 있다고 지적된다(Spivack et al., 1976).

폭력비행에 있어 부정적 감정으로서 분노는 주요 요인으로 다뤄져 왔다. 좌절-공격이론에서 외부의 부정적 자극과 사건, 좌절이 분노를 유발하고 폭력을 야기할 수 있다는 논의가 있듯이(Berkowitz, 1989), 분노, 우발적 충동은 폭력에 있어 중요한 요인이 된다고 주장되어 왔다. 그렇지만 인지이론가들은 외부의 자극에 누구나 분노로 반응하는 것은 아니며, 그러한 상황에 대한 평가가 행위자마다 다르기 때문에 개인 해석과정에 따라 분노를 경험하는 것도 다르고 폭력도 달라진다고 보아 인지과정의 중요성을 강조했다(Novaco, 1979; Averill, 1982; Lazarus, 1991).

즉 인지이론가들에 따르면 분노는 상황에 대한 해석, 즉 갈등상대에 대한 적대적 인지 여하에 의해, 그리고 상대의 의도가 고의적인가의 상황판단에 의해 가중되기도 하고 그렇지 않을 수도 있다고 하며, 그리고 폭력비행의 결과 여하도 달라질 수 있다고 보고 있다(Zillmann, 1979; Weiner, 1986; Bernard, 1990; 이영애, 2000). 이렇듯 상대와 상황의 공격적 해석, 그

리고 상대의도를 어떻게 귀인하는가 하는 귀인, 인지과정에 따라 화와 분노는 결정되고 행동은 공격적이 될 수도 있고 아닐 수도 있다고 주장된다.

3. 상황인지에 있어 폭력하위문화의 영향

사회정보처리 모델에서 Dodge와 동료들은(1986) 사람들이 과거의 경험에서 축적된 기억과 정보, 지식을 통해 외부의 자극이나 상황을 평가한다는 점을 강조했다. 인지이론가들 중에서도 사회인지이론가들은 환경적 요소를 강조하여 어려서 다른 사람의 행동을 관찰하고 학습함으로써 얻은 경험과 인지구성이 외부의 갖가지 자극과 사건들을 해석하고 어떻게 반응해야 할지를 설명한다고 보았다.

이 모델에 따르면 어려서부터 부모에게서 학대를 받아 온 아이들은 상황외부의 단서를 불완전하고 덜 정확하게 받아들이며 복잡하게 얽혀 있는 여러 단서 중에서 적대적인 단서에 특히 선택적으로 주의를 기울여 상대의 행동과 상황을 더욱 적대적이고 공격적으로 해석하는 경향이 있다고 본다. 또한 아동학대처럼 폭력적 환경에 노출되었던 아이들은 부모가 했듯이 폭력적으로 문제를 해결하고 반응하는 경향이 있음을 강조한다. 이처럼 사회인지이론가들은 상황인지의 해석의 측면을 강조하면서도 개인의 해석이 과거 경험에서 축적된 지식구조에 의해 영향을 받는다고 봄으로써 가정환경 등 사회환경의 중요성을 강조했다.

이러한 측면에서 볼 때 폭력적 하위문화의 환경은 개인의 상황인지에 영향을 주는 주요 요인이 된다고 볼 수 있다. 본래의 폭력하위문화이론은 폭력이 발생하는 상황적 미시과정에 다소 소홀했지만, 이후 연구가들은 상황론적이고 미시적인 요소를 받아들여 폭력하위문화환경의 아이들이 어떠한 이유로 대인갈등상황에서 더욱 폭력을 저지르게 되는지의 역동적 과정

을 설명하고 있다(Luckenbill and Doyle, 1989; Bernard, 1990; Kennedy and Forde, 1996).

Luckenbill과 Doyle(1989)은 그 대표적 학자로, 폭력하위문화에 보다 접해 있는 사람들은 대인갈등의 논쟁에 있게 될 경우 자아가 훼손되고 모욕감을 느끼는 논쟁과 갈등의 상황에서 더욱 불만을 갖고 논쟁을 유발한 상대를 비난하는 것이 마땅하다고 생각하며, 논쟁의 해결을 위해, 혹은 상대에 대한 보복과 응징에서 폭력을 사용할 가능성이 높다고 주장한다.

폭력은 대인갈등의 우연한 상황에서 공격적이고 적대적으로 행한 사람을 정당하게 응징하는 행동으로 파악된다. 즉 폭력가해자는 아무에게나 무작위적으로 폭력을 행하기보다는 비난받아 마땅한 자에 대해 분노를 느끼면서 응분의 조치로 폭력을 사용한다. 그런데 그 상황에서 과거에 폭력적 하위문화의 환경에 노출되었거나 노출되어 있는 아이들은 갈등상황에 있는 상대의 언행을 더욱 공격적이고 폭력적으로 생각하면서 학습한 대로 그 상황을 폭력으로 해결할 가능성이 높다(Baron et al., 2001). 즉 폭력하위문화환경의 아이들은 대인갈등의 애매모호한 상황에서도 상대가 고의적이고 적대감을 갖고 행동한 것이라고 파악하게 되고, 상황의 책임을 상대에 귀인하면서 상대의 언행에 더욱 기분 나빠하고 분노하면서 응징의 차원에서 폭력을 저지르게 될 수 있다.

Ⅲ. 연구모델과 연구방법

이 연구는 대인갈등상황에서 경험하는 분노를 폭력비행의 중요한 요인으로 다룸에 있어 과연 분노가 폭력에 있어 주요 원인이 되는지, 그리고 어떠한 환경의 아이들이 더욱 분노하고 폭력을 행사하게 되는가를 살펴보

려는 데에 초점을 둔다. 여기서는 폭력하위문화환경에 놓여 있는 아이들이 갈등상황에서 더욱 분노하면서 폭력을 사용할 가능성이 높을 것이라는 점에 주목한다. 그리고 그러한 환경의 아이들이 더욱 분노하게 되는 이유를 다른 환경의 아이들과의 상황인지의 차이 때문임을 주장하려고 한다.

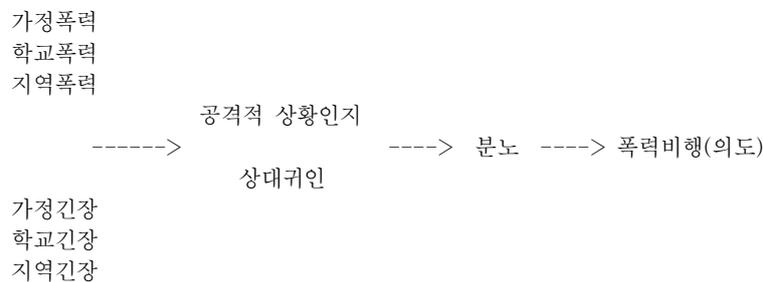
여기서는 아래 <그림 1>의 연구모델에서 보듯이 폭력하위문화의 환경으로 아이들의 주요 환경이 되는 가정, 학교, 그리고 주거지역에서 폭력이 얼마나 발생하고 그것이 청소년에게 어떤 영향력을 미치게 되는가를 살펴 보려고 한다. 이 연구에서는 폭력하위문화이론가들의 논의에 따라 가정에서 부모로부터 체벌을 경험하는 아이들(Widom, 1989; 이성식, 2001), 학원 폭력의 학교환경에 있는 아이들(Felson et al., 1994), 그리고 일상적 폭력이 잦은 지역에 거주하는 아이들이(Jencks and Mayor, 1990; Richters and Martinez, 1993) 폭력비행의 가능성이 높을 것이라고 본다. 그리고 하층의 아이들이 가정에서, 학교에서 그리고 거주하는 지역에서 폭력환경에 더욱 노출되어 폭력비행의 가능성이 높을 것이라고 기대한다.

본 연구모델에서는 가정, 학교, 주거지역에서 폭력하위문화환경에 있는 아이들은 우연히 있게 되는 대인갈등상황에서 그 상황을 더욱 문제삼으며 공격적으로 해석하고, 잘못 인지함으로 해서 분노하고, 그러한 이유로 폭력의 가능성이 높을 것이라고 본다. 이 연구에서는 상황인지를 문제상황에 대한 공격적 인지, 그리고 문제상황에 있어 상대에로의 귀인의 두 측면을 다루고, 폭력하위문화환경에 있는 아이들은 대인갈등의 상황에서 상대의 행동을 더욱 공격적으로 해석할 가능성이 높고, 또한 갈등상황의 문제의 원인을 자신보다는 상대에게 귀인할 경향이 높을 것이라고 예측한다. 그리고 이 연구에서는 그러한 아이들이 더욱 분노하게 되어 폭력비행의 가능성이 높을 것이라고 예측한다.

한편 이 연구에서는 가정, 학교, 주거지역의 폭력환경의 영향력과 비교하기 위해 긴장이론에 근거하여 가정, 학교, 지역사회에서의 긴장의 경험

의 영향력에도 주목하려고 한다. Agnew(1992)의 일반긴장이론에서는 일상 생활에서 경험하는 긴장들에 의해 아이들이 분노, 절망감, 우울감 등의 부정적 감정을 경험함으로써 인해 비행을 저지르게 된다고 주장했다. 일반긴장이론의 주장은 이후 많은 연구들에서 지지를 받아, 여러 차원의 긴장, 예컨대 부모와의 갈등, 학교부적응, 지역무질서가 부정적 감정을 유발하고 그러한 부정적 감정이 비행에 영향을 미친다는 결과를 제시하고 있다 (Agnew and White, 1992). 특히 일반긴장이론의 논의는 여러 부정적 감정 중에서도 분노에 주목하면서, 다른 비행 중에서도 폭력비행에 큰 영향력을 줄 것이라고 주장하고 있다. 예컨대 Mazerolle와 Piquero(1997)연구에서는 일상긴장이 분노를 유발하며 그것은 다른 비행보다도 특히 폭력비행에 영향을 미친다는 결과를 제시하고 있다. 그러한 주장은 최근까지도 지지를 얻고 있다(Aseltine et al., 2000; Capowich et al., 2001).

이처럼 이 연구에서는 가정, 학교, 거주지역의 폭력하위문화환경의 영향력 이외에도 가정, 학교, 거주지역에서 일상긴장에 보다 노출되어 있는 아이들도 과연 상황을 보다 공격적으로 해석하며, 상대에 보다 귀인을 하여, 더욱 분노하고, 따라서 폭력을 행사할 가능성이 높은지를 다루려고 하며, 가정, 학교, 거주지역의 각 차원에서 폭력환경의 영향력과 비교하여 살펴 보려고 한다.



<그림 1> 청소년폭력비행에 관한 연구모델

이 연구를 위해 고등학교에 재학중인 남자학생들을 대상으로 설문조사를 했다. 조사지역은 대구를 중심으로 대구, 그리고 울산, 포항 등 인근 중소도시로 하였다. 도시별로 인구비례에 따라 학교를 선정하고 선정된 학교에서 2, 3학년 중 한 학급을 무작위로 뽑아 선정된 학급학생 전원에게 설문에 응답토록 했다. 조사는 2001년 5월에 2주간에 걸쳐 실시하였으며 부적절한 응답을 한 응답자를 제외한 총 347명을 최종 분석대상으로 하였다.

폭력하위문화환경을 위해 가정폭력은 부모가 아이들에게 체벌이나 폭력을 하는지, 학교폭력을 위해선 다니고 있는 학교에서 학원폭력의 정도는 어떤지, 거주지역 주변의 폭력을 위해선 이웃에서 일어나는 폭력의 정도는 어떤지를 통해 알아보았다. 이를 위해 각각 “부모님은 나에게 손찌검이나 몽둥이를 드시고 때린다”, “우리 학교 아이들간에는 폭력이 자주 발생한다”, “우리동네 사람들이 서로 싸우고 주먹질을 하는 것을 보았다”를 질문하고 이에 “전혀 그렇지 않다”, “그렇지 않다”, “그저 그렇다”, “그렇다”, “매우 그렇다”의 5점 척도에 응답하도록 했다.

가정, 학교, 거주지역에서의 긴장을 다름에 있어서, 가정긴장은 “부모님과 나는 마음이 안 맞고 갈등이 심하다”를, 학교에서의 긴장을 위해선 “나는 학교에 잘 적응하지 못한다”와 “나는 학교 가기가 싫다”의 두 문항을 사용하였다(alpha=.704). 그리고 지역에서의 긴장은 기존의 연구들에서처럼 지역내 무질서의 측면을 주로 다루기로 하는데, “이 동네는 잘 정돈되어 있지 않고 어수선하다”, “우리 동네에서 사람들이 밤늦게까지 술 먹고 소란 피우는 것을 보곤 한다”, “이 동네는 여러 시설에서 낙후된 지역이다”의 세 문항을 사용하였다(alpha=.667). 이를 “전혀 그렇지 않다”에서 “매우 그렇다”에 이르는 5점 척도에 응답하도록 하였다.

한편 상황인지, 분노, 그리고 폭력비행의 측정은 시나리오를 통한 연구로 접근하기로 한다. 폭력비행의 발생상황을 고려할 때 그러한 상황에 대

한 인지와 그로부터 느끼는 분노의 폭력비행에 대한 영향력은 실험실에서 처럼 상황적으로 고려돼야 하기 때문이다. 예컨대 분노를 측정할 때 평상시 화를 잘 내는지, 신경질적이고, 이성을 잃고 격분하는 경우가 있는지로 측정하기보다는, 그러한 안정적 성향으로서보다 상황적 맥락에서 순간적으로 얼마나 분노를 느끼게 되는지의 경험에 주목하기로 한다. 그러한 이유로 시나리오의 갈등상황을 응답자에게 제시하고 그러한 상황에서 느끼는 분노를 살펴보고 한다(Mazerolle and Piquero, 1997).

여기서는 애매한 갈등상황의 시나리오를 세 가지 유형으로 응답자에게 제시하였다. 즉 1) 친구와 사소한 말다툼으로 서로 신경을 건드리는 말이 오고 갔다, 2) 길을 가다가 또래 친구와 서로 몸이 크게 부딪혔다, 3) 친구 들끼리 무언가를 하는 과정에서 모두 다 찬성하는데 어떤 친구만 안 하겠다고 했다 라는 세 상황을 제시하고 각각의 상황에 대한 상황인지와 그 상황에서 경험하는 분노를 측정하기로 한다. 여기서 공격적 상황인지는 “위 상황에서 상대는 싸움을 거는 공격적 행동으로 해석된다”로, 상대귀인은 “위 상황에서 문제의 책임은 상대에게 있다”로, 분노는 “위 상황에서 나는 화가 치민다”로, 그리고 종속변인으로 다룰 폭력비행은 시나리오 상황에서의 폭력의도로 알아보기로 하는데, “위 상황에서 나는 상대방을 때릴 것이다”에 “전혀 그렇지 않다”에서 “매우 그렇다”에 이르는 5점 척도에 응답하도록 하였고, 세 상황의 세 문항의 질문을 각각 합산하였다.

IV. 분석결과

본 연구모델의 분석에 앞서 조사대상자들의 특성을 먼저 살펴보면, 응답자들의 아버지의 교육수준은 고졸이 약 52%로 가장 많았고, 아버지가 직업이 없으신 경우는 38명(13.8%)이었다. 가족의 한달 평균수입은 150만

원에서 200만원 사이가 27.1%로 가장 많았고, 100만원에서 200만원 사이가 전체의 약 50%를 차지했다.

<표 1> 응답자의 사회배경적 특성

부교육		
중졸 이하	76	21.9
고졸	179	51.6
대졸 이상	83	23.9
무응답	9	2.6
부직업		
없음	48	13.8
있음	280	80.7
무응답	19	5.5
가족수입		
50만원 미만	10	2.9
50-100	30	8.6
100-150	79	22.8
150-200	94	27.1
200-250	47	13.5
250-300	28	8.1
300-350	11	3.2
350-400	6	1.7
400만원 이상	14	4.0
무응답	28	8.1
총	347	100.0

본 연구에서 다루는 주요 변인들에 대한 <표 2>의 기술적 분석결과를 보면 폭력환경의 경우 먼저 가정에서 부모로부터 매나 폭력을 당하는 아이들은 평균적으로 매우 적은 것으로 나타났다. 학교의 폭력도 중간의 3점에는 못 미쳐 많은 응답자들이 학교폭력에 부정적인 응답을 한 것으로 나타났다으나 가정폭력의 경우보다는 평균점수가 다소 높았다. 거주지역 주변의 폭력의 경우도 학교폭력과 비슷한 점수를 보였으며, 전체적으로 이 결과를 통해 볼 때 많은 학생들이 폭력하위문화에 노출되어 있는 것은 아니라는 것을 알 수 있었다.

일상긴장을 보면 가정에서 부모와 갈등을 겪는 아이들도 평균 2.37로 적은 것으로 나타났으며, 학교에서 적응하지 못한다는 응답도 중간점수인 6점에 못 미쳐 학교긴장 점수도 적게 나타났다. 또한 지역무질서와 같은 지역에서의 긴장에 노출되어 있는 아이들도 평균적으로 적은 것을 알 수 있다.

그렇지만 시나리오상의 갈등상황에서 상황을 공격적으로 해석하거나 상대에게 문제의 책임을 두는 경우는 각각 9.38, 9.17로 중간점수인 9점에서 다소 높은 것으로 나타났고, 그 상황에서의 분노의 경우는 10.31로 보다 높은 것으로 나타났다. 시나리오상에서 폭력을 사용할 것이라는 응답은 평균적으로 8.39로 중간점수 9점에는 미치지 못했지만 다소 높다는 것을 알 수 있었다.

<표 2> 주요 변인들에 대한 기술적 분석결과(n=347)

	평 균	표준편차	범 위
부교육	2.05	.69	1-3
부직업	.85	.35	0-1
수 입	4.23	1.83	1-9
가정폭력	2.02	.96	1-5
학교폭력	2.53	.81	1-5
지역폭력	2.49	1.04	1-5
가정긴장	2.37	.95	1-5
학교긴장	4.63	1.75	2-10
지역긴장	7.80	1.97	3-15
상대귀인	9.38	2.08	3-15
공격인지	9.17	2.10	3-15
분 노	10.31	2.11	3-15
폭력의도	8.39	2.52	3-15

앞서 <그림 1>의 본 연구모델의 분석을 위해 <표 3> 모델(1)에서 계층 변인들의 비행에 대한 영향력을 먼저 살펴보고, 계층이 폭력하위문화환경과 긴장요인들에 의해 매개되는지를 알기 위해 모델(2)의 결과를 다루며, 아울러 가정, 학교, 지역에서의 폭력과 긴장 요인들이 비행에 영향을 미치

는 데 있어 상대에 대한 귀인과 공격적 상황인지에 의해 매개되는지를 모델(3)에서, 그리고 앞의 모든 변인들의 폭력에 미치는 영향이 분노에 의해 매개되는지를 모델(4)를 통해 알아보도록 한다.

<표 3> 폭력비행 연구모델에 대한 다중회귀분석결과(n=347)

독립변인	종속변인			
	폭 행 (1)	폭 행 (2)	폭 행 (3)	폭 행 (4)
부교육	.191	.186	-.011	.025
부직업	-.389	-.482	-.452	-.417
수 입	.109	.109	.088	.065
가정폭력		.240#	.152	.148
학교폭력		.443**	.185	.192
지역폭력		.147	.242#	.239#
가정긴장		.298*	.089	.089
학교긴장		.230**	.199**	.178**
지역긴장		.056	.035	.072
상대귀인			.123#	.055
공격인지			.625***	.487***
분 노				.280***
R-Square	.014	.153	.456	.480
F검증	ns	***	***	***

= p<.10; * = <.05; ** = <.01; *** = <.001

분석결과를 보면 먼저 <표 3>의 모델(1)의 결과에서 보듯이 하층이 폭력비행의 가능성이 더욱 높은 것은 아니라는 결과를 나타냈다. 또한 본 연구결과에서 제시하지는 않았지만 계층과 폭력환경 요인들, 그리고 일상긴장 요인들과는 관련이 없어, 하층이 폭력환경이나 일상긴장에 더욱 노출되어 있는 것은 아니라는 결과를 보였다.

<표 3>의 모델(2)의 분석결과를 보면 폭력하위문화 변인 중 주거지역 주변의 폭력은 청소년들의 폭력비행에 유의미한 영향을 미치지 못했지만, 가정에서 부모에게 매나 폭력을 경험하는 아이들은 P<.10 수준에서 폭력

비행의 가능성이 다소 높다는 결과를 나타냈고, 학원폭력이 높은 학교환경이 아이들의 폭력비행에 가장 큰 영향력을 갖는 것으로 나타났다.

일상긴장의 경우도 폭력환경의 영향력 결과와 유사함을 보였는데, 지역에서의 긴장은 폭력비행과 통계적으로 무관한 것으로 나타났지만, 가정에서의 긴장과, 그리고 학교에서의 긴장은 폭력비행에 큰 영향력을 갖는 것으로 나타나, 부모와의 갈등이 높은 아이들, 그리고 학교에서 적응하지 못하는 아이들이 폭력비행의 가능성이 높다는 결과를 보였다. 이처럼 특히 다른 환경보다도 학교환경은 청소년들의 폭력비행에 매우 중요한 요인이 된다는 것을 알 수 있었다.

모델(3)의 분석결과를 보면 상황인지의 요인들 중 상황에 대한 공격인지가 폭력비행에 매우 큰 영향력을 가져 대인갈등상황에서 그 상황을 더욱 공격적으로 해석하는 아이들이 폭력을 행사할 가능성이 높은 것으로 나타났다. 그러나 갈등상황을 상대에게 귀인하는 정도는 $P < .10$ 수준에서만 유의미하게 작용해 그 영향력은 낮은 것으로 나타났다.

모델(2)의 결과와 모델(3)의 결과를 비교해 보면 학교폭력의 영향력이 모델(3)에서 크게 약화되는 것을 알 수 있어 학교폭력의 폭력비행에 대한 영향력은 상황인지 요인들에 의해 매개된다는 것을 알 수 있고, 이 결과는 <표 4>의 모델(1), 모델(2)의 결과에서도 확인된다. 즉 학교폭력에 노출되어 있는 아이들은 갈등상황에서 상황을 더욱 공격적으로 해석하고 문제의 원인을 상대에 귀인하는 경향이 높아 폭력의 가능성이 높은 것으로 볼 수 있다. 가정폭력과 지역폭력 환경은 <표 3> 모델(2)에서와 같이 폭력비행에서도 그 영향력이 $p < .05$ 수준에서 유의미하지 않았지만, <표 4>에서도 가정폭력환경이 공격적 상황해석이나 상대에의 귀인에 미치는 영향력이 유의미하지 않았으며, 지역폭력의 영향력도 낮은 것으로 나타났다.

가정에서의 긴장의 경우도 <표 3>의 모델(2)에서 유의미했던 영향력이 모델(3)에서 약화되어 상황인지 요인에 의해 매개되는 것으로 보이며, 특

히 <표 4>의 결과를 보면 가정에서 긴장을 경험하는 아이들은 상황을 공격적으로 인지하여 폭력비행을 저지르게 되는 것으로 나타났다. 그렇지만 모델(2)와 모델(3)에서 볼 때 학교긴장의 폭력비행에 대한 영향력은 상황인지 요인들에 의해 매개되지 않는다는 결과를 제시하고 있다.

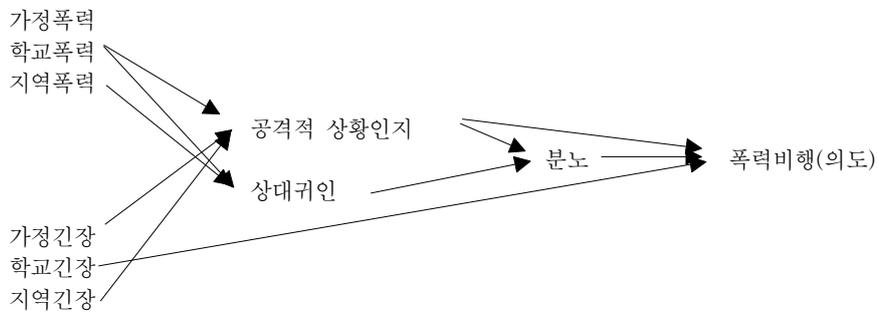
<표 4>의 모델(3)의 결과를 보면 갈등상황에서 상황을 공격적으로 해석할수록, 그리고 상대에게 귀인할수록 그 상황에서 더욱 분노를 느낀다는 것을 알 수 있다. 그리고 <표 3>의 모델(4)의 결과에서 제시되듯이 그러한 이유로 분노하게 되면 폭력비행의 가능성은 매우 높은 것을 알 수 있다. 그렇지만 <표 3>의 모델(3)과 모델(4)의 결과에서 알 수 있듯이 공격인지의 폭력비행에 대한 영향력은 직접적으로도 작용하는 것으로 나타나 그 영향력이 분노에 의해 완전히 매개되지 않는다는 것을 알 수 있다.

<표 4> 매개변인들에 대한 다중회귀분석결과(n=347)

독립변인	종속변인		
	상대귀인 (1) b	공격인지 (2) b	분노 (3) b
부교육	.134	.279	-.101
부직업	-.022	-.062	-.158
수입	.009	.040	.086
가정폭력	.039	.161	.056
학교폭력	.376***	.322*	-.028
지역폭력	.238*	.071	.062
가정긴장	.083	.301*	.066
학교긴장	.127#	.020	.048
지역긴장	.083	.120*	.128
상대귀인			.210**
공격인지			.436***
R-Square	.065	.097	.369
F검증	*	***	***

= p<.10; * = <.05; ** = <.01; *** = <.001

이렇듯 아래의 경로분석의 그림을 보면 상황인지 중에서도 상대귀인보다는 공격적 상황인지의 영향력이 높았으며, 그러한 아이들이 분노를 느끼게 되고 폭력비행의 가능성이 높다는 결과를 제시하고 있다. 그렇지만 상황을 공격적으로 인지하는 아이들은 분노와 상관없이도 폭력비행의 가능성이 높다는 결과를 제시하고 있으며, 다른 폭력하위문화환경 요인들(가정 폭력은 제외), 그리고 일상긴장 요인들(학교에서의 긴장은 제외) 그러한 요인들에 의해 매개되는 것으로 나타났다. 여러 폭력하위문화 환경 중에서는 학교폭력이 폭력비행을 크게 유발하는 것으로 나타났는데, 학교폭력에 노출되어 있는 아이들은 갈등상황에서 상황을 공격적으로 해석할 가능성이 높음으로서 분노를 더욱 경험하게 되고 그리하여 폭력의 가능성이 높다는 것을 알 수 있었다. 또한 학교에서 긴장을 경험하는 아이들도 학교폭력의 환경에 있는 아이들처럼 폭력비행의 가능성은 높지만 그것은 상황인지나 분노에 의해 매개되는 것은 아니라는 것이 밝혀졌다.



<그림 2> 본 연구모델의 경로분석의 결과

V. 결론

이 연구는 분노가 청소년폭력에 있어서 중요한 요인일 것이라 보고 그

영향력을 시나리오 상황을 통해 간접적으로 살펴보고자 했다. 또한 분노는 상황인지에 의해 영향을 받을 것이며 그러한 개인의 인지 차이는 아이들의 사회환경에 따라 다를 것이라고 보고, 폭력환경의 영향력을 살펴보는 것에 주목하였다.

이 연구는 가정, 학교, 그리고 거주지역의 폭력환경의 영향력을 비교하고자 했다. 연구결과에 따르면 여러 사회환경 중 학교환경이 청소년들의 폭력과 보다 밀접한 관련이 있는 것으로 나타났다. 즉 가정에서의 폭력이나 거주지역의 폭력환경이 폭력비행에 미치는 영향력은 다소 약했으나 학원폭력이 높은 환경의 아이들은 폭력비행의 가능성이 매우 높은 것으로 나타났다. 마찬가지로 학교에서의 부적응에서 느끼는 긴장도 폭력비행과 큰 관련이 있음을 나타냈다.

학교폭력과 같이 폭력적 하위문화환경에 있는 아이들은 폭력비행의 가능성이 높지만 그것은 그러한 아이들이 갈등상황을 보다 공격적으로 해석하는 경향이 있어서 이고, 또 그러한 아이들은 갈등상황에서 분노를 느낄 가능성이 높기 때문에 폭력의 가능성이 높은 것으로 나타나 본 연구모델을 지지하는 결과를 나타냈다. 그렇지만 중요한 영향력을 보였던 학교긴장의 경우는 상황인지나 분노와 같은 요인들에 의해 그 영향력이 매개되지 않는다는 것을 제시했다.

이 연구를 통해서 볼 때 폭력환경, 특히 학교폭력 환경은 청소년들의 폭력에 있어 매우 중요한 환경요인이 됨을 알 수 있었다. 학교에서 보게 되는 학원폭력이나 학교에서 경험하는 긴장은 모두 청소년들의 폭력을 유발할 수 있는 주요 요인이 되었다. 이러한 결과는 학교 혹은 사회차원에서 학원폭력에 적극적으로 대처할 필요가 있다는 것을 말해 준다.

본 연구에서도 말해주듯이 폭력비행에 있어 인지훈련이나 분노의 조절과 같은 개인대처 전략은 사전예방의 차원에서는 사후교정의 단계에서도

중요할 것이다. 그러한 훈련을 받은 아이들은 대인갈등상황에서도 상황을 적절히 해석함으로써 해서 분노를 덜 경험할 것이기 때문이다. 따라서 그와 같은 프로그램은 폭력비행을 해결하는데 큰 도움이 될 수 있을 것이다. 그렇지만 그러한 미시적 작동은 주변의 폭력환경에서 비롯된다는 결과에서 보듯이 아이들 개개인에 대한 개별대책이외에도 특히 학교폭력 등 학교환경개선의 제도적, 거시적 차원의 대처도 중요하다고 볼 수 있다. 앞으로는 학원폭력의 영향과 대처에 관한 보다 구체적인 연구를 기대한다.

참고문헌

- 이성식. 2001. “가정에서의 체벌과 청소년폭력비행.” 『교정연구』 12:235-61.
- 이영애. 2000. “청소년의 공격행동과 상황조건에 따른 의도지각, 귀인 및 분노에 대한 연구.” 『한국청소년연구』 11(2):5-28.
- Agnew, R. 1992. Foundations for a General Strain Theory of Crime and Delinquency. *Criminology* 30:47-87.
- Agnew, R. and H.R. White. 1992. An Empirical Test of General Strain Theory. *Criminology* 30:475-99.
- Aseltine, R.H., S. Gore, and J. Gordon. 2000. Life Stress, Anger and Anxiety, and Delinquency. *Journal of Health and Social Behavior* 41:256-75.
- Averill, J. 1982. *Anger and Aggression*. New York: Springer-Verlag.
- Bailey, W. 1984. Poverty, Inequality, and City Homicide Rates. *Criminology* 22:531-50.
- Baron, S.W., L.W. Kennedy, and D.R. Forde. 2001. Male Street Youth's Conflict: The Role of Background, Subcultural, and Situational Factors. *Justice Quarterly* 18:759-89.
- Berkowitz, L. 1989. Frustration-Aggression Hypothesis: Examination and Reformulation. *Psychological Bulletin* 106:59-73.
- Bernard, T.J. 1990. Angry Aggression among the Truly Disadvantaged. *Criminology* 28:73-95.
- Blau, J.R. and P.M. Blau. 1982. The Costs of Inequality: Metropolitan Structure and Violent Crime. *American Sociological Review*

47:114-29.

- Cao, L., A. Adams, and V.J. Jensen. 1997. A Test of the Black Subculture of Violence Thesis: A Research Note. *Criminology* 35:367-79.
- Capowich, G.E., P. Mazerolle, and A. Piquero. 2001. General Strain Theory, Situational Anger, and Social Networks: An Assessment of Conditioning Influences. *Journal of Criminal Justice* 29:445-61.
- Dodge, K.A. 1986. A Social Information-processing Model of Social Competence in Children. In M. Perlmutter(ed.), *Minnesota Symposium on Child Psychology* (vol 18). Hillsdale, NJ: Erlbaum.
- Dodge, K.A. 1993. Social-Cognitive Mechanism in the Development of Conduct Disorder and Depression. *Annual Review of Psychology* 44:559-84.
- Erlanger, H.S. 1974. The Empirical Status of the Subculture of Violence Thesis. *Social Problems* 22:280-92.
- Felson, R.B., A.E. Liska, S.J. South, and T.L. McNulty. 1994. The Subculture of Violence and Delinquency: Individual vs. School Context Effects. *Social Forces* 73:155-73.
- Hartnagel, T.F. 1980. Subculture of Violence: Further Evidence. *Pacific Sociological Review* 23:217-42.
- Heimer, K. 1997. Socioeconomic Status, Subcultural Definitions, and Violent Delinquency. *Social Forces* 75:799-833.
- Jencks, C. and S.E. Mayor. 1990. The Social Consequences of Growing

- up in a Neighborhood. In L.E. Lynn and M.G. McGeary(eds.), *Inner-city Poverty in the United States*. Washington DC: National Academy Press.
- Kennedy, L.W. and D.R. Forde. 1996. Pathways to Aggression: A Factorial Survey of Routine Conflict. *Journal of Quantitative Criminology* 12:417-38.
- Lazarus, R.S. 1991. Cognition and Motivation in Emotion. *American Psychologist* 46:352-67.
- Loftin, C. and R.H. Hill. 1974. Regional Subculture and Homicide. *American Sociological Review* 39:714-24.
- Luckenbill, D.F. and D.P. Doyle. 1989. Structural Position and Violence: Developing a Cultural Explanation. *Criminology* 27:419-35.
- Markowitz, F.E. and R.B. Felson. 1998. Social Demographic Attitudes and Violence. *Criminology* 36:117-38.
- Mazerolle, P. and A. Piquero. 1997. Violent Responses to Strain: An Examination of Conditioning Influences. *Violence and Victims* 12:323-43.
- Novaco, R.W. 1978. Anger and Coping with stress. In *Cognitive Behavior Therapy*, J.P. Foreyt and D.P. Rathjen(eds.). New York: Plenum.
- Parker, R.N. 1989. Poverty, Subculture of Violence, and Type of Homicide. *Social Forces* 67:983-1007.
- Richters, J.E. and P.E. Martinez. Violent Communities, Family Choices, and Children Chances. *Development and Psychopathology* 5:609-27.

- Shoemaker, D.J. and J.S. Williams. 1987. The Subculture of Violence and Ethnicity. *Journal of Criminal Justice* 15:461-72.
- Spivack, G.P. and M. Shure. 1976. *The Problem-solving Approach to Adjustment*. San Francisco: Jossey-Bass.
- Weiner, B. 1986. *An Attributional Theory of Motivation and Emotion*. New York: Springer-Verlag.
- Widom, C.S. 1989. Child Abuse, Neglect, and Violent Criminal Behavior. *Criminology* 27:251-71.
- Wolfgang, M.E. and F. Ferracuti. 1967. *The Subculture of Violence*. Tavistock.
- Zillman, D. 1979. *Hostility and Aggression*. Hillsdale, NJ: Erlbaum.

Violence Subculture, Cognitive Mediation, Anger, and Youth Violence: the effects of Family, School, and Neighborhood

Lee, Seong-Sik*

This article examines the subculture of violence thesis. This study combines the influence of violence subculture with cognitively oriented research on anger and violence for specifying the dynamics and processes of disputatious conflict situations. This study use two sets of cognitive mediators: attributional bias and hostile perception of the situation. I hypothesize that youths in the subculture of violence are more likely to perceive a conflict situation aggressively, experience a situational anger arousal, and conduct a violent behavior. Using a sample 347 male students, I examine the effects of family, school, and neighborhood subculture of violence, situational cognition, and anger on youth violence. Findings support these hypotheses. Results show that school subculture of violence has a significant indirect effect on youth violence through hostile perception of the situation and anger.

* Assistant Professor, Department of information sociology, Soongsil University, Ph.D in Sociology

刊行物出版委員會

委員長：崔仁燮

委員：吳英根

李淳來

鄭賢美

延聖眞

朴味淑

金恩璟

幹事：金能謙

형사정책연구

刑事政策研究는 刑事政策分野에 관한 論文, 書評, 翻譯 등을 수록하는 研究 學術誌입니다.

本誌의 발간목적은 學界와 實務界에서 이 분야에 관심을 가지고 계시는 분들에게 자유로운 發表의 紙面을 提供함으로써 研究意慾을 북돋우고 刑事政策分野의 學問的 發展을 圖謀하는데 있습니다.

本誌에 收錄된 논문의 意見은 韓國刑事政策研究院의 公式見解가 아니고 筆者 個人的 意見입니다. 本誌의 내용은 出處 및 執筆者를 명시하는 한 자유로이 引用할 수 있습니다.

■ 특집 I : 한국의 금융범죄의 실태와 대책

최인섭 · 이천현 / 한국의 증권범죄의 실태 및 대책

안경옥 / 한국의 보험범죄의 실태 및 대책

김 원 / 은행 · 비은행권 금융사고의 현황 및 대책

김동환 / 우리나라 금융부패 발생원인과 대응방안

■ 특집 II : 형사사법 개혁의 쟁점

이진국 · 정 완 / 수사권 독립논의에 관한 검토

백광훈 · 신동일 · 이천현 / 바람직한 검찰개혁의 방향

탁희성 · 도중진 / 형사절차상 고문 방지대책

■ 논 문

오영근 / 인터넷범죄에 관한 연구

최석윤 / 형사소송법과 유추금지

이성식 / 청소년들의 폭력환경이 상황인지와 분노,
폭력행동에 미치는 영향력 : 가정, 학교,
지역환경의 영향 비교

형사정책연구

제14권 제2호(통권 제54호, 2003·여름호)

발행인 : 이 재 상
발행처 : 한국형사정책연구원
 서울시 서초구 우면동 142
 전화 (02) 575-5282-9
등 록 : 1990년 4월 3일 바-1360
발행일 : 2003년 6월 30일
인 쇄 : 화신문화(주) (02) 2277-0624

본 학술지 내용의 무단전재를 금함
구독문의 : 출판실(02-571-0363)

판매처 : 교보문고, 영풍문고

[정가 : 5,000원]

형사정책 논문 현상공모 안내

1. 논문내용

- 경제, 환경, 마약, 인터넷범죄, 청소년범죄 등 각종 범죄에 대한 형사정책적 실태 및 대책
- 형사사법 분야의 발전을 도모할 수 있는 제도 및 정책적 대안
- 교정관련 분야의 발전을 도모할 수 있는 제도 및 정책적 대안
- 형사정책의 수립·집행을 위한 새로운 제도 도입을 위한 논의와 제안 등

2. 자격

- 관련분야(형사법학, 범죄학, 교정학 등) 석사학위 이상 소지자
- 관련분야 학계 및 연구기관 종사자
- 판사, 검사, 변호사 및 교정보호 등 형사사법분야 실무종사자

3. 논문분량

- A⁴용지 신명조(본문기준) 11Point 40자 28행 100매 내외

4. 시상

- 최우수작 1편 상금 300만원 및 상패
- 우수작 1편 상금 200만원 및 상패

5. 심사 및 발표

- 심사위원회 심사를 거쳐 당선결과를 10월중 연구원 홈페이지에 발표하고, 개별 통지함

6. 접수기간 및 제출방법

- 2003년 9월 30일(화)까지
- 제본된 원고 4부 제출(원고 화일은 e-mail 또는 디스켓 첨부)

7. 특전

- 당선된 논문은 단행본 출판 또는 [형사정책연구]지 게재
- 선정자는 연구원 연구직 채용시 우선 고려

※ 선정된 논문에 대한 출판권한은 한국형사정책연구원에 귀속되며, 제출된 논문은 반환하지 않음

한국형사정책연구원 기획조정실(담당 : 김능겸)

137-715 서울시 서초구 우면동 142 전 화 : 02-571-0363, 3460-5153

e-mail : kneky@kic.re.kr

팩 스 : 02-571-7488

학술지 [형사정책연구] 투고안내

학술연구지 [형사정책연구]는 학술진흥재단의 등재지로서 제14권 제3호(통권 제55호, 2003·가을호)에 게재할 학술논문을 아래와 같이 모집합니다.

1. 제출 및 게재

- 1) 형사정책 관련분야의 학술적 독창성이 있어야 하며 발표되지 않은 것이어야 한다.
- 2) 제출된 원고는 관련규정에 따라 심사를 하여 게재여부를 결정하며, 원고 내용의 수정요청이 있을 경우 필자는 이에 응하거나 거부할 수 있다.
- 3) 원고 투고자의 자격은 학계의 대학교수, 실무계의 변호사, 판사, 검사 등 형사정책 관련분야의 박사학위 취득자 및 연구경력자로 한다.
- 4) 채택된 원고는 연구원 관련 규정에 따라 소정의 원고료를 지급한다.

2. 논문작성 요령

- 1) 한자의 혼용여부 : 국·한문 혼용원칙으로 하되 필요한 경우 영문 또는 독문도 괄호 안에 넣을 수 있다.
- 2) 주 처리방법 : 각주는 논문 하단에 위치하되 일련번호를 명시한다.
- 3) 단위의 표기 : I., 1., 가., 1), 가) 순으로 구성하며, 제목 위, 아래 한행씩을 띠어준다.
- 4) 표와 그림은 구분하여 일련번호를 명시한다. 표의 제목은 표의 상단 우측부터 시작하고, 그림은 하단의 중앙에 반드시 위치하도록 한다.
- 5) 참고문헌 : 국내, 구미, 일본의 순으로 저자별 가나다 및 알파벳 순으로 하되 단행본, 논문의 순으로 정리, 단 구미문헌의 경우에는 저자의 성을 먼저 기록한 후 이름을 기록하고 책명, 발행년도 순으로 구성한다.
- 6) 요약 : 영문 또는 독문요약은 반드시 작성을 해야 한다.

3. 원고분량 : A4용지 80컬럼 27행의 20매 내외(한글 신명조 11포인트)

4. 투고기간 : 2003년 8월 30일까지(9월말 발간예정)

5. 보내실 곳 : 137-715 서울시 서초구 우면동 142
한국형사정책연구원 출판실(담당 : 김능겸)
전화 : 02-571-0363, 3460-5153
팩스 : 02-571-7488
e-mail : kneky@kic.re.kr